HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察（1）：ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として
Author(s)	橋本, 伸
Citation	北大法学論集, 69(5), 146[37]-105[78]
Issue Date	2019-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/72422
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol69no5_02.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察（1）

―― ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として ――

橋　本　　伸

目　次

序章
　第１節　問題の所在――わが国の議論状況とその問題点
　　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　　（以上、本号）

序章

本稿は、近年、わが国のみならず、比較法的にも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

*本稿は、北海道大学課程博士（法学）学位審査論文（「利益吐き出しの理論的根拠の検討――ヒト由来物質無断利用問題を一素材として」）（2018年３月22日学位授与）のタイトルを変更し、加筆修正を行ったものである。

[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

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何ゆえある者（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、また同時に他の者（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）[2]、そして②利益吐き出しの実質的根拠は、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（根拠論の多元化・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――わが国におけるこの問題をめぐる従前の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）。次に本稿が直接の考察の機縁となり、また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

も関心の高い領域であろう。」と述べる（廣峰正子「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頁を参照）。また、窪田充見『不法行為法：民法を学ぶ』（有斐閣、2007）21頁も「フリーライド型（利益追求型）の不法行為は、今後、注目されるべき不法行為類型だといえる。」と指摘する。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。

[2] 本稿は利益吐き出しが問題となる多様な場面を視野に入れて検討を行うことから、上記の「ある者」と「他の者」は、文脈により該当する者が異なる。たとえば、不法行為（不当利得）の文脈であれば、「加害者（侵害者）」と「被害者（被侵害者）」、契約違反の文脈であれば、「契約違反者」と「被違反者」、信託の受託者の忠実義務違反の文脈であれば、「受託者」と「受益者」が上記の者にそれぞれ該当するといえよう。もっとも、説明の便宜のために、本稿は、原則として、加害者と被害者の用語を用いることとし、文脈によって不適切な場合には、他の用語を用いることとする。

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、被害者のもとに生じた損害を填補することにつき[3]、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[4]。

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[5]。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不法行為責任の下では、ＡはＢに生じた損害についてのみ責任を負い、それを超える部分（利益）については責任を負わない。つまり、「不法行為が加害者にペイする」余地を残していた。しかし、このような帰結は、侵害行為の遂行を合理的な行動とし、侵害行為を行うインセンティブをＡに与えることとなっていた。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の下では、加害者が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[6]、被害者（権利者）は十分に保護さ

---

[3] 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。

[4] こうした問題は、不当利得法にも妥当する。すなわち、近時の通説である類型論によれば、（侵害利得による）不当利得返還請求の客体は、侵害者が得た利得＝客観的な価値に制限され、それを超える利得は、不当利得法の返還対象とならないと解されている（類型論については、さしあたり、好美清光「不当利得法の新しい動向（上）（下）」判タ385号15頁以下、387号22頁以下〔1997〕を参照）。

[5] 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）。

[6] 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

れないと考えられてきた[7]。そのため、こうした侵害行為のインセンティブを取り除くための制度的担保として提唱されてきたのが、「利益吐き出し法理」であった[8]。

（２）問題の解決手段――利益吐き出し法理とは

ここで「利益吐き出し法理」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[9]。本稿も基本的にはこのような理解を否

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（窪田充見「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〕686頁）。

[7] 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。

[8] たとえば、加藤雅信『新民法体系Ⅴ事務管理・不当利得・不法行為（第２版）』（有斐閣、2005）25頁以下（準事務管理を利益剥奪のための制度的担保として提唱されたものであると述べる）、藤原・前掲書注（５）269頁以下（「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」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）を参照。また民法以外の分野をみると、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。

[9] 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

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[10]を侵害する行為を契機に他の者（加害者）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[11]、田村[12]、藤原、村田（健）[13]）[14]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、藤原）、（ⅲ）人格権ないし人格的利益（プライバシー、パブリシティ、名誉）侵害（窪田[15]、

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。

[10] 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）上の権利の侵害を指す。以下、本稿では、この意味で「関係」という用語を用いる。

[11] 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頁以下。

[12] 田村善之『知的財産権と損害賠償〔新版〕』（弘文堂、2004）（初版、1993）。

[13] 村田健介「不法行為法による情報保護のあり方」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題』（別冊 NBL155号）（2015）131頁以下。

[14] 知的所有権については特別法で特則が定められている。たとえば、特許法102条２項の侵害者利益の推定規定を設ける。もっとも、裁判所は、同項をあくまで逸失利益の推定規定と解するにとどまる。これに対し、同項が利益吐き出しを規定したと解する見解も一部ながら見られる（たとえば、鎌田・前掲注（11）４頁、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〕293頁、特に356頁など）。

[15] 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）、同「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）。

能見[16]、藤原）、（iv）不正競合[17]といった不法行為の文脈に加えて、（v）契約違反（二重売買）（磯村[18]、多治川[19]）[20]や（vi）信託法上の受託者やその他の者の信認義務（忠実義務）違反（谷口[21]、道垣内[22]、能見[23]、樋口[24]、吉

[16] 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）８頁、25頁を参照（能見善久発言）。

[17] たとえば、豊崎光衛「不正競業と損害賠償」我妻栄還暦『損害賠償責任の研究（中）』（有斐閣、1958）581頁以下（ただし、侵害者の利得もその者の能力・才覚等によるところが大きいとして、部分的な返還にとどまるとの立場に好意的）、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）。

