

# 「小動物の飛び出し事故」に関わる道路管理者及び飼主の過失責任 ——ハンドの公式と条件公式の適用事例として——

日 野 一 成

## ■アブストラクト

「小動物の飛び出し」により、自動車が小動物に衝突したり、小動物との衝突を回避したりして自損事故が発生する事例が認められるが、自動車側に被害が発生した場合のリスクの負担を誰が負うのかという問題が生じる。

そこで、本稿では、高速道路における「キツネの飛び出し事故」において、その事故防止の一旦を担うべき道路管理者の不作为による過失責任について扱った最判平成22年3月2日民集233号181頁、および「鎖が解かれた犬」を回避した自転車が川に転落した事故につき犬の飼主の過失責任について扱った最判昭和58年4月1日交民集16巻2号279頁について、ハンドの公式や条件公式の適用事例として考察するものである。

## ■キーワード

小動物の飛び出し事故、ハンドの公式、条件公式

### 目次

1. はじめに（問題の所在）
2. ハンドの公式の適用事例
3. 条件公式の適用事例
4. おわりに

## 1. はじめに(問題の所在)

交通事故において、「小動物の飛び出し」が原因で自動車が小動物に衝突したり、衝突を回避するために自動車が他の自動車や他物に衝突したりして、自損事故が発生するケースが認められる。なかんずく、モラルリスク事案<sup>1</sup>では、これらの経験則をもとに、故意に自損事故を惹起させながら、事故原因を「小動物との衝突を回避するため」と偽装して、車両保険金や傷害保険金<sup>2</sup>の請求を企図する事例も散見される<sup>3</sup>。

しかしながら、実際に、高速道路に小動物が侵入して、それを自動車の運転者が回避して自損事故を惹起し、運転者が死傷するケースや小動物を回避して自転車が転倒し重症を負う様なケースも認められる。

そこで、本稿では、「小動物の飛び出し事故」に関わる道路管理者及び飼主の過失責任について考察する。すなわち、高速道路における「キツネの飛び出し事故」において、その事故防止の一旦を担うべき道路管理者の不作为による過失責任について扱った最判平成22年3月2日民集233号181頁をハンドの公式の適用事例として、また、「鎖が解かれた犬」を回避した自転車が川に転落した事故につき犬の飼主の過失責任について扱った最判昭和58年4月1日交民集16巻2号279頁について、条件公式<sup>4</sup>の適用事例として考察するものである。

---

<sup>1</sup> 山下友信『保険法』(有斐閣、2010年)65頁参照。「道徳的危険」をモラル・ハザード(moral hazard)という。モラルリスクは「道徳危険」の直訳和製英語であるが、国内では、「モラルリスク」という文言が多用されている。

<sup>2</sup> ここでは、自動車保険のうち、人身傷害保険、自損事故保険、搭乗者傷害保険や交通傷害保険等の4つの傷害保険を想定している。

<sup>3</sup> モラルリスク事案を扱った裁判例として、大阪地判平成3年3月12日交民集24巻2号292頁、宇都宮地・栃木支判平成14年8月29日自保ジ第1487号、神戸地判平成18年12月13日交民集39巻6号1745頁、東京高判平成24年7月19日自保ジ第1886号、さいたま地判平成27年2月12日自保ジ第1046号、京都地判平成27年9月30日自保ジ第1960号など。

<sup>4</sup> ハンドの公式との語呂合わせで、条件公式としたが、「事実的因果関係」をさしている。

## 2. ハンドの公式の適用事例

### (1) 事例の概要（最判平成22年3月2日民集233号181頁）

看護師（34歳女子）のXは、平成13年10月8日午後7時51分ころ、北海道苫小牧市内の高速道路を乗用車で進行中、飛び出してきたキツネを避け、ガードレール衝突直後、Y運転の乗用車に衝突され死亡。Xの両親はYと道路管理者Zの共同不法行為として既払金3000万円を控除し、4771万1237円を求めて訴訟を提起。（以下、責任関係のみ記載。）

1 審裁判所は、道路管理者Zの責任につき、本件道路は「安全性を欠いているということとはできない」と否認し、小動物の道路進入を完全に防ぐような道路建設は費用からも無理とした。そこで、キツネ飛び出しをハンドル操作で回避した結果、ガードレールに衝突の単独事故を起こしたXの過失割合を3割、追越車線に横向き停車のX車に「衝突直前まで気づかないまま」110キロメートル走行を続けたYの過失割合を7割と認定した。

Xの両親控訴の2審は、道路管理者Zの責任を認め、損害額も変更して判決した。タヌキ、トビ、ハト等のほか、7年前にも本件道路で「キツネを避けようとしたとみられる死亡事故が1件ある」ほか、同年では10月までに「46件のロードキルが報告されている」ように、キツネ等の小動物が「高速運転を危険に晒すこと」となり、このことは「営造物として通常有すべき安全性を欠いていることを意味する」、柵等で「侵入を防止することは不可能ではない」とし、予算上の制約を理由にその責任を免れないとして、ZはYと共に共同不法行為責任を負うと認定した。Zは、これを不服として上告。（Yは別訴で逸失利益について上告のため省略）

### (2) 判旨 原判決中上告人敗訴部分を破棄。前項部分被上告人らの控訴棄却。

上告代理人水原清之ほかの上告受理申立て理由について

1 本件は、北海道内の高速道路において、自動車の運転者が、キツネとの衝突を避けようとして自損事故を起こし停車中、後続車に衝突されて死亡したことについて、運転者Yの相続人である被上告人らが、上記自損事故当

時の上記高速道路の管理者であった旧公団の訴訟承継人である上告人に対し、キツネの侵入防止措置が不十分であった点で、上記高速道路の設置又は管理に瑕疵があったと主張して、国家賠償法2条1項に基づく損害賠償を求める事案である。

2 原審の適法に確定した事実関係の概要は、次のとおりである。

①Yは、平成13年10月8日午後7時51分ころ、北海道苫小牧市<地番略>付近の高速自動車国道である北海道K自動車道L線において、普通乗用自動車（以下「X車」という）を運転して走行中、約100メートル前方の中央分離帯付近から飛び出してきたキツネとの衝突を避けようとして急激にハンドルを切り、その結果、X車は、横滑りして中央分離帯に衝突し、車道上に停止した。そして、同日午後7時53分ころ、車道上に停車中のX車に後続車が衝突し、Xは、これにより頭蓋底輪状骨折等の傷害を負い、そのころ死亡した。

