

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

報告 I
総論

——本シンポジウムの目的と視点

学習院大学教授

能見善久

Yoshihisa Nomi

目次

- I 不法行為法の議論の現状
- II 物理的侵害から非物理的侵害へ
- III 経済的損失
 - 1 純粋経済損失
 - 2 第三者の債権侵害（競争的利益の侵害）
 - 3 虚偽の情報（不実表示）
- IV 人格的利益——特に名誉、プライバシー
 - 1 人格的利益の多様性
 - 2 名誉侵害
 - 3 プライバシー侵害
- V その他の新しい法益——環境利益など
- VI 新しい法益保護がもたらす問題点と今後の方向

I 不法行為法の議論の現状

現在、あらゆる角度から不法行為制度の意味が問い直されている。不法行為制度の意義や機能の見直しはもちろん、権利侵害や過失といった不法行為の基本的な要件、さらには損害賠償という効果についても、多様な議論が展開されている。いずれの議論も、不法行為制度はどうあるべきかという基本思想・基本設計をベースにしているために、一見すると小さな問題も、深い考え方の違いに行き着くという点に特徴がある。

このような議論の状況に対して、われわれは、少し異なるアプローチをとる。いきなり不法行為制度の基本思想から議論するのではなく、「新しい法益」、「新種の法益」が不法行為法による保護の射程に入ってきているという現象から出発して、そこに理論的にどのような問題が存在するのかを明らかにする。このような検討を通じて、最後に、不法行為制度のあり方について議論したいと考えてい

る。しかし、不法行為制度のあり方については、われわれの間で共通の見解があるわけではない。この点は、むしろシンポジウムの中で議論を深めたい。

以上のようなスタンスから、不法行為制度の基本思想・基本設計をめぐる最近の議論については、最初の段階ではわれわれの立場を鮮明にすることはしない。しかし、われわれが意識している最近の議論が何であるかを明らかにしておこう。それは、大きく分けると2つある。

1つは、「権利」についての議論である⁽¹⁾。周知のように、わが国の不法行為の議論は、「権利侵害」要件をめぐる、これでは狭すぎるので権利侵害要件の制約を緩和しようというやや実践的な理由から、「違法性」要件が主張されるようになり（「権利侵害から違法性へ」）、我妻栄博士の相関関係理論によって権利侵害が違法性の中に取り込まれ、解消するという方向が打ち出された。その後、この方向でのいろいろなバラエティはあるが、「違法性と過失の融合」を通じて、最終的に

過失一元論ないし違法性一元論に至るといってよいであろう⁽²⁾。これに対して、最近の潮見佳男教授・山本敬三教授を中心として、「権利」の重要性を強調する考えが登場している。これは、違法性理論（過失一元論も含めて）が個人の自由よりも社会の秩序を重視する考えであるととらえ、これに対するアンチテーゼとして、個人の権利・自由を強調する基本思想に基礎付けられた議論である。この議論に対して、本シンポジウムのメンバーの各報告者の立場はさまざまである。現時点では賛否についてコメントしないが、われわれの議論においても、避けては通れない問題であると考えている。

不法行為制度についてのもう1つの重要な議論は、不法行為制度の目的・機能に関する。この議論は、古くからある議論であるが、法と経済学からの影響もあり、最近再び活発になっている⁽³⁾。すなわち、不法行為制度の目的を被害者の損失の補てんと考えるか（これは矯正的正義の考え方につながるが、損害の公平な分担という視点を持ち込むと配分的正義の考え方になる）、侵害行為の抑止と考えるか（「法と経済学」の影響がある）⁽⁴⁾、という問題である。不法行為制度の制裁的機能の議論もこの点にかかわる。これらの問題についても、われわれの報告では、直接的にはコメントしない⁽⁵⁾。

われわれは、前述したように、不法行為法がいわば「新種の法益」に対して不法行為的保護を拡大していく中で、単に法益概念の拡大や過失概念の柔軟化では十分に対処できない「新しい課題」を抱え込んでいるのではないか、という問題を解明したい。そして、こうした課題に対処するために不法行為法として何が必要かを議論したい。

(1) 潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第2版〕』（信山社出版、2009）25頁以下、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望——権利論の視点から」論叢154巻4＝5＝6号（2004）292頁以下、同「基本権の保護と不法行為法の役割」広中俊雄編『民法研究 第5号』（信山社出版、2008）77頁など。

