

自然災害からの緊急避難行為に関する損害賠償責任 —転嫁型緊急避難をめぐる議論に関する覚書—

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-04-18 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 三木, 千穂, MIKI, Chiho メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.15053/0000000120

【研究ノート】

自然災害からの緊急避難行為に関する損害賠償責任
—転嫁型緊急避難をめぐる議論に関する覚書—

三木 千穂

〔目次〕

1. はじめに
2. 問題の所在
3. 民法 720 条の立法経緯
 - (1) 民法 720 条の立法の経過
 - (2) 法典調査会における議論
 - ① 民法 720 条の意義
 - ② 転嫁型緊急避難に関する議論
 - ③ 小括
4. 刑法学からの議論
 - (1) 不可罰的違法阻却事由とする見解
 - (2) 適法行為に対する損害賠償責任とする見解
 - (3) 損害賠償を条件に違法性阻却を認めたとする見解
5. 民法学における議論
 - (1) 違法性と違法性阻却事由の位置づけ
 - ① 伝統的通説
 - ② 過失一元説
 - ③ 違法性一元説
 - ④ 二元説
 - ⑤ 不法行為二分論
 - (2) 転嫁型緊急避難に関する見解
6. まとめと若干の検討

1. はじめに

民法 720 条は、見出しは「正当防衛及び緊急避難」と付けられているものの、刑法で定める正当防衛、緊急避難とは異なるものを定めている。なかでも、民法上、自然災害からの緊急避難行為に関する損害賠償責任が免責されない点については、民法学においても問題意識は示されているものの、活発な議論はなされていない。これに対し、刑法学からは様々な見解が示されている。

本稿は、昨今の大規模な自然災害が多発している現状、ならびに民法学において違法性概念を不要とする見解が通説的地位を得つつある現状において、これまで違法性阻却事由と解されてきた民法 720 条の法的意義を再検討・再構成するための覚書である。

2. 問題の所在

民法 720 条は 1 項で「他人の不法行為に対し、自己又は第三者の権利又は法律上保護される利益を防衛するため、やむを得ず加害行為をした者は、損害賠償の責任を負わない。ただし、被害者から不法行為をした者に対する損害賠償の請求を妨げない」と規定している。この規定は、一般に民法上の正当防衛を規定したものとされるが、刑法上は緊急避難（37 条 1 項）にあたる加害行為者以外の第三者に発生した損害（以下、加害行為者以外の第三者に対する防衛行為を「転嫁型防衛行為」とする。）についてもこの規定により賠償責任が免責されることとなる。それでは民法上の緊急避難はどのようなものかという点、民法 720 条 2 項がそれである。すなわち、「前項の規定は、他人の物から生じた急迫の危難を避けるためその物を損傷した場合について準用する」との規定により、物から生じた急迫の危難を避けるためにその物を損傷する行為、刑法学でいうところの「対物防衛行為」が民法上の緊急避難行為ということになり、これによる損害についての賠償責任は同項により免責されることになる。

では、物から生じた危難を避けるために他人に損害を発生させた場合、あるいは、台風や地震、津波などの自然災害から自らの身を守るための避難行為によって他人に損害を発生させた場合（以下、これらをまとめて「転嫁型

緊急避難」といい、その行為を「転嫁型緊急避難行為」という。）、その損害を賠償する責任を負うか。この場合、刑法では37条1項の緊急避難にあたり、罰せられることはない。しかし、民法では、720条の1項にも2項にも該当せず、結果として損害賠償請求責任を負うこととなる。この点について、どのような議論がなされているかを整理するのが本稿の目的である。

3. 民法 720 条の立法経緯

(1) 民法 720 条の立法の経過

旧民法（明治23年3月27日法律第28号）には、正当防衛及び緊急避難の規定はなかった。しかし、法典調査会に出された起草委員の原案728条は、下記のとおりである。

「他人ノ不法行為ニ対シ自己又ハ第三者ノ権利ヲ防衛スル為メ已ムコトヲ得シテ加害行為ヲ為シタル者ハ損害賠償ノ責ニ任セス但被害者ヨリ不法行為ヲ為シタル者ニ対スル損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

前項ノ規定ハ他人ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危難ヲ避クル為メ其物ヲ毀損シタル場合ニ之ヲ準用ス」

この原案は明治28年10月9日の第122回法典調査会において議論されたが、原案どおりに決議され、確定案となる²⁾。そして、そのまま帝国議会に提出、可決され、公布される。

(2) 法典調査会における議論

① 民法 720 条の意義

法典調査会では、まず、3名の起草委員の中で、720条（上記のとおり法典調査会の時点の条名は728条であったが、以下、現行の720条と表記す

-
- 1) 刑法上、緊急避難の法的性質をめぐっては、違法性阻却事由であるとする見解（団藤重光『刑法綱要（総論）第三版』（創文社、1990年）246頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）140頁など）、責任阻却事由であるとする見解、基本は違法性阻却事由であるが、一定の場合のみ責任阻却事由であるとする見解（山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）148頁など）などに分かれている。
 - 2) 現行民法典の総則編・物権編・債権編は、法典調査会での審議の後、明治28（1895）年12月20日に全面的な整理を終了し、これが確定案となる。翌明治29（1896）年1月に第9回帝国議会に提出された法案は、衆議院特別委員会の審議において20数カ所の修正、追加、削除等が行われた後、衆議院、貴族院を通過し、同年4月27日に公布された。

ることとする)の意義の捉え方の違いが明らかとなる。穂積陳重は、720条がなくても、正当防衛や生命保護とか称する場合には、故意や過失があるべき道理がないのであるから、損害賠償責任が発生する道理はない、と説明する³⁾。これに対し、まず富井政章が、720条があつて初めて賠償の責任が免れるのであつて、これがなければ立派な故意による不法行為となると述べる⁴⁾。梅謙次郎も、富井と同じ考えであることを明らかにし、その考えが、他の部分ですでに決定されていることを指摘する。すなわち、他人が自己の占有物を奪つた場合に腕力でそれを取り戻すということは許されないことを決定し、さらに、旧民法には、合意に関し、天然の危難を免れるためにした合意は無効又は取消ができるとの規定があつたが⁵⁾、天然の危難に際してある点から見たら意思の自由が欠けていても意思がなかったということは通らず、法律行為は成立するから、旧民法のような規定は設けないこととなつた⁶⁾。梅は、これらの点が決まつた以上は、720条の意味が既に決まつて

3) 「所謂正当防衛トカ生命保護トカ称シマス場合ニハ損害賠償ノ責ハ生ゼヌ如何トナレバ是レハ故意ノアルベキ筈ハナイ過失ノアルベキ誤ハナイ権利デアルカ過失デアルカソコ等ノ処ハ学者ノ問題ニ残シテ置イテ宜イガ其損害ヲ生ゼシメタノニ故意ガアルベキ道理ハナイ過失ガアルベキ道理ハナイノデアリマスカラ勿論損害賠償ノ責ヲ生ズベキ道理ハナイ」と述べる。なお、議事速記録中の旧字は、筆者が新字に書き換えている(以下も同じ)。『日本近代立法資料叢書5法典調査会民法議事速記録5』(商事法務研究会、1984年)409頁。

