

# 目的不到達再論

——最判平19・3・20判時1968号124頁——

小 野 秀 誠\*

- I はじめに
- II 最判平19・3・20判時1968号124頁と、目的不到達の法理
- III 目的不到達と帰責事由、代替としての不法行為
- IV むすび

## I はじめに

最判平19・3・20判時1968号124頁においては、Y<sub>1</sub>がY<sub>7</sub>に乙地上の児童遊園を寄附したことによって、Xが近くの甲地上にパチンコ店を出店する営業許可がえられなかった場合に、Y<sub>1</sub>が寄附した目的がXの出店阻止にあったことから、Y<sub>1</sub>の不法行為責任を肯定した。

民法において、契約の目的が問題とされる例は、多い。重要なものでは、瑕疵担保責任における契約目的の達成（570条、566条1項）や、定期行為の契約の解除における契約目的（542条）などがあり、理論のうえでも、たとえば、動機の不法では、契約目的が公序良俗の判断対象となる場合がある。動機の錯誤は、表示されれば、法律行為に影響を与えることが肯定されており、契約目的の介在するよちがある。たんなる動機と契約の目的は必ずしも同じではないが、法律行為そのものではないものが、ときとして法律行為に影響を与える可能性が皆無とはいえない。契約の類型によっては、当事者の目的や意図が契約解釈上重視される場合がある。また、債権侵害や詐欺行為、不法行為の相關関係論のもとでの不法行為においても、行為の目的や意図は、それらの成立にかなりの影響を与えるのである。

本稿はそのような「目的」の障害を対象とするものである。筆者は前稿（「目的

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第8巻第2号2009年7月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

不到達の復権—最判平8・11・12民集50巻10号2673頁—」一橋法学8巻1号1頁)<sup>1)</sup>において、不能と目的不到達の平行な関係を、契約の解除にそくして検討した。いわば目的不到達は、不能の延長として、不能、遅滞、積極的契約侵害に続く、第4の給付障害として、契約に影響（解除、損害賠償、契約の改定など）を与えるものと位置づけられる。

本稿は、その延長として、どちらかという和不適切な目的の不到達が、法律行為に影響を与え、あるいは不法行為責任を生じる場合を対象とする。不能においては、当事者に帰責事由のある場合とない場合とがある。帰責事由のない場合は、

- 1) 拙稿「不能・行為基礎の喪失と反対給付」反対給付論の展開（1996年、以下【反対給付】と略する）155頁、196頁参照。かねて筆者は、給付不能と目的不到達あるいは行為基礎の喪失の平行な関係を検討したことがある。また、最判平8・11・12民集50巻10号2673頁と目的不到達の関係については、拙著・利息制限法と公序良俗（1999年、以下【利息】と略する）502頁参照。

さらに、不能と、広義の不能をもたす目的不到達の境界については、以下のように、学説上争いがある。

行為基礎の喪失と不能の関係

不能説

|      |       |       |           |
|------|-------|-------|-----------|
| 不能 → | ×受領不能 | 目的不到達 | ×対価支払義務なし |
|------|-------|-------|-----------|

受領遅滞説（反対給付をド民324条2項、615条によって基礎づける）

|    |   |  |                                              |
|----|---|--|----------------------------------------------|
| 不能 | ○ |  | ○対価支払義務あり<br>概念の再構成<br>○営業危険説は独自の概念から対価を基礎づけ |
|----|---|--|----------------------------------------------|

ラーレンツ旧説

|    |          |             |
|----|----------|-------------|
| 不能 | ○（一身的事由） | ← 行為基礎の喪失 ○ |
|----|----------|-------------|

ヴィアッカー・ポイティエン説（後者は反対給付をド民324条1項によって基礎づけ）

|           |        |            |
|-----------|--------|------------|
| 不能・対価支払義務 |        | 目的到達・不到達 ○ |
| ×なし       | → ○ あり |            |

ケーラー・ラーレンツ新説

|    |     |             |
|----|-----|-------------|
| 不能 | → ○ | ← 行為基礎の喪失 ○ |
|----|-----|-------------|

契約の無効（原始的不能）や危険負担（536条1項）の契機となるが、有責の場合の効果は異なる。債務者に帰責事由があるときには、損害賠償と解除が問題となり（415条後段、543条）、債権者に帰責事由があるときには、536条2項の危険負担が問題となる。目的不到達でも、帰責事由がある場合には、たんなる法律行為の解消（無効の場合と解除の場合とがある）や改定のほかに、不法行為責任も生じうる可能性がある。

目的が考慮されることは、とりわけ贈与のような無償の契約において多い。土地の贈与の場合であれば、学校の敷地とするために寄贈するといった使用目的が機縁となることが多いからである。受贈者が学校の敷地として使用できない場合には、たんに受贈者の使用目的が不到達になるだけではなく（もっとも、無償であれば、債権者の目的の不到達やその利益の喪失はあまり意味をもたないが）、それによって、贈与者の契約利益も失われることがあろう。そのような場合に、債権者目的の不到達を理由として、利益を失う債務者の保護を図る必要が生じる。明示に解除条件が付されることも多いが（学校敷地としないなら返還する）、默示的に同様の条件が類推されることもある。債務者は、売買のように対価の取得のみを目的とするわけではなく、債権者による特定の使用を目的とするからである<sup>2)</sup>。

贈与に限らず、低額の売買においても、債務者・売主の目的は、対価の取得にあるわけではなく、給付に結合された間接の目的に重点があるのである。同様のことは、売買のみならず、賃貸借でも生じよう（学校の敷地にするために低額で

---

2) 親族間の贈与において、たとえば、扶養を目的として贈与したが、履行されない場合に、忘恩行為を理由として贈与の取消が問題になる例もある。この場合には、実質的な対価関係の保障が、贈与という片務契約の目的に集約されているのである。

最判昭56・11・13民集35巻8号1251頁は遺言と抵触する生前行為に関する。Aが扶養を前提として、Bと養子縁組をし、不動産を遺贈する遺言をしたが、不仲となって、Bと離縁し、扶養もうけなかった場合に、遺言は、その後になされた協議離縁と抵触するものとして、1023条2項により取消されたとされた。

最判昭53・2・17判タ360号143頁は、情宜関係の変化により取消を認めた裁判例である。また、最判昭42・11・24民集21巻9号2460頁は、父母を扶養することを前提に、土地の無償使用が認められていたところ、扶養もしない場合に、信頼関係の喪失を理由とする使用貸借の終了が認められた。

下級審では、新潟地判昭46・11・12判時664号70頁がある。

貸す)。

なお、目的不到達は、必ずしもそれによって債務者(貸主や売主)の利益だけが害されるわけではない。たとえば、婚約指輪の売買のケースでは、婚約が破棄されると、それによって婚約を表象させようとする債権者(買主)の目的が挫折し、かつ債権者の利益も失われる。この場合に、目的不到達による解除権は、債権者に発生するのである。いずれの当事者に権利が発生するかは、もっぱら利益の喪失によるものであるから、当事者の目的の挫折とは区別しなければならない<sup>3)</sup>。

