

第1章

不法行為制度の意義——権利保障の体系から

I 不法行為の意義

不法行為とは、私的生活関係において他人の権利を侵害する行為であって、法秩序がその権利を保護するために、行為者の権利にも配慮しつつ設定した禁止・命令規範に違反すると評価されるものをいう¹。

ここでは、①法秩序によって保護された個人の権利を侵害する行為であること（被害者が有する権利の侵害）、②その侵害行為が法秩序の禁止・命令に違反する態様のものであること（禁止・命令規範に対する違反行為）、そして、③その禁止・命令規範が侵害された権利を保護するという目的を有しているものであること（権利侵害が禁止・命令規範の保護目的内にあること）が重要である。そして、このとき、④権利を侵害された者（被害者）には、権利侵害により生じた不利益についての救済を侵害行為者から受けるための手段が与えられる。

もっとも、①から④のそれぞれについていかなる内容を盛りこむか、いかなる場合にその例外を認めるかという点に関しては、不法行為制度を採用している諸国において相違がみられる²。わが国の不法行為法は、次のような特徴をもつ（それぞれの詳細については、以下の各部・各章において解説することとし、ここでは概要のみを示す）。

1 人の「行為」を理由としてではなく、個人の権利を侵害した「物」の客観的「状態」を理由として、損害賠償責任が発生する場合がある。民法717条の工作物責任、民法718条の動物占有者の責任、製造物責任法3条の欠陥責任、国家賠償法2条の営造物責任が、その例である。これらは、厳密には不法「行為」責任とはいえないが、以下では、わが国の慣用例にしたがい、これらについても不法行為責任の範疇で扱うこととする。これらの責任のもつ損害賠償の枠組みの特徴については、それぞれの箇所でも触れる。

II 他人の権利に対する侵害——被害者の権利保護

他人の権利に対する侵害について、諸外国では、ドイツのように、権利を「絶対権・絶対的利益」に限定することから出発する立法主義を採用する国もある（ドイツ民法823条1項³）。しかし、わが国の民法は、709条（当初の規定⁴）において「権利」の侵害を要求し、比較的広汎な権利概念を採用した⁵。その後、判例・学説は、厳格な意味での権利でなくとも、およそ法的に保護に値する利益であればよいというように、「権利侵害」にあたる場面の外延を拡張した。こうした流れを受けて、2004年（平成16年）の民法の現代語化に際しては、民法709条に「権利」と並べて「法律上保護される利益」（以下では、「法益」と略記する）が書き加えられた。

本書初版（1999年）で、この不法行為法での権利保護を、憲法が採用する基本権保護のもとに位置づける方向性を示して以降、不法行為法学において「権利論への回帰」・「権利論による再構成」に照準を合わせた検討が活発になった。他方、権利論とは異なる視点から不法行為制度を説明する立場も有力に主張されている。これらの動きについては、あとでまとめて扱うことにする。

2 ヨーロッパでは、近時、不法行為法の現代化の動きが活発に展開されている。この一端を語る邦語文献としては、クリスチャン・フォン・パウル（窪田充見編訳）『ヨーロッパ不法行為法(1)(2)』（弘文堂、1998年）、ヘルムート・コツィオル（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』』川角由和・中田邦博・潮見佳男・松岡久和編『ヨーロッパ私法の展開と課題』（日本評論社、2008年）85頁がある。

3 ドイツ民法823条1項は、「故意または過失により、他人の生命、身体、健康、自由、所有権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。」と定めている。

4 2004年（平成16年）の現代語化前の709条は、「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」というものであった。

5 もっとも、起草者が権利侵害を要件として掲げたのは、絶対権ほど狭いものではないにせよ、「権利」を厳格に解することで不法行為による救済が認められる場面を限定する意図に出たものであった。これについては、後述する。

III 禁止規範・命令規範に対する違反行為

1 過失責任の原則——行為者の行動自由の保障

ある人の行為が不法行為と評価されるためには、その行為が法秩序の禁止・命令に違反したものでなければならない。わが国の民法典は、709条において——ヨーロッパ大陸不法行為法の流れを受け——「過失なければ、責任なし」との過失責任の原則（Verschuldensprinzip）を採用し、不法行為責任が課されるためには故意または過失ある行為がされたことを原則としている⁶。近代民法が、不法行為責任において過失責任の原則を採用したのは、合理的（理性的）な行為に対しては行為者の責任を問わない（不合理な行為に対してのみ、行為者の責任を問う）とすることで、個人の行動の自由を保障しようとしたためである⁷。

