HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察（５）：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, 71(5), 253-305
Issue Date	2021-01-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/80330
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_71_5_07_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（５）

―― 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――問題の所在および分析方法・検討の順序
　第１節　問題の所在――わが国の議論状況とその問題点
　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　　（以上、70巻６号）
　　第３款　アメリカ法
　　第４款　小括　　（以上、71巻３号）
　第２節　利益吐き出しの伝統的な理論的根拠の検討
　　第１款　一般原理により正当化する見解
　　　第１項　概要
　　　第２項　問題点
　　第２款　所有権の排他性に求める見解
　　　第１項　概要
　　　第２項　問題点

第３款　損害額算定の代替手段と解する見解
第１項　利益と損害との間に関係性がない場合に用いる見解の概要と問題点
第２項　利益と損害との間に関係性がある場合に用いる見解の概要と問題点
第４款　違法行為の抑止に求める見解
第１項　完全な抑止論の概要と問題点
第２項　契約誘導の意味での抑止論の概要とその問題点
第５款　違法行為者の処罰に求める見解
第１項　概要
第２項　問題点
第６款　本節の小括
第３節　本章の小括　（以上、本号）

第２節　利益吐き出しの伝統的な理論的根拠の検討

前節の英米法の考察から、多数の利益吐き出しの理論的根拠を析出することができたが、文脈により根拠が異なり、かつ特定の文脈でも複数の根拠が挙げられることもあり、いずれの根拠が本質的なものかは明らかではない。そこで本節では、前節の判例（および学説）の考察から析出した根拠のうち、主として用いられている（ⅰ）「何人も違法行為から利得を得るべきではない」あるいは「不当利得の防止」といった一般原理により正当化する見解（第１款）、（ⅱ）所有権の排他性に求める見解（第２款）、（ⅲ）損害額算定の代替手段として利益を用いる見解（第３款）、（ⅳ）違法行為の抑止に求める見解（第４款）、（ⅴ）違法行為者の処罰に求める見解（第５款）を取り上げ、――英米の学説の議論状況も踏まえつつ――各根拠を考察することとする[402]。その際には、これまで

[402] 本節においては、これまで取り上げた多数の場面で用いられている利益吐き出しという救済手段を一元的に根拠付けることができるか否かについて検討を加える。このような考察方法は、各法領域の性格の違いを等閑視することになり、奇異に思うかもしれない。しかし、英米法（とりわけ、アメリカ法）に

取り上げた場面――具体的には、①有体物侵害（不動産・動産）、②知的所有権侵害（特許権、著作権、商標権・詐称通用）、③守秘義務違反（営業秘密と非営業秘密）、④プライバシー侵害および名誉毀損、⑤信認義務違反、⑥契約違反（不作為特約型および二重譲渡型）の場面――を念頭に置くこととする。

こうした根拠付けのうち説得的であり、かつ適用範囲が広いものがあれば、本稿の分析素材として取り上げたヒト由来物質の無断利用の文脈における問題――すなわち、無断利用した医師や研究者の利益吐き出しおよび提供者への利益帰属をどのように根拠付けるかという問題――に応用することが可能となろう。

第１款　一般原理により正当化する見解

まず、利益吐き出しの根拠を「何人も違法行為から利得を得てはいけない」こと、あるいは「不当利得の防止」といった一般原理に求める見

おいては、1970年代以降「救済法（Law of remedies）」という法領域が確立しており、そこでは、契約法や不法行為法などの実体法の境界を取り払い、各法領域において存在する救済手段を統一的に見ることが試みられている。その有益性としては、たとえば、一見異なる不法行為法上の救済と契約法上のそれが、法領域の相違を超越して、一定の視点（たとえば、社会的厚生の最大化という視点）から統一的に捉えることが可能となる点が挙げられる（Samuel L. Bray, *Remedies*, in: Andrew Gold et al. eds., Oxford Handbook of New Private Law（Oxford U.P., 2020）（参照は、SSRN：https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3357925による〔last visited September 25, 2020〕））。もちろん、このような救済法という視角は、元来大陸法においてはあまりみられない、特殊英米法的な発想であったかもしれない。しかし、近年は大陸法においてもこうした視角からの分析方法の重要性が指摘されつつあり（*See*, Franz Hofmann & Franziska Kurz, *Introduction to the 'Law of Remedies'*, in: Franziska Kurz, & Franz Hofmann eds., Law of Remedies: A European Perspective（Intersentia, 2019）3 〜）、本稿もこのような近時の流れに与するものである。もっとも、結論を予告的に述べておけば、本稿は、このような視角から検討することにより、できる限り統一的な正当化を目指しつつも、多数の法領域に散在する利益吐き出しを一元的に根拠付けることには限界があるとの認識のもと、多元的な根拠付けを志向するものである。

解を取り上げる。具体的には、まず、利益吐き出しの根拠付けの仕方および適用場面について確認し（第１項）、その上で、問題点を指摘する（第２項）。

第１項　概要

（１）利益吐き出しの根拠付け

この見解は、何人も違法行為から利得を得るべきではないという道徳的直観、あるいは違法行為者の不当利得を防止するという目的から、利益の吐き出しを正当化する[403]。このような見解は、判例のみならず、学説においても多数の者により支持されている（Goff & Jones[404]、Virgo、

---

[403] ここでは、「不当利得の防止」と「何人も違法行為から利益を取得するべきではない」は、ほぼ同じ意味で理解されているといえる（*See*, Peter Jaffey, The Nature and Scope of Restitution: Vitiated Transfers, Imputed Contracts, and Disgorgement (Hart Publishing, 2000) 363）。これに対し、「不当利得の防止」は、別の意味でも用いられることがある。すなわち、侵害された権利を「財貨（property）」として捉えた上で、権利者はその財貨の排他的な享受および金銭的な利用をする権利を有すること、そしてもし侵害者がその財産を金銭的利益のために使用するならば、侵害者は権利者の排他的権利を侵害して利得を得ており、当該利益は不当であるとして、利益吐き出しを正当化する見解である（Barber, *supra* note 296, at 158）。この二つの意味は、わが国の不当利得法学における議論と対比すると次のように位置づけることができるであろう。すなわち、前者は、道徳的な側面が強調される公平説的な考え方であり、後者は、類型論における侵害利得（ただし、客観的利得ではなく、主観的な利得による）の考え方である。ここでは、前者の意味のみ扱い、後者については、次項（所有権の排他性）で扱うこととする。

[404] Goff & Jones は、イギリス法が以下のような原理を採用するべきであると説く。すなわち、「加害者が利益を取得し、そして当該不法行為がなければその利益が取得されなかったであろうことが証明されうるならば、加害者は原状回復することが要求されるべきである。〔その原理が〕採用されると、被害者は、今日原状回復請求の根拠を形成しない不法行為から被告〔加害者〕により得られた利益を回復し得る」（Goff & Jones, *supra* note 1, at 781. Goff Jones ed., Goff and Jones' The Law of Restitution (7th ed.) (Sweet & Maxwell, 2007) 809も同旨）。

Conway-Jones[405]、Laycock[406]など)。たとえば、Virgo は、次のように述べる。すなわち、「被告〔違法行為者〕が不法行為の結果として、利益を取得したときはいつでも、原告〔被害者〕は原状回復的な救済を選択することができるべきであり、それにより被告〔違法行為者〕は不法行為により取得されたあらゆる利益を原告〔被害者〕に吐き出すことを要求される。原状回復は正当化される。」と述べたうえで、その理由として、「違法行為者は、違法行為から利益を得ることを認められるべきではない」ことを挙げる[407]。

では、被害者が当該利益を取得する根拠はどのように説明されるであろうか。この点につき、Virgo は、「原告〔被害者〕はその利益の適切な受取人である。」と指摘し、その根拠として「原告〔被害者〕は、その違法行為の被害者である」ことを言及するのみで、説得的な理由を示しているとはいえない。これに対し、他の見解は、利益吐き出しを認めないと、逆の棚ぼたをもたらすこと(違法行為者に利益を残すことになること)、および被害者は、違法行為者の不当な行為により最も損害を被った当事者であることから、利益が帰属しても問題ないと説かれている[408]。この見解は、少なくとも Virgo の見解よりは説得的な理由を示しているものの、究極的には――わが国でも説かれていたように――当該利益が被害者に帰属する理由は、違法行為者に残すよりも妥当であるという点に求められるにとどまり、どれほど説得力を有するかは疑問の余地がある。

以上を踏まえると、この見解によれば、利益吐き出しは、ある人が他

---

[405] Conway-Jones, *supra* note 296, at 881.

[406] Douglas Laycock, *The Scope and Significance of Restitution*, 67 Tex. L. Rev. 1277, 1289(1989).

[407] Virgo①, *supra* note 1, at 476(〔 〕内は引用者による). ただし、Virgo は、すべての類型でこの根拠が妥当すると提唱するものではない。すなわち、「犯された違法行為のタイプに関わらず、原状回復的救済が利用可能になるべきと感じられ得るけれども、これは危険なアプローチである。というのも、各類型の違法行為は、適切な救済手段についての非常に異なる政策問題を提起するからである。」とされる(*Id*. at 452)。

[408] Conway-Jones, *supra* note 296, at 881.

の人の権利・利益・関係を侵害することによって自己の利益を追求してはいけないというある種の道徳的直観によって、根拠付けられることになる。具体的には、違法行為者が利益を吐き出さなければならない理由は、利得の不当性――違法行為を媒介として得られたものであること――に求められ、またその利益が被害者に帰属する理由は、違法行為者に残すよりも妥当（マシ）であるという点に求められる。

（２）根拠論の適用場面

このような根拠付けは、違法行為がなければ違法行為者が利益を得なかったであろう場面において、広く妥当するものと解されている[409]。現に、判例は、不動産侵害の場面（〔米１〕Edwards 事件）、特許権侵害（〔英６〕Spring Form 事件）、著作権侵害（〔英５〕Potton 事件）、詐称通用（〔英８〕My Kinda Town 事件）、守秘義務違反（機密情報の侵害）の場面（〔英10〕Spycatcher 事件）などで用いており、また学説は、プライバシー侵害の場面（York[410]）でも用いている。そのため、こうした理解が仮に説得的であれば、ヒト由来物質の無断利用の文脈でも応用することができる[411]。もっとも、このような根拠付けには何ら問題の余地がないわけではない。次にこの点についてみることにしよう。

第２項　問題点

（１）根拠論の脆弱性

第１の批判は、「何人も違法行為から利得を得るべきではない」との説明の説得力の弱さに向けられている。たとえば、〔英10〕Spycatcher

---

[409] *See*, VIRGO①, *supra* note 1, at 476（この原理は、被告が犯した不法行為の類型にかかわらず、一般的に適用可能なはずである。その理由として、原状回復的救済はそのような状況において、利用可能になるべきではない政策的理由はないことを挙げる）.

[410] York, *supra* note 338, at 537.

[411] ヒト由来物質の無断利用の場面において、不当利得による正当化する見解が存在することは先述した通りであるが、それはこのような理解を前提とするものとみることができるであろう（拙稿「（２）」北法69巻６号（2019）［204］頁を参照）。

事件において、Goff 判事は、このような説明が「あらゆる具体的なケースにおいて問題の解決のための確実なガイダンスを提供していない」と言及しており、どのような場面において認められるかについて明確な基準を提供しないと指摘している。またこうした説明は、循環論法に陥るとの指摘もなされていることから明らかなように[412]、何ゆえ人々が違法行為から利益を得てはいけないのかについて説得的な論拠（argument）議論を提供しておらず、単なる主張（assertion）に終わっているといえよう[413]。それゆえに、このような理解（道徳的直感）に同調しない者にとってはこの見解は何ら説得力を提供するものとはいえないのである（たとえば、被害者の損害を填補した上で、利益が生じるのであれば、社会全体の効用は高まっており、そのような行為は望ましいとの反論もありうるであろう）[414]。

（２）判例の立場との不整合

第２の批判は、この立場が判例の立場と整合しないという点に向けられている。先述したように、この立場からは、利益吐き出しは違法行為がなければ違法行為者が利益を取得しなかったであろう場面において、広く認められることになるはずである[415]。しかし、前節の英米の判例の考察が示すように、判例は、利益吐き出しが問題となるすべての場面において認めているわけではなく（とりわけ、1980年代～ 1990年代のイギリスの判例はあらゆる違法行為を理由に利益吐き出しを認める立場を否

---

412 Nicholas McBride, *Restitution for Wrongs*, in: Charles Mitchell & William Swadling eds., The Restatement Third: Restitution and Unjust Enrichment: Critical and Comparative Essays (Hart Publishing, 2013) 251, 266-7.

413 *Ibid*（「我々は、人々が彼らの違法行為から利益を得ることを認められるべきではないのはその通りであるとの主張（assertion）ではなく、何ゆえ人々が彼らの違法行為から利益を得るべきではないかについての論拠（argument）を必要とする。」と述べる）.

414 この点については、一般論として、道垣内正人『ちょっと違った自分で考える法学入門〔第３版〕』（有斐閣、2007）44頁を参照。

415 Bently②, *supra* note 46, at 14.

定した[416]）、また認めている場面においても、上記の根拠のみによって説明しているわけではない。そのため、このような根拠付けは、判例の中で常に用いられているわけではなく[417]、判例の立場を一貫して説明する理論とまではいえないのである[418]。

（３）小括

以上の批判を踏まえると、「何人も違法行為から利得を得るべきではない」とする道徳的直観により正当化する見解は、利益吐き出しの根拠として説得力を欠くこと、そしてその結果として、ヒト由来物質の無断利用の問題に応用することも困難であるといえよう。

第２款　所有権の排他性に求める見解

次に、所有権の排他性に利益吐き出しの根拠を求める見解を取り上げる。具体的には、まず、利益吐き出しの根拠付けの仕方および適用場面について確認し（第１項）、その上で、問題点を指摘する（第２項）。

第１項　概要

（１）利益吐き出しの根拠付け

この見解は、所有権の一定の性質から利益吐き出しという具体的規範を導くものである。このような理解は、判例においても用いられていることは先述のとおりである。学説においても、利益吐き出しが問題となる様々な場面において、類似の考え方を採用する見解がみられる

---

[416] Rotherham, *supra* note 193, at 104.　たとえば、Stoke on Trent City Council v. W & J Wass, [1988] 1 WLR 1406 (CA) や Halifax Building Society v. Thomas, [1996] Ch 217が挙げられる。

[417] Bently②, *supra* note 46, at 14；Weinrib, *supra* note 235, at 8.　もっとも、この点は、Goff & Jones 自身も認めている点であり、彼らは利益吐き出しに関するイギリス法の状況が曖昧であることを踏まえ、いったん更地化しようとしたと見ることができよう。

[418] Ross B. Grantham & Charles E.F. Rickett, Enrichment and Restitution in New Zealand (Hart Publishing, 2000) 483.

