

## 質 問 ・ 意 見 用 紙

所 属 明治学院大学法学部

氏 名 加 賀 山 茂

回答者	潮見 佳男 教授
<p>1. 「Ⅰ 緒論—近代不法行為法の目的」：損害リスクの転嫁について、最も研究が進んでいる確率統計学、「法と経済学」に触れずに、このシンポジウムの目的である「立法のベースライン」を提示することは、可能でしょうか。ご自身の教科書で詳しく論じられているハンドの公式や「法の経済分析」を取り上げられない理由は何でしょうか。</p> <p>2. 「Ⅱ 現代における不法行為システムの変容」：損害のリスク負担において、潮見教授は、「損害額の減額調整のための制度・準則について、現行民法は、過失相殺を除いて明示していない」（シンポジウム資料6頁，別冊 NBL では，3頁）とされていますが，債権総則に規定されている民法416条（損害賠償額の範囲）こそが，事実的因果関係にある損害の中から，予見可能な損害の範囲に減額調整するものであり，この部分の記述は，誤解を招くものではないでしょうか。</p> <p>3. 「Ⅲ本シンポジウムの趣旨・目的」：潮見教授は，シンポジウム資料7頁（別冊 NBL では，4頁）において，「不法行為法の根幹をなすいくつかの重要な事項について，①現代社会の実態を踏まえつつ，②不法行為法の立法（法形成）を支える『基本的価値原則』ないし『価値体系』を基礎にすえ，③これを実現する法的構成を示すことを通じて，④基本的な改正課題や大きな方向の分かれ目（対立点）を明らかにし，さらには不法行為法の立法（改正）が社会に与える影響を目に見える形にする作業を行おうとするものである」と述べられています。今回のシンポジウムの趣旨・目的に関する見事な要約であり，賞賛に値すると思います。</p> <p>4. しかし，それに続く，各報告者の報告においては，第1に，潮見報告の「責任主体への帰責原理における危険責任ではなく過失責任の維持」について共通理解があるのか疑問に感じました。第2に，山本報告の「不法行為法における『権利又は法律上保護される利益』の侵害要件から違法性を排除すること」についても共通理解となっているとは思えません。第3に，米山報告の「損害帰責の法的構造として図1，図2，図3のいずれを採用するのか」についても共通理解は得られないのではないのでしょうか。第4に，橋本報告の「損害賠償額の割合的調整に関する拡大モデルの評価」についても，異論があると思います。第5に，「共同不法行為，特に，重合的競合類型についての各共同不法行為者の責任の態様」についても，各報告者の提言について，全体の共通理解が生じているとは思われません。</p>	

5. 潮見教授は、シンポジウムの資料7頁（別冊NBLでは、4-5頁）において、このシンポジウムは、第1に、フロアの一部が密かに期待していた「不法行為法の改正条文案を提示すること」ではなく、第2に、「現行民法および関連法令とその解釈という枠組みのもとで蓄積された判例法理なるものをリステイトするもの」でもなく、第3に、「現在の不法行為法に存在する改正課題を網羅的に取り上げるものではない」という、「ないない尽くし」です。

6. このような「ないない尽くし」というのであれば、せめて、不法行為法の改正に向けた立法のベースラインについて、各報告者の個別の見解を超えた、報告者全体の共通理解は何かを知りたいというのがフロアに集まった人々の切実な願いであろうと考えます。なぜなら、立法に際しては、個人の意見よりも、グループ全体の合意が必要・不可欠であることは、民法（債権関係）改正に関して、潮見教授自身が身にしみて感じられたことであると考えますし、このシンポジウムにおいても、共通理解がどのようなものであるのかについて開示するという程度のサービスは、シンポジウムの代表として実現していただきたいところです。

7. 現在のところ、潮見教授が冒頭で宣言された「不法行為法の根幹をなすいくつかの重要な事項について、不法行為法の立法のベースラインを支える『基本的価値原則』ないし『価値体系』を基礎に据え、これを実現する法的構成を示す」という言明も、各報告者によっては、実現されておらず、潮見教授も第1報告の最後の章である「立法のベースラインの提示に関連する総論レベルの問題」（シンポジウム資料8-9頁、別冊NBLでは、5-6頁）において、法的構成についての結論を示さず、単に、問題点を述べるだけで、後は、「各論者の考え方を想像しながら思考の整理をしていただくことを乞う」というのでは、シンポジウムのテーマである「不法行為法の改正に向けた立法のベースラインの提示」とは、実は、内容が空虚な「羊頭狗肉」であるといわざるをえません。

