

平成 29 年 10 月 1 日版

弁護士法人STORIA
弁護士 菱田 昌 義

略説不法行為法（総論）

略説不法行為法（総論）～会社法 423 条をより理解するため～

1 | 参照文献略語表

- 内田 内田貴「民法Ⅱ 債権各論」（東京大学出版会・2011年）
窪田 窪田充見「不法行為法」（有斐閣・2007年）
潮見 潮見佳男「基本講義 債権各論Ⅱ不法行為法<第二版増補版>」（新世社・2016年）
潮見Ⅰ 潮見佳男「不法行為法Ⅰ<第二版>」（信山社・2009年）
潮見Ⅱ 潮見佳男「不法行為法Ⅱ<第二版>」（信山社・2011年）
山本 山本敬三「民法講義ノートⅣ 債権各論（下）2011」（非売品）
平井 平井宜雄「債権各論Ⅱ不法行為」（弘文堂・1992年）

2 | はじめに

不法行為法（特に要件論）は議論が極めて錯綜¹しており、短時間で、この議論を正確に理解することはなかなか難しいものがあります。したがって、論文式試験においては、司法研修所の見解²を基礎に、細かな議論に深入りしない答案を書くことが個人的には穏当と考えます。そして、必ず、窪田 460 頁「コラム：不法行為法の答案の書き方」および 451 頁「訴訟における不法行為」を読んでください。また、

- ・潮見佳男「損害賠償法の今日的課題」司法研修所論集 119 号 51 頁
- ・窪田充見「損害賠償法の今日的課題-損害概念と損害額算定をめぐる問題を中心に-」同 120 号 1 頁
- ・現代不法行為法研究会「別冊 NBL No.155 不法行為法の立法的課題」（2015 年・商事法務）

が近時の問題をわかりやすく説明していますので、機会があれば一読してみてください。

3 | 不法行為の要件事実

▽司法研修所（紛争型別 51 頁） …

- | |
|-----------------|
| ①：権利侵害 |
| ②：①についての故意・過失 |
| ③：損害の発生とその数額 |
| ④：加害行為と損害との因果関係 |

不法行為法の基本書を少しでも読んだことがある方は、「違法性」や「保護範囲」等のキーワードを目にしたことがあると思います。しかしながら、上記の司法研修所の要件にはこれらの単語は現れていません。それでは、「違法性」や「保護範囲」とはいったい何なのでしょう。

以下では、まず②故意・過失について説明したあと、③損害の発生とその数額・④因果関係を説明し、最後に①権利侵害を説明することにします。

¹ 前田達明『『新注釈民法（15）債権（8）』を読んで』（書齋の窓 653 号・有斐閣）参照。

² より詳細な要件事実論については、「新注釈民法（15）債権（8）」の「一般不法行為の要件事実（竹内努判事執筆部分）」参照。

故意・過失

窪田37頁, 潮見25頁

1 | なぜ故意・過失が必要か

わが国の不法行為制度が「過失責任の原則」を採用しているからである。

過失責任の原則は、行動の自由という自由権を「制約」と同時に「保障」するものである。

2 | 故意 窪田38頁, 潮見26頁, 潮見 | 259頁以下

故意とは「結果発生を認識し、かつ、認容すること」をいう（窪田40頁）。

故意でも過失でも不法行為責任は成立する³ため、「故意」について刑法のような議論が少ない⁴。

3 | 過失⁵ 潮見 27 頁, 潮見 | 266 頁

(1) そもそも過失とは何か

▽予見義務違反説（主観説。旧通説）

過失とは予見義務違反（予見しなければならぬのにしなかった、緊張の欠如）を指す。

▽行為義務違反説（結果回避義務違反説・客観説⁶。通説）

過失とは、結果発生の予見可能性がありながら、結果の発生を回避するために必要とされる措置を講じなかったことをさす。

【参考文献】 潮見佳男「不法行為法Ⅰ<第二版>」（信山社・2009年）266頁

「過失とは意思緊張を欠いたという不注意な心理状態なのか、それとも適切な行動パターンからの逸脱なのかという点に関する。前者は内的注意・不注意の問題であり、後者は外的注意・不注意の問題である。～前者の観点から過失理解をするのが主観的過失論であり、後者の観点から過失理解をするのが客観的過失論である」