[18] 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35巻２号385頁以下、36巻１号25頁以下、２号289頁以下（1985～1986）、特に「（３・完）」315頁以下。

[19] 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頁以下。

[20] このほかに、契約違反による利益吐き出しについて検討する研究としては、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（ただし、比較法の考察にとどまり、日本法に導入すべきとまで主張しているかは不明）、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（比較法の考察を中心とするが、日本法における実現を志向する基礎研究の一部とする）がある。

[21] 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」同『不当利得の研究』（有斐閣、1949）466頁以下（初出、大阪商科大学経済学雑誌７巻２号〔1940〕）、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。

[22] 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（道垣内発言）も参照。

[23] 能見善久「履行障害」山本敬三ほか『債権法改正の課題と方向（別冊 NBL51号）』（商事法務、1998）129頁（忠実義務違反の場合等に意味を持つと指摘する）。同『現代信託法』（有斐閣、2004）141頁以下も参照。

[24] 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。

永[25]、沖野[26]、木村[27])[28]などの文脈においても説かれるに至っている。このように、利益吐き出しは、様々な場面で問題となりうる。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[29]。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

---

[25] 吉永一行「委任契約における利益の吐き出し請求権（１）（２・完）――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」民商126巻４＝５号175頁以下、６号102頁以下（2002）（吉永①）、同「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（吉永②）。もっとも、吉永自身が受託者の忠実義務違反による利益吐き出しを支持する立場かは明確ではない（この点は、能見善久ほか「受託者の義務違反の効果」能見＝道垣内編・前掲書注（22）103頁以下〔能見発言および沖野眞已発言〕を参照）。なお、受任者の利益吐き出しについて肯定的立場を採るその他の研究として、岩藤美智子「委任契約における受任者の忠実義務」私法64号（2002）152頁、特に157頁以下、村山淳子「委任契約と医療契約――債権法改正でその関係は変わるのか」西南学院大学法学論集45巻３＝４号（2013）57頁、特に88頁以下（ただし、医療契約の文脈で説く）がある。

[26] 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。また、「〈シンポジウム〉信託法と民商法の交錯」私法67号（2005）３頁、特に38頁以下（沖野発言）も参照。

[27] 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１頁以下、６号１頁以下（2015）（ただし、わが国の信託法の解釈論として、直接の利益吐き出しを提唱するものではない）。

[28] 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②・前掲注（25）125頁以下参照）。

[29] 比較法の動向については、Hondius & Janssen eds., *supra* note 1を参照されたい。

拠を検討するものである。その理由について、以下では、わ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の[30]、その中核的な問題は、①実質的根拠と②法律構成の２点にあるといえよう[31]。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②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、不法行為構成、不当利得構成、介入権構成、擬制信託構成など）。これに対し、①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――についてみると、わが国において一般的に用いられるのは、加害者に対する制裁として、あるい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という根拠付け（後述する「制裁・抑止説」）である。しかも、従来の議論の下では、その法律構成に

---

[30] 上記の①および②の論点以外に、③主観的要件の問題（侵害者は故意ないし重過失であることが必要か、過失で足りるか）、④客観的要件の問題（利益吐き出しが認められる権利・利益・関係に一定の客観的基準が存在するか）、⑤利益の算定の問題（吐き出すべき利益を算定する際に、侵害者が利益を取得する際に被った費用を控除するか、また控除する場合には、どこまで控除するか〔直接経費に制限するか、間接経費まで含めるか〕。さらに、利益の取得の際に侵害者の「能力」や「才覚」が寄与している場合、侵害者の利益を算定する際にそれらの事情を考慮するか）などの問題がある。しかし、これらの問題を解決するには、まず①の実質的根拠の態度決定をすることが不可欠であると考える。

[31] たとえば、藤原・前掲書注（５）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。

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指摘し、仮に用いるとしても一部の文脈に制限し、他の根拠も併用することが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との立場を採る。

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、またどこまで妥当するものと考えられていたかを明らかにする[32]。

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年代前半までとそれ以降――に分けて考察を進める。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年代前半まで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年代後半以降には、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

[32] それゆえに、以下の我が国の従来の議論状況の考察では、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。また、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、取り上げる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、わが国の従来の議論状況を詳細に整理・検討する近時の研究として、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頁以下がある。

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[33]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[34]。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

[33] 大判大７年12月19日民録24輯2367頁（本件は、XY の共有船舶が Y の個人名義で登録されていたところ、Y が X に無断でその船舶を2500万円で他人に処分したため、X は、Y の処分行為を追認したうえで、X の共有持分相当額の売却代金の返還請求を求めた事案。大審院は、事務管理の規定（701条、645条）を適用し、返還を命じた）。

[34] 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、同『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）。

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〕[35]、近藤[36]、末川[37]などが挙げられる）。ただし、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点に留意されたい[38]。

（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事務管理を導入することの困難性に向けられている[39]。こ

---

[35] 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）。

[36] 近藤英吉『債権法各論』（弘文堂、1933）168頁（その根拠としては、鳩山とは異なり、他人の事務に干渉して不当に利益を取得した者は、これによって他人の被った損害の額を超えてもその利益の全部を返還すべきもの解するのが「妥当」であるという点を挙げる）。

