

(要約)

## 不法行為責任内容論序説

長野 史寛

### 序 章

従来の不法行為効果論においては、差額説と相当因果関係説を採用する伝統的通説に対し厳しい批判が加えられ、相当因果関係概念のもとで従来扱われてきた問題を、最も上位の不利益事実としての損害を基点に、事実的因果関係、保護範囲および金銭的評価の三段階に区分して捉えるべき旨が主張された。

こうした問題の分節化は、主として思考の明晰化という観点からなされたものであるが、とりわけ保護範囲と金銭的評価の区別について言えば、理論的にも十分な理由がある。すなわち、そこで基点とされる損害概念が事実上権利侵害と異なることを踏まえると、事実的因果関係および保護範囲は、加害者がどこまでの権利侵害について帰責されるかという問題であるのに対し（責任範囲論）、金銭的評価とは、帰責された権利侵害の事実について加害者がいかなる内容の責任を負うべきかという問題に関わる（責任内容論）。ここでは、加害者に一定の結果を帰責できるかどうかということはもはや問題とならず、既に帰責された事実についての責任内容の確定が問題となるという点で、前者とは問題の所在が異なるわけである。

この責任内容論については、従来理論的な検討が十分になされてきたとは言いがたい。例えば、伝統的通説の差額説においていかなる損害項目をなぜ差額計算に含めるべきかは自明でなく、また相当因果関係も批判理論の指摘どおり有効に機能していない。そのため、伝統的通説の枠組は無内容な結論命題でしかなく、いかなる損害賠償がなぜ認められるべきなのかという規範的評価を明らかにすることができない。金銭的評価は裁判官の裁量に委ねられるとの見解は、こうした伝統的通説の実態を明るみに出すものと受け止めることもできる。

もっとも、責任内容論に当たるものについてより実質的な検討を行う先行学説も存在する。

まず、個々の損害項目について賠償範囲を論じる見解がある。そこでは、消極損害については利益取得の確実性、積極損害についてはその不可避性ないし必要性が規準とされる。もっとも、これらは裁判例の分析から抽出されたものであるため、その理論的根拠ないし意味が明らかでないという問題がある。

さらに、いわゆる規範的損害論と呼ばれる一群の見解が挙げられる。そこでは、特に人損を念頭に置いて、いわゆる「原状回復」が損害評価の理念として掲げられる。そこにおいていかなる状態が回復されるべきかに関する規範的評価として、損害賠償の権利追求機能と

いう視点を提示する見解もある。そこでは、損害賠償請求権を侵害された権利の価値代替物として捉えたうえで、まず権利の客観的価値が「最小限の損害」として賠償され、これを超える損害はその具体的な立証をまっけて賠償されるとされる。もっとも、その両者の関係や、後者についての賠償範囲などについてはなお不透明な点が残る。

このように、これらの見解もまた、責任内容論に関する理論と準則を十分に解明するには至っていない。ただし、責任内容に関する実体規範を採求する限りは、規範的損害論におけると同様、一定の結論に至るまでの「規範的評価」が明らかにされなければならない。もっとも、それを重視していくと、「損害」概念はそうした規範的評価を経て得られた結論に対するラベリングでしかなくなる。そこで、従来ともすれば偏重されがちだった損害概念論からはあえて距離を置き、「損害賠償責任の内容はどのような規範に基づいて確定されるのか」という点を直接に検討するのがよいと思われる。こうした「責任内容確定規範」の内容を検討するのが、本論文の課題である。その際の素材としては、既に触れたような従来の研究の不十分さに鑑み、物損・人損という言葉ば古典的・普遍的な問題を対象として、責任内容論の最も基本的・根幹的な部分の解明を目指す。

また、責任内容論の検討に当たっては、従来規範的損害論がそうであったように、不法行為制度目的論との関係を十分に意識する必要があると思われるところ、そうした観点から注目に値するのが、ドイツ損害賠償法をめぐる議論である。そこで、本論文では、そこでの議論を検討し、その基礎にいかなる責任内容確定規範が窺われるのかを検討する。

## 第1章 ドイツ不法行為法・損害賠償法の基本構造

ドイツにおいては、上述の責任範囲・責任内容に相当する区別がされないままに、規範の保護目的によって賠償範囲が決まるとの一般命題が立てられることが多い。しかし、そこでの議論を子細に見ると、こと責任内容論に関しては、この規準は目的論的解釈の重要性を確認する以上の実質的意義を持つものではないことが分かる。そこで、結局、損害賠償の内容を定める個別の規定を分析の対象とすべきことになる。

