

不法行為による差止めの局面における違法性段階論と「代替的損害賠償」

— 取引機会喪失の観点から出發して —

大西 邦弘

- I はじめに
- II イギリス法における「代替的損害賠償」
- III 不法行為法による差止めの可能性
- IV 代替的損害賠償の観点による違法性段階論の評価
- V 取引機会喪失の填補と独禁法二四条による差止請求権
- VI おわりに

I はじめに

本稿は、差止めの局面における違法性段階論を批判し、差止めと損害賠償との間には考慮すべきファクターが異なるにすぎないとする見解を支持し、ではどのように賠償額を算定するのかを論ずることによって、差止めをめぐる最近の立法・議論（とりわけ不公正な取引方法の差止請求権）につき、統一的な説明を試みるものである。

このような議論の前提として、不法行為による差止めにかかる現在の議論状況を以下のように確認することが可能である。

第一に、不法行為が差止めの根拠となるかどうかについては、ややネガティブと評価せざるを得ない。最近ではこ

れを肯定する見解が有力であるものの^①、最高裁は権利構成を採用していると理解されている。しかしながら、人格権には個人の権利としての財産権の保護の単なる延長や拡張の理論ではなく、財産権保護を基調とする私法理論に対するアンチ・テーゼとして出現した面があるのであれば、位置指定道路の通行妨害排除請求に人格権構成を採用する必要があるであろうか。^③この点については、人格権の内容が必ずしも強固に確定している訳ではないことも一因であろうが、^④他のルートによる差止めの可能性も議論し続ける必要があると思われる。

第二に、不法行為による損害賠償の場合と差止めの場合とで「違法性」に齟齬は生じるのであろうか。最高裁は、損害賠償と差止めでは違法性に異なるところはなく、考慮すべき要素の重要性の評価に差異があるにすぎないとしているが、^⑤このように判示した理由は詳らかではなく、異なった観点から再構成することが必要と思われる。

第三に、最近の差止めをめぐる立法動向との関係での議論である。私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」と略称する）第二四条によつて不公正な取引方法につき「著しい損害を生じ、又は生ずるおそれ」がある場合に差止請求権が認められた（平成一二年の独占禁止法改正）。不公正な取引方法の差止めには「著しい損害を生じ、又は生ずるおそれ」を要件とする理由を、立案担当者は違法性段階説を前提としたと説明しているが、^⑥このような考え方は現在の民法理論と平仄が合わされているのであろうか。独占禁止法二四条にかかる議論を行う前提として、差止めと損害賠償との関係をより意識的に検討しておく必要があると思われる。

以上のような問題について統一的な説明を試みるにつき、本稿では、イングランド・ウェールズ法（以下両者を含むものとして「イギリス法」という）における代替的損害賠償（damages in lieu of injunction）を参照することによつて、次のような仮説を定立してみたい。^⑦つまり、①差止めを認めるには損害賠償の場合よりも違法性のハードルが高いのではなく、裁判所の裁量として諸般の事情を総合考慮することによつて差止請求を認容する代替として損害賠償

請求を認容していると説明することはできないか、②損害賠償請求を差止めの代替として認容するにつき、賠償額を定めるにあたり、——損害がないとするのではなく——事前に取引を行っていたら得られたであろう利益の賠償を認めているのではないかという二つの仮説である。

- (1) 四宮和夫「不法行為」(青林書院、一九八五年)(以下「四宮」)と引用する) 四七七—四七八頁、平井宜雄「債権各論Ⅱ不法行為」(弘文堂、一九九二年)(以下「平井」)と引用する) 一〇七一—一〇八頁、森田修「差止請求と民法——団体訴訟の実体的構成」総合開発機構・高橋宏志共編「差止請求権の基本構造」(商事法務、二〇〇一年) 一一四—一一五頁。潮見佳男「不法行為法」(信山社、一九九九年)(以下「潮見」)と引用する) 四九二頁では「物権的請求権説・人格権説を維持し、たうえで、最近の不法行為説(権利侵害要件十受忍限度要件)の方向での理論の発展が望まれる」と述べられている。
- (2) 浅野有紀「権利と法秩序——自己決定権論の一側面」(民商二三四卷四〇五号(二〇〇六年) 五四七—五四八頁)。
- (3) 最判平成九年二月一八日民集五一卷一〇号四二四—四二五頁。詳細は「Ⅲ」以下に譲る。
- (4) 「人の法」にかかる最近の主なものとしては、広中俊雄「成年後見制度の改革と民法の体系」(ジュリー一八四号(二〇〇〇年) 九四頁、一一八五号九二頁、大村敦志「20世紀が民法典に与えた影響/人・物・契約をめぐる現代フランス民法学の研究動向」(1)「法協二二〇巻一〇号(二〇〇三年) 二〇三頁、山野目章夫「人の法」の観点の再整理」(民法研究第四号(二〇〇四年) 一頁参照)。
- (5) 最判平成七年七月七日民集四九卷七号二五九九頁。いわゆる国道四三三線公害訴訟である。最高裁判調査官解説(田中豊「判解」)「最高裁判所判例解説民事篇平成七年度(下)」(法曹会、一九九八年) 七三八—七三九頁、民法の学説はおおむねこのような理解をしているものと思われるが(比較的初期の段階でこのことを指摘するものとして、大塚直「判批」判タ九一八号「一九九六年」 六五—六七頁)、独禁法二四条の立案担当者による理解、経済法学からの理解については、後述「Ⅴ」参照。
- (6) 東出浩一編著「独禁法違反と民事訴訟」(商事法務研究会、二〇〇一年) 二八頁。
- (7) イギリス法における「差止めに代わる補償」については、加藤一郎編「注釈民法(一九) 不法行為」(有斐閣、一九六五年) 一七四—一七五頁(「徳本鎮」、フィリップ・S・ジェームズ(矢頭敏也監訳)「イギリス法(下) 私法」(一九八五年、三省堂) 一七四頁、澤井裕「テキストブック事務管理・不当利得・不法行為」(有斐閣、第三版、二〇〇一年)(以下「澤井」)「テキストブック」と引用