②本件事故現場は、北海道苫小牧市の郊外であり、上記自動車道のAインターチェンジとBインターチェンジとの間の区間にある。本件事故現場の周囲は原野であり、本件道路は、ほぼ直線で、見通しを妨げるものはなかった。本件区間においては、道路に侵入したキツネが走行中の自動車に接触して死ぬ事故が、平成11年は25件、平成12年は34件、平成13年は本件事故日である同年10月8日時点で46件発生していた。また、上記自動車道の別の区間で、道路に侵入したキツネとの衝突を避けようとした自動車が中央分離帯に衝突しその運転者が死亡する事故が、平成6年に1件発生していた。

③本件道路には、動物注意の標識が設置されており、また、動物の道路への侵入を防止するため、有刺鉄線の柵と金網の柵が設置されていた。有刺鉄線の柵には鉄線相互間に20センチメートルの間隔があり、金網の柵と地面との間には約10センチメートルの透き間があった。旧公団が平成元年に発行した「高速道路と野生生物」と題する資料には、キツネ等の小動物の侵入を防止するための対策として、金網の柵に変更した上、柵と地面との透き間を無くし、動物が地面を掘って侵入しないように地面にコンクリートを敷くこと

が示されていた。

④本件事故当時の本件道路の管理者であった旧公団は、平成17年10月1日に解散し、上告人が同団の訴訟上の地位を承継した<sup>5</sup>。被上告人らは、Xの両親であり、相続人である。

3 原審は、上記事実関係の下において、次のとおり判断して、被上告人らの請求を一部認容した。

高速道路の利用者は、一般道路に比較して高速でも安全に運転することができるものと信頼して走行していることからすれば、自動車の高速運転を危険にさらすことになるキツネが前記2②のような頻度で本件区間に現れることは、そのこと自体により、本件道路が営造物として通常有すべき安全性を欠いていることを意味する。動物注意の標識が設置されていることは、上記判断を左右するものではない。

本件資料には、キツネ等の小動物の侵入を防止するための対策が示されていたのであり、それにより、かなりの程度キツネの侵入を防止することができた。以上によれば、本件道路には設置又は管理の瑕疵があったというべきである。

4 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

国家賠償法2条1項にいう営造物の設置又は管理の瑕疵とは、営造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいい、当該営造物の使用に関連して事故が発生し、被害が生じた場合において、当該営造物の設置又は管理に瑕疵があったとみられるかどうかは、その事故当時における当該営造物の構造、用法、場所的環境、利用状況等諸般の事情を総合考慮して具体的個別的に判断すべきである（最高裁昭和42年（オ）第921号同45年8月20日第一小法廷判決・民集24巻9号1268頁、同昭和53年（オ）第76号同年7月4日第三小法

---

<sup>5</sup> 2005年（平成17年）10月1日に四公団の民営化が行われ、日本道路公団は分割され、本件北海道エリアは、東日本高速道路株式会社が継承した。

廷判決・民集32巻5号809頁参照）。

前記事実関係によれば、本件道路には有刺鉄線の柵と金網の柵が設置されているものの、有刺鉄線の柵には鉄線相互間に20センチメートルの間隔があり、金網の柵と地面との間には約10センチメートルの透き間があったため、このような柵を通り抜けることができるキツネ等の小動物が本件道路に侵入することを防止することはできなかったものといえることができる。

しかし、キツネ等の小動物が本件道路に侵入したとしても、走行中の自動車がキツネ等の小動物と接触すること自体により自動車の運転者等が死傷するような事故が発生する危険性は高いものではなく、通常は、自動車の運転者が適切な運転操作を行うことにより死傷事故を回避することを期待することができるものというべきである。

このことは、本件事故以前に、本件区間においては、道路に侵入したキツネが走行中の自動車に接触して死ぬ事故が年間数十件も発生しているながら、その事故に起因して自動車の運転者等が死傷するような事故が発生していたことはうかがわれず、北海道K自動車道L線の全体を通じて、道路に侵入したキツネとの衝突を避けようとしたことに起因する死亡事故は平成6年に1件あったにとどまることから明らかである。

これに対し、本件資料に示されていたような対策が全国や北海道内の高速道路において広く採られていたという事情はうかがわれないし、そのような対策を講ずるためには多額の費用を要することは明らかであり、加えて、前記事実関係によれば、本件道路には、動物注意の標識が設置されていたというのであって、自動車の運転者に対しては、道路に侵入した動物についての適切な注意喚起がされていたといえることができる。

これらの事情を総合すると、上記のような対策が講じられていなかったからといって、本件道路が通常有すべき安全性を欠いていたということとはできず、本件道路に設置又は管理の瑕疵があったとみることはできない。

### (3) 本判決に対する考察

#### ① 下級審での判断

最高裁は、原審の判断を否定し、第1審の判断を受け入れたが、「高速道路の管理者」の責任について、両下級審の判断を確認すると、次の通りである。

##### (i) 第1審

第1審は、「本件道路の設置又は管理につき瑕疵があったと認めることはできない」として、次の理由をあげている。

(ア) 旧公団が北海道内で管理していた高速道路は、距離は長く、道路構造は多様であり、周辺の地形も一様でなく、侵入する動物も多種多様であることから、動物侵入の場所、時間を具体的に特定し、予測することは事実上不可能。

(イ) 中小動物の侵入防止対策を実施するとすれば、ほぼ全線について改修工事を実施しなければならないが、これを即時に実現することは、現実には不可能。

(ウ) 旧公団が管理していた日本国内の高速道路の全線について、この改修工事を実施するとすれば、多大な費用を要する。

(エ) 旧公団が、高速道路における安全対策の優先順位を考慮しながら、中小動物侵入防止のための立入防止柵の設置あるいは改修工事を順次施工していきながら、当面の対策として、「動物注意」の標識による注意喚起、パトロール車による道路巡回、巡回時に動物を発見した場合や利用者からの動物目撃情報があった場合の動物排除作業や利用者に対する情報提供等の対策を実施することが合理的かつ妥当。

##### (ii) 第2審

第2審は、「旧公団は、本件道路の設置・管理者として、国家賠償法2条1項に基づき、本件第1事故の発生について損害賠償責任を負う」として、次の理由をあげている。

(ア) 公の営造物が、客観的に見て、ある時点で安全性を欠く状態に至っ

たとしても、それが管理者にとって予見可能性がなく結果回避可能性もないと認められる場合には、設置・管理に瑕疵はなかったというべきところ（最高裁判所昭和50年7月25日判決・民集29巻6号1136頁参照）、キツネ・ロードキル等の事例は、いずれも旧公団が最初に報告を受けた事例であると認められ、本件道路にキツネがしばしば出没することは、旧公団としては十分に予見可能であったといえることができる。

