

## 不法行為とは、どのような法現象か(下)

—— 一般的不法行為(民法七〇九条)の論理構造 ——

鷹 巢 信 孝

- 一 はじめに
- 二 一般的不法行為(民法七〇九条)の論理構造——私の方法論に基づく仮説——
- 三 権利侵害 $\parallel$ 不可侵義務違反 $\parallel$ 違法性 $\parallel$ 不法行為の本質……………以上三七卷一号
- 四 故意・過失ある行為 $\parallel$ 注意義務・行為義務違反 $\parallel$ 不法行為の実体……………以下本号
- 五 賠償すべき損害の発生 $\parallel$ 不法行為の現象形態
- 六 むすび

### 四 故意・過失ある行為 $\parallel$ 注意義務・行為義務違反 $\parallel$ 不法行為の実体

一 民法七〇九条は一般的不法行為の成立要件の一つとして、加害者に故意または過失があることを挙げている。つまり、故意の加害行為か、過失による加害行為によって他人の権利を侵害したことが、一般的不法行為の成立に必要とされている。

このことを、第二章で述べた「一般的不法行為の論理構造」に関する私の仮説に基づいて説明すると、次のようになる。即ち、不法行為の本質をなす権利侵害≠不可侵義務違反という結果を意図的に惹起したか、あるいは、そのような意図はなかったにも拘らず、注意不足のために他人の権利侵害≠不可侵義務違反という結果を惹起したことが、不法行為を成立させる要素の一つを成す。

民法七〇九条は事件と被害発生の時系列に合わせて、故意・過失による行為―第三者の権利侵害―損害の発生―加害者の賠償義務という具合に規定しているにすぎない。しかし、私の仮説からすれば、故意・過失による行為という要素は、不法行為の本質をなす権利侵害が損害という姿をとって具現化する媒介をなしている。

つまり、故意・過失による行為が第三者の権利侵害という結果を惹起しない限り、また、その権利侵害が損害として具現化しない限り、一般的不法行為は成立しない。したがって、この故意・過失による行為という要素は、一般的不法行為の本質である権利侵害と一般的不法行為の現象形態である損害の発生との中間にあつて、本質と現象形態とを媒介し、本質を現象形態として具現化させる繋ぎの役割をしていることになる。それ故に、故意・過失ある行為は一般的不法行為の論理構造において、その実体に位置づけられることになる。

そして、一般的不法行為の実体である故意行為・過失ある行為は、(1)行為者は「なぜ」責任を負わなければならないのか、という帰責の根拠をなすとともに、(2)第三者の権利が侵害されたという結果に関して、行為の影響は「どの範囲にまで及ぶのか」、したがって加害者の責任は「どの範囲にまで及ぶのか」という問題を解く手がかりとなる。

なお、四宮博士は故意・過失の連結点は原則として「権利」侵害、または、その結果発生の可能性であるとされる。<sup>(一四七)</sup>故意・過失ある行為が権利侵害と結びついていることを重視される点は妥当である。しかし、故意・過失が保護法規違反に連結する場合があります、この場合には、その違反についての故意・過失を必要とするし、<sup>(一四八)</sup>故意・過失は「権利」侵害に関することを要せず、<sup>(一四九)</sup>保護法規違反について存在すれば足りるとされる点は疑問である(この問題については、

本章第一一節で触れる。

注(二四七) 四宮・注(七) 不法行為二九七頁以下・三〇六頁以下、同・注(七)「相関関係理論」二四一頁。

(二四八) 四宮・注(七) 不法行為三〇〇頁注(二) b・三〇八頁・三四二頁。

(二四九) 四宮・注(七) 不法行為二九八頁・四〇二頁、同・注(七)「相関関係理論」二四二頁。

二 故意・過失ある行為によって他人の権利を侵害し、それが損害として具現化した場合に、加害者は「なぜ」賠償責任を負わなければならないのであろうか。そもそも、故意とか過失とは、どのような概念なのであろうか。

第一の問題について、民法起草者は積極的な根拠づけを行なうことなく、原因主義を採ったのでは活動の自由を制約して取引の発展を害し、生活を営むことが出来なくなるという消極的な理由づけしかしていない。<sup>(一五〇)</sup>

第二の問題について、民法起草者は故意とは結果の発生を意図しないし意図して行う行為であると解し、過失とは加害者が為すべきことをしなかつた義務違反行為であると解し、通常人のなすべき注意を基準にして過失の有無を判断する抽象的過失説に立っていたのではないか、とされている。<sup>(一五二)</sup>

その後、ドイツ民法学の移入が盛んとなるにつれて、意思責任の考え方、意思ドグマの影響の下に、故意や過失を行為者の内心の心理状態と解し、これを不法行為の主観的要件と位置づけ、権利侵害ないし違法性を客観的要件として区別し、対置する見解が通説となつていった。<sup>(一五三)</sup>

昭和三〇年代の通説と目される加藤一郎博士によれば、「故意とは、一定の結果の発生すべきことを知りながら、あえてある行為をするという心理状態であり、過失とは、その結果の発生することを知るべきでありながら、不注意のためそれを知りえないで、ある行為をするという心理状態である」とされている。<sup>(一五三)</sup>

さらに、加藤博士は自己の行為についてのみ責任を負う自己責任の原則・個人責任の原則と過失責任の原則は密接に關係しており、不法行為責任については自己の行為に過失があることが責任の根拠になっているとして、不法行為責任を意思ドグマと結びつけることにより積極的な根拠づけを行ない、従来のように消極的な根拠づけしか行なわなかった立場から脱脚せんとされている。

とはいえ、旧通説は「意思責任という理論的立場を徹底しているわけでもない」と指摘されているように、過失の判断基準として抽象的過失説に立ち、過失責任は行為者の意思に対する倫理的非難としてではなく、客観的な注意義務違反として過失を捉えていた。したがって、旧通説は論理的に一貫しておらず、意思責任と客観的過失概念との矛盾を抱えていた。<sup>(一五五)</sup>

旧通説が過失を客観的な注意義務違反と解しているということは、過失を違法な行為として捉えているということに他ならない。その一方で、旧通説は権利侵害を法益侵害行為の違法性の徴表と解し、侵害行為の態様を違法性の判断要因として被害法益と相関させている。このことが、従来いわれていた不法行為の主観的要件と客観的要件とが融合・接近する一因となり、過失概念と違法性概念を区別することに疑問が持たれ、過失一元説や違法性一元説が登場して来る契機となったわけである。

注(一五〇) 森島・注(二二)一五五頁以下、瀬川・注(二二)百年Ⅲ五六〇頁以下。

(一五一) 森島・注(二二)一七〇頁以下。なお、錦織・注(三三)講座(6)一三九頁以下。

(一五二) 森島・注(二二)一七一頁以下。なお、錦織・注(三三)講座(6)一四一頁以下・二五九頁以下。

(一五三) 加藤(一)・注(六)六四頁、同・注(九八)注民(四)二二頁以下。

(一五四) 加藤(一)・注(六)六二頁、同・注(九八)注民(四)一九頁以下。

(一五五) 森島・注(二二)一七一頁以下。ここに、具体的過失説に立ち帰る見解〔柳沢・注(九)私法二八号一三三頁、石田稯・注(八)

三 故意・過失を加害行為者の心理状態と解し、帰責根拠を加害行為者の意思に対する道義的・倫理的・倫理的に求める見解は、自然人の意思活動に対する法的非難の可否を問う伝統的な刑法理論による刑事責任の説明ではありえても、<sup>(一五六)</sup> 権利侵害によって被害者に生じた損害を賠償させる民事責任については妥当性を有しない。

というのは、損害賠償という民事責任は、自然人のみならず法人団体や非法人団体についても問題になるところ<sup>(一五七)</sup>である。したがって、法人団体や非法人団体の不法行為を認めない見解はもとより、私見のように団体そのものによる不法行為を認め、団体自体の故意・過失を認める立場から<sup>(一五九)</sup>さえも、団体自身の意思の緊張の欠如や不注意といった心理状態を考へることは出来ないからである。

また、組織的に決定され、実行に移される団体の意思に関して、この意思決定や執行の過程を相関関係理論にいうところの行為態様の悪性の判断要素に加えることは意味のあることであるが、団体そのものに対して道義的・倫理的な非難を加えることは無意味であるし、民事責任はそのような非難とは関係なしに課されるものである。

むしろ、法人団体や非法人団体が組織的活動において、為すべきでないことを行ない、為すべきことを行なわなかったという客観的な規範違反が原因となつて、第三者の権利を侵害し、損害を与えたが故に賠償すべき責任を負うと説く方が合理的である。このことは、債務者による債権侵害<sup>II</sup>不法行為である債務不履行に基づく損害賠償責任は、債務者が為すべきことを行なわず、為すべきでないことを行ない、それによって債権者に損害を与えたが故に課されるのであつて、債務者の心理状態や債務者の意思に対する道義的・倫理的な非難とは関係がないのと同じである。

だとすれば、故意・過失ある行為によって他人の権利を侵害し、損害を与えた加害者が、その損害を賠償すべき責

任を負わされる根拠は、為すべきでないことを行ない、為すべきことを行なわなかったという、客観的な規範に違反したことに求めるべきことになる。

しかし、不法行為の帰責根拠を客観的な規範違反に求めることになれば、前節において述べたように、有責性と違法性の区別がつかないことになるのであろうか。両者を区別するべきであるとすれば、どのような基準によって区別するのか。そもそも、両者を区別する必要があるのか、という問題が生じて来る。

注(一五六) 刑法学における責任論を概観した文献として、大谷 実「行為責任と人格責任」中山研一ほか編『現代刑法講座第一巻』成文堂・一九七九年「一九七頁以下、同「責任論の展望」前掲・注(五七)刑法の争点(新版)六五頁以下、堀内捷三「責任の觀念」前掲・注(五七)刑法の争点(第三版)五六頁以下、内田・注(五七)刑法Ⅰ二一九頁以下、内藤 謙「刑事責任」芦部信喜ほか編『基本法学第五巻』岩波書店・一九八四年「二九五頁以下。

(一五七) 最近では、倫理的責任の観点からではなく、社会的責任の観点から法人ないし組織体そのものの固有の刑事責任を認める見解が有力になっている。この点については、金沢文雄「法人の刑事責任」前掲・注(二二)統学説展望一四八頁以下、板倉宏「法人の犯罪能力と法人処罰」前掲・注(五七)刑法の争点(新版)二三頁以下、川崎友巳「法人の処罰」前掲・注(五七)刑法の争点(第三版)一〇頁以下、川端 博「刑法総論25講」青林書院一九九〇年「三頁以下。なお、日本刑法学会編『刑法雑誌四一巻一』号「有斐閣・二〇〇一年」の「法人処罰論の今日的視点」という特集参照。

(一五八) 平井・注(一)各論Ⅱ二九頁・七一頁・二二七頁。

(一五九) 拙稿・注(三二)佐賀三六巻二号二二二頁以下。

#### 四 この問題について他説を検討する前に、まず私自身の考えを整理すると、次のようになる。

即ち、第二章で述べた私の仮説では、不法行為の本質をなす権利侵害は、「正当な根拠なしに他人の権利を侵害してはならない」という不可侵義務に違反する結果を惹起したこと、あるいは惹起している状態であり、これが違法と

評価されるのである。

このような違法性は、物権的請求権や占有訴権を発生させる根拠でもあり、違法な結果や違法な状態がどのようにして惹起されたのか、その原因を問うところではない。つまり、違法な結果や違法な状態が他人の行為によって惹起されたのか、自然力が原因となつて他人の管理下にある物により惹起されたのか、行為者や管理者に故意・過失があつたか否かは問うところではない。要するに、不可侵義務違反の結果ないし状態が惹起されるならば、それ自体で違法なのである。<sup>(一六〇)</sup>

これに対して、一般的不法行為においては故意・過失ある行為によつて権利侵害が惹起されたことが要件となつており、結果違法・状態違法だけではなく、行為違法も問題になる。

結果違法・状態違法については、「正当な根拠なしに他人の権利を侵害してはならない」という、一般的・抽象的な不可侵義務が判断基準になる。これに対して、行為違法については「右の一般的・抽象的な不可侵義務に違反する結果ないし状態を惹起しないように、注意深く行動せよ」という義務が判断基準になる。

したがつて、市民社会の構成員に対しては、(1)「正当な根拠なしに他人の権利を侵害してはならない」という一般的・抽象的な不可侵義務が先ず課されており、次に、(2)「右の不可侵義務違反をしないように、注意深く行動せよ」という注意義務・行為義務が課されているという具合に、二重の義務を負っている。そして、右の第二の注意義務・行為義務を遵守することが出来たにも拘わらず、この義務に違反する行動をとつたが故に、自己の行動によつて惹起した結果に対して責任を問われるのである。「過失責任の原則」は「契約自由の原則」と並んで、自己決定・自己責任の原則、即ち「私的自治の原則」の一面とされる所以である。

他人の権利侵害という結果の惹起を意図して行なうことが故意行為である。つまり、「不可侵義務を犯さないように注意深く行動せよ」という義務に違反する行動を敢えて行なう場合が故意による侵害である。これに対して、不可

侵義務に違反する結果を惹起する意図はなかつたにも拘わらず、右の注意義務・行為義務を怠つたために、他人の権利を侵害するという結果を惹起した場合が、過失による侵害である。

故意による侵害も過失による侵害も、右の注意義務・行為義務に違反したという点は全く同質である。しかし、故意の場合には権利侵害という結果の惹起を認識した上で、敢えて義務違反行為を行なっているのに対して、過失の場合には、そのような認識が欠けている。

したがって、故意の侵害は過失による侵害と比べて、権利侵害という結果の惹起について認識がある分、行為態様は悪質であり、被害者の精神的苦痛を高めたり、社会的非難を強めたりもする。このような場合には、慰藉料や無形の損害を算定する際に、行為態様の悪質さを反映させることは理に適っている。

注(一六〇) 拙著・注(三三)所有権五七頁以下。

五 一般的不法行為における責任の根拠は加害者の意思に求める従来通説も、故意と過失とは慰藉料の算定はもとより、損害賠償の範囲や過失相殺について実際上の違いが出て来ることがあるとしている。しかし、故意と過失とで違いがあるといっても、それは質的な差異ではなく、非難可能性の程度の差にすぎず、刑事責任とは異なり民事責任においては、故意と過失とを特に区別する実益に乏しいとされている。<sup>(一六〇)</sup>

これに対して、故意責任の根拠は加害者の意思に求めるものの、過失責任の根拠を客観的な注意義務違反・行為義務違反に求める最近の学説は、故意と過失は別個の帰責根拠に基づく不法行為、あるいは別の類型の不法行為と解している。

例えば、違法性一元説を唱えられる前田(謙)教授は、法的に非難される「悪い意思」を帰責の根拠にする「過失責任の



原則 (Verschuldensprinzip) は故意不法行為においてのみ機能するとされる。

というのは、「故意」は「行為」の主観的・意思的要素であり、「権利侵害」という社会的・法的「マイナス」と評価される「悪結果」を直指している意思であるが故に法的に非難され、その「悪い意思」が「意思ドグマ」により損害賠償という法的サンクションを行為者に課す、即ち行為者に「帰責」する根拠になるとされる。<sup>(一六二)</sup>

他方、客観的行為義務違反である過失は「行為」の要件ではないとされる前田教授によれば、「行為」の要件である故意不法行為と「過失ある不法行為」とでは、帰責の根拠を異にすることになる。<sup>(一六三)</sup>つまり、「通常の平均人と同じ行為をしてくれるという期待信頼」、社会構成員が「行為義務を守ることへの信頼」が裏切られたところに「過失ある不法行為」ありとして、損害賠償請求が許されるのであり、「過失ある不法行為」の帰責根拠は「信頼原則」であるとして、故意不法行為の帰責根拠と区別される。<sup>(一六四)</sup>

なるほど、故意不法行為の場合には、「権利侵害」という結果の惹起を直指した意思を実現する行為(目的的行為)を出発点としている。しかし、故意行為が非難され、法的責任を問われるのは、「不可侵義務違反」という結果を惹起しないように注意深く行動せよ」という社会規範や、これに基礎を置く国家規範を遵守できたにも拘わらず、敢えて、この規範に違反する行動をとって他人の権利を侵害し、よって損害をもたらしたからに他ならない。

故意不法行為と過失による不法行為との違いは、権利侵害という結果の発生を認識した上で敢えて侵害行為を行ったのか、それとも注意不足のために結果の発生を認識しないで不可侵義務違反を犯したのかという点にある。しかし、権利侵害という結果の違法性を不法行為の本質と捉える私見からすれば、右の違いは本質的な違いではない。<sup>(一六五)</sup>

前田説に即していえば、故意不法行為においても、社会の構成員が「行為義務を守ることへの信頼」を裏切っており、その点では過失ある不法行為の場合と異ならない。それどころか、故意不法行為の場合には社会の信頼を意図

的に裏切っている点において、過失ある不法行為の場合よりも非難される度合いは強くなっている。しかし、そのことが権利侵害という結果の違法性<sup>一六六</sup>不法行為の本質に質的な差異をもたらすわけではない。

だとすれば、ドイツの刑法学や刑事裁判において、主として交通事故の領域において行為者の過失責任を問わないう原則として発展・確立され、わが国においても交通事故に関する刑事裁判に導入された「信頼の原則」を、過失による不法行為の帰責根拠として応用することが適切なことなのかどうか、十分に検討する必要がある。<sup>一六七</sup>

因に、前田教授は不法行為における意思責任と信頼責任の区別は、法律行為における「意思ドグマ」と「信頼責任」に対応するとされる。<sup>一六八</sup>たしかに、不法行為における過失責任の原則や信頼原則は法律行為における意思自治の原則と関連性を有してはいる。とはいえ、両者の間には見逃すことのできない違いがある。

というのは、法律行為の場合には自らの意思(効果意思)に基づいて、自らを拘束する規範を創ること(単独行為・契約・合同行為)によって、権利を取得したり義務を負担している。したがって、権利や義務の根拠を当事者の意思に求めることが出来る。また、法律行為における信頼原則は、相手方をして信頼させる外観を創り出したが故に、この外観に拘束され、外観に見合った責任を負わされるのである。

これに対して、不法行為の場合には、当事者の間で創り出され、当事者の間においてのみ拘束力を有する規範に違反したが故に責任を問われるのではなく、社会全般に通用する注意義務規範・行為義務規範に違反する行為を自らの意思に基づいて行なったが故に、その惹起した結果について責任を負わされるのであり、この点が法律行為の場合とは全く異なっている。

そして、故意不法行為と過失による不法行為との間には、注意義務違反・行為義務違反を意図的に行なったか否かの違いはあるものの、いずれの不法行為であれ自らの意思に基づいて右の義務に違反する行為を行ない、社会の信頼を裏切って他人の権利侵害という結果を惹起した点に差異はない。

過失は特別の場合にしか問題とせず、故意とは明確に区別する刑事責任とは異なり、惹起された損害の賠償を問題とする民事責任においては、故意行為なのか過失ある行為なのかという行為態様の違いではなく、それによって権利侵害と損害という結果を発生させた責任が問題とされるのである(なお、本章九節参照)。

注(二六二) 加藤(-)・注(六)六五頁以下、同・注(九八)注民(19)二二頁。同旨、幾代・徳本・注(一〇)二七頁以下。なお、四宮・注(七)不法行為二八七頁以下は、故意不法行為と過失不法行為は非連続面と連続面を備えているとされる。

(二六二) 前田・注(一一)民法VI<sub>2</sub>二六頁。

(二六三) 前田・注(一一)民法VI<sub>2</sub>三八頁、同・注(一五)「過失と違法性」一八七頁以下、同・注(一五)「民法七〇九条」二二頁。

結果同旨、潮見・注(一八)一四五頁。なお、次節の平井説参照。

(二六四) 前田・注(一一)民法VI<sub>2</sub>四六頁・五〇頁、同・注(一五)「過失と違法性」一八八頁以下、同・注(一五)「民法七〇九条」二二頁。

前田説に好意的な見解として、四宮・注(七)不法行為二八八頁注(一)・三三七頁「なお、後掲・注(一六五)参照」、幾代・徳本・注(一〇)四一頁、森島・注(一二)一七八頁、林・注(一三)「成立要件」二六二頁・二六四頁注(3)、滝沢・注(一四五)判タ八四九号四四頁以下。

(二六五) 結果同旨、四宮・注(七)不法行為二八八頁注(一)、沢井・注(一〇)テキストブック一七〇頁・一七二頁、吉村・注(一一)六〇頁。

(二六六) 刑法学における「信頼の原則」については、曾根威彦「信頼の原則―意義およびその理論体系的な位置づけ―」前掲・注(五七)刑法の争点(新版)九八頁以下、林陽一「信頼の原則」前掲・注(五七)刑法の争点(第三版)七六頁以下、山中敬一「信頼の原則」前掲・注(一一三)現代刑法(3)七一頁以下、川端・注(一五六)一一〇頁以下。

(二六七) 因に、民事上の過失責任に「信頼の原則」を適用することは慎重であるべきとする見解として、加藤(-)・注(六)二六九頁、藤倉皓一郎「交通事故の民事責任と信頼の原則」(中)判例タイムズ三三三号(一九六九年)八頁以下・三三四号(一九六九年)二二頁以下・三三五号(一九六九年)一四頁以下。

(二六八) 前田・注(一一)民法VI<sub>2</sub>四六頁。

六 過失一元説を主張される平井教授は、故意または故意不法行為とは「損害を加えようとする意思(加害の意思)またはそのような意思を以て損害を生じさせる行為」と単純に定式化されるべきだとされる。<sup>(一六九)</sup>これに対して、過失は行為義務(予見義務および損害回避義務)に違反する行為と定式化される。<sup>(一七〇)</sup>

そして、不法行為に関して日本民法が採用する統一要件主義の帰結として、過失が不法行為の成否を決定する高度の規範的概念として機能している以上、これを故意と同様に位置づけることは出来ず、理論的には両者はそれぞれ独立の不法行為類型と考えるべきであり、<sup>(一七二)</sup>故意と過失の理論的差異が解釈論上の差異として認められるべきなのは損害賠償の範囲においてであるとされる。<sup>(一七三)</sup>

過失は「不可侵義務違反を犯さないように注意して行動すべき義務」を課されているにも拘わらず、不注意にも、この義務に違反する行為をすることであると解する私見からすれば、平井教授が権利侵害を不法行為の成立要件とはされず、したがって権利侵害と損害を区別・連関づけられない点を別にすれば、平井説における過失の定式は妥当である。

しかし、私見からすれば故意も「不可侵義務違反を犯さないように注意して行動すべき義務」に違反する行為である。過失との違いは、意図的に違反したのか、非意図的に違反したのかという点にある。

この違いは、私見では不法行為の論理構造における実体次元での違いであるとはいえず、刑事責任とは異なり、民事責任においては故意と過失の間に質的な差異はない。というのは、他人の権利侵害を惹起したという結果違法、即ち不法行為の本質次元における違いではない。また、故意による場合であれ、過失による場合であれ、権利侵害が損害として現象する点においても異なるところはない(次章参照)。したがって、故意不法行為と過失不法行為は同一の論理構造を有しており、両者を別個の不法行為類型と考えるべきではない。故意不法行為や過失不法行為は同一の不法行為類型であり、これと類型を異にするのは無過失不法行為である。

注(一六九) 平井・注(一)各論II七〇頁。

(一七〇) 平井・注(一)各論II二九頁。なお、同書二七頁。

(一七一) 平井・注(一)各論II二五頁。なお、平井教授は、現在の不法行為の大部分が道徳的に非難されるべき行為という色彩を失っている以上、故意の要件よりも過失のほうが決定的に重要であるとされる(前掲同頁)。

