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
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
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k12970
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/69389
Type	doctoral thesis
File Information	Shin_Hashimoto.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

北海道大学法学研究科

博士（法学）学位申請論文

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――

学籍番号　15135102

氏名　橋本　伸

目次

序章――問題の所在および分析方法・検討の順序
第１節　問題の所在――わが国の議論状況とその問題点の抽出
第１款　はじめに
第２款　日本法の議論状況
第３款　日本法の議論状況の問題点
第４款　本稿の課題
第２節　分析素材――ヒト由来物質の無断利用問題
第３節　分析方法および叙述の構成
第１章　ヒト由来物質の無断利用と利益吐き出し問題
第１節　Moore 事件以前の英米法の議論状況
第１款　従来の議論状況
第２款　従来の議論状況の転換――技術発展および社会背景の変化
第１項　バイオテクノロジー研究の進展と新たな法的問題の出現
第２項　具体的な問題：遺伝子特許の問題
第３項　連邦政府の研究政策の転換――研究結果の私的所有の承認
第３款　小括
第２節　Moore 事件の登場――事案および判決の概要
第１款　事案
第２款　争点の確認――動産侵害の成否
第３款　判決
第４款　小括
第３節　学説の動向――Moore 事件以後の議論状況
第１款　否定説
第２款　肯定説
第３款　小括
第４節　本章の小括
第２章　英米法における伝統的な利益吐き出しの根拠論
第１節　利益吐き出しの理論的根拠の抽出――判例法からの帰納的考察
第１款　はじめに――検討対象の限定
第２款　イギリス法
第１項　有体物侵害――動産および不動産の不法侵害
第２項　無体物侵害①――知的所有権の侵害

第 3 項　無体物侵害②――機密情報の侵害
第 4 項　人格財侵害――プライバシー侵害
第 5 項　関係侵害――信認義務違反および契約違反
第 6 項　小括
第 3 款　アメリカ法
第 1 項　有体物侵害――動産および不動産の不法侵害
第 2 項　無体物侵害①――知的所有権の侵害
第 3 項　無体物侵害②――機密情報の侵害
第 4 項　人格財侵害――名誉毀損およびプライバシー侵害
第 5 項　関係侵害――信認義務違反および契約違反
補款　その他の法体系――ドイツ法およびフランス法の概観
第 1 項　ドイツ法
第 2 項　フランス法
第 3 項　その他：DCFR、PETL
第 4 項　小括
第 4 款　本節の小括
第 2 節　利益吐き出しの伝統的な理論的根拠の検討
第 1 款　不当利得の防止に求める見解
第 1 項　概要
第 2 項　問題点
第 2 款　所有権概念に求める見解
第 1 項　概要
第 2 項　問題点
第 3 款　損害額算定の代替として利益を捉える見解
第 1 項　概要
第 2 項　問題点
第 4 款　違法な行為の抑止に求める見解
第 1 項　概要
第 2 項　問題点
第 5 款　処罰に求める見解
第 1 項　概要
第 2 項　問題点
第 6 款　本節の小括

第 3 節　本章の小括
第 3 章　近時のアメリカ法における利益吐き出しの根拠論――Hanoch Dagan の見解の紹介と検討
第 1 節　Dagan の見解の紹介
第 1 款　はじめに――利益吐き出しの新たな根拠論
第 2 款　Calabresi & Melamed の議論とその応用
第 3 款　小括
第 2 節　Dagan の見解の検討――その意義と問題点
第 1 款　Dagan の見解の意義
第 2 款　Dagan の見解の問題点
第 1 項　利益吐き出し制度に内在する問題との関連
第 2 項　自律的な意思の実現にとってより望ましい他の金銭救済――プロパティ・ルールとしての填補賠償
第 3 項　小括
第 3 款　Dagan の見解の射程――ヒト由来物質をめぐる議論への応用の可能性
第 3 節　本章の小括
第 4 章　利益吐き出しの要件・効果の再構成
第 1 節　要件論
第 1 款　主観的要件
第 2 款　客観的要件
第 3 款　因果関係要件
第 4 款　小括――「要件」の再構成
第 2 節　効果論
第 1 款　費用の控除
第 2 款　能力・才覚を理由とする手当
第 3 款　利益の配分
第 4 款　小括――「効果」の再構成
第 3 節　本章の小括
結章　終わりに――議論の整理および日本法への示唆
第 1 節　議論の整理
第 1 款　はじめに――本稿の問題意識
第 2 款　英米法の考察の結論
第 2 節　日本法への示唆

第 1 款　はじめに――英米法と日本法との接続の仕方
第 2 款　利益吐き出しの再検討
第 3 款　その他の問題への示唆――商品化論および損害論との関連
第 4 款　残された問題

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――

橋本伸

序章――問題の所在および分析方法・検討の順序

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[1]、「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何ゆえ加害者ないし侵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②利益吐き出しの根拠は、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。

以下では、まずこのテーマを論じるに至った筆者の問題意識――わが国のこの問題をめぐる議論状況に対する問題認識――を示し、本稿の存在意義を明らかにする（第1節）。次に本稿が直接の分析素材として取り上げるテーマ――本稿の副題である「ヒト由来物質の無断利用」の問題――と本稿の目的との関係について言及する（第2節）。最後に、本稿が採用する分析方法および検討の順序について言及する（第3節）。

第1節　問題の所在――わが国の議論状況とその問題点の抽出

第1款　はじめに

（1）問題の背景

わが国において、利益吐き出し法理が説かれるに至った背景には、伝統的な民事責任（不法行為責任）によっては被害者の損害を超える利益を加害者にもたらす不法行為（以下、「利益取得型不法行為」という）に対応することは困難であるという問題意識があったように思われる。すなわち、伝統的な理解によれば、不法行為法の目的は、

---

[1] たとえば、廣峰正子は、「損得計算によってあえて侵害行為に踏み切る蓋然性の高い領域に対して法制度がどのように対処すべきかは、世界的に見て今最も関心の高い領域であろう」と述べる（廣峯正子「原状回復的賠償ノススメ」田井義信編『民法学の現在と近未来』（法律文化社、2012）228頁、特に233頁。なお、同「原状回復と損害の規範的評価」立命363=364号（2015）654頁以下も参照）。そして上記指摘を物語るかのように、このテーマに関する世界の法状況をサーベイする比較法文献として、EWOUD HONDIUS & ANDRÉ JANSSEN EDS., DISGORGEMENT OF PROFITS: GAIN-BASED REMEDIES THROUGHOUT THE WORLD（Springer, 2015）が公刊されている。

被害者の下に生じた損害を填補することにつき[2]、損害を超える利益については不法行為法によっては対応することができない、という問題意識である。

とりわけこうした問題意識は、知的所有権（知的財産権）侵害の文脈で説かれてきた[3]。たとえば、A が B の特許権を侵害し、B に生じる損害以上の利益を A が取得した場合、損害填補を目的とする伝統的な民事責任（不法行為責任）制度の下では、A は B の損害を填補する責任を負うにとどまり、損害を超える利益については責任を負わない。しかし、このような帰結は、侵害行為を行うインセンティブを A に与えており、「不法行為が加害者にペイする」余地を残していた。とりわけ、知的所有権のように侵害行為を発見することが容易ではない権利の場合には、損害填補を上限とする填補賠償は、侵害者は発見されない可能性を考慮に入れて、侵害行為を行う可能性があることから[4]、権利者（知的所有権者）の保護にとって不十分であると考えられてきた[5]。そのため、こうしたインセンティブを取り除くための制度的担保として説かれたのが、利益吐き出し法理であった[6]。

---

[2] たとえば、加藤一郎『不法行為法』（有斐閣、1957）3 頁。最判平成 9 年 7 月 11 日民集 51 巻 6 号 2573 頁。

[3] わが国における利益吐き出しの中心となっていた準事務管理法理をめぐる議論においても、知的所有権侵害の文脈が重要な局面として挙げられていた（藤原正則『不当利得法』〔信山社、2002〕272 頁を参照）。

[4] たとえば、窪田は、パブリシティ権侵害の文脈においても同様に論じている。すなわち、「経済的な合理人であれば、事前の許可なく、他人の権利を侵害すべきであるという判断を導く」状態を招く。というのも、支払う金銭は、許可に対して通常支払われる金額と同等ないしそれより少し高い程度（ただし、後者を保障するものはない）であるのに対し、ライセンス獲得にかかる交渉費用を節約することもでき、また一定の蓋然性で他人がその権利侵害に気づかず費用を被らない可能性もあり得るからである（窪田③・後掲注(58)686 頁）。

[5] たとえば、潮見佳男『債権各論Ⅰ　契約法・事務管理・不当利得（第 2 版）』（新世社、2014）293 頁など。

[6] たとえば、藤原・前掲書注(3)269-70 頁は、民法上、侵害者から侵害によって得た「利益」の返還を請求する法制度は存在しないと指摘した上で、「侵害者は他人の権利の侵害により、客観的価値及び損害を超えた「利益」をあげる場合もある。たとえば、『故意』で他人の動産を無権限で処分して、市場価値以上の売得金を得たような場合である。こういった場合に、故意の侵害者に侵害行為による利益の保有を許せば、侵害行為を助長することになる。そこで、侵害者の利益を剥奪することで、違法な行為に対するサンクションを科し、かつ権利者を保護するという法制度が必要である」と述べる。また民法以外の分野に目を向けると、中山信弘『特許法（第 2 版）』（弘文堂、2010）354 頁は、「特許権侵害は侵害に占有奪取を伴わないため、侵害の場所的時間的制約はなく、有体物の侵害と比較して、侵害はより容易であり、かつ侵害の発見と防止はより困難である。その上、他人の占有の奪取という直接的な加害行為を伴うことがないため、侵害への誘因もそれだけ強いことになる」と述べた上で、「以上のような観点か

（２）問題の解決手段――利益吐き出し法理とは

ここで「利益の吐き出し」とは、たとえば、ある論者によれば、「他人の権利領域を侵害して利益を取得した者が、侵害により取得した利益を返還する責任」と定義される[7]。本稿も基本的にはこのような理解を否定するものではないが、利益吐き出しが問題となる領域は多様である（とりわけ、本稿が検討対象とする英米法においてはそうである）ことから、「権利」の範囲をより広く捉えておくことが必要であると考え、以下のようにさしあたり定義しておくこととする。すなわち、利益の吐き出しとは、ある者（被害者）の権利・利益・関係[8]を侵害する行為を契機に他の者（加害者・侵害者）が被害者の損害を超える利益を収受した場合に、被害者の損害ではなく加害者の利益に着目し、当該利益を吐き出させ、被害者に帰属させる法理である、と。

このような利益吐き出し法理は、先述したように（ⅰ）知的所有権侵害（好美、鎌田[9]、田村[10]）の文脈を中心に展開されたものであったものの、それ以外にも（ⅱ）有体物侵害（好美）、（ⅲ）人格権（プライバシー、パブリシティ、名誉）侵害（窪田[11]、能見[12]）、さらに（ⅳ）契約違反（二重譲渡）（磯村[13]）、（ⅴ）委任契約の受任者の忠

らからするならば、特許権侵害の賠償制度については、侵害を抑止する何らかの制度的担保が必要ということになり、ある程度の事実上の制裁的機能を加味して背理ではないであろう」と述べる。このように侵害行為を抑止する制度的担保は、民法のみならず、他の分野からも要請されているといえよう。

7 藤原正則「利益の吐き出し責任――ドイツの一般人格権の侵害の事例に即して」藤岡康宏編『民法理論と企業法制』（日本評論社、2009）171 頁参照。

8 厳密には、ある者が他の者との間にある一定の関係（たとえば、契約関係や信認関係など）上の利益の侵害を指す。以下、本稿では、この意味で「関係」という用語を用いる。

9 鎌田薫「知的財産訴訟における損害賠償法理」特許研究 17 巻 4 号（1994）10 頁。

10 田村善之『知的財産権と損害賠償』（弘文堂、1993）（参照は、同『知的財産権と損害賠償〔新版〕』（弘文堂、2004）による）。

11 窪田充見「人格権侵害と損害賠償――人格的利益の侵害を契機とする民法705条についてのスケッチ」民商 116 巻 4=5 号（1997）54 頁以下（窪田①）、窪田充見「不法行為法学から見たパブリシティ――生成途上の権利の保護における不法行為法の役割に関する覚書」民商 133 巻 4=5 号（2006）152 頁以下（窪田②）。

12 秋山幹男ほか「〈座談会〉名誉毀損された被害者の救済――損害賠償訴訟の最近の動向の一環として」NBL734 号（2002）25 頁（能見善久発言）。

13 磯村保「二重譲渡と債権侵害――『自由競争論』の神話(1)~(3・完)」神戸法学雑誌 35 巻 2 号（1985）、36 巻 1=2 号（1986）、特に「(3・完)」315 頁以下（代償請求権構成）。

実義務違反（谷口[14]、吉永[15]）、（vi）信託法上の受託者の忠実義務違反（能見[16]、沖野[17]、道垣内[18]、木村[19]、樋口[20]、吉永（？）[21]）[22]などの文脈においても説かれるに至っている[23]。このように、利益吐き出しは、様々な場面で問題となっている。もちろん、利益吐き出し法理が、上記の場面のうちどこまで認められるべきかは評価が分かれるであろうが、いずれにせよ、――伝統的な損害賠償法理の下での被害者の損害に着目する手法とは異なる――加害者ないし侵害者の《利益》に着目する手法が注目されていることは明らかであろう。こうした動きは、近時の比較法の動向とも一致するものであり、わが国特殊な法現象ではない[24]。本稿は、このような状況を踏まえ利益吐き出し法理の理論的根拠を検討するものである。その理由について、以下では、わ

---

14 谷口知平「背任に因る利得返還義務について――Restatement of Restitution に於ける信認関係者間の Constructive Trust とその示唆」大阪商科大学経済学雑誌 7 巻 2 号（1940）113 頁、同「委任・背任による利得の償還――英米の constructive trust 法理の示唆」谷口知平＝甲斐道太郎編『新版注釈民法(18)』（有斐閣、1991）316 頁以下。

15 吉永一行「委任契約における利益の吐き出し請求権――ドイツ法における受任者の引渡義務についての議論を手がかりとして――(1)(2・完)」民商 126 巻 4=5 号 175 頁以下、6 号 102 頁以下（2002）。

16 能見善久「現代信託法講義(6)」信託 206 号（2001）19 頁以下（不当利得構成に好意的である）。

17 沖野眞已「救済――受託者の『利益の吐き出し』責任について」NBL791 号（2004）44 頁。

18 道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996）212 頁。また、能見善久＝道垣内弘人編『信託法セミナー２　受託者』（有斐閣、2014）226 頁（道垣内弘人発言）も参照。

19 木村仁「受託者の忠実義務と第三者からの利益取得行為(1)(2)」民商 152 巻 4＝5 号 1 頁、6 号 1 頁（2015）。

20 樋口範雄『フィデュシャリー［信認］の時代』（有斐閣、1999）137 頁以下。

21 吉永一行「忠実義務論に残された課題に関する一考察――法制審議会信託法部会における議論の整理と分析を通じて」米倉明編著『信託法の新展開――その第一歩をめざして』（商事法務、2008）125 頁以下。もっとも、吉永自身が明確に受託者の忠実義務違反による利益吐き出しを支持するかは明確ではない（この点は、能見善久ほか「受託者の義務違反の効果」同＝道垣内弘人編『信託法セミナー２　受託者』(有斐閣、2014）103 頁以下を参照（能見発言および沖野発言））。

22 なお、2007 年施行の新信託法は、忠実義務違反による利益吐き出しを導入することを見送り、利益と同額の損失が信託財産に生じたものと推定するとの立証責任の転換規定（信託法 40 条 3 項）を設けるにとどまっている（この点は、吉永・前掲注(21)125 頁以下参照）。

23 そのほかにも、（vii）不正競争の文脈などでも。たとえば、潮見佳男「取引的不法行為」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』（有斐閣、2007）282 頁（ただし、必ずしも積極的に肯定するものではない）。

24 比較法の動向については、HONDIUS & JANSSEN EDS., *supra* note 1 を参照されたい。

が国の利益吐き出しに関する従来の議論状況を俯瞰することにより、明らかにしたい。

第２款　日本法の議論状況

（１）はじめに

利益吐き出し法理をめぐっては、多数の論点があるもの[25]、その中核的な問題は、実質的根拠と法律構成の 2 点にあるといえよう[26]。これらの問題につき、わが民法には、直接利益吐き出しを認める規定がないため、従来の議論ではそうした状況を前提にどのように既存の法制度の中で解釈論として実現するかという後者の問題（法律構成）を中心に検討がなされ、多くの議論の蓄積があることは周知のとおりである（たとえば、準事務管理構成、介入権構成、不法行為構成、不当利得構成など）。これに対し、前者の問題（実質的根拠）――本稿の冒頭で示したように、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という問題――についてのわが国における今日一般的に用いられる根拠付けは、利益吐き出しという制裁を通じて、侵害行為を抑制すること（後述する「制裁・抑止説」である）にとどまる。そして、従来の議論の下では、その法律構成については一様ではないものの、このような根拠付けによって先述の多数の場面が――細部を捨象すれば――一元的に説明がなされてきた。以上のような従来の議論の枠組みに対して、本稿は、上記のような根拠付けの限界を踏まえ、仮に用いるとしても一部の文脈に制限し、他の根拠も必要であると提唱する。換言すると、本稿は、侵害された権利・利益・関係の性質の違いに応じて利益吐き出しの根拠を多元的に捉えるべきであると考える。

以下では、このような本稿の問題意識の前提となっているわが国の議論状況についての筆者の認識が適切であるかを示すために、わが国の従来の議論に一瞥を与え、先述の従来の根拠付けがどのようにわが国において確立されたのか、またどこまで妥当

---

[25] 実質的根拠と法律構成以外に、客観的要件の問題（どのような権利・利益・関係の侵害の場面において利益吐き出しは認められるのか）や効果の問題（吐き出すべき利益をどのように算定するか、また侵害者の「能力」や「才覚」を考慮するか）などが挙げられる。

[26] たとえば、藤原・前掲書注(3)頁 272 頁は、「評価の基準は、実質的に悪意の侵害者に対して利益の保有を認めるのが妥当かという評価と、それをどう法律構成するのかという問題につきるであろう。」と述べる。

するものと考えられているかを明らかにする[27]。

なお、わが国における利益吐き出しをめぐる議論の考察に際しては、3 つの時期――戦前の議論と戦後のそれ、また後者は 1990 年代以前とそれ以降――に分けて考察する[28]。というのも、戦前においては利益吐き出しの問題は準事務管理構成の是非を中心に展開されていたのに対し、戦後においては、その根拠論が説かれるようになり、また 90 年代以前は主として知的所有権侵害が議論の中心領域であったものの、90 年代以降には、人格権侵害が議論の俎上に載せられ始めたからである。

（２）戦前の議論――準事務管理法理の導入をめぐる議論

まずわが国における利益吐き出しの議論は、戦前において、ドイツ民法 687 条 2 項のような準事務管理法理を導入するかどうかという文脈で展開された。そこでの議論は、《肯定説 vs 否定説》という構図で展開されてきた。

（ｉ）肯定説

肯定説の嚆矢である鳩山秀夫は、大審院大正 7 年判決[29]の事案のような有体物の無断処分事例を念頭に置きつつ、管理者が本人のためにする意思を有しない場合に事務管理が成立するかという問題に検討を加える[30]。そこでは、まずこの問題についてのドイツ民法の立場が確認されたうえで、わが国においても立法論として準事務管理の規定を導入すべきと説かれる。その根拠としては、本人はこのような場合には、不法行為に基づく損害賠償請求権と不当利得に基づく返還請求権を有するものの、前者は本人の受けた損害を限度とし、後者も本人の損失を限度とするために、これらの請求権によっては管理人が特に有利な行為をした場合には事務管理に基づく請求権を行使

---

27 それゆえに、以下の考察では、法律構成がどのように展開されていったかは直接の考察対象とはしない。

28 本稿は、利益吐き出しの学説史を明らかにするものではないことから、取り上げた学説は網羅的ではなく代表的なものにとどまっている点に予めご了解いただきたい。なお、わが国の議論状況を詳細に検討したものとして、潮見佳男「著作権侵害を理由とする損害賠償・利得返還と民法法理」論叢 156 巻 5=6 号（2005）228 頁がある。

29 大判大 7 年 12 月 19 日民録 24 輯 2367 頁。

30 鳩山秀夫「本人の為めにする意思なき事務管理ありや」同『民法研究第 4 巻（債権各論）』（岩波書店、1930）242 頁（初出、法協 37 巻 7 号〔1919〕）。なお、鳩山秀夫『増訂日本債権法（各論）下』（岩波書店、1924）779 頁も参照（特許権侵害の場面を念頭に同様に論じる）。

したのと同一の利益を得ることができない、という点に求められている。要するに、不法行為に基づく損害賠償や不当利得に基づく返還請求は、事務管理に基づく受取物返還請求（民 701 条、646 条）と比較し、利益吐き出しを求めることができず、本人を保護する手段として弱いという点に求められているわけである（以下では、これを根拠①とする）。

さらに解釈論としても事務管理の規定を類推適用するべきと説かれる。その実質的根拠としては、本人のためにする意思なく却って自己の利益を守る意思を有する場合における管理人の責任が本人のためにする意思を有する場合に比較して、より軽く扱われるべき理由はないという点が挙げられている。要するに、他人のためにする意思のある事務管理と比較した場合とのアンバランスさという点に求められているといえよう（以下では、これを根拠②とする）。

以上からは、鳩山は、立法論のみならず、解釈論においても準事務管理を肯定する立場に立っていたことが明らかといえよう。そしてこうした準事務管理肯定説は、その後の戦前の学説においても継承されていった（たとえば、我妻〔旧説〕[31]、近藤[32]、末川[33]などが挙げられる）。もっとも、準事務管理を肯定するからといって常に事務管理の全ての規定が類推適用されるとは限らない[34]。

（ⅱ）否定説

もっとも、こうした肯定説の理解に対しては、2 つの方向からの批判が加えられた。

第 1 の批判は、ドイツ民法のような明文規定がないわが国において解釈論として準

---

[31] 我妻栄『債権法　事務管理・不当利得（現代法学全集 34）』（日本評論社、1930）112 頁（その根拠としては、鳩山の挙げる根拠②を挙げる）。

[32] 近藤英吉『債権法各論』（弘文堂、1933）168 頁。

[33] 末川博「準事務管理」同『法律論文集Ⅲ』（岩波書店、1970）483 頁（初出、民商 4 巻 1 号（1936））（その根拠としては、根拠②を挙げる）。なお、同『債権各論（第 2 部）』（岩波書店、1941）506 頁以下も参照。

[34] たとえば、末川は、準事務管理を導入するとしても、事務管理のすべての規定が直ちに類推適用されるわけではないとし、①「管理される事務の性質」、②「現実に行っている管理の仕方」、③「保護せられるべき本人の利益や本人の意思」を踏まえた上で、各具体的な場合の事情に応じて判断するほかない、と述べる。また末川は、管理者が受け取った利益の引渡し義務についても、「他人の事務を管理したそのことによって（ex re aliena）得たもの」に限られ、「他人の事務を管理する機会にもしくはさらに別の契約その他の行為を成すことによって（pccasopme rei, ex negotiatione）得たものにまで及ばぬということである」と述べており、一定の制限を課している（末川・前掲注(33)494 頁）。

事務管理を導入することの困難性に向けられている[35]。このような批判を加える見解は、準事務管理以外の構成により準事務管理法理が実現しようとした結果を実現しようとした。具体的には、（α）事務管理自体の成立を認める見解（小池[36]）や（β）不法行為や不当利得により対応すべきと説く見解（我妻〔新説〕）などが挙げられる。ここでは後者の代表論客である我妻の見解を取り上げることとしよう。我妻は、特許権侵害などの無体物侵害の場面（特許権者が自ら侵害者の利益を上げることができたか立証することが困難な場面）を念頭に置いたうえで、準事務管理を認めることに否定的な立場を示す。我妻は、準事務管理肯定説の説く根拠（特に根拠②）に一定の説得力があることを認めつつも、仮にそうであるとすると、準事務管理法理に求められてきた問題は､不法行為法または不当利得法の問題として処理されるべきであるとして、肯定説の根拠①を批判する[37]。すなわち､「他人の事務と知りつつこれを自己の事務として無断に管理し本人に損害を与える者は不法行為者であり、又これによって利得を得れば、不当利得者であるから、この者の責任を問い、被害者たる本人を保護するためには、不法行為又は不当利得の規定で充分でなければならない筈である。これを、本来更に責任の軽かるべき事務管理の規定に準拠せざれば本人の保護に不充分なりというは、その不法行為又は不当利得の理論に欠陥ありと謂わなければならぬのではあるまいか」との疑問を提起し[38]、不法行為における損害要件（あるいは不当利得における損失要件）を広く認定する解釈論を提示する。それゆえに、我妻によれば、鳩山が論じた大審院大正 7 年判決の問題は、管理者が取引上相当な価格を得た場合には、本人が同額の利益を得ることができたか否かにかかわらず､「損失」要件を満たすものとして、不当利得法により処理されるべき問題であるとされる。

第 2 の批判は、準事務管理法理が管理者の能力・才覚等により取得された利益を引

---

35 たとえば、末弘厳太郎『債権各論』（有斐閣、1919）898 頁以下は、「他人の事務なることを意識しつつしかも之を自己の利益の為めのみ管理する者たとえば他人の飼犬なることを知りつつしかもこれを横領せんとして急に飼養せる者は之を他人の為に事務を管理するものということを得ざればなり。此場合にも又事務管理の規定は之を適用するの余地なく両当事者の法律関係は不当利得」「不法行為の規定に依りて定まるべきものとす」と述べた上で、鳩山説を参照しつつ、上記のような場面で、独民 687 条 2 項のように処理することに対しては､「一方に於いて不法行為成立すると同時に他方に於て本人は自己の任意に依りて事務管理上の請求権を主張し得べきことを認めたるも特別の規定なき民法の解釈としては此種の結果を認ること能わず」と述べる。

36 小池隆一『準契約及び事務管理の研究』（清水書店、1935）289 頁。

37 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937）19 頁以下。

38 我妻・前掲書注(37)22 頁。

渡義務の対象に含めている点に向けられた。我妻は、管理者（侵害者）の特殊の才能によって異常の利益を収めた場合について、準事務管理法理によれば、そのような利益も引渡義務の対象に含まれることになる点を批判する。というのも、管理者（侵害者）の才能も経済的価値あるものだから、一種の費用として本人から償還されるべきものであり、返還の対象から除外すべきだからである[39][40]。このような理解を前提とすれば、不法行為・不当利得構成により利益吐き出しが可能であるとしても、その機能は減殺されるであろう。我妻の理解によれば、利益吐き出しが認められるのは、異常な利益が管理者の能力・才覚以外の事情（たとえば、偶然の機会）により生じた場合に限定されるであろう[41]。

このような我妻の見解はその後の多数の学説により支持されることになった（たとえば、松坂[42]、四宮[43]、品川[44]など）。そのため、我妻説の登場により、わが国において利益吐き出しは消極的に解されていくこととなった。

（iii）小括

以上のように、戦前の議論においては、利益吐き出しの問題は、準事務管理法理を導入するかどうかという文脈で論じられていたといえる。しかし、それを認める見解（肯定説）は、その根拠として、適法事務管理とのバランスを挙げるにとどまり、より積極的な根拠を挙げるまでには至っていなかった。そのため、否定説から、利益吐き出しが問題となる場面において侵害者の能力･才覚を考慮すべきとの指摘がなされ、

---

39 我妻・前掲書注(37)23 頁注(2)。

40 なお、管理者（侵害者）の能力・才覚を考慮する別の方法を提案するものとして、石田文次郎「不当利得における『損失』に就て」論叢 37 巻 4 号（1937）2 頁以下がある。そこでは、「衡平な利益の分配の思想」に基づき、侵害された権利の客観的価格と侵害者の費用・技能・考案を評価し、各割合に従って利得を比例的に分配すべきと説かれている。

41 なお、能力・才覚の考慮は、準事務管理肯定を採る見解の中にも見られる（たとえば、末川・前掲書注(33)520 頁）。この点につき、好美は、「否定説の『不当利得とすると準事務管理とするとで差異を生ずるものではない』との理解ないし誤解を、見事に（？）みずから追認し補強するという皮肉な役割を演じてしまっている」と揶揄する（好美清光「準事務管理の再評価――不当利得法等の検討を通じて」谷口還暦『不当利得・事務管理の研究(3)』（有斐閣、1972）371 頁、特に 381 頁）。

42 松坂佐一『事務管理・不当利得』（有斐閣、1957）25 頁以下。

43 四宮和夫「不正競争と権利保護手段――不法行為法の理論を中心として」法時 31 号 2 号（1959）16 頁以下。

44 品川孝次「事務管理・不当利得・不法行為」加藤一郎＝谷口知平編『新民法演習Ⅳ』（有斐閣、1968）210 頁、特に 220 頁以下。

利益吐き出しに否定的な見解が多数説となった。

（３）戦後の議論①――90 年以前までの議論

次に戦後の議論のうち 90 年以前の議論を概観する。戦前において否定説が多数化する中で、準事務管理ないし利益吐き出しの理論的基礎付けを行ったのが好美清光である。

好美は、比較法（ドイツ、スイス、アメリカ）の動向を踏まえつつ、利益吐き出しが問題となる多様な場面（その中心は、知的所有権侵害の場面である）を念頭に置いたうえで、準事務管理の理論的な検討を行った。その内容は多岐にわたるが、本稿の関心との関係では以下の 3 点が注目すべき点として挙げることができよう[45]。すなわち、第 1 に、準事務管理の背後にある理論的根拠を明確にした点、第 2 に、侵害者の能力・才覚の考慮について否定的な立場を示した点、さらに、第 3 に、利益吐き出しをどのように認めるか（準事務管理という概念を用いるか否か）という法律構成の問題は二次的なものでしかないとの立場を示した点である。

第 1 の点について。好美によれば、従来準事務管理の中心機能であった利益の吐き出し――被害者の蒙った損害を超える収益の引き渡し請求――を認めることは、比較法の動向とは異なり、「わが現行法の規定し予定していない法創造」であるとした上で、「悪意侵害者に対する特殊のサンクション」として、一定の場合に、認めるべきであると説かれる。また、「悪意侵害者に対する関係では、その取得した利得を同人に保有させひいては侵害行為への誘因の芽を残すことは妥当ではないとの、特殊の政策的配慮にもとづくものである」とも述べる[46]。要するに、利益吐き出しという制裁を通じて、侵害行為を抑制することに利益吐き出しの根拠が求められている（以下では、「制裁・抑止説」という）[47]。

---

45 好美・前掲注(41)371 頁。

46 好美・前掲注(41)426 頁。もっとも、こうした理解は、川村泰啓「返還されるべき利得の範囲(4)」判評 65 巻 31 頁（判時 359 号 13069 頁）(1965)（不当利得を給付利得と他人の財貨からの利得に区別した上で、後者の返還内容を「取得された物の価値」の返還につき、それを超える利益の返還の義務（全受益返還義務）については、「他人の絶対権の中への有責な侵害取得に対する不法行為的制裁」と位置づける）でもすでに指摘されていた点である。また同『商品交換法の体系（上)』(勁草書房、1967) 113 頁（不真正事務管理の本質を「他人の絶対権の中への有責な侵害取得に対する一種の不法行為的制裁」と捉える）も参照。

47 本稿は、従来の利益吐き出しの根拠を「制裁・抑止説」として、制裁と抑止を一括

第 2 の点について。好美は、上記のような準事務管理の背後にある実質的な価値判断の観点から、侵害者の能力・才覚により莫大な利益が上げられたとしても、侵害者が悪意の場合には吐き出しの対象とすべきであると説く。その理由としては、我妻のように理解すると、権利者の側からみれば「私有財産の所有者が悪意侵害者により同人との売買契約や実施契約の締結を一方的に強制され、あるいはいわば泥棒や詐欺師の才覚や労力に敬意を表し、その有償的な押売りを受忍しなければならない」ことになり、また、侵害者の側からみれば「反対説は、他人の物を時価相当額以上で売却する才覚ないしチャンスのある者や、他人の特許権等を盗用して実施料相当額ないし真権利者の得るであろう以上の利益を挙げうる設備・能力を持つ者は、その差額を保持することを許されるから、侵害行為をしたほうが得だ、ということを認める司法政策をとること」になる点を挙げる[48]。その上で、「悪意の侵害者に侵害行為による何らかの利得を保有させることは、それを被害者に帰属させるよりもはるかに不当性が大きい」と述べる。要するに、好美によれば、我妻の説く準事務管理否定説の第 2 の批判――侵害者の能力・才覚の考慮の必要性――は、準事務管理の根拠が制裁・抑止であることからすると、当たらないということである[49]。

第 3 の点について。好美は、準事務管理の背後にある実質的価値判断を明らかにすることを重視し、それが明らかにされれば、その後利益吐き出しをどのように実現するかという法律構成の問題は二次的なものでしかないと述べる。すなわち、「いわゆる準事務管理という中間命題ないし中間的構成を入れて、事務管理の筋を通じて委任の節の『受取リタル物』の引渡請求権や報告請求権の規定（民 646 条・645 条・701 条）

りにして用いる。その理由は、制裁の本来的な意味である復讐心（報復感情）の満足や被害者の宥和という側面が、利益吐き出しの根拠として制裁を挙げる見解においてあまり意識されていないからである（制裁概念については、森島昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、1987）470 頁、瀬川信久「不法行為制度の目的・目的をめぐる近時の議論について」淡路古稀『社会の発展と権利の創造――民法・環境法学の最前線』（有斐閣、2012）349 頁、とくに 355 頁を参照。なお、こうした制裁概念の使用の仕方は、私人による法の実現という考え方（田中英夫＝竹内昭夫『法の実現における私人の役割』〔東京大学出版会、1987〕）の登場以降のものである）。それゆえに、こうした理解に対して、制裁と抑止という概念を混同しているという批判もみられるところである（森田果＝小塚荘一郎「不法行為法の目的――『損害填補』は主要な制度目的か」NBL874 号（2008）10 頁）。

[48] 好美・前掲注(41)383 頁。

[49] ただし、制裁といいながらも、好美は、侵害者が利益をあげる際に被った費用の控除については何ら疑問を提起することなく肯定しており（好美・前掲注(41) 381 頁）、必ずしも制裁による説明を貫徹していない（この点は第 4 章を参照されたい）。

を類推するという方途ないし解釈適法技術をとるかどうかは、さしあたり説得性の問題に過ぎない」と述べる[50]。

以上のように、戦後になり、利益吐き出しの議論の中心は、法律構成から理論的根拠という実質論へシフトしたといえよう。とりわけ、好美は、わが国の戦前の議論においては準事務管理が十分な根拠付けがなされていなかったことを踏まえ、ドイツ法の議論を参照し、より積極的に準事務管理ないし利益吐き出しの理論的根拠として制裁・抑止説を示したといえよう。

こうした理解はその後多くの支持を集めることとなる（たとえば、広中[51]、水本[52]、吉田[53]、澤井[54]、藤原[55]、近江[56]など）。

（４）戦後の議論②――90 年以後の議論

このような利益吐き出しの根拠としての制裁・抑止説は、知的所有権侵害の場面を中心に論じられたものの、90 年以降、人格権侵害の場面でも――法律構成は異なるものの――利用されることになる[57]。ここでは、その代表論客である窪田充見の見解を取り上げることとする。

窪田は、他人の権利侵害行為によって利益を上げるタイプの不法行為については、

---

50 好美・前掲注(41)431 頁。

51 広中俊雄『債権各論講義（第 3 版）』（有斐閣、1968）365 頁（ただし、特許権侵害については特別法により対応されているとする）。

52 水本浩『民法セミナー７　債権各論（下）』（一粒社、1985）24 頁以下。

53 吉田邦彦『債権侵害論再考』（有斐閣、1991）676 頁（意図的不法行為との関連で、好美説を好意的に評価する）。

54 澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為（第 2 版）』（有斐閣、1996）22 頁（準事務管理否定説〔我妻〕を批判する文脈で、「特別法の損害推定規定を民法の原則とするわけである。利得から損害を算定するという方式は、僭称事務管理賠償という特殊な賠償形態と見るならば解釈論としては可能であるが（しかし、それは準事務管理の発想）、不法行為・不当利得の賠償の枠内で認めることは不可能であろう」と述べる）。

55 藤原・前掲書注(3)269 頁（民法上、侵害者から侵害によって得た「利益」の返還を請求する法制度は存在しない。しかし、「侵害者は他人の権利の侵害により、客観的価値及び損害を超えた「利益」を上げる場合もある。たとえば、『故意』で他人の動産を無権限で処分して、市場価値以上の売得金を得たような場合である。こういった場合に、故意の侵害者に侵害行為による利益の保有を許せば、侵害行為を助長することになる。そこで、侵害者の利益を剥奪することで、違法な行為に対するサンクションを科し、かつ権利者を保護するという法制度が必要である」とし、そのための制度が準事務管理であるとする）。

56 近江幸治『民法講義Ⅵ（第 2 版）』（成文堂、2007）23 頁。

57 人格権の問題がクローズアップされた原因として、ドイツのモナコ王女事件がある。

被害者の損害を填補することを目的とする従来の不法行為法の枠組みでは対応することはできないとし、不法行為の制裁（抑止）機能を正面から認めることにより、「利益吐き出し型損害賠償」を提唱する[58]。本稿の関心との関連で、窪田の見解のうち注目すべき点は、以下の 2 点である。すなわち、第 1 に、利益吐き出しが認められるべき権利の対象を、知的所有権からプライバシーなどの人格権に拡大した点、そして第 2 に、第 1 の利益吐き出しの根拠を制裁・抑止に求めた点である。

第 1 の点について。窪田によれば、人格的利益の侵害、とりわけ、マスメディアによるプライバシー侵害や名誉毀損は、①権利侵害の認識や認容を以てなされることが少なくないこと、また、②回復困難な名誉毀損や回復不可能なプライバシー侵害において差止の有効性がとりわけ大きいとしても、必ずしも有効に機能するとは限らない。それゆえに、不法行為が「経済的営み」としてペイしないようにするために、有効なサンクションとしての損害賠償が必要となるとして、利益吐き出しの必要性が説かれている[59]。

第 2 の点について。窪田は、第 1 の人格権侵害による利益吐き出しを不法行為法の枠内で実現することを志向する。その理由としては、準事務管理では、人格権侵害による利益吐き出しを実現することができない点が挙げられる。もっとも、不法行為構成によることは、被害者の損害填補を主たる目的とする伝統的理解を前提とする限り、困難である。そこで、窪田は、不法行為法の目的として制裁的機能を正面から肯定する。すなわち、民法の起草者は、制裁的機能を全面的に否定していたものの、当時との時代状況の相違を踏まえると、制度理解の異なる解釈をもたらすこともあるとし、結論として、「過失責任主義が妥当している限りでは、背後に退いていたサンクション

---

58 窪田①・前掲注(11)54 頁以下。また窪田の見解については、同「不法行為と制裁」石田喜久夫古稀『民法学の課題と展開』（成文堂、2000）667 頁以下（窪田③）、同「ドイツ法における人格権侵害を理由とする損害賠償法の役割――BGH のカロリーヌ・モナコ王女事件判決をめぐる状況」ジュリ 1199 号（2001）33 頁以下（窪田④）、同「規制緩和社会における制裁の役割Ⅱ制裁のあり方　損害賠償」ジュリ 1228 号（2002）62 頁以下（窪田⑤）、同「損害概念の変遷と民法の役割――刑法と民法の対話の形とともに」刑雑 44 巻 2 号（2004）229 頁以下（窪田⑥）、同「規制緩和社会における民事責任のあり方について」企業と法創造 1 巻 4 号（2005）95 頁以下（窪田⑦）、同「不法行為法における法の実現」長谷部恭男ほか編『岩波講座　現代法の動態 2　法の実現手段』（岩波書店、2015）77 頁以下（窪田⑧）なども参照。また、浦川道太郎ほか「（座談会）不法行為法の新時代を語る」法時 78 巻 8 号（2006）4 頁以下（窪田発言）も参照。

59 窪田①・前掲注(11)62-3 頁。

としての不法行為法の機能により光を当てながら解釈論を展開するということには、一定の合理性がある」と述べる[60]。

以上の点を踏まえると、窪田も、利益吐き出しの根拠を利益吐き出しという制裁を通じた侵害行為の抑制という点に求めているといえよう。このように、わが国では 90 年以前に確立した制裁・抑止説は、――法律構成は異なるものの――知的所有権侵害のみならず、人格権侵害にも妥当する根拠として考えられているといえよう。

（５）小括

以上のわが国の議論状況をまとめると次の通りである。

第 1 に、わが国における利益吐き出しの議論は、戦前に準事務管理の導入の是非と表裏一体の形で展開されることで始まった。もっとも、準事務管理肯定説は、その根拠を適法事務管理とのアンバランスという消極的なものを挙げるにとどまった。そのため、侵害者の能力・才覚による利益を吐き出させることへの批判により、準事務管理（利益吐き出し）は確立されるまでには至らなかった。

第 2 に、わが国における利益吐き出しの議論は、戦後になると、準事務管理の根拠として侵害行為に対する制裁･抑止というより積極的なものが挙げられるようになり、準事務管理肯定説が有力になった。これにより、利益吐き出しの問題は、法律構成から理論的根拠（実質論）へシフトした。

第 3 に、制裁・抑止説は、当初、知的所有権侵害の場面が中心領域となったのに対し、90 年代以降になると、人格権侵害との関係でも――法律構成は異なるものの――同様に妥当するものと解されるに至った。

要するに、わが国では、戦後になり、《利益吐き出し＝制裁・抑止》という思考図式が確立し[61]、そしてそれが知的所有権のみならず、人格権にも適用され、一般化されることとなる。もちろん、このような制裁・抑止説が説得的であればこのような一般

---

60 窪田①・前掲注(11)72 頁。

61 好美、窪田のほかに、大塚直「政策実現の法的手段――民事的救済と政策」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法 4』（岩波書店、1998）179 頁（利益吐き出しの根拠を損害填補機能のみならず、制裁要素に求めざるを得ないと述べる。ただし、特許法という特別法で定められた規定について）、平田春二「準事務管理」谷口知平＝甲斐道太郎編『新版注釈民法(18)債権(9)』（有斐閣、1991）329 頁（準事務管理的な規整がないと、「資本力・販売能力などをもつ者にとっては、特許権などの侵害はした方が得だ、という不当な結果になるのを避けがたい」と述べる）。

化は可能である。しかし、このような根拠付けには不十分な点が残る。そこで次に、款を改め、わが国の議論の問題点をみていくことにしよう。

第 3 款　日本法の議論状況の問題点

（1）利益吐き出しの理論的根拠の問題点

制裁・抑止説は、利益吐き出しという制裁を通じて、侵害行為を抑制することに利益吐き出しの根拠を求めているといえよう。このような理解をより貫徹すれば、利益吐き出しは、侵害者に市場を迂回することなく、本人と交渉するインセンティブを与える機能を持つとみることもできよう。

こうした理解は、不当利得類型論の台頭とともに――不当利得法（侵害利得）と準事務管理との役割を峻別するために――、有力に説かれるようになり、また近時、不法行為の目的の再検討を志向する学説によりも支持されていることは先述のとおりである。

もっとも、このような理解に対しては、手続的な問題[62]に加えて、以下のような疑問がある。すなわち、――――

第 1 は、侵害者を制裁し、それにより侵害行為を抑制するとしても、何ゆえ侵害行為により侵害者が上げた利益を被害者に帰属させるべきかが不明であるという点である[63]。とりわけ、不法行為法の目的を被害者の損害填補と解する伝統的理解からは、利益吐き出しを認めることは被害者に「棚ぼた」的利益を与えることになるとの批判が提起されており、わが国においても最も問題視されている点である。もちろん、この批判は、全く反論する余地がないわけではない。たとえば、〔ア〕制裁・抑止説は、「悪意の侵害者に侵害行為による何らかの利得を保有させることは、それを被害者に

---

[62] 樋口範雄「制裁的慰謝料論について――民刑峻別の『理想』と現実」ジュリ 911 号（1988）19 頁。

[63] 森田宏樹「知的財産権侵害による損害賠償に関する規制の改正の方向――実体法の観点からの立法論的検討」財団法人知的財産研究所『知的財産侵害に対する損害賠償・罰則のあり方に関する調査研究所』（平成 9 年度特許庁工業所有権制度問題調査報告書）（1998）52 頁（悪意侵害者の利益を権利者に帰属させることの理論的な説明は、依然として十分ではない）、沖野眞已「損害賠償額の算定――特許権侵害の場合」法教 219 号（1998）63 頁、潮見・前掲注(28)267 頁（侵害者のところに生じた「利益」が被害者の有する「権利の価値」と言えるかについて疑問を提起する）、同『不法行為法Ⅰ〔第 2 版〕』（信山社、2009）54 頁も参照。もっとも、こうした指摘は、懲罰的損害賠償に関する議論でも指摘されていた点でもある（たとえば、田中＝竹内・前掲書注(47)156 頁以下、樋口・前掲注(62)22 頁以下）。

帰属させるよりもはるかに不当性が大きい」と反論する[64]。しかし、こうした説明は「まし」論にとどまるものであり、説得的な根拠付けとはいえない。また比較法的には[65]、国家へ利益を帰属させるという方法が立法論として説かれているが[66]、こうした事態はその根拠付けが本質的にできないことを意味しているといえよう。

また〔イ〕懲罰的損害賠償の文脈で説かれるように[67]、私人による法の実現のために積極的な役割を果たしたことに対して与えられる報酬（対価）であるとして利益帰属を正当化する余地もありうる。しかし、そもそもこうした理解自体に対しては消極的評価もみられ[68]、仮にこの点を措くとしても、利益吐き出しに懲罰的損害賠償のような公益的な機能があるのかは明らかにされていない。それゆえに、このような理由も根拠とはならないであろう。

それゆえに、被害者への利益帰属は、侵害者に保持の根拠が欠けることの反射的効果として説明されるにとどまるといえよう[69]。つまり、被害者は当該利益を取得する積極的根拠を欠いているのである。その結果、利益吐き出しを肯定する見解は、少数

---

64 好美・前掲注(41)383 頁。

65 この点は、たとえば、フランスにおける近時の債務法改正で導入が説かれている懲罰的損害賠償（もっとも、その実質は利益吐き出しである）との関連で論じられている点である。フランス法の議論状況については、後藤巻則「損害賠償と制裁」法時 78 巻 8 号（2006）54 頁以下、廣峰正子「フランス債務法改正草案に関する覚書――懲罰的損害賠償制度導入をはじめとする民事責任の変容と発展について」法の科学 39 号（2008）172 頁以下、同「フランス債務法改正の最新動向――懲罰的損害賠償参入の可能性」法時 82 巻 11 号（2010）127 頁以下、同「フランス（ミニ・シンポジウム懲罰的賠償の現在）」比較法研究 72 号（2010）122 頁以下、同・前掲注(1)228 頁以下、同「フランス債務法改正作業における懲罰的賠償の処遇」日仏法学 28 号（2015）91 頁以下などを参照。

66 たとえば、戒能通孝『債権各論（改訂版）』（巖松堂書店、1946）389 頁も立法論における利益の没収の可能性を指摘していた。

67 田中＝竹内・前掲書注(47)165 頁、樋口・前掲注(62)22-3 頁。

68 この点で、道垣内正人「懲らしめとしての損害賠償」法教 154 号（1993）68 頁以下は、インセンティブ論に消極的である。その理由として、第 1 に、「他人の社会に対する悪事を訴訟上で暴けば儲かるという仕組みは、プラグマティズムに徹してしまえば、社会から悪をなくすという法目的の効率的実現方法ではあるが、そのような社会が健全な社会かどうか疑問なしとしない」こと、そして第 2 に、「多くの事件は和解で処理されるであろうか、訴訟をすれば命ぜられるかもしれない懲罰賠償を背景に、巨額の金銭がテーブルの下で渡され、表に出ないまま「懲罰」が行われることも、筋がいい話とはいえない」ことを挙げる。

69 中村哲也「人格権の商品化とドイツ不法行為法――カロリーネ・フォン・モナコ事件をめぐって」新潟 33 巻 2 号（2000）1 頁、特に 39 頁参照。

説にとどまっている[70]。

第 2 は、被害者の損害を支払った上で、なお利益が残る場合には、むしろ社会的には効率的であるにもかかわらず、何ゆえ利益吐き出しという制裁まで課して、侵害行為を抑止しなければならないのかという点である。これについても、積極的な応接はなされていない。

このような問題点を踏まえると、利益吐き出しの根拠として従来説かれてきた制裁・抑止説は、それほど射程の広いものではなく、すべての文脈に妥当する万能なものであると考えるべきではないであろう。しかし、従来の議論は、こうした理解を利益吐き出しが問題となる文脈に一般的に妥当するものと考えていたように思われる。次にこの点についてみよう。

（２）制裁・抑止説の妥当範囲

従来の議論では、利益吐き出しが認められるべき権利・利益の類型として、①知的所有権と②人格権が主として取り上げられ[71][72]、そして両者において同一の根拠――先述の制裁･抑止説――の下で利益吐き出しが説明されてきた[73]。その理由としては、①および②は、通常の有体物とは異なり、無体物（情報）であり、侵害行為の発見が容易でなく、通常の填補賠償による救済では不十分であること（侵害行為による期待利益がゼロにならないこと）と解されてきたこと、そしてそれゆえに、ヨリ強い制裁

---

70 潮見・前掲注(28)228 頁（わが国においては、吐き出すべき「利益」を確定することの困難性や侵害者が得た利益が少なからず侵害者の能力・才覚によるものであり、権利者に帰属させることへの不公平感といって事情もあってから、利益吐き出し制度の必要性は意識されつつも、こうした制度を正面から支持する見解はいまだ少数であると述べる）。

71 たとえば、瀬川・前掲注(47)354 頁以下によれば、近時の不法行為の機能として抑止を提唱する見解は､「市場を介して他人の人格的利益や知的財産権を侵害する収益活動を念頭に置き、刑事罰や課徴金等の行政処分が未整備あるいは執行困難な場合」、つまり「不法行為法の新しい問題領域」（人格秩序の一部と競争秩序）について、利得吐き出し請求などを不法行為法の解釈論として提案するものである、とされる。

72 なお、知的所有権と人格権の中間的な権利として位置づけられるパブリシティ権についても取り上げられており（窪田②・前掲注(11)155 頁注(24)参照）、下記の理解が基本的に妥当すると解されているであろう。

73 窪田④・前掲注(58)39 頁は、「モナコ事件で中心となったのは、利益追求型の不法行為において利益をそのまま保持させると、結局、不法行為が経済的に合理的だという状況を生みだしてしまうという問題点であった。こうした問題は、本来、一般人格権に限定される性格のものではない。財産的利益の場合であっても賠償額が侵害による利得額を下回るのであれば、全く同様の状況が生ずるからである。」と指摘する。

が必要となることが挙げられるであろう。しかしながら、②については、権利者も原則として譲渡性が認められないことを踏まえると、譲渡性が原則として認められる①とパラレルに利益吐き出しを論じることに問題はないのであろうか。この点、上記のような制裁・抑止説を前提としつつ、人格権侵害による利益吐き出しの説明に対する抵抗感は既にわが国でも指摘されていた[74]。しかし、こうした懸念は、利益吐き出しに対する消極論として、あるいは、より緩やかな慰謝料というブラックボックスの中で処理されるべきと説かれるにとどまり、利益吐き出しを認めつつ、人格権侵害固有の根拠――制裁･抑止説以外の根拠――を明らかにするという発想はみられなかった。若干異なる観点から言えば次の通りである。すなわち、人格権の特殊性は従来から指摘されてきたものの、そうした特殊性は侵害行為が起こる事前の段階での考慮にとどまり、侵害行為が起こった事後の場面（とりわけ金銭救済の場面）においては、必ずしもその特殊性が――慰謝料というレベルを除き――十分には考慮されていないのである。こうした人格権の特殊性を考慮した利益吐き出しの根拠を明確にするという方向が検討されてもよいのではなかろうか。

それゆえに、本稿は、利益吐き出しの根拠を侵害された権利･利益の性質に応じて、多元的に捉えるべきと提唱するものである[75]。制裁・抑止説の根拠論の問題点も踏ま

---

[74] たとえば、窪田は、①人格権の商品化を強いられないか（契約強制の問題）、また②マスメディアの表現の自由を委縮しないかといった公共的問題を考慮する（窪田④・前掲注(58)39 頁）。また、藤原は、人格権侵害による利益吐き出しの問題の特殊性について次のように述べている。すなわち、「なぜ人格権に財産的な権利性、ないしは、割当内容を認めることに躊躇するか」と問われれば、それは、「人格権的な権利でも、肖像権・氏名権などとは異なり、私事に関する情報は、流通財ではなく、完全な経済財とはいえないから」である。「一方で、私事に関する情報の自己決定権は、その権利侵害は可能でも、その譲渡可能性を正面から肯定することには抵抗感がある」としつつも、「他方で、私事に関する情報は、とくに、著名人や貴顕などのそれなら、他人による商業的利用は大いに可能である」とし、このような「アンビバレントな性格、および商業化への抵抗感が、BGB が、本来の意味での慰謝料（旧 BGB847 条）の問題ではないとしながらも、慰謝料請求の予防効果、制裁と損害算定での加害者の利益の考慮を強調した理由である」と指摘する（藤原・前掲注(7)188-9 頁）。

[75] もちろん、全く本稿のような方向性を示す見解がこれまでになかったわけではない。たとえば、山下純司「不法行為法における利益吐き出し責任」NBL937 号（2010）26 頁以下は、不法行為構成の枠内ではあるものの、利益吐き出し（利得参照型損害賠償）の説明方法を、確立された権利の侵害の場合（たとえば、所有権）とそれ以外の場合（たとえば、プライバシー）で区別する。抑止論は後者の場面で問題となり、前者の場面では填補賠償の枠内で処理されると解しているようである。もっとも、山下は、所有権概念に利益吐き出しを求める権利を含むことを前提としているが、そうした理解がコンセンサスを得られるかはいまだ定かではない。なお、侵害利得＝客観的価値

えると、なおさらこうした方向性が求められるように思われる[76]。

第 4 款　本稿の課題

わが国の議論状況に対する本稿の問題認識は以上の通りである。本稿はこうした問題認識を前提としたうえで、利益吐き出しについて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という点（利益吐き出しの実質的根拠）、そして②利益吐き出しの根拠は、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という点（根拠論の類型化）を明らかにしたい。こうした課題設定は、利益吐き出しが問題となる状況が多様であることに鑑み、一つの根拠により①の問題に解答を与えることが困難であると考えたためである（なお、結論を予告的に述べておけば、こうした本稿の理解は比較法的考察からも支持を得ることができるものである）。そして、以上の課題の検討に際しては、従来、知的所有権と同列に扱われ、閑却・周縁化されてきた人格権の側からこの問題に検討を加えていくこととし[77]、その分析素材として、ヒト由来物質の無断利用問題を取り上げる。節を改めこの点についてみていくことにしよう[78]。

賠償を相対化することを試みる、近時の研究として、村田大樹「侵害利得における内容の多様性」同法 56 巻 5 号（2005）355 頁以下がある。

[76] なお、利益吐き出しの主たる領域としては、上記以外に信託の受託者の忠実義務違反による利益吐き出しも挙げられる。その際に挙げられる根拠も制裁・抑止説といえようか（たとえば、沖野・前掲注(17)58 頁は、信託の特殊性――「本人が、受認者の手の内にある」――ゆえに、その濫用の危険も防止措置の必要性も、ひときわ高くなるとし、一つの法人格の中で併存的な財産管理を行うという信託制度を導入し、展開していくならば、それに応じた独自の救済を肯認することも、理由がある、と指摘する。もっとも、信託における利益吐き出しは、物上代位的な性質の場合もあると指摘されており、上記のみではないが）。なお、信託の場面については、上記の目的に必要な範囲で本稿においても若干言及するものの、本稿の直接の課題とはせず、今後の課題としておく。

[77] このような分析視角は、批判法学によるものである。この点については、吉田邦彦「アメリカにおける批判法思想の展開とわが民法学の行方――民法解釈学方法論の思想的系譜その２」同『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2000）71 頁、とくに 86 頁以下（初出、民商 119 巻 2 号、同 3 号（1998））を参照。

[78] それゆえに、本稿は、法律構成の問題には立ち入らない。法律構成の問題はあくまで利益吐き出しを説得的に根拠付けることができた後の二次的な問題に過ぎないと考えるからである。既存の解釈論の枠内で利益吐き出しが説明可能であるといっても、実質論の部分を正当化できない限り、わが国における利益吐き出しに対する消極的評価の現状は変わらないであろう。

第２節　分析素材――ヒト由来物質の無断利用問題

本稿は、上記の本稿の目的を明らかにする際に、――従来のわが国の利益吐き出しの議論では注目を集めることの少なかった――人間の組織・細胞などのいわゆる「ヒト由来物質」の無断利用問題を分析素材として取り上げることとする。というのも、本稿が取り組む利益吐き出しの問題は、――従来の民法学説では十分に取り上げられることは少なかったものの――ヒト由来物質の無断利用の文脈でも問題となり、本稿の課題を明らかにする際に最適と思われるからである。以下では、この問題について、その背景を含めわが国の議論状況について少し立ち入って述べ、本稿の目的との関係を示すこととしたい。

（１）ヒト由来物質をめぐる議論状況

近年の科学技術の発展（たとえば、凍結保存、増殖技術、遺伝子操作など）は、現代医学における人を対象とする研究を「人それ自体」を対象とする研究から、人の組織や細胞などのいわゆる「ヒト由来物質」を対象とする研究にシフトさせつつある（たとえば、ヒト由来物質は医薬品開発[79]などに際して有益であることが指摘されている）[80]。このような状況を背景に、ヒト由来物質は今日財産的・商品的価値を帯びるに至っているものの[81]、その法的性質や利用を定める包括的な立法はわが国には存在せず[82]、研究利用についてはガイドライン（いわゆるソフト・ロー）で対応されるにとどまり、基本的な問題は一般法（民法や刑法）の解釈に委ねられてきた。

もっとも、従来研究利用の場面では、ヒト由来物質のみを直接の対象として論じら

---

79 たとえば、疾患 P の患者の細胞を加工・培養すれば、疾患 P の特徴を有する細胞株が得られることがあり、これを用いれば疾患 P のメカニズム解明や治療薬の開発が容易になる可能性があるとされる（米村滋人「ヒト組織・胚の法的地位(1)」法セ 720 号（2014）95 頁）。

80 宇都木伸「人体由来試料の研究利用――その法的側面」医学のあゆみ 222 巻 2 号（2007）122 頁。

81 人体の商品化問題については、米本昌平『バイオエシックス（講談社現代新書）』（講談社、1985）179 頁以下、粟屋剛『人体部品ビジネス――「臓器」商品化時代の現実』（講談社、1999）、同「現代医療――人体の資源化・商品化と人間の尊厳」加茂直樹編『社会哲学を学ぶ人のために』（世界思想社、2001）180 頁以下、出口顯『臓器は「商品」か（講談社現代新書）』（講談社、2001）、ドナ・ディケンソン（中島由華訳）『ボディーショッピング』（河出書房新社、2009）など参照。

82 宇都木・前掲注(80)122 頁。

れることは少なかった。というのも、ヒト由来物質を対象とする研究は、人体それ自体を対象とする研究（臨床研究）と同じ規制に服すると解されていたからである[83]。しかし、近時こうした従来の取扱いに対しては、ヒト由来物質を対象とする研究は、人それ自体を対象とする研究と異なるとして、二つの相対立する要請が出ている。すなわち、一方で、臨床研究とヒト由来試料を用いた研究を同一の枠組で規制を行うことは、不必要に厳しい規制によって研究を阻害すること、また例外を設けようとすれば、臨床研究において問題となる基本的人権（「人間の尊厳」「身体の自律性」等）の価値のディスカウントにつながるとし、ヒト由来試料の規制は、その固有の性質に配慮して、臨床研究とは異なる枠組みで行うべきできであるとの要請（すなわち、ヒト由来物質の取扱いの緩和への要請）があり[84]、しかし他方で、ヒト由来物質は、人体から分離され、保存された後、使用されるため、人体それ自体よりも「物」として扱われやすく、また転々流通することにより提供者のコントロールが及びにくいという特性から生じる要請（すなわち、ヒト由来物質の手厚い保護への要請）がある[85]。このような相対立する要請をいかに調和していくかが今日大きな課題となっている。

（２）ヒト由来物質から派生する利益の帰属問題

ところで、民法学では、これまで身体やその部位（ヒト由来物質）の法的性質（それらが所有の客体になりうるか〔具体的には、民法 85 条の「物」に当たるか否か〕）を中心に議論がなされてきたこと、そしてそこでは、ヒト由来物質を所有権の客体とする見解（所有権構成）[86]と人格権の客体とする見解（人格権構成）[87]が対立してき

---

[83] たとえば、光石忠敬＝櫛島次郎＝栗原千恵子「研究対象者保護法要綱試案――生命倫理法制上最も優先されるべき基礎法として」臨床評価 30 巻 2=3 号（2003）369 頁。また、ヘルシンキ宣言の 2000 年改正では、「人を対象とする医学研究のうちには、個人を特定しうるヒト由来資料あるいは個人を特定し得るデータに関する研究も含まれる」（§1）と規定された。もっとも、これは従来の取扱いを確認したにとどまるとされる（この点は、唄孝一＝宇都木伸＝佐藤雄一郎「ヒト由来物質の医学研究利用に関する問題（上）」ジュリ 1193 号（2001）38-9 頁参照）。

[84] 町野朔ほか「バイオバンク事業の推進に向けた法的・倫理的課題の検討――ヒト由来試料利用の正当化に向けて」町野朔＝辰井聡子編『ヒト由来試料の研究利用』（上智大学出版、2009）21 頁。

[85] 宇都木・前掲注(80)123 頁。また寺沢知子「医的資源としての人体の『提供』の法的意味――民法の視点から見るわが国の問題状況」摂法 29 号（2003）48 頁、岩志和一郎「ヒト由来物質を巡る法的課題――わが国の議論」企業と法創造第 6 巻 3 号(2010) 119 頁も参照。

[86] たとえば、我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965）202-2 頁、米

たことは周知の通りである[88]。

もっとも、これらの議論は、ヒト由来物質の商品化をどのようにコントロールするかという点を中心に論じられているにとどまり、現実に商品化された後に生じる諸問題（特に、金銭的利益の帰属の問題）については十分に検討がなされてきたとは言えない。しかし、近年のバイオテクノロジーの発展は、ヒト由来物質を研究利用として用いることにより多くの金銭的利益を引き出すことを可能にし、それによってもたらされる利益の帰属をめぐる争いをもたらしている[89]。とりわけ、アメリカでは、医学研究の場面において、治療の際に患者から採取された細胞の特異性を発見した医師や研究者（及びそれらの所属機関）が、患者に無断でその組織・細胞から細胞株を開発し、特許出願及び商業化することにより、莫大な利益を上げるという事態が生じたことから、そうした問題が顕在化している。

わが国では、こうした問題は現在のところ顕在化していないものの、近時、研究成

倉明『民法講義　総則(1)――私権・私人・物』（有斐閣、1984）241-2 頁、幾代通『民法総則（第 2 版)』（青林書院新社、1984）157 頁、河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007）207 頁など。

87 たとえば、唄孝一「人工生殖の比較法的研究――総括まとめ 2　医事法の側面から」比較法研究 53 号（1991）109 頁、吉田邦彦「アメリカ法における『所有権法の理論』と代理母問題――フェミニズム法学・批判的人種理論・プラグマティズム法学に関する研究ノート」同・前掲書注(78)337 頁以下（初出、星野古稀『日本民法学の形成と課題下』（有斐閣、1996)、山畠＝五十嵐＝藪古稀『民法学と比較法学の諸相Ⅰ』（信山社、1996))、東海林邦彦「民事法学の視点から――民事法的視点から見た人間の身体・生命と先端生命科学・技術」北法 55 巻 2 号（2004）142 頁、神坂亮一「人由来物質の法的性格付けに関する一試論――レイディン教授の property 理論を導きの糸として」東海法学 32 号（2004）1 頁など。

88 人体の法的地位についての近時の研究として、吉田克己「身体の法的地位(1)(2・完)」民商 149 巻 1 号 1 頁、2 号 1 頁（2014）と櫛橋明香「人体の処分の法的枠組み(1)~(8・完)」法協 131 巻 4 号 1 頁、5 号 94 頁、6 号 89 頁、8 号 111 頁、9 号 143 頁、10 号 72 頁、11 号 1 頁、12 号 100 頁（2014）がある。これらの近時の議論と本稿の関係について述べると次のとおりである。すなわち、両者は、主として比較法の対象としてフランスを取り上げるのに対し、本稿は英米法を取り上げる点で区別される。またフランス法では直接、本稿の取り上げるヒト由来物質の無断利用による利益帰属問題は生じておらず、その意味で本稿の存在意義が否定されるものではないといえよう。

89 佐藤雄一郎「人由来物質の利用」甲斐克則編『レクチャー生命倫理と法』（法律文化社、2010）185 頁。こうした問題が生じる背景には、研究者はその組織の特許化を通じて権利を取得するのに対し、提供者は身体の no-property ルール（後述）の帰結として、その組織・細胞に対して権利を有さず、不均衡な状況が認識されるようになったことがある。この点は、佐藤雄一郎「人体の一部の法的性質と本人の権利――いわゆる『ヒト由来試料』をめぐって」私法 71 号（2009）237 頁でも既に指摘されている。

果に関する政策転換――すなわち、国費投入による研究成果の私有化の承認（1999年の産業活力再生特別措置法 30 条）――があったことを踏まえると、今後アメリカと同様の問題が起り得ることが予測される[90]。しかし、わが国では、こうした問題は、これまで認識されつつも（十分な検討を加えることなく）[91]、医学研究の社会的有益性（たとえば、新たな製薬開発など）を考慮して、一般に研究者やその所属機関の得た利益を吐き出させることに否定的であった[92]。

---

[90] この点は、三瀬朋子『医学と利益相反――アメリカから学ぶ』（弘文堂、2007）第2章参照。

[91] この問題は、アメリカの Moore 事件（第 1 章で詳述する）の登場以後、わが国でも認識されるようになったようである。この問題に言及する邦語文献として、たとえば、丸山英二「人体を材料とするバイオテクノロジーと法」法セ 438 号（1991）10 頁、岩志和一郎「ヒト由来物質を巡る法的課題――わが国の議論」企業と法創造第 6 巻 3 号（2010）116 頁などがある。また、ヨッヘン・タウピッツ（一木孝之訳）「原材料としての人間：その利益はだれのものか？――利得と損害の狭間に位置する人体細胞の利用について」比較法学 34 巻 1 号（2000）173 頁（タウピッツ①）、同（高嶌英弘訳）「人間の身体に由来する物質の利用に関する民事上の諸問題」民商 130 巻 4=5 号（2004）（川角由和ほか編『ヨーロッパ私法の展開と課題』〔日本評論社、2008〕所収）（タウピッツ②）でも言及されている。

[92] たとえば、丸山・前掲 11 頁、吉田邦彦ほか「物権的請求権と占有訴権」鎌田薫ほか編『民事法 I　総則・物権（第 2 版）』（日本評論社、2010）232 頁（吉田執筆）、岩志・前掲 120 頁が挙げられる。以下では、各見解の概要を紹介し、若干コメントを付しておこう。

まず丸山は、次のように述べる。すなわち、「収益に結び付く細胞・組織はごく僅かであり、また収益性が判明するまではかなりの時間がかかること、および研究には多数の細胞系が用いられることが多いこと、などから、収益をもたらした細胞・組織の提供者に対して利益配分を正しく行うためには、研究者が提供者についての正確な記録を作成・保存することが必要で、そのための費用は提供者に還元される利益をはるかに凌ぐものと予測される、というのを聞くと、実際的な解決の難しさを感じざるを得ない」と。つまり、丸山は、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しを研究現場の実務的要請を理由に否定しているといえよう。確かに、医学研究の社会的重要性を踏まえると、こうした実務的な視点は重要である。しかし、丸山においては、ヒト由来物質とその由来者との結びつきが残されていることは意識されていない。本稿は、従来、実務的な要請が重視され、由来者の保護が閑却・周縁化されていることを踏まえ、由来者の側から検討を加えてみようとするものである。もちろん、結論として由来者への利益帰属は否定されるかもしれないが、こうした視点を等閑視する状況よりは望ましいであろう。

次に、吉田は、次のように述べる。すなわち、「情報に関する排他的支配をどこまで認め、どこからをコモンズないし、パブリック・ドメイン〔公共領域〕にして、研究推進のインセンティブを与えるかに関わる知的所有権法上の問題がここにはある。利益分配上の不均衡にかんがみると、素材提供者の利益請求もわからなくないが、その論理に難がなくもなく、特許システムの制度的問題が背後に控えるといえるであろう」と。つまり、吉田は、利益吐き出しを否定する根拠として、第 1 に、ヒト由来物質というものは、本来、公において自由に利用すべきもの（パブリックグッズ）であ

しかし、こうした立場は、患者など被験者の利益を犠牲にして自らの金銭的利益を追求する誘因を研究者に与えるのみならず、細胞株のようなヒト由来物質が単なる物とは異なることをほとんど考慮していない[93]。ヒト由来物質によってもたらされる利益については、ヒト由来物質の法的性質を踏まえた上で、他の利益とは異なる慎重な扱いが必要となる。この点にこそ、本稿が利益吐き出しの理論的根拠を検討する素材として、この問題を取り上げた理由がある。

（3）小括

以上のようなヒト由来物質をめぐる議論状況を前提としたうえで、本稿はこれらの

ること、そして第 2 に、――吉田も、ヒト由来物質の無断利用問題において生じる「利益分配上の不均衡」という問題があることを十分に認識しつつも――、由来者への利益帰属の根拠付けの困難性という点を挙げている。このような吉田の理解に対しては、本稿は次のような疑問を持つ。まず第 1 の点（ヒト由来物質＝情報と解する点）について。確かに、ヒト由来物質を情報と解する見解は英米においても見られるが、他方で、ヒト由来物質を人格的所有物（後述する）と性質決定し、その特殊性を強調する見解も彼地ではみられるところである。仮に結論としてそうした取扱いができないとしても、その論証がなされずに、ただちに「情報」であるとして扱われるべきではないのではなかろうか。また第 2 の点（由来者への利益帰属の根拠付けのが困難性）については、確かにそのとおりであるが、それは従来の利益吐き出しの根拠論（制裁・抑止論）を前提とするものだからであり、人格的所有物の性格を踏まえつつ、新たな根拠付けを試みることこそ志向されるべきではなかろうか。本稿は、ヒト由来物質の特殊性を踏まえつつ、その利益帰属の根拠を検討してみたい。

最後に、岩志は、次のように述べる。すなわち、「研究者が身体物質の研究から新たに財産的価値を生みだしたような場合に、原帰属者がその財産的利益までを損害として主張できるかどうかは疑わしい。提供された身体物質と原帰属者は人格的利益においてのみつながっているのであり、賠償の範囲は人格権侵害の範囲にとどまると解するのが相当である」と。この点、岩志によれば、ヒト由来物質とその由来者は完全に切断されないという人格的所有物の特殊性が――暗黙裡に――認識されているといえ、本稿の立場からは肯定的に評価されるべきであろう。しかし、利益吐き出しについては、「人格権侵害の範囲にとどまると解するのが相当」と述べるのみであり、否定される理由は明確ではないが、おそらく人格権侵害による賠償範囲としては慰謝料にとどまるという趣旨であろう。しかし、人格的なつながりがあるモノが侵害された場合の賠償範囲は慰謝料にとどまるべきとするのは、現在の理解を所与の前提としており、ヒト由来物質に特殊性を与えるのであれば、人格的所有物に即した新たな損害論こそ構築されるべきなのではなかろうか。

このように、従来の利益吐き出しの否定的見解には、いずれも疑問の余地が残されており、本稿では上記で指摘した観点から、より立ち入って検討を加えていきたい。

[93] ヒト由来物質の性質については、神坂・前掲注(87)1 頁以下のほか、米村滋人「医学研究における被験者意思と倫理委員会――生体試料提供の諸問題に着目して」ジュリ 1339 号（2007）11 頁以下、岩志・前掲注(91)116 頁以下、西希代子「ヒト組織の医学的利用に関する法的・倫理的諸問題：民事法学の立場から――ヒト組織提供行為の私法的性質を中心として」慶應法学 29 号（2014）43 頁以下なども参照。

無断利用による利益吐き出しの問題を考察することにより、本稿の２つの課題――①利益吐き出しの実質的根拠と②利益吐き出しの根拠論の類型化――を明らかにしていきたい。こうした考察は、少なくとも、従来知的所有権侵害の議論が人格権侵害にも類推されてきたため、後者の側の特殊性を踏まえた検討がなされていないことを踏まえると、従来の議論を批判的に見直すうえで有益であると考える。

第３節　分析方法および叙述の構成

（１）分析方法

本稿は、以上の検討に際して、比較法的手法を用いることとし、具体的には、英米法[94]を取り上げる[95]。その理由としては、以下の 3 点が挙げられる。

第１は、英米法における利益吐き出しの考察がわが国ではいまだ不十分であるという点に求められる。すなわち、わが国における利益吐き出しをめぐる議論は、従来、主としてドイツ法に関する議論（たとえば、準事務管理をめぐる議論や人格権侵害が問題となったモナコ王女事件に関する議論など）が比較対象とされてきた。これに対し、英米法における利益吐き出しをめぐる議論は、――懲罰的損害賠償に関する議論の豊富さとは対照的に――、一部の領域（具体的には、信認義務違反など）を除き、十分には先行研究において紹介および検討されておらず、その全体像が明らかにされていないままであり[96]、また考察も一部の領域に限定されており、領域横断的な考察は不十分である。とりわけ、英米法は、比較法的な視点からみると、大陸法よりも利益吐き出しを広く認める立場を採用しており、利益吐き出しについて多くの議論の蓄積がみられ、これらを検討することは一定の意義があると思われる。

---

94 比較法としての英米法研究の意義については、松本恒雄「民法学におけるアメリア法研究の位相」法時 56 巻 1 号（1984）32 頁以下、同「日本の民法学における英米法研究」民商 131 巻 6 号（2005）1 頁以下、吉田邦彦「アメリカ法学からみた日本民法のアイデンティティ――M・スミス教授報告へのコメント」同『都市居住・災害復興・戦後補償と批判的『法の支配』〔有斐閣、2011〕331 頁以下（初出、民商 135 巻 4=5 号（2007））など参照。

95 ただし、コモン・ローの原状回復法の発展の特殊性に起因して、必要な限りで、他のコモン・ロー諸国（オーストラリア、カナダなど）の議論（とくに、学説のそれ）についても取り上げることとする。

96 近時のものとして、櫻井博子「アメリカ法における違法に取得した利益に対する責任――第三次原状回復･不当利得法リステイトメントを中心に」都法 56 巻 1 号(2015) 737 頁がある。もっとも、そこでは本稿のような利益吐き出しの根拠ないし機能の多元性については意識されていないように思われる。

第 2 は、――第 1 の議論の主領域である――英米原状回復法（restitution law）に関する議論が近年豊富に蓄積されている点に求められる。従来、英米法では、原状回復法――わが国の不当利得法および事務管理法に相当する――に対する関心が弱く、ドイツ法と比較すると、また英米の他の法領域（たとえば、契約法や不法行為法）と比較すると、原状回復法研究は周縁化されてきた[97]。しかし、――ヨーロッパ法の統一という背景事情もあったためか[98]――近時（とりわけ、1980 年代以降）イギリス法における原状回復法研究は大きく進歩しており[99]、利益吐き出しについても豊富な議論（比較法研究を含む）の蓄積がみられる。またアメリカ法においても、――イギリスと比較するとその関心はいまだ低いものの――近年、第三次原状回復回復法・不当利得リステイトメント（草案は、Andrew Kull が担当）（2001 年に第 1 草案制定。その後、2011 年に正式に承認）[100]が制定され、その過程で多数の議論がなされており[101]、

97 もっとも、そのような状況下において、わが国において英米の原状回復法（とりわけ、第 1 次原状回復リステイトメントを中心とする議論）の紹介および検討を加えた先行研究としては、谷口知平『不当利得の研究』（有斐閣、1949）や松坂佐一『英米法における不当利得』（有斐閣、1976）がある。とりわけ、前者は、「英米法を通じてドイツ法の影響を相対化させようとした」と評されている（藤原正則「谷口知平『不当利得の研究』」加藤雅信編『民法学説百年史』（三省堂、1999）539 頁）。しかし、英米のこの領域の進展は、これらの業績の公刊以後著しく進展しており、補充していくことが必要であると考える。

98 ヨーロッパ法統一と不当利得法との関連については、さしあたり、ラインハルト・ツィンマーマン（油納健一ほか訳）「ヨーロッパ不当利得法――序論」民商 140 巻 4=5 号（2009）28 頁、ヤン・M・スミッツ「不当利得に関するヨーロッパ法？――共通参照枠草案における原状回復法の批判的考察」民商 140 巻 4=5 号（2009）70 頁、瀧久範＝松岡久和「ツィンマーマン教授との研究会における議論の概要」民商 140 巻 4=5 号（2009）87 頁など参照。

99 この点、近時のイギリス原状回復法の進展は、ある比較法学者の言葉を借りれば、「ドイツ法が不当利得法の発展に 100 年かかったことを、イギリス法は 10 年でやり遂げた」と言わしめる状況である（GERHARD DANNEMANN, THE GERMAN LAW OF UNJUSTIFIED ENRICHMENT AND RESTITUTION: A COMPARATIVE INTRODUCTION（Oxford U. P., 2009）4）。

100 第三次原状回復法・不当利得法リステイトメントについての邦語文献としては、笹川明道「米国での『第三次原状回復・不当利得リステイトメント』の刊行について」神戸学院法学 42 巻 3=4 号（2013）323 頁以下が詳しい。なお、第 2 次原状回復リステイトメントについては、1980 年中頃に制定の動きがあったが、二つの草案が公表されるにとどまった（RESTATEMENT (SECOND) OF RESTITUTION（Tentative Draft No.1, 1983）; RESTATEMENT (SECOND) OF RESTITUTIN（Tentative Draft No.2, 1984）.なお、この点については Chaim Saiman, *Restating Restitution: A Case of Contemporary Common Law Conceptualism*, 52 VILL L. REV. 487, 489 nn.6(2007)を参照）。その意味で、実質的には第二次原状回復リステイトメントというべきであろう（平田健治「事務管理及び支出利得類型の比較法的定位――回復法リステイトメント（第三次）

また本稿も注目する新たな利益吐き出しの理論的根拠を提示する見解（Hanoch Dagan）も登場しており、英米法圏内において注目を集めている[102]。とりわけ、Daganの研究は、本稿の構想に大きな示唆を与えてくれた。このように、英米における原状回復法の研究は進展しており、彼地の議論状況は、わが国で従来想定されていたよりも大きく進展していると考えられ、利益吐き出しについて論じるのであれば、これらを無視することはできないと思われる。

第3に、とりわけアメリカ法は、ヒト由来物質の無断利用をめぐる議論が豊富である点にある。敷衍すると、①アメリカは、科学研究成果による商品製造の積極化に向けた政策変更（具体的には、1980年バイ・ドール法〔国費による研究成果の研究者ないし大学による私有化の承認〕の制定）及び製薬会社の急成長に伴う医学研究への需要の増加を背景に、医師が自らの利益追求に走ることにより、被験者たる患者を商品化する問題が顕在化している点（1990年のMoore v. Regents of the University of California事件がその代表例である）、②①を契機にアメリカの学説は、利益の吐き出しによる保護も含めて人体の取り使いに関して積極的に論じており、多くの議論の蓄積があることが挙げられる。

（2）叙述の構成

本稿は、以下の順序に従って検討を進める。

第1に、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しの問題が顕在化したアメリカ法の状況について概観することとしたい（第1章）。ここでは、ヒト由来物質の無断利用の文脈でも提供者への利益の帰属の根拠付けが問題となっていることが明らかとされるであろう。

（2011）の比較法的意義」阪大法学64巻3=4号（2014）63頁）。

101 第三次原状回復リステイトメント刊行後、二つのシンポジウムが開催されている。1つは、2011年2月25日にワシントン・アンド・リー大学ロー・スクールにおいて、「Restitution Rollout: Restatement(Third) of Restitution and Unjust Enrichment」というテーマで行われた（68(3) WASHINGTON & LEE L. REV. 865(2011)）。もう1つは、2011年9月16日・17日に、ボストン大学ロー・スクールで「A Conference on Restitution and Unjust Enrichment」というテーマで行われた（92(3) BOSTON UNIVERSITY L. REV. 865(2012)）。

102 たとえば、Katrina M. Wyman, *Is Formalism Inevitable?*, 57 U. T. L.J. 685(2007)；Emily Sherwin, *Rule-Oriented Realism*, 103 MICH. L. REV. 1578(2005)など。

第 2 に、利益吐き出しの理論的根拠として伝統的に説かれてきたものを英米の判例法から抽出し、個々の理論的根拠を説明したうえで、批判的に検討を加える（第 2 章）。ここでは、英米の判例は、文脈によって利益吐き出しの根拠を使い分けており、多元的な立場が採られていることが明らかとなるであろう。

第 3 に、伝統的な立場とは全く異なる観点から、利益吐き出しの根拠付けを試みる近時のアメリカの学説（Hanoch Dagan）の見解を取り上げ、検討を加える（第 3 章）。ここでは、従来の理論的根拠とは異なる利益吐き出しの理論的根拠が示されることになろうであろう。

第 4 に、第 2 および第 3 で示された利益吐き出しの理論的根拠を踏まえ、利益吐き出しを多元化（類型化）し、個々の類型ごとに利益吐き出しの要件・効果を再構成することを試みる（第 4 章）。

最後に、以上の比較法考察を踏まえ、わが国への示唆を求める（結章）。

第１章　ヒト由来物質の無断利用と利益吐き出し問題

まず、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出し問題についてアメリカ法の状況に一瞥を与えることとしよう。

この問題は、アメリカ法では、1990 年の Moore v. Regents of the University of California 事件[1]（以下では、「Moore 事件」という。）を契機に学説においても大々的に論じられており、多くの議論の蓄積がみられる。以下では、まず Moore 事件を取り上げるに先立ち、英米における Moore 事件以前の人体やその部位をめぐる議論状況を概観することとする（第 1 節）。次に、Moore 事件を取り上げ、事実および判決の概要を紹介する（第 2 節）。最後に、Moore 事件をめぐる学説の議論状況を俯瞰する（第 3 節）。

本稿は、これらの考察を行うことによって、この問題の本質が、――政策論ではなく――利益吐き出しの理論的根拠であることを示す。

第１節　Moore 事件以前の英米法の議論状況

本節では、まず Moore 事件以前にヒト由来物質の無断利用類似の問題が英米において生じていたか否かを明らかにするために、英米法における人体やその部位をめぐる従来の議論状況（とくに判例の議論状況）を簡単に概観しておくことにしよう（第 1 款）。ここでは、伝統的には、ヒト由来物質から生じる利益の問題は顕在化していなかったことを指摘する。次に、こうした伝統的な議論状況が大きく変化する――すなわち、ヒト由来物質の無断利用という問題が顕在化する――原因、すなわち、技術発展および社会背景の変化について少し立ち入って検討を加えておくこととしたい（第 2 款）。Moore 事件の登場は、当時（1980 年代）のアメリカの社会背景の変化と大きくかかわっているからである。

第１款　従来の議論状況

（１）人体ないし部位の法的取扱いの概観

英米法では、人体をめぐっては、伝統的に①死体、②臓器、③血液の法的位置づけ――具体的には、物（property）と捉えるか否か――を中心に議論がなされてきた[2]。もっとも、

---

[1] 249 Cal. Rptr. 494(Cal. Ct. App. 1988) ; 793 P.2d 479(Cal. 1990).

