

不法行為法における違法性論のゆくえ 序論

松原孝明

本稿は、2016年2月に行った法学研究所における研究発表の要旨である。詳細は、拙稿「違法性論と権利論の対立について 序論—違法性論に対する権利論からの批判に関する検討」上智法学論集59巻4号(2016年)167頁以下、また大東法学に掲載予定の各論稿をご参照いただきたい。

1 本発表の目的

違法性論に対する権利論からの批判に対して検討を行うことにある。そのうち、本稿では、民法典の起草から末川違法性論の登場、我妻相関関係説の完成までの歴史的沿革を検討した上で、①我が国には権利論の論者が言うような回帰すべき権利論(権利を至上のものとして価値を置く)が確立していなかったこと、②一部の例外(牧野、我妻説)を除いては、権利論の論者が批判するように違法性論自体が、権利の希薄化、相対化、そして「個人本位の法律観」から「秩序本位の法律観」への転換の意図を内在していたわけではないことを論証したい。

2 山本敬三権利論の骨子

違法性論を批判する権利論の代表的な存在が山本敬三教授¹である。山本教授の違法性論に対する批判をまとめると以下ようになる。

日本の民法典は、侵害された権利を保護することを不法行為の目的とし「権利侵害」という要件を定めた。しかしそれと同時に、各人の行動の自由が害されることがないように過失主義を採用し、「故意・過失」という要件を定めた。その意味で、日本の民法典は、「権利・自由の保護とその調整」という考え方にしたがって構想されたといえることができる。しかし、違法性論は、こうした民法典にある「権利本位の法律観」を問題視し、「社会協同生活の全体的向上」を重視する「社会本位の法律観」への転換を図った。その結果、不法行為制度の目的は、権利・自由の保護ではなく法秩序の維持・回復に求められることになった。しかし、憲法によって基本権が保障され、それを他人による侵害から保護することが要請されている今日の社会にあっては、不法行為制度を個人の基本権を保護するための制度として位置づけ、あらためて権利論の観点からの不法行為法の再構成を志向すべきである。

3 違法性論の沿革

(1) 旧民法370条から709条の起草過程まで

現代語化前の民法709条は法典調査会に草案719条として提出された。草案719条は、ボアソナード草案390条、旧民法財産篇370条²をその基礎としている。

(a) ボアソナード草案注釈

「賠償は常に財産上の損害の賠償」であり、「純粋に無形の損害にみえる場合、例えば名誉毀損による損害は、その結果として間接的に被害者の財産上に生じた損害でなければ金銭賠償をえることはできない」³とし、財産上ないし金銭上の損害でない無形の財産を賠償の対象から除外することにより損害賠償の成立範囲をできるだけ制限しようとする意図が伺える。

(b) 富井政章博士の見解

「損害賠償ノ要件ニ関シテ最モ緊要ト認ムルモノハ権利侵犯ノ一事ナリ」⁴と述べ、フランスの判例・学説に倣い、金銭外の賠償を一方で認め、それにより賠償の対象となる損害が拡がりすぎないように「権利侵害」要件を導入することにより賠償の対象を限定しようとする意図が見受けられる。

(c) 起草者の見解

法典調査会での議論内容

①穂積博士の見解

穂積博士の権利侵害の要件をめぐる発言を要約するならば、①権利と認めたものでなければ損害賠償債権が生じないという立場を何れの国も採用しており、旧民法もその立場のようであるが、この点において旧民法の条文は不完全、不明瞭である。②ここに言う権利は財産権に限られないが、「唯ノ損害」は故意、過失により直接、間接に生じうるが権利侵害が生じるに至らないときは損害賠償債権が生じない。③旧民法に対するボアソナードの説明では財産上の損害でなければ

ならないと限定しているが、本案における損害は「唯財産、即チ物質上ノ人ノ利益」に限るのでは狭すぎるし、近頃の社会の需要にあわないために「有形無形」両方を含む。④権利は広い意味であり債権も包含される。⑤社会に住んでいる以上は他人に損害を及ぼす虞があるので権利侵害要件を設けることで「其境ヒ丈ケハ存シテ置イテ貰ヒタイ」⑥得意先を失い商売上損することも損害であり、このように権利の侵害がないのに損害を他人に及ぼした場合まで不法行為の救済を認めると、不法行為の成立範囲が甚だ不明瞭になる。

穂積博士の上記の見解を要約するならば、財産的損害だけではなく精神的な損害までも含むのであれば、不法行為の成立が広範に認められるという危惧のもとで、当時の諸外国の法状況に従い、その歯止めとするために「権利侵害」要件を導入したが、権利の内容としては債権侵害や生命・身体を含む広い概念を想定していたということになる。

②穂積博士の「権利侵犯主義」と梅博士の「実害主義」

法典調査会では、穂積博士の「権利侵犯主義」すなわち現実の損害が生じていなくても権利侵犯があれば損害賠償請求権が生じるという立場と、梅博士の「実害主義」すなわち権利侵犯があっても損害が生じていない限り損害賠償請求権は生じないという立場の対立があった。

