HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	淡路民法学・公害環境法学の40余年 私の研究史断章 ： 川島法学・連帯債務・不法行為・公害環境法
Author(s)	淡路, 剛久
Description	シンポジウム
Citation	北大法学論集, 59(4), 185-210
Issue Date	2008-11-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/35193
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-4_p185-210.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

シンポジウム

淡路民法学・公害環境法学の四〇余年

私の研究史断章

――川島法学・連帯債務・不法行為・公害環境法――

淡路剛久

Ⅰ 序

(1) 本日は、お招きをいただきましてありがとうございました。北大の先生方には、いつもいろいろとご教示を頂き、

また、なにかとお付き合いをさせていただきまして、感謝申し上げております。とりわけ、吉田邦彦教授には、今回、声をかけていただき、さらにお世話いただいていることに、心より感謝申し上げたいと思います。

本日出席いただいている方を拝見いたしますと、五十嵐清先生がいらっしゃいます。先生には、私が助手の頃からご指導をいだいておりまして、その後も一緒に著作物をつくらせていただくなど、大変お世話になっております。先頃は、私が現在勤めております早稲田大学の比較法研究所の講演会におきまして、先生が研究を続けておられる比較法の基礎理論のお話を伺いました。いつも本当に最先端の議論を展開されておられることに、ただただ感嘆いたしました。

北大の先生方には法学の理論家が多く、その中で、ただ、日本社会が大きく動いた一九六〇年代から現在に至るまで、現実社会のある種の要請に法学の領域から応えようとしてきた私の拙い研究史を、自分史の形でお話しさせていただくのは、大変おこがましいと思いますが、それでよいという吉田教授のことばを信じまして、話をさせていただきます。

(2) さて、本日、私が話させていただくテーマですが、吉田教授からは、ただ自分史の形で話をすればよい、と言われましたが、実際に吉田教授から示された仮題では、「川島法学と連帯債務・不法行為・公害環境法」となっておりました。やはり川島法学のことや、私が研究生活を始めた当時の民法学の状況などに関心がもたれ、そこから始める必要があると思いましたが、私の研究テーマである連帯債務・不法行為・公害環境法を川島法学との関係に重点を置いてお話することはできませんので、並列的に、「川島法学・連帯債務・不法行為・公害環境法」とさせていただきました。

(3) 私が川島研究室に助手として残していただいたのは一九六四年ですが、私がこの時期以降、現在に至るまで研究テーマとした課題は、実にこの三年間の助手時代に出発点を有していました。

① まず、助手論文の話をしなければなりません。私の助手論文は連帯債務でしたが、その議論の出発点の重要な一つは我妻民法学の連帯債務論でした。

② その話に入る前に、一九六〇年代に至る民法学の潮流についてお話ししたいと思います。実は、今回、吉田邦彦教授を通じてお招きいただいたときにふと疑問に思ったことなのですが、末弘法学と川島法学との関係についてはよく語られ、川島先生は末弘先生から大きな影響を受けたと言われ、またそのとおりだと思いますが、我妻法学と川島法学との関係についてはほとんど語られることがありません。それはなぜかという疑問です。

私が、助手に残して頂いた一九六〇年代に至るまでに、日本の民法学は、日本の自前の民法解釈学を完成させつつあった我妻民法学と、解釈学にとどまらない新しい民法学を構築しようとした末弘－川島民法学の新たな潮流の二つが出現していたのです。まずは、そこからお話したいと思います（以下、「です、ます調」を「である調」に直します）。

Ⅱ 民法学の二つの潮流

一 日本民法解釈学を体系化した我妻民法学

(1) 我妻民法解釈学の意義を理解するためには、それまでの民法学説史をごく簡単にみておく必要があろう。日本の民法学の第一期は、民法典の制定からドイツ法学派が主流を占めるまでの時期であるが、民法学説は、民法典起草者の考え方に従うにとどまっていた。民法典が編纂されたばかりの時期であり、このことは当然であったと思われる。

第二期は、ドイツ民法流の民法解釈が日本民法の解釈として定着していった時期であり、明治後期から大正期まで、学説で言えば、鳩山秀夫博士の民法学までの時期である。この時期に、ドイツから学説継受がなされた理由については、

これまで指摘されてきたような、ヨーロッパにおけるドイツの政治的な優越、わが国の国情との政治的な意味での類似性、民法典論争におけるドイツ法派の勝利、そして、わが国の民法典の構成が、旧民法典が採用したフランス民法典流のインスティツツィオネス方式から、ドイツ民法典流のパンデクテン方式をとったことなどが、いずれも妥当するものと思われる。しかし、それだけではない。この時期は、帝国大学および有力私大の法学部において、法学教育の必要が生じ、民法を体系的に教育する必要が生じていたところ、フランスでは、ナポレオン法典の権威によりしばらくの間は条文の注釈を中心とする注釈学派が中心を占め、学説による民法の体系化については大きな関心が払われなかったのに対して、ドイツでは、長年をかけて構築されてきたパンデクテン学説が民法典に結実したという法典編纂の経緯が異なり、ドイツ民法典流のパンデクテン方式を採用したわが国が、東大、京大などから多くのドイツ留学者を出し、ドイツ民法学説を継受したことは、ある意味で必然であったと思われる。

鳩山秀夫博士は、一九〇八年（明治四一年）東大卒業と同時に講師に任ぜられ、しばらく後にドイツに留学して、一九一四年、留学から帰国し、民法の講座を担当された。当時は、鳩山民法にあらざれば民法にあらずと言われ、大審院を始めとする裁判所もすべてが鳩山民法によって支配された、と言われている。鳩山博士の債権法総論は、いまでも引用しなければならないことが少なくないが、ドイツの学説継受の色彩が濃厚である。このような状況が変わるのは、末弘厳太郎博士のアメリカ留学以降である。末弘博士は、それまではドイツ民法流の解釈論を展開されていた。末弘・債権総論はそのあらわれである。しかし、アメリカ留学から帰国された末弘博士は、アメリカ流の判例研究方法の必要を説いて、東大判例研究会を組織し、また、ケース・メソッド方式を法学教育に導入された。また、法典の文言の上での論理的、概念的な解釈ではなく、日本社会の現実をみた解釈の必要を説かれた。鳩山民法学に対しては、これを厳しく批判されたようである。鳩山流ではだめだと言われた鳩山博士が、酒を飲んで、当時鳩山家に下宿していた我妻先生の

