

事務管理・不当利得・不法行為講義要綱(2011年度版)

星野 豊

序章 事務管理・不当利得・不法行為序説	6
第1章 事務管理	7
第1節 事務管理の意義	7
第2節 事務管理の要件効果	7
第3節 準事務管理	8
第2章 不当利得	9
第1節 不当利得の要件効果の概観	9
第1款 不当利得の要件の概観	9
(1)受益	
(2)損失	
(3)受益と損失との因果関係	
(4)法律上の原因の欠如	
第2款 不当利得の効果の概観	12
(1)不当利得返還請求権の性質	
(2)不当利得返還義務の客体	
(3)不当利得返還義務の範囲	
第2節 給付不当利得の要件効果	13
第1款 給付不当利得の概要	14
第2款 給付不当利得の要件	14
(1)給付	
(2)法律上の原因の欠如	
第3款 給付不当利得の効果	16
(1)給付の当事者	
(2)返還義務の履行方法	
(3)返還義務の範囲	
第3節 給付不当利得の類型	18
第4節 非債弁済	18
第1款 狭義の非債弁済	19
第2款 期限前弁済	20
第5節 不法原因給付	20
第1款 不法原因給付の意義	20

第2款 不法原因給付の要件	21
第3款 不法原因給付の効果	21
第6節 侵害不当利得の要件効果	22
第1款 侵害不当利得の要件	22
第2款 侵害不当利得の効果	22
第3款 侵害不当利得の類型	23
第7節 三者間の不当利得	24
第1款 三者間の不当利得の特徴	24
第2款 三者間の不当利得の類型	24
第3章 不法行為	26
第1節 不法行為の基本的観念	26
第1款 不法行為制度の意義	26
第2款 不法行為における帰責根拠	27
第3款 不法行為制度の目的と機能	28
第4款 不法行為制度の限界と保険制度	29
第2節 不法行為の一般的要件	30
第1款 総論	30
第2款 故意・過失・違法性序説	30
(1)不法行為における「行為」	
(2)故意・過失	
(3)違法性の判断	
第3款 違法性の判断に関する相関関係理論	33
第4款 違法性阻却事由	34
(1)緊急行為	
(2)正当行為	
(3)被害者の承諾	
第5款 有責性	36
(1)責任能力	
(2)違法性の認識	
第6款 故意過失の証明責任	37
(1)証明責任に関する原則	
(2)証明責任の転換	
(3)過失の一応の推定	
第7款 権利侵害	38
第8款 因果関係	39
(1)因果関係の意義と機能	

(2)因果関係の構造	
(3)因果関係の証明	
(4)因果関係の交錯	
第9款 損害の発生-----	43
(1)損害の意義	
(2)損害の種類	
(3)損害発生の有無	
第10款 後続損害-----	46
(1)後続損害の帰責基準	
(2)後続損害の類型	
第3節 不法行為の一般的効果-----	48
第1款 不法行為に対する救済手段の概観-----	48
(1)金銭賠償	
(2)損害賠償方法の特約	
(3)原状回復	
(4)差止請求	
第2款 損害賠償請求権の主体適格-----	50
(1)生命侵害における死者	
(2)法人及び権利能力なき社団・財団	
(3)胎児	
第3款 損害賠償請求主体の拡張-----	51
(1)生命侵害における近親者	
(2)身体傷害等における近親者	
(3)不貞行為に対する家族	
(4)企業損害	
第4款 損害賠償請求権の発生時期-----	52
第5款 損害賠償の範囲-----	53
(1)帰責原理による限定	
(2)時間的限定	
第6款 損害の算定-----	55
(1)損害算定の基礎	
(2)損害算定の基準時	
第7款 財産的損害-----	56
(1)物の滅失	
(2)不法処分	
(3)物の毀損	

(4)不法占有、不法占拠	
(5)有価証券の侵害	
(6)賃借権の侵害	
(7)抵当権侵害	
(8)無体財産権侵害	
第8款 生命侵害-----	59
(1)逸失利益の算定	
(2)扶養利益喪失の算定	
第9款 身体侵害-----	60
(1)逸失利益の算定	
(2)治療費の算定	
第10款 慰謝料-----	61
(1)慰謝料の発生事由と主体	
(2)慰謝料の本質	
(3)慰謝料の機能	
(4)慰謝料の算定	
第11款 損益相殺-----	62
(1)損益相殺の観念	
(2)損益相殺の要件	
(3)損益相殺が問題となる場合	
第12款 過失相殺-----	64
(1)過失相殺の意義	
(2)過失相殺の要件	
(3)過失相殺の効果	
第13款 遅延利息-----	65
第14款 損害賠償請求権の性質-----	66
(1)一身専属性の有無	
(2)相殺の禁止	
第15款 損害賠償請求権の消滅-----	66
(1)消滅事由	
(2)賠償者代位	
第16款 請求権競合論-----	67
第4節 特殊な不法行為責任-----	67
第1款 責任無能力者の監督者の責任-----	67
(1)責任の根拠と性質	
(2)責任発生要件	

(3)責任の負担者	
(4)第 714 条適用の効果	
第2款 使用者責任-----	69
(1)責任の根拠と性質	
(2)責任発生の要件	
(3)使用者責任の効果	
(4)類似制度との対比	
第3款 注文者の責任-----	72
第4款 工作物責任-----	73
(1)責任の根拠と特徴	
(2)責任発生の要件	
(3)責任の効果	
第5款 動物占有者の責任-----	75
(1)責任の根拠と特徴	
(2)責任発生の要件	
(3)責任の効果	
第6款 製造物責任-----	76
(1)製造物責任の特徴	
(2)製造物責任法の概要	
第7款 国家賠償責任-----	78
(1)国家賠償責任の特徴	
(2)公務員の責任	
(3)営造物責任	
第8款 原子力賠償責任-----	80
(1)原子力損害の特徴	
(2)原子力賠償制度の概要	
第9款 共同不法行為-----	81
(1)共同不法行為の基本的解釈指針-----	81
(2)狭義の共同不法行為-----	82
①各自の行為についての要件	
②「共同」の解釈	
③責任の「連帯」の解釈	
(3)加害者不明の共同不法行為-----	84
①要件及び効果	
②他の局面への類推適用	
(4)共同不法行為の教唆及び幫助-----	85

序章 事務管理・不当利得・不法行為序説

近代法の建前は、各自の有する私生活上の利益を「権利」として保護し、相互の侵害を禁止すると共に、権利の処分や義務の負担などの法律関係の変動についてはこれを各自の自由な意思に委ねている。このような各自の自由な意思に基づく法律関係の変動手段として最も典型的なものが、法律行為、特に契約である。他方で近代法は、当事者の意思に基づかない財貨の移転が生じた場合には、その変動を是正するための反動的な請求権を発生させる。これが、この講義で議論の対象とする事務管理・不当利得・不法行為に基づく請求権である。これらの請求権は、既存の権利の救済手段としての機能を有しており、私的自治の原則をいわば裏側から保障するものである。より具体的に言うと、事務管理は、義務なくして他人の事務を処理した管理者に対して、本人からかかる事務処理の効果を移転する請求権を与えると共に、本人に対して管理者から費用償還等の請求権を行使させることによって、両者の利益を調整する。又、不当利得は、法律上の原因なくして財産的利益が移動した場合に、損失者の利得者に対する利得返還請求権を発生させ、財産的利益の移動の調整を図る。さらに、不法行為は、他人の権利を侵害して損害を与えた者に対し、被害者からの損害賠償請求権が行使されることによって、被害者に生じた侵害の結果を調整しようとするものである。

事務管理・不当利得・不法行為は、いずれも法定の債権発生原因であり、法律要件としては法律行為に該当しない。事務管理は、事務処理者の行為を適法として委任類似の関係を観念するものであり、適法行為の中の「準法律行為」に該当する。不当利得は、法律上の原因を欠く利得の発生という事実によって効果が発生する「事件」の一種である。又、不法行為は人の行為ではあるが適法でない行為、すなわち「違法行為」に属するものである。

第1章 事務管理

第1節 事務管理の意義

「事務管理」とは、義務のない者が他人の事務を管理する行為を指す。個人主義が徹底した社会の中では、各人の権利義務を各人の自由に行使ないし履行させ、その利益及び損失を権利義務の当事者に直接帰属させることが建前である。この考え方からすれば、他人の事務を管理する権利も義務もない者に、みだりに事務処理をなすことを認めるべきではないことになる。しかしながら、個人間の信頼関係を基盤とした円満な社会関係の形成のためには、好意で他人の事務を処理する者に対して、一定程度までその効果を認めることが望ましい。以上のことから、民法は、管理者に対しては一旦管理をし始めた場合には管理の継続を要求する一方、本人に対しては、管理者の支出した費用の償還を命ずることによって、個人主義の建前と円滑な社会関係形成との調和を図っているのである。

第2節 事務管理の要件効果

事務管理の要件としては、次の3点が重要である。

第一に、義務なくして他人の事務の管理を始めること(第 697 条)。ここでいう「事務」とは、生活上必要な一切の行為ないし作業を指すが、原則として適法な行為に限られ、違法行為を含まない(但し、第 698 条の「緊急事務管理」に該当すれば別である)。

第二に、他人の事務として、他人の利益のためにする意思をもって行うこと。この「管理意思」は、内心の意思だけでは足りず、何らかの形で外部に表示されることが必要である。

第三に、事務処理が明らかに本人の意思に反したり、本人に不利益であつたりしないこと(管理の継続に関する第 700 条但書の類推解釈)。もとより、本人の意思が公序良俗に反する場合(子を棄てようとしたり、自殺をしようとしているなど)には、本人の意思に反しても事務管理は成立するとされている。

他方、事務管理の効果としては、次の3点が重要である。

第一に、行為が合法となり、管理者は不法行為責任を負わない。他人の行為に対する干渉であるにもかかわらず適法行為となることが事務管理の特徴であり、管理に瑕疵があつた場合に初めて損害賠償等が問題となる。

第二に、管理者には当該事務処理について「管理義務」が発生し(第 699 条、第 701 条参照)、かつ、管理者は本人の利益に適するように管理を継続すべき義務を負う(第 700 条本文)。但し、本人の意思に反しているときは直ちに止めなければならない(第 700 条但書)。もともと、成立時と同様、本人の意思が公序良俗に反している場合は別論である。

第三に、本人は管理者の支出した有益費用を償還する義務を負う(第 702 条)。但し、事務

管理が本人の意思に反してなされた場合は、この費用償還は現に利益の存する範囲に限定される(第702条第3項)。これは、事務処理の有用性と、本人の利益との調和を図ったものである。なお、管理者が本人の名でした行為は無権代理行為となり、本人の追認がない限り本人に対して効果が帰属しないと考えられているが、事務管理の成立を広範に認めるべきであるとする説からは、疑問が提示されている。

第3節 準事務管理

講学上、管理者が本人のためにする意思でない場合にも、事務処理の効果が本人の利益に適するものについては、「準事務管理」として事務管理と同様の効果を認めようとする見解がある。準事務管理の典型例としては、他人の特許権を無断で実施して巨額の利益を得た場合や、他人の債権を自己の債権であるとして回収した場合等が挙げられる。

もっとも、このような場合については、かかる効果の実現が権利内容それ自体というよりも管理者個人の能力に依存している場合が少なからずあり、本人が管理者の利益取得を待つて事務管理を主張する可能性も十分ありうるため、本人に事務処理の効果を全て帰属させることは行き過ぎだ、とする見解もある。この見解の下では、本人の利益保護は不当利得ないし不法行為に基づく請求権によって対処し、管理者自身の能力に基づいて生じたと認められる利得については、むしろ管理者に帰属させるべきだ、ということになる。なお、特許権それ自体については、特許法に権利侵害額についての推定規定が置かれ、立法的な解決がなされているが(特許法第102条)、結局上述した問題が表面化するに到っている。

第2章 不当利得

不当利得は、直感的に考えれば極めて常識的な結論を法的に正当化する制度であるが、他方、この制度に基づく請求権の正当性ないし理論的根拠を論証しようとするのは、実際上極めて難しい。これは結局、どのような財貨の移転を以て法律上「不当」な利得と考えるかについて、「一般的社会常識」という以上の観点を提示することが事実上不可能なためである。

現在の学説は、この論証のための前段階として、不当利得が生ずる局面を理論的に区分し、各区分ごとに不当利得の要件効果を理論化、精緻化しようと試みており、これを「類型論」という。もっとも、後に講義の中で解説するとおり、現在提示されている類型論は、理論上精緻になればなるほど、極めて膨大な事例を素材として擁するものとなっており、結果として不当利得の全体像をかえって見えにくいものとしてしまっている感がないではない。

以下では、不当利得の一般論に関する議論を要件と効果とに分けて概観し、不当利得法の性格について検討する。

第1節 不当利得の要件効果の概観

第1款 不当利得の要件の概観

民法上、「不当利得」とは、「法律上の原因なくして他人の財産又は労務により利益を受け、このために他人に損失を及ぼすこと」とされている(第 703 条)。この定義からすると、不当利得の要件は、一方で利得者が「受益」をすると共に他方において他人に「損失」が発生しており、かつ「受益と損失との因果関係」が肯定されたうえで、かかる受益が「法律上の原因なくして」生じた場合に、充たされることとなる。以下では、これらの各要件について、不当利得の各類型に共通する一般的な議論を概観する。

(1) 受益

不当利得でいう「利益」とは、ある事実によって受益者の財産が積極的に増加し、又は受益者が失うべき支出を免れたことをいう。財産の積極的増加には、所有権をはじめとする各種の財産権を取得した場合のほか、財産権以外の利益(実態的権利の伴わない登記など)を取得した場合も含まれる。又、失うべき支出を免れた場合とは、債務者が債務を免れた場合や、他人の金銭を以て自己の必要な経費として充当した場合などが典型であるが、単に債務を履行しないだけでは、ここでいう「利得」には当たらないと考えられている(債権者は単に履行を請求すれば足りるからである)。

「受益者による受益」という概念のうち、受益者が利益を「取得した」という点を強調するか、

現実の財産が受益しなかったと仮定して計算した財産に比べて「額が増加した」ことを強調するかは、不当利得の制度趣旨をどうとらえるかによって見解が分かれうる。原則的には、不当利得は受益者の財産が不当な原因により増加したという事実をとらえて返還義務を肯定するのであり、法律要件としては「事件」に属することは既に説明したとおりであるが、後述するとおり善意の受益者と悪意の受益者とで返還義務の範囲が異なること(第703条及び第704条参照)を考慮すると、受益者が利益を「取得した」点を強調することには、理論上全く理由がないわけではない。

不当利得が「事件」であり、客観的事実としての財産の増加が要件となることが原則である以上、受益の態様も原則として受益者の積極的行為に限られない。又、受益者と損失者との間の行為又は不行為に限らず、受益者又は損失者と第三者との間の行為、さらには受益者又は損失者の一方的な行為も含まれる。なお、このような類型は、受益の態様としての類型であると同時に、後述する法律上の原因の欠如に関する類型としても事実上機能している。

(2)損失

不当利得が成立するためには、かかる利得が受益者以外の者の財産又は労務によって生ずることが必要であり、これを逆から見ると他人に損失が生じていることが要件となる(但し、他人の財産によって受益者が利益を受けたことが、直ちに当該他人の損失になるかは論理的に別次元であり、後述する受益と損失との因果関係の問題となる)。ここでいう「損失」とは、要するに受益者の受益に対応する概念であるから、損失者の財産が積極的に減少し、又は増加すべき財産が増加しなかったことをいう。又、「他人の財産」とは、他人である損失者に現に帰属している財産のほか、損失者に本来帰属すべきであると考えられる財産も含まれる。さらに、労務の提供が財産と並んで規定されているのは、他人の財産を増加させるような労務の提供は、本来なら報酬を得て然るべきであり、対価なしに労務提供をしたことが常識的に見て損失と考えられることに基づいている。

(3)受益と損失との因果関係

前述のとおり、受益者が受益し、損失者が損失を被っただけで、直ちに両者の財産的利益を調整すべきであるとされないのは当然であり、不当利得が成立するためには両者の間に因果関係があることが必要である。しかしながら、自然界の関係性は考えようによっては無限に連鎖しているから、受益者と損失者との公平を実質的に図るためには、「因果関係」の概念をある程度の制限的に解釈する必要があるが、この制限における基準の採り方が問題となる。

かつての通説的見解では、不当利得が成立するためには、利得と損失との間に「直接の因果関係」があることが必要であるとされていた。ここでいう「因果関係の直接性」とは、損失者の失った権利ないし利益それ自体が直接受益者に移転することではなく、受益又は損失に

相応する抽象的利益の増減が直接他方に帰属すれば足りるとされている。例えば、修理業者が賃借人が使用している物を修理したことにより対象物の経済的価値が上がり、賃借人から当該対象物を回収した所有者がかかる経済的価値を享受した場合には、因果関係の直接性が肯定されることになる(最判昭和 45 年7月 16 日民集 24 卷7号 909 頁。講学上「転用物訴権」と呼ばれている問題である)。

もともと、最近の判例では、建物の内装工事業者が賃借人から依頼を受けて工事を行った後、賃借人が無資力となった事例において、かかる場合に建物所有者に不当利得があったと言えるためには、建物所有者が対価関係なしに利益を受けたことが必要である、として因果関係を否定している(最判平成7年9月 19 日民集 49 卷8号 2805 頁)。この事例については、内装工事による利益を果たして建物所有者が受けているか否か自体について議論の余地があるほか、対価関係を経て建物所有者が利益を取得した場合には受益に係る「法律上の原因」の有無の点で保護することも考えられるところであり、因果関係の議論を持ち出すまでもなかったという見方も不可能ではない。しかしながら、因果関係に関する議論が錯綜する一つの大きな要因であった転用物訴権に対して、実務上相当明確な判断基準を示したことは、事件の予測可能性の向上という観点からすれば、肯定的に評価すべきであるのかもしれない。

他方、因果関係の直接性を厳格に要求すると、受益者と損失者との間に第三者が介入したような場合に、やや問題が生じてくる。例えば、第三者が損失者の金銭を詐取した後、受益者に対する債務の支払に充当した場合、第三者が損失者から取得した金銭を受益者への弁済に必ず充てるとは限らない以上、因果関係の直接性を肯定することは一般的には困難である。このため、現在の判例では、因果関係の直接性を厳格に考えることなく、利得と損失との間に「社会通念上の連結関係」が存在する場合には、不当利得の成立に必要な因果関係があるとされ、上記のような詐取された金銭が債務の弁済に充てられた場合について、不当利得の成立が肯定されるに到っている(最判昭和 49 年9月 26 日民集 28 卷6号 1243 頁)。なお、これに関連して理論上困難な問題を生じさせるのは、金銭を不当利得した場合であり、当該金銭をそれ以外の財貨と同様に扱うべく「物権的価値返還請求権」を観念すべきか否かが問題となることがしばしばある。すなわち、金銭は価値を直接表章する財産である以上、占有の移転と共に所有権が移転するとされているから、盗難あるいは詐取された金銭の本来的な帰属が損失者にあることを論証することが、意外に困難なのである。

(4)法律上の原因の欠如

不当利得の要件のうち、理論上の中核をなしているのは、受益者の利得が法律上の原因なくして生じたものであること、すなわち、利得が「不当」なものであることである。もともと、利得が不当であるか否かの判断基準は状況ごとに区々であり、唯一の決定的な見解はないわけであるが、いくつかの典型的な局面を取り出してみると、例えば次のような基準を考えること

が可能である。

第一に、財貨の移転の基礎となるべき法律関係が消滅したり、当該法律関係と異なる財貨移転が生じたような場合には、財貨移転の正当性の重要な根拠が不存在である以上、不当利得の成立が肯定されることとなる。

第二に、財貨それ自体が直接移転しない場合であっても、予め定められた財貨の帰属主体とは異なる帰属主体に対して当該財貨に係る利益が配分されることは、利益の帰属に関して財貨が実質的に移転することにほかならないから、これを正当化する理由がない限り、不当利得が成立する。

第三に、上記のことは、利益だけでなく負担についても同様に妥当するものであり、他人の負担によって本来自己の負うべき負担を免れることが、不当利得を成立させるべき「法律上の原因がないこと」に該当することとなる。

第2款 不当利得の効果の概観

不当利得の基本的な効果は、受益者が損失者に対してかかる不当利得を法律上返還すべき義務を負うことである。返還の対象となるべき「利益」とは、受益者が当初取得したものを原則とし、受益者の主観的容態その他の事情によって、その範囲が拡張したり縮減したりすることとなる。

(1)不当利得返還請求権の性質

不当利得返還請求権は、当事者の意思とは無関係に成立する法定債権であるが、だからといって、全ての事例で画一的に内容が定まるわけではなく、又、そうすべきでもない。当事者の合意に基づかない事件の発生は、ある意味で当事者の予測を超えており、状況ごとの個別的な対応を行うことが、妥当な解決を導くからである。又、法定債権の内容について明確な予測が立てられるということは、それを折り込んだうえでの違法不当な行動を誘発する結果となりかねないから、その意味でも不当利得法の規定は抽象度が高いほうが望ましいこととなる。

もともと、このような考え方の前提にあるのは、裁判所に対する絶対的な信頼であり、それに対しては当然異論がありうることに注意しなければならない。

(2)不当利得返還義務の客体

不当利得として受益者が利益を返還する場合には、原則として取得した利益の原物を返還すべきであり、原物が代位物に変容していればその代位物を返還し、代位物についても返還

不能である場合にはじめて価格償還が認められることとなる。これは、原物それ自体の保持が法律上の原因を欠くものであり、かかる自体を根底から除去することが事態の解決の目的となるから、と説明されている。

もともと、この原則に忠実に従うと、当該目的物の本質が何であるかによっては、損失者の利益に必ずしも合致しない場合も生じかねないが、当該対象物が不当利得がなければ当初から損失者に帰属していた筈であることを前提とする限り、価値の変動に関するリスクを損失者が負うことは必ずしも不当とまでは言えないかもしれない。しかしながら、物の処分時期に関して損失者が自由な判断をできなかったことに基づいて生じた負担や損失をどちらに負わせるかについては、議論の余地が大きいように思われる。

なお、不当利得返還義務履行の方法については、財産権の種類と受益の態様によって異なるものであるため、給付不当利得について後日議論する際に扱う。

(3) 不当利得返還義務の範囲

不当利得に基づく返還義務の範囲について、民法は返還義務者である受益者が善意である場合と悪意である場合とを分け、善意の受益者については現存利益の返還のみで足りるものとし、悪意の受益者については受けた利益全額となお損害賠償を原則として要求している(第703条及び第704条)。

民法が善意の受益者と悪意の受益者とで返還義務に差異を設けている趣旨は、原物返還原則に対して善意者保護のための例外を認めたものと説明されている。このように、第703条にいう現存利益の返還を善意者保護のための例外として位置づけることは、返還すべき利益の範囲に関して、善意であることに起因する要素のみが返還義務縮減の対象となる、との解釈を生じさせることとなる。しかしながら、受益者が受けた利益を必要費に支出した場合については、現存利益がなお存するものとするのが一般的な見解であり、善意者保護の理念とこの結論とがどのような関係にあるかについて、慎重に検討する必要がある。又、準事務管理に関して述べたことと同様、原物から生じた利益の帰属について、かかる利益が生ずるにつき利益取得者の個性や能力が影響を及ぼしていた場合には、それをどう評価するかも問題となりうる。

一方、悪意の受益者は、受けた利益の全額のほか、なお損害が生じている場合には賠償責任を負わされる(第704条)。悪意の受益者に対してはその利益を保護する必要性がなく、悪意の受益者による不当利得は限りなく不法行為に類似するというのが、かかる責任を認める根拠であるとされている。

第2節 給付不当利得の要件効果

第1款 給付不当利得の概要

「給付不当利得」とは、ある法律関係に基づいて財産的利益の移動が行われたにもかかわらず、当該移動が基になった法律関係との対応を欠く状態をいう。

この定義からすると、給付不当利得は、①基礎となるべき法律関係がまず存在し、②給付としての財産的利益の移動が行われ、かつ、③両者の対応関係が欠けている場合に成立することになるが、主要な問題点は以下のとおりである。

まず、基礎となるべき法律関係の例としては、債権関係(契約関係が典型)、物権関係(担保物権や用益物権の設定など)、親族関係(婚姻関係や親子関係の有無)、相続関係(相続人間の遺産分割協議など)、社員関係(株式の利益配当など)など、様々な種類がある。又、これらの法律関係が判決等によって公権的に確定されているか否かによって、解釈が影響を受ける場合がある。

次に、給付としての財産的利益の移動については、民事執行等の公権力による移動と一般的な給付との関係をどのように捉えるかが問題となる。

さらに、基礎となるべき法律関係と財産的利益の移動との対応関係を欠く場合には、基礎的な法律関係の側の原因による場合(契約の無効など)、財産的利益の移動の側の原因による場合(債務の本旨でない物の給付など)、財産的利益の移動の後に新たに生じた原因による場合(契約の取消など)、財産的利益の移動時において期待した対応関係が成立しなかった場合(内金を支払ったが売買が成立しなかった場合など)など、様々な状況が考えられる。

但し、この定義を広く捉えすぎると、例えば、詐欺によって財産的利益を移動させたというような典型的な侵害不当利得(利得者の損失者に対する利益侵害に基づいて財産的利益の実質的移動が行われた状態をいい、財貨の帰属における不整合が不当利得成立の基本的根拠となる)の局面や、あるいは、不法な原因により財産的利益が移動したといういわゆる不法原因給付の局面(この場合には第708条本文不当利得返還義務が排除される)も入り込んでくるので、その限界付けは必ずしも画一的なものではない。

