

損益相殺の「規範化」と不法行為法における損害論

——最判平成二〇年六月一〇日を契機として——

大西 邦 弘

I はじめに

II 最判平成二〇年六月一〇日の紹介

III 最判平成二〇年六月一〇日の検討

IV おわりに——不法行為法の機能との関連で

I はじめに

損益相殺については、不法行為によって被害者が利益を受けている場合、そうした利益を賠償額から控除する制度と定義され^①、これまでの法状況においては、主に併行給付をめぐる問題を中心として議論がなされてきた^②。

この「不法行為によって被害者が受けた利益」について、判例は、いわゆる損害差額説を前提として形式的な利益の差額を算定する一方^③で、併行給付をめぐる問題については、不法行為に基づく損害賠償制度の目的が「被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補ってんして、不法行為がなかったときの状態に回復させること」であることを確認したうえで、「被害者が不法行為によって損害を被ると同時に、同一の原因によって利益を受ける場合には、損害と利益との間に同質性がある限り、公平の見地から、

その利益の額を被害者が加害者に対して賠償を求め、損害額から控除することによって損益相殺的な調整を図る必要」を認めており、具体的には「遺族年金の支給を受けるべき者につき、支給を受けることが確定した遺族年金の額の限度で、その者が加害者に対して賠償を求め得る損害額からこれを控除すべきものであるが、いまだ支給を受けることが確定していない遺族年金の額についてまで損害額から控除することを要しない」として、極めて高度に規範的な判断を行っている^④。このような、一方では損害差額説を前提として極めて形式的な判示をしつつ、他方では高度に規範的な判断を示す損益相殺に関する判例の判断枠組みを、どのように説明すればよいのであろうか。損益相殺については、そもそも損害差額説を前提としており、このような問題の立て方自体を疑問とする立場が示されているところ^⑤、不法行為法における損害論に翻ってこの問題を考えてみる必要があるのではないであろうか。

ところで、最近この問題について最高裁が極めて注目すべき判断を行っている。最判平成二〇年六月一〇日民集六二巻六号一四八八頁・判時二〇一一号三頁は、「反倫理的行為に該当する不法行為の被害者が、これによって損害を被るとともに、当該反倫理的行為に係る給付を受けて利益を得た場合には、同利益については、加害者からの不当利得返還請求が許されないだけでなく、被害者からの不法行為に基づく損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として被害者の損害額から控除することも、上記のような民法七〇八条の趣旨に反するものとして許されない^⑥」とした^⑦。

従来、損益相殺をめぐる議論においては、①特に民法七〇八条の類推適用は問題とされてこなかったこと、②これまで民法七〇八条の類推適用が議論されてきたのは、加害者ではなく、主に被害者に違法性がある場合を扱っており——不法行為の要件に該当する限り、一定の違法性が加害者にあるのはある意味当然である——、本判決にいわゆる「反倫理的行為」がどのような意義を有するのか、③「倫理性」を前提とするような損益相殺にかかる判断を、伝統

的な差額説を前提として説明することができるのかなどが問題となる。

以下では、この最判平成二〇年六月一〇日を素材として、損益相殺と不法行為法における損害論、ひいては不法行為法の機能について分析を試みることにしたい。

- (1) 窪田充見『不法行為法』（有斐閣、二〇〇七年）（以下「窪田『不法行為法』」という）三七五頁。
- (2) 窪田『不法行為法』三七六頁。このことに関する重要判例が、後掲する最判平成五年三月二四日である。
- (3) 最判平成八年五月三一〇日民集五〇巻六号一三三三頁。およびこの判決に関する櫻見由美子「判批」重判平成八年八一頁参照。
- (4) 最判平成五年三月二四日民集四七巻四号三〇三九頁。この判決については、山田誠一「判批」重判平成五年九〇頁参照。
- (5) 窪田『不法行為法』三七六頁。
- (6) 判例時報の判示事項には「一 社会の倫理、道徳に反する醜悪な行為に該当する不法行為の被害者が当該醜悪な行為に係る給付を受けて利益を得た場合に、被害者からの損害賠償請求において同利益を損益相殺等の対象として被害者の損害額から控除することの可否、二 いわゆるヤミ金融業者が元利金等の名目で違法に金員を取得する手段として著しく高利の貸付けの形をとって借主に金員を交付し、借主が貸付金に相当する利益を得た場合に、借主からの不法行為に基づく損害賠償請求において同利益を損益相殺等の対象として借主の損害額から控除することは、民法七〇八条の趣旨に反するものとして許されないとされた事例」と紹介されている。
- (7) 本判決の評釈として、原田昌和「ヤミ金融への元金返済と損益相殺」法七六四五号（二〇〇八年）二二八頁、藤原正則『ヤミ金事件判決』について」法教三三八号（二〇〇八年）八頁が現われている。

II 最判平成二〇年六月一〇日の紹介

一 事案の概要

事案の概要は、最判平成二〇年六月一〇日が引用する原審認定によると、次の通り。

Yは、著しく高利の貸付けにより多大の利益を得ることを企図して、Aの名称でヤミ金融の組織を構築し、その統括者として、自らの支配下にある各店舗の店長又は店員をしてヤミ金融業に従事させていた。

Xらは(合計二名)、平成二二年一月から平成一五年五月までの間、それぞれ金銭を本件各店舗から借入れとして受領し、又は本件各店舗に対し弁済として交付した。そして、上記金銭の授受にかかわる利率は、年利数百分(数千%)であった。

本件各店舗がXらに貸付けとして金員を交付したのは、Xらから元利金等の弁済の名目で違法に金員の交付を受けるための手段にすぎず、Xらは、各店舗に弁済として交付した金員に相当する財産的損害を被った。

Xらは、いわゆるヤミ金融の組織に属する業者から、出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律(平成一五年法律第一三六号による改正前のもの。以下「出資法」)に違反する著しく高率の利息を取り立てられて被害を受けたと主張して、上記組織の統括者であったYに対し、不法行為に基づく損害賠償を求めた。

第一審(松山地判平成一八年六月七日・金商一二九六号四頁)は、Yにつき「民法七一九条一項前段に基く損害賠償責任」を認めつつ、Xらは「自らの意思で借入れを申込み、返済条件を承知した上で貸付けを受けたのであって、経済的利益を受ける意思があったし、また、現実に経済的利益を受けた」ことを理由に、「損益相殺の考え方」によ

