



Title	四宮不法行為法理論の内的体系
Author(s)	大久保, 邦彦
Citation	阪大法学. 2024, 74(1), p. 31-103
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/95805
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

四宮不法行為法理論の内的体系

大久保 邦 彦

私が高く評価するこの著作〔ビドリンスキー『私法の体系と原理』〕は、⁽¹⁾「純粹の」法理学者や方法論者にとっては、私法解釈学的で地に着きすぎている一方、個別の問題につき具体的な情報を求め実践的・理論的に活動する「普通の」私法解釈学者にとっては、地から離れすぎているため、虻蜂取らずにならないかが懸念される。

(Ernst Kramer, Laudatio für Franz Bydlinski, JBl 2001, S.711)

身体につながっていることばをあるボリュームで持つていれば、それらのことばを組み合わせることで、あるいはそれらのことばと対比させることで、直接の身体経験がなくても、身体に接地したものとして新たなことばを覚えていくことができる。

表現したい事象を分割可能な最小の概念に分割し、それを組み合わせることで、効率的に（人間の認知処理能力の限界の中で扱える範囲で）表現したいことを何でも表現できるようになる。

高い学習能力を持っている学習システムでは、何かのきっかけでシステムが起動されると、知識が知識を生むというブーストラッピング・サイクルによって知識がどんどん増えていく……。単に知識のボリューム（個別の要素知識）が増えるだけではない。新しく加わる要素知識は既存の知識に関係づけられ、知識システムの構成要素となる。同時に、新たな知識は既存の知識を質的にも変化させる。知識を整理する上で根幹となる「似ている」や「同じ」についての認識自体が変化するのである。

(今井むつみ=秋田喜美『言語の本質』)⁽²⁾

I はじめに

本稿は、科学研究費補助金の助成を受けた「民法解釈における法原理の諸相と機能」という研究課題の一環をなすものである。この研究課題については、すでに別稿で総論的な考察を行ない、法理念・法原理・立法趣旨・法ルール等を要素とする「法の内的体系」のモデルを提示した。⁽³⁾ そこでの考察を前提にして、日本の法学研究者が身体経験を持っている日本法を分析し、その結果を「法の内的体系」のモデルの中に位置づけることにより「日本民法の内的体系」を言語化する各論の手始めとして、本稿では四宮和夫の不法行為法理論を取り上げる。定年（65歳）までの5年間は研究生活の総仕上げとして、さまざまなテーマや学説について同様の研究を継続することを予定している。

裁判官の多くは、自らが望ましいと考える結論に到達した後で、その結論を正当化する三段論法（Rules × Facts = Decision）を考案する傾向にあることを、フランク（Jerome Frank）を代表者とするリアリズム法学は明らかにした。⁽⁵⁾ しかし、結論に到達する際には、裁判官の勘・人格・信仰・情熱・偏見といった主観的・非合理的な要素だけでなく、客観的妥当性を有する法原理も作用している。⁽⁶⁾ 本稿では、四宮の不法行為に関する著作を手掛かりとして、四宮が解釈論を提示する際に法原理が作用していることを示し、不法行為法において四宮が依拠している法原理を抽出することにより、「日本民法の内的体系」の一部を描き出すことにする。⁽⁷⁾

II アレクシーの原理理論

四宮の著作を検討する前に、法原理と法ルールを峻別する原理理論の主唱者であるアレクシー（Robert Alexy）が、法原理と法ルールと具体的当為判断（konkrete Sollensurteile）の相互関係をどのように理解しているかを見ておくことにする。⁽⁸⁾

1 ドイツ連邦憲法裁判所の弁論無能力決定

アレクシーは、法原理と法ルールと具体的当為判断の相互関係を論じる際に、個人の基本権の保護を目的とする憲法訴願（Verfassungsbeschwerde, BVerfGG 13条8a号・90-95条⁽⁹⁾）に対するドイツ連邦憲法裁判所の弁論無能力決定（1979年6月19日⁽¹⁰⁾）を素材としている。この事件では、手続の負担により卒中発作や心筋梗塞の危険に脅かされている被告人に対する公判実施の適法性が問題となつた。⁽¹¹⁾

かつてゲシュタポに勤務していた被告人（決定時71歳[2]）は、1953年と1957年に卒中発作を起こした[3]。

1961年に被告人に対し開始されたエッセン地方裁判所での刑事手続において[5]、被告人の弁論能力に疑惑が生じ[6]、複数の医師の意見を踏まえた上で[7-9]、180回の公判期日を経た後、1970年5月5日の決定により手続は停止された[10]。その後も複数の医師の鑑定がなされた結果[11-14]、被告人は継続的に弁論無能力であるという確信が得られたため、1974年11月2日の決定でドイツ刑事訴訟法206a条1項⁽¹³⁾により公判手続は打ち切られた[15]。

1972年4月にハンブルク地方裁判所で開始された別の捜査手続[16]に関し、同地裁は、エッセン地裁に提出された上記の医師の鑑定に基づいて、1976年6月19日の決定で公判開始を認めなかった[17]。この決定に対し検察官は即時抗告をした。ハンザ同盟上級地方裁判所は、複数の鑑定を依頼したところ公判が被告人に与える危険性について鑑定人間で意見の対立があったにもかかわらず[21-26]、1978年2月9日、ハンブルク地裁での公判を認める決定をした[27]。

論 説

同決定は同月16日に被告人に送達されたところ、それにより被告人の健康状態は急激に悪化し、大学病院に救急搬送され、同年5月12日までそこで治療を受けた。被告人の家庭医によると「新たな卒中発作の差し迫った危険（生命の危険）」がある[28]。同決定に対し被告人は憲法訴願を申し立てたが、同月26日の予備審査委員会（Vorprüfungsausschuss）決定において、法的救済手段が尽くされていないという理由により不受理とされた^[29]。他方で地裁は複数の医師による新たな鑑定を指示した[30]。その鑑定[31-39]に基づき、被告人が刑事訴訟法206a条1項による公判手続の打切りを求めたところ、地裁は、被告人は継続的に弁論無能力であるという結論に達し、同年8月31日の決定で手続の打切りを認めた[40-42]。同決定に対し検察官が即時抗告をしたところ[43]、ハンザ同盟上級地方裁判所は同年11月29日に同決定を取り消す決定をした[44-48]。

その決定に対し、被告人は即時に憲法訴願を申し立て、同決定は被告人の人間の尊厳（ドイツ基本法1条1項）、生命および身体の完全性に対する権利（同2条2項1文）、法の下の平等権（同3条1項）、公正な手続・法律の定める裁判官の裁判（同101条1項2文）および法的審問（同103条1項）に対する請求権を侵害すると主張した[49-56]。

他方で、司法当局（Justizbehörde）は、被告人に対する公判実施は生命および身体の完全性に対する権利の侵害であるが、侵害の適法性判断に際しては国家司法請求権との衡量が必要であるところ、ハンザ同盟上級地方裁判所による衡量結果は憲法上維持できない、同裁判所の決定は人間の尊厳および公正な手続・法律の定める裁判官の裁判に対する請求権を侵害しない、という意見を陳述した[57-61]。

憲法裁判所は、憲法訴願は補充性原則（der Grundsatz des Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde）⁽¹⁷⁾に違反せず適法であり⁽¹⁸⁾ [62-63]、以下の理由で認容されると判断した[64]。

ハンザ同盟上級地方裁判所の決定[44]は、被告人の生命および身体の完全性に対する基本権を侵害する[65]。刑事司法の形態における法的平和の確保は、昔から国家権力の重要な任務であり、憲法裁判所も刑事司法に対する一般の利

益を強調してきたが[66]、刑事手続の続行により被告人が生命を失うか健康に重大な損害を被ることが健康状態に照らして懸念される場合には、刑事手続の実施は被告人の基本権を侵害する。かかる場合、「よく機能する刑事司法を確保する国家の義務」と「憲法上保障された諸権利を保持する被告人の利益（Interesse）」との間に緊張関係（Spannungsverhältnis）が生じる。双方の利益（Belange）のいずれもが絶対的に（schlechthin）他に対して優先されるわけではない。国家の刑事訴追請求権は被告人の基本権の顧慮なしに貫徹されなければならないし、被告人の基本権の考えうる危殆化のすべてが刑事訴追請求権の後退を要求するのでもない[69]。基本法2条2項1文に基づく基本権についてもそのことは妥当し、生じた対立（Konflikt）は相争う諸利益（Interessen）の衡量により比例原則に従って解決されるべきである[70]。公判実施により被告人が生命を失うか健康に重大な損害を被るという容易に予想される具体的危険が存在するときは、公判の継続は基本法2条2項1文に基づく被告人の基本権を侵害する[71]。

2 アレクシー『基本権の理論』

アレクシーによると、弁論無能力決定の分析により原理衝突解決の構造を洞察することができ、それは衝突法則（Kollisionsgesetz）としてまとめられる（S.79）。

(1) 衝突法則⁽¹⁹⁾

弁論無能力決定では、手続の負担のために卒中発作や心筋梗塞の危険に脅かされている被告人に対する公判実施の適法性が問題となっている。連邦憲法裁判所は、「よく機能する刑事司法を確保する国家の義務」と「憲法上保障された諸権利を保持する被告人の利益」との間に緊張関係が存在することを確認した上で、その緊張関係は一方の絶対的優位に解決されてはならず、これらの義務のいずれもが絶対的に優先されるわけではないとする[69]。そうではなく、「対立」は「相争う諸利益の衡量によって」解決されるべきだとする[70]。衡量の際には、抽象的には同レベルの利益（Belange）のうちいすれに、具体的

論 説

事例においてより高い重みが与えられるかが問題となる。すなわち、「侵害に反対する被告人の利益（Interessen）が具体的な事例において、国家の措置がその維持に仕える利益（Belange）よりも明白かつ本質的に重ければ、それにもかかわらず行なわれた侵害は、比例原則に違反し、基本法2条2項1文に基づく被告人の基本権を侵害する」[70]。

この判断状況は原理衝突と全く同じであり、違いは用語上のものである。同決定では、「衝突（Kollision）」ではなく「緊張状態（Spannungslage）」や「対立（Konflikt）」と言われている。⁽²⁰⁾ 衝突し衡量されるべきなのは「原理（Prinzip）」ではなく「義務（Pflicht）」、「利益（Belang, Interesse）」、「基本権（Grundrecht）」、「請求権（Anspruch）」と呼ばれている。この判断状況を原理衝突と表現することはすぐに可能である。刑事司法が可能な限り高い程度で機能するように配慮する要請と、被告人の生命および身体的無傷性を可能な限り高い程度で侵害されないようにする要請を語れば、原理衝突が得られる。これらの要請は、その充足の事実的可能性と法的 possibility に相関して妥当する。刑事司法がよく機能するという原理しか存在しないのであれば、公判の実施が命じられるか少なくとも許されるであろう。生命および身体的無傷性の保護原理しか存在しないのであれば、公判の実施は禁止されるであろう。つまり、各別に見ると両原理は矛盾するが、このことは一方が他方の充足の法的 possibility を限定していることを意味する。この状況は、両原理のうちの一方を無効と宣言し、法秩序から排除することによっては解決されない。原理の一方に例外を組み込み、その原理をそれ以外の全事例においては充足されるかされないかのルールと看做すことによっても解決されない。そうではなく、衝突の解決は、事案の諸事情を顧慮して、原理間の条件付き優先関係を確定することにある。条件付き優先関係の確定は、当該事案に関して一方の原理が他方の原理に優先する諸条件を挙げることにある。他の条件の下では優先問題が逆に解決されることもある。

条件付き優先関係の概念は、原理衝突の理解と原理理論にとって根本的な意義がある。それをより詳細に説明するために、弁論無能力決定の対立する両原理を《原理1》（生命および身体的無傷性に対する権利）と《原理2》（刑事司

法がよく機能すること)と記す。各別に見ると、《原理1》と《原理2》は相互に矛盾する具体的な法的当為判断となる。すなわち、《原理1》は「公判の実施を禁止し」、《原理2》は「公判の実施を命じる」。この衝突は、無条件か条件付きの優先関係の確定によって解決されうる。優先関係を表す記号として「>」を使う。一方の原理が他方の原理に優先する諸条件を「C」で表す。すると、原理衝突を解消する方法で事案を決定する可能性は4つある。

- ① 《原理1》 > 《原理2》
- ② 《原理2》 > 《原理1》
- ③ (《原理1》 > 《原理2》) C
- ④ (《原理2》 > 《原理1》) C

①と②は無条件の優先関係である。「抽象的」または「絶対的」優先関係と言うこともできる。連邦憲法裁判所はこのような無条件の優先関係を認めることを「双方の利益のいずれもが絶対的に他に対して優先されるわけではない」[69]という命題でもって否定した。この命題は憲法の原理衝突に全く一般的に妥当する。したがって、③と④の条件付き優先関係の可能性のみが残る。具体的または相対的優先関係言うこともできる。つまり、決定的な問いは、いかなる諸条件の下で、どちらの原理が優先し、どちらの原理が後退しなければならないかである。この関連で、裁判所はよく使われる重さの比喩を用いている。その言葉によると、「被告人の利益が、具体的事例において、国家の措置がその維持に仕える利益よりも明白かつ本質的に重いかどうか」[70]が問題となっている。量的な意味における重さをその種の利益は持ちえない。それゆえ、重さの語りで何を考えるかが問われる。条件付き優先関係の概念は簡単な答えを許す。具体的事例における諸条件Cの下で《原理1》が《原理2》に優先するとき、《原理1》はその具体的事例において対立する《原理2》よりも重い。

連邦憲法裁判所の衡量は、優先する諸条件(C)を挙げることと、この諸条件の下で《原理1》が《原理2》に優先するというテーゼを基礎づけることがある。その最も一般的な定式は、「公判実施により被告人が生命を失うか健康に重大な損害を被るという容易に予想される具体的な危険が存在するときは、公

論 説

判の継続は基本法 2 条 2 項 1 文に基づく被告人の基本権を侵害する」[71]という命題において、《原理 1》（基本法 2 条 2 項 1 文に規定された原理）が優先する条件を示している。この命題は、条件付き優先関係の理論にとって重要な点に到達している。この命題においては、原理・利益・請求権・権利その他の類似の対象が語られているのではなく、基本権侵害が存在する諸条件が述べられている。しかし、ある行為が基本権を侵害することは、その行為が基本法上禁止されていることを意味する。したがって、この命題は、「ある行為が条件 C を充足するときは、その行為は基本法上禁止されている」という形のルールの定式化と理解することができる。

つまり、ここで「優先する条件」と呼び、「C」という文字記号を付けたものは、二重の役割を果たしている。

③ (《原理 1》 > 《原理 2》) C

という優先命題において、C は〔《原理 1》が《原理 2》に〕優先するための条件である。

⑤ 行為 H が C を充足すると、H は基本法上禁止される。

というルールの定式化においては、C は規範の構成要件である。C がこれらの二重の性格を有することは、優先命題の構造から必然的に明らかになる。なぜなら、《原理 1》は対立する原理に事情 C の下で優先するということは、事情 C が存在するときに《原理 1》から生じる法律効果が妥当することを意味するからである。つまり、条件付き優先関係に関する優先命題から、優先する条件が存在する場合には優先する原理の法律効果を指示するルールが導かれる。それゆえ、条件付き優先関係とルールとの関連について以下の「衝突法則」を定式化することができる。すなわち、

(K) 《原理 1》が《原理 2》に事情 C の下で優先し [(《原理 1》 > 《原理 2》) C]、かつ、《原理 1》から事情 C の下で法律効果 R が発生するときは、C を構成要件、R を法律効果として含むルール [C → R] が妥当する。

技術的な定式化を減らすと、

(K') 一方の原理が他方の原理に優先する諸条件は、優先する原理の法律効果を示すルールの構成要件を構成する。⁽²¹⁾

(2) 法原理と法ルールと具体的当為判断の相互関係

アレクシーは、ルールと原理は行為ではなく規範の理由と把握した上で、次のように述べる。⁽²²⁾

ルールと原理とを区別するために提示されている諸規準の1つは、原理をルールの、しかもルールだけの理由と位置づけている。この規準が適切だとすれば、原理は具体的当為判断の直接の理由たりえないことになろう。原理はルールの理由であり、ルールは具体的当為判断（個別の規範）の理由であるという見解は、一見したところもっともらしい。しかし、より詳細に顧慮すると、その見解は適切でないことが判明する。ルールもルールの理由たりえ、原理も具体的当為判断の理由たりうる。「何人の自尊心も侵害してはならない」というルールは、「何人に対してもその失敗について意見を求めてはならない」という別のルールの理由たりうる。他方で原理は、裁判すなわち具体的当為判断の理由たりうる。たとえば、弁論無能力決定において、生命を保護する原理は公判実施を不適法とする理由であった。それにも関わらず、原理をルールの理由とする特徴づけは正鶴を射ている。それは、具体的当為判断の理由としてのルールと原理の異なる性格を反映している。あるルールが下されるべき具体的当為判断の理由であるとき、そして、そのルールが妥当し適用可能であり例外を許さないとき、そのルールは終局的な (definitiv) 理由である。具体的当為判断が「ある者に権利が帰属する」という内容を持つとき、その権利は終局的な権利である。それに対して、原理は常に一応の (prima facie) 理由にすぎない。⁽²³⁾ それ自体は一応の権利しか作らない。権利に関する裁判は終局的な権利の確定を前提とする。原理すなわち一応の権利が終局的な権利に至るには、優先関係の確定を経なければならない。しかし、優先関係の確定は、衝突法則によればルールの確定である。それゆえ、原理が結論的に具体的当為判断を支持する理由であるときは常に、この原理は、具体的当為判断の終局的な理由たるルールの理由となると言える。

3 小 括

弁論無能力決定とそれに対するアレクシーの考察から、次のことが言える。
まず、具体的当為判断を導く際に法原理が作用している、ということである。⁽²⁴⁾
弁論無能力決定においては、公判実施が被告人の生命や健康に重大な損害を及ぼす蓋然性が裁判官の心理に働きかけ、公判の禁止という結論が導かれていると見ることができる。それを「裁判官の勘」と呼ぶことも可能だが、その際、「生命・健康を保護する原理」が作用していることは疑いない。

ただし、法原理が基礎づけうるのは一応の結論であり、終局的な結論を得るためにには、他の法原理との衡量を経た上で、法原理間の優先関係を確定しなければならない。しかし、弁論無能力決定のように優先関係の確定が容易な事件においては、優先する法原理が結論に決定的な影響を与える。他方で、法ルールの機械的な適用により導かれる結論に違和感があるときは、その存在に気付かれていない何らかの法原理が作用している可能性がある。

次に、弁論無能力決定の決定文中では、「利益」「基本権」「請求権」「義務」が衝突し衡量されると述べられているが、それらは「原理」と言い換えることができる。つまり、「利益衡量」は「原理衡量」に置き換えることができる。このことは、「利益衡量（考量）」という語が多用される日本の判例・学説を分析する際に有用な視点となる。

III 梅毒輸血事件

四宮は、1985年に公刊された『事務管理・不当利得・不法行為（下巻）』〔青林書院新社〕の序文において、「本書の不法行為の部分〔中巻と下巻〕は、『損害の公平妥当な配分』と並んで『原状回復の理念』を中心に考えることによって、——しかし、現行法秩序の枠のなかで——この複雑な不法行為法ができるだけ統一的な姿において捉えようと試みるものである」と述べているが、不法行為に関する最も体系的な叙述である同書は後ほど取り上げることにし、本稿を構想するきっかけを筆者に与えた梅毒輸血事件の対する四宮の判例批評から検討を始める。まず、梅毒輸血事件を紹介する。

1 梅毒輸血事件⁽²⁶⁾

(1) 被害者（原告）X

大正13年、奈良県郡山高等女子学校を卒業し、昭和2年、Aと婚姻、同4年頃、洋裁・華道・茶道の免許を得、同17年、薙刀の免許を得て以来、桜台高等女学校・成蹊高等女学校・川崎市立高等女学校に教諭として奉職した。終戦後は洋裁・華道・茶道教授をしており、社会的に相当な地位にあった。しかし、(2)の事件により梅毒に罹患し、頭痛・関節痛・視力減退等を被り、仕事を長く続けられなくなった結果、従前のように収益をあげられなくなったほか、Aと離婚するに至った。

(2) 事件

Xは、昭和23年2月5日、子宮筋腫のため、被告（Y=国）の経営する東京大学医学部附属病院分院産婦人科に入院し、B医師の担当により治療を受けていたが、2月に4度、B医師の手により輸血を受けた。9日に手術を受けた後、27日に体力補強のために職業的給血者であるCより給血を受けて輸血されたが、Cは当時梅毒に感染していたため、Xも梅毒に罹患した。なお、Cは、給血の際、東京大学医学部皮膚科泌尿器科教室内所在の財団法人日本性病予防協会附属血液検査所が発行した血液検査証明書（昭和23年2月12日附、採血は1月末～2月初頃、血清反応の結果陰性）と給血斡旋所（東京医療普及会）の会員証を持参していたが、2月14～15日頃、上野駅附近において売春婦に接した機会に梅毒に感染していた。XはYに対し損害賠償を求めて訴えを提起した。

