

重過失の程度に関する分類の可能性について
-19世紀ドイツ法との比較の上で-

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2024-03-27 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 星山,琳 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/0002000281

重過失の程度に関する分類の可能性について

—19 世紀ドイツ法との比較の上で—

Mögliche Einteilung der Grade der groben Fahrlässigkeit

— Rechtsvergleichung mit dem deutschen Recht im 19. Jahrhundert —

博士後期課程 民事法学専攻 2023 年度入学

星 山 琳

HOSHIYAMA Rin

【論文要旨】

重過失は多様な法分野に置かれている。それゆえ、分類し、規定ごとに振分ける必要があるが、議論もわずかである。そこで本稿では、わが国の状況、ドイツのローマ法包括継受期である 16 世紀の議論、そしてわが国がドイツ法を継受した 19 世紀のドイツの状況について確認、検討を加え、重過失の分類・振分に関する議論の可能性を模索する。

わが国重過失の分類・振分の研究に、道垣内教授による一連の論考がある。ここでは、専ら不法行為法に基づいて重過失の内容や程度を定義づけられ、他の箇所もその内容・程度によって判断されている。また、以上の論考は歴史的経過を踏まえず、不法行為法のみで定義づけた内容・程度であるため首肯できない。

次に、16 世紀人文主義法学者は、重過失を①悪意と同等に非難される場合、②悪意と同等に批難されるものではないが、著しい過失である場合に分類している。

さらに、19 世紀ドイツでは、重過失を①②類似の分類をしており、不法行為法と契約法で振分け、不法行為法では①の重過失は取り扱っていない。

以上より、本稿ではわが国の状況、19 世紀までのドイツの状況が明らかとなった。また、わが国において重過失の分類可能性はあるが、多くの課題があることも明らかである。

【キーワード】 重過失、不法行為法、契約法、錯誤、「策略の過失」と「怠惰の過失」

【目次】

- I. 初めに
- II. わが国における重過失の程度を巡る議論状況
—道垣内弘人教授による重過失概念に関する一連の論考を中心に—
- III. 16世紀人主義法学者による重過失の2分類の確認
—策略の過失と怠惰の過失について—
- IV. 19世紀ドイツに見る重過失の程度の分類と振分の試みについて
—常に「悪意と同程度の非難がなされること」を要するか否か—
- V. まとめと今後の展望

I. 初めに

重過失に関する規定は民法に限らず、保険法、会社法、そして国家賠償法など非常に多様な分野で取り扱われてきている。その中で、民法分野において、重過失の議論はこれまで不法行為法の領域、とりわけ民法第709条における責任に関する特別法と理解されてきている失火責任法（失火ノ責任ニ関スル法律）¹を中心に議論が展開されてきていた²。ただ、その重過失の程度に関する認識は、判例・大勢の学説のどちらから見てみても、単一のものであるという当然の前提に立っているようであり、2つ以上の意味があるとするものはごく僅かである。とはいえ、民法だけに焦点を当てても不法行為法、契約法、法律行為法などというように区別され、その他の法分野においても同様、様々に区別される。その上、重過失の規定は広く様々な箇所に規定されている。それにもかかわらず、重過失の程度は場面によって異なりうるという前提に立ってこなかったのである。

また、さらには重過失の議論以前に過失の程度に焦点を当てた際の注意義務との関係についても明確でなく、過失、さらに言えば重過失が訴訟手続の中でどのように判断されるか全く不明瞭な状態であると考えてよいと思われる。

ただ、重過失の程度が判断できないとすると、失火責任法の場合には損害賠償請求の可否、民法第95条における錯誤（以下「錯誤」）の場合には意思表示の取消の可否、会社法第429条³の場合には役員等の職務上の行為によって第三者に生じた損害に対する賠償請求の可否、さらに保険法第

¹ 明治三十二年法律第四十号

「民法第七百九条ノ規定ハ失火ノ場合ニハ之ヲ適用セス但シ失火者ニ重大ナル過失アリタルトキハ此ノ限ニ在ラス」

² 澤井裕『失火責任の法理と判例』（有斐閣，1989）48頁以下。

³ 会社法第429条第1項

「役員等がその職務を行うについて悪意又は重大な過失があったときは、当該役員等は、これによって第三者に生じた損害を賠償する責任を負う。」

17条⁴における保険者免責では保険者に対する保険金請求権の存否について問題が生じるのであり、その影響は非常に大きい。

また、以下わが国の状況において学説の程度に関する主張をより詳しく説明するが、学説の中には軽過失も含めるような非常に緩やかな判断をしてもよいとする見解がある。かかる見解は、わが国不法行為法の教科書等（以下では具体例を適時する）において大々的に提唱されている考えであるが、この見解に基づいてあらゆる領域の重過失を画一的に判断した場合にはどのような問題があるかについて、錯誤を例に取り上げて説明してゆきたい。なお、本稿の目的は民法、ひいては民事法全体に及ぶ重過失を体系化する試みの手掛かりとして、2分類される重過失の振分方法について、我が国がドイツ法を継受した19世紀ドイツの学説を見てゆくものである。その目的の下、ここで錯誤を問題の代表格であるように取り上げるのは、以下に説明することと重なるが、次のような理由による。つまり、重過失が認定されるか否かによって錯誤取消の効力が左右されることを前提として、錯誤規定が民法の体系を基礎付ける私的自治の原則と密接不可分であるにも関わらず、軽過失をも含めるような非常に緩やかな判断によって安易に重過失を認定してしまえば、錯誤規定の空文化を招くことになる。そのことから、他の重過失規定に比べて錯誤規定の重過失に着目する必要性及び緊急性は非常に高いと言えよう。それでは、以下錯誤規定に基づいて説明をしてゆく。

まず、錯誤に基づく取消とは、原則として意思に基づかなければ義務を負うことも権利を得ることもないという私的自治の原則からコロラリーに導かれると考えられるものであり、言うなれば私的自治の原則の「現れ」のようなものである。ただ、錯誤取り消しを絶対無制限のものとして認めてしまうと、有効な取引と信じていた相手方の信頼が大きく害されるのは火を見るよりも明らかなことである。そこで「重過失」を分水嶺として、不当な結果とならないように制御しているのである。

他方で、錯誤を考える場合の前提として、人が錯誤に陥るときには少なからずいくらかの程度で過失が認められると考えるのが自然である、との考えが示されることがしばしばであるように思われる⁵。そうだとすれば、重過失について軽過失も含むような緩やかなものとして判断した場合には、錯誤取消の主張の大半は認められないこととなり、民法第95条は死文化を免れないのではないかと考える。これに対して、利益衡量一辺倒で民法の解釈を展開してゆこうということであるならば、このようなことは全く問題なく、ともすれば利益衡量の観点からみると表意者保護に重きを置き、取引の安全が全く配慮されない（とも、言いようによっては可能な）錯誤に基づく取消を抑え込むことができ都合がよいのかもしれない。ただ、このような主張がまかり通るかと言えば決してそうではない⁶。なぜなら、マクロな視点からの体系に則した解釈を怠ってしまえば、つまり「私的自

