



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察（7）： 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, 74(4・5・6), 411-506
Issue Date	2024-03-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/91421
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_74_4・5・6_08_Hashimoto.pdf



「利益吐き出し」原状回復救済に 関する理論的考察（7）

—— 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

(以上、70巻6号、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2節 Dagan の根拠論の検討——その意義と問題点

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4節 本章の小括 (以上、72巻6号)

第4章 英米法における利益吐き出しの要件・効果論

第1節 利益吐き出しの要件論

第1款 補充性の問題

第1項 不十分性の要否

第2項 不十分性の判断基準

第2款 主観的認識の問題

第1項 必要説

第2項 不要説

第3項 総合考慮説

第3款 因果関係の問題

第1項 事実的因果関係の問題

第2項 法的因果関係の問題

第4款 利益吐き出しの制限事由の問題

第5款 本節の小括

第2節 利益吐き出しの効果論——吐き出すべき「利益」の確定

第1款 費用の控除

第2款 利益の配分

（以上、本号）

第4章 英米法における利益吐き出しの要件・効果論

本章では、英米法における利益吐き出しの要件および効果をめぐる議論について検討することにしよう。

後述するように、英米法における利益吐き出しの要件および効果は、利益吐き出しが問題となる場面によって理解が分かれており、またある特定の場面内においてさえ理解が一致しないこともあり、混迷な状況にあると評することが許されるであろう。その主たる原因は、英米の利益吐き出しが、司法府が発展させた法理（コモン・ローとエクイティ）と立法府の介入（制定法）の寄せ集めであるために、統一的な法理の発展を阻害してきた点にある¹。また、その他の原因として、こうした特殊な

¹ Stephen Watterson, *Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales*, in: EWOUT HONDIUS & ANDRÉ JANSSEN EDS., *DISGORGEMENT OF PROFITS: GAIN-BASED REMEDIES THROUGHOUT THE WORLD* (Springer, 2015) 29（イギリス法を念頭に置いて、本文のように述べる）。

発展の帰結として、従来の利益吐き出しの理論的根拠は、問題となる場面によって異なり、またある特定の場面内においても複数の理論的根拠が併用されてきたため、理論的根拠と要件・効果の対応関係が不明瞭な状況となっていることや利益吐き出しが主としてエクイティ上の救済であったため、裁判所の裁量が重視され、理論的根拠との関係に配慮した説明が十分になされてこなかったという事情も挙げられるであろう。

このような状況は、利益吐き出し法理の発展にとって望ましいとはいえない。もちろん、これまで本稿の考察が明らかにしてきたように、英米の利益吐き出しを一元的に根拠づけることは難しいことを踏まえると、要件および効果も一元化することは困難であろう。そうであるならば、一つのありうる方向は、利益吐き出しの多様な理論根拠の中から一定の説得力のあるもの——たとえば、本稿がこれまで考察を通じて明らかにした、〔 α 〕行為抑制政策型、〔 β 〕損害代替型、〔 γ 〕自律的意思実現型の根拠——を念頭に置きつつ、各根拠に即して、要件および効果を再構成することではなかろうか²。

以下では、こうした方針の下に、利益吐き出しの要件・効果について検討を加えていく。具体的には、これまで取り扱ってきた場面を念頭に置いたうえで、まず利益吐き出しに関する従来の要件をめぐる議論（第1節）および効果をめぐる議論（第2節）を整理したうえで、最後に、本稿の立場から、利益吐き出しの根拠に即する形で、その要件および効

² もっとも、こうした観点からの考察は英米法においても十分になされているわけではなく、その意味で、本章の考察は筆者による試論的なものであり、またこの問題のすべての領域を踏まえられたものでないことから、いまだ不十分なものであることを予めご留意願いたい。なお、その後、利益吐き出しの根拠を多元的に捉えたうえで、それぞれのタイプごとに要件・効果を別途考えるとする本稿と同様のアプローチ方法を採用の見解に接した（*See*, Benjamin Raue, *Disgorgement of Profits: Distributive and Deterrent Logics*, in: FRANZISKA KURZ, & FRANZ HOFMANN EDS., *LAW OF REMEDIES: A EUROPEAN PERSPECTIVE* (Intersentia, 2019) 153, 155 ～）。ただし、この見解と本稿の利益吐き出しの根拠の捉え方は完全に一致するわけではない（Raue は、利益分配型吐き出しと処罰・抑止型吐き出しの二つのタイプに分けて検討する）。その意味で、本稿の存在意義が否定されるわけではないであろう。

果の再構成を試みたい（第3節）³。

第1節 利益吐き出しの要件論

本節では、利益吐き出しの要件をめぐる議論についてみていくことにしよう。これまで検討してきたように、英米法が利益吐き出しを一般論として認めていることは異論ない。しかし、どのような要件の下で利益吐き出しが認められるかはいまだ明確とはいえない。というのも、権利侵害や義務違反の要件事実が認定されたとしても、利益吐き出しという救済が当然に認められるわけではないからである。これは、一定の要件事実が認定されれば一定の法的効果が自動的に発生するというドイツやわが国の法規範の規範構造が、コモン・ロー法系の国におけるエクイティ救済については成立し得ないことに起因する⁴。その原因は、利益吐き出

³ 本章の考察は、後掲のもののほか、以下を参照。

〔教科書・体系書〕GEORGE PALMER, LAW OF RESTITUTION (Aspen Law & Business, 1978) ; FRANCIS GURRY, BREACH OF CONFIDENCE (Clarendon Press, 1984) 417 ~ ; PETER BIRKS, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF RESTITUTION (rev ed.) (Oxford U.P., 1989) ; Lord GOFF OF CHIEVELY & GARETH JONES, THE LAW OF RESTITUTION (5th ed.) (Sweet & Maxwell, 1998) ; ANDREW BURROWS, THE LAW OF RESTITUTION (3rd ed.) (Oxford U.P., 2011) ; TANYA APLIN, LIONEL BENTLY, PHILLIP JOHNSON & SIMON MALYNICZ, GURRY ON BREACH OF CONFIDENCE: THE PROTECTION OF CONFIDENTIAL INFORMATION (2nd ed.) (Oxford U.P., 2012) ; WARD FARNSWORTH, RESTITUTION: CIVIL LIABILITY FOR UNJUST ENRICHMENT (University of Chicago Press, 2014) ; GRAHAM VIRGO, THE PRINCIPLES OF THE LAW OF RESTITUTION (3rd ed.) (Oxford U.P., 2015) ; DAN DOBBS & CAPRICE ROBERTS, LAW OF REMEDIES: DAMAGES, EQUITY, RESTITUTION (3rd ed.) (West Academic, 2017) 369 ~ ; KATY BARNETT & SIRKO HARDER, REMEDIES IN AUSTRALIAN PRIVATE LAW (2nd ed.) (Cambridge U. P., 2018)

〔モノグラフ〕JAMES EDELMAN, GAIN-BASED DAMAGES: CONTRACT, TORT, EQUITY AND INTELLECTUAL PROPERTY (Hart Publishing, 2002) ; KATY BARNETT, ACCOUNTING FOR PROFITS FOR BREACH OF CONTRACT: THEORY AND PRACTICE (Hart Publishing, 2012) 186 ~ ; PETER DEVONSHIRE ACCOUNT OF PROFITS (Thomson Reuters Hong Kong Limited, 2013)

⁴ この点につき、玉井克哉「特許権はどこまで『権利』か——権利侵害の差止めに関するアメリカ特許法の新判例をめぐる」『特許』59巻9号(2006)45頁、

しが裁量性の高いエクイティ上の救済である利益の清算を中心に発展してきたことにあると思われる⁵。

ところで、利益吐き出し救済が認められるためには、具体的にどのような要件を充足することが必要となるのであろうか。この点につき、判例・学説においては、主として以下の問題群が議論の俎上に載せられている。すなわち、第1に、利益吐き出しは、多様な権利・利益・関係の侵害を理由とする原則的な救済か、それとも他の救済が利用できない場合のみ認められる補充的な救済か（補充性の問題）（第1款）、第2に、利益吐き出しを認める際に、侵害者の主観的認識（故意や悪意）は要求されるか（主観的認識の問題）（第2款）、第3に、侵害行為と侵害者が取得した利益との間に一定の繋がりが存在することが必要か（因果関係の問題）（第3款）、第4に、利益の吐き出しが権利保有者側の事情により否定されることはあるか（利益吐き出しの制限事由の問題）（第4款）という点である。これらの問題群をめぐって、従前の判例・学説は、問題となる場面によって理解が異なることやある特定の場面でも理解が一致しないこともある。以下では、これらの問題群に関する従前の判例・学説の議論に一瞥を与えた上で、最後に、これまでの議論を整理し、若干検討する（第5款）。

第1款 補充性の問題

まず、利益吐き出し救済が認められるためには、他の救済が不十分であることが必要か否かという点（補充性の問題）についてみていくこととする。具体的には、利益吐き出しは主としてエクイティ上の救済であることから、コモン・ロー上の金銭救済が不十分（不適切）（adequate）な場合のみ認められるか否か（第1項）、また不十分な場合のみ認められるとした場合、その不十分性はどのような基準により判断されるか（第

60頁注17（ただし、特許権侵害の差止命令の文脈での議論である）を参照。

⁵ もっとも、エクイティ上の救済の裁量性は、完全な意味での裁量ではなく、「エクイティ上の原理」に根拠づけられているとされる（Watterson, *supra* note 1, at 36）。本稿の以下の考察は、利益吐き出しとの関係で、その「原理」の中身を明らかにしていく作業と位置づけられる。

2項）について確認する。

第1項 不十分性の要否

最初に、利益吐き出し救済が認められるには、コモン・ロー上の金銭救済が不十分であることが必要か否かについて確認する⁶。このような要件は、従来、差止命令などのエクイティ上の特定履行救済を認める際に要求されてきた⁷。エクイティ上の救済の現代的意義について研究を行う Samuel L. Bray によれば、不十分性の要否は、エクイティ上の救済を下すエクイティ裁判所の管轄権がコモン・ロー裁判所との関係で優先されるか否かに依存すると解される⁸。こうした理解は、主としてエクイティ上の救済である利益吐き出しとの関係でも妥当すると解される⁹。もちろん、コモン・ローとエクイティの区別は、裁判所が組織的に分離していた時代の産物であり、今日的には無意味なようにもみえるかもしれないが、救済手段との関係ではこうした区別は未だに意義を持つと説かれている¹⁰。Bray も、こうした区別がエクイティの介入のための理論的

⁶ 以下の考察は、Samuel L. Bray, *Remedies*, in: ANDREW GOLD ET AL. EDS., OXFORD HANDBOOK OF NEW PRIVATE LAW (Oxford U.P., 2021) 563, 569 ～に負う。

⁷ *Id.* at 569.

⁸ *Id.* at 570. 不十分性の要否について、執行する権利がコモン・ローで発生したものか、エクイティで発生したものかという観点から、理解する見解もある (Okeoghene Odudu & Graham Virgo, *Inadequacy of Compensatory Damages*, 17 R.L.R. 112, 117 (2009))。このような理解によれば、前者の場合には、エクイティはコモン・ロー上の権利を執行するため追加的な要件が必要となる。これに対し、後者の場合には、自ら認めた権利を執行するため、追加的な要件は不要となる。もっとも、このような理解は、Bray の見解と矛盾するものではないであろう。

⁹ この点は、従来、不法行為や契約違反との関係では、利益の清算を認められてこなかったが、Blake 事件がそうした状況に変化をもたらし、その際に、不十分性の要件が要求されたことから明かかといえよう (See, Craig Rotherham, *Restitution for Wrongs*, in: ELISE BANT ET AL EDS., RESEARCH HANDBOOK ON UNJUST ENRICHMENT AND RESTITUTION (Edward Elgar Publishing, 2020) 78, 93)

¹⁰ コモン・ローとエクイティの区分の意義につき、樋口範雄「コモン・ローと

根拠を明確にする点で意義があり¹¹、判例においても考慮されていると指摘する¹²。以下では、こうした理解を前提にして、必要な場合と不要な場合に分けて確認していく。そのうえで、留保すべき点について言及する。

(1) 必要な場合——エクイティに優先権がない場合

エクイティにコモン・ローに対する優先権がない場合、すなわち、競合的管轄権 (concurrent jurisdiction) が認められる場合には、エクイティは、コモン・ローに配慮する必要があるため、一定の場合にのみ救済を認めることができる。その基準としては、コモン・ロー上の金銭救済が不十分であることが挙げられる¹³。このような理解は、不法行為法や契約法の領域において妥当している。具体的には、差止命令や特定履行は、コモン・ロー上の金銭救済が不十分な場合のみ認められると説かれてきた。そして利益の清算 (利益の吐き出し) についても、コモン・ロー上の救済が不十分であることが要求されている¹⁴。

エクイティ」同『はじめてのアメリカ法 (補訂版)』(有斐閣、2013) 140頁以下を参照。

¹¹ Bray, *supra* note 6, at 570.

¹² たとえば、特許権侵害の差止命令の可否において、コモン・ロー上の救済の不十分性が問題とされたものとして、e-Bay Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388, 26 S. Ct. 1837, 164 L. Ed. 2d 641 (2006) が挙げられる。本事件については、玉井・前掲注(4)が詳しい。またこの問題についてのBrayの見解については、高橋脩一「近年の合衆国最高裁判決の分析から見た新たなエクイティ法理に関する議論 (Samuel L. Bray, The Supreme Court and the New Equity)」アメリカ法2016-1号(2016) 108頁、中田裕子「『エクイティ上の救済』の現代的意義——ERISA 法 § 502(a) (3)を中心に」南山法学42巻3・4号(2019) 73頁以下で紹介がある。

¹³ コモン・ローに対するエクイティの補充性については、田中英夫『英米法総論 (上)』(東京大学出版会、1980) 12頁以下を参照。もっとも、補充性の原理についても緩和傾向もみられるとされる(樋口範雄「契約の特定履行——英米救済法研究のための覚書として」伊藤正己還暦『英米法の諸相』(東京大学出版会、1980) 601頁以下を参照)。

¹⁴ Bray, *supra* note 6, at 570 ; Rotherham, *supra* note 9, at 93.

Brayによれば、このような取扱い、エクイティの競合的管轄権が、第一次的な法制度の不十分な状況に対する第二次的な矯正であるとの理解から正当化される。つまり、エクイティの介入は、コモン・ローを背景としているわけである。そしてエクイティ上の救済は、コモン・ロー上の救済との比較論なしに正当化されない。それゆえに、エクイティ上の救済が統計的に一般的である場合（たとえば、知的所有権侵害や意図的な不法行為など）でさえ、比較論による正当化のために、エクイティ上の救済は概念的に例外的なままとして、コモン・ロー上の救済が不十分か否かは検討される必要があるとされる¹⁵。

（２）不要な場合——エクイティに優先権がある場合

これに対し、エクイティにコモン・ローに対する優先権がある場合、すなわち、排他的管轄権 (exclusive jurisdiction) が認められる場合には、エクイティは、コモン・ローに配慮する必要はないため、エクイティ上の救済が認められるためには、コモン・ロー上の金銭救済が不十分であることは求められない^{15.2}。このような理解は、信託法および同法に遡ることができる現代の法の集まりである信託法の領域において妥当すると解されており、利益の清算がこれらの領域の中心的な救済として広く認められてきたこと¹⁶からも理解できるであろう。

（３）留保すべき点

もっとも、エクイティに優先権が認められる場面でも若干留保が必要な場面もある。それは守秘義務違反の場面である。というのも、従来は、守秘義務違反を理由に提訴する原告は、（コモン・ロー上の）損害賠償と（エクイティ上の）利益の清算の間で絶対的な選択権があると理解されていたが、近時の判例は、〔英16〕Blake事件に従い、利益の清算をそれが適切な状況においてのみ認められる例外的な救済であるとする立場

¹⁵ Bray, *ibid.*

^{15.2} *Ibid.*

¹⁶ See, Samuel L. Bray, *Fiduciary Remedies*, in: E. CRIDDLE ET AL. EDs., OXFORD HANDBOOK OF FIDUCIARY LAW (Oxford U. P., 2019) 1, 6.

を採ったためである¹⁷。そのため、不十分性の要否についての上記の取扱いは、当初は、歴史的な偶然によって形成されたものであったが、今日的には、権利・利益・関係の性質を踏まえて、コモン・ロー上の金銭救済で十分に保護できるかどうかが踏まえた、実質的な判断がなされつつあるということができないであろうか。すなわち、エクイティ上の積極的介入は、権利等の性質から通常のコモン・ロー上の金銭救済で不十分であれば、その歴史的区分を問わず、認められるということである¹⁸。こうした点からみれば、守秘義務違反の場面では、そうした必要性ない状況があるとの理解（他方で、知的所有権侵害のように不十分性が必要であっても広く認められるのは、そうした保護が一般的に必要なからとの理解）があるといえよう。

（４）小括

以上からは、利益吐き出しにおいてコモン・ロー上の金銭救済が不十分であることが必要か否かは、伝統的には、エクイティにコモン・ローに対する優先権（排他的管轄権）があるか否かにより判断され、優先権がある場合には不要となり、それがいない場合には必要となることが明らかといえる。具体的には、本稿で取り上げた場合では、信認義務違反の場面では、不十分性は不要となるが、不動産侵害や知的所有権侵害などの不法行為、さらに契約違反などの場面では、必要となるといえよう（ただし、知的所有権侵害の場合には、不十分性は広く認められるが¹⁹）。もっ

¹⁷ *Veroe v. Rutland Fund*, [2010] EWHC 424, [340]-[341](Ch)(per Sales J) (利益の清算は、権利が市場において売却されなかったであろうケースでは、適切であるのに対し、権利が売却されたである場合には、適切ではないとする)。See, Katy Barnett, *Gain-Based Relief for Breach of Privacy*, in: JASON NE VARUHAS & NA MOREHAM EDS., *REMEDIES FOR BREACH OF PRIVACY* (Hart Publishing, 2018) 183, 189.