[37] 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。

[38] 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（37）494頁）。

[39] 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

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[40]）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栄の見解を取り上げることとしよう。我妻は、特許権侵害などの知的所有権侵害の場面（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[41]。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[42]、不法行為における

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（原文を現代仮名遣いに改めた）。

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

[41] 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。

[42] 我妻・前掲書注（41）22頁。

損害要件（あるいは不当利得における損失要件）を広く捉え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、準事務管理が管理者の能力・才覚等により取得された利益を引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[43][44]。このような理解を前提とすれば、我妻の見解は、不法行為・不当利得構成により利益吐き出しを肯定しているといっても、その機能は減殺されるであろう[45]。というのも、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からである[46]。

---

[43] 我妻・前掲書注（41）23頁注（２）。

[44] 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（石田は、「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く）がある。

[45] 鎌田・前掲注（11）８頁は、準事務管理否定説（我妻）を、完全に利益の吐き出しを否定しようとするものではなく、侵害者の得た利益から侵害者自身の才能や労力による収益を控除すべきであるとする点で、準事務管理肯定説と異なるに過ぎないと指摘する。もっとも、侵害者の能力・才覚以外の事情により利益取得の機会がほとんどないとすれば、実質的に利益吐き出し否定説に近づくことになろう。

[46] 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（37）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

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[47]、四宮〔旧説〕[48]、品川[49]など）。そのため、我妻説の登場により、わが国において準事務管理肯定説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、準事務管理肯定説は、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、準事務管理肯定説（および利益吐き出し）は消極的に解されることになった。

（３）戦後の議論①――90年代前半までの議論

次に戦後の議論のうち90年代前半までの議論を概観する。戦前において否定説が多数説化する中で、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注目すべき点は以下の３点である[50]。すなわち、第１に、準事務管理の背後にある理論

しまっている。」と指摘する（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」谷口知平還暦『不当利得・事務管理の研究（３）』〔有斐閣、1972〕381頁）。

[47] 松坂佐一『事務管理・不当利得』（有斐閣、1957）25頁以下。

[48] 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巻２号（1959）16頁以下。

[49] 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。

[50] 好美・前掲注（46）371頁。

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、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を二次的なものでしかないと言及した点が挙げられる。

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――被害者の被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[51]。要するに、好美は、利益吐き出しの根拠を悪意侵害者に対する制裁、あるい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という点に求めている（以下では、このような根拠付けを「制裁・抑止説」という）。

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

[51] 好美・前掲注（46）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号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。

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[52]。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[53]。

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）を類推するという方途ないし解釈的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[54]。こうした理解によれば､準事務管理以外の法律構成による利益吐き出しの途が開かれることになろう[55]。

以上のように、戦後になり、利益吐き出しの議論の中心は、戦前の形式論（法律構成）から実質論（理論的根拠）へシフトしたといえよう。と

---

[52] 好美・前掲注（46）383頁。

[53] 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（46）381頁）､むしろ最適な抑止の面にウェイトが置かれているといえよう。

[54] 好美・前掲注（46）431頁。

[55] なお、この点で、多治川・前掲注（19）315頁も、代償請求権に利益吐き出し（利益吸い上げ）機能を認めるか否かについて､「代償請求権があるから利益吸い上げが認められるのではなくて、債務不履行・契約違反による利益吸い上げが認められるか否かという議論や態度決定が先にあって、それを代償請求権という制度に仮託するという意識が必要である。」と述べており、好美と同様の捉え方を示しているといえよう。

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、一定の支持を集めることとなる（たとえば、広中[56]、四宮〔新説〕[57]、水本[58]、吉田[59]、澤井[60]、藤原[61]、近江[62]など）。

（４）戦後の議論②――90年代後半以降の議論

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年代後半以降、人格権侵害の場面（具体的には、マスメディアが他人のプライバシーを侵害する記事や有名人の肖像を無断利用することにより利益を取得する場面）でも――法律構成は異なるものの――利用されることになる[63]。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、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）

---

[56] 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）。

[57] 四宮和夫『事務管理･不当利得･不法行為　上巻』（青林書院､1981）43頁以下。

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

[59] 吉田邦彦『債権侵害論再考』（有斐閣、1991）676頁注（147）（意図的不法行為との関連で、好美説を好意的に評価する）。

[60] 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）。

[61] 藤原・前掲書注（５）269頁。

[62] 近江幸治『民法講義Ⅵ（第２版）』（成文堂、2007）23頁。

[63] 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。

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[64]。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、利益吐き出しの根拠を制裁・抑止に求めた点、第２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が挙げられる。

第１の点について。窪田は、利益吐き出しを準事務管理によってではなく、不法行為法（より具体的には、損害の金銭評価のプロセス）によって実現することを試みる[65]。もっとも、被害者の損害填補に制限されると解する伝統的な理解を前提とする限り、利益吐き出しを不法行為法により実現することは困難である。そこで、窪田は、利益取得型不法行為の文脈では、伝統的理解の背後にある民刑峻別論を相対化し、不法行為法の目的として制裁ないし抑止機能を正面から肯定することにより、利益吐き出しを不法行為法の枠内で実現する。それゆえに、窪田も、――法律構成は異なるものの――好美と同様に利益吐き出しの根拠を制裁・抑止説に求めているといえる。

第２の点について。窪田は、以上のような制裁・抑止説に基づく利益

---

[64] 窪田①・前掲注(15)54頁以下。また窪田の見解については、窪田・前掲注（６）、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③）、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④）、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⑤）、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⑥）、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⑦）、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、特に９頁以下（窪田発言）などを参照。