手をとって泣いた、という話が述べられている（『日本の法学』（日本評論社、一九五〇年）五四頁）。末弘民法学の変化は、債権総論と物権法との相違として、はっきりあらわれている。

第三期は、大正期から戦後の一九五〇、六〇年代頃までである。その代表は、我妻博士であった。この時期の日本は、資本主義の発展期であり、我妻博士は、ドイツ法を基本的に承継するが、フランス法、英米法をも学ばれ、また、法哲学、経済学についても該博な知識をもち、これらの外国法、外国社会科学の該博な知識の上に、資本主義の発達と私法との関係を分析し、また、末弘博士が強調された判例研究を我妻法学の中心的な方法論として位置づけ、はじめて、ほぼ民法の全領域にわたって、法律構成を中心とした民法解釈論の体系書をつくられた（『民法講義』シリーズ）。

(2)　我妻民法学の方法論は、「私法の方法論に関する一考察」において述べられている。川島先生は我妻法学についてあまり多くを語られていないように見受けられるが、次のように述べられている文章がある（追悼文）。すなわち、川島博士によれば、我妻民法学の出発点は判例の位置づけにあり、大陸法の成文法主義の下で、判例をどう位置づけるかについて、英米法流のアナロジーで終わらせず、判例から抽象的な法的ドグマを構成する、そしてそれを成文法の既存のドグマの体系の中に組み込む、という作業をされた、とされている。そうして、それが裁判の実務で我妻博士の『民法講義』が重要な参考書にされた最大の理由である、事件事実のシミラリティーから出発しないで、判決の中に書いてある説示から出発して法律構成しているところもあるが、それは多くない、とされ、単に、詳しいことが書いてある、判例がたくさん引用してある、というふうにみられては困る、と川島先生は評されている（座談会「我妻先生の学問と業績」ジュリスト五六三号（一九七四年））。

この鳩山民法学から我妻民法学への進展は、条文中心の民法学から、社会へ適用される民法学への飛躍的発展とみることができよう。

我妻民法学は、法学教育においても大きな役割を果たした。戦後の一九五〇年代頃以降、法学部の設置が増え、学生数が飛躍的に増加したが、民法の世界でいえば、そのような膨大な学生に一定水準の民法教育ができたことは、我妻民法学によるところが大きい、といえよう。もちろん、それぞれの民法担当の教授は、自己の研究を踏まえた学説を展開し、教育していたであろうし、ユニークな体系書、教科書も多数出版された。しかし、それは、やはり、明治期以来はじめて、日本社会を前提にして、資本主義の法として民法を位置づけ、ドイツ法をはじめとする外国法を相対化し、判例から法準則を引き出し、諸学説をそれぞれ位置づけつつ批判を加え、そのようにして、民法全体にわたって標準的な民法学説を構築した我妻民法学あったからこそ、可能だったといえるように思われる。

二　新たな潮流としての川島（民）法学

(1)　もう一つの潮流は、大正時代の末期に末弘法学より始まり川島法学によって具体的に主張された解釈法学（「ドグマティクとしての民法解釈学」）とは別の、民法学および法学を構築しようとする学問の潮流である。このような潮流は、末弘法学のみならず、日本における自由法論やマルクス主義法学などの諸学説をもその基盤としており、各法学領域ではなばなしい活躍がみられたが、戦後、もっとも鮮明な形で主張を展開されたのが川島法学であった。

川島法学は、川島先生が自ら、「私は、或る意味で、法律学界では非常に変った歩みをしてきたような気がしています。それはどういうことかと言いますと、法律学においても、法社会学においても、私は絶えず自分の今までやってきたことに不満を感じ、また何か新しいものを求めてさまよってきました。つまり私の考えあるいは学説、特に方法論上の問題についての私の見解は、絶えず変転してきました。私ほど絶えず次から次へと新しい問題を提起したり、新しい見解

を出したり、自分自身を踏み台にして新しいことを問いかけてきた学者はあまりいないかもしれません」、と述べられているように（川島『ある法学者の軌跡』（有斐閣、一九七八年）三五一頁）、時代に応じて、多様な領域において、多様な形で展開された。そのため、ときに学界の一部では、川島法学がある（一つないしいくつかの）時点で変わった（従来のものが断絶して新たなものに変わったとか、一貫性を欠くに至ったなど）、といった指摘ないし批判も見られたようである。

(2)　たしかに、川島博士の研究の軌跡をたどると、研究の対象と研究方法とにおいていくつかの時代に区分できる。たとえば、川島先生が亡くなられた後のジュリスト誌での追悼の座談会「川島法学の軌跡」（ジュリスト一〇一三号（一九九二年））では（この座談会では、主として民法学、法律学、および方法論が扱われ、法社会学は原則として除かれている）、この座談会を準備された平井、太田両教授は、四つの時期に区分されている。大ざっぱにいうと、第一の時期は、民法解釈学に専念された一九四五年以前、第二の時期は、民法教科書と『所有権法の理論』が書かれ、戦前の前近代的な日本社会の分析がなされた一九四六年から五三年まで、第三の時期は、法解釈論争に始まりアメリカのリアリズム法学の影響を受け、経験法学の提唱がなされた一九五四年から七一年にかけての時期、そうして第四の時期は弁護士活動の影響が見られる一九七二年以降である。そして、この座談会では、川島法学のある側面につきある時期と別の時期とで「断絶」を指摘する意見も述べられている。