穂積博士によれば、なぜ権利に価値があるのかといえば、法律の保護を受けているからであり、そして権利侵犯の保護をするのは国家の法秩序を維持するためであることが強調されている。損害がなくても権利侵犯のみをもって損害賠償の対象とするのは、個人の権利を至上のものとして重視するというのではなく、そうしなければ国家の法秩序が保てないという消極的な理由による。このような穂積博士の見解からは、不法行為の機能として、権利侵害に対する制裁機能、秩序維持機能を読み取ることができる。

他方で、梅博士は穂積博士の「権利侵犯主義」に対して第7回法典調査会主査委員会⁷において「実害主義」を採る旨を明確にする。それは、あくまで不法行為法の制度趣旨を損害賠償に留めようとする意図が見受けられる。

この両博士の応酬の裏側にあるのは、不法行為法に「制裁」的な秩序維持の側面をもたせるのか、それともあくまでも不法行為の制度目的を「損害賠償」に留めるのかという見解の違いであり、権利保護という側面が前面で強調されているわけではないことに注目せねばならないだろう。また、上記の穂積博士と梅博士の対立は、最終的には梅博士の見解である「実害主義」に集約されることになるが、穂積博士のように起草委員の中には不法行為法の機能として法秩序の維持を強調する見解があったことも注目すべきである。

(3) 起草者の見解にみる違法性概念の萌芽

民法典の編纂に際して多くの国の立法が参考にされているが規定の体裁をみる限りにおいては、ドイツ民法第2草案746条1項⁶が大きな影響を与えているとみるべきであろう。しかし、民法709条からはドイツ民法第2草案746条1項とは異なり「違法に (wiederrechtlich)」という文言が欠落している。これに関して、起草者が違法性概念の導入を意図的に回避したとみるべきであろうか。これに対して、錦織成史教授は草案728条（現行720条）をめぐる議論の中で正当防衛を権利侵害であっても不法としないとすることで、そこには違法性阻却事由における違法性が語られており、起草者の基本的な見解は、権利侵害要件の採用により基本的にドイツ法的な違法性-有責性を我が国の不法行為法に取り入れたものであるとみることができると述べ⁷、前田達明教授は *unerlaubten Handlungen* に「不法行為」という訳語を与えたことから、そこには許されざる行為 = 違法行為 = 不法行為という発想があったと見ることが可能であるとする⁸。さらに、「民法修正案理由書」のなかにも「本章ニ規定スル所ノ権利侵害ノ行為ハ故意又ハ過失ニ因ル不法ノモノナレハ不法行為ナル表題ヲ以テ其當ヲ得タルモノトス」⁹との表現が見受けられる。

4 民法典成立から末川違法性論まで

(1) 民法典成立直後の見解

①松坂仁一郎、仁保亀松、仁井田益太郎（法典調査会起草委員補助）

1897年の『帝国民法正解』¹⁰において不法行為は「違法ノ行為」であり、その成立には権利侵害が必要であること、また他人の権利を侵害する行為は「法律違反行為」であるとしている。

②岡松参太郎博士

1897年の『注釈民法理由』¹¹（富井政章博士の校閲）のなかで岡松博士は不法行為の成立要件として①不適法ノ行為ナルコト、②債務不履行ノ不履行ニアラサルコト、③故意又ハ過失ニ因リテ其ノ行為ヲ為スコト、④其ノ行為ニ因リテ他人ニ損害ヲ生スルコトを挙げる。そして「不適法ノ行為」として、禁令もしくは命令を包含する強行法に違反する行為、「他人ノ絶対的権利侵害シ若クハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル行為」を挙げる。このことから、岡松博士によれば権利侵害がなくても強行法に違反する行為や公序良俗に違反する行為が発生した場合には不法行為が成立することになる。

(2) ドイツ法学全盛期（明治43年～大正10年）

①横田秀雄『債権各論』¹² (1912年)

不法行為は「有責違法ノ行為」であり、「法律ニ禁セラレタル行為ヲ為シタル者ヲシテ其ノ行為ノ結果ニ付キ被害者ニ對シテ責任ヲ負ワシムルモノ」である。「法律上其權利ヲ喪失セシムルハ他人ノ權利ヲ侵害スルモノニシテ法律ノ禁令ニ違反スルモノナレハ」と述べ、権利侵害は法律に違反するものであるという見解を示す。いかなる場合に違法になるかについては、「行為カ他人ノ權利ヲ侵害シタルコトヲ必要」とし、他人の権利を侵害しない場合は、他人に損害が生じても徳義上の責任はあっても法律上の責任を負うことはない

②川名兼四郎『債権法要論』¹³ (1915年)