って利益を控除している（原告による懲罰的損害賠償「慰謝料」の請求については否定）。

原審（高松高判平成一八年二月二日・金商一二九六号三〇頁）でも、Yにつき本件各店舗による「元利金等の名目でのXらからの金員の受領という一連の貸借取引（不法行為）につき」民法七一五条の使用責任を認める一方で、「不法行為による損害賠償制度は、損害の公平妥当な分配という観点から設けられたものであり、現実に被った損害を補てんすることを目的とする」との趣旨で最判平成五年三月二四日民集四七卷四号三〇三九頁を引用し、「加害者の不法行為を原因として被害者が利益を得た場合には、当該利益を損益相殺として損害額から控除するのが、現実に被った損害を補てんし、損害の公平妥当な分配を図るといふ不法行為制度の上記目的にも適う」として、控除を認めている。Xら上告受理申立て。

二 判旨

「民法七〇八条は、不法原因給付、すなわち、社会の倫理、道徳に反する醜悪な行為（以下「反倫理的行為」という。）に係る給付については不当利得返還請求を許さない旨を定め、これによって、反倫理的行為については、同条ただし書に定める場合を除き、法律上保護されないことを明らかにしたものと解すべきである。したがって、反倫理的行為に該当する不法行為の被害者が、これによって損害を被るとともに、当該反倫理的行為に係る給付を受けて利益を得た場合には、同利益については、加害者からの不当利得返還請求が許されないだけでなく、被害者からの不法行為に基づく損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として被害者の損害額から控除することも、上記のような民法七〇八条の趣旨に反するものとして許されないものというべきである。なお、原判決の引用す

る前記大法廷判決（最判平成五年三月二四日…括弧内は引用者）は、不法行為の被害者の受けた利益が不法原因給付によって生じたものではない場合について判示したものであり、本件とは事案を異にする。

これを本件についてみると、前記事実関係によれば、著しく高利の貸付けという形をとってXらから元利金等の名目で違法に金員を取得し、多大の利益を得るという反倫理的行為に該当する不法行為の手段として、本件各店舗からXらに対して貸付けとしての金員が交付されたというのであるから、上記の金員の交付によってXらが得た利益は、不法原因給付によって生じたものというべきであり、同利益を損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象としてXらの損害額から控除することは許されない。これと異なる原審の判断には法令の解釈を誤った違法があり、この違法が判決に影響を及ぼすことは明らかである」。破棄差戻し。

田原睦夫裁判官の意見は「不法行為の被害者が加害者から受けた給付が、不法原因給付としてその返還を要しない場合であっても、被害の性質や内容、程度、被害者の対応、加害行為の態様等から、その給付をもって損益相殺的処理をなすことが衡平に適う場面があり得ると考えられる」としつつ、「本件では当初の貸付金名下の金員の交付とは別途に損害の発生が認められるところから、その損害と貸付金名下で交付を受けた金員相当額との損益相殺の可否が問題となり得るが、本件では、それが認められるべきでない」としている。

Ⅲ 最判平成二〇年六月一〇日の検討

一 序

最判平成二〇年六月一〇日（以下「本判決」ということがある）は、「著しく高利」での貸付けが不法行為を成立させるのか、成立させるとして、一口に「著しく高利」といってもその基準は利息制限法・出資法と複数存在するところ、「著しく高利」と評価する基準をどこにおくのかという点と（以下「争点①」という）、「著しく高利」の貸付けが反倫理的行為として不法行為が成立するとして、貸主が交付した貸付金相当額は損害額から控除されるのか（以下「争点②」という）が主な争点となった事案において、最高裁が一定の判示を行ったものである。争点①について、本判決では明確な判示はなされていないが、本判決の射程を画するにあたっては、争点①の検討が不可欠となる。⁸⁵

以下では、争点①と争点②を中心に検討していくことにするが、それぞれ、利息制限法違反・出資法違反と「著しく高利」の関係、および、判決にいわゆる社会の倫理、道徳に反する醜悪な行為（本判決にいわゆる反倫理的行為）が、不法行為法の成立要件との関係でどのように評価されるのか（過失、違法性のどちらか、あるいは双方となるのか）が問題となる）、あるいは、契約が「公序良俗」に反して無効と評価された後の処理を主に想定して構築されてきた民法七〇八条の不法原因給付が、不法行為における損益相殺の局面でどのようにその「趣旨」を鑑みればよいのか、不法行為法と法律行為法との関係、特に悪意の不当利得法との交錯をどのように整理するかが、検討を進めて行く上でポイントとなる。

二 ヤミ金融被害と損害賠償請求にかかる法状況

1 これまでの裁判例の展開

従来の不当な貸付けと借主による元本部分の返還の要否に関する主要な裁判例としては、古いものから本判決に近

いものの順に並べると、――

【1】東京地判平成一四年九月三〇日判時一八一五号一一頁

【2】東京高判平成一四年一〇月三日判時一八〇四号四一頁

【3】札幌高判平成一七年二月二三日判時一九一六号三九頁

【本件第一審】松山地判平成一八年六月七日・金商一二九六号四四頁

【本件原審】高松高判平成一八年一二月二日・金商一二九六号三〇頁

【4】東京地判平成二〇年三月七日判時二〇一七号九五頁

がある。これらの判決を、ヤミ金融業者による貸付けにつき不法行為の成立を認めたかどうか、認めたとして貸付金相当額を損害額から控除したかどうかによって分類すると、ヤミ金融業者による貸付けにつき不法行為の成立を認めたものが、【1】【3】【本件第一審】【本件原審】であって、そのうち元本に相当する利益の控除を認めたのが【本件第一審】【本件原審】となっている。逆にいうと、ヤミ金融業者の貸付けにつき不法行為の成立を認めつつ、元本に相当する利益につき控除を認めなかったのは、【3】【4】判決である。⁹⁾

【1】判決は、元利金等の支払いにつき、悪意の不当利得の成立を認めて返還請求を認容する一方で、原告の被告貸金業者による貸付けによって被った精神的損害を、慰謝料として不法行為に基く賠償請求を認容している。したがって、不法行為構成のもとでの元本に相当する金銭の損益相殺については、争点となっていない。