私が助手に残していただいた一九六四年は、この時期区分でいえば第三期であり、リアリズム法学の影響と経験法学の研究会が実施された後期の時期であった。したがって、平井教授が思い出されていたように、当時の民法の研究室は、リアリズム法学の影響と経験法学研究の熱意に充ちた学問的な雰囲気の中にあったといってよいであろう。

(3)　しかし、川島法学は、すでに述べたように、多様な領域において多様な形で展開されていた。この点については、

かつて、先生の追悼の文章で述べたことがある（「川島法学への一アプローチ」ジュリスト一〇一三号二九頁以下）が、要約すると、第一は、川島博士の一方の専門であった民法学における解釈論の領域である。この民法解釈論の領域においても、川島法学には、科学化への努力が見られるが、そこではマクロな法の科学理論（「公準」）が解釈論に応用されている場合が多い。第二は、近代法に関するマクロ理論とそれに関連した領域である。これは、法を、特殊＝近代的法のモデル（これを川島博士は、一般理論ないし「公準」とされる）、すなわち資本主義経済の法規範構造のモデルで分析、評価した領域である。『所有権法の理論』がその出発点であり、ここでは、資本主義社会の原初的型態たる「商品」ないし「商品交換」から出発して、法規範的構造（論理構造）として私的所有権、契約、および「人格」が析出され、これによってさまざまな法制度（前近代的な法関係）が分析、評価されている。第三は、法意識論とそれに関連した領域である。これは、法意識が人間行動を決定づける諸要因の中で行動決定にいちばん接近したところで起こる現象であるととらえて、これを独立の行動決定要因といちおう考え、その観点から日本人の法意識を現わす諸側面を分析した領域である。『日本人の法意識』が代表的著述であるが、この著作においては、日本人の法意識が法社会学的方法により独自に分析されたというよりも、大きな枠組みとして先に述べた所有権法の理論から得られた考察を法意識レベルに応用したという側面が強い。第四は、法に関するミクロ一般理論とそれを基礎づける法理論の領域である。第五は、科学的実用法学の理論の領域である。法解釈学の中で、ドグマの学としての法解釈学とは別に、「科学としての実用法学（法律学あるいは法解釈学）」の確立を主張した『科学としての法律学』がその代表である。第六は、「生ける法」の理論と「生ける法」としての慣習法の領域である。法の直接の存在型態としての「生ける法」に関する理論、および近代法が支配する現代社会の中においてなお慣習として存在し、かつ現行法体系の中で（民法の規定や法例二条――現行の「法の適用に関する通則法」三条――により）、法（慣習法）として認められるべき法関係に関する研究（たとえば、入会

権や温泉権などの慣習上の権利に関する著作）がここに含まれる。

私が研究室に入ったときには、川島法学にはリアリズム法学と経験法学の傾向が強かったが、川島法学には、以上述べたような、資本主義的近代社会における市民法的な視点が濃厚に存在していたことも事実である。

三　我妻法学と川島法学

(1)　先に述べたように、川島法学が末弘法学の影響を受けていることはよく指摘され、川島先生自身述べられているが、我妻法学と川島法学との関係については、あまり論じられることがない。この偉大な二つの民法学の関係をどうとらえるかは民法学説史にとって興味深いテーマだと考えられるが、ここでは次の点だけを指摘しておきたい。

(2)　第一に、民法解釈学の領域では、我妻法学はマクロかつ抽象的な価値の目標を置きつつ、条文からのミクロな法律構成という方法をとるのに対して、川島民法解釈学はマクロな理論を法律構成として応用するという正当化の仕方をとったところに特徴があるようにみうけられる。川島法学の科学化への志向、客観的な「公準」理論への志向は、法解釈の領域においても顕著に現れているように思われる。

(3)　しかし、第二に、抽象的な法学方法論においては、実は、我妻先生の「私法の方法論に関する一考察」と川島先生の「科学としての法律学」その他の実用法学の方法論は、裁判中心、価値の重視、社会現象研究の重視、法律構成の重視と、類似したところが多いことも指摘されて良いと思われる。川島法学において、一時、法律構成を軽視する論調が見られたが、その時期を除けば、川島民法解釈学においても、民法学の方法論においても、正当化としてにせよ、判断枠組みとしてにせよ、法律構成は重視されているとみてよい。

(4)　そこで、川島法学が我妻法学ともっとも異なっているのは、解釈法学とは違った（もちろん、独立の学問領域となった法社会学とも異なった）民法学を追及したところにある、といってよい良いように思われる。所有権法の理論から始まり、さまざまな試みをされた川島法学の一つの特徴は、解釈学とは異なった民法学の追及であったのではなかろうか。

川島法学が、このような学問的チャレンジをすることができたのは、実は、解釈法学の領域では、我妻法学の大構築物がその存在をあらわしつつあったからではなかろうか。その意味では、我妻法学と川島法学とは決して無縁の存在ではなかったように思われるのである。

Ⅲ　すべては助手時代に始まった

一　川島先生・経験法学との出会い

(1)　私は、安保闘争がおこなわれた一九六〇年に大学に入学したが、学部時代、川島先生と来栖先生のいずれも大変魅力的ですばらしい講義を受ける機会にめぐまれた。川島先生についていえば、民法は『民法1　総論・物権』（初版一九六〇年）がそれまでの講義案をもとに教科書として出版されたばかりの時期であり、また、法社会学についても、小型の『法社会学上』が数年前に出版されたばかりの時期であった（一九五八年）。法学教育としては、民法解釈学と法社会学とははっきりと区別されて教授されていた。また、法哲学は、碧海純一先生であり、法解釈論争の紹介と分析、経験科学と法解釈学との相違、法解釈学の性質論などの講義を受け、また、新版『法哲学概論』（一九六四年）が出版