8. そうではないというのであれば、「不法行為法の改正に向けた立法のベースライン」とは、いったい何なのか、このシンポジウムによって立法のベースラインのどの部分が各報告者の個人的理解を超えて、共通理解に達したのか、フロアの方々の思考の整理を助けるためにも、簡潔に説明していただけると幸いです。

## 質 問 ・ 意 見 用 紙

所 属 明治学院大学法学部

氏 名 加 賀 山 茂

回答者	潮見 佳男 教授
-----	----------

潮見佳男「責任主体への帰責の正当化－帰責原理と立法のベースライン」への質問

責任主体への帰責の正当化というテーマにおいて、もっとも重要な問題の一つは、シンポジウム資料 16 頁（別冊 NBL では、14-15 頁）における、「責任能力なき」行為者への帰責の問題だと思います。

潮見教授は、民法（債権関係）改正案において、3 条の 2 として新設された「法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しなかったときは、その法律行為は、無効とする。」に賛成だと思われまます。

この改正案の 3 条の 2 における「意思能力」と、民法 7 条以下の「事理を弁識する能力」、という概念と、民法 712 条以下の「責任能力」、すなわち、「自己の行為の責任を弁識するに足りる知能」とか、「自己の行為の責任を弁識する能力」との差異をどのように整合的に説明されるおつもりでしょうか。

私は、「意思能力」、「行為能力」、「責任能力」という全ての概念について、それらを事理弁識能力の「レベル」の問題として統一的に扱う、すなわち、民法 7 条における事理弁識能力を欠く」場合が民法（債権関係）改正案 3 条の 2 の「意思能力を有しない」場合と同様であり、民法 11 条の「事理弁識能力が著しく不十分である」場合が、民法 712 条、713 条における「責任を弁識する能力を備えていない」場合だと考えていますが、いかがでしょうか。

## 質 問 ・ 意 見 用 紙

所 属 明治学院大学法学部

氏 名 加 賀 山 茂

回答者	山本 敬三 教授
-----	----------

山本敬三教授の「権利又は法律上保護される利益」の侵害要件の現状分析（シンポジウム資料 18-22 頁，別冊 NBL では，97-106 頁）は，見事ですし，最終章の「権利」の保障と「自由」の保障に関する記述（シンポジウム資料 28-29 頁，別冊 NBL では，114-116 頁）は，まさに，不法行為法の立法的課題の中心的課題であると考えられます。

私は，「自由基底型権利論」に賛成しますが，「自由基底型権利論」と「権利基底型権利論」に関する各報告者の意見分布は，どのような状況なのでしょう。

\*\*\*

なお，以下の点は，立法的課題の一般的な問題に属しますので，シンポジウムの討論で取り上げていただく必要はありません。蛇足です。

山本教授は，シンポジウム資料の 22 頁で，現行民法 709 条の見直しが必要な理由として，「国民一般に分かりやすいものとする」ということを理由にされています。

私は，山本教授が法制審のメンバーとして作成に関与された民法（債権関係）改正案は，現行民法よりも，ずっと，「国民一般にとってわかりにくい」と感じています。理由を挙げればきりがありませんが，ひとつだけ挙げれば，いわゆる「要素の錯誤」が，今回の改正案では取消しとなりますが，それよりも保護が少なくてよいはずの心裡留保は無効のままです。新設された 3 条の 2 は，意思能力を有しないときにした法律行為の効果を無効としています。本人保護の規定である点で，錯誤と同じく取消しとする方がわかりやすいし，正気に返ったときには追認が認められる点からも，取消しにすべきでした。事理弁識能力を欠く法律行為でさえ取り消しなのに，意思能力を有しない場合にはなぜ無効になるか，一般国民にとって分かりやすいとはいえないと思います。

そのような改正案の起草にコミットしておきながら，民法 709 条のように，最も分かりやすいと思われる条文を「国民一般にとってわかりにくい」と言われると，「お前にいわれたくない」というのが，素直な感情です。

山本教授は，今回の民法（債権関係）改正案が「国民一般にとって分かりやすいもの」となったと，本気で思っておられるのでしょうか。そう思われているのであれば，先生との間には理解を超える溝があることとなります。残念ながら，「国民にとって分かりやすいもの」とはならなかったと考えておられるのであれば，「国民一般にとって分かりやすいものとする」という言葉を安易に使ってほしくないと思います。

