



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ヨーロッパ不法行為法の一断面：共通参照枠草案(DCFR)第VI編の検討
Author(s)	山本, 周平
Citation	北大法学論集, 64(3), 1-69
Issue Date	2013-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/53396
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR64-3_001.pdf



ヨーロッパ不法行為法の一断面

—— 共通参照枠草案（DCFR）第VI編の検討 ——

山
本
周
平

目次

第一章 はじめに

I. DCFRとは

II. DCFR第VI編——他人に生じた損害に基づく契約外責任

- Ⅲ. 分析の視点
- Ⅳ. 検討の順序
- 第二章 DCFR第Ⅵ編の構造と内容
 - Ⅰ. 全体構造
 - Ⅱ. 基本準則
 - Ⅲ. 法的に重要な損害
 - Ⅳ. 帰責
 - Ⅴ. 因果関係
 - Ⅵ. 救済手段
- 第三章 ヨーロッパ不法行為法原則（PETL）との比較
 - Ⅰ. 全体構造と基本準則
 - Ⅱ. 損害（保護される利益）
 - Ⅲ. 帰責根拠
 - Ⅳ. 規律方法
- 第四章 結びに代えて
 - Ⅰ. 不法行為法の基本規定のあり方
 - Ⅱ. 責任の厳格化

第一章 はじめに

本稿は、共通参照枠草案（DCFR）第Ⅵ編の紹介・分析を行うことにより、わが国で不法行為法の改正が問題とさ

れる場合の検討課題について、一定の手がかりを得ようとするものである。

I. DCFRとは

DCFRとは、Draft Common Frame of Referenceの略称で、「共通参照枠草案」と訳出されるのが一般的である。

1 ユーロッパ民法典スタディー・グループの活動

DCFRの作成にあたって最も重要な役割を果たしたのは、ヨーロッパ民法典スタディー・グループ (Study Group on a European Civil Code) である⁽¹⁾。

ヨーロッパ民法典スタディー・グループは、ヨーロッパ契約法委員会 (The Commission on European Contract Law) ——いわゆるランドー委員会——を前身とする組織である。ランドー委員会は、ヨーロッパ契約法原則 (PECL) の作成を終えて散会したが、契約法以外の領域についても対象とすべきであるとされ、一九九八年に、後継組織として、オスナブリュック大学のフォン・バル (Christian von Bar) を中心とするヨーロッパ民法典スタディー・グループが結成されたのである。

スタディー・グループの研究対象は、契約法のほか、契約外債務や、動産物権変動、信託など、財産法のさまざまな領域を含む。そして、ヨーロッパにおいて共通に妥当すべき原則とモデル準則を定め、その成果を「ヨーロッパ法原則 (Principles of European Law [PEL])」シリーズとして公表している。

2 P E L から D C F R へ

こうしたスタディー・グループの活動は、D C F R との関係で重要な意味を持っている。

ヨーロッパ委員会によって二〇〇三年に発表された行動計画は、ヨーロッパの現行共同体法の質と一貫性を確保し、共同体における将来の法改正や新たな立法の際に立法者が参照するための「道具箱」の作成を提案した。これが共通参照枠（C F R）であり、その草案が D C F R である。

D C F R の作成の準備作業を委託されたのは、一二の研究グループを統括した「ヨーロッパ私法に関するジョイント・ネットワーク（Joint Network on European Private Law [CoPECL]）」であるが、その中でも中心的な役割を果たしたのが、ヨーロッパ民法典スタディー・グループおよび「現行ヨーロッパ私法に関する研究グループ（European Research Group on Existing EC Private Law）」（いわゆるアキ・グループ）という二つの研究グループである。

C F R は、政治過程に載せられることが想定されたものであり、E U の立法権限が限定されていることを考慮して、その対象を契約法に限っているが、D C F R は、そのような事情を度外視し、純粹に学術的な観点から、契約法に限らず財産法の諸領域を広く対象として作成されたものである。

D C F R は、基本原則・定義・モデル準則から構成されているが、これらを掲載した概要版（Outline Edition）が二〇〇九年二月に公開された。⁽²⁾さらに、モデル準則ごとにコメント（モデル準則の解説）とノート（それぞれのモデル準則に関するヨーロッパ諸国における法状況の比較法的整理）を掲載した完全版（Full Edition）が全六巻で二〇〇九年一〇月に公開されている。⁽³⁾

D C F R は全部で一〇編から構成されている。そこでは、契約（個別の契約類型に関する規律を含む）のほか、不法行為、事務管理、不当利得のような契約に基づかない債務、動産所有権や信託などについても規定されており、財産法

のさまざまな領域を広く対象としている。

II. DCFR第VI編——他人に生じた損害に基づく契約外責任

本稿が対象とするのは、DCFRの第VI編である。⁽⁴⁾これは不法行為法に関する部分で、「他人に生じた損害に基づく契約外責任 (Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another)」という表題になっている。⁽⁵⁾ここでは、「不法行為」という言葉は使われておらず、「契約外責任」と呼ばれている。⁽⁵⁾ DCFR第VI編は、契約外責任について、その成立要件から効果に至るまで、広く規定を置くものである。⁽⁶⁾

III. 分析の視点

本稿は、このDCFR第VI編の内容を紹介・分析するものであるが、分析の視点としては、不法行為制度の構想にあたって基本的な態度決定が要求される点について、どのような選択肢がありうるかということを意識しながら論述を進めたい。というのは、このような視点から分析をする場合には、わが国の不法行為法について立法論を念頭に置いた検討をするときに、DCFR第VI編が一つの重要な資料になると考えられるからである。

現在のところ、不法行為法の改正は、政治的な課題としては取り上げられていない。しかし、わが国では、目下、契約法を中心とする債権法の大規模な改正作業が進められているところ、同じく債権法の一部である不法行為法も、将来的に法改正から無縁であり続けるわけにはいかないであろう。⁽⁷⁾したがって、不法行為法の立法論的な再検討に向けた基

基礎研究が必要であり、D C F R第VI編にも、そのような観点から批判的に検討する価値が認められるのである。

IV. 検討の順序

検討の順序は以下のとおりである。まず、第二章では、D C F R第VI編のモデル準則の内容を紹介する。それに続いて、第三章では、D C F R第VI編とヨーロッパ不法行為法原則（P E T L）——ヨーロッパにおける不法行為法の統一の基礎資料として作成されたもう一つの草案——を比較することにより、それらの異同を分析する。最後に、第四章では、D C F R第VI編およびP E T Lの検討を通じて、わが国における不法行為制度の改正にとつてどのような示唆が得られるかということに言及して、まとめに代える。

第二章 D C F R第VI編の構造と内容

本章では、D C F R第VI編の概要を説明する。まず、D C F R第VI編の全体構造を確認しておこう。

I. 全体構造

D C F R第VI編の全体構造を目次の形で示すと、次のとおりである。まずはこの順に沿って、D C F R第VI編の規律内容をあらかじめ概観しておきたい。

第一章 総則

第二章 法的に重要な損害

第三章 帰責

第四章 因果関係

第五章 抗弁

第六章 救済手段

第七章 附則

1 総則（第一章）——基本準則と三つの基本的要件

まず、D C F R 第 VI 編の冒頭には、第一章「総則 (fundamental provisions)」があるが、ここに「基本準則 (basic rule)」が置かれている (VI … 一〇一条)。この基本準則が責任の根拠規定になるわけであるが、それと同時に、この基本準則の中に、三つの基本的な責任成立要件が規定されている。その三つの要件とは、「法的に重要な損害」、帰責根拠、因果関係の三つである。そして、これらの要件はさらに、第二章から第四章までの規定によって具体化されている。

なお、総則の中には「差止め (prevention)」を認める規定もある。それによると、法的に重要な損害が差し迫っているときに、その損害を受けるであろう者は、第 VI 編の規定により、その差止めを請求できる (VI … 一〇二条)。ただし、差止めについては、本稿ではこれ以上取り上げない。

2 「法的に重要な損害」(第二章)——各則と受け皿規定の組合せ

まず、「損害」が発生したことは当然要求されるが、DCF Rでは、単なる損害ではなく、「法的に重要な損害 (legally relevant damage)」という要件が設定されている。これについては、第二章に規定されている。

第二章は、第一節「総則」と第二節「法的に重要な損害についての各則」に分かれる。第一節では、法的に重要な損害の意義について規定されている。第二節では、どのような場合に「法的に重要な損害」が認められるかということについて、事例類型ごとに規定が置かれている。ただし、その各則の規定にあたらな場合であっても、受け皿規定が用意されているため、これによって各則の規定が補完されることになる。

3 帰責(第三章)——過失責任と無過失責任

次に、損害を加害者に帰責するためには何らかの帰責根拠が必要であるが、これについては、第三章「帰責 (accountability)」が定める。これはさらに、第一節「故意および過失」と、第二節「故意または過失を伴わない責任」に分かれ、それぞれ過失責任と無過失責任について規定している。

(1) 故意・過失の定義

過失責任については、第三章第一節に、故意・過失の定義規定が置かれている。また、ここには、子どもまたは被監督者が生じさせた損害についての責任も規定されている。

(2) 無過失責任の個別規定

さらに、第三章第二節には、無過失責任に関する規定が置かれている。

DCF Rのテキストでは、節の表題にあるように「故意または過失を伴わない責任 (accountability without intention or negligence)」という言葉が使われているが、本稿では無過失責任と呼んでおきたい。

これについては、事例類型ごとに個別的な規定が置かれている。

4 因果関係（第四章）

因果関係（causation）については、因果関係の定義や、複数行為者の責任に関する規定がある（第四章）。

5 その他

そのほか、第五章には抗弁（defences）に関する規定があり、損害賠償責任の減免事由が定められている⁽⁸⁾。第六章は救済手段（remedies）に関する規定で、契約外責任の効果としての損害賠償と差止めについて定めている⁽⁹⁾。最後に、第七章に、附則として、若干の付随的な規定が置かれている。

D C F R 第VI編には全部で五七か条もの条文があるが、本稿では、責任成立要件の中心部分として、基本準則・法的に重要な損害・帰責について重点的に取り上げ、因果関係と救済手段については簡単に言及するにとどめる。

II. 基本準則

第VI編冒頭にあるVI-1-101一条が基本準則とされている。

同条一項によると、「法的に重要な損害を受けた者は、当該損害を故意もしくは過失によって生じさせた者または当該損害の発生について帰責されるその他の者に対し、損害賠償を請求することができる」。これが責任の根拠規定であり、

請求の基礎となる。⁽¹⁰⁾

さらに、この規定から、DCF Rの契約外責任が認められるために、①「法的に重要な損害」、②帰責根拠、③因果関係という三つの要件が必要であることが分かる。

帰責根拠については、同条一項によると、損害を帰責されるのは、「当該損害を故意または過失によって生じさせた者」と、「当該損害の発生について帰責されるその他の者」である。後者が無過失責任を意味するが、さらに同条二項では、「法的に重要な損害を故意または過失により生じさせたのでない者は、第三章の規定がその旨を定める場合に限り、法的に重要な損害の発生について帰責される」とされている。

そして、この三つの要件がそれぞれ、第二章から第四章までにおいて具体化されることになる。以下、これらの要件について見ていこう。

Ⅲ. 法的に重要な損害

第一の要件は、「法的に重要な損害」である。⁽¹¹⁾

法的に重要な損害については、第二章に定められており、その冒頭にあるのがVI・二・一〇一条である。同条一項によると、「損失（経済的なものであるか非経済的なものであるかを問わない）または侵害は、次に掲げるいずれかの場合には、法的に重要な損害とする」とされている。

ここでは、①「損害」とは何かということ、②「法的に重要な損害」が認められるのはどのような場合かという二つの問題がある。

1 「損害」——「損失」と「侵害」

まず、D C F R 第VI編における「損害」の概念について整理しておく。

実は「損害」にも定義があり、これは、モデル準則ではなく、D C F R の一部をなす定義集 (Definitions) に定められたものである。それによると、損害とは、「利益を害するすべての種類の効果 (any type of detrimental effect)」とされている。さらに、VI・二・一〇一条一項を見ると、「損失 (loss)」または「侵害 (injury)」は法的に重要な損害とするとされており、損害には「損失」と「侵害」の両方が含まれることが分かる。

そのうち、損失は、経済的なものであるか非経済的なものであるかを問わないとされている。そして、経済的損失と非経済的損失の概念については、さらに規定があり、VI・二・一〇一条四項 a 号において、「経済的損失は、収入または収益の喪失、負担の発生および財産価値の減少を含む」とされ、同 b 号では、「非経済的損失は、苦痛および生活の質の低下を含む」とされている。

また、損失のほかに、「侵害」が「損害」にあたる場合があるとされている。「侵害それ自体」が賠償されうることは、第二章第二節（各則）の規定にも現れている (VI・二・二〇一条一項、VI・二・二〇三条一項)。さらに、VI・六・二〇四条では、「侵害それ自体は、経済的損失または非経済的損失についての金銭賠償とは別個に賠償しなければならない」とされている。したがって、この「侵害それ自体」は、経済的損失・非経済的損失と並ぶ第三の損害のカテゴリーであり、経済的損失・非経済的損失とは別個に、しかもそれに加えて賠償されることになる。

この「侵害それ自体」の賠償を認めたことは、イタリア法における生物学的損害 (danno biologico)⁽¹⁾ という概念に由来するものと言われている⁽¹³⁾。つまり、イタリア法では、非財産的損害の賠償が認められるのは刑罰法規違反の場合に限られているようであるが、それでは狭すぎるので、そのような制限を回避するために、財産的損害でも非財産的損害

でもない第三のカテゴリとして判例により創設されたのが、生物学的損害というカテゴリである。そして、DCF Rにおける「侵害それ自体」も、その影響があることが指摘されている。

2 「法的に重要な損害」の意義

次に、そのような損害は「法的に重要な損害」でなければならない。

(1) 「法的に重要な損害」概念の出自

「法的に重要な損害」というのは、あまり聞き慣れない概念であるが、これは、損害の要件も、帰責根拠や因果関係といった他の要件と密接に関連しあっていることを表すものとされている。⁽¹⁴⁾ 例えば、損害が重大であればあるほど帰責要件は緩和されうるし、逆に、故意による侵害の場合にのみ、不法行為により賠償される損害もある。そのような関連性を表すのに適切な言葉として、「法的に重要な損害」という概念が採用された。

もとをたどれば、この概念は、イタリア法の「不法な損害 (damno ingiusto)」という概念に由来している。ただ、これをそのまま翻訳して用いるのは適切でないという理由で、それをもう少し洗練させたものとして、「法的に重要な損害」という概念が採用されたのである。⁽¹⁵⁾

