

# 損害要件の再定位（1）

——フランス法における賠償原理と損害概念の関係——

加 藤 雅 之

## 目 次

- はじめに
    - 1 問題意識
    - 2 フランス損害賠償法の基本構造
  - 一 わが国における「損害」をめぐる議論
    - 1 民法709条の起草過程における損害要件
    - 2 損害概念をめぐる議論の概略
  - 二 賠償法理としての全額賠償原則
    - 1 全額賠償原則の意義
      - (1) 歴史的沿革  
(以上本号)
      - (2) 全額賠償原則の内容
    - 2 全額賠償原則
  - 三 責任要件としての損害
- 結びに代えて

## はじめに

### 1 問題意識

#### (1) 損害要件の見直しに向けて

不法行為責任の要件の一つに損害の発生があげられる。民法709条がこのことを明記しており、不法行為法の目的の一つが損害の填補であることから、損害の発生が要件とされることに争いはない。この点に関し、

不法行為法ないし民事責任法において損害をいかに把握するかについてはかつてから議論の対象とな<sup>(1)</sup>っているところである。もっとも、損害概念をめぐる議論は主に損害賠償の内容ないし範囲に関係し、責任要件としての損害（以下、損害要件）についてはさほど問題にされていないように思われる。しかし、改めて損害要件の意義を考えると、その不透明性が浮かび上がってくるように感じられる。

すなわち、民法709条は不法行為責任の他の要件として、権利ないし利益の侵害をあげており、これと損害要件がいかなる関係にあるのが問題となる。これまで権利侵害要件をめぐる<sup>(2)</sup>ては、いわゆる「権利侵害から違法性へ」というテーゼのもと、判例および学説の展開がみられ、多様な被侵害利益に対して不法行為法上の保護を与えるべきかという観点からの議論が蓄積されている。2005年の民法現代語化改正において、権利侵害に加えて、「法律上保護される利益」の侵害が要件とされたことは、権利侵害要件に関する十分な議論の蓄積を反映しているといえる。これに対して、損害要件については、権利侵害があっても損害の発生がなければ不法行為責任は成立しない、という範囲でのみ意義を有し、これ以上の要件論における意義が認められていないように思われる。損害要件は、財産的損害のみならず精神的損害などの無形の損害を含むものであるとされるが、実際には権利侵害があれば損害が発生することが当然であるとされており、効果としての損害賠償の内容に問題は移行する。

---

(1) 損害論に関する包括的な研究として、高橋眞『損害概念論序説』121頁以下（有斐閣・2005年）（初出・星野英一編『民法講座別巻1』205頁以下（有斐閣・1990年））。

(2) 新709条の意義については、池田真朗編『新しい民法 現代語化の経緯と解説』95頁以下〔水野謙〕（有斐閣・2005年）、大塚直「民法七〇九条の現代語化と権利侵害論に関する覚書」判タ1186号20頁（2005年）、藤岡康宏「日本型不法行為法モデルの提唱——新時代の展望」法律時報78巻8号31頁以下（2006年）など。

## 損害要件の再定位（1）

このように損害要件は、損害填補を目的とする不法行為責任の要件としての位置づけには疑いがないものの、損害を要件として掲げる意義については明確でなく、ここからいくつかの疑問が生じる。

第一に、民法709条は「生じた損害」の賠償を不法行為責任の効果として規定しているが、損害賠償の内容を決定する際に、損害要件はいかなる意味を有しているのであろうか。ここで、通説的理解に従って損害要件の位置づけを試みると以下のようなようになろう。損害論に関する従来の議論は、主に賠償の内容をどのように把握するかに関心が向けられていた。ここで、責任成立段階での因果関係を事実的因果関係であるとする通説的立場によれば、因果関係の終点としての損害も事実的概念にとどまり、効果論において賠償範囲を決定する基準としての損害は別個に考慮されることになりそうである。すなわち、不法行為成立段階における損害要件と効果論における損害との関係について、連続した概念としてとらえるのではなく、両者を切断して考えることがこうした考えには相応しいと思われる。実際に、わが国の損害賠償範囲論および不法行為理論に多大な影響を与えている平井宜雄はドイツ民法的な損害概念について疑問を呈した上で、「結局、日本民法では、損害を定義する法技術的な意味に乏し」<sup>(3)</sup> としている。もっとも、以上の点については、因果関係概念を必ずしも事実的因果関係に限定されるべきではないという指摘<sup>(4)</sup> もあり、こうした議論によれば損害要件に独自の意義が見出される可能性もある。

第二に、不法行為責任成立段階における損害は、それが財産的損害であれ精神的損害であれ、何らかの損害が発生していれば足りることにな

---

(3) 債務不履行に関する記述であるが、平井宜雄『債権総論第2版』68頁（弘文堂・1994年）。「フランス法、英米法においては *dommage* または *damage* の法技術的定義は見出されない」として、不法行為責任における損害概念との統一を主張する。

(4) 水野謙『因果関係概念の意義と限界』（有斐閣・2000年）。

るが、賠償の内容については別個に考慮される結果、不法行為成立段階における損害要件の意義は乏しいように思える。この点に関して、不法行為成立要件としての権利侵害を有するわが国においては、損害要件独自の意義を認める必要がないとの指摘も存在する。<sup>(5)</sup>

不法行為法における損害概念をめぐってはドイツ法における差額説をめぐって議論がなされてきた。これに対して、現在ではこうしたドイツ不法行為法を基礎とした不法行為法理論に対して批判的な見解もあり、日本の不法行為法がフランス不法行為法の系譜に属すると主張するものもある。<sup>(6)</sup>

そこで、本項では不法行為法における損害要件の意義を再検討することを目的として、フランス法における損害要件の意義および賠償法理との関係について検討する。わが国の不法行為法と同様に包括要件主義をとるフランス法においては、権利侵害の要件を持たず、損害要件がフォート (faute) および因果関係とならび不法行為責任の成立要件の一つに位置づけられる。さらに、フランス法における損害要件は効果論と密接な関係を有する。というのも、フランス民事責任法の基本原則たる全額賠償原則の下、生じた損害のみが不法行為の効果としての損害賠償の範囲を画する基準となるからである。

---

(5) こうした立場からは損害要件は権利侵害要件に吸収されると考えることになるのであろうか。たとえば、内田貴は次のように述べ、損害要件独自の意味に否定的である。「損害の事実（死亡、負傷、物の滅失・損傷、不法占拠）は実は、すでに権利・利益侵害要件の中に含まれている。とすれば、厳密にいうと、権利・利益侵害と区別して損害要件を掲げる積極的な意味は乏しい」とする。内田貴『民法Ⅱ債権各論第2版』360頁（東京大学出版会・2007年）。もっとも、内田は損害要件を不要とまでするものではない。

