

## 論 説

## 現代民事違法性論における類型論と体系思考

中 村 哲 也

## 目 次

- 第一章 問題の所在
- 第二章 相関係論の問題点
- 第三章 現代違法性論の実際の問題
- 第四章 現代違法性論の理論的問題
- 第五章 まとめと展望

## 第一章 問題の所在

一 我妻相關關係論は、とくに柳沢説による批判ののち、不法行為法学のなかで、多くの批判をうけてきた。現代不法行為法学の展開は、理論面では、相關關係論批判・修正をめぐるであつたといつても過言ではない。しかし、それら我妻説批判説も含めて、現代不法行為法学の諸理論が、我妻説がかかえていた問題点を解決しているかには検討の余地がある。この検討は、理論面（認識上のそれではなく、実践的性格をもつが、実際的ということに對比してこうよぶことにする）が中心であるが、それは実際面にも無関係ではない。本稿は、まず、現代不法行為学の基礎理論上の問題点は既に我妻説にはじまると考えることの理由を我妻説に即して明らかにし（第二章）、ついで、その問題点の代表的学説——新受忍限度論・行為不法論・結果不法論（沢井説）——における状況を、実際面（第三章）、理論面（第四章）で検討し、その問題の解決の基本的方向の提示を試みよう（第五章）とするものである。

二 筆者の考える問題の所在及び解決の方向は次の点にある。およそ法解釈・適用において解釈者の実質的判断が介在しうるといふことがいえるが、問題を狭めても、制定法上の或いは解釈によつて構成された規律が明示的に判断者による実質的判断を要求することも多い。とくに、不確定的概念を構成要素とする一般条項において顕著である。この現象は不法行為法においても現われる。民法七〇九条の「権利侵害」要件を違法性を表現するものであるとする解釈が広く受け入れられることによつて、七〇九条は一般条項としての性格をより一層持つに至つた（「権

利侵害」説も事実上は同じ）。この種の規準の運用の計算可能性とコントロール可能性の確保が、市民生活のなかでの個人の諸利益の保障に奉仕することを目的とするものにとつてはとくに、法律学の課題として現われる。ここにおいて、その一般条項運用の基本的方向及びそれにそつて一般の規準を細分化する類型構成が法律学によつて試みられるようになる。そこでは、各学説の果たす役割は、類型がどのような構造・機能<sup>(2)</sup>をもちあはせているか、基本的方向が類型に適切に表現されているか、更に、基本的方向が表現する実質的評価のもちうる中心的及び副次的意義如何という点から検討されなければならない。

筆者は、類型が構成員の意図する意義を持つて働くためには、それら類型が、論者の実質的視点の下で、連関性・統一性（体系）を示すことが必要であると考ええる。さきに理論面での問題といたしたのは、各学説における類型及びその相互連関が何を表現するものであるか、ということである。勿論、ついで、表現される評価・基本的方向そのものの検討が行なわれなければならないが、類型の構造の検討はその前提となる。このような視角が重要であると考えるのは、現代社会において、個人の利益が、例えば公共という名での他者の便宜に對して、保障されるには、個人主義という実質的価値をあとう限り各類型に貫徹することが法律学のなしうる最善のことであると考えるが故である。具体的には、我妻相關關係論は、「損害の公平な分担<sup>(3)</sup>」という一般的準則と結びついていたが、不法行為責任及びその客観的要件たる違法性概念は、そのような正義の公準によつてではなく、個人主義という積極的内容を示す―従つて、それと矛盾する価値を排する（矛盾しない価値とは関連を示しつつ併存しうる）―基本的基準に沿つて、民事法の他領域との連関の下で、類型化が試みらるべきである。違法性概念もこのことへの適合性・有用性という視角から考えらるべきである（結論として、筆者は、客観的違法性概念を有用と考える）。

体系思考へのこの方法的（基本的価値自体でなく）選択は、基本的価値の対立が、とくに不法行為法領域では顕著に、存在するということ、裁判（法学は裁判という国家活動への働きかけを中心的目的とする）における価値実現は、この価値対立の中での裁判官の選択であるという認識を出発点としている。この状況においては、各自がなさざるを得ない法的価値選択を、類型構成によつて確固たるものとすることが働きかけとして有用である。この点においてこそ、評価法学による、形式的体系にかわる、実質的体系が可能でありまた有意義である。

以下での違法性論の検討は、それぞれにおいて示される思考枠組（類型構成の方法）の実践的意義ということが中心の問題であるが、それに限られるものではない。諸違法性論には、実際上にも、一定の結論を導びき出すうえでの適合性の相違がある。それは、とくに、無過失責任論<sup>(4)</sup>の性格付け、賠償と差止の要件の關係のさせ方に現われると考へる。

# 註

- (1) もっとも、既にその前も、とくに加藤説前は、広い支持を得ていたとは、ただちにはいえないのではないかと思われる。  
拙稿「民法七〇九条の一般条項化と個人の利益」法政理論一五卷二号（一九八三）四四頁参照。

- (2) 体系と類型の構造の関連については、磯村哲「カメラー」『不当利得』法学論叢六三卷三号（一九五七）一二四頁以下から示唆を得た。

- (3) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為（新法学全集）』（一九三九）一〇〇頁以下。なお、本稿では、我妻説の検討は、新法学全集版による。

（４）危険責任との区別如何には立入らず、以下では、危険責任論を含めて、無過失責任論とする。

## 第二章 相関関係論の問題点

一 我妻相関関係論は、「違法性の具体的決定に当っては、被侵害利益の種類と侵害行為の態容とから相関的にこれを決定すべし」とするものである。<sup>(1)</sup> この相関される二本の柱については、被侵害利益がそれぞれ強い権利と弱い権利にわけられ、侵害行為の態容として、(イ) 刑罰法規違反行為、(ロ) その他の禁止法規又は取締法規違反、(ハ) 公序良俗違反の行為、(ニ) 権利濫用が挙げられる。この相関関係論は、末川説による七〇九条解釈によつて、七〇九条が不法行為法の一般的原则という性格を明確にされたことを前提として、その「違法性決定について一応の準繩を定める」ために唱えられた。<sup>(2)</sup>

我妻説は、「準繩」の必要性を唱えその具体化を行うことによつて、一般条項化による法的保護の拡大を可能とする方向を決定的なものとした。その末川説と異なる方法的特色は、<sup>(3)</sup> 実質的評価による違法性決定が表面に出ていることである。違法性を、法規違反の形式でなく、規範の關係対象||実体の評価によつて判断することのはじまりである。被侵害利益の要保護性の強さをみること、態容との相関がそれである。形式的根拠付けが実際の準繩と結びつかないことが、末川説からの方法的变化の直接の因であろう。

それとして必要性を承認しうるこの方法的展開は、また、次のような新たな課題を生じさせる。第一に、違法実

体をなに見、それを判断する規準をどのように構成するかということである。このことは、相關關係論が表現する評価基礎は何か、相關の下での類型は何を示すものであるかという理論的問題につながる。第二に、實際面として、体系問題から、違法性概念を無過失責任・差止要件を含んだものとするかという問題が派生してくる。實質的評価による違法性決定は、これら問題での違法性概念の分裂或いは放棄の可能性を開くからである。

二 我妻説においてしかし、これらの問題は明確な形では登場してこない。それは、相關關係論が違法をその実体の評価から把握することを貫徹しているわけではないからである。相關關係論は、二本の柱（ただしそのでの態容は不法形式）における違法性の強弱を相關的・総合的に考察するという一般的定式という意味と、被侵害利益における「弱い權利」の侵害の場合には、侵害行為が一定の形式を備えることによって違法性の要件を充たすことになるということを中心的内容とするという意味をもつ。主として前者の側面に関して、柳沢説は、「被侵害利益は、違法評価の対象ないし不法実体の考察であるのに対し、そこでの加害行為の態様は、…不法形式である。被侵害利益の種類およびこの利益の侵害は、それぞれの加害行為の態様形式において具備されねばならないことである。…両者を相關的に総合することは論理的に不可能であり、意味がない」とされた。<sup>(4)</sup>ここには、我妻説では實質的違法性論の貫徹が行なわれていないことが指摘されている。我妻説がこのような性格をもつということは、實質的評価を基礎とする法律学が第一歩を歩みはじめた段階であるということによるところが大きいであらう。しかし、その後の学説の展開において問題として残る点が我妻説には既に含まれているから、我妻説を分析する必要は尚残されている。

三 第一に、理論的側面における類型の意義に関して。この「準繩」によって構成される類型には、違法性の最

も強い「絶対的な権利と認められるものを法規違反の行為によって侵害する」というものから、違法性の最も弱い型としての、「新たな社会関係の裡に生成しつつある権利を権利の行使によって侵害する」ものまでの強弱のそれが想定される。<sup>(5)</sup> 実際上は、提示される類型が示すものは、第一に被侵害利益の強弱であり、第二に、「対世的効力弱きか又はその内容の漠然たるものについて」の、不法形式への指示である。<sup>(6)</sup>

この「標準」及び類型から表現されるものは、第一に、利益の実質的評価において、強弱でとらえられているということである(態容の不法形式論については上述)。各利益はそれぞれ個別的に排他性の有無を検討されるが、その際に、民法の構造全体の中でのそれら利益のもつ位置という観点が後退する。このことは、一つには、形式的体系・方法にかわって、それぞれの利益を統一的に関連付ける実質的体系が未だ現われていない、ということの意味するが、また、ここには、形式的権利概念が意味しえた個人の利益の絶対的保護という視点の後退がある。