[65] その理由としては、第１に、準事務管理は「利得取得型の不法行為に対して不法行為が然るべき対処ができなかったことによって実現された仮託理論に過ぎ」ず、本来、不法行為法のレベルで問題が解決されるべきこと（窪田・前掲注（６）690頁）、第２に、利益吐き出しの射程をプライバシーに拡大したため、準事務管理ではうまく説明できないという点（窪田①・前掲注（15）67頁）が挙げられる。

吐き出しを人格権ないし人格的利益の侵害、とりわけ、マスメディアによるプライバシー侵害、パブリシティ権侵害、名誉毀損などの文脈にも適用することを試みる。その理由としては、(ア) これらの権利侵害は、認識や認容を以てなされることが少なくなく、また (イ) 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め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ず、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点を挙げる[66][67]。ここでは、制裁·抑止説が人格権侵害にも妥当するとの考え方が示されているといえよう。

以上の点を踏まえると、利益吐き出しの根拠としての制裁·抑止説は、90年代後半以降も、準事務管理構成を採らない論者からも支持されることになり、また制裁・抑止説は、90年代前半までの知的所有権侵害の場面のみならず、人格権侵害の侵害の場面にも妥当する根拠として考えられるようになった、といえよう。

このように一見すると、90年代後半以降の議論は、好美が説いたように、法律構成は二次的な問題に過ぎないとの指適を踏襲し、発展させた側面がある。しかし、実質面を重視すべきとの好美の指適は、制裁・抑止説の追認にとどまり、新たな展開は見られなかった。むしろ、学説の関心は、法律構成に向かい、その後多様化していることは周知の通りである。その意味では、90年代後半以降の議論は、——好美の意図に反して——実質論 (理論的根拠) から形式論 (法律構成) へ回帰したといえよう。

(5) 小括

以上のわが国の利益吐き出しの根拠論をめぐる議論状況をまとめると

---

[66] 窪田①・前掲注 (15) 62-3頁。

[67] もっとも、実務では、利益の取得を目的とする人格権ないし人格利益の侵害を理由として、直接利益吐き出しは認められておらず、慰謝料額算定の際の増額要素として考慮されにとどまっている (たとえば、東京高判平13年7月5日判時1760号93頁〔有名人の名誉毀損の事案〕が挙げられる。本件については、田島泰彦「判批」『メディア判例百選』別ジュリ179号〔2005〕138頁以下を参照)。

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、形式論（法律構成）から実質論（理論的根拠）へシフトした。もっとも、ここでの「制裁」概念[68]においては、制裁の元々の意味である復讐心（報復感情）の満足や被害者の宥和という側面はあまり意識されておらず[69]、むしろ侵害行為の抑止という点と結び付けられている点に留意されたい[70]。

第３に、制裁・抑止説は、当初、知的所有権侵害の場面を中心領域として展開されていたのに対し、90年代後半以降になると、人格権侵害の場面でも――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》

---

[68] 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」淡路剛久古稀『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、特に355頁を参照。

[69] 制裁概念について、抑止とは区別された、応報感情の側面に注目し、社会学の知見を用いて、民刑峻別論に批判的な検討を加える近時の研究として、今野正規「民事責任と刑事責任の分化について」瀬川信久＝吉田克己古稀『社会の変容と民法の課題（下）』（成文堂、2018）299頁以下がある。

[70] このような制裁と抑止の混同を指摘するものとして、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、特に20頁を参照。本稿が従来の利益吐き出しの根拠付けを「制裁・抑止説」として制裁と抑止を区別せずに用いているのは、このためである。

という思考図式が確立し[71]、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・抑止説が理論として説得的であればこのような一般化は可能である。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）制裁・抑止説の理論的問題点

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その根拠を求めているといえよう。このような理解を事前的な視点からみると、利益吐き出しは、潜在的加害者に市場を迂回することなく、本人と交渉することで利用許諾を得ることを推奨する機能（いわゆる契約誘導機能）を持つものといえよう[72]。

もっとも、このような制裁・抑止説に対しては、手続的な問題[73]に加えて、以下のような疑問がある。すなわち、――――

第１は、何ゆえ加害者は利益を吐き出さなければならないのかという点に関わる。従来の利益吐き出しの議論では、加害者の「侵害し得」が望ましくないとし、そのような侵害行為へのインセンティブを取り除くために加害者が得た利益を吐き出させることが強調されてきた。しかし、

---

[71] 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）などが挙げられる。

[72] 利益吐き出しに契約誘導機能があることについては、たとえば、藤田友敬「忠実義務の機能」法協117巻２号（2000）137頁、特に145頁以下、田中亘「忠実義務に関する一考察――機能に応じた義務の設計方針」落合誠一還暦『商事法への提言』（商事法務、2004）225頁、特に230頁注（９）を参照。

[73] 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。

翻って考えてみると、被害者の損害を賠償した上で、なお利益が残る場合とは、加害者が被害者よりも効率的な生産者であるということであり、社会的には侵害行為は効率的な結果を生んでいると言えないであろうか。それにもかかわらず、何ゆえ利益吐き出しという制裁まで課してまで、侵害行為を抑止しなければならないのかについて更なる説明が求められるであろう[74]。

