

第16・17回 不法行為(2):過失と違法性

2016/12/09・11

松岡 久和

【要件としての故意または過失】

1 両者の区別の必要性の有無

Case 16-01 X社の担当営業マンAは、得意先Bとの契約締結に向けた最後の詰めに向かおうとしていたところ、Yの運転する自動車に轢かれた。そのため、XとBの契約交渉は挫折し、Xは、10億円の売上げの機会を失ってしまった。AがYに、入院治療費・慰謝料・逸失利益等の損害賠償を請求できるのは当然として、Xは、Yに売上機会喪失を理由とする損害賠償を請求できるか。

2 故意の意義

- ・ 権利侵害の認識・認容（未必の故意・概括的故意を含む）
判例 最判昭32・3・5民集11巻3号395頁（銀行支店長靴下大量買付事件：表見支配人責任を否定。故意というためには特定人の所有権侵害を認識する必要はない。過失の有無も問題）
- ・ 意思に対する非難（通説？）←→規範違反性の点で過失と連続

3 重過失（95条ただし書・失火責任法・会社法や保険法。改正案でも債権譲渡関連で多数追加）

- ・ 重過失概念の二義性：著しい注意義務違反・故意立証の代替

【過失の客観化・高度化】

1 過失の客観化の内実

- ①結果回避義務違反
判例 P281（大阪アルカリ事件、1916年）
大判大8・3・3民25輯357頁（信玄公旗掛松事件）
- ②予見義務違反
判例 P282（東大病院梅毒輸血事件）
東京地判昭53・8・3判時899号48頁（東京スモン事件）
- ・ 定型的行为パターンからの逸脱＝過失とする傾向←→事実上の標準≠注意義務の標準
判例 P284（医薬品添付文書を遵守しない医療慣行）
- ・ 一般標準人・類型人・合理人を基準とする抽象的過失←→具体的過失

2 過失判断の総合性

- ・ 行為の必要性・有用性と被害の重大性の相関的衡量による義務設定
例 医療行為における義務の高度化と萎縮診療、産科医や小児科医不足

【参考】 ハンド（Leaned Hand 1872-1961）の定式（1947）

回避コスト<損害発生 of 蓋然性×被侵害利益の重大性 → 過失あり

問題点：①数値化可能？、②比較要素の選択、③「無過失」責任との関係

3 過失の高度化と限界

(1) 生命・身体・健康被害の防止義務の高度化－「過失の衣を着た無過失責任」？

判例 新潟地判昭46・9・29下民22巻9=10号別冊1頁（新潟水俣病事件・最高技術の設備や分析検知、究極は操業停止義務）

P282（危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務・問診義務）

P283（未熟児網膜症姫路日赤事件：転医等の措置義務）

(2) 行為義務設定の限定

- ①医療水準による過失判断の分岐

- 例 昭和48～50年線引き説などがある未熟児網膜症の光凝固法の適用
- ②信賴の原則—他人の交通違反行為までは予見義務なし
- 判例 最判昭43・9・24判時539号40頁（左後からの二輪車追突に近い接触転倒事例）
- (3) 過失の事実上の推定
- 判例 P284（過失と因果関係の推定）
 P290（インフルエンザ予防接種問診事件）
 大阪地判平6・3・29判時1493号29頁（テレビ火災事件：欠陥の推定→過失の推定）
- 関連応用問題 医療過誤の責任追及と法的構成の傾向
 ：故意・過失（ないし帰責事由）と特定の債務（義務）の主張立証責任の交錯
 不法行為構成→債務不履行構成→不法行為または債務不履行構成

【権利または法的に保護される利益の侵害＝違法性】

1 相関関係説

- ・概要 被侵害利益の強弱と侵害行為態様（法令違反等）の強弱の相関的衡量
- ・批判 ①理論的側面：客観的要件と主観的要件の混在
 ②権利論から：生命・身体等人的侵害への救済や差止めが悪影響