第二に、諸利益を強弱の視点でみるこの類型構成は、当然のことながら、行為態容との相関ということと結びついており、そのことによって、「損害の公平な分担」というより上位の一般的準則の具体化であるということを表わす。我妻説において、「公平な分担」論は、「個人主義民法」批判と結びついていたが、そこでは、個人主義に対して実質的内容をもって自らの思想を体系的に対置させることが目指されているのではなく、この一般的準則は、第一に、形式的体系・法的概念への批判という消極的意味をもつものであった。しかし第二に、そしてより重要なこととして、この準則は、不法行為法独自の指針を示すものとして、不法行為の機能把握のための各利益類型を、関連付けるよりもむしろ、民法の全体構造から切り離すことに働いた。

四 次に、我妻説の実質的違法性概念が、「公平な分担」視点の下での損害賠償法のそれであるとされることが、実際の現われについて。既に原島説が指摘するように、我妻説には違法性段階論がある。<sup>(7)</sup>その現われ方は二つのものが区別されうる。第一は、発電所用水路事件に関して、「所有権侵害の違法性も相対的な価値判断なることを示す」と述べることである。<sup>(8)</sup>ここでは、「社会的影響」という実質的考慮を入れる段階論が正面から認められている。第二は、「工業会社の発散する害毒についても、その企業の有する社会性、害毒の種類・程度、四周の状況等により、損害を填補せざることが違法なりと判断せられる場合もあり得べきもの」とすることである。<sup>(9)</sup>ここでも違法性の相対性が考えられているが、第一とは逆に、「許された企業」からの損害であつても、「違法たりうる」という主張となつてゐる。<sup>(10)</sup>第一の賠償・差止段階論は、相關關係論の外で、ストレートに出されている。相關關係論が、不法行為法の違法性論として、「損害の公平な分担」||賠償違法の実質化のための標準であることが、差止との段階論を根拠付ける。第二の賠償違法段階論は、欠缺構成を避けるための論理構成である。<sup>(11)</sup>本来的には、その侵害行為そのものは、賠償法上も違法とはみられていない(第一型では、行為そのものが、賠償法上は本来的に違法とされよう)。この事実上の無過失責任適法論と相關關係論の關係は次のようになる。即ち、行為は直接には不法形式にあたらな(営業の自由・権利行使)から適法である。しかし実質的評価(「損害の公平な分担」)からして賠償が望ましい。公序良俗規範は、違法実体を特定の示していないから、「賠償しないこと」も要因としうる、という論理であろう。ここには、形式的思考の存在と実質的評価によるその修正がある。<sup>(12)</sup>従つてまた、ここでは、差止の排除が考えられているのではなく、差止がありうることははじめから前提にされてはいなくて、賠償を認めることが「ありうる」<sup>(13)</sup>ことがこの構成の内容であつた。



かくて、違法性段階論、事実上の無過失責任適法論が、異った経路によってではあるが、我妻説に現われる。基礎には共通して、不法行為(違法性)論の他領域との切り離しという方法と、行為の社会的有用性の実質的評価がある。

## 註

- (1) 我妻・前掲一〇一頁。
- (2) 我妻・前掲一二五頁。
- (3) 末川説の特色について、柳沢弘士「ケメラの民事不法理論」日本法学三一巻四号(一九六六)一五七頁以下、拙稿・前掲五六頁以下参照。
- (4) 柳沢・前掲一五九頁。なお、拙稿「現代不法行為法学における過失・違法性論の動向と課題」法政理論一六巻二号(一九八四)八頁は、柳沢説引用文のうちの「論理的に不可能」という意味で、「論理的矛盾」とのべたが、正確には「矛盾」ではないので、撤回する。目下、「論理的に不可能」ともいえないのではないかとも思っているが、本稿の論述にはこれ以上立入ることは必要ではないだろう。
- (5) 我妻・前掲一二六頁。
- (6) 我妻・前掲一二六、一三一、一三四、一三六、一三七、一四一、一四二頁。
- (7) 原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4(一九七六)七八頁。
- (8) 我妻・前掲一二九頁。

(9) 我妻・前掲一〇五頁。

(10) のちの学説では、違法性段階論は第一の意味で用いられる。第二の意味は正確には、賠償違法段階論であるといえよう。しかし、無過失責任論と連続している第二の意味のそれ（鈹害賠償との関連でのべている我妻・前掲一〇五頁参照）も、差止排除については共通している。我妻説ではこの共通性はみられていない。

(11) 我妻・前掲一〇一頁。

(12) 従って、我妻説では、相關関係論の故に「企業の行為は違法とはならない」（原島・前掲七六頁）のではなく、相關関係論であるから、賠償しないでの施業を違法とすることができると考えられた。

(13) 我妻・前掲一〇五頁。勿論、当時の状況の中での、被害者に賠償請求権の可能性を開き、法的構成によって確保するという我妻説のもちえた機能も見落してはならない。

### 第三章 現代違法性論の実際的問題

一 結局、我妻説からのちの不法行為法学に残された大きな問題は、不法実体把握をどのように行うか、その把握がどのような基本的価値に適合的であるか、という理論的問題である。しかし、前章でのべた実際的問題も残される。本章ではまず現代違法性論の実際の側面について考える。

現代の代表的な学説の違法性論は、大きくは、新受忍限度論・行為不法論は違法・過失<sup>(1)</sup>一元論<sup>(2)</sup>、結果不法論（沢

井説）は二元論とわけられる。行為不法論と沢井説は、違法性判断においては、前者が回避可能性を前提とした注意義務違反、後者は予見可能性を問わない遡及的違法性判断を説くから相違が出てくるが、賠償責任の有無という結論では、後者も有責判断では予見可能性を前提とした有責判断を行うから、一元・二元ということだけによる相違は出てこない。なお、新受忍限度論によれば、損害の重大さによって、予見可能性を問わないで、過失ありとされるから可能性としては相違がありうるが、それも、違法・有責判断の手順による相違ではなくて、過失内容の問題である。<sup>(4)</sup>違法性論の損害賠償分野での実際の相違は、無過失責任を違法性論で説明するかということに現われる。<sup>(5)</sup>

二 まず、新受忍限度論においては、まさに、無過失責任は過失責任と区別されたものではなくなる。<sup>(6)</sup>そのかぎりでは、無過失責任の性格付けという問題も生じない。しかし、新受忍限度論においては、過失概念だけでなく、違法性概念も無意味なものとなる限りでは、無過失責任場面に関しては、それを違法としない行為不法論と同じ性格を持ちうる。<sup>(8)</sup>

前田説が指摘するように、ドイツ民法学においては、結果（正確には修正結果）不法論も、無過失責任を違法性概念によって根拠付けているわけではなく、この問題は、後述する差止論をめぐってとは異って、ドイツにおける違法性論議の中には現われていない。しかし、この問題も違法性論の実際面の問題たりうる。即ち、行為不法論は、結果不法論が危険責任或いは無過失責任となるような事例を違法な行為としたうえで、あとは有責判断の問題であることに反対する。回避可能性を前提とした注意義務違反に違法性をみるこの立場では、「許された危険」に基づく責任を違法とすることは考えられない（事後的遡及的違法性判断への反対）。<sup>(11)</sup>これに対し、行為不法論に立つのではない場合には、無過失責任を違法性概念で説明する可能性は残される。沢井説は、無過失責任が問われる

行為は、「違法であつて過失を要しない行為」であるとする。<sup>(12)</sup>

たしかに、無過失責任を違法性によって性格付けることが直接に効果論における損害「賠償」の額（最高額制限の導入の有無）、範囲（とくに慰籍料請求の許否）に結びつくというわけではない。違法性を否定しても、効果論においては、政策的に全損害の補償を主張することは可能であり、また逆に、違法であるとしても、有責の程度によって賠償額・範囲を決定するという主張もありうる。しかし、有責性の程度を問わない現在のわが国の要件—効果論の關係を前提にした場合、違法と性格付けるか否かは大きな意味をもつてくる。また、かりに有責性の程度を入れるにしても、違法性の存在を出発点とした場合には、賠償額・範囲の縮減にはそのための事由の積極的提示が要求されることになる。

無過失責任論の性格付けについて前述の沢井説を支持するが、この点に関して、沢井説が展開する結果不法論の内容は、いくつかの点で尚問題がある、と考える。第一に、沢井説が、「絶対権侵害は、これを侵害してはならないという一般的規範から、当然違法となる」<sup>(13)</sup>とする点である。無過失責任立法のなかには、被侵害利益を人格的利益のうちの生命・健康にかぎるものがある。<sup>(14)</sup> 沢井説によれば、無過失責任は、侵害の仕方によって、（回避措置判断の位置付けの問題は後述）絶対権侵害＝違法な行為のうちの種のある種のものが有責を問わずに賠償責任を課されるという説明にならう。しかし、必ずしも無過失責任立法の現状をそのまま肯定するというだけでなく、絶対権（利益の排他的帰属）ということだけでなく、利益の種別が、無過失責任制度にとって重要であるということが現行立法から窺える。絶対権という権利の共通の性格を抽象化したレベルでなく、利益内容そのものに着目して、人格的利益の侵害か財貨利益の侵害かをわけたうえで、無過失責任を、一定の仕方でのそれら利益の侵害について、

