

◎森林組合法

(行政庁による解散命令)

第百十四条 行政庁は、次に掲げる場合には、当該組合の解散を命ずることができる。

- 一 組合が法律の規定に基づいて行うことができる事業以外の事業を行つたとき。
- 二 組合が、正当な理由がないのに、その成立の日から一年を経過してもなおその事業を開始せず、又は一年以上事業を停止したとき。
- 三 組合が法令に違反した場合において、行政庁が前条第一項の規定による命令をしたにもかかわらず、これに従わないとき。

注)

(業務又は財産状況の報告の徴収)

第百十条 行政庁は、組合から、その組合が法令等を守っているかどうかを知るために必要な報告を徴し、又は組合に対し、その組合員若しくは会員、役員、使用人、事業の分量その他組合の一般的状況に関する資料であつて組合に関する行政を適正に処理するために特に必要なものの提出を命ずることができる。

2 行政庁は、組合（生産森林組合を除く。）が法令等を守っているかどうかを知るため特に必要があると認めるときは、その必要の限度において、その組合の子会社その他のその組合と政令で定める特殊の関係のある者（以下「子会社等」という。）に対し、その組合の業務又は会計の状況に関し参考となるべき報告又は資料の提出を求めることができる。

(業務又は会計状況の検査)

第百十一条 組合員又は会員が総組合員又は総会員の十分の一以上の同意を得て、組合の業務又は会計が法令等に違反する疑いがあることを理由として検査を請求したときは、行政庁は、その組合の業務又は会計の状況を検査しなければならない。

2 行政庁は、組合の業務又は会計が法令等に違反する疑いがあると認めるときは、

何時でも、その組合の業務又は会計の状況を検査することができる。

3～6（略）

（法令等の違反に対する措置）

第百十三条 行政庁は、第百十条の規定による報告を徴した場合又は第百十一条の規定による検査を行つた場合において、その組合の業務又は会計が法令等に違反すると認めるときは、その組合に対し、期間を定めて、必要な措置をとるべき旨を命ずることができる。

◎農住組合法

（解散命令）

第八十四条 都道府県知事は、次に掲げる場合には、当該組合の解散を命ずることができる。

- 一 組合が法律の規定に基づいて行うことができる事業以外の事業を行つたとき。
- 二 組合が、正当な理由がないのに、その成立の日から二年を経過してもなお第七条第一項第一号の事業を開始せず、又は一年以上すべての事業を停止したとき。
- 三 組合が法令に違反した場合において、都道府県知事が前条第一項の規定による命令をしたにもかかわらず、これに従わないとき。

注)

（業務又は財産状況の報告の徴収）

第八十一条 都道府県知事は、組合から、その組合が法令等を守っているかどうかを知るために必要な報告を徴し、又は組合に対し、その組合員、役員、使用人、事業の分量その他組合の一般的状況に関する資料であつて組合に関する行政を適正に処理するために特に必要なものの提出を命ずることができる。

（法令等の違反に対する措置）

第八十三条 都道府県知事は、第八十一条の規定による報告を徴した場合又は前条

の規定による検査を行つた場合において、その組合の業務又は会計が法令等に違反すると認めるときは、その組合に対し、期間を定めて、必要な措置を執るべき旨を命ずることができる。

◎水産業協同組合法

(行政庁による解散命令)

第二百二十四条の二 次に掲げる場合には、行政庁は、当該組合の解散を命ずることができる。

- 一 組合が法律の規定に基づいて行うことができる事業以外の事業を行つたとき。
- 二 組合が、正当な理由がないのに、その成立の日から一年を経過してもなおその事業を開始せず、又は一年以上事業を停止したとき。
- 三 組合が法令に違反した場合において、行政庁が前条第一項の命令をしたにもかかわらず、これに従わないとき。

注)

(報告の徴収)

第二百二十二条 行政庁は、組合から、当該組合が法令、法令に基づいてする行政庁の処分若しくは定款、規約、信用事業規程若しくは共済規程を守っているかどうかを知るために必要な報告を徴し、又は組合に対し、その組合員又は会員（以下「組合員」と総称する。）、役員、使用人、事業の分量その他組合の一般的状況に関する資料であつて組合に関する行政を適正に処理するために特に必要なものの提出を命ずることができる。

2 行政庁は、組合（漁業生産組合を除く。）が法令、法令に基づいてする行政庁の処分又は定款、規約、信用事業規程若しくは共済規程を守っているかどうかを知るため特に必要があると認めるときは、その必要の限度において、当該組合の子法人等（子会社その他組合がその経営を支配している法人として主務省令で定めるも

のをいう。以下同じ。)、信用事業受託者(特定信用事業代理業者その他信用事業に関し組合から委託を受けた者(その者から委託(二以上の段階にわたる委託を含む。))を受けた者を含む。)をいう。以下同じ。)又は共済代理店に対し、当該組合の業務又は会計の状況に関し参考となるべき報告又は資料の提出を求めることができる。

(法令等の違反に対する措置)

第二百二十四条 行政庁は、第二百二十二条の規定による報告を徴した場合又は第二百十三条の規定による検査を行った場合において、当該組合の業務又は会計が法令、法令に基づいてする行政庁の処分又は定款、規約、信用事業規程若しくは共済規程に違反すると認めるときは、当該組合に対し、期間を定めて、必要な措置をとるべき旨を命ずることができる。

◎土地改良法

(解散命令)

第三百三十五条 左に掲げる場合には、農林水産大臣又は都道府県知事は、当該土地改良区の解散を命ずることができる。

- 一 土地改良区が、第十五条に規定する事業以外の事業を行ったとき。
 - 二 土地改良区が、正当な理由がないのに、設立の認可の公告があつた日から一年を経過してもなお総会を招集せず、又は農林水産省令で定める期間以上その事業を停止したとき。
 - 三 土地改良区が、法令に違反した場合において、行政庁が第三百三十四条第一項の規定による命令をしたにもかかわらず、これに従わないとき。
- 2 左に掲げる場合には、農林水産大臣は、当該連合会の解散を命ずることができる。
- 一 連合会が、第百十一条の九に規定する事業以外の事業を行ったとき。
 - 二 連合会が、法令に違反した場合において、農林水産大臣が前条の規定による命令をしたにもかかわらず、これに従わないとき。

注)

(報告の徴収及び検査)

第三百三十二条 農林水産大臣又は都道府県知事は、土地改良区又は第九十五条第一項の規定により土地改良事業を行う第三条に規定する資格を有する者に法令、法令に基づいてする行政庁の処分又は定款、規約、管理規程、利水調整規程、土地改良事業計画、換地計画若しくは交換分合計画を遵守させるために必要があると認めるときは、これらの者からその事業に関し報告を徴し、又はこれらの者の業務若しくは会計の状況を検査することができる。

2 農林水産大臣は、連合会に法令、法令に基づいてする行政庁の処分又は定款を遵守させるために必要があると認めるときは、連合会からその事業に関し報告を徴し、又は連合会の業務若しくは会計の状況を検査することができる。

第三百三十三条 土地改良区の組合員等が、その総数の十分の一以上の同意を得て、その土地改良区の事業又は会計が法令、法令に基づいてする行政庁の処分又は定款、規約、管理規程、利水調整規程、土地改良事業計画、換地計画若しくは交換分合計画に違反する疑いがあることを理由として検査を請求した場合には、都道府県知事は、その土地改良区の事業又は会計の状況を検査しなければならない。

(違反行為に対する措置)

第三百三十四条 農林水産大臣又は都道府県知事は、第三百三十二条第一項又は前条第一項の規定により報告を徴し、又は検査を行つた場合において、当該土地改良区又は土地改良事業を行う第三条に規定する資格を有する者の業務又は会計が法令、法令に基づいてする行政庁の処分又は定款、規約、管理規程、利水調整規程、土地改良事業計画、換地計画若しくは交換分合計画に違反すると認めるときは、これらの者に対し必要な措置をとるべき旨を命ずることができる。

第三百三十四条の二 農林水産大臣は、第三百三十二条第二項の規定により報告を徴し、又は検査を行つた場合において、当該連合会の業務又は会計が法令、法令に基づいてする行政庁の処分又は定款に違反すると認めるときは、当該連合会に対し必要な措

置を採るべき旨を命ずることができる。

◎たばこ耕作組合法

第五十九条 次に掲げる場合においては、財務大臣は、組合の解散を命ずることができる。

- 一 組合が、正当な理由がないのに、その成立の日から一年を経過してもなおその事業を開始せず、又は一年以上事業を停止したとき。
- 二 組合が法令に違反した場合において、他の方法により監督の目的を達することができないと認められるとき。

注)

(報告の徴収)

第五十六条 財務大臣は、組合から、当該組合が法令、法令に基づいてする財務大臣の処分、定款若しくは規約を守っているかどうかを知るために必要な報告を徴し、又は組合に対し、その組合員、役員、使用人、事業の分量その他組合の一般的状況に関する資料であつて組合に関する行政を適正に処理するために特に必要なものの提出を命ずることができる。

(業務又は会計の検査)

第五十七条 組合員がその総組合員の十分の一以上の同意を得て、組合の業務又は会計が法令、法令に基づいてする財務大臣の処分、定款又は規約に違反する疑いがあることを理由として検査を請求したときは、財務大臣は、当該組合の業務又は会計の状況を検査しなければならない。

2 財務大臣は、組合の業務若しくは会計が法令、法令に基づいてする財務大臣の処分、定款若しくは規約に違反する疑いがあり、又は組合の運営が不当であると認めるときは、この法律の目的を達成するために必要な限度において、当該組合の業務又は会計の状況を検査することができる。

(法令等の違反に対する措置)

第五十八条 財務大臣は、第五十六条の規定による報告を徴した場合又は前条の規定による検査を行った場合において、組合の業務若しくは会計が法令、法令に基づいてする財務大臣の処分、定款若しくは規約に違反し、又は組合の運営が不当であると認めるときは、この法律の目的を達成するために必要な限度において、当該組合に対し、期限を定めて必要な措置を採るべき旨を命ずることができる。

2 組合が前項の命令に従わないときは、財務大臣は、期間を定めて業務の全部若しくは一部の停止を命じ、又は役員の変更を命ずることができる。

新注積民法 (15)

債権(8)

§§ 697~711

窪田充見
編集

大村敦志・道垣内弘人・山本敬三
編集代表

有斐閣コンメンタール

(b), また, 損害賠償の諸準則についても, 権利・法益保護の観点からの体系化が考えられる(一CIV 2(5)・(6))。

(2) 損害の填補

(ア) 損害填補の目的 もともと, 従前の一般的理解は, 不法行為制度の目的を損害の填補にみてきた(幾代=徳本2頁, 四宮・中263頁など)。判例によれば, 「不法行為に基づく損害賠償制度は, ……被害者が被った不利益を補って, 不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とする」(最大判平5・3・24民集47巻4号3039頁)。このような理解は, 不法行為制度を「不法行為による損害賠償」(709条の見出し)の観点から捉えている。

(イ) 民法外の諸制度との協働

(a) 被害者救済制度との協働 損害填補の目的からみたととき, 不法行為制度は, 民法外の被害者救済制度とともに, 損害規律の一翼を担うものとなる。

不法行為制度による損害賠償は, 加害者が存在して責任原因(故意・過失)がある場合に限定され, また, 損害賠償請求権の実現には実際上の困難も伴う。このような限界を踏まえ, 人身被害による損害の規律に関しては, 民法の外に, 労働者災害補償保険制度, 公衆健康被害補償制度, 医薬品副作用被害救済制度, 犯罪被害者給付制度などの被害者救済制度が置かれている。これらの制度は, 潜在的原因者集団が拠出する基金や国庫から損害を填補する仕組みであって, 損害を多数者へ分散する。これらの制度に存在する場合に限定(補償)は, 不法行為制度と異なり, 加害者・責任原因が存在しない。