(2) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937）120頁以下、平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、

1971）367頁以下、前田達明『不法行為帰責論』（創文社、1978）185頁。

(3) たとえば、森田果＝小塚莊一郎「不法行為法の目的——「損害填補」は主要な制度目的か」本誌874号（2008）10頁以下。窪田充見「不法行為法と制裁」石田古希『民法学の課題と展望』（成文堂、2000）667頁以下。

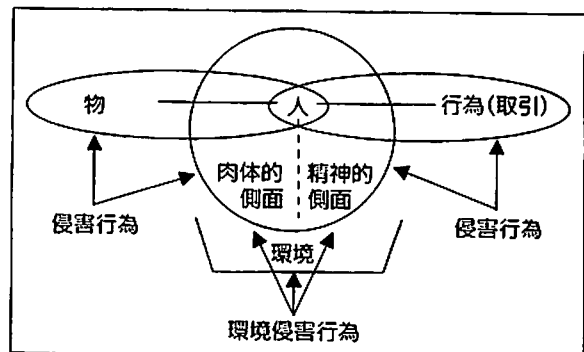
(4) 森田＝小塚・前掲注(3)は、この立場である。

(5) この点に関連して、山下純司教授の「利益吐き出し」責任を論じる別稿が予定されている（本誌937号掲載予定）。

Ⅱ 物理的侵害から非物理的侵害へ

「新種の法益」侵害がどのような場面で生じるのかの概略を示しておこう。「人」を中心として、その「人」の生活・活動範囲を示すと、一方で「人が物を所有する」関係があり、他方で「人が他人と活動・取引」する関係がある。このような「人」に対する侵害（不法行為）という観点からは、(a)人が所有（帰属）する物（財）に対する侵害、(b)人の身体に対する侵害、(c)人の行為（取引）に対する侵害、(d)人の精神に対する侵害などがある。また、(e)環境への侵害は図示しにくいですが、それが(e)人の健康に及ぶ危険がある場合、(e)人の精神的側面に影響する場合（景観の侵害など）、(e)自然そのものへの影響にとどまる場合（希少動植物への危険）などがある。これまでの不法行為は、(a)(b)などの物理的侵害の場合が中心であった。不法行為理論もこれらの場合を念頭に構築された。しかし、近年、(c)(d)(e)など非物理的な侵害が目されるようになってきた。ここに焦点を当てた理論的検討が必要なのである。

物理的侵害から非物理的侵害へ



われわれが「新種の法益」としてとり上げ

るのは、こうした非物理的侵害行為の対象となる経済的損失、プライバシー（精神的利益）、環境利益などである。新しい法益とはいえない知的財産権についてもとり上げるが、それは、知的財産権においては、新種の法益の場合と同様に、伝統的な不法行為要件では十分とらえきれないファクターが不法行為の成否判断に当たって考慮されていると考えるからである。詳細は、田村報告（本号54頁以下）に委ねたい。

Ⅲ 経済的損失

1 純粋経済損失

経済的損失は、取引活動の場面を中心に、いろいろな場合に生じる。しかも多くの場合に、財産への物理的侵害を伴わず、経済的損失しか生じない。これは欧米では「純粋経済損失 (pure economic loss)」⁽⁶⁾と呼ばれ、原則として不法行為による保護が制限されてきた（英米、ドイツ法系）。わが国では、民法709条の一般的不法行為規定があることもあって、このような議論はなく、むしろ成立に関する相当因果関係や過失の注意義務の問題として個別的に論じればよいというのが通説であったと思われる。しかし、重要なことは、「純粋経済損失」の事例では、不法行為を肯定するにせよ、否定するにせよ、単純な不法行為要件への当てはめでは適切な解決ができないと考えられることである。そこにはある種の「政策的な判断」が必要となる⁽⁷⁾。これら政策的判断から、一見すると不法行為の要件は満たされているような場合であっても、不法行為の成立を否定してきたのが英米法である。ただ、どのような要素ないし政策的判断が不法行為の成立を阻むのか、あるいは例外的に不法行為の成立を認めるのか、また、そのような政策的考慮をどこで判断するのかについては、英米の議論も十分ではない⁽⁸⁾。純粋経済損失に関する詳細な議論については、新堂報告（本号17頁以下）を参照されたい。

