

民事不法の阻却事由

平 中 貫 一

はじめに

権利侵害によりいったん肯定された違法性が例外的に反駁されることがある。これを違法性阻却事由という。違法性とは原則—例外関係にある。日本民法は、正当防衛と緊急避難のみを規定するが、なお解釈上、特別事例や具体的事例においてその他の違法性阻却事由が認められているが、日本では両者を除いて、あまり詳しく説明されることがない。そこで、本稿では両者に加えて、日本の裁判事例を中心に、特にその他の阻却事由を整理してみたい（その他の阻却事由の整理にあたって、ゲッチンゲンのドイッチュを参考にしている）。

1 正当防衛

他人の不法行為から自己の権利を守ることは当然の権利である。しかし、警察や裁判制度が発達した社会では、現在の急迫する危険を避けるためやむをえずした行為でなければ、正当防衛とはみなされない。その要件は、1 他人の行為（攻撃は第三者・物に対するものでもよい）、2 防衛が現在の急迫した攻撃に対してなされたものであること（刑法におけるほど厳格である必要はない）、3 違法な行為であること、4 防衛意思、5 防衛法益と被害法益のバランス、6 不法行為者への加害（日本民法上は720条1項但書により第三者への加害を含むと解されている）である。

問題であるのは、挑発された侵害、不均衡な正当防衛、誤想防衛および過剰防衛である。正当防衛を受けた挑発された侵害、たとえば決闘を挑まれ、やむを得ずそれに応じ、相手を傷害する場合（決闘については、決闘罪二関スル件を参照せよ）も違法である。有責性が無いときだけ責任が発生しない。

財産を守るために他人を殺害するといった、不均衡な正当防衛は原則として違法である。人的価値が財産的価値に優先するからである。もちろん、強盗の場合は例外であって、強盗が被害者の腕時計を奪おうとするとき、被害者は場合によって強盗の生命を侵害しかねない方法で防御することができる。誤想防衛は過失の問題である。実際には存在しない正当防衛状態を誤信した者は、その信じたことにつき過失が無い場合にだけ責任を負わない。アメリカ法では、平均人に回避不可能な錯誤は違法性を阻却する。従って、夜間に窓から侵入しようとする賃借人を泥棒と誤信して撲殺した者は無過失を証明しなければならない。過剰防衛も違法であり、過失が無いときにだけ、免責される。誤想過剰防衛については、刑事責任事例であるが、武道に関心があり、妻が日本人で、かなりの日本語能力があると想像される空手三段の英国人（英会話教師）が女性が乱暴されていると誤信し、助けに入ったところ、酩酊していた女性が「ヘルプ」と言い、「加害」男性が殴りかかる構えを見せたので、過剰に回し蹴りで頭部を一撃し、死亡させたケースがある（最決昭和62.3.26刑集41.2.182）。民事では、殴りかかる構えは否定されたうえに、誤想过剰防衛により、正当防衛の抗弁は否定されたが、被告英国人の正義感や原告等が被告の誤解を解けなかったこと等により、四割の過失相殺がなされた（千葉地判昭61.10.14判時1223号109頁）。

2 緊急避難

緊急避難は、防衛的緊急避難、攻撃的緊急避難及び一般的緊急避難に区別される。刑法は、攻撃的緊急避難を認めているが、民法は防衛的緊急避難のみを規定している。立法者は、攻撃的緊急避難を認めるべきでないと判断していた（たとえば、梅謙次郎）。それどころか、正当防衛も含めて制限的な議論が展開されていた。ドイツのような犠牲補償責任の考え方がよく理解されていなかったためであろう。