4) 「私ハ此規定ガアツテ初メテ賠償ノ責任ガナイト云フコトニナルノデアツテ此規定ガナケレバ立派ナ不法行為デアラウト思フ・・・此急迫ノ場合ニアツテハ宜イト云フコトハ此規定ガアツテ初メテ出来ルコトデアリマスソレデ此規定ガナケレバ無論理屈上ハ其正反対ニナレナケレバナラヌト思ヒマス」と延べる。前掲・議事速記録注3)411頁。

5) 発言中に指摘はないが、旧民法財産編313条2項のことであると思われる。313条は1項で「強暴ハ当事者ノ一方カ抵抗スコトヲ得サル暴行、脅迫ヲ受ケタルニ因リ枉ケテ合意ヲ為シタルトキハ承諾ヲ阻却スル」と規定し、2項は「当事者ノ一方不可抗力ニ出タル急迫ノ災難ヲ避クル為メ熟慮スルノ暇ナクシテ過度ナル義務ヲ約シ又ハ無思慮ナル譲渡ヲ為シタルトキモ亦同シ」と規定していた。前田達明編『資料民法典』(成文堂、2004年)976頁。なお、条文中の旧字は、筆者が新字に書き換えた。

6) 前掲・議事速記録注3)414頁。梅は、2階か3階に住む者が階下から火事が出て、早く飛び出さなければ生命が危ないがはしががなく下りることができない場合に、下にいる者にはしごを掛けてくれれば千円やろうと言つたという事例を挙げ、「天然ノ不幸ニ遭遇シテ自己ノ生命ヲ助ケタイガ為メニ生命ヨリハ財産ノ方ガ要ラヌカラト云フノ財産ヲ沢山出シテモ生命ハ助ケヤウト思ツタノデアル」として、このような場合には、「立派ニ法律行為ハ成立スルモノデアル」から、後日に千円払わなければならぬと説明している。

いるという。つまり、不法行為により占有を奪われても、腕力をもって取り返すことが許されないのであれば、生命を助けるためであろうと許されないであろうし、加えて、生命を助けるためであろうと、財産を助ける場合であろうと、とにかく故意に他人の権利を侵害した以上は、不法行為が成立するのであり、それを、720条は、事情がいかにももっともな場合であるから「不法」⁷⁾とはしないとしたのであると説明する。

富井と梅の発言を受け、穂積は、起草委員の説は他の2人の説であって、720条によって初めて不法行為の成立が否定されると改めて説明している。

② 転嫁型緊急避難に関する議論

転嫁型緊急避難行為による損害賠償責任が免責されないことについて、まず磯部四郎委員が、上述の①の点との関係で、「今日人間ニ生レテ自分ノ生ヲ保ツ為メニシタコトハ不法行為ニナラヌト思ヒマス」⁸⁾と述べたことに対し、富井が、天災とか洪水とかやむを得ずして自己防衛のために他人に損害を加えた場合は、1項の場合とは異なるとする。それは、後者（1項の場合）は他人が自分の権利を害しようという不法行為がある場合、前者は天災という危難がある場合で、その場合にいかに自分を防衛するためとはいえ、人の権利を害しても良いということは理屈においてひどいことではないかと考えたと説明する⁹⁾。

7) ここでの「不法」の意味は明らかでないが、民法典「第五章不法行為」の章名について、第119回法典調査会で穂積陳重起草委員は「・・・近頃出マシタ許サレザル行為ト云フモノニ不法行為ト云フコトデアリマス此債権ノ原因タル行為ト云フモノハ本案ニ採リマシタ主義ニスルト必ズ他人ノ権利ヲ害スルモノデアリマスナラバ他ニ認メタ権利ヲ害スル行為デアリマスレバ必ズ不法ナル行為ニ在ラザル行為ヨリシテ損害ガ出マシテモハ債権ノ原因ト認メマセヌカラシテソレ故ニ不法行為ト云フ名称ヲ用ユルノガ中デハ一番穩当デアラウ」と説明する。前掲・議事速記録注3) 295頁。なお、後に見るように、過失概念を違法性概念に一元化する違法性一元説に立つ前田達明は、「恐らく、法の許さない行為＝違法な行為＝不法行為という発想であったと思われる」と述べ、「この不法行為」というところに、筆者の違法性概念の法典上の根拠を求めている」としている。前田達明『不法行為帰責論』（創文社、1978年）196頁・203頁。

8) 前掲・議事速記録注3) 412頁

9) 「天災トカ洪水トカ已ムヲ得ズシテ自己防衛ノ為メニ他人ニ損害ヲ加ヘタトキハドウデアラウカ第一項ノ如キコトデハイカヌモノデアラウカト云フ・・・一ツハ正当防衛デハ只ノ不倫罪デアル即チ一ハ他人ガ自分ノ権利ヲ害シヤウト云フ不法行為ガアル場合一ハ天災ト云フ危難ガアル場合デ其場合ニ如何ニ自分ヲ防衛スル為トハ言ヘ人ノ権利

梅も、この点について、次のように説明する。すなわち、物より生じた急迫の危難を避けるためにその物を毀損することと、他の物を毀損するのは違うので、天災により急迫の危難にあったときに、それを避けるために無関係の物を毀損することと、物より生じた急迫の危難を避けるためにその物を毀損することも違う。1項の場合は、他人の不法行為であるから、2項の場合よりも押し広めて、その場合よりも一歩進んで第三者の物を壊したときでも不法行為としない。1項の場合は、他人の行為があるので、その場合は2項の場合よりも一層保護を強くしてあるというだけであると述べる¹⁰⁾。

さらに、梅は、刑法との違いについても説明している。自分の財産を保護するために他人の財産を減らしてもよい、自分の生命を保護するために、他人の生命をなくしてもいいということは、もしそういうことをしたならば道徳上の罪人であって、刑法上それを罰するがよいかどうかということは第二の問題である。今日の刑法は復讐主義のものではなく、行為をした者を罰すれば、その罰の種類によって将来同じことをする者にそのようなことをさせないように導くという公益上の必要からつくられるものであるから、刑法上全く罰しない、あるいは罰するにしても大いに軽く罰するということになれば議論が立つ。刑法上はよいが、民法上の問題はただの損害の賠償であって、他人の権利を害して損害を発生させたのであれば、その償いをしなければならない。このような場合に損害賠償をしなければ、見方によっては、不当利得をする自分の財産を保護するために他人の財産を減じてもよ

ヲ害シテモ宜イト云フコトハ理屈ニ於テひどいコトハナイカト云フコトデ十分ニ考ヘテ其場合ヲ漏シタノデアリマス」と述べる。前掲・議事速記録注3) 413頁。

10) 「此物ヨリ生ジタル急迫ノ危難ヲ避ケル為メニ其物ヲ毀損スルト他ノ物ヲ毀損スルノトハ違ウノデ從テ全ク天災デ以テ急迫ノ危難ガ来タトキニソレヲ避ケンガ為メニ無関係ノ物ヲ毀損スル場合ト此場合トハ違ウ其理由ハ・・・此場合ニハ物ガ損害ノ原因デアル其原因ノ物ヲ取除クダケハ許サズ外ノ物ヲ毀損スルコトハ許サヌソレデ第一項ノ場合ハ只他人ノ不法行為デアルカラ第二項ノ場合ヨリモ押広メテ其場合ヨリモモウ一歩進ンデ他人ノ不法行為ガ原因ニナツタトキニ限ツテ第三者ノ物ヲ壊シタトキデモ矢張り不法行為ト見ナイト云フ丈ケガ違フ・・・物ヨリ生ジタル急迫ノ危難ト云フ事実ガナイノデアリマスカラ偶然ノ事実デアル第一項ノ場合ハ他人ノ行為ガアルノデ其場合ハ第二項ノ場合ヨリ一層保護ヲ強クシテアルト云フダケデアリマス」と述べている。前掲・議事速記録注3) 416頁。