する) 二二八頁、同「公害裁判における公共性」平成法学四〇五合併号(二〇〇〇年)(以下では「澤井『公共性』」と引用する)四頁にすでに言及がある。damages in lieu of injunction については、damages には損害賠償との訳語が適切であると思われるため、代替的損害賠償の訳語を充てることにする。

II イギリス法における「代替的損害賠償」

1 序——インジャンクションに関する一般理論を含めて

イギリス法においてインジャンクションが認められるかどうかは、原則として権利侵害の問題とはならない。⁽⁸⁾これは、インジャンクションの対象として反復継続する違法行為が想定されているために、ネグリジェンスの不法行為にもとづいては、インジャンクションが認められない場合があることを意味する。⁽¹⁰⁾

反対に、不法行為による損害賠償請求が成立しない場合にも差止めが認められることがある。例えば、イギリス法では、原則としてプライバシーそのものを保護法益とはしないが、プライバシーの暴露に対してはインジャンクションが認められている。⁽¹¹⁾つまり、インジャンクションが認められるためには、一般に、不法行為・契約・信義義務違反による訴訟原因が要件となっており、不法行為一般につきインジャンクションの根拠として認められている訳ではないことになる。

他方で、これらの訴訟原因が成立しない場合にも、「権利侵害」の観点からインジャンクションが認められることもある。すなわち、「権利侵害」一般ではなく、財産権侵害によってもインジャンクションが成立することがあるが、⁽¹²⁾この理由は、インジャンクションの淵源がエクイティにあることに起因することに求められよう。⁽¹³⁾また、インジャン

クシヨンの淵源がエクイテイに求められることから、より裁判所の裁量とも馴染む性質を有しており、このことから、被告の行為の公共性をここに取り込む可能性を見出すことが可能である。さらに、秩序維持の観点からは、刑罰法規違反の不法行為によってもインジャンクションが認められることが指摘されている。⁽¹⁵⁾

逆に、侵害者は、侵害を継続し、損害賠償金を支払うことで、インジャンクションを「買う」ことはできない。ただし、この例外の可能性を有するのが、以下で検討する代替的損害賠償である。⁽¹⁶⁾

2 代替的損害賠償をめぐる法律状況

代替的損害賠償とは、Chancery Amendment Act 1858 (Lord Cairns' Act) 第二条よって認められ、その後の立法によって現在に至るまで引続き承認されている。現行法となるのは、一九八一年上級裁判所法 (Supreme Court Act 1981) 第五〇条である。⁽¹⁷⁾

一九八一年上級裁判所法第五〇条

控訴院及び高等法院は、インジャンクション若しくは特定履行を命じることができる時、インジャンクション若しくは特定履行とともに、またはインジャンクション若しくは特定履行に代えて、損害賠償を命じることができる。

代替的損害賠償が認められるためには、*Sheffer v. City of London Electric Lighting Co.* [1895] 1 Ch. 287. における A. L. Smith 控訴院裁判官の判示によると、①原告に対する侵害が軽微であり、②損害を金銭的に評価することが可能であり、③諸般の事情に鑑みて金銭的な損害の填補が適切であること、④インジャンクションを命じることが被告に酷になることの四つの要件を充足することが必要となる。⁽¹⁸⁾ これら要件を主張立証する責任は、被告たる加害者に負わされ

ている。¹⁹⁾

その後、これらの要件は柔軟に解釈され、その他の要素も考慮されるようになってくる。例えば、⑤侵害の重大性や継続性、⑥当事者の態様、⑦より広い公益性である。²⁰⁾ここでは、私人間の紛争である代替的損害賠償の可否をめぐって、⑦の公益性が含まれていることがとりわけ注目される。

つまるところ、代替的損害賠償が認められるかどうかは、裁判官の裁量の問題となる。²¹⁾

ただし、裁判官が代替的損害賠償の可否及び賠償額を算定するにあたって、被告の侵害の継続に対する「適切かつ公平な対価 (propeand fair price)」の支払いが命じられなければならない。²²⁾それでは、ここでいう「適切かつ公平な対価」はどのように算定されるのであろうか。

3 代替的損害賠償と「取引機会の喪失」

この点を初めて明らかにしたのが、次の判例である。

Wyotham Park Estates Co. Ltd v. Parkside Homes Ltd. [1974] 2 All ER 321, Ch.

【事案の概要】

土地開発計画を内容とする制限的不動産約款 (restrictive covenant) : エクイティ上の効力を有し、第三者にも効力が及ぶ) に反する建物の収去を内容とする作為的インジャンクション (mandatory injunction) が請求されたものの、原告はなんら暫定的救済を求めることなく本件建物が完成し、被告はこれら完成した建物を第三者に分譲した (分譲を受けた第三者とその担保権者も被告に共同訴訟参加している)。

【判旨】

土地開発計画を内容とする制限的不動産約款は有効であり、被告の本件建物建築は制限的不動産約款に違反する。しかし、本件建物の建築によって原告の有する不動産の価値は減少していない(すなわち原告に損害は発生していない)としつつも、名目的損害賠償(nominal damages: actionable *per se*の場合に認められる損害賠償)のみを認めることは被告に不法行為に由来する果実の保有を認めることになるとして、制限的不動産約款を緩和(relex)する「代償(*quid pro quo*)」として、被告が不動産開発から得られる利益を五〇〇〇ポンドと見積もつた上、本件建物建築前に原告が被告に対し合理的に支払を請求できたであろう対価はその5%であるとして、二五〇〇ポンドの賠償を認容した。

つまり、被告の活動にかかる事前の「取引機会(bargaining opportunity)の喪失」の填補を、裁判所による事後の損害賠償という形で認容し、事前に契約が締結されていたのと同様な状況の回復を企図したと評価することができる。⁽²³⁾同時に、原告に損害の発生を認定することが困難な場合にも、被告が取得した利得を「取引機会の喪失を填補」するという形で吐出させていることは、極めて注目に値する。⁽²⁴⁾

4 代替的損害賠償にかかる「取引機会の喪失」の算定例

取引機会の喪失を填補するとの理論がより展開されたのが、次の二件の判決である。すなわち、――

Bracewell v. Appleby [1975] Ch. 408.

