

はしがき

本書は、不法行為法の基本的な教科書として書いたものであるが、その基礎となったのは、神戸大学法科大学院における授業（債権各論・家族法を主たる内容とする未修者向けの「民法Ⅱ」、既修者向けの「対話型演習・不法行為法」）において教材として配布した講義案である。

未修者コースの学生向けの教材としても利用することを企図したものであったために、その講義案の内容は、アドバンストな不法行為法の体系書といったものではなく、これから不法行為法を学んでいく初学者にとっても理解できることを心がけたものであった。本書においても、その基本的な性格は維持されている。

そのために、本書の特色がかりにあるとすれば、以下のような点になるだろう。

第1に、不法行為法の基本的な構造を理解できることを優先させた。そのために、あらゆる論点や学説をカバーするというよりは、基本的な事項について言葉を尽くして説明することを企図しており、これらの基本的な事項についての説明はかなり詳しいものとなっている。すでにある程度不法行為法を学んでいる諸君の目から見れば、あきらかに説明が冗長であると感じられるところも少なくないと思う。また、説明が重複しているという印象を与える部分もあるかもしれない。ただ、本書の基本的な性格からも、「行間を読む」といったことを読者に求めるのではないものにしたと考えた。同様の趣旨から、本書の中での相互引用については、ややうるさいほどに詳しく示している。もちろん、あらゆる理論や論点を示すことが主たる目的ではないといっても、重要な問題をできるだけカバーすることが求められるのは当然である。不法行為法だけで500頁近いボリュームの教科書である以上、司法試験を含む各種の国家試験にも、対応できる情報は提供したつもりである。

第2に、上記の本書の基本的な性格とも関係するが、参考文献として示したのは、原則として、学生諸君がデータベース等を通じてすぐにアクセスできるものに限定しており、基本的に他の教科書や論文等の引用はしていない。本書においても、先行する数多くの業績にその内容を負っている以上、この点は学問的には問題があるものと自覚しているが、ご海容を頂ければ幸いである。同様に、読みやすさを優先するという趣旨から、大審院判決や法典調査会からの引用は、意味の変更を生じない範囲で、ひらがなに變更して、濁点や句読点を追加した。また、判決文についても、必要に応じて傍点を付している。これについては、そのつどの断り書きは入っていない。

第3に、損害賠償をめぐる具体的な問題やその処理については、できるだけ実際のイメージが理解できるようなものであることを心がけた。逸失利益の算定を含め、損害賠償額をめぐる説明は、おそらく一般的な教科書よりは、かなり詳しいが、それは単に抽象的な理論としてではなく、賠償額を決めるプロセスをできるだけ具体的に理解して貰うことを企図したためである。

ただ、以上のような意図や方法が実際に成功しているのかは、本書を実際に利用された方々の評価を待つほかはない。すでに多くの良書が存在する不法行為法の世界において、本書がいくらかでもその存在意義を見出すことができれば、望外の幸せである。

本書は、以下のように、いくつかの部分からなっている。

本文は、問題点ごとのブロックとして書いている。このブロックについては、階層構造とはせず、順次、前から読み進んでいくようになっている。

また、**重要事件**では、比較的重要と思われる事件について、事案と判旨をやや詳しく説明している。不法行為法に限らず、民法のルールを理解していくうえでは、判決を正確に読むことが不可欠である。そのために、この事例研究として示した部分についても、読み飛ばさずに、是非、本文とあわせて読んで、理解してほしい。

コラムは、授業の中であれば、脱線ということになるかもしれない。コラムの中では、本文で示したことをやや別の角度から取り上げている。少し

深い内容のもの、それほどではないもの、かなり浅いものと色々があるが、本文とあわせて読んで貰えば、理解を助けてくれたり、あるいは、別の問題の存在に気づくのではないかと思っている。実は、コラムが書いていて一番楽しかったが、これは、授業中に脱線する楽しさだったのだろう。