(Friedmann[419]、Weinrib[420]など)[421]。

この見解は、所有権には侵害者が得た利益の吐き出しを求める権利が含まれているという考え方を前提としている。より具体的には、以下の４つの理解が前提となっていることが指摘されている[422]。すなわち、(a) 所有権概念が具体的な法規範（利益吐き出し）を導く際に役割を果たすという理解（侵害された権利と救済手段との間に分析的な結びつきを認める理解)[423]、(b) 利益吐き出しを導くことができる我々の法分化において、統一的・安定的な所有権概念が存在するという理解、(c) 所有権概

---

[419] Friedmann, *supra* note 12 (利益吐き出しが認められるカテゴリーとして、(a) 伝統的な財貨〔動産･不動産､知的所有権〕や (b) 新しい財貨〔パブリシティ権、プライバシーや名誉も〕など排他権があるものに加えて、排他権のない (c) 準財貨〔アイディア、取引の秘密、機会など〕も――一定の要件〔侵害者の計画性の存在〕を加重するものの――挙げる)． なお、Friedmann は、客観的な使用料の返還とそれを超える利益の吐き出しの双方を含む意味で「原状回復的損害賠償 (restitutionary damages)」の可否の問題として論じている点に留意されたい。従来、英米法において両者が区別されずに論じられる傾向があったことについては、前掲注 (21) を参照されたい。

[420] Weinrib, *supra* note 235, at 6-7 (他人の財貨の侵害の場合のみ、利益吐き出しが認められる「唯一の例」であると説く)． なお､Weinrib の見解については、山下純司「不法行為法における利益吐き出し責任」NBL937号 (2010) 26頁、特に27頁以下も参照。

[421] なお、この見解の内部でも、所有権侵害を (a) 必要かつ十分条件とするもの (所有権侵害が必要であり、かつそれで十分である)、(b) 必要条件とするもの (所有権侵害は必要であるが、その他の要素も必要とする)、(c) 十分条件とするもの (所有権侵害以外でも利益吐き出しが認められるとする) に分かれているが、この点はここでは立ち入らない (*See,* Craig Rotherham, *The Normative Foundations of Restitution for Wrongs: Justifying Gain-based Relief for Nuisance,* in: Andrew Robertson & Tang Hang Wu eds., The Goals of Private Law (Hart Publishing, 2009) 389, 400-1)。

[422] この点については、Rotherham, *id.* at 401-8の整理に負う。

[423] たとえば、Friedmann は、「所有権の本質的な属性が、伝統的に排他的な享受の権利の存在であった。そのため、他の者による所有権の搾取は、必然的に他の者の権利の損失による利得を生む」と説いており (Friedmann, *supra* note 12, at 507)、このような理解を前提とする。

念が損害の填補以上のものを要求するのに十分に絶対主義的なものであるという理解、(d) 所有権の絶対主義的な概念が問題となっている救済手段の厳密な形式（人的救済か、物的救済か、あるいは吐き出しの範囲についても、客観的な使用料の範囲にとどまるか、それを超える真の意味での利益の吐き出しまで認められるか）までを論理的に導くことができるという理解である。このように、この見解は、以上のような所有権の理解、あるいは所有権と具体的な救済手段（利益吐き出し）との関係性についての理解を前提としたうえで、利益吐き出しが所有権の性質から当然に導かれるものと解する。

では、この見解によれば、「棚ぼた」の問題はどのように説明されることになるのであろうか。この見解は、所有権には、そこから派生する利益を求める権利が含まれていることから、所有者は自己の所有物が侵害され、侵害者が利益を得た場合には、その利益を求める権利を当然に有していることになる。そのため、侵害者の利益と被害者の損害との間には因果関係があるため、不当利得の枠内で処理されることになり[424]、「棚ぼた」という問題は生じないことになる[425]。

以上を踏まえると、この見解によれば、利益吐き出しは、以下のように根拠付けられる。すなわち、まず侵害者が利益を吐き出すべき理由は、侵害者が被害者の財産を侵害することにより利益を取得し、そして侵害者がその利益を保持する根拠を有しないこと（＝不当であること）に求められる。またその利益が被害者に帰属する理由は、所有権の排他性に求められる[426]。

（２）根拠論の適用場面

このような理解は、主として、有体物侵害（不動産や動産）の場面および知的所有権侵害の場面において妥当するといえよう。前者については、所有権は有体物を念頭に置いていることを踏まえると、当然にこの

---

[424] Beatson, *supra* note 222, at 232.

[425] Peter Jaffey, *Restitutionary Damages and Disgorgement*, 3 R.L.R. 30, at 33 (1995).

[426] Virgo②, *supra* note 1, at 432-3.

ような根拠付けが妥当するといえよう[427]。後者については、たとえば、商標権侵害の場面において、〔米６〕Hamilton-Brown 判決は、商標を財貨と性質決定したうえで、利益吐き出しの正当化を試みた。また、著作権侵害が問題となった〔英５〕Potton 判決では「不当利得の防止」が利益吐き出しの根拠として挙げられているものの、そこでの不当利得の防止は、「所有権の排他性」の侵害の意味でのそれと解する見解もみられ[428]、このような理解を示唆する[429]。

これらに対し、契約違反の場面（〔英15〕Surrey 事件など）では、約束者の契約違反が受約者の所有権の侵害を伴わないため、このような根拠により正当化することは困難であると判示された[430]。

---

[427] Nicholas W. Sage, *Disgorgement: From Property to Contract*, 66(2) U. Toronto L.J. 244 (2016) は、こうした理解を前提としたうえで、若干の修正を加える。

[428] Bently②, *supra* note 46, at 14. *See also*, Ciolino, *supra* note 78, at 41～（従来、著作権侵害を物的不法行為に類推することで、利益吐き出しを正当化してきたと指摘する）.

[429] なお、英米の判例の中には、知的所有権侵害の場面で利益吐き出しが否定されている領域（具体的には、アメリカの特許権侵害の場面）があり、このような理解が妥当していないのではないかという疑問もあろう。しかし、先述したように、これは利益吐き出しの実際上の問題――吐き出すべき利益の「範囲」の確定に伴う費用の問題――を踏まえて、否定されたものに過ぎず、利益吐き出しの根拠論としての上記の理解が妥当しないことを意味しない。その意味で、特許法の取扱いを理由に、このような理解が、判例の立場と矛盾するとは当然には言えないであろう。

[430] これら以外にも――本稿の対象とした領域ではないものの――このような発想と親和的な判例としては、以下が挙げられる。たとえば、Sammons v. Colonial Press, (1942) 126 F.2d 341では、裁判所は、「その理論は、侵害者が原告の財貨権の利用および使用により受領した利益を保持することが非良心的であるということである」と述べた。また、Forsyth-Grant v. Allen, [2008] EWCA Civ 505（ニューサンス不法行為〔日照権侵害〕を理由とする利益の清算が求められた事案）は、「・・・ニューサンスは、動産侵害のケースや著作権や商標権侵害のケースはもちろんのこと、トレスパスのケースにおけるのと同様の方法で、原告の権利の不正利用行為（misappropriation）を伴わない。（中略）その事実において、これは、私の考えでは、原告が現実に被った損失

それゆえに、「財貨（property）」になり得るものであれば、広く利益吐き出しが認められるといえよう。そして、このような理解が説得的であるといえれば、ヒト由来物質の無断利用の文脈でも、ヒト由来物質を「財貨」として扱うことにより、同様に解することができよう[431]。もっとも、こうした理解に対しは、以下のような問題が残されている。

第２項　問題点

（１）所有権概念の捉え方に対する批判

第１の批判は、これらの見解が前提とする「所有権」概念の理解の仕方（第１項（１）で言及した（a）～（d）の前提）に対して向けられている。その批判の概要について述べると、まず前提（a）（所有権概念が具体的な法規範（利益吐き出し）を導く際に役割を果たすという理解）に対しては、所有権は「本質的に競合する」概念であり、その輪郭（contours）はいつも争われており、法システムによって異なり、また同じ法システムの中でも時代により異なるとして、利益吐き出しを当然に導く「本質的」属性など存在しないとの批判が提起されている[432]。また前提（b）（統

を理由とする填補賠償以上のものを求める権利を原告に与えるべきではない。」と述べた（at [32]〔per Patten J.〕）。さらに、Devenish Nutrition Ltd. v. Sanofit-Aventis SA, [2008] EWCA Civ 1086（特別法〔欧州競争法〕上の義務違反を理由とする利益の清算が求められた事案）も、本件の不法行為が所有権侵害を伴う物的不法行為（proprietary torts）に当たらないことを利益の清算を否定する根拠として挙げる。

431 ヒト由来物質の無断利用の場面において、動産侵害請求により利益吐き出しを肯定しようとする見解が多数みられることは先述した通りであるが、それはこうした理解を前提とするものとみてよいであろう（拙稿「（２）」北法69巻６号（2019）［202］頁を参照）。

432 Rotherham, *supra* note 421, at 402-3.　同趣旨として、Dagan, *supra* note 212, at 221 ～（「所有権という概念はかなり争いがあり、そして我々自身の法において多くの形態がありすぎるため、不当利得法理が解決する必要がある問題の特殊な類型に答えることができない。」とした上で、「所有権のような本質的に競合する概念」は、所有権侵害による利益吐き出しを正当化することができない、と指摘する）；Bently②, *supra* note 46, at 14 ～（「財貨とは何か」という根本的な問題を提起すると指摘する）も参照。

一的・安定的な所有権概念が存在するという理解）に対しては、英米法上の所有権は、特殊な発展により形成されてきたことから、財産の保護の仕方は一様ではないこと（たとえば、不動産については特定救済を認めるが、動産については損害賠償のみにとどまる）[433]や大陸法とは異なる二重の所有権（コモン・ロー上の所有権とエクイティ上の所有権）の存在により、所有権の保護の在り方は文脈により異なることから、統一的・安定的な所有権概念など存在しないとの批判が提起されている[434]。さらに、前提（c）（所有権概念が損害の填補以上のものを要求するのに十分に絶対主義的なものであるという理解）に対しては、仮に所有権が絶対主義的なものであるとしても、現実の裁判では多数の妥協を生み、その絶対性が貫徹されるとは限らないこと（たとえば、所有権侵害による差止命令は、裁判所の裁量により制限され、損害賠償に制限される場面があることを想起せよ）から、所有権概念から利益吐き出しを常に導くことができるわけではないこと、前提（d）（所有権の絶対主義的な概念が問題となっている救済手段の厳密な形式を確定するという理解）に対しては、問題の権利の重要性、侵害者の行動の道徳的性質、そしてそのような救済の抑止効果を考慮して裁判所がどのような救済を認めるかが決められているとの批判が提起されている[435]。以上の批判を踏まえると、この見解の前提とした所有権概念を維持することはできないといえよう。

（２）所有権概念を無体物に拡張することに対する批判

第２の批判は、この見解の射程に無体物を入れることに向けられている。すなわち、この見解は、有体物と同様に、無体物も所有権概念に包摂することにより、利益吐き出しの根拠付けを試みるものである。しか

---

[433] Rotherham, *id*. at 403-4.

[434] *Id*. at 404-5.

[435] *Id*. at 405-7. 以上を踏まえたうえで、Rotherham は、利益吐き出しが認められるか否かは、――所有権が侵害されたか否かではなく――問題となっている制度の保護のために望ましいか否かという点から検討すべきであると指摘する（*Id*. at 407）。このような理解は、後述の抑止論の第１の理解に帰着するであろう。

し、有体物と無体物の間には大きな差異があることが見落とされていると批判が加えられている[436]。具体的には、知的所有権の対象である情報は、「公共財（public goods）」としての性質（具体的には、非排除性と非競合性）を有することから、救済法は、有体物の保護と無体物の保護において、その差異を考慮するべきである[437]。また有体物の境界は明確であるのに対し（たとえば、有体物の場合、その境界は登記簿等により分かる）、無体物の境界はそうではない（たとえば、著作権の場合、登録等は任意のため、譲渡人やライセンサーの権原を確定することは容易ではない）。そのため、無体物侵害による責任を有体物侵害によるそれと同列に扱うことに対しては厳しすぎるとの批判が加えられている[438]。

（３）後付け論になるという批判

第３の批判は、この見解が究極的には後付け論になることに向けられている。すなわち、この見解を支持する者の中には、契約違反の場面において、利益吐き出しを肯定するために、契約を「財貨」の一種と性質決定して、所有権侵害と同種の保護を与えようとするものもいる[439]。しかし、この見解もすべての場面で契約違反が所有権侵害と同視し得るとは考えていない。たとえば、雇用契約の引き抜きの場面では、雇主の従業員に対する権利を所有権として保護することは、従業員の経済活動の自由を阻害するとして否定的な理解が示されている。それゆえに、一定の契約に財貨としての保護を与えることは、そのような保護が望ましいという一定の価値判断が先行して存在しており、所有権という概念は結

[436] E.g. Ciolino, *supra* note 78, at 41 ～（著作権を念頭に置いたうえで、有体物の侵害と類推することを批判する）. なお、知的財産法学の議論においては、知的所有権は「財貨（property）」ではなく、行為規制でしかないと説かれることもある（たとえば、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号（2008）１頁）。こうした理解からも、有体物の論理を無体物に延長することは誤りとなるであろう。

[437] Ciolino, *supra* note 78, at 42.

[438] *Id*. at 44.

[439] Friedmann, *supra* note 12, at 513 ～ .