給付不当利得の解釈において特徴的である点は、基礎となるべき法律関係の性質が反映する場合があることである。例えば、事実上の契約関係や事実上の社員関係を基礎とした給付が行われ、かかる不当利得の返還義務の内容を決定しようとする場合には、当該契約関係ないし社員関係に関して原状回復を図る場合と基本的に同様の解釈を行うことが、当事者間の公平に適すると考えられている。

第2款 給付不当利得の要件

前述のことから明らかなおとおり、給付不当利得の要件は、給付が行われ、それが基礎となつ

た法律関係との対応を欠くこと、である。すなわち、不当利得の一般的要件としての受益と損失については、要するに給付がなされたことを以て足り、因果関係については、給付と基礎となるべき法律関係と関係づけられていることにより充たされる。又、法律上の原因の欠如とは、要するに給付と基礎となるべき法律関係との間の対応関係を欠くことである。以下では、各要件についてやや詳細に見ていくこととする。

(1)給付

「給付」があるというためには、財産的利益の支出、すなわち「出捐」があることが必要であるが、単に出捐があるだけでなく、それが基礎となるべき法律関係と一定の関係を有していることも必要となる。

ここでいう「出捐」は、人の意思に基づく行為であって、他人の財産的利益を増加させ、又は何らかの財貨を他人に取得させる行為であるとされている。具体的な出捐行為としては、金銭その他の財産に関する所有権その他の権利移転又は権利設定が典型であるが、占有、登記の移転、債務の免除、他人の支配圏内への労働力の投下、経済的意味を伴う不作為（一定地域で営業をしないことなど）等についても、広い意味での出捐に含まれる。なお、給付とその受領とは、典型的には二当事者間で行われるものであるが、代理人や補助者の使用など、三者以上の関係において出捐とその受領とがなされる場合も少なからずある。

又、出捐と基礎となるべき法律関係との関係については、出捐者の設定した給付の「目的」を媒介とするとの考え方が支配的である。すなわち、給付と基礎となるべき法律関係との関係づけは、出捐者が意図した目的に求められ、不当利得の要件としての「法律上の原因の欠如」については、法律上の原因が目的の達成、その欠如が目的の不達成、と位置づけられる。そして、この考え方の下では、出捐目的は、①法律関係上の義務の履行（一般的な義務履行のほか自然債務が含まれる）、②出捐に基づく法律関係の形成（要物契約における出捐が典型）、③将来における結果発生に対する期待（その多くは給付に対する反対給付としての相手方の行動）、とに概ね分類されることとなる。

このような考え方に対しては、民法の体系的な一貫性に反する、との批判が加えられている。すなわち、上記の考え方は、出捐者の主観的な目的設定を出捐と基礎となるべき法律関係との媒介とするものであるところ、債務の履行に関して給付が当該債務に関して成されたか否かの解釈においては、給付の当事者の意思のみならず、給付がなされた当時における客観的事情をも考慮して判断すべきであるとされている。従って、不当利得における出捐と基礎となるべき法律関係との関係づけについても、当事者の主観のみならず客観的な事情をも考慮して判断すべきだ、というわけである。この考え方からすると、出捐が給付不当利得にいう「給付」に当たるためには、基礎となるべき法律関係の履行と客観的な関連を持っていれば足り、「法律上の原因」とは、給付されたものの保持を正当化するような客観的な法律関係を意味していることとなる。

(2)法律上の原因の欠如

前述のとおり、給付が基礎となるべき法律関係と対応関係を保っている場合は、受領者は給付を受領する法律上の原因を有することとなり、その対応関係を欠く場合には、原則として給付不当利得が成立することとなる。

かかる対応関係を欠く具体的な場合とは、①当初から基礎となるべき法律関係に瑕疵がある場合(非債弁済)、②給付の当時存在していた基礎となるべき法律関係が後に消滅した場合(いわゆる「目的の消滅」による場合であり、契約が後に取り消されたが典型である)、③予め対応を欠くことを知って給付を行い(この場合は第705条により直ちには返還を求められない)、後に対応関係を欠くことが確定した場合(いわゆる「目的の不発生」であり、期待していた相手方からの反対給付がなされなかったような場合がこれに当たる)が挙げられる。

第3款 給付不当利得の効果

給付不当利得が存在することは、要するに基礎となるべき法律関係との対応を欠く給付が存在し、特に出捐者に関する法律関係が、法律又は法律行為によらないで形成されていることを意味している。このような状態は、自己の法律関係の形成は自己の意思又は法律によつてのみ可能であるとする私的自治の原則に反するものであるから、かかる給付の復元を図ることが必要となる。これが、給付不当利得の返還義務が認められることの理論的根拠である。

(1)給付の当事者

給付不当利得が存在する場合には、かかる利得の受領者はこれを給付者に返還すべきである。しかしながら、現実の局面では、果たして「給付者」とは誰か、がまず検討の対象となりうる。特に、基礎となるべき法律関係の当事者と現実に出捐をなした関係における当事者とが一致していない場合に問題が生ずるが、財貨の移転を原状に回復するという観点からすれば、原則として原因関係としての法律関係の当事者ではなく、現実に出捐をした当事者に対して利得を返還すべきであるとされている。

但し、上記の原則は、次のような場合には修正されることとなる。第一に、契約関係の相手方に関する信用性その他のリスクについては、契約の相手方を自由に選択できることが契約関係の前提である以上、原則として当該契約の相手方が負うべきであるから、給付された財産的利益を返還すべきか否かの解釈に関して、上記の原則が修正される可能性がある。第二に、物権法上の権利関係は、債権法上の権利関係に対して優先することが民法上の大原則であるから、債権法上の権利関係において不当利得が生じた場合の解釈についても、物

権法上の権利関係の存在が影響を及ぼす場合がある。第三に、給付された利得を現に保持している者が給付を直接受けた者以外の第三者であった場合に、現に利得を保持している当該第三者に対して直接返還請求ができるか否かにつき、背信的悪意の第三者や給付を直接受領した者と一体的である者に対しては、信義則上直接請求が認められている。もっとも、この直接請求が認められるべき第三者の範囲は微妙であり、例えば単純悪意の第三者や無償で当該利得を譲り受けた第三者に対する直接請求が可能であるかは、学説により差異がある。

(2)返還義務の履行方法

理論上、給付不当利得における返還義務の中心となるのは、給付されたもの又はその価格であるから、特に原物返還の場合は種々の財産権となり、履行方法は区々である。加えて、受益者による受益の態様や、原因関係を不当利得返還請求の解釈にどの程度反映させるべきであるかによって、履行方法はさらに細分化する。例えば、受けた利益の種類によっては、占有移転、登記の設定、移転及び抹消、証書の復元、債務引受、免責の付与等、当該財産権の返還以外の行為が必要となることがある。

なお、双務契約が無効となり、契約上履行されていた債務に関して双方に返還義務が生じた場合の関係については、かつては両請求権を独立のものとする考え方が有力であったが、互いに牽連性を有するとの考え方が現在では有力になっており、双方の返還債務が同時履行関係ないしはそれと同趣旨の関係に立つものと考えられる傾向が強い。但し、この考え方を機械的に適用すると、例えば強迫により契約が取り消された場合等において、強迫を受けた当事者と強迫を行った当事者との利益を同等であると考えることになりかねないから、当事者間の利益衡量による修正が必要であるとされている。

(3)返還義務の範囲

給付不当利得においても、返還義務の範囲は受益者が善意か悪意かで区別されるが、ここでいう善意悪意は、原因関係の瑕疵等に関する知不知である。

給付不当利得の返還請求権に関して特に問題となるのは、物権的返還請求権との関係である。この点について、かつては、対象物に関する所有権の移転があった場合については不当利得返還請求権が行使され、所有権が移転していない場合には物権的請求権が行使される、としていたのに対し、現在では、原物返還の場合には所有権移転の有無に関わらず物権的返還請求権を行使すべきである、とされている。これは、原因関係の有効性と所有権移転の効果とを独立に捉える考え方(いわゆる「無因的構成」)の下でならともかく、原因関係の瑕疵によって所有権移転の効果が生じないとする考え方(いわゆる「有因的構成」)の下では、返還義務が生ずる状況下では相手方に所有権が移転していないと考えられるから、所有者

は所有物返還請求権を行使できる、との理由に基づいている。

この点について、状況ごとに類型的に考えていく発想の下では、一方的な債権関係の場合と双務契約の場合とがまず区別され(後者については、双方の返還義務相互のいわゆる同時履行関係を考慮する必要があり、全ての利益を直ちに返還すべきこととなるとは限らない)、双務契約についてさらに、売買等の交換型契約と賃貸借等の利用型契約とが区別される(受けた利益が現存するか否かが大きく異なるため、返還義務の内容に相当の差異が出るほか、両当事者間の実質的衡平の図り方が異なってくる)。なお、不当利得返還請求権と物権的返還請求権とが請求権競合に立つとの考え方もあり、請求権競合に対する考え方の差異によって、さらに見解は分かれる。

第3節 給付不当利得の類型

前節で説明したとおり、一般的概念としての給付不当利得は、出捐者からの給付と基礎となるべき法律関係との間の対応関係を欠くに到った場合に成立する。

給付不当利得の典型は、給付の基礎となるべき法律関係における債務が存在しない場合、すなわち「非債弁済」であるが、これをさらに細分すると、給付の当時からそもそも債務が存在しなかったという場合(いわゆる「狭義の非債弁済」)のほか、給付の当時は債務が存在していたが後に債務が消滅するに到った場合(いわゆる「目的の消滅による非債弁済」)や、基礎となるべき法律関係の形成を期待して給付を行ったが結果としてかかる法律関係が形成されなかった場合(いわゆる「目的の不発生による非債弁済」)とに分類することができる。なお、期限前に弁済がなされる場合も、弁済をする法律上の義務が少なくとも給付の時点では存在しないから、広い意味での非債弁済に含めて議論されることが多い。

又、以上とやや次元の異なる局面として、一定の状況の下で不当利得返還請求が否定される場合があり、これを「不法原因給付」というが、条文上の要件と判例により形成された紛争解決基準との間にある程度の乖離が生じているため、その要件効果を個別に検討する必要がある。

第4節 非債弁済

非債弁済の一般的な状況では、弁済者は債務が存在しないにもかかわらず弁済として給付を行うわけであるから、給付不当利得の一般的な概念に該当し、不当利得返還請求が原則として認められることになる筈である。しかしながら民法は、①弁済者が債務の不存在を知って弁済した場合(第705条)、②債権者が再度債権回収をすることが困難となるような特別の事情が生じた場合(第707条)、及び、③不法原因給付に該当する場合(第708条)につい

ては、不当利得返還請求を否定している。このうち、不法原因給付については後に説明することとし、ここでは前二者について検討する。

(1)狭義の非債弁済

非債弁済により不当利得返還請求権が発生するためには、第 705 条及び第 707 条がそれぞれ不当利得返還請求を否定する場合を規定している関係で、これらの条文に該当しないことも要件として必要となる。すなわち、非債弁済による不当利得返還請求が認められるためには、「債務の不存在」、「給付の存在」のほか、「給付者が債務の不存在を知らなかったこと」及び、「債権者による再度の債権回収が困難となるような特別の事情が存在しないこと」が必要である。

債務が不存在である場合とは、債務を発生させるべき原因行為の不成立、無効、効果不帰属（無権代理など）によって当初から債務が存在しない場合、債務が弁済等により消滅した後に再度弁済する場合が典型であり、停止条件付債務や始期付債務が条件成否未定の間ないし期限到来前に弁済された場合等も含まれる。但し、違法な原因により債務が無効とされる場合については、不法原因給付に該当するため、別の規律が妥当することになる。なお、抗弁権付債務の弁済については、当該抗弁権の解釈により、単に弁済期を延期しているだけであるか、債務の弁済を実質上認めない趣旨であるかによって不当利得の成否を分けるべきである。又、給付関係の当事者と債権関係の当事者とが異なる場合については、第三者弁済（給付者が債務者でない場合。第 474 条）ないし準占有者に対する弁済（受領者が債権者でない場合。第 478 条、第 480 条）に該当する場合はいずれも有効な弁済となり、これらに該当しない場合にはじめて非債弁済となる。

非債弁済の成立要件としての「給付」については給付不当利得の一般論で述べたことがそのまま妥当する。

又、第 705 条の解釈により、弁済当時債務が不存在であることを給付者が知らなかったことも、自己の行為に矛盾した態度をとることは許されない、との信義則に基づくものとして、不当利得の成立要件に組み込まれている。ここでいう債務が不存在であることを知っていた場合とは、同条の趣旨から考えて積極的に知っていたことを原則とし、過失や錯誤によって知らなかった場合は適用を慎重にすべきである。従って、自由意思を実質的に失っていた状況下での給付や、留保を付してした給付については、同条の適用はないと考えられる。又、両当事者が共に債務の不存在を知っていた場合には、衡平の観点から同条の適用を排除すべきか否かも問題となる。なお、同条の規定は債務の不存在以外の要件については全て有効であることを前提としており、弁済能力その他において無効原因があった場合には適用されないとされている。

さらに、目的消滅による不当利得が問題となる局面については、給付の当時は給付と基礎となるべき法律関係の対応関係があった以上、同条の適用はないとすべきである。これに対

して、目的の不発生による不当利得が問題とされる状況では、当初の給付の段階で同条の適用があることは明らかであるが、後に期待した効果が生じないことが確定した場合における同条の類推適用の可否が問題となる。なお、不法原因給付に該当する場合については、後に説明する。

以上のほか、第 707 条では、他人の債務を弁済した場合において、債権者が善意で証書を毀滅し、担保を放棄し、又は時効により債権を失った等の事情があるときは、非債弁済に基づく不当利得返還請求を認めない旨を規定している。これは、債権者が有効な弁済を受けたことを信頼して行った行為を保護するためのものであり、他人の債務が有効に存在していることが前提となる。従って、給付者が不存在である債務を存在していると信じて弁済した場合には、同条の適用はないとされている。同条の適用が認められると、給付者のした弁済は有効な第三者弁済となって、受領者は給付を有効に保持することが可能となる。そして、その反射的效果として、給付者から真の債務者に対する求償権ないし不当利得返還請求権が別に発生することになる。

(2) 期限前弁済

債務の期限前弁済については、弁済の時点で弁済をなすべき法律上の義務がない以上、債務が存在しないのに弁済がなされた場合と同視できる部分がある。しかしながら、かかる債務はいずれ弁済期が到来すれば弁済をする必要が生ずるわけであるから、民法は、原則として不当利得の成立を認めないこととし、ただ債務者が錯誤によって期限前弁済をした場合に限り、期限前弁済によって受けた利益のみ(従って給付それ自体の返還は認められていない)を債権者から債務者に返還させることとしている(第 706 条)。

第5節 不法原因給付

第1款 不法原因給付の意義

給付が法律上の原因を欠く場合であっても、違法ないし不法な原因による給付については、不当利得返還請求は認められないのが原則である(第 708 条本文)。これは、信義則の一種としての「クリーン・ハンズの原則」に由来するものであり、要するに、法を破った者に対して法による保護を与える必要がないとの発想に基づいている。従って、第 708 条は、自己に悪性なくして給付をした場合を除き(第 708 条但書)、給付したものの返還を認めないという制裁を課すことによって、公序良俗違反の法律行為が無効であること(第 90 条)の反対側の側面を規定し、間接的に法の遵守を要求するものである。

しかしながら、このように第 90 条と第 708 条とが不法原因給付に関して双方の側面から法的

保護を否定していることは、時として「取った者勝ち」ないし「渡さない者勝ち」という感覚を生じさせ、非合法的な債権回収をかえって助長する結果、信義則に基づく円滑な法律関係を阻害する要因となりかねない。実際、判例による第 708 条の解釈においては、同条但書の文言を相当緩やかに解したうえで、実質的には両当事者の保護の必要性を比較衡量することにより、法的保護の与え方のバランスを図ろうとしていることが窺える。

第2款 不法原因給付の要件

不法原因給付にいう「不法」とは、道徳的悪性を問われる行為としての広義の違法行為を指すものであり、第 90 条にいう「公序良俗違反」とほぼ同視して差し支えない(最判昭和 27 年3月 18 日民集6巻3号 325 頁、最判昭和 37 年3月8日民集 16 巻3号 500 頁ほか)。問題となるのは政策的禁止規定の解釈であるが、これはかかる取締規定がどの程度対象行為を抑止しようとしているのか、又、違反によって生ずる結果がどの程度重大であるのかを考慮して、個別に決定されるべきである。なお、最近では、政策的禁止規定であっても、禁止の趣旨を貫徹させるために行為が無効とされる範囲を拡大すべきであるとの見解が有力になっているようであるが、民事事件は当事者間の利害対立が基礎となるものである以上、無効となる範囲を拡大することが果たして取締規定の効果を貫徹させるものとなるかについては、疑問の余地が大きいといわなければならない。

不法の原因のため給付をする、という第 708 条本文の要件に関しては、不法の原因がいずれの側にあったか、又、双方に悪性がある場合はどちら側の悪性がより大きいか、が解釈において極めて重要になってくる。

第 708 条の本文と但書との関係を文言どおりに考えれば、本文に該当する給付があった場合にはそれを返還する必要はなく、ただ受益者側にのみ不法の原因があるときは但書に従って不当利得返還請求が認められることになる筈である。しかしながら、前述のとおり、不法原因給付の規定を厳格に適用して返還請求を否定することは、場合によっては非合法的な債権回収を助長することとなりかねず、又、現実の法律関係における両当事者の実質的衡平に反するものとなりかねない。このため、現在の判例では、給付者と受領者との悪性を比較衡量し、給付者の悪性よりも受領者の悪性の方が高いとされる場合については、第 708 条但書を拡大解釈することによって、不当利得返還請求を認めるに到っている(最判昭和 29 年8月 31 日民集8巻8号 1557 頁)。

第3款 不法原因給付の効果

不法原因給付として第 708 条本文が適用されるに到った場合には、給付者はかかる給付を

不当利得として返還請求することができなくなる。問題となるのは、給付の対象となる利益が部分的又は不完全に帰属している場合(例えば所有権の移転につき登記のみが先に移転したような場合)であるが、主要な利益が帰属した後であるか否かによって判断すべきであろう。なお、不法原因給付が成立した場合には、給付者が同一の原因により受領者に対して不法行為に基づく損害賠償請求をすることも許されないとされている。但し、事後に両者で合意のうえ給付を返還することは差し支えない(最判昭和28年1月22日民集7巻1号156頁)。

他方、第708条但書(判例による拡大解釈を含む)に該当した場合には、給付者からの不当利得返還請求が認められる。この場合、返還義務の対象は、受益者の悪性が考慮されたものである以上、悪意の受益者としての返還義務が適用されると考えるべきである。

第6節 侵害不当利得の要件効果

「侵害不当利得」とは、財貨の帰属に関する妥当性に反して、財貨の移転が本来の帰属者から受益者へと移転することによって生ずる不当利得である。

もともと、本来の帰属者が所有権その他の物権を有している場合には、かかる財貨の移転に対する修正は、第三者に対して主張可能な物権的返還請求権の行使によって行われる。従って、侵害不当利得は、物権的返還請求権の補充としての機能を担うものであり、その要件効果において、物権的返還請求権類似の性格を持つと言われている。

第1款 侵害不当利得の要件

侵害不当利得も不当利得の一種である以上、不当利得の要件に関する一般論が基本的には妥当するため、ここでは侵害不当利得における要件の特徴についてのみ述べる。第一に、受益と損失との因果関係について、損失者に所有権その他の権利がある場合には、間接的な立場にある者との間でも、物権的返還請求権が行使可能である範囲で、受益と損失との因果関係を肯定すべきであるとされる。第二に、受益の原因については、受益者自身の行為に基づく場合であると、それ以外の場合(第三者の行為による場合、事件による場合等)であると問わない。

第2款 侵害不当利得の効果

侵害不当利得が成立すると、財貨の帰属の修正をする必要が生ずるが、ここで特徴的なのは次の点である。第一に、不当利得の返還対象は原則として原物返還であるが、侵害不当

利得の場合には、原物返還が可能であれば物権的返還請求権の行使により実現が可能であるため、不当利得返還請求権が行使される状況においては、事実上原物の返還が困難となり、価格償還(ないし代位物返還)のみが可能であるような場合が多い。第二に、不当利得返還の範囲についても、価格償還が実質上中心となる以上、価値として生じた不当利得返還請求の範囲は原物の場合と異なり毀滅ないし消滅することがないから、善意不当利得者の返還義務の範囲としての「現存利益の返還」という概念は、実質上「受けた利益の返還」と同義となり、悪意の不当利得者の返還義務の範囲との間に実質上の差異を生じさせない場合が多い(派生した損害賠償等については別論である)。

第3款 侵害不当利得の類型

前記のとおり、侵害不当利得は、その原因となる行為の種類を問わず成立するものであるが、かかる原因行為によって細分類することは可能である。

第一に、受益者の行為に基づいて侵害不当利得が発生する場合があり、これが侵害不当利得の典型的状況である。例えば、他人の権利ないし財産を無断で使用収益処分してかかる利益を自己に帰属させたり、法律上の正当性をなくして他人の財産に強制執行をしたりした場合がこれに該当する。

この場合、受益者による不法行為責任が同時に発生し、請求権が競合する場合が少なくないが、不当利得の発生については必ずしも受益者の故意過失を必要とするわけではないから、不法行為責任の成立要件とは厳密には区別されることとなる。又、侵害不当利得の成立要件は、要するに財貨の帰属に関する妥当性が失われることであるから、物権の侵害のほか、財産的価値を有する人格権(肖像権など)侵害や債権侵害の場合についても成立する。もっとも、単なる占有のみで侵害不当利得が成立するか否かについては、やや消極的な見解が有力である。すなわち、給付不当利得の場合には、財貨の移転が生じた場合にこれを元に戻すことを目的とするものであるため、占有についても不当利得が成立することが原則となるが、これに対して侵害不当利得の場合には、財貨の帰属が侵害されることによって不当利得が生ずるわけであるから、受益者が占有をしているのみである場合には、侵害不当利得が成立しないと考えられる場合が生じうるのである。

第二に、第三者の行為ないし法律の規定によって財貨が損失者から受益者へと移転する場合がある。第三者が損失者から騙取した金銭で受益者に対する債務を弁済したという場合が前者の典型であり、債権関係において財貨の移転と債権関係の当事者との間にずれが生じ、かつかかる財貨の移転が第三者弁済ないし準占有者の弁済に該当して有効となった場合などが後者の典型例である。

既に説明したとおり、騙取金銭により弁済がなされた場合の損失者と債権者との関係については、当該財貨の移転に関して「社会的な連結関係」があり、受領者が悪意又は重過失が

ある場合には法律上の原因がないとされている(最判昭和49年9月26日民集28巻6号1243頁)。又、準占有者の弁済や第三者弁済が有効となるのは、基本的には弁済者を保護するための規定であるから、かかる財貨の移転が法律上有効であるとされることと、それによって生じた財貨の移転を修正する必要があるか否かは別次元の問題であるため、侵害不当利得の成立が別に認められることとなるわけである。

但し、以上のとおり法律の規定に基づく財貨移転に関わらず不当利得が認められるのは、かかる法律の規定が財貨の移転自体を正当として確定するのでないためである。従って、権利の時効取得及び時効消滅ないしは除斥期間経過による消滅、あるいは善意取得のような場合には、法律の規定によって財貨の移転が正当化されて確定するから、不当利得が成立しないことに注意すべきである。

第7節 三者間の不当利得

第1款 三者間の不当利得の特徴

二当事者間において不当利得が生ずる場合には、損失者と受益者との関係が多くの場合疑いなく確定されることとなるが、三者間の不当利得の場合、特に一部において給付がなされた場合においては、誰と誰との間で不当利得が生じ、誰が誰に対してかかる利得を「返還」しなければならないかが問題となる。すなわち、このような三者間の不当利得について解釈する場合には、契約関係その他の債権法的な基準ないし標準を基に財貨移転の正当性を判断すればよいのか(いわゆる給付不当利得的な発想。基礎となるべき法律関係との対応関係が保たれている限り原則として不当利得が生じないと考えられる)、物権的な財貨帰属の妥当性を債権法的関係に優先して判断すべきこととなるのか(いわゆる侵害不当利得的な発想。この場合には契約関係との対応関係を無視してでも財貨の帰属を修正する必要がある場合がある)が、必ずしも明らかにならないからである。

第2款 三者間の不当利得の類型

三者間ないしそれ以上の当事者間における不当利得における類型は、当事者の数の増大に応じて飛躍的に関係が複雑となるため、類型ごとに逐一説明を加えることは困難であるが、以下では代表的ないし典型的な局面をいくつか取りあげ、各々の類型に特徴的な点をごく簡単に述べることとする。