なお, 人身被害の救済のあり方に関する将来構想として, 学説には, 全ての不法行為制度の機能を代替させる立法提案もみられる(加藤雅信・損害賠償の社会保障へ[1989])。

(b) 責任保険制度との協働 さらに, 不法行為による損害賠償請求権に関しては, 責任保険制度がその実現に役立っている(自動車損害賠償責任法につき, 一DV 1(2)(a))。責任保険制度は, 加害者側が損害賠償責任を負担するリスクに備えるための仕組みであるが, 同時に, 加害者の無資力のリスクから被害者を保護する機能を果たす。

(3) 違法行為の制裁・抑止

(ア) 制裁・抑止の機能 不法行為制度は, 加害者に対する責任追及という性格(一2(ウ))のゆえに, 不法行為者に対する制裁や将来の不法行為の抑止としても作用する。まず, 過失責任の下で, 故意・過失という法的評価には行為・行為者に対する非難の要素が含まれており, 損害賠償責任の追及はそれ自身が一種の制裁となる。また, 故意・過失による損害賠償責任の追及は, 各人が他者の権利・法益を侵害しないように注意して行動することを通じて, 抑止の機能を果たす。

判例・通説によれば, これら制裁・抑止の作用は, 被害者が被った不利益を回復するために加害者に損害賠償義務を負わせたこととの「反射的, 副次的な効果」にすぎない(最判平9・7・11民集51巻6号2573頁[懲罰的損害賠償を否定])。つまり, 制度の本来的な目的ではなく, 事実上の機能にとどまる。

判例・通説の理解は, 民事責任と刑事責任の分化・峻別を前提に, 不法行為による損害賠償の制度には損害填補・原状回復の目的を割り振り, 制裁(懲罰)や抑止(一般予防)の目的については刑罰制度に委ねるものである(加藤(一)3頁)。このような役割分担が言われる背景として, 不法行為制度は, 加害者への責任追及にあたって故意と過失を区別せず, さらには無過失責任まで認めている。また, 不法行為による損害賠償義務は, 被害者の受けた損害の額に制約されている。

(イ) 抑止の目的化 異なる理解として, 慰謝料との関連では, かねてから, 制裁・抑止の機能を認めるべきことが提唱されてきた(慰謝料の制裁的機能。一§710 IV 2)。

さらに進んで, 近年の学説では, 制裁による抑止の要素を不法行為制度の目的(その1つ)にまで高める議論が有力である。これは, 違法行為の抑止という法の目的の実現のために, 国家による刑事訴追と並んで, 私人(被害者)による不法行為訴訟も積極的役割を担うべきであるとの考え方(田中英夫=竹内昭夫・法の実現における私人の役割[1987]参照)に基づく。特に, 加害者が故意に他人の権利(知的財産権, パブリシティ権)を無断行使して不正な利益をあげる利益追求型の不法行為を念頭に, 「利益吐き出し型の損害賠償」によるその抑止が議論されている(一CIV 5(1)(ア))。

また, 「法と経済学」の視角からは, 最適な抑止, すなわち, 社会的に望

ましいレベルの活動の実現を不法行為制度の目的に据える見解も主張される(森田果=小塚莊一郎「不法行為法の目的——『損害填補』は主要な制度目的か」NBL871号(2006)10頁)。この見解によれば、不法行為制度は、損害賠償金の支払を通じて、ある活動から生じた事故の費用(損害)を当該活動に負担させ、費用を内部化する仕組みである。その目的は、市場メカニズムを介して、社会的に望ましいレベルの活動(当該活動が社会全体にもたらす利益と不利益との差が最大になるような注意水準および行動水準での活動)を実現するところにある。

II 過失責任と無過失責任

1 不法行為責任の責任原因

不法行為制度上、加害者は、一定の責任原因に基づいて不法行為責任を課せられ、被害者に生じた損害を賠償すべき義務を負う。

制定法上の責任原因をみると、まず、民法典は、一般的・基本的成立要件を定める709条において、加害者の故意・過失を責任原因としている。これは、過失責任主義(過失責任の原則)に基づき、過失責任を原則的な責任原理としたものである。

他方で、民法制定後に登場した特別法には、故意・過失をこえて責任原因を拡大する例も少なくない。古いものから順に、鉱業法109条(旧鉱業法74条ノ2(1939年追加)、自動車損害賠償保障法3条(1955年制定)、原子力損害賠償法3条(1961年制定)、大気汚染防止法25条・水質汚濁防止法19条(1972年追加)、製造物責任法3条(1994年制定)などが、故意・過失を要件としない責任成立要件を定めている(→D III 3, D IV 4(3), D V 1(2))。これらは、無過失責任による過失責任主義の修正にあたる。

2 過失責任主義

過失責任主義は、近代の民法典が広く採用する立場であり、日本民法もまたそれにならった。過失責任主義には、「過失あれば責任あり」という積極的側面と「過失なければ責任なし」という消極的側面がある(四宮・中254頁)。

(7) 積極的側面 まず、積極的側面から捉えれば、過失責任主義は、過失責任という責任原理に基づき、故意・過失をもって加害者に不法行為責任

を課するものである。過失責任は、近代の法理論上、個人の意思をもって法的義務の根拠とする意思理論の現れにあたる(星野「日本民法学における『イデオロギー』と『思想』」論集5巻(1986)267頁、前田(達)9頁)。契約上の債権・債務(契約の拘束力)が、それを意欲する当事者の意思に由来するのと同様に、加害者は、自らの非難されるべき意思、すなわち悪い意思(故意)ないし意思の緊張の欠如(過失)に基づき、損害賠償を義務付けられる(前田(達)26頁・29頁参照)。

(4) 消極的側面 これに対して、法発展の観点からは、過失責任主義はその消極的側面こそが重要であった。古法では、他人に損害を与えればそれだけで損害賠償責任が発生するという結果責任・原因主義の立場もとられた。過失責任主義は、これを克服して「過失なければ責任なし」とする点に、歴史的意義があった。

近代法上、この意味での過失責任主義は、自由主義思想の現れとされ、個人の自由な活動の保障を担っている(加藤(一)7頁)。過失責任の下では、各人は、必要な注意さえ払えば責任をおそれることなく自由に活動できるのである。さらに、社会経済的機能の面では、過失責任主義には、経済活動を活性化させて産業社会の発展を促すことが期待されていた。原因主義により一切の結果に対する責任を免れないとするならば、企業は、その活動から不測の損害賠償責任を負うおそれがあり、責任リスクを織り込んだ採算予測が不可能となってしまふからである。

3 無過失責任による修正

(1) 過失責任の限界

しかし、20世紀に入って、産業の急速な拡大は、他面で過失責任主義の問題性を浮かび上がらせた。工業化・技術化の進展に伴って登場した危険な企業活動(交通事業、電気事業、鉱業、化学工業など)との関連で、過失責任が限界に直面したのである。企業が事故発生危険の内在する事業活動を行って大きな収益を上げている場面では、事故による損害を当該企業の負担とすることが社会的に要請されよう。ところが、複雑・技術的な設備・施設を用い、多数人を組織して行われる事業活動の過程で生じた突発的な事故について、過失の存否やその所在・内容はしばしば明白でない。

判例索引

福岡高判平 26・9・4 LEX/DB25504905608	東京地判平 27・5・15 判時 2269・49568
札幌地判平 26・9・17 判時 2241・119590	東京地判平 27・5・19 判時 2273・94932
最判平 26・10・28 民集 68・8・1325209	神戸地判平 27・5・19 LEX/DB25540789589, 591
東京地判平 26・11・6 判タ 1424・311999	福岡地判平 27・6・30 判時 2282・90723
東京地判平 26・11・17 交民 47・6・1403477	山口地判平 27・7・8 LEX/DB25540794597
最決平 26・12・9 LEX/DB25505638494	大阪地判平 27・9・16 判タ 1423・279481
東京地判平 26・12・10 判時 2255・88246, 251	名古屋地判平 27・9・16 LEX/DB25541501583
高松地判平 26・12・10 LEX/DB25505776584	最決平 27・9・17 LEX/DB25541742561
札幌地判平 26・12・24 判時 2252・92573	最判平 27・9・18 民集 69・6・1711126
奈良地判平 27・1・13 LEX/DB25505771596	高松高判平 27・10・7 LEX/DB25542488584
神戸地判平 27・1・20 判時 2268・83569	東京高判平 27・10・14 LEX/DB25541315534
神戸地判平 27・1・20 LEX/DB25541508596	さいたま地決平 27・12・22 判時 2282・78546, 547
福岡高判平 27・1・29 判時 2251・57541	さいたま地判平 27・10・22 LEX/DB25541489595
名古屋高判平 27・1・29 金判 1468・25153	名古屋高判平 28・2・5 LEX/DB25542486561
大阪高判平 27・2・18 LEX/DB25506059546, 547	京都地判平 28・2・18 LEX/DB25542325723
水戸地判平 27・2・19 LEX/DB25505910595	大津地決平 28・3・9 判時 2290・75725
福岡高判平 27・2・26 LEX/DB25506031592	福岡高宮崎支決平 28・4・6 判時 2290・90725
最判平 27・3・4 民集 69・2・178461, 488, 859	大阪高判平 28・4・21 LEX/DB25542986521
名古屋地判平 27・3・19 LEX/DB25506160561	東京高決平 28・7・12 判タ 1429・112545, 546, 547
熊本地判平 27・3・25 LEX/DB25540793599	最決平 28・12・19 【平 27 附 11】938
東京地判平 27・4・23 LEX/DB25525746574		
東京地判平 27・4・27 判時 2261・178519		
広島地判平 27・5・12 LEX/DB25447332598		



新注釈民法(15) 債権(8)
New Commentary on the Civil Code of Japan Vol. 15

平成 29 年 2 月 10 日 初版第 1 刷発行

編者 窪田充見
発行者 江草貞治

発行所 株式会社 有斐閣
東京都千代田区神田神保町 2-17
電話 (03) 6629-8203 (編集)
(03) 3265-6811 (営業)
郵便番号 101-0051
http://www.yuhikaku.co.jp/

印刷製本 株式会社 精興社
製本 牧製本印刷株式会社

© 2017, Asami KUBOTA. Printed in Japan
落丁・乱丁本はお取替えいたしません。

★定価はケースに表示してあります。

ISBN 978-4-641-01751-1

JOOPY 本書の無断複製(コピー)は、著作権法上の権利を侵害し、禁止されています。複製される場合は、そのつど事前に、(社)出版者著作権管理機構(電話03-3513-6868, FAX03-3513-6879, e-mail:jinb@joopy.or.jp)の許諾を得てください。

編集代表
中川善之助・柚木馨・谷口知平
於保不二雄・川島武宜・加藤一郎

注 釈 民 法

(19)

債 權 (10)
不 法 行 為
§§709~724

加 藤 一 郎
編 集



有 斐 閣

§ 709 I
場合に、刑事上の過失と民事上の過失との関係をみると、刑事上では過失をある程度厳格にしぼるのに対して、民事上ではかなり容易に過失を認める傾向にある。この相違は、刑事責任が刑罰を科すのに対して、民事責任は損害の填補を中心とするといえる。両者の性格からみて、妥当なものといえよう（→前注（88 709—724）I）。