2.1 防衛的緊急避難

720条2項の緊急避難である。他人の物から生じた急迫の危険を避けるた

めその物を毀損する行為は適法である。咬みついてくる犬を撲殺する、倒れかかっている木を伐採するなど。

2. 2 攻撃的緊急避難

より価値の高い法益を守るためにより価値の低い法益を犠牲にすることは許される（ドイツ民法904条）。特に、物を犠牲にして人の生命・健康を守ることは適法である。嵐に迷った者が山小屋の鍵を壊す、消火のために他人の水を使用するといった行為は適法である。しかし、所有権者は自己の犠牲について補償を請求できる。犠牲補償責任である。日本では、危険の原因が不法行為である場合、正当防衛として扱われているにすぎない（720条1項但書）。そのため、危険の原因が自然現象や野良犬の場合には緊急避難が認められない。洪水の危険から部落を救うために堤防を壊した者は刑法上は緊急避難で免責されるが、民法上は賠償責任を免れないとした判決がある（大判大3.10.20刑録20.1764）。これや野良犬や熊に襲われてやむを得ず隣家の窓を壊した場合の処理は難問であるが、攻撃的緊急避難による違法性阻却の成立を認めた上で、ドイツのように犠牲補償責任を肯定するか、あるいはイタリアやスイスのように裁判官の裁量による公平責任を認めるかが妥当な所であろう。洪水事例のように加害者と受益者が異なる場合には、被害者の受益者に対する補償請求を肯定してよいであろう（事務管理または不当利得による）。あるいはアメリカのように「公的緊急避難（public necessity）」と「私的緊急避難（private necessity）」を区別し、後者については緊急避難の成立を狭く解し、しかも補償責任を肯定するという考え方によれば、洪水事例は公的緊急避難に該当するから、緊急避難が成立し、しかも補償責任もないと考えることもできる。なお、公権力による攻撃的緊急避難の場合には補償責任は生じないという考え方もあるが公的緊急避難という概念に類似している。

2. 3 一般的緊急避難

法益衡量は結果関連違法の例外であるが、一般的緊急避難は行為関連違法の例外である。行為規範はある特定の状況を予定しており、異常事態に際しては行為命令は後退する。たとえば、心筋硬塞の患者を救助しようとする医

師は最高速度制限に違反しても違法ではなく、高速道路に障害物があれば、一時停止しても違法ではない。

日本では、発熱した娘を病院に連れて行くため、最高速度制限50キロの道路を88キロで走行したという事案で、緊急避難ではなく過剰避難であるとしたが、刑を免除した刑事判決がある。堺簡判昭和61年8月27日は、「被告人は、本件は同乗中の八歳の次女が高熱であったので病院に急行するため、やむを得ず速度を出したものであるから緊急避難行為である旨主張し、弁護人は、被告人は同乗中の幼ない我が子が高熱で、ぐったりした病状であったから、一刻も早く病院へ赴くためスピードを早めていたものであって、右実状と当時の交通の状況など他の事情をも併せ考慮すると、本件は緊急避難行為である。仮りにそうでないとしても過剰避難行為である旨主張する。

そこで、この点について検討するに、前掲各証拠を総合すれば、被告人が本件行為に及ぶに至った経緯及びCの病状については判示のとおりであって、Cの右病状は、同人の身体に対する現在の危難があったというに妨げないこと、本件行為は、右の危難を避けるためになしたものであることがそれぞれ認められる。また右行為によって害される法益が、これによって保全されるCの身体に対する危難の程度より重いということとはできない。しかしながら、緊急避難には自ら手段の面で制約があるところ、判示の如き現在の危難を避けるためには、久崎病院まで左程遠くない（本件場所からは、自動車では七、八分ぐらいである。）のであるから、許されるスピード（当時の速度違反の検挙は、毎時一五キロメートル以上超過しているものであった。）で運転すれば足るものであって、本件行為の如きは判示危難を避けるため、やむことを得ざるに出でたる行為としての程度を超えたものであるといわねばならない。