第一に、三当事者間の関係が、一当事者を媒介ないし仲介としていわば直線的に連結している場合があり、前述した騙取金銭による債権者への弁済が典型的に該当する。この場合

には、三当事者間の関係は各々の二当事者間の関係に分解して理解することが可能であり、それぞれについて給付関係や財貨帰属の妥当性を考えていくことが原則となる。多くの場合、当初の二当事者間において財貨移転が無効となれば、かかる効果(受領者側に権利が正当に帰属しない)は他の局面についても影響を及ぼすこととなるから、三者間において不当利得関係が二重に生じ、当初の損失者から最終的な受益者に対する不当利得返還請求権の行使が可能となる。但し、金銭の移転については、占有と共に所有権が移転することが理論上の原則であるが、前述した最判昭和 49 年のように、不当利得の成立は実質的に広く認められている。もっとも、このように不当利得の成立を実質的に広く認めていく場合には、誰が誰に対してどの範囲で不当利得返還請求権を行使することができるかが、実務上複雑な問題となることがある。特に、最終受益者からの原物返還が一応可能である場合に、仲介ないし媒介的地位にある当事者から一部の価格償還を受けることができるかは、解釈が分かれるところである。

第二に、三当事者間のうち各二当事者間に固有の法律関係が存在し、全体がいわゆる三角関係となっている場合があり、前述した第三者弁済や準占有者に対する弁済の事後処理が典型的な局面であるが、本来の権利者等からの委託があったか否か、給付が何を原因として行われたか、又かかる原因関係の有効性と財貨移転の有効性とを連動させるべきか否か、等をめぐって、複雑怪奇な類型論が展開されている。なお、このような三者間相互の関係を表す用語として、本来財貨が移転すべきである筈の二当事者間に「対価関係」があり、現実の給付をなした者と本来給付をなすべきであった筈の者との間に「補償関係」が生ずる、と言われることがしばしばある。

かかる三当事者間における不当利得について考える場合には、原則としては、第 474 条あるいは第 478 条の解釈に基づき、給付者による受益者への財貨移転が第三者弁済あるいは準占有者に対する弁済として有効に成立するか否かを考えた後、かかる給付が有効となることが確定した場合には、補償関係にある当事者間で財貨移転の調整を図れば足りることとなる。ここで問題となるのは、対価関係に瑕疵があった場合の解釈である。すなわち、このような場合に、そもそも給付の前提となるべき対価関係が存在しない以上、給付者が受領者に対して不当利得返還請求をすべきであると考えなのか、それとも、対価関係の瑕疵は給付者の関知しない他の二当事者間の関係において生ずることであるから、給付者以外の二当事者間で不当利得による調整を図るべきであるのかが問題となるわけである。又、かかる三者間での財貨帰属の調整を図ろうとする場合にもう一つ問題となるのは、いわゆる「契約関係の自律性」をどの程度尊重するか、という点である。すなわち、誰との間で契約関係を形成するかは各人の自由に委ねられている以上、契約の相手方に関するリスクは基本的にその相手方当事者が負うべきであり、みだりに第三者をも巻き込んで財貨移転の修正を行うべきでない、という考え方が生じうるわけである。この問題は要するに、前述した給付不当利得的発想を基にするか侵害不当利得型の発想を基にするかによって、解決指針が根本的に異なるものであり、不当利得法全体を通ずる考え方の違いが反映する局面である。

第3章 不法行為

第1節 不法行為の基本的觀念

第1款 不法行為制度の意義

近代法における私的自治の原則の理論的帰結の一つは、自己の行為に基づく損害を自ら負担すべきことである。他方、このことの反射的帰結として、他人の行為や所有物によって損害を受けた場合には、当該他人に対してその損害を転嫁すべきである、との考え方が生じてくる。不法行為制度は、一定の帰責根拠がある場合に、他人に対して生じた損害を帰責根拠を有する者に対して転嫁することを認める制度である。そして、現行民法は、行為者の故意過失を一般的な帰責根拠とする過失責任主義を採用していることから、不法行為は、故意又は過失によって他人の権利を侵害した者に損害賠償責任を負わせる制度である、と定義ないし説明されることになる(第 709 条)。不法行為の法律要件としての性質は、人の行為であって適法でないもの、すなわち「違法行為」である。

不法行為の特徴を考えるために、以下ではいくつかの類似制度と不法行為とを比較検討してみることにする。

第一に、不法行為責任は民事責任の一種であるが、刑事責任との比較が問題となる。歴史的には、不法行為責任は、その要件についても効果についても刑事責任と未分化の状態にあったが、現在では、刑事責任が犯罪者の反社会的行為に対する制裁ないし規範的応報を主な目的とするのに対し、不法行為責任は被害者が現に受けた損害を填補することに主たる目的が置かれている、として、両制度の意義を異なるものと位置づけるのが一般的な考え方である。すなわち、刑事責任は、違法な行為をした者に対する道徳的非難を基盤として、結果の発生よりも行為者の主観的容態に着目することにより、行為者の社会に対する責任を追及すべく、行為者の情状をも加味しながら制裁を加えるものである。これに対して、不法行為責任は、加害者の違法な行為によって被害者が損害を受けたことを責任発生の要件としており、行為者の主観的容態をそれほど重視することなく、かつ、結果が発生して加害者の責任が認められる場合には、加害者に対する道徳的非難の程度に関わらず、ほぼ一律に責任が認められることとなる。又、刑事責任は、犯罪者の社会に対する責任を国家が強制力を以て追及し、犯罪者を処罰するものであるから、国家権力から個人を保護するために、罪刑法定主義の存在が不可欠となる。これに対して、不法行為責任は、社会の進展に伴って生じうる新たな被害の救済をも図ることが必要であるから、その構成要件は極めて抽象的一般的なものとならざるを得ない面がある。

第二に、本来の権利者の利益が害された状態を復元するための制度として、侵害不当利得に基づく不当利得返還義務と不法行為責任との関係が問題となる。侵害不当利得について解説する際に若干触れたとおり、侵害不当利得は法律要件としては「事件」であって、財貨

の帰属状態が社会的妥当性を有しない場合における財貨の帰属の客観的な修正が、当事者の主観を必ずしも厳密に問うことなく求められる制度であるのに対し、不法行為は、加害者の被害者に対する故意過失ある行為に着目し、その結果としての権利侵害や財貨の帰属の不当性を論ずる制度である点で、両者は大きく異なっている。又、物権的請求権に基づく財貨の帰属の修正や違法状態の除去と不法行為制度との関係についても、物権的請求権に基づく請求の正当性が権利の所在から客観的に導かれるものであるのに対し、不法行為は加害者の違法な行為に基づく損害の発生に焦点を当てている点で、理論的に同様の差異を見いだすことができる。

第三に、同じく当事者間に発生する債権として、契約上の債務不履行責任と不法行為責任との違いが問題となる。この両者は、同一の事実によって共に発生することが少なくなく、いわゆる「請求権競合」の代表的局面を担うものである。しかしながら、この両者の違いはある意味で明らかであり、契約上の債務不履行責任が契約当事者の私的自治に基づき原則として当事者間の合意に基づくリスク配分を実現させるものであるのに対し、不法行為責任は当事者間の合意が少なくとも契約としては存在しない場合における一般的正義の観点に基づくリスク配分を実現させるものである。従って、この両者の競合が実務上深刻な問題となるのは、当事者の合意によって定められた契約上のリスク配分に対して、不法行為責任に基づく客観的なリスク配分がどこまで介入できるか、という点である。

第2款 不法行為における帰責根拠

かつての不法行為責任においては、加害者の行為によって被害者に損害が発生したことを以て加害者の責任を認めるといって、「結果責任主義」ないし「原因責任主義」が採用されていた。しかしながら、この考え方の下では、不法行為責任の発生を懸念するあまり、自由な経済活動や産業活動が十分発展しない恐れがある。このため、現行民法第 709 条を含む近代法では、原則として加害者に故意又は過失がなければ不法行為責任の発生を認めないという「過失責任主義」を採用するに至っている。

過失責任主義の下では、加害者に故意又は過失がない限り、被害者は受けた損害を加害者に転嫁させることはできない。このように被害者の救済を一部放棄してでも加害者の活動の自由を確保することは、前述した産業社会の発展という理念のほか、社会内部における立場の互換性という点がある。すなわち、通常の世界生活の中では、誰もが等しく加害者にも被害者にもなりうるものである以上、自己が不法行為責任を問われることのないよう注意を払うことと、被害者となることのないよう社会生活上注意を払うことは、事実上表裏一体の関係にあると言えるから、過失責任主義によって一部の被害者に対する不法行為責任が果たされなくなったとしても、格別不公平には当たらない、と言えるわけである。

しかしながら、産業社会が著しい発展を遂げるようになると、過失責任主義を正当化する前

述のような理念ないし発想では対処できない事態が生ずるに到った。すなわち、一部の企業活動(例として原子力産業や化学工業など)や産業上の生産物(例として原子力発電所や自動車など)については、管理者や支配者が注意を払っても損害の発生を防止できないことがしばしばある。ところが、過失責任主義が伝統的に前提としてきた状況と異なり、ここでは被害者と加害者との立場の互換性は事実上期待することができないし、通常の場合は管理者や支配者がこれらによって利益を挙げているという現実がある。しかしながら、これらの企業活動や生産物の使用を全面的に禁止することが、産業社会全体の発展という要請に照らして適当でないことも明らかである。このような背景から、危険な活動や物を支配する者はそこから生じた損害について故意過失の有無を問わず責任を負うべきであるとする「危険責任」の理論や、ある活動や物によって利益を得ている者についてはかかる利益に関連する損害につき故意過失の有無を問わず責任を負うべきであるとする「報償責任」の理論が登場するに到った。この両者が、いわゆる「無過失責任」を支える代表的な理論構成である。もともと、現代における無過失責任は、あくまでも過失責任主義を理論上の大前提としたうえで、社会的に危険であると認知される特定の事象につき例外を認めるものであるから、冒頭に述べた結果責任主義と根本的に異なることに注意しなければならない。

第3款 不法行為制度の目的と機能

以下では、現行民法の不法行為制度を一応前提として、不法行為の目的ないし機能を概観する。

第一に、不法行為制度は、被害者に発生した損害の全部又は一部を加害者に転嫁するのであるから、被害者に生じた「損害の填補」のみならず、社会全体における公平な「損害の配分」をも目的とするものであるということが出来る。このことは、具体的には、不法行為責任の成否に係る認定や、被害者に生じた損害の算定に際して、加害者と被害者との利益の比較衡量を行うことが、理論上も実務上も不可欠となることを意味している。もともと、前述のとおり不法行為責任の根本は被害者に客観的に生じた損害を填補して被害者を救済することにあるから、具体的な当事者の個別の事情を比較衡量においてどこまで重視すべきであるかが、重要な問題となってくることは言うまでもない。

第二に、不法行為制度は、加害者に対して損害賠償責任を課し、それを国家権力によって強制的に実現させることを明示しているものであるから、将来における加害行為を抑制ないし予防することを目的とし、かつ、かかる機能を有しているということが出来る。この予防機能は、特に過失責任主義の下で顕著に認められるものであるが、無過失責任の下においても一定の機能を保っていると言われている(損害を発生させなければ責任も発生しないからである)。もともと、後述する保険制度や社会保障制度が拡大し、加害者自らが損害の賠償を直接行わなくなると、不法行為制度の予防機能は実質的にはマヒしてくる危険性があることは否定で

きない(広い意味での「モラル・ハザード」の問題である)。従って、次に掲げる制裁機能をどこまで不法行為制度として重視するかにより、この予防機能の意義は相当程度変化することが予想される。

第三に、繰り返しになるが不法行為責任を負った加害者は損害賠償義務を課せられるわけであるが、これが加害者に対する制裁として機能する側面があることが問題となる。刑事責任との比較検討に関して前述したとおり、不法行為責任は刑事責任と異なって被害者に生じた損害の填補を主たる目的とするものであり、加害者に対する制裁はその反射的效果にすぎない、とするのが現在のわが国での一般的な考え方であるが、比較法的に見れば、不法行為責任に制裁的機能を持たせている法域は少なくない。現実には生じた損害を超えて加害者に賠償責任を負わせる「懲罰的損害賠償(punitive damages)」や、被害者に損害が生じていない場合でも加害者の責任を認める「名目的損害賠償(nominal damages)」は、被害者の実質的心理的救済を目指すものであると同時に、加害者の行為の悪性に着目した制裁を目的とする制度でもあるといえる(但し、わが国の最高裁は、不法行為の目的が被害者に生じた損害の填補にあるとし、外国の裁判所において課された懲罰的損害賠償をわが国において執行することは公序違反として許されないと判示する。最判平成9年7月11日民集51巻6号2573頁)。

第四に、権利を侵害する行為に対して損害賠償が命じられるという点を強調すると、不法行為制度には権利を保護する機能があるとも考えることも可能である。このことを強調するのであれば、権利侵害に対する損害賠償額の算定については、個別の事情を基に算定するよりもむしろ客観的な権利の価値に基づいて算定する方が妥当である、との解釈が導かれる。このような解釈は、慰謝料等の無形損害を算定する場合において、慰謝料額の客観化を促進する働きを持っている。

第4款 不法行為制度の限界と保険制度

前述のとおり、不法行為制度は、被害者が受けた損害を填補し、関係当事者を中心とする社会全体に損害を公平に配分することを究極の目的とするものであるが、同時に次のような限界を持つものであることに注意しなければならない。

すなわち、現実の局面における不法行為責任の認定に際しては、理論的な責任の成否それ自体と共に、前提となる事実関係についても訴訟の内外で争われることが少なくない。このため、現実には被害を受けた被害者は、理論上は損害の発生と共に加害者に対して損害賠償請求権を取得している筈であるものの、実質的には迅速な救済を与えられないこととなり、結果として十分な損害填補を得ることができない事態が生ずる場合も珍しくない。訴訟が長期間に及んだ末、当事者間で和解が成立する際には、往々にしてこのようなことが生ずる。

このような事態に対処するために最も有用であると考えられるのが、広い意味での「保険制

度」である。やや細かく見ていくと、加害者の責任の発生を前提として賠償資力を担保する機能を持つ「責任保険」や、被害者の損害の発生を保険金支払の原因(講学上の用語で「保険事故」という)とする「災害保険」、社会全体に生じうる危険性を分散するため損害の均質な填補を行うことを目的とする「社会保障給付」などがあり、いずれも被害者が実効的かつ迅速な救済を受けることを主たる目的かつ機能としている。

もともと、このような保険制度は、加害者が自ら損害賠償を行わなくなることから、前述した不法行為責任の予防機能を実質的にマヒさせる危険性を併せ持っている。又、かかる保険制度が社会全体に適用対象を広げるためには、ある程度定型的な損害の発生が制度設計時に合理的に予測可能であることも、現時点では前提とせざるを得ない(そうでなければ保険料の算定が困難となって保険制度自体が破綻してしまう)。従って、保険制度をも視野に入れて不法行為責任を見直すことが果たしてどのような理論的意義を持つこととなるのかは、今後の不法行為法における最重要課題の一つとなることが予測されるものの、ほとんど検討がなされていないのが現状である。

第2節 不法行為の一般的要件

第1款 総論

民法第709条は、「故意又は過失によって他人の権利を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責めに任ずる」と規定し、不法行為の一般的な要件を規定している。すなわち、同条の定める不法行為の一般的要件とは、「故意・過失」「権利侵害」「損害発生」「因果関係」の4者である。ここでいう「権利侵害」の対象としては、第710条及び第711条の文言によれば、「身体、自由又は名誉」及び「生命」が含まれていることがわかる。他方、この4要件を外形的に充たしただけでは不法行為は成立せず、加害者の側に非難可能性がなければならぬとされている。このような非難可能性については、当該行為が一般人の行為として法秩序の命令禁止に反するものとして一般的な非難可能性(すなわち「違法性」と、行為者個人に対して当該具体的な状況において個別に加えられるべき非難可能性(すなわち「有責性」と)がある。条文上、違法性や有責性が規定されているものとしては、正当防衛等の違法性阻却事由を規定した第720条、及び、未成年者及び精神上の障害により事理弁識能力がない者についての責任阻却事由を規定した第712条及び第713条がある。

第2款 故意・過失・違法性

(1)不法行為における「行為」

不法行為責任で言うところの「故意又は過失」は、単なる心理的事実を指すわけではなく、「故意又は過失による行為」を意味している。不法行為制度が行為者に損害賠償責任を負わせるものである以上、不法行為における「行為」については、行為者に責任を負わせることが適当であるものでなければならない。

不法行為における行為も、法律行為と同様、意思によって支配することが可能な人の行動であることを要する。従って、意思による支配可能性がない状態において行われた行動は、行為としての適格がない。これに対して、意思による支配が可能である場合には、それが積極的態度である場合(すなわち「作為」)と消極的態度である場合(すなわち「不作为」)とを問わず、又、権利を侵害することを目指して行為がなされた場合(すなわち「故意」)であると、他の結果を目指しながら権利侵害の危険性のある行為がなされた場合(すなわち「過失」)であると問わない。

但し、以上のうち不作为については、単に行動をしないというだけでは権利侵害の可能性を考えることが困難であるため、結果の発生を防止すべき義務を負った場合に、初めて作為と同様の非難可能性が認められることとなる。かかる結果発生防止のための義務の根拠は、法令、契約、慣習、条理など多様である。

又、不法行為における「行為」は、原則として自己の行為であることが必要である。過失責任主義は、個々の人に対して、不法行為責任を負うことのないよう不利益の回避を行うことを要求するものであり、その帰結として、人は自己の行為でなければ原則として責任を負わないという「自己責任原則」が適用されることになる。但し、他人を手段として利用した場合(例として責任無能力者をして不法行為を行わせた場合など)は自己の行為の一環として取り扱って差し支えない。なお、民法の規定により他人の行為について責任が発生する場合がある(第714条及び第715条)が、これらについても理論上純粋な代位責任として規定されているわけではなく、他人に対する選任及び監督における注意が不足していたことを理由に責任が発生することからして、自己責任原則はこれらの場合においても機能していると考えられることができる。実際、これらの「他人の行為に対する責任」は、見方によっては不法行為における「自己」の概念の拡大と捉えられるから、自己責任原則との整合は十分維持されているということができる。

他方、法人(特に企業)について、その構成員の行為ないし責任を媒介とすることなく、当該法人ないし企業自体の「行為」に基づく直接の責任が認められるようになりつつある。すなわち、第44条や第715条の規定は、あくまで法人の構成員個人の行為及び責任を媒介とするものであるから、法人ないし企業が一定の目的を追求して行動し、その全体的な活動により結果として他人に損害を生じさせた場合(企業活動の結果として)には、当該法人ないし企業に対する責任追及手段としては必ずしも十分に機能しない。このため、法人の実体的契機に着目して個々の構成員の行為から独立した法人自体の行為を観念すること、及び、社会生活において生じうる一定以上の危険を孕むものについては無過失責任主義が採用され、又、

過失の認定についても社会生活上の一定の行動指針からの逸脱と捉えること(いわゆる「過失の客観化」)により、法人ないし企業独自の行為を觀念し、かつ、これらの直接責任を認めることが、現在において重要性を増している。なお、かかる法人ないし企業の直接責任を認める場合に、併せて個々の構成員の責任を問うるかについても、議論の分かれうるところであるが、前記のことからすれば法人ないし企業の直接責任と構成員個人の責任とは理論的な次元がやや異なる部分があることになるから、両者の責任を共に認めることは可能であるように思われる(但し、被害者の受けるべき給付の総額という観点からは両者に認定すべき責任の具体的範囲が問題となることが否定できない)。

(2)故意・過失

不法行為責任の構成要件としての「故意又は過失」は、多くの場合、他の構成要件である「権利侵害」に関するものである。もともと、人の特定の権利を一般的に保護することを目的とする法規(例として自動車の速度制限等)が一定の行為を禁止したり、一定の行為を命令したりしている場合は、故意又は過失はこれらの法規違反について認められることで足りるものといえることができる。

「故意」とは、権利侵害又は権利侵害の発生の可能性を認識しながら、それを認容したうえで権利侵害に向けられた行為をすることを言う。特定の者に対する権利侵害となるべきことを認識している必要はなく、誰かの権利の侵害が発生すべきことを認識していれば足りる(いわゆる「概括的故意」)。又、刑事責任に関してと同様、結果発生の可能性を認識しつつ、それを認容している場合には「未必の故意」として故意となり、かかる認容を欠く場合には「認識ある過失」として過失の一種となるという基準が適用される。これは、結果の発生可能性に対する認識自体よりも、結果発生に対する認容の有無に対して非難可能性の格差が認められるからである。

他方、「過失」とは、権利侵害の発生又はその発生の可能性を認識せずに、又は結果の発生を認容を変えつつ、権利侵害の危険のある行為をすることを言う。過失については、その本質の把握の仕方として、意思の緊張の欠如という主観的な把握の仕方と、適切な行動形態からの逸脱という客観的な把握の仕方とが対立しているが、現在では判例学説とも概ね主観的な把握から客観的な把握へと移行しつつあると言われている(これを「過失の客観化」という)。この背景としては、権利侵害の可能性のある活動が社会の発展や技術の進歩に伴って増大するにつれ、意思の緊張よりも望ましい行動対応をすることの方が権利侵害の防止のためには有用であると考えられるに到ったこと、又、具体的な事件において被害者が加害者の過失を立証しようとする際、主観的な緊張の欠如を証明することは極めて困難であるため、過失を客観的に把握する方が被害者の救済に資すること、等が挙げられる。このように、過失をあるべき行動指針からの逸脱であると考えるのであれば、「過失の有無」とは要するに「結果の予見及び回避をすべき一般的客観的な注意義務に対する違反の有無」であること

になるから、過失は不法行為責任の構成要件であると共に違法性の判断基準の一種ともなっている。なお、第709条でいう「過失」はかかる注意義務を若干でも怠ること(いわゆる「軽過失」)であるが、失火責任法等においては、明文の例外が設けられている。

(3)違法性の判断

前述のとおり、構成要件としての故意又は過失ある行為によって不法行為責任の成立が肯定されるためには、かかる故意過失が法秩序から見て非難に値するとの判断を経なければならない。この判断に当たっては、不法行為における「違法性」の本質をどのように把握すべきであるか、すなわち、当該行為が結果としての権利侵害をもたらし、又はその危険性を生じさせたためであるか(いわゆる「結果不法論」)、この立場の下では、権利侵害は違法性阻却事由がない限り違法であると判断され、違法である場合にはさらに進んで加害者に対する個別の非難可能性、すなわち有責性の有無が判断の対象となる)、それとも、当該行為がそもそも何らかの行為義務に違反しているためであるか(いわゆる「行為不法論」)。従って、結果の発生それ自体は理論的には重視されず、権利保護の必要性に由来する行為義務を状況ごとに抽出してかかる義務違反を個別に検討していくことが必要となるほか、被害者の救済をも念頭に置く以上、被害者と加害者との利益衡量をかなり詳細な類型ごとに行うことが必要となってくるため、議論が相当複雑となる)、によって大きく異なってくることになる。

違法性の判断に関する理論構成としては、伝統的な立場の堅持する「相関関係理論」があるが、これについては後に検討することとしたい。

第3款 違法性の判断に関する相関関係理論

「相関関係理論」とは、違法性の判断に関して、被侵害法益の性質(対世権か対人権か、積極的権利か消極的権利か等)と侵害行為の態様(刑罰法規違反、取締法規違反、公序良俗違反、権利濫用等)との相関関係において考察すべきである、という議論、すなわち、被侵害法益の要保護性の強弱と、侵害行為の悪性の程度とが、相互補完的に作用し合って違法性が構成される、という考え方である。この理論の功績としては、第一に、侵害行為の態様を重視して不法行為責任が成立する余地を開いたこと、第二に、絶対権侵害、法規違反、公序良俗違反等の違法判断を可能としたこと、第三に、公害や生活妨害等の複雑な事案に対する明確な指針を示し、「受忍限度論」にも影響を与えたこと、であるとされている。

この相関関係理論は、後の学説によって、次のような修正及び批判を受けている。第一に、行為不法と結果不法との双方を肯定する立場の学説は、加害行為の態様に関しては「故意及び注意義務違反としての過失」を、被侵害利益の性質には「被侵害利益の重要性」をそれぞれ充て、相関関係理論の枠組みを基本的に維持している。第二に、相関関係理論におけ

る考慮因子自体が既に違法判断の性質を帯びていることに対する批判が展開されている。例えば、上記の「侵害行為の態様」は違法判断の形式であって不法の実態ではないから、被侵害利益との相関を考察することは不可能であるとし、侵害行為の態様には行為者の内心ないし主観的容態の種類程度等を充てるべきだとの批判や、そこから進んで行為者の主観的容態等から所有権侵害、人格権侵害、法規違反、公序良俗違反等が認定できるのであれば、違法性判断はその時点で完結し、被侵害利益との相関関係を考えることは無意味であるから、被害事実それ自体と事実としての侵害行為の態様を直接比較して法的評価を加えるべきであるとの見解もある。さらに、判例分析の結論として「違法性」という概念の存在それ自体を否定し、「故意」「過失」概念に解消すべきであるとの見解もある。この見解は、例えば損害回避義務の有無としての過失の判断については、加害者の行為から生ずる損害発生の危険の程度と被侵害利益の重大さによって決定され、場合によってはこれらの要素と行為者に損害回避義務を負わせることによる不利益とが比較衡量される、とする。

相関関係理論の提示する枠組みそれ自体は相当明快なものであり、行為者の主観的容態と損害の重大性とを共に考慮できる点は高く評価すべきであるが、反面、本来なら単純には比較できない要素が一体的に考慮対象とされており、「相関関係」の意味自体が曖昧なものとなっていることは否定できないように思われる。

第4款 違法性阻却事由

違法性阻却事由とは、本来違法である行為がある特殊な局面において違法でなくなることを正当化する事由である。違法性阻却事由は、一般論としては行為の態様と発生した損害の重要性、及び行為がなされた時点における状況を総合考慮して判断されるべきものであるが、本来違法である行為を合法化し、被害者の救済をその限りで後退させるという結論の性質上、相当明確な形で類型化されることも、半ば必然的に要求されることとなる。