【参考文献】 前田陽一「債権各論Ⅱ不法行為法<第2版>」（弘文堂・2010年）17頁

「以上のように、過失は「(予見義務に裏付けられた) 予見可能性を前提とした結果回避義務」に違反したことで、と定式化されている。学校のクラブ活動中の落雷事故と引率教諭の注意義務に関する最近の最高裁判決（最判平成18年3月13日）の判断をこの定式に即した形に再構築すればこうなる。①事故当時の平均的なスポーツ指導者において落雷事故発生の危険性に関する認識が薄かったとしても、落雷事故を予防するための注意に関する文献上の記載が事故当時多数存在した以上、落雷時この発生について予見すべき義務があり、予見することが可能であった。②したがって、その予見に基づいて事故の発生を未然に防止する措置をとり、クラブ活動中の生徒を保護すべき義務があった。」

³ 刑法学において、例えば人が死んだ場合、それが故意か過失か（殺人罪か過失致死罪か）は非常に重要な問題である。

⁴ ただし、債権侵害のうち一定の場合（給付侵害等）には、故意でなければ不法行為は成立しないとする見解が伝統的通説である。また、慰謝料についても、故意不法行為のほうが高くなりうる。過失相殺についても、故意不法行為である点は考慮される。さらに、故意不法行為は過失不法行為より賠償範囲が広いという見解（平井宜雄）に立つと、当然ながら故意と過失には重大な差異が生じる。詳しくは、潮見 | 263 頁以下、窪田 40 頁参照。

⁵ なぜ、過失の文脈で「責任能力」を記述しないのか理解すること。窪田 162 頁等参照。

⁶ ▽主観説から▽客観説への変遷を「主観的過失から客観的過失へ」や「過失の客観化」と呼ぶ。

(2) 過失の判断基準 窪田 50 頁, 潮見 30 頁

過失は、行為時において、合理人・標準人を基準として判断する（抽象的過失）。

民法での過失とは、特に断りのない限り抽象的過失（ただし、職業地位地域性経験などのカテゴリーにより相対化されたもの）を指す⁷。

(3) 過失の前提となる行為義務を決定するある考え方（思考方法） 窪田 55 頁, 潮見 34 頁

▽ハンドの公式（C<A×Bで導く）

①被侵害利益の重大さ

②結果発生の蓋然性

③行為義務を課すことにより犠牲にされる利益（十分な予防措置をとることによる負担）

上記①②が大きいほど結果回避の行為義務⁸が要請され、③が大きいほど行為義務は否定されうる。

行為義務の設定により被害者が得られる効用		行為義務の設定により失われる効用	
①被侵害利益の重大さ × ②結果発生の蓋然性		③行為義務を課すことにより犠牲にされる利益	
①生命・身体・自由	①それ自体危険な行為	①加害者の不利益	①回避コスト
②所有権その他物権	②危険の創出・継続・支配管理行為	②被害者の不利益	②加害者の行為・活動からの受益
③債権		③社会の不利益	③加害者の行為の社会的有用性
④その他の利益			

山本 89 頁より

4 | 法人の過失 窪田 69 頁

法人に対し不法行為責任を追求する方法には、①使用者責任の追及のほか、②企業自体の不法行為責任の追及等が考えられる。

▽予見義務違反説（主観説）

心理状態を観念できない企業に対して709条は使えない。

▽行為義務違反説（結果回避義務違反、客観説）

①心理状態は問題でなく、結果回避に向けた行為を観念できるかが問題。709条は使える。

②被害者側の立証負担の軽減できる（加害被用者特定の不要）。

③被用者の選任監督のみならず、業務執行形態の見直しなどへのインセンティブになる。

5 | 過失の立証

原則として、被害者が、加害者の行為態様が過失と評価されることを主張立証する必要がある⁹。

①被告が一定の行為義務を負っていたこと（行為義務の存在）

②被告がその行為義務に反する行為をとった事実（行為義務違反の存在）

⁷ 具体的過失（問題となる当該の者を基準）の例として、無償寄託（民法 659 条「自己の財産と同一の注意」）がある。

⁸ なお予見可能性は行為義務に内包されている。この点について、窪田 61 参照。

⁹ 証明責任が転換される場合として、民法 714 Ⅰ但、同 715 Ⅰ但、同 717 Ⅰ但、同 718 Ⅰ但、自賠法 3 但、特許 103 等がある。

1 | 従来の通説（損害論における損害差額説＋因果関係論における相当因果関係説）

(1) 差額説の説明

損害とは、不法行為がなかったとした場合に原告が置かれていたであろう仮定上の財産状態と、不法行為があった結果として原告が置かれている現実の財産状態との差額である（▽差額説）。