(6) 平井『債権各論Ⅱ不法行為』13頁（弘文堂・1992年）。その根拠として、①統一要件主義に立脚すること、②精神的損害の賠償が一般に認められること、③不法行為に基づく損害賠償の範囲について制限賠償主義をとること、があげられている。

## 損害要件の再定位（1）

この点、わが国においては、従来からドイツ法とフランス法を対比して、フランス法が制限賠償主義に立脚していると位置づけられている。

平井宜雄による研究によって、民法416条がイギリスの判例さらにはフランス法の系譜に立つことが明らかにされている。予見可能性が損害賠償の範囲を画する基準とされており、被った損害以外の要素によって賠償範囲を制限するという意味で、フランス法が制限賠償主義に立つという理解である。<sup>(7)</sup> たしかに、フランス法は債務不履行に基づく損害賠償について、契約当事者の予見可能性を賠償範囲決定の基準としており、この意味では制限賠償主義に立脚している。もっとも、予見可能性によって賠償範囲の制限がなされるのは、契約責任に基づく損害賠償の場合であって、不法行為においても同様に制限賠償主義とみるかについては検討を要する。この点、フランス法の一般的理解において、不法行為に基づく損害賠償については予見可能性によってこれを制限することなく損害全体の賠償が原則とされている。これがフランス法と対比されるドイツ法における「完全賠償主義」と同視できるかは問題であるが、フランス不法行為法における賠償法理についてはなお検討が必要であるように思われる。

加えて、フランス法における損害概念は規範的評価を含むものであり、賠償請求権者を決する基準ともなりうるものである。<sup>(8)</sup> また、賠償法理において損害が賠償内容ないし賠償範囲を画する機能を有することから、責任成立レベルにおける損害がそのまま賠償範囲を決する意味で、要件論と効果論が連続的な関係にある。したがって、フランス法における賠償法理を理解する上では損害要件の意義を把握することが必要である。

フランスにおいても、従来、不法行為法の要件論上の検討対象はフォート、因果関係が中心であり、損害要件についての研究が必ずしも多い

---

(7) 平井・前掲注(3)16頁。

(8) 拙稿「規範的損害概念への展望——間接被害者論を契機として——」  
法学政治学論究61号195頁以下（2004年）。

とは言えなかった。しかし、近時になって、体系書の中でも損害要件の説明に占める割合が多くなり、研究対象としての注目が集まっている。こうした状況の背景の一つに、社会の変容とともに新たに登場する不法行為類型ないし損害類型に対して、フランス法では損害概念が主要な役割を果たすこととなっているのである。

損害填補を目的とする不法行為において、当然の要件とされながらこれまで等閑視されてきた損害要件がいかにして新たな意義を獲得したのか、これを賠償法理と損害要件との関係についての総論的検討を通してみていく。

## (2) 比較法的観点からの意義

このような損害要件についての検討による、わが国の不法行為法学における意義については、以下のように考えられる。

まず、従来のフランス法に関する研究においては、民事責任の包括的  
要件としてのフォートが特色とされ、わが国における過失と違法性を包  
含する概念としての説明がなされている。<sup>(9)</sup> 確かにフランス法におけるフ  
ォート概念は、民事責任の成立要件において、行為態様を主観・客観の  
両面から帰責判断をするものであり、過失を加害者の主観を評価するも  
のととらえる立場からは過失に限定されるものではなく、違法性概念も  
含むものであるといえる。もっとも、わが国における「違法性」概念は、  
権利侵害要件の問題性から展開されてきた経緯がある。<sup>(10)</sup> 純粋な権利侵害  
以外の事例においても、不法行為責任を認める必要性から違法性概念が  
導入されたことをみると、フォート概念が権利侵害概念を含むかのよう

---

(9) 野田良之「フランス民法における faute の概念」『我妻榮還暦記念・損害賠償責任の研究(上)』109頁以下(有斐閣・1957年)。

(10) 本稿は、過失一元論あるいは違法性一元論の議論に踏み込むものではないが、こうした議論をみても、違法性概念の内容が明確ではないことがうかがえる。

## 損害要件の再定位（1）

にも思える。

しかしながら、フランス法上フォートは加害者の行為態様に関する要件であり、純粋な権利侵害はむしろ損害の中に包含されているとみることができるとは、わが国の権利侵害要件が有する規範的判斷がなされているのである。<sup>(11)</sup> 損害要件を検討することによって、フランス民事責任法の構造に対する正確な理解につながり、改めて日本法との比較の中でフランス法を位置づける契機となり得るであろう。

### (3) 不法行為法の目的論に関して

不法行為法の目的である損害填補についても近時異論が多くみられ<sup>(12)</sup>、不法行為の目的・機能論において、制裁ないし抑止に焦点が当てられている。こうした議論の背景には、不法行為法が現実的に十分に機能していないのではないか、という問題意識がある。一例として、制裁的損害賠償論において、企業による不法行為について、企業の資金力などを根拠に、企業に多額の損害賠償を認めていく方向性が示唆されている。また、加害者が不法行為によって利益を取得する不法行為類型、いわゆる利益取得型不法行為に関しては、損害賠償額以上の利益を加害者が取得するという不都合が指摘されている。<sup>(13)</sup> 「損害填補」を目的とする不法行為法においては、損害以上の利得を吐き出させることが難しいとされるからである。<sup>(14)</sup>

---

(11) 中田裕康「侵害された利益の正当性——フランス民事責任論からの示唆」『一橋大学法学部創立50周年記念論文集・変動期における法と国際関係』（有斐閣・2001年）。

(12) 不法行為の目的論については、法律時報78巻8号の特集「不法行為法の新時代」が参考になる。

(13) 利益取得型不法行為、という用語については、窪田充実「不法行為法と制裁」石田喜久夫古稀記念『民法学の課題と展望』667頁（成文堂・2000年）による。

(14) これに対して、そもそも不法行為法の目的としての損害填補に再検討を加えるものがある。森田果・小塚莊一郎「不法行為法の目的——「損害

議論の根底にあるのは、損害の意味である。損害の填補という目的によって、被害者が得べき賠償は発生した損害を填補するものであり、これを超えるものであってはならない、という帰結が導かれる。ここで的前提にある損害は事実としての損害であり、被害者が現実には被った損失または得べかりし利益を金銭的評価したものであり、それ以上の加害者の収入は「損害」に含まれないとされている。ここで、こうした利益を吐き出させるために、不法行為法の修正または準事務管理などの他の法理が必要とされるのである。しかし、かかる結論を不法行為法の解釈論から導くことは不可能なのであろうか。そもそも、損害を現実には生じた財産状態の変動に限らず、別の把握をすることによってこうした問題に対する解決の示唆を得ることができるのではないだろうか。<sup>(15)</sup>