(1) 緊急行為

ここでいう「緊急行為」とは、具体的には「正当防衛」「緊急避難」を指し、例外的に「自力救済」が含まれることがある。近代国家における権利は国家機関としての裁判所を通じて保護されることが建前であるから、私人は自己の権利を保護ないし実現しようとする場合であっても、他人に損害を与えてはならないことが原則である。しかしながら、緊急性の高い一定の場合には、国家機関の助力を求めることなく自ら権利の保護ないし実現を図ることが認められるべきことも当然であり、緊急行為はこのような事情を類型化したものである。

「正当防衛」とは、他人の不法行為に対し、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ず加害行為を行った場合には損害賠償責任を負わない、とするものである(第 720 条第1

項本文)。ここでいう「他人の不法行為」については、当該他人の故意過失や責任能力等は不要であり、客観的に違法であればよいとされる。又、「権利の防衛」とは、要するに防衛の目的を持つことであり、相手方を攻撃しようとする行為も「防衛」に該当する。さらに、「やむを得ず」については、条文上は必ずしも明確でないが急迫した状況であって国家の助力を受ける余裕がないこと、他に適法な手段が存在しないこと、及び、防衛しようとする利益が相手方の利益との均衡を失する程小さいものでないこと(この均衡を失した場合には過剰防衛となり、失し方次第では原則に返って単純な不法行為となる)、と要件として必要であるとされている。さらに、「加害行為」については、不法行為を行ってきた相手方のみならず、第三者に対する行為である場合をも含む(刑法と異なるので注意すること)。実際、第720条第1項但書は、防衛行為の対象が第三者であったことを前提として、当初の不法行為者に対する求償権の行使を認めている。正当防衛が認められると、違法性が阻却され、過剰防衛であった場合には、違法性は阻却されないが過失相殺が認められることとなる。

「緊急避難」とは、他人の物から生じた急迫の危険を避けるためその物を毀損した場合に、正当防衛に準じて賠償責任を免れるというものである(第720条第2項)。正当防衛の場合と異なり、「他人の物」からの危険が存在すること(当該物の所有者の不法行為責任を前提とする)、又、当該物に対する反撃を原則とすることが、緊急避難の特徴である。すなわち、第三者に対する行為は避難のためであっても認められず(刑法と異なるので注意)、自然現象を避けるための行為も緊急避難としては認められないこととなる。この点については学説が様々な議論を展開し、少なくとも軽微な権利侵害については刑事上と同様民事上も違法性を阻却すべきであると主張している。このほか、侵害に急迫性が必要であること、条文では明確でないが避難行為がやむを得ないものであることは、正当防衛と同様である。又、効果についても正当防衛とほぼ同様であるが、第720条第1項但書の準用がないことに注意が必要である。

現行法の権利保護の建前が前記のとおりである以上、自力救済は原則として違法であるが、明文の規定がある場合(第233条第2項など)、及び、法律の定める手続に依るのでは権利に対する違法な侵害に対抗して現状を維持することが不可能又は著しく困難であると認められる緊急かつやむを得ない特別の事情がある場合に、その必要の限度を超えない範囲、という極めて厳しい要件の下で、抽象的には違法性阻却が認められる可能性があるとされている(最判昭和40年12月7日民集19巻9号2101頁。但し抽象論)。

(2)正当行為

「正当行為」とは、刑法第35条の法意を基盤として、法令(犯人の逮捕や死刑の執行など)又は正当の業務(医師による治療や報道機関の報道など)によりなした行為については違法性が阻却される、とするものである。民事上、この正当行為の概念は、刑法でいう正当の業務のほか、法令の精神や国民の慣習上公序良俗に反しない行為にも拡張される傾向があるが、

これらの中には正当行為というよりも、むしろ、一定の注意に従った「許された危険（「社会的相当行為」とも言う。この概念の拡張として「信頼の原則」と呼ばれるものがある）」に含ませるべきものも混在している。なお、正当行為として認められるものが多様なものを含む関係上、全ての行為が一律に正当性を認められるわけではなく、個別の比較衡量が必要となる場合も少なくないことに注意すべきである（訴訟の提起や労働争議などが典型である）。

(3)被害者の承諾

個人の利益保護は原則として各人の主体的判断に委ねられるべきである以上、「同意は不法行為を成立させない」との法格言は、現在でも一般的に妥当性を有している。但し、被害者の承諾が違法性阻却事由となるためには、被害者が同意能力を有し、同意が自由な判断に基づくものであり、被害者が被侵害利益に対する処分権を持ち、同意が事前に与えられ、かつ、かかる同意が公序良俗に違反しないことが必要であるとされている。なお、この点に関連して、被害者が社会的に一定の危険を引き受けたと判断される場合に、加害者の責任がどの範囲まで限定されるかについては、解釈が複雑となる場合が少なくない（いわゆる「好意同乗」における事故が典型である）。

第5款 有責性

「有責性」とは、故意過失による権利侵害が違法であるとされた場合に、行為者がかかる行為に対して人的な非難の対象となるか否かを判断すべき基準である。この判断は、主として行為者の主観を含む精神的可能性を前提として判断されていくこととなるが、加害者の個別的処罰よりも相手方の信頼や期待を重視する民法の解釈としては、個々の加害者の特別の状況よりも、一般的客観的基準が有責性の判断についても支配的となっている。

(1)責任能力

「責任能力」とは、加害者がその行為によって生ずる責任を理解するに足りるだけの知能、を意味する。現行民法上、かかる能力のない未成年者及び精神上の障害によりかかる能力のない者については、定型的に損害賠償責任がない旨が規定され（第 712 条、第 713 条）、通常よりも責任能力のない者の利益を保護し、かつ、かかる責任無能力者については、その保護者ないし監督者が代わって責任を負うものとするにより（第 714 条）、被害者の救済を実効的にすることが図られている。一般に、未成年者が責任能力を得るに到るのは、判例分析によれば概ね 11 歳から 14 歳程度と考えられているようであるが、これは、行為当時における社会全体の状況や、個人の知能や成育環境、加害行為の種類や故意過失の区別等によ

って異なりうるため、一般論としての年齢設定は困難である。なお、未成年者が雇用関係において第三者に不法行為をした場合における第 715 条の使用責任については、第 714 条と異なり未成年者自身の責任能力が前提とされているため、責任能力の年齢設定がさらに複雑になっていることに注意されたい。又、精神上的障害による責任無能力者については、成年被後見人の要件と異なり、その常況にあることを要せず、当該行為の時点で能力がなければ該当すること、逆に、成年被後見人等においても、正常に復している間は責任能力を認められることに注意すべきである。なお、第 713 条但書では、いわゆる「原因において自由な行為」として、責任能力が失われる状態を故意過失によって招いた場合には、損害賠償責任を免れないとされている。

(2)違法性の認識

行為者の能力以外の事情によって違法性を認識する可能性や事態を回避すべき判断を下す可能性がない場合にも、行為者自身に対する非難可能性は減少する。前記のとおり、不法行為責任は行為者の道義的責任のみならず、被害者の期待や信頼をも同時に保護しようとするものであるから、かかる違法性の認識可能性についても、一般的客観的可能性に基づいて判断すべきこととなるであろう。もっとも、このように考えることにより、不法行為法における有責性の判断は、違法性の判断と実質的に同一の一般的客観的基準に従うこととなり、有責性の存在意義は、理論上のものに過ぎないこととなる。

第6款 故意過失の証明責任

故意又は過失の有無は、過失責任主義の下では不法行為責任の成否にとって極めて重要な要件であるから、訴訟上争われることが少なくない。又、不法行為責任は、契約と異なり当事者間に信頼関係がないことを前提とするから、どの範囲で相手方の支配領域における事情を証明すべきかが、解決困難な問題として生ずることとなる。

(1)証明責任に関する原則

不法行為における故意過失の証明責任は、損害賠償請求訴訟の原告である被害者に原則的にあるとする点で、判例通説は一致している。これは、自己に有利な法的効果を主張する者がその前提を証明すべきであるとの一般論を、不法行為についても採用したものである。もっとも、この原則を厳格に適用すると、加害者側の支配領域にある事情について被害者が証明を行うことや、損害を被った被害者が加害者と実質的に対等な立場で訴訟及びその準備を遂行することは、いずれも常識的に考えて困難であることが否定できない。このため、現

在では以下に述べるとおり、被害者に原則的に証明責任があるとの一般論を維持しつつ、政策的に証明責任を転換ないし緩和させることにより、被害者と加害者の利益の衡平とを図る試みが、立法及び判例学説によって行われている。

(2)証明責任の転換

民法その他の法律において、一定の場合には、故意過失(具体的な状況下で特に問題となるのは過失である)の証明責任が転換され、過失の有無が不明であるときは加害者が過失があったものと判断される(第717条第1項但書、自動車損害賠償補償法第3条、特許法第103条など)。一般に、過失があったことを証明するのが困難な状況の下で過失がなかったことを証明することは、さらに困難である場合が少なくないから、かかる証明責任の転換は過失責任主義の下で事実上無過失責任を認めることに等しい結果が得られる(過失責任と無過失責任の間にあるという感覚で、「中間責任」と言われることがある)。もともと、このような証明責任の転換が認められる根拠は、個々の法令によって区々である。

(3)過失の一応の推定

「過失の一応の推定」とは、被害者が加害者の過失を直接証明するのではなく、加害者に過失があったことを経験則上推測させるような事実(「間接事実」)を証明することによって、加害者側の反証(間接事実の存在自体を否定する「直接反証」と、間接事実からの経験則上の推定を阻止する「間接反証」とがある。判例でいうところの「特段の事情」は多くの場合これらに該当していると考えて差し支えない)がなければ過失の存在が認定される状況に置くこと、であり、「事実上の推定」という。証明責任の転換との最大の違いは、原告に立証責任があるとの原則は過失の一応の推定では維持されており、権利侵害の認定と因果関係における判断枠組みを利用して、事実上被害者による立証の困難さを救済しようとするものである。因果関係の過程で高度の専門知識が要求される場合(典型的には医療過誤など)や、必要な資料が加害者の支配下にあつて被害者による活用が困難な場合(例えば公害の原因となった工場の設備内容等)に、このような立証責任の緩和が大きな意味を有することとなる。もともと、証明責任の転換と同様、加害者に過失がなかったことを事実上立証させることが果たして両当事者の衡平に反するかについては、状況ごとに慎重に検討する必要があるし、又、かかる立証の困難さは当事者の具体的な能力の有無によっても大きく変わるものであるから、客観的な議論が困難であることは否定できない。

第7款 権利侵害

第709条の文言上、不法行為の成立要件とされているのは、加害者が故意過失によって被害者の権利または法律上保護されるべき利益を侵害したこと、である。このうち、「法律上保護されるべき利益」の部分は、平成16年における民法の口語化の際に改正されたものであり、以下に説明するとおり、改正前の条文の文言よりも不法行為による保護の範囲を拡大してきた通説判例の考え方を、条文の文言としても取り入れたものと言われている。

第709条の当初の立法趣旨は、不法行為の成立を既存の権利(物権、債権のほか、身体、名誉、自由、生命を含む)の侵害に限定することにより、不法行為責任の無制限の拡大を防止し、個人や企業の活動の自由を確保しようとしたものである。当初、判例は上記立法趣旨に忠実に「権利」概念を厳格に解していたが、やがて「大学湯事件(大判大正14年11月28日民集4巻670頁:建物借主の老舗の売却を貸主が妨げたことに対する不法行為責任が追及された事例)」において解釈を改め、不法行為によって侵害される「権利」は、吾人の法律観念上救済を与えることを必要と思惟する一の利益であってもよい、とするに到った。この結果、いわゆる「生活上の利益」としての「老舗」「ある者の収入により生活を維持する利益」「顧客の獲得可能性」「法人の名誉」等の営業活動上の利益や、「プライバシー(現在ではさらに進んで自己の情報を自ら管理する利益に発展している)」「名誉感情(名誉毀損に該当するような社会的評価の低下にまでは該当しない程度の侮辱等)」等の一般的人格権、「生命、健康を保護し、快適な生活を送るための環境を維持する利益」等も第709条にいう「権利」に含まれる可能性が開かれることとなり、このうちいくつかは単なる利益から「権利」としての性質が認められるようになりつつある。さらに、判例の中には、保護法規違反や悪性が強い行為に関連して、権利侵害を極めて抽象的に捉え、実質上損害の発生のみを理由として不法行為の成立を認めるものもあると言われている。以上のような判例による「権利」概念の拡大は、社会情勢の推移に合わせて被害者の保護を図ろうとするものとして、学説からも一般的な支持を受けている。

他方、学説は、第709条にいう「権利侵害」は要するに法秩序を破壊する「違法行為」であり、違法性が阻却される行為(正当防衛など)については不法行為が成立しないわけであるから、「権利侵害」は「違法性」に吸収されるべきである、との見解が支配的である。行為不法論の立場からすれば、違法性の判断は権利侵害それ自体ではなく侵害の危険に晒される法益の重大性であるから、構成要件としての権利侵害と違法性とを区別する必要はなお生ずることとなるが、結果不法論の立場からすると、「権利侵害」の本質を「違法性」に置き換えることはむしろ理論的に整合するものといえることができる。

なお、権利侵害は被害者による損害賠償請求権を積極的に基礎づけるものであるから、被害者に立証責任があるとされている。

第8款 因果関係

(1)因果関係の意義と機能

不法行為責任は、要するに被害者に生じた損害をその責任に応じて加害者に転嫁する制度であるが、この損害の転嫁が認められるためには、加害者の故意過失ある行為と損害の発生との間に「因果関係」が存在することが必要となる。この因果関係は、一方では発生した損害を行為者に転嫁するための基礎として、法律関係が存在しなかった当事者間に不法行為に基づく関係を設定する機能、すなわち責任者と請求権者とを確定する機能を営むほか、他方で発生した損害のうち加害者の責任に属する部分を区分してそのみを転嫁するという、加害者の責任を妥当な範囲に限定する機能を営むものである。なお、厳密に考えれば、第709条でいう因果関係は、「因りて」の語が2度登場することから明らかとなり、「加害者の故意過失」と「権利侵害」との間の因果関係と、「権利侵害」と「損害の発生」との間の因果関係とに区分することが可能であるが、この両者は因果関係の性質としてはほぼ同質のものであるから、以下では特に必要のない限り両者を一括して論ずることとする。

従来わが国では、不法行為に基づく因果関係は、いわゆる「相当因果関係」を指し、「富貴丸事件(大判大正15年5月22日民集5巻386頁)」以降においては、相当因果関係は第416条に規定されるものであって、不法行為責任にも第416条が適用されるものと考えられてきた(相当因果関係論の詳細については、民法ⅢAの講義で解説しているのでここでは特に繰り返さない)。従って、加害行為と損害の発生との間に因果関係があるというためには、結果としての損害が通常生ずべきものであること、又は、特別の事情から生じたものであるが行為者がその事情を予見し又は予見することができたことつねが必要であるとされてきた。

これに対して、近時においては、次のような批判的見解が有力となっている。すなわち、第一に、第416条は相当因果関係を示したものでなく、又そもそも同条は予測可能性を前提とする契約責任と論理的に整合するものであって、不法行為責任について適用すべきでない。第二に、相当因果関係で判断されるものの実質は、事実上の因果関係と相当性とに分解すべきであり、相当性の実質は「保護範囲」と呼ばれるべき政策的価値判断の問題である。従って、不法行為による損害賠償の範囲は、事実上の因果関係と損害回避義務の義務射程によって決定され、損害の評価が残るのみである。この批判は、特に第416条が予見可能性を前提としたもので不法行為責任の賠償範囲を定めることについては不適當である、とする部分が広く支持を受けており、現在の多くの学説は、この批判を取り入れたうえで、事実としての因果関係の問題と加害者の責任制限の問題とを区別して議論を展開するようになっている。

(2)因果関係の構造

「因果関係」とは、2つの事実の間に、一方の事実(原因)があれば同じ事情の下で常に他方の事実(結果)が生ずるという関係が存在していることをいう。不法行為における因果関係については、前述のとおり、法的評価としての相当因果関係と相当性を分離した事実として

の因果関係との2つの考え方の対立があるわけであるが、最終的には、被害者に生じた損害を加害者に対して転嫁する要件として機能するものであるから、ここでいう「因果関係」は法的因果関係であると考えて差し支えない。又、不法行為において問題となる因果関係は、具体的な局面においては具体的な事実と事実との間における具体的因果関係であるが、法的判断としての性質上、かかる関係の反復性を前提とし、自然法則や社会法則等に従う一般法則としての因果関係であることを必要とする。なお、かかる因果関係の判断は、事柄の性質上事後的になされるため、これが当事者に対する行動規範としてどこまでの影響を及ぼすかが深刻な問題となる。又、事実関係の中には自然的な因果関係の存在が複雑ないし解析困難な場合も少なくなく、かかる場合に加害者の責任を全て認めないことが当事者間の衡平に反することは明らかであるから、かかる場合に集団現象からの一定の蓋然性を以て因果関係の存否を判断すること(公害等における「疫学的因果関係」はその典型である。津地四日市支判昭和47年7月24日判時672号30頁)はやむを得ないものと考えられる。

通常、因果関係を判断する方法としては、ある事実がなければこの結果が生じなかったであろう(「あれなければこれなし」という判断基準)が用いられる。本来、損害の発生については加害者側の要因のみならず被害者側及び周辺の事情を含む多様な要因が複雑に関係している筈であるが、不法行為法は権利侵害ないし損害発生があった場合にこれを回避すべき義務を怠った者に対して責任の全部又は一部を負わせるものであるから、まず関連する要因のうち加害者の故意過失のみを取り出して損害の発生それ自体との因果関係を考え、次に責任の範囲を具体的に確定するため損害の範囲と故意過失との因果関係を考えていく(この場合には「あれなければこれなし」という発想のみでは賠償の範囲が無限に拡大するため別の発想方法が必要となる)、という思考過程が採用されることとなるのである。もっとも、この考え方のみでは、複数の故意過失が競合して一個の損害が生じた場合に因果関係が判断できなくなることがあるため、競合する原因を分離して責任の範囲を確定していく作業が必要となる。

なお、加害者の不作為については、仮にかかる不作為が損害発生の原因となりうる状況が存在した場合であっても、義務のない行為を加害者に要求することは当事者間の衡平に反するから、加害者に対して発生した損害を転嫁するためには、かかる不作為について加害者に作為義務違反があることが必要であるとされている。もっとも、具体的な状況でどこまでの作為義務を認めるかについて、困難な問題がつきまとうことは否定できない。

(3)因果関係の証明

因果関係の証明については、被害者側に立証責任があるとされている。これは、故意過失についてと同様、自己に有利な法的効果を主張するための前提を立証すべきであるからである。もっとも、訴訟における因果関係の証明は、理論的に完全な「自然科学的証明」である必要はなく、経験則上疑いが挟まれない程度の高度の蓋然性を証明すれば足りる、とされて

いる(最判昭和 50 年 10 月 24 日民集 29 卷9号 1417 頁)。又、公害や医療過誤等、自然科学的因果関係が極めて複雑であってその解明に高度の専門知識を必要とし、かつ、当該解明に必要な資料が加害者側の支配下にある場合においては、被害者の救済の範囲をできる限り広げようとする政策的判断に基づき、因果関係についても「一応の推定」が認められ、被害者側の証明により因果関係の蓋然性が一定程度に達した場合には、経験則上その余の因果関係の存在を推定し、加害者側による反証がない限り因果関係の存在を認めることが行われている(新潟地判昭和 46 年9月 29 日下民集 22 卷9=10 号別冊1頁)。さらに、一定の場合には、法律上因果関係の立証責任が加害者側に転換され、被害者の救済が類型的に図られている(第 715 条第1項但書後段、製造物責任法第4条第2号など)。

(4)因果関係の交錯

前述のとおり、損害が発生するに際しては多様な原因が複雑に関連していることが通常であり、「あれなければこれなし」という判断基準だけでは因果関係が特定できない場合がしばしば生じうる。特に、複数の原因が競合した場合における責任の存否ないし配分については、現実にかかる事態が多発する分、一律の基準を考えることが極めて困難となっている。以下では、ごく概括的な類型のみを挙げ、因果関係が交錯した場合における判断基準について考えてみる。

まず、各々単独で損害発生をもたらしうる原因が複数競合した場合(「重疊的競合」)には、「あれなければこれなし」という判断基準の下では共に因果関係がないこととなるが、これが妥当でないことは明らかであるため、単独で損害を発生させうるものについては全て因果関係を肯定し、加害者相互間については別に責任の配分割合を考えて、被害者に対する関係では不真正連帯として全員が全額の損害賠償債務を負うと考えられている。

次に、複数の原因のうちいずれか一方により損害が発生したことは明らかであるが、いずれの原因によるかは明らかでない場合(「択一的競合」)がある。この場合、被害者に損害発生と真の加害者との行為との因果関係を証明させることは事実上困難であるため、民法ではかかる場合には加害者側に共同性がある限り全員に不真正連帯としての賠償義務を負わせている(第 719 条第1項後段)。

又、単独では損害が発生しないが、複数の原因が競合することによって初めて損害が発生する場合(「必要的競合」)がある。この場合には、「あれなければこれなし」との判断基準によって全ての原因に因果関係が認められるため、加害者の責任が連帯責任となるか割合的責任となるかが専ら争われることとなる。

さらに、現実に損害を生じさせた原因と、かかる原因がなかったとしたら損害を発生させていたであろう原因とが競合した場合(「仮定的因果関係」)については、現実に損害が発生したことを重視する立場からすれば、現実の原因を生じさせた者についてのみ全責任を負わせるべきであり、仮定的に因果関係が認められたとしても、そのことと最終的な結果としての損

害との間には第三者の行為が介入しているいわゆる「因果関係の断絶」があるから、仮定的な原因を生じさせた者の責任を認めることは妥当でない、という考え方が有力である。

なお、行為と損害との間に第三者又は被害者の他の行為が介在したことにより損害の発生が決定的になった場合（「因果関係の中断」）には、基の行為と損害との間の因果関係が否定されるという考え方があるが、事実的因果関係を強調する立場からは、これは因果関係を否定したものでなく責任を否定したに過ぎないとの批判が加えられている。

第9款 損害の発生

不法行為に基づく損害賠償請求権が発生するためには、故意又は過失に基づく（違法かつ有責な）権利侵害があるだけでは不十分であり、被害者に損害が発生しなければならない。他人の権利侵害の全てについて損害が発生するとは限らず、又、加害者に帰せられるべき責任の範囲を合理的な範囲に限定するためにも、「損害」の概念を多様な角度から検討することが必要となる。

(1) 損害の意義

「損害」とは、最も広く定義すれば、「人又はその財産について生じた、従来の状態又は期待される状態と比較した場合に、客観的に不利であると考えられるべき利益状況の変化」である。損害の発生の証明責任は、被害者の損害賠償請求権を基礎づけるものである以上、原則として被害者にある。

損害概念の把握の仕方についての伝統的な学説は、「差額説」と呼ばれ、「損害」について次のように定義する。すなわち、損害とは、与えられた時点における、ある人の財産の現実の額（いわゆる「現実的財産状態」）と、この財産が特定の事件の介入がなければ当該時点において有しないし生じていたであろう額（いわゆる「仮定的財産状態」）との差額である。この差額の判定は、基本的には判決時において行われ、財産状態にはそれぞれ現実の不利益及び仮定的な不利益が算入される。この差額説の議論の特徴は、何を以て損害の本体となし、かつ、それをどのように算定するか、という課題を同時に解決している点にあり、直感的に極めて理解しやすい理論構成であることは疑いない。

これに対して、現在では、差額説に対して次のような批判が加えられている。すなわち、損害の本体について現実的財産状態と仮定的財産状態との差であるとの考え方に対立して、権利侵害によって当該権利について生じた実体的価値の喪失を以て「損害」の本体とする考え方がある（「実体的価値説」と呼ばれる）、財産的損害のみならず、精神的損害の算定や死亡事故における死傷の事実自体を損害として把握しようとする場合に、差額説では説明困難な解決を導くことが可能となるとされている。又、実体的価値説からすれば、損害の算定につ

いても、仮定的財産状態と現実的財産状態との仮定的な比較によるのではなく、侵害された権利の客観的価値の喪失額が損害額となるわけであるから、他の仮定的要因を広範囲に捉える必要はなく(必要があれば加害者側が他の要因が加わったことを立証して責任の範囲を限定する努力をすればよい)、又、損害算定時は権利侵害の時となって、不法行為の時から損害賠償請求権が遅滞に陥るとする判例理論と一致することとなる。

差額説は、前述のとおり損害の本体と算定の問題を同時に解決し、直感的に理解しやすい理論構成ではあるが、不法行為の第一義的課題が被害者の救済にあるものと考えてのであれば、精神的損害の算入や被害者による損害の立証を事実上容易にする実体的価値説の方が理論構成としては優れていると評価することができるであろう。

(2)損害の種類

損害は、様々な観点から分類することが可能であるが、加害者の責任の範囲を確定するために特に必要であるのは、権利侵害によって直接生じた損害と後続損害との区別である。これは、権利侵害自体についての故意過失による帰責基準が後続損害のどの範囲についてまで影響を及ぼすかを考え、加害者の責任の範囲を確定するための重要な区分であるが、後続損害について論ずる際に検討する。