(2) 「法的に重要な損害」が認められる場合

どのような場合に「法的に重要な損害」が認められるかは、VI-2-1-10 一条一項の各号に規定されている。

VI-2-1-10 一条一項 a 号から c 号までによると、法的に重要な損害があるといえる場合には、次の三つがある。第一に、第二章第二節の準則がその旨を規定する場合 (a 号)、第二に、損失または侵害が、その他の法律上認められた権利の侵害によって生じた場合 (b 号)、第三に、損失または侵害が、法的保護に値する利益の侵害によって生じた場合 (c

号)である。

(a) 各則(VI・二・一〇一条一項a号、VI・二・二〇一条以下)

したがって、まずはa号に従い、第二章第二節の各則の規定に該当するかどうかを検討することになる。つまり、VI・二・二〇一条からVI・二・二二一条までのいずれかに該当すれば、法的に重要な損害があるといえる(個別の規定内容については後述)。

(b) 受け皿規定(VI・二・一〇一条一項b号・c号)

(ア) 「その他の法律上認められた権利」または「法的保護に値する利益」の侵害

次に、各則の規定のいずれにも該当しない場合は、b号またはc号に該当するかどうかが問題になる(この点において、b号とc号は、各則の規定に該当しない場合の受け皿規定であるといえることができる)。それによると、当該損失または侵害が、その他の法律上認められた権利の侵害によって生じたこと(b号)または法的保護に値する利益の侵害によって生じたこと(c号)が必要になる⁽¹⁶⁾。

b号の「その他の法律上認められた権利」は、契約外責任以外の法領域においてすでに原告に割り当てられた権利だとされている。b号にいう「法律上認められた権利」の例としては、社員権や親の監護権などが挙げられている⁽¹⁷⁾。国内法により「絶対権」として認められているものはすべてここにいう「権利」に含まれる。また、私法上の権利に限定されるものでもなく、例えば選挙における投票権などもこの「権利」にあたるとされている⁽¹⁸⁾。

c号の「法的保護に値する利益」は、b号と異なり、契約外責任法が独自にある利益の要保護性を決定するもので、契約外責任法の継続形成の余地を意識的に作り出すものとされている⁽¹⁹⁾。例えば、冷凍保存された精子を誤って廃棄された場合に、ここにいう「法的保護に値する利益の侵害」があるという具体例が挙げられている⁽²⁰⁾。

(イ) 付加的要件——「公平かつ合理的」(VI-2-101条二項・三項)

ただ、b号またはc号の場合は、付加的に、VI-2-101条二項の要件を充たすかどうかを検討する必要がある。それによると、損失または侵害は、損害賠償請求権を認めることが「公平かつ合理的」であるときに限って、法的に重要な損害とされる⁽²¹⁾。

さらに、公平かつ合理的であるかどうかを決定するためには、VI-2-101条三項に列挙された事情を考慮すべきだとされている。そこでは、①帰責の根拠、②損害または差し迫った損害の性質と近因性(proximity)、③損害を受けまたは受けるであろう者の合理的期待、④公序(considerations of public policy)を考慮しなければならないとされている⁽²²⁾。

①帰責の根拠については、損害を生じさせた行為の性質が問題になる。とりわけ、侵害が故意によるものか、単なる過失によるものかが重要であり、故意による場合にのみ法的に重要な損害が認められる場合があるとされる⁽²³⁾。

②損害または差し迫った損害の性質が考慮されるというのは、軽微な不利益の場合には、被害者が損害を甘受しなればならないということを意味している⁽²⁴⁾。また、ある種の環境汚染のように、全体としての集団にのみ割り当てられた利益であって、その侵害が特定個人との関係では法的に重要な損害となりえない場合があるが、そのような事情もこの要素において考慮される。

また、近因性という要素が挙げられているのは、法的に重要な損害の概念が因果関係と密接に関連することを表すものとされる。例えば、医師の診断に誤りがあったが、仮に正しい診断をしたとしても病気の進行は阻止しえなかったという場合には、因果関係がないということもできるが、責任法の見地からは、そもそも法的に重要な損害が存在しないということもできる。

③損害を受けまたは受けるであろう者の合理的期待という要素は、いわゆる「機会の喪失」の場合を念頭に置くものであるとされる。

④公序については、その定義が特に述べられているわけではない。一つの具体例として挙げられているのは、事故によりある者の身体の外觀が損なわれたために、その者の配偶者が婚姻生活を継続することに耐えられず離婚に至った場合である。この場合に、離婚により生じた経済的または非経済的不利益が、事故の直接被害者とその配偶者にとって法的に重要な損害になるかどうかという問題にとって決定的であるのは、その時代の考え方によれば、婚姻生活において甘受されることが期待される負担はどこまでかということであるとされる。これは、一種の社会通念を基準とするものだということができる。その他の例としては、不当な訴訟提起の事例が挙げられている。すなわち、原告が多少なりとも注意して調査すれば勝訴の見込みがないことが分かる場合においても、訴訟を提起された被告は、法的に重要な損害を受けたと評価されない。なぜなら、さもなければ原告の裁判制度の利用に対する権利が保障されないからである。⁽²⁶⁾

(3) 小括

以上をまとめると、「法的に重要な損害」の判断にあたっては、まずはVI・二・一〇一条一項a号により、第二章第二節の各則の規定に該当するかどうかを検討し、そのいずれにも該当しなければ、同b号またはc号の適用が問題となる。後者の場合には、損害賠償を認めることが公平かつ合理的であるかどうかさらに審査されることになる。

3 各則

各則における規定それぞれの規定の内容についても簡単に見ておきたい。各則には一一か条の規定があるが、これはおおむね次の五つに分類することができる。⁽²⁶⁾

(1) 人身侵害 (VI・二・二〇一条、VI・二・二〇二条)

まず、VI・二・二〇一条とVI・二・二〇二条は、人身侵害の場合についての規定である。ここには、直接の被害者の請求権と、第三者の請求権の両方が規定されている。⁽²⁷⁾

(a) 人身侵害とそれにより生じた損失 (VI・二・二〇一条)

VI・二・二〇一条によると、自然人の身体または健康に対する侵害によってその者に生じた損失および侵害それ自体は、法的に重要な損害となる。ここでは、人身の侵害により生じた損失だけでなく、その侵害それ自体が「損害」にあたるとされている。しかもそれは、経済的または非経済的な損失に加えて、それと別個に賠償されうる。⁽²⁸⁾

同条二項は、この局面における損失と侵害の意味について規定する。まず、一項にいう損失は、被害者の世話のためにその近親者が負担した合理的費用を含む健康管理の費用を含む (二項 a 号)。また、精神的健康に対する侵害は、それが医学的に病氣と評価される場合に限り、人身侵害に含まれる (二項 b 号)。

(b) 人身侵害または死亡により第三者に生じた損失 (VI・二・二〇二条)

次に、VI・二・二〇二条は、人身侵害または死亡により第三者に生じた損失が、その第三者にとって法的に重要な損害となる場合について定める。すなわち、同条一項によると、人身侵害または死亡により他の自然人に生じた非経済的損失は、侵害の時点において、その自然人と侵害された者とが特に密接な人的関係にあったときに、法的に重要な損害となる。

また、同条二項は、生命侵害の場合に関連して、侵害によって死亡した者に死亡の時点までに生じた法的に重要な損害 (a 号)、合理的な葬儀費用 (b 号) および扶養の喪失 (c 号) が法的に重要な損害になることを規定する。⁽²⁹⁾

(2) 人格的利益の侵害 (VI・二・二〇三条、VI・二・二〇四条、VI・二・二〇五条)

次に、VI・二・二〇三条からVI・二・二〇五条までにおいて、人格的利益が侵害された場合について規定されている。⁽³⁰⁾

(a) 尊厳・自由・プライバシーの侵害 (VI・二・二〇三条)

VI・二・二〇三条一項によると、自由、プライバシーの権利その他自己の尊厳に関する権利の侵害によって自然人に生じた損失および侵害それ自体は、法的に重要な損害となる。

この規定の目的は、人間の尊厳の侵害によって生じた損害が法的に重要な損害となり、契約外責任に基づく損害賠償義務を生じさせることを明らかにする点にある。同条においては、人間の尊厳として、自由とプライバシー権が明記されている。ここでの自由は、身体的な移動の自由を意味する。⁽³¹⁾ また、プライバシー権は、私的領域の保護に対する権利であり、不可侵の個人的生活領域を保障するものであるとされる。⁽³²⁾

なお、名誉毀損について直接に責任を認める規定は存在しない。その理由は、名誉の保護を政策的に受容可能な形で定式化することがきわめて困難だという点にあるとされている。⁽³³⁾ DCFRでは、名誉毀損によって生じた損失または侵害それ自体は、国内法が規定する場合に法的に重要な損害となるということが定められているにすぎない (同条二項)。

(b) 他人に関する真実でない情報の伝達による損失 (VI・二・二〇四条)

VI・二・二〇四条によると、他人に関する真実でない情報の伝達によってその者に生じた損失は、伝達者が、その情報が真実でないことを知り、または知ることを合理的に期待されるときに、法的に重要な損害となる。これは、名誉毀損についての規定が置かれなかったことの反面として、真実でない情報の伝達についての責任を定めたものである。

なお、帰責との関係では、この規定によると、情報が真実でないことを知るべきであったことが要求されるが、それに加えて、情報を伝達したことについてVI・三・一〇二条の過失が必要だとされている。⁽³⁴⁾ このように、各則の規定では、

加害行為者の主観または行為態様も考慮されていることがあるが、これはあくまで「法的に重要な損害」についての判断であり、帰責の要件は別途問題になると考えられている⁽³⁵⁾。

(c) 秘匿される情報の伝達による損失 (VI-12-205条)

VI-12-205条によると、情報の伝達により生じた損失は、情報の性質またはそれが取得された状況に照らして、損失を受けた者にとってその情報が秘匿されるものであることを、伝達者が知り、または知ることを合理的に期待されるときは、法的に重要な損害となる。

なお、⁽³⁶⁾こでも、情報が秘匿されるものであることを知るべきであったことに加えて、その情報の伝達が故意 (VI-13-101条) または過失 (VI-13-102条) によるものであることが必要とされている。

(3) 財産権侵害 (VI-12-206条)

VI-12-206条は、財産権および適法な占有が侵害された場合に関する規定である。

同条一項によると、動産または不動産についての財産権または適法な占有の侵害 (infringement) によって生じた損失は、法的に重要な損害となる。

さらに、二項 a 号および b 号では、財産の「損失」と「侵害」の意味が説明されている。まず、損失は、財産の利用の剥奪を含むとされている (a 号)。ここでは、利用の剥奪が財産権の「侵害」によって生じた「損失」であるとされているため、前提として別途何らかの「侵害」が要求される。また、財産権の侵害は、権利の目的物の破壊または物理的損傷 (財産の損傷⁽³⁷⁾)、権利の処分、利用妨害その他の権利行使の妨害を含むとされている (b 号)。ただし、「含む」とあることから分かるように、これは限定的に列举されたものではない。

(4) 純粹経済損失 (VI-12-207条、VI-12-208条、VI-12-210条、VI-12-211条)

いわゆる純粋経済損失⁽³⁸⁾にあたるような場合についても、次の四か条の規定が用意されている。

(a) 誤った助言または情報の信頼 (VI・二・二〇七条)

VI・二・二〇七条によると、誤った情報を合理的に信頼して意思決定をしたことによって生じた損失は、当該助言または情報が、専門家としての職務の遂行において、または取引の過程で提供され (a号)、かつ、助言または情報を提供した者が、意思決定をする際に情報受領者が当該助言または情報を信頼するであろうことを知り、または知っていたことを合理的に期待される (b号) 場合に、法的に重要な損害となる。

これは、誤った助言や情報について一般的に責任を課すとすれば、日常的な対人的コミュニケーションにおける責任リスクが耐えがたいものになることから、情報の受け手が情報の正しさを信頼する特別の理由がある場合に限り、誤った情報や助言を信頼したことにより生じた損失を法的に重要な損害と評価するものである⁽³⁹⁾。

(b) 事業の違法な妨害 (VI・二・二〇八条)

VI・二・二〇八条一項によると、専門家としての職務の遂行または取引行為に対する違法な妨害によって生じた損失は、法的に重要な損害とされる。

この規定は、ドイツの判例法上認められている「設立されかつ稼働している営業上の権利 (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)」の考え方に影響を受けたものでもあるが、カルテルなどの競争法違反行為によって生じた損失も含みうる点で、より広い適用範囲を有する⁽⁴⁰⁾。また、ここで「違法」というのは、法律の規定または確立した慣行に反することを意味するとされる⁽⁴¹⁾。

なお、同条二項では、不正な競争によって消費者に生じた損失が、EU法または国内法が規定する場合に法的に重要な損害となることも定められている。

(c) 詐欺的不実表示 (VI-22-210条)

VI-22-210条一項によると、詐欺的な不実表示によって生じた損失は、言葉によるものか挙動によるものかを問わず、法的に重要な損害とされる。また、同条二項は、不実表示が詐欺的とされるのは、それが虚偽であることを認識または確信しながら行われ、かつ、相手方を誤らせることが意図されていたときであるとする。

この規定は、詐欺的不実表示により生じた損失が賠償されるべきことは、あらゆる契約外責任法の体系にとって自明のことであるという考え方に基いている。ここでの損害は、純粹経済損失であることが多いとされるが、それだけでなく、非経済的損失をも含む⁽⁴²⁾。

なお、二項にいう認識または確信は、帰責における故意 (VI-3-101条) と重なる場合がほとんどであるが、両者は一応区別すべきものとされている。すなわち、帰責において問題になる故意は、損害を生じさせることについてのものであるが、ここにいう認識または確信は、不実表示が虚偽であることについてのものであり、この点において両者は異なる。その意味で、この規定はあくまで「法的に重要な損害」について判断するものであり、帰責は別途問題となる⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾。

(d) 債務不履行の誘発 (VI-22-211条)

VI-22-211条によると、第三者の債務不履行を誘発したことによって生じた損失は、損失を受けた者に対する債務が存在し (a号)、かつ、不履行を誘発した者が、その第三者に債務を履行させないことを意図し (b号 (i))、誘発者自身の利益を正当に保護するための行為したのでない (b号 (ii)) 場合に、法的に重要な損害となる。

これは、相対権は権利保持者に対して義務を負う者によつてのみ違反されうるのが原則であることから、義務者以外の者が債務不履行を誘発した場合は、故意による場合に限り、それによって生じた損失を法的に重要な損害とするもの

である。⁽⁴⁵⁾

なお、義務の不履行の誘発を意図していたことが要求されているのであって、損失の発生を意図したことが要件とされているわけではない。この点において、帰責における故意と区別されていることは、VI―二・二一〇条と同様である。ただ、義務の履行を妨げようとする者は、それが債権者を害するという事実をも常に意識しているから、この区別はほとんど意味を持たないとされている。⁽⁴⁶⁾

