

不法行為法の領域分化¹⁾

村山 淳子

第一章 序論

- 一 問題意識の設定——何を問う論文なのか
- 二 目的、方法、そして構成

第二章 2つの不法行為法観

- 一 考察の底流にあるもの
- 二 法形成の母体としての不法行為法
- 三 不法行為法の法発展のあり方に関する2つの方向性ないし志向
- 四 現実の諸問題に対応して不法行為法の拡大をはかる方向性ないし志向
- 五 かくあるべき不法行為法像を保持しようとする方向性ないし志向
- 六 本稿の立場——領域拡大志向と領域保持志向の分岐点に注目する
- 七 経済学の流入に対する本稿の立場
- 八 小括

第三章 逸脱的な領域分化

- 一 わが国の不法行為法のあり方を規定する2つの視点
- 二 被侵害利益・損害・リスクの逸脱的性質
——不法行為法の保護の射程という視点からの領域分化の指標
- 三 帰責主体の特殊な属性——帰責根拠という視点からのアプローチ
- 四 小括

第四章 併存的・調和的な領域分化

- 一 特別な社会的関係（契約関係）の上乗せ
- 二 価値判断における一致
- 三 法の形成過程における領域分化
- 四 小括

第五章 結論と残された課題

1) 本稿のタイトルは、本稿の着想源である【謝辞】に記した科研費研究の課題名の1つ「不法行為法の領域分化と制度論的・立法論的研究」の一部から命名した。もっとも、「領域分化」という言葉の意味するところは完全に同一であるわけではない。本稿で用いる「不法行為法の領域分化」という言葉は、本稿独自の問題意識と結びついた、固有の意味内容を有している（第一章一参照）。

第一章 序論

一 問題意識の設定——何を問う論文なのか

ある生活関係について、私法上の不法行為責任と契約責任がともに成立する場合がある。また、ある生活関係について、個人の利益と社会公共ないし特定の集団の利益がともにかかわっていると評価される場合もある。こうした関係を規律する法規範の集合体は、それ自体がかなりのまとまりをもち、独立の法領域として承認されていることが多い。

このような法領域のいくつかは、いずれも、不法行為法の解釈を母体とし、そこから——一部または全体が——分化して、独自の法領域を形成しつつあり、不法行為法との間で独自の関係性を築いている。本稿は、この現象を「不法行為法の領域分化」と名づけ、その特徴的な法形成と法発展の構造に注目するものである。

この問題意識は、ある法規範がわが国の全法体系の中のどこに位置するのか、ある権利・義務はいかなる法的原理を発生源とするものなのか、あるいは、ある権利利益の侵害、それによる損害、またはそのリスクはいかなる法思想にしたがって分配されるのかという思考と深くかかわっている。

この問題意識は、直接には、わが国の、この時代に生きる人々の、法に対する感覚ないし意識、または社会的な選択ないし合意、そしてそれに基づけられた法の体系に依存し左右されるものである。

このような実定法解釈の表層よりはやや掘り下げた視点から、法の形成や発展の内部構造を問うことは、とりわけ、生成しつつある新しい法領域に関する学際的・領域横断的な研究²⁾に、基底となる視座を提供することができるだろう。そしてまた、このような新しい法領域で生起する事案に対する司法判断は、当該法領域の発展の過程に対する深い理解に根差した

2) このように位置づけられる研究は多数存在している。本稿の問題意識に近く、かつ規模の大きな近時の研究として、吉田克己らによる2005年—2008年度科研費基盤研究A17203007「市場環境・生活環境の秩序形成における公私の協働—〈公共圏〉の実定法学的構造」がある。本研究は、個人的法益と公共的法益がともにかかわる領域を公法と私法とが協働すべき領域として位置づけ、そのあり方を論ずるものである(主な成果物として、吉田克己編著『環境秩序と公私協働』(北海道大学出版会、2011年)、同編著『経済秩序と公私協働』(北海道大学出版会、2011年)等)

ものでなければならないはずである³⁾。

二 目的、方法、そして構成

このような問題意識に立ち、本稿は、（近い将来に向けての展望を含む）現代のわが国において、不法行為法から分化しつつある生成過程の法領域を素材に、それらが共有する不法行為法の領域分化の内部構造をあきらかにすることを目的とする。

本稿は、具体的には、環境法、消費者法、医事法を研究対象として選定する⁴⁾。対象諸領域は、いずれも、その全部ないし一部が不法行為法の解釈から生まれ、不法行為法から分化しつつある段階にある、その意味において、相互に等位置にあって、共通の基盤に立つ、分化過程の未確立領域である。

これら対象諸領域は、いかなる特性ゆえに、どのように、不法行為法から分化しようとしている、あるいは分化すべきと考えられるのか。逆に、いかなる特性ゆえに——部分的にでも——不法行為法にとどまっている、あるいはとどまるべきであると考えられるのか。そして、分化の母体たる不法行為法をどうとらえ、それといかなる関係にあり、これからどのような関係を構築しつつあるのか。

それぞれに個性的な、対象領域の領域的な個性と傾向は捨象して、それらが共有する、不法行為法からの領域分化の内部構造をとくにあきらかにするのが、本稿の目的である。

なお、本稿では、外国法を中心的素材としては用いない。各国の法秩序

- 3) この意味で、現在の司法判断は、法律構成の自覚的な使い分けや明示などの点で、明確な認識を示せていない憾みがある（例えば、取引的不法行為、医療過誤、安全配慮義務などについての裁判例）。
- 4) 本稿の対象領域の選定根拠は本文で叙述したとおりである。なお、本稿の着想源である【謝辞】に記した科研費研究では、総括班のほかに、取引班、環境班、医療・安全班が設けられていた。また、本稿と問題意識の近い前掲注（2）で掲げた吉田克己らの研究では、「公私のクロスオーバー」という問題が集中的に現れる問題領域として、市場環境と生活環境をあげている（吉田克己編著『環境秩序と公私協働』（北海道大学出版会、2011年）はしがき i 等参照）。これらの研究において対象領域選定に類似性がみとめられる。

における法領域の棲み分けの違いは、各国国民の法感覚ないし法意識、または社会的な選択ないし合意、そしてそれに基礎づけられた法の体系の違いに依存しているからである。

本稿は、具体的には、以下の構成をとる。まず、本稿の考察の底流にあるものとして、不法行為法それ自体がもつところの、基本的な性格と、そこから分岐する法発展のあり方に関する2つの方向性ないし志向をあきらかにする(第二章)。そして、それを底流として、不法行為法の領域分化の内部構造を、逸脱的な領域分化(第三章)と併存的・調和的な領域分化(第四章)に区分して、それぞれあきらかにする。

第二章 2つの不法行為法観

一 考察の底流にあるもの

不法行為法の領域分化の内部構造の解明にあたっては、まず、不法行為法それ自体がもつところの、基本的な性格と、法発展のあり方に関する2つの方向性ないし志向の存在と関係性を理解しておく必要がある。

これまで、民法学界では、不法行為法の現状、あるべき姿や将来像について、そのときどきで議論が積み重ねられてきた。特定の課題や具体的事件を主題とするものまで含めると、実に膨大な質量の研究が存在している。このような学界の状況を、何か1つの視点で、一義的に整理することは、たしかに難しいように思われる。

しかし、不法行為法の領域分化という、こと本稿の問題意識からこれまでの研究を再読したとき、そこには、不法行為法のある基本的な性格(二)と、そこから分岐する法発展のあり方に関する2つの方向性ないし志向(三、四、五)が、みいだせるように思われる。以下における本章の考察は、本研究の底流をなすものであって、その結論に作用する。

二 法形成の母体としての不法行為法

わが国の不法行為法は、その一般的・包括的な構成要件からくる抽象性、そして柔軟な構造ゆえに、解釈と適用において、大きな幅と可能性

を有している。およそ、私人間において発生する紛争であって、不法行為法が当面、対処できないものなど多くはないといっても過言ではない。実際、民事裁判例のうち、実に多くの割合を占める事案が、不法行為事件に分類されているのである⁵⁾。