¹⁸ [2010] EWHC 424, [339] (Ch)(Sales J) (Sales 判事は、利益の清算の付与が、事実および影響された権利の性質に依存するべきであり、その訴訟原因の歴史的な起源に依存するべきでないと論じる)。

¹⁹ なお、プライバシー侵害については、英米法圏内でも、不法行為として扱う立場と守秘義務違反の一種として扱う立場に分かれており、前者として扱う

とも、近時の守秘義務違反の取扱いを踏まえる、その要否は、実質的に判断される傾向が出てきているとみることできる。

第２項 不十分性の判断基準

次に、コモン・ロー上の金銭救済の不十分性が要求される場合、その不十分性は、どのような基準に基づき判断されるかについて判例・学説の議論状況を確認する。

（１）判例における理解

まず、契約違反についてみると、〔英16〕Blake 事件では、貴族院は、利益の清算を「例外的な状況」においてのみ認められる救済であるとしたうえで、通常は、損害賠償、特定履行および差止命令の救済は、契約違反に対する十分な効果を提供し、これらの救済手段が不十分となる状況においてのみ、利益の清算の問題は生じると述べた。そして不十分な状況がいつかは、「確定的ルールは記述され得」ず、問題となっている契約違反の状況等を考慮しなければならないとしつつ、一般的な基準としては、「原告が被告の利益を上げる活動を防止し、そしてそれゆえに、被告から利益を剥奪することに正統な利益を有したか否か」によると説いた²⁰。もっとも、「正統な利益」を有する場合がどのような場合かについては、貴族院の Nicholls 卿は、従来挙げられる契約が故意に違反された場合のみでは不十分であると述べるものの、それ以上述べてはいない²¹。

次に、不法行為の場面に関しても、利益の清算が認められるために填補賠償が不十分であることが要求されてきた。たとえば、被告を含むビタミン剤の競合する供給者間で価格を上げるためにカルテル合意がなさ

場合には、例外的な救済とした扱われることになるが、後者として扱う場合でも、その状況に変容がみられるため、原則的救済となるとはいえない。そのため、この点の違いは、相対的なものに過ぎないといえよう。See, Barnett, *supra* note 17, at 185.

²⁰ [2001] 1 AC 268, 285 (per Lord Nicholls). See, EDELMAN, *supra* note 3, at 152 ~; BURROWS, *supra* note 3, at 670.

²¹ [2001] 1 AC 268, 286 (per Lord Nicholls).

れ、その被告からビタミン剤を購入した原告は、利益を得るために顧客に転売した後、制定法の義務違反の不法行為を理由に被告を訴え、そして利益の清算を求めた英国のケースにおいて²²、控訴院は、不十分性の判断基準について以下のように述べた。すなわち、①損害を証明する困難性は、機械的に損害賠償を不十分にしない。ただし、証拠上の困難性が原告の責任ではない場合は、不十分性は満たされ得る。また②損害が被られていない場合には、填補賠償は不十分な救済とみなされ得る。ただし、原告が顧客に損害を転嫁した（そしてそれゆえに損失自体を被らなかつた）という事実は、必ずしも填補賠償を不十分なものにするとは限らない²³。本件では、②のただし書に該当したために、利益の清算は認められなかった。

（２）学説の議論状況

このように判例の基準は、必ずしも明確とはいえないままである。ここで、学説では、不十分性がいかなる場合に認められるかについてより立ち入った考察がなされている。ここでは、３つの見解を取り上げることしよう。

（い）特定履行の基準に依拠する見解

第１の見解は、不十分性の基準を特定履行との関係から導く立場である²⁴。すなわち、特定履行は、コモン・ロー上の金銭救済が不十分な場合に、利用可能な二次的な救済である。もっとも、特定履行は、コモン・ロー上の金銭救済が不十分であっても、いつも利用できるとは限らない。というのも、裁判所は、一定の場合には、特定履行を認めないからであ

²² *Devenish Nutrition Ltd v. Sanofi-Aventis SA (France)*, [2008] EWCA Civ 1086.

²³ *Id.* at [86]-[111](per Arden LJ), [146](per Longmore LJ), [157](per Tuckley LJ). なお、判旨の整理につき、Odudu & Virgo, *supra* note 8, at 113を参照。

²⁴ Ralph Cunnington, *The Measure and Availability of Gain-based Damages for Breach of Contract*, in: DAKHONGIR SAIDOV & RALPH CUNNINGTON EDS., *CONTRACT DAGAMEG: DOMESTIC AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES* (Hart Publishing, 2008) 207, 237-39.

る。そのような場合としては、①裁判所が、不断の監視を行うことができないことなどを理由に、特定履行を命じることができない（cannot）場合と②裁判所が、原告が提訴するのが遅いこと、被告に困難をもたらすこと、あるいは認めることが公益に反することなどを理由として、特定履行を命じないだろう（will not）場合が挙げられる。この立場によれば、利益の吐き出しはこのような特定履行が認められない場合に認められることになる。もっとも、認められるのは、①の場合に限られ、②の場合は除外される（ただし、すぐ後の指摘でなされているように、その理由は示されていない）。そして Blake 事件では、被告は、自らの契約上の義務を履行せず、そしてその違反の結果を元に戻す——公表された事実を公表されなかった状態に戻す——ために命じられ得る特定救済は存在しなかったために、①の場合に該当し、その結果として、利益の吐き出しが認められたと理解される。以上のように、この見解においては、利益の吐き出しは、填補賠償が不十分であり、かつ特定履行が利用可能ではない状況において利用可能な第3の救済として位置づけられることになる²⁵。

もっとも、こうした理解には疑問も提起されている²⁶。すなわち、一方で、①の場合には、常に利益の吐き出しが認められるとの考え方によれば、利益吐き出しは広く認められることになるが、そのような理解は「例外的なケース」においてのみ利益の吐き出し（利益の清算）が利用可能になるべきであるとの〔英16〕Blake 事件の Nicholls 卿の提案と相容れないこと、また裁判所による継続的な監視の困難性は、特定救済を不適切にし得るが、必然的にそれが当然に原告が利益の吐き出しを求める権利を有するべきことになるとう理解することにはならないとの疑問である。他方で、②の場合には、常に利益の吐き出しが認められないとする考え方は、利益吐き出しを制限しすぎる嫌いがある。というのも、継続的な侵害行為がなされている場合において、特定履行が認められないの

²⁵ *Id.* at 238. こうした理解は、第3章で考察した Dagan の見解との共通性も感じられる。もっとも、Dagan 自身は、契約違反の場面では、利益吐き出しを説くものではない。

²⁶ 以下の点につき、Rotherham, *supra* note 9, at 94. を参照。

であれば、その代わりの救済は寛大になされるべきであり、また特定履行が承認されるべきか否かを決定する際に考慮されなければいけない要素は、利益の吐き出しの利用可能性を決定する際に衡量されるべき要素と必ずしも同じある必要はないからである。

(ii) 損害の立証の困難性に求める見解

第2の見解は、損害の立証の困難性に求める立場である。この立場は、Blake 事件においては、公表された情報の性質の特殊性（秘密情報活動に関係しており、市場価値を有しないこと）²⁷や契約の目的が金銭利益以外の利益を目的としていること²⁸などから、通常の損害賠償による場合、損害の立証が困難となるため利益の清算が認められたと解する。

もっとも、先述の不法行為における判例の理解によれば、損害の立証の困難性という事情は、当然には不十分性を満たすとはいえないとされており、こうした事情は、それのみでは十分な基準とはいえない²⁹。

(iii) 多数の事情を考慮する見解

第3の見解は、様々な実質的な理由を考慮して利益吐き出しが望ましいか否かを検討する立場である³⁰。この立場は、特定履行と利益の吐き出しを別個のものとするとの理解を前提に、利益の吐き出しが利用可能になるべきか否かを決定する際には、他の救済では侵害行為を抑止することができないか否かを多数の実質的な理由を考慮して決定する。具体的な考慮要素としては、たとえば、①侵害者の主観的認識（利己的な場合には、肯定に傾く）、②侵害された権利・関係の重要性（人格的なものほど肯定に傾く）、③侵害の重大性（侵害行為が長期的なものほど

²⁷ Odudu & Virgo, *supra* note 8, at 118.

²⁸ Melvin A. Eisenberg, *The Disgorgement Interest in Contract Law*, 105 MICH. L. REV. 559, 591 (2006) (Blake 事件のようなケースでは、有効に約束を監視するためには、期待利益賠償では不十分であり、「最善かつおそらく唯一の方法」は、利益の吐き出しを認めることであると指摘する)。

²⁹ Odudu & Virgo, *supra* note 8, at 118.

³⁰ Rotherham, *Deterrence as a Justification for Awarding Accounts of Profits*, 32(3) O.J.L.S. 537,541 ~ (2012).

肯定に傾く）、④利益を吐き出させる救済が問題の行為を抑止する可能性、⑤抑止の費用と利益（利益よりも費用がかかるのであれば、否定に傾く）などの事情である。この立場は、これらの考慮事情のうち、①～③において、侵害行為を抑止する必要があるか否かを判断し、そして必要があると判断された場合には、④および⑤で利益吐き出しが望ましいかどうかを判断することにより、不十分性要件を判断することになる³¹。

この立場は、利益吐き出し固有の事情を考慮することで、より望ましい利用場面を明らかにする点で示唆的である反面、考慮する事情が多く、基準としての明確とはいえないであろう（ただし、この立場は、以上を考慮したうえで、結論として、不十分性要件を満たして、抑止論の下で利益吐き出しが認められる場面としては、信託と守秘義務違反と知的所有権侵害の場面にとどまると解する³²）。

（3）小括

ここでは、コモン・ロー上の金銭救済の不十分性がどのような基準に基づき判断されるかについて確認した。まず、判例では、契約違反の場面で用いられた Blake 事件の基準は一般論にとどまり、基準としては不明確なままであり、また不法行為の場面までみると、その不十分性が必ずしも一貫して解釈されているとはいえない³³。他方で、学説では、①特定履行と関連させて理解する見解（裁判所が特定履行を命ずることができない場合のみ、不十分性は認められる）、②損害の立証の困難性に求める見解、③様々な実質的な理由を考慮して利益吐き出しが望ましい状況を明らかにする見解など多岐に分かれている。もっとも、いずれの見解も疑問の余地が残されているが、利益吐き出しの根拠に即して適用場面を限定するのであれば、それらを用いる余地はあるであろう。

³¹ この立場によれば、侵害者の主観的認識や因果関係の要素も、この要件の下で総合事情的に考慮されることになる（Rotherham, *supra* note 9, at 95）。

³² Rotherham, *supra* note 30, at 538.

³³ Odudu & Virgo, *supra* note 8, at 119.

第2款 主観的認識の問題

次に、利益吐き出しが認められるために、侵害者の主観的認識——それを指し示す用語は、問題となる領域や論者により一様ではないが、たとえば、故意の (willful)、悪意 (bad faith)、意図 (intention)、意識的 (conscious)、利己的 (cynical)、計画的 (deliberate) などが挙げられる³⁴——が要求されるか否かという問題について確認していくことにしよう。

予めその全体像を示すと、——利益吐き出しが問題となるすべての場面において理解が一致しているわけではないものの³⁵——英米の判例・制定法は、主観的認識の要否について、すべて当然に必要なであるとするような理解ではなく、問題となる場面により異なる理解を示している。具体的には、①必要とする理解 (必要説) を採る場合 (第1項)、②必要としないとする理解 (不要説) を採る場合 (第2項)、③前提条件としては必要ないものの、利益吐き出しを認めるか否かを決する多数の要素の一つとしては考慮するとの理解 (総合事情説) を採る場合 (第3項) に大別することができる³⁶。以下では、これらの各見解を順に確認し、それらの各見解の適用場面とその根拠を——利益吐き出しの理論的根拠との関係にも留意しつつ——みていくことにしたい。

第1項 必要説

まず、侵害者の主観的認識を要求する必要説を取り上げる。多数の判

³⁴ 主観的認識について、善意と悪意という単純な区別は困難であるとして、より柔軟な非難可能性 (culpability) の程度を考慮すべきとする立場もある (Daniel Friedmann, *Restitution for Wrongs: The Measure of Recovery*, 79 TEX. L. REV. 1879, 1888(2001))。

³⁵ たとえば、アメリカの商標侵害の場面では、従来、侵害者の主観的認識の要否をめぐり、連邦巡回区裁判所の中で理解が分かれていた。この点につき、後掲の注 (106) の文献を参照。

³⁶ 以上の3つに加えて、故意があったとしても、利益吐き出しを認めるのに判例が躊躇している領域もある (具体的には、従来の契約違反の領域) (See, Rotherham, *supra* note 30, at 542) が、ここでは上記の3つに分けてみていくことにする。

例・制定法は、多くの場面において、利益吐き出しを認める前提条件として、侵害者の主観的認識を要求している³⁷。学説においても、そうした理解が多数説を占めているといつてよいであろう³⁸。こうした理解によれば、侵害者が侵害行為について主観的認識を欠く場合には、利益吐き出しは認められないことになる。

（1）概要

英米の判例・制定法は、以下のような場面において、利益吐き出しの前提要件として侵害者の主観的認識を要求する。

まず、有体物侵害の場面が挙げられる。たとえば、〔米4〕Edwards 事件では、隣接する土地の所有者の一方が他方の所有者の同意なしに、両者の土地の下に跨る地下洞窟を観光資源として利用することにより上げられた利益の吐き出しが認められたが³⁹、判決は——必ずしも明確ではないが——利益の吐き出しを認める際に、侵害者の故意を要求したものと理解されている。たとえば、ある論者は、Edwards 事件が「利益〔の吐き出し〕が故意による違法行為者からのみ回復可能であるとの一般的な立場への重大な支持を提供する。」と指摘する⁴⁰。

³⁷ See, Doug Rendleman, *Measurement of Restitution: Coordinating Restitution with Compensatory Damages and Punitive Damages*, 68 WASH. & LEE. L. REV. 973, 989 ~ (2011).

³⁸ 後掲の見解のほか、BIRKS, *supra* note 3, at 326 ~ (違法行為による原状回復が認められる場面の一つとして、利益を得る手段として違法行為を故意に使用した場合を挙げる) ; Earnest J. Weinrib, *Restitutionary Damages as Corrective Justice*, 1 THEORETICAL INQ. L. 1, 26 (2000) などが挙げられる。第3次リステイトメントも「利益吐き出し責任は、通常は『意識的な違法行為』と本リステイトメントが呼ぶもののケースに制限される。」として、基本的に同様の立場を示す (RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 3 cmt. a (AM. LAW INST. 2011))。もっとも、場面により異なる取扱いを認めることもある (See, 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, 255 ~)。

³⁹ 96 S.W. 2d 1028 (1936 CA Kent).

⁴⁰ PALMER, *supra* note 3, at 163 (ただし、そのすぐ後に、著作権侵害の場面な

次に、知的所有権侵害の場面が挙げられる。この場面では、後述のように例外もあるが、多くの場面で主観的認識が要求されている。たとえば、イギリスでは、特許権侵害（1977年特許法62条1項⁴¹⁾、詐称通用、商標侵害などの場面⁴²⁾、また、アメリカでは、商標侵害の場面（ただし、従来の多数の下級審裁判例の立場⁴³⁾）が挙げられる⁴⁴⁾。

さらに、守秘義務違反の場面も挙げられる。たとえば、〔英9〕Peter Pan 事件や〔英10〕Spycatcher 事件は、いずれも守秘義務違反を理由に利益の清算が認められたが、両事件の違反者は、主観的認識が悪意であった。これに対し、違反者が善意であったために、利益の清算が認められなかった事案もみられる⁴⁵⁾。このように、守秘義務違反の場面も主観的認識が重視されているといえよう⁴⁶⁾。

最後に、契約違反の場面が挙げられる。たとえば、国家の機密情報を

どの取扱いから、こうした立場の一般化は困難であるとも指摘する)。〔〕内は引用者による。

⁴¹⁾ Patent Act 1977, s 62(1) (侵害者が「その特許が存在することを知らず、そして存在すると想定する合理的な根拠を有しないこと」は、(損害賠償に加えて)利益の清算の抗弁となると規定する)。なお、本規定について、主観的認識を要求しない立場であるとする理解もある(Rotherham, *supra* note 30, at 542 n.31)。

⁴²⁾ BURROWS, *supra* note 3, at 647.

