

不法行為法の基礎理論にかかる 内在的理解と共同体の構築

——「社会」による法再構築へ向けた比較法的研究——

大 西 邦 弘

- I はじめに
- II 従来のわが国における議論——矯正的正義の紹介と多元主義
- III 比較法による不法行為法基礎理論の対立——矯正的正義と道具主義
- IV 不法行為法の内在的理解——Tilley の議論
- V 考察
- VI おわりに

I は じ め に

不法行為法は、矯正的正義や経済学といった外部から理解されるべきではなく、むしろ、共同体という——わが国では「社会」あるいは「社会通念」——内在的理解による新たな意義づけがなされるべきではないか。これが本稿の取り組むべき課題であり、比較法によりつつ検討するものである。

このような課題を設定するにあたっては、以下のような不法行為法をめぐる問題意識がある。すなわち、不法行為法の基礎理論としては、矯正的正義や法と経済理論がわが国にも華々しく紹介されてきたが、それらの紹介から早くも数十年が経過しているところ、その後の比較法的状況は必ずしも丁寧にフォローされ、十分に研究されているとはいえない。

では、英米を中心とする外国法では現在どのような議論が展開されており、そこからどのような示唆を読み解くことができるのであろうか。

というのも、英米を中心とする比較法的な不法行為法の基礎理論は、外的な圧力にさらされてきたといえる。すなわち、矯正的正義といった道徳や、効率という概念を核とする経済学といった、法ではない領域からの圧力である。

しかし、いま一度ここで不法行為法の内面的価値を再評価すべきではなかろうか。つまり、不法行為法によって規範が示されることによって、社会が形成、結合されるという不法行為法の内面的価値である。

以下では、最初にこのような問題意識を有するようになった背景となる現在の議論状況を確認し（Ⅱ）、外国法、主に英米における不法行為法の基礎にかかる議論状況を検討した後（Ⅲ）、最近現れたこの問題に関する極めて興味深い論考を紹介することにする（Ⅳ）。このような比較法的検討によって、わが国についてどのようなインプリケーションがあるのかを考察することにしたい（Ⅴ）。

Ⅱ 従来のわが国における議論——矯正的正義の紹介と多元主義

1 従来の議論状況の確認

不法行為法の基礎理論を論ずるにあたっては、まずはその射程を確定しておく必要がある。すなわち、従来の議論では、わが国における不法行為法の「目的・機能」として、権利・法益の事後的保護、損害の填補そして違法行為の制裁・抑止が論じられてきた⁽¹⁾。しかし、本稿において扱おうとするのは不法行為法の「基礎理論」であって、以下ではこのことについて従来どこまで論じられてきたのかを、確認しておくことにしたい。

(1) 窪田充見編著『新注民法(15)債権(8)』（有斐閣、2017年）261頁 [橋本佳幸]。

わが国における不法行為法の基礎理論をめぐる学説としては、法と経済学を紹介する学説が注目され、矯正的正義を分析する見解が華々しく登場し、最近では、多元主義を唱える立場が現れているといった状況にある。順に確認していくことにしよう。

不法行為法の基礎理論——とりわけアメリカ法における——が注目されたのは、法と経済学の登場であった。法と経済学を紹介する論稿は多い⁽²⁾が、概ねその知的洗練さに敬意を表するものの、全面的に賛成するには躊躇するといった論調であった⁽³⁾。

そのような状況の中、現在のわが国において不法行為法の基礎理論を振り返る転換点として異論がないと思われるのが、浅野由紀教授による矯正的正義の議論の検討である⁽⁴⁾。

他方で、不法行為法の基礎理論を矯正的正義や法と経済ではなく、厚生という観点から検討する極めて貴重な論考も存在する⁽⁵⁾。

最近では、英米法における議論の推移を反映して、不法行為法の基礎理論を矯正的正義か、法と経済（効率）かと二項対立に捉えるのではなく、多元主義的にとらえるべきとする立場が紹介されるに到っている⁽⁶⁾。

(2) たとえば、尾島茂樹「わが国における『法と経済学』研究と不法行為」淡路剛久＝伊藤高義＝宇佐見大司編『不法行為法の現代的課題と展開』（日本評論社、1995年）47頁。

(3) 新美育文「不法行為基礎理論の素描——「法と経済学」理論」淡路剛久＝伊藤高義＝宇佐見大司編『不法行為法の現代的課題と展開』（日本評論社、1995年）27頁。

(4) 浅野由紀「不法行為法と矯正的正義——J. コールマンと E. ワインリブの理論を手がかりに（1）（2・完）」論叢136巻1号（1994年）32頁、137巻4号（1995年）42頁、同『法と社会的権力』（岩波書店、2002年）250頁。

(5) 山本顕治「現代不法行為法学における『厚生』対『権利』：不法行為法の目的論のために」民商133巻6号（2006年）875頁。

2 不法行為法の基礎——権利論・抑止との関係

留意すべき点として、わが国で不法行為法の基礎が論じられる場合、権利論との関係で論じられることが多いことがある。⁽⁷⁾ここでは、不法行為法の基礎理論にかかる議論に関する限りで、従来の不法行為法の目的・機能について触れることもあることをお断りしておきたい。

近時のわが国における不法行為法の基本的な理論としては、二つの潮流を指摘することができる。一つは、権利論あるいはその機能との関係に焦点を当てるか、⁽⁸⁾あるいは、不法行為法における保護法益と義務の拡大という観点から論じる潮流である。⁽⁹⁾

このような潮流の中では、最近の不法行為法をめぐって主に法改正との関係で権利に着目するものもあるが、⁽¹⁰⁾不法行為法の基礎理論については必

(6) 畑中久彌「不法行為基礎理論の研究」明治大学大学院法学研究論集11号(1999年)135頁,同「アングロ・アメリカ諸国における多元主義的な不法行為理論(1)~(3・完)」福岡大学法学論叢51巻3・4号(2007年)309頁,52巻1号253頁,53巻1・2号(2008年)39頁。

(7) 山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割——取締法規論の再検討(1)(2・完)」ジュリ1087号(1996年)123頁,1088号98頁を嚆矢とする山本敬三教授による一連の論考参照。その他,藤岡康宏「日本型権利論の法実現と民法理論——不法行為の基礎理論」同編『民法理論と企業法制(早稲田大学21世紀COE叢書 企業社会の変容と法創造3)』(日本評論社,2009年)5頁参照。

(8) 瀬川信久「不法行為法の機能・目的をめぐる近時の議論について」大塚直=大村敦志=野澤正充編『社会の発展と権利の創造——民法・環境法学の最前線』(有斐閣,2012年)349頁。

(9) 瀬川信久「不法行為法の将来——保護法益と義務の拡大」瀬川信久=能見善久=佐藤岩昭=森田修『民事責任法のフロンティア』(有斐閣,2019年)87頁。

(10) 潮見佳男「責任主体への帰責の正当化」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題』(商事法務,2015年)7頁。これに基づく私法学会においては,社会的厚生について若干の言及がなされている(シンポジ

ずしも注目が集まっているとはいいい難い状況である。このような議論状況において、最近の学説が着目する「権利」の背後にあるものとはなにかにも、より検討がなされるべきではなからうか。

もう一つは、不法行為法の抑止機能との関係で論じる潮流である。不法行為法の基礎理論と密接に関連する議論として不法行為法の機能があるが、これについては、従来、①損害の填補、②抑止、③制裁が挙げられ、わが国における不法行為法の機能とは、①損害の填補であるとされてきたところ、この点について、不法行為法の機能を抑止と捉える見解が有力に主張されるようになって⁽¹¹⁾いる。しかしながら、判例は、いまだ損害の填補と解する立場を示して⁽¹²⁾いる。

では、不法行為法の基礎理論に関連して、判例はどのような特徴を有しているのであろうか。

3 判例の動向——「社会」の重視

わが国の判例において、不法行為法の基礎理論について積極的に言及がなされることはほとんどなされていない。

この点について、わが国を代表する不法行為法研究者によって編集がなされた、窪田充見＝森田宏樹『民法判例百選Ⅱ』（有斐閣、第8版、2018年）の不法行為にかかる判例に焦点を絞って簡単に検討してみよう。

