

## 論 說

## 民法七〇九条の一般条項化と個人の利益

—— 相関関係論の学説史的な位置付けを中心として ——

中 村 哲 也

## 目 次

- 第一章 問題の所在
- 第二章 一般条項化の登場—牧野説・末弘説
- 第三章 末川説の一般条項操作の形式的性格
- 第四章 相関関係論と損害分配論
- 第五章 相関関係論以後

## 第一章 問題の所在

本稿は、学説による七〇九条の一般条項化・その運用方法の主張を学説史的に検討する。具体的には、我妻相関

関係論の学説史上の意義の再検討が中心になる。このことは当然、加藤(一)『不法行為』(一九五七)による関係論再登場の学説史的意義を考へることにつながる。そのことよって、本稿はまた、加藤説後の・現代に至る不法行為法学の理論上の展開の再検討のための予備的作業という意味をもつことになる。

成立要件論にかぎってみても、現代わが国の不法行為法学は、多様な主張が展開され、この状態をさして、「混沌」という表現がなされることもしばしばである。<sup>(2)</sup>これらの主張は、自らを我妻・加藤説の批判として展開しているが、本稿は、その前提となっている我妻・加藤説への批判の視点に尚論すべき点があるのではないか、ということが出発点となっている。具体的にいえば、批判の対象という意味であれ、通説である(或いは、あった)とされる我妻関係論は、加藤説よって再登場するまで、既にそれ以前にも通説とされることもあったが、実際には、必ずしも学説による広い支持をうけていたわけではなかった。<sup>(3)</sup>また、加藤説後も、関係論はそのままの姿では支持を広げることにはなかった。そこで、第一に、我妻説が必ずしも広く支持されたわけではない理由はなにか、第二に、加藤説を通しての関係論—それは同時に、我妻説の修正を含んでいた—の再登場にどのような意義が考へられるか、第三に、その後のこの説への批判者達にとっても、それを通説とみること自体に、一般的に民法学にあった、我妻説—通説という結びつけ方によることその他にも、理由がなかったのか、そして、また、批判者の議論の土俵を狭めることはなかったかということが問題となる。このうち第三は、すなわち現代不法行為法学の構図をみることであり、本稿では、主として第一点、それに付随して第二点<sup>(4)</sup>が検討される。

関係論そのものの、一般条項運用方法としての有用性の低さの故と思われる不<sup>(5)</sup>支持—これは、のちに、関係論の一つの柱を行為態容とすることに対しての論理内的矛盾の批判につながる—が第一点についてまず考へられるが、更にまた、これも我妻説が末川説と異なる点であるが、損害の公平な分担という思考による一般条項化の根拠付

けと運用の方向付けも、我妻説が広い支持を受けるには至らなかったことと一つ一つの因をなしていたのではないかとということが第一点についての仮説である。

我妻説が、「通説」とはいえなかったとしても、しかし、不支持説に対しても大きな存在であったのは、相關関係論による一般条項操作が、多くの学説が模索していた規準確保のための一つの試みであったということ、他方、被侵害利益の意義を損害分配の一要素とする総合判断化が、個人の利益の侵害の増大を伴う日本の工業化の展開という現実への一つの対応方法であった、ということによる。そして、この両面の対応方法の、それぞれ異った意味ではあるが、目的適合性の欠如・変化が、戦後、加藤による相關関係論が我妻説を承継しつつも、それに修正をくわえるということに導いたのではないだろうか。これが第二点である。

不法行為法学説史を、一般条項とその運用方法をめぐる議論の展開史としてみ、それぞれの議論のもちうるそのときどきの意義を考えると、一般条項の機能に次のような問題点をみるからである。近代市民法としての民法は、計算可能性の確保に奉仕することを目的とするが、その内容上は、個人の主体性の相互承認を前提とした・財貨の帰属・移転をめぐる、権利義務規範にそった人間関係の回復・維持を法的に重要なものと評価する。一般条項は、内容上多義性をもつが故に、計算可能性を低下させる場合があり、また、主体性の承認を前提とした規範に沿ったものでない人間関係の維持・形成に働く可能性をもつ。本稿の対象に即していえば、七〇九条の一般条項化は、共通して、七〇九条を形式的規準としたままの場合に比して、新たに問題となる利益類型に対する保護の可能性を開くという目的をもって行なわれた。しかし、解釈論は目指されたものに関してだけでなく、それがもちうる―附随的な、また意図されていないかもしれない―様々な意義という点からも検討されなければならない。本稿では、私人間の利益範囲の画定の仕方の原理的な相違、即ち、個人の利益領域の存在、その帰属主体性が前提

とされるか、また、利益範囲画定の根拠がどこに求められるかという点から、形式的規準によって画定されていた私人の利益領域を一般条項によって修正する場合の、その一般条項の機能について、次のような三つの型を考えた。①形式的規準の基礎にある評価の展開を内容として、その計算可能性の維持・回復に適した規準構成の方向をもつもの、②私人の利益領域の存在を前提としつつ、裁判所によるその修正・決定を求めることを実際の内容とするもの、③私人の利益範囲の存在そのものの原理的否定に導びくもの。これらの①②③は、型としては相互排他的であるが、実際的には、問題によって、また、時代によって、濃淡をもって、各解釈論に見出すことが可能な働きである。

それとしては存在理由を承認しうる一般条項が同時にかかえる問題点をみるということは、形式的規準がそのよるな問題を含まないということの意味するものではない。形式的規準も、個人の主体性の承認を前提とした利益範囲の確定ということに常に適合的というわけではないということが、実際的には、学説による一般条項化の出現を促す。即ち、形式的規準が一定の利益をめぐる関係の「合理化」主体性の相互承認を内容とした規準によって規律された関係化をここでこうよぼうに適合的な存在でない場合というのは、その利益が他者の意思の下におかれるということである。形式的規準が、前近代的人間関係を補強するものとして機能することが、民法の分野（不動産賃貸借・雇傭）で指摘されているが、不法行為法領域では、直接にそのような構造的な前近代的关系を対象とするのではなく、様々な種類の利益をめぐる関係への対応の欠如の故に、その利益が他者によって侵害される状態―規範がでなく、他者の意思のみが支配するという意味で非合理的関係―を法的に承認するということが生ずる。この「不適合性」への対処としての一般条項化は、損害賠償を認めるということでは共通していても、修復さるべき関係のあり方についての考え方に規定されて、様々に機能しうることになる。

不法行為においては、この関係は、個々的には帰責をめぐって現われる。契約関係のように、両当事者が損害発生前から一定の関係をもちて登場するわけではない。しかし、帰責根拠は、損害発生に際しての行為の反規範性に関連させられている。それは、損害惹起に至る・個人の利益範囲をめぐる人間関係の法的評価である。この規範の有無・内容についての判断は、その損害発生後の当事者の関係にとっては勿論、その種の利益をめぐる関係一般の性格にとっても重要性をもつ。ここでの解釈論は、国家がなすべき、個人の利益領域・それをめぐる人間関係の評価の仕方についての提言という意味をもつ。

以下、提唱される様々な一般条項の運用方法の個人の利益の確定的保護にとつての適合性如何という関心からみて、相関関係論に至るまでの学説、相関関係論、それに対する学説の対応、戦後の加藤説にどのような意味をみることができるかを考えていく。

(1) 成立要件論と効果論は連関をもっていると思われるが、学説史的展開という点からは、効果論の解釈論上の展開は、昭和三〇年代以降であり、まず、成立要件論から手がけることにした。

(2) 沢井裕「不法行為法学の混迷と展望」法学セミナー一九六号(一九七九)七二頁。川井健「不法行為法論の軌跡と展望」法学セミナー三〇九号(一九八〇)七四頁。「混迷」と呼ばれていることにふれて、そのよび方の意味を明確にしようとするものに、淡路剛久「不法行為法の将来と不法行為法学の課題」ジュリスト七三二号(一九八二)九八頁以下、山田卓生「事故法の法理、覚書」判例タイムズ四三六号(一九八二)四六頁以下など。

(3) 例えば、平井宜雄『損害賠償法の理論』(一九七二)三七五頁は、「我妻学説は、民法学界に大きな影響を与えた。これ以後にあらわれた不法行為法の体系書の多くは、我妻博士のたてた理論体系にしがたって叙述しており」とする。しかし、同書三七六頁註(二六)では、松坂佐一『民法提要・債権各論』(一九五六)と山主政幸『債権法各論』(一九五九)が示され

ているだけである。山主『各論』は加藤説後であるから、その前のものとしては、松坂『各論』のみとなり、「我妻学説」以後の「体系書の多くは」ということのためには、例示の目的であるとしても、いかにも少ない。我妻相関関係説支持を明確にしているものとしては、筆者も、松坂・前掲書の他には、加藤説前のものとして、戦前には、岩井万亀『判例不法行為法体系』(一九三八)、具体的内容にまで入って叙述しているわけではないが、平野義太郎『損害賠償法理論の発展』(一九七〇)三先生還暦祝賀論文集『法律における思想と論理』(一九三八)↓『民法におけるローマ思想とゲルマン思想』(一九七〇)三三三頁(また三四五頁)を見たのみである。戦後のものとして、四宮『戦後における判例不法行為法』(一九五六)においては、「被侵害法益と違法性」(四一頁以下)と「侵害行為の態様と違法性」(六九頁以下、ただし類型内容は我妻説と異なる)という項目がおかれていることから、一応我妻説支持に入れることができよう。しかし、自らの解釈論の展開でなく判例の整理であるということもあつてか、「相関」ということは表面に出てこない。また、吾妻光俊『債権各論』(一九五三)一八八頁は、相関関係説と思われる「立場」を示して、それが「支持されるべきである」とするが、権利侵害(違法性)の説明の項(一九一頁)では、我妻説のような態容との相関はのべられていない。なお、吾妻は、戦前も、我妻説に対しては、「違法性に具体的理論的内容を与へ」るための、そして「法律の安定性」のための試みであるという点に関しては肯定的に評価しつつも、それを支持するということまでは表明せず、きわめて慎重な態度をとっていた(判例法を通して見たる権利侵害の概念)法律時報五巻七号(一九三三)二〇頁。また、「我不法行為に於ける違法性理論の動向」(民商三巻一号(一九三六)四七頁、四九頁註(四))「不法行為に於ける法規違反の観念」(法学新報四六巻四号(一九三六)二〇頁参照)。むしろ我妻相関関係論を支持しているとはいえないものの方が多い。不支持の中での相違は、第五章でのべるので、ここでは一括してあげておこう。近藤英吉『債権法各論』(一九三三)、宗宮信次『不法行為論』(一九三五)、林信雄『判例を中心としたる債権法論』(一九三五)、石田文次郎『債権各論講義』(一九三七)、梅原重厚『不法行為概説』(一九三七)、岩田新『債権法新論』(一九三四、ただし参照したのは、第八版一九四一)、戒能通孝『債権各論』(一九四二)、論文では、末弘巖太郎『不法行為法の再編成』(法律時報二二巻三〜五号(一九四〇)↓『民法権記帳(下)』(一九五三)、有泉亨『不法行為理論の操作的構成』(京

- 城帝国大学法学会論集二二回二号〔一九四二〕→同名書〔一九五七〕、来栖三郎「民法における財産法と身分法」法協六巻二号〔一九四三〕。戦後の教科書としては、勝本正晃『債權法概論(各論)』〔一九四九〕(勝本・同書について、沢井・前掲一五頁註(9)では、我妻説支持に入れられている。しかし、勝本は、違法性説ではあっても、その註に対応する本文でいうような、我妻説の支持を行ってはいない)。なお、石本雅男の一連の論稿は、過失責任・無過失責任の再構成が関心であり、違法性概念はその論理的前提としてとりあげられており、我妻相関関係論とは議論の平面が異なる。従って、支持でないことはたしかだが(例えば、「抽象的違法行為概念の構想」『民事法の諸問題・末川先生還暦記念』〔一九五三〕)↓「民事責任の基礎理論」〔一九七九〕六頁の違法性の叙述参照)、他の不支持説と同じに並べるのは適切でないだろう。石本は、『吾妻』我不法行為法に於ける違法性理論の動向(紹介)』法律時報八巻四号〔一九三六〕四一頁以下においても、吾妻の一つの関心であった具体的標準に関しての、吾妻の我妻説への慎重な態度設定については、全くコメントしていない。
- (4) 相関関係論という言葉は、我妻のそれだけでなく、その修正である故意・過失と被侵害利益の「相関」を主張する学説をも含めて用いられることもある(四宮和夫『相関関係理論』に関する一考察』加藤(一)編『民法学の歴史と課題』〔一九八二〕二六三頁以下参照)が、本稿では、我妻説のみをさしていることにする。
- (5) 柳沢弘士「ケメラの民事不法理論」日本法学三二巻四号〔一九六六〕六八七頁以下、広中俊雄「不法行為法論の新しい動き」法学セミナー二二八号↓『民法論集』〔一九七二〕一九八頁。

## 第二章 一般条項化の登場—牧野説・末弘説

一、七〇九条を一般条項化する主張は、牧野<sup>(1)</sup>、末弘<sup>(2)</sup>にはじまる。末弘説は、大判大正一四年一月二八日判決(大学湯事件)に賛成し、この方向を推進するという内容をもつ。この判決及び牧野説、末弘説によって、一般条

