

不法行為における「違法性」概念についての覚書

田中，教雄
九州大学大学院法学研究院：教授

<https://doi.org/10.15017/2230998>

出版情報：法政研究. 85 (3/4), pp.199-222, 2019-03-08. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン：

権利関係：

不法行為における「違法性」概念についての覚書

田 中 教 雄

- 一 はじめに
- 二 日本民法典の起草過程
- 三 批判されたかつての通説
- 四 「違法性」概念が不要とされる根拠
- 五 まとめと今後の課題

一 はじめに

日本民法七〇九条が定める「権利侵害」の要件は、「第七百九条ハ故意又ハ過失ニ因リテ法規違反ノ行為ニ出テ以テ他人ノ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ト云フカ如キ広汎ナル意味ニ外ナラス其ノ侵害ノ対象ハ：（略）：厳密ナル意味ニ於テハ末タ目スルニ権利ヲ以テスヘカラサルモ而モ法律上保護セラルル一ノ利益ナルコトアルヘク」とする大学湯事件判決（大判大正一四年一月二八日民集四卷六七〇頁^①）や末川博の「権利侵害論」（初出一九三〇年^②）を契機として「違法性」と読み替えられたうえで、被侵害利益の種類と侵害行為の態様との相関関係によって判断されるべきとされ、この考えが通説化した^③。

この通説に対しては、平井宜雄によって、違法性と過失を区別することに疑問が提起され、「違法性」概念は、判例上意味を失っているとされた^④。しかし、平井らの批判にもかかわらず、「違法性」概念は、判例において維持されている^⑤。特に、新しい法益である、純粹経済損失、第三者の債権侵害、虚偽の情報、名誉侵害、プライバシー侵害、環境利益などについて不法行為責任を問題にする際には、「違法性」が重要な役割を果たしている^⑥。たとえば氏名の呼称に関する最判昭和六三年二月一六日民集四二卷二七二頁は「被上告人が上告人の氏名を慣用的な方法である日本語読みによって呼称した右行為には違法性がなく」（傍線は田中による。以下、同じ）と判示し、不法行為の成立を認めなかった。また、景観利益に関する最判平成一八年三月三〇日民集六〇卷三九四八頁（国立高層マンション訴訟上告審判決）も「建物の建築が第三者に対する関係において景観利益の違法な侵害となるかどうかは、被侵害利益である景観利益の性質と内容、当該景観の所在地の地域環境、侵害行為の態様、程度、侵害の経過等を総合的に考察して判断すべきである」とする。

このように「違法性」概念は今日なお一定の機能を果たしていると考えられるが、その機能を明らかにするための前

提作業として、本稿では、多くの先行研究があるものの⁽⁸⁾、史料は読み返す度に何らかの新しい発見があるように思われることから、結果としては先行研究の結論を確認するだけであることが少なくないが、日本民法典の起草過程ならびに末川・我妻に代表される通説における「違法性」概念の内容とそれに期待されていた機能、そして、その通説に対する平井の批判内容をあらためて確認し整理したい。

このことは、二〇〇四年改正による民法の現代語化に際して、確立した判例を確認するものとして「法律上保護される利益」という概念が導入されたことを、違法性との関係で、どのように評価するのかということにもつながる。先に言及した氏名の呼称に関する最高裁判昭和六三年判決は改正前のものであるが、「人は、他人からその氏名を正確に呼称されることについて、不法行為法上の保護を受けうる人格的な利益を有するものというべきである。しかしながら、氏名を正確に呼称される利益は、氏名を他人に冒用されない権利・利益と異なり、その性質上不法行為法上の利益として必ずしも十分に強固なものとはいえないから、他人に不正確な呼称をされたからといって、直ちに不法行為が成立するというべきではない」として、法律上の保護を受けうる利益であるとしつつも、さらに違法性を問題としている。また、景観利益に関する最高裁判平成一八年判決も「良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益（以下「景観利益」という。）は、法律上保護に値するものと解するのが相当である」「もともと、この景観利益の内容は、景観の性質、態様等によって異なり得るものであるし、社会の変化に伴って変化する可能性のあるものでもあり、現時点においては、私法上の権利とて得るような明確な実体を有するものとは認められず、景観利益を超えて『景観権』という権利性を有するものを認めることはできない」として、やはり「法律上保護に値するもの」であるとしたうえで、違法性を問題にしている。このように、判決においては、「法律上保護される利益」は「権利」と区別されたうえで、その侵害の「違法性」が判断されており、これらの相互の関係も

明らかにする必要がある。これは「権利侵害要件については何らかの形で存置しようとする立場もあり、むしろ最近では勢いを盛り返しつつあるといっても過言ではない」とされ、二〇〇四年改正が「権利」侵害要件を残した点では、それらの立場と親和性があるとされていることにも関係する。⁹⁾

さらに、「違法性」概念の検討は、法統一との関係でも問題になる。今日、市場のグローバル化に伴って法統一が問題になっており、不法行為法も例外ではない。しかし、「違法性」を不法行為の要件とする国とそうでない国が存在している。たとえば、ドイツ民法典八二三条一項は「故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に〔widerrechtlich〕侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う」¹⁰⁾（一）内、田中による補充¹¹⁾と規定し、違法性が不法行為の要件とされている。アジアでは韓国民法七五〇条も、不法行為の要件としているようである。他方、フランス民法一二四〇条（二〇一六年改正前一三八二条）は「他人に損害を発生させる人のすべての行為は、その非行（faute）によってそれをもたらした者に、それを賠償する義務を負わせる」と規定して、違法性を要求していない。中国の権利侵害責任法六条一項も「行為者が故意・過失により他人の民事権益を侵害した場合には、権利侵害責任を負わなければならない」とし、違法性概念は使用されていない。このように国ごとの違いがある中、ヨーロッパにおいても不法行為における「違法性」概念は問題になっているようであり、¹²⁾「違法性」概念の機能についての検討は法統一との関係でも重要である。

二 日本民法典の起草過程

民法七〇九条（法典調査会民法議事速記録では七一九条）の起草過程における、特に「違法性」と「過失」の内容及び機能に関する理解について、先行研究を参考にしつつ、改めて確認をしたい。