されたことにより、助手になるときには、法学方法論についてある程度の頭の整理がなされたように思われる。

(2) 助手時代の経験法学との出会いは、かつて、本学部の研究会で平井先生が述べられているとおりである（「民法学の方法・思想・思考様式」北大法学論集四七巻六号（一九九七年））。当時は、民法、法社会学、比較法の助手、大学院あわせて一〇名近くの若手研究者（の卵）がおり、読書会、合宿、共同執筆な活発など共同研究をおこなっていた。

二　加藤先生・不法行為法・公害法との出会い

(1) 加藤一郎先生には、助手になって初めてそのご指導を受ける機会を頂いた。一つは、交通事故比較法の研究会であり、私はフランス法交通事故賠償法を担当し、そのことを通じて、フランス不法行為法を研究する機会にめぐまれた。もう一つは、加藤先生を代表とする文部省の総合研究である公害法の研究会であった。これは一九六五年に日本全国から、関係する専門の民法学者、行政法学者が集まり、結成されたものであり、一年先輩の大変有能な助手、野村好弘氏とともに事務局を担当することになった。その後、論争の相手となったり、共同の論陣を張ったりしていただいた澤井先生とも、このときに初めてお目にかかる機会を得た。

(2) 交通事故賠償法にせよ、公害法にせよ、助手時代に、その後の私の研究領域と研究活動を決める重要な機会を得たことは、きわめて幸運であったと思う。とくに、公害法は、まさに誕生期であり、中堅や大家の先生方も、若手のわれわれも、同じ出発点に立って研究活動を開始することになったのである。この研究会において、公害規制法の研究、公害健康被害補償法の研究などの共同研究がおこなわれ、現地調査、比較法の研究などがおこなわれた。私が、その後、公害環境法の研究を続け、今日に至ったのは、東大の共同研究体制、そして加藤一郎先生のおかげである。

Ⅳ　伝統的な我妻解釈法学への挑戦の試み－連帯債務の研究

(1)　助手は三年で論文を書かなければならず、その水準は博士論文に匹敵するものでなければならない、といわれていた。経験法学、不法行為、公害法と、共同研究に明け暮れる助手生活であったが、助手二年目のある時期を過ぎた頃であろうか、私は、共同研究に参加する一方で、助手論文の準備にとりかからなければならないと思うようになった。経験法学のプレッシャーが重くのしかかったといわれる平井教授と違って、私の場合には、川島先生との話し合いとご示唆により、自然に法解釈学のテーマを取り上げることになった。平井先生が当時の経験法学の雰囲気の中で伝統的な法解釈学のテーマを取り上げられたことがよく影響したのかもしれない。

(2)　民法の領域において、どのようなテーマが助手論文となりうるような未開拓な領域かについては、川島先生からいくつかの示唆をいただいた。その中で、テーマを絞ったのが連帯債務であった。連帯債務は、その体系的な解釈学が完成されたかにみえる我妻法学においても、絶対的効力の説明が主観的共同関係という抽象的なことばに依存するだけで、説得力を欠いた構成のように思え、また、これに反対する相互保証説も他の制度を借りた技術的な説明だけに依存する、やはり実体を欠いた構成のように思えたからであった。完成された我妻民法解釈学への幾分かの挑戦という意気込みもあった。平井教授の相当因果関係に関する論文からの影響があったかもしれない。

ところで、この領域には、椿先生の本格的な研究が存在していた。たしかに、椿先生のアプローチは、ドイツの普通法時代の連帯債務論にアプローチするものであり、継受されたローマ法の法文解釈に踏み込む大胆さがあったが、普通法時代の法文解釈はまるで富士の樹海のように辿り着く道を示すことなく、そこからなんらかの結論を得ることは困難に思えた。日本の連帯債務法は、絶対的効力がかなり広く認められている共同連帯のタイプであり、フランス法はもっ

と広く絶対的効力を認めている。それならば、フランス法からアプローチしてみれば、なんらかの結論が得られるのではないか、というのが連帯債務に取り掛かった動機であった。

(3) しかし、一つの論文の起承転結を論理的に書ききることは、なかなか大変である。私の仮説、そしてそのような分析の視点は川島先生の講義案で示唆されていたが、共同連帯型の連帯債務において広く絶対的効力が認められるのは、ドイツ普通法学者がおこなったような、単一の債務という債務の性質論や、弁済および弁済と同視すべき事由の効力に関するローマ法文の解釈としてではなく、連帯債務者間に絶対的効力を適用するにふさわしい実体関係があるからであるというものであった。このような発想の背後には経験法学の影響もあった。連帯債務という概念を実体化し、そのような特殊の債務が存在すると発想してはいけない、というものである。私の『連帯債務の研究』では、その分析方法の第一として、個人間の規範関係を個人間の事実関係との関連で把握すること、連帯債務論に即して具体的にいえば、連帯債務における絶対的効力性の根拠をそれが適用される共同債務者間の実体関係との関連で把握することをあげたが、ここには、民法解釈にあたっても、規範内在的な論理的な関係だけでなく、社会的事実との関連に焦点をあわせて分析する必要がある、との経験法学的思考の影響があったように思われる。具体的な分析は、ローマ法、ローマ法の継受（そこにはエールリッヒの分析視点が入っている）、フランス法、そして日本民法起草者へと、伝統的な歴史的な検討の手法を用いているが、基本的発想には経験法学からの影響があったと思うのである。

(4) 私はまた、連帯債務論との関係で不真性連帯債務論についても分析検討した。そこでも、債務の実体化の思考から免れる、という経験法学的思考のアプローチが基本にあったと思う。ここでも、具体的な分析は、フランスにおける完全連帯と不完全連帯という連帯二分論から全部義務論への進展という歴史的検討がなされているが、概念の実体化の排除という経験法学的思考の影響があり、それに、不要な中間的な法概念（平井教授の「相当因果関係」がその一つで

