

民法上の正当防衛における侵害者の 無過失責任の追求

鈴木清貴

1. 本稿の目的
2. 侵害者の責任をめぐる通説への批判
 - (1) 通説の問題点第1—侵害者の過失責任
 - (2) 通説の問題点第2—二者間の不法行為
3. 侵害者の責任の新たな法律構成の模索
 - (1) 三者間の不法行為
 - (2) 第三者による適法行為の介在した不法行為
 - (3) 侵害者の間接的過失に基づく不法行為
4. 侵害者の無過失責任に向けて
 - (1) 侵害者の過失の推定あるいは過失の主張・立証責任の転換
 - (2) 侵害者の無過失責任

1. 本稿の目的

本稿の目的は、民法720条1項ただし書にある「不法行為をした者」（以下、侵害者とする）の責任根拠を無過失責任へと転換することの可能性を検討することにある。この規定によれば、たとえば、侵害者Aの侵害行為から防衛者Bの権利・利益を防衛するためにBがやむを得ず第三者Cに対して損害をもたらした場合に、CはAに対して損害賠償を請求することができる。わたくしは、以前にまとめた論稿において、上の設例のような第三者が被害を受けた場合を想定して、被害者の救済のためには民

法 720 条 1 項ただし書はどのように解釈されるべきか、その方向性を探った¹。そこでは、この規定の立法の理由の分析と幾代通博士の論文に対する批判的検討を通じて、「第三者（被害者）に対する直接の加害行為者（防衛者）の行為が正当防衛にあたり、この者が責任を負わないとする以上、不法行為者（侵害者）の責任を認めることが求められるときに、その責任の成立を容易にする構想もありうるのではないか²」と考えるに至った。正当防衛の結果はすべて侵害者の負担とするということである³。もともと民法 720 条 1 項も、防衛者の第三者への加害行為を免責するということを前提として、それゆえに第三者（被害者）の侵害者に対する損害賠償請求権を規定しているのである⁴。こうしたことから、第三者（被害者）の救済のためには、侵害者の責任の成立が容易に認められる、侵害者の責任が確実に成立するものであるということが求められる、さらにいえば、正当防衛の結果はすべて侵害者の負担とすべきであると考えに至った。

ところで、なぜ被害者の救済を重視するのか。正当防衛という制度にあっては特に被害者の救済が求められると思われる。というのも、繰り返しになるが、正当防衛という直接の加害者（防衛者）を免責するという規則を設けた以上、被害者を救済する手立てが必要となるのである。被害者は正当防衛という規則によって不利な立場におかれる理由はまったくないのである。そして民法 720 条は侵害者の責任によって被害者を救済することとしている。こうしたことから、被害者の救済を重視するのである。

本論で詳しく述べるように、民法 720 条 1 項ただし書をめぐる通説は、侵害者の責任を侵害者の過失に基づく不法行為責任であると考えている。本稿では、冒頭にあげた例（侵害者 A の侵害行為から防衛者 B の権利・利益を防衛するために B がやむを得ず第三者 C に対して損害をもたらした場合）を想定して議論を進めていく。本稿の前半では、通説として確立された侵害者の過失に基づく責任の論理、そしてその論理を補強している二者間の不法行為構成を批判的に検討する。ただしこの部分は以前にまとめた論稿と重複するところがある。本稿の後半では、想定している設例を

二者間の不法行為から三者間の不法行為に分解した場合に、侵害者の責任をめぐってどのような法的問題が生じるかを検討する。そして、最後に、侵害者の責任を無過失責任に転換するということは、はたしてできるのか、侵害者の過失の主張・立証責任の転換という方向性をみたのち、侵害者の無過失責任の可能性を探るための議論を分析する。

2. 侵害者の責任をめぐるとの説への批判

通説による侵害者の責任の法律構成に対する批判は、これまでにまとめた論稿のなかでも明らかにしてきた⁵。本稿では、侵害者 A の侵害行為から防衛者 B の権利・利益を防衛するために B がやむを得ず第三者 C に対して損害をもたらした場合に、C は A に対して損害賠償を請求することができるという、この類型を想定した議論を展開しよう。