その中でも重要な手がかりとなるのは、不法行為の判例の冒頭を飾る大

ウム「不法行為法の立法的課題」私法78号 [2016年] 16頁)。

(11) 小塚莊一郎＝森田果「不法行為法の目的——『損害填補』は主要な制度目的か」NBL874号(2008年)10頁。なお、同稿では制裁(矯正的正義)との説明が見られるが(小塚＝森田・前掲20頁)、従来の一般的な不法行為法の議論では、矯正的正義は損害の填補を基本とした不法行為法を説明する原理とされてきたように思われる。

(12) 最判平成9年7月11日民集51巻6号2573頁(いわゆる萬世工業事件)。

判大正5年12月22日民録22輯2474頁（いわゆる大阪アルカリ事件）である。大阪アルカリ事件では何度も「社会」に言及がなされている。判決文の中でも注目されているのは「相当ナル設備」の判示であるが、この「相当ナル設備」の有無も社会的な観点から判断されるのではなかろうか。

最近では、最判平成28年3月1日民集70巻3号681頁（いわゆるJR東海事件）が「法定の監督義務者に準ずべき者に当たるか否かは、その者自身の生活状況や心身の状況などとともに、精神障害者との親族関係の有無・濃淡、同居の有無その他の日常的な接触の程度、精神障害者の財産管理への関与の状況などその者と精神障害者との関わりの実情、精神障害者の心身の状況や日常生活における問題行動の有無・内容、これらに対応して行われている監護や介護の実態など諸般の事情を総合考慮して、その者が精神障害者を現に監督しているかあるいは監督することが可能かつ容易であるなど衡平の見地からその者に対し精神障害者の行為に係る責任を問うのが相当といえる客観的状況が認められるか否かという観点から判断すべき」と判示しているところ、これらも、社会的な観点からの総合評価をいう趣旨と解することができる。

最も注目されるのは、名誉毀損にかかる最判平成9年9月9日民集51巻8号3804頁と最判平成9年5月27日民集51巻5号2024頁であって、繰り返し「社会」に言及がなされている。このような状況は、名誉毀損だけでなく不法行為一般についても「社会」が重要な意義を有する可能性を示している。

さらに、最判平成7年6月9日民集49巻6号1499頁（いわゆる姫路日赤未熟児網膜症事件）は、「新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準である

6(1084) 法と政治 70巻4号 (2020年2月)

というべきである」と判示しており、「社会」は用いられていないものの、実質的には社会の規範意識を重視したものと解することができるのではなかろうか。

また、所有権に基づく請求ではあるが、民法で最も著名な判決の一つといえる大審院昭和10年10月5日民集14巻1965頁（いわゆる宇奈月温泉事件）では「社会観念上所有権の目的に違背シ」「(宇奈月温泉) 地方一帯ノ衰滅ヲ招来スヘク」として、「社会観念」が判断の基準となり、「(宇奈月温泉) 地方一帯」としての利益も考慮されて判断されていることに、より注目がなされるべきである。

このように、従来から継続して民法における重要判例はいずれも「社会」を重視する判断を示している。このことは、比較法の見地に照らすと、どのような意義を有しているのであろうか。

4 比較法への導入

このようなわが国の法状況の中、では、現在の比較法的——とりわけ英米の——不法行為法の基礎理論はどのような状況にあるのであろうか。

わが国における不法行為法の基礎理論としては、法と経済学や矯正的正義を紹介する見解の後、多元論を検討する論稿も現れているが、比較法的には、不法行為法の基礎理論について華々しい深化が見られる。その主な論者はイングランド法やアメリカ法の論者であるが⁽¹³⁾、オーストラリアやカナダといった様々な国の不法行為法研究者が入り混じって議論を展開しており、本稿はそれらを参照して検討を行うものとする。

まずは現在の一般的な議論状況を確認していくことにしよう。

(13) アメリカ不法行為法の一般的な状況については、樋口範雄『アメリカ不法行為法』(弘文堂、第2版、2014年)参照。

Ⅲ 比較法による不法行為法基礎理論の対立——矯正的正義と 道具主義

1 序

不法行為法の基礎理論を比較法的に検討するにあたっては、まずは、イングランド不法行為法の代表的なテキストと、⁽¹⁴⁾ イングランド不法行為法の泰斗である P.Cane 教授らによるオーストラリア不法行為法のテキストを⁽¹⁵⁾ 参照しつつ、⁽¹⁶⁾ 現在の不法行為法の基礎理論の状況について確認しておく⁽¹⁷⁾ ことにしよう。

2 不法行為法の基礎理論の端緒

出発点として、不法行為法の存在理由としては、もともと国家内において内乱をさけるためであることが指摘されている。⁽¹⁸⁾

また、不法行為法とは、裁判所に提示された目の前にある紛争を解決するためのものであって、そもそも不法行為法の「理論」など意識されていなかったとも指摘されている。⁽¹⁹⁾

(14) Witting, C., *Street on Torts*, 15th ed., 2018, Oxford (以下「Street on Torts2018」と略記する)

(15) Witting, C., *Street on Torts*, 14th ed., 2015, at preface.

(16) Baker, K., Cane, P., Lunney, M., and Trindade, F., *The Law of Torts in Australia*, 5th ed., 2012, Oxford. 以下「Torts in Australia2012」と略記する。

(17) その他、不法行為法の基礎理論については、John Oberdiek ed., *Philosophical foundations of the law of torts* (2014) が重要である。

(18) *Street on tort2018*, at 4. *see*, Goldberg and Zipursky, *Civil Recourse Defended*, 88 *Ind. L.J.* 569 (2013), at 572. ここでは、国家は自救行為を禁止した代償として、代替措置——すなわち不法行為に基づく損害賠償請求権——を講ずる法的義務を負うことが述べられている。

(19) *Torts in Australia2012*, at 20.

さらには、不法行為法には規範形成機能があることも指摘されている⁽²⁰⁾。これは、私人のイニシアティブによって行われるため、費用対効果が高いともいえる。この意味で、不法行為法の基礎理論にかかる道具主義アプローチとも親和性を有するといえよう⁽²¹⁾。

不法行為法の基礎理論をめぐる議論はこのような特性を有しているが、その端緒としては、1960年代に法と経済学が登場したことによって開始された⁽²²⁾。

3 矯正的正義（道徳による理論）

では、今日における不法行為法の基礎理論として、どのような立場が唱えられているのであろうか。ここでは、現在の不法行為法の基礎理論の2つの立場のうち、先に矯正的正義（あるいは道徳理論）を紹介することにするが、そもそも矯正的正義の議論（とりわけ、Weinrib の議論）は、法と経済学の理論に対する応接として説得力を有したために、インパクトがあったという側面を忘れることはできない⁽²³⁾⁽²⁴⁾。

ここで付言しておく、矯正的正義の理論は、加害者の帰責性を要件としない厳格責任の領域を説明しにくいものであることは Weinrib 自身も認めており⁽²⁵⁾、すべての不法行為の領域を完全に説明するには至っていない。同様に、いわゆる純粋経済損害の領域においても矯正的正義の理論は弱点を有するとも指摘されている⁽²⁶⁾。

(20) Street on tort2018, at 4.

(21) Street on tort2018, at 4.

(22) Torts in Australia2012, at 21.

(23) Torts in Australia2012, at 22.

(24) Tilley2017, at 1330.

(25) see, Street on torts2018, at 14.

(26) Street on torts2018, at 15.

4 道具主義（法と経済学による効率を核とした理論）

法と経済学についてはすでにわが国においても広く紹介されているため、あえてここで繰り返すことは避けるが、その主な弱点としては正義の観点
を十分に考慮にいれておらず、このことを法と経済学の主張者も認めてい
る点を確認しておきたい。⁽²⁷⁾

ただし、企業責任（enterprise liability）の領域においては、法と経済学
の説明は強い説得力を有すると評価されている。⁽²⁸⁾

このように、英米における不法行為法の基礎理論は、法と経済学のように、
法を効率を実現するための道具とする道具主義（instrumentalist）⁽²⁹⁾と、
——他に適切な表現が見出しがたいため——道徳を不法行為法の基礎と
する二つの立場が対立している状況であると評価されている。⁽³⁰⁾

5 多元主義（あるいは新たな批判理論）

以上の通り、不法行為法の基礎理論の領域においては、主に矯正的正義
の議論と道具主義の立場に分かれているが、今日においては、新たな批判
理論が登場したり、いわゆる多元主義という立場が主張されたりするよう
になっている。

この点について、不法行為法の基礎理論として、現時点においては多元
主義（pluralism）⁽³¹⁾が最も現在の不法行為の法状況を説明する妥当な理論と

(27) Street on torts2018, at 17.