なお、本書は、「民法を学ぶ」というシリーズの1冊として書いたものである。民法全体をカバーすることができるのか、まだ見通しが立っていないが、できるだけ間をあげずに、『家族法』と『契約法』の2冊をまとめたいと思っている。

本書がなるにあたっては、数多くの人のお力添えがあったことは言うまでもない。

神戸大学大学院法学研究科博士後期課程の舩越優子さんと、同前期課程の杉山蘭房君は、講義案の段階から原稿を何度も読んで、内容や全体の構成についても多くの具体的な提案をしてくれた。いずれも、私の能力の許す範囲で、反映をさせて頂いた。また、同様に、神戸大学法科大学院の3年生諸君にもおおいに助けて頂いた。厳しい時間的状况の中で、本書の原稿を丁寧に読んでくれた市橋隆昌君、岩本雄太君、岡田次弘君、笠松航平君、木村裕介君、竹内彰君、武政祥子さん、蝶野弘治君、塚口毅君、寺山倫代さん、中嶋俊明君、長崎良太君、名倉大貴君、水野将也君、森下文恵さん、山田祥也君に心からのお礼を申し上げたい。

神戸大学の同僚諸氏、特に、民法の同僚である安永正昭教授、磯村保教授、山田誠一教授、山本顯治教授、手嶋豊教授、浦野由紀子教授にも、心からの感謝を記しておきたい。神戸大学に赴任して以来、^{そうそう}錚々たる同僚からの強い刺激を受けてきたからこそ、そして、同僚に対する尊敬と畏怖の中で過ごしてきたからこそ、非才の自分が曲がりなりに研究者としてやってくることができたことを痛感している。同時に、あまりに居心地がよかったがために、本書の執筆が遅れてしまったということもあるのだが、研究者として幸せであると思えることは、きっと何より幸せなのだと思う。

また、本書に少しでも意味があるとすれば、その多くは、筆者の学生時代

からの恩師である，京都大学名誉教授（現在，同志社大学法科大学院教授）の前田達明先生から得たものに違いない。前田先生のもとで勉強をする機会を与えられたことにあらためて感謝し，心からの御礼を申し上げたい。

最後に，本書の編集を担当して下さった有斐閣書籍編集第1部の田顔繁実さん，植田朝美さんにも，心からのお礼を申し上げたい。通常の教科書とはかなりスタイルが異なる部分もあり，とまどう部分が多かったのではないかと思うが，最後まで気持ちよく仕事をさせて下さったことに，深く感謝している。

2007年3月

窪田充見

略 目 次

第 I 部 不法行為総論

I

第 1 章 不法行為法の意味と役割 1

第 2 章 複数の救済方法の相互の関係 30

第 II 部 不法行為の成立要件

35

第 1 章 自己の行為に基づく責任（不法行為責任の基本型）

— 民法 709 条 — 35

第 1 節 基本的な考え方と責任の枠組み 35

第 2 節 故意と過失 37

第 3 節 権利侵害と違法性 80

第 4 節 損害の発生と因果関係（不法行為と損害との関連） 147

第 5 節 責任能力 162

第 2 章 他人の不法行為に基づく責任

— 民法 714 条・715 条・一般法人法 78 条・国賠法 1 条 — 173

第 1 節 基本的な考え方と責任の枠組み 173

第 2 節 責任無能力者の監督義務者の責任（714 条） 175

第 3 節 使用者責任（715 条） 182

第 4 節 代表者の行為についての法人の責任（一般法人法 78 条・会社法 350 条等） 206

第 5 節 公務員の不法行為についての公共団体の責任（国賠法 1 条） 208

第 3 章 物の危険の実現に基づく責任 — 民法 717 条・718 条・

国賠法 2 条・自賠法 3 条・製造物責任法 3 条 — 215

第 1 節 基本的な考え方と責任の枠組み 215

第 2 節 工作物責任（717 条） 216

第 3 節 動物保有者責任 226

第 4 節 営造物責任（国賠法 2 条） 227

第5節	自動車運転供用者の責任（自賠法3条）	228
第6節	製造物に関する責任（製造物責任法3条）	236
第4章	責任の阻却事由	243
第5章	各種の事件類型における不法行為の成立をめぐる問題	
	——発展的な理解のために	259