ドイツ民法典（BGB）においてそうした規定に当たるのは、主として249～254条であり、そこでは、①原則としての自然的原状回復ないし原状回復費用賠償（249条）、②それが不可能または不相当な場合の金銭賠償（251条）という、大きく2段階の構造がとられている。これを踏まえて、前者は「原状回復」、後者は「補償」と呼ばれる。以下では、この構造に即して、それぞれの基礎に見出される規範的評価について触れる。

## 第2章 ドイツ民法典249条—原状回復

原状回復の理解をめぐっては、BGB起草前から現在に至るまで変遷が見られる。

いわゆる差額説を完成させたモムゼンにおいては、総体財産の差額が「利益」として賠償の対象とされるが、だからと言ってその賠償方法が金銭賠償に限られていたわけではなかった。すなわち、「利益」の回復は自然的原状回復によっても可能とされていた。ここでは、自然的原状回復が、差額説の意味での財産損害を填補するための一手段として捉えられている。

その後、BGBの起草過程では、強い異論にもかかわらず、自然的原状回復が原則とされた。そこでの論拠は、モムゼンと異なり、自然的原状回復は権利侵害の除去という目的のために不可欠だというものであり、その点に財産損害の填補に向けられた補償との異質性が見出されていた。もっとも、原状回復費用賠償については、起草者の理解は必ずしも明確でなかった。

しかし、その後、戦前の学説・判例においては、こうした理解は忘れられ、むしろモムゼン流の理解への回帰が見られた。その原因は、当時の学者らが、まさにモムゼンと同様に、差額説を中心とした統一的な損害概念を出発点としたことにある。その結果、自然的原状回復と補償とは、そうした損害の賠償という点において目的を同じくし、ただその態様を異にするだけだと理解されるようになった。また、原状回復費用賠償についても、補償の一類型として、独自の意義を持つものではないとの理解が次第に広まっていった。自然的原状回復が賠償の態様においてのみ特殊性を持つとすると、金銭賠償という点で補償とまさに態様を同じくする原状回復費用賠償に独自の意義などありえず、以上の理解は言わば必然だった。もっとも、こうした理解は、いかなる費用の賠償がなぜ認められるべきなのかという規範的評価を示すことができないという問題を抱えていた。

こうした問題意識から、60年代以降、起草者が想定していた原状回復の本来の意義を再確認し、自然的原状回復を侵害された権利・法益に対応する状態の回復として理解する見解が有力化した。ここではさらに、原状回復費用賠償についても、自然的原状回復の代替物として、それと同じく権利・法益の回復を目指すものであることが明確にされる。すなわちそれは、被害者が加害者の負担において自ら権利回復措置を行えるようにするための手段だというわけである。これによると、まさにそうした目的に資する点に原状回復費用賠償の独自の規範的根拠が見出されることになる。

これによると、原状回復費用賠償の基礎には、権利・法益の回復という規範的根拠が見出される。これを責任内容確定規範の形で表すならば、「侵害された権利の完全性を回復するために支出された費用は、必要な限度で賠償されなければならない」といったものになる。これを「権利回復規範」と呼んでおく。

### 第3章 ドイツ民法典 251 条一補償

251 条については、249 条におけると異なり、一般論としては差額説を維持するのがなお支配的であるが、一部の少数有力説を手がかりに、その基礎にある規範的評価を明らかにすることができる。

251 条における問題は、大きく 3 つに分かれる。第 1 に、権利・法益の客体自体に被った不利益が問題となる場合である。第 2 に、そうした客体の利用に関する不利益が問題となる場合である。第 3 は、不法行為に付随して被害者がなした支出が問題となる場合であり、その代表は、損害回避のために被害者が支出した費用である。以下では、第 2 の問題を中心に、最近の学説の有力な潮流を紹介する。また、第 3 の問題については、特殊な面があるため、別途触れる。

(1) 客体の利用に関する不利益は、物損においては目的物の利用喪失、人損においては労働給付の喪失という形で現れる。これらにおいて、具体的な逸失利益が生じない場合、差額説によると財産損害なしということになりそうである。しかし、それは不当と感じられたため、何らかの形で賠償を認めるべく、様々な財産損害概念論が展開された。