「權利ヲ侵スト云フハ不法ヲ意味ス、不法ハ法律ノ禁止又ハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルコトヲ意味ス」との見解は興味深い。この記述をどのように解釈するのかによるが、権利侵害は不法の一類型であり、その他の場合として法律の禁止、公序良俗に反する場合とがあるとも読み取ることができ、後の末川説にと軌道を一にする。

③団野新之『損害賠償論』(1909年)

「權利ノ侵害ハ權利ノ對外的方面及ヒ對内的方面ニ於テ行ハレ其ノ對外的方面に於ケル侵害行為ハ所謂不法行為ナリ損害賠償請求權ハ權利侵害ノ行為アルニ因リ発生スルモノニシテ權利ヲ侵害スルコトハ法律ニ於テ明示又ハ認メタル違法阻却原因ノ存セラル限リ違法ナルコト言フを俟タサル」。

川名、横田、団野説の特徴は、違法という用語を用いつつ権利侵害イコール違法であると定義している点である。これは、ドイツの判例、旧多数説であるところの結果不法説 (Die Lehre vom Erfolgsunrecht) に親和的である。それゆえにこれらの諸見解はドイツ法全盛期においてドイツ法の解釈論を意識して主張され、違法性の機能の意識もドイツ法の「法律上のサンクションの受け取り手をより精密に画定するという機能」¹⁴にとどまっており、保護法益の拡大という日本独自の機能は意識されていなかった。

(3) 権利濫用論と違法性論の展開

後に違法性論の議論に関わる松本博士、牧野博士、末弘博士、末川博士、鳩山博士らはすべて自らの違法性論を展開する以前に権利濫用論に関する論稿を発表している。後に述べるようにこの権利濫用論の発想が、違法性論に展開していくことになる。

ヨーロッパでは、第一次世界大戦の影響により従来の自由放任を基調とする私法の領域に対して強制を伴う公法的な統制が行われるようになる。とりわけフランスにおいて権利濫用の研究が盛隆となり George Cornil¹⁵ や L. Champion¹⁶ などの権利濫用論が展開された。

日本における権利濫用論に関する初の本格的な論文は牧野博士によるものである。牧野博士は明治37年に「権利濫用」¹⁷ を発表しフランスにおける権利濫用論を紹介した。牧野博士は、19世紀末のヨーロッパ社会において、強者が権利の名を借りて弱者を圧するという弊害は判例による法の解釈や各種法文の多少の修正では解決できず、権利濫用の観念を定める必要が生じたとし、「権利濫用の問題は社会思想が自由の観念を基礎とする個人主義から共同の観念を中心とする団体思想へと変遷しつつある現代の明白な反映である」と評価する。ここには後の違法性論において展開する「団体思想」「社会連帯」「個人主義からの脱却」という思想がすでに色濃く表れている。

牧野博士以後、権利濫用に関する論文は、イミチオン事例に関連して執筆されることとなった。松本烝治博士は大正2年に発表した「煤煙ニ因ル相隣者間ノ權利侵害」¹⁸ の中で、煤煙や騒音による侵害の停止のためには、権利侵害と違法性が必要であり、違法性については一般的社会見解によって判断し、「善良ナル風俗ニ違背」する場合には不法行為が成立するとした。末弘巖太郎博士も大正7年に『債権各論』において行為が権利の許容する範囲を逸脱する場合は違法であり、また、権利の濫用についても「法律之ヲ許サザルガ故ニ權利ノ行使タルコトヲ理由トシテ違法性ノ不存在ヲ主張スルコト許サズ」とする¹⁹。また、末川博士も信玄公旗掛松事件を受けて執筆された大正8年の論文の中で公序良俗に反する権利行使は権利の濫用として「法の禁止する所」となるとしている²⁰。松本、牧野、末弘、末川博士らと異なり権利拡大説の方向に向かう鳩山博士も、大阪アルカリ事件の評釈の中で、権利侵害は原則として違法であるが、正当防衛、緊急避難とともに権利行使もまた違法性阻却の理由となるべきである。しかし、権利行使の方法が「人類の共同生存を害せざる範囲」においてのみ適法行為となり、その範囲は「法律の目的と社会一般の見解」によって決められるとする²¹。

「自己の権利を行使する者は、何人に対しても不法を行うものではない」(Qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam) との法諺にもみられるように、従来、権利行使は不法行為となることがない(大判明治35年5月16日民録8輯5巻69頁)と考えられていたが、企業側の所有権行使、営業権行使によって、被害が生じた場合、いかに適法な権利行使であってもそれが公序良俗に反して行使される場合には違法となり、権利濫用として被害者において個々の権利の侵害を問うことなく不法行為が成立することで被害者救済を図ることが意図された。すなわち権利行使であっても不法行為が成立することを説得するためのレトリックとして権利濫用が用いられた。そして、そこで展開された公序良俗違反は違法であるという

