

# 不法行為法における違法性の認識可能性の行方

山本 宣之

## 目次

- 1 本稿の機縁
- 2 過去の学説・判例
- 3 違法性の認識可能性の実質
- 4 違法性の認識可能性の存続
- 5 違法性の認識可能性の位置づけ

## 1 本稿の機縁

1970年代以降、不法行為理論は飛躍的に発展し、その深化と充実には目を見張るものがある。当初は不法行為法の基礎理論に大きな関心が向けられたが、やがてその波はほぼすべての要件・効果の各論に及ぶこととなり、現在では、あらゆる不法行為事例への対処（少なくとも検討の端緒の提供）を可能にするだけの網羅性を備えた、非常に懐の深い理論状況が創出されているといえる。しかし、そのなかで、かつては言及されたが最近では言及されることがない項目として、故意における違法性の認識、過失における違法性の認識可能性があることに気づく。

その理由は容易に推測することができる。つまり、違法性要件の見直しである。709条の不法行為の要件として違法性が不要とされれば、その認識・認識可能性が問われないのは当然である。また、違法性を要件とするとしても、その内容の改変により違法性と過失が対置されなければ、その認識・認識可能性を問う必要がないことにもなりうる。さらに、違法性を要件として維持し過失や有責性と対置するとしても、そうした見直しの流れを受けて、主にそれぞれの要件の定立と区別が重視され、違法性の認識や認識可能性を論じる余裕がないことも考えられる。<sup>(1)</sup>

---

(1) 最近10年ほどの新規の体系書・概説書をみると、独立の違法性要件を不要とするもの

しかし、違法性の認識・認識可能性として論じられていた問題は、違法性要件の見直しの結果、その名目が消滅するとしても、その実質までもが失われるとは限らない。むしろ問題の実質は残り、何らかの名目や要件のもとで引き続き考察すべきことも考えられる。そこで、本稿では、過失における違法性の認識可能性という問題の実質を探り、その実質は現在も存続しているか、またその実質をどのように位置づけるべきか（いわばその行方）を検討したい。故意における違法性の認識は直接には取り上げないが、その検討結果から一定の示唆が得られるものと思われる。

## 2 過去の学説・判例

(1) まず、過去の学説において違法性の認識可能性がどのように論じられていたかを確認する必要がある。不法行為成立に違法性の認識可能性を要するとの立場を最初に示したのは、加藤（一郎）説であると考えられる。

やや長いがこの問題の主要な点が含まれるので引用すると、「過失は、一般的にいつて一定の結果の発生を知りうべきであるのに知らなかったことであるが、不法行為の場合に、その結果の発生とは、他人に損害を与えるような違法な事実が生じるということである。すなわち、客観的に違法とされる事実の発生を知るべくして知らなければ過失があるのであって、そこから損害が発生することを知りうべきでなかったとしても、過失のあることの妨げにはならないが、それが違法なことを、知るべくして知らなかったことは必要だと考えられる。〔改行——筆者注〕この点について、違法な行為を、法律の不知または錯誤によって適法と誤信した場合には、常に過失があるとも見える。しかし、解釈上争いがあり、適法と信じてい

---

、として、潮見佳男『不法行為法（第2版）』58頁（2009年、初版2004年、信山社）、窪田充見『不法行為法』95頁（2007年、有斐閣）、違法性を過失と対置しないものとして、加藤雅信『新民法大系V（第2版）』184頁（2005年、初版2002年、有斐閣）、違法性と過失や有責性を対置するものとして、平野裕之『民法総合6（第3版）』70頁（2013年、初版2007年、信山社）、橋本佳幸ほか『民法V』98-99頁〔橋本〕（2011年、有斐閣）。

たのに、訴訟の結果それが違法と判定されたというような場合にまで、過失があるというのは酷ではなかろうか。もっとも、一般には、行為者は一応法律を知って行動すべきであると考えられるから、とくに解釈に争いのある場合は別として、通常はそれを知らないことについて過失があるものと推定し、反証のないかぎり過失を認定して差し支えない<sup>(2)</sup>」。

加藤説において、過失とは、一定の結果の発生を知るべきであるのに不注意のため知りえないで行為するという心理状態であり、具体的事例における一般人の注意程度が基準となる<sup>(3)</sup>。したがって、その注意の基準に照らして違法な事実という結果の発生を知りえたことをもって過失ありと認められることになる。また、権利侵害は違法性の要件と読み替えられ、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係から判断される<sup>(4)</sup>。このため、過失において知りえたことの対象は、相関関係理論によって判断される違法性であるといえる。そして、加藤説の基礎には、違法であると知りえないのに過失があると判定することはできないという理解があるとみられる。

また、幾代説も、不法行為の成立には違法性の認識可能性が必要であるとの立場といえる。それによれば、「過失とは、違法な結果の発生することを不注意によって認識しないことであり、違法な結果の発生を予見して防止すべき注意義務を怠ることである<sup>(5)</sup>」とされる。そして、「人は、その行為について予見されるべき結果が違法かどうかにつき、通常人の注意をもって調査ないし予見すべき義務を負う（それを怠れば過失がある）、とすべきである。ゆえに、法律の解釈が分かれて争いがあるような場合は、いずれかの解釈に従って行動しても過失はない、とされることがありう<sup>(6)</sup>る」とされる。幾代説においては、違法性は要件として現れないが、被侵

(2) 加藤一郎『不法行為〔増補版〕』71頁（1974年、有斐閣）。

(3) 加藤・前掲注(2) 64頁、70頁。

(4) 加藤・前掲注(2) 106頁。

(5) 幾代通『不法行為』38頁（1977年、筑摩書房）。なお、幾代通（徳本伸一補訂）『不法行為』（1993年、有斐閣）も同頁である。

(6) 幾代・前掲注(5) 39頁。

害利益と加害者の主観的状态との相関関係を含む判断によって権利侵害が認められるとき、それは違法な侵害であると把握されるため<sup>(7)</sup>、過失において調査・予見の対象となる「違法な結果」とは、それを指すものと解することができる。そして、幾代説の基礎にも、加害者が当該行為の結果が違法であることを認識できずその発生を防止できなかった場合には、過失ありというべきではないとの理解があるとみられる。