(1) 通説の問題点第 1—侵害者の過失責任

繰り返し述べているように、通説は侵害者の責任を過失責任として構成している。まず現時点の通説の代表といえるであろう幾代通博士の述べられるところを見てみよう。幾代博士は設例として「強盗から逃れるために隣家に飛びこんで家屋や什器を破壊した⁶」という例を示される。これはまさに本稿が想定している類型である。ここで侵害者である強盗は第三者である隣人から民法 720 条 1 項ただし書に基づき損害賠償を請求される立場にあるが、幾代博士はこのことを次のように説明されている。第三者とはじめの不法行為者（侵害者）の「関係は中間者のやむをえない行為によって因果関係の連なったところの（無責の中間者をいわば道具に使っての）、通常不法行為の問題である……。ゆえに当初の『不法行為』者が現実に賠償義務を負うためには、その者につき不法行為の成立要件のすべて（通常は、故意・過失、責任能力など）が備わることが必要とする⁷」というのである。

しかし、である。想定されている類型において、防衛者すなわち中間者の権利・利益を侵害しようとする侵害者に、第三者の権利・利益を侵害することについての直接的な故意・過失を認めることはできるだろうか。これを常に認めるということはできないはずである。被害者の侵害者に対する不法行為に基づく損害賠償請求は成立しない場面が生じることになり、被害者の救済に欠けることとなる。

それでは、防衛者すなわち中間者の権利・利益を侵害することについての過失、つまり第三者にとっては間接的な過失⁸に基づいて侵害者の不法行為責任を構成するということはできるだろうか。しかし、民法720条1項本文にいう「他人の不法行為」は、その行為が客観的に違法な場合であればよい、すなわち、不法行為の成立要件としての故意・過失や責任能力は必要ないとされている以上⁹、そのような間接的な過失はその存在それ自体が不確実なものなのである。

以上、直接的な過失と間接的な過失を区別して考察して批判を展開したが、「権利侵害の事実がなにびとに生ずるかは問題でない」、「現実に発生した権利侵害についての認識可能性が問題となるべきではない」という過失に与えられることのある説明¹⁰からすると、私見のような区別・分析・批判は、特に直接的な過失について、なんらの意味をもなさないものようでもある。こうした抽象化された過失の有用性はもちろん理解できる。しかし具体的な過失はもはや有用ではないのか、取り込まれなかった具体的な要素はどこにも反映されないということになるのかなど疑問もある。今後の課題としたい。

(2) 通説の問題点第2—二者間の不法行為

ところで、第三者とはじめの不法行為者（侵害者）の「関係は中間者のやむをえない行為によって因果関係の連なったところの（無責の中間者をいわば道具に使っての）、通常的不法行為の問題であるとして、防衛者すな

わち中間者を手段・道具とみだてる理論は「他人を機械とする不法行為¹¹」の構成に通じるところがあるように思われる。不法行為責任は自己の行為に基づいて生じたものであることを原則とするので（自己責任の原則¹²、他人の行為については原則として責任がないということになる¹³。しかしそうではあっても、自己の行為と発生した結果との間に他人の行為が介在し、その他人の行為を直接の原因として損害という結果が発生したとしても、自己の行為として責任を負う場合が認められている¹⁴。「他人を機械とする不法行為」はその一場面である。

「他人を機械とする不法行為」は、他人を機械として違法な行為を為すのであって、まさに自己の行為による責任というべきものであるとされる¹⁵。この論理によって、通説である侵害者の過失責任が強固なものとなっているように見受けられる。しかし、この論理では被害者の救済可能性が狭まるのである。通説は、侵害者の責任を侵害者の自己の責任とすることによって、行為者と責任の負担者を一致させようとするものであるし¹⁶、その結果、第三者に対する直接の加害行為者である防衛者の責任を見いだせないこととなる。防衛者の行為は侵害者とは異なる他人の行為であると評価することで、侵害者とは別の責任主体を見いだすことができる、つまりそれにより第三者の救済可能性が広がるということになるのである。