従って、本件行為は過剰避難行為にとどまるものと認められるので、弁護人のこの主張は、その限度で理由がある」と判示した。

3 侵害権

侵害権は一般に公法上の権利である。警察や行政官庁に逮捕や安全確保の権利が認められている。プレーメンのブリュッゲマイヤーによれば今日のほとんどの阻却事由はこのような故意による侵害事例である (Bruggemeier, Prinzipien des Haftungsrecht 57(1999))。公法上の権利は私法上の権利に優先するので、侵害が正当化される。日本では、正当行為 (刑法35条を参照せよ) の中の法令による行為として説明されている。

裁判例ではないが、私の地元の山口で社会問題となった事例がある。それは消防法29条の侵害権が問題となったものである (29条3項は、消防長若しくは消防署長又は消防本部を置かない市町村においては消防団の長は、消火若しくは延焼の防止又は人命の救助のために緊急の必要があるときは、前二項に規定する消防対象物及び土地以外の消防対象物及び土地を使用し、処分し又はその使用を制限することができる。この場合においては、そのために損害を受けた者からその損失の補償の要求があるときは、時価により、その損失を補償するものとする)。平成2年7月5日山口市湯田温泉で起きた火災にさいし、消防士が消火栓の脇に違法駐車していた車を除去するため、車窓を割り移動させたところ、損害を受けた車の所有者から賠償請求がなされ、消防署が49,000円を支払ったという事例である。当時、支出の正当性をめぐって地域の社会問題となった。消防士には必要やむを得ない範囲での侵害権が認められているが、29条3項は損失補償責任を定めている (ひとつの犠牲補償責任である)。しかし、この損失補償はまさに無責の所有者に対する責任であって、駐車違反という有責の所有者に対する責任ではない。特に、消火栓の脇の違法駐車は現に発生している火災の被害者にとって具体的な危険を生じさせており、消防士の行為は正当防衛であるとも解釈できる。ゆえに、消防署に補償責任はないと判断できる。

4 被害者の承諾

古来、承諾 (同意) は不法行為の成立を阻却する (*volenti non fit injuria*)。

しかし、承諾の濫用（たとえば免責約款）の多い現代ではその妥当領域を制限することが望ましい。そのため、1 被害者が損害を意欲した場合、2 被害者が損害を意欲せず、危険を引き受けた場合、3 被害者が単に被害の可能性を予測した場合を区別すべきである（Limpens, *International Encyclopedia of Comparative Law. Torts* 89 (1979)）。このうち、2は危険引受け（*assumption of risk*）や自己危険における行為（*Handeln auf eigene Gefahr*）の問題であり、過失相殺で対応すべきである。3は歩行者が常に交通事故の危険を予測しているといった程度の問題であり、なんら不法行為の成立に影響を与えるものではない。従って、「被害者の同意」で問題とすべきは1の場合に限られる。

「被害者の同意」は自由な意思による同意であることを必要とするが、たとえそうであっても公序良俗や処分権限の有無などから制約を受け、さらに現代では合理性（*reasonableness*）の基準によって制約を受けていると解すべきである。たとえば、人身損害の免責約款は無効と考えられている（たとえばイギリスの不正契約条項法や日本の消費者契約法など）。

被害者の同意が問題となる一場面として、誓約書の例がある。手術や危険なスポーツへの参加に際して、「いかなる事態が生じても、一切責任を負わない」というような誓約を強制されるのである。今目的には、消費者契約であれば（たとえば、手術やバンジージャンプなど）、消費者契約法により無効とすることができる。古典的には、手術の例で、例文解釈や公平の原則を用いて、無効とした例がある。

最三小判昭43. 7. 16判時527号51頁は、当時、最新の手術として実施された気管支成形手術にさいして、医師の手技上のミスから動脈を損傷し、最終的に左肺を全てきしたという事案で、「手術により如何なる事態を生じても一切異議を述べない」旨の誓約書を、一審が例文解釈により、二審が公平の原則により無効とした判断を是認した。公平の原則は、日本の民法に特に規定がないが、ドイツ民法や中国契約法に規定があり、解釈上認めることに問題はないであろう（たとえば、中国契約法第5条は、「当事者は、公平の原