第２は、――仮に加害者は利益を吐き出さなければならないとしても――何ゆえ侵害行為により加害者が得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[75]。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、わが国における利益吐き出しをめぐる最大の論争点であったといえよう。もちろん、こうした批判に対しては、従来の学説は何ら反論していなかったわけではない。たとえば、①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、それを被害者に帰属させるよりもはるかに不当性が大きい」と反論し[76]、あるいは②懲罰的損害賠償の文脈で説かれるように[77]、「私人による法の実現（エンフォースメント）」のために積極的な役割を果たしたことに対して与え

---

[74] 忠実義務違反との関係でこうした観点から検討を加えるものとして、田中・前掲注（72）がある。

[75] 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（32）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頁など参照。もっとも、この点は、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〕156頁以下、樋口・前掲注（73）22頁以下を参照）。

[76] 好美・前掲注（46）383頁。

[77] 田中＝竹内・前掲書注（68）165頁、樋口・前掲注（73）22-3頁。

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であろう[78]。

しかし、これらの説明にはいずれも疑問が残る。すなわち、前者（①）の反論については、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[79]、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[80]、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[81]。また後者の反論（②）に対しても、そもそもこうした理解自体に対しては

---

[78] 私人による法実現の観点から、利益吐き出し（型損害賠償）を説明する見解として、窪田が挙げられる（窪田・前掲注（６）667頁以下、窪田⑦・前掲注（64）77頁以下）。この点につき、瀬川・前掲注（68）353頁（窪田の考え方が従来の訴訟観とは異なる考え方、すなわち、「損害賠償訴訟は、私人がその権利行使を通して法律の目的を実現させる手段である」との考え方を採るものであると述べる）も参照。

[79] 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（その適用場面の一つは、本稿の対象とする利益取得型不法行為のような場面である）との関連で論じられている点である（この点については、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）。また、アメリカの懲罰的損害賠償の文脈でも棚ぼた論の問題に対して、州法レベルでは原告以外のもの（たとえば、州の一般歳入やその他の特別の基金）への分配を命じる立法等も現れている（この点については、会沢恒「アメリカ（ミニ・シンポジウム　懲罰的損害賠償の現在）」比較法研究72号〔2010〕110頁、特に111頁を参照）。

[80] たとえば、戒能通孝『債権各論（改訂版）』（巌松堂書店、1946）389頁も立法論として、利益の没収の可能性を指摘していた。

[81] なお、こうした事態は、不法行為構成において、規範的損害論を採用したとしても同様である（森田宏樹「特許権侵害に基づく損害賠償――民法の観点から」日本工業所有権法学会年報41号〔2018〕190頁を参照）。

消極的評価もみられるように[82]、特殊アメリカ法的な色彩が強く[83]、わが国に直ちに妥当するとは言えないであろう。

それゆえに、従来の議論においては、被害者への利益帰属は、加害者が利益を保持する根拠を欠くことの反射的効果として説明されるにとどまり[84]、被害者が当該利益を取得する積極的根拠は何ら説明されていないのである[85]。利益吐き出しを肯定する見解が民法学説の多数の支持を得ていない原因（また、利益吐き出しの問題は立法論であるといわれる

---

[82] 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ら、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。

[83] なお、国家が私人に訴権をばらまき私人による法実現を推奨するという考え方の背景には、アメリカにおける分断した国家構造（行政国家の規制組織のコントロールをめぐる連邦議会と大統領との間に緊張関係がある）という制度的原因がある点にも留意されたい（この点について指摘する近時の研究として、Sean Farhang, The Litigation State—Public Regulation and Private Lawsuits in the U.S.（Princeton U. P., 2010）19 〜がある）。

[84] 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」法政理論33巻２号（2000）１頁、特に39頁参照。

[85] なお、この点につき、近時、村田健介は、知的所有権の文脈を念頭に置いたうえで、「『証明可能な』実損を超える賠償を被害者に与えることが、仮に文化・産業の発展につながるのであれば、その観点から、『証明可能な』実損を超える賠償も正当化し得ると考えられる。」と述べる（村田・前掲注（13）143頁注（35））。このような理解は、利益吐き出しを認めることのデメリット（棚ぼた論）とメリット（上記では、文化・産業の発展）を比較し、後者が前者に優越する場合には、法政策論的に被害者への利益帰属が正当化されると解するものであろう。こうした理解は、利益吐き出しが問題となる一定の場面では説得力があると考えるものの、すべての場面に妥当するとはいえないであろう（少なくとも、知的所有権侵害の文脈においては、異論の余地がある）。

原因）の一つは、この点にあるといえよう[86]。

以上の点を踏まえると、利益吐き出しの根拠として従来説かれてきた制裁・抑止説には問題点があり、利益吐き出しが問題となるすべての場面を正当化する一般理論とまでは言えないであろう。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場面に広く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対象として、①知的所有権と②人格権が主として取り上げられ[87]、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[88]。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（発見されない確率を考慮すると、侵害行為による期待利益がゼロにならない）と解されてきたこと、そしてそれゆえに、ヨリ強い制裁が必要となることが挙げられるであろう[89]。

---

[86] たとえば、潮見・前掲注（32）228頁は、「わが国の民法学説の多数は、今なおこうした『利益吐き出し型損害賠償』を肯定するのに慎重な姿勢を崩していない」と指摘する。窪田⑦・前掲注（64）100頁も同旨。