【事案の概要】

被告は袋地に位置する六区画のうちの一区画を私道上の通行地役権とともに購入した。その後、この土地に隣接する土地を買い増し(以下「A地」という)、これらの土地上に建物を建築することを計画した。しかし、六

区画の他の土地の所有者である原告二人は、被告の有する通行地役権はこの区画に属する土地のためであり、新たに買い増した A 地への通行権を含むものではないとして、被告の建物建築に異議を唱え、裁判所にインジャンクションの申立てをした。

〔判旨〕

高等法院は、①被告の建物がほぼ完成していること、②原告のインジャンクションの申立てが遅れたこと、③インジャンクションを認めた場合、被告の建物は居住不能となることを理由に、インジャンクションの申立てを拒けつつも、代替的損害賠償を認めた。

賠償額の算定にあたっては、私道上の通行が増えることによる負担を考慮し、事前に交渉がなされていれば合意されていたであろう金額を基礎とする一方で、あまりに高額とすることで被告の活動を抑圧することもできないとの一般論を述べた上で、本件では事前に交渉がなされていたならば、合意されたであろう金額は二〇〇ポンドであり、原告についてはその五分の一の四〇〇ポンドが賠償額となとした。

学説は、このような形で代替的損害賠償を認めることは、取引機会の喪失を填補する役割を有していると評価している。⁽²⁸⁾

次のような最近の判決も現れている。

Jaggard v. Sawyer [1995] 2 All ER 189, CA.

〔事案の概要〕

袋地の所有者である原告が、公道に至るための他の土地の所有者である被告に対し、制限的不動産約款に反して庭としての利用のみが認められた土地に建物を建築することはトレスパスを構成するとして、インジャンクシ

ヨンを請求した。ただし、原告はより早期に暫定的インジャンクションを申し立てることが可能な事案であった。

原審は、とりわけインジャンクションが認められた場合、被告の建物から公道にアクセスできないことなどを勘案してインジャンクションの申立てを斥け、六九四七四四ポンドの代替的損害賠償のみを認容したが、賠償額が妥当かどうかについて争われた。

【判旨】

控訴院は、第一に、インジャンクションが認められない代償、あるいは将来の不法に対する対価として、原審が代替的損害賠償を認めたことを是認し、第二に、代替的損害賠償額の算定に当たっては、当事者間で制限的不動産約款を緩和するために合理的に支払が予期された金額を斟酌するのが妥当であるとして、上訴を認めなかった。

取引機会喪失の填補には、場合によってはかなりの高額になることが示された。まとめると、ここに掲げた二件の判決では、代替的損害賠償を通じて、裁判所によって原告と被告との間で事前の取引機会の喪失に填補が認められたことになる。

5 代替的損害賠償とインジャンクションの競合関係

代替的損害賠償とインジャンクションの関係については、次のような判決も現れている。⁽²⁶⁾

Marcic v. Tames Water Utilities (No. 2) [2001] 4 All ER 326, QB.

【事案の概要】

原告は、被告が管理する公的排水施設の度重なる氾濫により原告の土地が冠水したことにつき、一九九八年人権法 (Human Rights Act 1998) による基本的人権が侵害されたことはニューサンスにあたるとして、侵害行為のインジャンクションではなく損害賠償を主張した。

〔判旨〕

代替的損害賠償請求を認容することによって将来の不法の対価の支払を命じることはヨーロッパ人権条約に違反しないと、原告による損害賠償の請求を認める。賠償額の算定にあたっては、被告の施設の完成時を基準とし、被告の排水施設がなかったならば合理的に予期される原告の不動産価格と、現実の不動産価格の差が賠償額となる。

つまり、代替的損害賠償は、救済方法を損害賠償とするか、インジャンクションとするかにつき、被害者である原告による選択を認める方向でも機能することになる。

6 小括

ここまでは、イギリス法における代替的損害賠償につき、代替的損害賠償が認められるための要件と、では具体的にどのような理論によって賠償額が算定されているのかについて焦点を当てて分析をおこなってきた。

そこからは、①インジャンクションを認めるか、代替的損害賠償を認めるかにつき、被告の活動の公共性が考慮要素とされていること、②代替的損害賠償は、被告の侵害行為の前に原告と被告の間で取引がなされたであれば得られたであろう機会が失われたことを填補する機能を有していること、③代替的損害賠償は被告が不法行為によって取得した果実を吐出させる機能を有していることの三点が明らかとなった。

続いて、以上のようなイギリス法における代替的損害賠償の議論から、わが国における差止めと損害賠償をめぐる議論にどのような示唆を得ることができるのかについて検討していくことにしよう。

- (8) 現在のイギリス法において参照すべき主要な不法行為法の概説書として「The Common Law Library, Clerk and Lindsell on Torts, 19th ed., 2006 (London: Sweet and Maxwell); Rogers, W. V. H., Winfield and Jolowicz on Tort, 17th ed., 2006; Heuston, R. F. V. and Buckley, R. A., Salmond and Heuston on the Law of Torts, 21st ed., 1996 (London: Sweet and Maxwell); Deakin, S., Johnston, A., and Markesinis, B., Markesinis and Deakin's Tort Law, 5th ed., 2003; Murphy, J., Street on Torts, 12th ed., 2007」がある。
- 以下では、それぞれ順に「Clerk and Lindsell 2006; Winfield 2006; Salmond 1996; Markesinis 2003; Murphy 2007」を略称する。また、Murphy 2007の第一版および「Murphy, J., Street on Torts, 11th ed., 2003」を「Murphy 2003」のように引用する。
- さらに、エッセイ法の概説書で代替的損害賠償に言及があるものとして「Pearce, R. and Stevens, J., The Law of Trusts and Equitable Obligations, 4th ed., 2006, at 48」を掲げよう。
- (9) イギリス法におけるインジヤンクションについては、船崎みち「イギリス法における Injunctions の研究」東洋大学大学院紀要第三八集(二〇〇一年)七四頁がある。
- (10) *Miller v. Jackson* [1977] QB 966, at 980, per Lord Denning MR. Denning 卿によれば「インジヤンクションを求めるのであれば、ニューサンスを訴訟原因とすべきである。ニューサンスを訴訟原因としてインジヤンクションが認められた事例は多数あるが、ネグリジェンスを訴訟原因としてインジヤンクションを認めた事例を、私は知らない」と述べている。
- (11) *Murphy 2007*, at 647-648.
- (12) *Clerk and Lindsell 2006*, at 30-05; *Murphy 2007*, at 647.
- (13) *Markesinis 2003*, at 847.
- (14) *Murphy 2007*, at 647. ただし、同箇所では重大な侵害行為による被害者を損害賠償の救済のみで満足させはならないとも主張されている。
- (15) *Markesinis 2003*, at 847; *Murphy 2007*, at 647-648. には「制定法義務違反の不法行為の成立の判断とも別個であることが指摘されている