(5) 環境侵害 (VI―二・二〇九条)

VI―二・二〇九条は、環境侵害について規定を置いている。それによると、空気、水、土壌、植物相、動物相その他の環境を構成する自然的要素に対する重大な侵害があったとき、それを回復するために国家または権限を有する機関に生じた負担は、その国家または機関の法的に重要な損害とされる。

規定の文言から分かるように、この規定で請求権の主体とされているのは、私人ではなく、国家または権限を有する機関である。この点において、この準則は私法と公法の境界線上にあるとされる。⁽⁴⁷⁾

IV. 帰責

第三章は、第一節「故意および過失」と、第二節「故意または過失を伴わない責任」の二つの部分に分かれている。

1 過失責任

まず、過失責任に関しては、第三章第一節には、故意と過失の意味が定義されている。

(1) 故意 (VI-三・一〇一条)

故意の意味については、VI-三・一〇一条に規定されている。それによると、故意が認められるのは、同種の損害を生じさせることを意図しつつ当該損害を生じさせたとき (a号)、または、当該損害若しくは同種の損害が生じることまたはほとんど確実に生じるであろうことを知りながら、自己の意図した行為によって当該損害を生じさせたとき (b号) である。a号の場合は、損害の発生それ自体を意図していたことが必要であるのに対し、b号の場合は、自己の行為それ自体について意図していたことが必要であるが、損害の発生については認識で足りる。

(2) 過失 (VI-三・一〇二条)

過失の意味を定めるのは、VI-三・一〇二条である。それによると、「次の各号のいずれかの行為によって法的に重要な損害を生じさせた者は、過失によって当該損害を生じさせたものとする」とされている。

(a) 法律により要求される注意義務 (VI-三・一〇二条 a号)

まず、同条a号によると、「被害者をその損害から保護することを目的とする法律の規定により定められた一定の注意の水準を満たさない行為」は、過失によるものとされる。⁽⁴⁸⁾

(b) 一般的注意義務 (VI-三・一〇二条 b号)

次に、同条b号によると、「当該事案の事情のもとで合理的な注意深さを備えた者に期待される注意に達しない行為」は、過失によるものとされる (いわゆる合理人基準)。

b号において過失を判断する際には、いくつかの要素が考慮される。すなわち、どのような行動がとられるべきであったかは、究極的には予防の費用と便益の衡量にかかっている。その際、差し迫った損害の種類と程度、行為者と被害者の間の特別の関係といった事情が特に考慮される。

他方で、結局のところ、考えられる状況は無数に存在するため、考慮されるべき要素を完結的に挙げることはできず、最終的には裁判所に委ねられざるをえないとされている。ただ、それと同時に、注意基準が必要以上に高度化することのないよう留意すべきだともされている。これは、行動の自由の尊重と、厳格責任との区別のためである。⁽⁴⁹⁾

(3) 子どもまたは被監督者が生じさせた損害についての責任（VI-3-1-10 四条）
故意および過失の節には、子どもまたは被監督者が損害を生じさせた場合について、過失の証明責任の転換を定める規定がある。

すなわち、一四歳未満の者が、成年者であれば故意または過失とされる行為によって損害を生じさせたときは、その父母またはその監護を法律上義務づけられた者が、法的に重要な損害の発生について責任を負う（VI-3-1-10 四条一項）。ただし、責任を負う者が、損害を生じさせた者に対する監督の懈怠がなかったことを証明したときは、責任を免れる（三項）。また、ある者を監督することを義務づけられた施設その他の団体も、その監督義務に服する者が故意または過失によって損害を生じさせた場合に、一定の要件のもとで同様の責任を負う（二項）。⁽⁵⁰⁾⁽⁵¹⁾

2 無過失責任

(1) 概要

無過失責任については、最初に述べたとおり、VI-1-1-10 一条二項で、第三章の規定が定める場合に限り責任が生じるとされている。

そして、第三章第二節では、「故意または過失を伴わない責任」という表題のもとで、八か条の規定が列挙されている。ここでは、無過失責任に関する一般的な規定を置くのではなく、事例類型ごとに個別的な規定を置くという方法がとら

れている。

そこに規定されているのは、二つのタイプのものがある。一つは、物や施設のような危険源によって損害が生じた場合の危険責任にあたるものである（VI・三・二〇二条からVI・三・二〇六条まで）。もう一つは、他人の行為によって損害が生じた場合についての代位責任の規定である（VI・三・二〇二条⁵²⁾）。

(2) 個別ルールの列挙

DCFRは、無過失責任の個別的な規定を列挙する方法をとり、一般条項的な規定は用意していない。DCFRがなぜこのような方法をとったかということについては、公式の解説の中では言及されていないため、推測によるしかない。これについては、一つには、ヨーロッパ諸国における妥協の結果という事情もあるだろう。すなわち、過失責任とは異なり、厳格責任については、ヨーロッパ諸国の法状況は著しく多様である。フランスのように物についての危険責任をかなり広く認めている法体系もあれば、イギリスのように厳格責任をかなり限定的にしか認めないところもある。このような対立があるために、一般的な厳格責任のルールとしてはひとまず限定的に規定するしかなかったのではないかという推測が可能である。

しかし、より根本的な理由があるとすれば、それは、一般条項を採用すると、法的安定性が損なわれるおそれがあるという点である⁵³⁾。すなわち、一般条項による場合は、事実ごとにそのつど裁判所が責任の射程を確定することになるため、責任を課されるリスクがどの程度かということの予測が難しい。これに対して、個別ルールを置く方法によると、立法者が事前に責任の成立する範囲を明確に記述することになるから、予測可能性が高まり、法的安定性が確保されやすくなるというメリットがある⁵⁴⁾。したがって、DCFRが危険責任の一般条項を採用しなかったのも、法的安定性に配慮したものとするべきであろう。

(3) 個別の規定内容

D C F R 第 VI 編における無過失責任の規定内容を、ごく簡単に紹介しておこう。

(a) 被用者または法人の代表者による加害 (VI・三・二〇一条)

VI・三・二〇一条一項によると、他人を雇用またはそれに準じた形で使用する者は、雇用または使用されている者が雇用または使用の過程で損害を生じさせ (a 号)、かつ、その者が故意もしくは過失によって損害を生じさせたか、その他の理由により損害の発生について帰責される (b 号) 場合に、法的に重要な損害の発生について責任を負う。

また、同条二項によると、法人は、その代表者が職務の過程で損害を生じさせた場合に、同様の要件のもとで責任を負う。

(b) 不動産の安全性の欠如 (VI・三・二〇二条)

VI・三・二〇二条一項一文によると、不動産の管理者は、不動産またはその近隣にいる者が正当に期待できる安全性を備えていない不動産の状態によって生じた人身侵害とそれにより生じた損失、VI・二・二〇二条の定める損失および財産の損傷によって生じた損失 (不動産それ自体に生じた損失を除く) について責任を負う。⁽⁴⁶⁾ また、いかなる安全性を期待することが正当かを判断するにあたっては、不動産の性質 (a 号)、不動産への接近方法 (b 号)、不動産の安全性の欠如を回避するための費用 (c 号) を含む諸事情を考慮するとされている (同二文)。

また、二項および三項は、責任主体である不動産の管理者にあたるのはどのような者かということを決めている。

(c) 動物による加害 (VI・三・二〇三条)

VI・三・二〇三条によると、動物の保有者は、当該動物によって生じた人身侵害とそれにより生じた損失、VI・二・二〇二条の定める損失および財産の損傷によって生じた損失について責任を負う。

(d) 製造物の欠陥 (VI・三・二〇四条)

VI・三・二〇四条は、製造物責任に関する規定である。⁽⁵⁶⁾それによると、製造物の製造者は、製造物の欠陥によって生じた人身侵害とそれにより生じた損失、VI・二・二〇二条の定める損失、および消費者との関係においては、財産の損傷によって生じた損失（製造物それ自体に生じた損失を除く）について責任を負う（同条一項）。また、製造物の輸入者および供給者も同様の責任を負う場合がある（二項・三項）。

また、四項は免責事由を定めている。⁽⁵⁷⁾そのほか、「製造者」および「製造物」の定義、欠陥の判断基準についても規定がある（五項から七項まで）。

(e) 自動車の利用による交通事故 (VI・三・二〇五条)

VI・三・二〇五条は、自動車事故における自動車保有者の責任を定める規定である。同条一項によると、自動車の保有者は、当該自動車の利用によって交通事故が生じた場合に、人身侵害とそれにより生じた損失、VI・二・二〇二条の定める損失および財産の損傷によって生じた損失（自動車およびその貨物に生じた損失を除く）の発生について責任を負う。

なお、同条二項は「自動車」の定義を置いている。

(f) 危険な物質または放出 (VI・三・二〇六条)

VI・三・二〇六条一項によると、物質の保有者または設備の管理者は、放出の時点（放出がない場合は物質との接触の時点）において、物質または放出の量と特質を考慮して、適切に制御されなければ当該物質または放出が損害を生じさせる蓋然性がきわめて高く（a号）、かつ、当該危険の現実化により損害が生じた（b号）場合に、当該物質または放出によって生じた人身侵害とそれにより生じた損失、VI・二・二〇二条の定める損失、財産の損傷によって生じた損

失およびVI・二・二〇九条の定める負担の発生について責任を負う。

同条五項は免責事由の規定で、自己の取引、事業または職業に関連する目的で物質を保有し、または設備を管理していたのではない場合（a号）、または、物質の制御または設備の管理について法律上の基準を遵守した場合（b号）には、この規定による責任は生じないとする。

なお、「物質」、「放出」、「設備」の定義規定がある（二項から四項まで）。

V. 因果関係

DCFRは、因果関係についても定義規定を置いている。すなわち、VI・四・一〇一条一項によると、因果関係が認められるのは、法的に重要な損害が、ある者の行為またはその者が責任を負う危険源の結果とみなされるときである。ここでは、因果関係の起点は、人の行為と危険源の両方が想定されている。また、因果関係の終点は、「法的に重要な損害」である。

ここでは、因果関係に関するルールを厳密に定めるのは困難であるため、VI・四・一〇一条における定式化も、因果関係に関するすべての法学的考察が前提とする基本原理を定めたものにすぎないとされている。また、事後的因果関係と法的因果関係も特に区別されていないが、これは、事後的因果関係と法的因果関係の区別を否定するという態度決定を積極的におこなったものではなく、その点は今後の議論に委ねるという趣旨で、あえてこのような広い定式を採用したものである⁽⁵⁸⁾。

また、因果関係の判断にあたっては、「法的に重要な損害」や帰責根拠との関連性が重要であるとされている。例えば、

故意による不法行為の場合や、生命・身体の侵害の場合には、因果関係を認めやすいとされている。⁽⁵⁹⁾ この意味で、因果関係の判断は規範的なものである。

因果関係の判断基準としては、「あれなければこれなし」の基準は採用されていない。その理由は、因果関係の判断は規範的なものであって、不可欠条件公式によつてはそれを適切に行うことができないという点にある。⁽⁶⁰⁾

VI. 救済手段

最後に、「救済手段」に関する規定のうち、ごく基本的なもののみを簡単に紹介しておきたい。

「救済手段」に関する章の冒頭にあるのは、損害賠償の目的と方式について定めるVI・六・一〇一条である。それによると、損害賠償(reparation)とは、法的に重要な損害を受けた者を、当該法的に重要な損害が生じなければ置かれていたであろう状態に回復することという(同条一項)。この損害賠償は、金銭によることができる(金銭賠償)ほか、受けた損害の種類および程度その他当該事案における一切の事情を考慮して最も適切と認められるときは、その他の方式によることもできる(同条二項)。さらに、一項の例外として、有体物が損傷された場合に、修補費用が減価分を不合理に超えるときは、修補費用に代えて減価分と同等の金銭賠償を認めること(同条三項)、および、合理的と認められる場合には、原状回復に代えて、不法行為によつて獲得された利得の返還を認めること(同条四項)が定められている。

そのほかに注目される規定としては、些細な損害は賠償されないと定めるVI・六・一〇二条、一定の要件のもとで損害賠償責任の全部または一部の免除を認めるVI・六・二〇二条、「侵害それ自体」が経済的・非経済的損失とは別個に賠償されることを定めるVI・六・二〇四条⁽⁶¹⁾、差止めの要件を定めるVI・六・三〇一条などがある。

第三章 ヨーロッパ不法行為法原則（PETL）との比較

前章では、DCFR第VI編の規律内容の整理をおこなった。

ところで、ヨーロッパにおける不法行為法の統一に向けた基礎研究をおこなっている研究グループは、ヨーロッパ民法典スタディー・グループだけではない。そのようなグループとして、ヘルムート・コツィオール（Helmut Kötzl）の指揮するヨーロッパ不法行為法グループ（European Group on Tort Law）が存在する。そして、ヨーロッパ不法行為法グループが、不法行為法の統一に向けた将来的な作業の基礎とすべく二〇〇五年に作成したのが、ヨーロッパ不法行為法原則（Principles of European Tort Law〔以下ではPETLと略称〕）である⁽⁶²⁾。

PETLは、法的拘束力を持つものではないが、不法行為責任の成立要件から効果に至るまで、広く規定を置くものである。この点において、具体的な規定の形をとって、ヨーロッパレベルにおける不法行為法の共通原則を定立することを試みたものとして、DCFR第VI編とPETLが並び立っていることになる⁽⁶³⁾。

ただし、基本的な作業方針の点で、PETLとDCFRには違いがないわけではない。すなわち、DCFRは、そのモデル準則においてかなり詳細な個別ルールを定めているが、これに対し、PETLは、個別のルールというよりは、ヨーロッパの不法行為法において共通する「原理」を明らかにしようとしたものであるという性格が強い⁽⁶⁴⁾と言われることがある。したがって、両者を単純に比較することには一定の留保が必要である。しかし、そうはいっても、両者とも具体的な規定の形をとり、全体として不法行為法の体系を示そうとするものであるから、この限りで、両者の規定を同一平面において比較することも許されるであろう。