いということになり、理屈がないように思う、と¹¹⁾。

この説明を受け、磯部四郎委員が質問する。原案によると、他人の行為による場合には、生命・財産を防衛するために第三者の物を壊してもよいが、自然災害による場合には、自分の生命を害するのは甘んじて、人の生命は害してはならない、もし害したら不法行為となるということになる。確かに、720条1項但書が不法行為者に対して賠償請求を認めてはいるが、自然災害による場合には、何人にも賠償することができないから、「本案ト云フ者ハ一寸権衡ヲ得ヌト思フテ見マシタ・・・ドウ云フ訳デ急迫ノ危難ヲ避ケル為メニ物ニ責ヲ負ハセテ其物ダケヲ打壊ハシテモ宜イト云フ規則ガ出て来タノカ如何ナル原因カラシテ犬ハ殺サレテモ宜イ物ハ壊サレテモ宜イ所有者ハ何共言フコトハ出来ナイト云フ原因ハ何処ニアルカ」という疑問を示し、「損害ノ原因ヲシタノハ所有者デアルガ物其物が原因ニナツテ居ルト物が責任ト云フコトニナル是レハ羅馬法ノ学説ガ混ジテ来タモノデアルト思ヒマス」と主張した¹²⁾。

これに対する梅の答えは、元々この規定は、自分の権利を保護するために他人の権利を侵してはいけないという純然たる理屈とは合っていない。純然たる理屈からいえば、自分で手を下してはいけないということになるが、それでは杓子定規になるから、便法を設けたものである。しかし、本条の精神は、いかに急迫の危難に遭遇したとしても、急迫の危難に遭遇すればどん

11) 「自分ノ財産ヲ保護スル為メニ他人ノ財産ヲ滅ラシテモ宜イ自分ノ生命ヲ保護スル為メニ他人ノ生命ヲ無クシテモ宜イト云フコトハ若シサウ云フコトヲシタナラバ罪人デ即チ道德上ノ罪人デアル刑法上ソレヲ罰スルガ宜イカドウカト云フコトハ第二ノ問題デアリマス如何トナレバ今日ノ刑法ハ復讐主義ノモノデナイト思フテ居ル又復讐ト云フ文字ガ悪ルイトシテモ只正義ニ本ヅイテ道德上ノ悪ルイコトヲシタ者ハソレ丈ケノ報ヒヲ受ケナケレバナラヌト云フモノデハナイト思フ是レハ只公益上カラ必要ガアツテ出来タモノデアル行為ヲ為シタ者ヲ罰スレバ其罰ノ種類ニ依テ其者が将来同ジコトヲスルコトガ出来ナクナル又幾分カナサヌヤウニ導クノデアル只實際ノ結果ヲ見テ設ケルモノデアルカラ・・・サウ云フ場合ハ全ク罰シナイ罰スルト云フコトニシテモ大ニ輕ク罰スルト云フコトニナレバ議論ガ立ツト思フ刑法上ハ宜イガ民法上ハ是レハ只損害ノ賠償デアル他人ノ権利ヲ害シテサウシテソレガ為メニ損害ガ生ジタト云フモノデアレバ其償ナヒヲシナケレバナラヌ只今ノヤウナ場合ニ損害賠償ヲシナケレバ見様ニ依テハ不当利得ヲスル自分ノ財産ヲ保護スル為メニ他人ノ財産ヲ滅ジテモ宜イト云フコトハドウシテモ理屈ガナイト思ヒマス」と説明している。前掲・議事速記録注3) 415頁。

12) 前掲・議事速記録注3) 417-418頁

なことをしてもよいということではなく、ただ危難の原因となるものを取り除くについては、他人に損害を与えてもよいというのが本案の主義である。その原因となる者に対して、防御のために損害を加えたのは不法ではないと認めたものであると説明する。2項についても、物自体が働くのではないだろうが、その原因である物を除いて危難を避けることは許すということである。そうであれば、1項にかえて、なぜ第三者に加えた損害は償わなければならないかという議論が出てくる。自分を防御するために第三者に傷をつけたとしても、その原因は他人である。ということは、1項但書がなくても、この場合には防衛者から不法行為者への損害賠償請求権はあり、一方で第三者から防衛者への損害賠償請求もあるから、防衛者が先に立て替えないといけないとすれば大変不利益である。そして、天災ではない不法行為が原因であるから、2項よりも防衛者を保護すべき理由があるので、被害者から直接に不法行為者に対して訴える手段を設けておいたのである、とする¹³⁾。

13) 「元来此規定ハ純然タル理屈ニ合ハヌノデアリマス純然タル理屈ハ・・・自分ノ権利ヲ保護スル為メニ他人ノ権利ヲ犯シテ宜シイト云フコトハ出テ来ヌノデアリマス・・・純然タル理論カラ言ヘバ・・・ソレデハ杓子定規ニナツテ自分ガ訴ヘル時分ニハ責ガナクナツテ仕舞フカラソコデ便法ヲ設ケタノデアツテ其便法ノ範圍迄モ法律デ持ツテ極メテ宜イト思フ私ノ見ル所ハ本條ハ大体ノ精神ハ如何ニ自分ガ急迫ノ危難ニ遭遇シタリトモ急迫ノ危難ニ遭遇スレバドンナコトヲシテモ宜イト云フコトデハナイ只危難ノ原因トナル者ヲ取除クニ付テハ他人ニ損害ヲ掛ケテモ宜イト云フノガ本案ノ主義デアル・・・第二項ノ物ノ場合モ物自身ガ働クノデハナイ外ノ者ニ依テ来ルノデアリマスガ如何ナル者ニ依テ来ルニセヨ其物ヲ来タサシタ原因ハ外ニアラウト思フ其原因ダケヲ除イテサウシテ自分ノ危難ヲ免カレルト云フコトハ許スト云フノデ此二項ハ出来タソシナラバ第一項ニ帰ツテ不法ヲシタ人ダケヲ殺シタソレニ害ヲ加ヘタノハ責ガナイトシテモ第三者ニ対シテ加ヘタ損害ハ何ゼ償ナハナケレバナラヌカト云フ御論ガ出ルルじつくだト出ル元来此場合ハ自分ヲ防衛スル為メニ第三者ニ疵ヲ附ケタ固ヨリ其人ノ行為ニ依テ生ジタニハ違ヒナイガ其原因ニ遡ボツテ見ルトソレハ他人デアル他人ガ不法行為ヲシタ為メニ已ムヲ得ズウ云フコトヲヤツテノデアル、故ニ仮令ヒ此但書ハナクテモ此場合ニ於テ他人ノ不法行為ヲ為シタ人間此処ニ謂フ正当防衛ヲ為シタ人間カラ不法行為ヲ為シタ人間ニ対スル賠償ノ権利ト云フ者ハ無論アル仮令ヒ其人ヲ殺シテモ自分ノ受ケタ損害ヲ償フニ足ラナケレバ向フヲ殺シテ置イテモ尚ホ此方ハ損害ノ賠償ヲ求メルコトガ出来ルンヤ其場合ハ第三者ニ疵ヲ附ケタ、若シ其第三者カラ防衛者ニ向ツテ賠償ヲ求ムルノ権アリトスレバ其結果必ズ防衛者ト云フモノハ賠償ヲ求ムルノ権利アルコトハ疑ヒヲ容レスト思フサウスレバ畢竟ハ其不法行為ガ賠償ノ負担ヲスベキモノデアツテ手数モ二重ニナツテサウシテ動モスレバ諸君ガ保護シタイ所ノ防衛者ガ先ニ立替ヘナケレバナラヌト云ツテハ大変不利益デアル此場合ハ元々第三者ノ不法行為ト云フコトガ一番初メノ原因デアルカラ此場合ハ第二項ノ場合ニハ一層防衛者ヲ保護スベキ理由ガアル天災デハ