る。

(16) ただし、イギリス不法行為法においても代替的損害賠償についてはほとんど議論がなされておらず、イギリス不法行為法における最も信頼性の高い Clerk and Lindsell 2006 には言及がなく、Salmond 1996, at 556-558; Markesinis 2003, at 850; Winfield 2006, at para 22-53. に若干の紹介がある他は、論稿等は引用されておらず、理由は不明であるが、Murphy による Street on torts では、二〇〇三年の第一一版では記述があったものの (Murphy 2003, at 589)、出版社の変更を伴う大幅な改訂がなされた第二二版では代替的損害賠償の記述が削除されている (Murphy 2007, at 648)。このようなイギリスの法状況において、前掲注 (6) の通りわが国において代替的損害賠償につき早くから言及されてきた理由は明らかではないが、ドイツ法における「犠牲補償 (Aufopferungsanspruch)」の研究につき、ドイツ法においてイギリス法の紹介があった可能性がある (澤井「公共性」二頁参照)。

(17) Markesinis 2003, at 850 に Supreme Court Act 1980 とあるのは誤りである。また、この法律は同法第一五三条 (四) によって、スコットランドには適用されない。

(18) [1895] 1 Ch. 287, at 322-33 ①要件との関係では、禁止的インジャンクションが認められるための要件として、「侵害が軽微ではないこと」が掲げられることから (Clerk and Lindsell 2006, at 30-07) の具体的帰結ともいえる。

(19) Salmond 1996, at 556.

(20) Markesinis 2003, at 850.

(21) Markesinis 2003, at 850. インジャンクションそのものが、エクイティに由来するものであり、裁判所の裁量に馴染む。インジャンクションにかかる裁量は原則として事実審裁判官に属する (Clerk and Lindsell 2006, at 30-04)。

(22) Markesinis 2003, at 850. 以下の「適切かつ公平な対価」の内容については、以下の本文中で扱うことにするが、代替的損害賠償による賠償の範囲は、すでに発生した損害だけではなく、将来の損害をも含むことに注意が必要である (Winfield 2006, at para. 22-53)。

(23) Markesinis 2003, at 850.

(24) これは、わが国において「機会の喪失」として紹介されている議論とは異なる (参照、澤野和博「機会の喪失に基づく損害賠償」私法六八号「二〇〇六年」一八八頁)。イギリス法において、この意味での機会の喪失 (loss of chance) は、例えばソリシターのネグリエジエンスによって損害賠償の機会を喪失した依頼人による賠償請求という形で、被侵害利益として認められている。see, Clerk and

Lindcell 2006, at para. 1-38.

(25) Markesinis 2003, at 850.

(26) 最近のイギリス不法行為のテキストでこの判決に言及するのは、Murphy 2003, at 589.である。ただし、改訂された第二版では、代替的損害賠償そのものに関する記述が削除されている。

Ⅲ 不法行為法による差止めの可能性

1 序

差止めの根拠について、本稿は語るべき多くを有してはならず、ある種のタイプの不法行為について差止めを認めるべきであるとの見解を表白するにとどまり、⁽²⁷⁾その他多くの問題点について現時点ではペンディングとしておくほかはない。ただし、次の五点には留意しておく必要がある。

2 ネグリジエンスと民法七〇九条の異同

第一の点として、イギリス法におけるインジャンクションは、必ずしもわが国において議論されている「不法行為による差止め」と同一の内容を有するものではない点である。わが国の議論において、差止めの根拠として不法行為を主張する立場は英米法における injunction から影響を受けているという形で紹介がなされることがあるが、⁽²⁸⁾ここにはより補足的な説明が必要と思われる。なぜなら、わが国において英米不法行為法につき最も注目がなされる(あるいは、わが国の民法七〇九条と同一視されることが多い)、⁽²⁹⁾ネグリジエンスを訴訟原因としてはインジャンクション

が認められないことがあり、その他の反復継続する不法行為法上の訴訟原因によることが求められているからである。

本稿は、不法行為による差止めを認めるべきであると積極的に主張することを主眼とするものではなく、主たる問題関心から外れるため詳細に論ずることはしないが、イギリス法におけるインジャンクションと、わが国における不法行為による差止めの異同を議論するにあたっては、特に留意すべき点である。

3 権利構成と裁判所の裁量

第二は、判例が採用する権利構成を採用した場合、差止めを認めるかどうかにつき、裁判所の裁量の余地が限定される点である。権利侵害構成を採用すると裁判所の裁量の余地は理論的には限られたものとなるはずである。²⁰ 差止めを認めるかどうかにつき、被告の行為が公共性を有している場合により裁判所の裁量の余地が認められる法律構成の可能性を議論すべきではないかと思われる。

このことにつき、イギリス法ではもともとインジャンクションはエクイティ上の救済であったため、裁判所の裁量に馴染む性質を有している。わが国においても、不法行為構成を採用した方が、権利構成によるのに比し、裁判所の裁量に親和的であることを指摘することが可能と思われる。従来からも、差止めの場合の「公共性」の位置づけをめぐって議論がなされてきたが、これを裁判所の裁量の評価要素と位置づけることで一定の解決が可能ではなからうか。²¹

4 位置指定道路の通行妨害と人格権構成

第三として、不法行為が差止めの根拠となるかどうかについては、ネガティブである点である。最近の学説では、いわゆる二元的構成によるものを含めて、不法行為による差止めを肯定する見解が有力に主張されているものの、²²⁾ 最高裁は権利構成を採用し続けていると理解されている。

