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_review.pdf, 審査の要旨

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

学 位 論 文 審 査 の 要 旨

博士の専攻分野の名称　博士（法学）　氏　名　　橋　本　　伸

審査担当者	主　査　教　授	吉　田　邦　彦
	副　査　教　授	池　田　清　治
	副　査　准教授	根　本　尚　徳

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――

１．本論文の概要

本論文は、近時多くの議論がある「利益吐き出し」の原状回復救済について、従来その根拠付の検討は不十分であったとの問題意識に基づき、しかも従来「抑止・制裁」の見地からの一元的な説明が前面に出ている状況に対して、状況に応じて、ヨリ多元的に根拠を探るべきだとの視座から検討を進めるものである。

すなわち、皮切りとして序章では、わが国のこの問題に関する学説史を説き、鳩山博士以来の準事務管理説（しかしそれに対する我妻博士の反駁）、好美教授の積極的評価、窪田教授などの制裁・抑止論の見地からの議論の前面化等に触れられる。

それに続く外国法分析のはじめの第１章として、ホットなテーマである「ヒト由来物質の無断利用」の問題に即した議論の紹介・分析がなされる。とくに多くの議論を巻き起こした、Moore v. Regents of the University of California (1990) に即して詳細な事例の紹介、その背景分析、それを巡る議論が描かれる。判決では、患者の脾臓などの細胞・組織を利用して、特許を取得し莫大な利益を得るという事案について、その利得吐き出しは否定されたが、それを経緯に「利得吐き出し」を巡り激しい議論がなされたことに言及して、次章以下に繋ぐ。

そして第２章では、イギリス法を中心に（さらにアメリカ法を加えて）、「利益の吐き出し」に関する事例研究を包括的に行い、すなわち、（１）有体物侵害（動産、不動産侵害）、（２）無体物侵害（知的所有権侵害として、特許権・著作権・意匠権・商標権侵害、また詐称通用、機密情報侵害の問題）、（３）人格財侵害（名誉毀損、プライバシー侵害、パブリシティ権侵害）、（４）関係侵害（信認義務違反、契約違反）などの裁判例の素描から判例の状況を跡づけ、またそこにおける「利益吐き出し」の根拠付は必ずしも、明瞭でないことが多く、ないし様々な根拠付け（填補賠償、不当利得防止、侵害行為の抑止など）に言及されて、「利得吐き出し」の理由付けに関しては混沌とした状況であることを示す。またそれに続けて、付随的に大陸法の状況も素描され、フランス法よりもドイツ法の方が相対的に積極的であると指摘する。

その上で、「利益吐き出し」の根拠付を判例及び諸外国に即して、検討する。それは、(a) 不当利得の防止、(b) 所有権概念からの立論、(c) 損害額算定の代替、(d) 違法な行為の抑止、(e) 処罰論を各々検討し、その問題点なども分析する。そしてその各々の根拠付によって、一律に説明することは困難で、多元的に分析するしかないと結論する。その上で、根拠付のタイプによる区別として、「（α）行為抑制政策型利益吐き出し」（論文では、単に法政策型とする）と「（β）損

害額算定代替型利益吐き出し」を析出する。

その上で３章では、近時従来の議論を理論的に突き抜けた（フラー論文後周縁化されていた回復賠償を初めて理論的に正当化した）見解として、ダガン論文を紹介し、それによると、利益吐き出しは（エクイティ系列）の特定履行救済として捉えられ、この論理は、キャラブレイジ教授のプロパティ・ルールの延長線上で、権利者（被害者）の自律的意思尊重の意味で、損害賠償（ライアビリティ・ルール）とは区別されることを指摘する。そして、その後続の見解も含めて、この根拠付けを「(γ) 被害者の自律的意思実現型利益吐き出し」とする。

以上の分析を経て、今後の要件・効果の再構成を多元的に論ずる第４章では、例えば、従来議論が多かった①知的所有権侵害の領域では、「(β)」さらには「(α)」のタイプの理由付けが妥当し、他方で、②人格財侵害においては、「(γ)」のタイプの理由付けが妥当するとし、要件論として、主観的要件では故意・悪意の要否、客観的要件としては、類型的に、信認義務違反では「権利の脆弱性」、知的所有権侵害では「損害の立証困難性」、人格財侵害では「原状回復の困難性」がクローズアップするとし、さらに因果関係論（事実的因果関係及び遠因性）を論ずる。また効果論としては、費用の控除、能力・才能に応じた手当、利益配分の可否を類型的に論じている。
かくして、日本法への示唆としても、従来の利益吐き出しの根拠論は不充分で、類型に応じた多元的正当化が不可欠で、その際に前記「(α)」～「(γ)」のタイプ分けが有用だと結論する。

２．本論文の評価
（１）本論文の功績
第１に、筋の運びとして、２章の諸外国の英米を中心とする判例・学説の実証的判例分析の後に、中間報告後、近時のアメリカ不当利得法学で注目されているダガン教授（テルアビブ大学のイスラエル人（ユダヤ人）であるが、イェール大学のキャラブレイジ教授の下で博士論文が提出され、アメリカ法学と一体となっている）の理論的研究が３章に据えられることにより、論文が立体化し、それによりそれ以前の実証的研究が一段と意味を持つようになっている。この理論は、私も注目しているが、その豊かさゆえに、同論文の精緻な紹介で、日本の救済法学に一石を投ずることになり、公表の価値も大きいだろう。従来のやや一面的なわが国での議論を塗り替え、（本論文が説く）類型的・多元的考察の方向で進んで行くことであろう。筆者の立論の説得力もかなりあろう。第２に、文献引用等は丹念・詳細で、論文の完成度も高く、かなりのところにまで来ている。第３に、従来の検討が、事案類型との関係で断片的であった（例えば、知的財産権（知的所有権）、人格権の場合）のに対して、初めて包括的な研究がなされたということもできる。
（２）今後の課題
ダガン論文の分析は、思考様式の転換とも言えて、それまでの外在的分析から内在的分析に転じ、事案類型論とはレベルが異なり、汎用性が高いであろう。だから本論文のように事案類型と結びつけられるのか異論もあろうし、同教授の「自律」以外の座標軸の「効用」「共同体」はどうなるのかという疑問も残る（しかし反面で、このような事案類型との結びつけの整理は、あながちおかしくもなく、橋本君のオリジナルな部分とも言えよう）。また大陸法の整理はやや簡単に過ぎ、最後の解釈論の展開も、輪郭だけの感じも受ける。しかしこうした課題は、次作以降の課題というべきかも知れない。

以上により、審査員全員一致により、本論文に対する博士号付与に関して「合格」と決することとした。