⁴³⁾ See, RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION § 37 cmt. e (AM. LAW INST. 1995). ただし、必ずしも必要としないとする立場を採る巡回区もあり、近時の連邦最高裁もこの立場に与した(後述)。

⁴⁴⁾ なお、アメリカの営業秘密の侵害は、利益吐き出し固有の要件としては求められないものの、不正目的利用を理由とする責任認定の判断において、認識または知る十分な理由の存在が要求されており、その限りでは必要説と位置づけることができるであろう(See, Pamela Samuelson, John M. Golden & Mark P. Gergen, *Recalibrating the Disgorgement Remedy in Intellectual Property Cases*, 100 B.U.L.R. 1999, 2046 (2020))。

⁴⁵⁾ Seager v. Copydex Ltd. (No.2), [1969] RPC 250 (本件では、侵害者が善意で守秘義務に違反したために、利益の吐き出しが不適切であるとして、損害賠償が付与された)。

⁴⁶⁾ See, GURRY, *supra* note 3, at 420 ~ . もっとも、被告が認識しながら原告の機密情報を使用したとの要件があるとするのは誤りであるとの指摘もみられる(APLIN ET AL., *supra* note 3, at 783-84)。

開示しない旨の不作为特約違反に関する〔英16〕Blake 事件では、違反者の主観的認識（利己的な違反）があったことは明白であった⁴⁷。本件の吐き出しは懲罰目的を持っていたことから、この点が要求されたといえよう。また第3次原状回復・不当利得リステイトメント（以下、「第3次リステイトメント」という）は、機会主義的契約違反に関して利益吐き出しを認める前提として、違反者が「計画的（deliberate）」であることを要求している⁴⁸。

以上からは、侵害者の主観的認識が、利益吐き出しが問題となる多くの場面において要求されているといっていよいであろう。

（２）根拠づけ

では、こうした判例・制定法の立場は、どのように根拠づけられるか。以下のような考え方が挙げられる。

第1に、エクイティ上の救済としての利益吐き出しの性質を踏まえた説明である⁴⁹。すなわち、利益吐き出しは、主に裁判所の裁量が大きく作用するエクイティ上の救済であるため、侵害者の主観的認識は、そうした裁判官の判断に大きく影響を及ぼすことから、重要な要素として位置づけられている。そしてこうした主観的認識の要件を要求しない利益吐き出しは、伝統的なエクイティ上の原理から逸脱することになるとされる。

第2に、利益吐き出しの根拠を侵害行為の抑止に求める見解からの説明である⁵⁰。利益吐き出しの根拠として抑止に求める見解は、利益吐き

⁴⁷ See, BARNETT, *supra* note 3, at 42.

⁴⁸ RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 39(1) (AM. LAW INST. 2011). こうした要件が追加された理由は、従来の契約違反による利益吐き出しに対する消極的な立場に配慮するためであるとされる (See, Caprice L. Roberts, *A Commonwealth of Perspective on Restitutionary Disgorgement for Breach of Contract*, 65 WASH. & LEE L. REV. 945, 962 (2008)).

⁴⁹ Samuelson et al., *supra* note 44, at 2049.

⁵⁰ EDELMAN, *supra* note 3, at 85 (ただし、善意で認められる場合も例外として認める) ; BARNETT, *supra* note 3, at 41 (契約違反) ; Barnett, *supra* note 17, at 201 (プライバシー侵害) ; Peter Devonshire, *Account of Profits for Breach of Fiduciary Duty*, 32 SYDNEY L. REV. 389, 405 (2010) ; Kristin Boosfeld,

出しが認められるためには「故意」の侵害行為が必要であり、かつそれをもって十分であると論じる。こうした理解の前提には、悪意により他人の権利を侵害した者が、その可能性 (odds) が彼らの利益になると計算した後に行動する傾向があること、そしてそのような侵害者が自己の利得を奪われると規定するルールが、これらの可能性を取り払い、それにより侵害者が違反 (transgressions) を思いとどまらせることになるとの仮定がある⁵¹。また、法と経済学の立場からは、損害の回避費用が重要であるとして、損害に着目されるべきであり、損害を超える利益の付与は、潜在的な不法行為者が、彼らが回避する期待損害以上の費用が掛かる予防措置をとることを惹起する(過剰抑止をもたらし)との指摘がみられたが、こうした問題は、事故(過失)のケースではそうであるとしても、知的所有権侵害のように故意の侵害が通常である場合には、そうとはいえないとされ、むしろ侵害行為を思いとどまらせるとして、望ましいと指摘されている⁵²。このような観点からも、侵害者の主観的認識は要求されるといえる。他方で、善意無過失の侵害者の場合には、その市場を迂回しようと試みておらず、および他人の所有権のインテグリティを傷つけようとしなかったという点からも否定されることが正当化される⁵³。

第3に、権利保有者の保護と他者の自由の領域の調整という点からの説明である⁵⁴。この見解によれば、法制度が個人に承認するすべての権

Reallocating Gains: A Systematic Approach to Disgorgement of Profits, 4 EUROPEAN REVIEW OF PRIVATE LAW 823, 824 (2019) (一般論としてこのような理解を示す)。

⁵¹ See, Rotherham, *supra* note 30, at 542 (ただし、著者自身はこうした理解を支持するものではない)。

⁵² Stephen E. Margolis, *Law and Economics of Copyright Remedies*, in: RICHARD WATT ED., HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF COPYRIGHT: A GUIDE FOR STUDENTS AND TEACHERS (Edward Elgar, 2014) 241, 246.

⁵³ Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Reconceptualizing Trespass*, 103 NORTHWESTERN UNIVERSITY L. REV. 1823, 1858 (2009).

⁵⁴ Raue, *supra* note 2, at 164 (処罰・抑止型の利益吐き出しが、故意による不法行為または重過失による不法行為に制限されるべきと解く。ただし、有体物

利は他者の自由を制約することになるため、自由と法的保護を衡量することがすべての法制度の目標であるとされる。具体的には、一方で、権利保有者は有効な救済手段を提供されなければならない、他方で、過度に有効な救済手段は、権利保有者により濫用され得る。そのため、すべての人が有効に、法により承認された自由を使用することができることは公共の利益にかなうが、法は、その範囲を明確にしておらず、曖昧な部分が残る。しかし、当事者は、自由な使用を思いとどまらせる厳しい救済手段により抑止されるべきではない。というのも、善意の当事者が、過剰な填補的な法的救済を恐れるならば、イノベーションおよび行動の自由は抑えられることになるからである。それゆえに、自由な使用を思いとどまらせるための救済手段は、明白な財産権侵害行為のケースに制限されるべきことになる。このような観点から、行為が第三者の権利を侵害することが、事前の視点から確実ならば——すなわち、悪意である場合——、そのとき（のみ）、法は、「不法行為はペイしてはならない」をシグナルするはずであるとされる⁵⁵。

第4に、利益吐き出しの根拠を侵害者への道徳的非難（処罰）という点に求める見解からの説明である⁵⁶。この見解によれば、侵害者が私法上の訴訟において正当に罰せられるためには、侵害者が行ったことを認識することが重要である。というのも、そうでなければ、処罰を受けるに値するといえないからである。そのため、利益吐き出しが認められるためには、侵害者の側の無某（reckless）⁵⁷を含む意図または認識が要求

や無体物を念頭に置く議論である）。

⁵⁵ 同趣旨を説く見解として、Boosfeld, *supra* note 50, at 835（過失のない権利の侵害行為後の利益吐き出しは、人々が全ての利益を生む活動を阻止し得ることから、利益吐き出しが認められるためには、原則として、侵害者の非難性が必要であると説く）；Samuelson et al., *supra* note 44, at 2077（知的所有法領域全般を念頭に置いたうえで、利益吐き出しの抑止機能を果たしつつ、他者に過度な負担を課せないために、侵害者の主観的認識を要求する）などがある。

⁵⁶ Peter Jaffey, *Restitutionary Damages and Disgorgement*, 3 R.L.R. 30, 42 (1995)；BARNETT, *supra* note 3, at 40～；Rotherham, *supra* note 30, at 543.

⁵⁷ reckless は、「故意にはいたらないが、通常の過失よりは非難性が大きく、わが国の未必の故意または認識ある過失を独立にカテゴリとしたものにあた

されるべきであるとされる。これに対し、侵害者が侵害行為を犯したことを知らないまたは疑わないならば、利益吐き出しが認められるべきではない。というのも、侵害者は、自分自身のものであると考え、あるいは、自らが公共的使用のために利用可能であると考えた財産を使用したからである。

第5に、棚ぼた利益が生じる場面を限定するという点からの説明である。この説明は、利益吐き出しが権利保有者に損害を超える利益、すなわち棚ぼた利益をもたらすことになり、このような利益の帰属は正当化することができないとの理解を前提としたうえで、そうした帰結が生じる範囲を限定するために、侵害者の主観的認識が要求されると解する。こうした理解は、たとえば、後述の商標侵害に関する Romag 事件の被告の主張や法廷助言者の意見書（いわゆるアミカスブリーフ）の中でも指摘されている。すなわち、被告 (Fossil) は、「Fossil の利益〔の吐き出し〕の付与が、填補賠償の概念をはるかに超えた棚ぼたになり、そして Fossil を処罰するであろう」と申し立てた。また、アミカスブリーフも、故意性の認定を要求することが「利益〔吐き出し〕救済がいくつかのケースにおいて有し得るおそらく厳格なインパクト (draconian impact) を回避するために必要である。損害賠償が直接的に原告の損失を算定するけれども、被告の利益〔の吐き出し〕は被告の利得を算定する。それゆえに、清算は原告の現実の損害を過剰に賠償し、そして被告の損失による棚ぼたの判決を生み得る。」との控訴裁判所の判決⁵⁸を引用して、指摘する⁵⁹。

第6に、濫訴を防止するためという点からの説明である。これは、利益吐き出しが権利保有者に利益をもたらすことから、一定の制限を設けないと、権利保有者が濫訴することになるとの懸念から侵害者の主観的認識が要求されるとする理解である。こうした理解も、Romag 事件の

る。」と指摘される（田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会、1991）702頁）。

⁵⁸ Romag Fasteners, Inc. v. Fossil, Inc., 817 F.3d 782, 785-86 (2016).

⁵⁹ See, Bortolin, *infra* note 108, at 954. なお、同論文の注115で意見書の URL が記載されているが、現在は閲覧不可のため、確認できなかった（最終確認：令和5年11月28日）。

アミカスブリーフにおいて指摘されている。すなわち、「悪意や故意性の証明に基づいてのみ、被告の利益の吐き出しを認めることは、また濫訴の商標訴訟を思いとどまらせる。」とされる⁶⁰。

このような必要説の根拠づけは、主観的認識の要否を決する際に利益吐き出しの根拠との関係から説明する立場（第2〔3も〕および4の立場）とそれ以外の事情から説明する立場（第1、5～6の立場）に大別できるであろう。

（3）批判

もっとも、このような根拠づけは、いずれも疑問の余地がある。以下では、それぞれの問題点を確認していくことにしたい。

第1の説明に対しては、裁判官の利益吐き出しの可否の判断に影響を及ぼす要素は、他の事情もあり得るため、主観的認識があったからといって常に認められるわけではない。たとえば、侵害を認識しながら適切に権利を行使しなかった権利保有者側の懈怠などの事情は、利益吐き出しの制限事由として考慮されていることは後述する通りである。そうであれば、主観的認識も利益吐き出しを決する考慮要素の一つにすれば足り、前提条件とまでする必要はないのではないかという疑問である。

第2の説明に対しては、この説明は、故意により違反を犯す者が、一般的に十分な情報を持ち、そして合理的であると仮定しているが、実際には、侵害者は、そのようにしたことが明白に非合理的であった状況においてさえ、違反を犯すことはあるとされる⁶¹。また、後述のように、利益吐き出しの根拠として抑止論が用いられる場面でも、侵害された権利等の特殊性から、主観的認識が要求されない例外的な扱いが認められることもある⁶²。そのため、抑止論を前提とする見解の中には、侵害行為を抑止するために利益吐き出しを認めるか否かを決する考慮要素の一

⁶⁰ See, *id.* at 958.

⁶¹ Rotherham, *supra* note 30, at 543.

⁶² RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 3 cmt a (AM. LAW INST. 2011)（「吐き出しの責任を立証するために必要とされる有責性の程度は、その文脈ごとに異なる。」とも指摘する）。

つとして侵害者の主観的認識を考慮するにとどめれば足りると解する立場（総合事情説）もみられるところである⁶³。

第3の説明に対しては、自由と権利の保護の衡量が重要であることはその通りであるとしても、そうであるとすれば、故意まで要求する必要はなく、過失で足りるのではないかという疑問を提起し得る。というのも、立証の問題を考慮すると、主観的認識である故意に比べると、客観的な基準である過失の方が立証はしやすいからである⁶⁴。

第4の説明に対しては、処罰論からすれば故意性が必要であるとする理解は最も理解しやすいかもしれないが、そもそも処罰することは、エクイティの役割ではないとする従来の理解⁶⁵からすると、このような利益吐き出しの根拠論を承認すること自体に困難を伴うかもしれない。

第5の説明に対しては、権利保有者の棚ぼたを懸念して、利益吐き出しを否定すると、侵害者に棚ぼたを残すことになるとの批判が提起される⁶⁶。たとえば、こうした懸念を示すある判決は、「その侵害する標章の使用に起因する利益を分離することが不可能である場合、商標所有者にとっての棚ぼたはあり得る。しかし、そうでないと解することは、その違法行為者に棚ぼたを与えるであろう。」と述べる⁶⁷。

第6の説明に対しては、濫訴の懸念は完全に軽視されるべきではないが、すべての故意ではない侵害のケースにおいて利益を否定することを正当化しないと指摘されている⁶⁸。というのも、濫訴訴訟は、あらゆる訴訟原因の下での懸念であり、そしてこの懸念は、その結論をもたらし、

⁶³ Rotherham, *supra* note 30, at 544.

⁶⁴ *Id.* at 543.

⁶⁵ 「エクイティは処罰しない」という考えについては、Bray, *supra* note 16, at 31～. なお、このような観点から受託者の信託義務違反による懲罰的損害賠償を批判する Samuel L. Bray, *Punitive Damages against Trustees?*, in: D. GORDON SMITH & ANDREW S. GOLD EDS., *RESEARCH HANDBOOK ON FIDUCIARY LAW* (Edward Elgar Publishing, 2018) 201も参照。

⁶⁶ Bortolin, *infra* note 108, at 957.

⁶⁷ *Mishawaka Rubber & Woolen Manufacturing Co. v. S. S. Kresge Co.*, 316 U.S. 203, 207 (1942).

⁶⁸ Bortolin, *infra* note 108, at 958.

同様に、あらゆる法領域においてすべての金銭救済が排除されるべきであるとの結果を導くことになるからである。

（４）小括

以上の考察からは、第１に、必要説は、多くの場面において、利益吐き出しを認める際に侵害者の主観的認識を前提条件として要求していること、第２に、必要説は、その根拠として①エクイティ上の救済の性質、②抑止論、③権利保有者の保護と侵害者の自由の調整、④処罰論、⑤棚ぼた論、⑥濫訴論から主観的認識を要求する理由を説明していること、第３に、第２の①～⑥の根拠づけは、いずれも異論の余地があることが明らかとなった。こうした状況を踏まえると、主観的認識がなくても認められるとする理解もあり得るであろう。そこで不要説に目を向けることにする。

第２項 不要説

次に、侵害者の主観的認識を要求しない不要説を取り上げる。そのような状況で利益吐き出しが認められる場面は必ずしも多くはないが、具体的には、著作権侵害と信認義務違反の二つの場面（いずれも英米で共通している）が挙げられる⁶⁹。こうした取扱いの承認は、利益吐き出しの要件として主観的要件が必要不可欠な前提条件であるとの理解にも検討の余地があることを示唆しているといえよう⁷⁰。もっとも、こうした立場は、——必要説に立つ論者からすれば当然であるが——多くの批判が向けられている。

以下では、著作権侵害と信認義務違反の各場面について順に取り上げ、不要説がどのように根拠づけられるか、またそのような理解に問題はないかについて確認する。

⁶⁹ このほか、本稿ではこれまで取り上げていない意匠権侵害もこの系譜に位置づけられる（35 U.S.C. § 289）。See, Samuelson et al., *supra* note 44, at 2064～.

⁷⁰ Watterson, *supra* note 1, at 49.

(1) 著作権侵害の場面

(i) 概要

まず、著作権侵害の場面について確認する。英米の著作権法は、利益の吐き出しの要件として、侵害者の主観的認識を明示しておらず⁷¹、判例も同様に要求していない⁷²。たとえば、[英17] Redwood Music Ltd. v. Chappell & Co Ltd. 事件⁷³は、善意の著作権侵害のケースにおいて、利益吐き出しを肯定した。實際上、侵害者は、多くの場合、著作権者の著作物を認識しながら侵害していることは多いであろうが⁷⁴、そうした事情がない場合もあり得ることを踏まえるとすると、そうした場合にまで認められることをどのように正当化するかが問題となる。とりわけ、著作権侵害による利益吐き出しについて主観的認識を不要とする点については、利益吐き出し全体の中のみならず、知的所有法の領域内でも、特殊な扱いであり、一貫した説明が困難であるとの指摘⁷⁵を踏まえると、そうであろう。

(ii) 根拠づけ

こうした立場は、その根拠づけとして、以下のようなものを挙げる。

第1に、歴史的沿革からの説明である⁷⁶。これは以下のような理解に

⁷¹ 米国につき、17 U.S.C. § 504(b)。なお、英国につき、Copyright, Design and Patent Act 1988, s 97(1) (その行為に関係する作品に著作権が存在することを知らず、そして存在すると信じる理由がないこと)の抗弁は、損害賠償に対して成立するのみであり、利益の清算を含むその他の救済手段には認められないとされる (Wienerworld Ltd v. Vision Video Ltd., [1998] FSR 832)。See, Lionel Bently, *Accounting for Profits Gained by Infringement of Copyright: When does it End?*, 1 EIPR 5, 8 (1991) ; Rotherham, *supra* note 30, at 542 n. 30 ; VIRGO, *supra* note 3, at 460。もっとも、イギリス法の同法の下でも利益の吐き出しが認められるには侵害者の主観的認識の証明が必要であると説く見解もある (EDELMAAN, *supra* note 3, at 235-6)。

⁷² PALMER, *supra* note 3, at 163-64.