項化の方向が有力なものとなった。このことは、七〇九条を形式的規準に留めたままでの対応が、不法行為法領域での多様な問題の発生に対して、いわば限界に達していたということによる。これらの主張の前に既に、「権利侵害が一般不法行為ノ要件ニ屬スルコトハ第七〇九条ニ依リテ明ナリ」としつつも、この条文を「立法論トシテ考慮ノ余地多ク」、「權利ノ意義ハ成ル可ク之ヲ広義ニ解スルヲ正当トス」という主張(鳩山)<sup>3</sup>が存在していた。しかし、そこでは、彼の方法的立場(論理的操作と法律実証主義)に基づいて、七〇九条は形式的規準であり続けた。即ち、「成ルベク広ク」<sup>4</sup>解することは、まず、論理的構成上、利益享受のみを内容とする法的地位も権利概念の中に入れるという操作<sup>4</sup>によって、保護のための論理的可能性を広げ、これを前提として、とくに、享受のみの場合、「法律ガ……個人ノ利益ヲ保護スル」<sup>5</sup>ものかの判断が決定的なものとなる。ここでは、保護のためには、法律の存在という形式的事実が不可欠である。<sup>6</sup>この「法律」というのは、具体的な保護のための規定をいうのであって、法・法制度というような抽象的なもの(実質的利益評価に大きな可能性を与えるそれ)を指してはいない。「個人ノ有スル人的利益トシテ……重要ナル」<sup>7</sup>か否かという利益評価は、規定の存在を前提として、その規定の解釈(その「法律ガ……直接ニ個人ノ利益ヲ保護スル」ものであるか否かの決定)のための基準という位置にあって、社会関係上の利益対立を直接に対象として七〇九条にとりこむためのものではない。この形式的論拠の故に、鳩山説は、「權利」を広く解することを提案しても一般条項化という性格を持たなかつた。法律による対処が紛争に遅れること、方法上、利益紛争を直接に評価する視点が用意されないことの故に、鳩山説は、個人の主体性を前提とした規範関係の生成を法の平面で維持・促進するための規準の構成ということには適合性を失っていた。また、工業化という「近代化」過程の推進への適合点でも、被害救済の途を事実上閉ざしたままのそれは、既に学説上力を持ちうるものではなかつた。<sup>8</sup><sup>9</sup><sup>10</sup>



牧野説は、この鳩山説への批判を通して現われ、末弘説は、自らの『債権各論』の修正として現われた。そして、それぞれ一般条項化を主張し、また、一般条項が規準として機能するうえでの不充分さを認め、自らの主張の過渡的性格をのべる。「公序良俗という標準の漠然たるがままに事を放置しようとはおもはない。しかし、法律思想の転回の今日に於て、さし当り、此の漠然たる標準に依るの外なき……」<sup>(11)</sup>、また、「判決(大学湯判決―筆者)の提唱する『吾人の法律観念』なる標準が甚だ不明確なるがため多少法的安定を害する虞は無論あるけれども、此点の心配は今後此の新しい見地から多発した多数の判例が繰返さるるに伴って漸次減少除去せらるるに違いないのであって、吾人は今日法的不安を恐れるよりは寧ろ問題が新に正しい出発点に置かれたことを心から祝福したいのである」と。<sup>(12)</sup>

しかし同様に過渡的性格をのべても、両者には相違が存した。牧野においては、この叙述は、實際の意味をもつものではなく、いわば、「転回」を補強するものであるのに対して、末弘においては、萌芽的ではあるが、学説による再構成の試みがある。このことは、牧野が刑法学者、末弘が民法学者であったということだけによるのではなく、規準構成の必要性についての判断の、また、一般条項化の根拠付けの相違による。牧野が、鳩山の形式性を批判し、更に、それを評価変更の主張を通して行ったのに対して、末弘は、自らの『各論』を修正しつつ(そこに、論理構成の意義付けの変化があるが、尚、論理構成ということ自体は放棄されない)、一般条項化を評価変更の問題とはみていなかった。末弘が、具体化を判例の展開に期待したのも、評価の変更でなく、継続的展開であることと結びつけて考えなければならぬ。両者には、形式性批判の基礎に相違があり、それぞれが、その後の学説の展開にとって異なった意味をもつことになる。以下これらのことを説明しよう。

二、牧野は、すでに学説上登場していたがあくまで例外的位置にあった権利濫用論を立論の出発点におき、それ

を彼の公序良俗の考え方におきかえ、それによって、七〇九条の「権利」侵害要件を公序良俗違反という一般条項にする。彼の一般条項化の主張は、①評価基礎としての、公平責任―社会連帯論、②構成方法としての公序良俗論を特色とし、③「自由法論」が①②を方法論上可能にしていた。

①まず、七〇九条解釈の基本的視点について、「公平責任、即ち損害を法律的に公平に分配するということをもって責任論の中核と意識せんとする」こと「換言すれば、わたくしは、責任に関する従来の見地を個人主義的のなりとし、之を捨てて、社会連帯的立場に立とうとするのである」<sup>(13)</sup>とする。これは、「われわれの連帯的社会的生活において、自由なる活動が常に公平なる責任を条件とするもの」であり、「事実として発生したる損害は、法律上、常に公平に分配され、各自に其の幸福なる生活が保障されねばならぬ」<sup>(14)</sup>ということである。これらは直接には過失責任主義を相対化するという文脈で語られたものであるが、また、「此の見地からして、更に進んで、不法行為の他の要件たる権利侵害に付いて考えて見たい」<sup>(15)</sup>とされて、七〇九条の各要件全体の解釈の基礎となる。「個人主義的色彩」をもった「権利の觀念」を、損害の公平な分配という「社会連帯的立場」にたつて「転回」することが、彼の論文（鳩山・前掲書の批評）のテーマであった。ここでは、権利侵害要件の解釈が、評価基礎の変更に基づいて行なわらるべきであることが主張されている。この損害の公平な分配<sup>(16)</sup>ということは、牧野の意図においては、七〇九条の要件―過失・権利侵害―を緩和して、被害に対する法的救済の可能性を拡げようとする主張である。しかし、解釈論としての意味にとつては、国家が「分配」をどのような規準にそつて行うべきとされているかが重要である。この点では、牧野の損害分配論は、形式的思考批判という以上には、それにかわる、国家による「分配」にとつて拘束的なものを内容として含んでいない。このことによって、それは規準構成を導くものという位置にはなかつた。

② 彼が「権利」侵害要件を公序良俗違反に「転回」する論理操作は次のように行なわれた。「不法行為の規定の下に保護せらるべき権利の範囲を妥当に定めんとするには、権利の欠陥に乗じて突入を為さんとする者に対し、其の突入を公の秩序善良の風俗に反せざる範囲に止まらしめねばならぬ。」<sup>(17)</sup>そして、「今や、法律学は、従来の権利本位の法律論を捨てて、新たに、其の反対命題たる『公の秩序善良の風俗』の思想の上に、法律の全体系を改造しつつあるのであって、……法律は権利を規定したものでなくて、公の秩序善良の風俗を規定したものであるのである。」<sup>(18)</sup>「このことから、七〇九条の「権利」ということも、「人は常に公の秩序善良の風俗に反して行動すべきに非ず」ということを基点とし、其の反面に於て、他人は人の斯くの如き行為に因りて損害を受けしめられざる権利を有するものと解することができないであらうか」とする。<sup>(19)</sup>これによつて、権利侵害要件は公序良俗違反という規程を意味すると解釈された。彼においては、一般条項化が目標であつて、この一般条項の内容的確定化の作業には向かつていない。たしかに、前述のように、過渡的性格ということは語るが、その後のための方向は存しない。このことは、単に、一般条項化の主張の始まりに位置するからということによるのではない。このことはむしろ、彼において、①のような評価変更が主張されてこれまでの形式的規程の機能が基礎から否定されたこと、①に基づく実質的評価の全面化及びそのための②のような論理操作を可能にした彼の方法論||自由法論が形式的規程にかわる、新たな計算可能性のための規程の構成に對しては消極的であつたということによる。

③ 彼の法律解釈の方法論は、七〇九条に關して次のように現われた。彼は、「権利」侵害という要件にとつて決定的なことを、法規による承認の有無でなく、<sup>(20)</sup>保護に価する利益か否かの「実質的觀察」<sup>(21)</sup>にみる。これは、法律実証主義批判を通して社会的現実への適合を図り、そのために、裁判官を国家法による承認の最優先から解放し、利益保護についての実質的判断を可能にすることを目的とする主張である。更に次のように主張を展開する。

「権利の種目は如何ようであらうとも、権利に内在し、法律上の保護、従って、不法行為に関する民法の規定に依るの保護を受くべき合理的本質は、おのずから理論的に定まるべき性質のものでなければならぬ<sup>(22)</sup>」このことから、条文は、「実質的觀察」から解明される「合理的本質」に適合した保護のための道具として、それら実質的評価に基づいて操作さるべき対象という位置におかれる。「過失の要件も、……権利侵害の要件も、共に此の合理性から解釈されて行かねばならぬ……<sup>(23)</sup>」と。彼の自由法論は、形式的規準の支配に対する批判を内容としていたが、それにかわる規準構成を示さず、また、そもそもその必要性を感じていたかも知れぬかではない。

この自由法論と前述損害分配論によって、牧野による一般条項化の主張は、規準によらない損害分配を求めることを意味した。これは一般条項の機能としてのべた<sup>(24)</sup>機能に適合的な主張である。

牧野の主張のうち、その公序良俗論は、のちの信義則強調論者への影響を除けば、民法学説によっては実際にはほとんど受け入れられなかったが、損害分配論は、諸利益対立の内容の複雑化に対処するうえでの一つの有用な方途でありうるということによって、また方法論上、解釈論による実質的評価を基礎においた条文操作の必要性がより増大してくるということと結びついて、その後の七〇九条解釈論に影響を及ぼしていく。

三、民法学内部での七〇九条の一般条項化は末弘にはじまる。末弘の主張を導いた大学湯判決は、その結論だけを考えれば、それまでの学説による営業権の扱いによっても同様の取扱いが可能なるものであったが、<sup>(24)</sup>判決理由の中で上位命題として構成された規準(「故意又ハ過失ニ因リテ法規違反ノ行為ニ出テ以テ他人ヲ侵害シタル場合」)であって、その対象は、具体的権利の他、「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<sup>(25)</sup>」であるとする)は、それまでの学説と異って、七〇九条の一般条項化という意味をもつ。判決がこのような方途を選択したのは、この事件の解決というだけでなく、より一般的に七〇九条を形式的規

準にしつづけることと社会的利益対立の諸相との矛盾からの脱出のためであったといえよう。

末弘はこの判決が示した方向をただちに支持し、また、「権利」概念の法律上の用いられ方の相対性という主張によって根拠付けを与えた。「元來或る人に『権利』があると云うのは、一面彼れは権利行為として積極的に権利内容実現の行為を為し得べきことを意味すると同時に、他面一般第三者は権利者の権利実現を妨害すべき行為を為してはならないと云う消極的の意味をも」つ。(26) 不法行為制度は、このうち後者に着目して、権利侵害を法律の侵害禁止に違反する「違法」の行為とする。不法行為法以外の処では、法律は、権利の積極的方面にのみ着目するのが通常である。従って、そこで「権利」として規定されていない利益も、消極的意味を問題とする不法行為法上の保護の対象となりうる、と。

末弘、『債権各論』における「單純享受權」(27) という概念は、「行為權」と並んで、「権利」のカタログを造っていが、『民法講話』では、かつての「單純享受權」にあたりとされていたものは、「権利」という概念の用いられ方に着目して、「行為權」とされていたものと区別され、その保護のためには、「権利」の名称をかぶせる必要がないものとされた。末弘の一般条項化の主張は、内容的には、『債権各論』の修正・展開であるといえる。(28)

末弘の一般条項化の主張の特色の一つは、牧野と異って、それが、評価変更ではなく、七〇九条の内在的な評価の実現と考えられていたということにある。(29) 上述の論理操作もこのことを表わしている。

次に、一般条項の内容については、末弘においても、一般条項化の可能性を示すということが主眼であって、内容確定作業は未だ行なわれない。しかし彼が次のように権利侵害要件を広げるとき、そこには、牧野のようにすべてを公序良俗違反におきかえるのと異って、一般条項の中で、保護の根拠の相違が存することが(自覚的であるかは別として)表現されている。彼は、『権利侵害』とは法律の禁止に違背して違法に他人の利益を侵害した」とい

う意味であると解釈するのであるが、ここではまず、「法律が特に他の部分において特別の名称を与えて積極的方面を規定している『権利』の侵害、「広く民法其他一般法令に於て一般第三者に不可侵義務を負わしむることによつて保護を与えて居るものと認むべき利益」の侵害が考えられている。そして次に、「更に一步を進めて……加害行為が法律の禁止に違反する」場合、「例えば善良の風俗公の秩序に違背するが如き方法に於て―即ち違法に―他人の利益を犯した」<sup>(30)</sup>場合が考えられている。ここには、区別を明確にしたうえでではないが、被侵害利益の評価（法律規定をとおしてのそれであつてその意味での形式的性格をもつものにされている）と侵害行為の評価がならべられている。この叙述は類型化作業という意味をもつものではない。<sup>(31)</sup>しかし、ここでは、ドイツ民法の三類型が参考にされて、それらを包括する一般条項が主張されているといふことがいえよう。<sup>(32)</sup>

これらのことから、末弘の主張は、一般条項化の可能性を主張するという直接的目的の他に、その一般条項化が民法内在的評価の実現であるとし、その評価に基いた分化の可能性が存在するといふことをも示したものと位置付けられよう。

(1) 牧野英一「権利の觀念の転回」法学志林二六卷七七八号「一九二四」↓『法律における具体的妥当性』「一九二五」二九〇頁以下。

(2) 末弘『民法講話（上巻）』「一九二五」一一六頁以下。

(3) 鳩山秀夫『日本債權法（各論下）』「一九二〇」八四〇頁、八五三頁以下。

(4) 鳩山・前掲八五八頁以下。この方法は、鳩山より前に、既に存在する。川名兼四郎『債權法要論』「一九一五」七〇七頁。

末弘『債權各論』「一九一八、但し引用は、一九三二年度版」一〇二二頁。これら三者をとつてみても、論理構成の方法・内容上の変化は存する。しかし、一般条項化との対比での形式的思考の特色が鳩山に存するといふことで本稿の関心にとつ

ては充分であるので、形式的思考内部での差違には立入らない。

(5) 鳩山・前掲八五八頁。具体的には、人格権として、民法七二〇条によって、身体権・自由権・名誉権が認められるとし(生命権は、身体権に含まれるとされ、七二一条は、慰藉料範囲の特則とみる)、その他の利益については、「民法ノ他ノ法規又ハ民法以外ノ法律ニ根拠アル場合ニ於テハ之ヲ認ムルコトヲ得ルモノトス」る(八七四頁)。