[2] このほかにも、近時では、――ヒト由来物質の一種ともいえるが――精子・卵子ないし受精卵に関する議論もみられるが、本稿の目的――Moore 事件以前の人体をめぐる英米の議論状況を認識すること――からは必要ないと思われることから、立ち入らない。これらについては、さしあたり、石川稔「凍結受精卵の法律問題――受精卵採卵裁判を素材としつつ」法

これらの問題は本稿の直接の関心対象ではないことから、以下では――従来ヒト由来物質の無断利用問題が生じていたかどうかという本稿の関心との関連で――判例・制定法の状況を簡単に言及するにとどめる。

まず、この問題の当初の中心をなした[3]①死体については、英米では、非金銭的な利用（具体的には、聖者による遺骨の崇拝、展示や保存、医学教育目的での利用（たとえば、解剖利用）にとどまった[4]）の文脈で、その法的位置づけが問題となった[5]。この点につき、（ア）財貨性を否定する――no property とする――イギリス法[6]と（イ）そうした立場を継受しつつも、その後一

セ 426 号（1990）14 頁以下、中村恵「Davis v. Dacis, 842 S.W. 2d 588(Tenn, 1992)」アメリカ法 1996-1 号（1996）380 頁以下、尾島茂樹「離婚と凍結受精卵の処置――アメリカにおける最近の議論を中心として」名古屋大學法政論集 201 号（2004）667 頁以下などを参照されたい。

[3] Thomas P. Dillon, *Source Compensation for Tissues and Cells Used in Biotechnical Research: Why a Source Shouldn't Share in the Profits*, 64 NOTRE DAME L. REV. 628, 630 (1989)（人体をめぐる問題は、当初、死体の所有をめぐって論じられたと指摘する）; Erik B. Seeney, *Moore 10 Years Later—Still Trying to Fill the Gap: Creating a Personal Property Right in Genetic Material*, 32 NEW ENGLAND L. REV. 1131, 1131-2 (1998)（「バイオテクノロジー会社、組み換え DNA，あるいはウエスタンブロット（Wstern Blits）が登場するまでは、身体に対する唯一の関心は、死体に対する関心であった。社会の主な関心は、死体の適切かつ『しかるべき埋葬』であった」と指摘する）。

[4] Dillon, *id.* at 630.

[5] 死体の法的位置づけをめぐる問題については、後述の引用文献のほか、Paul Matthews, *Whose Body? People as Property*, 36 C. L. P. 192(1983)；Radhika Rao, *Property, Privacy, and the Human Body*, 80 B. U. L. REV. 359(2000)；ROHAN HARDCASTLE, LAW AND THE HUMAN BODY: PROPERTY RIGHTS, OWNERSHIP AND CONTROL（Hart Publishing, 2007）12~；REMIGIUS N. NWABUEZE, BIOTECHNOLOGY AND THE CHALLENGE OF PROPERTY: PROPERTY RIGHTS IN DEAD BODIES, BODY PARTS AND GENETIC INFORMATION（Ashgate Publishing, 2007）44~；Mark Pawlowski, *Property in Body Parts and Products of the Human Body*, LIVERPOOL L. REV. 35, 38~(2009)などを参照。また、わが国の先行研究として、佐藤雄一郎「死体の処分方法に対する生前の指示権」東海法学 22 号（1999）216 頁以下、同「死体に対する遺族の権利について――承諾亡き臓器摘出をめぐって」東海法学 24 巻（2000）41 頁以下、宇津木伸「死体検査の際に採取されたヒト由来物質――イギリスの最近の動向に関する覚え書き」東海法学 27 号（2002）239 頁以下、同「死体からの臓器・組織の研究利用――イギリスの例から」ジュリ 1247 号（2003）62 頁以下、佐藤雄一郎「死体に対する遺族の権利について」岩田太編著『患者の権利と医療の安全』（ミネルヴァ書房、2011）150 頁以下なども参照。個別の判例についてはこれらの先行研究にすべて譲ることとし、引用は省略する。

[6] その根拠は、明確とは言えないものの、近時の判例が述べるところによれば、（ア）生きている人が自己の身体ないしその一部を所有することができないのだから、死亡によって、生きているときに存在しなかった所有権が成立するということはあり得ないこと、（イ）死体を埋葬以外の目的に利用することはその神聖さを冒涜すること、（ウ）公衆衛生のために死体は直ちに埋葬されることが望ましいこと、などに求められる（Yearworth v. North Bristol NHS Trust, [2009] EWCA Civ 37, [2010] QB 1, [31]. 同事件については、Cynthia Hawes, *Property Interests in Body Parts: Yearworth v. North Bristol NHS Trust*, 73

定の社会的必要性（たとえば、埋葬方法に関する故人や遺族の意思の尊重および死体損壊に対する遺族の権利〔慰謝料請求権〕保護[7]）のために財貨性を部分的に承認するに至った――quasi property とする――アメリカ法とで立場が分かれていた。もっとも、後者においても、死体を完全に物（商品）として扱い、金銭的な取引（売買）の対象とすることを意図したものではなかったことから、両者はそれほど大きな違いがあったわけではない。

次に、②臓器については、英米では医学の発展による臓器移植が可能になることに伴ってその法的位置づけが問題となった[8]。もっとも、この点は、アメリカでは主として制定法――具体的には（ア）連邦法である全米臓器移植法（The National Organ Transplant Act）と（イ）州法である統一死体提供法（Uniform Anatomical Gift Act）[9]に大別される――により規定されている。結論のみ述べると、両者は、――いずれも一定の留保が必要であるものの――臓器を財貨として扱うことに否定的な立場を採っている点で一致している[10]。

MLR 130, 131~(2010)を参照)。

7 もっとも、この問題は、本来不法行為法によって対応されるべきものであったともいえるが、アメリカ不法行為法（訴訟）には制度的制約（具体的には、被告による故意性の証明や身体的損害や金銭的損害の証明）があったために、必ずしも遺族の権利（慰謝料請求権）は保護されなかった。そのため、準所有権が不法行為法（訴訟）の不十分性を代替する機能を担ったとされる（この点については、Rao, *supra* note 5, at 385；NWABUEZE, *supra* note 5, at 59；Dina Mishra, *Tis Better to Receive: The Case for an Organ Donee's Cause of Action*, 25 YALE LAW & POLICY REVIEW 403, 405(2007)など参照)。なお、近時は、不法行為訴訟の改善が進みつつあり、今後この類型では、準所有権理論に頼る必要性がなくなる可能性もあり得るし、また現にそのような方向性は近時の判例でも見られる（以上の点につき、Erin Colleran, *My Body, His Property: Prescribing a Framework to Determine Ownership Interests in Directly Donated Human Organs*, 80 TEMP. L. REV. 1203, 1207(2007)を参照)。

8 臓器の法的位置づけをめぐる問題については、Mary Taylor Danforth, *Cells, Sales, and Royalities: The Patient's Right to a Portion of the Profits*, 6 YALE L. & POL'Y REV. 179, 194(1988)；Michelle Bourianoff Bray, *Personalizing Personality: Toward a Property Right in Human Bodies*, 69 TEX. L. REV. 209, 222(1990)；Maureen S. Dorney, *Moore v. The Regents Of The University of California : Balancing The Need For Biotechnology Innovation Against The Right Of Informed Consent*, 5(2) HIGH TECH. L. J. 333, 366(1990)；Stephen A. Mortinger, *Spleen for Sale: Moore v. Regents of the University of California and the Right to Sell Parts of Your Body*, 51 OHIO ST. L. J. 499, 508(1990)；Chales M. Jordan, Jr & Casey J. Price, *First Moore, Then Hecht: Isn't It Time We Recognize A Property Interest In Tissues, Cells, And Gametes?*, 37 REAL PROPERTY, PROBATE AND TRUST JOURNAL 151, 157(2002)などを参照。わが国の先行研究として、森本直子「死体臓器の摘出とデュー・プロセス――反対意思表示方式による角膜等の摘出に関する合衆国の判例を中心に」比較法学 37 巻 1 号（2003）1 頁以下など参照。

9 なお、同法の 87 年改訂版の翻訳として、丸山英二「統一死体提供法」神戸 24 巻 4 号（1975）427 頁以下がある。

10 全米臓器移植法は、明確に移植使用目的での有価約因（valuable consideration）での人の臓器の取得等を禁止している（42 U.S.C. 274e(a)）。また統一死体提供法も、《移植や療法

最後に、③血液についてみると[11]、制定法（州法および連邦法）は、血液の売買を一定程度認めている[12]。また判例では、（α）担保責任の適用の場面と（β）所得税法上の所得判定の場面でその法的位置づけが問題となっている。具体的には、（α）の場面では、判例は、提供者が営利目的か否かをメルクマールとして、血液の財貨性を判断している（営利目的でない場合には、財貨性を否定するのに対し、営利目的である場合には、財貨性を肯定する）[13]。これに対し、（β）（所得判定）の場面では、判例は、血液の財貨性を肯定する立場を採っていると解される[14]。要するに、判例は、血液の市場取引が現に行われている場合には、財貨として扱うことを追認するが、そうではない場合には、財貨として扱うことに慎重な態度を採っていると言えよう。

（2）小括

このように、英米法において人体は、文脈により異なる取り扱いがなされており、一律に性格づけることはできないといえよう。この点については、Rao の次の叙述が端的に英米の状況を物語っているであろう。すなわち、――――

> 英米判例における「身体に関する法は、現在、混乱ないしカオスの状態である。ときおり、身体は、財貨として性質づけられ、ときおり、それは準財貨として分類され、そしてときおりそれは全く財貨とみなされず、人格権の主体とみなされる」と[15]。

こうした英米法の人体（ないしその部位）の取扱いをいかに評価するかは問題となるが、この点は本稿の検討対象ではないことからこれ以上立ち入らない。しかし、以上の考察からは、以下の示唆を得ることができたといえよう。すなわち、後述するヒト由来物質の無断利

目的》による身体部位の売買を禁止する（1987 UAGA § 10(a)）。

[11] 血液の法的位置づけをめぐる問題については、Rao, *supra* note 5, at 371~ ; Jennifer Lavoie, *Ownership of Human: Life After Moore v. Regents of the University of California*, 75 VA L.REV. 1363, 1372(1989)などを参照。

[12] たとえば、州法は、生命に関わらない量の売買を禁じていない。

[13] こうした判断の背景には、医療機関や血液バンクが営利を目的とするものではなくいことから、これらの機関を厳格な担保責任に服させしめるべきではないとする一種の政策的判断があったように見受けられる。

[14] その根拠として、血液売買による収入が、通常の有体製品の売買による収入と同様に課税対象になることが挙げられる。

[15] Rao, *supra* note 5, at 363~.

用のような金銭利益が生じるという問題は、従来の英米の人体をめぐる議論の俎上には載せられていなかったということである。その理由としては、そもそも Moore 事件以前にはそうした問題が――技術的制約を伴ったため――顕在化していなかったからであると推測されよう（この点は、学説のヒト由来物質の無断利用と利益帰属をめぐる膨大な議論も Moore 事件以後に展開されたものであったことからも間接的に明らかであろう）。

第２款　従来の議論状況の転換――技術発展および社会背景の変化

もっとも、こうした従来の議論状況は、1970 年代後半以降、技術発展および社会背景の変化により、大きな転換を迎えることになる。具体的には、①バイオテクノロジー研究の発展（第１項）、②連邦最高裁の特許法解釈の変更（遺伝子特許の承認）（第２項）、さらに②を推し進める背景となった③連邦政府の研究特許政策の変更（国費による研究成果の私的所有の承認）（第３項）がヒト由来物質の無断利用問題を引き起こす契機となったといえよう[16]。以下では、これらの状況に若干立ち入って考察することにより、Moore 事件登場の背景を明らかにすることを試みる。

第１項　バイオテクノロジー研究の進展と新たな法的問題の出現[17]

（１）バイオテクノロジー研究の進展

バイオテクノロジー研究は、近年、科学分野の中でその最も急速に発展している領域の一つであると評されている[18]が、とりわけ、その中でも以下の三つの領域が今日重要であるとされる。すなわち、①組織培養テクノロジー（連続培養において成長し、そして繁殖可能な細胞株の発展の方向に向けられた研究を含む。Moore 事件はこれに当たる）、②融合細胞（hybridoma）（癌細胞と抗体を作る細胞の融合から生じる細胞を指す）、③組み換え DNA テクノロジーである（これ

16 科学の進歩にしたがって、人体またはその一部（ヒト由来物質）は、生体か死体かにかかわらず、医療資源として、あるいは研究試料として、利用価値のあるものとして認識されはじめたといえる（この点につき、寺沢知子「医的資源としての人体の『提供』の法的意味――民法の視点から見るわが国の問題状況」摂法 29 号（2003）34 頁以下、神坂亮一「人由来物質の法的性格付けに関する一試論――レイディン教授の property 理論を導きの糸として」東海法学 32 号（2004）1 頁以下を参照）。

17 Dorney, *supra* note 8, at 366.

18 James P. Leeds, *Moore v. Regents of the University of California: More for Biotechnology, Less for Patients*, 25 IND. L. REV. 559, 560(1991).　バイオテクノロジー産業の急速な成長・発展は、主として Watson および Crick による DNA 構造の発見（1953 年）と Cohen および Boyer によるある有機体（organism）から他の有機体に遺伝子情報を伝達する方法の発見（1973）という二つの重要な発展に帰することができるとされる。

らの詳細については筆者の能力を超えることものであることから立ち入らない）[19]。このようなバイオテクノロジーの急速な発展は、研究におけるヒト由来物質（特に、人間の組織および細胞）への需要増加をもたらしたとされる。というのも、ヒト由来物質は、重要な遺伝子情報源として必要不可欠であり、また人間の細胞株の開発および融合細胞の製造の際に有益であったからである[20]。

（２）新たな法的問題の出現

ところで、このようなバイオテクノロジーの発展およびそれに付随するヒト由来物質の需要の増加は、新たな法的問題をもたらし、法学者に投げかけた。具体的には、①ヒト由来物質の使用から得た研究成果に対する研究者の権利（特許権）の問題（→知的所有法の問題）、②ヒト由来物質に関する研究の直接的な成果（製品、収益、あるいは知識）に対する提供者（患者・被験者・由来者）の権利の問題（→民法・医事法の問題）、そして③提供者のヒト由来物質の使用および研究から生じる潜在的利益に関して利用者（医者・研究者）が提供者（患者）に開示しなければならない情報の問題（→民法・医事法の問題）などである[21]。

これらの問題をどのように理解するかは、バイオテクノロジー研究、バイオテクノロジー産業、そして利用者と提供者の関係――具体的には、医者と患者の関係――に重大な影響を及ぼすことになるといえよう[22]。

これらの問題のうち最初に顕在化したのは①の問題であった（そして、Moore 事件において、②③の問題が顕在化した）。この問題自体は、知的所有法の問題であり、本稿の直接の関心対象ではないものの、Moore 事件のような、ヒト由来物質を無断でも使用するインセンティブを研究者に与える要因の一つとなったことから、簡単にみておくことにしよう[23]。

---

[19] これらについては、Leeds, *id.* at 560~引用の文献に譲る。

[20] *Id.* at 560-1.

[21] ヒト由来物質の研究利用についての法的問題については、唄孝一＝宇都木伸＝佐藤雄一郎「ヒト由来物質の医学研究利用に関する問題（上）（下）」ジュリ 1193 号 36 頁以下、1194 号 91 頁以下（2001）、宇都木伸ほか「〔座談会〕人由来物質の医学研究利用のために」ジュリ 1247 号（2003）6 頁以下など参照。

[22] Leeds, *supra* note 18, at 561-2.

[23] Christopher Heyer, *Moore v. Regents of University of California: The Right of Property in Human Tissue and Its Effect on Medical Research*, 16 RUTGERS COMPUTER & TECH. L. J. 629, 641(1990). 遺伝子特許の問題に関するわが国の先行研究として、平井昭光「バイオテクノロジーの保護と特許保護対象適格要件の現代的課題」法学政治学論究 32 号（1997）43 頁以下、同「保護対象適格要件の再考に関する一試論――バイオテクノロジー関連特許における考察から」特許研究 24 号（1997）4 頁以下、同「バイオテクノロジー成果物の保護に関する最近の諸問題（その１）（その 2・完）」知財管理 50 巻 6 号 747 頁以

第 2 項　具体的な問題：遺伝子特許の問題

（1）アメリカ特許法の問題点

今日、アメリカにおいて、研究者がヒト由来物質の研究から生み出した研究成果（発明）は、「特許権」により保護され得ることは異論ない[24]。

もっとも、こうした取扱いは、1980 年のアメリカ連邦最高裁の承認によるものであり、それ以前には自明のことではなかった。というのも、連邦特許法の要件との関係で、バイオテクノロジー関連発明が特許の対象となり得るのかが明確ではなかったからである。この点を敷衍すると次のとおりである。すなわち、米国特許法 101 条によれば[25]、特許の対象物は、（a）「発明（invention）」――それは（a-1）主観的な着想（subjective conception）（知られている又は知られていない全てのアイディアから構成される）と（a-2）有形の具象化（tangible embodiment）（主観的な着想を便利な物質の形態にする行為）から構成される――に制限され、またその発明は（b）新規性――すなわち、以前に主観的に知られておらず、そして客観的に存在していないものであること――を具備することが要求されたからである[26]。要するに、特許可能な物は、（「自然に存在する物」と区別された）「人間の作ったもの」であることが要求されていたわけである。そしてこうした観点から、微生物（microorganisms）や細胞株などの「生きている」目的物は「自然の産物」と解され、特許の対象とみなされないと従来解されていた[27]。

下、7 号 953 頁以下（2000）、ジョン R. トーマス「バイオテクノロジーにおける非自明性――米国特許法における Duel 判決の影響」知財研フォーラム 45 号（2001）28 頁以下、Brad Sherman（才原慶道訳）「遺伝資源へのアクセスと利用の規制――知的財産法とバイオディスカバリー」知的財産法政策学研究 8 号（2005）37 頁以下などがある。もっとも、近時、アメリカでは遺伝子特許を無効とした判例も登場しているが、この点については立ち入らない。この問題については、加藤浩「遺伝子の特許適格性に関する一考察」日本大学知財ジャーナル 7 号（2014）25 頁以下を参照されたい。

[24] アメリカ特許法一般については、アーサー・R.ミラー＝マイケル・H.デービス著（藤野仁三訳）『アメリカ知的財産権法』（八朔社、2008）を参照。

[25] 35 U.S.C. § 101 (1982). 101 条は次のように規定する（訳は、ヘンリー幸田『米国特許法逐条解説』（発明推進協会、2013））67 頁に負う）。

「新規かつ有用なプロセス、機械、生産品、組成物、またはそれらの新規かつ有用な改良を発明ないし発見した者は、本法の定める条件および要件に従って特許を受けることができる。」

[26] Allen B. Wagner, *Human Tissue Research: Who Owns the Results?*, 3 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH L. J. 231, 237(1987).

[27] たとえば、Funk v. Kalo, 333 U.S. 127 (1948). 以上については、John J O'Connor, *The Commercialization of Human Tissue—The Source of Legal, Ethical, and Social Problems: An Area Better Suited to Legislative Resolution*, 24 LOY. L.A.L. REV. 115,

（２）判例における遺伝子特許の承認

もっとも、こうした伝統的理解は、――後述する連邦政策の転換と相前後して――変更されるに至る。すなわち、微生物（石油を食べるバクテリア）の特許適格性が争われた 1980 年の Diamond v. Chakrabarty（以下では、「Diamond 事件」という）[28]の最高裁判決は、「太陽の下、人間によって創造されたあらゆるもの」に特許適格性を認め、特許の保護対象（同 101 条）を広く解釈する立場を採り、従来の判例を変更した。

そのため、上記判決以後、研究者は、バイオテクノロジー研究を通じて製作された融合細胞、タンパク質、遺伝子、そして人間の細胞株の特許を取得することができるようになり、バイオテクノロジーの商業化は急速に進むことになった[29]。そしてこうした方向性は、ヒト由来物質への需要を増加させる一因となったといえよう。

もっとも、このようなバイオテクノロジーの発展（およびその法的承認）に対しては、道徳的・倫理的根拠に基づいて批判する見解もみられ（たとえば、バイオテクノロジーの無制限の進歩は、科学者が人間の人種を変更することを可能にすると批判された）[30]、こうした問題は Moore 事件をめぐる評価にも現れている。

第 3 項　連邦政府の研究政策の転換――研究結果の私的所有の承認

（１）従来のアメリカの特許政策とその問題点

ところで、研究者を被験者のヒト由来物質の無断利用に駆り立てたのは、このような遺伝子特許の承認のみによってのみではなく、連邦政府の研究政策の転換――すなわち、研究結果の私的所有の承認――も大きく影響していることにも留意しなければならない[31]。

140(1990)；Maxwell J. Mehlman, *Moore v. Regents of the University of California*, in: GERALD KORNGOLD AND ANDREW P. MORRISS EDS., PROPERTY STORIES（Foundretion Press, 2004）41, at 47 など参照。

[28] 447 U.S. 303, 318(1980). Charkrabarty は、遺伝子的に操作された微生物を部分的の特許出願を提出した。その特許審査官は、微生物（microorganism）が「自然の産物」であること、そして 101 条の下では生きている物が特許可能ではないことを根拠に、その出願を拒絶した。

[29] Roy Hardiman, *Toward The Right of Commerciality: Recognizing Property Right in The Commercial Value of Human Tissue*, 34 UCLA L. REV. 207, 211(1986)；Heyer, *supra* note 23, at 643.

[30] Hardiman, *id.* at 208；Heyer, *id.* at 643.

[31] 以下の記述は、三瀬朋子『医学と利益相反――アメリカから学ぶ』（弘文堂、2007）61 頁以下に負うところが大きい。

敷衍すると、次のとおりである。すなわち、従来、研究ソースとなる研究費が国費による場合には、その研究成果は公共財（public goods）になると解されていた。しかし、このような取扱いは、1970 年代後半、アメリカにおける科学研究の成果を商品製造へ活かす面での国際社会における著しい遅延をもたらした。というのも、①科学研究の成果を利用して商品開発を行う力のある民間企業は、その研究成果が公共のものであり競争相手にとってもアクセス可能であるような場合に、商品開発への躊躇をもたらすこと、また②公的資金による研究の成果が民間による商品開発につながらないという状況のもとでは、そもそも国費による研究計画や研究対象が研究者の知的関心だけによって決められて、商品開発の潜在的担い手である企業の商業的関心が反映されにくいという懸念もあったからである。

（２）特許政策の転換

そして、こうした状況を打開するために、連邦政府は、（先述の Diamond 事件判決の登場した）1980 年に、ビジネスとして見込める研究を推奨するために、バイ・ドール法（Bayh-Dole Act）を成立させ、研究成果（特許権）の私的所有を承認することにより、科学研究成果の商品製造を積極化させる方針を打ち出した。これにより「技術移転」市場の創設――そして、それに伴う①大学や研究者の特許出願への関心の増加や②研究者創業企業（faculty star-up）（＝研究者や研究機関が自らの研究成果から商業的利益を得る目的で設立する企業を指す）の創出――がもたらされた。また、このような医学研究の市場化は、製薬業界の急成長に伴う医学研究への需要の急増という事情も影響している。いずれにせよ、このような連邦政策の転換によって、ヒト由来物質は研究者の大きな注目・関心対象となることとなった。

第 3 款　小括

最後に、本節のまとめをしておくことにしよう。以上の考察からは、次の点が明らかになったといえよう。

第 1 に、英米法では人体をめぐる従来の議論は、①死体、②臓器、③血液などの法的位置づけ（property か否かという点）を中心に展開されているにとどまり（その扱いも一様ではない）、Moore 事件のようなヒト由来物質の無断利用により生じる利益帰属の問題は顕在化していなかったこと（それゆえに十分に議論もされていなかったこと）である。

第 2 に、第 1 の状況に対し、1970 年代後半以降、バイオテクノロジーの著しい発展は、

従来の法学の議論状況に大きな変化をもたらし、具体的には、遺伝子特許の最高裁による承認をもたらしたことである。

第 3 に、そうした法的取扱いの変更の背後には、連邦研究政策の転換という社会背景の変化があったということである。

こうした技術進歩および法的取扱・社会背景の変化は、医者と患者の伝統的な関係を変質させることとなった。そして、その帰結として、ヒト由来物質の取扱いをめぐって様々な法的論争がもたらされることとなった。というのも、研究者が利用するヒト由来物質は、主として（α）ヴォランティア、（β）組織銀行、（γ）患者から収集されることになるものの、（α）の場合には、提供者が指定した目的以外で利用する事態（目的外利用）が起こり、また（γ）の場合にも、医師が治療の際に採取した組織を患者の承諾なしに利用する事態（無断利用）が生じたためである。

Moore 事件は、こうしたアメリカ社会の変化を前提として、（（γ）の場面において）初めて訴訟となった事案であった[32]。そこで次に Moore 事件を概観することにしよう。

第 2 節　Moore 事件の登場――事案および判決の概要

本節では、まず Moore 事件の事実を確認し（第 1 款）、本件の争点を確認したうえで（第 2 款）、最後に、判決の内容を取り上げる（第 3 款）[33]。以上の考察を通じて、Moore 判決

---

[32] ヒト由来物質の無断利用事例において初めて訴訟で争われた事件は、Moore 事件であるが、和解レベルでは、同事件以前にも類例がみられた。その例は、1982 年の Hagiwara 事件である（事案は、Moore 事件と類似する）。この事件では、全ての特許権はカリフォルニア大学に帰属し、アジアにおける当該特許を利用する排他的ライセンスを提供者（ハギワラ）に認めるとの和解に至った。

[33] Moore 事件を紹介・検討するわが国の先行研究としては、丸山英二「インフォームド・コンセント――医師の説明と患者の承諾」法教 120 号（1990）6 頁以下（丸山①）、同「人体を材料とするバイオテクノロジーと法」法セ 438 号（1991）10 頁以下（丸山②）、樋口範雄『フィデューシャリー〔信認〕の時代』（1999）171 頁以下、三瀬朋子「医師付随情報の開示とインフォームド・コンセント――90 年代アメリカにおける判例の展開」国家学会雑誌 118 巻 1=2 号（2005）111 頁以下、同・前掲書注(31)204 頁以下、岩志和一郎「ヒト由来物質を巡る法的課題――わが国の議論」企業と法創造第 6 巻 3 号（2010）116 頁以下、三瀬朋子「インフォームド・コンセント（Moore v. Regents of the University of California）」『アメリカ判例百選』（有斐閣、2012）176 頁以下などがある。また、ヨッヘン・タウピッツ（一木孝之訳）「原材料としての人間：その利益はだれのものか？――利得と損害の狭間に位置する人体細胞の利用について」比較法学 34 巻 1 号（2000）173 頁（タウピッツ①）、同（高嶌英弘訳）「人間の身体に由来する物質の利用に関する民事上の諸問題」民商 130 巻 4=5 号（2004）709 頁以下（川角由和ほか編『ヨーロッパ私法の展開と課題』〔日本評論社、2008〕所収）（タウピッツ②）でも言及されている。

の意義と問題点を示す。

第 1 款　事案

X（John Moore、患者）は、1976 年 10 月 5 日に、UCLA 総合医療センターに来院したところ、ヘアリーセル白血病であると診断された。直ちに X は同センターに入院し、同センターの内科医である Y1（David W. Gold 医師）は、X の血液や骨髄液等を抽出して、これらの病理鑑定を行った。Y1 は、この鑑定により X の組織の有用性を認識した。同月 8 日、Y1 は、X に脾臓を摘出することを推奨した。その際、Y1 は、X に「脾臓の手術は彼の病気の進行を遅らせるために必要である」と虚偽の事実を告げ、そして脾臓手術に関する同意書への X の署名を得た。Y1 と Y2（後述の Y3 で働く研究員〔Quan〕）は、手術前に、摘除後に X の脾臓の一部を取得し、そしてそれらを別の研究機関に持ち帰る手配をしていた。なお、Y1 および Y2 は、この研究を遂行する計画を X に伝えておらず、研究を行う上で要求される X の許可も得ていなかった。同月 20 日に、同センターの外科医（訴外）は、X の脾臓を摘出した。

その後、1976 年から 1983 年の間に、X は、約 12 回、シアトルの自宅からロサンゼルスの同センターに血液の精密検査目的で訪問した。X は、この訪問が自己の健康のために必要であると信じていた。Y1 は、X を招き、血液、血清、皮膚、骨髄液、精液の追加的なサンプルを採取した。1979 年 10 月頃、Y1 は、X の T リンパ球から細胞株（以下、「Mo 細胞株」という）を確立させることに成功した。Mo 細胞株は、ガンやエイズなどの病気の治療に有効な製品の製造を可能にし、それゆえに商事的に大きな価値を有していた。1981 年 1 月 30 日に、Y3（Regents of University of California）は、当該細胞株に関する特許を出願した。当該特許は、1984 年 3 月 20 日に発行された。その後、Y1 は、Y3 の助言もあり、Mo 細胞株の商品化・製品化を行うために Y4（Genetic Institutes）と商事契約を締結し、現金（3 年間で 333,000 ドル）および株式（Y4 社の 75,000 株）を見返りに受け取った。さらに、1982 年 1 月 4 日に、Y5（Sandoz Pharmaceuticals Corporation and related entities）も上記契約に加えられた。Mo 細胞株は、1990 年までに３０億ドルに及ぶと見積もられた。その後上記事実を知った X は、1984 年に、Y1～Y5 に対して損害賠償訴訟を提起した（請求額は不明）。その根拠としては、(a)動産侵害（conversion）、(b)インフォームド・コンセントの不存在などの訴訟原因が挙げられた。これに対し、Y1 らは防訴抗弁（demurrer）を提出し、訴答する義務を負わないと反論した。

事実審裁判所（ロサンゼルスの上位裁判所）は、(a)の訴訟原因（動産侵害）に対するY1らの防訴抗弁のみの有効性を検討し、Xの訴答が不十分であるとして、Xの請求を棄却した。Xは控訴した。

本件の主要な争点は、動産侵害請求の可否――医者がMooreの同意なしに医療研究において彼の身体組織を無断利用したことが動産侵害に当たるかどうか[34]――であった。そこで、判決を確認する前に、簡単に動産侵害請求について概観しておくことにしよう。

第２款　争点の確認――動産侵害の成否

（１）意義

Moore事件において、ヒト由来物質の無断利用から生じる利益の帰属の問題は、動産侵害請求の可否の問題として展開された[35]。

ここで「動産侵害請求」（conversion）とは、他人の動産の不法な専有（unlawful appropriation）に基づく不法行為責任を指す[36]。このような動産侵害責任は、厳格責任と性格づけられれ、被告の認識や意図は動産侵害責任を決定する際に考慮されない点にその特徴がある[37]。以下では、本件の争点を明確にするために、動産侵害の要件および効果について一瞥を与えることとしよう。

（２）要件

動産侵害責任が成立するためには、（ア）動産侵害のときに、ある者がその動産の所有権

---

[34] David C. Szostak, *Something More to the Story: Moore v. Regents of the University of California Two Decades Later*, 31 J. LEGAL MED. 443, 449(2010).

[35] Szostak, *id.* at 449.

[36] Moore事件における動産侵害請求の問題については、Lavoie, *supra* note 11, at 1373~；Heyer, *supra* note 23, at 631~；Lara M. Ivey, *Moore v. Regents of the University of California: Insufficient Protection of Patients' Rights in the Biotechnological Market*, 25 GEORGIA L. REV. 489(1991); Maxwell J. Mehlman, *Moore v. Regents of the University of California*, in: GERALD KORNGOLD AND ANDREW P. MORRISS EDS., PROPERTY STORIEs（Foundretion Press, 2004）41, at 52~などを参照．動産侵害請求一般については、A. Tettenborn, *Wrongful Interference with Goods*, in: AM DUGDALE ED., CLERK AND LINDSELL ON TORTS（20th edn.）（Sweet & Maxwell, 2010）1111~を参照。また、わが国の先行研究として、塚本重頼『英国不法行為法要論』（中央大学出版部、1966）256頁以下、望月礼二郎『英米法』（青林書院、1997）277以下、樋口範雄『アメリカ不法行為法』（弘文堂、2009）56頁以下も参照。なお、望月は、動産侵害を「他人の動産をあたかも自分ものであるかのごとくに扱うこと」を指すと述べる（277頁）。

[37] たとえば、Paggi v. Scott, 167 Cal. 372, 375, 139 P. 815, 816.　この点についは、Heyer, *supra* note 23, at 632参照。

又は占有権を有すること、（イ）ある者に帰属する動産の不法な取得又は処分、そして（ウ）損害の発生という 3 つの要件を充足することが必要となる[38]。この点につき、Moore 事件では、（患者から切除された）ヒト由来物質が所有権の客体を構成するか否か[39]という点（（ア））が問題となった[40]。

ヒト由来物質の情報（遺伝情報）面に着目するとそれを無体財産と捉えることもできるものの[41]、（ア）の従来の理解に従うと、動産侵害責任の客体は、有体財産（personal property）に限定され、無体財産は含まれないとされる。というのも、動産侵害責任は厳格な不法行為責任であること[42]、また故意により他人の材料を無断で利用して生じた成果には、附合法の適用がなく、提供者と利用者との間で利益分配がなされないからである。

それゆえに、ヒト由来物質が有体財産として扱われるか否かが本件において重要な問題となった。

（３）効果

ところで、何ゆえヒト由来物質の無断利用から生じた利益吐き出しの問題が、動産侵害請求の問題として展開されたのか。

この点、動産侵害責任による賠償額は、未払利息を含む動産侵害時の原告の財貨の価値又は動産侵害のために被られた損失を理由とする十分な賠償であると解されている。

もっとも、Moore 事件では、Moore の細胞の価値を評価する基準点である動産侵害時をどの時点と捉えるかが問題となった。すなわち、①細胞が最初に身体から切除された時点を動産侵害時と解すると、その組織はほとんど価値を有しないし、また②細胞被告が細胞株の商業化に成功した時点（特許取得時および商業化の契約締結時を含む）を動産侵害時と解すると、その組織の価値は膨大になる（侵害行為から得た利益に及ぶ）[43]。原告（Moore）の主張は、必ずしも判決文からは明らかではないものの、当然②を前提として主張しているも

---

[38] Baldwin v. Marina City Properties, 79 Cal. App. 3d 393, 410, 145 Cal. Rptr. 406, 416(1978).

[39] Lara M. Ivey, *Moore v. Regents of the University of California: Insufficient Protection of Patients' Rights in the Biotechnological Market*, 25 GEORGIA L. REV. 489, 506(1991).

[40] Ivey, *id.* at 502.　なお、通常、患者は摘出された後にその身体組織を占有する意思を持っていないと解されるため、占有は問題とならなった。

[41] この点、Moore 事件の控訴裁判所は、原告の所有権の客体が原告の細胞に含まれる全遺伝情報であるとみた。それゆえに、当該裁判所によれば、Moore の組織に対する彼の所有権は、各細胞の遺伝情報まで及ぶことになる（Lavoie, *supra* note 11, at 1374）。

[42] Dorney, *supra* note 8, at 344, 346.

[43] Mehlman, *supra* note 36, at 52.

のと解される。

第３款　判決

動産侵害責任の成否をめぐり、判決では、ヒト由来物質（患者から切除された組織）が所有権の客体になるか否かが（α）解釈論レベルと（β）政策論レベル（動産侵害責任の拡張）で争われ、（１）控訴裁判所と（２）最高裁判所で判断が分かれた。

（１）カリフォルニア州控訴裁判所の判決――利益分配肯定

控訴裁判所は、一審判決を覆し、X が自分自身の組織に対する所有権を有すると述べた上で、Y1 らの動産侵害責任を肯定した。具体的には以下の通りである。すなわち、――――

まず（α）（解釈論レベル）について、人の身体部位に対しても所有権は――公衆衛生のために一定の制限を受けるものの――成立しうるとして、肯定した。他方で、（β）（政策論レベル）について、「この例における裁判所の役割は、すべての起こりうる社会的懸念に解決を提供することではなく、個人の権利と利益について提示される論争を解決することである」として、政策的議論には踏み込まなかった。以上に対し、Y1 らは上訴した。

（２）カリフォルニア州最高裁判所の多数判決――利益分配否定

これに対し、最高裁判所は、Y1 らの上告を部分的に承認し、そして部分的に棄却し、Y1～Y5 の動産侵害責任を否定しつつ、Y1 の信認義務違反およびインフォームド・コンセントの不存在による責任を認めた（多数意見。なお、2 つの反対意見が付されている）[44]。

（ｉ）多数意見

多数意見は、（α）（β）ともに否定した。まず（α）（解釈論レベルでの所有権の成立）の否定理由として、(ア)X の請求を支持する先例がないこと、(イ)カリフォルニアの制定法（健康安全法 7054.4 条[45]）は、摘出された臓器に対する継続的権利を制限すること、(ウ)

[44] なお、本判決後、原告・被告の両当事者は和解したため、差戻審は行われなかった。そのため、因果関係の証明・損害賠償額の算定の具体的経過は見ることはできない（三瀬・前掲書注(31)213 頁）。

[45] 健康安全法 7054.4 条は、「法の他の規定にかかわらず、承認可能な解剖上の部位、人間の細胞、解剖上の人間の死体、あるいは科学的使用の結果として生じる感染性廃棄物（infectious waste）は、土葬（interment）、火葬（incineration）あるいは公衆衛生及び安全を保護するために国防省により決定された他の方法により処分される。」と規定する。

「いったんその試料が任意に第三者に譲渡されると、血液及び組織試料に対する財産権がなくなるため」、原告が彼らの切除された組織に対する財産を有さず、またそこから生じた研究に対して財産権を有しないこと、(エ)特許された研究は、事実上および法律上分離されたヒト由来物質とは別個のものであること等を挙げた[46]。また（β）の否定理由としては、(オ)自律的な医療の決定を行う患者の権利の保護（①）と社会的に有益な活動に従事する善意――特定の細胞サンプルの使用が提供者の意思に反すると信じる理由を持たないこと――の研究者の保護（②）の利益衡量の結果を挙げる。具体的には、動産侵害責任を認めることは、①の保護に繋がるものの、それは間接的なレベルにとどまり（またその保護は、他の法理〔インフォームド・コンセント法理〕により可能であるとする）、②への影響は多大である（この領域への動産侵害責任の拡張は、必要な素材（raw materials）へのアクセスを制限することにより研究を阻害する）として、②を重視する[47]。さらに、動産侵害責任を認めることが、患者に「棚ぼた（windfall）」をもたらすことも指摘する。

その上で、X の保護は、インフォームド・コンセントによるべきと判示した。すなわち、「医師は、患者の健康とは別に、自らの行動方針に影響を有し得るであろう全ての個人的利益を開示しなければならないのであり、これには研究利益や経済的利益も含まれる。医師がこの種の利益を開示しなかった場合、その不作為は患者の同意なき治療の実施あるいは契約上の誠実義務違反を意味する」。もっとも、本判決では、訴訟上の理由から、当該開示の義務違反による法的効果については何も述べられていなかった[48]。

（ⅱ）反対意見①：Brosussard 判事

Brosussard 判事は、以上の多数意見に一部反対した。まず（α）について、(ア)「多数意見は、（中略）身体部位が摘出する前に、摘出後に可能な範囲内で身体部位の利用を選択する権利を有しないことを指し示す制定法上の規定又はコモン・ロー上の先例を特定していない」こと[49]、(イ)「〔統一死体提供法〕は、患者がこの権利を有することを明確にする」[50]ことを挙げた。

次に、（β）について、最高裁の多数意見が「この領域への動産侵害責任の拡張は、必要

46 793 P.2d 479, 492, 497(Cal. 1990).
47 *Id.* at 494.
48 タウピッツ②・前掲注(33)713 頁参照。
49 793 P.2d 479, 501.
50 *Ibid.*

な素材（raw materials）へのアクセスを制限することにより研究を阻害する」と述べる点について、以下のように反論する。(ウ)まず、「多数意見が述べる懸念は、細胞銀行から臓器や細胞を取得した者ではなく、臓器や細胞の使用を支配する患者の権利を直接侵害し、又は不正利用者に対して原告が動産侵害訴訟を提起することを阻止する正当化根拠も全く提供しない」[51]。(エ)また、(ウ)の細胞銀行から取得した者との関係でも、多数意見の懸念は、非現実的である。「多数の例において、既存の倉庫の組織および細胞は、責任の潜在的な原因を示していない。というのも、それらの組織等は、組織使用の同意が細胞の既知の有益な価値を開示しないことにより損なわれない状況で、科学的目的のために自身の臓器の使用に同意した患者からのものであるから。動産侵害理論に基づく潜在的責任は、医者が知っていて患者の身体部位の価値を隠した、あるいは、身体部位の使用に関する患者の特殊な指示が無視されたという非常にレアな例のみに存在するため、確立された動産侵害法の適用が細胞・組織バンクを使用する医療研究者の主要な遂行に消極的な効果を及ぼすと考える理由はない」[52]。(オ)さらに、(エ)の〔動産侵害訴訟が成功裏に求められうる〕非常にレアなケースにおいてさえ、「潜在的責任は『重要な医療研究を遂行する経済的インセンティブを壊』さないであろう」と述べる。「もし細胞株の特許および派生製品の価値の大部分が患者から取得された『素材』ではなく、医療研究者および医薬会社の努力に起因するならば、患者の損害賠償は、それ〔努力〕に対応して限定され、そして善意の医療研究および医薬会社は彼ら自身の仕事から生じるかなりの経済的利益を保持するであろう」[53]。

（iii）反対意見②：Mosk 判事

Mosk 判事も、多数意見に反対する。まず、（α）について、X が自己の身体部位（細胞）に対して所有権を保持しないとする多数意見の理由付けに対して以下のように反論する。すなわち、(ア)〔X の請求を支持する先例がないとする点に対して〕「〔X の請求を〕否定する先例もない」「その問題はその原因――バイオ技術の商業化の近年の急速な発展――と同様に新しい」こと[54]、(イ)〔カリフォルニアの制定法［具体的には、健康安全法 7054.4 条］は、摘出された細胞に対する患者の支配を制限するとする点に対して〕同法は、細胞の「科学的

[51] *Id.* at 504.
[52] *Id.* at 504-5.
[53] *Id.* at 505.
[54] *Id.* at 507.

使用」のみ認めるが、「商事的利用」もこれに含まれると解されること[55]、(ウ)〔Y3 の特許の対象物は、事実上および法律上ともに X の財産になり得ないという点に対して〕まず、事実上の相違（細胞と細胞株の相違）は、「区別されえない」とし、また、法律上の相違（Y3 が Mo 細胞株の特許を取得したことにより、X の権利は排除される点）は、「X は、Y1 らの Mo 細胞株の特許発行前の X の身体の細胞の無権限の使用による補償を求め」ているのであり、特許を取得したとしても、遡及的に無権限による使用が治癒されるわけではないとし、さらに「共同開発者（joint inventor)」法理による、公平な分担の実現を図るべきであること[56]、を述べる。

次に、（β）について、(エ)〔民事責任による社会的に有益な研究活動を阻害する恐れへの配慮であるという点に対して〕このような利益よりも、①人間の身体を尊重するという倫理的考慮（「我々の社会は、人間の身体を特殊な人間の人格という物理的および時間的な表現として尊重するという深い倫理的要請を承認する」[57)]、および②公平あるいは不当利得の防止という考慮（「我々の社会は、その構成員の間の取引の根本的構成に価値を置き、そして他人の損失によるいかなる構成員の不当利得を非難する」[58]）の方が勝る。(オ)〔この問題は、立法府に属するものである点に対して〕①立法府にこの問題について対応する能力があるとしても、司法府が有効な裁判上の救済手段を行う義務がなくなるわけではないこと[59]。さらに、②立法（健康安全法 7155 条）は、移植や治療による臓器売買を禁止しているものの、それ以外の目的（たとえば、医療、研究、あるいは医療科学の前進）による臓器売買を禁止していないこと[60]も挙げられる。(カ)〔重要な事実の非開示による信認義務違反が認められるため、動産侵害責任を認める必要性はないという点に対して〕開示義務違反に基づく回復は、①因果関係（具体的には、[a]内科医の情報非開示と患者の損害の間の因果関係、[b]情報が完全に開示されていたならば、患者が提案された処置に同意していなかったことの間の因果関係）の立証が困難である点、②患者に細胞の商品化を禁止する権利を与えるものの、商品化を許容する権利を与えない点、③Y1 以外の被告の責任を否定するという点で、保護として不十分である、と述べる。

以上を踏まえたうえで、Mosk 判示は、結論としては、被告にすべての利益の吐き出しを

---

55 *Id.* at 508-9.
56 *Id.* at 511.
57 *Id.* at 515.
58 *Id.* at 516.
59 *Id.* at 517.
60 *Id.* at 517.

要求するものではなく、特許法の「共同発明者」法理を応用して、ヒト由来物質の提供者である患者と研究者の個々の寄与分に従って提供者に金銭的な付与を与えるべきと説くにとどまった[61]。

第 4 款　小括

最後に、本節のまとめをしておくことにしよう。まず Moore 事件を簡単に整理し（1）、その上で、本判決の意義と残された問題点を指摘する（2）。

（1）Moore 事件の整理

Moore 事件は、治療の文脈で患者から摘出されたヒト由来物質が医師により無断で利用され、医師や大学が特許を取得することにより、莫大な利益を取得されたのに対し、患者が当該利益の吐き出しを求めた事案である。そしてヒト由来物質の無断利用から生じた利益の帰趨をめぐって、Moore 事件では、患者のヒト由来物質を無断で使用する行為が動産侵害を構成するかどうかという形で論じられることとなった。そしてその成否は、ヒト由来物質が「物」にあたるか否かに依存したため、ヒト由来物質の性質（財貨性）が問題となった。そして控訴裁判所および最高裁の判決においては、（α）判例・制定法の現行の立場を前提に《法教義学的レベル》において所有権の客体になるかという問題と（β）（α）のレベルを超えて、《法政策論的なレベル》として所有権の客体になるべきかという問題を中心に展開された。

まず（α）レベルについてみると、最高裁の多数意見はこれを否定するのに対し、控訴裁判所および最高裁の二つの反対意見はこれを肯定する立場を示した。この点については、多数意見は、肯定する先例がないことや、従来の英米の no property ルールを踏襲した上で、提供者（患者）のヒト由来物質に対する所有権の成立を否定した。もっとも、この点は、反対意見である Mosk 判事が指摘するように、否定する先例もなく、決定的とはいえず、単に新たな解釈問題と解するべきできあろう。

次に（β）のレベルについて、控訴裁判所は、裁判所の役割を現在の訴訟において原告の権利が侵害されたか否かを問うにとどまり、より一般的な公共利益を問う政策的議論を展開する場ではないとの立場から、この問題に立ち入らなかった。これに対し、最高裁はこの問題を直接に論じている点が注目されるところである。そこでは、①ヒト由来物質の由来者で

61 *Id.* at 512-13.

ある患者の権利（自律的な医療の決定を行う権利）の保護と②社会的に有益な医学研究の保護という対立する利益の観点から政策的な議論が展開された。

そして、最高裁の多数意見は、提供者への利益帰属を肯定した Moore 事件の控訴裁判所の判決が、従来の人体の取扱いと矛盾し[62]、②の利益を害し、バイオテクノロジー産業界に大きな波紋をもたらすこととなったことを踏まえ、産業界からの要請にも留意して、否定的な立場を採った。そして①の利益について、多数意見は、提供者への利益帰属を否定したものの、全く保護する必要がないとまで言っているわけではなく、他の法理――すなわち、医師に金銭的利益の開示義務を課すこと――によって十分に保護されると説く。これに対し、反対意見は、インフォームド・コンセントによる①の利益の保護は不十分であると解し、またヒト由来物質が所有権の客体になるとしても、②の利益を害することはない、と説いた。

（２）Moore 事件の意義と残された問題点

Moore 事件は、医者と患者の関係の文脈で、治療の際に採取された身体部位を医者が無断で研究利用し、特許を取得してから利益を上げたのに対し、利益の帰属が争われた初めての事件である。

そして本件において、最高裁の多数意見は、ヒト由来物質から生じた利益を患者に帰属させることを否定することにより、ヒト由来物質の研究から生じた研究成果の独占を研究者に承認したといえる。それゆえに、①個人の権利の保護と②研究者の利益の保護という相剋・拮抗する利益の対立の中で、②を優先したといえよう[63]。本判決の意義は、この点を明確にした点にあるといえよう。このような立場は、先述のアメリカの研究特許政策と同一の方向性を示すものといえよう。

なお、本判決は、形式的にはカリフォルニア州においてしか拘束力を有しないものであったが、その他の州にも大きな影響を及ぼした。たとえば、本判決の立場は、その後の他の州

---

62 たとえば、Lavoie は、「Moore の〔控訴裁判所の〕判決の完全な所有権の承認は、既存のコモン・ロー及び制定法理論の観点から明白な例外になると思われる」と指摘する（Lavoie, *supra* note 11, at 1364）。

63 Abigail C. Lepsch, *Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute*, 3(1) GROVE CITY COLLEGE JOURNAL OF LAW & PUBLIC POLICY 145, 154(2012)；Charlotte H. Harrison, *Neither Moore nor the Market: Alternative Models for Compensating Contributors of Human Tissue*, 28 AM J. L. MED. 77, 80（Moore 事件の最高裁の多数意見は、新たな医療製品における社会利益が組織ソースの個人の利益に勝るべきであるとの立場を採ったと指摘する）.

の判例でも追認されており[64]、ヒト由来物質の無断利用に関するリーディンケースとなっているといえよう[65]。

もっとも、Moore 事件にはいくつかの課題が残されていると思われる。すなわち、――――

第 1 に、本判決の多数意見は、患者の保護については他の法理（インフォームド・コンセント）によるべきとの立場を採っているが、果たして本当にそれにより十分に患者を保護することができるか否かは議論の余地があるところである。とりわけ、後述の学説は、こうした最高裁の立場は不十分であるとの前提で、利益の帰属という観点から検討する必要性を説いている。

第 2 に、Moore 事件の多数意見の帰結は、第三者たる医師や研究者が患者のヒト由来物質に対する所有権を取得することを認めつつも、他方で、本人には所有権を認めなかったことになるが、こうした帰結は正義に反しないか[66]、またどのようにこのような立場を矛盾なく説明することができるのかという問題がある[67]。

第 3 節　学説の動向――Moore 事件以後の議論状況

本節では、Moore 事件登場後の学説の議論状況に一瞥を与えることとしよう。Moore 事件は、紛争が発覚して以後、政治的論争のテーマにもなっており[68]、大きな社会的な問題となった。そしてこうした状況を受けて、学説も、とくに提供者への利益分配（利益吐き出し）を肯定した控訴裁判所の判決を契機に、上記の問題――すなわち、ヒト由来物質の無断利用から生じた利益は提供者に帰属されるべきか否かという問題――を本格的に論じ始めた（現

---

64 たとえば、Greenberg v. Miami Children's Hospital, 264 F.Supp. 2d 1064(US DC Florida, 2003)（以下では、「Greenberg 事件」という）.

65 なお、Moore 事件以来、臨床研究の文脈では、多くの IRBs（治験審査委員会）は、研究医に彼らの提供した組織が商事的価値を有し得ることを患者に伝え、そして、その研究医の組織に対する商業的利益の可能性を開示することを要求している。しかし、実際には、多くの病院は、患者に彼らの組織提供がその病院の排他的財産になり、そしてその病院がもしその組織が商業的製品をもたらしてもドナーに賠償しないとの文言を含む同意書を患者から得ているとされる（この点については、Kevin Oberdorfer, *The Lessons of Greenberg: Informed Consent and the Protection of Tissue Sources' Research Interests*, 93 GEO L. J. 365, 372(2004)を参照）。

66 Seeney, *supra* note 3, at 1133.

67 Rao, *supra* note 5, at 375.

68 *The Use of Human Biological Materials in the Development of Biomedical Products: Hearing Before the Subcomm, on Investigations and Oversight of the House Comm. On Science and Technology*, 99th Cong., 1st Sess. (1985). 原告である Moore 氏自身の声明もある（at 240~）。

在このテーマを扱う文献は膨大な数に及ぶ）[69]。

この問題についての学説の理解は、分かれている――①肯定説と②否定説に大別される。その分布状況は、（現段階では断言できないものの）肯定説が多数を占めているといえようか。ただし、肯定説も、それを立法論として説く立場と解釈論として説く立場に分かれており、またその範囲（全部吐き出しか、一部吐き出しか）や法律構成の点でも一致していない――ものの、学説は《どのように社会的に有益な医学研究を阻害しない形で被験者の保護を図るか》という問題意識を前提とした上で、様々な観点から検討を加えている[70]。

以下では、肯定説（第 1 款）と否定説（第 2 款）の二つの立場を取り上げ、簡単に紹介し、そして学説の議論状況と問題点を明らかにする[71]。

第 1 款　否定説

（1）否定説の論拠

まず否定説は、判例と同様に、ヒト由来物質から派生した利益の提供者への帰属に反対する[72]。もっとも、その理由付けは一様ではない。具体的には、①理論的にヒト由来物質から

---

69 なお、初期のものとして、Allen B. Wagner, *The Legal Impact of Patient Materials Used for Product Development in the Biomedical Industry*, 33 CLINIAL RES. 444(1985)がある（筆者は、Moore 事件の被告の弁護士であった。研究利益を患者に知らせる義務を医師（科学者）は負わないと結論付ける）。

70 なお、三瀬は、――直接の関心が医学における利益相反の問題にあることもあってか――ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しの問題については直接の考察としていない（三瀬・前掲書注(31)）。本稿は利益吐き出しの問題についてより立ち入って見ていこうとするものである。

71 以下の議論は、Donna M. Gitter, *Ownership of Human Tissue; A Proposal for Federal Recognition of Human Research Participants' Property Rights in Their Biological Material*, 61 WASH. & LEE L. REV. 257(2004)に負うところが大きい。

72 たとえば、Dillon, *supra* note 3, at 641（著者は、Moore 事件の控訴裁判所判決に反対。排除権などの所有権は認められるべきであるとしつつも、商業権〔売却権〕は認められるべきではないとする。1984 年臓器移植法を改正して、人体組織の売買を禁止するべき）; Tanya Wells, *The Implications of a Property Right in One's Body*, 30 JURIMETRICS J. 371(1990)（NOGA や UAGA とパラレルな立法、すなわち、研究のための身体部位の売買を禁止する内容の立法を制定するべきと説く）; Hallie Plitman, *Tort Law—Moore v. Regents of the University of California: Was He Merely Vending His Spleen*, 21 MEM. ST. U. L. REV. 625(1991)（Moore 事の被告の一人である医師は、それらを有益な使用に置く彼の能力によってその細胞に対して優先的権利を有すると説く）; Jeffrey W. Guise, *Expansion of the Scope of Disclosure Required under the Informed Consent Doctrine: Moore v. The Regents of the University of California*, 8 SAN DIEGO L. REV. 455 (1991)（ヒト由来物質の提供者である患者の保護は、医者に金銭的利益の開示義務を課すことにより対応されるべきと説く）; Sharon Nan Perley, *From Control Over One's Body to Control Over One's Body Parts: Extending the Doctrine of Informed Consent*, 67 N.Y.U.L. REV. 335(1992)（インフ

生じた金銭的利益の提供者への帰属を根拠付けることができないこと（たとえば、提供者への利益帰属を認めることは、偶然に組織を所有するにすぎない提供者に《棚ぼた的利益》（windfall）を与えることになり不公平であることが強調されている[73]。他方で、バイオテクノロジー産業は、成功の可能性が小さいにもかかわらず、多額の資本、労働、時間を投資している点で、その研究から生じる金銭的利益に対する独占的権利を有するともいわれる[74]）、②研究・開発への影響（この点は、Moore 事件の最高裁判決でも考慮された点であるが[75]、学説では、研究コストの増加や研究の遅延〔その成果を待つ患者への不利益〕、研究者の責任の増加とリスク回避に伴う研究の停滞などの弊害が指摘されている）[76]、③治療コスト・保険コストの増加（たとえば、提供者への利益分配は、製薬会社の負担コストの増加を導く。その結果、製薬会社は、利益率を維持するために、薬の価格を上げることになる。バイオ製品については価格の弾力性がないことから、薬の価格高騰は、治療・保険コストの増加に直結する）[77]、④贈与システムへの影響（提供者への利益分配を認めることは、利他的な動機で実践されているヒト由来物質の贈与による提供システムを破壊することになる）[78]、⑤医者と患者の関係への影響（患者の多くは、病気を治すことを目的としており、そのためにできる最善のことを行うのが通常であるが、金銭的利益の存在は、その目的の実現を阻害する可能性がある。というのも、ヒト由来物質の売却が認められると、患者は研究者・研究機関と交渉することにより、最高価格競落人を探すことになるが、その交渉時間は、患者の健康に悪影響をもたらすからとされる[79]）[80]、⑥アンチコモンズの悲劇の問題[81]、⑦研究者と

ォームド・コンセント法理の拡張論〔摘出後に人体材料の価値を発見した場合にも及ぼす〕により患者の保護を説く）；Helen R. Bergman, *Moore v. Regents of the University of California*, 18(1=2) AMERICAN JOURNAL OF LAW & MEDICINE 127(1992)（動産侵害理論の適用を拒絶し、その代わりに、(1)人間の組織のいかなる取引を排除し、そして(2)ドナーに提案された医療処置におけるいかなる研究利益をも患者に知らせることを医者に要求する立法的変更を提唱する）；Szostak, *supra* note 34（ヒト由来物質の財貨性を否定する）など。

[73] Gitter, *supra* note 71, at 294~ ; JoAnne Belisle, *Recognizing a Quasi-Property Rights in Biomaterials*, 3 UC IRVINE L. Rev. 767, 790(2013).

[74] Gitter, *id.* at 294~.

[75] Moore 事件の多数意見が、「必要な原材料へのアクセスを制限することにより研究を妨げる」と指摘していることは先述したとおりである。

[76] Dillon, *supra* note 3, at 633 ; Anthony R. LoBiondo, *Patient Autonomy and Biomedical Research: Judicial Compromise in Moore v. Regents of the University of California*, 1 ALB. L.J. SCI. & TECH. 277 (1991) ; Brett J. Trout, *Patent Law—A Patient Seeks a Portion of the Biotechnological Patent Profits in: Moore v. Regents of the University of California*, 17 J. CORP. L. 513, 532(1992) ; Szostak, *supra* note 34, at 453.

[77] Dillon, *id.* at 640.

[78] *Id.* at 640-1. この問題については、RICHARD M. TITMUSS, THE GIFT RELATIONSHIP: FROM HUMAN BODY TO SOCIAL POLICY（New Press, 1971）245-6 も参照。

[79] Lavoie, *supra* note 11, at 1382 ; UNITED STATES CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, OTA-BAA-337, NEW DEVELOPMENTS IN BIOTECHNOLOGY: OWNERSHIP OF HUMAN TISSUES AND CELLS—SPECIAL REPORT, at 11 (1987)も同旨（身体部位に対する所有

提供者の寄与分算定の困難さ（Moore 事件では、Moore の組織が明確に研究において特定可能な役割を果たしたことは明かであるけれども、人間から生じる治療製品を開発する多くの研究プロジェクトは、研究コースの間で多くの提供者の組織を要求する。提供者への利益帰属を認めると、すべての寄与者は利益の分配を受ける資格を有することになる）[82]などが根拠として挙げられている。

これらの理由付けのうち、①は理論的な問題であり、②～⑥は政策的な問題であり、⑦は実践的な問題であり、議論のレベルが異なることに留意されたい。

（２）提供者の保護の問題

以上の①～⑦を根拠に、否定説は提供者への利益分配（吐き出し）を否定するものの、提供者の保護が何ら不要であるとまで考えているわけではない。とりわけ、特殊な治療コースを勧める際には、医師の専門家としての判断――予期されるリスクと患者への予期される利益を考量することによる――は、医師の研究利益・経済的利益がその考慮要素に含まれると、歪められること、またそのような情報は治療を受ける患者自身の決定にとって重大となり得ることを踏まえると、一定の保護の必要性は認識されている[83]。

しかし、肯定説によれば、それ（提供者の保護）は、――インフォームド・コンセントや信認義務を媒介とした――医師に金銭利益の開示義務を課すことによって対応されるべき問題であると解される[84]。この点は、本判決の多数意見も、研究者の開示義務の対象を治療に関する情報のみならず、研究者の金銭的利益に関する情報にまで拡張することにより、同様の立場を採用した[85]。

このような手法は、社会に有益な価値を生むバイオテクノロジー研究重視と患者の自己決定・自律性の尊重への要請を調和しつつ、ヒト由来物質の効率的な収集を可能にする有効な

権承認は、被験者が身体部位からの利益を上げるために、外科手術を延期するなど自分自身の健康を害してでも利益取得を試みる被験者が登場する結果となると懸念する）。

[80] Lavoie, *id.* at 1382；Harrison, *supra* note 63, at 91~.

[81] Harrison, *id.* at 86.　なお、バイオテクノロジー研究におけるアンチコモンズの悲劇については、Michael A. Heller & Robecca S. Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation? The Aniticommons in Biomedical Research*, SCIENCE May 1, 1998 at 698（翻訳として、和久井理子訳「特許はイノベーションを妨げるか?――生物医学研究におけるアンチコモンズ」知財管理 51 巻 10 号（2001）がある）を参照。

[82] Lavoie, *supra* note 11, at 1381.

[83] Perley, *supra* note 72, at 357.

[84] Dillon, *supra* note 3, at 1389~；Lavoie, *supra* note 11, at 1389-90；Belisle, *supra* note 73, at 791~.

[85] なお、提供者（被験者）の保護に関しては制定法においても用意されているものの、その詳細は三瀬・前掲書注(31)111 頁以下に譲る。

手法であると評され[86]、そしてヒト由来物質の無断利用問題の中心的な法理と位置づけられてきた[87]。

第２款　肯定説

（１）肯定説の論拠

以上の否定説に対し、肯定説は、Moore の最高裁の多数意見や学説の否定説を批判する形で議論を展開する[88]。

---

[86] Lavoie, *supra* note 11, at 1389.
[87] Jordan & Price, *supra* note 8, at 167.
[88] たとえば、Ivor Royston, *Cell Lines From Human Patients: Who Owns Them?*, 33 CLINICAL RES. 442(1985)（患者の組織から作られる商事的製品に患者の権利が認められるべきかを明確にする新たな立法が必要であると説く）; Hardiman, *supra* note 29（完全な所有権ではなく、身体の商業的価値に対する限定的所有権〔商業権〕を支持する）; Danforth, *supra* note 8（身体に対する所有権に基づき、患者は組織から上げられた利益の分配を主張することができると説く。具体的には、一定の固定割合による利益分配案が望ましいとする。ただし、立法論としての提案である）; John J. Howard, *Biotechnology, Patient's Rights, and the Moore Case*, 44 FOOD DRUG COSM. L.J. 331(1989)（控訴裁判所の立場を支持し、患者は医者・研究者および産業スポンサーと対等な立場で収益の分け前を得る権利を有すると説く）; Dorney, *supra* note 8（患者の組織に対する権利を支配権と収益権に区別し、前者の確保は、組織の売却権の禁止により〔それゆえに、人体組織に対する所有権を否定した最高裁の立場を支持〕、他方で、後者を肯定することにより、研究者と患者の衡平を確保するために、賠償を受ける権利を患者に承認するべきと説く）; O'Connor, *supra* note 27（提供者である患者が切除された組織に対する所有権を有しないとしつつも、患者への固定賠償を付与する立法を提案する）; Mortinger, *supra* note 8（人体に対する所有権を承認する。パブリシティ権に類推させる）; Ivey, *supra* note 39（ヒト由来物質の財貨性を肯定して動産侵害の成立を肯定する）; Joseph M. Healey, Jr. & Kara L. Dowling, *Controlling Conflicts of Interest in the Doctor-Patient Relationship: Lessons from Moore v. Regents of the University of California*, 42 MERCER L. REV. 989(1991)（医者と患者の間の信認関係から患者の保護を説く）; Henry L. Hipkens, *The Failed Search for the Perfect Analogy: More Reflections on the Unusual Case of John Moore*, 80 KY. L.J. 337(1991)（立法論による患者の保護を説く）; Karen G. Biagi, *Moore v. Regents of the University of California: Patients, Property Rights, and Public Policy*, 35 ST. LOUIS U. L. J. 433(1991)（動産侵害肯定説を説く）; Leeds, *supra* note 18（現在の法理論〔インフォームド・コンセント法理〕が有効にバイオテクノロジーの登場している領域により課せられる問題を解くことができるか否かに疑問を提起し、動産侵害肯定論を展開する）; LAM Giuffrida, *Moore v. Regents of the University of California: Doctor, Tell Me Moore*, 23 PAC. LJ. 267(1991)（擬制信託法理によるヒト由来物質提供者の保護を説く）; Peter K. Ritter, *Moore v. Regents of the University of California: The Splenetic Debate over Ownership of Human Tissue*, 21 SW. U. L. REV. 1465 (1992)（人間の組織・細胞の財貨性を肯定する。また Moore 事件の最高裁の多数意見の政策分析も誤りであると説く）; Lisa Mundrake, *Biotechnology and Moore v. Regents of the University of California: The Revolution of the Future*, 13 WHITTIER L. REV. 1009 (1992)（患者への利益分配を提唱する）; Trout, *supra* note 76; Gina M. Grandolfo, *The Human Property Gap*, 32 SANTA CLARA L. REV. 957(1992)；Jeffery A. Potts, *Moore v.*

肯定説は、否定説の説くように、インフ ォームド・コンセント法理を拡張して[89]、金銭利益の開示義務を医師に課すことでは患者（提供者）は十分に保護されないと解したうえで[90]、様々な観点から否定説の①～⑦の論拠に反論を加えることにより、患者（提供者）への利益吐き出し（全部または一部）を認めようとする。もっとも、その際の法律構成は一様ではないが（たとえば、動産侵害訴訟によるとする見解[91]、提供者と医者（研究者）との間の擬制信託関

Regents of the University of California: Expanded Disclosure, Limited Property Rights, 86 NW. U. L. REV. 453(1992)(Moore事件の動産侵害という訴訟原因の多数意見の取扱いは、研究者および生物材料を商事的に利用する者に、そのドナーの権利を犠牲にして実質的権利を認めることになると指摘する)；Bernard M. Dickens, *Living tissue and organ donors and property law: More on Moore*, 8 JOURNAL OF CONTEMPORARY HEALTH LAW AND POLICY 73(1992)（動産侵害肯定論を説く）；Danielle M. Wagner, *Property Rights in the Human Body: The Commercialization of Organ Transplantation and Biotechnology*, 33 DUQ. L. REV. 931(1995)（身体部位に対する財貨性を肯定し、さらにヒト由来物質の提供者への賠償論を説く。ただし、立法論）；Seeney, *supra* note 3（動産侵害の成立を説く）；Christopher Scott Pennisi, *More on Moore: A Novel Strategy for Compensating the Human Sources of Patentable Cell-Line Inventions Based on Existing Law*, 11 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 747(2001)（ヒト由来物質の提供者に対して寄与分に応じた賠償を認めるべきを説く）；Jordan & Price, *supra* note 8（ヒト由来物質に対する財貨性を部分的に承認し、利益分配論を説く）；Gitter, *supra* note 71（ヒト由来物質の財貨性を肯定したうえで、動産侵害や不当利得法理による提供者の保護を説く）；Debra L. Greenfield, *Greenberg v. Miami Children's Hospital: Unjust Enrichment and the Patenting of the Human Genetic Material*, 15 ANNALS OF HEALTH LAW 213 (2006)（不当利得法理による提供者の保護を説く）；Belisle, *supra* note 73（ヒト由来物質の医学研究における寄与度に応じた利益分配論を説く）など。

[89] なお、アメリカ法では、インフォームド・コンセント法理自体が――その発祥の地であるにもかかわらず――わが国と比較するとそれほど医療過誤訴訟においても有用な手段であると解されていない点に留意されたい（この点については、樋口規雄『アメリカ不法行為法（第2版)』(弘文堂、2014）318頁以下参照)。

[90] 金銭的利益の開示義務の拡大に対しては、たとえば、インフォームド・コンセント法理内在的な制約があることが指摘されている。具体的には、次のとおりである。すなわち、第1に、信認関係のない者（医師ではない研究者）には及ばない点（人的限界)、第2に、組織・細胞の摘出前にそれらの価値を医師が認識している場合には適用されるものの、組織・細胞の摘出後にその価値を医師が認識した場合には、及ばないという点（時的限界）(Perley, *supra* note 72, at 336-7)、また第3に、因果関係認定の問題――具体的には、①決定レベルでの因果関係の問題（情報を提供されていれば合理的患者が医療処置を受けることに同意したか否か）と②損害レベルでの因果関係の問題（情報が提供されていれば損害を被らなかったか否か）――がある点（立証責任の問題）などが挙げられる（この点については、Catherine Caturano Horan, *Your Spleen Is not Worth What is Used to Be: Moore v. Regents of UCLA*, 24 CREIGHTON L. REV. 1423(1991)；三瀬・前掲書注(31) 221頁以下を参照)。なお、アメリカのインフォームド・コンセント法理一般については、丸山英二「インフォームド・コンセントの法理と現状（アメリカ法の焦点)」法セ458（1993）10頁以下、丸山英二「インフォームド・コンセント（再論）各国の法状況――アメリカ」年報医事法学8巻（1993）11頁以下なども参照。

[91] たとえば、Ivey, *supra* note 39；Biagi, *supra* note 88；Leeds, *supra* note 8839；Ritter,

係を説く見解[92]、不当利得構成を説く見解[93]など)、ここではこの点は立ち入らない。

まず理論的問題(①)について、肯定説はその根拠として以下の点に求める。すなわち、第1に、ヒト由来物質は、研究過程において使用される機材と同様に、不可欠なものであり[94]、また提供者は、医学研究に付随する様々なリスク(たとえば、実験過程における(i)医療処置から生じる損害、(ii)プライバシー侵害、(iii)健康情報や精神を不安にする情報を知るリスクなど)に直面しており、こうした事態を考慮すると、提供者は補償を受けるに値すること[95]、第2に、提供者への利益帰属を肯定したとしても、研究以外の目的のために血液バンクや精子バンクへの材料寄与者に対価が支払われている現行のシステムの下では、必ずしも不衡平とは言えないこと[96]、第3に、医師のみが利益を独占するのは提供者の損失による不当な利得の保持を認めること――つまり、不当な利得の防止――などに求められる。

もっとも、これらの論拠は、提供者への利益帰属を肯定する必要条件とは言えても、十分条件といえるかは疑問の余地がある。すなわち、第1の点は、提供者への補償が必要であるといえても、それが利益吐き出しを正当化する十分な理由とまでは言えない。また第2の点

---

supra note 88 ; Grandolfo, *supra* note 88 ; Potts, *supra* note 88 ; Dickens, *supra* note 88 ; Mundrake, *supra* note 88 ; William Boulier, *Sperm, Spleens, and Other Valuables: The Need to Recognize Property Rights in Human Body Parts*, 23 HOFSTRA L. REV. 693(1995) ; Seeney, *supra* note 3 など。

92 たとえば、Richard Delgado & Helen Leskovac, *Informed Consent in Human Experimentation: Bridging the Gap Between Ethical Thought and Current Practice*, 34 UCLA L. REV. 67, 129(1986) ; Dorney, *supra* note 8, at 360 ; Giuffrida, *supra* note 88 ; Healey & Dowling, *supra* note 88 ; Michelle J. Burke & Victoria M. Schmidt, *Old Remedies in the Biotechnology Age: Moore v. Regents of the University of California*, 3 RISK: ISSUES HEALTH & SAFETY 219 (1992)など。なお、擬制信託一般については、松坂佐一「英米法の Constructive Trust」同『英米法における不当利得』(有斐閣、1976) 167 頁以下(初出、1969)、谷口知平「委任・背任による利得の償還――英米の constructive trust 法理の示唆」谷口知平＝甲斐道太郎編『新版注釈民法(18)債権(9)』(有斐閣、1991) 316 頁以下を参照。

93 たとえば、Greenfield, *supra* note 88, at 214(不当利得は、ヒト由来物質の特許を扱う政策(policy)における変更を必要とする合理的根拠として一つのアルターネーティブを提供すると指摘する) ; Lepsch, *supra* note 63, at 149 ; Belisle, *supra* note 73, at 790 ; Michael Traynor, *The Unjust Enrichment Claim in Moore v. Regents*, 9 BIOTECHNOLOGY L. REP. 240(1990)など)。また、先述の Greenberg 判決でも一般論として説かれた。

94 Gitter, *supra* note 71, at 295. Moore 事件の Mosk 判事も「誰も、Moore のその発明――皮肉にも、彼の名を採ってつけられた発明――に対する重要な寄与に疑問を提起することはできない。被告により取得された Moore の身体の細胞がないと、Mo 細胞株なかったであろう。・・・すべてのそれらの専門的技術のために、被告は、彼らが Mo 細胞株を無から摘出することができたと主張しない」と述べている(at 511)

95 Harrison, *supra* note 63, at 79; Gitter, *supra* note 71, at 297.

96 Gitter, *id.* at 295.

に対しては、これは立法によってなされたものであり、そこから解釈論として当然に認められるべきといえるかは疑問の余地がある。さらに第 3 に、こうした根拠付けは抽象的で、結論先取り（なぜ「不当」なのかという点を明らかにしていない）の嫌いがある。第 4 に、ヒト由来物質の特殊性も十分に考慮した形で根拠付けをしているかは疑問である[97]。

次に、肯定説は、否定説の②～⑦に反論を加える[98]。たとえば、②（研究・開発への影響）に対しては、否定説では過大に消極的に評価されていると批判する（提供者に利益分配を正面から認めることは、むしろ従来の法的取扱いの不明瞭な状態に統一性をもたらし、人々に安心を与え、結果的にバイオテクノロジー産業の発展に資するとする[99]）。また④（贈与システムへの影響）に対しは、そのような実証的証拠は存在しないと反論する（アメリカにおける輸血の実践を見ても、商事市場の導入以来無償提供の数が減少したとの考えを受け入れるとしても、両者の間に因果関係があることは明らかではないとされる[100]。また、利他的な行動の原因は、ほとんど解明されていないため、対価性の存在は、利他的に行動していた人が有償性を求める原因になるかは不明である[101]）。

（２）肯定説の論理構造

以上のように、肯定説は、提供者への利益帰属を説くものの、その正当化を十分にはできていない。

この点、肯定説は、②～⑥の政策的な議論から①を（理論的には説明できないにもかかわらず）なし崩し的に認めようとする節がある。しかし、こうした論法は、立法論としてはありうるものの、解釈論として提供者への利益吐き出しを説くのであれば①の問題を正面から説明することは不可避であろう。

もっとも、こうした議論のレベルの相違は、肯定説内部において十分に意識されていない。その原因としては、――推測の域を出ないが――①の点はある種当然に認められるとの特殊アメリカ的な法意識にあるように思われる。敷衍すると次のとおりである。周知のとおり、

---

97 たとえば、Bray, *supra note* 8 は、アメリカの批判法学者である Margaret Radin の人格的所有理論をヒト由来物質に応用することにより、その特殊性を明らかにする。もっとも、事後の金銭救済である利益吐き出しの根拠付けにまでその特殊性を及ぼしているわけではない。なお、Radin の議論については、さしあたり吉田邦彦「アメリカ法における『所有権法の理論』と代理母問題――フェミニズム法学・批判的人種理論・プラグマティズム法学に関する研究ノート」同『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2000）337 頁以下（初出、1996）を参照。

98 肯定説の②～⑦に対する反論については、Gitter, *supra* note 71, at 294~を参照。

99 Boulier, *supra* note 91, at 722.

100 Harrison, *supra* note 63, at 93.

101 Juria D. Mahoney, *The Market for Human Tissue*, 86 VA. L. REV. 163, at 217(2000).

アメリカでは古くから懲罰的損害賠償が認められており、被害者への棚ぼた的利益の付与の問題は認識されつつも、無視されてきた。それゆえに、肯定説は、そうした伝統を前提に、棚ぼた論に正面から取り組んでいない。

もちろん、加害者の手続保障の問題などへの配慮から、近時、懲罰的損害賠償を中心とする不法行為法改革が進められており、その改善策の一つとして、加害者の賠償額を加害者が得た利益に制限する方法が説かれている。ここには、利益の吐き出しは懲罰的損害賠償よりも（加害者の責任範囲が侵害行為により得た利益に制限されることから、加害者にとっても予測可能であるという意味で）抑制的であるから問題はないという認識がある。しかし、利益の吐き出しも――懲罰的損害賠償と同様に――被害者への棚ぼた的利益の付与という問題を孕んでおり、問題は何ら解決されていない（両者は程度の差を異にするに過ぎない）[102]。

それゆえに、肯定説を支持するには①の点を明らかにすることが必要であると言えよう。

第 3 款　小括

本節では、ヒト由来物質の無断利用から生じた利益の帰属をめぐる学説の議論状況を肯定説と否定説に分けて概観した。両説の対立点は、利益吐き出しの根拠付けという理論的な問題（①）、利益吐き出しを認めることが医学研究の発展を阻害しないかという政策的な問題（②～⑥、そしてどのように利益を算定するかという実践的な問題（⑦）の 3 点にあること、そしてこれらのうち最も本質的な問題は、①の問題であることが明らかとなった。

以上から、ヒト由来物質の無断利用の問題も、利益吐き出し一般の問題と本質においては変わらず、同一の問題――すなわち、何ゆえ加害者（医師）は利益を吐き出さなければならないのか、また何ゆえ被害者（患者・提供者）は、その利益を得ることができるのか――という問題に帰着するといえよう。しかし、この点について、肯定説は、必ずしも説得的に論証ができていなかったといえよう。

本稿は、ヒト由来物質の特殊性――一方で、先端医療技術の発展に伴い、ヒト由来物質も

---

102 アメリカ法における懲罰的損害賠償についてのわが国の先行研究は枚挙に暇がないが、さしあたり、田中英夫＝竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会、1987）145 頁以下、樋口範雄「制裁的慰謝料論について――民刑峻別の『理想』と現実」ジュリ 911 号（1988）19 頁以下を参照。また近時の懲罰的損害賠償の改革をめぐる議論については、吉村顕真「20 世紀アメリカ合衆国における懲罰的損害賠償の改革過程 ： 現代損害賠償法における『懲罰的』要素の意義と課題」龍谷法学 42 巻 2 号（2009）327 頁以下、会沢恒「米国懲罰的損害賠償制度の近時の動向」法の支配 162 号（2011）18 頁以下、籾岡宏成「懲罰的損害賠償制度をめぐる改革案および問題点」同『アメリカ懲罰賠償法』（信山社、2012）191 頁以下を参照。

使用・交換価値を持ち始めており、通常のモノと同じ性格を帯びているものの、他方で、ヒト由来物質はいまだ人格との結びつきが強く、完全に商品化されているともいえず、それゆえに、提供者は誰にそれを与えるかを重視し、知らない他人に使用されることに対する嫌悪感を持ち、通常のモノに還元できない性格を有する[103]――に留意しつつ、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しを提唱する肯定説の根拠付けを補強したい。

第 4 節　本章の小括

最後に、本章のまとめをしておくことにしよう。以下では、まず本章の考察を整理し（→１）、そのうえで次章への架け橋として、本章の考察において残された課題を示しておきたい（→２）。

（１）本章の整理

まず、Moore 事件以前の人体ないしその部位をめぐる議論状況を概観した（第 1 節）。伝統的に英米法では人体ないしその部位をめぐる議論は、死体、臓器、血液を中心に展開されていた。これらを「物」と扱うか否かが主たる争点となっており、その取扱いは文脈により異なっていたことを明らかにした。これらの取扱いの当否は別として、本稿の関心との関係では、従前においては、Moore 事件のような人体部位（ヒト由来物質）から派生する利益の問題は顕在化していなかったということである。こうした状況に対し、その後、①バイオテクノロジー研究の発展、②連邦最高裁の特許法解釈の変更（遺伝子特許の承認）、③連邦政府の研究特許政策の変更（国費による研究成果の私的所有の承認）といった科学技術の発展および社会背景の変化に伴い、ヒト由来物質が注目され、その無断利用による利益の帰属という問題が顕在化するようになった。そしてこのような中で登場したのが Moore 事件であった。

次に、Moore 事件を概観し、その意義を明らかにした（第 2 節）。ここでは、Moore 事件の事案、争点、そして判決を確認した。Moore 事件は、医者と患者の関係の文脈において、医者が患者の治療の際に採取した組織の特殊性に注目し、研究試料として無断で利用し、Mo 細胞株として培養し、特許を取得し、莫大な利益を得たのに対し、原告である患者が当該利益の吐き出しを求めて提訴した事案であった。このような事案において、とりわけ、カリフォルニア州の控訴裁判所は、これを認めたため注目を集めた。これに対し、最高裁の多

[103] この点につき、神坂・前掲注(16)15 頁以下を参照。

数意見は、肯定することによる医学研究への影響が考慮されており、患者の保護は他の法理（インフォームド・コンセント）によれば足りるとして、利益の吐き出しを否定した。

最後に、Moore 事件以後の学説の議論状況を概観した（第 3 節）。Moore 事件を契機として、学説では、ヒト由来物質の無断利用から生じた利益の帰属をめぐり、大々的に論争が展開されるに至った。そこでは、大きく肯定説 vs 否定説という対立図式の中で議論が展開されていた。肯定説は、多数意見のようにインフォームド・コンセントによる患者（提供者）の保護が十分ではないとの考えでは一致していたものの、その根拠付けの仕方、法律構成、さらに解釈論によるか立法論によるかなど内部で見解は一致していなかった。しかし、肯定説は、否定説の根拠の一つである、患者に利益が帰属する根拠が明確ではないという批判に対して正面から応答することができていなかった（政策論の観点から患者への利益帰属をなし崩し的に認めるにとどまった）。それゆえに、この点を解明することが肯定説を維持するうえで不可欠な点であることが明らかとなった。

（２）次章への架け橋

以上の本章の考察から、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しの問題も、利益帰属をどのように根拠づけるかが本質的な点であることが明らかとなったといえよう。もっとも、その根拠論は、――この問題が医事法の論者を中心になされていることもあってか――ヒト由来物質の無断利用の文脈での議論からは説得的なものを得られなかった。そのため、別の根拠を示すことが課題となっている。

ところで、この点で我々は、原状回復法（restitution law）に目を向けることが必要であろう。というのも、英米法では、従来から利益吐き出しが広く認められており、その主戦場は原状回復法においてなされており、そこで説かれてきた利益吐き出しの理論的根拠を明らかにしたうえで、説得的なものを上記文脈に応用する余地があり得るからである。そこで次章では、このような観点から、伝統的な英米の利益吐き出しが認められてきた多数の文脈を考察し、そこで挙げられる理論的根拠を明らかにした上で、ヒト由来物質の無断利用の文脈に応用することができないかを検討する[104][105]。

---

104 それゆえに、ヒト由来物質の無断利用に関するその他の問題（否定説の②～⑦の問題）については本稿は立ち入らない。というのも、理論的根拠（①）を説明確にすることができないのであれば、他の問題は、そもそも論じる意味はないと考えるからである。

105 この点、ヒト由来物物質の無断利用の文脈でも不当利得法ないし原状回復法に注目する動きは一部ながら見られた（先述した学説の中にも不当利得の防止に根拠を求める見解がみ

られたし、また Greenberg 事件においても、不当利得論が注目された)。しかし、従来の議論と接続する形での本格的な検討はいまだなされておらず、本稿がその最初の試みと思われる。

第２章　英米法における伝統的な利益吐き出しの根拠論

本章では、前章の考察を受け、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しの根拠の示唆を得るために、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。具体的には、まず英米法において従来利益吐き出しとして論じられてきた多数の領域を考察し、英米法はどのような理論的根拠に基づき利益吐き出しを認めているかを明らかにし（第 1 節）、その上で、判例法から抽出された理論的根拠について――学説の議論状況も踏まえつつ――批判的な検討を加える（第 2 節）[1]。

なお、結論を予告的に述べておくと、利益吐き出しが認められる場面において従来の英米の判例が挙げる根拠は一様ではなく（一つの根拠により全ての利益吐き出しの領域を説明することはできない)、また個々の根拠も多くの問題があり、ヒト由来物質の無断利用の場面に応用することはできないということである。それにもかかわらず、本章において従来の英米の議論を詳細に取り上げるのは、以下の理由のためである。すなわち、第１に、こうした英米の従来の議論状況は、我々に利益吐き出しの理論的

---

[1] 本章全体にかかわる、英米の教科書・体系書・モノグラフ・ケースブックを予め挙げると次の通りである。
〔教科書・体系書〕GEORGE PALMER, LAW OF RESTITUTION（Aspen Law & Business, 1978）; PETER BIRKS, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF RESTITUTION（rev ed.）（Oxford U.P., 1989）（BIRKS①）; DAN B. DOBBS, LAW OF REMEDIES：DAMAGES, EQUITY, RESTITUTION（West Academic, 1993）; Lord GOFF OF CHIEVELY & GARETH JONES, THE LAW OF RESTITUTION（5th ed.）（Sweet & Maxwell, 1998）; ANDREW BURROWS, THE LAW OF RESTITUTION（2nd ed.）（Butterworths, 2002）（BURROWS①）; PETER BIRKS, UNJUST ENRICHMENT （2nd ed.）（Oxford U.P., 2005）（BIRKS②）; GRAHAM VIRGO, THE PRINCIPLES OF THE LAW OF RESTITUTION（2nd ed.）（Oxford U.P., 2006）（VIRGO①）; GOFF JONES ED., GOFF AND JONES' THE LAW OF RESTITUTION（7th ed.）（Sweet & Maxwell, 2007）; ANDREW BURROWS, THE LAW OF RESTITUTION（3rd ed.）（OXFORD U.P., 2011）（BURROWS②）; WARD FARNSWORTH, RESTITUTION：CIVIL LIABILITY FOR UNJUST ENRICHMENT（University of Chicago Press, 2014）; GRAHAM VIRGO, THE PRINCIPLES OF THE LAW OF RESTITUTION（3rd ed.）（Oxford U.P., 2015）（VIRGO②）
〔モノグラフ〕JAMES EDELMAN, GAIN-BASED DAMAGES: CONTRACT, TORT, EQUITY AND INTELLECTUAL PROPERTY（Hart Publishing, 2002）; FRANCESCO GIGLIO, THE FOUNDATIONS OF RESTITUTIONS FOR WRONGS（Hart Publishing, 2007）; KATY BARNETT, ACCOUNTING FOR PROFIT FOR BREACH OF CONTRACT: THEORY AND PRACTICE（OXFORD U.P., 2012）; EWOUD HONDIUS & ANDRÉ JANSSEN EDS., DISGORGEMENT OF PROFITS: GAIN-BASED REMEDIES THROUGHOUT THE WORLD（Springer, 2015）
〔ケースブック〕DOUGLAS LAYCOCK, MODERN AMERICAN REMEDIES－CASES AND MATERIALS（3rd eds.）（Aspen Law & Business, 2002）; ANDREWS BURROWS ET AL., CASE AND MATERIALS ON THE LAW OF RESTITUTION（2nd eds.）（Oxford U. P., 2007）.