第Ⅲ部 不法行為の効果 285

第1章	概 観	285
第2章	損害賠償請求の主体	288
第3章	損害賠償の範囲と額の決定	305
第1節	損害賠償の範囲（賠償されるべき損害の決定）	305
第2節	事実的因果関係	316
第3節	保護 範囲	328
第4節	賠償されるべき損害の金銭的評価	337
第5節	損害額の調整（賠償されるべき金額の最終的な決定プロセス）	373
第4章	その他の効果（非金銭的救済）	408
第1節	名譽毀損の場合の原状回復	408
第2節	差 止 請 求	409

第Ⅳ部 複数の賠償義務者をめぐる法律関係 ——共同不法行為等—— 415

第1章	基本的な考え方と責任の枠組み	415
第2章	共同不法行為	424

第Ⅴ部 消滅時効 443

第Ⅵ部 訴訟における不法行為法 451

目 次

はしがき

第 I 部 不法行為総論

I

第 1 章 不法行為法の意味と役割 1

1 不法行為法とは何か 1 2 責任負担のための原理 5 3 不法行為法の機能と役割 18 4 不法行為法とは何か? 25

第 2 章 複数の救済方法の相互の関係 30

第 II 部 不法行為の成立要件

35

第 1 章 自己の行為に基づく責任（不法行為責任の基本型） 35

第 1 節 基本的な考え方と責任の枠組み 35

第 2 節 故意と過失 37

1 故意の意義 37 2 過失の意義 43 3 過失の判断基準 50 4 過失の前提となる行為義務 55 5 過失の種類 66 6 法人の過失 69 7 故意と過失の関係 74 8 過失の立証 77

第 3 節 権利侵害と違法性 80

1 権利侵害要件の意味——権利侵害から違法性へ 80 2 行為義務としての過失と違法性との関係 90 3 権利と保護法益の観点からの分析 96 3.1 財産上の利益——財産権 98 3.2 生命・身体・健康 108 3.3 名誉・プライバシー 109 3.4 著作権等の知的財産権とその周辺の利益 131 3.5 生成途上の権利または生成途上にある法的に保護された利益 136 4 法的に保護されるべき利益の判断 146

第 4 節 損害の発生と因果関係（不法行為と損害との関連） 147

1 損害の意味 147 2 成立要件としての因果関係 157

第 5 節 責任能力 162

1 責任能力の意味と適用範囲 162 2 未成年者の責任能力（712 条） 167 3 精神上の障害による責任無能力者（713 条） 171

第2章 他人の不法行為に基づく責任	173
第1節 基本的な考え方と責任の枠組み	173
第2節 責任無能力者の監督義務者の責任 (714条)	175
1 監督義務者の責任の意義	175
2 監督義務者の責任の要件	175
3 709条に基づく監督義務者の責任	180
第3節 使用者責任 (715条)	182
1 使用者責任の意義	182
2 使用者責任の要件	185
3 使用者責任の効果	198
4 使用者責任と共同不法行為責任	204
5 注文者の責任と使用者責任	205
第4節 代表者の行為についての法人の責任 (一般法人法78条・会社法350条等)	206
第5節 公務員の不法行為についての公共団体の責任 (国賠法1条)	208
1 国賠法1条に基づく責任の意義	208
2 国賠法1条の責任の要件	209
3 国賠法1条の効果	209
第3章 物の危険の実現に基づく責任	215
第1節 基本的な考え方と責任の枠組み	215
第2節 工作物責任 (717条)	216
第3節 動物保有者責任 (718条)	224
第4節 営造物責任 (国賠法2条)	227
第5節 自動車運転供用者の責任 (自賠法3条)	228
第6節 製造物に関する責任 (製造物責任法3条)	236
第4章 責任の阻却事由	243
1 問題の所在	243
2 責任能力	244
3 正当防衛, 緊急避難	245
4 被害者の承諾, 免責約款	249
5 その他	257
第5章 各種の事件類型における不法行為の成立をめぐる問題	259
1 医療過誤	259
2 取引の場面における不法行為責任	269
3 安全配慮義務	273
4 家族関係と不法行為責任	276