(28) Street on torts2018, at 17.

(29) 現在、この議論をめぐる一般的な用語法であると思われる。浅野・前掲注(4)論叢136巻1号39頁で述べられるところと異なる。

(30) Gregory C. Keating, 'Strict Liability Wrongs', John Oberdiek ed., *Philosophical foundations of the law of torts* (2014) 292.

(31) Street on torts2018, at 13. は、現在の法状況を最もよく説明するのが、最も妥当な理論であるという。

されているように思われる。⁽³²⁾ 多元主義の主唱者の一人として Gary Schwartz を掲げることができるが、⁽³³⁾ 最近ではこのような立場に賛同する見解が増えているとのことである。⁽³⁴⁾

他方で、以上とは全く別の観点からの批判理論も登場している。⁽³⁵⁾ たとえば、ジェンダーと法の理論などである。

不法行為法にかかる基礎理論をめぐる法状況については、このように英米法においても混迷が続いているところ、不法行為法の基礎理論に華々しく登場し、新たな価値を掲げる見解が現れるに到っている。それが、Tilley 准教授による「不法行為法を内側から理解する」という立場である。⁽³⁶⁾

以下、それでは、項を改めて Tilley 准教授の議論を紹介することにしよう。

IV 不法行為法の内在的理解——Tilley の議論

1 序——不法行為法による共同体の構築

本稿が注目する不法行為法の基礎理論に画期的な価値をもたらす論稿は、アイオワ大学の、Cristina Carmody Tilley 准教授によって著され、イェール・ロー・ジャーナル (Yale Law Journal) に掲載されている。⁽³⁷⁾ ここでは、Tilley 准教授の議論を順に追っていくことにするが、論述の内容が、記述

(32) Street on torts2018, at 21.

(33) Schwarts, 'Mixed Theories of Tort Law' (1997) 75 Texas LR 1801, at 1801.

(34) たとえば、A Robertson, 'Rights, Pluralism and the Duty of Care' in D Nolan and A Robertson (eds), Rights and Private Law (2012), ch 15.

(35) Torts in Australia2012, at 23-4.

(36) Street on torts2018, at 21 でも発展研究のための文献として紹介されている。

(37) Tilley, 'Tort Law Inside Out' (2017) 126 Yale L.J. 1320. 本稿では「Tilley2017」と略記する。

的なもの (descriptive) と規範的なもの (prescriptive) に分けられていることに注意すべきである。すなわち、不法行為法が共同体を構築するものであるという点については客観的に法状況を観察した結果による記述であり、不法行為法が共同体を媒介する機能を有すべきという点等については規範的な評価であるということに留意していくことにしたい。

Tilley 准教授は不法行為法の基礎理論について、次のように主張している。というのも、議論の前提として、不法行為法は道徳や効率性といった外部から影響を受け続けているが、彼女は、最近の有力な理論主義者 (New Doctrinalists) の議論を参照して、次のような前提を議論の出発点にしている。すなわち、道徳や経済といった他の領域の知見が判決に影響を及ぼすのは、それが直接に法的概念と関係する場合に限られるという主張である。⁽³⁸⁾ ここでいう法的概念とはつまり、理論 (doctrine) のことである。⁽³⁹⁾ 不法行為法の理論を詳細に分析すると極めて興味深いことが判明するという。それは、不法行為法は道具主義者が主張してきたように効率性や道徳と主に関係するのではなく、「共同体 (community)」に関わるものであるという結論である。⁽⁴⁰⁾

ここで、彼女は、不法行為法の目的は、共同体を構築することであると主張している。⁽⁴¹⁾ このことを根拠づけるのは、不法行為法第2次リステイトメントのテキストマイニング (text mining) やアメリカにおける不法行為法の歴史的発展などである。

不法行為法の規範は具体的な紛争において明確に義務を規定することはせず、それらを共同体の価値に委ねることが多い。⁽⁴²⁾ つまり、規範が不法行

(38) Tilley2017, at 1324.

(39) Tilley2017, at 1324.

(40) Tilley2017, at 1324.

(41) Tilley2017, at 1324.

為法によって明示されることによって、共同体が構築されることになる。⁽⁴³⁾
ここでいう共同体は、開かれた共同体（open community）と閉じた共同体（closed community）に区別される。

また、客観的な観察結果として、従来の不法行為法の基礎理論として主張されてきた道徳（矯正的正義）と効率（法と経済学）について、閉じた共同体においては不法行為法は道徳によって共同体を構築するものであって、開かれた全国的な共同体においては、不法行為法は効率を促進するものであって、道徳と効率は相互補完的に両立し得るものであるとする。むしろ、これらは不法行為法の共同体構築という目的をより明確にする性質があると主張している。

さらに、規範的主張として、不法行為法は、道徳と効率性を調整するための留め木（toggle）となるべきであると主張している。このように、不法行為法は固有の道徳と国家による効率性の留め木となる。これによって、不法行為法による統一性が促進され、憲法や他の連邦法等との関係も明確になると主張している。

以下、順に詳しく検討していこう。

2 Tilley の議論——第 1 章：不法行為責任の正当化

Tilley 准教授の論考の第 1 章 A では、アメリカにおける不法行為法の基礎理論の概要が明らかにされている。まず、アメリカ不法行為理論においては、その基礎はいわゆる「矯正的正義」とされてきたが、その後これに重大な疑義が呈せられるようになった。

現在の不法行為理論では、法と経済学派と、——適切な術語はないが、

(42) Tilley 2017, at 1324. わが国では、これがいわゆる「社会」に相当すると思われる。

(43) Tilley 2017, at 1324.

あえていうなら——道徳理論に分かれているという状況である。⁽⁴⁴⁾

ところが、周知の通り法と経済学の考え方が台頭するようになった。

しかし、1990年代に入り、Weinrib 教授らによる揺り戻しがなされている。Weinrib によれば、(不法行為法を含む)私法は道徳の実践であると主張している。⁽⁴⁵⁾

第一章Bでは、これまでの不法行為理論の「外部性」が明らかにされている。不法行為理論の外部性とは、とりわけ道徳理論において、不法行為法の基礎を道徳という不法行為法の外部に求めるものである。また、第一章Cでは、外部理論による不法行為法の説明では十分でないことが指摘されている。

そして彼女は、不法行為法の基礎理論は、ネグリジェンスの不法行為だけでなく、故意不法行為や厳格責任をも説明するものでなければならないとしている。⁽⁴⁶⁾

第1章Dにおいて、そこで、Tilley 准教授は、新たな理論重視派から示唆を得て、不法行為法内部にその理論的基礎を見出そうとする。そのアプローチとしては、従来のアメリカ不法行為法において共同体という言葉が用いられてきた重要判例の分析と、不法行為法第2次リステイトメントについて、「共同体 (community)」という語をカウントするという方法である。⁽⁴⁸⁾ というのも、法理論は伝統的に「法的見解を表明する言葉に見出される」と考えられてきたからである。⁽⁴⁹⁾

(44) Tilley2017, at 1327.

(45) Ernest Weinrib, *The Special Morality of Tort Law*, 34 Mcgill L.J. 403, 410 (1989).

(46) Tilley2017, at 1335.

(47) Tilley2017, at 1337.

(48) Tilley2017, at 1337.

(49) Emerson H. and Frank B. Cross, *What Is Legal Doctrine?* 100 NW. U. L.

このように、「共同体」という言葉を不法行為法第2次リステイトメントについてカウントする方法による分析は、必ずしも十分なものではないかもしれないことは、Tilley 准教授自ら認めている。⁽⁵⁰⁾ 不法行為法第2次リステイトメントを検討対象とした理由は、不法行為法リステイトメントについてすでに第3次リステイトメントがいくつか公表されているものの、いまだ不法行為法的全領域を包括的に扱っておらず、第2次リステイトメントに代わる素材はないからである。⁽⁵¹⁾

Tilley 准教授は、このような分析を行うことによって、不法行為法の基礎として十分な価値を有すると主張している。⁽⁵²⁾ その理由は、繰り返しになるが、法理論は伝統的に「法の見解を表明する言葉に見出される」と考えられてきたからである。⁽⁵³⁾

では、このような分析の結果はどのようなものであったであろうか。アメリカ法律協会による不法行為法第2次リステイトメントのテキストマイニングの結果、共同体に言及するものが47箇所と、「道徳」や「正義」、「効用」や「効率性」と比較して最も多く見られたとのことである。⁽⁵⁴⁾ そして、不法行為法第2次リステイトメントにおいて「共同体」が用いられる不法行為の領域は、ネグリジェンスの不法行為だけでなく、故意による不法行為と厳格責任のほぼすべての領域において最も多く用いられていたとのことである。⁽⁵⁵⁾ つまり、不法行為法第2次リステイトメントのテキストマ

REV. 517, 518 (2006).

