

違法一元論について

前田 達 明

第一 本稿の目的

筆者は、かつて、次のように述べた。

「不法行為法は、民法七〇九条で、殆ど全ての事件を処理するような様相を呈し、その理論状況は混迷を極めている」(前田達明「不法行為帰責論」一九七八年(創文社)はしがき一頁。以下、前田達明・前掲書という)。そして、現在もその状況に大きな変化はない。例えば、民法第七〇九条の解釈として、周知のように、過失違法二元論、過失一元論、違法一元論の三説が鼎立している。筆者は、つとに、違法一元論を主張し(前田達明・前掲書一八九頁、二二八頁。なお、以下、前田達明の「違法一元論」を、単に、違法一元論という)、近時においては、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)」一九九八年(日本評論社)一頁。以下、前田達明・前掲論文

という。)に、それを要約している。もつとも、現在においても、違法一元論に対して、多くの批判がなされており、筆者としては、再度、違法一元論を確認し(以下、「第二」という)、次いで、違法一元論批判に対して解答を提示し、加えて他説に対して批判を提起するのが、本稿の目的である(以下、筆者とは前田達明のことである)。

そこで、本稿においては、敢えて、ポレミッシュな論述を展開した。それは、論争こそが、学問の発展に不可欠である、と考えたからである。したがって、本稿を契機として、再度、違法一元論に対して、厳しい再批判を期待するものである。

(1) 現在、筆者が参照可能な文献に拠った。他にも、多くの御批判をいただいていると思うが、それについては他日を期したい。

(2) 勿論のことではあるが、各著者に対する筆者の大きいなる尊敬の念には、いささかの揺るぎもない。日本の学界では、学説批判が、しばしば、学者批判と(第三者に)受け取られることがあるが、それは、まったくの誤解である。例えば、平井宜雄教授や、淡路剛久教授への私の批判は激烈を極めている。しかし、お二人とは、祇園で、一夜、清遊を楽しんだ間柄である。

第二 違法一元論の確認

一. 民法第七〇九条の解釈

(1) 民法典第三編「債権」において、その第五章には「不法行為」と規定されている。では、「不法行為」とは何か。第五章の条文の中で、最も基本的な原則規定である第七〇九条は、「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する」行為と規定している。

すなわち、故意又は過失によって、他人の法益を侵害する、ということが、当該行為に不法性すなわち違法性と

いう法的性質を付与する、というのである。なお、「不法」とは「違法」のことであり（前田達明・前掲書一九六頁、同二〇二頁（注3）、潮見佳男「不法行為法」一九九九年（信山社）二七頁）、「不法」という用語を用いることが、法文解釈としては、より正確であるが、判例学説において、長年、「違法」という用語を用いてきたのであって、今、それを改めるよりも、「違法」という用語を用いる方が、より議論が容易であるから、本稿においても、「違法」という用語を用いる。

(2) したがって、民法第七〇九条においては、「故意過失」という行為違法（行為無価値）と「法益侵害」という結果違法（結果無価値）が要件となつて、損害賠償責任が認められるのである。すなわち「故意又は過失」という要件と「法益侵害」という要件を、違法性という同じ次元に並列して、総合的に判断を行ない、損害賠償責任を認める、あるいは認めない、という構造になつていのである（前田達明・前掲書二一八頁）。したがって、例えば、「故意又は過失」がなければ行為違法なしとして、損害賠償請求は認められず、「法益侵害」がなければ結果違法なしとして、損害賠償請求が認められない。ということは、「理論」として、「違法」という用語を用いるというだけではなく、故意又は過失によつて他人の法益を侵害するが、民法典自身が定めるように、「違法」という「規範的（評価的）要件」である、ということである。そして、この観点からいうと、過失違法二元論というのも疑問があり、過失「法益侵害」二元論というべきであろう（「違法」というのは、法典上、あくまで、「過失」を含んだ用語なのである）。なお、蛇足であるが、違法一元論は、過失一元論が「法益侵害」概念を捨て去るのと異なり、「法益侵害」という要件は勿論のこと、「過失」という要件も維持するのである。すなわち、「二元化」は、あくまで「権利侵害」「故意」「過失」の意味の解釈によるものであり、責任発生要件の枠組みとして、これらは維持される点で、前掲の「過失一元論」と異なる（古賀哲夫Ⅱ山本隆司編「現代不法行為法学の分析」一九九七年（有信堂）八頁注（9）（山本隆司））というのが、正確な

理解である。

以上のことを、法秩序の構造からいうと、法は、諸々の社会的価値のうち、保護に値すると評価したものを、各社会構成員に分配帰属させ、原則として、その者の意思に委ねる（法の分配機能。分配規範。柳沢弘士のいわれる「物的価値規範」（柳沢弘士「ケメラールの民事不法理論（三）」日本法学三一巻四号（一九六五年）一三五頁、柳沢弘士「不法行為法における違法性」私法二八号（一九六六年）一二五頁）に対応するであろう）。これは、憲法第一三条を基本として（憲法第二九条第一項が、その代表例）、民法の「物権」「債権」などが、それである（その他の法による分配もある）。他方、他人に対しては、それを侵害しないように命令する（法の命令機能。命令規範。これは、分配規範から出るのでなく、両者は対等に並ぶものである）。それは、憲法第一二二、一三三から、他人の基本権を侵害してはいけない（他者加害禁止）ということが導かれ、それが民法第一条に結実している。前者の規範に違反するのが結果違法（結果無価値）、後者に違反するのが行為違法（行為無価値）であり、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。そして、この両違法性（両無価値性）が加算（これは、勿論、譬喩的表現である。）されて、一定限度を超えたとき、不法行為法的保護を与えるにふさわしい違法度に達したということにするのである。適切な表現ではないが、例えば、

致害^①＜5、5＞^②、^③不法行為法的保護を^④受ける^⑤とすると、ある法益Aのある侵害の違法度が1であれば加害者に故意ある場合のみ不法行為法的保護が与えられる（前田達明・前掲書一九二頁）。

次に、このような違法二元論が、これまでの民法第七〇九条の解釈論史からみて、その必然的帰結であることを示そう。

(1) 基本権の限界（制約）としての「公共の福祉」は、少なくとも、ミルの「他者加害禁止」を含むものであることは、歴史的に明らかであ

る（佐藤幸治「憲法第三版」一九九五年（青林書院）四〇〇頁、松井茂記「日本国憲法」一九九九年（有斐閣）三四七頁）。

(2) 憲法規範との関係で、この問題を把握するのは、山本敬三、潮見佳男に負うものである。

二、違法一元論の成立史

(1) 末川博が、「権利侵害論」（一九三〇年（弘文堂）において、民法第七〇九条の「権利侵害」を違法性と読み替え、我妻栄が、その「違法性」の決定にあたっては、被侵害利益の種類と加害行為の態容との相関関係において、考察されるべきである。（我妻栄「債権法（不法行為）」一九三二年（日本評論社）とし、日本の不法行為法学は、被侵害利益と侵害行為の類型化に努めてきた。ここで、注意すべきは、我妻栄のいう「侵害行為」とは、刑罰法規違反行為、その他の禁止命令法規違反行為、公序良俗違反行為、権利濫用行為をいうのであって、「故意行為」「過失行為」を指すのではなかった、ということである。それは、末川博にしても我妻栄にしても、当時の刑法学における通説である「客観的違法論」の影響下にある（小野誠一郎・瀧川幸辰）、「故意又は過失」は、違法性の次元の問題ではなく、有責性（責任）の次元の問題であると考えていたからである。したがって、有責性の次元の問題である「故意又は過失」を、次元の異なる違法性において考察することは不可能であったのである。しかし、戦後、日本の刑法学界、民法学界においても、過失が、「客観的行為義務違反」であることが認められ、さらに、故意も「主観的違法要素」であることが認められるようになると、「故意又は過失」こそが、違法性決定における侵害行為の態容として考察されるべきであり、前述のような、「故意または過失」を除外した形での「刑罰法規違反行為等」といった、形式的違法性と「法益侵害」といった実質的違法性を相関的に考察するというのは妥当でない、という鋭い批判がなされた（數重夫「現代刑法理論（目的的行為論）」と民法における違法・責任理論」北大法学部十周年記念法学政治学論集一九六〇年八三頁、柳沢弘士「ケ

メラーの民事不法理論——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」日本法学三一巻一、二、三
号一九六五—一九六六年、加藤一郎「公害問題について」日弁連昭和四十年年度特別研修叢書一九六五年五一頁、広中俊
雄「不法行為法論の新しい動き」法学セミナー一九六六年一月号三六頁、同「債権各論講義下巻」一九六七年（有斐
閣）四三〇頁、四四六頁）。これによって、「故意又は過失」と「法益侵害」を、共に違法性という同じ次元において比
較衡量することが可能となり、ここに違法一元論が成立したのである。

(2) そして、この違法一元論は、たしかに、「故意又は過失」で所有権（絶対権）を侵害したというときは、その要
件が充足されれば、特に「違法性」という用語を用いることなく、損害賠償責任を肯定し得るし、その要件が充足
されなければ、違法性という用語を用いるまでもなく損害賠償責任が否定される。ここでは、理論的説明（第二参照）
に過ぎない、とも見えるかもしれない（森島昭夫「不法行為法講義」一九八七年（有斐閣）二五四頁、幾代通＝徳本伸
一「不法行為法」一九九三年（有斐閣）一一三頁）。しかし、それは、やはり、「違法」という規範的評価が、そこで既
になされているのである（規範的要件としての「違法性」）。すなわち、右の二要件が充足されるときは「不法（＝違法）
行為」と認められ（したがって、損害賠償責任が認められる）、それが充足されなるときは「不法（＝違法）」行為とは認
められない（したがって、損害賠償責任が認められない）のである。さらに、違法一元論における「違法性」という用
語が、実質的に有用な局面が存在するのである。

三. 違法一元論の有用性

(1) まず、第一に、「債権侵害（相对権）」の場合は、「過失」による「債権」侵害は損害賠償責任を発生させないと
いうことについて、判例学説は一致している。すなわち、この場合、「故意」あるいは「害意」があるときのみ損害賠

償責任が認められる。しかし、それは民法第七〇九条の文言に明らかに反することになる（法文上は、少なくとも過失で権利を侵害すればよいはずである）。それを説明し得るのは、違法性一元論の違法性概念しかないことは、論をまたない（加藤雅信「新民法大系V〔第二版〕」二〇〇五年（有斐閣）一八四頁）。すなわち、正に、結果違法の程度が低いから、行為違法の程度が、より高い場合にのみ損害賠償責任を認められるのである。