このような不法行為法は、時間軸をとってみるならば⁶⁾、法の形成の舞台であり、法発展の過渡期を担う開拓者である⁷⁾。不法行為法は、私人間の関係において生起する新種の問題に対し、どの法にも先んじて、その柔軟な解釈論をもって応接する。そして、このように不法行為法領域で生成した解釈論はやがて成熟し、次の段階として、より安定的・固定的な本来あるべき法へと昇格し、そこで定着する。その限りにおいて、不法行為法は、背後に退き、他法に回収されなかった問題への引き続きの対応⁸⁾、副次的機能の発揮⁹⁾、そして一旦は他法にて固定化された法規範の継続的な

- 5) このことは、民法研究者のほとんどが認めるところであるほか、実際の裁判例の適用法条、また刊行されている書籍における裁判例の分類方法にも現れている。
- 6) この時間軸をとった視点を明確にしたのが、内山敏和「意思形成過程における損害賠償法の役割についての一考察——損害賠償法と法律行為法・その1——」早稲田法学84巻3号（藤岡康宏教授古稀祝賀・退職記念号）（2009年）287頁である。すなわち、内山は、損害賠償法と法律行為法の関係を論ずる文脈の中ではあるが、民法学界における「制度間競合論」を紹介する中で、道垣内裕人の見解（詳細は同「取引の不法行為—評価矛盾との批判のある1つの局面に限定して」ジュリスト1090号（1996年）140頁参照）を評して、「重要なのは・・・明確な形でこの問題に時間軸が導入された点」であると明言している。
- 7) 不法行為法がその柔軟な法構造ゆえに法形成の母体であるという理解は、意識の濃淡はあっても、民法学界において広く共有されている。とくに明言するものとして、藤岡康宏の業績がある（とくに近著である藤岡康宏『民法講義Ⅴ不法行為法』（信山社、2013年）はじめにiiiなど参照）等。また、損害賠償法と法律行為法という文脈ではあるが、内山・前掲注（6）283頁以下は、同様の不法行為法観を詳述する。
- 8) とくに、不法行為法による権利利益の法実現を重視する藤岡康宏は、不法行為法の担う受皿的・補充的機能を重視する（近年の藤岡・前掲注（7）6頁でも、「最終的かつ包括的な救済規範」、「社会的負の現象に対するさいごの拠りどころ」、「社会・経済生活の隅々にまでそのような救済規範が及ぶ」などと表現し、この意味で、不法行為法を高く評価している）。
- 9) 例えば、行政法ないし公的補償制度によって被害者の損害の填補ないし補償がなされている場合であっても、なお、不法行為法の別機能（通常、副次的機能と位置づけられる）、なかんずく予防的機能や制裁的（ないし満足的）機能に期するがゆえに、不法行為訴訟が提起される。環境法領域が不法行為法の予防的機能を強調する

法発展をも担い続ける。本稿の対象諸領域は、領域分化の過程、そして領域分化後も、各様に多彩な、不法行為法との動的ななかかわりを保ち続けている。対象諸領域にとって、不法行為法は経時的に、それぞれに違った像を結び、違った意味での関心事であり、そして違った役割や機能の担い手である。

このような時間的経過において、どの時点で、不法行為法が第一線から手を引き、法対応の主役たる役割を他法にゆだねるのかを見極めるのが、本稿のテーマである。このような時間軸をとった不法行為法像の認識は、「不法行為法の領域分化」という本稿の問題意識そのものを生み出したのである。

三 不法行為法の法発展のあり方に関する2つの方向性ないし志向

このような法形成の母体たる不法行為法の基本的性格の理解に立ち、さらに本稿は、そこから分岐するものとして、不法行為法の法発展に関する2つの方向性ないし志向の存在をみとめる。

それは1つに、現代社会に生起する具体的な諸問題に適切妥当に対応するために、不法行為法の解釈の深化・適用の拡大をはかろうとする方向性ないし志向である(以下、本稿では「領域拡大志向」と呼ぶ)。

そしてもう1つは、このような領域拡大志向に対峙し、本来あるべき不法行為法の解釈・適用のあり方と射程を保持しようとする方向性ないし志向である(以下、本稿では「領域保持志向」と呼ぶ)。

以上の分類は、しかしきわめて理念的なものにとどまることを注記しておかねばならない。ほとんどの不法行為法研究者はそう端的な立場をとっているわけではなく、截然と2分できるような状況にはない。自身の内部

ことは周知のとおりである。

やや、本稿の本道からは逸れるかもしれないが(この点につき第二章七および第五章参照)、不法行為法の政策的機能ないし政策志向型訴訟(平井宜雄の諸業績。同「現代不法行為理論の一展望」平井宜雄著作集Ⅱ『不法行為法理論の諸相』(有斐閣、2011年)155頁以下(初出、『現代不法行為法理論の一展望』(一粒社、1980年)を参照した)も、この文脈でかたるのが不可能ではない。

に存在する2つの引力の中で、不法行為法研究者は独自のスタンスを模索している。いうなれば、領域拡大志向と領域保持志向は、個々の不法行為法研究者の内部にあって、対立というよりも対である。

四 現実の諸問題に対応して不法行為法の拡大をはかる方向性ないし志向

本稿でいう領域拡大志向とは、現代社会に生起する具体的な諸問題を適切妥当に解決するために、いわば利便性のある道具立てとして、不法行為法の解釈の深化・適用の拡大をはかる方向性ないし志向を意味する。現代社会の変容と多様化¹⁰⁾にともない生起する諸問題に法的対応をなすべく、柔軟性のある不法行為法そのものを使って、その内部での解釈の深化と拡大をはかり、ときに本来他法の領域であるかもしれないところにまで手を伸ばし、被害の救済をはかろうとする。

領域拡大志向を現す者は、具体的問題を主語とし、その解決策を模索する文脈で、不法行為法の使い方をかたる。そしてこの動きの中から、多くの新規性のある解釈論が繰り出され、わが国の不法行為法理論の発展を牽引してきた¹¹⁾。

10) 一般的にいわれることであるが、近年の網羅的整理として、潮見佳雄「企画趣旨——不法行為法の改正に向けた立法のベースラインの提示（日本私法学会シンポジウム資料 不法行為法の立法的課題）」NBL1056号（2015年）5頁を参照。すなわち、潮見は、不法行為法の変容をもたらす現代社会の変化を、①人の多様化（それがもたらす事象の例として、医療事故、消費者取引・投資取引被害、成年後見人が関与する事例、多数被害者・大量被害類型、共同不法行為の枠組に収まらない多数加害者類型をあげる）、②財の多様化（財の多様化がみられる例として、多様な知的財産の登場、身体の一部・遺伝子情報その他の人格の財産化、情報の財産化、環境のように特定の個人への帰属割当てを観念できないものをあげる）、そして③人と社会・国家とのつながりの変化・多様化（これらがみられる例として、交通事故・公害被害事例、景観利益侵害、隣人訴訟、プライバシー侵害、PTSD、風評被害、原発被害）に分けて整理している。

11) 例えば、日本私法学会では、公私協働論を通じた保護法益の拡張、社会の現実の要請に合わせた解釈ないし立法（改正）など、領域拡大志向に与するシンポジウムが繰り返されてきた（1993年「損害賠償法の理論と現実（私法55号（1993年）3頁以下）、2007年「競争秩序と民法」（NBL863号（2007年）39頁以下、討論は私法70号（2008年）5頁以下）、2010年「新しい法益と不法行為法の課題」（NBL936号（2010年）8頁以下、討論は私法73号（2011年）3頁以下）、そして直近では、2015年「不法行為法の立法的課題」（NBL1058号（2015年）5頁以下、討論は私法78号