(6) 拙稿「比較法的にみた現在の日本民法——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 全般的観察』（有斐閣、1998）619頁、同「投資家の経済的損失と不法行為法による救済」前田喜寿『企業法の変遷』（有斐閣、2009）311頁。

(7) 拙稿・前掲注(6)「投資家の経済的損失と不法行為法における救済」309頁以下は、このような「政策的要素」をどの要件で議論すべきか検討し、過失よりも保護法益で扱うのが適当なことを論じた。

(8) 矯正的正義を貫徹するために、こうした考慮を過失判断（注意義務）以外の場所ですること批判的なものとして、Weinrib, "The Disintegration of Duty", in M. S. Madden (ed.), *Exploring Tort Law* (Cambridge University Press, 2005) p.143.

2 第三者の債権侵害(競争的利益の侵害)

わが国では、純粋経済損失という議論はほとんどなかったが、経済的不法行為（経済取引によって他の活動主体に経済的損失をもたらす不法行為）の問題は議論されてきた。特に、「第三者の債権侵害」の議論には蓄積がある⁽⁹⁾。ここでも不法行為の要件への単純な当てはめでは解決できない問題があることが認識されていた。たとえば、債務者の不履行を誘発するタイプの債権侵害については、単なる過失では不法行為の成立を認めず、故意ないし害意が必要であるという考えが通説であった⁽¹⁰⁾。しかし、なぜ故意ないし害意がある場合にしか不法行為が成立しないのか、については十分な説明があったとはいえない。この状況は現在でも変わらない⁽¹¹⁾。

債権侵害の問題は、単に、債権が相対的権利か否かというものではない。多くの場合に、取引活動から、債権者が債務者との間で一定の関係を構築している場合に、別の者がこれに介入することで債権侵害が生じるのである⁽¹²⁾。そこで、被害者＝取引活動主体の経済的利益対他の取引主体の経済的利益の競争（わが国では、自由競争）という土俵の上で、どのような場合に、他の取引主体の介入が不法行為になるかが問題なのである。このような「自由競争という土俵」（これにもいろいろな程度や種類がある）のあり方や、第三者が「自由競争」を否定されるのはどのような場合か、というような制度的・政策的な判断が、この種の不法行為の成否では必要となる。こ

これは、民法709条の不法行為要件である「権利侵害・法律上保護に値する利益」や「故意・過失」でどこまで適切に対処できるのか。すべてを注意義務の設定の問題として解決することも不可能ではないが、かえって問題の本質を隠してしまうであろう。詳細は別稿で論じるが、ここでは、不正競争防止法4条が、損害賠償について、故意・過失などのほかに、「不正競争を行って」という要件を追加していることを指摘しておく。

- (9) 吉田邦彦「債権侵害論再考」(有斐閣、1991) 561頁以下。
 (10) 最二判昭和30・5・31民集9巻6号774頁は、二重譲渡が悪意によるだけでは不法行為にならないとする。
 (11) 吉田・前掲注(9)は、イギリスでは歴史的理由もあり、債権侵害が保護されていたこと、日本の民法709条はこの立場を承継していることなどを論証する。しかし、同書も意図的不法行為が重要な類型であることを認める(565頁以下)。なお、その後、英米でも債務者の不履行誘発型については不法行為の成立が制限されるようになった。D. B. Dobbs & E. M. Bublick, *Cases and Materials on Advanced Torts: Economic and Dignitary Torts* (Thomson West, 2006) 参照。
 (12) イギリスの *Lumley v Gye*, 118 ER 749 (1853) はその典型である。

3 虚偽の情報(不実表示)

経済的損失が問題となるもう1つの重要な類型は、虚偽の情報(不実表示)による経済的損失である。この中にも、いくつかのサブ・グループがある。第1は、契約当事者ないし交渉当事者間での不実表示である。ここでは、不実表示は、契約交渉に関する法理などとして、いわば契約法を補完するものとして登場する。それゆえ、契約法が機能しているならば、不法行為責任を認めることは契約法理を歪めるものとして批判される(「制度間競合」の問題)。第2は、契約交渉ないし契約当事者の関係にはない者に対して、不実情報が経済的損失を与える場合である。たとえば、公認会計士による不実の企業報告を信頼した投資家が損失を被る場合、会社の取締役による虚偽情報によって投資家が損害を被る