[87] たとえば、瀬川・前掲注（68）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、利益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。

[88] 窪田③・前掲注（64）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。

[89] こうした理解は、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③パブリシティ権侵害による利益吐き出しについても妥当する（窪田②・前

もっとも、こうした理解には以下のような疑問がある。すなわち、――

第1の疑問は、制裁・抑止説を知的所有権のみならず、人格権にも妥当すると解している点に向けられる。すなわち、制裁・抑止説は、先述したように、事前的な視点から見ると、侵害行為を抑制したうえで、潜在的加害者を市場に向かわせ、権利者と交渉することを促進する制度として利益吐き出しを捉えている面がある。このような理解は、①（知的所有権）のような市場における譲渡性が本来的に認められている市場財が侵害された場面では妥当すると言えるものの[90]、②（人格権）のような、権利者といえでも原則として市場における譲渡性が認められているわけではない人格財が侵害された場面では妥当するとは言えない。というのも、②の場面でも、制裁・抑止説を用いると、市場での人格権（人格財）の取引を推奨することになり（その結果、市場化・商品化問題が生じる）、権利の本来的価値を切り下げることになりかねないからである[91]。もち

掲注（15）155頁注（24）参照）。さらに、④信託法上の忠実義務違反による利益吐き出し（たとえば、沖野・前掲注（26）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〕）や⑤契約違反による利益吐き出しについても妥当するであろう。

90 もっとも、知的所有権であるといっても、すべてを市場財として完全に同列に扱うべきかは検討の余地があるように思われる（とりわけ、産業政策を目的とする特許権と異なり、著作権は、より人格的な要素が強く、別途の取扱いの余地がある）。

91 人格財の市場化・商品化問題については、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――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、星野英一古稀『日本民法学の形成と課題下』〔有斐閣、1996〕、山畠正男＝五十嵐清＝藪重夫古稀『民法学と比較法学の諸相Ⅰ』〔信山社、1996〕）、同『民法学と公共政策講義録――批判的・横断的民法のすすめ（具体的法政策学）』（信山社、2018）93頁以下のほか、マイケル・サンデル（鬼澤忍訳）

ろん、このような制裁・抑止説を人格権侵害による利益吐き出しに用いることに対する懸念は既にわが国でも認識されている[92]。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（ドイツのモナコ王女事件は後者の手法を採用したといえよう）、利益吐き出しを認めつつ、――制裁・抑止説とは異なる――人格権侵害固有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考慮されるにとどまり、侵害行為が起こった事後の金銭救済の場面においては、必ずしも――慰謝料というレベルを除き――考慮されてこなかったのである。こうした人格権（人格財）の特殊性を考慮に入れた利益吐き出しの根拠論が検討されてもよいのではなかろうか（こうした方向性は、近時のアメリカ法学の議論から示唆される点である）。

第２の疑問は、制裁・抑止説が妥当する市場財であっても、利益吐き

『それをお金で買いますか――市場主義の限界』（ハヤカワ文庫、2014）165頁（非市場規範に委ねられるべきもの〔たとえば、身体、名誉など〕に市場規範を導入すると、前者の下での善の堕落をもたらすと説く）を参照。

[92] たとえば、窪田は、ドイツのモナコ王女事件においてBGHが、人格権侵害による直接の利益吐き出しを否定した理由として、認めることが結果的に被害者に対して人格的利益に関する契約強制を求めることになるという懸念があったと指摘する（窪田③・前掲注（64）38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（９）188-9頁）。

出し制度を用いて侵害行為を抑止する必要性が常にあるのかという点に向けられる。たとえば、特許権侵害についてみると、情報創造に対するインセンティブを維持するためには、他者のフリーライドを排除し、発明に対する独占的な権利を発明者に承認することが必要であるとの理解を前提としたとしても、特許法には差止めという制度が用意されており（特許法100条）、かつ差止めによって侵害品の製造設備等が無駄となり侵害者に埋没費用（サンクコスト）が発生する可能性があることを踏まえると、差止めに加えて、利益吐き出しまで侵害行為を抑止する手段として必要とは直ちに言えない（過剰抑止の可能性がある）との指摘がなされている[93] [94]。またそもそも情報創造に対するインセティブを維持するために、創作者が生んだ正の外部性を完全に内部化することが必要といえるかについても異論があり、そうした理解を前提とすれば、利益吐き出し（および差止め）が望ましいといえるかはより疑問である。このように、制裁・抑止説が妥当すると解される領域においても、利益吐き出しの妥当性についてより立ち入って検討することが必要ではなかろうか[95]。

（3）小括

---

[93] この点については、鈴木將文「侵害者利益と損害賠償に関する覚書――特許権侵害の観点から」加藤雅信古稀『21世紀民事法学の挑戦（下巻）』（信山社、2018）673頁、特に688頁を参照。

[94] なお、特許権の文脈では、アメリカのeBay判決を契機に、近時は、差止請求権の制限論も説かれている。この点については、玉井克哉「特許権はどこまで『権利』か」――権利侵害の差止めに関するアメリカ特許法の新判例をめぐって」パテント59巻9号（2006）45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、同「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、田村善之「特許権侵害訴訟における差止請求権の制限に関する一考察――解釈論・立法論的提言」根岸哲古稀『競争法の理論と課題――独占禁止法・知的財産法の最前線』（有斐閣、2013）699頁以下などを参照。