(3) B医師の過失

裁判では、B医師の過失の有無が問題となったが、血液検査、視診・触診・聴診を行なわなかったことについては以下の(a)(b)の理由により無過失とされた結果、(c)問診の注意義務違反が問題となった。

(a) 血液検査（血清反応検査）

梅毒に感染した場合、通例、感染後約4週間、血清反応検査は陰性となる。したがって、B医師が27日に血清反応検査を行なわなかったことについてB医師に過失はない。

論 説

(b) 視診・触診・聴診

梅毒感染者について初期硬結・淋巴腺腫張等の梅毒症状が発現するのは、通常、感染後大体3週間を経過した後である。Cがそのような諸症状を自覚するようになったのが、昭和23年9～10月頃からなので、2月27日にB医師が慎重な健康診断を行なったとしても、Cが梅毒に感染していることを知ることはできなかつたため、視診・触診・聴診をしなかつたことについてB医師に過失はない。

(c) 問 診

B医師は27日の輸血にあたって、Cに対し「身体は丈夫か」という質問を發しただけで、Cについて梅毒感染の危険の有無を確かめるに足る何等の発問もしていない。その結果、Cは輸血の際に梅毒感染の危険のあることを言わなかつた（Cは検事の取調べに対し「女を買った事実を告げなければならぬと思いますが、聞かれることを幸に左様なことを告げずに給血した」旨供述している）。また、当時Cは生活に困っておらず、輸血によって生活の資を得る必要はなかつた。

(4) 裁 判

(a) 第1審（東京地判昭和30・4・22民集15巻2号254頁）

第1審は、B医師はCに対し「身体は丈夫か」という質問を發しただけで、Cについて梅毒感染の危険の有無を確かめるに足る何等の発問もしておらず、「B医師が相当の問診を為して居たならば、Cの血液をXに輸血するにおいてはXの梅毒に罹患することのあり得べきことを認識し得た筈である……して見ればB医師はCについて問診を為すこともなく、梅毒罹患の危険なしとしてCの血液を輸血し、為にXが梅毒に罹患したものであるから、B医師は、Xの梅毒罹患について過失ある」と述べ、Yの使用者責任（民715）を認めた。

(b) 控訴審（東京高判昭和31・9・17民集15巻2号275頁）

控訴審も、B医師がCに対し単に「身体は丈夫か」と發問しただけで、それ以上必要な問診をしなかつたことが、通常医師としてなすべき注意義務を欠いたものにあたるとした第1審の判断を支持した。Yから上告。

(c) 上告審（最判昭和36・2・16民集15巻2号244頁）

「医師が直接診察を受ける者の身体自体から知覚し得る以外の症状その他判断の資料となるべき事項は、その正確性からいって、血清反応検査、視診、触診、聴診等に対し従属性であるにもせよ、問診によるより外ない場合もあるのであるから、原判決が本件において、たとい給血者が、信頼するに足る血清反応陰性の検査証明書を持参し、健康診断及び血液検査を経たことを証する血液斡旋所の会員証を所持する場合であっても、これらによって直ちに輸血による梅毒感染の危険なしと速断することができず、また陰性又は潜伏期間中の梅毒につき、現在、確定的な診断を下すに足る利用可能な科学的方法がないとされている以上、たとい従属性であるにもせよ、梅毒感染の危険の有無について最もよく了知している給血者自身に対し、梅毒感染の危険の有無を推知するに足る事項を問診し、その危険を確かめた上、事情の許すかぎり（本件の場合は、一刻を争うほど緊急の必要に迫られてはいなかった）そのような危険がないと認められる給血者から輸血すべきであり、それが医師としての当然の注意義務であるとした判断は、その確定した事実関係の下において正当といわなければならない。」

「所論〔上告理由〕は、仮に医師に右の如き問診の注意義務があるとしても、給血を以て職業とする者、ことに性病感染の危険をもつ者に対し、性病感染の危険の有無につき発問してみても、それらの者から真実の答述を期待するが如きことは、統計的にも不可能であるから、かかる者に対してもまた問診の義務ありとする原判示は、実験則ないし条理に反して医師に対し不当の注意義務を課するものである旨主張するが、たとい所論のような職業的給血者であっても、職業的給血者であるというだけで直ちに、なんらの個人差も例外も認めず、常に悉く真実を述べないと速断する所論には、にわかに左袒することはできない。現に本件給血者Cは、職業的給血者ではあったが、原判決及びその引用する第一審判決の確定した事実によれば、当時別段給血によって生活の資を得なければならぬ事情にはなかったというのであり、また梅毒感染の危険の有無についても、問われなかつたから答えなかつたに過ぎないというのであるから、これに携わったB医師が、懇ろに同人に対し、真実の答述をなさしめるよう

論 説

に誘導し、具体的かつ詳細な問診をなせば、同人の血液に梅毒感染の危険あることを推知し得べき結果を得られなかつたとは断言し得ない。」

「所論はまた、仮に担当医師に問診の義務があるとしても、原判旨のような問診は、医師に過度の注意義務を課するものである旨主張するが、いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は、その業務の性質に照し、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるのは、已むを得ないところといわざるを得ない。

然るに本件の場合は、B 医師が、医師として必要な問診をしたに拘らず、なおかつ結果の発生を予見し得なかつたというのではなく、相当の問診をすれば結果の発生を予見し得たであろうと推測されるのに、敢てそれをなさず、ただ単に『からだは丈夫か』と尋ねただけで直ちに輸血を行ない、以って本件の如き事態をひき起すに至つたというのであるから、原判決が医師としての業務に照し、注意義務違背による過失の責ありとしたのは相当であり、所論違法のかどありとは認められない。」

2 四宮の判例批評

(1) 本件につき、四宮は次のように述べる。⁽²⁷⁾

① 「売春婦と接したことがあるか」という質問を怠つただけで、医師の過失を認定し不法行為責任を課することは、疑問だといわねばならない。……本件は、いわば不可抗力ともいるべき原因によって生じたものである。

② しかし、それだからといって、本件の X を敗訴させるべきだというのではない。

③ B は——医師の間で行われる慣行に従つたものではあるが——明らかに血清反応検査や健康診断〔視診・触診・聴診〕を怠つていて、そこに反倫理性がうかがわれる。

④ 被害者 X は、病気をいやすために最高の医療技術を誇る病院に入院して、かえつていまわしい病気と貧窮と離婚という人生最大の不幸におちいった。

⑤ B の使用者 Y は賠償能力にこと欠かない国である。

⑥ これらの事情を総合するとき、われわれの正義感は、ためらうことなく、

X の被害の賠償を Y に命ずることを要求するだろう。⁽²⁸⁾

⑦ だが、わがくにの学説、判例は、——民法が法典として不法行為の構成要件を明文で規定している関係もあって——一般に、不法行為の各要件を全体を関連させて考察することなく、分析的に、個々の要件が充たされるかどうかを問題とする態度を採っている。

⑧ 本件の〔第1審・控訴審〕判決がいずれも B が「売春婦と接したことがあるか」という問診を怠ったという理由だけで Y の責任を認めたのは、心理的には総合的判断に影響されながら、理論的には分析的立場を探らざるをえなかつたために、やむをえず、非現実的な注意義務を擬制したという感がふかい。

(2) 考 察

四宮が X 勝訴という結論を導く際 (②)、四宮の心理には (⑧)、③④⑤の「事情」が影響を与えている (⑥)。四宮は③④⑤を「事情」と呼ぶが、③④⑤は法原理ないし帰責要素に還元することができる。⁽²⁹⁾

(a) 病 気 (④)

まず、病気（梅毒の罹患）は、X の身体・健康を侵害している。したがって、基本的な人格的利益（生命・健康・身体的完全性）を保護する原理は、X の救済を要請する。この原理の憲法上の根拠は、日本国憲法13条後段の幸福追求権に求められる。

(b) 貧 窮 (④)

次に、最低限度の生活を保障する原理は、貧窮からの脱出を要請する。この原理の憲法上の根拠は、日本国憲法25条に求められる。⁽³⁰⁾

(c) 賠償能力 (⑤)

損害賠償法の帰責要素として、加害者の資力を斟酌する「ディープポケット（Deep Pocket）」論という考え方がある。オーストリア民法典（ABGB）には、損害賠償責任の成否・範囲を判断するに際し、補充的に加害者と被害者の資力を斟酌することを認める明文の規定がある（次述）。日本法においても「ディープポケット」論が認められるかは問題となるが、慰謝料の算定に際し加害者の資産状態を斟酌することを是認する判例・学説、過失相殺の際に被害

論 説

者と加害者の資力を斟酌した下級審判決が存在する。⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾

責任無能力者の補充的な「衡平責任」に関する◆ ABGB1310条は、「被害者が前2条の規定により賠償を得ることができないときは、裁判官は、加害者が分別能力を通常欠くことを度外視した場合に、当該事案において加害者に過責（⁽³⁷⁾ Verschulden）があるか否か、もしくは、被害者は加害者への思い遣りから防禦を行なわなかったのか否かという事情を衡量して、または、加害者および被害者の財産を顧慮して、全部賠償または衡平な一部賠償を認容しなければならない。」と規定する。この責任は、1308条の要件が充足されず、被害者が監督義務者から⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾ 1309条に基づく賠償を得られないときに、補充的に問題となる。⁽⁴⁰⁾

ビドリンスキー（Franz Bydlinski）は、次のように述べて、1310条を「私法の内的体系」に組み入れる。責任無能力者の衡平責任については、加害者（責任無能力者）は違法に損害を惹起しており、人的瑕疵（責任無能力）も損害と関連している。行為に対する人的非難、違法な加害の加害者の意思への帰責は、責任無能力ゆえ不可能であるが、履行補助者責任（⁽⁴¹⁾ ABGB1313a条）についても債務者の過責は要件とされていない。⁽⁴²⁾ 責任無能力者は自己の過責なき違法行為について責任を負うが、それは履行補助者責任の場合に債務者が人的非難なくして責任を負うとの同様である。もっとも、履行補助者責任の多くの場合には責任構成事実を債務者の意思に帰することが可能であるのに対して、衡平責任の場合にはそうでないため、自己責任原則の結果帰責力は弱く、衡平責任は弱いものである。そのため、衡平責任については、加害者と被害者の財産の具体的な衡量（いざれがより容易に損害を負担しうるかという判断）が要求され、効果も一部賠償にとどまる可能性がある。経済的弱者が関与する場合には、衡量に際して、「最低限度の生活保障」原理と、より容易にリスクを吸収できる者に責任を課す経済的合目的性に由来する原理が、重要となる。⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾

このように衡平責任については、より容易に損害を負担できる者に責任を課すという原則を見出すことができ、それが自己責任原則の結果帰責力の弱さを補っているが、責任無能力も損害と関連している。コツィオール（Helmut Koziol）は、①責任無能力者の違法行為と②責任無能力者の領域に属する責任無能力によって高められた危険性と③財産関係の衡量とが結合して衡平責任を

基礎づける、経済的負担能力 (*wirtschaftliche Tragfähigkeit*)⁽⁴⁵⁾ という責任要素が主観的過責という責任要素に代わる、と説明している。⁽⁴⁶⁾

(d) 血清反応検査や健康診断の怠り (③)

血清反応検査や健康診断の怠りは義務違反であるから、損害賠償法の帰責要素としての違法性ないし（客観的）過失に当たる（血清反応検査や健康診断の義務はないという立場もありうるが、以下ではこの点に義務違反ないし過失があることを前提に論述を進める）。違法性に関する四宮の考え方については、章を改めてIVで検討する。

(3) 小括

四宮は、①本件は不可抗力によって生じたとしながらも、⑥「われわれの正義感は、ためらうことなく、Xの被害の賠償をYに命ずることを要求する」と述べている。その結論に到達する際には、③違法性ないし過失という帰責要素、④基本的な人格的利益（生命・健康・身体的完全性）の保護、④最低限度の生活保障、⑤「ディープポケット」論という諸原理が作用している。⑧そして、判決は、非現実的な注意義務を擬制することによって、結論を正当化する三段論法を考案したと分析している。

このうち、④の基本的人権が法原理となることは日本国憲法下では明らかであり、⑤については簡単に検討を加えた。しかし、帰責要素たる③違法性については、種々の問題があるので、章を改めて詳細な検討を加えることにしたい。

IV 違法性と相関関係理論

四宮は、1983年に公刊された『事務管理・不当利得・不法行為（中巻）』〔青林書院新社〕の序文において、「不法行為法が財貨保護法に属すると同時に行状法にも属することの反映として、違法性の本質について結果不法論と行為不法論とが対立している。違法性概念自体にしても、ドイツ法流にこれを承認する見解と、フランス法や英米法に倣って『過失』概念に吸収してしまおうとする見解とが、陣営を分かっている」と述べているが⁽⁴⁸⁾、四宮には「『相関関係理論』に関する一考察—不法行為における違法性判断の構造—」という論文がある⁽⁴⁹⁾。IVでは、同論文を紹介し、違法性について検討を加える。

1 我妻栄の「相関関係理論」

「相関関係理論」を提唱したのは、我妻栄である。そこでまず、我妻の見解を見るところにする。

我妻によると、一般的不法行為の成立要件は、①自己の故意または過失ある行為に基づくこと、②行為者に責任能力があること、③行為が違法なこと、④違法な行為によって損害を生じたこと、の四者である。民法709条の原始規定は「権利侵害」を不法行為の要件とするが、同要件は「加害行為の違法性であること」を意味すると解する説（違法性説）に、我妻は従う。そして、違法性決定を「被侵害利益の種類」と「侵害行為の態容」との相関関係において考察する（相関関係理論）。すなわち、被侵害利益には強弱があり、強い利益の侵害は弱い利益の侵害よりも違法性が強く、他方、行為の違法性は、権利行使、自救行為、自由活動の範囲内の行為、公序良俗違反、法規違反の順に強度を増すところ、被侵害利益における違法性の強弱と加害行為の態容における違法性の強弱とを相関的・総合的に考察して最後の判断に到着すべきだとする。⁽⁵⁰⁾⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾

後の叙述との関係で、相関関係理論の適用例をいくつか挙げる（以下の(a)～(e)は、2(1)の(a)～(e)に対応する）。

(a) 名誉の「侵害行為は虚偽の事実の流布を主とするも必ずしもこれに限ら

ず、意見を述べることでもよく、又更に第三者に告げることでもよい。然し最も重要なことはその行為の態容と相関的に考へらるべきことである」。⁽⁵³⁾

(b) 「所謂村八分（村落共同絶交）は民事刑事に亘って屡々問題となるが、村落協同生活の破壊者に対する私的制裁としてその違法性の決定は慎重なるべく、その際、共同絶交の原因、範囲、方法等が特に考慮せられねばならない」。⁽⁵⁴⁾
 「村落における緊密な共同生活の向上発展は、専ら村民の協力自治にまつところが多いことを考えると、その協同生活の破壊者に対して、ある程度の私的制裁を加えることも、是認されることがあり得る」。⁽⁵⁵⁾

(c) 大学湯事件では、「大学湯」という営業を950円で買い取り、建物を月160円で賃借して湯屋営業を営んできた賃借人甲が、賃貸人乙と合意で賃貸借を解除したが、乙は営業に対して補償を支払わないだけでなく、建物を380円で第三者丙に賃貸して湯屋営業を営ませているので、甲から乙丙を相手に営業の侵害に基づく不法行為を理由として損害賠償の請求をしたところ、大審院は「法規違反ノ行為」云々と述べて、乙丙の不法行為を認めた。この事件につき、我妻は、「乙の行為には『法規違反』はない」が、「湯屋営業のもつ独立の経済的価値、甲がこれを築き上げるに多大の資本と労力を費したこと、その家屋に附着しこれから取はづしては価値を失ふものなること、甲乙間に平穏な賃貸借関係の永続したこと、今日乙が丙にこれを賃貸して利を得て居ること等を総合考察すれば、乙の行為は——一面に於て所有権の行使たる形式を備へるにも拘らず、しかもなほ、——公序良俗に違反すること疑がない」と述べる。⁽⁵⁶⁾

(d) 刑法233条に該当する行為によって信用を害し損害を加えた場合には、同条を根拠として信用権という観念を構成する必要はなく、加害行為が刑罰法規違反であることから直ちに違法性を認めるべきである。刑法が信用に対する違法な侵害行為を犯罪とすることから信用権の存在を推論し、それを理由に不法行為の成立を認めるのは、無用の迂路である。私法上の権利には、物権・債権・株主権のように積極的に財貨を利用することを内容とするものと、貞操・名誉・信用のように不当な侵害から守られることのみを主たる内容とするものとがある。前者は権利としての存在が明瞭に認められるのに対して、後者は権利としての存在が明瞭でない。⁽⁵⁷⁾
⁽⁵⁸⁾
⁽⁵⁹⁾
⁽⁶⁰⁾

(e) 取締法規違反の行為をもって不法行為上の違法性があるか否かの判断についても、「専ら行為の態容による違法性を考へる立場に於て為さるべきでない」。⁽⁶¹⁾

2 四宮和夫「『相関関係理論』に関する一考察」

(1) 「相関関係理論」の分析と評価⁽⁶²⁾

四宮によると、我妻流「相関関係理論」が「侵害行為の態容」の名において登場させるのは、(a)それぞれの「権利」(例、名誉)に特有の侵害行為、(b)侵害行為の背後にある利益(例、村八分の場合における村落共同生活の利益)、侵害行為の(c)公序良俗違反、(d)刑罰法規違反、(e)保護法規違反である。それに応じて「相関関係」の実質的意味も統一性を欠き、(a)「権利」が侵害に際して示す特殊性、(b)被侵害利益と被保全利益との比較衡量(法益衡量)、(c)公序良俗違反・(d)刑罰法規違反・(e)保護法規違反による行為不法と「権利」侵害に由来する結果不法との関係(利益衡量)を意味する。このうち「相関関係」の名に値するのは、(c)(d)(e)——厳密には(c)——のみである。したがって、我妻流「相関関係理論」は、必ずしも厳密な意味での相関関係によって貫かれておらず、利益衡量によって補完される・幾つかの違法判断形式による・違法判断システムのなかに解消されうる。

(2) 違法性判断の位置づけと違法論⁽⁶⁴⁾

(2004年改正前) 民法709条は、損害賠償責任の発生に必要な要件の骨格(構成要件)として、①「故意又ハ過失」、②「権利」侵害、③「損害」発生、④因果関係を挙げている。しかし、過失責任主義の下で損害賠償責任を加害者に帰せしめるには、さらに加害者側に非難可能性が存在しなければならない。その存否の判断は、行為が一般人に向けられた法秩序の命令・禁止に反するという一般的非難に値するか否かの判断(違法性判断)と、行為者個人に対して非難を加えることができるか否かの判断(有責性判断)の2段階に分けることができる(違法性判断の位置づけ)。

違法性の本質に関して、四宮は「行為不法論」を探る。行為が違法とされる

のは、その行為が一般的に妥当する行為義務に違反したからである。その行為義務は、通常は、「権利」侵害への危険性を持たないように行はるべき義務であるから、その限りで、その違法は結果不法に根源を有する。しかし、結果不法は「行為不法」の発生根拠にすぎず、内容そのものではない。しかも、不法行為における違法性には、結果不法では説明しえない不法（公序良俗違反などの行為不法）も含まれている。したがって、不法行為における違法の本質は「行為不法」であるが、それは、結果不法と対立する行為不法ではなく、結果不法を否定しつつ——結果への危険性を不法の重要な根拠と考えるという形で——保存している、すなわち結果不法を主張している高次のものである。

以上の構成の下では、構成要件は違法と見られる行為を定型的に示す部分(①)と損害賠償責任に特有の責任要件を示す部分(②③④)とを含むので、⁽⁶⁶⁾違法性判断の対象は①「故意又ハ過失」ということになるが、それは単なる心理的事実ではなく、故意行為または過失行為を指す。⁽⁶⁷⁾故意・過失の連結点は原則として「権利」侵害なので、「故意又ハ過失」は「権利」侵害を生じさせる危険性のある行為ということになるが、それが法秩序の命令・禁止（行為規範）に違反する行為であると断定するには、法秩序の立場（不法行為法の目的および社会倫理秩序）から見て真に一般的非難に値するとの判断（違法性判断）を受けなければならない。

⁽⁶⁸⁾(3) 違法性判断の構造

違法性判断は、故意行為・過失行為が法秩序の用意する違法判断形式の指示する内容に該当するか否かの判断である。違法性判断は、⁽⁶⁹⁾法益衡量を含むと同時に、侵害行為の不法を顧慮することを要求し、そこに（やや複雑な）⁽⁷⁰⁾利益衡量の作業が不可避となる。

故意・過失は①「権利」侵害に連結する場合と②保護法規違反に連結する場合とを含む。

①「権利」侵害に連結する場合には、故意・過失は「権利」保護の必要性に由来する行為義務（「権利」保護義務）に違反しているか否かという判断に服する。法秩序が「権利」保護義務を国民に課する仕方には、(i)直接「権利」侵害に向けられた行為を禁止するものと、(ii)「権利」侵害に向けられたのではな

論 説

い行為をするに際して「権利」侵害の結果を付隨的に惹起することのないようふるまえ（注意義務）と命令するものとがある。故意と過失は、(i)(ii)にそれぞれ対応する「権利」保護義務の違反行為の態様である。