たとえば、取引的不法行為のように、本来は当事者間の契約法規律によって処理されるべき問題に対する初期対応において、不法行為法は作為義務論を發展させ不作為不法行為を広くみとめることで、実は契約利益の救済に力を尽くしてきた¹²⁾。あるいはまた、未曾有の大規模災害のような、人知を超えるリスクへの法的対応が求められる場合に、不法行為法は過失概念や損害論の解釈をもって、私人間の支配領域を超えるような問題を、その保護の枠組みと射程に収め、被害の救済にあたったのである(近年では、東日本大震災による原発事故訴訟や津波避難訴訟¹³⁾)。これらはいずれも、本来的には他法の領域であるところに、不法行為法が領域を拡大して手を伸ばしたととらえることもできる。

五 かくあるべき不法行為法像を保持しようとする方向性ないし志向

以上の領域拡大志向に対する反応として姿を現すのが、領域保持志向である¹⁴⁾。ここでいう領域保持志向とは、本来の、いわば純粋な、かくある

(2016年)5頁以下)。

- 12) 作為義務の根拠づけについて、大村敦志＝道垣内弘人＝山本敬三編集代表／窪田充見編『新注釈民法(15)債権(8)』(有斐閣、2017年)284頁以下〔橋本佳幸〕等参照。なお、不法行為法の發展における作為義務の拡大現象については、とくに瀨川信久「不法行為責任の将来像——作為義務と保護法益の拡大の意味を探る」(2018年3月7日、不法行為法制度研究会、於：早稲田大学)の報告および議論から示唆を得た。
- 13) 近年では、東日本大震災にともなう原発事故訴訟や津波避難訴訟において、この現象がみられる。これらの判決群は、民法ならびに環境法領域から、すでに多数の評釈・論文が公表されている(最近のまとまった業績をあげると、「特集 震災・原発事故と不法行為法」論究ジュリスト30号(2019年夏号)90頁以下に掲載の諸論稿〔日本私法学会拡大ワークショップ「震災・原発事故と不法行為法」私法81号(2019年)98頁以下の成果を含む〕)。研究会では、津波避難訴訟につき、谷本陽一「災害応急対策における避難行動主導者の注意義務——東日本大震災における津波訴訟——」(2016年11月19日、不法行為法制度研究会、於：早稲田大学)、原発事故につき、山口斉昭「東日本大震災に伴う原発事故によって仕入れ先会社の主要工場が操業停止に陥り売り上げの大半を失った企業のいわゆる間接被害の賠償が認められた事例 大阪地判平成27年9月16日判時2294号89頁、判タ1423号279頁」(2016年11月26日、21世紀不法行為法研究会、於：明治大学)の各報告および意見交換からとくに示唆を得た。
- 14) この方向性ないし志向については、文献資料よりも、21世紀不法行為法研究会での諸報告および議論から多くを看取した。顕著なもののみを挙げると、森脇昭夫「不

べき不法行為法像を保持し、固有の領域性を失わせまいとする方向性ないし志向を意味する。領域保持志向を現す者は、領域拡大志向の対応に接することで、自らの立ち位置や危機感を意識する。それは、領域拡大志向を現す者が、不法行為法の領域から逸脱するたびに、喚起される意識であるといえる。

領域保持志向を現す者は、不法行為法を主語とし、不法行為法がどうあるべきかに問題関心を抱き、その観点から、具体的問題における不法行為法の使い方の当否をかたる。かれらは、不法行為法が、被害者救済や損害填補の制度として決して万能ではなく、むしろ、欠点と限界を有するとの認識を出発点としてもつ（だからこそ、しばしば他法との協働の必要性に言及する）。それとともに、不法行為法がカバーする領域の際限のない拡大や、不法行為法の解釈に異質の要素が混入することを問題視する。

そのため、領域保持志向の観点から警鐘を鳴らされる具体的現象は、領域拡大志向に属する問題対応例と重なることが多い。例えば、前出の未曾有の大規模災害¹⁵⁾の被害者を原告とする訴訟において、被害者救済のための不法行為法の解釈論の展開の一部は、領域保持の観点からすれば逸脱的にとらえられ、損害賠償法の解釈・適用としては疑問符が付けられる（つまり、被害者救済の必要性はみとめるが、不法行為法としての応接が適切かという帰結になる）。あるいは近年の、認知症高齢者が惹起した損害賠償事件は、本来的に社会福祉が解決すべき問題であるにもかかわらず、監督者責任や衡平責任（の導入論）をもって、不法行為法が代替的に担っている段階にあると意味づけられうる。

六 本稿の立場——領域拡大志向と領域保持志向の分岐点に注目する

不法行為法がその柔軟な法構造ゆえに法形成の母体であるという理解は——意識の濃淡はあっても——民法学界において広く共有されているとお

法行為法の限界」（2018年9月22日、21世紀不法行為法研究会、於：明治大学）および意見交換等。

15) 東日本大震災による津波避難訴訟および原発事故訴訟につき前掲注（13）を再参照。

もわれる(本稿は、不法行為法のこの特徴をとりわけ強く意識し、そこから分岐する2つの方向性ないし志向をみだし、そして不法行為法を母体とする領域分化という問題意識の発掘に至っている)。

この理解に立ち、本稿はさらに、そこから分岐する不法行為法の2つの方向性ないし志向——つまり、領域拡大志向と領域保持志向——をみだす。そして、この2つの存在をともに価値あるものとしてみとめる。わが国の不法行為法学は、このいずれのみであっても、その特徴的な効用を保持しつつ、均衡ある発展を続けることはできない。

仮に、領域拡大志向のみが存在するならば、不法行為法は唯、具体的問題を解決するために、利便性のある道具立てとして、その活用法を研究されるに終始するだろう。不法行為法の領域は際限なく広がるばかりで、固有の領域性は失われてしまう¹⁶⁾。また逆に、領域保持一辺倒では、次々に生起する新しい現実の諸問題に対し、不法行為法が発揮する法形成作用は萎縮してしまう。不法行為法は、法形成の母体たる、優れて特徴的な効用の一つを失うことになる。

本稿は、この2つの方向性ないし志向の存在の価値をみとめる。そしてその引力の中にこそ、不法行為法の価値をみとめる。そのうえで、不法行為法の領域分化の内部構造の解明という本稿の目的から、この2つの方向性ないし志向の分岐点に注目する。領域拡大志向と領域保持志向が分岐するところ——つまり、いずれに与するかによってしかるべき対応法が分かれるところという意味である。同じ問題に対し、領域拡大志向を現す者が不法行為法の解釈の伸びによって対応しようとするのに対し、領域保持志向を現す者が不法行為法の限界を考慮して他法での最終対応を提案する地点である¹⁷⁾。

16) 際限のない領域拡大の帰結として、他の固有法領域を取り除いた残りがすべて不法行為法領域といったような、さながら虫食いの後のような、それ自体意味を有しない領域が、不法行為法領域として遺されることになる。

17) なお、公私協働や被害者救済システムなど、不法行為法と他法ならびに他制度との関係を論じ、連携や協働をはかる動向は、領域拡大志向と領域保持志向のいずれにとっても、それぞれに意味がある(実際、いずれの論者からも関心が寄せられている)。

本稿が目的とする不法行為法の領域分化の内部構造の解明は、この地点に注目し、そこにおける2つの方向性ないし志向の引き合いの構図をみきわめてこそ、達成されるのである。

七 経済学の流入に対する本稿の立場

不法行為法学のみならず、民法学、あるいは法学全般にわたって、法の解釈や立法に、経済学的思考や政策目的を取り入れる動きが存在している¹⁸⁾。とくに本稿が対象とするような生成過程の新領域——社会運動を背景にもち、経済的問題への対応を迫られている——は、積極的な反応と実践をみせている。

領域拡大志向と領域保持志向の分岐点はまた、不法行為法理論の新しい潮流として、経済学や政策目的が流入する地点とも重なり合う。例えば、環境法領域では、事故予防という観点から、過失判断や因果関係論に費用便益分析が導入されつつある¹⁹⁾。消費者法領域では、市場の健全化をめざ

