

論 説

不法行為法における「違法性」概念

—もう一つの〈比較法学〉の試み—

曾 根 威 彦

- I 序 言
- II 権利侵害と過失
- III 権利侵害と違法性
- IV 過失と違法性
- V 結 語

I 序 言

「違法性」概念は、民法、刑法といった個別実定法規にとって問題となるにとどまらず、憲法を頂点とする実定法秩序全体を貫く基本概念として、例えば「公の秩序善良の風俗」など法の理念に違反する場合も含み、また、個々の実定法規を超えた超法規的概念としても論ぜられ（超法規的違法阻却〔正当化〕事由など）、さらに、講学上は法哲学を初めとする基礎法学の研究対象でもある。これを民法と刑法に限って見てみると、まず、刑法においては、犯罪の成立要件の1つとして「違法性」が論ぜられ、その内容については、行為無価値論と結果無価値論の対立等の見解の相違はあるものの、およそ犯罪の成立に「違法性」が不要である、とする見解は存在しない⁽¹⁾。これは、例えば正当防衛による殺人のように、適法行為を犯

罪として処罰することは許されないからである。これに対し、民法、特に刑法と表裏の関係に立つ不法行為法においては、近年、「違法性」概念⁽²⁾を不法行為の要件から排除する見解も有力に主張されている。

このような見解は、一方で、「権利」概念を再考する立場から展開され、他方では、「違法性」を「過失」と一体のものとみる立場から主張される。このことは、不法行為法の一般規定である民法709条が過失責任主義を選択するとともに、他の要件としては被侵害利益のみを取り上げて、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、……」と規定したと密接に関連する。すなわち、709条は、不法行為の成立要件（構成要件）として「故意・過失」と「権利・法益侵害」のみを挙げ、「違法性」を要件として明文化していないのである。⁽³⁾したがって、不法行為法における「違法性」概念について考察するためには、一方で「権利（・法益）侵害」⁽⁴⁾との関係が、他方で「(故意・) 過失」との関係が問われることになる。そこで、本稿では、刑法学専攻者の立場から、不法行為における「権利侵害と違法性」の関係（後出III）および「過失と違法性」の関係（後出IV）について考察することにするが、その前提として、立法当時の見解を中心に、違法性概念との関連で明文の要件である「権利侵害と過失」の関係（後出II）について振り返っておくことにしよう。

(1) 犯罪論の体系構成として、構成要件（該当性）・責任（有責性）という二分法を採る学説もあるが、これも、違法性を不要としているわけではなく、違法な行為でなければ構成要件に該当しない、と解し（消極的構成要件要素の理論）、違法性を独立の要件として掲げないだけのことである。なお、本稿の副題を「もう一つの〈比較法学〉の試み」としたのは、本稿が刑法学における違法性概念との比較において不法行為法における違法性概念を考察するものであることによる。

(2) ちなみに、民法第三編（債権）の第五章の題号「不法行為」は、旧民法財産編第二部第一章第三節の題号「不正ノ損害即チ犯罪及ヒ準犯罪」を改めたものである。

(3) もっとも、この点は刑法でも同様である。

(4) 2004年の「民法の一部を改正する法律」（法律第147号）により、旧規定の「権利」の侵害から「権利」または「法律上保護される利益」（法益）の侵害へと改正されたが、実質的な変更はないものとされている。以下、特に必要のない限り、旧規定の「権利侵害」によって代表させる。

II 権利侵害と過失

1. 起草者の考え方

不法行為法における違法性概念について考察するとき、民法709条の起草者が、不法行為に関する明文の要件である「故意・過失」（特に後者）および「権利侵害」の要件をどのように捉えていたかを探ることは重要な意味を持つ。⁽⁵⁾これを『法典調査会・民法議事速記録』⁽⁶⁾に従って見てみることにするが、立法者意思をどのように理解するかについては、709条をフランス法系の規定とみるか、ドイツ法系の規定とみるかによって異なったものとなる。

(1) 「権利侵害」要件の導入

民法典の起草者が「権利侵害」要件を設けた理由は、まず、①諸外国の例を見ると、不法行為上の損害賠償債務が発生するためには、「何カ不法ノ権利ト認メタモノノ侵害」でなければならないとされているが、旧民法の規定では「他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ」と書いてあるだけなので、この点が不完全、不明瞭である（速記録298頁）。また、②社会生活において他人に損害を及ぼすことはよくあることであるが、そのすべての場合に損害賠償しなければならないのでは、不法行為の範囲が広がりすぎる（速記録313頁）。そこで、起草者は、「権利侵害」を要件とすることにより不法行為の成立範囲を明確にしたのであり、⁽⁷⁾その意味で、この要件は、「過失」要件と共に、個人（加害行為者）の活動の自由をできるだけ尊重するため

(5) 起草者の見解に関する詳細な研究として、錦織成史「違法性と過失」（星野英一編）民法講座6（1985）134頁以下。

(6) 出典は、商事法務研究会（日本近代立法資料叢書5）『法典調査会・民法議事速記録五』（1984）〔以下、本文中で「速記録」として引用〕による。

(7) 明確にした主な理由は、「間接ニ損害ヲ掛ケル」場合を念頭におき、その場合の不法行為の成立を限定するものであった、とされている（瀬川信久「民法709条」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年III』（1998）562頁）。

のものであったのである。⁽⁸⁾しかも、起草者は、不法行為はあくまでもすでに存在する権利を保護するものであり、不法行為により権利を新たに作り出すものではない、とも述べている(速記録314頁)。しかし、他方で、③起草者は、ここにいう「権利」自体を狭く限定したものと考えていたわけではなく、物権その他の絶対権に限らず債権侵害もこれに含まれ、さらに財産権だけではなく、生命・身体・名誉・自由などの侵害も権利侵害に当たるものとして説明しており(速記録302頁)、この要件による不法行為成立の限定はそれほど厳しいものではなかった、と解されている。

「権利侵害」要件に関する立法者意思の理解については、特に「違法性」概念との関係をめぐって、後世の研究者の間で見解の対立がみられる。まず、④これをドイツ法的な意味での権利侵害でない、と主張する見解は、⁽⁹⁾①民法709条が、ドイツ民法823条1項とは異なって、不法行為の統一的構成要件を定めている、②709条の「権利」は、ドイツ民法823条の絶対権とは異なって、債権をも含む広い概念である、③起草委員の説明の中から故意・過失と区別された意味における違法性の概念はうかがわれず、「権利侵害」という要件の導入も違法性概念とは無関係である、ということを根拠とする。これに対し、⑤民法709条が基本的にドイツ法の影響を受けて作られた規定とみる立場は、「権利侵害」という要件について、これを主観的要件である故意・過失に対立する客観的要件と解し、客観的に不適法な行為の内実を示すものであって、主観的責任に対する客観的違法の面を捉えるものと理解する。したがって、709条は、なるほど形式上「違法性」という文言を用いてはいないが、「権利侵害」と「故意・過失」の要件を立てることによって、実質的にみれば「違法」と「有責」の二段階の評価システムを採用するものと解するのである。

(8) 瀬川・前掲注(7)563-4頁参照。

(9) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(1971)356頁以下、星野英一「故意・過失、権利侵害、違法性」同『民法論集第6巻』(1986)317頁以下。

(2) 「過失」要件について

民法709条の起草者は、「故意・過失」要件について、次のように説明する（速記録297頁）。まず、「故意又ハ過失」という文言の「範囲」は、旧民法の「過失又ハ懈怠」と違わない。また、「故意」とは、ことさらに目的を心に持ち、その目的を成就させようと思ってあることをなすことをいう、とする。これに対し、「過失」については、一方で、「為スベキコトヲ為サヌトカ或ハ為シ得ベカラザル事ヲ為ストカ又ハ為スベキ事ヲ為スニ当ツテ其方法が当ヲ得ナイ」というように、過失を（客観的）注意義務違反として説明するものがあり、他方で、「其ノ心ノ有様」（速記録298頁）とか「意思ノ有様」（速記録299頁）が過失であるというように、これを（主観的な）心理状態として説明する箇所も見られる。このように、「過失」の内容ないし性質については、起草者の説明としていくつかの異なった記述が残されていることから、その理解が分かかれ、権利侵害ひいては違法性との関係をめぐって見解の対立が生ずることになる。

まず、④民法709条の「過失」についても、旧民法と同様にフランス民法的な過失概念が用いられている、と解する論者は、過失は行為者の単なる心理状態（主観面）だけではなく、客観的な行為をも含んだものとして、注意義務を尽くしていない行為のあり方を示すものと理解する。これに対し、⑤709条をドイツ法系の立法とみる論者は、草案起草者が「過失」を「心ノ有様」と記述している点を捉えて、これを行為者の主観的容態として理解する。さらに、故意・過失と権利侵害との関係について、「故意・過失」は行為の基となる意思として、「権利侵害」は権利を侵害する行為として捉えられ（速記録299-300頁）、両者は「行為」とその基となる「意思」という形で区別されていた点も、ドイツ民法学において形成された客観的違法性と主観的有責性という区分に対応するものとして、自説の根拠とするのである。

(10) 平井・前掲注(9)360頁。

(3) 「権利侵害」・「過失」と違法性

起草者は、「不法行為」の意味について、「不法」とは「他人ノ権利ヲ害スル」という内容を持っており（速記録295頁）、「行為」とは「権利ヲ侵害スル行為」である（速記録300頁）、と説明している。民法三編（債権）五章（不法行為）が掲げる「不法行為」という題号は、「権利侵害」要件を媒介として、「許されない行為」（unerlaubte Handlungen）、還元すれば「違法な行為」という意味を持っている、⁽¹¹⁾という見方は妥当であろう。結局、「不法」という評価を担った実体は行為であり、それは権利侵害行為であって、この行為と行為の基礎である故意・過失とが区別されている、⁽¹²⁾ということになる。⁽¹³⁾

「不法行為」に関する起草者の見解は、民法709条に「権利侵害」の要件を採用したことにより、権利侵害と故意・過失が区別され、「権利侵害」が客観的行為の評価の役割を担い、「故意・過失」が行為者の意思ないし心の有様の評価、すなわち行為者に行為結果を結びつけるための評価の役割を担う、⁽¹⁴⁾というものであったとみることができる。起草者は、「権利侵

(11) 前田達明『不法行為帰責論』（1978）218頁参照。

(12) 錦織・前掲注（5）147頁。

(13) また、錦織・前掲注（5）150頁以下は、正当防衛・緊急避難について規定した民法720条（草案728条）について次のように述べる。すなわち、この規定に関する起草者の理解は、本条の要件を充足する正当防衛行為は、権利侵害であるけれども故意・過失がないために損害賠償責任が成立しないというのではなく、権利侵害についての故意・過失があって、本来権利侵害故に不法行為であるべきところ、正当防衛の故に不法（違法）でなくなる、という立場と解せられる。すなわち、正当防衛は、故意・過失ではなく権利侵害に対する特則である、という立場である。ここでは、不法行為責任を肯定する方向での「権利侵害」と否定する方向での「正当防衛」が、「違法性」評価を共通の土俵として扱われている。

(14) 錦織・前掲注（5）155頁。なお、「過失主義が予見可能な事態に責任を限定したのに対し、権利侵害の要件は、関係に基づく利益が侵害された場合の不法行為の成立を制限するものであった」との説明も（瀬川・前掲注（7）564頁）、共に活動の自由を確保するためであった、という両要件の共通性を認めつつ、故意・過失と権利侵害の役割の相違を示すものであろう。

害」要件の採用によって基本的にドイツ法的な〔違法性一有責性〕の体系を日本民法の不法行為法の中に取り入れ、709条ではそれが「権利侵害」と「故意・過失」として要件化されたのである⁽¹⁵⁾。

「権利侵害」要件は、加害者との関係では、「権利侵害なければ損害賠償責任なし」という形で限定的に、被害者との関係では、「損害」要件と結びついて「権利侵害あれば損害賠償請求あり」という形で積極的に機能し、両者のバランスを図る役割を果たしている。このように「権利侵害」要件が、「加害者の行動の自由の保障」と「被害者の権利の保護」のバランスを図る機能を果たしうる一方で、「故意・過失」は、「過失責任なければ損害賠償なし」（過失責任主義）という形で、もっぱら加害者の行動の自由を保障する機能を果たしている⁽¹⁶⁾。ところが、この「被害者の権利の保護」と「加害者の自由の保障」とは本来的に衝突し合う関係にあり、その両者の調整を図るために定立されたのが民法709条の規定と考えられるのである⁽¹⁷⁾。

2. 初期の学説と判例

(a) 以上の民法起草者の志向と軌を一にして、民法典施行後の早い段階から、「違法性」概念が不法行為法の解釈論の中で前面に現れ、「権利侵害」を違法性の徴憑として、権利侵害の要件を違法性とからめて論じる学説も多かった⁽¹⁸⁾。それらは、起草者の見解に対応するものとして、一方に

(15) 錦織・前掲注（5）156頁。

(16) 過失責任主義に積極的側面を認める見解もあるが（例えば、藤岡康宏「不法行為と権利論——権利論の二元的考察に対する一考察」早稲田法学80巻3号（2005）167頁）、「過失あれば損害賠償責任あり」の原則を不法行為制度の目的の1つと解するのは困難であろう。

(17) 山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展開」法学論叢154巻4・5・6号（2004）298頁以下参照。なお、山本は、権利・自由の保護の調整原理として起草者が選んだのが過失（責任）主義だとするが（同299頁）、過失責任主義自体はもっぱら加害者側の自由保障原理であって、これを調整原理と解するのは適切でなからう。

において、違法という観念の下に権利侵害の要件がおかれ、民法709条の「権利ノ侵害」の要件は、違法レベルの評価を行うために法文中に書き込まれたものと理解され、他方で、「故意・過失」は、行為者の心理状態を捉えたものと理解された。ここでは、客観的に行為を評価する要件である「権利侵害」と、主観的な行為者意思の面を把握する「故意・過失」の要件が明確に区別され、ドイツ法流の客観的違法と主観的責任という区別に対応する解釈論が行われるに至った。しかし、709条の解釈論として、故意・過失に並置されるのは依然として「権利侵害」であり、行為の「違法性」そのものを独立の要件として掲げるためには、後述の「違法性論」の登場を待たなければならなかったのである（後出III 1（1））。

大正期以降、ドイツ法学の影響を強く受けた日本の民法学は、「理念型としての不法行為としては有責に基づく違法行為による損害惹起を考え、実定法上の不法行為は有責に基づく権利侵害行為による損害惹起と解」⁽¹⁹⁾（傍点筆者）したのである。しかし、実定法上の要件があくまでも権利侵害であるとすれば、権利侵害と違法性とのギャップをいかに埋めるかが問題となる。例えば、鳩山秀夫は、「権利侵害は原則として違法なること上述の如しと雖も違法は必ずしも常に権利侵害にあらず」と論じて、被侵害利益が権利でない場合は、利益を侵害する行為が違法であるとしても不法行為は成立しないことを問題として掲げた。そこで、鳩山は、「我民法が債務不履行以外の違法行為中唯権利侵害を要素とするもののみを以て不法行為と為したるは狭きに失す。権利の意義を広く解することに依りて多少實際上の不都合を避くることを得べきも立法論としては考慮の余地多し」（原文片仮名）として、「権利侵害」要件の拡張に向かうことになったのである（権利拡大説）⁽²⁰⁾。この権利拡大説は、被害者保護の点においてその思考の方向を同じくしつつも、少なくとも法解釈論上は後出の違法性論に

