

不法行為法における故意と違法性の意識

高岡, 大輔
九州大学大学院法学研究院 : 准教授

<https://doi.org/10.15017/7329606>

出版情報 : 法政研究. 91 (3), pp.169-189, 2024-12-18. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン :

権利関係 :



不法行為法における故意と違法性の意識

高岡大輔

序論

第1章 学説における議論

第1節 違法性説以前の議論状況（第1期）

- (1) 初期の議論
- (2) 法律の不知・誤解
- (3) 正当防衛等の一般的な正当化事由（違法性阻却事由）の誤信
- (4) 公害事例において相当な設備等の予防措置を尽くしたこと
- (5) 第1期の議論の整理

第2節 違法性説と違法性の意識（第2期）

- (1) 概観
- (2) 名誉毀損における真実性の誤信（加藤（一））
- (3) 権利の誤信による仮差押え（宗宮ら）
- (4) 故意の意義をめぐる議論状況

第3節 現在の議論状況（第3期）

第2章 判例及び下級審裁判例

第1節 法律の不知・誤解

- (1) 判例変更
- (2) その他の法律の不知・誤解

第2節 被害者の承諾や正当防衛の要件の誤信

第3節 権利の誤信による仮差押え等

- (1) 権利の誤信による仮差押え・仮処分
- (2) 不当訴訟との相違

第4節 その他の事例

第5節 小括

第3章 違法性の意識をめぐる実質的争点

第1節 問題の所在

第2節 各事例における違法性の意識とその意義

- (1) 法律の不知・誤解
- (2) 正当防衛等の一般的正当化事由の誤信
- (3) 公害事例において相当な設備等の予防措置を尽くしたこと
- (4) 名誉毀損における真実性の誤信
- (5) 権利の誤信に基づく仮差押え等
- (6) まとめにかえて

結語

序論

民法709条にいう「故意」と、行為者の違法性の意識との関係については、従来から争いがある。後述するように、伝統的には、違法性の意識は故意の要件ではなく、違法性の意識を欠いても故意不法行為が成立するという、違法性の意識不要説（以下では単に「不要説」という）が通説であった⁽¹⁾。しかし現在では、違法性の意識を故意の要件とする違法性の意識必要説（以下では単に「必要説」という）が、不要説よりも多数となっている⁽²⁾。他方、違法性概念の有用性を否定し、違法性の意識を問題としない見解も、有力に主張されてきた⁽³⁾。

しかし、民法の観点でこの問題を扱ってきた従来の議論における実質的な対立がどこにあるのかは、必ずしも明らかでない。違法性の意識の要否をめぐる従来議論が想定してきた場面は、それぞれの見解によって異なっており、それらの場面において、問題とされる「違法性」の内容も、その「違法性」の意識の要否が実際に持つ意味も、それぞれ異なっていたからである。

(1) 鳩山秀夫『日本債権法総論（増訂版）』（岩波書店、1925年）157頁、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937年）104頁以下。
(2) 加藤一郎『不法行為法（増補版）』（有斐閣、1974年）67頁、四宮和夫『不法行為』（青林書院、1987年）301頁、潮見佳男『不法行為法（第2版）』（信山社、2009年）261頁以下など。
(3) 平井宜雄『債権各論II 不法行為』（弘文堂、1992年）70頁以下。

ここでは、実質的な争点を明らかにした上で、「違法性の意識」という統一的な観点から把握すべきか否かという点も含めて、問題を再検討する必要がある。本稿ではまず、この問題意識の下で従来の議論の整理を試みる。

第1章 学説における議論

違法性の意識と故意の関係をめぐる議論の状況は、特に違法性に関する議論の影響を受けて変遷してきた。そこで、いわゆる違法性説が登場し通説化する1930年代ごろと、違法性をめぐる議論状況が動揺した1960年代後半から1970年代ごろを一応の境界として、従来の議論を概観する。

第1節 違法性説以前の議論状況（第1期）

（1）初期の議論

法典調査会ではまだ違法性の意識という問題は現れておらず、民法制定直後に起草委員らの監修の下で出版された注釈書でも、この問題は扱われていなかった。⁽⁴⁾

その少し後に、起草委員の一人であった富井政章の監修を受けて刊行された岡松参太郎による注釈書では、ドイツ法の議論の影響を受けて、法律の錯誤（違法性の錯誤）が故意を阻却するか否かが論じられている。岡松は、過失によらない錯誤によって適法と信じた行為については、たとえその行為が不適法であっても故意・過失が阻却される、という。⁽⁵⁾ そこではドイツ民法第1草案707条が参照されており、⁽⁶⁾ 岡松の上記説明も、ドイツ民法第1草案理由書による同条の説明を踏襲している。⁽⁷⁾ しかし、どのような事例が具体的に想定されていたのかはまだ明らかでない。

その後、次のような具体的事例を挙げる議論が現れる。⁽⁸⁾

（4） 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎（穂積陳重・富井政章・梅謙次郎校閲）『帝国民法正解・第2巻』（日本法律学校、1897年）1451頁以下。

（5） 岡松参太郎『註釈民法理由・下』（有斐閣、1897年）465頁以下。

（6） ドイツ民法第1草案707条 加害行為が、その行為を行った者によって、宥恕すべき錯誤に基づいて許容されると考えられていたときは、その行為者は損害賠償義務を負わない。

（7） Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. II Recht der Schuldverhältnisse, 1898, S. 731.