四宮説は、不法行為の成立につき違法性の認識可能性の語を用いてそれを明示的に要求した学説である。四宮説において、違法性は、結果の発生を予見して回避すべき行為義務があるのにそれに違反したことであり、行為者の行為が違法とみられる行為を定型的に示す構成要件を充足し、かつ違法性判断を受けたときに認められる<sup>(8)</sup>。過失は、法秩序が命ずる一定の注意義務（行為義務）に違反することであり、構成要件として機能するとともに違法判断形式でもあるとされる<sup>(9)</sup>。しかし、違法性は行為の面における一般的非難可能性であり、不法行為責任を負わせるには、行為者における人的非難可能性としての有責性が必要であるとされる<sup>(10)</sup>。この有責性は、行為者が行為の違法性を認識して結果回避を決意することができるのに違法性を認識しないか、結果回避を決意しなかったことに求められ、違法性の認識可能性と決意についての主観的期待可能性を前提とし、どちらも一般的・客観的基準によるべきであるとされる。したがって、「行為者の置かれた状況の法的評価が一般人にとっては困難で、自己の行為の違法性を認識することができない場合（つまり「法の不知は弁解とならない」という原則の例外を認めるべき場合）には、有責性を欠き、結局は不法行為責任を負わないことになる<sup>(11)</sup>」。これらは、人が行為に際して結果の発生を回避

---

(7) 幾代・前掲注(5) 64頁以下の「第五節 権利侵害(加害の「違法性」)第二項 違法な法益侵害の諸態様」では、違法な侵害、侵害が違法性を帯びるなどの表現がしばしばみられる。

(8) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(中)』285頁(1983年、青林書院新社)。なお、同『不法行為』(1987年、青林書院新社)も同頁である。

(9) 四宮・前掲注(8) 304頁。

(10) 四宮・前掲注(8) 284頁、379頁、385頁。

(11) 四宮・前掲注(8) 385頁。

するには、「①その行為から結果の発生することを予見し、②その行為が法的秩序の命令に反すること（違法性）を認識し、③それに従って、結果回避措置をとること（違反行為に出ないこと）を決意し、そして、④結果回避行為に出る」という4つのプロセスが必要であり、それぞれについて可能性を考えることができるとの理解にもとづくものである。<sup>(12)</sup>

(2) 次に、違法性の認識可能性に関する過去の判例としてどのようなものがあるかを確認したい。もっとも、それらの判例は、自ら明示的にこの問題を論じたわけではなく、上の学説が違法性の認識可能性に関する判例として理解したものであり、学説の考える具体例を示すものといえる。そうした判例は6件あり、どの判例を例示するかは学説によってずれがある。しかし、例示される判例を照合すると全体として符合することから、そのずれは各学説による違法性の理解の相違に由来するものではなく、判例選択上の差にとどまり、どのような判例が違法性の認識可能性に関するものであるかの理解には差はないと解せられる。

まず、不当仮処分・仮差押えのケースが2件ある。大審院明治41年判<sup>(13)</sup>決は、賃貸人が賃借人の賃料不払いを理由に賃貸借契約を解除し、転借人には占有権原がないとして仮処分・仮差押えを申請したが、催告の不備のため解除は無効であったことから、転借人が賃貸人に対し損害賠償を請求した事例である。同判決は、「権利ヲ有セサル債権者カ法律ノ規定ヲ知ラス若クハ之ヲ誤解シテ之アリト確信シ、債務者ニ対シテ財産ノ仮差押ヲ為シ、之ニ損害ヲ生セシメタルトキハ、一応ハ債権者ニ過失アルモノト見ル可ケレトモ、然レトモ、債権者ノ茲ニ出テタル相当ノ理由アル場合ニハ過失アリト云フヲ得ス」〔句読点は筆者による。以下、大審院判決の引用において同じ〕と判示したうえ、原判決はその相当の理由の存否を判断しないまま請求を棄却したとして、破棄し差し戻した。この判決によれば、賃貸人が自らの解除は有効であり、その結果、転借人は占有権原を有しない

(12) 四宮・前掲注(8) 284頁、379頁。

(13) 大判明治41・7・8民録14輯847頁。これを引用するのは、加藤・前掲注(2) 74頁、幾代・前掲注(5) 40頁。

と相当の理由をもって信じたときは、過失がないとされることになる。つまり、過失が認められるには、解除の無効や転借人の占有権原を認識することが困難でないことを必要とするものと解することができる。

次に、大審院昭和9年判決は、<sup>(14)</sup> 抵当権者が抵当権の実行により自ら目的建物の競落人となって引渡命令を得たのに対し、自分が真の抵当権者であると主張する者が、実行された抵当権の目的はすでに滅失した別建物であったとして引渡命令につき仮処分を申請したが、本案訴訟で敗訴したため、競落人が損害賠償を請求した事例である。同判決は、抵当権は非占有担保であり、たとえ誰かが無権原に目的不動産を占有しても原則として被害を受けないとし、「**抵当権者トシテ本件仮処分命令ヲ申請シタルカ如キハ、特別ノ事情無キ限り客観的ニハ毫モ其ノ必要ヲ見サルトコロニシテ、専門的知識ノ欠缺真ニ已ムヲ得サルモノアリテ、其ノ責任ノ除却セラルルニ非サルヨリハ、主観的ニモ不相当ナル所為ト云ハサルヘカラサル**」と判示し、原判決（請求棄却）には相当の行為と認めるうえで理由不備があるとして破棄し差し戻した。この判決によれば、抵当権者として仮処分の必要性に関する専門的知識を欠いたことにつき、真にやむを得ない事情があったときは責任を免れる（主観的に不相当とは過失を指すとみられるから、過失がないとされる）ことになろう。

また、不当訴訟のケースが1件ある。<sup>(15)</sup> 大審院昭和16年判決は、債務者が財産の隠匿を図るため、その父と共謀して父が債務者の子への家督相続等を行ったとして、債権者たる組合の理事が家督相続無効確認等の訴訟を提起したが、債権者にすぎない者はそうした訴訟を提起できないとして敗訴したことから、債務者がその応訴費用につき損害賠償を請求した事例である。同判決は、違法な行為を適法と誤信した者に過失がないときは責任を負わないとしたうえで、「**右ノ訴カ其原告ノ主張自體ニ依ルモ理由ナキモノトナルコトハ、被告人タル産業組合ノ理事ノ地位ニ在ル者ノ通常有ス**

---

(14) 大判昭和9・6・15民集13巻1164頁。これを引用するのは、加藤・前掲注(2) 74頁。

(15) 大判昭和16・3・26新聞4698号26頁。これを引用するのは、加藤・前掲注(2) 74頁、四宮・前掲注(8) 386頁。

ルヘキ法律知識ヲ以テ直ニ之ヲ判断シ得ルモノト為ス能ハサルノミナラス、被上告人組合ノ理事カ右ノ訴ヲ提起スルニ付、其主張事実ヲ調査シテ弁護士榎木浩巖ニ研究ヲ依頼シ、其意見ニ基キ該事実を原因トシテ右ノ訴ヲ為シ得ルモノト信シ、同弁護士ニ委任シテ訴ヲ提起セシメタルモノナルコト、亦原判決ノ確定スル所ナレハ、右ノ理由ナキ訴ノ提起ニ付、被上告組合理事ニ故意又ハ過失ノ責アルモノト為スヲ得ス」と判示し、原判決（請求棄却）に対する上告を棄却した。この判決は、債権者による家督相続無効確認訴訟を違法な行為としつつも、産業組合の理事として通常有すべき法律知識からはそれを直ちには判断できず、また、弁護士に研究を依頼してその意見に従っていたことから必要な注意を欠いたともいえないとし、過失を否定したものと考えられる。