## Ⅱ 最判平19・3・20判時1968号124頁と、目的不到達の法理

### 1 最判平19・3・20判時1968号124頁<sup>4)</sup>の事実

(1) Xは、北海道稚内市内にパチンコ店の出店を計画していたが、同市内のパチンコ業者であるY<sub>1</sub>～Y<sub>6</sub>、亡A(以下「Yら」)、Y<sub>7</sub>(社会福祉法人)が、Xの

- 3) 本稿では立ち入らないが、この目的挫折と利益の喪失の関係は、以下のように整理される。【反対給付】224頁参照。

#### 目的不到達の諸類型

|          | 債権者目的の挫折(債権者の使用目的が達せられない)                                                  | 債務者目的の挫折(債権者の使用目的は達成される)                                                       |
|----------|----------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------|
| 債権者利益の喪失 | a <sup>1</sup> 型。賃貸借(特定の目的のために借りたが、その目的のためには使えない)<br>売買=婚約指輪のケース<br>請負     | — — — — —<br><br>(債務者目的は原則として考慮されない)                                           |
| 債務者利益の喪失 | a <sup>2</sup> 型。賃貸借(行政目的のために安く貸したが、使わない)<br>売買(行政目的のために安く売ったが使わない)*<br>請負 | a <sup>3</sup> 型<br>{ 債権者目的と一致する場合<br>債権者目的と一致しない場合<br>(自分も使えるつもりで売ったが、使えない場合) |

\*従業員用に安く売ったが、やめてしまった(最判昭63・11・25金判817号3頁)。  
社宅の賃貸借(a<sup>3</sup>の場合もある)。

さらに、目的到達による損害賠償請求権の消滅を混同によって基礎づけた京都地判昭47・11・13判時698号99頁がある。

- 4) 本件の評釈としては、原田昌和・法学セミナー633号114頁、野口恵三・NBL863号119頁、中村肇・法律のひろば61巻7号68頁、公法的観点からは、日野辰哉・法学72巻1号158頁がある。

出店を阻止する目的で出店予定の甲地の近くに児童遊園を設置するなどしたため、Xの出店予定地におけるパチンコ店の営業につき風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（以下、風俗営業法）3条1項の許可をうけることができなくなり、損害を被ったと主張して、Yらに対し、共同不法行為にもとづく損害賠償を求めた。その詳細は、以下のとおりであった。

風俗営業法4条2項2号は、同3条1項の許可の申請に係る営業所が都道府県の条例で定める地域内にあるときには、その許可をしてはならない旨を定める。これをうけて、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律施行条例は、4条2項2号にいう都道府県の条例で定める地域について、児童福祉法7条所定の児童福祉施設の敷地の周囲100mの区域内の地域と定めている。

Xは、1999年（平11年）3月中ごろ、稚内市内でのパチンコ店の出店を計画し、4月1日、その出店予定の甲地につき、所有者との間で、代金を2億7000万円とする売買契約を締結し、4月8日、甲地につき残代金を支払い所有権移転登記を了した。この甲地は、Yら所有の乙地の周囲100mの区域内にある。

Yらは、Xの売買契約締結の事実を知り、4月6日、Y<sub>7</sub>に対し、その近隣にある乙地をY<sub>7</sub>に寄附する意向があることを伝え、その受入れを打診した。Yらは、4月に、乙地上に児童福祉施設等、公衆便所を建築することについて建築確認申請をし、4月20日、同申請にもとづく建築確認がされた。その後まもなく児童福祉施設等の建築が開始された。

そして、Yらは、5月5日までに、Y<sub>7</sub>に対し、児童福祉法7条所定の児童福祉施設に該当する児童遊園として、Yらの乙地、同土地上の建物と遊具一式等を寄附することを申し入れた。これは、乙地が施行条例の定める風俗営業の制限地域内に位置するようにすることで、風俗営業法4条2項2号の規制を利用して、Xが本件甲地上でのパチンコ店の営業について同法3条1項の許可をうけることができないようにすることを意図したものであった。

Y<sub>7</sub>は、5月13日、理事会を開催し、本件寄附の受入れを決定した。そこで、Yらは、5月14日、Y<sub>7</sub>に対し寄附をし、Y<sub>7</sub>は、同月21日、乙地について共有者全員持分全部移転登記を了し、同月27日、乙地上に建築した児童福祉施設の建物等についても、Y<sub>7</sub>名義の所有権保存登記を了した。そして、Y<sub>7</sub>は、5月28日、

北海道知事に対し、乙地上の児童遊園の設置経営を定款の事業目的に追加する旨の定款変更について認可の申請をし、6月1日、その認可をうけ、また、6月7日、北海道知事に対し、本件児童遊園の設置について認可の申請をした。北海道知事は、7月14日、Y7に対し児童遊園について設置の認可をした。

(2) 他方、Xは、5月6日、甲地上に建築を予定するパチンコ店の事業計画をまとめ、設計監理事務所との間で設計・工事監理業務委託契約を締結し、同月19日、パチンコ店の建築について建築確認申請をした。また、6月1日付けで、建築業者との間で、パチンコ店の建築工事請負契約を締結し、また、同月8日、パチンコ店の建築について建築確認を受けた。

地元の新聞社は、6月3日、児童遊園の整備が完了し、同月6日に開園式を予定している旨を報じた。Xは、同月4日、この報道により、児童遊園の設置計画を確定的に知ったものの、民間事業者であるY7に対する児童遊園の設置の認可はありえないとの独自の判断にもとづき、同月8日ころ、本件パチンコ店の建築を開始した。

Xは、6月16日、北海道旭川方面公安委員会に対し、本件パチンコ店の営業について風俗営業法3条1項の許可の申請をした。しかし、北海道旭川方面公安委員会は、8月6日、この許可申請について、パチンコ店の敷地の周囲100mの区域内に、児童福祉法7条所定の児童福祉施設が7月14日付けで認可されたことを理由として、不許可とした。

(3) 一審(札幌地判平14・12・19判タ1140号178頁)は、Yらが用いた手段・方法は、風俗営業法および児童福祉法の規制を営業上の利益という本来の目的とは異なる手段として利用したものであり、このような行為は、自由競争秩序において予定されている範囲を逸脱していると評価することができるとして、損害賠償請求を認容した。

「Yらによる本件建築及び本件寄付は、Xが本件許可を取得するより前にY7をして本件認可を取得させることにより、本件許可ひいてはXによるパチンコ遊技場の出店を阻止する意図に基づくものであったといえることができる」。

「Yらが用いた手段・方法は、Xが稚内店の出店のため本件土地を取得した後に、本件建築及び本件寄付を行って、殊更に風俗営業許可の障害となる施設を作

出せしめることにより、本件許可を阻止するというものであって、風俗営業法及び児童福祉法の規制を自らの営業上の利益という本来の目的とは異なる手段として利用したものというべく、このような行為は、自由競争秩序において予定されている範囲を逸脱していると評価することができる」。そして、本件建築や寄附には、違法性があるとし、Yらに、連帯して10億円余の支払を命じた。