以下では、PETLの規律を紹介しつつ、DCFR第VI編との比較を試みたい⁽⁶⁵⁾。論述の順序としては、まず全体構造

と基本準則の異同を確認した後、損害および帰責根拠について検討し、最後に規律方法の異同を取り上げることにする。⁽⁶⁶⁾

I. 全体構造と基本準則

1 PETLの規律

PETLの全体構造を目次の形で示すと、以下のとおりである（章は全編を通じた通し番号になっている）。

第一編 基本規範

第一章 基本規範

第二編 責任の一般要件

第二章 損害

第三章 因果関係

第三編 責任の根拠

第四章 過失責任

第五章 厳格責任

第六章 他人についての責任

第四編 抗弁

第七章 抗弁一般

第八章 寄与的な行為または活動

第五編 複数の不法行為者

第九章 複数の不法行為者

第六編 救済手段

第一〇章 損害賠償

P E T Lは、その冒頭に基本規範 (basic norm) を置いている (一・一〇一条)。同条一項によると、他人に対する損害を法的に帰責される (attributed) 者は、その損害を賠償する責任を負う。そのうえで、損害がどのような者に帰責されるかを定めるのが、同条二項である。それによると、損害が帰責されうるのは、①自己の過失行為によって損害を発生させた者 (a号)、②自己の異常に危険な活動によって損害を発生させた者 (b号)、③自己の補助者がその職務の範囲内において損害を発生させた者 (c号) である。

この規定から、不法行為責任の成立要件として、損害・帰責根拠・因果関係の三つが必要とされ、さらに帰責根拠が認められる場合として、過失責任・危険責任・使用者責任の三つが定められていることが分かる。

2 DCFRとの比較

それでは、全体構造と基本準則について、DCFR第VI編とPETLにはどのような違いが認められるであろうか。まず、冒頭に基本準則を置いている点では、DCFR第VI編とPETLは共通している。また、基本準則において損害・帰責根拠・因果関係という三つの責任成立要件を定め、それを後続の規定によって具体化するという構造をとっている点でも、両者には共通性が認められる。

ただし、DCFR第VI編は、「法的に重要な損害」・「帰責」・「因果関係」の三つを第二章から第四章までに並立させているが、それに対し、PETLは「責任の一般要件」(第二編)という編の中に「損害」(第二章)と「因果関係」(第三章)を並立させ、それとは別に「責任の根拠」(第三編)という編を置いている。PETLがそのような編成をとったのは、損害と因果関係に関する規定がいずれの責任根拠にも妥当するため、両者を一つの編にまとめたことによるものである。ただし、DCFR第VI編においても、帰責に関する規定は、法的に重要な損害と因果関係のいずれにも妥当するから、この点において実質的な違いはない。

より重要な違いは、PETLの基本規範が、過失責任・危険責任・使用者責任という三つの責任根拠を同順位のものとして掲げ、それによって責任根拠の全体構想を明示しているのに対し、DCFR第VI編の基本準則はそのような形になっておらず、過失責任以外の責任根拠を明示していない(DCFR第VI編第三章の規定が参照指示されているにすぎない)点である。⁽⁶⁷⁾

II. 損害(保護される利益)

1 P E T Lの規律

P E T Lの「損害」に関する規定は、P E T L第二章にあるが、その冒頭にある二・一〇一条は、「損害 (damage) は、法的に保護される利益に対する財産的または非財産的な被害 (harm) であることを要する」と定める。

そのうえで、ある利益がどのような場合に「法的に保護される」かについて基準を定めるのが二・一〇二条である。同条一項によると、「利益の保護領域 (the scope of protection of an interest) は、その性質に応じて決定される。すなわち、利益の価値、その範囲の明確性、公知性が高くなればなるほど、その保護も広くなる」。これに続いて、同条二項から四項までにおいて、「利益の価値」の要素に関してさらに具体化が行われている。すなわち、生命、身体または精神の完全性、人間の尊厳および自由は、最も広く保護される (二項)。また、無体財産権を含む財産権にも、広範な保護が認められる (三項)。さらに、純粹経済利益 (pure economic interests) または契約関係の保護は、より限定的となりうる。その場合には特に、行為者と被害者との近接性、または、行為者の利益が被害者の利益よりも低く評価されることが確実であるにもかかわらず損害を生じさせるであろうことを行為者が認識していたことが考慮される (四項)。ただし、以上の規定は保護される利益の完結的なリストを定めるものではないし、利益を絶対的に序列化しようとするものでもない。利益の保護領域は、あくまで諸要素の衡量によって決定される。

また、利益の保護領域は、利益の性質だけでなく、責任の性質 (五項)、行為者の利益 (特に、行動の自由および権利行使に関する利益) および公共の利益 (六項) によっても左右される。

2 D C F Rとの比較

(1) 「損害」要件の意味

PETLとDCFRは、被害者に生じた不利益を表す要件として「損害」を挙げ、わが国という権利・法益侵害の要件を独立に挙げていない点で共通する。ただし、いずれも、権利・法益侵害をまったく問題にしないものではない。PETLにおいては、損害は「法的に保護される利益に対する財産的または非財産的な被害」であるとされ(二・一〇一条)、利益の保護領域の画定が問題とされている。DCFRについても、「法律上認められた権利の侵害」や「法的保護に値する利益の侵害」が問題となる(VI・二・一〇一条一項b号・c号)。また、「法的に重要な損害」についての各則(VI・二・二〇一条以下)の機能は、不法行為法の保護領域を画定する点にあり、その意味でドイツ民法八二三条一項が法益を列挙しているのと同じ機能を有するという指摘もある(ただ、ドイツ不法行為法とは異なり、絶対権とそれ以外の利益を二分する立場はいずれにおいてもとられていない)。(68)

特徴的なのは、DCFRにおいて、損害に「損失」と「侵害」の二つが含まれる点である。ただ、これについては、問題が多い。第一に、責任設定の問題と賠償範囲の問題が混同され、理論構造が不明確になるおそれがある。(69)第二に、第一点とも関連するが、「損失」と「侵害」を同列に並べた結果、各則において異なる性質の規定が混在してしまっているように思われる。(70)第三に、「侵害それ自体」の賠償を独立に認めていることに対する批判がある。すなわち、DCFRは、(イタリヤ法と異なり)非財産的損害の賠償を広く認めているため、「侵害それ自体」の賠償をそれと別個に認める必要はなく、むしろ、これを認めると、非財産的損害について二重の賠償を与えることになりかねない。(71)(72)

(2) 各則の規定、要素の列挙、法益の序列

規律方法の面で最も大きな違いが見られるのは、DCFRが「法的に重要な損害」についての各則の規定を置いているのに対し、PETLにはそのようなものがないという点である。このDCFRの各則は、法的に重要な損害が明らかに認められる(または認められない)事実状況を取り出すことで、法適用の準備作業をするものだということがで

(73)
きる。

これに対し、D C F RにはないP E T Lの特徴としては、①P E T Lでは、二・一〇二条において、利益の保護領域を判断するための考慮要素が列挙されていることと、②P E T Lでは、生命・身体から純粋経済利益まで、利益の価値について一応の序列が定められていることが挙げられる。

このうち、第一の点については、D C F Rも、VI・二・一〇一条三項において、いくつかの考慮要素を列挙しており、挙げられた要素には共通するところもある。ただし、D C F Rで要素が列挙されているのは、各則が適用されない場合の受け皿規定であるから、この点において両者がまったく同じ機能を果たすわけではない。

第二の点については、D C F Rにおいても、各則を利益の性質に応じてグルーピングすることは可能であり、そこでは、身体、財産権、純粋財産利益といった区別を見出すことができる。そして、身体・健康や財産権の場合は、原則として、特段の限定要件を要求することなく法的に重要な損害にあたることを認められているのに対し、純粋経済損失にあたるような場合には、特別の要件が要求されている。⁽⁷⁵⁾したがって、D C F Rも、法益の価値に一応の序列があることを認め、それに応じて保護の程度に差を設けているといえるであろう。⁽⁷⁶⁾

III. 帰責根拠

P E T Lでは、「責任の根拠」の編に、「過失責任」、「厳格責任」、「他人の行為についての責任」という三つの章があり、「過失責任」の章は、「過失責任の要件」と「過失の証明責任の転換」の二つの節に分かれている。以下、P E T Lの規定の順に沿ってその規律内容を紹介しつつ、D C F Rとの比較を試みたい。

1 過失責任

(1) PETLの規律

過失責任について、PETLは、「故意または過失 (negligent) によって、必要とされる行為基準に違反した者は、過失 (fault) に基づく責任を負う」と定めている(四・一〇一条)。さらに、「必要とされる行為基準は、当該状況における合理人の行為基準である」としたうえで、それを判断するために考慮されるべき要素が列挙されている(四・一〇二条一項)。そこに挙げられている要素は、保護される利益の性質および価値、活動の危険性、専門的活動に従事する者に期待される専門性、損害の予見可能性、当事者間における近接関係または特別の信頼、予防手段または代替手段の利用可能性と費用である。ただし、これらの要素が「特に (in particular)」考慮されるというにすぎず、これ以外の要素が考慮に入れられる余地がないわけではない。

また、行為基準の確定にあたって、一定の行為を命令または禁止する規範が考慮されるべきことが定められている(三項)。ただし、そのような規範に違反したことが直ちに過失を基礎づけるわけではないし、逆に、それに違反していなかったとしても、それだけで過失がなかったということにはならない⁽¹⁷⁾。

そのほか、異例の事情(年齢、精神的・身体的障害など)のために客観的基準に従うことを行為者に期待できない場合は、その基準を修正することが許される(二項)。

(2) DCFRとの比較

(a) 故意と過失の区別

DCFRは、VI・三・一〇一条およびVI・三・一〇二条で、故意および過失を定義している。これに対し、PETLは、「故意または過失によって、必要とされる行為基準に違反した」ことを要求し、「必要とされる行為基準は、当該状

況における合理人の基準である」とするが、厳密に言えば、「故意」または「過失」それ自体については定義規定がない。ただ、必要とされる行為基準の違反が、意図的に行われた（故意の場合）か、必要とされる注意の懈怠による（過失の場合）かを問わないとされるのみである。⁽⁷⁸⁾この点において、故意と過失はいずれも「必要とされる行為基準の違反」の一形態として連続的に捉えられている。

(b) 合理人基準

DCFR第VI編とPETLに共通するのは、過失の意義として、いずれも合理人基準を中心に置いているということである（DCFR VI…一〇二条b号、PETL四…一〇二条一項）。

ただ、PETLが行為基準の設定にあたって考慮されるべき要素を列挙しているのに対し、DCFR第VI編ではそのような要素は挙げられていないという違いはある。この点は、PETLの側からは批判の対象になっている。その批判によれば、DCFRの規定は、合理的な注意深さがどのようにして確定されるのか、どのような事情が重要になるのかといった点について何も述べておらず、これは「すべての主要な問題を答えずに残しているに等しい」⁽⁷⁹⁾。

ただし、前述のように、DCFRにおいても、VI…一〇二条b号における過失の判断は、予防の費用と便益の衡量を中心として、差し迫った損害の種類と程度、行為者と被害者の間の特別の関係といった事情が考慮されるべきだとされている。そうすると、確かに規定そのものに書かれているかどうかというのは重要な相違であるが、想定されている判断の実質には共通する面があるといつてよい。しかも、PETL四…一〇二条における考慮要素が限定列挙ではないことを考慮すれば、両者の違いはいっそう相対化される。

(c) 行為規範の考慮

PETLにおいては、「必要とされる行為基準」を合理人基準に一元化したうえで、四…一〇二条三項が、その行為

基準を確定するにあたって、一定の行為を命令または禁止する規範が考慮されうることを定めている。

これに対し、D C F Rでは、過失の定義として、合理人基準のほかに、被害者をその損害から保護することを目的とする法律の規定により定められた一定の注意水準を充たさない行為が、過失と評価されることを定めている（VI・三・一〇二条a号）。この点において、二元的な過失基準を採用しているということができる。これによると、そのような法律の規定を遵守していたことが過失ありとの評価を否定するとは限らないが、逆に、その違反があれば、合理人基準にかかわらず過失が基礎づけられることになる。⁽⁸⁰⁾

2 過失の証明責任の転換

(1) P E T Lの規律

(a) 一般規定

過失の証明責任の転換に関する一般規定によると、ある活動から生じる危険の大きさを考慮して、過失の証明責任を転換することができる（四・二〇一条一項）。そして、この危険の大きさは、生じうる損害の重大性と損害発生の蓋然性に応じて決定される（同条二項）。

ここで問題になる危険性は、「あらゆる人間の活動に内在する『通常の』リスクと、厳格責任の引き金となる『異常に』高度のリスクの中間にある、中程度の危険性である」とされている。⁽⁸¹⁾

(b) 事業者の場合

以上の一般規定のほか、事業活動の瑕疵に由来する損害についての事業者の責任に関して、一般的に過失の証明責任が転換されている。それによると、経済的または職業的・目的のために継続的な事業に従事し、補助者または技術的設備

を使用する者は、事業または生産活動の瑕疵によって生じた損害について、必要とされる行為基準に従っていたことを自ら証明しない限り、責任を負う（四・二〇二条）。

ここで過失の証明責任が転換され、責任が厳格化されているのは、具体的な瑕疵の存在により、危険の高度化が基礎づけられるという点にある。また、利益と危険は同じところに帰属すべきであり、したがって事業者に集中すべきだということも挙げられている。さらに、事業者の責任コストは、価格を通じて買い手に転嫁することができ、それによって事業者は自らの責任リスクを社会化することができる（「リスク共同体（Risikogemeinschaft）」の考え方⁽⁸²⁾）。そのほか、事業内で生じた注意義務違反を被害者が証明することが困難であることも指摘されている。

(2) DCFRとの比較

以上のように、PETLにおいては、危険性の観点から、かなり広い範囲で過失の証明責任の転換が認められている。このように、推定された過失に基づく責任が重要な位置を占めているのは、PETLにおいて、過失責任と危険責任は厳格に区別されるものではなく、両者の区別は流動的であると考えられていることの現れである。つまり、危険の大きさを理由に、過失の証明責任が不法行為者に転換されることによって、通常の過失責任が厳格化され、過失責任と危険責任の中間領域に位置づけられているのである⁽⁸³⁾。

他方で、DCFRにおいては、そのような発想が示されていないこともあって、過失の証明責任は、子どもまたは被監督者が生じさせた損害についての責任において規定されているにすぎず（VI・三・一〇四条）、推定された過失に基づく責任は、PETLほど重要視されていない⁽⁸⁴⁾。

3 厳格責任（危険責任）

(1) P E T L の規律

P E T L において、厳格責任の規定は五・一〇一条に置かれている。こゝでは、「厳格責任 (strict liability)」という用語が用いられているが、そこで定められているのは、過失に基づかない責任のすべてではなく、危険責任に相当するもののみである。したがって、代位責任は、責任負担者の過失を要件とする責任ではないが、こゝにいう厳格責任には含まれない（これについては、「他人の行為についての責任」として、別途規定されている⁽⁸⁵⁾）。