その仕方のもつ一般的危険性に着目して、有責を問わないとしたもの（有責立証の困難さ、迅速な救済などの要素も加わって）と考えるべきである。これによって、侵害の仕方のもつ危険性の内容を被侵害利益の類型との関連でとらえることによって、無過失責任を違法な行為の責任としつつ、違法の意義との関連で人格的利益・財貨的利益それぞれについての無過失責任の存在意義をより明確にしうる。

第二に、回避措置の位置付けに關してである。沢井説は、絶対権を「侵害してはならないという一般的規範」違反判断において、回避措置をつくしたことが明らかになれば違法にはならないとするが、<sup>(15)</sup> 沢井説からすれば、無過失責任ケースでは、違法性判断において回避措置が判断されることはない筈である。沢井説では、無過失責任ケースは、その種侵害は、一般に停止以外には回避措置なしとして、停止という回避措置をとらないことを違法と説明することになろうか。しかし、違法性判断においては、回避措置そのものが重要なのではなく、それは一つの要素であつて、それを含めての行為の客観的性格<sup>(16)</sup> 危険性の判断が行なわれるのではないか。その危険性が現実化した場合には、その行為は、結果から性格判断され、回避措置をつくしても違法であると判断される。この性格付けを遮断しうるのも、危険性の質についての社会的評価<sup>(17)</sup> であつて、それが違法性阻却事由と構成されるものの内味をなす。

三 差止要件との関連について。ドイツ民法学の違法性論議においては、行為不法論に対し、その違法性と差止領域（及び正当防衛<sup>(18)</sup>「二二七条」、禁じられた自力救済（八五八条一項））における「違法性」との関連が失なわれるという批判がなされた。<sup>(18)</sup> しかし、行為不法論者側の反論の内容からみても、ここでは、<sup>(19)</sup> 実際のな問題としてより、むしろ違法性概念の統一性の要否という直接的には理論上の問題をめぐる議論としての性格をもつ。これに対し、

わが国では、原島説が、差止論の角度から違法性段階論を問題として、受忍限度論・目的々行為論更にそれらの源とされるわが国の民法学における諸説を批判的に検討することに示されるように、実際の問題が前面に出されている。

(一) 受忍限度論は、「被害が……、ある一定の限度をこえたところから、損害賠償が認められるようになる。しかし差止請求が認められるのは、それよりかなり高いところで、どうしてもとめなければ困るという場合に限られることになるであろう」とする。<sup>(20)</sup> 加藤説は、この賠償標準を「社会生活上の許容すべき限度」、差止標準を「一般市民の生活を脅かす程度に達した場合」と表現している。<sup>(21)</sup> 受忍限度論が論理的に違法性段階論になるという関係にあるわけではない。そこには、実質的評価が入っている。このような考え方の実質的根拠は、「企業が……被害を与えるながらも他方においてより多くの利益を生み出していること」・公益性<sup>(24)</sup>にある。この段階説<sup>(25)</sup>の特色は、賠償法上違法であっても例外的に差止が認められない場合があるということ<sup>(23)</sup>を認めることにあるのではなく、原則的に、この二つの救済の要件たる違法性が異なるもの、違法性判断が異った規準によるべきものであることにある。

加藤説は、「どこまでの救済を認めるかは立法政策の問題である」<sup>(26)</sup>とする。ここでは、差止を例外的に排除することが政策とされるのではなく、原則的に救済手段一般が政策の問題であるとされる。<sup>(27)</sup> 原則二本立て論は、例外規準を設定し、それへのあてはめの可否を個々に判断していく方法と比して、差止の承認は狭くなる可能性がある。加藤説はこの評価を前面に出している。原則二本立て論では、公共性・社会的有用性といった、現代の社会で強い説得力をもつ要因を、原則的位置で議論させることによって、差止請求者にとって不利益が大きい。これを「政策」問題とすることも同様であり（政策ということの意味の不明確もあるが）、市民社会の中で生成・承認される個人

の利益範囲をめぐる規準を確固たるものとすることが、「政策」という表現によって後退する。

新受忍限度論は、受忍限度規準を、生活妨害ケースだけでなく、違法・有責要件を一本化したものとして、一般の妥当範囲をもちうるものとした。<sup>(28)</sup>しかし、賠償・差止二元論が全被害利益に関して主張されることはなかった。淡路説は、「被害本位的相關衡量判断」<sup>(29)</sup>を主張し、「健康被害のような重大な被害の場合には、加害行為の態様いかにかわらず、原則として差止が認められなければならない」<sup>(30)</sup>とする。ここでは、受忍限度規準も、違法段階説も働いていない<sup>(31)</sup>（受忍限度という一般定式による理論面での問題性は残るが）。また、加藤説のいう「政策論」は、淡路説には現われない。「被害本位的相關衡量」説は、生命、健康被害以外の類型においても、衡量の方向として働くことが予定されているが、そこでは尚原則的段階説が否定されているわけではないようである。従って、差止規準を一般的に別に設定すること自体のもつ、個人の利益範囲の後退の可能性は尚残る。

(二) 行為不法論における違法性概念は、賠償要件として考えられていて、差止規準は別のものとされる。<sup>(32)</sup>ドイツ民法学での議論は、有責要素を違法性要素に入れることによって、差止要件としての違法にも有責要素が入れられるのかという問題、換言すれば、差止要件に有責判断が不要ならば、賠償要件での違法性にそれを含めることは、違法性概念の統一性を保ててくのではないか、ということである。<sup>(33)</sup>行為不法論においても、差止に有責を不要とする点では一致しており、差止要件を違法性概念を用いないで説明する（ニッバーダイ）<sup>(34)</sup>か、違法性概念と不法概念を区別することによって、違法性は形式概念として統一性を維持する（ヴィートヘルター）<sup>(35)</sup>ことが行なわれる。このような手だてによって、違法性概念の相違からありうる実際の相違も解消される。柳沢説においては、財貨帰属・人格権法秩序における差止と並んだ、行状法秩序における差止要件は、「簡約された不法行為構成要件」<sup>(35)</sup>によ

るとされるから、違法性概念は統一的であり、二段階問題も生じない（問題点は、体系論の平面になる）。それに對し、その他のわが国の行為不法論が、ドイツの行為不法論のようにありうる相違の解消をはかるか、むしろ積極的に、原島説の考えるように、<sup>(36)</sup> 原則的段階説と結びつくのかは明言されてはいない（<sup>(36)</sup> 概念の相対性を指示するところから段階説にいくようにみえるが）。わが国では、差止論との関係は、行為不法論にとって、ドイツにおけるよりも、重要な問題となる。

(三) これに對し、賠償・差止における違法性概念の原則的一致を維持しようとする場合には、その例外規準をどう用意するか、という問題がある。とくに、沢井説がくり返し指摘するような<sup>(37)</sup>、ドイツ民法学における違法性論議が、差止領域での原則―例外の逆転という現実と併存しているということがあるとするならば、わが国において違法性の原則的一致を主張する者にとつては、例外則を無限定にしないためにも、違法性概念の實質的内容・評価の方向を、一貫した組立てをもつて提示する作業が必要となってくる。

沢井説は、賠償と「差止請求を齊合的に説明」<sup>(38)</sup> することを主張する。「有責性には関係なく、違法な侵害なら不作為または防止措置請求をなしうる」と<sup>(38)</sup>。これは、行為不法論及び新受忍限度論による過失・違法一元論に對する、「齊合性」レベルの批判である。沢井説には實質的評価レベルでも原則的違法段階論への批判がある。即ち、「客觀的違法のみで差止を判断すべき」であつて、受忍限度論のように、賠償・差止における相違を「一般化して考えるのは妥当でない」と<sup>(39)</sup> する。そして同時に、差止においては賠償におけるとは異つたファクターが加わり、「結果として被害が賠償基準よりやや高いところではじめて違法として差止が認められることになる場合がありうる」と<sup>(40)</sup> する。沢井説では、原島説<sup>(41)</sup> における程には原則―例外構造は明確ではない。沢井説には、原則―例外ということのみを強調しても、例外を「明確な基準なしに認めてゆくなら……違法段階説以上の弊害をもたらす」<sup>(42)</sup> だろうという



考えがあつて、具体的なファクターの評価の仕方がより重要であるとみているからであろう。しかし、原則的段階論への批判があることは明らかであり、尚、原則的一致説と理解できよう。

筆者は、賠償・差止の違法性規準の原則的一致を支持する。ここでの問題は、例外が原則的一致を事実上無意味にすることのないようにするための枠組み（沢井説の叙述に例えば、差止特有のファクターの位置付け方）はどのようなものであるかにある。原則的一致を出発とするのであるから、例外則も原則たる違法の捉え方によって基本的方向が与えられる（理論の実際の意義）。

沢井説は、絶対権侵害とその外延をカバーする違法な利益侵害（あわせて違法侵害説<sup>(43)</sup>）を差止根拠とする。このことは、当然のことながら、不法行為における、絶対権侵害とその他の法益侵害<sup>(44)</sup>に区別することに対応している。問題は、この理論的把握が、例外をしぼることに適合性をもつか、ということである。沢井説では、社会的有用性・防止措置の困難さが違法性減殺事由とされるから<sup>(45)</sup>（それらが例外的に働きのことは是認されてよい）、それらファクターの働く場・方向の限定にとつての適合性如何ということになる。

