

第2回講義の補足説明

2011/09/30

08・09関連

違法性要件を不要とする考え方（平井宜雄説）などでは、この問題は、過失の有無で判断されるでしょう。

また、刑法学と共通する議論ですが、違法性要件を必要とする考え方でも、伝統的な理解では、違法性の認識可能性が欠けて、故意・過失がないという構成になるでしょう。目的的行為論の構成では、故意・過失は構成要件あるいは主観的違法要素の問題として位置づけられますので、違法性の認識可能性が欠けることは、期待可能性の欠如などと並んで、責任阻却事由という位置づけになります。

09の問題も、違法性概念を使わなくても説明は可能です。平井説では、加害児童には過失がないとすることになります。潮見『債権各論Ⅱ』98頁も同趣旨のようです。また、故意に他人の身体に打撃を加える格闘技などの場合は、潮見・同頁は、限定的な正当業務行為により、権利または利益侵害が正当化されると説明しています。なお、違法性阻却事由と責任阻却事由を考えるかどうかなど、この問題に限らず、不法行為の理論は論者によって相当多様です。そのため、私は、基本的には、判例・通説に沿った説明を行っています。潮見説と異なる場合もあります。『債権各論Ⅱ』の説明と異なって気になる場合には、他の本を読んでみるか、私に尋ねてください。

11関連

親は普段からしつけをきちんとしていないと責任を免れることは困難だと申し上げました。そのこと自体には修正の必要はありませんが、無過失立証が認められたケースも稀だけどもあります。潮見『債権各論Ⅱ』98頁に紹介してあるインディアンごっこ事件（最判昭43・2・9判時510号38頁）では、「加害者である子供が外出の際にその親権者が弓矢を現認し、外出を差し止めたところ、外出を切望されたためやむなくこれを許したが、弓矢の使用を禁じ、その旨の約束をさせていたときは、監督責任を果たしたといえ、弓矢を取り上げることをしなかったからといって監督責任上の過失があるとはいえない。」と判示されており、無過失の立証が成功しています。ご指摘をありがとうございました。

12関連

潮見『債権各論Ⅱ』93～94頁は、「保護者自身の過失においても、直接の加害者同様、権利侵害または損害の発生という結果の予見可能性や結果回避義務が問題になる。因果関係も同じように事実的因果関係＋相当性が問題になる」と説明しており、714条の過失や因果関係が709条の過失や因果関係と同じだと主張しています。

これは、「保護者に対して709条に基づいて請求する場合には、本来の709条の過失や因果関係とは異なって、714条と同質の過失や因果関係で足り、そこでは実質的に新しい不法行為類型が成立している」旨を主張している四宮説（潮見『債権各論Ⅱ』94頁の補足はこれを指します）に対する批判として述べられているものです。私は、四宮説に強く影響を受けていますので、講義で触れましたように、「親が身上監護や教育の義務を怠って子どもを放置してきたからといって、その子が問題の不法行為を行うとは限らないので、そこには通常性・反復性の意味での因果関係の相当性は存在しない」と考えています。この点で潮見説と理解が異なります。

20関連

第3の考え方である「公平な損害分担を制度趣旨とする過失相殺の類推適用とする考え方」について言及しませんでした。多数の判例の考え方です。

違法性衡量という第2の見解は、人の行為でない自然力の結果を違法とはいいません。自然力が寄与した程度との関係で、加害行為は全損害について違法とはいえない（違法性が縮減する）と考えるのです。これに対して、第3の見解は、実定法の規定に根拠を求めるとすれば、一般的な信義則等によるより、722条2項の方がより近似性があり適当だと考えるのです。現に、判例や多数説は、722条2項の制度趣旨を損害の公平な分担を根拠とする制度であり、素因減額も同条の類推ないし過失相殺法理の援用で正当化しています。このように広がった722条2項は、自然力が競合した場合にも、全損害を加害者に負担させるのは公平でないとする根拠になるとするのです。

21関連

損益相殺自体が条文上の根拠がなく、要件が明確ではありません。不法行為を原因として利益が生じたことや、生じた利益が損害と同質性を有することなどが要件とされていますが、限界線は必ずしも明瞭ではありません。潮見『債権各論Ⅱ』111頁に紹介されているとおり、最判昭50・1・31民集29巻1号68頁（パチンコ店火災事件と読んでおきます）は、たしかに、「家屋焼失による損害につき火災保険契約に基づいて被保険者たる家屋所有者に納付される保険金は、既に払い込んだ保険料の対価たる性質を有し、たまたまその損害について第三者が所有者に対し不法行為又は債務不履行に基づく損害賠償義務を負う場合においても、右損害賠償額の算定に際し、いわゆる損益相殺として控除されるべき利益にはあたらない」と判示しています。同判決はそのことを保険者代位の制度で根拠付け、損害賠償請求権が保険会社に移転する分だけ被害者から失われると説明しています。この判決を尊重すれば、『E民法』303-304頁の叙述は不正確です。

