HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察（６） ： 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, 72(6), 125-179
Issue Date	2022-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/84633
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_72_6_05_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（６）

―― 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２款　所有権の排他性に求める見解
　　第３款　損害額算定の代替手段と解する見解
　　第４款　違法行為の抑止に求める見解
　　第５款　違法行為者の処罰に求める見解
　　第６款　本節の小括

第３節　本章の小括　（以上、71巻５号）
第３章　近時のアメリカ法学における利益吐き出しの根拠論――Hanoch Dagan の見解の紹介と検討
第１節　Dagan の利益吐き出しの根拠論の紹介
第１款　Dagan の原状回復法研究の概要
第２款　Dagan の利益吐き出しの根拠論の概要
第３款　本節の小括
第２節　Dagan の根拠論の検討――その意義と問題点
第１款　Dagan の根拠論の意義
第２款　Dagan の根拠論の問題点①――利益吐き出しに内在する問題
第３款　Dagan の根拠論の問題点②――他の金銭救済の可能性
第４款　本節の小括
第３節　Dagan の根拠論の適用場面の考察――ヒト由来物質の無断利用問題との関係
第１款　Dagan の基本的な考え方
第２款　Dagan の各資源に関する考察――全般的な理解
第３款　Dagan のヒト由来物質の無断利用問題に関する考察
第４款　本節の小括
第４節　本章の小括　（以上、本号）

第３章　近時のアメリカ法学における利益吐き出しの根拠論――Hanoch Dagan の見解の紹介と検討

本章では、前章の考察を受け、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しの根拠の示唆を得るために、伝統的な議論の下での利益吐き出しの理論的根拠とは異なる観点から利益吐き出しの根拠付けを試みる近時のアメリカ法学の学説である Hanoch Dagan の見解を取り上げ、紹介し、検討を加える[1][2]。予め、本稿が利益吐き出しの根拠として彼の見解

[1] Dagan の利益吐き出しの議論については、最初の著作である Hanoch Dagan, Unjust Enrichment: A Study of Private Law and Public Values (Cambridge U. P., 1997) 12 ～（Dagan ①）が中心となるが、２冊目の著作である Do., The Law and Ethics of Restitution (Cambridge U.P., 2004) 210 ～（Dagan ②）やそ

に注目する理由について述べると、次の通りである。

第１に、Dagan の見解は従前の議論とは異なる利益吐き出しの新たな根拠論を提示しているという点にある。具体的には、後述するように、彼は、利益吐き出しをエクイティ系列の特定履行救済（specific remedies）として捉え、通常の損害賠償によってはもはや原状回復ができない場合に、差止命令に代わる二次的な特定履行救済として理解することにより、従前において解決されてこなかった利益吐き出しの理論的根拠付けという困難な問題に対する解決策を提示しているように思われる[3]。

の他の論文 (do., *The Distributive Foundation of Corrective Justice*, 98 MICH. L. REV. 138 (1999)(Dagan ③)；do., *Restitutionary Damages for Breach of Contract: An Exercise in Private Law Theory*, 1 THEORETICAL INQ. L.115 (2000)(Dagan ④)；do., *Encroachments: Between Private and Public*, in: DAVID JOHNSON & REINHARD ZIMMERMAM EDS., UNJUSTIFIED ENRICHMENT: KEY ISSUES IN COMPARATIVE PERSPECTIVE (Cambridge U. P., 2002) 348 (Dagan ⑤)；do., *Restitution and Slavery: On Incomplete Commodification, Intergenerational Justice, and Legal Transitions*, 84 B. U. L. REV. 1139 (2004)(Dagan ⑥)；do., *Remedies, Rights, and Properties*, 4 J. TORT L. 1 (2011)(Dagan ⑦) など）でも補充されている。本稿は、DAGAN ①を中心に考察し、必要に応じて、その他の文献も参照することにする。

なお、DAGAN ①の書評としては、Craig Rotherham, *Unjust Enrichment and the Autonomy of Law: Private Law as Public Morality,* 61 MODERN L. REV. 580 (1998)；Hector L. MacQueen, 47 INT'L & COMP. L. Q. 740 (1998)；Michael Heller & Christopher Serkin, *Revaluing Restitution: From the Talmud to Postsocialism*, 97 MICH. L. REV.1385 (1999)；S. Maier, 57 CAMBRIDGE L.J. 419 (1998)；Fiona Burns, 25 MONASH U.L. REV. 421 (1999); Danie Visser, 3 EDINBURGH L. REV. 402 (1999)；Irwin H. Haut, *Unjust Enrichment Revisited*, 15 JEWISH L. ANN. 41 (2004) があり、これらの内容についても必要に応じて言及する。

[2] なお、Dagan 教授は、Tel Aviv 大学（イスラエル）に所属する研究者である。彼は、イスラエル人であるものの、1990年前後に Yale Law School に留学し、Guide Calabresi 教授の下で学び、アメリカ法とイスラエル法を比較する研究を行い、博士号を取得している。そこでは、アメリカ法への批判的考察もなされており、アメリカ法学と称しても問題はないであろう。

[3] たとえば、吉田邦彦「区域外避難者の転居に即した損害論・管見――札幌『自

第2に、Dagan の見解は本稿の問題意識を裏付けるのに有益であると考えられる点にある。彼の見解は、従来の利益吐き出しの根拠論とは異なるものを提示するものではあるものの、本稿がこれまで取り上げた利益吐き出しのすべての場面において用いることができるものではない。あくまで彼の議論は、一度侵害されると損害賠償によっては原状回復が困難な人格的な性格の強い権利・利益の侵害の場面に限定され、それら以外の場面には及んでいない。そのため、Dagan の見解は、利益吐き出しの根拠が侵害された権利・利益・関係の種類によって異なるのではないか――具体的には、人格権侵害による利益吐き出しの根拠は、知的所有権侵害による利益吐き出しのそれとは異なるのではないか――という本稿の問題意識を間接的に裏付ける根拠になり得るように思われる[4]。

以上の理由から、本稿では若干立ち入って Dagan の利益吐き出しの

主避難者』の苦悩とそれへの対策」同『東アジア民法学と災害･居住･民族補償（後編）』（信山社、2019）98頁、特に103頁（初出、2015）（吉田①）は、Dagan の見解を「『利得の吐き出し』（disgorgement）救済を世界で初めて理論的に根拠付けた」と高く評価する。

なお、Dagan の見解を理解するに際しては、吉田邦彦教授より北大民事法研究会での筆者の報告の場において、同教授の一連の研究（上記のほか、同「居住福祉法学と福島原発被災者事故――特に自主避難者の居住福祉に焦点を当てて」同・前掲書50頁以下（初出、2015）（吉田②）、同「東日本大震災・福島原発事故と自主避難者の賠償問題・居住福祉課題――近時の京都地裁判決の問題分析を中心に」同・前掲書108頁以下（初出、2016）（吉田③）、同「福島原発事故の自主避難者問題が示す日中環境法学問題――福島・武漢（漢正街）・沖縄を繋ぐもの」同・前掲書506頁以下（初出、2017）（吉田④）など）のご教授を含め、多くの示唆を得た。記して謝意を表する。また、その後、Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Reconceptualizing Trespass*, 103 Nw. U. L. Rev. 1823 (2009) に接し、多くの示唆を得た。

[4] なお、結論を予告的述べておくと、Dagan は、著作権以外の特許などの知的所有権については人格的な性格の強いものではないとして、利益吐き出しを否定する立場を示しているが、それは Dagan の根拠論を用いる場合であり、他の根拠論を用いて、知的所有権侵害を理由とする利益吐き出しを認める余地は別途あるものと思われる。

根拠論を紹介することとする[5][6]。

具体的には、以下では、まずDaganの提案した利益吐き出しの根拠論を紹介する（第１節）。その上で、彼の見解の意義および彼の見解に対して向けられている批判ないし問題点についてその後の議論状況も踏まえつつ、検討する（第２節）。最後に、彼の利益吐き出しの根拠論の適用範囲について考察し、（従来の根拠論では十分に説明できていない）ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しの問題についての彼の考え方について紹介し、検討する（第３節）。これらの考察により、序章で

---

[5] さらに、Daganの考察手法は、価値判断ないし利益考量という観点から、英米法とは法体系を異にする日本法を考察する際にも、示唆的である（この点につき、Visser, *supra* note 1, at 406の指摘参照）。

[6] もっとも、Daganの利益吐き出しの理論的根拠については、わが国でも近時、吉田邦彦によって既に紹介がなされている（吉田①～④・前掲注（３）の諸文献参照）。そこでは、端的かつ明晰にDaganの見解の概要とその意義が示されており、本稿がこれに加えて彼の見解を紹介する必要性は乏しいようにも思われる。しかし、本稿がそれにもかかわらず、ここで詳細に（しかも独立の章を立ててまで）取り上げる理由は以下の点にある。

第１に、吉田の紹介後も民法学界からのレスポンスはみられないという点である。とりわけ、吉田は、Daganの理論的根拠を他の文脈――具体的には、福島原発の自主避難者の損害論の文脈――に応用し、支配的な見解とは異なる新たな損害論を説いたものの、吉田以後のわが国の福島原発事故の自主避難者の損害論を検討する論考では、吉田の見解は、必ずしも――批判の対象としてのみならず、自主避難者の損害額増額を志向する論者の論拠としてすら――取り上げられないままとなっている。このことは、吉田の説く損害論自体の問題というよりも、そのモチーフとなっているDaganの見解がわが国でいまだ十分に理解されていないことを意味するのではなかろうか（この点につき、吉田邦彦『民法と公共政策』（信山社、2018）192頁以下も参照）。

第２に、吉田は自主避難者の損害論を構築するためにDaganの見解を用いていることもあり、Daganの見解の問題点の考察には及んでいないという点である。Daganの見解は確かに非常に優れたオリジナリティに富んだものであるが、その後の議論において問題点も指摘されており、彼の見解をより明確にするためにも、この点の検討は不可欠であろう。

以上の理由から、若干敷衍しつつ、本稿がDaganの見解を再論することも許されるのではないかと考えた次第である。

示した本稿の問題意識――利益吐き出しの根拠を多元的に捉えることができないかという問題意識――はより明確になるであろう。

第1節　Dagan の利益吐き出しの根拠論の紹介

本節では、まず Dagan の原状回復研究の概要について示し、その特色を明らかにする（第1款）。次に、彼の利益吐き出しの根拠論について若干立ち入って紹介する（第2款）。

第1款　Dagan の原状回復法研究の概要

（1）Dagan の『不当利得』の概要

Dagan の原状回復法研究として、本稿が特に注目するのは、彼の最初の著書である1997年刊行の『不当利得：私法と公共的諸価値』（以下では、単に『不当利得』という）である。同書において、Dagan は、原状回復法の中の重要な領域の一つである「違法行為を理由とする原状回復（restitution for wrong）」の場面[7]を取り上げ、そこにおいて利益吐き出しを含む多様な金銭救済（pecuniary remedy）[8] [9]が認められていること

---

[7] Dagan①, *supra* note 1, at 3-4. Dagan によれば、A（侵害者）が B（被侵害者）の「資源（resource）」を無断で（明示または黙示の同意なしに）不正利用した（appropriate）場面（A は積極的な抗弁も全く提起しないとする）とされる。このような場面は、大陸法の侵害利得の場面に相当する場面であるといえる（この点につき、Gerhard Dannemann, The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution: A Comparative Introduction (Oxford U. P., 2009) 87を参照）が、「資源」として念頭に置かれているものは、①有体財産（土地や動産）や②無体財産（著作権、商標、あるいは特許）のみならず、③自己やその属性に対する権利（身体やその部位、名誉、パブリシティなど）、④その他（企業秘密、契約関係、契約締結前の期待）であり（Dagan①, *id.* at 63～）、わが国の侵害利得で念頭に置かれているものよりも範囲が広い点に留意されたい。なお、Dagan の見解を紹介・検討する際には、「資源」という用語を用いることとする。

[8] *Id.* at 5. それゆえに、差止命令や資源の特定回復などの非金銭救済は考察の対象に置かれていない。もっとも、それらがこれらの場面で認められるべきではないという趣旨ではないことはいうまでもない。

[9] *Id.* at 12-4. 具体的には、上記の場面において、法が認める金銭救済として、

に注目し、①国により利益吐き出しを広く認める立場と限定的にしか認めない立場が分かれている原因は何か、また②ある国の内部で、利益吐き出しが認められる資源と認められない資源に違いが生じる原因は何かを解明することを試みている[10]。そして、この問題についての彼の結論を先取りして述べると、彼は①の点については社会経済エートス（socio-economic ethos）の問題に起因する[11]と解するのに対し、②の点につい

侵害者の利益に基づくものと被侵害者の損害に基づくもの（後者は不法行為法上の救済である）に大別し、また前者を、①侵害者が得た利益である「粗利益（proceeds）」、②①から利益を取得するのに侵害者が被った費用を控除した「正味の利益（profits）」、③②から侵害者の能力・才覚による利益分を控除した「均衡利益（proportional profits）」、④市場が迂回されていなければ、侵害者が被侵害者に支払ったものである「公正な市場価値（fair market value）」に細分化する。なお、Dagan の議論においては、④は損害よりも大きいことが前提となっている。また、③は具体的な状況に固有の情報（事後の契約上の余剰）を直接に参照することにより算定するという点で②と類似するが、当事者達が現実に成さなかった「相互に利益をもたらす取引」を再構成するという点で、④と類似する（ただし、何を再構成するかは、③と④で異なる。すなわち、④は価格であるのに対し、③は当事者が完全情報および平等な交渉力という条件下で、契約余剰を分割した方法である）（*Id.* at 19-20）。このうち、本稿の対象とする利益吐き出しは、主として②の意味である。

[10] この二つの問題は、別個の研究課題と位置付けることも可能である（*See,* Heller & Serkin, *supra* note 1, at 1388）が、Dagan は、これらの二つを関連させつつ論じているのが特徴的であるといえよう。

[11] Dagan ①, *supra* note 1, at 34-40. なお、エートスとは、「社会の基底に存在し、社会の『規範』となるような『精神的雰囲気』または『社会意識』」であり、「社会や人間の『思考枠組み』を決定するもの」を意味する（村田充八『社会的エートスと社会倫理』（晃洋書房、2005）9-10頁を参照）。Dagan は、エートスの相違について、アメリカ人のエートスとユダヤ人のそれを比較し、前者が支配（control）という価値（後述）を重視するのに対し、後者は共有（sharing）という価値（後述）を重視する傾向があると指摘し、（ユダヤ社会よりも）アメリカ社会において利益吐き出しが広く認められる原因は、こうした支配を重視する考え方に起因すると述べる（Dagan ①, *id.* at 60-1）。もっとも、このようなエートスの観点からの考察に対しては、Dagan の両社会に対する見方は、一面的すぎるとの批判もみられること（*See,* Haut, *supra* note 1, at 51）に加えて、利益吐き出しの理論的根拠を明らかにするという本稿の目的とは、直接的には

