

いわゆる無過失責任の一場合

徳本, 鎮
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/16198>

出版情報 : 法政研究. 47 (2), pp.601-628, 1981-03. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

いわゆる無過失責任の一場合

徳本 鎮

- 一 はしがき
- 二 鉦害賠償責任の無過失性・定型性
- 三 鉦害賠償責任の画一化・共同責任化
- 四 むすび

一 はしがき

一 さきに、わたくしは、竹原教授還暦祝賀論文として、「わが国における鉦害賠償制度の成立」を発表させていただいた。¹⁾

そこで明らかにしたいと思つたことは、通常の日常生活行為にもとづく損害と異なり、鉦業という一つの具体的な企業活動にもとづく損害に対して、侵害された権利(利益も含む。以下も同様である)は、その損害填補の面において、どのような救済方法を求めたのであろうかということであった。それは、言葉を変えれば鉦業という企業活動によつて侵害された権利の損害賠償請求という消極的貫徹の在り方を問うものといつてもよいわけである。そして、その結果は、結局、過失責任から、いわゆる無過失責任としての鉦害賠償責任へとというのがその帰結であった。また、そのかぎりでは、わが国の鉦害賠償制度もフランス、ドイツ、イギリスなど諸外国のそれと軌を一にするものといつ

てよい。ただ多少異なる点は、諸外国の鉅害賠償制度の成立過程では、主として判例を通じて過失責任から無過失責任への展開が見られたのに対して、わが国の場合には、判例というよりもむしろ生ける法としての賠償慣行を通じてその展開の見られたことであつた。そして、この賠償慣行は、今日でも農地鉅害の賠償範囲などについて顕著であるが、わが国の鉅害賠償法の一つの特徴ともいえるところである。

二 ところで、この、いわゆる無過失責任としての鉅害賠償責任の位置づけであるが、この点については、一般には危険責任というように考えられているが、しかし、特に鉅害賠償責任を取り上げて論じた学説においては、むしろ過失責任と解するのが有力である。²⁾したがって、この立場からは、鉅害賠償責任の無過失性は、「賠償義務者の故意過失を立証せしめる煩を避けるため」の、つまり過失立証不要責任として位置づけられるわけである。このように、鉅害賠償責任の位置づけについては、従来、大きく危険責任説、過失立証不要責任説とが対立しているのであるが、ただ、これらの学説は、その立場は異なるものの、いずれも鉅害賠償責任を伝統的な過失責任の故意・過失という主観的成立要件の修正型として位置づける点では差異はない。これに対して、わたくしは、具体的法の適用という観点からは、いわゆる無過失責任としての鉅害賠償責任は、伝統的な過失責任の故意・過失という主観的成立要件のみならず、さらに違法性、因果関係という客観的成立要件の修正型としても理解されるべきことを指摘してきた。³⁾しかし、この指摘に対しては、その検討の場が部分的であつたことによる誤解もあつて、今日、多少の批判がないわけでもない。⁴⁾イタイイタイ病鉅害訴訟に続く土呂久鉅害訴訟や山田鉅害訴訟などの大型鉅害訴訟の係属を見るにつけてもここにあらためて、いわゆる無過失責任としての鉅害賠償責任の特に成立要件の観点からの位置づけが必要とされるところである。そして、その検討は、通常の日常生活行為と異なり、鉅業という企業活動によつてもたらせられた損害の填補は、その救済方法として、どのような成立要件上の規範的特徴を有するのかという考察にはかならず、その

意味において、本稿は、「わが国における鉋害賠償制度の成立」の続編をなすものである。

なお、本稿は、「鉋害賠償責任の研究」のいっかんとして文部省科学研究費による研究であることを附記する。

(1) 徳本鎮「わが国における鉋害賠償制度の成立」(竹原教授還暦祝賀論文) 法政研究四三卷二一三合併号四四一頁以下。

(2) 平田慶吉・鉋害賠償責任論一〇九頁以下、同・鉋害賠償規定解説四四頁以下、美濃部達吉・日本鉋業法原理二五二頁、小野謙次郎「土地陥落に因る鉋業権者の賠償責任」司法研究五輯一〇五頁など。

(3) 徳本鎮「鉋害賠償」(現代損害賠償法講座5)二八五頁以下、同・企業の不法行為責任の研究一〇六頁以下。

(4) 富井利安「無過失責任論の沿革と公害賠償責任(1) 社会文化研究(広島大学総合科学部紀要Ⅱ) 五卷二九頁以下、および同教授の昭和五五年第四回私法学会での研究報告「公害賠償責任と無過失責任」。わたくしが、鉋害賠償責任を伝統的な過失責任の主観・客観両成立要件の修正型として位置づけるのは、具体的法適用という観点にあっては、無過失責任とされればされるほど争点となるのは違法性や因果関係であり(イタイイタイ病鉋害訴訟についての富山地判昭和四六年六月三〇日下級民集二二卷五・六号別冊一頁以下参照)、したがって、このような観点からの、いわゆる無過失責任の検討が必要視されるにもかかわらず、その検討の見られなかった点で従来の学説への批判となったわけである。ちなみに同教授は、やはり鉋害賠償責任をただ過失立証不要責任としてだけ位置づけられておられるが、過失責任から無過失責任への架橋理論の一つの試みとしてならともかく、すでに制度として成立している鉋害賠償責任についてそのように理解することについて疑問となることは本文に示されるとおりである。

二 鉋害賠償責任の無過失性・定型性

一 通常の日常生活行為にもとづく損害と異なり、鉋業という企業行為にもとづく損害の填補の救済方法が、結局、過失責任から、いわゆる無過失責任としての鉋害賠償責任へ移行されることは、「はしがき」に述べられるとおりである。これが昭和一四年の鉋害賠償制度の成立であり、また、その制度を基本においてはそのまま承継した昭和

二五年改正の現行鉦害賠償制度である。そして、現行鉦害賠償制度の中心をなす鉦業法第一〇九条第一項は、鉦害賠償責任について、「鉦物の掘採のための土地の掘さく、坑水若しくは廃水の放流、捨石若しくは鉦さいのたい積又は鉦煙の排出によって他人に損害を与えたときは、損害の発生の際における当該鉦区に租鉦権が設定されているときは、その租鉦区については、当該租鉦権者」が、損害の発生の際既に鉦業権が消滅しているときは、鉦業権の消滅の際における当該鉦区の鉦業権者（鉦業権の消滅の際に当該鉦業権に租鉦権が設定されていたときは、その租鉦区については、当該租鉦権者）が、その損害を賠償する責に任ずる」と規定している。この規定は、旧鉦業法の第七四条ノ二第一項に相当するものであって、その規定内容からも理解されるように、同規定は、「鉦物の掘採のための土地の掘さく、坑水若しくは廃水の放流、捨石若しくは鉦さいのたい積又は鉦煙の排出」によって他人に損害を与えたときは、当該鉦区の鉦業権者・租鉦権者が過失を要件とせずして賠償責任の成立を認めているのである。

そこで、右に見られるような規定形式から、一般に、鉦害賠償責任は、鉦業権者・租鉦権者のなら故意・過失にかかわらず、また、その意味における無過失責任と解されるのである。しかし、このように、一般には、鉦害賠償責任が鉦業権者・租鉦権者のなら故意・過失にかかわらず、また、その意味での無過失責任と解されているもの、それでは、それが、いかなる根拠にもとづいて無過失責任となるかについては、従来、この立場から特に鉦害賠償責任を取りあげて論じた学説はあまりないので必ずしも明白ではない。¹⁾あるいは、わが国の鉦害賠償制度の母法となつたドイツの鉦害賠償規定の解釈から、大部分は鉦業権者・租鉦権者の危険責任と考えているものと言うことができるであろうが、²⁾しかし、ドイツの鉦害賠償規定と異なつて、損害原因行為を定型化しているわが国の鉦害賠償責任については、ただ漠然と危険責任とするだけではじゅうぶんな説明とはいいがたいわけである。そしてこのような