則に従って双方の権利及び義務を確定する」と規定している)。

また、保護法益を区別して考える必要がある。生命は、基本的に本人にも処分権が認められない。宗教的制約はもちろん、多くの国で自殺未遂は不可罰であるものの、同意殺人や囑託殺人は罪とされており、日本では安楽死も原則的に可罰的である。身体については、日本の臓器移植法に見られるように、満15歳に達した者は書面による意思表示により脳死判定後臓器を処分することができる(形式的には脳死により本人は死亡しているのに、遺族が処分することになるが)。健康については身体も含まれるが、講学上被害者の承諾の一例として語られる医療行為が挙げられる。生者からの腎臓移植や骨髄移植もそうだが、外科的手術などの身体的・健康的侵襲は原則的に被害者の承諾により違法性が阻却される。もちろん、先に指摘したように、誓約書の濫用は公序良俗や消費者契約法により無効とされるべきである(カーレースにおいても、いわゆる「死の誓約書」を公序良俗違反により無効としたケースがある。東京地判平成15.10.15判時1843号8頁は「原告は、本件レースに参加する際、競技参加に関連して起こった事故について、決して主催者らに損害賠償を請求しないことを誓約し、このことは事故が主催者または大会関係役員の手違いなどに起因した場合でも変わらない旨の記載のある本件誓約書に署名し、大会組織委員会に差入れたこと、同誓約書を提出しない限り、ドライバーとして競技会に参加できないことが認められる。

しかし、主催者らは、自動車レースによって経済的な利益を取得しながら、一方でレースに参加するドライバーに対し、上記内容の誓約書の差入れを義務付けているのであって、自動車レースはドライバーがいなくては興行として成立しない以上、同誓約書の効力を文字どおり認めた場合には、主催者は、ドライバーの安全への配慮を故意又は過失によって怠り、その結果、重大な結果を伴う事故が生じた場合でも、経済的利益は取得しつつ、一切責任を負わないという結果を容認することになり、これが著しく不当、不公平であることは明らかである。このように、自動車レースに参加するために提出を義務付けられ、これを提出しない限り自動車レースに参加できないという性質

の本件誓約書は、主催者らが参加者を本件誓約書の提出、不提出によってレースへの参加を選別できるという意味において、レース参加希望者のレース参加の自由を不当に制約し、主催者らの一方的優位を背景にレース参加希望者に提出を義務付けた文書というべきであるから、本件誓約書のうち、主催者らの故意・過失にかかわらず損害賠償を請求できないとの部分は、レース参加希望者に一方的に不利益を課すものであり、社会的相当性を欠き公序良俗に反し無効というべきである。」と判示した。

これに対し、財産については、贈与契約に見られるように、行為能力者は自由に処分することができる（例外は遺言であり、満15歳で足りる）。その意味で、保護法益から見れば、被害者の承諾の主要な場面は財産権の処分の場合なのである。

黙示の承諾も認められているが（たとえばゲームのルールが守られた上でのスポーツ事故）、これは危険の引受けとして扱うべきであり、過失相殺で対応すべき問題であると思われる。ゴルフ保険やテニス保険その他の個人賠償責任保険も普及しかけており、安易に黙示の承諾を承認すべきではない。黙示の承諾は無意識者に対する緊急医療などの場合に制限すべきである。この場合、緊急事務管理（698条）による違法性阻却も考え得るが、阻却は加害的治療自体に対するものであり、軽過失による手技上のミスを阻却するものではないので、黙示の承諾構成が妥当であろう。たとえ、緊急医療であっても、医師等は善良な管理者として一般的・平均的な注意を払うことが要求される。もっとも、説明義務違反は問題となりにくい。