(18) 錦織・前掲注（5）159頁以下。

(19) 錦織・前掲注（5）162頁。

(20) 鳩山秀夫『増訂 日本債権法各論 下巻』（1924）844頁。

対するアンチ・テーゼとしての意味を有していた。

(b) 権利侵害要件拡張の方向が、学説と並んで判例にも現れたことは周知のところである。判例においても当初は、厳密な意味で「権利」といえないものに対して民法709条の保護を拒絶する考え方が採用されていた。その代表例が、浪曲レコードの複製に関して、即興的・瞬間的創作に過ぎず定型的旋律をなさない浪曲に著作権は認められない、とした大判大正3年7月4日（刑録20輯1360頁〔雲右衛門事件〕）である。本件では、709条に基づく救済は、その利益が本条の外で「権利」とされているかどうかにより定まる、として起草者見解に連なるメッセージを発したものと考えられ⁽²¹⁾ている。

これに対し、銭湯の老舗またはその売却によって得べかりし利益が不法行為の保護の対象となるかどうか⁽²²⁾が争われた、大判大正14年11月28日（民集4巻670頁〔大学湯事件〕）は、具体的権利と同一程度の厳密な意味においては未だ「権利」といえないものであっても、「法律上保護せらるる一の利益」であれば侵害の対象となりうると判示し、権利内容の緩和を図った。むろん、権利概念の拡張には自ずから限界があり、本判決も、民法709条は、「故意または過失によりて法規違反の行為に出で、もって他人を侵害したる者は、これによりて生じたる損害を賠償する責に任ず」という広汎な意味に他ならない、としたのであるが、「権利侵害」の意味内容は709条それ自体の解釈問題である、として裁判所による法形成が重要であ⁽²³⁾ることを宣明したのであった。

(21) 瀬川・前掲注（7）601頁、藤岡・前掲注（16）164頁。

(22) 「この動きの実質的なねらいは保護法益の拡大ということであり、いわゆる『結果違法論』にとどまるものであった」とするものとして、前田達明「権利侵害と違法性」山田卓生＝藤岡康宏編・新現代損害賠償法講座2巻（1998）4頁。

(23) 瀬川・前掲注（7）601頁、藤岡・前掲注（16）165頁。

III 権利侵害と違法性

1. 権利侵害から違法性へ —— 違法性論の展開

(1) 違法性徴憑説

判例の展開を受けて、学説では、昭和期に入り「権利侵害から違法性へ」という動きが加速するが、この動きに大きな影響を与えたのが末川博である。末川は、民法709条が「権利侵害」の要件を掲げることによって、形式上、不法行為の認められる範囲を限縮しているが、今日の複雑な社会生活において、このような制限を設けることには疑問がある、という認識から出発する⁽²⁴⁾。末川は、権利侵害と違法性との関係について、「権利を侵害するということは法律秩序を破るということであって、法律の是認しないところである」として、権利の侵害それ自体が違法と評価される、としている(463頁以下)。問題となるのは、権利侵害という形をとって現れない違法の行為は民法上不法行為となりえないのか、ということであるが、民法が不法行為制度を設けたのは、故意または過失に基づく違法な行為によって損害を被った者はひとしくこれを保護するという趣旨に出たものである(472頁)。したがって、709条は、「権利侵害」という語によって、法律秩序を破るものとして違法と評価されるべき行為を表そうとしたに過ぎず、709条の「権利侵害」は違法の行為の徴憑にとどまる(473頁)、と主張した。「たとい権利侵害はなくとも苟くも加害行為が違法と評価されるべきものである以上、不法行為の成立は認められるべきである」(474頁)としたのである。

「権利侵害から違法性へ」という展開を志向する末川説に対する評価の1つに、その核心が、①「権利侵害」を「法律秩序を破ること」と捉えた点、②民法709条の要件を「違法性」、つまり「法律秩序を破ること」に置

(24) 末川博『権利侵害論』(1930)200-2頁、同「権利侵害論」『権利侵害と権利濫用』(1970)所収〔以下、本文中では本書の頁数を引用する〕382-3頁。

き換えた点にあるとした上で、末川説においては、不法行為制度が、起草者の理解とは異なって、もはや権利を保護するための制度ではなく、その目的が「法律秩序」を維持ないし回復するところに求められている、という批判がある。そして、そこには「権利本位」の法律観から「社会本位」の法律観へという基本姿勢を読み取ることができ、かくて違法性理論の特徴は、不法行為法において権利本位の法律観からの転換を図ろうとしたところにある、という評価がなされている。⁽²⁵⁾

かかる評価は、（末川）違法性論が、本来「権利・自由の保護とその調整」という権利論に基づいて構想されるべき不法行為制度に、「法律秩序の維持・回復」という、これとは異なるものを持ち込むものである、という認識に基礎をおいているが、これに対しては、「違法性理論の役割はこのような理解に尽きるのであろうか」との指摘がある。⁽²⁶⁾ すなわち、権利侵害が法律秩序を破るものであり、違法性の徴憑とされていることは、「権利を守ることが法律秩序の役割ということでもあり、法律秩序に違反するとの判断は個人の権利の保障を目的とする不法行為制度と矛盾するものではない」とするのである。むしろここでは、「権利侵害から違法性へ」という動きは、実質的には保護法益の拡大であって結果違法論にとどまっていた、⁽²⁷⁾ という評価さえあることが想起されよう。

後述の権利論の核心は、被害者側の権利（基本権）と加害者側の行動の自由（基本権）との調整にあるが（後出2参照）、違法性徴憑説も、（行動の）自由と権利との調整原理として機能していると考えられる。たしかに、各個人の権利・自由を超越した観念的な「法律秩序」それ自体に価値を認め、これを不法行為制度の基礎におくのであれば、本来の制度趣旨を逸脱することになり、また、「権利侵害」を違法性の徴憑としての地位にとどめたことから、権利侵害要件が違法性評価において相対的地位

(25) 山本・前掲注(17) 306-7頁。

(26) 藤岡・前掲注(16) 186頁。

(27) 前田・前掲注(11) 191頁注(14)、同・前掲注(22)。

の低下をもたらしたことは否めないが、権利侵害とその他の利益侵害とを共に違法性判断に服させつつ、権利侵害はそれ自体ですでに違法性を徴憑する、という形で権利保護の絶対性を説いた末川違法性徴憑説は、その原点をやはり権利論においていたとみることができよう。⁽²⁸⁾むしろ、末川説にあっては権利概念の分析に重点がおかれていたため、民法709条の解釈論として権利侵害により徴憑されるとする「違法性」概念をどのように展開していくのかについて、新たな学説（相関関係説）の展開を必要とした、⁽²⁹⁾ともいえるのである。

(2) 相関関係説

(a) 末川説を実証的側面で発展させたのが、我妻栄によって提唱された相関関係説である。我妻は、基本的に末川の見解を支持し、民法709条の権利侵害が加害行為の違法性を意味する、という立場をとった上で、違法性決定についての準繩として、違法性は「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」⁽³⁰⁾考察すべきである、と主張した。我妻によれば、まず、①被侵害利益には、強弱の段階があり、強い権利の侵害行為は弱いものの侵害行為より強い違法性を帯びる。他方、②人間の行為には、権利の行使として是認されるものから、自由活动の範囲内に属するが故に放置されるもの、公序良俗に反するものとして排除されるもの、さらには法規違反として禁止されるものに至るまで、違法性の段階がある。そして、③この両者を相関的・総合的に考察して行為の最終的な違法性が決定されるべきであるとし、加害行為の違法性の判断基準につき、まず「被侵害利益と違法性」として（127頁以下）、次いで「侵害行為と違法性」として（142頁以下）、これを検討するのである。

我妻説に対しては、「権利侵害から違法性へ」という展開が、民法が前

(28) 藤岡・前掲注(16) 173頁参照。

(29) 錦織・前掲注(5) 166頁。

(30) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（1937年）〔以下、本文中では頁数のみ引用〕125-6頁。

提としていた個人主義の思想から脱却し、「社会協同生活の全体的向上」を理想とする思想への転換を意図したものであって、「権利本位の法律観から社会本位の法律観への転換」という思潮が、末川よりいっそう鮮明な形で前面に出てきている、との指摘がある⁽³¹⁾。そして、このような特徴は、相関関係理論にも反映されているとし、被侵害利益の種類と侵害行為の態容において観念されている「違法性」判断の重点が、「法律秩序の要請に反する程度」におかれており、そこでは個人の権利そのものではなく、権利を許容する法秩序が破られているところに「違法性」が見て取られている、というのである。我妻自身が、法律の指導原理を「社会協同生活の全体的向上」を理想とする思想においていたかはともかく、不法行為制度を「社会生活に生ずる公平妥当なる負担分配を図る制度」と捉え（95頁）、被侵害利益との衡量の対極に個人の自由活動の保障を超えた「侵害行為の態容」をおいたとき、そこに個人の利益を超越した社会秩序思想が混入してくることは避けられず、末川より（あるいは末川とは異なり）社会本位の法律観への転換が図られたことは否定できないであろう。

(b) 第2次大戦後において、我妻の相関関係説を基本的に受け継ぎ、これをさらに具体的な社会事象に応じて「類型論による判断の精密化」を試みたのが加藤一郎である⁽³²⁾。加藤は、まず、①「権利侵害」を「違法性」に置き換えて読むべきだとする違法性理論の根拠になったのは、実質的にはわれわれの法律感情であり、形式的には、権利侵害の場合、法規違反の場合、公序良俗違反の3つの場合に不法行為の成立を認めているドイツ民法の規定である、と理解した上で、「違法性」の代表的な場合を表した「権利侵害」を違法性一般にまで拡げて考えるのが適当である、とする（36頁）。次いで、②違法性の理論は、その狙いを同じくする権利拡張論に比して次の点ですぐれている、と述べる。第一に、「権利」の概念は固定的になりやすく、黒か白かの画一的な解決になってしまうおそれがあるの

(31) 山本・前掲注（17）308頁。

(32) 加藤一郎『不法行為』（1957、増補版・1974）〔本文中では頁数のみ引用〕。

に対し、違法性の理論によれば、弾力的・流動的内容をもった「違法性」を、被侵害利益の性質と侵害行為の態様との相関関係から判断していくことになり、具体的妥当性をもった解決が得られることになる(本誌・後出40頁参照)。第二に、権利の生成過程に照らしてみると、不法行為の場合まで一律に権利としてまとめることにこだわらない方が適当ではないか、とするのである(36-7頁)。

加藤説に対しても、①「われわれの法律感情」の背後に、法秩序を破ることは許されないという考え方をうかがうことができ、加藤においても、不法行為制度の目的を「法秩序の維持・回復」に求めるという考え方が受け継がれており、また、②我妻のいう「損害の公平妥当なる負担分配」が、加藤においては「具体的妥当性をもった弾力的な解決」という形をとった一種の衡平主義として受容されていて、これも衡平の観点から権利・自由を相対化する可能性を認めるものである、との評価がなされている⁽³³⁾。①に挙げられている「法律感情」と「法秩序の維持・回復」との関連性は必ずしも明らかではないが、評者の指摘にあるように、ここでも我妻説と同様、流動的な違法性判断が権利・自由の立脚点を離れ、秩序志向に流れる恐れがあることは否定できないであろう。

(c) 被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係から違法性を判断してゆこうとする相関関係説は、戦後になって「学説の到達点」とされ⁽³⁴⁾、多くの学説の支持を受けて通説的な地位を獲得するに至った。また、その後の学説において、相関関係説に対する理論的深化が試みられ、違法性(不法)本質論との関係で分析が加えられている。

まず、行為不法論(結果不法を含む)の立場から、違法性の大小を測定することは、違法性判断における利益衡量にとって不可欠のことであり、それが結果不法と行為不法との相関的考察によってなされなければならないことが承認される⁽³⁵⁾。すなわち、たしかに相関関係説は、①各権利が侵害

(33) 山本・前掲注(17)309-310頁。

(34) 加藤・前掲注(32)106頁。

に関して示す特殊性、②被侵害利益と被保全利益との比較衡量、③結果不法と行為不法との相関関係を包含し、統一性を欠いているが、②は結果不法を示し、①は結果不法の基礎となりうるものであって、もし結果不法と行為不法との相関関係（③）という括り方をするならば、①も②もその中に納めえないわけではない、として相関関係説に実際上の便宜という長所のあることが認められている。⁽³⁶⁾ 行為不法が結果不法を含みうるかは別として、⁽³⁷⁾ 結果不法と行為不法の相関関係の中核に被侵害利益と被保全利益との比較衡量がおかれるのであれば、妥当な説示であるが、相関関係説は必ずしもそのような判断構造をとるものではない。

違法性は行為不法と結果不法とによって決まる、という不法二元論の立場から、被侵害利益の性質に「被侵害利益の重要性」（結果無価値）を当て、加害行為態様には「故意・注意義務違反としての過失」（行為無価値）を当てて、相関関係説により違法性の大小を明らかにしうるということから、相関関係説を支持する見解がある。⁽³⁸⁾ ここでは、相関関係説が客観的な利益衡量によって違法性の大小を決定するものではなく、むしろ行為不法として主観的な故意・過失が重要な役割を担っていることが明らかにされている。しかしそこから、相関関係説は、権利・自由擁護の側面を超えた法規違反・良俗違反等を考慮に入れることによって、違法性と故意・過失の境界があいまいとなることは避けられず、一元論の生じる一つの契機となった、とする消極的評価も生まれてくるのである。⁽³⁹⁾（後出IV 2 参照）。

(35) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為 中巻』（1983）354頁注（一）。

(36) 四宮・前掲注（35）256頁。また、相関関係説が實際上主張するところは肯綮に当たっており、違法性判断に関する理論としてきわめてすぐれた総合的理論である、とまで評されている（同・『相関関係論』に関する一考察——不法行為における違法性判断の構造——）『四宮和夫民法論集』（1990）〔以下『論集』として引用〕258頁）。

(37) 筆者はむしろ、行為不法は結果不法に還元しうるし、また還元すべきであると考えている。

(38) 前田・前掲注（11）187頁。

(39) 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・2001）

相関関係説は、その後の学説の展開において、公害事件などを契機として、差止めをも念頭においた実践面からの批判も受けるようになる。⁽⁴⁰⁾すなわち、違法性には、権利侵害という客観的な行為の結果のみを見て違法と判断できる場合と、侵害行為の態様という行為の面をも加えた判断を行って初めて違法と結論づけうる場合の2つがあるが(違法性二元説)、相関関係説は、被侵害利益の種類と侵害行為の相関によって違法性を判断することにより、この両者の区別をあいまいにしまい、例えば、公共的要素の強い事業による公害事件の場合、被害者の権利が侵害されていても、行為の公共性や社会的有用性を理由に違法でないとの判断に途を開き、差止めが否定される事態に至る、というのである。