ただし、「権利」侵害への危険性を有する行為が、形式上認められる自由や権能に媒介されるものであるか、他人の自由な権能を排除する力の薄弱な「権利」の侵害に関するものであるため、「権利」侵害だけでその行為を違法とするには足りない場合（例、債権・営業・生活上の利益の侵害）でも、その行為が刑罰法規または市民社会の要求する社会倫理に反するものであれば、違法となる。⁽⁷¹⁾そのため、刑罰法規違反と公序良俗違反が違法判断形式として登場する。

⑤保護法規が「権利」侵害への具体的危険性の存否を問題にせず、一般的・抽象的な危険性のレベルで形式的に一定の行為を命令・禁止する場合には、保護法規違反だけでは不法行為における独立の違法判断基準となることができず、その違反についての故意・過失が必要である。

以上のように、違法判断形式として、「権利」保護義務違反、保護法規違反、刑罰法規違反、公序良俗違反が挙げられている。いずれの形式においても、違法性判断の基礎には行為義務があるが、基本的なのは「権利」保護義務違反であるので、これを基本的行為義務と呼ぶ。

基本的行為義務の内容を規定する契機は、その行為が「権利」侵害の回避にとって必要であること（必要性）、その行為が実行可能であること（可能性）、利益衡量に分析することができる。⁽⁷²⁾このうち必要性と可能性は構成要件に割り当てられる。それに対して、利益衡量（広義）は法的評価の問題であり、狭義の利益衡量と違法性阻却事由の問題を含む。

狭義の利益衡量に関する基本方式について述べる際、四宮は、平井宜雄の「過失の判断要素」を出発点とする。

平井によると、過失の成否は、(a)被告の行為から生ずる損害発生の危険の程度ないし蓋然性の大きさと(b)被侵害利益の重大さとの「相関関係」によって決定され、場合によっては、(c)行為者（被告）に損害回避義務を負担させることによって犠牲にされる利益と(a)(b)との「比較衡量」によって判断される。⁽⁷³⁾

しかし、四宮は、平井説は基本的行為義務違反という典型的の場合に関するも

ので、刑罰法規違反・公序良俗違反の場合には不十分だとして、平井説を次のように補正する。

違法性判断に際し、(b)被侵害利益の重大さと(c)加害者側の利益との比較衡量（法益衡量）によって決せられる結果不法に「加算」されてそれと相関的に考慮（利益衡量）されるのは、主として(a)被侵害利益への危険性の広さ・深さという行為不法であるが、その行為不法を補うものとして、(d)（被侵害利益とは関わりのない）刑罰法規違反・公序良俗違反という行為不法を加えなければならない。

たとえば、第三者が債権の目的たる給付を侵害する行為は当然には違法となるiga、債務者と通謀して債務者をして債権者に対する背任行為をなさしめたという刑罰法規違反が付け加わると、債権を侵害する違法な行為となる。⁽⁷⁴⁾

(4) 小括——本質論・根拠論・認定論

不法行為の要件、特に違法性に関する議論は、論者により着眼点が異なることによって、噛み合っていないきらいがある。そのため、刑事（訴訟）法学者の鈴木茂嗣による議論の位相の区別をここで導入しておく。

(a) 違法性の本質論と根拠論

鈴木は、違法性評価の「性質論〔本質論〕」と「根拠論」とを明確に区別すべきことを説く。⁽⁷⁵⁾ 鈴木によると、違法性の本質は「行為規範（法規範）」違反であり、違法評価は「行為無価値」の評価である。四宮の違法性本質論たる「行為不法論」も同様に、行為義務に違反した行為を違法と評価することに基づいている。他方、鈴木は、法規範定立の根拠につき「法益侵害説（結果無価値論）」と「規範違反説（行為無価値論）」とが対立していることを指摘し、規範違反説の実質を、「社会倫理」規範違反を違法性の根拠として持ち込む点に求め、自身は法益侵害説（結果無価値論）を支持する。それに対して、四宮は、被侵害利益の重大さという結果不法だけでなく、刑罰法規違反・公序良俗違反という行為不法をも、違法性判断の根拠としている。要するに、四宮と鈴木は、違法性本質論について行為不法論を採る点では共通するが、違法性根拠論については、四宮が行為不法論と結果不法論のハイブリッド理論を採るのに対し、鈴木は結果不法論のサラブレッド理論を採るのである（次に検討するミュンツ

論 説

ベルクは違法性本質論・根拠論において鈴木と同説であり、両者の理論構造には3で注記するように共通点が多い)。⁽⁷⁷⁾

(b) (犯罪の) 本質論と認定論

鈴木はまた、「犯罪とは何か」を問題とする犯罪の「性質論〔本質論〕」と、「犯罪の存在をいかにして認定するか」を問題とする犯罪の「認定論」とを区別する「二元的犯罪論」を提唱しているが⁽⁷⁸⁾、この区別も違法論を理解するための重要な視点となる。「比喩的にいえば、ガラス玉と水晶玉の混在する袋の中から水晶玉をどのようにして上手く見つけ出すかを論じるのが『認定論』であり、水晶玉の性質自体、あるいはガラス玉と水晶玉の性質の違いを解明しよう」というのが『実体論〔本質論〕』である⁽⁷⁹⁾。たとえば、「構成要件」と「阻却事由」の対置は認定論の問題であるのに対して、実質的違法性は本質論の問題であるが⁽⁸⁰⁾、鈴木は、刑法学では本質論と認定論が交錯・混淆・混線していると批判し、犯罪の本質論は本質論として、犯罪の認定論は認定論として、純粹に展開すべきことを説く⁽⁸¹⁾。

民法学においても、本質論と認定論は区別される。鈴木に示唆を受けて、賀集唱が、「伝統的な民法学は、制度の趣旨ないし存在理由に主たる関心があり、具体的な解釈論も、これに沿った形で展開してきた」とするのは本質論であり、「裁判官の判断の仕組みに合わせた機能主義的なアプローチ〔例、要件事実論〕もあってしかるべきである」とするのは認定論である。たとえば、錯誤制度の趣旨を考える本質論においては、立証責任を問題にせず重過失の不存在を要件に含めるべきことを説く⁽⁸²⁾。

四宮にもこの区別が見られる。たとえば、自賠法3条につき、「保有者」が運行支配・運行利益を失う例外の場合につき加害者側に立証責任を負わせる（抗弁説）のは認定論であり、「抗弁によって運行供用者性を否定しうる場面の実体法的中味」を問題とするのは本質論である。また、人損につき「労働能力の喪失」を損害の本質とするならば、逸失利益の算定は損害の認定論となる。民法719条1項前段の「共同」につき、四宮は主觀・客觀併用説を探るが、客觀的共同に関して、「因果関係のからまり、発生した損害の一体性という基準は、もっぱら被害者の立場に立った政策的判断による責任範囲拡大事由にす

ぎ」ないと述べる点に着目すると、客観的共同を認める部分は共同不法行為責任の認定論と評価することができ、「学問の進歩によって、各加害行為の寄与度を決定するメカニズムが明らかにされるに至ったその時には、客観的共同を『共同』から脱落させることも、充分に考えられる」という記述によると、共同不法行為責任の本質論としては主観的共同説に立つと言つてよいだろう。⁽⁸⁶⁾

違法論に関しては、結果不法論と行為不法論の対立は違法性本質論、違法判断形式は違法性認定論である。我妻流「相関関係理論」を、柳澤弘士が「不法実体（違法性存在理由）を明らかにしたものではなく、違法性評価の技術的方法を考察したもの」であり、「不法の構造内容を明らかにするためには、我妻博士の所謂相関理論は余り役立たない」、それは「不法構造論ではなく認定方法論」であると批判し、林良平が「違法な実体（不法）を構成要件的に類型化することに主眼があった」と評価するのは、我妻流「相関関係理論」が本質論ではなく認定論であることを指摘しているのである。⁽⁸⁷⁾⁽⁸⁸⁾⁽⁸⁹⁾⁽⁹⁰⁾

3 ミュンツベルク『違法性と責任の基礎としての振る舞いと結果』

四宮の違法論の基礎には、ミュンツベルク（Wolfgang Münzberg, 3では「M」と表現する⁽⁹¹⁾）の見解がある。四宮の見解を十分に理解するには、ミュンツベルクの著書を見る必要がある。項目を改めて、その作業に従事する。⁽⁹²⁾⁽⁹³⁾

(1) 特 徴

Mは法の体系的把握を重視する（S.5）。そのことは、義務思考につき唯一正しいこと（das allein Richtige）ではなく首尾一貫していること（das Folgerichtige）を示すことを目標としている点（S.12）、違法性判断の統一性を到達目標としている点（SS.14-16, S.271, S.344, S.406）、故意による作為不法行為だけでなく不作為不法行為・過失不法行為も同様の枠組みで捉えようとする点（SS.53-60）、実定法との整合性（制定法の評価）を重視する点（SS.326-328, S.440）などから窺うことができる。

論 説

(2) 違法性の本質 = 行為不法論

結果不法論と行為不法論の対立につき、M は行為不法論を探る (S.15)。⁽⁹⁵⁾

この問題は、法は行為規範 (Bestimmungsnorm) と評価規範 (Bewertungs-norm)⁽⁹⁶⁾ のいずれから構成されるかという法哲学・一般法学 (allgemeine Rechtslehre)⁽⁹⁷⁾ に属する問い合わせにも関わる。行為規範説によると、不法 (Unrecht) となるのは、法的な命令または禁止に対する違反である。M は法哲学には立ち入らないが、制定法・判例・学説が「義務」「義務違反」という概念を使用し重視することに鑑み、義務の存在を所与とし、法は行為規範からなるとする説を優先させる。M によれば、義務は個々人に対する法秩序の客観的な当為要求 (行為規範) であるが、それは常に将来の振る舞いに向けられており、行為 T 時点で義務内容を特定できないのであれば「義務違反」を語ることは無意味である (SS.10-12, S.437)。

振る舞いと結果の区別の可否は、区別が充たすべき目的による。責任法 (不法行為法) においては、結果を「法益侵害 (Rechtsgutbeeinträchtigung)⁽⁹⁸⁾」と捉えれば、区別は可能である。法益侵害は権利侵害 (Rechtsverletzung) と同義ではなく、事実状態であり、それに対して適法／違法という法的判断は下されていない (SS.25-31, S.36, S.437)。

法規範が命令・禁止だとすると、その客体は命令・禁止されうるものでなければならない。したがって、法規範は人間のみに向けられ、人間の意思によって支配可能な振る舞いのみが命令・禁止の対象となる。法益侵害の状態は命令・禁止の対象とならない (S.53)。命令・禁止により法益侵害は回避されることになるが、法益侵害を惹起する振る舞いが禁止されるのではない (S.54)。たとえば、自動車製造業者は、製造し引き渡した自動車の一部によって事故が「惹起」されることを確実に認識しているが (S.90, N.179)、「自動車の製造・引渡し」という「法益侵害を惹起する振る舞い」は禁止されない。⁽⁹⁹⁾ ④欠陥なく製造された自動車が事故を起こしても、行為不法論によると「自動車の製造・引渡し」が事後的に違法になることはないが、結果不法論によると「自動車の製造・引渡し」は違法だが有責性 (過失) ⁽¹⁰⁰⁾ が否定されるため責任を負わないという結論になる可能性が高い。しかし、⑤邪悪な製造業者が事故の発生を認容

していた場合には有責性（故意）は否定されず、結果不法論と行為不法論とで結論が分かれる可能性がある（SS.294-295, N.576; S.441）。

不作為も規範の対象となるが、不作為自体は法益侵害を惹起しないので、不作為の場合、不法判断は結果惹起ではなく（作為）義務違反に基づく。⁽¹⁰¹⁾ したがって、義務に違反した不作為は、損害が発生しないときも違法である（SS.55-⁽¹⁰²⁾57）。ドイツ不法行為法理論は不法行為法を全く別個の原理を志向する作為不法行為と不作為不法行為という2つの部分に分けてきたが、不作為の違法性が義務違反に基づくとすれば、作為（positive Handlung, Tun）も同じルールによるべきではないかが問題となる。不作為だけでなく作為の違法性も義務違反によって基礎づければ（過失不法行為については違法性を注意義務違反から導く説が有力化しつつある〔N.118〕）、違法性の規準が統一されるため、作為と不作為とを「振る舞い」という上位概念に統合することが意義を持つ（SS.58-60）。

作為と不作為の統一論によると、振る舞いが惹起しうる結果は法規範定立の動因（Motiv）となり、結果の評価は法規範の（発生）原因となる。規範の内容は、評価規範により肯定的に評価された一定の振る舞いに対する義務であり、この義務に反して振る舞う者は違法に行為している。このように評価規範と行為規範は補完し合うが、評価規範は立法者・裁判官を、行為規範は市民を名宛人とする（SS.61-64, S.437）。このようにMは、違法性の本質論と根拠論とを明確に区別している。

（3）法義務を具体化する諸原理

違法性が義務違反の振る舞いに関するならば、違法性が責任構成要件の一要素である限り、各責任事件において違反される義務を発見する必要がある。そのためには具体的な法義務を発見する方法を析出し、法義務を具体化する一般的な諸原理を探求しなければならない（S.141）。そして、その一般的諸原理は、（a）適合性原理、（b）可能性原理、（c）利益衡量原理という3つの原理である（S.439）。（a）適合性原理と（b）可能性原理は主に事実の領域（客観的帰属）に関わり、帰責可能な振る舞いとして顧慮されるものを限定し、（c）利益衡量原理は

論 説

その振る舞いに対して適法／違法という法的評価を加える（S.264）。

(a) 適合性原理（Prinzip der Eignung）

法義務は法主体に一定の状況下において特定の仕方で振る舞うことを指図する。その内容は、被保護利益（法益）の侵害を回避するという規範目的から導かれる。生活事象の形成・影響によるこの目的の実現を考えるのは、手段たる人間の振る舞いにその都度の因果経過に対する支配可能性が帰属する（行為T時に行為者に振る舞いの複数の可能性がある）場合のみである。したがって、法義務は、複数の可能性の中から法の目的たる法益保護にふさわしい振る舞いを選択することを内容とする。換言すれば、法義務は、その都度の状況下において、法によって否認される結果を回避するのに適合的な（geeignet）振る舞い⁽¹⁰⁶⁾（不作為不法行為における作為義務の内容となる「作為」〔S.164〕）、または、法によって望まれる結果を達成するのに適合的な振る舞いを要求する。逆に規範は、法によって否認される結果を惹起するのに適合的な振る舞い（危険な振る舞い、危殆化〔SS.163-164〕）を禁止する（S.142）。

このように適合性は、法によって否認される結果（法益侵害）を惹起する行為（結果惹起行為）と、かかる結果を回避する行為（結果回避行為）の双方に用いられる概念である。そして、結果惹起に適合的な行為は、従来「危険な」行為と呼ばれてきたのに対して（SS.163-164）、四宮は結果回避に適合的な行為を、権利・法益侵害の回避に「必要な」行為と呼んでいた（2(3))。結果惹起行為と結果回避行為の区別は、不法行為の問題を考える際に重要な視点となる。⁽¹⁰⁷⁾ Mは、不作為については「危険な」行為を観念できないため「適合性」概念を導入し、故意の作為不法行為だけでなく不作為不法行為・過失不法行為にも妥当する統一的理論を構築しようとするが、適合性原理は新たに発見されたものではなく、相当因果関係や過失不法行為の際の義務違反の確定のために用いられていることを指摘している（SS.147-148; S.150, N.300; SS.174-175）。

(b) 可能性原理（Prinzip des Könnens）

法は不可能なことを要求できないし、要求しようとしない。法益保護に適合
(阪大法学) 74 (1-58) 58 [2024.5]

的であっても実行できない振る舞いを、法は命じない。支配可能な振る舞いだけが、不法として帰責されうる（SS.142–143, S.216, SS.439–440）。

(c) 利益衡量原理（Prinzip der Interessenabwägung）

(a)(b)の諸原理は、他者の利益がどのように保護されうるかという問いにのみ関わり、その法益がそもそも具体的な状況下で保護に値するのか否かを顧慮していない。いかなる犠牲を払ってでも維持されるべきだという意味での法益の絶対的保護価値性は存在しない。まず、法的に承認された第三者の利益（後述）に干渉することができるすべての人に、この利益を維持する法義務を課してはならない。それは過剰な法益保護であり、合理的でないだけでなく実行不可能であろう。法義務を負担させるには逆に特別な誘因（Anlaß）が必要である。他者の利益は一定の仕方で行為者Tの生活領域に引き寄せられる必要がある。次に、法益の担い手が保護を放棄し、または、法益の保護がより価値の高い法益の侵害と結びつくときは、その法益の保護価値性がなくなる。したがって、具体的の場合において対立する法益の要保護性に関する調整（Korrektiv）の必要性、ないし、同一の思想についての有名な表現を用いるならば利益衡量の原理が導かれる。利益衡量原理は、超法規的緊急避難に基づく正当化に関する法益衡量論の修正・発展の結果であり（S.265）、正当化と通常呼ばれるものを包含する（S.143）。正当化事由〔違法性阻却事由〕は利益衡量の結果である（S.328）。

（補論）超法規的緊急避難

行論の必要上、ここでMの著書を少し離れて、ドイツ法における「超法規的緊急避難」の展開について簡単に触れておく（ドイツ刑法の代表的な教科書による）。

1871年のドイツ刑法典（StGB）は、現行StGB 35条に相当する免責事由（有責性阻却事由）⁽¹¹³⁾たる緊急避難の規定しか持っていなかった。しかるに、1900年に施行されたドイツ民法（BGB）は、228条と904条に正当化事由たる緊急避難の規定を有している。しかし、BGB228条と904条は物に対する侵害

論 説

にのみ関わる規定なので、緊急事態に物以外の法益を侵害する場合に関する規定が、広い範囲で欠缺していた。たとえば、母体の生命を維持するために墮胎が不可避な場合に墮胎を行なうと、有責性が阻却されるのは本人・親族・身近な者に限られたため（StGB 35条）、妊婦の有責性は阻却されうるが、制定法の文言通りだと医師は刑事責任を負うことになる。そのため、超法規的な正当化事由たる緊急避難が認められることになった。

正当化事由の多くは、2人の間の利益衝突の解決が問題となる点で共通する。たとえば、BGB 228条（日本民法720条2項に相当する）は危険物の所有者と危難者との間の利益衝突を、BGB 904条は危険からの救出を求める者と救出行為の際に使用または損傷される（危険とは無関係の）物の所有者との間の利益衝突を規律している。立法者は常に、社会的な損害と効用の衡量に際し、より大きな利益をもたらす行為が正当化されるように利益衝突を解決している。したがって、違法な振る舞いの基礎にある内容的な共通性（実質的違法性）は振る舞いの社会的有害性にあり、社会的な効用が損害を上回る衝突解決が正当化されなければならない。このような法益衡量論（Güterabwägungstheorie）は、⁽¹¹⁴⁾正当化事由の指導原理として帝国裁判所（RG）に採用された。その結果、母体の生命・健康と胎児の生命とが衝突する場合における医学的適応に基づく人工妊娠中絶は、母体の生命の価値が上回るという理由で「超法規的緊急避難」として認められることになった。その後1975年にStGBに正当化事由たる緊急避難の規定（34条）が設けられた（Mの著書の出版は1966年であり、当時は次のStGB 34条の規定がなかった）。

◆ ドイツ刑法（StGB）34条（正当化〔事由たる〕緊急避難）⁽¹¹⁵⁾

生命、身体、自由、名誉、財産またはその他の法益に対する他の仕方では回避できない現在の危険がある中で、自己または他人の危険を回避するために行行為Tを行なった者は、対立する諸利益、特に侵害される諸法益と〔保護される〕諸法益に差し迫る危険の程度とを衡量して、保護される利益が侵害される利益に著しく優越する場合には、その行為Tが危険を回避する相当な手段である場合に限り、違法に行行為していない。

M の著書に戻ることにしよう（この段落は S.440 の要約だが、他の関連箇所も引用する）。利益衡量原理は、超法規的緊急避難として例外的にではなく、常に顧慮される。衡量には、①法的に保護される利益（法益）だけでなく、②法的に承認される利益も含められる（次述）。衡量の際には、制定法による評価および衡量の権威的確定（正当防衛〔SS.342-374〕、絶対権の高い評価、構成要件に表現された制定法の評価⁽¹¹⁶⁾）が尊重される（SS.326-328）。被害者の同意は、所有権侵害や軽度の身体侵害の事例では優越的なファクターとして他のすべての衡量要素を抑えるが、「それ自体が正当化事由」なのではなく、利益衡量の一部となる（SS.310-319; S.403, N.826）。

衡量の対象となるのは、まず①法的に保護される利益（法益）であるが、それは権利に類似した個人に帰属するものに限定されず、公の利益、超個人的な利益でもよく、経済的価値を欠いてもよい（SS.267-271）。法益のみが、犯罪構成要件・不法行為構成要件の意味において攻撃客体・保護客体となり、法的考察の中心となるが、法的評価の材料は法益に限られず（S.274）、それが侵害されたときに法秩序が利益の担い手に刑法上・民事法上の制裁を用意していないという意味では「法的に保護」されていないけれども、②法的に「承認」される利益も、衡量に含められる（SS.271-272）。

