

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

### 補論 I

# 不法行為の機能・要件の再構成

学習院大学教授

能見善久

Yoshihisa Nomi

#### 目次

I 「新しい法益」の侵害と違法性

II 違法性

1 違法性概念の機能の多様性

2 呼称の利益+違法性=法益侵害

3 我妻=相関関係説との相違

III 権利論との関係

IV 権利利益衝突の調整原理と不法行為法

V 違法性と過失

### I 「新しい法益」の侵害と違法性

「新しい法益」の侵害を不法行為としてとらえる場合の問題点の1つが、その形式的侵害だけでは当然には民法709条の法益侵害の要件を満たさず、侵害行為の「違法性」といった付加的な要素が加わって初めて、法益侵害となるという扱いが判例上なされていることであった。この問題をどのように理解すべきか。付加的要素として要求される「違法性」の中身は何なのか、その理論的根拠・位置付けは何かなどを検討することが必要である。

前稿(本誌936号8頁以下)で示した分析では、それは「行為の許容性」の限界に関する問題であった。経済的損失についていえば、経済的損失はいろいろな状況の下で生じるが、たとえ行為者が他人に経済的損失を与えることを認識していたとしても、経済的損失を生じさせる行為は当然に不法行為になるのではない(たとえば、小売店の隣でデパートを開業することなど)。このような経済的損失を生じさせる行為が他人の所有権などの「権利」侵害という形で生じる場合には、侵害者は、権利侵害から生じる経済的損失について賠償責

任を負う。しかし、「権利」侵害があるとはいえない「純粹経済損失」については、そのような損失が生じただけでは当然に不法行為が成立するわけではなく、その経済的損失が法的に保護に値する利益であるか否かの評価を経て初めて、不法行為の成立が肯定される<sup>(1)</sup>。この法的価値判断の中身は、前稿で示唆したように、純粹経済損失の各種の事件において同じではないが、いくつかの類型においては、被害者の経済的利益の確保と加害者の経済的利益の追求とが衝突し、その中において、どのような場合に、どちらの利益を保護するか、という法的な判断が求められているのである。これが法的な価値判断であるのは、この利害衝突している利益はどちらも一定の正当性がある場合があり(侵害者の行為が完全に社会的に許容されない行為であることが明らかであれば、不法行為の成立を肯定することに問題はない)、高度な法的・政策的判断を必要とするからである。このような利害調整の判断をする道具としては、「違法性」概念を活用するとよいのではないか、ということを描いた。もっとも、なぜ一定の違法性が必要となるのかは、純粹経済損失が生じるさまざまな類型で同じではない(新堂報告

を参照<sup>(2)</sup>。法的・政策的判断の結果として、ある場合には害意が必要とされることがあるかもしれないし、他の場合には保護法規違反があればよいということになるかもしれない。この点については、さらに議論する必要があるであろう。

プライバシー侵害の場合や環境利益（特に景観利益）の侵害の場合にも類似の権利利益の調整問題があり、そのために形式的には利益侵害があってもそれだけでは不法行為の成立が認められず、ここに付加的要素としての違法性が要求される理由があった。

もっとも、このような利益衝突の調整が必要であることは承認されたとしても、それを「違法性」という概念で行うことが適当かどうか、別の概念（「権利」や「法律上保護される利益」で行うことも考えられないではない）や、過失判断の前提となる注意義務の設定の段階で判断するほうが適当かどうかは、なお検討すべき残された問題であった。これらについては後で述べるとして、ここでいったん目を転じて、従来の不法行為論において「違法性」概念がどのように使われてきたかをみることにしたい<sup>(3)</sup>。

- (1) 企業の虚偽情報によって多数の投資家が損失を被った西武鉄道事件においては、被侵害利益、過失、損害などいろいろな点が争われており、下級審の立場は分かれているが、本稿のテーマに関連する重要争点は、経済的損失はあるにしても、それが法的に保護に値する利益といえるかどうかである。もっとも、東京高判平成21・3・31金判1316号2頁は、注意義務違反の有無の判断の中で議論する。
- (2) 新堂報告（本誌936号17頁以下）は、契約関係があり、契約法理で解決できる場合に、純粹経済損失の発生を理由に不法行為法の介入を否定する（同報告が扱う最二判平成19・7・6民集61巻5号1769頁も、瑕疵ある建物の買主の経済的損失が問題となっている事件である）。このような場面も、形式的には不法行為要件が満たされているようでも、それだけでは不法行為が当然には生じない一類型となる。ただし、契約法理で解決することが原則であっても、契約法理が予定していない事態が生じ、それゆえに契約法理が機能していない場合には、不法行為法による介入が考えられないではない。また、故意がある場合には不法行為が成立する余地があるのか否か

が問題となる。

- (3) 従来の違法性に関する議論については、前田達明『不法行為帰責論』（創文社、1978）217頁以下、同「権利侵害と違法性」山田卓生編代＝藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座第2巻権利侵害と被侵害利益』（日本評論社、1998）1頁以下、森島昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、1987）224頁以下など。なお、大塚報告（本誌936号40頁）も参照。

## Ⅱ 違法性

### 1 違法性概念の機能の多様性

従来の議論の中で違法性は、いろいろな場面で異なる機能を有するものとして使われてきた。すなわち、①権利侵害がなくとも、不法行為の成立を肯定する場合（大学湯事件<sup>(4)</sup>）、②形式的には権利ないし利益が侵害されているが、不法行為を肯定するにはそれだけでは足りず、公序良俗違反や害意など行為の違法性が大きいことが加わって初めて、不法行為の成立を肯定する場合（第三者の債権侵害など<sup>(5)</sup>）、③差止請求権の根拠として所有権や人格権が侵害されているというだけでは足りず、その侵害の程度が差止請求を正当化するほど重大であるときに、違法な侵害であるとして差止請求を認める場合（差止請求の場合の「受忍限度論」）、④公害その他の生活利益の侵害が問題となる場合において、損害賠償請求についても、単に損害が生じているというだけでは足りず、侵害の程度や侵害行為の態様から違法性があるとして損害賠償を認める場合（損害賠償請求の場合の受忍限度論<sup>(6)</sup>）、⑤違法性阻却事由を説明する場合（名誉侵害の場合の「真实性の証明」など）など、さまざまな場面で違法性が議論されてきた。

これらの場面で違法性の中身は、必ずしも同じではない。しかし、細かい違いを捨象すると、次の3つに分類することができるように思われる。1つは、行為の結果の重大性ないし結果発生危険性との関連でその行為を違法と評価する場合である。生活利益の侵害があった場合の差止請求や損害賠償請求について、一定程度の重大な侵害ないしその危険

性があるときに初めて、当該行為を違法と判断する受忍限度論はその例である（受忍限度論は、被侵害利益の性質・程度だけでなく、侵害行為の態様、その他の諸事情の総合的評価によって判断されるが、侵害の程度ないしその危険が最も大きな要素になっている）。2つ目の違法性は、結果の発生よりも行為の態様に焦点を当てて違法を論じるものであるが<sup>(7)</sup>、大学湯事件の一般論や第三者の債権侵害などで行為態様を問題とするのはこのような違法性である。しかし、実際に裁判で問題となることは多くない。訴訟になるのは通常はそれなりの侵害があるからであり、侵害の程度が小さいが侵害行為の態様を理由に不法行為を肯定することは、通常は多くはないからである。第三者の債権侵害などは、この類型に該当するが、実はこれらは単に侵害行為の態様を問題としているわけではなく、被侵害利益と行為者の利益の調整を問題としているというべきであろう。そして、これが3つ目の違法性の中身である。利益調整としての違法性の例としてわかりやすいのは、名誉侵害における真实性の証明である。これは違法性阻却事由という形で扱われているが、そこで実質的に問題としているのは、被侵害利益としての名誉と行為者の言論の自由という衝突する2つの権利ないし利益の調整である。この利益調整としての違法性は、従来の不法行為論においても意識されていなかったわけではないが<sup>(8)</sup>、不法行為の要件論の中で必ずしも明確な位置付けが与えられていたわけではなかった。