まず絶対権侵害の場合は、「被害の程度や侵害行為の態様如何にかかわらず」、排除請求が認められる<sup>(46)</sup>。従つて、例外的に「被害者ががまんしてもらわなければならない」場合が出てくるのは、「その他の利益」の侵害・不当な危殆化である。しかし、この部分を、一般的に「その他の利益<sup>(47)</sup>」としつつ「加害行為の態様を斟酌して、あるいは利益衡量の結果として差止的違法がある」とするとき、この部分に関して、違法性段階説と変わらなくなる。ことに、絶対権とその他の利益という区別が、「裸の」態容とされるものであれ、相関々係論と結びつけられることによつて一層である。絶対権といういくつかの権利の共通の性格論を類型論の中心におくことの問題性は、無過失責任に

関してものべた。差止に關しては、沢井説の絶対權構成は、請求者で權利濫用というより一般的規準にあたる場合は別として、侵害態様は考慮されないとするから、この性格レベルで規準構成しても實際上の問題は生じない<sup>(48)</sup>。沢井説の枠組が差止論で問題をもつのは、「その他の利益」侵害における相関々係論である。ここにおいても、原則——例外則の維持のためには、例外をそれぞれの利益の質・その保護の秩序との関連でみるべきであつて、一般的定式としての相関々係論は、違法性根拠及び例外の可否の根拠が一定の視点から明確にされるということに有用性をもたない。即ち、その他の利益の侵害による差止の例として、生活環境上の利益の侵害の他、不正競争上の差止<sup>(49)</sup>、財産上の間接的被害<sup>(50)</sup>、更には、名誉・プライバシー侵害<sup>(51)</sup>があげられている。このうち、名誉・プライバシーは「その他の利益」に入れること自体に疑問があるが、その他のものに限つても、重要なことは、「態様」自体ではなく、行為がそれに即して判断される規準及びその対象の所在にある。例えば、原産地の不実表示の差止と騒音や日照被害（健康被害に至らないそれ）の差止を、態様との相関々係論ということにくることは抽象化であり、しかも、「絶対權」が權利の性格の抽象化であることと対応しているが、それに比して有用性の低い抽象化である。規準は、生活環境秩序・市場秩序そのものの中にある。沢井説による生活妨害類型での違法性減殺事由の慎重な扱い<sup>(53)</sup>は基本的に支持しうるが、これを導くものは、一般的相関定式ではなく、生活妨害類型に即した規準の設定（受忍限度）、その中の差止に特有なファクターの考慮の仕方という実質的評価である。

賠償違法判断が事後的客観的判断であるとした場合には、差止請求と賠償請求の性格上生ずるファクターの相違は、危険性・蓋然性判断にある<sup>(54)</sup>。予防的差止では行為自由との対立が鋭くなる。この蓋然性判断は予防的差止一般の性格が必要とするものであり、「絶対權」侵害の危険性に關しても行なわれる。沢井説は、「危険度は、侵害の予

想される保護法益の種類・程度と、『被害発生の蓋然性（確率）とその具体性の積』との相関的衡量で決定される<sup>(55)</sup>とする。一般的定式をいうとすればこのような表現になるであろうが、ここでも、「相関」及び「絶対権」その他の利益<sup>(56)</sup>、という二類型（とくに後者）は、役立たない。重要なのは、各被侵害利益類型における規準にてらしての許容度であろう。従ってここでも、評価視点（人間の尊厳）を貫徹させつつ類型構成を行うことが第一の作業となる（体系思考）。

## 註

（１）四宮説は、構成要件—違法—有責の三分法の維持をのべる（四宮『事務管理・不当利得・不法行為（中巻）』（一九八三）二七七頁以下）が、過失は、事実上、違法性の中に入れられている（二八九頁、三三八頁、三五六頁以下）。

（２）なお、行為不法論をとったうえ、有責判断を具体的過失論によって行う場合は二元論になる（Nipperdey, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, S. 1780. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1960, S. 1321f. 柳沢「不法行為法における違法性」私法二八号（一九六六）一三三頁）。しかし、この説では有責判断において相違がでてくるが、違法性論は一元論である行為不法論と変わらない。

（３）淡路剛久・私法四一号（一九七九）二二三頁。ただし、『公害賠償の理論（増補版）』（一九七八）四八頁以下も参照。なお淡路説は、自らを新過失論として、新受忍限度論の修正をいうが、本稿では、基本的枠組だけを扱うから、一括して新受忍限度論とする。

（４）ただし、新受忍限度論の出発点が生活妨害ケースの判例分析（多くは予見可能性の有無が争いにならない）であること

から、この説が本来的に無過失責任の主張を目的としたものであるのか、従って、例えば沢井説などが調査義務を入れこむことによって予見可能性判断を補完するようなケースを、更にはそれを超えて調査義務をもつてしてもカバーできないかもしれないケースを予定していたかは疑問である。この説は、無過失責任の正面からの解釈的構成がもつ難点―「過失」という概念の説明の困難、明文を無視するというより一般的に広がりうる問題―と並んで、公害裁判で被告側の論拠としても用いられることに表わされるような、主張者とは異った評価を排除するための用意が欠けているということによって、裁判官への白紙委任であるという批判をあびた。この批判は正当なものと考えるが、他面、この説の存在が、他說―とくに沢井説―の調査義務論を間接的におしすすめるという働きをしたともいえるかもしれない（拙稿・前掲二四頁）。

(5) 西原道雄・私法四一号二一八頁。

(6) 淡路・前掲五〇頁。

(7) 淡路説は、違法性不要＝新過失論である。

(8) 野村・淡路・伊藤（高）・高津「公害賠償保障法の提案」加藤編『公害法の生成と展開』（一九六八）四八九頁では、賠償額の算定に関して、無過失責任については、「特別の考慮を要しよう」として、とくに、慰謝料を原則として除外することを提案している。この提案も違法性概念を不要とすることと直ちに結びついているとはいえないが、有責性の程度論をストレートに出すことには、違法性概念を不要とすることがより結びつきやすい（ただし、淡路説については、淡路・前掲一八六頁参照）。

(9) 前田達明「沢井裕『不法行為法学の混迷と展望』を読んで」法学セミナー二九八号（一九七九）一一八頁。

(10) Stoll, Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, AcP.162, 1963, S.229 Anm.96, Deutsch, Haftungsrecht Erster Band, 1976, S.197.

(11) 前田・前掲一一八頁、柳沢・私法二八号一二七頁（そこではあわせて、営業による法益侵害も結果不法論では説明でき

ないと批判されている。結果不法論（というよび方が維持さるべきかは別として）では、被侵害利益の質（それをめぐる法秩序の内容）如何によって、侵害行為の「態様」が問題となる、と説明されよう、四宮・前掲二六二頁註(2)。

- (12) 沢井裕「不法行為法の混迷と展望」法学セミナー二九六号（一九七九）九一頁。また、西原「違法性と過失」Law School, No. 7, (一九七九) 一六頁、広中俊雄「債権各論講義」(一九七九) 四四七頁。なお、川村泰啓「増補」商品交換法の体系Ⅰ（一九七二）一〇六頁は、危殆責任については「違法性概念が……転換し」、「結果の違法性をもって充分であるとする（また、一一〇頁参照）。

- (13) 沢井・前掲九〇頁。

- (14) 水質汚濁防止法一九条一項、大気汚染防止法二五条一項。なおまた、自賠法三条。

- (15) 沢井・前掲九〇頁。

- (16) ちなみに、沢井説では、「自賠法三条但書の無過失」は、回避措置をつくせば違法にならないことの例であるとされている（同・九〇頁）。この文章は、但書の三要件全部なのか、「自己及び運転者が…注意を怠らなかつたこと」をさすのか不明確であるが、前者をさすすれば、第三要件「第三者に故意・過失があつたことの証明」を、回避措置をつくしたことの証明に入れることは無理であろうし、後者であれば、注意を怠らなくても、他の二要件の立証がなければ尚違法であるから、いづれにしても、自賠法三条を、回避措置義務違反を違法とすることの例とはならない。むしろ、これら三要件は、危険責任が純化していないことのあらわれとみて、違法の実体は、そのような結果につながつた危険性（その行為の性格の適及的判断）にみるべきでないか。有責的過失は不要で、危険の創出が、過失とは異つた、帰責事由である。なお、川村・前掲一〇六頁参照。

- (17) 沢井説のいう「被害回避の社会的メカニズム」（「食品製造関連企業の責任構造」法律時報四九巻五号（一九七七）一八

頁、二二頁、同・「食品・薬品公害と製造物責任」<sup>2</sup>「法律時報五〇巻九号（一九七八）六四頁」についていえば、まず、構成要件該当性判断で働き（例えば、電気製品メーカーの過失（欠陥？）による損害につき、電力会社が連帯責任を負わないこと（沢井・法時四九巻五号二二頁の例）、また、現在のところ「社会的評価」自動車「欠陥」のないそれ）の製造・販売自体が違法性判断の対象とならないこと）、ついで、違法性（正確には阻却）レベルで、回避措置付行為の客観的性格判断の前提事実として働く、そして、有責判断レベルで、社会的メカニズムの機能（不全）の認識可能性も含めて、回避措置付行為が判断対象となる（有責判断レベルに関して、牛山・重井「不法行為法における故意・過失」及び違法性理論の動向」比較法学七巻一号（一九七四）四一頁以下参照）。

(18) 文献については、Larenz, Schuldrecht Bd. II, 12. Auflage, 1981, S. 609 Anm. 1 参照。

(19) 文献については、原島・前掲六六頁註⑧。及び、Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966, S. 341 ff.

