

不法行為法における権利侵害要件の「再生」

吉 村 良 一*

目 次

- はじめに
 - 第1章 歴史的経緯
 - 第1節 民法典起草時の議論
 - 第2節 その後の議論
 - 第2章 権利侵害要件の「再生」
 - 第1節 権利侵害を重視する理論の台頭
 - 第2節 その背景
 - 第3章 不法行為法における権利侵害の意義
 - 第1節 権利侵害要件の不法行為法における位置
 - 第2節 権利侵害・法益侵害を独自の要件とする裁判例をどう見るか
- おわりに

はじめに

わが国の不法行為法の一般規定である民法709条は、権利侵害を要件としてあげている（旧規定）。しかし、周知のように、大正期以降の判例・学説は、「権利侵害から違法性へ」のテーゼの下で、権利侵害に独立した要件の地位を与えて来なかった。もちろん、これに対し、後述するように、権利侵害要件を重視する学説は存在したし、また、違法性論の中でも、絶対権侵害即違法として、権利侵害に固有の意義づけを与える学説も有力に主張された。加えて、近時では、「内心の静穏」といった新しい精神的・情緒的な人格利益に関する権利や、平穏な生活を営む権利 = 「平穏生活

* よしむら・りょういち 立命館大学教授

権」が裁判例や学説において問題となり、環境権や景観権などの公共的性格をも有する権利も主張されている。さらに、これも後に詳述するように、権利侵害(ないし法益侵害)を固有の要件とする一連の最高裁判決が登場し、また、憲法と民法という問題視角から、権利(=基本権)保護として不法行為法を再構成しようとする主張も登場している。このような権利論ないし権利侵害要件の「再生」とも言える状況の中、民法の現代語化改正が行なわれたが、そこでは、権利侵害要件が廃止されるのではなく、存置の上、「法律上保護される利益侵害」と併置されることになった。今回の改正は「判例や学説において定説化した内容を条文化する」という立法者の説明から、ことさらに不法行為要件論において、特定の、あるいは新しい立場をとったものを見ることはできないが、とはいえ、上記のような権利ないし権利侵害の「再生」状況に何がしかの影響を与える可能性もある。

本稿では、これらの動きを整理した上で、権利侵害要件、ひいては権利概念が不法行為法上持つ意味について考えたみたい。

第1章 歴史的経緯 「権利侵害から違法性へ」

第1節 民法典起草時の議論

この点については、すでにすぐれた研究が多数存在する¹⁾ので、ここでは、それらに依拠し、権利侵害要件がいかなる意図で、いかなる内容のものとして民法典に導入されたのかを簡単に確認しておこう。良く知られているように、ポアソナードの草案や旧民法の不法行為規定には、権利侵害要件は規定されていなかった。それが導入されるのは明治民法の起草段階であった。櫛比昭人(敬称略。以下同じ)の研究によれば²⁾、起草段階では、不法行為法自体の起草方針をめぐる、梅謙次郎の「実害主義」と、穂積陳重の「権利侵犯主義」の争いがあった。「権利侵犯主義」とは、権利侵害があれば損害が発生していなくても損害賠償責任が成立するという立場であり、この立場は、法律上保護された権利の侵害を要件とすること

によって行為基準を明確にし法秩序を維持することを目指すものであった。それに対し、「実害主義」とは、不法行為の目的を損害の賠償に置き、権利侵害のほかに損害（実害）の発生が必要だとするものであった。ただし、梅によれば、ここでの損害は財産的損害に限定されるものではなく、「有形無形ノ損害」を含むとされた。この論争は、結局、梅の「実害主義」の勝利に終わるのだが、そうだとすると、逆に、不法行為の要件として、なぜ損害のほかに権利侵害が必要なのかが問題となる。

権利侵害要件が置かれたことの意味については、すでに多くの研究が明らかにしているが、その要点は、権利侵害を要件にすることによって個人の活動の自由を確保することにあったということである。櫛比は、権利侵害は、行為の客観的側面を評価することにより行為者の自由な活動領域を明示的に確保することのために導入されたとする³⁾。さらに、前田陽一は、明治民法においては損害が「金銭上の損害」に限定されず、「無形損害」をも含むことになるが、そのことによる賠償対象の不明確化を避け、賠償対象を明確化するために、損害に加えて権利侵害を要件としたと分析している⁴⁾。このように、起草者は、権利侵害要件によって賠償対象を客観的に（主観的側面からの限定が故意・過失要件）限定し活動の自由を保障することを目指していたのである。しかし、起草者がここで権利として理解していたものは広いこと、すなわち、債権を含む財産権のほか、生命・名誉といった人格権をもカバーするものと解していたことも、これまた多くの研究がすでに明らかにしていることである。ただし、起草者は既存の権利の不法行為上の保護を考えていたのであり、不法行為上の保護によって権利を新たに形成することは否定していた⁵⁾。なお、このような権利侵害要件の採用には、ドイツ民法の影響が大きいとされるのが一般的だが、瀬川信久は、「問題の実質」を見るならば必ずしもそうとは言えないとする。すなわち、本条の権利がドイツ民法の権利よりも広いこと、穂積が、権利侵害要件による限定は「何レノ国ノ規定モ歸スル」と述べていること、富井政章が旧民法の注釈書の中で「権利侵犯」要件の必要性を説き、その際、

イギリス法やフランスの学説をあげていることなどから、「権利侵害を要件とするのは、当時のヨーロッパ諸国の不法行為法に共通していた」と指摘している⁶⁾のである。さらに、後の議論との関係で重要なのは、起草者が違法性要件についてどう考えていたかであるが、錦織成史は、709条における議論に加えて720条に関する議論をも分析し、「権利侵害という要件の採用によって基本的にはドイツ法的な違法性 有責性をわが民法の不法行為法の中に採り入れる」のが起草者の基本的見解であるとする⁷⁾のに対し、大河純夫は、ドイツ民法(第一草案・第二草案)が「違法に」という限定的用語を付加していたにもかかわらず、起草者が民法709条に「違法に(不法に)」を加えなかったことや、侵害対象を「確立した既存の権利」に限定する起草者の立法方針に照らして、「起草者は権利侵害に、規範的評価を必要とする『不法に』を付加して、不確定的な要件とすることを意識的に回避した」とする⁸⁾。

第2節 その後の議論

民法典施行後の判例や学説、特に、雲右衛門判決から大学湯事件判決へ、権利侵害の違法性への読み替えから相関関係説へといった大きな流れについては、教科書レベルでも説明されているところであるので、詳細は省略して、ここでは、いくつかの点に絞って述べておきたい。「権利侵害から違法性へ」の転回のターニングポイントとなったのは、大学湯事件判決であるが、周知のように、この判決は、権利侵害を違法性に置き換えたものではなく、不法行為とは法規違反の行為により法律上保護される利益を侵害した場合を指すとして、老舗の利益(実態は逸失利益)侵害に対し不法行為上の保護を与えたものである。この判決につき、(大審院第三民事部の)判決理由と(大審院判例審査会民事部が作成した)判示事項・判決要旨には相違があるとの大河の指摘が興味深い。それによれば⁹⁾、第三民事部は、権利侵害要件を「法規違反の行為」によって「他人を侵害したこと」と読み替えた上で、権利侵害要件からの「離脱」をはかろうとしたの

に対し、審査会は、判示事項を「不法行為に依り侵害せらるる権利」とし、判決要旨において、湯屋業の老舗そのものもしくはそれを売却することによって得られる利益を民法709条にいわゆる権利に該当すると整理することによって、権利の「拡張」という考え方を示したのである。大河は、それを「権利侵害要件からの『離脱』とその『拡張』との相克の姿を『民集』で示した」としている。

このような「相克」のうち、その後の学説や判例の主流が、権利侵害を違法性要件に読み替える(末川博の「権利侵害=違法性徴表論」から我妻栄の相関関係説へ)という方向、すなわち、権利侵害要件からの「離脱」の道をとったことは、良く知られているところである。しかし、学説の中には、権利侵害要件の「拡張」の道を探ったものもなかったわけではない。例えば、来栖三郎は、民法709条の「権利」を起草者のように広く解すれば権利侵害要件を違法性に置き換える必要はない、「権利」は広い概念であり、「社会の発達に伴い発展しうる概念」であって、「社会秩序上保護すべき新たな個人の利益が生じたら権利の概念の拡大として……不法行為制度の保護に浴せしめうるであろう」とする¹⁰⁾。五十嵐清もまた、人格権をめぐる議論を念頭において、「社会的類型的に保護されるべきほどに達した利益」を保護することにすれば、権利侵害を違法性に置き換える必要はなかった、人格的利益を人格権と構成しないことは妨害排除を認めることを困難にした、人格権の保護に焦点をおくならば、「権利侵害の類型化」の道も再検討に値するのではないかとしている¹¹⁾。

ところで、権利侵害要件から「離脱」した主流の違法性論においては、権利侵害は、要件としての独自の意義を失うことになる。末川説では、権利侵害は(より包括的かつ高次の概念である違法性)の徴表であるとする点で、その存在意義は完全には失われていない。しかし、我妻説以降のいわゆる相関関係説では、権利侵害の有無は不法行為成立要件としては問題にならないか、せいぜい被侵害利益の性質における考慮要素の一つでしかなくなることになる。我妻説を継承し、戦後の不法行為法理論の通説を形

成した加藤一郎は、「権利」の概念は固定的になりやすいこと、「権利の生成過程を見ると、まず不法行為による損害賠償を認めるという形で消極的な保護が与えられ、次第にそれが成長して権利としての積極的な主張が認められるということが多い。そうだとすれば、不法行為の場合まで一律に権利としてまとめることに、あまりこだわらない方が、適当ではないかと思われる」などとして、権利を広く解し権利侵害要件を維持するのではなく、それを違法性要件に置き換えることの方がすぐれていると述べている¹²⁾。その後、この相関関係説には厳しい批判が加えられ、過失との関係の曖昧化もあって、「不法行為法学の混迷」¹³⁾状況が招来されるのだが、興味深いのは、違法性概念はドイツ流のものであり、わが国の不法行為法では無益有害な概念だとしてそれをもっとも厳しく批判した平井宜雄においても、権利侵害要件が復活しているわけではないということである。すなわち、平井は、709条において違法性概念を用いる「法技術的な意味はこれを認めるべきではない」、「『権利』が拡大された結果、不法行為成立の限定的機能を失った『権利侵害』の要件は、理論的には独立の要件たる地位を失い、『過失』または『損害』の発生の要件に吸収されたものと解すべきである」とするのである¹⁴⁾。