たしかに相関関係説も、被侵害利益が強固な利益の場合には、侵害行為の態様を問題とすることなく違法との判断が可能であることは認めているが、そのような場合であっても、この説の判断枠組み自体が、侵害行為の不法性の薄さを理由に違法性を否定する、という機能を果たしうることは否定できない。⁽⁴¹⁾相関関係説の基本的な問題性は、権利侵害を即座に違法と解さないこともさることながら、権利侵害と相関される侵害行為の態様の内容として、行為による個人の現実的・具体的な利益の保全ではなく、行為が担う公共性・社会的有用性といった観念的・抽象的かつ一般的な利益が定立されていることにあるといえる。

(3) 違法性論に対する評価

(a) 違法性論は、その内部で様々なニュアンスをもって語られるが、「権利侵害」を違法性要件に解消した上で、この「違法性」に「過失」を対向させてその両者を不法行為の要件として構成するところに共通の特色を有している。相関関係説に代表される伝統的な違法性論を構造分析的にみれば、結局、その特色は次の2点に集約される。第一は、①「権利侵

135頁。

(40) 原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4号(1976)54頁以下。

(41) 吉村良一『不法行為法』(第3版・2005)34頁。

害」は利益の違法な侵害であるという意味で、これを独立した要件とせず違法性概念の中に埋没させた点に認められる。第二は、⑧「違法性」概念をドイツ民法学的意味における違法性、つまり主観的要件である「過失」と対比される客観的要件として捉え、したがって「違法性」を不法行為の独立した要件と解して、これに有責性（故意・過失）を対比させ、〔違法性—過失（有責性）〕の二元論を採った点である。したがって、違法性論に対する批判も、この2つの方向からなされることになった。⁽⁴²⁾すなわち、まず、④不法行為法における「権利侵害」要件を重視し、むしろ〔権利侵害—故意・過失〕の二元論を採る立場からの批判がなされ（後出III 2）、次いで、⑨不法行為の要件として違法性と過失との区分を認めず、これをいずれか1つに統一すべきである、とする方向（一元論）からの批判がなされた（後出IV 2）。

ここでは、④の権利論への回帰を強調する立場から、違法性論の持つ「秩序維持」思想を問題視した上で、違法性論を〔違法—有責〕構成論と解してこれに批判を加える山本敬三の見解について見ておくことにしよう。⁽⁴³⁾

(b) 山本によれば、違法性論は、①加害者に対する帰責において「行為」に対する一般的・客観的非難（違法性）と、②「行為者」に対する個人的・主観的非難（有責性）という2段階の非難可能性を必要とする〔違法—有責〕構成を採っているが（321頁）、このドイツ民法に淵源をもつ構成に対して、次のように批判する。すなわち、〔違法—有責〕構成論では、法規範の命令・禁止的側面が重視されており、「秩序思考——法の目的を秩序の形成と維持に求め、秩序に反する行為や事態を是正するところに法の主たる役割があるとする考え方——がいわば強化されているところに特徴がある」（326頁）。したがって、〔違法—有責〕構成は、けっして中立的な判断枠組みではなく、「不法行為制度の目的を〈法秩序の維持・回復〉に求めるという考え方を背景とするものであり、それ自体、一つの立場決

(42) 前田・前掲注（11）3頁参照。

(43) 山本・前掲注（17）〔以下、本文中で頁数のみを引用〕292頁以下。

定にもとづくものである」が、日本法の下でそうした立場決定を行う理由は示されていない(327頁)、というのである。しかし、この指摘には、やや短絡的な嫌いがある。

まず、④違法性と有責性との関係をどのようにみるか、ということであるが、仮に上記①の「違法性」判断において、すでに命令・禁止規範違反としての非難性の要素をその中に取り込むとすれば、その場合にはたしかに秩序維持的性格が強まることになる。しかし、そのような構成は違法性論にとり必須のものではなく、むしろ違法性判断においては、当該「行為」について、個人の権利・法益を侵害することによってその者に損害を生じさせたか否か、どの程度生じさせたかを評価するという形で、法規範のもつ評価的機能のみを考慮し、命令・禁止機能(意思決定機能)は被害者の権利・法益の侵害により損害を発生させたことに対する個人的非難として、あくまでも「行為者」に対する有責性判断においてのみこれを考慮することも十分可能であるし、その方が妥当でもある。次に、⑤法規範による「命令・禁止」の目的をどこに求めるか、ということが問題となるが、たしかに命令・禁止規範(意思決定規範)として機能する法規範の目的を「秩序維持」に求めるのであれば、当然秩序重視の思想に傾くことになるが、そうではなくその目的をあくまでも「個人の権利・法益の保護」に求めるのであれば、違法性論も必ずしも秩序思考に直結するものではなく、むしろ権利論の思想に結びつくものといえよう。

違法性論に問題性があるとするれば、「違法性」を不法行為の要件として掲げたことにあるのではなく、違法評価にとって最重要の要素である「権利侵害」を実定法上の要請であるにもかかわらず、不法行為の独立の要件とせず、その独自の地位を相対的に低下させた点にあったといえよう。「故意・過失」が有責性評価の基本的対象と同様、「権利侵害」は、違法性評価の中核となるべき対象でなければならないのである。

2. 違法性から権利侵害へ——〔権利侵害一過失〕二元論

(1) 権利拡大説

違法性論は、一方で「権利侵害がなくても違法性あり」という形で被侵害利益保護の拡大を図る方向で機能したが、他方で「権利侵害があっても違法性なし」という形で被侵害利益の法的保護を制限する方向でも機能しうるものであった。その反省に立って、「権利侵害」要件の再考を促す動きは、戦後、まず、権利の類型化を強調する立場から、人格権に関連して、違法性論が「権利侵害」という構成要件を抜いて「(実質的) 違法性論」へ進んだため、「権利」形成という作業を怠ってしまった、という批判として現れた。⁽⁴⁴⁾ すなわち、不法行為論が一般的提言の形において停滞し、前進を示さなかった要因の一つは、権利侵害の類型化がなされなかったことにある、としつつ、他方で「違法性」はその状態、特に損害の大きさによって、もう一度厳格に検討されるべき立場にある、とされたのであった。

次いで、1970年代以降になると、「権利侵害」を「法的保護に値する利益」の侵害へと拡張するだけのことであれば、民法709条にいう「権利」を「法的保護に値する利益」へ置き換えれば足りるのであって、あえて「違法性」などという民法にない要件を立てる必要はない、という観点からの批判が出されることになった。この立場は、違法性論が人格的利益侵害に対する重要な救済手段としての妨害排除を認めることを困難にしている、と指摘した上で、民法709条の「権利侵害」を特定の個人に対する関係における違法行為と解し、それを社会の発達に伴い発展しうる概念であるとすれば、特に「違法性」をもって「権利侵害」と置き換える必要もなかった、と批判した。すなわち、「必要なのは、社会類型的に保護されるべきほどに達した利益を保護することであるが、「権利侵害」も「違法性」もそれ自体では問題の解決にならず、そのためには「諸種の利益衡

(44) 戒能通孝「人格権と権利侵害の類型化」法律時報27巻11号（1955）24頁以下。

量」が必要であり、類型的考察が有用である、として「権利侵害の類型化」が提唱されたのであった。⁽⁴⁵⁾

権利(拡大)説からの批判に対し、その当時の違法性論の側からは、「権利」概念が言葉として固定的になりやすいのに対して、「違法性」概念は言葉として弾力的であり今日の不法行為法に期待される機能に適合的である⁽⁴⁶⁾、「違法性」の構成は利益侵害に対する救済に損害賠償法から接近するための技術的構成にすぎず、「差止請求権」に関する法的構成は不法行為法から離れて行うのが妥当である⁽⁴⁷⁾、などの反論がなされた。これに対し、権利拡大説からはさらに、権利ももともと当事者間における個別相対的なものである⁽⁴⁸⁾、損害賠償の領域でも権利意識の減退は問題である、との再批判がなされた。このような違法性論と権利拡大説の確執の中にあつて、両説の正当な論拠と批判を汲み上げるものとして、基本的には違法性論に拠りつつ、被侵害利益の高い保護法益を中心に責任要件が構成される権利説と、侵害行為の態様を要件の中心におく侵害行為説との併存を認める「複合構造説」も展開され⁽⁴⁹⁾、今日の不法行為二分論への契機となったのである(後出3)。

(2) 「権利侵害」要件の再評価

(a) 平井宜雄による違法性論批判を契機として(後出IV 2 (1))、違法性論が「権利侵害」要件を違法性概念に埋没させた点を問題視し、不法行為法において「権利侵害」を「違法性」に置き換えることなく、条文どおり「権利侵害」と「過失」を要件とする二元論が主張されることになる。

(45) 五十嵐清「違法性」柚木馨ほか編『判例演習 債権法 2』(増補版・1973) 198-9頁。

(46) 広中俊雄『債権各論講義』(第5版・1979) 429頁。

(47) 広中・前掲注(46) 429頁・490頁。

(48) 幾代通『不法行為』(1977) 110頁。

(49) 原島・前掲注(40) 54頁以下。

(50) 澤井裕「不法行為法学の混迷と展望——違法性と過失——」法学セミナー296号(1979)〔以下、「展望」として引用〕77頁。

もっとも、そのすべてが「権利侵害」を要件として掲げることに積極的意義を見出しているわけではなく、平井の指摘する「違法性」概念の問題性を受け、それに換わる要件として「権利侵害」を再構築する傾向が顕著である。

例えば、星野英一は、民法709条の立法過程に言及した後、本条は、「フランス民法1382条から『権利侵害』にあたらぬものを外している」にすぎず、「文理のほか右の立法過程からも、『権利侵害』はごく軽い要件としてそのままにしておき、あえて『違法性』という、わが民法典が本来考えていなかった観念を持ち込む必要はない」とする⁽⁵¹⁾。そして、「権利侵害の要件には、加害行為の結果の問題、故意・過失の要件には、加害行為そのものの問題を割りふる」とし（論集六318-9頁）、さらに、違法性論は「権利侵害」を「違法性」に置換することによって、「『違法性』とはなにかという難問をしょいこむことになり、しかも、『違法性』というのはドイツ法概念であるため、ドイツにおける結果違法か行態違法かという厄介な問題までかかえこむという結果も生ずる」とまで述べている（論集六319頁）。ここでは、外形上は〔権利侵害—故意・過失〕の二元論が採られているが、その実質は、加害行為そのものを重視する故意・過失一元論にきわめて近いものがある。星野は、「行態違法」を強調する行為不法論に立脚した上で、「違法性」論の抱える問題性を回避しようとしたといえよう。

幾代通も、「故意・過失」と「権利侵害」の要件を立てるのは、「不法行為の成否の判断作用における一つの手掛かりとして、ないしは、そこでの思考の整理の便宜のため」である、として「権利侵害」要件にそれほど積極的意義を認めているわけではない。もっとも、幾代においては、「権利侵害」の要件は「主として損害と被害者に焦点をあわせて、そこでの被侵害利益が、当該加害者との関係において不法行為法による救済を受けるに値するだけの適格性を有するか否か、を問題にするものである」として、

(51) 星野・前掲注（9）〔以下、本文中で「論集六」として引用〕317頁以下。

被害者の視点から一定の役割を付与している。⁽⁵²⁾

(b) 「権利侵害—故意・過失」の二元論は、「権利侵害」を「違法性」概念から掘り起こし、これに不法行為の独立した要件としての地位を与えたが、必ずしも「権利」に保護客体としての独自の意義が付与されたわけではなかった。それは、他の要件である「過失」(故意)概念の理解に負うところが大きい、とされている。すなわち、これらの論者も、「過失」の有無を判断する際に、平井と同様にいわゆるハンドの定式を支持し、「社会が負担する犠牲」を含んだ「結果を回避するためのコスト」や、「行為の社会的効用」⁽⁵³⁾を考慮する必要性を認めており(本誌・後出58頁)、「その意味で、これらの論者も、こうした政策的な観点から権利・自由を相対化する可能性を認めている」のであって、「『権利・自由の保護とその調整』⁽⁵⁴⁾という当初の構想から離れていることに変わりはない」のである。

「過失」の要件について、これを客観的なハンドの定式によって説明することの問題性は、これを「違法性」に関する定式として捉え直すことで解消するとしても、その一要素としての「損害回避義務を負わせることによって犠牲にされる利益」の中に「結果を回避するためのコスト」や行為者だけでなく「社会が負担する犠牲」⁽⁵⁵⁾を含ませることは、被害者が失った権利・利益の価値を相対的に低下させることになることは否めないであろう。権利侵害要件の再生を図る動きは、権利侵害要件の再生を意図したものであっても、権利内容の構成ないし価値づけを踏まえた原理的な観点(いわゆる権利論)からの問題提起ではなかった。そこから、単に「権利侵害」を不法行為の要件として回復するにとどまらず、正面から「権利本位の法律観」への回帰を図る見解が登場してくることになるのである。

(52) 幾代・前掲注(48)109-110頁。このように、「権利侵害」要件を再評価する論者にも微妙な立場の相違が見られ、そのすべてが違法性論との決別を宣言しているわけではない(森島昭夫『不法行為法講義』(1987)251-2頁参照)。

(53) 例えば、森島・前掲注(52)119頁以下、203頁以下。

(54) 山本・前掲注(17)333-4頁。

(55) 藤岡・前掲注(16)183頁。

（3） 権利論への回帰

（a） 例えば、人格権・人格的利益の侵害を扱う裁判例の分析の中から「権利侵害論の再生」を唱える見解は、「権利」論への回帰を図る動きの系譜に属する。⁽⁵⁶⁾ すなわち、財産的損害についてはともかく、精神的損害については、その外延が明確ではなく、権利侵害の有無を問題とすることに合理性が認められる。「不法行為法においては、新たに保護を主張されるに至った精神的損害に絡む利益（多くは人格的利益であろう）が不断に存在し、その中には、——現代においては未だ——およそ権利侵害ないし法的利益として保護すべき性質を有しないと解されるものがあるということである。民法709条において、法的に保護される利益か否かを独立の要件として論じることが、思考経済上有益であるし、過失、違法性などの要件の負担を過重にさせずにすむと考えられる。そして、その上で、加害行為の態様と被侵害利益を相関関係的に衡量する判例の判断枠組みは、この種の弱い人格的利益に適合的である」という。ここに、権利論回帰の萌芽をみることができよう。