(e) 故意・過失の举证責任 故意・過失の举证責任は、原告である被害者が負うものとされる（大判明 39・6・19 民録 11・992、大判明 40・3・25 民録 13・328）。これは、民法 709 条の規定のしかたからみても、また、不法行為が債務不履行と異なり、本来はいわばまったくの他人同士の関係であることからみても、当然と考えられる。この举证責任は、特殊の不法行為と呼ばれる一定の場合に、法律上で転換されている（714-718）。しかし、举证責任が法律上で転換されていない場合にも、周囲の状況から、過失の一応の推定をし、加害者側でそれによつて反証をあげないかぎり過失を認定するといふことが行なわれている。実際には、過失という加害者の主観的事実を被害者が十分に立証することは、きわめて困難であり、加害行為の類型、その場の状況などによつて、過失の一応の推定を必要が生じてくる。これを活用することは、事案の妥当な解決のため、特に被害者保護の上からも、望ましいことでもある。ただし、これは、推定とはいつても、法律上の推定ないしは举证責任の転換とは異なり、裁判官の心証形成の過程の問題である。

(f) 故意・過失の認定 故意・過失の認定といふことは、それを事実認定と意思誤らせることがあるが、それは決して単なる事実認定ではない。故意・過失といふのは、行為者の単なる心理的事実を指すのではなく、その法的評価を含んだものである。たとえば、交通事故の場合に、加害者がどういふ行動をとつたかといふことは事実認定の問題であるが、そこに不法行為責任を発生させる上での故意・過失があるかどうかが、そこに不法行為責任を発生させるだけの法的非難性があるかどうかといふ、その行為の帰責上の法的評価の問題である。したがって、観念的に故意・過失の有無がまず決せられて、その結果として不法行為責任の有無が定まるのではなくて、両者はいわば同時的・総合的に決せられるといふことができよう。

(2) 権利侵害ないし違法性

(ア) 権利侵害と違法性

(a) 権利侵害の意義 民法 709 条は、「故意又は過失に因りて他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ……」と規定し、不法行為成立のための客観的要件として、権利侵害をあげている。

フランス民法 1382 条は、faute（過ち、過誤、過失）という包括的な概念だけを引用し、faute のある者に不法行為による賠償責任を負わせているが、この faute は主観

的側面としての過失のみを意味するのでなく、客観的側面としての義務違反をも含む概念だとされている（野田良之「フランス民法における faute の概念」我妻潤澤・損害賠償責任の研究 109）。これに対して、ドイツ民法は、不法行為の客観的要件として、権利侵害（ドイツ民 823 I）のほかに、保護法違反（ドイツ民 823 II）と公序良俗違反（ドイツ民 826）をあげている。

わが民法の沿革をみると、ポアソナー民法では、フランス民法と同様に、権利侵害という要件はなく、現行民法にはじめてそれが現われてくる。そして、民法修正案理由書は、「不法行為ニ関スル規定ハ、之ニ依リテ、既ニ存在セル他人ノ権利ヲ保護スルモノナラバ、或事業上他人ト競争シテ此者ニ損失ヲ被ラシメタル場合ノ如キ、未ダ権利ヲ侵害シタルニ非ザレバ、賠償ノ責任ヲ生ズルコトナシ」と述べている。すなわち、自由競争によつて他人に営業上の損失を与えても、それは財産権の侵害にならず、不法行為による損害賠償責任は発生しない。

他方において、権利侵害ということが、財産権の侵害だけでなく、人の身体・自由又は名誉の侵害まで含むものであることは、民法 710 条の規定から明らかである。それらは、財産権の侵害に対して、人格権の侵害と総称することもできる。

(b) 判例の变化 初期の判例は、権利侵害といふことを文字どおりかなり厳格に解していた。もつとも、他人の権利といふのは、必ずしも法令の明文で認許されたことを要せず、慣習上の平等分水権を堰止工事によつて侵害したのは権利侵害になるとされている（大判明 39・3・23 民録 12・455）。しかし、桃中軒雲右衛門の吹きこんだ浪花節のレコードを他人が複製して販売した場合には、はじめの蠟盤の権利者から複製者に損害賠償を請求したのに対しては、浪花節には独特の定型的旋律がないから、そのレコードについて音楽的著作物としての著作権は成立せず、それを侵害しても権利の侵害にはならず、不法行為は成立しないとされた（大判明 37・4 刑録 20・1360）。これが有名な雲右衛門事件である。そして、その後にも、蓄音機の音譜（レコード）の複製について、権利侵害がないとしたものがある（大判明 7・9・18 民録 24・1710）。

しかし、これに対して、権利侵害を広く解する判例も現われてきた。まず、立木の売買において、買主の代理人 Y が売主 X の代理人 A らと通謀して、立木が安く売られたように見せかけて代金の差額を横領した場合には、Y は売主 X の代理人 A らに対する委任契約上の債権の行使を妨げたものであり、債権侵害も不法行為になるとして、X から Y に対する損害賠償の請求を認めたものがある（大判明 4・3・10 刑録 21・299）。こついで、大正 14 年には、大学湯事件が現われた（大判明 14・11・28 民集 4・670）。これは大学湯という風呂屋の建物を借り、その名称で風呂屋をしていた者が、賃貸借終了の際に、その「老舗」（しにせ）を他に売ろうとしたところ（売つてもよいという約束

が家主との間にあつたと主張されている。家主がそれを妨げたので、家主に対して損害賠償を請求した事件であるが、この判決は、「民法 709 条ハ、故意又ハ過失ニ因リテ法規違反ノ行為ニ出デ他人ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生ジタル損害ヲ賠償スル責ニ任ズト言フガ如キ汎汎ナル意味ニ外ナラズ。其ノ侵害ノ対象ハ、或ハ其ノ所有權、地上權、債權、無体財産權、名誉權等、所謂一ノ具体的權利ナルコトアルベク、或ハ此ト同一程度ノ嚴格ナル意味ニ於テハ未ダ目スルニ權利ヲ以テスベカラザルモ、而モ法律上保護セラレル一ノ利益ナルコトアルベク、否詳ク言ハバ、吾人ノ法律觀念上其ノ侵害ニ対シ不法行為ニ基ク救済ヲ与フルコトヲ必要トスト思惟スル一ノ利益ナルコトアルベシ」と一般論を展開した上、本件については、侵害の對象は老舗そのものでなく、得べかりし利益であつて、かかる利益は不法行為に基づく損害賠償請求を認めてこれを保護する必要があるとし、不法行為の成立を否定した原審判決に対して破棄差戻をした。この判決は、雲右衛門事件の判例を實質的に変更したものであつた。

なお、その後、未認知の子Xの事実上の父Aが交通事故で死亡した場合に、この判例を引用して、XがAの生存によつて有した利益は民法 709 条により保護を受くべき利益であるから、Xの請求のうち財産上の利益の喪失に関するものは認容すべきであるとした例がある（大判 7・10・6 民集 11・2023）。この判決では、認知をどう考へるか、事実上の被扶養者からの請求をどう考へるかが中心的な問題であるが、法律構成としては、権利侵害の要件を緩和することによつて保護の範囲を拡大したわけである。

(c) 違法性の理論 学説は、このような考へ方の変化に對応して、違法性の理論を唱へるようになつた。すなわち、大学湯事件の判例にみられるように、保護に値いする利益を違法に侵害すれば、不法行為責任が生ずるとすべきであり、民法の「権利侵害」は違法性の代表的な場合を示したものであつて、いわば違法性の徵表とみるべきであるから、今日では、権利侵害は広く違法性と置きかえて就むべきだといふのである（末川・権利侵害論）。その際に、たすけとなつたのは、ドイツ民法が、上記のように、権利侵害のはかに保護法規違反と公序良俗違反の侵害について不法行為の成立を認めていたことであつた。

もつとも、これに対しては、権利侵害の「権利」を広く解すれば同様の結果が得られるとする反論がある。つまり、不法行為の場合の「権利」は、不可侵性が保障されている利益、あるいは法的な保護に値いする利益だとすればよいのである（山下 844、戒能 442、末川 II 226）。

しかし、この見解は、今日では少数説であり、多数説は違法性理論に立つている（我妻 125、吾妻 296、松坂 203、末川・戒能上 100、加藤 37）。なお、吾妻「我不法行為法に於ける違法性理論の動向」民商 3 卷 1 号は、それまでの学説の動きを示す。違法性理論の主張者

は、第 1 に、権利の概念は固定的になりやすいのに対して、違法性の内容はかなり弾力的・流動的であつて、具体的妥当性をもつた解決が得られるとし、第 2 に、権利の生成過程においては、不法行為による損害賠償の形の消極的な保護から始まつて、権利としての積極的な主張に進むことが多いから、権利という名称にこだわらなう方がよいとしている（加藤 36）。

ところで、現在の違法性理論は、被侵害利益の性質と侵害行為の態様との相関関係から具体的に違法性の有無を判断するという態度をとつている（我妻 125、加藤 36・106）。これについては、後に具体的に検討することとする（一イ）。

なお、今日では、立法の上で、権利侵害でなく違法性を不法行為の成立要件とするものがみられる。第 1 に、不正競争防止法は、不正競争によつて他人の営業上の利益を侵害した者は損害賠償の責任を負うものとしている（不正競争 1ノ2（昭 13 の改正））。第 2 に、国家賠償法（昭 22）は、公権力の行使による不法行為について、故意または過失によつて「違法に他人に損害を加えたとき」には、国が損害賠償の責任を負うものとしている。

(d) 違法行為と違法性 許可を受けた工事から騒音や震動を第 1 の場合、あるいは合法的に設置された工場から騒音が生じた場合に、そこに違法性があるといえるであろうか。

この問題は、かつて、「違法行為による不法行為」の問題として論じられた（末川「違法行為による『不法行為』」時報 5 卷 7 号、民法雑誌、民法雑誌 1941 年 10 号、末川・戒能上 98）。それは、相隣関係からの償金（209・212）までも含めて、それによつて生じた損害の賠償を条件として許容される行為であり、無条件許容の違法行為と無条件賠償の違法行為の中間形態であるとされる。

しかし、適法・違法という問題は、ある行為を全体として捉えるべきものではなく、工事をするという面では適法であつても、そこからの騒音・震動によつて他人に損害を与えろという面では違法であるというように、問題となる側面ごとに個別的・相対的に考へるべきだとする見解が今日では有力である（加藤 39）。それはまた、そこからは生じる損害を賠償しないのでその行為をすることが公序良俗に反する点に違法性があるとも説かれるが（我妻 101、加藤 39）、違法性を相対的に考へればこのような説明も不要になると思はれる。この問題は、主としてニューサンズの分野で起つていたが、今日の下級審判決は、いずれも、工事の許可とニューサンズの違法性とは別の問題であるとしている。