## 質 問 ・ 意 見 用 紙

所 属 明治学院大学法学部

氏 名 加 賀 山 茂

回答者	米村 滋人 准教授
-----	-----------

今回のシンポジウムの最大の成果は、米村滋人准教授の報告「損害帰属の法的構造と立法的課題」であり、シンポジウムの資料31-33頁の図1、図2、図3というわずか3つの図（別冊NBLでは、164-166頁の4つの図）だけで、因果関係に関する全ての学説における不法行為法の法的構成を「視覚的」に明らかにした点にあると思います。

例えば、異説とか奇説とか言われている私の説（加賀山茂「故意又は過失，因果関係における定量分析の必要性：過失に関する『ハンドの公式』の誤解の克服，および，因果関係におけるベイズの定理の応用を中心に」明治学院大学法科大学院ローレビュー15号17-58頁）であっても、米村准教授の図にきちんと収めることができます。

すなわち、私の説は、シンポジウムの資料32頁の図2「平井説（因果関係1個説 $\alpha$ ）の構造をとりつつも、図2の①については、平井説とは異なり、過失の分析を「法の経済分析」として行っており、図2の②については、平井説の事実的因果関係の代わりに、ベイズの定理による事後確立によって定量的に分析しており、図2の③については、平井説の損害の金銭的評価ではなく、ベイズの定理に基づいて、部分的因果関係として損害賠償額の範囲を確定するという考え方として、視覚的に表現できるからです。

なお、別冊NBLの図であれば、図3の①の過失評価を「法の経済分析」で行い、②の事実的因果関係をベイズの定理に基づく「部分的因果関係」にとり替えたものということもできます。

そこで、報告者である米村准教授自身の結論を図に即して説明するとともに、他の報告者の考え方を図に即して説明していただけないでしょうか。

そうしていただけると、おそらく、全ての報告者の説が、どれかの図で表現でき、かつ、①②③の箇所を変更することによって、各報告者の説の図式化が可能となるとともに、各報告者間の考え方の違いと、共通理解とが浮かび上がってくると思います。

いずれにせよ、全ての説を図式化するというのは、わが国では初めての試みとなりますので、今回のシンポジウムの最大の成果といってよいでしょう。

フロアの先生方も、自分の説が、どのように図式化されるかを検討されると、興味深いと思われれます。

## 質 問 ・ 意 見 用 紙

所 属 明治学院大学法学部

氏 名 加 賀 山 茂

回答者	橋本 佳幸 教授
<p>橋本佳幸教授が、「損害賠償額の割合的調整－原因競合事例を中心に」において提唱される「限定モデル」と「拡大モデル」は、とても興味深いモデルだと思います。</p> <p>もともと、その適用可能領域については、例えば、私の説は、因果関係をベイズの定理によって損害賠償額の額を含めて統一的に算定するという方法なので、どちらのモデルにも該当しません。各報告者の中にも、このモデルのどちらにも属さない学説を主張されている方がおられると思いますが、各担当者が、このモデルに対してどのような意見を持っているのかを、お知らせいただくと幸いです。</p> <p>なお、損害賠償額の割合的調整については、過失相殺に関して、過失の相殺ではなく、因果関係の相殺であるとの見解を1970年代に中野貞一郎教授が出されており、私の恩師である浜上則雄教授も、「損害賠償法における『保証理論』と『部分的因果関係の理論』(1)民商66巻4号(1972/07/15)523-553頁(2)民商66巻5号(1972/08/05)737-767頁において、過失相殺を含めて、それは、フランスで発展した部分的因果関係の問題であることを明確に述べられています。</p> <p>これらの考え方の背景にあるのは、民法722条2項は、「過失相殺」といわれていますが、実は、「過失」は、責任の成否を判断することはできても、損害賠償額の割合的調整には利用できないという考え方に基づいています。なぜなら、いくら過失が大きく、重過失とか故意のレベルまで高まったとしても、懲罰的賠償を認めないわが国においては、損害賠償額を増額することはできないからであり、同様に、過失がある以上は、過失のレベルがいくら軽くても、損害賠償額を減額することはできないからです。</p> <p>つまり、損害賠償額を限定できるのは、故意や過失ではなく、民法416条(損害賠償額の範囲)のいわゆる相当「因果関係」のみであり、過失相殺というのは、実は、加害者の相当因果関係が、被害者自身の相当因果関係によって分割される結果として、損害額が減額されるに過ぎないというのが、部分的因果関係の理論のバックボーンなのです。</p> <p>もしも橋本教授が、このような考え方、特に、フランスの部分的因果関係の理論について、評価されていないということでしたら、事実に因果関係について、「あれなければ、これなし」の理論に賛同されるかどうか、あわせてご意見をいただくと幸いです。これまでの調査では、「事実に因果関係」を肯定される方で、部分的因果関係の理論に賛同される方は一人もいないことが分かっているからです。</p>	