論を正当化する衣に過ぎないというわけである[440]。

（4）小括

以上の批判を踏まえると、所有権の一定の性質から利益吐き出しが当然に導かれるとするこの見解は説得力を欠くといわざるを得ず（なお、〔英16〕Blake 判決において、Nicholl 判事は、利益吐き出しが所有権侵害に制限されないとの立場を示したと理解されている[441]）、その結果としてヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しに応用することも困難であるといえよう。

第３款　損害額算定の代替手段と解する見解

ここでは、被害者の損害額の算定が困難な場面や損害の立証が困難な場面などにおいて代替手段として利益吐き出しを用いる見解を取り上げる。もっとも、この見解も一様ではなく、大別すると、(a) 損害と利益の間には、必ずしも関係性があるわけではないが、損害賠償が用いることができない制度的制約がある場合や他に損害額を算定する手法がない場合に用いる見解（第１項）と (b) 損害と利益の間に一定の関係性があることを理由に用いる見解（第２項）に分かれる[442]。以下では、両者について、利益吐き出しの根拠付けの仕方および適用場面を確認した上で、問題点を指摘する。

---

[440] プライバシー侵害の場面でも同様の指摘がなされている。たとえば、Witzleb, *supra* note 85, at 335 〜（プライバシー侵害による利益吐き出しの根拠付けとして、物的権利〔所有権〕の保護を根拠として挙げる判例を類推して、プライバシー〔機密情報〕を財貨と性質決定して、根拠付ける議論に対して、仮に財貨と性質決定したとしても、そこから利益吐き出しが当然に認められるべきことにはならないとして、「財貨」という言葉は、単なる「メタファー」であると指摘する）が挙げられる。

[441] Rotherham, *supra* note 193, at 106.

[442] Laycock, *supra* note 1, at 592 〜 .

第１項　利益と損害との間に関係性がない場合に用いる見解の概要と問題点

（１）利益吐き出しの根拠付けおよび適用場面

第１の見解は、損害と利益の間には、必ずしも関係性があるわけではないが、損害賠償が用いることができない制度的制約があることや他に損害額を算定する手法がないことを理由に利益吐き出しを用いる見解である。この見解は、利益を用いるのに何らかの説得的な理由があるわけではないが、それ以外に望ましい手段がないため、用いていると解することができる。

このような根拠づけは、判例においてもいくつかの場面で用いている。まず前者（損害賠償を用いることができない制度的制約がある場合）については、エクイティにおける歴史的な利益の清算の取り扱いが挙げられる。すなわち、エクイティ上の利益の清算は、コモン・ロー上の救済が不十分な場面において、エクイティ裁判所に移送されたのちに、差止命令が時期が遅れて発効されない場合に、再度コモン・ロー裁判所に移送することが訴訟経済に反すること、しかし、エクイティ裁判所は（コモン・ローの権限に属する）損害賠償を付与することができないという事情から、用いられるようになった[443]。もっとも、今日では、エクイティにおいても一定の場面では損害賠償は認められるため、このような取り扱いは、相対化されつつあるとみることもできる[443b]。

また後者（損害額を算定する手法がない場合）については、市場価格を持たない国家機密情報を漏えいしない旨の不作為特約違反の場面（〔米14〕Snepp 事件など[444]）が挙げられる。ここでは、――契約違反による期待利益賠償の算定ができないために、信頼利益賠償を用いることがあるのと同様に――、吐き出し利益（利益の吐き出し）が期待利益賠償を

443　この点につき、拙稿「（３）」北法70巻６号（2020）108頁以下参照。

443b　この点については、木村仁「エクイティ上の損失補償について――イギリス法を中心に」法と政治57巻１号（2006）１頁以下を参照。

444　〔米14〕Snepp 事件と同様に、国家機密の漏洩が問題となった〔英16〕Blake 事件もこのような観点から説明することが可能であろう。もっとも、本件では、事案の特殊性から原告の行為に対する非難性が強く、「処罰」論が用いられたことから、この根拠が用いられなかったものと推測される。

算定する代替基準として機能しているとされる[445]。また、学説のレベルでは、プライバシー侵害の場面が挙げられている。ここでは、精神的苦痛を理由とする填補損害賠償は、悪名高い程に算定することが困難であるため、裁判所は慎重になり、金額が穏やかな額になるため、利益吐き出しが代替基準として用いられている[446]。このように市場価値のない権利や利益が侵害された場合に、この根拠付けは、侵害者の利益から損害額を算定する代替手段として用いられることになろう[447]。

（2）問題点

もっとも、この見解は、何ゆえ利益を用いることができるかについて問われると、他の手段が存在しないためという消極的な理由によってしか応答できないであろう。そのため、利益吐き出しに付随する「棚ぼた」の問題についても、何ら積極的な正当化がなされていない。この見解の最大の問題点といえよう。

（3）小括

以上を踏まえると、この見解は、利益吐き出しを損害額の算定が困難な状況下において、その代替基準として用いるものである。損害額の算定が困難な状況は様々な場面で生じ得るため、それを回避する手段としては魅力的ではあるものの、積極的な正当化は何らなされておらず、他の根拠づけが可能であれば、そちらによるべきであろう。そのため、ヒト由来物質の無断利用に応用できるかについては結論を留保しておく。

---

[445] Eisenberg, *supra* note 373, at 581.

[446] Witzleb, *supra* note 85, at 343.　なお、プライバシーをめぐっては、先述したように、損害自体の立証の困難性も指摘されており、このような場面では、利益吐き出しは損害自体の立証の代替手段として機能しているといえる（この点については、前掲注（340）を参照）。

[447] *See*, Rotherham, *supra* note 423, at 408.　この根拠論は、不動産侵害でも、市場価格がない場面（たとえば、〔米1〕Edwards 事件の場面）でも用いる余地はあろう。

第２項　利益と損害との間に関係性がある場合に用いる見解の概要と問題点

（１）利益吐き出しの根拠論および適用場面

第２の見解は、損害と利益の間に一定の関係性があることを理由に利益吐き出しを正当化する見解である。この見解は、利益を損害と同視し得る関係がある場合には、損害の「近似値（approximation）」として利益を捉える[448]。そのため、侵害者の利益は、被害者の損害に帰するために、被害者に利益が帰属するかという問題は、生じないと解される（仮に利益が多い場合には、後述の利益の配分で調整される）。学説において、被害者の損害額の算定基準として支持する者の多くは、この立場が多いように思われる。もっとも、念頭に置く事案は一様ではなく、また唯一の根拠と解するか否かも一致していない（Roberts[449]、De Long[450]、Eisenberg[451]など）。

このような理解は、判例においても用いられている。具体的には、商標権侵害（〔米５〕Mishawaka Rubber 事件）や二重譲渡型の契約違反の場面（〔米15〕Laurin 事件）などが挙げられる。まず商標権侵害の場面についてみると、商標権者と侵害者が同じ市場で競争している場合には、侵害者が得た利益は、商標権者から奪ったものであり、商標権者の損害

---

[448] Corgill, *supra* note 296, at 1917 〜；Conway-Jones *supra* note 296, at 879-80. *See also*, Laycock, *supra* note 406, at 1287（被告の利益の回復は、ときおり、原告の損害の代用品（proxy）として考えられてきたと指摘する）；

[449] Roberts, *supra* note 272, at 682 〜（特許権侵害の場面を念頭においたうえで、侵害者による侵害するアイテムの販売は、販売の特定可能な数が、原告の製造能力の限界に依存して、特許権者により失われるとの証拠を提供する傾向があるとし、そのような証拠は、特許権者の逸失利益を算定するために要求される合理的な確実性の程度を満たすはずであり、そしてそれゆえに、侵害者の利益への参照により、損害を理由に特許権者に填補賠償を与える十分な根拠を生むと指摘する）.

[450] De Long, *supra* note 378, at 748.

[451] Eisenberg, *supra* note 373, at 581（契約違反からの売主の利得を買主が交渉していた場面では、第一買主が、後に商品の価格上昇した利得を売主が取得しないための割増金を支払った場合には、利益の吐き出しは、期待利益そのものと解されると指摘する）.

に対応するものと捉えられる[452]。それゆえにこのような関係があれば、広く妥当するといえよう[453]。

また二重譲渡型の契約違反の場面についてみると、不動産の売買契約の場面では、不動産の性格（非流動性および公示の存在）を踏まえると、第二買主は売主と同様に、第一買主を探すことができ、後者と直接交渉することで不動産を購入できたと推測することができる。こうした関係性から、売主が契約違反により取得した利益は、第一買主が第二買主に当該不動産を売却することにより得られた利益と推定されるため、第一買主の損害（期待利益）は売主の利益と同一に帰すると解されるわけである[454]。そのため、ここでの利益吐き出しは、買主の損害の枠内で捉えられるため、たとえ効率的契約違反の考え方を支持したとしても、それと矛盾することはないと解される[455] [456]。

さらに、判例・学説における指摘を発見することはできなかったが、プライバシー侵害のうち、市場価値を持つ有名人の肖像等のパブリシティが無断で利用された場面においては、このような理解により説明することは可能であろう。他方で、財産的価値を持たない場合や名誉毀損の場面においては、用いることは困難であろう[457]。

---

[452] *See*, DEVONSHIRE, *supra* note 1, at 363.

[453] 同様の観点から、営業秘密の侵害の事案（〔英９〕Peter Pan Manufacture 事件）も正当化する余地があろう。

[454] De Long *supra* note 378, at 747.

[455] *Ibid*.

[456] 同様の観点から、不作為特約型の契約違反も正当化する余地があろう。競業避止特約がある場合につき、De Long, *supra* note 378, at 748 ～（原告の現実の逸失利益の証明は、被告が享受したビジネスを原告が取得したであろうと証明することの困難性のために、非常に推論的になる。そのため、従来、原告は被告が得たのと同じ程度まで利益を得たであろうと推定されていたとされる）を参照。

[457] 名誉毀損については、VIRGO②, *supra* note 1, at 467を参照（名誉毀損の場面で、侵害者の利益と本人の損害との間の関係性がないことを指摘する）．また、プライバシーについては、北大民事法研究会（令和２年１月10日）における筆者の報告に対する、ルベン・エンリケ・ロドリゲズ・サムディオ氏（北海道大学大学院法学研究科附属高等法政研究教育センター研究員）の指摘に負う。記

以上を踏まえると、この見解は、侵害者の利益と被害者の損害を同視し得る関係がある場面において、そのような関係性から利益吐き出しを正当化するものであり、理論的な問題は少なく、説得的である[458]。もっとも、この見解も何ら問題がないわけではない。

（２）問題点

このような理解に対しては、現実における適用場面がより限定されることが指摘されている。以下では、商標権侵害の場面および二重譲渡型の契約違反の場面について言及されている点を取り上げることとする。

まず前者の場面について。このような理解は、侵害者と権利者が同一市場において競争関係がある場面に限定されることが指摘されている。というのも、競争関係にない場合には、侵害者の製品が権利者の補完財になることがあり、その場合には、権利者の製品の需要を増やすことがありうるからである[459]。この点で、判例が、直接の競争関係にない場面で、その他の根拠（所有権の排他性や抑止論など）を用いていることも理解し得る[460]。もっとも、直接の競争関係があれば、常にこのような理解が成り立つわけではないことも指摘されている。というのも、このような理解が妥当するためには、(a) 侵害者の販売と権利者の販売が一対一の対応関係が存在することが必要であることに加えて、(b) 仮に一対一の対応関係があるとしても、侵害者と権利者の利益率が一致する必要があるが、そのような前提は成り立つことは少ないためである[461]。このよう

して謝意を表する。

458 *See*, BARNETT, *supra* note 1, at 9 ～（「損害填補的な分析は、注釈者および裁判官にとって魅力的である。というのも、それは『棚ぼた』利益の原告への再分配ではなく、原告から奪われた物の返還（restoration）という結果になるからである。」と指摘する）.

459 Corgill, *supra* note 296, at 1921 ～（商標権の場面を念頭に、経済理論を踏まえつつ、論じる）.

460 *See*, Eugene W. Luciani, *Does the Bad Faith Requirement in Accounting of Profits Damages Make Economic Sense?*, 6 J. INTELL. PROP. L. 69, 75(1998)（商標権侵害の場面）.

