HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察（３） ： 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, 70(6), 93-153
Issue Date	2020-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/77198
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_70_6_04_Hashimoto.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（３）

―― 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、69巻５号）
第１章　ヒト由来物質の無断利用と利益の帰属問題
　第１節　Moore 事件以前の英米法の議論状況
　第２節　Moore 事件の登場――事案および判決の概要
　第３節　学説の動向――Moore 事件以後の議論状況
　第４節　本章の小括　（以上、69巻６号）
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析出
　　第１款　はじめに
　　第２款　イギリス法
　　第１項　有体物侵害――不動産・動産の侵害
　　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　無体物侵害③――プライバシー侵害
　　第５項　関係侵害①――信認義務違反
　　第６項　関係侵害②――契約違反
　　第７項　小括　（以上、本号）

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[1][2]。具体的には、まず英米法において従

[1] 本章の考察において主として参照した英米（コモン・ウェルス諸国を含む）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 (Oxford U.P., 1985) (Birks ①)；Dan B. Dobbs, Law of Remedies : Damages, Equity, Restitution (West Academic, 1993) (Dobbs ①)；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) (Burrows ①)；Peter Birks, Unjust Enrichment (2nd ed.) (Oxford U.P., 2005) (Birks ②)；Graham Virgo, The Principles of the Law of Restitution (2nd ed.) (Oxford U.P., 2006) (Virgo ①)；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) (Burrows ②)；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) (Virgo ②)：Dan B. Dobbs, Law of Remedies : Damages, Equity, Restitution (3rd ed.) (West Academic, 2018) (Dobbs ②)；Katy Barnett & Sirko Harder, Remedies in Australian Private Law (2nd ed.) (Cambridge U.P., 2018)
〔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)；Peter Devonshire, Account of Profits (Thomson Reuters Hong Kong Limited, 2013)
〔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)；Andrew Kull & Ward Farnsworth, Restitution and Unjust Enrichment: Case and Notes (Wolter Kluwer, 2018)；Kit Barker & Ross Grantham, Unjust Enrichment (2nd ed.) (Butterworths Lexis Nexis, 2018)

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、英米法はいかなる場面でどのような理論的根拠に基づき利益吐き出しを認めてきたかを明らかにし（第１節）、その上で、判例法から析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）。

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困難であるということである。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こと、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（第３章で取り上げる Hanoch Dagan のそれ）が登場しており、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ことが挙げられる。以上の理由から、本章において若干立ち入っ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析出

本節では、英米法における利益吐き出し救済の状況および本稿が対象とする利益吐き出しの具体的場面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

[2] なお、本章の「伝統的な利益吐き出しの根拠論」というタイトルは、第３章で取り上げる Hanoch Dagan の見解と対比する意味で用いている。詳細は後述するが、Dagan は、利益吐き出しを差止命令などの特定履行救済と機能的に類似するものとして捉えている点で、従来の見解と大きく異なる立場を示している。そのため、本稿では Dagan のような発想を採用していない見解を広く伝統的な根拠論として一括りにしている。もちろん、後者の見解も一様ではないことはいうまでもない。

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[3][4]。

第１款　はじめに

（１）英米法における利益吐き出し救済の概観

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）[5]上のものであることには異論はない[6]。具体的には、英米法では、利益吐き出しを認める救済

---

[3] それゆえに、理論的根拠以外の問題――具体的には、主観的意図や因果関係などの要件論や吐き出すべき利益やその範囲などの効果論――は、ここでの考察の対象から除外し、後に別途取り上げる（第４章参照）。

[4] なお、学説については、本文および脚注において簡単に紹介するにとどめ、それらの考察は、理論的根拠を検討する第２節に譲る。

[5] 英米における原状回復法をめぐっては、①原状回復法を不法行為法、契約法、所有権法に次ぐ第４の法領域として認めるのか否か（イギリスでは肯定的な見解が強いのに対し、アメリカでは否定的な見解が従来強かった）、また②（認めるとしたうえで）その位置づけをどのように解するかに（不当利得法を指すのか、それよりも広い法領域なのか）ついて理解が分かれている。もっとも、この点については、本稿では立ち入らない。前者については、Dan Priel, *The Law and Politics of Unjust Enrichment*, 63 UTLJ 533 (2013)（アメリカ法における消極的なスタンスの背景を探る）および笹川明道「米国での『第３次原状回復・不当利得法リステイトメント』の刊行について」神戸学院法学42巻３＝４号（2013）323頁、後者については、笹川明道「英米法における『原状回復法』と『不当利得法』の異同について」神戸学院法学46巻３＝４号（2017）83頁が詳しく、それらに譲る。

[6] たとえば、イギリス法については、Virgo ①, *supra* note 1, at 425 ～を参照。またアメリカ法については、American Law Institute, Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment (2011) § １を参照（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

手段としては、主としてコモン・ロー上の①（不法行為訴権の放棄（waive of torts）を媒介とした[7]）準契約に基づく不当利得返還訴権（money had and received）[8]とエクイティ上の②擬制信託（constructive trust）およ

る。その具体的な規定としては、51条４項が挙げられる）。なお、第３次原状回復・不当利得リステイトメントについては、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。

[7] 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）が請求権競合関係にある場合に、原告が前者ではなく、後者を選択して請求する場合を指す。それゆえに、不法行為訴権の「放棄」という語は、「ミスリーティング」であると評されている（*See,* Virgo ②, *supra* note 1, at 444 ～；Farnsworth, *supra* note 1, at 61）。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（なお、こうした利点の多くは現在不法行為法の改革により不法行為訴権によっても対応可能となっている点に留意されたい（*See,* I.M. Jackman, *Restitution for Wrongs,* 48 C.L.J. 302, 309 ～ (1989)）。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、文書による名誉毀損〔libel〕、口頭による名誉毀損〔slander〕、暴行〔assault・battery〕、or 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。以上については、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頁以下も参照。

[8] 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（Virgo ①, *supra* note 1, at 435-6）。

び③利益の清算（account of profits）が挙げられ[9] [10]、英米法における利益吐き出しの法源は一元的なものではなく、コモン・ローおよびエクイティのそれぞれにより発展した寄せ集め的ないし複合的な性格を持つと説かれている[11]。そのため、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、またこのような救済が――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[12]――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かについても評価が分かれている[13]。

（２）検討対象の限定

---

[9] これらの救済手段については、Virgo ①, *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〕）も参照。

[10] なお、判例では、上記の①～③以外にも様々なラベルが付けられて利益吐き出しが実現されている（*See,* Edelman, *supra* note 1, at 136 ～）。

[11] イギリス法との関係でこの点を指摘するものとして、Stephen Watterson, *Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales*, in: Ewoud Hondius & André Janssen eds., Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World (Springer, 2015) 29などが挙げられる。なお、こうした複合的な性格であるがゆえに、「利益の吐き出し（disgorgement of profits）」という用語の使用に対しては、コモン・ロー上のものとエクイティ上のものの区別、あるいは人的救済と物的救済の区別を曖昧にするとして、消極的に解する見解もある（Samuel L. Bray, *Fiduciary Remedies*, in: Evan J. Criddle et al. eds., Oxford Handbook of Fiduciary Law (Oxford U. P., 2019) 454）。

[12] 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) であると思われる。また、このようなFriedmannの見解は、本稿が注目するDaganの見解にも影響を及ぼしている（Hanoch Dagan, Unjust Enrichment: A Study of Private Law and Public Value (Cambridge U. P., 1997) 10）。

[13] E.g. Mitchell McInnes, *Disgorgement for Wrongs: An Experiment in Alignment*, 8 R.L.R. 514 (2000)；Sarah Worthington, *Reconsidering Disgorgement for Wrongs*, 62 Mich L. Rev. 218 (1999).

そこで以下では英米の判例法を考察することを通じて、彼地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了解願いたい。すなわち、

第１に、本稿は、従来わが国でも注目されてきた擬制信託ではなく[14]、主として利益の清算に焦点を置くこととする。両者は、――物的救済か人的救済かの違いはあるものの――被害者の損害ではなく侵害者の利益に着目する原状回復的な救済手段であり、また裁判官の裁量的な要素[15]が重視されるエクイティ上の救済手段である点で一致している。そのような中で、後者に着目する理由としては、まず（ア）物的救済である擬制信託は、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[16]）を考慮しなければならないのに対し、人的救済である利益の清算はそのような問題が生じず、検討しやすいことが挙げられる。また（イ）利益の清算は、特殊な沿革の発展を遂げたこともあり[17]、適用範囲が広く（具体的には、一部のコモン・ロー上の権利の侵

---

[14] 擬制信託に関するわが国の先行研究としては、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。

[15] エクイティの裁量的性格については、さしあたり、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頁を参照。

[16] 擬制信託に付随する優先的保護の問題については、本稿の文脈とは異なるものの、拙稿「イギリス原状回復法における弁済者の優先的保護――錯誤による弁済を中心に（１）（２・完）」北法65巻５号239頁以下、６号107頁以下（2015）を参照されたい。

[17] 利益の清算は、沿革的には、コモン・ローを起源として13世紀ころに登場した救済手段であったが、手続きの硬直性から利用しにくく、またコモン・ローでは、先述の不当利得返還訴権が発展したこともあり、18世紀後半以降は、エクイティ裁判所にその役割が引き継がれる形で発展したため、その適用範囲が広い。なお、利益の清算の沿革については、Joel Eichengrun, *Remedying the Remedy of Accounting*, 60 IND. L.J. 463 (1985)；Mitchell McInnes, *Account*

害〔著作権、特許権、商標権など知的所有権の侵害〕による不法行為の場面に端を発し、その後エクイティ上の権利の侵害〔信認義務違反や守秘義務違反〕を理由に広く認められ[18]、さらに近時はより一般的なコモン・ロー上の権利の侵害〔契約違反〕にまで拡大し始めている[19]、利益吐き出しを認める典型的かつ主たる救済手段と解されていることが挙げられる[20]。以上の理由から、利益の清算を中心として英米における利益吐き出しの実相を明らかにすることとし、他の救済手段は本稿の考察に必要な限りで簡単に言及するにとどめる[21]。

---

of Profits for Common Law Wrongs, in: Simone Degeling & James Edelman eds., Equity in Commercial Law (Law Book Co of Australasia, 2005) 405, 407 ～；Devonshire, *supra* note 1, at 3 ～；Lucina Ho, *An Account of Accounts*, 28 SAcLJ 849, 851 ～ (2016)：Dobbs ②, *supra* note 1, at 415 ～を参照。またわが国の先行研究として、海原文雄「中世イギリスに於ける計算訴訟と衡平法理」金沢大学法文学部論集法経篇７巻（1959）87頁以下も参照。利益の清算の歴史的な展開については、これらの文献に譲り、ここでは立ち入らない。

[18] Jessica Palmer, *The Availability of Allowances in Equity: Rewarding the Bad Guy*, 21 New Zealand Universities Law Review 145, 149 ～ (2004)（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、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と指摘する）。

[19] 具体的には、後述の〔英16〕Blake 事件が挙げられる。

[20] 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将来の発展の焦点になるとも指摘する）. この点につき、Katy Barnett, *Disgorgement of Profits in Australian Private Law*, in: Ewoud Hondius & André Janssen eds., Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World (Springer, 2015) 16；Virgo ①, *supra* note 1, at 436-7も同旨。

[21] 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

第２に、本稿は、利益吐き出しが問題となる場面として、（ⅰ）有体物侵害として、①不動産・動産の侵害、（ⅱ）無体物侵害として、②知的所有権の侵害、③営業秘密や国家機密などの機密情報の侵害、④プライバシー侵害や名誉毀損、（ⅲ）関係侵害として、⑤信認義務違反と⑥契約違反を取り上げるにとどめる[22]。利益吐き出しが問題となる場面としてはその他にも彼地では取り上げられているものの（たとえば、ニューサンス、反トラスト法、相続人による被相続人の殺害、強迫・詐欺・不実表示、消費者法の領域など）、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。

このように本稿は、上記の①～⑤の各場面において英米において利益の清算が認められているか否か、また認められている場合には、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、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、次節で取り扱う。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

は、前者の意味と後者の意味を併せて、原状回復法上の利得に基づく救済手段（gain-based remedy）として同列に論じられる傾向があるが（e.g. McInne, *supra* note 17. もっとも、近時は、両者を区別して用いる見解が増えている〔e.g. Worthington, *supra* note 13, at 221；Edelman, *supra* note 1, at 65～〕）、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、両者を区別して用いることにする。

[22] ただし、イギリスとアメリカにおいて、利益吐き出しが問題となる領域は若干異なり、それに対応して、検討する事項も両国で若干違いが生じる点に留意されたい。

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[23]。具体的には、（ⅰ）有体物侵害として、①不動産・動産の侵害（第１項）、（ⅱ）無体物侵害として、②知的所有権の侵害（第２項）、③営業秘密や国家機密などの機密情報の侵害（第３項）、④プライバシー侵害（第４項）、（ⅲ）関係侵害として、⑤信認義務違反（第５項）と⑥契約違反（第６項）の場面を順に取り上げ、考察することとする。

第１項　有体物侵害――不動産・動産の侵害

（１）はじめに

まず有体物侵害の場面についてみてみよう[24]。イギリス法では、不動産や動産は、コモン・ロー上の不法行為――具体的には、不動産に対する不法侵害（trespass to land）、動産に対する不法侵害（trespass to

[23] 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・ロー上不法とみなされるもの（不法行為と契約違反に大別される）を理由とする原状回復と②エクイティ上不法とみなされるもの（信認義務違反や守秘義務違反など）を理由とする原状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、Burrows ②, *supra* note 1や Virgo ①, *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（なお、このような手法は、Dagan, *supra* note 12でも採用されており、示唆を得た）。

[24] 本項の考察に際しては、（後掲の文献に加えて）以下の文献に負うところが大きい。

〔教科書・体系書・モノグラフ〕Birks ①, *supra* note 1, at 313 ～；Goff & Jones, *supra* note 1, at 773 ～；Virgo ①, *supra* note 1, at 461 ～；Burrows ②, *supra* note 1, at 642 ～；Edelman, *supra* note 1, at 113 ～；Giglio, *supra* note 1, at 53 ～；Devonshire, *supra* note 1, at 151 ～；Virgo ②, *supra* note 1, at 453 ～.