(一七二) 平井・注(一)各論II七三頁。なお、同書二二三頁以下。

七 平井教授と同じ趣旨ではないが、前田(彌)教授も故意と過失とは損害賠償の範囲に差をもたらすことがあるとされる。そして、従来の通説と同じように、慰藉料額の決定や過失相殺において、故意と過失とは違いがあることを認められる。また、債権侵害や第三者の担保権侵害のように、故意行為の場合にのみ不法行為の成立が認められる類型があるとされる。さらに、「故意」あるいは「害意」という違法性が高い場合にのみ不法行為法による保護を与えたり、違法性決定(受忍限度)に関して「故意」か「過失」かが重大なモメントになる不法行為類型があるとして、故意不法行為と過失ある不法行為の差を、従来の通説がいうような程度の差ではなく、帰責事由が違ふという質的な差であるとされる。<sup>(一七四)</sup>

これらの問題は次章で扱う損害論に関連しているが、本章のテーマを論じるのに必要な限りにおいて、ここで取扱うことにする。

まず、慰藉料の問題であるが、故意の場合には慰藉料請求権を認めるが、過失の場合にはこれを認めないというのであれば、故意不法行為と過失ある不法行為の間には帰責事由が違ふという質的な差があるということも出来よう。しかし、両者における慰藉料の差は金額の差にすぎないのであれば、これは量的な差にすぎず、質的な差とはいえない。<sup>(一七五)</sup>

過失相殺に関しても、故意の場合には被害者がどのような行動をしたのかを問わず、過失相殺は全く認められな

いというのであれば、過失との間に質的な差があることを認めることが出来るであろう。しかし、故意の場合でも被害者の対応など諸般の事情によつては過失相殺をすることが認められ、過失の場合との違いは相殺する金額の点にあるとすれば、これも量的な差にすぎず、質的な差とはいえないことになる。

賠償範囲の問題は理論的にいえば、まず、(1)加害者の行為と権利侵害という結果との間に存在すべき事実的因果関係が、どの範囲まで認められるかという問題であり、これに続いて、(2)右の事実的因果関係が認められる範囲内の権利侵害が、どのような損害として現象していると判断するかという問題である。

(2)の判断は、故意の場合と過失の場合とで異なるものではない。また、(1)の事実的因果関係が認められる範囲に關しても、具体的な事件の展開とは関係なく故意か過失かの違いが右の範囲の差を一般的にもたらずものではない。加害者が侵害対象を認識していたか否かという違いが原因と結果との繋がり具合の違いとして反映することがあるとしても、この違いは帰責根拠の違いが反映しているのではなく、事実的因果関係の展開の違いにすぎない。だとすれば、故意の場合と過失の場合とで賠償範囲に違いを認めるのは理論の問題ではなく、政策の問題ということになる。<sup>(二七五)</sup>

加害者が故意や悪意・害意をもつて権利を侵害した場合にのみ不法行為の成立が認められ、過失によつて権利侵害が生じても不法行為は成立しない類型があることを根拠にして、故意不法行為と過失による不法行為の質的な違いを認めるのも説得的ではない。

というのは、この場合、不法行為の実体次元において帰責根拠としての故意と過失の違いが問題となっているのではなく、不法行為の本質次元において違法性ないし違法性阻却が問題となっているのである。

あるいは、違法性一元説に立たれる前田教授は、故意と過失との違いが違法性の強弱を判断する際に反映してくるといわれるかも知れない。しかし、違法性の判断は違法か違法でないかの判断であつて、違法性の強弱・大小の判

断ではない。しかも、その判断は不法行為の本質次元において、(1)「正当な根拠なしに他人の権利を侵害してはならない」という一般的な不可侵義務規範を基準として行なわれる。この基準だけで判断できない場合には、(2)自由競争の倫理を始めとする市民道徳や取締法規・強行法規に反する、即ち公序良俗に反する「悪質なやり方で他人の権利を侵害してはならない」という補充規範を基準にして行うことになるが、違法と判断される対象は侵害行為ではなく、侵害の結果である。

注(一七三) 但し、平井教授は、第三者の債権侵害は故意のみを要件とすべきではないとされる「平井・注(一)各論II七三頁、同・債権総論(弘文堂・一九八五年)八二頁」。

第三者の債権侵害という不法行為が、故意によってのみ成立する場合と、過失によっても成立する場合とに分けて、簡潔に整理した文献として、吉田邦彦「債権侵害と不法行為」前掲・注(二四)民法の争点II一〇頁。

なお、債権侵害が不法行為となる場合を新しい観点から類型化する試みについては、新見育文「第三者による債権侵害」星野英一代表編集・民法講座第四卷「有斐閣・一九八五年」四九三頁以下。

(一七四) 前田燭・注(一)民法VI五〇頁以下。

(一七五) 因に、故意は過失とは性質を異にし、帰責根拠も異なるから、故意不法行為の決定基準は過失と区別して定立されるべきだとされる平井教授は、故意不法行為を抑止するような解釈論を立てるべきであるとして「平井・注(一)各論II一二四頁」、政策の問題であることを明らかにされている。

八 ライバル企業に得意先を奪われたり、従業員を引き抜かれたりしたために、収益が減少したり、経営が困難になり、挙げ句の果てに倒産した場合、この結果を見ただけで権利侵害があり、違法であるという評価は下せない。

この場合には、ライバル企業が自由競争の倫理に反するような汚い手を使わなかったかどうかといった行為態様を加味して判断しなければならない。しかし、この判断は「不可侵義務違反をしないように注意深く行動せよ」とい

う注意義務・行為義務に違反したか否かという、不法行為の実体次元において行為の有責性を問うものではなく、不法行為の本質次元において結果の違法性を問うているのである。

とはいえ、違法性の判断に加害者の行為態様を問うことになれば、主観的違法要素と有責性の要素である故意や過失とを区別する必要があるのか、区別する必要があるとしても、どのようにして区別するのか、ということが問題になる。

つまり、私見においては、(1)不可侵義務、および(2)不可侵義務違反≠権利侵害をしないように注意深く行動すべき義務を認め、前者に違反して他人の権利を侵害したこと≠違法性を不法行為の本質とし、後者に違反した場合の有責性を不法行為の実体として位置づけているが、両者を区別する意義や必要性、区別する基準について明らかにする必要があるのでないか、ということである。

前記(1)の不可侵義務違反が違法性の問題であるのであれば、(2)の義務違反も違法性の問題である。だとすれば、前田説のように違法性の次元において一元的に把握すれば足り、わざわざ違法性と有責性とに分けた上で、別の次元に位置づける必要があるのだろうか。

不法行為法の制度目的と機能は、発生した損害を加害者と被害者との間で公平に分配することであるとされる前田教授は、行為違法説を前提にした上で、判例において行為者の主観的要素が違法性判断の要素に加えられていることを重視され、「違法性」決定は加害者側の故意・過失といった主観的要素と被害者側の事情である客観的な権利侵害との相関関係、即ち利益衡量によって行なうとされる。要するに、前田説では民法七〇九条に規定する「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル」という要件の全体において違法性が決定されるのである。<sup>(一七六)</sup>

裁判実務においては、加害者の主観的要素や被害者の法益、さらには被害者の態度などを総合的に考慮して、損害賠償を認めるか、認めるとすればどの範囲で認めるか、額の算定はどうするかといった、不法行為法の殆ど全て



の問題を「違法性」という概念の中で解決することが出来るかも知れない。<sup>(一七七)</sup>

しかし、前田教授は「故意又ハ過失」という要件事実が存在するか否か、そして「権利侵害ないし法益侵害」という要件事実が存在するか否かを、まず認定し、これらの要件事実が存在するとされたときに、次の段階として総合的に違法性の有無を認定するとされている。<sup>(一七八)</sup>したがって、前田説においても、従来の通説や私見にいう有責性と違法性、さらには損害の発生を一旦は区別した上で、総合的に判断するとされているのである。

とはいえ、右の総合的な判断は、これらの要素を不法行為という法現象の全体像の中に論理的に区別・連関づけて位置づけた上で、理論的に把握することなく、故意または過失ある行為に始まって、権利侵害・損害の発生という事実関係を時系列に従って捉えているにすぎない。

前田説と私見との右のような理論展開の違いは、前田教授が行為違法論に立たれるのに対して私見は結果違法論に立つという違いに由来するものではなく、法律学の目標の違いと方法論の違いに由来するものである。つまり、前田教授は実用法学・裁判法学の観点から裁判規範としての不法行為法の適用問題に取り組まれている。これに対して、私見は認識としての法学・純粹理論としての法律学の観点から社会現象の一部をなす法現象としての不法行為を客観的・論理的に分析する作業に取り組んでいるという違いに由来している。だとすれば、右の理論展開の違いを外在的に批判すること自体に意味があるわけではなく、自説とは異なる見解を参照しながら自説を強固なものにすることに意義がある。

それはさて置き、私見では「なぜ」違法性と有責性とを区別して、別々の次元に位置づけるのであろうか。それは、違法性の判断は侵害の結果を事後的・客観的に評価する問題であり、「何が」責任を問われることになったのかという基礎的・本質的な問題である。これに対して、有責性の判断は「なぜ」責任を問われることになったのかという理由づけの問題であり、両者は問題の質を異にする。しかも、後者は平均人・標準人の判断能力を基準にする点において、

その判断は一般化・客観化されているとはいえず、事後的にはなく、行為当時の個別的・具体的な状況を前提にして判断する点においても、前者の判断方法とは異なっている。

要するに、私見では不法行為の本質。次元における違法性の判断は権利侵害という結果が惹起されたことを不可侵義務規範に照らして事後的に評価する作業である。この判断は、侵害結果だから導き出せる場合もあれば、行為者の意図・目的・動機・手段・方法などを斟酌しなければ判断できない場合もある。

しかし、後者の場合、帰責根拠としての故意のように権利侵害という結果を惹起する意思で行動に出たか否かを判断するわけではなく、相手方を困らせるためとか、私憤を晴らすために、あるいは不公正な手段・方法を用いたというように、社会的に許容されない、正当性のない行為態様であつたか否かを勘案するのである。したがって、有責性の要素としての故意が同時に違法性の構成要素となるわけではない。<sup>(二七九)</sup>

注(二七六) 前田(鑰)・注(一一)民法VI:一二二頁、同・注(一三)民法学(6)六七頁以下、同・注(一五)民法(7)一五四頁、同・注(一四〇)民

法の争点II一五九頁、同「不法行為の一般的成立要件」森島昭夫編「民法II・判例と学説3」日本評論社・一九七七年「二六八頁。

前田説に対する批判として、吉村・注(二三)八一頁。これに対する反論として、前田(鑰)・注(一五)新現代損賠(2)一八頁。

(二七七) 前田(鑰)・注(一五)新現代損賠(2)一八頁。なお、前田(鑰)・注(一三)民法学(6)六七頁。

(二七八) 前田(鑰)・注(一五)新現代損賠(2)一八頁。

(二七九) 沢井・注(二〇)テキストブック一七〇頁。

九 違法性と有責性を、私見のように不法行為の本質と実体として位置づけるわけではないが、違法性は生じた結果から判断される客観的法秩序違反である(いわゆる結果不法論)のに対して、有責性は結果回避義務を前提にして侵害行為時を基準とする判断であり、行為時における侵害の回避可能性の有無によって判断される(いわゆる行為不

法論)として、実用法学の観点から両者を区別される沢井教授の見解は、結論だけを見ると私見に近い。<sup>(一八〇)</sup>

しかし、「違法性と有責性」の二元説をとる理由として、(1)講学上の便宜、(2)母法のフランス法よりもドイツ法の体系性を評価する、(3)明治以来のわが国におけるドイツ的発想の定着、(4)生命・健康・所有権などの絶対権と、その他の利益の保護の区別の有用性(利益衡量の問題)などを列挙される<sup>(一八一)</sup>だけでは、最近の過失一元説や違法性一元説に対する理論的な優秀さを論証することは出来ない。

沢井教授も、過失一元説や違法性一元説と同じように、実用法学の観点から不法行為法の体系化を目指しておられるにしても、体系的な理論を形成するためには各要素を区別・連関づけることによって不法行為の全体像を論理的に構成することが必要・不可欠であり、便宜性や沿革を重視するだけでは、従来の学説を発展させることも出来ないであろう。

前章第六節で検討したように、沢井教授の違法性の類型論は理論的に検討すべき難点を有していた。とりわけ、沢井教授が類型化された違法性の(2)のタイプ<sup>(一八二)</sup>において、侵害行為の態様を斟酌して違法性を判断すべきとき、または違法性の程度を判断する必要があるとき(慰藉料の算定時など)には、故意は有責性に位置づけられると同時に違法性の構成要素となつて、当該行為をして「悪質な」危険性のきわめて高い<sup>(一八三)</sup>行為と評価せるとされる点は、前章第六節において指摘したように結果不法説を憤き得なくするだけでなく、違法性と有責性を区別する二元説を憤き得なくする。

というのは、権利を侵害すれば即違法と判断されるのではなく、侵害行為の態様を斟酌して違法性を判断すべきときというのは、「正当な根拠なしに他人の権利を侵害してはいけない」という一般・抽象的な不可侵義務規範だけでは違法性の判断が出来ず、補充的規範を基準にして判断する必要がある場合のことである。この補充的規範は悪質な方法や不正な手段を用いたり、悪意や害意をもって侵害するなど、社会的に許容し難い態様をとることを禁

止しているのであって、有責性の一要素である故意と同じものではない。

そして、「過失」は許容しても「故意」は許容しないという場合、それは有責性の判断基準となる「不可侵義務違反をしないように注意深く行動せよ」という注意義務・行為義務、つまり予見義務・結果回避義務に違反したか否かという観点から判断しているのではなく、社会的に許容されている方法・手段を用いたか否かというのと同一の観点から判断しているのである。

したがって、同一の「故意」が同時に有責性と違法性の要素になつていては、同一の行為態様が行為時と結果発生時を基準にして、別個の規範判断基準によつて有責とか違法という評価を受けるのである。

また、慰藉料を算定する際に侵害の態様を勘案するにしても、それは侵害態様の悪質さが即自的・直接的に慰藉料額に反映するのではなく、被害者の感情や社会的非難の度合いを媒介にして被害の大きさ、したがつて損害の大きさが判断されるという対自的・間接的な現象である。しかも、これは有責性という不法行為の実体次元の問題ではなく、権利侵害・違法性と損害の発生という問題、即ち不法行為の本質次元と現象形態次元の問題である。

なお、沢井教授は重大な生命・身体・健康被害が発生したときには、一般的に過失が認められ易いが、結果の重大性から遡及して判断される注意義務違反は、実は「違法性」としての注意義務違反の問題であるとされる。<sup>(一八四)</sup>

しかし、沢井教授も立脚されている結果不法説からすれば、正当な根拠なしに他人の権利を侵害したこと「結果が違法なのである。これに対して、「不可侵義務違反をしないように注意深く行動せよ」という注意義務・行為義務に違反した行為については、有責か否か、つまり故意または過失があつたか否かが判断されるのである。

注(一八〇) 沢井注(一〇)テキストブック一〇二頁以下・一三六頁以下。

(一八一) 沢井注(一〇)テキストブック一〇三頁。一部同旨、幾代・徳本・注(一〇)一一四頁、森島・注(一一)二五一頁以下、吉

村・注(二三)八頁以下、井上・注(三九)八頁、内田・注(四五)三三六頁。

なお、行為不法論からの二元説として、四宮・注(七七)不法行為二七七頁、柳沢・注(九)私法二八号一三二頁以下。

(二八二) 沢井・注(一〇)テキストブック一三八頁。

(二八三) 沢井・注(一〇)テキストブック一七〇頁。

(二八四) 沢井・注(一〇)テキストブック一八五頁以下。

一〇 沢井教授は故意と過失は、ともに結果回避義務違反・損害回避義務違反である点で、帰責の根拠としては共通しており、連続しているとされる。<sup>(一八五)</sup>にも拘わらず、過失の帰責根拠を社会の期待・信頼を裏切った点に求め、故意と過失の帰責根拠を別異に解し、両者を質的に異なるとされる前田説を支持されている。<sup>(一八六)</sup>

しかし、「不可侵義務違反をしないように注意深く行動せよ」という注意義務・行為義務に違反することが、社会の期待・信頼を裏切ることではあるまいか。だとすれば、帰責の根拠として注意義務・行為義務違反に加えて、社会の期待・信頼を裏切ったことを挙げる必要があるのであろうか。しかも、過失の場合に限って、社会の期待・信頼を裏切ったことを追加しなければならぬのであろうか。

社会の期待・信頼を裏切ったことが帰責根拠であるとすれば、故意は過失以上に社会の期待・信頼の裏切り方が悪質であり、強く非難されるべきことになる。しかし、刑事責任とは異なり、民事責任においては故意と過失との間で帰責根拠としての質の違いを論じる必要はない(本章第五節参照)。

沢井教授は結果不法論に立ち、さらに違法性と有責性を区別する二元説に立たれる点において私見と一致している。しかし、これまで検討して来たように、沢井説は結果不法論として一貫しておらず、違法性と有責性の区別にも混乱が見られる(第三章五節・六節・七節・本章九節参照)。のみならず、本章第一三節において言及するように、沢井教授の過失論には予見義務と結果回避義務の關係について混乱が見られる。

このような混乱の根因は、第二章七節において紹介したように、沢井教授は不法行為が成立する前提として種々の義務を列挙されているものの、それらの義務が体系的に整理されていないところにあるように思われる。

つまり、違法性の根拠となる「正当な根拠なしに他人の権利を侵害してはならない」という不可侵義務と、有責性の根拠である「不可侵義務違反をしないように注意深く行動せよ」という注意義務・行為義務の区別・連関づけが十分に行なわれていないことが、混乱の根本原因ではないかと思われる。

また、行為不法論に立たれる四宮博士も違法性と有責性を区別され、前者は行為に対する一般的非難であるのに対して、後者は行為者に対する個人的な非難であるとされる。<sup>(一八七)</sup>「行為に対する一般的非難」とはどのようなことか理解できないが、おそらく私見にいう一般的・抽象的な不可侵義務に違反したという評価のことではあるまいか(第三章一二節参照)。そして、有責性を右のように解するのであれば、抽象的過失説ではなく具体的過失説を採る方が適切ではないかと思われる。

さらに、四宮博士は構成要件としての故意・過失とは別に、有責性判断対象としての故意・過失を想定されている。<sup>(一八八)</sup>しかし、犯罪の成否を慎重に検討する刑法学や刑事裁判とは異なり、権利侵害に伴って発生した損害の賠償を問題とする不法行為法学や民事裁判において、「なぜ」右のような区別をする必要があるのか、理解することが出来ない。<sup>(一八九)</sup>四宮博士は詳細に他の学説や判例を検討され、緻密な理論構成をされている反面、四宮説はつきりとした理論になりえていない。その原因は、第二章七節において紹介したように、四宮博士も不法行為制度の前提として種々の義務を列挙されているものの、それらの義務の区別・連関づけが十分ではない。この難点は、四宮説においても不法行為の全体像が論理的・体系的に把握されていないという難点と表裏の関係にあるように思われる。

注(一八五) 沢井注(一〇)テキストブック一七〇頁・一七二頁。

(二八六) 沢井・注(一〇)テキストブック一七八頁・一八三頁・一八四頁。

(二八七) 前掲・注(一三四)参照。

(二八八) 四宮・注(七)不法行為二七五頁以下・二八五頁以下・二九一頁・三〇一頁以下・三三一頁。

(二八九) 第二章四節参照。

一一 ここまでの論述において、故意とは権利侵害という結果を意図的に惹起すること、あるいは「権利侵害をしないように注意して行動すべし」という規範に違反する行動を敢えて採ることであり、過失とは権利侵害という結果を惹起する意図はなかったが、注意を怠つたために権利侵害という結果を発生させ、「権利侵害をしないように注意して行動すべし」という規範に違反する事態を惹起することであるという、大雑把な説き方をして来た。

しかし、故意や過失という概念を明確にするためには、更に掘り下げた検討が必要である。というのは、故意という概念については、(1)権利侵害、即ち違法と評価される事態の発生を認識するだけでよいのか、それとも、そのような結果の発生を認識した上で、結果が発生することを認容する必要があるのか、という問題がある。さらに、(2)違法性の認識をも必要とするのか、それとも権利侵害、即ち違法と評価される事態が発生するという事実の認識ないし認容で足りるのか、という問題もある。

故意と過失とは取扱いを異にし、特別に規定されている場合でなければ過失を処罰しない刑法とは異なり、原則として故意と過失とで取扱いを異にしない不法行為法においては、故意と過失を区別することに実益がない<sup>(一九〇)</sup>だけでなく、「未必の故意」と「認識ある過失」とを区別する必要はないし、実益はないといえるかも知れない<sup>(一九一)</sup>。

しかし、権利侵害という結果の発生を予見しながら、結果の発生を回避する措置を敢えて取らないで結果を発生させた場合と、結果発生の可能性を認識しながら結果は発生しないと思っていた場合とでは、概念上は区別するこ

とが出来る。そして、慰藉料の算定や過失相殺について、故意の場合と過失の場合とで量的に異なつた取扱いをすることが認められている。

だとすれば、第一の問題については、結果発生の可能性を認識しているに止まる場合と結果の発生を認容している場合とは區別して、故意は後者の場合までであり、前者は過失に分類するのが妥当である。

第二の問題、即ち故意には違法性の認識まで必要とするかという問題については、否定説が妥当である。というのは、故意とは権利の侵害を意図し、あるいは注意義務違反・行為義務違反を意図して行動することではなく、違法と評価される対象となる事態の発生を意図ないし認容して行動することである。つまり、故意は事実認定の次元の問題であつて、法的評価の次元の問題ではない。

したがつて、事件が発生した後に行なわれる法的判断において、違法と評価される事態が発生することを意図ないし認容して行動しておれば、故意行為である。その行動が違法、つまり注意義務違反と評価されるという認識や、その行動の結果が権利を侵害しており違法と評価されるという認識、つまり違法性の認識は必要ではない。<sup>(一九二)</sup>

とはいえ、違法性の認識、即ち自己の行動の結果が権利を侵害したと判断され、違法と評価されるという認識をすることが出来ず、自己の行動が「他人の権利を侵害しないように注意して行動せよ」という規範に違反することを認識することが出来ない者については、適法な行動をとることを期待しえない場合もある。そのような場合には、責任能力を欠くとして、有責性が阻却されることもありうる。<sup>(一九三)</sup>

なお、私見にいう不可侵義務の補充規範に違反していると判断されて始めて違法<sup>(一九四)</sup>権利侵害と評価される場合について、故意は権利侵害と評価される事態の惹起についてはなく、補充規範に違反することについて存在すれば足るという見解がある。<sup>(一九五)</sup>

しかし、故意は、不可侵義務に違反することを意図ないし認容することではなく、不可侵義務に違反していると



評価される、つまり違法と評価される事態を意図的に惹起することである。したがって、行為者の意思は違法評価の対象となる事態の惹起に向けられていなければならない。違法評価の基準となる補充規範の内容や補充規範に違反するという認識は故意とは関係のないことである。とはいえ、これらの認識が出来ないような事情がある場合には、責任能力や規範遵守の期待可能性がないということで、有責性阻却が問題となる場合もありうることは、違法性の認識<sup>196</sup>不可侵義務違反の認識をなしえない場合と同じである。

右に述べたことは、不作為による故意の不法行為の場合に、加害者の意思は権利侵害、即ち違法と評価される事態を発生させることに向けられることが必要であるとともに、それだけで十分であり、作為義務の存在や作為義務に違反することを認識ないし認容する必要はなく、作為義務の存在や作為義務違反を認識することが出来なかつた場合には有責性阻却が問題になることがありうるのと同じである。