無過失責任説の根拠のあいまいさは、鉦害賠償責任の位置づけ、したがってまた、第一〇九条第一項の適用を不明確ならしめるのみならず、より直接には、次に述べるように、過失責任説ないし過失立証不要責任説にたつての鉦害賠償責任説を出現させることとなるのである。

一般に、鉦害賠償責任が鉦業権者・租鉦権者の無過失責任とされるのに対して過失責任としての鉦害賠償責任を主張せんとする立場の根拠は、鉦業という企業活動にもとづく損害にあつては、その損害は鉦業権者・租鉦権者の予見可能な損害であり、したがつて、鉦業損害においては、鉦業権者・租鉦権者の過失の不存在ということはありえないとする点にあると言えよう。そして、かかる立場が、特に鉦害賠償責任を取りあげて論じた学説において、むしろ有力となつてゐることは注目されてよい。たとえば、その代表としての平田博士は、過失責任としての鉦害賠償責任について次のように述べておられる。⁴⁾

鉦害賠償責任が無過失責任とされる理由は、「一は鉦害（又は類似の企業被害）を発生せしめる行為は適法行為なるが故に過失なしとするものであり、他は鉦害（又は類似の企業被害）に於て損害防止の手段を尽す以上は過失なしとするものである。第一説の適法行為なるが故に過失なしとは、過失を以て違法の意に解するものであるが、しかし、かく過失を違法と同視することは過失を普通の用語に於ける意味に解するに止まり、これを法律上の正当の意味に解するものではない。いうまでもなく、過失は結果認識に関する主観的事項たるに反し、違法は法規違反なる客観的事項であつて、法律上両者は全然別個の觀念に属する。畢竟この説は鉦害を発生せしめる行為は適法行為なるが故に違法にあらずという同義反覆以外には何ものをも示すものではない。次に第二説の損害防止の手段を尽す以上は過失なしとは、かかる手段を尽すときは違法なしの意なるならば、この説は過失と違法とを同視することとなり、その不当なるは上述したところである。或は本説は損害防止の手段を尽すときは加害者は損害の発生を容認せず、又は希

望せざるが故、故意なしの意なるならば、既述の如く鉦害に付ては容認説論者、希望説論者共に故意の存することを認めているから、重ねて本説は不当といわねばならない」とされるのである。したがって、この立場は、結局、鉦害賠償責任を鉦業者・租鉦業者の過失責任と解することになることはもちろんであるが、その結果、鉦業法第一〇九条第一項が、ならん鉦業者・租鉦業者の故意・過失を規定していないのは、「賠償義務者の故意過失を立証せしめる煩を避けるため、かかる無過失責任の形式を採つたに過ぎないもの」とする、つまり過失立証不要責任と解することとなるのである。⁵⁾

鉦害賠償責任をめぐる無過失責任説の根拠・内容の不明確さは、このように過失責任ないし過失立証不要責任説（以下では、たんに過失責任説と呼ぶ）を出現させるのであるが、たしかに、この過失責任説には傾聴に価する点が見られる。特に、その根拠としての鉦業損害をめぐる鉦業者・租鉦業者の予見性であるが、未掘採鉦物の採取という鉦業の全体的な企業活動を前提とする場合、一般的には損害発生の子見性は必ずしも存在しがたいとばかりはいえないからである。しかし、それでは鉦害賠償責任をこのような過失責任に立つて位置づけてよいかとなるとこれまたにわかに賛成しがたいこととなるのである。なぜかといえ、過失責任説に対してはさしあたり次のような疑問を提出せざるを得ないからである。すなわち、その一つは、過失責任説のいう過失立証不要の意味である。それが過失の「看做す」を意味するものでもあればともかく、そうでなくただ過失の推定を意味するものとするれば、そのことはもちろん訴訟において加害者の側の反証提出の機会をも否定するものではありえないから、逆に鉦業者・租鉦業者が過失なかりしことを立証した場合の取り扱いはどのようになるのだろうかということである。たとえば第一〇九条第一項の規定する「鉦物の掘採のための土地の掘さく、坑水若しくは廢水の放流、捨石若しくは鉦さいのたい積又は鉦煙の排出」によって生ずる損害についても、一般的には損害発生の子見性を指摘し得ても、現実の具体的損害

にあつては、必ずしも鉱業権者・租鉱権者の過失が常に存在するとはいいがたいからである。第二の疑問点は、かりに右の点が解決されうるとしても、第一〇九条第一項が鉱業権者・租鉱権者に鉱害賠償責任を認めているのは、「土地の掘採のための土地の掘さく、坑水若しくは廃水の放流、捨石若しくは鉱さいのたい積又は鉱煙の排出」によって生じた損害のみである。そこで、疑問となるのは、鉱業上の損害には、日常の生活行為にもとづく損害から鉱業に固有するような損害に至るまで沢山の損害が見られるが、そのうち、なぜ「鉱物の掘採のための土地の掘さく、坑水若しくは廃水の放流、捨石若しくは鉱さいのたい積又は鉱煙の排出」によって生じた損害についてのみ鉱業権者・租鉱権者に鉱害賠償責任を認めたのか、いいかえると、これらの損害に対してだけ過失立証の不要を認めたのかの理由である。この点は、過失責任説からは何にもうかがい得ないところであるが、その結果、同説が、鉱業実施上しばしば紛争となりがちな、たとえば露天掘、鉱区外の補助坑道掘進、石油井における油の流出、探鉱のためのボーリングなどによる損害のように、第一〇九条第一項に規定はされていないが、しかし、そこに規定される損害原因行為と類似するような行為によって生じた損害に直面した場合、かなりの困難に逢着するように思われる。すなわち、これら類似行為による損害について、過失責任説のいう過失立証不要はどのように適用されるのか、過失立証が必要なのかそうではないのか、かりに不要だとすればそれは過失推定なのかさうではないのかなどであるが、その去就が、当該訴訟の成否にとってきわめて重要な事柄であるだけに問題となるわけである。

二 以上に述べたところから、鉱害賠償責任をめぐる従来の学説は、すなわち、無過失責任説はその根拠・内容において、また、過失責任説はその内容において、いずれも不明確さを残しており、その結果、これらの学説からは、鉱害賠償責任の成立要件上の規範的特徴はもちろんのこと、したがってまた、同責任の適正妥当な適用もとうてい期待しがたいことが理解されたわけである。

ところで、ここでいま一度考えられることは、内容においてはともかく、その根拠とするところはいちおう是認される過失責任説が主張するような過失責任としての鉅害賠償責任の意味である。というのは鉅業損害、特に第一〇九条第一項に規定されるような原因行為にもとづく損害に対する予見性と、通常の日常生活にもとづく損害に対する予見性とは同じ予見性といつてもそこにはかなり差異がありそうであり、したがってまた、それぞれの予見性を前提とする二つの過失責任の間にもおのずから差異があるように思われるからである。そして、かりに、その両者の間には差異が認められるとすれば、その差異の理解によつては右の過失責任説への疑問もかなり解決することが可能のように思われたいではない。しかし、もちろん、ここで過失責任の本質について触れることは本稿のよくだきるところではない。したがって、ここでは、さしあたり過失責任について、かなりその内容を適切に示しているものと考えられる。独民法第二草案起草委員会の議事録を通じて、以下、両者の差異を見ることにする。