(一) 権利侵害

(1) 権利侵害と違法性

権利侵害と違法性との関係は明確ではない。⁽¹⁵⁾ 両者が同義でないことは、正当防衛及び緊急避難に関する民法七二〇条となる条文（法典調査会民法議事速記録では七二八条）を審議する際に、富井政章及び梅謙次郎が、正当防衛・緊急避難は故意も権利侵害もあり、この規定があつてはじめて不法行為でなくなることからして明らかである。⁽¹⁶⁾ しかし、「他ニ法ノ認メテ権利ヲ害スル行為デアリマスレバ必ず不法ナル行為」、「唯損害ガ生ジタト云フ広い案デモイカヌ或不法ノコトニ依テ生ズル損害デナケレバイカヌ」、「権利侵害、其人ノ生命トカ財産トカ或ハ名誉デアリマスルトカ何カ不法ノ権利ト認メタルモノノ侵害デナケレバ債権ヲ生ゼシメナイ」としており、権利侵害が「不法」に関係していることは疑いなくであろう。⁽¹⁸⁾

そして、この「不法」は、行為の属性として理解されていると思われる。「不法行為」という題号を論じる際に、先に引用した部分以外でも、「次ニ此損害ト云フモノガ債権ノ原因斯ウ云フ具合ニ聞ヘマスルノモ如何デゴザイマセウカ其損害ヲ生ジマスル行為ト云フモノガ原因デアツテ其行為ノ結果トシテ矢張損害ガ生ズル之ニ債権ガ生ズルト云フ方ガ寧口穩当デアリマスマイカ」、「損害ノ生ジマスル元ノ方ノ名称ヲ題号ニ附ケマスル方ガ寧口其当ヲ得テハ居リハセナイカト考ヘマシタ」とされていることからすれば、損害を生じる行為を問題とし、この行為のうち権利を侵害する行為を「不法」としている。

(2) 権利侵害の機能

権利侵害に不法行為の成立範囲を限定する役割が与えられていたことは明らかである。⁽²⁰⁾ すなわち、「本案ニ採リマシタ主義ニスルト必ず他人ノ権利ヲ害スルモノデアリマスル」とされ、また、「何カ不法ノ権利ト認メタルモノノ侵害デナ

ケレバ債権ヲ生ゼシメナイト云フコトニハ何レノ國ノ規定モ婦スルヤデアリマス」とされ、「過失又ハ懈怠ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其賠償ヲ為ス責ニ任ス」と規定する旧民法財産編三七〇条も同趣旨と思われるもの不完全・不明瞭であり、「如何ナル損害デモ如何ナルコトニ依ツテ生ズル損害デモ宜イカ悪ルイカト云フコトハ総テ分リマセヌ」とされている⁽²²⁾。権利侵害でなければ損害賠償責任が発生しないとされており、不法行為の成立範囲が権利侵害の要件によって限定されている。しかし、「権利」には、生命、財産、身体、自由、名誉等が含まれ⁽²³⁾、また、表意者が過失ある錯誤により相手方に損害を与えた場合や原始的不能によって契約が成立しなかつた場合も不法行為による責任が発生すると理解されているようであり、「権利侵害」の範囲はかなり広いものだと考えられる。

また、成立範囲の制限に関係し、むしろこちらの方に重点があつたと思われるが、被害者の範囲も、侵害された「権利」の主体で画されている。たとえば、戸主が傷つけられて扶養義務が果たせなくなつた場合の、扶養されていた者について「扶養ノ権利ト言ヒマスカドウデスカ権利者ハ権利ヲ害サレタニ依ツテ生ズル自分ノ損失丈ケハ勿論受ケルコトガ出来ル年金者杯モ前ニ明文ガアリマシタナラバ当然年金ヲ受ケル権利ガアル其年金者ガ他人ノ不法行為ノ為メニ死ンデ仕舞フテ年金ヲ受ケルコトガ出来ナクナルサウスルト己レノ権利ヲ害サレタ、夫レガ己レノ権利ヲ害サレタト云フ範囲内ニ於テハ行ケル積リデアリマス」、それに対して「唯私ガ書生ヲ救助シテ居ツタ並ノ救助デアツテ譬ヘバ私ガ傷ケラレテ勤メヲスルコトガ出来ナクナツタト云フヤウナ場合ニハ是ハ権利デナイカラドウモ其加害者ニ対シテ損害賠償ヲ請求スルコトハ出来ナイ畢竟權利ノ有無デモ其境ヒガ定マリマスル積リデアリマス」としている⁽²⁴⁾。また、水害防止のための上げ堤について、穂積は「夫レカラ自分ノ是マデ拵エテ居ツタ搔上げ堤トカ云フヤウナモノヲ自分ノ保護ノ為メニ拵エテ居ル併シナガラ他人モ夫レニ依ツテ利益シテ居ル他人ヨリ請求サレルコトモナイ又他人ニ対シテちつとも保存スル義務モナイ夫レナラバ自分デ取除カウガ又ハ自分ノ過失ニ依ツテ破壊シヤウガ少シモ夫レガ為メニ他人ノ権利ヲ侵害スルト云フコトニハナルマイルト思フノデアリマス」と述べ、富井も「只今ノ場合ハ権利ヲ侵害シタト云フコトニハナ

ラナイ方デハアリマセヌカ自分ガ其堤防ヲ築カナケレバナラスト云フ義務ガアル即チ後ノ所有者ハ堤防ヲ築カセル権利ヲ持ツテ居ツテ其堤防ヲ取ツテ仕舞ツタノナラバ他人ノ権利ヲ侵害シタノデアルケレドモサウ云フコトデハナクテ所有者ガ勝手ニシテモセヌデモ宜イト云フヤウナモノデ其間接ノ結果トシテ他人ニ損害ヲ加ヘタト云フノナラバ夫レハ他人ノ権利ヲ侵害シタ方ニハナラナイト私ハ思ヒマス」と述べている。要するに、債権も含まれるようであるが、自らの権利が侵害されなければ、他の者の権利が侵害された結果として自らに損害が発生していたとしても損害賠償を受けることができない。