第Ⅲ部 不法行為の効果

285

第1章 概 観 285

- 1 基本的な枠組み 285 2 損害賠償における基本的な問題 285 3 その

他の救済措置 286

第2章 損害賠償請求の主体 288

- 1 被害者となり得る者 288 2 いわゆる間接被害者をめぐる問題 289
3 損害賠償請求権の相続 295 4 遺族の損害 302

第3章 損害賠償の範囲と額の決定 305

第1節 損害賠償の範囲（賠償されるべき損害の決定） 305

- 1 相当因果関係説——伝統的な見解 305 2 相当因果関係説に対する批判
311

第2節 事実的因果関係 316

- 1 事実的因果関係の基本的な考え方 316 2 事実的因果関係をめぐる問題
319

第3節 保護範囲 328

- 1 保護範囲説（義務射程説） 328 2 危険性関連説（後続の損害について）
333 3 具体的問題の検討 334

第4節 賠償されるべき損害の金銭的評価 337

- 1 問題の位置づけ 337 2 従来の実務における損害の金銭的評価 338
2.1 負傷による損害の金銭的評価 338 2.2 死亡による損害の金銭的評価
354 2.3 物の滅失・毀損における損害の金銭的評価 355 3 死傷損害を
めぐる別のアプローチ 356 4 損害の金銭的評価の手法の検討 362
5 損害の金銭的評価をめぐる特殊な問題 363

第5節 損害額の調整（賠償されるべき金額の最終的な決定プロセス） 373

- 1 損益相殺（併行給付をめぐる問題） 375 2 過失相殺 380
3 過失相殺の類推適用 398 4 因果関係の競合 404

第4章 その他の効果（非金銭的救済） 408

第1節 名誉毀損の場合の原状回復 408

第2節 差止請求 409

第IV部 複数の賠償義務者をめぐる法律関係 415

415

第1章 基本的な考え方と責任の枠組み 415

第2章 共同不法行為 424

- 1 719条の概観 424 2 共同不法行為の要件——関連共同性（719条1項前

- 段) 424 3 その他の共同不法行為 (719条1項前段, 719条2項) 429
4 共同不法行為と過失相殺 433 5 共同不法行為と使用者責任 439

第V部 消滅時効

443

- 1 3年間の期間制限 443 2 20年間の期間制限 444

第VI部 訴訟における不法行為法

451

- 1 請求原因 455 2 抗弁 459 3 不法行為に関する要件事実の今後の方向 464

事項索引 469

判例索引 479

あとがき 481

4 法的に保護されるべき利益の判断

何が法律上保護された利益なのか　いままでの説明では、従来の判例において、不法行為法上の保護が認められてきたもの、ならびに、不法行為法上の保護が認められるかについて議論がなされてきたものを取り上げてきた。すでに説明したように、不法行為法上の保護が与えられるか否かという問題において、どこかの法律において〇〇権といった名称が付与されていたり、あるいは、〇〇権という概念が確立していることは不可欠の要件ではない。

それでは、何が法律上保護された利益なのかはどのように判断されるのだろうか。この点を考える場合、特に、2つのタイプの問題がある。

間接的な利益・損害　問題のひとつが、間接的な形で問題となる損害である。しかしながら、どんな利益でも損害賠償の対象となるのかと言えば、そうではない。たとえば、交通事故によって友人を失った、恋人を失ったという心の苦痛は決して小さいものではないだろう。しかし、こうした場合の損害賠償は認められていない。あるいは、立法者が、権利侵害要件によって不法行為責任の無制限の拡張を防ごうとしたのは、まさしくこういったケースであったとも言える（権利侵害に関する立法者の説明）。