きわめて、古いところの賠償が復讐であり、やがて、それが贖金へと変化していくように、社会の発展とともに刑罰の思想を私法より駆逐したことは、人類の歴史的獲得でもあったし、また民事責任の目的が、よつて生じた損害の填補にあることは一般に承認されているところと言つてよいであらう。しかし、にもかかわらず、近代市民法が、おしなべて過失責任を原則とした理由はどこに求められるべきであらうか、この点について右の独議事録は次のように述べている。⁽⁸⁾「損害賠償義務を過失から切離さんとする思想は現代の見解を表わすものであり、かつ草案の反対の立場よりもいっ層生活の必要にそうとういうことは正当でない。ドイツ古法では損害に原因を与えた行為者の賠償義務を認めたとする事案を挙げてそういう根拠とすることはできないであらう。何んとなれば損害の惹起と加重による責任との関連はドイツ法の国民的特色でなくて、過責概念 (Schuldbeginn) が未だつくり上げられず、責に帰すべき事由ある加重と責に帰すべき事由なき加重との区別が未だ理解されていない低度の文化の段階の一切の法に見出される

現象であるから。具体的な物の見方は損害を生ぜしめたという目にみえる事実を頼りにする。損害賠償義務は過失を要件とするとの原則の定立は実質的妥当根拠を欠かずして、より高次の文化発達の一結果であろう。それは個人がその個性を發展することの許される権利領域の限界づけによって決定的意義を有する。その行為および不行為に当り相
 当の注意を用いざれば危険を生ずると認められる範囲でのみ他人の法律上保護された利益を尊重すればよい。他人によつての危険性が注意深く吟味しても認知しえないような行為をなすことは許される。だからとて、その行為は他人の権利領域に有害な影響を及ぼすかもしれないが、被害者はこの影響を事変 (Zfall) のごとく甘受せねばならぬ。原則として草案の見地を棄ててさらに進めば、決して取引の發展に役立たずして恐らく個人の活動の自由が過度に制限されることにならう。ともかく学問上原因主義は法律の基礎にしうる程度に完成されてはいない。事情により、正義および衡平を顧慮して、個々の場合に過失主義をもつて一貫することをよさねばならぬことのあるのは別問題である。草案は例外を知らなかつたが当委員会は既にいくつかの場合に過失と無関係に損害賠償主義を定立した。そして恐らくその外にも例外を認容するであろう。しかし、それによつてこの主義の正当さには影響がない。すなわち、この独議事録の説明からすれば、近代市民法が古い原因責任に取つて代わり過失責任を原則とした理由は、結局、過失責任が「個人がその個性を發展することの許される権利領域の限界づけにとつて決定的意義を有する」点であつて、つまり「近代法が個人の自由活動を最高の理想となし、故意過失なき所に賠償責任を認むることは個人の自由活動を萎微せしむると考えたからに他ならない」こととなるのである。そして、このような過失責任の最もよく妥当する場合が、「その行為および不行為に当り相當の注意を用いざれば生ずると認められる範囲」の損害、言葉を変えれば相當の注意を用いれば結果回避の可能な範囲の損害に対してということになるのである。

そこで、本来の過失責任（主義）が、以上のように、個人の自由活動の保護と調和された損害填補の救済方法であ

り、したがって、その最も妥当する場合が相当の注意を用いれば結果回避の可能な範囲の損害であることを認めようとする立場からは、その場合の過失責任をめぐる損害発生の見見性の予見性は、たんなる予見性ではなく結果回避のための予見性であり、つまり結果回避義務に結合された予見義務としての予見性であることはあまり多くの説明を要しないところであろう。⁽¹⁰⁾そしてこのように過失責任の最も妥当するより現実的場面が、通常の日常生活行為にもとづく損害であることもしごく当然といえよう。したがってまた、このような通常の日常生活行為にもとづく損害を前提とするかぎり、その場合の過失は、わが国の通説に見られるように予見義務違反といおうと、あるいは判例に見られるように結果回避義務違反といおうと、それは、たんに説明上の差異にすぎず、結果としてはなんら差異はなく、また、その結果はあらゆる人に、いわば互換的に及ぶものである。

このように、かりに本来の過失責任の予見性は、結果回避義務に結合された予見性であり、また、その最も妥当する場合が相当の注意を用いれば結果回避の可能な範囲の損害ということになると、そこでいわれる予見性と当面の課題である鉱業損害、特に第一〇九条第一項に規定される「鉱物の掘採のための土地の掘さく、坑水若しくは廃水の放流、捨石若しくは鉱さいのたい積又は鉱煙の排出」により鉱業損害（以下では、たんに鉱害と呼ぶ）をめぐる予見性との間にはかなり差異がありそうである。すなわち、全体としての鉱業企業活動を前提とする場合、結果として発生する鉱害について、たしかに一般的には予見性なしとはいえないであろう。しかし、ここで注意されねばならないことは、その場合の予見性は、たとえば鉄道や航空機の営業における運行事故などと同じようにその種類などはかなり定型化も可能なほどであるが、しかし、何日・何処で発生するかという具体的損害になると、大変、特定のしにくいいわば観念的予見性だということである。したがって、このように具体的損害となると特定のしにくい損害に向けられた観念的予見性の下では過失責任の本来の目的ともいえる結果回避の期待は、大変、困難になるわけで、しいて

結果回避の実行を期そうとすれば、極論すれば、それは全体としての企業活動それ自体の停止以外に方法がないともいいうるところである。しかし、もちろん、鉱業に対する社会の必要性は、一般にはこのような停止を承認しないところであろう。¹⁴つまり、その意味では、鉱害に対する予見性は、そのままでは結果回避義務に結合しがたい予見性ということになるのである。そして、このような意味での予見性は、たんに鉱害や鉄道・航空機事故にとどまるものではなく、程度の差を問わなければ、ほとんどの近代企業損害について指摘しうるところともいえよう。そこで、もし、鉱害に対する予見性が、このように結果回避義務に結合しがたい予見性であり、その点で本来の過失責任における予見性とかなり差異が見られるということになれば、過失責任説がいうように、そこに予見性があるからといって、なにも鉱害賠償責任を過失責任として位置づける必要はなさそうである。むしろ、過失責任として位置づけるよりも、本来の過失責任の核というべき結果回避義務のふじゅうぶんさないし不存在という意味において、過失の無い、つまり無過失責任として位置づけることが可能であり、また、そのように位置づけることが、損害填補にとってより効果的であることは多くの説明を要しないところであろう。

ところで、このように、損害発生の子見性を認めながらもそれが結果回避義務に結合しないという点で、本来の過失責任の子見性とは異なるということから、近代企業からの損害の賠償責任を無過失責任として位置づける試みは、さきにエーレンツワイグ博士によって提唱され、¹⁵近時ではキートン教授、¹⁶さらにはエッサー教授などによっても提唱されているところである。¹⁷そのうちのエーレンツワイグ博士によれば、*negligent causation* は、合理人が行為者の地位に置かれたならば、生じた種類の損害を予見することができ、かつ、そのような原因行為を避けることが合理的に期待される場合に存在するものである。そして、このような *negligent causation* の下における予見性とそうでない予見性を区別し、前者の子見性によるネグリゼンスを本来のネグリゼンスとして *moral negligence* と呼び、後者