ては資源の社会的意味（social meaning）の相違に起因すると解することで[12]、その違いを正当化する。そしてこのような結論を導く過程において、本稿の注目する彼の利益吐き出しの根拠論が示されているのである。

そこで、以下では、Dagan の利益吐き出しの根拠論を紹介するに先立ち、最初に彼の原状回復法研究の特色を３つに分けて整理しておくことにしよう。

（２）Dagan の研究の特色①――リアリズム法学と原状回復法研究の接続

第１に、リアリズム法学の立場[13]から原状回復法研究を試みている点を挙げることができる。Dagan は、法と社会を接続し、法の役割を社会的諸価値を実現する道具と捉える立場から、原状回復法の既存の法理の基礎をなす社会的諸価値を特定し、その価値に基づき規範的な分析を加える[14]。そして、このような考察方法からの一つの帰結として、Dagan は、原状回復法を不当利得原理により一元的に正当化しようとする伝統

関係しないため、この問題には、本稿では立ち入らない。

[12] Dagan ①, *supra* note 1, at 40 ～ . この点は、後述する。

[13] リアリズム法学については、さしあたり、藤倉晧一郎「リアリズムの法理論」八木鉄男編『現代の法哲学理論』（世界思想社、1971）125頁、M.J. ホーウィッツ著（樋口範雄訳）『現代アメリカ法の歴史』（弘文堂、2000）249頁以下を参照。

[14] Dagan ①, *supra* note 1, at 1（「本書の目的は、不当利得の法理論の解釈を通じて法に内在する社会的諸価値の反映を分析すること」にあるとされる）; Dagan ⑤, *supra* note 1, at 348（違法行為を理由とする原状回復の各場面における金銭救済を命ずる一見すると技術的な問題に含意されている規範的な価値選択を強調し、どのように社会的諸価値が具体的な法理を形成するかを示す）. なお、Dagan 自身のリアリズム法学の理解の詳細については、その後の Hanoch Dagan, Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory (Oxford U. P., 2013)（同書の書評として、戒能通弘「リーガル・リアリズム再生の試み」アメリカ法2016-1号（2016）76頁がある）でまとめられているが、本稿では――同書所収の一部の初出論文を除き――同書全体には十分に立ち入ることはできていない。

的な立場を否定し[15]、個別の文脈ごとの正当化を志向する[16]。そのため、Dagan の『不当利得』やその後の研究では、多様な原状回復の状況について、文脈ごとの規範的な検討がなされている。

もっとも、このようなリアリズム法学の立場からの考察それ自体は、アメリカ法学における従前の影響力の強さを踏まえると[17]、特色というほどではないと思われるかもしれない。しかし、この点は、必ずしも原状回復法の領域ではそうではないことに留意されたい。この点を理解するためには、Dagan 以前のアメリカにおける原状回復法研究の状況を簡単に確認しておくことが有益であろう[18]。

ところで、アメリカにおける原状回復法研究の中核は、1937年の第１次原状回復リステイトメント制定前後に遡り[19]、その後、1950年代から60年代に、原状回復法は、契約法、不法行為法、そして所有法に次ぐ、第４の法領域として認められ、多数の研究がなされ、またロースクールのカリキュラムにも組み込まれていた。しかし､その後は､下火となり、研究や教育におけるその地位は衰退していったとされる[20]。その原因は、必ずしも明らかではないが、学説の中には、原状回復法研究は、コモン・ロー法理の内在的分析や概念分析が中心であったのに対し、政策論や価値への関心が強いリアリズム法学の影響が強い彼地においては、そのような分析が魅力を有していなかったことに起因するとの理解を示す見解

---

[15] Dagan ②, *supra* note 1, at 12 ～ . *See* also, Ernest J. Weinrib, *Restoring Restitution,* 91 Va. L. Rev. 861, 866-67 (2005).

[16] *See,* Prince Saprai, *Book Review*, 121 L. Q. R. 521, 522 (2005) (Dagan のアプローチの最大の利点の一つは、他の論者が無視する傾向があった重要な文脈上の区別を明らかにすることを手助けする点にあると指摘する).

[17] 吉田邦彦「リアリズム法学と利益考量論に関する『基礎理論』的考察」同『民法解釈と揺れ動く所有論』(有斐閣、2000) ３頁 (初出、1998) 参照。

[18] この点につき、後掲文献のほか、笹川明道「米国での『第三次原状回復・不当利得リステイトメント』の刊行について」神戸学院法学42巻３＝４号 (2013) 323頁以下が詳しい。

[19] 制定当時の状況については、Warren A. Seavey & Austin W. Scott, *Restitution,* 54 L.Q.R. 29 (1938) が詳しい。

[20] Dagan ②, *supra* note 1, at 1 ～ .

が見られ[21]、少なくとも原因の一つとして挙げることができるであろう[22]。

このような状況に鑑みると、原状回復法研究は、リアリズム法学と相性が悪いと解されていたといえる。これに対し、Dagan は、こうした理解に異論を提起するために、リアリズム法学の視角から原状回復法研究の有益性を示すことを試みており、特色の一つとして挙げることが許されるであろう。

（３）Dagan の研究の特色②――原状回復法の分配目的の承認

第２に、原状回復法が分配目的の役割も担っているものとして理解していることを挙げることができる。Dagan の研究登場以前においては、原状回復法を矯正的正義の実現という点から正当化しようとする研究が有力であった[23]。このような理解によれば、既存の資源の分配状況の望

---

[21] John H. Langbein, *The Later History of Restitution*, in: WR Cornish et al. eds., Restitution: Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones (Hart Publishing, 1998) 57, 62. 同旨として、Chaim Saiman, *Restitution in America: Why the US Refuses to Join the Global Restitution Party*, 28 Oxford J. L. S. 99, 120 (2008) も参照。

[22] その他の理由としては、1960年代以降のロー・スクールカリキュラム改革の影響と解する見解（Langbein, *supra* note 21, at 61 ～）やアメリカ法では基礎理論研究への関心が強いが、原状回復法にそのような基礎理論的な内容が含まれていないことに起因するとの見解（Dan Priel, *The Law and Politics of Unjust Enrichment*, 63 UTLJ 533, 560-1 (2013)）などが挙げられる。

[23] *See*, Dagan ②, *supra* note 1, at 211 & n.6. 原状回復法を矯正的正義の観点から正当化する見解の代表としては、Ernest Weinrib が挙げられる。Weinrib によれば、この立場は「私法の責任制度の中で原告と被告の間の規範的に一貫した連関を主張する理論的な立場」であるとされる（Weinrib, *supra* note 15, at 865）。なお、彼の見解一般の我が国での紹介については、吉田邦彦「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』――アメリカ法解釈論の新たな動きを求めて」同・前掲書注（17）197頁、特に228頁以下（初出、1992）、浅野有紀「不法行為法と矯正的正義（２・完）――J. コールマンと E. ワインリブの理論を手がかりに」法学論叢137巻４号42頁（1995）、畑中久彌「不法行為法における矯正的正義論の意義――民法709条を中心として」新美育文ほか編『不法行為法研究①』（成文堂、2020）153頁などがある。

ましさは問題とされず、いったん利得の不法性が証明されると、原状回復は認められることになる。こうした理解は、確かに単純でわかりやすいというメリットがあるが、何が利得を不当にするか、あるいは利得の不当性が証明されたとして、どのような基準の救済が認められるかについては何らの具体的な指針とならないという問題を含んでいた[24]。

そこでDaganは、原状回復法の分配的な役割を正面から認めようとする[25]。具体的には、次の通りである。原状回復法は、合意によらないどの資源の不正利用を不法にしたうえで、金銭的な回復を肯定し、また逆にどの資源の不正利用を適法にしたうえで、金銭的な回復を否定するかを決定する分配的正義を実現する役割を持つ。こうした理解からは、違法行為を理由とする原状回復の場面において、伝統的な利益吐き出しの根拠論の一つである所有権侵害があれば当然に利益吐き出しを導くとする立場[26]は否定され、次のような立場が導かれることになる。すなわち、「一方で、我々は、原告〔権原保有者〕の財産として適切に描写される資源から得られたあらゆる利得が、必然的に原告の権原内に含まれると想定する理由はなく、そして他方で、利益に対する権原が時々、我々が通常は物的なものとして分類しない権利の要素である」と[27]。

もちろん、私法が分配的正義の実現の役割を担うべきかについては理解が分かれるところであり[28]、また仮に認めるとしても、どのような基

---

[24] Dagan①, *supra* note 1, at 31-3. この点につき、山下純司「不法行為における利益吐き出し責任」NBL937号（2010）26頁、特に28頁も参照。

[25] Dagan①, *id.* at 31；Dagan②, *supra* note 1, at 213 ～；Dagan⑤, *supra* note 1, at 348, 360. なお、矯正的正義と分配的正義の相違については、Dagan③, *supra* note 1, at 138-9；Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice in a Nutshell*, 52 U. Toronto L.J. 349, 349-52 (2002) のほか、浅野・前掲注（23）46-49頁を参照。

[26] このような理解は、伝統的な見解として「所有権の排他性」に求める立場として既に取り上げた（拙稿「（５）」北法71巻５号（2021）260頁以下参照）。

[27] Hanoch Dagan, *Just and Unjust Enrichments*, in: Andrew Robertson & Hang Wu Tang eds., The Goals of Private Law (Hart Publishing, 2009) 423, 428 n. 28.

[28] 私法において分配的正義を考慮するか否かをめぐっては、理解が分かれるところであるが、原状回復法以外の領域においてもこれを承認する立場は見られるところである。たとえば、契約法を通じた分配については、Anthony K.

準に従って資源に対する権原を配分するのが望ましいのかという困難な問題が生じる[29]。しかし、Dagan は、こうした問題を踏まえつつも、初期権原の配分が決まらないとどのように矯正するのかが決まらないとして、原状回復法における分配的正義の側面を正面から認める立場を支持している[30]。

（４）Dagan の研究の特色③――３つの評価軸の提示

第３に、原状回復法における分配における望ましさを決定する要素として３つのリベラルな価値を提示し、それを評価軸としている点を挙げることができる[31]。より具体的には、①功利主義的な「幸福（well-being）」という価値（効用の最大化）、②リバタリアン的な「支配（control）」という価値（自律性の尊重）、③共同体主義的な「共有（sharing）」という価値（他者の利益への配慮）という社会的諸価値[32]を挙げる[33]。

Kronmann, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 Yale L.J. 472 (1980)（同論文については、山田八千子「公正な分配と自由」同『自由の契約法理論』（弘文堂、2008）154頁以下が詳しい）、所有法を通じた分配については、Stephanie M. Stern & Daphna Lewinsohn-Zamir, The Psychology of Property Law (New York U. P., 2020) 115 ～がある。

[29] この点は、分配的正義論において従来最も問題とされてきた点である。もっとも、この点は、後述の第３の特色で指摘する３つの評価軸により決定されることになる。

[30] ただし、Dagan は、矯正的正義の側面に全く配慮していないわけではない点に留意されたい。というのも、Dagan は、Weinrib の見解の一部――具体的には、私法の相関性テーゼと呼ばれる考え方（Earnest J. Weinrib, *Restitutionary Damages as Corrective Justice*, 1 Theoretical Inq. L. 1 (2000)）――の重要性については認め、自身の見解の中に導入し、分配的正義と矯正的正義の融合を提唱しているからである（Dagan ②, *supra* note 1, at 224 ～. *See* also, Hanoch Dagan, *The Limited Autonomy of Private Law*, 56 Am. J. Comp. L. 809, 813 ～ (2008)）。この点は、後述に譲る。

[31] Dagan ①, *supra* note 1, at 33.

[32] なお、Dagan の「社会的諸価値（social values）」として想定されている価値には、幸福や共同体という集団的な価値のみならず、支配という個人的な価値をも含んでおり、広い意味で用いられている点に留意されたい（*See*, Dagan, *supra* note 27, at 433 n. 51）。

このような３つの価値は、『不当利得』において最初に提示されたものである。そこでは、先述のように、金銭救済は、社会的諸価値を体現するものであるとの理解に基づき、逆に、多様な金銭救済からそれらの価値を析出する作業がなされている[34]。すなわち、利益の基準のうち、公正な市場価値基準からは、①の幸福という価値[35]、正味の利益基準からは、②の支配という価値[36]、そして、不法行為法上の救済である資源保有者の被った損害の賠償基準からは、③の共有という価値がそれぞれ導かれる[37]。そのため、多様な金銭救済の中からある金銭救済を選択することは、技術的・概念的な問題ではなく、これらの競合する価値の選択の問題であるとされる[38]。

そして、これらの３つの価値を評価軸としたDaganの分析は、上記の違法行為を理由とする原状回復の場面のみならず、錯誤、事務管理、利得者が破産した場合における原状回復請求権の優先的保護など原状回

---

[33] Dagan①, *supra* note 1, at 9. なお、Dagan②, *supra* note 1, at 4 〜では、①〜③は、それぞれ「自律性（autonomy）」、「効用（utility）」、「共同体（community）」というタームが用いられている（これらの対応関係につき、Dagan②, *id.* at 214-16を参照）。

[34] Dagan①, *id.* at 9（目で見える金銭救済のヒエラルキーから、目に見えない理論的根拠のヒエラルキーを再構築することを試みる）. なお、以下の３つの価値のうち、幸福および支配という価値を析出する際に、Calabresi & Melamedのライアビリティルールとプロパティルールを分析道具として用いている（*Id.* at 14-6）が、この点（特に後者）については、後述に譲る。

[35] *Id.* at 17, 23. なお、単なる損害の賠償では、資源保有者の幸福の実現には不十分な理由は、資源の経済的価値は、あくまで将来の取引からの収入総額であり、（Daganの議論においては、《公正な市場価値が損害を上回る》という前提となっているため）侵害者との取引機会が補償された場合のみ、資源保有者の幸福は回復することになるためである（*Id.* at 17）。

[36] *Id.* at 17-9, 23-4. なお、Daganは、リバタリアンとしてRobert Nozickの考え方を念頭に置いている。

[37] *Id.* at 16-7, 24-31. Daganは、共同体主義についても詳細に述べているが、本稿の直接の関心ではないことから、ここでは立ち入らない。

[38] Dagan⑤, *supra* note 1, at 350.