なお、2項でなく、1項の転嫁型防衛行為の成立範囲を狭くすべきとして、これに関する修正案も出されたが、否決されている¹⁴⁾。

③ 小括

法典調査会での議論のポイントをまとめると、以下のようになるだろう。

まず、起草委員の考えによると、720条に該当する行為は、故意又は過失が認められるものの、「不法」ではないとされる行為である。

次に、起草委員である梅の見解では、急迫の危難の原因を取り除く行為だけ、すなわち、他人の不法行為についてはその他人、物による危難の場合は、物を取り除くことのみが不法ではないのが原則であるが、他人による不法行為の場合は、防衛者を保護するために、第三者に対する損害についても免責している。

さらに、梅は、刑法の目的を一般予防と考え、転嫁型緊急避難行為を罰したとしても一般予防効果はないことからすれば罰しない、あるいは、罰するとしても軽くすることは筋が通るが、民法上は、損害賠償の問題であり、他人に損害を発生させて自らの財産が守られたということは不当利得したとも捉えられるともいう。

4. 刑法学からの議論

(1) 不可罰的違法阻却事由とする見解

この点を含め民法 720 条について刑法学から積極的に議論を展開するのが曾根威彦である。曾根は、刑法上の緊急避難の法的性質を決定するうえで、民法 720 条を考慮する。まず、違法統一性について、「違法性、およびその反面としての違法性阻却が根本において法秩序全体に通ずる統一的なものであるとしても、その発現形式にはさまざまな種別・軽重があるのであって、各法の固有の目的に応じて、そこで要求される違法性の質・量に違い

ナイ不法行為が原因デアルソレデ其場合ニハ現実ノ被害者ガ防衛者ニ対シテ賠償ヲ求メ防衛者カラ不法行為者ニ対シテ賠償ヲ求メル代リニ被害者カラ直接ニ不法行為者ニ対シテ訴ヘル便法ヲ設ケテ置イタノデアリマス」と述べる。前掲・議事速記録注 3) 418-419 頁。

14) 前掲・議事速記録注 3) 419 頁の土方寧の発言、420 頁・422 頁の長谷川喬の発言を参照。

が出てくることは当然に認められなければならない（やわらかな違法性一元論）。¹⁵⁾という立場の前提として、「損害を誰に負担させるべきかを法の目的とする民法にあっては、急迫の危難の第一次的被害者である X（避難行為者）に負担させるために X の避難行為を違法とし、しかし X も自己の責めに帰さない事情から緊急事態に陥っていることから、刑法上はその避難行為を処罰の対象としない（不可罰的違法）、とする政策決定も十分可能なのである」¹⁶⁾と述べる。すなわち、曾根は、この「問題の解決は、民法の分野のみに限定されるべきものではなく、法秩序全体、したがってここでは刑法の緊急行為論をも視野に入れた上で図られなければならない」¹⁷⁾としたうえで、不正な侵害を第三者に転嫁する行為のみが完全に適法な緊急避難であり、人の適法な行為に由来する危難に対する避難行為及び物に由来する危難を第三者に転嫁する行為は違法であるが不可罰（可罰的違法性阻却事由）の緊急避難であるとの見解をとる¹⁸⁾。

（2）適法行為に対する損害賠償責任とする見解

この曾根の見解に対し、転嫁型緊急避難行為が可罰的違法性阻却事由であるとすれば、これに対する正当防衛ができることになり不当であると批判し、転嫁型緊急避難行為に関する損害賠償責任は適法行為に対する損害賠償責任を認めたものと説明する見解がある。この立場をとる井田良は、「違法性阻却事由が、法益権衡ないし利益葛藤の状況において、これを正しく解決するための行動基準、同時に、複数関与者の間の利害調整のための基準を与えるべきものであるとすれば、そこにおいては、統一的な一般的違法性の観念が基礎に置かれなければならない・・・その行為が違法であるのか適法であるのかが一義的に確定されなくては、周囲の者がその行為をやめさせることができるのか、被害を受ける側が反撃を加えることができるのか明らかでなく、複数関与者の間の利害調整のための基準として機能し

15) 曾根威彦「刑法から見た民法 720 条」早法 78 巻 3 号（2003 年）114 頁

16) 前掲・曾根注 15) 115 頁

17) 前掲・曾根注 15) 122 頁

18) 曾根威彦『刑法総論（第四版）』（弘文堂、2008 年）113 頁、前掲・曾根注 15) 113 頁。

得ないからである」¹⁹⁾との立場をとりながら、刑法 37 条により適法とされ得る緊急避難行為が民法 720 条に該当せず、避難行為者が損害賠償を義務付けられることも実質的にも妥当な扱いであるとし²⁰⁾、「この場合に認められる民法上の損害賠償責任は不法を前提としない無過失責任というべきである」²¹⁾とする。

(3) 損害賠償を条件に違法性阻却を認めたとする見解

さらに、刑法の緊急避難は、被害者の損害賠償がなされることを前提として違法性阻却を認めた制度であるとする見解がある。佐伯仁志は、前述の曾根の見解について、刑法が緊急避難を認めているのは、保護する利益が侵害する利益を上回っている、つまり優越的利益があるからだから、そのような行為に正当防衛を認めて、優越的利益の実現を阻止するのはおかしい、と述べる。そして、「民法と刑法と調和的に解釈するためには、刑法の緊急避難行為であっても損害賠償責任を負うことがあるのは、損害賠償を条件として違法性阻却を認めたもの、いわば損失補償的なものとして理解する必要がある」²²⁾とする。この見解と同様に解されている条文としてドイツ民法 904 条が挙げられる。そこでは、所有者に避難行為の受忍義務を課しながら、避難行為によって損害を被った所有者に「犠牲に基づく請求権」(Aufopferungsanspruch) を認めるものと解されている²³⁾。

19) 井田良「緊急権の法体系上の位置づけ」現代刑事法 6 巻 6 号 (2004 年) 12 頁

20) その理由として、「被害者側は、損害の転嫁を甘受せねばならない代償としてその損害を賠償されることになるからである」とする。前掲・井田注 19) 12 頁

21) 前掲・井田注 19) 12 頁。大塚仁・川端博編『新判例コンメンタル・刑法 2』(三省堂、1996 年) 57 頁 [中森喜彦執筆] も、「緊急避難行為は、刑法上は正当化されても、他の法領域では、完全に適法なものとはされていない」ことを指摘し、民法上、720 条の場合を除き、避難行為者は損害賠償義務を負うものとされていることについて、「一種の無過失責任」と説明する。