[95] これに対し、従来の利益吐き出しの議論では、差止請求権のみでは不十分なことが強調されていた（たとえば、窪田①・前掲注（15）62頁以下など）。

以上の制裁・抑止説の問題点を踏まえると、制裁・抑止説は、利益吐き出しが問題となるすべての文脈を根拠付ける説得的な理論とはいえず、むしろ利益吐き出しの根拠は、侵害された権利・利益・関係の性質に応じて、多元的に捉えられる必要があるといえよう[96]。

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（根拠論の多元化･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、こうした本稿の構想は比較法的考察

[96] もちろん、このような方向性を示す見解が従来の議論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、山下の見解には、不法行為構成に拘束されているという点は措くとしても、以下の問題がある。すなわち、第１は、本文で述べた人格権ないし人格財の制裁・抑止説による根拠付けの限界が意識されていない点である。また第２は、所有権概念に利益吐き出しを求める権利を含むことが前提とされているが、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点である。なお、類型論に立脚しつつ、侵害利得＝客観的価値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（もっとも、村田は、そうした可能性を指摘しつつも、不当利得法により利益吐き出しを認めるべきかについては結論を留保している）。

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[97]、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[98]。

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、ヒト由来物質の無断利用の文脈でも問題となり、またその根拠付けは、利益吐き出しの中でも最も困難なタイプと言われ[99]、本稿の課題を明らかにする際に有益である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

---

[97] 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・前掲書注（91）71頁、とくに86頁以下（初出、民商119巻２号、同３号〔1998〕）を参照。

[98] それゆえに、法律構成の問題を解明することは、本稿の直接の課題としていない（第５章で若干言及するにとどめる）。これは、本稿が比較対象として取り上げる英米法とわが国では法体系が異なることから、彼地の議論はわが国での法律構成自体には直ちに示唆を与えないことに加えて、好美が指摘する通り、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を実現しようとしても、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。要するに、本稿は、一方で好美が指摘した実質論重視の立場をヨリ徹底しつつ、他方で好美の提唱する実質論（制裁・抑止説）に批判的な検討を加えることを試みるものである。

[99] この点は、池田清治教授（北海道大学）からご指摘いただいた点である。記して謝意を表する。

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[100]などに際して有益であることが指摘されている）[101]。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[102]、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[103]、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[104]。しかし、近時こうした従来の取

---

[100] 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『医事法講義』〔日本評論社、2016〕268頁を参照）。

[101] 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。

[102] 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）、Ｌ・アンドルーズ＝Ｄ・ネルキン（野田亮＝野田洋子訳）『人体市場―商品化される臓器・細胞・ＤＮＡ』（岩波書店、2002）、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。

[103] 宇都木・前掲注（101）122頁。

[104] たとえば、光石忠敬＝櫛島次郎＝栗原千絵子「研究対象者保護法要綱試案

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物質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、ヒト由来物質の規制は、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[105]、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[106]。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

（ⅰ）はじめに

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（それらが所有権の客体になりうるか〔具体的には、民法85条

――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、371頁以下。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試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条）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）。

[105] 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。

[106] 宇都木・前掲注（101）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」摂南法学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。

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）[107]と人格権の客体とする見解（人格権構成）[108]が対立してきたことは周知の通りである[109]。

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[110]。とりわけ、アメリカで

---

[107] たとえば、我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965）202頁以下、米倉明『民法講義　総則（１）――私権・私人・物』（有斐閣、1984）241頁以下、幾代通『民法総則（第２版）』（青林書院新社、1984）157頁以下、河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007）207頁以下など。

[108] 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・前掲書注（91）337頁以下、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。

[109] 人体の法的地位についての近年の研究として、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。もっとも、これらの研究は主としてフランス法を対象とするものであり、彼地では本稿が問題とする利益吐き出しの問題は、生じていないようである（ただし、吉田は、Moore 事件に言及したうえで、ヒト由来物質の無断利用の問題にも言及する。この点については、後掲注（118）を参照されたい）。

[110] 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

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（およ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、特許出願およ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[111]。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）[112]、医学研究の社会的有益性（たとえば、新たな製薬開発など）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の一部または全部を吐き出させることに否定的ないし消極的であった（たとえば、丸山、吉田、岩志など）。この点につき、以下では、若干立ち入って各見解を紹介し、批判的に検討を加えることとする。

（ⅱ）利益吐き出し消極論の概要と問題点

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）。

111 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。

112 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。

まず丸山英二は、次のように述べる[113]。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。要するに、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政策的・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、こうした政策的・実務的な視点は重要である。しかし、その面を強調するばかりに、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が閑却・周縁化されているのも事実である。もちろん、結論として物質提供者への利益帰属が否定されるかもしれないが、提供者も取り入れる形で結論を出すべきではなかろうか。

次に、吉田邦彦は、次のように述べる[114]。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。すなわち、吉田によれば、利益吐き出しを否定する根拠は、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（公共財）であること、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――、提供者への利益帰属を根拠付けることが困難である点に求められる。しかし第１の点（ヒト由来物質＝情報と解する点）については、確かに、医学研究の場面においてヒト由来物質

[113] 丸山・前掲注（112）11頁。

[114] 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）。

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）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」であるとして切りすてられるべきではないのではなかろうか[115]。また第２の点（提供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・抑止説）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。