まず、領域拡大志向の論者は、公私協働や共同利益という考えを介して、不法行為法それ自体の保護領域の拡大をはかる（前掲注（2）の成果物等参照）。そして、領域保持志向の論者は、他法ないし他制度との関係性の意識から不法行為法とは何かを問い直し、そこでみいだした不法行為法像を前提に他法ないし他制度との協働を考える（前出第二章五および前掲注（14）参照）。

- 18) 重要な発生源といえる米国における新しい不法行為法の基礎理論につき、新美育文「20世紀に登場した不法行為基礎理論の意義と問題点—因果関係を切り口として—」（2019年9月21日、21世紀不法行為法研究会、於：明治大学）の報告から、経時的な概況を把握することができた。

この動きをみせるわが国の不法行為法研究者として、吉村良一（「生ける法」や横断的視野への傾倒をみせる。最近では同『民法学と公共政策講義録—批判的・横断的民法のすすめ（具体的法政策学）』（信山社、2018年）等）が顕著であるが、ほか多数。

なお、本稿の対象諸領域の研究者は、社会運動を基盤にもち、かつ新しい問題に對峙する領域的個性ゆえに、一般的にこの動きに好意的である。

- 19) 経済学の流入は、アメリカ法の影響下で、環境法領域の1つの顕著な個性となっている。研究会では、マーク・A・ガイストフェルト（Mark A.Geistfeldt）「死期を早めるなどの回復不能な侵害のリスクの費用便益分析」（翻訳資料は瀬川信久／大塚直／山口齊昭の共訳）（2020年2月7日、不法行為法制度研究会、於：早稲田大学）が端的である。

す行動経済学的アプローチが大きな影響を持っている²⁰⁾。そして医事法領域でも、医療資源の分配という観点からは、いまや不可欠である²¹⁾。

本稿は、いまだ実定法解釈学との関係があきらかでない法学以外の学術成果や社会運動ないし政策的作用を、不法行為法の領域分化の内部構造の解明に積極的に取り入れる立場はとらない。

しかし、ある問題処理をめぐり、法学以外の学術領域に解決の途を求める動きが活発であることをもって、当該問題が本来の不法行為法による対応が難しい——だからこそ他領域の力を借りようとしている——ことの1つのメルクマールとして意味づけている。

八 小括

わが国の不法行為法は、その一般的・包括的な構成要件からくる抽象性と柔軟な法構造ゆえに、解釈と適用において大きな幅と可能性を有している。それゆえ不法行為法は、法の形成の舞台であり、法発展の過渡期を担う開拓者たる役割を担っている。

このような法形成の母体たる不法行為法の基本的性格の理解に立ち、さらに本稿は、そこから分岐するものとして、不法行為法の法発展に関する2つの方向性ないし志向の存在をみとめる。すなわち、第1に、現代社会に生起する具体的な諸問題に適切妥当に対応するために、不法行為法の解釈の深化・適用の拡大をはかろうとする方向性ないし志向である(領域拡大志向)。そして第2に、このような領域拡大志向に対し、本来あるべき不法行為法の解釈・適用のあり方と射程を保持しようとする方向性ないし志向である(領域保持志向)。この2つの方向性ないし志向の引力の中にあつてこそ、不法行為法は、その特徴的効用を保持しつつ、均衡ある発展

20) 消費者法領域では、いまや行動経済学は、論拠として頻繁に引き合いに出される。そして、2002年の消費者契約法は、行動経済学に多くを基礎づけられて立法されている。

21) 高齢者医療など。インフォームド・コンセント論にも及ぶ。研究会では、会沢恒「米国〈不法行為改革〉の見取り図—民事法をめぐるとの政治運動—」(2016年1月23日、不法行為法制度研究会、於：早稲田大学)が、より一般的に経済学を取り入れる、アメリカの医事立法の例を示している。

を続けることができる。

この2つの方向性ないし志向の分岐点で、不法行為法の領域分化現象は起こっている。本稿が目的とする不法行為法の領域分化の内部構造の解明は、この地点に注目し、そこにおける2つの方向性ないし志向の引き合いの構図をみきわめてこそ、達成されるのである。

第三章 逸脱的な領域分化

一 わが国の不法行為法のあり方を規定する2つの視点

以上のような不法行為法学の2つの方向性ないし志向の分岐する地点において、それでは、対象領域は、いかなる特性ゆえに、不法行為法から分化しようとしているのか。また、いかなる特性ゆえに、不法行為法に——部分的にでも——とどまろうとしているのか。「不法行為法の領域分化」の起点となる当該問題領域の変性を、どこにみとめることができるのか。

不法行為法からの逸脱を問題とする以上、不法行為法とは何か²²⁾をまず規定しなければならない。ここで、わが国の不法行為法のあり方を規定する2つの重要な視点²³⁾に立ち返ろう。それは第1に、被害者の権利ないし利益の要保護性という視点である。不法行為法はだれのいかなる権利利益を保護し、ひいてはだれのいかなる損害を填補すべきなのかという、不法行為法の保護の射程を問う視点にほかならない²⁴⁾。そして第2に、帰責根拠に関する視点である。不法行為法は損害の自己負担を前提に、だれになぜゆえその負担を転嫁するのかという、損害負担の転嫁を正当化する原理にかかわる視点である²⁵⁾。

22) それは、根本的には、アリストテレスによって対置される2つの哲学的な法思想——矯正的正義と配分的正義——と深くかわり、基礎づけられている。両思想はともに、わが国の不法行為法を基礎づけ、複合的に作用している。

23) 不法行為法についてのこのような理解については、とくに、藤岡・前掲注(7)8頁注(2)や潮見・前掲注(10)4頁を参照した。

24) この視点は、民法709条の統一的不法行為要件の権利ないし法益侵害要件に対応している。日本民法は、損害の発生をもってただちに救済対象とするのではなく、権利(法益)侵害の要件をおくことで、不法行為法の救済の基本的指針ないしは標準をあらわしていると評される(藤岡・前掲注(7)18頁参照)。

25) この視点は、民法709条の統一的不法行為要件の有责性要件に対応している。

わが国の不法行為法は、かかる2つの視点から規定されるものであるから、「不法行為法の領域分化」をみきわめる指標は、かかる2つの視点から規定されるところの、不法行為法像からの逸脱を意味する特性でなければならぬ。そのため、本稿は、「不法行為法の領域分化」の指標となる特性として、被侵害利益・損害・リスクの逸脱的性質（つまり、第1の視点から規定される不法行為法像からの逸脱の指標となる特性）（二）、そして責任主体の特殊な属性（つまり、第2の視点から規定される不法行為法像からの逸脱の指標となる特性）（三）を仮定し、以下に検討する。

二 被侵害利益・損害・リスクの逸脱的性質——不法行為法の保護の射程という視点からの領域分化の指標

1 未確立、不確実、あるいは私人の支配領域を超えるという特性

何らかの法的保護を必要としながら、不法行為法上の個人の保護法益として、未確立の利益がある²⁶⁾。何らかの法的救済を必要としながら、不法行為法の救済対象として、拾いきれていない損害もある。あるいは、利益侵害ないし損害発生リスクが、私人のリスクの支配領域に収まりきれない性質を帯びる²⁷⁾場合もある。これらは、因果関係の認定が困難であるというアプローチによって、あらわされることもある²⁸⁾。

26) 例えば、2010年の日本私法学会シンポジウム「新しい法益と不法行為法の課題」において、不法行為法の保護法益の拡大が指摘され、新しい保護法益の一つとして、個人的法益を超えた全体的利益（公共的利益、経済的利益）が挙げられ、二重の保護法益性が観念された（NBL936号（2010年）8頁以下、討論は私法73号（2011年）3頁以下）。