のネグリゼンスを negligence without fault と呼ぶのである。そして、前者の moral negligence は、通常の日常生活行為からの損害に対して最も妥当するものであるのに対して、後者の negligence without fault は、個々の企業に定型的な損害であり、その損害は企業の出発に当って企業者に予見可能ではあるが、企業の停止以外には回避しがたい、つまり企業損害に対して最も妥当するネグリゼンスとするのである。そして、エーレンツワイグ博士は、このようにネグリゼンスを moral negligence と negligence without fault とに分類した上で、後者の negligence without fault による損害に対しては、それが回避しがたい損害であつてみれば、その意味での危険な行為をさしあたり許容されることの社会への対価として、その企業からの定型的な損害の範囲で、なんら企業者の故意・過失を条件とせずして、つまり、もっぱら被害者への損害填補作用 (compensatory function) として無過失責任を認めようとするのである。⁽¹⁸⁾そこで、このようなエーレンツワイグ博士の考え方をそのまま鉦害賠償責任に適用すれば、鉦害賠償責任は、もっぱら被害者への損害填補作用として機能する negligence without fault としての鉦業権者・租鉦権者の無過失責任であり、⁽¹⁹⁾また鉦害の原因となる、つまり第一〇九条第一項の「鉦物の掘採のための土地の掘さく、坑水若しくは廃水の放流、捨石若しくは鉦さいのたい積又は鉦煙の排出」は、そのような無過失責任を負わすべき、鉦業に定型的な危険行為の例示ということになるわけでもある。⁽²⁰⁾そして、このような立場からは過失立証などの問題が無用となることはもちろんであるが、さらに解釈上問題となる、たとえば露天掘、鉦区外の補助坑道掘進、石油井における油の流出、探鉦のためのボーリングによる損害などについても、それらの原因行為は、いずれもここでいう鉦業に定型的な危険行為の一種とみることができ、またそのかぎり、これまた鉦業権者・租鉦権者の無過失責任の対象となることは当然ということになるのである。

- (1) たとえば、我妻栄「鈹業法改正案における私法問題」私法五号八二頁、戒能通孝・債権各論四二八頁、来栖三郎・債権各論二四三頁、前田達明・民法VI（不法行為）二二四頁など多数であるが、しかし、いかなる理由によって無過失責任となるかについては触れるところがない。したがって、鈹害賠償責任が理論として無過失責任となすべきや否やも疑問とされるわけでもある（我妻栄・事務管理・不当利得・不法行為九九頁）。
- (2) ドイツでは、鈹害賠償責任を企業者の危険責任と解するのが通説といえよう（R. Müller-Erbach, *Gefährdungshaftung und Gefährtragung*, S. 258f. ; H. Isay u. R. Isay, *Allgemeines Berggesetz für die Preussischen Staaten*, Bd. II, S. 61）。その「この点に regard' Müller-Erbach は、プロイセン鈹業法などの鈹害賠償制度は、鈹業権者の危険責任を認めた一八三九年三月一六日のプロイセン最高法院、および、その後の判例の法律的表現だとしている（R. Müller-Erbach, a. a. O. S. 270）。しかし、プロイセン鈹業法一四八条、ザクセン鈹業法三五五条などは、鈹業法第一〇九条と異なつて鈹業上の作業による一切の損害（*allen Schaden*）と規定していることに注意されねばならない。
- (3) たとえば、宗宮信次、不法行為論四八九頁、加藤一郎・不法行為（増補版）二二頁、幾代通・不法行為五頁など。
- (4) 平田慶吉・鈹害賠償責任論一一二頁参照。
- (5) 平田慶吉・鈹業法要義四五八頁、同「鈹害賠償規定解説」民商法雑誌九卷五号九頁、同、鈹害賠償規定解説五六頁など。この点について、美濃部・前掲書二五二頁は、「民法学者の多くは、右の改正法の規定を以つて無過失損害賠償の責任を認めたものと為し、従来の民法の規定に依れば、全然賠償責任を負ふべき理由の無かつたものが、改正法の規定に依り新に賠償責任を負ふべきものとなつたものの如くに解して居るようであるが、それは正当の理由ある見解とは信じ難い」とされる。また、近時でこの立場を支持するものとしては、富井・前掲私法学会報告がある。
- (6) 徳本鎮「鈹害賠償責任の一考察」（九州大学法学部三〇周年記念論文集）四七九頁がこの問題を検討する。
- (7) 民事責任の損害填補性について、平野義太郎「損害賠償理論の発展」（牧野先生還暦祝賀論文集）一〇六頁、牧野英一「不法行為論の発展」法律時報五卷七号三頁、我妻栄「損害賠償理論に於ける具体的衡平主義」法学志林二四卷三号八五頁、岡松参太郎・無過失損害賠償責任論五二三頁、石本雅男・民事責任の研究二五七頁各参照。
- (8) 来栖・前掲書二二七頁。Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, S. 568f. ; J. W. Hedemann, *Die Fortschritte des Zivilrechts im 19 Jahrhundert*, S.

二二 各参照。

- (9) 我妻栄・事務管理・不当利得・不法行為(新法学全集一〇卷IV)九六頁、来栖・前掲書二二一頁各参照。この点で、岡松・前掲書三三頁以下は、予防作用と損害填補の調和を指摘される。なお、民法七〇九条の成立過程については、原田慶吉・日本民法典の史的素描三三七頁以下参照。
- (10) この点について、平井宜雄・損害賠償法の理論四〇〇頁は、「過失とは、結果回避ないし防止義務に違反した行為であり、かつその前提として行為者に結果発生の予見性の存在ないし予見義務が要求されている行為、として規定されることになる」とされ、また前田達明・不法行為帰責論一八五頁は、過失を「標準人を基準とした、結果回避のための注意(行為)義務違反」と概念規定すべきことを指摘され、さらに沢井裕「不法行為法学の混迷と展望」法学セミナー一九七九年一〇月号七六頁も、「不注意で認識しないまま行為に出たこと、すなわち結果回避義務違反が過失なのである」とされる。これに対して、幾代・前掲書三八頁は、「過失とは、違法な結果の発生することを不注意によって認識しないことであり、違法な結果の発生を予見して防止すべき注意義務を怠ることである、と定義しておく」とされ、両義務とも肯定される。
- (11) たとえば、法典調査会議事速記録四〇卷一四七丁、同二六一丁、菱谷精吾・不法行為論九四頁、鳩山秀夫・増訂日本債権法各論下巻九〇一頁、末弘厳太郎・債権各論一〇六八頁、我妻・前掲書一〇三頁、宗宮・前掲書五九頁、加藤・前掲書六四頁など。
- (12) これらの判例の動向については、平井・前掲書四〇二頁以下、前田達明・民法VI(不法行為)二九頁以下各参照。
- (13) この点について、幾代・前掲書三四頁は、予見可能性説、回避可能性説のそれぞれの内容の与えようによっては、さらに産業公害などについても差異はないとされる。なお、鈴木祿弥・債権法講義九頁も同様といえよう。
- (14) 平井宜雄・現代不法行為理論の一展望一〇一頁以下、沢井裕・公害の私法的研究一二二頁、石田稜・損害賠償法の再構成九五頁各参照。
- (15) A. A. Ehrenzweig, *Negligence without Fault*, p. 35.
- (16) R. E. Keeton, *Conditional Fault in the Law of Torts*, 72 H. L. Rev., p. 401.
- (17) Esser, *Responsabilité et garantie dans la nouvelle doctrine allemande des actes illicites*, *Revue internationale*

de droit comparé, (1961), p. 482.