（イ）結果回避可能性であるが、キツネが地上に生息し地面を移動する動物であることからすれば、高速道路への侵入防止柵を設けることによってかなりの程度キツネの侵入を防止することは不可能ではない。実際に、前記認定のとおり、旧公団では野生動物の侵入防止策を記載した本件公団資料を、1989年の時点で作成しており、その中には、キツネ等中小動物の侵入防止策として、金網型の柵にした上で柵と地面の隙間がないようにし、地盤との間を掘って侵入されないようにコンクリート等を付設するとの対策が記載されている。にもかかわらず、本件事故地点付近に付設された侵入防止柵は、前記認定のとおり、中小動物の侵入に全く役に立たない有刺鉄線タイプが大部分であり、一部金網タイプのものも、地面との間に約10センチメートルの隙間があり、中小動物の侵入を防ぐに足るものではなかった。

（ウ）被控訴人Y道路会社は、北海道内の高速道路は長大であり、キツネ等中小動物の侵入を防止するには、全線について施工しなければ十分な効果は得られないところ、そのためには多大な費用を要する旨主張する。しかし、本件で問題となっているのは、本件事故が発生した本件道路においてキツネの侵入が頻発することであるから、結果回避可能性としては、本件道路においてキツネの侵入を防ぐための措置が問題となるのであって、そのためであれば、一定区間の侵入防止柵設置で足りる。本件事故後9000万円をかけて本件道路付近の侵入防止柵を改修したことから考えても、結果回避可能性がなかったとはいえない。

（エ）自然公物たる河川等と異なり、人工公物たる道路については、当初から通常予測される危険に対応した安全性を備えたものとして設置され管理

されるべきものであって、原則として、予算上の制約は、管理の瑕疵に基づく損害賠償責任を免れさせるべき事情とはなり得ない（前記最高裁判所昭和45年8月26日判決、最高裁判所昭和59年1月20日判決・民集38巻2号53頁参照）。

## ②本判決に対する考察

第1審は、旧公団の経済的合理性を視野にいれ、高速道路における安全対策の優先順位を考慮しながら、中小動物侵入防止のための立入防止柵の設置あるいは改修工事を順次施工していきながら、当面の対策として、「動物注意」の標識による注意喚起、パトロール車による道路巡回等の対策を実施することが合理的かつ妥当としている<sup>6</sup>。

これに対し、第2審は、判例を踏まえ、人工公物たる道路については、当初から通常予測される危険に対応した安全性を備えたものとして設置され管理されるべきものであるとしたうえで、原則として、予算上の制約は、管理の瑕疵に基づく損害賠償責任を免れさせるべき事情とはなり得ないとしている。また、公の営造物が、客観的に見て、ある時点で安全性を欠く状態に至ったとしても、それが管理者にとって予見可能性がなく結果回避可能性もないと認められる場合には、設置・管理に瑕疵はなかったというべきところ、キツネ・ロードキル等の事例は、いずれも旧公団が最初に報告を受けた事例であると認められ、本件道路にキツネがしばしば出没することは、旧公団としては十分に予見可能であったとする。加えて、キツネが地上に生息し地面を移動する動物であることからすれば、高速道路への侵入防止柵を設けることによつてかなりの程度キツネの侵入を防止することは不可能ではないとし

---

<sup>6</sup> 國井和郎「道路の設置・管理の瑕疵について（九）— 義務違反的構成の試み」判タNo.441・7頁参照。國井は、「無責裁判例の構造」として、次の4方式を指摘する。①道路に危険性が認められ得ないとする方式、②道路管理者において事故防止措置を講ずる必要性がないとする方式、③道路管理者による事故防止策が不可能もしくは期待できないとする方式、④因果関係が存在しないとする方式。

て、結果回避可能性がなかったとは言えないとしている<sup>7</sup>。

これらの争点に対し、本判決は、行政学者の藤田裁判長を中心に審議し<sup>8</sup>、第2審の判断を否定し、第1審の判断を肯定したものである。しかし、法律論においては、第2審の判断に違法はなく、首肯されるようにも思われる。すなわち、北海道の大自然の中に設置された高速道路においては、その設置・管理を万全に行うことは、実際の手当や人的な対応に困難性があることは理解できるが、一度、それを人工公物の道路として、設置、管理する以上、そこには、当初から通常予測される危険に対応した安全性を備えたものでなければならず、もしそのような安全性が確保できないのであれば、設置すべきではなかったというのは、行政上は別として法律上は、論をまたないようにも思われる<sup>9</sup>。

しかしながら、第1審及び本判決が、経済的合理性をその判断基準に明示しており、従来裁判例の流れと異にすることから、本稿では、「法と経済

<sup>7</sup> 國井前掲注6・6頁参照。國井は有責裁判例を分析し、①道路における事故発生の危険性、②危険性に即応した事故防止措置の必要性、③事故防止措置の実施可能性(ないし期待可能性)が肯定される場合において、所要措置が講ぜられていないときに管理瑕疵を認定しているとしている。

<sup>8</sup> 荏原明則「野生動物の出没と道路管理瑕疵」判例セレクト2010『法学教室別冊3月号』9頁参照。荏原は、本判決が高知落石事件(最判昭和45年8月20日民集24巻9号1258頁)及び幼児転落事件(最判昭和53年7月4日民集32巻5号809頁)を引用して設置管理瑕疵の有無を具体的に検討しているとする。

<sup>9</sup> 本判例の評釈として、吉野夏巳「小動物の高速道路への侵入と道路管理の瑕疵」岡山大学法学会雑誌60巻1号187頁、長尾英彦・中京法学45巻1・2号75頁、金丸義衡「自損事故について的高速道路の設置または管理の瑕疵」民商法雑誌143巻3号102頁、仮屋篤子「高速道路上における自動車の小動物との衝突と營造物責任」速報判例解説〔8〕(法学セミナー増刊)115頁、荏原明則・判例セレクト2010〔2〕(月刊法学教室366別冊付録)9頁、大島眞一「北海道内の高速道路で自動車の運転者がキツネとの衝突を避けようとして自損事故を起こした場合において、小動物の侵入防止対策が講じられていなかったからといって上記道路に設置又は管理の瑕疵があったとはいえないとされた事例」平成22年度主要民事判例解説(別冊判例タイムズ32)130頁、小幡純子「高速道路上のキツネの飛び出しと道路管理の瑕疵」交通事故判例百選<第5版>(別冊ジュリスト233)68頁参照。

学」的分析の観点から、ハンドの公式の適用事例として、次項で考察したい。

### ③ハンドの公式を用いた考察

第1審及び本判決が、経済的合理性をその判断基準に明示している。すなわち、過失における行為義務違反（結果回避義務違反）の有無に関する判断に際しては、学說的にも有力なハンドの公式<sup>10</sup>が存在するが、それを用いて考察してみたい。