場合などである。ここでは、これら情報がマーケットで使われる情報であるところに特徴がある⁽¹³⁾。多少の誇大宣伝も正常な経済活動として許される場合もある。ただ、マーケットを歪めるような情報の提供は、まさに取引活動の場としてのマーケットを破壊するものとして許容されない(不法行為法はその場合、被害者の私的利益とマーケットの利益を保護する)⁽¹⁴⁾。何が正常な活動で、何が許容されない活動なのかは、その時代の、その社会における「マーケットについての考え方」や「政策」によって決まるものであろう。マーケットはもともと信頼できない世界であるという場合には、虚偽情報の提供が不法行為となることはない。しかし、自由競争を前提としつつも、公正なマーケットが標榜されるならば、マーケットを歪める虚偽情報の提供は不法行為責任を問われる。

問題は、このような政策をどこで判断するかである。そもそも、裁判(司法)で判断すべきでないという考え方もあり得る。しかし、少なくとも私は、個別的民事不法行為の事件において裁判所が判断することが不適切であるとは考えない(詳細な議論は省略する)。ただ、裁判で判断する場合に、不法行為の問題としてはどこで判断するかが問題であると考えている。「権利ないし法律上保護に値する利益」や「過失」の要件の中で判断できるのか、できるとしてもそれは適切なのか、である⁽¹⁵⁾。

- (13) J. M. Feinman, "Teaching Economic Torts", 95 *Kentucky* 893 (2007).
 (14) 吉田克己「総論・競争政策と民法」本誌863号(2007)39頁。
 (15) 西武鉄道事件を契機に、この問題を検討したものとして、拙稿・前掲注(6)「投資家の経済的損失と不法行為法における救済」309頁以下。

IV 人格的利益——特に名誉、プライバシー

1 人格的利益の多様性

わが国で人格的利益として保護されるもの

の範囲は実に広く、その中にはさまざまなもの、もっといえば、かなり異質なものが含まれている。本シンポジウムではこれら人格的利益の全体を対象とするのではなく、むしろ権利性の強くない、その意味では周辺的な、名誉、プライバシーをとり上げる。これらを論じる理由は、これらの法益の侵害に対して不法行為の成立を認める場合に、民法709条が不法行為の要件として規定している故意・過失、法益侵害、因果関係、損害などの枠組みでは十分処理できない問題を抱えていると考えるからである（もちろん、名誉侵害とプライバシー侵害では少し異なる）。その意味で、経済的損失について述べたことと同様の問題がある。また、名誉とかプライバシーというような名称がつかない精神的利益を侵害する行為も増えてきており、この点でも経済的損失と似た状況がみられる（すべての精神的利益の侵害が不法行為になるのが問題となる）。

2 名誉侵害

まず、名誉については、歴史も古く、人格的利益の中心的な部分であるともいえる。名誉侵害が不法行為となることについては異論がない。しかし、理論的な観点からみると、名誉侵害の不法行為は、人身損害を伴う不法行為と比較すると注目すべき特徴がある。それは、公共の利害に関する事実に関して、その目的が公益を図るものである場合に、摘示された事実が真実であることが証明されたときは侵害行為の「違法性が阻却」され、また、真実性が証明されなくても、行為者がそれを真実であると信じたことに相当の理由があるときには「故意または過失が阻却」されるという判例の立場が確立していることである⁽¹⁶⁾。違法性阻却という形ではあるが、権利侵害とも、故意・過失とも異なる要件としての「違法性」が重要な意味を持っている。これは、名誉侵害の場合に、その侵害行為が言動によってなされることから、憲法的な価値でもある言論の自由との調和を図るために用いられている構造である⁽¹⁷⁾。名誉も人格的利益であり、憲法13条に基礎を置くことができ、その意味では2つの憲法的な価値が衝突する場面を扱うのが名誉侵害の不法

行為である。問題は、不法行為法の中にこのような憲法的価値の衝突を調整する仕組みが本来的には用意されていないことである。このような権利対権利の調整は、権利・法益要件で調整できないのは明らかである。過失要件で調整することは不可能ではないが、そこで問題となっているのは、行為としての許容性である。その行為が許容されるとなると、結果回避の注意義務も設定されないことになるが、その前にそのような行為が社会的に許容されるという判断が先行しているのである⁽¹⁸⁾。