⁴ 保険法第17条第1項

「保険者は、保険契約者又は被保険者の故意又は重大な過失によって生じた損害をてん補する責任を負わない。戦争その他の変乱によって生じた損害についても、同様とする。」

⁵ 中谷崇「錯誤者の過失の位置づけ（1）」立命館法学395号（2021）159頁以下。

⁶ 上村達男『会社法は誰のためにあるのか 人間復興の会社法理』（岩波書店、2021）85頁以下「【日本の近時の会社法のテキスト批判】」にもあるように、より利益衡量が重要な場面とも考えられる会社法においても、

治の原則」という民法解釈のスタートラインとなるような原則を無視して解釈を進めた場合、結局は体系的な整合性を欠くこととなり、法的安定性を損なう結果となり妥当ではないからである⁷。

そこで、筆者は拙稿「重過失 (culpa lata) の程度について—ローマ法および 16 世紀人文主義法学者らによる重過失の理解—」⁸において、わが国が母法とするドイツ (正確にはドイツ民法典第一草案)⁹、さらにローマ法¹⁰を観察することで、重過失の本来的な性質や程度を明らかにした。ここでは、以下詳しく説明するが、重過失をあくまで過失であると理解しながら、ローマ法において重過失をその非難の度合いにおいて悪意と同視することが示されて以降、ドイツ地域の 16 世紀人文主義法学者であるウルリッヒ・ツァジウス¹¹により、策略の過失と怠惰の過失の 2 分類があることが示されたことについて説明している¹²。

確かに、わが国が主にドイツ民法典第一草案を媒介にドイツ法、そしてローマ法を継受したのは 19 世紀のことであるから、16 世紀人文主義法学者とのつながりが希薄であることは否めず、本稿でその内容を語ることは難しいことから、わが国と 16 世紀人文主義法学者との関係については別稿に譲らざるを得ない。

ただ、わが国がドイツ法およびローマ法を継受した際の重要な資料であったドイツ民法典第一草案はロマンステンであったベルンハルト・ヴィントシャイトの影響を強く受けており、かかる草案は「小ヴィントシャイト」とすら呼ばれていた¹³。また、ヴィントシャイトが、ドイツの歴史法学派を大成したフリードリヒ・カール・フォン・サヴィニーから絶大な影響を受けていたことも事実である¹⁴。さらに、かかるサヴィニーは、歴史法学派の創始者であるグスタフ・フーゴーから言わずもがなであるが、その法学の方法論も含めて非常に強い影響を受けている¹⁵。そして、グスタフ・フー

体系や論理整合的な解釈はその重要性において利益衡量に次ぐ、副次的なものとなるものでは決してない。市民間の一般ルールたる民法においてはなおさらである。

⁷ 藤原正則「法ドグマティックの伝統と発展—ドイツ法学方法論覚え書き」瀬川信久編『私法学の再構築』(北海道大学図書刊行会、1999) 66-67 頁において、わが国民法学の問題点として「制度間の整合、体系性に関する関心の乏しさ」があるとしている。

⁸ 星山琳「重過失 (culpa lata) の程度について—ローマ法および 16 世紀人文主義法学者らによる重過失の理解—」法律論叢第 96 巻第 1 号 (2023) 51 頁以下。

⁹ 村上淳一「ドイツ法」村上淳一、伊藤正己、碧海純一『法学史』(東京大学出版会、1976) 119 頁。

¹⁰ ここでの「ローマ法」とは、主にユスティニアヌス帝による学説彙纂を指している。

¹¹ ツァジウスについて、勝田有恒「ウルリッヒ・ツァジウス」勝田有恒、山内進編『近世・近代ヨーロッパの法学者たち—グラーツィアヌスからカール・シュミットまで—』(ミネルヴァ書房、2008) 65 頁以下。

¹² 星山・前掲注 (8) 71 頁以下。

¹³ *Johann Braun*, Einführung in die Rechtswissenschaft 4.Auflage S.368 では「1900 年の民法典が施行された後の最初の数年間『小ヴィントシャイト』と呼ばれていたが、それは全く偶然ではない (筆者訳)」とされており、ドイツ民法第一草案だけでなく、成立後のドイツ民法典もヴィントシャイトの影響を受けていたとする向きもある。

¹⁴ 村上・前掲注 (9) 147 頁。

¹⁵ *Friedrich Carl von Savigny*, Der zehente Mai 1788, Vertrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft 9 Bd. S.421-432. 耳野健二「『学問』としての法の成立—18 世紀末におけるグスタフ・フーゴーの学問論—」京都産業大学世界問題研究所紀要第 36 巻 (2021) 139 頁以下。

ゴーは歴史法学という法学の方法を始めるに当たり、16世紀人文主義法学者以降ドイツ地域で行われた「パンデクテンの現代的慣用」を廃してローマ法を基礎とした研究を進めたことから、フランツ・ヴィーアッカーより「第二次人文主義」とも評価されている¹⁶。つまり、16世紀人文主義法学者の理解を引き継いだグスタフ・フーゴの影響を受けたヴィントシャイトによって、わが国は16世紀人文主義法学者の影響下にあり得るのである。

よって、16世紀人文主義法学者とわが国との関係についての詳細な証明は別稿に依らざるを得ないものの、少なからぬ関係があるものと推察することは可能であるように思われる。

以上より、わが国との関係で、重過失が本来2つに分類されるものであることを示したが、この見解は現状わが国で拙稿を除き取り上げられていない状況である。ただ、だからと言って等閑視して良いわけではない。ここでも例を挙げるが、例えば錯誤の規定はドイツ民法典第一草案を基調としていることが明言されており、重過失も同様にドイツ民法典第一草案から引き出されている。さらに、これはいわゆる意思理論を基礎として意図的に選択されているのであるから、民法体系に密接に結びついたものであると言える。それゆえ、錯誤の重過失が如何なる程度であるかといった議論が行われなければならないはずなのである。

とはいえ、重過失の程度に着目した時に、民法典等の編纂過程を通じた歴史的な議論を踏まえたものではないものの、分類・振分を試みる研究は存在している。とりわけ、民法にとどまらずわが国全体に及ぶものとして、道垣内弘人教授による研究を挙げることができる。しかし、わが国で「重過失の程度」を「分類」しようという議論はあまりに少なく、本稿ですぐに分類を始めるには心許ない。

そこで、本稿では、Ⅱ章においてわが国における重過失の程度に関する議論の現状を確認し、Ⅲ章では16世紀人文主義法学者であるウルリッヒ・ツァジウスによる重過失の2分類がどのようなものであったかを確認する。次いで、Ⅳ章では19世紀ドイツにおいて重過失の程度に関する議論がどのような形で行われていたか、いくらかの見解を紹介したい。以上によって、本稿は、わが国における重過失の程度に関する継受史から検討を進め、民法95条3項、ひいては民事法に広く規定されている重過失の体系化に向けて、重過失の生成史的アプローチに基づく重過失の分類・振分についての手掛かりを得ることを目的とする。