②法的に「承認」される利益の例として、④個々人の行為自由（Handlungs- und Bewegungsfreiheit）に対する法秩序の利益と⑥社会的に必要な生の表出（Lebensäußerung）の円滑な進行と理性的な継続発展に対する利益を挙げることができる。両者は相互に類似しており、同一の基本思想の別の側面にすぎない（SS.273-274）。④は自己決定の利益を含み（N.533）、⑥には、技術の進歩、文化や経済の発展、研究の進歩、リスクの社会的価値と社会的通例性、今日および将来に生きる人間の福祉などが含まれる（N.534）。④で考えられているのは内的な行為自由であり、一定程度を超えてその自由を抑圧することは、社会生活だけでなく現行法秩序の機能を危殆化することになるため、この利益は私的・個人的な地平を超える。個人はこの利益を権利のようには主張しないので、法共同体が超個人的な利益のために、内的な行為自由が空洞化しないように監視する必要がある（S.275）。利益衡量を行なうのは、行為者ではなく、

論 説

法秩序である（S.210）。⑤の利益も法的な命令・禁止に一定の限界を置き、法秩序が文化・文明の発展に干渉することを防止する。たとえば、鉄道・鉱業・化学工場の操業、ある種のスポーツや通学・観劇が、健康被害や死亡事故をもたらすことが判明すると、立法者は危険をなくすためにこれらの活動を禁止することが考えられるが、必要なのは、これらの活動を否認せずに危険を回避ないし減少させる振る舞いルールを作り出すことである。これらの活動の効用と健康・生命という法益とを衡量するだけならば、ほとんど常に（少数者の生命であれ）生命の有利に決定が下され、これらの活動は停止することになるだろう。効用以外に「健康・生命」という価値の高い法益に対抗する⑥の利益を認めること（⁽²³⁾）がある。法秩序は通例になっている一定の生の表出を禁止することはできないのである（SS.275-278）。

4 四宮とミュンツベルクの比較

（1）違法性判断の位置づけ、違法性の本質

まず、加害者の非難可能性を違法性判断と有責性判断の2段階に分けて判断する点、違法性本質論につき行為不法論を探る点において、両者は共通する。

違法性根拠論につき、四宮は刑罰法規違反・公序良俗違反という行為不法を違法性判断に加えるが、ミュンツベルクは刑法の保護法益も利益衡量に含め、刑罰法規違反も利益侵害に還元する（(2)を参照）。したがって、行為不法を、結果不法を否定しつつ保存する（止揚する）高次のものと捉えるという構想は、四宮の独創である。

（2）違法性判断の構造

四宮によると、違法性判断は、法益衡量を含むと同時に、侵害行為の不法を顧慮することを要求するため、利益衡量の作業が不可避となる。故意・過失が権利・法益侵害に連結する場合には、加害行為が基本的行為義務に違反しているときに、その行為は違法となる。そして、基本的行為義務の内容を規定する契機を、④その行為が権利・法益侵害の回避にとって必要であること（必要性）、⑤その行為が実行可能であること（可能性）、⑥利益衡量の3つに分析する。違法性阻却事由の問題を含む利益衡量（広義）は、法的評価の問題である。

ミュンツベルクは、違法性を基礎づける具体的な法義務を発見・具体化する一般的な諸原理として、①適合性原理、②可能性原理、③利益衡量原理を挙げる。利益衡量の対象となるのは、「法的に保護される利益（法益）」と「法的に承認される利益」である。また、利益衡量は正当化事由の一般化であり、法的評価の問題である。そして、衡量の際に、制定法の評価を尊重する。

このうち最後の「制定法の評価の尊重」という点に、四宮は明示的には言及しない。⁽¹²⁴⁾しかし、各論的には四宮も制定法の評価を参照することがある（V参照）。⁽¹²⁵⁾

次に、違法性の前提となる法義務を基礎づける3要素については、3(3)(a)で述べたように、「必要性」「適合性」と用語法は異なるが、結果回避行為については、「権利」侵害の回避にとって必要な行為（四宮）と法によって否認される結果を回避するのに適合的な振る舞い（ミュンツベルク）はほぼ同義であり、その内実は異ならないだろう。⁽¹²⁶⁾しかし、四宮は、結果惹起行為の危険性（適合性）を、行為不法として次に述べる利益衡量に加算する。

その利益衡量の対象であるが、法益・利益（四宮）と「法的に保護される利益（法益）」「法的に承認される利益」（ミュンツベルク）というように、用語法とその内包には若干の相違はあるが、いずれも利益衡量に含まれる以上、利益の分類自体は結論を左右しない。ただし、四宮は、被侵害利益の重大さを結果不法、被侵害利益への危険性の広さ・深さを行為不法と捉え、行為不法を利益衡量に含める。それに対して、ミュンツベルクは、四宮における「行為不法」を利益侵害に還元する。たとえば、同一財貨の器物損壊・窃盗・放火による侵害を例にとると、器物損壊の場合は、利益侵害は通例その財貨に限定されるが、放火の場合は、延焼の可能性があるので、近隣の物所有権、健康、生命、交通安全などの利益も侵害・危殆化される。窃盗は、所有権だけでなく占有の利益も保護するが、周辺の社会生活も攪乱し、恐怖・不安・窃盗の嫌疑・安全対策費用などを引き起こす。これらは法益ではなく、法的平和に対する一般の利益だが、利益衡量に含められる。同一利益の侵害（Verletzung）の仕方（Art）を、種々の利益が侵害されていること（Beeinträchtigung）と見るのである。⁽¹²⁷⁾

論 説

四宮の違法性根拠論における行為不法は、(i)被侵害利益への危険性の広さ・深さ、(ii)保護法規違反、(iii)刑罰法規違反、(iv)公序良俗違反であり、——四宮自身はそれを結果不法では説明しえないと言うけれども——少なくとも(i)(ii)(iii)については不法の根拠を危殆化される利益——(i)については「被侵害利益」、(ii)(iii)については法規によって保護される権利・法益——に求めることができる。⁽¹²⁸⁾ (iv)については「公序良俗」が保護される利益なので、社会倫理規範違反が介入する余地があるが、四宮『不法行為』344-351頁で挙げられている具体例によると、問題とされているのは、社会倫理規範違反ではなく、取引法（民法・商法・信託法・独占禁止法・不正競争防止法）・手続法・保護法規（建築基準法）に対する違反（詐欺・強迫、直接加害者との通謀、信義則違反、既判力の詐取、偽造文書の行使）であり、違法性根拠論におけるミュンツベルクとの違いは大きくないと思われる。

さて、四宮は具体的に、いかなる利益（法原理）を衡量に含め、それらをどのように衡量しているのだろうか。次に、四宮が不法行為法原理として挙げるものを抽出し、その内的体系を描き出すことにしたい。

V 四宮不法行為法理論の内的体系

1 不法行為制度の意義・目的・帰責根拠

「ひとは、自己の受けた損害について、他人をして責任を負わせることができない場合にはみずから負担しなければならない、というのが、原則である」。⁽¹²⁹⁾ つまり、原則として所有主が危険を負い、不法行為は特別の帰責根拠があるときに例外的に損害の転嫁を認める制度である（247頁）。⁽¹³⁰⁾ 不法行為責任は、被害者が受けた損害を金銭によって加害者に填補させることを主目的とするが、権利保護機能のほか予防機能・制裁機能・満足的機能を持つ（248頁、250頁、252頁、263頁、265-269頁）。しかし、「原状回復の理念」（477頁）に加えて「損害の公平妥当な配分」も問題となる（5頁、263-265頁）。また、「原状回復の理念」の反面として、被害者は、不法行為の結果、利得してはならない（「利得の防止」の思想）⁽¹³¹⁾。

帰責根拠（帰責原理）には、過失責任主義、危険責任・報償責任の理論がある。⁽¹³³⁾結果責任主義・原因主義は、個人の活動や産業資本の進展を阻害するおそれがあるため、近代法では採用されていない。過失責任主義の消極面（過失なければ責任なし）は、加害者側の「意思の媒介なければ責任なし」という私の自治原則のコロラリーを優先させ、被害者側の「自己の意思を媒介としないでは他人によって不利益を受けるべきでない」という近代法の要請を後退させた結果である。過失責任主義の積極面（過失あれば責任あり）は、自己責任の原則を含む。過失責任を有責性要件をも含む意味に解する場合には、それが信頼原理⁽¹³⁴⁾によって制限されることがある。特殊な危険を包蔵する企業活動や物による損害事故については加害者に無過失責任を負わせるべき場合があり、その最も重要な根拠として危険責任・報償責任の理論が挙げられる（253-262頁、294頁）。（製造物責任法制定前の）製造物責任については、商品の安全性に対する消費者の信頼、報償責任、代金や保険によるリスク転嫁の可能性⁽¹³⁵⁾に基づき、欠陥の作出につき過失があれば責任が成立する（298頁注（1））。

2 不法行為の一般的要件

四宮は、構成要件該当性・違法性・有責性という古典的三分法を一部修正した上で維持するが（IV 2(2)）、その理由として、「事態に適切な評価を可能にし、数多い事件について共通の処理を行うことを担保し、そして、思考の経済にも役立つ」ことを挙げる（276-277頁）。また、「判断のプロセスとしては、違法性判断が有責性判断に先立たなければならない」と言う（284頁）。このように三分法自体は不法行為認定論である。⁽¹³⁶⁾

3 違法論

（1）（被害者の）権利・法益の尊重（被侵害利益）

被害者の被侵害権利・法益は、違法判断を基礎づける基本的行為義務の根拠・源泉であり（311頁）、不法行為法を支える法原理である。⁽¹³⁷⁾この点には問題がないので、四宮『不法行為』に掲げられている権利・法益を列挙し、被保全利益など利益衡量に関わる特徴的な記述を、その他の文献も含め引用する（以

論 説

下の(2)(3)とその下のナンバリングは四宮『不法行為』のものであるが、たまたま本項目の(1)に続くので、そのまま利用する。ただし、見出しあは若干変更している)。

(2) 財産的権利・法益（312頁）

(イ) 所有権

不動産の二重譲渡につき、「第二の譲受人が悪意である場合にも、登記の取得によって、第一の譲受人に所有権の優先的効力を主張しうるものとするのは、不動産取引の安全性を顧慮する結果認められた『取引法』の原則であって、損害の公平な分担を指導理念とする『不法行為法』の領域にこれを無条件に持込むことがはたして妥当であるか否かは疑問であろう」。⁽¹⁸⁾四宮は、不法行為と民法177条の評価を整合させる判例に疑問を呈している。⁽¹⁹⁾

(ロ) 占有権（316頁）

本権を伴わない占有権の侵害につき、四宮が、判例とは異なり、善意占有者の果実收取権の喪失についてのみ損害賠償請求権を認めるのは（317-318頁）、民法189頁1項の評価と整合させるためである。

(ハ) 用益物権：地上権・永小作権・地役権・入会権（318頁）

(ニ) 担保物権：抵当権・質権

(ホ) 無体財産権：著作権・工業所有権（320頁）

(ヘ) 債権

「債権は、権利として不可侵性をもつが、同一内容の債権が併存することを排斥する効力（優先的効力）をもたず、また、その実現は債務者の意思を媒介とするので、それに対する侵害は必ずしも常に違法とはならない」（320頁）。

「債務者の意思を介して侵害する場合には、債務者への働きかけが一応は自由競争の原理によって許されるところから、それが刑罰法規または公序良俗規範に反する場合に限って違法となる」（321頁。344頁も同旨）。

「債務者を介してその一般財産を減少させる場合」に、四宮が詐害行為取消権を考慮に入れるのは（345頁）、民法424条以下の評価と整合させるためである。

(ト) 営業（権）（322頁、350-351頁）

(チ) 期待権（322頁）

(3) 人格的権利・法益（323頁）

(イ) 一般的人格権（ドイツ法については397-398頁）

(ロ) 生命

(ハ) 身体・健康

(ニ) 自由権：身体的自由・精神的自由

(ホ) 名誉権（397-398頁も参照）

判例によると、「公共の利害に関する事実についてもっぱら公益を図る目的による場合は、掲示された事実が真実であることが証明されたときは、違法性がない（そして、真実の証明がなくても、真実と信ずるについて相当の理由があれば、故意・過失がない）」（374頁）。

四宮は、上記判例が「『刑法230条ノ2の規定の趣旨』を不法行為に及ぼした」ことに言及するが（324頁）、そこでは刑法の評価との整合が図られている。

表現の自由が侵害者側の行動を裏づける（324頁）。

「村八分（共同絶交）では、村落共同体秩序と市民法秩序との衝突をいかに調整すべきか、という利益衡量が必要である」（324頁）。

「新聞等マス・メディアの報道による場合には、違法性の判定には、報道の自由について公序良俗規範が作用するとともに、社会的評価を低下される人の不利益と当該情報を知ることによる他人の利益（報道の自由とか知る権利）との比較衡量が重要な役割を営む」（324頁。374頁も参照）。

(ハ) プライバシー権（326頁）

私事公開によるプライバシー権の「侵害は主としてマス・メディアによってなされ、表現・報道ないし言論の自由との間に衝突を生ずる」（326頁）。

「宴のあと」事件については、小説の芸術的価値も問題となる（326頁）。

(ト) 貞操（327頁）

「女性がわの動機に内在する不法の程度に比して、男性がわの違法性が著しく大きいと評価できるときは、女性がわの請求は許される」のは、「貞操侵害」

論 説

があるといえるか、それとも、被害者の承諾ある場合といえるかの判断に際して、708条の精神を参酌するものである」というのは（328頁）、不法原因給付に関する民法708条との整合性を問題にしている。

「新民法が離婚事由につき、有責主義から破綻主義ないし目的主義へ、絶対的列挙主義から相対的例示主義へ、男女の不平等から平等へ、家族法的制約から当事者中心主義へ、と移ったことは、『本法ハ個人ノ尊厳ト両性ノ本質的平等トヲ旨トシテ之ヲ解釈スベシ』とする民法第1条ノ2の規定と相俟って、離婚原因の判定に、したがってまた離婚による慰謝料請求権の成否に、変化をもたらした」。⁽¹⁴⁾

「夫婦間の貞操義務は……婚姻関係の本質的要素であり、民法は、夫の不貞行為をも離婚原因としたのであるから（770条1項1号参照）、民法の関係では、その侵害はなお違法性を帯びる」とするのは（328頁）、民法770条1項1号の評価と整合させるためである。

（チ） 氏名権・肖像権（329頁）

肖像権侵害については、一般人の知る権利・表現の自由との関係が問題となる（329頁）。

（リ） 生活利益

（ヌ） 内縁関係（330頁）

「違法な内縁破棄があるか否かは、婚姻破綻（離婚）の責任に関する判定に類似」するというのは（331頁）、婚姻法との整合性を問題にしている。

（4） 加害者の被保全利益

最初に、次の(5)で挙げる一般の利益も、加害者個人に着目すると加害者の利益となりうるので、(4)(5)の区別は流動的であることを指摘しておく。

加害者側の被保全利益として、(3)では、表現・報道・言論の自由、小説の芸術的価値、村落共同体秩序が登場した。そのほか、次の記述が見られる。

「労働争議行為（労調7条）による使用者の『権利』〔財産権・自由権〕に対する侵害行為は、憲法に保障された勤労者の団結権（憲28条）によって適法視される」（374頁）。

(5) 被害者・加害者を超える一般の利益

被害者・加害者を超える利益として、(3)では、不動産取引の安全性、自由競争、一般人の知る権利、名誉毀損につき事実が公共の利害に関すること・目的の公益性が登場した。また、後述4では、企業活動の公共性、高速・円滑な交通、社会政策的配慮、訴訟経済が登場する。そのほか、次の記述が見られる。

「『権利』侵害を要件としたのは、元来……不法行為の成立を既成の権利が侵害された場合に限定することによって、不法行為責任を負う場合の無際限な拡大を防止し、それによって、個人や企業の活動の自由を確保するという自由主義的要請にこたえようとしたものである」(396頁)。

「危険な業務の存立が許されているのは、それが公共性をもつからであり
(「許された危険」(erlaubtes Risiko)) ……」。⁽¹⁴⁵⁾

大阪アルカリ事件等に関する大審院の判例理論は、「結果の発生を防止するためにその事業の性質上不相当の経費を要する設備をすることまで、注意義務として要求してはいない」(335頁注(2))ため、「公害事件の多発するに及んで、産業保護に偏した考え方として、きびしい批判を受けるに至った」(333頁)。

「不法行為法は、近時しばしば加害者の地位に立つにいたった種々の企業の経営の安定をも、考慮しなければならない。……不可避的に他人に損害を与える企業の多数出現が、取引法で要求される『予測可能性』を不法行為法の分野でも要求した」。⁽¹⁴⁶⁾

自力救済は、「社会秩序維持の精神に反しないで私権の実現を全うすることができるよう、要件をしづって承認すべきである」(371頁)。

生命侵害に関する学説の背景には、以下の価値判断の対立がある。「相続的構成が直接被害者について損害を確定すべきだと考えるのは、不法行為の予防的機能・制裁的機能を強調するからであり、また、『司法政策的な配慮ないし便宜』(①簡明、②事件ごとの差が少ない、③権利者の範囲明確、④額が多くなる、⑤要件の主張・証明が簡単)によるものである。これに対し、非相続的構成は、不法行為の損害填補機能を重視し、(全部賠償の原則の反面としての)等価填補の原則 (被害者に受けた損害以上を填補すべきでないという原則)に忠実たろうとするものである」(483-485頁)。

(6) 行為不法

四宮は、被侵害利益への危険性の広さ・深さという行為不法のほか、保護法規違反・刑罰法規違反・公序良俗違反という行為不法を利益衡量に含める (IV 2⁽¹⁸⁾(3))。

「『権利』保護義務に対する一応の違反があるけれども、いわば『権利』の・侵害に対する・反撥力と行為者の自由ないし権能とが相拮抗するために、加害行為が違法とみられないことになるおそれがある場合に、その行為が公序良俗規範に反するなら、不法行為法上も違法とされなければならない」(344頁)。

保護法規違反に「一応該当する行為であっても、保護法規ないしその保護法益と行為者の自由・権能とのバランスから、違法と判断するに不十分な場合には、公序良俗規範の発動によって違法とされるに至ることがある」(342頁)。

「侵害された『権利』の性質・侵害行為の態様から『権利』保護義務違反としては違法とするのに困難を感じる場合……にも、刑罰法規違反があれば、それによって行為は違法となる」(343頁。具体例はIV 2(3)の末尾を参照)。

「刑罰法規の保護法益とは異なる『権利』が侵害され、そして、『権利』保護義務に対する違反としては違法と断ずるに足りない場合に、刑罰法規違反は、——公序良俗規範違反と同じように——不十分な違法性を補充する機能を當む」(343-344頁)。

4 利益衡量

(1) 法原理の諸相

「法原理」と称されるものには種々の性質のものがあるが、「最適化命令としての原理」(あることが、法的 possibility と事実的 possibility に相關的に可能な限り高い程度で実現されることを命じる規範) と、それを調整する「調整原理」とを区別することが、明晰な議論を行なうためには必要である。「権利・法益の尊重」は、「最適化命令としての原理」の典型であり、権利・法益は可能な限り尊重されるべきことを意味する。「最適化命令としての原理」は、その構造上、他の「最適化命令としての原理」と衝突する。その結果、「人命保護と産業保護のいずれを優先させるか」(358頁) といった問題が発生する。

(2) 調整原理

四宮の挙げる調整原理をいくつか紹介する ((2)～(5))。

まず、1で述べた過失責任主義、危険責任・報償責任の理論は、(潜在的被害者)⁽¹⁵⁰⁾の権利・法益と(潜在的加害者)の行動自由とを調整する原理である。

次に、「生命・身体・健康>財産的利益」という優先関係を挙げる。「生命や健康は有形の利益と比較すべきではない(人間の尊厳)。例えば、人間の生命を金銭に換算し、生命への危険を回避するに必要な費用の額や侵害行為によって保全される利益と比較して、後者のほうが大であるから、結果回避義務はない、というべきではない」(365頁)。また、生命・身体・健康が高い地位を占める結果、「業務上の過失」については、「企業による危険が人間の生命に関するものである場合には、企業者には最高の科学的水準による危険防止設備を要求すべきである」、梅毒輸血事件のように「危険の実現の防止がもっぱら業務者の支配にある場合、特に、業務が人の生命・健康に対する危険を伴うものである場合には、他の場合に比し『可能性』の程度が高められる」(362頁)、「人の生命・身体に影響を及ぼす可能性ある業務にあっては、予見義務の前提として、業務者に、その行為の危険性の有無について調査する義務を負わせるべきである」(333頁注(2))。また、「生活妨害・公害にあっては、加害企業活動の公共性と被害者の生活の平穏・健康等の利益との対立を見ることが、少なくない。……行為の差止はしばらくおき、損害賠償請求に関しては、加害行為の公共性は原則として考慮すべきでない、というべきであり、ことに、生命・健康・生業等といった人間にとって重要な法益を侵害する行為をその公共性によって正当化することは、許されない」(366頁)。もっとも、「その危険な活動の社会的必要性・有用性ゆえに、その活動の特性(例、高速・円滑な交通)を尊重すべき社会的要求の大きい」場合には、信頼の原則が認められ、業務者の注意義務が緩和されうる(364-365頁)。最後の引用部分では、ミュンツベルクの「法的に承認される利益」(IV 3末尾)と同様の考え方が見られる。