この点につき、判例は、物損と人損とで異なる扱いをする。物損においては、一定の類型の物に限ってではあるが利用喪失についての賠償を認める一方、人損においては、被害者が主婦である場合の例外を除き、原則としては、労働力それ自体は人の属性に過ぎないとの理由で賠償を否定する。学説にも、人格と密接に結びついた利益は 251 条に言う「財産」に当たらないとして、これを支持するものがある。

このような判例の態度について、その背後にはサヴィニーの財産概念および権利論が潜んでいるとの指摘がある。サヴィニーにおいて財産とは、個人の力を外部に拡張するところの権利の総体として把握される（法律的財産概念）。そして、彼において権利とは、主体の外部にある自由領域を主体に割り当てるものとして捉えられる。これによると、自らの人格に対する力は法以前の所与のものであるため、それについての権利を語ることはできない。こうした権利観と法律的財産概念との連結により、主体の人格と切り離すことのできない利益は財産概念から排除される。上述の判例やそれを支持する学説は、こうした財産理解を暗黙のうちに承継しているというわけである。

ところで、サヴィニーの財産概念にはもう 1 つの側面があった。それは、財産とは金銭に換価できるものでなければならないというものであり、これはその後モムゼンの差額説へと引き継がれたと言われる。そうすると、差額説の克服を試みる際に、サヴィニーの法律的財産概念に回帰し、権利に着目することには、沿革的な正統性があると言える。

そして実際、近時はそうした見解が有力な潮流をなしている。それらは、多様なニュアンスの違いがあるが、賠償されるべき損害は権利の保障内容ないし割当内容によって決まるという基本思想において共通する。物の利用利益に即して言うと、所有権には、他人の侵害

を排除するという消極的な機能だけでなく、所有者に包括的な利用・処分の自由ないし権限を割り当て、保障するという積極的な機能が認められる。所有ということの法的な意味はこうした積極的な権限にあり、物自体の価値とはこうした利用処分権限の価値を意味する。一方、こうした権限の行使によって得られる利益は、あたかも果実と同様、所有権自体から独立した法的地位を取得する。したがって、そうした利益が失われたならば、権限自体の価値と並んで、得られたはずの利益の価値もまた賠償されなければならない。このように、権利が主体に割り当て、保障する権限を出発点に、それ自体の価値およびそこから得られる利益の価値の喪失が賠償されるべき損害に当たるとするのが、最近の有力説の潮流である。

このように、サヴィニーの法律的財産概念と同様に、賠償されるべき損害の画定に当たって権利の保障内容ないし割当内容に着目するとしても、サヴィニーにおける権利論、すなわち、主体の人格に対しては権利を語りえず、その保障内容ないし割当内容といったことも問題とならないとの見方まで併せて承継しなければならないわけではない。そして、その限界が克服できさえすれば、物の利用利益と同等の扱いをすることに障害はない。すなわち、自己の身体・健康に対する権利についても、他人の侵害を排除する機能とともに、自己の身体を用いた活動の自由ないし権限を積極的に保障し、割り当てるという機能を見出すことができ、その権限の行使により得られる利益としての労働給付については、賠償が認められるべきことになる。

以上を責任内容確定規範の形で定式化するならば、「侵害された権利が保障する権限またはその行使により得られる利益が失われたときは、その価値が賠償されなければならない」と表せる。これを、以下では「価値補償規範」と呼んでおく。

(2) 損害回避費用については、独立の検討対象とされること自体必ずしも多くないが、一部の有力な少数説によって立ち入った検討が行われている。そこでは、二つの場面が区別される。

1つは、権利侵害の具体的危険が生じた場合に、その実現を回避する場合である。これについては、原状回復の目的からして、権利侵害が既に生じたか、その危険が生じたにとどまるかは決定的でないといわれる。本稿の用語で言えば、「権利回復規範」を時間的に前倒しして適用できるというわけである。

もう1つは、権利侵害が生じた場合に、そこから生じる後続損害を回避する場合である。ここでは、回避されるところの損害が、仮にそれが生じたならば賠償されるべきものであるかどうかが決定的といわれる。これは、本来ならば賠償されるはずのない不利益が、被害者がそれに関して支出をすることによって賠償されるべき損害に転化するというのは説明がつかないという理由による。そして、回避される損害が本来賠償されるものかどうかは、先述のように、それが権利の保障する権限またはそこから得られる利益にかかるものかど