そして、損害も不法行為に基づく損害賠償請求の成立要件の1つであり、損害賠償を請求する者は損害の発生の実事だけでなく、損害の数額をも立証すべき責任を負う。

(2) 金銭的マイナス額（損害＝差額）を把握する方法

ある不利益から生じた損害を「全部まとめて何円！」と評価することは、およそ不可能である。

そこで一般に、「個別損害項目積上げ方式」による具体的損害計算を用いる。



損害＝財産的損害（積極的損害＋消極的損害）＋非財産的損害

- ・ 積極的損害＝被害者が有している財産を失ったという損害
- ・ 消極的損害＝被害者が将来得ることができたであろう利益を得られなかったという損害

【個別損害項目積上げ方式のイメージ】

+ 損害がなかった場合

- ・ 物損（車の破損、服が破れた等）
- ・ 人損（休業損害、逸失利益等）
- ・ 慰謝料

- 損害があった場合

【参考文献】窪田充見「不法行為法」（有斐閣・2007年）・154頁

「財産的損害の中にも、いわば「財布からお金が出ていってしまう」というタイプの損害と、「財布に入ってくるはずだったお金が入ってこない」というタイプの損害がある。前者を「積極損害」と呼び、後者を「消極損害」と呼ぶ。たとえば、治療費や入院費というのは、前者の典型例として挙げることができる。他方、損害賠償のはなしをしていると頻繁に出てくる逸失利益という言葉は、得られるはずだった利益の喪失を意味し、後者の典型例である。比喩的に表現すれば、前者は領収書のある損害であり、後者は領収書がその性質上あり得ない損害（領収書のない損害）だということになる。」

(3) ▽相当因果関係説

損害＝不法行為がなかったとした場合の財産状態と、不法行為の結果として存在する財産状態の差額

↓しかしながら

この場合の因果関係を、条件関係（あればこれなし）と解すると、責任範囲の拡大をもたらす。

そこで、因果の無限の連鎖のうち、法的に意味のある部分のみを取り出し、それ以外には因果関係は存在しないとすることで、帰責範囲を合理的に限定する（相当因果関係説）。

この見解は、債務不履行に関する民法416条が相当因果関係を定めていると解し、416条は損害賠償の一般論を定めた規定である以上、不法行為にも同条が類推適用される。

2 | 平井説（損害論における損害事実説＋因果関係論における保護範囲説） 平井109頁

(1) 差額説・相当因果関係説への批判 窪田305参照。

①完全賠償主義と因果関係の論理（ドイツ）⇔ 416条における制限賠償主義（日本）

②416条（通常性の基準）は契約者間の契約時点でのリスク分配基準である

(2) 損害論における損害事実説＋因果関係論における保護範囲説

①損害事実（事実認定の問題）

自動車が壊れた、人が負傷した、人が死亡したなどの事実そのもの。

②事実的因果関係

加害行為と損害＝事実との間の「あれなければこれなし」（事実的因果関係説）。

③保護範囲

賠償されるべき損害（事実）の範囲は不利益転嫁を正当化する根拠（違反された行為義務）の保護範囲で定まる。不利益について行為義務違反（過失）があったと評価できるか否かが問題となる（過失一元論）。

④損害の金銭的評価

賠償されるべき損害の金銭評価は裁判官の裁量的判断である。

3 | ▽規範目的説・危険性関連説（潮見）

-省略-

【コメント】

1 司法研修所の見解（本レジュメ2頁目）は「損害の発生」のみならず「その額」まで要件事実として要求しています。これは、損害差額説を前提とすると自明の理です。

他方で、平井博士のような損害事実説を採用すると、請求者は、損害の発生そのものを指摘すればよく、その損害がはたして金銭的にいくらと評価されるかは裁判官の評価（自由心証）の問題になりますから、要件事実に「その額」は関係ないことになります。