〔論文〕Jackman, *supra* note 7, at 305 ～；Elizabeth Cooke, *Trespass, Mesne Profits and Restitution*, 110 L.Q.R. 420, 422 ～ (1994)；McInnes, *supra* note 17, at 538 ～；Watterson, *supra* note 11, at 29 ～.

chattels）や動産侵害（conversion）――により保護されている[25]。

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）客観的な損害を算定することができない場合や（ⅱ）侵害者が権利者の損害以上の利益を取得した場合には、利益吐き出しが問題となる[26]。

そこで以下では、不動産と動産の無断使用および無断処分の場面を中心に、イギリス法の状況に一瞥を与えることとする。

（２）不動産侵害の場面

まず不動産侵害の場面のうち無断処分についてみよう。もっとも、不動産の無断処分が直接に問題となった事案は確認できず、土地の地下にある石炭を無断で処分した事案があるにとどまる。判例は、この場面において、その石炭の売却により得た利益を回復するためにコモン・ロー上の不当利得返還訴権を認めてきた。たとえば、1837年の〔英１〕Powell v. Rees 事件[27]が挙げられる。もっとも、本件においては、売買価格の直接の証拠が提出されておらず、市場価格を超える利益を侵害者が取得したか否かは明確ではなく[28]、売却価格が市場価格を超える場合にまで同様の判断がなされるかは明らかとは言えない。

他方で、不動産の無断使用の事例についてみると、たとえば、〔英２〕Whitwham v. Westminister Brymbo Coal & Coke Co. 事件[29]は、Ｙが自分の炭坑（colliery）からの廃棄物を埋積するために、Ｘの土地を６年間無断で使用することにより、Ｘに損害を与え（Ｘの土地の価値は200ポンド下がった）、他方で、Ｙは利益を得た（土地の使用価値として900ポ

[25] 英米法における不動産や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。

[26] Peter K. Huber, *Mistaken Transfers and Profitable Infringements on Property Rights: An Economic Analysis*, 49 La. L. Rev. 71, 100 ～ (1988).

[27] (1837) 1 B & Ad 241.

[28] *See,* Burrows ②, *supra* note 1, at 645.

[29] [1896] 2 Ch 538 (CA).

ンドであると認定された）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（200ポンド）を基準とする填補賠償に制限することを拒絶し――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（900ポンド）の支払いを命じた[30]。その根拠としては、「不法行為者がその使用を理由に他の人に一定の方法で賠償することなしに、他の人の土地の使用をすることは認められてはいけない」という考え方が挙げられている[31]。他方で、賠償額を決定する際には、原告の土地の使用からのYの現実の利益は、考慮されなかった[32]。

このように、判例は上記の場面では、侵害者が得た客観的な利益の返還については認めるものの、それを超える現実の利益の吐き出しまで認めているかは明らかとはいえない[33]。もっとも、近時、不法侵害の場面において「例外的な状況」との制限はあるものの、エクイティ上の救済手段である利益の清算を認めると言及する裁判例が登場しており[34]、新

---

[30]「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」（*Id.* 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、Yの使用利益をXの「損害」として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）。

[31] *Id.* at 543 (per Rigby LJ). *See also,* at 541-2 (per Lindley LJ).

[32] *Id.* at 543 (per Rigby LJ). *See also,* Devonshire, *supra* note 1, at 152.

[33] Watterson, *supra* note 11, at 53 ～ . こうした判例の立場に対して、客観的な使用料の返還に消極的な立場を示す判例もある（Phillips v. Homfray, (1883) 24 Ch. D.）。もっとも、本件は、被告が死亡したため、人的訴権は人の死亡とともに消滅するとの法理が適用された事案であり、被告が生存していた事案にも同様に妥当すると解することはできないと説かれている（*See,* William Swadling, *The Myth of Phillips v. Homfray*, in: W. Swadling & G. Jones eds., The Search for Principle: Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley (Oxford U. P., 1999) 277 ～）。そのため、判例は客観的な使用料については返還を認めていると解されている。

[34] E.g. Stadium Capital Holdings (No 2) Ltd. v. St Marylebone Property Co.plc., [2010] EWCA Civ 952；Ramzan v. Brookwide Ltd., [2010] EWHC 2453 (Ch),

たな動向がみられる。ただし、それらは傍論にとどまり、その根拠については示されていないため、ここでは立ち入らない。

（３）動産侵害の場面

次に動産侵害の事例についてみよう。まず無断処分の場面について取り上げると、たとえば、〔英３〕Chesworth v. Farrar 事件[35]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。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[36]、動産の売却代金の返還を認めた。もっとも、本件も売却価格が市場価格によるものかについては不明であるため[37]、市場価格を超える利益を侵害者が取得した場合に、利益の吐き出しを認めるか否かは明確とはいえない。

他方で無断使用の場面についてみると、たとえば、〔英４〕Strand Electric & Engineering Co Ltd., v. Brisford Entertainments Ltd. 事件[38]は、ＹがＸから賃貸した動産（映画設備）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の使用料を基準とする損害賠償の支払いを命じた。他方で、Ｙが取得した現実の利益が考慮されるかについては、明示的に否定された。すなわち、「損害賠償は、市場の賃料以上のものをその動産の使用により被告が上げたと証明することにより、増額され得ない」と判示された[39]。

[2011] 2 All ER 38. *See also,* VIRGO ②, *supra* note 1, at 459.

[35] [1967] 1 QB 407.

[36] *Id.* at 417 (per Edmund Davies J).

[37] *See,* BURROWS ②, *supra* note 1, at 644.

[38] [1952] 2 QB 246 (CA). 同趣旨の判決として、Lamine v. Dorrell, 92 Eng. Rep. 303, at 303 (KB 1705) などがある。

[39] *Id.* at 252 (per Somervell LJ).

このように、判例は、上記の場面では、不当利得返還訴権により利益の返還を認めるものの、市場価格を超える利益の吐き出しまで認めるものかは明確ではない。

（４）学説の議論状況

学説では、不動産や動産の侵害を理由として利益吐き出しを肯定する見解がみられる。その際の根拠としては、①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こと（Goff & Jones[40]）、②所有権の本質的性質（排他性）から利益吐き出しを肯定する見解（Friedman[41]）、③侵害者の利益が権利者の財産の代償物または果実であることに求める見解（Virgo[42]）、④公共的な利益の観点から正当化する見解（Jackman[43]）[44]などが挙げられる。

（５）小括

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、判例は、有体物の無断使用の場面では、コモン・ロー上の不当利得返還請求訴権によって侵害者が所有者と契約していれば払うべき

---

[40] Goff & Jones, *supra* note 1, at 781. *See also,* Virgo ①, *supra* note 1, at 476.

[41] Friedmann, *supra* note 12, at 507（所有権の本質的な属性は、排他性であり、そのため他人による財産の利用は必然的に所有者の権利の損失による利得を生む。それゆえに、所有権の理論は原状回復を求める権利を承認する十分な根拠を提供する）.

[42] Virgo ①, *supra* note 1, at 432～. なお、Virgo の見解については、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、特に344頁も参照。

[43] Jackman *supra* note 7, at 303～（所有者に直接的な損害をもたらさない侵害行為の場面において法が介入することができるのは、社会を促進する法制度〔具体的には、所有権や信認関係など〕の侵害があるからとする。つまり、公共的・政策的な観点から、利益吐き出しを正当化する）. なお、Jackman の見解については、大西・前掲注（42）345頁以下も参照。

[44] なお、④の見解は、他の文脈でみられる侵害行為の抑止に求める見解としても位置づけ得るが、私的な利益よりも、公共的利益への比重が大きいことから、別の見解として位置づけた。

であったはずの客観的な使用料相当額の利益の返還を認めるにとどまり、それを超える侵害者が不法侵害から得た現実の利益の吐き出しまで認めるものではない（特に〔英４〕判決は明示的に否定する）。

第２に、判例は、有体物の無断処分の場面では、不当利得返還訴権により、侵害者が処分により得た利益の返還を認める。ただし、売却価格が市場価格を超えるかは不明な事案が多く、判例が市場価格を超える利益の吐き出しまで認める趣旨かは明らかではない[45]。

第３に、これらの有体物侵害の事案はコモン・ロー上の不法行為であることもあり、同じくコモン・ロー上の不当利得返還訴権により処理され、本稿の考察対象とする利益の清算は用いられていないということである（ただし、近時新たな動向もみられるが）。

このように有体物侵害の事案からは、利益吐き出しの根拠を抽出することはできなかった（ただし、学説では肯定する見解があり、その根拠付けは参照に値する）。それにもかかわらず取り上げたのは、後述するアメリカ法では、異なる立場が採られており、それと比較する際に有益であると考えたからである。

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[46]。ここではまず著作権や特許権などの知的所有権の侵害によ

---

[45] もっとも、以上の帰結は、不当利得返還訴権についてのものであり、他の救済手段（とりわけ、本稿の考察対象としなかった擬制信託）によって実現されている可能性はある。

[46] 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・モノグラフ〕Virgo ①, *supra* note 1, at 470 ～；Edelman, *supra* note 1, at 217 ～；Burrows ②, *supra* note 1, at 645 ～, 653 ～.

〔論文〕Fiona Patfield, *The Modern Remedy of Account*, 11 Adel L. R. 1 (1987)；Lionel Bently, *Accounting of Profits for Infringement of Copyright: Potton Ltd v. Yorkclose Ltd*, [1990] 3 EIPR 106 (Bently ①)；Lionel Bently, *Accounting for Profits Gained by Infringement of Copyright; When does it End?*, [1991] 1 EIPR 5 (Bently ②)；Peter Hastie, *Restitution and Remedy in Intellectual Property*

る利益吐き出しの問題についてみる。有体物と同様に通常は被害者の損害の填補賠償をもって十分な救済となる。しかし、（ア）有体物と異なり、無体物の場合には被害者に生じた損害を算定することが困難なことが多い。また（イ）侵害者の方が権利者よりも効率的な生産者である場合や侵害者が権利者と異なる市場で取引をした場合には、侵害者の利益が被害者の損害を超えることもある。これらの場面において、（被害者の損害ではなく）侵害者の利益が注目されることになる。

以下では、①著作権侵害、②特許権侵害、③商標権侵害・詐称通用の各場面における利益の吐き出しについて、順番にみていくこととする[47]。

（２）著作権侵害の場面

まず著作権侵害の場面についてみると、イギリス法では著作権侵害を理由としてエクイティ上の利益の清算が認められることに異論はない。もっとも、その根拠付けは一様ではない。

第１に、被害者の損害額を算定する代替手段に求めるものが挙げられる。すなわち、ある判決は、著作権者の損害の算定が困難な場合に、侵害者が得た利益が最も正義に適った近似値として利益の清算を根拠づけた[48]。このような理解は、利益の清算が損害額の算定が困難な場合に用いられる「差止命令の付随物（corollary）」[49]であるとの沿革に由来するも

Law, 14 Australian Bar Review 6 (1996)；Lionel Bently & Charles Mitchell, *Combing Money Awards for Patent Infringement: Spring Form v. Toy Brokers*, 11 R.L.R. 79 (2003)；Joshua Marshall & William Lister, *Compensatory Damages and Account of Profits: Separate Elections for Separate Causes of Action-Trade Mark Infringement and Passing Off*, 11(4) Journal of Intellectual Property Law & Practice 285 (2016).

なお、イギリスの知的所有権法一般については、ティナ・ハートほか著（牧野和夫監訳＝早川良子翻訳）『イギリス知的財産法』（Lexis Nexis、2007）を参照。

[47] なお、意匠権については立ち入らない。

[48] Colburn v. Simms, (1843) 2 Hare 543, 560; 67 ER 224, 231 (per James Wigram V-C). 本件については、Edelman, *supra* note 1, at 233に負う。

[49] W.R. Cornish, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights (4th ed.) (Sweet & Maxwell, 1999) 76.