「財産的利益のなかでは、生業を個々の財産的利益よりも重要視すべく、生業のなかでは、転換困難なもの(例、漁業・農業)を転換容易なものよりも、個々の財産的利益のなかでは、権利としてすでに承認されたものを、然らざる

論 説

ものよりも優先させるべきである」(365頁)。

「結果損害は、単に、『権利』侵害が被害者の総体財産に波及して生じたマイナス効果にすぎない……。／結果損害は、後続侵害に比べて、不法行為からの保護の必要の度合いが小さい」(460頁)。

以上で示されている権利・法益の序列は、一般に承認されているものであろう。⁽¹⁵²⁾ 制定法上の根拠として、権利・法益が侵害された場合の法定刑の違いを挙げることが考えられるが、四宮『不法行為』⁽¹⁵³⁾には言及がない。

(3) 後続侵害の帰責基準 ⁽¹⁵⁴⁾ (448頁以下)

四宮が利益衡量を実演している具体例として、後続侵害に関わるものを見つける((3)～(5))。四宮が結論を導く際に、法原理が作用している様子が描かれている。

まず、後続侵害（被害者同一型）の帰責基準についてである。

「第一次侵害から派生する損害を被害者・加害者のいずれが負担すべきかといえば、何のつみとがもない被害者にそのまま負担させるよりも、帰責事由をもって第一次侵害を行った加害者に負担させるほうが、公平である……。／しかし、他方、後続侵害のすべてを常に第一次侵害者に負担させるのは、加害者に過度のリスクを負わせることであって、社会政策的配慮、個人や団体の活動の自由の尊重、損害の公正な配分という不法行為制度の目的の達成、『所有者が危険を負う』という原則の要求、といった観点からは、望ましくない。／後続侵害の帰責基準の問題は、第一次侵害者の帰責へ作用する要求とそれへの帰責を妨げる要求とをいかに調整すべきか、という問題とみることができる」。このように対立する諸原理を列挙し、問題構造を明らかにした後、四宮は「危険範囲ないし危険性関連という判断基準はまさにこの問い合わせに答えるものに外ならない」と述べる(450頁)⁽¹⁵⁵⁾。

(4) 被害者の素因の競合 (456頁以下)

被害者の素因の競合に関しては、危険範囲の判断のほかに、一種の違法性判断が必要だとする。「素因競合による後続侵害の帰責に関しては、……2つの

要求が対立する。(a) 一方では、右の侵害が被害者の素因に寄因する限度では、被害者の危険領域から出たものとして、『所有主』(被害者自身)が負担すべきである、ともいえる(判例・通説の考え方)。(β)しかし、他方では、責任事由ある加害者と、みずからの意思によることなくして重い損害を被った被害者とを、比べれば、後者を保護すべきである(「完全賠償の精神」)⁽¹⁵⁶⁾、とも考えられる」と述べて問題構造を明らかにした上で、「寄与の度合いのほかに、行為者がわにおける違法性の存在およびその程度をも考慮に入れて、公正な損害の配分をはかるべきである」という結論を導く(457-458頁)。

(5) 近親者の損害賠償請求権(501頁以下)

狭義の間接被害者の「損害についてまで不法行為者に賠償責任を課するのは、加害者に過度のリスクを負わせることになって、社会政策的配慮・活動の自由の尊重・損害填補の目的達成・訴訟経済といった観点からみても、望ましいとはいえない」(496頁)が、近親者の慰謝料請求権については民法711条の規定がある(501頁以下)。四宮は、同条の趣旨を、「加害者に対して損害賠償を請求しうる者は加害者の故意過失の連結した『権利』を侵害された者でなければならない、という原則に対する例外として、間接的被害者の損害であっても、死者と密接な関係のある者の顕著な非財産的損害については賠償を請求しうることを、明らかにしたことにある」、「人の生命の侵害によって、その最近親者の『権利』が侵害を受けたことによる定型的な非財産的損害(悲歎、コンソーシャムの喪失)については、特に、後続侵害帰責のための要件を具えているか否かを問うことなしに、帰責を肯定する」(503頁)点に求めている。そうだとすれば、扶養利益喪失等の財産的損害についても、同条所定の近親者は、同条の精神に基づき、扶養利益侵害についての故意・過失を問題にせず、後続侵害帰責のための要件の吟味を省略して、その賠償を認めるべきである(512頁)。このように、近親者の財産的損害賠償請求については、民法711条の評価との整合性が図られている。

VI 若干の検討

本稿で扱った実体問題のうち、違法論と梅毒輸血事件について若干の検討を加える。

1 違法論

民法709条の文言によると、不法行為責任の成立要件は、①故意・過失、②⁽¹⁵⁹⁾権利・法益侵害、③損害発生、④因果関係に分けることができる。このうち、我妻等の伝統的通説（違法性説）は、②の要件は「加害行為の違法性あること」を意味すると解していた（IV 1）。

正義は「等しくないものを別個に取り扱う」ことを求めるが、法ルールにおいては、要件の充足・不充足によって効果の発生・不発生が決まるので、各要件は「別個に取り扱う」規準を示している。⁽¹⁶⁰⁾したがって、各要件の背後には、通例、「等しくないとして別個に取り扱う」ことを正当化する法原理が控えている。⁽¹⁶¹⁾

まず、①故意・過失は過失責任主義の採用を示す要件であるが、過失責任主義には、「過失あれば責任あり」という積極的側面と、「過失なければ責任なし」という消極的側面がある。このうち消極的側面は自由主義思想の現れであり、⁽¹⁶²⁾①故意・過失要件の背後には自由原理が控えている。また、過失責任主義の積極的側面と④因果関係要件の背後には、自己責任の原則がある。⁽¹⁶³⁾

次に、③損害発生は不法行為の効果たる損害賠償責任の前提となる要件であり、⁽¹⁶⁴⁾わが国の判例では損害填補が不法行為制度の目的とされている。⁽¹⁶⁵⁾

また、②権利・法益侵害要件の背後には「権利・法益の尊重を要請する法原理」があり、この法原理は権利・法益侵害をもって不法行為責任を発動させる。不法行為制度の目的を「権利・法益の保護」を見る近時の有力説は、この法原理を重視している。⁽¹⁶⁶⁾

以上の要件を文言通りに受け取った場合、衝突する法原理の調整に適した要件は、①過失だけであろう。特に、過失の客觀化（行為義務違反化）⁽¹⁶⁷⁾を認める

と、行為義務設定の際に原理衡量を行なうことが容易になる。他方、故意不法行為については法原理の調整を行なう要件がなく、伝統的通説（違法性説）における違法性、不作為不法行為における作為義務違反、「相当因果関係」論を採用した場合の「相当性」など、別の要件を設ける必要がある。このことをミュンツベルクが挙げた次の事例に即して見ることにしよう。⁽¹⁶⁾

邪悪な自動車製造業者が、製造し引き渡した欠陥のない自動車の一部による事故の発生を認識・認容していた場合、行為不法論によると違法性が否定されるが、事故発生による違法性の推定を認める結果不法論によると、違法性も有責性（故意）も否定されない可能性がある（IV 3(2)）。

わが国の学説の中には、「許された危険」の場面において間接侵害＝行為不法だけでなく直接侵害＝結果不法を重畳的に認める説（錦織成史）があるが、⁽¹⁷⁾ 邪悪な自動車製造業者の事例につき直接侵害を認めるならば、結果不法論と同じく有責性（故意）は否定されることになろう。しかし、錦織は、シュトルの自然的行為概念、ラーレンツの行為概念のような行為概念によって直接侵害の範囲を限定することを想定しており、欠陥のない自動車による事故発生の事例では、「ある行態〔自動車の製造・引渡し〕から典型的にある結果〔交通事故発生による権利・法益侵害〕が生じる」という関係がないため、直接侵害は否定されることになるだろう。⁽¹⁸⁾ ミュンツベルクは、適合性原理と可能性原理は帰責可能な振る舞いとして顧慮されるものを限定する、と述べていたが⁽¹⁹⁾（IV 3(3)）、「ある行態から典型的にある結果が生じる」か否かの判断の内実は、適合性審査と重なり合う。

錦織に従い、直接侵害と間接侵害を区別する橋本佳幸においても、直接侵害は「行為とその結果たる権利・法益侵害が表裏一体の関係にある場合」⁽²⁰⁾なので、邪悪な自動車製造業者の事例について直接侵害は否定される。「帰属（行為への帰属）とは、法的責任を追及するための前提として、外界に生起した事象を主体（人）の意思に關係づけて、当該事象を（偶然ではなく）主体の意思の所産（主体の行為）と判断することをいう」、「外界に生起した事象（ある結果）を人（行為者）の意思の所産とみて、ある行為に帰属させるためには、外界を支配操縦する意思の力が当該事象にまで及んでいなければならない」という橋

論 説

本の記述を前提にすると、事故の発生は偶然であり、「自動車の製造・引渡し」行為の支配操縦力は事故にまで及んでいないという理由で、因果関係は否定される。⁽¹⁸¹⁾ 橋本は、不法行為の「成立要件論では、権利・法益侵害—故意・過失要件および責任の阻却事由の判断の全体を通じて『違法・有責な行為』が認定される」と述べているので、この事例では因果関係が否定される結果、違法性が否定されることになると思われる。澤井裕や加藤雅信も、殺人を企図して飛行機に乗せたところ想定通り墜落して殺人に成功したという類似の事例について、事実的因果関係・故意を認めた上で、相当因果関係を否定している。⁽¹⁸²⁾

しかし、欠陥のない自動車の製造業者が事故の発生を認識・認容していない場合において、事故が発生したときは、違法性が推定され有責性（過失）が否定される（IV 3(2)）のに対して、故意の場合は（相当）因果関係が否定される⁽¹⁸³⁾というのでは、理論的に一貫しない。しかるに、行為不法論によると、故意の場合も過失の場合も義務違反（違法性）が否定されるので、統一的な解決がなされる。

もっとも、錦織は、過失の場合も有責性ではなく直接侵害を否定する可能性⁽¹⁸⁴⁾がある。前々段落の橋本の見解と結合すると、故意の場合も過失の場合も因果関係が否定され、統一的な解決がなされる可能性がある。しかし、因果関係の起点を「自動車の製造・引渡し」と考えるから、それと事故（権利・法益侵害）との間の因果関係が否定されるのである。ミュンツベルクは、不法行為法において、違法性の問い合わせは通例、損害が発生して初めて立てられるため結果不法論が優勢となっている可能性を指摘するが⁽¹⁸⁵⁾、権利・法益侵害により違法性が推定されるにしても、その際に違法と評価される行為は何かが問題となり、当該権利・法益を侵害する適合性（危険性）のある行為を抽出する必要が生じる。⁽¹⁸⁶⁾ つまり、結果不法論においても、直接侵害を認める前提として、適合性審査に類似した作業が要求される。⁽¹⁸⁷⁾

しかし、錦織や橋本とミュンツベルクや筆者（大久保）との議論は、すれ違っているのであろう。ミュンツベルクや筆者は違法性の本質論を行なっているのに対して、錦織や橋本は違法性ないし不法行為の認定論に主眼があり、違法性の本質論もそれに引きずられている感がある。

錦織は、「行態不法觀」（行為不法論）として、ニッパーダイを取り上げ、その到達点を次の3点にまとめる。①「法が人に対して命令しもしくは禁止する対象は行態である」。②「行態の違法性は法秩序による命令ないし禁止に対する客観的な違反である」。③「侵害結果は違法性を徴憑せず、それは賠償責任の要件であるにとどまる」。他方で、④「結果不法の立場といつても、違法という評価を受けるのは、人の行態である」。⑤「行態不法の立場といつても、行態規範そのものが、権利ないし法益の保護の必要性に基づいて定立せられる」。⑥「行態規範は権利関連的なものである」。⁽¹⁹¹⁾ 鈴木の用語法に従うと、①②と④は違法性本質論につき行為不法論を探ることを、⑤⑥は違法性根拠論につき「規範違反説（行為無価値論）」ではなく「法益侵害説（結果無価値論）」を探ることを示しており、この2点において錦織の立場はミュンツベルクや鈴木と異ならない。両者の違いは、③絶対権・絶対的法益の侵害による違法性の徴憑・推定を認めるか否かにある。しかし、違法性の推定は、結果発生後に行行為の法的評価を問題にするから、違法性認定論か不法行為認定論であり、違法性本質論ではない。⁽¹⁹²⁾

橋本も「違法性の実質に関して結果不法論に依拠する。他人の権利・法益を侵害する行為は、侵害が侵害禁止規範に違反する場合に違法評価を受ける」と述べるので、鈴木の用語法に従うと、違法性根拠論として結果不法論、違法性本質論として行為不法論を探っていることになる。他方で、橋本は、「成立要件論では、権利・法益侵害—故意・過失要件および責任の阻却事由の判断の全体を通じて『違法・有責な行為』が認定される」、「複数の責任類型への分化は、実質的には、709条の1か条を複数の責任要件に分化させること（いわば709条の2以下の創設）を意味する」と述べており、不法行為認定論も重視している。⁽¹⁹³⁾

錦織の行為不法論に対する批判も、本質を突いていない。まず、行為不法論に立つニッパーダイが目的的行為論を探ることを批判するが、行為不法論と目的的行為論との結びつきは必然でない。ミュンツベルクは行為論について正面から検討していないが、目的的行為論には批判的であるし、四宮や鈴木は社会的行為論に立つ。また、ニッパーダイが正当防衛の要件として違法行為（攻撃の違法性）ではなく忍容義務の有無を問題とする点を批判するが、ミュンツベ

論 説

ルクは忍容義務という規準を斥け、違法行為を正当防衛の要件としている。⁽²⁰²⁾

橋本は、結果不法論を採用する理由として、正当防衛・差止めといった事前保護制度については行為不法論が適合しない点を挙げる。しかし、正当防衛は、⁽²⁰³⁾違法行為を要件とするが、攻撃者による権利・法益侵害までは要求しないので、むしろ権利・法益侵害を要求する結果不法論のほうが事前保護制度には適合しない。橋本はこの窮地を権利・法益の「侵害だけでなく危殆化行為をも違法と評価する」ことによって切り抜けるが、その結果、危殆化行為を違法と評価する⁽²⁰⁴⁾ために適合性審査に類似した作業が必要になる。

橋本は、具体例として、「獵師 X に随行した Y が特別に視力がよく、X が構えた銃の前方にいる動物が人間（A）であることに気付いて X の銃を叩き落した場合に、Y の行為（X の権利・法益の侵害）が A の身体のための正当防衛に該当するか否か（A の身体に対する違法な侵害の急迫の有無）」という問いを設定し、「結果不法を基礎に判断しなければならない」と答える。この具体例で X が射撃の結果 A の身体を侵害しても、X は無過失なので損害賠償責任を負わない。しかし、Y の正当防衛は肯定されるべきなので、X の射撃を違法とするために結果不法による違法性の推定を認める必要があるというのが、⁽²⁰⁵⁾橋本の理路であろう。しかし、四宮においても、権利・法益侵害への危険性（適合性）のある人の外形的行為があれば、可能性を欠いても、民法720条1項の「他人の不法行為」という要件が充足され正当防衛が成立するので、結果不法論による必要は必ずしもない。⁽²⁰⁶⁾⁽²⁰⁷⁾

2 梅毒輸血事件

次に、梅毒輸血事件（Ⅲ）について検討する。四宮は、病院の責任を基礎づける一要素として、医師による血液検査・健康診断（視診・触診・聴診）の懈怠を指摘していた。四宮や判決は、血液検査等を行なったとしても梅毒感染を知ることができなかつたから過失がないと考えている。しかし、血液検査等を懈怠して給血を受けて行なわれた輸血（作為）は違法行為であり（「許されない危険」となる）、過失の対象（連結点）は、被害者の健康侵害（梅毒感染）ではなく、行為義務違反であるから、問診義務を果たしたとしても血液検査等

の懈怠により過失が基礎づけられる。⁽²¹¹⁾ 不法行為の議論をする際に、何が民法709条の評価を受ける「実行行為」かが不明確な場合がしばしばあるが、梅毒輸血事件では、血液検査等の懈怠（不作為）ではなく、「血液検査等をせずに給血を受けて輸血する」という作為が「実行行為」である。⁽²¹²⁾ 血液検査等を懈怠したとしても、輸血をしなければ、原告に対する違法行為は存在しない（血液検査等を懈怠したという不作為不法行為は成立しない）。⁽²¹³⁾ しかるに、輸血という「実行行為」は、「血液検査等をせずに給血を受けて輸血してはならない」という義務に違反するため違法行為であり、血液検査等を懈怠した点に過失が認められる。輸血と原告の健康侵害との間には事実的因果関係があり、原告の健康侵害は「血液検査等をせずに給血を受けて輸血してはならない」という義務の保護目的の範囲に含まれるので、不法行為が成立する。⁽²¹⁴⁾⁽²¹⁵⁾

VII おわりに

本稿では、四宮不法行為法理論の内的体系を検討した。四宮が抽出した法原理は、ドイツ法圏のそれと比較して量的に遜色ない。ただし、違法性根拠論において行為不法として挙げられる公序良俗違反の内実に社会倫理規範違反が含まれるか否かは不明確である。また、利益衡量の際に制定法の評価を顧慮するかについては、四宮はそれを意識しており、それに従った判断をする場合もあるが、そうでない場合もあり、ドイツ法圏におけるほど制定法の評価は尊重されていないように思われる。

違法論には、本質論・根拠論・認定論という位相があった。行為不法論と結果不法論の対立は、違法性本質論においては違法評価の対象が行為か結果かの違いにあるが、わが国の「結果不法論者」（錦織・橋本。ただし錦織は結果不法と行為不法の二元論）も違法評価の対象を行為と考えていた。次に、違法性根拠論においては、違法性の根拠が法益侵害か規範違反（特に社会倫理規範違反）かが、行為不法論と結果不法論を分かつ。四宮とミュンツベルクは、違法性本質論においては行為不法論を探るが、違法性根拠論においては、ミュンツベルクが結果不法論を探るのに対して、四宮は結果不法と行為不法のハイブリ

論 説

ッド理論を探っていた。最後に、「結果不法論者」は、絶対権・絶対的法益の侵害による違法性の微憑・推定を認めるが、それは違法性認定論か不法行為認定論であり、違法性本質論ではない。従来、行為不法論と結果不法論の主戦場は、禁止の対象が法益侵害か社会倫理規範違反か（特に刑法で）、絶対権・絶対的法益の侵害による違法性の微憑・推定を認めるか否かにあったが、両者は議論の位相を異にしており、行為不法論と結果不法論の議論はすれ違っていた。

請求権競合論で研究生活のスタートを切った筆者にとって、四宮不法行為法⁽²¹⁷⁾は難攻不落の城に思えた。以来40年ほどの時が経過し、今回、城の構造図を描いてみたが、部分的な改修は必要であるものの、軀体部分の構造は精緻で堅固なままであることが確認できた。

[付記] 本稿は、2023～2027年度科学研究費補助金・基盤研究（C）（課題番号：23K01192）の助成を受けた研究成果の一部である。

- (1) Franz Bydlinski, *System und Prinzipien des Privatrechts*, 1996. 以下では System として引用する。
- (2) 今井むつみ=秋田喜美『言語の本質』〔中公新書・2023〕126頁、143頁、203-204頁。
- (3) 大久保邦彦「『法の内的体系』鳥瞰図」阪大法学73巻2号〔2023〕398頁以下。この論文を含め、本稿で引用する拙稿の多くは、researchmap から本文へのリンクを張っている (https://researchmap.jp/RingStr/published_papers)。公費で行なわれた研究成果へのオープンアクセスに共鳴していることによる（同363頁注(4)）。
- (4) 「言語という記号体系が意味を持つためには、基本的な一群のことばの意味はどこかで感覚と接地（ground）していなければならない」が、「人間は、抽象的な概念を簡単に接地できない」（今井=秋田『言語の本質』124頁、254頁）。
- (5) 代表的なものとして、Jerome Frank, *What Courts Do in Fact*, 26 Illinois Law Review, 1932, pp.648-656; idem, *Realism in Jurisprudence*, 7 American Law School Review, 1934, p.1065.
- (6) フランク自身、法ルールや法原理が勘（hunch）を生み出すことを認めている（Frank, *What Courts Do in Fact*, 26 Illinois Law Review, p.662）。
- (7) 大久保邦彦「利益衡量論（利益考量論）の再評価」阪大法学72巻2号〔2022〕