## 2 呼称の利益+違法性=法益侵害

以上のような整理によっても、まだ必ずしも明らかでないのが、呼称の利益を法益ととらえた上で、その侵害が違法性を帯びる場合に不法行為が成立するとするときの違法性の意味である<sup>(9)</sup>。これは一見すると、我妻栄博士の相関関係説を適用しただけのようにもみえるが、権利・法益侵害を独立の要件としないう違法性に解消するという我妻説とは異なる。むしろ、「弱い利益」（私のとらえ方では「主観的な利益」）を「法律上保護される利益」に格上げするための違法性である。ここ

では「法益侵害」が独立の要件として維持されているのである。したがって、相関関係説とも、受忍限度論とも異なる違法性の使い方がなされている。詳細は後述(Ⅳ)するが、利益衝突の調整のための違法性なのである。

## 3 我妻=相関関係説との相違

本稿で提示しようとしている違法性論は、我妻説とどこが違うのか。我妻説は、被侵害利益の性質と加害行為の態様との相関的・総合的な判断によって違法性を判断するというものであるが<sup>(10)</sup>、そこで比較衡量される判断要素は、単純化したいい方をすれば、「被侵害利益の強弱」（所有権などは確立した権利であるがゆえにその侵害は強い違法性の発現となり、債権などは不可侵性の希薄さからその侵害は当然には違法にならない<sup>(11)</sup>）と「加害行為の態様からくる違法性の強弱」である。

この判断枠組みには、明瞭でない点ないし疑問点はいくつかある。第1に、「被侵害利益の強弱」という考え方は、常識的には理解できるが、異質で多様な権利・利益の間でどのように被侵害利益の強弱を議論できるのか、明らかではない。この問題は、被害者の権利利益と行為者の権利利益の間の衝突がある場合に、当該行為を違法と評価するか否かの際に特に困難に遭遇する。加害行為の態様に基づく違法性の強弱という点も、不明確である。たとえば、法規違反と故意の侵害とではどちらがその行為の違法性が大きいのか、弱い利益の侵害しかない場合に、法規違反があれば過失であっても不法行為の成立を認めるのか、特定の法規違反がなくても故意があれば不法行為を成立させるのか、などといった具体的な結論にも影響する。要するに、我妻の主張する相関関係説では、十分に違法性を説明できていないのである。

さらに、前稿でとり上げた純粹経済損失、主観的利権、環境利権などの侵害の場合のように、被侵害利益と行為者の利益などが衝突し、その間の調整をしなければならぬときには、ある種の「政策的な価値判断」<sup>(12)</sup>（以下、単に「政策的判断」と呼ぶ）が必要となると思われるが、これらの政策的判断をどのよ

うに位置付けるかも、我妻説では明らかでない（総合的判断の中には政策的判断も含まれると思われるが、それはどこで判断されるのか）。これらの政策的判断は、繰り返し述べているように、単に侵害された権利・利益をみるだけでは明らかにならない。また、加害行為の非難性や悪性にかかわるものでもない。まさに、被侵害利益の保護とそれと衝突する行為者の利益の保護の調整としてなされる価値の選択の構造が描かれなければならないからである。前稿が強調したかったことは、こうした政策的な価値判断の要素が必要な場合があることを正面から承認し<sup>(13)</sup>、かつ、その判断がなされる場を確保することであった。

- (4) 大判大正14・11・28民集4巻670頁以下は、「第709条ハ故意又ハ過失ニ因リテ法規違反ノ行為ニ出テ以テ他人ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任スト云フカ如キ広汎ナル意味ニ外ナラス」という。ただし、この事件では「利益」の侵害は認定されており、それで不法行為の成立が肯定されている。老舗という利益が侵害行為の違法性が加わることによって保護法益に格上げされるという議論は展開していない。したがって、大学湯事件における違法性論は、「呼称の利益」訴訟における違法性論とは異なる。
- (5) 現実の裁判例は多いわけではないが、これが学説の一般的な理解であることについては、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為（新法学全集第10巻民法4）』（日本評論社、1937）131頁、森島・前掲注(3)240頁など。
- (6) 判例が採用する受忍限度論については、最一判平成6・3・24判時1501号96頁（工場の違法操業による騒音被害を理由とする差止めと損害賠償の請求）など参照。学説の理解については、簡単だが要点を押さえたものとして、大塚直「公害・環境の民事判例——戦後の歩みと展望」ジュリ1015号（1993）248頁以下。
- (7) この問題と関連する議論がされている論文として、平野裕之「取締法規違反（保護法規違反）の不法行為」山田卓生編代＝藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座第2巻権利侵害と被侵害利益』（日本評論社、1998）42頁以下。
- (8) 我妻・前掲注(5)126頁では、「権利の行使」によって他人に損害を与える場合があることに言及されているが、そこから権利間の調整として違法性が問題となることまでは論じていない。
- (9) 最三判昭和63・2・16民集42巻2号27頁。
- (10) 我妻・前掲注(5)125頁。
- (11) 我妻・前掲注(5)131頁。

- (12) 「政策的」と表現すると、恣意的な選択という意味に誤解されるおそれがあるが、ここでいう政策的というのは、単に理論的な操作では導けない（たとえば「権利に内在する制約」などという議論では導けない）、その意味で「価値と価値の間の選択」であることを強調するために用いる表現である。本稿の別の箇所では「権利利益の衝突の調整」などと言っているのと同じ内容を意味する。
- (13) 過失の前提となる注意義務を設定する段階についてはあるが、ある種の政策的判断がなされるべきことを主張する見解もある（たとえば、平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、1992）30頁）。平井説によれば、注意義務を決定するのは、結果発生の可能性（Probability）と予想される侵害結果の重大性（Loss）と「行為義務を課すことによって犠牲にされる利益（Burden）との比較衡量」（〔 〕内はハンドの定式が用いる表現）の3つの因子である（ $PL > B$ という比較式で表される）。このうちの第3の因子が本稿の主張する政策的価値判断と近いが、平井説は「犠牲にされる利益」を「回避のための費用」と理解するので（55頁）、 $PL > B$ は数量的比較が可能であると考えているようにも思える。そうだとすると、私見は数量的比較が不可能であるからこそ政策的価値判断が必要だと考えるので、平井説の第3因子とは異なることになる。なお、平井説が依拠しているハンドの定式（ $PL > B$ ）について、ハンド裁判官自身は、少なくとも当初は、第3因子と他の因子の間の数量的な比較は理論的にできないと考えていたのであり、その比較判断には「通約不可能な価値の間の選択（choice between incommensurables）」を伴うと主張していた（*Conway v. O'Brien*, 111 F.2d 611 (1940)）。この考え方ならば私見に近いが、 $PL > B$ はその後一人歩きし、数量的比較が可能であることと考える傾向もでてきたので、当初のハンド裁判官の理解からは離れていった。ちなみに、ハンドの定式は、一般には *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (1947) で確立したとされるが、この判決では定式の項間の比較困難性はもはや強調されていない。なお、R. Posner, *Tort law: Cases and Economic Analysis* (Little, Brown and Co., 1982) の第1章「The Learned Hand Formula for Determining Liability」が参考になる。

### Ⅲ 権利論との関係

以下に述べることは、本シンポジウムメン

バー間で十分議論したものではなく、したがって、まったくの私見である。しかしながら、前稿で触れたように、権利論からの問題提起に対して、どのように考えるかは不法行為法を議論する際に避けて通ることができない。そこで、以下で述べることは個人的見解ではあるが、議論の叩き台として披露したい。

まず、権利論に基づく不法行為論がどのような主張をしているのかを確認しておく。その内容は論者によって必ずしも同じではないが、次のように整理することができるであろう。

第1は、「権利」の重要性の再確認である。そして、不法行為法の目的は法秩序の維持ではなく、各人の権利を保護することであるととらえることである。もっとも、不法行為法の保護目的である権利の根拠をどのように説明するか、憲法的な基本権に基づいて説明するか否かは論者によって異なる<sup>(14)</sup> (山本敬三教授は憲法から基礎付けるが、他の論者はむしろ伝統的な権利論)。