その意味で、不法行為法の目的たる損害填補、そこから当然の要件とされる損害の意義を再検討する必要性が存在する。本稿は、損害要件の意義についての総論的検討にとどまり、具体的事例に対する検討は別に行うこととし、損害要件の見直しによる一定の展望を示すものである。

## 2 フランス損害賠償法の基本構造

検討に入る前に、ここでフランス法における不法行為に基づく損害賠償の基本構造を概観しておこう。不法行為責任に関する一般規定であるフランス民法典1382条および1383条はそれぞれ次のように規定する。

### <sup>(16)</sup> 【フランス民法典1382条】

他人に損害を生じさせる人の所為はいかなるものであっても全て、フ

---

填補」は主要な制度目的か」NBL 874号10頁以下（2008年）。

(15) すでに窪田・前掲(13)690頁は、利益取得型不法行為に対して損害評価レベルで処理することが解釈論上容認されることを指摘している。

(16) Art.1382: Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par faute duquel il est arrivé, à le réparer.



## 損害要件の再定位（1）

オートによって損害をもたらした者に、それを賠償する義務を負わせる。

### 【フランス民法典1383条<sup>(17)</sup>】

各人は、その所為に基づいて生ぜしめたもののみならず、その懈怠または不注意によって生ぜしめた損害についても責任を負う。

不法行為に基づく損害賠償の範囲については、日本民法と同様にこれを明記する条文は存在しない。ここでは、債務不履行に基づく損害賠償に関するフランス民法典1149条ないし1151条が関係する。

### 【フランス民法典1149条<sup>(18)</sup>】

債権者に支払われるべき損害賠償は、一般に、そのものが受けた損失及びその者から奪われた利得である。ただし、以下の例外及び変更についてはその限りでない。

### 【フランス民法典1150条<sup>(19)</sup>】

債務者は、債務が履行されないことが何らその者の故意によるのではないときには、契約のときに予見し、または予見することができた損害についてでなければ義務を負わない。

### 【フランス民法典1151条<sup>(20)</sup>】

損害賠償は、合意の不履行が債務者の故意から生じる場合であっても、

---

(17) Art.1383: Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

(18) Art.1149: Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.

(19) Art.1150: Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.

(20) Art.1151: Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est

債務者が被った損失及びその者から奪われた利得に関して、合意の不履行の直接の結果であるものでなければ、含みえない。

これらの条文については以下の理解が一般的である。<sup>(21)</sup>

フランス民法典1149条は、債務不履行に基づく損害賠償の内容を定めた規定であり、賠償の対象は被った損失と得べかりし利益からなることを定めている。同条は債務不履行に関する規定であり、かつ財産的損害の賠償を認めるものではあるが、後にみるように同条が民事責任法の根本原則である全額賠償原則のフランス民法典上の根拠の一つとされる。

これに対して、同1150条は損害賠償の範囲を契約当事者の予見可能な範囲に「制限」する規定である。同条によって、故意によらない債務不履行の場合に損害賠償の範囲が制限される根拠は、契約当時の当事者の予見可能性にある。すなわち、契約によって当事者が予見することのできた利益のみが賠償の対象とすることで、予見し得ない損害について賠償の範囲が広がることを防いでいる。フランス民法1150条は契約締結時の予見可能性を基準としているため、不法行為に基づく損害賠償については同条の適用がないとされる。

損害賠償の対象を直接の損害に限るとする同1151条については、賠償の範囲を「制限」する法理ととらえるのではなく、賠償の対象となる損害が債務不履行と因果関係のあることを必要とすることを定めたものと理解される。ここから、責任要件としての損害について、直接性が<sup>(22)</sup>必要な要素とされるのである。換言すれば、損害賠償の範囲を直接の損害に

---

une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.

(21) フランス民法における損害賠償の範囲については、拙稿「一九世紀フランス法における損害賠償範囲論」法学政治学論究51号365頁以下（2001年）のほか、関口晃「フランス法における損害賠償の範囲及び方法について」東京都立大学創立十周年記念論文集〔法経編〕93頁以下（1960年）、松野友芳「フランス法における損害賠償の範囲について（一）（二）」大阪市立大学法学雑誌26巻2号60頁以下、27巻1号75頁以下（1979年、1980年）。

## 損害要件の再定位（1）

「制限」するのではなく、債務不履行と因果関係のある直接の損害のみが賠償の対象となることを定めているのである。さらに、損害の直接性にかかわる因果関係の判断は、事実的因果関係にとどまらず、帰責相当性の判断を含むものである。<sup>(23)</sup> こうした損害の理解は、債務不履行に限定されるものではなく、民事責任一般に妥当するとされるのである。したがって、フランス民法1151条は不法行為に基づく損害賠償についても類推ないし準用され、不法行為と因果関係のある直接の損害のみが賠償の対象となるのである。

以上のように、フランス法は損害賠償の範囲を制限する規定を有しているが、これは契約責任にのみ妥当するものである。不法行為に基づく損害賠償については、賠償範囲を制限する規定であるフランス民法1150条の適用は否定されており、損害賠償の一般原則としての「全額賠償原則」が適用されることになるのである。

### 一 わが国における「損害」をめぐる議論

ここではこれまでの「損害」概念をめぐる議論について、損害要件の位置づけという本稿の問題意識に関係する範囲で整理する。

以下では、まず現行民法の起草過程において損害要件をめぐるどのような議論がなされてきたかを概観したのち、損害概念に関する差額説をめぐる議論そして近時の規範的損害論の概略をみる。

#### 1 民法709条の起草過程における損害要件

##### (1) 旧民法

旧民法典財産編370条1項は、「過失又ハ懈怠ニ因リテ他人ニ損害ヲ加

---

(22) このほか、現在性および確定性が損害について必要な要件とされる。

(23) フランス民法における因果関係概念については、拙稿「フランス民事責任法における因果関係概念の機能」法学政治学論究58号171頁以下(2003年)。

へタル者ハ其賠償ヲ為ス責任ニ任ス」と規定されており、ここから、不法行為責任要件として、過失または懈怠、損害、因果関係があげられる。同条は、ボワソナードの説明によればフランス民法1382条の規定に範をとったものであり、不法行為責任の要件としてフランス民法と異なる点<sup>(24)</sup>はない。

