

損害賠償の目的としての損害の 填補と交渉的損害賠償

——損害事実説の由来と自己決定権侵害による
ライセンス料損害——

大 西 邦 弘

- I はじめに
- II わが国における損害をめぐる問題状況
- III 損害事実説の由来——相当因果関係説への批判
- IV 英米法における損害概念——アメリカ法
- V イングランド損害法における議論状況
- VI 交渉的損害賠償——自己決定権侵害による填補賠償
- VII 検討——自己決定権侵害としての交渉的損害賠償（ライセンス料損害）
- VIII おわりに

I は じ め に

不法行為に基づく損害賠償請求にかかる損害論について、わが国では平井宜雄博士が損害事実説を唱えて以来損害事実説が重要な地位を占めているが、平井博士がその示唆を求めたアメリカ法（英米法）においても損害事実説は採用されているのであろうか。そこでは損害概念についてどのような議論がなされているのであろうか。本稿ではこのような問題意識に基づいたうえで、英米法における損害概念とその重要論点を検討対象とすることによって、もってわが国の損害概念の手がかりとすることを目的としたい。検討対象は不法行為に基づく損害賠償請求だけではなく、必要に応

じて債務不履行による損害賠償請求をも扱うことにする。もっとも、あまり抽象的・理念的な議論をしても意味は少ないと思われるため、まずはわが国において損害論がどのような問題に直面しているのかを確認することから始めたい。

II わが国における損害をめぐる問題状況

1 わが国の議論状況の概観

わが国における不法行為に基づく損害賠償請求の損害概念を論じるにあたっては、現在でも、①(損害)差額説と(以下「損害差額説」という)、②損害事実説が対峙され、これらに付加して規範的損害論が重要であると解説されることが多い⁽¹⁾。もっとも、近時においても損害に関する議論は盛んで、とりわけ注目を集めているものだけでも、損害を「不法行為がなければ被害者が現在置かれたであろう仮定的事実状態と、不法行為がなされたために被害者が置かれている現実の事実状態の差」として把握する見解⁽²⁾や、権利の保障内容の観点から損害論を再構成する見解も唱えられて⁽³⁾

(1) 窪田充見編『新注釈民法(15)』(有斐閣, 2017年)375頁以下[前田陽一], 吉田邦彦『不法行為等講義録』(信山社, 2008年)31頁, 前田陽一『債権各論II不法行為法』(弘文堂, 第3版, 2017年)(以下「前田陽一『不法行為法』」)と略記する)57頁。四宮和夫博士は「損害とは、人またはその財産について生じた・従来の状態または期待される状態に比して考えられる・変化」と定義している(四宮和夫『不法行為』[青林書院, 1985年][以下「四宮『不法行為』」)と略記する)434頁)。

(2) 潮見佳男『不法行為法』(信山社, 1999年)220頁。

(3) 長野史寛「不法行為法における責任内容確定規範の考察(1)~(8・完)」論叢172巻3号(2012年)1頁, 173巻3号42頁, 6号46頁, 174巻1号(2013年)21頁, 175巻4号1頁, 6号1頁, 176巻1号(2014年)1頁, 177巻1号(2015年)1頁。同「不法行為法における責任内容確定規範の考察」私法76号(2014年)183頁も参照。

(4)
いる。

2 判例の立場

損害概念をめぐる議論が盛んになったのは、判例の立場の説明という観点もあったように思われる。すなわち、最高裁はまず、現実の収入減がなければ逸失利益はないと判示し、損害差額説⁽⁵⁾に立った議論を展開したのちに、「かりに交通事故の被害者が事故に起因する後遺症のために身体的機能の一部を喪失したこと自体を損害と観念することができるとしても、その後遺症の程度が比較的軽微であって、しかも被害者が従事する職業の性質からみて現在又は将来における収入の減少も認められないという場合においては、特段の事情のない限り、労働能力の一部喪失を理由とする財産上の損害を認める余地はない」との立場を示した⁽⁶⁾。ここでいう「特段の事情」の意義を明らかにするために学説が様々な見解を示すに到ったという面があるように思われる。

では、この論点は、損害差額説と損害事実説の対立という理念的抽象的概念の採用と直結する問題なのであろうか。

3 規範的損害論

また、最近では、いわゆる規範的損害論が有力に主張されている⁽⁷⁾。規範

(4) 最近損害論を論じるものの中でも、窪田充見「損害賠償法の今日的課題——損害概念と損害額算定をめぐる問題を中心に」司法研修所論集第120号(2010年)1頁は、今後の不法行為に基づく損害賠償請求の損害論の方向性を示すものとして重要である。

(5) 最判昭和42年11月10日民集21巻9号2352頁。

(6) 最判昭和56年12月22日民集35巻9号1350頁。

(7) 若林三奈「法的概念としての『損害』の意義(1)(2)(3・完)」立命248号(1996年)672頁, 251号(1997年)105頁, 252号326頁。

的損害論とは「損害の要件についても規範的な評価を伴うものとする立場」と紹介されているところ、⁽⁸⁾このような規範的損害論をどのように損害概念一般に接続するかについて現状では必ずしも一致した理解はなされておらず、このこととの関係でもあらためて損害を論じることには意味があると思われる。

4 制定法による損害額の規定——令和元年特許法改正

学説では不法行為に基づく損害賠償請求の損害論が盛んに議論される一方で、制定法によって知的財産等の領域においてその根拠につき明白な説明のないまま「特許権者又は専用実施権者が、自己の特許権又は専用実施権に係る特許発明の実施の対価について……特許権者又は専用実施権者が得ることとなるその対価」の考慮が認められている。

すなわち、令和元年特許法等を一部改正する法律によって、特許法102条第4項では、——

裁判所は、第一項第二号及び前項に規定する特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額を認定するに当たっては、特許権者又は専用実施権者が、自己の特許権又は専用実施権に係る特許発明の実施の対価について、当該特許権又は専用実施権の侵害があつたことを前提として当該特許権又は専用実施権を侵害した者との間で合意をすとしたならば、当該特許権者又は専用実施権者が得ることとなるその対価を考慮することができる

と規定されたが、なぜ「合意をすとしたならば……得ることとなるその対価」を考慮することができるのかは——政策的要請のほか——不法行為⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾に基づく損害賠償の一般理論からは明らかではない。つまり、この改正に

(8) 前田陽一『不法行為法』57頁。

(9) 令和元年特許法改正については、特許庁総務部総務課制度審議室編46(602) 法と政治 74巻3号 (2023年11月)

よる損害額の根拠について不法行為に基づく損害賠償請求の損害論の観点からは特段の説明をすることができず（制定法によるからということで特段の理由が示されていない）、不法行為に基づく損害賠償請求の損害論との乖離が続いている状況である。⁽¹¹⁾

5 建築条件違反の場合と損害賠償

また、わが国において、いわゆる建築条件付き売買の場合は売買の買戻しの箇所で説明がなされ、⁽¹²⁾この条項に違反した場合の救済としては解除が想定されている。ではこの場合、損害賠償請求は可能なのであろうか——解除を認めると、すでに建築された建物等の取去等という社会的負担が発生する——。損害賠償請求が可能だとすると、建築条件を求めた者にはどのような損害が発生しているのであろうか。たとえば、特定のハウスメーカーによる建物の建築といった条件違反では、建築条件に反することでの