過失責任原則のもとで、法秩序の禁止・命令違反が向けられる評価の対象は、人の「行為」である（禁止規範に対する違反としての作為不法行為、命令規範に対する違反としての不作为不法行為）。その際、わが国では、人の「行

6 ヨーロッパ大陸法における過失責任の原則については、潮見佳男『民事過失の帰責構造』（信山社、1995年）109頁を参照せよ。イエーリング（Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867）ほかの説くように、ローマ古法やゲルマン古法においては、原因を惹起した者に結果も負担させるという「原因主義」の考え方が支配していた。違法性（injuria）とか過失（culpa）が帰責原理として登場するのは、近代不法行為法の起源といわれる紀元前286年のアクィリア法（lex Aquilia）の登場とその解釈の進展を待たねばならなかった。アメリカ法での過失責任原則・自己責任原則の意義については、樋口範雄『アメリカ不法行為法』（弘文堂、2009年）3頁・12頁に要を得た説明がある。

7 近代以前のヨーロッパでは、過失責任は、客観的な社会関係のありかたとしての正義を人間の主体的卓越性としての徳が支配しているとのギリシャ＝ヘレニズム哲学に端を発する正義観や、当事者の道徳的品性に関心を向けたキリスト教的道徳観・倫理観に結びつけられて正当化されることもあった。また、近代における行動自由の保障も、仔細にみれば、これが説かれる文脈にはニュアンスがあって、①啓蒙期自然法＝理性法思想における人間像を想定したうえで、「自由な主体として理性の要求するところに従って行動する主体のした自律的決定（そして、その結果としての行動）は、法秩序によって尊重されるべきである」との理由から正当化される場合と、②自由主義市場経済の視点のもと、「行動自由の保障は、個人の経済的取引の自由、企業活動の自由をも意味するのであって、それは資本主義経済社会の進歩を支援するものである」との理由から正当化される場合がある。さらに、今日では、③行動自由の保障が憲法の定める基本権と結びつけられることもある。

為」がなぜ不法と評価されるのかを正当化するにつき、故意不法行為の帰責原理と過失不法行為の帰責原理が異なるのではないかという点が強調されている⁸。しかし、本書は、これに与するものではない。

なお、ここにいう行動自由の保障には、外部的にあらわれた行動について不合理な（理性に反する）ものでなければ責任を問われまいという意味のほか、内面的な選択の自由および決定の自由、すなわち、人がおこなった選択・決定について不合理な（理性に反する）ものでなければ責任を問われまいという意味も含まれる（以下、本書において行動自由の保障というときには、この理解が基礎にある）。内的側面と外的側面の統合体としての「行為」の意味については、過失を扱う箇所——「内的注意」・「外的注意」に関連づけ

8 前者を意思責任の原理、後者を信頼責任の原理で説明する（前田達明『不法行為帰責論』〔創文社、1978年〕185頁・206頁・212頁、森島178頁）のが、有力な潮流である。しかし、このような説明は、問題もはらんでいる。

① 故意不法行為の帰責を意思責任の原理（規範に従ってみずからを動機づけることができたのに、違法な行為をしたという有責性非難に責任の根拠を求める考え方）で説明することは、過失による行為が免責される場面では説得力をもつが、わが国の不法行為法は故意の場合も過失の場合もともに行為者に帰責するという立場を基本にすえており、それゆえに故意責任の帰責原理を特に強調する理由に乏しい（加藤〔雅〕137頁）。のみならず、意思責任とはいうものの、行為に対する客観的無価値評価が前提となっており、むしろ帰責の本質は後者にあるのではないかと考えられるし（窪田43頁）；さらに「意思責任」というときの「意思」の対象が多義的であるうえに（権利侵害についての故意なのか、損害惹起についての故意なのか明らかでない）、意思責任としての故意が語られる場面ごとに「故意」・「意思」の意味するところが異なるのではないかという疑問もないではない。