注(一九〇) 森島・注(二)一五七頁。

(一九一) 森島・注(二)一六一頁。

(一九二) 反対、加藤(一)・注(六)六七頁、同・注(九八)注民(19)二二頁、四宮・注(七)不法行為二八四頁・三〇一頁・三〇三頁注(四)、柳沢・注(九)私法二八号一三二頁、幾代<sup>197</sup>・徳本・注(一〇)二六頁、森島・注(二)二六〇頁、滝沢注(二)四九判タ八四九号四六頁。

なお、刑法学においても、故意には犯罪事実の認識のほかに違法性の認識を必要とするかという問題については見解の分かれるところである。この点については、西原春夫「違法性の可能性と故意—故意説と責任説—」前掲・注(五七)刑法の争点新版八六頁以下、松原久利「違法性の意識」前掲・注(五七)刑法の争点第三版七〇頁以下、曾根威彦「違法性の意識・違法性の錯誤」注(五七)重要問題一八七頁以下、川端 博<sup>198</sup>「日高義博」違法性の錯誤」注(五七)論争一二〇七頁以下、川端 博「違法性の錯誤」注(一五六)25講二〇八頁以下。

(一九三) 同旨、四宮・注(七)不法行為三七九頁・三八五頁。

(一九四) 第三章八節参照。

(一九五) 四宮・注(七)不法行為二九八頁・三〇〇頁注(二) b、同・注(七)「相關關係理論」二四一頁。なお、沢井・注(二)三民法講座(六)二九七頁以下、錦織・注(一)三六)法叢九八卷四号九四頁。因に、沢井説については前章第六節も参照されたい。

(一九六) 不作為による不法行為については、作為義務や過失・因果關係が問題にされてはいるが、故意や有責性阻却については論じられないようである〔四宮・注(七)不法行為二九二頁以下、加藤(一)・注(九八)注民(四)三五頁以下、中井美雄「不作為による不法行為」前掲・注(二)三)新現代損賠(一)〇六頁以下参照。]

一二 過失について、従来の通説のように、これを心理状態と捉え、その帰責根拠を意思に求めるのではなく、近時の学説のように注意義務違反・行為義務違反として客観的に捉える場合、その義務の内容と程度が問題となる。<sup>(一九七)</sup>

注意義務・行為義務の内容の問題というのは、注意義務違反・行為義務違反があったとして過失が認められるためには、(1)結果回避義務および、その前提として予見可能性を必要とするのか、(2)予見可能性がない場合にも、結果回避義務違反が認められれば過失ありとされるのか、(3)予見可能性があれば、結果を発生させる危険な行為は止めるべきであるから、予見可能性の存在だけで過失が認定されるのか、という問題である。

(1)の見解が判例および多数説といえるが、新受忍限度論といわれる見解は、予見可能性がない場合にも過失の成立を認める(2)説に立っている。

新受忍限度論には、過失の判断が違法性の判断に非常に接近してきたと解する立場と、過失一元説に近い立場とがあるが、後者の観点から(2)説を主張される淡路教授は、過失は違法性と区別されることなく、「結果回避義務違反」として一元的に捉えるべきであり、「結果回避義務違反」があるか否かは損害が受忍限度を越えているか否かによって判断するとされる。<sup>(一九九)</sup>

つまり、「被害者側が被った損害の種類・程度と、加害行為の態様・損害の回避措置など加害者側の諸要因、それに

地域性などのその他の諸要因を相関衡量し、損害が『受忍の限度』を越えていると認められる場合には、予見可能性の有無にかかわらず加害者の責任を認めよう<sup>(100)</sup>とされる。

他人に加害するという結果の発生を回避するためには、(1)説がいうように結果発生の子見可能性が前提になると考えるのが論理的である。したがって、結果発生の子見可能性もないのに結果回避義務を課し、結果が発生すれば過失があったとするのでは、「過失の衣を着た無過失責任<sup>(101)</sup>」を認めることになる。

しかも、淡路説において損害と権利侵害とが区別・連関づけられていない点もさりながら、損害が『受忍限度』を越えている場合には直ちに過失ありとされ、「受忍限度」を違法性の問題とは解されない。ここには、違法性と過失を区別しない態度が鮮明に表われているが、それは権利侵害を重視しないことの反面でもある。

権利侵害を不法行為の本質と解し、違法性と有責性を区別・連関づける私見では、「受忍限度」は権利侵害が惹起されたとしても、その違法性を阻却するか否かの判断基準であり、権利侵害が『受忍限度』を越えている場合には、他に違法性阻却事由がない限り違法であり、次に加害行為の有責性が判断されることになる。

つまり、淡路説にいう「被害者側が被った損害(私見では権利侵害)の種類・程度と加害行為の態様」の相関衡量をして、被害が『受忍限度』を越えていると認められる場合には、違法な権利侵害が惹起されており、次に故意・過失の有無や事象的因果関係の有無を判断することになる。

このような手順とは異なり、淡路説のように違法性と有責性の判断を一元的に行なうことになる。損害賠償を命ぜられる加害者にとつて、何が、どのような基準によつて法秩序に違反したと判断されて責任を負わされるのか、具体的に理解することが出来ないのではあるまいか。その結果、訴訟における争点も不鮮明になり、攻撃・防禦も非論理的・感覚的なものになる虞がある。

注(一九七) 森島・注(一一)一八二頁以下。

(一九八) 野村好弘「故意・過失および違法性」加藤一郎編・公害法の生成と展開「岩波書店・一九六八年」三九一頁以下(初出・ジュリスト三七七号「一九六七年」)。

(一九九) 淡路・注(一四)「公害賠償四五頁以下・九五頁以下、同「公害における故意・過失と違法」ジュリスト四五八号(一九七〇年)三七六頁。

(二〇〇) 淡路・注(一四)「公害賠償九五頁以下、同・注(一九九)ジュリ四五八号三七六頁以下、同「カネミ訴訟と食品製造関連企業の責任」ジュリスト六五六号(一九七八年)四八頁。

(二〇一) 徳本 鎮「過失の衣を着た無過失の理論—公害の私法的救済と主観的責任成立要件をめぐって」企業の不作為責任の研究「一粒社・一九七四年」一一三頁以下(初出・法学セミナー一九六九年二月号)。

(二〇二) 同頁、森島・注(一一)一八六頁以下。

一三 (3)説は沢井教授が主張されるところである。教授は過失の核心は予見可能性にあり、抽象的に何らかの損害発生の可能性、即ち危険の予見可能性があれば、過失の認定をするのに十分であるとされる。<sup>(一〇三)</sup>

この説に対しては、無過失責任を課するものであり、非常識な見解であるとか、<sup>(一〇四)</sup>「予見可能性」の形骸化以外の何物でもないといった批判がなされている。このような実用法学の観点からの批判は別にして、私が追求している理論法学の観点からすれば、右の沢井説は教授が立脚されている結果不法論と整合するののかという疑問を禁じえない。<sup>(一〇五)</sup>

というのは、結果不法論にあつては、加害者が惹起した事態が権利侵害と評価され、不可侵義務に違反したと評価されるが故に、この結果を惹起した行為の有責性が問われるのである。つまり、右の違法な結果を故意に惹起したのか、過失によって惹起したのが問題となるわけである。

違法な結果を惹起したことが帰責の前提であり、その上で、結果を惹起しないように注意深く行動したのかどう

かという注意義務違反・行為義務違反の有無が判断される。したがって、予見可能性は結果回避義務の前提であり、結果回避義務の内容は予見される危険との相関によって定まると考えるべきである。<sup>(二〇六)</sup>しかし、沢井教授は過失とは「知っておれば」その行為に出るべきではないという結果回避義務の方を当然の前提にしているとして、<sup>(二〇七)</sup>私見とは逆の構成されている。

なお、被告が法益を侵害したと、それに相應する措置をとらなかつたことを違法性とし、法益侵害の予見可能性のあつたことを有責性とされる沢井教授は、第三章七節で触れたように、「許された危険」、即ち社会的に有用な行為や事業については結果回避義務違反がないとして過失を問わないことがあるが、これは過失の問題ではなく違法性の問題であるとされる。しかし、ここには違法性と有責性との混乱がある。

というのは、結果不法論に立たれる沢井説では、権利侵害という結果の惹起を違法性判断の対象と見るところから、結果を回避すべき措置をとらなかつたことも結果惹起の問題として、違法性の領域に入れられる。しかし、結果を回避すべき措置をとらなかつたことは、「不可侵義務違反をしないように注意深く行動せよ」という注意義務・行為義務に違反したと評価される対象となる行為の領域であり、行為不法が判断される領域であつて、権利侵害が惹起されたと評価され、不可侵義務に違反したと評価される対象となる結果の領域ではない。つまり、故意・過失という有責性の有無が判断される領域である。したがって、結果回避義務違反がないということは、たとえ権利侵害が惹起されていて、不法行為の本質をなす違法性の要件を充たしていても、そのことについて故意や過失がなく、有責ではないということであつて、権利侵害≠違法性がないという問題ではない。

にも拘わらず、沢井説において違法性と有責性との混乱が生じているのは、これらの判断基準となる「正当な根拠なしに他人の権利を侵害してはならない」という不可侵義務と、「不可侵義務違反をしないように注意深く行動せよ」という注意義務・行為義務との区別・連関づけが十分ではないことの反映である(本章一〇節参照)。

因に、森島教授は過失の要件として結果回避義務違反を加える説と沢井説との違いは、少なくとも論理的には加害者の責任を認めるにあたって、行為の危険性や結果回避の困難性などの諸事情を過失判断の際に考慮するか、それとも違法性判断の際に考慮するかという違いにすぎず、この違いは論理的な枠組みの違いによつてもたらされるものではないとされる。<sup>(二〇九)</sup>

その言わんとされる趣旨、とりわけ「論理的な枠組み」の意味を十分に理解することは出来ないが、私見では違法性と過失(有責性)の区別・連関づけは不法行為の論理的な枠組み(本質と実体)を成すものである。したがって、右の諸事情を過失判断の際に考慮するか、違法性判断の際に考慮するかという違いは、不法行為の論理構造の理解に関わる重要な問題である。

なお、結果回避義務違反(反ありと判断される場合には過失と権利侵害(違法性)の両要件が満たされるところとして、一つの加害行為を二つの角度から二重に評価することにより、二元説の立場から過失と違法性の融合、ないし過失の客観化に対応せんとされる滝沢教授は、通説と同じように結果回避義務の前提として予見可能性ないし予見義務の存在が必要であるとされる。<sup>(二一〇)</sup>そして、その点では沢井説とは異なるものの、予見可能性ないし予見義務の存在に主観的な帰責への契機を求める点で沢井説に接近しているとされる。<sup>(二一一)</sup>

滝沢教授が二元説に立たれる点は妥当であるが、結果不法説なのか行為不法説なのか不明である。私見のような結果不法説からすれば、違法性と有責性は一つの行為を二つの角度から二重に評価する問題ではなく、侵害結果と侵害行為を評価する問題であり、それぞれの評価基準となる義務の内容は異なっている。したがって、この義務の区別・連関づけを行なうことにより、違法性と有責性の区別・連関づけを明確にしておかないと、沢井説の難点を受け容れる虞がある。

注(二〇三) 沢井 裕「新瀧水俣病判決の総合的研究—法解釈学的検討・5」法律時報四四卷一四号(一九七二年)一六〇頁以下。な

お、沢井 裕「公害の私法的研究」粒社・一九六九年「一七一頁。

(二〇四) 森島・注(一一)一八七頁以下。

(二〇五) 淡路・注(一四)公害賠償九二頁。

(二〇六) 同旨、森島・注(二二)一八八頁・一九二頁。

(二〇七) 沢井・注(一〇)テキストブック一七四頁。

(二〇八) 沢井・注(一〇)法セミ二九六号九一頁、同・注(二〇三)法時四四卷一四号一六〇頁。

(二〇九) 森島・注(一一)一九四頁注12)。なお、森島教授は、結果回避義務説に対する沢井説の實質的な違いは回避義務の履行についての拳証責任の転換にあるようであるとされる〔前掲書一九五頁注(12)〕。

因に、中村・注(四八)新瀧一六卷二四八頁・五三頁は、沢井説においては行為の有責性判断で過失概念から實質的判断を排除することに困難が伴っているとされる。

(二一〇) 滝沢・注(一四五)判タ八四九号四二頁以下・四六頁注(13)・四八頁以下。

(二一一) 滝沢・注(一四五)判タ八四九号四九頁。なお、滝沢・注(四〇)判タ八四七号五〇頁。

一四 故意・過失を加害者の心理状態と解し、帰責根拠を意思に求める従来の通説は、責任能力制度は過失責任主義から論理的に導き出されるものであり、責任能力の存在は有責性の論理的前提であると解していた。しかし、有責性の根拠が平均人・標準人を基準にした客観的な注意義務・行為義務に違反したことに求められるようになると、右のような論理必然性は認められないことになる。<sup>(三二)</sup>

むしろ、平均人・標準人を基準にした注意義務・行為義務の内容を理解できないために、他人の権利を侵害するという違法な結果の惹起を予見し、そのような結果の惹起を回避する行動に出ることを期待することが出来ない場合には、責任を課するのは過酷であり、妥当でないと考えられる事例もありうる。

また、違法性の認識を欠くために、自己の行動は違法ではないと思ひ込んでしまい、その行動を思い止まること

を期待するのが無理な場合もある。

これらの場合といえども、平均人・標準人を基準にすれば、注意義務・行為義務に違反する行為につき故意か過失は存在しており、他の要件を具備していれば不法行為は成立する。とはいえ、責任を問うことは過酷であると判断される特別な事例については、「損害の公平な分担」という不法行為の政策的な理念に照らして、責任を負わせないようにするのが妥当と考えられる。これが「有責性阻却」という制度である。

民法は未成年者と心神喪失者について責任を問わないことにしている(民七二条・七一三条)。その趣旨は、従来の学説が考えたように、これらの者には自己の意思に基づいた行為が存在しないとか、責に帰すべき心理状態になりが故に、不法行為は成立しないということではなく、最近の学説が主張しているように、不法行為は成立しているが社会的弱者を保護するために政策的に責任を問わないことにしている<sup>(二二三)</sup>、と解するのが「過失の客観化」に適合している。

したがって、このような例外措置については、個別・具体的な事情を熟慮して慎重に適用すべきであり、民法七一条を含めて立法論的検討が云々される所以である<sup>(二二四)</sup>。

注(二二二) 責任能力制度に関する学説の変遷については、森島・注(二二二)三二頁以下、山本進一・注(四七)注釈民法(四)三三八頁以下、山口純夫「責任能力」注(三三)新・現代損害賠償法講座(I)六八頁以下。

(二二三) 平井・注(一)各論II九三頁、加藤(一)・注(六)一四一頁以下、四宮・注(七)不法行為三二二頁、幾代・徳本・注(一〇)五四頁、前田(徳)・注(一)民法VI四七頁・六五頁、森島・注(二二)一三八頁・一四五頁。なお、我妻・注(四)一一七頁。

これに対して、加藤(備)・注(三九)三二六頁は「主観的な態様を基礎とした非難可能性の前提としては、加害者の一定の判断能力の存在が前提となる」とされる。なお、潮見・注(八)一九二頁は政策的視点のとりようによっては、弱者保護という思想の貫徹が不当である場合があるとされる。



(二二四) 加藤(一)注(六)一四五頁以下、森島・注(二)一三八頁以下、星野英一「責任能力—日本不法行為法リステイトメント」前掲・注(四五)民法論集(9)二〇四頁以下(初出・ジュリスト八九三号「一九八七年」)。

## 五 賠償すべき損害の発生に不法行為の現象形態

一 民法七〇九条は、(1)故意または過失に「因リテ」、(2)他人の権利を侵害し、(3)これに「因リテ」損害を発生させた者は、(4)この損害を賠償する責任を負うとしている。

このように、(1)と(3)において「因リテ」という表現を二回ほど使っている。したがって、民法七〇九条は、(1)と(2)の間における、有責な加害行為を原因とした権利侵害という結果との因果関係と、(2)と(3)の間における、権利侵害を原因とした損害の発生という結果との因果関係の存在を、一般的不法行為の成立要件とし、(4)の損害賠償債務の発生を不法行為の効果と位置づけていると解することが出来る。

にも拘らず、ドイツの学説の影響の下に、①不法行為成立要件としての因果関係・責任設定的因果関係、②賠償すべき損害の範囲に関する因果関係・責任充足的因果関係などの概念を用いた区別が導入され、民法七〇九条の文言に忠実に、(1)と(2)の間の因果関係を①に、(2)と(3)の間の因果関係を②に分ける説<sup>(二二五)</sup>、あるいは権利侵害と損害(2)と(3)を区別することなく、したがって(2)を媒介させずに(1)と(3)を直結させた上で、①さらには②の概念を用いる説もある。<sup>(二二六)</sup>

しかし、損害が発生しなければ、賠償義務は発生しただけでなく、そもそも不法行為は成立しないのである。<sup>(二二七)</sup>つまり、(1)と(2)および(2)と(3)の因果関係が相俟って不法行為は成立するのである。したがって、(1)(2)(3)が一体として繋がるのが一般的不法行為の成立要件であり、(4)の損害賠償債務が発生する要件である。<sup>(二二八)</sup>

だとすれば、前説のように(1)と(2)との因果関係のみを不法行為成立要件としての因果関係とか責任設定的因果関係と位置づけるのは適切ではないし、(2)と(3)との因果関係を賠償範囲の因果関係とか責任充足的因果関係として区別するのも妥当ではないことになる。

また、後説のように権利侵害と損害を区別することなく、(1)と(3)を直結させて、これを①の因果関係に位置づけると、②の因果関係に位置づける対象がなくなるか、①と②を区別する意義がなくなってしまう。のみならず、権利侵害と損害を区別することなく、(1)と(3)を直結させるのでは七〇九条の文言に合わないし、一般的不法行為の論理構造にも合致しない。

注(二一五) 四宮・注(七)不法行為四〇四頁注(一)、森島・注(二)二七四頁、平井・注(一四)理論二七頁、沢井・注(三三)民法講座(六)二八三頁。

(二一六) 四宮・注(七)不法行為四〇三頁、同「不法行為法における後続侵害の帰責基準」前掲・注(七)民法論集三九三頁(初出・法学協会百周年記念論文集第三巻「有斐閣・一九八三年」)、沢井・注(一〇)テキストブック一〇八頁・一九六頁、同・注(三三)民法講座(六)二九六頁以下、前田(彌)・注(一一)民法VI<sub>2</sub>一八頁・二七頁・三〇三頁、同・注(三三)民法(七)九七頁・一五八頁、森島・注(一一)二七三頁以下。なお、井上・注(三九)四四頁。

(二一七) 我妻・注(四)一五三頁以下、加藤(一)・注(六)一四八頁・一五二頁、同・注(九八)注民(傳)三八頁、石田稔・注(八三)再構成三五頁以下、同・注(八三)講義6一七六頁。

(二一八) 加藤(一)・注(六)一五二頁、同・注(九八)注民(傳)三八頁以下。

(二一九) 平井・注(一)各論II七四頁、我妻・注(四)一五二頁、加藤(一)・注(六)一四八頁・二九五頁、同・注(九八)注民(傳)三六頁、四宮・注(七)不法行為四三三頁、幾代・徳本・注(一〇)二頁以下・二二頁以下、沢井・注(一〇)一〇八頁、前田(彌)・注(一一)民法VI<sub>2</sub>一二四頁、森島・注(一一)二七四頁、吉村・注(二三)二五頁・八二頁、井上・注(三九)四一頁、加藤(彌)・注(三九)二八〇頁・三一〇頁、戒能・注(五三)四四一頁、石本・注(九八a)一七一頁以下、同「不法行為責任の構成と理論」法律時報三六巻五号(一九六四年)五頁、西原道雄「損害」とはなにか―債務不履行、不法行為における―前掲・注(二四)民法の争点II二八頁。

二 民法起草者は、第三者の有責な行為を契機として発生する全ての損害を賠償させるのでは広きに失するという  
ことで、「権利ノ侵害」による損害という限定を付けたことは既に見たとおりである(第三章一説)。したがって、第  
三者の故意・過失ある行為によつて経済的な不利益や精神的な不快感・苦痛を受けたとしても、それが権利侵害に由  
来するものでない限り、民法七〇九条の不法行為に基づく損害として賠償請求することは認められない。

これとは逆に、第三者の故意・過失ある行為によつて「権利ノ侵害」がなされたとしても、損害が発生していないな  
らば不法行為は成立しておらず、損害賠償請求権が発生しないのは当然のことである。

要するに、民法七〇九条を素直に解釈すれば、損害が発生する根底において、第三者の故意・過失ある行為による  
違法な権利侵害が惹起されており、この権利侵害が賠償されるべき損害として表に現われて来ない限り、不法行為  
は成立しないのである。

したがって、賠償すべき損害の発生は不法行為の現象形態ということになる。そして、権利侵害と損害は不法行  
為の本質と現象形態として区別・連関づけるべきであり、これを同一視して損害概念に一元化したり、権利侵害は判  
決の中で何ら機能していないということ、これを無視して故意・過失ある行為と損害のみを重視するのでは、不法  
行為という法現象の全体像を論理的に把握できないことになる。

なお、四宮博士は「権利」侵害と損害の発生とを区別する必要があるとされるが、この点は正当である。にも拘わ  
らず、博士は(イ)「故意又は過失」、(ロ)それによる「権利」侵害、(ハ)「権利」侵害による損害の発生という継続的過程のど  
の部分までを指して不法行為と呼ぶかは多分に便宜の問題であろうとした上で、(イ)と(ロ)を不法行為の成立要件、(ハ)  
を損害賠償請求権の発生要件と称して、一応別々に取扱うのが便宜かつ適切であるとされる。<sup>(二二三)</sup>

しかし、(イ)のみならず(ハ)も不法行為の成立要件であり、それ故に損害賠償請求権の発生要件なのであり、四宮博士がいわれるように(イ)と(ハ)は別々の要件なのではない。また、損害の発生は不法行為の成立要件と不法行為の効果を媒介する中間項の役目を果しているのではなく、(イ)と(ハ)の三要件が揃って初めて不法行為は成立し、損害賠償請求権という効果も発生するのである。

権利侵害と損害の発生を区別して「一応別々に取扱う」のは便宜の問題<sup>(二三五)</sup>ではなく、不法行為の全体像を論理的に把握する上で必要不可欠なことである。しかも、権利侵害と損害の発生は不法行為の本質と現象形態として区別するだけでなく、故意・過失ある行為という不法行為の実体をも加えた上で、これらの要素を連関づけることにより不法行為の全体像を把握する必要がある。<sup>(二三六)</sup>

注(二二一) 「権利侵害から違法性へ」という動きは、権利侵害という概念が損害概念に一元化して行く端緒といえるが、民事責任においては違法概念は損害概念に吸収されると説かれる石本説<sup>(二二二)</sup>「石本・注(九八a)一六七頁以下、同・注(一一九)法時三六巻五号五頁」は、この一元化を押し進めたものといえる。

(二二二) 第一章三節・第三章一四節の平井説。

(二二三) 四宮・注(七)不法行為二八六頁。なお、同書四三三頁。

(二二四) 四宮・注(七)不法行為二八六頁。

(二二五) 四宮・注(七)不法行為二八六頁。

(二二六) 一部同旨、高橋・注(一九)民法講座別巻I二八三頁、水野 謙「損害論の現在―権利侵害ないし法益侵害との関係に着目して」ジュリスト一二五三号(二〇〇三年)一九八頁。

なお、松浦以津子「損害論の『新たな』展開―森島昭夫教授還暦記念論文集―不法行為法の現代的課題と展望」日本評論社・一九九五年「一三頁は、損害と被侵害利益との関係が不明確であるとされる。