(6) 氏名権について八七五頁、肖像権について八七五頁、営業権について八七七頁。信用権に関しては、刑法の規定に拘わらず、名誉権従って、七二〇条に含める。

(7) 鳩山・前掲八七五頁、これは、氏名権に関しての表現。

(8) 鳩山における権利濫用論による、工業化に伴う損害発生への対処(八八二頁)も、基本的に形式的性格をもっていた。(権利行使適法―濫用違法という考え方も鳩山以前からのものである。同八八三頁(註一)の文献参照。なお、「権利行使」適法」という前提そのものは、古くから言われていたことではない。権利濫用論が現われる前は別にしても、例えば、団野新之『損害賠償論』(一九〇九)は、「権利ノ実行」の範囲そのものを狭め、権利行使を違法性阻却にあげていない。四七頁、二二九頁以下)。濫用の判断は、「社会ノ一般觀念ヲ標準トシテ」(八八二頁、また、「工業経営に基く損害の賠償責任」法協三五巻八号「一九一九」)↓民法研究第四巻「一九三〇」二八〇頁)行なわれるが、この実質的判断は、権利行使―違法性阻却に対する例外的位置におかれ、実際にも、大阪アルカリ事件(大判大正五年十二月二日)に関して、「本件の如きは不法行為とならざるものと解するを正当とすべきか」と、断定を避けながらも、権利濫用の成立には否定的である(なお、この「権利行使」適法」という形式的規程だけは、その後の多くの学説の中でも維持されたこと周知のとおりである。「適法行為による損害賠償」論。従って、ここで「利益衡量」(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」六八頁)を語りうるとしても、それは我妻相関々係論におけるそれとは、体系上も内容上も異ったものであった。

(9) 形式的規程の適用は、このような場合、一般条項の適用と形は異なるものの、實際上、私人間の関係が、規程による自己規律でなく、一方の意思の支配の下にあることを承認するという意味では、一般条項に関する、前述の機能と同じ働きをする。

(10) 鈴木祿弥「鳩山秀夫」法学セミナー四八号〔一九六〇〕→法学セミナー増刊『日本の法学者』〔一九七四〕二九四頁以下は、鳩山の学説史上の意義を、ドイツ法的註釈学の完成ということとともに、川名―石坂の個人意思を中心とした概念構成から、「取引の安全」中心の体系への転回（鈴木はこれを「日本民法学の自立化」とよぶ）にみている。七〇九条についての出発点である「ナルベク広ク」ということも、この「取引の安全」思考と共通するといえよう。しかし、「取引の安全」論のような成果を示し得ないのは、条文の体裁とも関係しつつ、形式的思考とその修正によって対応できた取引法分野と、実質的方向への転換へのインパクトが大きかった不法行為分野との相違によるといえよう（前者においては、利益対立は取引社会という土俵を前提したものであるのに対して、後者はその外の問題も含む）。また、不法行為法では、ドイツ民法そのものが形式的であり、そこでも現実対応が遅れていたということも因として考えられるかも知れない。

(11) 牧野・前掲三五五頁。

(12) 末弘『判例民事法大正一四年度』〔一九二七〕五二九頁。

(13) 牧野・前掲三二七頁以下。また、三三二頁では、具体的公平主義という表現を用いている。

(14) 牧野・前掲三二八頁。

(15) 牧野・前掲三二九頁。

(16) 念のために一言しておく、損害分配論は、牧野のあと、我妻においても登場するものであるが、いづれも、それによって、不法行為制度の社会的機能の認識が語られているのではなく、解釈論上の政策的主張である。本稿でも、もっぱら解釈論としての実践的意味（意図にはない附随的效果を含めて）が判定されるべき対象である。また、牧野、更に我妻においても、この損害分配論が妥当領域の限定の試みを伴うことなしに行なわれているのが特色である。規準の評価上の根拠を細分化したうえで、この分配論の妥当範囲の存在が承認されるべきかまたどこにかということとは、尚検討すべき解釈論上の問題であると思う。

(17) 牧野・前掲三四八頁以下。なお、これは、権利と公序良俗の第二の問題としてのべられていて、第一の問題として、権利



の行使の自由から生ずる「権利本位の文明の禍根」に対し、権利濫用思想が登場し、権利は公の秩序善良の風俗という原理によって制約されるに至ったとされる（三四七頁以下）。

(18) 牧野・前掲三四九頁以下。

(19) 牧野・前掲三五一頁以下。柔らかな表現になっているが、この主張が、鳩山・前掲書批評の眼目であることは、牧野がこの論文を「権利の觀念の転回」としたことから窺える。

(20) 「個別的な権利の如何を論ずるに方つては、必ずしも法律の規定の形式に依る必要はない」牧野・前掲三三七頁以下。

(21) 牧野・前掲三四一頁。

(22) 牧野・前掲三四六頁、また三五一頁参照。

(23) 牧野・前掲三五一頁。

(24) この大審院判決の法律論上の意義とは別に、事件そのものの最終的結着（ここにも問題がありそうであるが、本稿とはかわらないので立入らない）については、川井健「不法行為」法学セミナー三二二号（一九八二）九五頁以下参照。

(25) 大審院民集四卷二二号六七五頁以下。

(26) 末弘『民法講話（上巻）』一一二頁。

(27) 末弘『債権各論』一〇一三頁。

(28) しかし、論理操作ということ自体は、『債権各論』におけるとは異った意味をもっている。即ち、『債権各論』においては、「権利」の論理的体系がそのまま規準の内容になっていたのに対し、『民法講話』における論理操作は、保護の可能性のための論理的前提を示すものであって、それ自体が規準を根拠付ける論理的体系をつくるものではない。

(29) この点は、七〇九条解釈について、その後も一貫し、我妻説との相違の一つの因となる。末弘「不法行為法の再編成」法律時報一二卷三一五号「一九四〇」↓『民法雑記帳（下）』「一九五三」一一九頁参照。

(30) 末弘『民法講話（上巻）』一一五頁以下。なお、末弘が、「公序良俗」でなく、「善良の風俗・公の秩序」と順序をかえて

いることは、「公の秩序」に対して、社会的道徳を優先させるという考え方があつたのかも知れない。

(31) このことは、単に『民法講話』という本の性格によるというのではなく、この主張の存する、学説の発展段階の位置による。

(32) 内容的には、狭義の「権利」侵害は絶対権に限られず、また、良俗違反を故意に限らない(と明言しているわけではない)が) ことよつて、ドイツ民法の三つの条文より保護の可能性が広げられている。これは、一般条項の必要性を前提としてその内容の説明と、一般条項を排した形式的規準であるドイツ民法の規定との相違である。

### 第三章 末川説の一般条項操作の形式的性格

一、一九二九年に登場した末川説は、<sup>(1)</sup> ①権利侵害要件を「違法性」の徴表であるとして、違法性という定式化を主張し、その論理的説明を行った。そして更に、②この一般条項の内容が規準として提示された(末川においては、①の論理的作業が同時に②のための枠組みとなつていた)。この二点が、それまでの一般条項化の主張と異なる。即ち、第一点に関しての末弘との相違は、末弘においては、七〇九条の「権利」概念の拡張が行なわれたのに対し、末川においては、七〇九条の「権利」は狭いままで、七〇九条が「権利」侵害以外でも適用可能であるとする主張であるということにある。第二点からは、一般条項化の主張というだけの段階をすぎ、一般条項の内容上の明確化が試みられるという次の段階に入ったということが出来る。そして、末川の作業の特色は、第一点からは、一般条項化が評価変更によつて根拠付けられずに、民法典内在的評価の展開として主張されているということと、第二点からは、七〇九条が、再び、形式的性格を基本にするものにされているということがいえる。以下これ

らの点を述べよう。

二、末川においては、七〇九条の「本質的な要件」は、権利侵害ではなく、加害行為の違法性であって、「権利侵害は、……不法行為における違法性を認識するための手がかりを示す徴表たるにとどまる」こと、具体的には、権利侵害がなくても不法行為が成立するというを示すことが目標であった。「不法行為は、法律上は認められることを得ないという評価を受けるの故をもって、法律効果を発生せしめるところの法律要件」であるのに対して、七〇九条は権利侵害という要件によって、範囲を限縮している。ここから、「ここに所謂権利侵害は本来不法行為の成立要件として何を意味するか、従ってまた何のために民法は不法行為に関する原則的規定のうちこれを採り入れているのか」ということが問題にされる。<sup>(2)</sup>この問いへの回答は、まず、法律上は認められないこと<sup>(3)</sup>違法の判断は、「法律の世界の内において為さるべきものだとして、その所謂法律上の世界をいかに理解するか」が重要なこととされる。そして、この「法律上の世界」<sup>(4)</sup>「法律の全体」・全体としての「法律秩序」の認識の手掛りは、第一に、「個々の実定的な法律規範がいかなる内容を示して顕現しているか」ということにある。この顕現法規は、命令的法規と許容的法規にわけられる。これらどちらの法規に違反することも違法であるが、「近代の法律は、……制度の基調において、人を拘束し義務づけるという方面からするよりも、寧ろ人の容態を許容し権利を与えるという方面からして、社会における共同生活を規律しようとしている」<sup>(5)</sup>ので、許容法規違反<sup>(6)</sup>権利侵害が「不法行為における違法性が発現する最も普通の形態」になる。かくして、七〇九条は、権利侵害要件によって、「最も普通」な違法の型を示しただけであって、違法を権利侵害に限るというものではないということになる。末川の名ととも<sup>(7)</sup>に有名な、「権利侵害は、……違法性(の)……徴表たるにとどまっている」という定式は、このような論理操作によって根拠付けられたものであった。末川にとっては、まず、不法行為が「権利侵害」のある場合だけではない

「ということ論証することが関心であって、そのために七〇九条は違法性を示すものとして一般条項にされた。」<sup>(8)</sup>  
 一般条項化の以上のような根拠付けは、七〇九条が本来的に、権利侵害以外のものも含んでいるという主張であって、そこには、評価変更の主張は含まれていない。<sup>(9)</sup>

三、行為の違法性判断の標準の顕現形式の複数性ということは、権利侵害||徴表論を導くための前提であったが、同時に、違法性内容を明確にするための基本的枠組みでもあった。彼において、違法性発現の形態は、①許容法規違反||権利侵害のある場合、②命令法規違反、③公序良俗違反(④⑤はあわせて、権利侵害のない場合とされる)<sup>(10)</sup>の三つにわけられる。このうち①②が基本であって、③は顕現法規の欠けている場合に、「補充的」に機能するものとされ、<sup>(11)</sup>①②と矛盾しない位置におかれることも、一般条項の内容上の明確化の方向を示すものである。そして更に、次にのべるように、それぞれの類型の下で違法性を判断される諸事件が整序される。このような作業は、問題が、一般条項化の主張から、一般条項の操作の段階に入ったことを示している。この試みによって、七〇九条は、一般条項化を前提として、①②によって計算可能性が維持されたいうえで、③によって新たな保護の要請に開かれたものにされる。

しかし、末川における一般条項の個別規準化による形式的性格の維持は、実質的利益評価を前提としてそれを再び計算可能な規準に構成しなすということによるものではない。たしかに、「七〇九条の規定をそのままに不法行為に基づく損害賠償請求権の認めらるべき範囲を限縮することが妥当であるかは大きな疑問である」というような意味での実質的衡量はあるが、それから、個別規準構成を方向付ける実質的評価視点を求めるということはない。彼においては、①②③の類型自体が、法律上の保護形式による分類であって、一定の実質的観点からの、被害利益或いは侵害行為の評価に基づく分類ではない。更に、中心である①②において、法規(制定法規、例外

的に慣習法規<sup>(13)</sup>による保護の存在が、違法性認識の根拠になっている。

これらのことから、末川の一般条項操作の形式的性格を語ることができるが、この性格の中でも二つのものがある。即ち、各類型内部の個別規準の実際上の根拠は、三つの枠組みを根拠付けた・違法性判断形式の論理的分類という意味での形式的性格と異って、法規の存在という法実証主義の意味での形式的性格をもつものである。このことは、①類型の細分化作業を困難にさせることになった。

それぞれの類型内部をみてみると、まず、④は④支配的内容を有する権利⑤請求権内容を有する権利⑥形成的内容を有する権利にわけられる。この分類は、実質的評価を視点にしてでなく、論理的という意味で形式的な分類である。しかしこの意味の形式的分類は、既に末川においても個々の規準の根拠にまで貫徹するような意味があるものとは考えられていないということが窺われる。即ち、彼は、この分類の方法について、権利は、その内容が複雑であって、「これを単一の方向において掴むことはむずかしいことがある。しかし、許容されているものの現われ主要な方向を捉えて、個々の権利の特性を求めることは必ずしも不能ではない<sup>(14)</sup>」とややあいまいな表現をしている。そして、実際にも、「親族上の権利」が「便宜上」④において論じられている。①類型では、論理的形式的に実際上の後退をみうるとともに、実質的利益評価が個々的には重要な役割を果たしても、方法上、体系形成の基礎<sup>(16)</sup>にはおかれず、法律の存在という意味での形式的視点が決定的な意味をもってくる、といえる。このことは、更に②類型でより現われる。ここでは、論理的分類は行なわれず、侵害行為の違法性判断は、直接にそれぞれの行為を禁ずる命令法規の存在によって根拠付けられる。生命・身体・自由について、法律は、「ただ消極的にそれを侵害してはならぬという方面から、刑罰を科するというような方法で、命令しているにとどまっている<sup>(17)</sup>」と。勿論、常に刑罰法規が参照されるというのではないが、<sup>(18)</sup>刑罰法規を中心とする法規が根拠として参照されることも多い。<sup>(19)</sup>末

川において、この類型をたてることは、行為の違法性判断の標準の現われ方が権利侵害と異なると示すためであつて、具体的な規定の存在を必要とするということを積極的に主張するためではない。しかし、この分類そのものが顕現法規（制定法規及び慣習法規）による規制の形式によるものであり、また、規定が存しない場合には、公序良俗による違法判断がなされるとされるのであり、㊦類型では、規定の存在が、命令・義務付けの認識の直接の根拠となっている。ここには、分類の論理的形式性とともにも、より重要なものとして、類型内部での個別規準の根拠の—規定の存在を要するという意味での—形式性が存する。