あろう）ないし中間命題（星野教授が用いられた手法）の排除という当時の民法解釈論の手法の影響があったと思われる。

(5) 連帯債務、不真性連帯債務についての研究は、一方で、債権総論へ、他方で、複数不法行為者間の法律関係へと私の研究テーマを広げたが、前者は、私の『債権総論』へ、後者は、私の不法行為法研究において、交通事故、公害、使用者責任などにおける求償関係や一人に生じた事由の効力に関する論文へと応用されている。

Ⅴ 不法行為法へのアプローチ

一 被害者の権利保障へ

(1) 不法行為法は、前述したように、助手時代から共同研究の機会を得て研究を始めた領域であったが、比較法としてはフランス不法行為法の研究をはじめていた。助手時代に、フランス民事責任法を踏まえて、交通事故賠償、近隣妨害などに関するフランス法の研究をし、発表の機会を得ていたが、その後、日本不法行為法については、公害賠償に関する議論が必要となり、私は、過失論については、違法性概念を不要とする平井説に依拠しつつ、これを結果回避義務の違反とし、受忍限度を超える損害を与えることが過失と定義した。これは、比較法的には、アンリ＝レオン・マゾー・タンクの民事責任論にもヒントを得ていた考え方であったが、問題は、当時の訴訟で過失の立証において最大の困難となっていた予見可能性を過失の要素から排除することができないか、ということであった。私としては、行為規範としては、被告が結果回避義務を尽くさなければならず、そのためには被告が詳細な調査をするなどして予見義務を尽くさ

なければならないはずであるのに、訴訟になると、裁判規範としては、被告側にとって結果の予見が可能であったことを証明するために、原告側が詳細な調査をしなければならないことに大きな不満を感じていた。そこで、予見可能性を過失の不可欠の要素とすることを回避できないかと考え、過失論としての新受忍限度論を唱えたのであったが、この点については、やはり論理として弱点があったことは否めず、大方の学説の賛同を得るには至らなかった（近年、一部の学説からは、予見可能性を排除あるいはその比重を小さくする解釈論が唱えられている）。

(2)　私のそのような問題意識にとって、フランス留学時代に学んだスタルク教授の民事責任論は、まさにコペルニクス的な展開を示すものであった。スタルク教授の民事責任論（「保障理論」）については、日仏法学に紹介し、私の『不法行為法における権利保障と損害の評価』（有斐閣、一九八四年）（権利保障）に収録したが、要約すれば、次のようなものであった。すなわち、従来の民事責任論は、「過失」（過失責任論）か「危険」（危険責任論）かの違いはあるにせよ、加害者の行為に焦点を合わせ、その評価の上に法理論を構築していたのに対して、保障理論は被害者に焦点を合わせ、被害者の権利の法による「保障」（それは単なる被害者救済の要請とは異なる）によって、民事責任法を再構成する。これは発想の一八〇度の転換であるが、同説は、民事責任を権利と権利との調整の問題であるとし、被害者の権利（被害者の安全、被害者の権利、被害者の自由）から民事責任論への接近をはかる。被害者の権利に対しては加害者にも「行為をする権利」があるから、これをも民事責任論の視野にいれなければならず、そうなると、ただちに被害者の権利と加害者の権利の衝突の問題が起こる。この権利の衝突の調整原理こそが民事責任論の問題である。それでは、この調整はいかにしてなされるか。損害が、まず、二種に区別されなければならない。一つは、人の生命・身体の侵害および物の破壊・毀損、すなわち人的・物的損害（アクイリア損害）であり、もう一つは、それ以外の損害である。前者の人的・物的損害については、安全に対する個人の権利、すなわち、生命・身体の完全さ、物の完全さに対する個人の権利が承

認される。したがって、その侵害は、原則として、行為者の心理的・精神的状態とは関係なく、それ自体違法な、権利なしにひき起こされた損害を構成し、損害賠償責任を生ぜしめる。後者の人的・物的損害以外の損害については、被害者の権利と行為者の権利の衝突を調整する原理は、一般に過失である。このような人的・物的損害に関する保障理論を、スタルクは民事責任史によって論証しようとする。スタルク教授は、まず、イエーリングの『私法における過失』から歴史分析の基本的視点を引きだして、民事責任の歴史は、被害者の権利保障の絶えざる拡大の歴史であった、とする。すなわち、同説によると、民事責任史の第一段階は、十二表法から古アクイリア法に至る時代であって、この時代には、故意（dolus）による損害と不可抗力（偶然）（casus）による損害との区別がなされ、故意だけがサンクションされ、過失（culpa）は、故意からも不可抗力からも独立した概念になっていなかった。当時のローマ社会の未発達はこのようなサンクションで被害者の権利保障を十分なものにした。第二段階は、ローマ社会の変化に対応している。商品交換の増大とより複雑な道具の使用は、過失による損害を増大させ、これまで罰せられることのなかった非任意的殺人も法務官によって発給されるアクイリア訴権によってサンクションされることになった。それは、責任の制限ではなく、新しいタイプの損害すなわち過失（culpa）による損害に対する保障の拡大であった。つまり、故意と不可抗力の二分法は終わりを告げ、故意、過失、不可抗力の三分法があらわれ、故意と過失がサンクションされることになったのである。現代になって第三段階がやってくる。この段階では、過失のない加害行為（factum）の多発によって、右の三分法は不十分となり、故意、過失、過失のない加害行為、不可抗力の四分法があらわれ、前三者がサンクションされることになったのである。学説は、現代の無過失責任主義を客観主義への回帰ととらえるが、それは回帰ではなく、保障の拡大に向かっての進化である（以上については、権利保障・二九頁以下）。