このほか、理論上及び実務上頻繁に用いられる区分としては、「財産的損害」と「非財産的損害(精神的損害又は無形損害)」との区別、及び「積極的損害」と「消極的損害」との区別がある。

財産的損害と非財産的損害との区別は、一言で要約すれば金銭によって喪失した価値ないし仮定的状態との差額を回復させることが可能であるか否かであるが、現行民法では、損害賠償は原則として金銭に見積もることとされているため(第722条第1項)、非財産的損害であっても結局のところは金銭賠償によって損害の回復が法律上図られることとなっている(この非財産的損害に対する代替的な金銭賠償を「慰謝料」という)。このように、現行民法では、ほぼ全ての損害が最終的には金銭に見積もられることとなるが(例外として差止請求及び原状回復が認められる場合もないではない)、これは一面では損害の算定に関する客観的基準の確立を容易にし、併せて加害者に対する損害賠償義務の履行を容易にするものであって、事実上被害者の迅速な救済に資するものとなっている。しかしながら他方、本来金銭賠償によって回復されることのない損害についてもこれを金銭で見積もることは、権利侵害による実質的被害の救済が理論的に放置されていることにほかならず、金銭賠償額の客観化とあいまって、加害行為に対する抑制が十分には機能しない結果となる危険を常に併せ持っている(交通事故による近親者の死亡などはその典型的状況であるとされる)。なお、実質的には損害がない場合でも、損害の発生を擬制して加害者の責任の所在を明確にするための制度として「名目的損害賠償」があり、慰謝料の範疇にこれを加えようとする見解もないではないが、現行民法における被害者の損害の救済との理念からすればやや異質なものと位置

づけられざるを得ない。

又、積極的損害と消極的損害との区別は、不法行為によって生じた不利益ないし実体的価値喪失の態様の違い、すなわち、既存の利益の減少であるか、得られる筈であった利益の喪失であるかの違いであり、不当利得における積極的利得と消極的利得との差にほとんど対応するものである。

(3)損害発生の有無

前述のとおり、加害者による権利侵害がなされた場合でも、被害者に損害が生じない場合には不法行為責任は生じないため、以下のような局面においては、そもそも損害が発生しているのか否か、従って加害者の責任が認められるべきか否かが争われる事態が生じうる。

第一に、被害者に生ずる不利益が事実上のものであり、かつそれが必ずしも表面化しなかった場合である。典型的には、違法あるいは濫用的な訴訟ないし強制執行がなされたにもかかわらず被害者の財産の価値減少ないしは信用低下が特段生じなかったような場合や、被害者の無体財産権が侵害されたような場合が挙げられる。このような場合、差額説の立場に立つと損害の発生を認定するのは事実上困難であるが、実体的価値説の立場からすれば、権利侵害の事実自体によって客観的な価値喪失が生じていることを認定することが必ずしも不可能ではなくなる(価値減少ないし信用低下が事実として生じなかったのは他の要因が介在したためであると考えられることになるわけである)。又、無体財産権の場合には、加害者による侵害が行われたこと自体をとらえて実施料相当額を損害額としたり、場合によっては加害者が権利侵害によって得た利益を損害額と推定することによって、被害者による損害の証明困難を救済する立法的手当が図られている(もっとも、準事務管理に関して述べたとおり、このような損害額の擬制ないし推定が現実の局面でどのように機能するかについては、慎重に検討する必要がある)。

第二に、被害者に対して他の救済手段が存在したり、被害者が権利侵害によって義務を免れないしは利益を得たような事情があるときに、損害があると言えるかが問題となる。例えば、加害者に対する契約上の請求権がなお有効であったり、第三者に対する損害賠償請求権が併存したりする場合等、当該加害者から損害賠償を得られなければ救済が図られない場合の処理が典型であるが、この場合に被害者における「損害」の存在を否定することは、特定の局面において加害者の不法行為責任を典型的に否定することになりかねないから、被害者が現実を受けた救済額との関係において加害者の責任を調整することについてはともかく(この場合は求償の循環を避けるという他の合理的理由も存在する)、そもそも損害の発生を否定するという考え方をとるべきではなかろう。これは、被害者が義務を免れないしは利益を受けた場合も同様であり、かかる義務免脱ないしは利益取得によって発生した損害の填補が図られたものと考えられるべきである(当該利益を加害者との関係で相殺し、第三者による介入をさせない点に意味がある)。

第10款 後続損害

「後続損害」とは、故意過失に基づく権利侵害により一定の損害が発生した後、それに何らかの他の要因が加わることによって、当初の権利侵害から直接生じた損害とは別の損害(被害者が同一とは限らない)が発生し、又は直接生じた損害が後にその範囲を拡大したことをいう。ここでいう「他の要因による損害の発生ないし拡大」には、第三者又は被害者の行為が介入して損害がさらに発生しないし拡大する場合と、被害者側の有していた特殊事情によって損害の範囲が拡大しないし別種の損害が発生した場合とが含まれる。

(1)後続損害の帰責基準

後続損害は、当初の権利侵害に係る故意過失と何らかの関係があるとは認められるものの、本来ならかかる故意過失から直接導くことのできない種類の損害について加害者の責任を認めようとするものであるから、当初の権利侵害に対する故意過失とは別に、加害者の帰責基準を考える必要がある。この点に関して、現在の学説では、当初の損害についてと同様、後続損害についても加害者の結果回避義務を観念し、責任の範囲を当初の損害に関する部分に加えて認めようとする立場と、当初の加害行為によって生じた損害との「危険性の関連」を以て後続損害に関する加害者の責任の範囲を画すべきであるとの立場とに分かれている。

後続損害についても加害者の結果回避義務を観念しようとすることは、多くの場合後続損害に対する義務違反が認められないとの結論を導かざるを得ず、無理に加害者の責任を後続損害についてまで拡張しようとすることは、合理的な範囲を超えて加害者の結果回避義務を認めることになり、要件と効果とを逆転させて考えることになりかねない。しかしながら逆に、一旦損害が発生したことを以てそれに関連する危険についてまで加害者の責任を拡大することは、結果責任を認めることと大差なくなってしまう、加害者による損害回避への期待を結果として減殺してしまう危険がある。

このように、後続損害に関する加害者の帰責基準については、必ずしも論理的に明らかでない部分が含まれているが、結局のところ、被害者に生じた損害の負担を関係当事者間でどのように配分するのが合理的かという一般論の中に、具体的な解決基準を見いだしていくほかないであろう。

なお、以上のような後続損害に関する証明責任については、当初の損害と別に加害者の帰責性を考えることからして原則に戻り、被害者側が、後続損害に係る権利侵害の存在、後続損害の発生、両者間の因果関係、及び加害者の後続損害に関する故意過失を立証すべきであると考えられている(もともと、不法行為一般の例により証明責任を転換し、又は緩和

することが状況により適用されてよいことは当然である)。

(2)後続損害の類型

後続損害の具体的な類型としては、まず、第三者ないし被害者の行為が損害の発生の後に介在する場合が挙げられる。すなわち、被害者が当初の損害を防ぐための行為をした結果損害が拡大ないし新たに発生した場合や、損害の発生が第三者による不法行為を誘発した場合、さらに、医療過誤等、当初の加害行為とは論理的な関連の必ずしも明確には認められにくい第三者の行為が介在して損害が拡大した場合、あるいは被害者が自殺した場合等において、当初の権利侵害に関する加害者の責任が後続損害についてまで及ぶかが問題となる。

判例は、以上のような場合について、後続損害と当初の故意過失との間に「相当因果関係」があるか否かによって判断しており、例えば、後続損害の原因の一部に当初の故意過失が理論的に連関している場合(最判昭和43年6月27日民集22巻6号1339頁:偽造登記の過失による受理とそれを信じて取引した者の受けた履行利益に係る損害)や、当初の加害行為が原因となって精神的障害が憎悪し、これによって自殺した場合(最判平成5年9月9日判時1477号42頁)には、後続損害に対する加害者の賠償責任を認めている。他方、被害者側の不注意により第三者の不法行為が誘発され、後続損害が発生した場合には、加害者の責任が否定されている(最判昭和48年12月20日民集27巻11号1611頁:第三者が立ち入ることが通常できない筈である駐車場において、自動車の所有者が自動車にキーを差したまま駐車場に放置したことにより、盗難に遭い、交通事故が発生した場合における駐車場管理者の責任が否定された事例)。

又、被害者側の特殊事情、例えば特異体質等により通常では予測できない範囲で損害が拡大ないし発生した場合における加害者の責任については、これを相当因果関係における「特別の事情」の一種と見て加害者による予見可能性を基に判断しようとする見解と、被害者において自己の体質等を選択できない事情がある以上、かかるリスクを被害者に負わせるべきでないとの見解とが対立している。

判例では、かかる被害者側の特殊事情が損害の拡大に寄与したと考えられる場合に第722条第2項を類推適用して加害者の責任を限定するものがある一方(最判平成4年6月25日民集46巻4号400頁:既往症の効果が加害行為によって誘発され、損害が拡大した場合)、被害者側の特殊事情が損害の発生ないし拡大に寄与していた場合であってもそれが「疾患」という程度に当たらない場合や、加害者においてかかる特殊事情が損害の発生ないし拡大に寄与すべきことを予測可能であった場合には、責任の限定を否定している(最判平成8年10月29日民集50巻9号2474頁:首が若干長いことによる頸椎不安定が損害拡大に寄与した場合、最判平成12年3月24日民集54巻3号1155頁:恒常的に残業していた労働者が過労により鬱病に罹患し、自殺した場合における雇用主の責任)。

第3節 不法行為の一般的効果

第1款 不法行為に対する救済手段の概観

現行民法では、不法行為に対して被害者が有する救済手段として損害賠償請求権が発生する旨を規定し(第 709 条)、損害賠償の方法としては金銭賠償を原則とする旨を併せて規定している(第 722 条第1項による第 417 条の準用)。このことは、不法行為の効果を原則として過去の被害に対する金銭賠償とすること、すなわち、将来の権利侵害の恐れに対する予防策としての差止請求や、損害賠償の方法としての原状回復請求を、原則として認めないことを意味している。しかしながら逆に、不法行為の効果を金銭賠償のみとしてしまうことは、権利侵害の状態が現に継続している場合や、加害者による権利侵害が反復継続する恐れがある場合、又、権利侵害の危険が急迫している場合等において、被害者に対する十分な救済が与えられないこと、すなわち、権利それ自体が無防備となり、代償としての金銭賠償によっては回復できない損害が被害者に生ずる恐れがあることをも、同時に意味していることが明らかである。

このため、現在では、民法が明確に認める金銭賠償に加えて、特に明文の規定がない場合であっても、差止請求や原状回復についても、不法行為の一般的効果として認められるべきか否かが問題となる。以下では、各々の救済手段について、ごく簡単に概観し、不法行為に対する救済手段としての特徴を考える。

(1)金銭賠償

理論上、損害賠償の方法としては、金銭賠償と原状回復とがあるわけであるが、現行民法が金銭賠償を原則としているのは、原状回復が「混雑を来して却って不便」であり、金銭賠償の方が「便利」である、という理由のほか、通常の場合は金銭賠償によっても原状回復がなされた場合と同一の価値を被害者に与えることが可能であるという考え方が根底にあったためと言われている。全ての損害を金銭に換算することが現行民法の建前である以上、対象となる損害は財産的損害のみならず、非財産的損害に対する金銭賠償(慰謝料)を含むこととなる。なお、ここでいう「金銭」は、内国通貨を指し、外国通貨を含まないとされる。又、支払方法については、不法行為が行われた時点において一時に支払われることが理論上の原則であるが、扶養利益の喪失や逸失利益に対する賠償方法としては、定期金による支払を認める方が、真実の損害に合致し、被害者(周囲を含む)による浪費を防ぐためにも効果的であるとの主張もなされている。もっとも、定期金方式については、履行確保が一般に困難となりうる点や、被害直後における治療費等の金銭需要に対して役に立たないことも、難点として指摘

されている。

(2)損害賠償方法の特約

第 722 条第1項が準用する第 417 条は、「別段の意思表示」がないときに金銭賠償とする、と規定しているため、当事者による特約の効力が理論上問題となる。

一般に、不法行為においては契約上の債務不履行と異なり、当事者が事前に特約をしておくことは稀であると考えられるが、契約上の債務不履行が同時に不法行為をも構成するような場合には、契約上の特約が不法行為に基づく損害賠償の方法に対して何らかの影響を及ぼす場合がありえないではない。他方、不法行為の後に当事者が賠償方法について特約をした場合には、当該特約が強行規定や公序良俗に反しない限り、当事者はそれに拘束される。

(3)原状回復

現行法上、原状回復が明文の規定によって認められている局面としては、①名誉毀損に対する名誉回復のための適当な処分(第 723 条)、②不正競争防止法第1条第1項に基づく営業上の信用を回復するのに適当な措置、③鉱業法第 111 条に基づく農地毀損等に対する原状回復措置、④信託法第 40 条に基づく信託財産の原状回復請求等が挙げられる。これらの場合において、原状回復が認められているのは、名誉ないし信用に対する侵害は、損害発生原因を直接除去しない限り、継続的に発生し続けるものであり、一時的な金銭賠償では救済手段として不十分であること、又、被害者における今後の取引活動等において、侵害された権利ないし財産それ自体の存在が必要であり、金銭を以て代替することが被害回復の目的を達し得ないこと等が理由とされている。もっとも、これ以外の局面についても一般論として原状回復を認めるべきかについては、金銭賠償原則が明文の規定として存在していることのほか、後述の差止請求による方が対処として現実的であること等を理由に、消極的な見解が支配的である。

(4)差止請求

物権的請求権においては、権利侵害の恐れが高い場合に妨害予防請求として一定の行為の差止が認められるが、被害者の守るべき権利が厳密に物権と言えるかが明らかでない場合(例として静穏な生活をまもるべき人格権等)も多々あることから、不法行為の一般的効果として差止請求が認められるかが問題となるが、現在では、人格権等保護の必要性が特に認められるべき権利の侵害について、金銭賠償によっては回復できない損害が発生しうる蓋然性が高い場合には、差止請求が認められるとされており、判例でもこれを肯定した事例が

ある(最判昭和 61 年 6 月 11 日民集 40 卷 4 号 872 頁:名誉侵害の恐れのある出版物の差止、最判平成 9 年 12 月 18 日民集 51 卷 10 号 4241 頁:生活道路の通行妨害の禁止)。

第 2 款 損害賠償請求権の主体適格

以下では、民法が被害者の救済手段として認める最も基本的な権利である損害賠償請求権について考察していく。まず、損害賠償請求権の主体としての適格や、主体としての判断基準につき、問題となりうる状況ごとに検討を加える。

(1) 生命侵害における死者

被害者が即死した場合における生命侵害に対する損害賠償については、次の 2 つの考え方が対立している。すなわち、直接の被害者について損害賠償請求権が発生し、それが相続人に相続されるという考え方(相続的構成)と、直接の被害者は死亡している以上損害賠償請求権を取得せず、遺族が固有の損害について賠償請求をなすにすぎない、との考え方(非相続的構成)とである。判例は前者の考え方をとり、即死の場合でも観念上時間の間隔があるから相続は可能であるとか(大判大正 15 年 2 月 16 日民集 5 卷 150 頁:財産的損害)、被害者が「残念残念」と叫びながら死亡した事実を捉えてこれが慰謝料請求権を相続させる意思表示であるとか(大判昭和 2 年 5 月 10 日新聞 2702 号 5 頁)技巧的な理論を示してきたが、最判昭和 42 年 11 月 1 日民集 21 卷 9 号 2249 頁に到って、一般論として、損害の発生と同時に被害者は慰謝料請求権を取得し、これを放棄したと解しうる特段の事情がない限り、かかる請求権は当然に相続人に相続される、と判示した。他方、学説では、相続的構成のとする理論構成の擬制的性格や、損害賠償請求権、特に慰謝料請求権について相続的配分を原則とすることに対して批判的であり、理論的に望ましいのはむしろ非相続的構成であると主張している。この 2 つの考え方は、当事者間の主張立証の内容や、相続債権者等の第三者の利害にも関わるものであり、理論的には相続的構成が擬制的であることは否定できないが、生命侵害を身体傷害の極限状態と考える価値観の下では、生命侵害自体についての損害賠償請求権の発生を擬制することはやむを得ないことになるであろう。

(2) 法人及び権利能力なき社団・財団

法人等の団体が財産権を取得しうるものである以上、財産的権利の侵害について法人等が損害賠償請求をなすことは当然であるが、現在では、このほか、法人も名誉その他の人格権を有することが疑われていないため、金銭評価が可能である限り、いわゆる「無形の損害」に対する慰謝料請求が認められている(最判昭和 39 年 1 月 28 日民集 18 卷 1 号 136 頁)。

(3)胎児

損害賠償請求の主体であるためには、法人格を有する権利能力者であることが大前提となることは当然であるが、胎児については出生の時期の前後によって新生児との格差を設けることは却って衡平に反すると考えられたことから特別の規定が設けられ、権利能力者であることが擬制されている(第 721 条)。

第3款 損害賠償請求主体の拡張

不法行為に基づく損害賠償の主体となるのは、原則としては自己の権利を侵害された「被害者」である。しかしながら、現実の局面では、ある者の権利が侵害された場合に、被害者と一定の関係を有する他の者が事実上損害を被ることがある。このような「間接被害者」の典型的な局面は、概ね次のとおりである。

(1)生命侵害等における近親者

生命侵害の場合に相続的構成を認めるべきか否かについては前述のとおりであるが、民法自体は、第 711 条において、被害者の一定の遺族に対し、独自の慰謝料請求権を認めている。又、同条の文言に厳密に該当しない場合であっても、これらの者と同様の立場にあった遺族については、同条の近親者に該当するとして慰謝料請求権が判例上認められている(最判昭和 49 年 12 月 17 日民集 28 卷 10 号 2040 頁:身体障害を負っていたため被害者と長年同居し、その庇護の下で生活していた被害者の夫の妹)。又、生命侵害に厳密には該当しない場合でも、近親者が生命侵害同様の精神的苦痛を受けた場合には、固有の慰謝料請求権が認められている(最判昭和 33 年 8 月 5 日民集 12 卷 12 号 1901 頁:10 歳の女兒が顔面に傷害を受け、容貌に著しい影響を被った場合における母の慰謝料)。

不法行為における個人主義の原則と家族関係における精神的損害の範囲をどのように考えるべきかは、論者の家族間によって若干異なるものとなりうる。これらの近親者固有の慰謝料は、基本的には第 711 条の類推ないし趣旨の拡張から生じているものであるが、一般論としてどこまでの近親者に固有の慰謝料請求を認めるべきか、又、かかる「近親者」を家族関係を媒介とするものか扶養関係を媒介とするものかについては、今後見解が分かれていくこととなるであろう。

(2)身体傷害等における近親者

生命侵害以外の不法行為において、近親者の間接損害が問題となる典型的局面としては、前記に挙げた生命侵害に匹敵する精神的苦痛を近親者が受けた場合のほか、近親者による治療費支出ないし看護がなされた場合や、近親者が見舞い等のため特別な出費をした場合等が挙げられる。判例は、近親者による治療費支出や看護に係る支出については、直接の被害者からの請求としても近親者からの請求としても認められるとする(大判昭和12年2月12日民集16巻46頁:近親者からの請求、最判昭和46年6月29日民集25巻4号650頁:被害者からの請求)。又、留学中の子が看護のために急遽帰国した費用についても、「社会通念上相当な範囲」として損害賠償が認められている(最判昭和49年4月25日民集28巻3号447頁)。もっとも、これらの請求は、近親者に倫理的に要求される行動形態によっては、認められる内容に変化が生ずる可能性がある。

(3)不貞行為に対する家族

一方配偶者の不貞行為によって家族関係が破壊された場合において、他方配偶者が不貞行為の相手方に対して損害賠償請求できることは疑われていないが、当該家族における子については、不貞行為の相手方が害意を持って監護等を積極的に妨害した等の事情がない限り、不貞行為と子の損害との間には相当因果関係がなく、不法行為が成立しないものとされている(最判昭和54年3月30日民集33巻2号303頁)。これについても、論者の家族観、すなわち、夫婦の貞操義務の問題と親子の監護の問題とを論理的に切り離して考えることが妥当か否か、子が親から監護教育を受ける「権利」をどの程度侵害されたと評価すべきか等につき、見解が分かれうる場所である。

(4)企業損害

理論上、会社を典型とする法人とその構成員(従業員を含む)とは、別個の法主体であることが前提であるが、現実の局面においては、一方に対する不法行為が他方に対する深刻な経済的な打撃となることが稀ではない。判例では、個人会社の実権を握っていた代表者が受けた不法行為につき、機関としての代替性がなく、経済的に一体をなす関係であったとして、会社による損害賠償請求を認容した事例がある(最判昭和43年11月15日民集22巻12号2614頁)。この点からすれば、従業員の多数が不法行為により死傷し、会社の事業活動に重大な支障が生じたような場合についても、会社による損害賠償請求が認められるであろう。

第4款 損害賠償請求権の発生時期

不法行為に基づく損害賠償請求権は、簡単に言えば不法行為の時、やや厳密に言えば、

損害が発生した時に成立することが原則である。しかしながら、「請求権」という概念が多義的に使用されることを前提として考えていくと、抽象的な権利としての「損害賠償請求権」と、具体的に発生した損害を具体的に填補するための「損害賠償請求権」とで、請求権の具体的な発生時期を分ける方が合理的であるという場合もないわけではない。

まず、譲渡ないし相続の対象としての「損害賠償請求権」は、当初の損害発生時、すなわち不法行為の時に成立する。この場合は要するに、財産権としての損害賠償請求権が抽象的に発生していれば足りるわけであるから、具体的な賠償額等が確定していないことは問題とならない。

次に、一定の金銭等の給付を具体的に受ける権利としての損害賠償請求権に関しては、抽象的な損害評価のみで一定の給付が具体的に請求できるか、という問題がある。これは、損害の概念把握の仕方や損害の算定方法によって大きく変化することであるが、当事者の利益状況からして具体的な損害算定を厳密に要求される場合でなく、かつ、客観的な評価基準が存在する場合において、最終的な金額の調整を行うために一定の確実性を持った概算額を請求できないとすることは、被害者の救済に欠けることが明らかであるから、かかる場合には抽象的評価に基づく損害賠償請求を肯定すべきであると考えられる。もともと、損害賠償請求が最終的には訴訟によって実現されることまで考慮すると、完全に抽象的な評価のみで損害賠償請求ができるというのは理論上のことであり、請求を認容するための最小限度の事実関係を主張立証する必要が生ずることとなる。なお、継続的な不法行為の場合には、最終的な損害の合算額を中途時点で算入することはできないが、少なくともある時点で生じている損害について賠償請求ができることは明らかであり、かつ、一定程度以上の確実性を以て予測が可能である場合には、将来における損害賠償請求も認められることが被害者の救済に資するであろう。

又、遅延利息の発生に係る損害賠償請求権は、被害者に対する損害填補を促進させる必要があることから、当初の不法行為の時であるとされており、消滅時効の起算に関しては、第724条により、加害者を知った時から、又は行為の時から、と規定されている。

第5款 損害賠償の範囲

(1) 帰責原理による限定

不法行為によって発生した損害の全てを加害者に対して賠償させることは、被害者の救済と不法行為の抑制効果のみを考えれば一見望ましいことではあるが、他方において不法行為法が被害者と加害者との衡平を図るものであることを考慮すると、加害者に賠償させるべき損害の範囲を合理的に限定する必要がある。

帰責原理による限定とは、典型的には、既に講義した第一次的な損害と後続損害との関係

における、加害者の責任の範囲の限定に係る問題とほぼ同一である。

すなわち、加害者の責任に関して相当因果関係論を採用するのであれば、以上の各局面についてそれぞれ相当因果関係にある損害を確定していくことが必要であり、相当因果関係論を支持しないのであれば、不法行為から直接生じた第一次的な損害については保護されるべき利益の範囲、後続損害については第一次的損害との危険性の関連の程度について、各々確定していくことが必要である。なお、後続損害について問題となることが多い典型的な費目は、賠償請求に際して要した弁護士費用であり、判例では、自己の権利の擁護上、訴提起を余儀なくされた場合には、弁護士費用の相当額が不法行為と相当因果関係に立つとされ、かかる相当額については、事案の難易、請求額、認容額等の諸般の事情を考慮して決定されることとなる(最判昭和 44 年2月 27 日民集 23 卷2号 441 頁:不当執行、最判昭和 57 年1月 19 日民集 36 卷1号1頁:交通事故)。

又、財産権侵害、精神的損害、及び人格権侵害の相互関係については、一般的には財産権侵害に対する賠償がなされた場合についてはそれに通常伴う精神的損害や人格権侵害についても賠償がされたものと考えられているが、加害行為の悪性が強いと評価される場合や、被害者個人にとって特に主観的価値の高い利益(家宝、ペット等)が侵害された場合等、財産権侵害として一般的に認められるべき賠償額に加えて、なお精神的損害ないし人格権侵害に係る慰謝料を認めることが妥当であるとされる場合もあるであろう。

(2)時間的限定

損害賠償として請求できる賠償額の範囲は、基本的には当該請求を行う訴訟の口頭弁論終結時まで具体的に発生している損害に限られるわけであるが、将来において生ずることが確実であると認められる損害についても、予め請求できるとする方が、被害者の救済に資することとなる。特に、継続的な権利侵害がなされている状態において将来における損害賠償を肯定することは、事実上当該行為の差止を認めることと同一の効果を期待できる場合もある。しかしながら判例は、民事訴訟法第 135 条の「予め請求する必要性」について厳格に解しており、航空機騒音に係る公害訴訟について、将来における事情の変動につき債務者側に立証の負担を負わせることが妥当でないとして、地域住民側の将来における損害賠償請求を否定している(最判昭和 56 年 12 月 16 日民集 35 卷 10 号 1369 頁)。