② 過失不法行為の帰責を信頼責任の原理（共同体社会の構成員が他者の行為に対して与える信頼〔他者が社会生活上必要な注意を尽くして行為することへの信頼〕に反する行為をした点に責任の根拠を求める考え方）で説明することについても、このような説明でよいのかという疑問がわく。というのも、不法行為制度においてはこうした共同体社会のなかでの信頼そのものが保護されているというのではなく、信頼をした個人が有している権利・法益そのものを保護の対象として設定された行為規範への違反行為に着目し、行為者への帰責が正当化されるのではないか——そして、この場合の行為規範は、行為者の行動自由の保障も担っている——と考えられるからである（潮見佳男『基本講義 債権各論II 不法行為法（第2版）』〔新世社、2009年〕21頁。窪田48頁の説くところも、同旨と思われる）。

このようにみれば、現在の有力な見解とは異なり、意思責任の原理に基礎づけられた故意不法行為と信頼責任の原理に基礎づけられた過失不法行為という面を強調することには、躊躇をおぼえる。

て——触れるところを参照せよ。

2 過失責任とは異なる原理に基づく責任

わが国では、例外的に、「他人」の行為から生じた権利・法益侵害（たとえば、民法715条の使用責任）や、そもそも人の「行為」ではなく「物」から生じた権利・法益侵害（たとえば、民法717条の「工作物」の瑕疵を理由とする責任や、製造物責任法3条での「製造物」の欠陥を理由とする責任）について、被害者に生じた権利・法益侵害の結果を帰責するために、ある者に対し、過失責任の原理とは異なる原理のもとで責任を負担させる制度を導入している場合がある。そこでは、法秩序の禁止・命令に対する違反を理由とする責任という発想になじまない責任が、民法典上の特別規定や、特別法上の損害賠償責任の場面で具体化しているのである。そして、これらの場面での帰責を正当化するために、危険責任の原理や、報償責任の原理が説かれている⁹。

① 危険責任の原理とは、危険源を創造したり、危険源を管理したりしている者は、その危険源から生じた損害について、責任を負担しなければならないとの考え方である¹⁰。原子力発電所の事故による損害賠償責任（原子力損害の賠償に関する法律3条1項¹¹）が典型例であるが、そのほかにも、民法

9 その他、後述するように、民法714条1項本文に基づく責任無能力者の監督義務者の責任を代位責任として捉えるときには、「家族関係の特殊性」に着目し、「教育・監護・善行をする重い義務」が課されている監督義務者に課された「一種の保証責任」であるという観点から、監督義務者の責任を正当化することも考えられる（この責任を自己責任と捉える場合には、この点は、監督義務者が包括的監護義務を負う根拠として語られることになる）。もとより、この責任を危険責任の枠組みで捉える見方も有力である（詳細については、第3部第1章第4節第1項を参照せよ）。

10 「危険責任」とはいえ、そこでの帰責にあたり問われているのは、権利の「危殆化」（Gefährdung）であって、客観的に「危険」（Gefahr）が存在しているという状態そのものではない。単にその者のもとに危険が存在しているということのみをもって責任が問われるのではなく、「危険源の創造」・「危険源の管理」といった意思的な要素が重要なのである。この点に関しては、錦織成史「不可抗力と避けることのできない外的事実——危険責任の免責事由に関する一考察」法学論叢110巻4=5=6号199頁（1982年）。危険責任全般に関しては、ドイツ法に関するものであるが、浦川道太郎「ドイツにおける危険責任の発展(1)～(3)」民商法雑誌70巻3号458頁、4号601頁、5号773頁（1974年）、増田栄作「ドイツにおける民事責任体系論の展開——危険責任論の検討を中心にして(1)～(3)」立命館法学237号136頁、239号97頁、240号187頁（1995年）。

717条1項後段の定める所有者の責任、製造物責任法3条に基づく欠陥商品の製造者の責任、自動車損害賠償保障法3条に基づく運行供用者の責任などが、この例である。民法715条の定める使用者の責任も、この原理に基礎を置くものといえる¹²。

② 報償責任の原理とは、みずからの活動から利益をあげている者は、その活動の結果として生じた損害について、責任を負担しなければならないとの考え方である。「利益の帰属するところに、損失も帰属すべきである」との考え方といってもよい。不公正な取引方法を用いた事業者が被害者に対し独占禁止法25条に基づいて負担する損害賠償責任が、その例である。民法715条の使用責任も、（危険責任の原理とともに）報償責任の原理に基礎を置くものといわれている¹³。