復法のその他の場面においても用いられており[39]、彼の議論の特色といえよう[40]。

（５）小括

以上のように、Dagan の原状回復法研究の特色としては、①リアリズム法学の立場から原状回復法の個別の場面ごとの価値的考察、②原状回復法の分配目的の承認、③分配目的を担う原状回復法研究のための３つの評価軸――「支配」、「幸福」、「共有」という価値――の提示という３点に整理することができる。もちろん、こうした考察方法に対しては、学説において、様々な指摘がなされているものの[41]、従前の原状回復法研究とは異なる立場から検討を加えるものであるとして、注目されている。そこで次に、このような理解を前提とした上で、Dagan の利益吐き出しの根拠論について見ていくことにしよう[42]。

第２款　Dagan の利益吐き出しの根拠論の概要

（１）利益吐き出しの位置づけ――損害賠償の次元から特定履行の次元

---

[39] Dagan ②では、Dagan ①で示された分析枠組みがその他の原状回復法の場面にも拡張され、また精緻化されている。もっとも、本稿は、違法行為を理由とする原状回復以外の場面についての Dagan の分析には立ちいらず、他日を期したい。

[40] なお、Dagan は、これらの価値のうち、原状回復法により担われる最も重要な価値の一つとして、支配（自律性）を挙げるものの（Dagan, *supra* note 27, at 433 n. 51）、どれか一つの価値によって原状回復法全体を説明しようとする立場を採っているわけではない。

[41] たとえば、Weinrib は、Dagan のアプローチを従来の見解と比較し新規性があるものと評価しつつも、彼が挙げる３つの価値自体については十分な検討をしていないと指摘する（Weinrib, *supra* note 15, at 868）。

[42] なお、Dagan は、利益吐き出しの根拠論について、Dagan ①において言及しているものの、必ずしも本稿における本文の考察のように詳細に言及しているわけではない（Dagan の根拠論の不明確性については Saprai, *supra* note 16, at 522も参照）。そのため、本文の考察は、Dagan ①で参照されている文献やその後の彼の論文、さらに後続の他の研究を踏まえて、筆者なりに Dagan の見解を内在的に理解して、再構築したものである。

へ

まずDaganは、利益吐き出しをコモン・ロー系列の損害賠償（damages）と同列ないし延長線上のものとして捉えるのではなく、エクイティ系列の特定履行救済（specific remedies）の延長線上のものして位置づけることにより、その根拠付けを試みた。

もっとも、このように解すると、どのように金銭救済である利益の吐き出しを非金銭的救済である特定履行救済として捉えることができるのかという根本的な問題に我々は直面することになる。というのも、（わが国のみならず）英米法においても、損害賠償と特定履行は伝統的に峻別されており（たとえば、契約違反による第一次的な救済は損害賠償であるのに対し、特定履行は二次的な救済と理解されており、両者は峻別されてきた[43]。また不法行為法においても、損害賠償と差止命令は区別されてきた[44]）、利益吐き出しは主としてエクイティ系列に属する利益の清算により実現されてきたものの[45]、形式的な観点から見る限り、明

[43] たとえば、Sedmak v. Charlie's Chevrolet, Inc., 622 S.W. 2d 694 (Mo. Ct. App, 1981)（本判決については、藤倉皓一郎ほか編『英米判例百選（第３版）』（有斐閣、1996）226頁以下（曽野裕夫執筆）を参照）. この点については、樋口範雄「契約の特定履行――英米救済法研究のための覚書として」田中英夫編『英米法の諸相』（東京大学出版会、1980）601頁以下を参照。なお、期待利益の賠償は、受約者の契約に対して抱く主観的な利益を実現するものではない点に留意されたい（*See,* Melvin A. Eisenberg, *The Disgorgement Interest in Contract Law,* 105 Mich L. Rev. 559, 571 (2006)）。

[44] たとえば、Lucy Webb Hayes National Training School v. Geoghegan, 281 F. Supp. 116 (D.D.C. 1967)（本判決については、藤倉皓一郎ほか編『英米判例百選（第３版）』（有斐閣、1996）158頁以下（樋口範雄執筆）を参照）. この点については、樋口範雄『アメリカ不法行為法（第２版）』（弘文堂、2014）348頁以下を参照。

[45] もっとも、利益吐き出しは、エクイティ上の救済である利益の清算によってしか認められないわけではなく、コモン・ロー上の不当利得返還訴権（money had and received）により認められる余地もある。いずれによるかは、基本的には、侵害行為の訴訟原因がコモン・ロー上のものかエクイティ上のものかに依存する（ただし、知的所有権侵害は、コモン・ロー上のものであるが、歴史的な理由のために、利益の清算による）。なお、これら以外にも、エクイティ系列として擬制信託（constructive trust）により認められる場合もある。以上

らかに金銭救済であり、特定履行と見ることはできないからである。それゆえに、Dagan のように利益吐き出しを根拠付けるためには、特定履行と非特定履行を形式論（金銭によるか否か）で区別する伝統的な英米の救済法の思考枠組み（パラダイム）を転換する必要があるといえよう。

この点につき、Dagan は、今日法と経済学で一般的な分析道具となっている Calabresi & Melamed の（ライアビリティルールと対置された）プロパティルールの考え方を応用することにより上記の伝統的なパラダイムの転換を試みたと解される[46]。そこで次に、彼らの議論を踏まえた上で、Dagan がそれをどのように利益吐き出しの根拠論に応用したかを明らかにしよう。

（２）Calabresi & Melamed の議論の概要

Dagan の取り組みを理解するために、再度、Calabresi & Melamed の議論を簡単に取り上げておくことにしよう[47]。すなわち、彼らの議論は、――コースの定理[48]を応用するものであり――誰に初期権原を配分するか、また配分された権原をどのように保護するかという点を明らかにすることを試みるものである。そしてとくに後者の方法として、①プロパティルール（具体的には、差止命令が念頭に置かれている）、②ライアビリティルール（具体的には、損害賠償が念頭に置かれている）、③不可譲渡ルールの三つが挙げられていることは周知のとおりであ

については、Graham Virgo, The Principles of The Law of Restitution (2nd ed.)(Oxford U.P., 2006) 435-6を参照。

[46] Dagan①, *supra* note 1, at 14 〜.

[47] 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。また同論文についての我が国での紹介は、拙稿「（５）」北法71巻５号（2021）284頁注（505）を参照されたい。

[48] コースの定理については、拙稿「（５）」北法71巻５号（2021）284頁注（507）を参照されたい。

る[49]。Dagan は、このうち①と②に注目する[50]。

ここで①プロパティルールは、ある者に財産についての排他的な権原を与え、権原保有者の同意を得ることなしに利用することを認めず、無条件に侵害者を排除するルールであるのに対し[51]、②ライアビリティルールは、権原保有者の同意なしに権原の取得を侵害者に認めるが、その代わりに侵害者に権原の客観的に決定された価格を損害賠償として支払うことを義務付けるルールである。要するに、前者（①）の下では、権原保有者は売付選択権（put option）を有するのに対し、後者（②）の下では、侵害者は買付選択権（call option）を有するわけである[52]。

このような Calabresi & Melamed の議論は、その後の学説により、様々な観点から精緻化がなされているものの、基本的には今日のアメリカ法学（とくに法と経済学）の共有財産になっているといってよいであろう。

---

[49] なお、以上の３つのルールは理念型であり、その後の学説においても、Calabresi らの枠組みが単純すぎるとの批判が提起されている（Lauren Henry Scholz, *Privacy Remedies,* 94 Ind. L. J. 653, 660 (2019)）。そのため、上記のモデルの折衷形態の救済手段も提案されている。たとえば、プロパティルールとライアビリティルールの折衷型（Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Pliability Rules,* 101 Mich. L. Rev. 1 (2002)）やプロパティルールと不可譲渡ルールとの折衷型（Ariel Porat & Stephen Sugarman, *Limited Inalienability Rules,* 107 Geo. L.J. 701 (2019)）などが挙げられる。Dagan の見解もこのような Calabresi らの議論の精緻化の流れに位置付けることも可能であろう。

[50] 他方で、③はここでの議論とは関係しないとして、取り上げられていない（Dagan ①, *supra* note 1, at 14 n.6）。

[51] Calabresi & Melamed, *supra* note 47, at 1092（プロパティルールは、当事者の交渉を導き、そして国家は、「各当事者に、その権原がその者にとってどれだけの価値があるかを言わせて、もし買主が十分な額を提示しないならば、売主に拒否権（veto）を与える。」とされる）。訳につき、松浦・前掲注（47）に負いつつ、一部変更した。

[52] *Id.* at 1092-3. 売付選択権と買付選択権の視点からプロパティルールとライアビリティルールを説明する先行研究として、Ian Ayres, *Protection Property with Puts,* 32 Val. U. L. Rev. 793 (1998) がある。

（3）Dagan によるプロパティルールの応用

Dagan は、このような Calabresi らの議論を利益吐き出しの根拠論に応用する。もっとも、Dagan は、彼らの議論を用いるものの、従来の学説が注目していた点[53]とは異なり、プロパティルールやライアビリティルールが促進しようとする価値の側面に注目する[54]。具体的には次の通りである[55]。すなわち、先述のように、ライアビリティルールは、侵害者が事後的に賠償すれば、権原保有者の同意を得ることなしに権原

---

[53] 彼ら以後の議論においては、主としてプロパティルールとライアビリティルールの適用基準（Calabresi らによると取引費用が低い場合には①により、高い場合には②によるとされる）や両者のうちどちらが望ましい救済手段であるかを巡って争われてきた（この点につき、拙稿「（5）」北法71巻5号（2021）288頁以下を参照）が、いずれにせよ効率性という枠内での議論であった（*See,* Dagan ①, *supra* note 1, at 9）。

[54] 本文の以下の分析により Dagan の原状回復法研究の分析軸である「支配（自律性）」と「効用」という価値が析出されている。なお、以下の Dagan の理解は、Jules L. Coleman & Jody Kraus, *Rethinking the Theory of Legal Rights*, in: Coleman., Markets, Morals and the Law (Cambridge U. P., 1988) 28 〜からの示唆が大きい（同論文から示唆を得ていることについては、Dagan ①, *supra* note 1, at 15 n. 8 参照）。Coleman らの論文では、Calabresi らの分析枠組み（とりわけ、侵害者に買付選択権を与え、権利者の自律性を尊重しないライアビリティルール）が、古典的なリベラルな権利論の理解（権利とは自律性の領域を守ることであるとの理解）と矛盾するのではないかという問題意識から、その解決のあり方として——どちらか一方を放棄するのではなく——両者をともに放棄する立場を提案する（Coleman & Kraus, *id.* at 33）。すなわち、一方で、ライアビリティルールは、権利者の自律性を守ることではなく、効用の充足を目的としていることを認めつつ、他方で、権利は常に自律性の領域を守ることを意図しているわけではなく、救済手段により権利の意味・内容が決まるとする（*Id.* at 37-8）。このように、Coleman らの見解は、救済手段とそれにより保護される権利の関係が断絶されている Calabresi らの議論に対し、両者の接続が試みることで、彼らの理論枠組みの再構築を試みていると評することができる。Dagan もこのような問題意識を暗黙裡に引き継ぎつつ、自身の理論を提案しているものと思われる（なお、この点につき、Dagan ①では文献のみ言及するのにとどまるが、その後の Dagan ⑦, *supra* note 1, at 4 n.8において若干補足されており、この点も参照）。

[55] Dagan ①, *supra* note 1, at 15.

を利用する買付選択権を認める。このような救済は、権原の（客観的な）経済的価値を保護することにより、権原保有者にとっての《資源の幸福（効用）という価値》を具体化するといえる。これに対し、プロパティルールは、権原保有者に売付選択権を与えているため、権原保有者の事前の同意を得ることなしに、侵害者が無断で権原を利用することを認めない。このような救済は、権原保有者にとっての《資源の支配（自律性）という価値》を具体化するものといえる[56]。

このようなDaganの理解によれば、プロパティルールとライアビリティルールは、それらの形式（差止命令or損害賠償）ではなく、それらが促進する価値という実質（支配〔自律性〕or幸福〔効用〕）において区別されることになる。

このようなDaganの捉え方は、利益吐き出しの議論にとって重要な意味を持つ。というのも、Daganによれば、プロパティルールの意味での特定履行救済は権原保有者の支配（自律性）という価値の確保とい

[56] もっとも、このような自律性の内容として価格決定権までが含まれると解すると、Daganの根拠論は、本稿の目指す人格の商品化を否定しつつ、利益吐き出しを正当化するという方向性と相いれないように思われるかもしれない。しかし、この点は、プロパティルールとしての自律的な意思選択として権原保有者が決定できる範囲は、資源の種類によって異なり、人格的な性格の強い資源との関係では、権原保有者は、価格決定権を伴わない形で、誰に譲渡（贈与の意味でのそれ）するかを決定する権利を有するにとどまると解することで対応可能ではなかろうか（不可譲渡性の要素を入れつつ、プロパティルールの自律的な意思決定を確保する可能性については、Porat & Sugarman, *supra* note 46の議論から示唆を得た〔そこでは、代理母などの文脈で、身体の市場での譲渡可能性を認めつつも、商品化などの問題を回避するために、一定の留保権を権原保有者たる代理母に認める制限不可譲渡ルールを提案する〕）。このような理解が誤りでないとすれば、人格的な性格が強い資源が侵害された場面における利益吐き出しの根拠としてDaganの見解を用いることは可能であると思われる。なお、Porat & Sugarmannの論文については、拙稿「文化財の譲渡可能性をめぐる理論的考察――近時のアメリカ法学の議論を端緒に」松久三四彦先生古稀記念『民事法制度の構造と解釈』（信山社、2022〔近刊〕）において、文化財を素材に、若干の紹介・検討を行ったので、詳細はそちらに譲る。

う実質こそが重視され、形式は重要ではない[57]。そのため、形式から特定履行と損害賠償とを区別する伝統的な思考枠組み――こうした理解はCalabresiらの議論の前提にもなっている――は相対化されるからである[58]。そしてその帰結として、権原保有者の自律性を実現するのであれば、特定履行は、非金銭救済によって行われなければならない必然性はなく、金銭救済によっても行われる余地――つまり、《金銭による特定履行救済》という発想――が生まれるわけである。

そしてDaganは利益吐き出しをそのような金銭による特定履行救済として位置づけることでその理論的根拠付けを試みたと理解できる。具体的には次の通りである。すなわち、ある資源に対する権原がプロパティルールにより保護される場合には、権原保有者は当該資源についての自らの意思でどのように用いるかについて決定する機会（自律的な意思決定の機会）が保障されている。そのため、権原保有者は、侵害者が当該権原を自らの同意を得ることなく利用している場合には、この自律的

[57] プロパティルールが、誰にどのように、そしていくらで自己の権利を利用するかを決定する権利者の自律性を保護することは、その後の学説でも指摘されている（Claus Ott & Hans-Bernd Schäfer, *The Dichotomy between Property Rules and Liability Rules: Experiences From German Law*, 4 (1) ERASMUS L. REV. 41, 43 (2008)；Parchomovsky & Stein, *supra* note 3, at 1828〔法は、「権利者の選択が非合理的、または全く法外であるときでさえ、所有者の意思決定権限を尊重する」と指摘する〕）。

[58] なお、我が国でも、Calabresiらの議論においてプロパティルールとライアビリティルールの区別と差止と損害賠償の区別が必ずしもパラレルな関係ではないことは指摘されている。そこでは、この二つのルールの違いは、「保護を与えられている者の同意なくして財産の侵害・処分ができるか否かにあり、現実の損害賠償と差止・履行強制との間の違いにぴったり一致するわけではない。差止・履行強制の中にも責任ルールに相当するものがあるし、損害賠償の中にも差止に相当するものがある。」（森田果「法の実現手法――経済学的考察」長谷部恭男ほか編『岩波講座　現代法の動態２　法の実現手法』（岩波書店、2014）51頁、特に61頁）と指摘されていた。もっとも、具体的に、どのような救済が「損害賠償の中にも差止に相当するもの」に該当するかは明示されていなかった。この点につき、本稿で取り上げる金銭救済（利益吐き出しやプロパティルール化された填補賠償）は、これらの例に該当するものといえよう。

な意思決定の機会が侵害されており、第一次的には、差止命令によりその利用を中止させることができる[59]。しかし、侵害行為を発見した時に、すでに侵害行為が終了している場合のように差止命令が利用できず、かつ、事後の損害賠償により原状回復が困難な場合には、次善の（second best）特定履行救済が求められる。利益吐き出しは、まさにそのような救済としての役割を担うことになる。

もっとも、何ゆえ利益吐き出しがそのような次善の特定履行救済としての役割を担うことができるのかが問題となろう。この点は、プロパティルールとしてDaganが念頭に置く利益吐き出しが、権原保有者の自律的な意思決定の機会の確保という点で、Calabresi & Melamedが念頭に置く差止命令と類似の機能を果たすと解されているためである[60]。Daganによれば、以下のように説明される。すなわち、「利益〔取得〕の可能性を取り除くことは、強制的な移転を大幅に減らし、そして明白に、侵害者が――そのような回復の算定基準〔利益の吐き出し〕を前提とすると――自身の観点から無益な冒険にみえることに携わることを阻止する」と[61]。もちろん、Daganも侵害行為が発見されない可能性や権原保有者が訴訟を提起しない可能性があり、そのような可能性は、「侵害者の期待利得をゼロよりも大きくする」として、利益吐き出しでは不十分な可能性もあることは認識している。しかしながら、「原告〔権原保有者〕の損害が被告〔侵害者〕の利益よりも小さいと仮定すると、あらゆる超過利益を回復する原告の機会は、現実に侵害行為を抑止し、そして回復請求を提起する適切なインセンティヴを生む」と述べる[62]。

---

[59] Dagan①, *supra* note 1, at 16（支配という理論的根拠と結びつけられた救済手段として、予防的差止命令を挙げる）.