三 それでは、権利侵害と損害はどのように異なるのであろうか。この問題を考えるためには所有権に基づく妨害排除請求権や占有保持の訴え(民一九八条)と不法行為に基づく損害賠償請求権を対比するのが分かり易いであろう。

というのは、所有権や占有権に基づく妨害排除請求にあつては、第三者が正当な根拠なしに自己の割当領域・支配圏を侵害している場合、被侵害者は侵害者に故意・過失があつたか否かに係わりなく、妨害の排除を請求することが出来る。<sup>(二二七)</sup>そして、民法七一七条の所有者責任のような場合を別にすれば、侵害者の故意・過失ある侵害によつて被害

者に経済的・精神的な不利益を与えているならば、この不利益を損害として賠償請求することが出来るからである。ここに明らかなように、違法に、つまり正当な根拠なしに他人の生活領域に入り込み、干渉している事態が侵害(妨害)であり、それによつて被害者にもたらされた経済的・精神的な不利益が損害である。

因に、妨害排除と不法行為に基づく損害賠償との違いを「侵害そのものの排除」と「侵害結果の現状回復」として區別する見解や、損害賠償としての原状回復と妨害排除の區別を「惹起された被害物の変化をもとの状態に復旧させることに向けられる」のか「現在以降物権侵害の生じないようその原因(Cause)の除去に向けられる」かの違いとする見解がある。<sup>(二二九)</sup>

青田に飛行機が墜落した場合や、隣家で飼っている兎が侵入して畑の野菜を食べ荒らした場合、右の見解によれば妨害や侵害と損害の違いは、次のようになるであろう。

つまり、青田に機体が存在することが妨害(侵害)であり、機体の除去が妨害排除であり、機体を除去した後の穴ぼこによる耕作不能なしし植えた苗の倒壊が損害であるということになる。また、兎が畑に侵入している状態が妨害(侵害)であり、兎の除去が妨害排除であり、畑が荒らされたことが損害であるということになるであろう。

しかし、正確にいえば、機体の除去だけではなく、穴ぼこを埋めて耕作可能な状態に戻したり、倒壊した苗を元の状態に戻すこと、あるいは兎の除去だけでなく、兎によつて荒らされた畑を元の状態に戻すことまでが妨害の除

去であり、機体の墜落や兎の侵入によって耕作不能になったり、収穫が減少した分の不利益が損害なのではあるまいか。

というのは、妨害(侵害)とは所有権や占有権が違法に侵害されて、不可侵義務違反の状態にあることである。したがって、妨害排除とは右の妨害(侵害)を除去して不可侵義務違反が生じる前に状態に戻すことである。そして、侵害が行なわれたことが原因となって発生した不利益、即ち侵害が継続している間に発生した不利益および侵害が除去された後にも残る不利益が損害である。

「権利侵害」と「損害」との区別は、厳密にいえば必ずしも明確ではないとする見解もある。<sup>(二二〇)</sup>しかし、一定の事実が不可侵義務に違反しており、権利が侵害されたと評価することと、それによって被害者に経済的・精神的な不利益が発生していると判断することは区別することが出来る。

なお、石田穰教授は、従来の学説が身体に負傷を受けて入院した事例につき、身体に負傷を受けることが権利侵害であり、入院費用の支出や入院期間中の得べかりし利益の喪失を損害とすることに對して、入院費用の支払も財産権の侵害であり、これが「なぜ」権利侵害でなく損害なのか理解できないとして、権利侵害と損害を区別する見解には疑問があるとされる。そして、損害とは「権利侵害という態様の利益侵害である」とか「法的保護に値する利益の侵害である」とされ、権利侵害と損害は相互に切り離されたものではなく、不可分一体のものであるとされる。<sup>(二二一)</sup>

違法性阻却事由がないに他人の身体を負傷させてるのは不可侵義務違反である。したがって、権利侵害となる。しかし、被害者が入院費用を支出することは、不本意ながらとはいえ被害者の意思に基づいて行なわれており、加害者が被害者の財産権に対して不可侵義務違反を犯しているわけではない。それは、身体の傷害という権利侵害によって被害者にもたらされた経済的な不利益であり、損害である。両者は関連してはいるが、区別すべき事態である。

注(二二七) この場合、侵害者に対して積極的に妨害を排除する行為を請求することが出来るのか、被害者自身が妨害を排除することを認容することを加害者に対して請求できるにすぎないのか対立があるが、この点については、拙著・注(三三)所有権五七頁以下。

(二二八) 原島・注(丑)法の科学四号四頁。

(二二九) 好美清光「物権的請求権」舟橋諄一編・注釈民法(6)[有斐閣・一九六七年]四九頁(舟橋諄一「徳本鎮編・新版注釈民法(6)[有斐閣・一九九七年]一三四頁。

(二三〇) 前田(健)・注(一)民法Ⅰ<sub>2</sub>三〇二頁。なお、高橋・注(一九)民法講座別卷Ⅰ二六九頁。

(二三一) 石田稷・注(八三)再構成三五頁以下。なお、同書三三頁以下。

四 権利侵害<sup>1</sup>違法性という本質が故意・過失<sup>1</sup>有責任という実体を媒介にして、賠償されるべき損害という姿をとって現象する不法行為の全体像を具体例を用いて説明すると次のようになる。

例えば、Aが自動車を運転しているときに、Bの自動車と衝突してBの車を大破させ、Bを負傷させたとしよう。この場合、Bの身体が侵害され、Bの自動車の所有権や占有権が侵害されている。この事故によって、Bには治療費の支払いや働けなくなったことによる収入の減少、自動車の修理代や代車の賃料といった負の経済的影響が発生するし、事故による精神的な負の影響を受けることもあるであろう。

この事故によってBに生じた、これらの経済的・精神的な負の影響がBの被った損害であるが、これらの損害はAによる違法な権利侵害(不法行為の本質)がBの不利利益となつて現われた具体的な姿(不法行為の現象形態)である。そして、Bの被害はAの故意または過失ある行為によるものであり、Aに帰責すべき根拠(不法行為の実体)がある。したがって、右の事故は不法行為の成立要件を充足しており、AはBの被った損害を賠償すべき債務を負担することになる(不法行為の効果)。

不法行為とは、どのような法現象か(下)

これが私見にいう不法行為の全体像であるが、裁判実務においては、このような論理構造を問題にすることはないであろう。というのは、損害賠償を求める裁判の場では賠償額が最大の関心事である。したがって、被告の行為によって、どれだけの損害が発生したのかを原告が主張・立証すれば、被告の方で違法性阻却事由や有責性阻却事由の存在を主張・立証しない限り、権利侵害の発生は当然の前提とされて不法行為の成立が認められ、公害や医療過誤などの特別な事件でない限り、故意・過失ある行為と権利侵害の因果関係の存否が争われることもないからである。<sup>(131)</sup>

それ故に、従来の判例・通説は、権利侵害と損害、つまり本章第一節の冒頭で分析している(2)と(3)を区別することなく、したがって(1)と(2)との因果関係と(2)と(3)との因果関係を明確に分けることもなく、(2)を媒介させずに(1)と(3)を直結させた上で、「相当因果関係」という概念を用いて故意・過失ある行為と損害との因果関係、および被告の負担すべき損害賠償額の算定を説明して来たのである。

注(131) 同頁、森島・注(11)二七三頁以下。これに対して、四宮・注(七)不法行為四三九頁は、「権利侵害の存在は損害侵害の発生を事実上推定させるとされる(なお、同書四四六頁)。規範的損害については、このようにいえるが、現実の損害に関しては、損害の存在が権利侵害を推定させるのではあるまいか。

因に、前田(彌)・注(七八)新現代損賠(6)七〇頁は、民法起草者は「権利侵害」の要件を導入するにあたり、無形損害も賠償の対象とするにあたって、権利侵害が発生していることの証明をもって損害発生<sup>(132)</sup>の証明にかえる意味をも考えていたとされる。<sup>(133)</sup>

(132) 幾代・徳本・注(10)一一七頁、森島・注(11)二八九頁。なお、半田・注(131)一六頁。松浦・注(131)新現代損賠(1)一四一頁・一五二頁・一五三頁。

五 しかし、「相当因果関係」という概念は、ドイツ民法の完全賠償主義の下では被告の責任範囲が広がりすぎて賠償額が高くなることを制限するために導入されたものであり、制限賠償主義を採る日本民法にはなじまないこと、



そして「相当因果関係」という概念は多義的に用いられていて不明確であることを理由に、平井教授は、これを次のような三つの機能に応じて分解させるべきだとする見解を示された。<sup>(一三三)</sup>

つまり、(1)故意・過失ある行為と損害との事実的因果関係、(2)保護範囲、即ち発生した損害のうち加害者に賠償させるべき範囲、とりわけ注意義務規範の及ぶ義務射呈、(3)損害額の評価・算定の三つを区別して考察すべきだとされる。<sup>(一三四)</sup>

平井教授が従来判例・通説の感覺的で大雑把な捉え方を理論的に精緻化しようとする努力を評価するに吝かではない。しかし、平井説において権利侵害や違法性という概念を軽視され、そのために権利侵害と損害の区別・連関づけがなされず、損害に一元化される点<sup>(一三五)</sup>が先ず問題である。

その結果、事実的因果関係と法的因果関係の区別も曖昧になつてくる。というのは、故意・過失ある行為と権利侵害との関係は事実的因果関係として把握することは出来る。しかし、権利侵害が有責任を媒介にして賠償すべき損害となつて現象する場面では、加害者にどこまで責任を負わせ、賠償させるべきかという政策的判断が加わらざるを得ず、事実的因果関係だけの問題ではなくなつてくるからである。<sup>(一三六)</sup>

したがつて、平井説のように加害行為の結果としてもたらされた損害を先ず事実的因果関係として認定し、それに続いて賠償すべき範囲を決めるという作業を別々に行うことが出来るであろうかという疑問が湧いてくる。<sup>(一三七)</sup> 事実的因果関係の要素として様々なものが加わることを考えると、加害行為によつて惹起された損害と責に帰すべき範囲は相関的に判断することになるのではあるまいか。

まして、私見のように、(1)加害行為と権利侵害との間に事実的因果関係があり、(2)権利侵害が賠償されるべき損害として現象するという具合に理論化するにしても、実務において、(1)と(2)を明確に区別して認定することは、なお一層困難であり、両者を相関的に判断する、というよりは(2)の方を睨みながら(1)の方も判定せざるを得ないであ

ろう。だとすれば、まず(1)を認定した上で、次に(2)の判断を行うというのは理論の独りよがりということになる。

しかも、事実的因果関係における「あれなければこれなし」という条件説の公式は「あれあるが故にこれあり」という因果関係を裏から検証する公式にすぎず、<sup>(二三八)</sup>「あれなければこれなし」の公式のみで因果関係の存在が積極的に証明されるわけではないし、この公式には多くの例外を認めざるをえないのである。<sup>(二三九)</sup>

だとすれば、相当因果関係に代えて、事実的因果関係や保護範囲の分析を行なったところで、従来よりも正確な認定がなされ、曖昧さがなくなるというわけでもない。<sup>(二四〇)</sup>

さらに、平井教授は加害行為と事実的因果関係に立つ諸々の損害のうち、被侵害利益の重大さの点において最上位にあると認められる損害が、保護範囲にあるものとして賠償すべき対象となるかどうかを判断するに当って考慮される損害であり、その他の損害の事実は右の最上位の利益侵害に包摂されてしまい、最上位の損害を金銭的に評価する際の一資料となるにすぎないとされる。<sup>(二四一)</sup>

このような損害の捉え方は、一個の事故によって発生している損害を「社会的にみて一個の損害」として「一つの法律的価値判断によって」把握することにより、金銭的評価について裁判官の裁量の余地を広く認める<sup>(二四二)</sup>だけでなく、従来の個別損害項目積上げ方式の煩雑さを回避することを目的とされている。

というのは、従来のような損害の分類と旧訴訟物理論とが結びつけられると、被侵害権利ないし利益が異なるごとに別個の訴訟物があることになり、紛争解決の一回性という要請に答えられない事態も生じかねない。これに対して、一個の事故による損害は社会的にみて一個の損害と解する立場は、この一個の損害をめぐる紛争が訴訟物であり、一個の紛争は一回の訴訟によって解決すべきであるとする新訴訟物理論と結びつき易い。<sup>(二四三)</sup>

しかし、裁判実務に受け容れられていない新訴訟物理論に依拠するまでもなく、旧訴訟物理論の下でも人身事故による多様な損害は一個の権利侵害による損害として一回の訴訟で決着させることが出来ないわけではない。

けだし、本章第一一節で述べるように、人身事故は人間が他人から妨害されることなく自分らしく生きる権利(人)の<sup>○</sup>実体をなす生存権<sup>○</sup>という一個の権利を侵害するものであり、個々の損害は生存権侵害から派生した不法行為の現象形態にすぎないからである。

また、公害事件・薬害事件のように多数の被害者が続出するような特殊な事例の処理を別にすれば(本章第一四節参照)、通常の事件における被害を一個の損害として包括的・制限的に捉える必要はない。むしろ、このような捉え方をしたのでは、裁判官の裁量権が広がりすぎるという難点のみならず、<sup>(二四三)</sup>現実に発生した損害に目をつぶり、賠償額を過少評価するという難点をも伴うことになる虞がある。<sup>(二四四)</sup>人身事故の現実に合わせて、一個の生存権侵害により諸々の損害が発生していると捉えられるのが素直であり、別に不都合はないのではあるまいか。

注(二三四) 平井・注(一)各論II八〇頁以下・一〇九頁・一一二頁以下、同・注(一四)理論三頁以下・二三頁以下・一四五頁以下、同・注(二)統学説展望七二頁以下、同・注(二二)私法二八号一〇五頁以下、同・注(二二)現代損賠(7)六頁以下。なお、平井・注(一七三)総論四二頁。

(二三五) 平井・注(一)各論II一〇頁以下、同・注(一四)理論四二九頁以下、同・注(二二)私法二八号一一一頁以下。

(二三六) 同旨、松浦・注(二三)新現代損賠(1)一五〇頁・一五一頁・一五二頁、伊藤 進「因果関係論」法学セミナー三〇九号(一九八〇年)九二頁以下。なお、沢井・注(二三)民法講座(6)二七一頁。

平井・注(一)各論II八四頁も事実的因果関係が「法律上の概念である以上、事実的因果関係といっても社会的・自然科学的事実の問題ではなく、広い意味で責任を負わせるべきか否かという法律的な判断が介入せざるをえない問題である」とされる。なお、同書八八頁、平井・注(一四)理論三九頁以下・四三三頁。

因に、事実的因果関係と賠償範囲の「区別」論の「側面をなす」事実と政策との二元論<sup>○</sup>に対するアメリカでの批判につき、水野 謙「不法行為帰責論の再構成・序説(五)」イーネグリジェンス法における事実的因果関係と賠償範囲との「区別」論の検討を中心にして」北大法学論集四八巻四号(一九九七年)九五頁以下・四八巻五号(一九九八年)七一頁以下。

(二三七) 同旨、沢井・注(一〇)テキストブック二〇四頁。なお、松浦・注(二三)新現代損賠(1)一五五頁。

因に、事実的因果関係と賠償範囲との「区別」論の一側面をなす「*but for*」テストの先行性がアメリカの学説や判例において必ずしも貫徹されていないことにつき、水野 謙「不法行為帰責論の再構成・序説(三)―ネグリジェンス法における事実的因果関係と賠償範囲との「区別」論の検討を中心に―」北大法学論集四八巻一号(一九九七年)二六五頁以下。

松浦・注(二三)新現代損賠(1)一四九頁・一五三頁以下は、因果関係の問題を事実的因果関係の問題に限定するアメリカのレオン・グリーン<sup>1)</sup>の学説は陪審制度を前提としたものであり、事実認定も裁判官が行う日本では因果関係の問題を事実的因果関係の問題に限定しなければならぬ実践的な理由はないし、事実的因果関係という概念を使って第一段階の判断をする実践的理由も存在しないとされる。なお、山本隆司「いわゆる『保護範囲説』」前掲・注(一三)分析六八頁注(25)・六九頁以下。

さらに、水野・北法四八巻一号一七一頁以下、同「序説(六)北法四九巻一号(一九九八年)二〇七頁、同「序説(七)北法四九巻四号(一九九八年)八三頁は、L・グリーンは「*but for*」テストを採らず「実質的要因準則」を採用しており、「区別」論を必ずしも貫徹してはいなかったとされる。

(二三八) 同旨、潮見・注(八)一八八頁。なお、幾代<sup>2)</sup>徳本・注(一〇)二〇頁注(5)、浜上則雄「現代共同不法行為の研究」信山社一九九三年「四頁以下・二一九頁以下・二九五頁以下。

(二三九) 平井・注(一)各論II八四頁・八五頁、同・注(一四)理論四三三頁以下、同・注(二二)現代損賠(1)一〇二頁以下、沢井・テキストブック二二三頁以下、吉村・注(一三)八八頁以下、井上・注(三九)四五頁以下。

なお、「事実的因果関係概念の普遍性」に対するアメリカの批判的な学説につき、水野 謙「不法行為帰責論の再構成・序説(七)―ネグリジェンス法における事実的因果関係と賠償範囲との「区別」論の検討を中心に―」北大法学論集四八巻六号(一九九八年)七〇頁以下。

(二四〇) 半田・注(二三)一八頁以下、松浦・注(二三)新現代損賠(1)一四九頁・一五二頁。なお、幾代<sup>3)</sup>徳本・注(一〇)一三九頁、森島・注(一一)二八頁。

(二四一) 平井・注(一)各論II二二五頁以下、同・注(一四)理論四七四頁以下。平井説に対する疑問・批判として、幾代<sup>4)</sup>徳本・注(一〇)一三二頁以下、前田(彌)・注(一一)民法VI<sup>2)</sup>二九八頁、森島・注(一二)二七九頁以下・三一四頁以下。

(二四二) 平井・注(一四)理論四七五頁以下。なお、平井・注(一)各論II一三〇頁以下、同・注(二二)現代損賠(7)一四頁。(二四二a) 平井・注(一四)理論五〇二頁。

損害賠償請求権の訴訟物に関する学説・判例については、前田・注(一一)民法VI<sup>2)</sup>四〇九頁以下、飯塚 勝「人身損害における訴訟物の個数」前掲・注(二二)現代損賠(7)一頁以下、岩村弘雄「損害賠償請求の訴訟物(1)―損害費目の融通性―」判例タイム

ズ二二二号(一九六七年)一六七頁以下、富崎富哉「損害賠償請求訴訟の訴訟物」鈴木忠一「三ヶ月章監修・実務民事訴訟講座第三卷」日本評論社・一九六九年「五七頁以下、楠本安雄「損害賠償請求訴訟の訴訟物」鈴木忠一「三ヶ月章監修・新・実務民事訴訟講座第四卷」日本評論社・一九八二年「三頁以下。

(二四三) 裁判官に広い裁量権を認めることに反対する見解として、四宮・注(七)「不法行為五四八頁以下、沢井・注(一〇)「テキスブック」二二六頁注1、同「平井宜雄著『損害賠償法の理論』について(一)」法学協会雑誌九〇巻七号(一九七三年)九四頁以下、前田(總)・注(一)「民法VI」二九九頁、同・注(一五)「民法七〇九条三四三頁、森島・注(一一)「二七九頁・二八五頁・三二七頁・四一頁、潮見・注(一九)「判タ六八七号九頁、半田・注(二三)「二三三頁以下、石田稔・注(八三)「講義(6)三五三頁、北川善太郎「損害賠償額算定の基準時」法学論叢八八巻四「五六合併号(一九七一年)一四九頁以下、奥田昌道編「注釈民法(10)〔有斐閣・一九八七年〕六一頁、北川善太郎、石田喜久夫「平井宜雄著『損害賠償法の理論』」法律時報四四巻二二号(一九七二年)一四五頁以下、後藤孝典・現代損害賠償論」日本評論社・一九八二年「六八頁。

(二四四) 前掲・注(二四三)の沢井教授・石田(總)教授の書評参照。

六 要するに、平井説のように権利侵害と損害を区別・連関づけることなく、(1)侵害行為と損害との間に事実的因果関係が有るか無いか二者択一の判断をした後、事実的因果関係が認められた場合には、次に(2)その損害のうち、どの範囲までが加害者の責に帰すべき損害として認められるのかを決めると解するのでは、(1)の段階において行為者の責に帰すべき範囲、即ち故意・過失ある行為の効果が及ぶ範囲を政策的に限定する余地がない。そのために、(2)の段階において、発生した損害のうち、どの範囲まで賠償させるべきかという政策的判断を行なうことになる。過失不法行為の場合には過失・損害回避義務の射程距離内にあるか否かという基準により賠償範囲を限定する反面、故意不法行為の場合には原則として賠償範囲を制限する必要はないとされる。<sup>(二四六)</sup>

しかし、故意不法行為と過失不法行為の間に本質的な違いはないとする私見の立場(第四章四節以下参照)では、両者の間で賠償範囲に違いを設ける根拠も必要もない。<sup>(二四七)</sup> というのは、加害行為と因果関係があり、加害者に責任が

帰する以上、被害の全てを賠償させ、被害者をして被害を受ける前の状態に復させることが不法行為に基づく損害賠償制度の原則であり、民法起草者もこのように考えていたようである。<sup>(二四八)</sup> 民法四一六条を不法行為に類推適用する判例の準則を前提にするとしても、本条が存在する以上、不法行為においても制限賠償主義を念頭においた解釈論を主張しなければならない。<sup>(二四九)</sup> という結論しか導き出せないわけではなく、これとは反対の解釈論も可能である。<sup>(二五〇)</sup>

あるいは、損害の公平妥当な分配を現代不法行為法の理念とする通説の立場からすれば、完全賠償主義よりも制限賠償主義の方と結びつき易いであろう。しかし、損害の公平な分配は、過失相殺のように被害者の側にも損害を分担させるのが公平と解され、加害者に全額を負担させるのは不公平と解される事がある場合などの例外である。だとすれば、損害の公平な分担は現代不法行為法の理念でもなければ、原則でもなく、政策的な例外措置といわざるをえない。被害者が被った損害を完全に賠償させることにより侵害前の状態に回復させることこそが不法行為制度の理念であり、原則である(本章一三節参照)。<sup>(二五三)</sup>

さらに、平井教授は過失不法行為の保護範囲は行為者に課される行為義務の及ぶ範囲によって定められるとされる。<sup>(二五四)</sup> しかし、行為義務によって画されるのは過失不法行為の成否の認定であって、行為義務が発生させた損害に対する責任を事後的に限定するわけではない。<sup>(二五五)</sup>

私見のように不法行為の論理構造に即して、権利侵害と損害とを区別・連関づける立場からは、(1)事実的因果関係は加害行為と権利侵害との間において認定されるべき問題である。そして、(2)加害行為との間に事実的因果関係が認められた権利侵害は、行為者の責に帰すべきものなのかどうか、つまり、どの範囲までの権利侵害が行為者の故意・過失に帰責されるのかを判定する。その上で、(3)行為者の責に帰すべき権利侵害が、どのような損害として現象しているのかを認定し、ここに賠償すべき損害が確定されることになる。

しかし、実務において、このような判断手続が採られることはないであろう。というのは、これでは余りにも煩

雑である。のみならず、加害行為によって直接的に惹起された第一次侵害に引続いて発生する後続侵害や、複数人の行為が重なる場合には使いものにならず、理論倒れになるであろう。だとすれば、私見の分析で利用しうるころがあるとすれば、せいぜいのところ権利侵害が損害として現象するのであるから、損害とは権利侵害が被害者の不利益として具体的にとる姿であるとして関連させている部分であろう。