しかし、高田建設従業員事件（参考判例14）では、損害は1000万円であり、過失相殺により加害者が負担すべき700万円のうち、保険金でカバーされなかった部分だけ請求できるとして、被害者が請求できる額から受領した保険金の額を控除しています。受領した保険金を控除しないとした前記の昭和50年判決は、やや特殊な事案についての判断であり、かつ、控除を否定した後の法律関係に問題があります。重複填補＝焼け太りが認められてよいわけではないので、被害者は、受領した保険金を不当利得として返還することになるのでしょうか。控除を否定したことにかなり疑問の残る判決です。そのため、たとえば、窪田充見『不法行為法』（有斐閣、2007年）378頁によると、「損害保険については、原則として、控除を肯定する（損益相殺を認める）というのが、従来の一般的理解であったと考えられる。」とあり、私もそのような理解をしてきました。講義では、そのような理解により、損害保険金は損益相殺により控除されると述べたのです。いずれにせよ、損益相殺については、明文の規定がなく、保険金との関係はかなり難解で、基本問題とは言えません。

なお、各種の年金等は、現実に支給されていない将来分については、加害者への代位も生じないので、控除しないというのが原則ですが、すでに支給が確定していて支給されることが確実であると思われる分については、支給されたものと同等に控除を拡げる処理が行われています。また、定額搭乗者傷害保険金は、商法662条・保険法25条の保険者代位の規定が約款上排除されていますので（つまり、保険会社は保険給付をしても被害者の損害賠償を代位できないのです）、保険の性格が、現実の損害の填補というより、現実の損害の存否・額に関係なく、事故による不利益を広くカバーする趣旨だと考えられます。そのため、重複填補は問題とならず、控除の対象ともなりません（もっとも学説には反対もあります）。さらに、生命保険金は、命に値段がない！という発想でしょうが、損害賠償によってはカバーされない広範な不

利益があり、生命保険制度はそれをカバーすると解して、控除が否定されるものと思われます。

このように、私は、損害の重複填補が許されるのかどうかという観点で損益相殺を位置づける方が、見通しが良いと考えます。この場合には重複填補が認められませんので、損害額から控除されることになる、という説明も強ち不適切だとは決めつけられません。

22関連

中間利息の控除方式

①単式ホフマン方式

$$X = A / (1 + n r)$$

②複式ホフマン方式

$$X = a \times \sum_{k=1}^n (1 / 1 + k r)$$

③ライブニッツ式

$$X = \sum_{k=1}^n A_k / (1 + r)^k$$

X：現在価格、A：全収入（各年の収入が均等なら a、昇級等があれば A_{1~n}）、
n：期間（年）、r：年利

裁判例では複式ホフマン方式も認められていますが、主流はライブニッツ式です。

<http://www5d.biglobe.ne.jp/~Jusl/IssituRieki/IssituKeisan.html>でライブニッツ方式による計算のシミュレーションができます。

26・27関連

27で弁護士と委任契約を結んだだけで支払う前には損害が現実に発生していないのではないかとの疑問が寄せられましたが、参考判例7)の事例では、交通事故の損害賠償訴訟の弁護士報酬を成功額の15%と定めており、額こそ確定していないものの、支出は確定しているため損害は現実に発生しているものと考えられます。26で問題となったロス疑惑判決の事例では、被害者が、問題の記事を掲載したこと自体を6年間ほど知らなかった事例なので、27の場合とは「現実の損害の発生についての認識」という点こそ共通ですが、問題にしているところがかなり異なります。

28 判例によれば、724条後段の20年の期間は、民法には直接の規定がない除斥期間であり、中断が生じないほか、当事者の援用を要しないことから、援用権の濫用・信義則違反ということも問題となりえない。

正しい。除斥期間とは、「被害者の認識のいかんを問わず一定の時の経過によって法律関係を確定させるため請求権の存続期間を画一的に定めたもの」であり（不発焼夷弾事件・参考判例15）、消滅時効の規定や考え方がそのままでは適用されません。そのため、問題文のような帰結がもたらされると解されます（同判決）。もっとも、民法の基本原則である権利濫用・信義則を考慮しないという点については、強い批判があることにも注意してください。

29 時効の停止（時効完成の猶予）の規定は、不法行為責任に関する724条後段の長期の期間制限が除斥期間だと性格付けられても、類推適用をすべきだとする学説が多く、判例にも結論的にそのような処理を認めるものがある。

正しい。停止については類推適用する学説が有力で、予防接種禍22年後提訴事件（参考判例18）も、20年の期間経過直前に法定代理人が欠けたケースで、民法158条の法意に照らし権利は消滅していないとしました。

30 長期の期間制限について不法行為の時を起算点とする724条後段の文言にもかかわらず、現実の損害発生時や損害固定時が除斥期間の始期とされる場合がある。

正しい。文言上は不法行為時が起算点となるはずですが、それによるととりわけ蓄積型の損害（一定の期間経過後に閾値を超えて初めて損害が現実化する公害型や白蟻病・塵肺などの事例）では、抽象的にも損害賠償を請求する可能性がない間に権利が消滅するという不合理が生じてしまいます。判例（豊塵肺訴訟・参考判例22）も、損害発生時説を採っています。