草案の理由書においては、損害の種類に関して財産的損害だけでなく、人身損害さらには精神的損害についても含まれる旨の記述があるにとどまり、損害要件一般についての記述はみられない<sup>(25)</sup>。ここでは、人身損害の場合について、治療費用および正当な利益 (profits légitimes) の喪失、さらには労働能力の喪失があることが、損害賠償の対象となる。また、殺人の場合には、被害者の子供や未亡人などが財産的支えを失うことが不法行為責任成立の根拠となるとしており、いずれの場合においても財産的損害が被害者に発生しているとする。さらに、精神的損害について、名誉棄損を例にあげ、被害者に何らかの財産的損害が発生しなければ不法行為責任は成立しないとされており、財産的な損失を損害と捉えた上で、不法行為責任の一つの要件としていた。

不法行為に基づく損害賠償の範囲については、旧民法典財産編370条3項が債務不履行に関する同385条を準用している<sup>(26)</sup>。同385条は、フランス民法1149条ないし1151条にあたるものであり、予見可能性および「避クヘカラサル結果」に損害賠償の範囲を限定する規定である<sup>(27)</sup>。

(24) G. BOISSONADE, *Projet de Code civil pour l'empire du japon accompagné d'un commentaire, nouvelle édition, tome 2eme, no 270.*

もっとも、旧民法においては損害賠償の範囲について予見可能性による制限を加えており、これは当時のフランス法学説の支配的見解とは異なるものであった。拙稿・前掲(21)372頁以下。

(25) G. BOISSONADE., *op. cit.*, no 271.

(26) 旧民法財産編370条3項 犯罪及ヒ准犯罪ノ責任ノ広狭ハ合意ノ履行ニ於ケル詐欺及ヒ過失ノ責任ニ関スル次章第二節ノ規定ニ従フ。

(27) 旧民法財産編385条 損害賠償ハ債権者ノ受ケタル損失及ヒ其ノ失ヒタル利得ノ填補ヲ包含ス

## 損害要件の再定位（1）

### (2) 現行民法の起草過程

旧民法典財産編370条1項を基に現行民法709条が起草されたが、ここで新たに権利侵害の要件が加えられたことによって、損害要件と権利侵害要件の関係が問題となる。本条の起草過程に関する法典調査会における議論を参照する。<sup>(28)</sup>

起草委員の穂積陳重によれば、権利侵害の要件は旧民法典の不明瞭な点を明確にしたものであるとされる。主に念頭に置かれていたのは間接被害者からの損害賠償請求の事例であった。<sup>(29)</sup>すなわち、穂積によれば、他人に損害を及ぼす場合であっても、権利侵害に至る程度と評価される場合でなければ損害賠償請求権が生じないのであり、具体例として、直接の被害者の死傷によって扶養を受けられなくなった者や近親者を失ったことによる悲しみについて権利侵害の要件が損害賠償の可否の基準になるとしている。

なお権利侵害概念についてはドイツ法ではなく、イギリス法およびフランス法に基づくものであることが指摘されており、権利侵害を要件とするのは当時のヨーロッパ諸国の不法行為法に共通してみられるものであった。<sup>(30)</sup>

ここでのフランス法の理解については、フランス民法1382条は権利侵害要件を明示していないが、学説上権利侵害を要件としており、フォートの客観的要素として権利侵害を位置づけていたという理解が存在す

---

然レトモ債務者ノ悪意ナク懈怠ノミニ出テタル不履行又ハ遅延ニ付テハ損害賠償ハ当事者カ合意ノ時ニ予見シ又ハ予見スルヲ得ヘカリシ損失ト利得ノ喪失トノミヲ包含ス

悪意ノ場合ニ於テハ予見スルヲ得ヘカリシ損害ト雖モ不履行ヨリ生スル結果ニシテ避ク可カラサルモノタルトキハ債務者其賠償ヲ負担ス

(28) 同条の起草過程について詳しくは星野英一・広中俊雄編『民法典の百年Ⅲ 個別的観察(2)債権編』560頁以下〔瀬川信久〕(有斐閣・1998年)。

(29) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録五』307頁(商事法務版)。

(30) 瀬川・前掲注(28)564頁。

(31)  
る。

一方で損害要件に関しては、旧民法における損害が財産上の損害に限定していたものを、「無形ノ損害」についても含むとした。<sup>(32)</sup>その根拠として、債権の目的について既成法典と異なり、「財産上ノ目的タルコトヲ要セヌ」という主義をとっていること、および無形の損害の賠償を認めなければ、社会の需要に適わないと考えたことをあげる。<sup>(33)</sup>財産ないし物質上の利益のみを法が保護することは「如何ニモ狭マ過ギルコト」であり、生活上物質上の利益よりも他の利益を欲する人もいることから、有形無形ともに損害に含めるのがよいとする。

さらに、権利侵害要件と損害要件について説明を加える。

ここで、以下のような例をあげる。ある人の選挙に際して投票を妨害されたが、その人は選挙の結果当選したという場合、「少シモ損害ハナイ」というものである。もっとも、これを損害とするか否かについては、実際上争いが生ずるかも知れないが、起草案のようにしておけば十分であるとして、権利侵害の発生を証明できれば不法行為により訴えを起こすことできるということだけにしておけば、「實際上ノ需要ニ適スルモノデアラウ」としている。

### (3) 富井政章の損害論

現行民法の起草委員の一人である富井は損害要件について論じており、これが現行民法709条に影響を与えたとされる。<sup>(34)</sup>

富井によれば、当時のフランス民法解釈書において「損害ノ本義」について満足すべき説明がないとしながら、法律上の損害を組成するため

---

(31) 末川博『権利侵害論』361頁（弘文堂・1930年）。

(32) 旧民法は精神的損害の賠償についても、それが財産的損害を生じるときのみ賠償の対象となるとされていたことと対比されたい。

(33) 前掲注(29)299頁。

(34) 富井の損害論については、高橋・前掲注(1)125頁以下に詳しい。

## 損害要件の再定位（1）

には必ず「他人ノ権利ヲ侵犯シタルノ所為」があることを必要とする点には疑いがないとして、権利侵害が損害の本質であるとしている。<sup>(35)</sup>

その上で、損害と権利侵害との関係についてイギリス法の検討をした<sup>(36)</sup>のち、フランス法における損害概念が金銭的損害に限られることの問題点を指摘して、不法の損害を被った以上、その賠償が認められるべきであり、損害要件につき金銭的評価ができないことをもって損害賠償請求が排斥されることが不当であるとしている。