しかし、このような問題については、適法行為による補償の問題として考へていくうとする見解もある。ドイツ民法 906 条のインミシオンの規定は、1959 年に改正さ

れ、土地所有者は、他の土地からのガス・蒸気・臭気・煙・煤・熱・震動等の侵入が本質的侵害を与える場合でも、それがその地域に通常の利用によつて生じ、かつこの種の土地利用者に経済的に期待しうる措置をもつてして防止できないときは、それを受忍しなければならぬといふ措置をもつてして、その代償として金銭による相当な補償を請求しうるものとしている。わが国でも、駐軍による水質汚毒や騒音の損害については、「日本国に駐留するアメリカ合衆国軍隊等の行為による特別損失の補償に関する法律」(いわゆる特損法)によつて、損失補償の形で補償がなされている。そして、理論的にも土地法ないしは相邻法の視点から、妨害排除の物権的請求権を行使しえない代償としての補償、あるいは実質的に一種の収用ないしは地役権の設定であるとしてその補償を認めるべきだといふことが主張されている(沢井「紛争の衡平な解決のための小論」私法 23号 66)。その場合には、適法か合法かという二者択一的な解決に対して、対等な権利の調整という形で妥当な調整をはかりうるということが長所としてあげられている(一三九ウ)。現在においては、このような理論構成も一つの方法として有用なことがあるであろうが、同様の結果は、不法行為の違法性を弾力的に考へることによつても達することが可能であろう。

(e) 権利濫用と違法性 これも主としてニューサンズの問題となることであるが、ある土地から発せられる音や煙が、どの程度から違法性を帯びるかについて、土地の利用は本来は正当な権利行使の範囲内であるが、それが一定の限度をこえれば権利濫用となつて違法性を帯び、損害賠償責任を生じせよとする考え方があり。判例は、信玄公蔵掛松事件(大判大 8・3・3 民録 25・356)において、汽車の煤煙によつて線路から1間未満のところにあつた松が枯死したことについて、汽車の運転はふつては権利行使の適当な範囲内にあるから、それによる損害についても賠償を請求しえないが、その適当な範囲を超越して、失当な方法で他人の権利を侵害したときは、不法行為が成立するとし、本件はそれにあたるとした。

しかし、最近の下級審判法は、ニューサンズについて、権利濫用をもち出さず、法的保護に値いする利益の侵害が、その態様・程度からみて社会生活上各人が受忍しななければならぬ限度を逸脱しているかどうかということから、違法性の有無を判断している(たとえば、地下鉄騒音についての東京地判昭 39・6・22 判時 375・49)。

権利濫用は、もともと、形式的には権利行使の形をとつていても、実質的に正当な権利行使の範囲を逸脱し、権利行使としての法的保護を受けないということを説明するために作られた概念である(一三)。したがつて、ニューサンズを権利濫用で説明すれば、その行為は原則として適法だが、それが一定限度をこえれば、権利濫用として法的保護を受けず、逆に違法性を帯びることになる。これに対して、学説では、

ニューサンズによつて他人に損害を与えることは本来許されない違法の行為であつて、ただ、それが社会的に受忍すべきものであれば、その限度で違法性がなくなるといふ考え方があり(加藤 134・126)。このように原則と例外を逆に考えれば、違法性の認定を容易にすることもななりうるであらう(加藤 127)。また、生活妨害について権利濫用の法理ですべてを解決することの困難性も指摘されている(植林「音響・震動による生活妨害と権利濫用」末川古稀・権利の濫用中 62)。それはともかくとして、最近の下级審の判決では、上述のように、被害者の受忍限度という側からこの問題をみていくのがふつうだといふことができる(一三九イ b)。

なお、権利濫用については、ニューサンズ以外にも、親権の濫用、懲戒権の濫用などが不法行為において問題になるが、ことがらの性質は上述のところ準じて考えられる。これらは、不法行為の個々の類型について、違法性の問題として具体的に検討していくべきものである。

(f) 違法性の阻却 違法性の阻却については、のちに(一三九七)まとめて説明することとする。

(g) 違法性の拳証責任 権利侵害ないし違法性は、不法行為の積極的な成立要件であるから、被害者たる原告が拳証責任を負うのが原則である。

しかし、特別の場合には、拳証責任が事実上ないしは法律上で転換されることがありうる。判例には、Xの雇入にあつたつて照会を受けた前雇主YがXに不利益な回答をしたため、Xが採用されなかつたという場合に、このような異常で他人の信用を害すべき事実については、その存在を主張するYがその真実であることの拳証責任を負うとしたものがある(大判昭 3・6・5 評論 17 民評 496)。この場合も、法律上の拳証責任まで転換されるものか、疑問であるが、各審級の場合には、これに類した考え方が、被告が違法性のないことの証明をしないかぎり違法性があるとされる場合が少なくないであろう(一三九ウ d ④)。

(i) 違法性の判定——被侵害利益と侵害行為との相関関係 上述のように、今日では、違法性は、被侵害利益の性質と侵害行為の態様との相関関係から判断すべきものとされている。すなわち、被侵害利益が強固なものであれば、侵害行為の不法性が小さくても、加害に違法性が大きくなることになるが、被侵害利益がそれほど強固なものでないれば、侵害行為の不法性が大きくならぬと、加害に違法性がなくならないことになる。そこで、違法性の具体的判定にあつては、この両方の側面から問題をみていかねばならぬ。しかし、このうち、被侵害利益の側面からの問題については、不法行為の諸類型のところ(一三)で論じることになるので、ここでは侵害行為の側面からの問題だけをとりあげることとする。

§ 709 I

侵害行為の態様としては、ドイツ民法の分類にならつて、狭義の権利侵害のほかに、保護法規違反と公序良俗違反とがあげられる。このうち、保護法規違反は、刑罰法規違反と取締法規違反に分けてみることもできよう。なお、この分類のほかに、特殊なものとして、不作為による不法行為の問題がある。

(a) 刑罰法規違反 名誉毀損(刑 230)や詐欺(刑 246)など刑法上犯罪とされる行為によつて他人に損害を与えた場合には、被侵害利益が何かを特に問題にするとなしに違法性があるとされ、不法行為が成立する。判例に現われたものとしては、河川堤防の故意の決壊(刑 123、大判判大 7・7・8 新聞 1446・23)、文書の偽造・変造(刑 154-163、大判判 32・5・30 民録 5・5・142、大判判大元・11・21 刑録 18・1406、大判判 7・5・8 民録 24・895、大判判 12・3・14 民集 2・103)、信用の毀損(刑 233、大判判明 44・4・13 刑録 17・557、ただし財産上の損害はないとする)、詐欺(刑 246、大判判大 3・5・16 刑録 20・903、大判判大 4・6・3 刑録 21・760)、贓物罪(刑 256、大判判明 42・6・17 刑録 15・788、大判判大 8・12・9 刑録 25・1255)などがある。なお、文書の偽造行為によつて勝訴の確定判決を得た者に対して、敗訴者が不法行為による損害賠償を求めた場合に、初期の判決は、確定判決の効力に反するとして賠償請求を認めなかつたが(大判判明 38・2・27 民録 11・216、大判判明 42・11・2 刑録 15・1519、大判判明 43・9・20 刑録 16・1517)、その後、連合部判決によつてそれが変更され、賠償責任が認められた(大判判明 2・3・31 刑録 19・430、大判判 3・3・7 民録 20・195 も同旨)。

(b) 取締法規違反 一般公衆などの利益を保護するために設けられた取締法規に違反して、その利益を侵害した場合には、違法性があり、不法行為が成立するとされる。その例としては、商法上の貸借対照表の公告義務(商 283・498 Ie)に違反して、銀行の取締役・監査役が過失によつて虚偽の公告をし預金者に損害を与えた場合(大判判明 45・5・6 民録 18・454、大判判 2・3・5 新聞 2731・12)、行政官庁が漁業取締のために漁場外に設けた保護区域は、漁業の妨害となるべき行為が禁止または制限されているが、その区域内で定置漁業の網に入るべき魚類を漁業権のない者が採捕して損害を与えた場合(大判判大 5・3・7 民録 22・350)、負債のある旧会社を承継する新会社の発起人が起業目録見書にその負債額やその償却に関する記載を欠いたために、株式応募者に損害を与えた場合(大判判 8・12・28 民集 12・2978、商 266/3・490 参照)、無尽営業の免許を受けられない会社が、取締役の個人名義で会社の計算において譜を組織したのは、無民衆法の脱法行為で、違法性があるとした事例(大判判 16・4・15 民集 20・528)がある。

(c) 公序良俗違反 法規に直接に違反しなくても、社会的にみて許容されない行為によつて他人に損害を与えるのは、公序良俗に違反し、違法性を帯びることにな

る。たとえば、実体法上の権利のない虚偽の債権者が、強制執行や仮差押・仮処分をしたり、破産の申立をしたりするごとくである。しかし、この場合の公序良俗違反とというのは、民法 90 条と直接の関係があるわけではなく、違法性の判断にあつて社会的に許容されないものを指すわけであるから、具体的には個々の類型別にみていくほかはない。そこで、たとえば、不当訴訟、不当執行、不当告訴のような権力の不当利用については III (8) で、また、不正競争については III (1) (ク) (b) で、というように、それぞれの箇所をみていただきたい。

(d) 不作為による不法行為 不作為に違法性があつて不法行為が成立するのは、その前提として作為義務がある場合である。

不作為による不法行為については、会社の取締役 A がその会社と取引するにあつて監査役の承認を得なかつた場合に、その取引の無効によつて損害を受けた手形所持人が、会社を代表して A と取引をした他の取締役または支配人が監査役の同意を得なかつたことを理由に、会社に対して損害賠償を求めた事件につき、不作為と損害の間に因果関係があるとすると、不作為が法律上の義務たる行為をしない場合であることを要するとして、ここでは因果関係がないから不法行為責任はないとした例がある(大判判 7・7・12 民録 24・1448)。しかし、これは因果関係の問題ではなく、責任を否定するとすれば、作為義務がないから不作為に違法性がないというべきである(鳩山下 852、我妻 111)。

この場合の作為義務とは、必ずしも法令上の義務に限られない。下級審の判決では、飲料用として有毒アルコールを販売した Y が、あとでそれを知りながら、販売先の薬種商 X に対してその旨を通知せず、X の照会に対しても事実を隠蔽して不明の旨を回答し、危険予防の責務を尽くさなかつた場合に、それで刑に処せられた薬種商 Y からの損害賠償の請求に対して、不作為による不法行為の成立を認めたものがある(大判判大 7・2・15 新聞 1386・20)。もつとも、これは、はじめに有毒アルコールを売つたという行為があり、また照会に対し回答しているもので、純粋な不作為の事件とはいえず、このような場合には、危険なことがわかつた以上、適切に損害を防止しなければ責任があるということになる。また、鉄道会社が危険性のある踏切に踏切設備をおかなかつたという場合に、会社に過失があるとしてその責任を認められた判決はかなりのものが(一 III 4 i d)、それも不作為の点ではこれに近いものといえよう。このほかに、不作為による責任を認めた例としては、履行補助者の詐欺行為によつて買物のラジウムの占有を取得した所有者は、それによつて消滅した質権を復活させる義務を負い、目的物を返さないのは不作為による不法行為になるとしたものがある(東京地判 26・11・13 下民 2・11・1306、第二審の東京高判 28・9・21 高民 6・10・633 は、質権者は所有

者に対して買権に基づく引渡請求権があるという別の理由で賠償請求を認めた。

これに対して、不作為による責任がないとした事例としては、鎌倉市の救護所が海岸で水難者救助の事業をしていても、それは自由な行政作用としてなされるのであって、一般海水浴客がそれを権利として要求できるものではないから、救命船を出さなかつたという不作為は違法とはいえないとして、溺死者の父母からの賠償請求を否定したもの（横浜地判 26・2・27 下民 2・3・289）、A 会社が債務弁済後に回収するののために交付した A 会社名義株式の株券引換証を、A 会社から株券の引渡を受けらるを怠つたため、それを B から C を経て取得した D が、A 会社から株券の引渡を受けられず損害を蒙つたとしても、A 会社にはその回収義務はないから、不作為による不法行為は成立しないとしたもの（東京地判 30・6・13 下民 6・6・1097）がある。