根拠を（一元的にではなく）多元的に捉えていくべきであることを示唆するからである。また、第 2 に、近時、こうした従来の議論とは異なる観点から利益吐き出しを根拠付ける見解（Hanoch Dagan）が登場しており、こうした近時の学説の位置づけを明確にするためにも、従来の見解の意義と限界を明らかにしておくことは不可欠であるからである。以上の理由から、本章において取り上げた次第である。

第 1 節　利益吐き出しの理論的根拠の抽出――判例法からの帰納的考察

本節では、利益吐き出しの対象として本稿が取り上げる場面および対象について一言述べた上で（第 1 款）、利益吐き出しが問題となる場面ごとに、イギリス法（第 2 款）およびアメリカ法（第 3 款）における判例法の状況を一瞥し、彼地においてどのような権利・利益・関係の侵害を理由に利益吐き出しが認められているか、また認められる際にどのような理論的根拠が挙げられているかを明らかにする（なお、判例が利益吐き出しを認めているものの、その根拠が不明確な場合や判例が利益吐き出しを否定しているものの、利益吐き出しを肯定すべきと説かれている場合には、学説も考察対象に含める）[2]。さらに、英米法の比較法的位置づけを明らかにするために、その他の法体系――具体的には、ドイツ法およびフランス法――における状況も簡単に概観することにする（補款）[3]。

第 1 款　はじめに――検討対象の限定

英米法では、利益吐き出し救済が一般論として認められること、そしてそのような救済が原状回復法（restitution law）上のものであることには異論はない[4]。もっとも、

---

[2] それゆえに、理論的根拠以外の問題――具体的には、因果関係の問題や吐き出すべき利益の「範囲」をどのように決定するかなどの問題――は、ここでの考察から除外する（これらについては第 4 章を参照されたい）。

[3] もっとも、フランス法およびドイツ法に関する状況については、わが国の先行研究や英語文献などの二次文献を参照するにとどまっていることに留意されたい。

[4] たとえば、イギリス法については、VIRGO①, *supra* note 1, at 425~、またアメリカ法については、AMERICAN LAW INSTITUTE, RESTATEMENT （THIRD）OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT（2011）§1（同 1 条は、「自らの違法行為によって利益を受けることはできない」と規定し、第 1 次原状回復法リステイトメントの同条にあった「他人の損失において」という文言を削除した。その帰結として、被告の利益と原告の損失の間に因果関係の存在が要求されず、利益の吐き出しも原状回復法の救済手段として認められることが含意されている。その具体的な規定としては、§51(4)が挙げられる。なお、以上については、櫻井博子「アメリカ法における違法に取得した利

①その理論的根拠をどのように解するかについて判例・学説の一致はみられず、また②このような救済は、すべての権利・利益・関係侵害を理由に機械的に認められるわけではないことは認識されているものの[5]、――根拠が明確でないこともあり――具体的にどのような権利・利益・関係の侵害において認められるについては理解の一致は見られない。

そこで以下では英米の利益吐き出しの実相を明らかにすることを試みる。もっとも、検討に際しては、以下のように対象の限定を付すことを予めご理解願いたい。すなわち、―――

第1に、本稿は、利益吐き出しが問題となる場面として、①有体物（不動産・動産）侵害、②無体物（知的所有権やその他の情報）侵害、③人格財（プライバシや名誉）侵害、④関係侵害（信認義務違反、契約違反）を取り上げるにとどめる。利益吐き出しが問題となる場面はその他にもあり得るものの（たとえば、ニューサンスや特別法上の義務違反など）、筆者の能力上の限界から、これらに限定する。もっとも、これらは英米法において利益吐き出しとして論じられる際の中心領域となっていることから、これらの考察により英米法の実相は――完全ではないものの――大部分明らかになると思われる。

第2に、本稿は、利益吐き出しの具体的な救済手段として、利益の清算（account of profits）に焦点を置くこととしたい。英米法では、利益吐き出しを訴訟において求める際に原告が利用する救済手段としては、コモン・ロー上の①準契約に基づく不当利得返還訴権（money had and received）[6]とエクイティ上の②擬制信託（constructive

---

益に対する責任――第三次原状回復・不当利得法リステイトメントを中心に」都法56巻1号（2015）737頁、とくに739頁以下を参照）を参照。もっとも、アメリカ法では原状回復法自体を独自の法領域として――より具体的には、不法行為法、契約法、所有権法に次ぐ第4の法領域として――認めるか否かをめぐって理解が分かれるが、ここでは立ち入らない。

[5] こうした理解の嚆矢は、Daniel Friedmann, *Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong*, 80 COLUM. L. REV. 504(1980)である。また、Friedmannの見解は、本稿が第3章で詳細に取り扱うDaganにも影響を及ぼしている（HANOCH DAGAN, UNJUST ENRICHMENT（Cambridge U. P., 1997）10 n.30）。

[6] 不当利得返還訴権とは、ある者（利得者）がコモン・ロー上の違法行為の結果として金銭を取得した場合に、利得者が他の者（損失者）にその金銭を支払うことを要求される救済手段である。それゆえに、エクイティ上の違法行為を理由としてはこの救済を利用することはできない（VIRGO①, *supra* note 1, at 435-6）。

trust）ないし③利益の清算が挙げられる[7][8]。もっとも、①については適用範囲が狭く、また②については、従来わが国においても注目されてきたものの[9]、その性格をめぐって理解が分かれており[10]、また利益吐き出しとは別の問題（破産の場面における第三者に対する優先的保護の問題）を伴う。これに対し、③は、わが国ではあまり注目されていなかったものの、英米法では利益吐き出しを用いる際の中心的な役割を担っている[11]エクイティ上の救済であり[12]、また近時コモン・ロー上の訴訟原因（たとえば、契約違反[13]）を理由にも認められ、その適用範囲が拡大しており、注目されている[14]。そこで本稿は、③を中心として英米の利益吐き出しの実相を明らかにすることとし、

---

[7] これらの救済手段については、VIRGO①, *id.* at 435~を参照。わが国における紹介として、木下毅「日米比較原状回復法」同『アメリカ私法』（有斐閣、1988）202 頁以下（初出、四宮古稀『民法・信託法理論の展開』〔弘文堂、1986〕）参照。

[8] なお、判例では、不当利得返還訴権や擬制信託以外の方法によっても利益吐き出しが実現されている。この点については、EDELMAN, *supra* note 1, at 136~を参照されたい。

[9] わが国における擬制信託に関する先行研究としては、松坂佐一「英米法の Constructive Trust」同『英米法における不当利得』（有斐閣、1976）167 頁以下（初出、1969）、谷口知平「委任・背任による利得の償還――英米の constructive trust 法理の示唆」谷口知平＝甲斐道太郎編『新版注釈民法(18)債権(9)』（有斐閣、1991）316 頁以下などが挙げられる。

[10] 具体的には、実体法的な制度なのか、それとも救済法的な制度かという点である。伝統的には、イギリス法では、前者とする理解が強いのに対し、アメリカ法では後者とする理解が支配的である。前者の場合には、擬制信託が成立する前提として、信認関係が要求されるのに対し、後者の場合には、そのような要件は不要となる（この点については、松坂・前掲書 172 頁以下を参照）。

[11] Stephen Watterson, *Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales*, in: EWOUD HONDIUS & ANDRÉ EDS, *supra* note 1, at 29, 33（利益の清算を利益吐き出しのための典型的かつ主たる救済手段であると述べる）． この点につき、Barnett, *supra* note 20, at 16 ; VIRGO①, *supra* note 1, at 436-7 も同旨.

[12] 利益の清算は、もともとはコモン・ロー上のものであったが、その手続は不十分で、例外的なケースにおいて認められるのみであった。その後、1760 年ごろから、エクイティが、手続的により単純な類似の救済手段として発展させ、コモン・ロー上の利益の清算に取って代わった（ただし、商標権などでは現在も認められている）。このようなエクイティ上の利益の清算が最初に認められた領域は、後述の信認義務違反の領域であり、その後知的所有権侵害などの他の領域に拡張していった（この点については、Jessica Palmer, *The Availability of Allowances in Equity: Rewarding the Bad Guy*, 21 NEW ZEALAND UNIVERSITIES LAW REVIEW 145, 149~(2004)）。なお、利益の清算の沿革については、Samuel J. Stoljar, *The Transformations of Account*, 80 L.Q.R. 203(1964) : Joel Eichengrun, *Remedying the Remedy of Accounting*, 60 IND. L.J. 463(1985)が詳しく、それらに譲る。

[13] 具体的には、後述の〔英 17〕Blake 事件が挙げられる。

[14] Watterson, *supra* note 11, at 33（利益の清算は、イギリス法における利益吐き出し制度の発展の中心的な役割を担う、と指摘する）。

他の救済手段については本稿の考察に必要な限りで言及するにとどめる[15]。

なお、本節の考察では、判例法から利益吐き出しの根拠を抽出することにとどめ、それらの根拠の問題点を含む評価については、次節で行うことにし、ここでは行わない。また、本稿の関心は、これらの場面において挙げられる利益吐き出しの理論的根拠にあることから、上記の文脈において利益吐き出しが認められるに至った社会背景の変化などは考察の対象としていない。

第 2 款　イギリス法

まず、イギリス法（特に判例法）における利益吐き出しの状況を被侵害法益の性質の違いに留意しつつ、概観することとしよう[16]。具体的には、①有体物侵害（第 1 項）、②無体物侵害（第 2 項、第 3 項）、③人格財侵害（第 4 項）、④関係侵害（第 5 項）の場面を取り上げ、考察することとする。

第 1 項　有体物侵害――動産および不動産の不法侵害

（1）はじめに

まず有体物侵害の場面についてみてみよう[17]。この場面は、コモン・ロー上の故意

---

[15] 本章以下で本稿が使用する用語についてここで一言述べておくこととする。
第 1 に、本稿の英米法の考察の文脈において「利益吐き出し」という用語は、特段の明記なき限り、利益の清算の意味で用いる。ただし、判例・制定法の記述においては、原文の意味を残すために、利益の清算という用語を用いることとする。
第 2 に、本稿の英米法の考察の文脈において「利益吐き出し」という用語は、侵害行為を契機に侵害者が積極的に得た利益の吐き出しを指すもののとし、侵害行為を契機に節約した利益の吐き出しを含まないこととする。英米法では、前者の意味と後者の意味を併せて、回復上の利得に基づく救済として同列に論じられる傾向があるが、本稿は前者の意味での利益吐き出しの根拠を明らかにすることを目的とするものであるから、両者を区別することとしたい。

[16] イギリスの体系書・教科書においては、この問題は、「違法行為を理由とする原状回復」（restitution for wrong）の見出しの下で論じられており、具体的には、①コモン・ロー上の訴訟原因（不法行為、、知的所有権侵害、契約違反など）を理由とする原状回復と②エクイティ上の訴訟原因（信認義務違反、守秘義務違反など）を理由とする回復に大別されて論じられるのが一般的である（たとえば、BURROWS②, *supra* note 1 や VIRGO①, *supra* note 1 がある。またこのテーマについての近時のモノグラフである EDELMAN, *supra* note 1 も同様である）。もっとも、こうした説明の仕方は、訴訟原因という特殊イギリス法的観点から意識されたものであることを踏まえ、本稿では、わが国と機能的に比較するために、上記のような侵害された対象（権利・利益・関係の相違）ごとに類型化する形で紹介・検討することとする。

[17] 本項の考察に際しては、以下の文献に負うところが大きい。

による不法行為の一類型に位置づけられる①動産に対する不法侵害（trespass to chattels および conversion がこれに当たる）と②不動産に対する不法侵害（trespass to land）という訴訟原因との関係で論じられる（①の例としては、他人の動産の無断使用や無断処分の事例が、②の例としては、他人の不動産の無断使用事例が挙げられる）[18]。

もっとも、これらの場面では、通常、被害者の損害（たとえば、不法侵害により所有者の土地に生じた損害）の填補賠償が問題となるにとどまり、利益吐き出しは問題とならない。しかしながら、（ｉ）他人の動産を市場価格以上で処分した場合や（ii）他人の不動産を無断で使用して、(権利者の損失を超える）ビジネス利益を上げた場合には、利益吐き出しが問題となり得る[19]。

そこで以下では被侵害法益の差異（不動産と動産）に留意しつつ、イギリス法の状況に一瞥を与えることとする。

（２）動産の不法侵害の場面

（ｉ）他人の動産の無断処分事例

〔教科書・体系書〕BIRKS①, *supra* note 1, at 313~ ; GOFF & JONES, *supra* note 1, at 773~ ; VIRGO①, *supra* note 1, at 461~ ; BURROWS②, *supra* note 1, at 642~.
〔論文〕I.M. Jackman, *Restitution for Wrongs*, 48 C.L.J. 302(1989) ; Elizabeth Cooke, *Trespass, Mesne Profits and Restitution*, 110 L.Q.R. 420(1994) ; Sarah Worthington, *Reconsidering Disgorgement for Wrongs*, 62 MICH L. REV. 218(1999) ; Mitchell McInnes, *Disgorgement for Wrongs: An Experiment in Alignment*, 8 R.L.R. 514(2000) ; James Edelman, *Claims to Profits in Actions for Trespass*, 116 L.Q.R. 525(2000) ; Earnest J. Weinrib, *Restitutionary Damages as Corrective Justice*, 1 THEORETICAL INQUIREIES IN LAW 1(2000) ; EDELMAN, *supra* note 1, at 113~ ; Craig Rotherham, *The Conceptual Structure of Restitution for Wrongs*, 66 CAMBRIDGE L. J. 172(2007)（Rotherham①）; GIGLIO, *supra* note 1, at 53~ ; Craig Rotherham, *The Normative Foundations of Restitution for Wrongs: Justifying Gain-based Relief for Nuisance*, in: ANDREW ROBERTSON AND TANG HANG WU EDS., THE GOALS OF PRIVATE LAW（Hart Publishing, 2009）389（Rotherham②）; Craig Rotherham, *Gain-Based Relief in Tort After Attorney General v. Blake*, 126 L.Q.R. 102(2010)（Rotherham③）; Watterson, *supra* note 11, at 29~.

[18] 英米法における不動産に対する不法侵害及び動産に対する不法侵害一般については、塚本重頼『英国不法行為法要論』（中央大学出版部、1966）237 頁以下、樋口範雄『アメリカ不法行為法（第 2 版)』（弘文堂、2014）54 頁以下を参照。

[19] Peter K. Huber, *Mistaken Transfers and Profitable Infringements on Property Rights: An Economic Analysis*, 49 LA. L. REV. 71, 100~.

まず他人の動産を無断で処分した場面についてみよう[20]。たとえば、この問題のリーディングケースである 1705 年の〔英 1〕Lamine v. Dorrell 事件[21]は、Y が X のアイルランドの債務証書（debentures）を無断で売却した事案である。本件において、裁判所は、「自己が権利を有しない動産を収奪し、そしてそれらを売却すると、所有者は不法行為訴権を放棄し、そしてそれらが売却された価格を回復し得る」と判示して、債務証書の売却利益の返還を認めた。一見すると売却代金の返還を命じており、利益吐き出しを認めるかのようにも読めるものの、本件の売却価格が市場価格を超えるものかどうかについての調査はなされていないため[22]、この点については明らかといえない。

また 1830 年の〔英 2〕Oughton v. Seppings 事件[23]は、A の執行官（sheriff's office）である Y が X 所有の馬を差押え、そして第三者に売却したのに対し、Y は X が得た売却代金の返還を求めて訴えを提起した事案である（もっとも、本件でも売却価額が市場価格を超えるかは不明である）。本件においても、裁判所は、準契約に基づく不当利得返還訴権により売却代金の返還請求を認めた。

さらに 1967 年の〔英 3〕Chesworth v. Farrar 事件[24]は、土地の賃貸人 A が賃借人 X に帰属する動産を無断で売却した後に、死亡し、X が A の遺産執行者 Y に対して売却代金の回復を求めて訴えを提起した事案である（もっとも、本件も売却価格が市場価格なのかについては不明である[25]）。本件においても、裁判所は、「原告は不法行為を理由に損害賠償を請求するために訴え得るし、また原告は不法行為訴権を放棄し、そして準契約に基づき、違法行為者が受領した利益の返還を求めて訴えを提起し得る」と判示したうえで[26]、動産の売却代金の返還を認めた。

以上の判例の考察からは、次のことが明らかといえる。すなわち、従来の判例（〔英 1〕~〔英 3〕）は、無断処分の文脈では、不法行為訴権の放棄（waiver of torts）およ

---

[20] 以下の判例の考察は、Katy Barnett, *Disgorgement of Profits in Australian Private Law*, in: HONDIUS & JANSSEN EDS., *supra* note 1, at 23 ; Watterson, *supra* note 11, at 53 などを参照。
[21] 92 Eng. Rep. 303, at 303(KB 1705).
[22] この点につき、BURROWS②, *supra* note 1, at 644 参照。
[23] (1830) 1 B & Ad 241.
[24] [1967] 1 QB 407.
[25] この点につき、BURROWS②, *supra* note 1, at 644 参照。
[26] [1967]1 QB 407, 417(per Edmund Davies J).

び[27]準契約に基づく不当利得返還訴権（money had and received）により売却代金の返還が認められていること、しかし、当該売却利益が市場価格を超えるものか否かは当該事案からは不明であることから、この文脈での利益吐き出しに対する判例の立場は――一般的には市場価格を超える利益吐き出しを肯定するといわれるものの[28]――明確とは言えないこと、である。

（ⅱ）他人の動産の無断使用事例

他方で他人の動産の無断使用の場面についてみると次の通りである。たとえば、1952 年の〔英 4〕Strand Electric & Engineering Co Ltd., v. Brisford Entertainments Ltd.事件[29]は、Y が X から賃貸した動産（シアター設備）を契約期間満了後も、継続利用したのに対し、X が当該設備の返還および使用期間中の損害賠償の支払いを求めた事案である。本件において、控訴院は、Y が X と契約していたならば支払わなければいけなかったであろう市場価格（賃料）を基準とする損害賠償の支払いを命じるにとどまった。なお、本稿の関心からは本件は関連しないように見えるものの、本判決

---

[27] 不法行為訴権の放棄とは、悪意で他人の物を横領した場合のように、不法行為訴権（被害者の損害に着目する）と不当利得返還訴権（侵害者の利益に着目する）が競合する場合に、前者ではなく、後者を選択することを指す（それゆえに、不法行為訴権の「放棄」という語は、不法行為に基づき訴える権利を完全に放棄することではなく、被害者が填補的な救済と原状回復的な救済の間で選択することを意味するに過ぎず、その意味で「ミスリーティング」であると評されている（Barnett, *supra* note 20, at 20~参照））。もっとも、ここで不当利得返還訴権が原告により選択されるのは、もともとは、不当利得返還訴権によれば、利益吐き出しが認められるからという理由ではなく、不法行為訴権と比較して手続上の利点があったからである。たとえば、不法行為者の死亡後も行使できる点、相殺、出訴期限など。もっとも、こうした利点の多くは現在不法行為法の改革により減っている点に留意されたい（Jackman, *supra* note 17, at 309~参照）。ただし、どのような場面で不法行為訴権の放棄が認められるかは、必ずしも明確とはいえない。一般的にはそれは所有権侵害を伴う不法行為の場面で認められ、それ以外の不法行為（たとえば、名誉毀損〔libel〕、口頭名誉毀損〔slander〕、脅迫〔assault〕、暴行〔battery〕、悪意訴追〔malicious mischief〕、プライバシー侵害など）の場面では認められないとされる。この問題についてのわが国の先行研究として、小林規威「Waiver of torts について」小池隆一還暦『比較法と私法の諸問題』（慶應通信、1959）65 頁以下、同「英米法における不法行為と不当利得の返還――リステートメントの分析を中心として」慶応法研 42 巻 3 号（1969）205 頁以下、土田哲也「英米の制度」谷口知平＝甲斐道太郎編『新版注釈民法(18)債権(9)』（有斐閣、1991）67 頁以下なども参照。

[28] Melvin A. Eisenberg, *The Disgorgement Interest in Contract Law,* 105 MICH L. REV. 559, 563(2006).

[29] [1952] 2 QB 246(CA).

の反対意見（Denning LJ）が、Y が X の動産の使用により上げたビジネス利益の吐き出しの可能性にも言及した（ただし、結論として適切ではないとして否定した）ため取り上げた。

本件は、直接的には侵害行為により節約された利益が問題となった事案であるものの、無断使用により得た利益の吐き出しも問題とする余地があった。しかし、後者の点については、直接は扱われておらず（Denning LJ の反対意見を除く）、動産の無断使用による利益吐き出しについてのイギリス法の立場は明確とは言えない。

（３）不動産の不法侵害の場面

次に、他人の不動産の不法侵害の場面についてみてみよう。この場面についても動産侵害と同様に、①他人の不動産を無断で処分して（市場価格以上の）利益を得た場面と②他人の不動産を無断で使用して、(権利者の損失を超える) 利益が上げられた場面に大別できるものの[30]、イギリス法では①の場面を直接扱ったものはみられないことから、②のみ取り上げる。

具体的にみると、次のとおりである[31]。たとえば、1883 年の〔英 5〕Phillips v. Homfray 事件[32]は、Y が自己のビジネスのために、X の土地の下から石炭を掘り、売却した事案である[33]。本件において、裁判所は、現実の損害のないことを理由に、準契約に基づく回復を否定した。

また 1896 年の〔英 6〕Whitwham v. Westminister Brymbo Coal & Coke Co.事件[34]

---

30 なお、不法侵害における「故意」とは、土地に入る意思で足り、仮にそこに入る権利を有すると合理的に信じたとしても、不法行為者は免責されない（厳格責任）（以上につき、樋口・前掲書注(18)54 頁参照）。

31 なお、イギリスの文献の中で不法侵害の問題の下で取り扱われる判例は以上のほかにも多数ある。たとえば、Inverugie Investments Ltd. v. Hackett, [1995] 1 WLR 713(PC)（本件は、X（賃借人）が Y（賃貸人）と賃貸借契約を締結して 30 件分のマンションを借りたものの、Y が約 15 年間にわたりマンションの占有の引き渡しを拒絶し、またその期間 Y は当該アパートを第三者に賃貸したのに対し、X が Y に対し損害賠償請求を求めて訴えを提起した事案である）も同様の問題が生じ得る余地があったものの、本件での Y の第三者への賃貸に伴う占有率は約 35%にとどまっており、不法侵害から利益よりも損害が大きい事案であったことから、利益吐き出しは問題となり得なかった。

32 (1883) 24 Ch D 439(CA).

33 このような事案は、19 世紀のイギリスにおいて多発したとされる（この点につき、EDELMAN, *supra* note 1 , at 137 を参照）。

34 [1896] 2 Ch 538(CA).

では、Yが自分の炭坑（colliery）からの廃棄物をXの土地に埋積することにより、Xの土地に損害を与えつつ、自己の利益を上げた事案である。本件において、控訴院は、――当該土地に生じた損失を基準とする填補賠償ではなく――XとYが契約していたならば、Yが上記目的のために支払わなければいけなかった市場価額を基準とする損害賠償の支払いを命じた[35]。

以上の判例の考察からは、従来の判例（〔英 5〕および〔英 6〕）は、不動産の不法侵害の文脈において、利益吐き出しを認めることに消極的であったと評することができるであろう[36]。というのも、いずれの事案も直接的には原告が（本稿の意味での）利益の吐き出しを求めた事案ではないものの、利益吐き出しを認める余地もあったにもかかわらず、〔英 6〕判決は、侵害者の利益を本来契約により所有者に侵害者が支払うべき使用料――支払いを免れた利益である――と解した上で、その利益の返還を義務付けるにとどめており、また〔英 5〕判決はそのような利益の返還すら否定的な立場を採ったからである。

もっとも、学説にまで目を向けると、不動産の不法侵害の場面において、利益の吐き出しを認める見解も有力に説かれており、侵害行為の抑止などが根拠として挙げられている[37]。

（4）小括

以上の二つの場面におけるイギリス法の考察を踏まえると、有体物（不動産・動産）侵害の局面では、イギリス法は、不法行為訴権の放棄を媒介とした準契約に基づく不

---

35 「もしある人が他の者の許可なしに彼自身の目的のために使用したならば、彼はそのような使用を理由に対価を支払わなければならない」(at 541-2〔per Lindley LJ〕)。なお、本件は、Xが侵害された土地を使用しておらず、また第三者に賃貸することも予定していなかったため、Xの「損害」を観念することができず、填補賠償の枠組みで処理することが困難であった事案であることに留意されたい（BURROWS②, *supra* note 1, at 648)。

36 もっとも、こうした伝統的立場に対し、近時の判例の中には、不法侵害事例において、利益吐き出しが「例外的な状況」（ただし、その基準は明かではない）において、意図的な違法行為者（conscious wrongdoer）に対して利用可能になり得ることを示唆したものもみられものの（Stadium Capital Holdings (No 2) Ltd. v. St Marylebone Property Co., [2010] EWCA Civ 952. VIRGO②, *supra* note 1, at 453)、ここでは立ち入らない。

37 たとえば、VIRGO②, *supra* note 1, at 459（不法侵害の性質が特に重大な場合に限定して、利益の吐き出しの可能性を説く）.

当利得返還請求権を行使することを認めるものの、利益吐き出しを積極的に認める立場を支持するかは明らかとはいえない。またこれらの場面は、コモン・ロー上の不法行為であることもあり、エクイティ上の救済手段である利益の清算によっても提起されていない。それゆえに、有体物侵害の場面からは、利益吐き出しの理論的根拠を抽出することはできない（そのため、イギリス法を取り上げる必要はなかったともいえるが、後述するアメリカ法はイギリス法と異なり、この場面でも部分的に認めていることから、それとの対比のためにイギリス法も紹介した）。

第 2 項　無体物侵害①――知的所有権の侵害

（１）はじめに

次に、利益吐き出しが実質的に最も問題となる場面である無体物侵害の事例を取り上げる。具体的には、知的所有権の侵害や営業秘密の侵害による利益吐き出しが問題となるが、本項では前者を取り上げる（後者については次項で扱う）。無体物については、有体物と異なる特殊性――公共財としての性格、すなわち非競合性および非排除性――を備えており、情報の創造のインセンティブを創作者に与えるためには、有体物よりも手厚い保護（より強い救済手段）が必要であることが説かれていることはわが国のみならず[38]、英米法においても同様である（もっとも、アメリカ法と比較すると、イギリス法におけるこうした政策論は弱いように思われる）。そして英米法において知的所有権を保護するために認められる救済手段の一つが、利益の吐き出しである。

以下では、①特許権侵害、②著作権侵害、③商標権侵害・詐称通用の場面における利益の吐き出しについて、順に見ていくこととしよう[39]。

---

[38] たとえば、中山信弘『特許法』（弘文堂、2010）354 頁（「特許権侵害は侵害に占有奪取を伴わないため、侵害の場所的時間的制約はなく、有体物の侵害と比較して、侵害はより容易であり、かつ侵害の発見と防止はより困難である。その上、他人の占有の奪取という直接的な加害行為を伴うことがないため、侵害への誘因もそれだけ強いことになる」と述べた上で、「以上のような観点からからするならば、特許権侵害の賠償制度については、侵害を抑止する何らかの制度的担保が必要ということになり、ある程度の事実上の制裁的機能を加味して背理ではないであろう」と指摘する）。

[39] 本項の考察は以下の文献に負うところが大きい。

〔教科書・体系書〕VIRGO①, *supra* note 1, at 470~ ; BURROWS②, *supra* note 1, at 645~, 653~ ; LIONEL BENTLY & BRAD SHERMAN, INTELLECTUAL PROPERTY（4th）（Oxford U.P., 2014）1260~.

〔論文〕Fiona Patfield, *The Remedy of Account of Profits in Industrial and Intellectual Property Litigation*, 7 UNSWLJ 189(1984)（Patfield①）; Fiona Patfield,

（２）特許権侵害の場面

まず特許権侵害の場面についてみると次の通りである。イギリス法では、特許権は、制定法（1977 年特許法）と判例法により保護されている。制定法の規定によれば、イギリス法は、特許権侵害による救済手段として、（ｉ）差止命令（61 条 1 項(a)）と（ii）金銭救済の双方を規定し、そして後者として、（α）損害賠償（同(c)）や（β）利益の清算（同(d)）を規定する[40]。このうち、（β）の利益の清算は、侵害者が侵害行為を契機に取得した利益を剥奪することを目的とするエクイティ上の救済手段であることは先述した。その特徴としては、裁判官の裁量的要素が強く[41]、侵害者の主観的要素（悪意または善意・有過失[42]）や権利者の行動の良心性が利益の清算の可否を判断する際に重要な考慮要素となっている点が挙げられる[43]。後者についてみると、たとえば、侵害されていることを認識しながら、侵害者が侵害行為による利益を取得するまで待

The Modern Remedy of Account, 11 ADEL L. R. 1(1987)（Patfield②）; T H W Wells, *Monetary Remedies for Infringement of Copyright*, 12 ADEL. L. REV. 169(1989); Lionel Bently, *Accounting of Profits for Infringement of Copyright: Potton Ltd v. Yorkclose Ltd*, 3 EIPR 106(1990)（Bently①）; Lionel Bently, *Accounting for Profits Gained by Infringement of Copyright; When does it End?*, 1 EIPR 5(1991)（Bently②）; Peter Hastie, *Restitution and Remedy in intellectual Property Law*, 14 AUSTRALIAN BAR REVIEW 6(1996); T. Moody-Stuart, *Quantum in Accounts of Profits: The Acid Test*, [1999] EIPR 137; EDELMAN, *supra* note 1, at 217~; Lionel Bently & Charles Mitchell, *Combing Money Awards for Patent Infringement: Spring Form v. Toy Brokers*, 11 R.L.R. 79(2003).

なお、わが国の先行研究として、大西邦弘「制定法による知的財産侵害の救済と不法行為法による『原状回復』」神戸法学 53 巻 4 号（2004）335 頁以下も参照。

[40] 第 61 条（特許権侵害についての手続き）

(1) 特許権者は、本法の本章の以下の規定を前提として、特許を侵害するいかなる行為に対しても以下のような方法によって裁判所に民事の訴えを提起することができる。

(a) 侵害行為の差止または侵害の恐れがある場合の予防差止命令
(b) 侵害行為に供した物の引渡または廃棄命令
(c) 侵害行為による損害賠償
(d) 侵害行為による利益の清算
(e) 特許の有効と侵害行為の確認

(2)~(6) 省略

[41] エクイティの裁量的性格については、田中英夫『英米法総論（上)』（東京大学出版会、1980）13 頁、樋口範雄『はじめてのアメリカ法（補訂版)』（有斐閣、2013）152 頁など参照。

[42] 特許法 62 条 1 項は、侵害者が「その特許が存在することを知らず、そして存在すると想定する合理的な根拠を有しないこと」は、損害賠償および利益の清算の抗弁となると規定している。

[43] VIRGO②, *supra* note 1, at 425.

ち、そして利益を上げた段階で請求する場合には[44]、裁判所は裁量権を行使することにより利益の清算を否定する[45]。

以上の制定法の規定を見る限り、イギリス法では、特許権侵害を理由に利益の吐き出しが認められることは――一定の制約はあるものの――明らかといえよう。そしてこうした立場は、実務（判例）においても追認されている。たとえば、2002 年の〔英 7〕Spring Form Inc v. Toy Brokers Ltd.事件[46]がその例として挙げられる。本件事案は以下のとおりである。すなわち、X1 （Spring Form）は、子どものおもちゃテントのためにヨーロッパ特許（UK）を認められた。X1 は、英国においてそのテントを販売するために、排他的ライセンスを X2（Ninja Corp）に与えた。Y1（Worlds Apart Ltd）は類似するテントを製造し、そしてこれらを Y2（Toy Brokers Ltd）、Y3（Argos Ltd）および Y4（Woolworths Plc）に売却し、Y2~Y4 はそれらを彼らの顧客に販売した。これに対し、X1 および X2 は、3 つの別個の訴訟手続を共同原告として提起し、全てのこれらの活動が X1 の特許を侵害すると主張した（Y1 に対する第 1 の訴訟において、本件特許が有効であり、そして Y1 により侵害されたとの宣言が得られている）。本件は、そのうちの Y2 に対する利益の清算訴訟である。本件において、裁判所は、損害賠償と利益の清算との関係について定める特許法 61 条 2 項[47]との関係について詳細に検討したうえで、利益の清算が「原告〔特許権者〕の権利を侵害して犯された不法な行為により不適切に上げた利益を被告〔侵害者〕から剝奪し、そしてこれらの利益を原告〔特許権者〕に移転することを目的とする原状回復的救済（restitutionary remedy）である」と述べ、そして「その目的は、被告〔侵害者〕の不当利得を防止す

---

44 これは、利益吐き出しを認めることに付随するモラル・ハザードの問題である。すなわち、利益吐き出しは、被害者に棚ぼた的利益を与えることがあるから、被害者にとっては侵害者と契約を締結するよりも、侵害者が侵害行為から利益を得た段階で請求する方が得策となり、侵害行為を傍観する負のインセンティブを生むことになるとの指摘がなされている（Dane S. Ciolino, *Reconsidering Restitution in Copyright*, 48 EMORY L.J. 32, 34(1999)）。

45 Barnett, *supra* note 20, at 16.

46 [2002] FSR 17. 本件については、Bently & Mitchell, *supra* note 39, at 86~参照.

47 同条は、「裁判所は、同一の侵害行為に対して、損害賠償と利益の清算を同時に命じることはできない。」と定める。もっとも、この規定の適用範囲およびその理由も必ずしも明らかではない。この点については、起草過程でも十分な議論がなされていなかった（この点については本稿の関心対象ではないことから立ち入らない。詳細は、Bently & Mitchell, *id. supra* note 39, at 84～に譲る）。

ることである。」と判示し、利益の清算を認めた[48]。

以上の考察からは、イギリス法は、制定法のみならず、実務（判例）においても、特許権侵害による利益吐き出しを認めていること、そしてその際に「不当利得の防止」という点にその根拠を求めていることが明らかとなったといえよう。

（３）著作権侵害の場面

次に、著作権侵害の場面についてみてみよう。イギリス法では、著作権は、制定法（1988 年著作権・意匠・特許法）と判例法により保護されている。そして前者の制定法は、著作権侵害による救済手段として、（ｉ）差止命令（96 条）と（ii）金銭救済（96、97 条）を規定し[49]、また後者として（α）損害賠償と（β）利益の清算を規定しており（97 条）、その規定構造は特許権の場合と同様である。それゆえに、著作権侵害を理由に利益吐き出しが認められることは異論ない。もっとも、(β)については、――特許権とは異なり――侵害者の主観的要件による制限すら設けておらず[50]、利益の吐き出しをヨリ広く認める立場を採っていると解される（ただし、その理由は必ずしも明確ではない）。

そしてこうした制定法の立場は、実務（判例）においても追認されている。たとえ

---

[48] [2002] FSR 17, at [7].

[49] 第 96 条　著作権者によって訴訟提起が可能となる侵害
(1) 著作権の侵害は、著作権の権利者によって訴訟を提起することができる。
(2) 著作権侵害による訴訟において、原告は、その他の財産権侵害の場合と同様に、損害賠償、差止命令、利益の清算その他のあらゆる救済を請求することができる。
(3) 略
第 97 条　侵害訴訟における損害賠償についての条項
(1) 著作権侵害訴訟においては、侵害時において被告が訴訟の対象となっている創作物に著作権が存在していることにつき善意かつ善意につき合理的な理由が証明される場合、原告は被告に対して損害の賠償を求めることができない。ただし、その他の救済方法を妨げない。
(2) 著作権侵害訴訟において、裁判所は、とりわけ以下の経過に掲げるあらゆる事情を勘案した上で、事案の解決が正義に適するように、追加的損害賠償（additional damages）を命じることができる。
(a) 侵害行為の凶悪性
(b) 侵害を原因として被告に発生した利得

[50] その行為に関係する作品に著作権が存在することを知らず、そして存在すると信じる理由がないことは、損害賠償に対する抗弁であるが、その他の救済手段（利益の清算を含む）に対する抗弁ではない（同 97 条(1)）。もっとも、侵害者が善意の侵害行為から利益を上げた場合、侵害者は利益を吐き出す責任を負うものの、裁判所はその利益を上げる際の侵害者の技術および努力を考慮して、手当付与を認めるとされる（Redwood Music Ltd. v. Chappell & Co Ltd., [1982] RPC 109（善意の著作権侵害ケース））。

ば、1990 年の〔英 8〕Potton Ltd. v. Yorkclose Ltd.事件[51]は著作権侵害による利益の清算を認めた例として挙げられる。本件は、Y が X の著作権（「Grandsen」というスタイルの家についてのそれ）を侵害する家を建築し、そして第三者に売却したのに対し、X が Y に対して自己の著作権侵害により上げられた利益の清算を求めた事案である。本件において、裁判所は、特許権の場合と同様に「不当利得の防止」を根拠に、利益の清算を認めている。

以上の考察からは、イギリス法では、制定法のみならず、判例においても、著作権侵害による利益吐き出しを認めており（しかも、主観的要件による制限がないことから、特許権よりも広く認められる）、そしてその根拠として不当利得の防止に求めていることが明らかとなったといえよう。

（４）商標権侵害および詐称通用の場面

最後に、商標権侵害および詐称通用（passing off）の場面についてみてみよう。まず商標権については[52]、イギリス法は、制定法（1994 年商標法）において、利益の清算を認めており（同 14 条 2 項）[53]、また判例も現に認めている。具体的にみると、1910 年の〔英 9〕Slazenger & Sons v. Spalding & Brothers 事件[54]が挙げられる。本件は、X が（1905 年商標法に基づき）登録したゴルフボールに関する商標を Y が善意で侵害したのに対し、X がまず Y に対して本案的差止命令を求め、その後、Y がそれを受け商標使用を中止したものの、X はさらに Y に対して利益の清算などを求めた事案である。本件において、裁判所は、本案的差止命令が認められた場合に、利益の清算も認められるのかについて、填補賠償を求める権利を X が有するならば、利益の清算を求める権利も有すると述べたうえで、本件では Y が善意であったから、X は填補賠償を求める権利を有しないと判示した。そのため、本判決は、結論としては、利益の清算を否定したものの、一般論としては肯定しているものといえる。なお、その根拠は明示されていないものの、填補賠償と同視している点から推察するに、損害額を算定する代替として利益の清算を位置付けているといえようか。

---

[51] [1990] FSR 11(Ch).
[52] この点につき、VIRGO①, *supra* note 1, at 472 ; BURROWS②, *supra* note 1, at 646 を参照。
[53] Trade Marks Act 1994, s 14(2).
[54] Slazenger & Sons v. Spalding & Brothers., [1910] 1 Ch 257.

次に、詐称通用については、コモン・ローによる保護に委ねられている。しかし、それにもかかわらず、利益の清算が認められている点が注目される。具体的にみると、1982 年の〔英 10〕My Kinda Town Ltd. v. Soll 事件[55]が挙げられる。本件は、Y が X の使用する名前と類似するそれ（「Chicago Pizza」）を自己のレストランの名前として使用することにより、詐称通用という不法行為を犯したのに対し、X は Y がその名前を使用することにより得た利益の清算を求めて訴えを提起した事案である。本件において、裁判所は、Y が自己のレストランと権利者のそれを誤認混同させることにより、顧客から得た利益を清算する責任を負うと判示した。その際に、裁判所は、利益の清算の根拠として、他の場面と同様に「不当利得の防止」を挙げた[56]。

（５）小括

（ｉ）議論の整理

以上の考察からは、以下の点が明らかとなったといえよう。

第 1 に、イギリス法はコモン・ロー上の訴訟原因である知的所有権侵害による利益吐き出しを広く認めているという点である（特許権、著作権、商標権、詐称通用のすべてで認められている）。その理由としては、歴史的な理由に加えて[57]、――イギリス法では明示的には論じられていないものの少なくとも、同じコモン・ロー上の訴訟原因である有体物侵害と比較して広く認められることを踏まえると――情報である知的所有権の特殊性（非競合性および非排除性）が挙げられるであろう。

第 2 に、イギリス法は、利益吐き出しを肯定する際に、エクイティ系列に属する利益の清算を用いているという点である。具体的には、特許権および著作権侵害はその例として挙げることができよう（もっとも、詐称通用ではコモン・ロー上の利益の清算が認められているが）。

第 3 に、イギリス法は、利益吐き出しの根拠として一貫して「不当利得の防止」に求めているという点である（〔英 7〕〔英 8〕〔英 10〕の判例で一貫している。〔英 9〕は不明）。この点、イギリスの学説も、――後述のアメリカの学説では抑止論が有力で

---

55 [1982] 8 FSR 147.

56 *Id.* at 156.

57 知的所有権はもともとコモン・ローにより保護されたが、その後、エクイティが積極的な役割を担ったためとされる（VIRGO①, *id.* at 470~; Bently②, *supra* note 39, at 5）。

あるのと異なり――不当利得の防止に求める見解（①）が多数である[58]。その理由としては、意図的ないし故意的な違法行為の一般的要件が存在しない場合があり（具体的には、著作権侵害の場面）、抑止論がイギリスの現行法の立場と調和しないことが挙げられる（侵害行為を事前に抑止するためには、侵害者が侵害行為を認識していることが不可欠である、つまり抑止と主観的な要件は密接な関連性を有すると解されている）[59]。ただし、学説の中には、知的所有権侵害に伴う填補賠償額の算定の困難性ゆえに、侵害者の利益を損害額算定の代替として捉える見解（②）も見られ[60]、完全に理解が一致しているわけではない。

（ii）留意点

ただし、以上のようなイギリス法の議論には以下の 2 点の留保を付しておきたい。

第 1 に、イギリス法では知的所有権侵害による利益吐き出しの根拠論は、十分に詰められていないという点である。たとえば、後述するように、アメリカ法では、先述の①および②の根拠は、批判の対象となっているのに対し、イギリス法では無批判に受け入れられている。また何ゆえ被害者は自己の損害を超える利益を取得するのかも解明されていない[61]。

第 2 に、イギリス法は知的所有権侵害を理由に利益吐き出しを広く認める立場であるものの、被害者は訴訟の場面において、めったに利益の清算により救済を求めず、通常の填補賠償を求めることが多いという点である[62]。その原因としては、侵害者が

---

58 たとえば、Watterson, *supra* note 11,at 49（後述の違法行為の抑止を挙げる立場に対し、現代の知的所有権侵害ケースでは、抑止が裁判所の推論の明示的特徴ではないこと、そして実質的な説明が明瞭に表現されるとき、それが典型的には侵害者の「不当利得」の防止であることを踏まえ、「おそらく、知的所有権の文脈では、利益吐き出しは、抑止という目的に言及する必要性を全くなしに正当化されると考えられる」と述べる）.

59 Watterson, *id.* at 49（こうした理解は、利益吐き出しのための要件として常に意図的ないし故意的な違法行為が必要であると想定する見解（たとえば、EDELMAN, *supra* note 1, at 242）が誤りであることを意味すると述べる）。

60 EDELMAN, *id.* at 233.

61 Patfield②, *supra* note 39, at 31. もっとも、この点は、後述の利益の配分により緩和されると考えているようにも思われる。

62 Bently②, *supra* note 39, at 5; Watterson, *supra* note 11, at 48; WILLIAM CORNISH & DAVID LLEWELYN, INTELLECTUAL PROPERTY: PATENTS, COPYRIGHT, TRADE MARKS AND ALLIED RIGHTS（5th ed.）（Sweet & Maxwell, 2003）77.

吐き出すべき「利益」の算定が困難であることが挙げられる[63]。この点は、イギリス法において利益の清算を認めた判例の数が少ないことからもそうした傾向を読み取ることができるであろう。

第 3 項　無体物侵害②――機密情報の侵害

（1）はじめに

ここでは、知的所有権侵害以外の無体物侵害の例として、営業秘密（trade secret）などの機密情報（confidential information）の侵害（不正利用行為〔misappropriation〕）の場面についてみていくこととにしよう[64]。このような機密情報の保護をめぐっては、①情報それ自体を「財貨」として保護する法制度と②行為規制により間接的に情報を保護する法制度に分けることができる。この点、後述のアメリカ法は①を採るのに対し、イギリス法は②を採る。すなわち、イギリス法は、伝統的にエクイティ系列の守秘義務違反法理（breach of confidence）により、当該情報が confider から confidant に打ち明けられる関係を保護するために、当該関係を侵害する行為を規制することで機密情報を間接的に保護してきた（その結果として、機密情

---

63 Patfield②, *supra* note 39, at 31.

64 本項の記述は、以下の文献に負うところが大きい。

〔教科書・体系書〕GOFF & JONES, *supra* note 1, at 747~ ; VIRGO①, *supra* note 1, at 525~ ; BURROWS②, *supra* note 1, at 689~ ; VIRGO②, *supra* note 1, at 514~.

〔論文〕Gareth Jones, *Benefits Obtained in Breach of Another's Confidence*, 86 L.Q.R. 463(1970)（Jones①）; FRANCIS Gurry, BREACH OF CONFIDENCE（Clarendon Press, 1984）417~ ; Gareth Jones, *Breach of Confidence—after Guardian*, 42 C.L.P. 49(1989)（Jones②）; Peter Birks, *A Lifelong Obligation of Confidence*, 105 L.Q.R. 501(1989) ; Jackman, *supra* note 17, at 314~ ; Peter Birks, *The Remedies for Abuse of Confidential Information*, [1990] LMCLQ 460 ; Capper, *Damages for Breach of the Equitable Duty of Confidence*, 14 LS 313(1994) ; Helen Fenwick & Gavin Phillipson, *Confidence and Privacy: a Re-Examination*, [1996] C.L.J. 447 ; Megan Richardson, *Owning Secrets: 'Property' in Confidential Information*, in: A ROBERTSON ED., THE LAW OF OBLIGATIONS: CONNECTIONS AND BOUNDARIES（UCL Press, 2004）145~ ; Daniel Friedmann, *The Protection of Entitlements via the Law of Restitution—Expectancies and Privacy?*, 121 L.Q.R. 400(2005) ; John D. McCamus, *Celebrity Newsgathering and Privacy: The Transformation of Breach of Confidence in English Law*, 39 ALR 1191(2006) ; GIGLIO, *supra* note 1, at 107~ ; Watterson, *supra* note 11, at 51~.

なお、イギリスの営業秘密一般に関する、わが国の先行研究として、小野昌延『営業秘密の保護――不正競業としてのノウ・ハウの侵害を中心として（増補）』（信山社、2013）190 頁以下がある。

報侵害は、所有権侵害による不法行為とは構成されない[65]）[66]。もっとも、現在では、守秘義務違反法理による保護の対象は、営業秘密のみならず、国家機密や個人情報にまで及んでいる[67]。

このような守秘義務違反法理による機密情報の保護に際しては以下の 2 点に留意する必要があるであろう。

第 1 に、守秘義務違反法理により保護される情報は、特許権の対象となることもあり、その場合には、特許法とのバランスを考慮して守秘義務違反法理の適用を検討しなければならないという点である。というのも、特許権の保護の対象となる情報は、情報創造者に独占権を与えるのと引換えに、他者が当該情報を利用することができるようにすることを法は推奨している。これに対し、守秘義務違反法理は、そうした公衆による利用を予定していない。そのため、本来特許権により保護すべき情報を守秘義務違反法理により保護すると、特許制度は用いられなくなり、特許法の目的と矛盾することになりかねないからである。

第 2 に、第 1 の帰結として、守秘義務違反法理は、特許権の対象とならない情報については、より積極的に適用されるべきであるという点である。とりわけ、国家機密のような情報については、特許法の対象とならないものの、その重要性に鑑みると、守秘義務違反法理を用いて強い保護が与えられて然るべきであろう。

以下では、これらの点に留意しつつ、イギリス法における機密情報の侵害（不正利用行為）を理由とする利益吐き出しの状況についてみていくことにしよう。

---

65 VIRGO①, *supra* note 1, at 525. ただし〔英 12〕Guardian 事件は不法行為から類推する。もっとも、近時の判例の中には、守秘義務違反を不法行為として構成したものもみられる（Walsh v. Shanahan, [2013] EWCA Civ 411）が、ここでは立ち入らない（VIRGO②, *supra* note 1, at 464）。

66 守秘義務は、①信認関係や②契約関係（たとえば、雇用契約）からも生じるが、ここでは③その他の状況でエクイティにより認められる場面を念頭に置く（McCamus, *supra* note 64, at 1203）。②との違いを指摘すると、③では、契約の効果が及ばない第三者にも一定の場合(悪意の場合)に拡張され得る(〔英 12〕Guardian 事件〔Griffiths 判事〕; GOFF & JONES, *supra* note 1, at 751-3)。というのも、（ア）認めなければ守秘義務の実質的価値を骨抜きにし（Griffiths 判事)、また（イ）悪意で守秘義務違反の当事者になることは非良心的であるため。このような拡張は、機密保持契約の当事者ではないが、守秘義務違反を通じて以外にその情報提供者がその情報を取得することができなかったことを知っていたメディア組織によるプライバシー侵害の場合に適切であるとされる（Normann Witzleb, *Justifying Gain-Based Remedies for Invasions of Privacy*, 29 OJLS 325, at 329 (2009)）。

67 GOFF & JONES, *supra* note 1, at 747~; Watterson, *supra* note 11, at 51. もっとも、個人情報（プライバシー）の問題は、第 4 項で取り扱う。

（２）機密情報の侵害の場面

イギリスの判例は、守秘義務違反の要件[68]を満たす場合には、救済手段として、（ⅰ）差止命令、（ⅱ）文書の引渡しまたは破壊命令（delivery up or destruction of materials and documents）、（ⅲ）金銭救済を認めており、そして（ⅲ）として、（α）逸失利益の損害賠償、（β）合理的な実施料、（γ）利益の清算、（σ）懲罰的損害賠償を認めている[69]。

これらの判例上の救済手段（特に（γ））からは、イギリス法が、機密情報を不正に利用して侵害者が利益を上げた場合には、利益の吐き出しを認めていることは明らかといえよう。具体的にみると次の通りである。たとえば、営業秘密の無断利用が問題となった 1963 年の〔英 11〕Peter Pan Manufacturing Corp v. Corsets Silhouette Ltd.事件[70]の事案は以下の通りである。すなわち、X は、ブラジャーを含む女性用下着の製造ビジネスを行っていた。Y は、X のブラジャーのイギリスにおける実施権者であった。Y は、X から市場にいまだ存在しない新しいデザインを機密で見せられた。Y は、自分自身のブラジャーをデザインするために、X のデザインを悪意で使用し、ブラジャーを製造し、そして販売することにより利益を上げた（Y は X とのライセンス合意も終了した）。X は、Y が U.15 および U.25 として知られる型のブラジャーを製造し、そして販売することを制限する差止命令および侵害しているブラジャーの引き渡し、損害賠償または利益の清算を求めて訴えを提起した。

本件において、裁判所は守秘義務違反による利益の清算を認め、X の機密情報を用いて得た利益の清算を命じた。もっとも、本件では、裁判所はその根拠について何ら言及しなかった[71]。

---

[68] 判例は、エクイティ上の守秘義務が認められる要件として、（ⅰ）情報それ自体が機密の性質を有すること、（ⅱ）守秘義務を導入する状況で情報が伝えられたこと、（ⅲ）情報を伝える当事者の損失による（to the detriment of）当該情報の無授権の使用があることの 3 つを挙げる（Coco v. Clark, [1969] RPC 41）。個々の要件については、VIRGO①, *supra* note 1, at 526-7 ; Fenwick & Phillipson, *supra* note 64, at 448~のほか、内藤・後掲注(84)233 頁以下を参照されたい。

[69] GOFF & JONES, *supra* note 1, at 754~ ; VIRGO①, *supra* note 1, at 527-8 ; Normann Witzleb, *Monetary Remedies for Breach of Confidence in Privacy Cases*, 27 L.S. 430, 454(2007) .

[70] [1963] 3 All ER 402.

[71] 裁判所は次のように述べる。「私の判決の趣旨は、U.15 および U.25 の製造および販売は、機密情報を伴い、そしてそれゆえに、Y はこれらのスタイルを製造する資格

これに対し、国家機密情報の無断利用を伴った 1988 年の〔英 12〕A-G v. Guardian Newspapers Ltd.(No 2)事件[72]は、利益の清算の根拠を明示した最初の判決であった。本件事案の概要は次の通りである。すなわち、イギリス諜報機関（M15）の元諜報員 A が、雇用契約および 1911 年公務秘密法の条項に反して、回顧録（「spycatcher」）を作成した。そしてイギリスの新聞社である Y は、その本の公表権を購入し、事前に新聞で公表した。これに対し、X（国王）は、――A が海外にいたこともあり――Y に対して抜粋の公表により上げられた利益の清算を求めて訴訟を提起した。本件において、貴族院は、X の請求を認め、Y の利益の清算を命じた。そしてその際に、①「誰も自分自身の違法行為の遂行（wrongdoing）から利益を得ることを認められるべきではない」との一般原理のほかに[73]、②機密情報を受領した者が金銭的利得のためにその情報を濫用する誘因を減らすこと（侵害行為の抑止）[74]、③Y が不当に利得を得たから、当該利得は剥奪されるべきであること（利得の不当性）[75]、④（利益の清算が）損害賠償という救済の代替手段であること（損害額算定の代替）[76]が根拠として挙げられた。

これらのうち、①は、学説でも違法行為を理由とする利益吐き出しの根拠として一般的に説かれている[77]。また④は、守秘義務違反による損害額を立証することが困難であることから、侵害者が得た利益から損害額を推定するという手法であり、実質的には被害者の填補賠償として利益の清算を根拠付けようとするものである。

さらに、学説における根拠付けも補足すると次の通りである。大別すると、（α）機密情報を「財貨」（property）と捉える立場と（β）捉えない立場に分けることができる。まず、（α）財貨と捉える立場は、①機密保持義務違反を知的所有権侵害と同視する見解[78]や②「被告〔confidant〕が不適切に、原告〔confider〕の権利を侵害して

を有しないということである。そこからは、権利の問題として、X は、彼らの選択により、すでに起こっている彼らの権利のそのような侵害に関する損害賠償、あるいは代替的に、彼らの権利を侵害するブラジャーの製造および販売により上げられた利益の清算を求める権利を有する。」（at 411〔per Pennycuick J〕）

72 [1988] 3 All ER 545(HL).

73 *Id.* at 644（per Lord Keith）.

74 *Ibid.*

75 *Id.* 647（per Lord Brightman）.

76 *Id.* 662（per Lord Goff）.

77 たとえば、VIRGO①, *supra* note 1, at 431.

78 Witzleb, *supra* note 66, at 335-6.

彼の財産――ここでは、彼の機密情報――の使用から取得された利益を受け取り、または留保したとの広い原理」[79]に求める見解などに分かれている。

他方で、（β）財貨と捉えない立場は、①「被告〔confidant〕に機密を破ったことの責任を負わせることは、機密関係のインテグリティを維持する手段として正当化される」と説く見解[80]、②「被告〔confidant〕がエクイティ上の違法行為（wrong）の遂行から利益を得ないことを確保」するとの原理に求める見解[81]、③エクイティ上の誠実原理、換言すると、機密情報を受け取った者は、それの不公正な利益を持つべきではないとの原理に求める見解[82]に分かれる。

（３）小括

以上の考察からは、イギリス法は、機密情報の侵害による利益吐き出しが認められること、その際にはエクイティ上の守秘義務違反法理が用いられていること、そして利益の吐き出しの根拠としては、①「誰も自分自身の違法行為の遂行（wrongdoing）から利益を得ることを認められるべきではない」との一般原理、②侵害行為の抑止、③利得の不当性、④被害者の損害額の算定代替手段などに求められていることが明らかになったといえよう。もっとも、そのような救済は常に認められるわけではなく、エクイティ上の救済の性質に内在する制約――裁判官の裁量要素が強いゆえに、侵害者の主観的要件（悪意性）が重要な要素となる――を伴うことは知的所有権の場合と同様である[83]。

このように、判例（・学説）において機密情報の侵害を理由に利益の吐き出しを認めることは異論ないものの、その根拠付けは一致しておらず、一つの根拠のみで説明できない状況を示唆するといえよう。

もっとも、こうしたイギリス法の立場が果たして妥当かは検討の余地がないではない。とりわけ、〔英 11〕Peter Pan Manufacturing Corp 事件のような事案（営業秘密）

---

79 GURRY, *supra* note 64, at 417.
80 Jackman, *supra* note 17, at 315 ; VIRGO①, *supra* note 1, at 525 ; Witzleb, *supra* note 66, at 327.
81 McCamus, *supra* note 64, at 1204.
82 Jones①, *supra* note 64, at 473.
83 たとえば、〔英 11〕Peter Pan 事件および〔英 12〕Guardian 事件はいずれも confidant が悪意の義務違反者であった事案であったのに対し、〔英 18〕Seager v. Copydex Ltd.(No.2), [1969] RPC 250 は、善意の違反者であった confidant の利益の清算を否定した。

において利益の清算が認められるべきであったのは疑問の余地がある。というのも、先述したように､本件のような情報は､本来特許権によって保護すべきものともいえ、そのような情報を他の法理により保護すると、特許制度を骨抜きにしかねないからである。これに対し､〔英 12〕Guardian Newspapers 事件のような事案（国家機密）では、特許権による保護の可能性がなかったことから、問題はないといえよう。

第 4 項　人格財侵害――プライバシー侵害

（１）はじめに

ここでは、イギリス法における人格財侵害の例として、プライバシー侵害の場面についてみていくことにしよう[84][85]。プライバシーは、個人情報であり、無体物の一種

---

[84] 本項の記述は、以下の文献に負うところが大きい。
〔教科書・体系書〕VIRGO①, *supra* note 1, at 527~ ; VIRGO②, *supra* note 1, at 465~.
〔論文〕Susan M. Gilles, *Promises Betrayed: Breach of Confidence as Remedy for Invasions of Privacy*, 43 BUFF L. REV. 1(1995) ; Helen Fenwick & Gavin Phillipson, *Confidence and Privacy: a Re-Examination*, [1996] C.L.J. 447 ; Gavin Phillipson & Helen Fenwick, *Breach of Confidence as a Privacy Remedy in the Human Rights Act Era*, 63 M.L.R. 660(2000) ; Friedmann, *supra* note 64, at 414~ ; N. A. Moreham, *Privacy in the Common Law: a Doctrinal and Theoretical Analysis*, 121 L.Q.R. 628(2005) ; John D. McCamus, *Celebrity Newsgathering and Privacy: The Transformation of Breach of Confidence in English Law*, 39 ALR 1191(2006) ; Tanya Aplin, *The Development of the Action for Breach of Confidence in the postHRA Era*, [2007] I.P.Q. 19 ; Tanya Aplin, *The Future of Breach of Confidence and the Protection of Privacy*, 7(2) OUCLJ 137(2007) ; Witzleb, *supra* note 69 ; Witzleb, *supra* note 66 ; Sirko Harder, *Gain-Based Relief for Invasion of Privacy*, 1 VICTORIA LAW SCHOOL JOURNAL 63(2011) ; Tanya Aplin, *Commercialising Privacy and Privatising the Commercial: The Difficulties Arising from the Protection of Privacy via Breach of Confidence,* in: NARI LEE ET AL. EDS., INTELLECTUAL PROPERTY, UNFAIR COMPETITION AND PUBLICITY : CONVERGENCES AND DEVELOPMENT（Edward Elgar Pub, 2014）189.
なお、イギリスのプライバシー問題一般についてのわが国の先行研究として、末延三次「英米法における秘密の保護」戒能通孝＝伊藤正己編『プライヴァシー研究』(日本評論社、1962）43 頁以下、堀部政男「イギリスの個人情報保護法――1984 年データ保護法の運用状況を中心として」ジュリ 879 号（1987）35 頁以下、飯塚和之「イギリスにおけるプライバシー保護法論」商学討究 37 号（1987）373 頁以下、ジョン・ミドルトン「イギリスにおけるプライバシーの法的・倫理的保護論の展開」一橋研究年報法学研究 35 巻（2001）133 頁以下、ジョン・ミドルトン「イギリスの 1998 年人権法とプライバシーの保護」一橋法学 4 巻 2 号（2005）373 頁以下、平誠一「イギリスにおけるプライバシー保護の現状――1998 年人権法施行から 10 年を経て」久留米大学法学 65 号（2011）57 頁以下（平①)、内藤るり「私生活上の事実の保護における秘密保持の法理の活用――イギリス私法上のプライバシー保護の一展開」國家學會雑誌 122 巻 1=2 合併号（2009）221 頁以下、平誠一「イギリスにおけるプライバシ

といえ、前項の中で扱われるべきものかもしれない（現に、後述するようにイギリス法では守秘義務違反法理によりプライバシーの保護がなされている）。しかし、プライバシーは、その帰属者との人格的な結びつきを有するものであることから、他の情報と同様に商品として扱われることには慎重でなければならない。そのため、ここで別に論じる[86]。

ところで、従来、利益吐き出しは、財産権侵害ないし広く経済的利益の侵害との関係で論じられてきた。しかし、近時は、人格的利益の文脈で問題となり始めている。学説でも人格の商品化問題がクローズアップ化されており、その理論的な検討が行われつつあり[87]、その文脈でプライバシー侵害による利益吐き出しが論じられている。

もっとも、この点について考察する前にイギリス法におけるプライバシー保護の状況について一瞥を与えておくことが有益であろう。というのも、イギリス法は、――同じコモン・ロー法体系であるアメリカ法とは異なり――プライバシーの問題について比較法的に特殊な法発展を遂げているからである。以下では、伝統的な立場（→（ⅰ））と近時の動向（→（ⅱ））に分けて、見ていくことにしよう。

（ⅰ）伝統的な立場

まずイギリス法は、伝統的に一般的なプライバシー権概念自体を認めることに懐疑的ないし消極的な立場を採ってきた[88]。たとえば、こうした立場は、イギリス法では、――Warren & Brandeis 論文[89]の影響力が大きかったアメリカ法とは異なり――プライバシー侵害が個別の不法行為として承認されていないことに如実に現れている[90]。

一保護の論理」久留米大学法学 73 号（2015）31 頁以下（平②）など参照。

[85] 名誉毀損の場面でも利益吐き出しは問題となりうるが（アメリカ法参照）、イギリス法においては直接問題となった事案は管見の及ぶ限り見られなかったので、取り上げない。

[86] PALMER, *supra* note 1, at 120-1.

[87] たとえば、HUW BEVERLEY-SMITH, THE COMMERCIAL APPROPRIATION OF PERSONALITY（Cambridge U. P, 2002）6~が挙げられる。

[88] イギリス法のこうした立場については、わが国の先行研究でも指摘されているところである。たとえば、末延・前掲書 43 頁以下参照。

[89] SD Warrant and LD Brandies, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193(1890). 同論文の翻訳として、サミュエル・D・ウォーレン＝ルイス・D・ブランダイス（外間寛訳）「プライバシーの権利」戒能通孝＝伊藤正己編『プライヴァシー研究』（日本評論社、1962）1 頁以下がある。

[90] McCamus, *supra* note 84, at 1191（「トレスパス、ニューサンス、名誉毀損（defamation）、そして機密を守るエクイティ上の義務などの多様な不法行為がプライバシー侵害という特殊なケースにおいてそのような矯正（redress）を提供する付随

もっとも、このことはプライバシー保護の要請がイギリスにおいて存在しなかったことを意味しない。現に、個人のプライベートな事柄をめぐって多数の紛争が裁判所に提起されていた。しかし、イギリス法では、このような問題は、他の訴訟原因[91]により、あるいは個別の立法[92]により対応されるにとどまった[93]。つまり、プライバシーの保護は、間接的または断片的なものにとどまったわけである。

こうした断片的な保護の状況に対しては、現代におけるプライバシー保護として不十分であるとの批判が学説から提起されていた。というのも、個人のプライベート領域を減らす現代的なプライバシー侵害行為はますます増加しており[94]。またヨーロッパ人権条約 8 条（1950 年）[95]およびそれを国内に編入する 1998 年人権法[96]によりプライバシー保護が（裁判所にも）要請されていたからである[97]。こうした社会状況の

的な効果を有し得ることを受け入れたけれども、プライバシー侵害を理由とする直接の矯正を提供する不法行為法の一般原理を明瞭に表現するアメリカのアプローチは、〔イギリスでは〕ほとんど魅力を有しなかった。」（〔〕内引用者による））．もっとも、近時、アメリカでもプライバシー不法行為を放棄して、守秘義務違反法理によるプライバシー保護を推奨する動きが出てきている点に留意されたい（Gilles, *supra* note 84, at 1）。

91 たとえば、名誉毀損（defamation）、悪意による虚偽表現（malicious falsehood）、土地に対する不法侵害（trespass to land）、人に対する不法侵害（trespass to person）、ニューサンス、著作権侵害、契約違反などが挙げられる。

92 たとえば、1985 年通信傍受法、1997 年ハラスメント法などが挙げられる。

93 平②・前掲(84)91 頁（イギリス法（司法府および立法府）は、既存の法理（制定法解釈、コモン・ローの発展、行政裁量、司法裁量）によってプライバシーの保護を図るにとどまり、これを超えて一般的なプライバシー権という新しい権利を創設することに消極的な立場を採った、と指摘する）．

94 McCamus, *supra* note 84, at 1191. 具体的には、①現代の監視テクノロジー、②インターネットおよびその他のデータ共有テクノロジー、③現代のマーケティング実践、④医療健康テクノロジー、9.11 から生じる安全性対策、そしてテロをめぐる戦争により生まれる詳細な親密な個人情報の収集が挙げられるし、また⑤有名人にとっては、パパラッチの写真取引におけるタブロイド新聞とそれらの提携社による攻撃的情報収集活動なども挙げられる。

95 「(1)すべての人は、その私的生活および家庭生活、住居および通信を尊重する権利を有する。
(2)この権利の行使については、法律に基づき、かつ国の安全、公共の安全若しくは国の経済的福利のため、また、無秩序若しくは犯罪防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、または他の者の権利および自由の保護のため民主的社会において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない。」

96 1998 年 11 月 9 日公布、2000 年 10 月 2 日施行。公的機関（ただし、立法府としての議会を除く）は条約の趣旨を守ることが義務付けられ（6 条）、公的機関が欧州人権条約上の権利に適合的に行動しないことは不法であり（7 条）、不法な行為の被害者は、裁判所による救済を求めることができると定められている（8 条）。

97 McCamus, *supra* note 84, at 1192.

変化は、イギリス法において、プライバシーのより積極的な保護政策への転換を要請していたといえよう。

しかしながら、イギリスの裁判所は、このような状況に直面しても、当初は、伝統的な立場を崩さず、不法行為法によるプライバシー保護に抵抗し[98]、そして議会に問題の解決を委ねるにとどまった（たとえば、Malone 事件の直後に、議会は 1985 年通信妨害法を制定することでそこでの問題に対応した）[99]。というのも、プライバシー侵害の不法行為を認めることは、立法府の領域に属する問題と解されたからである[100]。このようなイギリス法における立法府と司法府との権限領域を意識的に区別しようとする形式主義的な立場は、他の領域でも見られるところであり[101]、プライバシー保護の問題もその一つの現れといえるであろう[102]。

---

98 たとえば、Malone v. Commissioner of Police of the Metropolis, [1979] Ch. 344（本件は、犯罪捜査のために不法に電話を盗聴することにより、X のプライバシーを侵害した事案である）は、守秘義務違反によるプライバシー保護に否定的態度を示した。本件については、McCamus, *id.* at 1193-6 を参照。

99 *Id.* at 1193.