(4) これに対し、原審（札幌高判平16・10・28判例集未登載）は、次のとおり判断して、Xの請求を棄却した（最高裁のまとめによる）。

「本件において、Xは、Y事業者等が本件寄附を申し入れた時点では、本件パチンコ店の事業計画をいまだ確定しておらず、Xが事業計画をまとめたのは上記申入れの後であった。そして、その後のY事業者等による本件児童遊園に係る施設の建築及び本件寄附並びにこれに続く北海道知事による児童遊園設置認可の手続は、Xによる本件パチンコ店の建築及び北海道旭川方面公安委員会による法3条1項の許可の手続とは全く別個の独立した行為や手続であって、本件児童遊園の設置認可が本件パチンコ店の営業に対する法3条1項の許可よりも早く行われると推測できる事情やY事業者等及びY7において上記認可が上記許可より早く行われるように殊更画策したといった事情もない。他方、Xは、6月4日には、本件児童遊園の設置計画を確定的に知り、本件児童遊園が設置の認可を受けたときには、本件パチンコ店の営業につき法3条1項の許可を受けることができないことを認識しながら、しかも、その時点ではいまだ本件パチンコ店の建築確認さえ受けていなかったにもかかわらず、同月8日に建築確認を受けた後、民間事業者であるY7に対する児童遊園の設置認可はあり得ないとの独自の判断に基づき建築を開始し、結果的に、その思わくが外れて、上記設置認可が先に行われたものであり、Xは、本件パチンコ店の営業について法3条1項の許可を受けることができないという状況を自ら招来したものといわねばならない。これらの事情の下では、本件土地上で風俗営業を行う具体的計画が進行しているのに、Y事業者等が、殊更それを阻止するために、本件寄附をし、それによりXの営業の自由を侵害したものと評価することはできず、本件寄附には違法性」はない。

そこで、敗訴したXから、上告受理の申立がされた。

## 2 最高裁判決

最高裁は、次のように述べて、原判決を破棄差戻した。

### (1) Yらについて

「前記事実関係によれば、Xが本件売買契約を締結した後、それを知ったY事業者等は、法4条2項2号による規制を利用して、Xが本件土地上でのパチンコ店の営業について法3条1項の許可を受けることができないようにする意図の下に、本件寄附を申入れ、Y7の承諾を得て、これを実行し、Y7が本件児童遊園の設置認可を受けた結果、Xは、本件パチンコ店の営業について法3条1項の許可を受けることができなかったというのである。そうすると、本件寄附は、Xの事業計画が、本件売買契約の締結により実行段階に入った時点で行われたものというべきであり、しかも、法4条2項2号の規制は、都道府県の条例で定める地域内において良好な風俗環境を保全しようとする趣旨で設けられたものであるところ、Y事業者等は、その趣旨とは関係のない自らの営業利益の確保のために、上記規制を利用し、競業者であるXが本件パチンコ店を開業することを妨害したものであるというべきであるから、本件寄附は、許される自由競争の範囲を逸脱し、Xの営業の自由を侵害するものとして、違法性を有し、不法行為を構成するものと解すべきである。原判決が本件寄附に違法性がない理由として掲げる諸事情も、上記の判断を左右するものではない。したがって、本件寄附に違法性がないことを理由として、XのY7を除くYらに対する請求を棄却すべきものとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある」。

### (2) Y7について

「Y7は、上記のとおりY事業者等について不法行為を成立させるような違法性を有する本件寄附を受け入れた上、本件児童遊園の設置認可の申請等を行って、Xの本件パチンコ店の開業を妨げる結果を生じさせたものである。

原審は、本件寄附に違法性がないことを理由として、Y7が行った本件寄附の受入れ等の行為にも違法性がないとし、XのY7に対する請求を棄却すべきものとしたものであるが、上記のとおり、本件寄附は違法性を有するものと解すべきであるから、原審の上記判断にも、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある」。

そして、Y<sub>7</sub>を除くYらとの関係ではXの被った損害について、Y<sub>7</sub>との関係ではXに対する不法行為の成否等について、審理を尽くさせるために、本件を原審に差し戻した。

### 3 原審と先例

(1) 原審は、一般的には、業者Xが風俗営業のために土地を取得し、営業のために具体的計画が進行しているのに、それを阻止するために児童福祉施設を社会福祉法人に寄附することは、Xの営業の自由への侵害となり違法性を有するとする（判時1968号124頁コメントによる）。しかし、その当てはめにおいて、違法性を否定した。すなわち、Yらが寄附の申入れをした時点では、Xの事業計画は確定していなかったとし、Yらがことさらそれを阻止するために寄附をしたとはいえないとしたのである。最高裁による要約と上告理由をも参照すると、Yらの寄附の時点では、Xの土地取得行為はあっても、パチンコ店の営業の認可も建築確認さえもなく、児童遊園の設置認可が先に行われたことを重視するのである。

これに対し、最高裁は、Yの寄附は、Xの事業計画が土地売買契約の締結により実行段階に入った時点で行われており、また、風俗営業法4条2項2号の規制の趣旨とは異なって、Yらの営業利益のために規制を利用し、競業者であるXの開業を妨害するものであったとする。Yらの寄附行為と比較されるべきXの行為の起算点が異なっている。この起算点については、次の最高裁判決が参考となる。

(2) 類似の先例としては、最判昭53・5・26民集32巻3号687頁がある。

Xが、いわゆるトルコ風呂（個室付浴場業）の営業のために公衆浴場法にもとづく許可申請を行ったが、Y（山形県）がその近くにあった無認可の児童遊園を認可したことによりトルコ風呂の営業ができなくなり、さらに営業停止処分もつけたため、上記児童遊園の認可はもっぱらXの営業を妨害する目的で行われたものであるとして、国家賠償を求めた事案である。Xが適法になしえるトルコ風呂の営業を阻止、禁止することを直接の動機、主たる目的としてなされた上記認可処分は行政権の著しい濫用によるものとして違法であるとして、Xの請求を一部認容した原判決を維持し、上告を棄却した。

「右事実関係のもとにおいては、本件児童遊園設置認可処分は行政権の著しい

濫用によるものとして違法であり、かつ、右認可処分とこれを前提としてされた本件営業停止処分によつてXが被つた損害との間には相当因果関係があると解するのが相当であるから、Xの本訴損害賠償請求はこれを認容すべきである。それゆえ、これと結論を同じくする原審の判断は、正当として是認することができる」。

ここで引用された原審・仙台高判昭49・7・8判時756号62頁は、以下のとおりであった。

「山形県および余目町当局は、余目町が条例による指定禁止区域に該当しない現状においては、X会社の本件トルコ風呂営業が適法なものとして許容されることになる関係上、右トルコ風呂営業を阻止するという共通の目的をもつて、間接的な手段を用いて右営業をなし得ない状態を作り出すべく、本件児童遊園の児童福祉施設への昇格という方法を案出した。そして余目町としては早急にこれを児童福祉施設とすべき具体的必要性は全くなかつたのに、山形県は余目町に対し積極的に指導、働きかけを行い、余目町当局もこれに呼応して本件認可申請に及んだものであり、結局山形県知事は余目町当局と意思相通じて、X会社の計画していたトルコ風呂営業を阻止、禁止すべく、本件児童遊園を児童福祉施設として認可したものというべきである（なお、右認定の経過に照らすとき、余目町がその形式はともかく実質的に全く独自の立場において本件認可申請に及んだものとは到底認められない。）。