27) 不法行為法のみを対象とするものではないが、2013年日本私法学会シンポジウム「震災と民法学」（論究ジュリスト6号（2013年）4頁以下、討論は私法76号（2014年）3頁以下）は、東日本大震災を題材にとり、「平時の一般ルール、非常時の特別ルール」という対置をして、本稿の問題意識にかかわる内容を含む報告・討論を行っている。なかでも、河上正二報告は、「私人間関係のリスクの支配領域に収まりうる問題か」という不法行為法の領域分化と重なる問いを発している。また、石川博康「契約外在的リスクと事情変更の原則」論究ジュリスト13頁以下は、契約法からの切り口であることを差し引かねばならないが、契約外在リスクの基準として、「事前に合理的に考慮することが不可能な」（同誌21頁）こと、「両当事者のいずれにとっても考慮や統御を及ぼしえない」（同誌22頁）ことを挙げている。

28) 不法行為法学では、不確実性（証明困難性）の処理をどうするかというテーマが、

これらは、法的な保護救済の対象としては、不十分ながら、主に公法領域において認められている——少なくとも認められつつあるというのが前提である。そもそも法的な保護救済の対象に入ってきていないものであれば²⁹⁾、（不法行為法がその保護救済を開拓してゆく重要な担い手たりうるといえるとしても）本稿のテーマとする他法への領域分化を論ずる対象ではない。

ここで問題としているのは、他法が保護にあたるべきであり、不法行為法の保護救済の射程からは逸脱するところの、被侵害利益・損害・リスクである。この特性を帯びる被侵害利益・損害・リスクは、対象領域では、圧倒的に環境法領域に多い³⁰⁾。

2 公法領域への領域分化の構造

このような特性は、とくに不法行為法の公法領域ないし公的制度への領域分化を示す指標となる。領域拡大志向を現す論者は、かかる特性を帯びた問題事案の解決にさいし、公益ないし共同体の利益を足掛かりとして個人的法益を根拠づける解釈論³¹⁾——あるいは、当事者をさしあたり集団や

主に因果関係論の中で論じられてきた。不確実な因果関係への対応は、政策的であって、国により違いがあり、また、経済学の流入現象もみられる（市場占有率など）。このことから、因果関係の不確実性が領域分化の指標となる特性であることが窺える。不確実な因果関係の比較法的状況の把握と上記分析に至る示唆を、新美育文「不確実な因果関係と不法行為法—比較法的考察序説」（2017年9月23日、21世紀不法行為法研究会、於：明治大学）の報告と討論から獲得した。

- 29) 例えば、流動的であるが、個人的な脆弱性、痛みや美に対する主観的な感覚などの利益、ふるさとの喪失など。なお、前掲注（26）のシンポジウムの討論〔能見善久発言〕（私法5頁以下）は、単なる利益から保護法益への「格上げ」という視点と条件を示す。
- 30) 環境法は、環境それ自体の保護をめざす法でもあるため、私人のイニシアティブによる民事訴訟は公法の目的実現の補完的な手段であるという見方がされる場合もある（小野寺倫子「環境に対する侵害と民事責任——フランスにおける純粹環境損害の賠償をてがかりに」（私法77号（2015年）213頁以下が端的な最近の1例である）。環境法領域において、不法行為法の領域分化という現象は、公法を主体とした見方で意味づけられる場合がある。
- 31) 個人の利益が不特定多数の市民の利益（共同体の利益、公共的利益）でもある場合、私法だけでも公法だけでも処理しきれず、分野横断的な対処が要請されるという（吉田克己「日本私法学会シンポジウム資料 新しい法益と不法行為法の課題

動物に組み替える³²⁾などの方法も同種の事案に用いられている——や、不確実な因果関係に対するとくに政策的ないし経済的要素を含む理論的展開によって、逸脱的な特性を帯びた被侵害利益・損害・リスクをも不法行為法の保護救済の射程に取り込もうとする。しかし、同種事案に関して、領域保持志向を現す論者からはむしろ、このような特性を帯びた被侵害利益・損害・リスクの保護救済は、不法行為法の射程を超えるものであって、共助による社会的分散³³⁾、さらに公的コントロールを要するならば、公法や公的制度などの公助にゆだねる³⁴⁾ことが、それぞれの条件のもとで、考案されるのである³⁵⁾。

なお、付言すべきは、かかる特性を帯びた被侵害利益・損害・リスクを

趣旨説明」NBL936号(2010年)8頁以下等参照)。そのような法益は、法益の確立過程で、まず共同利益や公益として承認され、そこから跳ね返って、個人的法益としても承認されるという経過を辿ることも多い(前掲注(2)の諸成果物を参照した)。

- 32) 保護すべき法益、救済すべき損害が、従来の不法行為法の想定する内容や範囲を超えたとき、これを法律上の救済の俎上にあげ、ひいては不法行為法上の法益や損害項目として確立するための媒介として、ときに直接の当事者が、集団、社会、国家、あるいは人外のものに先行して設定され、行政法の立法から跳ね返って、あるいはそれらのものの利益に依存させるロジックで、新たな個人的法益ないし損害の保護・救済がはかられることがある(前掲注(2)の諸成果物を参照した)。

あるいは、訴訟が本来の原告救済の目的から離れて、政治運動・市民運動・社会運動の一環として、いわばさしあたりの原告に化体して行われている要素をもつことがある(前掲注(9)の不法行為法の政策的機能ないし政策志向型訴訟の箇所を再参照)。

ある問題についてこうした当事者の組み換えが行われることは、当該問題が個人対個人の関係为前提とした本来の不法行為法領域から逸脱することの1つのメルクマールになる。この場合、次の考察作業として、当該問題にとって真の当事者は誰なのか、あるいは(将来的に)誰であるべきなのかをまずはみきわめることが必要である。

- 33) 高齢者介護に特化したテーマであったが、長沼建一郎「介護事故対応の保険政策的課題」(2018年3月4日、不法行為法制度研究会、於：早稲田大学)は、共助(私保険)が適する条件や自助・公助との関係について示唆を与えた。
- 34) 例えば、潜在的原因者集団の掘出による基金や国庫からの公的補償制度として、本稿の対象領域では、公害健康被害補償制度、医薬品副作用被害救済制度等がある。
- 35) このようなリスク配分の決定方法の優先順位は広い領域で共有される価値判断に連なるものである(本稿では2013年日本私法学会シンポジウム「震災と民法学」(論究ジュリスト6号(2013年)4頁以下、討論は私法76号(2014年)3頁以下)での河上正二の当日の報告を参考にした)。

内包する事案類型は、しばしば、後出三で述べる責任主体の特殊な属性に焦点をあてたアプローチから、帰責原理の転換という形態をとった（いわば不法行為法内部での）領域分化により対応される事案類型と重なるということである。

このように未確立、不確実、あるいは私人の支配領域を超えるという特性を帯びた被侵害利益・損害・リスクを内包する事案類型に対応する不法行為法の領域分化現象は、現実には、いくつもの方向性と手法の可能性の渦中であって、しかも流動的である。

三 帰責主体の特殊な属性——帰責根拠という視点からのアプローチ

1 社会的に有益であるが、不可避の損害を発生させる危険源に起因する損害

主に、産業や交通の発展にともない、社会において有益であるが、不可避的に損害を発生させる危険な活動、危険な設備、あるいは危険な物質に起因する損害の填補が問題になるようになった。この種の事案類型は、前述二の不法行為法の保護の射程という視点からの領域分化の指標となるところの、被侵害利益・損害・リスクが未確立・不確実・私人の支配領域を超えるという特性を帯びている場合も多い³⁶⁾。

この種の事案類型では、個人の活動自由の保障の要請よりも、損害の公平分配の要請が強くはたらく³⁷⁾。この原理的な基礎の違いを背景に、不可避の損害を発生させる危険源である活動を支配する、あるいは、危険源である物・物質・設備を設置・管理する——つまり、制御不能な危険源を支配する者であるという責任主体の他に替わり得ぬ属性に焦点をあてたアプローチから、帰責原理の転換という形態をとった不法行為法内部での領域

36) 責任主体に無過失責任を負わせることは、責任主体をして責任保険に加入せしめることになり（実際、無過失責任の登場・拡大と責任保険の発展は連動している（加藤一郎『不法行為（法律学全集）（増補）』（有斐閣、1974年）28頁、43頁）、実質的には、自助から共助への流れに与しているともいえる（藤岡・前掲注（6）19頁、20頁以下も参照）。