（8） 具体的事例を挙げないが、不要説の代表的な見解として、川名兼四郎『債権法要論』（金刺芳流堂、1915年）176頁以下（債務不履行の例は挙げられている）、709頁以下、末弘敏太郎『債権各論』（有斐閣、1918年）1068頁。

(2) 法律の不知・誤解

(ア) 法律の規律内容の誤解(菱谷、三瀧)

菱谷精吾は不要説に立ち⁽⁹⁾、留置権の規律を誤信した事例を挙げた。すなわち、ある物を返還した後でまだ留置権を行使できると誤信して他人の占有物を奪取したときは、法律の錯誤があるに過ぎず、不法行為が成立するという⁽¹⁰⁾。

三瀧信三は、売買契約後の目的物の毀滅の例を用いた。すなわち、他人の所有物を自己の所有物と誤信して毀滅する場合には故意はないが、自己の所有物について売買契約を締結した売主が引渡前ならば物を自ら毀滅しても違法ではないと信じて毀滅した場合には、故意があるという⁽¹¹⁾。

(イ) 適用法条の不知(中島)

中島玉吉も三瀧と同様に不要説から他人物の毀損の例を挙げているが、法律の不知の内容は異なる。中島は、故意が成立するには対象物が他人の所有に属することを知っている必要はあるが、毀損行為がどの法律に違反するかを知っている必要はない、という⁽¹²⁾。

(3) 正当防衛等の一般的正当化事由(違法性阻却事由)の誤信

法典調査会では特に正当防衛について議論され、正当防衛行為も単純には故意の権利侵害による不法行為であり、特別の規定を設けることによって不法行為ではなくなる、とされた⁽¹³⁾。しかし、誤想防衛等については議論されていなかった。

(ア) 自力救済の適法要件の誤信(団野)

団野新之は不要説に立ち、その論拠としてドイツ民法231条を援用した⁽¹⁴⁾。同条は、自力救済が許されるための要件が実際は具備されていないにもかかわらず、具備されていると錯誤して自力救済を行った者について、たとえその錯誤に過失がなくとも免責されないことを定めたものである。それゆえ、団野自身は具体的事例は挙げ

(9) 菱谷精吾『不法行為論』(清水書店、1905年)82頁以下、87頁以下。

(10) 菱谷・前掲注(9)・90頁。

(11) 三瀧信三『債権法提要総論・上』(有斐閣、1923年)193頁以下。

(12) 中島玉吉『民法釋義 第3卷(第4版)』(金刺芳流堂、1924年)483頁以下。

(13) 法典調査会・民法議事速記録41巻157頁以下。なお、起草委員の中で穂積陳重委員は、個人の見解として、正当防衛行為について仮に規定がなくとも故意・過失はありえないという見解を立てていた(前掲書・146頁)。

(14) 団野新之『損害賠償論(増訂3版)』(巖松堂、1913年)177頁。

ないが、少なくとも自力救済事例を想定していたものと考えられる。

（イ）正当防衛・緊急避難の要件の誤信（石坂・鳩山）

石坂音四郎は必要説に立ち、例として、正当防衛によって違法を除外する原因があると信じたという事例を挙げた。⁽¹⁵⁾

これに対して、鳩山秀夫は、不要説の立場から、やはり正当防衛等の要件が備わっていると誤信した例を挙げて、当該事例における行為者の故意を肯定した。⁽¹⁶⁾

（４）公害事例において相当な設備等の予防措置を尽くしたこと

この事例で損害賠償責任を肯定すべきであるという問題意識は早くから存在しており、（１）で触れた岡松は、この事例については無過失責任論によって事業者の責任を肯定しようとした。⁽¹⁷⁾後の時期に、この事例で違法性の意識という岡松とは異なる観点から故意責任を認める見解が有力になると、岡松の見解もこの事例に関しては結論において不要説と同説だと捉えられた。⁽¹⁸⁾

公害事例が違法性の意識との関係で議論される契機となったのは、いわゆる大阪アルカリ事件である。

（ア）大阪アルカリ事件判決（大判大正 5 年12月22日民録22輯2474頁）

Y（大阪アルカリ株式会社）の工場が亜硫酸等の有害物を噴出したため農産物の収穫が減少したとして、周辺の農民 X らが損害賠償を求めた。Y は、硫煙の防止のためになしうる最善の方法を尽くしたから責任はないと主張した。原審は Y の責任を認め、Y が上告した。

大審院は、会社が事業による損害を予防するために「相当なる設備」を施した以上は、たまたま他人に損害を生じさせても、民法709条にいう故意又は過失があるということではできないと判示し、相当の設備の有無を審理させるために事件を原審に差戻した。差戻控訴審は、Y が適当な方法を尽くしたとはいえないとして責任を肯定した。⁽¹⁹⁾

(15) 石坂音四郎『日本民法第3編（債権）第2巻』（有斐閣、1912年）430頁以下。

(16) 鳩山・前掲注（1）157頁（初版：1916年）。

(17) 岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』（有斐閣、1916年）。

(18) 磯谷幸次郎『債権法論各論・下』（巖松堂、1929年）849頁。

(19) 大阪控判大正 8 年12月27日法律新聞1659号539頁。

(イ) 大阪アルカリ事件判決に対する批判（鳩山）

鳩山は、判決が「故意の意義を誤りたるもの」と批判した⁽²⁰⁾。それによれば、他人の権利の侵害を防止するための最善を尽くした者は侵害を意欲してはいないが、意欲は故意の要素ではないから、自己の措置によって権利侵害を防止できると信じたのでない限り故意は否定されない。また、官庁の許可を得て事業をしている者は違法性の認識を欠くこともありうるが、違法性の認識は故意の成立要件ではないから、やはり故意は否定されない。それゆえ、本件では故意は認めるべきであり、ただ客観的観点から違法性が否定されるという⁽²¹⁾。

(5) 第1期の議論の整理

(ア) 議論の争点

第1期の議論では、上記のような事例が想定されていたが、いずれにせよ、違法性の意識がないことに過失があれば責任が生じることに争いはなかった。また、過失と故意で責任の内容が異なるとは考えられていなかった。したがって、実質的争点があったとすれば、違法性の意識の不存在に過失がない場合でも（故意）責任を肯定するか否か、という点に帰する。もっとも、不要説は、ドイツ民法231条を援用する団野の議論がこれを示唆することを除けば（(3)（ア））、ここで責任を肯定すべきことを必ずしも正面から主張したわけではない。