さらに、強制執行に関する国の責任が問われたケースが2件ある。大審院昭和11年判決<sup>(16)</sup>は、電話加入権の買主が電話官署（国）の承認を得て名義変更をしたが、裁判所がそれを先に差し押さえていた売主の債権者への譲渡命令を出し、買主は電話加入権を失うことになったため、国に対し損害賠償を請求した事例である。当時の大審院判決によれば（異なる下級審判決もあったようであるが）、電話至急開設規則により開通した電話加入権については、その譲渡禁止期間中の差押えは無効とされ、電話官署はそれに依拠して差押えの排除手続をとらず、差押えの事実を買主に告知しなかったところ、その直後に判例の変更によりそのような差押えも有効とされ、裁判所はそれに従って譲渡命令を出したものである。同判決は、「法律ノ解釈ニ関シ民法第七百九条ニ所謂故意又ハ過失アリト為スニハ、故意ニ法律ヲ曲解スルカ曲解又ハ誤解ト知りナカラ之ヲ維持スルカ、若ハ注意欠缺ノ為法律解釈ニ関スル原則ニ依ラサリシ等ノ過失アリタルコトヲ要ス。故ニ、或ル法律ノ解釈カ法律解釈ニ関スル原則ニ依リタル以上、他ニ過失アリト認ムルニ足ル事情ナキ限り、縦令他ニ反対ノ見解アリトスルモ之ヲ

(16) 大判昭和11・5・29新聞407号12頁。これを引用するのは、加藤・前掲注(2)74頁、四宮・前掲注(8)385頁。

以テ直ニ過失アリトハ断ス可ラス。……上告裁判所ハ当初、電話至急開設規則ニヨリ開通シタル電話加入権ハ其ノ譲渡禁止期間中ハ、縦令裁判ノ結果ニ因ルモ之ヲ移転シ得ヘキモノニ非サレハ、強制執行ニヨリテ之ヲ競売シ得サルヘク、從テ又差押フルコトヲ得サルモノナリトシ、譲渡禁止期間中ノ加入権ニ対スル差押命令ヲ以テ其ノ効ナシトスル解釈ヲ表明シ居リタル当時、被上告人ハ此ノ解釈ヲ是ナリトシ、該判例ニ遵ヒタリト謂フニ在ルヲ以テ、被上告人ニ故意ハ勿論過失アリト為スハ当ラス」と判示し、原判決（請求棄却）に対する上告を棄却した。この判決は、電話官署が当該電話加入権の差押えは無効であり、その排除手続等をとらなくても買主が電話加入権を失うことはないと判断したのは、反対の見解も存在したとはいえ当時の大審院判決による法律解釈に従ったものであるとし、過失を否定したものと考えられる。

また、最高裁昭和 46 年判決<sup>(17)</sup>は、地方裁判所の執行吏が債務者所有の山林に生立する立木を差し押さえ、動産執行の方法により競売したが、競落人は債務者の自称親族から競売無効確認訴訟を提起され伐採禁止の仮処分を受けたことから、国<sup>(18)</sup>に対し損害賠償を請求した事例である。同判決は、有体動産としての強制執行手続によるのは誤りであり、本件強制執行は違法であるとしたうえ、「未登記立木に対する強制執行の方法については、有体動産の執行手続によるとする説、立木伐採権を執行の対象として民訴法 625 条の特別換価手続によるとする説ならびに不動産の執行手続によるとする説の三様の見解が存し、全国の裁判所の実務上の取扱いとしても、立木伐採権に対する執行手続による例が多数ではあるが、有体動産の執行手続による例も少なくないことが認められ、坂本執行吏は、本件強制執行の委任を受けた際、参考書等に基づき一応の調査をしたうえ、有体動産の執行手続によるのを正当と判断してその執行をしたというのである。……このように、ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立し、実務

---

(17) 最判昭和 46・6・24 民集 25 卷 4 号 574 頁。これを引用するのは、幾代・前掲注(5) 40 頁。

(18) この事実につき、野田宏「判解」最判解民事第昭和 46 年度 247 頁など。

上の取扱いも分かれていて、そのいずれについても相当の根拠が認められる場合に、公務員がその一方の見解を正当と解しこれに立脚して公務を執行したときは、のちにその執行が違法と判断されたからといって、ただちに右公務員に過失があったものとするとは相当でない」と判示し、原判決（請求棄却）に対する上告を棄却した。この判決は、国家賠償法1条1項に関するものであり、未登記立木に対する強制執行の方法につき三種類の見解があり、それぞれに相当の根拠が認められ、実務上の取扱いも分かっていた場合において、執行吏が一定の調査をしたうえその1つの見解に従って違法な執行手続きを正当と判断し執行したことに、過失があったとは認められないとしたものといえる。

そして、このほかのケースが1件ある。大審院昭和17年判決<sup>(19)</sup>は、墓地管理者の町長が共同墓地の廃止に伴い、1名の墳墓所有者が同意しないままその墳墓の改葬を実行したことから、当該墳墓所有者が町長に対し損害賠償を請求したという事例である。同判決は、改葬につき墓地の使用規則が明らかでないときは、太政官布達・内務省達・県令により、墳墓所有者またはその同意を得た墓地管理者等が警察署の許可を得る必要があったとした。そのうえで、同判決は、町長が、同意しない墳墓所有者に対し内容証明郵便により改葬を通知したが拒絶されたこと、そこで警察署長に指示を求めたところ、県警察部長と警察署長から改葬の実行を妥当な措置と認めるとの指示を得たことを指摘し、「上告人ハ町長トシテ通常ノ注意ヲ払ヒ前記改葬ノ許可ヲ有効ナリト確信シ、権利実行ノ信念ノ下ニ右署長ノ指令ニ従ヒ改葬ヲ実行シタルモノニシテ、上告人ニ本件改葬実施ニ付過失ナカリシモノト認め得ラレサルニ非サルカ故ニ……」と判示し、過失を肯定するに足る事実の存否等につきさらに審理を要するとして、原判決（請求認容）を破棄し差し戻した。この判決は、町長が墳墓所有者の同意を得ずに改葬を実行したことは太政官布達等に反すると解しつつも、当該墳墓所有者に通知したうえ警察署長に指示を求め、改葬の実行が妥当である旨の