富井は損害を不法行為責任の要件の一つとしていながら、損害賠償の要件について「最モ緊要ト認ムルモノハ権利侵害ノ一事ナリ」としており、権利侵害要件の重要性を説いている。損害については、その金銭的評価が困難な場合があることを指摘しているが、権利侵害があれば通常損害は発生しており損害賠償責任は成立するとして、損害要件の独自の意義を認めていないようにも思える。<sup>(37)</sup>

### （4）民法709条における損害要件の位置づけ

以上のように現行民法典起草時の議論において、損害要件に代わる権利侵害要件の重要性が説かれることにより、損害要件独自の意義については、財産的損害以外の無形の損害についても損害に含めるという程度で触れられるにとどまっているのである。

その後の体系書等においても、不法行為責任の成立要件として損害の発生が必要とされることに異論はないが、損害の内容については簡単な説明にとどまる。ここでは、我妻榮と加藤一郎の体系書における損害要件に関する叙述をみておこう。

---

(35) 富井政章「損害ノ辨」法学協会雑誌64巻313頁以下（1889年）。

(36) イギリス法においては、権利侵害の証明があれば損害賠償請求権は成立し、損害がない場合であっても銅貨一枚の賠償が認められるとされていた。

(37) 高橋・前掲注(1)128頁。

我妻は、不法行為の成立要件の一つとして「違法な行為に因って損害を生じたこと」をあげて、その説明の中で次のように述べる。

「他人の利益を侵害する行為は常に必ずしも違法な行為と謂い得ないと同様に、違法な行為は必ずしも他人に損害を加へるとは謂い得ない。而して、不法行為は社会に於ける損害の分担を定める制度だから、損害のない場合には不法行為は成立しない。この意味で損害を生ずることが不法行為の成立要件である」<sup>(38)</sup>。

これに続いて、損害には財産的損害に限らず精神的損害を含む点、損害が違法行為との間に因果関係を必要とすることについて述べているが、損害自体をいかに把握するかについての記述はない。損害の内容については、不法行為の効果の中で「損害賠償の範囲」の部分で詳論しているが、おもに賠償すべき損害の範囲の確定および賠償額算定について検討している<sup>(39)</sup>。

その後の代表的な体系書の中でも損害要件の位置づけはさほど変わっていない。

加藤一郎は、不法行為成立要件の一つとして「損害の発生」をあげ、「故意過失によって違法な侵害行為が行われても、損害が発生しなければ、損害賠償請求の問題は起こらず、不法行為が成立しないことは、当然である」としている<sup>(40)</sup>。そして、損害は現実的な損害が発生しなければならないことを述べるにとどまる。

以上のように、損害要件をめぐるのは簡単な説明がなされるのが一般的であり、「損害」概念はむしろ差額説に関連して効果論において論じられることとなる。

---

(38) 我妻榮『事務管理・不当利得・不法行為』（復刻版）152頁～153頁（日本評論社・1988年）。

(39) 我妻・前掲注(38)200頁以下。

(40) 加藤一郎『不法行為』148頁（有斐閣・1957年）。



## 2 損害概念をめぐる議論

損害概念をめぐる議論は多岐にわたっており、すでに多数の先行業績がある。<sup>(41)</sup>ここでは、それらを逐一系列挙することはせず、問題点を整理することにとどめ、フランス法の検討の後にあらためて必要に応じて取り上げることとしたい。

### (1) 差額説とそれに対する批判

損害の定義に関する議論は、ドイツにおける差額説の紹介によって、<sup>(42)</sup>差額説と事実説の対立の中で論じられることとなる。

差額説は、損害を利益状態の差ととらえるものである。差額説は、ドイツ法における完全賠償の原則と適合的であり、<sup>(43)</sup>裁判官の恣意的な裁量を排し、被害者保護に資するものとされている。これに対して、差額説は、非財産的損害には適合せず、わが国の法制にも不適切であることから、損害の事実そのものを損害ととらえるいわゆる損害事実説が主張された。

差額説の妥当性が明確に表れるのが、人身損害賠償に関する議論においてである。<sup>(44)</sup>1960年代頃からの交通事故による人身損害の増加に伴い、それまでの通説的な算定方式である個別積み上げ方式に対する批判が提唱された。

差額説に基づく損害理解は、人身損害賠償において人身損害を物損と

---

(41) 多くの概説書・体系書においても、主に効果論の損害賠償の範囲の項目の中で損害概念について詳細な検討が加えられている。

(42) 差額説の成立についての歴史的研究として、北川善太郎「損害賠償論の史的変遷」法学論叢73巻4号1頁以下（1963年）。差額説の継受について詳しくは、高橋・前掲注（1）133頁以下。

(43) 高橋・前掲注（1）206頁。

(44) この問題に対する包括的な研究として、吉村良一『人身損害賠償の研究』（有斐閣・1970年）、淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』（有斐閣・1984年）などがある。

同視するかのような扱いをすること、そして逸失利益の算定において妥当性を欠くことが指摘され、ここから賠償額の定額化論などが展開され<sup>(45)</sup>た。こうした議論の中では、人身損害の特殊性を考慮して、人格という金銭的評価が極めて難しい被保護法益についての有効な賠償を追及するものである。

ここで、本稿の問題意識との関係で指摘おくべき点は以下の点である。

第一に、差額説に対する批判の一つとしてこれがドイツ法に由来するものであり、ドイツ法における完全賠償の原則と一体性を有していることがあげられている。こうしたドイツ法的賠償法理と日本民法のそれを対置することによる批判である。

第二に、もともと差額説に基づく損害の把握は、裁判官の裁量を排するなど賠償範囲を画する基準として機能しえたものであった。一方で、差額説を批判する見解、すなわち損害事実説の立場は、損害を事実としてとらえることによって、賠償範囲の確定基準を別個に定める立場であると考えられる。

こうして、責任要件と賠償範囲の切断がわが国の賠償法理として主張されるようになり、その中で権利侵害要件を有するわが国においては損害要件の意義が相対的に低下し、損害概念は効果論の中でのみ論じられることとなっていくのである。

## (2) 規範的損害論

損害概念をめぐる議論の中で、近時展開されているのが規範的損害論<sup>(46)</sup>である。これは損害の確定について、それまでの議論が差額説によるのであれ、事実説によるのであれ、事実としての利益状態の差ないし損害を観念していたのに対して、損害賠償によって回復される、不法行為が