（二） 過失の理解

過失はどのように理解されていただろうか。起草者が、行為者の心理状態と理解していたのか、注意義務違反と理解していたのかについて、学説の争いがある。⁽²⁷⁾ 起草過程には、「心ノ有様」といった表現、「行為ノ基トナリマスル意思ノ有様」⁽²⁸⁾といった表現が存在している一方で、「其為スベキコトヲ為サヌトカ或ハ為シ得ベカラザル事ヲ為ストカ又ハ為スベキコトヲ為スニ当ツテ其方法ガ当ヲ得ナイトカサウ云フヤウナ風ノ場合ヲ総テ過失ト致シマシタノデアリマス」とする表現もあり、明確ではない。

いずれにしても、この過失はいわゆる抽象的過失と解されていたようである。穂積は、「過失ト云フ事柄ハ人ノ気風性質等ニ依ルト云フコトデハナイノデアリマス通常ノ十人並ノ人ガ其事柄ノ性質夫レカラ其時其場所ニ於テ通常与フベキ注意ヲ欠クト云フコトデアリマス」と述べており、⁽²⁹⁾ 具体的行為者ではなく、通常人を基準にしている。

(三) 違法性と過失との区別

起草過程において違法性と過失とが区別されていたかどうか。この点についても学説に争いがあるが、管見の限りでは正直なところ史料からは判らない。穂積は、故意・過失がなぜ不法行為の要素でなければならないのかを説明する中で、原因主義について「其損害ノ原因ノ正ト不正トヲ問ハズ必ズ元ノ通りニ直ス其結果ヲ元ノ通りニ直スト云フ方丈ケヲ見テ居ツタノデアリマスケレドモ」と説明しており、故意・過失が「正ト不正」に関係するような表現がされている。これによれば、故意・過失と違法性（正と不正）とに区別はなかったことになる。仮に過失が行為義務違反であるとすれば、先に確認したように「不法」（違法性）も行為に関係しており、両者は区別できないことになるかもしれない。³²

三 批判されたかつての通説

(一) 末川の見解

まず、かつての通説の「違法性」及び「過失」の理解について、通説の基礎を与えた末川にしたがって、確認してきた。

(1) 違法性判断の対象

末川は、違法性判断の対象は何か、すなわち「何が法律上是認されないとするのであるか、換言すれば法律上是認されない」とせられる対象は一体何であり得るか」について、大きく分ければ、「人の主観的な意識過程を加えた容態のみ」が対象であるとする考え方、すなわち「主観的な見地から人が法律規範に従わないこと即ち義務に違反すること」を違法とする考え方（主観的違法）と、「人の意識過程と全然切り離して考えられる客観的な事実」が対象であるとする考

え方、すなわち「客観的に法律上あるべきものと事実上生じたものとの間に齟齬が存すること」が違法であるとする考え方（客観的違法）とがあるとする。⁽³³⁾

そのうえで、末川自身は、人の行為によらない場合、たとえば暴風雨によって樹木が倒れた場合でも、樹木が隣地に倒れている状態が、樹木の除去を命ずる法的命令を発する前提として違法評価されるとして、客観的違法が認められるとする。⁽³⁴⁾

このように違法評価の対象が人の容態に限定されないことを認めながらも、末川は、不法行為が対象としているのは、民法七〇九条の文言からも、人の容態のみであるとする。⁽³⁵⁾そして、法律の世界においては、人とそれ以外のものが区別されていることから、人の容態は、意識的であるかどうかに関係なく、ほかの自然現象と区別して取扱われるべきであるとす。⁽³⁶⁾

結論として次のように述べている。⁽³⁷⁾

「以上、私は、法律上の価値判断従って違法という評価の対象となり得るものは、必ずしも人の容態にのみ限らるべきではないこと、しかしわが民法の規定する一般的な不法行為についていうならば、そこでは人の容態が問題とされているのであるけれども、それも人一般の容態として総合的に観なければならぬこと、を説いた。こういう見地からすれば、違法というのは次節で述べるような標準に従って全然客観的に為される評価であって、たとい人の容態を対象とするときでも、その容態には主観的な意識過程を加えて観る必要はないといわねばならない。即ち所謂主観的違法という概念は斥けらるべきである。そしてこれはいうまでもなく、故意過失というような過責（Schuld）と違法とが截然区別されるべきことを意味しているのである。これをわが民法の一般的な不法行為に関する原則的规定即ち第七百九条について観るも、同条は故意又は過失という要件と権利の侵害——私は後に述べるようにこれを違法と評価される行為と解する——という要件を分っているのであって、上述のように考えることは同条の解釈としてもよく妥当するものといえ

よう。』

要するに、違法性については、客観的な事実についての違法性（違法状態）と人の容態についての違法性（違法行為）を区別し、人の容態についての違法性も、その主観面とは関係なく、客観的に、すなわち、法律上あるべきものと事実上生じたものとの間に齟齬が存するかどうか、で評価されることになる。人の容態が、意思に基づくものであるかどうかに関係なく、ただその外形を対象として評価されることになる。

(2) 故意・過失

主観的な意識過程に関係する故意・過失の要件は、容態の外形を対象とする違法性とは区別されることになるが、しかし、末川は、故意・過失を「心理的に観て主観的な要素」とすることに反対し、「即ち吾々がかかる過失を或る人について認めるときには、結果を予見し得たであろうという可能性又は蓋然性を想定するのであるが、それはその特定の人について具体的にその時にもっていた主観的な意識過程を探究して決めるのではなくて、その人の地位に置き換えられて考えらるべき抽象的な人について決めるのである」と述べている。⁽³⁸⁾

このように、末川は、抽象的な人を標準とする抽象的過失を採用しているようである。また、違法性と過責を区別しているから、ここでの判断の対象は、容態の外形ではなく、あくまで容態の主観的な意識過程（予見可能性）を問題にしているはずである。ただ、その主観的な意識過程は、当該容態を行なった具体的な個人ではなく、抽象的な人が当該容態を行なう場合の主観的な意識過程が問題とされることになる。

(3) 違法性判断の標準

違法性判断の対象は、主観的な意識過程とは関係なく、客観的に外部から観察された人の容態であるとされたが、次に、その違法性判断の標準について、まず、「これを法律の外に求めようとする立場とこれを法律の内求めようとする立場の対立」があり、それは、違法を二元的に見る見解と一元的に見る見解との対立に対応するとされてい