『令和元年特許法等の一部改正 産業財産権法の解説』（発明推進協会、2020年）14頁参照。

(10) 特許法等の制定法によって損害額につき特別な規定がおかれることは他にもある。たとえば、特許法102条第1項第1号では「特許権者又は専用実施権者とその侵害の行為がなければ販売することができた物の単位数量当たりの利益の額に、自己の特許権又は専用実施権を侵害した者が譲渡した物の数量……のうち当該特許権者又は専用実施権者の実施の能力に応じた数量……を超えない部分……を乗じて得た額」が損害の額と規定されている。これは、「ライセンス機会の喪失」と解説されているが（特許庁総務部総務課制度審議室編・前掲14頁）、この根拠も不法行為による損害賠償請求の一般理論の観点からは、必ずしも詳らかではない。

(11) 私自身によるかつての説明の試みとして、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53巻4号（2004年）293頁参照。

(12) 中田裕康『契約法』（有斐閣、新版、2021年）（以下「中田『契約法』」と略記する）344頁。

土地の減価は認められないように思われる。むしろ、建物を建築あるいは販売する利益の一部を損害賠償請求権者に支払うことによって建物の取去という社会的損失を回避することができるのではなかろうか。

これらの問題点につき、わが国では明確に議論がなされておらず、検討の必要性が認められるように思われる。

6 競業避止義務違反と損害額

さらに、退職後の競業避止義務違反にかかる損害賠償請求についても明らかでない部分が多い。すなわち、最高裁は、金属工作機械部品の製造等を業とするX会社を退職後の競業避止義務に関する特約等の定めなく退職した従業員において、別会社を事業主体として、X会社と同種の事業を営み、その取引先から継続的に仕事を受注した行為がX会社に対する不法行為に当たらないとし、大阪地裁は、学習塾の元講師が同塾の講師数名を雇って、至近距離において別の学習塾を開設し、営業行為を行ったことが、不法行為に該当しないと判示しているが、その判断基準の枠組みについては不明確なままである。

他方で、競業避止義務に関する特約がある場合等について仮に損害賠償請求権が成立し、あるいは不法行為を認めることが可能な場合であっても、その損害額の算定には困難が発生する。このような競業避止義務違反と不

(13) 最判平成22年3月25日民集64巻2号562頁。

(14) 大阪地判平成元年12月5日判時1363号104頁。この判決の評釈として、藤岡康宏「元講師による競合する塾の解説と民事責任」判タ757号69頁があり、「損害額の算定については困難な問題に出会うものと予想される」と指摘されている。

(15) このような指摘をするものとして、前掲の藤岡教授の立場に加えて、潮見佳男『不法行為法』（信山社、1999年）105頁がある。競業避止義務違反と不法行為に基づく損害賠償請求の一般理論については、藤岡康宏『民

法行為の成否、あるいは損害額の算定についても課題が残されている。

7 情報漏洩と損害賠償

不法行為に基づく損害賠償請求につき、最高裁判決を契機として特に注目されている事案として、情報漏洩にかかる損害賠償請求事案がある。このような事案について損害をどのように把握するか、賠償を認めるとして現状では極めて低廉な賠償額しか認められていないが、その理由をどのように説明するかが、問題となっている。

すなわち、最判平成29年10月23日判時2351号7頁⁽¹⁶⁾（いわゆるベネッセ事件）では情報漏洩にプライバシー侵害を認めたとうえで、――

しかるに、原審は、上記のプライバシーの侵害による上告人の精神的損害の有無及びその程度等について十分に審理することなく、不快感等を超える損害の発生についての主張、立証がされていないということのみから直ちに上告人の請求を棄却すべきものとしたものである。そうすると、原審の判断には、不法行為における損害に関する法令の解釈適用を誤った結果、上記の点について審理を尽くさなかった違法がある

と判示された。差戻控訴審である大阪高判令和元年11月20日判時2448号28頁では、精神的苦痛に対して1000円の慰謝料が認められている。しかしながら、慰謝料の問題とすることで裁判官の裁量に委ねることになるが、そこになんらかの根拠を付加することはできないであろうか。

というのも、この慰謝料の額については、「明示的に個人情報を提供することに被害者が合意していたと仮定すれば得られたであろう被害者の対

法講義V不法行為法』（信山社、2013年）295頁参照。

(16) この判決の主な評釈として、千葉恵美子「判批」重判解平成29年度77頁、水野謙「判批」リマ58号30頁参照。

価」の観点から説明し直すことはできないであろうか。

8 土地の不法占拠にかかる損害賠償請求

かねてより長らく議論されてきた問題ではあるが、土地の不法占拠に対する損害賠償の問題も残されている。このような場合につき、平均的な賃料相当額の損害を被ったとして不法行為に基づく損害賠償請求ができる⁽¹⁷⁾とされている。しかしながら、土地所有者には平均的な賃料相当額の「損害」が発生しているのであろうか。

目的物を動産に置き換えると、たとえば、馬をレンタルする業者がつかないでおいだ馬を不法行為者が無断利用した場合、馬をレンタルする業者にはどのような損害が発生するのでであろうか。むしろ、不法行為者から「馬の散歩をしてやったのだから、馬の健康のために運動になったではないか」と開き直られた場合、どのような反論が可能なのでであろうか。

かりに平均的な賃料相当額の損害賠償を認めるのであれば、＜原告と被告が交渉したとすれば認められた賃料＞相当の損害と把握する方が、より直截ではなかろうか。

9 小括

以上をまとめると、わが国の不法行為に基づく損害賠償請求の損害論においては、単に損害差額説と損害事実説の対立といった理念的なフェーズ⁽¹⁸⁾を超えて、具体的に解決すべき多くの問題が解消されていないといえる。

(17) 潮見佳男『債権各論Ⅰ契約法・事務管理・不当利得』（新世社、第4版、2022年）（以下「潮見『債権各論Ⅰ』」と略記する）343頁。

(18) かつて私は不法行為に基づく損害賠償請求と差止めとの関係の問題に関連して、イングランド法を参照しつつ代替的損害賠償の観点から論じたことがある（拙稿「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発して」*広島法学*31巻

以上のような状態にあるわが国の損害論の基礎を構築したのは平井宜雄博士であると評価しても過言ではないと思われる。では、平井博士はどのようにしてその損害論を構築するに到ったのであろうか。

次にこのことの確認に移ることにしよう。

Ⅲ 損害事実説の由来——相当因果関係説への批判

最初に確認しておきたいことは、平井博士自身「日本民法では、損害を定義する法技術的意味に乏し⁽¹⁹⁾」⁽²⁰⁾とも述べられていることである。比較的最近でも、不法行為の成立要件として損害要件を掲げる積極的意味には繰り返し疑問が示されている⁽²¹⁾。

では、平井博士はなぜ損害事実説を唱えるに到ったのであろうか。この点につき、平井博士の主眼は、アメリカ法を参照しつつ、いわゆる相当因果関係説を批判することにあつた。相当因果関係説を批判する文脈において因果関係概念とは条件関係を意味するとし、因果関係の終点である以上損害は事実であると説かれているのである。その箇所をそのまま引用しよう。

すなわち、——

1号〔2007年〕127頁）（以下「拙稿『代替的損害賠償』と略記する）。本稿は、新たなイングランド最高裁の重要判決の登場を受けて、損害賠償の内容について当事者の仮定的な交渉の観点から論じようとするものである。
(19) 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、1992年）（以下「平井『不法行為』」と略記する）75頁。