3 「契約上の義務」と不法行為法上の注意義務

契約に基づいて債務者が債務を負担している場合には、債務者は、契約によりなすべきことを義務づけられている。ここでは、契約を締結した債務者には、行動の自由の保障などない。したがって、債務の履行がされなかったときに、債務者が損害賠償責任を負うかどうかを考えるうえで、責任を基礎づける思想として過失責任の原則に依拠することはできない。過失責任の原則とは、人の行動自由の保障を目的としたものであり、契約によりなすべきことを義務づけられた債務者には、このような帰責の思想を基礎に据えることは妥当しないからである。そうすると、契約上で義務づけられたことをしなかった債務者が損害賠償責任を負わなければならないかを考えるうえでの

11 原子力損害の賠償に関する法律3条1項「原子炉の運転等の際、当該原子炉の運転等により原子力損害を与えたときは、当該原子炉の運転等に係る原子力事業者がその損害を賠償する責めに任ずる。ただし、その損害が異常に巨大な天災地変又は社会的動乱によって生じたものであるときは、この限りでない」。ちなみに、「原子力損害」とは、「核燃料物質の原子核分裂の過程の作用又は核燃料物質等の放射線の作用若しくは毒性的作用（これらを摂取し、又は吸入することにより人体に中毒及びその続発症を及ぼすものをいう。）により生じた損害」のことをいう（同法2条2項）。

12 わが国では、川島武宜「判例批評」判例民事法昭和11年度62事件を嚆矢とするが、今日では、使用者責任を——報償責任の原理とともに——危険責任により基礎づけるものが多い。前田141頁、四宮681頁など。

13 最判昭和63年7月1日民集42巻6号451頁、我妻162頁、加藤〔一〕223頁、幾代=徳本195頁。

思想的基礎となるのは何かといえば、それは「契約の拘束力」に求めるべきである。

このとき、契約上の債務を履行しなかった債務者の行為に対しては、債務不履行としての評価が加えられるほか、当該債務者の行為が不法行為と評価されるかどうか問題となりうる。

「契約上の義務」の内容として、当該契約の本旨に従い債務者として合理的な行動をとることが義務づけられていたとき（手段債務、誠意債務、最善努力義務などといわれるもの）には、その義務の違反は、不法行為法上の注意義務、したがって過失判断をも基礎づける。ここでは、「契約上の義務」が不法行為法上の注意義務へとスライドすることになる。すなわち、債務不履行責任と競合する不法行為責任は、契約の内容および趣旨に照らした合理的行動という性質決定を踏まえたうえでの過失責任の原則のもとで捉えられるべきことになる（このとき、過失判断における標準が合理人だということの意味は、当該契約の内容および趣旨に照らせば債務者に合理的に期待できる行為は何かという問いへと転換されることになる）。

これに対して、「契約上の義務」の内容として、特定の結果が実現することが契約によって保証されていたとき（結果債務といわれるもの）には、その義務の違反は、直ちには不法行為責任を基礎づけない。この種の義務は契約による結果実現保証（保証責任）に基礎を置くものであり、過失責任の原則に基礎を置く不法行為法上の注意義務、したがって過失判断にはスライドしないからである。

IV 侵害された権利に対する救済

1 原則——金銭による損害賠償

わが国の民法は、不法行為に対する救済として、金銭による損害賠償を原則とし、例外的に民法723条で名誉毀損の場合に原状回復を許容するという態度をとっている（諸外国では、ドイツ民法249条¹⁴のように、原状回復——原物賠償〔自然的原状回復 Naturalersatz〕の意味での原状回復——を原則とする

¹⁴ ドイツ民法249条第1文「損害賠償義務を負う者は、賠償を義務づけることとなった事情が存在しなかったとしてならばあるであろう状態を回復（herstellen）しなければならない」。