5 危険の引き受け

先に危険の引き受けは過失相殺で対応すべきと述べたが、これは一つの結論であり、理由付けは単純ではない。民事不法はこれでよいが、刑事不法では割合的責任で処理することはできない。単純な伝統的法的思考が適用され、被告人の行為は違法性を阻却されるべきである。日本でも、ダートトライアル事件がある。ダートトライアルとは、悪路を自動車で走行し、タイムを競

う競技であるが、初心者の練習に同乗していた上級者が車が防護柵に激突したことにより死亡したという事案で、被告人の運転方法及び被害者の死亡の結果は被害者が引き受けていた危険の現実化というべき事態であり、社会的相当性を欠くものではないとして、業務上過失致死罪の成立が否定された。

「同乗者の側で、ダートトライアル走行の前記危険性についての知識を有しており、技術の向上を目指す運転者が自己の技術の限界に近い、あるいはこれをある程度上回る運転を試みて、暴走、転倒等の一定の危険を冒すことを予見していることもある。また、そのような同乗者には、運転者への助言を通じて一定限度でその危険を制御する機会もある。

したがって、このような認識、予見等の事情の下で同乗していた者については、運転者が右予見の範囲内にある運転方法をとることを容認した上で（技術と隔絶した運転をしたり、走行上の基本的ルールに反すること—前車との間隔を開けずにスタートして追突、逆走して衝突等—は容認していない。）、それに伴う危険（ダートトライアル走行では死亡の危険も含む）を自己の危険として引受けたとみることができ、右危険が現実化した事態については違法性の阻却を認める根拠がある。もっとも、そのような同乗者でも、死亡や重大な傷害についての意識は薄いかもかもしれないが、それはコースや車両に対する信頼から死亡等には至らないと期待しているにすぎず、直接的な原因となる転倒や衝突を予測しているのであれば、死亡等の結果発生危険をも引き受けたものと認めうる」（千葉地裁平成7.12.13判例時報1565号144頁）。

民事ならば、好意同乗の問題となろうが、上級者（被害者）は初心者（被告人）に加速などの指示を与えており、過失相殺による減額は妥当であろう。

英米法においても、危険の引き受けはかつて「神聖ならざる三位一体」（プロッサーが寄与過失と fellow servant rule を合わせてこう表現した）を形成し、とりわけ労働者の請求を途絶する悪名高き手段であったが、今日ではほとんど過失相殺（比較過失）で対応されている。

スポーツ事故に関しては、民事不法においても違法性が阻却される場合がありうる。古い事例だが、タイトスカートをはいてバレーボールの練習に参

加した被告が転倒して原告に衝突し、受傷させたという事案で、裁判所は、「一般に、スポーツの競技中に生じた加害行為については、それがそのスポーツのルールに著しく反することがなく、かつ通常予測され許容された動作に起因するものであるときは、そのスポーツの競技に参加した者全員がその危険を予め受忍し加害行為を承諾しているものと解するのが相当」と判断し、違法性の阻却を認めた（東京地判昭45. 2. 27判時594号77頁）。

たしかに、スポーツ事故に関しては、危険の引き受け（被害者の承諾）が違法性を阻却する場面がありそうである。被害者が競技者であるか、観客であるかも問題だが、最近、日米の野球の中継を見ていて感じたことがある。アメリカでは観客はグローブなども持参してファウルボールを懸命に取ろうとする。そのため、スタンドのフェンスは低く作られている。他方で、日本ではフェンスは高く作られて観客を守っており、ファウルの度に警告のアナウンスが放送される。日米いずれでも観客の受傷事故は生じているが、アメリカでは危険の引き受けにより違法性が阻却され、日本では警告も考慮して過失相殺で対応すべきか。私は、基本的には過失相殺による対応を支持するが、それでもスポーツ事故に関しては、違法性の阻却を認めるべきかも知れない。もちろん、警告や誓約書はそれだけで免責の根拠となり得ないとは言うまでもない。