【2】判決は、「金銭消費貸借契約の貸付利率は……いわゆる街金のそれとしては不自然に低率であった反面、その遅延損害金は年四〇・〇〇四%と、処罰の対象とならない最高限度」での「多額の極度額の根抵当権」が設定されたという事案で、この事案での貸付け・根抵当権の設定につき不法行為の成立を認めた上で（慰謝料を認容）、貸主

からの反訴につき、「法は、刑法一九条一項一号及び二号にみられるように、高度の違法性ある行為の手段とされた財物の交付があるときには、これを没収することにより、その行為を禁圧しようとしている。それと同じように民法七〇八条は、高度の違法性ある行為の手段とされた財物の交付について、その返還請求に助力しないことにより、その行為を禁圧しようとするものと考えられる……本件給付が不法原因給付に当たらないとすれば、控訴人……は不法な利益を挙げるといふ目的達成には失敗しても、その手段として交付した金員の元本については確実に回収できることになる。これは、法は不法に助力しないという民法七〇八条の趣旨に反することになると考えられる」と判示して反訴を棄却した。民事責任と刑事責任の区別については、特段言及されていない。

【本件第一審】では、「自らの意思で借入れを申込み、返済条件を承知した上で貸付けを受けたのであって、経済的利益を受ける意思があつたし、また、現実に経済的利益を受けた」ことを理由に「損益相殺の考え方」によって元本に相当する利益を控除している。しかし、被害者の「経済的利益を受ける意思」が損益相殺に重要であることは、従来の不法行為法では一般に共有されてきた考え方ではないと思われる。

また、【4】判決では、本判決と同様の事案において、「本件店長らによる原告らに対する支払いを要求する行為及び原告らからの金員の受領行為は、原告らに対する関係において民法七〇九条の不法行為を構成する」としたうえで、Yにつき民法七二五条の使用責任を認めている。被告が同じく暴力団組織の長であるという点で共通性を有する、いわゆる組長訴訟において、学説から理論的構成に難点があるとの指摘にもかかわらず、使用者責任を認めた最判平成一六年一月二日民集五八巻八号二〇七八頁に照らし合わせると、本件においても使用者責任構成を採る余地があり得たと思われる。本判決を掲載する最高裁HP・判例時報には民法七二五条は参照条文として掲げられていないが、その場合でも、Xらが受領した元本については、「損益相殺的調整」として、その控除の可否を論じることがで

きるのと同じであると思われる。【4】判決ではさらに、慰謝料の請求も認容している。

ヤミ金融業者に不法行為の成立を認めつつ、元本に相当する利益の控除を認めない裁判例の先駆的な事例となった、【3】判決では、控除を認めない理由として、著しく高利の貸付けにつき不法行為の成立を認め、元利金の全額につき不法行為に基づく損害賠償請求を認めている。つまり、元本につき損益相殺・損益相殺的調整を認めていない。同様の解決を導き出した【4】判決では、そもそもYの組織から支出された元本に相当する利益は、被害者に交付された直後からYに所属する他のグループへ自転車操業的に「弁済」として還流されていたことが指摘されている。

さらに、【3】判決では、「法は、ある程度の高利による消費者金融を許容してはいる」としているが、同様の結論をとる本判決を前提とすると、出資法を著しく上回る高金利の場合でなくとも、利息制限法に違反するに過ぎない貸付けの場合でも、元本の控除が認められなくなる可能性があることについては、「三」で後述する。

2 最判平成二〇年六月二四日と田原裁判官の「反対」意見

なお、本判決の一四日後、最判平成二〇年六月二四日裁判集民事二二八号登載予定・判時二〇一四号六八頁が本判決と同じく第三小法廷で言渡されている。この判決は、投資詐欺の事案においても本判決と同旨が確認されたと評価されているが、本判決の射程を画するうえで参考となると思われ、比較を試みたい。

最判平成二〇年六月二四日の事案は、――

Y'は、X'らに対し、米国債を購入すれば高額の配当金を得ることができると架空の事実を繰り返し申し向け、その旨誤信させ、購入資金を騙取した。Y'に米国債購入の事実はなかったものの、あたかもこれを購入して配当金を得たかのように装い、X'らに仮装配当金を交付した。

というものである。最高裁は、「本件詐欺が反倫理的行為に該当することは明らかであるところ、Yは、真実は本件各騙取金で米国債を購入していないにもかかわらず、あたかもこれを購入して配当金を得たかのように装い、X'らに対し、本件各仮装配当金を交付したというのであるから、本件各仮装配当金の交付は、専ら、X'らをしてYが米国債を購入しているものと誤信させることにより、本件詐欺を實行し、その発覚を防ぐための手段にほかならない」との理由から、「本件各仮装配当金の交付によって、X'らが得た利益は、不法原因給付によって生じたものというべきであり、本件損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として本件各騙取金の額から本件各仮装配当金の額を控除することは許されない」と判示した。

田原睦夫裁判官の反対意見は、「本件配当金名下の金員の交付は、Yの行った本件詐欺行為と一体をなすものであり、YがX'らに交付した配当金名下の金員の法的取扱いは、X'らが被った損害との損益相殺の問題ではなく、財産的損害としての評価の問題」としている。その他、詐欺事案の破綻処理について懸念を示されている。すなわち、貸付金相当額の控除を認めないと、Yの破綻処理において配当原資が減少することになることを掲げている。

本判決がいう「著しく高利」を、出資法という種の経済取締法規に違反する行為と理解すると、いわゆる相關関係的な発想によると、まさに取締法規よりも侵害行為の態様が重大な刑法二四六条の構成要件に該当する行為につき、交付した配当金名下の金員を損益相殺的調整として控除するのは当然かもしれない。

他方で、本判決のいう「著しく高利」の「反倫理的行為」につき、出資法にはその違反につき刑事罰が規定されているため、その侵害行為の重大性については詐欺と同様と考えることもできよう。この点につき、田原裁判官が本判決では意見としつつ、最判平成二〇年六月二四日では反対意見としたことが注目される。この理由については、本判決は損益相殺の問題となるのに対し、最判平成二〇年六月二四日では「財産的損害としての評価の問題」（傍点は引

用者)となることが挙げられている。では、田原裁判官が前提とする損害概念は、これまでの最高裁のものと平仄が合わされているのであろうか。一方で、田原裁判官が懸念する投資名下の詐欺事案の破綻処理をも念頭におく必要がある。このことについては、次に学説をみたのち、「三」で扱うことにする。