---

(19) 大判昭和17・3・4民集21巻201頁。これを引用するのは、加藤・前掲注(2)74頁。

県警察部長と警察署長の指示を得た場合は、町長がその指示による改葬の許可を有効と信じたこと自体に過失はないとしたものであると考えられる。

### 3 違法性の認識可能性の実質

(1) こうした過去の学説・判例における違法性の認識可能性の問題は、その違法性という要件を捨象した場合、どのような実質を有するものであるかを問う必要がある。学説は自ら設例を提示していないため、学説が根拠とする判例を整理することが手がかりとなると考えられる。

まず、6件の判例は、すべて何らかの法的手続に関係すると理解できる可能性がある。大審院明治41年判決と同昭和9年判決は、民事保全手続の不当な利用があった事例であり、大審院昭和16年判決は、訴訟手続の不当な利用があった事例、大審院昭和11年判決と最高裁昭和46年判決は、強制執行手続の不適正な実施があった事例、大審院昭和17年判決は、権限行使における手続的不備があった事例といえる。一般に法的手続には遵守すべき多数の法規類があり、それに違反するときはその意味において違法という評価を受けることになる。しかし、法規の細部には不明確な部分があるのが通常であり、その具体化に解釈を要することも多い。このため、ある法規に違反することを事前に認識することが容易でないケースも生じ、その認識の可否が問題になることがありうる。違法性の認識可能性は、そうした問題に対処するための枠組みとして捉えられることになろう。

この理解によれば、違法性の認識可能性は、法的手続に関する法規類の違反があるという限定的な場面を扱うものであり、また、その限りでは現代的意義を有する可能性があるが、709条の要件論における位置づけは特殊なものにとどまるであろう。しかし、6件の判例の法的手続との関係の仕方は一様ではなく、手続の利用者による違反の事例であったり手続の実施者による違反の事例であるなど、それらに共通性を見出すのはやや表面的な理解であると思われる。

(2) むしろ、それらの法的手続は問題を顕在化させる媒体であったにす

ぎず、そこにおいて何の認識の可否が問われたのかをより具体的に観察すべきであろう。これをふまえると、6件の判例は、3つの観点から理解できると考えられる<sup>(20)</sup>。

1つは、加害者が自己の権利の存在・内容に関する理解を誤ったという観点である。大審院明治41年判決は、貸借人が貸借契約の解除は有効であり、自己が転借人に対し所有物返還請求権を有すると誤信し、それにもとづいて仮処分・仮差押えを申請したケースであると解しうる。また、大審院昭和9年判決は、抵当権者が自己の抵当権を保全するために、目的物の引渡命令の執行を停止する必要があると誤信し、それにもとづいて仮処分を申請したケースであり、大審院昭和16年判決は、債権者が自己の債権を根拠に家督相続無効確認の訴えができると誤信し、それにもとづいて訴訟を提起したケースであると解しうる。これらの加害者は、自己の行為により被害者の権利・法益の侵害状態が発生すること自体は認識しているといえる。仮処分・仮差押えが対象となる権利の行使を制限し、訴訟の提起が応訴の負担を強いるのは、自明だからである。しかし、加害者は自己にはそれを正当化する内容の権利が存在すると誤解し、その権利の行使としてそうした行為に及んだものと解せられる。このようにみると、それらのケースで問われたのは、自己にその行為を正当化する権利が存在しないか、正当化できる内容の権利ではないことの認識の可否であったと考えられる<sup>(21)</sup>。

また、1つは、加害者が自己の行為の法規等適合性に関する理解を誤ったという観点である。大審院昭和11年判決は、電話官署が当該電話加入権の差押えは無効であり、名義変更を承認するに当たりその排除手续をとる必要はないと誤信し、そのまま承認したケースであると解しうる。大審院昭和17年判決は、墓地管理者の町長が県警察部長・警察署長の指示は

---

(20) 後出注(22)も参照。

(21) 瀬川信久「民法709条(不法行為の一般的成立要件)」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅲ』559頁(1998年、有斐閣)は、明治期の大審院判決が論じる過失はしばしばこのようなものであったと指摘する。

有効であり、それに従って墳墓の改葬を行ってよいと誤信し、その改葬を実行したケースであり、最高裁昭和46年判決は、執行吏が山林上の立木に対して動産執行の方法によることができると誤信し、その方法により強制執行したケースであると解しうる。これらの加害者は、自己の行為により被害者の権利・法益の侵害状態が発生する可能性までは認識しているといえる。差押えが有効であれば買主は電話加入権を失い、県警察部長・警察署長の指示が無効であれば改葬の実行は墳墓の所有権を害し、強制執行が無効であれば競落人は立木の所有権を取得できないことになるからである。しかし、加害者は自己の行為が法規等に適合するため被害者の権利・法益を侵害することはない（大審院昭和17年判決においては、侵害に該当しない）と誤解し、そうした行為に及んだものと解することができる。したがって、それらのケースで問われたのは、直接的には被害者の権利・法益に対する侵害発生認識の可否であるが、そこでの侵害の発生を決するのは行為の法規等適合性であるから、実質的には自己の行為が法規等に適合しないことの認識の可否であったと考えられる。

もう1つは、加害者が被害者の権利・法益の存在・内容に関する理解を誤ったという観点である。大審院明治41年判決と大審院昭和11年判決は、この観点から理解することもできる。前者は、貸貸人が賃貸借契約の解除は有効であり、転借人は占有権原を有しないと誤信し、それにもとづいて仮処分・仮差押えを申請したケースであると解しうる。また、後者は、電話官署が、電話至急開設規則によって開通した電話加入権は、その譲渡禁止期間中は差押えを受けることがない権利であると誤信し、それにもとづいて排除手続をとらないまま名義変更を承認したケースと解しうる。これらの加害者は、被害者には自己の行為によって侵害される権利・法益は存在しない、または、侵害されるような内容の権利・法益ではないと誤解し、そうした行為に及んだものと解せられる。したがって、それらのケースで問われたのは、被害者に自己の行為によって侵害される内容の権利・法益が存在することの認識の可否であったと考えられる。