る。前者の「二元的に観る見解」というのは、違法という評価の標準を求めるのに、一方では実定的な法律の内においてすると共に、他方では法律の拠つてもって立っている支盤たる社会的文化財の内においてする見解である。この見解にあつては、違法自体を基点としていうならば実定的な法律規範に違反するという意味においての形式的違法（formelle Rechtswidrigkeit）と社会の共同生活を實質的に害するというような意味においての實質的違法（materielle Rechtswidrigkeit）との二が區別して認められることになる。それに対して、二元的に観る見解は、その標準を實定的な法律の内にも求めようとする³⁹⁾とされる。

末川は、「違法について語るとき、吾々は常に法律上の判断を為すのである。そして違法といえ、その言葉自体が直接に示すように、法律に違反するということの意味しているのであって、このことは、同語反復の形式を採るものにはあるけれども、何人も否み得ないところであろう。だから法律を離れて違法を語るとは、従つてまた法律の外にあるものを標準として違法という評価を為すことは論理的には許されないとわねばならぬ」と述べて一元的に見る見解を採用している⁴⁰⁾。しかし、さらに、「法律に違反することが違法であるとしても、先ずその所謂法律とは何であるか、またそれに違反するとはどういう意味であるか、そして前節に述べたような対象についてそれが法律に違反するということはどうして認識され得るか、というような点を明かにしなければ、問題は依然として未解決のままに残る」として検討を続けている⁴¹⁾。そして、今日（近代）の法律の多くが、義務づけ命令する命令的法規ではなく、権利を付与する形での許容的法規から成り立っていると⁴²⁾する。この「許容の本質は、法律が特に禁ずることもなくまた命ずることもないけれども、なお無関心な態度を執ることなく、積極的に自由な世界を認めている点に存する」と⁴³⁾されている。

末川は、以上のような理解を基礎にして、権利を「命令の背後において与えられるもの——即ち義務の影像——であるかのように観ること」に反対し、「積極的な独立のもの」であり、法律秩序の一部であるとする⁴⁴⁾。すなわち、禁止さ

れていないもの、命令されているところには常に権利がある、というように理解されるべきではなく、より積極的に、禁止されていないだけでなく、その価値が認められているものであり、命令・禁止とは別な形で法的な意味をもつもの（法規の評価的機能）とされ、その意味で法律秩序の一部であるとされている。⁽⁶⁾このようにして権利侵害が違法であることが確認されたうえで、違法はそれ以外にも（許容的法規以外にも）存在するとして、⁽⁷⁾周知のように、不法行為の成立範囲を拡大する議論を展開する。⁽¹⁷⁾

(二) 我妻の見解

「権利侵害」を違法性と理解する立場を継承し、「権利侵害」のほかに法規違反や公序良俗違反という違法類型を認めつつ、⁽¹⁸⁾我妻は、違法性の判断が恣意的にならないように規則を定める必要があるとして、「被侵害利益の種類と侵害行為の態容との相関々係」によって考察すべきことを提唱している。⁽¹⁹⁾

被侵害利（法）益の種類については、「単なる利益なることあり、権利なることあり、その権利も所謂絶対権なることあり、又相対権に止まることある」とされ、侵害行為の態容については、「権利の行使なることあり、所謂自由（放任）行為なることあり、又禁止規定に違反する行為なることある」とされている。⁽²⁰⁾

故意・過失については、「故意とは自己の行為が他人の権利を侵害し、その他違法と評価せられる事実を生ずべきことを認識しながら敢へてこれをなす心理状態である。過失とは不注意の為め右の事実の生ずべきことを知らざることである」⁽²¹⁾とし、「過失は不注意即ち注意の欠缺であるが、その標準となる注意の程度は行為者自身の平常の注意程度ではなく、法律が社会共同生活の一員として要求する程度の注意である」⁽²²⁾としている。

四 「違法性」概念が不要とされる根拠

「違法性」概念を不要とする見解は、なぜ不要とするのか、その根拠を明らかにしておきたい。

「違法性」概念を不要とする見解の代表は、先にも述べたように、平井宜雄である。平井は、「違法性」概念について、(a)「何らかのサンクションが加えられる行為でないし事態のそのいわば『属性』として観念することば」（最広義）、(b)「不法行為法上のサンクションが加えられる（損害賠償義務を負うこと）行為の属性として『違法性』と呼ばれる場合」、(c)「故意過失（＝『過責』）と対置する意味で『違法性』が用いられる場合」（ドイツ民法上の法技術的構成概念）の三種類があるとし、(c)について、次のように述べ、「分析のための道具概念」としては、(c)の意味で使用するとする。⁵³⁾

「この概念の外延は、(a)よりも狭く、かつ責任が除かれるという点では、(b)より狭いが、民法上の他のサンクション（物権的請求権にもとづく返還請求を受けること等）の対象となる行為を含む点では(b)より広い。この意味における『違法性』は、すでに述べたとおり、当該サンクションが問題となる事態において受け取り手の『意思』以外の要素の属性として観念される。」

このような違法性概念が不要とされる根拠として、次のようなものが挙げられている。以下に、私が理解する限りで、その主張をまとめておきたい。

① 「権利侵害」の要件を拡大する機能が役割を終えたこと⁵⁴⁾

わが国において、「違法性」概念は、民法七〇九条の「権利侵害」の要件を拡大するという、特殊Ⅱ日本法的機能と、「過責」と峻別・対置された意味における「違法性」という特殊Ⅱドイツ法的機能を営んだが、「権利侵害」の要件の拡大が、判例・学説によって異議なく承認され、確立するに至ったとき、「違法性」の特殊Ⅱ日本法的機能はその役割を果たし終えた。⁵⁵⁾

②わが国においては法技術概念として必要でないこと⁽⁵⁷⁾

「ドイツ不法行為法は、『違法性』と『過責』との峻別・対置という構成に立脚しており、しかもこの構成は単に不法行為の要件にとどまらず、他の法制度〔正当防衛、緊急避難など〕の要件をも統一的に整序する法技術概念となつてい⁽⁵⁸⁾る」(一)内、田中による補充)。それに対して、「日本民法の不法行為規定は、個別的な不法行為要件、『絶対権』の侵害とそれ以外の法益の侵害との峻別、違法性と故意過失との峻別・対置、という特徴を有するところのドイツ不法行為法とはその性格を全く異にしている」⁽⁵⁹⁾。