最判平成九年一月二日八日民集五一卷一〇号四二四一頁では、位置指定道路の通行妨害につき、「人格的利益」を根拠に妨害排除請求を認容した。ここでの「人格的利益」とは、これまで下級審裁判例において有力であった「人格構成」を採用したものと理解してよいとされているが、²³⁾ 人格権の財産権に対するアンチテーゼとしての側面を強調するならば、位置指定道路の妨害排除請求に「人格構成」を援用する必然性があるのであるか。この点については、人格権の内容が必ずしも強固に確定している訳ではなく、「人の法」の構築の議論が固まっている状況ではないことも一因であるが、²⁴⁾ 人格権は、個人の権利としての財産権の保護の単なる延長や拡張のための理論ではないのであれば、²⁵⁾ 位置指定道路の妨害排除請求に人格構成を採用することは、人格権概念を希釈化するおそれもあると思われる。このため、他のルートによる差止めの可能性も議論し続ける必要があるのではなからうか。

例えば、最高裁は位置指定道路の通行妨害に対する妨害排除請求の事案で人格構成を採用したと理解されているが、イギリス法における制限的不動産約款のような契約の第三者効のアプローチによっても問題を処理することが可能ではなかったであろうか。²⁶⁾ あるいは、権利構成を維持するのであれば、最判昭和三十九年一月一六日民集一八卷一頁が示唆した「公法上の権利を侵害する」との不法行為構成を發展させる可能性も排除すべきではないと思われる。²⁷⁾

5 不法行為(違法)構成と代替的損害賠償

第四の点として、最近では、不法行為構成を支持した上で、この場合、損害がないにもかかわらず、取締法規違反による差止めの抽象的成立可能性を認める見解との関連である。この見解については、確かに取締法規違反に差止めを認めることによって、不法行為法による法秩序維持機能が増進されることについて極めて貴重な意義を有しているが、しかしながら、差止めの根拠を不法行為に求める以上、やはり損害を不要とすることには一抹の躊躇を覚えざるを得ない。この点については、原告には損害が発生していないと理解するのではなく、代替的損害賠償の観点から、原告と被告との間で事前の取引がなされていれば得られたであろう機会の喪失を填補し、被告が取得した利得の（一部）吐出しを損害と構成することによって、事実としての損害を評価する方法のレベルで対処することができるのではないであろうか。⁽¹⁾

6 代替的損害賠償が示唆するところの有効性

第五に、イギリス法における代替的損害賠償の議論を参照することは、わが国において権利構成を前提とした場合にも意義を有するという点である。なぜならば、権利構成を採用する場合においても損害賠償を認めるか差止めを認めるか、差止めを認めるにつき損害賠償の要件と同一のものとするか、損害賠償の場合よりも高いハードルを設定するかは、不法行為構成を採用する場合と同様に問題となるからである。

このことにつき、「英米法の差止めに代わる損害賠償」は差止要件の充足が前提となっているため、差止めと損害賠償を別個に判断するわが国では直接の参考になりにくいとする見解があるが、むしろ、差止めの場合と損害賠償の「違法性」を同一のものとし、考慮するファクターが異なるにすぎないとするのであれば、差止めの場合と損害賠償の場合で、どのファクターをどのような比重で判断するかにつき、損害額算定の観点からも検討する必要があるのでは

はなかるうか。これについては、項を改めて検討することにした。

- (27) ただし不法行為の成立全般によつて差止めを認めることに賛成している訳ではなく、ある種のタイプの不法行為に、あるいは一般不法行為の要件にいくつかの要件を加重する必要があると思料する。
- (28) 最近の不法行為法のテキストでこのような紹介の形をとるものとして、田谷峻「不法行為法 事務管理・不当利得」(成文堂、二〇〇五年)二〇八頁を掲げておく。
- (29) 平井「不法行為」三〇頁参照。
- (30) 民法では人格権の一部として理解されている自己決定権が、実際には物権などに比して、他の権利や社会的利益との調整に服しやすい「相対化された」権利となつてゐることを指摘するものとして、浅野・前掲注(2)五三六―五三七頁参照。
- (31) 従来から公共性が差止めの場合と損害賠償の差異であることを指摘するものとして、澤井「公共性」三四頁参照。
- (32) 前掲注(1)に挙げたもののほか、違法説から差止の基礎づけを主張する最近の論説として、根本尚徳「差止請求権に関する理論的考察(1)——差止請求権の基礎理論序説——」早法八〇巻二号(二〇〇五年)一〇九頁がある。
- (33) 吉田克己「いわゆる位置指定道路の通行妨害と妨害排除請求権」民商二二〇巻六号(一九九九年)一〇六一頁。
- (34) 浅野・前掲注(2)五四七―五四八頁参照。
- (35) 人格法の確立の必要性を強調するものとしては、前掲注(3)に挙げたものを参照。
- (36) 浅野・前掲注(2)五四七―五四八頁。
- (37) 契約の第三者効についての最近の研究として、岡本裕樹「『契約は他人を害さない』ことの今日的意義(5・完)」名法二〇八号(二〇〇五年)三三五頁参照。
- (38) 最判昭和三九年一月一日民集一八巻一号一頁では、村道の自由使用につき、侵害の継続と「公法上の権利を侵害する」不法行為の成立を理由に差止めの可能性が示唆されている。
- (39) 森田修・前掲注(1)一三一頁。
- (40) 不法行為法による法秩序維持機能については、拙稿「損害賠償法における制定法義務違反の意義・機能(1)(2・完)」民商二二

七卷二号(二〇〇二年)二二二頁、三号三九四頁参照。

(41) 相手方の取得した利得の吐出しと不法行為法については、拙稿「制定法による知的財産侵害の救済と不法行為による「原状回復」

神戸五三巻四号(二〇〇四年)二九三頁、同「制定法による知的財産侵害の救済と不法行為による「原状回復」私法六八号(二〇

〇六年)一九五頁参照。

(42) 澤井「公共性」四頁。

(43) 澤井「テキストブック」二二六頁。

IV 代替的損害賠償の観点による違法性段階論の評価

1 序

次に、原告が差止めとともに損害賠償を求めた場合について、差止めと損害賠償とで「違法性」に齟齬は生じるのかを検討する必要がある。

要件のレベルにおいて、差止めと損害賠償とで、差止めを認める場合を厳格化するという形で差を設けるべきであるという見解は、ほぼ一般的に承認された考え方であると評価されている一方⁽⁴¹⁾、違法性段階説を採用することは、違法性のダブル・スタンダードを認めることになるが、これは、法秩序に統一性があるとすれば、一定の説明を行う必要が生じてくる。