3 著しく高金利による貸付けと不法行為の成否・損益相殺に関する従来の学説

学説では、かなり早くから、高利契約が不当な巨利を博するような反倫理的な性格を有し、利息の契約が不可分と認められる場合には、消費貸借契約自体も公序良俗違反として無効とすべきと説くものがあつたところ、最近では、ヤミ金融業者について、違反に対する「予防的効果」を期待して元本部分も無効とすることも考えられると見る見解もある⁽¹³⁾。また、貸主による元本の返還請求については、暴利性が甚だしく、かつ債務者の急迫につけ込んだというような事情があれば、元本の返還請求自体に民法七〇八条本文が適用されるべき場合があることが指摘されるに至つて⁽¹⁴⁾いる。

「1」で採り上げた裁判例の評釈として、「1」判決の評釈では「『不法原因給付』が認定される場合には、既払いの元本を含めて元利金全体の返還請求を債務者に認めるといふ対応策が、十分考慮されてよい」との見解が既に示されていた⁽¹⁵⁾。ただしこの見解は、悪意不当利得による法律構成を前提としていふと思われ、不法行為が選択された場合についてもこのようにいえるかどうかについては明言されていない。

【2】判決の評釈では、多くのヤミ金の事例においても暴利行為者からの元本分の財産権を奪ってでも制裁すべきとされている⁽¹⁶⁾。さらに、【3】判決の評釈では、「私法は損害の填補に尽きるといふ従来の姿勢を考え直すときが来ている」とさえ評されている⁽¹⁷⁾。ただ、このように不法行為法における損益相殺の局面で、「制裁」がどのように考慮さ

れるべきかについては、さらなる分析が必要である。¹⁸⁾

三 分析——損益相殺の「規範化」と倫理性

(一) ここまでのまとめ

ここまでの検討から、本判決は、争点①につき、従来ヤミ金融業者による貸付けにつき不法行為の成立を認めることができるのか必ずしも明らかではなかったところ、最高裁としてヤミ金融業者による貸付けにつき不法行為の成立を認め、争点②につき、ヤミ金融業者に不法行為が成立するとして、貸付金に相当する借主の利益を控除するのかどうか下級審で判断が分かれていたところ、控除を要しないことにつき、最高裁として初めて判断を示したものであることができる。

しかしながら、なお以下の点が問題として残されている。すなわち、「著しく高利」で「反倫理的行為」である貸付けとは具体的になにを意味するのか（以下「問題点①」という）、本判決が民法七〇八条の「趣旨」を参照するという不法原因給付について、不法行為への類推としてこれまで論じられてきた問題領域と齟齬があるのではないかという問題（以下「問題点②」という）、原告が受領した元本相当の金員を損害額から控除することの可否（以下「問題点③」という）、そもそも損益相殺・損益相殺的処理とは不法行為法においてどのように位置づけられるのか（以下「問題点④」という）、本判決によって損益相殺・損益相殺的処理の位置づけになんらかのインパクトがあるかすると、不法行為法全体の役割にも影響を及ぼすのではないのかという問題点（以下「問題点⑤」という）である。

(二) 「著しく高利」による貸付けは不法行為を構成するか——「反倫理的行為」との関係——問題点①

1 序

まず、問題点①とした、本判決のいう「著しく高利」での貸付けとしての「反倫理的行為」についてみてみたい。判決文を参照する限りは、「出資法の上限を著しく上回る」ことをもって、「反倫理的行為」と捉えるかの口吻を漏らしている。では、単に利息制限法の制限利息を上回る利息での貸付けの場合は反倫理的行為として不法行為を成立させないのであるか。本判決が「著しく」との副詞を付していることの意義をどのように考えるのが問題となる。利息制限法に違反することをもって「著しく」と評価することも可能なのであろうか。

2 刑罰法規(刑二四六条)違反との関係

加害行為の様態が投資詐欺の場合は、「二」ですでに紹介した通り、その分配金を控除しないことについても本判決の射程が及ぶことが明らかにされている。¹⁹⁾ 詐欺商法とは、つまり刑法二四六条違反であり、不法行為違法性論における相関関係説的な発想によれば、刑法違反は利息制限法よりも侵害行為の様態が重大であり、より反倫理的であると評価することも可能と思われる。他方で、出資法にも罰則は規定されており、侵害行為の様態の重大性につき相違はないということもできそうである。そこで、他の最近の最高裁判決と照らし合わせて読む必要が認められる。

3 最判平成一九年七月一三日——利息制限法違反Ⅱ悪意の不当利得Ⅱ不法行為成立?

この点につき、最判平成一九年七月一三日民集六一卷五号一九八〇頁は、制限超過利息の返還請求に関し、貸金業

者について民法七〇四条の「悪意の受益者」と推定している。超過利息については、元本に充当されることが判例理論として承認されており、ヤミ金融の事案では元利金を厳密に区別することが困難な場合が多いと思われるため、元本についても悪意の受益者と推定されるとの解釈が可能と思われる。⁽²¹⁾

ここで、民法七〇四条の悪意不当利得と推定したのと同視できるとすると、最高裁は、利息制限法に違反する貸付けについても民法七〇四条の悪意不当利得と推定したのであるから、単に利息制限法に違反するに過ぎない場合でも不法行為の成立を認め、「著しく高利」で反倫理的行為となる余地を認めたことになってしまう。つまり、本判決の事実関係のように、利率が年数百%、数千%の事案でなくても、不法行為成立の可能性が認められてしまうことになる。

4 「著しく高利」要件と衡量の必要性

ただ、最判平成一九年七月一三日を前提とした以上のような推論が仮に可能であるとすると、利息制限法をわずかに上回る利息の場合にも、借主は元本の返還をも免れてしまうことになる。このような結論は、「著しく高利」の貸付けを「反倫理的行為」と強調する判決文に鑑みれば、おそらく最高裁の意図していないところと思われる、なんらかの調整が求められよう。このことを調整するには、「著しく高利」要件ではなく、他の要件で調整することが必要になる。

(三) 不法原因給付について——問題点②

1 序

借主からの既払金に相当する金銭の損害賠償請求につき、元本に相当する利益を控除する必要がないとする余地を認めるためには、最高裁は通常の不法行為法の成立要件よりも過重された一定の著しい反倫理性を要件としていると思われるが、結論を先取りすると、この一定の著しい反倫理性は、不法行為の成立要件を過重するのではなく、民法七〇八条の不法原因給付の趣旨を鑑みるプロセスで衡量されるべきであると思料する。