#### (i) ハンドの公式 (Hand Formula)

不法行為法において、事故発生の抑止にその目的を置く「法と経済学」的な分析からは、「最適な」防止費用を掛けさせる誘因となるようなルール（法規範）こそが望ましいということになる。この分析は、過失責任の基準においては、被告が事故防止のために最適な防止費用を掛けていなかったならば、過失責任を肯定し、最適な防止費用を掛けるための誘因としようとするものである。

そのような分析にあてはまる事例が、1947年連邦裁判所の判決である *United States v. Carol Towing Co.* 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947) において、ハンド (Learned Hand, J.) 判事が判決文中で示した公式である<sup>11</sup>。これを主導的な「法と経済学者」R. Posner に着目され、「ハンド判事の公式」(Hand Formula) の分析と呼ばれている<sup>12</sup>。

これは、戦時の真っ最中で港内に舢舨が引っこり無しに往来しているような混雑した状況において、係留されていた舢舨が船頭の不在中に流されて沈没した事件において、船頭が21時間のあいだ該舢舨を不在にしていたことが所有者

<sup>10</sup> 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為法』（弘文堂、2010年）30頁、潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第二版〕』（信山社出版、2009年）287頁、窪田充見『不法行為法 第2版』（有斐閣僚、2018年）5頁、前田陽一『不法行為法』（弘文社、2007年）16頁参照。

<sup>11</sup> 同判決については、藤倉皓一郎「過失の判定式」藤倉皓一郎・木下毅・高橋一修・樋口範雄編『英米判例百選〔第3版〕』（1996年）170頁参照。

<sup>12</sup> 平野晋『アメリカ不法行為法』（中央大学出版、2006年）266頁以下に詳しい。潮見佳男『債権各論Ⅱ不法行為法 第2版』（新世社、2010年）34頁、窪田・前掲注10・58頁参照。

の過失に該当するか否かが争われている。この過失を判断する上で、以下の  $B < P \times L$  の公式を法廷意見の中で述べている。

B (Burden)：事故を防止・回避するために被告が負担するコスト

P (Probability)：事故が発生する蓋然性・確率

L (Loss)：事故が発生した場合の損失

例えば、事故の危険（期待事故費用）Bは、右辺の「 $P \times L$ 」、すなわち、事故が発生する蓋然性・確率に対して発生し、発生時の損失を乗じた結果によって表わされる。

すなわち、 $B < P \times L$ であれば、過失は肯定され、 $B > P \times L$ であれば、過失は否定されるということになる<sup>13</sup>。

(ii) 本判決に対するハンドの公式による検証  
本判決をハンドの公式を用いて考察してみよう。

B：多額の費用（事故後9000万円をかけて本件道路付近の侵入防止柵を改修しており数十億円規模と想定。）

P：死亡事故は、平成6年に1件あり、平成13年（本件）で2件目。今後、7年おきに死亡事故が発生すると想定。

L：死亡被害者の損害は6000万円程度と想定。

---

<sup>13</sup> 樋口範雄『アメリカ不法行為法』（弘文堂、2009年）74頁参照。樋口によれば、ハンド裁判官は、「法と経済学」の信奉者ではないが、このような判定式を生ませる結果になったのは、何も「法と経済学」と呼ばなくとも、通常人基準による過失判断とは、一般に通常人が一定の合理的計算を無意識で行いながら行動しているという認識を表現しており、回避のコストの負担が大きければ、通常人に無理は要求できない、あるいは要求しないという判断がそこにあるとしている。

上記より、 $B$  (数十億円)  $>$   $P \times L$  (数億円)

であることが推定されるから、この公式では、旧公団の過失は否定され得ると考えられそうであり、第1審および最高裁の判断は妥当と考えられる。

しかしながら、人命尊重の観点から、事故が発生した場合の損失を不法行為における被害者に対する損害賠償額相当として、単純にこの公式をあてはめて、判断すべきかどうかは別の問題であり、第2審の判断は、人命尊重に重点を置いたものと考えられる<sup>14</sup>。

すなわち、本件では、死亡事故が発生したのは2件目であり、今後も死亡事故の発生が一定の発生頻度で生じることが予想されるのであれば、それを放置したままで無過失との判断は困難になるのではないだろうか<sup>15</sup>。

<sup>14</sup> 樋口・前掲注13・90頁参照。樋口は、「リスク効用基準 =  $B < PL$  の公式」の本質的批判として、リスク効用基準が社会全体の効用を重視し、個人（とりわけ被害者）に対する正義とか、倫理的な選択の要素を軽んじているとの批判を指摘している。

<sup>15</sup> 柳瀬典由・石坂元一・山崎尚志『リスクマネジメント』（2018年、中央経済社）18頁参照。人命尊重の観点もさることながら、本件をリスクマネジメントの観点から眺めれば、やや趣きが異なるものと考えられる。すなわち、本件事故の発生は、道路公団時代であるが、2005年（平成17年）10月1日に民営化され、現在は東日本高速道路株式会社に継承されている。公団と民営化された株式会社では、そのリスクマネジメントにおいてもやや異なる面もあるが基本的には同様である。すなわち、本件では、原審の事実認定によれば、「キツネ・ロードキル等の事例は、いずれも旧公団が最初に報告を受けた事例であると認められ、本件道路にキツネがしばしば出没することは、旧公団としては十分に予見可能であった」とするものであり、この事実認定からすれば、公団がとるべきリスクマネジメントは、①リスクコントロールと②リスクファイナンスといえることができる。リスクコントロールとは、発生するであろう損失の程度や予想される損失の強度（大きさ）そのものを軽減し、損失の期待値を低減する手法の総称であり、損失予防（発生するであろう損失の頻度を減少させるような行動）と損失低減（発生するであろう損失の強度を減少させるような行動）に分類される。本件では、小動物の飛び出し事故の防止策がそれにあたるであろう。リスクファイナンスとは、発生した損失を埋め合わせるために資金を入手する方法の総称であり、保有（損失の一部または全部の支払について個人や企業が自らの責任を持ち続けること）と移転（企業が保険やデリバティブ等の手段を活用してリスクを保険会社や資本市場の投資家などの第三者に移転すること）に分類される。本件では、リスクの保有もしくはは自家保険ないし国へのリスクの移転がそれにあたるであろう。継承企業では、リスクの保有もしくはは賠償責任保険加入による保険会社へのリスクの移転ということである。

### 3. 条件公式の適用事例

#### (1) 事例の概要（最判昭和58年4月1日交民集16巻2号279頁）

X（小学年生7歳）は、昭和54年6月16日午後4時ころ福岡市西区脇山2698番地先路上を谷口方面から原田橋方面に向って自転車で通行中、Yの飼犬が原告に近付いて来たため、Xが右犬をこわがって左に避けようとしたところ、右道路に沿って流れる椎原川の護岸壁から転落し、Xは、左眼球破裂、ぶどう膜脱出、前房出血、硝子体脱出、顔面裂創の傷害を受け、事故の日から昭和54年7月16日まで福岡大学病院で入院治療したが、結局左眼を失明した。そこでXは犬の飼主であるYを相手に訴訟提起。