2 違法性が問題となる権利・利益の侵害類型とその特徴

(1) 財産権侵害

(a) 絶対権 抵当権侵害の特殊性

判例 P I 340（抵当権に基づく妨害排除を肯定するも併用賃借権の侵害の賠償請求は否定）

(b) 債権 二重契約型と帰属侵害型・債権消滅型の区別

判例 P322（波合村立木売買事件・背任共犯：1915年）

大判大7・10・12民録24輯1954頁（芸娼妓の誘拐）

大判昭8・3・14新聞3531号12頁（財産隠しの無償譲渡：責任否定）

最判昭30・5・31民集9巻6号774頁（二重譲渡の悪意買主の責任否定）

参考 吉田邦彦『債権侵害論再考』（有斐閣、1991年）

(c) 期待権 故意の場合には違法性がある 例 条件成就妨害や一種のCIC

判例 最判昭56・1・27民集35巻1号35頁（宜野座村工場誘致頓挫事件）

P326（下請発注中止事件）

類例：栗東新幹線駅誘致断念事件、住友信託 vs. 三菱東京グループ事件

(d) 営業妨害等

判例 大判昭15・8・30民集19巻1521頁（バナナ直接仕入事件・仲買人の取引拒絶は違法）

P324（既存のパチンコ店の児童公園寄付による新規出店妨害は故意共同不法行為で違法）

(e) パブリシティの権利：有名人の氏名・肖像の顧客吸引力の商業的価値

判例 最判平24・2・2民集66巻2号89頁（ピンクレディ de ダイエット事件：本件では否定）

最判平16・2・13民集58巻2号311頁（ギャロップレーサー事件：競走馬の名前のゲームでの無断使用の責任を否定）

(2) 身分権侵害

(a) 夫婦関係・内縁関係の破綻

婚姻予約→債務不履行構成（PⅢ31（1915年））から準婚関係侵害構成（P317（1958年））へ。なお、P318（婚姻予約の不当破棄の責任肯定例）

(b) 家庭破壊に対する不倫の相手方の責任：婚姻共同生活の平和の維持

判例 P314（配偶者に対して有責、子どもに対しては因果関係なし）

P315（破綻後の浮気では被侵害利益なし）

P319（内縁関係における嫁いびり追出事件）

参考 前田達明『愛と家庭と』（成文堂、1985年）

(3) 人格権・生活利益侵害

(a) 日照・通風等（快適で健康な生活利益）

- 判例** P294 (世田谷日照権事件:権利濫用論)
P320 (大阪国際空港騒音公害事件:諸要素の総合的考察による違法性判断:受忍限度論)
P321 (国立マンション景観侵害事件)

(b) 名誉権

- ・名誉権＝社会的評価≠名誉感情

- 判例** P299 (代々木診療所事件)
最判平元・12・21民集43巻12号2252頁(「有害無能な教職員」ビラ事件一名誉毀損は否定、私生活の平穏などの自覚的利益侵害は肯定)

P302 (ロス疑惑事件－最高裁判例で公表されたものでも16件あり:夕刊フジの信頼性)

- ・「公共性＋真実性または真実であると信じる相当な理由」(刑230条の2)参照

- 判例** P300 (議員候補者前科報道事件:違法性又は故意・過失の要件不充足)
P304 (第一審有罪判決の事実を信じた摘示に相当な理由を肯定)
P305 (ロス疑惑事件:通信社からの配信記事を信じただけでは相当な理由はない)
P306 (ロス疑惑事件:真実性の基準時点は事実審の口頭弁論終結時)
P307 (ダイオキシン汚染風評事件:真実性の証明の安易な認定を破棄差戻)

- ・「公正な論評」の法理により言論・表現の自由との調和を図る判例もある

- 判例** P301 (サンケイ新聞意見広告事件)
P303 (ロス疑惑事件:論評型の名誉毀損でも前提となる事実の誤信に相当な理由を否定)

- ・死者の名誉の保護か遺族の敬愛追慕の情の保護か

- 判例** 東京高判昭54・3・14判時918号21頁(落日燃ゆ事件)

(c) プライバシー

- ・私生活の非公開から私的情報コントロール権へ

- 判例** 東京地判昭39・9・28下民15巻9号2317頁(『宴のあと』事件)
P308 (ノンフィクション『逆転』事件:利益較量による総合判断)
最判平14・9・24判時1802号60頁(モデル小説『石に泳ぐ魚』事件)
P309 (早稲田大学集会参加者名簿開示事件:個人情報適正管理の期待・同意の欠如)

(d) 肖像権・氏名権

- 判例** P313 (NHK在日韓国人氏名日本語読事件:問題提起型訴訟の典型)
P310 (和歌山毒カレー事件被告人肖像・腰縄イラスト公開事件)

(e) 著作者人格権

- 判例** 最判昭55・3・28民34巻3号244頁・最判昭61・5・30民40巻4号725頁(マッドアマノパロディ事件:著作者人格権侵害を肯定。声望名誉侵害・謝罪広告肯定を破棄差戻)