この観点から各事例を再検討すると、まず公害事例については、不要説（鳩山）も違法性の観点から責任を否定しており、結論に相違はない（(4) 参照）。次に、法律の不知・誤解は、通常は加害者が法律を調査すれば回避可能であるから、過失が認められると考えられる。もっとも、判例変更を経た場合など、正しい法律解釈が困難であるような例外的な場合には対立が顕在化しうる⁽²²⁾。最後に、正当防衛等の一般的正当化事由の誤信の事例は、緊急事態を前提としており、誤信がやむを得ないと認められる状況も多いと想定できる。実際に必要説と不要説が対立していたのもこの事例である（(3) 参照）。

(20) 鳩山秀夫「工業経営に基く損害の賠償責任」法協35巻8号（1917年）1471頁以下、1473頁。

(21) 鳩山・前掲注（20）1479頁以下。故意に関して同様に大阪アルカリ事件判決を批判したのもとして、磯谷幸次郎が挙げられる（磯谷・前掲注（18）849頁以下）。

(22) 後述の大判昭和11年5月29日法律新聞4007号12頁（第2章第1節（1）参照）。

（イ）ドイツ法の議論との関係

この時期、不要説（川名、鳩山、三瀧、中島ら）も必要説（岡松、石坂ら）も、故意についてドイツ法の議論を参照しつつ論じていた。ドイツ法との比較を重視した鳩山らが不要説をとったことは、一見するとやや意外にも思われる。ドイツでは、ドイツ民法制定以前から、普通法学説によって、結果の違法性の意識が欠如する場合に悪意 [Arglist] による責任は否定されており、ドイツ民法制定後も、必要説が通説だったからである。この点について、ここでの議論との関係を簡単に確認しておきたい。

第 1 期に相当する時期、ドイツでは、故意概念について、いわゆる認識説と意思説の対立を経て、認容説、すなわち、故意とは結果を認識しかつ認容して行う行為であるとする見解が、エルトマンによって有力に主張された⁽²⁶⁾。その後、認容説は通説化し、彼の見解は認容説の代表的な定式化として定着する⁽²⁷⁾。日本でも、川名、鳩山、三瀧らがこれを支持し、認容説が通説となった⁽²⁸⁾。

違法性の意識についても、日本で三瀧や中島が不要説に立つにあたって、やはりエルトマンの見解を不要説として援用している⁽²⁹⁾。しかし、エルトマン自身は、単なる法律の不知・誤解は故意を阻却しないが、正当防衛の要件や被害者の同意を誤信した事例では故意は阻却される⁽³⁰⁾、という見解であった。三瀧や中島が彼の見解を

(23) Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1, 7 Aufl., 1891, S. 289, Bd. 2, 7 Aufl., 1891, S. 642f. 宥恕すべき錯誤によって違法性の意識を欠く場合には不注意による責任も否定されていた。想定されていた典型例は、自分が所有者だと誤信して他人の物を毀損する例である。

(24) Ludwig Enneccerus, Das Bürgerliche Recht, Bd. 1 Einleitung, Allgemeiner Theil, Schuldverhältnisse, 1898, S. 260, Ernst Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Allgemeiner Teil, 1900, S. 157. この点は石坂・前掲 (15) 431頁でも指摘されている。

(25) 現在でも同様である。例として、J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: § 823 A-D, 2017, Rn. A4 [Johannes Hager], Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 22.Aufl., 2021, S. 151.

(26) Paul Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Das Recht der Schuldverhältnisse, 3 Aufl., 1910, S. 107.

(27) 後年のものとして、例えばKarl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1 Allgemeiner Teil, 14 Aufl., 1987, S. 280 Fn. 6.

(28) 川名・前掲注 (8) 173頁、鳩山・前掲注 (1) 136頁、三瀧・前掲注 (11) 192頁以下。

(29) 三瀧・前掲注 (11) 194頁、中島・前掲注 (12) 483頁。

(30) Oertmann, a.o. Fn. (26), S. 108. ただし、第 2 版 (Paul Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen

不要説として扱ったのは、もっぱら法律の不知・誤解にのみ着目していたためだと考えられる。他方で鳩山は、故意概念についてはエルトマンの見解に依拠しながら、違法性の意識については彼の見解には触れない。さらに、特に誤想防衛事例を挙げて不要説をとることで、結論として反対の立場をとった。しかし、この決断の実質的理由について詳しく論じられてはいない。

第2節 違法性説と違法性の意識（第2期）

（1）概観

その後、民法709条の権利侵害要件を違法性に置き換える、いわゆる違法性理論が通説化⁽³¹⁾した。その結果、第1期には権利侵害の認識・認容に着目して定義されていた故意概念は、違法性に着目して再定義される。この時期の通説を代表する我妻栄の見解では、故意とは、他人の権利を侵害し、その他の違法と評価される事実を生ずべきことを認識しながら敢えて行為する心理状態であり、客観的に違法と評価される事実を生ずべきことを認識していれば、その事実が違法と評価されることは認識している必要がない⁽³²⁾。我妻がこの不要説をとるに際して想定していたのは、先述の大阪アルカリ事件であり、彼は鳩山とは異なって、客観的違法性も肯定しようと⁽³³⁾考えていた。

他方で、必要説も有力に主張された⁽³⁴⁾。単純な必要説とはやや異なる重要な議論として、加藤一郎の見解がある。それによれば、故意について「違法なことを認識すべきであるのに認識しなかったというのでなければ、故意とはいえない」⁽³⁵⁾だけでなく、過失についても「適法と信じていたのに、訴訟の結果それが違法と判定された

Gesetzbuche, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2 Aufl., 1906, S. 88) の時点までは、この立場はまだそれほど明確でなかった。

(31) 末川博「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（岩波書店、1970年）263頁以下（初出：1930年）、我妻・前掲注（1）100頁以下。

(32) 鳩山秀夫『日本債権法各論下巻（増訂版）』（岩波書店、1924年）901頁。

(33) 我妻・前掲注（1）103頁以下。

(34) 我妻・前掲注（1）104頁以下。他の学説も、一般的に、判例がこの事件で故意・過失を否定したことに対して既に批判的であった。

(35) 本文で挙げるもの他に、勝本正晃『債権法各論概説』（1948年）297頁以下。その後、違法性説に対する根本的批判を基礎として、違法性の意識をいわゆる責任故意の要素としたものとして、柳沢弘士「不法行為法における違法性」私法28号（1966年）132頁。