3. 侵害者の責任の新たな法律構成の模索

(1) 三者間の不法行為

それでは、侵害者 A の侵害行為から防衛者 B の権利・利益を防衛するために B がやむを得ず第三者 C に対して損害をもたらした場合に、C は A に対して損害賠償を請求することができるかという責任の問題を、通説のように、防衛者（＝中間者）を機械であるとして二者間の不法行為として構成するのではなく、防衛者（＝中間者）が介在する不法行為、言い換えると三者間の不法行為として、この問題を構成することはできない

か。あるいはそのように構成をするとどのような結果となるか。三者間の不法行為とすることで、他人（＝中間者）の行為を觀念することができ、また行為者と責任の負担者の分離可能性を認めることができるからである。そうすることで、責任の負担者が増える可能性もある¹⁷。このような発想に立ったときに考えられる構成として、続く（2）では、「第三者による適法行為の介在した不法行為」という構成を考察し、（3）では、「侵害者の間接的過失に基づく不法行為」という構成を分析する。侵害者の過失に基づく構成が、侵害者の責任の成立を容易ならざるものとしているので、その責任成立の桎梏となっているのであるが、それでも過失責任の原則に立つ民法規定によって、侵害者の責任の法律構成はどの程度展開するか、確認しておきたいという趣旨である。

（2）第三者による適法行為の介在した不法行為

ここでは、侵害者の攻撃を避けようとして防衛者が第三者（被害者）に対して加害行為そして損害をもたらし、かつ、防衛者の行為が正当防衛により正当化されるという場面を想定している。侵害者に防衛者を侵害することの過失があるものとした場合（実際には、防衛者を侵害することの過失が必要であるとは限らない。侵害者は防衛者に対して意図せず防衛者にとってはその権利の侵害にあたる（おそれのある）行為をする場合も想定される）、第三者（被害者）から侵害者に対する請求は、それでも民法 709 条によって構成することは可能であろうか。すなわち、この場面で、侵害者の防衛者に対する不法行為（被害者に対する不法行為ではない！）を契機として、中間者である防衛者の「適法な行為」が第三者（被害者）の損害の発生（拡大）に寄与していると考えるのである。このことにつき、「第三者の適法な行為が損害の発生・拡大に寄与した場合も考えられるが、この場合についても、それが加害者、被害者どちらの責任領域に属するものでもないこと、および、この場合にも第三者が責任を負うことはないので、それが寄与した部分を減責することは無責な被害者の救済を切り縮める結

果となることから、自然力と同様に、賠償減額を否定すべきであろう。」とする見解がある¹⁸。

この見解を参考にして、侵害者の責任問題を分析すると、防衛者（＝第三者）の適法な行為が侵害者と被害者のどちらの責任領域に属するかという判断が重要なものとなる。ここでいう責任領域とはどのようなことを指しているのか十分には明確ではないが、防衛者の行為をいずれがコントロールすることが可能かということの意味するということであれば、それは侵害者の責任領域に属する事柄であるということができらるだろうし、そうすべきであろう。また、第三者の適法行為による損害の発生（拡大）が、侵害者の責任領域に属さないのとしても、この見解は被害者救済のために、侵害者が被害者に生じた損害の全てを賠償することを認めるものと思われる。

またあるいは、侵害者の責任を「誘発責任」とするということも考えられる。「直接の不法行為が、他人の自由な意思で行われた場合であっても、その行為を誘発した者も不法行為責任を負う」というのである¹⁹。

中間者の行為を独立のものであるとして、侵害者の被害者に対する不法行為責任にこの中間者の行為が介在すると構成する場合、中間者の責任を想定するという点で、二者間の不法行為（他人を機械とする不法行為）の論理とは異なる。しかし、侵害者の責任の根拠をその過失に求める以上、その責任の成立が不確実なものとなるということについては、中間者を独立の行為者とみるかみないかによっては違いが生じることはない。

ただし、以上のことは、侵害者に過失のあることを想定しての推論である。侵害者に過失が常に認められるわけではないことはすでに指摘した通りである。このため、民法709条による構成は、侵害者の責任を構成する論理としてはやはり不十分なものであるといわざるをえない。