⁷³ [1982] RPC 109.

⁷⁴ Bently *supra* note 71, at 8.

⁷⁵ BURROWS, *supra* note 3, at 647.

⁷⁶ See, EDELMAAN, *supra* note 3, at 233 ~ .

よる。すなわち、利益の清算という救済は、当初、差止命令の付随物として利用できたのみであった⁷⁷。ある判決は、「差止命令なければ、清算なし」という一般的ルールを明示した⁷⁸。このような理解によれば、利益の清算を求める権利は、差止命令を求める権利に依存することになり、そして差止命令においては侵害者の主観的認識は要求されないため、利益の清算においても主観的認識は要求されないこととなる。

第２に、権利保有者の保護の観点からの説明である⁷⁹。すなわち、自己の権利が侵害された者にとっては、侵害者がその権利を侵害するとき、それを認識していたか否かで違いはない。つまり、権利保有者の権利は侵害され、そして誰かがそのようにすることで利益を上げた。この事実こそが重要である。しかし、主観的認識が要求された場合、侵害者の認識を証明することがしばしば困難になり、権利保有者は、多くのケースにおいて、利益吐き出しを請求することができなくなる。このような観点から主観的認識は求められるべきではないと説かれる。

第３に、利益吐き出しの根拠を権利保有者（被害者）の損害の代替として捉える立場からの説明である⁸⁰。すなわち、著作権侵害のようなビジネス競争を伴う不法行為の類型は、侵害行為がなければ権利保有者に侵害者が得た利益が帰属したであろう。つまり、権利保有者の損害の代替として侵害者の利益を捉えることができるため、主観的認識（少なくとも故意）は意味を持たないとされる。また、別の論者は、「もし被告の利益が原告の損失の代替として使用されているならば、損害賠償は、填補賠償的なものとして記述されるべきである。これは、故意性が要求されないこと、そしてこれらの損害賠償がエクイティ上の救済ではなく、

⁷⁷ 差止命令と利益の清算の関係については、W.R. CORNISH, *INTELLECTUAL PROPERTY: PATENTS, COPYRIGHT, TRADE MARKS AND ALLIED RIGHTS* (4th ed.)(Sweet & Maxwell, 1999) 76 ; Fiona Patfield, *The Remedy of Account of Profits in Industrial and Intellectual Property Litigation*, 7 UNSWLJ 189, 192 (1984) ; Bently *supra* note 71, at 6 ～など参照。

⁷⁸ Parrott v. Plmer, (1834) My & K 63240 ER 241 at 640, 244 (per Brougham LC).

⁷⁹ Boosfeld, *supra* note 50, at 833 (ただし、著者自身はこうした立場を採るものではない)。

⁸⁰ PALMER, *supra* note 3, at 165.

コモン・ロー上の救済であることを明白にするであろう。』⁸¹と述べるが、これも、同趣旨であろう。

第4に、利益吐き出しの理論的根拠につき抑止論を前提とする説明である⁸²。抑止論からすると、先述のように、侵害者が侵害するか否かを事前に判断するために侵害行為を認識できることが求められる。そうすると、著作権侵害の場面において侵害者が善意であっても、利益吐き出しを認める立場は、正当化することはできない。これに対し、より洗練化された考え方は、抑止の政策が故意の侵害を抑止することのみならず、ありうる侵害者に彼らが侵害していないことをチェックさせることを目的とすると指摘されている。

第5に、後述のように著作権侵害による利益吐き出しに際しては、利益配分が認められるため、吐き出される利益の範囲が他の場面より限定されることから、主観的要件が緩和されているとの説明もあり得るであろう。

(iii) 批判

もっとも、このような根拠づけは、いずれも疑問の余地があるように思われる。以下では、それぞれの問題点を確認していくことにしたい。

第1の説明に対しては、差止命令と利益の清算は機能を異にするという批判が提起されている⁸³。すなわち、差止命令は将来の侵害行為を防止することを目的とするのに対し、利益の清算は過去の違法行為に関して機能するという点で役割を異にする。そして、利益の清算が差止命令の付随物であるとの理解は、利益の清算が多くの知的所有権の制定法により明示されて以降は、もはや維持する必要はないとされる。この点についてのイギリスの判例の理解は、従来の理解から完全に脱却できているとまではいえないものの⁸⁴、差止命令が一定の事由——具体的には、①偶然の状況による場合（提訴が遅すぎた場合など）、②侵害が部分的

⁸¹ Samuelson et al., *supra* note 44, at 2027.

⁸² Bently, *supra* note 71, at 15 n.123.

⁸³ *Id.* at 7.

⁸⁴ *Ibid.*

である場合、③訴訟開始後に状況が変化した場合（侵害行為が終了した場合など）——により否定された場合でも、利益の清算を認める先例の存在が指摘されている。たとえば、〔英10〕Spycatcher 事件は、国家の機密情報を公表した事案において、その情報が公表時までパブリックドメインにあり、そのため、さらなる損害が国王に課せられないこと、そして守秘義務に関連する秘密なことはもはや存在しないことを根拠に差止命令を否定しつつも、利益の清算を認めたものであり、利益の清算が差止命令に依存しないとの理解を採るものと位置づけられる。このように差止命令と利益の清算の関係が変容していることを踏まえると、前者において主観的認識が不要であるからといって、後者においても同様に解する必然性は存在しないであろう。

第2の説明に対しては、そこで懸念されている証明の問題は、立証責任を転換するなどにより解決する方法もあり得ることからすると、決定的なものとはいえないであろう⁸⁵。

第3の説明に対しては、そうした根拠づけは、権利保有者の損害と侵害者の利益との間の対応関係がある場合には妥当するかもしれないが、そのような対応関係は、常に認められるわけではなく（たとえば、侵害者の方が著作権者よりも効率的である場合）、そのような場合には、主観的認識（故意）を不要といってよいかは留保が必要であろう。

第4の説明に対しては、以下のような批判が提起されている。まず、著作物の適法かつ有益な使用の過剰抑止をもたらすという批判である⁸⁶。すなわち、利益吐き出しが善意の侵害者にも適用されるとすると、利益吐き出しに付随する証明——たとえば、吐き出すべき利益を算定する際の控除可能な費用の証明や著作物以外の要素に起因する利益の証明——は、侵害者が負うことになり、証明ができない場合には、侵害者は善意であっても粗利益を吐き出す責任を負う。このような厳格な責任に直面すると、潜在的な利用者は著作物の熟慮に基づく使用を完全に迂回し、あるいは見送ることになり、著作物に対する需要の減少をもたらす。

⁸⁵ Boosfeld, *supra* note 50, at 833.

⁸⁶ Dane S. Ciolino, *Reconsidering Restitution in Copyright*, 48 EMORY L.J. 1, 29-30 (1999).

そして需要の減少は、一般的な著作物の市場価格を下げ、さらに公の消費のために利用可能な作品数を減らすことになり、著作権法が存在する目的を妨げることになる。

次に、権原の調査費用の増加に伴う著作物のために市場需要の減少をもたらすという批判である⁸⁷。すなわち、著作物を使用し、または譲り受けたい者は、善意の侵害者にも適用される厳格な責任を前提とすると、注意深く、譲渡人の権原を調査しなければならない。しかし、この調査は著作権の登記制度のようなものが存在しないことを考慮すると、困難であり、著作物を使用することに付随する費用を増加させる。そして結果的に、そのような著作物の需要減少、市場価格の下落、著作物を創作する金銭的インセンティブの減少に加えて、公衆がアクセスする作品数の減少をもらし、最終的に著作権法の目的を妨げることになる。

さらに、先述の権利保有者の保護と侵害者の自由の調整という観点から主観的認識の必要性を説く立場によれば、主観的認識を要求しない著作権侵害による利益吐き出しは、権利保有者の保護に傾きすぎているということになろう⁸⁸。

第5の説明に対しては、利益の配分が認められる他の場面でも主観的認識は当然に不要とされているわけではなく、根拠づけとして不十分であろう。

以上のように、著作権侵害による利益吐き出しにおいて侵害者の主観的認識は不要とされているものの、その際に用いられる根拠づけは、必ずしも十分な説得力があるとはいえず、学説において改革の必要性が指摘されている。具体的には、こうした広く認められることを疑問視して、
①利益吐き出し自体を否定する立場⁸⁹から、利益吐き出しを認めつつも、
②他の多くの場面と同様に、侵害者の主観的認識を要求する立場⁹⁰、③

⁸⁷ *Id.* at 31.

⁸⁸ Boosfeld, *supra* note 50, at 834 (侵害者が故意の場合には、利益吐き出しを認めても、侵害者に予見できないリスクをもたらさず、経済への消極的なインパクトはないと指摘する)。

⁸⁹ Ciolino, *supra* note 86, at 62 (立法論として、厳格な利益吐き出しを排除し、その代わりに懲罰的損害賠償を導入するべきと説く)。

⁹⁰ EDELMAN, *supra* note 3, at 235 (善意の侵害者には認められないとする)；

要件論としては主観的認識を考慮しないものの、吐き出す利益の範囲を決する際の考慮要素とする立場⁹¹などが挙げられる。

（２）信認義務違反の場面

（i）概要

次に、信認義務違反について取り上げる。イギリス法では、たとえば、[英13]Regal 事件⁹²において、貴族院は、以下のように述べる。すなわち、「受認者の地位の使用により利益を上げた者がその利益を清算する責任を負うと主張するエクイティのルールは、決して詐欺や善意の不存在に依存せず」、「その責任は、・・・利益が上げられたという単なる事実から生じる。」⁹³。また「誠実かつ十分に善意でした不当利得者は、清算することを要求されるリスクを回避することはできない。」⁹⁴。このように信認義務違反による利益吐き出しは、受認者の主観的認識に依存せず、利益を上げたという事実こそが重視されているといえる。こうした厳格な立場は、アメリカ法でも基本的に同様であると解されている⁹⁵。このように、信認義務違反は、著作権侵害と同様に、受認者の主観的認識を要求しないという点では同じであるが、効果論——具体的には、著作権侵害が利益の配分を認めるのに対し、信認義務違反ではそれが認められないこと——まで踏まえると、利益吐き出しの中で最も厳格な立場が採られているといえる。では、このような立場はどのように根拠づけられるのであろうか。

Keele, *infra* note 219, at 1091 (故意と不注意で区別する) ; Samuelson et al., *supra* note 44, at 2077.

⁹¹ See, VIRGO, *supra* note 3, at 461 ; Keele, *infra* note 219, at 1092 (著作権侵害において、有責性の区別は、利益が算定される方法に影響を及ぼすと指摘し、間接費の控除において善意・悪意で区別する立場をその例として挙げる)。

⁹² [1967] 2 A.C. 134.

⁹³ *Id.* at 144G-145A(per Lord Russell of Killowen).

⁹⁴ *Id.* at 145.

⁹⁵ E.g. Production Machine Co. v. Howe, 327 Mass. 372, 99 N.E.2d 32(1951).

(ii) 根拠づけ

信託義務違反による利益吐き出しの厳格な立場は、信託義務の特殊な性質により根拠づけられる⁹⁶。より具体的には以下の通りである。

第1に、利益吐き出しの根拠を抑止に求める立場からの説明である⁹⁷。この説明によれば、受託者は、自己の地位を利用する大きな誘惑を受ける立場にいるため、悪意の場合のみならず善意まで認められるとする完全な吐き出しのリスクは、受託者が誘惑に屈することを阻止するのに有効であると解される。このような理解を前提とすれば、利益吐き出しの根拠として抑止に求める見解の下でも、信託義務違反の場面では、受託者の主観的認識は問われないこととなる。

第2に、権利保有者の保護と第三者の自由の調整の観点からの説明である⁹⁸。この説明は、先述の主観的認識を要求する立場（必要説）の第3の立場を前提としたうえで、主観的認識を要求する理由が経済活動の自由を阻害するという点にあるとし、そしてその裏返しとして、信託の場面のように経済的な停滞の危険が差し迫っていない場合には、利益の吐き出し請求を一定の種類の非難性要件により制限する必要はないとし、その具体的な場合として、（受託者としての自己の地位を知っている）受託者が、信託財産を売却することから利益を得た場面を挙げる。というのも、信託の受託者は、受益者のために財産を保有し、かつ管理する立場にいることを自ら引き受けたため、信託財産の自己利益のための売買は、受託者が決して引き受けるべきではない行動であるからである。ここでは、受益者の利益において排他的に行動することは受託者の義務の本質であるとされる。それゆえに、このような場面においては、厳格な吐き出し政策によるビジネス活動への消極的な影響は、問題とならないとされる。なぜならば、受託者は決して信託財産でビジネスをし得な

⁹⁶ PALMER, *supra* note 3, at 165.

⁹⁷ Irit Samet, *Guarding the Fiduciary's Conscience—A Justification of a Stringent Profit-stripping Rule*, 28(4) O.J.L.S. 763, 768-771 (2008); EDELMAN, *supra* note 3, at 149-50（信託関係に内在する信頼と脆弱性から、信託義務違反のより高い抑止によって本人の権利を保護する必要性があるとする）。

⁹⁸ Boosfeld, *supra* note 50, at 835.

いし、そしてそこから利益を得ることはできないからである（利益取得禁止原則〔no-profit rule〕）。要するに、受託者に自由な経済活動を保障する必要はないことから、主観的認識を不要であると解しても問題はないということである。

（iii）批判

もっとも、このような善意の受託者への利益吐き出しを認める根拠づけにも、疑問の余地がないわけではない。

第１の説明に対しては、学説（とくに、利益吐き出しの根拠として抑止論を説く見解）は、著作権侵害と同様に、善意の信認義務違反による利益吐き出しが過剰抑止をもたらすとの懸念を示している⁹⁹。というのも、そのような厳格なルールは、受託者が、自己のみならず、本人に利益をもたらすであろう方法で、機会を求めることを阻止するからである。つまり、厳格すぎるルールは、本人にとっても望ましくないということである。

第２の説明に対しては、信託も経済活動にかかわる領域はあるとの指摘が可能である。とりわけ、アメリカでは商事信託の発展があり、ビジネス活動との調和も考慮する必要があるのではないかという疑問を提起し得る¹⁰⁰。

それゆえに、信認義務違反による利益吐き出しをめぐっても、著作権侵害の場面と同様に、改革の必要性が説かれている¹⁰¹。具体的には、①信認義務違反に該当する場面を限定する方法¹⁰²、②受託者の能力・才覚により利益が生じる場合には、受託者に手当の付与を認める方法、③利益吐き出しの要件としては主観的認識を要求しないものの、手当の付与

⁹⁹ John H. Langbein, *Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?*, 114 YALE L. J. 929, 951 ~ (2005).

¹⁰⁰ イギリスと異なり、アメリカでは、商事の分野で信託が用いられるようになったことにつき、姜雪蓮『信託における忠実義務の展開と機能』（信山社、2014）203頁以下を参照。

¹⁰¹ Mitchell McInnes, *Account of Profits for Breach of Fiduciary Duty*, 122 L.Q.R. 11(2006).

¹⁰² Palmer, *infra* note 332, at 172.

を決する際にそうした認識の有無を考慮する方法¹⁰³などが挙げられる。

(4) 小括

以上の考察からは、次の点が明らかとなった。

第1に、不要説は、(i) 著作権侵害と(ii) 信託義務違反の場面を念頭に、利益吐き出しが受認者や侵害者の主観的認識を問うことなく認められると解していることである(とりわけ、効果の点まで考慮すると、信託義務違反は、最も厳格な立場である)。

第2に、(i) の場面(著作権侵害)では、不要説は、その根拠を①歴史的な取扱い、②損害の立証困難性により本人が救済されない事態の回避、③利益を損害の代替として捉える議論、④抑止論、⑤吐き出す利益の範囲との関係(利益の配分が認められているため、範囲が限定されること)などに求めた。ここでの立場も、主観的認識を不要とする点を利益吐き出しの根拠と関係づけるか否かで大別することができるであろう(③④〔②も?〕は、関係づける立場であるのに対し、①⑤は関係づけない立場であるといえる)。もっとも、いずれも疑問の余地はある。

第3に、(ii) の場面では、不要説は、その根拠を①抑止論((ii) の場面では、信託関係の特殊性から、より強い抑止が要請される)や②権利の保護と自由の確保の調整(後者の自由の確保は(ii) の場面〔特に、信託の受託者の場面〕では重視する必要はない)などに求めた。ここでは、いずれの根拠も、利益吐き出しの根拠に関係づけているといえる。もっとも、いずれも疑問の余地はある。

こうした状況を踏まえると、不要説ですべての利益吐き出しが問題となる領域を説明することは困難であろう。そこで第3の立場に目を向けることにする。

第3項 総合考慮説

最後に、上記二つの中間的な立場として、侵害者の主観的認識を利益吐き出しの前提条件としては要求しないものの、利益吐き出しの可否を決する多数の要素の一つとして考慮する立場である総合考慮説を取り上

¹⁰³ ②③については、後述の allowance の議論を参照。

げる。具体的には、アメリカの商標侵害の場面における近時の連邦最高裁の立場（およびそれ以前の一部の下級審巡回区の立場）がそのような立場の例として挙げられる。もっとも、学説では、上記の場面に限定せず、より一般的にそうした立場に親和的な見解もみられる。たとえば、利益吐き出しにおいては、資源のタイプこそが重要であり、侵害者の非難性という不法な行為の性質は、二次的な役割のみを果たすとの指摘¹⁰⁴や主観的認識は必ずしも前提条件ではなく、権利の性質や他の救済の存在など様々な事情を考慮して侵害行為の抑止の必要性があるか否かにより利益吐き出しの必要性を判断する立場¹⁰⁵などが挙げられる。そこで、以下では、商標侵害による利益吐き出しに関する近時の連邦最高裁の立場とその根拠について確認したうえで、その問題点について指摘する。

（１）商標侵害の主観的認識の要否をめぐる連邦最高裁の立場

アメリカでは、商標侵害による利益吐き出しにおいて、侵害者の主観的認識を要求するか否かをめぐっては、従来、連邦最高裁判所が明確な立場を示してこなかったこともあり、連邦巡回区控訴裁判所の中で、①必要とする立場と②前提条件としては不要としつつ、多数の考慮要素の一つとして考慮する立場に分かれていた^{106 107}。このような中で、近年、

¹⁰⁴ HANOCH DAGAN, UNJUST ENRICHMENT: A STUDY OF PRIVATE LAW AND PUBLIC VALUES (Cambridge U. P., 1997) 108.