- (18) A. A. Ehrenzweig, op. cit., p. 35—87. なお、エーレンツワイグ博士については、我妻栄「Negligence without Fault」(末川先生還暦記念論文集)二五頁以下に詳細な紹介がある。また、石本雅男「無過失損害賠償責任原因論(一)神戸学院法学五巻二・三号一八三頁は、エーレンツワイグ博士の「過失なき過失」(Negligence without fault)とハッサー教授の「推定された過失の場合」(Les cas de faute présumée)とは同概念であり、このような無過失責任と危険責任との統一の根源をローマ法の *culpa levisima* に求められるとされている。

- (19) このような結論は、具体的法適用の観点から、制度化された鉋害賠償責任の成立要件についていっているわけで、未制度の企業損害について(観念的)予見性説の有用性を否定するものではない。もっとも、この点は回避可能性説からも説明できるところであり(幾代・前掲書三四頁)、いわば過失の衣を着た無過失責任とも見られるところである(徳本鎮「過失の衣を着た無過失の理論」法学セミナー一九六九年二月号六四頁、同旨鈴木・前掲書九頁以下)。さらに、(観念的)予見性は制度化された鉋害賠償責任それ自体にとっても有用であり、次節で述べる違法行為の定型化が可能であるばかりでなく、企業責任に不可欠ともいえる責任の分散・担保としての責任保険や責任担保金制度を可能にするからである(A. Ehrenzweig, op. cit., p. 41.)。

- (20) 危険性が予見可能でもあるにかかわらず企業の存続の許容される点について、たとえば沢井裕・公害の私法的研究一七二頁は、「期待可能な防止措置がない以上、多くの場合、当事者の利益較量や社会的価値から企業の存続は許容されよう。この場合には、企業の窮極的損害回避義務は、損害担保義務に転化しているわけである。これを被害者からみれば、損害回避義務の履行請求権(差止請求権)が抑止され、その代償が与えられるということになる」とされるが、(観念的)予見性も損害発生の時、場所などの特定の蓋然性が高度になれば、少くとも差止の保護形式としては、いちおうその資格があり、その上で違法性の有無などにより、その可否が決定されるべきものと解すべきであろう。また、この場合の損害発生抑止につき、平井宜雄・現代不法行為理論の一展望一〇一頁以下は、政治プロセスによる特定の抑止と市場に委ねる一般的抑止というカラブレイジ理論の有用性を指摘されるが、注目すべき今後の課題といえよう。なお、カラブレイジの理論については、さらに森島昭夫「損害賠償責任ルールに関するカラブレイジ理論」(我妻栄先生追悼論文集)四〇五頁以下参照。

三 鈹害賠償責任の画一化・共同責任化

一 以上から、鈹害にあっては、そこに損害発生の予見性が存在しても、その予見性は結果回避義務に結合しがた
い予見性ということから、結局、鈹業権者・租鈹権者の無過失責任となること、また、鈹害の原因となる第一〇九条
第一項の「鈹物の掘採のための土地の掘さく、坑水若しくは廃水の放流、捨石若しくは鈹さいのたい積又は鈹煙の排
出」は、鈹業権者・租鈹権者に無過失責任を負わすべき鈹業に定型的な危険行為の例示ということが明らかにされた
わけである。そして、このうちの鈹業に定型的な危険行為について附言すれば、これらの各危険行為は、たんに鈹業
権者・租鈹権者に無過失責任を負わすべき鈹業に定型的な危険行為の例示を意味するにとどまらず、それ自身、さら
に違法行為の諸類型でもあるということである。すなわち、右の各危険行為は、そのうちのどれを取りあげても、ある
意味では、正当業務行為として違法性阻却事由に該当するとも見られるところである。しかし、このような帰結は、
もちろん、損害填補作用として機能すべき無過失責任の在るべき姿ではない。したがって、学説においても、一般論
としてではあるが、「権利侵害」から違法性理論へ、⁽¹⁾そしていわゆる「適法行為による不法行為」、⁽²⁾あるいは「賠償す
ることを条件として許容される行為」⁽³⁾などと、伝統的な過失責任の下におけるそれとはかなり異なるともいえる違法
理論を提唱することにより、その解決を試みてきたわけである。そして、この種の損害のより具体的な違法評価は、
被侵害利益と侵害行為との相関関係の判断によって求められるとするのが、従来の通説の到達点でもある。⁽⁴⁾したがっ
て、これらの学説を前提にすれば、第一〇九条第一項に規定される危険行為は、結局、その場合の被侵害利益と侵害
行為との相関関係の判断の結果なお違法性ありと評価される、つまり、その意味での違法な行為の定型化を意味するも
のと解されねばならないわけである。したがって、そのかぎりでは、これら各危険行為によって生じた損害、つまり

鉦害にあっては、原則として正当業務を理由としての違法性の有無は争いえないという点で、違法性阻却事由の限界づけを示すことになるわけである。⁽⁵⁾

二　そこで、以上のかぎりでは、通常の日常生活行為にもとづく損害と異なり、鉦業という一つの企業活動にもとづく損害の填補にあっては、その賠償責任、つまり鉦害賠償責任は、まず無過失責任およびその定型化という点において、次には違法性の定型化という点において、いずれも伝統的な過失責任の成立要件をめぐる修正型として位置づけられることが明らかにされたわけである。しかし、鉦害賠償責任の成立要件上の特徴は、以上にとどまるだけでなく、さらに次のような伝統的な過失責任における因果関係の修正型としても位置づけられるところである。⁽⁶⁾

三　一般に企業損害はそうであるが、特に未掘採鉦物の採取を目的とする鉦業からの鉦害は、その発生に相当の時間的経過を要し、かつ、その範囲はきわめて広汎に及ぶものである。したがって、鉦害におけるこのような事情の下では、たとえば、直接の原因行為者の移動、原因行為後の鉦業権・租鉦権の譲渡、隣接鉦区の稼行、他の原因行為の介入・競合などが生じやすく、結果として、原因行為と損害との間の因果関係は、きわめて不明確となりやすいのである。⁽⁷⁾したがって、鉦害におけるこのような因果関係の不明確さということを前提にするかぎり、すでに検討されたように、いくら鉦害賠償責任が無過失責任だとされても、その実効性はほとんど期待しがたいこととなるのである。なぜなら、不法行為の一般原則に従って、因果関係の証明を被害者に要求してみても、その証明には、きわめて多くの困難が予測されるからである。したがって、損害填補作用としての無過失責任の趣旨を実現するためには、ここにもどうしても因果関係の存在ないし証明についても、伝統的な過失責任の下におけるそれとは異った修正型が試みられねばならないわけである。鉦害賠償責任をめぐることの修正は、主として賠償義務者の画一化・共同責任化という方法を通じて行なわれ、大別して、次の二つに整理することができる。その一つは、一個の事業体において、かり

に法人であっても民法のように代表機関の行為についての法人の責任（民四四条）とか、被用者の行為についての使用者の責任（民七一五条）とかを認めるのではなく、常に鉱業権者（もしくは租鉱権者）が画一的に責任を負うことである。その二は、右の原則を前提として、鉱業権の譲渡や変動のあった場合、あるいは二つ以上の鉱区（もしくは租鉱区）の稼行の場合などの賠償義務者の画一化・共同責任化である。以下に、その主要の場合を取りあげることにする。

（イ） 鉱業権者・租鉱権者責任 鉱害賠償にあつては、一個の事業体の場合、かりに法人であっても民法のように代表機関の行為についての法人の責任（民四四条）とか被用者の行為についての使用者の責任（民七一五条）とかは認められず、常に鉱業権者・租鉱権者が画一的に責任を負う。この原則の認められる理由は、直接には、鉱害における因果関係の不明確さから、損害填補としての無過失責任の実効を期すためといつてよいが、さらには、たとえ使用者責任などにおける求償権（民七一五条三項）の不合理さの是正といった面もあるといつてよいであらう。そして、近時の下級審判決が法人の企業責任を民法四四条や七一五条によらないで民法七〇九条によつて認めるものが少なくないが、このような原則への接近を示すともみられるところである。¹⁰⁾