㊦類型については、民法九〇条と同様な操作の必要性が示唆されているが、具体的にのべるところ（五一—八頁以下）は、諸判例を一定の視点に基づいて分類しているわけではない。㊧類型は、「補充的」位置におかれるが、㊦が法実証主義的形式的性格であるだけに、新たな問題への対応のためには重要な意味をもってくる。しかし、末川においては、この一般条項化及び個別規準は形式的視点によって根拠付けられ、展開されているので、形式的手掛りを欠く㊧類型の整序は困難となった。

末川の七〇九条解釈論は、その「違法性」という定式化がその後の学説にひきつがれている。末川説は、この定式化及び一般条項化の必要性・可能性の論理的体系的説明によって、七〇九条の一般条項化の方向を確定的なものにしたものと位置付けられ得よう。

しかし彼の根拠付けそのもの及び三分類はその後の学説に影響をもたなかった。それには、彼の論理構成の前提が独特であったということも一つの因ではあるが、より基本的には、彼の形式的思考が、一般条項によるより柔軟な「現実適合」にも、また、個人主義的価値基礎を維持しつつの一般条項の内容的明確さの確保のためにも、適合性を失っていたということによる。しかし、そのことよって、一般条項化のもつことのある問題性としてあげた

前述(第一章の)④の機能は、末川においては未だ重要なものとしては現われてこない。

- (1) 「不法行為における違法性」法学論叢三二巻四六号(一九二九)、これを中心にして、『権利侵害論』(一九三〇)↓  
『權利濫用と不法行為』(一九七四)。以下では、一九七四年版で引用。
- (2) 末川・前掲三八二頁以下。
- (3) 末川・前掲四〇三頁。
- (4) 末川・前掲四〇九頁。次いでこの顯現的法規の欠陥の故にそれらによって認識できない処で、公の秩序又は善良の風俗と  
いう形式が考えられる(四二三頁以下)。
- (5) 末川・前掲四〇九頁以下。また、同・四一六頁、四五一頁以下など。
- (6) 末川・前掲四八三頁。
- (7) なお、末川においては、権利侵害ということとは、あくまで「徴表」であって、それに「とどまる」とされるもの(くり返される表現である。本文の他に、四七三頁、四七四頁、四七九頁、四八一頁、五〇二頁など)であって、権利侵害のない場合と比して特に重要性が与えられているものではない。この点に関して、原島・前掲七二頁以下の末川理解には疑問がある。氏は、この徴表ということに関して、末川説によれば、「われわれは、多くの場合、かかる許容法規違反において、直ちに適法・違法という評価の標準を見出すことができる。このような意味で、権利侵害は違法の徴表なのである」(七二頁、傍点は原島)とする。しかし、この文中での「直ちに……できる」ということは、「法律規範の評価的機能の方面からいうならば、かかる許容的法規は直ちに命令性を顯示するという命令的法規と全く同等の權威を主張しうる」(末川・前掲四一一頁)ということに対応するものである。従って、末川において、権利侵害の場合に、それのない場合(とくに命令法規違反のとき)に比して、違法が直ちに認定されるということのべているのではない。許容法規違反及び命令法規違反が、我妻相関関係論と異なって、それとして違法を現わすものとされるのは、「権利」性の強調によるのではなく、末川

の、法律形式に基づく思考の故である。少くとも、不法行為法に関するかぎり、末川において権利概念は勿論維持されているが、維持することの意義を強調することは末川の関心にはなかった。蛇足かもしれないがつけ加えると、その後の学説の展開との対比で、末川において権利概念が残っていることの意義を強調する場合でも、その維持ということに末川の関心があったと理解する必要はない。末川において特に意識されていないことが意味をもつことになったともいえるからである。なお、末川の権利論については、西原道雄「末川博—人と業績」小林直樹・水本浩編『現代日本の法思想』〔一九七六〕一八五頁にふられており、筆者はそれを支持する。

(8) 従って、末川が、立法論として、ドイツ民法よりも、フランス民法、スイス債務法の一般条項を優れたものとする(四八頁)ことは、彼の権利侵害論の徴表論となんら矛盾するものではない。この点での、原島・前掲七四頁の末川理解には疑問がある。

(9) 『権利侵害論』のなかで量的に大きな部分をしめる法史・法学的的叙述は、彼の解釈論の中で、「違法性」の普遍的性格の主張という意味を持ち得、彼の解釈が、七〇八条の「本来の」意味の解明であるとして主張されることを補強するものがあった。

(10) 末川・前掲四九頁。原島「開発と差止請求」法政研究四六卷二一四号〔一九七〇〕二九四頁註(8)参照。しかしまた、同「わが国における権利論の推移」七三頁も参照。

(11) 末川・前掲四一五頁、四七一頁。

(12) 末川・前掲三八三頁。

(13) 末川・前掲四一二頁、なお、四九〇頁では、「慣習」と表現されているが、同じ意味である(四八五頁参照)。

(14) 末川・前掲四八五頁。末川が、権利の内容が複雑であるといっていることの内味は筆者には不明確である。

(15) 末川・前掲四九一頁。

(16) 債権侵害について、債権の存立自体の侵害と債権の行使の侵害を区別すること(四九二)、また、「独占的支配・利用」と



いう表現でなく、「積極的に許容」されているという彼の「権利」の定義によって他の「支配的内容の権利」との異同がいまいになるが、水利権に関して、「権利」と「自由な使用」の区別をすること（四八九頁以下）など。

(17) 末川・前掲五〇一頁。この表現が、「権利」との価値の序列を示すものではないこと同頁参照。

(18) 「殺人が一般に違法であることは疑いない」（五〇四頁）、また、身体侵害について五〇七頁。

(19) 監禁について、「刑法その他の制裁法規の上からいっても当然に違法」（五〇七頁）。貞操侵害について（五〇九頁）、詐欺・強迫について（五二二頁）も同様な表現が行なわれる。また、文書偽造について、五一五頁。

(20) 末川・前掲五〇〇頁。「判例の整序」に関して、我妻「判例より見たる公の秩序善良の風俗」法協四二巻五号（一九二二）が指示されている。

#### 第四章 相関関係論と損害分配論

三一、七〇九条の一般条項化及びその内容上の操作の主張として、末川説に続いて我妻説が登場した。<sup>(1)</sup> 我妻説の特色は、第一に、評価変更の主張によって一般条項化が根拠付けられていること、第二に、相関関係論によって、個別規準構成が自覚的に取り組まれるとともに、実質的评价が個別規準に貫徹すること、である。我妻の一般条項論の学説史上の意義を考えるうえにも、また更には、実際には必ずしも学説の支持をうけてはいなかったにも拘わらず、現代において、（かつての）「通説」であることとみられることの理由についても、これらの特色の検討によって手掛りが得られよう。

二、我妻は、「所謂『権利侵害』は畢竟『違法性』を意味するに過ぎない<sup>(2)</sup>とする。我妻は、また、「私自身権利

侵害は違法性の一顯現なりとなす者」ともいうが、末川においては、「権利侵害」は違法形式の一つであつて、それとして形式的規準であつたのに対して、我妻においては、「権利侵害」要件が「違法性」という意味であると解釈されるのであつて、それとして違法性のなかの一規準を表わすものではない。我妻においては、「違法性の有無は超法規的価値判断の問題」であつて、体系的に實質的判断が基本的である。

具体的には相関關係論によつて内容上實質判断の全面化が行なわれることになる、このような一般条項化は、我妻において、解釈基準、評価基礎の変更によつて根拠付けられていた。我妻はまず、「不法行為を以て個人の自由活動の最小限度の限界を画する制度なりとすれば、法律が他の個人に対して賦与した権利を侵害せざる以上、個人の活動は掣肘を受けずとなすことは極めて当然」であり、権利侵害要件の存在は、「個人本位の法律思想」即ち、「各個人の権利を中心として最大限の自由を保障せんとする法律理想」に適するものであるとする。これに対して、「近時我國の学者が悉く……『權利侵害』は畢竟『違法性』を意味するに過ぎずとなす」のは、このような個人本位の「法律思想が排斥せらるる」結果である。「この違法性論」は、「社会生活に於ける損害の公平妥当なる分担の理想から見ても極めて正当である。」「私はこの既存の法律概念たる個人の權利侵害行為たることから社会生活を規律する公序良俗違反行為たることへの推移に、宛も、個人本位から団体本位への法律理想の変遷を見出し得ると考へる」とする。

「個人本位」・「權利本位」批判は、我妻において、加害者の權利行使の自由を批判し、違法性論の中での保護の「拡大」、外での無過失責任・「適法行為による損害賠償論」を導くものであつた。しかし、かわつて提示される「公平な分配」ということはそれ自体としては方向を積極的に示すものではない。このような損害分配論によつて支えられる一般条項は、裁判官を、我妻のいう意味での「權利本位」の形式的規準の拘束から免れさせるとともに、

被害者の侵害された「権利」(と構成される必要があるかは別にして)に基づく損害賠償請求権として構成されるものの拘束からも免れたものとする可能性をもつ。このような一般条項が、保護の決定を、裁判官による新たな権利範囲の画定によって行うもの(新たな規準による「分配」)とすることを推進することはないか、或いは、行為者の「権利本位」批判だけでなく、被害者側の「権利」を含めて、およそ「権利」の存否によってでなく、目的性判断によっておこなうもの(規準によらない「分配」)とする方向に働くことはないか、それとも、このような機能への歯止めが「公平な分配」論の具体化の中に存するのかが、が更に検討さるべきこととなる。以下、具体的な展開としての、相関関係論・適法行為による賠償論をみていこう。

三、たしかに、我妻においては、牧野のように、公序良俗・信義則の強調によって積極的に法的規準構成の放棄を主張することは行なわれない。我妻が、私法方法論一般に関して論じている「具体的価値判断の標準」<sup>(10)</sup>の必要性の主張は、不法行為法領域においても、相関関係論によって実現が試みられる<sup>(11)</sup>。

相関関係論は、一方に被侵害利益として、<sup>(12)</sup>物権・無体物権・債権・営業権・社員権・人格権<sup>(13)</sup>(①生命・身体②自由③名誉④貞操⑤その他の人格権〔氏名権・肖像権・信用権等〕)をおき、他方に侵害行為態容として、<sup>(14)</sup>①刑法法規違反②その他の禁止及び命令法規違反<sup>(15)</sup>③公序良俗違反④権利濫用をおき、それぞれを相関させることによって違法性判断を行うという主張である。ここには、「損害分配」の考え方に従って、両当事者のそれぞれに存する事由が、体系上対等に並べられる。この枠組みは、「具体的標準」の導出のためのものであるに拘わらず、むしろ総合判断化を推し進めるものとなった。

まず被侵害利益に関して、被侵害利益の類型のうち、侵害態容によってでなく、その侵害が「一般的に」違法とされるグループ<sup>(16)</sup>の中心にあるのは、所有権・生命・身体といった排他的帰属が承認された・ドイツ民法典で絶対権

と構成されるような利益類型である。そして、たしかに、それらの利益保護は、実際上は、相關関係論でも、また末川説やかつての形式的思考においても変わるわけではない。<sup>(17)</sup>しかしなお、それら利益類型をも含めて、相關関係論が主張されることには、個人の領域をめぐる規範を基礎とした規準の構成、国家がそれに拘束されつつ個人の利益が保護されるという方向との対立という可能性をもちうる。即ち、まず、「絶対権」的利益のなかで、所有権が相關関係論のなかにあるということは、所有権の制限についての一般論と結びついていた。たしかに、生活妨害に対する損害賠償を、被害者側の所有権内容制限＝被害の認容の範囲の認定（それと加害者側の侵害態容）という角度から論ずることは、<sup>(18)</sup>この種紛争に対する当時の法律学の対応の段階、所有権概念を中心とした論理的思考の存在を考へれば、自然な対応だったといえるかもしれない。しかし、一つには、そのような所有権内容の制限という実質的一般的定式との結びつきによって、相關関係論は、たしかにそれ自体は損害賠償場面での絶対権の利益の保護という「中心部分」を崩す主張を含んでいないとしても、諸権利の制限一般論を不法行為法において体系的に補強し、民法全体を、社会全体の中の、個人主義批判、「中心部分」の制限の方向にも適合的なものたりうる存在とするという意味をもつ。我妻によって、私法の基礎概念の「社会本位」(『現代法學全集版』では「団体本位」)化が、民法体系全般に貫徹されるということのもつ一般的潮流の形成への一つの力としての政治的意味は小さくない。このことは、学説・裁判レベルでと、それを超えた行政・政策的レベルでの意味の両方で考えられよう。<sup>(19)</sup>

次に、損害賠償法の方法論レベルに戻ると、相關関係論という一般的枠組みは、被侵害利益の内容の明確化に阻止的であった。生活妨害―我妻の構成では被害者の所有権内容の制限の範囲―の存否は相關判断によって行なわれるのであって、「其侵害行為の違法性はその行為が隣者の生活上又は営業上の必要に基くや(音響・煤煙・震動等)、所有権の行使に基くや(穿井)或は許されざる行為なりや等によって相対的に定められ」る。具体的には、

大正一〇年八月一九日の大審院判決(民録一四九三頁)に関して、「電力会社の行為の不当なることを認めしかもその結果の社会的利益に関する所大にして被侵害利益の言に足らざるものなることを相関的に考慮して違法性なし<sup>(20)</sup>」とする。我妻のこの結論が問題であるというのではなく、ここでは、被害者の利益の法的評価がでなく、両当事者の事情(叙述上は、加害者の事情が優先的でさえある)の総合考慮が強調されていることである。これによって、この種生活上の不利益に関しての、個人の領域の画定を前提として、それがどのような侵害に対して保護されるかの規準を構成するという方向——かつての「絶対権」侵害と故意・過失という要件構成はこの一つの具体化——でなく、個々の事件での裁量的判断が實際上規定的役割を果たすことに推進的な枠組となる。