同条一項によると、「異常に危険な活動を遂行する者は、その活動によってもたらされるリスクに固有のものであり、かつ、それによって生じた損害について、厳格責任を負う⁽⁸⁶⁾」。こゝにいう「活動」は、物を保有することのみならず、人の危険な行為を広く含む。そのうえで、この「異常な危険」が認められるためには、次の二つの要件がともに満たされることが必要である。第一に、その活動を遂行する際にあらゆる相当な注意が尽くされても、なおその活動が予見可能かつきわめて重大な損害リスクを作出するものであることが必要である（五・一〇一条二項 a 号）。この損害リスクは、損害の重大性と蓋然性という二つの要素に照らして評価される（五・一〇一条三項）。第二に、その活動が一般的慣行にあたらないこと (not a matter of common usage) が必要である（五・一〇一条二項 b 号）。これは、相互性の観点から、社会において多くの者が遂行している活動については、それによって生じるリスクも相互に負担すべきであるという考え方に基づくものである。この要件によって、例えば自動車事故の場合は厳格責任から除外される。

P E T L の厳格責任は、事例類型ごとに個別的な規定を置くのではなく、「異常に危険な活動」についての責任を一般的に規定するものである。したがって、これは一般条項にあたることができ⁽⁸⁷⁾⁽⁸⁸⁾る。こゝで一般条項が採用されたのは、危険責任を個別に定めると、ある危険な物や施設について危険責任が定められているのに、同等の危険性を有する他の物や施設については定められていないという事態を招き、規定の欠缺や評価矛盾が生じるからである⁽⁸⁹⁾。

(2) DCFRとの比較

前述のように、DCFR第VI編は、無過失責任について個別的な規定を置くにとどまり、PETLのような一般条項を採用していない。これは、損害要件に関するのと同様、DCFRが一般条項よりも個別的なルールを指向していることの現れと見ることができる。

ただし、PETLが一般条項を採用しているからといって、実際の適用範囲がDCFRより広いかというと、一概にそう言い切れない面もある。例えば、PETL五・一〇一条では、活動が一般的慣行にあたらないことが要件とされているために、自動車事故は厳格責任から除外されるが、DCFRでは、自動車の利用による交通事故の場合に、自動車の保有者に無過失責任を負わせている（VI・三・二〇五条）。このように、PETLにおける厳格責任が比較的限定的な要件を採用しているために、DCFRの無過失責任がPETLの厳格責任には含まれない類型を適用対象とする場合がある。

さらに重要な違いとして、DCFRの危険責任が物や施設といった有形的な危険源の保有または管理を根拠とするものであるのに対し、PETLの危険責任は、危険な活動一般を対象とするものであるという点を挙げることができる。この点については、「異常に危険」な行為であることが要求されるとはいえ、人の行為一般を危険責任における帰責の基礎とすることには、疑問もありうるだろう⁹⁰。

4 他人の行為についての責任

(1) PETLの規律

PETLでは、「他人の行為についての責任」として、未成年者または精神障害者についての責任と、補助者につい

ての責任が定められている。

(a) 未成年者または精神障害者についての責任

まず、未成年者または精神障害者が損害を生じさせた場合に、それらの者を監護すべき者 (person in charge) は、監督において必要とされる行為基準を遵守したことを自ら証明しない限り、その損害について責任を負う(六・一〇一条)。

(b) 補助者についての責任——使用者責任

また、PETLにおいては、使用者は、自己の補助者がその職務の範囲内の行為によって生じさせた損害について、当該補助者が必要とされる行為基準に違反していた場合に責任を負うとされている(六・一〇二条一項)。これは、自己の領域内にある過誤について責任を負うべきであるという考え方に基づく。また、使用者が自己の利益を追求する中で補助者を利用していることと、使用者が補助者を自己の領域に取り込んでいることも重要だとされている。⁽⁹¹⁾

(2) DCFRとの比較

DCFRにおいて子どもについての責任を定めるのは、VI・三・二〇四条である。それによると、一四歳未満の者が、成年者であれば故意または過失とされる行為によって損害を生じさせたときは、その父母またはその監護を法律上義務づけられた者は、法的に重要な損害の発生について責任を負うが、損害を生じさせた者に対する監督の懈怠がなかったことを証明したときは責任を免れる。

これは、監督についての過失の証明責任を転換する点で、PETL六・一〇一条と共通であるが、両者には違いも見られる。⁽⁹²⁾ 第一に、DCFRは、子どもが一四歳未満であることを要件とし、特定の年齢で明確な線引きをしているが、PETLでは特定の年齢は示されておらず、この点は国内法によるとされている。⁽⁹³⁾ 第二に、DCFRでは、一四歳未満の者が、成年者であれば故意または過失とされる行為によって損害を生じさせたことが要求されているが、PETLに

はそのような要件はなく、単に未成年者が損害を生じさせたことが要求されているにすぎない。

精神障害者については、PETLは未成年者と同様に扱っているが、DCFRにおいて精神障害者の行為について責任を負うのは、監督を義務づけられた施設その他の団体に限られ、VI-3-10四条二項に掲げられた要件を充たす必要がある。

使用者責任については、DCFRにおける同種の規定は、VI-3-20一条にある。ここでは、雇用または使用されている者が、雇用または使用の過程で、故意もしくは過失によって、またはその他の理由で損害の発生について帰責される場合に、使用者が無過失責任を負うものとされる。

補助者ないし被用者の行為について、使用者自身の過失にかかわらず責任を認める点では、PETLとDCFRは共通のルールを定めている。ただ、PETLは、補助者が必要とされる行為基準違反に違反したことを要件とするが、DCFRは、被用者に故意・過失がある場合のみならず、被用者がその他の理由により損害の発生について帰責される場合（被用者自身が無過失責任の規定により帰責される場合）をも含む点で、PETLと異なる規定ぶりになっている⁹⁴。また、体系面での違いとしては、DCFRでは、使用者責任は無過失責任の一つとしてあげられているにすぎないが、PETLにおいては、この使用者責任が、基本規範において、主要な帰責根拠の一つとして挙げられ、過失責任・危険責任と並ぶ独立の責任類型とされている（I-101条二項c号）点が特徴的である。

IV. 規律方法

最後に、以上の検討を踏まえて、DCFRおよびPETLのそれぞれが採用している規律方法の特徴を比較のうえ整

理しておこう。

1 P E T Lにおける「動的システム」

(1) 動的システムとは

P E T Lは、「動的システム(bewegliches System)⁽⁹⁵⁾」を方法論的なモデルとしている点に特徴がある。「動的システム」とは、オーストリアのヴィルブルク (Walter Wilburg) によって提唱された方法である。⁽⁹⁶⁾これは、「一定の法領域においてはたらきうる諸『要素』を特定し、それらの『要素の数と強さに応じた協働作用』から法規範あるいは法律効果を説明ないし正当化する」という基本構想をもった考え方であり、「諸要素の協働作用という観点から評価の枠組みを形成し、それによって実生活の必要にこたえる可能性を開くとともに、そこになお一定の原則性を確保しようとした⁽⁹⁷⁾」ものだということができる。また、P E T Lの逐条解説によると、「厳格かつ固定的な規範がうまく機能しない場合に、一連の考慮されるべき重要な要素を挙げる」方法であるとされている。⁽⁹⁸⁾

動的システムの基本的な考え方は、次の二点にまとめることができる。⁽⁹⁹⁾

第一に、動的システムは、個々の法領域で作用する相互に独立した基本的な評価と目的の多元性を認める。すなわち、個々の法領域は、通常、ただ一つの中心的な基本思想から成り立つものではなく、複数の基本的評価が、具体的な協働作用の中で考慮される。このような基本的評価は「要素 (Element)」と呼ばれる。

第二に、個々の「要素」は段階化可能であり、したがって、個々の事例における法律効果は、諸要素の協働作用を通じて決定される。つまり、個々の「要素」は「あるかないか」というオール・オア・ナッシングの構造を持つものではなく、「どれだけ充足されるか」が問題になるという意味で、程度を観念できるものである。そして、それぞれ一定の

充足度を有する複数の「要素」が協働することによって、一定の法律効果が導かれる。

このようにして、動的システムは、法的評価ないし価値判断に一定の方向づけを与え、その合理的なコントロールを
目指しているのである。

(2) 立法の方法としての動的システム

動的システムは、第一義的には法解釈の方法として提唱されたものであるが、それは立法の方法としても意味を持つ
とされる。論者によれば、動的システムが立法の方法として採用されるべき理由は、以下の点にある。⁽¹⁰⁾

通常、立法の方法としては、詳細で固定的な規範を定める方法と、具体化を要する一般的な規範を定める方法の二つ
がある。しかし、このいずれも適切なものとはいえない。一方では、私法が多層性と規律されるべき事実関係の多様性
から、固定的な規範によつては、個々のすべての事例において適切な判断を導くことは不可能である。他方では、具体
化を要する一般的な規範を定めるだけでは、立法者は評価の方向づけという役割を果たしたことはならず、法適用の
予測可能性が害される。

したがって、固定的な規律を避けるとともに、具体化を要する一般条項を定めるだけにとどめないという、対立する
要請が可能な限りともに充たされなければならず、動的システムはそのために適した方法である。すなわち、動的シス
テムによれば、裁判官の考慮すべき基準となるファクターを挙げることによって、大幅な具体化が達成され、裁判官の
裁量が制約されてその判断が予測可能なものになるとともに、多様な生活事実の考慮を方向づけることが可能になるの
である。この意味において、動的システムは、一般条項と固定的ルールの「中間の道」を開くものであるといことが
できる。

(3) P E T Lにおける動的システムの現れ

それでは、以上のような動的システムの考え方は、PETLにおいてどのような形で現れているであろうか。これは、次の二点に見出すことができる。⁽¹⁰⁾

第一に、個別の要件の判断にあたつて考慮されるべき要素を挙げ、それらの協働作用を通じて判断をおこなっている点である。例えば、すでに述べたように、PETL二・一〇二条では、利益の保護領域を判断するにあつて、利益の性質（利益の価値、範囲の明確性、公知性）、責任の性質、行為者の利益、公共の利益という考慮要素が挙げられている。そして、利益の保護領域は、これらの要素の協働作用によつて決定される。つまり、ここでは、それぞれの要素がどの程度充足され、その充足度の総計がどの程度かということによつて、利益の保護領域が決定されるのである。

第二に、PETLにおいて、複数の原理が協働することによつて、責任法の体系が構成されている点である。すなわち、有責性原理⁽¹⁰⁾と危険性原理の二つを軸に、一方の極にあるのがPETL一・一〇一条一項a号の過失責任、もう一方の極にあるのが同b号の危険責任で、その中間にあるのが過失の証明責任の転換（あくまで有責性原理を基礎に置くが、危険の大きさを考慮して過失の証明責任を転換している点で、危険性原理が協働している）⁽¹⁰⁾とすることができる。このように、ある法領域において妥当する複数の異なる原理から法体系が構成され、それらがそれぞれ異なる強さを持つて協働作用するというのが、動的システムの根本にある考え方である（「原理の内的体系」としての動的システム⁽¹⁰⁾）。

2 DCFRにおける個別ルール重視の体系

(1) DCFRと動的システム？

他方で、DCFRは、少なくとも明示的にはこのような構想を打ち出していない。

確かに、DCFRにおいても、要素を列挙する方法がとられていることはある。例えば、VI・二・一〇一条三項は、

「法的に重要な損害」に関連して、「公平かつ合理的」かどうかの判断にあたって考慮されるべき要素を列挙している。しかも、列挙された要素を見ると、PETL二・一〇二条に挙げられたものと共通性が見られる点もある。したがって、DCFRの方法に動的システムとの共通性がまったくないわけではない。⁽¹⁶⁾

しかし、PETLと異なるのは、DCFR VI・二・一〇一条三項は、VI・二・二〇一条以下の各則規定が適用されない場合の受け皿として用意されているものにすぎないということである。そうすると、DCFRは、諸要素の協働作用により評価の方向づけを行うという動的システムの構想を基礎に置くものではない。むしろ、DCFRにおいては、利益の種類や事例類型ごとに個別的なルールを定めることにより、法的安定性を確保することに重点が置かれているようにべきであろう。

また、PETLが厳格責任の一般条項を採用しているのに対し、DCFRの無過失責任の規定においては、事例類型ごとの個別ルールが採用されており、この点でも、DCFRは個別ルールを定めることに重点を置いているということができる。

(2) 問題点

このようなDCFRの規律方法によれば、法的安定性と柔軟性という二つの要請をともに実現できる可能性もある。つまり、一方では、各則の規定で事例類型ごとに要件が記述されているため、法的安定性が確保されやすい。他方では、受け皿規定によって、必要な場合に保護を拡張できるという点で、柔軟性もあるというわけである。そうすると、各則規定と受け皿規定を組み合わせるといふ方法には、一定の合理性があるようにも見える。⁽¹⁶⁾

しかし、問題は、DCFRの規定が、法的安定性と柔軟性を両立させるといふ目的を本当に達成できているかどうかである。つまり、各則と受け皿規定を組み合わせるといっても、その具体化の仕方はさまざまであるから、その具体化

の方法が適切かどうかが問題になる。ここで批判されるのは、受け皿規定が存在することによって、各則の存在意義が希薄化してしまうのではないかと一点である。つまり、個別の各則規定に該当しない場合であっても、さらに受け皿規定の適用可能性があるため、最終的に決め手になるのは、受け皿規定が適用されるかどうかである。そうすると、各則規定の解釈・適用を真剣に検討することなく、受け皿規定の適用が問題にされるおそれがある。その結果、各則規定の解釈を真剣に考えることにはあまり意味がないのではないかと疑問さえ出てきかねない⁽¹⁰⁾。

さらに、どのような場合に受け皿規定が出てくるかが不明確だという批判もある。すなわち、固定的構成要件を基礎としつつ、それを一般条項により補完するという方法によっても、どのような場合に固定的構成要件により判断され、どのような場合に一般条項により判断されるかが予測できないため、結局のところ、法的安定性が実現されることはない⁽¹⁰⁾というのである。

3 小括

以上のように、PETLが動的システムにより評価の方向づけを図るという方法を中心に据えているのに対し、DCFRは、個別的なルールを重視していることができる。

確かに、不法行為法においては、非常に多種多様な事案が問題になることから、動的システムに依拠した立法が特にその有用性を発揮しうる領域だということはできそうである。ただ、仮にそうだとしても、法的評価の方向づけは、判例・学説に委ねられた任務であるということもでき、必ずしも動的システムを立法の方法として採用すべきだということとは直結しない。ここでは、立法においてどこまでのことができるのかが問われているといえる⁽¹⁰⁾。現に、PETLの動的システムは不法行為法における法律問題を分析するための道具としては有用であると認めつつ、立法として採用す