(36) 加藤（一）・前掲注（2）67頁。第1期においては、中村万吉『債権法要論・各論』（早稲田法政学会、1918年）222頁がこれに類する見解であったといえる。

というような場合にまで、過失があるというのは酷⁽³⁷⁾だとされており、違法性の意識ではなくその可能性（あるいは認識義務違反）が、故意・過失のいずれについても要求されていた。

想定されている事例としては、単純な法律の不知・誤解の事例はあまり注目されなくなり、第1期の争点であった正当化事由の誤信については、むしろ故意の阻却を認める見解が増えている⁽³⁸⁾。そして、次に見るように、第1期とは異なる事例についても議論された。

（２）名誉毀損における真実性の誤信（加藤（一））

加藤（一）は、名誉毀損について、「他人の信用を落すために虚偽の事実をふれ歩くのは、故意による名誉毀損であるのに対して、十分に調べないで犯罪事実があると信じて告発したり書き立てたりして、それが間違っていれば、過失による名誉毀損になる」という⁽³⁹⁾。明言されていないが、加藤（一）は早くから真実性を違法性阻却事由と解していたことを考えると、違法性の意識により故意の存否が判断されていると考えられる。

しかしその後、周知のように、名誉毀損が公共の利害に関する事実に関係し、もっぱら公益を図る目的で行われたものであるとき、摘示された事実が真実であることが証明されれば、その行為には違法性がなく、その事実が真実であることが証明されなくても、行為者においてその事実を真実と信じる相当の理由があるときには、故意もしくは過失がないとする判例法理が確立した⁽⁴¹⁾。この判例を前提とすると名誉毀損事例で単純な不要説をとる余地はなく、その後はしばらく、名誉毀損事例は故意と違法性の意識という観点からはあまり取り上げられなくなった。

（３）権利の誤信による仮差押え（宗宮ら）

宗宮信次は、錯誤によって権利があると信じて仮差押えをした場合にはその錯誤

(37) 加藤（一）・前掲注（２）71頁。以上に対する批判として、森島昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、1987年）162注（５）。

(38) 宗宮信次『債権各論（新版）』（有斐閣、1971年）321頁。ほかに、石田次郎『債権各論講義』（弘文堂、1937年）264頁以下も、この事例での故意阻却を認めていたが、石田は公害事例や仮差押事例は故意不法行為として扱っており、一般的に必要説に立つというわけではない。

(39) 加藤（一）・前掲注（２）64頁。

(40) 加藤（一）・前掲注（２）（初出：1957年）128頁。

(41) 最判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁。

に過失がなければ不法行為でないと主張しており、権利の誤信による故意の阻却を認めるものと理解される。⁽⁴²⁾

ところで、権利の誤信による仮差押えの事例は、自己の行為を正当化する根拠を誤信した場合であるという点では、誤想防衛等の一般的な正当化事由の誤信と共通する。しかし、仮差押え・仮処分については、その行為の特性から、伝統的学説は（後述の判例とは異なり）無過失責任説をとっていた。⁽⁴³⁾とりわけ加藤（一）は、一般的には先述の必要説的立場をとるが、ここでは無過失責任を認める。⁽⁴⁴⁾反対に、もしここで不要説を貫徹すれば、無過失責任説と実際には重なることになる。この場面で想定されている過失は、まさに注意義務違反による権利の誤信だからである。

（４）故意の意義をめぐる議論状況

この時期、債権の給付侵害など特定の権利侵害については故意が要求されることが通説によって認められ、⁽⁴⁵⁾また、故意不法行為の場合には賠償範囲が拡大しうること、慰謝料が増額されうることなどが、少なくとも故意と過失の実際上の違いとして、指摘されるようになった。⁽⁴⁶⁾ここでは、違法性の意識の要否は、故意の判断を左右することを通じて、不法行為責任の判断にこれらの影響を与えうることになる。

もっとも、不法行為の成立要件として故意が要求される場合については、具体的に問題となる加害行為（例えば、債務者と通謀して債務を履行させないこと）との関係で、権利侵害の認識・認容があるにもかかわらず違法性の意識だけが欠けるとは考え難く、実際上認められた例も見当たらない。次に、賠償範囲についても、判例は民法416条2項類推適用により特別事情の予見可能性を基準とすることから、⁽⁴⁷⁾違法性の意識の存否は問題とされていない。これに対して、故意が慰謝料を増額させることは広く認められており、想定されている具体的事例にも、慰謝料が問題となる場合が多い。

(42) 宗宮・前掲注(38) 321頁。なお、立法論としては無過失責任を主張していた（宗宮信次『不法行為論』（有斐閣、1968年）443頁）。また、石田・前掲注(38) 267頁も、やはり必要説ではないが、故意阻却を認めるようである。

(43) 加藤（一）・前掲注(2) 103頁、兼子一『強制執行法（増補版）』（酒井書店、1954年）148頁など、かつては通説とされた。

(44) 加藤（一）・前掲注(2) 103頁。

(45) 我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964年）78頁。

(46) 加藤（一）・前掲注(2) 65頁以下。

(47) 最判昭和48年6月7日民集27巻6号681頁。

結局、違法性の意識の要否をめぐる議論は、第1期における意義（第1節（5）（ア））に加えて、各事例における慰謝料の金額への影響の点で意義を持ちうることとなった。

第3節 現在の議論状況（第3期）

伝統的な違法性説に対する批判は、違法性の意識の理論的位置づけに関する議論に影響を与えた。とりわけ、違法性概念の有用性を厳しく批判した平井宜雄は、故意不法行為を積極的な加害の意思による行為として再構成し、その意思を離れて違法性の意識を問題とする意味はないと主張した。⁽⁴⁸⁾ 近時の不法行為法の文献でも、違法性の意識の要否に触れないものは多い。