(3) 侵害者の間接的過失に基づく不法行為

ところで、侵害者Aの侵害行為から防衛者Bの権利・利益を防衛する

ためにBがやむを得ず第三者Cに対して損害をもたらしたという場面で、侵害者に防衛者に対する侵害についての過失があることを想定した場合、侵害者の行為（またはその過失）は、被害者の損害発生を直接にもたらすものではなく、間接的過失とみることができるものである。そして、防衛者（＝中間者）の直接の加害行為によって被害者に損害がもたらされたが、防衛者（＝中間者）は正当防衛により免責されるという場面を想定すると、これは民法714条が規定する責任無能力者の監督義務者の責任の構造と類似するところがある²⁰。以下の二点で類似する。第一に、監督義務者には監督義務（責任無能力者の行動に対する一般的な監督義務。責任無能力者が特定の違法行為をすること自体の予防の監督義務ではない²¹）がありその義務違反が過失である。ただしこの過失は直接の加害行為者である責任無能力者が第三者にもたらす損害との関係では、間接的なものであるとされる（間接的過失）²²。第二に、中間者である責任無能力者はその責任無能力を理由として免責される。以上の二点で責任無能力者の監督義務者の責任と類似することから、正当防衛における侵害者の責任を民法714条をモデルとして構成することはできないか。

このことを検討するために、監督義務者の責任を民法709条でも構成できるとした松坂佐一博士の議論を見てみよう²³。松坂博士によれば、「監督義務者は、無能力者が外部に対して加害行為をしないように監督すべき義務を負担しているのであるから、監督義務懈怠の結果無能力者の加害行為が発生した場合に、その責任を免れしむべき理由は存しない」とされていて、責任無能力者に対する監督義務違反があれば、監督義務者の不法行為（民法709条）は成立するといわれる²⁴。そして、民法714条1項ただし書は、責任無能力者がその責任を負わない場合に、被害者において監督義務者の過失を挙証するを要しないこと、ないしは、監督義務者の過失の推定があることを意味する規定であるとされたのである²⁵。松坂博士は過失の推定があるとされているが、現在では、民法714条1項の監督義務者の責任について、「監督義務者の責任を自己責任（みずからの監督上の過

失を理由とする監督義務者自身の損害賠償責任)と捉えたうえで、監督上の過失についての主張・立証責任が監督義務者に転換されている」とみるのが通説であるともされており²⁶、その場合には、過失の主張・立証責任を転換する規定とみることになる。

4. 侵害者の無過失責任に向けて

(1) 侵害者の過失の推定あるいは過失の主張・立証責任の転換

さて、ここで正当防衛における侵害者の責任に戻りたい。

正当防衛における侵害者の責任について、民法714条の構造を模する理由は次の点にあることをあらためて確認しておこう。

第一に、防衛者の行為を侵害者の行為から独立した行為であるとするという必要性がある。民法714条の監督義務者の責任ではすでに、責任無能力者の行為は独立の行為であると構成されている。第二に、防衛者あるいは責任無能力者の行為によって生じた損害について責任を負担する侵害者あるいは監督義務者に、これら直接の加害行為者が加害行為をすることについての過失がある(間接的過失)。第三に、直接の加害行為者である防衛者あるいは責任無能力者は責任を負わない。

このように、責任を負担する構造について、そして責任負担者による賠償が求められているという利益の状況に関して両制度には共通点がある。

ところで、監督義務者の責任は民法709条によっても構成することができたところ、民法はその特則を714条に設けた。それが特則であるゆえんは、監督義務者の過失が推定されていること(あるいは立証責任が転換されていること)である。責任無能力者の加害行為による被害者の被害からは遠い原因である監督義務者の監督義務違反を被害者は証明する必要がない。これにより被害者の救済に資することになる²⁷。

正当防衛における侵害者の責任についても同様の論理を当てはめることはできないか。侵害者の責任は民法709条によって構成されてきた。しか

しながら、すでにみたように、侵害者の過失は、防衛者に対する侵害についての過失であり、間接的過失である。被害者の救済のために、この防衛者の加害行為による被害者の被害からは遠い原因である侵害者の間接的過失を被害者は証明する必要がないということが求められる。正当防衛における防衛者の行為によって被害者に損害が生じたということは侵害者の過失を推定するのに十分であるといえるのではないか。このために、民法720条1項ただし書を民法709条の特則として考えるのである。