100 *Ibid.* 同旨として、内藤・前掲注(84)227 頁以下参照（国会主権主義、すなわち、裁判所は国会と裁判所との役割分担を非常に慎重に捉えており、一般的なプライバシー権の承認は司法府の権限を超える法創造であり、それは司法府の権限を超える「立法」行為であって、国会に委ねられるべき問題である、という考えにその根拠を求める）。なお、この点について、Malone 事件において、Megarry 副大法官は、次のように述べた。

> 「他方で、新たな領域で立法することは裁判所の役割ではない。既存の法および原理の拡張と新たな権利の創造は別ものである。同時に、裁判官は立法をしなければならず、そして立法をする。しかし、Holmes 裁判官がかつて述べたように、裁判官は、隙間を埋めるように（interstitially）のみ、そしてかみ砕く動きではなく、単純な動きで、そのようにする。（中略）それを超えることは、立法府に委ねられなければならない。適切な安全性を兼ね備える資格十分なコモン・ロー上の新しい権利は、特定のケースを決定する裁判官の頭からは生じることはできない。議会のみがそのような権利を制定することができる」（at 372）。

101 たとえば、錯誤による弁済の受領者が破産した場合の弁済者の優先的保護の問題との関係でも同様のアプローチが採られている（この点は、拙稿「イギリス原状回復法における弁済者の優先的保護(1)(2・完)――錯誤による弁済を中心に」北法 65 巻 5 号 239 頁、同 6 号 107 頁（2015）を参照されたい）。

102 このようなイギリスの裁判所の態度のほかに、たとえば、飯塚和之は、「問題の複雑性、利害の衝突、政治的アピールの欠除〔ママ〕、関心の焦点の移動、そして様々な要求間の矛盾がプライバシーの法的保護の実現を妨げてきたのである」として、プライバシーの特殊性を挙げる（飯塚・前掲注(84)377 頁）。また、堀部政男は、アメリカ法との比較で、①厳格な先例拘束性の原則が存在すること、②基本的人権を宣明する成文憲法が存在しないこと、③学説の裁判所への影響力が総体的に弱いことなどを挙

（ⅱ）近時の動向

ところが、その後の近時の判例は、こうした態度を転換し、プライバシー保護に積極的な姿勢を採るに至る。もっとも、その際にも、イギリス法は、――アメリカのように一般的なプライバシー権概念を認めるまでには至っておらず[103]――伝統的な守秘義務違反法理を拡張することにより、プライバシー保護を実現した（守秘義務違反法理の拡張可能性は、〔英 12〕Guardian 事件の Goff 判事の傍論により示されていた[104]）[105]。

このような手法は、プライバシー保護として十分といえるかは検討の余地があろうが、少なくとも本稿の問題関心である利益吐き出しとの関連では重要な意味を持っていた。というのも、守秘義務違反法理をこの場面にも拡張した帰結として、プライバシー侵害による利益吐き出しが――不法行為構成の下では認められる余地がなかったのに対し[106]――理論的に認められる余地が生じたからである。そこで次にこの点についてより具体的にみていくことにしよう。

げる（堀部・前掲注(84)36 頁）。

[103] プライバシー不法行為を拒絶する近時の判例として、Wainwright v. Home Office, [2003] UKHL 53, [2004] 2 A.C. 406(HL)がある。

[104] 〔英 12〕Guardian 事件において、Goff 判事は以下のように述べた。

> 「守秘義務がそのようなケースと独立にエクイティにおいて生じ得ることは安定している。そして私は、その義務が、第三者が守秘義務に違反して彼にその人により開示されたことを知りながら、それに関して守秘義務違反を負う人から情報を受けたこれらのケースを含むためのみならず、一定の状況、すなわち、明白に守秘義務法理がたくさん人がいる道へ扇風機により伝えられた場合や私的な日記などの明らかな機密文書が公にさらされ、そして通行人により発見される場合などを含めるために広い観点から生じる状況を示した」（at 281）。
>
> 「原告は、利益の清算または損害賠償のいずれかを求める権利を有し得る。〔被告〕は、彼の不法な開示から上げたあらゆる利益を清算する責任を負うであろう。（中略）そして、損害賠償が適切な救済として見なされるケースでは、confidant は、現在または将来の、違法行為により彼により被られたあらゆる損害を confider に填補する責任を負うであろう」（at 288）

[105] Friedmann, *supra* note 64, at 416 ; VIRGO①, *supra* note 1, at 527. この点についてのイギリスの判例の展開については、内藤・前掲注(84)224 頁以下を参照されたい。

[106] 伝統的な理解の下では、プライバシーは、プライバシー侵害に付随する他人の土地の侵害などを理由とする、不法侵害など他の法理により断片的に保護されるにとどまった。つまり、プライバシー侵害による利益吐き出しは、不法侵害による利益吐き出しの問題の一環として論じられることになる。しかし、従来のイギリス法の理解によれば、不法侵害による利益吐き出しが認められないことは先述したところから明らかであろう。

（２）プライバシー侵害による利益吐き出し

イギリス法において、プライバシー侵害を理由に利益吐き出しを正面から認めた判例は現在までのところみられない。しかし、近時の判決の中には、一般論（傍論）としてこれを肯定したものがみられる。具体的には、2005 年の〔英 13〕Douglas v. Hello! Ltd. (No 3)事件[107]である。本件は、有名人 X の私生活の情報（具体的には、X の結婚式の写真）を収集し、無断でタブロイド新聞に掲載した Y 社に対し、X がプライバシー侵害を理由に差止命令を求めた事案である[108]。本件において、控訴院は、差止命令を否定した上で、守秘義務違反による利益の清算が X の結婚写真の公表を通じて侵害されたカップルのプライバシー権を保護するために利用可能であることを（傍論において）承認した。その理由としては、――必ずしも積極的なものではないが――「我々は、エクイティが、営業秘密の性質の機密情報から利益を得る機会を保護するのと同じ状況で、自分自身についての機密情報から利益を得る機会を保護するべきではない原理的理由を理解することができない」ことが挙げられた[109]。要するに、通常の機密情報が利益吐き出しにより保護されるべき理由がプライバシーとの関係でも妥当するという趣旨であろう[110][111]。

こうした取扱いは、保護法益であるプライバシーの特殊性を踏まえると理解することができる。すなわち、名誉毀損により与えられる損害は、その主張が誤りであると

---

107 [2005] EWCA Civ 595, [2006] QB 125(CA).

108 事案の詳細は次の通りである。すなわち、ハリウッドの有名人である X1（Catherine Zeta-Jone）および X2（Michael Douglas）は、X3 社（OK!社）との間で、自分たちの結婚式の排他的報道に関する報道権を X3 に承認する代わりに、その対価として X1 および X2 に 100 万ポンドを支払う旨の契約を締結した。そして X1 らは、無断で第三者に写真が採られることを阻止するために厳格な安全措置を行った。このような中で、X3 のライバル社である Y は、結婚式の写真を取得し、公刊しようとしたために、X1 らは、出版を阻止する緊急差止命令を申し出て、そして認められた。

109 [2006] QB 125(CA), at [113]（per Phillip LJ）.

110 これに対し、貴族院（OBG Ltd. v. Allan, [2007] UKHL 21, [2008] 1 AC 1）は、本件の問題をプライバシー利益の侵害による利益吐き出の問題として捉えなかった（Hoffmann 卿〔at [118]〕。この点、Baroness Hale 卿〔at [302]-[303]〕および Brown 卿〔at [319]〕も同意）。

111 もっとも、ここにはプライバシーを他の情報（商品）と同様に扱ってよいのかという視点は見られない。この点、本件では、原告はハリウッドの有名人であり、すでにプライバシーが商品的価値を有しており、財貨としての性格が出ていたかもしれない。そのため、そうした性格を有しない人格財（たとえば、ヒト由来物質）を同様に扱ってよいかは明らかではない。

の公の認定により事後的に回復され得るのに対し、プライベートな情報が公にされると、損害賠償を付与することによりこの損害を填補することができず、プライバシー侵害を完全に治癒することはできない――換言すると、その情報を人々の記憶から消すことはできない――から、そのような行為を事前に阻止する必要性が強いと指摘されている[112]。こうした理解は、差止命令の文脈で説かれたものであるが、利益の吐き出しの場面にも妥当すると言えよう。

（３）小括

以上の考察からは、イギリス法は、直接的にではなく、守秘義務違反法理を媒介とした間接的なものにとどまるものの、プライバシーを保護していること、そしてその救済手段として利益の吐き出しを一般論として認めていること、さらに、その根拠として、機密情報と同様の根拠に求められていることが明らかとなった。

第５項　関係侵害――信認義務違反および契約違反

（１）はじめに

最後に、イギリス法における関係侵害の問題として、①信認義務違反および②契約違反による利益吐き出しの問題についてみていくことにしよう。これまでの考察は、当事者間に一定の関係が事前に存在しない場面を主として念頭に置いてきた(ただし、守秘義務違反法理は、そうした関係がある場合にも妥当する)。これに対し、当事者間に一定の関係（信認関係や契約関係）が存在する場面において、一方当事者がその関係上の義務に違反して自己の利益を追求して、利益を取得した場合に、当該利益の吐き出しが認められるかが問題となる。以下では、順にみていくことにしよう。

（２）信認義務違反の場面

まず信託の受託者など信認関係上の義務を負う者[113]（以下、「受認者」とする）による信認義務違反を理由とする利益吐き出しの問題についてみていくこととしよう

---

[112] Phillipson & Fenwick, *supra* note 84, at 691.

[113] 信認関係とは、「一方が他方を信認し、あるいは他方に依存し、他方は、自らに依存している相手方に対しその利益を図る義務を負うような関係一般を指す」。具体的には、信託の受託者と受益者の関係のみならず、医師と患者の関係、弁護士と依頼人の関係、会社と取締役の関係など広い場面で認められる（樋口範雄『フィデュシャリー［信認］の時代』（有斐閣、1999）20 頁以下参照)。

[114]。以下では、まず判例の立場を確認し（→（ⅰ））、その背後にある実質的根拠を明らかにすることとする（→（ⅱ））。

（ⅰ）判例の立場

信認義務違反の場面は、英米法における利益吐き出し法理発展の基礎を形成した重要な領域である（とりわけ、利益の清算は、この領域で認められ始め、他の領域に拡大していった）。

具体的には、受認者が（ア）本人の財産またはその価値を不正使用し（misappropriate）、第三者に売却して利益を取得した場合、（イ）信託財産から不当

---

114 ここでの考察は、以下の文献に負うところが大きい。
〔教科書・体系書〕BIRKS①, *supra* note 1, at 338~；GOFF & JONES, *supra* note 1, at 713~；BURROWS①, *supra* note 1, at 455~； BURROWS②, *supra* note 1, at 678~；VIRGO①, *supra* note 1, at 499~.
〔論文〕Gareth Jones, *Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty*, 84 L.Q.R. 472(1968)；Jackman, *supra* note 17, at 312~；John Hopkins, *Fiduciary Duty-Receipt of Company's Property by Director—Equitable Allowance to fiduciary*, [1990] CLJ 220；Robert Cooter & Bradley J. Freedman, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, 66 N.Y.U.L.REV. 1045(1991)；Lee Aitken, *Reconciling 'Irreconcilable Principles'—A Revisionist View of the Defaulting Fiduciary's Generous Equitable Allowance*, 5 BOND LAW REVIEW 49(1993)；Worthington, *supra* note17；EDELMAN, *supra* note 1, at 191~；Lionel D. Smith, *The Motive, Not the Deed*, in: J. GETZLER ED., RATIONALIZING PROPERTY, EQUITY AND TRUSTS（Lexis Nexis/Butterworths, 2003）53~；Jessica Palmer, *The Availability of Allowances in Equity: Rewarding the Bad Guy*, 21 NEW ZEALAND UNIVERSITIES LAW REVIEW 145(2004)；Mitchell McInnes, *Account of Profits for Common Law Wrongs*, in: SIMONE DEGELING & JAMES EDELMAN EDS., EQUITY IN COMMERCIAL LAW（Law Book Co of Australasia, 2005）405（McInnes①）；Charles Mitchell, *Causation, Remoteness, and Fiduciary Gains*, 17 KCLJ 325(2006)；Mitchell McInnes, *Account of Profits for Breach of Fiduciary Duty*, 122 L.Q.R. 11(2006)（McInnes②）；Tom Fyfe, *Equity's inflexible rule under scrutiny: Murad v. Al-Saraj*, TRUSTS & TRUSTEES 28(2006)；GIGLIO, *supra* note 1, at 105~；Graham Virgo, *Restitutionary Remedies for Wrongs: Causation and Remoteness*, in: CHARLES RICKETT ED., JUSTIFYING PRIVATE LAW REMEDIES（Hart Publishing, 2008）301~；Irit Samet, *Guarding the Fiduciary's Conscience—A Justification of a Stringent Profit-stripping Rule*, 28(4) OJLS 763(2008)；Matthew Harding, *Justifying Fiduciary Allowances*, in: ANDREW ROBERTSON & TANG HANG WU EDS., THE GOALS OF PRIVATE LAW（Hart Publishing, 2009）341~；Watterson, *supra* note 11, at 45~.
なお、わが国の先行研究として、道垣内弘人『信託法理と私法体系』(有斐閣、1996)、姜雪蓮『信託における忠実義務の展開と機能』（信山社、2014)、木村仁「受託者の忠実義務と第三者からの利益取得行為(1)(2・完)——イングランド法を中心に」民商 152 巻 4＝5 号 343 頁、6 号 457 頁（2015）などがある。

な利益（unauthorised profits）を取得した場合、（ウ）第三者から賄賂（bribes）を取得した場合[115]に、受認者はその利益を本人に吐き出さなければならないか否かが問題となる。

判例は、受認者が本人に対する信認義務に違反して利益を上げた場合に、受認者の利益の吐き出しを肯定してきた[116]。たとえば、リーディングケースである 1942 年の〔英 14〕Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver 事件[117]の事案の概要は以下のとおりである。すなわち、ヘイスティングにおいて映画館を所有する X 会社（Regal）は、二つの別の映画館を取得する目的で子会社（Amalgamated）を設立（1 株 1 ポンドで 5000 株発行）するものの、X 会社の資金不足から、X 会社の代表取締役 Y1、取締役 Y2～Y5、さらに同社の弁護士 Y6 が資金を出し、そして子会社の株式（3000 株）を取得した。その後、Y1 らは、当該株式を転売することにより利益を上げた（1 株当たり約 2 ポンド 16 セント）。これに対し、X 会社の現在の取締役は、Y1 らが取締役および弁護士として取得した知識を使用して、子会社の株式の取得および売買に基づき利益を上げたこと等を根拠に、当該利益の清算を求めた。本件において、貴族院は、Y2~Y5 について株式の販売から得られた利益の清算を肯定した（もっとも、Y1 および Y6 については否定したが）。本判決は、その根拠（形式的根拠）を、受認者の信認義務（忠実義務）、より具体的には、忠実義務の一種である無断で自己の利益を上げない義務（no-profit ルール）に求めている。

（ii）実質的根拠

もっとも、受認者がそのような義務（忠実義務）を負う実質的根拠としては受認者による信認義務違反を予防ないし抑止するという目的を挙げることができるであろう[118]。すなわち、信認関係は、受認者に裁量を与えつつ、本人の利益を最大化するよう

---

115 BURROWS②, *id.* at 680. なお、信認義務違反には以上のほかに、過失による信託財産の誤った管理が挙げられる。しかし、この類型は、受認者に利益をもたらすものではなく、またそのような行為は通常の損害賠償により十分に阻止することができると解されていることから（Cooter & Freedman, *supra* note 114, at 1045）、ここでは直接の考察対象としない。

116 その嚆矢は、Keeth v. Sandford, (1726) Sel Cas T King 61, 25 ER 223 である（擬制信託による利益吐き出しを肯定）。

117 [1942] 1 All ER 378(HL).

118 BIRKS①, *supra* note 1, at 332 ; EDELMAN, *supra* note 1, at 212 ; McInnes②, *supra* note 114, at 11 ; VIRGO①, *supra* note 1, at 498.

に行動することを義務付ける関係である。しかし、この関係は、受認者に本人の財産や情報を利用し、本人の利益より自己の利益を図ろうとする――裁量を濫用する――負のインセンティブ（disincentive）を与えうる。そこで、このような負のインセンティブを排除する手段として、利益の吐き出しは位置づけられることになる[119]。

注意すべきは、信認義務違反による利益吐き出しは、――これまで見てきた他の場面と比較すると――、厳格な責任として運用されているという点である[120]。すなわち、(a)受認者が誠実に行動したか否か（受認者の悪意の証明に依存しない）[121]、(b)受認者の行動が本人に損失をもたらさしたか否か、(c)受認者の行動が本人にとって有益であったか否か、あるいは(d)本人がその利益を取得することができたか否かを問わずに[122]、適用されてきた[123]。これに対する、唯一の例外は、本人に対する受認者による「すべての重要事実の完全な開示」および本人の受認者の行為に対する「情報に基づく同意」である[124]。それゆえに、利益吐き出しはこの文脈において広く認められることになる[125]。

こうした運用につき、ある論者は、次のように述べている。すなわち、「受認者が利益を得てはいけないというルール、あるいは利益相反禁止のルールの絶対性は、受

---

119 Jackman, *supra* note 17, at 312～（信託などの社会的に重要な法制度を保護する手段として利益吐き出しを位置付ける）.

120 BURROWS②, *supra* note 1, at 681；Mitchell, *supra* note 114, at 325.

121 〔英 14〕Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver 事件など。なお、Sankey 判事はこの点につき以下のように判示した。

> 「Y は受認者の立場にあり、そして清算する責任は悪意の証明に依存しない。エクイティの一般ルールは、履行する信認義務の性質を負った者が、彼が保護することを義務付けられる者の利益と相反する個人利益を有し、または有することができる契約に入ることを認められないということである。彼が受認者として取得されたあらゆる財産を保有するならば、彼は信託受益者（cestui que trust）にそれを清算することを義務付けられる」（at 381）

122 それゆえ、この責任の性質は、填補賠償的なものとしてではなく、原状回復的なものとして理解されている（VIRGO①, *supra* note 1, at 514-5）。

123 EDELMAN, *supra* note 1, at 192；McInnes②, *supra* note 114, at 11；Palmer, *supra* note 114, at 149.

124 Aitken, *supra* note 114, at 53.

125 もっとも、このような伝統的な判例の立場は、悪名が高く、改革の必要性が説かれてきた。そして、近時の判例も、こうした批判を受け、従来の厳格な立場に一定の修正を加えているが（Matthew D.J. Conaglen, *The Nature and Function of Fiduciary Loyalty*, 121 L.Q.R. 452(2005)）、ここでは立ち入らない（第 4 章を参照されたい）。

認者が､受益者の利益に危険になり得るあらゆる誘因に基づき行動することを阻止し、そしてそれゆえに受益者を保護するために意図され得る」と[126]。また、こうした厳格な責任は、受認者がすべきことをしなかったことを証明する受益者の負担を回避するためであるとも指摘されている[127]

（iii）小括

以上の考察からは、イギリス法は信認義務違反による利益吐き出しを認めていること、そしてその形式的根拠を受認者の忠実義務に求めつつ、その実質的根拠を侵害行為の抑止に求めていること、さらにその責任を非常に厳格に解していることが明らかとなったといえよう。こうした背景には、分業と専門家を特徴とする現代社会において、一定の権限を他人に委ね、信頼し依存する制度は不可欠であるものの[128]、そのような制度に内在する問題――具体的には、裁量を認めるゆえに濫用される恐れが常にあるという問題[129]――があり、受任者が本人のために事務を管理することを統制するために強い救済手段が要求されているとみるべきであろう。それゆえに、この場面における本人への利益の根拠付けはなされていない[130]。つまり、被害者への棚ぼたを認めたとしても、法政策的に利益吐き出しが認められているわけである。それゆえに、こうした法政策的な利益吐き出しを他の場面でも認めるには、この場面に相当する理由が求められるというべきであり、安易な一般化はすべきではないであろう。

（３）契約違反の場面

次に、契約違反による利益吐き出しについて、見ていくことにしよう[131]。この領域

---

126 Palmer, *supra* note 114, at 170. Mitchell, *supra* note 114, at 325-6 ; Samet, *supra* note 114, at 769 も参照。

127 Palmer, *id.* at 169 : Mitchell, *id.* at 325-6 ; Samet, *id.* at 768.

128 樋口・前掲書注(113)241 頁。

129 この問題については、樋口範雄「信託的関係と受託者の責任――アメリカの議論を参考に」信託 170 号（1992）108 頁以下が詳しい。こうした問題は、経済分析の議論においては、情報の非対称性ゆえに生じるプリンシパル・エージェンシー問題として論じられるところである。

130 なお、物的救済（擬制信託）による場合には、価値追及により一定の根拠付けが可能であるが、ここでは立ち入らない。

131 ここでの考察は、以下の文献に負うところが大きい。
〔教科書・体系書〕BIRKS①, *supra* note 1, at 334~ : VIRGO①, *supra* note 1, at 478~ ; BURROWS② *supra* note 1, at 663~.

は、利益吐き出しの問題において、イギリス法において近時最もホットに論じられているといってよいであろう。というのも、イギリスの近時の判例（後述の Blake 判決）は、契約違反による利益吐き出しについて、伝統的な立場を否定して、積極的な立場を示したからである[132]。そこで以下では、Blake 事件以前の伝統的立場（→（ⅰ））とそれ以後の近時の立場（→（ⅱ））に分けてイギリス法の状況を概観する。

（ⅰ）伝統的立場――Blake 事件前史

イギリスの伝統的判例は、契約違反による救済として填補賠償――具体的には、期待利益の賠償または信頼利益の賠償のいずれか[133]――を認めるにとどまり[134]、利益吐

〔論文〕Gareth Jones, *The Recovery of Benefits Gained from a Breach of Contract*, 99 L.Q.R. 443(1983)；PETER JAFFEY, THE NATURE AND SCOPE OF RESTITUTION: VITIATED TRANSFERS, IMPUTED CONTRACTS, AND DISGORGEMENT（Hart Pub., 2000）389~；Peter Jaffey, *Disgorgement for Breach of Contract*, 8 R.L.R. 578(2000)；Mitchell McInnes, *Gain-Based Relief for Breach of Contract: Attorney General v. Blake*, 74 CAN. BUS. L.J. 72(2001)；Ralph Cunnington, *The Measure and Availability of Gain-based Damages for Breach of Contract*, in: DAKHONGIR SAIDOV & RALPH CUNNINGTON EDS., *CONTRACT DAMAGES: DOMESTIC AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES*（Hart Publishing, 2008）207~；Ralph Cunnington, *The Inadequacy of Damages as Remedy for Breach of Contract*, in: CHARLES RICKETT ED., JUSTIFYING PRIVATE LAW REMEDIES（Hart Publishing, 2008）115~；Okeoghene Odudu & Graham Virgo, *Inadequacy of Compensatory Damages*, 17 R.L.R. 112(2009)；Katy Barnett, *Deterrence and Disgorging Profits for Breach of Contract*, 17 R.L.R. 79(2009)；GIGLIO, *supra* note 1, at 83~；Rotherham③, *supra* note 17；BARNETT, *supra* note 1, at 87~.

なお、わが国の先行研究として、山田八千子「売主の契約違反と買主の損害――アメリカ法における利得吐き出し法理の適用をめぐって」東洋法学 34 巻 2 号（1991）87 頁以下、北井辰弥「契約違反に対する原状回復的損害賠償・再論――イギリス法を中心として」桐蔭法学 6 巻 2 号（2000）138 頁以下（北井①）、北井辰弥「回顧録を出版した元諜報部員に対して国が利得の償還を請求した事件」英米法学（中央大学）42 号（2003）21 頁以下（北井②）、小山泰史「英米法不当利得法における『不当性要素』（unjust factor）の意義――カナダ不当利得法における『法律上の理由の不存在』との関係を中心として」立命 336 号（2011）263 頁、田井義信「イギリス法上の債務不履行に対する損害賠償と原状回復――Forsyth 事件判決と Blake 事件判決の示すもの」同編『民法学の現在と近未来』（法律文化社、2012）135 頁以下、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 号（2014）99 頁以下などがある。

[132] Rotherham③, *id.* at 102（Blake 事件は、契約違反による利益の清算を付与する際に、新天地を開拓した、と指摘する）.

[133] 期待利益および信頼利益については、L. L. Fuller & William R. Perdue, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages:1&2*, 46 YALE L.J. 52, 373(1936-1937). Fuller & Perdue の議論については、木下毅『英米契約法の理論（第 2 版）』（東京大学出版会、1985）402 頁以下、吉田邦彦「アメリカ契約法学における損害賠償利益論

き出しに対しては消極的な立場を採ってきた[135]。具体的にみると、次の通りである。すなわち、1977 年の〔英 15〕Tito v. Waddell(No.2)事件[136]では、直接には契約違反により取得した利益の吐き出しが問題となった事案ではないものの、裁判所は、契約違反による損害賠償の目的を「原告が当該違法行為を被らなければ占めていたであろうと同一の地位にできる限り被告を置くことによって、その損失ないし侵害を賠償しなければならないということ」であると述べた上で、「当該違法行為によって出費を免れた金銭を被告に吐き出させることではない」として、利益吐き出しに消極的立場を示した[137]。また 1993 年の〔英 16〕Surrey CC v. Bredero Homes Ltd.事件[138]において、裁判所は、被告の利益を剥奪するための救済が、被告が原告の所有権を侵害した場面に制限されるとして、契約違反による利益吐き出しを否定した。このように従来の判例は、単なる契約違反を「違法行為」ではないとして、吐き出しの対象としていなかった[139]。

こうした判例の立場の実質的理由としては、以下の 3 点が挙げられる。すなわち、第 1 に、期待利益の賠償は通常被害者の保護として十分であると解されてきた点にある。つまり、期待利益の賠償は、多くのケースにおいて、違反者が契約違反から得た

――『法と社会』批判研究瞥見」同『契約法・維持法の関係的展開』（有斐閣、2003）68 頁、特に 71 頁以下（初出、アメリカ法 1992-2 号〔1993〕）なども参照。

134 古典的な例として、Tearcher v. Calder, [1898] A.C. 451. 本件は、金融ブローカーである Y が X の木材業に 15 万ポンドを投資する契約を破り、その代わりに同額を蒸留酒製造所に投資したのに対し、X が Y に対して損害賠償を求めた事案である。貴族院は、X が彼の事業の損失の填補賠償（期待利益のそれ）を求める権利を有することを認めたが、Y がその投資から現実に上げたより大きな利益の吐き出しを求める権利を有しないと判示した。 本件については、BURROWS②, *supra* note, at 664. 櫻井・前掲注(131)108 頁以下参照。

135 BURROWS②, *id.* at 664 ; Ewould Hondius & André Janssen, *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World,* in: do., *supra* note 1, at 479. 北井①・前掲注(131)142 頁（「イギリスにおいては、不動産取引を除き、相手に損害賠償をしてもなおこれをあえて相手に差し出す必要はないというのが一般原則といえよう」と述べる）。

136 [1977] 3 All E.R.129. 本件事案は次の通りである。すなわち、ある小島で鉱物の採掘権を得た Y は、採掘後に再植樹し原状に復することを X と契約し、採掘を行った。採掘後、Y は契約に違反して原状に戻すことを怠ったのに対し、X が特定履行および損害賠償を求める訴えを起こした。本件については、北井①・前掲注(131)143 頁も参照。

137 at 332（per Megarry J）.

138 [1993] 1 WLR 1361(CA).

139 E. Allan Farnsworth, *Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, 94 YALE L. J. 1339, 1341(1985).

すべての利益を吐き出させることができることに求められた。また第 2 に、契約違反による利益吐き出しを認めることは、特定履行を第二次的救済とする英米法体系と一貫せず、利益吐き出しは、「契約を破る自由」（効率的な契約違反）[140]への事実上の干渉となると説かれる[141]。さらに第 3 に、こうした理解は、信認関係を契約関係と区別し、前者にのみに特別の保護を与えるという英米法の従来の理解と一致する点にある[142]。もっとも、こうした理解の背後には効率的な契約違反を認めるとの契約法モデルがある。しかし、第 1 の批判は、必ずしもそうとは言えない。また効率的契約違反に対する批判的見解（関係的契約理論）の台頭に伴い[143]、こうした従来の契約モデルにも変化が生じており、第 2 および第 3 の理由付けも不十分といわなければならない。

他方で、このような利益吐き出しに消極的な立場を採る伝統的な判例の中にも、契約違反による利益吐き出しを例外的に認めた（と評価できる）ケースも全くないわけではない。たとえば、①第二次大戦直後という特殊な状況ではあるが、背信的ないし故意による契約違反の場合に例外的に利益吐き出しを命じたと解釈されるケース[144]、②土地の二重売買の事案において譲渡人に擬制信託を課すことにより、利益吐き出しが認められたケース[145]、③他の法理（たとえば、エクイティ上の守秘義務違反など）によって実質的に契約違反による利益吐き出しが認められたと評することができるケースなど[146]が挙げられる。もっとも、いずれも契約違反による――本稿の直接の関心

---

140 アメリカ法における「契約を破る自由」については、樋口範雄「契約を破る自由について」アメリカ法 1983-2 号（1984）217 頁以下、同『アメリカ契約法（第 2 版）』（弘文堂、2008）第 3 章を参照。

141 山田・前掲注(131)90 頁参照。

142 タマール・フランケル＝樋口範雄「信託モデルと契約モデル――アメリカ法と日本法」法協 115 巻 2 号（1998）1 頁以下、樋口・前掲書注(113)139 頁を参照。

143 この点については、吉田邦彦「契約侵害（債権侵害）に関するアメリカ法の近時の動向」北法 38 巻 5=6 合併号下（1988）255 頁以下（同『債権侵害論再考』〔有斐閣、1991〕第 5 章所収）。なお、利益吐き出しの文脈での効率的契約違反に対する批判として、Eisenberg, *supra* note 28, at 570 も参照（効率的契約違反の理論は、（ⅰ）一定の事実的な前提に依拠しているが、その前提が不正確であること、（ⅱ）効率性の観点からも支持することができないこと、（ⅲ）むしろ非効率を導くこと、を根拠に反対する）。

144 British Motor Trade Association v. Gilbert, [1951] 2 All E.R. 641. 本件事案については、北井①・前掲注(131)142 頁以下、小山・前掲注(129)283 頁以下を参照されたい。

145 Lake v. Bayliss, [1974] 1 W.L.R. 1073.

146 たとえば、〔英 11〕Peter Pan 事件（confider と confidant の間の機密合意があったにもかかわらず、エクイティ上の守秘義務違反により利益吐き出しが肯定された）が挙げられる。

対象である――利益の清算を直截に認めたものではないことから、ここでは立ち入らない。

（ⅱ）近時の動向――Blake 事件の登場

ところが、イギリスの近時の判例である 2000 年の〔英 17〕A-G v. Blake 事件[147]は、こうした伝統的な立場を修正し[148]、契約違反を理由に利益の清算を――「例外的な状況」、すなわち、「[その他の] 救済手段が不十分な場合」に限定しているものの[149]――肯定した。本件の事案の概要は、次の通りである。すなわち、Y（George Blake）は 1944 年にイギリス諜報局に入るときに、彼が業務中に取得した情報を開示することを禁止する終身的債務を当然の前提とした合意書に署名をした。Y は、ソ連の二重スパイであることが発覚した後、1961 年に収監されたが、1966 年に脱獄し、そしてモスクワに逃亡した。1990 年に、Y は、回顧録（memories）と引き換えに、15 万ポンドの出版社の申込みを受けることにより、国王に対する契約上の債務に違反した。信認義務違反や守秘義務違反を理由とすれば利益の吐き出しは当然に認められたが、本件では、Y は既に国王に対する信認義務を負っていないし、またこの情報も公表の前に既に機密でなくなっていたために、Y の契約違反による利益の清算のみが問題となった。

本件において、貴族院は、「裁判所が契約違反による救済手段として利益の清算を除外しなければいけない原理的理由はないようにみえる」[150]と述べた上で、Y が国王に対して利益の清算をする責任を負うと判示した。その根拠として、①違法行為の抑止と②Y の処罰（punishment）が挙げられる[151]。後者の点は、契約違反者の技術お

---

147 [2001] 1 AC 268(HL). Blake 事件を紹介・検討するわが国の先行研究として、北井①・前掲注(131)138 頁以下、北井②・前掲注(131)21 頁以下、田井・前掲注(131)144 頁以下、櫻井・前掲注(131)113 頁以下などがある。

148 近時の判例の転換の背景には、イスラエルの判例（Adras Ltd. v. Harlow & Jones GmbH, (1988) 42(1)P.D.）の影響があるとも指摘されている（HANOCH DAGAN, THE LAW AND ETHICS OF RESTITUTION（Cambridge U.P., 2004）354）。

149 at 285（per Lord Nicholl）. 具体的には、Nicholl 判事は、「有益な一般的指針は、徹底的ではないけれども、X が Y の利益を上げる活動を阻止する際の正当な利益を有し、そしてそれゆえに、彼が利益を剥奪する際に正当な利益を有したか否かである」と述べる（*Ibid*）。

150 at 284（per Lord Nicholl）.

151 BARNETT, *supra* note 1, at 13. もっとも、その他のケースでは、処罰の考慮と抑止の考慮は衝突することもあり得るとされる。

よび努力を理由とする手当（allowance）付与を貴族院が拒絶した点に見出すことができる[152]。

このようなBlake判決は、多くの学説の注目を集めた。その理由としては、以下の2点が挙げられる。すなわち、第1に、契約違反というコモン・ロー上の訴訟原因を理由に利益の清算を認めたことにより、従来コモン・ロー上の訴訟原因の文脈では、知的所有権侵害に制限されていた利益の清算が、他の文脈でも利用可能となる余地があることが示された点にある[153]。また第2に、従前に一部の領域で用いられていた擬制信託――これは理論的根拠を不明瞭にするという問題がある――と対照的に、利益吐き出しの理論的根拠を直截に問うことを可能にした点にある[154]。以上に加えて、〔英17〕Blake事件は、従来原状回復法上の救済である原状回復的損害賠償（restitutionary damages）と利益の清算の間で――従来は必ずしも意識されてこなかった――考慮すべき要素が異なり得ることを明らかにした点でも重要である[155]。

もっとも、Blake事件が問題となった事案類型は、特殊な類型（契約上の守秘義務違反であり、本来は機密情報侵害の問題とすべきであろう）といえ一般化できるかは留保が必要であろう（なお、Blake判決以後の契約違反による利益吐き出しをめぐる判例は、肯定例[156]と否定例[157]に分かれている）。とりわけ、契約違反の重要類型であ

---

[152] この点は、EDELMAN, *supra* note 1, at 171-2.　また、Nicholl判事の判決文においても、「George Blakeは、悪名高く、自認する反逆者である」との被告への非難が明確に示されていた（at 275）。

[153] Rotherhamは、「貴族院は契約違反による利益の清算を付与する際に新天地を開拓した」と指摘する（Rotherham③, *supra* note 17, at 102）。もっとも、その他の文脈で認めた判例は現在のところイギリス法ではみられない。

[154] BARNETT, *supra* note 1, at 94.　Nicholl判事は、二重売買から生じる利益の吐き出しを実行しようと試みる場合、擬制信託分析が不必要であると考察した（〔英17〕Blake事件〔at 284〕）。

[155] Rotherham③, *supra* note 17, at 106（こうした考慮の必要性は不法行為にも妥当するものであると指摘する）.

[156] Esso Petroleum Co Ltd., v. Niad Ltd.(Niad) [2001] EWHC Ch 458, All ER 324.
（事案）本件事案の概要は以下の通りである。ガソリンの卸売業であるXと小売業者であるYは、ガソリンの販売価格について合意を締結した。当該合意により、Yを含む小売業者は、地方の競合他社により販売される石油価格をXに報告し、そしてXにより毎日設定される価格により販売し、その代わりに、小売業者は、見返りとしてXから金銭的な支援を受けることになっていた。しかし、Yは、この合意を故意により破り、合意された価格よりも高い値段でガソリンを販売しながら、他方でXからの金銭的な支援も受けた。これに対し、XはYに対して契約違反による利益の吐き出しを求めた。
（判決）裁判所は、Xに契約違反によりYが取得した利益の完全な吐き出しを認めた。

る機会主義的な契約違反を理由に認められるべきかは明らかではない。なお、学説において見解は分かれており、また肯定する見解内部でもその根拠については一致していない（たとえば、不当利得の防止に求める見解[158]や契約上の利益の所有権類似性を挙げる見解[159]など）。

第 6 項　小括

最後に本款のまとめをしておくことにしよう。本款では、イギリス法における利益吐き出しの実相を明らかにするために、利益吐き出しが問題となる場面として①有体物侵害（不動産と動産）、②情報侵害Ⅰ（特許権、著作権、商標権・詐称通用）、③情報侵害Ⅱ（機密情報）、④人格財侵害（プライバシー）、⑤関係侵害Ⅰ（信認義務違反）、⑥関係侵害Ⅱ（契約違反）の場面を取り上げた。これらの考察からは以下の点が明らかとなったといえよう（【別表１】も参照されたい）。

第 1 に、利益吐き出しは、イギリス法では――その範囲や要件などは一様ではないものの――②知的所有権侵害、③機密情報侵害、④プライバシー侵害（ただし、一般論）、⑤信認義務違反、⑥契約違反（ただし、特殊事例）の場面において認められているということである。

その理由として、Y の契約違反は故意的、かつ繰り返され、そして、填補賠償が十分な救済手段ではなかったことから、その事実が Blake 事件で承認された原則内で例外的な状況にあたると考えられることが挙げられた。

157 Experience Hendrix LLC v. PPX Enterprise Inc., [2003] EWCA Civ 323, [2003] 1 All ER 830(CA).
（事案）本件事案の概要は以下の通りである。本件は、ロック歌手の A とそのレコード会社 Y との間で締結された和解契約の違反から生じた。当該和解条項によれば、マスターテープの一部はレコーディング目的のために Y により使用され得ること、しかしその残りは、A に引き渡されることになっていた。しかし、Y はこの条項に違反して、A に引き渡すべきマスターテープを無断で使用した。これに対し、A の遺産管理人 X は、Y に対して契約違反を理由に、差止命令および損害賠償または利益の清算を求めた。
（判決）控訴院は、差止命令を承認したものの、利益の清算については――Blake 事件と同様に故意による契約違反の事案であったものの――否定した。その理由としては、本件が Blake 事件の定式内で例外的な状況にあたらないと考えられたからである。本件は国家の安全などのセンシティブなテーマに関係しておらず、Y は、信認関係または準信認関係上の地位にたたず、そしてそのケースは商事的な文脈で生じたからである。その上で、控訴院は、X が問題の契約条項の緩和のために合理的な報酬になったであろうものを反映する額を求める権利を有すると判示した。

158 Jones, *supra* note 131.

159 Friedmann, *supra* note 5, at 513.

第 2 に、イギリス法では、利益吐き出しを認める際に挙げる根拠は一様ではないということである。具体的には、(ⅰ)不当利得の防止(②)、(ⅱ)損害額算定の代替(③④)、(ⅲ)違法行為から利益を得るべきではない(③④)、(ⅳ)利得の不当性(③④)、(ⅴ)抑止論(③⑤⑥)、(ⅶ)処罰論(⑥)、(ⅷ)所有権侵害の不在(⑥)などが挙げられる。これらの見解の当否は、次節で行う。

【別表 1】

		イギリス法	判例の挙げる根拠
有体物	不動産侵害	×	―
	動産侵害	×	―
無体物	特許権	○	(ⅰ)不当利得の防止
	著作権	○	(ⅰ)不当利得の防止
	商標	○	?
	詐称通用	○	(ⅰ)不当利得の防止
	機密情報	○	(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、(ⅱ)損害額算定の代替
人格財	プライバシー	○(一般論)	個人情報から利益を得る機会の保護⇒機密情報の保護と同様
関係侵害	信認義務違反	○	(ⅴ)抑止論
	契約違反	× →○(特殊事例)	(ⅶ)所有権侵害の不在 (ⅴ)抑止論、(ⅵ)処罰論

第 3 款　アメリカ法

次に、アメリカ法(特に判例法)[160]における利益吐き出しの状況を被侵害法益の性質の違いに留意しつつ、概観することにしよう。具体的には、イギリス法の考察と同様に、①有体物侵害(第 1 項)、②無体物侵害(第 2 項、第 3 項)、③人格財侵害(第 4 項)、④関係侵害(第 5 項)の場面を取り上げることとする。その際には、イギリス法との相違に留意しつつ考察することとする[161]。

---

160 アメリカ法という場合には、51 の州法をすべて見ることが不可欠な作業といえよう。しかし、本稿ではこれらすべてを取り上げることは困難であることから、アメリカの文献で注目されているいくつかの重要判決を取り上げるにとどまっており、その意味で不完全なものであることを予めご了解願いたい。

161 なお、第三次回復法・不当利得リステイトメントにおいて利益吐き出しが認められる「違法行為」の類型を予め指摘しておくと次の通りである。すなわち、①「詐欺・強迫・不当威圧」(13 条～15 条)、②「機会主義的契約違反」(39 条)、③利益の生じる不法行為または義務違反」(40 条～44 条)、④「死亡時の財産権の移転」(45 条～46 条)であり、そして、③として、(ア)「不法侵害、動産侵害、または類似する侵害

第１項　有体物侵害――動産および不動産の不法侵害

（１）はじめに

まず有体物侵害の場面における利益吐き出しの可否についてみていくことにしよう[162]。具体的には、イギリス法と同様に、①動産に対する不法侵害と②不動産に対する不法侵害が議論の俎上に載せられる。もっとも、結論を予告的に述べておくと、アメリカ法の状況は、イギリス法のそれとは若干異なっている。具体的にみると次の通りである。

（２）動産に対する不法侵害

まず動産に対する不法侵害については、イギリス法と同様に、①他人の動産を無断で処分した場面と②他人の動産を無断で利用した場面に分けることができ、前者（①）の場面についてみると、アメリカ法は、権利者に売却利益の返還を認めている（たとえば、1964 年の〔米 1〕Pan American Petroleum Corp v. Petroleum Corp. v. Long 事件[163]）[164]。その際に、問題となるのは、売却価額が市場価値を超える場合に、その利益も返還の対象となるか否かという点であるが、この点についてはイギリス法と同様に、アメリカ法の立場は明確とはいえない。

なお、他人の財産が市場価格以下で売却された場合の侵害者の返還義務の範囲が問題となった 1929 年の〔米 2〕Felder v. Reeth 事件（本件は、3,000 ドルの市場価値を有する動産を 500 ドルで無断処分された事案である）[165]では、第 9 巡回区裁判所は、準契約に基づき、より大きな額――すなわち、3000 ドル――の回復を認めている。

他方で、②（他人の動産の無断使用の事案）についてみると、侵害者が無断使用行為から得た利益の吐き出しが直接に問題となった事例はアメリカ法ではみられない。

行為」（40 条）、（イ）「金銭財産の不正利用」（41 条）、（ウ）「知的所有権ないし類似する権利の侵害」（42 条）、（エ）「信認関係または機密関係の侵害」（43 条）、（オ）「その他の保護された利益の侵害」（44 条）が挙げられる。

162 本項の考察は、以下の文献に負うところが大きい。
〔教科書・体系書〕PALMER, *supra* note 1, at §2.2, 2.5, 2.12 ; DOBBS, *supra* note 1, at 408~ : DAN DOBBS ET AL., THE LAW OF TORTS（2nd ed.）（West, 2011）§55 : FARNSWORTH, *supra* note 1, at 61~.
〔論文〕DAGAN, *supra* note 5, at 73~.

163 340 F.2d 211(5th Cir. 1964), *cert. denied*, 381 U.S. 926.

164 PALMER, *supra* note 1, at 53-4.

165 34 F.2d 744, 97 A.L.R. 244(9th Cir. 1929).

もっとも、それに近いとされる事例としては、1946 年の〔米 3〕Olwell v. Nye & Nissen 事件[166]が挙げられる。同事件は、X の卵洗い機械を Y が無断で営業用に使用した事案であり、裁判所は、侵害者の「節約された費用」の観点から利益を評価することにより返還を命じた。すなわち、ワシントン州最高裁判所は、X に損害は生じていないとした上で、Y が無断使用により得た利益――具体的には、従業員が手作業で卵を洗った場合と比較して、卵洗い機を使用することにより節約された人権費である――に責任を負うと判示した。その根拠は、所有者がその機械に対する「所有権」という排他権を有することに求められた。本判決は、X が卵洗い機械の使用から直接に得た営業利益の吐き出しを求めたものではなかったものの、卵洗い機械の客観的使用料（賃料）の返還と比較すると、かなりの厳格な責任を課している点で注目されている[167]。

（３）不動産に対する不法侵害

次に、不動産に対する不法侵害については、アメリカ法は、伝統的に、イギリス法（たとえば、〔英 5〕Phillips 判決）と同様に、処分を伴わない単なる不動産の不法侵害の文脈では準契約に基づく不当利得返還訴権を認めてこなかった[168]。もっとも、その理由は歴史的な理由にとどまり、その後の判例は、一定の必要性を理由に、準契約訴訟を認め始めた[169]。

しかし、そのような判例の多くは、――そのような歴史的な側面については考察することなしに――不動産の客観的な使用料を基準とする準契約に基づく利得返還請求

---

166 173 P.2d 652(Wash. 1946). 本件事案は以下の通りである。すなわち、X は、Y の占有する土地に卵洗い機械（egg-washing machine）を保管した。Y は、X の同意を得ることなく、X の卵洗い機械を持ち出し、無断で 3 年間使用した。卵洗い機械は、Y の使用によって損害を被っていなかった。そのため、X は、動産侵害に基づく不法故意訴権を放棄して、準契約に基づき Y が上記機械を使用したことにより得た利益の回復を求めた。本件については、Hanoch Dagan, *Encroachments: between private and public*, in: DAVID JOHNSON AND REINHARD ZIMMERMAM EDS., UNJUSTFIED ENRICHMENT: KEY ISSUES IN COMPARATIVE PERSPECTIVE（Cambridge U. P., 2002）348；EDELMAN, *supra* note 1, at 139~など参照。

167 本件において、Mallery 判事は、第 1 次原状回復法リステイトメントを参照して、「原状回復の算定基準は、被告の行為の不法性を参照して決定される。（中略）被告が利益を取得する際に意図的に不法であったならば、彼はその後の取引から得たあらゆる利益を剥奪される。」（173 P.2d 652, 654）と判示していた。それゆえに、本件において、X が卵洗い機を無断で使用することによって Y が得た営業利益の吐き出しを求めていたならば、認められていたかもしれない。

168 RESTATEMENT OF RESTITUTION §129(1)-(2)（1937）.

169 この点については、PALMER, *supra* note 1, at §2.5 が詳しい。

を認めるにとどまった。もっとも、無断処分を伴わない不動産の不法侵害を理由に利益吐き出しを認めた判例も 1 件ながら存在する。それは 1936 年の〔米 4〕Edwards v. Lee's Administrators 事件である[170]。本件事案の概要は以下のとおりである。すなわち、Y 所有の土地（3 分の 1）および X 所有の土地（3 分の 2）の地下に洞窟があり、当該洞窟への入り口が Y 所有地にしかない状況で、Y が地下の洞窟（B 所有部分も含む）を観光産業に利用することにより、利益を上げた。これを知った X は、Y に対して差止命令および利益の清算を求めて訴訟を提起した（なお、Y は X に知られないようにあらゆる手段を講じていた)。本件において、ケンタッキー州の最高裁判所は、Y が認識のある不法行為者であるとしたうえで、Y が X の不動産を無断で使用することから得た「その利益、すなわち、正味の利益（profits)」――具体的には、X の土地の地下の洞窟の距離（3 分の 2）に相当する正味の利益――を清算する責任を負うと判示し、そしてその根拠として「違法行為者は自分自身の違法行為から利益を得るべきではない」という点を挙げた[171]。

要するに、本判決は、不動産の不法侵害の事案において、客観的な使用料（賃料）ではなく、不法侵害から侵害者が得た正味の利益の吐き出しを認めたということである。もっとも、本判決は、エクイティ訴訟の性質について何ら配慮していなかった（コモン・ロー上の訴訟原因を理由に、何ゆえエクイティ上の救済である利益の清算を利用できるかは明らかではない）[172]。また地下の洞窟という本件事案の特殊性から明らかなように、本件において Y の正味の利益が基準とされたのは、X の洞窟部分の公正な市場価値を特定する手段がなかったという事情もある点に留意されたい[173]。それゆえに、学説の中には本判決を特殊な事案のものとして、射程を限定して理解しようとする見解も見られる。すなわち、本件は、アメリカ判例の中でも例外的なものであり、事案の特殊性――通常の継続的な不法行為の場合には所有者は発見することが容易であるのに対し、本件のような地下空間の場合には、それが困難であるという事情――に依存するものと理解されており[174]、学説は本判決を一般化することに慎重な態度を

---

[170] 96 SW 2d 1028 (1936 CA Kent).
[171] *Id.* at 1032.
[172] PALMER, *supra* note 1, at 79.
[173] PALMER, *id.* at 162-3.
[174] この点につき、Craig Rotherham, *Deterrence as a justification for awarding accounts of profits*, 32(3) OJLS 537, 549 (2012)を参照。また、Triple Elkhorn Min. Co. v. Anderson, 646 S.W.2d 725(Ky. 1983)において、〔米 4〕判決は、制限または否

示している。

（４）小括

以上の考察からは、第１に、アメリカ法は、有体物侵害を理由とする利益吐き出しについて大部分はイギリス法と同様に消極的であるが、例外的に認めている場面もあること（ただし、特殊事例であるため、一般化はできない）、そして第 2 に、その際には、「違法行為から利益を得るべきではない」という一般原理が根拠として挙げられていること（ただし、その事案の特殊性を踏まえると、損害額算定の代替であるという根拠のほうがより適切である）が明らかとなった。

第 2 項　無体物侵害①――知的所有権の侵害

（１）はじめに

次に、無体物侵害による利益吐き出しについてみてみよう。イギリス法と同様に、知的所有権の侵害とそれ以外の営業秘密などの情報の侵害に分けることができ、ここでは前者の場面における利益吐き出しについてみていくこととする[175]。具体的には、①特許権侵害、②著作権侵害、③商標権侵害の場面における利益吐き出しの可否について順に概観する。ここでもイギリス法と若干異なる状況がみられる点に留意されたい（とくに、特許権侵害の場面）。

（２）特許権侵害の場面

まず、特許権侵害による利益吐き出しについてみると[176]、アメリカ法における特許

定されたとされる（この点につき、DOBBS, *supra* note 162, at §55 n.4 参照）。

[175] アメリカの知的所有権法一般については、ROBERT P. MERGES ET AL., INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE（Wolters Kluwer Law & Business, 2012）、アーサー・R.ミラー＝マイケル・H.デービス著（藤野仁三訳）『アメリカ知的財産権法』（八朔社、2008）を参照。わが国の先行研究として、白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』（信山社、2004）、木村耕太郎『判例で読む米国特許法（新版）』（商事法務研究会、2008）、ヘンリー幸田『米国特許法研究――特許法の歴史、原理、そして実務を考える』（ILS 出版、2008）なども参照。

[176] ここでの考察については、以下の文献に負うところが大きい。

〔教科書〕PALMER, *supra* note 1, at 87~.

〔論文〕Paul H. Hubbard, *Monetary Recovery Under the Copyright, Patent and Trademark Acts*, 45 TEX. L. REV. 953(1967)；MYM Mohamed, *Unjust Enrichment for Patent Infringement: A Novel Idea*, 4 J. INTELL. PROP. L. 123 (1996)；Dagan,

権の保護は、判例法と制定法である連邦特許権法によって行われてきたが、特許権侵害による利益吐き出しをめぐっては議論が変遷していることから、以下では 1946 年特許法制定以前の伝統的立場（→（ⅰ））と 1946 年法特許法制定以後の立場（→（ⅱ））に分けて考察することとしたい。

（ⅰ）伝統的立場

アメリカ法は、イギリス法と同様に、19 世紀以降、特許権侵害によるエクイティ訴訟において、特許権侵害により侵害者が上げた利益の吐き出しを特許権者に認めてきた[177]。もっとも、その際に用いられる理論的根拠は、イギリスの判例と異なり、一様ではない。すなわち、————

第 1 は、被害者の損害額の算定の根拠として利益の吐き出しを捉えるものである。たとえば、1888 年の〔米 5〕Tilghman v. Proctor 事件[178]は、侵害者の利益を単一の手続きにおいて完全な救済を付与するための「コモン・ロー上の損害賠償の等価物または代替物」とみなした[179]。

第 2 は、侵害者の不当利得の防止に基づき利益吐き出しを根拠付けるものである。たとえば、〔米 5〕Tilghman 事件は、第 1 の根拠と並列して、利益の清算の根拠をエクイティが「違法行為者が彼自身の違法行為により利益を上げることを認め」ないとの原理に求めた[180]。

第 3 は、侵害行為を抑止するという観点から利益吐き出しを根拠付けようとするものである。たとえば、1922 年の〔米 6〕Dowagiac Manufacturing. Co. v. Deer & Webber

---

supra note 5, at 87~ ; ROGERD D. BLAIR & THOMAS F. COTTER, INTELLECTUAL PROPERTY:ECONOMIC AND LEGAL DIMENSIONS OF RIGHTS AND REMEDIES（Cambridge U. P., 2005）; Allison Pruitt, *Keeping Patent Applications Honest: A Proposal to Apply Disgorgement Remedies to Findings of Inequitable Conduct During Patent Prosecution,* 13(2) JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW 465(2006) ; K. Andrews & J. De Beer, *Accounting of Profits to Remedy Biotechnology Patent Infringement*, 47 OSGOODE HALL L.J. 619 (2009) ; Caprice L. Roberts, *The Case for Restitution and Unjust Enrichment Remedies in Patent Law*, 14(2) LEWIS & CLARK LAW REVIEW 653(2010)を参照。

わが国の先行研究として、田村善之『知的財産権と損害賠償〔新版〕』（弘文堂、2004）149 頁以下も参照。

[177] Roberts, *id.* at 656-61.

[178] 125 US 136(1888). 同様の理解を示すものとして、Mowry v. Whitney, 81 U.S.(14 Wall.) 620, 653 がある。

[179] 125 US 136, 148(1888).

[180] *Id.* at 145.

Co.事件[181]は、利益を剥奪し違法行為の横行を防ぐことを根拠として、利益の清算を肯定した[182]。

以上の考察からは、アメリカ法は、伝統的に特許権侵害による利益吐き出しを肯定してきたものの、その際の根拠としては、①損害額算定の代替、②不当利得の防止、③侵害行為の抑止のうちの一つ（または複数）に求めてきたことが明らかといえよう[183]。

（ⅱ）1946 年特許法以降

ところが、こうした伝統的立場はその後、制定法（1946 年特許法）により修正されることとなる[184]。すなわち、1952 年連邦特許法は、特許権侵害による救済手段として、（ⅰ）差止命令（283 条）と（ⅱ）金銭救済（284 条）を規定し、そして後者として、（α）逸失利益の損害賠償、（β）確定実施料（established royalty）、（γ）合理的実施料のみ規定し、利益の清算を規定から削除したのである[185]。

それゆえに、現在、アメリカ法は、――たとえ侵害者が故意により利益を取得し、また当該利益が侵害行為との間に因果関係があるとしても――特許権侵害による利益の吐き出しを直截には認めていない[186]。

もっとも、利益の清算についての規定が削除された理由は明確とは言えず[187]、強いてあげれば、吐き出すべき利益の「範囲」（とくに、特許発明に配分されるべき額の立証の困難性）の確定に付随する訴訟費用という実践的な問題を考慮した結果に過ぎない[188]。つまり、このような変更は、利益吐き出しの理論的な根拠が不十分であること

---

181 284 Fed. 331, 338(8th Cir. 1922).

182 田村・前掲書注(176)156 頁注(3)参照（侵害者利益の返還に侵害行為を抑止する効果を期待しており、もって差止命令の機能を補完する制度としてとらえている、と指摘する）。

183 こうした判例の立場は、1870 年の連邦特許法により追認される（Act of July 8, 1870, c 230, §55）。

184 この点につき、田村・前掲書注(176)163 頁以下を参照。

185 この点は、その後の判例でも追認された（Aro Manufacturing Co. v. Convertible Top Replacement Co., 337 U.S. 476, 84 S. Ct. 1526(1964)）.

186 もっとも、侵害者の利益額を逸失利益や合理的な実施料の算定する証拠として利用することは否定されない（PALMER, *supra* note 1, at 92；木村・前掲書注(175)280 頁参照）。

187 改正の背景については、Roberts, *supra* note 176, at 656~が詳しい。

188 PALMER, *supra* note 1, at 92.　また、幸田・前掲書注(175)213 頁は、次のように述べている。

や[189]、また利益吐き出しが特許法の制度目的（産業の発展）と調和しないことなどの実質論を考慮したものではない[190]。

そのような理由もあってか、このようなアメリカ法の現状に対して、近時の学説の中には、利益吐き出しの必要性を説く見解も有力に説かれており[191]、特許権の保護の手段として利益吐き出しが積極的に望ましくないとまでは言い切れない点に留意されたい（もっとも、この点の詳細はここでは立ち入らない）。

（３）著作権侵害の場面

次に、著作権侵害による利益吐き出しについてみてみよう[192]。アメリカ法における著作権の保護は、判例法と制定法である連邦著作権法によって行われている。

アメリカ法は、特許権と同様に、19 世紀以降、著作権侵害を理由とするエクイティ訴訟において、侵害者が侵害行為により取得した利益の吐き出しを求める権利を著作権者に認めてきた[193]。しかも、イギリス法と同様に、侵害者が主観的要件を問うことなく――善意の侵害行為を理由としても――利益の吐き出しを認めている。

「問題となったのは、侵害者が侵害行為により得た利益の算定方法である。固定経費、変動経費、価格の変動、返品、保険、税金、・・・利益の算定における要素は絶え間なく変動し、かつ錯綜する。加えて侵害者の得た利益の中には、宣伝活動、企業努力、他の特許、無関係の部品等、原告の有する特許とは全く関係のない要因も含まれる。

従って、侵害者の得た利益のすべてを特許権者に返還させるのは合理的根拠に欠ける。いったいどこで区切ればよいのだろうか。」

189 この点は、――特許権侵害については利益吐き出しが否定されたものの――後述するように、著作権侵害や商標権侵害では利益吐き出しが維持されている状況からも明らかであろう（PALMER, *supra* note 1, at 94）。

190 Roberts, *supra* note 176, at 661~参照。

191 たとえば、Roberts, *id*. at 656（利益吐き出しが特許法の政策目標を実現するのに担うと指摘する）; David W. Opderback, *Patent Damages Reform and the Shape of Patent Law*, 89 B.U.L. REV. 127, at 132(2009)（吐き出しが「経済的に効率的であり、そして社会的に望ましい結果を促進するであろう」と論じる）など。

192 本項の考察については、以下の文献に負うところが大きい。

〔論文〕Hubbard, *supra* note 176, at 953~ ; Wade R. Keenon, *Monetary Recovery Under the Copyright Act: Calucation of Damages*, 65 OREGON L. REV. 809(1986) ; Andrew W. Coleman, *Copyright Damages and the Value of the Infringing Use: Restitutionary Recovery in Copyright Infringemet Actions*, 21 AIPLA. Q.J. 91(1993) : Dagan, *supra* note 5, at 82~ ; Dane S. Ciolino, *Reconsidering Restitution in Copyright*, 48 EMORY L.J. 32(1999) ; Kenneth E. Burdon, *Accounting for Profits in A Copyright Infringement Action: A Restitutionary Perspective*, 87 B.U.L.R. 255(2007)を参照。

193 PALMER, *supra* note 1, at 87-8 ; Ciolino, *supra* note 192, at 14.

もっとも、その際の根拠付けは、イギリス法と異なり、一様ではない。すなわち、

――――

第 1 は、侵害者の不当利得の防止という点に求めるものである。たとえば、1940 年の〔米 7〕Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.事件は、Y が映画で X の演奏（playing）を無断で使用したのに対し Y が上げた利益の清算を求めて X が訴えを提起した事案である[194]。本件において、裁判所は、利益の清算を認める際に、その根拠として「罰を課すことではなく、不当利得を防止すること」であると述べた[195]。

第 2 は、著作権者の損失を填補するという目的も間接的に担っているとするものである[196]。

第 3 は、侵害行為の抑止という点に求めるものである。たとえば、ある判例は、利益吐き出しを「あらゆる潜在的な侵害者（would-be infringer）が、市場を迂回するのではなく、彼が使用したい著作権の所有者と直接交渉させるであろう」と説く[197]。

こうした取扱いは、その後の連邦著作権法にも基本的に継承されているといってよいであろう（1909 年著作権法、1976 年著作権法）。すなわち、1976 年連邦著作権法は、著作権侵害による救済手段として、（ⅰ）非金銭救済として、①差止命令（502 条）と②破壊命令（503 条）を規定し、また（ⅱ）金銭救済として③現実損害の填補賠償（504 条(a)）および④侵害者の利益の回復（504 条(b)）、⑤法定損害賠償（statutory damages）（504 条(c)）、⑥費用および弁護士料（505 条）を規定しており[198]、④は（侵害行為に帰するべき）侵害者の利益の吐き出しを認める救済手段である[199]。このよう

---

194 106 F.2d 45(2d Cir. 1939), *aff'd*, 309 U.S. 390(1940). より一般的には、Coleman, *supra* note 192, at 107（1976 年法の利益の範疇は、部分的に原状回復法の原理、すなわち、侵害者への不当な利得の防止に根拠付けられる、と述べる）を参照。

195 309 U.S., at 399.

196 Ciolino *supra* note 192, at 15.

197 Taylor v. Meirick, 712 F. 2d 1112, 1120 (1983). Ciolino, *id*. at 16（利益吐き出しは、侵害行為を抑止することにより、著作権法の目的、すなわち、著作者が著作物を想像するインセンティブを守ることを担うと指摘する〔ただし、Ciolino 自身はこうした理解に対して結論として否定的である〕）.

198 白鳥・239-40 頁参照。個別の救済の概要については、Ciolino, *id*. at 6~を参照されたい。なお、1976 年改正は、吐き出すべき「利益」の確定について大きな変更を加えている（それ以前には、侵害者が被った費用の控除を否定していたのに対し、同改正はこれを肯定した）が（PALMER, *supra* note 1, at 89）、この点は後述する。

199 1976 年連邦著作権法の 504 条(b)の利益吐き出しの立法趣旨としては「不法な行為から侵害者が不公正に利益を得ることを防止する」ことという点が説かれている（H.R. Rep. No. 1476, 94th Congress, 2d Session 161 (1976). また Michael A. Einhorn, *Damage Valuation in Music Copyright*, (2010) available at:

な制度の背後には、「侵害者に侵害によって得た利益をすべて吐き出させ、何らの利得をも持たせないという思想」があると指摘されている[200]。

以上の考察からは、アメリカ法は、著作権侵害を理由に利益吐き出しを認めているものの、その際の根拠としては、①不当利得の防止、②損害額算定の代替、③侵害行為の抑止のうちの一つ（または複数）に求めていることが明らかといえよう。

もっとも、こうした理解に対しては、著作権侵害による利益吐き出しが、他の知的所有権侵害の場面と異なり、侵害者の主観的態様を問うことなしに認められることから、著作権法の目的（芸術的な創造のためのインセンティブの創出）との関係で望ましくない、ないし有害であるとの批判的な見解もみられる（この点は後述）[201]。

（４）商標権侵害の場面

最後に、商標権侵害による利益吐き出しについてみてみよう[202]。商標権の保護は、判例法と制定法である連邦商標法により行われている。

アメリカの判例は、（かつての）特許権侵害および著作権侵害と同様に、商標権侵害によるエクイティ訴訟において、侵害者が得た利益の吐き出しを求める権利を商標権者に認めてきた。

---

http://ssrn.com/abstract=1611219 を参照）。

[200] 1976 年著作権法制定に関する下院報告書である House Report No. 94-1476. この点については、山本隆司『アメリカ著作権法の基礎（第 2 版）』（太田出版、2008）216 頁参照。

[201] Ciolino *supra* note 192, at 25~.

[202] ここでの考察については、以下の文献に負うところが大きい。
〔論文〕Comment, *Trademark Infringement: Accounting of Defendant's Profit in Absence of Direct Competition with Plaintiff*, 66 COLUM. L. REV. 983(1966) ; Hubbard, *supra* note 176, at 974 ; PALMER, *supra* note 1, at 87 ; James M. Koelemay, Jr., *Monetary Relief for Trademark Infringement under the Lenham Act*, 72 TRADEMARK REPORTER 458(1982) ; William G. Barber, *Recovery of Profits Under the Lanham Act: Are the District Courts Doing Their Job*, 82 TRADEMARK REP. 141 (1992) ; Dennis S. Corgill, *Measuring the Gains of Trademark Infringement*, 65 FORDHAM L. REV. 1909(1997) ; Keith M. Stolte, *Remedying Judicial Limitations on Trademark Remedies: An Accounting of Profits Should No Require a Finding of Bad Faith*, 87 TRADEMARK REP. 271(1997) ; Dagan, *supra* note 5, at 85~ ; Eugene W. Luciani, *Does the Bad Faith Requirement in Accounting of Profits Damages Make Economic Sense?*, 6 J. INTELL. PROP. L. 69(1998) ; Danielle Conway-Jones, *Remedying Trademark Infringement: The Role of Bad Faith in Awarding an Accounting of Defendant's Profits*, 42 SANTA CLARA LAW REVIEW, (2002)などを参照。

もっとも、その際の根拠付けは、他の場面と同様に一様ではない[203]。具体的にみると、次の通りである。すなわち、――――

第 1 は、被害者の損害填補という点に求めるものである[204]。たとえば、1916 年の〔米 8〕Hamilton-Brown Shoe Co. v. Wolf Bros. & Co.事件[205]では、裁判所は、侵害者の利益を「填補賠償のエクイティ上の算定基準」とした上で、利益の清算を肯定した。つまり、判例は、侵害者の利益から逸失利益を推定しようとしたわけである。その理由は、商標権者の逸失利益（合理的な確実性をもって、逸失利益の額および原因）の証明が困難なことに起因する。それゆえに、ここでの侵害者の「利益」は、権利者の「損害」の「代用」（surrogate）ないし「近似値」（approximation）として捉えられているといえよう（「代用理論」などと言われる）[206]。

第 2 は、侵害者の不当利得の防止という点に求めるものである[207]。たとえば、1954 年の〔米 9〕Blue Bell Co. v. Frontier Refining Co.事件[208]では、非競合財の商標権侵害のケースにおいて、利益の清算を不当利得の防止を理由に認めた。

第 3 は、侵害行為の抑止という点に求めるものである[209]。たとえば、1965 年の〔米 10〕Monsanto Chemical Co. v. Perfect Fit Products Mfg. Co.事件[210]では、第 2 巡回区控訴裁判所は、侵害行為の抑止という新たな理論に基づき利益の清算を肯定した。また、1970 年の〔米 11〕W.E. Bassett Co. v. Revlon, Inc.事件[211]でも、第 2 巡回区控訴裁判所は、原告のビジネスや評判に対する現実の損害や推定的な損害が全くなく、また被告の利益が原告の商標権の侵害行為に起因しないことが明らかな商標権侵害の

---

203 Koelemay, *id.* at 487~.
204 この点については、Conway-Jones, *supra* note 202, at 884-885 を参照。
205 240 US 251, 259(1916). 本件は、「THE AMERICAN GIRL」という商標の下で女性用の靴を作る X が、「American Lady」という X の商標を侵害するマークを用いて女性用の靴を販売する競合者 Y に対して商標権侵害を理由に利益吐き出しを求めた事案である。
206 Corgill, *supra* note 202, at 1918.
207 この点については、Barber, *supra* note 202, at 158-62 ; Conway-Jones, *supra* note 202, at 880-883 を参照。
208 213 F2d 354, 362-63, 101 USPQ 360(CA 10 1954).
209 この点については、Conway-Jones, *supra* note 202, at 883-884 を参照。
210 349 F2d 391, 146 USPQ 514(CA 2 1965). 本件は、Y が X の製造したアクリル繊維（ACRILAN で商標登録済み）を自己の商品にも 100%使用しているとの虚偽のラベル（実際には、ACRILAN 繊維の数%しか含んでおらず、Y はその事実を認識していた）を付けて販売し、X の商標権を侵害した事案である。
211 435 F2d 656, 664, 168 USPQ 1, 7(CA 2 1970).

ケースにおいても、抑止理論を用いて、利益の清算を肯定した。

なお、判例の中には、利益の清算を認めるとき、「原告は、棚ぼたに対して権利を有しない」と警鐘を鳴らしたものもある[212]。

そしてこうした判例の取扱いは、その後の制定法にも継承されていくこととなる。すなわち、1946 年連邦商標法（いわゆる Lanham Act 法）は、商標権侵害による救済として、（ⅰ）差止命令と（ⅱ）金銭救済の双方を規定し、そして後者について（α）損害賠償、（β）利益の清算、（γ）三倍賠償を規定している（35 条）[213]。なお、利益の清算が認められるか否かは、著作権侵害の場面と異なり、「エクイティの原理」に服するとされ[214]、その判断に際しては、侵害者の主観的態様が重要な考慮要素になるとされる[215]。

以上の考察からは、アメリカ法は商標権侵害による利益吐き出しを認めており[216][217]、

---

[212] Banday, Inc., 750 F.2d at 918.　この点につき、第三次不正競争リステイトメント 37 条コメント e も参照。

[213] Corgill, *supra* note 202, at 1910.　なお、他の知的所有権侵害の場面と異なり、ラムハム法は、損害賠償と利益の清算を累積的に用いることを認めており、商標権者により厚い保護を与えている（ミラーほか・前掲書(175)184 頁参照）。

[214] それゆえに、常に商標権者はこの救済手段を用いることができるわけではない（この点につき、Hubbard, *supra* note 176, at 975）。

[215] Hubbard, *id.* at 978.

[216] この点につき、第三次不正競争リステイトメント 37 条（RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §37（1995））も次のように規定している（不正競争リステイトメントの翻訳として、茶園成樹＝小泉直樹「アメリカ不正競争法リステイトメント試訳(1)~(6・完)」民商 111 巻 3 号 125 頁以下、4＝5 号 266 頁以下、6 号 132 頁以下、112 巻 1 号 125 頁以下、2 号 135 頁以下、3 号 114 頁以下（1994～1995）があり、以下の訳もこれに負う）。

第 37 条　被告の利益の計算・付与：商標侵害及び欺罔的取引

「(1)第 2 条乃至第 8 条にいう欺罔的取引、または第 20 条にいう商標、トレード・ネーム、団体標章若しくは証明標章の侵害について他人に責任を負う者は、以下の場合に限り、収益があがる取引による純利益で当該違法行為より生ずるものの返還の責任を負う。

(a)　行為者が当該行為を行うに際して混同または欺罔を生ぜしめる意図を有していたとき

(b)　利得を原告に賦与することが放棄により禁じられておらず、かつ第 2 項の下でその他の点でも適切であるとき。

(2)　利得の付与が適切であるかは、以下の主要なファクターを含む当該事件の全ファクターの比較衡量によって決まる。

(a)　行為者が違法行為により利益を受けていることの確実性

(b)　原告に付与されうる損害賠償の付与を含む他の救済との十分性の比較

(c)　行為者から不当利得を奪い不法行為を防止することについての公衆の利益

(d)　侵害または欺罔的取引を生ぜしめるに際しての行為者の役割

そしてその根拠としては、――特許権侵害や著作権侵害の場面と同様に――①損害の算定基準の代替、②不当利得の防止、そして③侵害行為の抑止のいずれか（またはその複数）に求めていること[218]が明らかといえよう。

（５）小括

以上の考察からは、以下の点が明らかとなった。

第１に、現在のアメリカ法は、①著作権侵害および②商標権侵害を理由に、利益の吐き出しを認めているが、③特許権侵害を理由としては――かつては認めていたものの――現在は利益吐き出しを認めていないという点である。もっとも、特許権侵害による利益吐き出しを否定するのは実際的理由によるものであり、理論的根拠（実質論）の観点から詰められたものではない。

第２に、アメリカ法は、上記の利益の吐き出しの根拠として、大まかに言えば、①損害額算定の代替（填補賠償）、②不当利得の防止、③侵害行為の抑止のうちの一つ（または複数）に求めているという点である。もっとも、③については、どのような場面において利益吐き出しが望ましいかについては学説の理解は分かれている（この点については、Blair & Cotter[219]や Koren & Salzberger[220]など）。

第３項　無体物侵害②――機密情報の侵害

（１）はじめに

ここでは、知的所有権侵害以外の情報の侵害、具体的には、営業秘密などの機密情報の侵害による利益吐き出しについてみてみよう[221]。営業秘密は、特許権等の知的所

(e)　原告が出訴または権利の主張を不適切に遅らせたこと
(f)　原告側の関連する不正行為」

217 もっとも、地方裁判所は 35 条に基づく利益の清算を与えるのに消極的であるとされる（巡回区ごとの態度については、Barber, *supra* note 202 が詳しい）。

218 この点につき、第三次不正競争リステイトメント 37 条コメント b も参照。

219 BLAIR & COTTER, *supra* note 176, at 43~（知的所有権のインセンティブ構造を維持するためには差止命令に加えて、金銭的救済が不可欠であり、そしてどのような金銭的救済が望ましいかは《特許権者と侵害者のいずれが当該特許権の効率的な使用者であるか否か》という視点から検討することが必要であると説く）.

220 Niva Elkin-Koren & Eli M. Salzberger, *Toward an Economic Theory of Unjust Enrichment Law*, 20 INT'SL REV. L. & ECON. 551(2000).

221 アメリカ営業秘密法一般については、金春陽『営業秘密の法的保護――アメリカ・中国・日本の比較法研究』（成文堂、2007）45 頁以下、小野昌延『営業秘密の保護―

有権と同様に、アメリカ法では、――イギリス法とは異なり――情報の一種として保護の対象となっているものの、それは「公然と知られていないことを要件とする」点で、知的所有権と異なる側面を有する[222]。

アメリカ法では、営業秘密の保護は、伝統的には、各州のコモン・ロー、すなわち判例法が中心的な役割を担ってきた。しかし、州ごとにルールが異なることによる不都合を踏まえ、1939 年の第一次不法行為法リステイトメントでは営業秘密に関する規定が設けられ（757 条～759 条）、また 1979 年には、統一営業秘密法（Uniform Trade Secret Act）（全 12 条）、さらに 1995 年には第三次不正競争法リステイトメント（39 条から 45 条）が制定され[223]、法の統一が志向されている。

ところで、営業秘密の保護をめぐっては、いかなる救済手段が与えられるかという問題の前提として、そもそも何が「営業秘密」に当たるか、また当たるとして、どのような行為が営業秘密の不正利用行為（misappropriation）に当たるのかという問題（「不適切な手段」）がある。もっとも、これらについては先行研究に譲り、本稿では具体的な救済手段を考察するにとどめる。

（２）営業秘密の侵害の場面

アメリカ法は、営業秘密が不適切な手段により取得された場合、情報の保有者に（ｉ）差止命令と（ⅱ）金銭救済を認めており、また後者として、（α）逸失利益の損害賠償、（β）合理的な実施料、（γ）利益の清算、さらに（σ）懲罰的損害賠償（統一営業秘密法 3 条(b)）を認めている[224]。

それゆえに、アメリカ法が他の知的財産権侵害の場面と同様に、営業秘密の不正利用行為を理由に、利益吐き出しを肯定していることといえよう[225]。具体的には、1958

―不正競業としてのノウ・ハウの侵害を中心として（増補）』（信山社、2013）236 頁以下、樫原義比古『日米比較　競業禁止特約――判例法理の展開を中心に』（関西学院大学出版会、2015）を参照。

222 金・前掲書注(221) i 頁参照。

223 これらの詳細については、金・前掲書 51 頁以下を参照されたい。

224 ここでの考察は、以下の文献に負うところが大きい。

〔教科書〕 Palmer, *supra* note 1, at 87~.

〔論文〕 James C. Lydon, *The Deterrent Effect of the Uniform Trade Secrets Act*, 1987 J. PAT. & TRADEMARK OFF. SOC'Y, 427 ; Dagan, *supra* note 5, at 98~ ; James W. Hill, *Trade Secrets, Unjust Enrichment, and the Classification of Obligation*, 4 VA. J. L. & TECH. 2(1999)〈http://vjolt.student.virginia.edu〉など参照。

225 第三次不正競争リステイトメント 45 条（RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR

年の〔米 13〕Adolph Gottscho v. American Marking Co.事件[226]が挙げられる。同事件において、裁判所は、営業秘密の利用から現実化された利益の吐き出しを認めた。そして、その根拠として、情報財の特殊性から生じる逸失利益の算定の困難性が挙げられている。

第 4 項　人格財侵害――名誉毀損およびプライバシー侵害

（１）はじめに

ここでは、人格財侵害、具体的には、名誉毀損やプライバシー侵害による利益吐き出しの問題についてみていくことにしよう[227]。プライバシー侵害の場面について、アメリカ法は、イギリス法と異なる状況を示している点に留意されたい。

（２）名誉毀損の場面

まず名誉毀損による利益吐き出しについてみると、アメリカの判例は、否定的な立場を採っているといえよう。具体的には、1949 年の〔米 12〕Hart v. E. P. Dutton & Co.事件[228]がその例として挙げられる。本件は、第二次世界大戦中の敵の枢軸国（Axis power）のエージェントであった X を誹謗中傷する本を公表した Y に対し、〔損害賠償請求が時効により制限されたため〕X が準契約に基づき Y が名誉毀損の表現を含む書物から得た利益（売上金）の吐き出しを請求した事案である。本件において、裁判所は、名誉毀損により Y が得た利益の吐き出しを否定した。その理由としては、①当該利益は、Y により何年もの間被られた費用および努力に起因するという事実、②Y に当該本の出版から生じた利益を清算することを要求することは、「不衡平な」状況―

COMPETITION §45（1995））は以下のように規定する（訳は、茶園＝小泉・前掲注(216)（「(5)」174 頁以下）に負う）。

第 45 条　営業秘密侵害訴訟における金銭的救済

「(1)　第 40 条の準則の下で他人の営業秘密の不正利用の責任を負う者は、不当利用によって生じた金銭的損失または不当利用によって自らが得た金銭的利得のうち額の大きなものについて責任を負う。ただし、右の救済が第 2 項の準則の下で不適切な場合はこの限りではない。

(2)（省略）」

226 20 N.J.229, 139 A.2d 281(1958).

227 以下の考察は、PALMER, *supra* note 1, at § 2.9 ; Dagan, *supra* note 5, at 89~に負うところが大きい。

228 197 Misc. 274, 93 N.Y.S. 2d 871(1949), *aff'd*, 277 App. Div. 939, 98 N.Y.S. 2d 773, *reargument denied*, 277 App. Div. 962, 99 N.Y.S.2d 1014(1949).