（b） 日本民法の不法行為制度は、被害者の権利を私人の侵害から保護するという点を捉えての責任を扱うのであって、「権利侵害」の要件が基点におかれるべきである、として権利論の観点から不法行為法の再構成を試みるのが潮見佳男⁽⁵⁷⁾である。ここで問題となるのは、侵害された当該具体的利益が「権利」に該当するかどうかであって、まずもって不法行為における「権利」の意味が問われることになる。潮見によれば、不法行為による侵害からの保護対象とされる権利は、法秩序によって権利主体に帰属することが承認された利益を指すが、それは絶対権・絶対的利益に限られず、債権のような相対権も含み、さらに、権利として熟していないもの（機会の喪失、人格的利益にかかわるもの等）も、侵害からの保護対象に含めてよい、とする（潮見17頁）。ここでは、権利本来の実現形式と侵害から

(56) 大塚直「保護法益としての人身と人格」ジュリスト1126号（1998）38-9頁。

(57) 潮見佳男『不法行為法』（2005）〔以下、本文中で「潮見」として引用〕42頁。

の保護の必要性とが区別して考えられている。

次いで、潮見は、「権利侵害」概念の把握について、裁判例が社会的需要を受けて、利益保護の拡張——権利概念の外延の拡張——という機能を持たせた点に意義を認めた上で、議論をより高次の段階へと飛躍させることを意図する（潮見25頁）。潮見によれば、「権利侵害」要件では、「709条にいう『権利』としての要保護性」が判断されるが、その判断は「法秩序全体の見地から、現代社会の中で憲法を頂点とする法秩序により保障された個人の権利が何かを基点として」行うべきであるとし⁽⁵⁸⁾（潮見26頁）、憲法秩序から演繹される基本権保障の民法的保護が図られている。しかも、権利侵害の可能性・蓋然性が取り上げられる場合には、その背後に観念される潜在的侵害行為者たちが持つ、これまた基本権の一つである「行動の自由」・「思想・表現・信条の自由」の保護をも考慮に入れて、侵害された利益の「権利」としての要保護性が吟味されることになるのであって、侵害される権利の種類と侵害可能性・蓋然性の次第では、被侵害利益と侵害行為との相関の衡量（権利相互間の衡量）による吟味を経て初めて709条にいう「権利」としての要保護性が具体的に獲得される、という。

ここに示された見解は、利益衡量論を踏まえた違法性論（結果不法）であるが、潮見にあっては、これをもって直ちに違法と捉えるわけではなく、違法といえるためには、具体的行為者の具体的侵害行為への無価値評価（事前的な行為評価）を経る必要があり、この判断は「故意・過失」において担当される、という。潮見の権利論は違法性論の一部であって、他の部分（行為不法）は、故意・過失論において展開される⁽⁵⁹⁾（潮見27頁）。そして、行為を一連の行為操縦過程として一体的に捉える目的的行為論の採

(58) ここに不法行為の発展、被侵害利益の拡大は権利概念を通じて行われるべきだと明確な態度決定がある、とするものとして藤岡康宏「潮見佳男著『不法行為法』（信山社、1999年）早稲田法学78巻2号（2003）411頁。

(59) 権利侵害の結果を責任主体に結びつけるためには、それを正当化する根拠となる事由、つまり帰責事由として「故意・過失」が必要となる（潮見141頁参照）。

用を前提として⁽⁶⁰⁾（潮見29頁以下）、過失の内容は、法秩序によって「事前的」な視点から設定される行為規範に違反したことであり、と理解される（潮見159頁、同・帰責構造276頁以下）。潮見によれば、法秩序が人の行為に一定の規制を加えようとする場合には、その時々々の行為操縦過程に即して行為規範を設定し、その違反をもって無価値評価を下すという思考様式が適合的であるが、「このような思考様式に基づきなされる法秩序による無価値判断、意思形成・意思決定・行為操縦に対する無価値評価を、民法709条に言う『過失』が担っている」というのである（潮見・帰責構造276頁）。

そこで、そもそも潮見にとり、「違法性」が不法行為責任においてどのような意味を持つかが問題となるが、この点の問題意識は、「ある行為が不法行為であるかどうか判断されるということは、その行為が法秩序により許容されないもの（違法）として評価されるということの意味する」との説明に端的に現れている（潮見33頁）。ここでは、行為の違法性が同時にその不法（行為）性を意味しているのであって、「違法性」は不法行為全体をカバーする属性として捉えられている（一種の違法性一元論）。過失責任の原則も、権利侵害の状態（結果不法）と行為そのものの法的評価（行為不法）を経て違法評価が下される、という枠組みの下で語られるが、問題の核心は、「一方における権利主体としての被害者の地位と、他方における行動の自由を保障された加害者の地位という2つの利益の衝突を前にして」、「両利益の保護要請をどのように調整していくべきか」という問題へ発展していき、潮見の視点からすると、被害者の基本権と加害者の基本権との調整問題が「違法性」の中心問題として議論の中核におかれる、というのである（潮見38-9頁）。

最後に、このように理解された「違法性」概念が損害賠償責任の要件事実とどのような関係を持つかが問題となる。この点につき、潮見は、「権

(60) 潮見佳男『民事過失の帰責構造』（1995年）〔以下、本文中で「潮見・帰責構造」として引用〕271頁以下、315頁以下。

利侵害要件において吟味された当該具体的被害者の具体的権利を保護する必要性と、帰責事由要件において吟味された当該具体的行為者（加害者）の意思決定の自由・行動自由を保障する必要性とを総合的に衡量する場が、要件事実とは別に必要とされる」が、「不法行為における『違法』評価は、権利侵害・帰責事由に関する判断、およびこの両者のもとでの判断結果の総合的衡量という一連の過程全体においてなされるものであ」って、「過失責任における不法行為におけるトータルな違法評価が、要件事実上では、①「権利侵害」、②「帰責事由」（故意・過失）、③「事実的因果関係」、④「規範の保護目的」に関する考慮の中で段階的に吟味されている」ことから、以上の要件事実とは別に「違法性」という独自の要件事実を立てる必要はない、というのである⁽⁶¹⁾（潮見44-5頁）。

(c) 潮見説の最大の特徴は、不法行為制度が私人の権利を保護する機能を担うものであり、しかも、被害者の基本権を加害者側の基本権との調整において実現することに不法行為法の役割がある、という考えを基礎として、不法行為の成立要件を考える上で基本的に「権利侵害」にきわめて重要な役割が与えられていることにある。このような基本権相互の調整というレベルでの衡量問題は、個々の要件事実の中で段階的に取り上げられるということから、その基礎におかれるべき「違法性」が評価の問題として体系上は要件事実から切り離されて扱われ、「違法性」要件不要論を展開しているが、「実質的には違法評価自体は大事な問題だということを本書自身が語っている」⁽⁶²⁾とする理解は正鵠を射ていよう。ただ、違法性評価が故意・過失を含めてあまりに多くの要素を自らのうちに取り込んだが故に、それ自体の存在意義が失われる結果となったのである。

権利論の観点から不法行為法を再構成しようとする潮見の見解に対しては、次のような評価がなされている。すなわち、違法性理論が提唱されて

(61) この点で、潮見は、自説が四宮・澤井・吉村とは異なって、平井・星野と共通し、また前田に接近する、としている。

(62) 藤岡・前掲注 (58) 416頁。

以降、「権利・自由の保護とその調整」という構想に即した要件構成と判断枠組みは克服されるべきものとして位置づけられてきたが、潮見により、まさにその当初の構想に立ち返り、権利論への回帰を意識した動きが出てきたことは、まさしく画期的である、としてこれを肯定的に受け入れる一方、潮見の論旨には、違法性理論の残滓が随所にうかがわれ、説明の端々に従来の秩序思考が色濃く残っている、とするのである。⁽⁶³⁾ まず、潮見が行為規範を設定する必要を説く際に、それを「法秩序による行為統制」と捉えているところには、まさに「〈法秩序が個人の行動をあるべき方向へ嚮導していく〉ないしは〈行動の自由は、あくまでも法秩序によって枠づけられたものである〉という秩序志向の刻印をみてとることができる」と論ずる。また、潮見が基本権を自由権のみならず、平等権や生存権ほかの社会権にも広げて理解し、共同体的正義の観点や公共性の考慮をも、基本権の保護要請に組み入れることに対しては、そこに「社会本位の法律観」との連続性がうかがわれ、「はたしてそれで、本当に権利論の存在意義を維持できるのか」という疑問が呈されている。

潮見が、個人の権利を保障することに他の社会的な目標の実現に優先する価値を認める「権利論」を展開したことは、高く評価されなければならない。また、「権利」としての要保護性判断が、現代社会の中で憲法を頂点とする法秩序により保障された個人の権利が何かを基点として行われるべきであるのは、まさにその通りであり、したがって、潮見は「基本権の衡量問題を『客観的な価値秩序』の問題としてみて」おり、そこには、〈憲法には客観的な価値秩序が定められ、そこでおこなわれた価値決定が法秩序のすべての法領域に妥当する〉という考え方をみてとることができる。⁽⁶⁴⁾ という指摘は、必ずしも負の評価と結びつくものではないであろう。さらに、評者は、社会本位の法律観との連続性を指摘するが、潮見が過失判断において「当該個人の利益に還元できない共同体社会の共通価値の実

(63) 山本・前掲注(17) 345頁以下。

(64) 山本・前掲注(17) 347頁。

現という視点から法秩序による介入を正当化することは、認められるべきではない」と言うとき（潮見158頁）、秩序維持思想とは異なる本来の意味での権利論がなお維持されている、とみることができる。

潮見において問題はむしろ、権利侵害と過失の関係を明示するための基本原理が明らかにされていない点にあると思われる。潮見は、過失について行為時に身を置いた事前的判断（prospective）を強調するが、①それが当該「権利侵害」に向けられた行為時における予見可能性・意思決定可能性を意味するのであれば、そこに客観的事実（権利侵害）に対する主観的予見可能性という対応関係が認められ、その説明は適切である。ただし、この場合は、主観的な過失を客観的な違法評価の対象に位置づけることはできず、過失が違法要素から切り離された責任要素ということになる。これに対し、②事前判断について、これを「それぞれの行為の進行段階において関連づけられる潜在的被害者側の潜在的利益が多様であり、また必ずしも侵害された特定の権利への保護をどうするかという観点からのみ行為操縦が行われるものではない」という趣旨と解するのであれば、かかる過失概念を違法要素にとどめることはできるとしても、そのように理解された抽象的一般的過失概念と事後に具体的個別的に判断されるべき「権利侵害」との接合可能性を図ることは困難となろう。

3. 不法行為二分論

(a) すべての不法行為を権利侵害論または違法性論のいずれか一方をもって律しようとするところに不法行為要件の混乱の原因があったという認識から、前者が当てはまる領域と後者が当てはまる領域とに分けて考えれば、不法行為要件論の混乱は雲散霧消するのではあるまいか、として不法行為法における絶対権・絶対的利益の保護と、相対権・相対的利益の保護とを区別して論ずるのが加藤雅信の⁽⁶⁵⁾見解である。加藤（雅）によれば、①ドイツ民法823条1項は、絶対権侵害を念頭においたものであって、わが国の裁判例も、同条に列挙されたような生命・身体・健康・自由・所有

権その他の物権・無体財産権（絶対権・絶対的利益）の侵害があった場合には、侵害行為をした者に故意・過失があれば、基本的に損害賠償請求権を認めており、これに対し、②その他の利益（相対権・相対的利益）については、損害をもたらした者に故意・過失があっただけでは損害賠償が認められず、悪辣・悪質な方法で侵害（違法な侵害）された場合に初めて損害賠償が認められる、という（加藤（雅）183頁）。

加藤（雅）によれば、上の区別に応じて、不法行為要件論が次のように展開される。まず、①709条が定める故意・過失と権利侵害・利益侵害の対置という構成は、絶対権・絶対的利益に関しては主観的要件（故意・過失）と客観的要件（権利侵害）の対置する判断枠組みとして十分機能するものであって、ここでは〔権利侵害—故意・過失〕の要件二元論が適合的である（権利侵害類型）。これに対し、②相対権・相対的利益に関しては、違法な侵害があった場合にのみ損害賠償請求権が発生するが、その際の違法性判断は、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の客観的態様との相関関係から判断されるのみならず、行為者の意図等の内面的な要素をも踏まえて総合的に判断せざるをえないとし、ここでは違法性の有無のみを基準とする要件一元論が事案の判断枠組みとして適合的である（違法侵害類型）、というのである（加藤（雅）184-5頁）。

(b) 不法行為二分論が、侵害された利益の種類によって不法行為責任の判断の仕方が異なることを明らかにしたのは、一つの卓見である。この見解は、不法行為を侵害された利益の種類によって二元的に考えるという点で、違法性には、権利侵害という客観的な行為の結果のみを見て違法と判断できる場合と、侵害行為の態様という行為の側面をも加えた判断を行って初めて違法と結論づけうる場合の2つがある、とする「違法性二元説」に類似した考え方であるが、後説が不法行為責任の要件構造としてなお統一的なものを維持しているのに対し、本説は、二分化された不法行為

(65) 加藤雅信『事務管理・不当利得・不法行為』（第2版・2005）〔以下、本文中で「加藤（雅）」として引用〕183頁以下。

それぞれについて異なる要件構造が考えられている点にその特色がある。問題は、複数の異なる不法行為要件規定を有するドイツ法などと異なり、709条という統一した要件構造を持つ不法行為規定を有するわが国において、このような要件構造の二分論が可能かつ適切かどうかということである。⁽⁶⁶⁾

問題は、結局、権利侵害と違法性との関係をどのように解するかに帰着するが、「権利侵害」も「違法性」概念を構成する一要素であって、両者を切り離して対抗的に扱うことには疑問がある。加藤（雅）も、相関関係判断の一方に被侵害利益の種類・性質を挙げるが、これは権利・利益侵害、ひいては違法性を判断する際の一要素である。「絶対権・絶対的利益」と「相対権・相対的利益」とを区別する意義は、前者については、正当化事由に当たらない限り、権利・利益を侵害することによって行為は原則的に違法となるが、後者については、権利・利益の侵害が違法性を基礎づける程度が低く、侵害行為の客観的態様等をも考慮して不法行為責任を認めうるに足る違法性が認定されて初めて違法性が確定される、と解すべきものであろう。

また、相対権・相対的利益侵害に関しては、その違法性判断内部に行為者の意図等の内心的な要素をも取り込むが、それは絶対権・絶対的利益侵害による不法行為の場合に、その成立要件として主観的要素である故意・過失を客観的要素である権利侵害と併置させることと整合しえないであろう。加藤（雅）のいう「権利侵害要件」の場合と同様、「違法性要件」においても、故意・過失を含めて一切の主観的な要素は有責性の要件としてその外部におくべきである。権利侵害類型と違法侵害類型とは、不法行為責任の判断構造を異にするものではなく、同一の判断構造の下で、権利・利益侵害の程度、したがって違法性の程度の強いものと弱いものと量的相違として扱われるべきものと考えられる。