他方で、違法性概念自体は用いる見解でも、故意・過失の存否との関係では違法性の意識ではなく違法性の意識の可能性に着目し、それを故意・過失のいずれに關しても要求する見解が有力化した。その基本的な発想は第2期の加藤（一）の議論にもみられたが、さらに理論化が進められている。前田達明は、違法性の意識の可能性を、故意・過失の要件としてではなく責任能力と同じ次元の問題として位置づけ、⁽⁴⁹⁾ 橋本佳幸は、違法性の意識の可能性の欠如を、故意・過失の阻却事由として位置づける。⁽⁵⁰⁾

以上に対して、違法性の意識を故意の要素として位置づける見解も、なお有力である。その議論状況は、不要説も根強く主張されているが、⁽⁵¹⁾ 必要説がより多数説であるといえる。⁽⁵²⁾

現在の議論で想定されている具体的事例は、第2期の議論と大きな変化はない。ただし、議論状況には若干の変化がある。第1期や第2期とは異なり、必要説と不要説の双方から想定されており、⁽⁵³⁾ 対立が存在するのは公害事例である。そこでの

(48) 平井・前掲注（3）。

(49) 前田達明『民法IV 2 不法行為法』（青林書院、1980年）28頁、59頁以下。

(50) 窪田充見編『新注釈民法（15）』（有斐閣、2017年）348頁以下 [橋本佳幸執筆]。

(51) 松坂佐一『民法提要債権各論（第5版）』（有斐閣、1993年）285頁（初版（1956年）の時点では、違法性の意識の要否には触れられていなかった（199頁））、沢井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為（第3版）』（有斐閣、2001年）172頁、加藤雅信『事務管理・不法利得・不法行為（第2版）』（有斐閣、2005年）139頁。

(52) 幾代通『不法行為』（筑摩書房、1977年）26頁、四宮・前掲注（2）301頁、森島・前掲注（37）160頁、潮見・前掲注（2）261頁以下、原田剛『債権各論講義』（成文堂、2021年）356頁以下。

(53) 不要説として沢井・前掲注（51）172頁、必要説として前田（陽）・前掲注（54）22頁。

議論の意義は、慰謝料の金額に求められる。他に、必要説からは誤信に基づく仮差押え・仮処分を挙げるものがあり、また、誤想防衛事例は過失責任の問題として扱われる⁽⁵⁵⁾。また、名誉毀損事例における相当性の抗弁は、違法性の意識の可能性に着目する見解から、具体例として挙げられている⁽⁵⁶⁾。

第2章 判例及び下級審裁判例

判例及び下級審裁判例は必要説に立つとされることが多いが、部分的には異なる点がある。以下で裁判例を概観するが、紙幅の関係上、公害事例（第1章第1節⁽⁵⁷⁾）および名誉毀損事例（第1章第2節⁽⁵⁸⁾（3））については、既に述べたところにとどめる。

第1節 法律の不知・誤解

これが実際に問題となる場面は限られている。刑法の事例のように、被害者がおらず、詳しい法律知識がなければ違法性の意識を抱きづらい場面は、不法行為法⁽⁵⁹⁾では問題とならないからである。

（1）判例変更

大判昭和11年5月29日法律新聞4007号12頁は次のような事案である。古い判例が、讓渡禁止期間中の電話加入権に対する差押命令は無効としていた時期に、Aの電話⁽⁶⁰⁾

(54) 前田陽一『債権各論II不法行為』（弘文堂、2007年）22頁、大塚直・前田陽一・佐久間毅『民法6 事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、2023年）129頁。

(55) 潮見・前掲注（2）452頁。

(56) 橋本・前掲注（50）。他方で、近時、真実性はないが相当な資料が存在する場合に、慎重な加害者が真実性を疑っていたとしても、表現の自由の保障の観点からは故意責任を認めるべきでない、という問題意識も指摘されている（西内康人「相当性の抗弁再考」法律時報93巻13号（2021年）249頁以下、253頁）。そこでは、反真実性の意識は違法性の意識とは異なる位置づけを与えられる。

(57) 公害事例と故意の関係についての整理として、大塚直「不法行為における結果回避義務」星野英一・森島昭夫編『現代社会と民法学の動向・上・不法行為』（有斐閣、1992年）39頁以下。

(58) なお、名誉毀損のうちでも特殊な法理が裁判例において確立している訴訟行為による名誉毀損については、東京高判平成30年10月18日判時2424号73頁が、当該行為を正当な訴訟活動と判断していたとしても違法性の評価を誤ったものに過ぎないから責任は阻却されないとして、責任を認めている。

(59) 例えば、百円紙幣と紛らわしい飲食店のサービス券の作成について、最判昭和62年7月16日刑集41巻5号237頁。

(60) 大判大正6年9月6日民録23輯1315頁。

加入権に対してBのために差押命令が送達された。しかし、電話官署はこれを見做し、その後、CがAの電話加入権を取得しようとしたときも、電話官署は差押命令の存在を伝えることなく名義変更を認めた。しかし、後に判例変更があり⁽⁶¹⁾、Bによる差押は無効ではなくなった。そのため、差押命令を知らされていなかったCが損害賠償を求めた。

大審院は、法律の解釈に関して故意又は過失があるというには、故意に法律を曲解するか、誤解と知りながらそれを維持するか、または不注意で法律解釈に関する原則によらなかった等の過失があることを要する、と判示した。

（２）その他の法律の不知・誤解

下級審では、法律の不知・誤解は故意過失を否定するものではないと述べるものが複数見られる。

近年では、特に著作権侵害に関連する事例で、対象の著作物性を知らなかったとか複製に許諾が必要であることを知らなかったといった主張に対して、法の不知は考慮されないとして故意・過失を認める裁判例がある⁽⁶²⁾。例えば、東京高判平成13年6月21日判時1765号96頁は、写真著作権の侵害に関して、加害者が、当該行為は著作権侵害とならないことが写真業界の定説だと主張したのに対し、そうだとでも誤った見解が定説となった場合に過ぎないとして故意を認めた。