第2に、不法行為法の目的を権利保護ととらえる立場から、不法行為にとって「権利侵害」の要件が絶対的に重要であるととらえる。末川・我妻両博士のように、権利侵害要件を解消して違法性要件に置き換えることは、「権利・自由を相対化」するものであり、「権利・自由の保護とその調整」という当初の民法の構想から離れるものであるとして、これに反対する<sup>(15)</sup>。

第3に、権利を重視する考えは、個人の自由を尊重する立場(リベラリズム)でもあるとする。もっとも、権利論と自由との関係をどのようにとらえるか<sup>(16)</sup>、リベラリズムの視点をどの程度強調するかは論者によって異なる。

第4に、権利論は一般には矯正的正義(corrective justice)を強調し、功利主義的な考え方(utilitarian)や「法と経済学」からの不法行為法の議論に反対する(日本の権利論者の議論も同様であるが、英米の権利論者は特にこの点に焦点を当てた議論をしている<sup>(17)</sup>)。

以上のような権利論とそれに基づく不法行為法論には、賛成できる部分も多いが、問題点もあると考えている。

(1) 第1点の、権利を尊重し、不法行為法

の目的を権利保護ととらえる考え方については、原則的には賛成したい。所有権や人格権の中心的部分については、権利者に排他的・優先的な利益が保証されているのであり、不法行為法は、権利侵害者に対して損害賠償責任を課すことで、これらの権利を保護するからである(ただし、侵害者側に同等の保護されるべき権利や利益がないことが前提である)。しかし、その行為が不法行為とならない限り、行為者は行動の自由(利益追求の自由など)が保証されていると考え(この「行動の自由」も重要な「権利」である)、不法行為法は行為者の利益(行動の自由)と被害者の利益(当該保護法益ないし権利)のバランスをとっていることになる。何が不法行為となるかは、まさにこの「行動の自由」と「権利」の境界線をどこに引くかという問題なのである。権利論者は、こうした権利間の調整の問題は権利そのものの考察で決まったり(権利間に優先劣後の関係)、過失責任主義で調整されるので、違法性などによって決まるのではないと考えているのかもしれないが、果たしてそれは適当な考え方か。権利と自由の衝突、権利と権利の衝突は、各人が多様な価値を求めて、権利を行使し、あるいは利益を追求する社会においては不可避的な現象なのであり、その調整こそが不法行為法の最大の目的であるともいえる。問題は、その調整の理念をどこに求めるのかである。「法秩序」から説明しようとするのか(違法性論)、「権利」から説明するのか(これが可能かどうかについては疑問を持っている)、あるいはその他の原理に基づいて説明するのか(私見は、後述するように第3の方法を模索したい)、なのである。

(2) 第2点の、不法行為にとって権利侵害要件の重要性についても、上に述べたことが当てはまる。権利論の立場からは、不法行為法の目的を秩序維持として説明する立場(違法性論)は「権利・自由の保護」の相対化や権利侵害要件の相対化をもたらしことになるので批判される。もっとも、「権利・自由の保護の相対化」は、実は次の2つの方向で生じるのであり、権利論がどのどちらを問題としているのか必ずしも明らかでない。

権利侵害要件の相対化の方向の1つは、権利侵害がなくても不法行為の成立を認める方向、すなわち、一定の利益の侵害があれば、これを保護する方向である。末川・我妻両博士の違法性論が主として目指していたのは、この方向である。この方向での権利侵害要件の相対化は、必ずしも権利論者の主張する権利保護の重視という考え方と矛盾するわけではない。なぜなら、この立場は、権利侵害があれば不法行為を肯定するのはもちろんであるが、権利侵害がなくても一定の利益侵害があれば不法行為で保護するというように、不法行為法の保護の範囲を拡大するだけだからである(山本論文も、権利保護の範囲拡大がされること自体を当然に不適当と考えているわけではないようである<sup>(18)</sup>)。ただ、権利侵害がなくても侵害行為の態様から不法行為の成立を認めることは、部分的にはあれ違法性論を承認することになるので、権利論の理論的純粋性を維持するという観点からすると問題となるのである<sup>(19)</sup>。

権利侵害要件の相対化のもう1つの方向は、権利侵害があっても諸般の理由から不法行為の成立を認めないというものである。権利論からすると、これこそ権利侵害要件の意味を失わせるものであり、権利侵害要件の相対化の最たるものとして批判されるはずである。しかし、「自由と権利の衝突」や「権利と権利の衝突」の場面で、形式的には権利侵害があっても加害者の行為に優先的価値が認められて不法行為が制限されることはあり得ることである(権利論からすると、このような場合には結局権利侵害がなかったとすることになるのであろうか)。こうした権利と権利の衝突の調整は、まさに不法行為法の中心的課題なのである。問題があるとすれば、それ以外の理由で権利の保護や不法行為責任を相対化することであるが<sup>(20)</sup>、この問題の追求は本稿のテーマからそれていくのでこれ以上言及しない。

(3) 第3点は、権利論の弱点の1つである。すでに述べたことと重なるが、権利論者がその保護を主張する自由を侵害者の「行動の自由」と考えるならば、それ自体すでに権利論の中に矛盾を抱えることになる。行為者の自

由は権利と権利の衝突の問題としてではなく、過失の問題と考えるから権利論としては矛盾がないという答えがなされるのかもしれないが、過失論に逃げても、権利と権利の衝突の実質が変わるわけではない。あるいは、権利論者が考える自由は権利者自身の自由(権利の行使・不行使の自由)なのかもしれない。これなら権利論による権利・自由の保護は強力なものとなるが、これだけではやはり被害者の権利と行為者の権利が衝突する場面では破綻する。そのため何らかの調整原理が必要となるが、それを認めると権利論を弱めることになるという矛盾を抱えている。私見は、すでに述べたように、不法行為法は「行動の自由」と「権利ないし利益」が対立する構造を前提として、その対立を調整し、自由の領域とそうでない領域の境界を定めることを目的とするものと理解している。これは社会の制度的な問題であるが、決して社会の構成員である個人が秩序から押し付けられるものではなく、むしろわれわれが選択するものである。ある種の社会契約であるといってもよい<sup>(21)</sup>(民主主義的な社会において、憲法も含めて正常に機能している国会で定められる法律は、社会契約を現実化するものであるが、現実にはそのような社会契約としての法律が常にあるわけではない。また、不法行為は個別の訴訟において裁判所が判断するので、社会契約によって権利衝突の調整基準を説明するとすると、その理念と裁判との関係などは問題となる)。

(4) 第4点については、不法行為の基本思想としては興味深い、法哲学的な議論になるので、ここでは省略したい。ただし、注意すべき点を挙げておくと、矯正的正義の議論が批判の対象として想定しているのは、功利主義的な考え方やないし効率性を追求する法と経済学の立場であるということである。功利主義的な考え方やないし効率性を追求する考え方からすると、ある危険行為の社会的な便益のほうが大きい場合には、その行為から生じる危険の具体化としての損害(個別の損害)を賠償したとしても、社会的な便益の大きい危険行為を許容するほうが社会的には望ましいということになる。しかし、矯正的正義の

思想は、このような考え方は正義に反するというで強く反対する<sup>(22)</sup>。加害行為を行った者が被害者の損害を填補することこそが、正義を回復するというのが矯正的正義の考え方だからである。ただ、日本の権利論がどの程度この矯正的正義の議論に与しているのか必ずしも明らかではない。もう1点注意すべきは、権利論と矯正的正義との論理的な前後関係である。権利の成立がいったん認められれば、その侵害に対して矯正的正義に基づく保護を与えるという関係は成立し得るが、矯正的正義から出発しても権利の成立を正当化することはできない。権利論と矯正的正義はこのような関係に立っていることに注意すべきであろう。山本教授の「基本権」に関する議論も、いかにして権利を基礎付けるかという点にある。