2 なお、民事訴訟法248条も参照してみてください。同条文は、損害が生じたことは認められるものの、損害の性質上その額の立証が極めて困難な場合に、裁判所が相当な損害額を認定することができることを示した条文です。

同条の理解として、▽証明度軽減説や▽裁量評価説があることは周知のとおりです。そして、損害額の認定は本来的に裁判官の裁量的評価の問題だと考える平井博士は▽裁量評価説と親和的な見解を示しています（平井宜雄「民事訴訟法248条に関する実体法学的考察」『現代企業法学の研究』（2001年・信山社）455頁参照）。

権利侵害

潮見 15 頁, 窪田 80 頁

1 | はじめに

【民法709条（2004年改正前）】

「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」

旧709条「権利」¹⁰ → 現709条「権利又は法律上保護される利益」と変更された。

しかし、これは従来の判例・学説の通説的見解を明文化したものにすぎない。

2 | 違法性概念の登場

【判例】大判大正3/7/4「桃中軒雲右衛門事件」¹¹ 窪田82頁・潮見16頁

事案：レコード会社Xは、桃中軒雲右衛門という著名な浪曲師のレコードを制作したところ、Yが、無断で複製販売した。そこで、レコード会社XがYに対し、損害賠償を求めた。

結論：浪曲のような歌うたびに言い回しが変わる瞬間芸に「著作権」は成立しないため、権利侵害はない。

ポイント：①709条の「権利」は、それを権利と認定する法律があるか否かで決まる。

②浪曲のような瞬間芸は、著作権法上の音楽的著作物といえない（著作権なし）。

= 不法行為責任が成立するには、すでに権利として確立している利益の侵害が必要

↓ このように権利侵害要件を厳格に解する「桃中軒雲右衛門事件」の立場は、

↓ 「大学湯事件」で覆される。

【判例】大判大正14/11/28「大学湯事件」

事案：「大学湯」という営業表示を使って風呂屋を営業していたYが、Xに銭湯の建物を賃貸するとともに「大学湯」という「老舗」を売却した。そして、この建物の賃貸借契約がXY間で合意解除された後、Yは同じ建物をDに賃貸し、Dに「大学湯」の名前で営業をさせていた。そこでXが、YとDに対し、損害賠償を求めて提訴した。

判旨：「～侵害の対象は売買の目的物たる所有物若し老舗そのものに非ず得へかりし利益即是なり斯る利益は吾人の法律観念上不法行為に基く損害賠償請求権を認むることに依りて之を保護する必要あるものなり～」

ポイント：①権利侵害要件を緩やかに解した。

②民法にはない「法規違反の行為」という要件の追加

¹⁰ 民法起草者の意図としては、被害者が何らかの不利益を被っても、それが「権利侵害行為」にあたるといえる程度の場合に限定しておかなければ、不法行為責任が拡張されるというものであった（消極的な意図に過ぎなかったといわれている）。

¹¹ 私見：たとえば、最判平成23年12月8日・著作百選117事件があります。この判決は、本件北朝鮮映画が著作権法6条3号所定の著作物には当たらないとしつつ、「(不法行為の成否について) 同条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当である」と判示しました。なお、原審（知財高裁平成20年12月24日・著作百選（第4版）113事件）は、我が国の著作権法上、当該北朝鮮の映画は保護されなくても、不法行為法上の保護には値すると端的に示しています。これらの判例、特に原審の見解は、民法709条が「桃中軒雲右衛門事件」のような厳格な権利概念を採用していないことの証左といえます。

2 | 伝統的見解の理解と違法性要件不要論

(1) 伝統的見解の理解

▽違法性徴表説（末川博）

「権利侵害」＝「違法性の徴表」である。だとすれば、ここで重要なものは徴表された「権利侵害」ではなく「違法性」である。この見解は、大学湯事件の「①権利侵害要件の緩和」「②法規違反の追加」を整合的に説明する。