（ロ） 当該鉱区の鉱業権者・租鉱権者責任 右の原則を前提として鉱害賠償では、原則として「損害発生の際における当該鉱区鉱業権者（その鉱区に租鉱区があれば、それについては当該租鉱権者）が責任を負う（鉱一〇九条一項）。鉱害にあつては、原因行為後損害の発生ないし確定までにかなり長期間を要するものが少なくない。その場合、鉱害原因が、どの時代の誰の行為にもとづくかを正確に証明してその者に損害賠償を請求してゆくことは、きわめて困難なことである。そこで、原則として「損害発生の際における当該鉱区の鉱業権者」に一律に賠償責任を負わせることにより、無過失責任の実効を期しているわけである。ここで「当該鉱区の鉱業権者」とは、鉱害の原因であ

る各原因行為の基礎となる鉱業権の権利者である。¹¹⁾ 具体的には、自ら原因行為を行なった鉱区の鉱業権者、および他の鉱業権者によって原因行為の行なわれた鉱区の承継鉱業権者である。したがって、鉱害の原因となった行為が行なわれた後、損害発生前にその鉱区を譲り受け、その後損害が発生した場合、その損害賠償責任者は、原因行為者である譲渡鉱業権者ではなく、損害発生時の鉱業権者である譲受鉱業権者になる。この場合、損害発生時の鉱業権者は、その損害が譲渡鉱業権者の行為によるものであることを立証しても、賠償責任を免れることはできない。¹²⁾ もっとも、このような場合には、損害賠償を支払った鉱業権者は、原因を与えた譲渡鉱業権者に対して求償権を有するものと解されている。¹³⁾ しかし、通常、鉱業権譲渡にあつては、この種の賠償債務の処理についてなんらかの特約を設ける場合が多く、したがって、もし特約があれば、その特約の範囲で右の求償権は制限を受けることになる。

(ハ) 鉱業権消滅の場合 損害発生の際にすでに鉱業権が消滅しているときは、鉱業権消滅の際における当該鉱区の鉱業権者（その鉱区に租鉱区があれば、それについては当該租鉱権者）が賠償責任を負う（鉱一〇九条一項）。鉱業権消滅の場合には、後に同一地域に原始取得鉱業権者は現われうるが、承継鉱業権者はありえないわけであるから、最後の鉱業権者に責任を認めたのである。したがって、損害の原因となった行為を行なった鉱業権者の鉱業権が消滅した後、同一地域に別の鉱業権が設定され、その原始取得鉱業権者が鉱業に着手する以前に損害が発生したような場合の賠償責任は、旧鉱業権消滅の時の当該鉱区の鉱業権者であり、新しい原始取得鉱業権者ではない。なお、ここで鉱業権の消滅といっているのは、鉱業権の放棄、取消、取用および試掘権の満了などにとづくものである。学説の中には、¹⁴⁾ 鉱区の分割・合併も消滅原因と解するものもあるが、¹⁵⁾ 鉱区の分割・合併は、鉱業権の箇數または範囲に變動をきたすが、旧鉱業権が消滅して新鉱業権が発生するものではない。

(ニ) 共同加害および加害者不明の場合 損害が二以上の鉱区または租鉱区の鉱業権者または租鉱権者の行為

によつて生じたとき、あるいは損害が二以上の鉱区または租鉱区の鉱業権者または租鉱権者の行為のいずれによつて生じたかを知ることができないときは、各鉱業権者または租鉱権者は、連帯して賠償責任を負う（鉱一〇九条一項）。

鉱業権者と租鉱権者との行為の共同または両行為のいずれによるのか不明の場合も含まれる。鉱山地帯、わけても石炭の鉱山地帯では、大小さまざまな鉱区が隣接しあつて稼行が行なわれている。その結果、二以上の鉱区の行為が共同して損害を発生させ、あるいは、隣接鉱区鉱業権者のいずれの行為によるのか不明の損害が発生することが多い。そこで右のような連帯責任が認められているわけである。本規定の適用があるのは、二以上の鉱区の権利者の行為が損害の共同原因となつているか、またはいずれの行為がその原因か不明の場合である。行為が損害の共同原因となるためには、各行為者等の共通の意思は必要でなく、また、損害の原因となつた各行為は必ずしも同時期に行なわれたことを要しない。この制度は、損害発生の際に存在する二以上の鉱業権者、損害発生の際に消滅した二以上の最後の鉱業権者、隣接する鉱業権の一方が消滅し他方が存続する場合の鉱業権者の間に適用されることはもちろんであるが、¹⁶⁾さらに、承継関係のない新旧両鉱業権者の行為の共同または両行為のいずれによるかの不明の場合にも適用される。

(ホ) 鉱業権譲渡の場合 損害の発生後に鉱業権の譲渡があつたときは、損害発生の際の鉱業権者およびその後の鉱業権者が連帯して賠償責任を負う。また、損害発生後に租鉱権の設定があつたときは、損害発生の際の鉱業権者および損害発生後に租鉱権者となつた者が連帯して賠償責任を負う（鉱一〇九条三項）。鉱業権の譲渡や租鉱権の設定による賠償責任の回避を防止し、被害者の保護を図つたものである。公売にかけられた鉱業権を競落により取得する場合も一般の譲渡の場合と同様に解される。¹⁷⁾損害発生後に転々譲渡があつたときは、すべての譲渡および譲受鉱業権者が連帯して賠償責任を負う。問題となるのは、損害発生時の当該鉱区の鉱業権者が損害発生後、当該鉱区

のうちその損害に直接関係のある部分を減区し、他の直接関係のない部分の鉱業権を譲渡し、あるいはその鉱害に直接関係のある部分とない部分とに鉱区を分割して後者のみを譲渡した場合に、譲受鉱業権者が譲渡鉱業権者と連帯して賠償責任を負うかどうかである。いずれも連帯して賠償責任を負うものと解される。

(へ) 鉱業権者と租鉱権者との連帯責任　租鉱権者が賠償責任を負う場合には、常に鉱業権者も連帯責任を負う（鉱一〇九条四項）。すなわち、租鉱権者が損害発生時の賠償義務者として責任を負う場合には、損害発生時の当該租鉱権設定鉱区の鉱業権者およびその後の譲受鉱業権者がその租鉱権者と連帯して責任を負う。また、租鉱権者が設定されている鉱業権が消滅した場合に、租鉱権者が賠償義務を負っていれば、鉱業権消滅の時の鉱業権者が連帯して賠償責任を負う。租鉱権者が隣接する他の鉱区の鉱業権者と連帯責任を負う場合にも、さらに租鉱権設定鉱区の鉱業権者が連帯して責任を負う。¹⁸⁾

(ト) 共同鉱業権者・共同租鉱権者の連帯責任　鉱業権または租鉱権を共有する者は、鉱害の賠償については、連帯してその責に任ずる（鉱一〇九条五項）。これらの者の間には組合関係が認められ（鉱四四条五項）、その賠償義務は、一応、組合債務として成立する。したがって、各組合員は、民法上、分割的責任を負担するのが建て前であるが（民六七四条・六七五条）、ここでは個人的責任において連帯とされるわけである。¹⁹⁾

(チ) 負担部分と償還請求　鉱業法第一一〇条は、連帯賠償義務者相互間の負担部分および償還請求について規定を設けている。すなわち、以上に見られるように、鉱業法第一〇九条による賠償義務者は必ずしも真実の原因行為者とは限らない。賠償義務者の画一化・共同責任化を通じて、真実の原因行為者でなくとも賠償義務者となるわけである。しかしこれは、無過失責任の趣旨の実効を期するため、つまり被害者の損害填補の完全を期するためであって、真実の原因行為者でない者の負担において真実の原因行為者を利得させる趣旨ではない。つまり、鉱害賠償責任