- (14) 山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」水林彪ほか『民法研究第5号』（信山社出版、2008）94頁。
- (15) 山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望——権理論の視点から」論叢154巻4 = 5 = 6号（2004）310頁。
- (16) 山本・前掲注(15)299頁が「権利・自由の保護とその調整」というときの「自由」は、行為者は他人の権利を侵害しない限りは行動の自由が保障されているという意味での自由であり、「行動の自由」と「権利」は対立するが、過失責任主義によって調整されるという関係にある。
- (17) 数多くの論文があるが、法と経済学からの不法行為論に対する比較的初期の批判を展開するものとして、E. J. Weinrib, *Understanding Tort Law*, 23 *Valparaiso University Law Review* (1989), pp. 485 et s.。また、矯正的正義の立場からではあるが、法と経済学の立場との違いをわかりやすく比較するものとして、R. W. Wright, *Right, Justice and Tort Law*, in: D. G. Owen (ed.), *Philosophical Foundation of Tort Law* (Oxford University Press, 1995), pp. 159-182。
- (18) 山本・前掲注(14)83頁。なお、同論文ではこれまでの権利論の限界も意識されており（98頁以下）、結局、権利の意味をとらえ直して、保護される範囲を拡大する方向に向かう（121頁以下）。もっとも、不法行為法の保護の範囲を拡大することは、行動の自由を制限することになるから、無条件で賛成できるわけではなく、両者の利益の適切な調整という

視点を無視することはできない。

- (19) 山本・前掲注(14)83頁は、このような不法行為の拡大に対しても、「権利本位の法律観」ではないという理由で反対しているが、権利ではなくむしろ自由の制約として議論すべきであろう。
- (20) 現に、我妻栄「損害賠償理論における『具体的衡平主義』」（志林24巻3 = 5号（1922）（同『民法研究Ⅳ』（有斐閣、1967）は、無過失責任による責任の拡大の方向と過失相殺の適用範囲の拡大などによる責任の軽減の両方向を、「損害の公平な負担」「損害賠償責任の醇化」と称して正当化した。しかし、被害者（権利者）にも過失がある場合とはかく、過失とは評価できないような単なる「素因」を理由として損害賠償額を減額することは、衝突する権利利益の調整とは異なる単なる「公平」感覚による権利保護の相対化であり、これは適当でないと考えている。少なくともこれは、本稿で考えている権利利益衝突の調整の問題ではない。
- (21) このような観点から不法行為法を理解しようとする試みとしては、G. C. Keating, *A Social Contract Conception of the Tort Law of Accidents*, in: G. J. Postema (ed.), *Philosophy and the Law of Torts* (Cambridge University Press, 2001), pp. 22 以下。なお、キーティング自身は、カントや John Rawls, *A Theory of Justice* に依拠している。
- (22) Weinrib や Coleman のほか、Benjamin C. Zipursky, *Pragmatic Conceptualism*, 6 *Legal Theory* (2000), pp. 457-485が、法と経済学の不法行為論を強く批判している。

#### IV 権利利益衝突の調整原理と不法行為法

すでにⅡ1で述べたように、わが国の不法行為論における違法性には、いくつか異なる機能があった。すなわち、①権利侵害の程度ないしその危険性を表す違法性、②行為の反秩序性を表す違法性、そして③権利ないし利益衝突の調整道具としての違法性である。本稿の目的は、これらを区別し、特に③の「権利ないし利益衝突の調整道具としての違法性」の機能として析出することにあった。

このような調整道具としての違法性は、まず、制度的な問題であることに注意する必要がある。すなわち、本来は個別のケースで解決されるべきものではなく、その社会におけ

る法制度として決定されるべき問題である（ただ、立法その他の社会的合意によって具体的に定まっていないう場合に、個別の不法行為訴訟で判断することが否定されるわけではない）。たとえば、前に例を挙げた「言論の自由」と「名誉」という2つの権利ないし利益の調整をどこに求めるかという問題は、制度的な問題である（単なる過失の問題ではない）。その権利調整の境界線を「事実の真实性の証明」に求めるか、「現実的悪意」に求めるか、あるいは別のところに求めるか、という問題である。これは、「言論の自由」という権利ないし利益の限界と、名誉という人格権の保護の限界を決定するものであり、行動の自由（ここでは言論の自由）がどこまで許容されるかを制度的に決めるという問題なのである。その意味で、これは過失の問題ではなく、違法性の問題と考えるのが適当であろう。

純粹経済損失の賠償が問題となる経済的利益の衝突においても同様である。さらに、「呼称の利益」を不法行為的に保護するために「違法性」を要求する判例の立場も、実は上記のような考え方で説明できる。すなわち、呼称の利益は「弱い法益」ないし「主観的な利益」であるために、その利益と衝突する他者の行動の自由は相対的に広く保証されている。漢字で表記された外国人の名前を日本語的に発音する行為も、原則としてそのような自由の範囲内である。しかし、判例によれば、行為者に害意があるなどその行為に強い違法性がある場合には、その自由が制限される。ここに呼称の利益を侵害する行為を、行動の自由から許容する場合と許容しない場合の境界線が引かれることになる。このように考えるならば、これは権利・利益の調整の問題であり、制度的な問題であり、過失ではなく違法性で扱うのが適当であるということになる。

## V 違法性と過失

ところで、以上のような考え方に対しては、不法行為における過失の問題、すなわち、注意義務の設定の問題自体が、行為者の自由と被害者の権利利益侵害の調整の問題であり、

上記の論法からすると、すべて違法性の問題になってしまうのではないか、という批判が考えられる。要するに、違法性の問題と過失の問題との区別はどこにあるのかという批判である。

これに対しては次のように考える。交通事故であれ、公害であれ、権利侵害の被害が生じる危険がある場合に、行為者にどのような注意義務を設定するかという問題を考える際に、区別されるべき2つのレベルの判断がある。

第1は、基本的な考え方の問題であり、「自由と権利」の調整視点から注意義務を設定する必要があるという抽象的な判断である（名誉毀損の例でいえば、「真实性の証明」という基準を設定するか否かの問題に相当する）。これは制度の問題であり、違法性の問題である。しかし、このような自由と権利の調整の必要性は一般に承認されていることであり、この抽象的な意味での調整基準の可否が問われることはないので、この意味での違法性が裁判で争われることは通常はないのである（受忍限度として議論されるのが例外的な場合といえようか）。

第2に、いったんこの考え方が承認されても、具体的状況の下で、その行動の危険性、権利侵害の危険性をはかかって、具体的な行為義務・注意義務を設定して、義務違反があったか否かを問題にすることが必要となるが、これは過失の問題である。そして、「真实性の証明」というような明確な基準と異なり、この場合は、危険性の程度に応じて具体的な行為義務・注意義務を設定することは、個別具体的な状況の下でのみ判断され得るという意味で、違法性の問題としてよりは過失の問題として扱うのがふさわしいのではないだろうか（過失判断の前提となる注意義務設定のレベルで判断する）<sup>(23)</sup>。

(23) Keating の論文でも、権利ないし利益間の調整が衝突する原理 (principles) 間の調整として問題となる場合と、過失 (negligence) の注意義務 (due care) の問題のように行動の自由と権利利益の侵害の危険の調整が個別的・具体的にのみ問題となる場合とを区別する (Keating, *supra* note (21), p.42)。



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

## 補論Ⅱ

不法行為における  
利益吐き出し責任

学習院大学教授

山下純司

Yoshikazu Yamashita

## 目次

- |   |   |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>I 利得参照型損害算定の可能性</li> <li>II 利得参照型損害算定の根拠           <ul style="list-style-type: none"> <li>1 違法行為による利得の禁止</li> <li>2 矯正的正義論</li> <li>3 不法行為における権利一元構成</li> <li>4 違法行為の抑止</li> </ul> </li> <li>III 判断枠組みの提示</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>IV 具体的場面の検討           <ul style="list-style-type: none"> <li>1 他人の物の売却・賃貸</li> <li>2 情報の不正利用——情報コントロール権侵害</li> <li>3 不正競争行為・競争禁止違反——何が侵害されているのか？</li> </ul> </li> <li>V おわりに——不法行為責任のとらえ方</li> </ul> |
|---|---|

## I 利得参照型損害算定の可能性

今回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」の議論の中心は、不法行為の成立要件としての被侵害法益である（本誌936号掲載の各報告を参照）。これに対して本稿では、不法行為の効果面に被侵害法益の類型論が影響を及ぼす可能性として、不法行為において利益吐き出し責任が認められる場合があるか、あるとしてそれはどのような場合が考えられるかという点を検討する。