(2) さらに、同じく相対的利益ともいべき日照、通風などといった「環境利益」や「景観利益」の場合においては、判決文の中で、過失などの加害者の行為「態容」を法益の重要性と比較衡量している。例えば、日照権を認めたりディング・ケースといわれる（内田貴「民法Ⅱ〔第二版〕」二〇〇七年（有斐閣）三四六頁）、最判昭和四六・六・二七民集二六・五・一〇六七は、次のように判決している。

「ところで、南側家屋の建築が北側家屋の日照、通風を妨げた場合は、もとより、それだけでただちに不法行為が成立するものではない。しかし、すべて権利の行使は、その態容ないし結果において、社会観念上妥当と認められる範囲内でのみこれをなすことを要するのであつて、権利者の行為が社会的妥当性を欠き、これによつて生じた損害が、社会生活上一般的に被害者において忍容するを相当とする程度を越えたと認められるときは、その権利の行使は、社会観念上妥当な範囲を逸脱したものであるといわねばならず、いわゆる権利の濫用にわたるものであつて、違法性を帯び、不法行為の責任を生ぜしめるものといわなければならない。

本件においては、原判決によれば、上告人のした本件二階増築行為は、その判示のように建築基準法に違反したのみならず、上告人は、東京都知事から工事施行停止命令や違反建築物の除却命令が発せられたにもかかわらず、これを無視して建築工事を強行し、その結果、少なくとも上告人の過失（傍点は筆者）により、前述のように被上告人の居室の日照、通風を妨害するに至つたのであり、一方、被上告人としては、上告人の増築が建築基準法の基準内であるかぎり

において、かつ、建築主事の確認手続を経ることにより、通常一定範囲の日照、通風を期待することができ、その範囲の日照、通風が被告人に保障される結果となるわけであつたにかかわらず、原告人の本件二階増築行為により、住宅地域にありながら、日照、通風を大中に奪われて不快な生活を余儀なくされ、これを回避するため、ついに他に転居するのやむなきに至つたというのである。したがつて、原告人の本件建築基準法違反がただちに被告原告人に対し違法なものとされるといえないが、原告人の前示行為は、社会観念上妥当な権利行使としての範囲を逸脱し、権利の濫用として違法性（傍点は筆者）を帯びるに至つたものと解するのが相当である」と。

すなわち、加害者の「過失」をも考慮して違法性を判断しているのであつて、「権利侵害」だけで判断している（内田貴・前掲書三四〇頁）のではないのである。そして、これらの場合は、単に「法益侵害」だけで判断するよりも、「故意又は過失」をも考慮に入れて判断する方が、より妥当なものとして社会的にも受け入れられるであろう（元来、判決とは、特に、不利な判断をされた者、ここでいえば、加害者を説得するものであり、お前は、少なくとも過失があつたのだから違法性が高いのだ」というのは、加害者を説得するのに有用である）。

さらに、故意で不倫をして、相手方の子の法益を侵害しても、損害賠償請求権は認められず、より違法度の高い「害意」を要求するのが（最判昭和五四年三月二〇日民集三三卷二号三〇三頁）、それである（多数意見は、「因果関係」の問題とするが、「故意又は過失」の問題である。潮見佳男「不法行為法」二〇〇二年（信山社）六六頁）。

そして、絶対権侵害も相対的利益の侵害も全て、民法第七〇九条一ケ条で処理するとすれば、その全てを統一的に説明できる「違法一元論」は、民法第七〇九条の解釈論として、最も有用である、といえよう。

他方、過失違法二元論は過失と違法（法益侵害）とは別次元のものと把握するのだから、右のような比較衡量には不適合な理論であり、過失一元論は違法性は勿論のこと「法益侵害」要件も捨て去るのであるから、要件事実論からいっ

て、採用し難い。

以上のことを前提として、違法一元論批判に解答を提示し、他説に対して批判を提起しよう。以下、出版年代順に、それが同じ場合は、著者名のあいうえお順に検討する。

第三 違法一元論批判への解答と各説への批判

(1) 潮見佳男「不法行為法」一九九九年（信山社）四四頁は、次のように、違法一元論を批判する。

「ところで、このように捉えた場合には、過失責任にあつては、権利侵害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、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判断する場が、両要件事実とは別に必要とされる。そして、論者の中には、前述したように、この総合的判断を行う場として、『違法性』という要件事実を別途に立てる見解がある。しかし、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る。しかも、この第三段階での作業は、①具体的な権利侵害の結果と加害行為との間の因果関係（事実的因果関係）を確定することと、②帰責事由判断をつかさどる規範の保護目的の範囲内に当該具体的権利が入るかどうかを吟味する作業である（伝統的には、相当因果関係の問題として論じられてきている）。こうした点に着目するならば、むしろ、この第三段階での衡量の場に『違法性』という要件事実を当てることは問題であるばかりか、それがまた、違法性を論ずることの必要性をめぐる議論と、要件事実としての違法性の要件をめぐる議論との混線を招くことにもなりかねない。

それゆえに、以下では、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のだというように理解して論ずることとする（これら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。なお、わが国の現時点の学説では、上述のように、権利侵害、故意・過失に関する判断を経た後に違法性要件を置く立場のほか、伝統的な相關関係の考慮を基礎とした違法性と故意・過失とを併存させる二元構成、同様の意味での違法性と有責性を併存させる二元構成、そして、違法性を不要とし、権利侵害と故意・過失を立てる構成などが見られる。本書の立場は、違法性と『有責性』を峻別しない点で、これを峻別する四宮「和夫、澤井裕、吉村良一」と異なり、権利侵害と故意・過失を中心に据える点で「平井宜雄」と共通するし、また、前田「達明」の言う『違法性』は、本書では規範の保護目的（義務射程・保護範囲）に関する判断であると捉えていることから、この点では——違法性という『要件事実』を立てない点の相違を措けば——骨格部分においては前田説にきわめて接近すると言える。ただし、帰責事由の判断枠組の細目については、後述するように、これらと異なる部分がある」。

右の批判に対する筆者の解答は、次の如くである。

たしかに、「理論」としての違法性と「要件事実論」としての違法性は異なる。そして、前者については潮見佳男は違法一元論と実質的に同じ作業を行っているのであるから、筆者としても異議はない（前田達明「不法行為法における過失と違法性について」私法三一号一九六九年一二六頁）。

次に、「要件事実論」としての違法性については、「第二」で明らかにしたように、民法典自身（第三編第五章の題号）が、「法律要件」として「違法性」を規定しているのだから、「故意又は過失」（行為違法）、「法益侵害」（結果違法）に関する判断を経た後に、「違法性要件」を置くことは許容される、というよりも、民法典の要請により、そうしなければ

ばならないのである。

次に過失の帰責根拠について、潮見佳男「債権各論Ⅱ」二〇〇五年（新世社）二八頁は、次のように述べている。

「人は国家により自由を保障された社会の中で他の人々とともに生活をおくっているわけですが、そこでは、他者との交流なしに社会生活をおくることは、きわめて困難です。裏返せば、社会というものは、国家により自由を保障された個人々が共同体を構成して、その中で各々が自由な生活を営んでいるわけです。こうした共同体社会の中では、自由な個人と個人とが接触することにより、自由と自由、権利と権利の摩擦・衝突が生じることは避けられません。このとき、個人の自由の保障を基本理念として維持しつつ共同体社会を機能させるには、『個人はみな、対等（平等）である』との立場を前提にすれば、自由で対等な私人相互の権利・自由を調整する必要があります。そのために、国家は、他者の権利への保障を図るために社会生活上必要と考える措置を、私人に一定の行為を命じ、または禁止することによって負荷することで、自由と自由、権利と権利の摩擦・衝突を回避しよう——そして、他者の権利を保障しよう——とすることです（内心の思想・信条そのものを直接に規制することはできません）。もちろん、こうした一定の行為の命令・禁止は、憲法に適合的なものでなければなりませんし、何よりも個人の行動の自由を制約することにもなりませんから、あくまでも他人の権利を保護するのに最大にして、かつ必要最小限の介入でなければなりません（過剰介入の禁止）。

* 過失Ⅱ 信頼責任とする考え方

もつとも、今日の不法行為学説で（過失を行為義務違反とする）考え方を支持する論者の中で、本文に挙げたような説明をしている者は、稀です。むしろ（過失を行為義務違反とする）考え方を支持する多くの論者が理由として挙げているのは、信頼責任の考え方です。そこでは、次のような説明がされています。

それによれば、共同体社会において、共同体の構成員である個人々は、互いに他者が合理的な行動をとるであろうと

信頼して生活を営んでいるのですから、個々人は互いの信頼を裏切らないように行動しなければ、共同体社会はうまく成り立っていきません。そこで、国家は、こうした共同体社会の信頼を裏切る行動をしないように、個々人に対し、社会生活をおくるにあたりとるべき行動を義務づけているのです。この国家により課された行為義務に対する違反、すなわち、共同体の構成員からの信頼を裏切るような行動が、過失と評価されるのです。

余力のある人は、このような考え方と本文で述べた考え方との間で、どこにどのような違いがあるかを考えてみればよいでしょう」。

これについての筆者の解答は、次の如くである。

まず、不法行為法の制度目的が憲法上の基本権の保護と調整である、と意識的に把握したのは、正に潮見佳男の功績である。

ところで、筆者の考える過失の構造も、正に、潮見佳男のいう「国家は、他者の権利への保護を図るために社会生活上必要と考える措置を、私人に一定の行為を命じ、または禁止することによって、すなわち、客観的行為義務を課し（法の命令機能。「第二」参照）、その違反を過失とするのである（前田達明・前掲書一八五頁）。

そこで、問題なのは、過失ある行為の帰責根拠である。行為義務違反、すなわち「違法性」をもって帰責根拠である、というのならば、それも一つの理論である。ただ、そのときは、故意行為の帰責根拠も客観的行為義務違反という「違法性」が帰責根拠である、としなければ、理論として一貫しない¹⁾。

ところが、潮見佳男「不法行為」一九九九年（信山社）一四五頁は、次のように述べている。

「次に見るように過失を客観的行為義務違反と捉える場合には、体系的に見て、権利侵害の認容・意欲という意思に帰責の根拠を置く故意と、法秩序による命令規範・禁止規範に対する違反に帰責の根拠を置く過失とは、別個に取り扱