(20) 内田貴『民法Ⅱ債権各論』（東京大学出版会、第2版、2011年）（以下「内田『民法Ⅱ』」と略記する）385頁、大村敦志『基本民法6不法行為編』（有斐閣、第2版、2020年）（以下「大村『不法行為』」と略記する）63頁。

(21) ただ、わが国では「損害の証明を要しない不法行為類型」について特段深く議論がなされているとは思われないため、損害要件は一定の意義を有することになる。

保護範囲が事実的因果関係にある損害を対象とするからには、そこにいわゆる損害とは、損害という法的評価の対象たるべき事実ということになる

という箇所である。⁽²²⁾ 損害概念を（法的評価の対象たる）事実と把握することにつき、特にアメリカ法を参照している訳ではない。

このように、平井博士は、相当因果関係説を批判するために殊更因果関係の終点（あるいは起点）となる損害を「事実」と捉え、事実である以上は金銭に換算するための評価的作業が必要であると主張されたのである。そこには、英米法が有する〈要件としての損害〉と〈効果としての損害〉の区別という視点を見出すことはできない。このような要件としての損害と効果としての損害を区別することなく平井博士は損害論を展開したため、損害事実説を主張することとなったのではなからうか——英米法には要件としての不法行為法とは別個に救済法や損害法が存在している——。では、相当因果関係説を批判するために平井博士が援用した英米法においても、損害事実説は採用されているのであろうか。

次にこの点の検討に移ることにしよう。

IV 英米法における損害概念——アメリカ法

1 序

英米法における不法行為に基づく損害賠償請求の損害概念を論じるにあたっては、いくつか留意する必要がある。第1に、不法行為法（law of torts）での成立要件のフェーズでの議論と、救済法（law of remedies）あるいは損害法（law of damages）における効果論のフェーズでの議論を区別する必要がある。第2に、英米法ではネグリジェンスによる不法行為を

(22) 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、1971年）140頁。

中心として基本的に不法行為の成立に損害の発生の証明が要件となるが、故意による不法行為など損害発生の証明を要しない不法行為類型 (actionable *per se*) がある。第3に、英米法では損害法 (law of damages) と原状回復法 (law of restitution) が明確に区別されているということである。

まずは、平井博士が依拠したアメリカ法を確認していこう。

2 アメリカ法

(1) 序 アメリカ不法行為法を参照するに際しては、⁽²³⁾ 不法行為成立要件としての損害と救済法 (law of remedies) における損害を区別する必要がある。

(2) 不法行為成立要件としての損害 アメリカ不法行為法において、不法行為の成立要件の局面では、確かに、因果関係との関係で事実的因果関係 (factual cause) を不法行為成立要件とする記述は存在する。⁽²⁴⁾

ただし、これは、あくまでもネグリジェンスと「損害」との間の因果関係⁽²⁵⁾を要件とするのみであって、損害を事実と定義づけるものではない。

とりわけ、平井博士は因果関係との関係で損害の事実の側面を強調しておられるところ、むしろ現在のアメリカ法では損害の現実性 (actual harm) に着目がなされている。⁽²⁶⁾ 損害の現実性が強調されるのは、英米法では損害を要件としない不法行為類型 (tort actionable *per se*) が存在す

(23) アメリカ不法行為法を検討するにあたっては、Keeton, W.P., Prosser and Keeton on torts, 5th, 1984; Dobbs, B.D., et al., Hornbook on torts, 2nd ed., 2016 Hornbook series を参照した。以下、「Prosser 1984」「DobbsTorts 2016」と略記する。

(24) Prosser 1984, at 264, DobbsTorts 2016, at 312.

(25) Prosser 1984, at 263, DobbsTorts 2016, at 317.

(26) 邦語文献として、樋口範雄『アメリカ不法行為法』(弘文堂, 第2版, 2014年) 124頁参照。

るからである。こういった理由から損害が現実が発生したこと (actual harm) が要件とされているのである。⁽²⁷⁾ このような損害の発生を要しない不法行為類型のために、名目的損害賠償 (nominal damage) の概念が存在している。損害の証明がなくても名目的な金額の賠償請求が認容されるからである。

(3) 救済法における損害 アメリカ不法行為法の不法行為成立要件においては、確かに因果関係との関連で損害を事実とするかに見える記述を確認することができた。では、アメリカ救済法 (law of remedies) においても同様の記述を確認することはできるのだろうか。⁽²⁸⁾ この点につき、アメリカ救済法の代表的なテキストでは、損害 (賠償) とは「法的に認められた侵害等に対して填補を目的とした金銭による賠償 (money award)」であると定義づけられている。⁽²⁹⁾ そこでは、損害賠償は原則として過去・将来分の損害分を含めて一時金での支払いがなされると解説されているが、特に事実としての損害を金銭に評価するといったプロセスに触れているようには見受けられない。

(4) 小括 まとめると以下の通りとなる。すなわち、アメリカ法では要件としての損害 (あるいは因果関係) と、救済方法としての損害は異なるフェーズで議論がなされている。また、アメリカ法では因果関係としての関係で損害は確かに事実とする記述も見出されるものの、それは英米法においては損害の証明を要しない不法行為類型が存在するからであって、明示的に損害を事実と規定し、少なくとも、事実としての損害を金銭に評

(27) DobbsTorts 2016, at 311-2.

(28) アメリカ救済法を検討するにあたっては、Dobbs, D.B., Roberts, C.L., Law of remedies: damages-equity-restitution, 3rd ed., 2018 を参照した。以下では「DobbsRemedies 2018」と略記する。

(29) DobbsRemedies 2018, at 213.

価するとのプロセスを見い出すことはできなかった。

3 イングランド法への導入

アメリカ法がこのような状況にあるとして、では、翻って、損害論について豊富な蓄積を有するイングランド法ではどのような議論がなされているのであろうか。イングランド法では、救済法ではなく、損害法といった観点から体系が構築されており、抽象的理念的な損害概念だけではなく、具体的な問題について詳細に議論が展開されている。

以下では、項を改めてイングランド損害法を検討することにしよう。

V イングランド損害法における議論状況

1 イングランドの基本的な法状況

イングランドにおける代表的な損害法 (law of damages) のテキスト⁽³⁰⁾においても、損害(賠償)とは「民事的不法に対する金銭的賠償 (an award in money for a civil wrong)⁽³¹⁾」と定義され、損害とは事実であって金銭的評価の対象であるとは述べられていない。

では、損害の抽象的な定義ではなく、イングランド損害法においては具体的にどのような問題が議論されているのであろうか。

(30) イングランド損害法を論じるにあたっては、Edelman, J., McGregor on Damages, 21 ed., 2021, Thomson Reuters を参照したほか(以下「McGregor 2021」と略記する)、不法行為法 (law of torts) や契約法 (law of contract) のテキストである、Deakin, S., and Adams, Z., Markesinis and Deakin's TORT LAW, 8th ed., 2019; Beatson, J. et al., Anson's law of contract, 31st ed., Oxford も適宜参照した。以下「Markesinis 2019」「Anson's 2020」と略記する。

(31) McGregor 2021, at 1-001.