第2章 権利侵害要件の「再生」

第1節 権利侵害を重視する理論の台頭

大塚直は、権利侵害要件を何らかの形で存置しようとする立場が最近では勢いを盛り返しつつあるとして、四つの理論動向を整理している¹⁵⁾。それを参考に、以下、特徴的な議論を紹介してみよう。まず第一は、権利の中でも絶対権を重視し、その侵害に不法行為法上、固有の意義を認め、それ以外の利益侵害と区別する立場である。これは、権利侵害を違法性の徴表とし、それ以外の違法と区別した末川博の考え方(違法性二元論)を受け継ぐものだが、ここでは、受忍限度論を批判し、差止めをも視野に入れ

て主張された原島重義の考え方が重要である。原島は次のようにいう¹⁶⁾。未川は、権利侵害を違法性に置き換えたのではなく、違法を権利侵害の場合と権利侵害のない場合に二大別するのであり、権利侵害という判断標識は生きている。権利侵害を違法性に置き換えることは権利観念の稀釈化をもたらした。権利論が確立しなかったことは、「個人の自由の本拠」が確立しなかったことを意味する。「権利侵害は、違法性阻却事由なき限り、ただちに違法であり、差止請求の理由となる。さらに、加害者に故意、もしくは過失があるときは、損害賠償請求の理由となる。」「権利侵害でなくても違法な場合に、権利侵害と同じ救済」が与えられる。このように原島は、違法性概念を採用しつつ、それを、権利侵害の場合(原則として違法)とそれ以外の場合に二元的に区別することによって、権利侵害に固有の意義を与えているのである。このような原島の問題提起を受けて、不法行為の成立要件において権利侵害の場合とそうでない場合を区別する学説は多数存在するが、ここでは、澤井裕のものを取り上げる¹⁷⁾。澤井は、「事後的評価である法秩序違反としての違法性と、同時的評価である行為規範違反としての有責性を区別する」。そして、違法性につき、「絶対権侵害とか人の生命・身体など絶対的に保護されるべき法益を侵害されたならば直ちに違法となり、その周辺の権利の侵害または被害の程度が重大でない法益の侵害は、侵害行為の悪性を斟酌されて判断されることになる。また、侵害行為の悪性が犯罪的であれば、侵害された利益の性質・程度を問わず違法と判断される」とする。すなわち、澤井にあっては、不法行為は、「絶対権タイプ」「衡量タイプ」「行為タイプ」の3類型(澤井はこれを「違法性の類型」と呼ぶ)に分けられることになるのであり、原島と同じく、違法性の下位概念に位置づくとはいえ、権利(絶対権)侵害に固有の存在意義が見いだされている。

第二に、違法性概念を採用することなく、条文(この場合は、旧条文)に素直に、権利侵害要件を積極的に位置づける説もある。例えば、星野英一は、「民法709条の構造に即した無理のない構成」をとるべきだとして、

「民法709条の要件として、条文どおり故意・過失と権利侵害とを考へ、それぞれの内容を検討すれば足りるのではないかと思われる」とする。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のがすなおであろう。つまり、我妻説にいう『被侵害利益の態様』にあたるものが『権利侵害』に、『侵害行為の態様』にあたるものと同説にいう故意過失を含めたものが『故意過失』にあたるということになる」とする。星野はまた、「このように考えると、『権利侵害』を『違法性』におきかえる必要は全くない」、違法性概念の採用は、違法性とは何かという難問をしょいこむことになるという¹⁸⁾。このように、違法性概念をとることなく、不法行為要件を端的に「権利侵害」に絞り込むことになると、権利侵害とは何かが問題となり、現代社会における利益の多様化を踏まえれば、その内容は（絶対権に限定されないことはいうまでもなく）、相当に広く柔軟なものでなければならなくなる。この点につき、星野と同じく、権利侵害要件を「再生」させようとする幾代通は、以下のように述べている¹⁹⁾。すなわち、「この要件は、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り、709条の「権利」の意味は、「その侵害につき不法行為法上の救済を与えるのが妥当と認められる利益」と解すべきである。

第三に、1980年代末以降、「内心の静穏な感情を害されない利益」が法的保護に値するかという点が問題になり、その際に、権利侵害要件を活用する裁判例が登場した（例えば、自衛隊合祀訴訟判決や水俣病待たせ賃訴訟判決 - これらの判決については、後にあらためて検討する）ことを受けて、それらの裁判例の動向を積極的に評価し、権利侵害要件の「再生」をめざす主張がある。大塚直の主張である²⁰⁾。大塚によれば、「人権意識の高揚に伴って、昭和60年代以降、従来不法行為法上保護されてきた人格的利益とは異なる、より法的利益性が小さい利益の侵害に関する判決が……

相次いで出され、その成否を判断するために『権利侵害』要件を活用するに至っていることが注目される。特に、これらの裁判例で、権利侵害でないとの理由で請求が否定された事例があることは、「正に『権利侵害』が709条における要件としての意義を獲得しつつあることを表していると考えられる」(「権利侵害要件の再生」)。「これらの裁判例は、権利侵害概念を違法性概念に吸収し、置き換えるという従来の通説を採らないだけでなく、権利侵害ないし法的利益侵害を不法行為の独立の要件として扱うことを示唆するものといえよう。そして大塚は、このような傾向を、「思考経済及び損害等の要件の過重負担回避の観点からも高く評価されるべきであり、今後とも維持・展開されるべきである」とするのである²¹⁾。榎見由美子も、最近の人格権ないし人格的利益の侵害を扱った事例において、権利侵害要件を独立の要件として用いる判決が相次いでいることを指摘した上で、「被侵害利益を中心に考察する『権利侵害』要件の存在意義は、なお判例の中に命脈をたもっていた」とし、「『権利侵害』要件は、不法行為法上の法的保護を必要とする紛争において、被害者をその侵害から保護すべき新たな『法益』の創設が必要であるかどうか、そしてそれを認めることによって得られる『法規範』の実効性の確保が当該紛争において必要であるかどうかを判断するための枠組としての存在価値を有するものである」とする²²⁾。

第四のものとして、憲法を頂点とする法秩序により保障された個人の権利保護の制度として不法行為法を位置づけ、そのような立場から権利侵害要件の「再生」を主張する立場がある。まず潮見佳男は、以下のように述べる。従来の考え方では、「法律秩序」を破ること自体が不法行為制度の本質であって、権利はその「法律秩序」が部分的に発現したものにすぎないと考えられてきた。しかし、「不法行為制度には……個人の権利の保障という大きな意味がある」²³⁾。その上で潮見は、「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、709条にいう『権利』としての要保護性を決定していく

べき」だと主張するのである²⁴⁾。潮見の提起を受けて、権利侵害をめぐる起草段階以降の議論を整理したのが、山本敬三である。山本によれば、「日本の民法典は、侵害された権利を保護することを不法行為の目的とし『権利侵害』という要件を定めた。しかし、それと同時に、各人の行動の自由が害されることがないように過失主義を採用し、『故意・過失』という要件を定めた。その意味で、日本の民法典は、権利・自由の保護とその調整 という考え方にしたがって構想されたといえることができる。しかし、その後の学説(末川・我妻の違法性論)は「こうした民法典にある『権利本位の法律観』を問題視し、『社会本位の法律観』への転換をはかった。」「その結果、不法行為制度の目的は、権利・自由の保護ではなく、法秩序の維持・回復に求められることになる。違法性論に対しては平井の痛烈な批判があるが、そこでも、権利本位の法律観からの転換という側面は直接批判の対象となっていない。これに対し、潮見の主張は、「権利・自由の保障とその調整」という当初の構想への回帰」として高く評価しうる(山本は「画期的」とする)。このように学説を整理した上で山本は、「現在では、憲法によって基本権が保障され、それを他人による侵害から保護することが要請されているとするならば、民法典の構想は、むしろそうした憲法の趣旨に沿うものということもできる。少なくとも、この方向で不法行為制度を一度徹底的に検討してみることが、避けて通れない課題だというべきであろう」として、自己の年来の主張である憲法と民法に関する議論(不法行為を含む民法上の諸制度を基本権保護義務との関係で位置づける議論)を踏まえた不法行為論(権利侵害論)の方向を提示しているのである²⁵⁾。

第2節 その背景

このような権利侵害要件の「再生」が生じた要因にはいくつかのものが考えられるが、その第一としては、不法行為法上保護される利益が拡大し多様化し、同時に、それらの利益の多くが権利として主張されるように