したがって、実務においては被害事実と損害とを区別することよりも、両者を連関づけ一体化して考察することにより、行為者の責に帰すべき損害はどの範囲と解するのが妥当かという判断を行なうのが合理的である。

「権利侵害から違法性へ」という判例や学説の変遷は、単に保護範囲を拡大するという目的のためだけではなく、権利侵害は損害となつて現象するのであるから、損害が発生しておれば権利侵害は推定されるのであり、したがって損害の発生という結果の部分に着目して賠償額を定めるといふ簡便な実務上の処理に適合したものであつたといえる。そして、権利侵害や違法性を軽視し、権利侵害と損害の区別を無視する平井説は、この延長線上にあるといえる。しかし、実務に追従し、実務を合理化する作業のほかにも、理論に固有の立場から不法行為の全体像を把握し、実務的な解決方法に反省材料を提供する作業も必要である。

注(二四五) 平井・注(一)各論II二二三頁以下、同・注(一四)理論四五九頁以下、同・注(二二)現代損賠(7)二〇頁以下。

(二四六) 平井・注(一)各論II二四頁以下、同・注(一四)理論四五七頁以下、同・注(二二)現代損賠(7)一九頁以下。

(二四七) 同旨、幾代・徳本・注(一〇)一四〇頁、半田・注(二三)二二〇頁。なお、森島・注(一一)三三七頁注(25)。

(二四八) 四宮・注(七)不法行為四五二頁注(一)(b)、前田(彌)・注(七八)新現代損賠(6)七一頁以下、石田穰・注(八三)再構成四六頁注

(28)、水野・注(二三七)北法四九卷四号五〇頁以下。

なお、一九九〇年代に入ると、不法行為制度の正当性を再評価する動きが登場してきたことにつき、潮見・注(八)一一頁以下。

(二四九) 平井・注(一)各論II八頁以下・一二三頁。

(二五〇) 石田穰・注(八三)再構成五五頁・一四〇頁以下、水野・注(二三七)北法四九卷四号八一頁、清水兼男「不法行為と民法四一六条類推適用の成否」前掲・注(二四)民法の争点II一六五頁。

なお、民法四一六条の立法過程・立法趣旨、および学説・判例の変遷については、國井・注(三三)民法講座(4)五一三頁以下、北川・注(二四三)注民(四)四五七頁以下、中田裕康「民法四一五・四一六条(債務不履行による損害賠償)」前掲・注(二)民法典の百年III一頁以下・三九頁以下、難波讓治「民法四一六条の立法趣旨」高島平蔵教授古稀記念・民法学の新たな展開「成文堂・一九九三年」三一九頁以下。

(二五一) 我妻・注(四)九五頁・九八頁・一九七頁、加藤(一)・注(六)二六頁、同・注(九八)注民(四)五頁、四宮・注(七)不法行為二五〇頁・二六三頁以下・二六九頁・四四五頁(但し、後掲・注(二五三)参照)、前田(健)・注(一一)民法VI<sub>2</sub>一二三頁、同・注(三)民法学(6)六七頁、同・注(一五)民法(7)八六頁以下。

なお、「損害の公平な分担の理念」の学説史については、前田陽二「不法行為法における『損害の公平な分担の理念』と素因減額論に関する一考察―被害者の素因の競合に関する最高裁判例を機縁として―」星野英一先生古稀祝賀・日本民法学の形成と課題下「有斐閣・一九九六年」八九七頁以下。「公平」理念に対する批判として、後藤・注(二四三)六五頁以下。

(二五二) 過失相殺に関しても、「損害の公平な分担」の中身は不明確であり、感覚的に安易な判断をされると弱者(例えば、交通事故の被害者となった幼児・高齢者・身障者など)が保護されない可能性もあるために、過失相殺の適用範囲を拡大することのいう動きが見られる。この点については、前田(健)・注(二五二)八九五頁以下、田中成志「過失相殺の適用における『公平』―特に加害者の責任が加重されている場合の過失相殺―」前掲・注(二)加藤古稀上二二一頁以下・二三〇頁以下、山野嘉朗「過失相殺」前掲・注(一九)新現代損賠(6)二九三頁以下、能見善久「過失相殺の現代的機能」前掲・注(二二六)森島選歴一一七頁以下・一四四頁以下。

なお、後藤・注(二四三)一七四頁以下は不法行為法の事故抑止の観点から過失相殺の拡大化傾向を批判される。

(二五三) 不法行為に基づく損害につき完全賠償(救済)や原状回復の理念を重視、さらには強調する説として、四宮・注(七七)不法行為四四五頁・四七六頁以下、同・注(二一六)「婦責基準」二九三頁・三二二頁、同「不法行為による人身損害に関する考え方の対立について」前掲・注(七)民法論集二七五頁(初出・林 良平先生還暦記念・現代私法学の課題と展望上巻「有斐閣・一九八一年」)、潮見・注(八)五頁、同・注(一九)判夕六八七号八頁、沢井・注(一〇)テキストブック八四頁以下・二〇八頁・二〇八頁、森



島・注(一一)三四三頁、四一頁以下、吉村・注(一三)一五頁、九五頁、淡路・注(一九)損害の評価一一三頁、加藤(彌)・注(三九)二八六頁、太田知行「損害賠償額の算定と損害概念」私法四三三号(一九八一年)二三三頁以下、楠本安雄・人身損害賠償論「日本評論社・一九八四年」八頁以下(初出「交通事故賠償の現状と課題」ぎょうせい・一九七九年)。

なお、公害による損害賠償請求事件の原告側代理人の理論構成として完全賠償(救済)や原状回復の理念を強調する考え方につき、吉村良一「人身損害賠償の研究」日本評論社・一九九〇年一二二頁以下・一三八頁以下・一四八頁以下(初出・立命館法学一八七号「一九八六年」)。また、水野序説(四)北法四八卷三三三号(一九九七年)六五頁は、過失ある加害者よりも罪のない被害者を保護すべしという態度は、コモン・ローの「完全賠償主義」を支える基本的な価値判断として重視すべきだとされる。

このような考え方とは逆に、西原道雄「生命侵害・傷害における損害賠償額」私法二七号(一九六五年)一〇九頁は完全賠償のドグマを批判されている。

(二五四) 平井・注(一)各論II一三三頁、同・注(一四)理論四六〇頁。

(二五五) 同旨、森島・注(一一)三一六頁以下(なお、同書二八〇頁)、半田・注(三三)二〇頁以下、石田穰・注(八三)再構成四六頁注(28)。

七 それはさて置き、従来の判例・通説が「相当因果関係」という概念の下に一括して説明して来た事態は、(1)故意・過失による行為を原因として惹起された権利侵害が、具体的にどのような姿をとって加害者の責に帰すべき損害、即ち賠償すべき損害となつて現象しているのかという問題と、(2)その損害を金銭で評価する問題とに整理することが出来る。

裁判実務の上では、右の(1)と(2)は明確に区別されずに判断されているという指摘があるように、<sup>(二五六)</sup>両者を別々に判断することは実務上は困難なこと、あるいは無益なことと考えられているのかも知れない。しかし、理論的には(1)は(2)の前提である。民法二四八条が新設されたことにより、損害の性質上、原告が損害額を立証することが極めて困難な場合に、裁判官が相当な額を認定するようになったとはいえ、その前提となる損害の発生については原告

が立証する必要がある。だとすれば、(1)と(2)の区別は単に理論上の要請に基づくものに止まらず、実務上も不可欠な区別ということになる。

(1)の問題につき、Aの加害行為がBの単一の権利を侵害し、よって損害が発生したという単純な事件であれば、加害者Aの責に帰すべき損害の範囲を判断するのは簡単であろう。あるいは、その被害に関連した出捐ないし消極的損失が賠償すべき損害に含まれるか否か争われる場合もあるが、これは出捐の「必要性」や損失発生(三七七)の「確実性」の基準(三七七)によって判断するのが妥当である。因に、この「必要性」や「確実性」の判断は事実的因果関係の枠を越えた法的判断の問題である。

右の単純に見える事件も、①AがBに加えた侵害が第三者Cに及ぶ場合や、②AがBに侵害を加えた後、第三者DがBに侵害を加えたことにより被害が拡大した場合、Aの行為と後続侵害との因果関係やAの責に帰すべき損害の範囲を判断するのは簡単ではない。

①の類型で、(a)自動車の玉突き事故、例えばAの車がBの車に追突し、Bの車がCの車に追突したというような事実関係のみを問題とすれば足りるような場合には、あれ(Aの車がBの車に追突した)があつたが故に、これ(Bの車がCの車に追突した)があり、あれがなければこれもなかつたことは判然としている。したがって、AのB車に対する故意または過失による追突の因果関係は、C車への追突にまで及ぶことになる。因に、B車がC車に追突したことにつき、Bにも何らかの過失がある場合には、AとBの共同不法行為(民七一九条一項)の問題になる。

①の類型で、(b)Aが交通事故でBに負傷させ、そのためにBを雇用しているCの営業活動に悪影響が出て収益が減少した場合、AとCの間に「あれあるが故にこれあり」「あれなければこれなし」という事実的因果関係の存在を認めることは出来る。しかし、BC間に雇用契約という法律関係が介在しており、玉突き事故の場合のように純粹に事実的因果関係の問題として処理される事例ではなく、第三者AによるCの債権侵害あるいは営業活動権侵害に該

当するか否かを検討すべき事例であり、「間接被害者」「企業損害」の問題である。<sup>(二五八)</sup>

なお、Bの個人企業が「法人成り」をしたC社の取締役BがAの惹起した交通事故により負傷し、労働能力が減退したり休業したためにC社の収益が減少したことを理由に、C社がAに対して損害賠償請求をした事件について、この請求を認める判決がいくつか出されている。<sup>(二五九)</sup>とはいえ、これらの判決はBC間の契約に基づくCの債権をAが侵害したこと、あるいはCの営業活動権をCが侵害したことを根拠にして、C社固有の損害賠償請求権を認めているわけではない。

C社の実態はBの個人企業であり、BとCとは経済的な一体性を有し、取締役としてBに代る者が存在していないことを重視して、例外的にC社の損害賠償請求を認めたものであり、法人格否認の法理<sup>(二六〇)</sup>を適用した一事例といえる。

注(二五六) 幾代・徳本・注(一〇)一三三頁、沢井・注(一〇)テキストブック二一九頁、前田(鶴)・注(一五)「民法七〇九条」二四三頁。

なお、半田・注(二二)二三三頁。

(二五七) 四宮・注(七)不法行為四六〇頁以下、前田(鶴)・注(一)「民法VI」三〇六頁以下、同・注(一五)「民法七〇九条」三四頁以下。

(二五八) 企業に対する不法行為については、拙稿・注(三)佐賀一二巻三号三九頁以下。

「間接被害者」「企業損害」の問題については、四宮・注(七)不法行為四九二頁以下、好美清光「間接被害者の損害賠償請求―最近の二つの判決を機縁として―」判例タイムズ二八二号(一九七二年)二二頁以下、徳本伸一「間接被害者の損害」前掲・注(二)「現代損賠(7)二八七頁以下、同「間接被害者からの損害賠償請求」鈴木忠一「三ヶ月章監修・新・実務民事訴訟講座第四卷(日本評論社・一九八二年)二六五頁以下、栗田哲男「間接被害者の賠償請求」前掲・注(二四)民法の争点II一九六頁以下、中井美雄「間接被害者」星野英一代表編集・民法講座別巻2「有斐閣・一九九〇年」三一九頁以下、潮見一雄「間接被害者の損害賠償請求」石田喜久夫「西原道夫・高木多喜男先生選歴記念論文集・中巻 損害賠償法の課題と展望」日本評論社・一九九〇年」二〇三頁以下。

(二五九) これらの判決については、徳本・注(二五八)現代損賠(7)二八八頁以下、同・注(二五八)新実務民訴(4)二七四頁以下、中井・注(二五八)三三四頁以下、潮見・注(二五八)二二頁以下。

(二六〇) 法人格否認の法理については、江頭憲治郎・会社法人格否認の法理「東京大学出版会・一九八〇年」、同「法人格否認の法理」北沢正啓・浜田道代編・商法の争点I「有斐閣・一九九三年」二四頁以下。

八 前節の②の類型で、(a) Aが交通事故を起してBを負傷させ、病院に搬送中にDの車による事故でBが死亡した場合や、病院のE医師による医療過誤によりBが死亡した場合、Aが交通事故を起したこと(あれ)がBの負傷のみならず死亡(これ)に繋がっており、事実面においては「あれがあるが故にこれあり」「あれなければこれなし」という関係が認められる。したがって、一応は事実的因果関係の存在を認めることが出来、Bの死亡についてはAとD、あるいはAとEの共同不法行為が成立することになる。

しかし、(b)右のような事例において、Dの車による事故やEの医療過誤が一般的に発生するものではなく、DやEの故意または重大な過失によつて惹起されてBが死亡したのであれば、Aの事故とBの死亡との間に「あれ(Aの事故)あるが故にこれ(Bの死亡)あり」という関係は認められない。つまり、Dの事故やEの医療過誤が介在したことが「あれ」と「これ」との因果関係を否定する要因となる。そして、Dの事故やEの医療過誤が「一般的に」発生するものか否かの判断は、純粋な事実認定の問題ではなく、「一般的か否か」という評価が加わっている。したがって、②の類型的後続侵害における因果関係の判断は純粋な「事実的」因果関係の判断に止まりえないことになる。

因に、右の②(b)のような事例を「因果関係の中断」と呼んで、Aの事故とBの死亡との因果関係の存在を否定する考え方に対して、このような考え方は因果関係をもつて責任制限原理を含む法的因果関係と考えた時代の名残りにすぎず、因果関係を事実的因果関係として捉らえる立場からすれば、第三者や被害者自身の行為が介在する場合に

も、因果関係そのものは断たれるものではなく、「責任の中断」の問題を生じるにすぎないとする見解がある。<sup>(二六〇a)</sup>

しかし、第七節の①(a)のように純然たる事実的な判断に止まりえず、法的価値判断を加えなければならぬ場合は、もはや純粹の「事實的」因果関係の判断に止まりえず、加害行為の帰責範囲、したがって賠償範囲を睨み合わせながら、因果関係の存否を判断することになるのではあるまいか。

さて、以上において述べた後続侵害に関する私の考えは、後続損害の賠償範囲に関して主張されている危険範囲説ないし危険性関連説<sup>(二六一)</sup>と共通するところがある。しかし、この説をわが国で最初に主張された石田穰教授の見解<sup>(二六二)</sup>には、権利侵害と損害の区別がないという原理的な難点に加えて、後続損害の問題は賠償範囲の問題であつて不法行為の成立要件の問題ではないとして、後続侵害を不法行為の成立要件としての因果関係の問題とは考えられていない。さらに、民法四一六条の内容は危険性関連によつて説明することが十分に可能であるとして、本条を不法行為法に導入してもよいとされるなど、私見とは異なるところが多い。

これに対して、四宮博士や前田教授は後続の権利侵害と損害を区別され、後続侵害を不法行為の成立要件の問題とされる<sup>(二六三)</sup>点は妥当である。しかし、後続侵害(損害)が第一次侵害(損害)によつてもたらされた「特別の危険」の実現であれば賠償範囲内であるが、「一般生活上の危険」の実現であれば責任を負わないという考えの下に、前記(a)の事例で病院へ搬送中の第二事故は「一般生活上の危険」であるから、これによる損害はB自身が負担しなければならぬ<sup>(二六五)</sup>とする結論は、妥当といえるのか疑問である。また、第一次侵害(損害)と後続侵害(損害)の間に第三者の行為が介在しているときには、原則として後続侵害(損害)は賠償範囲外(あるいは賠償額の減少)<sup>(二六六)</sup>とする結論も疑問である。因に、前記(a)の事例でBがEの医療過誤で死亡した場合、Aの行為とBの死亡との間の因果関係は中断されるという見解に対して、両者間の事実的因果関係は肯定されなければならず、後は交通事故を起したAの保護義務が病院における死亡についてまで及ぶかどうかの問題にすぎないとする説<sup>(二六七)</sup>がある。

その理由として、事実的因果関係は「あれなければこれなし」という事実的判断であって規範的判断ではないから、そこに責任制限的要請が入り込む余地はないとされる。しかし、前記(b)の場合にまでAの行為とBの死亡との間に、「あれがある故にこれあり」という関係は認められない。

さらに、「不可侵義務違反をしないように注意深く行動せよ」という注意義務・行為義務がAに対して拘束力をもつのは、Aの行為に関してであり、この義務はAがBに加害行為をした後のAの行為に対しても及んでいる。しかし、Aが事故を起した後に、A以外の者の行為や自然力が加わることによって被害が拡大した場合のAの責任範囲は、Aに対する右の注意義務・行為義務の拘束力がどこまで及ぶのかという保護範囲や義務射呈によって解釈できる問題ではない。<sup>(二六〇)</sup>

また、「いじめ」にあつた被害者が、これを苦にして自殺した場合にも、「当該具体的事実関係の下でそのような損害を生じる行為を選択するしかなかった」という関係が認められれば、「いじめ」と自殺との間に事実的因果関係を肯定して差支えなく、後は自殺による死亡が保護範囲に含まれるかどうかを判断すれば足りるともされている。<sup>(二七〇)</sup>

しかし、「当該具体的事実関係の下でそのような損害を生じる行為を選択するしかなかった」という関係が認められ「るか否かは、純然たる事実認定の問題ではなく、法的な評価が加味されざるをえない。

というのは、「いじめ」によって被害者が精神的に傷つけられるということは、一般に生じることである。けれども、そこから更に進んで、被害者が「自分らしく生きる」ことの根源である生命までも断つてしまうということは、一般に生じることとは考えられない。したがって、「いじめ」と自殺との間に通常のこととして、「あれあるが故にこれあり」「あれなければこれなし」という事実的因果関係を認めるのは困難であり、その「いじめ」が度を越えて、非常にすさまじく、執拗なものであつたために自殺に至つたという法的評価を加えて、はじめて両者の結びつきを認定しうるにすぎない。<sup>(二七二)</sup>

そして、右の「いじめ」の場合や交通事故被害の後遺症を苦にした自殺の場合、一般的には「自殺による死亡が保護範囲に含まれる」とは考えられない。というのは、よほどの事情がない限り、加害者の注意義務として自殺を予見し、回避措置をとるべき義務は課されていないからである。

しかし、教師から違法な懲戒を受けた生徒が自殺した場合、教師は生徒の性格を把握しておくべき関係にあるから、懲戒の仕方如何によつては、教師には生徒の自殺を予見し、それを回避させる措置をとるべき義務が課されると解するべきである。

だとすれば、生徒の自殺を予見する可能性がないとして、教師の懲戒と生徒の自殺との間に相当因果関係はないとした判決は、教師の過失の有無という観点から再考する必要がある<sup>(二七三)</sup>。

注(二六〇a) 四宮・注(七)不法行為四二八頁、四五四頁。同旨、沢井・注(一〇)テキストブック二二七頁。

(二六一) 危険範囲説ないし危険性関連説については、四宮・注(七)不法行為四四九頁以下、同・注(二一六)「帰責基準」三〇三頁

以下、前田(鶴)・注(一)民法VI<sub>2</sub>一三一頁以下・二九九頁以下、森島・注(二)三二七頁以下。なお、水野・注(三三七)北法四九卷四号九〇頁以下。

(二六二) 石田(穰)・注(八三)再構成四八頁以下。

(二六三) 四宮・注(七)不法行為四四九頁以下、同・注(二一六)「帰責基準」三三三頁以下[但し、四宮博士は責任設定的かつ責任充足的帰責とされる。注(七)不法行為四五三頁、注(二一六)「帰責基準」三三四頁]、前田(鶴)・注(一)民法VI<sub>2</sub>三〇二頁。

因に、四宮・注(七)不法行為四五二頁以下、同・注(二一六)「帰責基準」三〇四頁・三〇七頁・三〇八頁・三三三頁・三三四頁は、後続侵害の帰責には第一次侵害の帰責に要求される違法性判断に類する価値判断が必要とされる。

(二六四) 四宮・注(七)不法行為四五〇頁以下、同・注(二一六)「帰責基準」三〇三頁・三三三頁(なお、三〇五頁・三〇七頁では「特別の危険」と対照されるのは「一般生活上の危険」ではなく、それを含むところの「所有主が負うべき危険」とされる)、沢井・注

(一〇)テキストブック二〇四頁・二〇五頁(但し、危険性関連説に立たれるわけではない。同書一九五頁以下・二一九頁参照)、前田(鶴)・注(一)民法VI<sub>2</sub>一三二頁以下、同・注(一五)「民法七〇九条」二二頁以下。

(二六五) 四宮・注(七)不法行為四五頁、沢井・注(一〇)テキストブック二二〇頁。

(二六六) 前田(健)・注(一)民法VI<sub>2</sub>一三二頁(なお、三〇〇頁)。

(二六七) 井上・注(三九)四七頁。同旨、平井・注(一)各論II八七頁。

(二六八) 同旨、前田(健)・注(一)民法VI<sub>2</sub>二九八頁以下、森島・注(二)三二六頁以下。なお、沢井・注(一〇)テキストブック二一八頁以下。

(二六九) 平井・注(一)各論II八七頁。

(二七〇) 井上・注(三九)四七頁。

(二七一) 同旨、沢井・注(一〇)テキストブック一九六頁二二二頁。なお、水野・序説(九)北法四九巻二号(一九九八年)一七八頁以下・一八九頁以下。

(二七二) 最判・昭和五二年一月二五日・判例タイムズ三五五号二六〇頁。

(二七三) 一部同旨、沢井・注(一〇)テキストブック二二三頁。なお、水野・注(二七)北法四九巻二号一八〇頁以下。

九 第七節で挙げた②の類型とは異なっているが、これに近い事例として仮定的因果関係・凌駕的因果関係と呼ばれる問題があり、「因果関係の中断」<sup>(二七四)</sup>ないし「因果関係の断絶」<sup>(二七五)</sup>の例として挙げられている。

例えば、AがBを殺害する目的で致死量の毒をBに飲ませたが、毒が効く前にCがBを射殺した場合、Cの射撃によるBの死亡の方がAの投毒によるBの死亡に凌駕しているが、もしCの射撃が行なわれていなかったと仮定したら、Aによる毒殺が生じたであろうという関係にある。

しかし、AがBに毒を飲ませたこと(あれ)とBの死亡(これ)との間には「あれがあるが故にこれあり」という関係も、「あれなければこれなし」という関係も存在しない。しかも、「あれあれどもこれなし」という関係、および「あれなくてもこれあり」という関係にあり、Aの行為とBの死亡の間に因果関係は存在しないことになる。<sup>(二七六)</sup>

あるいは、この場合、Cの射撃行為が介在しなかったならば、Aの行為によってBは死亡したはずである。した



がって、Aの行為とBの死亡の間にも因果関係を認め、AにもBの死亡について責任を負わせるべきであるとする考えもあるであろう。<sup>(二七七)</sup>しかし、Aの行為がBの死亡を惹起しなかったことは明白である。にも拘わらず、Bの死亡についてまでAに責任を負わせるのは根拠が欠けている。

因に、Bを射殺したCについては「あれ(Cの発砲)あるが故にこれ(Bの死亡)あり」「あれなければこれなし」という関係にあり、Bの死亡との間に因果関係が存在していることは明らかである。とはいえ、Cが発砲しなくても、Aが毒を飲ませていたのであるから、いずれBは死亡する運命に置かれていたわけである。だとすれば、Cの行為とBの死亡との間には「あれなくともこれあり」という関係が成り立ち、因果関係が否定されうるかのように見える。<sup>(二七八)</sup>しかし、この場合、あれ(Cの発砲)によって、これ(Bの死亡)は現実<sup>(二七九)</sup>に惹き起こされており、「あれあれどもこれなし」という関係は成立していない。したがって、CがAの行為を持ち出して、「あれ(Cの発砲)なくともこれ(Bの死亡)あり」という論理の下に現実を否定するのは非現実的であり、非常識なことである。<sup>(二七九)</sup>CがAの行為を援用するとすれば、Cの射殺行為による賠償責任は、Bは既にAから毒を盛られて人格権を侵害されており、また稼働能力も減少していたのであるから、稼働能力の残存部分に関してのみ負担するにすぎないという、賠償範囲と損害の評価<sup>(二八〇)</sup>に関してである。