Ⅱ. わが国における重過失の程度を巡る議論状況

一道垣内弘人教授による重過失概念に関する一連の論考を中心に—

以下では、まずわが国における重過失の程度に関する見解を確認したうえで、いずれの見解が有力であるかについて説明する。そして、現在わが国では重過失の分類に関する議論は少ないものの、とりわけ道垣内教授によって重過失の程度に関する分類が行われているため、その分類方法についても確

¹⁶ F・ヴィーアッカー著、鈴木祿弥訳『近世私法史—特にドイツにおける発展を顧慮して—』（創文社、1961）471頁。

認してゆく。

1. 我が国における重過失の程度に関する3つの学説について

わが国では現在、重過失の程度に関する学説は3つに大別されている。一つ目は訴訟手続上の構造においても全く故意と同じものを意味するという見解である¹⁷。この見解は、主に錯誤との関係で主張されており、重過失による錯誤とは心裡留保のことである。それゆえに、訴訟上、「錯誤はあったが重過失により意思表示を取り消し得ない」という両立し得る主張ではなく、「錯誤がそもそもなかったのだから、意思表示を取り消し得ない」という両立し得ない主張だということになると考えている。そのことから、「訴訟手続上も」重過失と故意は同じなのだと考えているのである。

二つ目は、重過失とは軽過失も含むような緩やかな判断をしても良いとする見解である。これは不法行為法の教科書を中心に主張されている見解であるが¹⁸、錯誤の重過失の箇所についても広がりを見せている見解である¹⁹。この見解は過失の判断の手掛かりとなる注意義務違反との密接な結びつきがあるために、客観的過失に基づいた判断を示しやすいが、重過失を緩やかに判断することにより、基準の提示はより一層難しくなってしまう。また、末弘厳太郎博士らによって「ほとんど故意に近い場合」²⁰という見解もわずかに見られる。ただこの見解が上記の重過失を緩やかに判断する見解に派生しているのだとするものもあるため²¹、もともと重過失を制限的に判断するものであったかどうかは判断が難しい。そのため、かかる見解を独立のものとするのではなく、軽過失も含むような緩やかな判断をしても良いとする見解に近いとするのが妥当ではないかと考える。

最後に三つ目は、重過失は訴訟手続上「過失」として扱われることを前提として、悪意と同等の

¹⁷ 加賀山茂『民法体系 I 総則・物権』（信山社、1996）142頁の「表38 錯誤無効と民法96条2項の類推」の箇所において、「重大な過失≒悪意⇒重大な過失による錯誤≒心裡留保。心裡留保の場合には、原則として（相手方が善意・無過失のとき）無効を主張できないから」というように説明されている。また、加賀山茂「証明責任の基本的な考え方 新しい要件事実教育のために（その1）－要件事実教育批判－」（http://lawschool.jp/kagayama/basic_idea/education_reform/ultimate_facts/beweislast.html）（2023年11月14日最終確認）では、「民法においては、『重大な過失』は、『悪意』と同視されている（民法470条、697条参照）。『表意者に重大な過失がある』ということは、『表意者は悪意である』のと同様であるとの主張と解することができる。錯誤とは、意思の欠缺のうち、表意者が善意である場合に限られる。したがって、表意者が悪意である場合というのは、表意者の『心裡留保』か『虚偽表示』のいずれかであって、表意者の錯誤ではありえない。したがって、『表意者に重大な過失がある』という主張は、民法上は、『表意者は心裡留保か虚偽表示を行っているのと同様であり、錯誤に陥っているのではない』ということの意味する。これは、錯誤の主張に対する否認にはかならず、再抗弁ではない。」とされている。

¹⁸ 加藤一郎『不法行為 増補版』（有斐閣、1974）75頁、潮見佳男『不法行為法 I 第2版』（信山社2009）307-308頁。

¹⁹ 野村豊弘「意思表示の錯誤（七・完）」法律協会雑誌第93巻第6号（1976）90頁。星野英一『民法概論 I（序論・総則）』（良書普及会、1976）199頁。

²⁰ 末弘厳太郎『債権各論』（有斐閣、1918）1069頁。

²¹ 道垣内弘人『『重過失』概念についての覚書』能見善久他編『民法学における法と政策』（有斐閣、2007）540頁（以下「道垣内①」）。

非難がなされるようなものである場合と、「悪意と同等」というものではないが重大な非難のされる場合を区別する見解である²²。これは筆者が唱えるものであるが、わが国が継受した重過失の本来的な性質に基づくものである（基礎となる見解についてはⅢ章にて取り上げる）。

以上、筆者の見解を除いて、画一的な基準が考えられていることが分かる。これらの中で、現在では二つ目に挙げた見解である重過失を緩やかに判断する見解が有力な見解であるとされている。

2. 道垣内教授による重過失の分類について

道垣内教授は、判例の見解と学説の見解を示したうえで、それらを個別の条文ごとに分類し、振分けている。かかる分類・振分は、重過失に関する一連の論考²³の中で行われており、以下では道垣内教授によって示される①判例の見解と学説の見解それぞれの程度、そして②その分類により現れた類型の振分方法、③実際の分類例を順に見てゆき、最後に検討を加えたい。

では①から順に見てゆくこととすると、判例・学説については、以下の様に示される。初めに、判例は「通常人に要求される程度の相当な注意もしないでも、わずかの注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに、漫然これを見すごしたような、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態」という基準を立てているとしている²⁴。この表現は、最判昭和32年7月9日民集第11巻第7号1203頁から現れたものであり²⁵、失火責任法における重過失の判断基準である。つまり、ここで失火責任法に依っているということは、基本的に不法行為法の領域における「重過失」に基づいて判断しているのである。

次いで、学説については「著しい注意義務違反」であるとする²⁶。道垣内教授はかかる見解を、まず加藤一郎教授²⁷によって示されたものを挙げて説明している。しかし、加藤教授による見解は主観的過失論に依拠したものであることを指摘したうえで、前田達明教授²⁸、幾代通教授²⁹らによる見解を参照することによって、過失を義務違反に基づいて判断することに対応させている³⁰。学説の見解に関して、顕著な特徴としては専ら不法行為法の教科書を参照することによって、「学説」一般の見解であるとする点にある。また、加藤教授は重過失に関して「故意に準ずるものというほど厳格に解することもない」³¹としていることから、本稿で挙げた第二の見解である緩やかに判断しても

²² 星山・前掲注(8)66頁以下。

²³ 道垣内弘人「重過失」法学教室第290号(2004)35頁以下(以下「道垣内②」)、道垣内弘人「『重過失』の概念について」民法研究第2集第2号(信山社,2016)21頁以下(以下「道垣内③」)。