第1審は、①Xの乗車していた自転車は、車長約1.4メートル、走行状態における地面からサドルまでの高さが約0.75メートル、ハンドルまでの高さが約0.9メートルあり、本件事故より10日ほど前に買求めたもので、原告にとってはやや大きめで、ペダルに充分足が届かなかった。②本件事故発生直前は、Xが浜本より先行して、道路（本件事故現場付近の幅員約3メートル）中央よりやや川寄り（進行方向に向って左側）を走行していたが、原田橋の手前に差しかかった時、前方約8.5メートルの道路中央付近にYの飼犬がいるのを認め、同犬は同地点からやや川の方に寄りながら原告の進行方向と反対に2メートル前後歩いて来たので、Xは、本件犬の左側（原告の進行方向からみて左の意。以下同じ）を通り抜けようとして左にハンドルをきったところ、操縦を誤って川に転落した。なお、Xが転落したところ本件犬は、原告の転落地点路上から前方約3ないし4メートルの道路中央よりやや左寄りに佇立しており、原告が運転を誤らなければ、本件犬の左側を通り抜けて走行することは十分可能であった。③犬は、体長約40センチメートル、体高約20

---

このリスクマネジメントの観点からみれば、本件において道路公団は、本件高速道路におけるリスクコントロールもリスクファイナンスも十分なものではないと評価されるものである。例えば、リスクファイナンスとして、「リスク保有」または「自家保険」と判断しているのであれば、その対策費を予算化し、死亡した運転者の遺族との国賠法による紛争の解決以外の方法も模索できたのではないだろうか。

センチメートルの短足のダックスフント系雄犬で、人に脅威感を与えるようなところはなく、被告は愛玩用として本件犬を飼っていたものであることが認められる。

との事実認定を踏まえ、本件犬の加害行為としては、約2メートルXの方向に歩み寄ったに過ぎず、これに本件犬の形状を考え合わせると、未だ本件犬によって原告に対する違法な侵害行為が行われたものとは解し難い。また、右のような本件犬の形状、加害行為の態様のほか、原告が運転を誤らなければ自転車を運転して本件犬の左方を通過することは十分可能であったことを考え合わせると、本件犬の加害行為と本件損害発生との間に法的因果関係があるものとも認め難い、としてXの請求を棄却した。

そこで、Xは請求額を縮減し控訴。第2審は、①Xは、4歳のころから子供用自転車を買ってもらって乗っていたが、小さくなったため、事故の約10日前に買い替えてもらったばかりであり、当日乗っていた右自転車は車長約1.4メートル、サドルの高さ約0.75メートル、ハンドルの高さ約0.9メートルで、Xの身体にはやや大きめで、ペダルに充分足が届かなかったものの、当日まで転倒等の事故を起したことはなかった。②本件犬はYが愛玩用に飼っていた体長約40センチメートル、体高約20センチメートルのダックスフント系雄犬で、Yは、通常は庭に鎖でつないでいたのを、当日運動をさせるつもりで首輪から鎖を外したため、犬は一旦Y前方の幅員約3メートルの舗装道路の中央付近まで走り出た。ところが、たまたま右道路の中央よりやや、椎原川寄り（進行方向に向かって左側。）を自転車に乗ったXが通りかかり、犬との距離が約8.5メートルになったころ、右のとおり走り出た犬は吠えることなく歩いて川の方に寄りながら2メートル程控訴人の方に近付いたので、控訴人は道路の端に寄って通り抜けるため、ハンドルを左に切った際操縦を誤り、右道路に沿って流れる椎原川に自転車もろとも転落した。なお、Xが転落した頃本件犬はXの転落地点道路上から前方3ないし4メートルの道路中央よりやや左寄りに佇立しており、控訴人が運転を誤らなければ、本件犬の左側を通り抜けて走行することは可能であった。③Xは日頃から犬嫌いであつ

た、

との事実認定を踏まえ、本件犬は大型犬ではなく、格別吠えたわけでもなく、歩いて控訴人の方に約2メートル近付いたにすぎなかったのであるから、犬の側を通り抜けることは不可能ではなかったとしても、飼主の手を放れた犬がXに近付いたことと、普段から犬嫌いであったXが近付いて来る犬に一瞬ひるんだことがXが身体に比してやや大きすぎる自転車の操縦に充分慣れていなかったことと相俟って本件事故発生の原因をなしたものと認めるのが相当であるとした。

その上で、本件犬は大型ではない愛玩犬であって、一般的には人に危害を加えたり畏怖感を与えるおそれはないものということができるが、しかし子供にはどのような種類のものであれ、犬を怖れる者があり、犬が飼主の手を離れれば本件のような事故の発生することは予測できないことではないから、犬を飼う者は鎖でつないでおくなど常に自己の支配下においておく義務があるものというべく、本件事故時運動させるため鎖を外した被控訴人は犬を飼う者としての右注意義務を欠いたものであって、民法718条による責任を免れることはできないとした。

前記認定のとおり、控訴人がペダルに足が届かずしかも乗り慣れない自転車に乗っていたことが本件事故の一因と考えられるので、被控訴人との過失割合は1対9とみるのが相当であるから、前記損害額を右割合にしたがって過失相殺すれば1万5058円になる。慰謝料額は、前記の控訴人の傷害及び過失の程度その他諸般の事情を考慮すると、30万円をもって相当と認めるとの判断を行った。

Yは、これを不服として、2審判決の破棄を求めて上告した。

## (2)判旨 上告棄却

### ①上告代理人の上告理由について

所論の点に関する原審の事実認定は、原判決挙示の証拠関係に照らして首肯するに足り、右事実関係のもとにおいて、7歳の児童にはどのような種類

の犬であってもこれを怖がる者があり、犬が飼主の手を離れれば本件のような事故の発生することは予測できないことではないとして、上告人に民法718条所定の損害賠償責任があるものとした原審の判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。よって、民訴法401条、95条、89条に従い、裁判官宮崎梧一の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

## ②裁判官・宮崎梧一の反対意見

私は、本件犬の動作と被上告人の損害（転落による受傷）との間に相当因果関係の存在を認めることはできないと考える。

本件について原判決の確定した事実は、

一 被上告人は、昭和54年6月16日午後4時ころ、福岡市西区脇山2698番地先の舗装道路上を谷口方面から原田橋方面に向って自転車で通行中、自転車もろとも道路に沿って左側を流れる椎原川の護岸壁から転落し、左眼球破裂等の傷害を受けて左眼を失明した、