次に、工場から有害な物質を排出して周辺の住民に被害を与える公害事件において、A<sub>1</sub>もA<sub>2</sub>も単独で被害を発生させざる量の排出をしており、重疊的な原因の競合がある場合、A<sub>2</sub>の行為がなくてもA<sub>1</sub>の行為だけで被害は発生し、逆にA<sub>1</sub>の行為がなくてもA<sub>2</sub>の行為のみによって被害は発生する。

したがって、この場合には「あれなければこれなし」という条件説の公式は妥当しないことになる。だからといって、A<sub>1</sub>の行為についても、A<sub>2</sub>の行為についても周辺住民の被害との間に事実的因果関係は認められないとして、A<sub>1</sub>についてもA<sub>2</sub>についても不法行為は成立せず、損害賠償責任はないとするのは妥当ではない。ということ、この

ような場合を「あれなければこれなし」の公式の例外と位置づけ、 $A_1$ の行為も $A_2$ の行為も周辺住民の損害の惹起について因果関係があることを認めるべきだとする説がある。<sup>(二八二)</sup>

たしかに、この場合「あれなければこれなし」の公式は当たらない。それどころか、 $A_1$ の行為も $A_2$ の行為も「あれなくともこれあり」という関係にあり、因果関係を否定する要件を充足している。しかし、 $A_1$ の行為も $A_2$ の行為も現実には被害を惹起しており、いずれの行為も「あれあるが故にこれあり」という因果関係の積極的要件を充足している。<sup>(二八二)</sup>

だとすれば、右の事例において、 $A_1$ の行為も $A_2$ の行為も因果関係の原則から外れることはない。したがって、例外的に因果関係を認めるといふ処理をする必要はない。にも拘わらず、「あれあるが故にこれあり」という因果関係の積極的要件を無視して、「あれなければこれなし」という消極的要件だけで因果関係の存否を判断するために、右の事例を例外と解するような不合理な結果を招くのである。

ということは、正面から「あれあるが故にこれあり」という積極的な判断を行わずに、裏口から「あれなければこれなし」という消極的な判断のみを行なうことは、因果関係の認定方法として十分でないことを示している。

とはいえ、「あれあるが故にこれあり」という判断を正面から行なうとしても、これでは因果の連鎖が広がりすぎて歯止めが効かないことになりかねない。したがって、(1)一定の結果が発生するのが一般的・通常的なことなのか、偶発的・例外的なことではないのかという基準のほかに、(2)加害者に責任を負わせるのが妥当か否か、責任を負わせるとしても、どの範囲まで責任を負わせるのが妥当かという「相当性」の判断が行なわれて来たのではあるまいか。因に、あれ(原因)とこれ(結果)の関係を整理すると、次のようになる。

不法行為とは、どのような法現象か(下)

×	×	あれなければこれなし	○
×	○	あれなくてもこれあり	×
○	×	あれあれどもこれなし	×
○	○	あれあるが故にこれあり	○
あれ	これ	あれとこの関係	因果関係

注(二七四) 幾代#徳本・注(一〇)一三三頁、沢井・注(一〇)テキストブック二二五頁、森島・注(二)二二八七頁。

(二七五) 四宮・注(七)不法行為四二五頁、井上・注(三九)四七頁。なお、石田穰・注(八三)再構成四七頁注(35)。

(二七六) 四宮・注(七)不法行為四二五頁、幾代#徳本・注(一〇)一三三頁、森島・注(二)二二八七頁、井上・注(三九)四七頁。但し、いずれの説もAにはBが死亡するまでの損害については責任があるとされる。

因に、平井・注(一四)理論四四一頁は、仮定的因果関係という問題は「ドイツ民法二四九条の存在と完全賠償の原則を表現する技術概念としての因果関係概念との関連ないし相剋というドイツ特有の構造から生じてきたものであって、わが国において論議する理論的意味に乏しい」とされ、平井・注(一)各論II八五頁は、日本では仮定的「因果関係」という形で論じる必要はないとされる。

なお、ドイツにおける仮定的因果関係論については、櫻見由美子「不法行為における仮定的な原因競合と責任の評価」(一) (四)ードイツ法の仮定的因果関係等をめぐる議論を参考にして「判例評論一一二四号(一九八四年)一七頁以下・一一二七号(一九八四年)一七頁以下・一一三四号(一九八五年)一二頁以下・一一五三号(一九八五年)一七頁以下」。

(二七七) このようなことを正面から認めるわけではないが、前掲・注(二七六)のような考え方に對して疑問を呈する見解として、沢井・注(一〇)テキストブック二二五頁以下、吉村・注(三三)八九頁。

(二七八) 平井・注(一)各論II八五頁、吉村・注(二三)八九頁は、Bを射殺したCについても「あれなければこれなし」の関係はなく、この公式の例外とされる。なお、加藤(鶴)・注(三九)二六〇頁以下。

(二七九) 一部同旨、井上・注(三二九)四六頁。

(二八〇) 同旨、四宮・注(七)不法行為四二八頁注(三)(四)、井上・注(三九)四六頁。

(二八一) 平井・注(一)各論II八四頁、同・注(一四)理論四三三頁、同・注(二二)現代損賠(1)一〇二頁以下、森島・注(二二)二八六

頁、吉村・注(二三)八八頁以下、井上・注(三九)四五頁。

(二八二) 同旨、四宮・注(七)不法行為四二〇頁・四二二頁注(二)。

一〇 被告の加害行為と原告の被害との因果関係と、被告の責に帰すべき賠償範囲を別々に判断できるのか、それとも両者は同時に相関的にしか判断できないのかという実務上の問題(本章五節・六節・七節参照)はさて置いて、被告の責に帰すべき賠償範囲が定まると、その次に、これを金銭で評価する問題が登場する。つまり、賠償額算定の問題である。

ところで、加害者が被害者に対して賠償すべき損害の範囲を決め、賠償額を算定する前提として、損害とは何か、ということが明確になつていなければならない。

この問題につき、従来の学説・判例は「損害とは、法益について被った不利益をいう。これは、もし加害原因がなかったとしたならばあるべき利益状態と、加害がなされた現在の利益状態との差である」とする差額説を採用して来た。<sup>(二八三)</sup>そして、損害の種類を財産的損害と精神的損害とに分類し、さらに前者について積極的損害と消極的損害とに分けた上で、個別の損害項目について金銭による評価を行ない、それを加算する個別損害項目積上げ方式が交通事故による損害賠償請求訴訟の増加を契機に精緻化され、昭和三〇年代半ばに実務として確立された。<sup>(二八四)</sup>

しかし、差額説は損害を法現象として把握するものではなく、単なる事実として、経済現象として捉らえた上で、損害額の算定結果を説明しているにすぎない。<sup>(二八五)</sup>

そして、差額説は積極的な財産的損害については有効であるとしても、消極的な財産的損害については多くの仮

定に基づいており、さらに精神的損害に対して適用しうるのかという問題を内在させている。その結果、個別損害項目積上げ方式に対しては、人身損害を物損と同じ発想で処理するために、本来、金銭で評価することのできない人身損害の特質を無視しているという批判を受けざるを得なくなっている。

つまり、西原教授は、死傷による損害を財産的損害と精神的損害とに分け、前者、とりわけ逸失利益を重視する通説に対する根源的な批判として、死傷そのものを一つの非財産的損害とみるべきだとされる(死傷損害説)。その上で、死傷そのものに対する損害額は発見されたり、算定されるものではなく、財産的・精神的損害を総合し、一体化して、ある程度、定型化し、定額化された賠償額を創り出すべきだとされる。<sup>(二六七)</sup>

たしかに、人間の生命や健康、さらには自由などの人格的な価値は商品として生産されたものではないし、商品として取引されるものでもないから、これに値段をつけることは不可能である。のみならず、全ての人間に平等に認められた不可侵の基本的な価値である。

したがって、人が死亡したり、傷害を受けて収入が得られなくなったり減少した場合、この収入を基準にして「得べかり利益」の喪失ないし減少を消極的な財産的損害として算定するのは、人間を収益を得るための機械として扱うものであり、平等であるべき人間の尊厳から見れば不当な取扱いである。しかも、「得べかりし利益」の算定は極めて曖昧な蓋然性を基礎にした不正確なものでしかないことも、西原教授が批判されるとおりである。

かくして、従来の判例・学説が疑うこともなく受け容れてきた損害概念や損害額算定方法に対して、西原教授が人間の尊厳や人間の平等という基本的な価値を根底に据えて、損害概念を考え直す契機を与えられたことは極めて意義深いことであった。にも拘わらず、西原説は全面的に受け容れられたわけではなかった。

というのは、賠償額の定額化について具体的な内容が欠けていたということもあるが、われわれが住んでいる社会は「法の下の平等」と並んで、経済的自由・競争の自由という理念の上に成り立っており、経済活動の成果の差、収

入の差があることは「法の下の平等」に反しないこととして許容されているからである。<sup>(二八八)</sup>

注(二八三) 於保不二雄・債権総論「新版」有斐閣・一九七二年・一三五頁。

(二八四) ドイツの差額説を続受した後の、わが国の損害概念の多様性については、高橋・注(一九)民法講座別巻1二二八頁以下。

(二八五) 人身損害の賠償に関して上記のような通説が形成されるに至った経緯については、吉村・注(二五三)研究六頁以下(初出・立命館法学一八〇号「一九八五年」)。

(二八六) 同旨、淡路・注(一四)公害賠償一六二頁、若林三奈「法的概念としての『損害』の意義(一)ドイツにおける判例の検討を中心に」立命館法学二四八号(一九九六年)一九九頁以下。

(二八七) 西原・注(二五三)私法二七号一〇七頁以下、同「幼児の死亡・傷害と損害賠償」判例評論七五号「判例時報三八九号」(一九六四年)三三頁以下、同「人身事故における損害賠償額の法理」ジュリスト三三九号(一九六六年)二五頁以下、同「損害賠償額の法理」ジュリスト三八一号(一九六七年)一四八頁以下、同「新潟水俣病訴訟における一律請求」判例時報六四二号(一九七一年)八七頁以下、同「損害賠償額の算出」遠藤 浩川井 健「西原道雄編・演習民法(債権)」青林書院新社・一九七二年「五二六頁以下。

(二八八) 西原説の意義と限界については、森島・注(二二三)三二頁以下、高橋・注(一九)民法講座別巻1二四七頁以下、同・注(一九)新現代損賠(6)四六頁以下、淡路・注(一九)損害の評価二四一頁以下(初出・ジュリスト四一三号「一九六九年」)、後藤・注(二四三)二三四頁以下・二六五頁以下、吉村・注(二五三)研究一〇六頁以下(初出・立命館法学一八五号「一九六六年」)、同「人身損害をめぐる理論状況と課題」立命館法学一五五号(一九八一年)五頁以下、楠本・注(二五三)二九頁以下(初出・注(二五三)林選(上)・八六頁以下(初出・鈴木忠一「三ヶ月章監修・実務民事訴訟講座第三卷」日本評論社・一九六九年)、古賀哲夫「定額賠償説」前掲・注(一三)分析一三七頁以下、山口成樹「人身損害賠償と逸失利益(総論)」前掲・注(一九)新現代損賠(6)一七三頁以下、並木 茂「民事交通訴訟の理論的課題」法曹時報二卷五号(一九七〇年)四〇頁以下、國井和郎「損害論の新しい動向とスモン三判決」判例タイムズ三七六号(一九七七年)三六頁以下、二本雄策・交通死一命はあがなえるか「岩波書店・一九七七年」二二頁以下。

一一人間が平等であるという側面は精神的な自由や人格権において保障されており、人間の能力には差異があるという側面は経済的な自由や財産権において具体化されてくる。そして、この二つの側面は生存活動権<sup>二八九</sup>人格権と生存財産権から成る生存権を人の実体<sup>二九〇</sup>に位置づける、私見の「法における人間」像に、そのまゝ反映している。

つまり、私見において「法における人間」は生存意思(他人に邪魔されることなく、自分らしく生きる意思)が本質をなし、生存活動権と生存財産権とから構成される生存権が実体をなし、氏名権や名誉権、肖像権・プライバシー権などの個別的な人格権、個々の物権・債権・知的所有権などの個別的な財産権、個々の債務、そして形成権や抗弁権が帰属している状態が「法における人間」、即ち「法学から見た人」の現象形態をなしている。

ここに「生存活動権」というのは、他人に邪魔されることなく自分らしく生きるという、一般的な人格権である。「生存財産権」というのは、「法学から見た人」の現象形態として、ある人に帰属している個々の権利・義務が、その人の生き方に合わせて有機的・組織的に一体化されて管理・運用され、その人の生存活動(生活)の物的基盤をなしている状態が法的に保護され、他人の侵害から守られていることであり、私はこの状態に最広義の占有権という性質を認めている。<sup>(二八九)</sup>

この「生存財産権」は生存活動の物的基盤をなしていると同時に、生存活動の成果として築き上げられたものであり、ある人が個々の権利を取得したり、個々の債務を負担するのは生存活動であるし、それらの権利・義務を自己の生き方に合わせて有機的・組織的に一体化して管理・運用することも生存活動である。

したがって、生存活動と生存財産は表裏一体の関係にあり、生存活動や生存財産が他人の妨害・侵害から法的に保護される場所に認められる生存活動権と生存財産権は、生存権の動態面と静態面を成している。そして、この両者から構成されている生存権は、「法における人間」の本質をなす生存意思が「法における人間」の現象形態をなす個々の権利・義務の帰属している姿として現われて来ることの媒介項である。それ故に、生存権を「法における人間」

「法律学から見た人」の实体に位置づけるわけである。

右に述べた「法における人間」像、「法律学から見た人」の存在構造の説明には、本質・实体・現象形態という独自の方法论に加えて、「生存財産権」とか「最広義の占有権」といった聞き慣れない、私独自の概念を用いているので理解し難いのではないかと思われる。

その点、商法二四条以下や二四五条以下で認められている営業譲渡は、有機的・組織的に一体化して管理・運用されている「営業財産」が譲渡される法現象であると解されており、この「営業財産」を理解することが「生存財産」について理解する手がかりとなる。のみならず、「法における人間」<sup>(二九〇)</sup>「法律学から見た人」を理解する上で、「法律学から見た企業」と対比することが有効と思われる。したがって、右に述べた「人の法的構造」を「企業の法的構造」と対比しながら図式化して整理すると、次のようになる。

	本質	実体	現象形態
人	生存意思	生存権 〈生存活動権 生存財産権〉	個別的人格権・個々の物権・債権・知的所有権・債務・形成権・抗弁権
企業	営利事業意思	営業権 〈営業活動権 営業財産権〉	個別的人格権・個々の物権・債権・知的所有権・債務・形成権・抗弁権

人が殺害されたり、負傷させられた場合、老若男女、誰が被害者であろうと、「他人に邪魔されずに自分らしく生きる」権利である一般的人格権としての生存活動権が侵害されることにおいて変りはない。したがって、この権利が侵害された場合、同じ被害については同一の人格権侵害があり、同一の損害が発生すると考えるべきである。

なぜならば、自分らしく生きる権利は、どの被害者にも平等に認められている。したがって、この権利の侵害による損害は性や年齢の違い、あるいは職業の有無や収入の多寡といった経済的事情とは全く関係なしに、どの被害



者にも平等に算定されなければならない。

これに対して、人の死傷による収入の消滅や減少は生存財産の増加を妨げることになり、生存財産権を侵害している。そして、この権利の侵害によって生じる損害には被害者の収入の有無や多寡によって差異がある。したがって、この差異が賠償額に反映するのは当然のことであり、この賠償額の定額化は実質的な不公平をもたらす虞がある、にも拘わらず、そのようなことになれば悪平等以外の何ものでもない。<sup>(二九一)</sup>

なお、権利侵害と、それによって発生する損害とを不法行為の本質と現象形態として区別する私見からすれば、人の死傷そのものは権利侵害でもなければ損害でもない。人が殺害されたり負傷させられたという事実そのものは、加害行為を原因として発生した物理的現象であり、社会的事件にすぎない。この加害行為によって被害者の生存権が侵害され、その結果として被害者の人格権と財産権に悪影響が及び、損害となって現われるのである。<sup>(二九二)</sup>

したがって、人の死傷を一個の損害と見て、その賠償請求権を一個の訴訟物として処理するのではなく、不法行為の実体をなす有責行為ないし瑕疵が一個であり、侵害されたのは「法における人間」の実体をなす一個の生存権である限り、それが原因となつて「人」の現象形態次元における数個の個別的な権利が侵害されることになり、数個の損害項目が計上されようとも、一個の不法行為に基づく損害賠償請求訴訟は全体として一個と解すれば足る(本章五節参照)。

要するに、私の「法律学から見た人間」「法律学から見た企業」の論理構造からすれば、①人や企業の現象形態次元に止まる個々の権利の侵害であれば(例えば、所有権の侵害に止まる場合)、客体の価値の減少や保存・管理に要する費用という姿をとつて不利益が生じる。これに対して、②侵害の影響が単に人や企業の現象形態次元に止まらずに、実体次元にも及んで生存活動や営業活動に悪影響が出、さらに生存財産や営業財産が増加すべき分が増加しなかつた場合には、一般的人格権侵害による精神的損害や非財産的な無形の損害<sup>(二九三)</sup>に対する賠償の請求と、有機的・組織的一

体としての生存財産権や営業財産権の侵害(最広義の占有権の侵害)に伴う財産的損害の賠償を請求することが出来る。<sup>(二九四)</sup>

例えば、一個の有体物が破壊された場合に、物の観念的な支配権としての所有権侵害を問うのが①であり、物を現実に支配・管理している状態が保護される占有権の侵害を問うのが②である。<sup>(二九五)</sup>また、特許法一〇二条一項・二項は②の財産的損害に関する規定であり、同条三項は①の損害に関する規定といえる。<sup>(二九六)</sup>

なお、ドイツにおける差額説の主体関連的損害概念は②の生存財産について生じる不利益の捉え方に近く、権利追求思想を根底に据えた客観的損害論・規範的損害論は①の不利益の捉え方に近いように思われる。<sup>(二九七)</sup>

注(二八九) 拙著・注(三三三)所有権一七一頁以下。

(二八九a) 拙著・注(三三三)所有権一八二頁・二五三頁。

(二九〇) 拙稿・注(三一)佐賀一二巻三号一七頁以下、拙稿「会社の合併とは、どのような法現象か(一)——株式会社の法的構造 八

——」佐賀大学経済論集三四巻四号(二〇〇一年)八五頁以下。

(二九一) 同旨、前田(健)・注(一一)民法VI三二九頁、同・注(一五)「民法七〇九条二四八頁注(20)、森島・注(一一)三四三頁、水野・

注(二二六)ジュリー一二五三号一九三頁、楠本・注(二五三)一八二頁、四宮・注(二五三)「人身損害」二七一頁・二七四頁、古賀・

注(二八八)一五〇頁。

(二九一a) 原島克己「人身事故による積極損害の算定——定額化とその限界——」前掲・注(二二)現代損賠(7)六八頁(なお、九〇頁)、

加藤和夫「後遺症による逸失利益の算定」同書一九六頁。

(二九二) 同旨、楠本・注(二五三)一八五頁、並木・注(二八八)法曹二三巻五号四一頁以下、山口・注(二八八)新現代損賠(6)一八三

頁。

(二九三) 最判・昭和三九年一月二八日・民集一八巻一号一三六頁。

この最高裁判決の意義や民法七一〇条の解釈に与えた影響については、福地俊雄「民法七一〇条は法人の名誉権侵害による無形損害に適用があるか」法律時報三七巻四号(一九六五年)九八頁以下、伊藤 進「法人の名誉権侵害と民法七一〇条の適用

—最高裁判決を契機として—明治大学法制研究所紀要九号(一九六五年)二九頁以下(伊藤・不法行為法の現代的課題「総合労働研究所・一九八〇年」に収録)、森泉 章「法人の名譽毀損について」私法二八号(一九六六年)一三七頁以下、同「法人の名譽毀損について」団体法の諸問題「粒社・一九七一年」一三五頁以下(初出・民商法雜誌五四卷一号「一九六六年」)。

(二九四) 四宮・注(七)不法行為四三五頁注(一)・四四五頁は「総体財産」に波及して生ぜしめる損害、あるいは「財産総体」に波及する結果損害として、転売利益の喪失や弁護士費用を例示されるが、「総体財産」とか「財産総体」という概念は有機的・組織的一体としての生存財産や営業財産について用いる方がふさわしいのではあるまいか。

(二九五) 拙著・注(三三)所有権一八七頁以下。

なお、同書一八八頁・一九一頁注(四)で車の修理代は損害ではなく妨害排除の費用であり、この費用を被害者が立て替えた場合には不当利得として加害者から返還してもらうことが出来るとしたが、不法行為に基づく損害として賠償請求することも認めべきである。

また、被害者が修理代を出していない段階において、損害は現実化していないとはいえず、後掲・注(二九七)の客観的損害論・規範的損害論の立場から、修理代相当額を損害として賠償請求しうると解すべきである。

(二九六) 特許法一〇二条の立法趣旨、および各項に関する学説・判例については、中山信弘編・注解特許法上巻・第三版「青林書院・二〇〇〇年」九七七頁以下「青柳吟子」。

(二九七) ドイツにおける新しい損害論については、潮見・注(一九)民商一〇三卷四号二頁以下、若林・注(二八六)立命二四八号二二五頁以下、同「法的概念としての『損害』の意義(三)完」ドイツにおける判例の検討を中心に—立命館法学二五二号(一九九七年)六三頁以下・九一頁以下。なお、規範的損害につき、四宮・注(七)不法行為四四五頁、潮見・注(八)二二二頁以下。

一二 人身事故によって死亡したり、負傷したために収入が得られなくなったり、収入が減少した場合、従来の判例・学説は「得べかりし利益」が得られなかったことを損害と解している。つまり、逸失利益を消極的な財産的損害に分類している。

これに対して、このような損害を「現存していた稼働能力(労働能力)の喪失」という積極的な財産的損害として捉

え直し、損害概念について発想を転換する試みがなされており、実務に対して一定の影響を与えている。

この稼働能力(労働能力)喪失説は、西原教授の死傷損害説を前提にした賠償額の定額化には賛成しないものの、従来の判例・学説の消極的財産的損害(逸失利益)という概念や、その算定根拠の曖昧さに対する西原教授の批判を受け容れている。

稼働能力喪失説によると、人間の労働能力は機械と同じような財産的価値を有している。したがって、この財産的価値をもつ労働能力の全部または一部を不法行為によって喪失した場合には、被害者が実収益を挙げていると否とを問わず、労働能力の喪失自体を積極的な財産的損害と考えて、失われた能力の価値を金銭的に評価すべきだとされる。<sup>(二九八)</sup>

そして、この説は平均賃金や労働能力喪失率表などの統計上の平均値の利用を正面からは認でざるし、幼児や学生・主婦のように収入のない者や、後遺症があっても収入減になっていない場合、のみならず有職者を含めて全ての人に対する人身損害に適用できる理論であると自讃しているように、差額説を精緻化するものと評価することが出来る。<sup>(三〇〇)</sup>