同様のことは営業権の扱いにもみられる。そして、そこでも、解釈論の発展段階上であるということよりは、相関係論の方法上の特色が現われているといえる。即ち、まず、営業権に関して、「一は営業的活動が、従前の如く放恣な自由競争に委ねられることなく、公序良俗の理念に従って適当な制限を認めらるることであり、二は営業に対して主体を離れた独立の財産的価値を認める」という二つの面が問題となるとして、後者については、「寧ろ所有権の如き一個の財産権の成立とその侵害として考えられねばならない」とする<sup>(21)</sup>。しかし、具体的には、大宇湯判決について、後者の例として、財産権の成立の有無を検討し、「然る後に賃貸人の侵害行為の態容が問題とせられねばならない」とする。「所有権の如き……」ということ、侵害行為態容の重視ということは、ただちには一致しがたいが、このことについては、のちに、「老舗権なるものは所有権ほど判然たる存在を取得しない<sup>(23)</sup>」とのべられる。そこでの相関判断は次のように行なわれる。「湯屋営業のもつ独立の経済的価値、甲がこれを築きあげるに多大の資本と労力を費したること、その家屋に附着しこれから取はづしては価値を失うものなること、甲乙間に平穩な賃貸関係の永続したこと、今日乙が丙にこれを賃貸して利を得て居ること等を総合考察すれば

ば、乙の行為は……公序良俗に違反すること疑がない<sup>24</sup>と。ここでは、「独立の財産的価値」という規準、独立性が不充分の場合の補充的規準にてらしての具体的事件の判断という方向ではなく、「相関関係」判断という総合判断に解決が求められる。「独立の財産的価値」であると社会的に承認されるということは、社会関係の中で、その財貨・背後にある帰属主体性の相互的承認の規範が生成しているということである。その侵害状態は、「独立の財産的価値」が、侵害者の意思の下にあるということであって、侵害者にとっては、財貨帰属をめぐる規範が、被害者との関係において、自己規律の規範として働いていないということである。社会的に、その財産的価値の独立性を認める規範のない場合、即ち、それをめぐる人間関係が権利義務規範に沿ったものではない場合には、そのような財産の存在は、他者が事実上侵害しないということ、即ちその他者の意思にかかることになる。ある解釈論が、国家がその種の財産をめぐる人間関係をどのような性格のものとして維持或いは形成することにとって適格的なものであるかという視点からは、ここでの相関関係論の現われ方について次のようにいえよう。「独立の財産的価値」を前提としつつ、それを上述のような「行為態容」との総合判断の一要素の位置におくことは、「権利」という名をかぶせるかは別にして、財産価値性、その背後の・規範に規律された人間関係をそれとして法的レベルで重要なものとして維持・形成することに阻止的に働く。また、一般条項化を通じての総合判断の強調は、ここでは、個人の固有領域の再画定としてでなく、双方の事情を考慮しての衡平判断化としての意味が強いといえよう。所有権についての一般論としての内容制限の主張は、それ自体には所有権内容の再画定という色彩も多くもつが、所有権以外の問題での、「所有権より弱い」「独立の財産的価値」の存在を衡平判断に依拠させるということに間接的に影響を及ぼしている。

次に、被侵害利益類型のうち、とくに侵害態容が問題となるとされるグループについて。我妻において、相関関

係説の一方の柱が侵害態容の法的評価であるとされるのは、ドイツ民法典の規定(八二三条二項、八二六条)の存在、末川説の類型の存在の影響の他に、違法性判断が損害分配論によって根拠付けられることと関連している。即ち、権利侵害のない場合であっても、加害者の自由・「権利本位」を制限して、損害の公平な分配がなされるべきとする考え方から、その制限 $\parallel$ 違法性判断を正当化するものは、権利行使という態容と連続するものとしての行為者の態容上の悪性であるということが導かれる。我妻において、行為態容類型のなかで、公序良俗違反、権利濫用がより大きな意味をもっていることから導びかれる(以下行為態容の類型は、本稿六五頁の番号で示す)。

侵害態容との相関が問題となるとされる場合には、実際上は、利益評価をも含んだ、行為態容評価が違法性判断をなしている<sup>(25)</sup>。そして、そのなかでも、③④が総合判断を求めるものという性格をもつ。即ち、行為態容類型のうち、①②は、利益評価が既に含まれている刑罰法規その他の保護法規を手がかりとした違法性判断であって、それらの法規が、民事領域であることの修正を伴いつつ、規準となっている。これに対して、③④の態容判断においては、既存の規準はなく、解釈論のなかでのそれら類型の位置付け、内容の再構成が重要になってくる。我妻においては、③④は、被侵害利益の評価も含めて、両当事者の諸事情の総合判断によって行為態容が判断される(例えば大学湯事件について、公序良俗違反とする叙述)。そして、「補充的」とされていた末川におけるとは異って、我妻においてはそのような限定は付されない。「侵害態容が問題となる」諸被侵害利益で、法規のない場合のすべてをカバーするものであり、九〇条が他の法律行為に関する規定の存在を前提として、例外的修正的に働くのとは異って、一般条項化された七〇九条の中で基本的な位置をしめている。我妻は、当初、九〇条の内容の参照を指示していたが<sup>(27)</sup>、それはすぐに行なわれなくなった<sup>(28)</sup>。この変化は、九〇条と、七〇九条のなかでの公序良俗概念のもつ意味の相違によるといえよう。しかしそれだけにまた、③類型については、カズイステイシユな叙述となる。

我妻において、③、そして④類型が大きな意味をもつのは、それらが、権利行使を制限し、損害の公平な分配を図るといふ思考を表現するに適したものであったからといえる。

四、既に牧野、末弘において唱えられていた適法行為による損害賠償論は、我妻において「因って生ずる損害を分担せずしてこれを為すことが公序良俗違反」<sup>(30)</sup>という論理構成によってひきつがれた。この行為類型の存在は、「社会的公平による損害の分担」によって根拠付けられる。この「公平」の内容は、「必然的に危険を包蔵する企業を許してしかもその損害を絶対的に賠償せしむ」ということである。それまでの適法行為論と同様、企業活動を適法とすること、賠償はさせるといふ二つのことが内容である。我妻自身、「所謂適法行為による損害賠償」ということを肯定したと同一の結果に達し得るであろう<sup>(31)</sup>として、従って、我妻説は、それまでの適法行為論<sup>(32)</sup>に、「不法行為とは違法なる加害行為なりという前提」<sup>(33)</sup>との論理的整合性を与え、解釈論としての性格をより強くしたものである<sup>(34)</sup>。このような論理構成が可能になったのは、既に、違法性の判断のための評価基準が損害の公平な分担ということにおかれていたからである。

解釈論としての性格がより現われるということは、この論理構成の提示ということだけでなく、具体的適用についての叙述の存在からもいえる。大阪アルカリ事件に関して、「鉍毒に対する賠償責任の立法化せられたる今日に於ては、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思ふ」<sup>(35)</sup>とする。我妻にとっては、本来適法とされる行為を条件付適法とすることによって、保護可能性を根拠付けることが目的であった。この条件付適法行為類型に入れるべきか否かが、「企業の有する……四周の状況等」という総合判断によるべきとされるのである<sup>(36)</sup>。権利行使・営業の自由↓適法↓責任なしという形式的規程を前提として、それを修正して、条件付き適法と



することが総合判断に依るわけである。この解釈論においては、我妻が中心的内容として考えている危険責任（必然的に危険を包蔵する企業・「不可避免的に生ずる損害」といった表現が示すそれ）を表わした実質的判断標準の構成化ではないということが規準としての明確性を低め、このことと結びついて、行為の適法性ということが、利益領域の新たな画定というよりも、総合判断による損害分配の性格を強めた。即ち、前提になっている権利の行使—適法ということ、実際上は、侵害者にとつての自己規律、当事者間での規範としての意味をもたず、侵害者による被害者の主体性の否定を補強するという役割をもつ。この関係そのものの適法を前提としつつ、総合判断によって条件付適法行為類型か否かを決定するという提言は、救済可能性を作り出し、根拠付けるといふ實際的目的を持ちつつも、本来的に回復さるべき個人の利益領域の存在を予定したのではなく、裁判所が、個人の固有の領域というような拘束的な存在なしに、政策的に損害分配を行うことを求めるといふ性格をもつものとなった。

五、我妻の七〇九条解釈論は、末川による違法性という定式をひきつぐとともに、損害の公平な分配という思想に基づく相関関係論によって七〇九条を全面的に実質化した。我妻の主張には、一般条項化と、「具体的標準」のための試みという両面があった。しかし、相関関係論は、後者の点に対して必ずしも適合性をもっていなかった。また、損害分配論は、我妻の解釈論が総合判断化の方向に向かうことを根拠付けた。この我妻説は、工業化に伴う被害の賠償・補償レベルでの救済を可能にする方向を確定的にするという面をもつと同時に、他面その救済のための構成が、被害者の固有の「権利」の回復としてでなく、政策的視点の強調の下で行なわれ、更にそれが不法行為法全体におし及ぼされた。この後者の面は、不法行為法を、日本の工業化に伴う諸問題（工・鉱業からの公害だけでなく、社会生活全般において現われるそれ）の処理のための装置とするという意味で、「現実適合的」であった。解釈論の根拠、運用の方向（評価基準）としての、加害者・被害者の「個人主義」批判、「人類社会の協同生

活」の中での損害の公平な分担の主張は、国家の政策的視点の明確な優位の下での、国家の手による損害の分配に近付くことになる。戦時下の『現代債権法の基礎理論』<sup>(32)</sup>にこのことは濃厚にみられる。

(1) 我妻・『事務管理・不当利得・不法行為』(現代法学全集一九三二)。なお、現在の学説が我妻相關関係論にふれる場合、違法性理論の歴史的展開という角度からのそれであっても、新法学全集中の同名書(一九三九\*)をあげるのが通常である。例えば、加藤一郎(発言)座談会「不法行為法の回顧と展望」Law School 6(一九七九)七頁、原島・前掲七四頁など(なお、解釈論に属するものではあるが、違法性論の展開について、前田達明『不法行為帰責論』(一九七八)四頁は、現代法学全集を引用している)。自らの解釈論の展開との関連で相關関係論にふれる場合は、新法学全集の方が完成された姿を示すから、ともかくとして、学説史的な意味でみる場合には、まず現代法学全集がみらるべきであろう(とくに、原島・前掲七四頁が、発電用水路事件判決(大判・昭和十一年七月一〇日民集一五卷一四八一頁)を示しつつ、相關関係論の発表を「その翌年、昭和十二年であった」とするのは、我妻説が判決追隨理論として登場したものであるかのような誤解をひきおこすものである。むしろ、我妻説はそのような判決にさきがけて存在していたということに検討すべき意義があらう)。新法学全集との間には、のちに示すような表現上の重要な相違及び個々の点での修正・補足はあるが、基本的な考え方には変化がない(平井・前掲三七五頁註⑥は、現代法学全集版「が重要である」とする。どのような意味で「重要」とするのかわ不明であるが、基本的な考え方が既に現われているという意味であらうか)。以下引用に際しては、『現代法学全集版』、『新法学全集版』とする。

※『新法学全集版』の発行年については、現在まちまちな表記が行なわれている。昭和十一年とするもの(篠塚・前田編(吉田豊執筆)『講義・債権各論』(一九八二)、昭和十二年とするもの(加藤編『注釈民法④』(一九六五)、平井・前掲、原島・前掲、幾代通『不法行為』(一九七七)、四宮・前掲など)、昭和十四年とするもの(前田『過失概念と違法性概念の接

- 近「奥田他編『民法学6』(一九七五) ↓ 『判例不法行為法』(一九七八)、昭和十五年とするもの(加藤『不法行為』、広中『債権各論講義・第五版』(一九七九)、星野『不法行為理論の展望』私法四一(一九七九)など)、昭和十六年とするもの(四宮『請求権競合論』(一九七八)がある。新法学全集は、各回の配本では様々な分野のものの分冊が配本された。その配本毎に、のちに合冊するときのための綴じ込み用の表紙(?) ↓ 配本された諸分冊との内容的関係は必ずしもないそれが合わせて配ばられた。我妻『事務管理・不当利得・不法行為』の分冊は、第三七回(昭和十四年七月)、三八回(同年九月)、三九回(同年一月)の配本である。昭和十二年とされることが多いのは、債権各論のための合冊用の表紙が配ばられたのが昭和十二年であることから生じたのだと思われる。昭和十五年とされるのは、昭和十四年に全巻配本完了後、昭和十五年に、あらためて合冊製本版が出されたことによる。昭和十六年とするのは、その第二刷であろうか(なお、我妻先生遺稿記念『損害賠償責任の研究』(一九五七)、我妻『民法研究Ⅰ』(一九六六)所収の業績目録は、昭和十五年としている)。自らの解釈論の展開のなかで我妻説にふれる場合には、自ら参照したものの出版年を示せばよいといえるから、各学説のなかでの出版年の相違をとくに問題とする必要はないかもしれない(その場合でも、昭和十一年、十二年とするのは誤りである)。しかし、学説史の展開のなかでみようとすることは重要なことになりうる。ただ、相關関係論に関しては、既に、一九三一年に原型が発表されているから、一他の者がそのどちらをみたかが問題となるかもしれないがその重要性は減ぜられるといえるかもしれない。
- (2) 我妻『現代法学全集版』四一六頁。『新法学全集版』二二〇頁。
- (3) 我妻『末川博博士『権利侵害論』』法協五〇巻六号(一九三三) ↓ 『民法研究Ⅶ』(一九六九)三六九頁。
- (4) 我妻『新法学全集版』一一五頁。
- (5) たしかに、末川においても、違法性阻却の判断が残っているから、権利侵害・命令法規違反の有無の判断だけで違法性判断がつきるわけではない。他方、我妻においても、「既存の法律体系に於て、所謂絶対権と認められ」(『現代法学全集版』