なったという事情があげられる。吉田克己は、現代不法行為法学においては、被侵害利益が拡大・変容してきたとして、「被侵害利益の主観化」と「被侵害利益の公共化」の二つの方向を指摘する²⁶⁾。前者の主観化とは、例えば、セクシュアル・ハラスメントの不法行為法上の救済であり、後者の公共化とは、例えば、国立景観訴訟におけるような、公共的性格をも有する景観利益の侵害に対する不法行為上の救済をめぐる議論などである。さらに、被侵害利益の主観化・公共化に加えて、「リスク社会」化²⁷⁾の進行の中で、不確実なリスクに対する人々の安心・安全感が不法行為やさらには差止めによる法的保護の課題となってきたことも、保護法益の拡大・多様化を押し進めている。例えば、建物を暴力団事務所として使用することの差止めを求める訴訟において、「生命・身体、財産等を侵されることなく平穏な日常生活を営む自由ないし権利がある」(静岡地浜松支決昭和62年10月9日判時1254・45)とされ、さらに、廃棄物処理場による水質汚濁のおそれが問題になった事件で、「客観的には飲用・生活用水に適した質である水を確保できたとしても、それが一般通常人の感覚にてらして飲用・生活用水に供するのを適当としない場合には……平穏な生活をも営むことができなくなる」として、差止めの根拠としての「平穏生活権」がいくつかの訴訟で認められるようになってきているが、ここでは、健康や生活における具体的な被害の発生ではなく、平穏な生活を送れなくなるという人々の感覚(不安感)が問題となっているのであり、まさに、リスク社会におけるリスク(安心・安全感の侵害)への対応が行われているのである²⁸⁾。これらの裁判では差止めが争われているが、「平穏生活権」の侵害は、当然、不法行為法上の保護としても構成しうるものである。このような、主観的利益、公共的利益、さらには、リスクに対する保護は、そこで、果たして権利を語りうるかどうかについては議論があり、もしかりに権利を語りうるとしても、他の権利ないし利益との調整を必要とする点で、絶対権ないし排他的支配権とは異なる権利ではあるが、このような多様な利益が不法行為や差止めによる保護の対象となってきたこと、そして、それ

らの多くにおいて、「権利」(人格権や景観権, 平穩生活権, 環境権等)が語られることが, その要保護性を判断する枠組として, 再び権利侵害要件が脚光を浴びてきたことの背景として存在するのである。

第二は, 以上の吉田の指摘, とりわけ第一点の被侵害利益の主観化と重なるが, 裁判例において, 違法性とは別の(多くはその前段階の)ところで, 被侵害利益や権利の要保護性を論ずるものが増えてきていることも, 権利侵害要件「再生」の直接の要因になっている。この点については, 後に詳述する。

さらに第三には, 不法行為の目的の理解が, 従来, 被害者救済や損害の填補, 加害者と被害者の公平の確保といったものから, 被害者の権利保障, 加害行為の抑止や制裁をも視野に入れたものへと拡大・変容してきていることも重要である。また, 名誉毀損等の人格権侵害, 公害等の環境破壊など, 損害賠償に加えて差止めが重要な課題になるケースが増えてきているが, 差止めの場合, 判例・通説は, それを何らかの権利が侵害された場合ないし侵害の恐れがある場合に認めるので(いわゆる権利構成 - 大阪空港訴訟控訴審判決, 北方ジャーナル事件最高裁判決等), 当然にそこでは, 権利侵害要件が重要な意味を持つ。そして, そこでの議論が, 不法行為による損害賠償の要件論にも跳ね返ってくるのである。

第3章 不法行為法における権利侵害の意義

第1節 権利侵害要件の不法行為要件における位置

(1) 権利侵害要件の「再生」という場合, その要件を他の不法行為要件との関係でどう位置づけるかが問題となる。特に重要なのは, 違法性との関係である。その点に着目しつつ, いくつかの代表的な議論を見てみよう。まず, 澤井裕は, すでに紹介したように, 「事後的評価である法秩序違反としての違法性と, 同時的評価である行為規範違反としての有責性を区別」した上で, 違法性の中に権利(この場合は絶対権)侵害を位置づけた。

すなわち、澤井は、不法行為を「絶対権タイプ」「衡量タイプ」「行為タイプ」の3類型に分けるが、これらは違法性の類型であり、このうち、「絶対権侵害とか人の生命・身体など絶対的に保護されるべき法益を侵害されたならば直ちに違法とな」とするのである²⁹⁾。

最近の議論でこれと同じく、権利侵害と違法性を併存させるものとして、藤岡康宏の主張がある。藤岡は、不法行為で保護されるべき利益には基本的なものとそうでないものがあり、その種別を不法行為要件で受け止める場合、前者を権利概念に包摂し、後者を法的に保護される利益として分けて考えることも、両者を一つの「権利」概念に包摂させ、権利概念を拡張的に考えることも可能だとする³⁰⁾。ここでは、基本的なものとそうでないものを不法行為法の要件上どう振り分けるかについての藤岡の考え方は必ずしも鮮明ではないが、藤岡は別のところで、民法709条の新規定に関連させて、「不法行為上の救済が必要とされる保護法益が多種多様である」とことを考えると、社会構成原理として、基本的なものと、そうでないものを区別し、それに対応した保護のあり方を構築することが重要となるが、『権利』侵害と『法律上保護される利益』侵害の併記はその必要性を条文の形で示唆したものと解しえないわけではない³¹⁾としていることから、前者、すなわち、権利と利益への振り分けが藤岡の立場と言えるのではないか。その上で藤岡は、「違法性判断に依拠することにより、必要があれば全法秩序にわたる広い範囲の価値判断を損害賠償法の領域に取り込むことが可能になる」として、違法性概念の必要性をも指摘しているのである³²⁾。また、別の論文では、「不法行為には、被侵害法益の特性を重視して違法判断を行なう場合と、法益の特性が定まっていないことから、侵害行為の態様を重視して違法判断を行なわざるを得ない場合があるのではないかとし、前者を「権利侵害型」、後者を「行為規範侵害型」と呼び、前者が709条新規定の「権利」侵害型、後者が「法律上保護される利益」侵害型に対応するとしている³³⁾。このように見てくると、藤岡の主張は、結局、権利侵害とそうでない場合を区別し、その上で違法性概念を存置さ

せているという点で、澤井裕の考え方と近いものとなってくる。ただし、澤井にあっては、「絶対権タイプ」の不法行為は「絶対権侵害とか人の生命・身体など絶対的に保護されるべき法益」侵害に限定されるのに対し、藤岡においては、「『権利』」の概念は動態的に把握されるべき³⁴⁾であり、不法行為法の権利形成機能により行為規範違反型が権利侵害型に移行することも、反対に、社会観念の変化によって権利侵害型が行為規範違反型に移ることもありえないわけではない³⁵⁾として、両者の関係が柔軟かつ動態的なものとされている点が異なる。

以上の説が権利侵害を違法性の中に位置づけていたのと異なり、権利侵害を違法性とは切り離し、しかも違法性を存置させる説として四宮和夫の主張がある³⁶⁾。四宮は、「『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るように思われる。本書のような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』」侵害への危険性および侵害の危険におびやかされる法益の重要性であって、「『権利』」侵害それ自体ではない。したがって、「『権利』」侵害自体は違法性のなかに吸収し尽くすことのできないものである」とし、故意・過失の「連結点」として、「『権利』」侵害は、不法行為の成立に必要な構成要件の一つである」とするのである。すなわち、四宮説は、行為不法の立場からの違法性論と権利侵害論であり、したがってそこでは、権利侵害 = 違法という結果不法の立場は排除されている。

第三に、違法性概念をとらずに、それを権利侵害要件に置き換える一連の主張がある。すでに紹介したように、星野英一は、「民法709条の要件として、条文どおり故意・過失と権利侵害とを考え、それぞれの内容を検討すれば足りるのではないかと思われる」とする。そして、違法性概念を採用しないのである³⁷⁾。不法行為の目的を個人の権利保護にあるとした潮見佳男も、違法性と故意・過失ではなく、権利侵害と故意・過失の要件を対置する。すなわち、潮見は、権利侵害要件において「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、709条にいう『権利』としての要保護性を決定していくべき」であり、被侵害利益と侵害行為の相関的な判断は、「不法」「違法」要件ではなく、故意・過失要件においてなされるべきとするのである³⁸⁾。この潮見の主張の特色は、個人の権利保護という不法行為法の目的理解から権利侵害要件を重視し、同時に侵害行為との相関的判断の必要性は認めるが、それを違法性という概念で行なうのではなく、加害者の行為を判断する故意・過失要件に吸収しているところにある。これと似た不法行為要件の構造を主張するものとして、窪田充見がいる。窪田によれば³⁹⁾、不法行為の要件は、侵害された利益に対する社会的評価を判断する要件としての権利侵害（または法律上保護される利益の侵害）と、行為態様に対する評価である故意・過失に分けられる。従来、違法性の中に取り込まれていた侵害行為の態様は、後者の故意・過失要件に含まれる。窪田説の大きな特徴は、不法行為法の権利生成機能を重視する立場から、権利概念を（藤岡の「権利の動態的把握」と同じく）柔軟なものとし、法律上保護される利益との区別を流動的なものととらえていることである。すなわち、窪田は、「権利としての生成の緒についたばかりの利益は、多くの場合、権利としてのあらゆる属性が承認されているわけではない。そうした利益に対しても、不法行為法は、損害賠償による保護を与えることが可能である。そして、そうした保護が積み重ねられていくにしたがって、当該利益が権利として承認されていくという状況があり得るし、そうした不法行為の権利生成機能を軽視すべきではない」とするのである。

近時有力に主張されているものに、加藤雅信の、不法行為二分論がある。そこでの権利侵害の位置はこれまで紹介した説のいずれとも異なる。加藤によれば⁴⁰⁾、不法行為法上保護される利益には、「侵害があった場合に侵害者に故意・過失があれば常に損害賠償が認められる」「絶対権・絶対的利益」と、「一般的に保護されるわけではないが、悪辣・悪質な方法での侵害からは保護される」「相対権・相対的利益」がある。前者では、故意・過失と権利侵害・利益侵害の二元論が適合的であるが、後者について