ところで、このように課題を設定した場合、そもそも不法行為において利益吐き出し責任を問題とする余地があるのかが問題である。加害者から被害者の「損害」を賠償させるという不法行為法の構造の中に、違法行為によって得た利益を没収する効果を伴う法的責任を実現することは困難だという批判が考えられるからである。

こうした批判は、2つのレベルに分けて考えることができる。第1は、民法709条の文

言が「損害」を賠償の対象としていることが、利益吐き出し責任の実現を妨げるのではないかというレベルである。しかし、このレベルの批判は「損害」概念の解釈によって解決することが可能である。本稿では、不法行為における利益吐き出し責任とは、賠償されるべき「損害」の額の算定に当たり、被害者の「損失」ではなく、加害者の「利得」を参照することであるという立場をとる<sup>(1)</sup>。このような立場をとることによって、第1のレベルの批判は比較的容易に回避することができる。

第2のレベルの批判は、損害を算定するに当たり、なぜ加害者の利得を参照することが許されるのかというものである。このレベルの批判は、より根本的な問いを含んでおり、いくつかの答え方があり得る。しかし、いずれも単独で十分な根拠とはなっていないように思われ、不法行為における利益吐き出し責任（利得参照型損害算定）がどの範囲で認められるのかを判断するためには、これらの考え方を組み合わせて用いることが有益である。

以下では、利得参照型の損害算定の根拠に

ついて検討した上で(Ⅱ)、そのような損害算定を認める場合の判断枠組みを提示し(Ⅲ)、その判断枠組みを具体的な例に当てはめた場合の帰結を検討する(Ⅳ)。

- (1) これは、いわゆる損害事実説の立場に親和的である。この立場をとる場合、賠償されるべき損害額を利得によって算定するか損失によって算定するかは、生じた損害の性質に応じてその回復にふさわしい方法が選択されるべきだという結論を導くことが可能である。これに対して、判例の立場とされる損害差額説の立場は、被害者の損失イコール損害ととらえるから、損失参照型損害算定が原則であるということになる。ただし差額説をとっても、利得が損害算定の間接的な資料となることはあるだろうから、上記の関係は論理必然的なものではない。なお、窪田充見「不法行為法と制裁」石田古稀『民法学の課題と展望』(成文堂、2000) 685頁以下を参照。

## Ⅱ 利得参照型損害算定の根拠

### 1 違法行為による利得の禁止

わが国では以前から、窪田充見が不法行為責任を制裁としてとらえる考え方を提唱している<sup>(2)</sup>。窪田は、不法行為において利益吐き出し責任が認められるためには、不法行為を営利活動とすることは許されないという価値判断が必要であり、それは制裁あるいは一般予防という観点から説明することができるという<sup>(3)</sup>。

この見解は、不法行為による「利益吐き出し」を正面から認める点で明快であるが、いくつか詰めるべき点が残されているように思われる。最も問題なのは、窪田が利益吐き出し責任の根拠とする、不法行為を営利活動とすることは許されないという価値判断の射程が、広すぎるように思えることである。たとえば、他人の土地に勝手に店舗を建設して、そこで営利活動を行った場合、その営業利益のすべてが損害賠償額として算定されるというのは、かえって不公平な結果を招くように思われる。そうすると、このような場合には利得参照型損害算定を認めないか、せいぜい営業利益の一部が損害賠償額に算定されるので十分だということになりそうである。この

点は不法行為責任を制裁ととらえるだけでは、こうした場合の判断基準を提供することはできない。

(2) 窪田・前掲注(1)667頁以下。

(3) 浦川道太郎ほか「〈座談会〉不法行為法の新時代を語る」法時78巻8号(2006)9頁〔窪田充見発言〕を参照。

## 2 矯正的正義論

### (1) ウェインリブの利得参照型損害賠償

カナダのウェインリブは、利得参照型損害賠償(gain-based damages)を矯正的正義の観点から根拠付けようとする。彼は、矯正的正義をある者が他の者に対してなす不正義を是正する責任として理解し、次のような枠組みを提唱する。XがYにより権利を侵害される場合というのは、Yのなした不正義により、Xが不正義を被るという関係にある。このとき、Xは権利の回復を主張し、不正義を是正するための損害賠償を請求できる。金銭的損害賠償はそのための手段であるから、その不正義を反映したものとなる<sup>(4)</sup>。

この考え方にに基づき、ウェインリブは利得参照型損害賠償を、原則としてプロパティ侵害の場合にのみ認められるものとする。なぜなら、プロパティは権利者の目的物に対する排他的な権利であって、物の利用から生じるあらゆる利益を享受できる権限であるところ、プロパティを侵害して得られた不正な利得を権利者に帰属させることが、権利を回復し不正義を是正することになるからである<sup>(5)</sup>。彼は、他人の物を無権限で処分した場合と、無権限で利用した場合とを分けて検討し、これらの場合に真の権利者に与える損害賠償としてふさわしいのは、前者の場合は売却価格もしくは物自体の価額であり、後者の場合には物の利用の価額であるという。

このように、ウェインリブが矯正的正義を持ち出す狙いは、損害賠償の目的は権利侵害の結果を除去することであり、したがって損害賠償額は侵害される権利の内容に依存するという帰結を導くことにある。

### (2) 批判とその応答

このような矯正的正義から利得参照型損害

賠償を導く主張に対しては、矯正的正義の内容が曖昧であるという批判が考えられる。アリストテレスは矯正的正義を、一方がより多くを得、他方がより少なく得ているときに、前者の利得を剝奪して後者に与えて公平な状態を回復することと説明した<sup>(6)</sup>。しかしこの説明には、どれだけを与えれば公平な状態が回復するのかを確定する基準がない<sup>(7)</sup>。ウェインリブについても、結局のところ、何が是正されるべきなのかが明らかでない。この批判は、不法行為法を矯正的正義のみから理解しようとする試みにもかかわらず、結局のところ是正されるべき不正義を決めるには、社会的に望ましい財の配分といった観点(配分的正義)を持ち込む必要があるのではないかという批判にもつながる<sup>(8)</sup>。

ただし、ウェインリブが例として挙げた、他人物の無断売却や無断賃貸の事例では、そこにプロパティという権利侵害が認められる以上、是正されるべき不正義が存在すること自体は明らかである。問題は、その救済方法としての損害賠償の内容を決定するのに、不正義の是正では明確な基準とはなり得ないということであろう。ただこの点は、損害賠償額を決定する客観的な基準があれば、解消される問題といえる。

このように考えると、ウェインリブの主張のうち、損害賠償の目的は権利侵害の回復であり、利得参照型損害賠償はその侵害回復の一手段であるという考え方は、なお参考になるように思われる。

(4) E. J. Weinrib, "Restitution and Unjust Enrichment: Restitutory Damages as Corrective Justice", *Theoretical Inquiries in Law* 1 (2000), pp. 1-7.

(5) Weinrib, *supra* note (4), p.12.

(6) アリストテレス(朴一功訳)『ニコマコス倫理学』(京都大学出版会、2002) 211頁以下。

(7) ケルゼンは、アリストテレスは何が矯正的正義かを述べてはおらず、その内容はトートロジーであると指摘する。H. Kelsen, *What is Justice: Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* (University of California Press, 1957), p. 131. ウェインリブはこの批判に対して、矯正的正義が正当化のための枠組みにすぎないことを認めている。E. J. Weinrib, *The Idea of*

*Private Law* (Harvard University Press, 1995), p. 68. なお、この点についてJ. Edelman, "In Defence of Exemplary Damages", in Charles E. F. Rickett ed., *Justificatory Private Law Remedies* (Hart Publishing, 2008), pp. 239-241, も参照。

(8) H. Dagan, "The Distributive Foundation of Corrective Justice", *Michigan Law Review* 98 (1999) p. 139. W. Lucy, *Philosophy of Private Law* (Oxford University Press, 2007), pp. 376-418.