もちろん、侵害者と防衛者との間に監督・被監督の関係まではみられない民法720条1項ただし書（侵害者の責任）をこのように考えることの正当化まで民法714条（監督義務者の責任）と同様とするわけではない。民法714条については、①家族団体主義的な絶対的責任の個人主義的責任への緩和化（絶対的責任から過失責任へ）、②家族関係に基づく特殊な責任、③人的危険源の監督に関する過失責任、このようなことから、民法709条の一般的不法行為責任よりも重い（過失の推定された、あるいは立証責任の転換された）責任として規定されたと説明されている²⁸。

民法720条1項（侵害者の責任）が、民法709条の一般的不法行為責任よりも重いということ（過失の推定あるいは立証責任の転換がなされるということ）の基礎づけは、「侵害者によって、防衛者による加害行為（あるいは防衛者自身の損害を他者に転嫁する行為）の危険性が高められたこと」、及び、「被害者は正当防衛という制度によって、通常よりも不利な状況におかれる理由はないということ（立証の困難の救済）」ということに求めたい。

このような論理によって、民法720条1項ただし書を民法709条の特則と考えて、民法720条1項ただし書によって、少なくとも、侵害者の過失は推定される（あるいはその過失の立証責任は転換される）とすることができるのではないか。

(2) 侵害者の無過失責任

侵害者の過失の推定から一步進んで、侵害者の無過失責任に至るということではできないことなのだろうか。以前にまとめた論稿ではその可能性について指摘したのみであった²⁹。本稿においても未だそれを正当化することができるだけの準備ができていない。しかしそれでもあと半歩だけ踏み込んで考察をしてみよう（より詳細な研究は別稿で行いたい）。参考となるのはフランス法における一部の議論である。ここではルネ・サヴァティエ（René Savatier）博士の見解についてのみ研究しておきたい。わたくしが注目しているのは、サヴァティエ博士による正当防衛に関する次の記述である。

正当防衛の場合、防衛者（続くサヴァティエ博士の記述では「行為者」）は侵害者に損害をもたらしても賠償する義務はない。必要状態（正当防衛が必要となる状態）は、侵害者によって引き起こされたものであり、「必要状態を生み出した者がそれゆえ責任を負うだけである。彼のフォートによって、行為者は自らを防衛するよう義務づけられたので、この行為者が自らを保護するために侵害者に引き起こした損害を侵害者が負担することになる。

それゆえ、我々の観点では、必要状態と正当防衛の間に本質的な違いはない。正当防衛の特別の利益は責任の割り当てにしかない、この責任は被害者に課される、というのも被害者は同時に侵害者でもあるからである、という事実にはしかない。

それでも、侵害者が他人が自衛をする必要性を作り出したのが、たとえば意識を喪失した状態であったとしても、侵害者は賠償を訴え請求することはできないということが認められている。そこでは確かにフォートのない責任の伝統的な一事例が存在する。精神に障害のある侵害者は、被害者の防衛によって引き起こされた損害を、まったく彼の精神が健康であるかのように、単独で負担する。』³⁰。

なお、ここで正当防衛 (la légitime défense) とは、一般に、「不正な侵害から生じる急迫の危険の脅威に対して自分の身体、他人の身体またはそれらの者の財産を保護するために、刑法によって禁じられている行為 (殺人、殴打、傷害) をその者自身が実現することの必要性におかれている者の状態³¹⁾」のことである。必要状態 (l'état de nécessité) とは、一般に、「その正当な利益または他人の正当な利益を、不法な行為をすることでしか、保護することができないある者の状態³²⁾」のことである。これらは正当化事由を構成する。

これらのことを前提とした上で、サヴァティエ博士の記述のうち次のことに注目したい。第一に、侵害者 (必要状態の作出者) の責任はフォートに基づくということ、第二に、防衛行為により損害を被った侵害者は、侵害者に責任能力が認められない場合であっても、防衛者に対して賠償を請求することはできず、その損害を自ら負担しなければならないということ³³⁾、第三に、第二点の場面における責任能力がない侵害者の責任は無過失責任であるということ、である。