(50) Tilley2017, at 1341.

(51) Tilley2017, at 1339.

(52) Tilley2017, at 1341.

(53) Emerson H. Tiller and Frank B. Cross, *What Is Legal Doctrine?*, 100 NW. U. L. Rev. 517, 518 (2006).

(54) Tilley2017, at 1341.

(55) Tilley2017, at 1342.

イニングによると、意識してか無意識のものかはさておき、不法行為法第2次リステイトメントは、「共同体」を不法行為法の基礎とみなしていることが判明する。⁽⁵⁶⁾これは、契約法や財産法の領域と比較しても「共同体」が用いられる頻度は多く、不法行為法における共同体の重要性を裏打ちするものといえる。⁽⁵⁷⁾

このように、私法において、不法行為法上の義務は「すべての人の、すべての人に対する義務」であって、これが不法行為法の特徴となる。⁽⁵⁸⁾したがって、不法行為法において「共同体」を参照することは、単に言葉の数が多く存在しているということだけではなく、不法行為法のシステムとしての目的に資するということができる。⁽⁵⁹⁾

たとえば、故意による不法行為の一つである私的ニューサンス (private nuisance) の成否は「共同体全体の利益を考慮して」判断され、共同体が重視されている。⁽⁶⁰⁾

3 Tilley の議論——第2章：「共同体」の内容

第2章では、不法行為法理論の基礎となる「共同体」の内容が検討されており、第2章、あるいは Tilley の議論における「共同体」とは、政治的な意味での共同体ではなく、社会的な意味での共同体であることが明らか

(56) Tilley2017, at 1342.

(57) Tilley2017, at 1342.

(58) Tilley2017, at 1343.

(59) Tilley2017, at 1343.

(60) Tilley2017, at 1344. わが国との対比では、大審院昭和10年10月5日民集14巻1965頁（いわゆる宇奈月温泉事件）が「社会観念上所有権の目的に違背シ」「(宇奈月温泉) 地方一帯ノ衰滅ヲ招来スヘク」と判示して、「社会観念」が判断の基準となり、宇奈月温泉全体としての利益も考慮されて判断されていることに注目されるべきである。

かに⁽⁶¹⁾されている。すなわち、第2章で扱う「共同体」の意義として、公法上の共同体とは、ジョン・ロックが示したような政治的組織を意味するの⁽⁶²⁾に対し、私法である不法行為法における共同体とは公法上の共同体とは異な⁽⁶³⁾った、社会的な組織であることが明らかにされている。

Tilley によると、私的な争訟によって共同体に規範的な含意を示すことができるのであれば、それは、道徳的、経済的、技術的変化にかかる秩序維持に国家の複雑な機構を用いるよりも、機敏に対処することが可能とな⁽⁶⁴⁾る。このことは、名誉毀損訴訟においてより明確に現れることがすでに指摘⁽⁶⁵⁾されていた。なぜなら、名誉毀損による不法行為で保護される権利は尊厳にかかる権利 (right to dignity) であるところ、尊厳とは第三者の評価にかなり関係するし、その第三者の評価を形成するのが共同体の他者の行為⁽⁶⁶⁾にかかる寛容さであるからである。

そして、社会的共同体においても、「閉じた共同体」と「開かれた共同体」が区別されることが明らかにされている。そのうえで、閉じた共同体と開かれた共同体は両立可能であるという。なぜなら、前者が後者の部分集合となる形⁽⁶⁷⁾で共存し得るからである。

さらに第2章では、不法行為法は異なる社会の留め木 (toggle) となる⁽⁶⁸⁾ことが、主張されている。社会的共同体とは、複数の共同体が様々な階層

(61) Tilley2017, at 1346.

(62) Tilley2017, at 1348.

(63) この辺りは、わが国における星野教授の議論を想起させるものがある。星野英一『民法のすすめ』(岩波新書, 1998年) 9頁参照。

(64) Tilley2017, at 1355.

(65) Robert C. Post, *The Social Foundation of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, 74 Calif. L. Rev. 691, 713. (1986).

(66) Tilley2017, at 1355.

(67) Tilley2017, at 1358.

(68) Tilley2017, at 1359.

で共存しているからである。これは、特にアメリカ合衆国で重要な指摘となろうが、同様にわが国でも参照に値すると思われる。

4 Tilley の議論——第3章：社会的共同体の理論的重要性

第3章では、記述的な事柄として (descriptive matter)、不法行為法が共同体規範の構築に裨益してきたことが明らかにされている。⁽⁶⁹⁾

この章の冒頭では、不法行為法は共同体が新たな問題に対する合意点を調査し、評決の形でそれらの見解を結晶化するメカニズムであることが指摘されている。⁽⁷⁰⁾ さらに第3章では、アメリカ合衆国における不法行為訴訟を歴史的にたどりつつ、社会的共同体の理論的な重要性について検討を重ねている。⁽⁷¹⁾

このような検討によって、第3章では、不法行為法理論は様々な階層によって形成されているアメリカの共同体における規範を媒介し、結合・連結する機能を有していることが主張されている。⁽⁷²⁾ 以下、判例法における共同体、不法行為法第2次リステイトメントによる共同体等に分けて検討されている。

(A) 判例法における共同体　アメリカにおける不法行為の訴訟原因に基づいて、この部分では、故意による不法行為、厳格責任、ネグリジェンスに分けてそれぞれ歴史的に考察されている。

第1に、故意の不法行為について、オレゴン州において1968年から1984年の間に、地域において非常に信頼されていた教師から、他の生徒の前で「小用の手助けをする」との名目で性器に触れられたことについて損害賠

(69) Tilley2017, at 1325.

(70) Tilley2017, at 1364.

(71) Tilley2017, at 1364.

(72) Tilley2017, at 1365.

償が請求されたという事案が紹介されている。⁽⁷³⁾ 成人したかつての生徒である原告らは、被告である教師に対して暴行 (battery) を訴訟原因として損害賠償を求めた。裁判所は「不法行為を構成するか社会的に許容された接触かを分ける基準」を設定するのは困難で、不法行為を構成するかどうかは共同体の価値の機能の一部によると判示した。そのうえで、今日の観点からすると被告の行為は性的虐待の性質を有するが、当時はそのような意識はなかったと認定した。結論として、裁判所は、原告らは当該行為につき不法行為を構成するという客観的な根拠は近年に到るまで示すことはできなかったとして、請求を棄却した原審を取消して差戻している。⁽⁷⁴⁾⁽⁷⁵⁾

第2に、厳格責任の領域において、共同体が「閉じた共同体」および「開かれた共同体」双方において重要な意義を有することが1994年の事案において明らかにされている。すなわち、高速道路沿いの排水溝のそばに設置された郵便受けのために視界が妨げられ対向車と正面衝突して負傷した自動二輪の運転手が、郵便受けを設置した土地所有者に対して損害賠償を請求した事案につき、所有者は厳格責任を負うかが争われた事案がある。⁽⁷⁶⁾ この事案につき、控訴裁判所は、本件の事故現場はかなりの田舎であるところ、カーブに隣接する排水溝のそばに郵便受けを設置することが認められている現地の共同体 (local community) の規範に鑑みれば、原告の請求を棄却した原審は是認し得ると判示している。

第3に、ネグリジェンスの不法行為につき、ネグリジェンスの有無についても閉じた共同体と開かれた共同体が重要な意義を有する二つの異なる裁判例が取り上げられている。

(73) *Doe v. Lake Oswego Sch. Dist.*, 297 P.3d 1287, 1290 (Or 2013).

(74) *Id.* at 1297.

(75) *see*, Tilley 2017, at 1373.

(76) *Olivier v. Boudreaux*, 649 So. 2d 629, 629-30 (La. Ct. App. 1994).