[60] もっとも、Calabresiらの議論においては、利益吐き出しは挙げられておらず、その意味で彼らがそれをどのように位置づけようとしていたかは定かではない（*See,* Niva Elkin-Koren & Eli M. Salzberger, *Toward an Economic Theory of Unjust Enrichment Law*, 20 Int'sl Rev. L. & Econ. 551 (2000)）。利益吐出しをプロパティルールと位置付けるか否かについてのその後の議論については、拙稿「（５）」北法71巻５号（2021）285頁注（512）を参照。

[61] Dagan①, *id.* at 18.〔　〕内は引用者による（以下、同旨）。

[62] *Ibid. See* also, Peter K. Huber, *Mistaken Transfers and Profitable*

以上を敷衍すると、次のように理解することができるであろう。すなわち、侵害行為による利益をすべて吐き出さなければならないとすると、合理的な侵害者は、侵害行為が無意味になると理解し、侵害行為に関心を持たなくなり、市場を迂回することなしに事前に権原保有者と契約を締結しようとするインセンティヴを持ち、また権原保有者も回復請求を提起するインセンティヴを持つから、侵害者の期待利益はゼロに近くなるので、こうした問題を（少なくとも法制度上は[63]）回避できると捉えている[64]。そして、このような観点から見ると、利益吐き出しも、侵害者が権原保有者と交渉するように誘導し、権原保有者の自律的な意思決定の機会を確保するという点で、差止命令と同様にプロパティルールとしての機能を果たすことができるといえ[65]、差止命令ができない場合の次善の特定履行救済として位置付けることができるというわけである。

以上の考察からは、利益吐き出しと差止命令との関係は、次のように整理することができるであろう。すなわち、利益吐き出しも差止命令も権原保有者の自律性という価値を確保するという点では一致しており、ただその方法（手段）が異なるに過ぎないこと、あるいは、差止命令は事前にその価値を確保する非金銭救済であるのに対し、利益吐き出しは、差止命令が利用できず、かつ事後の損害賠償によっては原状回復が困難

Infringements on Property Rights: An Economic Analysis, 49 La. L. Rev. 71, 105 (1988).

[63] この点につき、長野史寛「いわゆる『利益吐出し』と民法法理――侵害利得の可能性と限界を中心に」民商157巻1号（2021）88頁、特に104頁（誰に所有物を利用させるかを決める所有者の決定機会を法制度上確保する見解としてDaganを挙げる）も参照。

[64] Parchomovsky & Steinは、利益吐き出し救済の「完全なエンフォースメントは、将来の侵害者の不法侵害するインセンティヴを排除することにより、所有権を保護するであろう」と指摘する（Parchomovsky & Stein, *supra* note 3, at 1827）。*See* also, Christopher T. Wonnell, *Unjust Enrichment and Quasi Contract*, in: Gerrit De Geest ed., Contract Law and Economics (2nd ed.) (Edward Elgar Pub, 2011) 454.

[65] Dagan①, *supra* note 1, at 18. Daganによれば、「正味の利益〔の吐き出し〕は、原告〔権原保有者〕の自己領域の一部としてその権原を支配する原告の自由を実現する（vindicate）回復基準」であるとされる。

な場合に、その価値を事後的に実現する次善の二次的な特定履行救済[66]である、と[67]。

このようにDaganは、一見すると金銭救済たる利益吐き出しを従来の救済法のパラダイムを転換し、侵害されていない状態の回復が困難な場合に、利益吐き出しを二次的な特定履行救済として捉え、その根拠を権原保有者の自律的な意思の実現という点に求めることで正当化したといえる。このように理解することで、損害賠償として利益吐き出しを捉える場合に生じる不都合な点（具体的には、賠償額は被害者の「損害」に制限されること）を理論的には回避することが可能となる。そして本稿が、従来の議論とは全く異なる観点から利益吐き出しを根拠付けた見解としてDaganに注目した理由はここにある。

（4）小括

以上のように、Daganは、Calabresi & Melamedの二つの救済手段について、その形式面ではなく、それらが実現する価値という実質面に注目した。その結果、プロパティルールは権原保有者の自律的な意思を実現するのであれば、特定履行＝非金銭救済である必然性はなく、伝統的な救済法のパラダイムを相対化し、《金銭による特定履行救済》という範疇を導いた。そして、利益吐き出しは、まさにそのような救済とし

[66] ただし、後述のように、自律性を事後的に実現する救済として、利益吐き出しよりもより望ましいものがある（具体的には、プロパティルール化された填補賠償）ため、利益吐き出しは、三次的な救済手段である。

[67] なお、ここでの利益吐き出しは、Daganの提示する基準のうち「正味の利益」基準が念頭に置かれている。これに対し、侵害者が得た利益からそれを獲得するのに被った費用を控除しない「粗利益」基準については、Daganは、反社会的行動に対する社会の非難に依存する回復基準として位置付けており、後述のWeinribの私法の相関性テーゼを踏まえて、私法の枠組みの中で正当化することはできないとして当初の肯定する立場から否定する立場に改説している（Dagan②, *supra* note 1, at 225）。ただし、こうした理解に対しては、エンフォースメントが100％でないことを考慮すると、このような「粗利益」でも問題ないのではないかとの批判も見られる（Rotherham, *supra* note 1, at 581-2；Heller, *supra* note 1, at 1390 n.11）。

て位置付けられることになると解される。

第３款　本節の小括

最後に本節のまとめをしておくことにしよう。

第１に、Dagan の原状回復研究の特色は、①リアリズム法学の立場から原状回復法の個別的な場面ごとの価値的考察、②原状回復法の分配目的の承認、③「支配」、「幸福」、「共有」という価値を分配のための評価軸として提示している点の３点に整理することができることである。

第２に、Dagan は、Calabresi & Melamed の救済法の理論枠組みを参照し、利益吐き出しの根拠付けに応用することを試みた。そこでは、利益吐き出しは、権原保有者の自律的な意思を実現するという点で類似する機能を果たす、二次的な特定履行救済として正当化されることになる。

第２節　Dagan の根拠論の検討――その意義と問題点

次に Dagan の根拠論について検討する。まず、従来の議論と比較した場合の、Dagan の見解の意義について述べる（第１款）。次に、彼の見解に向けられる批判ないし問題点について確認することにする（第２款、第３款）。

第１款　Dagan の根拠論の意義

（１）新たな利益吐き出しの理論的根拠の提示

Dagan の見解の意義は、第１に、従来の議論にはなかった新たな利益吐き出しの理論的根拠を提示した点にある。すなわち、先述したように、伝統的見解は利益吐き出しの根拠として、たとえば、①不当利得の防止、②損害額算定の代替、③侵害行為の抑止、④処罰などを挙げてきた（第２章第２節）。もっとも、こうした理解は、――Dagan の理解を踏まえると――利益吐き出しを損害賠償の延長線上のものとして捉える理解に拘束されていたといえよう。これに対し、Dagan は、特定履行の意味を非金銭救済という形式ではなく、権原保有者の自律的な意思の実現という実質に求めた上で、利益吐き出しを特定履行の典型である差

止命令が利用できない場合の二次的な救済として捉えることにより、その理論的根拠を明確にしたと理解できる。

このような捉え方によれば、利益吐き出しは金銭救済の形式を採っているものの、その実質は特定履行であることから、損害賠償に付随する問題（賠償額は被害者の「損害」に制限されること）、すなわち、棚ぼた論という問題は理論的には生じないことになるであろう[68]。仮にこうした理解が正しいとすれば、利益吐き出しの――従来の２つの根拠に加えて――第３の根拠として、権原保有者の自律的な意思の実現という点が挙げられるであろう。少なくとも、このように利益吐き出しを特定履行救済として捉えようとする発想は、わが国の議論では見受けられなかった捉え方であり、――どのような形で我が国への議論に導入するかについては別途検討する必要があるとしても――応用する余地があるように思われる。

（２）Calabresi & Melamed の議論の精緻化

第２に、Calabresi & Melamed の救済法の理論枠組みを精緻化した点にある[69]。すなわち、彼らによれば、プロパティルールによる保護は、権原保有者に誰にいくらで譲渡するかを決定する権原を与えており、自律的な意思決定の機会を保障している。もっとも、このような機会保障は、侵害行為が起こる以前の事前の視点（ex ante）から見た場合には十分であるが、侵害行為が起こった（終了した）事後の視点（ex post）から見ると、不十分である。というのも、事後の救済は、損害賠償にとどまり、その賠償額は市場価格により客観的に算定されるからである。その意味で、一旦侵害された後は、プロパティルールによる保護は、ライ

[68] このような Dagan の根拠論が、その後の学説において十分に理解されているかは定かではない（たとえば、Normann Witzleb, *Justifying Gain-Based Remedies for Invasions of Privacy,* 29 (2) OJLS 325 (2009) は、Dagan の見解を参照しつつも、棚ぼたの問題を別途考慮している（at 356））が、後述する Parchomovsky & Stein, *supra* note 3, at 1845 ～はこうした理解を前提としていると思われる。

[69] この点については、Parchomovsky & Stein, *id.* at 1828 ～を参照。

アビリティルールによる保護に後退することになる[70]。

そしてこのような事後の弱い救済状況は、プロパティルールの事前の保護にも悪影響をもたらすことになる。すなわち、①権原保有者の自律的な意思決定の機会を保障する権利は無意味になり、②権原保有者は強制的な移転を甘受させられ、そして③第三者は権原保有者と交渉するインセンティヴを失う。その結果として、権原保有者の事前の保護と事後の保護の間に断絶――権利と救済手段の間の不一致――が生じることに

[70] もっとも、こうした理解に対しては、次のような批判の余地はあるであろう。

第1に、不法行為法における市場価格を基準とする填補賠償救済（ライアビリティルール）による保護は、被害者を完全に填補し、そして将来の違法行為を抑止することから、プロパティルールとしての金銭救済など不要ではないかという批判である。とりわけ、法と経済学の従来の議論において、不法行為法の最適な抑止機能が指摘されてきた点を踏まえると、そうであろう（たとえば、Hans-Bernd Schäfer & Frank Müller-Langer, *Strict Liability versus Negligence*, in: Michael Faure ed., Tort Law and Economics (Cheltenham, 2009) 3 ～ . この点については、森田果＝小塚荘一郎「不法行為法の目的――『損害填補』は主要な制度目的か」NBL874号（2008）10頁以下も参照）。この点につき、Parchomovsky & Stein は、不法行為理論による最適な抑止の達成は、事故法の領域のみ妥当し、不法侵害の場面では妥当しないと指摘する。すなわち、「損害の市場に基づく評価は、知らない人の間で事故を伴う典型的な不法行為の裁決を下すために適しているにとどまる。そのような事故をもたらす加害者は、被害者を故意に害しないであろう。加害者はこれらの被害者を事前に特定することができず、そして事前のリスクおよび将来の填補賠償の見込みを被害者と交渉することができない。」と指摘する。なお、不法侵害の中にも「事故法」の範疇に含まれるものもあるが、それらの不法侵害は典型的には善意または些細な侵害行為である、とする（Parchomovsky & Stein, *id*. at 1833-4）。要するに、ライアビリティルールの保護は、「事故法」の場面に限定され、利益吐き出しが通常問題となる、故意による侵害行為の場面では、ライアビリティルールでは、事前の保護と事後の保護を保つことはできないということであろう。

第2に、アメリカ法では、懲罰的損害賠償があり、それによりこうした問題は回避されるという批判である。しかし、これに対しても、Parchomovsky & Stein は、懲罰的損害賠償が、非常に例外的なケースにおいてのみ認められることを理由に、市場価格を基準とする填補賠償による保護には不十分な点が残っていると反論する（*Id*. at 1834-6）。

なる[71]。

このような断絶が生じる原因としては、① Calabresi & Melamed の分析枠組みは、プロパティルール＝差止命令とライアビリティルール＝損害賠償として位置づけられていること、②前者として念頭に置かれている差止命令には制度内在的な問題（たとえば、相手方がわからないと差止命令は認められない、あるいはすでに侵害行為が終了している場合には利用できないなど）があること、③②にもかかわらず、彼らは、事前救済しか扱わず、プロパティルールで保護される権利の事後救済という問題を扱っていないこと、④プロパティルールは、市場価格を基準に算定するしかないこと[72]などが挙げられるであろう[73]。

このような中において、Dagan の見解は、プロパティルールの事前の段階と事後の段階で生じる問題点を、利益吐き出しを導入することで、改善したものと評価することができるであろう。

（３）新たな救済法のパラダイムの可能性の提示

第３に、利益吐き出しの問題を超えるより一般的な問題ではあるものの、Dagan は《金銭による特定履行救済》という範疇を構想することにより、英米の救済法の伝統的なパラダイムの枠組み――損害賠償と特定

---

[71] *Id.* at 1825.