―「X の不当な利得」――になること、③そのような救済手段は、「その主張されている文書による名誉毀損から生じうる果実を超えて、Y の労働および投資の果実を原告が利用することになる」こと、④利益を配分することは困難であることなどが挙げられた[229]。

もっとも、学説は、本判決の立場に批判的である（たとえば、Goff & Jones、Friedmann）。たとえば、Friedmann は、「そのようなケースにおいて原告は、名声を求める権利を有する。たとえこの権利が、市場で売ることがないものであってもそうである。被告が文書による名誉毀損（libel）から利益を得た場合には、彼は実際にはそれを売却し、そしてそれゆえに、その権利を売買可能なものにしている」と述べる[230][231]。

（３）プライバシー侵害の場面

次に、プライバシー侵害による利益吐き出しについてみると、アメリカの判例は――イギリス法とは異なり――否定的な立場を採っているといえる。

アメリカ法では、イギリス法と異なり、一般的なプライバシー権が承認されていたことは周知の通りである[232]。もっとも、プライバシー権として念頭に置かれていたのは、一人に放っておいてもらう権利であったため、プライバシーの経済的側面を直接認めるかどうかが問題となった。しかし、多くの判例はこれ――それを「パブリシティ権」と呼ぶか、プライバシーの一側面と捉えるかは理解が分かれるものの――を認めており[233]、そしてそのようなプライバシーの金銭的価値は、その所有者に帰属する

---

229 利益吐き出しに対し、被告が不法に使用した原告の名誉権の客観的価値の回復の可能性についても、否定的に解される。というのも、一般にプライバシー権は安く手放されることがあるが、名誉は安く手放されることはなく、市場により評価され得るものではないからであるとされる（PALMER, *supra* note 1, at 130）。

230 Friedmann, *supra* note 5, at 511.

231 なお、名誉毀損により被告が利益を上げた場面において、懲罰的損害賠償により対応する判例もみられるが、懲罰的損害賠償を用いることに対しては、賠償額の決定が裁定者の裁量に委ねことになり、利益吐き出しと比較して、望ましくない結果をもたらすとの批判がなされている（Dagan, *supra* note 5, at 92）。もっとも、懲罰的損害賠償の額を被告が得た利益を基準に算定するのであれば、実質的には両者は変わらないことになろう。

232 アメリカのプライバシー保護については、伊藤正己『プライバシーの権利』（岩波書店、1963）24 頁以下など参照。

233 PALMER, *supra* note 1, at 121.

と解されていた[234]。

問題は、プライバシー権の経済的側面の侵害を理由に原状回復法上の救済（とくに利益吐き出し）が認められるか否かという点であった。この点、有名人の写真の無断利用を理由に客観的な使用料の返還が問題となったケースは多数みられるものの[235]、プライバシー侵害を契機に取得された利益の吐き出しが認められた判例はアメリカ法ではみられない。もっとも、その際に挙げられる根拠としては、①先例の欠如や②プライバシー侵害による利益をプライバシーに起因する部分と侵害者に起因する部分に配分することの困難性が挙げられるにとどまり[236]、積極的に否定する根拠が示されていたわけではない。また、知的所有権の侵害による利益吐き出しを類推することにより、プライバシー侵害による利益吐き出しを根拠付けようとしたものもある（ただし、反対意見）[237]。

なお、連邦最高裁で唯一扱われたパブリシティ権のケースである〔米 13〕Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.事件（1977）（本件は、X が地方フェアで行った人間砲弾の興行の全演技（約 15 秒間）を Y ローカル・テレビ局が無断でニュース報道として放映した行為が X のパブリシティ権を侵害するか否かが争われた事案である。原審のオハイオ州最高裁は、X のパブリシティ権が州法の下で保護されるとしつつも、Y の行為が合衆国憲法修正第 1 条の出版の自由条項の下で X のパブリシティ権に優先して保護されると判示した。これに対し、連邦最高裁は、Y が修正第 1 条の利益を享受するといえども X の全演技を放送することまでは免責されないとして原審の判決を覆した）[238]では、パブリシティ権侵害による原状回復法上の救済の余地を認めたものの、利益吐き出しまで認める趣旨かは不明である。

このように判例法のレベルでは、アメリカ法はプライバシー侵害による利益吐き出

---

234 Edison v. Edison Polyform & Mfg. Co., 73 N.J. Eq. 136, 141, 67 A. 392(1907).

235 たとえば、O'Brien v. Pabst Sales Co., 124 F.2d 167(5th Cir. 1941), *cert. denied*, 315U.S. 823(1941)は、Y がビール広告のカレンダーで X（有名な大学フットボール選手）の写真を無断で使用した事案である。本件の反対意見は、X が「そのような使用が〔Y〕により利用された範囲で、広告目的のために彼の写真の取引及び商業における使用の合理的な価値を回復する」権利を有するとの立場を示した（これに対し、多数意見は、X が準契約に基づき提訴していないことを理由に、請求を棄却した）。

236 Cason v. Baskin, 155 Fla. 198, 20 So. 2d 243(1944).

237 Lugosi v. Universal Picturex, 603 P 2d 425, 452(California 1979)(Bird CJ, dissenting).

238 97 S. Ct. 2849, 45 U.S.L.W. 4954(1977). 本件については、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(6)」知的財産法政策学研究 34 号（2011）317 頁、324 頁以下も参照。

しを認めるのに消極的であるといえる。しかしながら、プライバシーの保護のために特別法を設けている州が多数ある。とくに、最も包括的な保護を提供しているカリフォルニア州法（カリフォルニア州の 1998 年プライバシー保護法）は、プライバシー侵害が商事的目的のために犯されたならば、権利者が侵害者の利益の吐き出しを求める権利を有すると定めており（1708.8 条(e)）[239]、利益吐き出しを正面から認めている点は注目されよう。

また学説にまで目を向けると、利益吐き出しを肯定する見解が散見される。たとえば、McCarthy は、利益吐き出しを認めないことが「本質的に不公正」であると説く。その理由としては、「もし被告が原告のアイデンティティの不当な使用を理由に支払わなければならないものすべてが任意の交渉において支払われたであろう合理的な実施料であるならば、・・・被告は不当な収用を理由により不利にならない。・・・〔それゆえに、原告は〕誰が自己のアイデンティティを使用するか、そしていつ、そしてどこでかを任意に決定する権利を〔失う〕」と[240]。ここでは、プライバシーの帰属者の自律的な意思決定が重視されているといえよう（この点は、後述の Dagan の見解に通じるように思える）。

（４）小括

以上の考察からは、アメリカ法は、人格財（名誉、プライバシー）侵害を理由とする利益吐き出しに消極的な立場を採っていることが明らかとなった。もっとも、特別法によりプライバシー侵害による利益吐き出しを認める州もあるが、その根拠は明らかではない。

第 5 項　関係侵害――信認義務違反および違反

（１）はじめに

---

[239] George P. Smith, Ⅱ, *The Extent of Protection of the Individual's Personality Against Commercial Use: Toward A New Property Right*, 54(1) SOUTH CAROLINA L. REV. 1, 30~ (2002).

[240] J. THOMAS MCCARTHY, THE RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY（1st ed.）（CLARK BOARDMAN CALLAGHAN, 1987）§11.8[B].　その他に、プライバシー侵害による利益の吐き出しを支持する見解として、Keeneth H. York, *Extention of Restitutional Remedies in the Tort Field*, 4 U.C.L.A. L. Rev. 499, 533(1957) ; David Vaver, *What's Mine is Not Yours: Commerial Appropriation of Personality under the Privacy Acts of British Columbia, Manitoba and Saskatchwan*, 15 UBCLR 241, 318(1981).

最後に、一定の関係侵害による利益吐き出しについてみていくことにしよう。具体的には、イギリス法と同様に、①信認義務違反による利益吐き出しと②契約違反による利益吐き出しが問題となる。

（２）信認関係の侵害の場面[241]

まず、信認義務違反についてみると、アメリカ法の状況は、基本的にイギリス法と同様であるといえるであろう[242]。すなわち、判例は、本人に損失が生じているか否かにかかわらず信認義務違反を理由に利益吐き出しを認めている[243]。また受認者が第三者から賄賂等を受け取った場合も同様である[244]。さらに、会社の取締役等が会社の機会を利用して得た利益についても裁判所は吐き出しを命じている[245]。こうした利益吐き出しの根拠については、形式的根拠としては忠実義務に、そして実質的根拠としては抑止に求められることになろう。学説においても抑止論が説かれているところである。もっとも、信認義務違反による利益吐き出しは、受認者が義務違反について善意の場合にまで認められることから、過剰抑止をもたらすとの批判も提起されており[246]、イギリス法と同様に評判が悪い。

（３）契約関係の侵害の場面

次に、アメリカ法における契約関係の侵害、特に契約違反による利益吐き出しの問題についてみてみよう[247][248]。

---

241 アメリカ法における信認義務違反による利益吐き出しについては、PALMER, *supra* note 1, at § 2.11 に負うところが大きい。またわが国の先行研究としては、藤田友敬「忠実義務の機能」法協 117 巻 2 号（2000）283 頁以下、樋口・前掲書注(113)224 頁以下なども参照。

242 RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 205(1959) ; RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 205(1992). 後者については、アメリカ法律協会編（早川眞一郎訳）『米国信託法上の投資ルール――第 3 次信託法リステイトメント：プルーデント・インベスター・ルール』（学陽書房、1996）205 頁以下を参照。両者の規定については、樋口・前掲書注(113)224 頁以下も参照。

243 たとえば、Mosser v. Darrow, 341 U.S. 267(1950).

244 たとえば、United States v. Drumm, 329 F.2d 109(1st Cir. 1964) ; Boston v. Santosuosso, 307 Mass 302, 30 N.E.2d 278(1940).

245 たとえば、Irving Trust Co. v. Deutsch, 73 F.2d. 121(2d Cir. 1934), *cert. denied*, 294 U.S. 708(1935).

246 John H. Langbein, *Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?*, 114 YALE LAW JOURNAL 929(2005).

247 本項の考察は、以下の文献に負うところが大きい。

アメリカ法は、従来、イギリスの伝統的立場を踏襲してきた。たとえば、1911 年の〔米 14〕Acme Mills & Elevator Co. v. Johnson 事件（本件は、XY 間での小麦の売買契約（1 ブッシェル当り 1.03 ドル）を締結した後、売主Ｙは、その履行期前に当該小麦を 1 ブッシェル当り 1.16 ドルで第三者に売却したの対し、ＸがＹが当該契約違反により第三者に売却して得た利益の吐き出しを求めた事案である〔否定〕）[249]のように、アメリカ法は、原則として契約違反による利益吐き出しに否定的な立場を採ってきた[250]。その理由付けは、基本的にイギリス法のそれが妥当する。また、例外的に、不動産の二重譲渡の場面などにおいて、擬制信託の成立を認め、売主の忠実義務違反として、利益吐き出しを肯定する判例も見られるが、この点もイギリス法と同様である。

こうした消極的な態度は、第 2 次契約法リステイトメントにみることができる[251]。このような理解は、同リステイトメントの起草者である E. Allan Farnsworth の考えが大きく反映しているとされる[252]。

これに対し、近時の判例の中には、契約違反による利益吐き出しに肯定的立場を示したものもみられる。たとえば、1980 年の〔米 15〕Snepp v. United States 事件[253]が挙げられる。本件事案の概要は以下の通りである。すなわち、Y（Frank Snepp）は、CIA の被用者（諜報部員）であった。雇用契約を締結する際に、Y は、X（合衆国政府）の事前の許可なく雇用期間中の情報等を公に出さないことを約する契約に署名し

〔教科書〕PALMER, *supra* note 1, at § 2.6.
〔論文〕Farnsworth, *supra* note 139 ; Hanoch Dagan, *Restitutionary Damages for Breach of Contract: An Exercise in Private Law Theory*, 115(1) THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 115(2000); Elkin-Koren & Salzberger, *supra* note 220: Eisenberg, *supra* note 28 ; Steven Thel & Peter Siegelman, *You Do Have to Keep Your Promises: A Disgorgement Theory of Contract Remedies*, 52 WM. & MARY L. REV. 1181(2011).

248 アメリカ法における契約関係の侵害による利益吐き出しの問題群としては、上記の債務者の契約違反の問題のほかに、第三者による契約侵害の問題があるが、後者については本稿では立ち入らない（この点については、PALMER, *id.* at § 2.6 を参照されたい）。

249 141 Ky. 718, 133 S.W. 784(1911). 本件については、木下・前掲書注(133)411 頁を参照。

250 RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 370(1981).

251 Timko v. Useful Homes Corporation, 114 N. J. Eq. 433, 168 A. 824(1933). 本件については、木下・前掲書注(133)412 頁を参照。

252 Farnsworth, *supra* note 139. この点は、DOBBS, *supra* note 141, at 171 が説く。それ以前のものとして、John P. Dawson, *Restitution or Damages?*, 20 OHIO ST. L.J. 175, 187(1959).

253 444 U.S. 507(1980).

た。Y は CIA を辞めた後、雇用期間中の CIA 活動についての本（ただし、機密情報は含まれていなかった）を CIA の事前の許可を得ることなく公刊した。これに対し、X はその本に関する利益の吐き出しを求めて Y を訴えた。最高裁の多数意見は、Y の取得した利益の吐き出しを命じた。その根拠として、裁判所は、政府が Y の本により損害を被ったけれども、その損害の証明は非常に困難であることを挙げた[254]。また 1995 年の〔米 16〕Earthinfo Inc., v. Hydrosphere Resource Consultants 事件[255]では、最高裁は、契約違反による利益吐き出しが利用できないというルールは存在しないとして、肯定した[256]。なお、学説においては、イギリス法と同様に、理解が分かれており、肯定する見解の中でもその根拠は分かれる（たとえば、不当利得の防止に求

---

254 これに対し、反対意見（Stevens 判事）は、多数意見に対して以下の 3 つの反対理由を挙げた。まず①Y が事前にその本の審査を提出していたならば、X はその許可を与える義務があり、同じ利益を Y が得ることができ、本件における Y の利益は、契約違反からの利益の産物ではないため、利益の吐き出しが誤って課せられたことである。次に②Y の保護された利益、換言すると、その分類された情報およびソースの機密性が、危うくされなかったということである。すなわち、政府は、Y の本がそのような情報を全く含んでいないと結論付けた。それを事前の公表承認を求めなかったことは､機密性が侵害されない限り､Y の信認義務違反としてみなされるべきではない。これらの状況は、単純な契約違反であり、信認義務違反と異なり、利益吐き出しを正当化しない。最後に③利益吐き出しが「彼の政府を批判する市民の権利に関するある種の事前抑制をエンフォースする」ことりなり、危険であるという点である。その理由としては、エージェンシーをレビューすることが､「批判的な書物の公表を遅らせ、あるいは著者が秘密の要請を超えて彼の書物の内容を修正することを説得する権限を濫用し得る」ことになる点が挙げられる。

255 900 P (2d) 113 (Colorado SC, 1995). 本件事案の概要は以下の通りである。X（Hydrophere Resource Consultants）と Y（Earthinfo Inc.）は、両者の間で、X がコンピューターソフトウェアを開発すること、そしてその代わりに Y がそのソフトウェアのマニュアルを用意し、パッケージ化し、販売し、さらに Y が X に実施料を支払う旨の契約を締結した。Y は契約に違反してその実施料の支払いを停止した。これに対し、X は Y との上記契約を解除し、そして原状回復を求めて訴えを提起した。
第 1 審は、Y に利益の吐き出しを命じた。Y の実施料支払の停止は重大な契約違反であるとした上で、当該契約の下で開発されたすべての財産を返還することを命じることに加えて、Y に実施料支払停止後に CD-ROMs の販売で上げた正味の利益を吐き出すことを要求した。

256 もっとも、吐き出すべき利益の範囲については、最高裁は、当事者によるこれらの利益への相対的な寄与分を反映する方法で、正味の利益を配分していない点で第 1 審が誤っていると指摘する。「本件の記録は、Y が X の製品ラインに努力および投資の寄与をかなりしたことを指し示す。Y の寄与分は、使用者マニュアル、パッケージ化、商標、プロモーション資料、そしてその製品を使用する許可を持つ人や企業のリストを含んだ。それゆえに、Y は、X の製品ラインを開発する際にその費用の額を与えられるべきである」（at 121）。

める見解のほか、効率性に求める見解[257]など)。

第 6 項　小括

最後に本款のまとめをしておこう。本款では、アメリカ法における利益吐き出しの実相を明らかにするために、利益吐き出しが問題となる場面として①有体物侵害（不動産と動産)、②情報侵害Ⅰ（特許権、著作権、商標権)、③情報侵害Ⅱ（機密情報)、④人格財侵害（プライバシー、名誉)、⑤関係侵害Ⅰ（信認義務違反)、⑥関係侵害Ⅱ（契約違反）を取り上げた。これらの考察からは以下の点が明らかとなったといえよう（【別表２】も参照されたい)。

第１に、アメリカ法は――その範囲や要件などは一様ではないものの――①不動産侵害（ただし、特殊事例である)、②知的所有権侵害（ただし、特許権侵害は現在は認められていない)、③機密情報侵害、④プライバシー侵害（ただし、一部州法に限る)、⑤信認義務違反、⑥契約違反の場面において利益吐き出しを認めているという点である。

第２に、アメリカ法は、文脈に応じて、利益吐き出しを認める際の根拠を使い分けている点である。具体的には、(ⅰ）不当利得の防止（②)、(ⅱ）損害額算定の代替（②③⑥)、(ⅲ）違法行為から利益を得るべきではない（①)、(ⅳ）抑止論（②⑤）などが挙げられる。これらの検討は次節で行う。

【別表２】

		アメリカ法	判例の挙げる根拠
有体物	不動産侵害	○	(ⅲ)違法行為から利益を得るべきではないとの一般原理
	動産侵害	×	―
無体物	特許権	○ →×	(ⅱ）損害額算定の代替 (ⅰ）不当利得の防止 (ⅳ）抑止論
	著作権	○	
	商標	○	
	詐称通用	?	―
	機密情報	○	(ⅱ）損害額算定の代替
人格財	名誉毀損	×	―
	プライバシー	× ○（キャリフォルニア	― 不明

[257] Eisenberg, *supra* note 28, at 581~.

		州法）	
関係侵害	信認義務違反	○	（iv）抑止論
	契約違反	×→○	（ii）損害額算定の代替

補款　その他の法体系――ドイツ法およびフランス法の概観

英米法の考察を総括する前に、英米法以外の法体系の状況を概観して、英米法の比較法的位置づけを明確にしておきたい。具体的には、ドイツ法（第 1 項）、フランス法（第 2 項）、そして DCFR と PETL（第 3 項）を取り上げることとする。

第 1 項　ドイツ法

Tobias Helms によれば、ドイツ法では、利益吐き出しの一般的制度は存在せず、個別的な観点からアプローチがなされているにとどまるとされる[258]。具体的には以下の 3 つが挙げられる。すなわち、――――。

第 1 に、侵害者の故意的かつ計算された方法により利益を上げた場合には、準事務管理（独民 687 条 2 項）により吐き出しがなされる。この規定によれば、他人の事務を彼自身の事務として知りながら扱うあらゆる人は、侵害行為の結果として取得したあらゆるものを引き渡さなければならないとされる[259]。もっとも、準事務管理制度の実務的必要性は減少しているとの指摘もなされている[260]。たとえば、（ア）準事務管理が適用される最も重要な例である知的所有権侵害については、特別法により対応がなされており（侵害者が過失に過ぎない場合にも、利益の吐き出しを認めている）、必要性が少ないこと、（イ）準事務管理は故意による契約違反に適用されないこと、（ウ）僭称事務管理が他人の権利のあらゆる故意侵害に伴って与えられるのではなく、実際には他の人の事務の管理を要求することなどである[261]。このように問題点はあるもの

---

[258] ドイツ法の考察は、Tobias Helms, *Disgorgement of Profits in German Law*, in: HONDIUS & JANSSEN EDS., *supra* note 1, at 219~に負う。また FRANCESCO GIGLIO, THE FOUNDATIONS OF RESTITUTIONS FOR WRONGS（Hart Publishing, 2007）; GERHARD DANNEMANN, THE GERMAN LAW OF UNJUSTIFIED ENRICHMENT AND RESTITUTION: A COMPARATIVE INTRODUCTION（Oxford U. P., 2009）も参照。

[259] Helmes, *supra* note 258, at 220.　なお、準事務管理については、花本広志「ドイツ法における利益引渡責任（Gewinnhaftung）――ドイツ民法 687 条 2 項・816 条 1 項・2 項・951 条の成立史から」好美古稀『現代契約法の展開』（経済法令研究会、2000）193 頁以下も参照。

[260] *Id.* at 220-1.

[261] 具体的には、BGH NJW 2006, 2323 が挙げられている（同事件については、*Id.* at

の、独民 687 条 2 項に基づく利益の吐き出しに対するアプローチは、他人の権利が故意的に侵害された場合に、利益の吐き出しが利用可能になるべきであるとの考え方に根拠付けられる。その理由としては、第 1 に、不法に取得された利益を保持することが認められるとの故意による侵害者の信頼は保護に値しないこと、そして第 2 に、その故意の侵害者が侵害から受け取る利益が、もたらされる損害より大きいか否かを比較考量する立場にいるとの事実を考慮して、特定の潜在的な危険を引き起こしたことが挙げられる[262]。

このような状況に対し、学説の中には、立法論として、独民 687 条 2 項を削除し、より一般的な他人の権利の侵害による利益吐き出しを肯定する条項を導入するべきとする見解も見られる（たとえば、2006 年の第 66 回ドイツ法曹大会（Deutscher Juristentag）において Gerhard Wagner[263]により提唱された）が、学説の多数は、利益の吐き出しが営利目的での他人の権利の故意的な侵害を阻止するために望ましい解決であることには合意しつつも、他人の権利のあらゆる、そしてすべての故意的な侵害が機械的に彼に利益の吐き出しの権限を与えることは適切ではないことを根拠として、否定的な立場を採っているようである。

それゆえに、Helms は、どの他人の権利の故意的な侵害が利益の吐き出しを正当化することができるかを決定するためのより厳密なルールを発展させることが望ましいと指摘する。そしてその際の考慮要素としては、①侵害者がそのようにすることを授権されることなしに他人の権利を奪ったか否か、あるいは②被害者が追加的にその権

---

221 を参照）。
（事実）土地所有者 Y がまず X に駐車場として 8000 ㎡の不動産を賃貸したが、後に Y は X が気づくことなしに、またこの行為から具体的な損害を被ることなしに、市場販売の使用のために同じ不動産の一部を A に賃貸した。これに対し、X は Y に対して、A への賃貸を通じて土地所有者に生じた利益の吐き出しを求めた。
（判決）連邦最高裁判所は、X の請求を棄却した。本判決は、土地所有者がその不動産の一部を二度賃貸することにより、独民 687 条の意味での最初の賃借人の事務を管理しなかったという事実に依存した。というのも、最初の賃貸契約に従うと、最初の賃借人は、第三者にその不動産を賃貸することを認められていなかったからである。

[262] *Ibid.*

[263] Helmes によれば、Wagner は，独民 687 条 2 項を削除し、そして 251 条に以下の第 3 項を追加することを提唱したとされる。すなわち「損害賠償責任を負う人が故意的に被害者の権利を侵害した場合、被害者は――填補賠償ではなく――損害賠償責任を負う人により取得された利益の吐き出しを要求することができ、そして彼がこれらの利益の清算を行う。」（*Id.* at 222 による）。

利から利益を得る機会を剥奪されたか否かという点を挙げる[264]。

第 2 に、利益の吐き出しは、違反された法的義務の特殊な性質から生じることがある（たとえば、信認義務違反の文脈）。すなわち、（故意または過失による）信認義務に違反して受認者が利益を上げた場合（たとえば、①第三者からの賄賂の受取、②受益者の活動と競合する経済的活動の追求、あるいは③自分自身の目的のために委ねられた財産および資源の使用など）、受益者が損害を全く被っておらず、そしてその利益を自分自身で上げなかったとしても、受認者は獲得した利益を受益者に返還しなければならないとの一般原理が確立している[265]。

第 3 に、利益の吐き出しは、一定の場面では、被られた損害額の包括的な補償の手段として使用される[266]。具体的には、①知的所有権侵害（たとえば、著作権侵害〔ドイツ著作権法 97 条 1 項 2 文〕、特許権侵害〔ドイツ特許法 139 条 2 項〕、意匠権侵害〔ドイツ意匠法 42 条 2 項〕、実用新案侵害〔ドイツ実用新案法 24 条 2 項〕、そして商標侵害〔ドイツ商標法 14 条 6 項〕など）、②人格権侵害（モナコ王女事件において、連邦最高裁判所は、直接の利益の吐き出しではなく、損害賠償（慰謝料）の算定において、加害者が得た利益を考慮に入れた[267]）、③競争法（たとえば、ドイツ競争法（GWB）33 条(3)3 は、反トラスト法の故意の違反において企業により上げられた利益が、損害賠償を算定するときに考慮され得るとする。またドイツ不正競争防止法（UWG）10 条は、多数の消費者の損失により競争法の故意の違反を通じて獲得された不法な利益の吐き出しを一定の団体が要求することを認めると定める[268]）が挙げられる。これらの場面では、具体的に認められる損害賠償責任は不十分なことが多く、被害者の構造的

---

264 *Ibid.*
265 *Id.* at 222-3.
266 *Id.* at 223-7.
267 同事件については、中村哲也「人格権の商品化とドイツ不法行為法――カロリーネ・フォン・モナコ事件をめぐって」新潟 33 巻 2 号（2000）1 頁、窪田充見「ドイツ法における人格権侵害を理由とする損害賠償法の役割――BGH のカロリーヌ・モナコ王女事件判決をめぐる状況」ジュリ 1199 号（2001）33 頁、石井智弥「ドイツにおける人格権侵害に対する金銭賠償――侵害抑止を目的とした損害賠償」専修法研論集 36 号（2005）1 頁、11 頁以下、松川実「ドイツ法における民事刑事責任峻別論の崩壊(1)~(3)」青山法学論集 47 巻 3 号 162 頁、47 巻 4 号 126 頁、48 巻 1=2 合併号 332 頁（2005～2006）（特に、「(1)」119 頁）、藤原正則「利益の吐き出し責任――ドイツの一般人格権の侵害の事例に即して」藤岡康宏編『民法理論と企業法制』(日本評論社、2009）171 頁など参照。
268 ドイツ不正競争法については、中田邦博「ドイツ不正競争法の新たな展開」立命館法学 298 号（2004）250 頁以下、角田美穂子「競争秩序と不法行為」法時 78 巻 8 号（2006）43 頁以下も参照。

な過少賠償をもたらす。そのため、ドイツ法は、多数の様々なタイプの侵害による填補賠償の特殊形式として利益の吐き出しを明示的に規定する。

もっとも、①および③については、利益吐き出しは、従来、上記の場面で用いられてこなかったとされる。①についてみると、第 1 に、これはその侵害された法的権利の利用から直接的に生じた利益の部分のみが、返還請求され得ること、第 2 に、その侵害は、その侵害からの特別の侵害する行為に付随するあらゆるすべての費用のみならず、彼の一般的な諸経費も控除することができることが挙げられる。もっとも、2000 年の連邦最高裁判所の判決は、このような状況を変えた。すなわち、連邦最高裁判所は、吐き出されるべき利益を計算するとき、侵害者の一般的な諸経費の一定の比率がもはや控除され得ないと判示した。その結果として、不法な利益の発生を導く彼の行為により具体的に引き起こされたこれらの費用のみ（たとえば、資料、製造、管理、そして分配費用）が控除されることになった[269]。

また③についても、ドイツ競争法 33 条(3)3 に基づく請求は、厳格な証拠上の困難性（反トラスト法から直接的に生じた利益のみが吐き出されなければならない）により制限されているし、またドイツ不正競争防止法 10 条に基づく請求も、故意の証明や利益が国庫に帰属するゆえに団体が訴訟を提起するインセンティブを有しないとされる[270]。

第 2 項　フランス法

（１）現行法の状況

Michel Séjean によれば、フランス法は、不法な利益の吐き出しを一般的に認めるまでには至っていない[271]。すなわち、――――。

---

269 Hemes, *supra* note 258, at 223-5.

270 *Id.* at 226-7.

271 フランス法の考察は、Michel Séjean, *The Disgorgement of Illicit Profits in French Law*, in: HONDIUS & JANSSEN EDS., *supra* note 1, at 121~に負う。なお、邦語文献として、後藤巻則「損害賠償と制裁」法時 78 巻 8 号（2006）54 頁以下、廣峰正子「フランス債務法改正草案に関する覚書――懲罰的損害賠償制度導入をはじめとする民事責任の変容と発展について」法の科学 39 号（2008）172 頁以下、同「フランス債務法改正の最新動向――懲罰的損害賠償参入の可能性」法時 82 巻 11 号（2010）127 頁以下、同「フランス（ミニ・シンポジウム 懲罰的賠償の現在）」比較法研究 72 号（2010）122 頁以下、同「原状回復的賠償ノススメ」田井義信編『民法学の現在と近未来』（法律文化社、2012）228 頁以下、同「フランス債務法改正作業における懲罰的賠償の処遇」日仏法学 28 号（2015）91 頁も参照。

第 1 に、直接的に不法に取得された利益の吐き出しを認めているのは、以下の個別的な領域にとどまる。具体的には、〔1〕知的所有権侵害による没収（2007 年 10 月 29 日法）[272]、〔2〕反競争行為により課せられる民事罰（civil fine）（2008 年 8 月 4 日法）[273]、〔3〕インサイダー取引などに対する罰金（通貨金融法 465 条）[274]の 3 つの場面で認められている。

もっとも、個別的なこれらの規定が不法な利益吐き出しの手段として十分といえるか否かについては疑問が提起されている。たとえば、〔1〕については、この立法が最近できたものであり、そして有罪判決の数が低いという事実は、この構造の有効性を評価することを困難にする。具体的には、どのように多くの犯罪者は彼らの利益を没収させ、そしてどれくらい不法な利益を吐き出させられたか。これらの問題に答えることは現在できない[275]。また〔2〕については、不法な利益が 200 万ユーロを超える場合には、営利的不法行為（profitable tort／faute lucrative）は維持され得る[276]。なお〔3〕については、利益の吐き出しの目的を超えるものであり、懲罰の性質を有するとされる。

第 2 に、フランス法は、上記のような直接的な方法に加えて、間接的（迂回的）な方法により、利益吐き出しを認めている。具体的には、①本来の制度目的と異なる形で利益吐き出しの機能を担っているもの（たとえば、〔4〕敗訴当事者に対する裁量費用の支払命令（仏民事手続法典 700 条）、〔5〕判決の執行を確保するための強制的な累積罰金（coercive progressive fine））、さらに②民事責任の原理を修正することによ

---

272 たとえば、知的所有権法典 331-1-4 条(4)は、「裁判所は、模倣（counterfeiting）、著作権に関連する権利の侵害、あるいはデーターベース製造者の権利の侵害により取得された受取物のすべてまたは一部の没収を命じ得る。そのような没収された受取物は、被害者または権原の相続人に引き渡される」と定める。なお、フランス法における民事罰については、廣峰正子「民事責任における抑止と制裁」同『民事責任における抑止と制裁――フランス民事責任の一側面』（日本評論社、2009）35 頁以下（初出、立命 297 号（2004）121 頁、299 号（2005）270 頁）も参照。

273 商事法典は、経済大臣および検察官が、そのケースが付託された裁判所に「過度の額の回復」を命じること、そして 200 万ユーロを上限とする範囲内で、「不当に支払われた額の 3 倍まで上げられ得る」罰を課すことを求め得ると規定する（商事法典 L442-6 条Ⅲ）。

274 通貨金融法は、「現実化されたあらゆる利益の額の 10 倍まで体現する数値まで上げられ、そして決して上記の利益の額以下になってはならない」150 万ユーロの罰金を定める（同 465 条 1 項）。

275 Séjean, *supra* note 271, at 126.

276 *Id.* at 127.

って吐き出しの機能を担っているもの（たとえば、〔６〕非金銭的損害の賠償、〔７〕多数の被害者にもたらす「わずかな損害」〔micro damage〕など）に分かれる。

これらのうち、〔４〕は、公平の根拠に基づき、訴訟追行者を罰するのみならず、不法な利益を吐き出させるために、なされる。また〔５〕は、直接には不法な行為を抑止することを目的とするが、賦課にもかかわらず不法な行為が続く場合には、利益の吐き出しの機能を持つことになる。さらに〔６〕は裁判官の裁量により決定され、また破棄院の再考にも服さないため、不法な利益を吐き出すことを担う損害賠償として機能し得るとされる[277]。最後に〔７〕は、消費者被害などの場面で説かれているものであり、長らく判例法は、被害者に惹起された損害がわずかあるため、補償を求めるために多額の弁護士料を支払うことができないケースの急増により、そのような加害者がわずかな利益を上げ続けることを回避するための立法の不存在を回避する方法を考えてきた。その方法の一つが「集団的利益」の侵害による矯正である。そしてこのような集団的利益の侵害概念の拡張は、わずかな損害の加害者により上げられた利得または節約が被害者に返還さる可能性を開いたとされる。

（２）学説および改革の動向

Michel Séjean によれば、このようなフランス法の状況に対しては、学説からの批判が強く、また営利的不法行為に関する制裁の改革が提案されているとされる（もっとも、改革の提案は一様ではないが）。すなわち、――――。

（ｉ）まず学説についてみると、その状況は一様ではないが、大方の認識の一致が見られる点としては、①不法な利益を吐き出す際に透明性の欠如から生じる法的不安定性に終止符を打つために法的枠組みを構築する必要性があると説かれている点、②不法な利益を吐き出すための道具（instrument）として、不法行為法に依拠しようとしている点、そしてその際には、不法行為法の目的＝完全な填補賠償とする枠組みから離れることが必要だと考えられている点[278]、③個別的なアプローチではなく、一般的射程を持つ立法が要求されると考えられている点、④不法な利益の吐き出しを正当化

[277] *Id.* at 128.

[278] もっとも、フランスでは、民刑峻別論は貫徹していないとも言われており、上記理解は必ずしも妥当とは言えない（この点につき、平井宜雄「責任の沿革的・比較法的考察」同『不法行為法理論の諸相（平井宜雄著作集Ⅱ）』（有斐閣、2011）１頁、特に 23 頁（初出、芦部信喜ほか編『岩波講座　基本法学 5　責任』（岩波書店、1984））を参照）。

する犯罪に言及するために選択される用語は「営利的不法行為」（profitable tort）であると解されている点である[279]。

もっとも、この先の問題――どのように不法行為法が利益の吐き出しを枠づけるべきかという問題――については学説の一致は見られない。しかし、「営利的不法行為」をどのように定義するかによって、二つの立場に大別される。

第 1 の立場は、「営利的不法行為」を「加害者がもたらす損害に加えてまたはそれとは独立に、加害者にとっての利得または節約を生む」犯罪（offence）として理解する。この立場に従うと、営利的不法行為は、上げられた不法な利益のみを基準に評価され（これらが利得か節約かに関わらずそうである）、加害者の意思は考慮されない。それゆえに、結果的に、営利的不法行為に対応する損害賠償は懲罰的価値を有さず、それらは「回復的」（restorative）なものにとどまる。もっとも、この見解内部でも、①不法な利益の受益者がその犯罪を保険によってカバーさせる可能性や②不法な利益の帰属先（被害者か国庫か）をめぐっては理解が分かれている。

第 2 の立場は、営利的不法行為が罪を犯すことにより認められる単純な自己利得に制限されるならば、制限され過ぎると解し、意図的、詐欺的、そして許し難い罪の下で分類されると解する。この結果は、私的な罰（private penalty）が営利的の不法行為を犯すことに対する唯一の適切な効果であるということになる。懲罰的な性質は、この立場において重視される。単純に、不法な利益を吐き出すことは、十分に威圧するものではない。すなわち、損害賠償の額は、全ての利益を彼から剝奪することになる有害な活動から上げられた利得――または節約による利得――よりも高くならなければいけない。このケースにおける解決は、単純に回復的ではなく、「懲罰的」である損害賠償の付与にすることになるとされる。

（ⅱ）　次に改革についてみると、いくつかの改革案が登場しており（具体的には、カタラ草案やテレ草案など）、一定の場面（営利的フォートの場面）において、懲罰的損害賠償を導入することが志向されている（とくに、カタラ草案）[280]。

---

279 *Id.* at 130-2.

280 改革の動向については、注(271)の廣峰の各論文において詳細に紹介されており、それらを参照されたい。

第 3 項　その他：DCFR、PETL

最後に、近時のヨーロッパ法の統一を目指す動きの中での議論を見ておくことにしよう[281]。

たとえば、ヨーロッパ共通参照枠草案（DCFR）[282]VI.-6：101(4)[283]によると、不法行為の被害者は、――合理的な場合のみであるけれども――損害を生じさせたことに関連して加害者から、取得された利益を回復すること――すなわち、利益の吐き出し――ができるとされる。というのも、「民事違法行為から上げられた利益は、違法行為者により保持されるべきではなく」、そして「潜在的な違法行為者は民事違法行為から上げられるべき利益はない」からである。

またヨーロッパ不法行為法（PETL）10:101 条へのコメントは、填補賠償の範囲を算定する文脈で利益の支払を含めることにより、（少なくとも知的所有権の領域では）不当利得を禁止する可能性を記述する。もっとも、契約違反および制定法の違反の全ての形式のための利益の一般的な吐き出しのためにはヨーロッパ原則は役立たないとされる。

第 4 項　小括

最後に本款のまとめをしておくことにしよう。本款では、補論という形で、英米法の利益吐き出しの比較法的位置づけを明確にするために、他の法体系、具体的には、ドイツ法、フランス法、そして DCFR と PETL を取り上げ、彼地における議論状況を一瞥した。その考察の結果は次の通りである。

第 1 に、利益取得型不法行為に対し、既存の枠組みでは対応することが困難であり、利益吐き出しを認める必要は、フランス法、ドイツ法、さらにヨーロッパ法においても認識されつつあるという点である。

第 2 に、利益吐き出しをどのように実現するかは各国で異なるという点である。す

---

281 Ewould Hondius & André Janssen, *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World,* in: HONDIUS & JANSSEN EDS., *supra* note 1, at 482-3.

282 邦語訳については、クリスティアン・フォン・バールほか編（窪田充見ほか監訳）『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則：共通参照枠草案（DCFR）』（法律文化社、2013）がある（以下、訳はこれによる）。

283「(4)　損害賠償は、合理的と認められる場合に限り、(1)に規定する回復に代えて、法的に重要な損害の発生について帰責される者が、損害を生じさせたことに関連してその者が得た利益を返還するという方式によることができる。」

なわち、正面から認めるか、間接的に認める（たとえば、慰謝料など）にとどまるか、前者による場合には、民法上認めるか、特別法によるかは、分かれている。

第 3 に、具体的にどのような権利・利益・関係の侵害を理由に利益吐き出しを認めるかは、分かれている。概して、フランス法は制限的であるのに対し、ドイツ法は寛大であるといえようか。もっとも、そもそも民刑峻別論を採らないフランス法は、利益吐き出し以外の制度（たとえば、アストラント[284]）によって扱われている可能性もあり、留保が必要である。

第 4 款　本節の小括

最後にこれまでの考察をまとめておこう。以下では、まず英米法の利益吐き出しの分布状況を確認し（→（１））、その他の比較法の考察を踏まえた英米法の位置づけを確認する（→（２））。そのうえで、利益吐き出しが認められる場面で挙げられている理論的根拠を確認する（→（３））。

（１）利益吐き出しの分布状況

まず英米法において、利益吐き出しがいかなる権利・利益・関係の侵害の場面において認められるかを明らかにするために、英米の判例法を中心に考察を加えた（第 1 款および第 2 款）。具体的には、利益吐き出しが問題となる場面として①有体物侵害（不動産と動産）、②情報侵害Ⅰ（特許権、著作権、商標権・詐称通用）、③情報侵害Ⅱ（機密情報）、④人格財侵害（プライバシー、名誉）、⑤関係侵害Ⅰ（信認義務違反）、⑥関係侵害Ⅱ（契約違反）の場面を取り上げた。その結果、イギリスとアメリカにおいて若干の違いあるものの、大方一致していることが明らかとなった。すなわち、イギリス法では――その範囲や要件などは一様ではないものの――②知的所有権侵害、③機密情報侵害、④プライバシー侵害（ただし、一般論）、⑤信認義務違反、⑥契約違反の場面において認められているのに対し、アメリカ法では――その範囲や要件などは一様ではないものの――①不動産侵害（特殊事例である）、②知的所有権侵害（特許権侵害は現在は認められていない）、③機密情報侵害、④プライバシー侵害（一部州法

284 アストランテについては、山本桂一「フランス法における債務の astreinte（罰金強制）について」我妻榮還暦『損害賠償責任の研究（下）』（有斐閣、1965）117 頁以下を参照（なお、同論文については、吉田邦彦教授にご教授頂いた。記して謝意を表します）。

に限る)、⑤信認義務違反、⑥契約違反の場面において認められている。要するに、両国で違いが生じるのは、①不動産侵害と②知的所有権侵害の中の特許権侵害の場面のみである（【別表３】も参照されたい)。

【別表３】

		イギリス法	アメリカ法
有体物	不動産侵害	×	○（特殊事例）
	動産侵害	×	×
無体物	特許権	○	○ →×
	著作権	○	○
	商標	○	○
	詐称通用	○	―
	機密情報	○	○
人格財	プライバシー	○（一般論）	×（キャリフォルニア州法を除く）
関係侵害	信認義務違反	○	○
	契約違反	× →○（特殊事例）	×→○

（２）英米法の比較法的位置づけ

次に、英米法以外のその他の法体系（ドイツ法、フランス法、DCFR と PETL）を簡単に概観した（補款)。そこでの考察を踏まえると、英米法の比較法的な位置づけは次のとおりである。すなわち、――――

第１に、被害者に対する不法行為を契機に加害者が被害者の損害を超える利益を取得する事態（いわゆる「利益取得型不法行為」）に対する法的な対応の必要性が認識されており、こうした認識は、大陸法であるドイツ法およびフランス法においても同様であるということである。この点を踏まえると、英米法の利益吐き出しを認める立場は､比較法的に何ら特殊なものとはいえず､むしろ先進的な立場を採ってきたといえ、この問題についての後進国にとって参照価値のある法体系であると言えよう。

第２に、このように利益吐き出しを実現する法制度の必要性は一定のコンセンサスがみられるものの、各国の既存の法制度との調整の問題があり、その実現の仕方は一様ではない。この点、ドイツ法は、民法上は準事務管理のみを認め、あとは特別法の問題として対応するかのようであるのに対し、フランス法は、利益吐き出しの必要性を認めつつも、間接的な方法が中心となっている。こうした動向を踏まえると、英米

法は、利益吐き出しを正面から肯定する立場であるといえよう。

第 3 に、どのような権利・利益・関係の侵害の場面で利益吐き出しが認められるかは、各国により分かれているといえる。フランス法は（留保が必要であるが）非常に限定的であるのに対し、ドイツ法および英米法は寛容的であるといえよう。もっとも、人格権侵害については、ドイツ法は直接的ではなく、慰謝料において加害者の利益を参酌するという態度を採っている点を踏まえると、英米法のほうがより寛容というべきかもしれない。

（3）利益吐き出しの理論的根拠

さらに、利益吐き出しが認められる場面において用いられる理論的根拠の抽出を試みた（第 1 款および第 2 款）。ここでもイギリスとアメリカにおいて若干の違いがみられるものの、大方の一致を示している（(　) 内の番号は、（1）で示した侵害された権利・利益・関係の類型である）。すなわち、イギリス法では、（ⅰ）不当利得の防止（②）、（ⅱ）損害額算定の代替（③④）、（ⅲ）違法行為から利益を得るべきではない（③④）、（ⅳ）利得の不当性（③④）、（ⅴ）抑止論（③④⑤⑥）、（ⅵ）処罰論（⑥）、（ⅶ）所有権侵害の不在（⑥）などが挙げられるのに対し、アメリカでは、（ⅰ）不当利得の防止（②）、（ⅱ）損害額算定の代替（②③⑥）、（ⅲ）違法行為から利益を得るべきではない（①）、（ⅳ）抑止論（②⑤）などが挙げられる。ここからは、英米法が利益吐き出しの根拠を文脈により区別していること、また一つの文脈の中で複数の根拠が挙げられる傾向がある（たとえば、〔英 12〕Guardian 事件は、（ⅰ）、（ⅲ）、（ⅵ）を挙げる）ことがわかる。もっとも、後者の結果として、どの根拠が利益吐き出しの決定的な根拠となっているかは明確とは言えないという問題もある。他方で、こうした理論的根拠の多元的状況は、利益吐き出しを一元的に捉える必要性がないことを我々に示唆するようにも見える。しかし、そうした理解があたっているかは、これらの根拠の意義および限界を明らかにした上で、判断すべきことであることから、ここでは問題の指摘のみしておくにとどめる。そこで次に、これまでに挙げられた利益吐き出しの伝統的な理論的根拠に検討を加えていくことにしよう。

第 2 節　利益吐き出しの伝統的な理論的根拠の検討

前節の英米法の考察から、多数の利益吐き出しの理論的根拠を抽出することができ

たが、文脈により根拠が異なり、かつ一つの文脈でも複数の根拠が挙げられることもあり、いずれの根拠が本質的なものかは明らかではない。そこでここでは前節で抽出した根拠のうち、中心となる（ⅰ）不当利得原理に求める見解（第1款）、（ⅱ）所有権の保護に求める見解（第2款）、（ⅲ）損害額算定の代替として利益を捉える見解（第3款）、（ⅳ）違法行為の抑止（ないし最適な抑止）に求める見解（第4款）、（ⅴ）違法行為者に対する処罰に求める見解（第5款）の5つについて立ち入って考察を加え、その意義と限界を明らかにする。

こうした根拠付けのうち説得的なものがあれば、本稿の分析対象であるヒト由来物質の無断利用の文脈においても、侵害者の利益吐き出しおよび提供者への利益帰属の根拠付けとして応用する余地があるといえる。

そこで以下では、ヒト由来物質の無断利用への応用可能性にも留意しつつ、これらの見解の説得性を――英米の学説の議論状況を踏まえつつ――①なぜ侵害者が利益を吐き出さなければならないのか、また②なぜ侵害行為による利益が被害者に帰属するのかという観点から、より立ち入って検討することとしたい。もっとも、結論を予告的に述べておくと、本節の考察からは、これらの根拠はいずれも問題があり、そのためこれらの根拠はヒト由来物質の無断利用の場面で応用することは難しいことが明らかとなるであろう。

第1款　不当利得の防止に求める見解

第1項　概要

（1）はじめに

まず、不当利得の防止に利益吐き出しの根拠を求める見解についてみてみよう[285]。すなわち、利益吐き出しの目的は、侵害者が上げたこれらの利益の全部または一部を放棄させることにより侵害者の不当利得を防止することであると解するわけである。

このような見解は、前節の考察からも明らかなように、英米法では広く受け入れられているといってよいであろう（イギリス法では、知的所有権侵害、機密情報侵害の文脈で、またアメリカ法では、有体物侵害、知的所有権侵害の文脈で用いられている）。

もっとも、「不当利得の防止」という意味をどのように理解するかをめぐっては見

[285] Hubbard, *supra* note 176, at 955; Corgill, *supra* note 202, at 1931; Andrew Kull, *Rationalizing Restitution*, 83 CAL. L. REV. 1191, 1192-3(1995).

解が一致しておらず、大別すると二つの立場に分けることができる。すなわち、第 1 は、侵害者が他人の権利を無断で使用した場合に、「何人も違法行為から利益を取得するべきではない」とする道徳的直観に基づき利益吐き出しを正当化する見解である[286]。これに対し、第 2 は、侵害された権利を「財貨」（property）として捉えた上で、権利者はその財貨の排他的な享受および金銭的な利用をする権利を有すること、そしてもし侵害者がその財産を金銭的利益のために使用するならば、侵害者は権利者の排他的権利を侵害して利得を得ており、当該利益は不当であるとして、利益吐き出しを正当化する見解である[287]。ここでは、第 1 の見解を取り上げることとする（第 2 の見解は、第 2 款で別に取り扱う）。

（２）被害者への利益帰属の根拠付け

第 1 の意味での不当利得の防止を支持する見解は学説においても多数みられる（たとえば、Goff & Jones[288]、Virgo、Conway-Jones[289]、Laycock[290]など）。たとえば、Virgo は、次のように述べる。すなわち、「被告〔違法行為者〕が不法行為の遂行の結果として、利益を取得したときはいつでも、原告〔被害者〕は原状回復的な救済を選択することができるべきであり、それにより被告〔違法行為者〕は不法行為の遂行により取得されたあらゆる利益を原告〔被害者〕に吐き出すことを要求される。原状回復は正当化される。というのも、違法行為者は、違法行為の遂行から利益を得ることを認められるべきではないからである。そして原告〔被害者〕はその利益の適切な受

---

286 この点につき、JAFFEY, *supra* note 1, at 363 も参照。

287 Barber, *supra* note 202, at 158.

288 Goff & Jones は、イギリス法が以下のような原理を採用するべきであると説く。すなわち、「不法行為者が利益を取得し、そして当該不法行為がなければその利益が取得されなかったであろうことが証明されうるならば、不法行為者は原状回復することが要求されるべきである。〔その原理が〕採用されると、被害者は、今日原状回復請求の根拠を形成しない不法行為から被告〔不法行為者〕により得られた利益を回復し得る」（GOFF & JONES, *supra* note 1, at 781 ; GOFF JONES ED., GOFF AND JONES' THE LAW OF RESTITUTION（7th ed.）（Sweet & Maxwell, 2007）809 も同旨）。

289 Conway-Jones によれば、不当利得理論は以下の 3 つの目標を達成すると指摘されている。すなわち、第 1 に、民主的な市場経済における信頼を強めること、第 2 に、侵害行為により直接および間接に影響されたすべての当事者のための救済手段を十分かつ衡平に確保する矯正制度を提供すること、第 3 に、何が他人の権利の利用において適切な競争行為と考えられるかの適切な枠組みを提供すること、である（Conway-Jones, *supra* note 202, at 881）。

290 Douglas Laycock, *The Scope and Significance of Restitution*, 67 TEX. L. REV. 1277, 1289(1989).

取人である。というのも、原告〔被害者〕は、その違法行為の被害者であるからである。この原理は、被告が犯した不法行為のタイプにかかわらず、一般的な適用性を有するはずである。というのも、原状回復的救済はそのような状況において、利用可能になるべきではない政策的理由はないからである」[291]。

このような理解によれば、いかなる人も他人の権利を侵害することによって自己の利益を追求してはいけないというある種の道徳的直観によって、利益吐き出しが根拠づけられることになる。すなわち、①侵害者が利益を吐き出さなければならない理由は、利得の不当性――違法行為を媒介として得られたものであること――に求められることになり、他方で、②当該利益が被害者に帰属する理由は、侵害者に残すよりも妥当であるという点に求められる。

このような不当利得の防止に求める見解は、利益吐き出しは違法行為がなければ侵害者が利益を得なかったであろう場面において、広く妥当する。こうした理解が仮に説得的であれば、ヒト由来物質の無断利用の文脈でも応用することができよう。もっとも、このような根拠付けに対しては、学説から批判が加えられている。

第 2 項　問題点

（1）根拠論の脆弱性

第 1 の批判は、「何人も違法行為から利得を得るべきではない」との説明の説得力の脆弱性に向けられている。たとえば、〔英 12〕Guardian 事件において、Goff 判事は、このような説明が「あらゆる具体的なケースにおいて問題の解決のための確実なガイダンスを提供していない」と言及しており、どのような場面において認められるかについて明確な基準を提供しないと指摘している。またこうした説明は、循環論法に陥るとの指摘もなされていることから明らかなように[292]、何ゆえ人々が違法行為か

---

[291] VIRGO①, *supra* note 1, at 476（〔〕内引用者による）. ただし、すべての違法行為の類型に認めるべきであると主張するものではない。すなわち、「犯された違法行為のタイプに関わらず、原状回復的救済が利用可能になるべきと感じられ得るけれども、これは危険なアプローチである。というのも、各類型の違法行為は、適切な救済手段についての非常に異なる政策問題を提起するからである。」（VIRGO①, *id.* at 452）

[292] Nicholas McBride, *Restitution for Wrongs*, in: CHARLES MITCHELL & WILLIAM SWADLING, THE RESTATEMENT THIRD: RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT: CRITICAL AND COMPARATIVE ESSAYS（Hart Publishing, 2013）251, at 266-7.　たとえば、A が B との関係で違法行為を犯し、そして結果として 100,000 ポンドを稼いだと仮定する。「人々は、自己の違法行為から利益を得ることを認められるべきではない」

ら利益を得てはいけないのかについて説得的な議論を提供しておらず、単なる主張（assertion）に終わっていると説かれている[293]。それゆえに、このような理解（道徳的直感）に賛同しない者にとってはこの見解は何ら説得力を提供するものとはいえないのである（たとえば、被害者の損害を填補した上で、利益が生じるのであれば、社会全体の効用は高まっており、そのような行為は望ましいともいえるであろう）[294]。

（２）判例の立場との不整合

第 2 の批判は、この立場が判例の立場と整合しないという点に向けられている。先述したように、この立場からは、利益吐き出しは違法行為がなければ侵害者が利益を得なかったであろう場面において、広く認められることになるはずである[295]。しかし、前節の英米の判例の考察が示すように、判例は（とりわけ、1980 年代～1990 年代のイギリスの判例はあらゆる違法行為を理由に利益吐き出しを認める立場を否定した[296]）、利益吐き出しを認める違法行為と認めない違法行為を区別しており、このような根拠付けは判例の中で貫徹していないのである[297]。それゆえに、この見解は、判例の立場を十分に説明する理論とはなっていないといえよう[298]。

から A は 100,000 ポンドを放棄させられるべきであると論じることは、以下のような循環論法をもたらすと指摘される。すなわち、「しかし何故 A は 100,000 ポンドを保持することを認められるべきではないのか」「A は違法行為者であるから。」「しかし、何ゆえ A は 100,000 ポンドを放棄しなければいけないことを意味するのか。」「人々は彼らの違法行為から利益を得ることを認められるべきではないから。」「しかし、何ゆえ A のような人々は、彼らの違法行為から利益を得ることを認められるべきではないのか。「なぜならば、彼らはするべきではないから。」（*Id.* at 266）。

[293] McBride, *id.* at 266-7.　McBride は「我々は、人々が彼らの違法行為から利益を得ることを認められるべきではないのはその通りであるとの主張（assertion）ではなく、何ゆえ人々が彼らの違法行為から利益を得るべきではないかについての議論（argument）を必要とする。私は、何ゆえ違法行為者が一般的に彼らの違法行為から利益を得ることを認められるべきではないのかについて十分な議論をするのを聞いたことがない」と述べる。

[294] この点については、一般論として、道垣内正人『ちょっと違った自分で考える法学入門〔第 3 版〕』（有斐閣、2007）44 頁を参照。

[295] Bently①, *supra* note, at 14.

[296] Rotherham③, *supra* note 17, at 104.　たとえば、Stoke on Trent City Council v. W & J Wass, [1988] 1 WLR 1406(CA)や Halifax Building Society v. Thomas, [1996] Ch 217 が挙げられる。

[297] Weinrib, *supra* note 17, at 8.　もっとも、この点は、Goff & Jones 自身も認めている点であり、彼らは利益吐き出しに関するイギリス法の状況が曖昧であることを踏まえ、いったん更地化しようとしたと見ることができるように思われる。

[298] ROSS B. GRANTHAM & CHARLES E.F. RICKETT, ENRICHMENT AND RESTITUTION IN

（３）小括

以上の批判を踏まえると、「何人も違法行為から利得を得るべきではない」とする直観を前提とする不当利得の防止に求める見解は、利益吐き出しの根拠として説得力を欠き、ヒト由来物質の無断利用の問題に応用することができるかは明らかとはいえないであろう。

第２款　所有権概念に求める見解

第１項　概要

（１）はじめに

次に、（不当利得の防止の第 2 の意味である）所有権概念に利益吐き出しの根拠を求める見解についてみてみよう。このような理解は、判例（とくにイギリスのそれ）において散見される。すなわち、〔英 8〕Potton 事件〔著作権侵害の事案〕では、Millet 判事は、「原告が利益の清算を求める権利を有しない限り、原告の財産（property）の不法な使用の結果として被告の不当利得による救済は存在しないであろう」と判示した。また〔英 16〕Surrey 事件においても、裁判所は、被告の利益を剥奪するための救済が、被告が原告の所有権を侵害した場面に制限されるとして、契約違反による利益吐き出しを否定した[299]。ここでは利益吐き出しの根拠が原告の所有権に求められていることがわかる。

また学説においてもこうした理解が見受けられる。すなわち、利益吐き出しは、文

NEW ZEALAND（Hart Publishing, 2000）483.

[299] その他の判例として以下が挙げられる。たとえば、Sammons v. Colonial Press, (1942) 126 F.2d 341 では、裁判所は、「その理論は、侵害者が原告の所有権の利用および使用により受領した利益を保持することは非良心的であるということである」と述べた。また、Forsyth-Grant v. Allen, [2008] EWCA Civ 505（ニューサンス不法行為〔日商権侵害〕を理由とする利益の清算が求められた事案）は、「・・・ニューサンスは、動産侵害のケースや著作権や商標権侵害のケースはもちろんのこと、トレスパスのケースにおけるのと同様の方法で、X の権利の横取り（misappropriation）を伴わない。（中略）その事実において、これは、私の考えでは、X が現実に被った損失を理由とする填補賠償以上のものを求める権利を X に与えるべきではない。」と述べた（at [32]〔per Patten J.〕）。さらに、Devenish Nutrition Ltd. v. Sanofit-Aventis SA, [2008] EWCA Civ 1086（特別法〔EU 競争法〕上の義務違反を理由とする利益の清算が求められた事案）も、本件の不法行為が物的不法行為（proprietary torts）に当たらないことを利益の清算を否定する根拠として挙げる。

書誹毀や口頭誹毀などの人的不法行為（personal torts）ではなく、動産侵害、不動産に対する不法侵害、知的所有権侵害などの所有権侵害を伴う物的不法行為（proprietary torts）の場面で認められると説かれてきた（具体的には、Friedmann[300]、Virgo[301]、Beatson[302]、Weinrib[303]、Burrows[304]など。もっとも、これらの見解の中でも、所有権侵害を必要かつ十分条件と解するか、十分条件に過ぎないと解するかで理解が分かれているが[305]、ここでは立ち入らない）。たとえば、Weinrib は、矯正的正義の視角から、他人の財貨（property）の侵害の場合のみ、利益吐き出しが認められる「唯一の例」であると説く。その理由として、所有権は、権利者の目的物に対する排他的な権利であって、物の利用から生じるあらゆる利益を享受できる権限であり、所有権侵害により得られた不正な利益を権利者に帰属させることが、権利を回復し不正義を是正することになることが挙げられる[306]。

この見解によれば、利益吐き出しは次のように説明される。すなわち、まず①侵害者が利益を吐き出すべき理由につき、侵害者は所有者の財産を侵害することにより利益を取得し、そして侵害者がその利益を保持する根拠を有しないこと（＝不当であること）に根拠を求められる。また②その利益を被害者に帰属させる理由につき、所有権侵害を契機に侵害者が得た利益は、所有者の財産から派生したものであり、所有者の財産の果実を構成することから、被害者への利益帰属が正当化されることになる[307]。

要するに、このような所有権概念に基づき説明しようとする立場によれば、所有権侵害がある場合には、侵害者の利得と損失者の損失との間に因果関係がある不当利得の問題として処理されることになり[308]、利益吐き出しの理論的な問題（「棚ぼた」論）

---

300 Friedmann, *supra* note 5.
301 VIRGO②, *supra* note 1, at 422~.
302 JACK BEATSON, THE USE AND ABUSE OF UNJUST ENRICHMENT: ESSAYS ON THE LAW OF RESTITUTION（Clarendon Press, 1991）232~.
303 Weinrib, *supra* note 17, at 6-7.
304 ANDREW BURROWS, THE LAW OF RESTITUTION（Butterworths, 1993）393-4.
305 Rotherham②, *supra* note 17, at 400~による。
306 Weinrib, *supra* note 17, at 12. Weinrib の見解については、山下純司「不法行為法における利益吐き出し責任」NBL937 号（2010）26 頁、27 頁以下も参照。
307 VIRGO②, *supra* note 1, at 432-3.
308 BEATSON, *supra* note 302, at 232（「財産の使用・・・のすべてのケースでは、差引きがあり、そしてそれゆえに潜在的に独立の原状回復請求がある。差引きされるものはその財貨の原告の排他的な享受する権利であるそれは彼の支配権の差引きである」）.

は生じないことになるわけである[309]。

このような理解は、有体物である所有権を念頭に置いたものであるが、無体物（知的所有権やその他の情報）も「財貨」概念に含めることにより、無体物侵害による利益吐き出しの根拠として用いることもできるであろう（たとえば、著作権侵害などでこうした論法は用いられている[310]）。もちろん、英米の判例法の中には、こうした理解と一致しない場面もあることは先述したとおりである(たとえば､アメリカ法では、特許権侵害による利益吐き出しを否定している)。しかし、これは利益吐き出しの実際上の問題――吐き出すべき利益の「範囲」の確定に伴う費用の問題――を踏まえて、政策的な観点から否定したものに過ぎず、利益吐き出しが理論的に認められるべきでないことを意味しない。その意味で、特許法の取扱いを理由に、このような理解が、判例の立場と矛盾するとは言えないであろう。

また所有権概念に求める見解に対しては、「何ゆえ物的な違法行為がその他の違法行為と異なって扱われるべきなのか」という疑問が提起されているが、この点は次のように説明されることになる[311]。すなわち、法と経済学の視点からは、取引費用が低い場合には、権原はプロパティ・ルールにより保護されるのが効率的である[312]。それゆえに、ある者が他の者の権原を欲する場合には、当事者間の交渉に委ねられるべきであり、無断使用は非効率となる。差止命令はこうした経済的に効率的な侵害行為を禁止し、そして市場における交渉を強制する。この点につき、利益吐き出しも差止命令と同様の機能を果たすと理解されている。それゆえに、利益吐き出しは所有権侵害の場面に制限されることになる。

（２）所有権概念の捉え方

こうした所有権概念に求める見解の前提には、所有権侵害がある場合には、そこから派生した利益が所有者に排他的に帰属する権利が所有権概念に論理的・内在的に含まれているとの理解である。より具体的には、以下の４つの所有権の捉え方が前提と

---

309 Peter Jaffey, *Restitutionary Damages and Disgorgement*, 3 R.L.R. 30, at 33(1995).

310 Bently①, *supra* note, at 14 ; Ciolino, *supra* note 192, at 41~参照。

311 Bently①, *supra* note, at 14.

312 プロパティ・ルールについては、Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089(1972). Calabresi らの議論については、第３章を参照されたい。

なっていることが指摘されている[313]。すなわち、――――

第1に、この見解は所有権が法的な議論において規範的な根拠になり得ると考えている。つまり、侵害された権利と問題の救済手段の間に分析的なつながりがあると解されている（前提①とする）。たとえば、「所有権の本質的な属性が、伝統的に、排他的な享受の権利の存在であった。そのため、他の者による所有権の搾取は、必然的に他の者の権利の損失による利得を生む」と説かれている[314]。

第2に、この見解は、所有権概念が時代により変化しない、安定的かつ絶対的なものであることを前提としている（前提②とする）。

第3に、この見解は、所有権概念が所有者に生じた損害額を超える利益を請求することができることを前提としている（前提③とする）。

第4に、この見解は、所有権概念が、単純に一定の方法で保護されることを単に命令するのみならず、問題の救済の厳密な形式を論理的に伴うことを前提としている（前提④とする）。

（3）小括

所有権概念に利益吐き出しの根拠を求める見解は、このような理解を前提とすることから、所有権概念の枠内で利益吐き出しの理論的問題を処理することが可能となる。

ヒト由来物質の無断利用の文脈では、ヒト由来物質を「財貨」（property）として扱うことで、動産侵害請求により利益吐き出しを肯定しようとする見解が多数みられるが、それはこうした理解を前提とするものとみてよいであろう。もっとも、こうした理解に対しは、以下のような批判が提起されている。

第2項　問題点

（1）所有権概念の捉え方に対する批判

第1の批判は、このような所有権概念の捉え方に対して向けられている。すなわち、こうした所有権概念により正当化しようとする理解に対しては、「所有権概念は、かなり不確定であり、そしてかなり特定の価値観に基づいたもの（value-laden）であり、そのような厳密な結論をもたらすことはできない。所有者の権原の異なる概念化は、

313 以下の記述は、Rotherham②, *supra* note 17, at 401~による。
314 Friedmann, *supra* note 64, at 507.

他の結論を生むであろう。」との批判が提起されている[315]。そこで以下では、上記の前提理解――特に前提①および前提②――に対する批判を見ていくとにしよう[316]。

まず、前提①に対しては、所有権の「本質的」属性など存在しないとの批判が提起されている。すなわち、この見解は、利益の吐き出しを求める権利が所有権の「本質的」属性であると説くが、所有権は「本質的に競合する」概念であり、その輪郭（contours）は、法体系の違いによって、また同じ法体系内でも時代により異なる。それゆえに、あらゆる法文化は、所有権概念の観点から資源に対する権原の配分を理解しがちであるけれども、これらの権利を誰が享受し、どの資源が所有され得るか、そしてこれらの権利の厳密な内容を決定する規範は、国により、時代により異なるのである[317]。

また、所有権がイギリス法においては絶対的なものであるとの考えがその通りであるとしても､所有権という概念から利益吐き出し救済が当然に導かれるわけではなく、利益吐き出しが認められるから所有者の権利は絶対的であると理解されるに過ぎない。それゆえに、所有権という抽象的概念から利益吐き出しという具体的な規範を導くことはできないとされる[318]。

他方で、前提②に対しても、絶対的な所有権概念など存在しないとの批判が提起されている。この点は、たとえば、コモン・ロー上の所有権は、特殊な発展を遂げていることから、財産の保護の仕方は一様ではないこと（たとえば、不動産については特定救済を認めるが、動産については損害賠償のみにとどまる）[319]や（コモン・ロー上の所有権とは区別された）エクイティ上の所有権まで視野に入れると、所有権の保護の在り方は文脈により異なること[320]からも明らかといえよう。

---

315 Dagan, *supra* note 166, at 352.
316 以下の批判については、Rotherham の見解を中心に取り上げるが、類似する指摘は、Bently①, *supra* note, at 14~（「財貨とは何か」という根本的な問題を提起すると指摘する）が挙げられる。
317 Rotherham②, *supra* note 17, at 402-3.　同旨として、DAGAN, *supra* note 148, at 221~（Weinrib の見解に対して、「所有権という概念はかなり争いがあり、そして我々自身の法において多くの形態がありすぎるため、不当利得法理が解決する必要がある問題の特殊な類型に答えることができない。」とした上で、「所有権のような本質的に競合する概念」は､所有権侵害による利益吐き出しを正当化することができない、と指摘する）も参照。
318 *Id.* at 403.
319 *Id.* at 403-4.
320 *Id.* at 404-5.

要するに、所有権概念に利益吐き出しの根拠を求める見解は、特殊イギリス的な「所有権」概念を前提とするものであり、一般化することは困難であるというものである。

（２）所有権概念を無体物に拡張することに対する批判

第 2 の批判は、この見解の射程に無体物を入れることに向けられている。すなわち、この見解は、有体物と同様に、無体物（知的所有権）も所有権概念に包含することにより、利益吐き出しの根拠付けを試みるものである。しかし、有体物と無体物の間には大きな差異があることが見落とされていると批判が加えられている[321][322]。具体的には、①知的所有権法の対象とする情報は、「公共財」（public goods）としての性質（具体的には、非排除性と非競合性）を有することから、救済法は、有体物の保護と無体物の保護において、その差異を考慮するべきである。また②有体物の境界は明確であるのに対し（たとえば、有体物の場合、その境界は登記簿等により分かる）、無体物の境界はそうではない（たとえば、著作権の場合、登録等は任意のため、譲渡人やライセンサーの権原を確定することは容易ではない）。そのため、無体物侵害による責任を有体物侵害によるそれと同列に扱うことに対しては厳しすぎるとの批判が加えられる。さらに、③無体物の保護は、有体物と異なり、一定の期間制限に服していること。それゆえに、有体物で認められる救済が無体物にも及ぶと解する根拠は十分とは言えないとの批判が加えられている。

（３）小括

以上の批判を踏まえると、所有権概念を絶対的なものと捉えることにより、利益吐き出しを根拠付けようとするこの見解は説得力を欠くと言わざるを得ず（なお、この点、〔英 17〕Blake 事件において、Nicholl 判事は、利益吐き出しが所有権侵害に制限されないとの立場を示したと理解されている[323]）、その結果としてヒト由来物質の無

---

321 たとえば、Ciolino, *supra* note 192, at 41~（著作権を念頭に置く）.

322 もっとも、知的所有法学の議論においては、知的所有権は「財貨」（property）ではなく、行為規制でしかないと説かれることもある（たとえば、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究 20 号（2008）1 頁）。こうした理解を前提とすれば、有体物の論理を延長することはそもそもできないといえよう。なお、こうした理解に対する批判として、吉田邦彦『所有法（物権法）・担保物権法講義録』（信山社、2010）15 頁以下がある。本稿ではこの点については立ち入らない。

323 Rotherham③, *supra* note, at 106。

断利用による利益吐き出しに応用することも困難であると言えよう。

第３款　損害額算定の代替として利益を捉える見解

第１項　概要

ここでは、被害者の損害額の算定基準の代替として利益を捉える見解を取り上げることとしよう。このような理解は、英米の判例の中でも多数の場面で用いられており（たとえば、イギリス法では、機密情報の侵害の文脈で、またアメリカ法では、知的所有権侵害、機密情報の侵害、契約違反の文脈などで説かれている）、また学説でも同旨を説く見解がみられた[324]。

このような理解によれば、侵害者の利益は、権利者の逸失利益（侵害行為がなければ権利者が得たであろう額）の証明が困難な場面において[325]、逸失利益の算定根拠として用いられることになる。つまり、ここでの侵害者の「利益」は、権利者の「損害」の「代用」（surrogate）ないし「近似値」（approximation）として捉えられているわけである[326]。

それゆえに、この見解の下では、利益吐き出しは、「填補賠償」の問題として処理されるものであり、利益吐き出しの理論的な問題はこの見解の下では生じないことになる[327]。

このような理解が仮に説得的であるとすれば、ヒト由来物質の無断利用の文脈では見られないものの、提供者の現実の損害を算定することは困難であることを踏まえると、応用の余地はあるであろう。もっとも、このような理解に対してもいくつかの批判が提起されている。

第２項　問題点

（１）適用範囲の狭さ

---

[324] ASHBURNER, PRINCIPLES OF EQUITY（2nd ed.）（Butterworth, 1933）40.
[325] Rotherham②, *supra* note 17, at 408.　この点は、〔英 17〕Blake 事件の Nicholl 判事により強調された点である（at 278-84）。
[326] Corgill, *supra* note 202, at 1917~ ; Conway-Jones *supra* note 202, at 879-80 ; Laycock *supra* note 290, at 1287（被告の利益の回復は、ときおり、原告の損失の代用品（proxy）として考えられてきたと指摘する）.
[327] たとえば、特許権侵害についての Mowry 事件では、「特許権侵害に対して回復可能な利益は、実際には、特許権者が権利侵害から被った損害の填補賠償である。利益は彼の損害賠償の算定基準である。」と判示された。

第 1 の批判は、その適用範囲が狭いという点に向けられている。侵害者の利益を被害者の損害と捉える根拠付けは、知的所有権侵害などの競争法違反の文脈で用いられているが、こうした理解は権利者と侵害者が同一市場において競争している場面では妥当するものの、競合していない場面では妥当しないと批判されている。

たとえば、商標権侵害の場面を念頭に置きつつ、Corgill は、経済理論を踏まえた上で[328]、上記の理解を批判する。すなわち、上記の理解は、侵害行為により得られる利益と侵害行為により失われた逸失売上との間には一対一の対応関係があるとの仮定の下では妥当するものの、そうした仮定がない場合には、妥当せず、侵害者の利益は、権利者の逸失利益の信頼できる証拠上の代用とは言えない[329][330]。

判例もこの点を認識しており、このような根拠付けを原告および被告が直接競争しており、そして類似する利益率を上げていたであろうケースにおいてのみ適用し、それ以外のケース（直接の競争にない場合）には、その他の根拠（不当利得の防止や抑止論）を用いている[331]。

（２）利益と損失の不一致

第 2 の批判に、仮に侵害行為により得られた利益と侵害行為により失われた損失との間に 1 対 1 の対応関係がある場合でも、常に侵害者の利益を権利者の損害とみなすことができるわけではないことに向けられている。というのも、このような理解が妥当するには、侵害者の利益の限界（margin）と権利者の利益の限界とが一致することが必要であるものの、侵害者の開発コストが権利者のそれよりも低くなり得ることを踏まえると、そのような一致は必ず生じるわけではないからである[332]。

---

328 典型的な右下がりの需要曲線を持つ市場を前提とすると、侵害者は、より多く売るために、より低い価格で提供する。そうすると、侵害者の利益は、権利者から奪った既存の売上げのみならず、より低い価格により惹起された新たな売上げからも生じると指摘する（Corgill, *id.* at 1920）。

329 *Ibid.*

330 この点、第三次不正競争リステイトメント 37 条コメント b も「両者〔筆者注：被告によってあげられた利益と原告から被告へ移転した利益〕の一致は、しかしながら、明らかに不完全である。なぜなら、ほとんどの場合被告によって行われたすべての販売が原告から移転されたものであるとかまたは両当事者の最低収益線が同じであると期待する理由はないからである」と指摘する（茶園＝小泉・前掲注(216)「(4)」144 頁参照）。

331 Luciani, *supra* note 202, at 75.

332 Corgill, *supra* note 202, at 1920-1.

また、そもそも侵害者が得た利益が権利者の損失と推定される経験則があるのかという点についても疑問の余地があろう[333]。とりわけ、知的所有権侵害の場面では、侵害者の利益は、権利者の権利以外にも、侵害者の投下資本やマーケット戦略による寄与も作用していることから、すべての利益を権利者の損失と推定することはできない。もっとも、この点は、判例も認識しており、後述するように、効果論において利益の配分を要求しているところである。

（３）小括

以上の批判を踏まえると、この見解は、権利者と侵害者との間に直接の競争関係がない場面では説得力がなく、また権利者と侵害者との間に直接の競争関係がある場合であっても、妥当するかは検討の余地がある。それゆえに、この見解も利益吐き出しのすべての場面を説明するのには十分とは言えない。そしてその結果として、ヒト由来物質の無断利用にも利用することは困難であるといえよう。

第４款　違法な行為の抑止に求める見解

第１項　概要

（１）はじめに

ここでは、違法行為ないし侵害行為の抑止に利益吐き出しの根拠を求める見解を取り上げよう。この見解によれば、利益吐き出しは、侵害行為から生じた利益を侵害者から剥奪し、そして侵害行為がなされなかったならばいたであろう地位に戻すことを目的とする[334]。このような利益吐き出しは、侵害者にとって脅威となり、侵害行為を事前に抑止し[335]、そして権利者と交渉して権利を適切に取得する――すなわち、侵害者を市場に向かわせる――インセンティブとなると説明される[336]。たとえば、Robert Cooter は、次のように述べる。すなわち、「吐き出しが完全なとき、加害者は一方で正当な行為を行うことと、他方で違法な行為を行い、そして利益を吐き出すことの間

---

333 この点は、わが国での指摘を参照（たとえば、中山信弘『特許法（第３版）』〔弘文堂、2016〕390 頁以下参照）。

334 BARNETT, *supra* note 1, at 26.

335 Coleman, *supra* note 192, at 104.

336 なお、抑止には、特定抑止（当該侵害者が侵害行為を繰り返すことを阻止する）と一般抑止（潜在的な侵害者が侵害行為を行うことを阻止する）があるが、利益の吐き出しは、両方の機能があるとされる（BARNETT, *supra* note 1, at 26）。

で中立となる」[337]。つまり、無断で他人の行為を侵害することに関心を持たなくなるというわけである。

このような理解は、英米の多数の判例で援用されており（たとえば、イギリス法では、契約違反や信認義務違反の場面で、またアメリカ法では、知的所有権侵害や信認義務違反の場面で用いられている）[338]、また学説でも支持する見解が多数みられる（たとえば、Friedmann[339]、Birks[340]、Edelman[341]、McInnes[342]、Duggan[343]、Burrows[344]、Barnett[345]、Rotherham[346]、Watterson[347]、Corgill[348]など。もっとも、念頭に置いている事案類型は一様ではなく、またそれを唯一の根拠とするかについても一致していない）[349]。

このような理解によれば、①利益を吐き出す理由は侵害行為の抑止という点に求められ、また②被害者が利益を取得する根拠は、侵害者に利益を吐き出させることの反射的効果として、あるいは侵害者に残すよりも公平であるという点に求められるにとどまる[350]。

---

337 ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS（6th ed.）（Addison-Wesley, 2000）320.

338 BARNETT, *supra* note 1, 13.

339 Friedmann, *supra* note 5, at 551-2（所有権概念に求める見解の射程を超える場面で根拠になると指摘する）.

340 BIRKS①, *supra* note 1, at 332（「違法行為を理由とする原状回復」の一つのカテゴリーの根拠は、「予防」であると述べる。ただし、信認義務違反の場面に限定する）.

341 EDELMAN, *supra* note 1, at 83-86.　その適用範囲として、①信認義務違反（不注意な違反でさえ抑止する必要性が高いため）と②その他の違法行為が利益を得るために、故意的（deliberately）または無謀に（recklessly）犯された場合を挙げる（at 81）。

342 McInnes, *supra* note 131, at 428~.

343 Anthony Duggan, *Gains-Based Remedies and the Place of Deterrence in the Law of Fiduciary Obligations*, in: ANDREW ROBERTSON & TANG HANG WU EDS., THE GOALS OF PRIVATE LAW（Hart Publishing, 2009）365.

344 BURROWS②, *supra* note 1, at 662.

345 BARNETT, *supra* note 1, at 32.

346 Rotherham②, *supra* note 17, at 408（ただし、最適な抑止）.

347 Watterson, *supra* note 11, at 43（抑止は、「イギリス法のいくつかの重要な特徴のための説得的な説明を提供し得る」と述べた上で、具体的には、①予防目的は、受認者の中核的な義務および厳格な清算責任（accountability）の基礎にあること、また②利益吐き出しが認められるには、侵害者が故意であることが要求され得ることを指摘する）.

348 Corgill, *supra* note 202, at 1914.

349 抑止論については、懲罰的損害賠償という文脈で論じられたものであるものの、籾岡宏成「アメリカにおける懲罰的損害賠償の概要」同『アメリカ懲罰賠償法』（信山社、2012）40 頁以下も参照。

350 それゆえに、他に利益の帰属先（たとえば、州による差押え）があるならば、被

（２）懲罰的損害賠償との関係

ところで、利益吐き出しは、侵害による利益を吐き出させられるメッセージを侵害者に与えることで、本人と交渉するインセンティブを侵害者に与え、市場を創設する役割を果たすと解されてきた。しかし、こうした理解に対しては、利益吐き出しは、抑止および市場創設のための唯一の手段ではないとの反論が提起されている。たとえば、刑事制裁や懲罰的損害賠償といった制度は、利益吐き出しの代替になり得ることを根拠に、利益吐き出しを上記目的の観点からは不要であると説く見解もみられる[351]。しかし、懲罰的損害賠償と利益の吐き出し（その中心的役割を果たす利益の清算）は、その役割が異なる点に留意しなければならない。具体的には次の通りである[352]。すなわち、――――

第１に、それらが実現する利益について。懲罰的損害賠償は、私人による法の実現という点からの説明がなされることからも明らかなように、公益を実現する役割が大きいのに対し、利益の吐き出しは、被害者の個人の権利を守る役割が大きい[353]。

第２に、それらが認められる場面について。懲罰的損害賠償は、陪審員が役割を果たすコモン・ロー上の訴訟原因の場面においてのみ認められるのに対し、利益の吐き出しは、伝統的にエクイティ上の訴訟原因の場面において認められてきた。もっとも、利益吐き出しは、当初から知的所有権侵害のようなコモン・ロー上の不法行為の場面でも認められており、また近時、契約違反の場面でも認められつつある（たとえば、〔英 17〕Blake 事件）ことから、この点の相違は相対的になりつつあるともいえる[354]。他方で、懲罰的損害賠償は、利益取得型不法行為に限定されない点でも、利益の吐き出しよりも適用範囲が広い[355]。

第３に、それらが適用された場合の責任範囲について。懲罰的損害賠償は、悪名高いように、侵害者に莫大な賠償額を課すことがあるのに対し、利益の吐き出しは侵害

害者は当該利益を取得することはできない（Rotherham②, *supra* note 17, at 408）。

351 たとえば、Ciolino, *supra* note 192, at 28（著作権侵害の文脈）.