このような権利の衝突は、他の法益侵害による不法行為でも生じるではないかという反論があるかもしれない。たとえば、企業の生産活動・取引活動（営業の自由は憲法22条1項の「職業選択の自由」に含まれるというのが通説）によって他人の生命身体が害される場合にも、確かに憲法的な価値の対立があるが、ここでは営業の自由のゆえに生命身体を害する行為が許容されるということはない（正当防衛・緊急避難などの特殊な違法性阻却があり得るのは別問題である）。単に、個別的事件において加害者に注意義務違反がなかったとして過失が否定されることで不法行為責任が生じないことがあるだけである。これと比べると、名誉毀損の場合には、一定の場合には名誉侵害行為の違法性がないとして許容されるのである。

ここで重要なのは、どのような行為が許容されるのか、あるいはされないのか、という問題であり、行為のレベルに着目した判断である。このように考えると、名誉侵害の不法行為においては、「違法性」という概念はある意味で要となる概念であり、不法行為法としても、積極的にその位置付けを検討すべきであるということがいえよう。また、仮に、憲法的価値の対立の調和のアウトラインを違法性という要件の中で線引きをすることも、どこに線引きがされるかは、前述のように時代や場所によって変わる可能性がある。たとえば、言論の自由を重視する立場からすると、「違法性」の中身をアメリカの判例のように、「現実的悪意」⁽¹⁹⁾を要求するというように肉付けすることも可能である。「現実的悪意」

という要件は、違法性とはレベルの異なる故意過失の要件の問題のようにもみえるが、そうではなく、「現実的悪意」があることで、その行為の違法性が高まる（不法行為責任を認めてよい程度に高まる）と考えるべきではないだろうか。

- (16) 最一判昭和41・6・23民集20巻5号1118頁、最一判平成16・7・15民集58巻5号1615頁。
- (17) このような理解をするものとして、松井茂記「変貌する名誉毀損法と表現の自由」ジュリ1222号（2002）77頁以下。
- (18) 不法行為責任が行為規範を作り出すということがいわれることがあるが、その意味についてはもう少し厳密な議論が必要である。
- (19) アメリカの現実的悪意の法理に関しては、第2次不法行為リステイトメント580A条を参照。

3 プライバシー侵害

プライバシーについても、言論の自由とプライバシーという法益との相克という点では、名誉侵害の不法行為と基本的に同じ問題がある。したがって、言論の自由とプライバシーの保護の相克の場面では、プライバシーを侵害していても「許容される行為」の基準を議論するための場としての「違法性」要件が必要であるのは同様である。ただ、プライバシーの場合にはその中身が客観的に明確とはいえないために、プライバシーの法益自体を否定するということがあり得る。それゆえ、価値調整の場としての違法性要件の必要性は大きくない。

むしろプライバシーに特有な問題は、その「保護法益の主観性」ではないだろうか。一般に、主観的な利益は、他人からはわからないので、その侵害を不法行為とすることは認められない（「主観的な利益」といういい方は法的保護を否定するために使われる）。しかし、人格的利益の一部を構成するプライバシーについては、一定の条件の下で、「主観的な利益」であっても不法行為的構成が肯定される。その例として「呼称の利益（正確に呼ばれる利益）」が挙げられよう⁽²⁰⁾。韓国人牧師がNHKテレビのニュース番組において母国語読みではなく漢字の日本語読みをしたことが不法行為となるとして謝罪広告や損害賠償

（1円）を求めた事件において、最高裁は、「人は、他人からその氏名を正確に呼称されることについて、不法行為法上の保護を受けうる人格的な利益を有する」ことを認めた上で、この利益は「その性質上不法行為法上の利益として必ずしも十分に強固なものとはいえない」から、他人に不正確に呼称されたからといってただちに不法行為となるものではないとする。このような「呼称の利益」は、正しく呼ばれることが内容であれば、それは客観的な利益であるが、漢字文化圏において漢字で記載された名前が、それぞれの国でその国の漢字の発音に従って読まれることは、客観的に間違った読み方というわけではない⁽²¹⁾。むしろ、ここで主張されているのは、そのような読み方もあるが、自国での発音に従って呼んでもらいたいという「主観的な利益」なのではないか。その意味で、最高裁が「強固な利益」ではないといういい方をしているのは必ずしも適当でない。しかし、このような「主観的な利益」であっても、人格的な利益については法的保護を受けるということを明らかにした点に、この最高裁判決の意味がある。