[72] *Id.* at 1838は、「Calabresi & Melamed は損害賠償をブラックボックスとして扱う。・・・彼らは、様々なタイプの損害賠償額を区別しない。そして多様な填補的な算定基準を使用するための適切な条件についても議論しない。」と指摘する。

[73] *Id.* at 1825, 1838. なお、Calabresi らも、このような断絶が生じることは予期している。しかし、この問題は、刑法の役割によって解決されるべきものと解している（Calabresi & Melamed, *supra* note 47, at 1124）。同様の指摘として、Coleman & Kraus, *supra* note 54, at 57（「プロパティルールを尊重する権原のない当事者にとっての費用が移転を課す費用を超える状況が生じる傾向がある。十分なインセンティヴがないと、権原の有しない当事者は当然に、（自分たちにとって）費用の掛からない移転の手段を選択するであろう。刑法は、プロパティルールを尊重することを誘発するために必要なインセンティヴを提供する。この意味で、刑法は、権原を有しない当事者がプロパティルールをライアビリティルールに代えることを阻止する。」と述べる）も参照。

履行を形式論で峻別する体系――を相対化し、新たなパラダイム――特定履行か否かはそれが促進する社会的諸価値（実質）の相違によると解する体系――の可能性を示した点にある。

もっとも、Dagan によれば、金銭による特定履行救済としては利益吐き出しのみが挙げられているが、権原保有者の自律的な意思の実現という点からは、利益吐き出しよりもより望ましい金銭救済があることがその後の学説により指摘されている。具体的には、後述する「プロパティルール化された填補賠償（propertized compensation）」がその例である。

（4）小括

以上のように、Dagan の見解の意義は、①特定履行という点から利益吐き出しの理論的根拠付けを試みた点、② Calabresi & Melamed の救済法の理論枠組みを補充したこと、③救済法に新たなパラダイムの可能性を指摘した点にあるといえる。もっとも、彼の見解に何ら問題がないわけではない。そこで次に、彼の利益吐き出しの根拠論をめぐる問題について見ていくことにしよう。

第２款　Dagan の根拠論の問題点①――利益吐き出しに内在する問題

（1）概要

Dagan の理解によれば、利益吐き出しは、侵害者が他人の資源を侵害し、そして一度侵害されると原状回復が困難な場合における、次善の特定履行救済と位置付けられる。もっとも、利益吐き出しがそのような救済として本当に望ましいのかについては、別途検討する必要がある。というのも、利益吐き出しには、いくつかの制度内在的な問題があるからである。以下では、このような観点から、利益吐き出しの過剰賠償・過少賠償の可能性、および高い情報費用の問題について、確認していくことにしよう。

（2）過剰賠償・過少賠償の可能性

第１に、侵害者の利益は、資源を侵害された権原保有者の希望価格を反映しておらず、またそれはその価格に近付けようともしていないという批判である[74]。すなわち、利益吐き出しにおいては、侵害者にとって

の利益と権原保有者にとっての損害との間に何らの関連性がなく（これらの利益および損害は通常一致せず、また仮に一致するとしても、それは偶然の結果にすぎない）、過剰賠償または過少賠償の可能性が常に存在するということである。

このような観点から見ると、利益吐き出しは、もう一つの金銭による特定履行救済（プロパティルール化された填補賠償）ほど自律的な意思を実現する救済として望ましくないかもしれない。

もちろん、利益吐き出しが完全に有効に機能すれば（侵害行為が常に発見され、そして完全なエンフォースメントが実現できるならば）、合理的な侵害者は侵害行為を行わないため、このような可能性は極めて例外的になりうるであろう（その限りで、プロパティルールの目的は実現される）[75]。

しかし、現実の侵害者が常にそのような合理的な人であるとは限らず、また侵害行為が常に発見されるとは限らない（たとえば、知的所有権侵害やプライバシー侵害の場合には常にそのような点が指摘されてきた[76]）。このような場面まで考慮すると、利益吐き出しが、常に権原保有者の自律的な意思を実現するとは限らず、一定の留保が必要となるであろう。もっとも、ここでの利益吐き出しは、あくまで本来の特定履行に代わる次善の救済であるから、完全に本来の特定履行と同一の機能を果たさなければいけないというものではなく、それに近い帰結を導くのであれば十分であるとも考えられる。そうであれば、上記のような問題があるからといって、Dagan の利益吐き出し根拠論は当然に否定されるものではないといえよう。

（３）高い情報費用の問題

第２に、吐き出すべき「利益」の算定が困難なために情報費用が高く

---

[74] *Id.* at 1845.

[75] *Id.* at 1827.

[76] たとえば、Sirko Harder, *Gain-Based Relief for Invasion of Privacy*, 1 Dictum-Victoria Law School Journal 63 (2011)；Craig Rotherham, *Deterrence as a Justification for Awarding Accounts of Profits*, 32 (3) O.J.L.S. 537 (2012).

なるという批判である[77]。具体的には、①利益吐き出しを求めるためには、権原保有者は、侵害者の利益を特定する証拠を提示する必要があり、そしてその証拠は侵害者の私的な情報に依存するが、それを入手するには費用がかかるし、また確証する（verify）には費用が掛かること[78]、また②権原保有者は、侵害者の利益と侵害行為との間の因果関係を立証する責任を負うこと[79]、が挙げられる。もっとも、この点は、利益吐き出しの要件および効果の議論を詰めて、ルールを明確化することにより部分的に緩和される余地はあるかもしれない。

（4）小括

このような利益吐き出しの問題点は、利益吐き出しのエンフォースメントの確率を下げ、そして侵害者の期待吐き出し額を減らす（結果的に、侵害行為へのインセンティヴを侵害者に与えることになる）[80]。それゆえに、利益吐き出しは、（現実には）権原保有者の自律的な意思を完全に実現するといえるかは検討の余地があるといえる。しかし、いずれもDaganの根拠論を完全に否定するものとまではいえない。もっとも、こうした利益吐き出しの問題を踏まえて、別の金銭救済が提案されている。それがプロパティルール化された填補賠償である。以下では、利益吐き出しの位置づけを明らかにするために、この救済手段について見ていくことにしよう。

第3款　Daganの根拠論の問題点②――他の金銭救済の可能性

（1）プロパティルール化された填補賠償の概要

このような利益吐き出しの制度的な問題点について、仮に要件論および効果論を再構成することで回避可能であるとしても、未だ次善の特定履行救済として利益吐き出しが望ましいといえるかについては、もう一つの問題を検討する必要がある。それは、権原保有者の自律的な意思を

---

[77] Parchomovsky & Stein, *supra* note 3, at 1845.

[78] Dagan②, *supra* note 1, at 275.

[79] *Ibid.*

[80] Parchomovsky & Stein, *supra* note 3, at 1827.

実現する他の（より望ましい）金銭救済があるのではないかという問題である。この点につき、プロパティルールとしての金銭救済である利益吐き出しの代わりとして、Gildeon Parchomovsky と Alex Stein が提案して「プロパティルール化された填補賠償（propertized compensation）」いう金銭救済が注目される[81]。

この金銭救済は、《侵害行為以前に交渉していたなら権原保有者が第三者に要求した希望価格を事後の金銭賠償の算定基準として採用する方法》である。たとえば、市場価格では1000ドルであるが、権原保有者自身の希望価格では2000ドルの物を他人が無断で利用した場合には、通常のライアビリティルールでは1000ドルの損害賠償に制限されるが、プロパティルール化された填補賠償では2000ドルの損害賠償が認められる。このような救済手段は、権原保有者の自律的な意思の実現という観点から見ると、より望ましいといえる。というのも、この方法は、事後の保護（金銭救済）を事前の保護水準と同一まで高めることができ、価格設定者（price maker）としての権原保有者の立場を復活させ、任意の交換において事前に受け入れることに同意したであろう額を回復する資格を権原保有者に与えるからである[82]。要するに、この金銭救済は、権原保有者の売付選択権を事後の金銭救済の場面でも完全に保障するものである[83]。

---

[81] *Id.* at 1826, 1839-45. なお、Parchomovsky & Stein の議論は、不法侵害（trespass）の場面を念頭に置かれているものの、それに限定されるものではなく、「権利と救済手段との間に不一致が存在する」場面一般に広く妥当するとされる（*Id.* at 1862）。Parchomovsky らの議論については、Eric R. Claeys, *The Right to Exclude in the Shadow of the Cathedral: A Response to Parchomovsky and Stein*, 104 Nw. U. L. Rev. 391 (2009) も参照。

[82] *Id.* at 1826。それゆえに、彼らは、このような救済手段が、利益吐き出しよりも優れていると指摘する。もっとも、利益吐き出しをプロパティルールとしての事後的な金銭救済の一つとして完全に否定するものではないことは後述する。

[83] なお、権原保有者の自律的な意思を実現する填補賠償は、上記の方法に限られるものではない。たとえば、吉田・前掲注（1）の説く、福島原発の自主避難者の損害賠償の算定基準として《転居に即した損害賠償》という手法が挙げられる。このように、ここでの問題は、権原保有者の自律的な意思決定に即し

（2）プロパティルール化された填補賠償の問題点

このように、プロパティルール化された填補賠償は、権原保有者が侵害者に自己の財産を使用することを認めるために侵害行為以前に受け入れたであろう額に等しく、権原保有者の自律的な意思の実現という点からは、利益吐き出しよりも望ましいといえる。

もっとも、このような救済手段にも問題がないわけではない。というのも、この救済手段を用いるためには、事後の金銭救済を求める場面において、権原保有者は事前に交渉していたら侵害行為の対価として受け入れることに同意したであろう額を立証しなければいけないが、現実の訴訟ではそのような立証は大きな困難を伴うからである。その原因として、①事前に交渉していたら権原保有者が受け入れたであろう額は、観察可能でもないし、また確証可能でもない私的情報に根拠付けられること、また②侵害行為後に権原保有者にどれくらいの額を請求したであろうかを尋ねても、その時点では、権原保有者はその希望価格を過大に述べる強いインセンティヴを有するため、正直な応答を生まない傾向があることが挙げられる[84]。これらの事情のために、事後の訴訟の場面において、事前に交渉していたら要求した価格という仮定を立証することは困難を伴うわけである。

（3）改善策と利益吐き出しの位置づけ

もっとも、こうした問題に対しては、Parchomovsky & Stein は、証明責任の転換ルールを利用する手法のほかに[85]、以下のような推定ルールにより解決する余地があることを指摘する。すなわち、賃貸借や売買

た形での損害賠償をどのように実現するか、またその際にプロパティルールに近づけるために市場以外の基準として何に求めるかという点にあるといえよう。

[84] Parchomovsky & Stein, *supra* note 3, at 1841. 彼らは、「所有者の希望価格（asking price）は、私的に確証できない（nonverifiable）情報である。事実審理のときに、不法侵害が起こった後の所有者の希望価格に関する十分な証拠は存在しない。そしてその問題に関する所有者の証言は信頼され得ない。というのも、所有者は自己の填補賠償額を上げるために、その真の価格を隠す本質的なインセンティヴを有するからである。」とも述べている（*Id.* at 1825）。

[85] *Id.* at 1842.

のために権原保有者が財産の侵害行為以前に設定していた価格から要求価格（asking price）を推定する手法である。

このような事前の評価は、裁判所の前での権原保有者の証言（testimony）よりも信頼に値すると指摘する。その理由として、上記の場面で示さる評価価格は、現実または熟慮された取引の文脈で決められたからである。もちろん、権原保有者は、一般的可能性として将来の不法侵害を予見し得るし、そして戦略的に将来に自己の財産を不法侵害する者から高い填補賠償を得るために高い価格を設定し得る。しかし、法外な賃料や売買価格を設定し、要求することは、通常は、権原保有者の利益に反するとされる。というのも、その予測した不法侵害は、現実化するか否かは不明であり、またその間に、権原保有者の過剰に高く設定した価格は、現実の世界のより良い取引を抑制することになり、権原保有者はこのような戦略を通常採用しようとは思わないからである[86]。そして、この推定に反証するためには、侵害者は、権原保有者（所有者）が故意に自己の事前価格を過大に述べたとの証拠の優越により証明する必要があるとされる[87]。

それゆえに、Parchomovsky & Stein によれば、プロパティルール化された填補賠償は、権原保有者が侵害行為以前の価格を証明することができる場合のみ、認められることになり[88]、利益の吐き出しは、そのような証明が全くできず、プロパティルール化された填補賠償が認められない場合の――不完全ではあるものの――代替手段として位置付けられ

[86] *Id.* at 1841. Parchomovsky らは、この点をシグナリングの観点から論証する。すなわち、事前に要求した価格は「費用の掛かるシグナル（costly signaling）」――換言すると、事後の侵害行為の場面を想定して、事前に要求する価格を高めに設定すると、事前の場面で交渉不成立のリスクを負うことから、法外な額を要求するインセンティヴがない――であるから、信頼できるものの、事後に述べる価格は「チープトーク（cheap talk）」――偽証罪の可能性はあるものの、その立証は困難であることから、ほぼコストフリーである――になるから、信頼できないと論じる（*Id.* at 1841）。

[87] *Id.* at 1826. 侵害者の証拠が説徳的な場合には、裁判所は、権原保有者の主観的価値を基準とする填補賠償額を認める。

[88] *Id.* at 1844.