352 Bently①, *supra* note, at 15.

353 Corgill, *supra* note 202, at 1926.

354 もっとも、イギリス法では、実際にその他のコモン・ロー上の訴訟原因の場面で、利益の清算を認めた判例は見られない（Burrows②, *supra* note 1, at 647）。

355 懲罰的損害賠償は、英米の社会において何を守るべき価値としているかの反映であると説かれており（籾岡・前掲書注(349)207 頁参照）、利益吐き出しとはその意味が異なるということになろう。

者の責任を負う範囲に一定の制限が課せられている（侵害により取得された正味の利益）。それゆえに、侵害行為の抑止という点からは、懲罰的損害賠償は過剰抑止の恐れがあることが指摘されており、利益吐き出しのほうがより緩やかな抑止を提供するともいえよう。

以上の点を踏まえると、利益吐き出しは、侵害行為の抑止を提供するものの、その適用範囲や程度において懲罰的損害賠償と異なるといえ、後者が存在することをもって不必要とまで言えないといえよう。

（３）小括

利益吐き出しの根拠を抑止に求める見解によれば、①利益を吐き出す理由は侵害行為の抑止という点に求められ、また②被害者が利益を取得する根拠は、侵害者から利益を吐き出させることの反射的効果ないし侵害者に残すよりも公平であるという点に求められる。こうした利益吐き出しによる抑止は、懲罰的損害賠償と比較すると緩く、それ自体として独自の存在意義があるといえよう。こうした抑止論が仮に説得的であれば、ヒト由来物質の無断利用の文脈に応用することができるであろう。もっとも、抑止論に対しては以下のような批判が提起されている。

第２項　問題点

（１）棚ぼた論

第１の批判は、侵害行為による利益が権利者（被害者）に帰属する根拠が十分に説明できていないことに向けられている[356]。この見解によれば、先述のように、利益吐き出しの根拠を抑止に求める見解は、当該利益が被害者の権利を侵害して上げられた利得であることを考慮して、侵害者の下に残すよりも被害者に与える方がより望ましいとして、被害者への利益帰属を説明する。しかし、当該利益は、被害者が被った損害を回復する範囲を超えており、被害者に帰属させる根拠付けとして説得力を有しない（反射的効果というのはこの点を明示する）[357]。それゆえに、当該利益は被害者にとって棚ぼたであるという批判が加えられている[358]。

---

356 Witzleb, *supra* note 66, at 356~.
357 Rotherham②, *supra* note 17, at 408.
358 JAFFEY, *supra* note 1, at 378.

もっとも、こうした棚ぼた論に対しては、抑止論は次のように反論するかもしれない。

第 1 に、判例は、侵害者の能力等を考慮等により利益の配分を侵害者にも行っており、そのような作業を通じて、棚ぼた的な問題は回避されるという反論が挙げられる。確かに、後述するように、現代においては、一つの製品に複数の特許が含まれているため、知的所有権侵害の場面では、侵害行為による利益は、権利者の利益にすべて起因するとはいえない。それゆえに、知的所有権侵害の利益吐き出しの場面では、利益を配分する作業が必要となる。しかし、利益の配分の立証責任は侵害者が負うから、その立証に失敗した場合には、棚ぼた論の問題は残る。

第 2 に、抑止論は、多様な要素を考慮することにより利益吐き出しを認めるが、棚ぼたの問題もその一要素として考慮すれば足りるとの反論が挙げられる。たとえば、ある学説は、(a)侵害者の行為の非難性、(b)財産の利用における侵害者の寄与の範囲、(c)侵害者が侵害した権利・利益・関係の重要性、(d)被害者への棚ぼたなどの要素を総合考慮して、利益吐き出しの是非を判断するべきと説く[359]。この見解によれば、利益吐き出しは、被害者の棚ぼたという問題を認めても望ましい場面において認められることになる。確かに、こうした理解が妥当する場面はある。たとえば、信認義務違反はその例といえよう。というのも、先述したように、現代社会において事務を他人に委ねることは不可避であるものの、そうした関係においては相手方が本人の利益ではなく自己利益を追求する可能性がある――すなわち、信認法に内在するディレンマである――ため、こうした救済は必要悪といえるのである。しかしながら、こうした説明は、他の場面においても同様に言えるかは留保が必要であろう。たとえば、知的所有権侵害の場面でも抑止論は用いられる。確かに、知的所有物という社会的に有益なものの過少生産を防止するためには、情報を保護する必要があり、それとの相関において棚ぼた論は問題とならないとする余地はあり得る。しかし、知的所有権をめぐってはその利用という側面も重要であり、過剰な保護は利用を阻害することになりかねない。ここでは情報の所有と利用の最適なバランスという観点から利益吐き出しが望ましい救済か否かが問われなければいけないものの、この点から利益吐き出しが望ましいといえるかは必ずしも明らかではない[360]。それゆえに、このような説明もすべて

[359] Friedmann, *supra* note 5, at 551-2 ; Coleman, *supra* note 192, at 104.
[360] とりわけ、近時は、知的所有権の立法過程におけるバイアスという問題が意識さ

の利益吐き出しの場面を説明することができない。

第 3 に、懲罰的損害賠償において用いられる反論をここでも応用し、被害者への棚ぼたの帰属は、権利者に権利行使のための対価であるという反論が挙げられる[361]。しかし、これは懲罰的損害賠償が公益実現機能を有することを前提に考えられているものであり、利益吐き出しにそのような機能があるのかは不明であるのに加え、仮にあるとしても、侵害行為により生じた利益が膨大な場合には、それが妥当といえるかは検討の余地があろう。もちろん、こうした批判に対しては、被告の利益を国庫または慈善団体に支払わせる方法もあり得るであろうが（たとえば、近時の懲罰的損害賠償の改革案としてもこうした手法は説かれている[362]）、そうした手法に内在する問題に加えて[363]、そうした手法は――少なくともわが国で行うのであれば――立法論によらざるを得ず、解釈論の域を超えるであろう。

第 4 に、抑止論は、利益吐き出しにより侵害者が侵害するインセンティブを持たなくなり、契約交渉に向かうと考えているから、そもそも被害者への棚ぼた利益など考えていないともいえる。つまり、棚ぼたが正当化されないのは当然であるということである。それゆえに、この見解によれば、利益吐き出しにより契約交渉が実際に促進されているのか否かという実証研究こそが重要となろう。このような反論はありうる

れており（具体的には、著作権の場面で問題となる）、そこでは少数派バイアスが働くため、情報の所有者への保護が過剰に働いている恐れがあることが指摘されている（この点については、田村・前掲注(322)1 頁以下を参照）。こうした点も加味して利益吐き出しが望ましい救済か否かが問われなければならないであろう。

361 JAFFEY, *supra* note 1, at 380. もっとも、このようなインセンティブ論に立つと、原告が多数の場合（たとえば、ニューサンスのケース）には、誰に利益を帰属させるべきかという困難な問題を伴うとされる。この点、Jaffey によれば、最初の原告にすべて帰属させるルールは簡明であるが、他の原告との間で不満足を生む可能性があるため、利益を分配する方法か、クラスアクションを要求する方法がより望ましいとする。また、Jaffey は別の論稿で、処罰を根拠とする利益の吐き出しについて、次のようにも述べている。すなわち、「民事手続の性質により、被告から奪われた利益は、原告に与えられるとしても、この理論的根拠をもつ救済を原状回復的なものとして描くことは全く満足的ではない。というのも、差引き不当利得によるによる原状回復的な訴訟原因のケースや上記で既述されたような真の原状回復的救済と異なり、その理論的根拠は、被告の利得の価値に対する原告の権利を前提としない。原告は、単に、被告から彼の利得を剥奪することを目的とする救済手段の『偶然の受益者』（accidental beneficiary）に過ぎないからである」（Jaffey, *supra* note 309, at 37）。

362 この点については、籾岡宏成「懲罰的損害賠償制度をめぐる改革案および問題点」同・前掲書注(349)195 頁以下を参照。

363 特に、懲罰的損害賠償を州政府への支払いを義務付けることによって、州の事実審裁判所による事実認定者（陪審員または裁判官）がその権限を濫用する危険性が指摘されている（この点については、籾岡・前掲書注(349)196 頁以下参照）。

ところである。

以上の考察を踏まえると、（第 4 の反論を別にすれば）棚ぼた論の問題は残ると言わなければならないであろう。

（２）抑止論の限界

第 2 の批判は、抑止論の限界に向けられている。利益吐き出しが抑止により正当化されるとの前提は、従来ほとんど批判の対象とされることなく、自明なものとして解されてきた[364]。

これに対し、近時の学説（たとえば、Rotherham）によれば、抑止論は、従来想定されてきたよりも、利益吐き出しの根拠として部分的にしか機能しないことが指摘されている[365]。具体的には次の通りである。すなわち、抑止論は、侵害者があらゆる侵害行為により上げた利益を剥奪することを正当化しない[366]。というのも、抑止には費用がかかることから、抑止するのに被る費用と抑止の結果として得られる利益を比較し、後者が前者よりも大きい場合にのみ侵害行為が抑止されるべきであり、逆に、後者が前者よりも小さい場合に、侵害行為を抑止することは社会的にはむしろ望ましくない結果となるからである[367]。

---

[364] Rotherham, *supra* note 174, at 541. 従来、二倍・三倍賠償や懲罰的損害賠償については、上記のような議論もみられたが、利益の清算については、ほとんど議論がなされてこなかった。

[365] Rotherham, *id.* at 541（抑止が一定またはすべての被告から違法行為から収受される利益を剥奪するための説得的な理論的根拠を提供するとの仮定は、ほとんど従来論じられてこなかった、と指摘する）.

[366] *Id.* at 537 ; Rotherham②, *supra* note 17, at 409~も参照。

[367] たとえば、Barnett は、契約違反の文脈における議論において、同様の指摘を行っている。すなわち、利益吐き出しは、侵害行為に駆り立てられた当事者が自己の行動を監視することを可能にし、それにより、契約をエンフォースする管理費用の低減をもたらすと説いており（BARNETT, *supra* note 1, at 13）、利益吐き出しをすることで社会的効用がより高まることを根拠に、侵害行為の抑止を正当化する。他方で、Ciolino は、著作権侵害による利益吐き出しをこのような観点から、抑止することによりヨリ積極的な利益を観念することができないとして否定的な評価を加える。すなわち、著作権制度を前提とすると、著作権法の目的（著作物を創造するインセンティブの提供）を促進する手段はすでに差止命令および填補賠償救済により与えられており、利益吐き出しはそれ以上のものを与えないと指摘する。というのも、将来の著作権者は、利益吐き出しの利用可能性があっても、不確実な不当利得救済に伴う棚ぼた的利益を受け取ることを期待して、現在創造しようとは決めないからである（Ciolino, *supra* note 192, at 27）。

以上の指摘は、「最適な抑止」（optimal deterrence）[368]という観点を考慮することの必要性を説くものであるが、こうした観点からは抑止により利益吐き出しが正当化される範囲は限定されることになろう[369]。

（３）小括

以上の批判を踏まえると、抑止論によっては被害者への棚ぼたという点は回避できないこと、また仮にこの点を無視するとしても、抑止により利益吐き出しが正当化される範囲はある侵害行為を抑止することによってより効率的な結果を導くことができる場合に限られる[370]。それゆえに、たとえば、信認義務違反による利益吐き出しについてはそのような可能性はあるものの[371]、そのほかの場面については同様に言えるかは個別の検討が必要となろう。そして、こうした観点からみると、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しも、抑止論によって根拠付けることができないであろう。というのも、ヒト由来物質の無断利用の場面では、医師が個人的利益を追求する側面があるものの、それによってもたらされる医学研究の社会的利益を踏まえると、被害者への棚ぼたを認め、そして医師や研究者によるヒト由来物質の無断利用を阻止することによって、より効率的な結果を導くことができるかは明らかではないからである。

---

368 ここで最適な抑止とは、①「社会全体のコスト」（＝「ある行為によって発生する不利益（損害が確率的に発生する場合には期待値としての不利益）」＋「そうした行為を抑制するために必要な負担（機会費用を含む広い意味の費用）」）と②「その行為が社会全体にもたらす利益」とを比較し、①と②の差を最大にするような行為が「社会的に望ましいレベルの行為」である（森田果＝小塚荘一郎「不法行為法の目的――『損害填補』は主要な制度目的か」NBL874 号（2008）13 頁）。

369 Rotherham は、最適な抑止という観点からは、利益吐き出しが認められるか否かを以下の 2 つのステップを踏まえた上で、判断するべきと説く（Rotherham②, *supra* note 17, at 409）。すなわち、まず第 1 ステップとして、①侵害された権利・関係の重要性と②侵害の程度を考慮して、当該侵害行為を抑止する必要性があるか否かを判断する。そして抑止する必要性があると判断されると、第 2 ステップとして、抑止のために利益吐き出しを用いることが妥当か否か(必要かつ十分な手段か否か)について、③利益吐き出しが問題の行為を抑止する可能性と④抑止の結果として生じる可能性のある費用を考慮して判断される。

370 BARNETT, *supra* note 1, at 27, 29~.

371 たとえば、Cooter & Friedman は、次のように述べる。すなわち、「受認者の信認義務違反を理由とする利益吐き出しは、受認者の行動を〔自己〕監視する効率的な方法を提供し、そして受認者が信託財産を不正に利用することを防止する」（Robert Cooter & Bradley J. Freedman. *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, 66 N.Y.U.L.REV. 1045(1991)）。

第５款　処罰に求める見解

第１項　概要

（１）はじめに

最後に、利益吐き出しの根拠を処罰（punishment）に求める見解を取り上げよう[372]。このような理解によれば、利益吐き出しは、侵害行為に対する報い（retribution）であり、罰として機能するためにはその行為に値するものでなければならないため[373]、填補賠償額にとどまらない責任を課せられることになる。それゆえに、①侵害者が利益を吐き出さなければいけない理由は、侵害者の罰という点に求められる（他方で、②被害者が当該利益を取得する根拠は後述するように説明できない）。もっとも、このような理解は、一般的に利益吐き出しの判例で説かれているものではなく（たとえば、〔英 10〕My Kinda 事件〔詐称通用の事案〕では、利益の清算を命じる目的は、「被告の側に処罰を課すことではない」と明確に述べられた）、〔英 17〕Blake 事件[374]のように、侵害行為が非常に悪質なケースにおいて説かれたものであり、例外的なものである点に留意されたい。

（２）懲罰的損害賠償との関係

抑止論と同様に、処罰論においても、利益吐き出しと懲罰的損害賠償との関係は問題となる。この立場は、利益の吐き出しの処罰の強さが懲罰的損害賠償ほど強くないことを強調する[375]。というのも、利益の吐き出しは、加害者が侵害行為を行っていな

---

372 Dawson, *supra note* 252 , at 186~ ; Friedmann, *supra note* 5 ; Jones, *supra* note 131 ; JAFFEY, *supra* note 1 ; BARNETT, *supra* note 1 など。なお、処罰については、懲罰的損害賠償の議論との関連ではあるものの、籾岡宏成「アメリカにおける懲罰的損害賠償の概要」同・前掲書注(349)37 頁以下も参照。

373 Kant は次のように論じる。「司法による懲罰は、犯罪者自身のためや市民社会のために決して一定の他の善を促進する手段として使用されえず、それはすべてのケースにおいて彼が犯罪を遂行したことを根拠においてのみ彼に課せられなければならない。というのも、人間は決して誰か他者の目的の手段として巧みに操作され得ず、そして物に関する法（Law of things）の客体と混同されえないからである。（中略）彼自身または彼の仲間の市民のためにこの懲罰の効用に考慮が与えられる前に、懲罰を受けるに値すると理解されなければならない」（I KANT, THE METAPHYSICAL ELEMENTS OF JUSTICE（John Ladd trans, 1965）100）。

374 EDELMAN, *supra* note, at 171-2.　この点で、〔英 17〕Blake 事件の Nicholl 判事の判決の冒頭は、被告である Blake への非難で満ちている。すなわち「George Blake は、悪名高く（notorious）、自認の反逆者（self-confessed traitor）である」（at 275）。

375 JAFFEY, *supra* note 1, at 374~ ; BARNETT, *supra* note 1, at 12.

かったならばいたであろう地位（原状）に戻すにとどまり、それ以上に加害者の責任財産の減少をもたらさないという点で懲罰的損害賠償ほど厳しくないからである[376][377]。

（３）小括

以上から、この見解は、懲罰的損害賠償とは異なる意味において、利益吐き出しの根拠を処罰に求めるといえよう。もっとも、このような理解に対しては、以下のような批判が提起されている。

第２項　問題点

（１）棚ぼた論

第１の批判は、侵害行為による利益を被害者に帰属させることは被害者に棚ぼた的な利益を与えることになる点に向けられている[378]。この批判は、刑事罰において罰金は国庫に帰属するのに対し、類似する機能を担う利益吐き出しは被害者に当該利益を帰属させることを問題視するものである。こうした問題は、抑止論において論じたところでの指摘がそのまま当てはまることからここでは繰り返さない。

（２）侵害者（加害者）の手続的権利を侵害するとの批判

処罰論固有の問題である第２の批判は、利益吐き出しの根拠を処罰に求めることが侵害者の手続的権利を否定することに向けられている[379]。この批判は、侵害者の処罰は本来刑事手続で行われるべきものであり、民事手続で行われることを問題視する。

---

[376] Barnett は、契約違反の文脈を念頭におきつつ、「処罰は、契約破棄者により上げられた利益の剝奪に制限され、そして社会的な非難（disapproval）を証明するための追加的な額を含まない。吐き出しは、単に約束者（promisor）を彼が約束したことをしていたならば彼がいたであろう地位に置くに過ぎない。それは彼からそれ以上のものを剥奪しない」と述べる（BARNETT, *id.* at 12）。

[377] もっとも、後述するように吐き出すべき利益の「範囲」の確定に際して、主たる立証責任は加害者が負うことから、その立証に失敗した場合には、実質的な責任財産の減少が生じるという問題はあり得ると思われる。

[378] Jaffey, *supra* note 309, at 32.

[379] EDELMAN, *supra* note 1, at 90 ; DAGAN, *supra* note 1, at 212（Dagan は、『不当利得』では、プロシーズという基準を通じて懲罰の実現を説いていたが、『原状回復法』では、「反社会的な行動に対する社会の避難に依存する回復の算定基準に警告を出す」）.

より具体的には、以下の 2 点が挙げられる。

第 1 に、処罰が民事手続において課せられると、被告（侵害者）の手続的権利が危険にさらされるという点である[380]。これは刑事手続と民事手続の差異に起因する。すなわち、刑事手続は、高い証拠の基準を通じて、誤った評決の可能性から被告を保護している[381]。これに対し、民事手続は、そのような証拠上および手続上の権利を被告に与えていない。それゆえに、手続的保護が不十分な民事手続において被告に処罰を課すべきではないとされる。

第 2 に、刑事手続における処罰も考慮すると、被告が刑事と民事の双方で、処罰される可能性（二重処罰のリスク）が生じるという点である[382]。このような批判は、懲罰的損害賠償の文脈でも常に指摘されていたものの、利益吐き出しの根拠を処罰に求めるのであれば、同様の批判がここでも妥当することになるであろう[383]。

（3）小括

利益吐き出しの根拠を処罰に求める見解は、侵害者の手続保障の問題や利益の被害者への帰属の問題との関係で十分な説明をしておらず、根拠論として不十分と言わざるを得ない。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も応用することはできないであろう。

第 6 款　本節の小括

本節では、英米法において、利益吐き出しが認められた文脈で用いられてきた理論的根拠を取り上げ、検討を加えてきた。以上の考察からは、次の 2 点が明らかとなった。

第 1 に、利益吐き出しの根拠として従来挙げられてきたもののうち、①不当利得の防止に求める見解、②所有権概念に求める見解、③処罰に求める見解は、理論的な問題が多数あり、利益吐き出しの根拠として用いることができない。それゆえに、これらの根拠は、ヒト由来物質の無断利用に応用することもできないであろう。

---

380 JAFFEY, *supra* note 1, at 376 ; Weinrib, *supra* note 17, at 100-1.
381 JAFFEY, *supra* note 1, at 378.
382 *Ibid.*
383 もっとも、こうした批判に対しては、再反論がなされているが、ここでは立ち入らない（JAFFEY, *supra* note 1 を参照されたい）。

第 2 に、利益吐き出しの根拠として従来挙げられてきたもののうち、④損害額算定の代替として理解する見解と⑤違法な行為の抑止に求める見解は、理論的な問題を含むものの、その適用範囲を限定すれば、利益吐き出しの根拠として用いることができる。もっとも、これらの根拠も、ヒト由来物質の無断利用の根拠として応用することはできない。

以上の結果として、本稿は、従来の議論からヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しを根拠づけることができないことが明らかといえよう。しかし、ここでの考察からは次のような示唆を得ることができた。すなわち、第 1 に、英米法の利益吐き出しは、一元的に説明することができず、それゆえに理論的根拠に即して利益吐き出しを類型化・多元化していく必要性があるという点である。また第 2 に、ヒト由来物質など人格財による利益吐き出しは、上記の従来の根拠とは異なる別の根拠を考える必要性があるという点である。

第 3 節　本章の小括

最後に、これまでの考察をまとめ（→（１））、そこから得られる利益吐き出し法理の方向性を示す（→（２））。そのうえで、日本法への示唆を求め（→（３））、最後に、次章への架け橋として、本章で明らかにした利益吐き出しの理論的根拠をヒト由来物質の無断利用に応用することができるかを明らかにする（→（４））。

（１）議論の整理

これまでの考察からは以下の点が明らかとなったといえよう（その詳細は繰り返さない）。

第 1 に、英米法では、②知的所有権侵害、③機密情報侵害、④プライバシー侵害（ただし、一般論）、⑤信認義務違反、⑥契約違反の場面において利益吐き出しが認められている。もっとも、イギリスでは①有体物侵害の文脈では認められていないのに対し、アメリカでは、②知的所有権侵害の中でも特許権侵害の場面では認められていない。

第 2 に、英米法は、利益吐き出しを認める際に、（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）抑止論（さらに、イギリス法は、（ⅴ）利得の不当性、（ⅵ）処罰論、（ⅶ）所有権侵害も）を挙げている。ただし、文脈により用いられる根拠は異なる。

第 3 に、第 2 で挙げられた根拠を子細に検討を加えると、そもそも根拠として不十分なものも多く（具体的には、(ⅰ)(ⅲ)(ⅴ)(ⅵ)(ⅶ)）、また根拠として利用できても一部の類型に制限される（具体的には、(ⅱ)(ⅳ)）などの問題がある、すべての利益吐き出しの類型を一元的に説明できる根拠は存在しないという点である。それゆえに、本稿は、英米法における利益吐き出しは――わが国で考えられているものとは異なり――多元的に根拠づける必要があるのではないかと考えるに至った。

（2）利益吐き出しの多元（類型）化

そこで次に、英米法における利益吐き出しを我々はどのように捉えるべきかについて考えてみることにしよう。本章の考察からは、英米法における利益吐き出しの根拠は、〔α〕違法行為の抑止という見解と〔β〕損害算額定の代替として捉える見解の二つに収斂されることが明らかとなった。もっとも、これら二つの根拠は、すべての利益吐き出しの事案を単独で正当化できるものではなく、一定の権利・利益・関係の侵害の文脈に制限されるものであった（両者は適用領域を異にする）。この点を踏まえると、利益吐き出しを――根拠に即する形で――類型化していくべきではなかろうか。仮にこうした本稿の捉え方が誤りでないとすると、具体的には、以下の 2 つの類型を暫定的に導くことができる。

第 1 は、〔α〕の根拠から構想される「法政策型利益吐き出し」である（以下では、〔α〕法政策型という）。この類型は、被害者への棚ぼたという問題よりも、侵害者の侵害行為を抑止するために認められる[384]。その典型は、信認義務違反である。先述したように、この類型では、本人に損失があったか否かを問わず、受認者の忠実義務違反がある場合に広く利益吐き出しが認められている。現代社会においては自分の事務を他人に委ねることは不可避であるものの、そこには常に裁量と同時に濫用の恐れがあり、信認関係にはディレンマがつきまとっている。こうしたディレンマを回避する、すなわち、他人の事務を行う者の濫用を防止（抑止）するために法政策的に利益吐き出しが認められるのである。もっとも、侵害行為を抑止する必要があれば常に認められるわけではなく、利益吐き出しによって、より効率的な結果を導くことができるか

384 この点につき、Peter Devonshire, *Account of Profits for Breach of Fiduciary Duty*, 32 SYDNEY L. REV. 389, 394(2010)を参照（被害者への棚ぼたとなっても、侵害行為の予防という点を重視すると指摘する）。

が重要となる。また、このような根拠付けは、主として事前的な視点からのものであり、「棚ぼた」という事後的な問題は、正当化されないであろう。

第2は、〔β〕の根拠から構想される「損害額算定代替型利益吐き出し」である（以下では、〔β〕損害代替型という）。この類型は、侵害された権利の特殊性ゆえに、被害者の損害の算定が困難であり、かつ侵害者の利益が被害者の損害と一定の関係性（因果関係）を有する類型について、侵害者の利益を被害者の損害と推定することにより、利益吐き出しを認めるものである（たとえば、知的所有権侵害の一部〔競合財の場合〕、契約違反の一部など）。ここでは「棚ぼた」論は問題とならないであろう。というのも、ここでの利益吐き出しは、実質的には被害者の損害を填補するものにすぎないからである（ただし、厳密には、侵害者の利益と権利者の損失は必ずしも一致するとは限らない。この点につき、判例は後述の利益の配分で調整している）。それゆえに、その適用範囲も被害者の損害と加害者の利益に一定の関連性がある場面に制限され、それを超える場面では用いることは困難であろう（たとえば、知的所有権侵害の場面でも、非競合財の場合には妥当しない）。

もっとも、知的所有権侵害の文脈において、〔β〕損害代替型による正当化が困難な場合にも、利益吐き出しを認めようとする議論もある（たとえば、Blair & Cooter など）。こうした議論は本稿の視角からは、〔β〕損害代替型ではなく、〔α〕法政策型として利益吐き出しを認めようとするものであると理解できる。しかし、知的所有権侵害を理由に〔α〕法政策型の利益吐き出しが認められるかは、自明のことではない。その理由は、次の点に求められる。すなわち、〔α〕型の場合には、被害者への「棚ぼた」という理論的な問題があるものの、そうした問題を等閑視しても吐き出しを認める必要性が大きい場合に認めるものである（信認義務違反はそうした必要性があった）。それゆえに、知的所有権侵害を理由に〔α〕型の利益吐き出しが認められるには、信認義務違反による利益吐き出しに匹敵する理由が求められ、そしてその際には、知的所有権制度の制度目的――情報の所有と利用との最適なバランス――との関係で、利益吐き出しを認める必要性があるかが検討されなければならず、そうした検討なしに、〔β〕型の範囲を超えた、〔α〕型を直ちに認めることはできないからである。ただし、英米の判例がこの点――知的所有権の制度目的との関連で、利益吐き出しを認めることまで必要かという点――を十分に意識しているかは定かではない（むしろ、判例が

なし崩し的に拡大していったようにもみえる[385])。

（３）日本法の議論との関係

さらに、こうした英米法における利益吐き出しの多元（類型）化から、わが国の議論への示唆として若干の言及をしておくこととしよう。

第１に、わが国では、利益吐き出しの根拠は、もっぱら制裁・抑止（本稿の〔α〕型に相当する）に求められており（序章参照）、利益吐き出しの根拠を多元的に捉えるという発想は抜け落ちている。もちろん、わが国では、上記〔β〕型の利益吐き出しは、特別法（たとえば、特許法 102 条 2 項、著作権法 114 条 2 項、信託法 40 条 3 項など）で認められている。しかし、これらの規定は、〔α〕型が認められないゆえの妥協の産物であるかのように消極的に扱われるのみで、利益吐き出しの一つの機能として十分に評価がなされているとは言えないように思われる。

第 2 に、わが国では、〔α〕法政策型の利益吐き出しは、いまだ正面から認められていないということである。その原因は、英米法を見れば明らかなように、〔α〕型として認めるべき信託の受託者の忠実義務違反による利益吐き出しについてすら、わが国では――有力に説かれていたにもかかわらず[386]――〔β〕型として規律されており、その結果として、〔α〕型の利益吐き出しが認められる基盤が確立していない点に求められよう[387]。

（４）次章への架け橋

最後に、本章考察の直接の目的、すなわち、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しの根拠付けに従来の英米の利益吐き出し一般の議論を応用することができるかという点についてみよう。結論を予め述べると、本章の考察から導いた二つの理論的根拠は、ヒト由来物質の無断利用に応用することができないということである。その理由は次の通りである。

---

385 ただし、近時のアメリカの学説の中には、こうした観点から利益吐き出しの是非を論じる見解もみられる。たとえば、Blair & Cotter, *supra* note 176 など。

386 たとえば、道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996）212 頁、沖野眞已「救済――受託者の『利益の吐き出し』責任について」NBL791 号（2004）44 頁など。

387 この点については、道垣内弘人『信託法』（有斐閣、2017）247 頁以下も参照。

まず〔α〕型による正当化の可否について。このような正当化は、利益吐き出しによって侵害行為を抑止することによってより効率的な結果が生じるかが重要となる。この点、信託の受託者の忠実義務違反の文脈では、そのような可能性が高いのに対し、医師等によるヒト由来物質の無断利用の文脈においては、そのような可能性は低いであろう。というのも、医師等による無断利用を認めることによる社会的にもたらされる効率的な医学研究の促進という点と比較し、無断利用を利益吐き出しにより抑止することによって、効率的な結果をもたらすかは明らかではないからである(もちろん、これに対する反論はなされているが、ここでは立ち入らない)。

次に〔β〕型による正当化について。このような根拠付けは、ヒト由来物質を無断利用された患者等の損害額の算定が困難であるため、その代替として研究者が得た利益から推定するものである。しかし、知的所有権侵害の場面でもそうであったように、このような推定は、反証により覆される可能性がある。とりわけ、患者は通常ヒト由来物質の商品化を意図しておらず、研究者と競合関係に立たないことを踏まえると、患者の損害額と推定することは困難であり、応用することはできないであろう。

さらに、〔α〕型および〔β〕型の正当化は、ともに、ヒト由来物質の特殊性を考慮した形での利益吐き出しを説明できる枠組みでもない。

以上の点を踏まえると、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しは、従来の理論的根拠によっては正当化することができないといえよう。こうした理解は、わが国では知的所有権侵害と人格権侵害は、権利の脆弱性という点から、同一の根拠により正当化が志向されてきたものの、そのような説明が困難であるという本稿の冒頭で示した問題意識を裏付けるものとなっているといえよう。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を根拠づけるために、従来の議論では挙げられていない第三の根拠（類型）を明らかにすることが本稿の次の課題となる。この点について、近時のアメリカ原状回復法の有力論者であるHanoch Daganの利益吐き出しの根拠論が示唆を与えてくれると思われる。彼は、従来の議論とは全く異なる観点――被害者の自律的な意思の実現という観点――から利益吐き出しの根拠付けを試みている。そこで次章では、彼の見解に立ち入って考察を加え、その意義を明らかにすることにより、本稿の課題に応用することができるかについて検討する。

第３章　近時のアメリカ法における利益吐き出しの根拠論――Hanoch Dagan の見解の紹介と検討

本章では、前章の考察を受け、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しの根拠の示唆を得るために、伝統的な議論の下での利益吐き出しの理論的根拠とは異なる観点から利益吐き出しの根拠付けを試みる近時のアメリカの学説である Hanoch Dagan の見解を取り上げ、検討を加える[1]。具体的には、まず Dagan の見解を紹介したうえで（第 1 節）、彼の見解についてその意義および問題点を中心に検討を加える（第 2 節）。最後に、（従来の理論的根拠では説明できないことを踏まえ）ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しへの彼の見解の応用を試みる（第 3 節）。これらの考察により、序章で示した本稿の問題意識――利益吐き出しの根拠を多元的に捉えることができないかという問題意識――をより明確にしたい。

---

[1] HANOCH DAGAN, UNJUST ENRICHMENT:A STUDY OF PRIVATE LAW AND PUBLIC VALUES（Cambridge U. P., 1997）（DAGAN①）12~（同書の書評としては、Craig Rotherham, *Unjust Enrichment and the Autonomy of Law Private Law as Public Morality*, 61 MICH L. REV. 580(1998) ; S. Meier, *Book Review*, [1998] C. L. J. 419(1998) ; Hector L. MacQueen, *Book Review*, 47 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE L. Q. 740(1998) ; Fiona Burns, *Book Review*, 25 M. U. L. REV. 422(1999) ; Danie Visser, *Book Review*, 3 E. L. R. 402(1999) ; Michael Heller & Christopher Serkin, *Revaluating Restitution: From the Talmud to Postsocialism*, 97 M. L. R. 1385(1999)がある）．その後の関連文献として、Hanoch Dagan, *Encroachments: between private and public*, in: DAVID JOHNSON & REINHARD ZIMMERMAM EDS., UNJUSTIFIED ENRICHMENT: KEY ISSUES IN COMPARATIVE PERSPECTIVE（Cambridge U. P., 2002）348（Dagan②）; HANOCH DAGAN, THE LAW AND ETHICS OF RESTITUTION（Cambridge U.P., 2004）210~（DAGAN③）がある。また、Dagan の研究を紹介するわが国の先行研究として、吉田邦彦の一連の研究（同「居住福祉法学と福島原発被災者事故（上）（下）――特に自主避難者の居住福祉に焦点を当てて」判時 2239 号 3 頁、2240 号 3 頁（2015）（特に、「（下）」7 頁）（吉田①）、同「区域外避難者の転居に即した損害論・管見――札幌『自主避難者』の苦悩とそれへの対策」環境と公害 45 巻 2 号（2015）62 頁（特に 64 頁）（吉田②）、同「東日本大震災・福島原発事故と自主避難者の賠償問題・居住福祉課題（上）（下）」法と民主主義 509 号 33 頁、510 号 44 頁（2016）（特に、「（下）」45 頁以下）（吉田③）、同「福島原発事故の自主避難者問題が示す日中環境法学問題――福島・武漢（漢正衛）・沖縄を繋ぐもの」龍谷法学 49 巻 4 号（2017）453 頁（特に 469 頁以下）（吉田④））があり、また北大民事法研究会での筆者の報告の場において、同教授から上記論文のご教授を含め、多くの示唆を得た。記して謝意を表する。

第 1 節　Dagan の見解の紹介

第 1 款　はじめに――利益吐き出しの新たな根拠論

（1）Dagan の見解に注目する理由

まず本稿が利益吐き出しの根拠として Dagan の見解に注目する理由について簡単に述べておくことにしよう。

第 1 の理由は、Dagan の見解が従来の議論の枠組みとは大きく異なるオリジナリティを有し、その含蓄に富む議論であるという点にある。Dagan は、著書である『不当利得法：私法と社会的価値の研究』（以下では、『不当利得法』という）において、――アメリカ法学において従来閑却・周縁化されてきた[2]――「不当利得法」ないし「原状回復法」に対して《法に内在する社会的価値》というリアリズム法学の視角から考察を加えており[3]、そしてとりわけ様々な社会関係を規律する原状回復法の重要な局面の一つである「違法行為を理由とする原状回復」（restitution for wrong）の場面[4]に

---

[2] Dagan 以前のアメリカ法学における原状回復法の取扱いについては、John H. Langbein, *The Later History of Restitution*, in: WR CORNISH ET AL. EDS., RESTITUTION: PAST, PRESENT AND FUTURE: ESSAYS IN HONOUR OF GARETH JONES（Hart Publishing, 1998）57；Chaim Saiman, *Restitution and the Production of Legal Doctrine*, 65 WASH & LEE L. REV. 993(2008)；Chaim Saiman, *Restitution in America: Why the US Refuses to Join the Global Restitution Party*, 28 OXFORD J. L. S. 99(2008)；Dan Priel, *The Law and Politics of Unjust Enrichment*, 63 UTLJ 533(2013)が詳しい。またこの点について扱うわが国の先行研究として、笹川明道「米国での『第三次原状回復・不当利得リステイトメント』の刊行について」神戸学院法学 42 巻 3=4 号（2013）323 頁以下がある。

[3] Dagan は、『不当利得法』の目的を「本研究は、不当利得の法理論の解釈を通じて法に内在する社会的諸価値の反映を分析すること」であると述べる（DAGAN①, *supra* note 1, at 1）。こうした手法は、リアリズム法学的なものである。ここでリアリズム法学とは、法を自律的な空間として捉える形式主義的立場とは距離を置き、法を社会的文脈毎に分析し、法と社会を接続し、法の役割を社会的諸価値の実現と捉える立場を指す。こうした立場は、Dagan の原状回復法研究に通底してみられる（たとえば、DAGAN③, *supra* note 1, at 1）。そしてこうした考察手法は、価値判断ないし利益考量という観点から、法体系を異にする日本法を相対化する上でも示唆的であるといえよう（この点については、Visser, *supra* note 1, at 406 の指摘も参照）。

[4] 具体的には、A（侵害者）が B（被侵害者）の資源（resource）を無断で（明示または黙示の同意なしに）専有した（appropriate）場面である（DAGAN①,*id.* at 3-4）。このような場面は、英米法では、不法行為訴権の放棄（waiver of tort）という古い概念の下で論じられてきたものであり、大陸法の侵害利得の場面に相当する局面であるといわれる（たとえば、GERHARD DANNEMANN, THE GERMAN LAW OF UNJUSTIFIED ENRICHMENT AND RESTITUTION: A COMPARATIVE INTRODUCTION（Oxford U. P., 2009）87）。ただし、上記の「資源」として念頭に置かれているものは、①有体財産（土地や動産）や②無体財産（著作権、商標、あるいは特許）のみならず、③自分自身に対する人の利益や自分自身の特質に対する人の利益、④人の企業秘密、契約関係、

おける、原状回復法上の金銭救済（pecuniary remedy）[5]――そこには利益吐き出しも含まれている――の背後にある社会的価値（＝理論的根拠）の解明を試みた[6]。具体的には、後述するように、Dagan は、利益吐き出しをエクイティ系列の特定履行救済として捉え、損害賠償による原状回復が困難な場合にそれに代わる賠償として理解する。このような理解は、従来の議論とは一線を画し、注目に値するものと思われる[7]。

第 2 の理由は、Dagan の見解が、本稿の問題意識を裏付けるのに有益であると考えた点にある。Dagan の見解は、利益吐き出しの理論的根拠として従来の議論とは異なるものを提示するものではあるものの、すべての利益吐き出しの場面を説明するものではない。あくまで彼の議論は、一度侵害されると損害賠償による原状回復が困難な場面においてそれに代わるものとして利益吐き出しを根拠付けるにとどまる。こうした理解は、おそらく、人格財侵害による利益吐き出しの文脈において最も妥当するように思われる。そのため、Dagan の見解は、利益吐き出しの根拠が文脈により異なるのではないか――具体的には、人格財侵害による利益吐き出しの根拠は、知的所有権侵害による利益吐き出しのそれとは異なるのではないか――という本稿の問題意識を裏付ける根拠となり得ると思われる。

以上の理由から、本稿では若干立ち入って Dagan の見解を紹介し、検討することと

期待や機会に対する利益も含まれており、わが国の侵害利得で念頭に置かれている客体よりも範囲が広い点に留意されたい。

[5] DAGAN①, *supra* note 1, at 5. それゆえに、差止命令や特定回復などの非金銭救済は考察の対象外に置かれている。もっとも、それらがこれらの文脈で認められるべきではないという趣旨ではないことはいうまでもない。

[6] DAGAN①, *id.* at 12. Dagan によれば、（不法行為法上の救済に対する）原状回復法上の救済の利点は、被侵害者の損害よりも侵害者の利益が大きい場合にある。具体的には、①被侵害者が何も失わなかったケース（たとえば、被侵害者の資産の価値が侵害行為により減っていない､あるいは被侵害者自身がその利得を上げることができず、また上げるつもりもない場合など)、②侵害者が被侵害者よりも（不当に占有された資源に関して）効率的な生産者であるケース、③侵害者が被侵害者の市場とは異なる市場で売却したケースにおいて起こり得る（*Id.* at 13)。そのような場面で用いられる金銭救済の基準として、Dagan は、①粗利益（proceeds)、②正味の利益（profits)（①から侵害者が被った費用を控除したもの)、③公正な市場価値（fair market value)、④均衡利益（proportional profits）の 4 つを検討対象として挙げている（DAGAN①, *supra* note 1, at 13-4)。このうち、本稿の対象とする利益吐き出しは、②の意味である。つまり、②の理論的根拠を Dagan がどのように解しているかが本稿の直接の関心となる。

[7] なお、Dagan の見解を理解するに際しては、吉田・前掲注(1)のほか、Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Reconceptualizing Trespass*, 103 NORTHWESTERN UNIVERSITY L. REV. 1823(2009)から多くの示唆を得た。

したい[8]。

（２）利益吐き出しの位置づけ――損害賠償の次元から特定履行の次元へ

まず Dagan は、利益吐き出しをコモン・ロー系列の損害賠償（damages）と同列ないし延長線上のものとして捉えるのではなく、エクイティ系列の特定履行（specific performance）の延長線上のものとして位置づけることにより、その根拠付けを試みた。

もっとも、このように解すると、どのように金銭救済である利益の吐き出しを非金銭的救済である特定履行として捉えることができるのかという根本的な問題に我々は直面することになる。

というのも、（わが国のみならず）英米法においても、損害賠償と特定履行は伝統的に峻別されており（たとえば、契約違反による第一次的な救済は損害賠償であるのに対し、特定履行は二次的な救済と理解されており、両者は峻別されてきた[9]。また不法行為法においても、

[8] もっとも、Dagan の利益吐き出しの理論的根拠については、わが国でも近時、吉田邦彦によって紹介がなされている（吉田・前掲注(1)）。そこでは、端的かつ明確に Dagan の見解の概要とその意義が示されており、本稿がこれに加えて彼の見解を紹介する必要性は乏しいようにも思われる。しかし、本稿がそれにもかかわらず、ここで詳細に取り上げる理由について言及すると次の通りである。すなわち、第 1 に、吉田の紹介後も民法学界からのレスポンスはみられない。とりわけ、吉田は、Dagan の理論的根拠を他の文脈――具体的には、福島原発の自主避難者の損害論の文脈――に応用し、支配的な見解とは異なる新たな損害論を説いたものの、吉田以後のわが国の福島原発事故の損害論に関する論考では、吉田の見解は、必ずしも――批判の対象としてのみならず、自主避難者の損害額増額を志向する論者の論拠としてすら――取り上げられないままとなっている（もちろん、現在全国で提起されている訴訟においては、精神的損害のみが請求されていることも一因であろうが）。このことは、吉田の説く損害論自体の問題というよりも、そのモチーフとなっている Dagan の見解がわが国でいまだ十分に理解されていないことを意味するのではなかろうか。それゆえに、本稿は、若干敷衍しつつ、再論することも許されるのではないかと考える次第である。第 2 に、吉田はその目的が自主避難者の損害論を構築するために Dagan の見解を取り上げていたこともあり、Dagan の見解の問題点の考察には及んでいない。Dagan の見解は確かに非常に優れたオリジナリティに富んだものであるが、その後の議論において問題点も指摘されており、彼の見解をより明確にするためにも、この点の検討は不可欠であると考える。なお、本章の考察は、Dagan の見解を――そのまま紹介するのではなく――筆者なりに内在的に理解したうえで説明を試みるものである点に留意されたい。また、『不当利得』では、根拠論の問題以外にも様々な検討がなされているものの、本稿では取り上げない。

[9] たとえば、Sedmak v. Charlie's Chevrolet, Inc., 622 S.W. 2d 694(Mo. Ct. App, 1981)（本判決については、藤倉皓一郎ほか編『英米判例百選（第 3 版）』（有斐閣、1996）226 頁以下（曽野裕夫執筆）も参照）． この点については、樋口範雄「契約の

損害賠償と差止命令は区別されてきた[10]、利益吐き出しは主としてエクイティ系列に属する利益の清算により実現されてきたものの[11]、形式的な観点からみる限り、明らかに金銭救済であり、特定履行と見ることはできないからである。それゆえに、Dagan のように利益吐き出しを根拠付けるためには、特定履行と非特定履行を形式論（金銭救済か否か）で区別する伝統的な英米の救済法の思考枠組み（パラダイム）を転換する必要があるといえよう。

この点につき、Dagan は、今日法と経済学で一般的な分析道具となっている Calabresi & Melamed の（ライアビリティ・ルールと対置された）プロパティ・ルールの考え方を応用することにより上記の伝統的なパラダイムの転換を実現した[12]。そこで次に款を改め、Calabresi らの議論を取り上げ、Dagan がそれをどのように利益吐き出しの問題に応用したかを明らかにしよう。

第 2 款　Calabresi & Melamed の議論とその応用

（１）Calabresi & Melamed の議論の概要

Dagan の取り組みを理解するためには、あらかじめ Calabresi らの議論を簡単にみておくことが有益であろう[13]。すなわち、Calabresi らの議論は、――コースの定理を

特定履行――英米救済法研究のための覚書として」田中英夫編『英米法の諸相』（東京大学出版会、1980）601 頁以下を参照。なお、期待利益の賠償は、受約者の契約に対して抱く主観的な利益を実現するものではない点にも留意（Melvin A. Eisenberg, *The Disgorgement Interest in Contract Law,* 105 MICH L. REV. 559, 571(2006)）。

[10] たとえば、Lucy Webb Hayes National Training School v. Geoghegan, 281 F. Supp. 116(D.D.C. 1967)（本判決については、藤倉皓一郎ほか編『英米判例百選（第 3 版）』（有斐閣、1996）158 頁以下（樋口範雄執筆）も参照）．この点については、樋口範雄『アメリカ不法行為法（第２版）』（弘文堂、2014）348 頁以下も参照。

[11] もっとも、利益吐き出しは、利益の清算によってしか認められないわけではなく、コモン・ロー上の不当利得返還訴権（money had and received）により認められる余地もある。いずれによるかは、基本的には、侵害行為の訴訟原因がコモン・ロー上のものかエクイティ上のものかに依存する（ただし、知的所有権侵害は、コモン・ロー上のものであるが、歴史的な理由のために、利益の清算による）。なお、これら以外にも、エクイティ系列として擬制信託（constructive trust）により認められる場合もある。以上については、GRAHAM VIRGO, THE PRINCIPLES OF THE LAW OF RESTITUTION（2nd ed.）（Oxford U.P., 2006）435-6.

[12] DAGAN①, *supra* note 1, at 14~.

[13] Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089(1972).　邦訳として、グイド・カラブレイジィ＝A. ダグラス・メラムド（松浦以津子訳）「所有権法ルール、損害賠償法ルール、不可譲な権原ルール：大聖堂の一考察」松浦好治編訳『不

応用するものであり[14]――誰に初期権原を配分するか、また配分された権原をどのように保護するかという点を明らかにすることを試みるものである。そしてとくに後者の方法として、①プロパティ・ルール（具体的には、差止命令が念頭に置かれている）と②ライアビリティ・ルール（具体的には、損害賠償が念頭に置かれている）の二つ

法行為法の新世界』（木鐸社、1994）111 頁以下がある。なお、プロパティ・ルールおよびライアビリティ・ルールについて、紹介・検討するわが国の先行研究として、藤倉皓一郎「（論文紹介）Guide Calabresi and A. Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability」アメリカ法 1976-1 号（1976）85 頁以下、林田清明「効率性　対　違法性――民事違法の経済理論」北法 31 巻 3 号（1991）398 頁以下、平嶋竜太「知的財産法制の理論的基礎に関する考察」同『システム LSI の保護法制――設計情報の流通と法的保護』（信山社、1997）194 頁以下、松村良之「財としての情報とその法的保護――『法と経済学』からのアプローチ」田村善之編『情報・秩序・ネットワーク』（北海道大学図書刊行会、1999）3 頁以下、藤田友敬「忠実義務の機能」法協 117 巻 2 号（2000）150 頁以下、樋口範雄「英米法から見た『物権』と『債権』」ジュリ 1229 号（2002）77 頁以下、林田清明『法と経済学〔第 2 版〕』（信山社、2002）53 頁以下、平嶋竜太「差止請求権の制限：理論的可能性についての考察」日本工業所有権法学会年報 33 号（2009）53 頁以下、平嶋竜太「特許権に基づく差止請求権の合理的根拠と限界」高林龍ほか編『現代知的財産法講座 I　知的財産法の理論的探求』（日本評論社、2012）133 頁以下などがある。

[14] コースの定理とは、損害賠償責任がどのようなものであれ（換言すれば、最初に誰が損害を負担させられるかに関わらず）、取引費用（transaction cost）が全くかからず（＝ゼロ）、かつ任意に取引が行われる場合には、常にパレート最適な資源配分が達成される、というものである（Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. OF LAW & ECON. 1(1960). 邦訳として、ロナルド・コース「社会的費用の問題」同（宮沢健一＝後藤晃＝藤垣芳文訳）『企業・市場・法』（東洋経済新報社、1992）111 頁以下がある）。いうまでもなく、コースの定理は、我々法学者に取引費用というものに注目する必要性を意識させた点に意義があるといえよう。そして Calabresi & Melamed の議論は、こうした取引費用を最少にするためにどのように法制度を構築するのが望ましいのかという問題意識を前提とするものである。コースの定理については、ロバート・D・クーター＝トーマス・S・ユーレン（太田勝造訳）『法と経済学（新版）』（商事法務研究会、1997）123 頁以下、ローバート・クーター（太田勝造訳）「コースの費用」同（同編訳）『法と経済学の考え方――政策科学としての法律学』（木鐸社、1997）51 頁以下も参照。またわが国の先行研究としては、小林秀文「Coase の定理と Calabresi の事故法理論」法学志林 73 巻 2 号（1976）120 頁以下、平井宜雄「法政策学序説(7)」ジュリ 620 号（1976）99 頁以下、同『不法行為法理論の諸相（平井宜雄著作集Ⅱ）』（有斐閣、2011）173 頁以下（初出、『現代不法行為理論の一展望』（一粒社、1980））、落合仁司「ロナルド・コースの可能と現実」経済セミナー 444 号（1992）58 頁以下、林田清明『法と経済学〔第 2 版〕』（信山社、2002）47 頁以下、平野晋『アメリカ不法行為法』（中央大学出版部、2006）239 頁以下、亀本洋「法、法学と経済学――コースの理論を手がかりにして」法哲学年報 2008 年 79 頁以下、飯田高「コースの定理――法は取引のはじまり」法教 404 号（2014）51 頁以下、常木淳『法律家をめざす人のための経済学』（岩波書店、2015）165 頁以下などがある。

が挙げられていることは周知のとおりである[15]。

ここで①（プロパティ・ルール）とは、ある者に財産についての排他的な権限を与え、無条件に侵害者を排除し、当事者の交渉を促進するルールであるのに対し[16]、②（ライアビリティ・ルール）とは、所有者の同意なしに権原の取得を侵害者に認めるが、その代わりに侵害者に権原の客観的に決定された価格を支払うことを義務付けるルールである。

要するに、前者（①）の下では、権利者は売る権利（put option）を有するに対し、後者（②）の下では、侵害者は買う権利（call option）を有するわけである[17]。

（２）Dagan によるプロパティ・ルールの応用

Calabresi らの議論は、その後の学説により、様々な観点から精緻化がなされているものの、基本的には今日のアメリカ法学（とくに法と経済学）の共有財産になっているといってよいであろう。

このような状況の中で、Dagan は、――Calabresi らの議論で従来注目されていた点とは異なり[18]――プロパティ・ルールやライアビリティ・ルールが促進しようとする社会的価値（social value）に注目することにより、利益吐き出しの理論的根拠に応用することを試みた。すなわち、Dagan によれば、先述のように、プロパティ・ルールは権利者に売る権利――誰に、何を、いくらかで売るかを決める権利――を与えていることを根拠に、プロパティ・ルールは《権利者（被害者）の自律的な意思》（control

---

15 このほかに、不可譲渡性ルールもあるが、ここでは関連しないことから立ち入らない。

16 Calabresi & Melamed, *supra* note 13, at 1092.　プロパティ・ルールは、当事者の交渉を導き、そしてこの交渉は、「当事者の各々が、どれくらい権原が彼にとって価値があるかを言うことを導き、そして買主が十分に提供しないならば、売主に拒否権（veto）を与える。」とされる。

17 Calabresi & Melamed, *id.* at 1092-3.　売る権利と買う権利の視点からプロパティ・ルールとライアビリティ・ルールを説明する先行研究として、Ian Ayres, *Protection Property with Puts*, 32 VAL. U. L. REV. 793(1998)がある。

18 Calabresi 以後の学説では、プロパティ・ルールとライアビリティ・ルールの適用基準（Calabresi らによると取引費用が低い場合には①により、高い場合には②によるとされる）をめぐって議論が展開されている。たとえば、取引費用が低い場合であっても、当事者間の情報の非対称性を踏まえると、プロパティ・ルールが効率的な結果を導くとは限らない、と説かれていた。これらについては、さしあたり、藤田・前掲注(13)を参照されたい。

／autonomy）[19]という社会的価値を実現する（vindicate）ものであると説かれる[2021]。換言すると、プロパティ・ルールの理論的根拠は、被害者の自律的な意思を実現するという点に求められるわけである。

このようなDaganの捉え方は、利益吐き出しの議論にとって重要な意味を持つ。というのも、Daganによれば、プロパティ・ルールの意味での特定履行は《被害者の自律的な意思の実現》という実質こそが重視され、形式的観点（金銭救済か、非金銭救済か）から特定履行と損害賠償とを区別する伝統的な理解――そしてこうした理解はCalabresiらの議論の前提にもなっている――は相対化される[22]。そしてその帰結として、被害者の自律的な意思を実現するのであれば、特定履行が非金銭救済によって行われなければならない必然性はなく、金銭救済によっても実現される余地――つまり、金銭救済による特定履行という発想――が生まれるからである[23]。

そしてDaganはまさに利益吐き出しを特定履行的な金銭救済の手段とし位置づけ、

---

[19] DAGAN①, *supra* note 1, at 9 ではcontrolと表現しているのに対し、DAGAN③, *supra* note 1 ではautonomyと表現しているが、その意味は同じである。

[20] DAGAN①, *id.* at 15. 彼の言葉によれば次のとおり。すなわち、「プロパティ・ルールにより保護される権原は、いかなる潜在的な侵害者にもその移転前に資源保有者の同意を取得することを要求する。それゆえに、そのような権原は、個人の資源に対する支配（control）の領域を明確にする。プロパティ・ルールが適用される場合には、資源保有者の支配は、厚生（welfare）という特殊な水準に還元され得ない。」（DAGAN①, *id.* at 15）。また利益吐き出しを「原告（権利者）の私的な領域の一部として権原を支配する自由を実現する」（＝自律的な意思の実現）救済手段として正当化する（DAGAN①, *supra* note 1, at 18）。もっとも、こうした理解は、Dagan以前にも既に指摘されている点に留意されたい（Jules L. Coleman & Jody Kraus, *Rethinking the theory of legal rights*, in: COLEMAN, COLEMAN., MARKETS, MORALS AND THE LAW（Cambridge U. P., 1988）28~）。この点はDaganも同論文を引用しており、そこから示唆を得ていることが言及されている。

[21] もっとも、後述するように、厳密に言えば、自律的な意思の実現として念頭に置かれる権利は、いくらで売るかを決める権利ではなく、誰に与えるかを決める権利である。

[22] もっとも、Calabresiらの議論においては、利益吐き出しは挙げられておらず、その意味で彼らが利益の吐き出しをどのように位置づけようとしていたかは定かではない。この点は、Niva Elkin-Koren & Eli M. Salzberger, *Toward an Economic Theory of Unjust Enrichment Law*, 20 INT'SL REV. L. & ECON. 551(2000)を参照。

[23] プロパティ・ルールが、誰にどのように、そしていくらで自己の権利を利用するかを決定する権利者の自律的意思（autonomy）を保護することは、その後の学説でも指摘されている（Claus Ott & Hans-Bernd Schäfer, *The Dichotomy between Property Rules and Liability Rules: Experiences Frome German Law*, 4(1) ERASMUS L. REV. 41, 43(2008) ; Parchomovsky & Stein, *supra* note 1, at 1828〔法は、「権利者の選択が非合理的、または全く法外であるときでさえ、所有者の意思決定権限を尊重する」と指摘する〕）。

利益吐き出しの理論的根拠を被害者の自律的な意思の実現に求めたのである[24]。この点にこそ、従来の議論とは全く異なる観点から利益吐き出しを Dagan が根拠付けたと述べた理由がある。

もっとも、このような理解が妥当といえるためには、プロパティ・ルールとして Calabresi らが念頭に置く差止命令と Dagan が念頭に置く利益吐き出しが同様の機能――被害者の自律的な意思の実現――を果たすことが論証されなければならない。この点につき、Dagan によれば、「利益〔取得〕の可能性を取り除くことは、強制的な移転を大幅に減らし、そして明白に、侵害者が――そのような回復の算定基準〔利益の吐き出し〕を前提とすると――彼自身の観点から無益な冒険にみえることに従事することを阻止する（あるいは、少なくとも阻止することを切望する）」と説く[25]。もちろん、「侵害行為が発見されない機会や資源保有者〔権利者〕が訴訟を提起できない機会はいまだにあり」、「それらの機会は、侵害者の期待利得をゼロよりも大きくする」。しかしながら、「原告の損害が被告の利益よりも少ないと仮定すると、あらゆる超過利益を回復する原告の機会は、現実に侵害行為を抑止し、そして回復請求を提起する適切なインセンティブを生む」と説く[26]。要するに、侵害行為による利益をすべて吐き出さなければならないとする、合理的な侵害者は、侵害行為が無意味になると理解し、侵害行為に関心を持たなくなり、市場を迂回することなしに事前に権利者と契約を締結しようとするインセンティブを持ち、また権利者も回復請求を提起するインセンティブを持つから、侵害者の期待利益はゼロに近くなるということであろう[27][28]。このような観点から見ると、利益吐き出しも、侵害者が権利者と交渉するように誘導し、

---

[24] このような理解の前提には、基礎にある理論的根拠が利用可能な救済手段を具体化するとの理解がある（DAGAN①, *supra* note 1, at 15）。

[25] DAGAN①, *id.* at 18. 〔 〕内は引用者による（以下、同旨）。

[26] *Ibid.* なお、Peter K. Huber, *Mistaken Transfers and Profitable Infringements on Property Rights: An Economic Analysis*, 49 LA. L. REV. 71, 105(1988)も参照。

[27] Dagan は、被害者の自律的な意思の実現における「実現（vindication）」の意味を二つの面から捉えている。そしてその一つとして、「利用可能な救済が切望した目標と一致する行動を規制するそのような事前のインセンティブを生む」という面を挙げている（DAGAN①,*id.* at 9）。

[28] Parchomovsky & Stein は、利益吐き出し救済の「完全なエンフォースメントは、将来の侵害者の不法侵害するインセンティブを排除することにより、所有権を保護するであろう」と指摘する（Parchomovsky & Stein, *supra* note 1, at 1827）。なお Christopher T. Wonnell, *Unjust Enrichment and Quasi Contract*, in: GERRIT DE GEEST ED., CONTRACT LAW AND ECONOMICS（2nd ed.）（Edward Elgar Pub, 2011）454 も参照。

被害者の自律的な意思を実現するという点で、差止命令と同様にプロパティ・ルールとしての機能を果たすということができるであろう[29]。

以上の考察からは、利益吐き出しと差止命令との関係は、次のように結論付けることができるであろう。すなわち、利益吐き出しも差止命令も被害者の自律的な意思を実現するという目的では一致しており、ただその方法（手段）が異なるに過ぎないということである。あるいは、被害者の自律的意思の実現という点で、差止命令は事前の救済手段であるのに対し、利益の吐き出しは事後の金銭救済である。そして利益吐き出しは、差止命令を補完する機能を持つといえるであろう。

このように利益吐き出しを特定履行として捉えようとする発想は、わが国の議論では全く抜け落ちていた視点であり、――エクイティ上の救済という特殊性をどう考慮するかという問題はあるが――わが国の議論を検討するうえでも示唆的であるといえよう[30]。

第 3 款　小括

以上のように、Dagan は、プロパティ・ルールが実現する社会的価値――すなわち、被害者の自律的な意思――を明確にすることにより、特定履行と損害賠償を形式的な観点から区別していた伝統的なパラダイムを相対化し、そして金銭救済による特定履行という新たなパラダイムを示唆し、利益吐き出しをエクイティ系列の特定履行――ただし、ここでの特定履行は、Calabresi らのプロパティ・ルールとしての意味でのそれ――として捉えることにより、その理論的根拠を明確にしたといえよう[31]。仮にこうした理解が正しいとすれば、利益吐き出しの第 3 の理論的根拠として、――従来の 2 つの根拠に加えて――被害者の自律的な意思の実現という点が挙げられるであろ

---

[29] DAGAN①, *supra* note 1, at 18（「利益〔吐き出し〕は、原告〔権利者〕の自己領域の一部としてその権原を支配する原告の自由を実現する回復の算定基準」であると述べる）.

[30] こうした Dagan の考え方は、後述するように、不法行為に基づく損害賠償において原状回復を原則とする――その含意は、被害者の完全性利益を保護するという点にある――ドイツ民法典の立場（ドイツ民法 249 条）を彷彿する（ドイツ法について、ハイン・ケッツ＝ゲルハルト・ヴァーグナー（吉村良一＝中田邦博監訳）『ドイツ不法行為法』（法律文化社、2011）325 頁以下を参照）。

[31] このような Dagan の利益吐き出しの根拠付けは、その後学説においても（いまだ少数ながら）支持する見解もみられる。たとえば、Parchomovsky & Stein, *supra* note 1, at 1845~のほか、James W. Hill, *Trade Secrets, Unjust Enrichment, and the Classification of Obligation*, 4 Va. J. L. & Tech. 2(1999)も同旨か。

う。

第 2 節　Dagan の見解の検討――その意義と問題点

Dagan が提唱する利益吐き出しの理論的根拠の概要は以上の通りである。本節では、以上を踏まえた上で、Dagan の見解の検討を行うこととする。具体的には、まず従来の議論と比較した Dagan の見解の意義を明らかにし（第 1 款）、そのうえで Dagan の見解の問題点を明らかにする（第 2 款）。

第 1 款　Dagan の見解の意義

Dagan の見解は、利益吐き出し法理との関係（第 1 項）のみならず、（利益吐き出しを超える）より一般的な英米の従来の議論との関係（第 2 項）において、一定の意義を有すると思われる。以下では、順にこの点について確認していくことにしたい。

第 1 項　利益吐き出し法理への示唆

（1）新たな利益吐き出しの理論的根拠を提示した点

Dagan の見解の意義の第 1 は、従来の議論にはなかった新たな利益吐き出しの理論的根拠を示した点にある。すなわち、先述したように、伝統的見解は利益吐き出しの根拠として様々なものを挙げてきた。たとえば、①不当利得の防止、②損害算定の代替、③侵害行為の抑止、④処罰など（第 2 章第 2 節）。もっとも、こうした理解は、――Dagan の理解を踏まえると――利益吐き出しを損害賠償の延長線上のものとして捉える理解に拘束されていたといえよう。これに対し、Dagan は、特定履行の本質を被害者の自律的な意思の実現であると捉えた上で、利益吐き出しを差止命令と同様にプロパティ・ルールの意味での特定履行救済として捉えることにより、その理論的根拠を明確にした[32]。

このような捉え方によれば、利益吐き出しは、金銭救済の形式を採っているものの、その実質は特定履行であることから、損害賠償に付随する問題（賠償額は被害者の「損

[32] 要するに、利益の吐き出しを差止命令の延長線上に位置づけたということである。もっとも、このような理解は、従来の判例の中でもみられた（たとえば、利益の清算は差止命令の権利に付随するものであるとの理解を示すものとして、Mowry 事件〔特許権侵害の事案〕が挙げられる）が、それを理論的に正当化した点に Dagan の見解の意義があるといえよう。

害」に制限されること)、すなわち、棚ぼた論という問題は理論的には生じないことになる。

（２）人格財侵害による利益吐き出しを根拠付けた点

第 2 は、人格財侵害による利益吐き出しの理論的根拠を明確にした点である。すなわち、Dagan は、利益吐き出しの理論的根拠として上記のような見解を提示するものの、そうした根拠がすべての利益吐き出しの場面の根拠として用いられるべきと説いているわけではなく、実質的には人格財の侵害の場面に限定している。というのも、彼の理論によれば、利益吐き出しは、損害賠償により原状回復ができない権利・利益侵害の場面において、原状回復に代わる賠償として位置づけられるからである。それゆえに、利益吐き出しが認められるのは、損害賠償によっては原状回復ができない場面であり、その典型例は、非代替財（たとえば、不動産[33]、名誉・尊厳、身体などの人格財）などの市場価格に還元できないものに収斂することになる[34][35]。逆に、代替財（たとえば、動産や無体物〔著作権・特許権・商標・その他の情報〕などの市場財）の侵害の場合には、損害賠償による回復が可能であるから認められないことになる[36]。

ところで、このような Dagan の理解は、近時のアメリカ法学における有力な所有理

---

[33] 英米では、不動産は所有者のアイデンティティと結びつきが強いとの意識が強い（DAGAN①, *supra* note 1, at 73)。

[34] Clabresi らの言葉を用いると、ライアビリティ・ルール（損害賠償）によっては原状回復できない文脈で認められることになる。このことは、権利者が侵害された物に対する主観的価値が客観的価値を超える場面に収斂されることになり、通常そのような物は人格にかかわる物になるといえないであろうか。プロパティ・ルールが所有者が特別に思い入れのある物（愛着財）――客観的価値を上回る主観的価値を持つもの――について適切な法の実現手法であることについては、森田果「法の実現手法――経済学的考察」長谷部恭男ほか編『岩波講座　現代法の動態２　法の実現手法』(岩波書店、2014）51 頁、特に 62 頁も参照。なお、愛着財について所有者の主観的価値と客観的価値の不一致が生じることは、行動経済学の議論において示されているところである。

[35] もっとも、何が人格財に当たるかは、それぞれの性格のみならず、それらが置かれる文脈にも配慮することが必要であろう（この点につき、今野正規「マルセル・モース『贈与論』における所有」『インド・南アフリカ財産的情報研究 II』（関西大学法学研究所研究叢書第 51 冊）（2014）21 頁、特に 62 頁参照)。

[36] また契約違反による利益吐き出しについても消極的な立場が説かれている（Hanoch Dagan, *Restitutionary Damages for Breach of Contract: An Exercise in Private Law Theory*, 1 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 115(2000)〔両当事者にとって利益となる取引を事後的に再構成し、契約違反により生じた利益を両当事者で分配するべきと説く〕)。

論である Margaret Radin の人格的所有理論を彷彿するように思われる。すなわち、Radin は、市場における譲渡可能性（商品化可能性）を当然の前提とする伝統的な所有権観に批判的検討を加え、どこまで市場取引ないし商品化が許されるべきかという視角から、ヘーゲルの人格権論を応用し、人格の投影としての所有権として人格的所有物（たとえば、生殖能力、性的サービス、子どもなど）の取引の自由を制限する理論を提唱した[37]。このような Radin の理解は、物について代替物と非代替物の区別という視角を提示するものであり、とりわけ現代社会における後者（非代替物）の特別の取扱いを要求するものであった。

もっとも、このような区別は、事前の段階では一定の考慮がなされてきたものの、事後の救済の段階になると必ずしも十分に考慮されてこなかった。というのも、事後の段階では、金銭賠償によらざるを得ないが、その算定基準は市場以外になく、結局、両者の区別は貫徹できていなかったからである（従来、批判法学においては金銭賠償主義に対する批判の一つとして商品化問題が説かれてきたものの[38]、それに代わる基準がないことが指摘されてきたことを想起されたい）。これに対し、Dagan の見解は、Calabresi のプロパティ・ルールの再解釈を通じて――Radin とはアプローチ方法は異なるものの――、彼女が示した価値判断と同一のそれを救済法において実現したものと理解できる[39]。というのも、Dagan は、事後の金銭救済の場面においても、市場以外の基準（侵害者が得た利益）を用いることで、事前の段階で認められた被害者の自律的な意思を実現することを可能にしたからである。

第 2 項　その他の一般的な議論への示唆

（１）Calabresi & Melamed の議論を精緻化した点

---

[37] たとえば、Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 STAND. L. REV. 957(1982). Radin についてのわが国の先行研究としては、吉田邦彦「アメリカ法における『所有権法の理論』と代理母問題」同『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2000）337 頁以下（初出、星野古稀『日本民法学の形成と課題下』（有斐閣、1996）、山畠＝五十嵐＝藪古稀『民法学と比較法学の諸相Ⅰ』（信山社、1996））がある。

[38] この点は、さしあたり、阿部昌樹「法的思考様式と日常的道徳的意識――不法行為法における金銭賠償の原則をめぐって」棚瀬孝雄編『現代の不法行為法――法の理念と生活世界』（有斐閣、1994）23 頁、特に 27 頁以下を参照。

[39] Dagan は、自身の見解を補強する根拠として、Radin の議論のほかに、社会心理学の議論（とくに、Helga Dittmar の見解）を挙げている（DAGAN①, *supra* note 1, at 44~）。

第 3 は、Calabresi らの理論をより精緻化した点にある[40]。すなわち、Calabresi らによれば、プロパティ・ルールによる保護は、権原保有者に権原の価格決定権を与え、自己の条件で第三者と取引する権限を与えているとされる（つまり、権利者に「売る権利」を与える）。もっとも、このような保護は、侵害行為が起こる以前の事前の視点（ex ante）から見た場合にとどまり、侵害行為が起こった（終了した）事後の視点（ex post）からみると、その保護は損害賠償によるそれ――その賠償額は市場価格により算定される――にとどまる。すなわち、プロパティ・ルールによる保護は、ライアビリティ・ルールによる保護に後退することになる[41][42]。

そしてこのような弱い事後救済の状況は、プロパティ・ルールの事前の保護にも悪影響をもたらすことになる。すなわち、①所有者の「売る権利」は無意味になり、②所有者は強制的な移転を甘受させられ、そして③第三者は所有者と交渉するインセン

---

40 この点については、Parchomovsky & Stein, *supra* note 1, at 1828~.

41 経済学の用語によれば、権利者（所有者）を「価格設定者（price maker）から価格受容者（price taker）に代える」ということである（Parchomovsky & Stein, *id.* at 1828）。

42 もっとも、こうした理解に対しては、次のような批判の余地はあるであろう。まず第 1 に、不法行為法における市場価格を基準とする填補賠償救済（ライアビリティ・ルール）による保護は、被害者を完全に填補し、そして将来の違法行為を抑止することから、プロパティ・ルールとしての金銭救済など不要ではないかという批判である。とりわけ、法と経済学の従来の議論において、不法行為法の最適な抑止機能が指摘されてきた点を踏まえると、そうであろう（たとえば、Hans-Bernd Schäfer & Frank Müller-Langer, *Strict liability versus negligence*, in: MICHAEL FAURE ED., TORT LAW AND ECONOMICS（Cheltenham, 2009）3~. この問題についての、わが国の先行研究として、森田果＝小塚荘一郎「不法行為法の目的――『損害填補』は主要な制度目的か」NBL874 号（2008）10 頁以下も参照）。これに対し、Parchomovsky & Stein は、不法行為理論による最適な抑止の達成は、――事故法の領域のみ妥当し――不法侵害の場面では妥当しないと指摘する。すなわち、「損害の市場に基づく評価は、知らない人の間で事故を伴う典型的な不法行為の裁決を下すために適しているのみである。そのような事故をもたらす不法行為者は、彼らの被害者を故意的に害しないであろう。彼らは、これらの被害者を事前に特定することができず、そして事前のリスクおよび将来の填補賠償の見込みを彼らと交渉することができない。」と指摘したうえで、不法侵害の中にも「事故法」の範疇に含まれるものもあるが、それらの不法侵害は、典型的には善意または些細な侵害行為である、と指摘する（Parchomovsky & Stein, *id.* at 1833-4）。要するに、ライアビリティ・ルールの保護は、「事故法」の場面に限定され、利益吐き出しが通常問題となる、故意による侵害行為の場面では、プロパティ・ルールの事前の保護と事後の保護を保つことはできないということであろう。また、第 2 に、アメリカ法では、懲罰的損害賠償があり、それによりこうした問題は回避されるという批判である。しかし、これに対しても、Parchomovsky & Stein は、懲罰的損害賠償が、非常に例外的なケースにおいてのみ認められることを理由に、市場価格を基準とする填補賠償による保護には不十分な点が残っていると反論する（*Id.* at 1834-6）。

ティブを失う。その結果として、所有権の事前の保護と事後の保護の間に断絶――権利と救済手段の間の不一致――が生じることになる[43]。

このような断絶が生じる原因としては、第 1 に、Calabresi らの分析枠組は、プロパティ・ルール＝差止命令とライアビリティ・ルール＝損害賠償として位置づけられていること、第 2 に、前者として念頭に置かれている差止命令には制度内在的な問題（たとえば、相手方がわからないと差止命令は認められない）があること、第 3 に、第 2 にもかかわらず、Calabresi らは、事前救済しか扱わず、プロパティ・ルールで保護される権利の事後救済という問題を扱っていないこと、第 4 に、ライアビリティ・ルールは、市場価格を基準に算定するしかないこと[44]などが挙げられるであろう[45]。

以上の点を踏まえると、Dagan の見解は、Calabresi らの議論の問題点――プロパティ・ルールの事前の救済と事後の救済で生じる断絶――を、プロパティ・ルールとしての事後の救済（利益吐き出し）を構想することにより、改善したものといえよう[46]。利益吐き出しを損害賠償による原状回復に代わる賠償として捉えるというのはこのような意味において理解できる。

（2）新たなパラダイムの可能性を示した点

第 4 は、利益吐き出しの問題を超えるより一般的な問題ではあるものの、Dagan は《金銭救済による特定履行》という範疇を構想することにより、英米の救済法の伝統的なパラダイムの枠組み――すなわち、損害賠償と特定履行を形式論で峻別する体系

---

[43] *Id.* at 1825.

[44] *Id.* at 1838 は、「Calabresi & Melamed は損害賠償をブラックボックスとして扱う。・・・彼らは、様々なタイプの損害賠償付与を区別しない。そして多様な填補的な算定基準を使用するための適切な条件についても議論しない。」と指摘する。

[45] *Id.* at 1825, 1838. なお、Calabresi らも、このような断絶が生じることは予期している。しかし、この問題は、刑法の役割によって解決されるべきものと解している（Calabresi & Melamed, *supra* note 13, at 1124）。同様の指摘として、Coleman & Kraus, *supra* note 20, at 57（「プロパティ・ルールを尊重する権原のない当事者にとっての費用が移転を課す費用を超える状況が生じる傾向がある。十分なインセンティブがないと、権原の有しない当事者は当然に、（自分たちにとって）費用の掛からない移転の手段を選択するであろう。刑法は、プロパティ・ルールを尊重することを誘発するために必要なインセンティブを提供する。この意味で、刑法は、権原を有しない当事者がプロパティ・ルールをライアビリティ・ルールに代えることを阻止する。」と述べる）。

[46] そして、Parchomovsky & Stein は、このような Dagan の問題意識を引き継ぎつつ、利益吐き出しを含む多様かつ柔軟な救済法の構築を志向する。

――を相対化し、新たなパラダイム――特定履行か否かはそれが実現する社会的価値（実質）の相違によると解する体系――の可能性を示した点にある。

もっとも、Dagan によれば、金銭による特定履行としては利益吐き出しのみが挙げられているが、被害者の自律的な意思の実現という点からは、利益吐き出し以外の事後の金銭救済の可能性もあることがその後の学説により指摘されている。具体的には、後述するプロパティ・ルールとしての填補賠償（propertized compensation）がその例である。

第 2 款　Dagan の見解の問題点

次に Dagan の見解の問題点についてみていくことにしよう。被害者の自律的な意思の実現として利益吐き出しを根拠付けようとする Dagan の見解に対しては、以下のような批判が提起されている。

第 1 項　利益吐き出し制度に内在する問題との関連

Dagan は、利益吐き出しを被害者の自律的な意思の実現という観点から正当化するものの、利益吐き出し制度に内在する問題のために、そのような意思の実現は実際にはできないという批判である[47]。というのも、利益吐き出し制度には、過剰賠償・過小賠償の可能性（→（１））や情報費用が高くなるという問題（→（２））があるからである。

（１）過剰賠償・過小賠償の可能性

第１に、侵害者の利益は侵害を被った権原保有者の希望価格を反映しておらず、またそれはその価格に近付けようともしていないという批判である[48]。すなわち、利益吐き出しにおいては、侵害者にとっての利益と権利者にとっての損害との間に関連性がなく（これらの利益および損害は通常一致せず、また仮に一致するとしても、それは偶然の結果にすぎない）、過大賠償または過小賠償の可能性が常に存在するということである。

このような観点から、利益吐き出しは、もう一つのプロパティ・ルールとしての金

[47] Parchomovsky & Stein, *supra* note 1, at 1827, 1845~.
[48] *Id.* at 1845.

