



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	利益吐き出しの理論的根拠の検討：ヒト由来物質の無断利用問題を一素材として〔論文内容及び審査の要旨〕
Author(s)	橋本, 伸
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第12970号
Issue Date	2018-03-22
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/69388
Rights(URL)	https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/
Type	doctoral thesis
File Information	Shin_Hashimoto_abstract.pdf, 論文内容の要旨



学位論文題名

利益吐き出しの理論的根拠の検討 ——ヒト由来物質の無断利用問題を一素材として——

学位論文内容の要旨

本稿は、近年、わが国のみならず、世界的に注目を集めている法理の一つである、「利益の吐き出し」（disgorgement of profits）法理を取り上げ、その理論的根拠を検討することを目的とする。具体的には、①何ゆえ加害者が侵害行為を契機に収受した利益を吐き出さなければならないか、また同時に被害者が当該利益を取得することができるのか（利益吐き出しの実質的根拠）、そして②①は、一元的なものでなければならないのか、文脈に応じて多元的に捉えることができないか（根拠論の類型化）を明らかにする。その理由は、従来のわが国の議論における利益吐き出しの根拠論（制裁・抑止説）の不十分性にあり、またそうした根拠の下で利益吐き出しが問題となる場面——とりわけ、知的所有権侵害による利益吐き出しと人格権侵害によるそれ——が一元的に説明されてきたという点にある。

このような目的を実現する際に、本稿は、従来閑却・周縁化されてきた人格権の側から問題を再検討する必要があると考え、検討素材として《ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出し》という問題を取り上げることとし、英米法を比較法の対象として、検討を加えることとした。具体的な考察結果は次の通りである。

まず、アメリカ法におけるヒト由来物質の無断利用による利益吐き出し問題を概観した（第1章）。具体的には、まず英米法におけるヒト由来物質を含む人体に対する伝統的な取扱いを確認したうえで、アメリカにおける産業政策の転換、科学技術の発展、法制度の変化などを背景として、医師が患者の組織・細胞を無断で利用し、特許を取得し、莫大な利益を得るという問題が1990年の *Moore v. Regents of the University of California* 事件において顕在化したことを示した。そして同事件において California 州の最高裁判所が医師の利益吐き出しを否定したために、学説において大々的に議論が展開された。そこでは、学説の多数が利益の全部ないし一部の吐き出しを認めるべきとする立場（肯定説）を示していた。もっとも、肯定説は、患者への利益帰属を説得的に根拠づけることができておらず、政策論からなし崩し的に認めようとしてきたため、否定説からの批判を受けていた。そこで、本稿は、肯定説を説得的なものにするためにも、ヒト由来物質の無断利用による

利益吐き出しの根拠を明確にする必要があると考え、その根拠を英米における利益吐き出し一般の議論から得ることができるのではないかと考えるに至った。

次に、英米法における伝統的な利益吐き出しの理論的根拠を明らかにすることを試みた（第2章）。具体的には、利益吐き出しが問題となる①有体物侵害（不動産・動産）、②無体物侵害（知的所有権、機密情報）、③人格財侵害（プライバシー、名誉）、④関係侵害（信認義務違反、契約違反）の場面を考察し、どのような場面において英米法は利益吐き出しを認めるか、また認める際にはどのような根拠が挙げられているかを明らかにすることを試みた。その結果として、イギリス法とアメリカ法において利益吐き出しが認められる場面は——若干の違いはみられるものの——大部分では一致していること、またその際に挙げられる根拠は多様であり（具体的には、文脈により異なるが、（i）不当利得の防止、（ii）損害額算定の代替、（iii）違法行為から利益を得るべきではないとの一般原理、（iv）利得の不当性、（v）抑止論、（vi）処罰論、（vii）所有権侵害の不在など）、さらに一つの文脈においても複数の根拠が挙げられていることも明らかとなった。もっとも、これらの根拠のうち説得力を有しないものもあり、利益吐き出しの根拠として用いることができるのは一部（（ii）と（v））に限られること、しかし、これらの根拠もヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しの根拠として応用することができないことが明らかとなった。そこで、上記の二つの根拠以外の根拠を探求する必要性を指摘した。

さらに、アメリカ法における近時の利益吐き出しの根拠論を取り上げた。すなわち、近時のアメリカ原状回復法の有力論客である **Hanoch Dagan** は、利益吐き出しの根拠づけを従来の議論とは異なる観点から試みた点で彼地において注目されている。具体的には、**Dagan** は、**Calabresi & Melamed** の（ライアビリティ・ルールと対置された）プロパティ・ルールの意味での特定履行救済——形式ではなく、実質としての被害者の自律的な意思の実現という点を重視する——として利益吐き出しを捉えた。つまり、**Dagan** によれば、利益吐き出しは、コモン・ロー系列の損害賠償ないしその延長線上のものではなく、差止命令と同様のエクイティ系列のものとして位置づけられた。もちろん、こうした理解は、すべての利益吐き出しを説明するものではなく、損害賠償によっては原状回復ができない場合——具体的には、人格財を典型とする被害者がモノに対して抱く主観的価値が客観的価値を上回る場合——に、限定される。それゆえに、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しに応用する余地があることを示した。

そして、利益吐き出しの要件・効果を再構成することを試みた（第3章）。すなわち、第2章および第3章の考察から、英米法における利益吐き出しの根拠としては3つあることが明らかとなった。すなわち、〔 α 〕一定の目的のために侵害行為を抑止する手段として利益吐き出しが法政策的に認められると解する見解（法政策型）、〔 β 〕被害者の損害額を

算定することが困難な場合に、侵害者の利益を代替基準として用いるために、利益吐き出しを正当化する見解（損害算定代替型）、〔γ〕被害者の自律的な意思の実現のために利益吐き出しを正当化する見解（自律的意思実現型）である。従来の判例法においては、利益吐き出しの根拠は、一つの文脈においても多数の根拠が挙げられてきたことから、理論的に混乱していた。本稿は、こうした状況を踏まえ、理論的根拠を3つに分けたうえで、利益吐き出しの要件・効果も上記3つの類型毎に再構成する必要があると考えるに至った。そのため、ここでは、理論的根拠が整理されていなかった従来の判例法の下での要件（①主観的要件、②客観的要件、③因果関係）および効果（④費用の控除、⑤能力・才覚による手当の付与、⑥利益の配分）を確認したうえで、本稿の立場からどのように解するべきかについて試論的に検討を加えた。

最後に、英米法の考察から日本法への示唆を求めた（結章）。具体的には、利益吐き出しの問題に対する示唆とそれ以外の問題に対する示唆が挙げられる。前者については、総論的な考察として、第1に、わが国では、利益吐き出しの根拠は一元的に捉えられていたものの、英米法における利益吐き出しの多元的な機能を踏まえると、わが国においても利益吐き出しの多様な側面にもっと注目すべきであるということ、第2に、第1の観点からみると、利益吐き出しの最大の理論的な問題である棚ぼた論に対して類型毎に異なった解決の仕方がでてくることを指摘した。また各論的な考察として、知的所有権侵害と人格権侵害の場面を取り上げ、上記の観点から利益吐き出しの是非および根拠論の違いを明らかにした。他方で、後者（それ以外の問題）については、損害論や商品化論の問題への示唆を指摘した。