37) かかる原理的振り分けにつき、藤岡・前掲注（7）の立場を参考にした。

分化による対応がなされることがある。かかるアプローチによる対応類型は、環境法領域のほか、消費者法領域や医事法領域にも存在している。

2 無過失責任主義による対応の構造

このようなアプローチは、責任主体の特殊な属性に着目し、一般不法行為が採用する過失責任を転換し、無過失責任³⁸⁾、なかんづく危険責任に帰責根拠を求める。無過失責任の主要な内実を占める危険責任とは、高度かつ制御不能な危険源を支配する者は、そこから定型的に発生する損害を、過失の有無の如何によらず、負担すべきであるという責任根拠である³⁹⁾。これをもって、責任主体の有責性にかかわらず、損害負担の転嫁が正当化される。

わが国の現行法制では、無過失責任規範といえるものが、事案類型、あるいは危険源の類型ごとに、明文・不文で、さまざまな形と構造をもって、散在している。

民法典の特殊不法行為は、純然たる無過失責任⁴⁰⁾ないしそれに基礎をおく⁴¹⁾といえるものはむしろ少なく、ほかには中間責任や因果関係に関する特別要件ととらえられている。そして、特別法では、危険責任を基礎とし、固有の無過失責任化の構造と免責事由をそなえた多元的な無過失責任立法が行われている(原子力損害賠償法3条、大気汚染防止法25条、水質汚濁

38) 無過失責任論は、伝統的に、民法学の不法行為法研究の一角を占め、公害事例を中心に、学説の蓄積がある(岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』(京都法學會、1916年)、浦川道太郎「ドイツにおける危険責任の発展(1)～(3・完)」民商法雑誌70巻3号60頁、70巻4号41頁、70巻5号39頁(以上1974年)等。同「無過失責任損害賠償」星野英一編『民法講座(6)』(有斐閣、1985年)191頁以下も参照。近年では、橋本佳幸『責任法の多元的構造』(有斐閣、2006年)155頁以下、前田太郎の後掲注(45)に掲げた一連の業績等。

39) 危険責任を過失責任と対等の責任根拠として構想する、前出論者(後掲注(45)の橋本佳幸・前田太郎の業績)による定義を主に参考にした。

なお、ほかに、無過失責任の内実を構成するものとして、報償責任や家族共同体の責任などの帰責根拠もわが国では認められている。

40) 所有者の工作物責任(民法717条2項)

41) 使用者責任(民法715条)。危険責任と報償責任の両方を根拠とすると解されている。

防止法19条、国家賠償法2条、製造物責任法4条⁴²⁾など⁴³⁾)。

さらにまた、明文の無過失責任規定がなくとも、無過失責任化を要請する同様の社会的事情に基礎づけられて、形式的には過失責任をとりながら、その内容を厳格化して、実質的には無過失責任に近い内容の過失をみとめる現象（いわゆる「過失の衣を着た無過失責任」⁴⁴⁾）がむしろ広範に存在している。それは例えば、専門家の注意義務の高度化、公害・薬害事件における抽象的危険の予見義務、企業の組織責任を問うための帰責主体の範囲の拡大などである。

過失責任による一般不法行為を原則とする本稿は、以上のような現象を、不法行為法内部での領域分化ととらえる。もっとも、無過失責任、とくに危険責任について、過失責任とならぶ不法行為法の一般的責任原理にまで引き上げようとする近時の有力な潮流⁴⁵⁾によるならば、いまよりも大

42) 製造物責任法は、一般的に無過失責任立法といわれるが、実質的には欠陥概念の中に過失責任と同質の判断を込めているとも考えられる。なお、製造物責任法についての考察にあたり、渡邊知行「製造物責任における医薬品の欠陥について」（2016年11月19日、不法行為法制度研究会、於：早稲田大学）の報告および討論も参照した。

43) 本稿の対象領域ではないが、ほか、自動車損害賠償保障法3条等もよく知られている。

44) 徳本鎮「過失の衣を着た無過失の理論」同『企業の不法行為責任の研究』（一粒社、1974年）106頁以下参照。

45) 一般不法行為と特殊不法行為の関係、あるいは過失責任と無過失責任の関係、つまりは無過失責任ないし危険責任の不法行為法体系上の地位について、定まった見解は存在していない。その中で、危険責任を過失責任とならぶ不法行為法の責任原理にまで引き上げ、両者の棲み分けや役割分担を統一的原理によって構成しようとする動きがある。橋本佳幸＝大久保邦彦＝小池泰『民法V（Legal Quest）』（有斐閣、2011年）249頁以下〔橋本佳幸〕等。最近では、前田太朗が、オーストリア法の研究を通じて、無過失責任を危険責任の観点から再構成し、危険責任を過失責任と並ぶ一般的な責任原理として位置づけようとする（前田太朗「不法行為法における危険責任の意義に関する一考察——「特別な危険」概念の検討を中心として」私法80号（2018年）132頁以下が端的であるが、同「不法行為法における責任原理の多元性の意義とその関係性（1～10未完）」愛知学院大学論叢法學研究55巻1・2号261頁以下、55巻3・4号111頁以下（以上2014年）、愛知学院大学宗教法制研究所紀要55巻67頁、愛知学院大学論叢法學研究56巻1・2号155頁以下、56巻3・4号101頁以下（以上2015年）、57巻1・2号69頁以下、愛知学院大学宗教法制研究所紀要56巻35頁以下、192頁以下（以上、2016年）、57巻（2017年）81頁以下、59巻3・4号（2018年）81頁以下、愛知学院大学論叢法學研究60巻3・4号（2019年）29頁以下）。

きな不法行為法像のもと、本稿のテーマとする不法行為法の領域分化の設定は変わることになるだろう。

四 小括

不法行為法からの逸脱という意味での領域分化を論ずるには、わが国の不法行為法のあり方を規定する2つの視点——すなわち、①被害者の権利ないし利益の要保護性という、不法行為法の保護の射程を問う視点と、②不法行為法はだれになぜゆえ損害負担を転嫁するのかという、不法行為法の帰責根拠にかかわる視点に立ち返り、そこからの逸脱を問題とする必要がある。これらの視点と対応して、わが国の不法行為法の領域分化をみきわめる指標として、以下のような特性をあげることができる。

第1に、①被侵害利益・損害・リスクの逸脱的性質である。未確立、不確実、あるいは私人間の支配領域を超えるような利益・損害・リスクの特性は、とくに不法行為法の公法領域ないし公的制度への領域分化を示す指標となる。領域拡大志向を現す論者は、かかる特性を帯びた問題事案の解決にさいし、諸種の解釈論を展開し、逸脱的な特性を帯びた被侵害利益・損害・リスクをも不法行為法の保護救済の射程に取り込もうとする。しかし、同様事案に関して、領域保持志向を現す論者からは、このような特性を帯びた被侵害利益・損害・リスクの保護救済について、不法行為法の限界を考え、公的救済が考案されるのである。

そして第2に、②社会において有益であるが、危険な活動・設備・物質に起因して不可避の損害が発生するという事案類型について、こうした制御不能の危険源を支配する責任主体の属性に焦点をあてたアプローチから、一般不法行為が採用する過失責任ではなく、無過失責任、なかんずく危険責任による損害転嫁を承認する対応がなされることがある。過失責任による一般不法行為を原則とする現段階での本稿の立場によるならば、こ

なお、藤岡・前掲注(7)12頁以下は、統一原理として具体的衡平主義(損害の衡平な分配)を据え、過失責任は個人生活領域に、無過失責任は企業の活動領域にと、責任根拠の違いに応じて適用領域を振り分けることを主張する。