わが国において「違法性」概念は不法行為の成否を表現するものでしかないはずであるにもかかわらず、ドイツ民法的な意味でもこれを用いたために、相關関係説は、「違法性」の理論的体系的な位置づけが不明確で、論理的に破綻している。⁽⁶⁰⁾ドイツ民法的な意味における法技術的機能はもともと果たされることができないものである。⁽⁶¹⁾

③社会における危険の広汎化・高度化のため不法行為の成立を極度に限定することができないこと⁽⁶²⁾

ドイツ民法典は個別的な不法行為要件を採用しているが、「このような立法主義は、第二草案の覚書も認めているように比較法上特異なものであり、裁判官の裁量の余地を小さくして法的安定性に資するという長所と同時に、元来、その個別的要件のいづれによつても保護されえない法益が存在するという帰結を予想している。社会生活の進展に伴い、各種の新しい社会的利益が発生し、それが不法行為法上の保護を要求するに至ると、このような帰結は修正を迫られるとともに、これら利益によつて完全な保護を与え得ないドイツ不法行為法の個別的要件主義は、その重大な短所として意識されてくる。事実、ドイツ民法典制定後の判例の発展は、個別的要件主義の変容とその再編として特徴づけられるのである」⁽⁶³⁾。

④「過失」の客観化による「違法性」と「過失」の区別の困難⁽⁶⁴⁾

伝統的不法行為理論によれば、「過失」は、「違法性」と峻別される主観的要件と理解されている。しかし、「企業の発

達と保険制度の発展とは不法行為法のもつ損害填補機能を前面に押し出す。この結果、裁判官が右のような者（「社会生活を営む者が損害の発生を避けるべく『意思』を緊張させていた場合や加害行為者がかような『意思』を形成する能力を有する者である場合」）に対してもおかつ損害填補のために不法行為責任を負わせるべきだという法的価値判断に立脚するとき、『過失』概念は意思的構成を離れて客観化せざるを得ない」（一）内、田中による補充）。

また、内心の意思の立証は困難であるが、だからといって法的保護を拒否できないため、「裁判官が外部的な行為から『意思』を推断あるいは擬制する」ことが多くなる。特に、過失の場合には、注意すべきであったのにしなかったという価値判断であるため、「意思」に関連させなくても、過失の存否を判断することができる。「この結果、判例の実際の理由づけの上では、『過失』はドイツ民法的な意味における『違法性』に接近することになる」。

さらに、「権利侵害」の要件が拡大され、「権利侵害」が、不法行為の成立を限定する機能をもつものではなくなったため、「不法行為の成立を限定する機能は、あげて『過失』に委ねられることになった」というドイツ民法とは異なる事情から、違法性と過失が融合した。

以上を要するに、違法性概念に期待されていた機能のうち、特殊Ⅱ日本法的な機能である「権利侵害」の要件の拡大は、その拡大が承認されるとともに失われ、「過責」と峻別・対置された意味における「違法性」という特殊Ⅱドイツ法的な機能は、日本の不法行為法はドイツの不法行為法とはまったく異なった構造を持っており、日本においては、そもそもそのような機能を果たすこともできない。また、社会における危険の広汎化・高度化の中で不法行為の成立範囲を極度に限定することは無理であり、「過失」の客観化とともに「違法性」と融合してしまい、区別の必要がなくなつたというのである。

五 まとめと今後の課題

先行研究によっても確認されてきたように、日本民法の起草者は、「権利侵害」の要件に不法行為の成立範囲及び被害者の範囲を限定することを期待していた。起草者は、「権利」を、生命、身体、名誉、さらには債権までも含む、かなり広いものとして理解していたが、末川は「権利侵害」を違法性の徴表と理解することで、不法行為の成立範囲を、さらに法規違反や公序良俗違反にまで拡大した。平井が指摘した、「違法性」概念に期待されていた「権利侵害」の要件を拡大するという特殊^{II}日本法的機能は、大学湯事件判決や末川・我妻による法規違反や公序良俗違反という違法類型の承認によって、その役割を終えたといえるであろう。

しかし、起草者によって「権利侵害」に期待されていた不法行為の成立範囲を限定する機能が、「違法性」概念に置き換えられることによってまったく失われたのかについては、検討の必要がある。「違法性」概念によって、不法行為の成立範囲がなお限定されていると理解する余地があるからである。

そのためには「違法性」概念に「過失」とは異なる独自性が認められなければならない。この点で、「過責」と峻別・対置された意味における「違法性」という特殊^{II}ドイツ法的機能が問題になる。たしかに日本民法の不法行為規定は、個別的不法行為要件を採用していないが、冒頭に引用した大学湯事件判決が「未タ目スルニ権利ヲ以テスヘカラサルモ」とし、また、景観利益に関する最高裁判成一八年判決も「権利」と「法律上保護される利益」とを区別しており、平井が日本民法の不法行為規定について「『絶対権』の侵害とそれ以外の法益の侵害との峻別、違法性と故意過失との峻別・対置、という特徴を有するところのドイツ不法行為法とはその性格を全く異にしている」とする点については、なお検討が必要である。

我妻以降通説化した相関関係説は、被侵害利益の種類と侵害行為の態容との相関関係によって判断することから、権

利侵害とそのほかの違法類型との間の違いをそれほど重視していないように見える。しかし、我妻が支持する末川は、不法行為の成立範囲を拡大したが、権利を「積極的な独立のもの」、「許容的法規との関係において積極的なもの」として、⁽²⁰⁾命令的法規と区別しており、「権利侵害」が違法であることと、それ以外の違法とを区別している。