461 Corgill, *supra* note 296, at 1920 ～ . Corgill によれば、(a) については、侵

な批判を踏まえると、この見解の射程は限定されることになろう。

次に後者の場面について。先述の理解は、公示制度がある不動産取引の場面では妥当するものの、そのような制度がない動産取引の場面ではうまくいかないとの指摘がみられる。すなわち、公示制度がない動産の売買契約では、第二買主は、第一買主から購入することができたとはいえず、売主の利益を買主の損害と推定することは困難を伴うであろう[462]。この点につき、判例も、従来、二重売買型の契約違反による利益吐き出しが――効率的契約違反という考え方の影響力があったこともあり――否定的な中で、例外的に承認されていたのが不動産の売買契約に限定されていたことを踏まえると、理解することができる。二重譲売買型の契約違反による利益吐き出しを一般的に承認するためには、他の根拠により正当化することが必要であるといえよう。

（3）小括

以上の批判を踏まえると、この見解は、一定の範囲に限定すれば、利益吐き出しの根拠として用いることは可能であろう。もっとも、この見解を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ろう。というのも、被害者の損害と侵害者の利益の間に後者が前者の近似値とす

害者は、権利者がいる市場において売るためには、より安く売らなければ売れない。しかし、安く売ると、より多くの販売を得ることができること、また（b）については、侵害者は、権利者よりも固定費用が安く済むことから、利益率が一致しないためであるとされる。 なお、この点で、第三次不正競争リステイトメント37条コメントｂも「両者〔筆者注：被告によってあげられた利益と原告から被告へ移転した利益〕の一致は、しかしながら、明らかに不完全である。なぜなら、ほとんどの場合被告によって行われたすべての販売が原告から移転されたものであるとかまたは両当事者の最低収益線が同じであると期待する理由はないからである」と指摘する（茶園＝小泉・前掲注（294）参照）。

[462] De Long, *supra* note 378, at 748.　なお、先述のように（注（451）参照）、売買契約においては、売主は、買主との契約締結後、他の者からより買主よりも高い値段での申出を受け入れないとの黙示の条項に従って、買主は、対価を支払って、その利益に対する権利を取得したと説明することで、より一般化する余地もあるが、フィクションを伴うことは避けられないであろう（*See*, Barnett, *supra* note 1, at 93）。

る経験則が存在するとはいえないからである。

第４款　違法行為の抑止に求める見解

ここでは、違法行為の抑止に利益吐き出しの根拠を求める見解を取り上げよう[463]。

もっとも、抑止論を説く見解は一様ではなく、(a) 完全に違法行為を抑止するという意味で用いる立場（完全な抑止論）（第１項）と (b) 違法行為を抑止することが究極的な目的ではなく、違法行為者を市場に誘導し、契約を締結させることを目的とする意味で用いる立場（契約誘導論）（第２項）に分けることができる。以下では、両者について、利益吐き出しの根拠付けの仕方および適用場面を確認した上で、問題点を指摘する。

第１項　完全な抑止論の概要と問題点

（１）利益吐き出しの根拠付け

第１の見解は、違法行為の完全な抑止に利益吐き出しの根拠を求める。この見解によれば、利益吐き出しは、違法行為から生じる利益を剥奪し、違法行為がなかったならば享受したであろう地位に違法行為者を置くことにより、違法行為者から違法行為により利益を取得するインセンティヴを完全に排除することを目的とする制度として解される[464]。換言すると、利益の吐き出しというサンクションを用意することにより、違法行

[463] 一般に抑止には、現在の侵害者が再び将来に侵害行為を行わないことを確保するという意味での抑止（特定抑止）と潜在的な侵害者が将来侵害行為を行わないことを確保するという意味での抑止（一般抑止）の二つの意味があることは周知のとおりである。利益吐き出しの根拠として抑止に求める見解も、このような二つの意味を前提に抑止という言葉を用いている（Barnett, *supra* note 1, at 26）。なお、抑止一般については、籾岡宏成『アメリカ懲罰賠償法』（信山社、2012）40頁以下、田中洋「不法行為法の目的と過失責任の原則」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）17頁、特に21頁以下も参照。

[464] Cooter & Friedmann, *supra* note 357, at 1049 ～；Rotherham, *supra* note 73, at 541 ～ .

為を行わないインセンティヴを作り、それにより違法行為者の行動をコントロールするということである[465]。

では、この見解の下では、利益が被害者に帰属する理由を説明することができるであろうか。この点につき、抑止論によると、違法行為による利益が被害者に帰属する根拠は、当該利益が被害者の権利を侵害して上げられた利得であることを考慮して、違法行為者の下に残すよりも被害者に与える方がより望ましい（あるいは違法行為者が利益を吐き出すことの反射的利益である[466]）というにとどまると解される（もっとも、この点は、後述のように疑問の余地がある）[467]。

（2）根拠論の適用場面

このような理解は、判例においても多数の場面で用いられている[468]。具体的には、守秘義務違反（〔英10〕Spycatcher 事件）、プライバシー侵害（〔英11〕Douglas 事件〔ただし、一般論〕。カリフォルニア州法のプライバシー保護法における利益吐き出しもこのような理解によると思われる）、信認義務違反（〔英15〕Regal 事件）、不作為特約型の契約違反（〔英16〕Blake 事件）などが挙げられる。また学説でも――念頭に置かれている事案類型は一様ではなく、またそれを唯一の根拠と解するかについても意見の一致はないが――支持する見解が多数みられる（Cooter &

[465] 法ルールによるインセンティヴの設定一般については、森田果「（取引）法ルールの影響メカニズムの諸相」江頭憲治郎先生還暦記念論文集『企業法の理論（下巻）』（商事法務、2007）187頁以下を参照。

[466] 他に利益の帰属先（たとえば、州による差押え）があるならば、被害者が当該利益を取得することはできないとされる（Rotherham, *supra* note 421, at 408）。このような指摘は、利益の被害者への反射的帰属という理解を示唆するものといえよう。

[467] Ciolino, *supra* note 78, at 34,60（著作権侵害の場面）；Witzleb, *supra* note 85, at 356 ～（プライバシー侵害の場面）；Gower, *supra* note 181, at 565 ～（信認義務違反の場面）.

[468] Barnett, *supra* note 1, at 13.

Friedmann[469]、Conaglean[470]、Devonshire[471]、Witzleb[472]、Scholz[473]など）。

もっとも、抑止には費用が掛かることを踏まえると、他の救済手段により既に違法行為の抑止効果が生じているならば、追加費用を投下してまで、利益吐き出しにより違法行為を抑止する必要はないともいえる[474]。そのため、より立ち入って、利益吐き出しを用いて違法行為を抑止する必要がある場面を検討しておく必要がある[475]。

（ｉ）権利が完全にエンフォースメントされない場合

第１は、権利のエンフォースメントが不十分な場面である。すなわち、一般に、違法行為の発見が容易であり、完全にエンフォースされるような場合には、通常の損害賠償で違法行為を抑止するには十分であると解されているが、そうではない場面では、より強い制裁が必要となり[476]、利益吐出しはその一つの手段として用いられる。具体的には、知的所有権の侵害や信認義務違反の場面などが権利のエンフォースメントが不十分な場面として挙げられる[477]。

もっとも、吐き出される利益は発見される確率と何らの関連性もないため、抑止の手段として不十分ではないかという疑問が提起されてい

---

[469] Cooter & Freadmann, *supra* note 357, at 1052 〜. この見解については、注（372）を参照。

[470] Conaglean, *supra* note 187, at 80.

[471] DEVONSHIRE, *supra* note 1, at 123 〜.

[472] Witzleb, *supra* note 85, at 352 〜. この見解については、注（162）を参照。

[473] Scholz, *supra* note 330, at 685 〜. この見解については、注（340）を参照。

[474] このような観点は、最適な抑止を志向するものであるといえる（Rotherham, *supra* note 73, at 538）。

[475] 以下の考察は、Rotherham, *supra* note 73, at 547 〜に負う。

[476] Rotherham, *supra* note 73, at 548 〜.

[477] 発見の可能性の高低の判断は、基本的には、権利の性質から判断されることになるが、個別具体的なケースの特殊性も考慮して判断されることもある。たとえば、不動産侵害のように事案でも、侵害されたのは地下であり、発見が困難な事案（〔米１〕Edwards 事件）では、発見の可能性は低い事案として位置づけられよう（*See*, Rotherham, *id.* at 549）。

る[478]。このように批判する立場は、発見されない確率を賠償額算定の考慮要素とすることが可能な懲罰的損害賠償の方が上記の問題に対応する手段としては望ましいと解する[479]。これに対し、利益吐き出しを支持する立場からは、利益吐き出しでも発見されない確率を踏まえた懲罰的吐き出し（punitive disgorgement）を認めれば足りるとの反論が提起されている[480]。

（ⅱ）他の救済手段が十分な抑止効果を生まない場合

第２は、十分な抑止機能をもつ他の法的および社会的な制裁が存在しない場面が挙げられる[481]。具体的には、(a) 差止命令により埋没費用（sunk cost）の喪失を伴う場合（たとえば、特許権侵害の場面における差止命令の抑止機能についてみると、ある者が他人の特許権を侵害する事業を開始するのに多額の投資をした後に、特許権者の差止命令が申し立てられると、事後に埋没費用が発生し、侵害者は、――当事者間の交渉力にも依存するが――事後の高額の実施料に直面するため、事前に実施権を交渉するインセンティヴを持つため、差止命令に加えて利益吐き出しによる抑止は不要と解される[482]）、(b) 訴訟費用について敗訴者負

---

[478] Bray, *supra* note 11, at 207 ～ .

[479] Witzleb, *supra* note 85, at 354；L.Smith, *supra* note 167, at 91；Smith, *supra* note 167, at 225.　もっとも、懲罰的損害賠償に対しては、理論通り実務では運用されていない（発見されない確率が懲罰的賠償額算定の唯一の根拠となっていない）という批判も提起されている（Bray, *supra* note 11, at 207 ～）。また実証的な観点からは、発見されない確率により賠償額に有意な差は生じていないとされる（*See*, Yoed Halbersberg & Ehud Guttel, *Behavioral Economics and Tort Law*, in: Eyal Zamir & Doron Teichman eds., The Oxford Handbook of Behavioral Economics and The Law (Oxford U.P., 2014) 405, 423 ～）。

[480] Kelly, *supra* note 357, at 33.　また、一部の領域（たとえば、信認義務違反の場面）で見られるような、主観的要件を考慮しない厳格責任化することで、義務違反にみえるものを利益吐き出しの対象とすることで、発見される確率を増やすことにより、問題を解決することが可能であるという反論もある（Cooter & Friedman, *supra* note 357, at 1049 ～）。

[481] Rotherham, *supra* note 73, at 549 ～ .

[482] Blair & Cotter, *supra* note 272, at 45-7.　*See also*, Ciolino, *supra* note 78, at

担ルールを採用する場合[483]、(c) 私法以外の制裁（たとえば、行政上の罰金・没収や刑事罰があると十分に抑止として働くとされる）が存在する場合、(d) 法的制裁以外の社会的制裁（たとえば、評判や市場による監視は、ときに法的な制裁より抑止力が強いこともあると指摘される[484]）が存在する場合には、利益吐き出しによる抑止は不要と説かれる。このような観点からみると、利益吐き出しが正当化されるのは、プライバシー侵害と（差命命令による埋没費用を伴わない）知的所有権侵害の場面であると解される。

（ⅲ）過少賠償のリスクがある場合

第３は、過少賠償のリスクがある場面である。一般的に、違法行為を抑止するためには、被害者の損害に着目することで足りると解されている[485]。しかしながら、賠償されない被害者の損害の重大なリスクが存在する場合、あるいは（重大な損害リスクはないが）損害を算定することの困難性がある場合（損害が非金銭的なものである場合を含む）には、過少賠償のリスクがある。具体的には、知的所有権の侵害、プライバシー侵害、名誉毀損の場面などが挙げられる。このような場合には、利益吐

27（この点は、注（328）を参照）.

[483] 弁護士費用に関する法と経済学による分析については、さしあたり、小林秀之＝神田秀樹『「法と経済学」入門』（有斐閣、1986）113頁以下を参照。

[484] Kelly, *supra* note 357, at 41.　非法的制裁の抑止効果については、E.g. Robert D. Cooter & Ariel Porat, Getting Incentives Right: Improving Torts, Contracts and Restitution（Princeton U. P., 2014）187 〜が詳しい。もっとも、このような非法的な制裁が機能しない場面もある。具体的には、信託の受託者の場面が挙げられる（Kelly, *supra* note 357, at 41.　なお、市場の監視機能が信託の受託者の場面では働かないことについては、Melanie B. Leslie, *Trusting Trustees: Fiduciary Duties and the Limits of Default Rules*, 94 Geo. L.J. 67, 112 (2005) も参照）。

[485] とりわけ、不法行為法の文脈において、法と経済学者が指摘する点である。たとえば、森田果＝小塚荘一郎「不法行為法の目的――『損害填補』は主要な制度目的か」NBL874号（2008）10頁以下、森大輔＝髙橋脩一「懲罰的賠償と利益吐き出し――消費者詐欺の事例によるサーベイ実験」細江守紀編『法と経済学の基礎と展開』（勁草書房、2020）165頁、特に168頁以下などを参照。

き出しは、過少賠償をもたらす行動を抑止するものとして、正当化されると説かれる[486]。

（３）問題点

以上を踏まえると、利益吐き出しの根拠を完全な違法行為の抑止と捉えるとしても、常に利益吐き出しによる抑止効果が必要とはいえないということである。もっとも、利益吐き出しが違法行為を抑止するために必要な場面でさえ、それが望ましい結果を導くのに有効な手段といえるかについては疑問が提起されている。そこで、以下では、利益吐き出しの抑止力の問題点についてみていくことにしよう。

（ｉ）過小抑止の問題

第１の批判は、利益吐き出しが、違法行為者を違法行為以前の地位に置くにすぎず、違法行為者が何らの不利益も被らないため、抑止として不十分（過小抑止）であるという点に向けられている[487]。もっとも、こうした問題に対してもいくつかの反論の余地がある。すなわち、違法行為前の状態に戻すにすぎないという点に対しては、利益吐き出しが認められると、利益吐き出し以前よりも違法行為者を不利な地位に置くことになると反論する[488]。たとえば、信認義務違反の場面において、利益吐き出しは、一般的に、これらの利益を生む際の受認者の努力を理由に受認者に填補することなしに受認者の行為の果実を取り除くために機能する。利益が剥奪された受認者は、通常、その利益を清算する際に費用の控除が認められないため、吐き出し以前よりも地位が悪くなると説かれている[489]。また利益の吐き出しは、受認者が完全な開示をし、そして本

---

[486] Rotherham, *supra* note 73, at 553 〜.