は、違法性一元論（「被侵害利益の種類・性質，侵害行為の客観的態様，行為者の意図等の内心的な要素を総合的に判断した違法性の有無のみを基準とする一元的な判断枠組み」）によって考えるべきである。不法行為法上の利益を絶対権的なものとそうでないものに分ける点では，澤井や藤岡の考え方と似ているが，「絶対権・絶対的利益」侵害型において違法性概念をとらないこと，「相対権・相対的利益」侵害型では違法性概念をとるが，故意・過失と対置するのではなく，違法性一元論をとっていることが異なる。また，加藤の二分論は，権利侵害とそれ以外のもので分けるのではなく，権利と利益を並列して，絶対的なものと相対的なものに区別している点で，必ずしも，民法709条新规定の，権利と法律上保護される利益に対応するものでもなく，また，権利侵害に特別の意味を持たせない（両タイプとも権利と利益が並列されている）という意味では，権利侵害要件の「再生」論と同じ文脈に位置づけることはできないようにも思われるが，加藤自身は，「絶対権・絶対的利益」侵害型を「権利侵害型」，「相対権・相対的利益」侵害型を「違法侵害型」と呼んでいるので，権利侵害要件「再生」論に位置づけることもできないわけではない。加藤説の場合，「絶対権・絶対的利益」と「相対権・相対的利益」の区別が重要だが，前者には，物権ないし物権的権利と生命・身体・健康・自由などの「絶対的人格権」が含まれ⁴¹⁾，後者には，債権等の相対権と経済的利益，家族関係，平穏な生活，相対的人格権（名誉，プライバシー，氏名，肖像等）が含まれる⁴²⁾。加藤の主張で興味深いのは，なぜ「絶対権・絶対的利益侵害類型」では，故意・過失があればその他の要素を考慮せずに損害賠償を認めるのかという点につき，これらの権利・利益には「可視性・公示性」があるからであり，「相対権・相対的利益」には「可視性・公示性」がないので，「基本的には，他者が支配する絶対権的な権利領域の外におかれ，市民の活動の自由が許される範囲」だから，侵害行為の態様との相関的判断が必要だとしていることである⁴³⁾。ここでは，絶対権といっても，権利者の支配領域として絶対的に保護される権利というよりも，あくまで，行為者

(加害者)の活動の自由を過度に害することがないかどうか(「可視性・公示性」があれば、行為者は自己の行為が他人の利益を害することを認識しうる)という視点が前面に出ている。

最後に、不法行為の目的を個人の権利(基本権)保護として位置づける山本敬三の考え方を見てみよう。山本は、すでに紹介したように、不法行為法を国家が基本権保護義務を果たすための制度として位置づける。そして、以下のような不法行為法の基本構成を提唱する⁴⁴⁾。「不法行為法は、個人の基本権が他人によって侵害されている場合に、国家がみずから負う基本権保護義務を果たすために用意した保護制度として位置づけられる。民法709条は、被害者の基本権を保護するための要件として『権利』侵害という要件、加害者の基本権を制約するための要件、ないしはそうした制約を正当化するための要件として故意・過失という要件を定め、この両者によって不法行為責任の成否を判断するものとして位置づけられる。」その上で山本は、権利を「支配権的権利」と「相関的権利」に二分し、前者の侵害においては、外延が明確で権利が侵害されたかどうかは比較的単純に判断できるので、それとは別に故意・過失を問題にすることが可能だが、後者の侵害にあっては、被害者の権利としてどこまでのことが認められるかが不明確であるため、権利が侵害されたかどうかの確定が、同時に、他人がなしうることの確定でもあり、過失の有無の判断と重なり、実際の裁判例では、その判断は「違法性」の有無として行なわれることが多いのはそのためだとする。一見すると、加藤の不法行為二分論と似ているが、権利と利益を明確に区別しなかった加藤と異なり、あくまで権利侵害を要件とし、その権利を二分している点が異なる。また、注意すべきは山本の権利観である。山本は、伝統的権利観は「主体と客体の区別を前提として、外界にある客体を主体の支配に割り当てるものとしてとらえられる」(「支配権的=帰属割当的権利観」とし、それに対し、「主体がするかしないかを定めることが保障されるところに『権利』を認める主眼がある」とする「決定権的権利観」を提唱する⁴⁵⁾。すなわち、山本にあっては、不法行為

法の要件としての権利侵害は、このような「決定権」侵害としてとらえられるのである。

(2) ところで、権利侵害要件の「再生」の動向においても、そこでいう権利のとらえ方には違いがある。ここで、それらを整理しておこう。まず、原島重義らの主張にあつては、権利とは、まず何よりも古典的な意味での権利、すなわち、「個々の市民に割り当てられた自由領域の画定」である。そして、そのような権利であるからこそ、他人の無断立ち入りが直ちに違法となるのである。なお、原島によれば、生命・身体・健康・自由、その他の人格的屬性は、権利の対象ではなくむしろ「権利論の土台」をなすものとして、「権利と同視しなければ法的保護の対象となり得ない、というようなものではない」とされる⁴⁶⁾。

これに対し、藤岡康宏は、権利について「動態的把握」を行なった上で、利益と権利の区別を流動的にとらえつつも、権利という法形式は、保護に値する利益の範囲と、当該利益の保護のされ方に関する「選択された一つの法的構成である」とする⁴⁷⁾。権利概念を「明確性」のメルクマールで考えるのが大塚直である。それによれば、ここでいう権利とは、「『他人の権利と区別された固有の領域を有する』権利の特質としての明確性を備えたものであることが必要」である。なぜなら、そうでなければ、当事者が事前に認識することが困難だからである⁴⁸⁾。これを人格権に即して言えば、「生命侵害及び健康侵害」と「疾病に至らない潜在的な健康侵害ないし重大な精神的侵害」が人格権の侵害に当たるが、「単なる不快感をはじめとする軽微な精神的被害」は人格権侵害とみなすべきではないということになる。また、潮見佳男も、民法709条の権利は古典的な権利(絶対的・排他的帰属)に限らないが、権利者の範囲の明確性、客体・内容の明確性、保護を基礎づける実体法の存在の3点が、709条の権利かどうかの分岐点だとする⁴⁹⁾。なお、権利と言えるかどうかにつき、明確性、他者からの認識可能性を強調するのが、加藤雅信の主張である。加藤は、すでに紹介したように、「絶対権・絶対的利益」がその侵害に故意・過失があれば直ち

に損害賠償が認められるのは、それらの権利や利益の「可視性・公示性」によるとしている⁵⁰⁾。

最後に、これらとは異なる権利観を主張するのが山本敬三である。山本はすでに紹介したように、伝統的権利観(「支配権的=帰属割当的権利観」)に対し、「主体がするかしないかを定めることが保障されるところに『権利』を認める主眼がある」とする「決定権的権利観」を提唱する⁵¹⁾。これを、人格権に即して言えば、人格権は、個人の「生命、自由及び幸福追求」に対する権利(憲法13条後段)、「主体が自己のあり方を決める権利」であり、判例法にあらわれた身体的人格権は「身体的な自己の決定権」、精神的人格権は「精神的な自己の決定権」、社会的人格権は「社会的な自己の決定権」(これは、名誉、プライバシー、氏名、肖像等の「社会における自己のあり方を決める権利」と、家族・友人・集団構成員との関係に関する「他者との関係で自己のあり方を決める権利」に分かれる)に位置づけられる。山本説に関して問題となるのは、このような「決定権的権利」観の射程である。すなわち、このような権利観は、特定の利益の私人への帰属と支配を前提とする伝統的な権利観の射程が及ばない問題領域についてのみ主張されているのか、それとも、そのような場合を越えて、伝統的権利観そのものを全体として転換しようとするのかという問題である。山本が、名誉・プライバシーが侵害された場合のような、「社会との関係における自己のあり方にかかわる」「社会的人格権」や、「宗教上の信念にもとづいて輸血をとまなう医療行為を受けるか否かについての意思決定をする権利」、あるいは「環境的人格権」をあげ、権利観の転換を説いていることや、伝統的な権利観の限界は、「対象に対する意思の支配、あるいは、利益の排他的な割当てないし帰属を語るができないところで問題となる。そのようなところまで『権利』の射程をおよぼそうとするならば、もはや伝統的な支配権的権利観を維持できない。したがって、そこで『新たな権利』なるものを認めるならば、それは支配権とは違ったものとならざるをえない」と述べている⁵²⁾ことから、前者のようにも思わ

れるが、生命・身体といった帰属を語りうる利益を含めた権利を、「主体が自己のあり方を決める権利」=決定権的権利観念で理解していることから、後者かもしれない。

以上のような権利論についてどう考えていけば良いのか。難しい問題だが、差し当たりの試論を述べれば、まず、民法709条の権利を絶対権(ないし、生命・身体等の絶対的に保護されるべき利益)に限定する必要はない。起草者自身そうは考えなかったし、また、権利の多様化の中では、「内心の静穏」といった主観的利益に関する人格権や、さらには景観権や環境権のような公共的性格をも有する権利を含むものと考えらるべきである。もちろん、これらの権利は、絶対権と異なり、それが侵害されたと言えるかどうかについては、侵害行為の態様をも含めた総合的な判断が必要となることがある。しかし、それを利益ではなく権利とすることには大きな意味がある。それは、須加憲子が指摘するように、「権利という言葉枠組みを外して『利益』と称した場合、保護法益の範囲決定にあたって利益衡量による判断を行なうときに当事者にとって権利外在的な社会的有用性のような功利主義的発想が入ってくる余地が大きくなるおそれがある」からである⁵³⁾。すなわち、権利には、それが権利とされることにより、法的要保護性の判断において一定の枠がはめられ、そこでは、ニュートラルな利益衡量が行われるのではなく、それが侵害された場合に保護を与えるという利益衡量がすでに内包されているのである。ただし、繰り返し指摘するように、それが権利といえるかどうか、さらには、権利が「侵害」されたかどうかについては、絶対権や「身体権」としての人格権以外の場合は、侵害行為の性質等を含む総合的な判断が必要であること(その意味で、権利とそれ以外の相関的判断の必要な利益の区分は流動的である)には注意すべきである。さらにまた、権利かそうでないかは固定的ではなく「動態的」なものであり、ある利益が不法行為法上保護されることにより権利として認められるようになるという、いわゆる不法行為法の権利生成機能をも肯定すべきである。

次に、権利のメルクマールを明確性や公示性に求める見解について言えば、確かに明確性は重要なメルクマールではある。しかし、これらの説のように、権利概念を行為者（侵害者ないし潜在的侵害者）の視点から見ることに疑問がある。権利は、やはり、侵害者の視点ではなく、権利者に一定の利益享受ないし活動領域を保障するものとしてとらえ、そこに対する他人の無権限での侵入（侵害）に対し保護を与えるものと考えべきではないか。