一方で、ルイジアナ州バトンルーージュ近郊のスコットランドビル (Scotlandville) において高速道路の路肩を歩いていた歩行者が時速約45マイルで走行していた大型トレーラーに轢過され負傷したという事案がある。⁽⁷⁷⁾ 裁判所は、スコットランドビルは人口密度が高く、度々高速道路上の路肩を歩く歩行者がいるということは広く知られていたから、トラックの運転手は路肩の歩行者を巻き込まないように注意する義務を負うと判示した。

他方で、同年の同様の事案で、全国的な注意義務の基準を用いた判例も見られる。すなわち、メリーランド州ボルチモア (Baltimore) の住民が、長年利用されてきた線路上の通り道を通っていたところ、列車に轢過されたという事案である。⁽⁷⁸⁾ この事案では、列車の運転手は全米を運行するのであるから、異なった地域の慣習を考慮に入れることはできず、効率性 (efficiency) の観点から、⁽⁷⁹⁾ 全米的な基準を用いるべきであると裁判所は判示した。⁽⁸⁰⁾

これら事案において、裁判所は明示的に「開かれた共同体」「閉じた共同体」との言葉を用いてはいないが、この「開かれた共同体」と「閉じた共同体」の選択が、双方の事案の責任の有無についての方向を決するものとなる⁽⁸¹⁾と指摘されている。

(B) 不法行為法第2次リステイトメントにおける共同体 第一章では第二次リステイトメントのテキストマイニングを行い共同体の重要性につき指摘がなされていたが、ここでは、さらに詳細に共同体がリステイトメントの規範的基礎としていかに重要な役割を果たしているかについて分析

(77) *Cooper v. Kennard*, 192 So. 534, 534 (La. Ct. App. 1939).

(78) *Jackson v. Pennsylvania R. Co.*, 3 A.2d 719, 176 Md. 1, 1939.

(79) *see*, Tilley2017, at 1375.

(80) *Jackson v. Pennsylvania R. Co.*, 3 A.2d 719, 176 Md. 1, 1939.

(81) Tilley2017, at 1376.

がなされている。⁽⁸²⁾

例えば、不法行為法においては、「合理的」や「過度に危険な」など、代数 (placeholder) を許容する概念が用いられるが⁽⁸³⁾、これらの代数によつて、起草者がその文言を解釈する権限を委譲し、そのことによつて損失を回避する「つなぎ (hedge)」となつたと説かれている。⁽⁸⁴⁾⁽⁸⁵⁾

「共同体」もこのようなつなぎとなる代数の一つであり、具体的な内容については解釈によつて明らかにされることになる。⁽⁸⁶⁾

ここでも、アメリカの不法行為法第2次リステイトメントにおいて、共同体が重要な役割を果たしていることが明らかにされている。このことはとりわけネグリジェンスの有無につき重要な意義を有しており、二つの事案が示されている。

一つは、相手が運転中であることを知り、かつ運転中にメッセージを読むことを知りながらメールを送った送信者につき、ネグリジェンスの不法行為が成立する可能性を認めた判例がある。⁽⁸⁷⁾これは、現代のアメリカにおける共同体において、携帯電話が運転を妨げるという共通の認識を基礎としている。⁽⁸⁸⁾

もう一つの事案は、公道上に置かれていた椅子に衝突した場合、運転者

(82) Tilley2017, at 1376.

(83) 「placeholder」とは、「式の中の文字のうち、定められた集合の要素の名前を代入しうるもの」であつて（竹林滋編集代表『新英和大辞典』[研究社、第6版、2002年] 電子版）、「プレースホルダー」としか訳し得ない概念であるが、本稿ではあえて「代数」を用いた（代数は「algebra」である）。

(84) わが国の観点からは、規範的概念と位置づけられよう。

(85) Tilley2017, at 1376.

(86) Tilley2017, at 1376.

(87) *Kubert v. Best*, 75 A. 3d 1214, 1229 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2013).

(88) Tilley2017, at 1377.

にネグリジェンスを認定することができるかというものである。ネグリジェンスの有無の判断において、通常、公道上のカーブに椅子が置かれていることを想定して運転する義務はなく、椅子と衝突してそれを破壊した運転者は損害賠償責任を負わない。これは、ほぼ世界各国において共通であろう。ただし、冬場のシカゴでは事情が異なる。すなわち、駐車スペースを示すために公道上に椅子が置かれることがあり（吹雪の後に雪かきをした駐車スペースを示すためである）、この椅子の存在を失念して椅子に衝突してしまった場合には、ネグリジェンスによる不法行為責任が認められることがあり得る。⁽⁸⁹⁾

つまり、不法行為法第2次リステイメントにおいて「共同体」に言及がなされる場合、当事者がどのような共同体に属しているかが重要な意義を有するのである。⁽⁹⁰⁾そして、不法行為法第2次リステイメントが共同体に言及する場合、重要なのは社会的な意味での共同体である。⁽⁹¹⁾

さらに、不法行為法第2次リステイメントにおいても不法行為法は「開かれた共同体」と「閉じた共同体」を結合する役割を果たすとして、Tilley 准教授は以下のような例題を掲げている。⁽⁹²⁾すなわち、前者に関して、カーカスが露出するほど摩耗したタイヤを履いて事故を惹起した場合、運転者は不法行為責任を負う。このように、過度に摩耗したタイヤが危険なことは全運転者の共通理解となる。他方で、降雪が稀な地域の運転者が氷で滑って事故を起こした場合、ネグリジェンスを認定することはできず責任を負わない可能性がある。降雪が稀であれば、運転者に氷上での運転技

(89) Tilley2017, at 1378.

(90) Tilley2017, at 1378.

(91) Tilley2017, at 1379-80.

(92) Tilley2017, at 1384. *see*, Restatement (Second) of Tort section 292 cmt. C (AM. Law Inst. 1965).

能を期待することは困難であるからである。しかしながら、この運転者が寒冷地であるニューヨーク州オールバニー（Albany）に引越したのち、氷で滑って事故を起こした場合は責任が発生する可能性がある。オールバニーの運転者には氷上の運転技能が要求されるからである⁽⁹³⁾。このように、不法行為法第2次リステイトメントによると、不法行為法は、開かれた共同体と閉じた共同体を結びつける機能を有している⁽⁹⁴⁾のである。

（C）不法行為理論における共同体の規範的示唆　こままでの客観的な分析から得られた示唆として（descriptive matter）、不法行為法理論は「共同体」を責任規範の根拠として用いていることが明らかとなった⁽⁹⁵⁾。

不法行為法が以上の通りの客観的な機能を有しているとすると、不法行為法を道徳と効率の二項対立で捉える必要はなくなることになる。実際、不法行為法は共同体の法であると客観的に観察することによって、次のような規範的命題を導き出すことができる。すなわち、不法行為は道徳と効率を結合する能力を包含すると解すべきであるという規範的命題である⁽⁹⁶⁾。

5 Tilley の議論——第4章：不法行為法による共同体の結合の実例

第4章では、不法行為法の共同体における価値の結合（toggle）にかかる実例が検討されており、不法行為法によって共同体の規範が黙示的に援用されていることが明示的に説明されている。つまり、不法行為責任がどのように、閉じた共同体においては正義を実現するために課されてきたか、開かれた全国的な紛争では効率を実現するために認められてきたのかが明らかに⁽⁹⁷⁾されている。

(93) Tilley2017, at 1384.

(94) Tilley2017, at 1384.

(95) Tilley2017, at 1384.

(96) Tilley2017, at 1385.

(A) 故意不法行為　たとえば、同一の行為であっても、所属する共同体によって暴行と評価されるかどうかは異なり得る。⁽⁹⁸⁾判例に現れた事案では、郵便局に勤務するアレルギーのある部下が上司にタバコの煙を吹きかけられたことを理由に暴行による不法行為 (battery) を訴訟原因として損害賠償請求をした事案において、この請求は棄却⁽⁹⁹⁾されている。⁽¹⁰⁰⁾タバコがノース・カロライナ州で重要産業であることが影響していることに言及されて⁽¹⁰¹⁾おり、他方で、タバコ農家のほほいらないオハイオ州では、禁煙活動家に対してタバコの煙を吐きかけたラジオ番組の司会者に暴行による不法行為の成立を認めなかった原審を取消して差戻⁽¹⁰²⁾している。⁽¹⁰³⁾

(B) 厳格責任　厳格責任の領域については、過度に危険な行為について検討がなされている。すなわち、スポーツにおける事故において、スポーツが盛んな州とそうでない州で不法行為の成立基準が異なり得ることに言及⁽¹⁰⁴⁾がなされている。この理由として、スポーツとして過度に危険であったかの判断において、その共同体の規範的意識が反映されることが挙げ⁽¹⁰⁵⁾られている。

(C) ネグリジェンス　ネグリジェンスの判断基準においては、ワクチン接種にかかる州の一部地域の意識がネグリジェンスの判断に影響を及ぼすことが説かれている。すなわち、アメリカにおいては「個人的信条

(97) Tilley2017, at 1326.