つまり責任無能力者に対する防衛行為も正当化される。責任無能力者は自らの損害を防衛者に対して転嫁する (賠償請求する) ことができない。それが防衛行為を正当なものとする意味ではあるのだが、これは古典的・伝統的な責任能力論からすれば、責任無能力者は過失なくして損害を負担することを意味するということであろう。サヴァティエ博士は、議論を正当防衛の範囲内にとどめられているけれども (つまり防衛者が第三者に対して加害する場合は議論に含められてはいないけれども)、ここには侵害者の責任を無過失責任に転換する契機があるように思われる。責任能力のない侵害者は防衛行為により被った損害を自ら負担するとする以上、この侵害者の侵害により防衛者が損害を被ったという場合にも、その損害については侵害者が負担する (賠償をする) ということもありうるのではないか。さらには、侵害者からの攻撃を避けようとして防衛者が第三者に加えた損害についても、責任能力のない侵害者がその責任を負担するというこ

ともありうるのではないか。侵害者に対して防衛者が反撃したことから生じる損害というものは、侵害者に生じた損害であれ、防衛者に生じた損害であれ、はたまた第三者に生じた損害であれ、区別されることなく、侵害者がその責任を負担するということになるのではないか。もちろんこれらはまだ研究が不足しており結論とすることができるわけもないのだが、仮に、責任能力のない侵害者がこれらを負担するというのであれば、責任能力のある侵害者であればなおのこと、過失の有無にかかわらず、すなわち無過失であっても、正当防衛から生じた損害を賠償する責任を負担するという事に結びついていくように思われる。

注

- 1 鈴木清貴「民法上の正当防衛における第三者の救済—侵害者の責任—」滝沢昌彦ほか編集委員『民事責任の法理』（円谷峻先生古稀祝賀論文集）（成文堂・2015年）437頁（以下「第三者の救済」として引用する）、同「民法上の正当防衛における侵害者の責任根拠」愛知大学法学部法経論集205号25頁以下（2016年）（以下「侵害者の責任根拠」として引用する）。
- 2 鈴木・「第三者の救済」（前掲注（1））452頁。
- 3 菱谷精吾『不法行為論』（再訂増補第三版）（清水書店・1912年）232、233頁（小見出し）。
- 4 民法修正案理由書によれば、民法720条1項の理由は本文中に述べたようなものである。すなわち「加害行為者は何人に対しても損害賠償の責に任せざる旨を明にし殊に但書の規定に依りて被害者は加害者をして損害を加ふるに至らしめたる者即ち加害者に対し不法行為を為したる者に対して損害賠償の請求を為すことを妨げざる旨を示せり」ということである（廣中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣・1987年）682、683頁。なお旧字体を新字体に、カタカナをひらがなにあらためた（以下、同様である））。これに対して、法典調査会における穂積陳重起草委員の草案第728条（現行民法720条）に関する趣旨説明では「直接に加害行為を加へました者に責がないと云ふことを明かに示す為めに此但書が這入った」とされている（法務

大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書5 法典調査会 民法議事速記録五』(商事法務研究会・1984年)409、410頁)。簡単にまとめれば、民法720条1項は、防衛者が免責されることから侵害者が責任を負うとしたのか、侵害者が責任を負うから防衛者を免責したのか、その理解に対立が存在するということである。このことは正当防衛により防衛者が免責される理由を考えるうえで重要な意味を持つが、侵害者の責任について考察するこの論稿ではこれ以上立ち入らないこととする。ここでは、第三者(被害者)の救済のためには侵害者の責任が求められているということを確認することができればよい。民法720条の立法の経緯については、幾代通「民事上の正当防衛・緊急避難と第三者被害」法学48巻3号8頁以下(1984年)参照。なお、鈴木・「第三者の救済」前掲注(1)441頁でも取り上げている。