²⁴ 道垣内③・前掲注(23)24頁。

²⁵ 道垣内②・前掲注(23)35頁。

²⁶ 道垣内③・前掲注(23)29頁。

²⁷ 加藤・前掲注(18)75頁。

²⁸ 前田達明『民法Ⅵ2(不法行為法)』(青林書院,1980)253頁。

²⁹ 幾代通『不法行為法』(筑摩書房,1977)45頁。

³⁰ 道垣内②・前掲注(23)35頁。

³¹ 加藤・前掲注(18)75頁。

良いとする見解を唱えているのではないかと考えられるが、明言していないため明確でない。

以上、判例・学説の見解をそれぞれ見てきたが、まず最も顕著な特徴は不法行為法を基調として重過失を考えているということである。さらに判例に関しては、重過失の程度にも焦点が当たっていたはずなのであるが、学説の部分では突如として重過失の程度を理解するための手掛かりが鳴りを潜めてしまっている。ただ、先にも分析したように、重過失を緩やかに判断することを主張する加藤教授を一連の論考で引用していることから推察するに、学説一般としては重過失を緩やかに判断すべきとしている、という前提で検討が進められているように考えられるのではないだろうか。

3. 道垣内教授により分類された重過失の振分について

さて、道垣内教授は以上に示したように重過失を判例と学説に二分しているのであるが、どのような方法で振分しているのであろうか。その方法について確認してゆく。この点が②分類によって現れてきた類型の振分についての議論である。

振分の方法について、道垣内教授は一つの重要な基準として「行為者の負っている注意義務の程度を考慮に入れるか否か」³²ということを示唆する。そして、パターン（1）として「『ほとんど故意に近い』」ということをも重過失の重要な要素と見るときには、行為者の注意義務の程度を考慮せず、「わずかな注意さえすれば、たやすく」予見できることを要件とする³³場合と、パターン（2）として「ほとんど故意に近い」ということを重要な要素とは見ないときには、行為者の負っている「注意義務の程度と、実際になされた注意との差」³⁴が大きいこと（この点をとって「著しい注意義務の欠如」であるとするのであろう）が要件となる場合の2つのパターンに分かれるのだとする。つまり、判例の見解を用いる場合には注意義務の程度を考慮せず、学説の見解を用いる場合には注意義務の程度を考慮して判断をするのだとされているのである。

さらに、これらの2つのパターンがあるといっても、どのような基準によって各条文の重過失が振分けられるのかが明らかでなければならない。そこで、道垣内教授は5つの項目を挙げて注意義務の程度を考慮する必要があるか否かについて評価している。かかる5つの項目とは、(i)「被害者と義務違反者との関係」、(ii)「公益的観点からの行為の奨励」、(iii)「行為者として一般に予定される者の属性」、(iv)「モラルハザードの防止」、(v)「保護の例外性」のことであり³⁵、道垣内教授はこれらに基づいて判断をしている。

では、重過失の具体的な各条文にどのようにして振分けていっているのか。③分類例の議論であるが、ここでも錯誤に焦点を当てて、道垣内教授が実際にどのようにして振分をしているのかを確認してゆく。

³² 道垣内③・前掲注（23）30頁。

³³ 道垣内③・前掲注（23）30頁。

³⁴ 道垣内③・前掲注（23）30頁。

³⁵ 道垣内③・前掲注（23）30-33頁。

錯誤の重過失に関して、道垣内教授は（v）「保護の例外性」の場合に当たるものであるとして、「損害を与えた者の責任を重過失の場合に限定して、その者の保護を図ることに、例外的な色彩が強い場合か否かも問題となる」³⁶中で、「錯誤はあくまで例外的な処理であり、同条にいう『重大な過失』についても厳格に解釈する方向がとられることになりそうである。そうすると、『故意に近い』などという基準ではなく、『表意者の職業』などを考慮した上で、判断がなされるべき」³⁷であるとされている。

つまり、錯誤の重過失については「厳格に解釈する」としておきながら、その実「ほとんど故意に近い」重過失とは異なる表現を用いることによって、重過失の程度の観点から見ると、非常に巧みに重過失を緩やかに判断する方向へと導いているのではないかと考えられる。また、重過失の程度を自由に操作し、重過失認定のハードルを非常に低いものとするにより、結果として、重過失が「取引の安全の保護」と対立するとも考えられる「錯誤」の適用を妨げるための装置として役立てられてしまっているのではないだろうか。

4. 道垣内教授による重過失の分類とその振分についての検討

最後に、以下ではここまでの道垣内教授の重過失に関する議論について検討をしてゆきたい。まず、前提として、道垣内教授は「異論もあろうと思われるが」³⁸と前置きをした上で、概念的な研究についてわが国において築かれてきたものから議論を展開することが必要であり、とりわけドイツとの関係に着目した議論を避けるべきであるようなことを示している。この点については、まず錯誤の重過失を例に挙げると、民法95条は歴史的にドイツ民法典第一草案から継受したということが立法資料から明確であるために³⁹、ドイツに目を向けて研究をすることは有効であると思われる。更に、法学を体系的な学問へと昇華させたグスタフ・フーゴーによれば、「法学の場合、言い換えれば実証的学問、つまり歴史的なデータに基づく学問の場合、歴史的知識は完全に不可欠なものである」⁴⁰と述べ、更には、「手仕事の法学は単に、何が正当であるか（was ist Rechtens）、と問うが、学問としての法学識は、何故に正当であるのか、ということについて研究する」⁴¹と述べている。このことから、「法学」という学問的な観点から研究を遂行するならば、重過失が「正当である」ということだけでなく、どのような理由で正当であるか、すなわち歴史的な経緯のある重過失においてはその歴史を明らかにすること無しに議論を進めるということは、法学の方法としてそ

³⁶ 道垣内③・前掲注（23）33頁。

³⁷ 道垣内③・前掲注（23）33頁。

³⁸ 道垣内③・前掲注（23）22頁。

³⁹ 法務省大臣官房司法法制調査部『民法近代立法資料叢書13 法典調査會 民法主査會議事速記録』（商事法務研究会、1988）649頁。

⁴⁰ *Gustav Hugo, Lehrbuch der juristische Encyclopädie: zum ersten mündlichen Unterrichte über die Quellen, Anfangsgründe und Lehrarten aller in Deutschland geltenden Rechte, 1792, S.179.*

⁴¹ *Gustav Hugo, Lehrbuch eines civilistischen Cursus 3, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts, Zweyter, ganz von neuem ausgearbeiteter, Versuch, 1799, S.1.*

の妥当性に疑問があるのではないかと思われる。

また、道垣内教授は重過失を判例と学説から2つに分類したとするが、これについても納得し難い点がある。つまり、すでに指摘した箇所ではあるが、判例においても学説においてもその内容の定義づけのために参照しているのが不法行為法の資料のみであるにもかかわらず、そこから抽出した基準を不法行為法の領域以外にも当然に適用しようというのは無理があるのではないだろうか。