22) 佐伯仁志・道垣内弘人『刑法と民法の対話』(有斐閣、2001 年) 257 頁の佐伯発言。佐伯仁志「緊急避難論」法教 294 号 (2005 年) 82 頁も同じ。

23) 幾代通「民事上の正当防衛・緊急避難と第三者被害」法学 48 卷 3 号 (1984 年) 18 頁。BGB § 904 : Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen. (訳：物に対する干涉が現在の危険を防止するに必要であり、かつ急迫の損害が干涉により物の所有者に生じる損害より不相当に大になるときは、当該物

この佐伯の見解に対しては、刑法学から「この見解によれば、①侵害者に損害賠償の資力がなければ緊急避難はできないということになりかねない。②急病人を救助するため無免許運転をした場合やスピード違反をした場合には賠償請求ということは考えられないから、緊急避難はおよそ成立し得ないことになろう。③生命侵害の場合には、請求主体がいなくなるから、およそ緊急避難は認められないことになるから・・・損失の補填は、あくまでも民事上の事後処理にすぎず、損害賠償の成否・可否が緊急避難の正当化の効力を左右すると解すべきではない」²⁴⁾との批判がなされている。また、ドイツ民法 904 条の枠組みに対しては、民法学から、i) 緊急行為をなす当時としては客観的にやむをえないと認められる状況だったが特殊な偶発的な事情から、結果的には初期の法益防衛が全面的にか一部的にか不成功であったという場合にどうするか、ii) 緊急行為者と受益者が別人である場合に受益者のみを補償支払義務者とするのは受益者の無資力の場合に問題が生じないか、iii) 適法行為について支払をするのであれば「不法行為に基づく損害賠償義務」ではないのではないか、という問題点が示されている²⁵⁾。

5. 民法学における議論

(1) 違法性と違法性阻却事由の位置づけ

① 伝統的通説

転嫁型緊急避難に関する議論の前提として、民法学は 720 条をどのように位置づけているかを確認しておく必要がある。

民法 720 条は違法性阻却事由を定めたものであると解するのが、伝統的通説である²⁶⁾。では、720 条により阻却される違法性とは何か。

の所有者は、所有物に対する他人の干渉を禁止する権利を有しない。所有者は干渉によって生じた損害の賠償を請求することができる。) 訳は、E. ドイチェ・H.J. アーレンス (浦川道太郎訳) 『ドイツ不法行為法』(日本評論社、2008 年) による。

24) 前掲・西田注 1) 140 頁

25) 前掲・幾代注 23) 31-32 頁。幾代は、このような問題点を挙げながらも、iii) との関係で「少なくとも日本法の解釈論や立法論としては、それほど荒唐無稽な論だとは思えない」とする。

26) 我妻榮『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社、1937 年) 147 頁、加藤一

平成16年法律第147号による改正以前の民法709条における「他人ノ権利ヲ侵害シタ」の要件については、権利侵害は違法性の徴表にすぎず、広く違法性が要件となると主張²⁷⁾が登場し、これが判例に採用されると²⁸⁾、この違法性の有無は、被侵害利益の種類と侵害行為の態様との相関関係において判断されるとの相関関係説²⁹⁾が長きにわたり通説とされてきた。この立場によると、違法性の裏の面ともいえるべき違法性阻却事由についても、消極的な形においてはああるが、やはり被侵害利益との相関関係において捉えられるべきであるとされる³⁰⁾。

このような相関関係説に対しては、様々な批判がなされたが、最も大きな批判の対象は客観化された過失概念と違法性概念との区別の問題である。すなわち、過失を単なる心理状態と見ずに、客観的な注意義務違反と見る現在の過失概念において、注意義務違反の有無を判断するにあたって衡量される諸要因（被侵害利益の種類・程度、結果回避の困難性など）は、相関関係説で衡量される諸要因と重複ないし交錯するのではないかと、との批判である。そして、違法性阻却事由の捉え方についても、伝統的通説の立場によれば、その有無は違法性の有無の判断と同じことになるから、結局のところ、違法性の判断において考慮されるべき一事情にすぎず、「違法性阻却事由」として独立の地位を与える理由が乏しくなるとの批判がなされている³¹⁾。

このような伝統的通説への批判を経て、現在の学説では、i) 権利侵害・違法性の要件を過失に一元化する説（過失一元説）、ii) 過失の要件を含めて違法性に一元化する説、iii) 違法性と過失の要件は維持する説（二元説）、iv) 不法行為二分論に分かれている³²⁾。

② 過失一元説

郎『不法行為（増補版）』（有斐閣、1957年）135頁など。

27) 末川博『権利侵害論』（日本評論新社、1944年）305頁

28) 大判大正4年3月10日刑録21輯279頁（附帯私訴の事件）、大判大正4年3月20日民録21輯395頁。

29) 前掲・我妻注26) 147頁

30) 前掲・加藤（一）注26) 135頁

31) 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、1971年）380頁

32) 民法上の違法性と過失に関する議論の状況を示したものとして、沢井裕「不法行為法学の混迷と展望—違法性と過失」法セミ296号（1979年）72頁以下。

伝統的通説への批判の急先鋒であり、過失一元説を主張したのが平井宜雄である。平井は、「権利侵害」の要件の拡大が、判例・学説によって異議なく承認され確立するに至ったときに「違法性」の機能は役割を果し終えたとして³³⁾、過失概念によって不法行為の成立を限定すべきだとする。ここで過失とは、予見可能性の存在ないし予見義務の違反を前提として、損害発生の危険を回避すべき行為義務に違反することと定義されるとして³⁴⁾、これによれば、過失の要件は、結局「行為義務に反する行為が存在すること」に尽きるとする。そして、これを細分化すれば、a)加害行為の存在、b)行為義務の存在、c)加害行為と、行為義務によって特定された「あるべき行為」との食い違いに集約される³⁵⁾。予見義務及び損害回避義務という行為義務違反行為が過失であると解する以上、重要なのは b)であるが、損害回避義務違反の存否は、英米法のネグリジェンスに関するハンドの定式を手がかりに、i) 行為から生ずる損害発生の危険の程度ないし蓋然性の大きさ、ii) 被侵害利益の重大さ、iii) i) と ii) の因子と行為義務を課すことによって犠牲にされる利益との比較衡量を判断因子とする³⁶⁾。違法性概念が不要であるのならば、違法性阻却事由として考えられてきた正当防衛等の扱いが問題となる³⁷⁾が、『違法性』阻却事由として掲げられているもののうち、正当防衛・緊急避難・自力救済・正当業務行為は、『過失』の構成要素の一つたる、行為者の具体的状況における行為として捉えられ、かつそのような——たとえば他人から急迫の侵害を受けたというような——状況において行為者にどのよ