のと思われる。すなわち、コモン・ローとエクイティが峻別されていた時代においては、損害賠償はコモン・ロー裁判所、差止命令はエクイティ裁判所の役割であった。しかし、差止命令が時期を遅れて発効することができない場合に、再度コモン・ロー裁判所に訴訟を移送するのは非効率であることから、エクイティ裁判所は、金銭救済を認めるために利益の清算を差止命令に付随するものとして扱った[50]。そのため、利益の清算は、被害者の損害額を算定する代替機能を担っていたと解されていたわけである。

第２に、不当利得の防止に求めるものが挙げられる。たとえば、〔英５〕Potton Ltd. v. Yorkclose Ltd. 事件[51]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、「不当利得の防止」を根拠に、利益の清算を認めた。

そしてこうした利益の清算を肯定する判例の立場は、その後の制定法においても追認されている[52]。すなわち、（1911年著作権法を起源とし、1956年著作権法を経て制定された）1988年著作権・意匠・特許法は、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[53]、また後者として（α）損害賠償と（β）利益の

---

[50] *See,* EDELMAN, *supra* note 1, at 233 ～ .

[51] [1990] FSR 11 (Ch). *See,* Bently ①, *supra* note 46, at 106 ～ .

[52] 制定法における著作権侵害による利益の清算の規定の沿革については、Bently ②, *supra* note 46, at 5 ～以下が詳しい。

[53] Copyright Patents and Design Act 1988 s. 96, 97. 96条および97条は以下のように規定する（訳は、大西・前掲注(42)313頁以下を参照しつつ、一部変更した）。

第96条　著作権権利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

清算を規定している。

もっとも、制定法は、利益の清算を認める際に、侵害者の主観的要件による制限を設けておらず[54]、利益の吐き出しを――後述の他の場面よりも――広く認める立場を採っている点に留意されたい。

このようにイギリス法では、判例および制定法のいずれにおいても、著作権侵害による利益吐き出しが認められており、そしてその根拠として①損害額の算定代替や②不当利得の防止に求められているといえる。

（３）特許権侵害の場面

次に特許権侵害の場面についてみると、イギリス法では特許権侵害を理由として利益の清算が認められている。具体的には、制定法（〔1852年改正特許法を起源とする〕1977年特許法）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[55]。そして、判例は利益の清算の根拠を「不当利

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（flagrancy）

（ｂ）侵害行為を原因として被告に発生した利得

[54] 97条１項（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）の抗弁は、損害賠償に対して成立するのみであり、利益の清算を含むその他の救済手段には認められない（Wienerworld Ltd v. Vision Video Ltd., [1998] FSR 832）。ただし、この点については、異なる理解もある（Edelman, *supra* note 1, at 235-6）。

[55] Patent Act 1977, s. 61. 61条１項は以下のように規定する（訳は、大西・前掲注（42）312頁以下を参照しつつ、一部変更した）。

第61条　特許権侵害についての手続き

（１）特許権者は、この法律における以下の本章の条項を対象として、特許権を侵害するいかなる行為に対しても次のような方法によって裁判所に

得の防止」に求めている。たとえば、〔英６〕Spring Form Inc v. Toy Brokers Ltd. 事件[56]が挙げられる。本件事案は以下のとおりである。すなわち、X1は、子どものおもちゃテントのために欧州特許（UK）を取得した。その後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に与えた。これに対し、Y1はXのテントと類似するそれを製造し、そしてこれらをY2、Y3およびY4に売却し、Y2らはそれらを顧客に販売した。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、Y1らのこれらの活動が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[57]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るこ

民事の訴えを提起することができる（民事以外の救済方法を妨げない）。
（ａ）侵害行為の差止または侵害のおそれがある場合の予防差止命令
（ｂ）侵害行為に供した物の除却（deliver up）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（account of profits）
（ｅ）特許の有効と侵害行為の確認
（２）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。
（３）～（６）省略

[56] [2002] FSR 17. 本件については、Bently & Mitchell, *supra* note 46, at 86 ～を参照。

[57] 61条２項の適用範囲およびその理由は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ようである（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.* at 84 ～に譲る）。

とである。」として、利益の清算を肯定した[58]。ここからは、利益の清算の根拠が、「不当利得の防止」に求められていることが明らかといえよう。

このようにイギリス法では、判例および制定法のいずれにおいても、特許権侵害による利益吐き出しが認められていること、そしてその根拠としては「不当利得の防止」に求めているといえよう。

（４）詐称通用および商標権侵害の場面

最後に、商標権侵害および詐称通用（passing off）の場面について取り上げる[59]。

利益の清算の可否について検討するに先立ち、両者の異同について一言述べておくこととする。すなわち、商標とは、「一業者の商品・役務に付され、またはそれに関連して使用され、他の業者により供給され類似の商品・役務からそれを識別するための符号や記号」をいう[60]。これに対し、詐称通用とは、「自分の商品が、すでに確立したのれんをもつ他業者の商品であるかのような印象を消費者に与えることになる取引行為」をいい、具体的には、①ある業者が自己の製品を他の業者の商品と同じ品質であると表示した場合や②ある業者が他の業者と何らかの関連があるような印象を与えた場合が挙げられる[61]。両者は、商品の標章ないし標識を一定の形で保護し、消費者の誤認を防止する点で類似する。もっとも、商標は標章それ自体を所有権の客体として直接保護するに対し、詐称通用は行為規制（不実表示の禁止）により標識を間接的に保護するにとどまり、また商標による保護は登録が要求されるのに対し、詐称通用規制の場合には不要であるという違いがある[62]。以上を踏まえた

---

[58] [2002] FSR 17, at [7].

[59] 商標および詐称通用一般については、ハートほか・前掲書注（46）107頁以下、Neville Cordell = Alex Woolgar「英国の詐称通用法による商品の形態及び外観の保護について」パテント72巻１号（2019）52頁以下を参照。

[60] ハートほか・前掲書注（46）108頁。

[61] ハートほか・前掲書注（46）175頁。

[62] そのため、ある標章が侵害された場合、当該標章が登録されている場合には、商標権侵害訴訟を提起すればよい（この場合、原告は無断で使用されたことだけを立証すればよい）のに対し、当該標章が未登録である場合や登録不能の場

上で、次にこれらの場面において利益の吐き出しが認められるかについてみていくこととしよう。

前者の商標権侵害の場面についてみると、イギリスの判例は利益の清算を認めている。たとえば、〔英７〕Slazenger & Sons v. Spalding & Brothers 事件[63]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（ゴルフボールの製造・販売会社）が善意で侵害したのに対し、X がまず Y に対して差止命令を求めた（Y はこれを受け直ちに X の商標を使用することを中止した）後に、さらに Y に対して利益の清算などを求めた事案である。本件においては、利益の清算は X の損害額を算定するための前提作業として捉えられている（Y が得た利益は Y の侵害行為がなければ X が取得できた利益であり、損害であるという理解である）。本件において、裁判所は、填補賠償を求める権利が成立する場合には、利益の清算を求める権利も成立するとし、両者のいずれを選択するかは原告に委ねられると述べた上で、本件では Y が善意であったため、X は填補賠償を求める権利を取得せず、その結果として利益の清算を求める権利も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、侵害者が悪意の場合には認めることを含意するものといえる。なお、判決はその根拠を明示していないものの、填補賠償を算定する前提として捉えていることから推察するに、損害額を算定する代替手段として利益の清算を位置付けているように思われる。こうした取扱いは、制定法（〔1875年商標登録法に起源を有する〕1994年商標法）において追認されている（同14条２項）[64]。

後者の詐称通用についても、判例はコモン・ロー上の不法行為である

合には詐称通用を理由とする訴訟を提起することになる（この場合、原告はのれん（goodwill）が確立されていることを立証しなければならず、ハードルが高くなる）。そのため、保護されやすいのは商標であるが、保護の対象となる範囲は詐称通用の方が広いとされる（以上につき、ハートほか・前掲書注（46）175頁以下を参照）。なお、商標には、その他の機能もあるが、ここでは立ち入らない。

[63] [1910] 1 Ch 257.

[64] Trade Marks Act 1994, s 14(2).

ものの、利益の清算を（例外的に）認めてきた[65]。もっとも、その根拠については――著作権侵害と同様に――一様ではない。すなわち、19世紀のある判決は、損害額を算定する代替手段として利益の清算を用いている[66]。これに対し、不当利得の防止に求めたものもある。後者については、たとえば、〔英８〕My Kinda Town Ltd. v. Soll 事件[67]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、「不当利得の防止」を挙げた[68]。

このように、イギリス法では商標権と詐称通用のいずれの場面においても利益の吐き出しが認められており、またその根拠としては、①損害額の算定代替や②不当利得の防止に求められているといえよう。

（５）学説の議論状況

知的所有権侵害を理由とする利益吐き出しをめぐる学説の動向についてみると、利益算定の困難性から廃止論を説く見解が少数ながら存在するものの（Patfield[69]）、多数の見解は肯定的に解している。もっとも、判例と同様に根拠付けは一様ではない。具体的には、①不当利得の防止

---

[65] 沿革的には、利益の清算はコモン・ローに由来したものの（この点につき、前掲注（17）を参照）、多くの領域でエクイティに移行したが、この領域だけコモン・ローに残った。

[66] Hogg v. Kirby (1830) 8Ves Jun 215, 223; 32 ER 336, 339. この点については、EDELMAN, *supra* note 1, at 233に負う。

[67] [1982] 8 FSR 147.

[68] *Id.* at 156.

[69] Patfield, *supra* note 46, at 31（守秘義務違反の領域では、利益の清算は必要悪となり得るが、知的所有権の領域では不要と説く）.

に求める見解（Watterson[70]）、②侵害行為の抑止と解する見解（Bently[71]、Edelman[72]、Rotherham[73]）、③公共的利益の観点から正当化する見解（Jackman[74]）、④矯正的正義の実現に求める見解（Marshall & Lister[75]）などが挙げられる。もっとも、後述のアメリカの学説と比較すると、知的所有権法の目的を踏まえたうえでの利益吐き出しの是非という観点からの検討は弱いようにみえる。

（6）小括

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、判例はコモン・ロー上の訴訟原因である知的所有権侵害を理由として利益吐き出しを広く認めている（著作権、特許権、商標権・詐称通用のすべての領域で認められている）。その理由としては、歴史的な理由に加えて[76]、――イギリス法では明示的には論じられていないも

---

[70] 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、判例は「不当利益の防止」に根拠を求めており、抑止が裁判所の推論の明示的特徴ではないと指摘する）.

[71] Bently ②, *supra* note 46, at 15（知的所有権侵害による利益の吐き出しの根拠として、抑止論が妥当する根拠として、第1に、知的所有権者が有体物と異なり侵害者の侵害行為を発見することが困難であること、第2に、個人の知的所有権者は、大きな事業による侵害する商品の大量生産に弱く、小さな会社を大企業から保護することが特許法の役割であることなどを挙げる）.

[72] Edelman, *supra* note 1, at 235 ～（抑止論の観点から、知的所有権侵害の場面における利益吐き出しの適用範囲を侵害者がシニカルに違反した場合のみに制限しようと試みる）.

[73] Craig Rotherham, *Deterrence as a Justification for Awarding Accounts of Profits*, 32(3) OJLS 537 (2012)（最適な抑止という観点から、利益吐き出しが侵害行為を抑止する機能は限定的であるとして、知的所有権侵害および信認義務違反を主たる適用場面であると指摘する）.

[74] Jackman, *supra* note 7, at 307 ～ .

[75] Marshall & Lister, *supra* note 46, at 285.

[76] 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（Virgo ①, *supra* note 1, at 470 ～；Bently ②, *supra* note 46, at 5）。

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。そして判例のみならず、制定法によっても追認されている（ただし、詐称通用を除く）。

第２に、利益吐き出しを肯定する際に、エクイティ上の救済手段である利益の清算が広く用いられていることである（ただし、詐称通用を除く）。このようなエクイティ上の救済手段は、裁判官の裁量的要素が強いこともあり、利益吐き出しとの関係で以下のようなメリットがある。すなわち、①あらゆる侵害行為を理由に利益吐き出しを認めるのではなく、侵害者の主観的要素（悪意・善意有過失などの事情）によって判断することが可能になるという点である（後述するように、知的所有権の多くの場面で侵害者の悪意が要求されているのはその反映であるといえる。ただし、著作権を除く）。また②利益吐き出しの可否を判断する際に、権利者の態度（良心性の有無）も考慮することが可能になるという点である[77]。具体的には、権利者が自己の権利が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収受するまで待ち、利益を上げた段階で利益吐き出しを請求するような場合が挙げられる[78]。このような場合には、利益の吐き出しを認めてまで権利者を保護する必要性はなく、裁判所は裁量権を行使することにより利益の吐き出しを否定するとされる[79]。このようにエクイティ上の救済手段を用いることで、権利者と侵害者の双方の不適切な行動を阻止することが可能になるといえよう。

第３に、利益吐き出しの根拠としては、①「損害額の算定代替」や②「不当利得の防止」が挙げられていることである。後述するアメリカ法と比

---

[77] Virgo ②, *supra* note 1, at 425.