## 質 問 ・ 意 見 用 紙

所 属 明治学院大学法学部

氏 名 加 賀 山 茂

回答者	大塚 直 教授
-----	---------

大塚直「共同不法行為・競合的不法行為に関する検討」に対する質問

競合的不法行為の分類については、私の恩師である浜上教授が、『現代共同不法行為の研究』信山社（1993年）において、択一的共同不法行為、必要的共同不法行為、累積的共同不法行為、幫助的共同不法行為、集合的共同不法行為という分類に基づいて、事実的因果関係の誤りを指摘されたのが、画期的な業績だと考えているのですが、このシンポジウムでは、どなたも、この研究について触れられていません。

さらに、相当因果関係、部分的因果関係の理論に基づいて、いわゆる「重合的競合類型」についても、大塚教授の問題提起、すなわち、シンポジウムの資料55頁において、「共同不法行為において、全部またはいくつかの行為が積み重なってはじめて結果が発生する場合で、加害者が多数であり、かつ、結果の主要部分を惹起した者がおらず、かつ、加害者間に緊密な一体性が認められないときにはどのような責任を課するのが適当だろうか」という問題提起に対して、浜上教授は、既に、明確な結論を出されています。

すなわち、浜上説によれば、各加害者に過失が認められ、それらの部分的因果関係によって、全体としてひとつの損害が生じている場合には、被害者を救済するため、民法719条にしたがって、各当事者は連帯責任を負わざるを得ない。それによって生じる加害者の負担は、訴訟制度改革によって、全ての加害者を被告として訴訟に引込む制度を確立し、そこにおいて求償訴訟まで実現することによって、実質的に責任分割を認めたのと同じ結果をもたらすことができるようにすべきであるという考え方です。

大塚教授が、なぜ、このような重要と思われる先行研究を引用されないのか、お答えいただけると幸いです。それとともに、橋本教授と同様、事実的因果関係の理論にコミットされるのかどうかお伺いできると幸いです。

## (参考) 自己紹介

明治学院大学法学部教授の加賀山茂です。

私は、2011年12月に、明治学院大学法科大学院ローレビュー15号の17-58頁において、「故意又は過失、因果関係における定量分析の必要性」という論文を公表しております。この論文の副題は、「過失に関する『ハンドの公式』の誤解の克服、および、因果関係におけるベイズの定理の応用を中心に」というものであり、不法行為法を「法の経済分析」によって定量的に捕らえなおし、「ベイズの定理」という定量的な考え方によって、「事実因果関係」の誤りを克服し、フランスの部分的因果関係の考え方（浜上説）を再評価しようとするものです。

今回、私は、報告者の全員に対して質問を希望しておりますので、私の質問の意図をご理解いただくためにも、また、貴重な時間を節約するためにも、私の考え方の全体像を、あらかじめ、シンポジウム資料に基づいて、視覚的に説明させていただきます。

シンポジウム資料の32頁（別冊NBLをお持ちの方は164頁）を開いていただき、【図2】の平井説（因果関係1個説 $\alpha$ ）をご覧ください。

私の考え方は、構造は、この平井説と同じですが、内容は、平井説の全面否定です。すなわち、この図の①：過失評価については、平井説とは異なり、法と経済学の定量分析に基づいて過失の分析行っております。②：（事実）因果関係については、平井説を否定して、ベイズの定理によって定量的、すなわち、フランスの部分的因果関係として考察しております。③：損害の金銭的評価については、平井説を否定し、部分的因果関係を一貫させ、過失相殺等の問題を含めて、ベイズの定理に基づいて考察しております。

繰り返しになりますが、私の説は、図式としては平井説と同じですが、内容は、平井説を全面的に否定して、定量分析で一貫させるという全く新しい学説です。

私の説は、「国民一般にとってわかりやすい」とは言えませんが、米村准教授のような、数学がお好きな先生には、全てが定量分析で一貫しているため、「算数好きの人には分かりやすい学説」だと思っております。それにもかかわらず、この説が、今回のシンポジウムにおいては、誰によっても引用されていないのがまことに残念であり、自己紹介をかねて、一言申し上げることにした次第です。

さて、以上の観点から、潮見教授の第1報告について、シンポジウム資料の順序にしたがって質問させていただきます。