33) 前掲・平井注 31) 382 頁

34) 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』(弘文堂、1992 年) 27 頁

35) 前掲・平井注 34) 28 頁

36) 前掲・平井注 34) 30 頁、前掲・平井注 31) 403 頁。

37) なお、違法性概念を不要とした場合に生じるもう一つの問題として、国家賠償法 1 条に明文上要求されている違法性要件の解釈がある。これについて平井は、「別個に考えれば足りるのであり、同法は公権力の行使による不法行為に関するだけに、公権力が発動する際に遵守すべき行為規範としての実定法規に違反したかどうかを『過失』と離れて問題とすることは、実質的な意味をもつことが多いものと思われる」と述べる(前掲・平井注 31) 397 頁)。しかし、近時、国家賠償法 1 条の「違法」及び「過失」について統一的に理解することを志向する論考が多く見られる。例えば、中川丈久「国家賠償法 1 条における違法と過失について—民法 709 条と統一的に理解できるか」法教 385 号 (2012 年) 72 頁以下、潮見佳男『不法行為Ⅱ〔第 2 版〕』(信山社、2011 年) 87 頁以下など。

うに行爲すべき義務を課すかどうか、という問題の一環と考えられる。その際には、法益の比較衡量の視点が前面に出て前記の因子が比較的大きな役割を荷うであろう。その結果不法行為責任を課すべきでないという判断に到達された場合には、このような具体的状況において要求される行為義務に適合し、行為を行ったという理由づけをもって不法行為責任が否定されるべきものと思われる」³⁸⁾とする。そして、違法性阻却事由とされてきたものは「不法行為に基づく損害賠償責任を不成立にする事由である点および立証責任の負担が被告側に課されている点・・・において共通点を有する・・・すなわち、これらは不法行為の成立を阻却する事由として統一的に位置づけることができる」としている³⁹⁾⁴⁰⁾。

同じく、過失一元説にたつ窪田充見も、違法性阻却事由という問題領域に固有の意義を認める必要はない、とする⁴¹⁾。すなわち、過失一元説の立場を前提とすれば「一定の権利の侵害があったから当然に責任が肯定されるというわけではなく、当該権利に対する関係で、他の者にはどのような義務が認められるのか、当該加害者はそうした義務違反をおかしたのかが問題となる」⁴²⁾として、「民法 720 条のような条文がなくても、たとえば被害者自身の承諾がある場合には、そうした利益を害してはならないという義務は前提にならず、そもそも過失が認められないということで、不法行為責任を

38) 前掲・平井注 31) 417 頁

39) 前掲・平井注 34) 92 頁。同様に不法行為の成立を阻却する事由と位置づけをするものとして、大村敦志『新基本民法不法行為編』（有斐閣、2015 年）58 頁があるが、大村は、一元説と二元説の議論に触れ、「結局のところ、明らかになったのは、二つの要素は独立には判断できないということである。そのことを認めれば、後は言葉の問題であるとも言えるが、以下の章では、さしあたり、加害者側の要件をすべて「過失」の枠内で考えることにしたい」と述べている（同書 24 頁）。

40) 平井は、通説が「違法性阻却事由」とするものには、他に①自力救済、②正当業務行為、③被害者の承諾が挙げられるが、これらの事由はそれぞれに特有な解釈上の問題を含んでおり、その効果も多様であって、損害賠償責任の不成立という効果はそのうちの 1 つにすぎないから、これらの事由を挙げたところで、不法行為の不成立という効果がそれだけで統一的かつ一義的に導き出されるものではないとして、「民法の解釈論としては、正当防衛及び緊急避難のみを責任無能力と並んで不法行為の成立を阻却する事由の一つと位置づければ足りると考えるべきである」とする。前掲・平井注 34) 97 頁。

41) 窪田充見『不法行為法』（有斐閣、2007 年）244 頁

42) 前掲・窪田注 41) 94 頁

負担しないとの説明は容易に可能である・・・(生命、身体、所有権等の権利が)侵害された経過をまったく顧慮せずに結果のみをもって違法であるとするにどれだけの実質的な意味があるかは疑問であろう。その意味でも違法性阻却事由で扱われてきた問題やそでの議論の蓄積を過失の成否等において活かしていくということが必要だとしても、それを体系的に違法性阻却事由として位置づける必要はない」⁴³⁾(括弧内は筆者が加筆した)とする。

③ 違法性一元説

過失一元説と同様に、違法性概念と過失概念を一元化すべきとしながらも、違法性に一元化するのが前田達明である。前田は「法は、社会生活に存在する社会的価値の中から、保護に値するものを抽出して、その侵害を禁止する・・・そして、その法命令は、人間に向けられたものである以上、しかも、標準人を対象とする以上、この標準人の可能性が、注意の尺度であり、それが法によって命ぜられるとき注意義務となる。ゆえに、この注意義務に反するときは、法規範に反することになって、違法と判断される」⁴⁴⁾と述べ、客観的注意義務違反をもって違法とする。一方、過失はどのように位置づけられるかという点、「抽象的過失そのものを明確に根拠づける信頼原則をもって、過失ある行為の責任の帰責原理とするのが簡明と思われる」⁴⁵⁾として、「我々は、その社会的接触の中で行為する際、その信頼を裏切ったところに帰責の根拠を求めるのである」⁴⁶⁾と述べる。そして、「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ害シタル」行為が違法という評価の対象であって、「故意や過失という帰責の軽重の差とか侵害客体の重要性、違法性阻却(過失相殺の問題も含めて)といった問題が損害賠償の範囲や額算定という同じ次元において考慮されるのは、『違法性』の大小という法感覚において集約されるからである」⁴⁷⁾から、「右の意味で、違法性という概念を用いていくことは、

43) 前掲・窪田注 41) 94 頁

44) 前掲・前田注 7) 188 頁

45) 前掲・前田注 7) 212 頁

46) 前掲・前田注 7) 212 頁

47) 前掲・前田注 7) 218 頁

合目的的で、学問上も放棄する必要はない」⁴⁸⁾とする。

④ 二元説

違法性概念及び過失概念を維持する二元説においても、論者によってその内容は様々である。従来の相関関係説に近いのが澤井裕の見解である。澤井は、事後的評価である法秩序違反としての違法性と、同時評価的評価である行為規範違反としての有責性を区別する。違法性は、「単純に『客観的要件』すなわち『結果不法』と考えるべきである」⁴⁹⁾とし、絶対権侵害は違法性阻却事由がない限り、一般的規範から当然違法となり、その他の法益侵害は個別注意義務規範への違反によって違法になるとする。そして、その判断は「まさに『結果不法』観に照らし、生じた結果から遡及的に、かつ客観的一般的（したがって『抽象的過失レベル』）に判断されなければなら」ず、権利侵害ないし注意義務規範違反に相当するかの判断は、被侵害利益の重大性と侵害行為の態様の相関関係的衡量によるとする⁵⁰⁾。そして、「違法性が、『被害の態様と侵害行為の態様』の相関関係的衡量によって判断されるように、違法性阻却事由も同じ思考過程により判断される」⁵¹⁾としている。一方で、違法な行為を被告の責任に帰せしめる根拠が有責性であるとし、これは、「行状不法」の観点、すなわち「被告が、当該具体的事情の下において、かつ行為時点で判断し、可能であり、かつとるべきであったと考えられる容態に、反したことである。いわゆる故意があれば、その意思を非難し、過失の場合は『予見可能性』があるのに予見せず、その行為に出たことを非難して、責任を負わせる」⁵²⁾とする。

これに対し、過失一元説に近い二元説を主張するのが幾代通である。幾代は、不法行為の成立要件を統合・一元化することには躊躇するとして、不法行為の成否の判断作用における一つの手がかりとして、ないしは、そこでの思考の整理の便宜のために、この二つの側面の一応の区分けはあってもよ