[487] L. Smith, *supra* note 167, at 91 〜（信認義務違反の場面）；Blair & Cotter, *supra* note 272, at 45（特許権侵害の場面で、利益吐き出しは、侵害者を侵害することと侵害しないことの間で無差別にするに過ぎないと指摘する）。

[488] 本文の記述に加えて、信認義務違反により得る利益よりも、それによる受認者の評判の悪化による損失の方が大きいとの指摘もある（Samet, *supra* note 167, at 770）

[489] Conaglean, *supra* note 187, at 81；Samet, *supra* note 167, at 770. なお、近

人の完全な情報に基づく同意を求めていたならば、受認者がその利益一部を取得することを認めることを本人が準備していたか否かを問わず、すべての利益が剥奪されるという点で、適切に行動していたならば、彼が享受していたであろう地位よりも悪い地位に受認者を置くことになる[490]。その意味で、一定の場面では十分な抑止力があるといえる。

（ⅱ）過大抑止の問題

第２の批判は、利益吐き出しが、潜在的に社会的に有益な活動を不当に阻害することになるという点に向けられている[491]。たとえば、著作権侵害の場面では、不注意の侵害行為のリスクを負う人々（歌手、作家、プロデューサー、著作者、画家など）は、大きな極端な責任を恐れるため、侵害行為に対する過大かつ非効率な予防措置をとる。具体的には、これらの者は、侵害行為と考えられ得るあらゆるものの過剰な調査を行い、あるいは（たとえそのような使用がフェアユースになるであろうとしても）著作物のある作品の一部を使用することを思いとどまり得る。このような過剰な責任は、「科学および有益な芸術」の促進という合衆国憲法の目的を抑制する危険があると指摘されている[492]。もっとも、このような問題は、懲罰的損害賠償の文脈で特に問題となるものであり[493]、懲罰的損害賠償と異なり賠償額を侵害者の利益に限定する利益吐き出しでは、その影響は限定的であるとも反論されている[494]。

（ⅲ）利益帰属の根拠づけ

第３の批判は、先述のように、この見解によれば、違法行為による利益が被害者に帰属する理由を説明することができていない点に向けられている。

時の判例は、厳格な受認者の利益吐き出し責任を緩和するために、技術および労働を理由とする控除（allowance）を認める（後述）。しかし、これは非常に例外的な場面に制限され、一般的に利用可能というわけではない。

490 Conaglean, *supra* note 187, at 81.

491 Rotherham, *supra* note 73, at 555 ～ .

492 Keele, *supra* note 324, at 1083.

493 Bray, *supra* note 11, at 207 ～（ただし、信託の受託者の文脈）.

494 Keele, *supra* note 324, at 1083.

もちろん、この点につき、従来全く反論がなされてこなかったわけではない。従来の学説は、被害者に棚ぼた的利益をもたらしても、違法行為を抑止することが当該法制度の規範目的の観点から必要な場面においては、利益吐き出しは必要悪として正当化されると解していたと評することができる[495] [496]。このような理解によると、利益吐き出しが正当化される場面とそうではない場面に分けることができる。

たとえば、信認義務違反の場面では、エージェントとプリンシパルの間には情報の非対称性があるため、前者が後者から委ねられた裁量権を濫用する危険が常にある。後者は前者の危険を回避するためには、前者を常に監視しなければならないが、それには費用（いわゆる「エージェンシー費用」）がかかる。信認法の規範目的は、――現代社会においてはすべての事務を自ら実施することは困難であり、専門家である他者に依存することは不可避であるとの理解を前提としたうえで[497]――この費用を最小化することにあり、そのために高度な信認義務（忠実義務）およびその救済手段としての利益吐き出しが認められている。すなわち、利益吐き出しは、エージェントの裁量権濫用のインセンティヴを奪うために、必要悪として正当化されると解するわけである[498]。このような観点からの正当化は、不作為特約の契約違反の場面においても妥当すると思われる[499]。またプライバシーなど人格財の侵害の場面でも、人格的価

---

[495] Peter Devonshire, *Account of Profits for Breach of Fiduciary Duty*, 32 Sydney L. Rev. 389, 394 (2010)（被害者への棚ぼたとなっても、信認義務違反の予防という点を重視すると指摘する）.

[496] 他の方法としては、懲罰的損害賠償の文脈で説かれるように、被害者に訴訟を提起するインセンティヴを与えるための報酬として利益吐き出しを正当化する見解もありうる（たとえば、アンドレ・ヤンゼン〔根本尚徳訳〕「私法における利益の吐出し――現状の課題と将来の展望」中原太郎編『現代独仏民事責任法の諸相』（商事法務、2020）371頁、特に401頁以下を参照）。もっとも、このような理解に対する問題点については、先述の通りである。（拙稿「（１）」北法69巻５号（2019）［59］頁以下参照）

[497] この点については、拙稿「（３）」北法70巻６号（2019）135頁以下を参照されたい。

[498] *See*, Thel & Siegelman, *supra* note 373, at 1229 ～（信認義務違反による利益吐き出しが経営上の裁量権の濫用を抑止することを目的とすると指摘する）.

[499] De Long, *supra* note 378, at 751；Barnett, *supra* note 1, at 118 ～ .

値の側面を重視するのであれば、肯定的に解することができよう[500]。

これに対し、知的所有権侵害の場面では、このような規範目的から直ちに正当化されるといえるかは検討の余地があろう。確かに、知的所有権法の規範目的――情報創造に対するインセンティヴを創造者・発明者に与えること――の観点からみると、外部性が内部化されないと、情報の過少生産が生じるため、これを回避し、情報創造に対するインセンティヴを維持するためには、（差止命令に加えて）利益吐き出しにより侵害行為を抑止することが必要となると説かれる。しかしながら、先述のように情報創造のインセンティヴを生むためには、正の外部性が完全に内部化する必要はないとする見解もある。このような理解によれば、利益吐き出しが知的所有権法の規範目的を実現するうえで常に必要といえるかは検討の余地がある[501]。

ともあれ、このような抑止論の理解によれば、違法行為者が利益を吐き出す根拠は、違法行為を抑止するという目的に求められるものの、被害者が利益を取得する根拠は、制度の規範目的を実現するための必要悪という点に求められるにとどまることになろう。

（iv）モラル・ハザードの問題

第４の批判は、――第３の問題に付随するものであるが――棚ぼた利益の存在が、被害者に「モラル・ハザード」をもたらすという点に向けられている[502]。すなわち、利益吐き出しは、潜在的に、被害者に違法行為を予防し、そして違法行為が生じたとき直ちに介入する十分なインセンティヴを与えないことにより（違法行為者が違法行為による利益を得るまでは傍観したうえで、利益を得た段階で利益吐き出しを求める）、「モラル・ハザード」という形での費用をもたらす。とりわけ、違法行為者が不注意により侵害行為をした場合で、かつ被害者のほうが違法行為を考察できる立場にいる場合（いわゆる「損害の最安価回避者」であ

[500] Witzleb, *supra* note 85, at 352 ～（この点については、注(162)を参照）。

[501] この点についての詳細は、拙稿「（４）」北法71巻３号（2020）192頁以下を参照されたい。

[502] Rotherham, *supra* note 73, at 560 ～ .

る場合）には、利益吐き出しを肯定することは望ましくないと説かれることになる。

もっとも、このような批判に対しては、そのような問題はすべての場面で生じるわけではないと反論されている。たとえば、信託の受託者の信認義務違反の場面では、受益者がわざと違反の利益の被害者となり、利益を手に入れることは実務上起こらないとされる。その理由としては、受益者は、そのような戦略的行動をする地位にいないことが挙げられる[503]。またそのような問題が生じる場面でも、判例は、利益の吐き出しを否定することで対応していることから、問題は生じないといえよう。

（4）小括

以上の批判を踏まえると、完全な抑止論は、利益帰属の正当化や利益吐き出しの抑止力の点で問題が残されているが、一定の場面（信認義務違反、不作為特約型の契約違反、プライバシー侵害など）に限定すれば、利益吐き出しの根拠として用いることは可能であろう。もっとも、このような理解をヒト由来物質の無断利用に応用することは難しいであろう。その理由としては、このような理解を前提とすると、ヒト由来物質の無断利用の場面では、医師が個人的利益を追求する側面があるものの、それによってもたらされる医学研究の社会的有益性を踏まえると、被害者への棚ぼたを認めてまで、医師や研究者によるヒト由来物質の無断利用を抑止する必要性があるといえるとまでは断言できないことが挙げられる。そのため、利益吐き出しの根拠の一つの候補とはなり得ても、ヒト由来物質への応用には不十分であり、他の根拠を模索する必要がある。そこでもう一つの抑止論に向かうこととしよう。

第２項　契約誘導の意味での抑止論の概要とその問題点

（1）利益吐き出しの根拠付け

第２の見解は、――第１の違法行為の抑止に求める立場を前提としつつ――意図的に市場を迂回する違法行為者を、市場に誘導し、契約を締

[503] Kelly, *supra* note 357, at 39 ～（受益者は、違反が起こりやすい信託の受益者になることを自ら選択する地位にいないからと説く）.

結させることが効率性の観点から望ましいとして、利益吐き出しを正当化するものである[504]。この考え方は、Clabaresi & Melamed の有名な理論枠組み[505]――すなわち、ある権原をいかなる形式の法的ルールで救済することが経済的効率性[506]の観点から望ましいかについての理論枠組み――の応用であるといえる。彼らは、――コースの定理[507]を応用して―

[504] Rotherham, *supra* note 73, at 556；Christopher T. Wonnell, *Unjust Enrichment and Quasi Contract*, in: Gerrit De Geest ed., Contract Law and Economics (2nd ed.) (Edward Elgar Pub, 2011) 454, 465；Louis T. Visscher, *Tort damages*, in: Michael Faure ed., Tort Law and Economics (Cheltenham, 2009) 170 ～を参照。

[505] Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972). 邦訳として、グイド・カラブレイジィ＝A. ダグラス・メラムド（松浦以津子訳）「所有権法ルール、損害賠償法ルール、不可譲な権原ルール：大聖堂の一考察」松浦好治編訳『不法行為法の新世界』（木鐸社、1994）111頁以下がある。同論文の紹介として、藤倉皓一郎「（論文紹介）Guide Calabresi and A. Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability」アメリカ法1976-1号（1976）85頁、林田清明「効率性　対　違法性――民事違法の経済理論」北法41巻３号（1991）400頁などがある（その後の議論を含むその他については、後掲注（522）掲載の文献参照）。

[506] ここでの「効率性」は、「パレート効率」を意味している（Calabresi & Melamed, *supra* note 505, at 1096-7）。

[507] コースの定理とは、損害賠償責任がどのようなものであれ（換言すれば、最初に誰が損害を負担させられるかに関わらず）、取引費用（transaction cost）（取引費用の意味については、後掲注（509）参照）が全くかからず（＝ゼロ）、かつ任意に取引が行われる場合には、常にパレート最適な資源配分が達成される、というものである（Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. of Law & Econ. 1 (1960). 邦訳として、ロナルド・コース「社会的費用の問題」同（宮沢健一＝後藤晃＝藤垣芳文訳）『企業・市場・法』（筑摩書房、2020）169頁以下がある）。いうまでもなく、コースの定理は、我々法学者に取引費用というものに注目する必要性を意識させた点に意義があるといえよう。そしてCalabresi & Melamed の議論は、こうした取引費用を最少にするためにどのように法制度を構築するのが望ましいのかという問題意識を前提とするものである。コースの定理については、さしあたり、小林秀文「Coase の定理とCalabresi の事故法理論」法学志林73巻２号（1976）120頁以下、平井宜雄同『不

―権原の分配において考慮すべき要素を指摘したうえで、割り当てられた権原の保護の方法の具体的ルールを提案する。その中で、プロパティルールとライアビリティルールがとりわけこの場面で重要となる[508]。前者は、権原保有者の同意なしには他の者が無断で使用することを禁じるルールであるのに対し、後者は権原保有者の同意がなくても他の者が無断で使用してもよいが、使用後に客観的な使用料を賠償することを義務付けるルールである。そして両者の適用基準について、取引費用（transaction cost）[509]の多寡により判断するとの簡明な立場を示した（低い場合には前者により、高い場合には後者によるのが効率的であるとする）。そして、当事者間の取引費用が低い場合には、当事者間の交渉に任せる方が経済的に効率的な結果が実現される（他方で、ライアビリティルールは、事後的な管理費用が高くなり、取引費用が低い状況では、非効率となる[510]）とされる。このような発想は、懲罰的損害賠償の文脈でも用いられていたものであり[511]、利益吐き出しを契約誘導の意味での抑止により正当化する議論は、その応用と位置付けることができる[512]。ま

法行為法理論の諸相（平井宜雄著作集Ⅱ）』（有斐閣、2011）173頁以下（初出、『現代不法行為理論の一展望』（一粒社、1980））、飯田高「コースの定理――法は取引のはじまり」同『法と社会科学をつなぐ』（有斐閣、2016）132頁以下などを参照。

[508] このほかに、不可譲渡性ルールもあるが、ここでの議論では念頭に置かれていないことから立ち入らない。

[509] 取引費用とは、「交渉しようとする相手が誰であるかを見つけ出すこと、交渉したいこと、および、どのような条件で取引しようとしているかを人々に伝えること、成約に至るまでのさまざまな駆引きを行うこと、契約を結ぶこと、契約の条項が守られているかを確かめるための点検を行うこと、等々の事項」に伴う費用を指す（Coase, *supra* note 507, at 15〔コース・前掲書注（507）199頁参照〕）。

[510] Huber, *supra* note 26, at 100-1（後述の利益の配分を伴う場合には、正当化の問題を伴うため、困難となると指摘する）. *See also*, De Long, *supra* note 378, at 751-2.

[511] A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages*, in: Michael Faure ed., *supra* note 504, at 228, 234.

[512] もっとも、Calabresi & Melamed は、プロパティルールとして「差止命令」のみを挙げており、「利益吐き出し」に何ら言及していない。ここでの見解は、

た、このような取引が成立した場合には、当事者達が自らの利益になる選択をなしたことを前提とすると、その権利はより高く評価する者に帰属することになることから、社会厚生の点からも望ましいといえる[513]。

では、このような理解によれば、被害者への利益の帰属はどのように説明されるか。この点につき、――必ずしも明確ではないものの――当事者達が契約を締結することを想定していることからすると、そもそも生じないことが当然の前提となっているといえよう。もっとも、そのようにいうことができるかは、利益吐き出しにより違法行為が抑止され、かつ契約交渉が現実に促進されているか否かについての実証研究が必要となるが、この点はいまだ明らかとはいえない[514]。

（２）根拠論の適用場面

このような考え方は、学説において、様々な場面において、妥当すると解されている。具体的には、不動産侵害の場面（Huber[515]）、特許権な

――必ずしも明確ではないものの――差止命令と同様の機能を果たすものとして利益吐き出しを位置づけていると解される（*See,* Elkin-Koren & Salzberger *supra* note 319, at 563〔多数の法と経済学者はプロパティルールとして利益吐き出しを捉えていると指摘する〕. また、藤田・前掲注（357）151頁以下も参照〔違反の場合に利益の吐き出しを伴う忠実義務は、一種のプロパティルールとしてプリンシパルを保護するものだと理解する〕）。なお、この点で、後述のDaganもプロパティルールとの関連で利益吐き出しを位置づけるものの、効率性の促進とは別の側面に比重を置いている点で、ここでの論者達とは大きく異なる立場を示す（この点については、第３章を参照）。また、契約誘導という意味での利益吐き出しは、後述のように、完全にプロパティルールと解してよいのかについては、異なる立場もみられる。

[513] Rotherham, *supra* note 73, at 556.