---

(45) 西原道雄「生命侵害・傷害における損害賠償額」私法27号114頁(1965年)。

(46) 潮見佳男『不法行為法』222頁以下(信山社・1999年)。

## 損害要件の再定位（1）

なかったならばあるであろう状態の評価について、規範的評価を加えるものである。

規範的損害論はあるべき損害を観念することによって、損害賠償の内容について新たな視角を導入する。たとえば逸失利益の算定について、従来は被害者の現在の収入や無収入の者については平均賃金などをもとに算定していた結果、被害者によって損害賠償額が異なることが当然のこととされていた。これに対して、規範的損害論によれば、あるべき人身損害の賠償<sup>(47)</sup>という観点から、一定程度の基準を定めることが可能になるとされる。

このように、規範的損害論は一般的に損害賠償の範囲をめぐる議論の中で論じられるものではあるが、損害概念自体の見直しを図る意味で損害要件にも関係し得る議論であると思われる。この点について、フランス法における損害要件が当然のように規範的判断を包含していたことからの検討を加えることで、わが国における規範的損害論の新たな意義を見出すことが考えられる。

## 二 賠償法理としての全額賠償原則

### 1 全額賠償原則の意義

フランス民事責任法の基本原則が全額賠償原則（le principe de la réparation intégrale）<sup>(48)</sup>である。全額賠償主義について、これを明記する条文は存在しないものの、フランス法における基本原則とされる<sup>(49)</sup>。判例にお

---

(47) 潮見・前掲注(46)225頁。

(48) réparation intégrale の訳語として以前は「完全賠償」という用語を用いていたが（拙稿「規範的損害概念への展望」法学政治学論究61号197頁（2004年）ほか）、ドイツ法のそれと区別する意味で、以後は「全額賠償」の用語を用いる。なお、訳語については、山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会）では「全額賠償」（「全額賠償の原則 principe de réparation intégrale」の項目において）を用いている。

(49) Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Traité de Droit civil, sous la*

いても「民事責任の目的は、損害 (le dommage) によって破壊された均衡 (équilibre) を可能な限り正確に回復し、損害を生ぜしめた行為が起こらなかったのであれば被害者が置かれていたであろう地位に被害者を戻すことにある」という表現で民事責任の効果が全額賠償であることを明言されている<sup>(50)</sup>。

全額賠償原則が基本原則であることに疑問は呈されていないが、いかなる沿革に基づき全額賠償原則が生成したのであろうか。以下では、全額賠償原則の歴史的沿革を概観した上で、実体法上の根拠を明らかにする<sup>(51)</sup>。

## (1) 歴史的沿革

### A フランス民法典以前の賠償原理

近代法は民系峻別論を原則としており、民事責任としての不法行為責任は刑事責任と区別されている。民事責任と刑事責任が区別されていない近代法以前においても、責任者に被害者に対する一定の金銭の支払いを命ずる制度が存在しており、後にこれが民事責任としての損害賠償に発展する。以下では、現行フランス債務法に影響を与えたとされるローマ法およびフランス古法における賠償法理をみていく。

それ以前の時代（いわゆる原始法 le droit primitive の時代）においては、民事責任としての損害賠償は存在しないものの、違法な行為に対する制裁の中で広い意味での「損害」と「賠償」ないし「責任」との間の均衡は古くから存在している。古代の反座法 (loi du talion) はいわゆる

---

directon de Jacques GHESTIN, Les effets de la responsabilité, 2ed, L. G. D. J, no 57.

(50) Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1963, D. 1963, 453, note Molinier.

(51) 全額賠償原則に関する近時の研究も同様の手法をとっており参考にした。C. COUTANT-LAPALUS, Le principe de réparation intégrale en droit privé, nos 47 et s., préface Frédéric POLLAUD-DULIAN, Presses Universitaires d'Aix-Marseille-Puam, 2002.

## 損害要件の再定位（1）

「目には目を歯には歯を」という規範を含んでおり、被害者が受けた損害と同等の復讐を認めていた<sup>(52)</sup>のである。その後、現代法における賠償法理が確立する時期は必ずしも明らかではないが<sup>(53)</sup>、ローマ法およびフランス古法において現代の全額賠償原則の萌芽がみられる<sup>(54)</sup>。

### i ローマ法における賠償法理<sup>(55)</sup>

ローマ法においては、不法行為の被害者に対して反座法が認めていた私的復讐に代わって、公権力が刑事責任の追及を行使することとなり、他人に損害を与えた者に対する罰として被害者に対して罰金を支払うことが命じられた。債務法に関する一般原則を持たないローマ法においては、個別の侵害行為に基づいて個別の訴権が発生し、それぞれに固有の罰が科されるというものであった<sup>(56)</sup>。当時の不法行為法は刑事責任と民事責任の混合的責任であり、賠償と制裁との間に明確な区別は存在しなかった<sup>(57)</sup>のである。

責任には、不法行為によるもの (delicta) と犯罪によるもの (crimina) という二つがあった。不法行為による責任は一般的利益に対する侵害の際に問題となるものであるが、公的な刑事訴追をもたらすものである。罰の内容は、身体的刑罰または財産的刑罰からなり、被害者に対する金

---

(52) M. VIRALLY, *La pensée juridique*, p. 110, L. G. D. J. 1998.

(53) C. COUTANT-LAPLUS., *op. cit.*, no 47.

(54) 賠償法理の展開については、平井宜雄「責任の沿革的・比較法的考察」  
芦部伸喜ほか編『岩波講座基本法学 5 卷責任』3頁以下（岩波書店・1984年）。

(55) ローマ法における賠償法理については、船田亨二『ローマ法 三卷』  
374頁以下（有斐閣・1972年）に詳しい。

(56) J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, 2eme ed, p. 278 et s., Montchrestien, 2000.

(57) J.-L. GAZZANIGA, *Les metamorphoses historiques de la responsabilité*,  
in *6emes Journées R. SAVATIER, Les metamorphoses de la responsabilité*,  
Paris, PUF, 1998, p. 7.