### 3 不法行為における権利一元構成

わが国の近時の有力学説として、権利侵害からの私人の保護の制度として不法行為をとらえるものがある。潮見佳男は、不法行為法を憲法の定める個人の基本権の保護のための制度としてとらえ、「私的生活関係のなかで個人の権利と個人の権利……とが衝突する場面で、被害者の権利の回復のために、加害者の権利をどこまで制約することが正当化されるか」という問題を扱うものだという<sup>(9)</sup>。同じように、山本敬三も、国家の基本権保護義務という観点から、不法行為法は私人間に権利侵害が生じた場合において、被害者側の権利と加害者側の権利を衡量して、加害者の権利を過度に制約せずに被害者の権利を回復するものでなくてはならないとする<sup>(10)</sup>。これらの学説は、不法行為の目的を権利侵害からの回復とする点では、前述の矯正的正義の議論との連続性を有する。

ただし、これらの学説が、利得参照型損害算定についてどのような態度をとるのかは必ずしも明確ではない。たとえば、山本はパブリシティ権侵害について<sup>(11)</sup>、潮見は不正競争の場合について<sup>(12)</sup>、利益の吐き出し責任を肯定する可能性に言及しているが、積極的に肯定するものではない。

(9) 潮見佳男『不法行為法I【第2版】』(信山社出版、2009) 12頁。

(10) 山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」水林彪ほか編『民法研究第5号』(信山社出版、2008) 77頁以下。

(11) 浦川ほか・前掲注(3)11頁【山本発言】。

(12) 潮見佳男「取引的不法行為」内田貴=大村敦志編『民法の争点(ジュリ増)』(有斐閣、2007) 282頁。

#### 4 違法行為の抑止

##### (1) 最適な抑止

近時の議論としては、不法行為法の主要な目的は、違法行為の最適な抑止を達成することにあるという森田果と小塚莊一郎の論説が注目される。森田＝小塚は、従来の学説が不法行為法の主要目的を被害者の損害填補であると説明してきたことを批判し、現行の不法行為法が過失責任主義を採用することや過失相殺の規定が存在することは、被害者の損害填補からは説明できないこと、被害者の損害填補は、私的保険メカニズムや社会保障法によって達成できることなどを指摘する。その上で、社会的に最も望ましい行動を惹起するためのインセンティブの設定こそが不法行為の主要な制度目的であるという観点からも、不法行為制度の存在意義は合理的に説明できると主張し、日本法においても抑止を意識した制度設計が徐々になされるようになってきていると指摘する。

利得参照型損害算定という観点からみた場合、森田＝小塚の主張は、第1に不法行為法において被害者に生じた損失（森田＝小塚のいう損害）以上の損害賠償額が認められることを積極的に肯定する点で、第2に損害賠償額の算定において加害者側の事情を考慮することが正当化される点で意義がある。

他方で、不法行為制度の目的は違法な行為を一切許さないことではなく、適正な水準にコントロールすることであるという森田＝小塚の主張からは、利得を損害賠償額算定の根拠とすることが必ずしも適切とはいえないことも示唆されている<sup>(13)</sup>。そこでこの点を少し検討する。

##### (2) 権利侵害類型における権利回復の意義

不法行為の制度目的を「違法行為」の最適な抑止とみる森田＝小塚の主張は、被侵害法益の質的な違いを意図的に無視している部分がある。権利侵害行為であれ、利益侵害行為であれ、そこから発生する社会的なコストを最適な水準にコントロールすることが重要だというわけである<sup>(14)</sup>。しかしこの主張は、権利の侵害による損害賠償額算定の場面においては、権利概念の内在的意味を等閑視し

ざるきらいがある。通常、権利という概念には、権利者はその権利の価値を実現できるという意味が含まれている。そうだとするならば、権利侵害の場合における損害賠償の額は、その権利侵害を最適に抑止するという観点から定められるものではなく、失われた権利が実現するはずだった価値から算定されるべきであろう。これが加害者の利得によって適切に算定されるならば、利得参照型損害賠償が認められてよい。

##### (3) 違法行為類型における抑止の判断基準

これに対して、権利侵害を伴わない、あるいは侵害された権利の価値の算定が困難な場合の損害賠償額を、抑止の観点から定めることには合理性が認められる。しかし、ここで別の問題が生じる。森田＝小塚のいう最適な抑止のためには、規制されている行為が生じさせる社会的不利益と規制にかかる費用の和と、その行為が社会全体にもたらす利益とを比較し、その差を最大にすることである<sup>(15)</sup>。しかし、個々の損害賠償額を決定するのにこうした費用便益分析を行うことは、通常の裁判官の能力を超えるものとなるだろう。特に問題は、抑止を強調しすぎて過剰な損害賠償額が認められることにより、社会全体に萎縮効果が生じる懸念と、被害者の機会主義的な行動を引き起こす懸念である。

こうした点を考えた場合、権利侵害を伴わない不法行為では抑止の観点から損害賠償額を定めてよいと考えるとしても、その算定方法を裁判官に扱いやすいよう工夫する必要がある。たとえば、加害者に生じた利得を、加害者の行為の違法性の程度と、被害者の過失を考慮して分配するという方法が考えられる。加害者の違法性を考慮することで萎縮効果を減少させ、被害者の過失を考慮することで機会主義的な行動を抑止することができる。

したがって、違法行為の抑止という根拠は、権利侵害としての把握が困難な不法行為について、加害者の利得の一部を損害賠償額に含めることの根拠としては説得力を持つものと考えられる。

(13) 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)21頁は、「考慮されるべき要素は、行為者に発生する利益ではなく、当該行為によって発生する損害の大きさと損害を発生させないために必要とされるコストのほずである」と指摘する。

- (14) 権利侵害であっても、その行為一切を抑止することが合理的でない場合として、交通事故訴訟や公害訴訟が想起される。そこで侵害されるのが生命や健康といった最も重要な人格権であっても、不法行為はそれを全面的に抑止しようとはしていないのである。ただし、これは不法行為の成否の判断のレベルでの問題であることには留意しなければならない。
- (15) 森田=小塚・前掲注(13)13頁。

### Ⅲ 判断枠組みの提示

ここまでの議論をまとめて、利得参照型損害算定を認めるに当たっての判断枠組みを提示することにする。

Ⅱでみてきたように、利得参照型損害算定の根拠としては、制裁と矯正的正義の考え方があり得る。制裁説は、「不法行為を営利活動とすることは許さない」という価値判断に導かれて不法行為を抑止しようとするものであるが、前提となる価値判断が妥当する範囲が広範すぎるように思われる。矯正的正義説は、不法行為の目的を権利の回復に置き、権利の価値を利得により算定することが合理的な場合のみ利得参照型損害算定を肯定するという形で、その適用される範囲を限定することができる。

このように、利得参照型損害算定を権利回復の手段としてとらえるとき、前述の権利一元構成のアプローチが参考になる。つまり、利得参照型損害算定が認められるか否かを判断するためには、いかなる権利が侵害されたかを厳密に確定しなければならないから、一見単なる利益侵害にみえるような不法行為も、権利侵害として再構成しようとする権利一元構成のアプローチが意味を持つのである。

しかし、そのようにして確定された被侵害権利について、常にその客観的価額を決定することができるとは限らない。また、加害者の制約される権利との調整規範が確立していない場合には、どの範囲で権利が回復されるべきかが不明確である。

そこで、権利としての客観的価額の決定方法や、権利調整規範が確立していない権利については、これをいったん違法行為としてとらえ直した上、当該違法行為を抑止するという観点から損害賠償額を定めることが有益なように思われる。ただし、厳密な意味での最適な抑止を判断することは裁判官の能力を超えるように思われるので、加害者の利得と違法性、被害者の損失と被害者の過失を総合考慮して、利得の分配を決定するという判断枠組みを差し当たり提案したい。

### Ⅳ 具体的場面の検討

次に、具体的な場面を例に挙げて、Ⅲで提示した枠組みによる利得参照型損害算定の可能性を検討する。

#### 1 他人の物の売却・賃貸

##### (1) 売却代金の返還——所有権侵害

他人の所有物を無断で売却した場合、そこで侵害されるのは当該物の所有権である。この場合に真の権利者から売主に対して不法行為に基づく損害賠償請求権が生じることが疑いがない。このとき、その損害賠償額を決定するのは、本来なら物の客観的価額である<sup>(16)</sup>。しかし、第三者への売却が実際に行われた場合には、売却価格を真の権利者に取得させることができるだろうか。