- 5 以下で論じるところを含め、本稿は、前掲注(1)で掲げた鈴木論文と記述が重複するところがある。
- 6 幾代通=徳本伸一〔補訂〕『不法行為法』(有斐閣・1997年)101頁。
- 7 幾代=徳本・前掲注(6)103頁の注(2)。
- 8 この場面における侵害者の過失は、第三者の権利・利益の侵害に向けられた過失ではないという意味で「間接的な過失」という表現を用いた。この意味での「間接的な過失」、「間接的過失」という表現は、前田達明「未成年者と監督義務者の責任」星野英一=平井宜雄編『民法判例百選Ⅱ債権〔第四版〕』(有斐閣・1996年)171頁、潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第2版〕』(信山社・2009年)430頁において、すでに用いられており参考にした。
- 9 加藤一郎『不法行為〔増補版〕』(有斐閣・1974年)136頁(初版は1957年刊行)、幾代=徳本・前掲注(6)101、102頁、四宮和夫『不法行為』(青林書院・1998年〔初版7刷〕)367頁など、通説。
- 10 例えば、四宮・前掲注(9)303頁。
- 11 末弘巖太郎『債権各論』(有斐閣・1918年)1073頁、鳩山秀夫『日本債権法各論』(岩波書店・1922年)850頁、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』[1937年刊行のもの復刻版](日本評論社・2004年)112頁。
- 12 鳩山・前掲注(11)851頁、我妻・前掲注(11)110頁、幾代=徳本・前掲注(6)18頁、前田達明『民法Ⅵ₂(不法行為法)』(青林書院新社・1980年)21頁、四宮・前掲注(9)294頁。
- 13 我妻・前掲注(11)111頁、前田達明・前掲注(12)21頁。

- 14 鳩山・前掲注(11) 849、850頁、我妻・前掲注(11) 111頁、前田達明・前掲注(12) 21頁。
- 15 我妻・前掲注(11) 112頁。
- 16 J. Julien, La responsabilité civile du fait d'autrui ruptures et continuités, préface P. le Tourneau, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p.71. から着想を得た (la dissociation du fait générateur et de la réparation という表現)。
- 17 学説には、防衛者の責任を認めることを提案するものがすでにある。詳しくは、鈴木「侵害者の責任根拠」前掲注(1) 51頁、注(66)を参照。ここでは、二つの立法提案のみ再録しておく。「日本不法行為法リステイトメント」条文720条は、1項で不法行為者に対する加害行為について防衛者の免責を認めるが、それ以外を扱う2項では「人身に対する重大な侵害を生ずべき急迫した危難から自己又は他人を防衛するために、やむを得ず加害行為を行った者については、裁判所は、その損害賠償責任を軽減又は免除することができる」とすることで、防衛者に責任を認める余地を残している(幾代通「正当防衛・正当行為など(上) — 避険行為」〔日本不法行為法リステイトメント⑭〕ジュリスト901号85頁(1988年)85頁)。「日本民法典財産法改正 国民・法曹・学界有志案」661条2項もまた、1項で不法行為者に対する加害行為について防衛者の免責を認めつつ、それ以外の場面についての2項では「自己又は他人に対する急迫した危難を避けるためにやむを得ず加害行為をしたときは、裁判所は、当該危難と加害行為の状況を考慮し、その損害賠償責任を軽減又は免除することができる」として、防衛者に責任が生じうることを想定している(同項はさらに侵害者の責任も認めている)(民法改正研究会(代表・加藤雅信)編『民法改正 国民・法曹・学界有志案』(日本評論社・2009年)229頁)。
- 18 吉村良一「原因競合」池田真朗ほか『マルチラテラル民法』(有斐閣・2002年)389頁。同様の考え方は、平井宜雄「因果関係論」有泉亨ほか編『現代損害賠償法講座1 総論』(日本評論社・1976年)108頁でもすでに見られた。
- 19 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〕』(有斐閣・2001年)227頁。
- 20 瀬川信久「中間責任から間接的侵害へ—特殊不法行為からみる不法行為法学の過去・現在・未来—」浦川先生ほか古稀記念論文集編集委員会編『早稲田民法学の現在—浦川道太郎先生・内田勝一先生・鎌田薫先生古稀記念論文集—』(成文堂・2017年)614頁で示された「侵害過程の始点にある賠償責任者

の過失の有無だけでなく、賠償責任者と最終的な侵害との関係を広くみて、民法「714条以下を、他者（被監督者、被用者）や物（工作物、動物）がなした直接の侵害について、間接的な関与者（監督義務者、使用者、占有者・所有者）が負う不法行為責任とみる」、すなわち「間接的侵害ととらえ」、「複数者関与の不法行為、不作為の不法行為ととらえる」という観点から、侵害者の責任、民法714条の監督義務者の責任を見直すということも必要であるが、本稿ではそこまで及ばなかった。同論文の指摘に基づく（同論文605頁以下）、本稿での作業は、鳩山博士・我妻博士の作られた枠組みのなかにある。