それ以外のものとして、東京地判昭和41年12月17日判タ202号184頁は、ある建物について根抵当権が間もなく実行される状況にあったのに、その賃借人が事情を知らない転借人に転貸して保証金を受け取ったことが不法行為だと主張された事案で、建物転借権が競落人に対抗できると誤信したという賃借人（転貸人）の主張について、「法律の不知、誤解は、特段の事情がない限り、故意過失を否定するものではない」と判示した。

第2節 被害者の承諾や正当防衛の要件の誤信

最高裁判例は見当たらない。下級審では、被害者の承諾の誤信について、「宴のあと」事件に関する東京地判昭和39年9月28日判時385号12頁がある。判決は、被

(61) 大判昭和5年2月14日民集9巻159頁。

(62) 他に、東京地判昭和57年12月6日判時1060号18頁、東京地判昭和59年5月14日判時1116号123頁、知財高判令和5年6月8日裁判所ウェブサイト（令和5年（ネ）10008）。

告は連載開始からしばらくは原告が承諾を与えてくれたものと誤信していたから故意はなかったが、連載が完結するころには原告が承諾を与えていなかったことを察知できたはずだから、その後の単行本としての出版には故意があった旨を判示している。

誤想防衛に関して直接の事例はないが、保険契約上の免責約款が問題となった大阪地判平成元年3月15日判時1328号111頁は、相手方が実際は脅迫のために示した包丁に危険を感じて、これを奪って相手方を刺したという被保険者の行為について、「誤想防衛として故意を阻却されるべきものである」という。

これに対して、誤想過剰防衛でその過剰性の認識がある場合は、刑法上は故意犯となる。その場合に民事責任が追及された事例として、仙台地判昭和59年8月13日交民集17巻4号1078頁（殺人）と千葉地判昭和61年10月14日判時1223号109頁（傷害致死）があるが、判決はいずれも故意を明示的には認定していない。また、慰謝料も、過失による交通事故の場合と比較してあまり増額されていないようである。

第3節 権利の誤信による仮差押え等

（1）権利の誤信による仮差押え・仮処分

仮差押えに関する初期の判例として、大判明治39年10月18日民録12輯1289頁及び大判明治41年7月8日民録14輯847頁は、仮差押えをした者が債権はあると確信し、しかもそう信じるべき相当の理由がある場合には、故意又は過失がないと判示していた。⁽⁶³⁾最高裁も、被保全権利が存在しないことにより仮処分命令が取り消された場合に関する最判昭和43年12月24日民集22巻13号3428頁において、被保全権利が存在しないことについての故意又は過失を要求しているものと理解される。

（2）不当訴訟との相違

不当訴訟に関しては、最判昭和63年1月26日民集42巻1号1頁によって判例が確立した。それによれば、訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において主張した権利が事実的、法律的根拠を欠くものであるうえ、提訴者が、そのことを知りながらまたは通常人であれば容易にそのことを知り得たとい

(63) 不当な差押えについても、大判大正10年10月22日民録27輯1744頁が、故意過失が認められるためには普通人のなすべき注意を払えば執行が不当だと判断できたことが必要だと判示していた。

えるのにあえて訴訟を提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠く場合に限られる。

ここでは、まさに権利の不存在についての認識ないし（高度の）認識可能性が、そもそも「違法性」判断の要素とされている。

第4節 その他の事例

離婚に際して夫を子の親権者と定めたにもかかわらず、元妻が子を連れて別居に及んだことが親権侵害だと主張された事案に関する東京地判令和4年3月25日判時2554号81頁は、「不法行為法上においては、違法性の意識も故意の要素となる」として、被告らが弁護士から法的助言を受けていたことを理由に故意を否定し、過失責任のみを認めた。

特別法との関係では、不当労働行為についての東京地判平成2年7月4日判時1353号28頁や独禁法との関係で石油カルテルによる責任が追及された仙台高秋田支判昭和60年3月26日民集43巻11号1539頁が、不要説に立つ。

他に、国家賠償責任に関するいくつかの下級審判決は、一般不法行為法における故意・過失の判断に言及しており、その際は一般に必要説がとられる⁽⁶⁴⁾。ただし、国賠法1条は明文で違法性を要件としていることもあり、もともと違法性の意識をめぐる議論状況は民法709条とは異なる⁽⁶⁵⁾。

第5節 小括

下級審裁判例まで含めると、判例及び裁判例が全面的に必要説に立っているとはいえない。特に法律の不知・誤解については、大審院判例は必要説と解されてきたものの、近時でも不要説的な立場から故意を認める下級審裁判例がある。これに対して、被害者の同意の誤信や誤想防衛、権利の誤信による仮処分等の事例に関しては、判例・裁判例は一貫して必要説に立つ。

(64) 接見妨害に関する神戸地判昭和50年5月30日判時789号74頁、知事の玉ぐし料奉納に関する松山地判平成元年3月17日民集51巻4号1905頁（ただし、上告審である最判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁では、少なくとも過失があったという認定になっている）、違法捜査に関する鹿児島地判平成5年4月19日判時1468号39頁（東京高判昭和45年8月1日判時600号32頁も同様のことを示唆していた）など。

(65) 近時の整理として、西荳章『国家賠償法コンメンタール（第3版）』（勁草書房、2020年）602頁以下。

第3章 違法性の意識をめぐる実質的争点

第1節 問題の所在

違法性の意識の要否を問う意味があるのは、それによって生じる故意の存否という差異が、実際に責任の成否または内容に影響を与える場合だけである。

そのような場合として、第一に、必要説では過失が否定されるが、不要説では故意が認められる場合が考えられる。不要説はこれを必ずしも明示しないが、理論的にはこうした場合がありうるはずである。そのことは、従来議論でも、過失によらない錯誤に基づく自力救済を免責しないというドイツ民法の規定を援用した第1期の団野の議論（第1章第1節（3）（ア））、大阪アルカリ事件判決が過失を否定したことに反対して故意責任を認めようとした第2期の我妻の議論（第1章第2節（1））⁽⁶⁶⁾に、示唆されていた。