ることになる[89] [90]。

---

[89] *Id.* at 1828. このように、Parchomovsky らは、不法侵害の文脈における、プロパティルールとしての金銭救済――具体的には、①プロパティルール化された填補賠償と②利益吐き出し――を説くものの、ライアビリティルール――市場価値に基づく填補賠償――を完全に否定するものではない。具体的には、３つの場面において、例外的に利用することを許容する（*Id.* at 1850 ～）。以下では、この点につき確認しておくことにしよう。

第１に、嵐で船が流されることを阻止するために、船の所有者が他人の波止場に無断で停泊した場合などのように、緊急避難の状況下で不法侵害が生じた場合である。このような場合には、迅速な行動が要求されるため、救助者は所有者に接近する時間を有さず、事前の任意の交渉をすることは期待できないため、例外的な取扱いが正当化される。なお、このような例外を認めても、緊急避難的な状況は稀であり、また不動産を市場評価以上に評価している所有者は少ないため、所有制度全体に大きな影響を及ぼさず、また不動産所有者にも現実の損害をもたらさないとする（*Id.* at 1851-2）。なお、Dagan もこの点につき同様の扱いをしている（Dagan ①, *supra* note 1, at 81-2）。

第２に、食品偽装の疑いのある企業を取材するために、身分を偽ってレポーターが潜入取材した場合のように、マスメディアが報道のために不法侵害を行なった場合である。このような場合にも、例外的な取扱いが正当化される。その根拠としては、①報道される企業は、通常、レポーターに立ち入ることを認めないため、事前に交渉することは困難であることに加えて、②調査報道は社会的に有益な活動であり、重い責任を課すと公衆にとって重要な情報が減ること、そして③不法侵害により所有者の不動産への損害は典型的には少ないことが挙げられる。なお、こうした情報の開示により、企業は多大な影響を受け、膨大な損害を被るが、これは不動産の所有権（排他権）の侵害から生じるものではなく、その開示から生じたものであるとして、区別する（Parchomovsky & Stein, *supra* note 3, at 1852-57）。

第３に、自分の土地上に建物を建設したところ、その建物の一部が境界を超えて隣人の土地上であり、そしてそのことを知らなかった場合など、侵害者が善意で他人の不動産を侵害した場合である。Parchomovsky らは、侵害者が善意かつ無過失の場合については、例外的な取扱いが正当化されるとする。その根拠としては、①過失のない善意の侵害者は、市場を迂回しようと試みたわけではないこと、②これらの侵害者は隣人の所有権のインテグリティを傷つけようとしなかったこと、③このような場合に、プロパティルール化された填補賠償を支払うことが強制されると、境界線に関する情報の取得等に過大な費用を被ることになることが挙げられる（*Id.* at 1857-59）。

（4）小括

本款の考察からは、①利益吐き出しは、制度内在的な問題のために、権原保有者の自律的な意思を完全に実現するといえるかは検討の余地があること、そして②①の問題を踏まえると、プロパティルール化された填補賠償のほうが権原保有者の自律的な意思の実現という点からは望ましい事後的な金銭救済であるということが明らかとなった。その結果として、利益吐き出しは後者に次ぐ第３の特定履行救済として位置づけられることになるであろう。

第４款　本節の小括

最後に本節のまとめをしておくことにしよう。

第１に、Dagan の見解の意義として、①利益吐き出しを権原保有者の自律的な意思の実現という意味での特定履行救済として正当化することにより、従来の利益吐き出しの根拠論とは異なる観点から正当化したこと、② Calabresi & Melamed の理論枠組みを精緻化したこと、③英米法において救済法の新たなパラダイムの可能性を示唆したことの３点を挙げることができる。

第２に、このような Dagan の見解には、利益吐き出し内在する制度的な原因に起因する問題から起因する権原保有者の自律的な意思を完全に実現できない可能性や権原保有者の自律性の実現という点から望ましい金銭救済の可能性（具体的には、Parchomovsky & Stein のプロパティルール化された填補賠償）があることなどが明らかになった。

なお、第２のように述べたとしても、Dagan の研究の意義が下げられるものではない。というのも、Parchomovsky らの指摘が仮に正しい

---

[90] こうした観点から見た場合、プロパティルールとしての金銭救済として、懲罰的損害賠償を用いる余地もあり得ないわけではない。しかし、Parchomovsky らによれば、懲罰的損害賠償は、プロパティルール化された填補賠償や利益の吐き出しに劣後すると指摘する。その理由としては、①事後の視点から見た場合、懲罰的損害賠償は、所有者の排他権を回復しようとする救済手段としての性格をもっていないこと、そして、②事前の視点から見た場合、懲罰的損害賠償は、システマティクに不法侵害を過小に抑止することの２点が挙げられる（*Id.* at 1859）。

としても、彼らの見解はDaganの研究が存在したからこそ出てきたものであるともいえるからである。また、利益吐き出しが権原保有者の自律的な意思の実現を阻害する原因は、要件論および効果論にある。しかし、従来のこれらの議論は、理論的根拠を十分に検討して、それとの関係で一貫して構築されてきたとはいえない。それゆえに、理論的根拠と要件論および効果論を接続した議論をすることにより、利益吐き出しにより権原保有者の自律的な意思を実現する余地はいまだ残されているように思われる。もっとも、要件論および効果論については、次章で扱うこととする。

第３節　Daganの根拠論の適用場面の考察――ヒト由来物質の無断利用問題との関係

本節では、Daganの利益吐き出しの根拠論が妥当する場面について検討することとする。以下では、まず資源の種類により認められる金銭救済に差異が生じる原因について彼の基本的な考え方を説明する（第１款）。次に、具体的な資源ごとの彼の全般的な考え方を紹介した上で、彼の考え方の問題点を指摘する（第２款）。最後に、本稿の直接の考察目的であったヒト由来物質の無断利用の問題についての彼の考え方を取り上げる（第３款）。

第１款　Daganの基本的な考え方

（１）資源に与えられる社会的意味の違い

Daganは、現在のアメリカの判例の立場を前提とした上で、資源の種類により、利益吐き出しが認められるものと認められないものがある理由を明らかにすることを試みる。

この点につき、Daganは、資源が奪われた場合に資源保有者が被る損失の意味が、一律に同じではなく、資源の社会的意味の重要性によって異なると説く[91]。そしてこのような観点から、資源を（a）人格的な繋

[91] Dagan①, *supra* note 1, at 40-49, 63-70；Dagan④, *supra* note 1, at 134-139；Dagan⑦, *supra* note 1, at 10-14. ここでの「社会的意味」とは、資源の連続体

がりが強い性格の資源、(b) 人格的な繋がりが中間的な性格の資源、(c) 人格的な繋がりがない資源の３つに大別し、それぞれの資源が不正利用された場合に認められる金銭救済の一般的な基準を提示する[92]。具体的には、(a) の資源の不正利用は、単なる金銭的な損害にとどまらない自我の喪失を伴うとして、権原保有者の自律性を確保する利益吐き出しが求められる。また (b) の資源の不正利用は、権原保有者の幸福 (効用) を確保する公正な市場価値で足りる。そして (c) の資源の不正利用は、手段の不適切性がある場合を除き、責任を惹起しないとする[93]。

このように、Dagan によれば、利益吐き出しは、(a) の権原保有者と資源との人格的な結びつきが強い資源に限定されることになる。こうした理解は、先述の彼自身の利益吐き出しの根拠論から導かれることとなる。というのも、彼によれば、利益吐き出しは、市場において容易に入手できない資源のように、客観的な市場価格による損害賠償によっては原状回復ができない資源の侵害の場面において必要となる一方で、市場で入手が可能な資源のように、市場価格による損害賠償によって原状回復が可能なものについては利益吐き出しを認める必要はないからである[94]。

が単に保有者の主観的感情により決まるものではなく、そうした所有者の自我が投下されるものであることが当該社会において期待されるか否かにより決まるという意味であると思われる (*See*, Dagan ④, *id*. at 137, n.90)。

[92] Dagan ①, *id*. at 71.

[93] このような Dagan の理解は、救済法から所有法に目を転ずると、所有法の多元化を志向する立場として位置付けることができる。そして、このような立場は、その後の Dagan の研究において提示されている (*See*, Dagan ⑦, *supra* note 1, at 17 〜. この点については、拙稿・前掲注 (56) でも若干言及した)。

[94] Clabresi & Melamed の言葉を用いると、利益吐き出しは、ライアビリティルール (損害賠償) によっては原状回復できない文脈で認められることになる。このことは、権利者が侵害された物に対する主観的価値が客観的価値を超える場面に収斂されることになり、通常そのような物は人にとって一定の思い入れのある資源や人と密接不可分な資源になるといえよう。なお、プロパティルールが、所有者が特別に思い入れのある物 (愛着財) ――客観的価値を上回る主観的価値を持つもの――について適切な法の実現手法であることについては、森田・前掲注 (58) 62頁も参照。なお、愛着財について所有者の主観的価値と

このような理解を前提とすると、各資源が上記の（a）～（c）のいずれの性質を有するか否かが重要となる。そのため、彼は、各資源の社会的意味に留意しつつ、その性質を明らかにすることを試みる。もっとも、この点を考察する前に、彼の見解と従来の先行研究との関係について一言述べておくことにしたい。

（２）Dagan の見解の位置付け――先行研究との関係

ところで、このような Dagan の理解は、アメリカ法学における人と物との関係を再考する近時の所有理論を彷彿するように思われる[95]。たとえば、我が国でもすでに紹介・検討されている人格的所有理論を提唱した Margaret Radin は、市場における譲渡可能性（商品化可能性）を当然の前提とする伝統的な所有権観に批判的検討を加え、どこまで市場取引ないし商品化が許されるべきかという視角から、ヘーゲルの人格権論を応用し、人格の投影としての所有権として人格的所有物（たとえば、生殖能力、性的サービス、子どもなど）の取引の自由を制限する理論を提唱した[96]。このような Radin の理解は、物について代替物と不代替物の区別という視角を提示するものであり、とりわけ現代社会における後者（不代替物）の特別の取扱いを要求するものであった。

もっとも、このような区別は、事前の段階では一定の考慮がなされてきたものの、事後の救済の段階になると必ずしも十分に考慮されてこなかった。というのも、事後の段階では、金銭賠償によらざるを得ないが、その算定基準は市場以外になく、結局、両者の区別は貫徹できていなかっ

客観的価値の不一致が生じることは、行動経済学の議論において示されているところである（この点については、さしあたり、Stern & Lewinsohn-Zamir, *supra* note 28, at 22 ～を参照）。

[95] Dagan も自身の考え方を補強するものとして、次述の Radin の人格的所有理論やそれを実証する Dittmar の社会心理学研究（Helga Dittmar, The Social Psychology of Material Possessions: To Have Is to Be (Palgrave Macmillan, 1992)）を挙げている（*See*, Dagan ①, *supra* note 1, at 41；Dagan ④, *supra* note 1, at 134 ～）。

[96] たとえば、Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 Stand. L. Rev. 957 (1982).

たからである（この点につき、従来、批判法学においては金銭賠償主義に対する批判の一つとして商品化問題が説かれてきたものの[97]、それに代わる基準がないことが指摘されてきたことを想起されたい）。これに対し、Dagan の見解は、Calabresi & Melamed のプロパティルールの再解釈を通じて――Radin とはアプローチ方法は異なるものの――、彼女が示した価値判断と同一のそれを救済法において実現したものと理解できる。というのも、Dagan は、事後の金銭救済の場面においても、市場以外の基準（侵害者が得た利益）を用いることで、事前の段階で認められた権原保有者の自律的な意思を実現することを理論上可能にしたからである。

以上を踏まえた上で、各資源の性質に関する彼の理解を見ていくことにしよう。

第２款　Dagan の各資源に関する考察――全般的な理解

（１）人格的な繋がりが強い資源

まず人格的な繋がりが強い資源について見ていくことにしよう。具体的には、①アイデンティティ、②身体、③土地、④名誉・尊厳、⑤著作権が挙げられる。Dagan によれば、これらの資源の不正利用を理由として、利益吐き出しが認められる。それぞれの資源の性質についての彼の理解を示しておこう。

①～③は、人格的な繋がりが強いことが「比較的明白なケース」として位置付けられる[98]。すなわち、①アイデンティティは、単なる私の人格の反映ではなく、私その者であり、他人のなりすまし行為から、十分に保護されることが多くのコミュニティにおいて期待され得る[99]。また②身体は、自我と結びついており、我々が最も支配したい資源であると

[97] この点は、さしあたり、阿部昌樹「法的思考様式と日常的道徳的意識――不法行為法における金銭賠償の原則をめぐって」棚瀬孝雄編『現代の不法行為法――法の理念と生活世界』（有斐閣、1994）23頁、特に27頁以下を参照。

[98] Dagan ①, *supra* note 1, at 63.

[99] *Id* at 64.

し[100]、一般的に人の身体の一部を売却するようなケースであれば、利益吐き出しが認められるとする[101]。③土地は、アメリカ人にとっては、個人の自由、地位、そして権力と密接に結び付けられており、アメリカ人の自我の象徴として位置付けられるとし、所有者のアイデンティティとの結びつきが強いとされる[102]。

次に①～③と比べ、資源の社会的意味を正確に位置付けることが困難としつつ、この類型に位置づけられる資源として④名誉や⑤著作権が挙げられる。すなわち、④名誉については、人格的な要素が強く、その侵害は、より強い保護が要求される[103]。また⑤著作権は、知的所有権の中では、人格的な性格が最も強いとする[104] [105]。

---

[100] *Ibid.*

[101] *Id.* at 98. ただし、Moore 事件のような医学研究との関係では、自身の理論枠組みには入りきらない問題があるとする（後述）。

[102] *Id* at 64-5. Dagan は、資源の社会的意味の違いを重視するため、不正利用の方法（たとえば、無断使用によるか、無断処分によるか）については重視しない（この点につき、Dagan ⑤, *supra* note 1, at 352を参照）。

[103] *Id.* at 65. そのため、Dagan は、アメリカの判例における名誉毀損を理由とする利益吐き出しへの消極的な状況（この点は、拙稿「（４）」北法71巻３号〔2020〕199頁以下を参照）に対して批判的な立場を示している（*Id.* at 92）。このように、Dagan の原状回復法研究は、基本的には、アメリカ法における原状回復法の現状を正当化する記述理論としての側面が強いが、将来の法発展を指し示す規範理論としての側面も有しているといえる（Dagan ②, *supra* note 1, at 212）。いわく、このように「人々の名誉および尊厳の侵害を伴う原状回復ルールの私の説明が、競合する見解の間で決着をつけ、そして一定の従来の知見を批判するためのその理論の可能性の譲歩としてより明白に提示されるべきである。」とされる（*Id.* at 212 n.11）。

[104] *Id.* at 66. ただし、利益取得に侵害者の能力・才覚もあることが多いため、それらを考慮した配分がなされることは認めている。

[105] なお、Dagan は、信認義務違反の場面についても利益吐き出しを肯定する立場を原則として支持するが、資源の不正利用という枠組みからは説明しにくいため、ここでは立ち入らない（詳しくは、Dagan ②, *supra* note 1, at 237-8を参照）。

（2）人格的な繋がりが中間的な性格の資源

次に、人格的な繋がりが中間的な性格の資源について見ることにしよう。具体的には、⑥特許、⑦人格の商業的属性（パブリシティ権）、⑧商標、⑨動産が挙げられる。これらの資源の不正利用を理由として、利益吐き出しは原則として認められない。それぞれの資源の性質についての彼の理解を示しておこう。

まず⑥特許は、著作権とは異なり、特殊なニーズを満たすための純粋な功利主義的な解決策にとどまり、人格的な特色を有しないとされる[106]。⑦人格の商業的属性は、その利用が原則として、原告の尊厳を害することなしに可能であるため、人格的な性格は弱いとされる[107]。それゆえに、特許権侵害や純粋なパブリシティ権侵害では利益吐き出しは認められない。⑧商標は、――その社会的意味が曖昧であることもあり――商標の保有者の商事的同一性の象徴としてみなさる場合と責任商標や商標を伴った商品の象徴としてみなされる場合を分けたうえで、前者の場合は商業的な属性を伴う人格的な要素として扱い、⑦と同等の扱いが望ましいとするのに対し、後者の場合は、人格的な要素はないものとする[108]。

⑨動産は、多くの大量生産されるため、功利主義的な目的のためにのみ役立つとし、人格的な要素が弱いとする[109]。もっとも、動産であっても、文脈によっては人格的な性格を強く帯びる物もあるとして例外の余地を認める（たとえば、指輪は、愛する者にとっての意味と宝石細工にとっ

---

[106] *Id.* at 66-7；Dagan ②, *supra* note 1, at 232 ～. ただし、著作権と特許を性格において峻別する二分論に対しては、技術的発明も、個人の独創性から、人格的な性格を備える余地を残しているとして、Dagan は一定の留保を付している点に留意されたい（Dagan ①, *supra* note 1, at 67）。

[107] Dagan ①, *id.* at 66. ただし、Dagan は、不正利用の類型によって異なる金銭救済の適用の余地を認める。すなわち、単なる人格の商業的な不正利用の場合には、権原保有者の品位を落とすことにはならないため、公正な市場価値で足りるのに対し、品位を落とすような不正利用の場合には、支配の要素が重視され、利益吐き出しが認められるとされる（*Id.* at 95-6）。

[108] *Id.* at 68-69.