銭的補償を含むものではない。これに対して、犯罪による責任は被害者に対する金銭的補償を内容とするが、罰 (poena) の性格を有し、被害者に対する侵害行為の内容によって、被った損害の2倍ないし4倍を内容とする罰金が責任の内容となった。こうした罰は損害の発生の有無を問わず認められ、罰の内容についても具体的な損失を考慮することなく額が決められていた。<sup>(58)</sup>したがって、こうした制度の目的は被害者が被った損失の賠償ではなく、損害の主体を罰することにあつたのであり、純粹な賠償と位置づけることはできない。<sup>(59)</sup>反座法における私的復讐に代替する機能を有しており、その内容についても反座法にみられるように与えた侵害と罰の均衡からなっていたのである。

このように不法行為法においては、純粹な賠償の観念は存在しなかったが、契約法において損害賠償概念に近いものがみられる。契約上の訴権として、契約違反による被害者に認められた目的物追及訴権 (une action reipersecutoire) である。同訴権は、契約違反によって物の引渡しを受けられなかった被害者に対して、刑事訴権に加えて、契約目的物の引渡し、または等価額の請求をする権利を認められていたものである。契約違反があつた場合には、履行されることを予定していた給付について権利を有する者の利益を確保することが目的とされたのである。

同訴権によって請求し得る利益の内容は以下基準によって定められる。同訴権による請求が認められるためには、債権者が契約に基づく債務の存在および範囲を証明できた限りにおいてであり、これは債権者が被った損害について証明することを求められることを意味する。その額については裁判官の裁量によって決せられ、裁判官は契約の目的物の交換価値 (quania res) または不履行に基づく損害 (id quod interest) のいずれかを基準にすることができたのである。<sup>(60)</sup>ここでの損害の基準とされたも

---

(58) A.-E. GIFFARD et R. VILLERS, Droit romain et ancien droit francais, Paris, Dalloz, 4eme éd, no 315 et s.

(59) C. COUTANT-LAPLUS., op. cit., no 50.

## 損害要件の再定位（1）

のが、現行フランス民法典1149条が基準とする被った損失（*damnum emergens*）および失った利益（*lucrum cessans*）に対応すると考えられる。ここには現在の全額賠償原則と類似する法理がみられ、ローマ法における目的物追及訴権は被った損害に対応する賠償を認めるものであったと位置づけられる<sup>(61)</sup>。したがって、契約上の債務不履行については、限りなく現在の損害賠償に近い制度がローマ法に存在し、その内容が全額賠償法理であったことが認められる。

こうした目的物追及訴権が損害賠償的色彩を帯びるにつれ、私的制裁的色彩は徐々に失われていく。帝政期には法務官によって発せられる不法行為訴権においても、罰（*poena*）を命じることがなくなり、被った損失に対応する賠償としての損害賠償概念の発展がみられるようになるのである<sup>(62)</sup>。

3世紀の共和制期にはいと、刑事訴権と追及訴権を混合した訴権がアクィリア法 *Lex Aquilia* において認められることとなる。同訴権は現在の不法行為法のように包括的なものではなく、他人の身体に対する侵害、財産の侵奪および物に対する侵害についての責任を規定するものである。

同法は、不正な損害の場合において損害額に一致する賠償金の支払いを認めている一方で、不正な否認（*infitiatio*）の場合にのみ賠償金が2倍となっており、加害者に対する罰ないし制裁的色彩も強いものであったが、責任の内容は賠償であり、被害者の被った損害が賠償の内容を決定する基準とされる。同法における賠償額については、侵害行為の前1か月あるいは1年間における最高価格とされた<sup>(63)</sup>。

---

(60) COUTANT-LAPLUS., *op. cit.*, no 51.

(61) Raymond MONIER, *Manuel elementaire de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, p. 39, Paris, 1970.

(62) A.-E. GIFFARD et R. Villers, *op. cit.*, no 320.

(63) 当時は奴隷や家畜が重要な財産であったが、これらは季節によって価格が変動するものであったため、このように賠償額が決定された。実際、

このように、アクィリア法において、損害と被害者が受け取る罰金額の均衡が見られ、これがのちに全額賠償主義につながるのである。<sup>(64)</sup>ローマ法においては、フォートを基礎とする包括的な不法行為責任は発展しなかったものの、罰の観念が後退する一方で、賠償の概念は存在しており、アクィリア法に至って契約法だけでなく不法行為法においても全額賠償の思想がみられると考えることができる。

## ii フランス古法における賠償法理

蛮族法 (lois barbares) においては、賠償の内容は侵害行為の性質や被害者の属性などを考慮して法定されており、損害の内容との均衡は存在せず、罰金としての色彩を強く有していた。<sup>(65)</sup>5世紀に入ると、責任の内容が罰 (poena) と損害賠償 (damnum) に区別される。ここでの損害賠償は被った損害と均衡する賠償をあたえることを目的としていた。当時の諸民族の法において現実には被った損害を補償するための賠償を認めることを目的とした規定が置かれており、全額賠償を基礎とする賠償法理の存在を認めることができるが、まだ民事責任と刑事責任は未分化であり、当時の損害賠償は罰金に付随して認められるものであり、損害賠償のみで認められるものではなかった。<sup>(66)</sup>

刑事責任と民事責任の区別が生じ、賠償が独立して求められるようになるのは、12～13世紀になってからである。<sup>(67)</sup>すなわち、侵害行為に対す

冬季の価格を基準とすると債権者に損害を与えることとなるために、侵害の前1年間の期間における最高価格を責任の内容としたのである。

(64) COUTANT-LAPLUS., op. cit., no 52.

(65) 蛮族法において純粋な賠償の観念があったかについては議論があるが、ここでは被害者に支払われる金銭として賠償的色彩があることから賠償として位置づけている。

(66) COUTANT-LAPLUS., op. cit., no 54.

(67) J.-L. GAZZANIGA, Introduction historique au droit des obligations, no 210.



## 損害要件の再定位（1）

る制裁が公権力に委ねられる一方で、違法な行為による結果を除去するという独自の目的を損害賠償が有することとなる。不法行為の被害者から私的復讐の権利を奪うことで、被害者の請求を制限していくのである。こうして、ローマ法における被った損害の2倍ないし4倍の罰金を科すという刑事訴権から、損害の賠償をみとめる民事訴権への展開がなされる。軽度なフォートの場合に罰は科されなくなる一方で、賠償は損害を生ぜしめた行為のフォートの軽重を問わず認められるようになるのである。このように、今日の賠償法理にきわめて近い制度がフランス古法で展開されていた。もっとも、「民事賠償」と「損害賠償」は区別されていたとされる。すなわち、賠償は人に対する侵害によって生じた損害に関して認められるものであり、民事罰の思想のもと刑事訴追による罰金に代替するものであったのに対して、損害賠償は物に対する損害の場合に認められるものであり、財産的損害について認められるものであった。