るのに適しているのは、やはりD C F Rの具体的なルールであるという指摘もある。⁽¹⁰⁾

他方で、D C F Rの採用している方法についても、前述のような批判はある。ただ、これは見方を変えれば、各則規定に定められた限度においては保護が認められ、これによつて保護の最小限度が画されているということであるから、この点に積極的な意義を認めることもできる。また、各則におけるそれぞれの規定が想定するのと同種の事案で、当該の規定に定められた要件を充たさないにもかかわらず、なお受け皿規定により責任を認めるのは困難であろうし、そうでない事案でも、個別の規定で認められていない保護を認めようというのであれば、それ相応の理由が必要になると考えるのが自然である。そうだとすると、その限りで受け皿規定の解釈が方向づけられ、予測可能性が確保されやすいという利点が認められる。

付言すると、P E T Lが動的システムを中心に据え、D C F Rが個別ルールを重視しているといつても、それはいずれも「保護される利益」ないし「法的に重要な損害」や、「必要とされる行為基準」といった個別の要件の判断におけるものであつて、不法行為の成立要件をすべて定めた独立の規定としてのものではないという点には、留意が必要である。⁽¹¹⁾

第四章 結びに代えて

最後に、以上の検討のまとめも兼ねて、これらの議論が日本法との関係でどのような意味を持ちうるかという点に言及して、本稿の結びに代えることとしたい。

本稿では、D C F R第VI編の規定内容について、P E T Lと比較しつつ検討をおこなってきた。しかし、D C F Rや

PETLは、それ自体膨大な比較法的検討の所産であるところ、本稿で参照したのが主としてドイツにおける議論であることから、分析に一定の偏りが生じている可能性は否定できない⁽¹²⁾。また、DCFRとPETLの比較については、規律方法の異同に重点を置いたため、個別の規定内容については表層的な比較にとどまった部分も少なくない。さらに、DCFRおよびPETLの規律に対する批判が少なくないことも考え合わせると、本稿でおこなったDCFRおよびPETLの検討から、直ちに個別具体的な提言をすることはできない。

しかしながら、以上の検討から、わが国の不法行為法の改正を考えるにあたって態度決定が必要とされる基本的な問題について、一定の手がかりを見出せる点もある。ここでは、次の二点のみに触れておく。

I. 不法行為法の基本規定のあり方

第一に、不法行為法の基本規定として、一般条項的な規定を中心とするか、個別的なルールを用意するかという問題がある。

わが国の民法七〇九条は、「比較法的にも稀な一般条項⁽¹³⁾」と評されることもあるが、それは、時代の要請に柔軟に対応できる規定として、基本的には高く評価されてきたと思われる⁽¹⁴⁾。ただ他方で、個別的なルールには、直観的に分かりやすく、法適用者にとっても扱いやすいというメリットがある⁽¹⁵⁾。

ただ、不法行為法において個別ルールを規定するにあたっては、次のような困難を伴うおそれがある。不法行為として問題になる事例類型には非常に多種多様なものがあることを考えると、何を明文規定として取り上げるかという取捨選択は必ずしも容易でない。また、明文規定をできるだけ多く定めようということになると、かえって法典の見通しが

悪くなるおそれもある。⁽¹⁶⁾さらに、判例・学説において方向性の定まっていない問題については、いずれにしても明文で規定するのは時期尚早ということになるであろう。そうすると、一般条項を前提として、個別ルールの形成はその解釈・適用ということで判例・学説に委ねるという——まさに今行われている——方法で満足すべきだという立場も十分ありうる。⁽¹⁷⁾

他方で、個別ルールを明文化することは、法的安定性の確保に役立ち、法適用が簡明になりうるという利点を有する。また、現在進行中の債権法改正においては、国民に分かりやすい民法の実現のため、確立した判例法理を明文化すべきだということがよく言われるが、このことは不法行為法についてもあてはまる。むしろ、「不法行為に関しては膨大な判決例の蓄積があるが、これに関する民法の規定は僅か十数箇条にすぎず、したがって判決例または判例によって創造された準則が民法の規定と等しいほどの重要な地位を占めるに至っている」⁽¹⁸⁾「ということを考えれば、不法行為法においては判例法理の明文化がいつそう重要な課題になるといふべきであろう」⁽¹⁹⁾

これに対し、あくまで一般条項を中心に置いたうえで、そこにおいて考慮されるべき要素を挙げ、それによって評価の方向づけを図るという方法もありうる（これを動的システムと呼ぶかどうかは二次的な問題である）。現に、借地借家法における更新拒絶の正当事由判断（同法六条・二八条）のように、現行法にそのような例もある。ただ、不法行為法の場合、問題になる事例類型の多様性から、あまり抽象度の高い要素を列挙しても、実際にはうまく機能しないおそれがある。この意味で、P E T Lで採用されている規律方法が望ましいものかどうかは、疑問の余地がある。逆に、ある程度適用範囲の限定された規定の中で、そこにおいて考慮される要素を挙げるといふ方法ならば、検討に値するであろう。⁽²⁰⁾

さらに、一般条項と個別ルールを一定の形で組み合わせる方法もありうる。その際の方向性としては、D C F Rが「法

的に重要な損害」について規定していたように、まず個別ルールを置いて、それを一般的な受け皿規定によって補完するという方法と、逆に、一般条項を基本に据えて、それを個別ルールによって具体化していくという方法の二つが考えられる。一概にどちらがよいとは言えないが、日本の現行法をベースラインとして考えるのであれば、一般条項を基礎としつつ、それを具体化するための個別ルールを置くという後者の方向性のほうが受け入れられやすいであろう。⁽¹²⁾

II. 責任の厳格化

第二に、責任の厳格化をどのようにして図るかという問題がある。現代においては、純粹な過失責任だけでは適切な解決が図れない場合があり、そのような場合に責任の厳格化が必要であるという認識は、広く共有されているといつてよい。その際の厳格化の方法としては、無過失責任の規定を設ける方法と、過失責任の枠内で、過失の証明責任を転換する方法（中間責任）⁽¹³⁾がありうる。

とりわけ、無過失責任については、危険責任の一般条項を採用すべきかどうかが議論されている。前述のように、PETLは、「異常に危険な活動」について、厳格責任の一般条項を定めている。これに対し、DCFRは、事例類型ごとの個別ルールを置いている。⁽¹⁴⁾この点に関しては、法的安定性や予測可能性を重視すれば、個別的なルールを置くべきだという方向に傾くであろう。もとより、個別ルールの形で必要な準則を整備できるかどうかは問題であるが、DCFRの無過失責任に関する限り、納得のいかない点はあるにせよ、重要な事例群をカバーしている点では承認できるとい⁽¹⁵⁾う指摘もある。

他方で、具体的な危険源ごとに規定を置くDCFRとは異なり、より抽象度の高い類型化を図る可能性もある。その

ような類型化の視点としては、例えば、①保護法益の重要性（生命・身体の場合）、②活動の性質（危険な活動の場合）、③責任主体（事業者が責任を負う場合）といったものが考えられる。⁽¹⁷⁾このような方法をとる場合には、これらの視点を組み合わせながら、どのような場合にどのような根拠から責任の厳格化が正当化されるのかを考慮して、ルールの定式化を試みることになるであろう。⁽¹⁸⁾

以上のように、DCFR第Ⅵ編やPETLにおいて提案されている制度・準則は、手放しで賛成できるものではないとしても、そこには、不法行為制度の構想にあたって態度決定が必要となる重要な論点が表示されているように思われる。したがって、これらに批判的な考察を加えることは、不法行為法のあり方を多角的に検討するにあたって有用であり、将来における不法行為法の改正作業にとっても重要な参考資料となるであろう。その意味で、本稿で示した内容が、ヨーロッパ不法行為法の現況を理解する一助となるだけでなく、わが国における不法行為法の改革にとつての基礎資料となれば幸いである。

- (1) 以下の経緯については、松岡久和「ヨーロッパ民法典構想の現在」川角由和ほか編『ヨーロッパ私法の現在と日本法の課題』（日本評論社、二〇一一年〔初出二〇一〇年〕）三二六頁以下も参照。
- (2) Christian von Bar/ Eric Clive/ Hans Schulte-Nölke (eds), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition (2009), http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/DCFR_outline_edition_en.pdf。
「ヨーロッパ委員会」のウェブサイトに閲覧可能。⁽¹⁹⁾
- (3) Christian von Bar/ Eric Clive (eds), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common

Frame of Reference (DCFR) Full Edition (2009) (契約外責任の部分は第四巻所収。以下では Full Edition とし引用)。なお、ヨーロッパ委員会のウェブサイトに⁶⁾ 置かれては同内容の資料が掲載されている (http://ec.europa.eu/justice/contract/background/index_en.htm)。⁶⁾ “Draft Common Frame of Reference” という小見出しのついた部分にリンクがある。

- (4) DCFR 第Ⅵ編について言及した論稿としては、以下のものがある（なお、筆者の研究領域との関連で、本稿で参照されるのが主としてドイツにおける議論であることを、あらかじめお断りしておく）。Horst Eidenmüller/ Florian Faust/ Hans Christoph Grigoleit/ Nils Jansen/ Gerhard Wagner/ Reinhard Zimmermann, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, JZ 2008, 529; Gerhard Wagner, Deliktsrecht, in: Schulze/v. Bar/Schulte-Nölke, Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen (2008) S.161 (以下では Deliktsrecht とし引用) ; ders., The Law of Torts in the DCFR, in: Wagner (ed.), The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics (2009) S.225 (以下では Law of Torts とし引用) ; Gert Brüggeneier, Gemeinsamer Referenzrahmen (Entwurf), Buch VI, „Außervertragliche Haftung für die Schädigung anderer“ – eine kritische Stellungnahme, FS Deutsch (2009) S.749; Helmut Koziol, Außervertragliche Schuldverhältnisse im CFR, in: Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen – Entstehung, Inhalte, Anwendung (2009) S.93 (以下では CFR とし引用) ; Bernhard A. Koch, Die österreichische Schadenersatzreform im europäischen Kontext – Nationale und internationale Entwurfs im Vergleich, FS Koziol (2010) S.721.

なお、アキ・グループの作業が契約法に限られていたため、DCFR 第Ⅵ編は、スタディー・グループの草案 (DEL) の契約外責任の部分 (PEL Iiab. Dam. と略称される) と同じ内容になっている。PEL Iiab. Dam. に言及するものの、Christian von Bar, Konturen des Deliktsrechtskonzeptes der Study Group on a European Civil Code – Ein Werkstattbericht, ZEuP 2001, 515; クリスチャン・フォン・バル (角田光隆訳) 「契約外損害賠償責任に関するヨーロッパ基本原則への道」ペーター・シュレヒトリーム編 (半田吉信ほか訳) 『ヨーロッパ債務法の変遷』(信山社、二〇〇七年) 一七九頁 (これは、「ヨーロッパにおける債務法の変遷」というテーマで二〇〇一年にドイツで開催された大会における諸報告の翻訳である。以下では「契約外損害賠償責任」とし引用) ; Ulrich Magnus, Vergleich der Vorschläge zum Europäischen Deliktsrecht, ZEuP 2004, 562; Martin Schmidt-Kessel, Reform des Schadenersatzrechts I – Europäische

Vorgaben und Vorbilder (2006) (以下 Reform I として引用) がある。これらの文献が書かれた時点の PEI Liab. Dam. には、その最終版ないし DCFR 第 VI 編に至る過程で変更された部分もあるが、以下では、共通する範囲において、DCFR 第 VI 編に対する批評として引用する。

その他の邦語文献では、DCFR 第 VI 編をめぐる議論状況を「法的に重要な損害」要件に焦点を当てて紹介したものとして、若林三奈「共通参照草案における『損害』要件の概観——ドイツ法圏におけるヨーロッパ不法行為法原則をめぐる議論状況」川角ほか編・前掲注 (1) (初出二〇一〇年) 四四九頁がある。

- (5) DCFR が「不法行為 (tort/Delikt)」という言葉を用いなかったのは、特定の歴史的経緯を有し、特定の法体系を連想させるような言葉は避け、なるべく中立的で記述的な言葉を用いるべきだという考慮によるものである (Full Edition, a.o. (Fn3) S3083f)。

- (6) 以下、本稿で単に「DCFR」というときは、DCFR 第 VI 編のことを指すものとする。

- (7) 内田貴『民法改正——契約のルールが百年ぶりに変わる』(筑摩書房、二〇一一年) 二二三頁以下および大村敦志『民法改正を考える』(岩波書店、二〇一一年) 一六八頁以下も、それぞれ異なる観点からではあるが、不法行為法の改正の必要性を指摘している。また、研究グループによる改正提案もすでに行われている (民法改正研究会 (代表・加藤雅信) 編『民法改正 国民・法曹・学会有志案——仮案の提示』法律時報増刊 (二〇〇九年))。

- (8) 第五章は、第一節「被害者の同意または行為」、第二節「帰責される者または第三者の利益」、第三節「制御の不可能」、第四節「契約による責任の免除および制限」、第五節「VI 二二二条 (人身侵害または死亡により第三者に生じた損失) の定める損失」の五つの節に分かれる。

- (9) 第六章は、第一節「損害賠償総則」、第二節「金銭賠償」、第三節「差止め」の三つの節に分かれる。

- (10) なお、この規定は、「法的に重要な損害を受けた者は……損害賠償を請求することができる」というように、被害者の視点から定式化されている点に一つの特徴がある。この点において、他の多くの立法例とは異なる (Full Edition, a.o. (Fn3) S3084)。

- (11) 「法的に重要な損害」の概念の由来については、von Bar, a.o. (Fn4) ZEuP 2001, 522; フォン・パール・前掲注 (4) 「契約外損害賠償責任」も参照。

- (12) Eidemüller, u.a. aa.O. (Fn.4) JZ 2008, 540-541; Wagner, aa.O. (Fn.4) S.175f. 「純粋健康損害 (reiner Gesundheitsschaden)」とも呼んでゐる。
- (13) Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3157f., 3197.
- (14) このことは、VI-11:101条三項に「帰責の根拠」という要素が挙げられていることにも現れている。
- (15) 以上に引き、Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3151のほか、von Bar, aa.O. (Fn.4) ZEuP 2001, 522; フォン・バール・前掲注(4)「契約外損害賠償責任」一八八頁以下を参照。
- (16) なお、この規定は、絶対権とそれ以外の利益で判断枠組みを異ならせるという考え方をとっているわけではない。VI-11:101条一項のb号とc号を見ると、権利とそれ以外の利益を区別しているように見えるが、b号の「権利」とc号の「法的保護に値する利益」のいずれについても二項および三項が適用されるため、判断枠組みが異なるわけではなく、この点において両者を区別する実践的な意義は乏しい。ただ、副次的な意義として、c号のみに該当する場合は、「法的に重要な損害」を認定することに慎重な態度がとられる可能性があり、この意味で、一定の段階づけが行われるともされている(III Edition, aa.O. (Fn.3) S.3143. 下の点について、Schmidt-Kessel, aa.O. (Fn.4) Reform I, S.87, 111-を参照)。
- (17) Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3142f.
- (18) Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3143f.
- (19) Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3144.
- (20) Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3144.
- (21) VI-11:101条一項c号にあたる場合については、規定のうえでは、まず「法的保護に値する利益の侵害」があつたかどうかを判断し、それが肯定される場合に、さらに「公平かつ合理的」かどうかを決定するという二段階の判断枠組みがとられているようにも見え、VI-11:101条三項の考慮要素は、後者の「公平かつ合理的」かどうかの判断において問題になる。しかし、この二つの段階を明確に区別すべきかどうかは、定かでない。
- (22) これらの要素に関する以下の説明は、Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3146ff.
- (23) このことは各則の規定にも現れている(VI-11:110条、VI-11:111条)。
- (24) このことが現れている各則の規定として、VI-11:110一条二項b号がある。なお、「救済手段」の章には、「些細な損害は、