最後に、岩志和一郎は、次のように述べる[116]。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。もっとも、ヒト由来物質が無断で利用された場合の具体的な救済手段については、「人格権侵害の範囲にとどまると解するのが相当」と述べるにとどまる。これは、おそらく人格権侵害による損害賠償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金銭救済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救済方法こそ構築されるべきなのではなかろうか。

以上の考察を踏まえると、利益吐き出し消極論の根拠としては、①医学研究の政策的・実務的要請、②ヒト由来物質の性質（情報）、③提供

[115] なお、吉田も、精子や卵子それ自体の返還請求が問題となる場面では、人格的所有物としての取扱いを認めているものの、医学研究での利用の場面では「情報」の利用の問題になると述べる（吉田・前掲注（114）226頁以下）。

[116] 岩志・前掲注（112）120頁。

者への利益帰属の概拠づけの困難性、④人格権侵害による金銭救済は慰謝料にとどまるとの理解が挙げられる。しかし、いずれも検討の余地が残されているといえよう。

（3）小括

このように、従来の利益吐き出しの否定的見解は、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[117]。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[118]。

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、本稿はこれらの無断利用による利益帰属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多元化・類型化――を明らかにしていきたい。こうした考察は、

---

[117] ヒト由来物質の性質については、神坂・前掲注（108）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（112）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。

[118] もっとも、こうした消極的理解に対し、吉田克己は、「一方で、たしかに新薬開発の必要性や医学の進歩は重要な要請であって、身体組織について患者の無制限な権利を認めるのには慎重であってよい。しかし、医師が本人に無断でその商業的利用を認められるというのは不当といわなければならない。少なくとも同意は必要だろうし、同意を得ずに利用する場合には、一定の対価を損害賠償の形で払うことも要請されよう。無断利用のインセンティブを抑制するために、通常よりも高額の対価支払いを命じることも考えられる。ただし、差止めについては、社会的有用性を考慮して制限的に考える。そのような方向に適切な法的構成を考えることが重要である。」と述べ（吉田（克）・前掲注（109）18頁）、よりヒト由来物質の由来者の保護に積極的な立場を示しており、注目される。もっとも、利益吐き出しまで認める趣旨かは不明である。

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[119]を取り上げる[120]。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[121]、また考察も一部の領域に

[119] 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。

[120] 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。

[121] 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多元的な根拠付けは試みられていない。

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、比較法的な観点からみると、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、利益吐き出しをめぐって多くの議論の蓄積がみられ（具体的には、どのような場面で利益吐き出しが認められるか。また認める場合には、その根拠は何か。さらに、どのような要件・効果の下で認めるか）、これらを検討することは、わが国の議論にも示唆となるであろう。

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[122]。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[123]――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[124]、利益吐き

[122] 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・前掲書注（21）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思われる。

[123] 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。

[124] 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

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草案が制定され、その後、2011年に正式に承認された）[125]が制定され、その過程で多数の議論がなされており[126]、また本稿も注目する従来の議論とは異なる新たな利益吐き出しの根拠を提示する原状回復法の理論研究（Hanoch Dagan）も登場し、英米法圏内において注目を集めている（とりわけ、Dagan の研

Introduction (Oxford U. P., 2009) 4)。なお、90年代以後のイギリス法のこの領域の発展については、さしあたり、齋藤彰「連合王国における不当利得論争について」関法46巻４＝５＝６号（1997）121頁以下を参照。

[125] 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 Restitution (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「アメリカ回復法リステイトメント（第三次）（2011）――事務管理及び支出利得型の比較法的定位」同『事務管理の構造・機能を考える』〔大阪大学出版会、2017〕209頁参照〔初出、阪大法学64巻３＝４号（2014）〕）。

[126] 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、「原状回復法の初公開：（第３次）原状回復・不当利得リステイトメント」（Restitution Rollout: Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment）というテーマで行われた（その成果は、68 (3) Washington & Lee L. Rev. 865 (2011) に収録されている）。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「原状回復・不当利得に関する検討会」（A Conference on Restitution and Unjust Enrichment）というテーマで行われた（その成果は、92 (3) Boston University L. Rev. 865 (2012) に収録されている）。

究は、本稿の構想に大きな示唆を与えてくれた)[127]。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いえよう。

第３は、とりわけアメリカ法では、ヒト由来物質の無断利用をめぐる議論が豊富であるという点に求められる。敷衍すると、①アメリカでは、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）およ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、被験者たる患者の組織・細胞を無断で利用するという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扱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の帰属問題が顕在化したアメリカ法の状況について概観する（第１章）。ここでは、ヒト由来物質の無断利用の文脈でも物質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なるであろう。

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。

---

[127] 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法学の有力学説（Hanoch Dagan）を取り上げ、その紹介と検討を加える（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――本稿のタイトルである「原状回復救済」としての利益吐き出し――が示されることになろうであろう。

第4に、英米法における利益吐き出しの要件論および効果論を検討する（第4章）。ここでは、従来の英米の議論では必ずしも理論的根拠と一貫した形で要件および効果が検討されていたわけではないこと、そして本稿の立場からは、利益吐き出しの理論的根拠を踏まえた上で、要件および効果が再構成されることになるであろう。

第5に、以上の比較法考察を踏まえたうえで、本稿の立場から、わが国の従来の利益吐き出しをめぐる議論を再検討することを試みる（第5章）。