こうした賠償の観念は、不法行為に限らず契約においても認められていた、賠償法理を支える思想は被害者の財産の保護にあったと思われる。財産的損害について、受けた損失を填補することが責任の内容となっていく中でこうした思想が確立していったのである。賠償を認める一方で、これを制限する規定は存在せず、原則的には完全な賠償を内容とするものであった。このように、民事責任と刑事責任が分化する以前から、賠償を内容とする責任と制裁が区別されており、賠償の内容は被害者の被った損害を基準とする、現在の全額賠償原則の句に近いものであった。もっとも、損害についての統一的観念が生まれておらず、これについては統一的不法行為の観念が確立した19世紀まで待たなければならぬ<sup>(68)</sup>。

---

(68) 平井・前掲注(54)18頁。不法行為が訴権の集積と観念されているローマ法以来の体系のもとでは、個々の不法行為について個々に損害が定まるとしか考えられず、統一的な損害概念は統一的不法行為観念の形成に対応していると指摘する。

B フランス民法典における全額賠償原則

民事責任の基本原則とされる全額賠償原則について、1804年に制定されたフランス民法典中に全額賠償原則そのものを明言する規定は存在しない。しかし、フランス民法の起草過程から、同原則を取り入れていると解し得る規定を見出すことができる。

i フランス民法1149条

債務不履行に基づく損害賠償の内容について規定するフランス民法1149条は、賠償の対象として被った損失と失った利益を規定している。同条の起草過程においては、契約上の債務不履行の場合において、これらの要素が被った不法行為すべてを填補するものであるとしている<sup>(69)</sup>。契約違反によって被った財産の減少および契約の履行によって債権者が得られるべき利益が、契約当事者が債務不履行によって被った損害であり、この範囲で賠償を認めるのが同条の趣旨であるとされる。このことから、フランス民法1149条は、損害賠償の内容が被った損失と失った利益の範囲を超えないものであることから、全額賠償の原則を定めたものである<sup>(70)</sup>とされる。

フランス民法1149条については以下の2点を留意する必要がある。第一に、同条は債務不履行に基づく損害賠償に関する規定であり不法行為に基づく損害賠償に関する規定ではないという点である。さらに、同条は財産上の損害について定めているにとどまり、非財産的損害について同条の基準をそのまま用いることはできないという点である。それでも、同条が全額賠償原則の存在を認めるものであることについては疑いない

---

(69) Locré, La législation civile, commercial et criminelle de la France, ou commentaires et compléments des codes français, tome XII, Paris, Treuttel et Wurtz, 1828, p. 330.

(70) E. SAVATIER, Le principe indemnitaire à l'épreuve des jurisprudences civiles et administratives, JCP, 1999,

## 損害要件の再定位（1）

とされるが<sup>(71)</sup>、不法行為についてはフランス民法1382条の規定も全額賠償原則の根拠とされている。

### ii フランス民法1382条

フランス民法1382条は、損害を生ぜしめた者にその損害の賠償の責任があることを規定しており、同条の文言解釈によって不法行為についても全額賠償原則が定められていると説明される<sup>(72)</sup>。

この点について、フランス民法に影響を与えたジャン・ドマの民事責任論が反映されているとみられている。ドマによれば、「何らかの人の所為によって発生しうる全ての損失および全ての損害は、不注意、軽率さ、無知、あるいはその他の同様の過失によるもので、それがいかに軽いものであろうとも、その不注意あるいはその他のフォートによって生ぜしめた者によって賠償されなければならない」として、損害全体が賠償の対象となり、フォートの重大性が賠償内容に影響を与えない点を指摘しており、これがフランス民法1382条の基礎となっているとされている<sup>(73)</sup>。

1382条の起草者の意思は、賠償の範囲を決定するのは損害の範囲であり、かつ損害が唯一の要素となるというものである<sup>(74)</sup>。同条の起草過程においても、同条があらゆる種類の損害を広範な範囲で包含するものであり、かかる損害を統一的賠償に従わせるものであるとした上で、損害賠償は被った損害の価値によって定まるとしている。そして、その軽率さまたは不注意によって生ぜしめた者に、損害の全面的な賠償（l'entière indemnité）を財産的な犠牲によって課すことはそれほど過度

---

(71) C. COUTANT-LAPLUS., op. cit., no 61.

(72) C. COUTANT-LAPLUS., op. cit., no 65.

(73) A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, tome II: Obligations, Paris, Dalloz, no 1051.

(74) C. COUTANT-LAPALUS, op. cit., no 64.

なものではないとしてフォートが賠償範囲に影響を与えないことを明言していたのである。<sup>(75)</sup>

こうしてフランス民法1382条に基づく損害賠償について、全額賠償原則が取られていることは争いがなく、判例も同条を根拠に損害全体の賠償を認めている。<sup>(76)</sup>

### C 小括

このようにフランス民法制定前から存在していた、被害者が被った損害を基準として賠償内容を決定するという法理はフランス民法においてとりいれられた。フランス民法1149条が規定するように、損害は財産的損害を想定していた。不法行為に関してはドマの主張を受けて、他の責任要件を賠償法理において考慮しないという、現在の全額賠償原則が採用されたのである。

こうした確立した損害賠償法理としての全額賠償主義は、その内容として第一に損害と賠償の均衡を定めており、損害のみが賠償内容を決する基準となるとされる。したがって、損害をいかに把握するかが賠償内容に関わることとなる。また、損害の発生は不法行為責任の要件とされるが、生じた損害がそのまま賠償の対象となるため、効果論における損害との連続性がある。以上の考察により、フランス法における損害要件が責任成立のみならず、賠償範囲決定においても重要な機能を有しているといえる。

もっとも、フランス民法制定前後において、損害概念自体については損害の内容が積極的損害と消極的損害からなることが論じられるにとどまり、後にみる損害概念を構成する利益侵害の要素はこの時点ではあらわれていない。加えて、損害として財産的損害が想定されていたことか

---

(75) Loqué, op. cit., p. 58

(76) Cass. civ, 2ème, 14 juin 1995, Bull civ., II, no 106, p. 107.

## 損害要件の再定位（1）

ら、理論上は財産状態の差がそのまま賠償の内容となると考えられていたといえる。

全額賠償原則から導き出される第二の準則は、損害以外の要素を賠償内容の決定に際して考慮しないというものである。ここでは、加害者側の要素であるフォートだけでなく、被害者側の固有の事情等も問題となるのである。民法典制定後の判例・学説における損害概念をめぐる議論が賠償法理にいかなる影響を与えたかについて、次章で検討する。