¹⁰⁵ Rotherham, *supra* note 30, at 541～; do., *supra* note 9, at 92～. この見解は、先述の不十分性の基準の第３の立場である。

¹⁰⁶ 従前の議論状況については、William G. Barber, *Recovery of Profits Under the Lanham Act: Are the District Courts Doing Their Job*, 82 TRADEMARK REP. 141 (1992); Eugene W. Luciani, *Does the Bad Faith Requirement in Accounting of Profits Damages Make Economic Sense?*, 6 J. INTELL. PROP. L. 69 (1998); Danielle Conway-Jones, *Remedying Trademark Infringement: The Role of Bad Faith in Awarding an Accounting of Defendant's Profits*, 42 SANTA CLARA LAW REVIEW, 863 (2002)などを参照。

¹⁰⁷ こうした商標の場面の主観的要件の混乱状況は、〔英５〕Potton 事件以前のイギリス法においても同様であったとされる（See, EDELMAN, *supra* note 3, at 236-41）。すなわち、①侵害者が善意でも利益の清算を認めるもの（Cartier v. Carlisle, (1862) 31 Beav 292, 298; 54 ER 1151, 1153. 本件は〔英５〕Potton 判決

〔米16〕Romag Fasteners, Inc. v. Fossil, Inc. 事件¹⁰⁸は、米国商標法1125条(a) (Lanham 法43条(a)) の違反による場合には、「故意」が必要か否かという論点について、不要とする立場を採った。すなわち、善意・悪意で区別し、故意性を利益吐き出しの前提条件とする下級審の立場(①の立場)を拒絶したわけである。

もっとも、最高裁は、侵害者の主観的認識を、前提要件として要求しないとしたにとどまり、それを利益吐き出しの成否の判断において何ら考慮する必要がないとまで述べたわけではない。この点につき、最高裁は、侵害者の心理状態を利益吐き出しが適切であるか否かを決定する際の「重要な考慮」要素として理解する。すなわち、「精神状態(mens rea)は、Lanham 法以前のケースにおいて利益を付与する際に重要な考慮として現れた。これは、通常の被告の心理状態が適切な救済を割り当てるのに適切な実体的横断的原理を反映する。」そして「これらの伝統的原理を考慮すると、我々は、商標の被告の心理状態が、利益の付与が適切か否かを決定する際にかなり重要な考慮〔要素〕であることを疑わない。しかし、その多くを承認することは、〔被告が〕提唱する回復の硬直な前提条件を主張することとは大違いである。」と述べる¹⁰⁹。

により賛成された)と②侵害者が故意により侵害した場合のみ認められると解するもの(Edelsten v. Edelsten, (1863) 1 De G J & S 185; 46 ER 72 [ただし、傍論]; Moet v. Couston, (1864) 33 Beav 578; 55 ER 493) がみられた。もっとも、Edelmanによれば、イギリスの判例の立場は、①から②にシフトしていったとされる(*Id.* at 238)。

¹⁰⁸ 140 S. Ct. 1492 (2020). 本件については、Tony Bortolin, *Awarding Some Profits against Unintentional Infringers*, 110 TRADEMARK REP. 930, 957 (2020); Laine Gonzalez, *Trademark Infringement and Profit Remedies in View of Romag v. Fossil*, 55 IND. L. REV. 139 (2022) のほか、萩原弘之=寺澤幸裕=宮脇正晴「米国における知財の動き」高林龍=三村量一=上野達弘編『年報知的財産2020-2021』(日本評論社、2020) 204頁、特に217頁以下(宮脇執筆)、尾島明「商標権侵害を理由に利益の吐き出しを請求できるのは故意による侵害がある場合に限られるか」IP ジャーナル25号(2023) 52頁も参照。

¹⁰⁹ 140 S. Ct. 1492, 1495.

（2）根拠づけ

このような立場は、どのように根拠づけられるであろうか。最高裁は、主観的認識を前提条件として不要とする根拠として、以下の2点を挙げる。

第1に、米国商標法1117条（Lanham 法35条）の規定における文言の違いである。すなわち、1117条（a）は、単に「1125条（a）の下での違反」が証明されなければならない、1125条（c）の違反を理由に必要とされるように「故意の違反」の証明を要求していないことから説明される。

第2に、Lanham 法全体の規律構造からの推論である。すなわち、Lanham 法の構造全体から、同法は多数の様々な条文において心理状態（mental states）を要件として要求する場合には、明示的に定めていることから、逆に、制定法においてそのような文言がない場合には、心理状態は求められていないと解されることになる。

このように、最高裁は、主観的認識を不要とする根拠を文言解釈や体系解釈に求めたといえる。他方で、最高裁は、意識的に実質論（政策論）には立ち入らなかった。すなわち、「競合する、そして同一の基準で測れない政策目標がある」ことを最高裁も承認していたものの、こうした競合する政策目標は、司法府の役割ではなく、立法府がなすべきことであると述べる¹¹⁰。

（3）問題点

もっとも、連邦最高裁は、故意性を前提要件としては不要としつつも、（いまだ利益吐き出しの成否を決する）重要な考慮要素として位置づけている。しかし、最高裁は、どのようにそれが考慮されるのかについて明確な基準を述べていない（単一の、支配的な基準を述べることを拒絶した）。具体的には、以下の通りである¹¹¹。すなわち、①裁判所の判決は、どのように侵害者の主観的認識が重要な要素として、利益吐き出しの基準に組み込まれるべきかを扱っていないこと、②裁判所は、どれくらい侵害者の心理的な非難可能性や意図が多数の分析において比重を与えら

¹¹⁰ *Id.* at 1497.

¹¹¹ Gonzalez, *supra* note 108, at 141, 150.

れるべきかを扱っていないこと、③裁判所の判決の下では、もし無謀（未必の故意）により、あるいは過失により行動したと単に認定された被告が商標侵害のケースにおいて吐き出しに服し得るのかは明らかではないことが挙げられる。そのため、学説からは、「下級審裁判所をよりよく導き、そしてより完全にその巡回区の分裂を解決するために、〔最高〕裁判所は、これらの問題を扱った基準を提供するべきであった。」との批判がなされている¹¹²。

ともあれ、今後は、商標侵害の場面においては、下級審裁判所は自ら決定していくことが求められるであろう。その際には、従来、故意を前提要件と要求してきた巡回区裁判所は、①従前の故意性を要求しない巡回区で採用された基準（とりわけ、第5巡回区控訴裁判所が採った多数要素アプローチ）と②最高裁判所の判決を解釈したうえで、自ら新しい基準を決定する方法のいずれかの選択を強いられることになるであろう¹¹³。というのも、最高裁判所は明示的に、単一の、既存の巡回区控訴裁判所の基準を支持しなかったからである。

前者の多数要素アプローチにつき、第5巡回区控訴裁判所の基準が非常に適切なツールであると評されている¹¹⁴。それは以下のようなものである。すなわち、「(1) 被告が混同させ、あるいは騙す意図を有したか否か、(2) 売上が横流しされたか否か、(3) その他の救済手段の十分性、(4) 権利を主張する際の原告によるあらゆる非合理的な遅延、(5) その不正行為を利益の出ないものにするという公共の利益、そして(6) 売主が騙して売付けるケースであるか否かを含むが、これらに制限されない。」¹¹⁵。

もっとも、こうした基準が権利保有者にとって常に使いやすいといえるかは疑問も提起されている¹¹⁶。というのも、この基準の下では、陪審

¹¹² *Id.* at 154.

¹¹³ *Id.* at 151-2.

¹¹⁴ *Id.* at 154.

¹¹⁵ *Pebble Beach Co. v. Tour 18 I Ltd.*, 155 F.3d. 526, 554 (5th Cir. 1998)

¹¹⁶ Mark A. Thurmon, *Federal Trademark Remedies: A Proposal for Reform*, 5 AKRON INTELL PROP. J. 5(2)137, 152-53 (2011).

がその侵害が故意であると認定した場合でさえ、裁判所が、利益吐き出しを否定することが正当化され得るからである。

（4）小括

以上のように、総合事情説は、商標侵害の場面において、文言解釈や体系解釈を根拠に、侵害者の主観的認識を利益吐き出しの前提条件としては要求しないものの、利益吐き出しを決する際の重要な考慮要素として捉えている。もっとも、どのように侵害者の主観的認識を考慮するかについては明確ではない。ともあれ、このような主観的認識についての3つの見解は、いずれか1つの立場ですべての利益吐き出しの場면을説明することは難しいであろう。

第3款 因果関係の問題

ここでは、侵害行為と侵害者が取得した利益との間に一定の繋がりが存在することが必要かという問題（因果関係の問題）について取り上げる¹¹⁷。利益吐き出しに関する因果関係の問題は、従来必ずしも注意を払

¹¹⁷ 利益吐き出しに関する因果関係と疎遠性については、Lionel Bently, *Accounting of Profits for Infringement of Copyright: Potton Ltd v. Yorkclose Ltd*, 3 EIPR 106, 109 ~ (1990) ; Bently, *supra* note 71, at 10 ~ ; Friedmann, *supra* note 34, at 1917 ~ ; Graham Virgo, *Restitutionary Remedies for Wrongs: Causation and Remoteness*, in: CHARLES RICKETT ED., *JUSTIFYING PRIVATE LAW REMEDIES* (Hart Publishing, 2008) 301 ; Deborah A. Demott, *Causation in The Fiduciary Realm*, 91 B.U.L.R. 851 (2011) ; Mark P. Gergen, *Causation in Disgorgement*, 92 B.U.L.R. 827 (2012) ; Rebecca Lee, *Disgorgement of Unauthorised Fiduciary Gains: An Exercise in Causation?*, 11 JOURNAL OF EQUITY 29 (2017) ; Matthew Conaglen, *Identifying The Profits for Which A Fiduciary Must Account*, 79(1) CAMBRIDGE LAW JOURNAL 916 (2020) ; Alex C.H. Yeung & Jason Fee, *Limiting the Fiduciary's Account of Profits: But-For Causation?*, 26(10) TRUSTS & TRUSTEES 916 (2020) ; Kate Hursthouse, *Correlativity is Not Causation: A Principled Approach to Account of Profits for Breach of Fiduciary Duty*, OTAGO YEARBOOK OF LEGAL RESEARCH 2020 (2021) <https://www.otago.ac.nz/law/research/journals/otago828540.pdf>などを参照。

われてこなかったため、十分に議論されてきたわけではないものの¹¹⁸、不法行為法の議論におけるのと同様に、事実の因果関係の問題と法的因果関係の問題に分けて検討されている¹¹⁹。すなわち、利益吐き出しが認められるためには、侵害行為と利益との間に事実の意味での因果関係があることが必要か、また必要であるとしてその因果関係はどのように判断されるか（事実の因果関係の問題）（第1項）。また事実的因果関係があるとして、因果関係がある利益は、すべて吐き出しの対象となるか、一定の範囲に制限されるか（法的因果関係の問題）（第2項）。以下では、この二つの問題を順番にみていくことにしよう。

第1項 事実的因果関係の問題

まず、利益吐き出しが認められるためには、侵害行為と利益との間に事実的因果関係があることが必要か、また必要とした場合、その事実的因果関係はどのような意味で理解されるかという点について確認する。

（1）事実的因果関係の必要性

判例・学説は、利益吐き出しが認められるための前提条件として、その侵害行為と利益との間に因果関係（causation）があることを要求する¹²⁰。たとえば、あるイギリスの判例は、侵害行為とその結果として取得された利益との間に「一定の合理的な関係（reasonable connection）」

¹¹⁸ GEORGE B. KLIPPET, UNJUST ENRICHMENT (Butterworths, 1983) 228 (「原状回復法における因果関係に特別の注意がほとんど向けられてこなかった。疎遠性の側面としての因果関係の分析は、伝統的に、契約法および不法行為法における損害賠償ルールの議論に制限されてきた。」と指摘する)；Virgo, *id.* at 301；DeMott, *id.* at 853；Charles Mitchell, *Causation, Remoteness, and Fiduciary Gains*, 17 KCLJ 325, 327-28 (2006) など。

¹¹⁹ 因果関係を二つのレベルに分けることについては、Friedmann, *supra* note 34, at 1917；Gergen, *supra* note 117, at 829（事実上の問題を他の考慮から区別することは、吐き出し法の明確かつより一貫した説明を提供することを可能にする、と指摘する）などを参照。

¹²⁰ VIRGO, *supra* note 3, at 434～；BURROWS, *supra* note 3, at 625.

がなければいけないと指摘する¹²¹。

問題は、ここでの因果関係がどのような意味で理解されるかという点である。その意味は必ずしも明らかではないとされるが¹²²、判例・学説は、不法行為法の領域で用いられる「なかりせば (but for)」の意味、すなわち、侵害行為が利益発生のための唯一の原因であると解する立場と、そのような関係が必ずしもなくても、侵害行為が利益発生の原因の一つであれば足りるとする立場に分かれている（さらに、場面により使い分けの折衷的立場もある）。以下では、これらの立場を順に取り上げる。

（2）厳格な立場

利益吐き出しで問題となる因果関係は、不動産侵害や知的所有権侵害のように多くの場面において、事実的な観点から判断され、「なかりせば (but for)」の意味で理解されてきた。学説においても多数の見解がこうした立場を採る¹²³。

（i）判断基準

この理解によれば、侵害者は、侵害行為がなければ、利益を上げることができなかった場合のみ吐き出す責任を負うことになる¹²⁴。では、どのような場合に利益を上げることができなかったと判断されることになるのか。とりわけ、なかりせばの因果関係の有無は、知的所有権侵害の場面などで問題となる¹²⁵。この点については、具体的には、以下のような基準が提案されている¹²⁶。

¹²¹ CMS Dolphin Ltd v. Simonet, [1979] AC 374 (per Lawrence Collins J).

¹²² Hursthouse, *supra* note 117, at 12 ; Conaglen, *supra* note 117, at 45.

¹²³ Mitchell, *supra* note 118, at 327 ; Devonshire, *supra* note 50, at 402 ; Virgo, *supra* note 117, at 327. See also, BARNETT, *supra* note 3, at 189, 210 (契約違反の場面において、なかりせば基準を支持)。

¹²⁴ E.g. Allan Farnsworth, *Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, 94 YALE L. J. 1339, 1343 (1985). Murad v. Al-Saraj, [2005] EWCA Civ 959 para 62 (per Arden LJ).

¹²⁵ See, Rotherham, *supra* note 9, at 95.

¹²⁶ 以下につき、Fiona Patfield, *The Modern Remedy of Account*, 11 ADEL L. R. 1,

第1に、侵害者が代替手段 (alternative) を使用することにより、その利益を上げることができたか否かという基準である¹²⁷。すなわち、代替手段がない場合 (= 侵害した権利なしには商品を製造することができなかった場合) には、生じた利益は侵害行為に起因し、侵害行為と利益との間で事実的因果関係が肯定される (たとえば、[英9] Peter Pan 事件など)¹²⁸。これに対し、代替手段がある場合 (= 侵害した権利なしでも商品を製造することができた場合)¹²⁹ には、その利益が侵害行為のみに起因するとは必ずしもいえないから、事実的因果関係は否定される¹³⁰。このように利用可能な代替手段があるか否かが重要な基準となる。この点に関する立証責任は、侵害者に課せられる。そのため、[英5] Potton 事件において利益吐き出しが否定されたのは、侵害者がその建物を建築するために別のデザインを使用したであろうことを立証できなかったからと理解される^{131 132}。

19 (1987)(守秘義務違反を含む知的所有権侵害の問題を中心に考察する)に負う。

¹²⁷ Farnsworth, *supra* note 124, at 1343.

¹²⁸ Goff & Jones, *supra* note 3, at 759.