[514] というのも、利益吐き出しが本当に違法行為を抑止するかについての実証研究すら存在しないないからである（この点につき、契約誘導の文脈では必ずしもないが、Varuhas, *supra* note 113, at 55を参照）。

[515] Hubber, *supra* note 26, at 101 ～（所有者よりも侵害者のほうが効率的な利用者である場合に、侵害行為を抑止することが必要かという点につき、効率性の見地から検討する。すなわち、無断利用を認めるルールの下では、権利者は侵害行為を回避するために予防費用を投下し、それに対応して侵害者も、追加

ど知的所有権侵害の場面（Blair & Cotter[516]）、信認義務違反の場面（Easterbrook & Fischel[517]、Sitkoff[518]）、二重譲渡型の契約違反の場面（Eisenberg[519]、Thel & Siegelman[520]）などが挙げられる。

このうち、判例において明示的に示されているのは、著作権侵害に関する〔米４〕Taylor 事件である。同事件において、Posner 裁判官は、利益吐き出しが「侵害行為をやめさせる。侵害者があらゆる正味の利益を取得することを防止することにより、あらゆる潜在的な侵害者（would-be infringer）が著作権を盗み、そして著作権者に損失を理由に裁判所から補償を求めることを強制することにより市場を迂回するのではなく、侵害者が使用したい著作物の著作権者と直接交渉させるであろう。」と判示したが、このような根拠づけが意識的になされているといえるであろう。もっとも、この見解にも問題点がある。

の侵害費用を投下することになり、これが無限の連鎖となり、資源の非効率な使用を導く。これに対し、無断利用を認めず、契約により目的物を取得させるルールの下では、通常、事前の取引費用と事後の裁判所の管理費用では、前者の方が低く済み、また使用者の方がより効率的な使用者であれば、パレート最適な結果を導く。それゆえに、後者のルールの方が効率的であると指摘する）.

516 たとえば、特許権侵害の場面において、Blair & Cotter は、《特許権者と侵害者のいずれが効率的な利用者か》という視角から、利益吐き出しによる侵害行為の抑止の要否について検討する。そこでは、一定の仮定（情報費用および訴訟費用がゼロであるという仮定）の下では、侵害者が効率的である場合には、利益吐き出しにより侵害行為を抑止させるよりも、利用させたうえで事後にライセンス料を支払う方が効率的であると指摘する。その意味で、ライアビリティルールが望ましいとする。もっとも、現実には裁判官が特許権者と侵害者のいずれが効率的な利用者か否かを判断することは困難であり、情報費用および訴訟費用ゼロという仮定は妥当しない。そのため、そのような場面では、むしろ、侵害者の方が効率的であったとしても、侵害行為を抑止し、契約交渉を誘導するために利益吐き出しが必要であると説く（Blair & Cotter, *supra* note 272, at 52 〜）。その意味で、プロパティルールが望ましいとする。

517 Easterbrook & Fischel, *supra* note 356, at 444 〜 . この見解については、注（367）を参照。

518 Sitkoff②, *supra* note 357, at 206. この見解については、注（376）を参照。

519 Eisenberg, *supra* note 373, at 581 〜 .

520 Thel & Siegelman, *supra* note 373, at 1224 〜 .

（３）問題点

（ｉ）当事者達の契約締結を誘導する可能性

第１の批判は、利益吐き出しが、取引費用が低い場合には、当事者達の契約締結を誘導することができると解している点に向けられている。すなわち、Calabresi & Melamed の基準に対しては、その後の学説から見落とされている要素が多数あることが指摘されている。その一つとして、当事者間の取引費用が低い場合においてさえ、プロパティルールが常に望ましい結果を導くといえないとの批判が挙げられる[521]。敷衍すると次の通りである[522]。すなわち、批判する立場[523]は、情報の非対称性のある双方独占（bilateral monopoly）の状況[524]――具体的には、二重譲渡型の契約違反の場面や知的所有権の侵害の場面で生じる――では、プロパティルールで保護された権原保有者は、取引からの利益をすべて取得しようと強欲かつ戦略的に行動するため、交渉が失敗に終わるとして、

---

[521] 利益吐き出しがプロパティルールと同視され、契約誘導機能を有するのであれば、ここでの批判は利益吐き出しにも妥当するといえよう。

[522] プロパティルールとライアビリティルールの優劣をめぐるアメリカの学説の議論状況については、既にわが国においても多数の先行研究がある。たとえば、平嶋竜太『システム LSI の保護法制――設計情報の流通と法的保護』（信山社、1997）194頁以下（平嶋①）、松村良之「財としての情報とその法的保護――『法と経済学』からのアプローチ」田村善之編『情報・秩序・ネットワーク』（北海道大学図書刊行会、1999）３頁、特に13頁以下、藤田･前掲注（357）150頁以下、樋口範雄「英米法から見た『物権』と『債権』」ジュリ1229号（2002）77頁、特に81頁以下、林田清明『法と経済学〔第２版〕』（信山社、2002）53頁以下、平嶋竜太「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、特に138頁以下（平嶋②）など。以下の考察は、これらに負うところが大きい。

[523] E.g. Ian Ayres & Eric Talley, *Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade*, 104 Yale L.J. 1027 (1995).

[524] 双方独占とは、売り手と買い手の双方が１名で独占が対立する状況であり、両当事者が自己利益を追求するために戦略的に行動し、合意形成を困難とするホールドアウト問題を生じる状況である。要するに、「交渉相手を探す」という意味での取引費用は低いが、「契約を締結する」という意味での取引費用は高い場面であるといえる。

権原所有者のこのような行動を阻止し、それにより効率的な利用を可能にするライアビリティルールが望ましいと説く。もっとも、こうした理解に対しては、ライアビリティルールの下でも、裁判所は、権原保有者の損失を評価する際に誤りが生じ得るリスクがあると反論を受けており（とりわけ、裁判所が事後的に契約をシミュレートすることは困難であるとされる[525]）、ライアビリティルールを支持する論者さえ、ここでの議論が、裁判所がシステマティクに権原保有者の損害を過小に評価しない場合のみ妥当すると説いており[526]、その限界がある。

それゆえに、この見解は、ライアビリティルールを使用する際に伴うリスクが、プロパティルールを利用する際に伴うリスクより高いという前提が妥当する場合のみ用いることができる[527]。もっとも、この前提をめぐっては、いまだに決着はついていない[528]。しかし、この点は、利益

---

[525] これは、裁判所が所有者にとっての侵害されたものの主観的価値を正確に知ることができないためである。この点は、Thel & Siegelman, *supra* note 373, at 1224 〜（裁判所が事後的に契約違反による期待利益賠償を算定することは困難であると指摘する）を参照。

[526] E.g. Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 Harv L. Rev. 713, 720 (1996).

[527] Daphna Lewinsohn-Zamir, *Behavioral Law and Economics of Property Law: Achievements and Challenges*, in: Eyal Zamir & Doron Teichman eds., The Oxford Handbook of Behavioral Economics and The Law (Oxford U.P., 2014) 377, 390.

[528] この前提の当否をめぐっては、心理学や行動経済学の視点を導入した検討が進められつつある（いわゆる「行動法と経済学」である）。すなわち、一般的な法と経済学が想定する合理的な人（ホモエコノミスト）とは異なり、現実の人間は、感情を持っているために、必ずしもそのような合理的な行動をとるとは限らない。具体的には、契約交渉の段階において、権原保有者は、プロパティルールの下でも、強欲に自己の利益のみを追求するのではなく、協調行動により、取引からの潜在的利得を公正に相手方と分け合うことを、最後通牒ゲームなどの実験結果を踏まえて、否定する見解がある（E.g. Lewinsohn-Zamir, *supra* note 527, at 392.）。しかし、同じく行動経済学で解かれる「授かり効果（endowment effect）」による現状維持バイアスが権原保有者に働くことを理由に肯定する立場もある（E.g. Ian Ayres, *Protecting Property with Puts*, 32 Val. U. L. Rev. 793, 809-12 (1998)）。それゆえに、プロパティルールとライアビリティ

吐き出しをプロパティルールと同視するために生じる問題であるともいえる[529]。そのため、学説では、少数ながら、利益吐き出しをプロパティルールとライアビリティルールの中間形態であると理解し、利益吐き出しのメリットとして、(a) プロパティルールの下で生じる所有者の戦略的行動を回避することが可能にしつつ（勝手に利用することを排除することはできない）、他方で、(b) ライアビリティルールの下で生じる損害の過小評価のリスクを回避することが可能となる点を挙げる見解がある。このような考え方によれば、取引費用が低い場面では、利益吐き出しは、当事者達の契約交渉を促進しつつ、問題を回避することが可能といえようか[530]。

（ⅱ）道徳的問題――商品化の問題

第２の批判は、利益吐き出しの抑止論が人格的なモノの商品化・市場化を推奨するという点に向けられている[531]。先述したように、契約誘導の意味での抑止論は、違法行為者が市場に向かって被害者と交渉して利用する権利を取得することを推奨するものである。そのため、このよう

ルールの優劣を決することはできないとし、むしろ両ルールをいかなる組み合わせることによって保護することが、経済学的効率性の見地から最も望ましいかについて検討すべきとも指摘されている（平嶋②・前掲注（522）60頁（特許権の文脈））。

[529] Elkin-Koren & Salzberger, *supra* note 319, at 566 ～（特許権侵害の文脈）.

なお、このような折衷型のルールは、その後の議論でいくつか構想されており、その一種と位置付けることができるであろう。

[530] なお、信認義務違反の場面では、信認関係を任意規定と解することが前提となる。そのように解さないと、プリンシパルの承諾を得たうえで、信認義務からの解放について再交渉することが不可能となり、利益吐き出しが再交渉を誘導することは不可能となるからである。もっとも、このような理解に、何ら問題がないわけではない（この点については、さしあたり、藤田・前掲注（357）153頁以下を参照）。

[531] Witzleb, *supra* note 85, at 356 ～. より一般的な、人格的なモノの市場化・商品化に伴う問題については、Ariel Porat & Stephen Sugarman, *Limited Inalienability Rules*, 107 Georgetown Law Journal 701 (2019) が詳しい。もっとも、詳細は、ここでは立ち入らない。

なルールは、事後的には違法行為者が無断で得た利益の吐き出しを命じる裁判規範として機能するのみならず、事前的には違法行為者に市場での契約を誘導する行為規範として機能することになる。もちろん、市場に既に存在する商品的価値を有する財（市場財）の場合（たとえば、有体物、知的所有権、契約など）には、このような行為規範は何ら問題ないであろう[532]。しかし､市場財にはなじみにくいものの場合（とりわけ、プライバシーなどの人格財）には、望ましくない結果を導く可能性があるように思われる。確かに、通常の人は、相手方（潜在的侵害者）が自己に人格的なものについての利用についての使用許諾を求めてきたとしても、本人が望まないのであれば、許諾しないであろう。しかし、一定の者（とりわけ、貧困層の者）は、そうした自己の人格に関するものを商品化しなければ、生活していくことができない場面もありうる。ここでの抑止論は、このような者達の商品化の判断を後押しすることにならないであろうか[533]。人格的なモノは、いったん商品化されるとそれを元に戻すことは困難であることを踏まえると、このような考えを人格財に適用することが望ましいといえるのかには留保が必要ではなかろうか[534][535]。この点は、利益吐き出しの文脈では、十分には指摘されていないも

---

[532] 同じく人格財でも有名人の肖像や名前などは、すでに商品化されていることから、このような問題は少ないであろう（*See*, Witzleb, *supra* note 85, at 357）。

[533] この点につき、センディル・ムッライナタン＝エンダー・シャフィール（太田直子訳）『いつも「時間がない」あなたに――欠乏の行動経済学』（早川書房、2017）211頁以下（貧困層の者が、目の前の金銭的利益という短期的な利益を重視し、人間的充実といった長期的利益を過小評価する傾向があることを指摘する）を参照。

[534] なお、序章において、わが国における従前の議論状況に対する問題認識として筆者が言及した点（拙稿「（１）」北法69巻５号（2019）［62］以下）は、このような理解を前提とするものであることを補足しておきたい。

[535] なお、人格財のうち、パーソナルデータ（personal date）が取引の対象になるべきか否かをめぐっては、――近時のビックデータの利活用の議論の進展もあり――議論のあるところであるが、ここでは立ち入らない。この点については、Beate Roessler, *Should personal date be a tradeable good? On the moral limits of markets in privacy*, in: Beate Roessler & Dorota Mokrosinska eds.,

のの、従来この根拠論が人格財の文脈で用いられていないこと、またそもそもこの領域の利益吐き出しが他の領域と比較してそれほど積極的に認められているわけではないことを踏まえると、そのような問題があることを間接的に示唆しているように思われる[536]。

（４）小括

以上の批判を踏まえると、契約誘導の意味での抑止論は、市場財（特許権など知的所有権侵害）、信認義務違反、二重譲渡型の契約違反などの場面においては、説得力があり、利益吐き出しの根拠となりうるものの、プライバシー侵害や名誉毀損などの人格財侵害の文脈においては、問題があり、説得力がないであろう[537]。その結果として、ヒト由来物質の無断利用に応用することも難しいであろう[538]。その理由としては、契約誘導論を前提とすると、医師等に提供者との間で契約を締結することを推奨することになり、効率性の見地からは望ましいものの、人格的なモノの商品化を推奨する側面があることが挙げられる。

第５款　違法行為者の処罰に求める見解

最後に、利益吐き出しの根拠を違法行為者の処罰（punishment）に求

Social Dimensions of Privacy: Interdisciplinary Perspective (Cambridge U. P., 2015) 141 〜がある。

[536] それゆえに、人格財侵害による利益吐き出しは、先述の完全抑止の意味で正当化される可能性があるに留まる。もっとも、すべての人格財において利益吐き出しにより侵害行為を完全に抑止する必要があるといえるかについては検討の余地がある。

[537] なお、不動産および動産については、市場財として扱うことができるかという点についてみると、英米法では、不動産（土地）は、その持ち主の人格財と解されている（*See*, Dagan, *supra* note 12, at 73）。また動産については、市場財となるものも多いが、愛着性の強い物については、人格財となり得るものもあろう。

[538] ただし、ヒト由来物質を市場財と扱わないものとの理解を前提とする。少なくとも、従来の議論においては、そのような扱いを前提としており、またそのような取り扱いの正当化も試みられている（前者については、拙稿「（２）」北法69巻６号（2019）[165]-[169]、後者については、[210]-[211] を参照）。

める見解を取り上げよう。具体的には、まず、利益吐き出しの根拠付けの仕方および適用場面について確認し（第１項）、その上で、問題点を指摘する（第２項）。

第１項　概要

（１）利益吐き出しの根拠付け

この見解は、利益吐き出しを違法行為者に対する処罰ないし制裁として正当化する。すなわち、違法行為者が利益の吐き出しを命じられるのは、違法行為に対する報い（retribution）であり、罰として機能するためにはその行為に値するものでなければならないため、填補賠償にとどまらない責任を課せられることになる[539]。学説においても、このような理解を支持する見解が一部ながらみられる（Jaffey[540]など）。

もっとも、利益吐き出しの根拠を処罰に求めると、利益吐き出しは懲罰的損害賠償と同一に帰することになるのであろうか[541]。この点につき、利益吐き出しは、懲罰的損害賠償の機能的な代替物ではないとの指摘にみられるように[542]、両者には以下のような相違点がある[543]。

---

[539] Barnett, *supra* note 1, at 32.　処罰については、籾岡・前掲書注（463）37頁以下も参照。

[540] Jaffey, *supra* note 403, at 373 ～ .