(98) Tilley2017, at 1386.

(99) *McCracken v Sloan*, 252 S.E. 2d 250, 252.

(100) *see*, Tilley2017, at 1386.

(101) *see*, Tilley2017, at 1386.

(102) *Leichtman v WLW Jacor Communications, Inc.*, 634 NE 2d 697, 698,700 (Ohio Ct. App. 1994.).

(103) *see*, Tilley2017, at 1386.

(104) Tilley2017, at 1388.

(105) Tilley2017, at 1388.

(personal belief)」等の理由からワクチン接種を拒むことがあり得るところ、2013年のカリフォルニア州における麻疹の予防接種拒否率は3%以下であったが、北カリフォルニアのミルバレー (Mill Valley) においてはおよそ9%が麻疹の予防接種を受けておらず、特にグリーンウッド・スクールにおいては3分の2の園児が予防接種を受けていなかった。⁽¹⁰⁶⁾ このグリーンウッド・スクールにおいて、予防接種を受けたにもかかわらず麻疹に罹患した園児は、予防接種を受けていない園児に対してネグリジェンスに基づき損害賠償を請求した場合、その共同体の規範意識を勘案してネグリジェンスが認定されない可能性が高いという。⁽¹⁰⁷⁾ 他方で、グリーンウッド・スクールの園児が他の地域に遠出し、他の地域の子供を麻疹に罹患させた場合は、ネグリジェンスが認められる可能性が高いと説かれている。⁽¹⁰⁸⁾

(D) 規範結合の実施 以上のように共同体の結合について、共同体の規範意識が明らかな場合については、実施は比較的容易であるとされている。⁽¹⁰⁹⁾ たとえば、名誉毀損訴訟において、デトロイト等の組合活動が盛んな地域で「scab (組合活動不参加者)」と呼ぶことは名誉毀損になり得るが、組合活動が盛んでない地域において「scab」と呼ぶことは名誉毀損とはならないことが紹介されている。⁽¹¹⁰⁾ しかしながら、このように共同体の規範意識が明確でない場合も多く、その場合は共同体の結合を実現することにつき困難を伴うこともあり得るといえることが指摘されている。⁽¹¹¹⁾

(106) グリーンウッド・スクールは25年の歴史をすでに終えたとのことである。see, <http://www.greenwoodschool.org/>

(107) Tilley2017, at 1390.

(108) Tilley2017, at 1390.

(109) Tilley2017, at 1390.

(110) Tilley2017, at 1391.

(111) Tilley2017, at 1391.

6 Tilley の議論——第 5 章：不法行為法と他の法領域との競合調整手段としての不法行為

そして第 5 章では、不法行為法と憲法や連邦法といった他の法領域との重なりを探る手段としての共同体について考察が進められている。つまり、不法行為法の目的が明確となることによって、不法行為法による共同体の規範意識と憲法・連邦法が衝突する場合に、不法行為法はどの程度憲法・連邦法に譲るべきかが明らかになるのである。このことの実例として、インターネット上のハラスメントや銃の所持にかかる不法行為の成立が検討されている。⁽¹¹²⁾これは、特に、連邦法と州法との適用領域 (preempt) が問題となるアメリカ法において重要な意義を有することになる。⁽¹¹³⁾

つまり、不法行為法が特定の共同体における価値の表現であることは、アメリカ憲法において認められた銃の所持や表現の自由といった憲法上の価値の保護が過剰にならないようにする機能を有していると評価できるのである。^{(114) (115)}

7 Tilley の議論——結論

以上のような検討から、Tilley 准教授は、以下のように結論づける。つまり、——

[1] 道具理論は、他の分野にその価値を委ねることによって、不法行為法の価値を損ねた。⁽¹¹⁶⁾

(112) Tilley2017, at 1393.

(113) 連邦法との関連については本稿の問題関心とは離れるため、詳細に紹介することはしない。

(114) 具体例としては、リベンジ・ポルノの場合やアメリカにおいては所持が認められている銃の暴発の事例が取り上げられている。

(115) Tilley2017, at 1326.

(116) Tilley2017, at 1403.

[2] 不法行為法の唯一の目的とは、国家について最小のコストで、個人が私的関係を調整し、共同体の規範を提示することによって、社会的共同体を構築することである。⁽¹¹⁷⁾

[3] このような共同体の構築は、公法によって行うよりも、私法である不法行為法による方が、有益である。⁽¹¹⁸⁾

[4] 記述的な意味において、不法行為法の基礎理論につき、特定の紛争において形成されようとしている共同体の階層によって、意思決定者（裁判官）が道徳の概念化と効率の概念化の結合を、黙示的に促進している。⁽¹¹⁹⁾

[5] この黙示的に果たしてきた不法行為法の結合性を明確に認識し、その役割を再確認することによって、長らく続いてきた不法行為法の理論的混迷を解決することができる。⁽¹²⁰⁾ このことによって、道徳および効率を広義の不法行為法の基礎理論として正当化することが可能である。⁽¹²¹⁾

[6] 不法行為法においては、「合理的」や「過度に危険な」など、代数（placeholder）を許容する概念が用いられる。これらの代数によって、起草者がその文言を解釈する権限を裁判官に委譲し、そのことによって損失を回避する「つなぎ（hedge）」となる。⁽¹²²⁾

[7] 憲法や他の法領域との調整の局面においても、不法行為法の目的を明確に認識することは重要な意義を有する。⁽¹²³⁾

という結論である。

(117) Tilley2017, at 1403.

(118) Tilley2017, at 1403.

(119) Tilley2017, at 1403.

(120) Tilley2017, at 1403.

(121) Tilley2017, at 1403.

(122) Tilley2017, at 1376.

(123) Tilley2017, at 1404.

V 考 察

1 ここまでのまとめと分析

ここまでは、不法行為法の基礎理論について、わが国の法状況を整理した後、比較法における議論を踏まえ、主に英米不法行為法において極めて注目がなされている Tilley 准教授による「不法行為法を内側から理解する」という議論を紹介してきた。そこでは、不法行為法の内在的理解の出発点として、Tilley 准教授は不法行為法第2次リステイトメントのテキストマイニングを行っている。この分析によって、Tilley 准教授は、不法行為法が規範を示すことによって共同体を形成し、あるいは複数の共同体を結びつける機能があることを明らかにしている。以下では、このような研究について、考察していくことにしよう。

(1) 不法行為法の内在的理解 わが国において近時人口に膾炙した矯正的正義の議論は、法と道徳の区別というアポリアによる影響は避けられないものの、⁽¹²⁴⁾ 確かに不法行為法の外部であるといえる。すると、——不法行為法第2次リステイトメントのテキストマイニングという手法の評価はさておき——不法行為法を内在的に理解するという Tilley 准教授による試みは、高く評価すべきではなからうか。

あるいは、「共同体」とは、これも不法行為内在的ではなく不法行為外在的な価値であり、道徳や経済を「共同体」という外部的価値に置き換えただけという批判もあり得るかもしれない。共同体が道徳に基づくものであるならば、それすなわち、Tilley 准教授の共同体理論における「外部」「内部」の境界が融解する可能性もあるからである。しかしながら、「共同体」は、Tilley 准教授による不法行為法第2次リステイトメントの分析か

(124) 実際、Weinrib 自身は矯正的正義を不法行為法の内部として位置づけている (Weinrib, *supra* note 45, at 412.)。