¹²⁹ それにもかかわらず、被害者の権利を侵害する理由としては、侵害者が侵害することによりその製品をより効率的に製造することが可能となる点が挙げられる (GURRY, *supra* note 3, at 424-5)。

¹³⁰ BURROWS, *supra* note 3, at 625 (違法行為者が違法行為に関わらずその利得を上げたならば、一般的には原状回復的救済〔利益吐き出し〕の正当化根拠は存在しないと指摘する)。

¹³¹ Bently, *supra* note 117, at 110. See also, VIRGO, *supra* note 3, at 505 (信託義務違反の場面を念頭に置いた上で、特定の利益が義務違反から得られなかったことを証明する責任は受認者に課せられる。というのも、受認者が義務違反からあらゆる方法で利益を得るべきではないからである)。

¹³² なお、こうした理解は、契約違反の場面などでも妥当するとの理解がみられる。たとえば、山田八千子「売主の契約違反と買主の損害——アメリカ法における利得吐き出し法理の適用をめぐる」東洋法学34巻2号 (1991) 87、89頁 (「一見すると、約束違反者の利得が契約違反により生じたように見えても、違反者が他の手段を用いて同じ利得を得られたとしたら、事実上の因果関係は認められないからである。」「…売主が買主に売却したのと同質で同僚の財産を第三者から譲り受けることが可能であったという状況を仮定してみれば、違反をしなくてもその利得は得られたはずである。」) 参照。ただし、このような理

第2に、侵害者と取引に入った第三者がその侵害行為がなくても侵害者と取引をしたか否かという基準である。すなわち、侵害行為がなくても侵害者が第三者と取引をしていた場合には、その利益は侵害行為に起因するものとはいえず、事実的因果関係は否定される。たとえば、〔英10〕My Kinda 事件では、被告が原告の使用するレストランの名称と類似するレストランの名称を使用すること（詐称通用）により、利益を取得したのに対し、被告が利益の清算を命じられた。というのも、顧客が被告のレストランを原告のそれと混同したからであった。つまり、侵害行為（詐称通用）がなければ、第三者（顧客）は被告のレストランを使用しなかったということである。

これらの基準のいずれが使用されるかは、知的所有権侵害のタイプにより決まることになる（たとえば、第1の基準は、製造方法の侵害に関係するのに対し、第2の基準は、製品の侵害に関係するとの見解がある¹³³⁾¹³⁴。

（ii）根拠づけ

このような「なかりせば」の意味で因果関係を理解する立場は、その根拠として以下の点を挙げる。

第1に、裁判官や立法者にとって使用しやすいという点である。すなわち、たとえば、裁判官は、不法行為や契約違反などの場面でこの基準を使用しており、この調査方法を良く知っているため、実務的に魅力があるとされる¹³⁵。

第2に、因果関係ルールの単純性と明快性を維持することが可能である点である¹³⁶。これは、以下のような理解に基づく。すなわち、この立場によれば、侵害行為と利益との間になかりせばの因果関係があれば、

解が妥当しない場面（Snepp 事件の場面など）もある。

¹³³ Bently, *supra* note 117, at 110.

¹³⁴ このような理解の下で、因果関係が否定されたとしても、別の利益（回避された費用）の吐き出しが認められることはある。この点は、利益の配分とも関連する（See, McGowan, *infra* note 255, at 14 ～）。

¹³⁵ Yeung & Fee, *supra* note 117, at 916.

¹³⁶ Mitchell, *supra* note 118, at 336.

吐き出す利益の範囲は不明確に広がることになる。そこで、この立場は、こうした理解を前提としたうえで、過度に責任の範囲が拡張しないための歯止めは、別概念、すなわち「疎遠性」によって対応する¹³⁷。このようにこの立場は、因果関係と疎遠性を峻別することにより、因果関係の単純さを維持しつつ、規範的問題の考察を後者のレベルで裁判官が扱うことを可能にする¹³⁸。

第3に、侵害者のみが証拠を所有していることの懸念は、なかりせばの因果関係の不存在の反証を挙げる責任を侵害者に転換することで回避可能であることも挙げる¹³⁹。

(3) 緩やかな立場

以上の理解に対し、利益吐き出しが問題となる一部の場面では、なかりせばの基準を満たしていない場合でも、事実因果関係を認めたうえで、利益吐き出しが認められることがある。具体的には、信認義務違反の場面や一部の契約違反の場面においてみられ、学説でも、そうした立場を支持する見解がみられる¹⁴⁰。

(i) 判断基準

判例は、信認義務違反の場面では、信認義務違反が、利益発生の原因の一つになっていれば、因果関係を否定せず、受認者に利益吐き出しを

¹³⁷ *Id.* at 327, 336.

¹³⁸ *Id.* at 336.

¹³⁹ Lusina Ho, *Deemed Performance in Account of Profits*, in: PETER DEVONSHIRE & ROHAN HAVELOCK EDS., *THE IMPACT OF EQUITY AND RESTITUTION IN COMMERCE* (Hart Publishing, 2019) 183, 194.

¹⁴⁰ Gergen *supra* note 117, at 831 (なかりせばの因果関係の存在は、利益吐き出しの前提条件ではないと指摘する) ; Barnett, *supra* note 17, at 201 (プライバシー侵害との関係で緩やかな立場を説く)。See, RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 51 cmt f (AM. LAW. INST. 2011) (なかりせばの因果関係の不存在は、いつも違法行為者を免除するとは限らないと指摘する)。

認めてきた¹⁴¹。たとえば、〔英18〕Murad v. Al-Saraj 事件¹⁴²では、控訴院の多数意見は、利益の清算の事実的因果関係の問題について、「受認者が、その当事者が損失を出したことを証明することができるという事実は、Regal 事件〔注：〔英13〕事件〕の先例に基づく、利益の清算に関する限り、関連しない考慮である。」と述べた上で、「私の考えでは、Regal 事件からは、たとえ信認義務違反がなかったとしても、受認者がその利益を上げたであろうということは抗弁ではない」と述べた¹⁴³。換言すると、多数意見は、信認義務違反と受認者の利益との間になかりせばの意味での因果関係がない場合でも、利益の吐き出しを認めたわけである¹⁴⁴。

また〔米14〕Snepp 事件においても、最高裁判所は、契約に違反したCIA エージェントを受認者として性格づけたうえで、エージェントがたとえ政府が許可を求めているならば承認されたであろう見込みがあったとしても、要求された許可を受けることなしに公表した本から上げたロイヤリティを吐き出すことをエージェントに命じた¹⁴⁵。

このような理解によれば、なかりせばの因果関係の不存在（たとえば、本人に事前に情報を開示し、同意を得ることができたであろう証拠があること）は、必ずしも侵害者を免責することにはならない¹⁴⁶。このような理解は、侵害行為が起こらなかったならば、起こったであろう事態を推論することを拒絶する立場ともいえる¹⁴⁷。

（ii）根拠づけ

このような因果関係を緩く解釈する立場は、その根拠として、以下の点を挙げる。

第1に、なかりせばの因果関係は、損害に基づく賠償責任について妥

¹⁴¹ See, Mitchell, *supra* note 118, at 335.

¹⁴² [2005] EWCA Civ 959 (CA).

¹⁴³ *Id.* at [67].

¹⁴⁴ VIRGO, *supra* note 3, at 434 ; Rotherham, *supra* note 9, at 95.

¹⁴⁵ 444 U.S. 507, at 515-16 (1980).

¹⁴⁶ DeMott, *supra* note 117, at 853 ; BARNETT & HARDER, *supra* note 3, at 437.

¹⁴⁷ Virgo, *supra* note 117, at 322 ; Devonshire, *supra* note 50, at 395.

当し、利益吐き出しに妥当するものではないとの説明が挙げられる¹⁴⁸。すなわち、なかりせばの意味での因果関係は、コモン・ロー上の損害賠償のように損失基底的な救済に専ら適用されてきたことを踏まえると、直ちに利益に基づく救済である利益の清算のために適切であるか否かが問われ得る。この点につき、ある論者は、「受認者から多くの調査なしに利益を剥奪することと、相対的な原因への調査なしにすべての損失を彼に責任を負わせることは同じではない。」と説いている¹⁴⁹。そのため、両者においては異なる考慮がなされており、損失に基づく救済上のルールが利益に基づく救済に全面的に適用されると想定することは困難であるとされる¹⁵⁰。

第2に、受認者に不正行為への誘惑に抵抗するインセンティブを受認者に提供する必要性という点からの説明が挙げられる¹⁵¹。すなわち、なかりせばの基準によれば、信認義務違反がなくても、受認者が本人の同意を得ることができたであろう場合には、利益吐き出しの責任を負わなくなる（たとえば、[英18]Murad 事件など）¹⁵²。こうした事態を回避し、受認者が本人の利益に反して自己利益を追求することを阻止するために利益吐き出しの要件が緩和されている（受認者にとっては厳格になっている）というわけである¹⁵³。

第3に、受認者の自由よりも受益者の保護を優先するという政策的な理由も挙げられる。すなわち、不法行為や契約におけるなかりせばの意味での因果関係は、債務をエンフォースすることと関連する当事者達の自由を守ることとの間で適切なバランスを取り得るけれども、それは必

¹⁴⁸ Yeung & Fee, *supra* note 117, at 920.

¹⁴⁹ J.D. Heydon, *Causal Relationships Between a Fiduciary' Default and the Principal's Loss*, 110 L.Q.R. 328, 332 (1999).

¹⁵⁰ Yeung & Fee, *supra* note 117, at 920.

¹⁵¹ Conaglen, *supra* note 117, at 58 ; Hursthouse, *supra* note 117, at 21 ; Yeung & Fee, *id.* at 919.

¹⁵² Virgo, *supra* note 117, at 325.

¹⁵³ たとえば、Virgo は、「信認義務違反による因果関係へのこのより寛大なアプローチは、おそらくは、信託関係および信託関係の濫用の誘因から被告を阻止する必要性のためである」と述べる（Virgo, *supra* note 3, at 434-35）。

ずしも同じバランスが受認者の文脈において採られるべきことになるとは限らないとされる¹⁵⁴。

（iii）留意点——信認義務違反におけるなかりせば基準の可能性

このように信認義務違反の場面においては、因果関係は緩く解されている。もっとも、この場面においても、なかりせばの基準を適用すべきと説く見解がないわけではない。

たとえば、Rebecca Lee は、信認義務違反の場面においては、信託規範と不法行為規範の衝突があり、いずれの規範が優先するかは、文脈により異なると指摘する。具体的には、信認義務が問題となる場面のうち、**①**古典的な信託の受託者による信託財産の横領（およびその他の財産管理型の受認者の財産横領）の場面においては、強固な財産法（所有法）の論理が優先し、完全な吐き出しが認められる。その結果として、因果関係は緩やかな意味で理解される（後述の疎遠性による制限も排除される）ことになる。これに対し、**②**その他の信認関係（特に非保管的な受認者）の場面では、不法行為法の論理が優先し、完全な吐き出しは妥当せず、その結果として、なかりせばの因果関係の意味で理解されることになる（そして疎遠性の適用も認められる）¹⁵⁵。**①**の場面において厳格な立場が採用される理由は、財産の専有があることから、擬制信託と同様の物的推論が妥当するのに対し、**②**の場面ではそうした推論ができないこと、および**②**の場面まで厳格な立場を採ると、却って信認関係の拡張を阻害することにもなりかねないことが挙げられる¹⁵⁶。

以上の点を踏まえたうえで、Lee は以下のように提案する。すなわち、信託パラダイムは、その理論的根拠としての厳格な抑止を伴い、信託財産の横領を伴う信託違反やその他の管理型受認者の関係にのみ適用されるべきである¹⁵⁷。受託者による信託財産の中核となる横領に分類されないとき、あるいは、受認者の違反が信託財産を危険にさらすことを伴わ

¹⁵⁴ Yeung & Fee, *supra* note 117, at 919.

¹⁵⁵ Lee, *supra* note 117, at 38-40.

¹⁵⁶ *Id.* at 47.

¹⁵⁷ *Id.* at 39.

ないとき、不法行為パラダイムは、受認者の責任が因果関係的に関連する利得を清算することのみであるならば、優先するべきである¹⁵⁸。この立場は、受認者の概念が過剰に拡張することを回避するために、信託財産の横領から受託者が得た利益と純粋な機会主義的行動から（非受託者である）受認者が得た利益を区別し、そして両方で吐き出す利益の範囲が異なることを正当化する¹⁵⁹。

（４）小括

以上の考察からは、次の点が明らかになったといえる。

第１に、事実的因果関係は利益吐き出しの文脈においても要求されているということである。

第２に、第１の基準について、判例・学説は、①なかりせば基準をとる立場と②なかりせば基準を満たさない場合でも、侵害行為が利益発生の原因の一つであれば足りるとする立場に分かれているということである。そして利益吐き出しが認められる多くの場面では、①の立場が採られているのに対し、信託義務違反や一部の契約違反（信託義務違反に準ずるよう場合）の場面では、②の立場が採られている（もっとも、信託義務違反の場面でも、問題となる状況に即して、①と②を併用する見解もある）。

第３に、各基準の根拠としては、①の立場は、その基準の明快性や実務における浸透度の高さなどに、また②の立場は、①の立場が「損害」に基づく賠償責任に限定されるところや信託義務違反の場面において要求される利益吐き出しの根拠からの要請などの点に求められる。

本稿の立場からは、こうした事実的因果関係をどのように理解するべきかは、利益吐き出しの根拠や問題となる権利・利益・関係の性質との関係から検討していくべきであるといえよう。

第２項 法的因果関係の問題

次に、侵害行為と利益の間に事実的な因果関係がある場合に、その利

¹⁵⁸ *Id.* at 40.

¹⁵⁹ *Ibid.*

益がすべて吐き出しの対象となるのか、それとも法的な観点から一定の範囲に制限されるのかという法的因果関係の問題を取り上げる¹⁶⁰。こうした問題は、疎遠性 (remoteness)¹⁶¹、遠因 (remote cause)¹⁶²、あるいは近因 (proximate cause)¹⁶³の問題（以下では、「疎遠性」で統一する）として論じられている。以下では、こうした疎遠性による制限が利益吐き出しにも適用されるのか、また適用される場合には、どのような基準の下で判断されるかという点について確認する。

（1）疎遠性による制限の要否

不法行為に基づく損害賠償請求の文脈において、加害者の賠償責任が疎遠性 (remoteness) の原理に基づき制限されることは周知のとおりである¹⁶⁴。こうした制限が利益吐き出しの場面においても適用されることになるのが、ここでの問題となる。具体的には、次のような〔設例〕において、問題となる¹⁶⁵。

〔設例1〕動産の無断使用の場合

- ① AがCにBの車を無断で貸すことにより賃料300ポンド（1日につき10ポンド、30日間）を得た場合
- ② Aが①の300ポンドを原資として、株式に投資して配当金100ポンドを得た場合や株式を処分して売却金400ポンドを得た場合

〔設例2〕著作権侵害の場合

- ① 歌手AがBの著作権のある歌を模倣して、レコードを販売して

¹⁶⁰ 疎遠性については、後掲のもののほか、Gergen *supra* note 117, at 855～；Lee, *supra* note 117, at 43などを参照。

¹⁶¹ BIRKS *supra* note 3, at 351.

¹⁶² Farnsworth, *supra* note 124, at 1349.

¹⁶³ Pamela Samuelson & Mark Gergen, *The Disgorgement Remedy of Design Patent Law*, 108 CALIF. L. REV. 183, 209 n.174 (2020).

¹⁶⁴ たとえば、望月礼二郎『英米法』（青林書院、1997）171頁以下。

¹⁶⁵ 〔設例1〕につき、Bently, *supra* note 71, at 12、〔設例2〕〔設例3〕につき、EDELMAN, *supra* note 3, at 108を参照。

30,000ポンドを得た場合

② Aは①により得た利益を株式に投資し、その後、売却して300,000ポンドを得た場合

〔設例3〕受託者の信託義務違反の場合

① 受託者Aが受託者兼受益者Bに対する信託義務に違反して、信託財産を処分して300ポンド取得した場合

② Bは、①の200ポンドを原資として、株式に投資し、その後、売却して10,000ポンドを得た場合

③ Bは、②の10,000ポンドを使用して、家を購入した。その後、その家の価値は上がり、売却して100,000ポンドを得た場合

上記の各設例において、侵害行為等と各利益（〔設例1〕〔設例2〕の①②の利益および〔設例3〕の①～③の利益）との間に事実的な意味での因果関係はあるといえる。もっとも、この利益すべてが吐き出しの対象となるとすると、その範囲が広くなりすぎようにも思われる。そこで、一定の範囲に制限するために「疎遠性」による制限に服するべきかが問われる。

この問題をめぐり、判例・多数の学説は、多くの場面において疎遠性の適用を認め、侵害行為と利益との間に事実的因果関係が認められるとしても、その利益は侵害行為と（法的な観点から見て）近接していなければならないと説いている¹⁶⁶。その根拠は、これらの利益のすべてを吐き出しの対象とすることは、被害者を過剰に保護することになるという点に求められる¹⁶⁷。このような立場によれば、たとえば、不動産侵害の〔米4〕Edwards事件において、被告が洞窟の観光客用に建築し、そして運営したホテルで稼いだ利益を吐き出しの対象から除外したのは、疎遠性

¹⁶⁶ こうした立場は、RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 51(5)(a)(AM. LAW. INST. 2011)（その利益が「特定可能であり、そして算定可能であるとしても」、違法行為から生じた「過度に遠い」利益を損害賠償として排除する）でも採用されている。

¹⁶⁷ VIRGO, *supra* note 3, at 435 ; Eisenberg, *supra* note 28, at 569 ～.