このような「主観的な利益」としての人格的利益は、どんな侵害であっても不法行為となるというのはやはり問題であろう。不法行為の成否を決めるのは、行為の違法性である（過失ではなく）。上記事件における最高裁は、呼称の利益の法的保護の可能性を肯定したのち、次のように述べる。「当該個人の明示的な意思に反してことさらに不正確な呼称をしたか、又は害意をもつて不正確な呼称をしたなどの特段の事情」がある場合には、「違法な侵害行為」となり、不法行為を構成する（しかし、この事件においては違法性を根拠付ける特段の事情がないので不法行為とならないとした）。

この判決の提示した枠組みは、不法行為の構造にとってきわめて興味深い。ここで問題となったのは、最高裁の表現によれば、保護法益性が弱い利益（私は、これを「主観的利益」と呼ぶ）であるが、そのような利益であっても、その侵害行為に「違法性」があれば不法行為となり得るということである。そ

して、その「違法性」の中身としては、「害意」などの主観的事情が挙げられている点も興味深い⁽²²⁾。ここでの「違法性」の位置付けについては、星野英一博士の解説が的確に述べているように⁽²³⁾、我妻博士の相関関係理論と似てはいるが異なる。我妻理論では「権利侵害」を違法性に置き換えて、その違法性の有無を被侵害利益の種類と侵害行為の態様を相関的・総合的に判断するというものであるが、この最高裁判決では「弱い利益」+「違法性」=不法行為の成立という立場が示されている（星野解説は「利益」+「違法性」=権利侵害と解している）。要するに、「違法性」が不法行為の成否の判断にとって重要な意味を持つ場合があることが示されたのである。

「主観的利益」の保護になぜ「侵害行為の違法性」が必要となるのか。次のような説明が可能であろう。ここでの主観的利益は、本人が自分に対して抱いている「イメージ」なのである。これに対して、侵害者とされた者は別の「イメージ」を提示したのである。「イメージ」は、どちらが真実でどちらが虚偽かという争いではない。正しさを判断する客観的な基準がないのである。このような世界では、本人の主張する「イメージ」を尊重はするが、それが主観的利益で一般性がないことを考慮して、不法行為的保護を受ける条件として、「侵害行為の違法性」が要求されると考えられるのではないか。

この点については、アメリカのプライバシー侵害の一類型である false light の議論が参考になる。第2次不法行為リステイメント652E条は、「当てられた誤った光 (false light)」によって当該個人が大いに不快感を覚える場合に (highly offensive)、プライバシー侵害を認める。たとえば、個人Aが「P (民主党支持)」というイメージを売り出している場合に、他人が正当な理由なくAについて別のイメージ「Q (共和党支持)」を公表することが、一定の場合にプライバシー侵害になるという。私的な部分を暴くというタイプのプライバシー侵害ではないので、false light 型のプライバシー侵害に対しては賛否両論あるが、連邦裁判所はこれを認める。ソ

ラノ対プレイガール事件⁽²⁴⁾では、ベイワッチというテレビ番組で救助隊員として登場するソラノ (男性) が女性向けのセックス雑誌に水着姿の写真を掲載されたことが、世間に「誤った印象」を与えたとして、false light を理由とするプライバシー侵害の不法行為を主張したところ、裁判所は被告出版社に現実悪意が存在するとしてこれを認めた。ここで原告が主張するのは「正しい印象」についての利益であるが、これは主観的なものである。そのような利益であっても、プライバシーの名の下に、一定の条件 (現実的悪意) の下で不法行為によって保護される。日本の「呼称の利益」事件と類似性がある点が興味深い。