(66) 吉村・前掲注 (41) 85-6頁。

4. 違法論の機能と権利侵害

(a) 不法行為法において「違法性」概念を否定する理由の一つに、違法性概念は、709条の「権利侵害」要件を拡大するという機能を担ったが、「権利侵害から違法性へ」という命題が定着すると共にその役割が終わり、不法行為の成立を限定する機能はもっぱら過失要件が担うようになった、という見方がある（後出IV 2（1））。たしかに、不法行為法の理論史を顧みれば、違法性概念が「権利侵害」要件を「違法な利益侵害」に拡大する機能を果たしたことは事実である。そして、違法性概念の果たすべき機能をこの点に限定し、「権利」を広く「法的保護に値する利益」と解するのであれば⁽⁶⁷⁾、あえて違法性の概念を使う必要はない、というのも一つの見識である。しかし、違法性概念が「権利侵害」要件を拡大する機能を果たしたのは、歴史的事実としてそのように言える、というだけのことであって、それは、違法性概念が本来果たすべき本質的、理論的機能というわけではない。違法性概念の本来的機能は、むしろ侵害行為およびその結果（権利侵害）が客観的、一般的にみて法秩序に反する行為である、という法的評価機能に存在すると言わなければならない。⁽⁶⁸⁾問題は、むしろ違法評価において、「権利」侵害の場合とその他の利益侵害の場合とで異なった扱いをすべきか、ということにある。

(b) この点について、①行為不法論（四宮および後出の平井・前田）に立脚する見解は、権利侵害に不法行為成立要件上の特別の地位を与えず、その他の場合との区別を相対化して考える。これらの説では、権利侵害は法的保護に値する利益一般に置き換えられ、権利侵害とそれ以外の利益侵害は、不法行為の要件として質的に区別されないことになる。これに対

(67) 例えば、「権利侵害」をこのようなものとして理解し、その要件を維持する星野の見解はその一つである（前出2（2））。

(68) 吉村・前掲注（41）35頁参照。ただし、「法秩序に反する」との文言を「法的に非難される」と読み替えるのは、違法性と有責性とを混同するものであって、好ましいことではなからう。

し、②結果不法を重視する見解は、権利（＝絶対権）侵害の場合に直ちにこれを違法とするとの判断枠組みを維持した上で、それ以外の利益侵害においては侵害行為の側面をも考慮した判断を行う⁽⁶⁹⁾。この立場は、法的評価機能を担う違法性概念を前提として、被侵害利益を類型化し、それぞれについて異なった違法評価を認める見解である。すなわち、④権利およびそれに準ずる法的に強固に保護された利益が侵害された場合には、それ自体法律秩序を破る（＝違法）ということの意味するのであって、特別の正当化事由がない限り、侵害行為の態様を問うことなく違法と判断される。これに対し、⑤それ以外の比較的強固でない利益が侵害された場合は、直ちに法的非難に値するとの評価ができるとは限らないので、侵害行為の態様との相関的判断において違法性の有無を決定することが必要となる、⁽⁷⁰⁾というのである⁽⁷¹⁾。

たしかに、④類型においても、違法性阻却（正当化）判断が不可欠であることから明らかなように、権利・法益侵害が直ちに違法性を決定づけるわけではない。また、⑤類型において、侵害行為の態様を問題とすると、それ自体に意味があるわけではなく、やはり利益侵害に対する評価を中核としつつ、侵害行為によって保全される行為者側の利益との対比において行為の違法性が判断されることになるのである。いわんや、悪性の故に侵害された利益の種類や侵害の程度を問わずに、もっぱら行為態様のみを考慮して違法性が認められる、ということはいえない。その限り

(69) 権利侵害と故意・過失の二元論に立脚する見解（潮見）にも、同様の傾向がみられる。

(70) 末川・前掲注（24）463頁以下。

(71) さらに加えて、権利侵害以外の利益侵害行為において、例えば刑罰法規違反の場合のように、その悪性の故にもっぱら行為の態様のみを考慮して違法性判断が可能な場合も存在する、という（吉村・前掲注（41）36頁。同・37頁は、現代用語化の民法改正によって、「権利侵害要件が維持され、それによって法律上保護される利益が付け加わる」という形式をとった結果、権利侵害要件の意義を認めた上で、侵害された利益の種類に応じて判断枠組みを変える立場が、今後、一層有力になっていく」と論じている）。

で、④の類型と⑧の類型との間で、違法性の判断方法・判断枠組みに相違が認められることはないであろう。しかし、利益の価値や程度の相違に基づいて、前者の権利・法益が後者のそれより厚く保護されるということは、違法評価において無視しえない重みを含んでいる。

上記①の行為不法論に立脚する諸説は、不法行為が法益を不法行為から保護するものであるという意味で行為が違法であるというにとどまらず、結果として権利保護の相対化を招きうる構成であることは否めない。⁽⁷²⁾ すなわち、行為不法論においては、「権利侵害」要件が不法行為の独自の成立要件としての地位を追われ、あるいは特別の意味を持たないものとして相対化されてしまうが、このような「権利侵害」要件の相対化は、本来この要件が含んでいたはずの、法的に保護された利益としての「権利」が侵害された場合に直ちに法的保護が与えられるべきである、という価値判断そのものを否定し、権利保護を弱めてしまう結果となる。⁽⁷³⁾ また、損害賠償の問題にとどまらず、差止めによる場合を含めて権利保護の問題をトータルに考える場合、権利侵害要件を放棄することは、権利侵害があっても侵害行為の公共性や社会的有用性を理由に侵害行為の差止めを否定する、という権利保護の視点から由々しき事態を招くことになりかねない。⁽⁷⁴⁾ したがって、結論的には、権利侵害の場合とその余の利益侵害の場合とで共通の〔違法性—有責性〕の判断枠組みを維持し、かつ違法性の判断構造を同質のものとして捉えつつ、違法評価においては結果不法論に立脚して、権利侵害とその余の利益侵害との重みの違い（量的区別）を重視する見解を採るべきであろう。

(72) 錦織・前掲注（5）188頁。

(73) 吉村・前掲注（41）87頁。

(74) 吉村・前掲注（41）87頁。差止請求の視点から権利論を展開するものとして、藤岡・前掲注（16）159頁・174頁以下。

IV 過失と違法性

1. 不法行為法学の混迷

伝統的な理論において、不法行為の要件は、「権利侵害」(違法性)＝客観的要件と「故意・過失」＝主観的要件の2つに区別されていた。外部的事情である「権利侵害」を中核に据える「違法性」については、それが加害行為者側の事情を考慮に入れるとしても、権利侵害と対比される客観的な保全利益に対する考慮にとどめられており、行為者の内心の意思に踏み込むものではなかった。一方、「過失」は、加害行為者の心理的緊張の欠如という主観的要素として捉えられ、それはあくまでも主観的要件であって、客観的要件である違法性とは別のものである、と解されていた。しかし、1970年代以降、この違法性と過失の関係に関する従来の理解に動揺が生じ、違法性の主観化、過失の客観化という形で両者の接近・交錯が指摘され、客観的な違法性と主観的な過失の対置という旧来の範型に替わるものの樹立を目指した様々なアプローチが現出し、「不法行為法学の混迷」という事態を現出するに至った⁽⁷⁵⁾。そして、今日に至るも未だ解決の光明は見えず、ますます理論的混迷の度を深めている状況にあるが、その一つとして、違法性と過失を峻別するという考えは支持しえないのではないかと⁽⁷⁶⁾、むしろ両要件は1つに統合すべきではないかと、との主張(一元論)も有力である。このような理論動向の背後には、違法性と過失の双方において、その捉え方に変化が生じてきたという学説史の事情がある⁽⁷⁷⁾。

まず、「違法性」に関していえば、上述のように(前出Ⅲ1)、違法性論の出現によって、損害賠償が認められるためには侵害が違法であることが強調され、その違法性の有無を判断するに当たって、被侵害利益の種類と

(75) 澤井・前掲注(50)「展望」72頁。

(76) 前田・前掲注(22)5頁。

(77) 吉村・前掲注(41)79頁以下参照。

侵害行為の態様を相関させる相関関係説が通説となったが、相関関係説の論理構造に関して、「学説は、違法性と故意・過失を峻別しながら、違法性の内容に故意、過失を盛り込んでいる」とする指摘がみられた。⁽⁷⁸⁾ すなわち、「侵害行為の態様」を違法性判断に組み入れる限り、故意・過失が実質的に違法性判断の際に考慮され尽くしてしまい、違法性の他に、有責要件としてあらためて故意・過失を議論する実益があるか、という問題意識⁽⁷⁹⁾である。ここでの「違法」は権利侵害のように客観的なものではありえず、違法性の判断に当たっては、被侵害利益の種類という客観的要素だけではなく、侵害行為の態様に関して行為者の主観的要素（例えば害意）をも考慮することになる（行為不法論）。ここに、故意・過失要件と違法性要件の融合という問題が発生し、⁽⁸⁰⁾違法性が単に客観的要件としては整理しきれない事態が生じてきたのである。⁽⁸¹⁾

一方、「過失」については、すでに古くから、注意の程度を行為者本人の判断能力ではなく、通常人の能力を基準とする抽象的過失説が唱えられていたが、加えて、ここでも行為不法論の台頭が過失の理解を大きく変えることとなった。すなわち、従来のように、過失を加害行為者の主観的な予見可能性と捉えるのではなく、当該行為を行う上で社会生活上要求される客観的注意義務（行為義務＝結果回避義務）を遵守していたかどうかを問題とする客観的過失論が展開されることになった。また、日本の民事判例においても、過失が客観的（抽象的）行為義務違反として把握され、さらに、比較法的にみると、わが国の民法709条のおかれている体系的地位が、

(78) 石田 穰『損害賠償法の再構成』（1977）34頁。

(79) 澤井・前掲注（50）「展望」78頁参照。

(80) 加藤（雅）・前掲注（65）182頁。

(81) また、「故意・過失」といった主観的要件が「違法性」と無関係である、としてきた違法性論に対して批判を加えたより大きな潮流としては、ドイツの刑法理論に源を発し、戦後、ドイツの民法学およびわが国の刑法学に浸透した目的的行為論がある。この理論は、違法論において行為無価値論（行為不法論）を展開し、故意も違法要素と解する「主観的違法要素の理論」を主張したのである。

3つのタイプの不法行為規定を持つドイツ法系よりも一般条項のみを持つフランス法系に属し、したがって「過失」の理解としても、それが違法性から区別されるドイツ法の主観的な過失概念ではなく、両者を峻別しないフランス法の *faute* (あるいは英米法の *negligence*) に近いのではないか、ということが意識されるようになったのである (後出 2 (1))。

2. 一元論の台頭

故意・過失と違法性要件を峻別することを拒否し、要件枠組みを一元化する立場には、過失に違法性を統合する「過失一元論」(新過失論)と違法性に過失を統合する「違法性一元論」(新違法性論)とがある。

(1) 過失一元論 (新過失論)

(a) 平井宜雄は、違法性論が判決例の現実の姿を説明しえていないとして、「『違法性』に関する伝統的不法行為論は崩壊している」と評価する⁽⁸²⁾。すなわち、①違法性概念が判決例において結論を導く論理的前提として用いられている例がきわめて稀であること⁽⁸³⁾、②違法性概念を用いる判決例も、被侵害利益を問題にすることなく、加害行為が不法行為を成立させるに足るものであることを示す意味で用いているにすぎず、主観的要件である「過失」との対比で用いられているわけではないこと、③判決例において過失概念は、違法性と区別された主観的要件として用いられているわけではなく、法律上の行為義務に違反する行為という意味で用いられていること、したがって、④違法性が法規違反行為であるならば、過失もそれと等しくなり、違法性と過失を区別する意味が存在しなくなること、が指摘されている。そして、違法性概念が判例上意味を失っている要因を次の3点に求めるのである (平井22-3頁)。

まず、①「違法性」概念は、従来、①民法709条の「権利」の要件を拡

(82) 平井宜雄『債権各論II 不法行為』(1992)〔以下、本文中で「平井」として引用〕22頁。

(83) 平井・前掲注(9)〔以下、「平井・理論」として引用〕378頁。

大するという機能と、②主観的過失と対比された客観的要件としての機能を担ってきたが、「権利侵害から違法性へ」の命題が定着するとともに、①の機能を担った「違法性」概念はその役割を果たし終えり（平井・理論382-3頁）、他方で、⑤日本の民法典は「違法性」と「過責」（故意・過失）の峻別・対置という構造とは無縁であるため、両者の区別というドイツ民法的な意味における法技術的機能はもともと果たされることができないが（平井・理論383頁、395頁以下）、加えて「過失」が単なる心理状態ないし主観的要件から、不法行為が成立したかどうかという判断一般を含む高度に法的かつ規範的概念に転化したことから、違法性の内容と重複するに至り、②の機能も喪失することとなった。かくして、③違法性を客観的要件として、過失を主観的要件として、それぞれ位置づける体系化が理論的意味を失った、というのである。以上の帰結として、平井は、(基本的)不法行為の要件を次のように構成する（平井23-5頁、同・理論419頁以下）。

(b) まず、④違法性概念を用いる法技術的意義が存在しなくなったということから、民法709条の要件は、故意以外には過失のみで足り、しかも、現在の不法行為の大部分が道徳的に非難されるべき行為という色彩を失っている以上、故意の要件よりも過失の要件の方が決定的に重要である。そして、⑥統一的要件主義の帰結として過失が不法行為の成否を決定する高度の規範的概念として機能している以上、過失を故意と同様に位置づけることはできず、両者はそれぞれ独立の不法行為類型と考えるべきである。⁽⁸⁴⁾さらに、⑦「権利」の範囲が拡大された結果、「権利侵害」の要件が担ってきた不法行為の成立を限定する機能は、あげて「過失」に委ねられることになり（平井・理論393頁以下）、不法行為成立の限定的機能を失った「権利侵害」の要件は、理論的に独立の要件たる地位を失って、「過失」または「損害」の発生の要件に吸収されたものと解する（過失一元論）。⁽⁸⁵⁾したがって、709条の要件は、①「過失」行為または「故意」行為

(84) 平井・理論420頁は、過失が意思と離れた行為として位置づけられることから、過失を故意と同列に並べて説明する仕方は改められるべきである、という。

の存在、②「損害」の発生、③上の①と②との間の「因果関係」の存在に再構成されることになる、というのである。

過失一元論においては、「過失」の存否をどのように判断するかが決定的な意味を持つことになるが、平井によれば、「過失」は、「予見可能性の存在ないし予見義務の違反を前提として、損害発生の危険を回避すべき行為義務に違反すること」と定義される（平井・27-8頁、同・理論400頁参照）。この定義によれば、「過失」の要件は、結局、「行為義務に反する行為が存在すること」に尽きるが、これを細分化すれば、④加害行為の存在、⑤行為義務の存在、⑥「現実の加害行為」と行為義務によって特定された「あるべき行為」との食い違いに集約され、⑦の要件は、さらに予見義務に裏づけられた予見可能性の存在と損害回避義務（結果回避義務）の存在に分化される（平井28頁以下）。ここで、重要なのは⑦の要件であるが、いかなる場合にどのような行為義務（予見義務および損害回避義務）が存在すると考えるべきか、という問題の解決にとって参考となるのが英米法のネグリジェンスである。