われるべきであるというように考えるのがわかりやすい」。

すなわち、潮見佳男は、故意責任の帰責根拠は「意思」であり、過失責任の帰責根拠は「行為義務違反」すなわち違法性である、とする。これでは、理論として一貫しない。何故ならば、故意行為も過失ある行為も「違法」行為であるが、故意行為にもとづく故意責任の帰責根拠（伝統的用語としては、有責性）としては、さらに、「意思」を要求し、過失ある行為にもとづく過失責任については、違法な行為だけで帰責される（伝統的用語としては、違法性が有責性である、ということになる）、というのは理解し難い。したがって、違法行為が何故に行為者に帰責されるかについて、筆者も、故意責任については「意思」であるというのは、中世神学以来の伝統的ドグマであり、今、これを俄かに捨てる必要はない、と考える（前田達明『神学大全』と民法学』二〇〇七年創文五〇〇号一頁）。そして、それと並列に、過失責任の帰責根拠は「信賴」であるというのが、一貫した理論である、と考える。すなわち、「第二」に述べたように、他人の権利・法益侵害防止のために（前田達明・前掲書一八五頁）、命令規範によって、行為義務が命ぜられ、行為者は、それに従って行為するであろうと、他者は「信賴」するのである。このような「信賴」がなければ社会生活は円滑に行われ得ない。さらに、「信賴」ということは、その行為義務が客観的基準でなければならないことの根拠となる。すなわち、法は、「信賴」を想定して行為義務を課すのである。何故ならば、行為者の個人性を全て算入しての「信賴」などは耐え難い、すなわち、社会生活の円滑化をはかり得ないからである。ところで、本来、法は不可能なことを命ずることはできないはずである。すなわち、守ることのできない行為義務を課しておいて、守ることができなかったとして、行為者を「非難」し帰責することはできないはずである。にもかかわらず、「通常人」、「一般人」、「合理人」などといわれている「標準人」の能力を基準とした客観的行為義務を課して、当事者の能力では守れないときでも帰責し得るのは、「信賴」原理以外にはない。そして、この客観的行為義務に違反して、「信賴」を裏切ったことが、過失責

任の帰責根拠なのである（前田達明・前掲書一八八頁）。

これは、法律行為における法律効果の帰属が、「意思」と「信頼」である、というのと、パラレルに理解され、正に法律「行為」と不法「行為」の二大領域を共通に理解し得る、という大利点となるのである。

もつとも、潮見佳男が、民事責任の過失構造を、行為者の意思形成・意思決定・行為操縦過程に則して分析しているのは、誠に卓見である（潮見佳男「民事過失の帰責構造」一九九五年（信山社））。ところで、潮見佳男は、「法規範の側から捉えた行為の目的的構造」を支持するが（潮見佳男「不法行為法」一九九九年（信山社）二九頁）、筆者の「主観的目的的行為論」と一線を画している。筆者は、「行為」の「存在拘束性」（前田達明・前掲書「はしがき」三頁）を重視しているが、「行為論」については別稿に譲る。

なお、潮見佳男「不法行為法」一九九九年（信山社）一四二頁は、「違法性の認識」を「故意」の要件とする。そして、ここにいう「違法性の認識」とは、「この行為の結果なんらかの法的責任を生ずること」についての抽象的認識」とする。しかし、筆者は、故意について、この要件は不要と考えている（前田達明・前掲書二〇九頁）。何故ならば、「法益侵害」を認容すれば、それだけで、十分に客観的行為義務違反であり（行為違法）、「認容」しているところから、それは、お前が作出した結果である」として、行為者に帰責し得る。現に、法律行為の場合に、法律効果帰属の要件として、「適法性の認識」などは要求されていない。さらに、潮見佳男の見解からすれば、被害者が、加害者の「故意」の主張立証をする場合に、「違法性の認識」があることについても主張立証責任を負わなければならないことになる。しかし、このような「認識」は、正当防衛の場合に存在しないし（しかるに、潮見佳男・前掲書二〇六頁は、正当防衛成立の場合にも加害行為について行為者の故意が認められる（傍点、筆者）ものの、不法行為責任が否定される、とするのは、潮見佳男の立場からは、矛盾であろう）、また、右のような「認識」は責任能力の内容と同じである（潮

見佳男・前掲書一九一頁)。そして、正当防衛と責任(無)能力については、加害者が、主張立証責任を負うことになっている(潮見佳男も、そのことを当然の前提としているであろう。潮見佳男・前掲書一九四頁)。この点からも矛盾することになる。すなわち、この両者は被告の抗弁であり、原告の民法第七〇九条の主張(したがって、故意も)を認められた上で、主張されるものなのである。

(1) 昭和四三年度私法学会(明治大学)における筆者の個別報告において、故四宮和夫先生から、故意行為も客観的行為義務違反ではないか、とご質問を受け、その通りであるが、故意責任の帰責根拠は「意思」、過失責任の帰責根拠は「信頼」である、と答えたのを憶えている(前田達明「不法行為法における過失と違法性について」私法三三号一九六九年一二六頁)。

(2) 澤井裕「事務管理・不当利得・不法行為(第三版)」二〇〇一年(有斐閣)一〇〇頁は、次のように違法一元論を批判する。

「不法行為は、実質上、被害の態様と侵害行為の態様の相関関係的衡量によって判断されるというのが一元的説明だとすれば、『実質において』正当というべきである。しかし、一元説は不法行為の要件が、『故意過失』(平井説)、または『違法性』(前田説)のいずれかだとの説明をするから同調できないのである」。

そして、澤井裕は、次のように述べて、過失違法二元論を採用する。

「基本的には、伝統的見解の線上にある。すなわち、伝統的見解は、平井説の指摘の通り、そこでの『違法性』概念は、次の二つの側面を持っていた。①構成要件のレベルの問題 民法七〇九条の「権利」侵害という(構成)要件を『違法な利益』侵害に拡大することを意味する。上述諸見解も、『権利』侵害を無限定に『利益』侵害に拡大すればよいというのではなく、『保護に値する利益』の侵害という一定の法的評価を加えて(構成)要件としているのである。かかる

法的評価を『違法』という表現抜きで説明することは不可能ではない。しかし、用いても実害はなく、講学上便利である。国家賠償法一条も『故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは』とし、構成要件として「違法」性が用いられている（国賠責任は、公権力特有の問題、すなわち、公務員の公権力行使の作為義務の根拠とその違反を問う場合が多いから、『違法』性が特に重要であるが、不法行為の本質的構造は民法も同じである）。②違法性・有責任のレベルの問題 加害者に責任を負わせるためには、形式的に民法七〇九条の（構成）要件に当てはまるだけでは足りず、実質的に『違法』であり、『有責』であることを必要とする。行為が客観的法秩序に違反しているという問題（責任を問われている対象）を『違法性』、行為者に対する非難に基づき責任を帰属させる問題を『有責任』として法的評価を加え、違法・有責行為について責任を認めるというドイツ法的発想がわが国にも継承された。近時は、こういう思考方の実益性を疑い、論理的説明を避ける傾向がみられる。しかし、『無過失責任でも違法性は必要』としたり、正当防衛などを違法性阻却事由として位置づける限り（通説）、かかる実質的レベルの違法性概念を捨てることはできない。『正当防衛は違法な侵害からの防衛である』という説明も違法という語なしでは難しい。

本書で『違法性と有責任』の二元説をとる理由をここでまとめると、上述したような①講学上の便宜、②母法のフランス法よりもドイツ法の体系性を評価、③わが国におけるドイツ的発想の明治以来の定着性、④生命・健康・所有権などの絶対権とその他の利益の保護の区別の有用性（利益衡量の問題）などである。

違法性と有責任の配分については議論が多いが、原点は次のようになる。違法性は、生じた結果から判断される客観的法秩序違反であり（いわゆる結果不法論）、有責任は、侵害行為時を基準とする判断であり、行為時における侵害の回避可能性の有無によって判断される（いわゆる行為不法論）。

しかし、「有責任」を行為者に対する「非難」に基づき責任を帰属させる問題である、とするならば、行為不法は、

有責性の問題ではない。現に澤井裕は、次のように述べている。

「過失の帰責性 本書を含め、伝統的な不法行為論によれば、過失は客観的な違法行為の結果を加害者に帰せしめる非難原因を意味する。古典的不法行為類型においては、加害者が損害を回避しなかったのは、「意思の緊張の欠如」によるから、これを具体的に判断するならば帰責性は明白である。しかし、今日的には、過失の帰責性は難問である。判例・通説によれば、過失判断は個々の加害者の注意能力においてではなく、通常人(平均人)を基準とするから、加害者個人の人的非難を帰責根拠にしないことは確かである。注意能力に欠ける者に責任を帰属させる根拠は、社会生活を送るうえで、お互いに、少なくとも通常人なみの注意をして行動しているという期待、いいかえれば社会が彼にかかる信頼を裏切った点に、帰責性が認められる」(澤井裕・前掲書一七八頁)。すなわち、澤井裕は、過失の「有責性」は「信頼」を「裏切った」ことであると認めている。

他方、故意の帰責根拠については「『違法な結果を認識しながら行為に出ること』(故意の定義)は、『他人を害するなかれ』規範の重大な違反であるがゆえに、帰責の根拠たりうるのである」(澤井裕・前掲書一七〇頁)とする。さらに、「結果回避義務違反である点において『過失』と共通している。したがって、故意しか主張していなくても、それは結果回避義務違反の主張にほかならないから、『過失』の責任を規定する妨げにならない」という(澤井裕・前掲書一七〇頁)。それならば、「過失」の帰責根拠を「信頼責任」とするのは「屋上屋」を重ねることになる。すなわち、故意も過失も共に「結果回避義務違反＝行為不法」をもって、帰責根拠とするのが一貫した理論といえよう。しかし、「故意」の帰責根拠(有責性)が「意思」であることは、前述のように、中世神学以来の伝統的ドグマであって、それを捨て去る必要はなく、「行為不法」をもって「有責性」とするのは法概念の大混乱である(したがって、「従来、かかる見解がなかった」のである)。その証拠は、澤井裕・前掲書一七〇頁の次の論述の混乱に現れている。「不法行為の要件を、違

法性と有責性に分けて考える立場では、被害の態様から違法と判断される場合には、故意は有責性に位置づけられるが、侵害行為の態様を斟酌して違法性を判断すべきとき、または違法性の程度を判断する必要があるとき（慰謝料の算定時など）、同時に違法性の構成要素となって当該行為をして「悪質な」、「危険性のきわめて高い」行為と評価させる（社会倫理的に悪質であり、客観的危険性においてきわめて高度な行為と評価される。したがって、被害法益の種類、程度においてレベルが低い場合も、違法とされ、不法行為が成立する）。すなわち、ここでは、違法性と有責性が混合されて、両概念が区別のつかないものとなっている。それは、故意の「意思」要素が如何に重要であるか、したがって、故意の「有責性」の問題として「意思」を抜き難いことを示している。

すなわち、過失の帰責根拠は結果回避義務違反ではなく、「信頼」であると認めるならば、故意が、その過失と異なる点は、違法な結果を「認識しながら行為に出ること」なのであるから、それは、正に、「意思」であり、これを帰責根拠とせざるを得ないであろう。したがって、故意の帰責根拠は「意思」ということになる。すなわち、故意は過失と異なって「加害者個人の人的非難を帰責根拠」とし得るのであるから、それを、そのまま肯定すれば、よいだけのことである。