この点は準事務管理や不当利得の問題として論じられることが多いが、判例は一般に、売主に対して真の権利者への売却代金の返還を命じる。最一判平成19・3・8民集61巻2号479頁は、Xの取得した上場株式について名義書換前に株式分割がなされ、株主名簿上の株主であるYが新株式にかかる株券の交付を受け、第三者に売却して代金を取得したという事案であるが、最高裁は「受益者は、法律上の原因なく利得した代替性のある物を第三者に売却処分した場合には、損失者に対し、原則として、売却代金相当額の金員の不当利得返還義務を負う」と判示している。ここでは代替物が問題とされているが、不代替物についても類似の判例がある<sup>(17)</sup>。

また学説においても、事務管理規定の類推

適用によるか、不当利得規定の適用によるかはともかく、一定の要件の下で、売却代金の全部または一部を、真の権利者に取得させることを肯定するものが多く、あくまでも物の客観的価額によらねばならないとするのは、むしろ少数説であるようにもみえる。たとえば我妻栄は、準事務管理を肯定しなくとも不法行為と不当利得により売却代金の返還が認められる理由として、次のようにいう。

「不法行為と不当利得における本人の損失を決定するには、僭称管理者の侵害行為がなければ、本人は果たして僭称管理者の取得した利得を得ることができたかどうか個別的・具体的に証明することを要せず、当該僭称管理行為が一般にそれだけの利得を生ずるものであれば、本人にもそれだけの損害を生じたとみるべきである」<sup>(18)</sup>。

ただし、売却価格が物の客観的価額よりも高いことが売主から証明されたような場合については、必ずしも意見が一致しないようにみえる。我妻は、利得者の才能に基づいて物を特に有利に転売して利益を得た場合には、受益者はこれを返還する義務はないと説明しているから<sup>(19)</sup>、上記のような立証が売主からなされた場合には、返還額は客観的価額に縮減すると考えるのであろう。

これに対して、利得者が善意の場合と悪意の場合もしくは悪意に準ずる場合とを区別し、後者の場合には売却代金を返還させるべきだとするものがある<sup>(20)</sup>。これについては、侵害された権利が所有権という確立した権利である以上、権利者の得る損害賠償の額は、権利の回復に見合う額でなければならず、その額は加害者が善意か悪意かによって左右されないと考えるべきではないかと思われる。その上で、売却価格が物の客観的価値を上回ることが明らかな場合、売却価格を損害賠償額算定の根拠とすることができるかどうかは、所有権という権利をどのようにとらえるかによる。私見は、所有権が物を客観的価値以上で売却する権利を含む以上、損害賠償額が客観的価値に限定される必然性はないと考えるが、この点は異論もあり得るだろう。

## (2) 賃料返還の可否——自己決定権侵害?

他人の物を勝手に賃貸して、借主から賃料

を収受した場合には、真の所有者は賃料の返還を求めることはできないとするのが判例の立場である<sup>(21)</sup>。不法行為の成立自体は争いが無いとして、ここでの被侵害法益は、無断売却処分の場合と同じく、物の所有権であるということが出来る。にもかかわらず、ここでは利得参照型の損害賠償算定方法はとられていない。その理由はまず、損害賠償額を侵害法益の客観的価額によって確定するというアプローチがとれないことに帰せられる。確かに、無断賃貸による被侵害利益は真の権利者の所有権であるが、真の権利者は無断賃貸をされても所有権を失うわけではなく、所有権の客観的価額を損害賠償額に結び付けることはできない。つまり権利の客観的価額をもって損害賠償額とするアプローチは、権利が回復不可能な形で侵害される（あるいは、権利の回復を権利者が諦める）場合にしか用いることができない。

では、この無断賃貸の事例においては、回復不可能な形で侵害されている権利は存在しないか。あえてそのような権利を設定するとすれば、それは自らの所有物の利用方法を自らの意思に従って自由に決定する権利であろう。所有する物を自由に使用できることは所有権の一内容であるが、同時に所有権に内在する自己決定権ととらえることもできるだろう。

このように、他人の物の無断賃貸は、一種の自己決定権侵害としてとらえることも可能であるとすると、損害賠償額の算定に当たっては、自己決定権の客観的価額を基準とすることが考えられる。したがって、この価額決定に当たって、無断賃貸の賃料を参照することが合理的かどうか問題となる。問題は、この所有する物を自由に使用できるという意味での自己決定権は、その物について何ら利益を生み出さない状態で無為に放置する権利も当然に含んでいる点である。たとえば、都心の一等地にあるビルを無人のまま放置しておくという所有者の権利の価値を、そのビルを勝手に賃貸して収受したテナント料によって量ることができるかが問題である。権利侵害という構成自体は可能でも、そのことが利得参照型損害算定をただちに正当化する

わけではないのである。

- (16) ただし、真の権利者が所有権に基づく返還請求権を行使して所有物を取り戻すことが可能であり実際に取り戻した場合には、物の客観的価額が損害賠償額の算定根拠となることはない。したがってたとえば、動産において民法192条の即時取得が成立する場合や、不動産において同法94条2項や96条3項など第三者保護規定の適用あるいは類推適用がある場合など、真の権利者の所有権が失われた場合や、真の権利者が物権的返還請求権の行使を行っていないことが前提になる。
- (17) 大判昭和11・6・30判決全集3輯7号17頁は、不動産の無断売却処分について売却代金相当額の不当利得返還請求権を認めた事例である。
- (18) 我妻栄『民法講義 債権各論下巻1』(岩波書店、1972) 928頁。
- (19) 我妻・前掲注(18)1057頁。
- (20) 谷口知平『不当利得の研究』(有斐閣、1949) 296～297頁。
- (21) 大判昭和9・6・27民集13巻1745頁、大判昭和12・2・26民集16巻176頁。いずれも、土地の無断賃貸について、不当利得返還請求がなされた事案である。

## 2 情報の不正利用——情報コントロール権侵害

他人の情報を違法に利用して利益を得た場合に、そこでの利得を賠償の対象とできるかどうか、利益吐き出し責任の問題といえる。このうち、特許権等知的財産権の侵害については、利得参照型損害算定について損害の推定という形で規定が置かれている(特許法102条)。また営業秘密の違法な利用については不正競争行為に該当し、やはり利得参照型損害算定を可能にする損害推定規定がある(不正競争防止法5条2項)。これらはいずれも、情報の不正利用の特殊な場合といえる。

さて、他人の情報を違法に利用した場合に、そこで害される法益を「権利」として把握しようとする場合、一般的にはいわゆる情報コントロール権の侵害として構成することになる。したがって権利アプローチをとる場合、不法行為は、その情報コントロール権侵害からの回復を目的として損害賠償を命じることになる。このとき、損害賠償額の算定基準が問題となる。

情報は物とは異なり、いったん外部に漏れたら、元の状態に戻すことはおよそ不可能である。したがって、情報コントロール権侵害の回復は、情報コントロール権そのものが有する価値の算定となる。

しかし、情報コントロール権の価値をいくらに算出するかは、その情報の性質によって異なる困難な問題である。いわゆるプライバシーにかかわる情報と、営業上の情報とは、そのコントロール権の価値が異なると考えられる。したがって、情報コントロール権侵害と構成しただけでは、利得参照型損害算定を肯定することはできない。

では、どのように考えるべきか。ここでは2つの方向性があり得るように思われる。第1の方向性は、情報コントロール権とは異なる被侵害権利を法により設定し、その価額算定方法を定めるというものである。特許権等知的財産権の損害推定規定は、このような方向から理解することもできる<sup>(22)</sup>。また、パブリシティ権侵害について利得参照型損害算定を認めるべきだという主張も、それをパブリシティ権侵害に対する制裁としてとらえるのではなく、ある種の個人情報を利用して経済的利益を得る権利が本人に専属するというパブリシティ権の権利内容から説明するべきではないかと思われる。