626頁において、加藤一郎の「利益衡量論」、星野英一の「利益考量論」について断片的に行なった作業を、本稿では四宮不法行為法理論について包括的に行なう。

- (8) Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985, SS.78ff. 邦語文献として、亀本洋「法におけるルールと原理—ドゥオーキンからアレクシーへの議論の展開を中心に—」『法的思考』〔有斐閣・2006〕147-154頁、大久保邦彦「動的体系論と原理理論の関係に関する一考察」神戸学院法学31卷2号〔2001〕219-221頁。アレクシーは連邦憲法裁判所に対する憲法訴願の判例から弁論無能力決定とレーバッハ（Lebach）判決を取り上げているが、後者については亀本前掲論文に譲り、本稿では前者に即して論述を進める。

(9) ◆ドイツ連邦憲法裁判所法 (BVerfGG) 90条

- (1) 何人も、公権力によって、その基本権または基本法第20条第4項、第33条、第38条、第101条、第103条および第104条に含まれる権利を侵害されたとの主張によって、連邦憲法裁判所に憲法訴願を提起することができる。
- (2) 侵害に対して法的救済手段 (Rechtsweg) が許されるときは、憲法訴願は、法的救済手段を尽くした後に初めて提起することができる。ただし、連邦憲法裁判所は、法的救済手段を尽くす前に提起された憲法訴願についても、それが一般的的意味を持つとき、または最初に法的救済手段を指示されると訴願提起者に重大かつ不可避の不利益が生じるときは、直ちに決定することができる。
- (3) 州憲法に従い州憲法裁判所に憲法訴願を提起する権利は害されない。

ボード・ピエロートほか（著）／永田秀樹ほか（訳）『現代ドイツ基本権〔第2版〕』〔法律文化社・2019〕488-518頁に同法の翻訳がある。

憲法訴願については、基本法93条1項4a号・4b号、阿部照哉「憲法訴願制度の一考察」法学論叢106卷3号〔1979〕1頁も参照。Rechtswegを、阿部は「訴訟」「訴訟手段」（同3頁）、永田は「出訴」「出訴手段」（『現代ドイツ基本権〔第2版〕』511頁、521頁）と訳すが、Rechtswegは、上訴、原状回復の申立て（Antrag auf Wiedereinsetzung）、審問異議（Anhörungsrüge）を含むので（Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3.Aufl., 2020, § 90, Rn.357-358, 368, 408, 442, 524. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, SS.1325-1326; 『現代ドイツ基本権〔第2版〕』456-457頁も参照）、「法的救済手段」と訳しておく。審問異議については、三浦毅「ドイツ民事訴訟における審尋請求権侵害の法的效果」志学館法学17号〔2016〕49頁を参照。

なお、本稿では、検索を容易にするため、外国法の条文訳には◆印を付けている。

論 説

- (10) BVerfGE 51, 324. 決定文の紹介に際しては、<https://www.juris.de/perma?d=BVRE100737919>のRandnummerを本文・脚注の[]内に示す。大部分は決定文の要約である。そのまま訳出した箇所もあるが、煩雑になるので引用符は省略する。本文の「」は、決定文中にある引用符を示すためか、文の構造をわかりやすくするために用いている。拙稿・前掲注(8)219頁では、Verhandlungsunfähigkeitbeschlußを「訴訟無能力決定」と訳したが、本決定にはProzeßfähigkeit(訴訟能力)という語も登場するので[14]、本稿では、平野龍一『刑事訴訟法』〔有斐閣・1958〕72頁注(1)に従い、Verhandlungsfähigkeitを「弁論能力」と訳することにする。
- (11) 桂田事件の裁判でも、弁護団により、桂田巖さん(87歳)には訴訟能力が認められず、出廷を強制した場合は「身体的精神的不調を来す恐れがある」と主張されている(2023年5月20日の静岡新聞の記事〔<https://www.at-s.com/sp/news/article/shizuoka/1243478.html?tbl=550>〕による〔2023年5月23日最終訪問〕)。
- (12) Alexy, Theorie der Grundrechte, S.79.
- (13) ◆ドイツ刑事訴訟法206a条1項 公判開始後、手続障害が判明したときは、裁判所は公判外で決定により公判を打ち切ることができる。
訳出に際しては、ヴェルナー・ボイルケ(著)／加藤克佳＝辻本典央(訳)『ドイツ刑事訴訟法』(6)近大法学63巻3・4号〔2016〕136頁を参照した。
なお、日本の刑事訴訟法314条2項本文は、「被告人が病気のため出頭することができないときは、検察官及び弁護人の意見を聴き、決定で、出頭することができるまで公判手続を停止しなければならない。」と規定する。
- (14) BVerfGG90条(2)項1文の適用が問題となっている。同規律については、Stern, Staatsrecht III/2, SS.1325–1327; Lenz/Hansel, § 90, Rn.346–450; ハンス＝ウーヴェ・エーリヒセン(著)／工藤達朗(訳)「ドイツにおける憲法異議による基本権保護—憲法を形成する基本決定の一局面一」比較法雑誌46巻2号〔2012〕50–51頁を参照。
- (15) ◆ドイツ基本法2条2項1文 何人も生命および身体的完全性に対する権利を有する。
- (16) 憲法訴願手続は対審構造をとらないが、一定範囲の関係機関に意見陳述権(Außerungsrecht)が与えられる(BVerfGG94条、Lenz/Hansel, § 94, Rn.1–2)。
- (17) 補充性原則については、Stern, Staatsrecht III/2, SS.1327–1332; Lenz/Hansel, § 90, Rn.451–520; ピエロートほか『現代ドイツ基本権〔第2版〕』449–461頁を参照。
- (18) 「適法(zulässig)」と言っても、民事訴訟の訴訟要件とその内容は異なり、訴願提起者の基本権が公権力によって侵害されるおそれがあるか、法的救済手段

四宮不法行為法理論の内的体系

が尽くされたか (BVerfGG90条(2)項1文)、補充性原則に対する適合性、BVerfGG90条(2)項2文の適用等が問題となる (Stern, Staatsrecht III/2, SS.1293-1294)。本件では、BVerfGG90条(2)項2文が適用されたが、同規律については、Stern, Staatsrecht III/2, SS.1326-1327を参照。憲法訴願の訴訟要件の全体像については、ピエロートほか『現代ドイツ基本権 [第2版]』449-461頁を参照。

- (19) Alexy, Theorie der Grundrechte, SS.79-84をほぼそのまま訳しているが、省略した箇所、記号を変更した箇所、改行を追加した箇所等がある。引用符は省略する（本文の「」は、原文の引用符か、文の構造を明確にするためのものである）。下線部の原文はイタリックである。〔〕内は弁論無能力決定のRandnummerである。

(20) Spannungslage という語は、レーバッハ判決（BVerfGE 35, 202）には出でてくるが、弁論無能力決定には出でこない。ここでは "Spannungsverhältnis" と書くべきであった。

(21) Alexy, Theorie der Grundrechte, SS.79-84.

(22) Alexy, Theorie der Grundrechte, SS.91-92をほぼそのまま訳しているが、省略した箇所がある。引用符は省略する（本文中の「」は文の構造を明確にするためのものである）。下線部の原文はイタリックである。

(23) ルールと原理の一応の性格については、Alexy, Theorie der Grundrechte, SS.87-90に説明がある。

(24) なお、ドイツ基本法1条3項は、次のように規定している。
◆ドイツ基本法1条3項 以下の基本権は、直接に妥当する法として、立法、執行権および司法を拘束する。
訳は、畠博行＝小森田秋夫（編）『世界の憲法集〔第5版〕』〔有信堂高文社・2018〕329頁〔永田秀樹〕に従った。

(25) 中巻と下巻を合本した四宮和夫『不法行為』〔青林書院・1998〕では5頁。本稿では同書で引用する。

(26) 事実関係は(4)に記載する判決による。

(27) 四宮和夫「梅毒輸血事件の判決について」ジュリスト120号〔1956/12/15〕32頁。第1審判決・控訴審判決に対する判例批評である。本文は原文の抜粋である（引用符は省略する）。ただし、①～⑧を追加したほか、原文のA〔医師〕をBに変更した。

(28) 大学湯事件の大審院判決（大判大正14・11・28民集4巻670頁）も、「吾人ノ法律觀念ニ照シテ大局ノ上ヨリ考察スルノ用意ヲ忘レ」てはならない旨を述べる。我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』〔日本評論社・1937〕121-123頁も、同事件につき「総合考察」の必要性を説く（N 1(c)）。

論 説

- (29) コツィオールは『損害賠償法の基本問題』という著書において、帰責要素 (Zurechnungselemente) として、違法性、過責 (Verschulden)、賠償義務者の領域におけるその他の瑕疵、経済的負担能力、付保可能性、危険共同体思想と、それらの諸要素の共同作用について論じている (Helmut Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts, 2010, Vorwort)。四宮の③は違法性ないし過責に、⑤は経済的負担能力に対応する。
- (30) 拙稿・前掲注(3)387頁。
- (31) 拙稿・前掲注(3)386頁。
- (32) 「ディープポケット」論については、大久保邦彦「二面的正当化原理—スキミング被害の預金者保護に向けて—」甲南法務研究2号〔2006〕17-18頁で触れたことがある。山田卓生「カネミ油症福岡高裁判決と製造物責任」山田卓生著作選集第3巻『損害賠償法』〔信山社・2010〕325-326頁、畠中久彌「アングロ・アメリカ諸国における多元主義的な不法行為理論」福岡大学法学論叢51巻3・4号〔2007〕315頁、田上富信「代位責任の構造についての覚書」末川民事法研究6号〔2020〕21頁などでも、同理論に言及されている。四宮『不法行為』264頁では、「わが民法は……当事者の財産状態によって損害賠償の範囲を加減する立場は採っていない」と述べる（慰謝料の算定に関する同599頁も参照）。しかし、工作物「所有者」の責任を「占有者」の責任よりも厳しくする理由の1つとして、「通常は、『所有者』のほうが、『占有者』よりも、資力の点ですぐれていること」を挙げる（同730頁）。

Tim Kaye, Risk and predictability in English common law, in: Gordon R. Woodman and Diethelm Klippel (ed.), Risk and the Law, 2012, pp.100-102は、「ディープポケット」論は裁判所が結論に到達した後に持ち出される後付けの正当化ないし説明であり、付保により損害賠償責任を負わされるならば保険市場は非常に小さくなるはずだが現実にはそうなっていないなどの批判を同理論に対して加えている。しかし、損害賠償責任の存否は、加害者の資力だけでなく、複数の法原理・帰責要素の共同作用の結果として導かれることが、十分に理解されていないように思われる。

「租税は経済力に応じて負担することが公正だとする」能力（応能）原則 (ability principle)（神野直彦『財政学〔第3版〕』〔有斐閣・2021〕152頁）の基礎にも「ディープポケット」論がある。能力原則を基礎づける法原理として、犠牲の平等、人間の平等、分配的正義等が挙げられているが（橋本徹「租税の根拠」金子宏ほか（編）『租税法講座第1巻—租税法基礎理論—』〔帝国地方行政学会・1974〕128-130頁）、問題もいろいろ指摘されている（吉村典久「応能負担原則の歴史的展開」法学研究（慶應義塾大学）63巻12号〔1990〕366頁注(34)、増

四宮不法行為法理論の内的体系

- 井良啓「税制の公平から分配の公平へ」江頭憲治郎=碓井光明（編）『法の再構築 I 国家と社会』〔東京大学出版会・2007〕64頁以下)。
- (33) 大判昭和8・7・7民集12巻1805頁、最判昭和41・4・7民集20巻4号499頁(原審に対する評釈として、山田卓生「慰藉料の斟酌事由と加害者の資産状態」『交通事故判例百選』〔1968〕122頁以下がある)。
- 千葉地裁佐倉支判昭和46・3・15訟月17巻11号1691頁は、「本件加害者側の被告国は単なる一個人と異なり一般的に財産的資力が大であり、たとえ予算上の制約を受けるにしろ、不法行為の場合の賠償能力においても亦右財産的資力に比例して一個人よりも遙に優っているものと認められることは一般公知の事実であるので、これを本件の賠償額の認定には重要な参考事由の一つに加えて然るべきものと思われる」と判示している。
- (34) 我妻『事務管理・不当利得・不法行為』99頁、207-208頁。四宮『不法行為』264頁注(1)に、我妻説に対する言及がある。
- (35) 名古屋高判昭和50・9・17判時800号59頁は、被害者方は、「もともと聾啞者で、収入も乏しいAと、初老の身でお働かねばならないXとが、母子相協力して僅かに生計を維持してきたものであるところ、本件事故により、Aは両眼失明その他重篤な後遺症に悩む身となり、収入を全く失ったのみか、却って、他人の介護なしでは日用を弁じ得ぬ身となり、一家は経済的にも精神的にもどん底に転落したものといってさしつかえない。これに対し、Y₁が或る程度の規模と資力を有する株式会社であることは弁論の全趣旨から窺い得るし、Y₂が、なお働き盛りの身であることは《証拠略》により認め得るところである。これらの点を考え合せると、前記認定の過失割合で全損害につき過失相殺をするのは却って衡平の観念に反すると思われる」と判示する。
- (36) 未成年者の監督義務者責任(民714条)が問題となる場合に、判例は、被害者救済のため、未成年者の責任能力を否定し監督義務者責任を認める傾向にあることがかつて強調されたが(四宮『不法行為』380-382頁)、この判例の立場も「ディープポケット」論と見ることができる。
- (37) オーストリア法では、原則として、過責は主觀的非難を意味する(Helmut Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 3.Aufl., 1997, Rz 5/35. 以下ではHaftpflichtrecht I³として引用する)。
- (38) ドイツ民法(BGB)829条についても、解釈上、同様に解されている(Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, 1994, SS.650-653)。
- (39) 次の条文も、加害者と被害者の財産関係の衡量について規定している。
- ◆ ABGB1306a条 ある者が、緊急状態において、自己または他人の急迫の危険を回避するために損害を惹起したときは、裁判官は、他人に差し迫った危険

論 説

に対する顧慮から被害者がその回避を行なわなかつたのか否か、加害の当該危険に対する大小関係、または、加害者と被害者の財産関係を衡量して、損害賠償責任の成否および範囲を判断しなければならない。

なお、ABGB の条文の訳出に際しては、クリスティアン・フォン・バール（著）／窪田充見（編訳）『ヨーロッパ不法行為法(1)』〔弘文堂・1998〕518-527頁を参照した。

- (40) Helmut Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Bd. II: Besonderer Teil, 2. Aufl., 1984, S.311. 以下では *Haftpflichtrecht II²*として引用する。
- (41) Bydlinski, System, SS.206-209.
- (42) ◆ ABGB1313a 条 他人に対して給付義務を負担する者は、その他人に対して、自己の法定代理人および履行補助者の過責について、自己の過責についてと同様に責任を負う。
- (43) Koziol, *Haftpflichtrecht II²*, SS.348-349.
- (44) Bydlinski, System, SS.218-220.
- (45) Koziol, *Haftpflichtrecht I³*, Rz 7/4.
- (46) コツィオールは、経済的負担能力を決定するのは、財産の大きさよりも、誰が損害をより容易に負担できるかであると言う (Koziol, *Haftpflichtrecht II²*, S.312, Anm.24)。支払能力（担税力）に応じて課税することが公平だとする能力説においても、支払能力の指標は財産から所得に移っている（橋本・前掲注(32)126-127頁）。
- (47) Koziol, *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, Rz 6/164.
- (48) 四宮『不法行為』2-3頁。
- (49) 四宮和夫「『相関関係理論』に関する一考察—不法行為における違法性判断の構造—」加藤一郎（編）『民法学の歴史と課題』〔東京大学出版会・1982〕263頁以下、『四宮和夫民法論集』〔弘文堂・1990〕235頁以下（本稿では『四宮和夫民法論集』で引用する）。
- (50) 我妻『事務管理・不当利得・不法行為』103頁。
- (51) 我妻『事務管理・不当利得・不法行為』125頁のほか、100-101頁を参照。
- (52) 我妻『事務管理・不当利得・不法行為』125-126頁。
- (53) 我妻『事務管理・不当利得・不法行為』137頁（割注の判例引用は省略した）。
- (54) 我妻『事務管理・不当利得・不法行為』137頁。
- (55) 我妻栄=有泉亨『法律学体系 コンメンタール篇3 債権法』〔日本評論社・1951〕559頁。
- (56) 我妻『事務管理・不当利得・不法行為』121-123頁。
- (57) 不正競争防止法2条1項21号は、「競争関係にある他人の営業上の信用を害す

る虚偽の事実を告知し、又は流布する行為」を不正競争としている。

ドイツ不法行為法には、信用の危険化に関する特別規定がある。

◆ BGB824条（信用の危険化）

- (1) 他人の信用を危殆化し、または、他人の収益もしくは生計にとってその他の不利益を引き起こす事實を、眞実に反して主張しましたは流布した者は、その他人に対して、それが眞実に反することを知らなかつた場合においても、そのことを知らなければならなかつたときは、それによって生じた損害を賠償しなければならない。

(2) 告知者または告知受領者が告知に正当な利益を有する場合には、眞実に反することが告知者に知られていない告知によって、告知者は損害賠償義務を負担しない。

(58) 我妻『事務管理・不当利得・不法行為』142頁。

(59) 我妻『事務管理・不当利得・不法行為』124頁。

(60) 我妻=有泉『法律学体系 コンメンタール篇3 債権法』541頁。四宮『不法行為』351頁は、後者を「消極的な権利」と呼ぶ。

(61) 我妻『事務管理・不当利得・不法行為』143頁。

(62) 『四宮和夫民法論集』237-238頁、256-258頁。(b)については239頁注(10)も参照。四宮『不法行為』351-356頁も同旨。

(63) 「相関関係とは、被侵害利益（そのなんらかの属性）と侵害行為（そのなんらかの属性）とが、ある行為を違法と判断する上で、一方が強大であればそれに対応して他方は弱小であってもよい、という関係に立っていることを、指す」（『四宮和夫民法論集』239頁注(12)）。

(64) 『四宮和夫民法論集』240-242頁（傍点は原文）。四宮『不法行為』273-286頁に、より詳細な説明がある。

(65) 四宮の論文は2004年の民法現代語化前に出されており、鍵括弧付きの「権利」は民法709条の権利を指すが、それは生活上の利益（現行709条の「法律上保護される利益」）を含む（『四宮和夫民法論集』244頁、四宮『不法行為』297頁）。

(66) 3で述べるように、四宮の違法論の基礎には、ミュンツベルク（Wolfgang Münzberg）の見解があるが、同様の区別は Wolfgang Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966, S.79に見られる。

(67) 違法性判断の対象を故意行為・過失行為と称すると、無過失の行為は違法でなくなる。実際、無過失の保護法規違反は違法でないとされている（『四宮和夫民法論集』243頁、247頁、252頁注(2)）。四宮が違法性の統一性を認めないと関係するが、法規違反が違法でないとする用語法には問題がある。この問題については、林良平「不法行為法における相関関係理論の位置づけ」『近代法における相関関係理論』（2010年）に詳しく述べられている。

論 説

る物権と債権の交錯』〔有信堂高文社・1989〕278頁を参照。

- (68) 『四宮和夫民法論集』242-255頁。四宮『不法行為』305頁以下に、違法性に関する詳細な説明がある（同401頁も参照）。
- (69) 四宮和夫「ニューサンス法における違法性と過失—日本の判例について—」法律時報32巻3号〔1960〕8頁は、直接的にはニューサンスについての日本の判例と英米法の比較に関する記述であるが、違法性の基礎理論は「権利と権利とが衝突した場合における利害調節の原理」だと言う。
- (70) 四宮『不法行為』297-305頁、331-341頁に、故意・過失に関する詳細な説明がある。
- (71) 四宮『不法行為』279頁も参照。
- (72) 四宮『不法行為』308頁では、Münzberg, SS.141ff. を明示的に引用している。
- (73) 平井宣雄『損害賠償法の理論』〔東京大学出版会・1971〕403-412頁、『四宮和夫民法論集』236頁。

錦織成史も、他人の権利・法益を抽象的に危険化する行為を行なう際に課される「行態義務を創出するにあたっては、権利ないし法益の重大性と、侵害の危険をはらんだ行態の諸要素（社会的有用性、行為者の受ける利益、侵害の蓋然性、危険回避の技術的可能性の存否及び危険回避のための経済的負担の大きさ等）とが、衡量せられる」と述べ、行態義務の定立に際して利益衡量が必要であることを指摘する（錦織成史「民事不法の二元性(一)・完ードイツ不法行為法の発展に関する一考察—」法学論叢98巻4号〔1976〕93-94頁。以下、本論文を「錦織(一)」、同じ論文の前の部分(一)98巻1号〔1975〕25頁以下を「錦織(一)」、(二)98巻3号〔1975〕25頁以下を「錦織(二)」として引用する）。

(c)の利益の例として、平井は、大阪アルカリ事件における「企業の事業活動の自由（それによって社会にもたらされる利益）」や名誉毀損における「表現の自由」「一般公衆の知る自由」を挙げる（平井『損害賠償法の理論』411-412頁）。

平井の「過失の判断構造」と後の「利益考量論」に対する批判とが整合するのか、平井は(c)の利益に関し「比較衡量の対象としていかなる『利益』を特定するか、衡量の基準を何に求めるか」という問題があることを指摘するが（平井『損害賠償法の理論』412頁）、「利益考量論」についても同じ方向で建設的な議論をすることができなかつたのか、という疑問が残る（この問題については、拙稿・前掲注(7)も参照）。