らは、まさに不法行為法の内在的価値だと評価することができよう。

(2) 不法行為法による社会の形成　Tilley 准教授は、主に不法行為法第2次リステイトメントのテキストマイニングから、不法行為法の基礎理論とは共同体の形成であると説いたうえで、共同体には2種類の共同体があるという。すなわち、開かれた共同体と閉じた共同体である。この2つの共同体は相互排他的ではなく、異なる階層で一人の人が複数の共同体に属することを認める。たとえば、国家レベルでの共同体と地域社会における共同体である。ここでの共同体とは、政治的な意味での共同体ではなく、社会的意味での共同体である。従来不法行為法の基礎理論、すなわち、道徳と効率性について、これらはそれぞれの共同体に対応すると説く。つまり、開かれた共同体では効率性が、閉じた共同体では道徳がこれに関連する。そして、不法行為法はこれら二つの共同体を結合するだけでなく、従来不法行為法の基礎理論である道徳と効率をも結合し、止揚することができる⁽¹²⁵⁾と主張している。

このような不法行為法の規範形成機能については、わが国では権利と関連づけて議論されてきたところと一致する部分も大きいと思われる。浅野由紀教授が「正義の実質的内容の決定には、当事者をとりまく社会が参加する」と述べていたこととも符合すると思われ、高く評価することができるのではなかろうか。

(3) 社会を形成するための「代数」　このように社会を形成するにあたって、不法行為法では、「合理的」や「過度に危険な」など、代数(placeholder)を許容する概念が用いられる⁽¹²⁶⁾。わが国の観点からはこれらの「代数」は規範的要件とされようが、このような代数によって、起草者がその文言を解釈する権限を裁判官に委譲し、そのことによって不都合な

(125) 浅野・前掲注(4)論叢137巻4号66頁。

(126) そもそも「過失」もこのような代数の一つと評価する可能性がある。

結果を回避する「つなぎ (hedge)」となるのである。従来の規範的要件をめぐる議論も、社会を形成する代数という観点から意義づけが可能なのではなかろうか。

(4) 社会を構成するためのコスト　また、Tilley 准教授は不法行為法の唯一の法的目的として、国家について無視し得るほど最小のコストで、個人が私的関係を調整し、社会的共同体を構築することであると主張している。⁽¹²⁷⁾ 前段は従来の不法行為法の基礎理論における経済的効率性をめぐる議論を念頭に置き、後半は従来の不法行為法の基礎理論における道徳（矯正的正義）を想起させるものであり、これらを「共同体」のもとで止揚しようとしていると理解でき、これはかなりの部分成功しているのではないかと思われる。不法行為法によって、共同体を構築するコストが——公法によるよりも——無視できるほど小さいという点については、積極的に解したい。

(5) 社会的共同体と「社会」の構成法　Tilley 准教授の論考の第2章では、公法上の共同体は政治的共同体なのに対し、私法である不法行為法の共同体は社会的共同体であることが明らかにされている。それでは、「共同体 (community)」と社会は異なるのであろうか。

わが国においても、星野英一教授によって、民法は社会の constitution であることが明らかにされているところ、⁽¹²⁸⁾ Tilley 准教授の議論でも、公法上の共同体は政治的なのに対し、私法である不法行為法の共同体は社会的であることが明らかにされており、共通点が見られる。このように、Tilley 准教授が用いる「共同体」とは、わが国では、「社会」あるいは「社会通念」に相当すると考えることができるのではなかろうか。

(6) 無過失責任（厳格責任）の基礎づけ　不法行為法の基礎理論は、

(127) Tilley 2017, at 1403.

(128) 星野英一『民法のすすめ』（岩波新書，1998年）9頁参照。

わが国において見逃されてきた視点であると思われるが、過失不法行為だけでなく、故意不法行為や厳格責任（無過失責任）をも説明するものでなければならぬと指摘されている。⁽¹²⁹⁾では、わが国の不法行為法の基礎理論は故意不法行為や無過失責任をも説明するものであろうか。わが国において無過失責任の根拠とされる報償責任と危険責任は、その定義においてやはり「社会」あるいは「社会通念」からの評価を免れないと思われる。このことから、やはり Tilley 准教授の議論は説得力を有するものと思われる。

2 アメリカあるいは英米法とわが国との相違点

他方で、Tilley 准教授の議論を積極的に解するとしても、わが国と英米、とりわけアメリカ法との間には、異なる点も存在している。

(1) 社会の構成 第一の相違点として、わが国はアメリカ合衆国ほど多様な共同体は存在せず、それゆえ共同体を結合することはそれほど考慮に入れなくてもよいという批判も想定可能である。確かに、わが国においてはアメリカ合衆国におけるほど共同体の構成は多様ではない。しかしながら、わが国においても一般に想定されているほど社会は単一ではなく、今後の更なる多様化も容易に予見可能である。この点からも、不法行為法による社会の構築、結合という議論はわが国においても価値を有するとと思われる。

(2) 不法行為法の構成 第2に、英米法における不法行為法は、複数の不法行為 (tort) が束になって不法行為法 (Law of Torts) を構成しており、わが国の不法行為法とはやや異なる要素を有している。しかしながら、わが国においても、確かに民法709条は広範な適用領域を有している

(129) Tilley2017, at 1335.

ものの、民法においても717条、714条等、帰責要素が709条とは異なる規範を有しているし、特別法の領域においても製造物責任法、自動車損害賠償保障法等も有していることから実質的には複数の不法行為法規範を有し、これらが束になっていると評価することも可能であろう。仮にそうでなくとも、不法行為法による規範提示によって共同体を構築するという示唆は、わが国においても極めて重要な意義を有するといえよう。

(3) 陪審制との関係 第3に、陪審制を採用するアメリカ合衆国とそうでないわが国では議論の前提が異なるとの批判もあり得よう。しかしながら、アメリカにおいても実際には民事事件で陪審裁判が選択される例は必ずしも多くないと指摘されている⁽¹³⁰⁾。また、陪審員でなくとも、わが国の裁判官も社会通念を考慮、あるいは判断基準としていることは、あえて引用の必要がないと思われるほど明らかではなからうか。

(4) 小括 以上の通り、英米法、とりわけアメリカ法とは議論の前提が異なる⁽¹³¹⁾ところも存在する。しかしながら、このような相違点は決定的にTilley 准教授の議論の価値を損なうものではなく、今後さらなる複雑な不法行為法にかかる争点の発生も予測される⁽¹³¹⁾ところであり、不法行為法による規範提示によって共同体を構築するという議論は、積極的に評価するに値する。

(130) 瀬木比呂志『民事裁判入門』（講談社、2019年）282頁。アメリカにおける陪審審理については、溜箭将之『英米民事訴訟』（東京大学出版会、2016年）222頁参照。

(131) 本稿では、アメリカ不法行為法における「共同体」の構築という議論を検討しつつ、わが国における不法行為法の基礎理論への示唆を探るものであるが、このような検討は様々な政治理論との関係も問われよう。ともあれ、本稿ではこのような問題は別に扱うこととし、ひとまずは、わが国においても、不法行為法によって規範を提示することによって「社会」を構築するという Tilley 准教授の議論を高く評価することにしたい。

3 わが国における代表的不法行為法テキスト等における「社会」

では、わが国の学説は、これまで、不法行為法において「社会」あるいは「社会通念」をどのように位置づけてきたのであろうか。わが国における代表的な不法行為法のテキストによると、「社会」が用いられている局面は、大きく3つに分けられる。

第1に、不法行為責任を阻却する局面において、社会的相当性を掲げるものが見出される⁽¹³²⁾。第2に、過失相殺における評価の局面で社会的非難可能性を検討するものがある⁽¹³³⁾。第3に、過失あるいはネグリジェンスの有無にかかるとのハンドの定式との関係において、「社会的有用性」を扱うものがある⁽¹³⁴⁾。第4に、名誉毀損による不法行為を論じる局面において、「社会的評価」を用いるものがある⁽¹³⁵⁾。名誉毀損は、Tilley 准教授の議論にもみられた通り、まさに共同体による他者への評価とその言明にかかる社会の寛容さ、そしてそれを基礎とした個人の尊厳が関係するものであるため、不法行為法による共同体（社会）形成という原理が最もよくあてはまるのである。

これらの局面における「社会」は、Tilley 教授の用いる「共同体」とかなり近似した意味で用いられていると評価することができ、わが国における不法行為法にも同様の共同体形成機能を論じることが可能ではなかろうか。

(132) 四宮和夫『不法行為』（青林書院，1985年）378頁。

(133) 潮見佳男『不法行為法』（信山社，1999年）309頁。

(134) 潮見佳男『不法行為法Ⅰ』（信山社，第2版，2009年）289頁。

(135) 窪田充見『不法行為法』（有斐閣，第2版，2018年），前田陽一『債権各論Ⅱ不法行為法』（弘文堂，第3版，2017年）47頁，潮見佳男『債権各論Ⅱ不法行為法』（新世社，第3版，2017年）205頁。