第2の方向性は、権利アプローチをいったん放棄して、情報の不正利用という違法行為から生じた利得を、加害行為の違法性、被害者の損失と被害者の過失を総合考慮して、割合的に分配するというものである。この場合の根拠は、違法行為の抑止に求められよう<sup>(23)</sup>。

<sup>(22)</sup> 特許法102条2項については、これを逸失利益の算定に関する規定であるとしてとらえる見解と、市場機会の喪失という損害概念からとらえる見解が存在する(田村善之『知的財産権と損害賠償(新版)』(弘文堂、2004) 334～336頁)。

<sup>(23)</sup> なお、特許法102条4項、不正競争防止法5条4項は、それぞれ実施料相当額以上の損害賠償を求める際に、裁判所が特許侵害行為や不正競争行為の違法性を参酌して損害賠償額を定めることができる旨規定している。

### 3 不正競争行為・競業禁止違反 ——何が侵害されているのか？

不正競争行為や競業禁止違反がなされた場合、被害者の売上げが減少したことを証明できれば、それが損害賠償額となり得ること自体は争いがないだろう。問題は、加害者の売上げを損害賠償額の算定根拠とできるかである。

ここで侵害されている被害者の権利は、競争相手に侵害された営業権である。では、営業権の侵害を回復するために、どのような算定方法によって損害賠償額を判断すべきか。このとき、営業権の客観的価額を、加害者の売上げによって推定するということは無理がある。そもそも、被害者は営業が不可能になったわけではないから、営業権の侵害に対する原状回復として、営業権の客観的価額全体を算定根拠とすることはできないのである。少なくとも、被害者の損失と加害者の利得が釣り合うような関係にあるとは単純にはいえない。このように考えると、これらの行為を権利侵害として構成しても、その権利から生じた利得をもって損害賠償額を決定するというアプローチは困難である。

このように考えると、同じ不正競争行為類型でも、他人の情報の不正利用の場合と、それ以外では、加害者の利得を損害額と算定する不正競争防止法5条2項の意味は異なってくるように思われる。

また上記のような考え方からすると、この類型の不法行為において、民法の不法行為により利得参照型損害算定を認めることは困難であることになる。少なくとも利得すべての賠償を認めることは適当でなく、加害行為の違法性と被害者の損失を総合考慮して、利得の公平な分担という観点から割合的な損害賠償額を定めるべきではないだろうか<sup>(24)</sup>。

(24) このような見解が適当であると思われるのは、競争法秩序がそれなりに自立した体系として確立しつつある現代において、不正競争防止法が利得参照型損害算定を肯定していない行為類型に、民法が利得参照型損害算定を肯定することが、法体系上の不整合をもたらすという懸念があるからでもある。

### V おわりに——不法行為責任の とらえ方

本稿では、不法行為法における利益吐き出し責任の実現可能性を、利得参照型損害算定という観点から論じた。不法行為法の目的を権利侵害の回復としてとらえることを前提に、侵害された権利の価額を利得の参照により算定することが合理的な場合とはどういう場合かを考えた場合、侵害された権利が回復不可能な損害を被っており、その権利の内容が加害者に生じた利得を本来権利者に帰属させる正当化根拠となるものでなければならぬと考えるわけである。ただし、そのような権利価額の算定ができない場合でも、損害賠償額が被害者の損失によって上限を画される必然性はないから、加害行為の違法性を考慮しつつ、利得の公平な分配を図ることもあり得るという判断枠組みを提示した。つまり、内容の確立した権利が侵害される場合にはその権利の内容を実現することが損害賠償の役割であるが、権利としての価値が曖昧なものが侵害されたときは、被害者の失った損失と加害者の得た利得を裁判官の裁量で公平に分配しようという提案である。このような枠組みには、さまざまな反論が予想される。しかし、このような判断枠組みは決して目新しいものではないというのが、筆者の考えである。というのは、いわゆる説明義務違反における原状回復的損害賠償においては、この枠組みに類似した損害賠償額算定がなされてきたと考えるからである。

1980年代後半から変額保険などの分野において問題となった説明義務違反の裁判例において、不法行為の損害賠償は顧客から事業者を支払われた金額によって算定された。これは被害者の損失であると同時に加害者の利得でもある。そして多くの裁判例は、説明義務違反を肯定するに当たり、加害者と被害者の行為態様を比較しつつ過失相殺により割合的に損害額を算定したのである。

多くの学説が、このような説明義務違反の紛争類型における被侵害法益は、顧客の自己決定権であるとした<sup>(25)</sup>。その上で、契約締



結過程における自己決定権の侵害は、本来なら錯誤や詐欺に関する法律行為法によって解決されるべきであり、契約を無効や取消しにせず自己決定権侵害による不法行為の成立を認めるのは評価矛盾であり、過失相殺による割合的な損害算定も、一部無効や一部取消しといった手法を用いるべきであったと批判した<sup>(26)</sup>。

この批判は理屈の上では正しいのかもしれない。しかし肝心なのは、説明義務違反の勧誘行為を自己決定権侵害としてとらえるとして、その自己決定権の価額はどのように算定されるのかという問題であろう。説明義務違反の裁判例は、当時の裁判官の多くが、その自己決定権侵害の価額を事業者の得た利得全額で算定することにためらいを覚えたことを、また錯誤や詐欺に関する法律行為法が自己決定権の価額を決定する評価規範として十分機能していないと考えていたことを示唆している。このような状況において、変額保険など新規の金融商品について必ずしも適切でない勧誘行為がなされたとき、加害者と被害者の行為態様を比較しつつ、利得と損失を公平に分担するという別次元の解決方法にシフトしたと考えることはできないだろうか。

この点、道垣内弘人の次のような指摘が重要である。

「不法行為の成立要件における『違法性』

(あるいは、様々な学説においてそれに対応する要件)が、不法行為法によって保護されるべき利益を、時代に応じて柔軟に定める機能を有することは、しばしば指摘されるところである。この観点からすると、本稿で扱っている局面〔筆者注：制度間競合の局面〕においては、法律行為法によって、いったんは正当化された利益侵害を再び違法化するにあたって、硬直しがちな法律行為法、契約法に代わって、不法行為法が機能していると評することができる。そして、それは不法行為法に期待される重要な役割である。」「たしかに、本来的には、法律行為法、契約法の再検討こそがなされるべきである。不法行為法による救済は、再検討がなされるまでの過渡的な手段である。しかし、そうだからといって、その過程における不法行為法の利用を否定すべ

きことにはならないように思われる。不法行為法の進展により、法律行為法の新たな要件が生成するのである」<sup>(27)</sup>。

ここでは、法律行為法が指定する利益配分に不法行為法が矛盾なく適合しているという静的な理解ではなく、不法行為法が違法判断を積み重ねることにより、法律行為法によって有効無効の判断がなされる権利の外縁が明確になっていくという動的な理解がなされている。不法行為法の役割をこのようにとらえるとき、説明義務違反は権利侵害として理解するよりも、違法な利益侵害として理解することに積極的な意義が見いだされる。取引的不法行為は、法律行為法の指定する利益配分が機能不全を起こした場合における利益再配分規範であり、したがって、その配分原理は、法律行為法とは独立して考えるべきなのである。

本稿で検討したいいくつかの事例でも、同じように考えることができる。権利一元構成が主張するように、不法行為法の究極の目的は個人の権利の保護である。しかし、確立した権利が侵害された場合と、それ以外の場合の救済手段は差があってもよい。権利が持つ本来の意味を尊重するならば、あえて権利侵害ととらえない柔軟な救済の余地を不法行為法に用意すべきであるというのが、本稿の結論である。

(25) 錦織成史「取引的不法行為における自己決定権侵害」ジュリ1086号(1996)86頁以下。

(26) 評価矛盾論について詳細は、潮見佳男「規範競合の視点から見た損害論の現状と課題(1)(2・完)」ジュリ1079号91頁以下、ジュリ1080号(ともに1995)86頁以下参照。

(27) 道垣内弘人「取引的不法行為——評価矛盾との批判のある1つの局面に限定して」ジュリ1090号(1996)140頁。