との立法主義を採用しているところもある¹⁵）。

この金銭賠償に関して、わが国では、権利・法益侵害を受けた被害者が不法行為により現実に被った損害を金銭で賠償すべきであるとの考え方（実費主義・実損主義）を基礎にすえるのが支配的な見解であり、実務である。これに対しては、近時、不法行為制度の目的を実損の填補だけでなく権利・法益侵害の一般予防や侵害行為の抑止に求めたり、侵害のし得を許すべきではないという制裁の考え方をもちだしたりすることにより、異なる観点からの金銭評価を意識的に主張するものもみられるようになっている（懲罰的損害賠償の理論、抽象的損害計算の原則化論〔損害賠償制度のもつ権利追求機能の重視〕、利益吐き出し型損害賠償の理論など。これについては、後述する）。

2 不法行為を理由とする差止請求の可否

わが国の学説は、不法行為を理由とする差止めを認めることには消極的である。むしろ、判例・学説により、人格権の侵害を理由とする差止請求が——不法行為を理由とする救済とは別次元で——物権的請求権のアナロジーとして認められている。しかし、最近では、不法行為法を権利救済法と捉え、権利・法益を保持している状態を原状に回復させるため、不法行為に基づく差止めも認められるべきであるとの見解¹⁶も唱えられている。著者はこの見解が妥当であると考えるが、これについても後述する。

V 本書が基礎とする「権利」の理解——概要

本章の「権利保障の体系」という見出しからもうかがえるように、著者は、被害者と加害者双方の権利の保護とその限界（制約）という観点から不法行為法を捉えている。もっとも、私法の領域では、権利（私権）をどのように

¹⁵ もっとも、例外的に、鉱業法111条2項は、「損害の賠償は、金銭をもってする。但し、賠償金額に比して著しく多額の費用を要しないで原状の回復をすることができるときは、被害者は、原状の回復を請求することができる」とし、同条3項は、「賠償義務者の申立があった場合において、裁判所が適当であると認めるときは、前項の規定にかかわらず、金銭をもってする賠償に代えて原状の回復を命ずることができる」としている。

¹⁶ 大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察(8)」法学協会雑誌107巻4号517頁(1990年)、平井107頁など。

■著者紹介

潮見佳男（しおみ・よしお）

1959年 愛媛県生まれ

1981年 京都大学法学部卒業

現職 京都大学大学院法学研究科教授

■主要編著書

『契約規範の構造と展開』（1991年，有斐閣）

『民事過失の帰責構造』（1995年，信山社）

『契約責任の体系』（2000年，有斐閣）

『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』（2001年，経済法令研究会〔編著〕）

『契約各論Ⅰ』（2002年，信山社）

『債権総論Ⅰ〔第2版〕』（2003年，信山社）

『契約法理の現代化』（2004年，有斐閣）

『債権総論Ⅱ〔第3版〕』（2005年，信山社）

『民法総則講義』（2005年，有斐閣）

『基本講義債権各論Ⅰ 契約法・事務管理・不当利得〔第2版〕』（2009年，新世社）

『基本講義債権各論Ⅱ 不法行為法〔第2版〕』（2009年，新世社）

『判例プラクティス民法Ⅰ・Ⅱ・Ⅲ』（2010年，信山社〔共編〕）

『債務不履行の救済法理』（2010年，信山社）

『不法行為法Ⅱ〔第2版〕』（2011年，信山社）

『相続法〔第4版〕』（2011年，弘文堂）

『プラクティス民法債権総論〔第4版〕』（2012年，信山社）

不法行為法Ⅰ〔第2版〕

〈法律学の森〉

1999（平成11）年5月15日 第1版第1刷発行
2009（平成21）年9月15日 第2版第1刷発行
2013（平成25）年3月27日 第2版第3刷発行



著者 潮見佳男

今井貴

発行者 渡辺左近

発行所 信山社出版株式会社

〒113-0033 東京都文京区本郷6-2-9-102

電話 03（3818）1019

FAX 03（3818）0344

Printed in Japan

©潮見佳男，2009。印刷・製本／晁印刷・日進堂製本

ISBN978-4-7972-2677-5 C 3332

JCOPY (財)出版者著作権管理機構 委託出版物)

本書の無断転写は著作権法上の例外を除き禁じられています。複写される場合は、
そのつど事前に、出版者著作権管理機構（電話 03-3513-6969、FAX 03-3513-
6979、e-mail: info@copy.or.jp）の許諾を得てください。（信山社）