我妻の考え方の背景には、法律の指導原理が個人の自由を保障することから、社会協同生活の全体的向上を理想とするようになったこと（個人本位の法律思想から団体本位の法律思想への変化）に対応する形で、不法行為制度の新しい指導原理を、「社会生活に於ける損失の公平妥当なる分担」に求め、「個人の自由活動の最少限度の制限たる思想から、人類社会に於ける損失の公平妥当なる分配の思想へ」ということに不法行為制度の指導原理の推移を見ていることがある。⁽²¹⁾このような「権利本位」の法律観から「社会本位」の法律観へという基本姿勢⁽²²⁾は、末川・我妻に共通するものとされる。たしかに、末川は、権利を「法律秩序」と関連させ、権利侵害を違法性の徴表であることによつて、不法行為の成立範囲を拡大している。また、違法や権利を「法律秩序」との関係で理解し、「民法が権利侵害を要件としているのは、被害者の個人的な立場のためにしているのではなくて、法律そのものの立場からいわば客観的に加害者の行為についての評価を求めているのである」⁽²³⁾としている。しかし、いずれも、不法行為の成立要件を「法律秩序」に関連づけるための論述であつて、「法律秩序」そのものが「権利本位」から「社会本位」へと転換されているわけではない。末川の議論の重点は、不法行為の成立範囲を拡大することにあり、むしろ、「現代のわが成法について観るならば、私法の領域においては、個人の自由、個人の意思というような個人の立場を基点とする考え方が指導的となつている結果、個人が或ることを為し得るといふような方面から法規を立てようとする傾向のもとに、法規の多くは許容的な内容を顕現して表面に浮かび出ているのである」⁽²⁴⁾とし、また、先にも述べたように、権利を「積極的な独立のもの」、「許容的法規との関係において積極的なもの」として、命令的法規と区別して理解しており、末川が理解する「法律秩序」はなお「権利本位」のものであるように思われる。したがつて、末川が「法律秩序」を持ち出すことによつて、権利を法

律以前のものとする立場よりも、権利が法律によって左右される余地が出てくることになり、その結果、我妻のような「社会本位」への法律観の転換の「契機」となったとはいえても、末川自身において転換それ自体が行なわれたとまでいえるのかは、なお検討の余地がある。⁽⁷⁶⁾

末川の「『権利侵害論』」は、主にドイツ民法学説を根拠とした概念的色彩の強いものにとどまっており、その後の判例・学説の体系化に決定的な影響を与えたのはむしろ我妻博士の著作、特に昭和十一年に刊行された『事務管理・不当利得・不法行為』であつたと思われる⁽⁷⁷⁾とされるが、末川と我妻に違いがあり、末川において、「過責」と峻別・対置される意味における「違法性」概念、そして、「権利侵害」と「それ以外の法益の侵害」との峻別がドイツ不法行為法から導入されていることからすれば、次の課題は、ドイツ不法行為法において「違法性」概念に期待されている役割を明らかにすることである。その作業によって、社会における危険の広汎化・高度化の中で「違法性」概念が果たしうる役割、また、末川が抽象的な人を標準とする過責を問題にしながらも、なおそれを違法性と区別できると考えていたこととの関係も明らかにすることができるであろう。すなわち、過失との区別が困難とされる、「法律上保護される利益」についての違法性判断のあり方が検討されなければならない。⁽⁷⁸⁾ 今後の課題である。⁽⁷⁹⁾

(1) 本稿においては、引用に際して旧字体を新字体に改めている。

(2) 末川博『権利侵害と権利濫用』(岩波書店、一九七〇年)二六三頁以下、特に四六六頁以下。

(3) 我妻栄「事務管理・不当利得・不法行為」『新法学全集第十卷 民法Ⅳ 債権各論』(日本評論社、一九三七年、復刻版一九八九年)一〇〇頁以下、一一〇頁以下、同「債権法(不法行為)」『現代法学全集』(日本評論社、一九三二年)八九頁以下、一一二頁以下。

(4) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会、一九七一年)三七五頁。

(5) 平井・前掲(注4)三六七頁以下、同「債権各論Ⅱ 不法行為」(弘文堂、一九九二年)二二頁以下。なお、平井説のまとめとそれに対する学説の対応については、手嶋豊「過失二元論」『現代不法行為法学の分析』(有信堂高文社、一九九七年)二二頁以下参照。

- (6) 瀬川信久「民法七〇九条（不法行為の一般的要件）」『民法典の百年Ⅲ』（有斐閣、一九九八年）五五九頁以下、『新注釈民法（15）』（有斐閣、二〇一七年）二九三頁以下（橋本佳幸）、前田陽一「不法行為における権利侵害・違法性論の系譜と判例理論の展開に關する覚書」『民法学における法と政策』（有斐閣、二〇〇七年）四七六頁以下。
- (7) 能見善久「新しい法益と不法行為法の課題」NBL九三六号（二〇一〇年）八頁以下、同「不法行為の機能・要件の再構成」NBL九三七号（二〇一〇年）一八頁以下。
- (8) 錦織成史「違法性と過失」『民法講座第六卷』（有斐閣、一九八五年）一三三頁以下、瀬川・前掲（注6）五六〇頁以下、櫛比昭人「明治民法「不法行為法」における起草者意思の探究」法学政治学論究六六号（二〇〇五年）二八九頁以下、同「明治民法七〇九条の『過失』と『権利侵害』」法学政治学論究七二号（二〇〇七年）八七頁以下、大河純夫「民法七〇九条『権利侵害』再考」『市民法学の歴史的・思想的展開』（信山社、二〇〇六年）五二五頁以下、前田（陽）・前掲（注6）四四五頁以下、松原孝明「違法性論と権利論の対立について 序論」上智法学論集五九卷四号（二〇一六年）一六七頁以下。
- (9) 大塚直「民法709条の現代語化と権利侵害論に關する覚書」判例タイムズ一八六号（二〇〇五年）一七頁以下。池田真朗編『新しい民法』（有斐閣、二〇〇五年）九九頁以下（執筆者・水野謙）は、「新709条のいう『権利』：（略）：は、旧709条の『権利』から新709条のいう『法律上保護される利益』を除いた残りの部分になったわけである」とする。「権利」と「法律上保護される利益」と「違法性」との関係については、大塚直「保護法益としての人身と人格」ジュリスト一一二六号（一九九八年）三六頁以下、藤岡康宏「不法行為と権利論」早稲田法学八〇卷三号（二〇〇五年）一五九頁以下、山本敬三「不法行為法の再検討と新たな展望」法学論叢一五四卷四・五・六号（二〇〇四年）二九二頁以下、同「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究五号（二〇〇八年）七七頁以下、同「不法行為法における『権利又は法律上保護される利益』の侵害要件の現況と立法的課題」別冊NBL26135 不法行為法の立法的課題（商事法務、二〇一五年）一〇五頁以下、吉村良一「市民法と不法行為法の理論」（日本評論社、二〇一六年）一五七頁以下（「不法行為法の基本枠組み」）、一八一頁以下（「不法行為法における権利侵害要件の『再生』」）、二二六頁以下（「保護法益の多様化と不法行為法の基本要件」）、『新注釈民法（15）』二九六頁以下（橋本も参照）。
- (10) 訳文は『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』（三省堂、一九九〇年）による。
- (11) Yu-Cheol Shin, Das koreanische Haftungsrecht, 50 Jahre Koreanisches Zivilgesetzbuch, Bobmunsa, 2011, S.447ff.
- (12) Code civil Article 1240. 'Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.'
- (13) 訳文は、JICAのHPPにある「事業・プロジェクト」「ガバナンス」の項目からアクセスできる「法整備支援ポータルサイト」