四四八頁) ていたような利益の侵害の場合には、特に侵害行為の態様を問うことなく、「一般に違法」(四五四頁、四五七頁) とか、「直ちに違法性を認むる」(四七二頁) とかされることによって、形式性が回復されるから、そのかぎりでは、それらの多くの場合に、実際上の相違は生じないかもしれない。このことは、その社会での基本的な利益の保護の要請への対応において評価内容が一致しているということであって、いわば当然のことである。方法論上の問題は、末川の「権利侵害」にあたるものも、我妻においては、体系上は相關判断の結果として違法となるという根拠付け方法の相違であり、それらもつかもされない実際上及びイデオロギー上の相違とそれへの対処の有無である。「権利侵害」を「違法性」におきかえたのは、末川ではなく、我妻であるとする原島・前掲七四頁の指摘に賛成する。

(6) 『現代法学全集版』四一五頁以下。なお、本文のうち「近時我国の……過ぎずとなす」という文章については、前註及び該当本文参照。

違法性論の根拠付けは、『新法学全集版』も同じである(「不法行為は社会に生ずる損害の公平妥当なる負担分配を図る制度」同九五頁、一〇二頁)。なお、『新法学全集版』では、『現代法学全集版』において標語として多用された「団体本位」という表現は一切用いられていない。おそらく、「団体本位」という表現が、昭和一〇年代に入って、牧野が大正末期に用いていたような意味とは異った、団体主義と結びつくような、機能を果たす可能性が大きくなったと我妻が判断したことによるのであろう。『現代法学全集版』における「団体本位」も、いわゆる「団体主義」的主張を内容としているのでなく、直接的には、損害賠償による保護を広げること(同・四一六頁参照)の根拠付けであり、『新法学全集版』におけると同じである。また、『現代法学全集版』でも、『新法学全集版』でも、『新法学全集版』と同様に、公平な負担分配論は、「人類社会」におけるそれとのべられている(『現代法学全集版』四〇八頁。「人類の社会協同生活」という表現、『新法学全集版』九五頁)。

とはいえ、『現代法学全集版』における表現は、それが牧野の用語を標語的に借用しただけのものであるとしても、損害分配論(損害分担の決定と同じ意味で用いられている)が、従って、『新法学全集版』のそれもまた、そのような表現とな

じむものであるということを表わすもの、別言すれば、実践的及び依拠する理論的基礎の両面の問題性の存在を示唆するものとしてなお注意するに価する。

なお、我妻のこのような評価変更の主張に対して、既に、吾妻が、「違法性論は、権利侵害理論の基底を為す個人主義的法律思想の当然の帰結であ」と批判している（「我不法行為法に於ける違法性理論の動向」民商三卷一号（一九三六）四七頁）。

(7) 念のためにいっておくと、本文の叙述は、評価基礎の変更による明示的解釈変更という手続自体に問題があるということを言うためのものではない。このような手続（方法道具）は、現代民法学においても、それぞれ支持しうる理由をもって、しばしばみられるものである。顕著な例として、（扱われる評価内容が異なるが）民法六一二条の解釈論（とくに物的信頼関係論）が挙げられよう。

(8) 『現代法学全集版』四一三頁、『新法学全集版』九八頁。

(9) 『現代法学全集版』四一七頁以下。『新法学全集版』一〇二頁。後述するように、論理構成上、我妻は「適法行為論」とはしないが、実際上は適法行為論であるので、ここでは、本文のように述べておく。

(10) 我妻「私法の方法論に関する一考察」法協四四卷六・七・一〇号（一九二六）↓『近代法における債権の優越的地位』（一九五三）四九二頁、四九五頁、とくに五〇二頁。

(11) 我妻「末川博士『権利侵害論』」三六九頁、『新法学全集版』二二五頁。

(12) 我妻『現代法学全集版』四五三頁以下。

(13) 新法学全集版では、これらの利益を人格権としてまとめることは行なわれず、また、身体・自由・名誉がグループにまとめられ、生命が別にあげられている（二三四頁以下）。第一点については、必ずしも人格権という概念が否定されたわけではなく（一三八頁、一四二頁参照）、人格権は財産権と同レベルの概念であって、財産権の下位概念である物権等々と同

列のものは、生命・身体等々であると考えたからといえないだろうか。第二点については、七一〇条に挙げられた諸利益を一つにまとめたもので、条文に即したということ以外には、とくに理由は考えられない。

(14) 我妻『現代法学全集版』四七五頁以下。

(15) 新法学全集版では、命令法規違反が取締法規違反という表現になっている(一四三頁)。この類型の内容として説明されていることには変化はない。この表現上の相違には、取締法規という表現が内容との関係でベターであると考えられたという他の他に、末川説において独特の意味をもって使われていた命令法規違反という表現を避けたということもあつたと考えられよう。

(16) 被侵害利益類型について、『現代法学全集版』では、違法判断の根拠が被侵害利益の性質によるか、侵害行為の態容によるのかという形式的区別が『新法学全集版』よりも前面に出、『新法学全集版』において、相関判断ということがより表面に出される。即ち、『現代法学全集版』において、物権、無体物権、債権、営業権、社員権のうちの独立的財産価値をもつもの、生命・身体、貞操が、その侵害が「一般に違法」なものとされ、その他の諸利益については、「行為の態容が主として問題となる」とされる(ここで「一般に違法」「主として問題になる」という表現はそれぞれのグループの諸利益のすべてについて同じというわけではない)。「新法学全集版」では、債権について(一三二頁の「その際……」以下の叙述は直接には給付侵害についてのものであるが、排他性がないとすることは債権一般についての定式と読むべきだろう)、「相関関係に於て違法性を決定すべし」とし、営業権について、そのうち「独立の財産的価値」が認められるものについても、例えばとして、老舗について、「一面被侵害利益としての当該老舗の独立の権利性を吟味することと、その侵害行為の公序良俗違反性を検討することとの相関に於て、違法性の最後の判断に到達すべき(一三四頁)とする。また、貞操については、「一方法律及び社会道徳に顧み、他方侵害行為の態容を考ふる(一四一頁)とする。また、『現代法学全集版』で「行為の態容が主として問題」とされたものについても、『新法学全集版』では、自由・名誉について「相関関係」(一三六頁)、その他の人格権について「第一に侵害行為の態容を問題とすべし」(一四二頁)と表現される。これらのことは、『現代法学全

集版』において残っている形式性が『新法学全集版』において一層後退し、総合判断化がより進められるということを示すものであるといえよう。勿論、既に『現代法学全集版』において、総合判断化の方向が基本的性格をなしていることには変わりがない。

(17) 「中心部分」が崩されるという形での判決への影響はないという主張は、淡路「座談会・不法行為法論の現状と課題」法学セミナー三〇九(一九八〇)一〇八頁以下。この発言は、差止論と区別すべしというコンテキスト。また、淡路自身の相関関係論批判は、同一一〇頁。

(18) 『現代法学全集版』四五四頁以下、とくに、『新法学全集版』一二七頁以下。

(19) 学説・裁判レベルだけで考えた場合でも、権利制限の一般論は、差止論により重要な意味をもってくる。損害賠償についての学説である相関関係論は、差止論とはわけて考察するべきことは、前々註淡路の主張するところである。この区別が必要であると同時に、また、損害賠償領域で、損害分配・相関関係論が主張されることのもつ、一般論を介しての、差止論への影響も考えらるべきであろう。

(20) 我妻『現代法学全集版』四五四頁註(-)。

(21) 我妻『現代法学全集版』四六一頁。

(22) 我妻・前掲四六一頁。

(23) 我妻『新法学全集版』一三四頁。

(24) 我妻・前掲一三三頁。このことから、大学湯判決について、「単に、『権利侵害』を『違法性』に転化せしめた点に於てのみならず、その『違法性』は『法規違反』に限らず、『公序良俗違反』をも含むことを認める点において真に画期的なり」とする。なお、同一三三頁参照。

(25) どの類型でも、行為態容評価には既に利益評価が含まれていて、論理的に相関判断とはなり得ないということが既に指摘

されている。第一章註(5)参照。このことと同時に、①②と③④では、侵害態容判断の性格が異なりうる(前者は形式化が可能)という面も、我妻説の方法的特色との関連では重要である。なお四宮「相関関係理論」に関する「考察」二八五頁は、厳密には③(④も含んだ意味で)のみが相関関係の名に値する、としている。③も「相関」といえるかは疑問であるが、①②との相違を指摘したものといえる。

(26) 末川においても、顕現法規のない場合であるから、我妻と同じになる可能性はあるが、尚、「補充的」とされるのは、法上形式的思考が基本にあるからと思われる。

(27) 我妻『現代法学全集版』四七八頁註(六)。

(28) 我妻『新法学全集版』一四三頁以下。

(29) 牧野『法律における進化と進歩』(一九二五)一七一頁以下、末弘『民法講話』一一二頁。更に我妻『現代法学全集版』のあと、「適法行為による『不法行為』」法律時報五巻七号(一九三三)→『民法雑記帳』二五〇頁以下。

(30) 我妻『現代法学全集版』四一八頁。

(31) 我妻『新法学全集版』一〇二頁。牧野・末弘において、適法行為論は、無過失責任論の解釈論的構成という意味をもって、いた。我妻の場合、体系的には故意過失とは別の行為の適法違法の問題の中で論じられている(中山充「公害の賠償と差止に関する法的構成の変遷」『市民法学の形成と展開下(磯村哲先生還暦記念論文集)』(一九八〇)二三六頁は、このことから、それまでの「適法行為による不法行為」論と異なるものとする)。しかし、我妻においても、この条件付適法類型について、侵害行為についての故意過失を更に必要とするとは考えられてはいないと思われる。たしかに、彼の定義による故意過失は、この種行為の場合ほとんど認められる(『現代法学全集版』四二二頁)ということもあるが、しかし、また、無過失責任立法で対処すべきとされる損害の例は、この条件付適法行為と同じである(『新法学全集版』九九頁)。我妻のいう「必



- 然的な危険」「不可避的損害」ということから、実際上は、危険責任・「無過失責任」が考えられていたといえる。牧野・末弘においても、無過失責任との関係が体系的に厳密に考えられているわけではなく、この点で、我妻がそれらと異なるとはいえない。なお、富井利安「無過失責任論の沿革と公害賠償責任(1)」、社会文化研究第五卷(一九八〇)四五頁以下参照。
- (32) 末弘説は、「適法行為による『不法行為』論文で、明確に、欠缺構成をとっている(二五九頁)。なお、牧野も、必ずしも一貫していたというわけではないが、欠缺であるとして、『条理の法則と一般の通念』による解決をのべていた(「具体的妥当性」法学志林二四卷一〇号(一九二二)↓『法律における具体的妥当性』三〇頁)。
- (33) 我妻『新法学全集版』一〇二頁。
- (34) 川島武宣「法的構成」『私法学の新たな展開(我妻栄先生追悼論文集)』(一九七五)五頁。ただし、川島が、我妻の『方法論』論文における「法律論的構成」の定義を手がかりとして、我妻の法解釈作業を「以後的構成」として特色付けることには問題があろう。たしかに、我妻においては、「裁判」における解釈論・法律構成と法解釈学によって行なわれるその意義を区別することは行なわれていない。しかし、このことからただちに我妻の解釈論の機能を帰結することはできない。方法的に未分化であることによって我妻の解釈論が以後的構成して機能することになったかは、方法論文での定義(それが一つの有力な資料となるとしても)とは別に、個別解釈論に即して検討さるべきである。「因って生じた……」の構成についていえば、正当化のための論理構成という色彩が強いが、また、我妻が意識的であるかとは別に、規準の側面でも(不明確にするという意味ではあるが)全く意味をもたないとはいえない。川島の提示する「以前の構成」「以後的構成」という枠組みは、川島が我妻に対して行っているような、ある解釈論をそのどちらかにふるいわけるものとしてでなく、ある解釈論は両方の機能を異った程度においてももちうるということを視野に入れた、機能析出の道具として用いうるべきである(「もっとも、川島論文は、我妻の『方法論』論文の法律構成論の歴史の意味を論じたのであって、我妻の民法解釈論を特

色付けたものではない、と読むべきであるとしたら、この註での叙述は的はずれとなるが……」。

(35) 我妻『新法学全集版』一〇五頁註一。

(36) 原島・前掲七六頁は、我妻において、「企業の有する社会性」が「侵害行為の態容」の中にまぎれ込んで、その結果、適法行為とされる、とする(中山・前掲二三七頁も同旨(？))。しかし、我妻においては、その故に本来違法なものが適法になるとするものではなく、その故に、本来的に適法であっても、賠償責任が生ずる条件付というためのものである。社会性が低い場合には、この類型にあたらなくて、権利濫用・違法判断に入ることにならう。条件付き類型に入るものは、権利濫用にあたらなくても賠償責任があることがこの構成の内容である。論理的には、この種の行為でも権利濫用になることがあることが否定されるわけではない。なお効果に関しては、権利濫用違法でも条件は適法でも同じである。即ち、「因って生じた……」ということで、他の不法行為と同様、相当因果関係で限定することが考えられているだけだと思われる。

不法行為の効果一般について、成立要件と関連させて相違を考えようとする立法論が、『現代法学全集版』四一三頁以下、また、『損害賠償理論における『具体的衡平主義』』法学志林二四卷三一五号(一九三二)↓『民法研究Ⅴ』一九一頁以下にのべられているが、解釈論としては行なわれていない。

(37) 日本国家科学大系第七卷(一九四二)↓石田・我妻・中川『現代民法の基礎理論』(一九四三)。とくに、一六五頁、一七三頁、一七七頁、一八五頁以下、一九五頁など参照。この本では、『違法性論の進展』も、『社会協同生活中に生ずる災害を填補してその向上をはかる為の制度と観念』、これを国家の全体的秩序の裡に包容しこれを調和せしむる(一六六頁)方向での近代法の修正の一つの現われとされる。なお、この本において、相関関係判断について全くふれられていない。この書の性格を、自らの解釈論にふれる場でなく、「近代法」と「現代法」の一般的対置・推移の叙述(勿論肯定的評価を伴いつつ(それ)に限定したということの故であろうか。結果的には、この叙述は、『新法学全集版』が団体本位という表現を落としたことと並んで、相関関係論を、団体主義・国家主義的色彩から免れさせた。