この点について、筆者の主張する重過失の2分類もそれぞれの条文ごとに判断するものではなく、事前に定められた2分類でもって民法全体について判断しようとするものであり、同様の批判が向けられるのではないかと反論が考えられる。しかし、重過失の程度の分類について重要なポイントとなるのは「事前に定められた類型でもって民法全体に適用するか否か」についての当否ではなく、「どのような手法でもって類型を事前に定めるのか」ということであると考えられる。その点で筆者の主張は、不法行為法や契約法、法律行為法と言ったようなそれぞれに分類される以前の「過失の程度」に関する総論的な研究に基づくものであり、現行不法行為関係法のみから重過失の分類を抽出しようとする試みとは根本的に異なる。

仮に、そもそも上記反論の趣旨が、特定の条文において規定されている重過失につき、本来異なる概念を用いて規定すべきであったところ、不当にも重過失を用いて規定されている場合があるのだから条文ごとに異なる判断が必要である、というような主張を基礎としているならば、立法論も視野に入れた検討が必要となるかもしれない。しかし、そのような反論の場合であっても、継受された概念としての「重過失」の本来的な性質や程度を明らかにした上で議論することがより正確な結論を導くものと考えられるのである。その上で、ある条文に規定された重過失が妥当であるか否かを判断するのであるから、直ちに筆者の主張する2分類への反論に当たるものとは思われない。

以上の点より、道垣内教授によって為された重過失の分類は、重過失の程度が明確に示されていないうえに、結局のところ、重過失を（例えば錯誤の規定を実質的に死文化させるような）利益衡量のために活用できる便利な概念に過ぎないものになってしまっているのではないかと思われる。

Ⅲ. 16世紀人主義法学者による重過失の2分類の確認

— 策略の過失と怠惰の過失について —

以上では、わが国の重過失に関する理解、そして重過失の分類に関する議論について検討を進めてきた。そこでは、わが国固有の議論として（道垣内教授の言を借りれば日本法内在的な）重過失の程度に関する分類も行われていたが、首肯できるものではなかった。

そこで以下では、わが国重過失の母国であるドイツにおいて重過失がどのように考えられてきたのかということを軸として、重過失の分類が可能ではないか検討してゆきたい。まず前提として、かつてのドイツ地域がローマ法を包括継受した時期、すなわち16世紀における重過失の理解と分

類について確認をしておきたい⁴²。

初め、重過失はユスティニアヌス帝による学説彙纂などによって悪意と同等に非難されるものとして現れている⁴³。また、過失というものが評価的なものであるとされている⁴⁴という点で現在と共通点があると言える。

その後、16世紀当時、ローマ法は後期注釈学派によって注釈が加えられて、過失に関しては最軽過失 (*culpa levissima*)、軽過失 (*culpa levis*)、重過失 (*culpa lata*)、より大きな過失 (*culpa latior*)、そして最重過失 (*culpa latissima*) といったような多くの段階的な区別が行われていた⁴⁵。ところが、16世紀人文主義法学者であるツァジウスは、純粋なローマ法に従い、過失は軽過失と重過失の2分類であるとし、重過失をさらに「策略の過失 (*culpa versutiae*)」と「怠惰の重過失 (*culpa ignaviae*)」の2種類に区別する⁴⁶。

この区別について、「策略の過失は、すなわち、策略的かつ悪意ある企てや意思から生じる不誠実であり、また、自らの物に関しては慎重であり、注意深いにもかかわらず、害された他者に属する物あるいは事務をある程度望んで行った不注意により、悪意をもって、いい加減に取り扱い、あるいは無視することである (*versutiae culpa eorum est, qui ex versuto & malo proposito animo; perfido & exulcerato alienas uel res uel negotia affectata quadam improvidentia maligne uel negligunt uel dissimulant, cum in rebus suis sunt prouidi & diligentes*)」⁴⁷であり、他方で「怠惰の過失は、怠慢による不注意が重要であり、あるいは十分な認識のない性質の過失であり、またあるいは邪な教育により締結された契約である (*culpa ignauiae est, quae supinam negligentiam refert, uel uitio naturae parum perspicacis, uel ex prava educatuione contractam*)」⁴⁸と説明している。

かかる説明から、策略の過失と怠惰の過失の相違点として、策略の過失とは本来的には「悪意が存在しているのではないかと疑いするような場合のことであり、怠惰の過失は純粋に著しい過失

⁴² なお、詳細については星山・前掲注(8)66頁以下。

⁴³ 星山・前掲注(8)60頁以下。

⁴⁴ *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hg.), *Historischer-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. II /1, Mohr Siebeck 2007, S.1082 では「…あらゆる個別の事案において、具体的にどのような行動が過失とみなされるのか判断しなければならなかった。すなわち過失とは評価すること (zu schätzen) だったのである」とされている。

⁴⁵ *Schmoeckel* u. a. (Hrsg.), a.a.O. S. 1095-1096.

⁴⁶ *Woldemar Engelmann*, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, Duncker & Humblot 1895, S.167. 以上のヴォルデマール・エンゲルマンの著書に関しては翻訳資料として星山琳『翻訳: ヴォルデマール・エンゲルマン『後期注釈学派の責任論とその発展—アックルシウス以降の中世イタリア法学者らの刑事上の責任論に関する歴史的にドグマティックな叙述—』—16世紀人文主義法学者らによる重過失理解に関する部分の翻訳—』法学研究論集第59巻(2023)59頁以下がある。

⁴⁷ *Ulrich Zasius*, *Intellectus singulares et novi in nonnulla loca iuris civilis*, Basileae, 1526, pag. 16.

⁴⁸ *Ulrich Zasius*, a.a.O, pag. 16.

であると考えられる。

さらに策略の過失について考えてみると、そこで重要なのは訴訟手続との関係において、悪意の立証が極めて困難なことを救済する目的がある点である。つまり、悪意が存在しているが、その悪意を証明できないがゆえに訴訟上悪意として扱えない場合の救済を意味しているのである。実際には悪意があるにもかかわらず、ある事案において責めを受けるべき者が巧妙に自らの悪意を覆い隠してしまっていることによって（例えば虚偽の主張立証や証拠の隠滅、あるいは端から訴訟となった時に備えて過失と主張できるよう仕組んでいたなど様々なことが考えられる）、悪意を認定することができないことを想定しているのである。

そうであるとすれば、そもそも重過失とは本来的に、悪意の立証困難の救済を目的とした「悪意と同程度」に非難されるものである策略の重過失が原則的なものであり、それとは別に著しい過失というものも存在しているとするのが妥当ではないかと考える。