[109] *Id.* at 69.

ての意味は異なる）[110]。

（3）人格的な繋がりがない資源

最後に、人格的な繋がりがない資源について見よう。具体的には、⑩営業秘密や⑪契約などが挙げられる。これらの資源の不正利用を理由としても利益吐き出しは、認められないとされる。それぞれの資源の性質についての彼の理解を示しておこう。

まず⑩営業秘密は、情報の所有というより、行為規制の側面の方が強く、それは保有者のアイデンティティとの結び付けが最も弱いとする[111]。

次に⑪契約も⑩と同様に、人格的な性格が弱いとする。そのため、契約違反を理由とする利益吐き出しを原則として否定する伝統的ルールは望ましいとする[112]。すなわち、商事財産を給付の目的とする契約違反において利益吐き出しが否定されるのは、それが、道具的目的のために保有され、そしてそれゆえにそれらの保有者（受約者）のアイデンティティの構成要素ではない道具的な資源のためである（そのため、受約者の経済的立場の保持を要求する救済で足りる）[113]。

---

[110] *Id.* at 46.

[111] *Id.* at 69, 101.

[112] *Id.* at 69；Dagan ④, *supra* note 1, at 137-39；Dagan ⑤, *supra* note 1, at 355. なお、Dagan は、契約違反による利益吐き出しに対する否定的評価について、『不当利得』で示された資源の不正利用とは異なる枠組み、すなわち、契約制度の目的という視角からも検討を加えており、そこでも同様の否定的評価が導かれている（ただし、契約当事者達の間で利益を分け合うという形での処理を提案する）。すなわち、道具主義的な見方よれば、契約の余剰を最大化することが契約法の目的となり、契約違反による利益吐き出しに対して抵抗することになるとする。これに対し、契約当事者達の協調関係を重視する連帯主義的な考え方によれば、契約当事者達は、お互いを保護し、そしてお互いに配慮することが要求され、（両当事者は、相手方の利益を優先することまで要求されないものの）少なくとも私欲を追求することは抑制されなければならない。このような理解からは、契約違反による利益は、当事者間で分け合うことが求められると結論付ける（Dagan ⑤, *id.* at 357-59；Dagan ④, *id.* at 147-52）。

[113] もっとも、例外として、土地などの特殊財産を給付の目的とする契約の場

（4）問題点

こうしたDaganの理解に対しては、以下のような問題が残されているように思われる。

第1に、保有者のアイデンティティと資源の関係が金銭救済の回復基準を決定する際の重要な役割を果たすというDaganの理解に対しては、それ以外の事情（制度的な理由、手続的理由、証拠上の問題）も結論に影響している可能性もあるのでないかという疑問である[114]。この点については、Dagan自身も一般論としては認識しているものの[115]、十分に個別の資源の考察においては考慮されていない。たとえば、Daganの理解では、土地と特許とでは、土地の方が人格的な繋がりが強いとされているが、アメリカにおいて特許権侵害による利益吐き出しが否定されたのは、利益算定における訴訟における煩雑さを回避するためであり、必ずしも人格的なつながりの強弱から結論が導かれているわけではない。このようなその他の事情も加味するならば、土地と特許の間で人格的な繋がりで差が生じることには疑問が生じることになるであろう[116]。

第2に、Daganの見解からは、裁判所が金銭救済を認める際に侵害者の主観的態様を考慮していることを説明することができないという点である。Daganによれば、裁判所は、不法侵害において侵害者が悪意ならば、粗利益を認めるのに対し、善意ならば、公正な市場価値と正味の利益のうちより高い方を認めるとされる[117]。しかし、このような金銭救済の違いは、Daganの見解からは、説明することは困難となる。というのも、彼の理解によれば、金銭救済の相違は、資源の社会的意味と社会経済エートスの2点に求められ、侵害者の主観的態様などといったそれ以外の事情は考慮要素にはならないはずであるからである[118]。もっ

合については、それが権原保有者（買主）のアイデンティティと結びつきがあるため、利益吐き出しが認められるとして、従来の判例の立場を正当化する（Dagan④, *id.* at 139）。

[114] Rotherham, *supra* note 1, at 581-2；Meier, *supra* note 1, at 420.

[115] Dagan①, *supra* note 1, at 15-16.

[116] Heller, *supra* note 1, at 1391.

[117] Dagan①, *supra* note 1, at 74.

[118] Heller, *supra* note 1, at 1392.

とも、この点は、別の要請（具体的には、侵害者側の信頼保護）から考慮された結果として見ることができよう。

第３に、資源の社会的意味の理解の仕方が一面的な側面があるのではないかという疑問である。具体的には、土地について、Dagan は、常に人格的な資源に該当するとするものの、人格的な資源に該当するか否かの判断は、それらが置かれる文脈も考慮する必要性があることは我が国でも指摘されているが[119]、土地についても、商事財産としてのそれと居住用のそれでは異なる取扱いをする必要性も残されているように思われる[120]。

第４に、人格的な性格の強い資源のうち十分に扱われていない資源が未だあるという点である。具体的には、プライバシー侵害が挙げられる。この点につき、Dagan は、利益吐き出しを肯定する見解に「法が、自己の人格（person）に関する真の情報の頒布を支配する個人の権利を承認する限り、そのような権利の侵害から生じた利益の原状回復は、認められるべきである。」として同調しつつも、合衆国憲法修正第１条の表現の自由との関係でプライバシー侵害の不法行為が否定されることが多いとして、適切な救済手段を論じる必要性はないとして詳細に検討していない[121]。しかし、先述したように、表現の自由と関係する場面について、アメリカ法学においても、プライバシー侵害を理由とする利益吐き出しを肯定する見解や立法は見られるし[122]、また表現の自由と関係しない形でプライバシー侵害が問題となる場面（たとえば、個人情報の無断利用）もあり、少なくとも今日においては、検討する必要はあろう[123]。

---

[119] この点につき、今野正規「マルセル・モース『贈与論』における所有」『インド･南アフリカ財産的情報研究Ⅱ』（関西大学法学研究所研究叢書第51冊）（2014）21頁、特に62頁参照。

[120] もっとも、Dagan もそのような考慮の余地があることを認識していないわけではないが、考察の対象からは外されている（Dagan ①, *supra* note 1, at 65 n.54）。

[121] Dagan ①, *supra* note 1, at 90 n.92.

[122] この点につき、拙稿「（４）」北法71巻３号（2020）197頁以下参照。

[123] 現に、データ侵害の場面において、利益吐き出しを提唱する見解が近年登場している。たとえば、Scholz, *supra* note 49；Bernard Chao, *Privacy Losses*

もっとも、これらの問題点は、Dagan の見解についてより精緻化する余地が残されていることを示唆するにとどまり、根本的な欠陥とまでいうことはできないであろう。

第３款　Dagan のヒト由来物質の無断利用問題に関する考察

（１）概要

先述のように、Dagan の理解によれば、自律的な意思の実現としての利益吐き出しは、人格的な性質の強い資源との関係で認められるものであり、そしてそのような資源の例として身体が挙げられる。もっとも、Dagan は、『不当利得』では、Moore 事件で問題となった医師による患者の組織の無断利用という具体的な問題については直接には議論の俎上に載せていない[124]。しかしながら、その後の『原状回復の法と倫理』において、Dagan は、この問題を詳細に論じている[125]。そこでは、患者が自己の身体部位に対する自律的な意思を実現する――具体的には、どのように自己の身体部位を将来使用するか決定する唯一の決定権者になる――ためには、利益吐き出しが必要である、と説かれている[126]。そしてその理由として、「我々の身体は、我々の自我（self）の物理的な具象化であるのみならず、我々が何者であるか（who we are）の最大の投影（reflection）――我々の人格性の文字通りの外在的な投影――である。〔その意味で〕我々の身体は、我々が最も支配したい資源である。」という点を挙げる[127]。そして、こうした観点から、Moore 事件の Mosk 判事の説いた、患者と医師（研究者）の相対的な寄与分に従った利益の分配救済は、――相互に有益となる取引を再構成するにとどまり――患者の自律的な意思を実現するものとして不十分であると結論づける。

---

as Wrongful Gains, 106 Iowa L. Rev. 555 (2020) がある。

[124] *See*, Dagan ①, *supra* note 1, at 97 n. 130.

[125] Dagan ②, *supra* note 1, at 241-45.

[126] *Id*. at 242.

[127] *Id*. at 243.

（２）Moore 事件の最高裁の多数意見に対する反論

では、Dagan は、Moore 事件の最高裁の多数意見が挙げた利益吐き出しの否定の根拠についてどのように反論するのであろうか[128]。以下ではこの点について見ていくことにしよう。

第１に、原告である Moore の主張を認めることが利益のために身体組織を売却する権利を承認することに等しく、それゆえに「身体部位のための市場」という悪名高い問題（人格の商品化という問題）を提起するという点について[129]。Dagan は以下のように反論を加える[130]。すなわち①自己の身体から他者を排除する権利を実現することは、概念的必然性の問題として、身体部位の市場譲渡可能性の承認を伴うわけではない。この点を敷衍すると次の通りである[131]。Dagan によれば、利益吐き出しは権原保有者の自律的な意思の実現という点から正当化されることになる。つまり、権原保有者（患者）が誰にヒト由来物質を譲渡（贈与の意味でのそれ）し、使用させるかを決定する独占的権利を有しているわけである。こうした理解を前提とすれば、利益吐き出しを認めることは、身体部位の市場譲渡可能性を当然に認めることを意味しないであろう（利益吐き出しを認めつつ、市場における譲渡可能性を否定することも可能である）。また②多数意見のような立場によれば、資源保有者の利用は否定されるものの、侵害者の利用は許容されることになることも指摘する[132]。

---

[128] Moore 事件については、拙稿「（２）」北法69巻６号（2019）[178]頁以下を参照。

[129] このような批判は、わが国でも人格権侵害による利益吐き出しの文脈で説かれることがある。たとえば、花本広志「人格権の財産的側面――パブリシティ価値の保護に関する総論的考察」独協法学45号（1997）241頁、特に249頁を参照。

[130] Dagan ②, *supra* note 1, at 244.

[131] この点につき、前掲注（56）も参照。

[132] なお、利益吐き出しと人格の商品化という問題については、1990年代以降からアメリカで展開されている奴隷訴訟の一類型である黒人奴隷補償をめぐって展開された Dagan と Anthony Sebok の論争――具体的には、奴隷制度の被害者（またはその子孫）が国家ではなく、奴隷を用いて利益を得た企業に対して当該利益の吐き出しを求めることが奴隷制度の商品化を認めることになるかという問題――も参考になる。具体的には次の通りである。

第２に、Moore 事件において問題となった原告の細胞は全く人の人

まず否定説は、黒人の自由や住宅を奪った奴隷制度という人権蹂躙問題において不当利得ないし原状回復法上の救済を用いることが、奴隷制度に伴う損害――それは金銭的なそれに限られない――の複雑性を見過ごすことになると指摘したうえで、とりわけ、利益吐き出しを求めることが、奴隷制度の下で支払われていなかった未払い賃金の支払いを求めるという一般的な問題に転換し、結果的に奴隷制度という違法行為を商品化することになると指摘する（Anthony J. Sebok, *Should Claims Based on African-American Slavery Be Litigated in The Courts? And If So, How?* (2001)〈http://writ.news.findlaw.com/seok/20001204.htm〉；do., *Reparations, Unjust Enrichment, and The Importance of Knowing The Difference Between The Two*, 58 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 651 (2003)；do., *A Brief History of Mass Restitution Litigation in the United States*, in: D. Dyzenhaus & M. Moran eds., Calling Power To Account：Law's Response To Past Injustice（University of Toronto Press, 2004）341～；do., *Two Concepts of Injustice in Restitution for Slavery*, 84 B.U.L.R. 1405 (2004))。

これに対し、肯定説は、利益吐き出しを認めても否定説のような問題（人格の商品化の問題）は生じないと主張する（Dagan ②, *supra* note 1, at 246～；Dagan ⑥)。その根拠は以下の点に求められる。すなわち、第１に、「従業員の引き抜き」という債権侵害の場面（雇用主から侵害者に対する請求）とは異なり、「奴隷労働」の場面では、労働者が、利益の吐き出しを雇用主に求めることは、①現実的には、不法な侵害からの自由を求める権利、あるいはより厳密には、自己の労働の使用についての究極的な意思決定者となる不可譲な権原を実現する（vindicate）ことになり、また②物質的な回復を伴うことにより、人権侵害に対する純粋に表現豊かな（非商品化の）反応――たとえば、謝罪（apology）――を実質的に機能させることができるからである。また第２に、不当利得救済は非金銭的側面もあることが挙げられる。Dagan は、「奴隷制度の被害者への不法な利得の付与は、人間の労働の商品化された意味と商品化されていない意味の共存（coexistence）を認める。――不法行為による填補賠償の実践を含む法的規制の多くのその他の形式と同様に――これらの請求は、両方の意味を有するため、それらはそのような残酷な手段により稼がれた利得がそのような実にひどい加害者（perpetrator）（あるいは、共犯者）に残されることを認め、そしてこれらの残虐行為を商品化するという潜在的に甚大な被害をもたらす選択から生じる。原状回復が重大な不法な利得のこれらのケースを決定する適切な根拠になりうることは、まさに奴隷労働の不完全な商品化としてのその特徴のためである」と述べる。要するに、Dagan によれば、原状回復の算定基準に、

格の構成要素ではなかったという点について。この批判は、名前や顔とは異なり、細胞の分子構造はすべての人間（human being）で変わらず、原告である Moore に特殊なものとはいえないというものである。この点を強調すると、そのような細胞に対する保有者の支配（自律的な意思決定）を是認する必要はないということになる。しかし、Dagan はこのような批判に対しても以下のように反論を加える[133]。すなわち、このような批判は、住宅などの人格を構成するもの（constitutive）もその構成要素（component）に分解すると、資源からその象徴的な意味（symbolic meaning）を奪い、人格的な性格を持った資源としての特殊性を無視する。しかし、これらの象徴的な意味が重要な人間的価値を担うと考えるならば、多数意見のような戦略（構成要素への分離）を支持することができない。あくまで、その保有者の権原の内容が何であるべきかを決定するためには、全体としての資源――それゆえに、人体――を見なければならない、と。

第３に、利益吐き出しを認めることが、医学研究に必要な原材料への

資源の社会的意味を考慮すれば、奴隷制度の被害者に利益吐き出しを認めても、人権侵害という重大な問題を商品化という平凡な問題にはならないということである（Dagan ②, *id.* at 250-53）。

このように、奴隷制度という人権蹂躙問題においても、Dagan は、利益吐き出しによる商品化問題が生じないと説く。ここではこれらの見解の当否には立ち入らず、こうした Dagan の認識は、人格財の侵害による利益吐き出しの問題一般にも（程度の差はあるとしても）影響していることを指摘しておきたい（*See* also, Hanoch Dagan et al., *Symposium*：*The Jurisprudence of Slavery Reparations*, 84 B.U.L.R. 1135 (2004)；Emily Sherwin, *Reparations and Unjust Enrichment*, 84 B.U.L.R. 1443 (2004)）。

なお、補償問題における「謝罪」の意義については、吉田邦彦「いわゆる『補償』問題へのアプローチに関する一考察――民族間抗争の不法行為の救済方法（日米比較を中心として）」同『多文化時代と所有・居住福祉・補償問題』（有斐閣、2006）262頁以下（初出、2004）、また補償問題と不当利得との関連については、同「カリブ諸国の奴隷補償（国際補償）問題――ジャマイカ・ハイチを中心として」同『東アジア民法学と災害・居住・民族補償（前編）――総論、アイヌ民族補償、臨床法学教育』（信山社、2015）284頁以下（初出、2014）も参照。

[133] Dagan ②, *supra* note 1, at 245.