平井は、統一的不法行為要件を掲げる民法709条の「過失」がネグリジェンスと同様の機能を営んでいるという考慮から、ネグリジェンスに関する理論（ハンドの定式）を手掛かりに、「過失」を規定する因子として、「①過失ありと主張されている行為から生じる結果（損害）発生の蓋然性（危険）、②右行為によって侵害されるであろう利益（被侵害利益）の重大さ、③右①および②の因子と行為義務を課すことによって犠牲にされる利益との比較衡量」の3つのものを挙げる（平井30頁以下、同・理論403頁以下参照）。したがって、この意味における「過失」の有無の判断の中には、ドイツ民法的意味における過失と違法性の両者が含まれることになるので⁽⁸⁶⁾ある。

(85) 吉村・前掲注(41) 80-1頁参照。

(86) 新過失論の公害事例への適用とみられるものに「新受忍限度論」がある。これは、従来、公害における違法性の判断基準として唱えられていた「受忍限度論」を

(c) 「権利侵害」要件の拡大が承認されている以上、違法性概念はその機能を果たし終わった、とみる平井説に対して、それは、権利本位の法律観からの転換を意図した違法性論の本来の目的を無視している、との指摘がある⁽⁸⁷⁾。しかし、違法性論に対するかかる理解には疑問があり（前出III 1 (3)）、「権利侵害」要件の拡大は、平井の説くように、違法性論の意図するところをさらに強力に推し進めたものとみるべきであろう。むしろ、「過失」への一元化を主張し、「権利侵害」に独立の要件としての意味を認めていない平井においてこそ、権利論と対比される功利主義的な立場を基礎として、政策的な観点から権利・自由を相対化する可能性を積極的に認めることによって、権利本位の法律観からの転換を図っているとみることができる⁽⁸⁸⁾。ここでは、過失一元論に対する疑問として、次の2点を挙げておくことにしよう。

第1は、形式的な疑問であって、不法行為法の要件を過失に一元化することが、民法709条の規定形式と適合するか、という問題である。709条の明文の成立要件は、「故意・過失」と「権利・法益侵害」の2要件から構成されているのであって、この規定を過失一元論で説明しようとするれば、法文上の「過失」概念（狭義）と、平井の説く講学上の「過失」概念（広義）の二様のものを想定せざるをえず、実定法の解釈方法論として適切なものとは言いがたい。概念の相対性を認めうるとしても、後者の過失概念を他の概念によって置き換えることが可能なのであれば、あえて実定法規上の文言を二義的に用いることは避けなければならない。そして、平井のいう「過失」は、結局、不法行為にいう「不法」に他ならないのであっ

発展させて、709条の「故意・過失」と「権利侵害」（違法性）要件を「被害が受忍の限度を超える」という要件に一元的に統合しようとする見解である（例えば、淡路剛久「公害における故意・過失と違法性」ジュリスト458号375頁）。

(87) 山本・前掲注(17) 319頁。

(88) 不法行為法学における「新過失論」は、過失を客観化して捉える点で刑法学における「新過失論」と同様であるが、後者が違法論の内部において過失を扱うのに対し、前者が違法性を過失に吸収する点でその方向性を異にしている。

て、ここに第 2 の疑問が生ずることになる。

過失一元論が不法行為の要件をすべてそのうちに含め、「過失」が「不法」に他ならないとすれば、議論は再度出発点に立ち返って、「不法」の成立要件は何か、すなわち「過失」の構成要素は何か、という問題に帰着することになる。そこで、平井の「過失」要件の中核に位置する「行為義務」を構成する 3 要素について再思してみると、いずれも従来「違法性」概念の下に論じられてきた要素であることが明らかである。まず、①「結果（損害）発生 の蓋然性（危険）のある行為」は、客観的側面から行為それ自体の違法性を問題とするものであり（客観的行為不法）、②「被侵害利益の重大さ」は、行為によって惹起される結果の違法性を基礎づける要素であり（結果不法）、最後に、③この 2 つの要素と行為義務を課すことによって犠牲にされる利益との比較衡量は、客観的違法論が展開する違法性の最終的な判断基準（利益衡量）そのものである。そして、その反面において、行為義務の一方の要素であったはずの主観的な予見可能性は「過失」概念の背後に退き、「権利・法益侵害」を対象とする法文上の主観的な「過失」要件（予見可能性）が平井過失論から脱落していることに気づくのである。

ここに、同じく一元論に立ちつつ、平井とは反対に、主観的な「過失」要素を含めて不法行為の要件を「違法性」に一元化する見解が登場することになる。

（2）違法性一元論（新違法性論）

(a) 伝統的な違法性論が、民法709条の解釈に当たって、それがフランス民法1382条のように、広い範囲をカバーする不法行為の一般規定であることを踏まえた解釈が必要であることを意識しつつも、なお違法性概念の有用性を肯定し、不法行為の要件として「違法性」要件を独立に立てることに十分な根拠があると解してきたのに対し、わが国における不法行為法の過失概念を、フランス不法行為法におけるフォートに当たる要件として理解したのが平井の「過失一元論」であった。このように過失一元論

が、行為不法論の立場から不法行為における違法性と過失との同質性を踏まえて、違法性を「過失」に還元する形で一元化を図ったのとは異なり、同じく行為不法論に立脚しつつ、過失を「違法性」に包摂する形で一元化を図ったのが前田達明の「違法性一元論」(新違法性論)⁽⁸⁹⁾である。すなわち、故意・過失を主観的要件(有責性)として、違法性ないし権利侵害を客観的要件として截然と区別しえないということから、故意・過失と権利侵害を統合した要件として「違法性」要件を定立し、「違法」論そのもの見直しを図ろうとするのがこの立場である。⁽⁹⁰⁾

前田によれば、まず、非常に緊密な社会的接触を行っている現代社会では「権利侵害=違法性」という公式は成り立たず、「社会相当な程度(Sozialadäquates Maß)」を逸脱した、すなわち「他人の法益に対する侵害の回避義務」に違反した権利侵害(の危険)のみが違法である。そして、この義務違反は、「標準人を基準とした、結果回避のための注意(行為)義務違反」に対応するものであって、「過失」に他ならず、「注意義務違反=違法性」とみる必要がある、という(前田・婦責論185頁以下)。しかも、「過失」は、通説の見地からも抽象的過失であって、一般標準人の能力を基準として過失の有無が決定されるのだから「主観的」要件といえるか疑問であり、また、「過失」の内容は、判例において、権利侵害という結果を回避するための「行為義務違反」として把握されており、このように過失を客観的行為義務違反とすれば、過失が違法性の問題であることが容易に察せられる。他方、加害行為の態様としての刑罰法規違反、取締法規違反、公序良俗違反、権利濫用などには、すでに故意・過失、動機と

(89) 潮見は、前田説が違法性要件を再評価する立場を示すものとして、〔違法性－有責性〕二元説と共に平井の過失一元説に対抗させているが(潮見・前掲注(57)23頁)、行為不法論の見地から「過失=違法性」と解する点で、前田はむしろ平井と同一の思想基盤に立脚しているといえる。

(90) 前田達明『不法行為』(1980)〔以下、本文中で「前田」として引用〕73頁、同・前掲注(11)〔以下、本文中で「前田・婦責論」として引用〕195頁以下、218頁。

いった行為者の「主観」も考慮に入っており、行為者の「主観」が違法性判断に重要な位置を占めている、ともいうのである（前田120頁）。

前田によれば、「発生した損害の公平な分配」を制度目的ないし機能とする不法行為法においては、「加害者と被害者のいずれにどれだけの損害を負担させるのが公平か」ということが問題となるが、「公平な分配」という限り、加害行為の態様すなわち故意・過失（帰責事由＝行為無価値）という加害者側の事情と、被侵害利益の重要性ないし「権利侵害」（結果無価値）という被害者側の事情とが共に考慮されなければならない⁽⁹¹⁾。そして、「『公平』という限りは、それぞれの事情を比較衡量して賠償の有無、範囲、額を定めなければならない」が、そのために必要な同一の土俵・次元として「違法性」概念が機能することになり、ここに「違法性一元論」（新違法性論）が展開されるに至るのである（前田123頁、同・帰責論186頁以下参照）。

(b) 前田の違法論によれば、まず、法の機能を、保護に値すると評価された社会的価値を各社会構成員に分配帰属させる「分配機能」と、その価値を侵害しないように命令する「命令機能」とに分ち、法規範をそれぞれの機能に対応させて、「分配規範」、「命令規範」と呼び、前者の分配規範に違反するのが「結果無価値」であり、後者の命令規範に違反するのが「行為無価値」であって、前者は被害者の立場を、後者は加害者の立場を考慮したものである、としている（前田・帰責論192頁）。そして、この両無価値が加算されて、一定限度を超えたとき、不法行為的保護を与えるにふさわしい違法性に達したということにする、というのである。これは、刑法学で「刑法規範」の機能に着目して、その違反を客観的「評価規

(91) 前田説に対しては、故意・過失（行為不法）と権利侵害（結果不法）を比較衡量している点から、「違法性を行為不法に一元化してとらえるわけではない」という見方もあるが（山本・前掲注（17）328頁）、「注意義務違反＝違法性」と解し、信頼責任である過失のみならず、意思責任たる故意をも違法性に包摂する思考は、限りなく行為不法一元論に近いものがあるといえよう。

「違法性」違反と主観的「(意思) 決定規範」(命令規範) 違反とに分ける考え方に対応するものであるが、前者を違法性、後者を有責性に配分する客観的違法論と異なり、後者の命令規範違反をも行為無価値として違法性に含ませる点で、「主観的違法論」と評されるべきものである。⁽⁹²⁾

他方で、前田は、刑法理論として展開された目的的行為論を採用し、故意不法行為と過失不法行為を峻別する。まず、「故意」は、『権利侵害』を目指して、自己の身体を含めた外界を支配操縦する目的意思をいい、したがって故意の場合は、「悪結果」を目指している意思であるが故に法的に非難される「悪い意思」が帰責の根拠とされ（前田25頁以下、同・帰責論207頁以下）、故意の不法行為は「意思責任」と呼ばれる（前田50頁）。これに対し、それ自体としては社会的に許された目的が追及されている「過失」の場合は、社会生活において「通常の平均人と同じ行為をしてくれる」という信頼が裏切られたところに帰責の根拠が求められ（前田45頁以下、同・帰責論212頁）、その意味で過失の不法行為は「信頼責任」と呼ばれることになる（前田50頁）。ここでは、「有責性原則」の支配する故意不法行為と「信頼原則」の支配する過失不法行為とが峻別されているのである。

(c) 前田によると、「故意・過失」は「加害行為の態様」に属するものとして、行為不法を構成し、特に過失における帰責の根拠は、行為者の主観を非難することではなく、一定の行為を行うことに対する社会的な信頼に求められており、主観的な「有責性」の範疇におさまりきれない。⁽⁹³⁾ 過失概念の客観化という前田の構想は、新過失論（過失一元論）と軌を一にし、また、主観的な故意概念をも違法性に取り込む構成は、まさに行為不法論

(92) なお、山本は、前田説が不法行為制度の目的を「法秩序の維持・回復」に求められている、として末川のそれと通ずる、と言うが（山本・前掲注（17）331頁）、客観的違法論に立脚する末川はむしろ前田と対極的地位に立っており、この点からも末川の不法行為論が秩序維持思想にないことは明らかであろう。

(93) 山本・前掲注（17）330頁参照。

(行為無価値論) そのものといえる。もっとも、信頼違反も現代的意味で「非難原因」なのだと言うことができるのであれば、過失についても非難可能性を基点としてこれを有責性原則に取り込むことも可能であったであろう。⁽⁹⁴⁾ また、前田は、行為不法と結果不法との比較衡量を行うという点で相関関係説的思考を残しているが、結果不法を体現する「権利侵害」に対向させられるのは、行為によって保全されるべき行為者の客観的利益ではなく、本来主観的要素であった「故意・過失」であり、不法行為法において「権利侵害」が果たすべき役割は相対的に低下していると言わざるをえない。

他方、結果無価値としての権利侵害と行為無価値としての故意・過失を共に違法要素として「違法性」に取り込んで行われる総合判断は、どの程度の「不法行為」といえるかの判断にほかならず、結局のところ、「賠償義務を加害者に負わせる方が公平の見地から見て妥当と思われる場合に、その加害行為を違法な行為と呼ぶ」というのに帰する。たしかに、過失一元論とは異なり、不法行為の要件として「違法性」概念を定立することから、民法709条の文言との抵触という問題は起こらないが、前田が「不法行為すなわち違法と評価された行為と考え、違法性という概念は、不法行為上、有用な概念として維持すべきである」⁽⁹⁵⁾ という点には疑問がある。というのは、ここでいう「違法」概念は、「不法行為」にいう「不法」を「違法」に置き換えたものにすぎず、不法行為の概念要素としても成立要件としても独立した意義を有していないからである。⁽⁹⁶⁾ したがって、「違法

(94) 澤井・前掲注 (50) 87頁。

(95) 前田達明「過失概念と違法性概念の接近」(奥田昌道ほか編)『民法学6—不法行為の重要問題』(1975) 68-9頁。前田は、また、「違法性」概念は、法の根本概念として、刑法を初め他の法分野との関係も考慮してしかるべきである、とする(前田・前掲注 (11) 225頁注 (11))。たしかにその通りであるが、前田の「違法性」概念が刑法学のそれ(特に結果無価値論)と大きく隔たっていることも否定できない。

(96) 澤井・前掲注 (50) 87-8頁、吉村・前掲注 (41) 81-2頁参照。

性」を不法行為法上有用な概念として維持しようとするのであれば、「過失」を違法性概念から切り離してこれを独立の主観的な有責性要件として定立し、その過失要件と対向する形で、「権利・法益侵害」を中核とした客観的性質を備える要件として「違法性」概念を再構築する必要があるであろう。

（3）一元論の問題点

行為不法論の立場から、「過失」と「違法性」とを一体のものとして捉える一元論の背後にある問題意識は、社会における人と人との交流・接触の形態の変化に応じて、その変化した社会事実への法の新たな対応が必要である、ということであり、特に、他人の権利を危殆化する行為が社会生活の中に大量に入り込んでいるという現状において、不法行為の要件をどのように構成していくのが事態に適合的か、という機能的な思考であったといえる。しかし、他面において、違法性と過失の融合を強調する解釈論においては、民法709条の「権利侵害」という要件の意味が希薄化し、「権利」とりわけ古くから絶対権として強い保護を受けてきた利益の不法行為法的保護も、利益衡量（それも故意・過失との）による保護限界の画定という処理の中に引き込まれてしまい、権利保護の相対化を招きうる構成であったことは否定できないであろう。⁽⁹⁷⁾

また、行為不法論の諸説は、「故意による不法行為」と「過失による不法行為」は、帰責根拠が違う故に区別されなければならないとするが、それが主観的な有責性の相違によるものではなく、不法行為の基体ともいべき違法性の実体の相違に基づくものであるだけに、その抱える問題性にはきわめて大きいものがある。このような理解によれば、「故意による不法行為」の場合、過失による場合より一般的に賠償されるべき範囲、つまり保護範囲が広がるが、この帰結は、不法行為制度の目的が対等な立場にある加害者と被害者との間での損害の公平な負担にあるとする見地から