2 被害者に収入の減少がない場合における損害賠償

イングランド法において損害差額説ではなく損害事実説が採用されているとすると、不法行為によって収入の減少等がない場合であっても損害賠償請求を認めることは容易に思われる。実際にイングランド法ではこのような議論が行われているのであろうか。イングランド法において、仮に損害を事実と捉えて金銭的評価の対象だとしているとすると、このような事案においても賠償を認めることに障害はなさそうである。

しかしながら、イングランド法においても、被害者に具体的な収入の減少がない場合については、判例法に基づく議論が詳細に行われている。

Smith v Manchester Corp. ⁽³²⁾ 判決を採り上げよう。

Smith v Manchester Corp. (1974) 17 KIR 1 CA.

[事案の概要]

原告は1966年から継続して被告にパートタイムの清掃員として勤務する事故当時49歳の女性である。1971年5月に使用者である被告のネグリジェンスに起因して原告が転倒する事故が発生し、この事故によって原告は障害を負った。

1973年の事実審理（trial）の時点で原告は51歳となっていたところ、事故の2ヶ月後には事故前の給与と同額の給与で原告は仕事に復帰して勤務を続けていたが、仕事の継続に困難を自覚するに到り13ヶ月の休職期間を経るなどしていた。

被告は原告の雇用の継続に前向きであり、原告は60歳までの雇用の継続、条件によっては65歳まで被告での勤務の延長を期待することができる。

原審では、原告の将来の経済的な損失として（損害額の具体的な証

(32) (1974) 17 KIR 1 CA.

明はないものの「観念的な損害額 (notional figure)」として300ポンドの賠償が認められた。原告から上訴。

[イングランド控訴院の判示 (Edmund Davies 控訴院裁判官)]

イングランド控訴院は、被告は公的機関であって倒産のおそれはないものの、原告の勤務先である被告の施設の一部が閉鎖された場合等には原告は具体的に失職するおそれがあり、原告が失職した場合、原告はもはや労働市場において競争力を喪失しているとして、原告の将来の経済的損失につき300ポンドから1000ポンドに賠償額の大幅な増額が認められた。

不法行為によって被害者が後遺症を負ったものの収入の減少がなく、それにもかかわらず賠償を認めることにつき、この判決の名称から「*Smith v Manchester Corp.* 賠償」、あるいは「*Smith v Manchester Corp.* アプローチ」⁽³³⁾とも呼ばれている。学説からは、イングランド控訴院は原告の失職の可能性をとらえて賠償額の大幅な増額の根拠としたと評価されている。⁽³⁴⁾

その後、事故の被害者に具体的な収入の減少等がない場合の問題については、2007年の第6版の改版によって *Ogden table* に基づいて算出がなされるようになっており、2020年に改訂された現行の第8版においてもこの問題について特段の変更はなされていない。⁽³⁵⁾

(33) McGregor 2021, at 40-098.

(34) McGregor 2021, at 40-097.

(35) *Ogden table* とは、政府数理局によって作成された人身損害の事案における賠償額の算定表である。*Ogden table* の名称は、初版を担当した Michael Ogden 卿の名に由来している。現行の2020年改訂の第8版は以下のサイトから入手することができる (2022年にも利率の改定などがなされている)。

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1098911/Ogden_Tables_8th_Edition_Updated_Final_8-8-22.pdf

もっとも、学説からは、一定の場合には Ogden table に基づく賠償額算定ではなく *Smith v Manchester Corp.* 賠償が認められるべき場合があることが指摘されており、⁽³⁶⁾ *Smith v Manchester Corp.* 判決が示した規律はなお意義を有している。

以上の通り、イングランド法においても現実の収入の減少がない場合にかかる損害額の算定についてはわが国と同様に様々なアプローチから議論がなされており、損害事実説を採用の上で裁判官の裁量で損害額を認定するといったプロセスは経られていない。

イングランド損害法においては、より注目されるべきイングランド最高裁の判決が最近現れている。それが、次に採り上げる交渉的損害賠償にかかるイングランド最高裁の *Morris-Garner v One Step (Support) Ltd.* 判決である。

VI 交渉的損害賠償——自己決定権侵害による填補賠償

1 序——いくつかの用語法

イングランド損害法において近時注目を集めている法領域として、交渉的損害賠償がある。⁽³⁷⁾ 交渉的損害賠償については、代表的な判例の名称から

(36) McGregor 2021, at 40-102.

(37) イングランド法における交渉的損害賠償をわが国に紹介する文献として、私自身すでに前掲の拙稿で扱ったことがあるほか（拙稿「代替的損害賠償」127頁）、主なものとして、櫻井博子「イギリス法の契約違反に対する利益の吐き出し損害賠償の展開」東北ローレビュー 1 巻（2014年）99頁、小山泰史「英米不当利得法における『不当性要素』（unjust factor）の意義」立命336号（2011年）263頁、安藤誠二「海事判例に現れた Wrotham Park Damages (Negotiating Damages) *Priyanka Shipping Ltd v Glory Bulk Carrier PTE Ltd* [2019] EWHC 2804 (Comm)」海事法研究会誌247号（2020年）2頁がある。

Wrotham park 損害賠償や、ライセンス料損害賠償 (license fee damages) とも呼ばれるなど、様々な名称が付与されている⁽³⁸⁾。イングランド損害賠償法の代表的なテキストでは、ライセンス料損害賠償と呼ばれている⁽³⁹⁾。交渉的損害賠償が問題となるのは、概ね、被害者と加害者との間で仮定的な交渉が行われていたならば合意したであろうライセンス料の問題に帰着するからである⁽⁴⁰⁾。

本稿では、negotiating damage のその仮定的な交渉の側面に焦点を当てるため、イングランド最高裁が用いるところの「交渉的損害賠償」とすることで原則的に統一したい。

また、「原状回復」の用語についてもここで触れておく。わが国で原状回復とは、給付の原因となった法律関係を清算するといった意味合いで用いられることが多いが⁽⁴¹⁾、本稿で用いる原状回復とは、イングランド法における不当利得に基礎をおく restitution の訳語として用いることにしたい。つまり、「原状回復的損害賠償 (restitutionary damages)」とは、相手方が取得した利得にも着目した損害賠償を指すことになる⁽⁴²⁾。

この点につき、利得の吐き出し (disgorgement) と原状回復的損害賠償は異なる。つまり、利得の吐き出しは相手方が自らの才覚で得た利益の原告への移転に着目するのに対し、原状回復的損害賠償は、原告に由来する被告の利得の原告への移転の側面に着目するからである⁽⁴³⁾。

決によって新たな動きが発生したため、再検討を試みるものである。

(38) McGregor 2021, at 14-001.

(39) McGregor 2021, at 14-001.

(40) McGregor 2021, at 14-001.

(41) 潮見『債権各論 I』352頁。

(42) この意味で、わが国において潮見博士が用いられた「原状回復的損害賠償」(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 [1995年] 91頁, 1080号86頁)とは、趣旨が異なる。

2 交渉的損害賠償が問題となる主な事案

交渉的損害賠償が問題となるのは、主に以下のような事案である。

第1の事案はこういうものである。すなわち、馬をレンタルすることを業とする者が馬を柱に繋いでおいたところ、営業時間外に他人が無断で馬を連れて行ってしまった。この場合、馬のレンタル業者が馬の返還を請求できることに疑う余地はない。では、損害賠償はどうであろうか。わが国の損害賠償法で問題となるのは、馬のレンタル業者にどのような損害が発生したかであるが、この事案ではこの点につき不透明な部分が多く残されている。むしろ、馬を連れて行った他人から「馬を散歩させてやったのだから、馬の健康に良いのではないか」と強弁された場合、どのように反論することができるだろうか。

第2の事案はこうである。すなわち、ある富豪の息子がルノワールの絵画を相続したが、この富豪の息子はルノワールを好まないため近いうちに慈善団体に寄付するつもりであった。このルノワールの絵画が窃取されたとすると、この富豪の息子は窃盗犯に対してルノワールの絵画の返還を求めることができるのは当然として、では、窃盗犯に対しどのような内容の損害賠償を請求することができるであろうか。

第3の事案はこうである。すなわち、夫が公務員であるために公務員宿舎に居住していた妻が、夫が殉職したために公務員宿舎から退去を求められたとする。公務員宿舎の費用が平均的な賃料の半額であるとする、占有権原を失った後に妻が支払うべき損害賠償の額はどのように算定すべきであろうか。平均的な賃料額であろうか、それとも平均的な賃料の半額であろうか。⁽⁴⁴⁾

(43) McGregor 2021, at 14-013.