(3) 以上の整理によれば、違法性の認識可能性とされた問題の実質は、

自己にその行為を正当化する内容の権利が存在しないことの認識可能性、自己の行為が法規等に適合しないことの認識可能性、被害者に自己の行為によって侵害される内容の権利・法益が存在することの認識可能性であるといえる。<sup>(22)</sup> これらが認識可能であるためには、自己の権利の存在・内容に関する法的判断・解釈、自己の行為の法規等適合性に関する法的判断・解釈、被害者の権利・法益の存在・内容に関する法的判断・解釈を、それぞれ適切になしうることが前提となる。6件の判例には破棄差戻しのため裁判が終結していないものもあるが、少なくとも直接に判示された理由に依拠すれば、弁護士に研究を依頼してその意見に従ったとき（大審院昭和16年判決）、当時の大審院判例の法解釈に従ったとき（大審院昭和11年判決）、相当の根拠が認められ実務上の取扱いが分かっている複数の法解釈の1つに従ったとき（最高裁昭和46年判決）、管轄する公的機関の指示に従ったとき（大審院昭和17年判決）は、そうした認識可能性が否定されることになりうると考えられる。

#### 4 違法性の認識可能性の存続

(1) a) そこで、過去の学説・判例において違法性の認識可能性とされた問題の実質が、現代的意義を有するかどうかを検討したい。自己にその行為を正当化する内容の権利が存在しないこと、自己の行為が法規等に適合しないこと、被害者に自己の行為によって侵害される内容の権利・法益

---

(22) これらの問題の実質は、3つの観点に対応するものであるが、厳密な整理というわけではない。たとえば、自己の行為の法規等適合性については、それに該当する法規等の種類を確定しづらいところがある。また、1件の判例を2つの観点から把握できることがあり（前述(2)の大審院明治41年判決、大審院昭和11年判決）、複数の観点相互の関係は明瞭とはいえない。自己の権利に法規等による制限がありそれを超えて行使した場合にも、権利の存在・内容に関する誤解と法規等適合性に関する誤解が競合することが考えられる。もっとも、3つの観点による問題の実質は、最終的には709条の要件構造の理解によってその理論的な位置づけが定まるものであり（「違法性の認識可能性」という把握もその一種といえる）、それらの内容や相互の関係もその位置づけのなかで明確になるものと考えられる。

が存在することは、不法行為法上特殊な事情というわけではなく、その認識可能性は現在も問題になりうるように思われるが、より具体的に、その後の判例と学説上の設例を中心に探ることにする。

b) まず、加害者が自己にその行為を正当化する内容の権利が存在しないことについて認識を誤り、加害行為をするというケースは、現在も不当仮処分・仮差押え、不当訴訟として生じうるであろう。自己の権利の行使・実現は、原則として自力救済が禁止されているため、基本的に法的手続によることとなり、自己に権利が存在しないときは不当な手続利用と評価されうるからである。

このうち、不当仮処分・仮差押えについては判例がある<sup>(23)</sup>。最高裁平成2年判決は、土地の贈与者が贈与後に当該土地につきいわゆる相続させる旨の遺言をし、受遺者が保存登記を経たため、受贈者が真正な登記名義回復のための移転登記請求権を被保全権利として仮処分を申請したところ、本案訴訟において当該遺言は遺贈であると解釈され、受贈者は登記なしに対抗できないとして敗訴したことから、受遺者が損害賠償を請求したという事例である。同判決は、「本件遺言の趣旨を遺贈又は遺産分割方法の指定のいずれと解すべきかは遺言の解釈に関するものであるところ、上告人の前記主張によれば、上告人が右遺言の趣旨を遺産分割方法の指定と解したことは首肯し得るところであり、上告人主張に係る右事実経過に照らせば、本件仮処分命令の申請に際して、上告人が取得した本件土地所有権を被上告人に対抗することができないとの判断を通常人に期待することも困難であったことが窺われるのである」と判示し、その点の過失の有無につき審理不盡であるとして原判決（請求認容）を破棄し差し戻した。この事例は、受贈者が相続させる旨の遺言を遺産分割方法の指定であると解釈して自己

---

(23) 不当訴訟に関する最高裁判決は複数あるが、いずれも原告が事実の誤認にもとづいて訴訟を提起した事例とみられる。たとえば、最判昭和63・1・26民集42巻1号1頁は、自分が測量士に依頼したと誤解して損害賠償を請求した事例、最判平成11・4・22判時1681号102頁は、運転者でない者を運転者であると誤解して損害賠償を請求した事例といえる。

(24) 最判平成2・1・22判時1340号100頁。

に移転登記請求権があると誤解し、それにもとづいて法的<sup>(25)</sup>手続を利用したケースであると理解することができる。そして、同判決は、当該遺言が遺贈であり、受贈者は登記なしに所有権を対抗できず、移転登記請求権を有しないと認識するのは困難であったことを強く示唆し、過失を否定すべきではないかとの結論に傾くものであると考えられる。

また、この最高裁平成2年判決は、加害者と被害者にそれぞれ所有権の取得原因があるため、加害者が自己に所有権があると誤解した事例という特徴がある。このように加害者と被害者に関係する何らかの法的経緯があり、所有権の帰属をめぐる争い（売買契約の成否・効力・解消、対抗関係など）があるときは、そうした自己所有の誤解が生じやすいといえる。そして、これは所有権に限らず、債権等の他の権利についてその帰属をめぐる争い（債権譲渡の成否・効力・解消、対抗関係など）があるときも、同様の誤解が生じうることを示している。このとき、加害者と被害者に関係する法的経緯が複雑であれば、自己に所有権や債権等がないことについての認識の可否を問うべき場合に発展することがあると考えられる。

c) しかし、自己の行為を正当化する内容の権利が存在しないことの認識を誤ったための加害行為のケースは、法的手続の利用場面でしか生じないわけではないであろう。債権の効力の1つに請求力があり、債権者は債務者に対し任意の履行を請求することができ<sup>(26)</sup>、債権者による通常の態様の請求は権利の行使であって不法行為にならないとされる。そうすると、債権者でない者が債権を有すると誤解して法的手続外で厳しい態様で請求するような場合は、不法行為となる可能性があり、このときも、自己が債権を有しないことの認識可能性を問題にする余地があると解せられる。同様に物権的請求権についても、自己が物権や物権的請求権を有すると誤解して法的手続外で請求をするというケースは生じうるものと考えられる。さ

---

(25) この事例の本案訴訟とは逆に、最判平成3・4・19民集45巻4号477頁以降は、相続させる旨の遺言は原則として遺産分割方法の指定と解されることとなった。

(26) 奥田昌道『債権総論（増補版）』73-75頁（1992年、悠々社）、中田裕康『債権総論（第3版）』61頁（2013年、岩波書店）。

らにみると、自己所有の誤解にもとづいて、他人の樹木の伐採や他人の財産の消費などの加害行為がなされる場合<sup>(27)</sup>を考えることもできる。これは、非常に単純な事実行為の例ではあるが、今後も十分に発生しうるであろう。ここでも、所有権の帰属に関する法的経緯が複雑であれば、自己に所有権がないことについて認識の可否を問うべき場合となりうる<sup>(28)</sup>といえる。