(f) 自己決定権

- 判例** 最判平11・7・16労働判例767号14頁(金沢セクハラ事件)
P295 (エホバの証人輸血拒否事件:信仰に基づく医療行為拒絶意思決定の利益)
P296 (分譲住宅値下販売事件:説明不足による契約締結決定機会侵害での慰謝料)

- ・医療過誤のほか、詐欺的商法・不当取引でも問題になりうる。後者では経済的利益侵害の側面もあり法律行為の無効・取消しとの関係が問題となる(「制度間競合論」)。

- 参考** 奥田昌道編『取引関係における違法行為とその法的処理』ジュリ別冊

(g) 「静謐な環境の下で信仰生活を送る利益」

- 判例** P I 18 (自衛隊合祀事件)

(h) 「生存可能性」、「後遺障害回避可能性」→機会喪失論

- 判例** P311 (死亡との間に因果関係のない医療過誤の場合の慰謝料肯定)
P312 (「適切な検査、治療等の医療行為を受けていたならば……重大な後遺障害が残らなかった相当程度の可能性」)

【故意・過失と違法性の関係】

- ・古典的な二元説・新二分説(四宮) vs 過失一元説(平井)・違法性一元説(前田)
- ・両者における判断要素の重複と機能分担をどう理解するかが鍵

【違法性阻却(正当化)事由】

1 正当防衛・緊急避難 (720条)

- ・刑法上の概念とのズレ：民法上の緊急避難＝刑法上の対物防衛
- ・刑法上の緊急避難は可罰的違法性や非難可能性を欠くとしても被害者への侵害を直ちに正当化できるとはいえない。
- ・誤想防衛や過剰防衛、とりわけ故意の不法行為の処理

2 正当(業務)行為 (刑35参照)

- ・法令によるもののほか、社会相当行為(スポーツや遊びなど)を広く含む
判例 最判昭37・2・27民集16巻2号407頁(鬼ごっこ事件)
参考 最判平27・4・9民集69巻3号455頁(今治市小学校サッカーボール事故事件)
※違法性を否定する立場では、過失なしということになる

3 自力救済

- ・原則禁止。許容は緊急性と手段の相当性が要件
判例 P382(使用貸借期間経過後に土地所有者が行った板囲いの使用借人による自力撤去)

4 被害者の同意(承諾)・危険の引受・危険への接近

- ・自己決定の限度(刑202・213条など参照)→承諾契約は場合によって公序良俗違反
ことば informed consent(説明と同意)

【責任阻却事由】

1 責任無能力

- ・違法な行為に対する非難の前提としての「責任を弁識するに足る能力」(責任能力)
- ・被害者保護のための補充的責任として監督義務者の責任(714条)

①未成年者(712条) 個別的な判断。小学校卒業程度で責任能力が備わる

判例 P354(少年店員豊太郎事件、1915年、11歳11か月○)

P353(「光清撃ツゾ」事件、1917年、12歳2か月×)

前掲今治市小学校サッカーボール事故事件(11歳11か月×)

②心神喪失者(713条)

原則：免責

例外：原因において自由な行為(同条ただし書)

- ・責任無能力の抗弁が認められない場合：無過失責任、専門家責任
- ・立法論上の衡平責任(ド民829条)の可能性

参考 最判平28・3・1民集70巻3号681頁(JR東海vs認知症患者家族：責任否定)の原審

2 違法性の認識可能性の欠如

- ・違法性の認識可能性が欠如しても故意があるが、行為の適法性の誤信にしかるべき根拠がある場合には、責任が阻却されうる。もっとも民法での議論は乏しい。

3 期待可能性の欠如

参考 ドイツ民法829条 823条から826条までの場合[ドイツの不法行為の一般規定]において、827条[意識喪失・自由な意思決定を妨げる精神の病的障害の場合の免責]、828条[未成年者の段階的な免責]を理由として自らが生じさせた損害について責任を負わない者は、監督義務を負う第三者に対して損害賠償を求めることができない場合に限り、諸事情、特に当事者間の関係に照らし損害填補をなすことが衡平によって求められ、かつ、その者が相応な生計ならびに法律上の扶養義務の履行のために必要な資力を失わせない限度で、損害賠償を賠償しなければならない。

現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題』別冊NBL155号85頁[窪田充見]から引用。[]は筆者による補充。