れは、帰責根拠の転換という形態をとった不法行為法内部での領域分化を意味する。

第四章 併存的・調和的な領域分化

一 特別な社会的関係（契約関係）の上乗せ

社会的接触の緊密化にともない、何らかの特別な社会的関係——とくに契約関係が、一般第三者同士の関係に上乗せして、当事者間に成立していることを前提とした、損害賠償請求事件が多くを占めるようになった。とくに消費者法領域および医事法領域では、発生する民事事件の多くが、当事者間における契約関係を基礎としている。

このような場合、かかる特別な関係を規律する法——とくに契約法と、一般的な関係を規律する不法行為法との解釈・適用における関係性が問われることになる⁴⁶⁾。不法行為法の領域分化をみだし、その内部構造をあきらかにするという本稿のテーマには、このような重なり合う関係をどう捉えるかという問いも含まれている。

この問題は、民法領域ないし消費者法領域、そして医事法領域で、訴訟上の請求権競合のテーマを皮切りに、実体法の解釈論にも及び、活発な議論が行われてきた⁴⁷⁾。なかんずく、民法領域ないし消費者法領域では、不当勧誘型⁴⁸⁾といわれる取引的不法行為の問題を中心に、実体法上の「制度間競合」をめぐる、本稿の問題意識の核心にふれるような議論も近年みいだすことができる⁴⁹⁾。本稿では、民法領域ないし消費者法領域、そして医

46) 藤岡康宏は、不法行為法研究者の中で、不法行為法と契約法の関係にとくに関心を抱き、医療過誤などを素材に、論じている（藤岡康宏『損害賠償法の構造』（成文堂、2002年）276頁以下）。取引的不法行為については後掲注（49）参照。

47) いずれも参考文献は膨大である。取引的不法行為については、大村敦志＝道垣内弘人＝山本敬三編集代表／窪田充見編『新注釈民法（15）債権（8）』（有斐閣、2017年）786頁以下〔後藤卷則〕等参照。医事法領域では、最近の関連文献を1つ挙げれば、山口斉昭「医療契約の典型化に関する議論とその医療契約論への影響—債権法改正における議論から医療基本法の議論へ」『債権法改正と民法学 契約法Ⅱ』（商事法務、2018年）442頁以下等参照。

48) 取引的不法行為の類型について、同書786頁以下〔後藤〕参照

49) いわゆる「制度間競合の問題」をめぐる論争が有名である。それら近年の業績のう

事法領域におけるこれまでの学説の集積から、不法行為法と契約法が重なり合う関係における「不法行為法の領域分化」の構造をあきらかにする。

二 価値判断における一致

まず、現時点で確認できるのは、不法行為法であれ、契約法であれ、結論としては、ほぼ等しい法的価値判断に辿り着くということである。

不法行為法と契約法は、本来的には、それぞれの法の目的に応じた、異なる保護のあり方や射程を有している。すなわち、不法行為法は、およそこの社会において、社会の構成員が法的保護を享受できると判断される権利利益を、包括的・最終的に保護することを目的とする⁵⁰⁾。これに対し、契約法は、具体的な契約当事者の個別的合意ないし関係を基礎に定められる契約利益を実現することを目的とする。各法の保護のあり方や射程は、このようなそれぞれの法の目的によって規定されるべきものである。

しかし、結果として、すくなくとも損害賠償法というレベルでは⁵¹⁾、不法行為法と契約法の保護のあり方や射程は異ならない⁵²⁾。わが国の裁判例・学説は、取引的不法行為による人的・物的侵害をとまなわない純粋経済損失を、とくに問題とすることなく不法行為法の保護の射程に収めてきた⁵³⁾。他方で、契約法は、給付利益のみならず完全性利益までも、その保

ち、内山・前掲注(6)288頁以下は、損害賠償法と法律行為法の関係について、時間軸を意識した分析を行い、本稿の特に第四章の考察に大きな影響を与えた(なお、内山は、そのうえで、「不法行為法でなされている規範創造が法律行為法にどのように結実していくのか」という問題提起をし、不当勧誘事例における損害賠償法の法形成機能を前提とした在り方を論じている(同論文288頁以下))。

50) 藤岡・前掲注(7)17頁など参照

51) 法律行為や契約の効力の否定という点をみれば、契約法には不法行為法とは異なる独自の発展形態が存在しているといえる。そこにおけるいわゆる評価矛盾の問題については本稿では立ち入らない。

52) 前掲注(26)私法23頁(平野裕之発言)は、そこに至った法発展の経緯を、不法行為法と契約法が「相互に拡大してオーバーラップ」したと的確に表現している。

53) 能美善久「比較法的に見た現在の日本民法——経済的利益の保護と不法行為法(純粋経済損失の問題を中心に)」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅰ』(有斐閣、1998年)619頁以下参照。もっとも、能美も含め、この問題を深く研究する諸学説は、この場合の被害利益は何かという点に疑問を呈している。

護の射程に収めてきた。そして多くの（本来は）契約外在的なリスクが、契約内在リスクとしての評価を受ける解釈論が展開されたのである⁵⁴⁾。

個別の事象についての当否は措くとしよう。不法行為法と契約法は現時点で、きわめて調和的關係に立ち、各法の目的によって異なるはずの保護のあり方や射程において、損害賠償として最終的に辿り着くところの法的価値判断を共有している。

三 法の形成過程における領域分化

1 法形成の場を問う視点

しかしながら、不法行為法と契約法は、最終的に辿り着く価値判断は等しくとも、そこに辿り着く過程、つまり法形成の過程で、その領域的個性に応じた、棲み分けと役割分担を行っていると考えられることはできる。

このような法形成の場を問う視点は、ある権利利益がいずれの法領域ではじめに承認されたのか、ある注意義務ないし行為義務がいずれの法領域ではじめに生み出されたのか、ひいては、ある法的価値はいずれの法領域ではじめに開拓されたのかを問題としている。

このような意味でいずれかの法領域で形成された法規範は、やがてもう1つの法にも反映される。その結果、時間差をもって、2つの法領域は同じ法的価値をいずれ実現するようになる。不法行為法と契約法は、このような法の形成と定着のサイクルを繰り返しながら⁵⁵⁾、調和的・併存的な関係を続ける⁵⁶⁾。逸脱的領域分化とは異なる、もう1つの領域分化の構造が

54) 石川・前掲注(27)13頁以下は、事情変更の原則というテーマについてであるが、契約内在リスクの領域の拡大現象を指摘する（「本来的には契約外在的なリスクのうち少なからざる部分が実際には契約に内在化されている」（同論文22頁））。契約後の事情に応じて、リスク配分を具体化・再調整・変更するために、補充的契約解釈、契約再交渉義務、そして關係的契約論などの枠組が用いられているという。本稿のこの箇所にとっては、「外」としている対象はずれるが、参考になる。

55) 内山・前掲注(6)285頁は、損害賠償法が法律行為法の法形成を導き、損害賠償法の法展開の成果が法律行為法に回収されそこで定着する。その繰り返しであると考えている。

56) 武川幸嗣「契約の有効・無効と損害賠償の關係——不法行為法的救済の補充的機能を中心に」円谷俊＝松尾弘（代表編集）山田卓生古稀『損害賠償法の軌跡と展望』

展開されるのである。

2 法形成の場をめぐる学説と裁判例の意識の差

このような併存的・調和的な領域分化の構造をあきらかにするために、各法は法の形成過程において、法の開拓者たる役割をいかに棲み分けているのかという問題が解明されなければならない。

不法行為法と契約法が競合するテーマ——医療過誤や取引的不法行為——をめぐる学説の議論と裁判例の集積をみると、学説と裁判例にはこの点に関し意識の差があることが窺える。

学説では、ある権利利益ないしそれを生み出す法規範がいずれの法に適合性ないし親和性を有するのかが問題とする意識がすくなくとも——それが請求権非競合論の主張に結びつくかは別として——存在する。すなわち、不法行為法はこの社会においてその構成員が法的な保護を享受することのできる場所の権利利益を包括的に保護する法であるから⁵⁷⁾、不法行為法による保護に適合性ないし親和性を有する権利利益は、内容が一律であって、公益性を帯び⁵⁸⁾、当事者意思⁵⁹⁾による変更ないし放棄ができない法益である(憲法との関連づけを重視する立場によれば、基本権は不法行為法上の法益であるということもできる)。他方、契約法は当事者の合意ないし関係性から生まれた契約利益の実現を目的とする法であるから、計算可能性のある取引利益や、個々人の意思や関係性に依存する利益の保護に適合性ないし親和的であると考えるのである⁶⁰⁾。