換言すれば、澤井裕も認めるように、「有責性 \equiv 帰責性 \equiv 帰責根拠」を加害者への「人的非難」と把握する限り（澤井裕・前掲書一〇三頁、一七八頁）、過失責任において結果回避義務違反を帰責根拠にはできない。何故ならば、加害者の能力をもってしては、その行為義務を守ることができなくても、免責されないからである。そこで、「信頼を裏切った」という点に帰責根拠を求めざるを得ず、ここに、「過失責任」は「信頼責任」であるということになる。他方、故意責任については、こうである。民法第七〇九条は、「故意又は過失」と規定していて、少なくとも「過失」を主張立証すればよい如くであるが、澤井裕も認めるように（澤井裕・前掲書一七〇頁）、「過失責任」とは、別に、特に「故

「責任」を主張立証する実益が存在する。それは、「過失」よりも「故意」の方が、より重大な責任であることによる。ということは、その帰責根拠も、「過失」の「信頼」とは異ならざるを得ない。それは何か。それは、澤井裕・前掲書一七〇頁の「故意」の定義の中に現れている。すなわち、「故意」とは「違法な結果を認識しながら行為に出ること」すなわち結果回避義務違反を「認識しながら行為に出ること」すなわち「意思」が帰責根拠なのである。澤井裕は「他人を害するなかれ」規範の重大な違反であるがゆえに、帰責の根拠たりうる」（澤井裕・前掲書一七〇頁）とするが、結果回避義務違反自体が帰責根拠でないことは澤井裕も認めざるを得ないであろうから、問題は規範の「重大な違反」というところが帰責根拠といえよう。それは、正に、前述の「認識しながら行為に出ること」という「意思」と認めざるを得ないであろう。なお、澤井裕は、いわゆる「認識ある過失」を「容認していない故意」として、「故意」であるとする（認識説。澤井裕・前掲書一七一頁）。しかし、それでは、医療事故や交通事故をはじめ、殆どどの不法行為事件は「故意」あり、とされて不当である。蓋し、「標準的」な医師や自動車運転者をはじめ「標準人」は、社会活動を行うに際して、事故発生の蓋然性を認識していない者は殆んどなく、十分な防止措置をしたと確信して行為し、時に事故を起こす、というのが一般だからである。現に澤井裕・前掲書一七一頁も認めるように、判例は「容認の欠落」をもって、「故意」を否定している。

したがって、澤井裕の「有責性」と呼んでいる「行為不法」は、正に違法性の問題として「結果不法」と共に比較衡量し得るもの、と把握するのが妥当であろう（結局、違法一元論に到達することになる）¹⁾。

(1) 故澤井裕先生に、はじめてお目にかかったのは、藤倉皓一郎先生が、Harvard Law School から Robert E. Keeton 先生をお招きになり、同社科大学において開かれたアメリカ研究夏期セミナーの席であった。先生と私は、特に、藤倉先生にお願ひして、*comparative negligence* と *comparative negligence* について、お教えいただいたのを懐かしく思い出す。以来、関西における不法行為法学の良き先輩として、多大の御

「教示を賜り、先生が「不法行為法学の混迷と展望」（法学セミナー一九七九年一〇月号）をお書きになったときは、[、]反論を書いて欲しい」というお言葉をいただき、早速、書かせていただいたところ（法学セミナー一九七九年二月号）、大変お喜びいただいた。もし、御存命ならば、この拙稿をお読み下さり、直ちに反論をお書き下さったであろう、と誠に残念に思う次第である。今は、唯、先生の御冥福を心からお祈り申し上げる次第である。

(3) 北川善太郎「民法講要Ⅳ（第三版）」二〇〇三年（有斐閣）二五一頁は、次のように過失二元論と違法一元論を批判する。

「近時の違法性・有責性の二元的構成に対する批判論に共通しているのは、過失不法行為法を念頭においている点である。債務不履行でもいえるのであるが、民事責任法では過失責任とならんで無過失責任も重要であること、また、無過失責任立法の増加が近代法から現代法への展開の一特徴といえることを勘案すれば、不法行為法の枠組も両者を包み込む必要がある。両者に共通した不法行為の法的枠組として違法性概念の意味をどう考えるかの問題はなお存在しているのであり、客観的要件とされていた違法性概念が従来そのままよいか、違法性概念が客観化した故意・過失概念とが同一かどうかは検討の余地があるであろう。

さて、違法性否定論の一論拠である『権利』要件拡大機能の喪失であるが、法的に保護される利益が今後も新たに発生してることが予想されるが、かかる利益かどうかの評価基準としての違法性概念の有用性はなお認めるべきである。そのさい、評価基準として利益と行為との相関関係が違法性概念という判断枠組で決まる場合がやはり残ること、さらに、過失の客観化はその通りであるが、違法性はある事態に対する否定評価であり、有責性は行為者に対する非難であり、違法性と過失が同一のものであるとはいえないのである。

以上のような理由に加えて、つぎのような問題で違法性と有責性の二元的構成の積極的意味がなお失われていないと

考える。民法では、人の行為を適法行為と違法行為に分けるのが法律要件で今日も一般的であることはすでに触れたが、無過失不法行為責任を取り込んで不法行為を扱うためにも違法性は体系的に有用な概念であること、付加的に、国家賠償法一条一項が要件上違法と有責を区別していること（『故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは』等による）。

右のような批判に対する筆者の解答は、次の如くである。

まず、「過失の客観化はその通りである」、すなわち、過失を心理状態でなく客観的行為義務違反である、と認めるのであるならば、それが、どうして、違法性とは別次元の「有責性」として、「行為者に対する非難」といえるであろうか。すなわち、「過失の客観化」の必然的帰結として、前述のように、具体的加害者の能力をもってしては、その行為義務を守ることができなかったとしても、過失あり、とされるのである。すなわち、もし、そのとき、その能力があれば、「お前は、お前の能力をもってすれば、その行為義務を守れたのに、守らなかった。ケシカラン！」と非難できる。この場合には、「行為者に対する非難」として「有責性」を語ることができる。しかし、能力がなければ、「お前は、お前の能力をもってしても、その行為義務を守ることができなかったが、ケシカラン！」とはいえないのである。この場合には、「行為者に対する非難」としての「有責性」は存在しないのである。すなわち、「過失の客観化」は、過失責任をして、故意責任のような「意思」責任ではあり得ないものにしたのである（北川善太郎も、故意責任については、「意思」が帰責根拠であると考えているのであろう。北川善太郎・前掲書二五八頁）。

とすると、過失責任の帰責根拠は、別のところに求めなければならない。それこそが、前述のように、行為者が行為義務を守ってくれるであろうという、他者の「信頼」なのであり、過失責任は「信頼」責任であるということになる（澤井裕「事務管理・不当利得・不法行為」〔第三版〕二〇〇一年（有斐閣）一七八頁、内田貴「民法Ⅱ」〔第二版〕二〇〇

七年(東京大学出版会) 三二八頁)。

そして、「過失」そのものが「違法性」と同一のものとなったことも、「過失の客観化」の必然的帰結である。

さらに、無過失不法行為責任を取り込んで、不法行為を扱うには、その責任は結果違法(結果無価値)だけで賠償責任を認めるという立法者の価値判断が示されているのであり、違法一元論に対する批判とはならない。

また、国家賠償法第一条第一項が、要件上、「違法」と有責を区別していることは事実である。しかし、この立法時は、末川博と我妻栄の、いわゆる「客観的違法論」が通説であり、「故意又は過失」は、有責性の問題であって、違法性と別次元の問題である、と考えていたからである。¹⁾

しかし、現在、国家賠償法第一条第一項の違法性について、判例は、どのように解釈しているのかを検討したところ、故意や過失は勿論のこと、加害行為者のその他の主観的要素をも考慮に入れて違法性を認定しており、結局のところ、民法第七〇九条における違法性と同一操作を行っていることが明らかとなっている(前田達明・前掲論文二〇頁)。そのことは、違法一元論の実質的根拠である「比較衡量」が、国家賠償法をも含めて不法行為法においては不可欠であることを示すものである。したがって、これも違法一元論に対する批判とはなり得ない。

そして、故意責任は「意思」責任、過失責任は「信頼」責任という構成は、前述のように、法律行為論において、その法律効果の帰属の根拠が「意思」と「信頼」であることと、パラレルに把握され、法思想上、誠に有益なことといえる。

(1) 末川博は、京都大学法学部における講演会において、国家賠償法の立法時に国会に招かれて、自らの権利侵害論、違法論について説明をしたと述べている。

(4) 大村敦志「基本民法Ⅱ〔第二版〕」二〇〇五年(有斐閣) 一八二頁は、次のように述べる。

「二種の二元説の優劣に関しては議論があるが、いずれにせよ、故意・過失＋権利侵害という二重の要件を持つシステムはそのままでは維持されなくなってきた。もつとも、一元説と言っても、そこでは主観的要素と客観的要素とが相関判断されるので、二つの要素があることは確かであるとする見解も出てきている。結局のところ、明らかにしたのは、二つの要素は独立には判断できないということである。そのことを認めれば、後は言葉の問題であるとも言えるが、以下の章では、さしあたり、加害者側の要件をすべて『過失』の枠内で考えることにしたい」。

右のような批判に対する筆者の解答は、次の如くである。

たしかに、法解釈学は、原則として、全て「言葉の問題」である。ただ、それが、^どどうでもよい「言葉の問題」か、^{重要な}「言葉の問題」かの区別がある。本稿のこれまでの論述から明らかのように、一元論でも、過失一元論を採用するか違法一元論を採用するかによって、重大な違いがあることは明白であり、過失一元論を採用する、^といふのならば、少なくとも、過失一元論に対する批判（例えば、本稿や古賀哲夫『山本隆司編（手嶋豊）「現代不法行為法学の分析」（有信堂）一九九七年二八頁における批判）に答える必要があり、さらに、何故、同じ一元論である違法一元論を採用できないのか、を論証する必要がある。

(5) 加藤雅信「新民法大系V〔第二版〕」二〇〇五年（有斐閣）一八二頁は、次のように違法一元論を批判する。

「違法性一元論をとつても、生命侵害、所有権侵害等の権利・利益の侵害が無過失で行われた場合の損害賠償請求権の不発生を、どのように説明するかに窮することとなる」。

この批判に対する筆者の解答は、次の如くである。

まず、この批判の意味は明確でないが、もし、違法一元論が、過失一元論が「法益侵害」概念を捨て去るように、「過失」概念を捨て去るものである、という理解にもとづくものであれば、それは、「第二」で述べたように、誤解である。