4 「社会」の観点によるわが国最高裁の再検討

わが国における最高裁判例において、では、「社会」あるいは社会通念はどのように扱われているのであろうか。この点の詳細な分析は別稿に譲らざるを得ないが、わが国を代表する不法行為法研究者によって編集がなされた、窪田充見＝森田宏樹『民法判例百選Ⅱ』（有斐閣、第8版、2018年）の不法行為にかかる判例に原則として焦点を絞って簡潔に論じることにした。

（1）民法判例百選 民法判例百選Ⅱにおいて不法行為の箇所に採用されている28件の判決のうち、要件にかかるものについて（709条、製造物責任を含む）、「社会」が用いられている回数は次の通りである。⁽¹³⁶⁾ すなわち、【83】大判大正5年12月22日民録22輯2474頁（大阪アルカリ事件）6回、【84】最判平成7年6月9日民集49巻6号1499頁（姫路日赤未熟児網膜症事件）0回、【85】最判平成19年7月6日民集61巻5号1769頁（別府マンション事件）5回（ただし原審引用部分）、【86】最判平成25年4月12日民集67巻4号899頁（イレッサ薬害訴訟）2回、【87】最判昭和50年10月24日民集29巻9号1417頁（東大ルンバル事件）0回、【88】最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁（相当程度の可能性）0回、【89】最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁（国立マンション事件）3回、【90】最判平成9年9月9日民集51巻8号3804頁5回、【91】最判平成9年5月27日民集51巻5号2024頁9回である。

特別の不法行為にかかるものとしては、【92】最判平成27年4月9日民集69巻3号455頁（サッカーボール事件）0回、【93】最判平成28年3月1日民集70巻3号681頁（JR東海事件）1回である。

以上から想定し得る仮説としては、被侵害利益が生命・身体、あるいは

(136) 【 】内の数字は、民法判例百選Ⅱによるナンバリングである。

財産等絶対的に保護されている場合は「社会」に言及されることは少ないが、被侵害利益が強固でないものについては、社会に言及されやすいというものが考えられる。

(2) 名誉毀損との関係 名誉毀損の不法行為との関係では、憲法上の価値の保護が過剰とならないよう、表現の自由という憲法上の価値との調整を行う必要がある。たとえば、名誉、プライバシー等に基づいて書籍の出版差止めを認めた判決⁽¹³⁷⁾では、「社会」に2回言及されている。この点については、Tilley 准教授が、不法行為法には他の法領域との調整機能があると説いたところと符合するようと思われる。

(3) 別府マンション事件 判例百選に掲載されている判例のうち、注目されるのは【85】最判平成19年7月6日民集61巻5号1769頁（別府マンション事件）であって、原審は5回「社会」に言及している。これは、別府マンション事件における被侵害利益が曖昧なことに由来するのではな⁽¹³⁸⁾かろうか。

(4) 権利生成機能との関係 他方、判例百選に掲載されていない判例にまで検討対象を広げると、いわゆる新たな権利を生成する機能と関連する判決においては、「社会」に言及されることが多い。すなわち。物のパブリシティにかかる最判平成16年2月13日民集58巻2号311頁（ギャロップレーサー事件）では「社会」に2回言及されている。また、人のパブリシティにかかる最判平成24年2月2日民集66巻2号89頁（ピンクレディ事件）でも「社会」に2回言及している。これは、わが国における「権利

(137) 最判平成14年9月24日判時1802号60頁（水に泳ぐ魚事件）。

(138) 拙稿「建物の設計者、施工者又は工事監理者が、建築された建物の瑕疵により生命、身体又は財産を侵害された者に対し不法行為責任を負う場合」広法32巻1号87頁、拙稿「建物の瑕疵にかかる建築業者・購入者の十分な近接性と不法行為責任」法と政治68巻2号（2017年）219頁。

生成機能」と、Tilley 准教授の説く共同体形成機能に強い親和性を指摘することができるのではなかろうか。

(5) 直接「社会」が用いられない判決 もっとも、判決文において直接「社会」の言葉が用いられない場合においても、社会的な観点が必要な場合はあり得る。⁽¹³⁹⁾たとえば、婚姻関係が破綻している場合の不貞行為につき、特段の事情のない限り、不法行為は成立しないとされている。⁽¹⁴⁰⁾これは、「社会」という言葉は用いられてはいないものの、婚姻関係の破綻は社会の観点から評価されているものと解される。⁽¹⁴¹⁾

また、【84】最判平成7年6月9日民集49巻6号1499頁（姫路日赤未熟児網膜症事件）では、直接「社会」は用いられていないものの「新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準であるというべきである」と判示しているが、これは、実質的には社会の規範意識を示したものと解することができるのではなかろうか。

さらに、わが国における不法行為規範についても、超高齢社会というわが国の社会を考慮にいれて判断する必要性も認められる。【93】最判平成28年3月1日民集70巻3号681頁（J R 東海事件）で社会に言及されているのは1回だけであるが、第一審、原審と不法行為の成立を認めたところ、最高裁が一部破棄自判としたのは、このような事情があったと理解するこ

(139) 本稿で詳しく扱うことはできないが、いわゆる受忍限度論などについても、「社会」からの評価を反映するものである可能性が高い。

(140) 最判平成8年3月26日民集50巻4号993頁。

(141) また、婚姻外の交渉に不法行為の成立を認めない見解が近時有力なもの、婚姻と私的領域にかかる社会の評価を反映しているものと思われる。

ともできよう。

(6) 不法行為以外の民法領域 目を不法行為法以外の領域に転じると、さらに興味深い判例を見出すことができる。民法において最も有名な判決の一つと思われる権利濫用にかかる大審院昭和10年10月5日（いわゆる宇奈月温泉事件）では、不法行為ではなく所有権に基づく請求ではあるが「社会観念上所有権の目的に違背シ」「(宇奈月温泉) 地方一帯ノ衰滅ヲ招来スヘク」として、社会観念と宇奈月温泉地方一帯の利益をも考慮に入れて判断していることに注目すべきである。

VI お わ り に

以上の通り、本稿では、不法行為法は矯正的正義や経済学といった外部から理解されるべきではなく、むしろ不法行為法を共同体という——わが国では「社会」——内在的理解による新たな理論的基礎が付与されるべきではないかということを論じてきた。

このような議論を行った背景としては、不法行為法の基礎理論として矯正的正義や法と経済学が華々しく紹介され議論がなされてきたものの、この論争から早くも数十年が経過し、その後の議論のフォローが必ずしも充分になされていないという問題意識があった。

そこで、アメリカ法を中心として比較法的に不法行為法の基礎理論を検討したところ、テキストマイニングの手法によって不法行為法の内在的価値を再評価し、不法行為法が「合理的」や「過度に危険な」といった代数による規範を示すことによって、共同体が形成・結合されるという新たな立場を見出すことができた。

このように、不法行為法を内在的に理解し、共同体の構築と結合に焦点を当てて説明する見解は極めて高く評価するに値する。わが国においても不法行為法によって規範が形成され、規範を形成することによってまた、

不法行為法は社会を構築していると解すべきではなかろうか。

不法行為法の基礎理論にかかる内在的理解と共同体の構築

An Intrinsic Understanding of the Theories of Torts and Constructing Community

論

Kunihiro ONISHI

説

The law of torts should not be understood from an extrinsic perspective, such as corrective justice or economic analysis, but it should be understood from the perspective of the understanding of the “community”. To achieve this, the loopholes in tort law have to be sealed. In other words, as the basic theories of torts, corrective and economic analysis have to consider the perspective of legal reformers who represent the understanding of the “community.” The existing tort theories were introduced within our country several decades ago. However, as times are changing, these laws need to be well-researched and studied holistically to ensure that they adequately cover modern tort theories. Consequently, this study examines the debate surrounding the theories of tort in foreign countries, such as England and the United States, and explores the best practices and legal reforms that can be borrowed from these countries. It employs comparative law research methods to achieve its objectives. The finding of this study indicate that community is constructed by the norms formulated by the law of torts. It, therefore, contends that there is an urgent need to re-evaluate the intrinsic value of tort law.

Keywords: Theories of torts, corrective justice, economic analysis,
legal reforms