それでは、こうした間接的な形で問題となる利益侵害は、不法行為の対象とはならないのであろうか。ならないとする説明も、十分に考えられる。711条は、「他人の生命を侵害した者は、被害者の父母、配偶者及び子に対しては、その財産権が侵害されなかった場合においても、損害の賠償をしなければならない」と規定する。この規定は、まさしくここで規定された場合についてのみ、間接的な被害者の損害賠償請求権を承認するものなだと理解するのであれば、それ以外については、不法行為法上の保護は認められないということになる。つまり、法律上保護された利益か否かを、711条という法律が示しているということになる。

しかし、一方で、たとえばAを精神的に傷つけるということを目的として、Bを殺害するというような場合については、Aからの精神的苦痛に関する損害賠償を認めてもよさそうである。この場合、故意は、Bの殺害だけではなく、それを通じてAを精神的に傷つけるということに向けられている。この場合

に損害賠償を肯定し、他方で、そうした故意が存在しない場合には賠償を否定するということになるのであれば（そのように考えるべきであろう）、問題は、「他人の権利侵害によって生じる精神的苦痛は、不法行為法上保護されるか」という保護法益の問題ではなく、「他人の権利侵害によって生じる精神的苦痛は、不法行為法上どのような場合に（侵害者の行為態様がどのようなものであるときに）保護されるのか？」というレベルの問題だということになる。その意味では、法律上保護された利益であるということをあらかじめ否定しないことが前提となる→【いわゆる間接被害者をめぐる問題】289頁。

不法な利益——犯罪による利益など　もうひとつの問題として存在するのが当該利益に関連して不法性が問題となる場合である。たとえば、交通事故によって、末端価格5億円相当の麻薬の取引が成立せず、購入価格との差額4億8000万円相当の損害が生じたとして、交通事故加害者に賠償を求めても、それが認められることはないだろう。そこで損害賠償が否定されるのは、逸失利益の確実性などの問題ではない。いくら取引が確実であって、その後の儲けについても確実性があつたとしても、そうした利益を上げるといふこと自体を法が容認することはできないからである。まさしく利益の不法性のゆえに、損害賠償が否定されることになる。

なお、関連する問題として、不法滞在の外国人労働者の逸失利益をどのように算定するのかという問題があるが、これについては逸失利益の部分で説明する→【外国人の逸失利益】343頁。

第4節 損害の発生と因果関係（不法行為と損害との関連）

1 損害の意味

損害とは何か？　損害が生じていない以上、損害賠償を認める余地はない。たとえ何らかの義務違反や社会的に批判されるような行為があつたとしても、その行為の相手方に何らの不利益も生じていないのであれば、損害の賠償ということは問題とならない。

もっとも、他人に何らかの不利益が生じるということは、すでに権利侵害を

めぐる要件の中でも言及されていることである。それでは、損害というのは、そうした権利侵害と区別されるものなのだろうか。そもそも、損害とは何なのだろうか。

損害の伝統的なとらえ方——差額説 損害についての最も伝統的な理解は、差額説と呼ばれる考え方である。差額説では、損害とは、不法行為によって実際に生じている財産状態と、不法行為がなかったとすればあったであろう財産状態との差であると説明する（財産状態差額説）。理想的に言えば、次のような図で示されることになる。