(20) 加藤編『公害法の生成と展開』一三頁。

(21) 加藤『不法行為』（一九五七）二二四頁。

(22) その他に、思考方法として、このような考え方は、「概念の相対性ということからむしろ自然の考え方であって」、概念としての一元の主張は、「一つ概念法学にほかならない」という（加藤「フライバシーの権利」法学教室二四号（一九八二）八五頁）。

(23) 加藤『不法行為』二二四頁。

(24) 加藤編・前掲三二頁。

(25) 加藤・法学教室二四号八五頁は、この名称を適当でないとして、相対的違法性・多元的違法性というが、この名称も内容を表現していると考えるので、以下段階説という。

- (26) 加藤『不法行為』二一四頁。なお、厳密には、これは、不法行為の効果として差止請求権を認めようとする見解への反論としてのべられているものであるが、賠償と差止についての考え方が現われていると思われる。
- (27) なお、不正競争防止法一条を、「立法の上でとくに妨害排除の請求権を認めたもの」(加藤・前掲二一四頁)とすることもこの帰結である。ここでは、不正競争ルールの内容を立法政策とすること、不正競争の差止と人格権侵害に対する差止が区別することなく論じられていることに注意したい。
- (28) 加藤『不法行為』第一版は、被侵害利益類型のなかでの生活妨害ケースでだけ受忍限度規準がとかれていた。ただし、その後は必ずしも明確ではない、『不法行為(増補版)』(一九七四)二九〇頁以下。
- (29) 淡路「差止法理と被害」自由と正義三四巻四号(一九八三)一七頁。
- (30) 淡路『環境権の法理と裁判』(一九八〇)六八頁。また、野村『環境問題』『現代の社会問題と法』(一九七八)一〇〇頁以下も同旨と思われる。なお、新受忍限度論ではないと思われるが、原則的段階説といえる、石田(喜)「人格権」判例時報七九七号(一九七六)は、「健康」概念にもよるかもしれないが、やや相違が感じられる。
- (31) この点に関しては、加藤説の原則二本立てが、健康被害まで含んで考えられていたかは疑問であるが、淡路説は含まれないことを明確にした、といえよう。また、「重大な被害」が、身体的被害に限られないことの強調は、淡路「名古屋新幹線公害訴訟の意義」法律時報五六巻一〇号(一九八四)二二頁以下。
- (32) 四宮・前掲二八一頁。前田説は明言してはいない(前田『民法Ⅵ(不法行為法)』(一九八〇)二七〇頁以下)が、段階説?、法学セミナー二九八号一一六頁、一一八頁。
- (33) Vgl. Larenz, a. a. O., S. 609.
- (34) ありうる相違は、まず、有責要件を違法性の中に入れるとその分差止要件が厳格になるということになる。しかし、差

止請求がなされた時点からは、通常は、故意少くとも過失が存在することになる (Deutsch, a. a. O., S. 58) から、そのかぎりでは一元論・二元論の相違はなくなる (異った角度からではあるが、伊藤進「判例批」)。妨害者側が自己の行為を正当と判断し続けることが結果的に誤っていて、それに過失がないという可能性が残っているかぎりでの相違となる (ドイツにおける行為不法論において、この種問題が生じないこと、本文のとおり)。ドイツの判例上、(違法性論が直接問題となつたわけではないが) 名誉毀損行為及び営業上の表示行為の撤回要求で問題となつた Vgl. Lorenz, a. a. O., S. 627. なお、また、Vgl. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, 1960 → in Gesamte Schriften I, 1968, S. 545.

(35) 柳沢「予防的不作為請求権の構造」日本大学法学部法学紀要二〇巻 (一九七八) 二二四頁、二四〇頁以下。

(36) 原島・前掲五九頁。

(37) 沢井「公害差止の法理」六八頁、一七七頁註(71)。

(38) 沢井・法学セミナー二九六号九〇頁。

(39) 沢井「不法行為の差止請求の法理と実際」日弁連特別研修叢書 (一九七七) 四五四頁、また、「公害差止の法理」一一五頁は、「原則として同一」という。

(40) 沢井「公害差止の法理」一一五頁以下。日弁連叢書 (一九七七) 四五二頁。

(41) 原島・前掲九五頁。

(42) 沢井「公害差止の法理」一一六頁。

(43) 沢井・前掲二五八頁。

(44) 沢井・法学セミナー二九六号九〇頁。

(45) 沢井「公害差止の法理」一一五頁、一四〇頁以下、一五二頁以下。



(46) 沢井・日弁連研修叢書(一九七七)四五七頁。同・四五四頁は、公共性・防止措置の困難性に関して、「生命・健康が侵害されたような場合に、かかる抗弁が成り立たないことはいうまでもありません」とするが、所有権その他の「絶対権」を別に扱う趣旨ではなく、「絶対権」ということの明確な例を示したものであろう。

(47) 沢井・前掲四五六頁。

(48) もっとも、権利濫用規準の働き方は、人格的な「絶対権」と財産的なその場合では異なるであろう。

(49) 沢井・前掲四六二頁。

(50) 沢井『公害差止の法理』九九頁以下。

(51) 沢井・日弁連叢書(一九七七)四五八頁。

(52) 人間||個人の尊厳を立論の出発点とする場合(沢井『公害差止の法理』二頁)には特に、名誉・プライバシーの保護は、個人の尊厳性の直接的承認であって、これら利益は個人に帰属するものと考えるべきであろう。生命・健康などと異なるのは、外延の不明確さであるが、このことは、第二次的な問題であって、利益の性質上帰属性を承認することによって致命的なことではない。沢井説が態様として考えるものは、違法性阻却構成によるべきであろう。

(53) 沢井『公害差止の法理』一〇九頁以下、一四一頁以下、日弁連叢書(一九七七)四六〇頁以下。

(54) 沢井『公害差止の法理』一一五頁。

(55) 沢井・前掲一二二頁。

(56) 例えば、不正競争防止法一条の「おそれ」の要件は、このような相関図式で説明するよりも、定型的行为によってそれを乱すものに対する市場倫理の許容度の巾(の狭さ)によるものと考えるべきであろう。

## 第四章 現代違法性論の理論的問題

一 第二章でみたように、我妻相關關係論から、後の不法行為學說に残された理論上の問題は、違法を実体を明確にする方向で考えることの貫徹とそれをどのような実質的視点から行うかである。代表的な學說をみてみると、違法性判断は、新受忍限度論では諸要因による受忍限度判断、行為不法論では設定要素を示しつつの注意義務違反判断、沢井説では、裸の要因の相關判断による邇及的注意義務違反判断とされることによって、我妻説における不法形式はそのままの形では現われてこない。違法実体の把握を重要とする方向 $\parallel$ 実質的違法概念は、とくに柳沢説による我妻説批判後は、定着しつつあるといつてよい。問題は実質的な捉え方、類型を通して何が表現されるかにある。

二 加藤説によつて、生活妨害ケースに関して受忍限度規準が提案された。<sup>(1)</sup>そこでは、この規準は、社会生活秩序が維持されていくうえで不可欠な、市民による被害の受忍の程度を表わしていた。そこには加藤説のいうように、權利濫用論からの考え方の変更があり、それは、形式的思考から、実質的に社会生活に即してそこに内在的に存在する秩序を規準に表現する方向への変更という意味をもちえた(ただし、加藤説の類型論の問題は後述)。これに対し、新受忍限度論が、受忍限度規準を一般化し、違法—有責要件を一本化したものを表わすものとしたとき、この規準は当初もつた性格を失い、違法内容を示すものではなくなった。生命・健康被害が一般的に受忍限度を超えるものとされても、違法性の実質的根拠は、それら被害が受忍限度をこえているということにあるのではなく、生

命・健康の個人への帰属を承認する社会・法秩序への違反にあるのであろう。このような一般化は、論者の視点に基づく、違法実体の所在・区別を不明確なものにする。被害本位説はたしかに評価の基本的方向を示そうとするものであるが、なぜ被害本位なのかの根拠が各類型に即して示されないと、法適用者に対する働きかけとしては充分なものとはならないだろう。<sup>(2)</sup> 即ち、一般化された受忍限度規準（新過失論のいう「過失」であれ）が主張される場合、被害の重大さということが重要性をもって相關衡量の一方の柱とされる。<sup>(3)</sup> しかし、次にのべる類型の考え方とも關係するが、「被害の重大性」ということについてのすべての者に共通の評価基準は存在していない、<sup>(4)</sup> という認識が違法性論の基礎におかれるべきではないだろうか。基本的な価値観の対立を前提とした場合には、被害の重大さということを重要な構成要素とした定式は、法適用者への働きかけとして機能しえない。論者が「重大」と考える根拠を、論者の実質的価値基準と関連させつつ各類型によって示す必要があるだろう。