最後に、権利を「支配権的＝帰属割当的」にではなく「決定権的」に見る山本説について言えば、そこには、憲法を頂点とする法秩序の基本理念は個人の自由の追求（憲法13条の幸福追求権）にあるとするリベラリズムの考え方が貫かれている。したがって、その評価にあたっては、このようなりベラリズムそのものの評価が必要であり、さらにまた、権利を「法的に保護された利益」と見る「利益説」と「個人の選択が保障された領域」と見る「選択説」という、法哲学における対立にも遡る検討が必要である⁵⁴⁾。また、不法行為法（民法）を、基本権（憲法）を保護する制度として位置づける考え方については、憲法と民法の関係、憲法上の基本権と私法上の権利の関係といった視点からの検討も必要である⁵⁵⁾。これらの点を全面的に検討することは筆者の能力を越えるが、問題を不法行為法の権利侵害要件における権利に限定して述べれば、以下の点が指摘できるのではないか。山本の権利論は、プライバシー等の精神的人格利益や生活・環境利益といった、古典的な権利論ないしは伝統的権利論が必ずしも妥当しない領域の利益保護のあり方にとっては、アトラクティブなものである。環境利益を例にとって述べれば、自然環境に典型的なように、その多くは、私人への排他的帰属＝支配が観念しえない公共的な性格をも有する点において、また、その侵害の有無と要保護性の判断においては、当該環境に関わる他のアクターの利益との調整が必要であり、「侵害者」の行為態様を含む総合的な判断が必要な点においても、古典的権利ないし伝統的権利論ではとらえきれないものである。ところで、このようなものとしての環境

利益の保護を考える際の有力な考え方の一つは、環境利益保護を「環境秩序」違反の問題として理解する説である。原島重義は、環境は個々の主体に帰属するものではないが、「環境を利用するには、おのずからルールがあり、秩序があり、規範がある」として、「環境利用秩序」違反を理由とした保護を構想した⁵⁶⁾。これと似たものとして、広中俊雄の「市民社会に成立する基本的諸秩序」⁵⁷⁾に関する理論を手がかりに、「外郭秩序」に属する環境利益保護を「環境秩序」違反として構成する吉田克己の考え方がある⁵⁸⁾。「外郭秩序」における公私のオーバーラップ(公私協働)、そこにおける「市民的公共性」の主張など、瞠目すべき主張であるが、この「環境秩序」説には、以下のような批判がある。すなわち、大塚直は、「個人に排他的に帰属するわけではない利益も重要であり、生活妨害に晒される個々人の利益を『秩序』の中に吸収してしまっただけでは良いとは思われない」、「『秩序』を強調することは思わぬ副作用をもたらす可能性があるのではないか」、「『秩序』というものが一義的に決まるわけでもなく、多くの場合は不明確であることからすると、これに権利益に代わる位置づけを与えることはそもそも可能か。そのような状況で、あえて憲法13条の幸福追求の自由に対する『公共の福祉』を『公益』として格上げしようとする見解に近いともいえる立場を、むしろそれと正反対の議論をしようとしている論者が採用することをどう見たら良いのか。これが、競争・環境以外の分野の議論に拡張する可能性はないのか。『秩序』を主張することには、両刃の剣としての機能があることに注意しなくて良いのか」とこの説を批判しており⁵⁹⁾、山本も、これを受けて、「これまであげた論者は、むしろ国家による強制的な秩序づけに対して警戒感をもち、個人の権利や自由をできるかぎり尊重するという基本姿勢をとる者ばかりである。しかし、それだけに、なぜこれらの論者がことさら『秩序』というものを持ち出すのか、疑問を禁じえない」、「実際、このように『秩序』に特別な意味を認めると、『権利』もまた『秩序』の一部を構成するないしは『秩序』に包摂されるものとみる可能性が開かれやすくなる」とする⁶⁰⁾。この点につき、

筆者自身も、景観や環境保護に関わって、「秩序」説にあっても、「個々の住民に請求が認められるためには、個々の住民がその秩序によって個人としての利益を享受していること、すなわち、景観利益が個々の住民の私益につながっていることが必要になるのではないか」⁶¹⁾とした上で、「環境利益は、……私人の利益に還元できない公共的性格を持つ。したがって、それに対する所有権やそれに類似した排他的な私権を観念することには無理があり、この意味で、共有法理により所有権類似の権利として環境権を構成した初期の環境権論には限界がある。しかし、環境利益に対する住民の権利は構成しうるし構成すべきではないか。そして、このような権利を構成することによって、環境秩序＝環境的公共性の形成と維持に住民が主体的にかかわれるようになるのではなからうか」と述べたことがある⁶²⁾。これは、地域における環境秩序やそれを形成する地域的ルールが、多数の住民による少数住民の利益無視、社会的強者による社会的弱者の「抑圧」につながらないためには、地域における住民の民主的な合意形成や参加が重要であり、住民が主体的に「環境秩序」形成に関わることが必要だと考えたからである⁶³⁾。そして、そのような立場から、筆者は、「他の多数の人々による同一の利用と共存できる内容をもって、かつ共存出来る方法で、各個人が特定の環境を利用することができる権利」とする中山充の環境権論⁶⁴⁾や、淡路剛久の、「環境権に関する手続的アプローチ」⁶⁵⁾を積極的に評価し、環境秩序の形成維持に参加する権利(参加権、手続権としての環境権)としての側面と、環境利益を適正に他のアクターの享受と共存できるようなやり方で享受しうる権利という側面から環境権を再構成することを主張した⁶⁶⁾のであるが、これらの新しい環境権論と山本の決定権的権利の距離はそう遠いものではない。少なくとも、山本の権利論が、古典的権利ないし伝統的権利の射程外の問題において、そこでの利益を私人に係留し、同時に、私人の主体的関与を保障しようとする点には、注目して良い。

しかし、問題は、このような決定権的権利の射程、すなわち、山本が、

所有権や生命・身体に関する人格権のような、ある利益の帰属と支配が語りうる領域、すなわち、古典的権利ないし伝統的権利観が妥当しうる領域においてまで権利観の転換を主張しているのかどうかである。もしそうだとすれば、その評価には慎重な検討が必要となる。なぜなら、このような古典的権利ないし伝統的な権利には、特定の利益の権利主体への帰属とそれに対する支配を認めることによって、「個人の自由の根拠」を保障するという意義があったからである。われわれの社会が、様々な変容と修正を迫られつつも、本質的部分において個人の自由と自律を重要な価値とする「市民社会」であることに変わりはないとすれば、このような意義を持つ古典的・伝統的権利観を、すべての領域で転換することがいかなる意味を持つかについては、なお、判断を留保したい⁶⁷⁾。

このように考えるとすれば、山本説を受けてのさしあたりの整序は、古典的権利ないし伝統的権利侵害と「決定権的権利」侵害の二層構造、もしかりに、どちらの意味での権利観念でも把握しえない利益侵害がなお不法行為による保護の対象となりうるとすれば、これに利益侵害を加えた三層構造において不法行為の基本要件を組み立てて行くということではないか。

(3) 不法行為法が扱う被侵害利益の拡大・多様化が、権利侵害要件「再生」の背景にあると指摘した。そもそも、侵害された利益が生命・身体や絶対権の場合、そのような総合的判断が必要ないことは、多くの学説において一致しており、判例が、「保護の境界が明確な有形的利益が侵害されたときには……原則として侵害だけで不法行為が成立する」としていることは、瀬川信久が指摘しているところである⁶⁸⁾。したがって、ここでの問題は、拡大・多様化された利益、あるいは、かりに、山本の主張を受け止め、前述の三層構造論に立つなら、プライバシーのような精神的人格「権」や「平穏生活権」のような古典的権利とは異なる「決定権的権利」をも含むもの、瀬川にいう「境界の明確でない利益」に関するものと考えべきである。すなわち、生命・身体や絶対権侵害の場合、むしろ、すでに、そのような利益は不法行為法上保護すべきという価値判断がなされて

おり、そのような価値判断を内包したものが権利というべきであろう。したがって問題は、それ以外の多様化した利益の侵害があった場合に、それに対し不法行為法上の保護を与えるべきか否かをどのような要件枠組みで判断するかなのである。この課題と、権利侵害要件の「再生」は関係がある。すなわち、潮見佳男は、前述のように、侵害された利益の憲法を頂点とする法秩序全体の見地からの要保護性を問う要件として権利侵害要件を位置づけているのであるが、堂垣内弘人は、この点をとらえて、潮見や山本における権利侵害要件の再評価は、現代社会において保護されるべき利益か否かをきちんと議論する場として権利侵害要件を位置づけているとする⁶⁹⁾。また、榎見由美子が『『権利侵害』要件は、不法行為法上の法的保護を必要とする紛争において、被害者をその侵害から保護すべき新たな『法益』の創設が必要であるかどうか、そしてそれを認めることによって得られる『法規範』の実効性の確保が当該紛争において必要であるかどうかを判断するための枠組としての存在価値を有するものである』⁷⁰⁾ことは、すでに紹介した。

しかし、このような法秩序全体から見た被侵害利益の要保護性を検討する場としては、他の要件も考えられる。その一つは違法性である。例えば、藤岡康宏は、「違法性判断に依拠することにより、必要があれば全法秩序にわたる広い範囲の価値判断を損害賠償法の領域に取り込むことが可能になる」としている⁷¹⁾。また、瀬川は、「保護の境界が不明確な無形の利益が侵害されたときには」「被侵害利益の要保護性」「加害者の主観的事情」「被侵害利益以外の諸利益」が総合的に考慮されなければならないが、判例においては「それを包括する言葉として、『違法性』が使われる」とする⁷²⁾。さらに、被侵害利益の要保護性を検討する場としてももう一つの可能性がある。それは、損害要件である。近時、損害論において、いわゆる規範的損害概念が主張されているが、不法行為成立要件としての損害概念を規範化し、ある不利益(ある利益の侵害)があった場合、それが法的意味における損害かどうかという判断において、同様の考慮を行なうこともで