(44) これらの事案は現在のわが国の損害賠償法からはストレートに答えを導き出すことは難しいと思われる。それにもかかわらず、わが国の損害賠償

以下では、イングランド法における交渉的損害賠償をめぐる2件のリーディング・ケースをまずは紹介することにする。

3 Wrotham Park 判決

まず、イングランド法における交渉的損害賠償については、*Wrotham Park Estates Co. Ltd v. Parkside Homes Ltd.* 判決が⁽⁴⁵⁾この領域における議論の出発点となる（以下「Wrotham Park 判決」という）。

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

[事案の概要]

原告と被告との間で、原告の開発計画に則った形で被告が土地を譲受けて開発を行う旨の契約が締結されたが（以下「本件契約」という）、本件契約においては、本件土地の利用を制限する内容を有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）が含まれていた。被告がこの制限的不動産約款に反する建物（以下「本件建物」という）を建築したため、原告からこの制限的不動産約款に反する建物の取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がなかったためその間に本件建物が完成し、被告はこれら完成した本件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（Brightman 裁判官）]

償法では、冒頭で触れた通り、土地の不法占拠の事案で平均的な賃料相当額の損害賠償が可能と説かれている。土地の不法占拠の事案と、以上のような事案でどのような違いがあるのであろうか。

(45) [1974] 2 All ER 321, Ch.

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している。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（relax）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50000ポンドと見積もった上、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、2500ポンドの賠償請求を認容した。

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。⁽⁴⁶⁾

このような交渉的損害賠償は、不動産開発契約に際し、建築条件の緩和につき原告が被告に対して応じなかったであろう場合であっても認められるとされている。⁽⁴⁷⁾

交渉的損害賠償はエクイティ上の制度とも思われがちであるが、その後、⁽⁴⁸⁾コモン・ローを基礎として交渉的損害賠償を認める判決が多数現れており、詳しくは後述するが、不法行為を訴訟原因とする場合においても、——自己決定権を侵害するものとして——交渉的損害賠償を請求することが認められている。⁽⁴⁹⁾

(46) McGregor 2021, at 14-006.

(47) McGregor 2021, at 14-006.

(48) Anson's 2020, at 565.

(49) McGregor 2021, at 14-008, 14-027.

イングランド法では、その後も交渉的損害賠償を認める判例が多数現れていたが、そこで問題とされたのは、①交渉的損害賠償の目的は損害の填補か、それとも原状回復（restitution）か、②交渉的損害賠償が認められるのはどのような場合において・どのような要件のもとでかが争われていた。⁽⁵⁰⁾

4 One Step 判決

このような状況において現れたイングランド損害法におけるイングランド最高裁の重要判決が、*Morris-Garner v One Step (Support) Ltd.* 判決である⁽⁵¹⁾（以下「One Step 判決」という）。

Morris-Garner v One Step (Support) Ltd. [2018] UKSC 20, [2019] AC 649.

[事案の概要]

イングランド政府から委託されて援助を要する者のために独立支援をする会社（原告）の役員であった被告らが独立起業した事案である。被告らは原告から独立するに際し一定の期間一定の地域で競合する事業を営まないことを原告と約束していたが、原告を退職して独立する当初から同種の事業を営む計画であった。被告らの新会社によって原告は売上が大幅に減少し、被告らの会社は大きく利益を上げて成長した後、第三者に売却され、被告らは多大な収益を得た。原告から被告らに対して損害賠償請求がなされた。

原審（イングランド控訴院）では、仮定的に契約条項を緩和する代金を基礎として損害賠償額を考慮することは、それが裁判官の裁量として適切な範囲である限り許されるとして、被告からの上訴を斥けた。

(50) Anson's 2020, at 566.

(51) [2018] UKSC 20, [2019] AC 649.

これに対して、被告からイングランド最高裁に上訴。

[判旨]

イングランド最高裁判所は、イングランド控訴院の判断を覆した。すなわち、交渉的損害賠償の基礎は原状回復ではなく損害の填補であって、原告の財産にかかる権利を侵害する場合等の他に交渉的損害賠償を援用することはできないとして、原告の主張を認めなかった。

このように、イングランド控訴院では仮に契約条項を緩和するために被告から原告に支払われていたであろう金額を基礎に賠償額を算定することが認められたものの、イングランド最高裁においてはこのような交渉的損害賠償を理由とする賠償額の算定が否定されるに到っている。

他方で、イングランド最高裁では、被告ら是对価なく利得を得ている (taking something for nothing) ことも認識されており、One Step 判決をイングランド損害法・原状回復法上どのように位置づけるかについて、現在も学説による議論が続いている。

5 学説による評価

学説からは、それまでの原状回復法に基礎をおく正当な一連の判例の存在にもかかわらず、One Step 判決によって、交渉的損害賠償は原状回復ではなく損害の填補に基づくものと位置づけられたと評価されている。⁽⁵²⁾

つまり、One Step 判決によって、交渉的損害の賠償請求が認容されるのは、代替的損害賠償が認められる事案か、⁽⁵³⁾財産権侵害の場合に限定されると指摘されている。⁽⁵⁴⁾

(52) McGregor 2021, at 14-017, Anson's 2020 at 566.

(53) 代替的損害賠償請求とは、原告からインジャンクションが求められたにもかかわらず裁判所がこれを否定する場合、その代替として認められる損害賠償のことをいう。詳しくは、拙稿「代替的損害賠償」127頁参照。

より詳細に述べると、One Step 判決の出現のために、前掲の①交渉的損害賠償の目的（損害の填補か原状回復か）、②交渉的損害賠償が認められるのはどのような場合かという問題については、①'交渉的損害賠償の目的は損害の填補である、②'交渉的損害賠償が認められるのは、（１）代替的損害賠償が認められる場合か、（２）財産か、これに準ずる価値を有する物を侵害する違法行為に対してであることが明らかとされたと評価されている。⁽⁵⁵⁾

しかしながら、One Step 判決に対しては、それまでもイングランドにおいては判例法によって明確に原状回復法に基づいて交渉的損害賠償が認められてきていたため、批判がなされている。⁽⁵⁶⁾たとえば、One Step 判決で争点とされた競争利益の対象となるビジネス上の利益、あるいは老舗は、なぜ（２）の対象から外れるのかといった批判などである。⁽⁵⁷⁾

すなわち、One Step 判決では老舗（goodwill）が被侵害利益であったため経済的利益の侵害とその損害の証明が要件となり、交渉的損害賠償が認められなかったと評する見解がある。⁽⁵⁸⁾しかしながら、老舗も法的に保護される経済的な利益であるとして、この点から批判する学説もある。⁽⁵⁹⁾この老舗をめぐる議論は、わが国におけるいわゆる大学湯事件判決（大判大14年11月28日民集4巻670頁）を想起させるものであり、示唆に富む。

ともあれ、One Step 判決の後においても問題なく交渉的損害賠償が認められる領域がある。それが、（代替的損害賠償が認められる場合に加えて）土地や物などの財産権侵害の不法行為類型、あるいは、特許・プライ

(54) Anson's 2020, at 566-567.