二 被上告人は、事故当時小学2年生（7歳）で、当日近所の同級生の1人と各自の自転車に乗って遊んでいた、

三 被上告人が乗っていた自転車は、以前から乗っていた子供用自転車が小さくなったため、事故の約10日前に買い替えてもらったばかりで、車長約1.4メートル、サドルの高さ約0.75メートル、ハンドルの高さ約0.9メートルで、被上告人の身体にはやや大きめで、ペダルに十分足が届かなかったものの、当日まで転倒等の事故を起こしたことはなかった、

四 本件犬は、上告人が愛玩用に飼っていた体長約40センチメートル、体高約20センチメートルのダックスフント系雄犬で、上告人は、通常は庭に鎖でつないでいたのを、当日運動をさせるつもりで首輪から鎖を外したため、犬は一旦上告人前方の幅員約3メートルの前記道路の中央付近まで走り出た、

五 たまたま被上告人が右道路の中央より椎原川寄りを右自転車に乗って通りかかり、犬との距離が約8.5メートルになったころ、右のとおり走り出

た犬は吠えることなく歩いて川の方に寄りながら2メートル程被上告人の方に近付いたので、被上告人は道路の端に寄って通り抜けるため、ハンドルを左に切った際、操縦を誤り前記のように椎原川に自転車もろとも転落した、

六 被上告人が転落したところ、本件犬は右転落地点道路上から前方3ないし4メートルの道路中央よりやや左寄りに佇立しており、被上告人が運転を誤らなければ、本件犬の左側を通り抜けて走行することは可能であった、

七 被上告人は、日頃から犬嫌いであった、というのである。

右事実関係に基づき、原判決は、

イ 飼主の手を放れた犬が被上告人に近付いたこと

ロ 普段から犬嫌いであった被上告人が近付いて来る犬に一瞬ひるんだこと

ハ 被上告人が身体に比してやや大きめの自転車の操縦に十分慣れていなかったこと、の三者が相まって本件事故発生の原因をなしたものと認めるのが相当である、との判断を示し、結局、本件犬の以上の動作と被上告人の転落による受傷との間に法的因果関係の存在を認めたのである。

しかし、右三者のうち、ロ及びハは、本件事故に特有の原因であり、しかも専ら被上告人の側に存する原因であって、上告人としてはいかんともしがたいものである。

民法718条にいう「動物の加えた損害」とは、動物の動作によって他人に損害を発生せしめることであるが、その損害たるや、動物にそのような動作があれば一般に生ずるであろうと認められる損害でなければならない筈である。本件犬は、上告人が愛玩用に飼っていた前記のような小型の犬であり、しかも本件記録によれば生後半年くらいの子犬であったことが窺われ、咬癖や加害前歴等は認定されておらず、一般的には人に危害を加えたり畏怖感を与えるおそれはないものといえることができることは、原判決自体これを認めているところである。そして、被上告人が本件犬の姿を認めてから前記のように転落するまでの間に本件犬がとった動作としては、自転車に乗った被上告人が約8.5メートルの距離に近付いたところ、それまでいた道路中央付近か

ら吠えもせず歩いてやや左寄りに2メートル程被上告人の方に近付いたということだけである。

それ以上接近したわけでもなく、また被上告人の進路を妨げたわけでもなく、いわんや被上告人に危害を加えるような動作は何一つしていない。本件犬の右のような動作があれば一般に本件のような転落事故が発生するであろうなどは、健全な常識に照らしてこれを認めることができないのである。原判決が認定した前記六の被上告人が運転を誤らなければ、本件犬の左側を通り抜けて走行することが可能であったとの事実は、このことを裏付けるに十分であろう。

原判決のような立場をとるとすれば、本件犬の代わりに、兎や猫を置いたとしても、それらを嫌いな子供が本件のような事故を起こした場合には、理論上、その飼主に民法718条の責任を認めることにならざるを得ないこととなろうが、それがいかに不当であるかについては、今更喋々するまでもあるまい。(なお、原判決が本件事故発生の一因として認めた前記口の事実、即ち普段から犬嫌いであった被上告人が近付いて来る犬に一瞬ひるんだとの事実中、被上告人が近付いて来る犬に一瞬ひるんだとの部分は、被上告人においてなんら主張、立証しないところであるばかりでなく、被上告人が本件犬の前記のような動作を認めながらも、少くとも幅1.5メートル以上空いていた犬の右側を通り抜けようとはせず、狭い方の犬の左側を道路の端に寄って通り抜けようとした旨の原審認定事実から推認されうる被上告人の心理状態からは、かなりの隔たりがあるように考えられる。しかし、上告論旨はこの点を取り上げていないので、注記するにとどめることとする。)

私の反対意見の骨子は以上で尽きるのであるが、原判決が本件犬のけい留義務違反をもって民法718条1項但書の注意義務違反にあたる点についても、傍論として触れておくこととする。原判決は、本件犬は大型ではない愛玩犬であって、一般的には人に危害を加えたり畏怖感を与えるおそれはないものということができるが、しかし子供にはどのような種類のものでも、犬を怖れる者があり、犬が飼主の手を離れば本件のような事故の発生

することは予測できないことではないから、犬を飼う者は鎖でつないでおくなど常に自己の支配下においておく義務があるものというべく、本件事故当時運動させるため鎖を外した上告人は犬を飼う者としての右注意義務を欠いたものであって、民法718条による責任を免れることはできない、と判示した。私も、これを全面的に非難するものではない。むしろ、殆んど賛成するものである。

しかし、民法718条1項但書の注意義務は、通常払うべき程度の注意義務を意味し、異常な事態に対処しうべき程度の注意義務まで課したものでない、とされている（最高裁昭和34年オ第1049号同37年2月1日第一小法廷判決・民集16巻2号143頁参照）。本件犬は、前記のように、人に危害を加えるおそれが全くないといってよい小型の子犬である。そのような犬の飼主が、けい留を解いてその犬を放したとしても、本件のような事故が通常発生することを予見し、または予見の可能性があるとされたとすれば、それは、前記通常の注意義務を超えて過酷なまでに過剰な注意義務、即ち異常な事態に対処しうべき程度の注意義務を課することになると思う。