以上では、ドイツがローマ法を継受した最初期の重過失理解について確認してきたが、少なくともこの当時において、わが国において考えられている、軽過失も含めるような緩やかな判断を可能とってしまうようなものとは一切考えられていなかったということが分かる。ただ、訴訟手続における悪意の立証困難との関係から、悪意の証明に代えて過失の概念を用いるという高度な概念操作を行っていることは間違いなく、原則的な「過失」の理解からは当然に導かれるものではないということが重要であると思われる。

IV. 19世紀ドイツに見る重過失の程度のカテゴリーと振分の試みについて

一常に「悪意と同程度の非難がなされること」を要するか否か—

前章では16世紀ドイツ地域における人文主義法学者であるツァジウスによる重過失のカテゴリーについて確認してきた。そこでは、重過失とは、真実には悪意があるのではないかと考えられるような場面であるものの、悪意の証明が困難であることから、より立証の容易な「過失」という手段を用いるために、「悪意と同等に非難される」ということをもって悪意の証明に代えるという策略の重過失が原則であるということがわかった。それに加えて、過失を軽過失と重過失に区別した際に観念し得る重過失、すなわち悪意があるのではないかと考えられる場合ではないが著しい過失があるような場合の重過失も存在しており、これを怠惰の重過失として、策略の重過失と区別していた。

1. 19世紀ドイツに見る重過失のカテゴリーと振分について

ただ、重過失のカテゴリーが行われていたとしても、また一つ重要な点としてそのカテゴリーされたものをどのように振分けるのかという問題がある。この振分の問題について、16世紀にはっきり適示されて議論されてきたのかというと、そのような記述は見当たらない。これについて、わが国がドイツ法を継受した時期である19世紀までのドイツを見てみると、重過失と悪意を同等に扱うという原則は絶対的なものではなく、どのような区別によって単に著しい過失である重過失と区別するかと

いったことについて、盛んに議論されている状況にあった。

このような19世紀の状況について評価できることは次のようなことがある。まず、重過失と悪意を同等に非難されるものとして扱うことを原則として、そうでない重過失、すなわち単に著しい過失としての重過失と区別することは、ツァジウスによる重過失の2分類の影響を19世紀ドイツに見るという観点からも重要な価値がある⁴⁹。

また、16世紀以降時代が進むにつれて、重大な変化があったためにこれら重過失の振分に関する議論が成熟してきたという点も忘れてはならない。つまり、民刑の峻別⁵⁰や民法内でも体系的な理解が進んだことによって、分類が行われている重過失について、これをどのように振分けるかという点に注目が向くようになったものと考えられる。

では、以下では19世紀において実際にどのような振分が主張されていたのかということを探り、今後の重過失の分類・振分に関する議論の手掛かりとしたい。また、その際には、まず個別の主張を取り上げることによっていくらかのパターンにまとめた上で、その次により体系的な振分の主張を取り上げることとしたい。

まず、重過失について原則として悪意と同等程度に非難されるものを挙げる者としてあくまで一例に過ぎないが、カール・ゲオルク・ヴェヒターとヨーゼフ・ウンガーがいる。これについてヴェヒターは「一般に、私法において重過失 (grobe Verschulden) は悪意 (Dolus) と全く等しいと言われている。しかし、これは我々の法源と明らかに矛盾する結果へと導くだろう」⁵¹と述べている。ここで注目すべきは、かかる「悪意と同視される重過失」や重過失の区別という議論はあくまで私法に特有のものであり、公法や刑事法とは明確に区別して論じられるものであることを示している点である。さらに、ここでヴェヒターは悪意と重過失が完全に同一のものであることを否定している。ヴェヒターが「一般に、私法において重過失は悪意と全く等しいと言われている」と述べている当時の状況について、わが国でも加賀山教授が主張していることを本稿でもすでに紹介しているが⁵²、19世紀のドイツにおいても類似の見解が主張されていたようである。しかし、ヴェヒターらによって、重過失と悪意が完全に同じものであるとする見解が否定されているという事実は、悪意の証明に代わる重過失とはあくまで過失に属するものなのだとして理解されていたことにつながってゆ

⁴⁹ 確かに、後期注釈学派であるバルトルスらの段階から「推定的悪意 (dolus praesumtus)」といった概念は存在していたため、19世紀の悪意の代わりとなる重過失の議論が全てツァジウスの影響によるものであるとは考えていない。

⁵⁰ ローマ、フランスを対象とした論考であるが、民刑峻別を扱うものとして廣峰正子「民刑峻別の軌跡」立命館法学 327・328号 (2009) 710頁以下がある。

⁵¹ Carl Georg Wächter, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts., 2.Band. Allgemeine Lehren, 1842, S.789-790.

⁵² ただ、前掲注 (17) における加賀山教授の説明には19世紀ドイツに「重過失と悪意は完全に同じ」とする見解が存在したことを挙げて主要している箇所を見つけることができない。したがって、加賀山教授の「重過失と悪意は完全に同じ」という見解と19世紀ドイツにおける見解は表面的には一致しているように見えるものの、どの程度一致するものであるかについては明らかでない。

くものと思われる。

また、その振分については、「窃盗 (Furtum)、傷害 (Injurie) のような、悪意 (Dolus) が要求される不法行為は、重過失によっても犯すことはできない」⁵³として、以下で扱うように細かな分類も含めて悪意と重過失との同等の取り扱いに関する例外を挙げているが、不法行為の場合が主にその悪意と重過失とを同等に取り扱うことの例外に当たることを明確にしているようである。

次いでウンガーであるが、彼は重過失と悪意との関係について明確にヴェヒターによって述べられたことと同様の見解を述べている。つまり、ウンガーは「一般的に、私法の分野において (卑劣なこと (Infamie) の効力は除いて) 重過失 (culpa lata) は悪意 (dolus) と完全に同じであると教えられている。これだけは明らかに間違っている」⁵⁴と述べているのである。さらに、「具体的事案の中でただ重過失 (culpa lata) だけが存在する場合、悪意 (dolus) を前提とする不法行為 (Delict) が存在すると仮定されず…」⁵⁵というように、とりわけ不法行為法の場合に重過失が悪意と同等に取り扱われないことに言及している。その他、細かな点についてもウンガーは重過失が悪意と同等に扱われない場合を挙げているが、不法行為法に関する場合であることが際立っているように見える。

以上のことから、重過失と悪意を同等に取り扱うことは私法においては原則とされてきているが、例外として悪意と同等な取り扱いがなされない重過失についても、その存在が明確に認識されている。

重過失と悪意が同等に取り扱われることの限界、つまり重過失と悪意が完全に別のものであるとして扱われるものの一部については、細かな差異はあるけれども、おおよそ以下のように分けて説明することができるように思われる。

(イ) 犯罪に関して過失に類する重過失と悪意とは明確に分けられ、悪意を前提とする不法行為を重過失で行うことはできない⁵⁶。

(ロ) 重過失に関する将来的な責任を免責することはできるが、悪意に関する将来的な責任を免責することはできない⁵⁷。

(ハ) 重過失によって他人の物を占有していたとしても、悪意で他人の物を占有していたことにはならない⁵⁸。

(ニ) 共同不法行為が行われた事案において、悪意による場合には連帯責任となるが、重過失の場合には連帯責任とならない⁵⁹。

⁵³ Wächter, a.a.O. S.790.