いずれにしても、作為義務は、法令または特殊の関係がなければ、一般的には存在しないから、不作為による不法行為が成立する場合は多くはない。たとえば、幼児が踏切で交通事故にあつた場合に、踏切警手がそれを防がなかつたのは違法性があるが、他の通行人がそれを防がなかつたとしても違法性はないと考えられる（加藤 133）。

(3) 責任能力（→前注（§§ 712-713）、§ 712、§ 713）。

(4) 損害の発生 不法行為の成立には、加害行為によつて損害が発生したことが必要である（709）。これは、損害の発生と、加害行為とそれとの間の因果関係の二つに分けて考えることができる。

(ア) 損害の発生

(a) 損害の現実性 わが国では、損害は現実には発生したものでなければならぬといとされている。たとえば、他人の特許権を侵害しても、それによつて損害が生じたことの証明がなければ損害賠償責任は発生しない（大判明 37・8・16 刑録 10・1616）。

そのほか、損害の証明がないとして請求を棄却された例は多い。英米法では、違法な侵害があれば、現実損害がなくとも、名目的損害賠償（nominal damages）として、1 ドルというようにならざるの金額の賠償が認められる。わが国では、それは認められないとするのが通説である（判例は、東京地判 29・4・24 下民 5・4・530 のみ）。また、同じく英米法では、加害が悪意をもつてなされたような場合には、現実損害の賠償とは別に、かなり高額懲罰的損害賠償（punitive damages）を与え、現実損害を認められている。わが国では、それも認められていない。これは、わが国において、民事責任と刑事責任とが峻別され、民事責任はもつぱら損害の填補を目的とするものとされているためである。

しかし、わが国で現実損害として賠償が認められるのは、現実の財産的損害だけでなく、それは別に、精神的損害の賠償としての慰謝料の請求も認められている

(710)。慰謝料も、現実にはそれだけの苦痛や悲しみがあつたとして、それを金銭に評価するわけであるが、それを現実損害と呼ぶことには一種の擬制が含まれている。

そこで、現実損害のみの賠償が認められるとした場合にも、何を現実損害と考えるかが問題となる。具体的には、死亡または負傷そのものについての賠償が認められるかが問題になるが、判例は、精神上もしくは財産上の賠償のほかに負傷自体の賠償なものは認められないとしている（大判大 5・1・20 民録 22・4）。しかし、死亡や負傷の場合の賠償額の算定が機械的になりがちるところから、その場合には、従来の財産的・精神的両損害を含めて一つの非財産的損害があるときとみて、適当な賠償額を一体として判断すべきだとする主張が、最近現われている（西原・前掲「幼児の死亡・傷害と損害賠償」判評 75 号 33）。

他方において、法人の名譽毀損について財産以外の損害にも賠償が認められるかについては、下級審の判決が分かれていたが、最高裁は、その賠償を認めた（最判昭 39・1・28 民集 18・1・136）。この判決は、民法 710 条のいう財産以外の損害は、慰謝料で和らげられる精神上の苦痛だけではなく、すべての無形の損害を意味するとし、法人の名譽毀損の場合にも、金銭評価が可能であつて、しかもその金銭支払が社会觀念上至当と認められる無形の損害が、発生することがありうるとしている。

このようにしてみると、現実損害の内容が現われつつある、ということができよう。性と具体的妥当性を与えようとする動きが現われつつある、ということができよう。なお、賠償すべき損害の内容は、財産的損害については本条 II (3) で、また、精神的損害については 710 条で、詳述することとする。

(b) 未確定の損害の賠償 損害の発生しないしは損害額が未確定の間に、損害賠償の請求をなしようかどうか、問題である。それが具体的に問題になるのは、次の場合である。

第 1 に、傷害を受けた場合には、将来の得べかりし利益の喪失や将来の苦痛などは未確定の状態にある。しかし、わが国では、従来、それを年金払の形にすることなく、一時払で賠償をさせている。これは、負傷によつて将来の損害も一挙に現実化したと考えるのであろうが、それも一種の擬制であつて、実際には便宜上それが認められているということであろう（→§ 722）。

第 2 に、弁護士費用の賠償は一定の場合にかぎり判例によつて認められている（→II 3 コ）、弁護士費用の中には勝訴の場合の成功報酬が含まれており、その額は勝訴により最終的に確定するので、その分までの賠償が認められるかが問題になりうる。しかし、それも報酬契約によつて支払債務が発生しており、その金額は確定しうるから、その賠償を認めようことは明らかである（大判昭 16・9・30 民集 20・1261）。

「注釈民法」刊行のことは

「注釈民法」全二十六巻は、わが国最初の大コンメンタールたることを期して計画された。

民法が市民間の法的紛争の妥当な調整ないしは解決を目的とするものである以上、個別的・具体的問題に対してあらかじめ的確な解答が用意され、それが随時参照しうる形で整理されていることが必要である。コンメンタールは、まさに、このような要請にこたえようとするものである。

大コンメンタールの刊行には、判例・実例・学説などの十分な蓄積が前提となる。わが国が従来大コンメンタールを欠いていたのは、わが国の法学の抽象的・観念的性格によるるところが少なくなく、それと同時に、近代私法の法的体験の乏しさに大きな原因があつたことを否定できない。このたび、われわれが「注釈民法」の刊行を企てたのは、法的体験の蓄積と民法学の發展により大コンメンタール刊行の期が熟したと判断したからにはほかならない。

「注釈民法」は、わが民法の現行の姿を明らかにすることを直接の目的としたが、それは、判例に重きをおき、学説についても、その客観的状況を明らかにすることを期している。しかし、それが今後役に立つためには、将来へのよき展望をもつものでもなければならぬ。われわれは、そのような理想的なコンメンタールをめぐって努力したつもりである。

このような大コンメンタールの刊行には、多数の人々の協力が必要である。われわれは、全国の研究者の方々から、本書の編集と執筆について大きな協力をいただいた。また、有斐閣は非常な熱意をもつてこの出版につくしている。ここにそれを記して厚く感謝の意を表したい。

昭和39年11月

「注釈民法」編集代表

中川善之助
袖木馨平
谷口知雄
於保不二雄
川島武宜
加藤一郎

著作権所有



注釈民法(19) 債権(10)

昭和40年9月10日 初版第1刷印刷
昭和40年9月15日 初版第1刷発行

¥ 1,500.

編者 加藤 一郎

発行者 江草 四郎

発行者 株式会社 有斐閣

東京都千代田区神保町2-17
本町支店 文京区東武大学正門前
京都支店 左京区北白川通分町1

印刷 株式会社 精興社
製本 和田製本工業株式会社
本文用紙 王子製紙株式会社春日井工場
ク ロ ス 東洋クロロス工業株式会社
日本クロロス工業株式会社

© 1965, 加藤一郎. Printed in Japan
落丁・乱丁本はお取替えいたします。

注釈民法
(19)

債権(10)

第4回配本

別巻・総索引

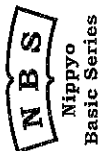


引換券

全巻予約申込の方に完
結後本券26巻分一揃と
引換えに贈呈致します

事務管理・
不当利得・
不法行為

根本尚徳・林 誠司・若林三奈
[著]



日評ベシーティングシリーズ

◎日本評論社

III 第1部の構成

最後に、本書の第1部における説明の進め方を概観しておく。
第1部では、709条から724条の2までに規定された不法行為法の内容について、重要な項目ごとに判例および主要な学説を取り上げて説明する。

具体的には、まず、一般的な不法行為の成立要件をめぐる判例・学説の議論を、「権利又は法律上保護される利益」の侵害の要件（→第2章、第3章）、「故意又は過失」の要件（→第4章、第5章）、事実的因果関係（→第6章）の順に整理し、それぞれの意義について説明する。

次に、不法行為責任の一般的な効果をめぐる判例・学説の議論について説明する。すなわち、損害賠償の具体的な方法（金銭賠償原則・原状回復処分）、損害の意義および損害賠償請求権の主体について説明した後（→第7章）、加害者が被害者に対して実際に支払うべき損害賠償金の額が決定されるまでの過程を追う形で、保護範囲の確定、損害の金銭的評価、過失相殺、損益相殺の順に、それぞれの意義を説明していく（→第8章）。その上で、不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効について説明する（→第9章）。

最後に、714条、715条、717条、718条、719条、719条に規定された損害賠償責任を「他人の行為による責任」（→第10章）、「物の危険の実現による責任」（→第11章）、「複数の責任主体の責任」（→第12章）の3つに分けた上で、それぞれの発生要件や効果について説明する。

さらに、以上の説明に際しては、必要に応じて、民法以外の特別法に定められた損害賠償責任にも触れることとする。たとえば、717条（土地工作物責任）・718条（動植物占有者の責任）との関連で自動車損害賠償保障法や製造物責任法が定める損害賠償責任に言及する（→202～205頁）。

第2章

権利・利益侵害（違法性）総論

本章では、709条に定められた「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した」という要件について説明する。

2004年に改正される前の709条は、「故意又は過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」として、ある人が「他人ノ権利ヲ侵害シタ」ことを不法行為責任の発生要件としていた（前章においてと同じく、以下、この要件のことを権利侵害要件とよぶ）。そして、この要件の意義をめぐって、判例・学説は、さまざまな議論を積み重ねてきた。この議論の内容を理解することは、改正後の新たな要件の意義について考える上で重要である。

そこで、本章では、まず、この改正前の議論について説明する（以下のIおよびIIにおいて「709条の『権利』」という場合、それは改正前の709条に規定されていた「権利」のことを指す）。

I 伝統的通説の確立

まず、権利侵害要件に関する伝統的通説がどのようなものであったか、そして、この説がどのようにしてできあがったのか、を確認しよう。
その出発点となったのは、民法典の起草者の見解であった。

1 起草者の見解

(1) 権利＝法的に保護されるべき利益

第1に、民法典の起草者は、もともと、709条の「権利」の意味を広くとらえていた。すなわち、この「権利」には、物権や債権などの財産権のほか、生命や名誉などの人格的利益も含まれる、と考えていた。

(2) 権利侵害要件＝不法行為責任の発生を制限するための要件

第2に、権利侵害要件は、本来、加害者が不法行為責任を負うべき場合を限定するための要件として定められた。すなわち、第1章においてすでに説明したとおり(→6～7頁)、この要件は、不法行為責任が発生すべき場合を、被害者が加害者の行為によって損害を受けた場合のうち、被害者の権利が侵害された場合に制限するためにもうけられたものであった。このような起草者の見解によれば、被害者が不法行為法によって保護されるのは、加害者の行為が行われる前から被害者に何らかの権利がすでに認められていた場合(そして、その権利が加害者の行為によって侵害されたとき)に限られることとなる。

2 判例の展開

(1) かつての立場——桃中軒雲右衛門事件判決

判例も、民法典が施行された当初は、以上のような起草者の見解に沿う形で、709条の「権利」とは、民法その他の法律によってすでに権利として認められているもの(たとえば、物権や著作権)に限られる、としていた。たとえば、大判大正3・7・4刑録20輯1360頁(桃中軒雲右衛門事件判決)は、Xが有名な浪曲師A(桃中軒雲右衛門)の同意を得て、Aによる浪花節の即興的な演奏をレコードに録音し、販売したところ、YがこのレコードをXに無断で複製し、その複製したレコードを販売したという事案に関して、Yの行為は「正義ノ観念ニ反スル」ものではあっても、Xの「権利」を侵害するものではなく(当時の著作権法によれば、以上のようなAによる即興的な演奏には著作権は成立せず、したがってXもまたAの演奏について著作権を有しない、とされた)、そうである以上、Yの行為は不法行為には当たらない、と判断した。