賠償されない」という規定もある（VI-16:102条）。

(25) 以上のように、ここで社会通念や他の制度の目的などが広く考慮されることからすると、“considerations of public policy”の訳は「政策的評価」などとしてもよいかもしれない。

(26) それぞれの規定に関する個別の問題点については、若林・前掲注（4）四六一頁以下およびそこに掲げられた文献を参照。

(27) なお、生命侵害それ自体は「法的に重要な損害」とされていない。この場合に損害を受けるのは主に近親者であり、しかも、その損害は生命侵害それ自体ではなく、それによって生じた損失だからである（フォン・パール・前掲注（4）「契約外損害賠償責任」一八九頁）。また、死者の損害賠償請求権の相続も認められていない。

(28) ただし、賠償額の算定にあたっては、他の関連する損害項目とのバランスを考慮しつつ、それらを総計して評価すべきだともされている（Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3197）。

(29) a号の場合は相続人の、b号の場合は費用を負担した者の、c号の場合は①死亡した者に扶養されていた自然人、②その者が死亡しなければ法律の規定により扶養されていたであろう自然人または③死亡した者から監護もしくは経済的援助を受けていた自然人の法的に重要な損害となるとされている。

(30) von Bar, a.a.O. (Fn.4) ZEuP 2001, 524は、これらの規定を「無形の人格的公益」に関するものとしている。また、Schmidt-Kessel, a.a.O. (Fn.4) Reform I, S.115で、これらの規定を「人格権および私的領域の保護」の項目に位置づけている。これに対し、Wagner, a.a.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.170は、VI-12:204条およびVI-12:205条を「純粋財産損害」という項目に位置づけるが、不実のまたは秘匿される情報の流布により人格的利益が侵害される場合と捉えるほうがより適切であろう。そのように考えないと、純粋経済損失に関する規定が財産権侵害に関するVI-12:206条を挟んで分断されることになり、体系的な位置づけとしても不自然であることになる。もっとも、このことはVI-12:210条とVI-12:211条についてもあてはまりそうである（環境侵害に関するVI-12:209条を挟んで後ろに分断されている）が、この二つの規定については、故意による侵害に対してのみ「法的に重要な損害」となる——その意味で例外的な——場合であるために最後に置かれているという説明が可能である。

(31) Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3256.

(32) Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3257. なお、(31)では具体的な事例類型を列挙するような方法は回避された。これは、人間の

尊厳の侵害にあたる事例を網羅的に列挙するのは不可能であることと、継続形成の余地を残すべきであることによる (H) Edition, aa.O. (Fn.3) S.3255ff.)。

(33) Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3259.

(34) Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3281.

(35) von Bar, aa.O. (Fn.4) ZEuP 2001, 525f. のことは、他の各則規定でも問題となりうる。注 (III) も参照。

(36) Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3302.

(37) 「財産の損傷 (property damage)」とは、財産権の目的物の破壊または損傷を意味するが、これは第三章第二節の無過失責任の規定においても参照されている (VI-三:二〇二条一項、VI-三:二〇四条一項、VI-三:二〇六条一項)。そこでは、賠償される損害が、人身侵害に関わる損失のほか、財産の損傷によって生じた損失に限定されており、あらゆる種類の財産権侵害が無過失責任の規定によって賠償されるわけではないことが明らかにされている。この点については、第二章 IV. 2 (3) も参照。

(38) 純粹経済損失とは、人身・財産権その他の権利の侵害とは無関係に生じる経済的損失のことをいうとされる (H) Edition, aa.O. (Fn.3) S.3373)。

(39) Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3345.

(40) Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3354f.

(41) Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3356.

(42) Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3373.

(43) Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3373.

(44) なお、この規定は、VI-二:二〇七条と適用範囲が重なる可能性があるため、両者の関係が問題となりうる。VI-二:二一〇条は、職務の遂行や取引の過程において不実表示が行われたことは要件とされていないが、その代わり、虚偽であることの認識または確信と、相手方を誤らせる故意が要求されている点で、VI-二:二〇七条と異なる。これは、私的生活における誤った情報の提供は、それが詐欺的と評価されない限り責任を生じさせないということを意味する (H) Edition, aa.O. (Fn.3) S.3372)。なお、VI-二:二〇四条との関係も問題となりうるが、VI-二:二〇四条は、被害者自身に

関する情報が第三者に伝達された場合を扱うものであり、VI-2:210条との重複が生じることは考えにくい。

- (45) Full Edition, a.O. (Fn.3) S.3380.
- (46) Full Edition, a.O. (Fn.3) S.3381.
- (47) Full Edition, a.O. (Fn.3) S.3363.
- (48) ただし、ドイツ民法八二三条二項とは異なり、法規違反についてさらに過失を要求しているわけではない。Wagner, a.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.182f.によれば、むしろこれは、アメリカ法における「行為自体で成立する過失 (negligence per se)」に対応する。
- (49) 以上につき、Full Edition, a.O. (Fn.3) S.3406f.
- (50) この場合には、次の三つの要件をすべて充たすことが必要である。すなわち、①第三者の受けた損害が、人身侵害、VI-2:210二条の規定の対象とされる損失または財産の損傷であること (VI-3:104条二項 a 号)、②施設その他の団体の監督義務に服する者が、故意または過失によって損害を生じさせたこと、または、その者が一八歳未満である場合には、成年者であれば故意または過失とされる行為によって損害を生じさせたこと (b 号)、③施設その他の団体の団体の監督義務に服する者が、同種の損害を生じさせるおそれがあること (c 号) である。
- (51) なお、未成年者自身の責任については、一八歳未満の者は、合理的な注意深さを備えた同年齢の者に期待される注意を尽くさなかつた場合に限り責任を負い (VI-3:103条一項)、七歳未満の者はまったく責任を負わない (二項) とされているが、VI-3:104条一項は、これらの規定とは無関係に適用される (Full Edition, a.O. (Fn.3) S.3437)。
- (52) なお、VI-3:207条は、国内法による厳格責任の拡充を認める規定であり、VI-3:208条は、危険源の所有権を放棄しても、それだけでは責任を免れられないことを定める。
- (53) Wagner, a.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.192; ders., a.O. (Fn.4) Law of Torts, S.245.
- (54) Wagner, a.O. (Fn.4) Law of Torts, S.245.
- (55) このように、DCFRにおける無過失責任規定では、VI-3:201条を除き、賠償される損害が、主として、人身侵害により生じた損失および財産の損傷により生じた損失に限定されている。
- (56) これは、製造物責任に関するEC指令を取り込んだものである (Full Edition, a.O. (Fn.3) S.3508)。

法行為法原則 (二) 法学論叢一六九卷三号二六頁以下を参照。また、Schmidt-Kessel, aa.O. (Fn.4) Reform I 17, d. E. T. L. と PEL, Liab. Dam. の全体を比較対象として包括的な分析を加えている。

(66) ここでは、規律方法の比較分析に重点を置くこととの関係で、個別の問題としては、損害と帰責根拠に比較対象を限定する。なお、P. E. T. L. の因果関係および救済手段に関する規律を重要な部分に限って紹介しておく、以下のとおりである。因果関係については、「あれなければこれなし」の定式が採用されている。すなわち、ある活動がなければ被害者に損害が発生しなかった場合には、その活動はその損害の原因である (三・一〇一条)。ただし、ある活動を損害との間にこのような関係が認められる場合であっても、直ちに後続損害を含むあらゆる損害が賠償されるべきであるということにはならない。その次に、責任の範囲がどこまで及ぶかという問題が生じる。この責任の範囲は、①活動の時点における合理人にとつての損害の予見可能性、②保護される利益の性質と価値、③責任の根拠、④通常の生活リスクの程度、⑤違反された規範の保護目的などの要素によって決定される (三・二〇一条)。

救済手段の規定においては、まず、損害賠償の性質と目的に関する規定がある。それによると、損害賠償は、金銭によって可能な限りで、当該の不法行為がなかったならば置かれていたであろう地位に被害者を回復するための金銭の支払であるとされるが、それと同時に、損害賠償は予防目的にも資すると定められている (一〇・一〇一条)。そのうえで、財産的損害と非財産的損害の算定についてそれぞれ規定されている。財産的損害については、加害事件によって生じた被害者の財産の減少であるとされ、それは原則として具体的に算定されるが、適切な場合には抽象的な算定も許される (一〇・二〇一条)。さらに、人身損害と物損について、具体的な規定を置いている (それぞれ一〇・二〇二条および一〇・二〇三条)。非財産的損害については、利益の保護領域 (二・一〇二条) を考慮して、ある利益の侵害が非財産的損害の賠償を正当化する可能性があるとしたうえで、その算定にあたって考慮されるべき要素などを定めている (一〇・二〇一条)。

(67) この点について、コッイオール (山本訳・前掲注 (62) 「改革 I (二)」民商一四三卷四〇五号二〇頁は、D. C. F. R. は、「過失責任を原則的な責任類型ととらえた上で、多くの例外を挙げ、帰責根拠の全体構想を示唆すらしていない」と批判する。

(68) Wagner, aa.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.165.

(69) Brüggemeier, aa.O. (Fn.4) S.762.

(70) とりわけ、VI・二・二〇二条は「間接被害者の問題をも含んでいる。この点については、Koziol, aa.O. (Fn.4) CFR, S.96を参照。

(71) Eidemüller, u.a. aa.O. (Fn.4) JZ 2008, 540; Wagner, aa.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.178; Koziol, aa.O. (Fn.4) CFR, S.99f. v.a. Wagner, aa.O. (Fn.4) Law of Torts, S.239f. は「法と経済学の視点から、非財産的損害を二重に算定することが潜在的加害者に対する過剰な抑止となることを指摘する」。

(72) このように、D C F R では、まず「権利・利益の侵害」があつて、それによって「損害」が生じるというような区別はされておらず、「損害」の中に「損失」と「侵害」が同列に並べられている。このような構造をどのように理解すべきかは難しい問題である。しかし、これについては、一つの理解として、やはり基本的には、まず権利・利益の「侵害」があつて、それによって生じた「損失」が賠償されるという枠組みがとられていると見ることも不可能ではないように思われる。

①まず、権利・利益の侵害という判断が一応行われていることは、VI 1:101 一条一項 b 号・c 号において、「法律上認められた権利」または「法的保護に値する利益」の侵害があるかどうかの判断が行われていることと、各則の規定の中に、「侵害」と、それによって生じた「損失」を区別していると見られる規定があること（例えば、財産権侵害に関する VI 1:206 条は、「侵害によって生じた損失は」という文言になっている。Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.333.3 も参照）から推測される。仮にこのように言えるとなると、権利・利益の侵害についての判断もおお意味を持つており、D C F R は、権利・利益の侵害をひとまず認定して、そのうえで、それによって生じた経済的または非経済的損失が賠償の対象となるという枠組みをとっていると見ることができるとの点については、Wagner, aa.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.164 も参照）。

②仮にそうだとすると、次に問題になるのは、「侵害それ自体」について賠償が認められるということとをどのように理解するかである。これについても、各則の規定が手がかりになる。各則の規定の中で「侵害それ自体」の賠償可能性を明示的に認める規定は、VI 1:201 一条一項および VI 1:203 条一項であるが、これらはそれぞれ、人身侵害の場合と、人間の尊厳に関する権利の侵害の場合である。このことから、「侵害それ自体」の賠償を認めるというのは、特に重要な人格的利益が侵害された場合に、具体的な損失の証明を要することなく賠償を認めるものではないかという推測が成り立つ。以上より、原則的には、権利・利益の「侵害」がある場合に、それによって生じた「損失」が賠償の対象となるが、例外的に、特に重要な人格的利益の場合に、「侵害それ自体」を賠償の対象とするというのが、D C F R の採用した枠組みだと考えることができる。

③ただ、このような解釈にも問題は残る。第一に、D C F R では、非経済的損失についての賠償が広く認められる可能

性がある以上、それと別個に「侵害それ自体」の賠償を認める必要はなく、この点に対する批判はやはり当たっていると
いわざるをえない。第二に、VI-2:101一条一項の規定のうえでやはり損失と侵害は同列にあるというほかなく、D
CFRの規定の解釈としては、上記のように考えるのは自然とはいいたい。

結局、この点の理論構造には不明確な点が残るといわざるをえない。ヨーロッパの法体系の中には、非財産的損害につ
いて限定的にしか賠償を認めなかったり、人身侵害の場合に具体的な金銭的損失の証明をしなくても賠償を認めたりする
制度をとっている国もあるようである (Christian von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* (1999) S.7ff. を参照)。そし
て、「侵害それ自体」について賠償を認めるのは、そのような法体系にとっては理解できるし、実践的にも意味を持つ可能
性がある。しかし、そうでない法体系にとっては、「侵害それ自体」という概念は、本来不要なはずであり、無視すべきも
のだということであろうか。

(73) von Bar, aaO. (Fn.4) ZEuP 2001, 524.