うかによって決まるとするのが近時の有力な潮流である。もっとも、権利の保障する権限とは権利それ自体であり、それについての損害の回避とは上述の権利侵害の回避に他ならないため、ここでの問題として残るのは、そこから得られる利益である。そうすると、以上の議論は、時間的に拡張可能な権利回復規範の射程について、その対象を権利からそこから得られる利益にまで及ぼすことで、さらに拡張するものと見ることができる。これによると、例えば修理期間における代物の賃料も、当該期間における利用利益の喪失を回避するための費用としてここに位置づけられる。

これらの少数説は、これまでに得られた「権利回復規範」と「価値補償規範」を踏まえれば、説得的かつ一貫したものと言える。これによると、本稿の視点からは、権利回復規範の延長線上に、その拡張として次のような2つの責任内容確定規範が得られる。「権利侵害を回避するために支出された費用は、必要な限度で賠償されなければならない。」「権利の保障する権限の行使によって得られる利益が失われるのを防ぐために支出された費用は、必要な限度で賠償されなければならない。」以下ではそれぞれ、「権利保全規範」、「利益保全規範」と呼んでおく。

#### 第4章 各規範の適用関係

ここまでの検討により4つの規範が得られたが、それらの適用関係はどうなるかがさらに問題となる。すなわち、複数の規範の適用が内容上両立しないことがあり、その場合には優先関係を決めるための判断枠組が必要となるのである。

ドイツにおいては、以上のような複数の規範がそれ自体として認識されているわけではないため、その間の適用関係に関する議論も正面から行われてはいない。しかし、関連する問題をめぐる議論からは、概ね次のような枠組が浮かび上がる。それは、複数の規範の適用が両立しない場合において、一方の規範の適用による被害者の追加的な負担と加害者の経済的利益（あるいは経済的効率性）とを衡量した結果後者を保護する要請が上回ると判断されるときは、当該規範の適用が排除されるというものである。

#### 第5章 ドイツ法の総括と補足

以上の検討により得られた4つの責任内容確定規範は、性質上、「価値補償規範」とそれ以外の3つに大別できる。後者は、「権利回復規範」またはその拡張であって、いずれも不法行為に対する被害者の対抗措置が問題となっているため、「対抗措置規範」と総称しておく。これらは、実質面でも、「対抗措置規範」においては、権利またはそこから得られる利益の現実の回復ないし保全が目指されるのに対し、「価値補償規範」においては、金銭による価値的な回復が目指されるという違いがある。

他方で、以上の4つの規範は、いずれも侵害された（またはそのおそれのある）権利を中心に据えている点で共通する。もっとも、こうした規範群は、少なくともこのような形ではドイツにおいて明確に認識されているわけではない。それは、権利も客観的な命令・禁止規範に解消できるとの見方（法命令説）が、行為不法論を通じて不法行為法理論に長らく影響を及ぼしたことによると考えられる。これに対し、最近では、本論文でも検討してきたとおり、権利による権限の割当・利益の保障という積極的側面を明確に打ち出す見解が有力な潮流をなしてきている。その基礎には、権利の保護・救済に不法行為法の目的を見出す権利論の思想を見出すことができる。

そして、これと日本の不法行為法における権利論を対比してみたとき、日本法につき一定の示唆が得られる。すなわち、ドイツにおいて権利論に相当する流れは、以上のような効果論（責任内容論）に関する一定の理解を伴っている。これに対し、日本において「不法行為法は個人の権利を保護するための制度である」と言われるとき、そこでの「保護」ということの内実は必ずしも明らかでない。しかし、以上のドイツにおける状況に鑑みれば、不法行為法において権利論を打ち出す以上、この点を明らかにすることが不可欠とすべきだろう。そして、この点については、ドイツにおける以上の検討から得られた、権利を基礎に据えた4つの規範群が、少なくとも一定の手がかりとなりうると思われる。