48) 前掲・前田注 7) 218 頁

49) 前掲・沢井注 32) 90 頁

50) 澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、2001 年）136 頁

51) 前掲・澤井注 50) 163 頁

52) 前掲・沢井注 32) 90 頁

いとする⁵³⁾。権利侵害要件は、そこでの侵害利益が、当該加害者の関係において不法行為法による救済を受けるに値するだけの適格性を有するか否かを問題するものとする⁵⁴⁾。

森島昭夫は、違法性は権利または法的保護に値する利益の侵害の有無を判断するのみで、被侵害利益と侵害行為の比較判断については過失一元説と同じく過失判断の中で行うとし⁵⁵⁾、違法性とは、社会的な法感情により保護されるべきことをいうとする。そして、「・・・違法性阻却事由における『違法性』は、不法行為成立要件としての違法性とは異なる扱いをしてもよいのではないかと思う。私自身は・・・違法性ということばを不法行為の要件の一つとして維持したいと考えているので、違法性阻却事由をそのまま残しておいても差し支えないと考える」⁵⁶⁾と述べている。

⑤ 不法行為二分論

不法行為を「権利侵害類型」と「違法侵害類型」に分けて考えるのが加藤雅信である⁵⁷⁾。前者は、絶対権・絶対的利益（生命・身体・所有権など）の侵害を対象に、故意・過失に加えてこれらの侵害のみを要件とし、前者を除く相対権・相対的利益（債権・家族関係・名誉・プライバシー・日照などの生活妨害類型）に対する侵害については、侵害行為の態様（主観的要件を含む）に加えて、侵害利益の種類・性質で判断する⁵⁸⁾。

そして、権利侵害類型では、故意・過失の要件の前提を覆すものが責任阻却事由となり、権利侵害・利益侵害の事実はあるがそれには違法性がないとする要因が違法性阻却事由となる。一方、違法侵害類型では、違法な侵害の有無は総合的に判断されるので、責任阻却事由、違法性阻却事由の有無は、阻却事由としてではなく、違法性要件の総合的な判断要素の一部として吸収されてしまうことも多い。しかし、責任阻却事由、違法性阻却事由が独立

53) 幾代通『不法行為』（筑摩書房、1977年）109頁

54) 前掲・幾代注53）109－110頁

55) 森島昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、1987年）251頁

56) 前掲・森島注55）252頁

57) 加藤雅信『新民法大系V事務管理・不当利得・不法行為（第2版）』（有斐閣、2005年）

58) 前掲・加藤（雅）注57）184頁

して問題となるときもあるとしている⁵⁹⁾。

(2) 転嫁型緊急避難に関する見解

転嫁型緊急避難行為による損害賠償責任の免責がないことについて、民法学においては、これを批判するものは少ないものの、妥当でない場合もあるとして、何らかの法的構成で免責を認める余地を残すことを主張する見解がある。

我妻榮は、正当防衛と緊急避難の差異について、「違法の要素ある加害行為に対してはこれなき加害に対してよりも自力救済の範囲を広く認め、偶々加害の原因に関係なき第三者に損害を及ぼすも止むを得ずとすることが公平に適する、という点にこれを求めなければならない。果たして然らば、この差異は必ずしも絶対的なものと謂うべきはない」として、「緊急避難行為が危難の原因ある物以外の物、特に第三者の物に損害を及ぼす場合にも、特殊の事情の下には公序良俗によって許容せられることありと解すべきである」⁶⁰⁾としている。

澤井は、救助された法益の重さと侵害された法益の重さを考慮して、救助された法益が多いのであれば、救助行為は「期待可能性がない」として免責すべきである⁶¹⁾と主張する。

四宮和夫も、避難行為は急迫の危難を避けるためという緊急避難の要件を充たす以上、緊急行為者にとっては、違法性判断の基礎としての行為義務の可能性要件を欠くことになると考えられる一方、被害者は危難原因を与えた者でないし、受けた損害を—避難行為者以外に—転嫁する方法をもたないという点も無視しえないとして、危難の種類と緊急の事情いかんによっては、第三者に比較的少ない損害を与えることが民法上も違法性を阻却するものと認められる場合があり得との立場をとっている⁶²⁾。

これらに対し、平井は、転嫁型緊急避難行為の免責が否定されている点について「正当防衛と比較してバランスを失するのを免れず『準用』の趣旨に

59) 前掲・加藤(雅)注57) 303頁

60) 前掲・我妻注26) 150頁

61) 前掲・澤井注50) 164-165頁

62) 四宮和夫『不法行為(事務管理・不当利得・不法行為 中巻・下巻)』(青林書院、1987年) 370頁

も合致しない」として、解釈論としては、法益均衡の要件を加重することにより、その物を損傷した場合以外にも類推適用するというような方向が模索されるべきであるとしている⁶³⁾。

また、平井と同じく、過失一元説にたつ窪田は「民法上の正当防衛や緊急避難の対象とはされない自然力などに起因する危難をさけるためになされる行為についても、過失（前提となる義務違反）を認めず、損害賠償責任が否定される場合があると考えられる」⁶⁴⁾としている。

他方、転嫁型緊急避難行為を免責しないことは妥当であるとしながら、これに比較し、転嫁型防衛行為を免責する 720 条 1 項が立法論上妥当ではないとの主張するのが、幾代である。幾代は、転嫁型防衛行為について、ただし書が防衛行為により損害を被った第三者から不法行為者に対する損害賠償を認めているものの、不法行為者が責任無能力者であった場合や無資力であった場合には救済されないことになり不当であるとして、防衛者と不法行為者の不真正連帯債務の関係に立たせるべきであるとする⁶⁵⁾。そして、第三者の損害のお陰で自分の財産・生命が助かったのだから第三者の損害を賠償すべきであるという論理は妥当な論理であって、有責原因者が存在する場合でも等しく妥当するものであるとして一般化すべきであると述べる⁶⁶⁾。

なお、転嫁型緊急避難行為に関する判例として、大判大正 3 年 10 月 2 日 刑録 20 輯 1764 頁があり、ここでは、洪水のため危険に瀕した部落を救うために、部落の数人の者が堤防を破壊したという事案について、刑法上は緊急避難として無罪とした一方で、その行為により損害を被った他人の権利に対し民事上の賠償債務を負うのは当然の結果であるとしている。しかし、本件は附帯私訴のため、一般的な民事訴訟とは手続が異なっており、先例としての価値は疑問である。

63) 前掲・平井注 34) 97 頁、潮見佳男『不法行為法 I 〔第 2 版〕』（信山社、2009 年）453 頁も同様。なお、潮見は、過失一元説に立ち、正当防衛及び緊急避難を不法行為責任が阻却される場合と説明する。同書 451 頁及び潮見佳男『債権各論 II 不法行為法』（新世社、2005 年）95 頁

64) 前掲・窪田注 41) 249 頁

65) 前掲・幾代注 25) 27 頁

66) 前掲・幾代注 25) 29 頁

6. まとめと若干の検討

以上のように、刑法学においては違法統一性の観点から様々な説明が試みられているが、民法学では、違法性概念に対する批判から様々な考え方が登場しており、その議論は少し距離があるように思われる。