違法一元論は、民法第七〇九条において、「過失」という「要件」(行為違法)も「法益侵害」という要件(結果違法)も必要であることを当然の前提としている。

ところで、加藤雅信・前掲書一八四頁は、「(ア)絶対権・絶対的利益の保護」の場合は過失違法二元論を採用し、「(イ)相対権・相対的利益の保護」の場合は違法一元論を採用している。そして、後者においては、「故意又は過失」を超える「害意」などが問題となるからである、とする。

まず、「権利」と「法律上保護される利益」は、ことほどさように、明確に区別できるのであろうか。

また、(ア)の場合に、何故、過失違法二元論でなければならないのか。同じ民法第七〇九条という条文の中で、どのように区別すべき理由が明らかでない。むしろ、一般に、理論とは、統一的に説明できる方が優れているのであるから、(ア)の場合も、違法一元論で統一的に説明できるのであるから、統一する方が優れた説明ということになるであろう。それが可能なことは、既に「第二で明らかにしている。

しかも、(ア)においても(イ)においても、その故意過失の内容は同一であるにも拘わらず、(ア)では違法要素でなく、(イ)では違法要素である、というのは理解に苦しむ。さらに(ア)において故意過失が違法要素でないとするれば、それは、どこに位置付けるのか。恐らく「有責性」の要素ということになろう。しかし、客観的行為義務違反たる過失が「有責性」に親しまないことは、既に明らかである。そして、(イ)においては、「有責性」の要素たる故意過失があるいは違法要素でない故意過失が、何故に、突如、違法要素となるのか。

なお、「害意」などは、「行為違法」の一形態として、「故意又は過失」の拡大ないし類推の問題として把握すればよく(丁度、かつて「権利侵害」が「法益侵害」と拡大ないし類推されたように)、違法一元論の問題とするのは妥当であらう。

次に、いわゆる「過失の二重構造論」（加藤雅信・前掲書一四四頁）を見てみよう。加藤雅信・前掲書一四〇頁が掲げる例、すなわち①運転者がボートとしていて前をよく見ていなかったので事故が発生したとの事実認定があった、というときは、前方注視義務違反（道交法第七〇条）と認定されるのが当然である。すなわち、行為義務違反なのである。そのことを次に見てみよう。

加藤雅信・前掲書一四五頁が「実務的には、過失の認定を、主観的な内心の状態と客観的な行為義務違反のいずれか一方からではなく、双方から行うことは少しも珍しくない。一例をあげれば、交通事故についてのある判決では、一方で「漫然同一速度で進行し」、「狼狽の余りブレーキをかけることもハンドルを切ることも忘れてしまい」等、内心の状態を認定しながら、他方で、「およそ自動車運転者たるもの……の業務上の義務」を複数具体的にあげ、その客観的義務に違反した行為をも具体的に認定したうえで、過失があると判示している」と、「過失の二重構造論」の「証拠」として引用している最判昭和四三年八月二日民集二二卷八号一五二五頁の第一審判決である岡山地裁判決における過失の認定を見てみよう。それは、次のように書かれている。

「そこですまず本件事故が雁の過失によつて生じたものかどうかについて考えると、成立に争いのない甲第四、同第七ないし第九号証ならびに証人縄鉄雄の証言を総合すると、雁は事故のあつた交叉点の約一二〇米倉敷寄りの地点の道路中央を時速四二、三籽で東進中前方約二〇米の道路中央より一米左寄りの地点を時速三〇籽で同一方向にスクーターで進行中の亡忠義を認めたが、そのまゝの速度で進行を続け、交叉点の手前約三〇米の地点に到つて右スクーターを追い越そうと思ひ二、三回警笛を鳴らしたところ、忠義が左手を挙げて合図をしたが、それがいかなる合図であるかも確かめず漫然同一速度で進行し、スクーターの後方五米に接近したとき、スクーターが進路を右に寄せたため、雁は狼狽の余りブレーキをかけることもハンドルを切ることも忘れてしまい、自動車前部のバンパーをスクーター後部に突き当て

て右忠義を路上にはね飛ばし、よつて同人を即死させたことが認められる(以上を「A」とする。筆者)。

およそ自動車運転者たるものは、交叉点の手前で先行車を認めた場合、先行車がいついかなる方向に転換するかも知れないので、速度を落し、場合によつてはいつでも急停車できるようにする義務、前車が何等かの合図をした場合、それがいかなる合図かを確かめる義務、交叉点においては追越をしない義務、衝突しそうな場合ブレーキをかけ、ハンドルを切る義務並びに前車が右折の合図をして道路中央に寄つた場合にこれを妨害しない義務等高度の業務上の義務を課せられていることは勿論のことであるが(以上を「B」とする。筆者)、前記認定事実によれば(「A」である。筆者)、雁がこれらの義務をすべて怠つた過失(以上を「C」とする。筆者)が重要な原因となつて本件事故が発生したものと認められるのであつて後記の如き被害者側の過失があるにしても、右事故発生が雁にとつて不可抗力であつたとはいえない。

しかして、右事故は雁が被告の被用者として被告の事業の執行中に生じたものである。ことは当事者間に争いがなく、雁の前記不法行為による損害については被告はその使用者としてこれを賠償する責任のあることは明白である」。

ところで、加藤雅信・前掲書一四五頁は、前述のように、この岡山地方裁判所の判決が、「A」を心理状態としての過失を認定したものと理解し、「B」、「C」を客観的行為義務違反としての過失を認定したものと理解する。

しかし、これまた、誤解である。岡山地方裁判所は、「A」において、加害者の心理状態(行為という事実)を認定し、「B」において、およそ自動車運転者たる者、すなわち、標準的な自動車運転者が守るべき行為義務を設定し、その上で「前記認定事実」、すなわち「A」という事実を、客観的行為義務違反と評価したのである。すなわち、「A」が規範的要件たる過失に該当する、と判断したのである。すなわち、この判決は、二つの過失を認定しているのではなく、過失はあくまで規範的評価であり、心理状態(行為)は過失と評価される「事実」なのである。

このことは、全ての規範的要件に共通することであり、当事者は、その規範的評価の対象たる「事実」について主張立証責任を負い、その「事実」の規範的評価、すなわち過失とか違法とかは、裁判所の法的価値判断であって、当事者は、それについて主張立証責任を負わないのである。

以上のように、「過失の二重構造論」は、過失という評価の対象たる事実と対象の「評価」たる「過失」を混同する議論であり、賛同し難い。

なお、蛇足であるが、それでも敢えて、「事実」と「評価」を共に「過失」とする、というのならば、このまったく次元の異なったものを、何故に、同一の概念で把握するのか、しかも、多くの規範的要件の中で、何故に、「過失」だけが、このような理解が可能なかを説明する必要がある（まさか、全ての規範的要件を二重構造で把握という主張ではないと考える）。

さらに、「事実」と「評価」という二つの過失は、まったく次元の異なったものであるから、当然に、その帰責根拠も異なるはずである。それは何であろうか。もし、例えば、「事実」としての「過失」は「意思責任」、「評価」としての「過失」は「信頼責任」というのならば、疑問が残る。というのは、加藤雅信・前掲書一四五頁は「内心の状態から過失を立証した場合には、最終的な立証対象は抽象的過失であるので、通常人、一般人の注意力のレベルからみても過失といえること」が必要である、と記述する。そうすると、「事実」としての「過失」は、もはや「意思責任」ではない。もともと加藤雅信・前掲書一四五頁は、「加害者の注意力が通常人、一般人よりも低いことは」「加害者が立証責任を負う」として、あたかも「免責立証」が許されるが如き記述をしている。この二つの記述は、明らかに、矛盾する。「最終的」と「途中経過」ということでは説明できない。すなわち、立証責任とは、全て「最終的」なものである。しかし、もし、そうでないというのならば、何故に、右のような「免責立証」が「途中経過」として許されるのかも説明が必要である

う。そもそも、そのような免責立証を許さないというのが、「抽象的過失」の意義なのであり、それを許せば、「抽象的」でなくなるのである。

(6) 吉村良一「不法行為法〔第三版〕」二〇〇五年（有斐閣）八七頁は、次のように、違法二元論を批判する。

「まず第一に、最近の二元説が、要件を二つに区分することが『思考の整理の便宜』」や『思考の経済にも役立つ』」と指摘していることは、重要な意味がある。すなわち、要件を統合して一元的な構成をとった場合、一面ではより柔軟な判断が可能になるというメリットがあるが、そのことは反面で、判断基準が曖昧で裁判官の裁量の範囲が広くなるといふ結果をもたらすおそれもないではない。法的安定性から見ても、裁判官による判断に一定の枠組みを提示することが重要だという点からすれば、不法行為の成否の判断基準はなるべく明確な方がよい。もちろん、二元説をとればそれだけで基準が明確になるというものではないが、判断すべき要素をその性質に即して二つの要素に区別する二元説の方が、少なくとも理論的にはこの要請に応えやすいといえるのではなからうか。

第二の理由は、一元説によれば権利侵害要件が不法行為の独自の成立要件として否定され、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ことに対する疑問である。この傾向は行為不法論からの二元説にも共通している。しかし、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な保護が与えられるべきであるという利益衡量そのものを否定し、結果として権利保護を弱めてしまう結果にならないだろうか（この点を指摘するものとして、錦織成史「違法性と過失」星野英一他編・民法講座六卷一八八頁）。権利侵害が違法性に置き換えられたのもっぱら不法行為による保護の拡大であったとすれば、権利侵害のこのような法的評価機能は維持すべきではないか。特に、損害賠償の問題だけではなく、差止めによる権利保護の問題をあわせて考える場合、この点は重要な意味を持つてくる。なぜなら、権利侵害要件を放棄する

ことは、権利侵害があったとしても、その他の要素、とりわけ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、権利の保護という視点からは重大な結果をも招くことになるからである」。

「以上のような考えに基づいて、本書では、違法性と過失の両要件の対置という構造を維持し、同時に、違法性要件の判断基準として、主として被侵害利益の種類による分類を試みたのである。なお、このような立場は、現代用語化のための改正により権利侵害に法律上保護される利益侵害が付加されても、基本的にはなお妥当するものと思われる。なぜなら、権利侵害に法律上の利益侵害という広い文言が付加されることによって、これらは要件としての実質的な意味を失い、今後は過失要件への一元化が進むという解釈もあるうるが、しかし、それにもかかわらず今回の改正で権利侵害要件が残されたことは重要であり、権利侵害と法律上保護される利益侵害の上位概念として違法性概念を措定し、その判断の仕方において異なる枠組みを使うこと、すなわち、権利侵害があれば原則として違法とし、その法的評価機能を維持しつつ、法律上保護される利益の侵害については、その利益の多様性や、ここでいう『法律』概念の広さ（すでに述べたように、この場合の『法律』としては制定法規にとどまらない広いものが考えられるべきであるから）から、侵害行為の態様を含む総合的判断を行うという立場は、改正後の条文においても維持可能だからである」。