(55) Anson's 2020, at 566-567.

(56) McGregor 2021, at 14-017.

(57) Anson's 2020, at 567.

(58) McGregor 2021, at 14-016.

(59) Anson's 2020, at 567.

バシー侵害の不法行為類型である。

One Step 判決までの状況と One Step 判決後の状況に留意しつつ、現在の交渉的損害賠償をめぐるイングランドの法状況について、以下、事案類型に分けて詳しく見ていくことにしよう。

6 交渉的損害賠償にかかる法状況の整理

(1) One Step 判決までの状況 One Step 判決の前までは、交渉的損害賠償を原状回復の観点から説明する立場が優勢であったものの⁽⁶⁰⁾、Wrotham Park 判決を契機とする交渉的損害賠償は、もともと填補賠償と相反しないと解されていた⁽⁶¹⁾。ライセンスを付与するかどうかを決する原告の法的権限は、独立の財産的価値を有するからである⁽⁶²⁾。

また、One Step 判決の前までは、冒頭で掲げたような公務員住宅等での割引された価格での家賃につき、入居資格を失った後の平均的な賃料での金銭支払い請求の法的性質は、損害賠償ではなく原状回復であると理解されていた⁽⁶³⁾。

さらに、取引的不法行為の局面における自己決定権侵害の議論も、交渉的損害賠償の側面から位置づけられてきた⁽⁶⁴⁾。

このようなイングランド法における交渉的損害賠償の位置づけは、One Step 判決によってどのような影響を受けるのであろうか。議論は続いているが、この点の検討に移ることにしよう。

(2) One Step 判決後においても交渉的損害賠償が認められる場合

(60) McGregor 2021, at 14-012.

(61) McGregor 2021, at 14-005.

(62) McGregor 2021, at 14-007.

(63) McGregor 2021, at 14-012.

(64) McGregor, at 14-009.

(i) 土地の無断利用　土地の無断利用について、賃料が賠償額の算定根拠となることについても、交渉的損害賠償がその理論的基礎を提供することにつき、One Step 判決によって変更はなされない。⁽⁶⁵⁾ *Bracewell v Appleby* 判決⁽⁶⁶⁾において、被告が自宅への通路として原告の私道を通行し、これに対し原告が損害賠償請求したという事案において、仮定的な交渉に基づく利用料相当額の損害賠償が認められているが、これは One Step 判決⁽⁶⁷⁾によっても影響されないと指摘されている。

(ii) 知的財産侵害　知的財産侵害の場合において、ライセンス料の賠償が認められることについては変更がない。⁽⁶⁸⁾ 知的財産侵害の場合の損害賠償につきライセンス料が賠償請求の中心となるのは、交渉的損害賠償がその基礎となっている。⁽⁶⁹⁾ その理由として、知的財産権者が他者にライセンスを認めるかどうかは、知的財産権者の自己決定権の内容となるものであって、知的財産権を侵害するということは、すなわちこの自己決定権を侵害するものに他ならないことが指摘されている。⁽⁷⁰⁾

(iii) プライバシー侵害　このような交渉的損害賠償の射程が及ぶ領域として、知的財産侵害の場合の損害賠償においてライセンス料相当の損害賠償請求が認められる場合だけでなく、さらにプライバシー侵害としての情報漏洩の事案の損害賠償が扱われている。⁽⁷¹⁾ この基礎には、知的財産侵害

(65) McGregor 2021, at 14-027.

(66) [1975] Ch. 408.

(67) *see*, McGregor 2021, at 14-029.

(68) McGregor 2021, at 14-031.

(69) わが国においても同様の趣旨の条文を特許法等において確認することができるが、不当利得の観点によるものだけではなく、不法行為による損害賠償の観点からも説明を試みるべきではなからうか。

(70) McGregor 2021, at 14-031.

(71) McGregor 2021, at 14-031.

と同様に、被害者がプライバシー情報を情報漏洩者に提供するかどうかという自己情報コントロール権としての自己決定権侵害がその基礎にあることが、⁽⁷²⁾ イングランド控訴院によって示されている。

7 小括——自己決定権侵害としての交渉的損害賠償

以上の通り、イングランド損害法において、交渉的損害賠償をめぐることは One Step 判決によって大きな動きが生じており、その影響は学説において議論が続いている。そこにおいて確かなのは、One Step 判決によって大きな動きはあったものの、交渉的損害賠償の基礎となるのは損害の填補であって、他方において、知的財産やプライバシー侵害の局面において交渉的損害賠償が認められることには変更はなく、この基礎には契約を締結するかどうか、情報を提供するかどうかの自己決定権の侵害があることである。ここでさらに重要な点として、イングランド損害法において、填補的損害賠償を認めることは裁量の問題ではなく権利の問題であるとされ⁽⁷³⁾ ていることを強調しておきたい。

VII 検 討

——自己決定権侵害としての交渉的損害賠償（ライセンス料損害）

1 ここまでの纏め

ここまでは、わが国における損害をめぐる議論状況を踏まえ、主に英米法においてどのような損害概念が採用され、そして具体的に損害をめぐる

(72) イングランド控訴院における *Representative Claimant (Gulati) v MGN Ltd.* [2015] EWCA Civ 1291; [2017] QB 149 判決では、著名人の留守番電話をマスメディアが不正な手段で入手し報道したという事案において、被害者の単なる精神的損害だけではなく、自己情報コントロール権侵害による損害賠償請求が認容されている。see, McGregor 2021, at 14-032.

(73) McGregor 2021, at 2-011.

てどのような問題が議論されているのかを検討してきた。

そこでは、損害概念をめぐる損害とは差額であるか事実であるかといった点は主要な争点とはなされておらず、むしろ、被害者に具体的な収入の減少がない場合においてどのような理論で損害賠償請求を認めるべきかが議論されており、また、交渉的損害賠償にかかるイングランド最高裁判決の登場を契機として、交渉的損害賠償とは損害の填補の性質を有するものか、それとも原状回復の理念によるものかに焦点を当てて議論がなされていた。最近のイングランド最高裁判所の判決によって交渉的損害賠償の基礎は損害の填補であることが明らかにされたが、交渉的損害賠償の根拠として自己決定権の侵害があることについて、変更はなされていない。

以上のような英米法の議論状況から、わが国の損害をめぐる問題について、次のような示唆を得ることが可能ではなかるうか。

2 「損害」の定義について

第一に、いわゆる相当因果関係説が問題を孕むものだからといって、必ずしも損害を事実と定義づける必要性には乏しいのではなかるうか。英米法においては確かに相当因果関係説に対応する理論は採用されていないが、このことから損害を「事実 (fact)」と明示的に定義する見解を見出すことも困難であって、またその必要性にも疑問が生じる。英米法では損害の抽象的理念的な定義よりもむしろ、損害が填補に基づくものであるかどうか、あるいは相手方が取得した利得に着目した「原状回復」かが重視されていた。