大審院は、かつて、「犬ハ其性質ニ依リ人ニ損害ヲ加フル虞アルモノト其虞ナキモノトアリ其虞アルモノハ飼主ニ於テ之カ保管上特ニ損害ノ発生ヲ予防スルニ必要ナル設備ヲ為スノ義務アリト雖モ其性質柔順ニシテ人ニ損害ヲ加フル虞ナキモノニ至テハ必スシモ常ニ損害発生ヲ防ノ設備ヲ為スノ要アルコトナク従テ飼主カ之ヲ放置シタル一事ヲ以テ其保管上注意欠如ノ過失アルモノト謂フコトヲ得ス」（大審院大正2年オ第70号同年6月9日判決・民録19輯507頁）との判例を残したが飼犬は、一般に家人に対しては柔順でも、未知の人に対しては必ずしも常にそうではないので、右判例にもかかわらず、私も犬を放置することは原則として民法718条1項但書の注意義務違反になると解するのであるが、本件犬のように人に危害を加えるおそれが全くない犬については、右大審院判例の趣旨が今なお妥当し、これを放置しても右の注意義務に欠けるところはないものと考える。

もっとも、本件犬のように人に危害を加えるおそれがなくとも、

そのけい留を解くことが、地方自治体の定める取締法規違反として処罰の対象となりうべきことはもちろんこれを認めなければならないが、それは民法718条1項但書の注意義務違反とはおのずから次元を異にする別個の問題であるとする。以上のとおり、本件犬の動作と被上告人の損害との間に因果関係の存在を肯認した原判決には民法718条1項の解釈適用を誤った違法があり、右違法は判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、私見と見解を同じくする第一審判決は正当であり、被上告人の控訴は理由がないから、これを棄却すべきである<sup>16</sup>。

### (3) 本判決に対する考察

#### ① 本判決における反対意見

本件は、体長40センチメートルのペット犬（ダックスフント）の鎖をはずし道路に飛び出した際、自転車で行進してきた小学生男子（7歳）が、これを見て驚愕し、ハンドル操作を誤り端の川に転落し、失明した事案につき、第1審は、犬の加害行為と本件損害発生との間に相当因果関係がないとして請求棄却。これに対し、原告が損害賠償額の縮減を行ったうえで控訴し、第2審は、犬が飼主の手を離れば本件のような事故の発生することは予測できないことではないから、犬を飼う者は鎖でつないでおくなど常に自己の支配下においておく義務があるものというべく、本件事故時に犬を運動させるため鎖を外した被控訴人は犬を飼う者としての右注意義務を欠いたものとして民法718条の責任を負わせた<sup>17</sup>。

<sup>16</sup> 本判例の評釈として、目崎哲久「自転車の児童が犬に怯え転倒した事故と飼主の賠償責任」・民商法雑誌89巻4号91頁、田井義信「児童の受傷に対して犬の飼主に動物占有者責任が認められた事例」法律時報56巻4号140頁、齋藤哲「愛玩犬の飼主に保管上の過失を認めた事例」私法学研究〔駒沢大学〕9号105頁、滝沢隼代「民法718条の動物占有者の責任」交通事故判例百選＜第4版＞（別冊ジュリスト152）96頁参照。

<sup>17</sup> 闘犬による幼児の死亡事故について、柳澤秀吉「闘犬が引き起こした人の死亡事故とそれに対する飼主の内縁の妻の責任」金融・商事判例663号50頁など参照。

これに対し上告審は第2審を支持し、反対意見を付して上告を棄却した。ここでは、宮崎裁判官の反対意見について、考察したい。同裁判官の反対意見の骨子は、民法718条1項但書の注意義務について、本件犬のように人に危害を加えるおそれが全くない犬については、これを放置しても通常の注意義務に欠けるところはないというものである。

すなわち、宮崎裁判官は、飼主の過失を否定しているものであるが、その前提には、本件犬が大型ではない愛玩犬であって、一般的には人に危害を加えたり畏怖感を与えたりするおそれはないという前提に立っている<sup>18</sup>。これは、第2審においても、そのような事実認定をおこなっているものであるが、飼主の過失を考察する上では不十分であると考えられる。すなわち、犬を鎖から解き公道に放った場合の、犬の行動は予測不能と言うべきものであり、道路を不用意に飛び出して、自動車事故を誘引したり、他の犬との闘争行為に及び交通の妨げになったりすることは十分予見されるものであり、人に直接的に危害を与えるか否かのみが、飼主が鎖を解く判断基準ではないというべきである<sup>19</sup>。

つまり、本件での飼主の注意義務は十分とまでは言えないのであり、本件の論点は、飼主の過失と被害の損害との因果関係の問題と言うべきである。

そうすると、本件犬がXに接近しなければ、Xの回避措置はなかったという条件公式は肯定されるものであるから、Xにサイズの大きな自転車の操作不慣れの原因が競合するとしても、それは過失相殺や損害額縮減として、大きく扱われており、（後遺障害の損害は対象外の上、過失は9割）相当因果

<sup>18</sup> 星野雅紀「動物占有者の賠償責任」判タ N0.476・55頁参照。星野は、「係留に関する注意義務」の中で、過去には狂性またはどう猛性のない犬であれば、犬を放し飼いにしても、飼主が、その保管につき相当の注意を欠いたものとはいえないとの前提にたつ判例（長崎控判年月日不詳新聞849号23頁）があったとする。

<sup>19</sup> 星野・前掲注18・54頁参照。さらに星野は、咬傷事件の増加に伴い、最近では犬を放し飼いにすることはいかなる場合にも許されず、係留していなかったという事実だけで、「保管につき相当の注意をなしたとは認めがたい」とする裁判例（東京地判昭和44年3月1日判時560号73頁、東京地判昭和53年1月24日判タ363号270頁）を指摘している。

関係までも否定する理由を示していないと考えられる。そこで、次項において、本事例では、「相当因果関係」ではなく、条件公式（事実的因果関係）で説明が可能な事例として、考察を行いたい。

## ②条件公式（事実的因果関係）

今日の学説は動物の占有者・保管者の責任が過失の主張・立証責任を転換した中間責任であること、このように責任を加重した根拠に危険責任の原理が存在することについて、一致をみているとされる<sup>20</sup>。

しかし、この場合においても被害者は民法718条に基づき占有者・保管者に対し、損害賠償請を請求する場合、請求原因としていくつかの事実、とりわけ、動物の行動と被害者に生じた損害との因果関係を主張・立証しなければならない<sup>21</sup>。すなわち、被害者が「動物の行動」と「被害者の損害」との因果関係についての立証責任を負っていると考えられる。

この因果関係については、宮崎裁判官の反対意見にみられるように、伝統的な通説である「相当因果関係説」が認められるが<sup>22</sup>、成立要件の因果関係は事実的因果関係として分離されるべきものとされる見解も有力である。

すなわち、平井は損害賠償の範囲として、長らく判例・学説を支配してきた「損害賠償の範囲が『相当因果関係』によって定まる」という命題について、それが多義的かつ不明確であって理論的にも実務的にも解釈論の道具として用をなさないと批判する。そして、事実的因果関係にたつ損害のうちでどこまでを賠償すべきか、という問題あるいはそれを解決するための規範的判断について、「保護範囲」という概念を用いて説明している<sup>23</sup>。窪田は、この「保護範囲」という基本的な考え方は、現在の不法行為法学（賠償範囲確定）において、現在、ほぼ一致して承認されており、裁判例においても「相