西原教授も稼働能力喪失説が「単に『得べかりし利益』のみを追求する立場の重大な欠陥の多くを克服し解消している」ことは認められる。しかし、この説も従来の通説・判例と同じように「労働力の経済的価値を把握し表現しようとするものであり」、<sup>(三〇一)</sup>「いづれの説も」人間を機械や家畜のように扱っていることに変わりはない」と批判される。<sup>(三〇二)</sup>

本来、商品として生産されたわけではない人間の労働力が商品として取引され、商品として購入された労働力によって他の商品が生産され(労働力商品による他の商品の生産)、社会的再生産の全過程が商品形態によって覆い尽くされるところに資本主義社会の、それ以前の社会、とりわけ人間そのものが商品化された奴隷によって商品が生産されたローマの商品交換社会とは異なつた歴史的特質がある。<sup>(三〇三)</sup>

したがって、人間の労働力さえも商品化されている資本主義社会では、人身事故によって被害者の労働能力が減退したり、滅失するに至れば商品としての価値が下がることもあるし、零になってしまうこともある。そのような場合には、商品としての価値が減少した分が積極的な財産的損害となるが、稼働能力喪失説はこの経済的事実を反映させる点において妥当である。<sup>(三〇三)</sup>

しかし、「所得の多寡による賠償額の著しい不平等は、現代の社会通念に合致しない面がある」とし、「実所得に何十倍もの差等があつても、もともと健康正常な人間の能力にそんな開きがあるはずがない」ので、稼働(労働)能力喪失という損害を評価する過程で「所得の不平等のはねかえりがある程度抑制し、賠償額を多少とも均等化できる」と考へるのは、労働力が商品化されている資本主義社会の歴史的特質を捉え、労働能力の喪失を損害と解する前提と一致しないことになる。このような発想は定額化説の影響かも知れないが、社会政策的な配慮を裁判の場に持ち込むことは是非や、これを持ち込むことを是とする場合に、どのような形で持ち込むかについては慎重に検討する必要がある。<sup>(三〇四)</sup>

また、負傷による後遺症にも拘わらず、収入の減少が見られず、将来的にも、そのような不利益が生じないのであれば、財産的損害は生じていないことになる。<sup>(三〇五)</sup>しかし、このような場合の後遺症は、商品としての労働能力の価値を減少させていないにしても、先述した私の「法律学から見た人間像にいう「人」の実体である生存活動権」<sup>(三〇六)</sup>一般的人格権、即ち「他人に邪魔されることなく自分らしく生きる権利」を侵害しており、それによって非経済的な損害が発生していると見るべきである。

注(二九八) 稼働(労働)能力喪失説については、高橋・注(一九)民法講座別巻一二五二頁以下、吉村・注(二五三)研究一一三頁以下、同・注(二八八)立命一五五号一頁以下、山口・注(二八八)新現代損賠(六)一七〇頁以下。

(二九九) 加藤(勲)・注(二九一a)現代損賠(7)一九四頁。

(三〇〇) 楠本・注(二五三)人身損害一三〇頁・四七頁以下、加藤(勲)・注(二九一a)現代損賠(7)一九一頁以下、加藤了「稼働能力喪失説をめぐる判例を追って」判例タイムズ二八八号(一九七三年)五九頁。

(三〇一) 西原道雄「少女の生命侵害と財産上の損害」の算定方法」判例評論一九七号「判例時報七七七号」(一九七五年)二九頁。

同旨、吉村・注(二八八)立命一五五号一四頁。

(三〇二) 宇野弘蔵「マルクス経済学の諸問題」岩波書店・一九六九年一二三頁以下・一八九頁・二六八頁、同「資本論の経済学」岩波書店・一九六九年一二頁以下、同「経済学の効用」東京大学出版会・一九七二年一五頁以下。

(三〇三) 同旨、水野・注(二二六)ジュリ一二五三号一九三頁・一九五頁、四宮・注(二五三)「人身損害」二七一頁、楠本・注(二五三)人身損害一八三頁以下、古賀・注(二八八)一四九頁以下。

(三〇四) 楠本・注(二五三)人身損害一三三頁。

(三〇五) 同旨、最判・昭和五六年二月二三日・民集三〇巻九号一三五〇頁。本件の評釈として、藤岡康宏「損害の意義」星野英一「平井宜雄」能見善久編「民法判例百選Ⅱ」第五版「有斐閣・二〇〇一年」一八六頁以下、および文末に掲げる参考文献がある。

一三 西原教授の新しい損害論は交通事故に主眼を置いたものであったが、損害の定型化や損害額の定額化という提案は、部分的にしか実務に受け容れられなかった。しかし、食品公害や薬品公害、さらには環境を破壊してしまう公害事件において、原告側は一括請求・一括請求・包括請求という新しい損害賠償請求方式を主張するようになり、裁判所も一定の理解を示しているが、西原教授の考え方は、このような形で結実しつつあるといえよう。

従来の個別損害項目積上げ方式は損害を財産的損害と精神的損害とに分け、前者を更に積極的損害と消極的損害に細分化し、損害額を個別的に算定していたのに対して、このような分類をしないで、全てを一括して請求するのが一括請求方式である。そして、同一の公害事件における多数の被害者の被害の程度や苦難の経歴などを基準にしてランク付けを行ない、同等とされる被害については同量の賠償を求めるのが一括請求方式である。

これらの請求方式の根底には死傷損害説の考え方が流れているが、このような方式が考案され、採用された大きな原因は、従来のように個別の損害項目ごとに損害額を立証するのは困難であること、そして、それに伴う訴訟の遅延を回避すること、並びに多数の被害者から成る原告団の団結を維持することにあつたとされている。<sup>三〇七</sup>

これに対して、単に死傷だけを損害と見るのではなく、被害者が受けた肉体的・経済的・生活的・家族的・社会的・環境的な全ての損害を包摂し、被害者が受けた全ての不利益・環境ぐるみの人間破壊を「総体としての損害」と捉え、損害の公平な分担としての賠償ではなく、原状の回復・完全救済を求める「前掲・注(二五三)参照」のが包括請求方式である。

この包括請求方式は、私の「法における人間」像の実体をなす生存権に対する侵害に伴う全ての不利益を損害と捉え、生存権の侵害によって損われた「人間の尊厳」の回復を求めるものである。それは、過去の損害に対する金銭による賠償を求めるに止まらず、これから先の人生を自分らしく生きるために、一般的人格権としての生存活動権を回復し、維持して行く上で必要とされるリハビリテーションなどの費用や、家族が人間らしく生きる日々を取り返すための費用なども損害と解されており、従来の損害論を根底から見直すものである。

包括請求という考え方の根拠づけとして、森島教授は(1)個別的立証の困難性という訴訟手続上の理由と、(2)喪失した生活自体の回復を基礎づける損害概念の新しい構成という実体法上の理由に求めることが出来るとされる。そして、第二の理由については、差額説的な考え方を採りつつ、従って個別損害項目積上げ方式を採用しつつ、「被害者を原状に回復させるのに要する費用」の賠償という考え方によって、従来より広い範囲の賠償を認めることも可能であるから、どうしても包括請求という概念を用いないと目的が達成できないというほどのことはない。とすれば、包括請求の法技術的な意義は第一の点にあるとされる。<sup>三〇八</sup>

しかし、包括請求方式の根底には、従来の差額説や死傷損害説とは違った発想が流れており、被害者の「人間とし

ての被害」を個別的にはなく、総体として捉らえる点において、被害者である「法における人間」の総合的な把握も要求している。

なお、このような「総体としての損害」を加害者が完全に賠償しえないとなれば、国や地方自治体による補償制度を充実させるほかはないが、ここにおいても不法行為制度は社会保障制度と接続することになる。<sup>(三三〇)</sup>

因に、土地収用における損失補償においても、個々の被収用物件の交換価値を補償すれば足るものではなく、被収用者が当該物件を収用されることにより現在の生活環境を失うことに伴う「総体としての損失」を補償する必要がある。

というのは、個々の物件の交換価値のみを補償しても、それは私の「法における人間」像という現象。形態。次元での補償でしかなく、収用される物件が被収用者の生存財産として、どのような意義を有していたのか、したがって、その物件を収用されることによって、つまり、その物件を失うことによって被る経済的損失や精神的苦痛、並びに生活の再建に必要とされる費用については考慮されていないからである。

憲法二九条三項にいう「正当な補償」とは完全な補償でなければならぬのであれば、収用に伴う補償は右に述べたような経済的・精神的・生活環境的な不利益の全てを包括した「総体としての損失」の補償でなければならない。<sup>(三三一)</sup>

#### 注(三〇六)

- これらの請求方式と、それに対する裁判所の反応については、森島・注(一二)三三八頁以下、淡路・注(一四)公害賠償一五〇頁以下、同・注(一九)損害の評価一七六頁以下、同「生命侵害の損害賠償」前掲・注(三)民法講座(6)三六九頁以下、同「包括請求・一律請求・包括請求」前掲・注(二)新実務民訴(6)二五五頁以下、高橋・注(一九)民法講座別巻一二五六頁以下、潮見・注(一九)民商一〇三巻五号四三頁以下、吉村・注(二五)研究一二〇頁以下・一六五頁以下、同・注(二八)立命一五五号一五頁以下、同「損害論の動向―最近の判決を素材として―」立命館法学一六三号(一九八二年)四六頁以下、國井・注(二八)判夕三七六号三七頁以下、高島英弘「包括請求の現状と問題点」前掲・注(一三)分析一七四頁以下、西井龍生「賠償額の定型化・定額



化・一律請求」前掲・注(二四)民法の争点II一八一頁以下、吉田秀文「包括一律請求」吉田秀文「塩崎 勳編・裁判実務大系」8「青林書院・一九八五年」五六九頁以下、牛山 積「包括請求の役割とその評価―歴史的考察―」公害法の課題と理論「日本評論社・一九八七年」一三頁以下(初出・法律時報五二巻九号「一九八〇年」、加藤新太郎「包括一律請求をめぐる諸問題」塩崎 勳編・現代民事裁判の課題8「新日本法規・一九八九年」八八四頁以下)。

(三〇七) 森島・注(一一)三三九頁、沢井 裕「新潟水俣病判決の総合的研究―法解釈学的検討・2」法律時報四四巻九号(一九七二年)七一頁・七五頁。

(三〇八) 森島・注(一一)三四一頁以下。なお、淡路・注一九九頁・一八九頁、同・注(三〇六)新実務民訴(6)二六六頁。

(三〇九) 同旨、吉村・注(二五三)研究一六七頁以下、同・注(二八八)立命一五五号一七頁、牛山 積「包括請求方式の課題と展望」前掲・注(三〇六)公害法二七頁以下(初出・スモン損害賠償研究会編・スモンと損害賠償「勁草書房・一九八六年」)。なお、國井・注(二八八)判タ三七六号四四頁。

(三一〇) ドイツにおいても人身損害に基づく賠償につき、損害賠償の目的として「扶助(Verzorgung)」思想も認められる傾向があることにつき、若林・注(二九七)立命二五二号九三頁以下。

(三一―) 拙稿「所有権の内在的制約・外在的制約・政策的制約(三)―憲法二九条と民法二〇六条―」佐賀大学経済論集三二巻一号(一九九九年)二二〇頁以下。

一四 不法行為の論理構造そのものとは関係はないが、損害賠償請求権に関連した問題として、人身事故により被害者が死亡した場合、とりわけ即死した場合に、被害者自身が損害賠償請求権、就中、慰藉料請求権を取得するか、被害者自身に請求権が帰属すると解した場合、その損害賠償請求権は相続されるのか、という問題がある。<sup>(三二)</sup>

判例は被害者が即死した場合にも、彼自身に財産的損害の賠償請求権のみならず慰藉料請求権が発生し、これらの請求権は相続されると解している。<sup>(三三)</sup>

しかし、被害者が即死した場合には、このような見解が論理的に成り立ち得ないことは、多数の学説が批判しているとおりである。ただし、被害者は死亡したことにより権利能力を失っており(民八八二条・八九六条)、即死した

場合には被害者自身に侵害の対象となる権利は帰属していないことになる。それだから、被害者自身に積極的な財産的損害の賠償請求権はもとより、逸失利益や慰籍料の賠償請求権が帰属することはありえない。ということは、これらの請求権が相続財産を構成するということもありえず、その当然の帰結として、これらの請求権の相続ということもありえない。

したがって、相続否定説は遺族に固有の権利として、被害者に対する遺族の扶養請求権が侵害されたことによる損害賠償請求権と、民法七一条による慰藉料請求権を行使すべきであるし、それで十分だと解している。

しかし、扶養請求権も債権の一種である。だとすれば、企業の従業員が交通事故の被害に遭ったために雇用契約上の債務を履行できず、その結果、雇主である企業にも損害が発生した場合に、この企業が債権侵害を理由として交通事故の加害者に対して損害賠償の請求をするには、債権侵害につき加害者に故意または悪意を要するとの見解(三三三a)を採ることと整合するののか、という問題が発生する。

また、相続人となりうる者で被害者から扶養されていない者には固有の財産的損害は発生しないのか。現在、被害者から扶養されている者は、いつまで扶養請求権があると仮定すれば良いのか、という問題も生じる。

さらに、被害者が平均寿命まで生存してたとすれば、それなりの遺産を残したかも知れない。だとすれば、この遺産について相続が行なわれるはずである。にも拘わらず、人身事故によって死亡したために収入を得られなくなり、遺産を残せなかったということになれば、相続人は相続権という期待権を侵害されたことになる。したがって、期待権としての相続権の侵害による損害を、相続人に固有の損害として賠償請求できるはずである。

このような考え方が成り立つとすれば、つまり、「もし、被害者が平均寿命まで生きていたならば、どれだけ遺産を残したであろうか」という仮定をするのであれば、財産的損害に関する限りでは相続肯定説と変りはないことになる。

他方、慰藉料請求権の相続については、財産的損害の賠償請求権の相続と同じように考えることは出来ない。というのは、慰藉料の法的性質を<sup>(三二四)</sup>どのよう<sup>(三二四)</sup>に解するにせよ、それは被害者が他人に邪魔されることなく、自分らしく生きる権利<sup>(三二五)</sup>一般的人格権を侵害されたことによる非財産的損害の賠償を目的としている。それ故に、法人のように精神的苦痛を感じない権利主体についても、他人に邪魔されることなく自由に活動する権利<sup>(三二五)</sup>一般的人格権の侵害は発生し、それによる非財産的な無形の損害について賠償請求権が認められるわけである。

とはいえ、他人に邪魔されることによって自分らしく自由に生きる権利を奪われてしまった死者は、この被害によって非財産的損害の賠償請求権の帰属主体となる地位<sup>(三二六)</sup>権利能力を奪われている。したがって、即死した者には死亡事故による慰藉料請求権が帰属するということはありえない。

また、負傷して、かなりの期間を経て死亡した場合、生前に被害者が加害者に対して慰藉料の支払を請求していたとしても、その金額が確定し、具体的な債権になっていない限り、抽象的な慰藉料請求権のままでは遺産を構成していない。というのは、その金額が確定し、具体化した慰藉料請求権は普通の金銭債権として遺産を構成する。しかし、それ以前の段階における慰藉料請求権は、事故の発生<sup>(三二七)</sup>不法行為の成立と共に発生しているが、一身専属権として被害者本人に帰属し、本人または代理人が行使して内容を具体化するに止まり、本人ではない相続人が行使して具体化できるものではない。したがって、抽象的な慰藉料請求権のまゝでは、相続人が承継できる遺産を構成しないのである。

このような考えに対して、森島教授は慰藉料の一身専属性を理由に相続性を否定するときは、被害者が負傷した後、暫くして死亡した場合に、被害者が生前被った精神的損害に対する慰藉料も相続されないのではないかという疑問が生じるとされる。<sup>(三二七)</sup>しかし、慰藉料請求権の一身専属性を重視する立場からは、右の場合に慰藉料が相続されないのは当然の帰結であって、森島教授のような疑問を懐く余地も必要もないことである。

さらに、好美教授は「一身専属権」といった抽象的な用語をいくらいじくってみても、そこから演繹的に一義的な結論を引き出せる性質のものではない。逆に、慰藉料請求権の目的・機能等をふまえて、相続を認めることと認めないこととの具体的妥当性などを実質的・総合的に考察して決するほかはない」とされる<sup>(三一八)</sup>。

しかし、慰藉料請求権は人格権侵害に対する賠償であればこそ、その金額が確定して普通の金銭債権として純粹の財産権に転化していない段階では、一身専属権という姿の下に未だ人格権としての性質を維持している。それ故に、金額が未確定の間は被害者本人以外の者に帰属することはなく、したがって、この段階で本人が死亡した場合、慰藉料請求権は遺産を構成することもない。

なお、被害者本人または代理人が慰藉料を請求したにも拘わらず、その金額の決定につき加害者が交渉に応じないとか、引き延ばしに出ている間に被害者が死亡した場合、慰藉料が確定していないから慰藉料請求権が相続の客体となることはない。とはいえ、このような加害者の態度は遺族の感情を害することもあろう。そのような場合には、遺族固有の慰藉料を増額させる要因になると考えられる。

注(三二二) この問題に関する学説・判例の変遷については、森島注(二二)三四八頁以下、淡路注(三〇)六民法講座(6)三三三頁以下、四宮注(二五)三人身損害二五九頁以下、吉村良一慰藉料請求権「前掲」注(三)民法講座(6)四四五頁以下、同「民法七一〇条・七二一条(財産以外の損害の賠償)」前掲、注(二)民法典の百年III六四九頁以下、好美清光「慰藉料請求権者の範囲」前掲注(二)現代損賠(7)二五頁以下、同「生命侵害の損害賠償請求権とその相続性について」とくに慰藉料請求権を中心として―田中誠二先生古稀記念・現代商法学の諸問題「千倉書房・一九六七年」六七五頁以下、山本進一「死亡による損害賠償請求権の相続性」前掲、注(二四)民法の争点II一八六頁以下、植林 弘「前掲」注(四七)注釈民法(9)二二三頁以下、舟橋諄「生命侵害による損害の賠償と相続」前掲、注(九八)我妻遺曆上三三三頁以下、櫻見由美子「慰藉料請求権の相続性をめぐる問題」前掲、注(二五一)星野古稀下九二五頁以下、阿武京二郎「生命権侵害に基づく損害賠償請求権に関する私法理論」九州大学法文学部十周年記念法学論文集「岩波書店・一九三七年」五〇七頁以下、浜田 稔「被害者死亡の場合における損害賠償の請求」静岡大

学法経短期大学部法経論集九号(一九六〇年)七一頁以下、潮海一雄「相続構成と扶養構成」山田卓生代表編集・新・現代損害賠償法講座第五卷「日本評論社・一九九八年」二〇九頁以下。

(三二二) 逸失利益につき、大判・大正九年四月二〇日・民録二六輯五五三頁(負傷して一〇日後に死亡)、大判・大正一五年二月一日・民集五卷一五〇頁(即死)。

慰籍料につき、最(大)判・昭和四二年一月一日・民集二二卷九号二二四九頁(被害者本人は請求の意思表示をしないまま死亡)。

なお、最判・昭和五八年一〇月六日・民集三七卷八号一〇四一頁は、名誉侵害を理由とする慰籍料請求権に関して、破産終結決定後に被害者が死亡した場合、慰籍料請求権は相続人が承継し、破産財団には帰属しないとす。

(三二一三 a) 前掲・注(一七三)・(二五八)および第四章八節参照。

(三二一四) 慰籍料の法的性質に関する見解の対立については、植林・注(三二二)注民(四)一九九頁以下、吉村・注(三二二)民法講座

(6)四三〇頁以下、乾 昭三「慰籍料の性質」前掲・注(二四)民法の争点II一七八頁以下、斎藤 修「慰籍料に関する諸問題」前掲・

注(一九)新現代損賠(6)二〇六頁以下、同「慰籍料額の決定 交通事故損害賠償を中心に」前掲・注(二五八)石田「西原・高木選歴(中)三一五頁以下。

(三二一五) 前掲・注(二九三)参照。

(三二一六) 同旨、前掲・注(三二二)の昭和四二年最高裁大法廷判決における松田判事の反対意見、加藤(彌)・注(三二九)二九八頁。

なお、星野英一「慰籍料請求権の相続性を認めた事例―兄(七一歳)が受傷後意識不明のまま死亡した場合の妹からの請求」法学協会雑誌八五卷一―号(一九六八年)八〇頁は、「被害者が現実には賠償金を受領すれば、これは遺産に含まれるが、それまでの間(執行終了前)は、相続性のない権利である」として、慰籍料請求権の相続性を徹底的に否定されるが、疑問である。

(三二一七) 森島・注(二二)三三七頁。

(三二一八) 好美・注(三二二)現代損賠(7)二二四頁。

## 六 むすび

一 不法行為に関する多くの論点について多様な見解が主張されており、学説の対立は続いている。

したがって、このような状況は「不法行為法(学)の混迷」といわれている(第一章五節参照)。しかし、他方では、このような状況を「混迷」と捉えるのではなく、「法の発展の過程」「学問の進歩の過程」と評価する見解もある。<sup>(三二九)</sup>

違法性の判断基準や過失の立証方法、あるいは過失の前提となる注意義務・行為義務の具体的な内容、因果関係の立証方法、さらには損害額の算定方法といった技術的な次元の問題について、多様な見解が主張され優劣を競い合いつながり、一定の方向に収斂する様相を呈しているのであれば、発展や進歩として喜ぶことも出来よう。

しかし、不法行為論における学説の対立は、そのような技術的次元における対立に止まらず、不法行為の基礎理論レベルにまで及んでおり、一定の方向に収斂する様相は全く見えていない。この点では、多くの論点について多様な学説が主張されている物権変動論を遙かに凌ぐ「混迷」ぶりであり、議論のための議論に墮する虞がある。<sup>(三三〇)</sup>

注(三一九) 森島・注(二二二〇頁注(7)、淡路・注(一四)法セミ三〇九号二二八頁、同・注(三四)損害の評価四頁、手嶋・注(一四五)

三六頁。

(三三〇) 拙著・注(三〇)物権変動論・はしがき二頁。

二 このような学説の「混迷」状況が続くならば、実務家は学者に対して判例を整理する作業か、外国の文献の紹介をする作業に期待することはあっても、それ以上のことを期待しなくなるであろう。<sup>(三三二)</sup>

また、このような「混迷」状況の下で初めて不法行為法を学ぶ入門者にとって、不法行為法の全体像を把握するこ

とはもとより、個々の論点について理解することさえ困難であろう。とりわけ、まじめな学生が思考を整理し、理解を深めようと思つて、何冊かの教科書を読み比べることをするならば、多様な学説の前で、どの説を選べば良いのか迷つてしまふであらう。そして、かくも複雑で難解なことを学ぶ悦びよりも、嫌気がさして来るのではあるまいか。

さらに、不法行為が多発している現代社会において、紛争当事者が自己の権利・義務について理解したいと考えても、専門書は近寄り難い存在になつてしまふであらう。しかし、司法にはサービス産業の要素も含まれており、法律学もその一端を担っている以上、国民に分かり易い理論を提供することが最大のサービスになるはずである。<sup>(三三三)</sup>

「真理」とか「学問」という言葉は、最近では使われなくなつて、「死語」と化しているようであるが、真理を探究する学問は、複雑な現象を単純な一般理論として整理し、これを分かり易く説き明かすことを基本的な課題としているのではあるまいか。現実には生起している紛争の解決作業を担う実務家の手が回らないところに手を延ばし、広く深く掘り下げた考察をするところに、学者の存在意義があり、How to の教授を主な任務とする専門学校とは違つた大学の存在価値があるのではないだろうか。<sup>(三三四)</sup>