きないわけではない。このように、権利侵害要件の「再生」の動きは、それと違法性の関係(すなわち、違法性概念の要否)、権利侵害と損害の関係といった、不法行為法の基本要件のあり方の再検討の課題につながってくるのである。

第2節 権利侵害・法益侵害を独自の要件とする裁判例をどう見るか

(1) 不法行為による損害賠償責任の成否において、違法性やその他の要件とは別個に、それに先立って権利ないし保護法益性について検討する一連の裁判例が、近時登場してきていることはすでに述べた。具体的にいくつかの最高裁判決をあげるならば、まず第一に、自衛隊合祀訴訟判決(最大判昭和63年6月1日民集42・5・277)は、「死去した配偶者の追慕、慰霊等に関して私人がした宗教上の行為によって信仰生活の静謐が害されたとしても、それが信仰の自由の侵害に当たり、その態様、程度が社会的に許容し得る限度を超える場合でない限り、法的利益が害されたとは言えない」とした。注意すべきは、判決が、被害者の宗教上の感情といった侵害された利益の性質だけではなく、合祀そのものが信教の自由により保障されていることといった行為者の側の事情をも考慮した上で、法的利益侵害性を判断していることである。なお、この判決には、「現代社会において、他者から自己の欲しない刺激によって心を乱されない、いわば心の静穏の利益もまた、不法行為法上、被侵害利益になりうるものと認めてもよい」との、伊藤正己裁判官の反対意見がある。

次に、小泉総理大臣の靖国神社参拝に関する一連の判決がある。これらの判決は、いずれも原告の損害賠償請求を棄却ないし却下しているが、その中で、法益侵害性を否定して請求をしりぞけるものが多数存在する⁷³⁾。例えば、最判平成18年6月23日(判例時報1940・122)は、「人が神社に参拝する行為自体は、他人の信仰生活等に対して圧迫、干渉を加えるような性質のものではないから、他人が特定の神社に参拝することによって、自己の心情ないし宗教上の感情が害されたとし、不快の念を抱いたとしても、

これを被侵害利益として、直ちに損害賠償を求めることはできないと解するのが相当である」とした。この判決も、靖国神社への参拝は「当該行為をした人のもつ思想、信条、信仰等の自由の享受の結果である」として、行為の性格をも問題にしている。この点を強調するのが滝井繁男裁判官の補足意見で、同裁判官は、参拝は当該行為を行なう人の思想、信条、信仰等の享受の結果であり、「その人の自由に属することであって、そのことによって心の平穩を害され、不快の念をもつ者があったとしてもそのことによって他人の自由を侵害するというものではない」とする。なお、本件は、民法709条の事件ではなく、国家賠償法1条（そこには「権利侵害」は明記されておらず、代わって「違法性」があげられている）の事件であることには注意を要する。

第三に、熊本水俣病待たせ賃訴訟判決をあげたい（最判平成3年4月26日民集45・4・653）。この判決は、認定申請に対する処分が遅延したことにより侵害されたとする「焦燥、不安の気持ちを抱くことのない利益」が不法行為法上（本件も、民法709条ではなく国家賠償法1条が問題となっている）の保護の対象になりうるものであるかどうかを検討する。そして、結論的に、「認定申請者としての、早期の処分により水俣病にかかっている疑いのままの不安定な地位から早期に解放されたいという期待、その期待の背後にある申請者の焦燥、不安の気持ちを抱かれないという利益は、内心の静穏な感情を害されない利益として、これが不法行為法上の保護の対象になり得る」とする（ただし、本件は不作為不法行為なので、あわせて作為義務違反とその違法性が問題となる）。本判決には、「認定申請が難病である水俣病のり患にかかわるものであることを考慮に入れても、『内心の静穏な感情』あるいは『焦燥、不安の精神的苦痛を被らない利益』なるものは、不法行為による精神的損害賠償における侵害の対象としての権利ないし法的利益とは到底いえない」とする香川保一裁判官の反対意見がある。

以上の判決においては、すでに指摘したように、法益侵害要件は決して

利益の客観的性質だけで判断されているわけではないことに注意しておきたい。例えば、靖国事件判決では、「特定の宗教施設への参拝という行為により、内心の静穏な感情を害されない利益」の要保護性が問題となっているのであり、そこでは、参拝という行為の意味と被侵害利益の性質が連動している⁷⁴⁾。また窪田充見は、パブリシティ保護に関連して、そこでの問題は「単に不法行為法がパブリシティという権利を承認するか否かといったいわば利益にのみ焦点を当てたものではなく、常に一定の態様との関係で検討されるべき問題である」、「この種の権利が生成されていく過程においては、権利として承認するか否かという判断と、その利益に関するどのような行為が許されないのか/許されるのかという判断とは、表裏一体のものとして切り離せない形で展開されてきたのではないか」とする⁷⁵⁾。権利ないし法益の中には、このような連動を不可避とするものがあるのではないか。

以上が何らかの意味での人格的利益に関係するものであったのに対し、環境・生活利益である景観に関する判決がある。国立景観訴訟判決(最判平成18念3月30日民集60・3・948)である。最高裁判決は、「都市の景観は、良好な風景として、人々の歴史的又は文化的環境を形作り、豊かな生活環境を構成する場合には、客観的価値を有するものというべきである」、良好な景観は条例や法律で保護・保全がはかられている、「そうすると、良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益は、法的保護に値するものと解するのが相当である」として、景観利益の法的保護可能性を肯定する。その上で判決は、民法上の不法行為は、私法上の権利が侵害された場合だけではなく、法律上保護される利益が侵害された場合にも成立し得るものであるが、本件のような建物の建築が景観利益の違法な侵害となるかどうかは、「被侵害利益である景観利益の性質と内容、当該景観の所在地の地域環境、侵害行為の態様、程度、

侵害の経過等を総合的に考察して判断すべきである」として、いわゆる相関関係説による違法性判断を行なっているのである。この判決でも、これまで紹介した判決と同様、違法性判断の前に、権利ないし法益の要保護性が吟味されている⁷⁶⁾。

さらに、知財関係で興味深い例がある。すなわち、著作権法等の知財法上の保護を受けない情動的利益の侵害が一般不法行為を形成するかどうか問題となった事例において、知財法上の保護を得られなかった情報の利用は原則的に自由であり、ことさら相手方に損害を与えることを目的とするといった「特段の事情」がなければ不法行為にならないとして不法行為法上の保護を否定する裁判例に対し、まず、その利益が「法的保護に値する利益」にあたるとした上で、侵害者の行為態様について判断して、不法行為の保護を認めている一連の裁判例が存在するのである⁷⁷⁾。例えば、インターネット上のニュース記事見出しの無断利用行為について、著作権侵害や不正競争防止法上の不正競争の成立は否定したが、それが「法的保護に値する利益となり得る」として、一般不法行為の成立を認めた裁判例がある(知財高判平成17年10月6日(裁判所のホームページによる))。これらの事例では、情動的利益の要保護性がまず具体的に述べられた上で侵害者の具体的行為態様についての判断がなされているのであり、知財法上保護されない(その意味で、強固とは言えない)情動的利益を不法行為法上拾い上げて救済する際に、その利益の法的な要保護性の吟味が一つの鍵を握っているのである。

(2) これら権利ないし法益性の判断を独立して行なう一連の判決は、現代社会における利益状況の変化と、それを受けた不法行為法による保護の拡大要求の強まりの中で生まれてきたものである。したがって、そこで問題となっている権利ないし法益は、「内心の静穏」のような(名誉等の伝統的な人格的利益とは異なる)「弱い人格的利益」⁷⁸⁾ ないしは、景観のような、公共的性格をも有する環境・生活利益、あるいは知財法上保護されない情動的利益である。このような権利ないし利益につき、違法性等とは

異なる枠組みでの判断を先行させることには、相反する二つの意味がある。一つは、侵害された利益がこのように弱いものであったり公共的なものであったりしても、侵害行為の反社会性や憲法を頂点とする法秩序からの判断により権利ないし法益侵害があったとして、それに対する保護を認める(保護の拡大)方向での意味であり、もう一つは、そのような利益が害されても、それが侵害行為の態様との総合的な判断では権利ないし法益侵害が認められないとする(保護の限定)方向での意味である。自衛隊合祀事件判決や靖国参拝事件判決が、後者の方向(つまり、合祀や参拝行為が思想信条や宗教活動の自由から保護されるものであることを考慮して法益侵害を認めない)のものである。しかし、不法行為要件としての権利侵害の「再生」の背景は、これまで検討してきたように、個人の多様な利益保護の重視であったのであるから、むしろ問題は、前者の方向で考えて行くべきではないか。すなわち、権利・法益要件の前面化は、新しい権利・利益、弱い権利・利益を不法行為法の中に取り込む窓口の拡大を意味するのであり、例えば、「内心の静穏」といった利益は、従来は不法行為法による保護の視野には入っていなかったが、それを正面から議論するために、この要件が前面化したととらえるべきである。現に、前述した知財関係の裁判例においても、知財法上保護されない知的財産関連の利益にも不法行為法上の保護を拡大する方向で、当該利益の法的要保護性の吟味が行われているのである。

すでに指摘したように、自衛隊合祀事件や靖国参拝事件では、最高裁は、このような種類の権利ないし法益侵害性を吟味する際に、侵害行為の性格をも連動させて考慮していた。また、その際に、当然のことながら、憲法をはじめとする法秩序上の判断も入り込んでくる。そうすると、そのような判断は、違法性判断(とりわけ絶対権や絶対的利益侵害以外の場合の違法性判断)と似たものとなってくる。したがって、そこでは、権利・法益侵害要件と違法性要件を切り離すことの当否が問われることになる。他方で、これらの一連の事件とは異なる権利や法益(絶対権や生命・身体、さ