最近、日本の球場でもエキサイトシートが設置されだしている。東京ドームでは、そこに座る観客にヘルメットとグローブを貸し出しており、さらに保険もかけているという。これも日米の違いであろうか。

6 自力救済

自力救済は原則として認められていないが、「法律の定める手続きによつたのでは、権利に対する違法な侵害に対抗して現状を維持することが不可能又は著しく困難であると認められる緊急やむを得ない特別の事情が存在する場合において... その必要の限度を越えない範囲内で」許容される（最三小判昭40. 12. 7判時436号37頁）。ドイツ民法は229条で、自救行為者が裁判上

実現可能な私法上の権利を有し、官庁による適時の救助が得られないときで、かつ即座に侵害しなければ、請求権の実現が出来なくなる、または困難になる場合に、自力救済を許容している。例：食い逃げを捕まえる、外国に逃げようとする加害者を逮捕する、駐車場の借り主が違法駐車のを車をレッカーで移動させる（しかし、車を留置することはできない）など。なお、自力救済状態の錯誤はたとえ過失が無くても責任を生じる（ド民法231条）。自力救済の例外性を根拠とする。日本でも無過失責任が主張されている（明石・自力救済の研究308頁）。ドイツの通説はこれを危殆化責任の一種としているが、法定の危険帰属の一事例とする有力説（ラレンツなど）がある。

身近な検討例として、自転車窃盗がある。大学では、自転車の窃盗、おそらくは使用窃盗が多く見られるが、私の地元の山口では、警察が執拗に対応しているが、重大犯罪の多い都会では、警察の対応は期待できない。そこで、もし被害者が町や大学で盗まれた自分の自転車を発見した場合、警察への通報よりも自力救済が妥当な方法であろう。そのさい、自転車占有者の身体を拘束したり、財産（たとえば、窃盗者ほど盗難を恐れるから、占有者が自分で取り付けた鍵を壊すなど）を侵害しても、自力救済により違法性が阻却される。ただ、自転車の場合、錯誤の可能性はありうる。

7 正当な利益の擁護

正当な利益の擁護（Wahrnehmung berechtigter Interesse）を目的としてなされた名誉毀損や人格権の侵害はその流布された事実が真実であるか、または真実であると信じるにつき相当の理由があるときは、違法ではない。日本でも、衆議院選挙に立候補した原告が読売新聞に原告の名誉を毀損する記事を掲載されたとして、被告読売新聞社に対し慰謝料及び謝罪広告を求めた事案で、最判昭和41年6月23日（判時453号29頁）は「民事上の不法行為たる名誉毀損については、その行為が公共の利害に関する事実に係りもっぱら公益を図る目的に出た場合には、摘示された事実が真実であることが証明されたときは、右行為には違法性がなく、不法行為は成立しないものと解するの

が相当であり、もし、右事実が真実であることが証明されなくても、その行為者においてその事実を真実と信ずるについて相当の理由があるときには、右行為には故意もしくは過失がなく、結局、不法行為は成立しないものと解するのが相当である（このことは、刑法二三〇条の二の規定の趣旨からも十分窺うことができる。）。

本件について検討するに、原判決（その引用する第一審判決を含む。以下同じ。）によると、上告人は昭和三〇年二月施行の衆議院議員の総選挙の立候補者であるところ、被上告人は、その経営する新聞に、原判決の判示するように、上告人が学歴および経歴を詐称し、これにより公職選挙法違反の疑いにより警察から追及され、前科があった旨の本件記事を掲載したが、右記事の内容は、経歴詐称の点を除き、いずれも真実であり、かつ、経歴詐称の点も、真実ではなかったが、少くとも、被上告人において、これを真実と信ずるについて相当の理由があったというのであり、右事実の認定および判断は、原判決挙示の証拠関係に照らし、十分これを肯認することができる。