わが国においても、純粋な損害差額説は適切でないことについては近時議論の一致が認められると評価可能であろう。現在のわが国において素朴な損害差額説を維持する見解は少数であると思われる。そうであるとする、相当因果関係説を批判するために損害の事実としての側面を強調し、

損害を事実と定義するよりも、むしろ損害賠償が損害の填補の性質を有するものか、相手方の取得した利得に着目するものかにより一層議論の焦点が当てられるべきではなかろうか。

すなわち、かねてより損害の抽象的な定義はわが国では重要ではないことが——平井博士の立場を含めて——繰り返し確認されており⁽⁷⁴⁾、損害（賠償）とは単に「不法な侵害に対する金銭（の支払い）」という事実とすることで足りるようにも思われる。これは、損害差額説を前提とするような形での損害金銭説、あるいは素朴な形での損害事実説とは異なる。もとより、これまでわが国において損害差額説と損害事実説の対立を軸として展開され蓄積されてきた議論は貴重で、これを有益に組み込んだ形での概念化も必要とされよう。

このように、すでに繰り返し主張されてきた通り、損害の定義をめぐって理念的抽象的な議論に意義は乏しく、損害（賠償）とは不法な侵害に対する金銭の支出という事実であると捉えれば足りるのではなかろうか。⁽⁷⁵⁾

3 交渉的損害賠償——近時の重要問題にかかる不法行為に基づく損害賠償請求の一般理論による位置づけ

また、イングランド法においては、損害の重要論点として、交渉的損害賠償の概念を認めることができた。そこでは、交渉的損害賠償あるいはライセンス料損害は、填補賠償の目的に合致するものであることが最近のイングランド最高裁の重要判決によって明らかにされている。この交渉的損

(74) 平井『不法行為』75頁、内田『民法Ⅱ』385頁、大村『不法行為』63頁。

(75) この提案は、四宮和夫博士が損害を「人またはその財産について生じた・従来の状態または期待される状態に比して考えられる・変化」と定義づけられたことに回帰することを意図している（四宮『不法行為』434頁）。

害賠償の概念によって、不法行為に基づく損害賠償請求の一般理論の観点からも、①知的財産侵害の場合の損害賠償、②情報漏洩（プライバシー侵害）の場合の低廉な損害額、③建築条件付売買契約違反、④土地の不正利用に、以下の通り説明の根拠を求めることができるのではなかろうか。

4 知的財産侵害の場合

令和元年特許法等を一部改正する法律によって、特許法102条第4項では「特許権者又は専用実施権者が、自己の特許権又は専用実施権に係る特許発明の実施の対価について……特許権者又は専用実施権者が得ることとなるその対価」の考慮が認められることとなったが、この背景には、権利者による実施許諾の判断機会の喪失が指摘されている。すなわち、「特許権侵害が認められる場合、侵害者は権利者の許諾なく特許権を実施しており、権利者にとっては実施許諾するかどうかの判断機会が失われていることになるが、こうした事情についても、実施料相当額の増額要因として考慮されるべきである」と⁽⁷⁶⁾とされているところ、このような判断の背後には、不法行為に基づく損害賠償請求の一般理論からも、交渉的損害賠償の要素（そしてそれは損害の填補の目的と相反するものではない）があることを、——政策的必要といった素朴な理由だけでなく——正面から認めるべきではなかろうか。

5 情報漏洩と損害賠償

不法行為に基づく損害賠償請求につき、近時の最高裁判決を契機として特に注目されている事案として、情報漏洩にかかる損害賠償請求事案がある。このような事案について損害をどのように把握するか、損害賠償請求

(76) 特許庁総務部総務課制度審議室編・前掲注(9)13頁。

を認容するとして現状では極めて低廉な賠償額しか認められていないが、その理由をどのように説明するかが、問題となっている。

すなわち、最判平成29年10月23日判時2351号7頁⁽⁷⁷⁾（いわゆるベネッセ事件）では情報漏洩にプライバシー侵害を認めたとうえで、――

しかるに、原審は、上記のプライバシーの侵害による上告人の精神的損害の有無及びその程度等について十分に審理することなく、不快感等を超える損害の発生についての主張、立証がされていないということのみから直ちに上告人の請求を棄却すべきものとしたものである。そうすると、原審の判断には、不法行為における損害に関する法令の解釈適用を誤った結果、上記の点について審理を尽くさなかった違法がある

と判示されていた。差戻控訴審である大阪高判令和元年11月20日判時2448号28頁では、精神的苦痛に対して1000円の慰謝料が認められている。慰謝料の問題とすることで賠償額は裁判官の裁量に委ねることになるが、以下のような根拠を付加することはできないであろうか。

というのも、この慰謝料の額については、「明示的に個人情報を提供することに被害者が合意していたと仮定すれば得られたであろう被害者の対価」の観点から説明し直すことを提案したい。

つまり、イングランド法における交渉的損害賠償の議論を参照したうえ

(77) この判決の主な評釈である、千葉恵美子「判批」重判平成29年度78頁では「個人情報に関するデジタルデータの漏えい・流出行為について個人情報の提供を受けた者が民事上の責任を負担するかどうかは、むしろ自己情報のコントロール権の保護と個人情報に関するデータを利活用しようとする者の自由をどのように調整するのかという観点から検討すべき問題である」とされている。また、水野謙「判批」リマ58号33頁では、「本件の漏えいによりDMの数が増加したと実感できない場合も少なくないかもしれない」と指摘されている。

で、自己情報コントロール権としてのプライバシーを侵害したことを理由に、仮定的なライセンス料と位置づけたうえで、このように解すのである。⁽⁷⁸⁾

6 建築条件違反の場合と損害賠償

また、わが国において、いわゆる建築条件付き売買の場合は売買の買戻しの箇所で説明がなされ、この条項に違反した場合の救済方法としては解除が想定されている。ではこの場合、損害賠償請求は可能なのであろうか——解除を認めると、すでに建築された建物等の取去等という社会的負担が発生する——。損害賠償請求が可能だとすると、建築条件を求めた者にはどのような損害が発生しているのであろうか。あるいは、建築条件に反することで売主にはどのような損害が発生しているのであろうか。この点に関し、売主には明白な損害の発生が認められない事案も多いと思われる。そうであるとする、むしろ、建築条件に反することで得た買主の利益の一部を建築条件を緩和することの対価として売主に支払うことで、建物の取去という社会的損失を回避することができるのではなかろうか。

これらの問題点につき、わが国では明確に議論がなされていないところ、自己決定権侵害としての交渉的損害賠償、すなわち、ライセンス料の損害賠償請求を認めるという説明が、もっとも事案に適合的であると思われる。

建築条件に反することによって建物の取去といった形ではなく、仮定的な交渉に基づくライセンス料の支払いを損害賠償として認めることで、社会的な費用も最小化することができると思われる。

(78) このような説明は、イングランド法を参照すると、原告が被告に対して情報提供に応じなかったであろう場合にも当てはめることができると思料する。

(79) 中田『契約法』344頁。

7 土地の不法占拠にかかる損害賠償請求

かねてより長らく議論されてきた問題ではあるが、土地の不法占拠に対する損害賠償の問題も残されている。このような場合につき、一般には平均的な賃料相当額の損害を被ったとして不法行為に基づく損害賠償請求ができる⁽⁸⁰⁾とされている。しかしながら、土地所有者には平均的な賃料相当額の「損害」は本当に発生しているのであろうか。