この二つの批判については、筆者は、既に解答しているので、それをここに引用する（前田達明・前掲論文一八頁）。

『「権利侵害要件を放棄することになるという批判に対しては、『違法一元論』は、民法第七〇九条においては、『故意又は過失』という要件事実が存在するか否か、そして『権利ないし法益侵害』という要件事実が存在するか否かを、まず認定し、存在するとされたとき、次の段階として、総合的に違法性の有無（実はそれは評価であるが）を認定するものであり、『権利侵害』要件を放棄するものではない、と反論し得る。他方、『権利侵害』があったとしても、その他の要素、とりわけ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、権利の保護という

視点からは重大な結果をも招くことになるのは望ましくないという主張は、『権利侵害』という要件事実だけで、全ての場合に『差し止め』を認めようという価値判断を前提とするならば、それは判例学説の賛同を得ることは困難であろう。なぜならば、そもそも『権利』は法が認めるものであり、それが公共の福祉などによって制限される（それは『権利』が存在しないといっても同様である）のは、当然のことだからである。¹⁾

(1) 一般の物権侵害などは異なり、生活妨害の場合は、権利侵害があれば、直ちに差し請求が認められるのではない、ということは、共通の認識である（大塚直「生活妨害の差止に関する最近の動向と課題」山田卓生・藤岡康宏編「新・現代損害賠償法講座（2）」一九九八年（日本評論社）一七九頁以下、二〇五頁。ドイツ民法第九〇六条参照）。それには、被害者と加害者の利益衡量が必要である、というのも共通の認識である。そして、差し請求は、損害賠償請求以上に、加害者に重大な不利益を及ぼすものであるから（潮見佳男「不法行為法」一九九七年（信山社）四九一頁）、加害者の行為の自由（所有権の行使など）の制約を正当化する必要がある。ということは、加害者の権利行使という法的観点も考慮に入れる必要があるということである。

それでは、その「差し止め」の法的構成はどのようにするか。そこで、一つの試論を提案する。

まず、第一に、加害者の故意、すなわち被害者の人格権などの権利侵害あるいは損害発生（の可能性）の認識があるときは（重過失も故意と同等に扱うべきである）、民法第一条第一項の「私権は、公共の福祉（他者加害禁止）に適合しなければならぬ」と、同第三項の加害者の「権利の濫用は、許さない」を適用し、その法律効果については（民法第一条第一、三項には法律効果の規定はない）、同第七二三条を準用する。

第二に、過失の場合は、伝統的に、権利濫用が主観的要件を重視してきたことに鑑み（かつては、害意を要求したが、現在は、故意でよい、とするところまで来ていると考えられる。最高判昭和五〇・二・二八民集二九・二・一九三。シカーネ禁止の客観化については、磯村哲「シカーネ禁止より客観的利益衡量への発展」『権利の濫用上』一九六二年（有

斐閣）六〇頁）、民法第一条第三項でなく、民法第一条第一項と同第二項を適用し、加害者の権利行使の際に、他者加害禁止の作為あるいは不作為義務を負うとして（神戸地判平成一一・一・三一判時一七二六・二〇、七四）、その法律効果は、同第七二三条を準用する。

第三に、加害者が無過失の場合は、どうであろうか。殆んどの生活妨害の場合は、（法益侵害が既に発生している）第一か第二にあてはまるであろうが、未発生の場合は、無過失ということも考えられる。この場合は、民法第一九九条（無過失責任である）に鑑み、同条の適用あるいは類推適用を考慮すべきである。しかし、この場合も、生活妨害という観点からも、利益衡量を必要とすると解すべきであり（舟橋淳「物権法」一九六〇年（有斐閣）三三六頁参照。ドイツ民法第九〇六条参照）、「おそれ」の解釈としては、明らかな妨害発生の可能性の存在、すなわち妨害発生の確実性を要件とすべきである。

さらに、複合汚染の場合の差止請求については、右の法的構成に加えて、民法第七一九条の類推適用ということになる。すなわち、大塚直・前掲論文一八九頁の例の場合は、まず、原告は、「AとBは、汚染物質の着地濃度を適法レベル濃度以下にせよ（あるいは適法レベル濃度以上排出してはならない）」という判決を求めて訴える。AとBは、それぞれの着地濃度寄与度を主張立証して、減責を求め得る（民法第七一九条第一項二文の類推適用）。すなわち、Aは二五%の削減、Bは〇・五%の削減を主張し得る。しかし、それでは適法レベル濃度以下にならない。そこで、原告としては、着地濃度寄与度が四九%の人を訴えざるを得ない（引込説は不要）。もっとも、原告は、AとBに強い関連共同性があることを主張立証して、AとBの減責の主張を排除し得る。すなわち、民法第七一九条第一項第一文の類推適用である。

結論としては、山口和男「複合汚染に対する差止請求についての一考察」司法研修所論集創立三十周年記念特集号一

九七七年一九四頁と同旨となる。

なお、野崎幸雄「因果関係論・総論」現代損害賠償法講座5一九七三年（日本評論社）七五頁、九三頁、九四頁は、「損害賠償の場合と異なり、差止においては、現時点における共同不法行為の成否が問題になるのであって、過去のある時点における共同不法行為の成否が問題とされるのではないから、各企業の排出が相合して、それが被害ないしは危険を発生させているという因果関係の立証がなされれば、各企業は他の排出源の存在を認識をせざるをえず、常に共同不法行為が成立し、差止請求権が発生するということになる」とするが、疑問である。蓋し、判決は、事実審の口頭弁論終結時の事実を認定するのであるから、その時点では「各企業は他の排出源の存在を認識している」とはいえず（「不知」と主張するであろう）、「因果関係の立証がなされ」るのは、判決確定時だからである。もともと、口頭弁論終結時に、将来、他の排出源の存在を認識することも含めて、事実を認定する²としても、私見（主観的関連共同説）からは、単に「他の排出源の存在を認識」しているだけでは、共同不法行為者ではなく、したがって「常に共同不法行為が成立」するわけではない。

ところで、分割的差止説を主張する学者の中には、次のように述べる見解がある。「差止の場合には、現実の汚染濃度と閾値をもとに各被告について一律の削減率を決定すればよく、損害賠償のように被告の反証等は問題とならず、また、寄与度も考慮する必要がないと主張するものがあることである。すなわち、例えば、原告に隣接しており、着地濃度寄与度が五〇％に達するAと、原告から遠く離れているため、着地濃度寄与度が一％のBとがあり、原告居住地が適法レベル濃度の二倍にまで汚染されている場合には、特段の事情のない限り、各社の排出量をそれぞれ半減しなければ目的を達しえないので、結局、A、Bの寄与度とは無関係に、削減率のみが決定的ファクターとなるといっているのである。これについては、細かくは、汚染物質の排出量と汚染濃度とが正比例の関係に立つかという問題はあろうが、この点は

裁判所の認定においても一応のところでは満足するほかはなく、基本的に、右の見解が妥当であろう。そして、この立場は、七一九条一項後段の定めるところに似ているが、被告の反証等を問題としない点で、それとも異なるものといえる。」(大塚直・前掲論文一八八頁)。着地濃度への「寄与度とは無関係に、削減率」を定めるとは、どのようにするのか大いに疑問である(この点、澤井裕「公害差止の法理」一九七六年(日本評論社)一六〇頁は、一応「寄与度」を参考に、過失相殺法理を用いて、裁判所の裁量で定めるとしている)。このように「寄与度とは無関係に」、被告の削減率を裁判所の裁量で定める、というのは、裁判所に余りに過大な負担を課すことになり、さらに、当事者、特に大きな削減率を科された当事者を十分に説得することはできないであろう。とすれば、裁判所としては、各寄与度を確定して、だから、お前は、これだけ削減せよ」といわざるを得ず、そこで、この各寄与度は、職権探知事項ということになり、さらに、削減率は裁量事項であるということになると、裁判所に過大な負担を課すのみならず、当事者主義を原則とする民事訴訟には馴染まないことになろう。

最後に、右の澤井裕の主張、すなわち「過失相殺法理(民法第七二二条第二項)」の類推適用は、傾聴に値する見解であることを付言する。ここでは、被害者と加害者でなく、加害者間の違法性の比較ということになる。それは、先に筆者が提案した、加害者に、故意(重過失)ある場合、過失ある場合、無過失の場合の、それぞれに適条を変えるのは、この観点を視野にいたれたものである。この場合、加害者の故意、過失を根拠付ける事実の主張立証責任は被害者が(さらに、加害者間でも)、着地濃度への「寄与度」の主張立証責任は加害者が負い、削減率は裁判所の裁量事項ということになる。

- (7) 内田貴「民法Ⅱ(第二版)」二〇〇七年(東京大学出版会)三三九頁は、次のように違法一元論を批判する。
「違法性一元論は、違法性というドイツ法特有の概念を明文の規定のない日本民法に持ち込み、しかもそれに余りに

大きな役割を担わせてしまうという意味で、解釈論としては難点があるように思われる。そこで、第一（過失一元論。筆者注）と第三（過失違法二元論。筆者注）の立場が検討を要するということになる。」

その一方で、次のように述べている。

「正当な権利の行使が一定の限度を超えることによって不法行為を構成する事案においては、故意・過失とは別に『權利』や『法律上保護される利益』の侵害の要件は積極的な意味を持ちうる（従来は『受忍限度』という言葉で表現されることが少なくなかった）。むしろ、これらの要件こそが不法行為の成否を決する役割を演ずることが多い。用語としては、民法に規定のある『權利又は法律上保護される利益』の侵害をあえて『違法性』と言い換える必要はないと思うが、趣旨をきちんと理解しておけば、あえて違法性という表現を排斥しなければならないわけではない（違法性一元論という違法性とは異なる）」（内田貴・前掲書三四〇頁）。

右のような批判に対する筆者の解答は、次の如くである。

「違法」という概念が日本民法に明文の規定がない、というのは、誤解であることは、「第二」で詳述した¹⁾。さらに、「余りに大きな役割を担わせてしまう」という批判は、民法典自身が、「違法」という法律要件を、そのようなものとして規定しているからであり、さらに、一つの用語を用いて出来るだけ多くの問題を解明できるとすれば、これほど優れた法解釈学はない、といえよう。

しかも、他方では、日本民法の明文に規定のない「違法性」という表現をあえて排斥する必要はない、というのは、どういうことであろうか。「法益」という明文に規定がある用語で十分ならば、いわゆる中間概念たる「違法性」という用語は、用いるべきではないであろう。