そして、前記の事実関係によると、これらの事実は、上告人が前記衆議院議員の立候補者であったことから考えれば、公共の利害に関するものであることは明らかであり、しかも、被上告人のした行為は、もっぱら公益を図る目的に出たものであるということは、原判決の判文上十分了解することができるから、被上告人が本件記事をその新聞に掲載したことは、違法性を欠くか、または、故意もしくは過失を欠くものであって、名誉毀損たる不法行為が成立しないものと解すべきことは、前段説示したところから明らかである。」と判示した。

調査もせず名誉毀損の事実を流布すべきではないという意味で、これは主観的違法性阻却事由である（Deutsch）。

8 法益衡量

法益衡量あるいは法益権衡から違法性が阻却される場合がある。これは法益や利益の衝突の場合であって、より高次の法益はより低次の法益を犠牲に

することができる。刑法37条はこれを「緊急避難」として規定している。たとえば、生命・身体は財産権に優先する。臓器移植による人命救助は死者の人格権に優先する。瀕死の患者を救うために嫌がる供血者を動員する事も許される。しかし、犠牲にされた法益に対しては補償がなされるべきである。これも一つの犠牲補償責任である。

同価値の法益が衝突する場合には、法益衡量は可能ではないが、例外的に一方を犠牲にしなければ両者とも犠牲になるという場合には、法益衡量が認められる。船の沈没にさいし、二人が一つの浮き輪を争う場合、シャム双生児の分離手術など。

9 社会的相当性

社会的相当であるのは、共同体の歴史的に獲得された社会倫理秩序の範囲内でなされ、かつそれによって許容されている行為である (Welzel)。日本でも、「健全な社会通念によって、一見して不法性を持たず、一般の社会生活上あるいは社会生活の基本単位としての個々の生活領域、職域、経済活動の領域等において、日常性、通常性を認められており、そのタイプの行為が、なんら処罰感情を喚起することがないもの、については、外形的には、構成要件の定める類型性をそなえているようにみえても、このような行為は、本来構成要件該当性を欠くものと解すべきである」(藤木英雄・刑法講義総論126頁)。

民法でも、医療や危険なスポーツなどで構成要件該当性を否定する見解(四宮)があるが、社会的相当性は違法性阻却事由に位置付けられるべきである。

民法上認められる社会的相当性としては、

a 可罰的違法性：「裁判官は小事に頓着せず(minima non curat praetor)」。民法でも、軽微な逸脱行為から微細極まる損害が生じている場合、「違法性の最低限度の重さの基準に達しないもの」(藤木)として、違法性が否定さ

れる。飛行機内での若干の行動制限は自由剥奪ではないし、被害者の鼻を整形するために死者の骨の一部を利用することも社会的に相当な行為であり、違法ではない。

b 風習：祭りなどの風習に起因する軽度の侵害は違法ではない。夜間に花火を打ち上げる、墨を塗るなどの行為は社会通念上許されているものであれば、違法ではない。有名な加害的祭りとしては、スペイン（パンプローナ市など）の牛追い祭りやトマト祭り、中国（雲南省のシーサンパンナ）の水かけ祭り、新潟の墨塗り祭りが知られている。スペインでは日本からの観光客も参加しているようである。牛に追われて角で突き上げられたり、投げられたトマトが目命中したり、服が墨で汚れたり、水でびしょぬれになっても、原則として主催者等は違法性を阻却される。原則的にはこうなるが、祭りの趣旨を知らない外国からの観光客が予想外の被害を受けた場合はどうであろうか。たとえば、たまたま旅先で一緒になった日本人観光客にトマト祭りへの参加を勧誘され、趣旨をよく知らずに参加したところ、トマトが目直撃し、失明した場合はどうであろうか。法の不知は許されない、郷に入れば郷に従えとして、社会的相当性により違法性は阻却されるとするのか、それとも適切な警告（たとえば、トマト祭りであれば、スペイン語だけでなく、少なくとも英語、日本人観光客が多いのであれば日本語も）や同意書を必要とするのか。