第二に、故意に過失とは異なる機能を認めるときは、必要説で過失が認められる事例でも、不要説では故意が認められることが意味を持ちうる。この観点からは、特に慰謝料の金額への影響が重要であった（第1章2節（4）参照）。

他方で、このような意味で違法性の意識が実際に問題となりうるのは、権利侵害に当たる事実の認識・認容があるにもかかわらず違法性の意識だけが欠ける、ということが認められうる場面である。そのような場面として従来想定されてきた事例は多様なものがあり、それぞれ、意識の対象となる「違法性」の内容も、その意識の要否が有する意義も異なっている。以下ではこのような観点から実質的な争点を明らかにすることを試みる。

第2節 各事例における違法性の意識とその意義

（1）法律の不知・誤解

ここで意識の対象である「違法性」は、自己の行為が（不知・誤解の対象である）特定の法律に照らして違法なことであり、問題となるのはまさに法律の錯誤である。ただし、そこで問題となる「違法性」の内実がどのようなものであるかは、問題となる法律の内容に応じて異なる。

法律は調査すれば知ることができるから、法律の不知・誤解の事例では、通常は、

(66) ただし、我妻自身が同事件において過失を否定すべきだとしていたわけではない。

仮に故意が阻却されても過失責任が成立するであろう。しかし、判例変更が生じた場合や、学説・実務上、法解釈が分かれていて判断が困難である場合、反対に学説上の議論や実務の蓄積がなかったために調査が困難であった場合のように、正しい解釈が困難であり、必要説では過失が否定されうる事例を考えることはできる。このとき不要説では、理論的には故意責任が認められうる。また、精神的損害が発生する事例では、慰謝料の金額が問題となる。

（２）正当防衛等の一般的正当化事由の誤信

ここで意識の対象である「違法性」は、正当化事由が存在しないことである。その前提として、当該行為は、外形的には権利侵害に該当するという意味で違法性がある。行為者は通常はそのことを認識しており、この部分の「違法性」の意識が問題となることはない。ここでの違法性の意識の欠如が法律の誤解によるものであることは一応ありうるが、実際に問題となるのはむしろ、正当化事由に該当する事実を誤信した場合（例えば誤想防衛）である。

ここでも、正当化事由を誤信してもやむを得ない状況があった場合に、必要説では責任が否定されるのに対して、不要説ではやはり故意責任が成立しうる。また、正当防衛等の事例では身体侵害によって慰謝料が発生するため、慰謝料の金額の点も争点となりうる。裁判例は、誤想過剰防衛の事例では、典型的な故意による死傷ほど慰謝料を増額していないように見える。⁽⁶⁷⁾

（３）公害事例において相当な設備等の予防措置を尽くしたこと

ここで意識の対象である「違法性」は、伝統的通説によれば、相当な設備等の予防措置を尽くしてもなお損害が発生するため事業の継続が（損害賠償なしでは）許されないことである。⁽⁶⁸⁾その前提として、事業から損害が発生するという事実が違法性を基礎づけている。行為者がこの事実を認識していなければ故意が認められないことに争いはない。

この事例をめぐる議論は、以前は、過失を否定する大阪アルカリ事件判決に対抗する意義があったが、現在では、相当な設備を理由として過失が否定される例がみられなくなったこと⁽⁶⁹⁾で、この点の議論の意義は小さくなった。争点が残るとすれば

(67) この点について、拙稿「故意と慰謝料」法政研究90巻4号793頁も参照。

(68) 我妻・前掲注（１）104頁以下。

慰謝料の金額であり、近時の必要説もこの点に着目していたと考えられる⁽⁷⁰⁾。

(4) 名誉毀損における真実性の誤信

ここで意識の対象である「違法性」は、名誉毀損表現の反真実性である。その前提として、社会的評価を低下させることが違法性を基礎づけるが、そのことは通常は行為者も認識しており、争点とならない。事実の摘示の真実性は、基本的に法的知識がなくとも判断可能であるから、誤信は主として（反）真実性判断の根拠となる事実が生じると考えられる。

他の正当化事由の誤信の場合と異なるのは、真実性が存在しない場合でも真実性を信ずべき相当の根拠が存在すれば故意・過失が阻却される、という判例法理が確立していることである。これを前提とすれば責任の成否の点で不要説を貫徹することはできず、現在の不要説も判例法理を否定するものではない。他方で、名誉毀損事例では、反真実性の認識の存否による慰謝料の金額の差異は問題となる。

(5) 権利の誤信に基づく仮差押え等

ここで意識の対象である「違法性」は、仮差押え等によって保全されるべき権利が存在しないことである。その前提として、仮差押え等によって相手方の所有権等を制約する点に、権利の不存在とは別の違法性の基礎が見出されるところ、やはり行為者はこの点は認識している。問題となる自己の権利の誤信は、法律の解釈によって生じる場合と、権利を基礎づける事実の誤信から生じる場合と、いずれも考えられる。

この事例では、先述のように、不要説を貫徹すれば無過失責任説と重なる。無過失責任説と過失責任説の対立は、まさに仮差押え等の手続の性質を考慮して議論されてきたことを考えれば、違法性の意識という観点からこの議論を迂回して実質的に無過失責任を認める結果になることは適切でない。すなわち、この事例は違法性の意識という観点から検討するに適さず、不要説もこの事例を想定して主張されてはいない。慰謝料も、通常はここでは決定的な争点ではないと考えられる。

不当訴訟の事例はこれとは状況が異なっており、権利の不存在の認識・認識可能性⁽⁷¹⁾があってはじめて違法性が基礎づけられる。ここではなおさら、違法性と違法性

(69) 皆無に等しいとするものとして、大塚・前掲注(57)。

(70) 沢井・前掲注(51)。

の意識を区別して前者だけを不法行為責任の判断において考慮すべきだとする、⁽⁷²⁾不要説の根本的発想が妥当しない。

(6) まとめにかえて

初期の不要説は事実の錯誤と法律の錯誤の区別に着目した。しかし、単純に法律の錯誤が問題となると考えられるのは、(1) だけである。現在の議論は、一般に、何らかの意味で正当化事由の誤信といえる諸事例をも扱う。すなわち、意識の対象となる「違法性」とは別に、何らかの前提となる違法性ないし権利侵害が存在しており、そちらの違法性ないし権利侵害については行為者が認識・認容して、その上で行為を正当化しうる何らかの事由が存在すると誤信した諸事例を、射程に含んでいる((2)(3)(4)(5))。ここでは、問題となる誤信が法律の誤解によるか、事実の誤信によるかという区別は意味を持たない。まず、この点で(1)とそれ以外には理論的区別がありうる。