また、「違法性」のタームについても注意をしておく必要がある。差止めについては有責性(故意・過失)は要件とならないと説かれているが⁽⁴²⁾、他方では、不法行為法の一般要件論では過失概念に一元化し、違法性概念を不要とする見解が極めて有力となっている。不法行為による差止めの可能性を認めつつ⁽⁴³⁾、差止めの局面においてだけ違法性の

概念が残されているのはなぜであろうか。損害賠償の局面においてもなお違法性概念の有用性が認められる可能性をも含めて、議論の余地が残されているといえよう。

2 最判平成七年七月七日の検討

このような問題を検討するにつき、まず、違法性段階論との関係で現在の議論の出発点ともいえる最二小判平成七年七月七日民集四九卷七号二五九九頁(国道四三号線公害訴訟)を検討しよう。

最高裁は、次のように判示した。

……差止請求を認容すべき違法性があるかどうかを判断するにつき考慮すべき要素は、周辺住民から損害の賠償が求められた場合に賠償請求を認容すべき違法性があるかどうかを判断するにつき考慮すべき要素とほぼ共通するのであるが、施設の供用の差止めと金銭による賠償という請求内容の相違に対応して、違法性の判断において各要素の重要性をどの程度のものとして考慮するかについてはおのずから相違があるから、右両場合の違法性の有無の判断に差異が生じることがあっても不合理とはいえない

民法の学説からは、道路の公共性の位置づけに差を設けることで損害賠償を認容しつつ差止請求を斥けたとする理解⁽⁴⁹⁾、この判決を積極に評価して、差止めと損害賠償とは判断要素が異なるとしても違法性が異なることはないとする見解⁽⁵⁰⁾、損害賠償と差止めでは、考慮すべきファクターが異なるにすぎないと評価する見解⁽⁵¹⁾が示されている。しかし、違法性の程度は異ならないものの、考慮すべきファクターが異なるとすることを積極に評価する理由については、それぞれの学説を述べる当該箇所には明確な説明は記述されておらず、より原理的なレベルからの根拠付けが必要と思われる。

そもそも、最判平成七年七月七日は、被告である国・阪神高速道路公団に対して、原告住民らの被った損害額をベースとして賠償請求を認容するのみであるが、これが適切なのかどうかはどのように評価することができるのであろうか。

3 最判平成七年七月七日と代替的損害賠償

この点については、イギリス法における代替的損害賠償の議論を参照することによって、次のように再構成することが可能ではなからうか。すなわち、被告の国と阪神高速道路公団については、(損害賠償の場合の違法性と異なることはないのであるから)差止めを認めるべき違法性は否定できないが、①原告に対する侵害が軽微であり、②損害を金銭的に評価することが可能であり、③諸般の事情に鑑みて金銭的な損害の填補が適切であること、④差止めを命じることが被告に酷になること、⑤侵害の重大性や継続性、⑥当事者の態様、⑦より広い公益性を総合考慮して、差止めと損害賠償の振り分けを判断すべきとしたという説明である。

これを本判決についてみると、最高裁は、①から⑦を総合考慮することより、原告の差止請求を認容すべきでなく、原審が認容した損害賠償をもって相当としたという理解が可能と思われる。

もつとも、このような総合考慮によって最高裁が差止めを認めなかったことについては異論を差し挟むことも充分可能であろう。本稿は、最高裁の判断過程を代替的損害賠償の観点から説明し直すことを意図するに過ぎず、積極的に最高裁の結論を是認することまでを含まないことを、強調しておきたい。

さらに加えて、被告阪神高速道路公団は侵害行為を継続することによって差止請求権を「買う」ことはできないが、原告らに対し総額約二億三三〇〇万円の支払いを被告に命じた高裁判決を是認することによって、事前に原告(周辺

住民ら」と被告国・阪神高速道路公団が取引する機会の喪失による損害を填補したという理解が可能であると思われる。もちろん、この金額が事前の取引によって得られたであろう機会の喪失を填補するものとして充分かどうかについては評価も分かれるところであり、原審は被告が被った損害を主に慰謝料の観点から算定しているため、より高額な賠償請求を認容することもあり得るのではないかと思われる。

また、被告阪神高速道路公団に損害賠償を認めることは、損害額の算定のレベルにおいて、阪神高速道路公団は通行料金を收受することによる利得を保持しているのだから、これを吐出させる機能も有していると評価することが可能であろう。

ただ、最判平成七年七月七日が是認した原審の「損害賠償」の内容および差止めの代替として認容すべき損害賠償の内容が以上のようなものであるとすると、不法行為法の機能を単に損害の填補にすぎないとしてきた従来の伝統的な不法行為理論との相克を孕む可能性を有していることには、留意しておく必要がある。⁽⁵³⁾

- (44) 大村敦志「基本民法Ⅱ債権各論」(東京大学出版会、第二版、二〇〇五年)二四六頁。
- (45) 拙稿「被害者の「違法性」と公共政策(公序良俗)・過失概念」広法二九卷四号(二〇〇六年)二五頁参照。
- (46) 内田貫「民法Ⅱ債権各論」(東京大学出版会、第二版、二〇〇七年)(以下「内田Ⅱ」と引用する)四五二頁。
- (47) 平井宜雄「損害賠償法の理論」(東京大学出版会、一九七一年)四一九頁。
- (48) 平井「不法行為」一〇七—一〇八頁。
- (49) 制定法違反と不法行為との関係にかかる私見については、拙稿「損害賠償法における制定法義務違反の意義・機能(1)(2・完)」民商二二七卷二号(二〇〇二年)二二二頁、三号三九四頁参照。
- (50) 内田Ⅱ四五二頁。
- (51) 澤井「テキストブック」二二六頁。