以上がスタルク教授の保障理論であるが、しかし、スタルク教授は私がフランスに留学した一九七四年に亡くなられ、

その理論は一定の評価と権威を与えられたものの、主張者が亡くなられたことによってその後は発展をみていないように思われるのは残念なことである。

(3) 私は、フランス不法行為法については、その後も研究を続けてきたが、被害者の権利の拡大に向けたフランスの判例の大胆さ、時に立法の大胆さは、われわれの関心をひきつけるのに十分であろう。交通事故被害者について過失相殺を原則的に廃止したデマール判決とその後の一九八五年七月五日法（「フランスにおける交通事故賠償法の新たな展開」立教法学二六号（一九八六年））、不法行為責任の客観化をすすめた一連の判例と立法などについて（「人身不法行為における過失責任原則の克服」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向』上（有斐閣、一九九二年）、「不法行為責任の客観化と被害者の権利の拡大」立教法学七三号（二〇〇七年）など）、私はその都度紹介し、過失責任主義に固執するわが国の法制度との比較をおこないつつ、日本不法行為法が被害者の権利保護の法へと発展するための議論の基礎を提供し、あるいは日本不法行為法の解釈論を展開してきたつもりである。

(4) なお、日仏交流の面で、シャバス教授によりパリ第一二大学に六回、またラルメ教授によってパリ第二大学に一回、客員教授ないし招待教授として招かれ、日本法・日本不法行為法の講義をする機会にめぐまれたことは幸いなことであった。

二 被害者の損害の回復の拡大

(1) 不法行為損害論について、私が最初に影響を受けたのは、人身損害賠償法を念頭に置いた西原道雄教授の死傷損害説と損害賠償の定型化・類型化に関する議論であった（一九六四年私法学会報告ではじめて主張され、その後論文と

して発表された)。同教授は、従来の損害賠償額の算定方法は、仮定の上に仮定を組み立てたあいまいなものでしかなく、人身事故においては、死傷そのものを損害とみて、これをもって定型的にとらえ、損害賠償の総額を重視し、賠償額の極端な個人差を減少させ、社会的な「相場」をつくっていくべきだと主張された。この主張は、実務と学説に大きな影響を与えたが、逸失利益と慰謝料の二本柱を中心として組み立てられた個別的損害算定方式をとる交通事故賠償法の裁判実務においては、部分的に取り入れられ(たとえば、慰謝料、積極損害としての入院雑費や介護費など)、総額としての個人差の減少は実現されなかった。学説的な議論では、現実に収入に差があるのだから賠償額に差があるのは当然との反対の主張もみられた。いずれにしても、交通事故賠償法は、個別的算定方式で固まり、それが現在まで続いている。

(2) これに対して、一九六〇年代から提起されるようになった公害訴訟や薬害訴訟では、被害者・原告は、はじめは一律請求・一括請求を主張し、やがて人身損害それ自体を損害として包括的に損害評価を求める包括請求という新たなタイプの主張がされるようになった。

裁判例は、一方では、逸失利益と慰謝料の二本柱を基本とする個別的算定方式を維持しつつ、原告が逸失利益を請求しないと述べているから慰謝料で考慮するという理屈で従来型の慰謝料(慰謝料の補完的作用)で構成するものと、正面から包括請求を認めるものとがあらわれた。学説からは、集団訴訟であることを考慮して便宜的にこの種の包括請求を認めることができる、との正当化の理由が提起されたり、どちらの方式をとるかは自由であるとか、事故類型の違いである、との指摘がなされたりした。

(3) しかし、個別的算定方式と包括的算定方式が並立して存在するとするならば、それらを包括する損害論がなければならないはずである。そこで、私は、平井教授の金銭的評価論、すなわち、裁判官の裁量的創造の主張を踏まえ、ま

た、西原教授の提起された問題意識をも持ちつつ、それらを修正することにより新たな損害論を構築すべきではないか、と考えるに至った。それが私の評価段階説である（『不法行為法における権利保障と損害の評価』）。おおざっぱに発想だけを要約すれば、こうである。差額説によれば、損害とは不法行為がなかったならばあったであろう状態と不法行為があったことによる現在の状態との差額であり、それは何らかの方法により発見されて具体的な金額であらわされる。このような目的のために、人身損害賠償の場合には不法行為がなかったならばあったであろう状態について様々のフィクションが用いられた。現在の交通事故賠償法はこの差額説の考え方の影響を強く受けている。しかし、個々具体的な法益についてこうむった不利益（被害）を損害ととらえる基本的な立場に立ち、人身損害の場合には死傷そのものを損害とみる死傷損害説によれば、（不法行為があったことによる現在の状態はともかくとして）不法行為がなかったならばあったであろう状態については、不確かな要素、あるいは不法行為がなかったならばあったであろう状態を仮定することが本来できない場合が多いので、不確かなものは不確かなもの、仮定することができないものは仮定することができないものとしてこれを直視し、損害評価の理念（不法行為損害賠償制度の目的）に従い、損害評価の資料となしうる事実があればそれに基づいて、それがなければ基本的に裁判官の創造的活動によって損害の評価を行うことになる。フィクションではなく、事実そのものから出発するわけである。損害の評価が基本的に裁判官の創造的活動に依存する、といっても、それは職権探知主義を意味するわけではなく、大枠としてはあくまで弁論主義の枠内にとどまると解すべきであるから、当事者から立証の対象となりうる事実、すなわち、真偽が確定しうるような事実の主張立証があれば、これを損害評価の基礎とすべきであり、その範囲で裁判官の創造的活動に枠づけが与えられることになるのである。

Ⅵ　公害・環境法へのアプローチ

一　公害訴訟・環境権訴訟

(1)　私が公害・環境法の研究を始めたのは、一九六四年に学部を終えて助手に任用された二年目の一九六五年であったことは、先に述べた。当時は公害法と呼ばれていたが、加藤一郎先生が代表になられ、総合研究という文部省の科学研究費があり、その助成を受けて公害法研究会が全国的につくられ、一年先輩の野村好弘氏と共に事務局を担うことになったのがきっかけであった。この研究会の成果としてまとめられたのが、『公害法の生成と展開』や『外国の公害法』（いずれも岩波書店刊、一九六八年、一九七八年）などであり、前者の終章で提言された「公害賠償保障法の提案」は後に立法化された公害健康被害補償法のもととなったものである。