の原理の適用によるものであったと理解される¹⁶⁸。

このような疎遠性ルールは、事實的因果関係ルールは無条件適用から生じる厳格な帰結を緩和するために必要であると説かれる¹⁶⁹。もともと、この見解に立脚したとしても、侵害行為に起因する利益のうち、どの利益が近接するか（または遠いか）をどのような基準により決するかをめぐっては、理解が分かれている。また肯定する見解の中にも一部の場面で例外を認める立場もみられる。次にこの点についてみていくことにしよう。

（2）疎遠性による制限の基準

疎遠性による制限がいかなる基準の下で認められるかをめぐっては、判例・学説の理解は分かれている。具体的には、以下の通りである。

（i）予見可能性を基準とする見解

第1に、疎遠性の適用を侵害者が善意の場合に限定し、かつその適用を侵害者の予見可能性を基準に判断する見解である¹⁷⁰。この見解は、過失不法行為法における基準（とりわけ、Hardley v. Baxendale 事件¹⁷¹の予見可能性基準）を利益吐き出しの文脈に拡張しようとするものである¹⁷²。この見解によれば、侵害者が善意の場合には、侵害行為によりその利益が生じることを合理的に予見可能である場合のみ、吐き出しの対象となるのに対し、侵害者が悪意の場合には、予見可能性の有無を問わず、直接の利益（受け取ったのが最初か、その後の利益かを問わない）は、すべて吐き出しの対象となると解することになる。

このような基準が過失不法行為の場面で妥当するのは、次のような理解による¹⁷³。すなわち、「損害の予見可能性が、その損害が過失行為を理

¹⁶⁸ 95 SW 2d 1028, 1033 (Ky Ct App, 1936)（「ホテルの運営からその上訴人により受け取られた利益」の大法官府の排除を是認）。

¹⁶⁹ Mitchell, *supra* note 118, at 328.

¹⁷⁰ EDELMAN, *supra* note 3, at 108-9.

¹⁷¹ (1854) 9 Exch 341, 156 ER 145.

¹⁷² Eisenberg, *supra* note 28, at 569.

¹⁷³ 以下につき、Gergen, *supra* note 117, at 855 n.113に負う。ただし、Gergen

由とする責任の範囲内にあるか否かの決定と関連する。というのも、損害が予見可能でなければ、そのような損害のリスクは、その行為を非合理的なものにしたリスクの中に存在し得ないからである。』。そして、この立場は、こうした理解を利益の吐き出しのとの関係に類推させるものである。すなわち、「その議論は、利益吐き出しの目的が、侵害者が購入すべきものを奪うことを抑止することであり、〔その目的は〕その期待された、あるいは予見可能な利益をその侵害行為から剥奪することにより達成される。これに対し、〔そのような目的を達するためには〕予測されない、あるいは予見できない利益を剥奪することは不必要である。」と解する。このような理解から、予見可能性基準は、利益吐き出しの場面にも妥当すると解される。

確かに、このような予見可能性基準は、後述の他の見解と異なり、コモン・ロー上の損害賠償の基準と平仄を合わせるものであり、実務的には受け入れやすいかもしれない。しかし、このような基準に対しては、疑問も提起されている。たとえば、上記の類推の議論は、それほど強いものではないとされる。その理由としては、この議論が、棚ぼた利益に対して権利保有者よりも侵害者がより強い請求権を有すると仮定しているが¹⁷⁴、そのようにいえるかは必ずしも自明なことではないからである¹⁷⁵。また、仮に予見可能性基準が利益吐き出しの場面に妥当するとしても、少なくとも信認義務違反の場面では不適當であるという批判もみられる。その理由としては、受認者の任務からあらゆる個人的利益を上げをを思いとどまらせることが求められるため、すべての吐き出しが求められるからである¹⁷⁶。

そのため、不法行為法で用いられる基準とは異なる基準が模索されることになる。

自身は、すぐ後で述べるように、こうした理解は「誤り」であるとして批判的である。

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ この点は、先述の主観的認識に関する必要説への批判（本章第1節第2款第1項（3））に関する議論（特に第5の説明への批判の箇所）を参照されたい。

¹⁷⁶ Ho, *supra* note 139, at 195.

（ii）最初の受領物を基準とする見解

第2に、最初の受領物に限定する見解である¹⁷⁷。この見解は、侵害行為による利益を権利保有者に由来するもの（権利保有者の損失により生じたもの）とそれ以外のもの（権利保有者の損失により生じたものの以外）に区別し（前者を「差引きの受領物 (subtractive receipt)」といい、後者を「非差引きの受領物 (non subtractive receipt)」という）、利益吐き出しの対象を差引きの受領物と最初の非差引きの受領物に限定する。そして、「第2およびその後の受領物が、いつも遠すぎであるとカテゴリカルに是認することは信頼できないが、一般的にはそれらは遠すぎる」として、吐き出しの対象から除外する¹⁷⁸。このような理解を〔設例1〕のケースに当てはめると、①の利益（賃料）は「最初の非差引きの受領物」であるため、原則として、吐き出しの対象となるのに対し、②の利益（配当金や株式の売却代金）は、「第二およびその後の受領物」として、一般的には遠すぎて、吐き出しの対象外となる。もっとも、こうした理解に対しては、吐き出しを最初の非差引きの利益に限定することは、「本質的に恣意的な抑制」になるとの批判がなされているように¹⁷⁹、説得的な根拠づけが試みられているわけではない。

（iii）直接性を基準とする見解

第3に、直接性の有無で判断する見解である¹⁸⁰。この見解によれば、吐き出しの対象となる利益は、侵害行為から直接的に生じるものに制限され、間接的に生じた利益は、遠すぎるとして、吐き出しの対象から除外される。たとえば、〔設例1〕であれば、①の賃料が直接的利益に該当し、②の利益は間接的利益として扱われることになる。こうした理解は、判決の中でもみられるとされる¹⁸¹。

¹⁷⁷ BIRKS, *supra* note 3, at 351-55.

¹⁷⁸ *Id.* at 353.

¹⁷⁹ ANDREW BURROWS, *THE LAW OF RESTITUTION* (Butterworths, 1993) 412.

¹⁸⁰ VIRGO, *supra* note 3, at 448 ; Virgo, *supra* note 117, at 306 ; Ralph Cunnington, *The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract*, 71 MODERN L. REV. 559, 584 (2008).

¹⁸¹ VIRGO, *supra* note 3, at 459 (契約違反に関する Blake 事件の控訴院の立場を

こうした立場は、実質的には、(ii)の立場に類似するといえるが、異なる点もある。すなわち、この見解は、例外として、信認義務違反の場面においては、信認義務違反を抑止するという政策は、疎遠性のかなり弱い基準が、義務違反の結果として直接的および間接的に上げられた利得を包含するために採用されるべきであるとしており、実質的に疎遠性の適用を排除している¹⁸²。こうした理解は、裁判例の中でもみられるところである¹⁸³。

もっとも、こうした理解に対しては、(i)の立場からは、コモン・ロー上の損害賠償で用いられる基準と異なるとして、混乱を回避するためには、利益吐き出しにおいても同様の基準を採用するべきであるとの批判もみられるが¹⁸⁴、先述のように損害賠償と利益吐き出しの違いを踏まえれば、異なる立場を採ることも十分にあり得るであろう。

(iv) 時間を基準とする見解

第4に、時間的な制限を基準とする見解である¹⁸⁵。この見解によれば、

挙げる)。

¹⁸² Virgo, *supra* note 117, at 327, 331. See also, Lionel Smith, *Deterrence, Prophylaxis and Punishment in Fiduciary Obligations*, 7 JOURNAL OF EQUITY 87, 103 (2013) (信認義務違反による利益吐き出しを第二次的な救済としてではなく、第一次的な権利と解する立場から、受認者の利益の完全な吐き出しが認められるのであり、そしてそれゆえに、疎遠性の考慮は不適切であると説く)。

¹⁸³ Gwembe Valley Development Co. Ltd. v. Koshi (No.3), [2003] EWCA Civ 1048, [2004] 1 BCLC 131 (受認者〔被告〕は、本人〔原告〕の許可を得ないローン取引から利益を上げたケースにおいて、裁判所は、利益の清算を認め、その範囲を、彼になされた支払の形式において違法行為の遂行から直接的に生じた利益のみならず、その会社の株式保有率の価値の増加から生じる間接的な利益まで及ぼした)。See, Virgo, *supra* note 117, at 322. これに対し、第3次リステイトメントは、意識的な認認者の信認義務違反の場面においても、疎遠性による制限を認める (See, RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 53(3)(AM. LAW. INST. 2011))。

¹⁸⁴ Ho, *supra* note 139, at 195.

¹⁸⁵ オーストラリアの判例であるが、Warman International Ltd. v. Dwyer, (1995) 69 A.L.J.R. 362 (Austl.) (本人の暖簾を受任者が利用したケースにおいて、清算

権利保有者が一定期間について侵害者により上げられた利益を受け取る権利を有するが、その期間以後の利益はその侵害行為から生じなかったとみなされることになる。もっとも、その期間がどのように決まるのかについては必ずしも明確な基準が示されているとはいえない。

（3）小括

以上の考察からは、判例・学説は、原則として、利益吐き出し救済においても、法的因果関係（疎遠性）による制限に服するべきと解しているといえること（ただし、信認義務違反の場面などについて、例外的に適用を排除する見解もみられる）、そしてその基準をどのように理解するかについては、①予見可能性を基準とする見解、②最初の受領物に限定する見解、③直接性を基準とする見解、④時間を基準とする見解に分かれており、理解の一致はみられないことが明らかとなった。

これらの見解の対立点は何か。まず、①とそれ以外（②～④）の違いについては、明確であり、損害賠償において従来用いられてきた基準をそのまま利益吐き出しにも用いるべきとするか否かのスタンスの違いであるといえる（①は、運用する裁判官に配慮して認めるのに対し、それ以外の立場は問題状況が異なるとして、望ましくないと考えている）。次に、②③と④の違いは、適用基準を単純に決定できるか否かという点にあると思われる（②③の基準は、最初の受領物や直接の利益に限定されるという点で単純であるのに対し、④の期間制限は、その適切な期間設定をどのように行うかをめぐり困難を伴うように思われる）。最後に、②と③の違いは、疎遠性の適用を認めるにつき例外を認めるか否かという点にあるといえる（②は例外を認めていないのに対し、③は例外を認める）。ここには、信認義務違反による利益吐き出しの根拠との関係で、厳格な取扱いが効果の場面でもなされるべきとする理解が反映しているといえよう¹⁸⁶。もっとも、こうした考え方をより推し進めていく

期間を2年間に制限した）がこうした立場の代表として挙げられる。

¹⁸⁶ 利益吐き出しの根拠と因果関係の関係について検討する近時の研究としては、Hursthouse, *supra* note 117, at 19（信認義務違反による利益吐き出しの根拠として損害填補、抑止論、矯正的正義論を挙げたうえで、それぞれの根拠論

のであれば、利益吐き出しの根拠との関係でより強い要請から範囲を拡大することが求められることもあり得よう。もちろん、その際には、判断する裁判官にとっての基準の使いやすさという点に配慮することも必要であろう。

第4款 利益吐き出しの制限事由の問題

最後に、利益の吐き出しが権利保有者側の事情により否定されることはあるかという利益吐き出しの制限事由の問題を取り上げる。利益の吐き出しは、これまで述べてきたように、主としてエクイティ上の救済である。利益吐き出しのこうした性質は、信認義務違反や守秘義務違反の領域はもちろんのこと、知的所有権侵害の領域などでも承認されつつある¹⁸⁷。その帰結として、利益吐き出しも、一般的なエクイティ上の障害に服することになる¹⁸⁸。具体的には、①遅延と黙認 (delay and acquiescence)、②クリーンハンズの欠如、③困難 (hardship) という3つの障害が挙げられる¹⁸⁹。以下では、これらの内容について順にみていくこととするが、その前に、こうした障害の判例における一般的な承認状況について確認する。

(1) 判例における一般的承認

裁判所は、権利保有者に利益の吐き出しを認めるか否かを決する際に、これらの障害に基づき裁量を行使し、ある場合には、利益吐き出しを否定し、またある場合は吐き出す利益の額を減らし得るとされる¹⁹⁰。たと

と疎遠性の関係について検討する)がある。

¹⁸⁷ Samuelson & Gergen, *supra* note 163, at 227. See, e.g. Texas Advanced Optoelectronic Solutions, Inc v. Renesas Electronics America, Inc., 895 F.3d 1304 (2018) (連邦巡回区控訴裁判所は、裁判所のみが知的所有権侵害のケースにおいて利益吐き出しを付与できると判示して、営業秘密の不正目的利用を理由とする陪審による利益吐き出しの付与を無効と判断した)。

¹⁸⁸ BARNETT & HARDER, *supra* note 3, at 464.

¹⁸⁹ 制限事由については、BARNETT, *supra* note 3, at 200～; Samuelson et al., *supra* note 44, at 2020～(エクイティ上の安全弁とする)など参照。

¹⁹⁰ BARNETT & HARDER, *supra* note 3, at 460.

えば、〔米16〕 Romag 事件の裁判所による議論は、懈怠、エストップ、汚れた手、そして黙認などの適切な実務の領域における被告の抗弁（defense）戦略の使用を支持するとされる¹⁹¹。

このような障害は、利益吐き出しの要件が満たしていることを前提としたうえで、侵害者から免責を求める抗弁として機能するものであるが、エクイティ上の救済としての利益吐き出しの性格から、裁判所の中には、そのような抗弁も、利益吐き出しを認めるか否かを決する際に考慮する事情に含めるものもある。たとえば、第2巡回区控訴裁判所は、利益吐き出しの付与の適切さを評価する際に考察されるべきエクイティ上の要素として以下を挙げる。すなわち、「(1) 被告が不法な行為から利益を得た確実性の程度、(2) その他の救済手段の利用可能性と十分性、(3) その侵害を実行する際の特定の被告の役割、(4) 原告の懈怠、そして(5) 原告の綺麗な（又は汚れた）手。」¹⁹²。先述の補充性や主観的認識についての総合事情説の立場からは、こうした事情も利益吐き出しの可否を決する考慮要素の一つとして挙げられることになるのは当然といえよう。

（2）遅延と黙認

第1の障害は、遅延および黙認（両者を包含して懈怠と表現されることもある）の抗弁である。遅延とは権利保有者が権利を侵害されていることを知りながら、合理的な期間内に、権利行使しないことを指すのに対し、黙認とは侵害者が侵害していることを知りながらそれを傍観している状況を指す¹⁹³。もっとも、両者はオーバーラップし、明確に区別することはできないとの指摘もみられる¹⁹⁴。

権利保有者が侵害者による侵害行為を知りながら、権利行使をせずに、侵害者が利益を上げた後に、利益吐き出しを求めた場合に、侵害者が上記の抗弁を主張すると、利益吐き出しが制限されることになる。問題は、こうした制限がどのように正当化されるかである。学説における議論

¹⁹¹ Samuelson et al., *supra* note 44, at 1496 ; Gonzalez, *supra* note 108, at 159.

¹⁹² George Basch Co. v. Blue Cora 1 , Inc. 968 F.2d 1532, 1540 (2d Cir. 1992).

¹⁹³ DEVONSHIRE, *supra* note 3, at 148-9.

¹⁹⁴ BARNETT, *supra* note 3, at 201.

みると幾つかの観点からの説明が可能である。

まず、利益吐き出しの根拠として抑止論を説く立場からの説明が挙げられる¹⁹⁵。この立場によれば、利益吐き出しは侵害行為を抑止する手段として理解されるが、そのような手段には費用が掛かる。そのような費用の中の一つとして、権利保有者が彼らの権利が侵害されることを阻止する措置を講じるインセンティヴを下げることにより、「モラルハザード」が生じるという形での費用が挙げられる。たとえば、ある論者は、侵害者ではなく、権利保有者が問題の侵害の「最小の損害回避者」である不注意な違反のケースや侵害者よりも権利保有者の方が監視しやすい立場にいる場合には、公正や効率性の観点からは、利益の吐き出しを認めることは困難になると説く¹⁹⁶。このように抑止論の下では、遅延や黙認の抗弁は、モラルハザードの費用を下げるための手段として、正当化されることになる。

次に、功績という道徳理論から説く立場が挙げられる¹⁹⁷。この立場によれば、遅延により制限される理由は、権利保有者が、訴訟提起を遅れたという点で完全な救済を受けるに値しないこと、および侵害者が「自由の身」とであると仮定したために、自己に対して救済が命じられるに値しないことに求められる。また、黙認により制限される理由は、侵害者がその出来事が起こってからの時間の経過のために、いまその請求を擁護することが困難だと理解するという意味で、自己の非合理的な遅延が侵害者に先入観をもたらしただけのために、権利保有者が救済に値しないことが挙げられる。

もっとも、単なる遅延や黙認があったからといって、当然にこうした制限が認められるわけではない。というのも、一般的には、権利保有者が権利行使しなかったとしても、出訴期限法に定められた期間制限にかかる場合を除き、それは権利侵害を理由とする救済に対する障害ではな

¹⁹⁵ Rotherham, *supra* note 30, at 560-1.

¹⁹⁶ *Id.* at 560.