行為態様評価の発想が、権利侵害要件の拡大という日本独自の要請も相俟って権利侵害がなくても公序良俗に違反すると違法となり、不法行為が成立するという理論に転回した。この段階においては資本主義の発展による権利の無制約性に対する修正は権利濫用の法理によることが志向され、その結果としての「権利の相対化」はやむを得ないものであった。

(4) 違法性の日本的機能の展開と権利拡大説への分化

雲衛門事件以降、709条による保護法益拡大による被害者救済が要請されたが、各論者はどのように応答したのであるか。

①松本丞治「債務者及び第三者ノ共同行為ニ因ル損害ノ賠償責任」²² (1913年)

第三者による債権侵害に際して不法行為の成立を認めるために財産不可侵権を説く。また、財産不可侵権を認めることで不法行為上の権利が不当に拡大するのではという予想される反論に対しては「余ノ解スル所ニ依レハ法律上ノ意義ニ於ケル権利侵害ハ単純ナル侵害ノ事実ト異リ違法性ヲ具備スルコトヲ要ス其ノ違法性ノ有無ハ一般的社会見解ニ依リテ之ヲ判定スヘキモノナルヲ以テ論者ノ危惧スルカ如キ不当ノ結果ヲ来スコトナキヤ明白ナリ」とし、違法性要件によりその調整を図ることで、権利が不当に拡大することを防ぐことができるとする。違法性は権利拡大の歯止めとして理解されていた。

②鳩山秀夫『日本債権法各論下巻』²³ (1920年)

違法とは権利侵害であり、法律違反であることを明確にする。他方で「権利侵害ハ原則トシテ違法ナルコト上述ノ如シト雖モ違法ハ必ラズシモ常ニ権利侵害ニアラズ。法規ニ違反スルモ其法規ガ個人ノ権利ヲ認ムルモノニアラザルトキハ権利侵害ニアラズ。又違法ト謂フヲ廣義ニ解シテ公序良俗ニ反スルコトヲモ包含スルモノトセバ此ノ如キ違法行為ハ権利侵害ト言フコト能ハズ」として、違法=権利侵害とはいえないとし、権利侵害要件が狭すぎることの懸念を示しつつあくまでも法文に忠実に権利侵害要件を堅持しようとした。保護法益の拡大は権利侵害要件の拡大により対処する。

③鳩山批判としての牧野説「権利の観念の転回—鳩山博士の日本債権法新板を読む」²⁴ (1924年)

牧野博士は鳩山博士の概念法学的な権利侵害要件の解釈に対して自由法学の観点から批判を行う。「権利侵害とは『個人の権利』の侵害に外ならざるものと解せねばならぬところに、法律の規定が『狭きに失す』る禍根が存するのである。しかも、権利侵害といふことを斯く個人的（そうしてわたくしは個別的と謂ひたい）の意義に理解することは伝統的なものであるとは謂へ、法文の上には根拠のないことで、謂はばむしろ独断的なことだとも謂ひ得るのである。されば、権利侵害の用語乃至観念は、解釈上、われわれの合理観に依って、適当に按配せられ得べき性質のものであると謂はねばならぬのである。」「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る。即ち、わたくし共の解するところでは、法律は権利を規定したのではなくして、公の秩序善良の風俗を規定したのものになるのである。法規に違反するとは、他人の権利を侵害することではなくして、公の秩序善良の風俗に反して行動することになるのである。それゆえに「わたくしのように考えて行くなれば、不法行為は單に、之を法規に違反するの行為即公の秩序善良の風俗に反するを以て足り」る。牧野博士は、山本教授が違法性論の批判の根拠とするように「権利本位」の法律観からの脱却を明言する。牧野博士のこのような発想は、牧野の社会主義への共感や国家観に由来するものであろう。

④大学湯事件（大判大正14年11月28日民集4巻670頁）

具体的権利と同一程度の厳密な意味において未だ権利と言えないものであっても「法律上保護セラルルノ利益」であればよいとの判断を行った。ただ、本判決の方向性はすでに述べた鳩山説と同じく権利の内容の緩和、すなわち社会情勢の変化に伴い保護が必要とされる利益をあくまでも権利として取り込んでいくことであった。

判決理由の冒頭において示された「故意又ハ過失ニ因リテ法規違反ノ行為ニ出デ以テ他人ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生ジタル損害ヲ賠償スル責ニ任ズ」という命題が709条の規定に「法規違反の行為」を付加している点に注目。「法規違反ノ行為」はドイツ民法における保護法規違反（BGB823条2項）を連想させるものであった。さらに、権利濫用論と同じく「侵害行為の態様」の考慮に結びついていくきっかけとなりその後の違法性論につながっていくきっかけとなる。

⑤末弘巖太郎『民法講話・上巻』²⁵ (1926年)