また、理論的見地から可能性を探るならば、そうした加害行為のケースとして、権利外観法理の場合を挙げることができる。たとえば、表見代理の成立によって代理行為の効果が本人に帰属し、これにより損害を被った場合、本人としては表見代理人の不法行為責任を追及することが考えられる<sup>(29)</sup>。このとき、表見代理人が代理権を有しなかった理由が、代理権の根拠となる契約の無効・取消し・解除等であったり、代理権の範囲に関するその契約の解釈にある場合は、表見代理人が当該代理行為につき自己が代理権を有すると信じたことに一定の合理性が認められる可能性がある。このため、不法行為責任の成否について、表見代理人が当該契約の効力に関する法的判断や当該契約の解釈を適切になしえたかどうか、それにより自己の代理権の不存在を認識しえたかどうかが問題になる余地があるといえる。こうした状況は、債権の準占有者への弁済が成立する場合において、表見受領権者が自己に受領権限があると誤信して弁済を受領したとき、即時取得が成立する場合において、無権限者が自己に所有権があると誤信して他人の動産を処分したときにも、それぞれ生じうるものと考えられる<sup>(30)</sup>。

(2) 次に、自己の行為が法規等に適合しないことについて認識を誤り、加害行為をするというケースは、現在では国家賠償法1条1項によって処

---

(27) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』115頁（1989年復刻版、日本評論社）に、この例がある。

(28) 不当利得が成立する可能性があるのは当然である。

(29) 四宮和夫『民法総則（第4版補正版）』270頁（1996年、弘文堂）、幾代通『民法総則（第2版）』405頁（1984年、青林書院新社）、山田卓生ほか『民法I（第3版補訂）』207頁〔安永正昭〕（2007年、有斐閣）。

(30) 不当利得が成立する可能性があるのは当然であり、表見代理人・表見受領権者・無権限者はその受領した物や金銭について返還義務を負うであろう。

理されるであろう。加害行為となりうる行為の法規等適合性が問題になるのは、一般に公務員等の職務行為であるからである<sup>(31)</sup>。しかし、同条は違法性を明示的に要件としているため、もともとその認識可能性を問う契機を内包するものであり、問題の実質が不法行為法上存続しているかどうかを検証する場面として必ずしも適切とはいえない。ただし、その代表的判例の概要を確認しておくことは、問題の実質の内容を補充する意味があり、また、その判断枠組みは709条にとって参考になりうると思われる。

そのような代表的判例として、最高裁平成3年判決<sup>(32)</sup>を挙げることができる。これは、拘置所長が、監獄法施行規則に従い、未決拘留により拘禁された者と14歳未満の者との接見を許さない処分をしたため、国に対し損害賠償請求がなされた事例である。同判決は、当該規則は監獄法に違反し無効であり、当該処分は違法であると判断したうえ、当該規則が明治41年の公布以来、長きにわたって施行されてきたこと、その有効性について実務上も裁判上も問題にされたことがなかったこと、一審・二審においても有効性が肯定されていることを指摘し、「規則120条（及び124条）が右の限度において法50条の委任の範囲を超えることが当該法令の執行者にとって容易に理解可能であったということはできないのであって、このことは国家公務員として法令に従ってその職務を遂行すべき義務を負う監獄の長にとっても同様であり、監獄の長が本件処分当時右のようなことを予見し、又は予見すべきであったということはできない」と判示して過失を否定し、原判決（一部認容）の破棄自判により請求を棄却した。また、最高裁平成16年判決<sup>(33)</sup>は、国が在留資格を有しない外国人は国民健康保険の適用対象に該当しないとの通知を発し、横浜市がそれに従った処分をしたため、国と横浜市に対し損害賠償請求がなされた事例である。同判決は、

---

(31) 前述の最高裁昭和46年判決も国家賠償法1条1項の事例であり、大審院昭和11年判決、大審院昭和17年判決も、国家賠償法がある時代であれば同規定によって処理される事例であったといえる。

(32) 最判平成3・7・9民集45巻6号1049頁。

(33) 最判平成16・1・15民集58巻1号226頁。

本件処分は違法であると判断したうえ、最高裁昭和46年判決の定式を引用し、国の通知は社会保障制度の趣旨から相当の根拠が認められること、在留資格を有しない外国人が適用対象となるかどうか定説はなく下級審裁判例も分かれていること、本件処分当時は適用対象にならないとする裁判例しかなかったことを指摘し、「本件処分をした被上告人横浜市の担当者及び本件各通知を発した被上告人国の担当者に過失があったということはない」と判示して、原判決（請求棄却）に対する上告を棄却した<sup>(34)</sup>。

こうしたケースは709条の固有事例としては生じにくいとみられる。しかし、自己の行為について被害者の承諾がないことの認識を誤り、加害行為をするというケースは、それに類似するようと思われる。たとえば、医者が医療として患者の身体を侵襲する場合、患者の承諾を得ることによりその行為は法的に許容され、また、他人の物を廃棄したり改変する場合、所有者の承諾があることによりその行為は法的に許容されると考えられる。しかし、患者や所有者の承諾はその内容・範囲に限定があるのが通常であり、また、もともとそれらが存在しないか法的効力がないこともありうる。そのため、被害者の承諾の内容・範囲を逸脱したり、被害者の承諾が有効に存在しないにもかかわらず、加害者が侵襲や廃棄等をした場合に、加害者がその行為をカバーする内容の承諾が存在しないことを認識しえたかどうかを問題にする余地があるといえる<sup>(35)</sup>。

(3) a) さらに、被害者に自己の行為によって侵害される内容の権利・法益が存在することについて認識を誤り、加害行為をするというケースは、現在もまず法的手続の利用による不当仮処分・仮差押え、不当訴訟として生じうるであろう。しかし、法的手続外の請求の場面で生じることも、事

---

(34) 前述2(2)に引用した最高裁昭和46年判決の「このように……」以下の判示部分である。

(35) 類似の判例として、最判平成16・1・15民集58巻1号156頁、最判平成19・11・1民集61巻8号2733頁などがある。

(36) 加害者が被害者の承諾に関して誤解するときは、被害者の何らかの不適切な言動が関与していることが多いとみられるから、加害者の不法行為責任を認めつつ過失相殺をするという処理も考えられる。しかし、加害者がそうした認識をすることは困難であったとして責任の成立自体を否定することも、可能性として存在するであろう。