(97) 錦織・前掲注(5) 187-8頁。

は容認されるとしても、その目的が第一次的に被害者の損害のてん補にあるとする見地からは、不法行為が故意によるか過失によるかに本質的な違いはないというべきであろう。行為不法論に立脚する見解は、「結果不法（権利侵害）があっても行為不法がなければ賠償責任なし」の方向に傾きやすい。しかし、被害者救済を本質とする民事にあっては、むしろ基本的には「行為不法がなくても結果不法があれば賠償責任あり」との原則の下で問題の解決を図るべきであろう。

3. 新二元〔違法性一過失〕論

一元論に対し、これに対抗する形で、違法性（権利侵害）と有責性（故意・過失）を並列的に不法行為の要件として構成する見解も、今日なお有力に主張されている。もっとも、近時の二元論（新二元論）は、伝統的な二元論が違法性（客観的要件）と過失（主観的要件）を正面から対置したのとは異なり、両要件の接近・交錯を認めている。したがって、それにもかかわらず何故両要件を二元的に並列させておくのか、が問われることになるが、この問題に対する解答は、不法（違法）の本質を行為不法に求めるか、結果不法に求めるかによって異なってくる。

（1）行為不法論に立脚する二元論

不法行為法の構造について〔違法一有責〕構成（二元論）を採りつつ、違法性概念を一元的に行為不法（違法）と捉えるのが四宮和夫である。

（a）四宮は、まず、不法行為の要件について、基本的にドイツ民法的発想を前提として、刑法の犯罪論におけると同様に、①構成要件該当性・②違法性・③有責性という古典的三分法を維持する。四宮によれば、損害賠償責任を加害者に帰せしめるには、①の要件に加えて加害者側に非難可能性が存しなければならないが、その存否の判断は、**②行為**が一般人に向

(98) 吉村・前掲注(41) 83頁。これに対し、新二元論は違法性と有責性を峻別するドイツ型の思考様式をはっきりと受容している、とするものとして山本・前掲注(17) 321頁。

けられた法秩序の命令・禁止に反するものとして、一般的非難に値するか否かの判断（違法性）と、⑤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）⁽⁹⁹⁾とに分けられる。そして、違法性と有責性との関係を決定するのに不可欠の前提となるのが、「違法性の本質をいかに考えるか」という問題である、とする。

四宮の採る行為不法論によれば、他人の「権利」を侵害する行為が違法とされるのは、「権利」を侵害したからではなく、「権利」侵害行為が同時に侵害回避のための行為義務に違反しているからであって、不法行為の基礎となる違法性は、行為不法、すなわち「人の行為（ふるまい）が法秩序の課する行為義務に違反したか否かによって判断されなければならない」（四宮278-9頁）。もっとも、四宮も、結果不法をまったく不問に付すわけではなく、「不法行為における違法性は、通常は、『権利』侵害の危険性をもつように行為してはならないという義務に反することであるから、その限りで、それは、結果不法を基礎として作られた行為義務への違反である」という。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から」、結局、行為不法は、「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止揚（aufheben）している、高次のものである」とする（四宮280頁）。加えて、「不法行為のなかには、『権利』に由来する行為義務規範に違反する場合のほか、行為自体の反倫理性を問う規範（公序良俗規範）の助けをかりなければならない場合が含まれる」として（四宮279頁）、結果不法に基礎をおかない行為不法の存在も認めているのである。

四宮が結果不法を行為義務の発生根拠としてのみ捉えていることに対しては、「損害賠償法において問題となる『結果不法』は、それだけの機能に尽きるものではない」との批判がある⁽¹⁰⁰⁾。例えば、自動車運転をするとき「前方注視義務」違反で人を加害した場合と犬猫を加害した場合では損害

(99) 四宮・前掲注(35)〔以下、本文中で「四宮」として引用〕276頁。

(100) 前田・前掲注(22)16頁。

賠償法の扱いが異なるが、それは結果不法が影響して違法性の程度が異なるからであって、不法行為法が損害の公平妥当な分配制度であるならば、行為不法（加害者）と結果不法（被害者）の両者を対等のものとして考慮することが妥当である、とするのである。結果不法が違法性の程度に影響を与える、という指摘はまさにその通りであるが、不法行為法の第一次的な任務が被害者の被った損害のてん補・回復にあるとするならば、むしろ結果不法（権利・法益侵害）こそが優先的に考慮されなければならないであろう。行為義務違反が認められない限り違法とされないことになる点で、四宮の行為不法論が全体的にみて加害者の立場に偏していることは否みえない。

(b) 以上のような四宮の違法観によれば、「権利・法益侵害」自体は、違法性の要件ではないことになる。四宮によれば、『権利』侵害要件を違法性概念のなかに吸収するのは、結果不法論の考え方の名残りであり、「行為不法論にあっては、違法性判断で役割を営む要因は、『権利』侵害への危険性（・行為自体の反社会性）（以上、行為不法要素）および侵害の危険におびやかされる法益の重要性（結果不法要素）であって、『権利』侵害それ自体ではない」というのである（四宮401頁）。『権利』侵害は、不法行為の成立に必要な構成要件の1つである」が、それは、基本的構成要件のうち「違法とみられる行為を定型的に示す部分」ではなく、「損害賠償責任に特有の責任要件を示す部分」に属しており⁽¹⁰¹⁾（四宮285頁）、権利侵害は「故意・過失」の連結点であることを示す機能を有している（にすぎない）、という。

ここでは、結果不法の概念が狭く捉えられ、「権利」侵害のみが結果不法要素であって、「権利」侵害への危険性は行為不法要素と理解されてい

(101) 「権利侵害」は、責任要件に位置づけられているが、違法定型から排除されることによって、実質的には刑法における「客観的処罰条件」に類似した役割を担わされているといえよう。なお、四宮説によれば、民法709条を危険犯の構成要件とみることになる、とするものとして錦織・前掲注（5）172頁注（45）。

る。たしかに、行為の危険性が「行為義務に違反する」という評価は行為不法要素であるが、権利・法益侵害への危険性自体は結果不法要素と解さなければならない。というのは、権利・法益侵害の可能性・蓋然性を意味する「侵害の危険性」は、「侵害」を前提としており、「侵害」抜きに「危険性」を語ることはできないからである。したがって、「危険性」が違法性の要件であれば「侵害」も当然に違法性の要件であり、むしろ、権利・法益侵害の危険性が不法要素とされるのも、権利・法益「侵害」自体が違法性を帯びるからである。結果不法の核心である「権利侵害」が違法評価の対象から排除されている点に、四宮不法論の特質があり、またそこにその問題性もあるといつてよい。

一方、（権利侵害を惹起するような）「故意・過失（行為）」は、まず、構成要件要素のうち違法行為定型を示す部分に属するが、構成要件としての故意・過失は、「そのような行為をしてはならないという一応の法秩序の命令・禁止（行為規範）に違反するものであることを、推測せしめる」にすぎず、行為規範違反と断定するためには、次いで「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」という違法性判断を受けなければならない、とする（四宮276・285・305頁）。さらに、故意・過失は、「それが人的に非難可能なものとして行為者に帰責しうる（有責性）か否かの判断を受けなければならない」という意味で、有責性の要素としても理解されている。ただし、行為者の主観的な態様ではなく相手方の信頼や期待に重きをおくべき民法の解釈としては、主観的期待可能性（違法性の認識可能性・結果回避の決意可能性）の判断に際して一般的・客観的基準によるべきであるとして、行為者個人に対する非難を内容とする有責性判断の役割は低いものと考えられている（四宮378頁以下）。

これを過失についてみると、四宮において過失概念は、①結果予見可能性→②行為の違法性認識可能性→③結果回避に向けての意思形成可能性→④結果回避可能性、の4要素から構成されるが、このうち、④国民一般に

向けられた命令禁止＝行為義務の中核を形成する①と④が行為の面における一般的非難可能性として違法性に、⑥行為を行為者に帰せしめうるか否かに関係する②と③が行為者における人格的な非難可能性として有責性にそれぞれ関係する、と説く（四宮283-4頁）。たしかに、過失概念に有責性の側面を認める点において、違法性と過失がまったく同化してしまうわけではないが、行為不法論を採る四宮において、過失が違法性に接近することは避けられない（四宮277頁以下）。現に、四宮は、過失を『「権利」侵害回避のために法秩序が命ずる一定の注意義務に違反すること』と定義するが、ここでいう「注意義務」は客観的な行為義務として理解されており（四宮304頁）、過失の本体は違法性におかれているのである⁽¹⁰²⁾。

(c) 四宮説は、たしかに、一般人に向けられた法秩序の命令・禁止に違反するものとして一般的非難に値するといえるかどうかの判断である「違法性」と、行為者個人に対して非難を加えることができるかの判断である「有責性」とを区別し、故意と過失の双方に共通に関係する帰責判断基準として違法性概念を設けておく必要が存する（四宮288頁）、と主張する限りでは、徹底した行為不法論である主観説的な人的不法論とは一線が画されており、平井説との間に発想の違いが認められる。しかし、四宮説において行為が違法となるのは、「権利侵害」という結果の発生があったからではなく、そのような権利侵害行為を回避すべき義務に違反したからなのであって、違法性判断の主要な対象が、故意または過失により行為義務に反して結果発生危険性ある行為をしたという点に求められ、したがって故意・過失が違法性に吸収されることになるという意味では、行為不法論の典型であるともいえる。本説が「違法性一元論の成果を吸収した通説の揺れ戻し」と呼ばれる所以であり、この立場において当初の目論見に

(102) 反対に、違法性の意識およびそれに従って結果回避措置をとることの決意（意思形成可能性）に関係している有責性と予見可能性という意味での過失との関係は希薄である。

(103) 手嶋 豊「過失一元論」（古賀哲夫＝山本隆司編）『現代不法行為法学の分析』

もかわらず、不法行為の要件として実質的な内容の観点から違法性と有責性をとを区別することはきわめて困難であろう。⁽¹⁰⁴⁾

（2）結果不法に重心をおいた二元論

〔違法一有責〕構成の立場から、結果不法を基本としつつ、違法を行為不法・結果不法として二元的に捉えるものに錦織成史の見解がある。⁽¹⁰⁵⁾ 錦織は、社会関係の違いに応じて、①結果不法が妥当する場面（伝統的不法行為）と②行為（行態）不法が妥当する場面（現代的不法行為）を認める。

まず、①日常生活における行為が他人の権利ないし法益に対する侵害の危険をはらんだものとは考えられていなかった「古典的市民社会」では、権利ないし法益が現実侵害されるか、具体的な差し迫った侵害の可能性がある場合にのみ規制を行えば十分であり、そこでは、侵害行為の態様を問わず、一定の権利ないし法益に対する現実の侵害や具体的な危険という「結果」を惹起する行為（直接侵害）が違法とされた（錦織・論叢98巻4号88頁以下）。これに対し、②権利ないし法益に対する抽象的な危険化を伴っていると考えられるが、具体的な危険化や現実の侵害を予見することが困難な行為が数多く存在する「現代社会」では、抽象的な危険が存在する時点で、その危険を防止し、損害の惹起を回避するために、必要な措置を講じさせることが要請されることから、こうした抽象的な危険が存在する場合に、その危険を防止するために課せられる「行態義務」に違反した行為（間接侵害）が違法とされることになる（錦織・同91頁以下）。そして、③他人の権利ないし法益を抽象的に危険化する行為を行い、その際社会生

(1997) 31頁。

(104) 四宮は、故意行為・過失行為が全体として違法評価を受けると解しているが、違法性と有責性を分ける体系を維持する以上、違法評価を受けるのは故意または過失による「行為」であって、「故意・過失」自体は有責性評価の対象となると解すべきであろう。

(105) 錦織成史「民事不法の二元性——ドイツ不法行為法の発展に関する一考察（1）～（3）」法学論叢98巻1号25頁・3号25頁・4号68頁（1975-6）〔以下、本文で「錦織・論叢」として引用〕。

活上の義務に違反して権利を侵害した場合には、直接侵害と間接侵害とが同一当事者に成立しうる、というのである(錦織・同92頁)。

錦織によれば、結果不法と行態(行為)不法は、異なった段階において、権利ないし法益を他人の行為から保護するために観念されるのであって、別系列の不法として構成されるが、両者は、社会生活の発展に応じて生じたところの相違した秩序の要請に対応するものであるから、同一の利益の保護のために重疊的に並存しうるものであって、互いに排斥しあうものではなく、結果不法か行為不法かという論争は、無益であって止揚されなければならない、とする(錦織・同93頁、95頁)。ここでは、結果不法と行為不法が、侵害行為の構成要件と危殆化行為の構成要件との対比として捉えられているのであるが、危殆化行為が「権利ないし法益を侵害する危険のある行為」と解せられるとすれば、行為不法も「権利・法益侵害」との関連で結果不法に還元することが可能となる。⁽¹⁰⁶⁾結果不法と行為不法とは、並列的に存在する異質のものではなく、一直線上に直列的に存在する同質のものとして捉えられるべきであろう。

さらに問題となるのは、行為不法(間接侵害)を行為義務違反と解した場合、違法性と過失したがって有責性との混同が生じないか、ということである。この点について錦織は、「間接侵害における行態規範は、客観的に妥当する外的行態の命令に尽きるのであって、この点で過失とは目下のところなお区別せられ得る」と応えている(錦織・同94頁)。その意味するところは、必ずしも明らかではないが、行為義務違反を客観的な性質を帯びる違法要素と構成することによって、主観的な注意義務違反と解せられる過失と区別するという趣旨であろう。客観的違法性が結果不法(侵害結果)と行為不法(危険行為)という形で外部的側面から区別されるということになると、主観的な有責性もこれに対応する形で二分化されることに

(106) むしろ、「権利・法益侵害」を要件として明文化している法文の下で、上記②の類型において違法性が「間接侵害」(行為不法)をもって足りる、と言えるかは疑問の存するところである。

なる。すなわち、結果不法が問題となる伝統的不法行為の領域では、権利ないし法益に対する現実の侵害について故意・過失が問われるのに対して、行為不法が問題とされる現代的不法行為の領域では、権利・法益を侵害する危険行為について故意・過失が問われることになるのである。

（3）結果不法論に立脚する二元論

（a）結果不法を原則的に維持する立場から、違法性と有責性（故意・過失）⁽¹⁰⁷⁾を区別する二元論を展開するのが澤井裕である。澤井は、まず、不法行為法の解釈について、「被害」の認識から出発すべきである、という視点に立って、平井過失論に顕著に現れている加害「行為」中心の体系に異を唱え、また、完全賠償主義を前提とする賠償範囲の限定等を根拠に、違法性と過失（・故意）との関係について、二元論を採るドイツ法的発想がベターである、と主張する（澤井86・102・134-5頁）。澤井によれば、「生じた結果から判断される客観的法秩序違反」が違法（結果不法）であり、「侵害行為時を基準」として、「行為時における侵害の回避可能性によって判断される」のが有責性（行為不法）である（澤井103・136頁）。そして、これを立証責任の観点から、原告は、被告が法益を侵害したこと、およびそれに相応する措置をとらなかったこと（違法性）と、被告に法益侵害の予見可能性のあったこと（有責性）を主張立証すれば足り、これに対し、被告が違法性阻却（ないし減殺の集積）事由を立証するか、責任阻却事由を立証すれば、不法行為は成立しないことになる、としている（澤井「展望」91頁）。