- で公開されている住田尚之（JICA長期専門家・日本国弁護士）の訳による。同じ内容のものが、法務総合研究所国際協力部のサイトからもアクセスできる（なお、以下において引用するURLは本稿を通じて二〇一八年一月六日時点のものである）。また、独立行政法人日本貿易振興機構（ジェトロ）北京センター知的財産権部編「中華人民共和国権利侵害責任法」（二〇一〇年七月一日改正）http://ip.theorychina.org/chinatoday_2483/law/201209/W020120924521711802398.pdfも参照しよう。中国権利侵害責任法については、住田尚之「中国における新しい不法行為法の制定」ジュリスト一四〇六号（二〇一〇年）四五頁以下も参照。
- (14) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Volume 4: seller, 2009, p.3092. ヘルムート・コッソル/若林三奈（訳）「ヨーロッパ不法行為法グループ」による「ヨーロッパ不法行為法原則」『ヨーロッパ私法の展開と課題』（日本評論社、二〇〇八年）八五頁以下、特に九二頁参照。不法行為の基本準則・規範を定めるヨーロッパ私法共通参照草案（DCFR）VI-1:101条やヨーロッパ不法行為法原則（PETL）第1:101条では「違法性」（wrongfulness）概念は採用されていない。前掲（注9）別冊NB L No.15）二六九頁以下、二七九頁以下参照。
- (15) 錦織・前掲（注8）一四一頁以下。前田陽一「損害賠償の範囲」『新・現代損害賠償法講座第六巻』（日本評論社、一九九八年）七〇頁は「主観的な『過失』と区別された客観的な行為義務違反としての『違法性』の観念を『権利侵害』に積極的に担わせようとする考えは窺われない」とする。それに対して、松原・前掲（注8）一七六頁以下は、推測が含まれるとしつつも、「やはり民法起草の段階から権利侵害＝違法行為との発想がすであつたことがわかる」とする。
- (16) 『日本近代立法資料叢書五 法典調査会民法議事速記録五』（以下では「速記録五」として引用）（商事法務研究会、一九八四年）四一―頁以下。穂積陳重は、緊急避難には故意・過失がないとする。星野英一「権利侵害」『日本不法行為法リステイトメント』（有斐閣、一九八八年）三九頁注29参照。
- (17) 速記録五・二九五頁下段、二九八頁下段（いずれも穂積）。なお、二九五頁下段（日本学術振興会『法典調査会民法議事速記録第四拾巻』一四二―頁表）の「法ニ在ラザル行為ヨリシテ損害ガ出マシテモ是ハ債権ノ原因ト認メマセヌカラシテ」は直前に「不」が欠落していると思われる。
- (18) 大河・前掲（注8）五三三頁参照。法典調査会の審議は一八九五（明治二八）年であり、法典調査会の参考条文としてドイツ民法第一草案七〇四条、第二草案七四六条が挙げられている（速記録五・二九六頁下段）。この時点ですでに「独逸民法草案第二編理由書卷三」（司法省、一八九〇年）があり、*widerrichtlich*に「違法」の訳語が当てられているが、なぜ日本民法典の起草に際して、この語を使用しなかったのかは検討の必要がある。
- (19) 速記録五・二九五頁上段（穂積）。
- (20) 錦織・前掲（注8）一三六頁、前田（陽）・前掲（注15）七〇頁、同・前掲（注6）四五―四頁参照。

- (21) 速記録五・二九五頁下段（穂積）。
- (22) 速記録五・二九八頁下段以下（穂積）。同三二四頁下段（穂積）も参照。
- (23) 速記録五・二九七頁下段、三〇二頁下段（いずれも穂積）。
- (24) 瀬川・前掲（注6）五六二頁以下、池田清治「契約交渉の破棄とその責任」（有斐閣、一九九七年）三三三〇頁参照。
- (25) 速記録五・三〇七頁上段以下（穂積）。
- (26) 速記録五・三二七頁上段。錦織・前掲（注8）一五三頁は、富井が補足した趣旨について「富井委員は右の穂積委員の説明の中にこの設例では過失がないという趣旨にとられるおそれを抱いたからに他ならない」とするが、穂積が最後に搔上げ堤や日（火？）除けに言及して「兎ニ角権利ノ侵害ニナレバ本案デハ其結果ノ大小ニ依ラズ其責ヲ負ハナケレバナスト云フ立テ方ニナツテ居ルノデアリマス」と最後に述べたため、搔上げ堤の例でも責任が発生すると誤解されかねないと危惧したのではないかと思われる。
- (27) 錦織・前掲（注8）一三九頁、藤岡康宏「損害賠償法の構造」（成文堂、二〇〇二年）六〇頁、櫛比・前掲（注8）論究七二号）九九頁以下。
- (28) 速記録五・二九八頁下段、二九九頁下段（いずれも穂積）。
- (29) 速記録五・二九七頁上段（穂積）。
- (30) 速記録五・三二二頁上段。なお、速記録五・三〇五頁下段以下の土方寧の見解は、損害賠償の範囲に関係するものである。
- (31) 速記録五・二九八頁上段。
- (32) 錦織・前掲（注8）一四三頁注28、一五一頁は、違法性を客観的行為評価規範違反とし、過失はそれと区別されるものとする。藤岡・前掲（注27）六一頁以下も参照。
- (33) 末川・前掲（注2）三八五頁。同書三八六頁以下では、主観的違法の考え方を採るのがメルケル、客観的違法の考え方を採るのがイエーリング（折衷説）、トーンであるとし、これらの学説が対立するに至った根本の理由は、特に法律規範の名宛人に関する問題にかかっていることを明らかにしている。なお、平井・前掲（注4）三三二頁以下も参照。
- (34) 末川・前掲（注2）三九一頁以下。末川は、人の故意による行為の場合も、同じように考えられるとする。
- (35) 末川・前掲（注2）三九五頁以下。
- (36) 末川・前掲（注2）三九七頁以下。
- (37) 末川・前掲（注2）三九八頁。
- (38) 末川・前掲（注2）三九八頁以下。