らには名誉等の伝統的人格権)の侵害の場合には、このような侵害行為の性格を考慮する判断は不要で、それらが(客観的に)害されれば直ちに違法と云うるとされてきた。したがって、そこでもまた、(権利侵害は違法性を徴表するので)権利ないし法益侵害と違法性を要件上区別しておく意義は乏しいことになる。このように考えてくると、不法行為法において違法性概念をとらない立場ならばともかく、違法性概念を維持した上で違法性判断とは独立して権利ないし法益侵害の判断を行なうことの意味がどこにあるのかという疑問も生じうる。この点については、「おわりに」で再論することとし、ここでもまた、不法行為法の要件体系の再構成の議論が必要となってくることを確認しておこう。

おわりに

最後に、これまでの検討をまとめ、若干の私見(試論)を述べてみたい。明治民法の起草者は、(損害が無形のものを含むことも関連して)賠償が認められるケースを限定し、行為者の活動の自由を確保するために権利侵害要件を置いた。しかし、起草者はその場合の権利を絶対権等に狭く限定するつもりはなかった。ただし、不法行為責任が認められることにより侵害利益が権利となるという不法行為の権利生成機能は否定していた。その後、不法行為による保護の拡大を企図して、権利侵害要件の違法性による置き換えが学説によって行なわれた。これに対しては、権利侵害要件を維持しつつ、権利を拡大することによって同じことを実現するというオールタナティブがありえたが、通説と判例は、その道はとらなかつた。さらに時代が進んで(違法性と過失に関する「不法行為法学の混迷」の時期を経て)、最近になって、権利侵害要件の「再生」というべき動きが登場したが、それは、決して、権利侵害要件を重視することによって保護を限定し、権利侵害の違法性による置き換えによって実現した保護拡大の流れを逆転させようとするものではなく、むしろ、それとは逆に、被侵害利益の

一層の多様化に対応し、それらを不法行為の中に取り込もうとする目的で主張されているのである。この点につき、潮見佳男は、近時の、不法行為制度における権利の「再生」を説く見解は、「権利」・「権利侵害」を重視することによって責任成立範囲を限定する考え方とは「目指す方向がまったく異なっている」とする⁷⁹⁾。したがって、権利侵害要件の「再生」という場合の権利は固定的・制限的に考えるべきではなく、藤岡康宏の言うように、「動態的権利概念」を採用すべきである。ここで、権利論において、古典的ないし伝統的権利と、プライバシーのような精神的人格権、平穩生活権、あるいは、景観権や環境権のような、古典的権利の射程を越える領域での(山本の言う)「決定権的権利」の二元論をとることも考えられる。また、それと同時に、権利と言えないような利益であっても、侵害行為の性質や態様をも考慮して不法行為による保護の道を開いておくべきである。そして、このようにしてある利益が不法行為法による保護を与えられた場合、そのことを通してその利益が権利として承認されるという、不法行為の権利生成機能も認めるべきである。

以上のように考えるならば、結局、不法行為を、強く保護される利益侵害の場合と、侵害行為の側面をも考慮しなければならない弱い法益侵害の場合に分ける考え方が、不法行為法の基本的あり方と言うことになる。その意味で、澤井裕、藤岡康宏、加藤雅信らの考え方に同意したい。そして、民法709条新規定との対応関係で言えば(現代語化改正の)立法者の意図がそこにあったかどうかは別にして、前者に「権利侵害」を、後者に「法律上保護される利益侵害」を割り振るのが最も自然ではないのか。ただし、ここで言う「法律上保護される」という意味は、制定法上の保護に限定されるのではなく、「法的に」保護に値するという意味と解すべきある⁸⁰⁾。今回の現代語化改正は、民法の規定の文言を現代語化するとともに、確立した判例の立場を盛り込むことに限定されたものであり、したがって、709条新規定も、立法者の意図としては、大学湯事件判決以降の判例が、権利侵害といえないが法律上保護に値する利益の侵害に不法行為上の保護

を与えてきたことを条文化するという以上の意図はなかったであろう。しかし、「民法典現代語化研究会」案のように）権利侵害要件が取り除かれるのではなく、「法律上保護される利益」と併置されたことは、「立法担当者の意図とは別に、両者の効果を区別する客観的解釈の余地が広がった」⁸¹⁾と見ることも可能である⁸²⁾。現に、藤岡は、前述のように、不法行為上の救済が必要な多種多様な保護法益を「基本的なもの」と「そうでないもの」に分け、「『権利』侵害と『法律上保護される利益』侵害の併記はその必要性を条文の形で示唆したものと解しえないわけではない」⁸³⁾とし、大塚直も、新規定は、「絶対権とそれ以外の法的利益を区別し、それによって侵害行為の態様による衡量を正面から取り上げるか否かに差を設ける見解」と「かなり親和性が高くなったとする」⁸⁴⁾。また、前田陽一は、今回の改正は「大学湯事件判決以降の判例に沿うことはもちろん、特に近時の多くの最高裁判決が、新たな種類の『被侵害利益』が法的に保護に値するかについて（関連する法や権利などに照らして）独立した形で判断してきたことが条文の文言上明確に位置づけられる点で評価できる」とする⁸⁵⁾。ただし、立法者の意図そのものとしては、「大学湯事件以降確立した『権利』概念に対する判例の理解（『法律上保護される利益』も『権利』に含める考え方）を基礎にして、『権利』概念についての学説上の多様な理解を前にしたときに、『権利侵害』という文言を維持したならば生じるかもしれない相違・誤解を避けるため、慎重に『権利又は法律上保護される利益』と書くことで、どの学説でも文言上の障害になることのないようにした」と見るべきであろう⁸⁶⁾。

以上のように、権利と法律上保護される利益の二元構成（あるいは、権利を所有権のような古典的ないし伝統的権利と精神的人格利益や生活・環境利益に関する「決定権的権利」に分けるとすれば三層構造論）をとるとして、残る問題は、それらと別に違法性概念をなお維持するのかどうかである。すなわち、権利（絶対権）が侵害された場合、原則としてそれだけで（もちろん、故意・過失等の他の要件充足を要するが）不法行為法上の

保護が認められ、他方で、それ以外の利益や決定権の権利の場合、その侵害の有無の判断においてすでに行為態様等との総合的な判断が行われているとすれば、それに加えて違法性という概念をあえて措定する必要はないのではないかという疑問が、当然ありうるのである。

この点についての現時点での私見を述べるならば、まず、かつての相関関係説のように権利ないし法益侵害要件を違法性要件に置き換えて要件としての意義を失わせてしまうことは避けるべきである。それは、権利ないし法益侵害を明記している民法709条の明文からくる要請というだけではなく、これらの要件を違法性という統一的要件に置き換えてしまった場合、その侵害があっただけで不法行為の要件充足性を肯定できる権利（絶対権などの古典的権利ないし伝統的権利）侵害の場合の判断枠組みと、行為態様を含む総合的な判断が必要な場合の判断枠組みの違いが失われてしまうおそれがあるからである。

それでは、今度は逆に、権利や法益侵害だけで十分であり違法性という概念は不要か。そう考えるべきでないのではないか。なぜなら、これらの要件が充足されたとき、それが損害賠償という法的サンクションと結びつくという意味で法的非難に値するものであることを示す（権利ないし法益侵害という要件充足の法的意味を明らかにする）ものとして、全法秩序的な判断を行う場ないしはそのような判断の結果（評価）⁸⁷⁾を示すものとして、違法性概念にはなお意味があるのではないかと思われるからである。そして、このような概念によって、権利侵害と法益侵害という異なる判断枠組みを、不法行為という統一な制度として組み立てることが可能となり⁸⁸⁾、そしてまた、この概念によって、正当防衛や被害者の同意といった、不法行為責任を阻却する事由を整合的に組み入れることができるのではないか。そもそも、ある権利や利益が侵害された場合に不法行為による保護が与えられるかどうかには、憲法を頂点とする全法秩序の下での判断が必要である。だとすれば、藤岡が主張するように、また、瀬川信久の分析によれば多くの判例がそうしているように、利益侵害の要保護性に

ついでに全法秩序的な判断を行なう場として違法性概念を維持し、その上で、すでに判断結果が内包されている「権利侵害」の場合と、そのような全法秩序的な判断が前面に出る「利益」侵害の場合を位置づけるべきではなからうか。ただし、このように違法性概念を維持した場合、違法性と過失の関係というもう一つの難問が残ることになる。いずれにしても、被侵害利益の拡大・多様化を背景とした権利侵害要件の「再生」は、このようにして、不法行為法の基本的な要件全体の再構成の議論を求めることになるのである。

- 1) 代表的なものとして、錦織成史「違法性と過失」星野英一代表編集『民法講座6』(1985年有斐閣)、瀬川信久「民法709条」広中・星野編『民法典の百年』(1998年有斐閣)。さらに、最近のものとして、大河純夫「民法709条『権利侵害』再考」河内宏他編『市民法学の歴史的・思想的展開』(2006年信山社)、櫛比昭人「明治民法『不法行為法』における起草者意思の探求」法学政治学論究66号、同「明治民法709条の『過失』と『権利侵害』」法学政治学論究72号、前田陽一「不法行為における権利侵害・違法性論の系譜と判例理論の展開に関する覚書」能見善久他編『民法学における法と政策』(2007年有斐閣)等。
- 2) 櫛比前掲(注1)論文・法学論究66号292頁以下。
- 3) 櫛比前掲(注1)論文・法学政治学論究72号107頁。
- 4) 前田前掲(注1)論文454頁。
- 5) 大河純夫はこの点について、国家が法律によって権利として承認したもののみが保護されることに帰着するので、そこには「国家的法律観」が貫徹されているとする(前掲(注1)論文534頁)。
- 6) 瀬川前掲(注1)論文563頁以下。
- 7) 錦織前掲(注1)論文156頁。
- 8) 大河前掲(注1)論文533頁。したがって、大河によれば、権利侵害に違法性要件を付加するその後の判例や学説は、権利侵害要件の(「権利侵害」を「不法(違法)な権利侵害」と解することによる)「縮小解釈」であることになる。
- 9) 大河前掲(注1)論文537頁以下。
- 10) 来栖三郎『債権各論第二分冊』(1953年東京大学出版会)226頁以下。
- 11) 五十嵐清「違法性」柚木馨他編『判例演習(債権法2)』(1964年有斐閣)198頁以下。
- 12) 加藤一郎『不法行為』(1957年有斐閣)36頁以下。
- 13) 沢井 裕「不法行為法学の混迷と展望」法学セミナー296号参照。
- 14) 平井宜雄『債権各論 不法行為法』(1992年弘文堂)24頁以下。
- 15) 大塚 直「権利侵害論」『民法の争点』(2007年有斐閣)266頁以下。
- 16) 原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4号73頁, 94頁以下。