末弘博士は大学湯事件を受けて権侵害要件維持の立場（『債権各論』）からの改説を行う。「法典の所謂『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云ふほどの意味であって例へば善良の風俗公の秩序に違背するが如き方法に於いて—即ち違法に—他人の利益を犯したのがある以上、違法の利益侵害即ち『権利侵害』ありたるものとして不法行為の成立を認めて然るべきものと思ふ」。709条にいう権利の意義を特に法典が名称を与えてその積極的内容を規定したものに限定する方が「故なき獨断」であり、「判例が實際の必要上学者の通説より云へば『権利侵害』ありとみるべからざる場合にまで所謂『権利侵害』ありたりとして不法行為を認めて居る場合の漸次に増加しつつある傾向は吾

人の見逃すべからざる現象である」。

⑥末川説『権利侵害論』(1930年)

「権利侵害から違法性へ」の動向に大きな影響を与えたのが末川博博士とのちに紹介する我妻栄博士であるとされる。末川博士は1930年に発刊された『権利侵害論』²⁶の中で、違法性論を展開する。末川博士によれば、権利は「普遍的な法規の特殊な主体に対する関係において与えられるもの」であり「法規の主観的発現形態」である。そして「権利として認められているものについては、その内容が法律秩序の内容として認められるべきことが示されているのであり、権利を侵害するということは法律秩序を破るということであって、法律の是認しないところ」であり「権利の侵害それ自体違法であると評価されるのである」。問題は権利侵害がない場合においても不法行為が成立するからであるが、末川博士によれば違法と評価されるのは、権利侵害の場合に限られず、命令的法規にも法律秩序の評価が顕れており、命令的法規に違反する場合、顕現的法規が欠缺している場合には公序良俗に反している場合は同じく法律秩序を破るものとして違法となる。その理由として、民法は「法律が是認することを得ないような行為」すなわち、「法律秩序を破るの故をもって、違法と評価すべき行為をあらわすために」「違法の行為の徴憑」として権利侵害を挙げているからであるとする。

山本教授はこの点を捉えて「権利侵害」から「違法性」への展開は不法行為の成立要件を緩やかに解するという程度にはとどまらず、不法行為制度の目的を法律秩序の維持ないしは回復するところに求めており、「権利本位」の法律観から「秩序本位」法律観への転換が意図されていたと批判するのである。

たしかにこれまで紹介してきた違法性論の流れを形成する各論者の見解とは異なり末川説においてはじめて「法律秩序の維持・回復」という異質な発想が持ち込まれている。また、権利が違法性の徴憑とされたことにより、権利が不法行為法における唯一至上の存在ではなくなり、その侵害が不法行為を成立させる場合の一つになった。しかし、権利侵害それ自体すでに違法性を徴憑するということにより権利侵害の絶対性が説かれており、その原点は権利論に置かれていたとみるのである。末川博士の理論は権利侵害を違法性に置き換え、権利侵害要件を無用にしたのではなく、違法を権利侵害がある場合と権利侵害のない場合に大別しているのであり、権利侵害は構成要件として維持されている。また、権利の相対化についても、末川博士の見解に従うのであれば生じえない。違法性論の問題点は「違法性」を不法行為の要件として掲げたことそれ自体にあるのではなく、違法評価にとって最重要の要素であるところの「権利侵害」を明文上の要請であるにもかかわらずその独自の地位を低下させたことにあるのであり、その点から考えるならば末川博士の違法性論に対する権利論からの批判は正当なものではない。

また、末川博士の違法性論の意図も権利侵害のみに不法行為の成立要件としての本質的な意味を与えないで、違法性に重点を置くことにより保護法益の拡大をもたらすことであり、個人の権利や自由に優先するものとして「法秩序」に価値を置いたものではない。むしろ、権利侵害は法律秩序を破るものであるとする末川博士の違法性理論の中核となる考え方も、権利を守ることが法秩序の役割であると理解すれば、個人の権利の保障を目的とする不法行為制度と矛盾するものではないであろう。

(1) 被害者保護を意図した末川の違法性論

末川博士が個人の権利を客観的な立場から、また全体的な立場からもみるべきであるとするのは個人の権利を軽視し、とりわけ社会秩序を重視するからではない。その理由は末川博士の「不法行為制度における倫理性」²⁷という論文に明確に表現されている。すなわち、「不法行為制度によって被害者が救済されるについて個人の自由な活動を保障するといふ意味で限界を劃して置いたのでは、被害者と加害者の双方を包容する全体の立場からみて、必ずしも公平に損害の負担を決めたことにはならず、場合によってはその限界を緩和して賠償責任の帰属や内容を定めることが正義観に適ふと考えられることがある・・・(中略)・・・被害者の救済は対加害者との関係において加害者の活動の自由を阻害せぬといふ考慮だけでは講ぜられるべきではなくて、全体のうちにあつて共同生活をする一員としての被害者をいかに救済することが正しいかといふ観点から講ぜられねば」ならない。末川博士は、社会生活が複雑になり、大規模な企業が発達して危険事項が増した当時の時代背景にあつて、企業の自由な活動により被害者が増大するのを目の当たりにし、権利を権利者個人の主観的な立場からのみみることの弊害を感じ、「権利を権利者個人の為のものとして自己の権利を行使する者は何人に対しても不法を行ふものではない」という権利行使の絶対性を全体の立場から制約し、たとえ権利行使の形をとっていても社会上許されぬ結果をもたらすならば、権利の濫用として違法とされることで不法行為を成立させ被害者保護を図る。それこそが末川博士の権利濫用論の意図である。そして、その権利濫用論が転回された形で、権利侵害は違法性を徴憑とする末川博士の違法性論が唱えられることになるが、結局その意図も同じく被害者保護にあつたといえよう。