実行為によって生じることも十分に考えられる（前述(1)参照）。これらの代表例として、所有者と占有者に関係する何らかの法的経緯があり、所有者が占有者には占有権原がない（賃貸借契約や地上権設定契約の不成立・無効・終了など。前述2(2)、3(2)の大審院明治41年判決も参照）と誤解し、それにもとづいて返還請求のための仮処分申請や訴訟提起をしたり、法的手続外で執拗に返還を求めたり、自ら目的物の利用・廃棄・改変などをする場合を挙げることができる。そして、このとき、その法的経緯が複雑であれば、占有者に占有権原が存在することの認識を問うべきケースになりうると思われる。一般に既存の権利・法益の帰属・内容は、具体的な法的経緯によって個々の定まるものであり、その複雑さ次第では他の権利・法益についても同様のケースが生じうるであろう。

b) それと異なり、既存の権利・法益の帰属・内容に関して新たな規範が明らかになり、その点において誤解があったというケースも考えられる。<sup>(37)</sup>最高裁平成18年判決は、このようなケースに該当する可能性がある。

最高裁平成18年判決は、賃借人の破産管財人が貸借人との間で、敷金を破産宣告後の未払賃料等に充当する旨の合意をしたところ、敷金返還請求権を目的として質権の設定を受けていた質権者が、質権が無価値となり優先弁済権を害されたとして損害賠償等を請求した事例である。同判決は、「債権が質権の目的とされた場合において、質権設定者は、質権者に対し、当該債権の担保価値を維持すべき義務を負い、債権の放棄、免除、相殺、更改等当該債権を消滅、変更させる一切の行為その他当該債権の担保価値を害するような行為を行うことは、同義務に違反するものとして許されないと解すべきである。……敷金返還請求権が質権の目的とされた場合において、質権設定者である賃借人が、正当な理由に基づくことなく貸借人に対し未払債務を生じさせて敷金返還請求権の発生を阻害することは、質権者に対する上記義務に違反するものというべきである」と判示し、破産管財人は上記義務を質権設定者から承継するとしうえ、本件充当合意は敷

(37) 最判平成18・12・21民集60巻10号3964頁。

金返還請求権の発生を阻害するものであり、特段の事情がないかぎり正当な理由に基づくものではなく、担保価値維持義務に違反するものであるとした。しかし、同判決は、「正当な理由があるか否かは、破産債権者のために破産財団の減少を防ぐという破産管財人の職務上の義務と質権設定者が質権者に対して負う義務との関係をどのように解するかによって結論の異なり得る問題であって、この点について論ずる学説や判例も乏しかったことや、被上告人が本件行為（本件第三者質貸借に係るものを除く。）につき破産裁判所の許可を得ていることを考慮すると、被上告人が、質権者に対する義務に違反するものではないと考えて本件行為を行ったとしても、このことをもって破産管財人が善管注意義務違反の責任を負うということとはできないというべきである」と判示し、旧破産法 164 条等による損害賠償責任を否定した。

この最高裁判平成 18 年判決による質権設定者の担保価値維持義務は、質権または質権設定契約を根拠とする<sup>(38)</sup>と解せられるから質権と一体的なものであり、その義務違反の行為は質権に対する侵害の一態様として理解することができるであろう。また、同判決が破産管財人の善管注意義務違反を否定したのは、学説・判例が乏しく破産裁判所の許可を得ていたことから、本件充当合意をする行為について正当な理由がなく担保価値維持義務に違反すると考えなかったのもやむを得ないとしたためであり、これは、自己の行為が質権ないし質権者との関係で担保価値維持義務違反となり、それにより質権が侵害されると認識することが難しかったとするものと理解できる。そして、破産管財人に関する事例であったため、旧破産法 164 条の善管注意義務違反の責任が問われたが、質権設定者自身が担保価値維持義務に違反した場合は、故意・過失にもとづく不法行為責任が問われること

---

(38) 谷口安史「判解」最判解民事篇平成 18 年度(下) (2009 年) は、担保価値維持義務は担保権設定契約から当然に生じるものとする一方で (1368 頁)、抵当権については最大判平成 11・11・24 民集 53 卷 8 号 1899 頁が、抵当権の当然の効力として担保価値維持請求権・担保価値維持義務を認めていることを指摘する (1383 頁)。

(39) 谷口・前掲注(38) 1368 頁は、本件充当合意をすることは、担保価値維持義務に反する行為であるとともに、質権の価値を侵害する行為であるとする。

になると考えられる。<sup>(40)</sup> 同判決は、その善管注意義務違反について、「破産管財人としての地位において一般的に要求される平均的な注意義務に違反した場合」に認められるとし、これは質権設定者の過失の判断基準にもなりうる内容といえる。このようにみると、最高裁平成18年判決は、質権に関する担保価値維持義務という規範を新たに明確化し、それに違反して加害行為がなされたことを認めつつ、さらにその規範の認識の可否を問題にした例として捉えられると思われる。

質権のような既存の権利・法益の内容に関して新たな規範が明らかになることは少ないであろうが、比較的新しく生成された権利・法益に関してはより可能性があり、一例としてプライバシーが挙げられる。プライバシーは、当初、私生活をみだりに公開されない権利として捉えられたが、近時は、自己に関する情報をコントロールする権利として捉えられることが多く、<sup>(41)</sup> さらに最近、社会における自己の役割取得や自己のアイデンティティの形成という観点から把握しようとする見解もみられる。<sup>(42)</sup> こうしたプライバシーの意義内容の変遷により、どのような行為がそれを侵害するかが異なるのは当然であり、新たに規範として意義内容が明確化された初期には、自己の行為によってプライバシーが侵害されることはないと誤解し、それにもとづいて加害行為をするというケースが生じうると考えられる。

c) さらに、現在でも権利・法益自体が新たに生成される可能性があることは意識されるところであり、<sup>(43)</sup> その生成初期において被害者にそうした権利・法益が存在すること（したがってまた、それがどのような内容であり、どのような行為がその侵害となるか）の認識を誤るケースは、ある程度避けられないといえる。最高裁平成16年判決には、それに関する端緒

---

(40) 谷口・前掲注(38) 1368頁。

(41) 四宮・前掲注(8) 326-327頁のほか、潮見・前掲注(1) 200頁、橋本ほか・前掲注(1) 129-131頁〔橋本〕参照。

(42) 水野謙「プライバシーの意義」NBL936号33-39頁(2010年)。

(43) 日本私法学会第74回(2010年度)大会のシンポジウム「新しい法益と不法行為法の課題」にも、こうした意識が現れている。能見善久ほか・同シンポジウム資料NBL936号8頁以下(2010年)参照。