[541] イギリス法では、懲罰的損害賠償が認められる場面の一つが利益吐き出しの場面として挙げられており、利益吐き出しは懲罰的損害賠償の一部ともみることができる。そのため、利益吐き出しが「準懲罰的（quasi-punitive）」側面を持つともいわれる（Jaffey, *supra* note 403, at 373 ～）。

[542] Kelly, *supra* note 357, at 48.

[543] 英米の懲罰的損害賠償については、わが国でも多数の先行研究がある。さしあたり、古典的なものとして、田中和夫「英米における懲罰的損害賠償」我妻栄先生還暦記念『損害賠償責任の研究（中）』（有斐閣、1957）885頁、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）133頁以下を参照。また近時の不法行為法改革については、籾岡・前掲書注（463）191頁以下、吉村顕真「20世紀アメリカ合衆国における懲罰的損害賠償の改革過程――現代損害賠償法における『懲罰的』要素の意義と課題」龍谷法学42巻２号（2009）327頁、会沢恒「米国懲罰的損害賠償制度の近時の動向」法の支配162号（2011）18頁以下を参照。

第１に、これらの制度が実現する利益について。懲罰的損害賠償は、私人による法の実現という点からの説明がなされることからも明らかなように、公益を実現する役割が大きいのに対し、利益の吐き出しは、被害者の個人の権利を守る役割が大きい[544]。

第２に、それらが認められる場面について。懲罰的損害賠償は、陪審員が役割を果たすコモン・ロー上の訴訟原因の場面においてのみ認められるのに対し、利益の吐き出しは、伝統的にエクイティ上の訴訟原因の場面において認められてきた（もっとも、近時は、コモン・ロー上の訴訟原因との関係でも認められつつあり、この点は相対化されている）。また、懲罰的損害賠償は、被害者の損害を超える利益を違法行為者が取得した場面に限定されない点でも、利益の吐き出しよりも適用場面が広い。懲罰的損害賠償は、英米の社会において何を守るべき価値としているかの反映であると説かれており[545]、利益吐き出しとはその役割が異なるといえよう。

第３に、責任の範囲について。懲罰的損害賠償は、悪名高いように、違法行為者の損害を基準として懲罰賠償額が填補賠償額に加えて加重されるのに対し、利益の吐き出しは、侵害により取得された正味の利益に制限され[546]、違法行為者が違法行為がなかったならば享受したであろう地位（原状）に戻すにとどまり、それ以上に違法行為者自身の財産の減少をもたらさない[547]。このように、利益の吐き出しの処罰の強さは、懲

---

[544] Corgill, *supra* note 296, at 1926.

[545] 籾岡・前掲書注（463）207頁参照。

[546] Witzleb, *supra* note 85, at 354.　もっとも、後述するように吐き出すべき利益の「範囲」の確定に際して、主たる立証責任は、違法行為者にあるから、その立証に失敗した場合には、違法行為者自身の財産の減少が生じることはあり得る。

[547] Barnett は、契約違反の文脈を念頭におきつつ、「処罰は、契約破棄者により上げられた利益の剝奪に制限され、そして社会的な非難（disapproval）を証明するための追加的な額を含まない。吐き出しは、単に約束者（promisor）を彼が約束したことをしていたならば彼が享受したであろう地位に置くに過ぎない。それは彼からそれ以上のものを剥奪しない」と述べる（Barnett, *supra* note 1. at 12）。

罰的損害賠償ほど強くないと解される[548]。

このように両者は、制度の役割・適用される場面・責任の範囲において、異なる役割を果たしており[549]、利益吐き出しが処罰を目的とするからといって、懲罰的損害賠償と同一に帰するわけではない。

以上から、このような理解によれば、違法行為者が利益を吐き出す根拠は、自己の行為に対する処罰という点に求められるといえよう（なお、被害者が利益を取得する根拠については、後述のとおり、説明できない）。

（２）根拠論の適用場面

この根拠論は、判例において、必ずしも一般的に用いられているとはいえない[550]。先述したように、確かに、不作為特約型の契約違反に関する〔英15〕Blake 判決[551]において、このような根拠論は、用いられているものの、本件は被告に非常に悪質な行為態様があった事案であり、例外的に承認されたにすぎないといえよう。現に、利益の清算を命じる目的は、「被告の側に処罰を課すことではない」と明確に述べた判例も存在する（〔英８〕My Kinda 事件〔詐称通用の事案〕）。こうした取扱いの原因としては以下の点が考えられる。すなわち、(a) 処罰を根拠とする場合には、違法行為者の主観的要件が重視されるものの、利益吐き出しの場面では、主観的要件が要求されない状況もあること（著作権侵害や信認義務違反など）、また (b) 一般に違法行為者を罰することは、エク

---

548 Jaffey, *supra* note 403, at 373 〜；Barnett, *supra* note 1, at 12.

549 もっとも、利益吐き出しと懲罰的損害賠償を調和する試みもみられる（Doug Rendleman, *Measurement of Restitution: Coordinating Restitution with Compensatory Damages and Punitive Damages*, 68 Wash. & Lee. L. Rev. 973,985 〜 (2011)）。

550 *See*, Andrew Kull, *Restitution's Outlaws*, 78 Chi.-Kent L. Rev. 17, 18 (2003)（処罰により利益吐き出しを説明する可能性が低いと指摘する）.

551 Edelman, *supra* note 1, at 171-2.　この点で、〔英15〕Blake 事件の Nicholl 判事の判決の冒頭は、被告である Blake への非難で満ちている。すなわち「George Blake は、悪名高く（notorious）、自認の反逆者（self-confessed traitor）である」（at 275）。

イティの役割ではないと説かれていること[552]が挙げられる。そのため、処罰論は、エクイティの領域（たとえば、信認義務違反の場面[553]や守秘義務違反の場面[554]）において用いることは困難であり、コモン・ローの領域において、かつ違法行為者が非常に悪質な場合においてのみ、用いられるにとどまる[555]

このように、この根拠論の適用範囲は狭く、ヒト由来物質の無断利用の場面にはすでに利用が困難なようにもみえるものの、Moore 事件は、まさに医師の行為態様が悪質な事案であったことを踏まえると、応用する余地が全くないわけではない。しかしながら、このような理解に対しては、以下のような批判が提起されている。

第２項　問題点

（１）違法行為者の手続的権利を侵害するとの批判

第１の批判は、利益吐き出しの根拠を処罰に求めることが違法行為者の手続的権利を否定することに向けられている[556]。この批判は、違法行

---

[552] Bray, *supra* note 11, at 211 〜；Witzleb, *supra* note 85, at 355.　もっとも、信託の受託者の信認義務違反の場面において、アメリカの裁判所は、懲罰的損害賠償を限定的な場面において肯定している。この問題については、Bray, *supra* note 361, at 204 〜に譲る。

[553] Katy Barnett, *Gain-Based Damages*, in: Roger Halson & David Campbell eds., Research Handbook on Remedies in Private Law (Edward Elgar, 2019) 309, 315. *See also*, Samet, *supra* note 167, at 767（信認義務違反による利益吐き出しは、非常に厳格な責任ではあるものの、「懲罰」とは解されていないと指摘する）；

[554] プライバシー侵害による守秘義務違反を理由とする懲罰的損害賠償を否定した判例として、Mosley v. News Group Newspapers Ltd. [2008] EWHC 1777 (QB) at [190], [197] がある。

[555] Keele, *supra* note 324, at 1086-7.　もっとも、コモン・ロー圏の国でもこの点の扱いで理解が分かれているが、この点には立ち入らない（*See*, Barnett, *supra* note 553, at 316）。

[556] Edelman, *supra* note 1, at 90. *See also*, Dagan, *supra* note 212, at 212（Dagan は、最初の著書である『不当利得』では、プロシーズという基準を通じて懲罰の実現を説いていたが、その後公刊した『原状回復法』では、「反社会的な行動

為者の処罰は本来刑事手続で行われるべきものであり、民事手続で行われることを問題視する。より具体的には、以下の点が挙げられる。

まず、処罰が民事手続において課せられると、被告（違法行為者）の手続的権利が危険にさらされるという点である[557]。これは刑事手続と民事手続の差異に起因する。すなわち、刑事手続は、高い証拠の基準を通じて、誤った評決の可能性から被告を保護している[558]。これに対し、民事手続は、そのような証拠上および手続上の権利を被告に与えていない。それゆえに、手続的保護が不十分な民事手続において被告に処罰を課すべきではないとされる。

次に、刑事手続における処罰も考慮すると、被告が刑事と民事の双方で、処罰される可能性（二重処罰のリスク）が生じるという点である[559]。このような批判は、懲罰的損害賠償の文脈でも常に指摘されていたものの、利益吐き出しの根拠を処罰に求めるのであれば、同様の批判がここでも妥当することになるであろう[560]。

（２）被害者への利益帰属の問題

第２の批判は、懲罰的損害賠償と同様に、利益吐き出しにおいても、違法行為による利益を被害者が取得する根拠については明確にされていない点に向けられる[561]。とりわけ、処罰と解する場合には、刑事罰との

に対する社会の避難に依存する回復の算定基準」に警告を示しており、否定的な立場を採る）.

[557] Jaffey, *supra* note 403, at 376.

[558] *Id.* at 378.

[559] *Ibid.*

[560] こうした批判に対して、処罰論を説く見解は、民事法における処罰は、刑事法における処罰と意味が異なるとして反論する（Jaffey, *supra* note 403, at 376 〜）。

[561] たとえば、Jaffey は、以下のように述べる。すなわち、「民事手続の性質により、被告から奪われた利益は、原告に与えられるとしても、この理論的根拠をもつ救済を原状回復的なものとして説明することは全く満足的ではない。というのも、（中略）その理論的根拠は、被告の利得の価値に対する原告の権利を前提としない。原告は、単に、被告から彼の利得を剥奪することを目的とする救済手段の『偶然の受益者（accidental beneficiary）』に過ぎないからである」

バランスが問題となる。すなわち、刑事罰において罰金は国庫に帰属するのに対し、類似する機能を担う利益吐き出しは、被害者に当該利益を帰属させるのは何ゆえかという問題である[562]。この点につき、懲罰的損害賠償において用いられる反論をここでも応用し、被害者への利益の帰属は、権利行使のための対価であるとして正当化する余地があるとの指摘もみられるが[563]、懲罰的損害賠償と利益吐き出しの役割の違いを踏まえると、同様に解することができるかは明らかではない。

（３）小括

以上を踏まえると、この見解は、適用される場面が非常に限定的であり、また被害者が当該利益を取得する根拠についても説明できていないという問題がある。確かに、違法行為者の行為態様によっては、行為に対する公の非難を示すために、処罰を用いる必要があるかもしれないが、この点は、民事責任と刑事責任の関係をどのように解するかという本稿の対象を超える問題であるため立ち入らない。そのため、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しにも応用することはできるか否かについても留保しておく。

第６款　本節の小括

本節では、英米法において、利益吐き出しが認められた文脈で用いられてきた理論的根拠を取り上げ、検討を加えてきた[564]。以上の考察から

(Jaffey, *supra* note 425, at 37)。

[562] JAFFEY, *supra* note 403, at 378.

[563] *Id*. at 380.