しかしながら、類型についてのこれとは異った考え方が受忍限度論・新受忍限度論にはあるようである。そこでは、各問題群は、論者の統一視点との関連如何ということは問題とされず、直観的に構成される。<sup>(5)</sup> そこでは、各問題群に関して、裁判例の要因の分析を通して諸判決の利益衡量の内容を明らかにし、必要な場合には、それら要因の衡量の仕方を批判するということが目的となる。<sup>(6)</sup> この類型論には、判例法的思考の影響をみることができる。<sup>(7)</sup>

カズイステイークのつまかさね及び事例からの一般化による法命題の構成は計算可能性の確保に奉仕しうる。とくに形式的概念及びその操作が、実体を反映しないで、理由付け（正当化）としてのみ働く場合には、この方法は、計算可能性の確保とともに、実質的論点の明確化による、衡量内容の批判のための前提作業して大きな意義をもつ。しかし、とくに不法行為法上の違法性判断においては、ある行為を（有責判断をこみにするかは別として）違法と

する評価をめぐっての社会的対立は、取引分野における対立とは質的に異ったものとなることがある。例えば、生活環境利益を含めた人格的諸利益をめぐる争いにおいては、市場倫理の評価をめぐる争いとは異質の対立があり、市民社会における価値観の一層根深い分裂・錯綜がそこに現われる。このような領域ではとくに、具体的ファクターの衡量の仕方の批判と並んで、その衡量及び批判の意義を明確にするためにも、主張者の評価が統一的視点に基礎付けられ、類型が連関を示しつつ主張される（体系思考）ことが実践的に有用ではないだろうか。<sup>(8)</sup>

三 行為不法論は、違法を行為者の注意義務違反（客観的行状規範違反）にみる。そこでの基本的視点は、行為者はなにをしてはいけないか、何をしたら賠償責任を生ずるかということにある。この視点も決して唯一可能というものではなく、この視点の選択がもつ意味が検討されなければならない。

柳沢説は、財貨・人格権帰属秩序と別に行状法秩序を考える。客観的行状規範は、「一定の立場における行為者に対する行為の命令・許容・禁止」<sup>(9)</sup>を内容とする。この規範の違反は、被侵害利益の種類と侵害行為の態容（行為者の主観的容態の種類、程度、行為の手段、方法作用の強弱附随事情など）との相関関係によって認定される。<sup>(10)</sup>柳沢説では、類型として、まず、「不法の実体的構造面」から①故意不法が分化され、ついで、行状規範の構造・由来から、②過失不法（行状規範は一般的社会生活から由来）、③支配権の直接的侵害不法（行状規範は支配権の割り当て態から由来）、④明示的行状規範違反不法（行状規範は制定法から由来）、⑤契約侵害不法（行状規範は契約から由来）<sup>(11)</sup>が析出される。柳沢説は、類型論を、「不法行為の構造を明らかにし、違法性の簡単な発見、限界付けをもたらし、ひいては法的安定性と法的明確性ならびに計算可能性に奉仕するもの」<sup>(12)</sup>とする。

命令・禁止Ⅱ行状規範の由来による類型は、第一次的にはその名宛人Ⅱ行為者（及び法適用者）にとつての法的

安定性・計算可能性に意味をもつ。行状法秩序の独立化、行状規範の類型化が表現する基本的思考は、行為自由とその制限ということである。<sup>(13)</sup> 前田説は「現代社会においては、われわれは……緊密な社会的接触を行っているものであり、常に他人の法益を危殆化し、また侵害もときには止むをえないこともある。ここにあっては、正に、権利侵害の危険性を『社会相当な程度』に抑えることのみを、法は命じうるのであって、…そのために、他人の法益に対する侵害の回避義務が、各社会構成員に課せられ……」<sup>(14)</sup> とする。前田説は、①は析出するが、柳沢説の②③⑤のような類型を構成するわけではないが、行為不法論に共通する基本的考え方、行為者の回避義務Ⅱ行状規範からの視点をとる理由がのべられている。<sup>(16)</sup> この考え方からは当然、事後的違法性判断が批判される。<sup>(17)</sup> しかし、この考え方においては、規範（注意義務）設定者と行為者の関係が前面に出ている。ラレンツが行為不法論に対して、それが、事実上、八二三条一項にあげられている権利、法益のきわだたされた位置の重大な弱化を意味するといふとき、<sup>(18)</sup> それは、実際的な問題というより、違法性論が表現する思想にふれるものである。<sup>(19)</sup> 柳沢説の体系論—行状法秩序を債権（損害賠償）発生根拠として契約秩序と並べて財貨移転秩序の中に位置付けること—にも、行為者の責任発生根拠という視点が貫徹されている。しかし、債権発生根拠は、有責と同時に（或いはそれとこみになって）構成しようが）違法であることであり、その違法の実体の重要な部分に財貨・人格的利益の帰属があることは否定できないと思われる。むしろ、不法行為法は、独立した秩序を示すものではなく、各民事法秩序の補完物であって、規準は既にそれぞれの秩序に内在していて、「損害の公平な分担」という外在的理念からとり出さるべきものではない、と考えるべきではないだろうか。

四宮説においては、基本的行為義務として、「権利」保護義務がすえられ、他の判断形式の内容をなす行為義務

はそれへの補充的位置におかれること<sup>(21)</sup>によって、被侵害利益（権利）と行為義務との結びつきが回復され、表現されている。しかし、権利（利益）侵害がそのものとして違法性論に結びつくのではなく、保護義務違反が違法であるとするところによる行為不法論の性格は変わらない。即ち、保護義務であることによって、義務設定要素としての可能性判断及び利益衡量が違法性判断に入ることになる<sup>(22)</sup>。四宮説では、行為義務の分類は第一にそれを内容とする判断形式による分類であつて、柳沢説におけるよりも、法適用者のための分類という性格がより強くなっているが、そこでの判断の視点は行為義務違反であつて、この違法性判断の枠組みが表現するものは、やはり、名宛人（行為者（潜在的侵害者））はどのような義務を負っているかということである。基本的判断形式である権利保護義務違反判断内部においても、「権利」は重要ではあつても、行為義務の一要素であつて、権利の分析は、独立して類型構成に導くものではない。権利（利益）評価は、補充的判断形式を不要とするか否かにとつて重要なものとなる他、場合によっては、第三要素たる利益衡量を排除する<sup>(24)</sup>ことも根拠付ける。しかし比較衡量原則も類型と結びつくものではなく、権利（利益）の意義の連関は現われない。民事法領域で行為義務が内容に即して類型化されるものであるかはわからないが、民事法の全体構造との関連という点からは、困難ではないだろうか。四宮説にも、「損害の公平な分担」論<sup>(25)</sup>による、不法行為法の民事法の他分野との切り離しがあるのではない<sup>(26)</sup>か。

従来の違法性論が、損害賠償請求権の成立要件を違法＋有責と二段階にすることは、違法性概念を他の救済手段と共通させることである。このことは一面において概念の抽象化的抽出という形式的性格をもつ。しかし、他面、個人の利益のもつ意義に第一次的に着目させるという意味をもちえた（「権利の体系」）。各保護手段を関連させながら、違法という共通の基礎をとり出し、個人主義的価値基礎から実質的内容においてそれを把握することは、個

人が他者に対して何を主張しうるかは、その利益の質（その把握の視点が重要）<sup>(27)</sup>によって決定されると考えることである。この視点・方法は、現代―少数の個人の利益が多数の他者のための社会的有用性・「社会の発展」と対立し、かつ後者が優越的力をもつ時代―においては、むしろ必要である。例えば、生命・健康といった人格的利益の侵害・危殆を考えた場合、違法を注意義務違反からみるということは、その行為者は他者の人格の尊厳を侵害しないよう注意すべしという命令に違反したことが違法であると説明する。しかし、出発点にあるのは、自己の人格的尊厳を他者に対して主張できるということである。この自己の主張が、同時に他者の人格の尊重と結びついて（＝相互的承認）、一つの社会的秩序が生成する。従って、規範内容は義務であるとしても、規範対象＝実体は、義務視点からでなく、類型が可能である。違法性論の表現するものは、この違法を行為義務からみるか権利（利益）主張からみるかということであって、それだけでは説明の違いであり解釈論上の実際の問題につながるものではない。しかし基本的視点の提示及びどちらが類型構成に適合的かということが重要なのは、類型構成によって内容を具体化された統一的評価視点の提示は、それと対立する評価・衡量を排する（社会的有用性は個人の尊厳性を害さない限りでのみ意味をもちうるというように）という試みたりうるからである。違法・有責一元論の流れに対峙して、違法性判断を、「行為の客観的法秩序違反性を問う」もの（事後的客観的性格判断）であるとすると沢井説の方向を、以上のような評価基礎の具体化を可能にするものとして支持する。

四 違法を客観的秩序違反とする沢井説にとつては、「秩序」がどの視点からどのような内容をもって示されることが重要である。沢井説の枠組である、絶対権侵害における一般的規範違反、その他の利益侵害における個別注意義務違反判断という図式は、しかし「秩序」＝規範の実質的内容を把えることに適合的でない。既にのべたように、