アクセスを制限することになり、医学研究の進歩（progress）を脅かすことになりかねないという点について。とりわけ、多数意見は、Mooreの主張が受け入れられると、「善意の研究者の社会的に有益な行動」が、患者の権利の侵害行為に参加したか否か、あるいはそれを知っていたか否かにかかわらず、責任に服させられること、そしてこれを阻止するために直接の侵害者たる医師を責任から免除することは、そのような第三者を保護するための不運な、しかし不可避の副産物である、と述べる。もっとも、こうした理解に対しては、Daganは、善意の第三者の保護は原状回復法上の他の法理（具体的には、善意有償取得の法理）により対応すれば足り、利益吐き出しを否定する直接の根拠にはならない、と反論する[134]。

以上の考察からは、Daganは、自身が提示した権原保有者の自律的な意思の実現としての利益吐き出しの根拠づけを本稿の課題であるヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しの場面にも妥当すると考えていると結論付けることができるであろう。

（3）残された問題点

もっとも、Daganは、第3の医学研究への影響という点について、自身の理論枠組みとの関係で、若干留保も付している。この点につき、最後に言及しておくことにしよう。

先述のように、Daganは、原状回復法の目的として、矯正的正義の実現と解する伝統的な立場とは異なり、分配的な正義の実現と解する立場に立脚している。もっとも、こうした立場に対しては、矯正的正義論の論者（とりわけ、Ernest Weinrib[135]）からは、Daganが、私法上の責

---

[134] *Id.* at 243.

[135] Weinrib, *supra* note 30. Weinribの主張は以下の通りである（議論の整理につき、Dagan②, *id.* at 217-20も参照）。すなわち、Weinribは、矯正的正義論の具体的な帰結として、①相関性テーゼ（原告の権原発生の根拠と被告の責任発生の根拠は同一であること）、②分離テーゼ（私法は社会的諸価値から分離されるべきで、処罰や抑止などの事情は当事者関係に外在的な社会目的であり、そのような促進は相関関係と適合せず、私法の目的とならないこと）、③所有権テーゼ（財産の使用または譲渡からの利得は所有権概念に論理的に当然に含

任の基本的な性質である相関性――被告が責任を負う根拠は、原告が権利を取得する理由と同じでなければならないこと――に何ら考慮していないとの批判が提起されている[136]。そこで、Dagan は、このような批判を踏まえ、分配的正義論を重視しつつも、――少なくとも違法行為を理由とする原状回復の場面については――相関性という枠組みについては賛成し、分配的基礎の上に相関性を置くという形で、矯正的正義論の一部を導入している[137]。

その結果、抑止のように当事者間にとっては一般的には外在的と解される要素も、あくまで原告の支配（自律的な意思）という価値を守るためには不可欠であるならば、当事者間の関係に本来的に備わっているものとして、私法の枠組みの中で正当化することできると説明する[138]。これに対し、より一般的な原告の権原とは関係しない公の利益の要素については、私法の枠組みの中で正当化することは困難であると解している[139]。

むこと）の３つのテーゼを提唱する。そしてこのような理解から、所有権が侵害され、侵害者が利益を取得した場合には、利益吐き出しは所有権によって保護されていた状態を救済面で実現するものであるとして、所有者は侵害者に対して利益吐き出しを求めることができると説く。なお、Weinrib の利益吐き出し論については、山下・前掲注（24）27頁以下、畑中・前掲注（23）176頁以下でも紹介されている。

136 Weinrib, *supra* note 15, at 868-69.

137 他方で、Dagan は、その他の Weinrib の立場を否定している。すなわち、先述の Weinrib の③テーゼについては、所有権から生じる利益すべてが必ずしもその所有者の権原の範囲内に含まれると考える必然性はないことを根拠に、また②テーゼについては、所有権の概念は、様々な利益の基準から一つの基準を導くことはできず､結果的に一定の価値判断をせざるを得ないことを根拠に、それぞれ反対する（Dagan ②, *supra* note 1, at 223 ～）。

138 *Id.* at 227. なお、その後、Dagan の立場への Weinrib からの応答（Weinrib, *supra* note 15）と Dagan からの再反論（Hanoch Dagan, *Restitution's Realism*, in: Robert Chambers et.al. eds., Philosophical Foundations of The Law of Unjust Enrichment（Oxford U. P., 2009）55, 64 ～および Dagan, *supra* note 27, at 432 ～）があるが、ここでは詳細は立ち入らない。

139 Dagan ②, *supra* note 1, at 245. *See* also, Dagan ①, *supra* note 1, at 97 n.130.

このような理解を前提とすると、Dagan の見解は、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しについて、利益吐き出しに付随する様々な問題（とりわけ、棚ぼたの問題）を正当化する根拠としては用いることができるとしても、医学研究がもたらす公共的利益一般への影響という点まで対応することはできないこととなろう。この点につきどのように解するべきかについて、筆者の結論は未だ出ていないが[140]、暫定的には、Moore 事件のような原告の尊厳を著しく害する形で医学研究がなされた状況では、現代的な奴隷労働と同視し得るとして、例外的な扱いを正当化する余地があるといえないであろうか[141]。

第４款　本節の小括

最後に本節のまとめをしてくことにしよう。

第１に、Dagan は、資源にはその権原保有者との人格的な性格の強い物から弱い物へとグラデーションになっており、Dagan はこれらを類型化して、それぞれの保護のあり方を示していることである。こうした取扱いは、近時の人と物との関係を再考する所有法学の動きにも通じるものであり、それを救済法の側から示そうとしている点で注目される。

第２に、Dagan は、第１のような枠組みを前提とした上で、利益吐

こうした公共的な問題を考慮することが難しいとの理解は、金銭救済のうち粗利益という回復基準が実現する価値である「処罰（punishment）」でも見られる。すなわち、先述のように、当初は承認していたものの（Dagan ①, *id.* at 19）、上記の①の理解を前提とすると、私法の枠組みでは正当化できないとして、粗利益という回復基準の採用も含めて、否定する立場に改説している（Dagan ②, *supra* note 1, at 225）。

140 医事法学においても肯定説は、医学研究への影響という政策論をも根拠としていたが、政策論から直ちに肯定説を支持することを導くことができるかは定かではないことは先述した（この点につき、拙稿「（２）」北法69巻６号〔2019〕[207] 頁以下を参照）。

141 この点で、処罰や政策論を私法の枠組みの中で考慮することを否定する Weinrib が、原告の尊厳を害する悪意に満ちた行為の場面で、加重的損害賠償を肯定する立場を示していることに留意されたい（Ernest Weinrib, *Punishment and Disgorgement as Contract Remedies*, 78 Chi.-Kent L. Rev. 55, 90-91 (2003)）。もっとも、この点の詳細は、ここでは立ち入らない。

き出しが認められるべきものは人格的な性格が強い資源（人格財）に限定されると解していることである。具体的には、①アイデンティティ、②身体、③土地、④名誉・尊厳、⑤著作権が例として挙げられる。

第３に、Dagan の見解は、医学研究への影響という政策論については留保が必要だが、ヒト由来物質の無断利用にも基本的に妥当することが明らかになった。

第４節　本章の小括

最後に本章のまとめをしておくことにしよう。以下では、まず本章の考察を整理し（→（１））、次に本章までの考察を踏まえた本稿の暫定的な結論を示す（→（２））。最後に、次章への架け橋として残された問題を示しておきたい（→（３））。

（１）議論の整理

本章では、利益吐き出しの理論的根拠について従来の枠組みとは異なる新たな見解を提示した Hanoch Dagan の見解を取り上げ、紹介し、検討を加えた。これまでの考察からは概ね以下の点が明らかとなったといえよう。

第１に、Dagan の原状回復研究の特色は、①リアリズム法学の立場から原状回復法の個別的な場面ごとの価値的考察、②原状回復法の分配目的の承認、③「支配」、「幸福」、「共有」という価値を分配のための評価軸として提示している点の３点を上げることができる。こうした理解が彼の利益吐き出しの理論的根拠を明らかにするための前提となっていると思われる。

第２に、利益吐き出しの理論的根拠について、Dagan は、従来の議論のように損害賠償の延長線上のものとしてではなく、Calabresi & Melamed のプロパティルールの意味での特定履行救済――その実質である権原保有者（被害者）の自律的な意思の実現――という点に求めた。このような理解は、損害賠償という枠内で付随した被害者への「棚ぼた（windfall）」論という問題を巧みに回避することを可能にするといえよう。

第３に、上記の根拠の下で認められる利益吐き出しは、人格的な性格

の強い資源（人格財）の侵害を理由とする場面に制限されることになる。すなわち、Dagan は、すべての権利・利益の侵害を理由に利益吐き出しが認められるべきとまでは述べておらず、権原保有者の自律的な意思に委ねられるべき権利・利益が侵害された場合にのみ認められるべきと解している。そのような場合の例としては、アイデンティティ、身体、名誉などの人格財の侵害であることが多いであろう。というのも、これらの権利は、通常侵害されると、原状回復が困難であるからである。その結果として、権原保有者の自律的な意思に委ねられるべきでない権利・利益が侵害された場合には、損害賠償によれば足り、利益吐き出しは認められないことになる。なお、人格財の侵害による利益吐き出しを認めるからといって、譲渡可能性を認めることを論理的に意味するわけではない点に留意されたい[142]。

第４に、Dagan の見解は、損害賠償と特定履行を形式論で区別する伝統的理解を相対化し、金銭救済による特定履行という範疇を確立し、その後の学説において、特定履行的な意味としての損害賠償としてプロパティルール化された填補賠償という概念を構想することを可能にする理論的枠組みをも提供した。もっとも、このような救済は、利益吐き出しよりも、権原保有者の自律的な意思の実現にとって、より望ましいといえる。

もちろん、このような Dagan の見解に対しては、我々の直観に反する面もあり、特殊英米法的発想ではないかという批判もありえようが、この点につき、既に先行研究においてフランス法における現実賠償との関係でも同様の発想が示されており[143]、特殊な考え方として直ちに切り捨てることはできないように思われる。

---

[142] この点につき、前注（56）を参照されたい。

[143] 大澤逸平「フランス不法行為法における現実賠償概念――『賠償』をめぐる被害者、責任主体、一般利益の交錯」専修ロージャーナル９号（2013）79頁、特に109頁以下（金銭賠償と現実賠償との中間的な位置にある「賠償」態様を認めるフランスの見解に注目する）。

（2）暫定的な結論

本稿は、利益吐き出しの理論的根拠を明らかにすること、そしてその根拠を権利・利益・関係の種類に即して多元的に捉えることを明らかにすることを目的としていた。そしてとりわけ後者につき、知的所有権侵害による利益吐き出しと人格権侵害によるそれの根拠を区別する必要性があるのではないかと考えた。そしてこの点を論証するために、ヒト由来物質の無断利用という問題を取り上げた。

そして前章では、伝統的な利益吐き出しの根拠論――（α）行為抑制政策型と（β）損害算定代替型――を明らかにし、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しに応用することができないかを検討したものの、困難を伴うことが明らかとなった。そこで従来の議論にはみられない第３の理論的根拠を明らかにすることが必要となり、本章では、近時のアメリカの原状回復法の有力学説である Dagan の見解を検討した。そしてそこでは、権原保有者の自律的意思の実現という点から利益吐き出しの正当化が試みられていることが明らかとなった。ここからは、利益吐き出しの類型として――上記二つに続く第３の類型として――（γ）「自律的意思実現型の利益吐き出し」（以下では、（γ）自律的意思実現型という）を構想することができる。

以上の英米法の考察を踏まえると、本稿が示した問題意識――利益吐き出しの根拠を多元的に捉えることができないかという問題意識――は、様々な権利・利益・関係の侵害の場面において問題となる英米法においては、それほどおかしなものではないであろう。すなわち、英米法においては、利益吐き出しの機能は一元的なものとしてではなく、多元的に捉えられるべきである。具体的には、利益吐き出しは、少なくとも（α）行為抑制政策型、（β）損害算定代替型、（γ）自律的意思実現型という３つの機能を持っており、それぞれが適用される場面は異なると解されよう（もっとも、（γ）型については、少数有力説にとどまるといえようか）。そして、英米法と比較すると、わが国における利益吐き出しの捉え方は、一面的であったといえよう。

さらに、こうした枠組みを前提とすれば、①知的所有権侵害による利益吐き出しと②人格権侵害によるそれは別の根拠により説明されるべきことも理解できる。すなわち、①は、原則として（β）型にとどまり、

被害者の損害と侵害者の利益の間に因果関係がない場面にまで認めるべき場合には、（α）型として根拠付けられる（ただし、そのような必要性があるかは、情報の所有と利用の最適なバランスを図るという知的所有権制度の制度目的との関係で利益吐き出しが必要かを慎重に検討する必要がある。というのも、この類型では棚ぼた論という問題は説明できないからである）。これに対し、②は、（γ）型として根拠付けられ、棚ぼたの問題は正当化されることになる（あるいは回避される）。またこのような理解によれば、人格権侵害による利益吐き出しを認める際に説かれていた懸念の一つとなっていた商品化の問題も理論的には回避可能である。

（３）次章への架け橋

本章の考察により、ヒト由来物質の無断利用による利益吐き出しの根拠付けが、理論的に可能になったといえよう。もっとも、具体的にどのような場合に、医師や研究者は、ヒト由来物質の無断利用による吐き出しの責任を負うのか。またどの範囲で吐き出しの責任を負うのか。あるいは、より一般的には、利益吐き出しの理論的根拠と要件・効果はいかなる関係を持つかは、上記の議論からは明らかとはいえず、残された問題となっている。この点は当然であるといえよう。というのも、従来の議論では（α）型と（β）型は認識されていたものの、それ以外の不十分な根拠も混ざっており精緻化されておらず、また、（γ）型はそもそも十分には認識されておらず、理論的根拠と要件・効果が一貫して説明されるまでに至っていなかったからである。そこで、次章では、本章のこれまでの考察を踏まえた上で、上記で提示した３つの類型の観点から、利益吐き出し一般の要件・効果の再構成を試みたい。

〔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。