[78] 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)）。

[79] *See,* Paul Stanley, The Law of Confidentiality: A Restatement (Hart Publishing, 2008) 130；Barnett, *supra* note 20, at 16.

較すると、この領域において知的所有権の侵害行為の抑止という点が判例において挙げられていない点が注目されると言えよう。この点は、主観的要件を問わずに利益吐き出しを認める領域（著作権侵害）があることに起因しているといえようか[80]。なお、後述のアメリカとの対比では、イギリスでは利益吐き出しが認められることに判例上の異論がないこともあってか、政策的な議論の展開がなされていないことも一つの特徴である。

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、無体物侵害の第２の例として、営業秘密（trade secret）や国家機密などの機密情報（confidential information）の侵害の場面についてみることとする[81]。このような機密情報の保護の必要性は認識され

---

[80] *See*, Watterson, *supra* note 11, at 48 ～（もっとも、侵害者の主観的意図の存在が抑止論にとって必要不可欠といえるかについては、異なる理解もあることが指摘されている）.

[81] 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・モノグラフ〕Goff & Jones, *supra* note 1, at 747 ～；Francis Gurry, Breach of Confidence (Clarendon Press, 1984) 417 ～；Virgo ①, *supra* note 1, at 525 ～；Edelman, *supra* note 1, at 213 ～；Stanley, *supra* note 79, at 135 ～；Burrows ②, *supra* note 1, at 689 ～；Giglio, *supra* note 1, at 107 ～；Devonshire, *supra* note 1, at 120 ～；Virgo ②, *supra* note 1, at 514 ～；T Aplin et al., Gurry on Breach of Confidence (2nd eds.) (Oxford U.P., 2012) 781 ～.

〔論文〕Gareth Jones, *Benefits Obtained in Breach of Another's Confidence*, 86 L.Q.R. 463 (1970) (Jones ①)；Gareth Jones, *Breach of Confidence—after Guardian*, 42 C.L.P. 49 (1989) (Jones ②)；John D. McCamus, *Celebrity Newsgathering and Privacy: The Transformation of Breach of Confidence in English Law*, 39 ALR 1191 (2006)；Jackman, *supra* note 7, at 314 ～；Michael Gronow, *Restitution for Breach of Confidence*, 10 Intell. Prop. J. 219 (1996)；Peter Devonshire, *Pecuniary Remedies for Breach of Confidence*, 21 KLJ 355 (2010)；Graham Virgo, *Personal and Proprietary Remedies for Breach of Confidence: Nearer to Breach of Fiduciary Duty or Breach of Contract?*, 33 Legal Studies Research Paper Series 1 (2014)；Watterson, *supra* note 11, at, 51 ～.

なお、イギリスの営業秘密に関するわが国の先行研究として、小野昌延『営

ているものの[82]、その保護の方法については、大別すると、①情報それ自体を「財貨（property）」として保護する立場と②行為規制により間接的に情報を保護する立場に分かれている。この点、後述のアメリカ法は①を採る[83]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、伝達者（confider）から受領者（confidant）[84]に機密情報が打ち明けられる関係を保護するために[85]、当該関係を侵害する行為を規制することで当該情報を間接的に保護してきた（その結果として、機密情報の侵害は、所有権侵害による不法行為とは構成されない[86]）。このような関係を保護することによって、機密情報の開示が促進され、そして伝達者と受領者の合理的な期待が実現されると説かれている[87]。その意味で、この類型も後述の関係侵害の一種として位置づけるべきかもしれない

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。

[82] 機密情報（営業秘密）を保護する根拠付けについては、Megan Richardson, *Owning Secrets: 'Property' in Confidential Information*, in: A Robertson ed., The Law of Obligations: Connections and Boundaries (UCL Press, 2004) 146 ～を参照（具体的には、①効率性〔投資へのインセンティブ論〕、②リベラリズム〔自然権論的による説明やカントの義務論など〕、③〔効率性よりも広い功利主義的な結果を達成することに関心のある〕社会計画理論による根拠付けを挙げる）。もっとも、本稿ではこの点には立ち入らない。

[83] Carpenter v. United States, 108 S. Ct. 316 (1987). 本判決につき、DD Friedman et al., *Some Economics of Trade Secret Law*, 5 Journal of Economic Perspectives 61 ～ (1991)（ただし、著者は、営業秘密は排他的な使用権を伴う通常の所有権とは異なると指摘する）を参照。

[84] confider と confidant の訳語については、内藤・後掲注（119）238頁に負う。

[85] Normann Witzleb, *Justifying Gain-Based Remedies for Invasions of Privacy*, 29(2) OJLS 325, 328 ～（守秘義務違反が存在するか否かは、当事者間の関係の状況すべてに基づき判断される。またそのような守秘義務の根拠は、伝達者が受領者に委ねた信頼に求められる）.

[86] Virgo ①, *supra* note 1, at 525. 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（*See,* Virgo ②, *supra* note 1, at 464）。

[87] McCamus, *supra* note 81, at 1209.

が、知的所有権との連続性がある情報の侵害が通常問題となること、また機密情報が個人情報であるならば、先行する関係がなくても守秘義務が認められており[88]、実質的に情報それ自体を保護する体系と相違は少なくなっていることから、本稿は無体物侵害の一種として位置づけることとする[89]。

（２）守秘義務違反による利益吐き出し

（ⅰ）判例の概観

イギリスの判例は、一定の要件[90]――①情報それ自体が機密の性質を有すること、②守秘義務をもたらす状況で情報が伝えられたこと、③情報を伝える当事者の損失による（to the detriment of）当該情報の不当な使用があること――を満たす場合に、エクイティ上の守秘義務を認め、そしてその義務違反がある場合には、救済手段として、（ⅰ）差止命令、（ⅱ）文書の除却または破壊命令（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）損害賠償（填補賠償および合理的な実施料）、（β）利益の清算、（γ）懲罰的損害賠償を認めている[91]。

これらの判例上の救済手段（特に（β））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〔英９〕Peter Pan

---

[88] 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。

[89] なお、守秘義務自体は、契約や信認義務によっても生じることがあるが、エクイティ上の守秘義務と言われる場合には、それらが及ばない場面にも適用される点に留意されたい（McCamus, *supra* note 81, at 1203；Virgo, *supra* note 81, at 1）。また、直接の関係にない一定の第三者にも及ぶ（Devonshire, *supra note* 1, at 111 ～）.

[90] Coco v. Clark, [1969] RPC 41. 個々の要件については、Virgo ①, *supra* note 1, at 526-7のほか、内藤・後掲注（119）233頁以下が詳しく、それらに譲る。

[91] Virgo ①, *supra* note 1, at 527-8；Gurry, *supra* note 81, at 417-8；Devonshire, *supra* note 81, at 356 ～ .

Manufacturing Corp. v. Corsets Silhouette Ltd. 事件[92]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型および U.25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除却、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「権利の問題として（as a matter of right）」認められると述べるのみであり[93]、侵害者の主観的要件について言及していないため、広く認められる余地がある。

これに対し、国家機密情報の無断利用を伴った〔英10〕A-G v. Guardian Newspapers Ltd.（No 2）事件（以下では、「Spycatcher 事件」という）[94]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（MI5）の元諜報員 A が、雇用契約および1911年公務秘密法の規定に反して、1987年７月１日に回顧録（「Spycatcher」）をアメリカで公刊した。そしてイギリスの新聞社である Y1は、A のオーストラリアの出版社から、イギリスにおいてその本をシリーズ化して公表する権利を購入し、（すでに差止命令が出されていることを知りながら）その本が公刊される前に新聞で一部公表した。これに対し、X（国王）は、Y1に対して、その他の部分の公表することを禁止する差止命令および上記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[95]。本件において、貴族院は、差止命令を

[92] [1963] 3 All ER 402.

[93] *Id.* at 411 (per Pennycuick J).

[94] [1988] 3 All ER 545 (HL). 本件については、内藤・後掲注（119）236頁以下も参照。

[95] なお、本件では、Y1以外にも Y2および Y3に対して差止命令を求める訴訟が提起されているが、利益の清算は Y1に対してのみしか求められていないこ

否定しつつも、利益の清算を認めた。そして利益の清算の根拠としては、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」との一般原理のほかに[96]、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排除すること（侵害行為の抑止）[97]、③ Y1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（不当利得の防止）[98]、④利益の清算が損害賠償の代替手段であること[99]などが挙げられた[100]。

（ⅱ）判例の評価

このように判例は、その根拠付けは多様ではあるものの、機密情報の性質――商業的なものか否か――を問うことなく、守秘義務違反を理由とする利益の吐き出しを肯定している。もっとも、こうした理解に対しては、〔英11〕Spycatcher 事件における Goff 判事の判決が異論を提起している点に留意しておきたい。Goff 判事によれば、侵害された情報の性質によって、当該事案においてどのような救済手段が望ましいかは異なり得る。すなわち、守秘義務の対象となる情報が商業的な情報の場合には、損害賠償（合理的な実施料の賠償）が主たる救済手段になるのに対し、非商業的な情報の場合には、利益の清算が主たる救済手段となるとされる。このような Goff 判事の理解によれば、〔英９〕Peter Pan 事件の結論は誤りとなり、利益の清算は〔英10〕Spycatcher 事件のような国家機密が漏えいした事案に限定されることになる。というのも、本件のような国家機密情報の場合には、原告にとって商業的価値を有さず、損害賠償

とから、Y2および Y3については省略する。

96 *Id.* at 644 (per Lord Keith).

97 *Ibid.*

98 *Id.* at 647 (per Lord Brightman).

99 *Id.* at 662 (per Lord Goff).

100 本件では、守秘義務違反の当事者である A は当時イギリスの裁判所の管轄権が及ばない国外にいたため、被告となっていない。しかし、仮に被告とされていたならば、彼は Spycather の公表からの利益を吐き出す責任を負ったであろうと説かれている（*Id.* at 584〔per Scott J〕；Jones ②, *supra* note 81, at 55）。

による場合には、名目的なものにとどまり、被告の守秘義務違反を抑止することが困難となるのに対し、利益の清算であれば、そうした誘因を排除するために機能し得るからである[101]。そしてこのような理解を裏付けるように、その後、守秘義務違反を理由とする利益の清算の適用範囲を制限する判例が登場している[102]。このような理解は、実質的には、情報の性質により望ましい救済手段がいかなるものであるかを説くものであり[103]、本稿の問題関心との関係で、興味深い。

もっとも、何ゆえ商業的価値を持つ機密情報の場合には損害賠償で足りるのかは明確に述べられていない。そのため、学説ではこのような理解に対して、機密関係の脆弱性および依存性などの性格という点から侵害行為を抑止する必要性は、情報が商業的なものか否かにかかわらず同様であるから、説得的ではないとし、商業的な機密も含めて広く利益吐き出しを肯定する立場が説かれている[104] [105]。このような理解を踏まえ

---

[101] Devonshire, *supra* note 1 at 121-2；do., *supra* note 81, at 364.

[102] Vercoe v. Rutland Fund Management Ltd., [2010] EWHC 424. 本件において、Sales 判事は、利益の清算が以下の場合のみ適切であると説く。すなわち、（ⅰ）被告がその違反からの利益を保持しないことを公正かつ衡平にする被告の債務の履行に対する強い権利を原告が有する場合、（ⅱ）吐き出しが所有権の回復（vindication）のために必要である場合、（ⅲ）信託上の義務の違反および信認義務違反が生じた場合である。そして同判事は、これらの要件が存在しない商取引の事案においては、原告の権利は、侵害された権利の放棄のために合理的に支払われたであろう額の損害賠償の付与により充たされると判示した（以上については、Devonshire, *supra* note 81, at 360-1に負う）。

[103] 同趣旨の見解として、Jones②, *supra* note 81, at 50（具体的な秘密の性質こそが、適切な救済手段が何かを決定する）がある。

[104] Edelman, *supra* note 1, at 214；Devonshire, *supra* note 1, at 123 〜（商業的に重要な資料の受取人は、個人の利得のために信頼を濫用する誘因および機会を有する。それゆえに、その取引の商業的性質は、それ自体、不法な利得の吐き出しを排除するべきではなく、あるいはその義務が契約や不法行為により支配された単なる個人的な債務としてみなされるべきではない）；Gronow, *supra* note 81, at 220 〜（利益の清算を取得するためには、原告は損失を証明する必要はなく、また原告がその利益それ自体を上げることができたことを証明する必要もない。そのため、利益の清算は、①伝達者にとってはほとんど商事的価値を有し得ないが、不当に公表されたとき大きな利益を上げる個人の秘密の

ると、両者で区別するならば、侵害された情報の種類に応じた利益吐き出しの根拠を検討する必要があるといえよう。

（iii）学説の議論状況

最後に、学説についてみると、ここでは利益吐き出しを否定する見解は管見の限りみられない。もっとも、肯定する見解もその根拠付けは一様ではない。具体的には、①「受領者がエクイティ上の違法行為の遂行から利益を得ないことを確保する」との一般原理に求める見解(McCamus[106]、Jones[107])、②不当利得の防止に求める見解（Gronow[108]、Gurry[109])、③守秘義務違反の抑止に求める見解（Edelman、Devonshire[110])、④公共的利益の観点から正当化を試みる見解（Jackman[111]）などが挙げられる。

（3）小括

以上の考察からは、イギリス法は、機密情報の性質を問わず、その侵害による利益吐き出しを認めていること（ただし、情報の性質で区別する見解〔Goff 判事〕もある)、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

ケースや②より大きな利益がその情報の使用から上げられたが、原告が逸失利益およびその他の損害賠償を証明することが困難である営業秘密のケースにおいて利用するメリットがあると説いており、同様の立場であるといえよう).