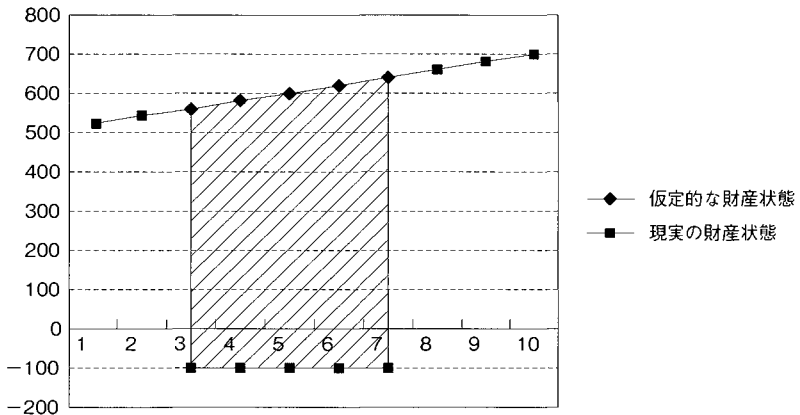


図1

縦軸は財産状態を示し、横軸は時間的な経過を意味する。◆のラインは、不法行為がなかったという場合の被害者の財産状態である。一方、不法行為によってそれまで仕事ができなくなり、より少ない収入しか得られなくなり、さらには入院費や治療費といった支出をふまえたうえでの現実の財産状態を示すのが■のラインである。したがって、差額説の定義によれば、■のラインと◆のラインで作られる部分（斜線部分）が、損害だということになる。

もっとも、差額説といっても、このように理想的に図を描いて、その差の部分の面積を求めればよいというわけではない。実際には、その面積を求めるために、種々の損害を積み上げていくということを行う（個別損害項目積み上げ方式）。

以下のグラフでは、収入が薄い棒グラフで、治療費等の支出が濃い棒グラフで示されている。薄い棒グラフで示される収入の減少が逸失利益であり、濃い棒グラフで示される支出が積極損害と呼ばれるものである。前頁の図1で示したのは、これをあわせて見たときの財産状態の変化を意味している。

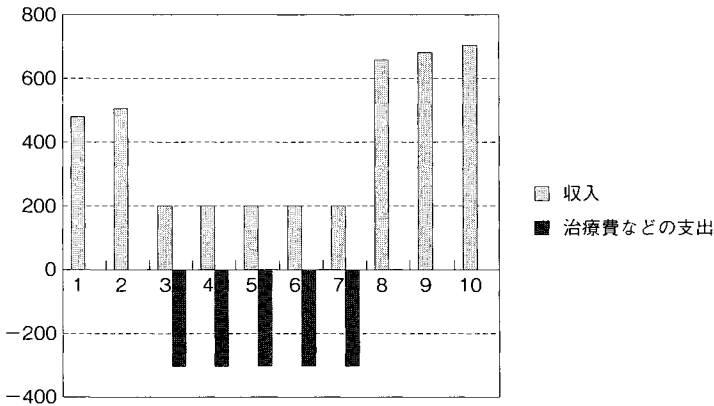


図2

ここで重要なのは、差額説を前提とすれば、損害というのは、それ自体として、常に、金〇〇円という金額の形で示されることになるという点である（つまり、図1における面積の単位は、「円」である）。

なお、精神的苦痛のようなものは、この図の中には含まれていない。あとで触れるように→【損害の種類】153頁、この図だけですべての損害がカバーされるわけではないということについては、注意が必要である。

損害のもうひとつのとらえ方——損害事実説 一方、損害については、もうひとつ、まったく性格の異なるとらえ方がある。それは、損害というのは、被害者に生じた不利益それ自体を意味するというものである。ここでは、損害そのものは「単なる事実」であって、それが金銭的にいくらであるかということ自体は、損害の概念には含まれていないことになる。

もっとも、損害事実説においても、損害としての事実をどのレベルでとらえるのかという点では、いくつかのバリエーションがある。

ひとつは、不法行為によって死亡した、負傷した、物が壊されたという場合、

「死亡」や「負傷」、「物の毀損」といった最も包括的な事実をもって、損害ととらえる考え方である。このように損害を理解した場合、収入の減少、治療費や入院費、あるいは、精神的苦痛といったものすべては、その損害の中に包含されることになる。そして、賠償額を確定するという次のステップにおいて、そうした事実を金銭的にいくらと評価するのかということが問題となる（損害の金銭的評価）。もっとも、この場合、収入の減少、治療費や入院費、精神的苦痛という項目で評価しなければならないというわけではなく、もっと別の方法で負傷を金銭的に評価するという可能性も排除されない。たとえば、負傷という事実に対して、まとめて一定の金銭的な評価を加えるという可能性もないわけではない。