(2) 問題点

しかし、このように709条の「権利」が、すでに民法その他の法律によって権利として認められているものに限られるとすると、それ以外の法益を不法行為法によって保護することが——その必要性がどれほど大きくても——おおよそできなくなってしまう。また、従来、民法の分野における立法は、必ずしも十分活発に、また迅速には行われなかった。そのため、なかなか行われのない立法によってそれらの法益が権利として認められるのを待っていたのでは、社会の変化とともに生まれてくる新たな法益の保護を事実上、断念せざるをえないことにもなりかねない。

(3) あらたな立場の確立

(a) 問題点の現実化

このような問題点は、先ほどの桃中軒雲右衛門事件判決の言渡しから数えて11年後に、ある事件をきっかけとして現実のものとなった。

この事件では、Y₁から建物を賃借し、その建物で公衆浴場を営業していたXが、Y₁らに対して不法行為に基づく損害賠償を請求した。Xの主張によれば、X(の先代)は、Y₁から建物を借りる際に、自らの公衆浴場のために「大学湯」という名前をY₁から買い取った。その後、Xが公衆浴場の営業を止め(建物に関するY₁との賃貸借契約を解約し)、「大学湯」の名前を第三者に売却して、経済的利益を得ようと考えていたところ、Y₁がY₂およびY₃にその建物を賃貸し、さらに「大学湯」の名前で公衆浴場の営業を始めたため、Xがこの名前を第三者に売ることができなくなった。そこで、Xは、このようなY₁らの行為が不法行為に当たると主張して、Y₁らに対する損害賠償請求の訴えを起したのである。

ある名前(たとえば「大学湯」)を使用することで、この名前に社会から寄せられている信用や信頼(いわばブランド・イメージ)を利用しうる利益のことを一般に老舗という。しかし、民法その他の法律には、老舗(あるいは老舗を売ることによって得られる経済的利益)を権利として認めた規定は存在しない。そのため、上述の事案においては、Y₁らの行為が老舗(「大学湯」という名前)に関するXの利益(それを売ることに基づく経済的利益)を奪ったことが事実その

とおりであるとしても、その当時の判例の立場からすれば、Y₁らの行為が709条の「権利」を侵害したものであることはできず、したがって、XのY₁らに對する損害賠償請求は認められぬ、との結論にいたるはずである。

(b) 見解の変更——大学湯事件判決

しかし、大判大正14・11・28民集4巻670頁（大学湯事件判決）は、以下のように述べて、従来の判例の立場とは異なるあたらしい立場に基づき、Xの請求を認める可能性を示した（Xの請求を棄却した原審の判決を破棄し、審理を原審に差し戻した）。

一般に、不法な行為とは、「法規ノ命スルトコロ若ハ禁スルトコロニ違反スル行為」のことを指す。また、709条は、そのような法規違反の行為によつて生じた結果（損害）について被害者に損害賠償請求権を与えることが「吾人ノ法律觀念ニ照シテ必要ナリト息權セラルル場合」、つまりは、私たちの法觀念に照らして被害者が損害賠償法（不法行為法）による保護を受ける必要があると認められる場合に関する規定である。そのため、「第七百九条ハ故意ハ又過失ニ因リテ法規違反ノ行為ニ出テ他人ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害賠償スル責ニ任スト云フカ如キ広汎ナル意味ニ外ナラス」。不法行為による侵害の對象についても、①所有権や債権などの具体的権利のみならず、②「吾人ノ法律觀念上其ノ侵害ニ對シ不法行為ニ基ク救済ヲ与フルコトヲ必要トスト思惟スル一ノ利益」、すなわち、私たちの法觀念に照らして不法行為法による保護を受ける必要があると認められる利益もまたその範囲に含まれる、と解すべきである。そして、「大学湯」という名前を第三者に売却することによって得るはずであった経済的利益は、まさしくそのような②の利益に当たるものである、と。

このように、大学湯事件判決によつて、不法行為法の保護對象は、民法その他の法律によつてすでに権利として承認された利益（上記①）。それ以前の判例において709条の「権利」に該当するとされていたもの）だけではなく、私たち（一般人）の法觀念に基づき、法的保護を受けべきものと認められる利益（上記②）にまで拡張された。その結果、709条のもとでさまざまな法益を迅速に保護することが可能となった。このような立場は、その後、最高裁判所によつても受け継がれている（なお、最高裁は、上記②に相当する利益は、上記①の利益と

ともに709条の「権利」に含まれる、との法律構成を採用した。最判昭和33・4・11民集12巻5号789頁）。

3 伝統的通説の確立

(1) 違法性説・相関関係説の登場

また、以上のような判例の展開を受けて、学説においても、判例のあらたな立場を補強しうる理論を打ち立てようとする試みが行われた。その結果、違法性説・相関関係説とよばれる学説（以下、単に違法性説という）が登場し、幅広い支持を集めることとなった。

そこで、次に、その内容を説明しよう。

(a) 違法性への読替え

第1に、この説によると、709条の定める、ある人が「他人ノ権利ヲ侵害」する場合は、違法な行為が行われる場合の1つの具体例にすぎない。「権利」が侵害される場合のほかにも、違法な行為が行われる場合は存在する。そして、そのような場合には、「権利」が侵害される場合と同じように、加害者に損害賠償責任を負わせるべきである（判例のあらたな立場は、まさしくこのことを認めたものである）。そのため、709条の「他人ノ権利ヲ侵害シタ」ことという文言は、これを「違法な行為をした」というように読み替えることが妥当である。

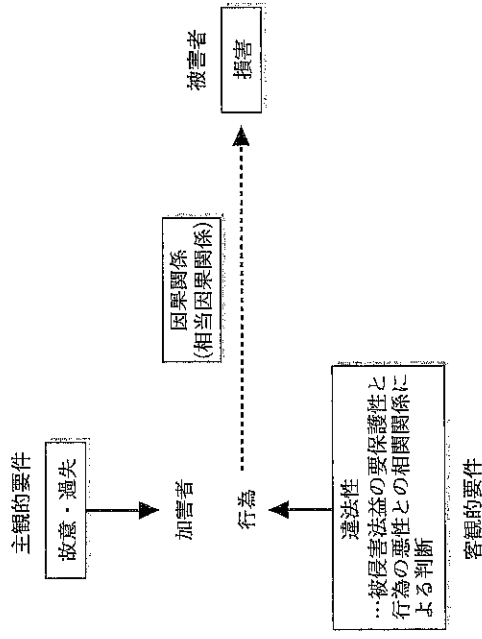
(b) 違法性に関する相関関係的判断

第2に、このように考えてくると、ある行為が不法行為に当たるか否かは、その行為が違法と認められる否かによつて大きく左右されることとなる。では、ある行為の違法性の有無は、どのように判断されるべきであるか。

この点に関しては、その行為によつて侵害される利益（これを被侵害法益という）の保護の必要性の強弱と、その行為自体の持つ本来の悪性の強弱との相関関係によつて判断すべきである。

たとえば、所有権のような絶対権は、原則として誰との関係においても、またどのような場合であつても（＝絶対的に）保護されるべき法益である。すなわち、その保護の必要性は強い、と考えられる（このような保護の必要性のこと

③違法性要件は行為に、「故意又ハ過失」の要件は加害者（行為者）にそれぞれ関連づけられていることに注目してほしい。



II 伝統的通説に対する批判

以上のような伝統的通説の立場、すなわち違法性説（および違法性・過失二元説）は、その確立後、一方で、わが国の立法や判例・法実務に大きな影響を与えた。

他方で、学説においては、とくに1970年代に入ってから以降、違法性説は、さまざまな批判を浴びることとなった。また、その結果、現在では、この見解を支持する学説は、むしろ少数となっている。

では、違法性説は、どのような問題点を抱えているのか。以下では、この説に加えられた批判のうち、とくに重要なものを2つ取り上げることしよう。

1 違法性要件の要否

違法性説に対する第1の批判は、この説が709条の解釈に際して違法性要件を用いることに向けられた。

を要保護性という）。そのため、ある行為によって絶対権が侵害された場合には、通常、その行為の悪性が低いものであっても、その行為は違法と認められる。

これに対して、未だ社会において広く法的保護に値するものとは認められない利益、つまりは、その要保護性の弱い利益を侵害する行為は、その行為が公序良俗に違反するものであったり、犯罪に該当するものであったりする場合など、それ自体の悪性がとくに強いものである場合に限り違法と認められることとなる。

(2) 違法性・過失二元説の成立

さらに、このような違法性説の確立とともに、権利侵害要件と709条に定められた他の要件、とくに加害者の「故意又ハ過失」の要件との関係についても、1つの理論が打ち立てられた。それが違法性・過失二元説である（この理論については、第4章において再度、検討する。→56～61頁）。その主張の要点は、以下のとおりである。

すでに説明したように、違法性説によれば、①709条の権利侵害要件は、いわば違法性要件へと置き換えられるべきものである。また、②この違法性要件は、「ある行為が違法であるか否か」を判定するというその役割からすですらかかなように、行為の客観的ありよう（＝態様）にかかわる要件である。

これに対して、③709条が定めるもう1つの要件である「故意又ハ過失」の要件は、ある人の行為ではなく、その行為をした人の意思、つまりはその人の主観的態様にかかわる要件である。すなわち、「故意又ハ過失」の要件は、違法な行為をその人がわざと（＝故意に）行ったのか、あるいは意思の緊張を欠く状態で（＝過失で）行ったのかを判定するための要件としてとらえられる。

そのため、④（権利侵害要件と置き換えられた）違法性要件と「故意又ハ過失」の要件とは、一方が客観的的要件、他方が主観的的要件として互いに明確に区別され、対置される。これらの要件が混じり合うことはありえない。

以上のような違法性・過失二元説の考えを図式にまとめると、以下のようになる。①権利侵害要件が消失、その代わりに違法性要件が組み込まれていること、②違法性要件は、「故意又ハ過失」の要件とは区別されていること、

(1) 709条の制定過程

すなわち、そもそも違法性という概念は、ドイツ民法典823条1項に由来するものである。下記の欄内に示すように、この条文は、ある人が故意または過失によって他人の権利を「違法に」侵害した場合に不法行為が成立する、と定めている。日本の違法性説は、ドイツ民法典823条1項をいわば手本として、709条の解説論を展開しようとしたものである。

しかし、709条の制定過程を調べてみると、この規定は、もともとフランス民法典旧1382条（現1240条）を参考にして作られたものである。そして、フランス民法典旧1382条（現1240条）には、違法性要件は定められていない（下記の欄内を参照）。フランス民法典旧1382条（現1240条）は、被害者の損害と加害者のフォート（故意または過失に相当するもの）のみで不法行為が成立することを規定した条文である。そのため、この条文を基にして作られた709条にも、違法性の文言は、みあたらない。

そこで、このような709条の制定過程に照らすならば、709条を解釈する際に、違法性要件をあえて用いなければならない必要性がない限りは、この要件を使用すべきではない、と考えられる。

ドイツ民法典823条1項

故意又は過失によって他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対して、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