にも拘わらず、物権変動論にしろ不法行為論にしろ、単純なことを複雑にして「混乱」状況を作り出し、どのように整理をしたら良いのか途方に暮れているのではあるまいか。<sup>(三三五)</sup> 不法行為法における多種多様な学説の林立状況を整理し、単純化する作業に取り組んでみると、民法学の「迷宮」といわれている占有(権)論<sup>(三三六)</sup>でさえも、不法行為(法)論より遙かに簡単な作業であつたように思われる。<sup>(三三七)</sup>

真理は単純であり、学問は単純な真理を追求して行く作業であるとするならば、不法行為法理論も単純化して、<sup>(三三八)</sup>初学者のみならず国民に分かり易い理論にする必要がある。

注(三二一) 物権変動論に関して、学者が独自の学説を展開するよりも判例の整理・分析でもした方が有益であるという見解があったことにつき、拙著・注(三〇)物権変動論八三頁。

(三二二) 拙稿・注(三〇)佐賀三四巻三号一三一頁以下。

(三二三) 拙稿「役に立つ講義」って、どんな講義?—所有権に関する法律問題を例にして—佐賀大学経済論集三〇巻一—二合併号(一九九七年)二五七頁以下。

因に、佐賀県弁護士会・佐賀地方裁判所・佐賀地方検察庁・佐賀大学の四者で年に四回の研究会を開いていた頃、私は総会検査役(商二二七条ノ二)について報告したことがある(後に、拙稿「総会検査役」蓮井良憲先生還暦記念・改正会社法の研究「法律文化社・一九八四年」一七五頁以下として発表)。この席で、ある裁判官が「私は商法二九四条の検査役選任事件を担当したことがあったので、今日の研究会に参加したが、検査役に関して多くの問題があることを教わり、有意義でした」と感謝された。この時、学者は実務家の手が回らないところまで手を回してこそ存在意義がある、ということを実感させられた。

(三二四) 物権変動論に関して、拙著・注(三〇)物権変動論一三三頁以下、拙稿・注(三〇)佐賀三四巻三号一三〇頁。

(三二五) 拙著・注(三三)所有権一三九頁。

(三二六) 同旨、石田(獨)・注(二八)二二三頁。

(三二七) 結果同旨、伊藤・注(二六)法セミ三〇九号九〇頁。

三 不法行為の一般理論に関して多様な見解が濫立している状況を脱して、一定の方向に収斂させるためには、「何が」どのように「対立しており、「なぜ」そのような対立が生じているのか、ということを整理・分析するところから始める必要がある。

「何が」どのように「対立しているのか」という点については、既に多くの文献によつて整理・紹介されている。また、「なぜ」そのような対立が生じたのか、「なぜ」従来の通説であった我妻説・加藤(一)説が疑問とされるようになり、求心力を失うに至ったのか、という点についても多くの文献が言及している。

そこで言及されていることは、大旨、次のようなことである。即ち、(1)昭和三〇年代以降に激増した交通事故や



食品公害・薬品公害、さらには環境を破壊する公害は民法典制定当時には予想だにできなかった不法行為の種類であり、旧来の理論では、これらの新しいタイプの紛争の解決に対応することが出来ず、従来とは違った新しい解決策が必要とされるようになったこと。

さらに、(2)民法典制定後のドイツ法学偏重が反省されて民法七〇九条の沿革が見直され、フランスや英米の不法行為理論を採り入れた学説が発表されるようになったが、一方ではドイツ刑法学の目的的行為論の影響を受けたドイツ民法学の行為不法理論を採り入れた学説も発表され、末川博士や我妻博士によって形成された、わが国独特の不法行為論の基盤に、いろいろな所から「ひび」が入って来たこと。

そして、(3)旧通説の難点を克服せんとして、様々な新しい学説が主張されているものの、各学説の力点の置き場所が異なり、政策的配慮が異なるために、「混乱」<sup>(三二八)</sup>状況を来たし、それを脱しえないでいるということである。

右の(1)の理由は表面的な事情に止まり、旧通説を崩壊に導く必然性を有するものでないことは、新しい事態に対する加藤(一)博士の対応を見れば明らかであろう。(2)に関しては、外国の学説が持ち込まれたことによって、「なぜ」旧通説の基盤に「ひび」が入り、もろくも崩壊するに至ったのであろうか。このようなことを考えると、(2)の理由が「混乱」をもたらした主因とはいえないであろう。

(3)に関しては、法解釈学・実用法学に「政策的」配慮は付き物であり、この点の対立は「神々の対立」として容易に見解の一致を見出せないものである。したがって、不法行為法学の「混乱」の原因は、(1)の新事態に対する解決策の違いが(3)の対立となつて現われ、これに(2)の理論的対立が加わることによって、「混乱」状況は複雑な様相を呈しているといえよう。

だとすれば、「政策的」配慮を加えることなく、不法行為を法現象として客観的に把握し、純粹に理論的に捉える<sup>(三二八)</sup>試みをするならば、同じ方法論を採る者の間では対立が収斂する方向に向うはずである。また、方法論を異にする

者の間においては、方法論の良し悪しを含めて対話を成り立たせるならば、ここでも「混迷」状況から脱する手がかりを掴めるはずである。

注(三二八) 林・注(二七)「相関係理論」二七七頁。

(三二八 a) 理論と実用・認識としての学問と実用としての学問との間に関連性を認めながらも、両者の次元の違いを重視する私  
の学問観については、拙著・注(三〇)「物権変動論」二〇頁以下、同・注(三一)「企業と団体」七頁以下、拙稿「法律行為論」再検討  
の動き」佐賀大学経済論集八巻一・二合併号(一九七五年)二〇一頁以下。

なお、大橋智之輔「法実証主義論」断簡「現代の法哲学」井上 茂教授還暦記念「有斐閣・一九八一年」一〇八頁は理論的法実  
証主義と法適用にかかわる実践的な法実証主義を区別する必要性に言及される。

因に、注(三二〇)で引用した宇野弘蔵博士は、社会科学(とりわけ経済学)において理論(学問)と実践(政治)を明確に区別  
する必要性を強調されているが、この点については、拙稿「一人会社の社団性(上)——株式会社の法的構造 六の(七)——」佐賀  
大学経済論集三〇巻五号(一九九八年)一五七頁注(五九)。

四 私見のように不法行為を法現象として客観的に把握しようとする立場から考察すると、ドイツ民法学を参考に  
して形成された旧通説が脆くも崩れ去ったのは、戦後の経済状況や社会状況の変化、さらには外国の法理論の影響  
といった外在的な原因よりも、旧通説自身に含まれていた理論的な弱点という内在的な原因によるといえよう。

というのは、旧通説は不法行為を故意・過失ある行為↓権利侵害ないし違法性↓損害の発生という事実経過に合わ  
せて説明するのみで、不法行為という法現象の全体像を論理的に把握していないところに、最大の理論上の難点が  
あった。

民法典制定以降の経済状況や社会情勢の変化に応じて、あるいは外国の学説の影響の下に、不法行為の基礎理論  
が部分的に修正されることは考えられるところである。しかし、民法七〇九条を依り拠として不法行為の全体像を

把握しようとするれば、権利侵害ないし違法性、故意・過失、賠償すべき損害の発生、因果関係という要素を有機的に結びつけた基礎理論を作り上げていかなければならないし、そのような基礎理論がしっかりしたものであるならば、状況の変化や外国理論によって根幹を揺るがされることもないはずである。

過失一元説のように、権利侵害や違法性という概念を無視ないし軽視する見解を別にすれば、一般的な不法行為の成立要件・構成要件として、右の四つの要素を列挙する点は今も昔も変りはない。問題は、この四つの要素を、どのように位置づけ、区別・連関づけて不法行為の全体像を組み立てるかというところにある。<sup>三三九</sup>

この問題につき、かつての通説はドイツ民法学に倣って客観的要件と主観的要件に区分して、形式的に整理するにすぎなかった。しかし、これでは不法行為という法現象の全体像を立体的・論理的に捉えることは不可能である。その理由は、旧通説に対する批判説が指摘しているようなところにあるのではない。つまり、批判説は旧通説に対して、違法性は客観的要件であるに止まらず主観的要件でもありうるし、過失という有責性の要件は心の緊張が欠けるという主観的な問題ではなく、注意義務違反・行為義務違反という客観的な問題であり、違法性に接近している、両者を区別することに意義はないとしている。しかし、旧通説の根源的な難点は、そのような表面的なところにあるのではない。

不法行為を「不法」たらしめている根拠は何なのか。加害者の違法な行為によって発生した損害を行為者に帰責させる根拠は何なのか。権利侵害と損害は区別・連関づけるべきか否か。故意・過失ある行為と権利侵害との因果関係、権利侵害と損害との因果関係を区別して捉えるのか、それとも連関づけて捉えるのか。

これらの諸要素・諸問題を、どのような方法論の下に区別・連関づけて行けば、不法行為の全体像を論理的に把握することが出来るのか。つまり、単なる直感的な捉え方ではなく、論理的な思考を重ねた上で、これらの諸要素・諸問題を、どのように繋ぎ合わせて行けば不法行為の全体像を捉え、不法行為法の基礎理論を創り上げることが出来

るのか、という根源的な問題の検討をしていないところに旧通説の理論上の難点があるが、この難点は新しい学説にも受け継がれている。<sup>(三三〇)</sup>

注(三二九) 同旨、林・注(二七)「相関関係理論」二七七頁・二八九頁。

(三三〇) 従来の判例・学説において、これらの諸要素の関係・関連性が明確にされていないことを指摘する文献として、平井・注

(一四)法教一二三号二八頁、高橋・注(一九)民法講座別巻一二八二頁以下、松浦・注(二二)森島選曆一一三頁、星野英一「自衛官合祀訴訟の民法上の諸問題」民法論集第八巻「有斐閣・一九九六年」三一頁注(一)(初出・法学教室九七号「一九八八年」)。  
なお、水野・注(二三七)北法四九巻四号一〇〇頁、若林・注(二八六)立命二四八号一一四頁、同・注(二九七)立命二五二号一一〇頁。

五 林博士が、いみじくも指摘されているように、旧通説も過失一元説も違法性一元説も、加害行為の態様や権利侵害ないし利益侵害を横に對等に並べて不法行為の一般的成立要件と考えたり、これらの諸要素を對等に並べて過失を判定し、あるいは故意・過失と加害行為態様と権利侵害(利益侵害)のすべてを含めて、それに違法性評価をすれば足りるとする点では、共通性を有している。<sup>(三三一)</sup>

右の林説を私なりに言い換えると、旧通説はもとより、過失一元説、違法性一元説、さらには新二元説にしても、一定の方法論に基づいて不法行為の全体像を論理的に把握しようとするものではない。つまり、裁判という実践の場を離れて、客観的な視点から不法行為を分析しようとするものではなく、あくまでも法解釈学という実用性の観点から主張された紛争解決策の提案である。

したがって、不法行為の成立要件ないし構成要件を論理的に区別・連関づけるのではなく、紛争解決のための判断基準を作るために、不法行為の諸要素を相関的に区別しながらも一体化して考慮することになる。

「なお、違法性と有責性を区別する新二元説は私見に近いところが多く、参考に値する。しかし、違法性と有責性の区別を維持する理由を理論的に説明するのではなく、沿革を持ち出したり、実用上の意義を持ち出すに止まっている(第四章九節参照)。

このような理由づけは、実用法学としては十分なものかも知れない。しかし、これでは他の学説と同一の土俵において相互批判を行ない、理論的な優劣を競い、他説に学ぶことを通して自説のレベル・アップを図ることによって他説を凌駕することは出来ないであろう。したがって、不法行為法学の「混迷」状況を放置したまま、裁判所に採用されるか否か、あるいは多数説になりうるか否かという基準で政治的に決着をつけるほかないであろう。

因に、近代法体系の下で不法行為法は刑法と区別されてはいるが、関連性を失っているわけではない。したがって、この関連性を重視するならば、不法という意味で民法・刑法に共通の土俵(道具概念の統一性)を持つことが望ましく、民法学は精緻な刑法理論から多くのことを学ぶべきことになる。

しかし、民法と刑法の違いを重視するならば、民法学が刑法理論に学ぶべきことは多いにしても、刑法学の理論をそのまま移入するのではなく、不法行為法理論を形成する上で有益な部分を民法学独自の観点から取捨選択することが肝要である。

例えば、不法行為論における行為(行状)不法論は刑法学における目的行為論の影響を受けた学説であるが、刑法学に倣ったことが不法行為論の観点から見て妥当なことであったと評価しうるのか疑問である。

注(三三二) 林・注(一三)「成立要件」二五五頁注(2)・(3)。

(三三二) 沢井・注(一〇)法セミ二九六号九一頁。

(三三三) ドイツでは刑法学のための目的行為論を民法学に導入することの実益を疑問としたり、否定する見解があったことにつき、

藪 重夫「現代刑法理論(目的的行為論)と民法における違法・責任理論」北海道大学法学部十周年記念・法学政治学論集〔有斐閣・一九六〇年〕九九頁以下・二〇九頁以下。

六 昭和三〇年代以降、わが国の不法行為論が激動の時代を迎えた中で、学界に大きなインパクトを与えたのは、西原道雄教授と平井宜雄教授による旧通説に対する批判であろう。

交通事故の増加を目の当りにして展開された西原教授の損害論は、教授が意図されたとおりにには受容されなかった。とはいえ、「世界のいずれの国の損害賠償理論にも存在しない」<sup>(三三四)</sup>独創的で大胆な発想をされる態度は学ぶべきである。つまり、教授は「外国にこのような学説がないという理由でこの見解を批判する者もいるが、外国にすでに例があれば独自の学説としての価値はない。むしろ日本の法律学で世界をリードするくらいの気構えがほしい」と<sup>(三三五)</sup>されているが、この「気構え」こそ西原教授から受け継ぐ必要がある。

平井教授の過失一元説や相当因果関係説に代る新しい損害賠償理論は、判決の理由づけの客観的な分析を第一次的目的とする「理論」と「解釈論的提案」とから成る研究<sup>(三三六)</sup>であり、川島武宜博士が『科学としての法律学』〔弘文堂・一九五五年〕において意図されたところを、不法行為の分野で具体化させ、発展させたものといえる。

しかし、平井教授が言及されているように、判例において「違法性」概念は何ら機能していないのか。「違法性」概念が機能していないということで、これを「過失」に一元化して、フランス法流に処理できるのか。権利侵害と損害を区別・連関づける必要はないのか。不法行為に基づく損害賠償請求権と物権的請求権や占有訴権とを区別・連関づけて理解する必要はないのか。

また、判例において「相当因果関係」という概念は、単に説明のための言葉としてしか機能していないのか。果して、日本民法は不法行為について制限賠償主義を採っているのか。ドイツの民法学説を参考にした「相当因果関係」

概念は日本民法には無用であり、判例において機能していないとしても、それだからといって、「なぜ」アメリカの学説を参考にするのか。

さらに、事実的因果関係は「事実的因果関係なのか。「あれあるが故にこれあり」という積極的な関係ではなく、「あれなければこれなし」という消極的な関係だけで、因果関係の存否を判断できるのか。「あれなければこれなし」の公式には例外が多く、この公式だけでは事実的因果関係の存否を判断できないとすれば、別の判断基準で判断せざるをえないのではないか。<sup>(三三七)</sup>

旧通説を批判された平井説の斬新さを評価するに吝かではないが、平井説に対しては右に述べたように様々な疑問を禁じえない。

注(三三四) 斎藤・注(三一四)石田・西原・高木選暦(中)三一頁。

(三三五) 西原・注(二八七)判時六四二号八八頁。因に、北川善太郎「法学部・法律学―私の危機論と好機論」ジュリスト九七

二号(一九九一年)一四頁は、「日本の法学も国際的な場での試験を経験するとともに日本の法学からの発言が期待されまたその機会が増大している」とされる。

(三三六) 平井・注(一四)理論一〇頁以下。なお、山本・注(三三七)「保護範囲説」四一頁は、平井教授の研究が従来の法解釈学とは異なつた「理論」的道具立てを介したものであることを十分に踏まえなければ、平井説を理解しえないことに注意を喚起されている。

(三三七) 同旨、松浦・注(二三)新現代損賠(1)一四九頁・一五二頁以下。

七 法規範の世界においては、人と人との関係は権利・義務の関係として処理されるが、近代法は権利を中心にして構成されている。そして、一物一権主義の原則に代表されるように、ある人に帰属している個々の権利・義務は、そ

の人の生活の中で相互に関連づけられて有機的・組織的に一体化して管理・運用されている実態とは関係なく、個々別々に存在し、各権利主体に個別的に帰属しているものとして取扱われている。

しかし、自然人の財産や企業の財産を見れば分かるように、各権利主体に帰属している個々の権利・義務は個々ばらばらにはなく、有機的・組織的に一体化され、生存財産や営業財産として管理・運用されている。<sup>(三三六)</sup>したがって、個々の権利が侵害された場合、その影響は侵害された当該権利のみに止まらず、この権利(ないし権利の客体)を構成分子として含んでいる有機的・組織的一体としての生存財産や営業財産にまで波及して行くこともある。さらには、この財産を物的な手段として営まれている生存活動や営業活動にも悪影響が出て被害を受けることもある。

表面的には、「人」や「企業」の現象形態をなす個々の権利が侵害されたように見えても、実は「人」の実体をなす生存権(生存活動権と生存財産権)や「企業」の実体をなす営業権(営業活動権と営業財産権)が侵害されているのである。つまり、個々の権利が侵害されているように見えるが、権利主体である「人」や「企業」そのものが侵害され、被害に遇っているのである。したがって、権利侵害によって生じる損害を認定するためには、個々の権利が侵害されたという表面の部分を見るだけでは不十分であり、生存権や営業権にまで波及して発生する損害を把握しなければならぬ(第五章一一節参照)。

このことを理解するためには、私見にいう「法律学から見た人」や「法律学から見た企業」の存在構造を分析しておく<sup>(三三九)</sup>ことが必要・不可欠である。

他方、法人団体や非法人団体が加害者となる場合に、自然人と同じ意味において故意や過失が認められるのかという問題がある。この問題に対する解答は組合や社団・財団という団体(共同事業体)の存在構造を把握した上で導き出す必要がある<sup>(三四〇)</sup>。そのためには、「法律学から見た企業(事業体)」の存在構造の解明が前提となる。ただし、団体(共同事業体)は企業(事業体)の一つの在り方であり、個人企業と共同企業とに共通する普遍的な存在構造を分析してお



くことが団体の構造を知る出発点だからである。

要するに、個人や団体が被害者になった場合の損害や、団体が加害者になった場合の帰責根拠を考えるためには、法律学から見た「人」や「企業(事業体)」の存在構造を把握しておく必要がある。にも拘わらず、従来の学説には、このような問題意識は全く見られない。

注(三三八) 拙著・注(三三)所有権一七〇頁以下。

(三三九) 「法律学から見た人」の考察として、Radbruch, Der Mensch im Recht, in: Der Mensch im Recht, 1957, S.9ff.(桑田三郎「常盤忠允訳「法における人間」ラートブルフ著作集第五巻・法における人間(東京大学出版会・一九六二年)三頁以下)や、田中耕太郎「法律学に於ける『経済人』としての商人」商法学一般理論(春秋社・一九五四年)三三三頁以下(初出・松波先生還暦祝賀記念論文集「一九二八年」)、さらには、日本法哲学会編・法における人間・法哲学年報一九六三年(下)(有斐閣・一九六四年)や岩波講座・基本法学第一巻・人(岩波書店・一九八三年)に発表された諸論文などがある。

しかし、従来の「法律学から見た人」の説明は、「人」そのものの存在構造を法律学固有の観点から分析するものではなく、近代法が前提としている法主体の理念型や現代法が対象とする法主体との違いについて述べているにすぎない。

また、商法学者の「企業」の説明は経済学・経営学からの借り物にすぎず、法律学固有の観点、即ち自由意思や権利・義務の観点から「企業」の存在構造を分析したものではない(拙稿・注(三一)佐賀二二巻三号三頁以下、拙著・注(三三)所有権二五七頁)。

因に、経済学者は「経済人(ホモ・エコノミクス)」という人間類型を考え、それを前提にして経済理論を形成している(大塚久雄・社会科学における人間(岩波書店・一九七七年)六四頁以下)。しかし、合理的経済人という一面的に単純化された人間像を前提にした理論にすぎないところに、主流経済学が失敗を続ける原因があるとの批判(金子 勝、反経済学 市場主義的リベラリズムの限界(新書館・一九九九年)二九三頁以下)がある。

(三四〇) 拙稿・注(三二)佐賀三六巻二号二二頁以下。

八 本稿は、法現象を本質・実体・現象形態という三つの次元に区別し、それを連関づけることによって、その法現象の全体像を論理的に把握せんとする私独特の方法論を用いて、一般的不法行為(民法七〇九条)の論理構造を捉えるという課題に取り組んだものである。

この方法論によって所期の目的を果たし、不法行為法学の「混迷」状況から脱け出すことに少しでも貢献できているか否かは、読者の判断に仰ぐほかはない。あるいは、「混迷」状況を増幅させることに加担したのかも知れないが、私自身としては「混迷」状況を整理して、一般的不法行為の骨組みを私なりに分かり易く説いたつもりである。

学者としての、このような自己満足に加えて、実用法学から一步、距離を置いて、不法行為などの法現象の基本構造を論理的に分析する理論法律学、例えば「実定法の哲学」<sup>(三三二)</sup>という標題を付記したJ・オースチンの法理学「*jurisprudence*」<sup>(三三三)</sup>や、尾高朝雄博士が求められる「実定法の哲学」<sup>(三三二)</sup>「私法哲学」<sup>(三三三)</sup>に相当する法律学の必要性を訴えることが、本稿のもう一つの目的である。

どのような方法論に基づくものであれ、確たる方法論の下に実定法の基礎理論を追求する理論法律学が充実するならば、実用法学は実務が直面している諸問題、不法行為に関していえば本章第一節に挙げている技術的な次元の問題の解決に安んじて没頭することが出来るようになるであろう。そうなれば、理論とも実用ともつかない中途半端な現在の法解釈学<sup>(三四五)</sup>は、実用法学として純化する事が可能になるであろう。

商法学の分野で実用法学に徹された鈴木竹雄博士は、東京大学を定年退官されるに当り、実用法学に傾きすぎた博士の行き方を再び田中耕太郎博士のような方向に戻して、「さらに一段とすぐれた商法理論が建設される」<sup>(三四六)</sup>ことを期待されている。

これは商法のみならず、すべての実定法について望まれることである。さらには、「実定法の哲学」の基礎となる法哲学の構築が望まれるところである。

本年四月に発足したばかりの法科大学院において、どのような法学教育がなされるのか、部外者である私には知る由もないが、確たる基礎理論の上に構築された実用法学の教育が行なわれてこそ、質の高い法曹が育つのであるまいか。

司法制度改革を真の改革とするためには、リーガル・マインドとリーガル・センスに加えてリーガル・ロジックを備えた法曹、知・情・意の三要素を合わせた法曹の養成が第一歩となる。

注(三四一) 後に「分析法学」と称されるようになったJ・オースチンの法理学の内容については、八木鉄男「分析法学の研究」(成文

堂一九七七年)三頁以下、石井幸三「オースティンと近代法体系論」(龍谷法学二〇巻二号(一九八七年)一頁以下)。

(三四二) 尾高朝雄「改訂法哲学概論」(学生社・一九五三年)三六七頁。

(三四三) 尾高朝雄・久留都茂子「法学概論(第三版)」(有斐閣・一九八四年)二九二頁。

(三四四) 拙著・注(三〇)物權變動論二二三頁以下は、所有権に関して同趣旨のことを述べている。

(三四五) 拙著・注(三〇)物權變動論二二〇頁。

(三四六) 鈴木竹雄「商法学の進路」(商法研究第一巻「有斐閣・一九八一年」七頁(初出・法学協会雑誌八三巻五〇号(一九六六年))。

[完]