もっとも、法典調査会における議論で梅謙次郎が指摘したように、刑法と民法はその目的が異なるものであり、刑法上責任がないとされた行為が、民法上、損害賠償責任を負うとすることには何ら問題はないと考える。

そして、違法性概念については、その概念を認めるとしても、幾代が指摘するとおり、思考の整理の便宜のためということになるかもしれない。というのは、確かに、行為義務違反として捉えられるようになった現在の過失概念によれば、これまでの伝統的通説が違法性の判断要素として捉えてきた行為態様や被侵害利益の重大さなども過失の判断要素となる。そうであれば、違法性概念を否定し、過失の有無の判断の中でそれらの判断要素を使うことも可能であろう。この点だけを見れば、言わば、どの概念に何を含ませるかという言葉の問題にすぎないとも思われる。

しかし、違法性を過失の概念に一元化するとしても、故意についてはどうするのかという問題は残る。民法上の正当防衛行為及び緊急避難行為は故意によるものが多い⁶⁷⁾。平井は、故意又は故意不法行為とは「損害を加えようとする意思(加害の意思)またはそのような意思を以て損害を生じさせ

67) 転嫁型防衛行為については、過失によるものもあり得るが、不法行為者に対する防衛行為や720条2項の避難行為は故意が認められるものがほとんどであろうと思われる。なお、被害者の同意ある加害行為や正当行為についても同様であると思われる。

68) この点、不法行為を「意思責任的不法行為」と「行為責任的不法行為」に大別して、民法709条の適用を受けるのは、立法者が不法行為として予想していた「意思責任的不法行為」だけであるとする石田穰は、故意とは「不法行為規範が防止しようとして損害の発生を認識、認容しながらこの規範に反する行為をすること」であり、過失とは「不法行為規範が防止しようとした損害の発生を認識しうのに認識しないで、あるいは、認識しても認容しないでこの規範に反する行為をすること」であるとする。そのため「正当防衛の場合、行為者が損害の発生を認識、認容しても、不法行為規範はこのような損害を防止しようとはしない」ため、「行為者に故意があるとはいえない」とする。石田穰『損害賠償法の再構成』(東京大学出版会、1977年)31頁。なお、石田説については、不法行為法の体系そのものを再構成するものであり、端的な紹介が難しいことから、紙幅の関係上本文中で紹介しなかった。その内容については、次の機会に検討したい。石田説の紹介及びこれに対する批判については、前掲・沢井注32)84頁以下も参照。

る行為」⁶⁹⁾として、そうであるならば、「過失不法行為とはその帰責の根拠を異にする」⁷⁰⁾とする。このように故意を主観的要件と捉えるならば、故意については違法性に一元化することができないようにも思われる。そうであれば、故意による防衛行為及び緊急避難行為はどのような根拠で正当化されるのかを明らかにする必要があるだろう⁷¹⁾。

また、転嫁型防衛行為は免責されるのに対して、転嫁型緊急避難行為は免責されないという現行法の規定について、これを行為者の行為義務、すなわち結果回避義務という点からは説明ができないように思われる。例えば、Xが他人Aからの加害行為を避けるためにAに反撃行為を行った結果、Aだけでなく通りがかったBにもケガを負わせてしまった場合、Xは加害行為を甘受すべき義務はないからAにもBにも損害賠償責任を負わない。これに対しYが野犬Cから襲われたためにCに反撃行為を行った結果、Cだけでなく通りがかったDにもケガを負わせてしまった場合、YはCに対しては加害行為を甘受すべき義務がなく損害賠償責任を負わないが、Dに対しては損害賠償責任を負うことになるから、損害発生の結果回避義務があったと評価されたことになる。この場合のXのBに対する結果回避義務とYのDに対する結果回避義務の有無の違い、及びYのCに対する結果回避義務とDの対する結果回避義務の有無の違いを説明するのは難しい。平井が転嫁型緊急避難行為について720条2項の類推適用をすべきであるとし、窪田が転嫁型緊急避難行為についても、過失を認めず損害賠償を否定する場合があるとすると述べて、一律に免責すべきとする方向で考えるのも、それらの違いについて行為義務から説明することが困難であることに基づくものであろう。

69) 前掲・平井注34) 70頁

70) 前掲・平井注34) 71頁

71) 前掲・窪田注41) 249頁は、「所有権侵害がただちに違法だといったドグマを維持せず、且つ、過失というのは、一定の規範的評価を経た義務違反であるという理解に立つ場合には、正当防衛や緊急避難で扱われているような問題を過失の有無として取り上げることも可能である。たとえば、暴漢を免れるために、他人の塀を壊して逃げ込んだという場合、侵害された利益が塀の破損という財産的なものであり、他方、そうした行為を禁止した場合に生じる不利益が生命の身体的安全性に関わるものであるとすれば、当該状況における過失を否定するという可能性があると考えられる」と述べる。

しかし、前述のとおり、民法起草者は転嫁型防衛行為と転嫁型緊急避難行為を区別し、後者は「不法」とであると述べている。転嫁型防衛行為については損害賠償責任を免責し、転嫁型緊急避難行為についてはその損害賠償責任を肯定しているのは、防衛行為あるいは避難行為を事後的に捉えた場合に、第三者に与えた損害を償うべきかどうかという視点からの判断の帰結であって、防衛行為あるいは避難行為時に行行為者にどのような義務が課されているかという視点からの判断の帰結ではない——損害を償うべきであるという判断がされることによって「結果を回避する義務があった」と評価されたことにはなるが——ように思われる。そういう意味で、少なくとも、現在の 720 条に規定されている正当防衛・緊急避難は、法秩序からみてどのような場合に損害賠償請求を認めるかという法的評価を、客観的に事後的に加えているものではないかと思われる⁷²⁾。このように理解すれば、故意、過失によるを問わず防衛行為及避難行為が免責されることも説明が可能である。違法性概念を否定し過失に一元化するとしても、720 条に該当する事由は、そこで一元化された過失概念とは一線を画すものであり、不法行為の成立を阻却する事由と解すべきではないだろうかと⁷³⁾。そして、転嫁型緊急避難行為については損害賠償を支払うべきである、とする立法者の考えた法秩序も、それは理にかなったものと考えることができるのではないかと。

※本研究は JSPS 科研費 15K12978 の助成を受けたものです。

72) 同様に、行為義務の点から説明できない不法行為の成立を阻却するものとして、事務管理（民法 697 条）が挙げられると考える。事務管理は、義務なき他人の権利への介入行為であるにもかかわらず、本人の意思・利益に適合することを要件にその違法性が阻却されると説明される（谷口知平『注釈民法（18）債権（9）』（有斐閣、1976 年）〔高木多喜男執筆〕151 頁、潮見佳男『債権各論 I 契約法・事務管理・不当利得（第 2 版）』（新世社、2009 年）284 頁など）。一方で、民法 698 条は、緊急事務管理について注意義務を軽減している。

73) 責任能力について、近時の通説は、判断能力の低い状態にある者を保護しようとする政策的なものと捉える（前掲・四宮注 62）380 頁、前掲・潮見注 37）88 頁など）。

720 条もこの責任能力制度の位置づけに近いのではないかと考える。前掲・大村注 39）56 頁以下は、「不法行為責任の阻却事由」として、責任能力・正当防衛等・失火責任法を挙げる。