2 従来の事案との逆転性

これまで判例は、民法七〇八条の類推適用、あるいはその趣旨の不法行為への類推を認めてきた。しかし、それは、最近の事案を例にとると、証券会社の従業員が顧客に法令で禁止されている約束をして取引した顧客に損害を与えた場合のように、本判決とは異なり、加害者ではなく、あくまでも被害者に違法性がある場合を主に想定して議論が構築されてきた。⁽²⁴⁾つまり、これまで民法七〇八条の不法行為への類推を論じるにつき、損益相殺を念頭においた議論はほとんどなされてこなかったと評価可能であると思われる。

本判決は、従来議論されてきた被害者に違法性がある事案ではなく、加害者に不法性がある場合を扱っている。ただ、不法行為の領域では、加害者に不法性があるのは、——それを故意・過失と呼ぶにせよ、違法性と呼ぶにせよ——不法行為の成立要件に該当することが損益相殺・損益相殺的調整の前提となるから——、ある意味当然ともいえる。

そこで、本判決のいう「反倫理的行為」につき、単なる故意・過失、違法性に α を要求する趣旨であるのかが問題となる。この点については、「(一)」での検討の通り、最判平成一九年七月一三日と整合的に読むとすれば、特段 α の要件は求めないということになる。これは「著しく高利」「反倫理的行為」と強調する本判決の意図するところ

ではないと思われる。

3 不法性の比較

ところで、ここで想起したいことは、民法七〇八条の議論において、不当利得の返還請求につき不法性の比較がなされてきたことである。⁽²⁵⁾これと同様に、損益相殺の局面に民法七〇八条の趣旨を類推適用する際にも、被害者と加害者の不法性は比較された上で決せられると解するべきではないか。つまり、本判決では、著しく高利での貸付けを履行したヤミ金融業者の不法性に比し、借主の不法性はどうかであったかを審理することによって貸付金相当額を損益相殺・損益相殺的調整によって控除するかどうか決するということになる。

ただ、民法七〇八条の趣旨を類推し、このようなプロセスで不法性の衡量をすることは、従来の不法行為法の役割とは異なった色彩を帯びる可能性があることもまた否定できない。本判決判時無記名評釈では、不法原因給付は制裁のための制度であると言いつつ切っているが、⁽²⁶⁾このように断言することについては躊躇も感じる。つまり、損害の填補と異なる「制裁」機能を不法行為の領域に持ち込むことについては、周知の通り強い拒絶反応が示されてきた。⁽²⁷⁾この問題については、「IV」で改めることにしたい。

では、民法七〇八条の趣旨によってヤミ金融業者と借主の不法性が比較され、元本に相当する利益につき損益相殺・損益相殺的調整が認められないのは、どのような場合なのであろうか。

(四) 損益相殺・損益相殺的調整の可否——問題点③

1 序——貸金業者による反訴の場合との比較

損益相殺の局面では、これまで主に重複填補の調整について議論されてきたが、本判決が扱うのはこの種の問題とは異なる。本判決が直面した問題は、【2】判決にみられた通り、ヤミ金融業者からの反訴という構成が採られれば特に損益相殺を持ち出さなくても、従来の議論に照らし合わせれば、民法七〇八条で解決できた問題である。本判決がこのような問題に損益相殺の問題として直面したことで、どのような新たな意義をそこに見出すことができるのであろうか。

2 平成五年判決との比較

原審が引用する最判平成五年三月二四日民集四七卷四号三〇三九頁によると、まず、不法行為に基づく損害賠償制度の目的が「被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補てんして、不法行為がなかったときの状態に回復させること」であることを確認する。そのうえで、「被害者が不法行為によって損害を被ると同時に、同一の原因によって利益を受ける場合には、損害と利益との間に同質性がある限り、公平の見地から、その利益の額を被害者が加害者に対して賠償を求める損害額から控除することによって損益相殺的な調整を図る必要」を認めている。

本判決は、本件の事案は不法原因給付によるものであり、最判平成五年三月二四日はそうではないことを理由として、元本に相当する利益について損益相殺を認めてはいる。しかし、不法行為法の目的を発生した損害の填補としたまま本判決の論理を正当化できるかについては、より実質的な理由を検討する必要がある。

3 契約構成との比較——貸主の元本返還請求

本判決が貸付金に相当する利益の損益相殺・損益相殺的調整を認めなかった背景としては、借主が契約構成を用いた場合との平仄を合わせることもあると推測される。つまり、借主が消費貸借契約の無効・取消しを主張してこれが認められた場合、貸主からの貸付金相当額の返還請求は、まさに民法七〇八条の適用によって認められない可能性が高い。そうすると、借主が不法行為構成を選択した場合にも、貸付金相当額の控除を認めないことでバランスを施したという説明である。

けれども、確かに契約構成と平仄を合わせる必要性は重視されるべきではあるが、他方で取引的不法行為の領域での契約法と不法行為法の評価について、いまだ矛盾が解消されていない現状では、⁽²⁹⁾契約法よりも不法行為法の一般理論との平仄をより重視すべきものと思われる。本判決の規律は、これまでの不法行為法の一般理論から説明可能なものなのであるか。

さらにこの理由に加えて、本判決が損益相殺・損益相殺的調整を実施した実質的な理由はどこに求めることができるのであるか。

4 控除を認めた実質的理由——破産手続き・資金の還流

確かに、消費貸借の場合、民法七〇八条にいう「給付」されたのは金銭そのものか、あるいは期間を定めた金銭の利用かという問題があり、⁽³⁰⁾本判決のいう「反倫理的行為」によっても元本の返還はなされなければならないようにも思われる。にもかかわらず、本判決が「反倫理的行為」による貸付金に相当する利益につき、損益相殺を認めなかったことを正当化する実質的な理由として、次の二つが考えられる。

第一に、【4】判決が指摘する通り、本判決で問題となった貸付金については、貸付けした当初からYの別の組織によって還流される仕組みが採用されており、本件事案との関係では元本に相当する利益の控除を否定するのが妥当と思われる。しかしながら、一般論として「『反倫理的』な不法行為によって得られた利益は、損害賠償額からの控除を要しない」とのテーゼを承認できるかどうかについては、さらなる検討が必要である。