フランス民法典旧1382条（現1240条）

他人に損害を与える人の行為はすべて、その損害をフォートによってもたらした音に対して、その損害を賠償する義務を負わせる。

(2) 違法性要件の不要性

では、709条の解釈において、違法性要件をあえて用いなければならない必要性はあるだろうか。

この点に関して、わが国の判例を分析してみると、判例は、ある行為が客観的にどれほどの悪性を持っているか（その行為が法に照らして許されるべきものであるか否か）を「過失」の要件のもとで判断している、ということができる

（過失の客観化。この点につき詳しくは、後述する。→59頁）。すなわち、判例においては、行為の客観的態様（その悪性の強弱）の判定は、——違法性説が主張するようには違法性要件のもとでこれを行うのではなく——「過失」の要件のもとで行うべきものとされている。そうであるとすれば、709条を解釈する際に、この条文にもともと置かれている「過失」の要件に加えて、さらに違法性要件を——先ほど説明したような709条の制定過程に反してまで——あえて使用すべき必要性はない、と解すべきである。

以上が、違法性説に対する第1の批判である。

2 違法性要件への置換えの不当性

次に、この説に対する第2の批判を検討しよう。

違法性説に対する第1の批判は、違法性要件と「過失」の要件との関係を問題にするものであった。これに対して、第2の批判は、違法性要件と権利侵害要件との関係に焦点を合わせるものである。

(1) 絶対権の保護の不徹底

(a) 相關関係説による違法性判断方法

すでに説明したように（→23～24頁）、違法性説は、709条の権利侵害要件を違法性要件に置き換えるべきである、と主張する。その上でさらに、ある行為の違法性の有無を、被侵害法益の要保護性の強弱と行為の悪性の強弱との相關関係によって判断すべきである、とする。そのため、この説によれば、ある行為が違法であるか否かは、被侵害法益の要保護性の強弱だけでは決まらず、常に行為の悪性との比較を経てはじめて決定されることとなる。

(b) 問題点

しかし、このような違法性判断方法においては、絶対権の保護が不当に弱まるという問題が生じる。

(i) 絶対権の性質に適した違法性判断のあり方 後で詳しく説明するように（→38～41頁）、所有権その他の物権や人の生命・身体（健康）などの法益は、その内容や価値に照らして、原則として誰との関係においても、またどの

ような場合であっても保護されるべき法益、つまりは絶対権である。また、まさしくそれゆえに、これらの絶対権が客観的・形式的に侵害された場合には(そして、その侵害が加害者の故意または過失によるものであるときには)、その侵害に関する加害者の損害賠償責任が直ちに認められるべきである。言い換えるならば、絶対権が客観的・形式的に侵害された場合には、そのことのみを理由としてその侵害を即座に違法と評価することが、以上のような絶対権の性質に最も良く適合する(その意味で妥当な)違法性判断のあり方である、と考えられる。

(ii) 絶対権の性質に反する違法性判断が行われる可能性 だが、違法性説によれば、絶対権が客観的・形式的に侵害されたとしても、それだけではその侵害は直ちに違法とは評価されない。なぜなら、先ほど説明したとおり、この説のもとでは、ある行為(侵害)が違法であるか否かは、被侵害法益の要保護性の強弱のみによって決まるものではなく、その法益を侵害した行為のものと悪性の強弱との相関関係においてはじめて決定される(べき)ものだからである。そのため、この説においては、一方で被侵害法益の要保護性がそれ自体として強いものであっても、他方で、これを侵害する行為の悪性が必ずしも強いものでない場合には、その侵害の違法性が否定される可能性が、ごく限られた事案における例外的なものとしてではなく、一般的な可能性として残ることとなる。とりわけ、所有権や人の身体(健康)を侵害する行為が、道路などの公共施設の運営や企業の経済活動などのように多くの人々の生活に少なからず利便をもたらしたり、経済的利益を生み出したりする場合には、その行為の悪性が弱いものであることを理由に、所有権や人の身体(健康)に対する侵害が違法とは認められないことも、少なくとも一般的・抽象的可能性としてはありうるのである。実際に、公害・生活妨害に関する過去の事案において、公共施設の運営主体や企業の経営主体がこのような、公共施設の運営・企業活動の違法性を否定すべき旨の主張を行うこともあった。

(c) 違法要件への置換えの妥当性を再考すべき必要性

このように、違法性説における違法性判断方法(相關関係説)は、本来、誰に対しても、またいつ何時でも絶対的に保護されるべきものである、という絶対権の性質に反するものである。また、そうであるとすると、このよう

な判断方法によっては、「私人の法益を、それぞれの内容や性質に則して的確に保護する」という不法行為法の第1の目的(個別的保護。→13頁)を達成することもできない。そして、このような違法性判断方法をもたらしたそもそもの原因が709条の権利侵害要件を違法性要件に置き換えたことにあるとすれば、まさしくそのような置換え自体の妥当性を根底から考え直さなければならぬ。

以上が、違法性説に対する第2の批判である。

(2) 近時の判例・学説の動き——権利侵害要件の再生

以上のような違法性説に対する第2の批判を踏まえて、近年、学説においては、権利侵害要件の目的と意義とを再確認し、その再生をめざす立場が支持を増やしてきた。

この立場に賛成する学説の中でも特に有力なものは、権利侵害要件を違法性要件に置き換えることなく、そのまま維持した上で、709条の「権利」という言葉を——民法典の起草者がそうであったように——広く法的保護に値する利益一般を指すものと解すべきである、と主張する。そして、権利侵害要件は、ある行為によって一定の利益が侵害されたた被害者が主張した場合に、①そもそもその利益が不法行為法による保護を受けるべきものであるか否か、また、その利益が法的保護に値するものであると認められる場合に、②この利益に加えられた侵害が違法なものであるか否かを判定するための要件として機能すべきである、さらに、③そのような違法性の有無に関する判断においては、絶対権に対する侵害は、原則として直ちに違法と評価されるべきである、とする。また、この見解は、権利侵害要件を、上記①の点で加害者に損害賠償責任を負わせるべき場合(ゆるやかにではあれ)制限する要件として位置づけており、この点においても、すでに確認をした起草者の立場と類似している。

さらに、従来の判例の中にも、以上のような近年における学説上の有力説と同様に、——違法性要件ではなく——権利侵害要件のもので、ある利益が法的保護を受けるべきか否かを独立に分析するとみられるものが複数、存在する。たとえば、最大判昭和63・6・1民集42巻5号277頁は、「せいひん静謐な宗教的環境のもとで信仰生活を送るべき利益」は、「直ちに法的利益として認めることができ

きない」ものである、と判示した。また、最判平成12・2・29民集54巻2号582頁は、自らの宗教上の信念に従って輸血を受けることを拒否する「意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない」と述べている。

III 2004年改正による影響

ところで、本章のはじめにおいて述べたように、2004年の改正によって、709条の文言は、「他人ノ権利ヲ侵害シタ」ことから「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した」ことへと変更された。すなわち、不法行為法によって保護されるべき法益として、「権利」のほかに「法律上保護される利益」が明記された。

1 立法担当者の見解

この改正の立法担当者によれば、このような文言の変更は、709条に関するこれまでの判例および学説の共通理解を条文の文言に反映させるために行われたものである。すなわち、この改正は、大学湯事件判決によって示された見解、つまりは、一般人の法観念に照らして、法的保護を受けるべきものと認められる利益は709条によって保護される、との立場を変更しようとするものではない。また、立法担当者は、709条の文言を変更することで、権利侵害要件の意義をめぐって対立する学説（伝統的通説である違法性説やこれを批判する近時の有力説など）のいずれかかを支持しようとするものでもない、とする。

2 709条の解釈（違法性判断方法のあり方）への影響

確かに、不法行為法によって保護される（べき）法益の範囲は、以上のような文言の変更によっても何ら変わらないであろう。この点に関しては、立法担当者も述べているとおり、2004年の改正は重要な意義を持たない。しかし、その範囲のいわば内部において被侵害法益が「権利」と「法律上保護される利

益」との2つに区別されたことは、——立法担当者の意図に反して——709条の具体的な解釈、とくに侵害の違法性判断方法のあり方（この点をめぐる学説の議論）に大きな影響を与えうるのである。

すなわち、709条がその文言において、不法行為法による保護を受けべき利益を「権利」と「法律上保護される利益」とに分けているとすると、それは、①709条（をその一部とする民法典）自体がこれら2つの法益を互いに異なるものと考えているからである（そうであるからこそ、文言上、わざわざ2つに区別しているのである）と解することが、この条文の客観的な読み方として合理的である（少なくとも可能である）と考えられる。さらに、その上で、②このような「権利」と「法律上保護される利益」との区別を、近時の有力説が主張するように、絶対権とそれ以外の法益との区別に対応するものにとらえず、そのような区別を709条が行っているのは、③絶対権とそれ以外の法益とでは、それぞれに対して加えられた侵害の違法性の判断方法が異なる（べきだ）からである——具体的には、④絶対権が客観的・形式的に侵害された場合には、原則として、それだけで直ちにその侵害を違法と評価すべきであるのに対して、⑤それ以外の法益については、このような判断方法をとることはできない（むしろ、個々の法益の内容がさまざまであるため、1つ1つの法益ごとにきめ細かく侵害の違法性の有無を判定することが妥当である）からである——と解することが、709条の解釈としてこれまで以上に大きな説得力を持ちうるようになる。実際に、2004年の改正後には、まさしくこの改正をきっかけとして、以上のような学説（前記有力説）の主張がより一層、有力となり、1つの潮流を形成している。

また、判例にも、「権利」と「法律上保護される利益」とを互いに異なる内容の法益として区別していると考えられるのがみられる。すなわち、最判平成18・3・30民集60巻3号948頁は、「良好な景観に近接する地域内に居住し、その^{意味}に日常的に享受している者」が有する「良好な景観の恵沢を享受する利益」＝「景観利益」は、未だに私法上の権利と^{いう}いうような明確な実体を有していないため、それを「景観権」とまで認めることはできない、と判示している。

IV まとめ——権利・利益侵害要件、違法性概念の有用性

本章では、これまで、①2004年改正前の709条に定められていた権利侵害要件に関する伝統的通説の内容とその問題点とを確認した上で（→I、II）、②2004年の改正がこの条文の解釈に与える影響について検討した（→III）。

最後に、本章のまとめとして、これらの作業の結果に基づき、現709条の「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した」ことという要件（第1章においてと同じく、以下、この要件のことを権利・利益侵害要件とよぶ）の意義について考えてみよう。ただし、この要件と「過失」の要件との関係——違法性説に対する第2の批判のように、「行為の客観的態様は『過失』の要件で考慮することが可能であるため、権利・利益侵害要件あるいはこれに代わる違法性要件を『過失』の要件とは別にあえてもつめる必要はない。」との主張の当否——に関しては、「過失」について説明した後で分析することとし（→71～72頁）、ここでは、①権利・利益侵害要件を違法性要件に置き換えることの当否および②（違法性要件に置き換えない場合における）権利・利益侵害要件の具体的な解釈方法、そして③違法性概念・判断の要否の3点について検討する。

1 権利・利益侵害要件の違法性要件への置換えの当否

まず、709条の解釈として、権利・利益侵害要件を違法性要件に置き換えることは妥当ではないであろう。なぜなら、第1に、そのような置換えは、709条の文言とその制定過程とに反するものだからである。第2に、置換えの結果として提唱された違法性説の主張する違法性判断方法（相關係説）のもとでは、所有権その他の物権や人の生命・身体（健康）などの絶対権を、その内容や性質に適する形で保護することができないからである。これは、法益の保護という不法行為法の第1の制度目的（個別的保護。→13頁）に反するものといわなければならない。