4、してみると、山形県知事のなした本件認可処分は、X会社が現行法上適法になし得るトルコ風呂営業を阻止、禁止することを直接の動機、主たる目的としてなされたものであることは明らかであり、現今トルコ風呂営業の実態に照らし、その営業を法律上許容すべきかどうかという立法論はともかく、一定の阻害事由のない限りこれを許容している現行法制のもとにおいては、右のような動機、目的をもつてなされた本件認可処分は、法の下における平等の理念に反するばかりでなく、憲法の保障する営業の自由を含む職業選択の自由ないしは私有財産権を侵害するものであつて、行政権の著しい濫用と評価しなければならない。すなわち、本件認可処分は、X会社の右トルコ風呂営業に対する関係においては違法かつ無効のものであり、X会社の本件トルコ風呂営業を禁止する根拠とはな

りえないものである（このことは、本件の場合本件児童遊園認可申請の日が本件公衆浴場申請の日以前であつたことによつて消長をきたすものではない。）」。

こうして、原審は、10万円の損害賠償請求を肯定（請求額が10万円。なお、同判決は、計算上は約80万円の得べかりし利益を肯定していた）。また、原審が破棄した一審判決は、児童遊園の認可申請が、いわゆるトルコ風呂営業を阻止する目的でなされていても、それに対する認可が違法となるものではないとしていた。

（3） 昭53年判決の争点は、知事の遊園設置認可処分の違法性、国家賠償法上の賠償義務にあり、私人の不法行為上の違法性ではないが、開業に関する利益が保護の対象となるか、またいつから保護されるかが問題となる点では共通する。風俗営業といえども、開業行為後に、いわば後出しで認可を妨害する行為が違法性を有するとされたのである。ここで「開業行為」の内容が問題となるが、最判昭53年判決によれば、少なくとも「公衆浴場の許可申請」にいたった後の、児童遊園を児童福祉施設とすることは、適正な手続とはみられないのである。

（4） また、最判昭56・1・27民集35巻1号35頁は、A村長の工場誘致にもとづいて工場建設が開始されたが、反対するB村長が当選して工場の建設ができなくなった場合に、村の不法行為責任を認めている。この場合も、工場の「誘致」とは、たんに工場設備のみを建設することだけが目的ではなく、その稼働が目的であるから、実際に稼働できない場合には、目的は不到達となる。しかも、それは誘致者自身の事由にもとづくから、相手方の契約解消の事由となろうし、実際に出費した場合には、不法行為の成立の可能性をも生じるのである。

### Ⅲ 目的不到達と帰責事由、代替としての不法行為

#### 1 目的不到達と給付不能

（1） 給付には、しばしばそれをするための間接目的の達成が意味をもつ場合がある。すなわち、目的には、契約上の給付、たとえば物や代金を受領するだけでなく（直接目的、第1目的）、特定の用途に使用しようとする意図が結合する場合がある（間接目的あるいは使用目的、第2目的という場合もある）。たとえば、売買であれば目的物を使用し、土地の賃貸借であれば、その土地を特定の用

途、すなわち耕作なり建築に用いようとする目的である。

契約当事者は、およそ契約によって給付を取得しようとする場合には、このような使用目的を有している。そこで、その実現が後発の事由によって妨げられるときには、給付は価値を失い、目的挫折として債務の運命に関与することができるのである。その端的な例が、直接目的の挫折である不能である。したがって、不能は、危険負担の制度のもとでは、当然に反対給付義務を消滅させ（536条1項）、当事者にイニシアティブを与える制度のもとでは、契約解除権を導くのである（543条）。そして、解除権発生に当事者の帰責事由を要件としない立法例のもとでは、後者の領域はかなり広い。さらに、間接目的の挫折は、行為基礎の喪失の場合となる。

しかし、直接目的は当事者にとって明白であるが、間接目的である目的の挫折は、必ずしも明白ではない。そこで、後者である使用目的が考慮されるためには、それが契約の双方当事者にとって共通なものとならなければならない。その理由は、以下のとおりである。

(2) すなわち、双務契約において契約がなされた直接の目的は、反対給付を取得することにある。そして、給付と反対給付との交換が行われるのも、この目的のためにほかならない。ところで、そのような場合に、契約当事者は、おのおのが有する第1次的な目的を実現するために、相手方当事者の目的、すなわち反対給付の獲得という目的をも共有する。そこで、かりに直接の目的の一方が達せられなくなるとすれば、他方の給付義務も消滅するというのが妥当である。その場合には、交換が実現されなかったのであり、したがって反対給付を実現する必要性も失われる。そして、この関係こそが、給付不能にもとづく牽連関係である。すなわち、ここでいう給付不受領による目的挫折は、給付不能を意味するのである<sup>5)</sup>。

しかし、当事者が契約をした目的が達せられなくなるのは、狭く給付不能の場

---

5) Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 3. Aufl., 1963 (以下、GGとして引用), S. 104ff. (契約目的の到達不能性・Die Unerreichbarkeit des Vertragszwecksは、同書3章C4でおもに扱われている)。同書については、勝本正晃校閲＝神田博司＝吉田豊訳・K・ラーレンツ・行為基礎と契約の履行（1969年。以下、「訳」として引用）がある（訳152頁）。

合だけではない。この第1の目的（直接目的）には、第2・第3の目的（間接目的）が結合することもある。そして、給付債権者が有する使用目的も、これに属するのである。たとえば、ある物の買主は、売買の目的物を特定の用途に利用しようとするであろうし、また家の賃借人も、それを特定の用途に利用しようとするであろう<sup>6)</sup>。

もっとも、給付債権者がいかなる目的をもっている、それは原則として相手方にとっては無関係のことである。給付相互の交換という第1の目的とは異なり、第2・第3の目的は、給付の受領や反対給付の実現と直接には関係していない。そこで、第2・第3の目的は達せられなくても、不能とは異なり、給付相互の交換は障害をうけるわけではない。そこで、一般に給付債権者はなお給付を受領し、反対給付を履行しなければならない。すなわち、同人は、目的にしたがって使用しえない危険（Verwendungsrisiko, 使用危険）を負担しなければならないのである<sup>7)</sup>。

しかし、契約の相手方が給付債権者のこのような広い目的を共通にすることがありうる<sup>8)</sup>。たとえば、請負において、注文者が特定の仕事を特定の目的のもとに注文する場合である。そのような場合に、仕事は、その目的の達成に適した方法でしあげられることを要求される<sup>9)</sup>。そこで、注文者の利用目的は請負人にも知られ、後者はそれにしたがって仕事をするを引き受け、目的は給付内容となる。こうして、使用目的は客観的な契約目的となるので、たんに注文者個人の意図であるだけでなく、契約にとっても本質的なものとなる<sup>10)</sup>。もっとも、それ

6) Larenz, a. a. O. (GG), S. 105. (訳153頁)。

7) Larenz, a. a. O. (GG), S. 105. (訳153頁)。Vgl. Emmerich, Inhalt des Schuldverhältnisses, Leistungsstörungen, Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, I, 1974, S. 459; Westermann, Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht, 1967, S. 93.