↓ そして違法性はどのように判断されるかを説明したのが、

▽相関関係説（我妻栄。旧通説）

違法性の有無は、「被侵害利益」と「侵害行為の態様」の相関において判断するべきである。

①被侵害利益が、法的保護を強く要求するものである場合には、侵害行為の態様がそれほど不相当でなくても違法と評価される。例：所有権侵害、生命侵害などが極値（権利侵害＝違法）

②被侵害利益の法的保護要請が比較的弱いものである場合には、侵害行為の態様の不相当さが要求される。例：営業上の利益、貞操、名誉、プライバシーなど

∥つまり、

【伝統的見解（▽予見義務違反説＋▽相関関係説）】

- ・ 主観的要件としての有責性：心理主義的・抽象的過失（▽主観説・予見義務違反説）
- ・ 客観的要件としての違法性：客観的な行為態様×被侵害利益 を不法行為の要件と理解する。

【参考文献】 窪田充見「不法行為法」（有斐閣・2007年）87頁

「伝統的見解は、以上に見たとおり、709条の権利侵害を違法性と読み替える。一方、すでに言及した通り、過失については、心理状態であると理解する立場をとっていた。これによって、不法行為は、心理的な状態に焦点を当てた主観的要件である過失と客観的な態様に焦点を当てた客観的要件である違法性によって支えられるという見解が確立した」

(2) 違法性要件不要論 潮見19頁、窪田90頁

しかし、上述のように過失を主観的要件（▽予見義務違反説）ではなく、客観的要件（▽行為義務違反説）と捉える見解が主流になると、過失と違法性との判断が重なるとの問題意識が生じた。

↓そこで、

▽過失一元論（「過失」と「違法性」の一元化）

伝統的見解のいう「違法性」要件を否定し、「過失」要件に統合する考え方である¹²。

①違法性における行為態様評価との重複¹³。

②裁判例の現実として「違法性概念」を用いていない裁判例が数多く存在¹⁴する。

¹² なお、近時は、不法行為法における②ないし権利追求機能を重視し、権利侵害要件を再評価する見解もある。権利侵害要件再評価論につき、潮見1、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望—権利論の視点から—」等参照。

¹³ 補足：上記▽相関関係説と▽ハンドの公式（3頁）の考慮要素を比較してみると、類似することに注目しましょう。

¹⁴ 私見：裁判例においては、現在でも「被告のした～という行為は違法というべきである」等の表現が用いられる。しかし、これは、違法性論における違法概念とは異なると考えられる。ここでは「違法」という言葉を、日常用語に近い意味で用いているよう思われる。

4 | 権利ないし利益の要保護性

(1) はじめに

以上のとおり、▽違法性＝相関関係説（かつての通説）、▽過失一元論（ハンドの公式）、▽一定の場合に「権利」侵害という要件をたてる有用性を認める見解がある。しかし、いずれであっても、実際の判断において、発生した結果が法的保護に値するか否かを判断しなければならない点は共通する。

(2) 物権

侵害の形態：所有目的物の滅失・毀損，不法占拠，他人物の処分（第三者保護）など

要保護性：原則として，侵害の事実のみにより要保護性が肯定される

(3) 担保物権

侵害の形態：滅失・毀損による担保価値減少行為，目的物の占有による執行妨害など

要保護性：抵当権に関していえば，その内容は優先弁済権だから，これを害するものでなければ抵当権侵害の要保護性があるとはいえない。

(4) 債権侵害 窪田99頁

▽不法行為責任否定論

債権とは，「特定のものに対して特定の行為を請求する権利」であり，その権利を侵害できるのはその権利に対応した義務を負担している債務者のみである。

▽肯定論

①債権といえども「権利」である以上は不可侵性がある。第三者の侵害に対しては不法行為による保護を与えるべきである

②しかし，物権とは異なり，その内容が公示されないものであり，侵害行為者はその侵害について知らない場合がある。

③契約が自由競争の範囲内であれば，侵害行為は正当化される

↓

以上①②③等を勘案し，従来の通説は，故意を要件とするなど不法行為成立の要件を修正しながらも責任を肯定していく。

(5) その他

営業上の利益，生命・身体健康，名誉・プライバシー等がある。