⁵⁴ Joseph Unger, System des österreichischen Allgemeinen Privatrechts, 2.Band Dritte unveränderte Auflage, 1868, S.241-242.

⁵⁵ Unger, a.a.O. S.242.

⁵⁶ Wächter, a.a.O. S.790-792. Unger, a.a.O. S.241-242. Bernhard Windscheid, Wille und Willenserklärung, Archv für die Civilistische Praxis 63.Band, 1880, S.100-101.

⁵⁷ Wächter, a.a.O. S.791-793. Unger, a.a.O. S.242.

⁵⁸ Unger, a.a.O. S.241-242.

⁵⁹ Unger, a.a.O. S.242.

以上のことから、全体を通してみると、「重過失」という概念について悪意と同等のものとして扱うとする見解が一般的であるように思われ、その例外としては、とりわけ不法行為法が取り上げられているものと整理することができる。

2. 19世紀ドイツにおける「契約法」と「不法行為法」という枠組みでの振分について

以上では、重過失は原則として悪意と同等に扱われるものであるが、不法行為の場合には例外的にかかる同等の取り扱いが否定されるということがわかった。以下では、原則として悪意と同等に扱われる領域について、さらに明確に言及しているものを取り上げて検討を進めてゆきたい。そこで、ここではイエーリング、ヴィントシャイト、レヴィン・ゴルトシュミットの三者による説明を取り上げることとする。

まず、イエーリングによって重過失の分類についての振分は、より明確に行われているように思われる。つまり、イエーリングは「多くの箇所で表現されている重過失 (*lata culpa*) と悪意 (*dolus*) の同等の扱いは契約関係 (*contractliche Verhältnisse*) についてのみ関係する可能性がある。非契約関係 (*aussercontractlichen Verhältnisse*) そのものにおいて、誰かが悪意 (*dolus*) を理由とすることに限らず、重過失 (*lata culpa*) を理由としても請求をすることができるならば、どのような結果になるだろうか！」⁶⁰と述べて、重過失を悪意と同等に扱う原則について契約法には妥当するが、契約法以外の分野に関しては妥当しないという振分をしているように思われる。このイエーリングの見解によると、重過失と悪意を同等に扱う場合は、契約関係の場合に限られるものであるようである。そのことを文字通りに受け取ると、重過失と悪意を同等に取り扱わない場面は不法行為法からさらに広がってゆく可能性が示唆されているようにも考えられる。ただ、同時にイエーリングは学説彙纂第50巻第16章第226法文⁶¹を取り上げ、かかる法源は重過失を悪意と同等に扱われるとするのが原則であることを示すものであるとするが、以下で扱うレヴィン・ゴルトシュミットに依拠しながら、その一般性には自ずと限界があることについて言及している⁶²。

そのような「重過失は悪意と同等に取り扱われる」という命題の原則性について、まずレヴィン・ゴルトシュミットは「悪意 (*dolus*) がなかったとしても、しかし、民法上の悪意と同等であると

⁶⁰ *Rudolf von Jhering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht 4. band, 1861, S.11-12.*

⁶¹ 学説彙纂第50巻第16章「言葉の意義について (De verborum significatione)」第226法文 (パウルス「便覧」第1巻)「大きな過失 (*grosse Nachlässigkeit*) は非難されることであり、大いに非難されることは悪意である」。

Karl Eduard Otto, Bruno Schilling, Karl Friedrich Ferdinand Sintenis, Iuris Civilis (Romani) ins Deutsche übersetzt von einem Verein Rechtsgelehrter und herausgegeben, Scientia, Band4 Pandekten Buch 39-50, 1984, S. 1254.

⁶² *Jhering, a.a.O. S.12.*

見なされる重過失 (lata culpa) がみられること」⁶³として、重過失と悪意の同等の取り扱いの存在を肯定しながらも、学説彙纂第26巻第10章第7法文第1節⁶⁴に基づき、以下のようにして不法行為法における重過失と悪意との同等の取り扱いの適用については否定的、あるいは非常に限定的に考えているようである。そのなかで、「重過失を悪意と同等に取り扱うことが、本来のだますこと (fraus) の事案にも適用され、むしろ単に法律上 (gesetzlicher)、契約上 (vertragsmässiger)、遺言上 (letztwilliger) の義務の履行の際に過失がある場合に限られるべきかどうかという、非常に根拠ある懸念」⁶⁵があることが提示されているのであるが、イエーリングと比較して見たときに、その違いは明らかである。つまり、イエーリングにおいては重過失を悪意と同等に扱う場面を「契約関係」に限定するが、レヴィン・ゴルトシュミットは法律上の義務、契約上の義務、遺言上の義務というように、その対象となる範囲は明らかに広く、まさに原則的立ち位置を与えているかのような振分に思われるのである。しかし、不法行為法については対照的に、学説彙纂第26巻第10章第7法文第1節のローマ法源に存在する後見人による重過失の場合のみ例外であり、その他悪意による行為が予定されている不法行為の場合には、重過失と悪意の同等の扱いは観念されるものではないとされている⁶⁶。

最後に、ヴィントシャイトについてであるが、彼は分類された重過失の振分について、“Wille und Willenserklärung”という論考の中で「近時の著者は、軽々しく重過失 (lata culpa) を悪意 (dolus) と同視することについて強烈に警告する。確かに、この警告は脅迫の不法 (gedrohten Strafe⁶⁷) に関する悪意の行為への適用に関して言えば、完全に正しい。しかし他方で、悪意と重過失の同視を、すでに設定されている債務における債務者の拘束が問題となっている場合に限定することは行き過ぎである」⁶⁸と述べている。ここでヴィントシャイトは以下の様に考えているものと推察される。つまり、重過失が悪意と同等に扱われるものであるという命題は「契約関係のみ」に妥当すると厳密に考えるのではなく、その原則性を維持したうえで、その例外は「悪意で行われた不法」のような場面に限られるものと考えているようである。そのことから分かることとしては、重過失と悪意を同等に取り扱うことの原則的取扱いと「不法行為法」の特別扱いという2つのポイ

⁶³ Levin Goldschmidt, Der Lucca-Pistoja-Actien-Streit, Handelsrechtliche Erörterungen, 1859, S.81.

⁶⁴ 学説彙纂第26巻第10章「信用に値しない後見人と保護人 (Pfleger) について」第7法文 (ウルピウス「裁判官全集注解」第1巻) 第1節「悪意 (Arglist) はないが重大な過失がある場合、重大な過失は悪意にほとんど等しいため、当該の後見人は信頼に値しないとして解任されねばならない」。

Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler, Okko Behrends, Corpus Iuris Civilis Text und Uebersetzung IV Digesten 21-27, C.F. Müller, Gemeinschaftlich übersetzt und herausgegeben, 2005, S.440.