8) したがって、売買代金（金銭）のように、給付と使用目的とがつねに一致するものでは、後者を問題とするよりは、通常はないであろう（政策目的の低廉な売買ではありうる。後注16）と逆の場合である）。これに対し、賃貸借では、賃料よりも貸すことに意義のある場合がしばしばある。最判昭50・2・20民集29巻2号99頁参照。

9) もっとも、給付するものの性質上、目的が推測されることもあろう（特定の目的のための物の製作など）。つまり、目的の不到達は、普通法学説がいうような特別の場合だけではなく、かなり一般的な理論たりうる性質のものである。ドイツ民法典に比して、普通法学説の積極性が指摘されることが多いが、むしろ普通法学説自体が、かなり限定的だったのである。

10) Larenz, a. a. O. (GG), S. 106. (訳154頁)。

が契約そのものの内容にまで高められる必要はない。というのは、そうなったとすれば、行為基礎や目的不到達をもち出すまでもなく、その挫折は、契約の挫折、すなわち不能を意味するであろうからである<sup>11)</sup>。

しかしながら、目的が契約の内容にまで高められることはなくても、それが契約にとって本質的なものとなれば、その挫折によって、不能の場合と同じように、当事者を当初の契約に拘束しておくことは不当なものとなる。

(3) 同じことは、請負にかぎらず、賃貸借でもいえる。たとえば、家が特定の用途のために賃貸され、その用途が無用になった場合である。相手方は、その特定の用途と当事者の意図を知り、相当賃料の算出の基礎とするであろう<sup>12)</sup>。そして、相手方が目的に応じた利益をえているとすれば、その目的が挫折した場合に、その不利益をも共有させることは不当とはいえない<sup>13)</sup>。

もっとも、これらの諸場合には、契約の類型による差がみられる。売買は、一般にこのような関係に親しみにくいであろう。というのは、売主は、買主の使用目的にかかわりなく、物が売買目的物として有するべき態様を、瑕疵担保の規定にしたがって保証するにとどまる<sup>14)</sup>。というのは、売買では、特定の目的は交換される給付の取得そのもののなかに解消されているからである（日民570条・566条1項参照）<sup>15)</sup>。つまり、第2目的は、物が通常有する性質をもち、それによって第1目的が達成されるかぎり、実現される。他方、目的物が通常有する性質を備えるとすれば、買主には有用であるとみなしうるし、売主としてかわりのないことである。そこで、第2目的の挫折が意味をもつのは、売買ではまれであり、賃貸借でも少なく、多くは雇用や請負にみられるのである<sup>16)</sup>。

(4) こうして使用目的が、契約の存続を左右しうるとすると、その効果が問題

---

11) 一般の不能となる。このような場合には、目的の挫折についての解除条件が付されていると解するよちもある。たとえば、特定の業務の能率化のために機械の導入を請負させたが、請負人の供与した機械がそれだけの能力を有しなかった場合である。

12) イギリスの裁判例である戴冠式事件がこれにあたる（Krell v. Henry, [1903] 2 K. B. 740 ほか一連の裁判例がある）。

13) Emmerich, a. a. O., I, S. 459.

14) Larenz, a. a. O. (GG), S. 105. (訳153頁)。さらに、ド民旧495条、現454条（Kauf auf Probe）参照。試験売買は、買主の特定の目的に適った利用を保証するための取引形態である。Westermann, a. a. O., S. 93.

となる。ここでも、不能との対比が有用である。すでにみたように、反対給付義務の消滅という不能の効果は、給付交換という契約の中心的目的の障害からもたらされる（給付債務者の債務からの解放）。これに反し、使用目的の障害では、給付交換は、なお可能である。そして、契約上の義務からの解放は、おもに給付債権者のために行われる。そして、債権者は、みずからの目的が挫折したために契約の拘束を免れることを望むとしても、たんに目的を共有したにすぎない相手方は、債務の存続を望むであろう。したがって、牽連関係に準じて<sup>17)</sup>、使用目的を失った給付債権者に反対債務からの免責を認めても、なお応分の負担を求めなければならない。

請負を例にとると、注文者の支払うべき報酬には、給付の準備のために費やされた支出への償還と、労務への対価とが含まれている。そこで、注文者の使用目的が達成されない場合に、同人が労務の対価の支払を免れることまでは認めることができる。しかし、支出費用の償還さえもうけられないとすれば、請負人にとって過酷であろう。というのは、そうだとすると、他人のために事務管理を行う場合よりも、同人にとって不利となるからである。そこで、少なくとも同人に支出

- 
- 15) 買主は売買の目的物に隠れた瑕疵があつて「契約をした目的」を達しえないときには、契約を解除して代金支払義務を免れうる。この場合には、給付の交換そのものは不可能ではないから、契約目的の障害が給付の交換をも否定しうる能力を与えられていることになる。すなわち、目的は、給付の意味を失わせる限度で契約内容にとりこまれているのである。

わがくにでは、瑕疵担保責任は原始的な瑕疵への救済手段とされており、他方で、行為基礎の喪失は、後発的障害への救済の1つであると理解されている。したがって、目的の障害の効果は必ずしも同一ではない。そこで、行為基礎の喪失がすべて瑕疵担保責任によってカバーされている、とはいえない。むしろ、売買で目的喪失が重要な意味をもたないのは、担保責任の存在ゆえだけではなく、売買の1回の性質のゆえ、原始的に目的障害があったといえる場合が多いためと考えられる（570条・566条参照）。

さらに、そうだとすると、原始的障害と後発的障害とをパラレルに扱うためには、後発的な目的不到達にそくして行為基礎の喪失を認める必要がある（目的の原始的障害については、立ち入らない）。

- 16) しかし、売買でも、例外的には、第2目的が考慮されることがある。たとえば、婚約指輪の売買をしたが、婚約が破棄された、といった場合である。このような売買における目的不到達については、【反対給付】155頁所収。
- 17) 牽連関係に準じた把握を行うのは、ラーレンツよりも、むしろボイティエン（拙著・危険負担の研究（1995年、以下【研究】と略する）216頁参照）であるが、債務が消滅する、とする点では同じになる。

費用の賠償を認めるべきことになる<sup>18) 19)</sup>。

もっとも、前稿の最判平8・11・12民集50巻10号2673頁のように、契約が結合された場合には、契約の客観的評価により間接目的の達成は、計算ずみであるから（売主がみずから使用利益、プールの利用を宣伝して、売買契約の成立を図っている）、こうした賠償は、多くの場合に不要である。ある意味では、直接目的と間接目的の関係が、逆転しているからである（付加価値をつけることによって売買を促進している）。この場合に、間接目的は、買主にとって重要であると同時に、売主にとっても「売り」であり担保するべき状況である。

契約解除のための給付障害は、第一義的には不履行（不能と遅滞、積極的契約侵害）であるが、甲乙契約の結合の結果、乙契約にとっては間接目的である甲契約の履行が、包含されることもある。この場合には、乙契約の間接目的が甲契約

---

18) 行為基礎論では、ド民670条・675条・683条・713条・1390条・1648条・1835条が参考とされるべきである、とされる（Larenz, a. a. O. (GG), S. 179, 訳・255頁参照）。

請負の場合に、日本法では、641条において、任意の解除が認められ、他方、損害賠償が義務づけられているのは、こうした目的挫折の簡易な処理方法と位置づけられる。委任の解除（651条）も同様である。

なお、給付交換が障害をうける不能との相違として、目的不到達の効果として、当然に給付義務が消滅し（ド民旧275条）、反対給付義務も消滅するのではなく（日民536条1項）、解除権が利用される。これは、給付交換は可能であるから、債権者がそれを甘受すれば、その判断を否定する必要はないからである。