「絶対権」の強調には沢井説の評価視点が現われているとはいえるが、なおそれは、一定の利益に承認されるタイプの共通の性格の形式的抽象であつて、その承認の根拠を表現するものではない。また、「その他の利益」には、「絶対権」でないという共通性はなく、「人間の尊厳」にとつての意義（＝実質）が異なる種々の利益が含まれている。ここでも、それら利益の保護のそれぞれの根拠は表現されない。更に、ここで、個別注、義務違反とされるとき、その類型化は困難であろう。要するに、「人間の尊厳」という基本的視点が具体化されるためには、タイトルの形式によってではなく、この基本的価値にとつての、それぞれの利益保護のもつ意義を表わすような、秩序の實質的把握が必要ではないだろうか。

# 註

(1) 加藤『不法行為』一二六頁。

(2) 淡路『公害賠償の理論』一一一頁は、「被侵害利益を（その評価を踏まえた上で）類型的に把握し、加害行為の態様の要素を類型化することが今後の課題であるとする。問題は類型化の視点・方法である。『保障理論』（淡路）『不法行為における権利保障——スタルク教授の『保障理論』』日仏法学（二九七九）↓『不法行為』における権利保障と損害の評価』（一九八四）一八一頁以下）がこの視点たりうるかは、尚不明である。また、淡路説において、「損害の公平な分担」ということへの批判が現われていること（『不法行為法の課題』ジュリスト七三二号（一九八二）一〇三頁↓『不法行為法における権利保障と損害の評価』一二頁以下）は注目される。

(3) 平井説をひきつつ、淡路『公害賠償の理論』九九頁は、「被侵害利益の性質および程度（被侵害利益の重大さ）」と表現



する。

(4) 顕著な例は最高裁判官が、大阪国際空港判決で示した。ここでは、健康被害の存在を前提にして、損害賠償請求の可否について意見がわかれた。否定説は、健康を「絶対的な」保護法益とみないわけである。法的構成を別にすれば、事実上、差止についての判断に関しても、同様のことがいえる。一般論としていえば、また、所有権、その他の「絶対権」についても(その他の利益は勿論)、「重大性」の評価は人によって異なりうる。

(5) とくに、加藤編『注釈民法<sup>(19)</sup>』の類型に対する批判、平井宜雄『損害賠償法の理論』(一九七二)三九九頁注(1)、広中・私法・四一〇五頁。また、これに対する加藤説の答えにみられる体系思考への懷疑を参照、加藤・私法四一〇一七八頁以下。加藤説の類型論の実際の意義を評価するものとして、森島「過失と違法性<sup>(三)</sup>」法学教室二七号(一九八二)五九頁註(2)、四宮・前掲二八七頁。

(6) この方法が、新受忍限度論による、違法・有責要件の一本化の根拠ともなる、野村「故意・過失および違法性」加藤編『公害法の生成と展開』三八七頁以下。

(7) 加藤「日本不法行為法の今日的課題」法律時報三六巻五号(一九六四)↓「民法における論理と利益衡量」(一九七四)一七三頁以下参照。

(8) ここには、より一般的には、法律学における問題思考と体系思考のそれぞれの意義及び相互関係如何という(実践的)問題がある。目下この問題を方法論レベルで論じる用意はないが、本稿は、類型論が体系思考に支えられることが必要であるという立場に立っている。

(9) 柳沢・私法二八号一三一頁。

(10) 柳沢・前掲一三一頁以下。

- (11) 柳沢・前掲一三五頁。
- (12) 柳沢・前掲一三四頁。
- (13) 柳沢・日本大学法学紀要二〇卷二四三頁参照。
- (14) 前田『不法行為帰責論』一八五頁。柳沢・私法二八号二二七頁のいう、「違法性概念の柔軟性」によって、「社会生活の発展に即」す、ということも同じことを表現している。
- (15) 前田・前掲二〇七頁以下、また、同『民法Ⅵ（不法行為法）』七四頁以下。
- (16) 前章でのべたように、実際的には、結果不法論との相違は、賠償責任の有無に直結するものではなく、危険責任の性格付けにある。前章註(11)及び本文該当箇所参照。

(17) 柳沢・私法二八号二二九頁、前田・法学セミナー二九八号一一五頁、四宮・前掲二七九頁。また、Vgl. Caemmerer, *Wandlung des Deliktsrechts*, S.543.

(18) Larenz, *Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht*, Festschrift für Hans Döle Bd. I, 1963, S.195.

(19) これに対して、柳沢説は、「支配権の絶対性についての盲信」とする、私法二八号一二三頁。また、前田説は、「注意義務違反が、信頼原則を介して、帰属のモメントになる…」（『不法行為帰責論』一九四頁）とする。四宮説については後述。

(20) 柳沢・日本大学法学紀要二〇卷二四一頁以下。柳沢説において、財貨・人格の保護と自由を統一する実質的視点は何であらうか。

(21) 四宮・前掲三〇八頁。四宮説によれば、違法性判断は、構成要件としての故意・過失が法秩序の用意すると考えられる違法判断形式の内容（『行為義務』に該当するかの判断である（三〇五頁）。四宮説が我妻説をしりぞける（三五三頁）のも、内容『行為義務』を考えるからである。なお前田説でも表現上はともかく実際上は相關関係論は意味をもたされてい

ない（前田・前掲一八七頁、一九二頁）。

（22） 四宮・前掲三〇八頁以下。

（23） 四宮・前掲三〇八頁。

（24） 四宮・前掲三六五頁。

（25） 四宮・前掲二六三頁、二八〇頁、三五八頁など。

（26） 四宮・前掲二五一頁参照。

（27） すべての利益侵害が違法判断を根拠付けるというわけではないというまでもない。行為不法論がいうように、行為態容が違法性判断にとって重要な意味をもつことがある（例えば、営業上の期待利益・契約上の給付利益の侵害）が、これも、それぞれの被侵害利益の質・それらが社会的承認をうける規程によることである（沢井・法学セミナー二九六号九〇頁のように政策的考慮という必要はない）。

## 第五章 まとめと展望

一 上述してきたことから窺えるように、筆者は、違法を客観的法秩序違反と解し、この法秩序の類型化において、個人主義的価値を貫徹することを必要と考える。それによって不法行為法が個人の利益の保護のために民事法その他の制度と分担する機能を明らかにし得、又、各類型は相互に関連を持ち得る。諸利益は各法的秩序において、そ

れぞれの特質に即して、法的保護を承認される。違法性は秩序違反という性格を表わすものであって、各種救済手段に共通する要件である。行為の違法性（違法行為）を特別に考える必要はなく、行為がそのような性格をもつかを判断すればよい。不法行為責任（損害賠償責任）の成立は、原則として有責原理の下にあるから、違法性の他に故意又は過失を要件とする。

二 民事法の対象となる紛争において侵害が問題となる利益は、人格的利益と財貨利益にわけられる。<sup>(1)(2)</sup> たしかに民法典は、第四編を除いて、全体としては財産法秩序を表わしている。人格的利益を考える手掛りがそのなかにないわけではないが（民法一条ノ二、七二〇条、七二一条、七二三条）、一般的法原理の確立及び具体化は、学説・判例による形成によるところが大きい（一般的人格権）。この法形成は、民法の基本的価値と対立するものではない。この二種類の利益保護秩序の関係については、財貨保護秩序は、個人の人格の維持・展開の物質的基礎・それを通してまた資本制社会の存在基盤の確保に奉仕するものである。個人の人格にとつてのこの相違が、無過失責任立法の進展段階の相違も説明しうる。

人格的利益保護秩序において、不法行為法は、差止法と機能を分担し、違法性要件を共通にする。人間（個人の尊厳性は、人格的利益に直接的に現われる。この尊厳性の主張及び相互承認から生成する社会的規則は近代社会の根幹を形造る。この規則の一群を人格的利益保護秩序とよぶ。この人格的利益も、その性質上個人の存在そのものに由来するものと、他の人々と共に社会生活を営むうえでの秩序の中で相互に承認される利益（生活環境利益）とがある。前者は、個人は自己への帰属を主張し得、その保護の社会的承認は、法的には、排他性をもつ権利の承認として現われる。そこでは、秩序（＝規範）の関係対象（＝実体）は、被害そのものである。後者の場合は、一定限

度（受忍限度）を超えた損害である。その実質的根拠は、それ以上の受忍は、個人の尊厳性を害する不平等を意味するところにある。

前者に属するものとして、まず、人格の自然的存在そのものである生命・健康という利益がある。その侵害（法的構成上、構成要件に該当するとされるもの）であっても、社会的に、人格の尊厳性を害するとは一般的に評価されない場合があり、それらは、法的構成上、違法性阻却事由とされる（スポーツ、死刑等——これらにおいては、行為の客観的性格判断において結果との結びつきが遮断される）。

身体的自由・精神的自由は、社会における人格の発現・展開可能性である。脅迫電話や村八分も、行為態様との相関が問題なのではなく、そこでの被侵害利益の評価の問題。

貞操も勿論、個人に帰属する。

社会的存在としての人格の発現の成果としての名誉（勿論、近代社会における名誉がここでの問題である）、個人の私的存在性に根拠をもつプライバシーも、個人に帰属する人格的利益である。<sup>3)</sup> 名誉・プライバシーが個人に本来的に属するものとして承認されない社会では、個人が個人として尊重されるとはいえないのではないか。ここでも、「行為態容」との総合判断が行なわれるのではなく、報道の自由・表現の自由というこれと対立する利益との関連は、名誉・プライバシーの侵害＝違法があつたとして、尚、違法という評価が排除されるに価するものであるか（違法性阻却事由）が判断さるべきである。