この種のプライバシー侵害については、その構造、そこで問題となっている価値の対立、不法行為で保護する場合の根拠、こうしたことが議論されなければならないであろう。古典的プライバシーは、まだ客観的基準があったが (何が私的領域かについては客観的に判断されていた)、主観的な利益が問題となると、それは個人のアイデンティティのようなものでしか説明できないであろう (最近のアメリカで dignitary torts⁽²⁵⁾ という観点から名誉侵害、プライバシー侵害の不法行為をとらえ直す動きには、被保護利益の主観化も影響している)。詳細は、水野報告 (本号29頁以下) に委ねたい。

(20) 最三判昭和63・2・16民集42巻2号27頁。

(21) 同様な問題は、アルファベット表記の場合にもあり、日本人の鈴木 (Suzuki) はドイツでは Zutsuki (頭突き) と発音される。これはドイツ語の発音としては正しいのである。

(22) 故意ないし害意ある不法行為を、不法行為制度の中でどのように位置付けるかは重要な問題であるが、日本ではあまり議論がない。アメリカの第3次不法行為リステイメントでは、これが1つの目玉になっている。この問題については、E. M. Bublick, Third Restatement of Torts: Issue Two: Article and Commentary: A Restatement (Third) of Torts: Liability for Intentional Harm to Persons-thoughts, 44 Wake Forest L. Rev. 1335 (2009)。

(23) 星野英一「氏名を正確に呼称される利益の侵害行為が違法性なしとされた事例」法教95号 (1988) 74頁。

(24) Solano v. Playgirl, Inc., 292 F.3d 1078 (2002) は、false light 理論に基づいて

ソラノに対する不法行為を肯定した。

- (25) Dignitary tortsについては、J. D. Kahn, "Bringing Dignity Back to Light", 17 Cardozo Arts & Ent. LJ. 213 (1999)。ここでは肖像などの商品化に反対して、パブリシティの権利としてよりも、人間のアイデンティティなどの精神的側面を重視しようという流れがある。

V その他の新しい法益——環境利益など

保護法益の拡大・多様性の中で理論的に興味深い問題を提起する第3のグループは、環境利益である⁽²⁶⁾。国立景観訴訟(最一判平成18・3・30民集60巻3号948頁)で問題となったような景観利益は、私法上の権利ないし利益といえるかが問題となる。景観のような環境利益は、元来は特定の個人に関連するものではなく、その地域全体が享受する利益であるから、むしろ公共的な、あるいは公法的な性格が強い。すでに指摘されていることであるが、こうした公共的利益としての性格を持つものであっても、不法行為法は保護の射程に入れるようになってきたところに現在の不法行為法の1つ特徴がある⁽²⁷⁾。

しかし、環境利益などのような公共的利益も一定の場合に私法的利益として保護され、それに対する侵害が不法行為となり得るとすると、不法行為法にとっての新たな課題も生じる。第1に問題になるのは、どのような場合に公共的利益が私法的利益の性質を持ち得るのか、そのメカニズムである。第2に、これが私法的利益になり、その侵害に対して不法行為法が保護する場合に、この法益にはどのような特徴があるのか。第3に、このような公共的・私法的利益を不法行為の対象とすることで不法行為法は何か影響を受けるか。より実体的ないい方をすれば、現在の不法行為の要件・効果で対応できるのかなど、さまざまな点が問題となる。

以下には、私なりの考え方を述べておきたい。

第1に、どのような場合に公共的利益が私法的利益の性質を持ち得るのか、という点に関しては、景観利益についていえば次のよう

な特徴がある。景観利益の公共的性格は、地域住民によって作り上げられた利益である点にある。地域住民が作り上げてきた緑豊かな景観、屋根瓦などの統一的な町並みなど、いずれも長い年月をかけて多数の住民が築き上げるものである。ここに景観利益の公共的性格がある。集团的利益といってもよい。なお、景観利益は、個人が美しいと感じる主観的なイメージの集合体ではない。多数人によって作り上げられたという点で客観的でもある。景観利益は、公共的(集团的)であると同時に客観的な利益なのである。景観利益がこのようにして多数人によって作られたものであるがゆえに、個々の住人もこの利益の主体であるといえる。「集団」自体が本来の利益の主体であるが、「集団の構成員」も利益を享受し得るという意味で私益的・私法的な法益としての性格がある。