他方、負傷という事実まで包括的にとらえるのではなく、負傷によって「労働能力を喪失したという事実」、あるいは、「治療等の対応を余儀なくされたという事実」というように、もう少し個別的なレベルの事実として、損害をとらえようとするものもある。この場合には、治療等を余儀なくされたという事実は、労働能力の喪失とは別の損害事実として位置づけられることになる。労働能力の喪失については、主として、収入の喪失に焦点が当てられることになる。もっとも、収入の喪失といっても、現実の収入ととらえるのか、収入の可能性の喪失ととらえるのか、複数の可能性がありそうである。

成立要件としての損害 上記のような損害についての差額説、損害事実説といった見解の相違は、成立要件としての損害の位置づけについても、違いをもたらす。以下の2つの事案を前提として、この問題について考えていくことにしよう。

設例Ⅱ-13 Yは、X所有の土地に車を無断で駐車した。Xは、この土地を空き地のまま放置しており、何ら利用していなかった。

設例Ⅱ-14 Yは、X所有の土地に車を無断で駐車した。Xは、本来、自分の車をとめる場所に、Yの車があったために、仕方なく、近くの有料駐車場を使い、翌日まで、3000円の駐車料金を支払った。

まず、差額説を前提として考えてみよう。ここでは、いずれの場合においても、所有権侵害という権利侵害は存在する。しかし、**設例Ⅱ-14**においては、X

が、3000円の損害（不法行為がなかったとすれば支払わなくてもよかった）をこうむっているのに対して、**設例Ⅱ-13**では、Yが無断駐車をしなかったとしても、結局、Xは利用していなかったのだから、Xの財産状態は、Yの無断駐車によって何ら変わっておらず、差額説を前提とすれば、損害はないということになる。したがって、損害の発生が不法行為の成立要件だとすれば、そうした損害がない以上、**設例Ⅱ-13**では、不法行為は成立しないということになる。このように、差額説からは、権利侵害があったとしても損害がないという場合が考えられる。ここに、成立要件として、権利侵害とは別に、損害の発生を求めることの意味があるということになる。

他方、損害事実説を前提とすれば、**設例Ⅱ-13**と**設例Ⅱ-14**のいずれにおいても、「所有権が侵害された」という不利益が生じているのであるから、損害の発生は認められる。そのうえで、損害賠償額をいくにするかという金銭的評価の問題（賠償額決定をめぐる問題）が残るだけだということになる。このように、損害事実説からは、損害の発生が要件であると言ってもいいが、そこには、権利や法的に保護された利益の侵害という要件と区別される固有の意味は存在していない。権利侵害や利益の侵害があると認められるのであれば、同時に、事実としての損害も認めることができるからである。損害事実説における損害は、権利侵害や法的に保護された利益の侵害と同じなのであり、損害の発生を権利侵害等と切り離して独立の要件とすること自体が、損害事実説の考え方にはなじまないと言えよう。

本書の立場 損害をどのように理解するのかということは、損害賠償の範囲の確定や損害の金銭的評価といった効果→**【賠償されるべき損害の金銭的評価】337頁**にもかかわる困難な問題であるが、本書では、厳格な差額説はとらず、さしあたり、損害事実説を前提として考えていくことにする。それは、以下のような理由による。

まず、差額説を前提として、損害の発生を不法行為の成立要件とすることには、積極的な意味がない。なるほど、**設例Ⅱ-13**と**設例Ⅱ-14**では、最終的に損害賠償を認めるか否かについて結論が異なる可能性はある。しかし、それは、むしろ、賠償額をいかに計算するのかという「不法行為の効果」をめぐる問題の中で十分に解決可能である。侵害行為があったにもかかわらず、あえて不法

行為が成立しないということを、成立要件をめぐる問題の中で述べなければならぬ必要性はないし、かえって硬直的な解決をもたらすことになる。

また、現実の判例に照らしてみても、損害の意味は、必ずしも一様ではない。少なくとも、最も古典的な差額説は、最高裁判例のレベルにおいても完全には維持されていない。そうした損害の多様性に対応するためには、出発点として、緩やかな損害概念から出発することが望ましいと言えるだろう。