又、一旦確定した判決、和解、調停、示談等の後に新たに具体化した損害について、後日さらに請求できるかも問題となる。確定判決については当該訴訟物に対して既判力が生ずることが原則であるが、口頭弁論後に生じた事情の変動が著しい場合については、かかる事情の変動によって新たに具体化した損害については既判力は及ばないとされている(最判昭和 61 年7月 17 日民集 40 卷5号 941 頁、民事訴訟法第 117 条)。調停、示談についても同様に、当時において全損害の発生を合理的に予測できなかった場合には、追加賠償が肯定されている(最判昭和 43 年4月 11 日民集 22 卷4号 862 頁:調停後の死亡、最判昭和 43 年3月 15

日民集 22 卷3号 587 頁:示談後の後遺症)。

第6款 損害の算定

賠償範囲に抽象的に属するとされた損害についてであっても、訴訟において一定の給付を受けるためには、損害の評価ないし算定が必要である。これについては、まず、損害算定の基礎及び算定の基準時が問題となるほか、具体的な状況における各種の損害算定の実例をある程度詳細に見る必要がある。又、認められるべき損害額を縮小ないし増大させる事情として、損益相殺、過失相殺、及び遅延利息の問題も関わってくる。以上の問題のうち、まず、損害算定の基礎及び算定の基準時に係る抽象的な問題点を扱うこととし、次いで、具体的な損害算定の状況や損害額の縮小増大について検討する。

(1)損害算定の基礎

損害額の算定については、理論的には、一定の客観的基準に従って客観的に確定されるべきであるとする考え方と、裁判官の自由裁量に基本的に委ねるべきであるとする考え方とが存在しうる。従来のが国では、慰謝料については裁判官の自由裁量に委ねる反面(大判明治43年4月5日民録16輯273頁)、財産的損害については、被害者である原告の側に損害額についての主張立証の責任があり、かかる立証がなされない場合には請求は棄却されるべきであって、裁判官の裁量を認めるべきでないとする見解が支配的であった(最判昭和28年11月20日民集7巻11号1229頁:不法占拠者に対する賃料相当額の請求を棄却した事例)。

しかしながら、現在では、損害額の算定は、実体的な法規範に基づくものでなく、裁判官が損害の事実を認定した後それを金銭的に評価するという創造的裁量的行為である、とする主張が有力であり、又、現実的な問題としても、損害額の立証を被害者である原告に逐一要求することは、損害賠償として被害者が受領できる金額を不相当に少額とする結果を導きかねないことが指摘されている。特に、社会の構造が全体的に複雑となるにつれ、特定の権利侵害によりどの範囲で損害が生じ、かつ、それをどの基準によって算定すべきかという判断は、その妥当性を客観的に論証することを加速度的に困難としている。加えて、前述のとおり、慰謝料請求については裁判所による自由裁量が認められ(算定根拠すら示さなくてもよい)、かつ、立証困難や訴訟の長期化に基づく精神的損害を財産的損害の補完として慰謝料を請求することも認められている以上(名古屋高金沢支判昭和47年8月9日判時674号25頁:イタイタイ病第一次訴訟)、財産的損害についてのみ厳格な立証を要求することは実質的に無意味ですらある。さらに、不法行為法が加害者と被害者との衡平を図る制度であることを強調するのであれば、加害行為と損害との因果関係がある程度の蓋然性によって部分的に肯

定できる場合には、証明責任に関する法則を適用して画一的な判断を下すよりも、損害額を割合的に認定して負担を当事者間に配分する方が政策的に見て妥当である。

以上のような理由により、現在では、平成8年改正で民事訴訟法に第248条が新設され、損害額の立証が損害の性質上極めて困難であるときは、裁判所が弁論の全趣旨と証拠調べの結果に基づき、相当な額の損害を認定できるとして、裁判官による一般的な裁量権行使が明文の規定によって認められるに到っている。

(2)損害算定の基準時

前述のとおり、現在においては、損害額の算定について裁判所の自由裁量が部分的にはあるが認められるに到っているため、損害額の算定をどの時点で行うこととすべきかについては、従来と比べてそれ程厳格に考える必要性は小さくなってきているといえる。

もともと、民事訴訟法第248条といえども全ての事案について裁判所の損害額算定に係る裁量を認めているわけではないから、従来の判例学説の採用している損害算定の基準時に係る議論を概観しておくことは、最低限度必要である。

判例は、富貴丸事件(大判大正15年5月22日民集5巻386頁)において、物の毀滅に係る損害については毀滅当時における交換価格による、すなわち、損害発生時において損害額を算定することを原則としたうえで、それ以降の価格騰貴等の事情については、第416条にいう特別事情に該当するとして、加害者の予見可能性を要求する、との理論構成を採用している。しかしながら、その後の判例においては、一般的な価格上昇が合理的に予測できる場合には、当該価格上昇に関する差額等についても損害額として認容されるに到っている(最判昭和37年11月16日民集16巻11号2280頁:履行不能後の価格上昇の見込み、最判昭和47年4月20日民集26巻3号520頁:自己使用目的の不動産についての価格上昇)。

実際、被害者が現実に金銭としての賠償を受領可能となるのは、場合によっては被害発生後相当期間を経過した後であることも少なくないわけであるから、損害発生時の損害額を厳格に適用することは、遅延利息のみによっては填補できない実質的な拡大損害を被害者に負わせることを意味している。又、訴訟の継続中に新たに発生した事情を損害額の算定に当たって考慮できるということは、加害者側にとっては訴訟が遅延すればするほど賠償範囲が拡大するわけであり、かかる事情は必然的に訴訟を早期に終結させる動機付けとなることが明らかであるから、被害者の迅速な救済を図るという点に加えて、損害額の算定を損害発生時とする判例の原則にも実質的に沿った判断を可能とさせることとなり、妥当なものであると思われる。

第7款 財産的損害

(1)物の滅失

物の滅失における所有権侵害に対する賠償額は、原則としてその物の交換価格である。ここでいう交換価格とは、損害賠償によって実質的に原状を回復させようとする考え方に立つるのであれば、消費者の使用する物については調達価格、商品については売却価格によるべきであるとされる。又、目的物について転売契約がある場合等、特別の利益を確実に見込める場合には、当該逸失利益についても損害賠償の対象となる。但し、交換価格には一般に物の通常の使用価格が包含されるから、交換価格の他に使用価格を請求することはできない。

なお、中古品の場合には、市場があれば当該市場における取得価格により、市場性のない物については新品から合理的な減額を施した価格によるとされる。

(2)不法処分

他人の物を処分して所有権を侵害した場合についても、物を毀損した場合と原則として同様の賠償が認められる。もっとも、未だ第三者が権利を取得していない段階(従って物の所有権はなお被害者にある)では、所有権の帰属侵害としての交換価格の請求は否定されており、目的物の取戻や取戻までの間の利用に係る損害が賠償の対象となるにすぎない点に注意すべきである。

(3)物の毀損

他人の所有物を毀損した場合には、原則として、①毀損当時における修理代、②修理に相当な期間中の使用不能による休業損害又は代替物の賃料、及び③修理後もなお存在する価値減少、について賠償する必要がある。又、修理が不能であったり買い替えが社会的に相当である場合(自動車の破損等が典型である)には、目的物の価格と売却代金との差額が賠償額となり、毀損によって無価値となった場合については滅失に準じて賠償額が算定される。

(4)不法占有、不法占拠

物の不法占有等に基づく所有権侵害については、原則として賃料相当額が損害額となり、それ以上の損害額を請求する場合には、かかる損害発生の確実性が要件となる。なお、かかる賃料については、判例通説によると、賃貸借終了後における不法占有に関しては従前の賃料額、無断転貸借の場合における不法占有にあつては転貸借契約上の賃料額とされているが、不法占有を理由とするのであれば、当事者の合意した額によることは必要でもなく妥

当でもないので、客観的な賃料額とすべきであるとの見解もある。

(5)有価証券の侵害

株券や手形等の有価証券が滅失又は毀損されたとしても、それによって株主権や手形上の権利が直ちに消滅するわけではなく、権利者は当該証券の再交付を請求する権利がある。従って、有価証券に係る侵害について、権利者が加害者に請求しうる損害は、その回復費用(取戻に係る費用や再発行費用等)についてのみであり、株式の価値相当額や手形金相当額の請求をすることは、原則として認められない。もちろん、侵害後回復までの間に当該証券を売却する機会を逸したり、権利行使に支障が生じたり、第三者に権利を取得されるなどして証券価値相当額の損害を被ったりした場合には別論である。

(6)賃借権の侵害

賃借権を滅失させた場合における損害額は、当該賃借権の交換価格があればそれによるべきであるが、交換価格が判然としない場合には、賃料収入から必要費用を差し引いた額を以て賠償額とするほかないであろう。又、賃借物を不法占拠した場合における賃借権者の損害は、前述した所有権者の場合と同様賃料相当額とされるが、賃料額の相当性と賃料以上の損害の回復とについては、所有権侵害における同様の問題が生ずる。

(7)抵当権侵害

抵当権の目的物を第三者が侵害した場合には、抵当権は担保の目的物を失う反面、当該第三者に対する目的物所有者の損害賠償請求権を物上代位によって担保の目的物とすることができる(第304条、第372条)。従って、この場合には、抵当権の目的である価値の把握という点に関しては、理論上は損害がない場合が生ずる。この考え方からすると、抵当権侵害それ自体に対する損害賠償額は、目的物の侵害に対して所有者の持つ損害賠償権の価値と従前の目的物との差額となる筈であるが、担保取引における当事者間の法律関係の実情に照らして考えると、当該目的物それ自体と目的物侵害に対する損害賠償請求権とが価値として同質として扱うことについては、疑問の余地が生じないではない。

(8)無体財産権侵害

無体財産権の侵害については、有体物に対する侵害と異なり、侵害者と権利者とが同時に権利を行使することが可能であるため、侵害に対する損害額の厳密な算定は必ずしも容易でない場合が多い。このため、現在では、多くの特別法によって無体財産権侵害については

賠償額の推定規定が置かれるに到っているが、これらの賠償額の推定規定は、一面において侵害者の取得した利益を権利者に移転する効果があることから、権利者による侵害の誘発が問題となりうる。

第8款 生命侵害

損害賠償請求の主体に関して既に解説したとおり、生命侵害に基づく損害賠償請求に関しては、相続的構成と非相続的構成とが対立しており、どちらの考え方を採るかによって、損害額の算定の仕方に相当の差異が生ずることとなる。以下では、判例の主流が相続的構成を採っていることから、まず、死亡した被害者の逸失利益の算定についてまず検討し、その後、相続人固有の損害である扶養利益喪失の算定について検討する。

(1)逸失利益の算定

前述のとおり、死者の逸失利益の算定が必要となるのは、生命侵害に関して相続的構成を採用した場合に限られる。

逸失利益の本質については、伝統的な考え方では予測された所得の喪失であるとされてきたが、近時においては稼働能力ないしは労働能力の喪失であるとの見解も有力である。これは、被害者が乳幼児、無職者、主婦等、そもそもの所得額が必ずしも高額でない者と高額所得者との賠償額の格差が「人間としての価値」の観点から不相当な格差であると考えられるに到ったこと、及び、後遺障害があるにもかかわらず所得が減少しなかった者についても賠償額を認めることが妥当であると考えられるに到ったことによる。

逸失利益の具体的な算定方法として、一般的に用いられている算定公式は、年間収入から生活費を控除した額に労働可能年数を乗じ、これを一時に請求する場合についてはさらに中間利息を控除する、というものであるが、年間収入の標準値の設定やその上昇の程度(昇級、昇格の考慮)や、生活費の算出(特にインフレの考慮が問題となる)、労働可能年数の算定、さらに中間利息の控除の方法(単利計算としてのホフマン方式と複利計算としてのライブニッツ方式とがある)をどう選択するかについて、複雑な問題が多々生じている。

(2)扶養利益喪失の算定

相続的構成の下では、死者の逸失利益は死者自身の損害として計算された後、相続人に相続されるから、遺族の扶養利益の喪失については、それと重ならない部分、すなわち、遺族が現に扶養を受けていた実額を基に算定されることとなり、それ程複雑な問題を生じさせない。

これに対して、非相続的構成の下では、前述した死者の逸失利益を死者自身の損害を考えるのではなく、遺族固有の損害に含めて考えることとなるから、前記のような計算がこの段階で必要となるほか、各遺族の受けていた死者からの扶養利益の割合算定がさらに問題となりうる。これは、あくまで理論構成上の差異であり、具体的な損害の算定についての考慮要素がそれ程異なってくるわけではないともいえるが、各遺族への損害の配分に関して相続分と異なる算定根拠を示す妥当性が問題となることは否定できない。

第9款 身体侵害

(1)逸失利益の算定

身体に対する傷害に基づく逸失利益は、いわゆる休業損害と後遺症に基づく逸失利益とに大別される。休業損害とは、受傷から症状固定日まで、又はこれを過ぎて社会復帰に必要な相当期間が経過した間に業務を休んだことに基づく「逸失利益」であり、伝統的な見解では主婦を除いて就労していない者による賠償請求を認めていない。又、後遺症に関する逸失利益の算定は、後遺症がなかった場合に得たであろう収入との差額を算定した後、必要に応じて中間利息を控除する。

以上は、逸失利益の本質を得べかりし所得の喪失と見る考え方に基づく場合であるか、稼働能力ないし労働能力の喪失を以て逸失利益と考えるのであれば、これらの計算は大幅に異なってくる。すなわち、後遺症による逸失利益と休業損害とは、稼働能力等の喪失という観点からは本質的に同様と考えられるため、現に収入がない者であっても就労の機会を奪われたことについて賠償請求を認めることが可能となる。又、後遺症による逸失利益については、当該後遺症による稼働能力等の喪失を割合的に考えたうえで、現在の収入と減収期間とを考慮して損害額を算定することとなる。

(2)治療費の算定

治療費については、一見して現実に要した額が明らかである反面、不法行為との因果関係の有無(加齢、病気等、他の要因の介在や、現実に支出した額が客観的に相当であるか否かの判断、特に治療の必要性和相当性、又、その結果に対する評価等)が常に問題となりうるため、加害者に対して請求可能な額を決定することが案外困難となることが少なくない。このため、現実の局面では、不法行為との因果関係を立証し易くするため、継続して治療を行うことが事実上必要となってしまう、これが客観的に見て不必要な治療費を被害者に支出させる原因の一端を構成しているわけである。

なお、治療費として請求しうるのは、原則として既に支出した部分についてであるが、支払

が確実なもの(脚を切断する傷害についての義足等)については将来分を請求することも認められている。

第10款 慰謝料

(1)慰謝料の発生事由と主体

慰謝料は、非財産的損害の中の典型的費目であり、後述のとおり不法行為に基づく損害賠償制度の中で極めて柔軟に運用されている結果、その発生事由や請求権者に関して、種々の問題が生ずるに到っている。すなわち、慰謝料は元来、現行法における金銭賠償主義を前提とし(金銭賠償主義を採らなければ苦痛の緩和は他の方法によることも可能である)、不法行為に基づいて被害者が被った精神的苦痛を金銭に評価して賠償を得させるものであるが、現在では、苦痛の感受性について疑問が生じうる主体(乳幼児等)についても慰謝料が認められるほか、生命侵害の場合に即死者が一旦慰謝料請求権を取得した後特段の事情がない限り相続されるとの構成が判例で採られており、かつ、被害者以外の者が被った精神的苦痛をどこまで賠償の対象として肯定すべきかについても、従来の家族的関係の枠をどこまで維持すべきかが問題とされるに到っている。

(2)慰謝料の本質

以上のような慰謝料の制度運用に係る問題点は、結局のところ、慰謝料の本質を私的制裁による精神的苦痛の緩和の部分に求めるか、それとも損害の填補の一環として位置づけるかによって、解決指針が異なるものと考えて差し支えない。不法行為法を刑事法から厳格に区別する立場からすれば、慰謝料も不法行為に基づく損害賠償の一環である以上本質的に損害填補のための制度であるべきこととなるが、後述のとおり慰謝料額の算定については裁判所の広範な裁量権が認められていること、被害者側のみならず周囲の関係者をはじめとする社会全体の応報感情をも慰謝料の認定に当たって考慮される傾向があること(凶悪事件に対する慰謝料額は一般に高額である)、及び慰謝料が個々の当事者の具体的感情によって算定されるというよりもむしろ客観的な基準に従っている傾向があること等からすれば、慰謝料の本質として、加害者に対して制裁を加えることによる被害者感情及び社会の応報感情の宥恕の意図が含まれていることは、否定できないように思われる。

(3)慰謝料の機能

前述のとおり、慰謝料には、損害の填補、加害者の制裁による被害者感情及び社会の応

報感情の宥恕、金銭的填補による被害者の満足等、様々な機能が存するわけであるが、実務上指摘しておく必要があるのは、慰謝料のいわゆる「補完的機能」ないし「調整的機能」についてである。

慰謝料の補完的機能とは、財産的損害について算定が困難である場合に、財産的損害を慰謝料によって補完して全体としての賠償額を調整する機能である。実務では、さらに進んで、被害者が全ての損害を一括して慰謝料として請求し、裁判所がこれを認めるという、いわゆる「包括請求方式」も行われるに到っている。このような実務の動向に対しては、財産的損害の算定困難を慰謝料によって裁判所が調整することは本末転倒であり、端的に財産的損害の証明の程度を再検討すべきであるとの見解も根強い。実際、慰謝料の補完的機能を極大化することは、結局のところ、損害賠償の算定について裁判所の裁量権を極大化させることに外ならないから、裁判所をコントロールする客観的基準を事実上放棄することに等しい。しかしながら、既に解説したとおり、現在では民事訴訟法に第 248 条が新設され、一定の要件の下に裁判所が損害賠償額の算定について広範な裁量権を有することが認められるに到ったため、今後において、慰謝料の補完的機能は、むしろ損害賠償の中心的存在となっていくことが予想される。

(4)慰謝料の算定

慰謝料の額は、被害者側、加害者側、事件発生当時における周囲の状況等、諸般の事情を考慮して、裁判所が決定する。従って、裁判官は算定根拠を示す必要がなく、又、原告も慰謝料額を証明する必要がない。このことについての問題点は既に触れたとおりであるので、ここでは繰り返さないこととする。

なお、前述のとおり、慰謝料額が裁判所の広範な裁量に委ねられるということは、一面では個々の状況によって慰謝料額が区々になるということを意味している筈であるが、現実には、交通事故のように大量に発生する類型的事案においては、個々の事件の個性を超えた慰謝料額の客観化の傾向が見られることをも付言しておく。

第11款 損益相殺

(1)損益相殺の観念

「損益相殺」とは、不法行為に関連して被害者が利益を受けた場合に、かかる利益相当額を損害賠償額から控除することをいう。ここでいう「利益」とは、被害者が第三者に対する関係で利益を受けた場合も含まれており、必ずしも加害者に対する関係での利益に限られない。

損益相殺が認められている根拠については、差額説の立場からすれば、現実の財産状態

を考える際に利益を受けたことを考慮することの一端としてかなり単純に導かれるが、むしろ、不法行為法の目的が被害者の損害填補にあり、被害者が不法行為によって利益を受けることを抑制することは、結果として不法行為の誘発を防止することになる、との政策的判断に求めることが妥当であろう。

(2) 損益相殺の要件

損害賠償請求権の範囲に関して相当因果関係論を採用する場合には、損益相殺という利益の範囲は、当該不法行為と相当因果関係にある利益として画されることとなる。これに対して、相当因果関係論を採用しない立場からは、当該利益が被害者に生じた損害を直接填補する性質のものであること、すなわち、損害賠償と当該利益との間に「法的同質性」があることが必要であるとされている。いずれにせよ、不法行為と条件関係に立つ全ての利益を損害額から控除することは妥当ではなく、当該利益を損益相殺の対象とすることが被害者と加害者との衡平に合致するとの規範的判断が、背後に控えていることは疑いない。

(3) 損益相殺が問題となる場合

損益相殺がどの範囲で認められるべきかについて、具体的に問題となる状況としては、次のような場合が挙げられる。

まず、損益相殺の対象となる利益について、果たして「現実の利益」でなければならないかが問題となる。すなわち、不法行為によって被害者が第三者に対する請求権を取得した場合に、現実に支払いを受けた分に限って損益相殺の対象となるか、それとも支払の確実なものであれば請求権取得自体が損益相殺の対象となるかが問題となる。判例では、当該債権が現実に支給された場合、又はこれと同視しうる程度にその存続及び履行が確実である場合に限り、損益相殺の対象として損害額からの控除を認めるべきであるとする（最判平成5年3月24日民集47巻4号3039頁）。具体的には、遺族年金や労災保険金が現実に支給された場合に、かかる利益は損害を填補するものとして、損益相殺の対象とされている反面（最判昭和52年10月25日民集31巻6号836頁、前掲最判平成5年3月24日）、同じく死亡を保険事故とするものであっても、生命保険金や労災保険の特別支給金については、損害填補の目的がないとして損益相殺の対象とされていない（最判昭和39年9月25日民集18巻7号1528頁、最判平成8年2月23日民集50巻2号249頁）。又、支給が確定していない場合や（前掲最判平成5年3月24日）、請求者以外の者が受給した場合については（最判昭和50年10月24日民集29巻9号1379頁、最判平成7年1月30日民集49巻1号211頁）、被害者の損害が填補されたわけではないとして、損益相殺が認められていない。なお、第三者に対する請求権が損益相殺の対象となる場合においては、当該第三者は被害者に対して履行した部分につき不法行為の加害者に対して求償権を取得するとされている。

次に、将来における逸失利益を含む損害賠償を現在において一時金として受領する場合における中間利息と、同じく将来における生活費を控除すべきことについては、判例学説とも争いはない(最判昭和 39 年6月 24 日民集 18 卷5号 874 頁:生活費)。問題となるのは年少者が死亡した場合における労働可能年数に達するまでの養育費であり、学説は対立しているが、判例は控除すべきでないとする立場を採っている(最判昭和 53 年 10 月 20 日民集 32 卷7号 1500 頁)。又、被害者は死亡後には所得税等を支払う必要がなくなるわけであるから、論理的には課税相当額の利益を不法行為によって得ていることになる筈であるが、判例は非控除説に立っており(最判昭和 45 年7月 24 日民集 24 卷7号 1177 頁)、この立場は現行所得税法第9条第1項第 16 号によって損害賠償請求権等に対して所得税が課されないこととも整合していると言われている。

このほか、不法行為の相手方から受けた給付については、それが経済的価値を有する限り損益相殺の対象としなければならないが、相続に基づく利益や偶然の事情に基づく利益については損益相殺の対象とならない。

第12款 過失相殺

(1)過失相殺の意義

「過失相殺」とは、権利侵害ないし損害の発生に被害者の過失が関与している場合に、裁判官の裁量によって、被害者の過失と加害者の過失とを比較検討し、損害を被害者と加害者との間に配分する制度である。なお、債務不履行一般に関する第 418 条と第 722 条第2項との文言の対比により、不法行為における過失相殺にあつては、損害賠償責任を否定することは認められておらず、かつ、裁判官は被害者の過失を斟酌してもしなくてもよいとされている。

以上のことは、不法行為法の目的が被害者の救済にあると同時に損害の衡平な配分にあることからの、半ば当然の帰結であると言われている。

(2)過失相殺の要件

過失相殺の要件としては、まず第一に、加害者に不法行為責任が認められる状況があることが必要である。従って、被害者の行為が介入したため因果関係が切断されたような場合については、そもそも加害者の不法行為責任が成立しないわけであるから、過失相殺の問題は生じない。他方、加害者の責任が肯定できる場合であれば、中間責任や無過失責任についても過失相殺が認められる。前記のとおり、過失相殺は損害賠償額の算定に当たって被害者の過失を考慮するものであり、不法行為責任に係る加害者の過失を相殺するものではない。

いからである。

第二に、被害者に過失があることも、過失相殺の当然の要件となる。この過失は、不法行為の成立、損害の発生についてのみならず、損害の拡大についての場合を含む(従って、加害者に責任のない部分についての過失についても過失相殺の対象となる)。又、ここにいう「過失」は第709条に規定される加害者の過失とほぼ同義であるとされているが、「注意義務違反」には厳密には該当しない程度の「期待される合理的な行動からの逸脱」をも含む概念であるとの見解も有力である。いずれにせよ、被害者には過失についての能力が必要であるが、この過失のための能力は、責任能力よりも低いと考えられている(最判昭和39年6月24日民集18巻5号854頁:8歳)。なお、ここでいう「過失」に「故意」が含まれることは言うまでもない。

このほか、判例では、被害者自身の過失のほか、被害者と身分上ないしは生活関係上一体関係にあるとされる者の過失についても、「被害者側の過失」として、過失相殺の対象を拡大しようとする傾向がある(最判昭和42年6月27日民集21巻6号1507頁)。ここでいう「被害者側」として過失相殺を肯定された者としては、被害者である幼児の父母(最判昭和44年2月28日民集23巻2号525頁)、被害者の配偶者(最判昭和51年3月25日民集30巻2号160頁)、被害者の従業員(大判大正9年6月15日民録26輯884頁)等があり、又、過失相殺を否定された例としては、被害者である幼児を引率していた保育園の保母(前掲最判昭和42年6月27日)、被害者の同僚(最判昭和56年2月17日判時996号65頁)、婚姻も同居もしていない被害者の恋人(最判平成9年9月9日判時1618号63頁)等がある。