[105] この点は、守秘義務違反法理と特許法との役割分担という点に求められるかもしれない。もっとも、この点には立ち入らない。

[106] McCamus, *supra* note 81, at 1204.

[107] Jones①, *supra* note 81, at 473（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).

[108] Gronow, *supra* note 81, at 222.

[109] Gurry, *supra* note 81, at 417（利益の清算は、被告が原告の権利を侵害して原告の機密情報を使用することから利益を不当に受け取り、または留保したとの広い原理に根拠づけられる、と説く).

[110] Devonshire, *supra* note 1, at 123 〜；Devonshire, *supra* note 81, at 360.

[111] Jackman, *supra* note 7, at 314 〜（守秘義務という社会的に重要な法制度に対する損害として、当該制度のインテグリティを維持するために利益吐き出しが正当化されると説く).

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不当利得の防止、④損害賠償の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手段の性質に内在する制約――裁判官の裁量要素が強いゆえに、利益吐き出しの可否を判断する際に侵害者の主観的要件（悪意性）や権利者の行動の良心性が考慮される――を伴うことは知的所有権の場合と同様である[112]。

第４項　無体物侵害③――プライバシー侵害

（１）はじめに

ここでは、無体物侵害の第３類型として、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[113] [114]。なお、プライバシーは、個人情報で

---

[112] たとえば、〔英９〕Peter Pan 事件および〔英11〕Spycatcher 事件はいずれも受領者が悪意の義務違反者であった事案であったのに対し、Seager v. Copydex Ltd. (No.2), [1969] RPC 250は、受領者が善意の違反者であった事案において、利益の清算を否定した（*See,* Jackman, *id.* at 317）。

[113] 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・モノグラフ〕Virgo ①, *supra* note 1, at 527 ～；Virgo ②, *supra* note 1, at 465 ～；Devonshire, *supra* note 1, at 114 ～.

〔論文〕Daniel Friedmann, *The Protection of Entitlements via the Law of Restitution—Expectancies and Privacy?*, 121 L.Q.R. 400, 414 ～ (2005)；Witzleb, *supra* note 85；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；Jason Ne Varuhas, *Varieties of Damages for Breach of Privacy*, in: Jason Ne Varuhas & N A Moreham eds., Remedies for Breach of Privacy (Hart Publishing, 2018) 55；Katy Barnett, *Gain-Based Relief for Breach of Privacy*, in: Varuhas & Moreham eds., *id.* at 183；PG Turner, *Privacy Remedies Viewed Through an Equitable Lens*, in: Varuhas & Moreham eds., *id.* at 265.

[114] 名誉毀損の場面でも利益吐き出しは問題となりうるが、名誉毀損はコモ

あるものの、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ことを踏まえると、前項の中で同列に扱われるべきであったかもしれない。しかし、プライバシーは、基本的な人権として、そして尊厳的利益、人間的充実、そして自律性を促進するために必要なものとして承認されてきた[115]。そのため、情報であるといっても、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、近時商品化がなされているといっても[116]、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、別項で取り上げた次第である[117]。

プライバシー侵害による利益吐き出しは、かつて親密であった友達やパートナーが、他人の個人情報をメディアに散布したときや出版社の構成員が個人のプライバシーに介入し、そしてそのようにして取得された情報（写真、録音など）を散布したときなどに問題となる[118]。

（2）プライバシーの保護の概説

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

ン・ローの管轄であり、懲罰的損害賠償により処理されてきたためか（Witzleb, *supra* note 85, at 354）、イギリス法において利益吐き出しの当否が争われた事案は、管見の及ぶ限り見られなかったので取り上げていない。なお、学説レベルでは、名誉毀損を理由として利益吐き出しを肯定する見解（Goff & Jones, *supra* note 1, at 781 〜〔名誉を保護する手段として原状回復救済を認めるのが望ましいのかと問題設定したうえで、確かに、被害者は自己の名誉を他人に毀損させることを許可しないが、そのことは、加害者が名誉毀損により得られた利益を保持することが認められるべきということにはならないと指摘する〕；Birks, *supra* note 1, at 326）と否定する見解（Virgo ②, *supra* note 1, at 467〔名誉毀損は感情に対する苦痛および名誉に対する損害に関するものであるから、利得に基づく救済手段は利用できないと説く〕）に分かれている。

[115] Witzleb, *supra* note 85, at 337；Barnett, *supra* note 113, at 198.

[116] *See* Huw Beverley-Smith, The Commercial Appropriation of Personality (Cambridge U. P, 2002) 6 〜 .

[117] Palmer, *supra* note 1, at 120 〜 .

[118] Barnett, *supra* note 113, at 183 〜 .

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（そしてこの点が利益吐き出しの可否とも密接に影響している）。以下では、伝統的な立場と近時の動向に分けて、見ていくことにしよう[119]。

（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。たとえば、こうした立場は、イギリス法では、――Warren & Brandeis 論文[120]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[121]。

---

[119] イギリス法に関するプライバシー保護の展開については、Helen Fenwick & Gavin Phillipson, *Confidence and Privacy: a Re-Examination*, [1996] C.L.J. 447；McCamus, *supra* note 81も参照。

また、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」國家學會雜誌 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ー保護の論理」久留米大学法学73号（2015）31頁以下（平②）など参照。

[120] 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＝伊藤編・前掲書注（119）１頁以下がある。

[121] McCamus, *supra* note 81, at 1191（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

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[122]により、あるいは個別の立法[123]により対応されるにとどまった[124]。裁判所は、プライバシー侵害による不法行為法を認めることを拒絶し[125]、議会に問題の解決を委ねた[126]。その理由としては、それを認めることは、立法府の領域に属する問題と解されたことが挙げられる[127]。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、他の領域でもみられるところであり[128]、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[129]。その結果として、プライバシーの保護は、間接

は、イギリスではほとんど魅力を有しなかった、と指摘する）.

[122] たとえば、名誉毀損、悪意ある虚偽表現（malicious falsehood）、土地に対する不法侵害、ニューサンス、著作権侵害、契約違反などが挙げられる。

[123] たとえば、1985年通信傍受法（Interception of Communication Act 1985）、1997年ハラスメント法（Protection from Harassment Act 1997）などが挙げられる。

[124] 以上につき、平②・前掲注（119）91頁、内藤・前掲注（119）222頁以下も参照。

[125] Malone v. Commissioner of Police of the Metropolis, [1979] Ch. 344, 372（警察が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において、Megarry 副大法官は、プライバシー侵害の不法行為を認めることが司法府の能力を超えるものであると判示した）.

[126] McCamus, *supra* note 81, at 1193.

[127] ［1979］Ch 344, 372. 同趣旨として、内藤・前掲注（119）227頁以下（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）も参照。

[128] イギリス法における形式主義的な側面が強い点については、拙稿・前掲注(15)、特に「（１）」254頁以下でも言及した。

[129] 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(119)377頁）。また、

的または断片的なものにとどまったわけである。

（ⅱ）近時の動向

もっとも、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[130]。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[131]、またヨーロッパ人権条約８条（1950年）[132]およびそれを国内に編入する1998年人権法[133]によりプライバ

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げる（堀部・前掲注（119）36頁）。

[130] 既存の訴訟原因によるプライバシー保護の限界については、内藤・前掲注（119）224頁以下を参照されたい。

[131] McCamus, *supra* note 81, at 1191（具体的には、①現代の監視技術、②インターネットおよびその他のデータ共有技術、③現代のマーケティング実践、④医療健康技術、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を挙げる）.

[132] ヨーロッパ人権条約８条は、以下のように規定する（訳は、薬師寺公夫ほか編代『ベーシック条約集2018』〔東信堂、2018〕258頁に負う）。

（１）すべての者は、その私的および家庭生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有する。

（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、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、又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のいかなる公の機関による干渉もあってはならない。

[133] 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）。

シー保護が裁判所にも要請されたからである[134]。こうした社会状況の変化は、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。

そのため、イギリスの近時の判例は、従前の伝統的な立場を転換し、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を承認することは拒絶しつつ[135]――先述の守秘義務違反法理において要求された当事者間の既存の機密関係という要件を緩和することにより[136]、プライバシー保護を実現した[137]。ここで用いられる守秘義務違反法理は、「人間の自律性および尊厳――人の私的な生活についての情報の散布を支配する権利および他の人々から尊重（esteem and respect）を求める権利――の保護」を目的とする点で、営業秘密を保護するそれとは異なる[138]。そのため、プライバシー侵害の主張は、当事者間の関係ではなく[139]、問

---

[134] McCamus, *supra* note 81, at 1192.

[135] 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)（本件は、監獄監視による犯罪者の母および兄に対する不法な身体検査が行われ、兄がPTSDになった事案）がある。

[136] このような守秘義務違反法理の要件を緩和して、プライバシーの文脈への拡張可能性は、〔英11〕Spycatcher事件のGoff判事の傍論により示された（at 281）。*See also,* Witzleb, *supra* note 85, at 328；Harder, *supra* note 113, at 66；McCamus, *supra* note 81, at 1205.

[137] ヨーロッパ人権条約８条の要請を受け入れ、守秘義務違反法理によりプライバシーの保護を行った判決としては、Campbell v. MGN Ltd. [2004] UKHL 22, [2004] 2 AC 457（薬物リハビリクリニックに往診するモデルである原告の写真を被告が公表した事案）が挙げられる。

[138] *Id.* at [51] (per Lord Hoffmann). 同判決では、プライバシーを保護する守秘義務違反は「拡張された守秘義務違反」として、通常のそれと区別されている。

[139] とくに、ヨーロッパ人権条約の国内法化に伴い、原告が合理的に自己のプライバシーが保護されるべきであると期待することを被告が知っているか、または知るべきであるときは、いつでも守秘義務が生じると解されている（Witzleb, *supra* note 85, at 330；A v. B plc, [2002] EWCA Civ 337, [2003] QB 195, [11]）。

題となっている情報の性質（問題となっている情報がセンシティヴであり、そして機密の情報であること）に依存することになった[140]。

このような手法は、プライバシーの保護手段として何ら異論の余地がないわけではないが[141]、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、利益の清算は、コモン・ロー系列の不法行為構成の下では認められにくかったのに対し、エクイティ系列の守秘義務違反構成の下では、認められやすかったからである[142]。つまり、プライバシー侵害を守秘義務違反として構成することにより、利益の吐き出しが認められる余地が生じたわけである[143]。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。

（３）プライバシー侵害による利益吐き出し

（ｉ）判例の動向

プライバシー侵害においては、――名誉毀損とは異なり――いったん侵害されると元に戻すことはできず、そしてそれゆえに、まずその侵害を阻止する事前的な差止命令が優先される[144]。しかし、プライバシー侵

---

[140] Witzleb, *id*. at 330.

[141] たとえば、守秘義務違反法理によると、個人情報が商業化され、そして営業秘密として保護されることを認めることは、パブリシティ権を承認することになるとの批判（Aplin, *supra* note 113, at 190）や守秘義務違反という同じラベルの下で異なる性質の情報（商業価値を持つ情報と個人情報）を扱うことは、守秘義務違反法理に混乱をもたらすという批判（McCamus, *supra* note 81, at 1214）などがある。

[142] Barnett, *supra* note 113, at185.

[143] アメリカでも、守秘義務違反構成の効果のメリットを踏まえ、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との指摘がある（Susan M. Gilles, *Promises Betrayed: Breach of Confidence as Remedy for Invasions of Privacy*, 43 Buff L. Rev. 1 (1995)）。もっとも、後述するように、アメリカ法でもプライバシー侵害を不法行為としたうえで、利益吐き出しを認める動きは見られ、法律構成により大きな違いはみられなくなるかもしれない。

[144] Tanya Aplin, *The Development of the Action for Breach of Confidence in the postHRA Era*, [2007] I.P.Q. 19, at 52.