(74) ただし、第三者に生じた損失 (VI-2:102条) などは別論である。

(75) ただ、純粹経済損失については、PETLとDCFRは基本的な態度を異にすると見られる面がある。PETLでは、
純粹経済損失の賠償を広く認めると責任リスクが過大なものになるという理由で、その包括的な保護は否定されている (も
とより、PETL 2:102条四項を見れば分かるように、まったく保護を認めないわけではない。コッイオール (若林訳・
前掲注 (62) 「改革Ⅱ (一)」民商一四四卷四〇五号一五頁以下も参照)。これに対し、DCFRの立場では、純粹経済損失
という独立のカテゴリーを設ける必要はなく、責任の制限は、その他の事例にあてはまると同じ手法によれば足りると
されている (von Bar, aaO. (Fn.4) ZEuP 2001, 523)。

(76) 以上の点に関連して、コッイオール (山本訳)・前掲注 (62) 「改革Ⅰ (一・完)」民商一四三卷六号一二頁は、DCFR
が、VI-2:101一条一項c号において、損害が「法的保護に値する利益の侵害によつて生じた」かどうかに着目してい
るにすぎず、「どのような利益が保護に値するか」ということをくわしく述べることも、保護の段階化可能性を考慮に入れる
こともしていない」ことを批判している。しかし、DCFR VI-2:101一条一項c号は、各則規定が適用されない場合
の受け皿として補完的に適用されるにすぎないし、本文で述べたように、各則の中で保護の段階化可能性は考慮に入れら
れていると見ることもできるから、この点は留保が必要であらう。

- (77) EGTI, aa.O. (Fn62) Commentary, S.82.
- (78) EGTI, aa.O. (Fn62) Commentary, S.69f.
- (79) コッイオール (山本訳)・前掲注 (62)「改革Ⅰ (二・完)」民商一四三卷六号一四頁以下。
- (80) ただ、D C F R VI―三:一〇二条 a 号にいう「法律」は、狭義の法律には限られないが、公的機関により制定されたものを想定している (Full Edition, aa.O. (Fn3) S.3403)。これに対し、P E T L では、より広く、私的団体や専門機関によるものでもよいとされている (EGTI, aa.O. (Fn62) Commentary, S.82)。この違いは、D C F R では法律に規定された注意水準を充たさない行為が過失によるものとされるのに対し、P E T L ではその行為規範の違反が直ちに過失を基礎づけるものではないということに由来すると考えられる。
- (81) EGTI, aa.O. (Fn62) Commentary, S.91
- (82) コッイオール (若林訳)・前掲注 (62)「改革Ⅱ (二・完)」民商一四四卷六号七頁以下のほか、Koziol, aa.O. (Fn62) ZEuP 2004, 250 を参照。
- (83) コッイオール (山本訳)・前掲注 (62)「改革Ⅰ (一)」民商一四三卷四〇五号一九頁。これは、有責性と危険性という二つの帰責原理の協働作用によって責任法の体系が形成されているという考えに基づく (本章第三章Ⅳ. 1 (3) を参照)。また、過失責任と危険責任の流動性は、過失責任における行為基準の判断の際に、行為の危険性が考慮されるという点にも現れているとされる。
- (84) なお、無過失責任の節の規定ではあるが、危険な物質または放出によって生じた損害についての責任の場合に、物質の保有者または設備の管理者が、物質の制御または設備の管理について法律上の基準を遵守したことを証明したときは責任を負わないとする規定もある (VI―三:二〇六条五項 b 号)。
- (85) EGTI, aa.O. (Fn62) Commentary, S.101f.
- (86) EGTI, aa.O. (Fn62) Commentary, S.106.
- (87) ただし「異常な危険」の場合に限定されている点で、「小さな一般条項」といわれている (Koziol, aa.O. (Fn62) ZEuP 2004, 252)
- (88) なお、D C F R と同様、P E T L の厳格責任も、国内法による補完を許容する (五:一〇二条)。

- (89) コッイオール (若林訳)・前掲注 (62)「改革Ⅱ (二・完)」民商一四四卷六号九頁。また、Koziol, aa.O. (Fn.4) CFR, S.97f.も参照。
- (90) Wagner, aa.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.192は、施設の操業や物の保有を伴わない場合をも対象とする一般条項を定めるのは、法的安定性を害する程度が大きいことを指摘する。また、少なくともドイツの危険責任論においては、物や施設といった有体的危険源に対する支配が必要とされている (この点については、橋本佳幸「環境危険責任の基本構造——公害無過失責任の再構成へ向けて」同『責任法の多元的構造——不作為不法行為・危険責任をめぐって』(有斐閣、二〇〇六年〔初出二〇〇二年〕一七九頁以下)。
- (91) コッイオール (若林訳)・前掲注 (62)「改革Ⅱ (二・完)」民商一四四卷六号一頁以下。
- (92) Schmidt-Kessel, aa.O. (Fn.4) Reform I, S.138f.を参照。
- (93) EGT, aa.O. (Fn.62) Commentary, S.114.
- (94) Schmidt-Kessel, aa.O. (Fn.4) Reform I, S.104, 129ff. の欠缺は類推によつて埋められるべきだとする。
- (95) わが国で動的システム論について包括的な検討を加えた文献として、山本敬三「民法における動的システム論の検討——法的評価の構造と方法に関する序章的考察」法学論叢一三八卷一―二二三号二〇八頁 (一九九五年)。また、山本周平・前掲注 (62)「ヨーロッパ不法行為法原則 (三)」法学論叢一六九卷四号五三頁以下も参照。
- (96) ヴィルブルク自身の論稿と「Walter Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts (1941); ders., Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950); ders., Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964), 346以下が参照。
- (97) 山本敬三・前掲注 (95) 一一三頁。
- (98) EGT, aa.O. (Fn.62) Commentary, S.15.
- (99) 動的システムの理解については、論者によつて少なからず異なる部分があるが、ここではさしあたり、コッイオール (山本訳)・前掲注 (62)「改革Ⅰ (二)」民商一四三卷四―五号一二頁以下の説明に依拠する。
- (100) コッイオール (山本訳)・前掲注 (62)「改革Ⅰ (二)」民商一四三卷四―五号六頁以下。この点については、山本周平・前掲注 (62)「ヨーロッパ不法行為法原則 (三)」法学論叢一六九卷四号六二頁以下も参照。

- (101) 動的システムにおける「要素」には、「ファクター」と「原理」の二種類を観念できる（山本敬三・前掲注（95）二四四頁以下）ところ、本文の第一点ではファクターとしての要素を、第二点では原理としての要素を念頭に置いている。この点については、山本周平・前掲注（62）「ヨーロッパ不法行為法原則（四）」一六九卷五号三八頁以下も参照。
- (102) 山本周平・前掲注（62）「ヨーロッパ不法行為法原則（四）」法学論叢一六九卷五号四三頁以下では、ヴィルブルクに倣い、「瑕疵非難の原理」と呼んでいる。また、コツィオール（山本訳）・前掲注（62）「改革Ⅰ」のサブタイトルにある「過誤行為の帰責要素」というのも、これと同じものを指すと見てよいであろう。
- (103) 山本周平・前掲注（62）「ヨーロッパ不法行為法原則（四）」法学論叢一六九卷五号四一頁以下。ただ、この協働作用の結果として形成されたこれらの規定は、「あるかないか」というオール・オア・ナッシングの構造を持つ要件から構成される固定的ルールともいえる（Schmidt-Kessel, aa.O. (Fn4) Reform I, S.83f.）。
- (104) 山本敬三・前掲注（95）二五一頁以下。
- (105) von Bar, aa.O. (Fn4) ZEuP 2001, 518a, スタディー・グループの草案は、「全体として、『立法的な』準備作業と裁判所の自律的判断権を調和させようとする、一種の動的システムということができるかもしれない」とする。
- (106) Wagner, aa.O. (Fn4) Deliktsrecht, S.166は、個別的構成要件のカタログと一般条項を組み合わせるという基本構想は正當であるところ、DCFRによるその具体的な実現の仕方を批判している。
- (107) Wagner, aa.O. (Fn4) Law of Torts, S.240.
- (108) コツィオール（山本訳）・前掲注（62）「改革Ⅰ（一）」民商一四三卷四〇五号九頁。
- (109) 山本周平『ヨーロッパにおける損害賠償法の改革Ⅰ』をめぐる議論の概要「民商一四三卷六号二五頁（山本敬三コメント）（二〇一一年）。また、山本周平・前掲注（62）「ヨーロッパ不法行為法原則（五・完）」法学論叢一六九卷六号四三頁以下も参照。
- (110) Schmidt-Kessel, aa.O. (Fn4) Reform I, S.194.
- (111) なお、すでに述べたこと（第二章Ⅲ. 3 (2)(b)）の繰り返しになるが、DCFRの「法的に重要な損害」についての各則規定は、加害行為者の主観や行為態様をも広く取り込んだものとなっているところ、これはあくまで「法的に重要な損害」について判断するものにすぎず、責任の成立のためには、それに加えて、帰責要件を含め、基本準則に定められた要件がすべて充たされることが必要だとされている（von Bar, aa.O. (Fn4) ZEuP 2001, 525f.）。ただし、このような区別が本当に

可能かどうかは、疑問の余地がある。また、損害の要件が帰責根拠や因果関係の要件と密接に関連しあうとされていることと(第二章Ⅲ、2(1)を参照)との整合性も問題となりうる。これは、わが国における議論で、「相関的な権利の場合には、権利侵害要件と過失要件が融合してくる」(山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究五号一三七頁(二〇〇八年))とされることとの関係でも問題となる。

(112) ドイツ、フランス、イギリスその他ヨーロッパ諸国における不法行為制度の違いを考慮すると、どの法体系に視座を置くかによって、まったく異なる見方がなされる可能性がある。

(113) 窪田充見「要件事実から考える安全配慮義務の法的性質」大塚直ほか編著『要件事実論と民法学の対話』(商事法務、二〇〇五年)三九四頁。

(114) 例えば、四宮和夫『不法行為(事務管理・不当利得・不法行為中・下巻)』(青林書院、合本版、一九八七年〔中巻一九八三年、下巻一九八五年〕)二七四頁。

(115) 一般条項と、それに対置されるカズイスティクの意義については、さしあたり、青井秀夫『法理学概説』(有斐閣、二〇〇七年)五一八頁以下を参照。

(116) 内田・前掲注(7)一一九頁以下も、「判例ルールの明文化と言っても、ありとあらゆる判例ルールを条文に書き込んだのでは、かえって煩わしく、わかりにくくなります。条文化するのに適したルールを選択しつつ、適切な表現を考えていく必要があります」と言う。

(117) 吉村良一「不法行為法の改正をどのように考えるか」椿寿夫ほか編『民法改正を考える』法律時報増刊三三八頁(二〇〇八年)は、「社会の変化の中で多様に变化する不法行為規範に求められるルール群を、個別の規定で受け止めることは不可能であり、むしろ、一般的な規定を置いた上で、その解釈・運用の中で多様なルール群を見出していくことの方がベター」であるとする。

(118) 例えば、内田・前掲注(7)一一九頁以下。

(119) 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』(弘文堂、一九九二年)はしがき二頁。

(120) Wagner, aa.O. (Fn4) Deliktsrecht, §179f. ist DCFR VI-1:101条三項に挙げられた要素があまりに曖昧であるのは、それがあらゆる種類の利益を規律対象としていることの帰結としたうえで、純粹財産損害の場合に対象を限定し

た一般条項を定めることを提言する。

(121) このように、仮に個別ルールを中心に据えるとしても、純粹に個別ルールのみで完結する体系を目指すわけではなく、実際には、一般条項的な規定と組み合わせることになるであろう。

(122) 浦川道太郎「一般的不法行為責任の成立要件の見直しは必要か」椿寿夫ほか編・前掲注(117)三四二頁以下は、訴訟において立証活動の対象になる実体法的要件の明確化のため、「一般的不法行為責任を補充する下位的な責任ルールを設けることも考えてよい」として、「七〇九条の要件の具体的な展開として判例法の中で事故(事件)類型ごとに形成されてきた訴訟上の現実的争点になる要件事実を条文の形に書き表すこと」を提案する。この見解は、検討に値する補充的ルールの例として、①名誉毀損に関する補充的ルール(免責要件)、②専門家責任(過失の基準)、③公害・環境に関する責任(受忍限度論)、④企業に関する補充的ルール(法人の過失、推定された過失責任)を挙げている。

(123) なお、一般条項か個別ルールかという問題は、不法行為法の背後にある基本思想にも影響されうる。この問題については、D C F R 第VI編に批判的な立場から、D C F R 第VI編は、「過剰な一般条項と不確定法概念によって裁判官の権限を拡大するD C F R の傾向の確証」となっており、「D C F R の不法行為法の理想像は、自己責任を負う主体ではなく、望ましい結果を自らの判断によって実現しようとするパターンリスティックな裁判官である」という指摘がなされている(Eidenmüller, u.a., aaO. (Fn4) JZ 2008, 541)。

このことは、規律方法の問題にも関係している。つまり、今の言葉を借りると、「自己責任を負う主体」と「パターンリスティックな裁判官」のいずれを念頭に置くかによって、それを実現するためにどのようなタイプの規定を用意するか——個別性を重視したルールか、裁判官が裁量権を発揮できる一般性の高い規定か——という態度決定に影響する可能性がある。

もとより、不法行為制度の基本思想としては、種々の考え方がありうるし、対立軸もさまざまである。仮に、前述のような「自己責任を負う主体」と「パターンリスティックな裁判官」という対立軸で考えたとしても、前者なら個別ルール、後者なら一般条項というような単純な対応関係があるわけではない(一般条項があるからといって、裁判官がその裁量を最大限に発揮して自由な判断を行おうとするとは限らない。この点については、小粥太郎「民法上の一般条項と要件事実論——裁判官の法的思考」大塚ほか編・前掲(113)一〇四頁以下を参照)。しかし、不法行為制度の設計にあたって、規律

方法の問題の背後にそのような思想面での対立がありうるということは意識されてよいであろう。

(124) いずれにしても、この種の規定を特別法で定めるか、民法典の中に取り込むかという問題もある。規定相互の体系的整合性や全体の見通しの良さを考慮すれば、種々の規定がさまざまな特別法に分散している状況は望ましくないと思われるが、自賠法のように、賠償責任保険と結びついているものを民法に取り込めるかどうかは、問題が残る。

(125) これに対し、浦川・前掲注(122)三四三頁は、危険責任の一般条項を導入する可能性を示唆する。

(126) Wagner, aa.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.192.

(127) 吉村・前掲注(117)三三八頁も参照。

(128) このように考えると、個別ルールといっても、その抽象度によっては一般条項に接近することが分かる。青井・前掲注(115)五二〇頁以下は、「カズイステイクと一般条項の作成法の相違は、絶対的ではなく、相対的なものにすぎない」としたうえで、それとは別に、不確定概念と確定的概念、規範的概念と記述的概念といった異なるレベルの対立項があるとするが、ここでの問題も、青井の指摘の枠内で理解することができる。

※本稿は、北海道大学および京都大学でおこなった研究報告に、大幅な加筆・修正を施したものである。研究会の席上でご教示をくださった諸先生方に、この場を借りてお礼申し上げます。

なお、本研究は、日本学術振興会科学研究費助成事業(学術研究助成基金助成金)・若手研究(B)「ヨーロッパ不法行為法に関する方法論的分析」(研究課題番号・二四七三〇六五、研究代表者・山本周平)の成果の一部である。