こうした相違は、ドイツ債務法の改定に反映されている。すなわち、当初は、給付義務も反対給付義務も解除により消滅するとの全面的な解除権の採用が意図されたが、2002年の現代化法では、不能の場合に、給付義務は当然に消滅すること（275条）、その他の障害では、債務者の履行拒絶権が発生すること、反対給付義務についても、当然に消滅すること（326条1項）が肯定された。不能以外の場合には、すべての債務は、解除により消滅することが原則とされるのである（323条）。行為基礎の喪失の効果も、まず、契約への適合（Anpassung des Vertrags）であり、ついで解除である（313条1項、3項）。これらにつき、拙著・司法の現代化と民法（2004年）196頁以下、および拙稿「給付障害の体系」一橋法学4巻3号9頁、15頁、30頁参照。

19) 雇用については、次のように考えられる。使用者の一身的事由によって給付が障害をうけると、同人の給付受領には、労務を特定の方法で用いるという目的が付着しているので、その目的は挫折する。しかし、被用者の給付の能力はなんら失われていないから、不能は生じない。したがって、被用者には反対給付の請求権が発生する（これに関連して、【研究】211頁の注1参照）。

しかし、その効果として、請負との相違を認めるかどうか明らかではないが、労務が追完しえない給付であるとの性質を考慮して、対価請求権を保持する、と解することはおそらく可能であろう。

の不履行によって間接的に挫折することになり、契約解除の事由ともなる。すなわち、乙契約の直接目的が達成可能であり、狭い意味での給付障害が存在しない場合でもたりののである。

もっとも、甲乙両契約が同列の契約の場合ばかりではなく、甲契約に対して乙契約の比重がはるかに高い場合など、甲契約の不履行がつねに乙契約の間接目的を達成不可能にするわけではない（たとえば、老人ホームの入居が主たる契約で、代替可能な付随する別契約が不履行になるような場合）。間接目的の達成にさいしても、直接目的、すなわち給付の不能のさいの付随義務論は有益である。そこで、現象的には、甲乙両契約を一体とみる契約観と、結論はあまり異ならない結果となることも多い。逆に、直接目的の挫折した乙契約の比重が高い場合には、同時に、付随する甲契約の間接目的を達成不可能とすることになる。この場合には、「間接」目的の挫折はあまり視野に入らないことにもなる。

## 2 目的不到達と帰責事由

(1) 給付の間接目的が失われる理由は多様である。

① AがBに、学校の敷地とするために土地を寄附し、あるいは低額で売却したとする。間接目的は、公共の学校の敷地として利用することである。この間接目的は、学校を建てない場合に挫折するが、Bが学校を建てない理由が、たとえば建築基準法などの法令の変更にもとづく場合（防火地域の変更や耐震基準が強化されたような防災上の理由から許可がおりないような場合）には、当事者に帰責事由はない。債権者Bの使用目的の不到達を理由として、債務者Aの給付利益も喪失するので、Aが土地を取り戻すことも、可能性として生じる（ちなみに、債権者Bが代金を取り戻そうとする場合には、自分の間接目的の挫折が理由となるが、債務者Aが土地を取り戻そうとする場合には、債権者Bの使用目的につき債務者Aが有する利益の挫折が理由となる）。受領した代金も返還しなければならない。

間接目的の挫折で、贈与が目的不到達となることが多いが、これは、贈与では、債務者の反対給付の取得という目的が存在しないことから、債権者の使用目的、あるいはそれにかかわる債務者の給付利益がより重視できるからである。

②Bが学校を建てないのが、自分の側に理由、たとえば別個に建ててしまったとか、建築予算がとれない、失念したことにもとづくという場合には、目的不到達は、Bの帰責事由にもとづいている。この場合にも、給付利益を失ったAは土地を取り戻すことができるべきである。場合によっては、不履行の原因を作ったBには、損害賠償義務も発生し、あるいは債権者の帰責事由にもとづく履行不能と同様（536条2項）、反対給付の返還請求権を失うこともある。

なお、贈与の場合には、このような場合を予想して、あらかじめ契約の解除条件が付されていることが多いであろう。場合によっては、黙示の条件が付されていると考えるべき場合もあろう。

③逆に、Aが障害物を片づけないといった事由で建築ができない場合には、その帰責事由にもとづくから、みずからその危険を負担しなければならないであろう。

④また、第三者が間接目的を挫折させる場合がある。

たとえば、AがBに、学校の敷地とするために土地を寄附したことを知ったCが、建築を妨害するケースである。Cもその周辺に土地をもっており、学校ができると、その利用が制限されることから（たとえば、パチンコ屋ができない）、学校の建築されるのを妨害するといった場合である。A Bがともに不知であれば、Cの行為は、当事者の帰責事由によらず、①の法令による制限と同様の場合にあたる。Cが不法行為責任をおうことは別問題である。

(2) これに対し、A自身の間接目的が不当な場合がある。利用という第2の目的に、第3目的もつながる場合である。たとえば、学校を建築して、その周辺に特定の娯楽施設（パチンコ、トルコ風呂など）ができないようにし、ひいては第三者Dの出店を妨害できるという場合である。これが冒頭の、平19年判決にあたることはいうまでもない。

事案では、寄附行為の有効性を前提に、もっぱらA、Bの損害賠償責任のみが問題となっているが、寄附行為自体を問題とする可能性がある。不当な目的が寄附行為の前提になっているとすれば、法律行為の効力自体を修正することもできてしかるべきだからである。

不法な条件を付した法律行為は、無効である（132条）。目的の達成を確実に

するために、明示的に条件が付された場合に限らず（人を殺せば100万円を与えるとの条件）、共通の前提となっている場合にも（人を殺せば、土地を与える）、犯罪など不法行為の原因となる限り、その法律行為は無効たるべきである。もっとも、法律行為を左右する「不法」の程度と効果は問題となる。犯罪の対価となる場合、自分の営業利益の獲得を目的とする場合と、公共の平穏を目的とする場合では異なる。また、その場合の効果も、当然に無効となるかの点、また無効の程度も問題である。一般に目的不到達の効果は、解除権の付与であるが、A B間に不適切な目的がある場合に、当事者に解除権を付与することには意味はあるまい。むしろ、妨害をうける第三者に、その無効の主張を認めることでたりよう（なお、ここで、「第三者」による無効の主張は、別個に検討されるべき問題となる。錯誤の例では、当事者以外の第三者から主張することはできないが（最判昭40・9・10民集19巻6号1512頁）、例外的に、表意者が無効を主張する意思がなくても、「意思表示の瑕疵を認めている」とときには、第三者たる債権者が主張することを認めた先例がある（最判昭45・3・26民集24巻3号151頁）。当事者の目的が不当な場合には、第三者の主張は、いっそう必要であろう）。

目的不到達は、それが一般には法律行為の効果を左右することを肯定しない立場からでも、不法あるいは不適切な目的が包含される場合には、公序良俗の判断が介在するから、無効の主張が可能になるのである。こうした主張は、実質的には不法行為における原状回復に近い法律構成であるが、契約目的を正面に出すうえで、金銭賠償よりも意義がある（不法行為は3で後述）。また、いちじるしく悪質な行為と評価されることから、その効力を維持するよりも、出店を可能にする構成が無視されるべきではない。Ⅱ 3引用の最判昭53・5・26の判断が参考となる。