5 我妻説と相關関係説

①我妻説

我妻博士によれば、個人の自由を指導原理とする近世の個人本位・権利本位の法律において不法行為制度は個人の自由

活動の限界を画する最小限度の制限であるが、法律の指導原理を社会共同生活の全体的向上をもって理想とする場合、不法行為は社会に生ずる損害の公平妥当な負担分配を図る制度となり、実際そのように推移していると指摘する。その中で故意・過失、権利侵害の要件はその絶対性を失うことになる²⁸。権利は個人的自由活動の基礎であり、自由な活動が他人に損害を加えても権利侵害がなければ賠償責任なしとすることは個人主義民法の理想に適合的である。しかしそのようにしてしまうと、権利と認められるものが狭少であるため、加害行為が道義や社会秩序に反するにもかかわらず不法行為としないならば社会の向上発展を阻害することになる。それゆえに、権利侵害がなくても社会の法律的規範に違反する場合、また、公序良俗に違反する場合、つまり違法性がある場合に不法行為の成立が認められるべきであるとする。

このような我妻博士の見解は個人主義思想から「社会共同生活の全体的向上」を理想とする思想への転換を意図したものであり、権利本位の法律観から社会本位の法律観への転換の思想が末川説よりも鮮明になっているとの権理論からの批判が加えられている²⁹。我妻博士は、東大の助手時代に牧野博士からも指導を受けており、牧野博士の「社会連帯」や「損害の公平な分担」という思想を色濃く受け継いでいる³⁰。曾根教授が指摘するように被侵害利益との衡量の対局に個人の自由活動の保障を超えた侵害行為の態様を置くことにより個人の利益を超越した社会秩序思想が混入することは避けられず、我妻説において社会本位の法律観への転換が図られたことは否定できない。また、絶対権侵害の場合、違法性は最も強くなるが、末川博士と異なり権利侵害の絶対性を認めているわけではなくその意味で、権利の相対化をもたらす危険性を孕んでいるといえる。

一般的には我妻説は末川違法性論を承継し、発展したものと説明される。たしかに法技術的には相関関係説という準繩を提示した点において末川説を発展させたものとみることができるが、「社会本位」「秩序本位」の法律観への転換という権理論からの批判的な側面から見た場合、そこには大きな違いが存在する。我妻博士の思想的な影響は牧野博士によるものが大きいといえるだろう。それゆえに、末川-我妻という一連の流れで違法性論の展開を捉えて批判することはできない。

②加藤一郎説

我妻博士の相関関係説をより精緻化し定着させたのが加藤一郎教授であるとされる。加藤教授は、『不法行為法』中で自身の違法性論を展開する³¹。加藤教授も我妻博士と同様に「権利侵害」を「違法性」と読み替えるべきであるとするが、その実質的根拠はわれわれの法感情であり、形式的根拠はドイツ法の規定であるとする。そして、権利拡大説より違法性論の方が優れている根拠として、違法性論がかなり弾力的・流動的であること、権利の生成過程をみるとまず、不法行為での保護が与えられた後に権利としての積極的主張がなされることが多い点が挙げられている。

上記の点に関して、加藤教授がわれわれの法感情を根拠とすることに対して、山本教授は「その背後には、末川博士や我妻博士と同じく、法秩序を破ることは許されないという考え方を伺うことができる」と述べ、また後者の違法性論の優位点に関しても「我妻では重視されていた〔権利本位の法律観からの転換〕という視点が希薄になった」としつつも「衡平の観点から権利・自由を相対化する可能性を認めるものであり、末川や我妻とは違った意味で〔権利・自由の保護とその調整〕という当初の構想から離れるものであることに変わりない」と批判する。

加藤教授が違法性採用の根拠として述べる「われわれの法感情」とは、大学湯事件が「吾人ノ法律観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ーノ利益」と述べるように、われわれ一般人の法感覚で救済を与えるべきであると考えた利益に関して不法行為で保護できるように違法性概念を採用すべきということであろうから、なぜその背後に法秩序を破ることは許されないという考えが伺われるのか疑問である。