## 第6章 日本法へのフィードバック

そうした観点から、最後に、日本法への簡単なフィードバックを試みたい。

(1) 以上の規範群が日本法にとっていかなる意味を持ちうるかを考えるに当たっては、責任内容確定規範のあり方が不法行為法によっていかなる目的が実現されるべきかという点と密接に結びついていると考えられることからすると、まずは不法行為制度目的論との接合を図る必要がある。この点に関する日本での議論は、①権利の保護を目的とするもの、②社会厚生 of 改善に制度目的を求めた上で、そこで考慮される効用を何らかの手法により事実的に捉えるもの、③社会倫理秩序の維持を目的とするもの、④共同体的な関係性の回復を目的とするものの4つに概ねまとめられる。

以上の規範群は被侵害権利を基礎に据えたものであるため、①の立場が妥当する限りにおいてそれが責任内容論において妥当すべき理論的必然性があると考えられる。そして、本論文が対象とする物損・人損の問題領域に関しては、権利の保護がその目的であるという理解にそれほど異論はないだろう。そうすると、これらの領域における責任内容論については、ドイツ法の検討から得られた規範群が日本においても妥当すべき理論的必然性があると考えられる。これは、以下に見るように、従来の判例・学説との接合によっても裏づけられる。

(2) まず、従来判例上一般に賠償が認められている損害項目は、以下に述べるとおり、上述の規範群によって適切に説明できる。まず、物損における修補費用および人損における治療費・手術費等は、権利の完全性を回復するための費用として、権利回復規範に対応する。物損における目的物の交換価値や、人損における逸失利益などは、権利の保障する権限またはそこから得られる利益の価値を填補するものとして、価値補償規範に対応する。慰謝料についても、自らの身体を用いた活動の自由ないし権限から得られる様々な精神的利益を価値的に填補するものと捉えるならば、やはり価値補償規範によって把握できる。また、介護費用などは、こうした精神的利益の喪失を、他人の助力を得て回避するものと見ることができ、利益保全規範に対応する。一方、物損において利益保全規範に対応する損害項目として、物の利用利益を保全するための費用としての代物賃料が挙げられる。

問題は権利保全規範であるが、建物設計・施工者の当該建物所有者に対する修補費用の賠償義務を認めた最判平成19年7月6日（民集61巻5号1769頁）は、これに対応する賠償を認めたものと理解することが可能である。この判例については様々な読み方が示されているところだが、そこでの修補費用の実質は、生命・身体・財産などの権利に対する危険を除去し、もってその侵害を事前に回避する点にある。これはまさに権利保全規範の発想に他ならず、それを踏まえることによって適切な理解が可能となると考えられる。

このように、は、物損・人損をめぐる判例上の準則は、先述の4つの規範群と概ね整合するだけでなく、それらによって初めてよりよく理解できる部分も少なくない。そして、同時に、それらがなぜ賠償されなければならないのかという規範的評価を、不法行為制度目的に即して明らかにすることができる。

(3) 次に、冒頭に挙げた先行学説との関係についてである。

まず、損害項目の賠償範囲に関して言われる必要性または確実性の規準は、概ね対抗措置規範と価値補償規範に対応する。すなわち、前者は対抗措置規範における費用支出の必要性に対応し、後者は、価値補償規範において、権限行使によって利益が取得されたであろうと言えるための規準に当たると言える。そうすると、本論文の検討結果はこの見解とも整合するとともに、従来必ずしも理論的根拠が示されてこなかったこの見解に対して、権利論を基礎とした理論的基礎を与えることができる。

次に、いわゆる規範的損害論との関係である。そこで、特に人損について「原状回復の理念」が説かれる際、第一次的に念頭に置かれるのは、手術費用やリハビリ費用、介護費用などである。ここでは、身体・健康に対する権利それ自体やそこから得られる精神的利益の、一定の措置による現実の回復が想定されており、これは「対抗措置規範」の発想に他ならない。他方、同じ原状回復と言っても、損害賠償請求権の、侵害された権利・法益の価値代替物としての性格が強調されるときには、権利やそこから得られる利益の、現実ではなく価値

値的な回復が想定されている。これは、「価値補償規範」の発想に他ならない。

このように、本論文において得られた規範群は、既に従来 of 先行学説においても対応する発想を見出すことができるだけでなく、一部においてはそれらの見解の十分でなかった部分を補足することができる。

## 結 章

以上から、少なくとも物損・人損の領域においては、上記の規範群が日本においても既に妥当していると結論づけられる。これによると、責任内容の確定に当たっては、これら規範群の基礎に据えられる被侵害権利の保障内容の解釈が決め手となることになり、個々の権利に即した解釈作業が今後の課題として確認される。