(日本評論社、2008年) 520頁は、法律行為法上の救済と不法行為法上の救済の関係についてであるが、両法を本来調和的であり、流動的であるとする。そして、不法行為法上の一般的・補充的救済を、特定局面におけるその発展形態である法律行為法上の救済が取り込んでその枠内において利益調整するとの構成を提示する。

57) 藤岡・前掲注(7) 6頁、17頁など参照。

58) 公序は契約規範の外にあるが、不法行為法規範の内実を構成している。

59) 藤岡・前掲(46) 304頁も参照

60) 権利利益の性質ごとの領域適合性ないし親和性につき、直近では、第49回日本医事法学会ワークショップⅡ「社会保険医療における診療契約を考える」の平野裕之「社会保険医療における医療過誤—不法行為法による救済」(2019年11月16日、於：九州大学)から示唆を受けた(医事法研究2号(2020年)21頁以下で論文化。

しかし、裁判例は、新たな権利利益ないし法規範の形成期において、学説の意識するような権利利益ないし法規範の性質に則した法の適用は必ずしも行っていない。むしろ、およそ私法上の法益の形成は、実際には、柔軟性のある不法行為法が担ってきたといえるのである⁶¹⁾。生命・身体が侵害される医療過誤はもとより、取引的不法行為さえも、法の形成期の開拓を担ったのは不法行為法であった。

このことは、不法行為法の基本的性格、そしてそこから分岐する方向性ないし志向の1つとしての領域拡大志向が、この局面においても作用してきた表れであるとも考えられる。不法行為法は、法形成の過程における領域分化においても、権利利益の本来的な属性を超えて、領域拡大志向をもって、他領域を代替するほどの役割を担っているのである。

もっとも、本稿は、法形成機能がこれからも不法行為法に独占され続けると断言するものではない。むしろ近年の、契約重視の傾向や、そこにおける自己決定権の解釈の進開の中で、契約法はこれから、法形成における独自の効用を発揮してゆくのかもしれない。

四 小括

不法行為法の規律する一般第三者同士の関係に上乗せして、何らかの特別な社会的関係——とくに契約関係が成立している場合に、もう一つの、特徴的な領域分化の構造をみいだすことができる。

まず、確認できるのは、不法行為法であれ、契約法であれ、結論としては、ほぼ等しい法的価値判断に辿り着くということである。各法の目的に

ワークショップの内容をまとめたものが年報医事法学35号（2020年刊行予定）に掲載される見込みである）。

61) 内山・前掲注(6)284頁は、契約交渉過程は、古典的な契約締結上の過失の事例（原始的不能）の他は、原則的にもっぱら法律行為法が規律する領域のほずであるが、法律行為法は比較的固定的な性格を有しており、社会の変化に十分に対応できない憾みがあるため、不法行為に基づく損害賠償を通じて契約の効力を否定し、表意者の救済を図ろうとする裁判例が増加し、理論の目覚ましい展開がみられたとの分析を示す。取引的不法行為のこのような現象およびそれに対する分析は、示唆的である。

よって異なるはずの保護の射程において、すくなくとも損害賠償というレベルでは、不法行為法と契約法は異ならない。

しかしながら、不法行為法と契約法は、最終的に辿り着く価値判断は等しくとも、そこに辿り着く過程で、つまり法形成の過程で、その領域的個性に応じた、棲み分けと役割分担を行っている。

現時点の法状況を見る限りでは、柔軟性のある不法行為法が、権利利益の本来的な属性を超えて、法の形成の多くを担い、その成果が契約法に反映されることが繰り返されている。このことは、不法行為法が、法形成の過程における領域分化においても、領域拡大志向をもって、他領域を代替する役割までも担っていることを意味するものである。

第五章 結論と残された課題

本稿では、不法行為法から分化しつつある生成過程の法領域——環境法、消費者法、医事法を対象に、それらが共有する、不法行為法の領域分化の内部構造をあきらかにした。

不法行為法の領域分化の考察の底流をなすものとして、不法行為法それ自体がもつところの、法形成の母体たる基本的な性格と、そこから分岐する2つの法発展の方向性ないし志向——領域拡大志向と領域保持志向がある。この2つの方向性ないし志向の分岐する地点において、以下の2つの異なる「不法行為法の領域分化」現象をみいだすことができる。

第1に、逸脱的な領域分化である。1つに、被侵害利益・損害・リスクの逸脱的性質（未確立・不確実・私人間の支配領域外であること）を指標とする、公法領域への分化である。そしてもう1つは、責任主体の互換性のない特殊な属性（危険源の支配者ほか）に焦点をあてたアプローチから、帰責原理の転換という形態をとった不法行為法内部での分化である。

第2に、併存的・調和的な領域分化である。不法行為法の規律する一般第三者同士の関係に上乗せして、何らかの特別な社会的関係（契約関係）が成立している場合、権利の生成や法の発展の過程において棲み分けや役割分担がみられる。そこにおいて、不法行為法が契約法領域に分化して、

その法形成を担い、その成果がやがて契約法にも反映され、その結果、双方の法領域において同じ法的価値が実現される。このような法の形成と定着のサイクルが調和的に繰り返される。

なお、不法行為法学のみならず、民法学、あるいは法学全般にわたって、法の解釈や立法（あるいは個別の訴訟提起にも）に、経済学的思考や政策目的を取り入れる動きが存在している。このような動きは、完全に排除することが難しいまでに、法学の世界に入り込んでいる一方で、いまだ実定法学との関係性があきらかでない。本稿は、現段階では研究の本体に取り入れることはしなかったが、今後の展開を見守りたい。

【研究会等から収集した情報・資料・示唆について】

本稿は、研究手法の性質上、文献資料のほか、研究会等から収集した情報ないし資料を多く活用している。これらについては、日付・報告者・報告演題などの基本情報を参照表示した。各会や各報告・討論の位置づけは、筆者の当日メモに基づく、筆者なりの受け止め方によるものであることをお断りしておく。

【付記】

本稿は、医師と患者の法的関係に関する筆者の研究において、かかる関係の「起点を問う問題」と位置づけながら（村山淳子『医療契約論——その典型的なるもの』（日本評論社、2015年）はしがき iii 注（3）参照）、その解答を留保してきた問題を解決へと導く工程の第1段階にあたる。本稿は、次の段階として、法形成や法発展において共通性のある法領域との比較相対化を通じて、医師と患者の法的関係の発展のあり方の内部構造を、相対的・全法的観点から明らかにしようとする研究段階に向かうものである。これまで医療過誤の形式的な法律構成の論争に隠され、いや託されてきた医師患者関係の領域親和性と法発展の動態的構造は、そこにおいてこそみいだされるだろう。

【謝辞】

本稿は、医療契約に関するJSPS科研費(基盤研究(C))JP22530100「医療契約論——その典型的なるもの」、JSPS科研費(基盤研究(C))JP26380156「医療契約の成文化(法典化)」、およびJSPS科研費(基盤研究(C))JP17K03519「現代医療とライフ・スタイル」の研究成果の一部である。

それとともに本稿は、JSPS科研費(基盤研究(B))26285023「不法行為法の領域分化と制度論的・立法論的研究」〔代表・瀬川信久〕およびJSPS科研費17H02472「社会関係・リスクの複合化と不法行為法の再構築」〔代表・瀬川信久〕の研究協力者としての活動(理論・総括班、取引班、環境班、生命・医療班のうち、生命・医療班の研究協力者)から着想の契機を獲得し、21世紀不法行為法研究会〔主幹:新美育文〕との比較対照の中で、構想の骨格を形成してゆき、完成に至ったものである。