第二に、法政策的には、本判決にせよ、最判平成二〇年六月二四日にせよ、元本の控除を認めないことで、加害者が清算手続きになった場合、他の被害者の犠牲において原告らが（ある種超過的な）利益を得てしまう場合があることについては注意が必要である。⁽³¹⁾ただ、少なくとも本件においては、むしろ被害者への返還に多大な労力を必要としているのが現状のようである。

このような実質的な理由があるとして、第二の理由を掲げる田原裁判官は、理論的にどのような理由付けをされているのであろうか。

5 田原睦夫裁判官の意見・反対意見

田原裁判官は、多数意見のような一般論を定立し、損益相殺ないし損益相殺的調整として控除が許されないと一義的に言い切るには躊躇を覚えるとされている。他方で、最判平成二〇年六月二四日では、損害の財産的評価の問題であるとして反対意見を述べられている。

これは、特に最判平成二〇年六月二四日の反対意見を前提とすると、田原裁判官はどのような損害論を前提としているのが問題となる。最判平成二〇年六月二四日を損害の評価の問題とされるのであれば、本判決においても損害差額説（金銭説）を前提としていないのであろうか。損害の「評価」の問題とされる以上は、田原裁判官は——判例

の原則的な立場と異なり——損害事実説を採用していると読むことが素直であるが、損害差額説を前提として本判決を説明することはできるのであろうか。

6 損益相殺の「規範化」？

この点については、損益相殺についての「規範化」を前提として、本判決を正当化する見解も現われている⁽³²⁾。ただ、標準的な不法行為法のテキストにおいて損益相殺の「規範化」について言及するものは必ずしも多くないと思われる⁽³³⁾。不法行為法の領域では、これまでも過失、因果関係や損害において「規範化」が議論されてきたが、本判決によって、損益相殺についても規範化が志向されることになるのであろうか。一先ずは、損益相殺の規範化に賛成なら本判決を妥当と評価することが可能であり、反対であれば、本判決の結論を妥当ではないと評価するとの仮説を定立しておくことにしたい。損益相殺が規範化を前提としているとすると、ここでいう「規範化」に、「著しく高利」での「反倫理的」な貸付けは、規範的に非難に値するとの評価の契機を含むことになる⁽³⁴⁾。このことについては、項を改めることにしよう。

(五) 損益相殺の位置づけ——問題点④

1 序——損益相殺の規範化

本判決は、損益相殺について、原判決が引用した最判平成五年三月二四日と異なる判断をした理由について、最判平成五年三月二四日は不法原因給付によるものではないとして、本判決と区別をしている。しかし、ここまでの分析

から本判決を論評するうえで最も焦点が当てられるべきなのは、損益相殺の「規範化」であることが明らかとなった。

この点につき、差額説を基本的に採用する四宮博士の見解を引用しつつ、本判決の結論を損益相殺の規範化を前提に説明しようとする見解がある⁽³⁶⁾。では、そこに引用される損益相殺の規範化とはどのような意義を有するのであろうか。

また、本判決判時無記名評釈では、括弧書きで、民法七〇九条にいう損害とは損益相殺をした後の損害を意味すると述べられている⁽³⁷⁾。これは、田原裁判官の意見、および最判平成二〇年六月二四日での反対意見を意識してのものと理解することができるが⁽³⁸⁾、さらに、おそらく自らの立場を差額説によると言明するものと理解することができよう)、本判決は、損益相殺の前提となる損害論について、どのようなインパクトを及ぼすのであろうか。

2 規範的損益相殺Ⅱ差額説?

けれども、損益相殺の規範化の是非を論じる前に、翻って確認しておくべき点がある。それは、損益相殺の不法行為法における位置づけである。つまり、損益相殺の理解については、その依拠する損害論によって異なると思われる⁽³⁸⁾。損害事実説を採用すれば、損害の減額の評価の一つと位置づけることになろう⁽³⁹⁾。これに対し、損害差額説(金銭説)によれば、不法行為と同一の原因によって利益を受けた場合には、そもそも損害として把握される金額が縮減されると考えているものと思われる。

この二つの説の対立を前提として、「規範的損益相殺」自体は、差額説、事実説どちらからも、一応は説明が可能な制度であると思われる。けれども、そこでの「規範的」の意義の内容については、異なる可能性があることに注

いて、留意しておく必要がある。

3 差額説による規範的損益相殺の内容

規範的な損益相殺に言及される四宮博士は、基本的に差額説を採用されている。四宮博士によると、損益相殺は単純な差額説的発想から導き出されるものではないとする。すなわち、「原状回復の理念」の中には利得防止も当然に含まれており、損益相殺は原状回復の理念の反面としての利得の防止の思想に基づく⁽⁴⁰⁾とされている。ただ、損益相殺は、原状回復の理念と同様、規範的に捉えられなければならないとする⁽⁴¹⁾。そうすると、差額説を前提としても、規範的損益相殺は説明可能のようにも思える。

ただ、問題は、ここでいう「規範的」の意義である。賠償額の増額の算定の局面における「原状回復の理念と同様」とされているところに鑑みると、一方では、反倫理的で公序良俗に反する、いわゆる wrongful birth 等の問題等が念頭におかれているようにも読める⁽⁴²⁾。ただ、注意すべきは、四宮博士は損害の増額の評価の場合と同様とされているのであるから、損害の箇所を参照する必要があるということである。すると、四宮博士は、「規範的損害」の箇所で、これを、原状回復の理念に基き「権利に関する規範によって内容を規定される客観的損害を最小限度の損害とする損害」と定義している。この定義の具体例として、「いわゆる名目的損害賠償を認めるのと同一の事態の生ずる可能性がある」とされており⁽⁴³⁾、「規範的損害」を認めることによって増進される不法行為法の機能としては、——不法行為法の制裁機能ではなく——権利追求機能を掲げられていることに注目が必要である⁽⁴⁴⁾。

つまり、損害差額説を前提としつつ「規範的損益相殺」によって一定の修正をする立場からは、「規範的損益相殺」の内容に、本判決のような倫理的・非難の要素を見出すことができないのである。より敷衍して議論をすすめると、本

判決が扱うような倫理的・非難を含む意味で規範的な損益相殺を行おうとすると、それはもはや、ストレートに損害差額説からは導き出されない結論となる。この意味で、原則として差額説を採用するとするこれまでの判例理論との相克の契機を孕むものといえる。