(2)　一九六七年に立教大学に就職し、その頃からいよいよ公害問題が激烈な形で顕在化してきた。私は公害の現地を訪れ、弁護士と議論し、いろいろ勉強させて頂く中で、民法の不法行為法研究者として公害賠償の理論を再構築する必要を痛感し、四大公害訴訟と同時進行の形で、判例タイムズ誌に公害賠償の法理論を連載した。実務や学説においても、四大公害訴訟とともに、因果関係論、過失論、違法性論、共同不法行為論、損害賠償論、差止論が根本から議論されていたが、私の議論はそれなりに影響をもったようである。共同不法行為理論は四日市公害訴訟で中心的に争われた争点であったが、新しい考え方を基礎にした私の論文が四日市判決になにがしかの影響を与えたと聞かされたことがある。このとき連載した論文が後に出版された『公害賠償の理論』（有斐閣、一九七五年〔一九七八年（増補版）〕）の中心になったものである。

(3)　公害訴訟が進行し、判決を迎える中で、公害の事前防止の重要性が強調されるようになった。一九七〇年に、都留重人先生が中心となり、公害の国際シンポジウムが開かれ、そこで、ジョセフ・サックス教授が中心となり、環境権

の提言を含む東京宣言が発表され、また、その年の九月、日弁連の人権大会で環境権の提言がなされ、大阪弁護士会環境権研究会が私権としての環境権を提唱した。わたしは、同じ頃、環境権の論文を発表していたが、それ以来、環境権をどう確立させるかを考え、随時論文を発表してきた。環境権には基本的人権としての環境権と、差止請求権の根拠となる実定法上の環境権があり、とりわけ後者の意味での環境権を確立するためには、その法技術を多面的に展開する必要がある、という基本的立場で（ときに、大阪弁護士会の先生方と論争をしたこともあるが）議論を展開してきた。また、個人的被害の立証ができない事実関係の中で、私権としての環境権を認めさせるためには、手続的違法を根拠にできないかについても議論を提起してきた。それらをとりまとめたものが『環境権の法理と裁判』（有斐閣、一九八〇年）である。しかし、残念ながら、実定法上の権利としての環境権は、未だ判例上認められるに至っていない。

(4)　そこで、さらに、環境権の主張を新しい権利の生成ととらえ、法社会学的な観点から、権利生成の条件として、第一に、権利主張の運動があること、第二に、権利として主張された利益を保護すべきだとする価値あるいは価値判断が社会的に広く共有されていること、そうして第三に、法技術的にいわば練磨されていることが必要である、との命題を提示した（法社会学会。法社会学三八号（一九八六年））。そして、第三の点について、やや矛盾を含むことばであるが、「権利をつくる法解釈学」あるいは「権利生成のための法解釈学」へのアプローチを試みた（「権利生成のための法解釈学」法曹時報五〇巻六号（一九九八年））。内容的には、戦後の法解釈論争の到達点とされる理解―すなわち、法的価値判断、ことば的技術、社会学的方法の重視―を基本的な出発点とし、法解釈論争と星野・利益考量論を批判された平井説をとりあげてそれに対する若干の検討を試みた後に、私権としての環境権が承認されるための先の三つの条件について、再考してみたものである。要約は難しいが、あえて述べれば、第一の条件は、社会運動としての権利主張はすでに三〇年以上なされている。第二の条件である、価値の共有ないし法的価値判断については、法の解釈における価値

判断とは、第一次的には実定法ないし実定法体系に基礎づけられた法的価値判断であるから、憲法的価値の強調、憲法にもとづく基本的人権としての環境権の強調、環境基本法、環境評価法などが重要であり、それらによって保護される実定法的な価値が新たな権利としての私権としての環境権を基礎づけるものになる。問題となるのは、第三の、法技術的錬磨ないし法的構成である。平井・問題提起によれば、ミクロ正当化ということになるであろう。従来の環境権訴訟が壁にぶつかったのは、この点においてであった。裁判所の環境権否定理由との対比で考え方を示せば、次のようになる。

第一に、憲法二五条、一三条はプログラム的規定でしかない、という点については、平井教授の用語で言えば、マクロ正当化の主張と理解すればよい。第二に、個人の法益侵害を超えて差止を求めるのは、司法的救済の域を出て、実定法上の根拠を必要とする、とする点については、法益のとらえ方しだい（実体的ないわゆる被害と狭くとらえるのは必然ではない）ともいえる。そこで重要なのは、第三に、環境権の主体、客体、差止基準をどう構成するかである。この点については、自然保護のケースを例にしてつぎのように考えた。まず、環境権の主体については、裁判所を利用する資格（その資格を欠けば、訴えが却下されるという意味で）と考えられるべきであって、客体としての環境になんらかの法的に保護されるべき利益（経済的利益に限られない）をもっていることを主張・立証できるもの、と解される。そうだとすると、法人格を有する自然環境保全法人やＮＰＯ法人、さらに権利能力のない社団も、定款に定められた環境保全に関わることがらについては、訴えを提起できることは当然と考えるべきである。これらの場合の環境権の客体は、主体と表裏の関係にあり、定款や日常の活動で定められた環境の範囲がそれにあたる。つぎに、環境権の侵害としての差止基準については、環境破壊の程度という実体的な基準ではなく、自己の法益に関わる環境保護の手続が適法にとられたかどうか（逆にいえば、手続的な違法がないかどうか）、という手続的基準がとられるべきことになる。環境アセ

スメント制度が立法化された現在、このような手続的審査の可能性は、一層増したというべきである。このような環境権の手続的保護は、従来の裁判例においてもみられるところであり、法理論的には、客観的違法を重視する広い意味での違法侵害説に接合させることができ、必ずしも特異な考え方ではない。ただし、手続的違法だけで差止が認容されるべきかどうかについては、今後、検討が必要である。

以上が、解釈論として提示した考え方であるが、私としては、現実の裁判上、その実現が難しいことも認識しており、そのことも含めて、固有の価値の目標と法的手段を有する固有の環境法の樹立を目指すに至っている。