平19年判決の評釈の1つ（中村・前掲論文73頁＝前注4）は、Yらの寄附行為の違法性から、それが無効となるか、それとも影響しないかは問題とするが、「寄附行為自体は適法になされており、悪性はその背後の「意図」に認められることに鑑みると、その効力を否定することには慎重たるべし」とし、違法性は損害賠償請求の要件としての判断にとどまり、寄附行為自体の効力には「影響しないと解すべきではなかろうか」とする。しかし、一般に、動機の不法も、場合に

よっては、公序良俗の内容となることがあるから、悪性の程度、当事者の態様によっても、法律行為の效果に影響する可能性を否定するべきではない。とりわけ、本稿のように、間接目的の挫折を肯定する立場からはそういえる<sup>20)</sup>。

また、民法的な観点からは、おもに不法行為が問題とされるが、公法的観点からは、いわゆる行政権限の融合の問題がある。すなわち、本件のような問題は、風俗営業法上の営業許可をする行政庁と、風俗営業法4条2項2号にいう保護対象施設に関する施設の設置許可をする行政庁が異なることが発端をなしていることから、風俗営業法上の許可にさいし、規制に若干の変更を加えることにより、不法行為に手を貸すことの防止を図ろうとするものである。具体的には、競業者の営業妨害をもっぱらとする施設は、風俗営業法上の「保護対象施設」には包含されない場合を状況に応じて認めるとするものである。

ただし、これは風俗営業法の許可をする公安委員会が、保護対象施設の設置につき競業妨害を知りうることを前提にするが、通常これは困難であり、また、風俗営業法上の許可申請にあたり、申請者の意見を述べる手続もないことから、そのような機会の保証も必要である<sup>21)</sup>。不法行為の成立そのものを回避する点においては、本稿が検討する目的不到達によるXの無効主張と発想を同じにしている。手続的機会の保障は、つきつめれば無効の主張可能性の保障ということになるであろう。

(3) 昭53判決の事案では、目的の伴った贈与という形式をとっていない。従来からあった無認可の遊園を認可しただけであり、いわば平19年判決のY7に寄附するのではなく、県に寄附した場合にあたる。この場合は、前述2(1)の分類では、受領者がみずから目的不到達をひきおこした場合に相当するから（受贈者が第2目的ではなく、第三者の目的を妨害している）、認可処分が不当なことは明確である。いずれも、出店を妨害されたXが損害賠償を請求した事案である。

---

20) 単純な二重譲渡の事例でも、いちじるしく不適切な方法で取得が行われた場合には、その効力の否定が考慮されてもよいし、場合によっては、いわゆる背信的悪意者の取得として、劣後する場合がある。

21) 日野・前掲論文160頁以下。

### 3 代替としての不法行為

(1) 法律行為の次元（無効・取消・解除など）で処理しない場合には、寄附行為の有効性を前提として、不法行為法の次元で救済を図ることが必要となる。平19年判決は、そのような場合である。すなわち、A B間の行為が、D（第三者）のE（県知事）に対する認可申請を妨害したとして、損害賠償義務を負担させるものである。

この場合には、債権侵害の枠組みが利用できる。D E間の申請行為は、債権侵害の典型例であげられる契約関係ではないが、特段の事情がないかぎり、Dの申請に対して認可が与えられる関係であり、その関係が、第三者たるA Bの行為によって妨害をうける場合である。二重譲渡類似の競合の関係ともいえる。申請行為は、営業上の利益に関するものであるから、それに対する妨害は、自由競争の範囲を逸脱した故意による侵害であることを必要とする。事案のX = Aの行為は、まさにそのようなものであった。

(2) 営業上の利益に対する侵害が不法行為を成立させるかについて、従来の議論は、おもに開業後の営業継続の利益に関するものであり、開業にかかる利益に関するものが争われた例は、少ない。古い裁判例である、いわゆる大学湯事件（大判大14・11・28民集4巻670頁）は、老舗の営業利益の保護を認め、それが709条の「権利」保護要件を拡大したことは周知のところである。営業利益は抽象的なものであることから、その要保護性については、伝統的な相関関係論のもとでは、過失や単純な故意ではならず、侵害行為のかなりの悪質性が必要となる<sup>22)</sup>。たとえば、脅迫や業者間の共同取引拒否であるボイコットである（大判大3・4・23民録20輯336頁、大判昭15・8・30民集19巻1521頁）。

本件について、営業にかかる被侵害利益の要保護性についてみると、Xの被害は、決して抽象的な予想上のものだけではない。現実土地を購入し、出店計画の具体的実行段階にあったのであり、法的保護に値すると考えられる。原審は、営業許可をえることで実行段階になったとするのであるが、営業許可は、もはや最終段階というべきであろう。従前から、反対運動などの妨害行為が起りやすいことから、パチンコ店の出店計画は秘密裏に行われることが多かったといわれるが、これは、原審のような前提にたつものであろう。本判決を前提にすれば、

むしろ早い段階で公にしたほうが保護を受けやすくなるものといえる。

他方で、侵害行為の態様については、Yらの行為は、たんなる寄附の一点だけでは判断しえない。贈与という所有権の移転は、それ自体は価値中立的なものであるが、そこに結合された第2、第3の目的とあわせて評価する必要がある。Xの出店の妨害が意図されており、しかも、そこには、近隣の平穏といった考慮すらなく、たんに同業者の利益確保が目的となっている。風俗営業法4条2項2号に意図した一定の施設の周辺での良好な環境の保持とは関係がない。同業者が結束して、同業の他者の参入を図ることの悪質性は高いと思われる。事案のもとでは、最高裁の結論はおおむね妥当なものといえる<sup>23)</sup>。

## IV むすび

### 1 寄附の受入れと違法性

(1) 最高裁は、寄附をうけた社会福祉法人Y7については、その違法性の判断を原審に差し戻している。社会福祉法人は、Yらのような同業者＝競業者ではなく、たんなる協力者である。協力者の態様は、みずからの利益を図る競業者とは異なるから、悪質性の判断にも異なるところがある。しかし、原審は、寄附行為自体が違法でないとし、Y7の主観的態様に立ち入っていないことから、差し戻されたのである。

---

22) 本文で述べたところが、一般的な理解であろう。たとえば、幾代通＝徳本伸一・不法行為法（1993年）79頁も、「他人の営業活動を侵害することは、一般に、保護法規違反ないし良俗違反とみられる程度のものであって、はじめて不法行為を構成する」とし、「加害者側の主観的状況がかなり強度の反社会性を有するものであること」を必要とするとする。

潮見佳男・不法行為法（1999年）43頁は、「営業利益・営業権侵害や人格的利益・人格権侵害のように、被害者の利益を保護するかどうか加害者の侵害態様その他の要因との相互連関の吟味を経てはじめて決定される」場合には、被害者の地位の要保護性を積極的に確定することが必要とする。

また、加藤雅信・事務管理・不当利得・不法行為（2005年）205頁は、「営業権ないし営業から生じる利益そのものは、絶対権、絶対的利益として保護されず、自由競争の枠内では、故意による侵害も許される。しかし、営業から生じる利益も、脅迫、ボイコット、虚偽情報等、悪質・悪辣な形態で侵害された場合には、不法行為法による保護をうける」とする（なお、185頁も参照）。