の画一化・共同責任化は、あくまでも対賠償請求権者の関係であり、内部的な関係における賠償義務は、原則として真実の原因行為者が負担するのである。したがって、真実の原因行為者でないにもかかわらず、賠償責任の画一化・共同責任化の結果、賠償責任を負い、またその賠償義務を履行した者は、真実の原因行為者に対し、不当利得として、求償権を行使することができるわけである。

(a) 損害発生時の当該鉦区の鉦業権者・租鉦権者が、自ら原因行為を行なっていないにもかかわらず賠償義務を履行した場合には、その全額について真実の原因行為者に対して求償権を有する。もっとも、この点については特別の規定はないが、右に述べた理由にもとづくものである。しかし、通常、鉦業権の譲渡に際しては、鉦業賠償をめぐる債務引受契約が行なわれているものが多く、したがって、その特約の範囲で右求償権も制約を受けうることにについては、すでに指摘したとおりである。また、鉦業権の消滅の時ににおける当該鉦区の鉦業権者についても、右と同様の求償権が考えられる。

(b) 損害が二以上の鉦区・租鉦区の鉦業権者・租鉦権者の行為によって生じたとき、および、それらの者の行為のいずれによって生じたかを知ることができない場合に、各鉦業権者・租鉦権者が連帯賠償責任を負うとき、その内部関係における各自の負担部分は等しいものと推定される(鉦一一〇条一項)。各自の行為が損害の原因となった割合やその他の事情から賠償責任の割合を証明できれば、各自の負担部分は平等ではなくなり、相互の求償の範囲もこれによって定まる。⁽²⁰⁾ 反面、その証明ができないときには、全額を賠償した者は、他の各賠償義務者に対してそれぞれの負担部分の範囲で求償することになる。

(c) 損害発生後、鉦業権の譲渡を受けた者または租鉦権者となった者が賠償義務を履行したときは、鉦業法第一〇九条第一項または第二項の規定により損害賠償すべき者に対し原則として全額の求償権を行使することができる

（鉦一一〇条二項前段）。

（d） 内部的には租鉦権者が実質上の賠償義務者であるにもかかわらず、当該租鉦権設定鉦区の鉦業者が連帯賠償義務を履行したときは、当該鉦業者は租鉦権者に対し原則として全額の求償権を行使することができる（鉦一一〇条二項後段）。

（e） 共同鉦業者・共同租鉦権者の一人が全額の賠償をしたときは、各自の負担部分の範囲で、他の共同鉦業者・共同租鉦権者に対して求償権を有する。

四 鉦害をめぐる因果関係の不明確さは、損害填補作用としての無過失責任の実効を期すためには、以上のような賠償義務者の画一化・共同責任化という過失責任の下では見られがたい新しい制度を出現させるのである。しかし、それでは、このような制度で因果関係のそして少くとも成立要件上の問題はすべて解決されるのかというと、必ずしもそうではない。これらの制度を前提としつつもその限度で、各原因行為と損害との間の成立要件としての因果関係という問題はなお残るのである。なぜかといえば、鉦害賠償責任は、すでに見られるように「鉦物の掘採のための土地の掘さく、坑水若しくは廃水の放流、捨石若しくは鉦さいのたい積又は鉦煙の排出」によって生じた損害についての責任だからである。そのかぎりでは、具体的法適用にあたっては、やはりその限度での因果関係の証明ということは避けられないわけで、また、その挙証責任は、原告被害者の側にあるとするのが従来の判例・通説である。しかし、挙証責任が原告被害者にあることは当然だとしても、この原則にもとづいて、原告被害者が、裁判官をしていわゆる確信を得させる状態にまで立証しなければならぬとすれば、その困難なことは述べるまでもなく、ひいてはこれまた無過失責任の認められた趣旨を失いかねないところである。そこで、この点を解決しようとするのが因果関係をめぐる、いわゆる蓋然性説である。²¹ すなわち、原告被害者による鉦害の因果関係の証明については、その存在すること

のかなりな程度の蓋然性を示すことでいちおう充足されたものとし、被告鉦業者・租鉦業者の側で因果関係なしことの証明がないかぎり、それで因果関係は確定すると考えるものである。この考え方は、原告の立証の程度引上げと被告の立証の程度引上げとの両方を問題にするものであり、裁判所の心証は、いわばその相関によって形成され、また、形式的にはともかく、実質的には挙証責任の転換を意図するものといつてよい。⁽²²⁾そして、因果関係のきわめて不明確な鉦書にあつて無過失責任の趣旨を実現しようとすれば、賠償義務者の画一化・共同責任化に加えて、さらにこのように運用上の工夫を試みるのがより公平と思われるところに、この理論の妥当根拠があるともいえるところである。⁽²³⁾

- (1) 末川博・権利侵害論三〇〇頁以下。
- (2) 末広巖太郎「適法行為による『不法行為』」(民法雑記帳)三二四頁以下。
- (3) 我妻栄・事務管理・不当利得・不法行為一〇一頁以下。
- (4) 我妻栄・前掲書一二五頁によって提唱されたところであるが、今日、この立場が従来の学説の到達点であり通説になっていることについて、加藤一郎・前掲書三五頁、幾代通・前掲書六二頁各参照。しかし、この立場に対しては、たとえば来栖三郎・債権各論二二五頁、五十嵐清・判例演習・債権法2〔増補版〕一九八頁、鈴木祿弥・前掲書一七頁などの権利拡大説が見られるが、この立場に立つても違法性阻却事由の限界づけは当然必要であり、そのかぎり本文の結論は、いずれの立場から差異はないように思われる。
- (5) 徳本鎮「鉦害賠償」(現代損害賠償法講座5)二八五頁。原子力損害について、同趣旨を指摘するものとして加藤一郎・不法行為法の研究九三頁、星野英一「原子力災害補償」民法論集三卷四〇五頁がある。
- (6) ここで伝統的な過失責任の成立要件といっているのは、主観的要件としての故意・過失、責任能力、そして客観的成立要件としての違法性、因果関係という通説の立場(たとえば、我妻・前掲書一〇三頁、加藤・前掲書三〇頁、幾代・前掲書一〇五頁、星野英一「故意・過失・権利侵害・違法性」私法四一号一六九頁など)を前提としてのことである。しかし、

この点については、今日、新違法性論（たとえば、柳沢弘士「ケメラーの民事不法理論」〔日本法学三一巻四号一五七頁〕、新過失論（たとえば、平井宜雄・損害賠償法の理論三九四頁）、新受忍限度論（たとえば、野村好弘「故意・過失および違法性」〔公害法の生成と展開〕三八七頁、淡路剛久・公害賠償の理論四五頁）、違法性一元論（たとえば、乾達明「不法行為法についての一考察—法学論叢八二巻六号七四頁）などの立場があるが、しかし、いずれの立場に立っても、その説明に差異はあつても鉾害賠償責任の具体的成立要件それ自体の内容には差異はないといえよう。なお、本稿では右の成立要件のうち、責任能力については触れていないが、その理由は、今日の鉾害は全部といってよいほど法人であり、また、その従業員においても責任無能力者（民七二二条）はほとんど考えられないからである。

(7) 我妻栄・豊島隆・鉾害法二八二頁。徳本鎮・農地の鉾害賠償（法学理論篇）五二頁以下は、特に石炭鉾害賠償について因果関係の不明確さを取りあげる。

(8) 徳本鎮「鉾害法（抄）」註釈公害法大系四巻三九九頁以下。

(9) 我妻・前掲書一七八頁、加藤一郎・不法行為（増補版）一九〇頁、幾代・前掲書二〇〇頁、武久征治「被用者に対する求償の制限」（現代損害賠償法講座6）八七頁以下各参照。