もし、その意味が、「理論」としては違法という用語を用いてもよいが、「法律要件」として違法という用語を用いて

はいけない、という潮見佳男と同じ見解であるとすれば、それについても、潮見佳男からの批判に対する形で、既に答えている。

なお、過失について、内田貴・前掲書三二八頁が、次のように述べているのは、誠に正鵠を得たものと考ええる。

「しかし、人々の社会活動に伴う危険性が増大するとともに、それぞれが自分の能力に応じて精神を緊張させていただけでは十分ではなく、むしろ通常人ならその程度の注意を払うだろうという水準の行動が要求されるようになる。すなわち、たとえ当該加害者が自分の能力のレベルで十分注意深く行動していても、通常人の基準で不注意と評価されるなら、過失があり、責任が発生することになるのである。

こうして、過失の判断に客観的な基準が導入されるに伴い、精神の緊張の欠如という心理状態として捉えられていた過失概念は変容を始めることになる。そして、主観的過失概念の変質は、ひいては、不法行為責任の帰責の根拠にも影響を及ぼす。すなわち、主観的な非難可能性から、社会的な信頼の保護へと重心が移っていくことになるのである」。

(1) したがって、吉田邦彦「不法行為等講義録」二〇〇八年（信山社）二二頁が、違法一元論に対して「しかし、民法にないタムをわざわざ持ち込む必要はない」と批判するのも、誤解である。

(8) 近江幸治「民法講義VI〔第二版〕」二〇〇七年（成文堂）一三二頁は、次のように、過失違法二元論を支持する。「思うに、『過失』は、すでに心理的・主観的態様から離れ、法的評価を受けた価値規範（『注意義務違反』）として展開してきた以上、『故意・過失』は主観的要件、『権利侵害ないし違法性』は客観的要件、という単純な図式で考えることはできない。その理論的矛盾は、過失一元論、違法性一元論が、つとに指摘してきたとおりである（とりわけ、新過

失論の通説批判は正当であり、違法性不要論の主張に合理性があることは否定できない。だが、『違法性』概念が、単に『権利侵害』拡大機能だけであつたかというところ、そうではないというのが正確な分析であろう。上記「新二元論がこぞって説くごとく、その表現に微細な差異が見られるものの、ある利益が侵害された場合に、それが違法・不法と評価される際には、おそらく、加害行為との相関性による『違法性』の判断が入つていよう。侵害行為が一般に『過失』から判断されるとしても、『被侵害利益』が保護に値するかどうかは別の法的評価であるからである。違法性概念のこのような機能に着目すれば、この概念はなおかつ有用であるといわねばならない。」「新二元論が妥当であろう」。

この批判に対する筆者の解答は、次の如くである。

ここでは、過失一元論に対する批判は見られるが、違法一元論に対する批判は見られない。ただ、「過失」と「法益侵害」が別の法的評価である、というのが違法一元論への批判であり、過失違法二元論を採用する理由と考えられる。

ここで問題なのは、法的評価ということである。すなわち、「過失」と「法益侵害」が「別の法的評価」であるのに、それが同じ次元で比較衡量がなされるという法的評価については、どのように考えるのかを、説明する必要があるであろう。

(9) 窪田充見「不法行為法」二〇〇七年（有斐閣）九五頁は、次のように、違法一元論を批判する。

「違法性と有责性を区別しないというあらたな、そして、本書も依拠する見解は、七〇九条の条文にない違法性という言葉を要件として排除することになった（一元化する）という場合に、過失にではなく、違法性に一元化するという選択もあり得るが、この場合の違法性は、七〇九条の過失に置き換わるものなので、やはり、過失を要件としつつ、それとは別に認められる要件としての違法性を意味しているわけではない。問題は、それでは、七〇九条の文言に含まれている権利侵害という要件はどのように扱われるのかという点である」。

この批判に対する筆者の解答は、次の如くである。

まず、「七〇九条の条文にない違法性という言葉」というのは、誤解であることは、既に明らかにした（「第二」）。次に、違法一元論が違法性を「過失」に置き換える、というのも誤解であることは、既に明らかにした（「第二」）。

次に、窪田充見・前掲書八九頁は次のように述べる。

「もつとも、こうした違法性（結果違法）が、果たして損害賠償法としての不法行為法において、その積極的な意義を有するものかは疑問である。

生命や身体のような絶対権の侵害（死亡や負傷）が生じたとしても、行為態様を問題とすることなく、それだけで不法行為責任が生じるわけではない。これらの場合においても、行為態様を検討したうえで、侵害者の不法行為責任が認められたり、認められなかったりする」。

この見解は正しいが、要件事実論から見ても、それを「過失」だけで判断できるのか、「権利侵害、法益侵害」という要件が民法第七〇九条に定められているのに、それを無視してよいのか、が問われることになる。

さらに、過失一元論を採用する、としながら、「第二節 故意と過失」（窪田充見・前掲書三七頁）とは別に、「第三節 権利侵害と違法性」（窪田充見・前掲書八〇頁）を解説しており、例えば、「生命・身体・健康」のところで「故意又は過失によって身体や健康が害され」といった説明があり（窪田充見・前掲書一〇八頁）、あたかも、過失違法二元論のような説明をしている。これと過失一元論とは、どのように調和するのであるか。少なくとも、平井宜雄の過失一元論ではないであろう（平井宜雄「債権各論Ⅱ」一九九二年（弘文堂）二五、三九頁）。

さらに、過失一元論を採用するのならば、過失二元論に対する批判（例えば、前田達明・前掲論文一七頁）に答えるべきであろう。

なお、窪田充見・前掲書四八頁は、信賴責任論について、次のように批判している。

「そのひとつの説明として、『信賴責任』という考え方が示されている。なお、信賴責任という言葉は、民法総則の法律行為をめぐる議論の中でも出てくるが、ここでは、信賴を醸成した者はそれについて責任を負担するといった意味で用いられている。たとえば、表見代理責任の説明においては、(1)代理権の授与等によって代理権があるかのような外形が作り出された、(2)相手方は代理権の存在を信賴したという二つの部分から正当化されるといふかたちで、信賴責任という概念が用いられている。つまり、ここでの信賴責任においては、外形の作出という本人への帰責を基礎づける事情と相手方の正当な信賴の保護の必要性という二つが柱となつているのである。

それに対して、従来の不法行為法の議論において信賴責任という言葉が用いられる場合には、もっぱら、『信賴を裏切った』という、上記の(2)に相当する部分にのみ焦点が当てられている。つまり、われわれの社会においては、それぞれが義務を遵守することを前提としており、それに違反することはその信賴を裏切ることであり、ひいては社会的なマイナスをもたらすといったとらえ方をするのである。もつとも、この信賴責任という説明は、必ずしも、なぜ責任を負うのかということについての十分な説明とはなっていない。なぜなら、信賴の対象は、義務を遵守するということであるが、信賴責任からは、なぜ義務を遵守しなくてはならないのかということが説明されないからである。

このような問題は、われわれの社会においては、他人を害さないために一定の義務を相互が負担しているということ、所与の前提として考えざるを得ないのではないだろうかという次の疑問につながる。それならば、その所与の前提はどのように正当化されるのだろうか。それ以上、さかのぼって考えることは、結局、終わりのない問いに向かうことになるように思われる」。

それに対する筆者の解答は、次の如くである(前田達明「民法のなぜがわかる」二〇〇五年(成文堂)二七頁)。

「行為『義務』』というのは、法が、そのような行為を『せよ!』と義務付けているからです。どの条文が義務付けているのでしょうか。それは、民法一条二項です。すなわち、行為の自由（憲一三条など）などの権利の行使や義務の履行（例えば、医師が診療の義務を履行する）においては『信義に従い誠実に行わなければならない』というのが、その法的根拠です。だから、この信義則は、『他人の法益を害さないようにせよ!』という一般的な命令規定で、そこから、各具体的事件において、それぞれの『行為義務』が具体化される、と解すべきでしょう。そして、この法義務に違反すれば、いろいろな法的制裁（サンクション）のある中で、民法七〇九条の損害賠償責任が挙げられるのです。

ところで、この過失の前提である『行為義務』は客観的なものである、といわれています。すなわち、この行為義務は、法が予定する標準的な人の能力によって果たすことのできる義務であり、具体的な加害者の能力によっては果たすことができないとしても、責任は免れない、ということです。例えば、運転免許を取得したばかりで、うまくカーブを回り切れずに他人の自動車にぶつかつたというとき、標準的な自動車運転者ならば、ぶつかることはなかつたとすれば、その加害者は過失ありとされて（これを具体的な加害者を問題としないという意味で、『抽象的過失』といいます）、免責されないのです。なぜならば、社会生活上、被害者の側からみれば、加害者となる行為者と接触する場合に、その行為者が、その場において、標準的な人と同じ行為をしてくれるという期待信頼がなければ、生活が成り立たないからです。すなわち、個々の相手方の能力を予測しては、現代社会は成り立たないのです。そして、この高度な技術社会においては、そのような信頼の上に、我々の生活が成り立っていることは明らかです（交通、商品取引など）。

考えてみれば、人が社会生活をするとき、必ず他人の法益を侵害する危険性を有しています。そこで、法は、社会生活上、行為義務を、それぞれの行為者に設定しているのです。それは、社会構成員への行為義務の分配であり、それは、したがって、社会生活上の危険の分配、すなわち、『どの危険をどの人に防止させるべきか』を行為義務を定めること

によって分配しているのです。そして、人は、他の社会構成員が各自に分配された行為義務を守ることへの信頼を裏切られたところに過失ありとして、損害賠償請求が許されるわけです。したがって、過失による不法行為責任の帰責の根拠は、『信頼原則』である、という学者もいます（故意による不法行為は、前述のように『意思』が帰責根拠でしたね）。じつは、このことは、不法行為法だけの問題でなく、取引法すなわち契約法（広く法律行為法）における法律効果発生根拠としても働くもので、『意思』と『信頼』が法律行為の法律効果発生根拠なのです。

(10) 平野裕之「不法行為法」二〇〇七年（信山社）六三頁は、次のように、違法一元論を批判する。

「二つの要件を維持する学説（本書の立場）これに対して、重複した二つの概念を認める意義はないが、便宜的に二つ認めておくことを否定しなくてもよいという考えや、二つの側面を表現したものにはかならないとして、両要件を維持する学説があり」「これが依然として通説であるといえる（判例も違法性と過失を認める）。

例えば、名譽毀損では、虚偽の事実であつたら客観的に違法であり、ただそれを真実と信じたことに過失がなければ違法ではあるが無過失を理由に責任が否定される。正当防衛では違法性が棄却されるが、誤想防衛の場合には違法性が阻却されないが、過失が否定されることはある。また、無過失責任においては、予見可能性を問わない絶対的な義務が負わされ、義務違反＝違法性は認められ、場合によっては、予見可能性がなく無過失でも違法な行為について責任を負わされるのである。他方で、債権侵害や不当訴訟のように、過失があつても違法性が否定されたり、正当防衛やボクシングといった正当行為のように加害の故意まであつても（但し違法性の認識を故意に要求すれば故意はない）違法性が否定される場合もあるのである。