- 21 幾代・前掲注(6)192頁。我妻・前掲注(11)156頁、加藤一郎・前掲注(9)159頁。
- 22 前掲注(8)参照。
- 23 松坂佐一「責任無能力者を監督する者の責任」川島武宜編集代表者『我妻先生還暦記念 損害賠償責任の研究 上』（有斐閣・1957年）147頁以下（利用したのは1961年の初版三刷）。現在では、責任能力のある未成年者の不法行為に対する監督義務者の責任を民法709条に基づき肯定した最判昭和49年3月22日民集28巻2号347頁もあり、議論がさらに進展していることは承知しているが、ここでは立ち入らない。
- 24 松坂・前掲注(23)論文165頁。
- 25 松坂・前掲注(23)論文165頁。
- 26 潮見・前掲注(8)319頁。
- 27 これ以下の記述は、松坂・前掲注(23)156頁に訳出されているリペール＝ブーランジェによるフランス民法1384条4項（当時。現在は1242条4項である。「父及び母は、『親権（l'authorite parentale）』を行使する限りで、それらの者と同居する未成年子が生じさせた損害について、連帯して責任を負う。」（法務大臣官房司法法制調査部『フランス民法典—物権・債権関係—』（法曹会・1982年）136頁を参照した。))に対する説明を参考にしてている。以下引用する。「法によって推定せられる父母の過失は、損害の遠いかつ間接の原因（une cause lointaine et indirecte du dommage）に過ぎない。未成年者の過失もしくは単なる行為は、この遠い過失を見いだすことに役立ち、かつ因果関係を推定せしめるものである。規定が例外であるのはこの点である。民法はそれ故に、正当に過失の推定の上に父母の責任を根拠づけることができた」（原典はG. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit*

- civil de M. Planiol, 2^e éd., tome 2, Obligations-Contrats-Sûretés réelles, LGDJ, Paris, 1947, n° 1108, p. 383.)
- 28 橋本佳幸ほか『民法V 事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣・2011年) 252・253頁 [小池泰執筆]。
- 29 鈴木「侵害者の責任根拠」前掲注(1) 48頁。
- 30 R. Savatier, L'état de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle, in Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Dalloz, Paris, 1939, n° 5, p. 736. ここでは、同書のリプリント版 Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Topos Verlag AG Vaduz, Liechtenstein et Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1977, p. 729 et s. を利用した。
- 31 G. Cornu (dir.), Vocabulaire juridique (l'Association Henri Capitant), PUF, coll. «Quadrige», 10^e édition mise à jour, 2014, p. 309.
- 32 G. Cornu (dir.), op. cit. (note 31), p. 680.
- 33 現代ドイツ法においては、子どもまたは精神病患者による攻撃、あるいはその他の理由で故意・過失のない行為者(たとえば、泥酔者)による攻撃の場合には、正当防衛をしないことが求められるという(権利濫用の禁止の原則からの推測)。以上のことにつき、ディーター・ライポルト(円谷峻訳)『ドイツ民法総論—設例・設問を通じて学ぶ— [第2版]』(成文堂・2015年) 513頁。日本についていえば、民法720条1項の「他人の不法行為」要件に関して、「他人に不法行為の成立要件としての責任能力や故意過失があることは必要なく、その行為が客観的に不法な場合であればよい」(加藤一郎・前掲注(9) 136頁)とされるのがもっぱらであり、それ以上の議論の展開は見られないようである(「他人の不法行為」要件に関する現在の学説については、鈴木「第三者の救済」前掲注(1) 438頁、注(4) 参照)。

[付記]

本稿は、2016年10月15日開催の第3回不法行為法研究会(明治大学)における報告原稿をもとに加筆したものである。当日は、新美育文先生、畑中久彌先生をはじめ、ご出席の先生方から様々なご指摘、ご助言をいただいた。記して厚く御礼申し上げる次第である。