害がすでに起こり情報がパブリックドメインに入り差止命令が認められない場合には、金銭的な救済手段、とりわけ利益の吐き出しが重要となる[145]。

もっとも、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が問題となった事案は現在までのところみられず[146]、また従来は、一般的に認められないと解されてきた[147]。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、〔英11〕Douglas v. Hello! Ltd.（No 3）事件[148]が挙げられる。事案の詳細は次の通りである。すなわち、2001年11月、ハリウッドの有名人であるX1およびX2（以下では、「X1ら」とする）は、X3社との間で、自分たちの結婚式を報道する排他的なライセンスをX3社に承認する代わりに、その対価としてX1らにそれぞれ50万ポンド（総額100万ポンド）を支払う旨の契約を締結した（当該契約では、X1らがX3以外の者が結婚式の写真を撮られないことを確保するために「最善の努力をする」との条項が入れられていた）。X1らは、関係者以外の立ち入りを制限するために厳格な警備体制を敷いた。このような中で、X3社のライバル社であるY社は、秘密裏に撮影された結婚式の写真を入手し、無断でタブロイド新聞に掲載しようしたのに対し、X3社は、Yの出版を阻止する仮差止命令を申し出て、認められたが、2000年11月23日に控訴審で取り消され、翌24日に写真は公刊された。そこで、X1らおよびX3社は、Y社に対して損害賠償等を求めて訴えを提起した。

---

[145] Witzleb, *supra* note 85, at 332；Barnett, *supra* note 113, at 183.

[146] Witzleb, *id*. at 332.

[147] Barnett, *supra* note 113, at 191（その原因としては、①利益の清算が認められるには事前に利益が上げられなければならないが、元恋人による仕返しによるプライバシー侵害のような事案においては、実際に利益が上げられていないこと、および②利益の算定の困難性が挙げられる）.

[148] [2005] EWCA Civ 595, [2006] QB 125 (CA). 本判決について紹介する先行研究として、内藤・前掲注（119）250頁頁以下、末宗達行「イギリスにおけるPassing offによるパブリシティ保護（1）～（3・完）――不正競争防止法・混同防止規定によるパブリシティ保護への示唆」早稲田大学大学院法研論集157号115頁、158号173頁、159号247頁（2016）、特に「（1）」119頁以下がある。

本件においては、利益の清算は求められていなかったものの、控訴院は、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承認した。すなわち、「もしＹ社がその公表に基づき利益を上げたならば、我々はX1らがその利益の清算を求める権利を有するであろうことを受け入れることを躊躇しない。そのようなアプローチは、名目的なライセンス料の議論が直面する原理の困難性を遭遇しない。そのようなアプローチは、またあらゆる不法な公表を思いととどまらせる役割を担い得る。少なくともそれが金銭により動機づけられる場合にはそうである。」[149]。このように傍論ではあるものの、プライバシー侵害による利益の清算が認められる余地があることが示唆された。そしてその根拠は、侵害行為の抑止に求められているといえる[150]。

もっとも、本件が純粋なプライバシー侵害を理由として利益の清算が認められた事案であったといえるかは検討の余地がある。というのも、本件で公表された写真は、結婚式というプライベートな空間で撮影されたものではあるが、X1らは、有名人であり、対価と引換えにX3社に撮影および出版についての排他的なライセンスを認めていたからである[151]。そのため、本件は、パブリシティ権侵害を理由として利益吐き出しを認めた事例と解する余地もある[152]。もっとも、イギリス法においては、正面からパブリシティ権は承認されていない[153]。そのため、控訴院は、

---

[149] [2006] QB 125, at [149].

[150] *See,* Witzleb, *supra* note 85, at 352.

[151] McCamus, *supra* note 81, at 1203.

[152] Gillian Black, Publicity Rights and Image: Exploitation and Legal Control (Hart Publishing, 2011) 26（原告が有名人であったこともあり、商業化されたプライバシー権ないしパブリシティ権の侵害の事案と解する）.

[153] この点は、OBG v. Allan, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C.[124]. もちろん、イギリスにおいて何らパブリシティが保護されないというわけではなく、プライバシーと同様に、他の法理（特に、詐称通用が重要である）により保護がなされてきた。もっとも、学説では、パブリシティ権を肯定する見解の方が有力になりつつあるようである（イギリスの判例・学説の議論状況についての詳細は、末宗・前掲注（148）を参照されたい）。

本件における結婚式の写真がX1らの「私生活」の側面を描くものであるとしつつも[154]、同時に「商業的」な側面を備えるものであることを承認し、両者の側面が併存し得ることを認めた。ここからは、有名人の地位を商業使用する者が、プライバシー権を主張しても、矛盾しないとの理解を読み取ることができ[155]、本件も純粋なプライバシー侵害による利益吐き出しを承認した事例と位置づけることができるであろう[156]。

ただし、最高裁の立場はいまだ明らかではない。たとえば、〔英12〕PJS v. News Group Newspapers Ltd. 事件[157]は、X の性生活に関するプライベート情報を Y 新聞社が公表しようとしたのに対し、X が中間差止命令を申し出た事案である。直接の争点は、差止命令を巡るものであったが、最高法院は、判決の中で、一般論として「利益の清算が主張し得るか否かは、同様にオープンなままである」[158]として、その利用可能性を否定しなかったが[159]、肯定もしなかった。〔英11〕Douglas 事件を純粋なプライバシー侵害の事案であると見れば、〔英12〕PJS 事件においても性生活という最もプライベートで、かつ通常商品化する意図がない情報の侵害を理由として利益の吐き出しは認められやすいであろう。これに対し、〔英11〕Dougals 事件を自己の写真を商業化する意図のあった商業化されたプライバシーの事案とみれば、後者の事案において同様に解することができるかは検討の余地があろう。

---

154 [2006] QB 125, at [95].

155 *See,* Witzleb, *supra* note 85, at 337（人格の属性の不当な専有は、必然的に、どのように、誰により、そしてどのような目的のために個人情報が使用されるかを決定する人の権利を侵害する。その意味で、その権利は、人の感受性、自律性、そして尊厳にいまだに関係しており、プライバシーとしての性格を有すると説く）；Aplin, *supra* note 113, at 190（純粋なプライバシー侵害の事案と解する）.

156 なお、その後の貴族院では、本件事案の原告らの情報を商事的価値のある情報として捉えたため、本来の守秘義務違反法理により処理されることとなる（[2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. [124]）。

157 [2016] AC 1081.

158 *Id.* at [42].

159 Barnett, *supra* note 113, at 183.

ともあれ、このように守秘義務違反法理をプライバシーとの関係で適用した結果として、プライバシー侵害を理由として利益吐き出しが認められる余地が生じている。もっとも、具体的に認めた判決がいまだ登場しておらず、どのような場面で認められることになるか、またその根拠付けについての更なる検討は、今後の課題となっている[160]。

（ii）学説の議論状況

学説におけるプライバシー侵害を理由とする利益吐き出しの可否についての理解は分かれている。すなわち、一方で、利益吐き出しを肯定する見解は、①所有権への類推（Friedmann[161]）や②侵害行為の抑止（Witzleb[162]、Barnett[163]）にその根拠を求める[164]。これに対し、否定する見解は、①守秘義務違反法理をプライバシーの場面に当然に拡張することが困難であること（Turner[165]）、また②抑止論が不十分であること

---

[160] 既存の法理（たとえば、営業秘密の保護）のアナロジーには限界があり、プライバシーの権利それ自体の性格付けから検討をする必要性が説かれている（Witzleb, *supra* note 85, at 345 〜）。

[161] Friedmann, *supra* note 12, at 510 〜；do., *supra* note 113, at 414 〜.

[162] Witzleb, *supra* note 85, at 352 〜（プライバシーの性質、すなわち、①プライバシーの尊重が人間の尊厳および自律性にとって不可欠であること、および②プライバシーが介入に敏感であることから、侵害行為を抑止するためには利益の吐き出しが必要であると説く。なお、棚ぼた論については、原告がプライバシーをすでに商業利用している場合については矯正的正義論により正当化可能であるとするが、そうではない場合については困難であり、最終的には、棚ぼたは被告より原告のほうがましであるという点に帰着している）. *See also,* Normann Witzleb, *Monetary Remedies for Breach of Confidence in Privacy Cases*, 27 L.S. 430, 454 (2007).

[163] Barnett, *supra* note 113, at 198 〜（プライバシー侵害による利益吐き出しの根拠として、①営利目的のプライバシー侵害行為を抑止する必要性と②判例の発展の一貫性という観点を挙げる）.

[164] その他の肯定説として、Black, *supra* note 152, at 191（パブリシティ権侵害として肯定する。ただし、根拠については不明）。

[165] Turner, *supra* note 113, at 280 〜（プライバシー侵害に利益の清算を拡張することは、従来の判例の考え方から正当化することができないと指摘する）.

(Varughas[166]) を根拠として挙げる。

（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、侵害行為の抑止が挙げられていることが明らかとなった。

第５項　関係侵害①――信認義務違反

（1）はじめに

最後に、イギリス法における関係侵害の問題を取り上げる。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否かが問題となる。ここでは、信認義務違反の場面を取り上げる[167]。もっとも、この点について検討するに先立ち、受認者

---

[166] Varuhas, *supra* note 113, at 82 ～（抑止論が不十分とする理由としては、第１に、本当に侵害行為を抑止するかについての実証的研究が存在せず、また裁判所は、利益の清算を認めることが、インセンティブを変更するために必要であるか否かを判断する立場にいないこと、第２に、抑止論は、道具主義的な推論であるため、そのような救済手段を利用することによる便益があらゆる費用を上回ることが必要となること、第３に、抑止論は、個々の文脈での規範的目的を配慮せず、一般化して用いられていることが挙げられる）.

[167] 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〕Birks ①, *supra* note 1, at 338 ～; Goff & Jones, *supra* note 1, at 713 ～; Edelman, *supra* note 1, at 191 ～; Burrows ②, *supra* note 1, at 678 ～; Virgo ①, *supra* note 1, at 499 ～ ; Giglio, *supra* note 1, at 105 ～ .

〔論文〕Gareth Jones, *Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty*, 84 L.Q.R. 472 (1968) ; Jackman, *supra* note 24, at 312 ～ ; Lee Aitken, *Reconciling 'Irreconcilable Principles'—A Revisionist View of the Defaulting Fiduciary's*

の負う義務の内容について確認しておきたい。

英米法では、信託の受託者と受益者の関係は、信認関係（fiduciary relationship）として捉えられてきた。ここで、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」を指し、通常の契約関係とは異なるものとして捉えられてきた。このような関係は、厳密な意味での信託関係のみならず、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く拡張されており、英米法の特徴の一つとして挙げられることは周知のところである[168]。このような関係にある一方（以下では、「受認者」とする）は、他方（以下では、「本人」とする）に対して信認義務を負う。そして信認義務の中核である忠実義務は、①利益相反禁止原則（no-conflict rule）（受認者が自らを本人と利益の相反する地位においてはいけないという原則）と②利益取得禁止原則（no-profits rule）（受認者は、受認者としての地位から自己または第三者のために不当な利益を得てはいけないという原則）の二つから構成され

Generous Equitable Allowance, 5 Bond Law Review 49 (1993)；Palmer, *supra* note 18；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)；Irit Samet, *Guarding the Fiduciary's Conscience —A Justification of a Stringent Profit-stripping Rule*, 28(4) OJLS 763 (2008)；Watterson, *supra* note 11, at, 45 ～；Paul B. Miller, *Justifying Fiduciary Remedies*, 63 U. Toronto L.J. 570 (2013)；Lionel Smith, *Deterrence, Prophylaxis and Punishment in Fiduciary Obligations*, 7 Journal of Equity 87 (2013)；Stephen A. Smith, *The Deed, Not the Motive*, in: Miller & Gold eds., Contract, Statas and Fiduciary Law (Oxford U. P., 2016) 213.

信認関係一般については、道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996）、樋口範雄『フィデュシャリー［信認］の時代』（有斐閣、1999）、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）も参照。

[168] これらの義務の内容については、Virgo ②, *supra* note 1, at 493 ～を参照。またわが国の先行研究として、樋口・前掲書注（167）20頁以下も参照。

ている[169]。このような信認義務が受認者に課せられる理由は、信認関係に内在する性格に由来する。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、この関係の下では、本人は受認者の行動を監視することは困難となるため、受認者は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）を有する。このような状況において、信認義務（忠実義務）は、受認者が裁量を濫用して、自己利益に駆り立てられることを事前に予防ないし抑止するために課せられると解されている[170]。

以上を踏まえた上で、受認者がこれらの義務に違反して利益を取得した場合に、利益吐き出しが認められるかについてみていくことにしよう。

（２）信認義務違反による利益吐き出し

（ｉ）判例の立場

イギリスの判例は、受認者が上記の信認義務（忠実義務）に違反して不当な利益を得た場合には、利益の清算や擬制信託によって、利益の吐き出しを認めてきた。具体的には、①受認者が本人の財産を不当に処分した場合、②受認者の地位を利用して第三者と取引した場合（賄賂の取得等）、③受認者の地位から得た情報を利用した場合（未公開情報の利用等）などが問題となる。これらのうち、ここでは②の場面を中心にみておくことにする[171]。

---

[169] もっとも、①および②を受認者の義務と解するか否かをめぐっては理解が分かれる（たとえば、後述の、L.Smith は否定的を採るのに対し、S.Smith は肯定説を採る）。この点の理解の仕方も、利益吐き出しの根拠付けに相違をもたらしている。

[170] Murad v. Al-Saraj., [2005] EWCA Civ 959, [121](CA). *See also,* Watterson, *supra* note 11, at 45.