（b）澤井によれば、「違法性」概念（広義）は2つの側面を持っており、まず、⁽¹⁰⁸⁾①構成要件レベルでは、民法709条における「権利・法益侵

(107) 澤井・前掲注(39)〔以下「澤井」として引用〕97頁以下、同・前掲注(50)〔以下、本文中で「澤井・展望」として引用〕72頁以下。

(108) 澤井は、不法行為の要件について、四宮と同様（前出(1)）、構成要件該当性・違法性・有責性という三段階構成を採るが、構成要件については、刑法と異なり、いわゆる「開かれた構成要件」であることから実質化せざるをえず、したがって「違法性」は、構成要件のレベルでも、有責性と対置される意味でも用いられ

害」の側面がこれであり、また、②違法性・有責性のレベルでは、有責性から区別される、実質的意味での「違法性」(狭義)の側面があることを指摘し、後者の「違法性」は、結果不法論の見地から「生じた結果につき、不法行為が成立したと判断される時点(結果発生時)における違法の社会的スケール(尺度)に照らして判断される」とする(澤井103頁)。ここでは、刑法における犯罪論体系との親近性が示されており、①の「権利・法益侵害」は違法評価の対象として構成要件要素となり、これが認められた場合に、②の意味での「違法性」が評価の対象である「権利・法益侵害」に対する評価として推定される、という関係に立つものであろう。

澤井は、他方で、違法評価につき客体に応じて異なった取扱いを認め(澤井138頁、同「展望」90頁)、まず、⑤絶対権侵害の場合は、「絶対権を侵害してはならない」という一般的規範に反するから、違法阻却事由がない限り当然に違法となり(絶対権タイプ)、これに対し、⑥その他の法益の侵害は、それが生じた結果から遡及的かつ客観的一般的(抽象的過失レベル)に判断して要求される作為または不作為の義務(個別的注意義務規範)に反するとき違法となるのであって、この個別的注意義務規範違反は、被侵害利益の重大性と侵害行為の態様との相関関係の衡量によって判断される(衡量タイプ)、⁽¹⁰⁹⁾というのである。⁽¹¹⁰⁾

以上の説明から明らかなように、結果不法論に立脚する澤井ではあるが、彼のいう「結果不法」には、行為義務違反も含まれていて、四宮や錦織において行為不法に区分されていたものと重なっている。⁽¹¹¹⁾また、「行為

る、としている(澤井134-5頁)。

(109) 侵害された利益を類型化し、2種類の利益侵害を「違法性の多元性」と説くものとして、吉村・前掲注(41)36頁。

(110) 澤井は、本文中に上げた2つのタイプのほか、損害をもたらした侵害行為の態様が保護法規違反、公序良俗違反もしくは社会生活上の義務違反に当たる場合として「行為タイプ」を挙げたうえ(澤井139頁)、これを「侵害行為の態様からみた不法行為の成立」として扱っている(澤井158頁以下)。

(111) 山本・前掲注(17)324頁。

の態様」が、行為の危険性のみではなく、行為の社会的非難性および行為の危険性に対応していかなる措置をしたか、を含む法的評価であることから（澤井137頁）、権利・法益侵害ないしその危険のみを結果不法要素と解する厳格な結果不法論とは一線が画されることになる。しかし、「違法性」は、結果に相応する容態（客観的行為たる措置）をとらなかったという意味で客観的要件であって、予見可能性は関係ない、としている点で客観的不法論の立場が維持されており、また、「あるべき秩序は最善の知見に基づいて判断されるべきだから、口頭弁論終結時の知見を基礎に不法行為成立時点における客観的法秩序違反が判断されるべきである」として（澤井136頁）、判断方法において結果不法論の基本的特徴である「事後判断性」が堅持されている。

一方、狭義の違法性（結果不法）から区別される「有責性」は、行為不法として広義の違法性に位置づけられて、被告に課せられた個別的義務規範に反すること、すなわち「被告が、当該具体的事情の下において、かつ行為時点で判断し、可能であり、かつとるべきであったと考えられる容態に、反したこと」と理解される（澤井「展望」90頁）。ここでは、行為不法の側面が侵害行為時を基準とする侵害の回避可能性の有無によって判断される、としてこれを有責性の問題と捉えているのである（澤井103頁）。具体的には、故意の場合はその意思を非難し、過失の場合は「予見可能性」があるのに予見せず（予見義務違反）、その行為に出たことを非難する。ただし、予見可能性の前提としての注意のレベルは、損害賠償法の理念からみて、ここでも客観的抽象的過失のレベルである⁽¹¹²⁾、という（澤井「展望」90-1頁）。澤井によれば、故意・過失が法的評価を受けるのは、「行為」態様としての結果回避義務であり、その非難性は心理状態を含めて総合的に判断される、とするのである（澤井174頁）。

(c) 澤井においては、一方で、違法性（広義）に行為義務違反（行為不

(112) 澤井も、「抽象的過失の非難性は、意思ではなく、信頼違反である」として、前田説に従っている。

法)を含め、他方で、主観的な有責性が行為不法として広義の違法性に位置づけられている点で、⁽¹¹³⁾伝統的な意味での違法=客観、責任=主観という体系が貫かれているわけではなく、違法性と有責性が実質的、内容的に⁽¹¹⁴⁾峻別されているとみることは困難である。しかし、他方で、過失(責任)は、あくまでも行為者に対する非難であることから、行為時の判断基準が問題となることが明示されており(澤井136-7頁)、違法性と有責性の区別基準として、行為後の事後判断か(違法性)、行為時の事前判断か(有責性)、という評価方法の差異が強調されている。また、上記①の場合(絶対権タイプ)はもとより、②の場合(衡量タイプ)も、①客観的抽象的過失のレベルでの義務に反する行為の客観面が違法性判断で捉えられ、②この義務違反行為による法益侵害が予見可能であったのに予見しなかったという意味での義務(予見義務)違反の主観面が有責性で捉えられており、その限りでは、大枠においてなお客観的違法性と主観的有責性という対向関係が維持されているとみることができるであろう。⁽¹¹⁵⁾

4. 過失と違法性の関係

過失と違法性の関係について一元論を採るか二元論を採るかは、過失と違法性が表裏の関係にあると考えるか、それとも両者が別個の概念であると解するかにかかっている。前者の立場(一元論)を採る新過失論(および新違法性論)が、過失概念を損害(結果)回避義務違反と捉える行為不法論に立脚するのに対し、後者の立場(二元論)を採るもののうち結果不法論に立脚する見解は、旧過失論に依拠して、過失を(結果)予見義務違反と捉えるのである。

①過失を違法要素と構成する新過失論においては、例えば、重大な被害

(113) 澤井説は違法性一元論に接近している、とするものとして前田・前掲注(22)17頁、山本・前掲注(17)325頁。

(114) 山本・前掲注(17)324-5頁参照。

(115) 錦織・前掲注(5)169頁。

が生じ、かつ、当該結果（権利侵害・損害）の発生を予見できた場合であっても、結果回避措置の困難さ、当該活動の社会的有用性等を理由に結果回避義務違反はなかったとして過失が否定される場合があり、その場合には不法行為責任が認められないことになって、その分、被害者保護の観点が弱まることは否めない。これに対し、②結果不法論にあっては、違法性判断において、まず被害結果（権利・法益侵害）が第一の判断要素となり、それとの相関においてのみ防止措置（結果回避措置）の問題が論じられる。その結果、前例では、重大な被害に優越する利益の保全が加害行為者ないし第三者に認められない限り、行為者に行為の断念を含む結果回避の可能性が認められて違法性が肯定され、しかも結果予見可能性があることから予見義務違反が認められて過失も肯定されることになり、被害者保護に欠けるところのない帰結となる。⁽¹¹⁶⁾②の立場が採られるべきであろう。

この問題は、「違法性」（権利侵害）要件を「過失」（有責性）要件から切り離し、かつ、これを独立の要件として掲げることの意味と関連してくる。違法性（または権利・法益侵害）を過失から独立させて論ずる二元論者は、要件を2つに区分することが形式的にみて「思考の整理の便宜」のためであるとか、⁽¹¹⁷⁾「思考の経済にも役立つ」と指摘するが、その背後には、⁽¹¹⁸⁾法的安定性の見地からみて、裁判官による判断に統一的な一定の枠組みを提示することが重要であるところ、そのためには判断すべき要素をその性質に応じて2つに区分する方が不法行為の成否の判断基準を明確にすることに資する、という考慮が働いている。これと異なり、要件を統合して一元的な構成を採る諸見解（一元論）は、そのことによって、より柔軟な判断が可能になるというメリットが認められる反面、判断基準があいまいとなり、裁判官の裁量の範囲が広くなるという結果をもたらすおそれがある、⁽¹¹⁹⁾という指摘はまさにその通りであろう。

(116) 吉村・前掲注(41) 68頁参照。

(117) 幾代・前掲注(48) 109頁。

(118) 四宮・前掲注(35) 277頁。

類似の問題は、かつての刑法学においても見られたところである。刑法の違法論においては、「規範は、これを理解する者にのみ向けられるか」という問いかけに対し、これを肯定する主観的違法論と否定する客観的違法論との対立があったが、責任能力者だけが規範に違反して違法に行為を行うことができる、と主張する主観的違法論においては、違法性判断のためにその前提として責任判断を先行させることが余儀なくされ、結局、責任評価が違法評価の一部となって、違法と責任の区別が否定される、ということから過去の学説となった。それは、犯罪の認定を厳密かつ正確に行うためには、犯罪概念は、相互に独立したできる限り多くの要素に分解されることが望ましいが、そのためには、外部的・客観的な事実を対象とする違法性判断が、内部的・主観的な事実を対象とする責任の判断から独立して、しかもこれに先行して行われなければならない、と考えられたからである。⁽¹²⁰⁾もとより、制度の趣旨・目的を異にする不法行為法と刑法とでそれぞれが扱う不法行為および犯罪の成立要件、その認定方法を同じくしなければならない必然性はないが、法的安定性の法理念に照らして法適用者の下す判断に一定の方向性を示すことは、すべての実定法領域における共通の課題であろう。

V 結 語

以上の論述をまとめると、次のようになる。

(a) まず、不法行為法における「違法性」概念を考察するための前

(119) 吉村・前掲注(41)87頁。

(120) 刑法学においては、さらに構成要件該当性と違法性との関係をめぐっても同様の議論が展開される。すなわち、①両者がその性質上実質的に同視されるとみる見解は(構成要件を違法類型と考える)、構成要件該当性または違法性に一元化するのに対し(前者に一元化する見解が「消極的構成要件要素の理論」である)、②両者を分けることが判断の明確性に資するとみる見解は(構成要件を行為類型と考える)、構成要件該当性と違法性を形式的に区別して犯罪論を構築するのである。

提として、民法709条が明文化している2つの要件事実、すなわち「権利・法益侵害」と「故意・過失」との関係についてみると、前者の「権利・法益侵害」要件は、違法性評価の対象として、それ自体で加害者の行動の自由の保障と被害者の権利・法益の保護のバランスを図る機能を果たしうが、その重点は、結果（権利・法益侵害）が発生すれば損害賠償責任が肯定される（客観的違法要素）、という形で被害者の権利・法益の保護におかれている。これに対し、後者の有責性評価の対象である「故意・過失」は、加害者側の自由保障原理として、「権利・法益侵害」に対する予見（故意）ないし予見可能性（過失）がなければ、損害賠償責任に問われることはない（主観的責任要素）、という形でもっぱら消極的に機能する（過失責任主義）。そして、この被害者の権利保護と加害者の自由保障との調整を図るために定立されたのが民法709条の規定と考えられる。

(b) 次に、「権利・法益侵害」と「違法性」との関係についてみれば、「権利・法益侵害」は、「違法性」を直接的に基礎づける基本要素であるが、「違法性」評価の対象となる要件事実であって、対象に対する評価である「違法性」要件に取って代わられるという性格のものではない。「違法性」は、被害者側の被侵害利益（権利・法益）を中核としつつも、加害者側の被保全利益との比較衡量を通して最終的に決定される調整原理としての機能を果たしているのである。そこに、「権利侵害」要件を「違法性」要件に解消し尽くせるとした違法性論の問題性があったといえる。また、民法709条が「権利又は法律上保護される利益」と規定して、「権利」を法益に一元化することなくこれに独自の意味を持たせていることは、（絶対的）権利侵害とその余の利益侵害との間で違法性評価に及ぼす本質的相違を意識している現われともいえる。その点で、「権利侵害」要件を相対化し、これを違法性ないし過失要件に解消する方向は、権利保護の観点から看過しえない問題性をはらんでいる。

(c) さらに、「違法性」と「故意・過失」との関係についてみれば、前者は、「権利・法益侵害」事実（違法事実）に対する客観的な法的評価で

あり、後者は、同じ客観的な「権利・法益侵害」に対する加害者の予見ない予見可能性という主観的な事実であって主観的評価(有責性)そのものではない。したがって、客観的評価である「違法性」と主観的事実である「故意・過失」とは、基本的に法的性格を異にするものとして扱われなければならないのである。「故意又は過失」として過失が主観的な故意と並列的に列挙されている民法709条の解釈として、「過失」概念を、行為者の心理状態を示す故意と異なり、客観的な注意義務(行為義務=結果回避義務)違反と捉えることは困難である。その点で、違法性を過失に統合する「過失一元論」(新過失論)、および過失を違法性に包摂する「違法性一元論」(新違法性論)にはいずれも重大な過誤が含まれていると考えられる。

(d) 最後に、違法性の本質に関する行為不法(行為無価値)論と結果不法(結果無価値)論の対立に言及して本稿の結びとしたい。この対立は、刑法学に議論の淵源を求めることができるが、結論として述べれば、民・刑いずれにおいても後者の立場が採られるべきであると思う。もっとも、「国家対個人」の関係が問題となる刑法においては、犯罪行為者に対する国家刑罰権の行使のあり方が問われることから、標語的に言えば、「行為無価値(行為不法)があっても、結果無価値(結果不法=被害)がなければ刑罰はない」という消極的な形で結果不法が問題となる。これに対し、「個人対個人」の関係が問題となる不法行為法においては、発生した損害の回復(被害者の救済)が最大の関心事となることから、責任要件(故意・過失)の存在を前提として、「行為不法(行為無価値)がなくても、結果不法(結果無価値)があれば損害賠償責任はある」という形で、結果不法が積極的な意味を持つと考えられるのである。