(10) これらの判例の傾向については、徳本鎮「企業責任」（法学教室）八号四五頁に取りあげる。

(11) 同旨、平田慶吉・鉾害賠償規定解説五九頁。

(12) 同旨、我妻・豊島・前掲書二八四頁、宗宮・前掲書九一頁。

(13) 我妻・豊島・前掲書二八四頁、宗宮・前掲書四九一頁。

(14) 平田・前掲書六一頁。

(15) 同旨、我妻・豊島・前掲書一六〇頁。

(16) 同旨、我妻・豊島・前掲書二八五頁、宗宮・前掲書四九二頁。

(17) 通達昭和二八年四月八日鉾山局三五四号参照。

(18) 同旨、我妻・豊島・前掲書二八六頁。

(19) 同旨、我妻・豊島・前掲書二八六頁。

(20) 同旨、我妻・豊島・前掲書二八五頁、宗宮・前掲書四九二頁。

(21) 徳本鎮「鉱害賠償における因果関係」(舟橋先生還暦祝賀論文集) 法政研究二七卷二一四合併号五九頁、同「公害の民事的救済と因果関係」(高田先生還暦祝賀論文集) 法政研究三六卷二一六合併号五一頁。

(22) 私見の蓋然性説が「公害訴訟における因果関係の証明を、証明と疎明の間の心証で決する」ものであるかのように理解されるものが見受けられる(野崎幸雄「因果関係論・総論」(現代損害賠償法講座5) 一〇五頁、一二四頁)。しかし、これはまったく誤解である。本文に示されるように、因果関係の心証は、原告被害者の立証とそれによる被害加害者の事実上の舉証責任による立証との相関により形成されるわけで、そのかぎり鉱・公害の因果関係も心証という観点からは他の一般民事事件となら変りはないといえよう。そして、たとえばイタイイタイ病訴訟について、名古屋高裁金沢支部判昭和四七年八月九日判例時報六七四号二五頁が「疫学的因果関係により本件イ病の原因物質はカドミウムであることが証明されたのであるから、臨床および病理学による解明によって、右証明がくつがえされなにかぎり、法的因果関係の存在も肯認するべきである」と判示しているのは、ここでの蓋然性説とまったく立場を同じくするものといえる。

(23) 鉱害の因果関係の立証をめぐって、さきに一九五七年のイギリス石炭鉱業沈下法の第一三節「紛争の解決」の第二条が、「本法の手續において財産被害が沈下被害か否かについて争いが生じ、被害の性質および態様が沈下被害の様相を呈していることが証明された場合、その被害が沈下被害でないことを証明する立証責任は石炭庁が負う」と規定した(J. Sinclair, *Coal Mining Law*, 1958, p. 345, D. G. Woodley, *Coal Law for The Land Practitioner*, 1972, p. 89, 各参照)。そして、最近時、一九八〇年の西ドイツ連邦鉱業法草案の第一一八条第一項本文も、「鉱山採掘業の地下探査または探掘の影響範囲内において、地表の沈下、圧縮または歪あるいは地盤の亀裂等その種類により鉱害と言える被害が生じた場合には、その被害はこの鉱山採掘業によって発生したものと推定される」と規定するに至った(欧州石炭鉱害調査報告書(西ドイツ編) 五五頁参照)。各国の無過失責任としての鉱害賠償責任についての因果関係のこのような在り方は、わが国の鉱害賠償責任のみならず、さらにその他の企業責任をめぐる蓋然性説の今後の展開にとって、きわめて重要な意味を持つものといえよう。

四 む す び

一 通常の日常生活行為にもとづく損害と異なり、鉱業という一つの具体的な企業活動にもとづく損害填補の在り方は、過失責任から、いわゆる無過失責任へと移行するのであるが、それではその、いわゆる無過失責任、つまり鉱害賠償責任は、その成立要件においてどのような規範的特徴を有するものであろうかというのが本稿の出発点であった。その検討の結果明らかにされたことは、成立要件としての鉱害賠償の規範的特徴は、鉱害に見られる予見性が結果回避義務に結合しがたい、いわば観念的予見性であり、そのことによる無過失責任性とその定型化、鉱害原因行為の違法性阻却事由性の否定と違法行為の定型化、および因果関係の不明確さによる賠償義務者の画一化・共同責任化（そして、さらには蓋然性説の承認）という点にあり、また、その意味においていわゆる無過失責任としての鉱害賠償責任は、伝統的な過失責任の故意・過失というたんに主観的成立要件にとどまらず、さらに違法性、因果関係という客観的成立要件の修正型としても位置づけられることであった。そして、言葉を変えれば、このような規範的特徴において、鉱業という企業活動によって侵害された権利は、その損害填補といういわば消極的機能を、ようやく貫徹することが可能になるということでもある。したがってまた、鉱害賠償責任については、まず、このような規範的特徴を理解することが、その適正な具体的法適用の出発点となるであろうことについては、あまり多くの説明を要しないところであろう。

二 ところで、以上は、鉱業という一つの具体的な企業活動にかかわる損害賠償責任の在り方を検討したものである。しかし、今日、いわゆる無過失責任と呼ばれるものには、右の鉱害賠償責任のほかにも、原子力損害賠償責任（原子力損害賠償法三条）、大気汚染・水汚染による生命身体の損害賠償責任（大気汚染防止法二五条、水質汚濁防

止法一九九条)、水洗炭損害賠償責任(水洗炭業に関する法律一六条)、油濁損害賠償責任(油濁損害賠償法三条)などかなりの制度にのぼっている。そして、これらの各制度についても、一般には、ただ、伝統的な過失責任の故意・過失という主観的成立要件の修正型としてのみ理解されがちである。しかし、具体的法適用という観点からは、無過失責任とされればなおさらのこと成立要件としては違法性や因果関係こそが争点となるわけであり、したがって、これらの各制度についても本稿のような立場からの検討が必要のように思われる。そして、望ましい、いわゆる無過失責任理論の一つの試みは、このような各制度の総合的な検討を通じてようやく可能になるともいえるが、今後の課題にする次第である。⁽²⁾

(1) この点に関連して、石田稷・損害賠償法の再構成一九頁以下が、不法行為法を意思責任的不法行為、客観責任的不法行為、結果責任的不法行為に三分類され、そのうち結果責任的不法行為が学説上無過失責任の名で処理されるものであり、大気汚染行為、水質汚濁行為、鉱物掘採行為、原子力事業、航空機事業、鉄道事業、食料品や医薬品など製造物責任などがその対象となり、「これらの行為の多くは、社会生活の維持、発展の上で極めて重要であるが、しかし、重大な損害を比較的広い範囲に惹起する危険性を有するから、行為者が損害発生を防止するために相当な行為をしても損害賠償責任を負担すると考えるべきである」として(同書九五頁)、いわば無過失責任的不法行為の類型化を試みておられることは、本稿の視点とも共通しており、きわめて注目されるところである。しかし、その具体的内容においては、本稿との間に差異がみられる。

(2) このうちの原子力損害賠償責任については、徳本鎮「鉱業法(抄)」註釈公害法大系四卷四七〇頁以下で検討したことがある。なお、本稿は、「はしがき」にも示されるように私見への批判に答える部分もあり、したがって、右論文および徳本鎮「鉱業賠償責任の一考察」(九州大学法学部三〇周年記念論文集)四七九頁以下などと重複した部分のあることをおことわりしておきたい。