(52) 潮見「不法行為法」四九四頁。

(53) 不法行為法の機能の今後の展開については、後藤卷則ほか「座談会」不法行為法の新時代を語る」法時七八巻八号（二〇〇六年）一三頁以下が貴重である。

V 取引機会喪失の填補と独禁法二四条による差止請求権

1 問題の所在——独禁法二四条による差止めと違法性段階説？

独占禁止法（以下「独禁法」とさらに略することもある）二四条では、平成一二年の改正によって、不公正な取引方法について「著しい損害を生じ、又は生ずるおそれ」を要件として差止請求権が認められた。この「著しい損害を生じ、又は生ずるおそれ」要件については、違法性段階説を採用したとする立案関係者の説明と（根岸哲教授に従い「説明Ⅰ」とする）、不公正な取引方法は不特定の多くの者に損害を与えるのでその損害がいかにか小さくとも差止請求ができるというのを制限する、あるいは間接的な僅かの損害を被る者が差止めを求めることを制限するものであるとの説明（これも根岸哲教授に従い「説明Ⅱ」とする）が掲げられている⁽⁵⁴⁾。しかし、説明Ⅰについては、改正法成立直後から、その説明の合理性自体が疑われていた⁽⁵⁵⁾。では、独禁法二四条は裁判所によってどのように解釈がなされているのであろうか。

改正当初は、差止請求の対象行為が不公正な取引方法に限定されていること、利益侵害に加えて著しい損害が要件となっていることから、差止請求が適切に機能することになるのかは必ずしも明らかではないとの見解も示されていたが、改正後すぐに積極的に請求されている⁽⁵⁶⁾。

立案担当者が独禁法二四条をどのように位置づけていたのかというと、これを違法性段階説を採用したものと解説し、おそらくこれを踏まえた上で、施行後の裁判例としても次のように判示するものが現れている。⁽⁸⁸⁾

ここにいう著しい損害とは、いかなる場合をいうかについて検討するにそもそも、独禁法によって保護される個々の事業者又は消費者の法益は、人格権、物権、知的財産権のように絶対権としての保護を受ける法益ではない。また、不正競争防止法所定の行為のように、行為類型が具体的ではなく、より包括的な行為要件の定め方がされており、公正競争阻害性という幅のある要件も存在する。すなわち、幅広い行為が独禁法一九条に違反する行為として取り上げられる可能性があることから、独禁法二四条は、そのうち差止めを認める必要がある行為を限定して取り出すために、「著しい損害を生じ又は生ずるおそれがあるとき」の要件を定めたものとも解される。

そうすると、著しい損害があつて、差止めが認められる場合とは、独禁法一九条の規定に違反する行為が、損害賠償請求が認められる場合より、高度の違法性を有すること、すなわち、被侵害利益が同上の場合より大きく、侵害行為の悪性が同上の場合より高い場合に差止めが認容されるものといふべきであり、その存否については、当該違反行為及び損害の態様、程度等を勘案して判断するのが相当である。

一読して不法行為の違法性にかかる相關関係説を想起させる判示であるが、経済法の学説からは、この判決を「これは、差止請求権の性質について不法行為構成を採つたことを表し、しかも差止めを認める基準として、違法段階論に与したことを示す」と評価されている。⁽⁸⁹⁾ しかしながら、民法の学説からは、既述の通り差止めの根拠として不法行為構成は必ずしも判例の採用するところと評価するのは現在のところ困難であり、違法性段階説に対しては強い疑問が投げかけられていることとの間に辻褄が合わされていない。⁽⁹⁰⁾

2 独禁法二四条と代替的損害賠償・賠償額の算定

この点については、代替的損害賠償の観点から、被害者と加害者との間で事前の取引がなされていれば得られたであろう機会の填補を、事後に損害賠償の形で填補することによって、損害の評価方法のレベルで対処する可能性が議論されるべきではないであろうか。

つまり、独禁法二四条は「著しい損害」を要件とすることで、被害者と加害者が事前に取り交渉を行ったであれば得られたであろう損害の填補することを超えて、このような事後の損害賠償によつては填補し得ない損害が被害者に発生する場合に限つて差止めを認めた趣旨であると説明することが可能と思われる⁽⁵⁵⁾。

このように解することができるすると、民法七〇九条によるのであれ、独禁法二五条によるのであれ、差止めが認められない場合の損害賠償の内容は、原告と被告が事前に取り交渉をしたら合意に達したであろう金額をベースとして算定されるべきことになる。

以上の通り、不公正な取引方法の差止めに「著しい損害を生じ、又は生ずるおそれ」を要件とする理由を立法担当者には違法性段階説を前提としたと説明しているが、このような考え方は現在の民法理論と平仄が合わされておらず、代替的損害賠償の観点から構成し直すとともに、独禁法違反の損害賠償の内容を再検討する必要があると思われる。

(54) 根岸哲「独禁法と差止請求制度」(民商二四卷四〇五号(二〇〇一年)四二頁。その他独禁法二四条については、村上政博「独占禁止法と差止・損害賠償」(商事法務、二〇〇一年)三四頁参照。

(55) 白石忠志「差止請求制度を導入する独禁法改正(下)」(NBL六九六号五三―五四頁。

(56) 根岸哲「船田正之」『独占禁止法概説』(有斐閣、第二版、二〇〇三年)三二八―三二九頁。改訂された第三版においても、「差止請求が適切に機能することになるのかは必ずしも明らかではない」との記述が維持されている(根岸哲「船田正之」『独占禁止法概説』