(3)過失相殺の効果

被害者側に過失が認められるときは、裁判所は損害賠償額の決定につきこれを斟酌することができる(第722条第2項)。従って、過失相殺を行うか否かは裁判所の自由裁量に属しており、賠償義務者からの主張がない場合でも、提出された訴訟資料に基づき職権で過失相殺を行うことができる。もっとも、裁判所に自由裁量があると言っても、過失相殺の結果として加害者の責任を免除することはできないし、過失の事実を斟酌しない場合にはその理由を判決中で説明すべきであって、これを行わない判決には理由不備の違法があるとされている。

なお、一部請求に対する過失相殺については、賠償額全額について過失相殺を行い、残額を請求額の範囲で認容すべきであるとされているが(外側説:最判昭和48年4月5日民集27巻3号419頁)、賠償額に対する請求額の割合に応じて過失相殺を行うべきであるとの考え方(按分説)も有力である。

第13款 遅延利息

損害賠償債務は、被害者からの催告を待たずに、賠償債務発生の時、すなわち不法行為

の時から、法定利率による遅延利息を生ずる。これは、不法行為法の沿革のほか、被害者の救済に実効性を持たせるためであるとされている。

第14款 損害賠償請求権の性質

不法行為の一般的効果に関する主要な問題については概ね以上のとおりであるが、以下では、損害賠償請求権の性質に関してなお問題となる点を若干挙げる。

(1) 一身専属性の有無

財産的損害に関する損害賠償請求権が原則として譲渡又は相続の対象となることは疑いないが(扶養請求権に基づく損害賠償請求権を除く)、慰謝料請求権は、その基礎にある被害法益が請求者の人格権であり、損害も請求者の精神的苦痛であることから、いわゆる一身専属性が問題となりうる。しかしながら、現在の判例は、慰謝料請求権も単純な金銭債権であり当然に譲渡相続されるとしており(最判昭和42年11月1日民集21巻9号2249頁)、学説においても異論がない。なお、加害者の負う損害賠償債務については、当然に相続の対象となるとされている。

(2) 相殺の禁止

不法行為に基づく損害賠償請求権は、受働債権として相殺してはならない(第509条)。すなわち、不法行為の加害者は、自らの負う損害賠償債務を常に現実に履行せねばならず、相手方に対する反対債権と相殺することは許されない。これは、被害者に現実の救済を受けさせる必要があることと、債権回収に際して不法行為を誘発する恐れを防ぐため、とされているが、前者の理由については異論が生じないわけではない(加害者が倒産した場合は相殺以外の方法では救済が得られなくなる)。なお、不法行為の被害者が損害賠償請求権を自働債権として相殺することは、差し支えないとされている。

判例は、この相殺禁止の範囲を相当広範に捉えており、一方が損害賠償請求権でない場合、異なる不法行為間である場合、一方が人損である場合についてはもとより、同一事故の当事者間における物損の損害賠償請求権同士の相殺も禁止しているが、学説からは厳格過ぎるという批判が加えられている。

第15款 損害賠償請求権の消滅

(1)消滅事由

損害賠償請求権も、債権の一種である以上、債権一般の消滅原因によって消滅するが、若干の特則が設けられている。

まず、相殺については、前述した第 509 条の制限がある。

次に、消滅時効については、第 724 条で、被害者又はその法定代理人が加害者及び損害の発生を知った時から3年、又は行為の時から20年、と規定されており、このうち20年の期間は除斥期間であるとするのが通説である。

又、損害賠償請求権も私人の権利である以上、権利者によって放棄されることがありうるが、被害者が損害を被っているという事柄の性質上、放棄の意思の認定には慎重であるべきだとの見解が有力である。和解ないし示談後に顕在化した後遺症については、既に検討したとおりである。

(2)賠償者代位

損害賠償債務の履行によって、被害者が損害を受けた物又は権利の価額全部について填補を受けた場合には、加害者は第 422 条の適用があり、加害者は賠償者代位ができる。これは、被害者を不法行為によって利得させないためである。

第16款 請求権競合論

不法行為に基づく損害賠償請求権が、他の法律構成、すなわち契約上の債務不履行に基づく損害賠償請求権や、不当利得返還請求権としても成立しうる場合には、「請求権競合論」と呼ばれる問題が発生する。この問題についての詳細は、債権総論の講義で解説するためここでは省略するが、①請求権競合説、②法条競合説又は請求権非競合説、③全規範統合説の3説があり、特に免責特約との関係をどのように考えるべきかが問題となることのみを指摘しておく。

第4節 特殊な不法行為責任

第1款 責任無能力者の監督者の責任

(1)責任の根拠と性質

第714条は、第712条及び第713条により責任のない者については、監督すべき義務のある者、又は監督義務者に代わって監督する者(以下、一括して「監督者」ということがある)が賠償責任を負う旨を規定し、但し、これら責任を負うべき監督義務者等が義務を怠らなかつた場合はこの限りでない、とする。

この責任無能力者の監督者の責任は、監督者の過失の立証責任が条文上監督者にある点で中間責任の一種であり、かつ、直接の加害者が責任を負わない場合の監督者の補充的責任を定めたものである。この責任は、元来、家族構成員の不法行為に対して家長が絶対責任を負ったことに沿革が求められるものであり、判断能力の欠如のため加害行為を行いやすい責任無能力者について、監督者に対する継続的な一種の危険責任とも言うべき管理責任を負わせたものであり、第709条で認められる通常不法行為と比べて一般に重い責任であるとされている。

もともと、現代においては、責任能力のある未成年者についても、監督者の補充的責任を認めることが被害者の救済に資することから、後述のとおり、第714条に基づく監督者の責任と独立した監督者としての責任を、第709条を媒介として認めるとの考え方が支配的であり、監督者の責任に関する民法の規定には、一種の交錯現象が生ずるに到っている。

(2)責任発生の要件

第714条に基づく監督者の責任が認められるためには、第一に、直接の加害者に責任能力がないこと、第二に、当該行為に責任能力以外の不法行為の要件(例えば違法性など)が全て備わっていること、第三に、監督者が監督の義務を怠らなかつたという証明のないこと、が必要である。

ここでいう「責任無能力者」は、必ずしも「制限能力者」と同一ではなく、未成年者の中にも責任能力のある者とない者がいる。又、制限能力者でなくとも、一時的に事理弁識能力が欠如していれば責任無能力者に該当する。なお、行為者に責任能力がないことの立証責任は被害者にある。

一方、第714条が監督者の補充的責任を定めたものであることを強調すると、未成年者に責任能力がある場合には、監督者が監督の義務を怠っていた場合でも、第714条に基づく責任はないとされることとなる。しかしながら、この結論はあまりに被害者の救済に欠けることとなるため、現在では、監督義務者等は無能力者の加害行為をさせないよう一般的に注意すべき義務が第709条を根拠に認められるとの議論が台頭し、判例でも肯定されるに到っている(最判昭和49年3月22日民集28巻2号347頁)。

監督者に要求される監督義務の内容は、職業、地位等によって具体的には差があるものの、理論的には一般的客観的基準による善管注意義務であると考えて差し支えない。問題となるのは、軽過失免責を認めている失火責任法との関係であり、学説は必ずしも一致していなかつたが、判例では重過失の有無は責任無能力者の行為自体についてではなく、監督者の監

監督義務について判断すべきである、としている(最判平成7年1月24日民集49巻1号25頁)。なお、監督者が監督義務を怠らなかったことの立証責任が監督者側にあるとされることは、条文からも明らかである。このほか、監督義務の怠りと権利侵害との間に因果関係があることが必要であるかが問題とされるが、第714条が絶対責任を認めたものでない以上、監督義務を怠らなかったとしても権利侵害が生じたことを監督者が立証した場合には、監督者の責任を否定せざるを得ないであろう。

(3)責任の負担者

第714条に基づく監督者としては、未成年者については、親権者(第820条)、親権代行者(第833条、第867条)、後見人(第857条)ないしは児童福祉施設の長(児童福祉法第47条)であり、制限能力者については成年後見人等(第859条ほか)、精神障害者についてはその保護者(精神保健及び精神障害者福祉に関する法律第20条)である。又、監督義務者に代わって責任無能力者を監督する者としては、監督義務者との契約、法律による処分、ないしは事務管理によって責任無能力者の監督を引き受けた者をいい、託児所、保育所、幼稚園、学校、精神病院、少年院等の施設ないし事業体のみならず、個人である場合もありうる。

(4)第714条適用の効果

監督者は、責任無能力者の行為によって生じた損害を賠償しなければならない。賠償すべき損害の範囲は不法行為の一般原則による。なお、責任無能力者に対して求償することができないのは、責任能力制度の趣旨からして当然である。

第2款 使用者責任

(1)責任の根拠と性質

第715条は、ある事業のために他人を使用する者(使用者に代わって事業を監督する者を含む)が、被用者がその事業の執行につき第三者に加えた損害について賠償責任を負うものとし(第715条第1項本文)、使用者が被用者の選任監督につき相当の注意をしたとき、及び相当の注意をしても損害が生ずるべきときは免責される、と規定する(第715条第1項但書)。そして、賠償した使用者から被用者に対して求償権の行使を妨げない、と規定する(第715条第3項)。

使用者責任が第709条の不法行為とは別に認められる根拠については、従来は報償責任

によるものと考えられてきたが、危険責任によるものと主張する見解も有力になりつつある。又、被害者と使用者との衡平の点から考えても、大企業を典型とする使用者は、使用者責任に基づくリスクを製品価格に転嫁して消費者に分散することが可能であるし、被害者の救済にとっても、賠償資力が一般に潤沢な使用者からとりあえず賠償を受けることか望ましい。使用者責任の根拠としては、以上のような点が現在では並列して論じられている状態にある。

又、使用者責任の法的性質については、次の点が理論的に争われている。第一に、使用者の責任を第 715 条の文言どおり過失責任(中間責任)の一種として位置づけるべきか、それとも選任監督の無過失の立証を事実上否定して実質的な無過失責任と考えるべきか、という点である。第二に、使用者責任は被用者の責任を使用者に代わって負わせる「代位責任」か、それとも被用者の責任とは独立した使用者の責任を認める「自己責任」か、という点である。これらの点は、使用者責任に関する具体的な要件の立証に関する事実上の問題のほか、使用者責任の前提としての「被用者の有責性」をどこまで重視すべきかという理論的な問題点に密接な関係を持っている。

(2)責任発生の要件

使用者責任の要件は、第一に、ある事業のために他人を使用すること、第二に、事業の執行につき被用者が第三者に損害を加えたこと、第三に、使用者の選任監督につき過失がないとの証明がないこと、又は選任監督につき過失がなくても損害が発生したとの証明がないこと、である。

ここでいう「事業」とは営利目的であると否とを問わず、継続的であると一時的であるとを問わず、事実的であると法律上であるとを問わない、極めて広範囲な意味を持つ概念である。又、「他人を使用する」とは、契約の種類や有効無効を問わず、他人に対して指揮命令を行う関係にあることを言う。従って、自主的な判断に基づいて独立に処理される業務については、ここでいう指揮命令関係に当たらないが、これも契約の外形ではなく当事者間の関係の実質により判断される。又、三当事者以上の関係にあつては、同一人が複数の者から指揮命令を受ける場合や、間接的に指揮命令を受ける場合もありうるが、原則としてその全ての場合につき使用者責任を肯定すべきであると考えられている。

又、「事業の執行につき」とは、その文言のみから画一的な概念が導かれるわけでは必ずしもないことに加え、判例により徐々にその範囲が拡大していく傾向にある。すなわち、事業の範囲は、本来の事業に限られることなく、事業と密接な関連を有する行為に及ぶ。又、被用者の職務の範囲については、使用者から本来与えられないし命令されている職務はもちろんのこと、使用者から当該業務が与えられていない場合、さらには権限濫用に基づく背任横領等、使用者の事業遂行目的に明らかに反する場合についても、当該行為の外形上職務の範囲内に属すると第三者において信ずるに足りる場合についても、業務執行性が幅広く認められている(これを「外形理論」という)。この外形理論は、使用者が被用者に認める筈がない権

限濫用行為がなされた場合や、被用者独自の過失と評価されるような場合(例えば自動車事故など)についても、第三者に生じた被害につき使用者責任を認めるための理論構成であって、客観的に職務の外形がある限り、被用者の行為に対して使用者は原則として責任を負うこととなる反面、第三者の側に悪意又は重過失がある場合には、外形上職務執行性があると信じたことにつき第三者を保護する理由がないとして使用者責任を否定するという、第715条の文言からは直ちには導かれないような利益衡量基準を確立させるに到っている。

被用者が損害を与えた「第三者」とは、使用者及び加害被用者以外の者をいい、同一使用者の指揮命令を受ける他の被用者も含まれる。又、被用者の加害行為については一般不法行為の要件を全て充たしていることが原則であるが、使用者責任を無過失かつ自己責任と位置づける見解からは、被用者の故意過失や責任能力は使用者責任を認めるために必ずしも必要でないとの主張がされている。

第715条第1項但書の文言上、使用者は被用者の選任監督につき相当の注意をし、又は相当の注意を払っても損害が生じたであろうことを立証した場合には、使用者責任は否定される余地がある。しかしながら判例は、かかる使用者の免責事由の存在を事実上認めておらず、結果として使用者責任は無過失責任に近い存在となっており、このことが前述した使用者責任は自己責任であるとの議論に拍車をかけているということが出来る。実際、被害者にとって事業内部における選任監督の態様につき反証を挙げることは困難であることをも考慮すると、事実上使用者責任が無過失責任化することは、被害者と使用者との平衡の観点からすれば、一般的には妥当であると考えられる。但し、前述のとおり使用者責任が追及される状況は広範な指揮命令関係を媒介した多種多様な関係であることから、理論上免責の余地を使用者に残しておくことも同時に必要なわけである。

(3)使用者責任の効果

使用者責任が認められると、使用者は被用者の行為について被用者と共に損害賠償責任を負う。この両者の責任の関係について、使用者の代位責任ないし報償責任を強調する見解からは、被用者の第三者に対する責任を制限すべきであるとの主張がされている。これに対して、使用者の自己責任ないし危険責任を強調する見解からは、被用者の負うべき責任と使用者責任とは別個独立の責任であり、両者は不真正連帯の関係にあるとされている。

又、第715条第3項によれば、使用者責任を負った使用者は被用者に対して求償することができる旨規定されているが、判例によれば、この範囲は「損害の公平の分担という観点から信義則上認められる範囲」に限定されており(最判昭和51年7月8日民集30巻7号689頁)、この点も、使用者責任が被用者の責任と独立した使用者独自の責任であるとの見解の論拠となっている。

(4)類似制度との対比

使用者責任と類似する制度としては、第 44 条による法人の不法行為責任、国家賠償法第 1 条による国の責任、表見代理における本人の責任等がある。

理論上、法人の不法行為責任は無過失責任であり、中間責任である使用者責任と異なるとされているが、前述のとおり使用者責任が事実上無過失責任化している現状では、両者の差異は実質的になくなっている。

国家賠償法は、公権力の行使に係る公務員の不法行為につき、国の責任を認めるものであり、民法の使用者責任に対する特別法の関係に立つ。従って、国家賠償責任と使用者責任との関係においては、「公務員」の概念のほか、「公権力の行使」の概念が重要な解釈問題となる。

表見代理は、代理権の外形を信じた第三者の信頼を保護して本人の責任を認めさせるものであるが、究極的には取引本来の効果を本人との間で生じさせることを目的とする。従って、表見代理は、被用者との間で生じた損害の賠償につき独立の責任を発生させようとする使用者責任とは目的が異なるものであり、両者は競合関係に立たないとする見解が有力である。

第3款 注文者の責任

第 716 条は、注文者は請負人がその仕事につき第三者に対して加えた損害を賠償する責任がない、との原則を示しつつ(第 716 条本文)、注文又は指図について注文主に過失があった場合については請負人の加害行為につき注文主が責任を負うべき旨を規定する(第 716 条但書)。これは、請負人が仕事の遂行につき独立した判断を行うことに着目し、かかる仕事の遂行は処理者自身の仕事と見られることから、事務処理上の損害につき注文主が責任を負わない、という原則を明らかにすると共に、注文主は仕事の遂行の過程で第三者に対する加害行為を予見し又は予見しうる場合にはこれを回避すべきであり、従って注文ないし指図において過失があった場合には、請負人が第三者に対して加えた損害につき例外的に責任を負うべき旨を規定したものである。

もともと、注文主と請負人との事実上の力関係は、具体的状況により区々であるため、注文主の責任に関する前述した「原則」と「例外」は、あくまで条文の文言上の関係を指すものである。又、請負人の責任と注文主の責任との理論的關係も問題となるが、現在では注文主は請負人の責任について使用者責任を負うのではなく、請負人とは独立の責任を負うものと考えられているため、請負人の加害行為が不法行為に該当しない場合でも、注文主の責任が生ずることがある。なお、請負人と注文主とが共に責任を認められる場合には共同不法行為となり、両者の責任は不真正連帯債務となる。

第4款 工作物責任

(1)責任の根拠と特徴

第 717 条によると、まず、土地の工作物の設置又は保存における瑕疵によって他人に損害が生じた場合、工作物の占有者が責任を負う(第 717 条第1項本文)。次に、占有者が損害の発生を防止するのに必要な注意をしたときは、占有者は責任を免れ、所有者が損害を賠償する(第 717 条第1項但書)。そして、損害の発生につき責任がある者が他にいる場合には、占有者又は所有者はこの者に対して求償権を行使することができる(第 717 条第3項)。なお、竹木の栽植又は支持に瑕疵があった場合についても、上記と同様に処理される(第 717 条第2項)。

要するに、これらの規定は、工作物占有者の第一次的な過失責任ないし中間責任と、工作物所有者の第二次的な無過失責任とを組み合わせたものであるが、このうち、理論上特に問題となるのは、言うまでもなく所有者の無過失責任の性質である。これについては、所有者が工作物の管理に注意を尽くしたか否か、といういわゆる「行為責任」を問題とするものではなく、工作物に「瑕疵」があるという状態がある場合に、かかる工作物を所有するという法的地位に基づいた、一種の「状態責任」であると考えられている(大判昭和3年6月7日民集7巻 443頁:瑕疵につき善意無過失の譲受人の責任を肯定)。このように、工作物所有者の責任は、不法行為責任の中で唯一無過失責任を認めたものであるため、その他の無過失責任に対して議論の応用類推が可能かが常に問題となりうるが、土地の工作物の瑕疵という危険の具体的原因が特定された状況における責任である以上、他の危険源に対する議論の応用類推には慎重でなければならないであろう。ちなみに、工作物責任と類似する関係にある特別法上の責任としては、国家賠償法第2条に基づく営造物責任、製造物責任法に基づく製造物責任等がある。

なお、工作物責任の根拠については、従来は専ら危険責任が挙げられてきたが、報償責任に基づくとも考えることも可能である。又、占有者が第一次的責任者とされているのは、工作物の瑕疵に対する直接の対処が可能な地位にあるからであり、かつ、所有者の責任を占有者の責任よりも重くしたのは、占有者が工作物から受ける利益が一面的かつ一時的であるのと比べて、所有者が工作物から受ける利益が全面的かつ終局的であるからだとされる。しかしながら、現代における工作物の利用にかかる占有者と所有者との関係の実態を考慮すると、上記のような占有者と所有者との工作物に関する支配関係ないし利益享受関係を一般的に前提とすることに対しては、疑問の余地が大きいと言わなければならない。

(2)責任発生要件

工作物責任の成立要件としては、第一に、土地の工作物があること、第二に、かかる工作

物の設置又は保存に瑕疵があること、第三に、他人に損害が生じたこと、第四に、瑕疵と損害との間に因果関係があること、第五に、占有者については免責事由がないことである。

「土地の工作物」とは、元来は、「土地に接着して人工的作業を施すことによって成立した物」と定義されていたが、現在では、「土地の工作物として機能しているか否か」によって判断され、いわゆる「機械」であっても設備の一種であればここでいう工作物に含まれる。かつ、工作物は必ずしも単独の物ばかりではなく、附属設備を伴った施設全体をも含むものとされている。

「設置又は保存に瑕疵がある」とは、工作物が通常有すべき安全性に欠ける状態が、当初から(設置の瑕疵)、又は工作物の維持管理の過程で(保存の瑕疵)生じたことをいう。工作物責任の要件として物の瑕疵を考える場合には、工作物の状態を重視するか、それとも設置保存に関する占有者又は所有者の行為を重視するかによって結論が大幅に異なってくるが、所有者の責任が無過失責任とされ、かつ、占有者の免責要件としてはじめて注意を尽くしたことが挙げられていることからすれば、瑕疵の判断については物の状態それ自体を観察すべきだということになる。又、具体的局面における瑕疵の判断においては、当該工作物が設置されている場所、当該工作物の用途及び利用状況等について、諸般の事情を考慮して決定すべきであるとされている。又、当該工作物が有する危険性ないし法益侵害の可能性の程度と、かかる危険を除去するために必要な費用等の犠牲とを比較衡量することも、一般的に肯定されている。なお、瑕疵の存在の証明は被害者にあるのが原則であるが、前述のとおり瑕疵が物の通常有すべき安全性の欠如であるとされる以上、損害の発生により事実上瑕疵の存在が肯定される場合が少なくないことに注意すべきである。

「他人に損害が生じたこと」とは、一般の不法行為と同様である。なお、工作物の瑕疵による失火に際しては、失火責任法と第717条との適用関係が問題となり、判例では失火責任法の適用が肯定されているが(大判昭和7年4月11日民集11巻609頁)、工作物責任が行為責任でなく状態責任であると考えるのであれば、第717条の適用を原則とする方が論理的には一貫するであろう。

「瑕疵と損害との因果関係」についても、一般の不法行為に関する議論がほぼそのまま適用されるが、自然力との競合については、工作物が通常有すべき安全性の中に一般に含まれる場合が少なくないため、不可抗力の抗弁が一般の不法行為の場合と比べてやや肯定されにくい傾向がないではない。実務上頻繁に問題となる局面は、通常想定できない規模の自然災害によって損害が生じた場合に、当該工作物が通常有すべき安全性を欠いていたか否かである。

占有者については、損害の発生を防止するのに必要な注意をしたこと、すなわち無過失であることを立証すれば責任を負わない。これに対して所有者は、無過失責任とされている以上、免責概念自体が存在しない。なお、所有者の責任が二次的であるとされる以上、占有者が責任を負うべき場合には、所有者は責任から免れるものと考えられている。

(3)責任の効果

工作物責任を第一次的に負うのは「占有者」であるが、これは、工作物を事実上管理支配する者(いわゆる「直接占有者」)のほか、工作物を直接は管理しているわけではないが、被害者に対する関係で管理支配すべき地位にある者(いわゆる「間接占有者」。最判昭和31年12月18日民集10巻12号1559頁:土地を米軍の使用に供している国の間接占有を認めた事例)へと拡張されていく傾向がある。次に、第二次的責任を負うのは「所有者」であるが、譲渡の際に移転登記が未了である間の譲渡人を含むか否かについては争いがある。

又、占有者又は所有者が工作物責任により賠償をした場合において、当該瑕疵につき他に責任を負うべき者がいる場合には、これらの者に対して求償を行うことができる。これらの者は本来なら被害者に対して直接不法行為責任を負う筈であるが、被害者はより責任の証明し易い工作物の占有者ないし所有者に対して責任追及を行う可能性が高いため、被害者に対する賠償の後における実質的な責任者にへのリスクの転換を認めているのである。

第5款 動物占有者の責任

(1)責任の根拠と特徴

第718条は、動物の占有者に対し、その動物が他人に加えた損害を賠償する責任がある、と規定すると共に(第718条第1項本文)、占有者が動物の種類及び性質に従い、相当な注意を以て保管をしていた場合については免責される旨を規定する(第718条第1項但書)。この動物占有者の責任は、動物特有の危険に由来する危険責任の一種である。なお、現行民法ではこの責任は中間責任とされているが、外国の立法例には無過失責任とするものや家畜についてのみ中間責任として他を無過失責任とするものも少なくない。

現代では、交通機関として動物が使用されることがほとんどなくなった反面、ペットや興業用の動物による損害発生が増加しているため、動物占有者の責任に関する規定の趣旨が改めて問題となりつつある。

(2)責任発生の要件

動物占有者の責任の要件は、第一に、動物が他人に損害を加えたこと、第二に、免責事由が存在しないこと、である。

ここでいう「動物」とは、家畜であるか否か、有用動物であるか否かを問わず、現に人の支配下にある動物全てを指す。なお、微生物や細菌に基づく損害発生については、行為者による一般不法行為の問題であり、動物占有者の責任の問題ではないとされている。又、「動物に

よる損害の発生」とは、動物の独立した行動によることが必要であり、かつ、動物の行動と損害発生との間に因果関係があることも必要である。なお、被害法益の種類は限定されない。

前述のとおり、占有者は、動物の種類及び性質に従い、相当の注意を以て保管していたことを証明すれば、責任を免れる。この立証責任は占有者側にある。ここでいう「相当の注意」とは、諸般の事情が考慮されたうえで、最終的には社会通念によって判断されるものであるが、現実には無過失責任に近い判断基準が設定されているといわれている。