- (74) 大判大正4・3・10刑録21輯279頁。
- (75) 鈴木の「性質論」は、「本質論」というほうが筆者（大久保）の語感にしつくりくるので、地の文では「本質（論）」という語を用いる。
- (76) 鈴木茂嗣①『刑法総論〔第2版〕』〔成文堂・2011〕（以下、鈴木①）6-7頁、
（阪大法学）74（1-88） 88 [2024.5]

- 42-44頁、鈴木茂嗣②『犯罪論の基本構造』〔成文堂・2012〕（以下、鈴木②）323-325頁、330頁、鈴木茂嗣③『二元的犯罪論序説〔補訂2版〕』〔成文堂・2022〕（以下、鈴木③）18-21頁、116-117頁。鈴木は以上の文献で同旨の主張を繰り返しているため、網羅的な引用は断念する。主張内容はほとんど変わっていないが、用語法には若干の変化が見られる（たとえば、鈴木①5頁、32頁＊、142頁＊、鈴木②239頁＊）。
- (77) 後注(92)の論文で刑法学者の山中敬一がミュンツベルクに検討を加えており、その論文を鈴木が批評しているが（鈴木②437頁以下）、鈴木論文では外国語文献はほとんど引用されておらず、ミュンツベルクの著書は参照していないと思われる。独自の思索の結果、収斂進化を遂げたのであろう。
- (78) 鈴木②218-219頁、412-413頁、鈴木③39頁、43-48頁。
- (79) 鈴木①26頁。鈴木②229頁注(14)もほぼ同じ。
- (80) 鈴木①29-30頁、152-153頁、260-261頁、鈴木②110頁、201頁、鈴木③9頁、34頁。
- (81) 鈴木③20頁、57頁、105頁。筆者（大久保）は学部時代、刑法のゼミに所属しており、その際、大塚仁『犯罪論の基本問題』〔有斐閣・1982〕を講読した。同書の「第6講」のテーマは「違法性の本質」であるが、その1で「実質的違法性」、6で「違法性阻却事由の本質」について論じられている（最近の教科書である山口厚『刑法総論〔第3版〕』〔有斐閣・2016〕103-111頁の構成もあまり変わらない）。ゼミ担当の中森喜彦教授が「違法性の本質を論じた後に違法性阻却事由の本質を論じる必要はない。同じことを表と裏から論じる必要はない」と批判されたことを鮮明に記憶しているが、それは本質論と認定論が混淆している一例である。
- (82) 鈴木①iii頁、鈴木②44頁、167頁、194-195頁、410-411頁、鈴木③12-13頁、56頁。
- (83) 賀集唱「要件事実の機能—要件事実論の一層の充実のための覚書—」司法研修所論集1993-II（90号）36-40頁、72-73頁。
- (84) 四宮和夫「自動車の貸主に自賠法3条による運行供用者責任が認められた事例」法協90巻8号〔1973〕1136頁。
- (85) 四宮『不法行為』460-462頁、540-541頁、556-558頁、568-569頁、581頁。
- (86) 四宮『不法行為』781頁（傍点は原文）。四宮は、民法709条によると寄与度に基づく分割責任しか発生しない（その理由は説明されていない）という前提の下、寄与度を越える責任を加害者に課す点に、共同不法行為の意味を見出しが（四宮『不法行為』763-764頁、768頁、772頁、779頁）、各人の寄与度決定に必要な事實を明らかにすることの困難は、証明責任の転換を正当化するものの、寄与度を

論 説

越える責任を正当化しない（大久保邦彦「共同不法行為論の開拓線」松本充郎先生追悼論文集『環境法の開拓線』〔第一法規・2023〕101頁）。

- (87) 柳澤弘士「ケメラーの民事不法理論(三)―不法行為法における行為不法理論と不法類型論についての覚書一」日本法学31巻4号〔1966〕158-159頁（傍点は原文）。同發言「不法行為理論の展望」私法41号〔1979〕213頁以下も、不法行為理論における本質論と認定論の混淆を批判する。違法性と不法の区別については、後注(94)を参照。
- (88) 柳沢弘士「不法行為法における違法性―不法本質論と不法類型論についての覚書一」私法28号〔1966〕128頁。
- (89) 林・前掲注(67)272頁。
- (90) 民法学において本質論と認定論が混淆していると思われる例を1つ挙げておく。中村瑞穂「契約の解除と原状回復の不能(5)」法学論叢187巻3号〔2020〕56頁以下は、BGB346条の価値償還義務に関し、義務の根拠と免責の問題について分けて検討している。しかし、免責事由は認定論上の障害事由であり（後注(110)）、義務の根拠は本質論なので、実体法学たる民法学は「免責事由がないこと」を要件に含めた上で義務の根拠を論じるべきである。筆者（大久保）自身は基本的に、BGB346条2項1号・2号については侵害不当利得法理である権利継続効に基づき、3項3号が適用されない場合における2項3号については（具体的）過失に基づく損害賠償責任として、価値償還義務を基礎づけうと考えている（大久保邦彦「債権法改正法下における『債権』概念について」名城法学69巻1・2号〔2019〕96-109頁。BGB346条の訳は同103頁注(30)にある。侵害利得と損害賠償が交錯することについては、大久保邦彦「不法行為に基づく損害賠償債務の遅延損害金を民法405条の適用または類推適用により元本に組み入れることの可否—約定利息・法定利息・遅延利息の法的性質論を兼ねて」判時2545号〔2023〕108頁以下を参照）。
- (91) 『四宮和夫民法論集』255頁注(38)。
- (92) Wolfgang Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966. 3では頁数のみで、それ以外では著者名のみで引用する。下線部は原文の強調である。本書の一部を紹介するものとして、赤松秀岳『物権・債権峻別論とその周辺—二十世紀ドイツにおける展開を中心に』〔成文堂・1989〕255-262頁、山中敬一『犯罪論の機能と構造』〔成文堂・2010〕87-91頁、前田達明『不法行為帰責論』〔創文社・1978〕183頁注(1)がある。錦織(二)49頁注(6)、50頁注(19)(21)(23)、錦織(三)79頁注(12)、95頁注(4)、96頁注(12)(13)とそれに対応する本文にも、文献引用と学説内容に対する若干の言及がある。

(93) ドイツ語には「行為」を表す語が多いが、3では原則として、Handlungを単に「行為」、Verhaltenを「振る舞い」、Tatを「行為T」と訳し分ける（派生語も同様）。ただし、行為規範はBestimmungsnormの訳である（後注(96)）。「ふるまい」は、四宮『不法行為』292-293頁にも登場するが、原則的に「行為」と言い換えられている。

Verhaltenという概念は、その主体の動きを必ずしも含まず、その主体の状態とそれを取り巻く環境の状態との関係に関する。そのため、不作為もVerhaltenに含まれる。不作為の場合の振る舞いは、行為者Tが法益保護に適合的な行為の代わりに別の行為をするか全く行為Tしなかったという行為者Tの状態と定義できる。また、生命のない物も積極的には消極的に振る舞うことができ、Quantenverhaltenは「量子の（量子的）振る舞い」と訳されている（SS.22-23; SS.39-42, insb. N.77, N.79; SS.59-60; S.79, N.158）。

(94) 鈴木も、「『違法性』自体は、『程度』を付しうる評価ではない（行為義務違反か否か（違法か適法か）の二者択一）」（鈴木③27頁）、「違法性は全法秩序を通じて統一的なものである。一国の法秩序は統一的であるべきであって、ある行為は法的に許されるか許されないかのいずれかであり、『刑法的には許されるが、民法的には許されない』などとするのは、理論的混乱を招くものである」（鈴木①44頁）と言う。Rechtswidrigkeitは刑法の禁止・命令に対する違反を、Unrechtは違法評価の対象たる構成要件に該当し違法な行為自体を指すが（Roxin/Greco, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Band I, 2020, § 14 Rn.3. 林・前掲注(67)275頁注(6)も参照）、Mによると、Rechtswidrigkeit（違法性。直訳すると、法に違反していること）はあるか否かだが、Unrecht（不法）には程度を付しうる（S.66, N.131; SS.82-83; S.157; S.162, N.320）。なお、四宮は、賠償違法と差止違法の利益衡量は異なるとし、また「違法性の大小」を言う（四宮『不法行為』479頁、423頁注(1)）。民法720条1項（正当防衛）の「他人の不法行為」については、VI 1を参照。

鈴木は、違法性の統一性を認めるコロラリーとして、違法性・有責性に加え当罰性を犯罪の成立要件とする（鈴木①140頁以下）。筆者はかつて、平野龍一『刑法総論Ⅱ』〔有斐閣・1975〕379頁が、「同意傷害が犯罪だとしても自分の指を切ってくれと頼んだ者が（人を犯罪におとしいれたにもかかわらず）傷害の教唆として処罰されない」理由を、《共犯者（教唆者）は被害者だから違法性がない》点に求めているのに依拠して、「自殺が処罰されないのは、自殺（未遂）者は加害者であると同時に被害者だから、可罰的違法性が欠如する点に求めるべきよう（可罰的違法性欠如説）」と述べたが（大久保邦彦「生命・身体の处分と私的自治(1)」神戸学院法学27卷3号〔1998〕8頁、10頁注(23)）、鈴木のように

論 説

違法性とは別に当罰性を要件とし、自殺（未遂）は違法であるが（だから自殺関与は処罰される〔刑202条前段〕）、刑事政策的に被害者は処罰の必要がない（当罰性が欠ける）という説明のほうが、今は適切だと考えている（売買春の当事者や20歳未満の者の飲酒・喫煙が処罰されないのも同じ理由であろう）。

(95) 「行為不法」は Handlungsunrecht の訳であるが、Verhaltensunrecht という用語が用いられている箇所もある (S.15, SS.341ff, S.441)。

(96) Bestimmungsnorm の訳語には「決定規範」や「意思決定規範」があるが、本稿では「行為規範」と訳しておく。S.10では「命令－禁止 (Gebot-Verbot)」と言い換えられている。鈴木①48-51頁も参照。

「決定規範」と訳すものとして、松生光正「客観的帰属論と過失共犯」刑法雑誌50巻1号〔2010〕51頁、松澤伸「刑法解釈論の意義と方法」現行刑事法研究会研究報告集3号〔2014〕4頁、江藤隆之「スペイン・日本・ドイツ刑法総論用語集」桃山法学30号〔2019〕120頁がある。

「意思決定規範」と訳すものとして、内山安夫「*In dubio pro reo* 原則の本質—西ドイツの議論を中心として—」一橋研究13巻4号〔1989〕123頁がある。

(97) 評価規範説は結果不法論と親和的である (S.13)。

(98) 「法的に保護された利益の侵害 (Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen)」、「法益侵害の状態 (Zustand der Beeinträchtigung eines Rechtsguts)」、「法益が侵害されたこと (Beeinträchtigtsein eines Rechtsguts)」も同じ意味である。所有権に基づく妨害排除請求権に関するBGB1004条のBeeinträchtigungは、「所有権の内容に矛盾する状態」を意味する (S.376)。Interessenverletzung（利益侵害）という普通の表現は、Verletzung概念が行為と結果を不可分に一体化する観念と結びついているので、意図的に避けられている (S.28)。

(99) 民法709条の評価を受ける「実行行為」については後述するが (V2)、建設アスベスト訴訟では「建材メーカーらが石綿含有建材から生ずる粉じんにはばく露すると石綿関連疾患に罹る危険があること等を表示することなく石綿含有建材を製造販売したこと」が「実行行為」とされている（最判令和3・5・17民集75巻5号1359頁）。本文の自動車製造業者の事例でも同じだろう。

(100) Mによると、結果犯たる殺人の構成要件は、「他人を殺すのに適合的な振る舞いを完遂した者は、その振る舞いによってその他の死亡が生じたときは、処罰される」となる (S.88)。鈴木によると、刑法199条の「人を殺した」とは、「違法・有責・当罰的に人を殺した」(鈴木③10頁)、「人の死を回避する義務に違反して、結果惹起にとり決定的な危険行為をなし、それによって死の結果を惹起したこと」(鈴木①158-159頁)をいう。

(101) 四宮『不法行為』279頁。

- (102) 義務は行為規範（命令・禁止）であり、それに違反するものは違法である（S.1, S.12, S.75, S.109）。
- (103) 刑法においては、作為犯の中に、構成要件的結果の「惹起」を欠く単純行為犯があるが、その違法性は義務違反に求めるしかなく、作為犯においても結果不法による統一的把握は困難である（S.59）。
- (104) わが国でも、橋本佳幸は、「過失を行為義務違反とする現在の過失理解によれば、過失には違法要素が含まれる」と言う（窪田充見（編）『新注釈民法(15)債権(8)』〔有斐閣・2017〕298頁〔橋本佳幸〕。同337頁も同旨）。
- (105) 現実に発生した結果は義務内容の決定には関与しないので、その代わりに、結果発生に対する振る舞いの適合性（(3)(a)）が義務内容の決定に関与するのである（S.65, S.144, S.282）。
- (106) 橋本も、「作為義務（義務内容たる作為）は何らかの原因から法益侵害に向かう因果系列を阻止する一般的適性を備えている」と述べている（橋本佳幸『責任法の多元的構造—不作為不法行為・危険責任をめぐって—』〔有斐閣・2006〕55頁注(38)。下線は大久保）。
- (107) たとえば、作為不法行為の「作為」は結果惹起行為、不作為不法行為における作為義務の「作為」は結果回避行為であり、期待可能性は結果回避行為について問題となる。犯罪につき、鈴木①39頁、90頁、136頁、鈴木②244-251頁、鈴木③76-87頁。
- (108) 違法性確定のために利益衡量を要求しても、裁判官はすでに相当因果関係などの名の下で違法性判断をしているので、裁判官の仕事を増やすことにはならない（SS.262-263）。鈴木も「不相當な事実的因果関係の邇及を断ち切るのは、因果経過自体の異常性（不相当性）ではなく、問題となる行為の違法性（結果回避義務違反）」だと述べ、「相当性」は違法性の問題だと考えている（鈴木③41頁のほか、客観的帰属論に関する鈴木①171-177頁、鈴木②337頁以下、鈴木③102-104頁を参照）。四宮も、後続侵害の帰責基準については「危険範囲説の判断方式のほかに一種の違法性判断が必要である」とする（四宮『不法行為』449頁。同452-453頁、『四宮和夫民法論集』304頁、323頁も参照）。
- (109) 故意の作為不法行為については、実行可能性は常に充足される（S.195, N.390, 『四宮和夫民法論集』252頁注(3)、四宮『不法行為』288頁注(1)、310頁）。
- (110) 2(4)(b)で述べたように「違法性阻却事由」は認定論上の概念であるが、本質論上の「正当化事由」と原則的に一致する（鈴木②232頁、396-397頁）。本質論は犯罪評価を否定する消極的事由論を含む（鈴木②181頁）。
- もっとも、本質論への消極的事由の導入により、本質論と認定論の区別はやや曖昧になっている。賀集は、鈴木が「構成要件」と「阻却事由」とを対置するの

論 説

に倣い、民法学において「構成要件」と「障害事由」とを対置し、「免責事由」を障害事由と扱っているが（賀集・前掲注(83)40-43頁、49頁）、鈴木①79-80頁では、「免責事由」は本質論上の概念として用いられている。

- (111) 緊急避難の規定が利益衡量の結果であることは容易に理解できる（本文で次述）。正当防衛については、「権利（Recht）は不法（Unrecht）に譲歩する必要はない」という命題に基づき、攻撃者が違法行為したことにより、その利益の保護価値を立法者が大幅に引き下げるという説明がありうる（S.364）。

なお、上記命題は、「法は不法に譲歩する必要はない」ないし「正は不正に譲歩する必要はない」と表現されるのが一般的だが、不法な侵害に対して権利を守ることが問題となっているので、「権利は不法に譲歩する必要はない」と訳しておく。1848年の論文でこの命題を主張したベルナー（Albert Friedrich Berner）については、山本和輝「正当防衛の正当化根拠について(3)—『法は不法に譲歩する必要はない』という命題の再検討を中心に—」立命館法学368号〔2016〕133-137頁を参照。同137頁では、「法（権利）は不法に譲歩する必要はない」と訳されている。四宮『不法行為』367頁は、正当防衛の趣旨を「権利は不法を避けるを要せず」という思想に求めている。

- (112) Roxin/Greco, StrafR AT I § 7 Rn.42; § 14 Rn.9; § 16 Rn.1-8. 詳細は、内藤謙『刑法改正と犯罪論（上）』〔有斐閣・1974〕164-326頁を参照。

- (113) 「責任（の）阻却事由」には、違法性阻却事由を含める用法がある（この場合の責任は Haftung を意味する）ので（橋本佳幸＝大久保邦彦＝小池泰『LEGAL QUEST 民法V 事務管理・不当利得・不法行為〔第2版〕』〔有斐閣・2020〕160頁以下〔橋本〕、『新注釈民法(15)』279頁〔橋本〕）、それと区別するために「有責性（Schuld）阻却事由」という訳語を用いる。違法性阻却事由を含む場合に「責任（の）阻却事由」という用語を用いるのは、誤解を招くので、避けるべきである（「責任阻却事由」は、潮見佳男『不法行為法〔初版〕』〔信山社・1999〕187頁でも用いられていたが、潮見佳男『不法行為法I〔第2版〕』〔信山社・2009〕395頁では「責任障害要件」という用語に改められた）。同様の問題は、債務不履行責任について多用される「免責事由」概念にも付きまとう。

- (114) 1927年3月11日の判決（RGSt 61, 242）の紹介が、内藤謙『超法規的緊急避難』『ドイツ判例百選』〔1969〕166頁にある。

- (115) 原文は2つの文からなるが、1つの文にして訳した。内藤『刑法改正と犯罪論（上）』306頁に2つの文に分けた訳がある。

なお、日本刑法37条1項も、「これ〔緊急避難行為〕によって生じた害が避けようとした害の程度を超えてなかった場合に限り」という要件の下で、利益衡量を行なうことを予定している。

- (116) 絶対権への言及は、SS.252-253; S.334; S.361; S.362, N.737などにある。Heinrich Lehmann, Begrenzung der Rechtswidrigkeit unter vergleichender Berücksichtigung des schweizerischen Rechts, in: Recht und Wirtschaft (Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann zu seinem 80. Geburtstag am 24. April 1958), 1958, SS.188-190によると、ドイツ民法823条1項の絶対権（所有権その他の権利）・法益（生命・身体・健康・自由）に対する侵害は、制定法上の違法性阻却事由（正当防衛・緊急避難）がある場合を除き、すべて違法とするのが制定法の見解である。立法者が権利保護の限界づけをすでに行なっているから、注意深い利益衡量に基づき限界づけをより詳細に展開・具体化する必要はないし、社会的相当性など新たな違法性阻却事由の導入は制定法と抵触する。
- (117) BGB823条1項・826条とは異なり、824条（注(57)）・825条のように立法者が利益衡量を先に行ない、制定法において振る舞い方を詳細に記述している場合には、構成要件に違法性微表機能がある（SS.108-109, SS.172-173, SS.261-263）。結果不法論は、絶対権侵害（823条1項）による違法性の推定も肯定する。四宮『不法行為』278頁は、結果不法論によると、「『権利』侵害は侵害行為の違法性の微表であり、正当化事由の存在が証明された場合に始めてこの微表でなくなる」と説明する。
- (118) Mは、違法性をめぐる議論について、「法益の完全性に対する利益と行為自由に対する利益のうち、いざれが優先権を持つべきかという根本的な問い合わせとなっている。その答えを制定法から直接読み取ることはできない。そもそもその問い合わせは、相当部分、法政策的な性格を持つ」とも述べており（SS.360-361）、制定法の評価に対する態度はアンビバレン特である。
- (119) 違法性阻却の一般原理として「優越利益の原理」（Prinzip des überwiegenden Interesses）と「利益欠缺の原理」（Prinzip des mangelnden Interesses）とがあり、被害者の同意については後者によって違法性が阻却されるという考え方もあるが（町野朔『患者の自己決定権と法』〔東京大学出版会・1986〕146頁）、Mは被害者の同意（自己決定）も利益衡量に含める。四宮もMと同じく、「被害者の承諾は、しょせん、被害者がわの利益の重みを行為者がわおよび一般社会の利益の重みに比較して減少させるにすぎず、利益衡量において重要ではあるがひとつの中の要因としての意味しか有しない」と述べる（四宮『不法行為』376頁）。
- (120) 日本刑法199条（殺人）では、攻撃客体（行為客体）は「人」、保護客体（保護法益）は「人の生命」であり、95条1項（公務執行妨害）では、攻撃客体は「公務員」、保護客体は「公務」である（山口『刑法総論〔第3版〕』46頁）。
- (121) 廣松涉ほか（編集）『岩波 哲学・思想事典』〔岩波書店・1998〕1337頁〔丸山高司〕に、「人間的精神の〈創造物〉ないし〈所産〉が、〈生の表出（Lebensäußerung）〉