23) 多くの評釈も同様である。原田・前掲論文114頁、中村・前掲論文70頁。野口・前掲論文120頁も同じと思われる。

判時コメントによれば、主観的態様には、①出店を妨害する認識は不要で、過失でたりするのか、②たんに出店を妨害する結果につながることを認識しているだけでたりとするか、③主として出店を妨害する目的で協力したことを要するか、が問題となるとする（後述2参照）。

(2) 具体的な賠償額も、差戻審に委ねられている。一審の算定は、やや過大なように思われる。当事者の主張をそのままいれ<sup>24)</sup>、他方で、控訴審が責任を否定したために、額の見直しが行われなかったからである。

以下の一審のあげた項目にはざっとみただけでも、二重に計上されているとみうるものがある。

①土地の取得費、固定資産税・都市計画税負担分及び土地仲介手数料の計2億8451万5998円相当の損害。

②建設本体工事費、設備工事費、外構工事費、省電設備費、看板工事費及び設計料として計3億2351万2988円相当の損害。

③出店のための諸手続費用として計917万0164円の支出。

④逸失利益は、3億6094万2000円を下回らない。

⑤弁護士費用としては、2600万円。

この④の逸失利益のなかには、①②③の土地取得費や建築工事費などの原価償却費が包含されるはずである。かりに包含されないとしても①②の費用はまったく無駄になるとは考えられない。

なお、近時、416条1項の通常損害につき、最判平21・1・19判タ1289号85頁、判時2032号45頁は、店舗の賃借人が賃貸人の修繕義務の不履行により被った営業利益相当の損害について、賃借人が損害を回避または減少させる措置を執ることができたと解される時期以降は、営業を別の場所で再開する等の損害を回避または減少させる措置を何ら執ることなく、本件店舗部分における営業利益相当の損害が発生するにまかせて、その被った損害のすべてが同条にいう通常生ずべき損害にあたるとして請求することはできないとした。損害軽減義務を認めたものであり、損害額の算定にあたっては参考に値しよう<sup>25)</sup>。

24) 野口・前掲論文122頁は、一審裁判所が、損害額算定の問題を控訴審に、いわば丸投げしたものとする。

## 2 競業者でないY

出店を妨害する態様としては、(i)寄附の当事者が双方とも競業者である場合、(ii)本件のように、一方だけが競業者である場合、(iii)いずれも競業者でない場合がある。このうち、(ii)において競業者に不法行為が成立する以上、(i)についても同様であろう（あまり想定はしにくいですが、居酒屋チェーンが介護事業に参入する例もあるから、Yらが、グループ内のY<sub>7</sub>を利用するような場合がある）。

変種としては、同業ではないが、類似の業種という場合もある。たとえば、パチンコもゲームセンターもおおむね同じ客層を対象とするという場合に、パチンコ業者が結束して、ゲームセンターの出店を妨害するという場合である。これも、みずからの利益の確保を目的としており、風俗営業法の規制の趣旨からはずれるという意味では、競業者の場合と同様であるから、競業者に準じて考慮されよう。

(iii)は、競業者でないYが寄附する場合である。寄附の当事者Yらと、Y<sub>7</sub>の双方が、競業者でないという場合は、風俗営業に関することであれば、多くの住民運動についてありえよう。この場合には、良好な風俗環境を保全しようとする趣旨で設けられたとの風俗営業法の趣旨に必ずしも反するものではないから、競業者に対するのとは異なる判断を要する。もっとも、その場合の態様は、無制限ではないから、妨害の態様がいちじるしく悪質な場合にはなお不法行為を成立させることもあろうが、たんに出店を妨害する結果になることを認識していた程度では不十分であろう。みずから主導して、かつ虚偽の情報を流すなどの特段の悪質性が必要となる。また、妨害される開業にかかる利益の進行の度合（計画の進捗状況）や公益性なども考慮される。

また、このような場合には、目的不到達の主張をXに行わせることに意味があるろう。それによって、目的の達成が必要かどうか正面から争点となるからである。不要な場合には、寄附行為自体を撤回させることができ、反面ではなるべく

---

25) この点につき、一審判決も、「児童遊園の開園式が行われた後に、本件土地においてパチンコ遊技場用の建物の建築工事に着手しているところ、Xとしては、本件認可がされることにより本件許可を受けられなくなる事態をも想定した上で工事の実施を延期することにより損害の拡大を防止することが可能であった」としている。しかし、同判決は、Xが、本件認可がされることはないと考えて工事の実施に及んだことには無理からぬ面があるとして、過失相殺も考慮しなかったのである。

金銭的な処理（不法行為の成立）を残さないことが望ましい。金銭的な処理は、同業者間にとどめておくことが（侵害者が非競業者の場合）、相関関係的考慮の道すじとなる<sup>26)</sup>。

### 3 判決の影響と射程

本判決は、パチンコ店の出店に関するものであるが、風俗営業法の適用がある場合には、種々の業態に広く考慮されうる。もっとも、業態により、具体的判断が異なることは当然である<sup>27)</sup>。

従来から、パチンコ業界では、風俗営業法の規制を利用して競業者を阻止するために、競業者の出店予定地の近くに、医療施設や社会福祉施設を建設する例があったといわれる（判時コメント）。そこで、出店計画はなるべく秘密裏に行い、最終段階まで公にしないのが業界の常識でもあった。これは、風俗営業法上の許可までにかなり時間がかかるのに対し、保護対象である施設の設置には時間がかからないことにもとづく。原審の判断は、ある意味ではこの広い自由競争の慣行に忠実であったともいえる。本件最高裁判決までは、この自由は、いわば既得権でもあった。

これに対し、最高裁判決によれば、計画を周知させておけば、少なくとも同業者の妨害には、不法行為訴訟で相当程度まで対抗することができる。最高裁判決の結果、計画公表の段階が比較的早くなったともいわれる。しかし、同業者間において自由競争が制約されるのは例外であるべきであるから（二重譲渡などでも、自由競争の観点から、同業者間の方が不法行為は成立しにくいという場合がある）、不法行為の成立にはなお慎重である必要がある。営業利益が大きいというだけでは、かえって同業者間に不法行為が成立しやすくなってしまう（一般

26) ただし、逆に、業者から住民に対して、迷惑料として補償を払い、迷惑施設の設置の同意をもらうことは可能であろう。日照権妨害や公害にさいして、近隣住民に補償が支払われる場合と同様である。

27) 本件には、ある意味では、景観訴訟と類似する点もある。本件は、公共的な利益をもつ公園の存在によって、パチンコ屋の建設を阻止しようとするものであるが、景観訴訟では、公共的な利益である景観の存在によって、マンションの建設を阻止しようとするものである。ただし、本件では、公共的な利益が意図的・後発的に出現したのに対し、後者では、原始的に存在している点が異なっている。

人の行う寄附であれば、原則として、第3目的までが考慮されることはない)。本判決では、みずからは最大限に自由競争を利用しながら、法の規制を利用して他者の参入を妨害するというエスツッベル的な要素が大きいとみるべきである。この意味でも、安易に認められやすい不法行為よりも、目的不到達の構成には意味があり、少なくとも並行した判断が有益であろう。

風俗営業法のほかにも、建設に認可が必要で、その障害をもたらす法規には、類似の効果がある。