なお、第 718 条第2項では、占有者に代わって動物を保管する者にも同様の責任を課しているが、現在ではこの規定はほとんど意味がないとされ、動物の保管について誰が支配権を有していたかにより占有者と保管者(占有者の補助者である場合が少なくない)との責任が配分されている。

(3)責任の効果

占有者は動物が他人に加えた損害につき賠償をしなければならない。被害者側に過失があれば過失相殺の対象となることは当然であり、動物同士の闘争の場合も過失相殺が問題とされる余地があるであろう。なお、責任者が複数ある場合には、共同不法行為となって、不真正連帯債務が成立する。

第6款 製造物責任

(1)製造物責任の特徴

「製造物責任」とは、最も広義では、製造物の欠陥によって被害が生じた場合に、その製造物に関わった製造業者及び流通業者が負うべき責任をいう。

一般的な不法行為法の下で、商品の欠陥によって消費者等の生命、身体、財産等に被害が生じた場合、被害者が製造業者や流通業者に対して「加害者」としての責任を追及するためには、①製造業者及び流通業者に故意又は過失があったこと、②商品の欠陥と生じた損害との間に因果関係があることを、被害者において立証すべきことが原則である。しかしながら、現実の局面では、被害が生じたこと自体が明らかとなった場合でも、かかる被害が果たして商品の欠陥から生じたものか否か、そもそも商品に被害を生じさせるべき「欠陥」があったか否か、仮に商品に欠陥があったとしても、製造業者や流通業者に故意又は過失があるか否か、という点を被害者が証明することは、当該商品に関する専門知識や情報等が製造業者等の側に偏在していることを考えれば、相当程度困難である。まして、被害が生じたとの連絡を受けた製造業者ないし流通業者が「調査」と称して欠陥のあった製品を回収してしまった場合には、被害者側が商品の欠陥を証明すること自体が実質的に妨害される結果を、事実

上容認せざるを得なかった。

この場合、製造業者や流通業者と比べて被害者をなぜ救済する必要があるかと言えば、次の2点が理由として挙げられる。第一に、被害者が受けうる損害は生命身体に直接関わる損害であるのに対し、加害者である製造業者等が受けるその防止のために受ける負担は基本的には経済的な損害であって、損害が質的に異なっている。第二に、製造業者等は、損害の発生のために要した負担を製品の価格等に反映させることにより再度消費者に転嫁することが可能であるのに対し、消費者側は商品の欠陥によって被った損害を製造業者側に転嫁する手段が事実上なく、過失責任主義の前提の一つである当事者相互間における立場の互換性がない。以上のことから、製品の有する欠陥に起因する消費者に生じた損害については、一般の不法行為法では対処が困難であり、特別法による厳格な責任を製造業者等に認めるべきであるとの認識が、特に1990年代前半において盛んとなった。製造物責任法は、この議論の流れの結果として、1994年に制定されたものである。

(2)製造物責任法の概要

製造物責任法第3条によれば、製造業者及び製品の製造業者としての表示をした者は、その引き渡した製造物の欠陥により他人の生命、身体又は財産を侵害したときは、これによって生じた損害を賠償する責任がある、とする。ここでいう「製造物の欠陥」とは、当該製造物が通常有すべき安全性を欠いていることを言う(製造物責任法第2条第2項)。この条文によれば、被害者は、「加害者」としての製造業者の故意又は過失の立証をする必要はなく、当該製造物に欠陥があったことを立証すれば、製造物責任に基づく製造業者の責任を追及できることとなる。もっとも、一般不法行為の議論においても、いわゆる「過失の客観化」により過失は注意義務違反と見られ、医薬品、食品等、製品によっては高度の注意義務が課されていることを考えると、この製造物責任法の規定が特に被害者による立証の負担を緩和しているかについては、何とも言えないとの見方がある。しかしながら、工作物責任に関して述べたとおり、製造物における欠陥が、当該製造物が通常有すべき安全性の欠如であるとされる以上、当該製品を使用する過程で被害が生じた場合には、製品の欠陥が相当容易に立証できるものと言うことができる。従って、製造物責任法の下での被害者側における主要な立証の負担は、被害が当該製造物から生じた事実、言い換えれば他の原因によって被害が生じたのではないことに転換することになり、これは通常、被害者側の支配領域において生ずる事実を基に立証することが可能であるから、一般不法行為に従って製造業者等の故意又は過失を立証することと比べて、被害者の立証の負担を事実上緩和する効果があることは否定できないように思われる。

他方、製造物責任法は、製造業者に対して、次のような免責事由を規定する。

第一に、製造業者等が当時の技術水準において当該製造物の有する欠陥を認識できなかった旨を立証したときは、免責される旨を規定している(製造物責任法第4条第1号:開発危

険の抗弁)。これは、製造物責任を無過失責任とすると新製品開発が実質的に阻害されるとの製造業者側からの主張を受け容れたものであり、ここでいう「科学又は技術に関する知見」とは、当時における最高水準の技術又は知見を言うと言われているが、現実の局面でどの程度を以て最高水準技術と判断するかは、微妙なものと言わなければならない。

第二に、当該製造物が他の製造物の原材料等として使用された場合において、その欠陥が専ら他の製造物の設計に関する指示に従ったことにより生じ、かつそうしたことに過失がないことを立証した場合についても、当該原材料等の製造業者は免責される(製造物責任法第4条第2号)。これは、同じく立法過程で原材料や部品を供給する業者が過大な責任を負わされる恐れのあることに対する懸念に対処したものであり、原材料供給業者に立証責任を転換させることによって、関係当事者の衡平を図ろうとするものであるが、当事者主義の訴訟制度における判断の一貫性が保たれるかが、理論的には問題となりうる。

第7款 国家賠償責任

(1)国家賠償責任の特徴

国家賠償制度は、国家の違法な活動によって私人に損害を与えた場合に、その損害を国家が填補するものである。ここでいう国家の行為には、半ば必然的に国家としての行為を現実には司る自然人である公務員の行為が介在してくる。歴史的には、国家の主権が責任と矛盾することを基礎とする「主権無答責の原則」、要するに、国家が主権を持つ存在である以上違法な行為は国家に帰属しないという原則が各国において妥当していたため、国家の使用人である公務員の違法行為により私人に損害を与えたとしても、責任を負うべきは公務員自身であって国家ではないとの考え方が、国家賠償制度に対する大きな障害となっていた。現在の国家賠償制度は、国及び公共団体の責任を定めた日本国憲法第17条を受けて制定されたものである。この位置づけについての通説的な考え方は、憲法第17条の規定が主権無答責の法理を放棄したものであって、国家の行為にも民法に基づく不法行為責任が一般的に適用され、従って、国家賠償法は民法の特別法であるというものであるが、他方、公権力の行使については民法の適用を受けないと考えたとすると、国家賠償法は民法と異なる特別の責任を新たに創設したものとする考え方も、理論的には成り立ちうることに注意すべきである。

国家賠償法上の責任のうち、民法上の不法行為責任との関係で比較してみる価値があるのは、同法第1条に基づく公務員の責任と、同法第2条に基づく製造物責任であるため、以下ではこの点に絞って検討を加える。

(2)公務員の責任

国家賠償法第1条に基づく、公権力の行使に係る公務員の責任については、行政法学において詳細な議論がなされているため、以下では、民法第715条の使用者責任の議論との対比において重要と思われる点を列挙しておく。

まず、同条に基づく国家の賠償責任の性質が、代位責任であるか自己責任であるかについては、「公務員に代わって」という明文の規定はないものの、国家による選任監督にかかる責任について特に規定されていないこと、及び、加害公務員に対する国の求償権が認められていることからして、代位責任であると考えるのが、従来の一般的な考え方であった。しかしながら、現在では、国家による権力作用が危険責任の最も典型的な状況であることを根拠に、同条が自己責任を認めたものとする考え方も主張されており、国家の責任を認める要件として公務員の主観的要素を考慮すべきか否か等をめぐって議論が対立している状況にある。

又、同条の中心的要件である「公権力の行使」については、様々な学説が対立しているが、現在の判例は、国家の活動全てが公権力の行使に当たるとするわけではないが、概ね国の私経済的作用及び国家賠償法第2条の対象となるものを除く全ての行為を指し、公立学校における教師の教育活動、規制的な行政指導についても公権力の行使に当たるとしている（最判昭和62年2月6日判時1232号100頁：学校における授業中の事故事例）。

国家賠償法第1条と民法第715条との条文上の違いとしては、国家賠償法では国家に免責を認める規定がないこと、及び求償権の要件が若干異なることが挙げられるが、これらは現在の運用の中で相対化していると言われている。従って、現在においてもなお残存する違いとしては、国家賠償法上の責任を追及する場合には公務員個人の責任を追及する余地がないとされているのに対し（最判昭和30年4月19日民集9巻5号534頁）、民法の使用者責任を追及する際には被用者の責任を併せて追及できるとされている点である。

(3) 営造物責任

国家賠償法第2条に基づく責任は、同法第1条の責任と異なり、公権力の行使とは考えられない公の管理作用に基づく国の賠償責任を明確にするとの趣旨で設けられたものであり、民法第717条でも処理が可能であったものを特則として位置づけたものとされており、民法第717条の工作物責任とほぼ同一の要件が定められている。両者の違いとしては、民法の工作物よりも公の営造物の方が動産を含む広い概念であること、民法では占有者の免責が規定されているが国家賠償法にはかかる規定がないこと、費用負担につき国家賠償法第3条で民法と異なる規定がされていること、等が挙げられ、感覚的には国家賠償法の方が被害者の救済にやや手厚いといえることができるが、同条の立法趣旨が上述のとおりである以上、現実にはそれ程大きな違いがでてくるわけではないとされている。

第8款 原子力賠償責任

(1)原子力損害の特徴

原子炉等の設備の事故に基づく放射能汚染を典型とする原子力損害については、次の2点を押えておく必要がある。第一に、原子力損害は、損害を被る地域が極めて広範囲に及び、又、損害額も極めて巨額になる恐れがあること、又、時間的な点についても、長い時間が経過した後に損害が発生する恐れがあることが重要である。すなわち、大事故が発生する確立はごく小さいものと仮定しても、一旦事故が発生すると非常に大規模の損害が発生する恐れがあるわけである。第二に、しかしながら、わが国におけるエネルギー需要とエネルギー資源との関係を考えて、発電事業を典型とする原子力産業の開発育成が、政策的にも社会的にも避けられないものであることも、同時に認識する必要がある。

このような点を考慮すると、原子力損害に対する賠償制度としては、第一に被害者となりうる公衆の保護を考えると同時に、第二に原子力事業の維持をなお図らなければならないという、極めて困難な要求を充たす必要がある。すなわち、原子力損害において事業者の過失を厳格に立証すべきものとする、被害がいかに甚大であったとしても、被害者が救済を受けられなくなる事態が生じかねない。他方で、事業者の過失が立証された場合には、事業者の負うべき賠償債務の額が極めて大きいものとなるため、事業者が倒産してしまい、事業の維持が図られなくなるばかりか被害者の救済にとっても十分でないという事態が生じてしまう。

以上のような要請に対処するための方策としては、次の方式が考えられる。第一に、原子力事業者の責任を無過失責任として、過失の立証責任の負担を被害者から取り除く。第二に、事業者に責任保険をかけさせて、賠償資力の担保を図らせる。第三に、責任保険によっても填補されない損害については、国家補償の問題として国民全体が最終的に負担する。

このように、原子力損害に対する賠償責任の履行については、原子力損害が上述のような特徴を持つものであるために、原子力事業者、保険会社、及び国の三者の責任関係をどのようなものとするべきか、理論的には、不法行為責任制度と責任保険制度、及び国家補償制度との関係をどのようにすべきかという、極めて複雑な問題点が存在しているわけである。

(2)原子力賠償制度の概要

原子力災害が発生した場合には、損害賠償以前にかかる災害それ自体に対する対処が必要となることは言うまでもないことであり、平成 11 年に発生した原子力事故を契機として、「原子力災害対策特別措置法(平成 11 年法 156 号)」が制定され、原子力災害の予防に関する事業者の義務、緊急事態発生時における応急対策、及び事後対策について、より具体的かつ詳細な規定が設けられるに到っている。この点からすると、原子力災害における賠償制度

は、災害それ自体が一応鎮静化した後に、関係当事者の法的責任をめぐって行われる事後処理問題の一端に過ぎないとも言えるわけであるが、この講義の目的との関係上、ごく簡単に原子力賠償に関する現行制度を概観しておきたい。

原子力賠償に関する現行法制度としては、いわゆる「原子力二法」と呼ばれる「原子力損害の賠償に関する法律(昭和36年法147号)」及び「原子力損害賠償補償契約に関する法律(昭和36年法148号)」が中心となっている。

この二法における原子力賠償責任関係の基本的な構造は、前述した理論上の構造を基本的に採用している。すなわち、まず、原子力事業者は原子力災害に関して無過失責任を負い(原子力損害賠償法第3条)、それ以外の者は賠償責任を負わない(原子力損害賠償法第4条)。これは、原子力事業者に責任を集中させることにより責任関係を明確化し、必要があれば事業者からの求償によって対処しようとするものである(求償につき、原子力損害賠償法第5条)。同時に、事業者は、損害賠償をするための賠償資力を確保する義務を負い、原子力損害賠償責任保険契約及び原子力損害賠償補償契約の締結又は供託により、一事業所当たり600億円を賠償する措置を講じなければならない(原子力損害賠償法第6条)。このうち、原子力損害賠償責任保険契約は、原子力損害が発生した場合に損害保険会社が被害者に対して保険金の支払をなすべきもの(原子力損害賠償法第8条及び第9条)、原子力損害賠償補償契約は、責任保険等によってはうめることのできない損害について政府が補償するものである(原子力損害賠償法第10条以下、及び、原子力損害賠償補償契約に関する法律)。

以上のような原子力二法については、次のような問題点が指摘されている。第一に、原子力事業者が私企業であることと、最終的な損害の負担が国による補償ないし援助を通じて国民全体の負担となることを、どのように理論的に位置づけるかである。この問題は、原子力事業者が責任保険料を未払いであった等、責任保険契約に瑕疵があった場合に、最も鮮明な形で現れる。第二に、原子力事業者に「無過失責任」を負わせることと、「どの範囲の損害に対して」責任を負わせるべきかは、理論的に次元の異なる問題が含まれるから、国による責任がどの範囲で生ずるべきかの問題と絡んで、慎重な検討が必要である。このとき、「被害の甚大性」あるいは「被害者の救済」という理念のみで、原子力事業者や国の責任が無制限のものとなるかは、一概には言えないように思われる。

第9款 共同不法行為

(1)共同不法行為の基本的解釈指針

第719条は、まず、第1項前段で、数人が「共同の不法行為」によって他人に損害を加えた場合には、その数人の間に責任の連帯があること、第1項後段で、共同行為者中のいずれが

損害を加えたのか不明である場合には、その共同行為者間に責任の連帯があること、さらに、第2項では、他人の不法行為を教唆又は幫助した者がある場合には、その他人と教唆又は幫助をした者との間に、責任の連帯を認めている。この規定が、広義の「共同不法行為者」にいわゆる「連帯責任」を課すことによって、被害者の保護を手厚くしようとしたことは疑いないが、同条の解釈については、その基本的な概念、例えば、「共同の不法行為」「共同行為者」「責任の連帯」等の意味内容は、論者によって大きく分かれている。これは、第719条が模範とした外国法の規定が必ずしも明確でなかったり、一部の状況についてのみ規定するものであったりしたことのほか、①制定当時において想定されていた事例はごく単純なもの(多数の者が暴動を起こすことなど)であったにもかかわらず、高度経済成長によって新たな紛争類型(自動車の衝突事故、複数企業による公害など)が生じてきたことから、第719条において同一の類型とされているものについても判断基準が異なるものとなる可能性が出てきたこと、②紛争の多様化により第719条の適用範囲が広がる一方で、同条独自の存在意義を探究する必要性が同条の適用範囲を抑制する方向に働くため、同条の適用ないし解釈について半ば必然的に論者の政策的判断が介在せざるを得なくなること、等の社会的政策的理由も挙げることができる。

第719条の解釈については、このような基本的な問題点が存在するわけであるが、解釈の基本的指針としては、一応次のことが挙げられる。第一に、第719条が特別の規定として設けられている以上、第709条とは別の独自の存在意義が探究されるべきである。第二に、不法行為法が多種多様に生じうる損害に対して被害者の救済を応分に図ろうとするものである以上、共同不法行為の具体的実態に着目した類型化を無視してはならない。第三に、第719条が連帯責任を定める以上、共同不法行為においては、被害者の救済を最優先すると共に、加害者相互間の衡平な損失の配分を図る必要がある。

(2)狭義の共同不法行為

「狭義の不法行為」とは、第719条第1項前段に規定されている形態の共同不法行為であり、実際には、複数加害によって1個の損害が発生し、各自に全部の損害賠償責任を負わせるべき場合の全てを含む、相当広範な概念である。これに対して、近時の学説では、各自に全額の賠償責任を負わせることができるのであれば、一般的な不法行為責任に基づいて各自の責任配分を判断すれば足り、共同不法行為の規定には一般の不法行為責任では対処できない独自の意義を見いだすべきであるとし、狭義の共同不法行為の適用される局面を限定して考えていく者も少なくない。

①各自の行為についての要件

伝統的な考え方の下では、各自の行為は独立して不法行為の要件を備えなければならない、

一部の者について不法行為の要件効果が異なる場合(無過失責任を負う者や法定賠償義務者がいた場合など)には、共同不法行為が成立するために各自に要求される理論上の要件が問題となる。これに対して、近時の学説は、各自が独立に不法行為の要件を充たすのであれば、第709条によって各自の責任を追及すれば足り、第719条の存在意義がない、と批判している。もっとも、近時の学説が批判を加えているのは、専ら因果関係や過失ないし違法性の部分であり、各自が不法行為の要件を備えること自体は、原則として必要と考えられている。

ここでいう各自の行為は独立した行為であることが必要であり、他人の指揮命令を受けて一体として行動する者は独立の行為者でない。この点からすると、注文者と請負人、工作物責任における占有者と所有者は共同不法行為者と解釈して差し支えないが、法人と法人の機関ないし従業員、不法行為者とその家族(特に配偶者)については、必ずしも共同不法行為者に該当しない場合がある。もっとも、これらの場合でも、一方の不法行為につき他方が全額の賠償義務を負わされ、かつ、かかる責任が不真正連帯となることは少なくないが、これは、特別の規定により不法行為者の地位や責任が他人に反映しているに過ぎず、「共同」不法行為には厳密には当たらないわけである。

因果関係についても、伝統的な学説は、各自の行為と損害との間の因果関係を逐一要求するが、近時の学説は、これを批判し、各自の行為でなく共同行為全体と損害との間の因果関係を観念しようとして様々な議論を展開している。又、類型ごとに各自の行為との因果関係の必要性をわけて考える説も多い。

故意又は過失については、後述する「共同」の要件と密接に関連を有しているが、現在の一般的な考え方では、故意に共同した場合のみに限らず、過失が競合した場合でも共同不法行為は成立するとされている。もっとも、学説の中には、故意と過失とが競合した場合につき、加害者同士であっても一方が他方を利用している関係にある以上、「共同」の行為であることを否定すべきであるとの考え方を示す者もある。

このほか、無過失責任を負う者と故意又は過失によって損害を加えた者との間の関係も理論的には問題とされるが、これは状況ごとの無過失責任の趣旨が危険惹起に基づく危険責任の要素(汚染物質の排出など)をどこまで有するかによって、具体的に判断すべきであるとされている。

又、権利侵害については、不可分1個の損害ごとに複数加害との関係が判断されて共同不法行為が認定されるわけであるが、各人の行為の全てが因果関係を持つわけではない権利侵害が発生した場合に、共通する損害が生じた一部についてのみ各自の連帯責任を認めるべきかが問題となる。

②「共同」の解釈

判例は、共同不法行為における「共同」を、いわゆる「客観的共同」と解しており、数人が通

謀又は共同の認識(「主観的な共同」)がある場合はもとより、かかる主観的共同がない場合であっても、各自の行為が客観的に関連共同していれば十分であるとし(最判昭和 43 年4月 23 日民集 22 卷4号 964 頁:複数企業による流水の汚染)、伝統的な学説もこれに従ってきた。

これに対して、近時の学説は、上記の判例通説に対して、各自について不法行為の要件を充たすことを要求しておきながら、「共同」の解釈については相当因果関係なしに責任を負わせようとするのは矛盾しているとの批判を加えている。これらの学説は、かかる相当因果関係の連続を共同行為者の意思に求めると共に、「共同」の意味内容を主観的共同関係がある場合に限定しようとする「新主観的共同説(かつて存在した「主観的共同説」は、因果関係の要件と共同との関連を問題とするものではなかった)」や、具体的な類型ごとに「共同性」の要件を行為者の主観や客観的事情を考慮して判断しようとする「主観・客観併用説」などに分類されるが、具体的な問題の解釈については、各説ごとに区々である。

③責任の「連帯」の解釈

共同不法行為が成立すると、各不法行為者は連帯して損害賠償責任を負う。ここでいう「連帯」の意義は、①各自が全損害について賠償義務を負い、②一人の賠償義務の履行によって他の者が責任を免れるとする点にあるほか、③民法の連帯債務の絶対的効力の規定(第 434 条ないし第 439 条)は適用されない、いわゆる「不真正連帯」である点が特徴である。これは、絶対的効力を制限することによって、被害者が現実の賠償を受ける可能性を拡大すると共に、他の局面における共同責任との均衡を図ったものと言われている。

もともと、近時は、場合によって連帯債務の規定の類推適用を認める方が当事者の衡平に適するとの見解も有力であり、特に債務の免除については、被害者側の意思解釈により他の不法行為者の免責を認めた事例も存在している(最判平成 10 年9月 10 日民集 52 卷6号 1494 頁)。

又、かつての学説では不真正連帯債務においては各自が全額を賠償する義務を負う以上いわゆる「負担部分」を観念できず、従って加害者相互間において求償をなす余地はない、とされていたが、現在では不真正連帯債務についても加害者相互間の衡平の観点から求償を認めるのが判例学説とも一般的であり(最判昭和 41 年 11 月 18 日民集 20 卷9号 1886 頁、最判平成3年 10 月 25 日民集 45 卷7号 1173 頁)、かかる求償の基準は、基本的には過失の割合によるとされている。

(3)加害者不明の共同不法行為

「加害者不明の不法行為」とは、第 719 条第1項後段に規定される形態の共同不法行為であり、各自の行為がいずれも損害を発生させるが、具体的に誰が損害を発生させたか不明

である場合、すなわち「択一的競合」の場合である。

かかる場合に共同不法行為による連帯責任が認められるのは、加害者不明のリスクを被害者に負わせることは酷であること、逆に、各自の行為が損害を発生させる危険を持つものである以上、そのリスクは各自に負わせて差し支えないこと、が挙げられる。この観点を徹底させれば、この場合の「共同行為者」と狭義の不法行為でいう「共同」とは区別して議論すべきこととなるであろう。

①要件及び効果

加害者不明の不法行為にあつては、複数の行為者各自が、因果関係を除いて、不法行為の要件を全て備えていることが必要である。ここでいう共同行為者は、故意であると過失であると問わず、又、無過失責任者をも含んで差し支えないものと言うべきである。又、各自の行為と損害との間に因果関係があることは必要でないが、各自の行為が損害を発生させる危険性を有していたことは必要である。又、「共同」の意義については、主観的客観的に共同関係がある場合のほか、同一の損害惹起に関与する全ての者を含むとの見解が有力である。もっとも、被害者の側も、因果関係を全く証明する必要がないというわけではなく、少なくとも共同行為者のうち誰かが損害を発生させたこと、各自の行為が損害を発生させる危険性を有していたこと、を立証すべきであるとされている。

加害者不明の共同不法行為についても、狭義の共同不法行為と同じく、その責任は共同行為者間で連帯責任となり、加害者相互間では不真正連帯となる。

②他の局面への類推適用

第 719 条第1項後段の文言を厳密に考えようとする、択一的競合か必要的競合かが明らかでない場合(各自の行為の危険性が判然としない場合)や、主観的共同を欠く複数の加害行為について、損害発生の寄与度が明確でない場合には、同条の適用ができないと思われるが、同条の趣旨が加害者不明のリスクを危険性を有する行為を行った加害者側に負わせることにあると考える以上、同条の規定を類推適用し、各自の行為における損害発生に対する寄与度が判明しない場合には、原則として平等の割合で責任を負うべきであるとされている。

(4)共同不法行為の教唆及び幫助

第 719 条第2項では、教唆者及び幫助者についても、共同行為者とみなされて実行者と共に連帯責任を負うものとされる。「教唆」とは、他人に不法行為の意思決定をさせること、「幫助」とは、直接行為の実行を容易にさせることであるが、積極的行為であることを常に必要と

するかについては、解釈上争いがある。

これらの教唆者又は幫助者については、故意過失及び責任能力は必要であるとされているが、ここでいう教唆又は幫助は不法行為とは必ずしも客観的共同関係に立たず、第2項により独立の責任が規定されていると言われている。もっとも、学説によっては、これらの教唆者又は幫助者についても、多くの場合主観的ないし客観的共同関係が認められるから、第1項に基づく共同不法行為が成り立つと主張するもの少なくない。

不法行為を教唆又は幫助した者についても、共同行為者の一部として連帯責任となり、かかる責任は不真正連帯となるが、責任割合については状況ごとに考慮する必要があることは言うまでもない。

(終)