- (39) 末川・前掲(注2) 四〇〇頁以下。
 (40) 末川・前掲(注2) 四〇六頁。
 (41) 末川・前掲(注2) 四〇六頁。
 (42) 末川・前掲(注2) 四一一頁。
 (43) 末川・前掲(注2) 四四七頁。
 (44) 末川・前掲(注2) 四六〇頁、四六六頁以下。
 (45) 末川・前掲(注2) 四六三頁以下。
 (46) 末川・前掲(注2) 四七〇頁。
 (47) 末川・前掲(注2) 四七二頁以下。
 (48) 我妻・前掲(注3)「事務管理・不当利得・不法行為」一〇〇頁、同・前掲(注3)「債権法(不法行為)」九〇頁。
 (49) 我妻・前掲(注3)「事務管理・不当利得・不法行為」一二五頁、同・前掲(注3)「債権法(不法行為)」九一頁。
 (50) 我妻・前掲(注3)「債権法(不法行為)」九一頁。同書一二一頁以下も参照。なお、我妻は、不法行為が損害の公平な分担を決定する標準であるということから、「適法なる行為に基く損害の賠償」も問題になるとする。我妻・前掲(注3)「事務管理・不当利得・不法行為」一〇一頁、同・前掲(注3)「債権法(不法行為)」九一頁以下参照。
 (51) 我妻・前掲(注3)「事務管理・不当利得・不法行為」一〇三頁。我妻・前掲(注3)「債権法(不法行為)」九四頁も参照。
 (52) 我妻・前掲(注3)「事務管理・不当利得・不法行為」一〇五頁。我妻・前掲(注3)「債権法(不法行為)」九七頁も参照。
 (53) 平井・前掲(注4) 三五一頁。最広義の(a)では、犯罪や債務不履行も「違法」行為となる。
 (54) 平井・前掲(注5) 二三頁(ア)。
 (55) 平井・前掲(注4) 三六四頁。
 (56) 平井・前掲(注4) 三八二頁。倉田卓次「交通事故と企業の損害」(初出一九六八年)『民事交通訴訟の課題』(日本評論社、一九七〇年) 六八頁も参照。
 (57) 平井・前掲(注5) 二四頁。
 (58) 平井・前掲(注4) 三四八頁。
 (59) 平井・前掲(注4) 三六一頁。同書三八一頁も参照。
 (60) 平井・前掲(注4) 三七八頁以下。
 (61) 平井・前掲(注4) 三八三頁。

- (62) 平井・前掲（注5）二三頁（ウ）。
- (63) 平井・前掲（注4）三四七頁以下。
- (64) 平井・前掲（注5）二三頁（イ）、二五頁以下。
- (65) 平井・前掲（注4）三九一頁。同書三四八頁以下も参照。過失と違法性との区別については、前田達明『不法行為帰責論』（創文社、一九七八年）八九頁以下、一八三頁以下も参照。
- (66) 平井・前掲（注4）三九二頁以下。
- (67) 平井・前掲（注4）三九四頁以下。同・前掲（注5）二三頁も参照。
- (68) 「過失」と「違法性」が融合する結果、それを「過失」と呼ぶか、「違法性」と呼ぶかが問題になるが、平井・前掲（注5）二四頁は、民法七〇九条と整合的であろうとすれば、過失の語のほうが適切であることは明らかであるとする。同・（注4）三九五頁以下も参照。
- (69) 山本・前掲（注9）法学叢書 二九八頁、前田（陽）・前掲（注6）四五三頁以下、瀬川・前掲（注6）五六二頁以下、山口成樹「不法行為の間接被害者と損害賠償請求権」『民法学における法と政策』（有斐閣、二〇〇七年）五七三頁、五八九頁以下等。
- (70) 末川・前掲（注2）四六〇、四五〇頁。
- (71) 我妻・前掲（注3）「事務管理・不当利得・不法行為」九五頁、同・前掲（注3）「債権法（不法行為）」八二頁。
- (72) 山本・前掲（注9）法学論叢 三〇四頁以下、三〇八頁。
- (73) 末川・前掲（注2）四七三頁。
- (74) 末川・前掲（注2）三八三頁、四七九頁。
- (75) 末川・前掲（注2）四四六頁。
- (76) 原島重義「わが国における権利論の推移」（初出一九七六年）『市民法の理論』（創文社、二〇一一年）四七四頁以下。「座談会」末川先生の民法学「法律時報四九卷六号（一九七七年）一八頁以下の西原道雄の発言「権利をただ自由主義的個人主義的な立場からみようとするとする傾向に対する反発ないしは懐疑が一つの動機」（一九頁上段）と原島重義の発言「自由主義的な考え、あるいは権利を一つの重要な柱として考え続けておられたのだと思います」（二二頁中段）も参照。なお、原島は、我妻についても、受忍限度論と区別する形で、末川と共通する面を強調している（二三頁中段以下）。末川と我妻の違いについては、藤岡・前掲（注9）一七三頁、一八六頁、同・前掲（注27）二二頁、松原・前掲（注8）一九〇頁以下も参照。
- (77) 平井・前掲（注4）三三三頁。
- (78) 山本・前掲（注9）民法研究 九八頁以下及び一〇六頁以下参照。

(79) 赤松秀岳先生には、ドイツ留学やサウイニー研究会等を通じて、歴史研究の重要性をご教示いただいた。筆者の力不足のため、赤松先生のご専門に近いテーマを取り上げることができなかった点は心苦しい限りであるが、拙文を献呈し、学恩に感謝したい。