論 説

として概念化されている」という記述がある。

- (122) ビドリンスキーナらば、この利益を「経済的効率性」と呼ぶだろう (Bydlinski, System, S.189)。
- (123) 『四宮和夫民法論集』255頁注(46)に「生命保護と産業保護のいずれを優先させるか」という記述があるが、産業保護は⑤の利益に含まれる。
- (124) 「制定法の評価を尊重しない」という点は、加藤一郎の「利益衡量論」、星野英一の「利益考量論」などに見られる日本民法学の特徴であろう。もちろん例外はあり（四宮については、次の注(125)を参照）、下の世代になると、磯村保・山本敬三のように、制定法の評価を重視する見解が有力化する。

磯村によると、たとえば、目的物の滅失・損傷について借主に帰責事由がないときは使用貸借の有効・無効にかかわらず所有者たる貸主がその危険を負担するが、それは民法191条の規定の趣旨と整合的である（磯村保『事例でおさえる民法 改正債権法』〔有斐閣・2021〕65頁）。また、取締法規に違反する契約の効力について、取締法規がある行為を禁止しながら契約の履行を裁判所が認容するのは法秩序内部における自己矛盾だとして、違反行為が未履行の場合には常に契約は無効となる（磯村保「取締規定に違反する私法上の契約の効力」民商93巻臨増1号〔1986〕114頁）。かかる解釈からは、制定法（民法171条・取締法規）の評価を重視する態度が窺える。心裡留保を例外的に無効にする規定（民法93条1項ただし書）に対する批判が法政策的なもの（立法論）にとどまるのも同様である（石田喜久夫（編）『現代民法講義1 民法総則』〔法律文化社・1985〕128頁〔磯村保〕）。

山本敬三については、表見代理における信頼原理と帰責原理の衡量に関する「立法者が条文を通じて示した決定を前提とすることが、法律論の出発点である」という記述を引いておく（山本敬三『民法講義I 総則』〔第3版〕〔有斐閣・2011〕405頁）。動的システム論（動的体系論）の検討において、山本が基礎評価の必要性を指摘するのも（山本敬三「民法における動的システム論の検討—法的評価の構造と方法に関する序章的考察—」法学論叢138巻1・2・3号〔1995〕265-267頁）、「制定法の評価」に拘束されることが前提になっている。基礎評価については、拙稿・前掲注(8)226-227頁も参照。

- (125) 制定法の拘束に対する四宮の態度については、不法行為法を超える問題なので慎重な検討が求められるが、不法行為に関する記述としては以下が参考になるだろう。

不法行為による損害賠償の方法として原状回復を認めうるかという問い合わせについて、四宮は「立法者の政策決定は、重大な根拠なしには無視すべきでない」と述べ、「原状回復は、明文の規定のない場合には認めるべきでない」とする（四宮

『不法行為』475頁。下線は大久保)。民法711条については、民法起草者は遺族固有の慰謝料請求権を民法709条から当然に導くことはできないと考えたため、その例外として711条を置いたという理解に立ちつつ、その理解を現在も維持すべきかという問い合わせを設定している(同502頁)。請求権競合に関する全規範統合説(同661-667頁、四宮和夫『請求権競合論』[一粒社・1978]77-83頁)は、自由な法創造を許す説に見えるが、「実定法秩序との齊合性」にも留意されている(四宮『請求権競合論』229-232頁)。また、不法行為に基づく差止請求権は「被害者の保護としても必要、社会経済上も有用であり、しかも、法秩序は、それによって、自らの統一性・一貫性を保持することができる」と述べられており(四宮『不法行為』479頁)、法秩序の統一性・一貫性に対する配慮も見られる。このように四宮は制定法の拘束を十分に意識しているが、前注(124)の磯村や山本ほどは尊重していないように見受けられる。

- (126) 注(72)で述べたように、四宮は3要素を挙げる際に、Münzberg, SS.141ff.を明示的に引用している(四宮『不法行為』308頁)。
- (127) Münzberg, SS.290-293.
- (128) 刑罰法規違反・公序良俗違反の場合に侵害される利益については、四宮『不法行為』399-400頁注(1)も参照。
- (129) 法令違反を、公序良俗違反を判断する一要素と位置づける見解(大村敦志「取引と公序」『生活民法研究Ⅰ 契約法から消費者法へ』[東京大学出版会・1999]192-194頁)と親和性がある。
- (130) 四宮和夫「被害者が幼児である場合と民法722条2項」民商58巻1号〔1968〕133頁(括弧書きは省略)。
- (131) Vでは、四宮『不法行為』については、本文において括弧書きで頁数を引用する。直接引用部分については、原文の括弧書き・傍点を省略している箇所がある。下線は、法原理であることを強調するために大久保が引いている。
- (132) 利得防止は損益相殺の根拠となる(四宮『不法行為』601頁)。
- (133) 「原告(被害者)が受けた損害と被告との間」の「一定の結びつき」が帰責根拠である(『四宮和夫民法論集』322頁)。
- (134) 四宮によると、過失における注意義務について、「一般的・客観的な基準によるときは、たしかに、この基準に達しない能力・技量等を有する者は、能力等の不足によるリスクをみずから負担しなければならないことになるであろう。しかし、健全な社会生活の運行のためには、お互いが合理的に行動することを期待し信頼しうることが必要であり、この要件にこたえるには、注意義務の基準は一般的・客観的なものとせざるをえないものである」(四宮『不法行為』337頁)。有責性要件のうち違法性の認識可能性・主觀的期待可能性についても、行為者の主觀

論 説

的態様ではなく相手方の信頼・期待に重きを置くべき民法の解釈としては、その有無の判断は一般的・客観的基準によるべきである（四宮『不法行為』379頁、385-387頁）。

- (135) 過失の証明責任については、四宮『不法行為』393-394頁を参照。
- (136) 「過失の客觀化」の背景として、「損害賠償訴訟において、意思の緊張の欠如を証明させるのは、被害者に不可能を強いるに等しい」ことが挙げられるが（四宮『不法行為』304頁）、これも認定論である。
- (137) アレクシーを参照（Ⅱ 2(1)・3）。山本敬三も、「権利そのもの——たとえば所有権——の尊重を要請する規範も、原理である」と言う（山本『民法講義 I 総則 [第3版]』621頁注(6)）。
- (138) 我妻栄（編著）『判例コンメンタル VI 事務管理・不当利得・不法行為』〔日本評論新社・1963〕180-184頁〔四宮和夫〕は、漁業権・鉱業権・採石権・慣行水利権・温泉専用権にも言及する。
- (139) 四宮和夫『戦後における判例不法行為法』〔日本評論新社・1956〕44-45頁。
- (140) 最判昭和30・5・31民集9巻6号774頁。
- (141) 最判昭和41・6・23民集20巻5号1118頁。
- (142) 東京地判昭和39・9・28下民集15巻9号2317頁。
- (143) 最判昭和44・9・26民集23巻9号1727頁。
- (144) 四宮『戦後における判例不法行為法』66-67頁。
- (145) 四宮和夫「業務上の過失」『総合判例研究叢書 民法(9)』〔有斐閣・1958〕99頁。
- (146) 大判大正5・12・22民録22輯2474頁。
- (147) 四宮和夫「富喜丸事件—不法行為による損害賠償の範囲」『続判例百選』ジュリスト臨時増刊211-2号〔1960〕39頁。
- (148) 行為不法を利益侵害に還元する可能性については、IVの末尾を参照。
- (149) 拙稿・前掲注(3)394-392頁。
- (150) 拙稿・前掲注(3)393頁、382-381頁。
- (151) 四宮・前掲注(145)101頁。
- (152) 大久保邦彦「損害賠償法の内的体系と動的体系論による立法」国際公共政策研究18巻1号〔2013〕117頁。
- (153) 「犯罪の重さは、基本的には侵害される法益の価値によるから、法定刑の高低は、これに応じて法益の価値によって決まる」（安田拓人「法定刑の改正動向について」刑法雑誌46巻1号〔2006〕92頁）。
- (154) 四宮和夫「不法行為法における後続侵害の帰責基準」『四宮和夫民法論集』281頁以下に、より詳細な説明がある。
- (155) 『四宮和夫民法論集』322-323頁も同旨。

四宮不法行為法理論の内的体系

- (156) 四宮『不法行為』451-452頁、『四宮和夫民法論集』293頁は、「完全賠償の原則」の論拠として民法709条の規定の仕方を挙げる。
- (157) 四宮和夫「不法行為による人身損害に関する考え方の対立について」『四宮和夫民法論集』278頁。
- (158) 『四宮和夫民法論集』278頁。
- (159) 『新注釈民法(15)』274頁、280頁以下〔橋本〕は、民法709条の見出し（不法行為による損害賠償）を援用し、行為要件を付け加える。
- (160) 拙稿・前掲注(3)388頁。
- (161) 法的安定性の要請に基づく調整問題は例外である（拙稿・前掲注(3)389-388頁）。ドイツでは当事者の名前の頭文字によって管轄を決めることがある。たとえば、<https://www.fg-muenster.nrw.de/aufgaben/gueterichter/index.php> (2024年3月7日最終訪問)。不法行為法についての詳細は、拙稿・前掲注(152)115-121頁、拙稿・前掲注(3)383-381頁を参照。
- (162) 『新注釈民法(15)』264-265頁〔橋本〕。
- (163) 『新注釈民法(15)』281頁〔橋本〕。
- (164) 「損害の発生が要件とされるのは、損害の填補こそが不法行為の本来の法的効果であることによる」(四宮『不法行為』445頁)。
- (165) 最判平成5・3・24民集47巻4号3039頁。学説については『新注釈民法(15)』261-264頁〔橋本〕を参照。
- (166) 『新注釈民法(15)』261-263頁〔橋本〕。
- (167) 「損害の公平妥当な配分という不法行為法の目的からは、行為によって保全される利益、ないし、損害回避義務を負わせることによる犠牲を、被害者がわざわざする要素となんらかの形で比較衡量することが、必要」なので（『四宮和夫民法論集』251頁）、法原理の調整なしで済ますことはできない。
- (168) 『新注釈民法(15)』329-331頁〔橋本〕。
- (169) 「故意要件は、行為義務違反の要素を含まない」（『新注釈民法(15)』284頁〔橋本〕）。過失不法行為については正義にかなった結論に達するために有責性（過失）要件を濫用できるが、故意不法行為については、有責性（故意）要件は違法性の問い合わせるのに適していないので、この逃げ道も機能しない（Münzberg, SS.294-295）。
- (170) 能見善久「不法行為の機能・要件の再構成」NBL937号〔2010〕24頁は、違法性には「権利ないし利益衝突の調整道具」としての機能があることを指摘する。
- (171) 「故意の不作為不法行為については、故意要件と別に、作為義務違反要件を立てる必要がある」（『新注釈民法(15)』284頁〔橋本〕）。
- (172) ミュンツベルクや鈴木は、「相当性」を違法性の問題と考えていた（注(108)）。

論 説

- (173) この事例は、ニッパーダイが挙げる例として、錦織(二)42頁、45頁、錦織(三)86頁でも言及されている。
- (174) 錦織(三)85-93頁。「許された危険」については、錦織(一)42頁以下を参照。
- (175) 錦織(三)75-76頁。
- (176) 錦織(三)90-91頁。
- (177) 『新注釈民法(5)』334頁〔橋本〕。ただし、過失不法行為についての記述である。
- (178) その結果、「生命・身体の侵害行為を当然に違法として絶対的保護を実現することもできなくなる」(『新注釈民法(5)』298頁〔橋本〕)という行為不法論に対する批判が、自らにも向けられることになる。
- (179) 橋本『責任法の多元的構造』43-44頁。
- (180) 『新注釈民法(5)』361頁〔橋本〕。
- (181) 橋本は、「客観的帰属（行為への帰属）の判断において、意思による支配操縦の有無・範囲は抽象化された人・意思を基礎に置いた客観的評価のもとに確定すれば足りる」と述べるが（橋本『責任法の多元的構造』53頁注(26)）、邪悪な自動車製造業者の事例で事故に支配操縦力が及ばないのは、意思という主観的要素ではなく、事故を惹起する行為の適合性（危険性）が低いという客観的要素に基づいている。
- (182) そのほか、法益侵害（事故）が具体化・個別化されていないことを理由に因果関係を否定することも考えられるが（橋本『責任法の多元的構造』41頁）、故意の場合は、概括的故意による責任成立を認めるべきであろう（四宮『不法行為』301頁、302頁注(2)）。刑法につき、山口『刑法総論〔第3版〕』203頁）。橋本自身、「作為による外界の支配操縦は、作為の意思（支配操縦の意思）が現に向けられている法益侵害にとどまらず、広く、意思が向けられる客観的可能性のある法益侵害（客観的判断として予見可能性のある法益侵害）にまで及ぶ」とする（橋本『責任法の多元的構造』53頁注(27)）。
- (183) 『新注釈民法(5)』279頁〔橋本〕。
- (184) 澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』〔有斐閣・2001〕195-196頁、加藤雅信『新民法大系V事務管理・不当利得・不法行為〔第2版〕』〔有斐閣・2005〕239頁。筆者（大久保）は、澤井・加藤を支持したことがあるが（拙稿・前掲注(86)104頁）、認定論に捉われており、本質的な議論ではなかったと反省している。この問題については、鈴木①169頁、鈴木②342-344頁も参照。
- (185) ミュンツベルクによると、相当因果関係の機能は、条件説によると原因となりうる無数の条件を合理的な程度に限定する消極的選別にあるのに対して、適合性原理の目標は、因果関係の問題とは無関係に、振る舞いの適法／違法の判断の基

礎・要件を積極的に提示する点にある (Münzberg, SS.147–148)。故意の結果不法行為（結果犯に対応する不法行為）においては、加害者が手段の意識的な選択によって裁判官から適合性審査の手間を引き取っているため、適合性原理は背景に退くように見えるが (Münzberg, S.181)。四宮『不法行為』301頁も、「故意は、直接『権利』侵害に向かわれるので、『権利』侵害に対する危険性をもつことは、あまりにも明白である」と言う)、邪悪な自動車製造業者の事例では、振る舞いの違法性を否定するために、適合性審査が必要になる。

- (186) 錦織(三)92頁。
- (187) Münzberg, SS.57–58; S.70; SS.80–81; S.110, N.221; S.153.
- (188) 「評価・判断としての違法性概念を採用するのであるならば、その対象となる不法実体の抽出作業が必要である」(林・前掲注(67)280頁。関係概念については同275頁注(5)を参照)。殺人者の母が殺人者を生む行為は、被害者の生命を侵害する適合性がないから、違法性がなく、因果関係の起点にならない。
- (189) 『新注釈民法(15)』298–299頁〔橋本〕の記述内容は、適合性審査と実質的に重なる可能性がある。
- (190) 「議論のすれ違い」は、伝統的犯罪論との議論について、鈴木が用いる表現である (鈴木②191頁、鈴木③6頁注(5)、8頁)。
- (191) 錦織(二)44頁。
- (192) 錦織(三)83頁。
- (193) 刑法学においても、平野龍一を代表とする結果不法論（結果無価値論）は、犯罪認定論を重視する (鈴木②81–97頁、鈴木③6–7頁)。
- (194) 『新注釈民法(15)』297頁〔橋本〕。
- (195) 違法性根拠論として行為不法論を否定することについては、『新注釈民法(15)』303頁〔橋本〕を参照。
- (196) 『新注釈民法(15)』279頁〔橋本〕。同300頁も同旨。
- (197) 錦織(三)85頁。
- (198) Münzberg, S.16, S.23.
- (199) Münzberg, SS.161–163.
- (200) 四宮『不法行為』292頁、『新注釈民法(15)』280頁〔橋本〕。
- (201) 鈴木①38頁、鈴木②250頁、鈴木③81頁。
- (202) Münzberg, SS.369–370, SS.373–374, S.441.
- (203) 『新注釈民法(15)』298頁〔橋本〕。以下、本文の正当防衛に関する橋本の典拠は『新注釈民法(15)』337頁〔橋本〕（圈点は原文）である。
- (204) ドイツ結果不法論に対する Münzberg, S.345 の指摘を参照。
- (205) ドイツ法では、法秩序の統一性に鑑み、StGB34条の緊急避難が成立する場合

には、民法上も違法性阻却を認めるのが通説である。保護される利益が侵害される利益に著しく優越することが要件となるが (Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11.Aufl., 2016, § 21 Rn.71)、橋本の具体例については、緊急避難が成立する可能性が高い (Münzberg, SS.441-442)。したがって、ドイツ法で正当防衛の成立を言うには、緊急避難が成立しない例を挙げる必要がある (後注(207)を参照)。

- (206) 四宮『不法行為』281頁（違法概念の相対性を認める）、367頁。
- (207) 橋本の具体例はよく考えられており、結果不法論の妥当性を直觀に訴えかける。
しかし、交通ルールを守って運転している自動車の前に、歩行者が過失で飛び出した（それは運転者に予見不能だったとする）場合において、車に轢かれそうになつた歩行者が運転者を射殺したときは、（結果不法論によると運転者の行為は違法となる可能性があるが）正当防衛は成立しないだろう (Roxin/Greco, StrafR AT I § 15 Rn.14, 16)。橋本の例についても、防衛される利益が攻撃者の利益よりも小さい事例——たとえば、X の銃の前方にいる動物が A のペットであり、銃を叩き落す際に Y が X を傷つけた——に変えれば、直觀的な結論が変わる可能性がある（正当防衛における法益権衡については、四宮『不法行為』368頁）。
- 本稿の冒頭（I）で、裁判官の多くは、自らが望ましいと考える結論に到達した後で、その結論を正当化する三段論法を考案する傾向にあることを、リアリズム法学は明らかにしたと述べた。橋本の具体例はその好例となろう。しかし、確固たる解釈が確立していない場面では、法律構成の優劣を競う前に、結論の妥当性を法原理的根拠——橋本の例では「権利は不法に譲歩する必要はない」 (Münzberg, S.364のほか、Erwin Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2.Aufl., 1996, Rn.263)など正当防衛において法益権衡が要求されない理由（刑法については、山口『刑法総論〔第3版〕』114-119頁）——にさかのぼって吟味する作業がなされるべきである。利益衡量論はそのような作業を行なっていたのではないのか、ということが、拙稿・前掲注(7)で主張したことである。
- (208) 四宮『不法行為』413頁注(1)で示された考え方によると、事実的因果関係が否定されるか、それは肯定されるが規範の保護範囲外という理由で、損害賠償責任は否定される。ミュンツベルクの見解は、Münzberg, SS.128-140を参照。
- (209) 四宮『不法行為』278-279頁。
- (210) 四宮『不法行為』297-300頁。
- (211) 錦織〔91頁、『新注釈民法〔5〕』335-336頁〔橋本〕〕。橋本は、行為義務違反にもかかわらず例外的に過失がない具体例として、ミツバチの大群が信号機を覆っていたため赤信号に気付かないまま交差点に進入した例を挙げる。梅毒輸血事件については、そのような特段の事情は存在しない。

四宮不法行為法理論の内的体系

- (212) たとえば、判例は損害発生に至る前の一連のプロセスを分解した各部分を加害「行為」とするが、平井は分解される以前のプロセス全体を「行為」と見る（平井『損害賠償法の理論』403頁）。分解する場合にも、どのように分解するかが問題となる。
- (213) 四宮『不法行為』412頁によると、過失不法行為の事実的因果関係の起点は「注意義務違反によってなされた部分」である。最判昭和32・5・10民集11巻5号715頁の原審は、原告（患者）の疾患（権利侵害）は被告（医師）が「治療のため注射をした際にその注射液が不良であったか、又は注射器の消毒が不完全であったかのいずれかの過誤があって、この原因に基いて発生したものであること、従ってそのいずれにしても控訴人〔被告〕がこの注射をなす際に医師としての注意を怠ったことに基して生じたものであること」と判示しているが、この事例では実行行為は注射行為である（四宮『不法行為』413-414頁注(2)）。
- (214) 刑法に関して、中森喜彦「作為と不作為の区別」平場安治先生還暦祝賀『現代の刑事法学（上）』〔有斐閣・1977〕132-133頁は、次のように述べる。
「過失犯の事例においては、被告人の態度に作為と不作為との両面があることに疑いはない。しかし、その不作為の側面は全ての過失犯がもつ不注意であるにすぎず、生じた結果に責任を負わせうるに足る義務違反ではない。その注意は危険な行為を行なうに当つての負担というべきものに過ぎない。評価によって作為犯か不作為犯かが決まるとする見解は、この場合の不作為の側面が独立しては犯罪性を基礎づけえないことを看過している。」
- (215) 橋本『責任法の多元的構造』55頁注(39)。
- (216) ドイツ法圏の学説については、本稿で紹介したミュンツベルクのほか、拙稿・前掲注(152)115-121頁、拙稿・前掲注(3)383-381頁を参照。
- (217) 林・前掲注(67)287頁は、四宮『不法行為』を「不法行為についての現代でのパンデクテン」と呼ぶ。Kunihiro Okubo, Der Ersatz reiner Vermögensschäden nach japanischem Recht, ZfRV 2002, S.12 (<https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.LI0204030223>) では、同書を次のように評した。
Das Niveau seines Buches ist so hoch, dass es mit den Büchern von Deutsch (Deutschland), Tunc (Frankreich), Prosser (USA) oder Koziol (Österreich) vergleichbar ist.