また、権利・利益侵害要件を違法性要件に置き換えず、民法典の起草者が考えていたように、ある行為によって侵害された利益が法的保護に値するものであるか否かを判定するための要件として残しておくことは、科学技術の発展に

ともなって人々の接触の度合いや仕方がめまぐるしく変化し、その結果としてあたらしい法益（とりわけ名誉やプライバシー、生活環境などの人の人格にかかわる利益）の主張が次々にあらわれる現代社会においてこそ有意義である、と解される。すなわち、自らの（あらたな）利益を侵害されたと主張する人が登場したときに、この主張を真正面から受け止め、その利益の性質や内容を分析し、この利益が不法行為法によって保護されるにふさわしいものであるか否かを検討するための要件として、権利・利益侵害要件を活用すべき必要性は大きいものと思われる。そのことは、すでに確認したように、複数の判例において、ある法益が法的保護に値するか否かが独立に問題とされていたこと（しかも、それらの利益は、いずれも人格的利益であったこと）によっても裏づけられるところである。

2 権利・利益侵害要件の具体的な解釈方法

以上に述べたように、権利・利益侵害要件を違法性要件に置き換えず、これをそのまま維持することとすると、次に、権利・利益侵害要件をどのように具体的に解釈すべきであるか、が問題となる。

結論として、この点については、近時の有力説の主張を支持すべきであろう。すなわち、709条に定められている2つの被侵害法益のうち、「権利」は絶対権を、「法律上保護される利益」は絶対権以外の法益をそれぞれあらわすものととらえた上で、①絶対権とそれ以外の法益とで異なる違法性の判断を行うべきである、と解される（それぞれの判断の具体的内容については、第3章で詳しく説明する）。というのも、そのように考えることが、各法益にそれぞれの内容・性質に即した適切な保護を与えるという不法行為法の第1の制度目的（個別的保護。→13頁）に最も良く合致するものと思われるからである。また、このような解釈によれば、709条が被侵害法益を「権利」と「法律上保護される利益」との2つに区別していることに解釈論上の意味をもたせることができる（そのような意味で709条の文言の解釈として優れたものである）。さらに、このような解釈をとることによって、絶対権とそれ以外の法益とでは、その内容・性質が大きく異なり、またそれゆえに侵害の違法性判断方法も大きく異なること

を、709条の文言の上でも明らかにしうる。

証明責任

本文において述べたように、絶対権が客観的・形式的に侵害された場合には、それだけを理由に直ちにその侵害を違法と評価すべきである、と解することの実際的な意義は、被害者が加害者を被告として損害賠償請求訴訟を提起した場合にあらわされる。

一般に、不法行為を理由として損害賠償を求める訴訟を提起した人（原告）は、訴訟の相手方（被告）の行為が不法行為の成立要件をすべて満たすことを自らの手で証明しなければならぬ。もし、このような証明に失敗した場合、たとえば相手方の行為によって自分の損害が発生したということ（事実的因果関係）をはっきりと示すことができなかつた場合（そのような事実的因果関係の存否が不明である場合）には、損害賠償請求権が存在しないものと判断され、請求棄却の判決を受けることになる（このように、訴訟において、各種の証拠によっても、ある事実が存在するのか、それとも存在しないのかを確定することができない場合に、その事実の存在・不存在が否定される、という不利益のことを、一般に証明責任という）。

しかし、すでに説明したとおり、絶対権が客観的・形式的に侵害されていれば、原則としてそれだけで直ちにその侵害は違法と評価されるべきであるとする、絶対権が客観的・形式的に侵害されたことが証明されたときには、そのことから、その侵害が違法なものであることが事実上、推定される。すなわち、被害者は、権利・利益侵害要件が満たされたことを主張するために、それ以上の事実を証明する必要はない。この場合には、加害者（被告）が、その侵害が違法ではないこと（例えば、それが緊急避難〔720条2項〕に当たること）を証明しなければならぬ。

これに対して、絶対権以外の法益の侵害については、このような違法性の事実上の推定がはたらかない。そのため、被害者は、その法益が客観的・形式的に侵害されたことに加えて、その侵害が違法と評価されるべきこと（そのような評価を根拠づける事実）を自ら証明すべきこととなる。そのような証明が行われてはじめて、権利・利益侵害要件が満たされたものと認められる。

3 違法性概念・判断の要否

では、先ほど説明したとおり、権利・利益侵害要件の違法性要件への置換えを行わない（＝違法性要件は、不法行為の成立要件として不要である）とした場合、「ある行為が、法の趣旨に照らして許されないものであるか否か」、つまりは「その行為が違法であるか否か」という判断もまた不要となるであろうか。

これまでの説明からますますに明らかのように、権利・利益侵害要件を独立の要件として維持するとしても、この要件のもとで、そのような違法性判断を行うことは必要である（たとえば、他人の絶対権を侵害する行為が客観的・形式的に行われれば、それだけでその行為＝侵害は直ちに違法と評価されるべきである、というように）。すなわち、違法性要件は不要であっても、違法性判断、したがってまた違法性という概念自体を不要とすることはできない（少なくともそれらを不要なものとして放棄しなければならぬわけではない）のである。なぜなら、ある人に、その人の行為を理由として損害賠償責任を負わせるということ、その人がその行為をしたことを法的に非難するということにはほかならないからである。そして、そのような法的非難を正当化する第1の要素は、その行為に基づき他人の法益への侵害が法の趣旨に照らして許されないものであること、つまりは違法であることである。

また、どのような行為（どのような法益に対するどのような態様における侵害）を違法と評価すべきか、ということ、最終的には、その時々の社会通念によって決定されるべき事柄である。言い換えるならば、違法性の内容は、社会と時代の変化によって変わりゆくものである。このことは、裏面からみれば、違法性という概念が社会や時代の変化に対応しうる柔軟性を持っていることを意味するものといえよう。そうであるとする、違法性の概念を維持し、（権利・利益侵害要件のもとで）違法性判断を行う可能性を置いておくことは、不法行為法が社会の時々刻々の変化に素早く対応するための方法として有益である、と思われ。

さらに、たとえば正当防衛（720条1項）や緊急避難（同条2項）のように、違法性という概念を前提にしていると考えられる制度（少なくとも、違法性概念を使用して分析することが、その制度の意義を理解するための方法として最も適

切であると解される制度)が民法典自体にも用意されている。したがって、違法概念を用いて不法行為法(709条)の解釈を行うことは、日本の民法典の立場に反するものではない。

そして、判例には、ある法益、とりわけ人格的利益が違法に侵害されたと認められるか否かを検討し、しかもそのような侵害の違法性が認められないことを理由として加害者の不法行為責任を否定したと考えられるものが複数、存在する(たとえば、最判昭和63・2・16民集42巻2号27頁〔氏名を正確に呼称される利益〕、最判平成17・11・10民集59巻9号2428頁〔自己の容ぼう等をみだりに撮影されない利益〕、前掲最判平成18・3・30〔景観利益〕)。すなわち、以上のような違法性判断は、少なくとも一定の紛争に関しては、それを解決するための方法として実際に用いられている、ということができる。

民法上の正当防衛・緊急避難——違法性阻却事由

正当防衛(720条1項)および緊急避難(同条2項)は、一般に、ある法益を侵害する行為が、その法益の内容や性質それ自体からすれば本来、違法と判断されるべき場合において、その行為の違法性を例外的に否定する事情・理由(事由)である、と解されている。このような事情・理由のことを違法性阻却事由という。正当防衛・緊急避難以外の重要な違法性阻却事由としては、法益侵害に対する被害者の事前の同意を挙げることができる。

なお、民法上の正当防衛および緊急避難の各内容と、刑法上の正当防衛(36条1項)および緊急避難(37条1項)の各内容とは一致しない。すなわち、AがBによる侵害から自らの法益を守るため、Cの法益をやむをえず侵害した場合に、民法によれば、AのCに対する正当防衛が成立する。これに対して、刑法では、AのCに対する緊急避難の成否が問題となる。また、民法上の緊急避難に当たる事案は、刑法上の緊急避難に当たる事案と比べて、その範囲が狭い。たとえば、ある人が自然現象に基づく急迫の危険を避けるために、他人の物を壊した場合に、刑法上の緊急避難が成立しうる。しかし、民法上の緊急避難が成立する余地はない(その危険は「他人の物から生じた」〔720条2項〕ものではないから)。

4 小括——次章の目的

以上の理由から、本書では、709条の解釈として、一方で、①権利・利益侵害要件を独立の要件として維持するとともに、他方において、②この要件のもとで違法性判断を行い、③侵害の違法性が認められた場合にはじめて、権利・利益侵害要件が満たされたものと解する立場を支持することとしたい(なお、このような違法性は、後で説明する「結果不法」に当たるものである。→69~70頁)。

では、ある法益に対する侵害は、具体的にどのような場合に、実際に違法と認められるべきであるか。次章では、権利・利益侵害(違法性)各論として、法益ごとの具体的な違法性判断のありようを整理しよう。

●著者紹介

根本尚徳 (ねもと・ひさのり)

北海道大学大学院法学研究科教授

早稲田大学大学院法学研究科博士後期課程研究指導終了 (2007年)

博士 (法学)

【序章・第1章・第2章・第3章・第4章・第5章・第6章】

【差止請求権の理論】(有斐閣、2011年)

【民事責任能力の意義に関する基礎的・比較法的考察——ドイツの学説による議論を手がかりとして】中原太郎編著『現代独仏民事責任法の諸相』(商事法務、2020年) など

林 誠司 (はやし・せいじ)

北海道大学大学院法学研究科教授

北海道大学大学院法学研究科博士後期課程単位取得退学 (2002年)

博士 (法学)

【第10章・第11章・第12章・第14章・第15章・第16章・第17章・第18章】

【監督者責任の再構成(1)～(11・完)】北大法学論集55巻6号～58巻3号 (2008年～2007年)

【オリエンテーション民法】(共著、有斐閣、2018年) など

若林三奈 (わかばやし・みな)

龍谷大学法学部教授

立命館大学大学院法学研究科博士課程単位取得退学 (1998年)

【第7章・第8章・第9章・第13章】

【損益相殺——損益相殺的な調整の意義と課題】藤村和夫ほか編『実務交通事故訴訟大系 第3巻』(ぎょうせい、2017年)

【ふるさと喪失損害の意義——生活再建後になお遺る包括生活基盤の喪失・変容による機能障害】和田真一ほか編『現代市民社会における法の役割』(日本評論社、2020年) など



日本評論社ベネシック・シリーズ=NBS

事務管理・不当利得・不法行為
(じむかんり・ふとうりとく・ふほうこうい)

2021年6月25日第1版第1刷発行

著者——根本尚徳・林 誠司・若林三奈

発行所——株式会社 日本評論社

〒170-8474 東京都豊島区南大塚3-12-4

電話——03-3987-8621(販売)

振替——00100-3-16

印刷——稲文堂印刷株式会社

製本——株式会社難波製本

装幀——図工フアイブ

株印省略 ©H. Nemoto, S. Hayashi, M. Wakabayashi

ISBN 978-4-535-80695-5

【注意】(社)出版者著作権管理機構 委託出版物) 本書の印刷複製等は著作権法上の例外を除き認められていません。複製される場合は、そのつと事前に、(社)出版者著作権管理機構 (電話 03-3245-6088、FAX 03-3245-6089、e-mail: info@coppr.or.jp) の許諾を得てください。また、本書を代行業務等の第三者に転売してスキャンソフト等の行為によりデジタル化する行為は、個人の家内での利用であっても、一切認められておりません。