[171] なお、②と③の場面は明確に区別されないことも多い。もっとも、③の場面においても、イギリス法は利益吐き出しを肯定しており、結論に相違はない。そのリーディングケースとしては、Boardman v. Phipps, [1967] 2 AC 46が挙げられる。本判決を紹介する先行研究としては、植田淳『英米法における信認関係の法理――イギリス判例法を中心として』（神戸市外国語大学外国学研究所、

たとえば、〔英13〕Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver 事件[172]が挙げられる。本件の事実の概要は以下のとおりである。すなわち、ヘースティングにおいて映画館を所有するＸ会社は、二つの別の映画館を取得する目的で子会社を設立（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、不足分について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が資金を出した（親会社が2000株、Y1らが3000株の株式を引き受けた）。その後、Y1らは、親会社と子会社の全株式を第三者に譲渡することにより売却利益を得た（１株当たり約２ポンド16セント）。これに対し、新しくＸ会社の支配権を取得した株式の譲渡人は、Y1らに対して、彼らが得た子会社株式の売却益のＸ会社への清算を求める訴訟を提起した。本件において、第１審および控訴院はＸへの利益の清算が、株式の譲渡人に利益をもたらすにすぎず、これは譲渡人にとって棚ぼた（windfall）となることなどを理由として、Ｘの請求を棄却した。これに対し、貴族院は、原審の判断を覆し、全員一致で株式の販売から得られた利益の清算を肯定した。すなわち、①取締役の行為が、会社の運営の過程において、しかも、取締役としての機会および特別な情報を利用してなされたといいうる程度に会社と関連性を有していたこと、ならびに②その行為が結果として、彼ら自身に利益をもたらしたこと、これら二つの事実が立証された場合には、取締役は、当該利益を会社に清算しなければならない[173]。

本判決は、その根拠を、受認者の信認義務の中核である忠実義務（利益取得禁止原則）に求めた。このような義務が生じる根拠は、先述のとおり、受認者による信認義務違反の予防または抑止であったことを踏まえると、利益吐き出しも抑止に根拠づけられたと解される[174]。

1995）141頁以下、三枝健治「情報の信託『財産』性についての一考察」『信託の理念と活用』（トラスト未来フォーラム、2015）１頁、特に８頁以下等がある。③の場面は、②の場面よりもその根拠付けが困難な点があるが、ここでは立ち入らず、先行研究に譲る。

[172] [1942] 1 All ER 37; [1967] 2 AC, 134 (HL).

[173] [1967] AC, 134,153. 以上につき、植木・前掲書注（171）103頁を参照。

[174] 同趣旨として、Murad v. Al-Saraj, [2005] EWCA Civ 959, [2005] WTLR 1573, [74]（効率性のために、そして受認者に不正行為への誘惑に抵抗するインセン

もっとも、このような抑止論によるのであれば、他の場面と同様に、本人への利益の帰属を正当化することは困難となる。それにもかかわらず、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べて、非常に厳格に運用されていることが注目される[174b]。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）、（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、適用されてきた[175]。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」がある場合のみである[176]。このような厳格な責任となっている理由は、法政策的な観点から説明することができよう[177]。すなわち、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[178]、そのような制度に内在する問題――具体

ティブを提供するために、法は受認者に厳しい水準を課し、そして広い清算責任を課すと指摘する）がある。このような理解は、信認義務違反による利益吐き出しを抑止に基づき説明される他の場面における利益吐き出しと同一視するものである。これに対し、利益吐き出しを受認者の負う信認義務の救済法上の対応物と解する見解もみられる（後述の学説⑤を参照）。信認義務違反による利益吐き出しが他の場面と比較し、著しく厳格であることを踏まえると、その特殊性を説明するためには、後者の捉え方の方が説得的であろう。もっとも、そのような厳格な取扱いが妥当かは別途考慮が必要である。この点についての態度決定が決まらなければ、信認義務違反による利益吐き出しの性質を決定することはできないと思われる。

[174b] Burrows ②, *supra* note 1, at 681；Mitchell, *supra* note 167, at 325.

[175] [1967] 2 AC 134, 144-5 (HL) (per Lord Russell of Killowen). *See also,* Edelman, *supra* note 1, at 192；McInnes, *supra* note 167, at 11；Palmer, *supra* note 18, at 149.

[176] [1967] 2 AC 46, 117 (HL). *See also,* Aitken, *supra* note 167, at 53.

[177] *See,* Virgo ②, *supra* note 1, at 498（このルールの厳格さは、公共政策（public policy）に基づくものであると指摘する）.

[178] 樋口・前掲書注（167）241頁。

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[179]――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サンクション（裁量を濫用するインセンティブを排除するのに足りるサンクション）が要求されているとみるべきであろう。そのため、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必要であると解されているわけである。

（ii）学説の議論状況

最後に、学説についてみると、信認義務違反による利益吐き出しをめぐっては棚ぼた論を根拠に否定する少数説もあるが[180]、多数の見解は――その厳格性については評価が分かれるものの[180b]――肯定的な立場を支持している。もっとも、その根拠付けは一様ではない。具体的には、①信認義務違反の抑止に求める見解（Birks[181]、Virgo[182]、Harding[183]、

---

[179] こうした問題は、法と経済学の議論において、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ている。もっとも、主としてアメリカ法学での議論のため後述に譲る。さしあたり、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」信託法研究170号（1992）108頁以下を参照。

[180] L,C,B, Gower, Principles of Modern Company Law (5th ed.)(Sweet & Maxwell, 1992) 565 ～ .

[180b] 批判的見解として、E.g. Lionel D. Smith, *The Motive, Not the Deed*, in: J. Getzler ed., Rationalizing Property, Equity and Trusts (Lexis Nexis/Butterworths, 2003) 53, 60 ～（厳格な責任は、不正直な受認者を阻止することは十分ではないのに対し、善意の受認者に不当に損害を課す）；Palmer, *supra* note 18, at 171 ～などがある。また肯定的見解として、Samet, *supra* note 167, at 764（受認者は、信認関係に組み込まれた二つの要素、すなわち、①受認者の地位を濫用する誘因があること、および②受認者には広い裁量が与えられていることの要素のために、受認者は自己欺瞞およびそれが生むバイアスの掛かった判断をしがちである。これを回避するためには、受認者が彼ら自身の利益を担う取引が本人にとっても望ましいか否かを自分自身に問うことを阻止することが必要であるとして厳格な利益吐き出しルールを支持する）などがある。

[181] Birks ①, *supra* note 1, at 332.

[182] Virgo ①, *supra* note 1, at 498.

[183] Matthew Harding, *Justifying Fiduciary Allowances*, in: Andrew Robertson

Samet[184]、Conaglean[185]など多数説）、②信認義務の公共的な利益の観点から正当化する見解（Jackman[186]、Friedmann[187]）、③本人の受認者に対する第一次的な権利（primary right）の中に含まれていると解する見解（L. Smith[188]、Miller[189]）、④利益吐き出しは予防を目的とする利益相反禁止義務違反の救済手段であると解する見解（S. Smith[190]）などが挙げられる。

& Tang Hang Wu eds., The Goals of Private Law (Hart Publishing, 2009) 342 ～（抑止論を前提に受認者の努力および能力を理由とする控除（allowance）の根拠付けを試みる）.

[184] Samet, *supra* note 167, at 764.

[185] Matthew Conaglean, Fiduciary Loyalty: Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties (Hart Publishing, 2013) 80（利益吐き出しの目的は、その取引が受認者のために有し得るあらゆる魅力を取り除くことを求めることにより、受認者がそのような取引に入ることを阻止することにある。誘惑の果実を取り除くことは、その誘惑それ自体を減らす有効な手段である、と説く）.

[186] Jackman, *supra* note 7, at 313（信認関係の制度は、社会的に重要な法制度であるとして、信認義務違反において受益者に損害が生じてなくても、公共的な制度に対する損害が生じているとしたうえで、信認関係のインテグリティを維持するために、利益吐き出しが正当化されると説く）.

[187] Friedmann *supra* note 12, at 507 ～（受認者の忠実性の道徳的および社会的重要性を指摘したうえで、他の法的義務よりも高い道徳的な地位〔公共的性格〕をもつとして、信認義務違反による利益吐き出しを肯定する）.

[188] L. Smith, *supra* note 167, at 91 ～（法は、受認者の管理する領域から生じる利益を受益者に帰属させるとし、その実質的理由は、管理費用も受益者が負担することの裏返しとして利益取得も正当化されると説く）.

[189] Miller, *supra* note 167, at 614 ～（本人は、受認者に対して忠実性を求める権利を有し、その中に黙示的に受認者が権限を行使して得た利益を求める権利も含まれていると解する）.

[190] S. Smith, *supra* note 167, at 229 ～（侵害者の利益は、利益相反禁止義務違反の場面で、予防的義務という特殊な義務を金銭評価する合理的な方法であると説く。その理由として、①侵害者の利益は侵害された権利の客観的かつ釣り合った等価物であること、②利益はそれらが被告がしてはいけないということを体現するという意味で、違反を具体化すること、③利益は、受認者が受益者の同意を取得しなかったその行為の金銭的価値を体現するという意味で、その違反とリンクしていることを挙げる）.

（３）小括

以上の考察からは、イギリス法は信認義務（忠実義務）違反による利益吐き出しを認めていること、そしてその根拠を抑止ないし予防を目的とする受認者の信認義務の一種である利益取得禁止義務に求めていること、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。もっとも、このような厳格な利益吐き出しの責任が認められるのは、信認関係に特殊な法政策的な理由に基づくべきものであり、安易に一般化することはできないであろう。

第６項　関係侵害②――契約違反

（１）はじめに

ここでは、契約違反による利益吐き出しについて取り上げる[191]。この

---

[191] 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・モノグラフ〕Birks ①, *supra* note 1, at 334 ～；Virgo ①, *supra* note 1, at 478 ～；Burrows ② supra note 1, at 663 ～；Edelman, *supra* note 1, at 149 ～；Giglio, *supra* note 1, at 83 ～；Devonshire, *supra* note 81, at 364 ～.

〔論文〕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)；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)；Craig Rotherham, *Gain-Based Relief in Tort After Attorney General v. Blake*, 126 L.Q.R. 102, 103 (2010).

なお、わが国の先行研究として、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）

問題は、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領域であ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[192]。そこで以下では、Blake 事件以前の伝統的立場とそれ以後の近時の立場に分けてイギリス法の状況を概観する。

（２）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[193]――を認めるにとどまり[194]、利益吐き出しに対しては消極的な立場を採ってきた[195]。具体的にみると、次の通りである。すなわち、〔英14〕Tito v.

99頁以下などがある。

[192] Rotherham, *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）.

[193] 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――『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。

[194] 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、Burrows ②, *supra* note, at 664. 櫻井・前掲注（191）108頁以下参照。

[195] Burrows ②, *id.* at 664；Ewould Hondius & André Janssen, *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World*, in: Hondius & Janssen eds., Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World (Springer, 2015) 479. 北井①・前掲注（191）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

Waddell (No.2) 事件[196]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「被告は、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かぎり原告を置くことによって、その損失」を賠償する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[197]。また〔英15〕Surrey CC v. Bredero Homes Ltd. 事件[198]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[199]。

もっとも、契約違反による利益吐き出しが全く認められてこなかったわけではない。判例は、非常に限定された場面において、利益吐き出しを認めていた。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[200]、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[201]、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

はないというのが一般原則といえよう」と述べる）。

196 [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（191）143頁も参照。

197 *Id.* at 332 (per Megarry J).

198 [1993] 1 WLR 1361 (CA).

199 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).