なお、損害事実説をとるとしても、損害という事実をどのレベルで把握するのかという問題がある。これについては、上記に示した複数のバリエーションのいずれも可能であり、必ずしも、最も抽象的で、上位となる事実のレベルでつかまえるという必然性はないと考えられる。不法行為法が損害賠償を実現する制度であるということからは、何らかの形で損害という事実があれば十分なのであり、また、一定の状況に対して複数の評価の方法がある以上、そのいずれかが正しいと決めつける必要はなく、それぞれの状況に対応して、最もつかまえやすい事実を損害として把握し、それに対応した金銭的評価の方法を考えれば足りると考えられる。

コラム 看板——「無断駐車禁止・駐車した場合には金〇〇円を申し受けます」

無断駐車のを取り上げたので、街中でしばしば目にする「無断駐車禁止・駐車した場合には、金〇〇円申し受けます」といった看板の意味について考えておこう。金〇〇円の中にどんな金額が入るかは、ずいぶんときまざりだが、5000円くらいから1万円が多いだろう。筆者は、かつて5万円といった金額も目にした記憶がある。さて、こういう看板はどんな意味を有しているのだろうか。

基本的には、意味がないというのが、その答えである。不法行為によって生じた損害がいくらかであるのかというのは、法によって定められたプロセスにおいて明らかにされるべきものであり、その額の決定の仕方は、差額説によって機械的に決まるという考え方から、裁判官による裁量を強調する考え方までバリエーションがあるが、いずれにしても、被害者の一方的な宣言によって決まるものではない。このような金額の提示が当事者を拘束するためには、当事者間における何らかの合意が必要である。したがって、一方的な金額の宣言は、当事者間に事前の法律関係がない不法行為法上意味を有さないというのが、とりあえずの基本となる答えである。

基本となる答えであるというような曖昧な言い方をしたのには、少し理由が

ある。まったく意味を有さないかという点、意味を有する可能性も若干ではあるが残ると思われるからである。

ひとつは、「無断駐車をした場合には、〇〇円を申し受ける」という意思表示がなされているのに対して、無断駐車をしたのであるから、ここでは無断駐車に関する合意（無断駐車契約！）が成立するのではないかという可能性である。無断駐車契約などという点、そんな無茶なことになるかもしれないが、「駐車料金1回〇〇円」と大きく書いているところに駐車した場合には、その金額での駐車契約が成立するという点は考えられる（厳密には、意思表示の合致があるかどうかが問題となる）。この延長でとらえるという可能性が、完全には排除されていないだろう（もっとも無断駐車契約としてあまりにも不合理な金額はとうてい認められないだろう。その点ではむしろ、抑え気味の金額の方が説得力を有する）。

もうひとつは、その場所に無断駐車をしないということがきわめて重要な意味を有しており（たとえば緊急車両のために空けておくスペースであるとか、商品の納入のための他に代替の場所がない場合など）、上記の看板がそのことを意味しているという場合である。その場合には、損害賠償の範囲に関して、予見可能性といったレベルで、看板に書かれた内容が考慮されるということは考えられる。

無断駐車に関する看板が不法行為法上意味がないなどと断定して、無断駐車を助長しては困るし、さらには、それでこちらに責任追及の矛先が向けられると困るというのが、若干の可能性に言及した真の動機ではあるが、法律論としては、結構面白い論点が潜んでいるように思われる。

損害の種類 損害がいったい何なのかという点、「損害の概念」については、上記のとおり、かなり深刻な対立がある。その問題について、本書においては、損害事実説を基本として考えていくというのは、すでに述べたとおりであるが、従来、「損害の種類」として語られてきたところについても簡単に説明しておく必要があるだろう。

損害の種類について従来理解されてきたところを簡単に説明したうえで、「損害の種類」が、「損害の概念」をめぐる議論とどのような関係を持つのかについては、最後に説明する。

① 財産的損害と非財産的損害

従来、財産的な性格を有する「財産的損害」と財産的な視点からはとらえる