(44) 最判平成16・2・13民集58巻2号311頁。

を見出せるように思われる。同判決は、いわゆる物のパブリシティ権を否定したものであるが、もし物のパブリシティ権とその侵害が肯定されていれば、当時の学説・判例の状況が不透明であったことを顧慮すると、不法行為の成否に関し、加害者がその行為時において物のパブリシティ権の存在とその侵害を認識しえたかどうかを問う必要があったと考えられる<sup>(45)</sup>。また、同判決は、将来において「違法とされる行為の範囲、態様等が法令等により明確に」なったときは、不法行為が成立する可能性を残している。法令等には慣習法も含まれ<sup>(46)</sup>、違法とされる行為の範囲・態様等の画定には高度な法的判断・解釈が必要となることも考慮すると<sup>(47)</sup>、「明確に」になると同時にそれが一般的に認識可能になるわけではなく、認識しえたかどうかを別に問う余地があると思われる。そして、こうした事情は、新たに生成される権利・法益に基本的に共通する問題であると考えられる<sup>(48)</sup>。

## 5 違法性の認識可能性の位置づけ

これまでの検討から、違法性の認識可能性とされた問題の実質は現在も依然として存在し、判例に具体的に現れているものや、学説の設例ないし理論的帰結としてうかがえるものがあるといえる。問題の実質は、自己にその行為を正当化する内容の権利が存在するかどうか、自己の行為が法規等に適合するかどうか、被害者に自己の行為によって侵害される内容の権利・法益が存在するかどうかの認識可能性であった（前述3(3)参照）。いずれも自己の行為が法的非難を受けるかどうかに関与するものであ

---

(45) 下級審判決には、芸能人の私生活に関する記事における写真の利用もパブリシティ権の侵害となることを認め、そのような認定事例が存在しなかったことを理由に違法性の認識可能性を否定し、故意・過失を認めなかったものがある（東京地判平成16・7・14判タ1180号232頁）。

(46) 瀬戸口壯夫「判解」最判解民事篇平成16年度(上)115頁(2007年)参照。

(47) 窪田充見「不法行為法学から見たパブリシティ」民商133巻4=5号747頁、田村善之「知的財産法からみた民法709条」NBL936号58-59頁参照。

(48) 大塚直「公害・環境、医療分野における権利利益侵害要件」NBL936号52頁。

り、その認識は当該行為をしないという意味決定のための重要な前提を成すとみることができ<sup>(49)</sup>。したがって、その認識の可否にかかわらず常に不法行為責任を負うという立論は、今後も難しいと考えるべきであろう。

このようにみると、違法性の認識可能性とされた問題は、709条の要件論においてその実質に即した適切な位置づけを与えられるべきであるといえる。この問題によってまさに不法行為責任の不成立が決定することがあり、「法の不知はこれを許さず」の原則に対する重要な例外となりうることから、不法行為法の理論体系に取り込むことはその体系的完結のう<sup>(50)</sup>えで不可欠であると解せられる。また、この問題は、例外的なケースで意味をもつにすぎないが、不明確な根拠と基準による単発的な事例判断がなされ解決の不統一が生じることを避けるためには、要件論上の判断ツールとして確立し、その存在を明示するとともに（これには、概説書や体系書での一定の言及が望まれる）、基準の明確化を図ることが必要である（これには、前述2(2)、4の判例が参考となろう）。

違法性の認識可能性とされた問題をどのように位置づけるかは、709条の要件論によって異ならざるを<sup>(51)</sup>えないが、過去の学説・判例と同様に、過失要件のもとで把握することは十分考えられる<sup>(52)</sup>。問題の実質をみるとき、その認識可能性の対象は、権利・法益侵害との関係が深いと指摘できるであろう。権利・法益侵害に関しては、権利・法益の存在・帰属、権利・法益侵害に該当する結果の発生、権利・法益を侵害する行為の態様という要素を分析的に挙げることができるが、いずれも法的判断・解釈を要する場合があるという意味で規範性があり、認識可能性の対象はこれらの要素と

---

(49) 前述2(1)の四宮説参照。

(50) 四宮・前掲注(8) 385頁。

(51) 前出注(22) 参照。

(52) 本稿では検討しなかったが、名誉毀損の不法行為については、摘示事実が真実であると信じたことに相当の理由があるときは過失が否定されるという法理が形成されている。この過失も、709条の要件論に適切に位置づける必要がある（橋本・前掲注(1) 141頁）、瀬川・前掲注(21) 626頁は、名誉毀損の正当化事由を認識できたかどうかの問題として把握する。

少なからず重なるところがある<sup>(53)</sup>。したがって、過失における結果の予見可能性、結果回避義務という「結果」を権利・法益侵害と捉えるなら、少なくとも問題の実質の一部は、これまでも過失要件の「結果」のもとに積極的に取り込まれてもおかしくなかったと思われる<sup>(54)</sup>。それらが過失要件から脱落した原因は、1つには、過失とは結果回避義務違反であるとの理解への転換とその定着が進められる過程で、公害・製造物責任・医療過誤などによる生命・身体侵害という、最も重要ではあるが比較的単純な事象が「結果」として定式化され、その結果自体が規範性を有することへの意識が希薄になったからではないかと考えられる。また、もう1つには、709条の要件論においてしばしば過失が他の要件に対し先行して叙述されたことが影響していると推測される。それにより、権利・法益およびその侵害結果・侵害行為などの後行する要件やその要素に関して、過失に戻ってそれらの認識可能性を論じることが構造上難しくなった可能性がある<sup>(55)</sup>。今後、こうした事態を避けるには、過失における「結果」には、事象だけでなくそれに関する法的判断・解釈も含まれることに改めて留意すること、また、権利・法益侵害に対し過失要件を後行させ、過失判断の最終段階において自己の行為が法的非難を受けることに関する包括的な認識可能性を問うような要件構造をとることが、検討されるべきであろう。

---

(53) 自己にその行為を正当化する内容の権利が存在するかどうか、自己の行為が法規等に適合するかどうかは、権利・法益を侵害する行為の態様の問題に関係し、被害者に自己の行為によって侵害される権利・法益が存在するかどうかは、権利・法益の存在・帰属の問題に関係し、被害者にそのような内容の権利・法益が存在するかどうかは、権利・法益侵害に該当する結果の発生の問題に関係するであろう。

(54) もっとも、問題の実質のすべてを過失要件の「結果」のもとに取り込めるかどうかは疑問である。被害者に自己の行為によって侵害される内容の権利・法益が存在するかどうかは「結果」に関連づけうるが、それ以外は「結果」とは異なる性質の事情を含むと思われる。

(55) しかし、実際には、不法行為責任の成否は多種多様な法的判断を経て決せられるから(瀬川・前掲注(21) 624-625頁、大沢逸平「不法行為成立要件論の展開と責任能力」論究ジュリ 16号 28頁(2016年)参照)、その認識可能性を問うべき場合が生じるのは、むしろ当然であろう。