⁶⁵ L. Goldschmidt, a.a.O. S.81.

⁶⁶ L. Goldschmidt, a.a.O. S.81.

⁶⁷ “Strafe”の「不法」という訳語については、江藤隆之「法の文脈におけるドイツ語単語“Strafe”の定義」桃山法学第34号(2021)89頁以下を参照。

⁶⁸ Windscheid, a.a.O. S.100-101.

ントがあることである。

ここで、イエーリング、レヴィン・ゴルトシュミット、そしてヴィントシャイトでは、三者ともに不法行為法と契約法（あるいは契約法+ a というべきか）という枠組みの中で振分を考えているように思われる。けれども、その細部について見ると、両者には大きな隔たりがあるように思われる。というのは、イエーリングにあっては、重過失を悪意と同等に扱う場面を「契約関係」に厳密に限定することによってその原則性を否定しようとしている。これに対して、レヴィン・ゴルトシュミットについては、重過失と悪意を同等に扱う場合について3つのパターンを挙げることで具体化しながらもその原則性について維持し、不法行為法についてはローマ法源に認められる場合に限り、重過失の悪意との同等の取り扱いを認めるという立場であると考えられる。他方で、ヴィントシャイトは、重過失を悪意と同等に取り扱うということの原則性を維持しつつ、さらにその同等の取り扱いに対する例外について、悪意で行うことを予定されている不法行為の範囲に狭めるというように、全く正反対の捉え方をしているのである。

3. なぜ不法行為法を例外として扱うのか。

重過失と悪意を同視する原則が妥当するか否かに関して個別に判断した箇所でも見受けられるように、不法行為法の領域では悪意と重過失を同等には扱わない、すなわち重過失の程度は悪意と同等に非難される程度ではないとしているのである。

これはなぜなのかについて考察するに、不法行為法はかつて民刑未分離の時には刑事法と密接不可分の関係にあったことが前提としてあるのではないかと考える。そして、刑事法においては悪意と過失とは相いれないものであって、例えその非難の程度においてであっても悪意と重過失が同等であるなどということはある得ないのであろう。これについて、重過失の性質について悪意とみるか、あるいは過失と見るかといった議論において、刑法学者であるカール・ビンディングは、重過失はあくまで悪意であってその非難の程度も過失と同等であるわけがないとする⁶⁹。このことは、ヴィントシャイトが民事法分野に限定して悪意と重過失を同等に非難されるものであると説明している⁷⁰ ことから伺うことができる⁷¹。

⁶⁹ *Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung; eine Untersuchung über die Rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, 1877, S. 338 ff.*

⁷⁰ *Windscheid, a.a.O. S.101.*

⁷¹ なお、16世紀人文主義法学者に関しては、刑事法分野においても重過失と悪意とを同等に非難されるものとして扱うと考えていたようであり、16世紀当時の振分と19世紀当時の振分には刑事法に対する認識を起点にした根本的な相違があるものと考えられる。例えば、ヒエロニムス・カグノルス (*Hieronymus Cagnolus*) やケルスス・バルガリウス (*Celsus Bargalius*) の見解について、*Woldemar Engelmann, a.a.O. S.255* によれば「カグノルスとバルガリウスは、ツァジウスの経過に従って、可罰性に関しても怠惰の重過失 (*culpa lata ignaviae*) と策略の重過失 (*versutiae*) を明確に区別している。怠惰の重過失は悪意と同等に扱われることは決してないが、策略の重過失は刑事罰についても常に悪意と同等に扱われる」としており、その違いは明白である。

よって、19世紀ドイツにおいても16世紀人文主義法学者と同様、重過失は悪意の証明困難の救済のために、悪意と同程度の非難がなされるものと、単に著しい過失にすぎないものという2種に分類されることがわかった。さらに、細かな振分は無数に議論があるように見られるが、不法行為法と契約法の区別に基づいて振分を行うことにはおおそ一致しているように思われる。また、不法行為法における重過失は特に重過失と悪意は同等に扱うことはできないとされていた。このことからすると、「不法行為法」という領域の特殊性から、不法行為法では重過失を悪意と同等のものを意味すると扱ってはならないものと考えられる。

V. まとめと今後の展望

以上、本稿では重過失の分類、そしてその分類した重過失を振分ける方法についてわが国、ドイツ地域の16世紀人文主義法学者、そして19世紀ドイツを対象として確認・検討を加えてきた。その中で、わが国では不法行為法、とりわけ失火責任法を中心として議論が進められてきており、判例と学説に基づいて重過失の分類・振分を行っていた道垣内教授による判例・学説の基礎となっているのが専ら不法行為法に関する教科書であったのも非常によくわが国の重過失に対する議論状況を表しているものと思われる。

ただ、道垣内教授の重過失の分類・振分について、わが国国内の状況にのみ焦点を当てて検討していることから、わが国がドイツ民法典第一草案を媒介にローマ法やドイツ法を継受しているにもかかわらず、その内容に関して大きな齟齬が生じてしまっている。

その最たるものが、わが国がドイツ法を継受した19世紀ドイツのおおそ一致した見解として、不法行為法の領域においては悪意と重過失を同等に扱うということをしないう振分を行っているにもかかわらず、専ら不法行為法の領域から重過失の内容や程度等を引き出してきているということである。また、あろうことか不法行為法から引き出した内容や程度によって、不法行為法の領域における重過失だけでなく、錯誤の重過失など、その他すべての重過失について判断してしまうという事態になっている。

そこで、本稿では重過失の分類について、16世紀ドイツ地域の人文主義法学者であるツァジウスの見解から、悪意と同程度に非難される重過失と、悪意と同程度に非難されるものではないけれども、著しい過失である場合の重過失の2分類があることを確認した。そして、その上で、以上のように2分類された重過失について、不法行為法の領域と契約法の領域で振分けられる可能性があるということが明らかとなった。そして、不法行為法の領域では、重過失を悪意と同等に扱わず、悪意と同等に非難されるものではない著しい過失である重過失を扱っているのだ、ということまで今後の議論の進展のための手掛かりをつかんでいる。以上が本稿の成果と言えるだろう。

続いて、今後の展望について触れておく。まず、本稿で明らかとなった重過失の2分類に基づく振分をどのようにするかについて今後より明確にしてゆかなければならない。その際には不法行為法の領域と契約法の領域での振分を基調として検討を進め、より細かな振分について明らかにす

る必要があると考えている。ただ、歴史的検討をする以上、各条文、各規定に個別の事情に検討を進めてゆくことが重要な前提となる。それゆえ、まずは民法典における各条文について検討を加えたうえで、民法典以外の条文等についても検討を加えてゆくこととしたい。