また、加藤教授が説明する違法性論が弾力的・流動的であると説明する主眼は以下の点にあると思われる。すなわち、被害者の救済拡大ということならば権利拡大説が述べるように権利概念の拡大で対応することができるが、その一方で「ひとたび権利とされれば不法行為の範囲がかえって広がりすぎるおそれがあり」³²、違法性概念を用いればその調整が可能だということである。そもそも、起草者が権利侵害の要件を用いた理由は不法行為の成立を限定することで個人の行動の自由を保障することにあつた。しかし、被害者救済の拡大の観点からいたずらに権利概念の拡張を図ればかえって個人の自由が制限される結果となるし、その拡張を畏れて利益の権利性（現行法に従えば利益の要保護性）を認めない、すなわち「水門」を開けることを裁判官が恐れる事態も生じうるであろう³³。そうすれば被害者救済の拡大の意図すら阻害されることになりかねないのではないか。そうすると本末転倒であるため、加藤教授は違法性の調整的機能に着目するのである。

6 結語

これまで、民法の起草過程から加藤一郎教授の違法性論までの流れを概観してきた。ここで強調したい点は違法性論それ自体が、権理論からなされる批判のように「権利本位から秩序本位への転換」の意図を内在していたわけではないということである。

すでに述べたように違法性概念の萌芽は起草者の段階からみられ、それは起草直後の学説にも明確に顕れている。その後、横田説、川名説には明確に違法という文言が用いられるが、それはドイツ法を意識してのものであり、結果違法に留まっ

た考え方であったし、後に平井宜雄教授が表現するように「特殊=日本の機能」を違法性に担わせることを意図したものでなかった。大正期に入ると、被害者救済の拡大という時代の要請というモチベーションから違法性論が展開されることになる。それが牧野説や末弘説、末川説である。これらの論者における違法性は、すでに「日本の機能」を有していた。この点について「『権利侵害』要件を拡大するだけならば、起草者と同様に、『権利』を広く解することでも十分対応できる。鳩山博士があくまでも権利拡大説を採る中で、違法性論者はその道を選らず、あえて『違法性』への転換を説いたのは、不法行為法の目的を一個人の『権利』の保護ではなく—『社会共同生活の全体的向上』をはかるために法秩序を維持・回復するところに求めようとしたにはかならない」と山本教授は説明するが、牧野説を別とすればその点を意識した上で強調するものは見当たらない。たしかに、牧野説においては山本教授が指摘するように「社会連帯」や「権利本位」の法律観からの脱却が明言されているし、またその指導を受けた我妻博士にも同様の傾向が見られる。しかし、それは牧野博士の独自の思想的影響が強く、末弘博士、末川博士らの見解には、権利本位の法律観が生じさせる弊害に対する批判的な見解は見られるものの、「社会連帯」「秩序維持本位」という見解はみられない。では、違法性論者が権利侵害要件の拡大ではなく違法性論を選択した理由はどこにあったのか。その大きなきっかけとなったのが権利濫用論であった。つまり、企業側の所有権行使によって、被害が生じた場合、いかに適法な権利行使であってもそれが公序良俗に反して行使される場合には違法となり被害者において個々の権利の侵害を問うことなく不法行為が成立することで被害者救済を図るという意図があった。そして、そこで展開された公序良俗違反は違法であるという行為評価の発想が、権利侵害がなくても公序良俗に違反すると違法となり、不法行為が成立するという理論に転回し、その結果、権利侵害要件の拡大という違法性の「日本特有の機能」へとつながっていったのである。そのようななかで末川博士は、違法性論を展開するが、末川博士はあくまでも権利侵害の絶対性を説いており、その軸足は権利論においていた。また、その違法性論の意図もあくまでも被害者救済にあった。末川博士の違法性論を法技術的な意味で深化させた我妻博士は、牧野博士の思想的な影響を受けており、山本教授が批判するように「社会連帯」や「損害の公平な分担」という思想を色濃く受け継いでいた。しかし、それは加藤教授には引き継がれることはなかった。加藤教授は違法性概念が弾力的・流動的であるとしてその有用性を強調するが、その主眼は、被害者の救済拡大ということならば権利拡大説が述べるように権利概念の拡大で対応することができるが、その一方で「ひとたび権利とされれば不法行為の範囲がかえって広がりすぎるおそれがあり」違法性概念を用いればその調整が可能だという点に置かれていたと言える。

以上のように、違法性論が唱えられた意図は、当時の時代背景にあって強者による権利行使から生じる損害発生抑制と被害者保護にあり、権利論からなされる批判のように、「権利本位から秩序本位への転換」の意図を内在していたわけではないといえる。

1 山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望—権利論の視点から」法学論叢 154 巻 4・5・6 号 298 頁 (2004 年)。

2 旧民法財産篇 370 条 1 項 過失又ハ懈怠ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其ノ賠償ヲ為ス責ニ任ス。

3 Boissonade (G.), *Projet de code civil*, t. II, 2^e éd., 1883, n° 271.

4 富井政章『損害賠償法原理完』(日本同盟法學會、1891 年) 96 頁。

5 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法主査会議事速記録』(商事法務研究会、1988 年) 140 頁以下。

6 ドイツ民法第 2 草案 746 条 1 項 故意又は過失により他人の権利を違法に侵害しあるいは他人の保護を目的とする法律に違反した者は、その他人に対しそれによって生じた損害を賠償する義務を負う。法律の内容によればその違反が故意過失なくとも考え得るものである場合には、賠償義務は故意過失ある場合にのみ生じる (Entwurf eines burgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Zweite Lesung, I. Buch, Allgemeiner Theil, 1892, S.135.)