- 〔有斐閣、第三版、二〇〇六年〕三五九頁。
- (57) 独禁法二四条のこれまでの施行状況については、すでに掲げたものに加えて、厚谷襄児「独占禁止法二四条の規定に基づく差止請求制度に係る下級審判決例の論点の若干の整理」ジュリ一二九七号(二〇〇五年)一〇八頁、鈴木恭蔵「独占禁止法二四条の差止請求訴訟の実情と若干の課題(上)」公取六五二号(二〇〇五年)二二頁のほか、渋谷達紀「知的財産法講義Ⅲ」(有斐閣、二〇〇五年)一八四頁以下参照。
- (58) 東出浩一「独禁法違反と民事訴訟」(商事法務研究会、二〇〇一年)二八頁。塚田益徳「民事的救済制度の整備にかかる平成二二年独占禁止法改正の概要」NBL六九〇号(二〇〇〇)六頁、同「独占禁止法違反行為に係る民事的救済制度の整備」商事一五六一号(二〇〇〇年)二五頁。
- (59) 大阪地判平成一六年六月九日 [LEXDB二八〇九三三二〇]、大阪高判平成一七年七月五日 [LEXDB二五四一〇六四六]。いわゆる関空島事件である。本文中に引用した箇所は大阪高判の一部である。なお、「著しい損害」要件について、濫訴や根拠のない違反警告によって、競争秩序が攪乱されることを予防するための措置と、根岸哲教授による説明Ⅱに近接性を有する立場として、渋谷・前掲注(57)一八四頁がある。ただし、渋谷教授は「著しい損害」要件について独占禁止政策運用の在り方として本末転倒であると批判している(渋谷・前掲注(57)一八五頁)。
- (60) 厚谷・前掲注(57)一〇八頁。
- (61) 潮見「不法行為法」四九四頁、澤井「テキストブック」二二六頁参照。
- (62) 経済法学においても、注(55)の通り、「著しい損害」要件を違法性段階論との関係で説明することに対しては全面的に積極的な評価が与えられている訳ではないようである。
- (63) 独禁法二四条の「著しい損害」要件の意義については、「差止請求権を基礎付けうるほどの侵害の違法性」を意味すると説くものが現れている(根本尚徳「差止請求権利論と不法行為」法時七八卷八号「二〇〇六年」六〇頁)。

VI おわりに

1 総括

本稿では、イギリス法における代替的損害賠償を素材として、差止めと損害賠償の役割分担について論じてきた。そこでは、①従来問題とされてきた差止請求における侵害行為の公共性の位置づけについては、裁判所の裁量事項に位置づけることによって議論を整理できる可能性があること、②差止めと損害賠償の侵害行為の態様については、それぞれの違法性に段階があるのではなく、差止めの代替として損害賠償が認められている事案があると現在のわが国の法状況を説明できること、③(②のような)差止めの代替としての損害賠償の賠償額を算定するにあたっては、侵害行為の前に原告と被告が契約を締結したら得られたであろう利益を基準として算定すべきこと、④このような代替的損害賠償には、被告が侵害行為から得られた利得を剥奪する機能があること、⑤最近の独禁法違反に差止めを認める法改正については、独禁法二四条は「著しい損害を生じ、又は生ずるおそれ」を要件とすることで、代替的損害賠償を超える侵害行為についてのみ差止めを認める趣旨であると説明した上で、⑥民法七〇九条によるのであれ、独禁法二五条によるのであれ、不公正な取引方法につき差止めが認められない場合の損害賠償の内容は、原告と被告が事前に取引をしたら合意に達したであろう金額をベースとして算定されるべきことについて議論してきた。以下では、以上のように理解する可能性と今後の課題について触れることでまとめたい。

2 今後の課題

本稿は、以上の通りの議論を行ってきたが、しかしながら次のような三つの課題が残されている。

まず、差止めの代替として損害賠償請求を認容することは、契約の締結を強制したのと同様の結果を認めることになることである。取引機会の喪失に、事後の代替的損害賠償を認めるということは、被告の侵害行為につき、裁判所が事後に契約の締結を強制することと同様の効果を認めることになる。このような強制をするにあたって、裁判所は本稿で掲げたような要素の総合考慮を行うことが前提となるが、しかしながら、原告が望まない可能性のある契約を締結するよう強制することは、やはり契約自由の原則の観点からの検討も必要となろう。

次に、平成一八年の消費者契約法改正によって適格消費者団体に差止めを認める改正が成立している⁽⁶⁴⁾。従来から、消費者団体による損害賠償請求の可否について盛んに議論されてきたが、⁽⁶⁵⁾ここでも取引機会喪失の観点から、新たな説明を試みることはできないであろうか。例えば、消費者団体には平成一八年の改正によって団体訴訟が認められたのであるから、差止請求が認容されない場合に喪失された取引機会を、適格消費者団体にある種の代理権を付与したものと考えることができるのであれば、取引機会を恢復するとの理由づけによって損害賠償請求の根拠とする説明である。もちろん、このように説明することは課題も多いが、一つの可能性として代替的損害賠償+取引機会の喪失の填補による説明が模索されるべきではないかと思われる。

最後に、本稿のような内容の損害賠償請求を認容するとすると、不法行為法の機能を損害の填補としてきた従来の議論⁽⁶⁶⁾と調整が必要な部分が発生することである。つまり、従来の伝統的な理論は、「損害の填補」を主な不法行為法の機能としてきたが、差止めの代替となる損害賠償につき、取引機会の喪失の填補を理由として損害賠償額を算定することは、このような伝統的な理論との調整を必要とすることになる。この点については、損害事実説を基礎としつつも、損害の評価の面から対応が可能であろうが、⁽⁶⁷⁾法秩序がやわらかに統一されたものであり、⁽⁶⁸⁾損害賠償が差止めといった効果によって違法性に二重基準を認めることは妥当ではないという理由によって取引機会の喪失の填補を算定

根拠とした代替的損害賠償の理論を採用するとしても、不法行為法の機能との局面で課題が生じる。これらの点については、今後の課題とせざるを得ない。

(64) 詳細については、内閣府国民生活局消費者団体訴訟制度検討室「改正消費者契約法の解説」NBL八三七号(二〇〇六年)一五頁、

三木浩一ほか「座談会」消費者団体訴訟をめぐって」ジュリ一三三〇号二頁参照。

(65) 残された課題に触れているに過ぎないため、すべての文献を網羅的に掲げることはいらないが、宗田費行「団体訴訟の新展開」(慶

應義塾大学出版会、二〇〇六)を掲げておく。

(66) 四宮「不法行為法」二六二—二六九頁、平井「不法行為」四一—六頁参照。

(67) 後藤卷則ほか「座談会」不法行為法の新時代を語る」法時七八巻八号(二〇〇六年)九頁「窪田充見発言」。

(68) 拙稿「被害者の「違法性」と公共政策(公序良俗)・過失概念」広法一九巻四号(二〇〇六年)二五頁参照。

【追記】 本稿は、科学研究費補助金の交付を受けて行った研究の成果の一部である。