七一条は、家族構成員の生命被害に際して、父母・配偶者・子に固有の人格的利益の侵害があることを明らかにしている（夫婦関係・親子関係の外からの破壊については、とくに最高裁・昭和五四年三月三〇日第二小法廷判決の議論が行なわれていること）。

（とは周知のとおり、筆者は目下、島津説（判例タイムズ三八五号（一九七九）一一六頁以下）にひかれていたが、なお考えてみたい。）

これらに対し、生活環境利益（静穏・日照・通風・眺望など）は、個人に帰属するものではない。その利益は、そこで一定の社会生活秩序がなり立っていて、その中で生活することによって享受しうる利益である。それら生活の場の利益も人格の維持・展開にとつて、重要性を失うものではない。しかし、人々が社会生活を営む場合に、相互的にこれら被害を及ぼすことは不可避免であり、社会生活秩序がなり立っていくためには、これら被害をある程度まで許容しあうことが不可欠である（受忍限度）。ある個人が他者に対して主張しうることは、共にそこで生活している秩序の中に存在する限度をこえた被害を生じさせない、ということである。相隣関係的生活妨害と異つて、道路や公共施設の建設に伴う生活妨害ケースが現代の重要な問題となっている。この場合には、被害の少数者への集中ということが特徴的である。この社会的不平等が人間の尊厳に反する程になるか否かが受忍限度規準の実質的内容である。<sup>(4)</sup>

財貨的利益保護秩序内部でも、その利益の質によつて、他者に対して何を主張しうるかが異なる。財貨帰属秩序（ここでは、所有権というタイトルを与えられる物支配権能を典型として、用益物権・担保物権とされる利用・価値支配権能、債権の帰属、無体財産の帰属が保護される）違反＝違法は、有責を要件として損害賠償請求権を発生させる。ここでの不法行為法上の損害賠償請求権は、物権的請求権・他人の財貨からの不当利得の制度と機能<sup>(5)</sup>を分担し、違法性（不当性）概念を共通する。

これに対し、帰属を語り得ない、契約上の給付利益、営業上の顧客獲得可能性という利益などは、財貨移転秩序又は市場秩序の中で保護される。財貨は、帰属と市場を通しての交換をくり返すことによつて、人格の維持・展開の物質的基礎となる。その際、まず不法行為法は、財貨移転秩序に関しては、外から契約法の補完を行う。債権者

は、相手方への請求によって、給付物を獲得しようという利益をもつ。この利益は第一次的に契約法において計算可能性の法的保障をもつ。（必ずしも契約によるものだけではないが、中心的なのは契約による）給付利益の第三者による侵害に対する不法行為法上の保護は、契約法による計算可能性の保障の補完物又は代替物として働く。ここの違法性判断の規準は、契約当事者のそれが契約忠実及び保護義務であるのに対し、第三者のそれは、尚市場倫理の競争に関する部分である。契約当事者の権利・義務も広い意味では、市場倫理の内容であるが、それを第三者が侵害することが競争という側面での市場倫理が許容する範囲をこえている場合に違法となる。このことも、被侵害利益が「弱い権利」で（或いは重大性が低く）、態様との相關判断が必要ということによるのではない。主張の根拠たる利益の性質で、第一次的に契約秩序によって保護されるものであって、第三者との関係では競争関係にあるからである。この利益の性質は、第三者が給付をめぐる競争者ではない場合にも変わらない。市場秩序（ここでは契約秩序によって保護される利益が、第二次的に市場秩序による保護をうける）の尊重は、本来的参加者以外なものに対しても主張しよう。この種利益の侵害においては、故意が、侵害の仕方によっては、害意が違法要素となる。<sup>(6-7)</sup>

次に、不法行為法は、市場秩序において、営業活動、公正な競争による顧客獲得という利益を、差止法と分担して、保護する。市場において競争参加者は他の競争者に対して、不正な競争によって期待利益を侵害・危殆しないよう要求しよう。不正競争防止法は典型的な不正な方法を列挙しているが、この場合も、不正競争防止法に違反（保護法規違反）するが故に違法なのではなく、その実質は、この法律が典型的に表現しているような行為は市場倫理に反するが故に違法である。<sup>(8)</sup>単に競争者の利益を侵害・危殆するというのではなく、不正と評価されるような方

法によるそれが違法なのであるが、不正評価には必ずしも故意・過失が要素となるとはかぎらない（不正競争防止法一条四号五号、及び一条ノ二参照）。行為が競争者としてのそれでない場合は、営業活動の妨害ケースとなる。ここでの違法性判断規準は、不正競争規則ではないが、第三者が市場参加者であるか否かを問わず、市場倫理たる良俗である。

更に、市場秩序に関して、不法行為法は、市場の存在そのものをなくすることになる行為に対して、市場が機能することによって適正な価格で取引するという利益を保護する。この場合、市場の維持そのものは、公権力の任務である（独禁法）が、個人は、この公権力の作業を利用して（同二五条）、或いは、それとは別に（民法七〇九条）自己の利益の回復を求めうる。ここでは、不法行為法は、競争維持制度と機能を分担する。ここでは、市場内在的な規範が規準として働くのではなく、その市場の存在のもつ意義の評価が決定的である。

四 不法行為法によって保護されうる利益は以上に限られないが、その中心的機能は、他の民事法制度と目的を共通して、人格及び財貨の保護秩序の一環をなすものである。このことから、これら諸制度の連関と共通性を把握するものとして、統一的違法性概念があらためて有用なものであると考える。また、このように考えた場合、種々の利益の保護基準は、それぞれの保護秩序に内在した規範を規準に構成することによって獲得さるべきであり、修正されたものであれ、一般的定式としての相關関係論は必要でなくなる。また、「損害の公平な分担」という準則は、必ずしも不法行為法だけでなく、契約法でも、更には物権法でも考えうることであつて、淡路説のいうように、それとしては意味をもたない。「衡平」と同様、形式的体系批判をもって当初の役割を果たし、例外的一般条項の内容となるものであろう。民法秩序を個人主義的価値（＝実質的価値）視点から再び体系化し、その下での類型論を



試みることが、異った価値が批判的検討を経ることなく入りこむことを防ぐ有用な途である。

# 註

- (1) 以下の体系の素描は、拙稿・法政理論一六卷二号五四頁以下でも行つたが、ここでは本稿よりもなお不充分であつた。なお、本稿の主旨は、違法性論は、不法行為法だけでなく、各民事法制度に共通するものと考え、という基本的枠組みの必要性和可能性を検討することであるが、そのための個々の利益の位置付けには、それら利益の特質の検討が尚必要であるので、以下の位置付けも、なお、素案にとどまる。また、あらためて、広中『債権各論講義』四三一頁以下の類型から示唆をえた。
- (2) 沢井説においても、差止に関して、保護標準の設定に際して、財産的侵害と人格的侵害の区別が、絶対権か否かより先に行なわれている、『公害差止の法理』九八頁以下。
- (3) プライバシーに関しての、近時の、『各個人が自分にかんする情報を自分で支配管理する権能』という定義（例えば、奥平康弘「マスコミと名誉・プライバシー」ジュリスト増刊『現代のマスコミ』（一九七六）一五九頁）は、必ずしも民事責任に関したものでないが、この利益の個人に帰属するものという側面が表現されている。
- (4) この観点から、施設の小量化・分散、持ちまわりの可能性の追求、受益者側の生活利益（「快適な生活！」）を無前提に承認しないで負担（速度制限・ゴミの分別など）を考えることも不平等の緩和になろうし、事前及び運営上の手続や協議（参加）も、被害の減少に役立つことの他に、不平等性の減少にも働こう。差止の場合の違法性減殺事由たる、公共性、防止措置の困難さも、あらゆる可能性を考えた後の例外的なものでなければならない。

(5) 広中『物権法(上巻)』(一九七九)三頁。

(6) 侵害の類型は、広中『債権各論講義』四三四頁以下。

(7) 例外的主観的違法要素(沢井説のように「政策的」というべきではないが)とするか、ここでも、契約秩序が客観的に侵害されているとしてこれを違法とし、故意又は害意を有要件であるとするかは、説明の相違である(差止請求は、賃借権以外は、問題としなくてよい)。筆者は、利益の性質が個人が他者に何を主張しうるかにとって重要であるという視点から前者をとり、それら主観的要素のない場合には、契約秩序によって保障されている請求権の実現の妨害は、尚、契約秩序の補完として働く競争に関する市場倫理の違反とはいえない、と考える。

(8) なお、原島・前掲九八頁は、ここでの保護を制度保護理論によって説明する。たしかにこの法律がこの目的をもっている(市場秩序維持は、公権力によつてのもの(五条)と並んで、被害(被危殆)者のイニシアティブによることが実効的)としても、この種の差止・賠償請求は、この法律がなくても認められるべきものであろうし、ここでの不法行為法及び差止法の機能は、なお、帰属の保護ではないにせよ、個人の利益保護が第一次的ではないだろうか。本来的には帰属利益だけが賠償・差止の根拠となる、とする必要はないと思う。また、制度保護理論と必然的に結びつくというわけではないが、原島説においては、不正競争ルールと独禁法による市場維持が同じ性格とみられているように読める。両者における個人の利益保護においては、ともに市場秩序に関するものという共通点はあるが、規準の性格は(市場秩序内在的か否かの点で)異なる。