7 錦織成史「違法性と過失」星野英一編『民法講座 6 事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣、1985 年) 145 頁。

8 前田達明「不法行為帰責論」(有斐閣、1978 年) 196 頁。曾根威彦「不法行為法における『違法性』概念—もう一つの(比較法学)の試み」早稲田法学 85 巻 1 号 26 頁 (2009 年) もこれを妥当とする。

9 法典調査会編『民法修正案理由書第 1-3 編』(博文館、1898 年) 609 頁。

10 松波仁一郎=仁保亀松=仁井田益太郎『帝国民法正解第 3 卷』(日本法律学校、1896 年) 1449 頁以下。

11 岡松参太郎『注釈民法理由(下)債権編』(有斐閣、1897 年) 463 頁以下。

12 横田秀雄『債権各論』(清水書店、1912 年) 840 頁。

13 川名兼四郎『債権法要論』(金刺芳流堂、1915 年)。

14 平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会、1971 年) 349 頁。

15 George Cornil, *Le droit privé*, 1924.

16 L. Campion, *La théorie de l'abus des droits*, 1925.

17 牧野英一「権利の濫用」法協 22 巻 6 号 850 頁 (1904 年) (同『法律に於ける進化と進歩』[有斐閣、1924 年] 223 頁所収、以下では同書を引用)。牧野博士以前においては、富井博士(富井政章『損害賠償法原理』[日本同盟法学会出版、1891 年])、岡松博士(岡松参太郎『注釈民法理由(中)』[有斐閣、1898 年] 150 頁)、菱谷博士(菱谷精吾『不法行為論』[清水書店、1905 年] 248 頁)らが権利行使の制限について述べているが、断片的なものにすぎない。

18 松本丞治「煤煙ニ因ル相隣者間ノ権利侵害」法学志林 15 巻 8 号 (1913 年) 80 頁以下。

19 末弘厳太郎『債権各論』(有斐閣、1918 年) 1051 頁。

20 末川博「権利の濫用に関する一考察」法学論叢 1 巻 6 号 134 頁 (1919 年) (同『権利侵害と権利濫用』[岩波書店、1970 年] 所収)。

21 鳩山秀夫「工業経営に基づく損害の賠償責任」法協 35 巻 8 号 272 頁 (1917 年) (同『民法研究第 4 巻』[岩波書店、1930 年] 所収)。

- ²² 松本烝治「債務者及ヒ第三者ノ共同行為ニ因ル損害ノ賠償責任」法学志林 15 卷 12 号(1913 年)〔松本烝治「私法論文集第 2 卷」(巖松堂、1919 年)に所収。引用頁は同書による〕。
- ²³ 鳩山秀夫『日本債権法各論下巻』(岩波書店、1920 年) 843 頁以下。
- ²⁴ 牧野英一「権利の觀念の轉回—鳩山博士の日本債権法新版を読む—」法学志林 26 卷 7・8 号(1924 年)〔牧野英一『法律に於ける具体的妥当性』(有斐閣、1925 年)所収。引用頁は同書による〕。
- ²⁵ 末弘嚴太郎『民法講話・上巻』(岩波書店、1926 年)。
- ²⁶ 末川博「権利侵害論」(1930 年)〔末川博法律論文集Ⅱ『権利侵害と権利濫用』(岩波書店、1970 年)所収、なお引用頁は同書による〕。
- ²⁷ 末川博「不法行為制度における倫理性」経済学雑誌 11 卷 5 号(1943 年)〔『権利侵害と権利濫用』542 頁〕。
- ²⁸ 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社、1937 年) 95 頁。
- ²⁹ 山本・前掲注(1) 308 頁。
- ³⁰ 我妻栄「損害賠償における『具体的衡平主義』」同『民法研究Ⅵ』(有斐閣、1969 年) 195 頁以下。同論文はヘーデマン(Justus Wilhelm Hedemann)の「19 世紀における私法の発達(Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert)」の一節「損害賠償理論の近代化(Die Modernisierung der Lehre vom Schadensersatz)」を紹介したものであるが、我妻博士自身、この著者および著書に興味をもったのが牧野博士の示唆、指導によるものであることを明らかにしている(同 244 頁)。
- ³¹ 加藤一郎『不法行為法』(有斐閣、1957 年、増補版 1974 年〔以下増補版から引用〕)。
- ³² 加藤・前掲注(31) 37 頁。
- ³³ Kötz-Wagner, Deliktsrecht, 12. Aufl., 2013, Rn 260.