銭救済（プロパティ・ルールとしての填補賠償）ほど自律的な意思を実現するとは言えないと言われている。

もちろん、利益吐き出しが完全に有効に機能すれば（侵害行為が常に発見され、そして完全なエンフォースメントが実現できるならば)、合理的な侵害者は侵害行為を行わないため、このような可能性は極めて例外的になりうるであろう（その限りで、プロパティ・ルールの目的は実現される）[49]。

しかし、現実の侵害者が常にそのような合理的な人であるとは限らず、また侵害行為が常に発見されるとは限らない（たとえば、知的所有権侵害やプライバシー侵害の場合には常にそのような点が指摘されてきた[50])。このような場面まで考慮すると、利益吐き出しが、常に被害者の自律的な意思を実現するとは限らず、一定の留保が必要となるであろう。さらに、次の第 2 の問題も考慮すると、自律的な意思を実現する可能性はさらに小さくなる。

（２）情報費用が高くなる点

第 2 に、吐き出すべき「利益」の算定が困難なために情報費用が高くなるという批判である[51]。具体的には、（ア）利益の吐き出しを求めるためには、権原保有者は、侵害者の利益を特定する証拠を提示する必要があり、そしてその証拠は侵害者の私的な情報に依存するが、それを入手するには費用がかかるし、また確証する（verify）には費用が掛かること[52]、また（イ）権原保有者は、侵害者の利益と侵害行為との間の因果関係を立証する責任を負うこと[53]、が挙げられる。もっとも、この点は、利益吐き出しの要件論や効果論を詰めて、ルールを明確化することにより部分的に緩和されていくことになるといえよう。

（３）小括

それゆえに、上記の 2 つの問題点は、利益吐き出しのエンフォースメントの確率を

---

[49] *Id.* at 1827.
[50] たとえば、Sirko Harder, *Gain-Based Relief for Invasion of Privacy*, 1 VICTORIA LAW SCHOOL JOURNAL 63(2011) ; Craig Rotherham, *Deterrence as a justification for awarding accounts of profits*, 32(3) O.J.L.S. 537(2012).
[51] Parchomovsky & Stein, *supra* note 1, at 1845.
[52] DAGAN③, *supra* note 1, at 275.
[53] *Ibid.*

下げ、そして侵害者の期待吐き出し額を減らす（結果的に、侵害行為へのインセンティブを侵害者に与えることになる）[54]。それゆえに、利益吐き出しは、被害者の自律的な意思を完全に実現するといえるかは検討の余地があると言えよう。そして、こうした利益吐き出しの問題を踏まえて、別の金銭救済が提案されている。それがプロパティ・ルールとしての填補賠償である。以下では、利益吐き出しの位置づけを明らかにするために、この救済手段についてみていくことにしよう。

第2項　自律的な意思の実現にとってより望ましい他の金銭救済――プロパティ・ルールとしての填補賠償

（1）プロパティ・ルールとしての填補賠償救済

Calabresi らの議論には理論的な問題――すなわち、事前の保護と事後の保護の間の断絶――があることは先述した。これに対し、Dagan の見解は、利益吐き出しによりその断絶を回避し、事後の保護レベルを事前の保護レベルまで高めるものであったといえる。

しかし、先述したように、利益吐き出しが被害者の自律的な意思を実現するといえるかは、その制度内在的な問題を踏まえると、疑問の余地がある。仮に利益吐き出しを Calabresi らの議論を補強する手段として用いるのであれば、利益吐き出しの要件・効果を再構築することが必要となる。しかし、そうした方向とは別に、被害者の自律的な意思を実現する他の(より望ましい)金銭的救済を構想する余地もあり得る。この点は、Gildeon Parchomovsky と Alex Stein は、「大聖堂の再修復」という見だしの下で、説得的に論じている。具体的には、Parchomovsky & Stein は、プロパティ・ルールとしての金銭救済である利益吐き出しの代わりとして「プロパティ・ルールとしての填補賠償（propertized compensation)」概念を提案する[55]。

この救済手段は、《侵害行為以前に交渉していたなら権原保有者が第三者に要求した希望価格（asking price）を事後の金銭賠償の算定基準として採用する方法》である。たとえば、市場価格では 1000 ドルであるが、権利者自身の希望価格では 2000 ド

[54] Parchomovsky & Stein, *supra* note 1, at 1827.
[55] Parchomovsky & Stein, *id.* at 1826, 1839-45.　なお、Parchomovsky & Stein は、不法侵害（trespass）の文脈を念頭に論じているものの、そこでの議論は「権利と救済手段との間に不一致が存在する」場面に広く応用することが可能であるとされる(*Id.* at 1862)。

ルの物を他人が無断で利用した場合には、通常のライアビリティ・ルールでは 1000 ドルの損害賠償に制限されるが、プロパティ・ルールとしての填補賠償では 2000 ドルの損害賠償が認められる。このような救済手段は、被害者の自律的な意思の実現という観点からみると、より望ましいといえる。

というのも、この方法は、事後の保護（金銭救済）を事前の保護水準と同一まで高めることができ、価格形成権者（price maker）としての権利者の立場を復活させ、任意の交換において事前に受け入れることに合意したであろう額を権利者に回復する資格を与えるからである[56]。要するに、このルールは、権利者の売る権利を事後の金銭救済の場面でも完全に保障するものである[57]。

（２）問題点とその改善策

（ｉ）問題点

このように、プロパティ・ルールとしての填補賠償は、権利者が侵害者に自己の財産を使用することを認めるために侵害行為以前に受け入れたであろう額に等しく、被害者の自律的な意思の実現という点からは、利益吐き出しよりも望ましいといえる。

もっとも、このような救済手段にも問題がないわけではない。その最大の原因は、事後の金銭救済を求める場面において、事前に交渉していたら侵害行為の対価として受け入れることに同意したであろう価格を権利者が立証しなければいけないが、現実の訴訟ではそのような立証が困難を伴うという点にある。というのも、「それは、観察可能でもないし、また確証可能でもない私的情報に根拠付けられるからである。その事実の後に所有者にどれくらいを彼女が請求したであろうかをたずねることは、正直な応答を生まない傾向がある。というのも、この時点で、所有者はその希望価格を過大に述べる強いインセンティブを有するからである。」[58]。要するに、事後の訴訟の場

---

[56] *Id.* at 1826。それゆえに、このような救済手段は、懲罰的損害賠償や利益の吐き出しよりも、優れていると指摘する。もっとも、利益吐き出しをプロパティ・ルールとしての事後救済の一つとして全否定するものではない。

[57] なお、被害者の自律的な意思を実現する填補賠償は、上記の方法に限られるものではない。たとえば、吉田・前掲注(1)の説く、福島原発の自主避難者の損害賠償の算定基準として《転居に即した損害賠償》という手法が挙げられる。要するに、権利者の自律的な意思決定に即した形での損害賠償をどのように実現するか、その際に市場以外の基準として何に求めるかが重要となる。

[58] Parchomovsky & Stein, *supra* note 1, at 1841.　Parchomovsky らは、「所有者の希望価格（asking price）は、私的に確証できない（nonverifiable）情報である。事

面において、事前に交渉していたら要求した価格という仮定を立証することは困難を伴うということである。

（ⅱ）改善策と利益吐き出しの位置づけ

しかし、こうした問題に対しては、Parchomovsky & Stein は、証明責任の転換ルールを利用する手法のほかに[59]、以下のような推定ルールによる解決を説く。すなわち、賃貸借や売買のために権利者（所有者）が財産の侵害行為以前に設定していた価格から要求価格（asking price）を推定する手法である。

このような事前の評価は、裁判所の前での権利者の証言（testimony）よりも信頼に値すると指摘する。その理由として、上記の場面で示さる評価価格は、現実または熟慮された取引の文脈で決められたからである。もちろん、権利者は、一般的可能性として将来の不法侵害を予見し得るし、そして戦略的に将来に自己の財産を不法侵害する者から高い填補賠償を得るために高い価格を設定し得る。しかし、法外な賃料や売買価格を設定し、要求することは、通常は、所有者の利益に反するとされる。というのも、その予測した不法侵害は、現実化するか否かは不明であり、またその間に、権利者の過剰に高く設定した価格は、現実の世界のより良い取引を抑制することになり、権利者はこのような戦略を通常採用しようとはしないからである[60]。

この推定に反証するためには、侵害者は、所有者が故意に自己の事前価格を過大に述べたとの証拠の優越により証明する必要があるとされる[61]。

それゆえに、Parchomovsky & Stein によれば、プロパティ・ルールとしての填補

実審理のときに、不法侵害が起こった後の所有者の希望価格に関する十分な証拠は存在しない。そしてその問題に関する所有者の証言は信頼されえない。というのも、所有者は自己の填補賠償額を上げるために、その真の価格を隠す本質的なインセンティブを有するからである」とも述べている（*Id.* at 1825）。

[59] *Id.* at 1842.

[60] *Id.* at 1841. Parchomovsky らは、この点をシグナリングの観点から論証する。すなわち、事前に要求した価格は「費用の掛かるシグナル（costly signaling）」――換言すると、事後の侵害行為の場面を想定して、事前に要求する価格を高めに設定すると、事前の場面で交渉不成立のリスクを負うことから、法外な額を要求するインセンティブがない――であるから、信頼できるものの、事後に述べる価格は「チープトーク（cheap talk）」――偽証罪の可能性はあるものの、その立証は困難であることから、ほぼコストフリーである――になるから、信頼できないと論じる（Parchomovsky & Stein, *supra* note 1, at 1841）。

[61] *Id.* at 1826. 侵害者の証拠が説徳的な場合には、裁判所は、市場価格を基準として填補賠償額を決定する。

賠償は、権利者が侵害行為以前の価格を証明することができる場合のみ、認められることになり[62]、利益の吐き出しは、そのような証明が全くできず、プロパティ・ルールとしての填補賠償が認められない場合の、――不完全ではあるものの――次善の（second best）代替手段として位置付けられることになる[63][64]。

第 3 項　小括

本款の考察からは、利益吐き出しが被害者の自律的な意思を実現するといえるかは検討の余地があること、そしてプロパティ・ルールとしての填補賠償のほうが被害者の自律的な意思の実現という点からは望ましい事後的な金銭救済であるということが明らかとなった。

しかし、このように述べるからと言って、Dagan の研究の意義が下げられるものではない。というのも、Parchomovsky & Stein の指摘が仮に正しいとしても、彼らの見解は Dagan の研究が存在したからこそ出てきたものであるといえるからである（それゆえに、学問的なオリジナルティは Dagan にあることを強調しておきたい）。また、利益吐き出しが被害者の自律的な意思を実現することを阻害する原因は、要件論および効果論にある。しかし、従来のこれらの議論は、理論的根拠から一貫して論じられ

---

62 *Id.* at 1844.

63 *Id.* at 1828.　このように、Parchomovsky & Stein は、不法侵害（trespass）の文脈における、プロパティ・ルールとしての金銭救済――具体的には、①プロパティ・ルール化された填補賠償と②利益吐き出し――を説くものの、ライアビリティ・ルール――市場価値の填補賠償――を完全に否定するものではない。具体的には、（ア）緊急避難的な状況での不法侵害と（イ）侵害者が善意の場合（不法侵害について発見する費用効果的な方法を有さず、そしてそれゆえに自己の行動の正当性において合理的な信頼に基づき行動した場合）には、プロパティ・ルールとしての救済は認められず、ライアビリティ・ルールによるとする（*Id.* at 1828）。というのも、これらの場面では、当事者間で任意の取引ができない、あるいはできても非現実的であるからである。なお、侵害者が得た利益が市場価格以下の場合や侵害者の利益が市場価格以上であっても、これらの利益を証明する費用が市場価格を立証する費用を超える場合には、権利者は、ライアビリティ・ルールを選択することができる（*Id.* at 1839）。

64 こうした観点から見た場合、プロパティ・ルールとしての金銭救済として、懲罰的損害賠償も正当化する余地もあり得ないわけではない。しかし、Parchomovsky & Stein は、以下の 2 つの理由のために、プロパティ・ルールとしての填補賠償や利益の吐き出しに劣後すると指摘する（*Id.* at 1859~）。すなわち、――――

第 1 に、事後の視点から見た場合、懲罰的損害賠償は、所有者の排他権を回復しようとする救済手段としての性格をもっていない点である。

第 2 に、事前の視点から見た場合、懲罰的損害賠償は、システマティクに不法侵害を過小に抑止するという点である。

てきたものではなかった。それゆえに、理論的根拠と要件・効果を接続することにより、利益吐き出しにより被害者の自律的な意思を実現する余地はいまだ残されているように思われる。

第３款　Dagan の見解の射程――ヒト由来物質をめぐる議論への応用の可能性

最後に、Dagan の上記理論を本稿の直接の関心対象であるヒト由来物質の無断利用との関係で検討を加えておくことにしたい。

（１）基本的な主張

Dagan の見解は、人格財など一度侵害されると損害賠償により原状回復できないものとの関係で利益吐き出しを正当化するものであった。もっとも、Dagan は、『不当利得法』では人格財の例として名誉などを挙げるにとどまり、ヒト由来物質は直接には検討の俎上に載せていない。しかしながら、別稿（『原状回復法』）において、Dagan は、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しの問題について直接に論じている[65]。そこでは、患者が自己の身体部位に対する自律的な意思を実現する――具体的には、どのように自己の身体部位を将来使用するか決定する唯一の決定権者になる――ためには、利益吐き出しが必要である、と説かれている[66]。そしてその理由として、「我々の身体は、我々の自我（self）の物理的な具象化であるのみならず、我々が誰であるか（who we are）の最大の反省（reflection）――我々の人格性の文字的な外在的な投影――である。我々の身体は、我々が最も支配したい資源である。」という点を挙げる[67]。そして、こうした観点から、Moore 事件の Mosk 判事の説いた、患者と医師（研究者）の相対的な寄与分に従った利益の分配救済は、――相互に有益となる取引を再構成するにとどまり――患者の自律的な意思を実現するものとして不十分であると Dagan は説いている。

要するに、Dagan は、自身の利益吐き出しの根拠論が、ヒト由来物質の無断利用の問題にも妥当すると解しているわけである。

---

65 DAGAN③, *supra* note 1, at 241~245.
66 *Id.* at 242.
67 *Id.* at 243.

（２）Moore 事件の最高裁の多数意見に対する反論

次に、Dagan は、Moore 事件の最高裁の多数意見が挙げる根拠について以下のように反論を加える。

第１に、原告である Moore の主張を認めることが利益のために身体組織を売却する権利を承認することに等しく、それゆえに「身体部位のための市場」という悪名高い問題（人格の商品化という問題）を提起するという点について[68]。Dagan は以下のように反論を加える[69]。すなわち（ア）自己の身体から他者を排除する権利を実現することは、概念的必然性の問題として、身体部位の譲渡可能性の承認を伴うわけではない。この点を敷衍すると次の通りである。Dagan によれば、利益吐き出しは被害者の自律的な意思の実現という点から正当化されることになる。つまり、被害者が誰にヒト由来物質を使用させるか（贈与するか）を決定する独占的権利を有しているわけである。こうした理解を前提とすれば、利益吐き出しを認めることは、身体部位の譲渡可能性を当然に認めることを意味しないであろう（利益吐き出しを認めつつ、有償譲渡を否定することも可能である）。また（イ）多数意見のような立場によれば、資源保有者の利用は否定されるものの、侵害者の利用は許容されることになることも指摘する[70]。

---

[68] このような批判は、わが国でも人格権侵害による利益吐き出しの文脈で説かれるところである。たとえば、花本広志「人格権の財産的側面――パブリシティ価値の保護に関する総論的考察」独協法学 45 号（1997）241 頁、特に 249 頁を参照。

[69] DAGAN③, *supra* note 1, at 244.

[70] なお、利益吐き出しと人格の商品化という問題については、1990 年代以降からアメリカで展開されている奴隷訴訟の一類型である黒人奴隷補償をめぐって展開された Dagan と Anthony Sebok の論争――具体的には、奴隷制度の被害者（またはその子孫）が国家ではなく、奴隷を用いて利益を得た企業に対して当該利益の吐き出しを求めることが奴隷制度の商品化を認めることになるかという問題――も参考になる（DAGAN③, *id.* at 246~ ; Hanoch Dagan, *Restitution and Slavery: On Incomplete Commodification, intergenerational Justice, and Legal Transitions,* 84 B. U. L. R. 1139(2004).また、Hanoch Dagan et al., *Symposium : The Jurisprudence of Slavery Reparations*, 84 B.U.L.R. 1135(2004) ; Emily Sherwin, *Reparations and Unjust Enrichment*, 84 B.U.L. R. 1443(2004)も参照）。具体的には次の通りである。

まず否定説は、黒人の自由や住宅を奪った奴隷制度という人権蹂躙問題において不当利得ないし原状回復法上の救済を用いることが、奴隷制度に伴う損害――それは金銭的なそれに限られない――の複雑性を見過ごすことになると指摘したうえで、とりわけ、利益吐き出しを求めることが、奴隷制度の下で支払われていなかった未払い賃金の支払いを求めるという一般的な問題に転換し、結果的に奴隷制度という違法行為を商品化することになると指摘する（Anthony J. Sebok, *Should Claims Based On African-American Slavery Be Litigated In The Courts? And If So, How?*(2001)

第 2 に、Moore 事件において問題となった原告の細胞は全く人の人格の構成要素ではなかったという点について。この批判は、名前や顔とは異なり、細胞の分子構造はすべての人間（human being）で変わらず、原告である Moore に特殊なものとはいえないというものである。この点を強調すると、そのような細胞に対する保有者の支配

〈http://writ.news.findlaw.com/seok/20001204.htm〉; do., *Reparations, Unjust Enrichment, and The Importance Of Knowing The Difference Between The Two*, 58 N.Y.U. ANN. SURV. AM. L. 651(2003); do., *A Brief History of Mass Restitution Litigation in the United States*, in: D. DYZENHAUS & M. MORAN EDS., CALLING POWER TO ACCOUNT : LAW'S RESPONSE TO PAST INJUSTICE（University of Toronto Press., 2004）341~; do., *Two Concepts of Injustice in Restitution for Slavery*, 84 B.U.L.R. 1405(2004))。

これに対し、肯定説は、否定説のような問題（人格の商品化の問題）は、利益吐き出しを認めても生じないと反論する。すなわち、第 1 に、「従業員の引き抜き」という債権侵害の場面（雇用主から侵害者に対する請求）とは異なり、「奴隷労働」の場面では、労働者が、利益の吐き出しを雇用主に求めることは、（ア）現実的には、不法な侵害からの自由を求める権利、あるいはより厳密には、自己の労働の使用についての究極的な意思決定者となる不可譲な権原を実現する（vindicate）ことになり、また（イ）物質的な回復を伴うことにより、人権侵害に対する純粋に表現豊かな（非商品化の）反応――たとえば、謝罪（apology）――を実質的に機能させることができるからである。また第 2 に、不当利得救済は非金銭的側面もあることが挙げられる。Dagan は、「奴隷制度の被害者への不法な利得の付与は、人間の労働の商品化された意味と商品化されていない意味の共存（coexistence）を認める。――不法行為による填補賠償の実践を含む法的規制の多くのその他の形式と同様に――これらの請求は、両方の意味を有するため、それらはそのような残酷な手段により稼がれた利得がそのような実にひどい加害者（perpetrator）（あるいは、共犯者）に残されることを認め、そしてこれらの残虐行為を商品化するという潜在的に甚大な被害をもたらす選択から生じる。原状回復が重大な不法な利得のこれらのケースを決定する適切な根拠になりうることは、まさに奴隷労働の不完全な商品化としてのその特徴のためである」と述べる。要するに、Dagan によれば、原状回復の算定基準に、その社会的意味――本稿が述べた自律的な意思の実現――を考慮すれば、奴隷制度の被害者に利益吐き出しを認めても、人権侵害という重大な問題を商品化という平凡な問題にはならないということである（DAGAN③, *id.* at 250-3)。

このように、奴隷制度という人権蹂躙問題においても、Dagan は、利益吐き出しによる商品化問題が生じないと説く。ここではこれらの見解の当否には立ち入らず、こうした Dagan の認識は、人格財侵害による利益吐き出しの問題一般にも程度の差はあれ影響していることを指摘しておきたい。

なお、補償問題における「謝罪」の意義については、吉田邦彦「いわゆる『補償』問題へのアプローチに関する一考察――民族間抗争の不法行為の救済方法（日米比較を中心として)」同『多文化時代と所有・居住福祉・補償問題』（有斐閣、2006）262 頁以下（初出、法時 76 巻 1 号 64 頁以下、同 2 号 107 頁以下（2004))、また補償問題と不当利得との関連については、同「カリブ諸国の奴隷補償（国際補償）問題――ジャマイカ・ハイチを中心として」同『東アジア民法学と災害・居住・民族補償（前編）――総論、アイヌ民族補償、臨床法学教育』（信山社、2015）284 頁以下（初出、関西大学法学研究所研究叢書 51 号（2014）92 頁以下）も参照。

（自律的な意思決定）を是認する必要はないということになる。しかし、Dagan はこのような批判に対しても以下のように反論を加える[71]。すなわち、このような批判は、住宅などの人格を構成するもの（constitutive）もその構成要素（component）に分解すると、資源からその象徴的な意味（symbolic meaning）を奪い、人格財としての特殊性を無視する。しかし、これらの象徴的な意味が重要な人間的価値を担うと考えるならば、多数意見のような戦略（構成要素への分離）を支持することができない。あくまで、その保有者の資格の内容が何であるべきかを決定するためには、全体としての資源――それゆえに、人体――を見なければならない、と。

第 3 に、利益吐き出しを認めることが、医学研究に必要な原材料へのアクセスを制限することになり、医学研究の進歩（progress）を脅かすことになりかねないという点について。とりわけ、多数意見は、Moore の主張が受け入れられると、「善意の研究者の社会的に有益な行動」が、患者の権利の侵害行為に参加したか否か、あるいはそれを知っていたか否かにかかわらず、責任に服させられるであろうと主張する。これを阻止するために直接の侵害者を責任から免除することは、そのような第三者を保護する必要性の不運な、しかし不可避の副産物である、と説かれる。もっとも、こうした理解に対しては、Dagan は、善意の第三者の保護は原状回復法上の他の法理（善意有償取得の法理）により対応でき、利益吐き出しを否定する根拠にはならない、と説く[72]。

（３）小括

以上の考察からは、Dagan は、自身が提示した被害者の自律的な意思の実現としての利益吐き出しを本稿の課題であるヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しの根拠にも妥当すると考えていると言ってよいであろう。

第 3 節　本章の小括

最後にまとめておこう。以下では、まず本章の考察を整理し（→（１））、次に本章までの考察を踏まえた本稿の暫定的な結論を示す（→（２））。最後に、次章への架け橋として残された問題を示しておこう（→（３））。

---

[71] DAGAN③, *id.* at 245.
[72] DAGAN③, *id.* at 243.

（１）議論の整理

本章では、利益吐き出しの理論的根拠について従来の枠組みとは異なる新たな見解を提示した Hanoch Dagan の見解を取り上げ、検討を加えた。これまでの考察からは以下の点が明らかとなったといえよう。

第 1 に、利益吐き出しの理論的根拠について、Dagan は、従来の議論のように損害賠償の延長線上のものとしてではなく、Calabresi & Melamed のプロパティ・ルールの意味での特定履行救済――その実質である被害者の自律的な意思の実現――という点に求めた。このような理解は、損害賠償という枠内で付随した被害者への「棚ぼた（windfall）」論という問題を巧みに回避することを可能にするといえよう。

第 2 に、上記の根拠の下で認められる利益吐き出しは、人格財侵害を理由とする場面に制限されることになる。すなわち、Dagan は、すべての権利・利益侵害の場面で利益吐き出しが認められるべきとまでは述べておらず、損害賠償による原状回復に代わる賠償として利益吐き出しを位置付けている。そのため、通常の損害賠償では原状回復ができない場面においてのみ利益吐き出しを認めることになる。具体的には、名誉やヒト由来物質などの人格財の侵害の文脈――一度侵害されると損害賠償によっては原状回復が困難な場面――において利益吐き出しは認められることになる。その結果として、それ以外の文脈（損害賠償によって原状回復が可能な場面）では、通常の損害賠償（ライアビリティ・ルール）により原状回復が可能であるから、利益吐き出しは認められない。なお、人格財侵害による利益吐き出しを認めるからと言って、譲渡可能性を認めることを論理的に意味するわけではない点に留意されたい。

第 3 に、Dagan の見解は、損害賠償と特定履行を形式論で区別する伝統的理解を相対化し、金銭救済による特定履行という範疇を確立し、その後の学説において、特定履行的な意味としての損害賠償としてプロパティ・ルール化された填補賠償という概念を構想することを可能にする理論的枠組みをも提供した。もっとも、このような救済は、利益吐き出しよりも、被害者の自律的な意思をより直接的に実現するといえる。

このように、Dagan の見解は、我々の直観に反すること――利益吐き出しが特定履行救済であること――を説得的に論証しているという点で、「面白い」ものといってよ

いであろう[73]。

（２）暫定的な結論

本稿は、利益吐き出しの理論的根拠を明らかにすること、そしてその根拠論を多元的に捉えることを目的とした。そしてとりわけ後者につき、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の根拠を区別する必要性があると考えた。そしてこの点を論証するために、ヒト由来物質の無断利用という問題を取り上げた。

そして前章では、伝統的な利益吐き出しの根拠――〔α〕法政策型と〔β〕損害代替型――を明らかにし、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ことができないかを検討したものの、困難であることが明らかとなった。そこで従来の議論にはみられない第３の理論的根拠を明らかにすることが必要となり、本章では、近時のアメリカの原状回復法の有力学説である Dagan の見解を検討し、利益吐き出しの第３の根拠として、被害者の自律的意思実現を挙げた。ここからは、利益吐き出しの類型として――第１および第２の類型に続くものとして――〔γ〕被害者の自律的意思実現型利益吐き出し（以下では、〔γ〕自律的意思実現型という）を構想することができる。

以上の英米法の考察を踏まえると、本稿が示した問題意識――利益吐き出しの根拠を多元的に捉えることができないかという問題意識――は、比較法的にも支持されるものであることが一定程度論証できたといえないであろうか。すなわち、英米法においては、利益吐き出しの機能は一元的なものとしてではなく、多元的に捉えられているのである。具体的には、少なくとも〔α〕法政策型、〔β〕損害算定代替型、〔γ〕自律的意思実現型という３つの機能を持っており、それぞれが適用される場面は異なると解されている（もっとも、〔γ〕型については、少数有力説にとどまるといえようか）。その意味で、わが国における利益吐き出しの捉え方は、一面的であったこともわかる。

さらに、こうした枠組みを前提とすれば、①知的所有権侵害による利益吐き出しと②人格権侵害によるそれは別の根拠により説明されるべきことも理解できる。すなわち、①は、原則として〔β〕型にとどまり、被害者の損害と侵害者の利益の間に因果

[73] この点につき、会沢恒「契約救済法の脱構築――Richard Craswell,Against Fuller and Perdue」アメリカ法 2001(1)号 179 頁を参照。

関係がない場面にまで認めるべき場合には、〔α〕型として根拠付けられる（ただし、そのような必要性があるかは、情報の所有と利用の最適なバランスを図るという知的所有権制度の制度目的との関係で利益吐き出しが必要かを慎重に検討する必要がある。というのも、この類型では棚ぼた論という問題は説明できないからである）。これに対し、②は、〔γ〕型として根拠付けられ、棚ぼたの問題は正当化されることになる（あるいは回避される）。またこのような理解によれば、人格権侵害による利益吐き出しを認める際に説かれていた懸念の一つとなっていた商品化の問題も生じない。

（３）次章への架け橋

本章の考察により、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しの根拠付けが、理論的に可能になったといえよう。もっとも、具体的にどのような場合に、医師や研究者は、ヒト由来物質の無断利用による吐き出しの責任を負うのか。またどの範囲で吐き出しの責任を負うのか。あるいは、より一般的には、利益吐き出しの理論的根拠と要件・効果はいかなる関係を持つかは、上記の議論からは明らかとはいえず、残された問題となっている。この点は当然であると言えよう。というのも、従来の議論では〔α〕型と〔β〕型は認識されていたものの、それ以外の不十分な根拠も混ざっており精緻化されておらず、また、〔γ〕型はそもそも認識されておらず、理論的根拠と要件・効果が一貫して説明されるまでに至っていなかったからである。そこで、次章では、本章のこれまでの考察を踏まえた上で、上記で提示した 3 つの類型の観点から、ヒト由来物質の無断利用を含む利益吐き出し一般の要件・効果の再構成を試みたい。

第４章　利益吐き出しの要件・効果の再構成

本章では、利益吐き出しの要件・効果についてみていくことにしよう。要件・効果は、利益吐き出しの理論的根拠から一貫して、体系的に定立されることが望ましい。もっとも、従来の英米の判例は、利益吐き出しの理論的根拠を十分に詰めておらず、またその結果として、いくつかの根拠を併用してきたこともあり、こうした観点からの考察は十分にはなされていなかったように思われる。

これに対し、本稿は、これまでの考察を通じて、利益吐き出しの理論的根拠として従来説かれてきたものを精査し、理論的根拠として一定の範囲で説得力を有するものを確定し、また新たな根拠も示したうえで、それらの根拠に応じて利益吐き出しを 3 つの類型に区別すべきと提唱した。具体的には、〔α〕法政策型利、〔β〕損害代替型、〔γ〕自律的意思実現型の 3 つの利益吐き出しである。そこで、次に本稿は、これらの類型ごとに、利益吐き出しの要件・効果を再構成することを試みたい[1]。

以下では、まず「要件論」を検討し（第 1 節）、その上で「効果論」を取り上げる（第 2 節）[2]。各節の考察は、最初に従来の判例法の取扱いを中心に確認し、本稿の立

---

[1] もっとも、こうした観点からの考察は英米法においても十分になされておらず、その意味で、本章の考察は筆者による試論的なものであり、またこの問題のすべての領域を踏まえられたものでないことから、いまだ不十分なものであることを予めご留意願いたい。

[2] 本章の考察は、以下の文献に負うところが大きい。
〔教科書・体系書〕GEORGE PALMER, LAW OF RESTITUTION（Aspen Law & Business, 1978）; PETER BIRKS, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF RESTITUTION（rev ed.）（Oxford U.P., 1989）; Lord GOFF OF CHIEVELY & GARETH JONES, THE LAW OF RESTITUTION（5th ed.）（Sweet & Maxwell, 1998）; GRAHAM VIRGO, THE PRINCIPLES OF THE LAW OF RESTITUTION（2nd ed.）（Oxford U.P., 2006）; ANDREW BURROWS, THE LAW OF RESTITUTION（3rd ed.）（OXFORD U.P., 2011）
〔論文〕Gareth Jones, *Benefits Obtained in Breach of Another's Confidence*, 86 L.Q.R. 463(1970)（Jones①）: James M. Koelemay, Jr., *Monetary Relief for Trademark Infringement under the Lenham Act*, 72 TRADEMARK REPORTER 458, 508~(1982); FRANCIS GURRY, BREACH OF CONFIDENCE（Clarendon Press, 1984）417~; E. Allan Farnsworth, *Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, 94 YALE L. J. 1339; Fiona Patfield, *The Modern Remedy of Account*, 11 ADEL L. R. 1(1987); T H W Wells, *Monetary Remedies for Infringement of Copyright*, 12 ADEL. L. REV. 169(1989); Gareth Jones, *Breach of Confidence—after Guardian*, 42 C.L.P. 49(1989)（Jones②）; Lionel Bently, *Accounting of Profits for Infringement of Copyright: Potton Ltd v. Yorkclose Ltd*, 3 EIPR 106(1990)（Bently①）; Lionel Bently, *Accounting for Profits Gained by Infringement of Copyright; When does it End?*, 1 EIPR 5(1991)（Bently②）; William G. Barber, *Recovery of Profits Under the Lanham Act: Are the District Courts Doing Their Job*, 82 TRADEMARK REP. 141(1992); Lee Aitken, *Reconciling*

場から再構成を試みるという手順で行われる。

第１節　要件論

本節では、利益吐き出しの要件についてみていくことにしよう。英米法は、利益吐き出しを一般論として認めることは異論ない。しかし、どのような要件の下で利益吐き出しが認められるかはいまだ明確とは言えない。たとえば、第１に、利益吐き出しを認める際に、侵害者の主観的態様（故意・悪意）を要求するか否か（主観的要件）（第１款)、第２に、どのような権利・利益・関係の侵害の場面で認められるか（客観的要件）（第２款)、第３に、侵害行為と侵害者が取得した利益との間に一定の関連性が存在することが必要か（因果関係要件）（第３款）をめぐって判例の理解は分かれている。以下では、これらの問題について順に英米の従来の議論に一瞥を与えた上で、本稿の立場からこれらの点はどのように再構成されるべきかを明らかにすることにしよう（第４款)。

第１款　主観的要件

まず利益吐き出しの成否に侵害者の主観的態様が関連するかについて従来の理解を確認しよう。以下では、まず多数の判例が認める原則的な取扱いについて確認したうえで（→（１))、例外的な取り扱いを認める判例を取り上げる（→（２))。

'Irreconcilable Principles'—A Revisionist View of the Defaulting Fiduciary's Generous Equitable Allowance, 5 BOND LAW REVIEW 49(1993)；Peter Hastie, *Restitution and Remedy in intellectual Property Law*, 14 AUSTRALIAN BAR REVIEW 6(1996)；Wan Wai Yee, *Restitution for Wrongs*, [1998] SINGAPORE JOURNAL OF LEGAL STUDIES 299；Dane S. Ciolino, *Reconsidering Restitution in Copyright*, 48 EMORY L.J. 32(1999)；Lionel Bently & Charles Mitchell, *Combing Money Awards for Patent Infringement: Spring Form v. Toy Brokers*, 11 R.L.R. 79(2003)；Jessica Palmer, *The Availability of Allowances in Equity: Rewarding the Bad Guy*, 21 NEW ZEALAND UNIVERSITIES LAW REVIEW 145(2004)；Charles Mitchell, *Causation, Remoteness, and Fiduciary Gains*, 17 KING'S COLLAEGE LAW JOURNAL 325(2006)；Melvin A. Eisenberg, *The Disgorgement Interest in Contract Law,* 105 MICH L. REV. 559(2006)；Graham Virgo, *Restitutionary Remedies for Wrongs: Causation and Remoteness*, in: CHARLES RICKETT ED., JUSTIFYING PRIVATE LAW REMEDIES（Hart Publishing, 2008）301~；Matthew Harding, *Justifying Fiduciary Allowances*, in: ANDREW ROBERTSON & TANG HANG WU EDS., THE GOALS OF PRIVATE LAW（Hart Publishing, 2009）341~；Peter Devonshire, *Account of Profits for Breach of Fiduciary Duty*, 32 SYDNEY L. REV. 389(2010)；KATY BARNETT, ACCOUNTING FOR PROFITS FOR BREACH OF CONTRACT: THEORY AND PRACTICE（Hart Publishing, 2012）186~.

（１）原則的な取扱い

英米の多数の判例・制定法は、利益吐き出しが問題となる領域の大多数において、侵害者の主観的要件として、故意・悪意を要求している。たとえば、〔米 4〕Edwards 事件は、「適切な状況において準契約に基づく利益の回復を支持する先例であり、そしてまた、利益が故意による違法行為者からのみ回復可能であるとの一般的な立場への重大な支持を提供する。」と指摘されているように[3]、侵害者の悪意性が要求されている。

より具体的にみると、イギリス法では、①知的所有権侵害（1977 年特許法 62 条 1 項〔特許権侵害〕など。ただし、著作権侵害を除く〔後述〕）、②機密情報侵害（〔英 11〕Peter Pan 事件および〔英 12〕Guardian 事件。なお、〔英 18〕Seager v. Copydex Ltd.(No.2)事件[4]は、利益吐き出しを否定した際に、その理由を示さなかったものの[5]、confidant が善意の守秘義務違反の事案であった）、③契約違反（〔英 17〕Blake 事件）の領域で、またアメリカ法では、①有体物侵害（〔米 4〕Edwards 事件）や②知的所有権侵害（商標権侵害。著作権侵害を除く〔後述〕）の領域で主観的要件の充足が要求されている。学説においてもこうした主観的要件を重視する見解がみられる[6]。

以上の点を踏まえると、英米法は、利益吐き出しを認める際に、侵害者の主観的要件（故意・悪意）を重要な考慮因子としていること、逆に言えば、侵害者が善意（・無過失）であることは、利益吐き出しを否定する因子として考えられていることが明らかといえよう[7]。

その理由は、利益の清算がエクイティ上の救済であること――裁判所の裁量が大き

---

[3] PALMER, *supra* note 2, at 163.

[4] [1969] RPC 250. 本件事案の概要は次の通りである。すなわち、X は、Y 会社の使用人に新型のカーペットグリップ（v 字型の突起物および強いポイントを有した）のアイディアについて話した。その後、Y 会社は、独自のカーペットグリップを開発した。それはまた v 字型の突起物および強いポイントを有した。Y 会社は、彼らのグリップを開発し、そしてこの情報を使用する際に、X に対する機密保持義務を違反していることを認識していなかった（Y 会社は無意識的に、機密において彼らに与えられたアイディアを使用した）。X は、Y 会社に対して機密保持義務違反の理由による損害賠償または利益の清算を求めた。

[5] Jones①, *supra* note 2, at 486.

[6] BIRKS, *supra* note 2, at 326~. この点につき、ANDREW BURROWS, THE LAW OF RESTITUTION（Butterworths, 1993）395 も参照。

[7] PALMER, *supra* note 2, at 163.

く、侵害者の主観的態様に影響されやすい――が大きいが、その他にも利益吐き出しの根拠を抑止と解する見解からも説明できる。すなわち、善意無過失の侵害者は、その市場を迂回しようと試みなかったことや、彼らは他人の所有権のインテグリティを傷つけようとしなかったことなどが挙げられる[8]。もっとも、上記のすべての場面において利益吐き出しの根拠が抑止に求められているわけではない（たとえば、イギリス法の①の領域などは不当利得の防止が挙げられ、抑止論は説かれていないが、悪意が要求されている）。その意味で、理論的根拠と要件論が論理一貫して展開されているわけではないのである。

（２）例外的な取り扱い

他方で、こうした多数の判例・制定法の立場と一致しない領域もある。具体的には、①著作権侵害の場面と②信認義務違反の侵害の場面が挙げられる。すなわち、①著作権侵害の場面についてみると、たとえば、〔英 19〕Redwood Music Ltd. v. Chappell & Co Ltd.事件[9]や〔米 8〕Sheldon 事件は、いずれも善意の著作権侵害を理由とする利益吐き出しを肯定した。また、②信認義務違反の侵害の場面についてみると、たとえば、〔英 20〕Phipps v. Bordiman 事件[10]は、被告が信認義務に違反していることを知らなかったものの、利益吐き出しを肯定した（アメリカでも同旨とされる[11]）。このように①および②の場面では、判例・制定法は、侵害者の主観的要件を利益吐き出しの考慮因子としていないといえよう。

このような取り扱いの理由としては、①のようなビジネス競争を伴う不法行為の類型は、侵害行為がなければ被害者に侵害者が得た利益が帰属したであろうことが挙げられている[12]。つまり、被害者の損害を算定する代替として加害者の利益を見ているため、主観的要件は意味を持たないということであろう[13]。また②については、違反

---

[8] Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Reconceptualizing Trespass*, 103 NORTHWESTERN UNIVERSITY L. REV. 1823, 1858(2009).
[9] [1982] RPC 109.
[10] [1964] 1 WLR 993(HC).
[11] Production Machine Co. v. Howe, 327 Mass. 372, 99 N.E.2d 32(1951).
[12] PALMER, *supra* note 2, at 165.
[13] もっとも、他の知的所有権侵害（特許権や商標権）の文脈では、主観的要件が考慮要素になっている。これらの点と著作権の場面との一貫した説明は困難であると言われている（BURROWS, *supra* note 6, at 386）。

された信認義務の性質が重要な考慮要素として挙げられている[14]。

もっとも、このような善意の侵害を理由に利益吐き出しを認める判例・制定法の立場に対しては学説（とくに、抑止と解する見解）から多数の批判が加えられている。すなわち、――――

第1に、善意の著作権侵害による利益吐き出しに対しては、善意の著作権侵害による利益吐き出しは、(ア）著作物の適法かつ有益な使用の過剰抑止をもたらすこと、そして（イ）権原の調査費用の増加に伴う著作物のために市場需要の減少をもたらすとの指摘がなされている（とりわけ、アメリカ法においてこのような批判が散見される）[15]。敷衍すると次の通りである。まず（ア）については、利益吐き出しが善意の侵害者にも適用されるとすると、利益吐き出しに付随する証明問題――たとえば、吐き出すべき利益を算定する際の控除可能な費用の証明や著作物以外の要素に起因する利益の証明――は侵害者が負わされることになり、証明ができない場合には侵害者は善意であっても粗利益の支払いを命じられたり、またすべての利益を吐き出す責任を負う。このような厳格な責任に直面すると、潜在的な利用者は著作物の熟慮に基づく使用を完全に迂回し、あるいは見送ることになり、著作物に対する需要の減少をもたらす。そして需要の減少は、一般的な著作物の市場価格を下げ、さらに公の消費のために利用可能な作品数を減らすことになり、著作権法が存在する目的を妨げる。

次に（イ）について、著作物を使用し、または譲り受けたい者は、善意の侵害者にも適用される厳格な責任を前提とすると、注意深く、譲渡人の権原を調査しなければならない。しかし、この調査は著作権の登記制度のようなものが存在しないことを考慮すると、困難であり、著作物を使用することに付随する費用を増加させる。そして結果的に、そのような著作物の需要減少、市場価格の下落、著作物を創作する金銭的インセンティブの減少、公衆がアクセスする作品数の減少をもらし、最終的に著作権法の目的を妨げることになる[16]。以上を理由に著作権侵害による利益吐き出しに対しては学説により改革の必要性が説かれている。もっとも、本稿の立場からみると、この批判は、著作権侵害による利益吐き出しを――〔β〕損害代替型の枠内を超えて―

---

[14] PALMER, *supra* note 2, at 165.　なお、信託という社会的に重要な法制度を守る手段として利益吐き出しを正当化する I.M. Jackman, *Restitution for Wrongs*, 48 C.L.J. 302, 318(1989)では、受認者の主観的態様は、裁判所が吐き出しの範囲を決定する際の二次的な考慮要素に過ぎないと述べる。

[15] Ciolino, *supra* note 2, at 29-30.

[16] *Id.* at 31.

―〔α〕法政策型として正当化しようとする場合に妥当するものである点に留意されたい。つまり、〔β〕型の範囲であればこのような批判は妥当しない。

第2に、善意の信認義務違反による利益吐き出しに対しても、同様に、過剰抑止をもたらすとの懸念が示されている[17]。その理由としては、そのような厳格なルールは、受認者が、自己のみならず、本人に利益をもたらすであろう方法で、機会を求めることを阻止するからである。それゆえに、信認義務違反による利益吐き出しをめぐっても、改革の必要性が説かれている。この批判は、本稿の立場から見ても妥当といえよう。もっとも、その改革の仕方は、主観的要件のレベルで行う以外にも、効果論のレベル（たとえば、後述の手当の付与）で行うというやり方もあり（あるいは両者を組み合わせるやり方もある）、検討の余地があろう。

（3）小括

以上の従来の議論を踏まえると、利益吐き出しについての主観的要件は以下の【別表4】のとおりになる。結論として、主観的要件は原則要求されるが、例外的に要求されない類型もある（著作権侵害、信認義務違反）ことがわかる。しかし、これらの要件は、理論的根拠から一貫して展開されているわけではない点に留意されたい。

【別表4】主観的要件

被侵害法益	イギリス法	アメリカ法
〔ア〕有体物	―	故意・悪意を要求
〔イ〕知的所有権	故意・悪意を要求するタイプと要求しないタイプ混在	故意・悪意を要求するタイプと要求しないタイプ混在
〔ウ〕機密情報	故意・悪意を要求	？
〔エ〕人格財	？	―
〔オ〕信認関係	故意・悪意を要求しない	故意・悪意を要求しない
〔カ〕契約関係	故意・悪意を要求	？

第2款　客観的要件

次に、利益吐き出しが認められる権利・利益・関係の侵害の基準についてみてみよう。以下では、まず一般的な基準を取り上げ（→（1））、そのうえで、より具体的な基準を取り上げる（→（2））。

[17] たとえば、John H. Langbein, *Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?*, 114 YALE LAW JOURNAL 929(2005).

（１）一般的な基準

これまでの英米の判例の考察からは、利益吐き出しがどのような権利・利益・関係の侵害の文脈で認められるかを統一的に説明することができないことが明らかとなった（詳細は第 2 章を参照）[18]。そして、英米法は、――理論的根拠が一様でないことから明らかなように――アドホックにこの問題を対応しているといえよう。このような状況を踏まえ、学説は、実務に予見可能性を与えるために、どのような権利・利益・関係の侵害の場面で認められるべきかについてより一般的な基準を提示することを試みてきたものの（たとえば、所有権侵害の場面に制限しようとする見解などはその例である）、その前提となる理論的根拠自体が不十分であることから必ずしも成功しているとは言えない状況であった。

このような学説の状況に対し、近時のイギリスの判例である〔英 17〕Blake 判決は、利益吐き出しが認められるべき一般的な基準を明示した点で注目されている。すなわち、上記判決は、利益吐き出しを「例外的な状況」においてのみ認められる救済であると位置づけた[19]。さらに、この「例外的な状況」の判断基準として、上記判決は、①填補賠償の不十分性と②原告が被告の利益を上げる活動を阻止するに際して正当な利益が存在すること（Blake 事件では公益がそれに当たる）を挙げた。これらのうち、①は、エクイティ上の救済はコモン・ロー上の救済が不十分な場合のみ認められるとの伝統的な理解を踏まえたものであり[20]、エクイティのコモン・ローに対する配慮を示すものとして理解することができよう。

---

18 伝統的には、利益の清算が認められるか否かは、差止命令が認められるか否かに依存すると解されていた。そのため、差止命令が既に遅いことを理由に拒絶される場合には、利益の清算も利用できなかった（この点については、たとえば、Fiona Patfield, *The Remedy of Account of Profits in Industrial and Intellectual Property Litigation*, 7 UNSWLJ 189, 192(1984)を参照）。

19 この点については、BURROWS, *supra* note 2, at 670; JAMES EDELMAN, GAIN-BASED DAMAGES: CONTRACT, TORT, EQUITY AND INTELLECTUAL PROPERTY（Hart Publishing, 2002）152~を参照。

20 コモン・ローに対するエクイティの補充性については、田中英夫『英米法総論（上）』（東京大学出版会、1980）12 頁以下を参照。もっとも、補充性の原理についても緩和傾向がみられるが、この点については、樋口範雄「契約の特定履行――英米救済法研究のための覚書として」伊藤正己還暦『英米法の諸相』（東京大学出版会、1980）601 頁以下などを参照されたい。

もっとも、学説ではこれらの基準が不明瞭であるとの指摘がなされている[21]。具体的には以下の通りである。すなわち、――――

第 1 に、①の填補賠償の不十分性という意味が一義的には明らかといえないという点である。たとえば、Blake 判決は、秘密諜報活動に関する情報開示が市場価値を有しないことを不十分性の根拠としている[22]。しかし、このような十分性の解釈はその後の判例[23]で採用された解釈――損失が被られていないとしても、また被られたと証明され得ないとしても、十分になり得るとの解釈――と矛盾すると指摘されている[24]。それゆえに、利益の吐き出しの利用が一定の場面に限定されるという点では同じでも、文脈により、①の解釈の仕方は異なることから、この基準は不明瞭であるといえよう。

第 2 に、②の正当な利益の存在と①との関係が明確とは言えない点である。たとえば、②の一場面として①は想定されており、その他の場面でも認められ得る余地を残す基準なのかどうかなどが問題となるが、Blake 判決からはこの点は明らかとは言えない。

第 3 に、利益吐き出しを認める判例は、故意的ないし意図的な契約違反の事案であるが、これらの主観的要件が上記の「例外的な状況」の充足において必要条件となるか否かについて明確とは言えない。

以上の点に鑑みると、イギリス法（およびアメリカ法）において「利益吐き出し責任がいかなる基準の下で課せられるか」は不明確なままであり、利益吐き出しの「一貫し、かつ当事者が予見可能な基準を明確にすること」が今後の判例（および学説）の課題として残されているといえよう[25]。

（２）具体的な基準

もっとも、こうした一般的な基準に対して、個別の文脈では、より具体的な基準が

---

[21] たとえば、Ralph Cunnington, *The Measure and Availability of Gain-based Damages for Breach of Contract*, in: DAKHONGIR SAIDOV & RALPH CUNNINGTON EDS., *CONTRACT DAGAMEG: DOMESTIC AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES*（Hart Publishing, 2008）207, at 235.

[22] Okeoghene Odudu & Graham Virgo, *Inadequacy of Compensatory Damages*, 17 R.L.R. 112, 118(2009).

[23] Devenish Nutrition Ltd. v. Sanofit-Aventis SA, [2008] EWCA Civ 1086

[24] Odudu & Virgo, *supra* note 22, at 118.

[25] このような観点から検討を加えるものとして、BARNETT②, *supra* note 2 が挙げられる。

示されている。これまでの考察を踏まえると、少なくとも以下の 3 つの基準を抽出することができるであろう。

第 1 に、「権利の脆弱性」という基準である。たとえば、信認義務違反の文脈ではこのような基準が説かれていた[26]。すなわち、信認関係は、受認者に裁量を与えるため、濫用されやすいという性格を有するがゆえに、利益吐き出しが認められることは先述したとおりである。こうした基準は、有体物の侵害を理由に利益吐き出しが一般的に認められないこととの関係からも一定の説得力を持つといえよう（なお、不動産侵害である〔米 4〕Edwards 事件において認められのは、地下の土地を侵害するという被害者が侵害行為を認識できないという特殊事案であり、上記の理解と矛盾するものではない)。

第 2 に、「損害の立証困難性」という基準が挙げられる。たとえば、知的所有権侵害や契約違反の文脈の場面では、被害者は、損害を立証することが困難になることがある。そのような場合に、侵害者が得た利益を損害算定の代わりとして用いられてきた。

第 3 に、「原状回復の困難性」という基準が挙げられる。たとえば、人格財侵害の場面では、一度侵害されると損害賠償によっては原状回復が困難となるから、原状回復に代わる賠償として利益吐き出しが提唱されている。

このように、問題となっている権利・利益・関係の性質が一様ではないことを踏まえると、利益吐き出しの客観的要件としての基準も――理論的根拠を多元的に捉えるのとパラレルに――多元的に捉えていくべきではなかろうか。もちろん、こうした理解は、「一貫した」説明という英米法の目指す方向性とは矛盾するかもしれないが、他方で、多元的に理解すれば「予見可能性」のある説明という方向性には資するといえないであろうか。

第 3 款　因果関係要件

最後に、利益吐き出しが認められるためには、侵害者が侵害行為から利益を取得す

---

[26] たとえば、James Edelman, *Gain-Based Damages and Compensation*, in: ANDREW BURROWS & ALAN RODGER EDS., MAPPING THE LAW: ESSAYS IN MEMORY OF PETER BIRKS（Oxford U. P., 2006）141, at 149-150（信認義務違反の文脈を念頭に、「〔利益の吐き出し〕は、これらのケースにおいて正当化される。というのも、信託および信認関係に内在する脆弱性は、違反からの抑止のより高い程度により本人の権利のより大きな保護を要求するからである」と述べる）.

ることが必要かという点についてみよう。この問題は因果関係の問題として論じられており、より具体的には、事実的因果関係の問題（第 1 項）と疎遠性の問題（第 2 項）に大別される。以下では、順にみていくことにしよう。

第 1 項　事実的因果関係

（1）はじめに

まず事実的因果関係についてみよう。利益吐き出しを求める被害者（権利者）は、侵害者が取得した利益が、侵害行為から生じたものであることを証明しなければならない[27]。たとえば、あるイギリスの判例は、侵害行為と侵害行為の結果として取得された利益との間に「一定の合理的な関係（reasonable connection）」がなければいけないと指摘している[28]。そしてこのような因果関係は、事実的な観点から判断されてきた。すなわち、侵害者は、侵害行為がなければ、利益を上げることができなかった場合のみ吐き出す責任を負うことになる[29][30]。

（2）原則的な判断基準

具体的には、事実的因果関係の存否は以下の 2 点から判断される[31]。すなわち、――――

第 1 は、侵害者が代替手段（alternative）を使用することによりその利益を上げることができたか否かという点である[32]。代替手段がない場合（＝侵害した権利なしには商品を製造することができなかった場合）には、生じた利益は侵害行為に起因することになり、侵害行為と利得との間に事実的因果関係が肯定される（たとえば、〔英

---

[27] VIRGO, *supra* note 2, at 445 ; BURROWS, *supra* note 2, at 625.
[28] CMS Dolphin Ltd v. Simonet, [1979] AC 374（Lawrence Collins J）.
[29] Farnsworth, *supra* note 2, at 1343.　Murad v. Al-Saraj, [2005] EWCA Civ 959 para 62（Arden LJ）.
[30] なお、従来、利益吐き出しにおける因果関係の問題は必ずしも十分に論じられてきたわけではない。たとえば、GEORGE B. KLIPPERT, UNJUST ENRICHMENT（Butterworths, 1983）228（「原状回復法における因果関係の特別の注意がほとんど向けられてこなかった。疎遠性の側面としての因果関係の分析は、伝統的に、契約法および不法行為法における損害賠償ルールの議論に制限されてきた。」と指摘する）のほか、BIRKS, *supra* note 2, at 380; Yee, *supra* note 2 at 312 ; Mitchell, *supra* note 2, at 327-8 も同旨。
[31] 以下については、Patifeld①, *supra* note 2, at 19~を参照（機密保持義務違反を含む知的所有権の問題を中心に考察）。
[32] VIRGO, *supra* note 2, at 445 ; Farnsworth, *supra* note 2, at 1343. (1985).

11〕Peter Pan 事件など）[33]。これに対し、代替手段がある場合[34]には、その利益が侵害行為のみに起因するとは必ずしも言えないから、事実的因果関係は否定される[35]。利用可能な代替手段があることを証明する責任は、侵害者に課せられる（たとえば、〔英 8〕Potton 事件は、侵害者がその建物を建築するために別のデザインを使用したであろうことを証明できなかった事案と位置づけられる）[36]。

第 2 は、侵害者と取引に入った第三者がその侵害行為がなくても侵害者と取引をしたか否かという点である。侵害行為がなくても第三者と取引をしていた場合には、その利益は侵害行為に起因するとはいえず、事実的因果関係は否定される。たとえば、〔英 10〕My Kinda 事件は、被告は原告の使用するレストランの名称と類似するレストランの名称を使用すること（詐称通用）により、利益を取得した事案であった。本件において、被告は、利益の清算が命じられた。というのも、顧客が被告のレストランを原告のそれと混同したからであった。つまり、侵害行為（詐称通用）がなければ、第三者（顧客）は被告のレストランを使用しなかったということである。

（３）例外的な判断基準

以上のような事実的因果関係の判断基準は、大多数の利益吐き出しの場面に妥当するものであるが、一部の利益吐き出しの類型では、こうした基準を満たしていないときでも利益吐き出しが認められることがある[37]。具体的には、信認義務違反の場面が挙げられる。判例は、信認義務違反と利益取得の間に事実的因果関係がない場合にも、

---

[33] GOFF & JONES, *supra* note 2, at 759.

[34] それにもかかわらず、被害者の権利を侵害する理由としては、侵害者が侵害することによりその製品をより効率的に製造することが可能となる点が挙げられる（GURRY, *supra* note 2, at 424-5）。

[35] BURROWS, *supra* note 2, at 625（違法行為者が違法行為にかかわらずその利得を上げたならば、一般的には原状回復的救済の正当化根拠は存在しない、と指摘する）.

[36] Bently①, *supra* note 2, at 110 ; VIRGO, *supra* note 2, at 515（信認義務違反の場面を念頭に置いた上で、特定の利益が義務違反から得なかったことを証明する責任は受認者に課せられる。その理由は、受認者が義務違反からあらゆる方法で利益を得るべきではないとする原理（no-profit 原理）により正当化される。結果的に、すべての利益がその違反から生じると推定され、そして、受認者がこれがそうではないと証明することになる、と指摘する）。

[37] VIRGO, *id.* at 446（「被告が信認義務違反から利益を取得したと主張される場合には、因果関係の基準がもっと寛大に解釈されるとのいくつかの証拠がある」と指摘する）.

受認者に利益吐き出しを認めており、受認者にとって厳格な基準を採っている[38]。たとえば、〔英 21〕Murad v. Al-Saraj 事件[39]において、控訴院の多数意見（Arden 判事および Jonathan 判事）は、利益の清算の事実的因果関係の問題について、「受認者が、その当事者が損失を出したことを証明することができるという事実は、Regal 事件（注：先述の〔英 14〕事件）の先例に基づくと、利益の清算に関する限り、関連しない考慮である。」と述べた上で、「私の考えでは、Regal 事件からは、たとえ信認義務違反がなかったとしても、受認者がその利益を上げたであろうということは抗弁ではない」と述べた[40]。要するに、本判決は、信認義務違反がなくても、受認者がその利益を上げた場合（＝因果関係が存在しない場合）にも、利益の吐き出しを認めたわけである[41]。このような利益の清算が拡張される実質的根拠としては、法は受認者に厳しい水準を課し、そして効率性の観点から、そして受認者に不正行為への誘惑に抵抗

---

[38] Mitchell, *supra* note 2, at 335 を参照。

[39] [2005] EWCA Civ 959(CA). 本件の事案の概要は以下の通りである。すなわち、Y（Al-Saraj）は、X1（Murad）を説得して、いっしょにホテルを購入することにした。Y は X1 に当該ホテルの価格が 410 万ポンドであると述べ、そして Y がその購入に対して現金で 50 万ポンドを出資し、X1 およびその姉 X2 が現金で 100 万ポンドを出資し、そして残額（260 万ポンド）を銀行から借り入れると述べた。Y は、彼自身の現金出資分、および彼がその取引を X1 に持ち掛けたという事実、そして彼がその購入後そのホテルを経営することになるという事実を考慮して、当該ホテルの転売に関する資本利益が半分ずつ分けられるべきであること、また利益は等しく分配されるべきこと（各 1／3）を提案した。X1 らはこれらの提案に合意し、そしてその購入手続きが進められた。Y は X1 らの代わりにその購入手続を行い、そして事実上彼らの代理人として行動した。2002 年に、X1 は自分が騙されていることを知った。そのホテルの価格は 410 万ポンドではなく、360 万ポンドであった。X1 らは詐欺不実表示および信認義務違反を主張して、2003 年に訴訟を提起した。Y は購入価格に 50 万ポンドを寄与したが、彼の寄与はホテルの売主との相殺合意によるものであった。なお、本件については、Tom Fyfe, *Equity's inflexible rule under scrutiny: Murad v. Al-Saraj*, TRUSTS & TRUSTEES 28(2006)を参照。

[40] *Id.* at [67].

[41] VIRGO, *supra* note 2, at 446. もっとも、多数意見に対し、反対意見は、因果関係による制限に積極的な立場を示している。すなわち、Clark 判事は、信認義務違反がなければ Y がその利益を上げたか否かの問題は、Y の清算責任の有無とは関係しないとしつつも、利益の清算の範囲の確定にとっては関連することを根拠に、多数意見のアプローチに異議を唱えた（at [141]）。「利益分配のための事前の合意があった。しかし、信認義務の詐欺による違反がなければ、その利益分配合意は、異なったであろうが、未だに利益分配合意は存在したであろう。そして裁判所は、［Y］により与えられた資料を前提とすると、彼にその利益の一定持分を認めないことは不衡平になるであろう」（at [160]）。Y が詐欺的に行動したことは、受認者が保持することを認められるべき利益の額の決定の要素にはなるものの、これに対する障害になるべきではないと述べた。

するインセンティブを受認者に提供する必要性があるという点が挙げられる[42]。すなわち、受認者が本人の利益に反して自己利益を追求することを阻止するために法政策的に利益吐き出しの要件が（受認者に不利に）緩和されているというわけである[43]。

第 2 項　疎遠性

（１）はじめに

次に、疎遠性についてみよう。不法行為に基づく損害賠償の文脈において、加害者の損害賠償責任は、疎遠性（remoteness）の原理に基づき制限されることは周知のとおりである[44]。こうした制限は、利益吐き出しの文脈にも妥当することが指摘されている[45]。すなわち、侵害行為と利得との間に事実的因果関係が認められるとしても、その利益は侵害行為と（法的な観点から見て）近接していなければならないのである[46]。このような制限がなされている理由としては、侵害者の侵害行為の結果から被害者を過剰に保護することになることが挙げられる[47][48]。

（２）具体的な判断基準

もっとも、侵害行為に起因して生じた利益のうちどの利益が近接するか（または遠いか）をどのように判断するかは、いまだ明確ではない[49]。たとえば、判例の中には、

---

[42] *Id.* at [74].

[43] たとえば、Virgo は、「信認義務違反による因果関係へのこのより寛大なアプローチは、おそらくは、信託関係および信頼関係の濫用の誘因から被告を阻止する必要性のためである」と述べる（VIRGO, *id.* at 446）。

[44] たとえば、望月礼二郎『英米法』（青林書院、1997）171 頁以下。

[45] BIRKS, *supra* note 2, at 351 ; VIRGO, *supra* note 2, at 447~ ; BURROWS, *supra* note 2, at 688 ; Bently①, *supra* note 2, at 111.　なお、疎遠性の問題も後述の吐き出すべき利益の範囲の問題であると論じる見解もある（Eisenberg, *supra* note 2, at 569~ ; BURROWS, *id.* at 688）。ここでは、これらの見解の当否については立ち入らない。

[46] 利益吐き出しの文脈における疎遠性は次のような形で問題となる。すなわち、たとえば、A が B の 10,000 ポンドを横領した場合に、A が違法行為により取得した利益は、10,000 ポンドであることは問題ない。これに対し、A が上記の 10,000 ポンドで株式を購入し、そしてその株式の価値が上がった場合に、値上がりの利益も吐き出しの対象となるか（VIRGO, *id.* at 447）。

[47] *Id.* at 447.

[48] もっとも、利益吐き出し全ての文脈で問題となるわけではないとされる。擬制信託の文脈では価値追及が可能であれば、価値代償物も吐き出しの対象となるとされる（*Id.* at 448）。

[49] *Ibid*（疎遠性原理の理解に依存すると指摘する）.

信認義務違反の領域において、受認者が第三者から取得した賄賂それ自体とその派生利益を区別し、利益吐き出しの範囲を前者に制限したものもみられる[50]。すなわち、直接の利益を超える利益は、「遠い」ものとして、対象外とされてきたわけである[51]。

これに対し、学説の理解は分かれており[52]、判例と同様の立場を示す見解もみられるが[53]、様々な要素（具体的には、①侵害者の主観的態様や②侵害者の時間・技術の程度）を考慮して裁判所に疎遠性をコントロールすることを認める見解もみられる。たとえば、（信認義務違反の場面ではあるが）善意の受認者は、「適切な種類の利益の合理的な予見可能性」の基準に服するが、不誠実の受認者は、彼は抑止および処罰を根拠に、より厳格な基準（違反の予見可能な結果であるか否かを問わない）を適用すると説く見解[54]なども見られる。この点は、いまだ英米法でも決着がついておらず、今後の課題となっているといえよう。

第 4 款　小括――「要件」の再構成

（１）議論の整理

以上の考察からは、英米法は、利益吐き出しの要件を次 3 つの点から見ていることが明らかとなった。

第 1 に、英米法は、利益吐き出しを認める際に侵害者の主観的要件を要求するかか

---

[50] Lister & Co. v. Stubbs, (1890) 45 ChD 1（per Lindley LJ）．もっとも、受認者が信認義務に違反して第三者から賄賂を取得した場面でも、吐き出すべき利益を直接的な利益に制限しておらず、賄賂およびそこからの派生利益にまで拡張することを認めた判例もある（A-G for Hong Kong v. Reid, [1994] 1 AC 324〔第三者から受け取った賄賂で購入した土地について〕）。ただし、擬制信託による価値追及によるものである。

[51] Halifax Building Society v. Thomas, [1996] Ch 217.

[52] BURROWS, *supra* note 2, at 688 を参照。

[53] VIRGO, *supra* note 2, at 448（具体例として、他人の車の無断使用の事案を挙げた上で、①無断使用者がその車の使用から得たすべての利益は、無断使用行為から直接的に生じたと言えるのに対し、②無断使用者が車の使用から直接に得た利益で株式を購入し、自己に支払われた配当金は直接的に生じたとはいえない、と述べる）。BIRKS, *supra* note 2, at 351-4 も同旨か（無授権の受認者の利益を回復する請求を含む違法行為の利益を回復する全ての請求が、「最初の差引き行為以外により受領したもの」に制限されると解する（それ以後の利得は remote として扱われる））。さらに、Eisenberg, *supra* note 2, at 569（契約違反により違反者が取得した利益を投資し、そしてその投資に基づきより大きな利益を取得した場合に、後者の利益も吐き出しの対象になるかについて、否定的立場を示す。その理論的根拠として、このような利得は、Hardley v. Baxendale 事件の予見可能性基準により遮断されることを挙げる）

[54] EDELMAN, *supra* note 19, at 108-11.

という点（①）である。この点について、英米の判例は、原則として利益吐き出しを肯定する際に、侵害者の主観的要件（故意性）を要求しているといえる。こうした傾向は、利益吐き出しの根拠を侵害行為の抑止に求める立場と調和するといえよう。しかし、判例は、例外的に、侵害者の主観的態様を問うことなしに、利益吐き出しを認める場面もある。具体的には、（ⅰ）著作権侵害や（ⅱ）信認義務違反の場面では、侵害者や受認者は、侵害行為または信認義務違反について善意の場合でも利益吐き出し責任を負う。ここでは、違法行為の性質や義務の重要性が考慮されているといえようか。もっとも、こうした取扱いに対しては学説からは過剰抑止をもたらすといった批判が提起されており、後述する効果論の文脈で一定の修正がなされている。

第2に、利益吐き出しが認められる権利・利益・関係の客観的な基準はあるのかという点（②）である。この点ついて、英米の判例は、「例外的な状況」に当たるか否かという一般的な基準を挙げる。しかし、このような基準は、不明確であると指摘されていた。そこでより具体的な基準として、（ⅰ）「権利の脆弱性」という基準、（ⅱ）「損害の算定困難性」という基準、（ⅲ）「原状回復の困難性」という基準が挙げられる。（ⅰ）は、信認義務違反を典型例とし、（ⅱ）知的所有権侵害を典型例とし、（ⅲ）は、人格財侵害を典型例とする。

第3に、侵害行為と侵害者が取得した利益との間に因果関係が存在するかという点（③）である。この点について、英米法は事実的因果関係の問題と疎遠性の問題に分けて論じている。前者については、英米の判例は、あれなければこれなしというレベルでの因果関係の問題であり、侵害行為がなければ利益を取得することができなかったかを基準に判断される。もっとも、例外的に、判例は、信認義務違反の場面では、信認義務違反がなくても利益を取得できた場合――すなわち、事実的因果関係がない場合――にも、因果関係を肯定する立場を採っている。

後者については、判例は、不法行為に基づく損害賠償と同様に、利益吐き出しの文脈でも疎遠性の制限を課している。ただし、その基準はいまだ明確とはいえず、今後の課題となっている。

（２）要件の再構成

以下では、上記の要件（（１）の①～③）につき、本稿が示した３つの類型――法政策型、損害代替型、自律的意思実現型――ごとに、再構成を試みることとする（【別表

5】も参照されたい)。

（ｉ）法政策型利益吐き出しの場合

まず法政策型についてみよう。この類型は、ある制度目的（たとえば、他人に事務を委ねる信託制度を維持するために、信認義務違反を抑止すること）を実現するための手段として、利益吐き出しを位置づける。そのため、①（主観的要件）や③（因果関係、とくに事実的因果関係）が要求されるかは、上記目的を効率的に実現するためにはどのように要件を設計するかという観点から判断されることになるであろう。またその際には、効果論も踏まえて、検討する必要がある。たとえば、①や③の充足を要求しつつ、効果論では広く吐き出しの対象とするという設計の仕方のほか、信認義務違反のように、①や③は要求せず（それにより、高度な注意義務を負う)、効果論のレベルで緩和するという設計の仕方もあろう。要するに、ここでの問題は、入口（要件）を広く捉えて、出口（効果）で絞るのがよいか、それとも最初から入口（要件）を狭くしておくのがよいかという制度設計問題に帰着する。もっとも、いずれの方式が望ましいかは本稿で立ち入った考察はできないものの、行為の抑制という観点からは、侵害者の主観的態様（①）の充足を要求するほうが制度設計をしやすいのではないかと考える（これに対し、③まで要求するかは、後述の効果論を踏まえた総合考慮（相関的判断）が必要となるから、ここでは留保しておく)。

また、②（客観的要件）については、権利・関係の脆弱性という基準が挙げられるであろう。その典型例は、信認関係である。しかし、それに限られるわけではない。信認関係と同様に、社会的に必要な制度であり、保護が必要な場合には、認められる余地がある。たとえば、知的所有権侵害の場合には、損害代替型として部分的には説明できるが、それで説明できない場合には法政策型として正当化される余地がある。しかし、後者の場面で認められるかは、情報の所有と利用の最適なバランスという知的所有権制度の目的[55]の観点から利益吐き出し救済がそのような目的を担うかを検討

[55] 知的所有権をめぐっては、情報の所有と利用とのバランスを図ることが必要であることは周知のとおりである（たとえば、吉田邦彦「情報の利用・流通の民事法的規制――情報法学の基礎理論序説」同『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2000）465頁以下（初出、1998）を参照)。この点につき、従来は、所有の側が強調されていたものの、近時は利用の側への配慮が説かれつつある（たとえば、特許権における差止請求権の制限や著作権におけるフェアユースの問題など)。なお、知的所有権の正当化根拠一般については、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(1)~(8)」知

したうえで、決するべきであろう。

（ⅱ）損害代替型利益吐き出しの場合

次に損害代替型についてみよう。この類型は、侵害者の利益と被害者の損害との間に関連性（因果関係）がある場面において認められるものである。このような類型においては、利益吐き出しの要件において①（主観的要件）を充足することは必ずしも必要とは言えない。それゆえ、不法行為や契約違反などの個別の要件でそのような要件が求められる場合は別として、利益吐き出し固有の問題としては要求されないであろう。また②（客観的要件）については、損害算定の困難性という基準が最も適切であり、その例としては、知的所有権侵害が挙げられるであろう。さらに③（因果関係要件）については、被害者の損害と侵害者の利益の間に一定の関係（因果関係）があることが当然必要となろう。

（ⅲ）自律的な意思実現型利益吐き出しの場合

最後に自律的な意思実現型についてみよう。この類型は、被害者の自律的な意思の実現のために特定履行救済として利益吐き出しを根拠付けるものである。もっとも、この類型については、判例では認識されていないことから、要件・効果については、この類型の提唱者である Dagan の説明に耳を傾けることが必要となろう。すなわち、①（主観的要件）について、Dagan は、利益吐き出しが認められるための直接の要件としては要求していない[56]。それゆえ、不法行為などの成否において要求される場合は別として、利益吐き出し固有の問題として要求されないであろう。また②（客観的要件）について、この類型は、損害賠償による原状回復が困難か否かを利益吐き出しが認められる権利か否かを基準とする。それゆえに、人格財侵害の場面（具体的には、プライバシー、ヒト由来物質、名誉など。英米では不動産もこれにあたる）において認められることになるであろう。さらに、③（因果関係）については、この類型の立

的財産法政策学研究 28 号 195 頁、30 号 163 頁、31 号 125 頁、32 号 45 頁、33 号 199 頁、34 号 317 頁、39 号 265 頁（2010~2012）を参照。

[56] たとえば、Dagan は、人格的性質の最も弱い資源については不適切な手段を根拠として侵害された場合のみ利益吐き出しを肯定する。それゆえに、被害者の自律的な意思の実現としての利益吐き出しの文脈では、そのような手段の不適切性という侵害者の主観的悪性は重視されていないようである（DAGAN, *supra* note 2, at 71~）。

場は不明である。しかし、ヒト由来物質の無断利用の事例を念頭にすれば明らかなように、侵害行為と利益取得の間に因果関係は必要といえようか。

【別表５】

	従来の立場	本稿の立場		
		法政策型	損害代替型	自律的意思実現型
①主観的要件	原則：必要 例外：著作権侵害、信認義務違反の場合、不要	必要	不要 ※不法行為・契約違反等の要件に依存	不要 ※不法行為の要件に依存
②客観的要件	例外的な状況 権利の脆弱性	権利の脆弱性	損害算定の困難性	原状回復の困難性
③因果関係要件（事実的因果関係）	原則：必要 例外：信認義務違反－不要	留保（効果論との総合考慮が必要）	必要	必要（？）

第２節　効果論――吐き出すべき利益の確定

本節では、利益吐き出しの効果論、とりわけ吐き出すべき利益の確定の仕方についてみていくことにしよう。先述の要件論が充足されたとしても、侵害者は侵害行為により取得された利益のすべてを吐き出す責任を負うわけではない[57]。

利益の吐き出しは、大きく以下の二つの作業を経て実現される。すなわち、①侵害行為から生じる粗利益（gross profits）を定量化する作業と②純利益（net profits）として最終的に吐き出されるべき額を決定する作業である[58]。まず①の作業で総売上げから仕入れ値を引いた「粗利益」を確定したうえで、②の作業で、粗利益から売上げに要した費用（たとえば、宣伝広告費用、人件費など）を控除することにより「純利益」を確定する。そして直接の吐き出しの対象は、後者の「純利益」であると解されている。

もっとも、どのように「純利益」を確定するかは必ずしも明確とは言えない。しかしながら、従来の英米の判例をみると、大別して３つの問題に分けて検討が行われていることがわかる。すなわち、第１に、侵害者が取得した利益から利益取得の際に被られた費用を控除するか（第１款）、第２に、侵害者の能力・才覚により利益が取得

[57] VIRGO, *supra* note 2, at 515；BURROWS, *supra* note 2, at 688（利益吐き出しとして吐き出すべき範囲の問題は、「別個の政策問題」であると指摘する）.
[58] Devonshire, *supra* note 2, at 389.

された場合に、侵害者に手当（allowance）を付与するか（第 2 款）、第 3 に、利益取得に侵害者の権利も寄与している場合には、侵害者と被害者の間で利益の配分（apportionment）を行うか（第 3 款）である[59]。以下では、これらについて順に従来の判例の立場に一瞥を与えたうえで、最後に本稿の立場から効果論を再構成することを試みる（第 4 款）。

なお、英米法では、利益吐き出しは、その根拠や適用範囲については理解が分かれるものの、一般論として認められることは異論がない。それにもかかわらず、実務では填補賠償が主張されるのが一般的であり[60]、利益吐き出しが主張されることは少ないとされる[61]。その原因は、利益の吐き出しにおいて吐き出すべき利益を確定することが必要となるが、①これが非常に複雑で当事者（被害者）にとっては使用しづらく[62]、②運用するには費用が掛かる点にある[63]。それゆえに、利益の吐き出しを実践的に利用しやすくするためにも、これらの確定プロセスを明確にすることが喫緊の課題とな

---

[59] これら以外の問題として、利益の評価の基準時をいつにするかという問題もある（受領日か、判決の日か、あるいはその他の日か）（Mitchell, *supra* note 2, at 328）。しかし、ここでは立ち入らない。

[60] たとえば、Hastie, *supra* note 2, at 18（「損害賠償はより効率的かつより素早い救済である」こと、また「裁判所は裁量を行使して、清算が非常に複雑であり、そして機械的処理にとどまらない場合には、清算を命じることを拒絶し得る」ことを指摘する）．もちろん、違法行為の類型によって事情は異なることもある。たとえば、機密保持義務違反では、confider にとっては差止命令が主たる救済手段であったため、利益の吐き出し救済は周辺的にしか論じられてこなかったとされる（Jones②, *supra* note 2, at 59）。

[61] たとえば、Mitchell, *supra* note 2, at 328（信認義務違反の文脈を念頭に置いた利益吐き出しルールが、数百年間存在したものの、それが違法行為により填補賠償責任を課すルールと比べあまりエンフォースされておらず、その結果として、利益を吐き出す受認者の責任範囲を決定するルールは、比較的未発達のままである、と指摘する）.

[62] たとえば、Jones①, *supra* note 2, at 487（「利益の清算は悪名高いほど算定することが困難であり、そして長期かつ費用のかかる訴訟を導き得る」と指摘する）; GURRY. *supra* note 2, at 418（「主たる困難性は、被告の総利益の配分に関係した。というのも、彼は原告の財産の不法な使用に帰するべき利益のみ清算する責任を負うからである」）．判例も同様の理解を示す（たとえば、〔英 12〕Guardian 事件において、Goff 判事は、「Sunday Times がその違法行為から生じる利益を清算する責任を負うべきではない理由を理解することはできない。もっとも、この救済に付随するすべての困難性およびその（おそらく非常に）技術的な性質に服するが」と述べる（at 667））。この点につき、Bently①, *supra* note 2, at 107~も参照。

[63] たとえば、Ciolino, *supra* note 2, at 17（侵害者の利益救済は、適用することは困難であり、運用するには費用が掛かり、そして効果において恣意的であると指摘する）. さらに、利益の清算のこうした実務上の問題点を踏まえ、廃止すべきとまで説く見解として、Patfield, *supra* note 2, at 1 が挙げられる。

っている。

第１款　費用の控除

（１）はじめに――判例・制定法の立場の概観

まず侵害者は利益取得の際に被った費用を控除することができるかという点について従来の理解を確認しよう。この点につき、英米の判例は、費用の控除を一般的に認める傾向がある[64]。たとえば、イギリス法では、著作権侵害（〔英 8〕Potton 事件）、詐称通用（〔英 10〕My Kinda 事件）、信認義務違反[65]などの文脈で（もっとも、機密情報侵害の場面では見解が分かれている[66]）、またアメリカ法でも、著作権侵害（かつて否定→肯定〔1978 年連邦著作権法 504 条(b)〕）や商標権侵害（Lanham 法 35 条）などの文脈でこうした理解が採られている。それゆえに、侵害行為を契機に侵害者が得た利益全体（総売上げ）が直接の吐き出しの対象になるわけではない。

こうした立場は、一部を除き、多くの判例が利益吐き出しの根拠を侵害者の処罰以外の要素に求めてきた点と一致するといえよう[67]。というのも、利益吐き出しが認められたとしても、侵害者は自己に直接の損失――自己の責任財産の減少――を被らないからである。

（２）控除すべき「費用」の範囲

もっとも、判例は、費用の控除を認めているものの、あらゆる費用を控除すべきとまで解しているわけではなく、被られた費用が「適切かつ必要」か否かで控除の可否を決していると説かれている[68]。しかし、「適切かつ必要」な費用とはどこまでを指すのかについての具体的な基準はこれまでの議論において明確にはされていないようである。従来の判例は、①直接の人件費など侵害する製品に直接関連する費用（直接経費）に制限する立場と②直接経費に限らず、運営費や所得税などの一般経費（間接経

64 VIRGO, *supra* note 2, at 515 ; Patfield, *supra* note 2, at 28 ;
65 Devonshire, *supra* note 2, at 40.
66 費用控除を否定したものとして、〔英 12〕Guardian 事件〔Keith 判事および Janucey 判事〕、肯定したものとして、〔英 11〕Peter Pan 事件〔Pennycuick 判事〕が挙げられる。
67 たとえば、Virgo は、合理的な経費を体現する総額のみならず、その利益を上げる際に被告により被られた費用を控除することは適切である、と述べる（VIRGO, *supra* note 2, at 515）。
68 Bently①, *supra* note 2, at 107.

費）の一部の控除を認める立場に分かれている[69]。①の立場は、間接経費を「適切かつ必要」な費用とは解さないということである。

なお、費用の控除に際して、裁判所は、侵害者の主観的態様も考慮要素に入れているともいわれる（たとえば、著作権侵害の場面では、侵害者が善意の場合には、裁判所は寛大な控除に寛大になるのに対し、悪意の場合には制限的になるとされる）[70]。ここでも善意の侵害者でも利益吐き出しを認める場面に対して修正がなされているとみることができよう。

（３）立証責任の問題

以上のような英米の判例・制定法は、利益吐き出しの対象を純利益に制限しているといえる。もっとも、被害者（権利者）は、純利益を立証する責任を負っているわけではない。この点、判例・制定法は、原告が被告の粗利益のみを立証すれば足り、被った費用の立証責任については被告、つまり侵害者に負わせている（たとえば、著作権侵害（連邦著作権法 504 条(b)）や商標権侵害（Lanham 法 35 法）などの場面ではそうである）[71]。

さらに、侵害者の売上情報はもっぱら侵害者自身の占有ないし支配内にあることを考慮し、裁判所は売上げを証明する被害者の努力にかなり寛大になる傾向があることも指摘されている[72]。具体的には次の通りである。まずもし侵害行為による売上額が厳密に確定され得ないならば、裁判所はあらゆる疑問や不確実性を被告に不利に解する傾向がある。また被告がその現実の売上げについて開示しないとき、裁判所は状況証拠やその回復額を決定するために利用可能な証拠から推定して決定し得る。さらに裁判所は、売上げに関する証拠開示手続において被告が協力しないことを吐き出すべき利益の額を増加させる根拠として使用する。要するに、利益の算定の作業は、損害

---

69 Barber, *supra* note 2, at 173-4（商標権侵害の文脈）. たとえば、アメリカの商標権侵害の文脈では、①の立場を採るものと巡回区（第 3、第 5、第 7、第 11 巡回区）と②の立場を採る巡回区（第 2、第 4、第 9 巡回区）に分かれている。

70 Ciolino, *supra* note 2, at 20.　Paul H. Hubbard, *Monetary Recovery Under the Copyright, Patent and Trademark Acts*, 45 TEX. L. REV. 953, 959(1967)は、一般的に、判例において所得税の控除が認められるか否かを決する際に侵害者の主観的要素が考慮されていると説く。

71 Barber, *supra* note 2, at 168.

72 *Ibid.*

賠償における損害額の算定ほどの正確さを要求されていないということである[73]。こうした判断の背後には、侵害者が被害者の権利等を侵害したことから利益吐き出しの問題が生じており、侵害者の行為に起因する困難性は侵害者が負担するべきであるとの価値判断があるといえよう（とりわけ、侵害者が悪意の場合にはそうである）。

第２款　能力・才覚を理由とする手当

（１）はじめに

次に、吐き出すべき利益である「純利益」を確定する際に、侵害者の能力・才覚を考慮するかという点に従来の理解を確認しよう。具体的には、侵害行為による取得された利益が、他人の権利・利益のみならず、侵害者の能力・才覚による場合に、侵害者の寄与分は手当（allowance）の付与という形で考慮されるのか。この問題は、とりわけイギリス法においては、「公正な手当」（fair allowance）または「エクイティ上の手当」（equitable allowance）の可否として論じられている[74]。先述の費用の問題と異なり、この問題は裁判所の裁量にゆだねられている[75]。そして、結論を先取りしていえば、そのような考慮は、非常に例外的な場面――具体的には、善意の侵害行為を理由に利益吐き出しが認められる場面――でしか認められていない。また認められる場合には、どのように根拠付けられるかが問題となっている[76]。以下ではこの点についての議論が多いイギリス法を中心にみていくことにしよう[77]。

（２）判例の状況

まず判例についてみよう。判例は、原則として能力・才覚を理由とする手当の付与

---

[73] たとえば、〔英 17〕Blake 事件において、Nicholls 判事は、違法行為の遂行から生じた利益の算定において絶対的な正確性を要求しないと述べる（at 288）。

[74] Harding, *supra* note 2, at 341.