損害事実説を採用される見解が、⁽⁴⁵⁾ 損益相殺の「政策的考慮」に言及されているのは、⁽⁴⁶⁾ 示唆的といえる。

4 「規範的」損益相殺と昭和五六年判決

本判決の帰結は、差額説からも全く説明が不能なものではないかもしれない。⁽⁴⁷⁾ しかしながら、本判決の規律には、「(二)」で見たとおり民法七〇八条の趣旨の類推という局面で、不法性の比較という高度に（あえて「規範的」という言葉を使用するまでもなく）評価的な契機を含むものである。であるとすれば、本判決による「反倫理的行為」にかかる規律を正当化するためには、本判決はそのよって立つ損害論についても、典型的な差額説から大幅に乖離性を有するという趣旨で、重大な意義を有するものといえよう。

つまり、損益相殺を倫理的な観点から「規範的」に評価することが可能だと仮定すると、それは、これまで、基本的に損害差額説を採用し続けていると評価されている判例の⁽⁴⁸⁾ 損害に関する立場と齟齬が生じることになる。

以上の通り、本判決は、契約法・不法行為法・不当利得法と、利息制限法・出資法が交錯する困難な局面において、これらをどのように交通整理をすればよいかが問題となる判決であったが、そこでの焦点は、政策や倫理性といった要素の不法行為法への混入を、どの要件においてどの程度、規範的に承認するかにあると思われる。

- (8) その他、不法行為の加害者は誰か、つまり本件各店舗を加害者とし、Yについては使用者責任（民法七一条）とする構成を採るか、Yを直接の加害者とするかなどが問題となるが、検討の中で適宜触れていくことにしたい。
- (9) 本判決の後にも、貸付金相当額を控除しない高裁判決が出されているようである（一五八人の原告につき、約二億八五〇〇万円の請求が認容されたという。朝日平成二〇年九月三〇日朝刊三八面東京本社）。
- (10) 潮見佳男『不法行為法』（信山社、一九九九年）（以下「潮見『不法行為法』」）という。三五六頁。
- (11) 原田・前掲二二八頁。
- (12) 森泉章「利息制限法違反利息と不法原因給付」谷口知平教授還暦記念『事務管理・不当利得の研究（二）』（有斐閣、一九七〇年）三三三頁。
- (13) 平野裕之『民法総則』（日本評論社、第二版、二〇〇六年）一五三頁。
- (14) 藤原正則『不当利得法』（信山社、二〇〇二年）（以下「藤原『不当利得法』」）という。九八―九九頁。
- (15) 川角由和「ヤミ金融業者による超高金利貸付と契約の無効・不当利得返還」リマ二八号（二〇〇四年上）一三頁。
- (16) 難波讓治「公序良俗違反の金銭消費貸借と交付金員の不当利得返還請求」リマ二九号（二〇〇四年下）一三頁。
- (17) 広峰正子「金銭消費貸借契約において元本を含む返済額全額が不法行為の損害に当たると認定された事例」法時七七卷一一号（二〇〇五年）八九頁。
- (18) なお、スイスの銀行に隠匿され、スイス・チューリヒ州政府が没収した約五八億円についてはほぼ半額がわが国に返還されることになり（朝日平成二〇年四月一八日朝刊三四面東京本社）、犯罪被害回復給付金支給法の成立（朝日平成二〇年六月一四日朝刊四面東京本社）により東京地検によって返還の手続きが進められているが、約三万七千人になされた通知のうち約二万人があて先不明となり、平成二〇年一〇月二二日時点での申請は八五三件にとどまるなど（朝日平成二〇年一〇月二四日朝刊三三面東京本社）、本件事案ではYの配当原資を心配する必要があるとまでいえる。
- (19) このように評価するものとして、原田・前掲二二八頁。
- (20) 最判昭和四三年一月一三日民集二二卷一一号二五二六頁。
- (21) また、最近、高裁判決ではあるが、過払金返還請求訴訟において（被告はアイフル）、弁護士費用は民法七〇四条後段の損害に該

当するとし、民法四二六条を準用するものが現われている（札幌高判平成一九年一月九日判時二〇一九号二六頁）。

- (22) このことについては、固まった理解となつていかどうかについては判然としない部分も残されている。平田健治「判批」重判平成一九年度八八頁参照。民法七〇四条にいう損害賠償の法的性質については、不法行為責任とする立場と、なお不当利得返還請求の性質を有するとする立場に分かれている（谷口知平『甲斐道太郎編』新版注釈民法（一八）「有斐閣、一九九一年」六五七頁「福地俊雄」参照）。

- (23) 最判平成九年四月二四日判時一六一八号四八頁。

- (24) 藤原「不当利得法」一一九頁参照。最近のこの問題に関する判例として、最判平成二〇年七月四日判時二〇一八号一六頁が現われている。被害者に「違法性」がある場合につき、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）一五頁参照。

- (25) 最判昭和二九年八月三一日民集八卷八号一五五七頁。被害者に違法性があり民法七〇八条によって被害者からの損害賠償請求が否定される場合に、不法性の比較が可能なことにつき、藤原「不当利得法」一一四頁参照。

- (26) 判時二〇一一号四頁。

- (27) カリフォルニア州の懲罰的損害賠償を認める判決につき、民訴法一一八条三号の公の秩序に反するとされたものとして、最判平成九年七月一日民集五一卷六号二五七三頁参照。

- (28) 潮見「不法行為法」三二八頁。

- (29) 潮見佳男「規範競合の視点から見た損害論の現状と課題（一）（二・完）」ジュリー一〇七九号（一九九五年）九一頁、一〇八〇号八六頁。

- (30) 磯村保「不法原因給付に関する一つの覚書——貸借型契約無効の場合を中心として」神戸法学年報二号（一九八六年）九七頁。

- (31) 破産管財人から本件のような被害者に対して、元本の返還を求めることは可能かどうかについては明らかではない。一見して不当利得が考えられるが、本判決によって「法律上の原因」はあると評価されよう。

- (32) 藤原・前掲二三頁。藤原教授は、四宮和夫「不法行為」（青林書院、一九八五年）六〇〇頁以下を引用している。

- (33) 吉村良一「不法行為法」（有斐閣、第三版、二〇〇五年）一五九頁以下は損害賠償額の調整の項目で損益相殺について解説している。加藤雅信「事務管理・不当利得・不法行為」（有斐閣、第二版、二〇〇五年）三〇八―九頁は差額説を前提とする説明を二二行