平均的な賃料相当額の損害賠償を認めるのであれば、交渉的損害賠償の観点から、＜原告と被告が交渉したとすれば認められた賃料＞相当の損害と把握する方が、より直截ではなかろうか。

また、公務員宿舎や社宅を平均的な賃料額より低廉な価格で借りていた者がその後入居資格を喪失した場合、不法占拠者となった元賃借人がどのような損害の内容で賠償義務を負うかについても、平均的な賃料額より低額の部分と、これを超えて平均的な賃料にまで到る部分ではその法的性質が異なり得ることについても、意識的に論じられるべきである⁽⁸¹⁾。

このように、土地の不正利用に関する賃料等の損害賠償については、交渉的損害賠償の観点から、自己決定権侵害を基礎に据えて、ライセンス料損害としての賠償請求を観念することが適切であると思料する。

8 纏め

以上の通り、損害概念をめぐるっては、損害とは差額としての金銭か法的評価の対象たる事実かではなく、その性質が損害の填補かそれとも相手方の利益の移転を目的とするものかの区別の方が重要ではなかろうか。

(80) 潮見『債権各論Ⅰ』343頁。

(81) イングランド法を参照すると、One Step 判決前の事案であるが、平均的な賃料額と公務員住宅である等の理由によって割引された実際の賃料の差額は、原状回復の性質を有するものと判示されていた。

わが国における損害賠償法の目的は損害の填補とされ、このことは判例⁽⁸²⁾においても同旨と思われる。ただ、その一方で、わが国において損害の填補とされている／されていないものについては用語法を含めて混乱がみられる。そこで、わが国でいわゆる利得の吐き出しとされているものについても損害の填補という損害賠償法の原理から矛盾なく導き出すことができる事案があるのではなかろうかということを、提案したい。

ただ、いわゆる損害概念については、英米法において純粋な形での損害事実説が採用されていないからといって、わが国において損害事実説を全面的に放棄する必要性はないように思われる。損害差額説と損害事実説を軸とした理念的説明には、それでもなお一定の有用性を有していると思われるからである。

わが国においてもすでに知的財産侵害の場合等において交渉的損害賠償と同様の法理論が承認され、わが国の法体系に矛盾なく包含されており、——その要件については議論の余地があろうが——これを交渉的損害賠償の観点から不法行為法の一般理論においても——填補賠償の目的と相反しないものとして——組み込んだ形で、理論化することが可能と史料する。

VIII お わ り に

1 総括

本稿では、以上の通り、以下のような事項について論じてきた。すなわち、①平井博士が主張された損害事実説は相当因果関係説を批判することをその主眼としており、特に損害を事実と定義づけることにつきその重心は必ずしも事実の側面におかれていないのではないかと、②英米法においては、不法行為に基づく損害賠償請求につき、要件としての損害と効果とし

(82) 最判平成9年7月11日判時1624号90頁（いわゆる萬世工業事件）参照。

ての損害が区別して論じられている、③英米の代表的な救済法・損害賠償法のテキストにおいては、損害の抽象的理念的な定義よりも、損害の填補かそれとも（相手方の利得に着目した）原状回復かが重視されていた、④それゆえ、損害については、差額（金銭）か事実かよりも（単に不法な侵害に起因する金銭の支出という事実とすれば足りよう）、その性質が損害の填補かそれとも相手方の利得に着目した原状回復かにより焦点を当てて議論がなされるべきである、⑤仮定的な交渉に基づいた交渉的損害賠償については、その基礎が原状回復ではなく損害の填補であることが、最近のイングランド最高裁の判例によって明らかにされていた、⑥このような填補賠償に基礎をおく交渉的損害賠償の概念によって、知的財産侵害の場合や情報漏洩、あるいは土地の不法占拠にかかる損害賠償請求の事案について統一的にその基礎を説明することができると思われる。このような観点から、わが国においても交渉的損害賠償をより明示的に認識し、不法行為に基づく損害賠償請求の目的である損害の填補と合致するものとして理論化することが重要性を有すると思われる。

このように、不法行為に基づく損害賠償請求にかかる損害概念については、損害事実説が相当因果関係説を批判することを主眼とするものであれば、単に金銭の支出という事実を損害と捉えることにつき、かねてより主張されてきた通り、不都合は生じないと思われる。

むしろ、損害概念が差額か事実かどうかよりも、損害の填補かそうでないか（イングランド法に基づけば原状回復）が重要ではなからうか。それによって、その理論的根拠があいまいなままとされている知的財産侵害の場合における制定法による損害賠償を基礎づけることが可能となるし、情報漏洩の事案（プライバシー侵害）の損害賠償についても基礎理論を構築することが可能となるからである。

わが国において損害賠償法の目的は損害の填補とされ、このことは判例⁽⁸³⁾
76(632) 法と政治 74巻3号（2023年11月）

においても同旨と思われる。ただ、その一方で、わが国において損害の填補とされている／されていないものについては用語法を含めて混乱がみられる。そこで、わが国でいわゆる利得の吐き出しと位置づけられているものについても損害の填補という損害賠償法の原理から矛盾なく導き出すことができるのではなかろうかということを、主張したい。

2 残された課題

もっとも、損害概念の意義を厳密に論じることによる実践的意義は少ないと思われるものの、損害事実説を全く放棄することには躊躇を覚える。なぜなら、わが国の過失相殺や損益相殺の位置づけは損害事実説を基礎に説得的な説明が展開されており、その基礎づけが揺らぐ可能性が生じるからである。⁽⁸⁴⁾

そうすると、損害事実説は一定の思考枠組みとしては有用性を有するということになるだろうか。

また、債務不履行に基づく損害賠償請求との関係でも問題が残されている。すなわち、債務不履行に基づく損害賠償請求については、従来は主に信頼利益・履行利益といった概念によって組み立てられており、損害の填補概念がどのような役割を果たすのかについて再検討する必要性が認められると思われるからである。

このような残された課題については、あらためて他日を期することにした。

(おおにし・くにひろ)

(83) 前田陽一『不法行為法』3頁。

(84) 平井『不法行為』145頁，149頁。

Compensation as an object of compensatory damages and negotiating damages: is the substance of damage a ‘fact’?

Kunihiro ONISHI

Regarding claims for damages arising from torts, it is generally perceived that the substance of damage is a fact, as opposed to the view that damage is a monetary difference in Japan. The scholar who has insisted that the substance of damage is a ‘fact’ bases this assertion on American tort law. Then, is it considered that damage is a factual notion in American tort law?

This paper begins with a summary of the issues associated with the concept of damage under Japanese law. It became evident that in Japanese law, not only the concept of damage but also issues pertaining to compensation for intellectual property infringement, compensation for a privacy violation and compensation for illegal land occupation are not resolved.

The view that defines damage as a fact was intended to criticise the so-called ‘adequate causation theory’ (So-to causation theory in Japanese).

Regarding American law, although some statements express that the concept of damage is a fact in relation to causality, no particular scholar has positively defined damage as a ‘fact’.

Similarly, under English law, damages are not simply defined as a monetary difference, and there is some debate regarding cases in which the victim suffers no monetary loss in salary.

Negotiating damages is a notable topic in English law, and the Supreme Court of England has recently clarified that negotiating damages is not restitutory; the substance of negotiating damages is compensatory.

Based on the knowledge gained through such a comparative method, this paper concludes that not only is damage not merely a factual notion but also the concept of negotiating damages is suggestive in Japanese tort law.

論
説