[75] その含意は、侵害者が手当を要求する権利を有しないということである（Harding, *supra* note 2, at 349）。

[76] Aitken, *supra* note 2, at 61 ; Palmer, *supra* note 2, at 157 : Harding, *supra* note 2, at 344. この点は、とりわけ、利益吐き出しの根拠を抑止に求めると、手当付与の正当化が困難であることが指摘されている。たとえば、後述の〔英 21〕Guinness plc v. Saunders 事件において、Goff 卿は、手当が、抑止の目的と衝突しない範囲で正当化され得ると述べており（at 700）、両者が本来的に矛盾するものであることが認識されている。

[77] この問題をどこで扱うか自体も見解が分かれる。たとえば、因果関係の一種として扱う見解もある（VIRGO, *supra* note 2, at 446~）。

を認めず、例外的に（ｉ）信認義務違反の場面や（ii）著作権侵害の場面においてのみ、認める傾向がある。順にみると次の通りである。すなわち、（ｉ）信認義務違反の場面では、たとえば、〔英 20〕Phipps v. Bordiman 事件（善意の信認義務違反の事例）において、Wilberforce 判事は、「受益者が、それを生んだ技術および労働に対価を支払うことなしにその利益に介入し､そして取得することは現在不衡平になるであろう」と述べる[78]。また（ii）著作権侵害の場面では、たとえば､〔英 19〕Redwood 事件[79]（善意の著作権侵害ケース）において、Goff 判事は、「自由な手当〔の付与〕が侵害者の技術および労働を理由になされるべきである」と述べる[80]。そして判例はこうした考慮をする根拠として、「正義」ないし「衡平」や「誠実性」などを挙げる。

注意すべき点は、これらの事例は、利益吐き出しが受認者ないし侵害者の主観的態様を問うことなしに認められる類型であり、また実際に善意の事案であったという点である（本章第 1 節第 1 款参照)。従来から善意の受認者や侵害者にまで利益吐き出しを認めるという立場に対しては学説の批判が加えられ、改革の必要性が説かれてきた[81]。こうした批判を踏まえると、このような判例の立場は、手当の付与という形で厳格な責任を緩和したものといえよう[82]。それゆえに、これらの場面においても、受認者ないし侵害者が悪意の場合には､手当付与は認められていない。たとえば､〔英 8〕Potton 事件（悪意の著作権侵害）において、Millett 判事は、侵害者が彼の時間および努力を理由に公正な手当を求める権利を有するとしつつも、結論として手当付与を否定した[83]。

こうした判例の立場を裏付けるように、判例は利益吐き出しの際に侵害者の主観的要件（悪意）が要求される場面では、能力・才覚による手当付与を認めていない。たとえば､〔iii〕守秘義務違反の場面では、侵害者に能力・才覚による手当付与は認めら

---

78 *Id.* at 1018.
79 [1982] RPC 109.
80 *Id.* at 132.
81 Mitchell McInnes, *Account of Profits for Breach of Fiduciary Duty*, 122 L.Q.R. 11(2006).
82 Mitchell, *supra* note 2, at 327.
83 もっとも、信認義務違反の領域においては、悪意の侵害者にも能力・才覚による手当を肯定した判例もあり（O'Sullivan v. Management Agency and Music Ltd. [1985] 1 QB 428(CA)）、この判例と善意の場合のみに制限する上記判例との整合性が問題となるが、ここでは立ち入らない。

れなかった[84]。また、〔ⅳ〕契約違反の場面を見ると、〔英 17〕Blake 事件（故意による契約違反の事例）においても、貴族院は、契約違反者の能力・才覚を理由に公正な手当を付与することに否定的である。

もっとも、信認義務違反の場面については、その後の判例の中には否定的な立場を示したものもある。たとえば、〔英 21〕Guinness plc v. Saunders 事件（会社の取締役の信認義務違反の事案）[85]において、貴族院は、受認者への手当付与の正統性に疑問を提起した。その理由として、①会社自治の原則の問題（当該会社の定款に手当付与する規定が設けられていない場合には、認められない）と②受託者は信託捺印証書に規定がある場合を除き報酬を請求することはできないとの信託法上の基本原理の 2 点が挙げられている[86]。ただし、②の点については、そのような手当の付与によって受認者が個人の利益と本人の義務とが衝突とする立場に置くことを推奨しない例外的な場合――すなわち、善意の場合――は除かれると述べられた。この点、〔英 20〕Bordiman 事件の原告は、善意であると認定されたものの、実際は悪意に近かったとの指摘もなされており[87]、こうした理解を前提とすれば矛盾するとはいえないであろう。このような善意・悪意で区別するという判例の態度は、利益の清算がエクイティ上の救済――それゆえに、裁量性が強く、被告の主観的要素に影響されやすい――であることを踏まえると、理解できる[88]。

（３）学説の議論状況

次に学説についてみると、この問題は、従来それほど関心の対象とされてこなかったものの[89]、先述の諸判例（とくに、〔英 20〕Bordiman 事件）の登場を契機に、議論の俎上に載せられ始めた。学説の多数は、能力・才覚を理由に手当を付与することに

---

84 Queen Productions v. Music Sales(CA 1981, unreported)（機密情報である本のアイディアの悪意による侵害のケース）．本件につき、Bently②, *supra* note 2, at 13 を参照。

85 [1990] 2 AC 663(HL).

86 *Id.* at 692(Lord Templeman), 701(Lord Goff). 以上につき、VIRGO, *supra* note 2, at 516-7.

87 この点につき、VIRGO, *id.* at 519（〔英 21〕Guinness 事件において、貴族院は被告である取締役が善意で行動したと仮定したが、悪意の疑いがあったと指摘する）を参照。

88 Jones①, *supra* note 2, at 487.

89 Aitken, *supra* note 2, at 52（驚くことに、そして一般的な重要性にもかかわらず、手当の問題はコメンテーターの注目を大きく集めなかった、と指摘する）．

肯定的な立場を採るものの、あくまで従来の判例と同様に、〔ⅰ〕信認義務違反や〔ⅱ〕著作権侵害の文脈においてのみであり、他の文脈にまで一般化を志向するものではない点に留意されたい。学説の議論状況を一瞥すると次の通りである（主として、〔ⅰ〕を念頭に置くものであるが、〔ⅱ〕にも部分的に妥当する）。

まず否定説は、受認者または侵害者の能力・才覚による手当付与を否定する根拠として、以下の点を挙げる[90]。すなわち、①手当を付与する説明方法が不確実であること[91]、②手当を付与することは、吐き出すべき利益の範囲を制限し、結果的に信認義務違反の抑止という目的と矛盾すること[92]、③考慮しなければ不衡平または不当である（後述の肯定説②）とするならば、利益の吐き出しが不衡平または不当であることを是認すること[93]（以上の①～③は〔ⅱ〕にも妥当する）、④受託者が信託捺印証書において明示的に規定された場合を除き、受託者が信託財産になした役務を理由に報酬を求める権利を有しないとの信認法の基本原理と矛盾すること[94]、⑤受認者の役割は、受益者の利益のために行動することであるから、受認者が自身の技能、努力、労働、眼識、そして経験を用いることは当然であること[95]（以上の④⑤は〔ⅰ〕にのみ妥当するであろう）などを挙げる[96]。

次に肯定説は、受認者または侵害者の能力・才覚による手当付与を肯定する根拠として、①これらの考慮は「費用」として考慮するにすぎず、「利益」を得ることを可能にするものではないから、否定説②のような批判（違法行為の抑止との矛盾）は妥当しないこと[97]、②考慮しないと本人は受認者の損失で不当な利得を得ること[98]、③利益の清算というプロセスがそうした手当の付与を当然に要求すること[99]、④受認者の

---

90 Palmer, *supra* note 2, at 146.
91 VIRGO, *supra* note 2, at 517（ただし、Virgo は否定説を支持するものではない）.
92 たとえば、Aitken は、「受認者をその最も高い基準に拘束させることにより、受認者を非難するが、同時に彼に間接的に報酬を与える制度について奇妙なことがある」と述べる（Aitken, *supra* note 2, at 56）。
93 Palmer, *supra* note 2, at 158.
94 Aitken, *supra* note 2, at 50.
95 Palmer, *supra* note 2, at 158.
96 そのほかにも、契約違反による利益吐き出しの文脈を念頭に置いたものとして、⑥契約が成立した後に、高値を付けるものを探し、不当に契約を違反することで利益を取得した場合には、その利益を違反者の功績によるものとして認めるべきではないことが挙げられる（Eisenberg, *supra* note 2, at 569）。
97 VIRGO, *supra* note 2, at 517.
98 VIRGO, *id.* at 517.
99 BURROWS, *supra* note 6, at 412.

能力・才覚は功績（desert）という観点から正当化されうること[100]、⑤受認者の利益は信認義務違反からのみ生じたわけではないから、手当付与という形で利益を配分することが望ましいこと[101]（以上の①～⑤は〔ⅱ〕にも妥当するであろう）などが挙げられる[102]。

ここでは両説のいずれが望ましいかという点については立ち入らず、理解が分かれていることのみ確認するにとどめる。

（４）小括

以上の考察を踏まえると、英米法は、侵害者の能力・才覚による手当を付与することに消極的な立場を示しているといえよう。その理由としては、利益吐き出しの根拠を抑止論に求めると、手当の付与がそのような目的に反するという点が挙げられる。もっとも、上記でみたように、英米の判例は、一定の場面において能力・才覚を考慮し、手当の付与を認めている。具体的には、信認義務違反と著作権侵害の場面が挙げられる。その理由は、これらの場面では、善意の受認者ないし侵害者でも利益を吐き出させられるという点に求められる。こうした立場は、このような場面にまで利益吐き出しが認められるのが過剰な抑止をもたらすとの批判を踏まえ、判例が厳格な立場を緩和したものと理解できる。

第３款　利益の配分

（１）はじめに

最後に、侵害者と被害者の間で利益の配分を行うかという点について従来の議論を確認しよう。侵害行為により侵害者が得た利益は、侵害行為のみならず、それ以外の寄与原因（contributory cause）（たとえば、侵害者の権利や市場の力など[103]）に起因

---

100 Harding, *supra* note 2, at 350~. このような理解は、利益吐き出しの根拠を抑止としたうえで、抑止という価値を上回る価値により手当の付与を正当化しようとするものである。

101 VIRGO, *supra* note 2, at 518.

102 なお、契約違反の文脈でも一定の場合には、利益配分が認められる場面があると説く見解もある（Eisenberg, *supra* note 2, at 599）。

103 侵害者の能力・才覚をここで考慮することも可能である。たとえば、ある論者は、契約違反による利益吐き出しの文脈において、違反者の利得が約束者の技術から生じた場合に、利益配分という問題が生じると説く（Farnsworth, *supra* note 2, at 1347~）。一般的には、手当の付与よりは、利益の配分のほうが、配分額が大きくなるであろう。

することがある。このような場合に、第１に、当該利益を被害者と侵害者との間で「配分」（apportionment）するか、第２に、配分を認める場合には、何ゆえ認められるのか、第３に、配分する場合にどのように行うかが問題となる。以下、順にみていくことにしよう。

（２）利益の配分の可否

まず第１の点についてみると、侵害者は他人の権利の侵害行為により得た利益にのみ責任を負い、被害者は侵害行為に起因する利益に対してのみ権利を有する[104]。それゆえに、侵害行為が利益の唯一の原因である場合を除き、侵害行為に起因する利益とそれ以外の原因に起因する利益を区別すること――すなわち、利益の配分――が必要となる。

具体的には、①著作権侵害、②特許権侵害、③商標権侵害・詐称通用、④機密情報の侵害、⑤信認義務違反、⑥契約違反の各場面において利益の配分が問題となる[105]。これらのうち、①～④の場面では概ね認められる傾向がある。たとえば、〔英 8〕Potton 事件は、著作権侵害による利益吐き出しが問題となったものの、被告が得た利益の大部分が原告の権利以外の要素に帰することができた事案であり[106]、原告がすべての利益吐き出しを主張したのに対し、被告が利益の大部分が侵害行為以外の要素に起因するものであるとして[107]、配分を主張した事案であった。本件において裁判所は、利益配分の可能性を示唆した（もっとも、本件では結論として否定したが）。また〔英 10〕My Kinda 事件（詐称通用）では、「いずれの当事者も他の者に正当に帰属するものを有しないであろう」と述べられ、利益配分がなされた[108]。こうした状況は基本的にアメリカ法でも同様である（①著作権侵害[109]、②特許権侵害[110]、③商標権侵害[111]の場面）。

---

104 GURRY, *supra* note 2, at 1424 ; Bently②, *supra* note 2, at 10.

105 ⑦人格財侵害の場面でも問題となりうるが、判例の立場は不明のため、省略する。

106 Bently①, *supra* note 2, at 110-1.

107 本件は、著作権侵害により生じた利益の大部分が原告の著作権（デザイン）以外の要素（具体的には、家の価値の増加、広告費用、マーケティングなど）に帰することができた事案であった。

108 [1982] 8 FSR 147, 159.

109 アメリカ法は当初これに否定的な立場を採っていたが、その後肯定する立場に転換した（PALMER, *supra* note 2, at 89）。すなわち、否定判例は、利益の配分の可能性に言及しつつも、当該利益のどの部分が侵害者固有のものであるかは明らかではなく、利益を分けることが「不可能」であることを根拠に配分を否定し、被告に全ての利益の吐き出しを命じた（Collaghan v. Myers, 128 U.S. 617(1888) ; Belford v. Schribner,

さらに、これらの領域では、判例は、利益の配分について数学的な正確さを要求して

144 U.S. 488(1892). これらについては、PALMER, *id.* at 171 に負う)。しかし、その後の〔米 8〕Sheldon 事件（本件は、被告が原告の著作権で保護された脚本（play）を用いて、映画を作成することにより利益を上げたことを理由に、原告が著作権侵害を理由に利益吐き出しを求めたのに対し、被告は、自己が得た利益の大部分が、被告が「購入し、そして対価を支払った」要素――すなわち、俳優、舞台面、プロデューサー、ディレクター、そして一般的な諸経費――に帰すべきものであるとして、利益の配分を主張した事案である）では、利益をすべて原告に帰属させることは明らかに不公平であったが、他方で正確な配分は不可能であったにもかかわらず、利益の配分を肯定した。第 2 巡回区控訴裁判所は、以下の理由に基づき、原告に被告が得た利益の 1/5 を付与すると判示した。すなわち、①被告は原告の財産と自分自身の財産を混和することから生じる困難の多くを受け入れることに同意しなければならない。また②その付与はすべての誤りの合理的な機会において原告に有利に解されなければならない（106 F.2d 45, 41(2d Cir. 1939)）。最高裁は、控訴裁判所の一般的な立場および結論を支持した。さらに、次のように述べた。すなわち、その利益がその著作権で保護された資料の使用に完全に帰すべきではないことを証拠が示しているとき、その証拠が「分割の公正な根拠を提供する」のに十分であるならば、配分はされるべきである（309 U.S. at 408）。

110 アメリカ法では、特許権侵害による利益吐き出しは現在認められていないことは先述した。もっとも、それ以前に認められていた時代においては、侵害者への利益の配分は認められていた。争いがあったのは、原告（被害者）と被告（侵害者）のいずれが合理的な近似値を立証する責任を負うかという点であった。原告とした判例もみられたものの、前述の〔米 7〕Sheldon 事件以後は、特許権侵害の場面も、被告が負うと解された（PALMER, *supra* note 2, at 174）。なお、現行特許法は、利益吐き出しを特許権侵害による救済手段としては排除しているものの、侵害者の利益を損害賠償（逸失利益や合理的実施料）の算定基準とすることまでは排除していないとされる。そのため、配分の問題は、現行法の下で全く生じない問題というわけではない。

111 アメリカ法では、Lanham 法施行以前の判例は、商標権侵害を理由とする利益吐き出しの文脈で、利益の配分の問題を認識しつつも、利益を配分することが困難であることを理由に、否定していた（たとえば、〔米 9〕Hamilton-Brown 事件では、最高裁判所は、回復可能な利益が侵害行為に帰するべき利益に制限されるべきであるとの被告の主張を拒絶した)。しかし、Lanham 法施行以後の判例の中には、肯定的な立場を示したものも少数ながらみられた。たとえば、1980 年の Holiday Inns, Inc. V. Airport Holiday Corp., 493 F. Supp. 1025 (N.D. Tex. 1980)が挙げられる。本件では、かつての X（Holiday Inns）のフランチャイジーであった Y（Airport Holiday）が、フランチャイズ契約の終了後も「Holiday Inn」の商標を使用し続けたのに対し、X が Y に対し X の商標を使用することから得た利益の吐き出しを求めた事案である。第 1 審は、Y のビジネスの 70%については Y の個人的な努力に帰することができる毎週の取引に起因するものであるのに対し、30%については「Holiday Inn」という商標を見る Y の常連客からの一時的な取引に起因するものであるとの Y の証明に基づき、Y の利益の 30%のみがその侵害行為に帰することができると判示した。第 5 巡回区は第 1 審の判断を是認した。もっとも、侵害者が故意のケースでは、――吐き出すべき利益が侵害行為にすべて帰すことができるわけではないにもかかわらず――侵害するマークの下での売上げ（sales）からのすべての利益が付与されるべきと判示した巡回区もある（第 8 巡回区)。その根拠として、完全な利益吐き出しが、故意による侵害行為の抑止として必要であることが上げられた（Barber, *supra* note 2, at 172)。

おらず、合理的な近似値（approximation）で足りると判示している[112]。要するに、裁判所は、これらの算定の困難性ゆえに、被害者が不利に扱われるべきではないと解しているわけである[113]。また利益の配分についての立証責任は、侵害者が負うと解されている[114]。

以上の①～④に対し、⑤信認義務違反の場面では、利益の配分は原則として認められていない[115]。先述したように、近時の判例は、信認義務違反の厳格性を緩和するために善意の受認者に手当の付与を認めてきた。しかしながら、判例による改革は手当の付与までにとどまり、利益の配分を認めるまでにはいたっていないとされる[116]。

なお、⑥契約違反の場面では、問題となっている状況により、取り扱いが異なるであろう。たとえば、〔米 16〕EarthInfo 事件は、契約において被告が寄与することが要求されていたため、利益配分は不当ではないとして肯定した（利益配分を認めないと、原告に不当な棚ぼたを残すことになる）。しかし、こうした扱いは、〔米 15〕Snepp 事件にも妥当するとは解することができない。というのも、後者の場面では、被告が得たロイアリティ料は、被告の努力にほとんど帰することができ、利益の配分を認めると、利益吐き出しが無意味になるからである。すなわち、ここでは本を書くために自分自身の能力・才覚を用いることこそが被告の違法行為（契約違反）であったからである[117]。

（３）利益配分の根拠

次に、第２の点、すなわち、どのように利益の配分が根拠付けられるかという点についてみよう。この点につき、このような場合に、侵害者が得た利益をすべて吐き出させ、そして被害者に帰属させることは、却って不公平な帰結――棚ぼた的利益――

---

112 GOFF & JONES, *supra* note 2, at 759; Normann Witzleb, *Justifying Gain-Based Remedies for Invasions of Privacy*, 29 OXFORD J. L. S. 325, 361 (2009).

113 GOFF & JONES, *id.* at 759（困難性およびコストは、その原告の利益の清算請求を否定する理由とは解されるべきではない、と指摘する）; Jones①, *supra* note 2, at 487 も同旨。

114 PALMER, *supra* note 2, at 172 ; GOFF & JONES, *id.* at, at 759（機密保持義務違反の文脈において、「その利益の何割が機密情報の使用以外の要素に起因することができるかの証明負担は confidant に課せられるべきである」と述べる）. Jones①, *supra* note 2, at 487 も同旨。

115 Devonshire, *supra* note 2, at 404.

116 Mitchell, *supra* note 2, at 327.

117 Eisenberg, *supra* note 2, at 600-1.

をもたらすことになることが根拠として挙げられている[118]。換言すると、侵害者が「自分自身のもの」から生じた利益を保持することを認めつつ、被害者が原状回復法を通じて棚ぼた的利益を得ることを排除し、そして侵害者が不公正に罰せられることを阻止することに求められている[119]。たとえば、著作権侵害の場面では、著作権者は、彼の最大の期待をはるかに超える金銭的な棚ぼたを回復することを認められるべき説得的な理由はないと説かれる[120]。先述の①～④の領域では、侵害者が得た利益を被害者の損害を算定する際の基準として用いられているものの、侵害者の利益と同等の利益を被害者が取得することができるのが通例であるという経験則がないことを踏まえると[121]、こうした利益の配分は正当化することができるであろう。

（４）利益配分の方法

最後に、第３の点、すなわち、どのように利益の配分を行うかという点についてみよう。この点につき、個々の制定法（たとえば、連邦著作権法）は、何ら具体的な指針を示していない。このような作業は、非常に複雑であることが認識されており[122]、またそもそも寄与原因（contributory cause）と費用（expense）を明確に区別することができるのについても疑問が提起されている（たとえば、〔英 14〕Potton 事件では、家が建築される土地を購入する費用は、出費とされたのに対し、キッチンのデザインは、配分が必要となる「寄与原因」としてみなされた）[123]。

それゆえに、裁判例の中での利益配分の仕方は一様ではない。具体的には、著作権侵害の場面では、①全製品の費用に対する侵害された著作物の公正な市場価値の比率を使用して、純利益を配分する方法（費用基準アプローチ）や②全製品を構成する表現の量に対する侵害された資料の量の比率を使用して、純利益を配分する方法が挙げ

---

118 なお、1976 年著作権法 504 条(b)は、「侵害者の利益を立証する際に、著作権者は、侵害者の総売上（gross revenue）のみの証拠を提出することを要求され、そして侵害者は自己の控除可能な費用および、著作権で保護された作品以外の要素に帰するべき利益の要素を証明することが要求される。」と規定する。このような規定の下でも、侵害者の証明する責任は合理的な近似値で足りると解されるべきといえよう（PALMER, *supra* note 2, at 172）。

119 Ciolino, *supra* note 2, at 20.

120 *Id.* at 22.

121 こうした点は、わが国でも指摘されているところである。たとえば、中山信弘『特許法（第３版）』（弘文堂、2016）390 頁以下参照。

122 Bently②, *supra* note 2, at 11.

123 *Id.* at 12.

られる[124]。たとえば、①のアプローチの下では、侵害された著作物を使用するライセンス料が 1 ドルであり、そしてその製品の総費用が 5 ドルであるならば、侵害者は純利益の 5 分の 1 を吐き出さなければならない。これに対し、②のアプローチの下では、侵害する資料が製品全体の 4 分の 1 を構成するならば、侵害者は純利益の 4 分の 1 を吐き出さなければならない。それゆえに、配分に関する判例法は、恣意的な近似値、矛盾する結果、そして一般的な混乱を示しているとされる[125]。

（5）小括

以上から、英米法は、知的所有権侵害のように、被害者の権利と侵害者の権利とが組み合わされて利益が取得される場面では、――具体的な配分の仕方は確立されていないものの――利益の配分を原則として認めているといってよいであろう。その根拠は、棚ぼた論の回避という点に求められる。ただし、信認義務違反は法政策的な理由から例外的な取り扱い（厳格な取り扱い）がなされている。

第 4 款　小括――「効果」の再構成

（1）議論の整理

以上の考察からは、英米法は、利益吐き出しの効果を次の 3 つの問題に分けていることが明らかとなった。

第 1 に、侵害者は、侵害行為による利益を取得する際に被った費用を控除することができるかという点（④）である。この点につき、英米の多くの判例・制定法は、控除を肯定する立場を採っているといえよう。こうした立場は、従来の判例が利益吐き出しの根拠を侵害者の処罰という点に求めてこなかった点を踏まえると、理解することができるであろう。

第 2 に、侵害者は、侵害行為により取得された利益が自己の能力・才覚に部分的に起因する場合には、手当の付与を求めることができるかという点（⑤）である。この点につき、従来の判例は、原則して、手当の付与を認めていない。しかし、判例は、例外として、信認義務違反および著作権侵害の場面では、手当の付与を認めている。というのも、これらの場面は、主観的態様を問うことなく利益吐き出しが認められる

[124] Ciolino, *supra* note 2, at 22-3.
[125] *Id.* at 24.

ものの、こうした取扱いに対しては、学説からの批判が強いこともあり、判例は厳格な立場を修正する必要があったからである。

第 3 に、侵害者は、侵害行為により取得された利益が被害者の権利以外の自己の権利の寄与が働いている場合には、利益の配分を求めることができるかという点（⑥）である。従来の判例は、知的所有権侵害の場面では利益の配分を認める傾向がある（侵害者自身の知的所有権も用いることが多いから）のに対し、信認義務違反の場面ではこれを認めない傾向があるといえよう。侵害者の善意・悪意と連動していない点を見ると、（第 2 の点での）過剰抑止の問題は別考慮のようにみえる。

なお、この吐き出すべき利益の額を厳密に特定することは困難であり、裁判所は、侵害行為の遂行から得た利益の決定において絶対的な正確性を要求していない。その背後には、侵害者の違法行為を契機に、被害者が不利な立場に置かれるべきではないとの価値判断があるように思われる。

（２）効果の再構成

以下では、上記の効果（（１）④～⑥の点）につき、本稿が示した 3 つの類型ごとに再構成を試みたい。

（ｉ）法政策型の利益吐き出しの場合

まず法政策型についてみよう。この類型の下では、効果論は、利益吐き出しにより保護しようとする制度の目的の実現にとって、利益吐き出しが十分に機能するかという点から――要件論も踏まえつつ総合考慮的に――検討がなされなければならないであろう。たとえば、信認義務違反の場合には、受認者にどこまでの吐き出しをさせれば、受認者の裁量権濫用を効率的に阻止することができるかという観点から検討されなければならない。極論すれば、④～⑥のすべてを否定して、すべて吐き出させるという方法もありうるが、そのような方法は過剰な抑止となるため、英米法でも採られておらず、一定の限定がなされている（④（費用控除）および⑤（手当付与）の範囲で制限する）。もっとも、こうした判例の理解の前提には、要件論を厳格に解するとの英米の伝統的理解がある。それゆえに、要件のほうで制限して、効果を広く解釈するという方向性もあり得よう。この点は、事前的な視点からの制度設計の問題であり、どちらの制度が受認者の行動を最適にコントロールできるかという視点から検討しな

ければならないであろう。このような制度設計の詳論は、本稿では行えないものの、先述したように、本稿は主観的要件（①）を要求するべきと解しており、その他の要件（特に、因果関係要件（③））と効果論（④～⑥）とを総合考慮的に判断することになろう。

（ⅱ）損害代替型の利益吐き出しの場合

次に、損害代替型についてみてみよう。この類型は、被害者の損害と侵害者の利益の間に一定の関係性（因果関係）がある場合に認められるものである。それゆえに、あくまで吐き出すべき「利益」および「範囲」は、被害者の損害に制限されることとなる。それゆえに、④～⑥はすべて認められることになろうであろう。特に、棚ぼたにならないためにも⑥の利益の配分が不可欠となる（この点を正確に実現できるかがこの類型の最大の問題であろう）。

（ⅲ）被害者の自律的な意思実現型の利益吐き出しの場合

最後に、自律的な意思実現型についてみよう。この類型については、判例は念頭においておらず、他の類型と同視して扱ってきた（たとえば、〔英 12〕Douglas 事件は、守秘義務違反による利益吐き出しの根拠が妥当すると指摘した）ことから、判例法をそのまま用いることはできないであろう。

それゆえに、この類型の下での効果論は、――要件論と同様に――この類型（理論的根拠）の提唱者である Dagan の説明に耳を傾けるべきこととなろう。すなわち、Dagan は、④（費用控除）については肯定的立場を採っている。というのも、費用の控除を否定すると、侵害者の責任財産の減少（没収）を伴い、利益吐き出しに懲罰的要素が含まれることになるからである[126]。また⑥（利益の配分）については、人格財以外の文脈（たとえば、著作権侵害）では説いているものの（Dagan は「均衡利益 proportional profits」という算定基準を解く）、人格財侵害の文脈では、被害者の自律的な意思の実現という点からはこのような両当事者にとって有益な取引を事後に再

[126] HANOCH DAGAN, UNJUST ENRICHMENT:A STUDY OF PRIVATE LAW AND PUBLIC VALUES（Cambridge U. P., 1997）13. なお、費用の問題については、侵害者が利益取得に投下した労働や時間（サービス）を費用として控除することを認めるか否かという問題がある。しかし、Dagan は、この問題が事務管理に伴う利得押し付け問題と同様の困難な問題を提起するとして、考察の対象から除外している（*Id.* at 13 n.3）。

構成するにすぎない均衡利益という基準をとることはできないとして、すべての利益を吐き出すべきと解いている。最後に、⑤（手当付与）については直接の言及はみられないが（⑥は物理的な寄与との関係で論じられており、それ以外の要素については不明である)、⑥の理解を前提とすれば、否定されようか。

【別表 6】

	従来の立場	本稿の立場		
		法政策型	損害代替型	自律的意思実現型
④費用の控除	肯定	留保(要件③との総合考慮)	肯定	肯定
⑤手当の付与	原則：否定 例外：肯定	留保(要件③との総合考慮)	肯定	否定（？）
⑥利益の配分	原則：肯定 例外：否定	留保(要件③との総合考慮)	肯定	否定

第 3 節　本章の小括

最後にまとめておこう。本章は、第 2 章および第 3 章の考察で明らかにした利益吐き出しの 3 つの理論的根拠ないし類型を踏まえたうえで、英米法における利益吐き出しの要件・効果を再構成することを試みた。こうした試みを行った理由は、英米法において利益吐き出しが認められるものの、その際の理論的根拠が十分に詰められていないこともあり、理論的根拠と対応する形で要件・効果を考えるという視点が貫徹されていなかったからである。本稿の 3 つの類型毎に要件（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・才覚による手当付与、⑥利益の配分）を仮説的に述べると、次の通りである（なお、併せて【別表 7】も参照されたい)。

まず、〔α〕法政策型について。この類型は、先述したように、被害者の棚ぼたという問題を是認しても、侵害者の侵害行為を抑止する必要性がある――侵害された権利・利益・関係が脆弱である――場合に、法政策的に利益吐き出しを認めるものである（要件②)。そのため、その他の要件・効果をどう設計するかも政策的にならざるを得ない。というのも、侵害行為を抑止する必要性が高いとしても、過度に厳格な責任は、却って望ましくない結果を導く可能性があるからである。この点につき、本稿は、主観的要件（①）の充足を前提としたうえで、その他の要件（③）と効果（④～⑥）を相関的・総合的に考慮する必要があると考える（もっとも、その詳細はここでは留

保せざるを得ない）[127]。

次に、〔β〕損害代替型について。この類型は、先述したように、被害者の損害の算定が困難であり、かつ侵害者の利益が被害者の損害と一定の関係性（因果関係）を有する場合に、利益吐き出しを認めるものである。この類型の下では、要件②については、損害算定の困難性という特質がクローズアップされる。具体的には、知的所有権の権利内容の特殊性（たとえば、特許権は、「市場機会の排他的な利用権」という権利内容の特殊性[128]）から、損害の認定・算定が困難な場合に、認められることになろう。要件①は、不法行為や契約法などで損害賠償の要件として要求されているものにとどまり、利益吐き出し独自の要件としては不要である。また要件③は、この類型の性格から当然に要求される。他方で、効果①～③も、この類型の性格上、すべて考慮されることになろう。とくに、棚ぼた論との関係で⑥の利益の配分が必要である。

最後に、〔γ〕自律的な意思実現型について。この類型は、被害者の原状回復が損害賠償によって困難な場合に、被害者の自律的な意思の実現という点から、原状回復に代わる賠償として利益吐き出しを認めるものである。この類型の下では、要件②は、損害賠償による原状回復の困難性という点に求められる。また要件③についても必要と解されるが、要件①については不要とされる。他方で、効果①は、ここでの利益吐き出しが懲罰でないことから、考慮されることになるものの、⑤については否定されている（⑥についても⑤と同様である）。

以上が利益吐き出しの理論的根拠ないし機能に即した英米の利益吐き出しの要件・効果の枠組みである。もちろん、ここでの考察はいまだ不十分な点があり、今後さらに詰めていくことが必要である。しかし、従来の議論においては、理論的根拠と要件・効果を接続して検討するという意識が十分にみられなかったことを踏まえると、こうした考察は従来の議論を一歩前進させるものとして一定の意義があると言えないであろうか。

---

127 それゆえに、法命題としては、（ルール型ではなく）スタンダード型となるであろう。ルールとスタンダードについては、森田果「最密接関係地法――国際司法“Rules versus Standards”」ジュリ 1345 号（2007）66 頁を参照。

128 森田宏樹「知的財産権侵害による損害賠償に関する規制の改正の方向――実体法の観点からの立法論的検討」財団法人知的財産研究所『知的財産侵害に対する損害賠償・罰則のあり方に関する調査研究所』（平成 9 年度特許庁工業所有権制度問題調査報告書）（1998）33 頁、特に 41 頁を参照。

【別表 7】

	〔α〕法政策型	〔β〕損害代替型	〔γ〕自律的意思実現型
①主観的要件	必要	不法行為法や契約法による。	不要
②客観的要件	権利の脆弱性	損害の立証の困難性	原状回復の困難性
③因果関係要件	留保（効果論との総合考慮）	必要	必要
④費用の控除	留保（要件論との総合考慮）	肯定	肯定
⑤才覚による手当付与	留保（要件論との総合考慮）	肯定	否定（？）
⑥利益の配分	留保（要件論との総合考慮）	肯定	否定

結章　終わりに――議論の整理および日本法への示唆

最後に、前章までの議論を整理し（第 1 節）、そこから日本法にいかなる示唆を与えることができるかについて若干言及し（第 2 節）、ひとまず本稿を閉じることとしたい。

第 1 節　議論の整理

まず本稿の問題意識を再確認し（第 1 款）、第 2 章から第 4 章までにおける英米法の考察の結論を示す（第 2 款）。

第 1 款　はじめに――本稿の問題意識

（1）本稿の課題

まず、本稿の目的を振り返っておこう。本稿は、近年比較法において注目を集めている、「利益吐き出し」法理を取り上げ、その理論的な根拠を検討することを目的とした。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②利益吐き出しの根拠は、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）を明らかにすることを課題とした。

こうした課題を設定した理由――従来のわが国の議論状況に対する筆者の問題意識――は、以下の 2 点にある。

第 1 は、わが国における従来の利益吐き出しの議論は、どのように利益吐き出しを既存の法制度の中で実現するのかを中心に展開され、理論的根拠が十分に検討されていないという点にある。すなわち、わが国では、利益吐き出しを直接に認める法制度が存在しないこともあり、従来の民法学説の関心は、法律構成に向いていた（たとえば、準事務管理構成、不法行為構成、不当利得構成など）。しかし、利益吐き出しの本質的な問題は、――好美清光が指摘したように――実質的根拠をどう解するかという点であり、それをどのように実現するかは二次的な問題に過ぎない（前者の問題を明確に言えないのであれば、そもそも後者の問題を論じる意味はないともいえる）。ところが、こうした根拠論として挙げられるもの（制裁・抑止説）には、多数の問題が残されているにもかかわらず、十分な検討がなされていなかった。

第 2 に、わが国の利益吐き出しの主たる根拠論である制裁・抑止説は、すべての利益吐き出し事例を根拠付けることができるのかという点にある。とりわけ、人格権侵害による利益吐き出しと知的所有権侵害によるそれは、その根拠付けが異なるのではないか。すなわち、従来のわが国の利益吐き出しの議論では、利益吐き出しが認められるべき権利・利益の主要なものとしては、人格権と知的所有権が主として議論の俎上に載せられてきた。しかしながら、これらは権利の性質において本質的に異なる。というのも、本来的に譲渡可能性を前提とする知的所有権とそれを当然の前提としない人格権は、性格を大きく異にするからである。もっとも、従来の議論においては、両者は無体物（情報）としての側面が注目され、同列に論じられてきた。すなわち、知的所有権から議論が展開され、権利の脆弱性――侵害が容易で、かつ発見が困難であること――という点で共通する人格権にも前者の議論が類推され、同一の理論的根拠（制裁・抑止説）の下で利益吐き出しが説明されてきた（たとえば、窪田）。しかし、こうした理解は人格権の特殊性を無視しており、権利の性格の違いに留意して、根拠を検討していく必要があるのではないか。

（２）検討素材

以上の二つの理由から、上記の①および②の課題を立て、検討を進めてきた。その際に、本稿は、人格権侵害の側から問題を検討し直す必要があるのではないかと考えた。その際に、本稿は、《ヒト由来物質の無断利用》という問題を検討素材として取り上げることとした。その理由は、以下の 2 点にあった。

第 1 に、わが国における人格権侵害による利益吐き出しの議論が不十分であるという点にある。わが国の裁判例では、この問題は（慰謝料があることもあってか）直接には顕在化しているわけではない。そのため、この問題の素材として従来議論の俎上に載せられてきたのは、比較法、とりわけドイツのモナコ王女事件（パブリシティ類似の権利侵害の事案）をめぐるものにとどまった[1]。しかし、近時アメリカでは、医師や研究者が患者の身体の一部（ヒト由来物質）を無断で利用して、特許を取得し、莫大な利益を収受したのに対し、患者が無断利用を理由に利益吐き出しを求める事例が

[1] たとえば、花本広志「人格権の財産的側面――パブリシティ価値の保護に関する総論的考察」独協法学 45 号（1997）241 頁以下、藤原正則「利益の吐き出し責任――ドイツの一般人格権の侵害の事例に即して」藤岡康宏編『民法理論と企業法制』（日本評論社、2009）171 頁、特に 188 頁参照。

顕在化している。このようなヒト由来物質も、近年の先端医療技術の発展に伴い、使用・交換価値を持ち、財産的性質を帯びているものの、他方でヒト由来物質はその人格との結びつきの強さも意識されており、完全に商品化されているわけではない（たとえば、ヒト由来物質の提供者は、誰にそれを与えるかを重視し、知らない人が自己のそれを使用することに抵抗感を持つのはそれゆえである)。それゆえに、この問題は、人格権侵害による利益吐き出しの問題を検討する素材として有益であると思われる。

第 2 に、この問題を検討することは、利益吐き出しにとってのみならず、今後わが国において同様の紛争が起こった際の問題解決の手がかりを与えることができるという点である。わが国では現在のところ、ヒト由来物質の無断利用という問題は起こっていないものの、こうした問題がアメリカで登場した背景となる法制度をわが国も導入されていることを踏まえると、近い将来同様の問題が起こり得ることも予想される。その際に、ここでの考察は検討の手がかりを与えることができると思われる。

以上の理由から、本稿は、ヒト由来物質による利益吐き出しの問題、すなわち、何ゆえヒト由来物質の利用者（医師・研究者）は、収受した利益を吐き出さなければならないか、また何ゆえその利益は由来者（患者・提供者）に帰属するのか（特に、後者）を問うこととした。これにより上記①および②の課題に必然的に応答することになるであろう。

第 2 款　英米法の考察の結論

（1）アメリカ法におけるヒト由来物質の無断利用

まず、アメリカ法においてヒト由来物質の無断利用と利益吐き出しという問題が、どのような背景の下で登場し、どのような形で論じられているのかを考察した（第 1 章）。そこでの結果を述べると次の通りである。

第 1 に、Moore 事件以前の人体ないしその部位をめぐる議論状況を概観した（第 1 章第 1 節）。ここでは、Moore 事件以前には、科学技術の問題もあり、人体から派生する利益の問題は顕在化していなかったということ、しかしながら、その後の①バイオテクノロジー研究の発展、②連邦最高裁の特許法解釈の変更（遺伝子特許の承認)、③連邦政府の研究特許政策の変更（国費による研究成果の私的所有の承認）といった科学技術の発展、法制度の変更、さらに社会背景の変化に伴い、こうした問題が顕在化したこと、そしてこのような状況下で Moore 事件が登場したことを示した。

第 2 に、Moore 事件を概観し、その意義を明らかにした（第 1 章第 2 節）。ここでは、Moore 事件を紹介した。とりわけ、本件において、カリフォルニア州の控訴裁判所が、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しに肯定的な立場を示し、この問題に対する関心が高まった。もっとも、最高裁の多数意見は、肯定することによる医学研究への影響を考慮して、利益吐き出しに否定的な立場を採った。そのため、多数の学説の批判を受けることとなった。

第 3 に、Moore 事件以後の学説の議論状況を概観した（第 1 章第 3 節）。Moore 事件を契機として、学説では、ヒト由来物質の無断利用から生じた利益の帰属をめぐり、大々的に論争が展開されるに至った。そこでは、大きく《肯定説 vs 否定説》という対立図式の中で議論が展開されていた。肯定説は、――その根拠付けの仕方、法律構成、吐き出しの範囲、さらに解釈論によるか立法論によるかなどの細部では理解が分かれるものの――多数意見のようにインフォームド・コンセントによる患者（被験者）の保護が十分ではないとの考えでは一致していたものの、否定説の根拠の一つである、患者に利益が帰属する根拠が明確ではないという批判に対して正面から応答することができていなかった（政策論の観点から患者への利益帰属をなし崩し的に認めるにとどまった）。それゆえに、この点を解明することが肯定説を維持するうえで不可欠であるといえよう。そして本稿は、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しの根拠の手がかりを英米法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。

（２）英米の伝統的な利益吐き出しの根拠論

次に、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しの理論的根拠の手がかりを求めて、従来利益吐き出しが問題となってきた文脈を取り上げ、そこで挙げられていた利益吐き出しの理論的根拠を抽出し、その批判的な検討を行った（第 2 章）。具体的には、①有体物侵害（不動産と動産）、②情報侵害Ⅰ（特許権、著作権、商標権・詐称通用）、③情報侵害Ⅱ（機密情報）、④人格財侵害（プライバシー）、⑤関係侵害Ⅰ（信認義務違反）、⑥関係侵害Ⅱ（契約違反）の場面を取り上げた。そこでの結果を述べると次の通りである。

第 1 に、英米法は、利益吐き出しを肯定する際に、一つの根拠によってすべての事案を説明するのではなく、文脈により根拠を変える多元的な立場を採っているという

ことである（第 2 章 1 節)。具体的には、イギリス法とアメリカ法で若干の違いがあるものの、(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、(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が挙げられていた。もっとも、一つの文脈で複数の根拠が挙げられることもあり、どれが本質的な根拠かは不明確であった。

第 2 に、従来の理論的根拠を批判的に考察すると、それぞれの根拠には理論的な問題があることが明らかとなった（第 2 章第 2 節)。もっとも、そのような中でも、適用範囲を限定すれば、一定の有用性のある根拠もあった（具体的には、(ⅱ）と（ⅴ）である)。しかし、これらの根拠をもってしても、人格財である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ことはできないことが明らかとなった。そこで、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は、従来の議論で説かれていたもの以外の根拠を考える必要があると考えるに至った。

いずれにせよ、以上の考察からは、利益吐き出しの根拠を多元的に捉えるべきとの本稿の構想は、一定の比較法的支持を得ることができた。そして、上記の二つの根拠から二つの利益吐き出しの類型が構想された。すなわち、〔α〕法政策型利益吐き出し（法政策型）と〔β〕損害額算定代替型利益吐き出し（損害代替型）である。

（3）近時のアメリカの利益吐き出しの理論的根拠

さらに、伝統的な根拠論からヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しを正当化することの限界を踏まえ、近時のアメリカ原状回復法の有力学説である Hanoch Dagan の利益吐き出しの根拠論を取り上げ、上記文脈への応用可能性を検討した（第 3 章)。その結果は次の通りである。

第 1 に、Dagan は、利益吐き出しをエクイティ系列の特定履行救済と位置づけ、しかもその意味を Calabresi & Melamed のプロパティ・ルールとして捉えたうえで、被害者の自律的な意思の実現という点に利益吐き出しの根拠を求めていることが明らかとなった。

第 2 に、Dagan の提唱する利益吐き出しは、損害賠償による原状回復が困難な場合に、原状回復に代わる賠償として位置づけられるから、一度侵害されると原状回復が困難な権利・利益侵害の場面に制限されることが明らかとなった。具体的には、人格財が最適な例として挙げられることになるであろう。というのも、人格財の場合には、

権利者の侵害されたモノに対する主観的価値と客観的価値との間に不一致があり、損害賠償では原状回復ができないことが多いからである（もっとも、何が人格財に当たるかは、個別の文脈にも依存する点に留意）。それゆえに、Dagan の説く見解をヒト由来物質の無断利用に利用することができることが明らかとなったといえよう（Dagan も自身の理論がヒト由来物質に妥当するとの立場を示しており、利益吐き出しの必要性を提唱している）。

以上の考察から、利益吐き出しの根拠を多元的に捉えるべきという本稿の構想は、さらに補強されたと言えよう。すなわち、先述の〔α〕型および〔β〕型の 2 つの類型に加えて、第 3 の類型として〔γ〕自律的意思実現型利益吐き出し（自律的意思実現型）を構想することができるといえよう。

（4）根拠の類型に応じた要件・効果の再構成

最後に、利益吐き出しの根拠に即して、英米の利益吐き出しの要件および効果を再構成することを試みた（第 4 章）。すなわち、従来、英米法では、利益吐き出しの根拠が多数挙げられ、混在していたことから、要件および効果との関連性が不明瞭であった。これに対し、本稿は、第 2 章および第 3 章の考察を通じて、利益吐き出しの根拠を明確にし、類型化した（具体的には、〔α〕法政策型、〔β〕損害代替型、〔γ〕自律的意思実現型である）。これにより、従来精緻化されていなかった英米の利益吐き出しの要件・効果を理論的根拠に即して再構成することが可能となったため、試論的に検討を加えた。

第 2 節　日本法への示唆

これまでの考察を通じて、本稿は英米法の利益吐き出し法理の理論的根拠の多元性――制裁・抑止以外の根拠が挙げられていること――を明らかにした[2]。このような結

[2] こうした理解は、英米法のみならず、ドイツ法においてもみられる。たとえば、藤原・前掲注(1)173 頁以下は、ドイツ法において、制裁・予防の観点とは異なる利益吐き出しが認められる場面（具体的には、窃取された動産が点々譲渡された場合に、権利者の善意の中間処分者に対する売却代金（利益）の返還請求が認められる）があることを指摘しており、有体物との関連で別の根拠（おそらく代償理論）が挙げられている。ドイツにおける代償理論については、さしあたり、多治川卓朗「代償請求権と調整機能――利益吸い上げ機能との関連に着目して」荒井誠＝山本敬三編『ドイツ法の継受と現代日本法』（日本評論社、2009）297 頁を参照されたい。

果を踏まえると、英米法では、利益吐き出しは多元的に機能しているとみることができるであろう。そこで次に本節では、以上の英米法の考察から日本法への示唆を求めることとしたい。具体的には、まず本稿がどのように法体系の異なる英米法の議論からわが国への示唆を得ようとするかについて簡単に言及しておくこととする(第1款)。そのうえで、英米法の議論状況を踏まえ、二つの問題――利益吐き出しの問題とそれ以外の問題――に焦点を置いて、わが国への議論への示唆を求めることとする(第2款、第3款)。最後に、本稿に残された問題に言及することとする(第4款)。

第1款　はじめに――英米法と日本法との接続の仕方

本稿は、利益吐き出しの理論的根拠を明らかにし、そしてその際に多元的に捉えることを課題とした。このような課題に対し、英米法は、比較法の立場から、一定の支持を与えてくれるものであるといえよう。もっとも、英米法の議論を直ちにわが国に直輸入することは慎重にならなければならないであろう。というのも、従来から説かれてきたように、英米法と日本法は法体系が異なる――とりわけ本稿の注目した利益の清算はエクイティ上の救済であり、日本法にはエクイティの体系がない[3]――のであるから、英米法の議論はそのままわが国に妥当するとは言えないからである。確かに、法体系の相違に留意することは必要であるが、他方で、本稿が探求してきた利益吐き出しの根拠論は、法体系の相違を超えた普遍性を持つ実質論に属する問題ともいえる。それゆえに、機能的比較法の視点から、英米法の議論をわが国への示唆として用いることは許されるであろう(法体系の相違は、それを実現する法律構成の段階で考慮すべき問題であるといえよう)。

第2款　利益吐き出しの再検討

以下では、上記の観点から、わが国の議論を再検討してみたい。その際には、総論的考察(→(1))と各論的考察(→(2))に分けて、見ていくことにしよう。

(1) 総論的考察

[3] もっとも、エクイティという要素はどのような法体系にも多かれ少なかれ存在することも注意されなければならない(たとえば、藤倉皓一郎「アメリカにおける裁判所の現代型訴訟への対応――法のなかのエクイティなるもの」石井紫郎＝樋口範雄編『外から見た日本法』327頁〔東京大学出版会、1995年〕327頁、特に328頁参照)。

英米法の議論は、わが国の従来の利益吐き出しの議論に対して批判的な視座を提供してくれるように思われる。具体的には次の通りである。

第1に、利益吐き出しの根拠ないし機能は一様ではないということである。すなわち、わが国では、利益吐き出しは、制裁・抑止論の下で、すべて説明されてきたように思われる（そこでは利益吐き出しは、制裁・抑止の機能しかないという考えがあるといえよう）。しかし、英米法では、利益吐き出しは、侵害された権利・利益・関係の文脈により、その機能が異なっているのである。具体的には、ある文脈では、法政策的に特定の目的（たとえば、一定の行為抑制）を実現する手段として利益吐き出しが用いられている（→〔α〕法政策型）。また他の文脈では、被害者の損害額を算定することが困難であり、かつ侵害者の利益と被害者の損害額に一定の関係性があるために、侵害者の利益を損害額算定の基準として参照するために利益吐き出しが用いられている（→〔β〕損害算定代替型）。さらに、別の文脈では、一度侵害されると原状回復が困難であるから、原状回復に代わる賠償として（特定履行的な意味での）利益吐き出しが認められうる（→〔γ〕自律的意思実現型）。わが国では、法律構成を中心に議論が展開されたこともあってか、《利益吐き出し＝準事務管理構成＝制裁・抑止説》という思考枠組みにとどまっており（これは上記でいえば、〔α〕型に近いものといえようか）、こうした利益吐き出しの多元的な機能は意識されていなかったといえよう（とりわけ、わが国では従来、〔γ〕型は認識されていなかったといえよう）。しかしながら、利益吐き出しが問題となる権利・利益・関係の性質は多様であることを踏まえるならば、被侵害法益の性質に応じて根拠も多元的に捉えることはありうるのではないかと思われる[4]。これら3つの利益吐き出しは、その意味合いが大きく異なる。すなわち、〔α〕型は、法政策的な手段に過ぎない。また〔β〕型は、証拠上の困難性を緩和するために用いられている。さらに〔γ〕型は、事前の段階において認められた権利を事後の段階においても実現することを可能にするものである。

第2に、第1の帰結として、わが国および多くの国々で問題視されていた利益吐き出しの最大の理論的問題――棚ぼた論――に対しても個別の類型ごとに解答を与える

[4] もっとも、これら3つに限定されるべきという趣旨ではなく、本稿がいまだ捕捉できていない利益吐き出しの根拠があるかもしれない。とりわけ、本稿は、英米法の物的救済（具体的には、擬制信託）を考察の対象から外したことから、そこでの根拠――擬制信託が中心的な機能を果たす有体物侵害による利益吐き出しの理論的根拠――が残されている。この点は、今後の課題とする。

という姿勢が求められるであろう。すなわち、わが国においては、利益吐き出しの機能が一元的――制裁・抑止――に捉えられてきたために、すべての文脈において棚ぼた論が同様な形で解決されなければいけない課題であると考えられてきた。しかしながら、利益吐き出しの多元性を踏まえると、それぞれの類型毎に解決の仕方も異なってもよいのではなかろうか。具体的には、まず〔β〕型の場合には、棚ぼた論は問題とならない。というのも、被害者の損害と侵害者の利益との間に関係性（因果関係）があるため、ここでの利益吐き出しは填補賠償の枠内で処理され、――仮に侵害者の利益と被害者の損害額との間に対応関係がないとしても、利益の配分が正確に行われる限り――そもそも棚ぼたという問題は起こらないからである（具体的には、知的所有権侵害で、かつ競合財の場合）。また〔γ〕型の場合には、棚ぼた論は正当化される。というのも、ここでの利益吐き出しは特定履行救済として捉えられることから、被害者の損害に制限されるとの損害賠償法の枠組みで考える必要はなく、また原状回復に代わる賠償として利益吐き出しが認められるからである（具体的には、一度侵害されると原状回復が困難な、人格権侵害の場合）。これらに対し、〔α〕型の場合には、棚ぼた論は正当化されない[5]。というのも、この類型の下では、ある目的（たとえば、信託制度の維持）を実現するための手段として利益吐き出しは、法政策的に認められるからである[6]。この類型においては、事前の視点が重視されることから、その目的が利益吐き出しによりどれほど実現されているか（事後の棚ぼたという不公平な結果が生じていないか）という実証研究こそが重視されよう[7]。なお、このような棚ぼた論の正

---

[5] なお、この点はわが国の平成 18 年改正信託法の議論においても認識され、受託者の忠実義務違反による利益吐き出しが見送られたという経緯がある（改正信託法の立法過程については、吉永一行「忠実義務論に残された課題に関する一考察――法制審議会信託法部会における議論の整理と分析を通じて」米倉明編著『信託法の新展開――その第一歩をめざして』（商事法務、2008）125 頁以下を参照）。もっとも、わが国の受託者の忠実義務違反による利益吐き出しの問題にはここでは立ち入らない。

[6] 〔α〕法政策型の場合には、利益吐き出しが必要とされる目的が、利益吐き出し以外の手段により達成可能な場合には、利益吐き出しは認められない。具体的には、知的所有権侵害の場面では、差止命令により十分な抑止になっており、利益吐き出しは不要とする見解もみられる（この点については、ROGERD D. BLAIR & THOMAS F. COTTER, INTELLECTUAL PROPERTY: ECONOMIC AND LEGAL DIMENSIONS OF RIGHTS AND REMEDIES（Cambridge U. P., 2005）46~を参照）。

[7] なお、あるルールについて事後的な視点から見た場合に不当な帰結をもたらすとしても、事前的な視点から見た場合に望ましい帰結とみることができることはままみられる。たとえば、わが国でも、――本稿の文脈とは全く異なるものの――詐害行為取消権に関する最判昭 46 年 11 月 19 日民集 25 巻 8 号 1321 頁（受益者である債権者が

当化の仕方の相違を踏まえると、理論的には説明がついていない〔α〕型は、〔β〕型および〔γ〕型で利益吐き出しが説明できない場合の最終手段として位置づけられることになり、その際にも慎重な検討が必要となるであろう。

以上の2点が、英米法の考察から得た、利益吐き出しに対する本稿の基本的・総論的な分析枠組である。なお、以上の考察から明らかなように、本稿は被害者への利益の帰属という問題（棚ぼた論）について説明できない部分を残すこととなっている。つまり、部分的には説明を放棄しているのである。こうした理解に対しては、当然批判の余地があるであろう。しかし、本稿は、すべての場面を一元的に説明することを試み、結果的に十分に説明できていない現状よりも、部分的でも解決し得る部分を示すことができる理論のほうが望ましいと考える。というのも、このようにすることにより、どこまでが解釈論として解決できるのか、またどこから立法論の問題となるのかを明確にできるからである。

（2）各論的考察

次に上記の総論的な分析枠組の観点から、各論的考察を若干行っておくこととしたい。もっとも、すべての利益吐き出しが問題となる領域を考察することはできないことから、本稿の考察において念頭に置いていた（ⅰ）知的所有権侵害と（ⅱ）人格権侵害の2つの事案を取り上げるにとどめる。

（ⅰ）知的所有権侵害

債務者から弁済を受けたのちに、他の債権者が当該弁済行為を詐害行為として424条の詐害行為取消権に基づき取消し、返還請求したのに対し、受益者である債権者が自己の債権額に対応する按分額の支払を拒絶した事案〔否定〕）が打ち立てた規範は、いち早く債権回収を行った債権者よりも、遅れた2番手の債権者を保護する（遅い者勝ちを認める）ことになり不当であるとの批判が提起されている（たとえば、星野英一「判批」法協91巻1号（1974）179頁、とくに183頁）。しかし、そのような理解は、事後的な視点から見た場合のものであり、事前的な視点から見た場合には、第1債権者の先駆け的な債権回収を阻止し、債権者間の私的交渉において債権者平等の原則を実現することを可能にするとも言われている。このような理解が仮に正しいとすれば、上記判例が示した規範も直ちに誤りということはできないであろう。もちろん、このような事前的な視点からは、事後の不公平感をぬぐい切れない。そのため、このような理解が望ましいといえるかは、事前的な視点がどれだけ当たっているか（事後の不公平が生じないか）という実証研究に依存するといえよう（この点につき、吉田邦彦『債権総論講義録（契約法Ⅰ）』（信山社、2012）208頁および219頁を参照）。こうした理解は、〔α〕型の利益吐き出しにも妥当すると言えないであろうか。

まず知的所有権侵害による利益吐き出しについてみよう。本稿の枠組みからは、知的所有権侵害による利益吐き出しは、〔β〕損害代替型として正当化されよう[8]。ところで、わが国では、知的所有権侵害による損害賠償については特別の規定が設けられている。その代表的なものは、特許法 102 条 2 項（旧 1 項）である。同条は、「特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為により利益を受けているときは、その利益の額は、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額と推定する。」と規定しており、〔β〕型として規定されていることがわかる[9]。もっとも、この規定につき、立法過程においては、当初は、より直截的な利益吐き出し（準事務管理）を認めるべきとの議論がなされたものの、民法の損害論との折り合いがつかないことから、妥協的に損害額の推定規定が導入されたものであった[10]。そのため、この規定については消極的な評価も見られる。とりわけ、このような規定に対しては、侵害者が反証することが実務的には可能であるとされ、権利者の保護として不十分であるとの批判が加えられてきた（そしてこうした理解を

---

[8] なお、知的所有権についても人格的性格が説かれることがある。とりわけ、著作権の場合には、著作者人格権（著作権法 17 条 1 項）としてそのような側面が承認されている（たとえば、公表権〔同 18 条 1 項〕）。この点の特殊性は、本稿の分析枠組からはどのように考慮されるかが問題となる。この点については、さしあたり以下のように考える。すなわち、①著作物を本人が公表していない段階では、いまだ著作物は市場財（代替物）としての性格を帯びておらず、人格的な性格が強く残っているといえる。このような場面において、他者が著作者に無断で著作物を公表することにより、利益を取得した場合には、著作者人格権（勝手に公表されない権利）の侵害となり、〔γ〕型の利益吐き出し――損害賠償によっては原状回復ができない場合に、原状回復に代わる賠償としての利益吐き出し――が認められる余地がある（具体的には、日記など）。これに対し、②著作物を本人が公表した段階以後には、著作物は市場財としての性格を帯びるようになり、人格的な性格が後退し、仮に他人が無断で著作物を利用して、利益を取得した場合には、著作権の侵害として、〔β〕型の利益吐き出し――侵害者が得た利益を被害者の損害の算定基準とする――の問題となる（〔α〕型まで認めるかは政策的な考慮が必要）。

[9] これに対し、同条が単なる損害額推定の規定ではなく、直截的な利益吐き出し（本稿の枠組みでは〔α〕法政策型）を認める規定であると解する見解もある（たとえば、鎌田薫「知的財産訴訟における損害賠償法理」特許研究 17 巻 4 号（1994）9 頁、同「特許権侵害と損害賠償」CIPIC ジャーナル 79 号（1998）1 頁、特に 10 頁）。とりわけ、平成 10 年改正に伴う新 1 項の制定に伴い、逸失利益額の算定については同項に委ねられ、2 項について利益吐き出しを直截に認める規定に純化される余地もありうる（この点につき、沖野眞已「損害賠償額の算定――特許権侵害の場合」法教 219 号（1998）58 頁、特に 62 頁参照）。

[10] 特許法 102 条の立法過程については、田村善之『知的財産権と損害賠償〔新版〕』（弘文堂、2004）48 頁以下、および 285 頁以下を参照。

前提として民法により利益吐き出しを認める必要性が説かれていた[11])。

問題は、損害額の推定が反証された場合（たとえば、特許権者が特許を実施していない場合）に、民法の一般法理によって利益吐き出しを認めるべきか、という点である。というのも、そのような場面における利益吐き出しは、本稿の枠組からは、〔β〕型ではなく、〔α〕型によらざるを得ない（この点は従来の議論においても同様であろう）が、〔α〕型によってまで認めるべきとするコンセンサスが得られていないからである（英米法、とりわけ、アメリカ法では、こうした観点からの利益吐き出しの議論がみられるものの、その評価は分かれている）[12]。この点は、究極的には、情報の所有と利用の最適なバランスをはかるという知的所有権制度の目的の観点から、こうした救済が望まし結果をもたらすか否かを検討することによって決せられるべきであろう。

（iii）人格権侵害

次に人格権侵害による利益吐き出しについてみよう。本稿の枠組みからは、人格権侵害による利益吐き出しは、〔γ〕自律的意思実現型として正当化されよう。

これに対し、わが国の従来の議論においては、人格権侵害による利益吐き出しは、侵害行為の制裁・抑止によって根拠付けられてきた。このような理解は、利益吐き出しという制裁により侵害行為を抑止し、侵害者を市場に向かわせ、権利者と交渉して権利を取得することを促進するものであった。しかし、人格権のように本来的にその

---

[11] たとえば、潮見佳男『債権各論Ⅰ　契約法・事務管理・不当利得（第2版）』（新世社、2014）294頁は、「準事務管理の対象は知的財産権侵害の場合であり、これらは特別法で対応されているが、「知的財産権へのフリーライドを抑止するうえでこれらの規定の不十分さが指摘されており、民法の一般理論レベルで利益の吐き出しが可能かどうか、そのための特別の制度が必要かどうかを検証する意義は、今日なお失われていないように思われます」と指摘する。

[12] たとえば、田村は、物理的には誰でも自由に利用できる情報に排他権を付与するのであれば、損害賠償額に関しても侵害行為に対する一定の抑止機能がなければ意味がないとして、特許法102条3項の損害について市場機会の喪失という規範的な損害論を提唱したうえで、同条2項を――逸失利益の推定ではなく――3項の規範的損害を推定する規定であると解する（いわゆる、2項・3項重畳適用説）。そして以上の理解から、特許権者自身が不実施であったとしても、3項の損害賠償が認められる以上、2項の推定は覆滅しないと説く（以上については、田村・前掲書注(10)296頁以下を参照）。もっとも、以上の特許権の保護を超えて、民法学で説かれているように、民法の一般理論によって利益吐き出しを認めるべきと田村が解しているかは明らかではない（なお、田村は、上記見解と準事務管理法理との競合については否定していないものの（同・270頁以下参照）、それを積極的に認めるべき趣旨かは不明である）。

譲渡性が承認されていない権利についてこのような理解は望ましいといえるのであろうか（本稿が問題提起したのはこの点であった）[13]。そのため、本稿は、人格権侵害による利益吐き出しについては、Dagan の提唱した被害者の自律的な意思の実現によって根拠付けられるべきと解したい。なお、このように解したからといって、権利者による人格の商品化を認めることにはならない点、すなわち、人格の不可譲渡性を前提としたうえで利益吐き出しを根拠づけることが可能であるという点に留意されたい。

（iii）小括

以上のように、本稿の理論枠組みを前提とすると、わが国の利益吐き出しの個別の問題もその妥当性およびその根拠付けについて再検討する視座を得ることができるといえよう。もっとも、本稿の理論枠組みがどこまで妥当するかは、上記に加え、その他の各論的問題の考察を行うことによって明らかとされるものといえようが、この点の考察は今後の課題としたい。

第 3 款　その他の問題への示唆――商品化論および損害論との関連

（1）はじめに

以上のように、本稿は、わが国では一元的に捉えられがちであった利益吐き出しの根拠論を多元的に捉えるべきと提案するものである（棚ぼた論は部分的には説明されるが、一部では残る）。それゆえに、以上の考察をもって本稿の目的は一応達成できたといえよう。

しかし、英米法の議論、とりわけ Dagan の理論は、利益吐き出しの問題への示唆にとどまらず、より一般的なわが国の議論にも有益な示唆を与えてくれると思われる。具体的には、Dagan の見解は、第 1 に、損害賠償法における金銭賠償の原則に対する根本的な批判であるいわゆる商品化論に対して一定の解決のヒントを与える可能性があり（→（2））、そして第 2 に、英米法と同様に、損害賠償と特定履行を峻別するわが国の伝統的なパラダイムを相対化し、新たな損害論を構築する可能性がある（→（3））。以下ではこれらについて順にみていくことにしたい。もっとも、ここで提示

[13] この点を問題視する見解は、おそらく慰謝料の中で制裁的要素を考慮するという立場を採ることになるであろう（たとえば、仮屋篤子「マス・メディアによるプライバシー侵害とその私法的救済についての一考察(1)(2・完)」法学研究論集（明大院）19 号（1998）177 頁、10 号（1999）152 頁）。

される問題に対する具体的な解答は、すべて将来の課題となっている。

（２）商品化論に対する解決方法

まず第 1 の点についてみよう。ここで、「損害賠償法における金銭賠償の原則に対する根本的な批判であるいわゆる商品化論」とは、次のことを意味する。すなわち、損害賠償法においては、身体やその部位のように本来金銭に還元できないものもすべて金銭に還元してしまい、そこでは人間にとって価値のあるあらゆるものが（疑似的な）市場で売買されることになる。こうした金銭賠償の原則を採る不法行為法は、個々人のユニークなものを金銭的に評価可能な、それゆえに、貨幣を媒介として他のものと交換可能な、商品として扱うことになる、という批判である。こうした批判は、批判法学よって提起されたものであり、正鵠を射たものであるものの、他方で、「金銭賠償に代わり得る、我々の日常的道徳意識とより調和的な不法行為責任のあり方についての積極的な提案」の不在が指摘されていた[14]。

このような状況に対して、Dagan の見解は、一つの代替策を提示するものといえないであろうか。すなわち、Dagan によれば、利益吐き出しは、金銭救済という形式を採るものの、市場における基準を用いるものではなく、あくまで実質は被害者の自律的な意思の実現という点に求められている。そして後者の自律的な意思の実現という点にこそ「我々の日常的道徳的意識」を反映させることができるのであり、それを実現する手段といえるのではなかろうか。また Dagan の黒人奴隷の補償の議論でも示したように、ここでの金銭の支払いは、謝罪を実質化するという意味を持つものであり、ただちに商品化を意味するものでないことも留意されたい。

（３）新たな損害論の可能性

次に、第 2 の点についてみよう。わが国では、一般に損害賠償と特定履行は別制度のものとして峻別されてきたように思われる。たとえば、わが国の不法行為法学では、差止請求権の根拠をめぐっては多くの議論は見られるものの[15]、損害賠償のレベルに

---

[14] 阿部昌樹「法的思考様式と日常的道徳的意識――不法行為法における金銭賠償の原則をめぐって」棚瀬孝雄編『現代の不法行為法――法の理念と生活世界』（有斐閣、1994）23 頁、特に 27 頁以下を参照。

[15] たとえば、近時のこの分野の包括的研究である根本尚徳『差止請求権の理論』（有斐閣、2011）（初出、2005~2008）は、差止請求権の形式的発生根拠（法律構成）を

おいて、差止請求権の意味を考え、それを踏まえた上で、特定履行的な金銭救済を考案するという視点は従来みられない。要するに、損害賠償と特定履行は、適用領域の棲み分けが明確になされてきたわけである[16]。

これに対し、Dagan の見解によれば、こうした棲み分けの柱となっていた「形式」は取り除かれ、「実質」がクローズアップされることから、《金銭救済による特定履行》という新たな範疇が認められる余地が生まれたわけである（このような方向性をより進めたのが Parchomovsky & Stein のプロパティ・ルールとしての填補賠償という発想である）。

こうした Dagan の理解は、わが国の議論の従来の理解を相対化し、特定履行的な金銭救済、すなわち、特定履行の実質的意味を踏まえた損害賠償の可能性を導く。とりわけ、わが国では被害者の損害額を算定する際には、市場価格（客観的価値）が中心的な役割を持ち、被害者の主観的価値は慰謝料において考慮されるにとどまるとの理解が強かった（主観的価値を重視する論者においても慰謝料額を上げると説くにとどまった[17]）のに対し、従来の議論では周縁化されていた権利者の主観的価値に焦点を置いた損害論を構築することを可能にするといえないであろうか。この点について、具体的に、従来の民法学におけるいくつかの領域における議論を取り上げてみよう。

まず不法行為法の領域をみると、近年の東北大震災を契機とする福島原発事故訴訟において、自主避難者の転居費用――被害者が自主的（主観的）に避難が望ましいと判断し、その際の転居にかかった費用――の賠償が認められるかどうかという問題が

再検討するものであるが、そこでは損害賠償と差止請求権を峻別する方向性が強く打ち出されている。しかしながら、損害賠償請求権に特定履行的な意味でのそれがあるとの発想は想定されておらず、仮にそうした理解を踏まえると、両者は完全に峻別できないのではないかと思われる。

16 もちろん、差止命令を民法 709 条の効果と解する見解は見られたが（たとえば、川島武宜「物権的請求権に於ける『支配権』と『責任』の分化(1)~(3・完)」法協 55 巻 6 号 25 頁、9 号 34 頁、11 号 67 頁（1937））、709 条に基づく損害賠償において特定履行的な損害があるとは解されていなかった。もっとも、後者についての近時の例外として、吉田邦彦「東日本大震災・福島原発事故と自主避難者の賠償問題・居住福祉課題（上）（下）」法と民主主義 509 号 33 頁以下、510 号 44 頁以下（2016）（特に、「（下）」45 頁以下）が挙げられる。

17 たとえば、ペットなどの愛着財などでそうした主観的価値を慰謝料額に反映させようとするものとして、吉田克己「身体の法的地位(1)(2・完)」民商 149 巻 1 号 1 頁、2 号 1 頁（2014）、同「財の多様化と民法学の課題」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務、2014）2 頁、とくに 12 頁以下が挙げられる。

ある[18]。自主避難の合理性・相当性をめぐっては、異論もありうるであろうが、政府が示した被ばく基準（年 20 ミリシーベルト以下）の正当性には国際的に疑問の余地があることを踏まえると[19]、彼（女）らの保護はただちに切り捨てられるべきものではなかろう。学説では、福島原発事故を契機に、被害者の損害論をめぐって議論が蓄積されつつある。その中でも代表的なものとして、「包括的な生活利益」として損害と把握する見解が挙げられる[20]。しかし、この見解は、必ずしも自主避難者の転居費用を念頭に置いていない。これに対し、本稿の提示した被害者の自律的な意思決定という意味での特定履行的な金銭救済という観点から、転居費用を賠償範囲に含めることが可能となる。すなわち、原発事故により生じる損害は損害賠償によっては完全な原状回復が困難であるから、自主避難者の「転居」にかかった（主観的な）費用を原状回復に代わる賠償として認めるというわけである（吉田が説く「転居に即した」損害論では、より詳細にこうした理解が展開されている[21]）。

次に、所有法（物権法）の領域をみると、人格的所有物の一類型といえる住宅、とりわけマンション（区分所有法）の建替え決議で反対した住民に対する売渡請求（建物の区分所有等に関する法律 63 条 4 項）の売却価格が市場価格となるかという点である。伝統的な理解によれば、住民が古いものの住宅に抱いていた愛着などの主観的価値（その意味で使用価値は高い）は売却価格に反映されないことになる[22]。これに対し、Dagan の見解は、――直接には利益吐き出しに関するものであるものの――主観的価値を基準とする金銭救済を実現する枠組みを提供するといえないであろうか。

---

18 自主避難者の問題については、吉田邦彦「居住福祉法学と福島原発被災者事故（上）（下）――特に自主避難者の居住福祉に焦点を当てて」判時 2239 号 3 頁以下、2240 号 3 頁以下（2015）、吉村良一「『自主的避難者（区域外避難者）』と『潜在者』の損害」淡路剛久ほか編『福島原発事故の賠償の研究』（日本評論社、2015）210 頁以下など参照。

19 この点については、吉田邦彦「チェルノブイリ原発事故調査からの『居住福祉法（民法）』的示唆――福島第一原発問題との決定的な相違」NBL1026 号（2014）33 頁以下を参照。

20 淡路剛久「『包括的生活利益』の侵害と損害」淡路ほか編・前掲書 11 頁、特に 23 頁以下（初出、2014）（「包括的生活利益としての平穏生活権」の侵害を損害と捉える）。

21 吉田・前掲注(16)のほか、同「区域外避難者の転居に即した損害論・管見――札幌『自主避難者』の苦悩とそれへの対策」環境と公害 45 巻 2 号（2015）62 頁以下も参照。

22 たとえば、吉田邦彦ほか「マンション建て替えを巡る法と実践――太田知行教授討論」同編『民法学の羅針盤』（信山社、2011）162 頁（初出、2006）、206 頁（太田発言）。この点につき、吉田邦彦『所有法（物権法）・担保物権法』（信山社、2010）145 頁も参照。

このように、Dagan の見解は、従来のわが国の議論状況に対する批判的な視点を与えてくれるであろう。仮にこうした枠組みを導入することができるのであれば、わが国においてももっと多様な損害論を実現することが可能となるように思われる[23]。

そこでは、民法学がどのように《主観的価値》にアプローチするのかが問われており、そしてその際には、「慰謝料」という間接的な手法ではなく、より直接に扱うことができる法理論が現代において求められているといえよう。

第 4 款　残された問題

最後に、利益吐き出しについて本稿で残された問題について言及する。ここでは特に、法律構成の問題(→(１))と法政策型の利益吐き出しの判断枠組みの問題(→(２))について言及し、本稿を閉じる。

(１) 法律構成の問題

本稿は、利益吐き出しの理論的根拠を明らかにすることを主たる目的とし、直接には法律構成を明らかにすることを目的としていなかった。というのも、法律構成の問題は、好美が的確に指摘したように、利益吐き出しが認められるべき（そしてその利益が権利者に帰属されるべき）との価値判断が確立されて初めて問題となるものであり、この点について説得的な根拠付けができなければそもそも論じる意味はないと考えたからである。もっとも、仮に本稿のような立場が利益吐き出しの根拠として説得的なものであるとしたらならば、次に法律構成の問題を検討することが必要となろう。

この点についての本稿の立場はいまだ明確には定まっていない。ただし、本稿は、利益吐き出しの根拠を一元的にではなく、多元的に捉えるものであるから、法律構成も文脈に応じて異なってよいと考える。

たとえば、知的所有権侵害による利益吐き出し（〔α〕型の意味）を――特別法（たとえば、特許法 102 条 2 項）を超えて――民法の一般法理により認める場合には、①準事務管理構成、②不法行為構成、③不当利得構成の 3 つが考えられるであろう。①については従来から説かれているところである。また②については、近時の不法行為

[23] 近時の個別の文脈に応じた損害論を説く見解としては、若林美奈「法的概念としての『損害』の意義(1)~(3)」立命 248 号 672 頁、251 号 105 頁、252 号 326 頁(1996~1997)がある。また田村・前掲書注(10)も特許権固有の損害論を提唱するものである。

法の目的を多元化する見解（たとえば、窪田）を踏まえると、損害論の中で対応する余地はある。さらに③については、現在の通説たる類型論が立脚する侵害利得の客観的価値賠償説を前提とすると困難であろうが、近時の不当利得学説の中には、上記の理解を相対化し、主観的価値概念を導入する見解もあり（たとえば、村田[24]）、そうした方向を推し進めるのであれば、不可能とは言えないかもしれない。

また人格権侵害については、①準事務管理構成は困難であり、②不法行為構成または③不当利得構成になるであろう。というのも、本稿は、人格権侵害による利益吐き出しについて譲渡不可能性を前提としたうえで根拠づけることを試みた。これに対し、準事務管理構成は、人格権を処分することが「本人の事務」に入るという――譲渡可能性を認める――前提で考えており、本稿のような立場とは相容れないと考えるからである。

いずれにせよ、こうした法律構成の問題は、今後さらに詰めていきたいと考える。

（２）法政策型の利益吐き出しの判断枠組みの明確化

本稿は、利益吐き出しの多元化を提唱し、具体的には、〔α〕法政策型、〔β〕損害代替型、〔γ〕自律的意思実現型を提示した。もっとも、このうち、〔α〕型の判断枠組み（要件・効果）についてはいまだ明確となっていない。〔α〕型は、ある目的を実現する手段として利益吐き出しを道具主義的に用いるものであるから、その目的に応じた形で制度設計をすることが必要となる。この点については、法と経済学の分析手法を用いて詰めていく必要があるであろう。また（棚ぼたという問題が現実にどれほど起こっていないのかという）その実証研究も併せて行う必要があろう。

＊＊＊　　＊＊＊

本稿は、これまでの考察を通じて、従来、わが国では不法行為構成、不当利得構成、あるいは準事務管理構成などの法律構成の枠内で論じられてきた利益吐き出しの問題をそうした法律構成からいったん開放し、それ自体としてどのような意味があるのかを検討したものといえよう。そして従来の枠組みの下では、制裁・抑止の手段としてのみ捉えられがちであった利益吐き出し法理の多元的な機能を英米法の考察から明らかにし、そのような観点からわが国の議論への批判的な視座を得ることとした。もち

[24] 村田大樹「侵害利得における内容の多様性」同法 56 巻 5 号（2005）355 頁。

ろん、本稿に残された課題はいまだ多数ある。しかし、利益吐き出しの問題はわが国でも議論がようやく始まったばかりであると言われている[25]。このような中で、本稿は、わが国の議論の今後のありうる一つの方向性を示すことができたのではないかと考える。残された課題は、今後の筆者の研究課題として取り組むことを約束して、ひとまず本稿を閉じることとする。

[25] Yoshihisa Nomi, *Disgorgement of Profits in Japanese Law*, in: EWOUD HONDIUS & ANDRÉ EDS., DISGORGEMENT OF PROFITS: GAIN-BASED REMEDIES THROUGHOUT THE WORLD（Springer, 2015）429, at 440~（なお、能見は、本稿とは分類の仕方は異なるものの、利益吐き出しの根拠の多元性を指摘しており、注目される）.