[564] なお、判例・学説において言及されるものの、本文で取り上げることができなかった根拠が一つある。それは、「矯正的正義論」による正当化である。この見解は、私法の目的を矯正的正義の実現と解し、抑止などの外在的な目的を挙げることに批判的な立場を示す（不法行為法における矯正的正義論については、さしあたり、吉田邦彦「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』」同『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2000）198頁、特に219頁も参照（初出、1992））。たとえば、信認義務違反の場面を挙げると、利益吐き出しは、――信認義務違反による救済手段ではなく――本人の受認者に対する第一次的権利に

は、次の２点が明らかとなった。

第１に、利益吐き出しの根拠として従来挙げられてきたもののうち、（ⅰ）「何人も違法行為から利益を得るべきではない」ことなどの一般原理に求める見解、および（ⅱ）所有権の排他性に求める見解は、理論的な問題が多数あり、利益吐き出しの根拠として用いることができない（なお、（ⅴ）処罰に求める見解についても、同様の問題があるが、結論を留保しておく）。

第２に、利益吐き出しの根拠として従来挙げられてきたもののうち、（ⅲ）損害額算定の代替手段として理解する見解（損害と利益との間に一定の関係性がある場合とない場合に大別される）と（ⅳ）違法行為の抑止に求める見解（完全に違法行為を抑止するという意味で捉える見解と契約誘導の意味で抑止を説く見解に大別される）は、理論的な問題を含むものの、その適用範囲を限定すれば、利益吐き出しの根拠として用いる余地はあり得る。

以上を踏まえると、様々な場面において認められる英米法の利益吐き出しを一元的に説得的に正当化することができる根拠は従来の根拠論の中には存在しないと結論付けられる。そのため、他の根拠をさらに探求する必要があるが、その前に、本章のまとめをしておくことにしよう。

含まれているものと解されており、このような理解によれば、利益吐き出しは、初めから本人に帰属するものを返還するに過ぎないこととなろう（E.g. L. Smith, *supra* note 167, at 91 ～ . この点については、拙稿「（３）」北法70巻６号（2020）141頁以下を参照）。このような理解は、確かに利益吐き出しを肯定しつつ、棚ぼたの問題を回避することが可能であるという点でメリットがある。もっとも、他の場面（たとえば、契約違反の場面）についてみると、矯正的正義論に立脚したうえで、利益吐き出しを導くことはできるとする見解とできないとする見解の対立がみられ（この点については、注（229）の文献を参照）、必ずしもこの考え方から利益吐き出しが当然に導かれるものではない（なお、矯正的正義論の利益吐き出しの文脈での適用範囲が狭いことを指摘するものとして、Barnett, *supra* note 553, at 315を参照）。そのため、本稿では、この見解には立ち入らなかった。

第３節　本章の小括

最後に、本章におけるこれまでの考察をまとめ（→（１））、そこから得られた利益吐き出し法理を理解するための理論的な視座を示す（→（２））。そして最後に、次章への架け橋として、本章で明らかにした利益吐き出しの理論的根拠をヒト由来物質の無断利用に応用することができるかどうかについて結論を示す（→（３））。

（１）議論の整理

これまでの考察からは以下の点が明らかとなったといえよう（その詳細は繰り返さない）。

第１に、英米法では、知的所有権侵害（特許権侵害、著作権侵害、商標権侵害・詐称通用）、守秘義務違反（営業秘密および非営業秘密）、プライバシー侵害、信認義務違反、契約違反の場面において利益吐き出しが認められている。もっとも、不動産侵害など有体物侵害の場面においては、イギリスでは認められないものの、アメリカでは例外的に認めたと解されるものがみられる。また特許権侵害についてはアメリカでは否定されている。

第２に、英米法は、利益吐き出しを認める際に、（ⅰ）違法行為から利益を得るべきではないとの一般原理、（ⅱ）所有権の排他性、（ⅲ）損害額算定の代替手段、（ⅳ）違法行為の抑止、（ⅴ）処罰論を挙げている。ただし、文脈により用いられる根拠は異なり、また同一の文脈においても、複数の根拠が用いられることがある。

第３に、第２で挙げられた根拠を子細に検討を加えると、そもそも根拠論として十分な議論が詰められていない場合（具体的には、（ⅰ）（ⅱ）（ⅴ））、あるいは根拠として一定程度説得的であるとしても、適用範囲が一定の範囲に限定され、包括的な射程を有するものではない場合（具体的には、（ⅲ）（ⅳ））に分けることができ、すべての利益吐き出しの類型を一元的に説明できる根拠は従来の英米法の議論の中には存在しないという点である。

このような考察結果を踏まえると、英米法においては、利益吐き出しは、多様な場面で認められていることもあり、一元的に正当化することはできていないといえるであろう。

（2）利益吐き出しの多元的根拠づけの可能性

それでは、英米法の利益吐き出しは、場面ごとにアドホックにしか正当化ができないということになるのであろうか。そうではない。本章の考察からは、英米法における従来の利益吐き出しの根拠論のうち、――すべての場面を説明することはできないものの――一定の権利・利益・関係の侵害の場面に限定するのであれば、一定の説得力のある根拠は存在することが明らかとなった。すなわち、（iii）違法行為の抑止に求める見解と（iv）損害算額定の代替手段として捉える見解である。このような結果を踏まえると、これらの根拠を適用される場面を特定したうえで、複数の根拠により、利益吐き出しを多元的に根拠づけることこそ志向されるべきではなかろうか[565]。仮にこうした本稿の捉え方が誤りでな

[565] もっとも、このような構想は、英米法の議論においても、十分に意識的になされているようには思われない。この点につき、本章で取り上げた従来の学説の分布状況について整理したうえで、確認しておくことにしよう。具体的には、(a) 利益吐き出しの根拠論、(b) 適用場面、(c) 要件・効果論の問題の3点について、以下では確認する。

第1に、利益吐き出しの根拠論について。学説の多くは――特定の場面のみで論じられることが多いこともあり――一元的な見解が多い（とりわけ、抑止論を説く見解が多数を占める）。もちろん、複数の根拠を挙げる見解もみられるが、意識的に多元的に正当化を志向するものではない（たとえば、Friedmann は、所有権の排他性と抑止論を根拠として挙げるものの、前者を重視し、それで説明できない不足部分についてのみ、後者で補充するに留まっている〔do., *supra* note 12〕。なお、多数の学説は、Friedmann を所有権論の代表論客として挙げるのもその現れであろう）。

第2に、考察対象とされる場面について。（教科書以外の）論文やモノグラフでは、学説の多くは、一つまたは二つという一定の限定された場面を考察対象とするのに留まっている。もちろん、より多くの場面を考察対象とする研究が全くないわけではないが、根拠論については一元的な見解であったり（たとえば、Jackman の研究）、研究目的が異なったりする（たとえば、Edelman は、多様な場面を念頭に置くが、そこでは従来、客観的利得と主観的利得を区別してこなかった英米法を精緻化する作業が取り組まれているが、後者の理論的根拠を多元的に構成するという作業までには至っていない〔*supra* note 1を参照〕）。

第3に、要件・効果論について。この点の詳細は後述するが、利益吐き出し

いとすると、具体的には、本章の考察から、以下の２つの類型を暫定的に導くことができる。

第１は、（ⅲ）の根拠から構想される「行為抑制政策型利益吐き出し」である（以下では、（α）行為抑制政策型という）。もっとも、この類型も子細にみると、（α-1）完全な抑止に求める見解と（α-2）契約誘導の意味での抑止に求める見解の二つに大別される。すなわち、前者は、問題となる法制度の規範目的を考慮して、違法行為を完全に抑止するための利益吐き出しである。これは、被害者への棚ぼたを認めたとしても、違法行為を完全に抑止することが必要な場面において認められる。たとえば、信認義務違反の場面が挙げられる。先述したように、この類型で

の根拠論と要件・効果論を意識的に接続する見解は、これまでの研究においてもみられたが、考察対象となる場面が限定的であるためか、多元的な正当化の意識は弱い（たとえば、Barnett は、契約違反および信認義務違反の場面を念頭に置いたうえで、抑止論によって正当化し、効果論を検討する〔do., *supra* note 1〕。なお、do., *supra* note 113は、プライバシー権侵害の場面にも自身の理論を拡張するものの、根拠論について別途の考慮を示しているわけではない）。

このような従来の英米の議論状況に鑑みると、彼地においても、ある特定の場面において利益吐き出しが認められる理由は説明できているといえても、より広い多様な場面を視野において、何ゆえある場面で利益吐き出しが認められ、他の場面では認められないのか、また様々な場面を矛盾することなく説明することができるかという利益吐き出しの包括的な基礎研究はいまだ十分になされていない（この点につき、英米の利益吐き出しについて紹介・検討するわが国の先行研究の多くにおいても同様である）。そしてその結果として、個別の根拠論が要件・効果論においてどのように反映されるのかも明確とはいえない。

本研究は、このような状況に鑑み、英米法の現状の議論からそのままわが国への示唆を求めるのではなく、その前提作業として、まず英米の利益吐き出し全体を――これまでの先行研究を踏まえたうえで――多元的に根拠づけることにより再構成し直したうえで、わが国への示唆を得ようとするものである（というのも、彼地においても十分に利益吐き出しが全体として根拠付けられていないのであれば、そこから示唆を求めたとしても、わが国における利益吐き出しに対する消極的状況を踏まえると、賛同を得にくいと思われるからである）。一見迂遠にみえる、本章における判例からの帰納的考察および従前の根拠論の検討は、こうした構想を目指すための基礎作業の一つであることをご了解いただきたい。

は、本人に損失があったか否かを問わず、受認者の忠実義務違反がある場合に広く利益吐き出しが認められている。現代社会においては自分の事務を他人に委ねることは不可避であるものの、そこには常に裁量と同時に濫用の恐れがあり、信認関係にはディレンマがつきまとっている。こうしたディレンマを回避する、すなわち、他人の事務を行う者の濫用を抑止するという信認法の規範目的を実現するために、利益吐き出しが認められるのである。他方で、後者は、違法行為者を市場に誘導し、契約を締結させることにより、より効率的な結果を導く行為規範としての利益吐き出しである。その適用範囲は広く、有体物侵害、知的所有権の侵害の場面、契約違反の場面、信認義務違反などで根拠論として用いることが可能であろう。これらの根拠付けのうち、前者の下では、棚ぼたの問題は、規範目的を実現する必要悪として認められるにとどまるのに対し、後者の下では、そもそも生じないと解される（ただし、後者については、本当にそのような結論を導くことができているかどうかについての実証研究が必要であろう）。

第２は、（iv）の根拠から構想される「損害額算定代替型利益吐き出し」である（以下では、（β）損害代替型という）。この類型も二つのタイプに分けることができるが、ここでは問題となっている権利・利益・関係の特殊性ゆえに、被害者の損害額の算定（あるいは、損害の立証）が困難であり、かつ違法行為者の利益が被害者の損害と一定の関係性を有する類型について、違法行為者の利益から被害者の損害額（あるいは損害を推定することにより、利益吐き出しを認めるタイプを念頭に置くこととする[566]。この見解によれば、被害者への利益の帰属をめぐる「棚ぼた」

[566]（β）型には、損害と利益との間に関係性はないが、他に損害額を算定する手段がない場合などに利益吐き出しを用いる見解もあることは先述の通りである（第３款第１項参照）。そこでは、損害賠償を用いることができない制度的制約がある場合や他に損害額を算定する方法がない場面において用いられていた。もっとも、前者については、歴史的には意味があったものの、今日においてその必要性は減っており、また後者については、その必要性があることは否定しないものの、そのような問題が生じる場面の多くは、市場価値を持たない人格財との関係で問題となる（〔米１〕Edwards 事件のようなケースでも必要となり得るが、例外的なケースであり、一般的にはそれほど問題とならないで

の問題は生じないことになろう。というのも、ここでの利益吐き出しは、実質的には被害者の損害を填補するものにすぎないからである（ただし、厳密には、違法行為者の利益と被害者の損害は必ずしも一致するとは限らない場合もある。もっとも、その際には、判例は後述の利益の配分で調整している）。それゆえに、その適用範囲も被害者の損害と違法行為者の利益に一定の関連性がある場面に制限され（たとえば、知的所有権侵害のうち競合財の場合、不動産の二重譲渡型の契約違反など）、それを超える場面では用いることは困難であろう（たとえば、知的所有権侵害の場面でも、非競合財の場合には妥当せず、また競合財でも妥当しない場合もある）。

もっとも、これらの類型によりうまく説明できないのが、人格財に関してである。この点については、次のヒト由来物質との関係で確認しておくこととしよう。

（３）次章への架け橋

最後に、本章考察の直接の目的、すなわち、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しの根拠付けに英米の利益吐き出し一般において用いられている伝統的な根拠を応用することができるかという点についてみよう。結論を予め述べると、本章の考察から導いた二つの理論的根拠は、ヒト由来物質の無断利用に応用することができないということである。その理由は次の通りである。

まず（α）型による正当化の可否について。まず（α-1）の完全抑止についてみると、ヒト由来物質の無断利用の場面では、医師が個人的利益を追求する側面があるものの、それによってもたらされる効率的な医学研究の促進および社会的利益を踏まえると、被害者への棚ぼたを認め、そして医師や研究者によるヒト由来物質の無断利用を抑止することが必要といえるかは明らかではないことから、この根拠により正当化することは困難であろう。また（α-2）契約誘導の意味での抑止についてみると、

あろう）。そしてこのような人格財侵害との関係については、第３章で取り上げる Dagan の根拠論を用いるほうが望ましいと思われる。そのため、（β）型からはこの類型は除外することにした。

医師等に提供者との間で契約を締結することを推奨することになり、提供者の権利を保護する面はあるものの、他方で、人格的なモノの商品化の問題をもたらすという別の懸念が生じることから、この根拠により正当化することは望ましくないといえよう。

次に（β）型による正当化について。このような根拠付けは、ヒト由来物質を無断利用された患者等の損害額の算定が困難であるため、その代替として研究者が得た利益から推定するものである。しかし、知的所有権侵害の場面でもそうであったように、このような推定は、常に妥当するわけではない。とりわけ、患者は通常ヒト由来物質の商品化を意図しておらず、研究者と競合関係に立たないことを踏まえると、研究者が得た利益から患者の損害額を推定することは困難であり、応用することはできないであろう。

以上の点を踏まえると、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しは、従来の理論的根拠によっては正当化することができないといわざるを得ない。こうした結論は、わが国では知的所有権侵害と人格権侵害が、権利の脆弱性という点から、同一の根拠により正当化が志向されてきたものの、そのような説明が困難であるという本稿の冒頭で示した問題意識を裏付けるものとなっていると思われる。それゆえに、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しを根拠づけるために、従来の議論では挙げられていない第三の根拠（ないし類型）を明らかにすることが本稿の次の課題となる。この点について、近時のアメリカ原状回復法の有力論者である Hanoch Dagan の利益吐き出しの根拠論が示唆を与えてくれると思われる。彼は、従来の議論とは全く異なる観点――被害者の自律的な意思の実現という観点――から利益吐き出しの根拠付けを試みている。そこで次章では、彼の見解に立ち入って考察を加え、その意義を明らかにすることにより、本稿の課題に応用することができるか否かについて検討する。

〔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。