200 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（191）142頁以下、小山・前掲注（191）283頁以下を参照されたい。

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

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[202]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。

このように利益吐き出しに消極的な伝統的な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、①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こと（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すべての利益を吐き出させることができること）、②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）[203]への事実上の干渉となること[204]、③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ことである[205]。

（３）近時の動向――Blake 事件の登場

もっとも、こうした伝統的立場の根拠付けは、多くの批判が加えられており、現在維持することは困難となっている。すなわち、①に対しては、期待利益の賠償では約束違反者からすべての利得を吐き出させるこ

---

[202] たとえば、〔英９〕Peter Pan 事件（伝達者と受領者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。

[203] 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。

[204] 山田・前掲注（191）90頁参照。

[205] 樋口・前掲書注（167）139頁、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、特８頁（樋口執筆）参照（信託モデルと契約モデルを比較し、契約関係ではなく信託関係とされることの含意として、契約では通常課せられない義務が発生し、かつ契約上は原則として認められない救済〔利益を吐き出させること〕が認められると指摘する）。

とができない場合があるとの指摘がなされている（具体的には、（ｉ）利得が期待利益を上回る場合と（ii）期待利益が証明できないとき、あるいは証明が困難であるときが挙げられる。前者の具体例としては、（ア）買主側が個人的にその品物に執着したような買主の嗜好を原因とする場合、（イ）売主の優れた交渉手腕が第三者との売買で発揮された場合、（ウ）第三者に売却した時点ではその時の市場価格を基準にして売買価格が決定されたが履行期までにその価格が低下したような場合などが挙げられる）[206]。また②に対しては、効率的契約違反に対する批判的見解が台頭してきており[207]、説得力を失いつつある。さらに、③に対しても、英米では信託と契約を峻別する理解が相対化されはじめている[208]。そのため、上記の従来の理解が何ら異論の余地がないものではなかった。

そのような中で、イギリスの近時の判例である〔英16〕A-G v. Blake事件[209]は、こうした伝統的な立場を修正し[210]、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

---

[206] 山田・前掲注（191）92頁。

[207] Edelman, *supra* note 1, at 163 ～（①効率的契約違反の理論自体説得的ではないこと、②契約法の場面にしか適用が想定されていない点で不十分であること、③特定履行が認められている点を踏まえると、コモン・ローに受け入れられていないことを挙げる）. なお、効率的契約違反に対する有力な批判の一つは、関係的契約理論によるものであるが、ここでは立ち入らない。さしあたり、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）、同『民法学と公共政策学講義録――批判的・横断的民法学のすすめ（具体的法政策学）』（信山社、2018）41頁以下を参照されたい。

[208] この点は、ここでは立ち入らない。さしあたり、樋口・前掲書注（167）71頁以下のラングバインとフランケルの論争を参照されたい。

[209] [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（191）138頁以下、北井②・前掲注（191）21頁以下、田井・前掲注（191）144頁以下、櫻井・前掲注（191）113頁以下などがある。

[210] 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. なお、英語による翻訳版として、3 R.L.R.235 (1995)がある）の影響があるとも指摘されている（*See,* Hanoch Dagan, The Law and Ethics of Restitution (Cambridge U.P., 2004) 354）。

な場合」に限定しているものの[211]――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 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、出版社と15万ポンドと引換えに回顧録（memories）を作成することに同意したことにより、X（国王）に対する契約上の義務に違反した。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おらず、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」[212]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[213]。後者の点は、契約違反者の利益を取得する際の技術および努力を理由とする控除（allowance）を貴族院が拒絶した点に見出すことができる[214]。

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

---

[211] [2001] 1 AC 268, 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*）。

[212] *Id.* at 284 (per Lord Nicholl).

[213] 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。

[214] この点は、Edelman, *supra* note 1, at 171 ～ . また、Nicholl 判事の判決文においても、「George Blake〔本件の被告〕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（[2001] 1 AC 268, 275. 〔〕内は筆者による）。

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[215]。また第２に、利益の清算を用いることにより、利益吐き出しの理論的根拠を直接に問うことが可能となった点にある[216]。以上に加えて、Blake 判決は、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[217]。

もっとも、Blake 事件が問題となった事案類型は、国家機密の守秘義務違反という非商取引の場面における契約違反の類型であり、また被告の行為態様の悪質性という点で、一般化できるかは留保が必要であろう。とりわけ、商取引の場面における機会主義的な契約違反を理由に利益吐き出しが認められるか否かについては、明らかではない（なお、Blake 判決以後の動向をみると、商取引の場面では、肯定例[218]と否定例[219]に分かれているようである）[220]。

（３）学説の議論状況

最後に、学説について一瞥しておくことにしよう。契約違反による利益吐き出しを認めるか否かをめぐって見解は分かれている。

まず否定説についてみると、①利益吐き出しが効率的な契約違反の理

---

[215] 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（Rotherham, *supra* note 191, 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。

[216] 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（[2001] 1 AC 268, 284）。

[217] Rotherham, *supra* note 191, at 106.

[218] E.g. Esso Petroleum Co Ltd., v. Niad Ltd. (Niad) [2001] EWHC Ch 458, All ER 324.

[219] E.g. Experience Hendrix LLC v. PPX Enterprise Inc., [2003] EWCA Civ 323, [2003] 1 All ER 830 (CA).

[220] [2001] 1 AC 268, 299 (per Lord Hobhouse of Woodborough).

論と矛盾することや商取引に不確実性をもたらすこと（Worthington & Goode[221]）、また②利益吐き出しが原告の損害軽減義務を阻害し、被告からその技術や努力の価値を剥奪することになると説かれる[222]。もっとも、このような否定説の理由付けに対しては批判が強い[223]。これに対し、肯定説についてみると、①不当利得の防止に求める見解（Jones[224]）、②契約上の利益を所有権に類推する見解（Friedmann[225]）、③契約違反の抑止および処罰（応報）に求める見解（Barnett[226]）、④契約の公共的利益の観点から正当化する見解（Jackman[227]）⑤権利を尊重し、そして収用

---

[221] Sarah Worthington & Roy Goode, *Commercial Law: Confining the Remedial Boundaries*, in: D. Hayton ed., Law's Future(s): British Legal Developments in the 21st Century (Hart Publishing, 2000) 309（契約違反による利益吐き出しが認められると、商取引に入る当事者達は、リスク回避的な行動をとり、契約締結が阻害されると説く）.

[222] Jack Beatson, The Use and Abuse of Unjust Enrichment : Essays on the Law of Restitution (Oxford U.P., 1991) 16. ただし、Beatson 自身は、否定説を支持するものではなく、利益吐き出しを「例外的な救済」として支持するものである。

[223] たとえば、商取引に不確実性をもたらすことに対しては、仮にそうであるとしても、だからといって契約当事者の契約上の権利が奪われる理由にはならないという批判や填補賠償の算定の際にも不確実性という問題は伴い、利益吐き出しとの差は相対的なものであるという批判などが挙げられる（批判する見解の概要については、文献を含め、Edelman, *supra note* 1, at 162 〜に譲る）。

[224] Gareth Jones, *The Recovery of Benefits Gained from a Breach of Contract*, 99 L.Q.R. 443, 459 (1983)（契約違反による利益吐き出しのための原状回復請求の目的を原告の損失により得られた不当利得を被告から剥奪することであると説く）.

[225] Friedmann, *supra* note 12, at 513 〜. ただし、Friedmann は、所有権に類推する根拠付けがすべての契約に妥当するものと解しているわけではない（たとえば、雇用契約の引き抜きの場面で、雇主が従業員に対する契約上の権利は所有権と同様の保護が与えられないと説かれている）。

[226] Barnett, *supra* note 1, at11 〜. なお、Barnett は、利益吐き出しの根拠を抑止と応報に求めた上で、利益吐き出しが認められるべき具体的な契約違反の場面を指摘する。

[227] Jackman, *supra* note 7, at 318 〜（契約違反が信託関係や所有権などの社会

を禁止するルールを実現するための手段と解する見解（L. Smith[228]）、⑥矯正的正義の観点から正当化する見解（Bengon[229]）などがあり、その根拠付けは一様ではない。また肯定する見解でもどのような契約違反において認めるかについては理解が分かれている。

（４）小括

以上の考察からは、従来、イギリス法においては契約違反を理由とする利益吐き出しは否定的ないし消極的に解されていたものの、近時そのような伝統的な理解が見直され、例外的ではあるものの、認める判例が登場していること、そしてその根拠としては、①契約違反の抑止、および②契約違反者への処罰に求められていることが明らかになったといえよう。

第７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（ⅰ）有体物侵害として、①不動産・動産の侵害、（ⅱ）無体物侵害として、②知的所有権の侵害、③営業秘密や国家機密などの機密情報の侵害、④プライバシー侵害、（ⅲ）関係侵害として、⑤信認義務違反と⑥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、イギリスの判例では――その範囲や要件な

を促進する法制度を侵害する場合には、例外的に利益吐き出しが正当化されると説く）.

[228] Lionel D. Smith, *Disgorgement of Profits of Breach of Contract: Property, Contract and "Efficient Breach"*, 24 CAN. BUS. L. J. 121, 125 (1994)（利益吐き出しを否定すると、私法の内的な一貫性を欠くと説く）.

[229] Peter Benson, *Disgorgement of Breach of Contract and Corrective Justice; An Analysis* in Outline, in: JASON W. NEYERS ET AL. EDS., UNDERSTANDING UNJUST ENNCHMENT (Hart Publishing, 2004) 311, 320. もっとも、矯正的正義論に立ったうえで、否定説を説く見解もある（Ernest J. Weinrib, *Punishment and Disgorgement as Contract Remedies*, 78 CHI. －KENT L. REV. 55 (2003)）

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。

この点につき二つの視点から確認しておくこととする。まず、コモン・ローとエクイティという区分でみると、エクイティの管轄では、広く利益吐き出しが認められてきたことがわかる（③および⑤の場面）。これに対し、コモン・ローの管轄では従来利益吐き出しは、一部の領域を除き（②の領域）、消極的に解されてきた（①や⑥の従前の判例の立場がそうである）。もっとも、こうした区別の原理的な理由は明らかではなく、説得的な理論的根拠は見出されず[230]、歴史的な偶然に過ぎないと説かれるにとどまった[231]。そうした事情もあってか、近時は、こうした区別は相対化しつつあり、コモン・ローの管轄においても利益吐き出しについて新たな動きがみられることが注目される（具体的には、⑥の場面に始まり、その他の場面〔①の場面〕への拡張がみられる）。

次に、侵害された客体の種類の違いごとにみると、無体物侵害（②～④）と関係侵害（⑤の信認関係）の場面で利益吐き出しが認められやすい傾向がある（ただし、無体物では侵害された情報の性質で区別する理解もみられる）。このような違いは、有体物と比較した場合の侵害のしやすさという点に求められるといえよう。また損害額算定の困難性という点も挙げられる。このような侵害された権利の性格を踏まえると、近時の利益吐き出しの拡張動向は、この問題をコモン・ローとエクイティという歴史的偶然の問題としてではなく、個々の侵害された権利等の客体の性質に応じた望ましい救済手段が何なのかという問題として捉え直す立場への転換を示すものといえる。

---

[230] たとえば、Virgo は、その根拠として、信認義務違反などのエクイティ上の違法行為の場面では、義務違反行為が起こりやすく（受認者が自己の地位を濫用する危険がある）、利益吐き出しの抑止機能がより妥当しやすいことを挙げる（Virgo ②, *supra* note 1, at 486）。しかし、こうした事情は、契約違反などの場面でも同様に起こり得ることで、十分に説得的なものとはいえないであろう。

[231] 〔英16〕Blake 事件を参照（at 280〔per Lord Nicholls〕）。その理論的な検討として、McInnes, *supra* note 17, at 425以下も参照。

第２に、イギリスの判例では、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（なお、以下の（）内の番号は、第１の①～⑥の場面に対応する）。具体的には、判例では、（ⅰ）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（③）のほか、（ⅱ）損害額の算定代替（②）ないし損害賠償の代替手段（③）、（ⅲ）不当利得の防止（②③）、（ⅳ）抑止論（③④⑤⑥）、（ⅴ）処罰論（⑥）などが挙げられる。ここからは、イギリス法は一つの根拠によってすべての利益吐き出しを説明しようとする立場を採っておらず、むしろ、その困難性を自覚し、文脈に応じて根拠付けの仕方を変えているといえよう。そして学説も、利益吐き出し上記の各場面において利益吐き出しに肯定的な立場を採っているものの、その根拠付けは一様ではなく、同じ論者の中でも複数の根拠が使い分けられて、多元的に根拠づけられていることが注目される（たとえば、Friedmann は、所有権の排他性と公共的利益の二つを併用する[232]）。もっとも、こうした利益吐き出しの拡大傾向に対して、一部の領域では、正面から否定する学説も説かれており、無制限に拡張されるべきと説かれているわけではないことに留意されたい（具体的には、プライバシー侵害や名誉毀損[233]などの人格的な権利の侵害の領域で否定説がみられるのが本稿の目的との関係で興味深い[234]）。これらの見解の当否は、次節で行う。

[232] たとえば、所有権侵害の場面と信認関係の場面を比較されたい。

[233] 名誉毀損については、注（114）を参照。

[234] なお、否定説は契約違反の領域でもみられるが、この領域の否定説は下火になりつつあるように思われる。

【別表１】

		イギリス法	判例の挙げる根拠
有体物侵害	①不動産侵害	×	―
	①動産侵害	×	―
無体物侵害	②著作権侵害	○	（ii）損害額の算定代替、（iii）不当利得の防止
	②特許権侵害	○	（ii）損害額の算定代替、（iii）不当利得の防止
	②商標侵害	○	（ii）損害額の算定代替（？）
	②詐称通用	○	（ii）損害額の算定代替、（iii）不当利得の防止
	③機密情報の侵害	○	（i）違法行為の遂行から利益を得るべきではないとの一般原理、（ii）損害賠償の代替手段、（iv）抑止論
	④プライバシー侵害	○（一般論）	（iv）抑止論
関係侵害	⑤信認義務違反	○	（iv）抑止論
	⑥契約違反	○（特殊事例）	（iv）抑止論、（v）処罰論

〔附記〕本研究は、令和元－３年度（2019-2021年度）科学研究費補助金（若手研究）（研究課題番号19K13552）の成果の一部である。