確かに、英米法のネグリジェンス（negligence）やフランス法のフォート（faute）のように、過失と違法性判断を一元化した一つ概念で済みそれで不都合がないのであれば、日本でも一元化してもよいかもしれない。しかし、わが

国では、ドイツ民法学から違法性論が導入され、判例、従つてまた訴訟実務においても違法性という要件が確立しており、訴訟当事者が違法性を問題にするか過失を問題にするか、自由に行えるファジーさがある。一般の傾向としては、不法行為の類型には、身体侵害や財産権侵害のように、その侵害は当然違法とした上で、過失判断、とりわけ予見可能性判断が不法行為の成否の中心的判断になる類型と、そのような権利侵害を介さないで財産的損害を与える事例や受忍限度論が問題となる平穩な生活をする利益の侵害のように、そもそも違法性判断自体が問題になり、そこに義務違反の判断が含まれ、更に過失判断をすることは屋上屋を架すような類型があるのは確かである。

予見可能性の有無は過失判断で行つたほうが座りはよいし、法の禁止・命令に反する行為か許された行為（適法な行為）かの判断には、違法性判断で行つたほうがなんとなく座りがよい。あまり厳格かつ学理的に、二つの要件について考える必要なく、ファジーな実務の運用を容認してよいであろう。のみならず、差止請求や正当防衛といった制度との関係でも、違法性判断のほうが広い概念であるとしたほうが妥当であろう」。

この批判に対する筆者の解答は、次の如くである。

法解釈学が「ファジー」であることが許されるかは、措くとして、過失違法二元論を採用しながら、異なった次元の概念である過失と違法を比較衡量することが、何故に許されるのかについては、説明が必要であろう。

そして、違法性判断と過失判断とが区別できなくなってしまうことを認めるのならば（平野裕之・前掲書六二頁）、過失も違法要素（行為違法）であることを認め、法益侵害（結果違法）と比較衡量ができる、というのが理論として一貫しているのではなからうか。

四、結びにかえて

(1) 近時、権利論からの「新しい動き」が見られることは、前述のとおりである(潮見佳男「不法行為法」一九九九年(信山社)二四頁、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望―権利論の視点から―」法学論叢一五四巻四・五・六号(前田達明教授還暦祝賀記念号)二〇〇四年二九二頁)。

この「新しい動き」に対しては、「過失一元論」は「権利侵害」を捨て去るのであるから不適合であり、過失違法二元論は被害者の「権利」と加害者の「権利」の衡量(潮見佳男「不法行為法」一九九九年(信山社)二六頁)には不適合であり、結局、違法一元論のみが、この「新しい動き」に妥当な理論的枠組みを提供し得るのである(潮見佳男・前掲書四五頁)。というよりも、違法一元論こそが、不法行為法学の歴史から見ても、この「新しい動き」を生み出した一つの契機であるといつても過言ではない。

もつとも、違法一元論は、「法秩序維持」を重視し、「新しい動き」は「権利自由」を重視する(山本敬三・前掲論文三三〇頁、同三四三頁)。ただ、権利自由も憲法以下の法によって与えられたものであり、すなわち、憲法第一一条は、「基本的人権は現在及び将来の国民に与えられたものである(傍点筆者)」とし、憲法第九七条は「基本的人権は現在及び将来の国民に信託されたものである」と規定しているのであり、したがって、「法秩序維持」と「権利自由」は、これこそ「コインの表裏」といえよう。

もつとも、どちらを重視するかは、重大な問題である。それは、現代の日本社会において、官における汚職・公権力の濫用(例えば、無駄な行政支出)など、民における偽装問題など、あるいは「エコ」ならぬ「エゴ」の横行(例えば、交通ルール無視)といった、「法秩序」無視の現状が、マスメディアを賑わさない日はない。しかも、「権利自由」の重視は、社会の格差の拡大につながっている。そのことが、現代日本社会において、大きな「ひずみ」を生み出している

ことも周知のところである。このような状況にあっては、「権利自由」を重視することは危険であり、むしろ「法秩序維持」を重視すべきである。すなわち、憲法や法律で保護された権利や自由も、憲法や法律によって与えられたものであり（信託されたものであり）、それは、「公共の福祉」のために、これを利用する責任を負うのである（憲法第一二条や民法第一条）、という「法秩序維持」の観点を重視すべきである。^①

さらに、民事手続の制度上、訴訟は、人と人の権利の対立、という構造を採らなければならないが、例えば、環境破壊といった場合の、不法行為訴訟においては、その後ろにある、生きとし生けるもの全てを含めた地球を守る、ということ、法秩序の内容としなければならぬであろう。^②

これに対しては、不法行為法の制度目的は、具体的加害者と具体的被害者の間の損害分配に尽きる、という批判があるかもしれない。たしかに、不法行為法の主たる制度目的は、それであるが、それに尽きるものではない。例えば、判決において、「過失」について、「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」（最判昭和三六年二月一六日民集一五・二・二四四）とか、「おおよそ自動車運転者たるものは」（最判昭和四三年八月二日民集二二巻八号一五二五頁の第一審岡山地裁判決）、と述べているのは、正に、当該具体的事件の解決のみならず、その後の同種の事件において、それが、判例法として、すなわち裁判規範として、（憲法第一二条、同第一三条に由来する民法第一条第二項の命令規範の具体化として）、「法秩序維持」の一環として、この判断が機能することを予定しているのである。さらに、例えば、生成中の利益（環境利益など）は如何なる要件が充足されれば、民法第七〇九条の「権利」あるいは「法益」と認められるのかを判断することは、これまた、憲法第一三条以下とそれに由来する各法の中の「分配規範」の具体化として、その後の裁判規範として、すなわち法秩序の一環として、機能するのである。さらに、それは、単に、裁判規範として機能するのみならず、「行為規範」としても機能するのである^③。ここにおいて、不法行為

法が法秩序維持の機能を有することは、明白なことであり、それはまた、重要なものといえよう。⁽¹⁾

(2) 他方、不法行為法上の個々の解釈論に眼を向けると、「過失相殺」は、加害者と被害者の行為の違法性の比較であるから、「違法性相殺」と考えることで、理論的整合性ははかられるし、さらに寄与度(法典に存在しない用語である。)は、複数加害者の行為の違法性の問題と考えるならば、その意味が明白である。したがって、ここでは、違法性の程度の大小という表現を用いるべきであろう。⁽⁵⁾ このように、ここにおいても、違法論は必要であり、過失違法二元論や過失一元論では説明が困難であり、違法性一元論が、その効力を発揮する。それは、不法行為法の主たる制度目的が、各当事者の事情を比較衡量して、いずれの当事者に、どれだけの損害を負担させるのが公平か、を定めることであるから、このような実質的理由からしても、違法一元論は妥当な理論といえよう。したがって、実は、損害論についても、違法一元論は有益であるが、この点については、別稿に譲る。

以上のように、違法一元論は、現在において、また近未来においても、民法第七〇九条の解釈論として、もつとも妥当な見解であることを立証しえたと考える。

(1) 「権利自由」重視説も、他人の「権利自由」を重視するのである。という反論があるかもしれない。しかし、それは背理である。「権利自由」重視説は、その歴史的系譜からして(フランス革命は、その典型例)、まず「自己」の「権利自由」を重視するものである。それに対して、「法秩序維持」重視説は、「権利自由」の限界を明確にすることによって、他人の「権利自由」をも重視するのである。

(2) もつとも、「権利自由重視」か「法秩序維持」かが、現実の裁判で争いとなったときは、裁判官は、その調和を目指して努力をされるであろう。それは、正に「個と共同性」の「再定位」であろう(大村敦志「民法総論」二〇〇一年(岩波書店)一五七頁)。それが、憲法と民法の共働か(しかも憲法主導か。山本敬三)、民法そのもののあり方からの出発(大村敦志)かは、民法第一条を見れば、大村敦志も認めるように、その差は絶対的なものではないであろう。ただ、法解釈方法論からいえば、憲法が上位規範である故に、前者を採用せざるを得ないであろう。

なお、山本敬三「憲法・民法関係論の展開とその意義」法学セミナー一六四六号一七頁、六四七号四四頁(二〇〇八年)参照。

(3) 例えば、銀行などが、どのような取引義務を守れば、損害賠償責任を負わなくてすむかという先例を求めて、最高裁判所まで（全国統一の基準を求めて）争うことは周知のところである。

(4) 判例法が法源であることは、一般に認められているが、私は、それは法解釈の「基準」（平井宜雄の「準則」と同旨と考える。）であると考えている。しかし、いずれにしても、それが、後に裁判に多大の影響を与えることには変りない（裁判所法第一〇条第三号参照）。

(5) なお、差止請求における「宥与度」は、前述のように、自然科学的に検証される、原因度の「大小」が中心となる。それは、損害賠償と異なり、将来の損害発生防止という観点から、考察すべきだからであるが、それでも、法益侵害の可能性の「大小」という意味で違法性の「大小」の問題である。四宮和夫「不法行為」一九八五年（青林書院、四七九頁が、「行為の違法性」の問題としているが、それは、故意や過失が、矢張り、法益侵害の可能性の大小という観点から考えれば、理解し得るところである）。

（後記） 龍田節先生に、はじめて、お目にかかったのは、先生が、京都大学法学部における初講義である外書購読（英）で、UCCの講義をされたのに参加させていただいたときである。

先生の授業は、誠に厳しく、毎回行っていくのが精一杯で、青息吐息であったのを憶えている。しかし、一度、授業を離れると、大阪証券取引所や銀行の見学といった、誠に楽しいエクスカージョンを御企画なされた。大阪証券取引所では、御案内くださった役員の方が、片手千両の市が立つと歌って下さったのを、今も懐かしく思い出す。その後、私も京都大学法学部に残り、京都大学法学部北館研究棟において、先生の研究室の隣に研究室を与えられた。これ幸い、とばかりに、商法上は勿論、種々の難問に出会うと、しばしば、先生の研究室のドアをノックしてお邪魔をしたが、いつも御懇切な御教示を賜った。さらに、同志社大学司法研究科に移ってからも、御迷惑も省みず、いろいろな質問攻めで、お騒がせしてきた。

したがって、先生には数多くの優れたお弟子がおられる中で、私は一番水く、そして親しく御教導を賜ってきた不肖の弟子である、と自覚している。このような先生の大いなる学恩に対して、この拙稿を深甚なる感謝の念をもって、先生に捧げるものである。