二　公害紛争の法社会学

(1)　私はまた、一九六〇年代の後半頃から、全国の公害の現地を調査する中で、公害紛争の解決の仕方にも関心をもつことになった。戦前から戦後、そして一九七〇年代頃までは、各地の公害紛争は、権利と義務の争いとはならない形で終わったものが多かったのである。私は、これらの紛争解決方式を、被害者の要求の法的正当化の有無とそのタイプにより、「非法型」、「依法型」ないし「合法型」、「超法型」、目標達成の手段から、「直接交渉型」、「行政指向型」、「司法指向型」、「立法指向型」、そうして、実際の解決のあり方は、それらの組み合わせにより、直接陳情型の解決、非公式的行政的解決、公式的行政的解決、司法的解決、直接権利追求型の解決があることを述べ、前者から後者へと移行する傾向を明らかにした。これは日本的紛争解決方式に関する川島理論を受け継ぎつつ、一九六〇年代以降の変動と転換を明らかにしようとしたものである。これが「公害紛争の解決方式と実態」と題する論文（『注釈公害法大系四巻』（日本評論社、一九七三年））であった。

(2)　一九八〇年代から一九九〇年代、公害事件や薬害事件などは、裁判所が和解を勧めたり、あるいは判決後に当事者交渉で和解して紛争が終わる事例が多くなった。私は、公害紛争の解決方式で理論化した考え方を基礎としながら、司法的解決が和解に結実した直接権利追求型の解決によって被害者の権利が拡大する過程を法解釈学と法社会学の観点から分析した。それが『スモン事件と法』（有斐閣、一九八一年）であり、「水俣病事件と法」やその他の論文でも、同様の視点から分析を試みた。権利の確立と拡大をどう法理論として普遍化できるか、これが私が関心を持ちつづけている研究テーマの一つである。

(3)　公害紛争の裁判外の解決としては、私は、かねてから非公式的な解決としての和解の仲介から、公式的解決としての公害紛争処理制度への進展に注目し、調査などをも行ったことがあるが、一九七〇年に公害等調整委員会が設置されたときには、権利・義務で解決しない従来型の非公式的解決の制度の延長となるか、真の公害裁判所ないしＡＤＲ機関となるか、関心をもってみてきた。さすがに、権利を減殺する非公式的解決の機関とはならなかったが、初期の頃は、水俣病事件や大阪空港などの大型の事件において、裁判所の解決に従って解決をはかる司法補完的機能を果たすにとどまっていた。しかし、近年は、司法補完的機能と行政補完的機能、司法的機能のほか、司法的機能拡張機能として、原因究明機能、公害行政代替機能・法政策形成機能、司法的機能フォロ・アップ機能を果たすようになっていることを示した（「公害紛争の司法的解決と公害紛争処理制度による解決」立教法学六五号（二〇〇四年））。これらの役割をより一層果たせるかどうかは、今後の実績と人々の信頼、それに予算に依存する。なお、注目して考察していきたい。

三　固有の環境法（学）の樹立を

(1)　環境問題は、一九七〇年代頃に自然環境の保全の問題を、八〇年代頃にはアメニティーの保全を、九〇年代頃以降には地球環境問題を含むようになり、その対象領域は著しく拡大した。また、自動車公害問題、廃棄物問題や気候変動問題など、関連したさまざまの領域から複合的にアプローチをしないと解決できない問題が増えてきた。それだけでなく、民法、行政法、国際法など既存の法学理論の考え方を適用しただけでは、あるいはせいぜい拡大して適用しても、それでは解決できない問題が増えてきている。たとえば、民法の損害賠償や差止の問題でいえば、個人的被害を与えていないが、しかし環境に被害を与えている環境損害について、誰がその回復を求めることができるか。個人的被害を与えていない環境被害の差止を誰が請求できるか。後者は環境権の問題でもあるが、こういった問題に対して、私は、一九九〇年代の初め頃から、民法、行政法、国際法、刑法など個別の法学領域から独立した、固有の領域をもち、固有の価値を追及し、固有の法原則と法的手法を有する環境法の領域を樹立すべきだとの主張をするようになった。既存の法領域から生成、発展したサブの法領域が、やがて固有の対象領域と固有の法原則をもった法領域として独立することは、珍しいことではない。労働法、消費者法などがそうであるし、日本における法社会学の源の一つは、民法学者による民法現象の実態的な把握であった。一九九〇年代以降、環境法学は、独立の法学領域となることが求められるようになったのである。私は、このことを環境経済・政策学会編『環境経済・政策研究のフロンティア』（東洋経済新報社、一九九六年）の中で「環境法および環境法学のフロンティア」という論文やその他の論文で訴えたし、大塚・北村両教授が編集された『環境法学の挑戦』（日本評論社、二〇〇二年）という論文集（これは実は、阿部泰隆教授と私の還暦を祝っていただいた論文集である）に「環境法の課題と環境法学」というタイトルで書き、さらに、法曹実務家（裁判官）に向けて、「環境法学の特色と課題」（司法研修所論集一一三号（二〇〇五年））として提示させていただいた。

(2)　このような意味での環境法学は未だ生成途上にある。しかし、幸いにして、既存の法学領域を研究しつつ環境法

を片手間で扱うのではなく、既存の法学領域の基礎の上に立って、環境法学を専門的に研究し、その発展を担う研究者と研究業績が現れつつあるし（大塚直早稲田大学教授はその代表的な一人である）、法科大学院や法学部においても環境法への関心が高まっていると思われる。中長期的には、環境法の確立は確実に進展するものと思われる。

環境問題の課題に応えようとする若い意欲的な研究者が、既存の法学領域とその方法論を超えて環境法の発展を志すならば、未来に希望はあると思われる。

以上、大分時間を超過しましたが、私の研究史断章として、お話をさせていただきました。

（二〇〇八年二月二三日　北海道大学法学部の友人との会において）