- 17) 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年有斐閣)136頁以下。
- 18) 星野英一「故意・過失, 権利侵害, 違法性」私法41号182頁以下。
- 19) 幾代通=徳本伸一『不法行為法』(1993年有斐閣)114頁。
- 20) 大塚直「保護法益としての人身と人格」ジュリスト1126号36頁以下。
- 21) 大塚前掲(注20)論文47頁。
- 22) 櫻見由美子「権利保護と損害賠償制度について」能見善久他編『民法学における法と政策』(2007年有斐閣)532頁以下。
- 23) 潮見佳男『不法行為法』(1999年信山社)15頁。
- 24) 潮見前掲(注23)書26頁。
- 25) 以上, 山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望」法学論叢154巻4・5・6号341頁以下。
- 26) 吉田克己「現代不法行為法学の課題」法の科学35号143頁以下。
- 27) 「リスク社会」と法については, 例えば, 中山竜一「リスクと法」橘木・長谷部・今田・益永編『リスク学入門 リスクとは何か』(2007年岩波書店)参照。
- 28) 大塚直「環境法における予防原則」城山・西川編『法の再構築 科学技術の発展と法』(2007年東京大学出版会)137頁は, 平穩生活権は「住民の不安を法的に確定しようとするものであり, 人格権の前倒しの拡張を認めている点で, 予防原則の発想に関連するといってもよい」として, 不確実なリスクに予防原則で対応するためのものとして, この権利を位置づける。
- 29) 澤井前掲(注17)書136頁以下。
- 30) 藤岡康宏『損害賠償法の構造』(2002年成文堂)22頁以下。
- 31) 『有斐閣Sシリーズ民法(第3版)』(2005年)237頁(藤岡筆)。
- 32) 藤岡前掲(注30)書25頁。
- 33) 藤岡「日本型不法行為法モデルの提唱」法律時報78巻8号32頁。
- 34) 藤岡前掲(注30)書24頁。
- 35) 藤岡前掲(注33)論文32頁。
- 36) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(中)』(1983年青林書院新社)401頁。
- 37) 星野前掲(注18)論文182頁以下。
- 38) 潮見前掲(注23)書26頁以下。なお, 奥田・潮見編『法学講義民法6事務管理・不当利得・不法行為』(2006年悠々社)87頁以下(潮見筆)も参照。
- 39) 以下は, 窪田充見『不法行為法』(2007年有斐閣)80頁以下, 96頁, 136頁による。
- 40) 加藤雅信『新民法体系 事務管理・不当利得・不法行為(第2版)』(2005年有斐閣)180頁以下。
- 41) これらは, いずれも澤井が「絶対権タイプ」の違法性類型であげているものであり, この意味では, この類型は結局のところ, 澤井のいう「絶対権タイプ」と同一に帰することになる。
- 42) これも, 澤井の「衡量タイプ」の違法性類型においてあげられていたものとほぼ一致する。そうすると, 結局, 澤井や藤岡と加藤の違いは, 加藤が(違法性の類型ではなく)両

不法行為法における権利侵害要件の「再生」(吉村)

者を別個の不法行為として位置づけ、両者で要件を異ならせている(「絶対権・絶対的利益侵害類型」では違法性論をとらない)ことにあるということにならうか。

- 43) 加藤前掲(注40)書228頁。
- 44) 山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究5号135頁以下。
- 45) 山本敬三「人格権」『民法の争点』(2007年有斐閣)45頁以下。
- 46) 原島前掲(注16)論文95頁以下。
- 47) 藤岡前掲(注30)書126頁。
- 48) 大塚直「人格権に基づく差止請求」民商法雑誌116号527頁以下。
- 49) 潮見前掲(注23)書49頁。
- 50) 加藤前掲(注40)書228頁。
- 51) 山本前掲(注45)論文44頁以下。
- 52) 山本前掲(注44)論文121頁。
- 53) 須加憲子「精神的人格権侵害とその救済方法に関する問題意識」専修法学論集100号168頁。
- 54) 山本の、憲法13条を起点とし憲法の基本的価値をリベラリズムに置く考え方に関して言えば、憲法25条に代表される社会権とその基礎にある福祉国家的要素をどう見るかという点が慎重な検討を要する問題である。この点では、同じ基本権の保護を不法行為法の目的としつつ、その基本権には「平等権、生存権ほかの社会権も属」とする潮見の主張が注目される(潮見前掲(注23)書39頁)。なお、憲法13条と25条の関係については、「13条を25条と重ね合わせて理解」し、「日本国憲法型福祉国家の中心には権利又は個人の人格権が据えられるべき」とする主張(鳥居喜代和「法学的国家論としての『福祉国家』と日本国憲法」法の科学27号110頁以下)が参考になる。
- 55) この問題についての山本自身の整理は、「憲法・民法関係論の展開とその意義」法学セミナー646, 647号参照。この論文で山本は、新しい考え方として、「憲法基底重層論」「並立論」「民法基底重層論」の三つを整理しているが、最後の「民法基底重層論」に属するものとして、水林彪「近代民法の本源的性格」民法研究5号1頁が注目される。
- 56) 原島前掲(注16)論文99頁以下。
- 57) 広中の「秩序」論については、広中俊雄『新版民法綱要第1巻総論』(2006年創文社)第1章第1節参照。
- 58) 吉田克己『現代市民社会と民法学』(1999年日本評論社)270頁以下等。
- 59) 大塚直「環境訴訟と差止の法理」能見善久他編『民法学における法と政策』(2007年有斐閣)731頁以下。
- 60) 山本前掲(注44)論文118頁以下。
- 61) 拙稿「景観保護と不法行為法」立命館法学310号478頁以下。
- 62) 拙稿「環境利益保護と民法」林信夫他編『法の生成と民法の体系』(2006年創文社)665頁。
- 63) 拙稿「景観の私法上の保護における地域的ルールの意味」立命館法学316号479頁参照。
- 64) 中山充『環境共同利用権』(2006年成文堂)111頁。
- 65) 淡路剛久『環境権の法理と裁判』(1980年有斐閣)83頁以下、同「自然保護と環境権」環境と公害25巻2号10頁以下。

- 66) 前掲(注62)拙稿665頁。
- 67) この点に関し、浅野有紀は、山本や潮見らの権利論について、「秩序論的な前提の下で、それに適合的な、相対化された権利論を主張する結果になっている面があるように思われる」、「当事者を越えた社会全体の利益が暗に持ち込まれてくることが避けられなくなる」とした上で、「絶対権としての権利論」の立場を評価する方向を示唆する(「権利と法秩序」民商法雑誌134巻4・5号535頁以下、539頁以下、556頁)。
- 68) 瀬川前掲(注1)論文626頁。
- 69) 堂垣内弘人「民法709条の現代語化と要件論」法学教室291号60頁。
- 70) 櫻見前掲(注22)論文532頁以下。
- 71) 藤岡前掲(注30)書25頁。
- 72) 瀬川前掲(注1)論文626頁。
- 73) 小泉参拝訴訟の全体像については、諸根貞夫「公式参拝違憲訴訟を総覧する」法と民主主義410号4頁以下参照。
- 74) この点を指摘するものとして、渡辺康行「靖国参拝と損害賠償の対象とすべき法的利益侵害の有無」民商法雑誌136巻6号730頁。
- 75) 窪田充見「不法行為法から見たパブリシティ」民商法雑誌133巻4号742、747頁。
- 76) この点を指摘するものとして、丸山絵美子「景観利益の侵害を理由とする不法行為の成否」法学セミナー619号117頁がある。
- 77) 宮脇正晴「判例研究・既存の法律書籍に依拠し、類似する内容の法律書籍を執筆・発行する行為について、著作権侵害の成立を否定し、一般不法行為の成立を肯定した例」L & T34号56頁参照。
- 78) 大塚前掲(注20)論文39頁。
- 79) 奥田・潮見編前掲(注38)書83頁(潮見筆)。
- 80) 同旨、堂垣内前掲(注69)論文61頁、池田真朗編『新しい民法』(2005年有斐閣)99頁(水野謙筆)。
- 81) 大塚直「民法709条の現代語化と権利侵害論に関する覚書」判例タイムズ1186号16頁。
- 82) 同旨、池田編前掲(注80)書101頁(水野筆)。
- 83) 藤岡前掲(注30)書237頁。
- 84) 大塚前掲(注81)論文18頁。
- 85) 前田前掲(注1)論文482頁。
- 86) 潮見佳男『基本講義債権各論 不法行為法』(2005年新世社)22頁。なお、今回の現代語化改正が、不法行為における違法性や過失に関する議論に立法的な決着をつけるものではないことは、拙著『不法行為法(第3版)』(2005年有斐閣)88頁でも指摘した。
- 87) 違法性概念の意義を強調する前田達明は、民法709条においては、「『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……違法性の有無(実はそれは評価であるが)を認定する」と述べている(「権利侵害と違法性」山田卓生代表編集『新・現代損害賠償法講座2』(1998年日本評論社)18頁)が、ほぼ同旨ではないか。ただし、前田は、過失と違法性を違法性概念で一元化する違法性一元論に立つので、「評価」としての違法性は、故意・過失と総合的に判断された

不法行為法における権利侵害要件の「再生」(吉村)

ものである点に注意が必要である。

- 88) すなわち、違法性という共通の概念を媒介することによって、なぜ、権利侵害が法益侵害に拡大され、両者が、損害賠償という共通の法効果と結びつくかを明らかにしうるのではないか。