## 第五章 相関関係論以後

一、我妻相関関係説は、たしかに、それをほぼそのまま受け入れた学説もあったが、多くは支持を表明しておらず、必ずしも通説的位置を得たわけではなかった。この不支持のなかにも相反する方向をみることができる。我妻説は、一般条項化を前提として、「一応の準繩」を求めるといふ目的をもち、また、そのための相関関係説を、個人主義批判に基づく損害分配論で根拠付けていた。このうち、一般条項化ということ自体は、定式は様々であれ、我妻前から存し、またその後も学説の共通した流れであった。我妻説不支持には、一方には、「一応の準繩」への志向ということ自体をもたない立場、他方には、「一応の準繩」といふ目的を支持しつつも、相関関係説がこの目的にとって適合的でないとする立場、更には、この説の基礎にある個人主義批判・損害分配論に完全には賛成しない立場があった。

まず、石田(文)は、「我民法の個人主義的賠償理論を如何に団体主義的賠償理論に接近せしめて行くかに、解釈上並に立法上の問題がある」とする立場から、過失責任を「他の諸原則と共に、損害の公平妥当なる負担を定める一標準」とし、「不法行為に於ける違法性は加害行為が公の秩序善良の風俗に反する方法に於て為されたか否かの判断によって定まることとなる」「唯権利本位に基く現行民法では、それが『権利侵害』という形をとって表現するにすぎない」とする。「権利侵害」は「違法性の表現形式」であるという末川の定式が承継されているが、末川と異り、そして我妻と同様、評価変更によって根拠付けられている。しかし、「一応の準繩」を目的とする我妻

相関関係説には一顧も与えられていない。このことには、相関関係説のもつ内容的不明確さというものの他に、石田においては、この目的そのものがとくに重要視されるということがなかったということにもよると思われる。<sup>(3)</sup>

石田と全く逆の立場から相関関係論に批判態度を示したのは吾妻である。吾妻は、相関関係論の目的を高く評価しつつ、その目的適合性に懐疑的であり、「団体本位」による根拠付けに対して批判的であった。<sup>(4)</sup> 我妻説に対して、いち早く示された、肯定的評価を含みつつも完全には賛成し得ないとする吾妻のこの姿勢は、その後の学説の対応を既に集約的に表現するものであった。ここでの問題は、個人の利益領域に対する法・国家の態度設定のあり方についての基本的な考え方に関するものであり、単純化していえば、個人主義という価値観の維持の有無、実現の方途如何ということであった。

既に見たように、末弘は、七〇九条の一般条項化の方向にとって重要な端初をなす主張を行っていた。そこでは牧野と異って、民法内在の評価の展開によって根拠付けられていた。たしかに、その後の末弘の七〇九条の構成要件の「総合的考究」<sup>(5)</sup>の主張には、我妻説の影響を窺うことができ、更には、末弘には、我妻に比して、解釈論上、この総合的考究を権利侵害要件に留めずに全構成要件に及ぼすという側面がある。しかし、この総合的考究は、考え方としては、各種の不法行為の分類を前提として、「構成要件に関して新規な組み立てを案出」<sup>(6)</sup>する方法であり、個々の事件での衡平判断と直接に結びつくものではない。末弘がここで相関関係論にふれないのは、総合的考究との、規準構成上の抽象のレベルの相違の故であり、このことはまた、末弘論文で強調されている法的安定往の回復という見地からの相関関係論批判でもある。更に、七〇九条の諸要件について、「被害者および責任者双方の立場を調節しようとするもの」という表現はなされるが、あくまで、「個人賠償主義」「個人的責任」の問題であるとされ、公平な分担・分配という表現は避けられている。末弘が「適法行為による『不法行為』」を、違法性なきも

のとして、違法行為とは峻別するのもそれぞれの基礎におかれた根拠の相違の故である。<sup>10)</sup>

もっとも、末弘においては、我妻との相違は必ずしも明確に表現されているとはいえない。この方向での我妻説不支持は戒能においてより明確に現われる。戒能においては、我妻の基本的思考であった・損害填補・公平な分担論を、「不法行為ならざる不法行為」の領域に限定し、それとは区別された、「損害賠償法としての不法行為」を、

「社会的倫理性に違反する行為に対する制裁組織の一部」<sup>11)</sup>とみるものが主張の基本をなしていた。そして損害賠償法領域の要件構成に関しては、違法性は、権利侵害がおきかえられた概念ではなく、故意過失、権利侵害等が違法性から「流出する個別的な形式的規準」<sup>12)</sup>であるとされ、違法性判断の為には、それら各要件の「相互交流性」<sup>13)</sup>が主張される。そこでは、故意過失と権利侵害、損害等の軽重が相互的に考えられるべきとされる。戒能においては、そのような諸要件の判断の結果違法とされる「行為の態容」の「例示」が行なわれる(①破壊若くは奪取行為<sup>14)</sup>。戒能がこのような「行為の態容」による類型化を行うのは、損害賠償法としての不法行為法を、違法行為への制裁とみることの故である。<sup>15)</sup>この侵害行為の対象たる「権利」の決定は、社会生活における規範形成に対して開かれている。<sup>16)</sup>戒能が考える「社会」とは、「個人の自律的な誠実さが、外面的な強制によらずして、内心的な寧ろ一種の本能として確保せられるような地盤」<sup>17)</sup>である。違法行為は、この個人の「誠実さ」への期待の違背ということになる。そこには、相関関係論のような裁判所による損害分配化でなく、個人主義的社会観に基づき、国家机关の判断に対する拘束的規範の社会における先在をあるべき方向とする考え方があつた。このような戒能説には、構成された規準(類型)及び基本的思考の両面における相関関係論批判をみる事ができよう。<sup>18)</sup>

このように、末弘の相関関係論不支持は、戒能においてより明確な根拠を伴ってひきつがれたが、末弘説の展開

上には更に、戒能とは異った論拠に基づき、もう一つの相関関係論批判がでてくる。有泉の論稿である。

有泉は、三つの点で、「現行の通説に対する不満」をのべる。①従来の通説は抽象に墮しており、学説は具体的平衡へ理論的協力をしなければならない。②加害者の行為のみが不当に重視されている。③成立要件について、「もう少し立体的動的な理論構成は出来ないものであろうか」と。このうち、主として第二点が評価の基礎に關しており、第三点が、規準の構成に關している。有泉においては、不法行為法の「出发点は被害者に生じた損害及び、その性格にあ<sup>(21)</sup>」るとされ、まず、その損害が「法の予測、法の設計に反する場合」か否かを検討することが求められる。その後、加害者の行為との関連（因果関係）、加害者の責任の免責事由の検討が行なわれる。そこで過失がないとされる場合にも、損害の違法性は残るとされ、それによって、「不法行為法の全領域をカバーし得るような違法概念」が可能となるとされる。<sup>(24)</sup> この有泉の主張からは、両当事者を同一平面におくかの感のある損害分配論への批判をみることが出来る（「不満」とされた第一点）。そして、この評価方法と対応して、要件構成の方法上の相関関係論批判があつた。<sup>(25)</sup> たしかに、有泉においては、他方で、具体的平衡の主張もくり返されていて、我妻のもつ一つの方向<sup>(26)</sup> 反形式的個別化的方向も現われている。<sup>(27)</sup> しかし、有泉の論文の内容は、第二点、第三点に關する論述であり、第一点については具体的にはほとんどのべられていない。従つて、この第一点は、衡平判断要求の潮流の強さを示すものとしての学説史の意味をもつかもしいないが、不法行為論の展開という点での有泉論文の位置付けにとつては、第二・三点が重要であらう。

戦前の学説の展開をみることに最後に、直接に相関関係論への対応を示すものではないが、なお、不法行為法論に關して、違法性論に對しての批判を行った来栖論文<sup>(28)</sup> にふれておこう。来栖論文は体系の提示を試みたものであり、不法行為法の解釈論を直接の内容としたものではない。また、不法行為に基づく損害賠償請求権を、物權的請

求権や不当利得返還請求権と並んだ「権利の靜的狀態の保護を目的とする制度」<sup>(29)</sup>の一つとすることも、体系論レベルでは、例えば我妻も同様になる可能性はある<sup>(30)</sup>。しかしなお、その体系論の中での、来栖の不法行為論にも、不法行為法解釈論史上の意味をみる事ができる。即ち、来栖は、「民法修正案理由書によれば(七〇九条の)権利の概念はそんなに狭いものでない<sup>(31)</sup>」として、七〇九条が本来的に一般条項的性格をもつものとみ、それが、「近代社会」での不法行為法の位置に対応したものであるとする。彼によれば、ここでの「権利」とは、「近代社会の組織原理上個人にそして個人自身のために認められ且保障さるべき地位である」とし、近代社会における社会と国家の二元性を前提として、国家法は、社会秩序の維持のための形式であって、その内容は社会秩序から擷み取られねばならない、とする<sup>(32)</sup>。ここでは、「権利」内容が社会生活に開かれたものであり、かつ、社会秩序が基本であることが強調されている。侵害対象たる「権利」のこのような内容を前提として、違法性論におけると同様に一般条項である七〇九条による保護の決定に関して、「主観的要件(故意過失—筆者)と客観的要件(権利侵害—筆者)とを相関的に一体として、国家権力が反動すべき社会秩序違反と感ぜられるや否やを認証することも許されるであろう<sup>(33)</sup>」とする。

たしかに、この来栖論文を相関係論に対する態度設定という観点からみることは適切ではあるまい。この論文では、末川説を批判対象として、「権利侵害」要件の異った解釈が示されている。そして、七〇九条が一般条項であることが、民法典の基本的な評価視点から本来的に予定されたものであるという点は末川説と共通しつつ、その内容確定に関して、実質的判断方法(「相関」的判断)が主張される。ここで、相関係論と同じ議論レベルになる。とはいえ、「権利」侵害、また、「社会的秩序違反」という一般条項の内容確定方法については、この論文が解釈論文でないということもあってか、上述のような一般的叙述しか行なわれていない<sup>(34)</sup>ので、類型化の内容という点

での、相関関係論との対比はできない。ただ、来栖論文には、一般条項が本来的な存在であるとされていること、その内容決定は、故意過失と「権利」侵害の「相関」判断にするとされていること、の二点で我妻相関関係論との相違があるといえよう。ここには、違法性論—相関関係論の影響（一般条項化と「相関」による実質的判断）の存在とともに、相関関係論がそのまま支持を挙げたわけではない、ということを見ることができよう（「権利」侵害論と相関関係論は論理的に結びつき得ないというわけではない）。このように、我妻説登場後も、相関関係論は、影響力を持ちつつも、そのものとして支持を得ていったわけではない。そして、これら不支持説にも、大きくいつて、二つの異なる方向があった。このうち、第一としてのべた立場は、その団体主義的主張、近代法理解の問題性の故に、戦後は重要性を失っていく。もう一方の不支持説と相関関係論の関係については、末川↓我妻という展開は、それとしては支持が広がったわけではないが、また、その批判説も相関関係論に匹敵する形でのまとまったものが存在するわけではなかった。従って、この状態は、相関関係論とそれをめぐる様々な批判説の存在としてみるものであった。そこには、規準構成方法とその背後にある個人の固有領域をめぐる考え方の相違があった。我妻説は、一般条項にある、固有領域の不明確化或いは明確化の否定による衡平判断ということと損害分配思考に基づき、個人の領域の再画定という二つの機能をもつことによって（主として、既存の「権利」については後者の、新たな利益類型については前者の機能）、不法行為法を、日本の「近代化」に伴う諸問題の処理に適合的なものにするという意義をもつものであった。第二のグループとした不支持説も、この「適合性」に正面から批判的であるというわけではないが、また、それぞれによって明確さに相違があるが、そこにはなお、規準の明確化と個人主義的評価視点の維持が志向としてあった。これらの説においても、「相関」関係論とは異つてではあれ、構成要件構成のための総合判断・相関的判断の必要性の承認は共通していた。従って、相関関係論そのものの支持は広がらなく



ても、我妻説は、この共通性の形成にとって決定的ともいえる影響力をもったということ、また、大きく共通する実質的判断要求の傾向を、団体主義的主張は別にして、最も顕著に表わしたものとさえよう。そしてまた、不支持説も多様であったということには、ここでの総合・相関を前提にせざるを得ない民法解釈論の対応の困難さ(相関関係論も、「一応の準繩」のための試みであった)が現われているといえよう。しかし、この多様性のなかにも、我妻説の損害分配論を含む反個人主義的方向に対しての疑問を共通してみることができる。これらの主張が、末弘説を承継しつつ、昭和一〇年代後半に登場しているということは、我妻説が、昭和初期に、実質的判断の必要性を強調して、実際の処理を目指したのに対して、本来そのような処理が基礎とすべき社会秩序及び価値意識が崩壊した段階で、あるべき市民法像を提示しようとしたものということができよう。

二、我妻説への批判的態度に、一つには戦時下での市民法理論の維持の志向があるとすれば、戦後の展開としては、これら批判の承継の可能性が存在すると同時に、我妻説の実際性の側面が改めて登場し、受け入れられていくことを要請する状況の存在が考えられる。

戦後も、しばらくは、我妻相関関係説への支持が広がったというわけではなく、戦前と同様の学説状況であったといつてよい。<sup>(35)</sup> 加藤『不法行為』(一九五七)による相関関係論の承継が新たな展開の出発点となった。この承継のもつ意味を考えることで本稿のまとめにかえよう。加藤は、相関関係論を「現在の学説の到達点であ(り)……違法性の判定を具体的にし、かつそれに弾力性をもたせることになり、正当な考え方」<sup>(36)</sup>であるとす。また、不法行為法の任務を「損害の填補」・「負担の公平」<sup>(37)</sup>にみることも我妻と共通する。しかし、この承継においては、二つの点で、我妻説との重要な相違があった。第一は、相関関係論の内在的な事柄で、「相関」の内容の説明に関してである。我妻は、被侵害利益のそれぞれについて、態容との相関が重要であるものとなないものを区別し、前者のグ