<sup>20</sup> 潮見佳男『不法行為法Ⅱ [第二版]』（信山社、2012年）426頁参照。

<sup>21</sup> 潮見・前掲注20・426頁参照。潮見は、因果関係2個説を採っているが、ここでは、1個で説明。

<sup>22</sup> 加藤一郎『不法行為 [増補版]』（有斐閣、1986年）154頁参照。

<sup>23</sup> 平井・前掲注10・109頁参照。

相当因果関係」という表現に固執されておらず、「賠償されるべき範囲」、「相当性」という文言も普通に使用されているとしている<sup>24</sup>。

本件では、第1審のみが、「法的因果関係」という文言を使用して、この因果関係を否定する判断を行っているが、これは宮崎裁判官が主張しているように「相当因果関係」を念頭において、判断しているものと考えられる。

しかしながら、この問題は自賠法3条における問題と共通するが<sup>25</sup>、ここでは、条件公式による「事実的因果関係」を採るべきと考えられる。すなわち、民法718条は、被害者側に占有者の過失の立証責任を負わせていないが、これは被害者保護を図るために過失の立証責任を被害者から加害者側に転換しているものである。

この場合、相当因果関係の立証責任を被害者に負わせることは、「予見可能性」という観点で、被害者側に過失の立証責任を負わせることと同義であり妥当しないと考えられることから、民法718条では、この因果関係は、「AなければBなし」という条件公式のみでよいとするべきである。

つまり、最判昭和58年では、本件犬の存在とXの損害に条件公式が存すれば、因果関係はあり、本件犬の占有者の但書の立証が問題となり、前述の通り、本件犬の占有者が無過失であることを立証することは困難であると考えられる。

この点、民法718条は不法行為法の過失責任主義を修正し、加害者側であ

---

<sup>24</sup> 窪田・前掲注10・348頁参照。

<sup>25</sup> 中村行雄「自賠法における『運行』及び『運行によって』」吉岡進編『現代損害賠償法講座3交通事故(日本評論社、1976年)』112頁参照。中村は、「自動車側においては運行に関し注意を怠らなかつたこと、すなわち無過失であることを、事情をあげて主張立証することによって賠償責任を免れる。相当因果関係という概念と過失という概念はこの場合明らかに混在している。だとすれば、相当因果関係説を採用することにより、その限度では自賠法3条の規定に反することにならないだろうか。自賠法3条の『運行によって』とは、運行と人の死傷との間に事実上の因果関係の存在することをいい、その原因とされた運行に関し保有者側において無過失の諸要素を主張立証することによって免責されると解することこそ、無過失責任的立法に近い自賠法の精神に最もよく合致する」としている。

る動物の占有者に「過失」に関する概念、すなわち、「無過失」に関する立証責任を分配していると考えられる。つまり、民法718条本文では、被害者の過失の大小によって動物の占有者の責任が斟酌されるものではないということができる。

これに関連して、民法718条における過失相殺の意義について、補足しておきたい。動物の占有者の無責のケースを考慮する上で、過失相殺の概念も重要であるからである。

民法における過失相殺の規定は、418条と722条2項に見出すことができる。418条は、「債務の不履行に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償額の責任及びその額を定める」と規定し、722条2項は、「被害者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができる」と規定する。

これらの規定は基本的に同じ性格のものと考えられているが、文言上、若干の相違点が認められる。すなわち、418条は、「損害賠償の責任及びその額」と規定しているのに対し、722条2項は、「損害賠償の額」と規定されているだけであり、その差異は、「損害賠償の責任」という文言である。

これについて、民法418条は「被害者（債権者）の過失が著しく大きい場合、責任の成立要件のレベルで否定されるのか過失相殺のレベルで否定されるのかはともかく、責任の否定が可能であるということにはほぼ争いが無い」とされる。さらに、同法722条2項では、「定めることができる」と規定して、過失相殺の適用の可否は裁判官の自由裁量となっているのに対し、同法418条は、「定める」と規定し、裁判官に過失相殺を義務付けていると説明されている<sup>26</sup>。

そうすると、民法718条は不法行為法の特別法であることから、過失相殺の根拠を民法722条2項に求めることになると考えられるが、被害者の過失は、「損害賠償の額」を算定するにあたり、考慮されるに留まるものであり、

---

<sup>26</sup> 窪田・前傾注10・423頁参照。

民法718条では、被害者の過失が著しく大きい場合に、動物の占有者の責任が否定される根拠にならないといえることができるように思われる。

そして、動物の占有者が無過失の立証責任を負っている立法趣旨からみても、「動物の加害行為」と「損害」との因果関係について、伝統的な見解である「相当因果関係説」ではなく、条件公式のみの事実的因果関係を採用することが妥当すると考えられる。

#### 4. おわりに

交通事故における「小動物の飛び出し事故」に関わる道路管理者の過失責任について、最判平成22年の判旨は、まさにハンドの公式に合致する判断であったと考えてよさそうである<sup>27</sup>。しかしながら、死亡事故を招来するような施設の欠陥が容認されるのは、本事例が2件目であるが、2件目が限度ではないかとも考えられる。すなわち、施設の欠陥により死亡事故の発生が予見されるのであれば、それが容認されるには自ずと限界があると考えべきであろう。

最判昭和58年の判旨より、「動物の行動」と「被害者の損害」との因果関係について、相当因果関係ではなく、条件公式のみの事実的因果関係でよいのではないかという見解に一定の合理性を有するものと考えられる。これは、前述したように自賠法3条の問題とも共通するが、民法709条の特別法として、過失に関する立証責任を被害者から加害者側に転換している法律は、被害者にその発生した損害と加害者側の行為との相当因果関係の立証を求めると、結果として、加害者側の過失について被害者が立証責任を負うことになってしまうから、立法趣旨に合致しないことになる。

---

<sup>27</sup> 樋口・前傾注13・87頁参照。もっとも、本最判で、ハンドの公式を明示したものではない。樋口によれば、アメリカの裁判の場において、ハンドの公式への言及が行われるのは、上訴審における法律問題の議論の中ではありうるが、陪審への提示で行われることはなく、陪審の求めらるるのは通常人基準 (reasonable person standard) での判断としている。

したがって、民法709条の特別法で加害者が中間責任を負う法律下においては、因果関係は相当因果関係ではなく、条件公式のみの事実的因果関係でよいという命題が浮上する。今後、この点に関してさらに研究を行いたい。

(筆者は鹿児島国際大学経済学部准教授)