違法性の意識の意義のうち、責任の成否の観点は、やむを得ない事由により法解釈が誤っていた場合((1)参照)と、やむを得ない事由により正当防衛等の一般的正当化事由の存在を誤信した場合((2)参照)に問題となる。このとき過失が否定されるために、不法行為成立要件として故意に焦点が当たる。

慰謝料の観点は、それ以外の事例でも問題となりうる。近年の不要説はこちらを重視する。もっとも、故意の存否とは別に慰謝料の増減額を考えることは可能であるから、従来から指摘されているように、これを必ずしも故意の存否と結びつけなければならないわけではない。⁽⁷³⁾

むしろここでは、各事例における具体的な違法性の意識の欠如が、実質的に慰謝料を増額させるべき事情によるものであるかどうかという評価が、決定的であるように思われる。一例として、(1)の法律の不知・誤解により精神的損害が生じる例を考えれば、ある他人の前科等の情報を公開すべきでない場合に、①法的知識のある者があえてその情報を公開してプライバシーを侵害した場合(単純な故意)、②その情報を単に操作ミスなどによって流出させた場合(単純な過失)、③法的知

(71) 同様のことが認められている場合として、過払い金の受領に関する最判平成21年9月4日民集63巻7号1445頁。

(72) 伝統的な不要説に共通する発想である(例えば、我妻・前掲注(1)104頁以下)。

(73) 代表的なものとして、加藤(一)・前掲注(2)66頁。

識のない者がその情報の公開は許されると誤解して公開した場合（違法性の意識の欠如）を、比較することが考えられる。故意を慰謝料の増額事由と捉える議論は、通常、①と②の比較を念頭に置いているのであって、③との関係ではこれとは別の議論が必要である。すなわち、③で違法性の意識の欠如が非難に値する事情によらないのであれば、不要説に立って故意を認めるとしても慰謝料を増額する理由はなく、反対に非難に値する事情によるものとすれば、必要説に立って故意を否定したとしても慰謝料を増額すべきである。

結語

故意と違法性の意識の問題はさまざまな事例を想定して議論されてきたが、その議論が意義を持つ実質的争点は限られていた。

その一つとして慰謝料の金額が考えられる。しかし、一般論として故意の場合に過失より高い慰謝料が認められるとしても、そこでいう故意としては違法性の意識もある場合が想定されていたのであり、違法性の意識の欠如との関係では、違法性の意識の欠如自体が非難に値する事情によるものであったか否かを、故意の存否とは独立の問題として検討する必要がある。

他に違法性の意識の要否を議論する意義は、責任の成否に関する点にある。具体的に考えられるのは、法律の不知・誤解が問題となる場合のうち、判例変更など行為時に正しい法解釈をとれなかったことがやむを得なかったと認められる事情がある場面か、正当防衛の要件や被害者の同意等の存在を誤信した場合のうち、当該状況でその誤信がやむを得なかったと認められる場面である。問題は、加害者にとって法律の不知・誤解や正当化事由の誤信がやむを得ない場合に、被害者は加害者の行為から受けた損害の賠償を求めることができないのか、という点にある。違法性の意識という観点では、必要説はここで責任を否定することになる。この点に関する限り、違法性の意識の可能性に着目する見解も、必要説と実際上同じ結果となる⁽⁷⁴⁾。これに対して、不要説は、理論的にはここで（故意）責任が成立することになりうると考えられるが、この点は十分に検討されてこなかった。他方、違法性の意

(74) 両者の相違は、誤信に過失がある場合に必要説では過失責任が成立するにとどまるが、加藤（一）らの見解（第1章第2節（1）参照）では故意責任が認められる点にある。

識という観点をとらない見解も、上記の点における責任判断とその基礎を検討する必要はある。

ここまで、争点の析出を試みたにとどまり、今後さらに検討すべき点が多数残されている。上記の二つの場面で故意に焦点が当たるのは、誤信等について加害者に過失（不注意）がない場合であり、この意味で過失を基礎としない故意責任が問題となる⁽⁷⁵⁾。ここでは、故意という強い非難に値するか否かという観点よりも、そもそも過失責任主義の趣旨との関係という観点から、問題となる「違法性の意識」の具体的内容を検討する必要がある。他方で、違法性の意識やその可能性を過度に厳格に要求すれば、ある行為が許されないものだという評価が社会に定着してはじめて、加害者の不法行為責任を問うことができることになるが、それは不法行為法の発展やそれを通じた法秩序の進歩を阻害するおそれもある⁽⁷⁶⁾。この点は、正当化事由の誤信の事例よりも、法の不知・誤解の事例で大きな問題となろう。近時の議論の焦点はこの二つの事例とは異なるところにあるが、両者では裁判例の傾向もやや異なるように見えることからすれば、今後は、これらの事例について「違法性の意識」という統一的な観点の下ではなく、個別的に検討を進めるべきではないか。これらの点について立ち入った考察が必要であるが、別の機会に委ねざるを得ない。

(75) 他方で、近時は、故意不法行為を過失不法行為＋主観的要件と捉える過失の原型化も主張されている（西内・前掲注（56）249頁以下）。

(76) ドイツの通説が必要説に立つにもかかわらず（前掲注（25）参照）、ドイツ民法826条の良俗違反性（高められた違法性として理解されている）については加害者の認識を不要とするのも、不法行為法の発展に配慮するためだとされる（Erwin Deutsch, Irrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit in: Festschrift für Karl Sieg, 1976, S. 134）。