ループについて態容を強調した。加藤においては、被侵害利益に即して態容との関係を区別するということは、我妻における程には、明確ではない。<sup>(38)</sup>更に、いくつかのものについては、態容との根拠でなく、故意過失とのそれが考えられている。<sup>(39)</sup>この相違の第一点は、態容との相関そのものの後退であり、相関関係論のもった論理的矛盾の現われであるともみることが出来る。相違の第二点は、加藤において、「複数の不法行為に類型化する」<sup>(40)</sup>ことが主張されていることである。我妻においても、「一応の準繩」のための被侵害利益・侵害態容の種類分けというとき、それも類型論であった。従って考えられている類型の内容の相違、それに伴う相関関係論のもつ意義の相違がここで問題である。加藤『不法行為』においては、その「類型化」ということは、過失の具体的事例の叙述が加わるといふ点での相違として現われるが、違法性についての叙述には我妻との相違としてはなお現われてはいない。<sup>(41)</sup>しかし、加藤において、相関関係論の具体性・弾力性の故の承継が、彼のいう類型化の主張を伴ってのそれであったといふことには、相関関係論の意義が異なったものになっていくといふことの萌芽が既に存した。昭和三九年に、「具体的類型の考察」の「必要性を当時（『不法行為』執筆時のこと―筆者）よりもはるかに強く感じており」<sup>(42)</sup>とされ、昭和四〇年に現われた、加藤編『注釈民法(四)』においては、我妻の種類わけとは異って、事故類型が、被侵害利益の類型とともに、並べられている。<sup>(43)</sup>のちに更に加藤は、「類型化の具体的事例として、不法行為における自動車事故や製造物責任を考えると、そのような類型化は、第一に、それぞれの類型別に利益衡量を定型的に行なつて、故意過失や違法性という責任要件を構成すること、および、第二に、その要件である故意過失（あるいは無過失）などの概念の内容を具体的に定めることのために、必要である」<sup>(44)</sup>とする。ここでは、相関関係論の意義は、それぞれの類型内での利益衡量の方法としての、被侵害利益と態様―定型的にみた行為者と被害者の利益―の「相関」判断といふことに見出されることにならう。

加藤による「具体的妥当性」の強調は、個別事件の衡平判断の方向に結びつく可能性をも含むが、主張の内容は、「個々の事件の個別的な解決をこえて、それぞれの類型に即した……基準の設定」<sup>(46)</sup>にあった。それによって、「社会的事実の変化」に対応すること、「社会的利益の妥当な調整」<sup>(47)</sup>を行うことが可能になるとされる。我妻の相関関係論による、一般的な「相関」の主張が、「社会的事実の変化」に対して、新たな規準創造の方法としての有用性を欠き、衡平判断化の可能性をもつことに対して、加藤による類型化の強調は、そのような事故類型の類出に伴って、それら類型における規準を求めるということによる対応・我妻説の修正という意味をもった。我妻においてしばしば出てくる「総合考慮」という表現が、既に加藤『不法行為』において後退しているのも、このことの一つの現われである。そして、加藤説においては、個人の利益領域は、各事故類型毎にそこで加害者側に定型的に存する諸利益との衡量におかれることになり、新たな「基準」によって内容が画定されていく。加藤の具体的類型的考察は、直接的には、形式的規準の形式的適用によっては保護が拒否されることになる場合に、保護の可能性をくり出すというものである。<sup>(48)</sup>しかし、「妥当な利益調整」ということは、その類型論が、利益対立の質を分析する視点を伴っていないということと関連して、それ自体としては積極的方向を示すものではなく、それが裁判官による自由な「基準」創造と結びついて、解釈論として主張されるとき、その「基準」が、「国民の多数の法感情」「支配層の法感情」<sup>(49)</sup>に即したものであったとしても、得られる保護は、個人の利益領域がそれとしてではなく、全体の中に位置付けられたうえで、裁判官によって、分配・調整された結果となる。従って、その保護の内容が、それまでの形式的規準の運用との対比で「拡大」であったとしても、それが、個人の「本来的にあるべき」もの、或いは、実際にあった状態が、「社会的事実の変化」を前提として、縮小されて画定されたものになる可能性はある。

加藤による、我妻説のこの修正を伴った承継は、日本経済の高度成長のはじまりに伴って増大した諸事故類型に<sup>(50)</sup>

おいて、個人の利益の領域の新たな画定の一つの方法であった。加藤の事故類型の主張は、我妻相関関係論での種類わけとの接合に現われる方法的統一性の欠如の故に、学説において批判されており、必ずしも支持をうけているわけではない。しかし、我妻説とは異った加藤説の登場を要請した状況は更に展開され、それへの対応の試みがそれぞれの主張する「類型論」によってなされることになる。加藤説による我妻説の修正的承継は、この意味で、その後の展開の出発点であった。その後の展開に関しては、とくに対象である利益対立の性格との関連での、それぞれの道具上の実践的選択の目的適合性を検討することを通して、「混迷」の内容を明らかにしたいと考えている。

- (1) 第一章註(3)であげた賛成説の他、有泉は、岩井前掲書書評(法律時報九卷三号「一九三七」四二頁以下)において、同書が相関関係論をとった点に関して、「理論としては学者が既に説く所ではあるが、英米不法行為流の解り易さが導入されて興味深い」としている。ここでは、有泉による相関関係論への支持が表明されているとまではいえないが、一応、それへの好意的立場がみられる。しかし、有泉は、後述するように、のちには、相関関係論に対して「不満」を表明する。
- (2) 石田・前掲二五五頁、二五七頁、二五九頁、二六二頁。
- (3) この方向のものとして位置付けられうるものに、他に、林・前掲三八五頁以下。また、岩田・前掲は、日本民法学・昭和民法法学という独自の立場からであるが(その結果、「全体主義」「結束主義(団体主義のことか?)」を掲げることにも批判的であった、一頁以下)、また、違法性論をもとらないが、結果的には、判例によるカズイステイクな保護の強調(四八七頁以下)を通じて、同じ方向になるといえる。
- (4) 文献については、第一章註(3)参照。
- (5) 末弘「不法行為法の再編成」二二〇頁。
- (6) 末弘・前掲一一八頁。
- (7) 前掲論文の他、「適法行為による『不法行為』」二五一頁以下。

(8) 末弘「不法行為法の再編成」一一一頁、一二三頁、一一五頁、一一八頁。また、「標準」の強調、一一七頁。なお、末弘は、平田『歛害賠償責任論』の書評で、平田が妥協的解釈に反対して「先ず賠償制度を確立した上其運用上調停制度を利用しやうと提議している點は大に達見であると思う」とのべる(法律時報五卷二号「一九三三」三五頁)。

(9) 末弘「不法行為法の再編成」一一〇頁。

(10) 我妻とのこの相違は、違法行為についてであって、適法行為論は、その立脚点、学説史の意味を我妻と共通にする(「適法行為による『不法行為』」一五五頁以下参照)。

(11) 戒能『債権各論』四四〇頁以下。

(12) 戒能・前掲四四六頁。

(13) 戒能・前掲四五〇頁。末弘の「再構成」論文の影響がみられる。

(14) 戒能・前掲四六一頁以下。

(15) その他に、イギリス法における類型の顧慮も考えらよう。なお、ここで「行為の態容」という表現がなされていても、我妻におけるとは意味が異なる。戒能においては、この行為態容は、諸要件を含んでいて、違法判断された行為を表わし、我妻のように、一要件である・違法性判断のための要素ではない。

(16) 「何を以て『権利』と考へるかは、実は法規そのものの形式的規定によるよりも、社会的判断に委ねられて居る……」戒能・前掲四六〇頁。

(17) 戒能・前掲序一頁。

(18) なお、戒能の「不法行為ならざる不法行為」論には、それによって、損失填補の可能性を確保するとともに、損害分配論をこの領域に自覚的に限ったという意味をみることができよう。この区別自体は末弘の適法行為論と変わるものではないが、違法性判断を行為に対する制裁とみることによってそれとの対比から、被害者の損失のみが問題となる(四四三頁)領域との区別が、自覚的にまたより鮮明にされた。なお、戒能においては、更に効果論での相違が原因の相違と結びついている(四四三頁)。ただし、それはただちに責任の軽減を導くのではなく、損失の内容の吟味が前提とされている。

このように、適法行為論といっても、そのもちうる意味は全く同じではない、といえるとしても、富井・前掲四九頁が、戒能に、末弘・我妻の適法行為論への批判をみようとするのはやや無理であろう。富井が引用する文章は、違法行為の効果についてのものである(ただし、また、富井・同論文(2)社会文化研究第6巻「一九八二」一一八頁 一一九頁註(8)参照)。

(19) 有泉『不法行為理論の操作的構成』五三頁。一一頁以下。ここでは、末川から我妻への展開が「通説」とされている。なお、有泉については、また、本章註(一)参照。

(20) 第三点は、末弘・戒能の主張と共通している。

(21) 有泉・前掲一二頁。

(22) 有泉・前掲五四頁。

(23) 有泉・前掲五六頁。

(24) 有泉・前掲五八頁註(五)。このことは、行為が適法であっても不法行為が成立しうることの根拠とされ、その成立は、行為が違法の場合と区別されて、「被害者加害者の両当事者の立場を止揚した第三次の問題なのである」とされる(五七頁)。

(25) 有泉は、明示的に我妻説との相違を指摘している。前掲二三頁註(三)。

(26) 我妻『損害賠償理論における「具体的衡平主義」』二四〇頁以下。

(27) 「右のように当事者をはっきり登場させた上で」(有泉・前掲五三頁)として、損害帰責の検討の順序(「理論的操作」)をのべるのであるが、「不満」の第一点であるこの具体的衡平の主張と、一般性をもった違法性判断の方法とのありうる緊張関係については、有泉においてふれられていない。

(28) 米栖『民法における財産法と身分法(一)』(白)法協六〇巻一一号、六一巻二号、三号「一九四二—四三」。

(29) 米栖・前掲(白)三六五頁。

(30) 我妻『新法学全集版』九四頁参照。

(31) 米栖・前掲三六八頁。

- (32) 来栖・前掲三六八頁。
- (33) 来栖・前掲三七一頁。この点に關しての原島前掲八八頁の来栖理解には疑問をもつ。原島は、本文であげた来栖の「主観的要件と……許されるであらう」という主張を、「市民の中に在る、権利の侵害という発想は捨てられ、『国家権力が社会秩序違反と感ずるかどうかが、権利侵害の有無を決定する』という現実追隨となる」とする。しかし、来栖の文章の中で、「国家権力が」がかかるのは、原島が理解するような、「感ずる」にではなく、「反動すべき」だけであらう。「感ぜられる」は、最終的には裁判官によつてということにならうが、それは、「社会秩序」によつて規定されてのことである。従つて、「感ぜられる」も第一次的には、社会的に「感ぜられる」ということである。原島の来栖説の位置付けの問題は、来栖の「実証主義」の権利概念を、来栖の七〇九条についての主張と結びつけたことに由来する。しかし、来栖の権利論は、他の部分の叙述との関連が不明確である。原島も、この点での「関連が明らかでない」(八六頁)としているのであり、あえて結びつける必要はなかつたのではないだろうか。
- (34) 前註との関連でいえば、解釈論が、社会規範に基づく規準構成を放棄する場合には、實際上、「国家権力」が「感ずる」か否かによつて、保護の有無が決定されることになる。しかし、この可能性は、来栖の権利の概念規定が体系上整合性をもつて帰結しているものではない。来栖においては、不法行為法上の保護に關して、社会的規範の強調が存在している。従つて、このことは、体系上の定義の問題というよりは、解釈作業の具体的内容に關する問題である。なお、戦後の『債権各論』(一九五三)二二二頁以下でも、規準構成についての姿勢は明確とはいえない。
- (35) 内容的に新しい主張として、石本の一連の論稿がある。しかし石本の主張は、その主題が直接には無過失責任論におかれしていることもあって、その後の学説の新たな展開へのインパクトとはならなかつた(第一章註(3)参照)。
- (36) 加藤『不法行為』一〇六頁。また、三七頁。
- (37) 加藤・前掲三頁。なお、適法行為論についても、我妻の定式を承継している(三九頁)。
- (38) 債権侵害についての二二〇頁、営業侵害についての二二二頁のみ。
- (39) 加藤・前掲二一四頁、二二五頁以下参照。

- (40) 加藤・前掲はしがき四頁。
- (41) 被侵害利益として、①物権的なもの、②債権的なもの、③人格権的なものが並べられ(二〇六頁以下、勿論、生活妨害という被侵害利益が新たに考えられ③に入れられるというような相違はある)、侵害態様として、①刑罰法規違反、②取締法規違反、③公序良俗違反が挙げられている(二二二頁以下、権利濫用は、態様の類型としての意義を実際的にはなくされている。一三四頁以下)。
- (42) 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)一七五頁、一七七頁註(一)。
- (43) なお、加藤「不法行為の類型化の意義」私法四一号(一九七九)六八頁参照。
- (44) 「補論『利益衡量論』について」『民法における論理と利益衡量』七三頁。
- (45) とくに、加藤「日本不法行為法の今日的課題」一七九頁以下。ここでは、契約法との対比で、不法行為法における、「法的安定性」に対する「具体的妥当性」の優先が強調されている。なお、加藤は、類型化の主張の必要性を説くものとして、末弘「不法行為法の再編成」をあげる(『不法行為』六〇頁(三))。末弘の主張は、一般条項化への対応としての「法的安定性」のための主張であったのに対し、加藤の主張は、抽象的法規の拘束に対する批判に力点がおかれている。
- (46) 加藤「補論『利益衡量論』について」七三頁。
- (47) 加藤「日本不法行為法の今日的課題」一八〇頁、一八二頁、一八四頁、一八五頁。
- (48) 例としてあげるものに、違法性でなく、過失・無過失に関するものであるが、航空機事故についての利益衡量がある。  
「日本不法行為法の今日的課題」一八四頁、「法解釈学における論理と利益衡量」『岩波講座・現代法15・現代法学の方法』(一九六六)↓『民法における論理と利益衡量』一四頁以下。
- (49) 加藤「法解釈における論理と利益衡量」三六頁。
- (50) 水本浩「民法学における利益衡量論の成立とその成果(四)」民商六四巻二号(一九七二)一七七頁参照。
- (51) 平井・前掲四二〇頁。また、広中(発言)「不法行為理論の展望」私法四一号二〇五頁以下。