c 権利実現手続：公序良俗に反するものでないかぎり、裁判や行政諸制度の利用はそれによって第三者の損害を生じるものでも、違法ではない。債権者による破産の申立て、特許権者による差し止め請求はたとえ認められなくても、その行為から生じた損害は賠償されない。不当訴訟は不法行為となる。最近、架空請求において、裁判手続きを利用するものが見られるが、これらは明らかに不法行為であり、被請求者は慰謝料等の損害賠償を請求できる。

d 遊戯：小さい子ども間での遊戯上の加害は一般的に違法性を阻却すると考えられる。鬼ごっこの最中に背負って逃げてと頼まれた小学二年生が途

中で転倒し、重大な傷害を負ったという事案で、最高裁は、「自己の行為の責任を弁識するに足りる知能を具えない児童が「鬼ごっこ」なる一般に容認される遊戯中前示の事情の下に他人に加えた傷害行為は、特段の事情の認められない限り、該行為の違法性を阻却すべき事由あるものと解するのが相当である」と判示した（最三小判昭37. 2. 27判時293号14頁）。同様に、小学四年生が学校の遊具で負傷したという事案で、「本件におけるような回旋塔による遊戯も、球戯やその他の遊戯と同様に、児童の遊戯として一般的に是認されるものであっても、もとより絶対的な安全性を保障されたものではなく、時に不幸にして事故が生じることのありうるのも当然である。その場合、事故の発生が遊戯者の一員の過失に起因することも少なくないであろう。しかしながら、他方、児童は、そのような遊戯に参加することによって、それから生じるかも知れない危険を予知しそれを回避する能力や知恵を身に付け、あるいは、団体生活又は社会生活を営んでゆく上での約束や規則の重要性を体得してゆくのであって、その点にこそ、このような遊戯の持つ大きな児童教育の意義ないし効用があるのである。そして、仮に、このような遊戯中の事故について過失のある者ないしはその監督義務者等が賠償責任を免れないものとすれば、もはや遊戯自体の存立の基礎が失われ（このことは、児童による野球等の球戯を例にとれば、容易に理解し得る。）、その持つ児童教育の意義ないし効用は遂に果たされなくなる。したがって、このような遊戯の過程において、不幸にして事故の発生をみ、被害が生じたとしても、故意の加害、遊戯具の欠陥その他賠償責任を免れ得ない特段の事情のない限り、それは、右のような教育の意義ないし効用の代償として、被害者自身が甘受し、引受けなければならない性質のものといわなければならない。そうであるから、児童の遊戯方法として一般的に是認されている遊戯中に遊戯者間において遊戯行為そのものに起因して生じた事故については、たとえそれが遊戯者の一員の過失に起因する場合であったとしても、違法性を有しないものとして、その者又はその監督義務者が賠償責任を負うことはないものと解するのが相当である」と判示されている（東京高判昭59. 4. 26判時1118号181頁）。

とはいえ、遊戯上の加害であっても、中学生がプロレスの技を仕掛けて相手を負傷させた場合（大阪地判昭59.12.25判タ550号190頁）、小学生が相手を押し倒して、塾の送迎バスに轢かせ、死亡させた場合（神戸地判平8.3.8交通民集29巻2号363頁）、弓矢や竹の棒で相手を失明させた場合（最二小判昭43.2.9判時510号38頁、東京地判昭44.12.23判時591号75頁）などでは、違法性の阻却は認められていない。

10 即時取得

即時取得は主観的違法性阻却事由である。日本では動産に限られているが（192条）、平穩・公然・善意・無過失の占有者は即時に動産所有権を取得する。結果的に真実の所有者の所有権を侵害することになるが、違法性が阻却される。ドイツでは不動産にも認められる（登記の公信力）。