ただ、問題は、公共的利益の部分と私益的・私法的利益の部分の関係である。両者はただ併存するということではなく、構成員の私益的・私法的利益は、公共的利益(集団の利益)の範囲内でのみ認められるという関係があると考えられる。景観利益が有するこのような特徴から、景観利益を保護法益とする不法行為を認める際には、純粋な私益的・私法的利益の侵害の場合とは異なる考慮が必要となろう。これが第2の問題である。

その際、ここで注意すべき点は3つある。1つは、景観利益を享受する集団(多数人)の意向と不法行為訴訟を提起する個人との関係である。たとえば、集団(多数派)が景観への「侵害行為」を許容する意図がある場合に、個人ないし少数派が景観利益の侵害の不法行為を主張できるか、が問題となる。これは集団と構成員の関係をどう考えるかという問題で、難問であるが、景観利益の場合には、個人的利益は集团的利益の範囲内でしか認められないため、集団の動向に反することは認められない。2つ目は、第1点とも関係するが、集団の意向ないし動向は、地域住民によって作り出される景観利益についていえば、それは地域住民の民主主義的な議論によって決まるべきことであろう⁽²⁸⁾。さらに、3つ目の注意点として、景観利益と土地建物など

の自由な利用（財産権の自由）という利益との対立である。これについては、憲法的な考慮も必要とする。このような諸点についての検討を経て初めて不法行為の成否が論じられる。

そこで、第3の問題になる。すなわち、不法行為の成否の判断に際して、以上のような課題を解決しなければならないとすると、不法行為法としてはこれにどのように対処すべきなのか。詳細は、大塚報告（本号40頁以下）に委ねたい。

- (20) 環境利益 (environmental interests) には、さまざまなものがあり、かつ、それらは複合的な利益である。厳密な分析に基づくものではないが、環境利益は基本的に公共的な利益であるが、人間（人類）のかかわり方に応じて次のように分類できる。(1)自然的・公共的な環境利益（希少動植物保護など）、(2)公共的・私益的な環境利益（景観など）、(3)私益的・公共的な環境利益（健康被害につながる大気汚染など）がある。
- (21) 吉田克己「現代不法行為法学の課題——被侵害利益の公共化をめぐって」法科35号（2005）143頁以下。
- (22) 前掲国立景観訴訟最高裁判決も「民主主義的手続」を重視する。

VI 新しい法益保護がもたらす 問題点と今後の方向

本報告で強調したかったことは、経済的損失（知的財産権の侵害も含む）、プライバシー、環境利益などの法益に対する侵害を不法行為としてとらえる場合には、従来の不法行為法の枠組みでは十分に対処できない課題があり、その解決が必要となるということである。それは、経済的損失では、取引主体間の経済的利益の衝突の調整や、マーケットの自由と規制の調整である。また、プライバシーでは、主観的価値を保護することから要請される調整の問題がある。さらに環境利益では、その公共的性格のゆえに、集団的ないし民主主義的な手続との調整という問題がある。こうした問題に対処しつつ、不法行為の成否の限界（許容される行為と許容されない行為の限界）を画することが、これらの領域での不法行為法の課題である。しかし、そのためには、

「政策」についての判断を要求される。これをどこで、どのようにするのが難問である。そもそも、これを不法行為訴訟という私的な訴訟の中で処理するのか、私法の外で行うのか（これが「権利と秩序」の問題につながる）。私法、特に不法行為訴訟の中で行うとすると、その中のどこで行うのか、不法行為の要件のどこで判断するか。本報告は、こうした「調整」問題は、「権利侵害や法益侵害」のレベルで行うのは困難であること、過失判断の中でできなくはないが、適当ではないことを示唆した。そうすると、「調整政策」を判断する場が不法行為法の中に必要となるが、そのような場として暫定的にはあるが、「違法性」要件を用いることを検討した。

しかし、経済的損失、プライバシー、環境利益では、それぞれ「調整」されるべき中身が異なるのに、「違法性」というような要件の中でそれができるのか。仮にできるとしても、違法性の中身はどのようにして決まるのか。行政的な法規の存在や、害意などは、どのように位置付けられるのか。また、「違法性」というような要件を掲げて、所有権侵害などの伝統的な権利侵害の不法行為をも統一的に説明できるのか。「違法性」要件の再評価は、我妻理論の相関関係理論と同じなのか、違うのか。こうした問題が次から次へと出てくる。これらについては、別稿（本誌937号掲載予定）において検討する。