- 程度で行っているにすぎない。
- (34) 過失につき、潮見『不法行為法』一六四頁、因果関係につき、潮見『不法行為法』一三三頁参照。
- (35) 古くはベニスの商人のシャイロックや、クリスマスキャロルのスクルージのような高利貸しに対して向けられた倫理的非難を、極めて現代的な問題である *wrongful birth* のような場合と同様に倫理的に反するという規範的評価を前提とすることになる。
- (36) 藤原・前掲一三頁。
- (37) 判時二〇一一号四頁。
- (38) 重ねて強調するが、田原裁判官が本判決において意見を述べ、最判平成二〇年六月二四日において反対意見を述べているのもこの点が分水嶺になると思われる。
- (39) 平井教授は、損益相殺を損害の減額の評価の一つとして位置づけられている（平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』弘文堂、一九九二年）一四五頁）。前田陽一『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、二〇〇七年）八五頁も同様と思われる。また、潮見『不法行為法』三二六頁以下は「損害の減額事由」の部で扱っており、窪田『不法行為法』三七五頁以下は、「損害額の調整（賠償されるべき金額の最終的な決定プロセス）」の節の中で「併行給付をめぐる問題」との括弧書付きで扱っておられる。
- (40) 四宮・前掲六〇一頁。
- (41) 四宮・前掲六〇一頁。
- (42) 藤原教授はこの読み方をされていると思われる。*wrongful birth* については、若林三奈「法的概念としての『損害』の意義（二）」立命二五一号（一九九七年）一〇五頁参照。
- (43) 四宮・前掲四四六頁。
- (44) 四宮・前掲四四五頁。同じく、規範的損害概念における規範的評価を支える視点として、権利追求機能を掲げるものとして、潮見『不法行為法』一二二六頁がある。
- (45) 内田費『民法Ⅱ』（東京大学出版会、第二版、二〇〇七年）三六〇頁。
- (46) 内田・前掲四二八―九頁。
- (47) 判例は、原則として損害差額説を採用しつつ、「損失と利得との同質性」を理由に、幼児の養育費を損益相殺として控除することを認めてこなかった（最判昭和五三年一〇月二〇日民集三三巻七号一五〇〇頁）。これは、相当因果関係の裏返しの問題と評価され

ているが(窪田「不法行為法」三七五頁参照)、そもそも責任設定の局面での相当因果関係に規範的・評価的な側面があることは、今日では学説の共有財産といえ、差額説と損益相殺の評価的な側面との間に親和性がないことを正面から承認することが必要である。

(48) 最判昭和五六年一月二三日民集三五卷九号一三五〇頁。

IV おわりに——不法行為法の機能との関連で

1 総括

以上より、①悪意不当利得の理解にもよるが、最判平成二〇年六月一日にいう「著しく高利」の意義につき、単なる利息制限法違反の場合であっても不法行為の成立が認められる可能性があること、②不法行為成立とのバランスをとるためには民法七〇八条の趣旨を類推するにつき不法性の比較という高度に評価的な契機を含む操作をする必要があること、③最判平成二〇年六月一日によって、原則として差額説を採用し続けていると評価される判例の損害論につき、「規範的損益相殺」の考え方を承認するとすると重大な乖離が発生する可能性があること、④最判平成二〇年六月一日の先例との関係ではむしろ最判平成五年三月二十四日ではなく、原則として損害差額説を採用するとされる最判昭和五六年一月二二日、懲罰的損害賠償を認める外国判決につき、わが国の公の秩序に反するとした最判平成九年七月一日との関係で問題点を孕む可能性があることが明らかとなった。

損益相殺のスキームについては、判例の差額説を前提として、実質的な検討なしに適用されているとの印象が指摘がなされているが、⁽⁴⁹⁾最判平成二〇年六月一日は、損益相殺について、極めて規範的な評価的判断を示し、しかもその規範的な評価について、従来の不法行為法の役割とされてきたものと異なるファクターの混入を認めるものといえ、

極めて重要性を有するといえる。

2 最判平成九年七月一日との整合性——不法行為法の抑止的機能

最判平成二〇年六月一〇日は、最判平成五年三月二四日との関係につき説明を行っているが、むしろ判例法としての整合性に意を砕くべきは、最判昭和五六年二月二二日と最判平成九年七月一日である。最判昭和五六年二月二二日との関係は「Ⅲ」で述べた通りであるが、説明が困難となるのは、最判平成九年七月一日との関係である。

最判平成九年七月一日によると、不法行為法は「加害者に対する制裁や、将来における同様の行為の抑止、すなわち一般予防を目的とするものではない」としつつ、「もつとも」として、「加害者に対して損害賠償義務を課することによって、結果的に加害者に対する制裁ないし一般予防の効果を生ずることがあるとしても、それは被害者が被った不利益を回復するために加害者に対し損害賠償義務を負わせたことの反射的、副次的な効果」であると判示している。

最判平成二〇年六月一〇日と最判平成九年七月一日とを整合的に読むことが可能であるとすると、最判平成二〇年六月一〇日で承認した規範的な損益相殺とは、ここでいう「反射的、副次的な効果」に含まれると解することになるか。もつとも、不法行為法に少なくとも抑止的機能を承認する可能性を議論することがより直截的であることは、⁽⁵⁰⁾ 言うを俟たない。

(49) 窪田『不法行為法』三七六頁。

(50) 最近の最高裁の中にも、例えば医療過誤の事案において相当程度の可能性を被侵害利益とすることで慰謝料を認容することによつ

て(最判平成二二年九月二二日民集五四卷七号二五七四頁)、医療過誤に関する抑止的な効果を認めると評価することも可能と思われる。むしろ、医療過誤訴訟による萎縮的な効果が懸念されているほどである。

(51) 規範的損害論を主張された澤井教授が(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」二三〇頁)、不法行為法の目的・機能に、違法行為の抑止と原状回復を掲げられていることは(澤井・前掲八四頁)、示唆に富む。

〈付記〉本稿は、平成二〇年二月一九日の神戸大学民法判例研究会での報告に基づくものである。研究会の席上では、諸先生方から多くのご教示を賜った。ここに記してお礼としたい。