¹⁹⁷ BARNETT, *supra* note 3, at 202 (功績の観点から説明を加える), 203 (契約違反との関係でも適用が認められると説く)。

いからである¹⁹⁸。そのため、判例は、遅延を理由に権利行使が制限されるためには、「単なる遅延を超えて、自分の厳格な権利に頼る意図がないと違法行為者が信じることを促すことをし、そして違法行為者がそのような信念のもとで権利保有者の不利益に行動しなければならなかった」ことを要求する¹⁹⁹。

また黙認についても、権利保有者が自己の法的権利に頼ることが非良心的であることが求められる。そのため、その状況がそのように性格づけられないならば、黙認の抗弁は認められない²⁰⁰。

（3）クリーンハンズの欠如

第2の障害は、クリーンハンズの欠如の抗弁である。「クリーンハンズ」とは、エクイティ上の救済を求めるものは、自らの手が綺麗でなければならないとする法理である。この法理は、権利保有者が司法プロセスを濫用することを認められるべきではないとの理解を反映したものであるとされる²⁰¹。たとえば、[英16] Blake 事件の例を少し変えて、イギリス政府がイギリス国民に対して Blake の裏切りを理由に報酬付きで Blake の殺害を認めたならば、裁判所は政府のクリーンハンズの欠如を理由に利益吐き出しを認めるべきではないとされる²⁰²。

問題は、こうした制限がどのように正当化されるかである。一つの考え方は、遅延と同様に、功績という道徳理論により説明する立場である。この立場によれば、権利保有者は、侵害者、裁判所、あるいは公衆を欺き、あるいは欺こうと試みた権利保有者は、他者の権利を尊重しなかったという点で、侵害者から利益を剥奪するに値せず、そして権利保有者の権利を裁判所により実現させるに値しないこととなる²⁰³。

なお、クリーンハンズ原則が利益吐き出しの場面で適用されるとす

¹⁹⁸ DEVONSHIRE, *supra* note 3, at 148-9.

¹⁹⁹ HP Bulmer Ltd. v. J Bollinger SA, [1978] RPC 79 (CA) at 136 (per Goff L.J.).

²⁰⁰ DEVONSHIRE, *supra* note 3, at 149 (こうした理解は、広く知的所有権侵害の領域における判例の立場であるとする)。

²⁰¹ SARAH WORTHINGTON, EQUITY (Oxford U. P., 2006) 40.

²⁰² BARNETT, *supra* note 3, at 208.

²⁰³ *Id.* at 208.

る理解は、悪意の侵害者に能力・手当の付与を認めるとする理解との関係で問題となる。というのも、権利保有者が悪意を根拠に救済に値しないと考えるのであれば、悪意の侵害者も、同様に手当の付与を認められるに値しないといえるからである²⁰⁴。

(4) 困難

第3の障害は、困難 (hardship) を理由とする抗弁である。裁判所は、救済を認めることが、侵害者に過度な困難を課す場合に、エクイティ上の救済を拒絶することができる²⁰⁵。こうした障害による免責の根拠としては、上記の遅延やクリーンハンズとは異なり、侵害者への慈悲という道徳理論が挙げられる²⁰⁶。

もっとも、この障害は、利益の吐き出しの場面では機能しないとされる。というのも、多くのケースにおいて、侵害者が得た利得を剥奪することは、単純に侵害者が自己の義務に違反しなかったならば、侵害者が占めたであろう地位に置くに過ぎないという点で、困難をもたらさないと考えられているからである²⁰⁷。そのため、ここではこれ以上立ち入らない。

(5) 小括

以上を踏まえると、利益吐き出しは、——侵害者側の貢献という事情によって、後述のように利益の配分や手当の付与により吐き出す利益が減額されることに加えて——権利保有者側の事情によって、認められることが制限されることがあるといえる。その際の考慮事情としては、①遅延と黙認、②クリーンハンズの欠如、③困難という障害が挙げられる(ただし、③は適用される場面は想定されていないが)。こうした取扱いは、利益吐き出しがエクイティ上の救済としての性格を有することに由来す

²⁰⁴ BARNETT & HARDER, *supra* note 3, at 465.

²⁰⁵ BARNETT, *supra* note 3, at 208. See also, RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 71(2)(b)(AM. LAW. INST. 2011).

²⁰⁶ BARNETT, *Id.* at 208.

²⁰⁷ BARNETT & HARDER, *supra* note 3, at 464. このような抗弁の適用を認める見解は、侵害者の手当の付与の際に侵害者の主観的認識を考慮することになろう。

る。これらの障害は、利益吐き出しの理論的根拠との関係で次のように位置づけられるであろう。すなわち、①の障害は、抑止論との関係では、利益吐き出しが権利保有者の側にもたらすモラルハザード²⁰⁸を回避する役割を持つといえ、利益吐き出しの内在的制限と位置づけることができるが、②③は利益吐き出しのエクイティ上の救済という性質以上の説明をすることは困難であり、利益吐き出しの外在的制限と位置づけられるであろう。

第5款 本節の小括

本節においては、利益吐き出しが認められるために充足する必要がある要件の問題として、①補充性の問題、②主観的認識の問題、③因果関係（事実的因果関係・法的因果関係〔疎遠性〕）の問題、④利益吐き出しの制限事由の問題について考察した。その概要を再度示しつつ、若干のコメントを加えておくことにしたい。

まず、①の補充性の問題は、利益吐き出しが認められるためには、コモン・ロー上の金銭救済が不十分であることが必要か否かという問題であった。この点は、エクイティがコモン・ローに対して優先権（専属的管轄権）を有するか否かによって決せられると一応解されていた。すなわち、①エクイティが優先権を有する場合（たとえば、信認義務違反など）では、不十分性要件は要求されない（不要説）。これに対し、②エクイティが優先権を有しない場面（契約違反、不法行為、知的所有権侵害など）では、不十分要件は要求される（必要説）。もっとも、守秘義務違反のように①に位置づけられる類型でも例外的救済として扱われることもあり、②に位置づけられる知的所有権侵害も不十分性が容易に認められており、その取扱いはいずれも相対化されつつある。他方で、不十分性が要求される場合でも、不十分性の基準については、判例は明確な基準を示しているとはいえず、また学説も見解が分かれている（たとえば、(a) 特定履行との関係で説明する見解、(b) 損害の立証の困難性から説明する見解、(c) 多様な実質的理由を総合事情的に考慮して、侵害行為を抑止するために利益吐き出しが必要か否かを考察する見解など）。こうした議論か

²⁰⁸ Rotherham, *supra* note 30, at 560-61.

らは、補充性の要否については、コモン・ローとエクイティの区分という歴史的な名残を原則としつつも、侵害された権利・利益・関係の性質に留意して、実質的な観点から検討されるべきであろう（信認義務違反において不要とされるのは、その性質から、通常の金銭救済では不十分なためであろう）。

次に、②の主観的認識の問題については、判例・学説は、利益吐き出しの要件として侵害者の主観的認識を要求するか否かをめぐり、①必要説（多くの場面における一般的立場）、②不要説（信認義務違反と著作権侵害の立場）、③前提要件としては不要としつつ、吐き出しの可否を決する際に重要な要素として考慮する総合事情の一つとして主観的認識を考慮する立場（総合事情説）（アメリカの商標侵害の連邦最高裁判所の立場）に分かれている。これらの立場は、その根拠について、利益の清算の歴史、エクイティ救済の性質、利益吐き出しの理論的根拠、吐き出す利益の範囲（効果）など多様な観点から検討がなされている。具体的には、①説は、(a) 侵害行為の抑止との関係および (b) 権利保有者の保護と他者の自由のバランスが重要な要素となっている。また②説は、①説の (a) (b) の要素が信認義務違反や著作権侵害では妥当しないという形で根拠づける（③説は実質論には立ち入らないが、こうした理解は妥当するであろう）。こうした議論からは、利益吐き出しが認められるためには、常に侵害者の主観的認識が求められるわけではなく、一方で、利益吐き出しの根拠や侵害された権利・利益・関係の性質を考慮しつつ、他方で、吐き出される利益がどの程度なのかという効果にも留意しながら、考えていく必要があるといえる。そのため、どの場面でもいかなる立場を採用するかについては、後述の効果の議論を踏まえてから最後にまとめて述べるのが適切であろう。

さらに、③の因果関係の問題について、利益吐き出しが認められるためには、侵害行為と利益との間に事実の意味での因果関係（事実的因果関係）があることが必要か、また必要である場合、その因果関係はどのように判断されるかが問題となる。この点をめぐり、判例・学説は、因果関係を必要としたうえで、その基準については、①なかりせば基準を厳格に適用する見解と②なかりせば基準を満たさなくても因果関係を認める緩やかな基準を採用する見解に分かれている。両者の立場の違いは、利

益吐き出しとしてどの程度厳格さが要求されているかにあると思われる（この点は、厳格性が要求される信認義務違反については、②の立場が採られることから明らかであろう）。もっとも、事実的因果関係がある利益のすべてが吐き出しの対象となるかは別途の問題である。これは法的因果関係（疎遠性）の問題として論じられている。この点につき、判例・学説は、基本的に疎遠性の適用を認めたうえで、一定の範囲に吐き出しの対象となる利益を制限すべきと解している（ただし、信認義務違反の場面を念頭に、例外として適用を除外する見解もある）。もっとも、その基準をめぐって理解は一致していない。ここでの議論からは、利益吐き出しの根拠をどのように解するかにより、因果関係の理解の仕方も異なり得ることが示唆される。

最後に、④の利益吐き出しの障害事由の問題については、①遅延と黙認、②クリーンハンズの欠如、③困難という3つの障害を考察した（ただし、利益吐き出しとの関係では、③は問題となりにくい）。こうした障害による免責の正当化は、利益吐き出しの根拠との関係から説明することが可能な場面もある（①）が、後述の効果の利益配分や手当の付与の効果論において根拠として用いられることがある道徳理論（功績や慈悲）の観点から正当化されることもある（①～③）。そのため、①については、利益吐き出しに内在する制約と捉えることも可能であるが、②（および③）は、利益吐き出しの外在的な制約として位置づけることができる。

以上が利益吐き出しの「要件」をめぐる英米の議論の全体像である。ここから明らかなことは、①～④の各問題において、様々な観点から検討がなされているため、判例・学説の理解は一致していないことである。もちろん、その際には、利益吐き出しの理論的根拠との関係で説明されることもある（とりわけ、抑止論は多くの場面で指摘されている）。しかし、常にそうした説明がなされているわけではない。

もっとも、こうした事態は、当然のことかもしれない。というのも、本稿では多様な利益吐き出しの場面を考察対象として取り上げたが、その中には考慮する要素が異なる問題も含んでいるからである。そこで、本稿は、これらの見解からどれか一つを望ましいとして決定するのではなく、複数の選択肢として残したうえで、本稿が既に特定したいいくつか

の利益吐き出しの根拠論との関係で、適合的な要件論を検討していくことにしたい(もっとも、その詳細は、効果論も踏まえてから、最後に行う)。

第2節 利益吐き出しの効果論——吐き出すべき「利益」の確定

本節では、利益吐き出しの効果論、すなわち、吐き出すべき「利益」の確定方法についてみていくことにしよう。

これまでの考察を踏まえると、英米法では、利益吐き出しが——その根拠や適用範囲については理解が分かれるものの——一般論として認められていることは異論ないといえよう。それにもかかわらず、訴訟においては、原告は、「損害」の賠償を主張するのが一般的であり²⁰⁹、「利益」の吐き出しを主張することは少ないとされる²¹⁰。その原因は、利益の吐き出しにおいて吐き出すべき利益を確定することが必要となるが、①この作業が非常に困難で当事者(原告)にとっては使用しづらい点²¹¹、およ

²⁰⁹ E.g. Peter Hastie, *Restitution and Remedy in Intellectual Property Law*, 14 AUSTRALIAN BAR REVIEW 6, 18 (1996) (「損害賠償はより効率的かつより素早い救済である」こと、また「裁判所は裁量を行使して、清算が非常に複雑であり、そして機械的処理にとどまらない場合には、清算を命じることを拒絶し得る」ことを指摘する)。

²¹⁰ See, Mitchell, *supra* note 118, at 328(信認義務違反の文脈を念頭に置きつつ、利益吐き出しのルールは、数百年間存在したものの、それが違法行為により填補賠償責任を課すルールと比べあまりエンフォースされておらず、その結果として、利益を吐き出す受認者の責任範囲を決定するルールは、比較的未発達のままである、と指摘する); Bently, *supra* note 71, at 5 (知的所有権侵害の場面を念頭に置きつつ、利益の吐き出しが広く使用されてこなかったと指摘する); Barnett, *supra* note 17, at 184 (イギリス法およびオーストラリア法を念頭に置きつつ、プライバシー侵害を理由に利益に基づく救済が一般的ではない理由の一つとして、利益の清算が一般的に扱いにくく、かつ算定するのが困難であるという事情やそして裁判所が利益を侵害行為に配分することが困難であるという事情を挙げる)。

²¹¹ See, Patfield, *supra* note 126, at 31; Gareth Jones, *Benefits Obtained in Breach of Another's Confidence*, 86 L.Q.R. 463, 487 (1970) (「利益の清算は悪名高いほど算定することが困難であり、そして長期かつ費用のかかる訴訟を導き

び②運用するには費用が掛かるという点にあるとされる²¹² ²¹³。こうした理解に対しては少数ながら異論も見られるが²¹⁴、少なくとも裁判所は、こうした理解を前提としたうえで、利益吐き出しにおける利益の算定について、数学的な正確さを要求しておらず、合理的な近似値 (approximation) で足りると解している²¹⁵。ここでは、利益の算定の困

得る」と指摘する)；GURRY, *supra* note 3, at 418 (「主たる困難性は、被告の総利益の配分に関係した。というのも、彼は原告の財産の不法な使用に帰すべき利益のみ清算する責任を負うからである。」「これらの実際の困難性の観点から、原告がめったに、守秘義務違反のケースにおいて損害賠償よりも利益の清算を請求することを選択しなかったと発見することは驚くことではない。」)；Barnett, *id.* at 192 (メディア出版社による個人情報の不正使用のケースにおいて、報道機関の売上げのどの部分が守秘義務違反から生じたかを特定することは困難であると指摘する)。

²¹² See, Ciolino, *supra* note 86, at 17 (侵害者の利益救済は、適用することは困難であり、運用するには費用が掛かり、そして効果において恣意的であると指摘する)。

²¹³ なお、こうした原因に加えて、近年では、行動経済学の知見を踏まえて、人は、損失回避性が強く、利益よりも損失に対して過剰に反応することから、利益吐き出しに対しては関心が弱いという指摘もなされている (Eyal Zamir, *Loss Aversion and the Law*, 65 VAND. L. REV. 829, 852 ~ (2012) [契約違反による利益吐き出しが周辺化されてきた理由として以上の観点から説明する])。もっとも、この点については、ここでは立ち入らない。

²¹⁴ 契約違反の場面を念頭に置きつつ、利益吐き出しは管理費用の観点から効率的であると指摘するものとして、Steven Thel & Peter Siegelman, *You Do Have to Keep Your Promises: A Disgorgement Theory of Contract Remedies*, 52 WM. & MARY L. REV. 1181, 1224 ~ (2011). そこでは、「吐き出し救済は、管理することが容易である。というのも、違反した約束者が違反から現実に稼いだものの客観的に確証可能な証拠がほとんどいつも利用可能であるからである。さらに、裁判所が客観的な証拠に基づき救済手段を見積もる限り、訴訟当事者は正確に裁判所が命じるであろうことを予測することができる。それゆえに、情報の非対称性は、仮定的な受約者の期待利益の制度におけるよりも吐き出し制度における解決を頓挫させる傾向がない。というのも、受約者の主観的な価値は個人情報であり、彼女にのみ知られているからである。」と説かれる (*Id.* at 12245)。

²¹⁵ GOFF & JONES, *supra* note 3, at 759 ; Normann Witzleb, *Justifying Gain-*

難性ゆえに、権利保有者が不利に扱われるべきではないとの裁判所のスタンスを読み取ることができるであろう²¹⁶。しかしながら、利益の吐き出しを実務において定着するためには、これらの確定作業を明確にすることも必要であろう。本稿は、従来の議論を整理する形で、利益を確定する作業を一定程度でも明確化することを試みる。

ところで、利益吐き出しに関する先述の要件が充足されたとしても、侵害者は侵害行為により取得した利益をそのまますべて吐き出す責任を負うわけではない²¹⁷。利益の吐き出しとして最終的に吐き出す「利益」は、大きく①費用の控除（第1款）、②利益の配分（第2款）、③手当の付与（第3款）という3つの作業²¹⁸を経て、確定されることになる。

以下では、これらの3つの作業に関する英米の判例・学説の議論状況を確認したうえで、最後に、これまでの議論を整理し、若干の検討を行う（第4款）。結論を予告的に述べておくと、吐き出すべき「利益」を確定する上記作業のうち、①については概ね利益吐き出しが問題となる権利・利益・関係のすべての場面でなされるが、②と③については、すべてに当てはまるものではなく、問題となる権利等のタイプにより当てはまるものと当てはまらないものがあること、そしてその帰結として、吐き出す利益の範囲も権利等のタイプにより一様ではないこと——換言すると、効果の観点からみれば、利益の吐き出しもいくつかのタイプに類型化することができること——が明らかとなるであろう。

第1款 費用の控除

（1）はじめに

まず、「費用の控除」についてみていくとにしよう²¹⁹。利益吐き出しに

Based Remedies for Invasions of Privacy, 29(2) O.J.L.S. 325, 361 (2009).

²¹⁶ GOFF & JONES, *id.* at 759 (困難性および費用は、その利益の清算請求を否定する理由とは解されるべきではないと指摘する); Jones, *supra* note 211, at 487 も同旨。

²¹⁷ BURROWS, *supra* note 3, at 688 (利益吐き出しとして吐き出すべき範囲の問題は、「別個の政策問題」であると指摘する)。

²¹⁸ See, DEVONSHIRE, *supra* note 3, at 74-86.

²¹⁹ 費用の控除については、後掲文献のほか、Paul H. Hubbard, *Monetary*

において吐き出しの対象となる利益は、侵害行為を契機に侵害者が取得した総収益 (gross revenue) ではなく、そこから一定の費用を控除した「正味の利益 (純利益) (net profits)」であると一般的に解されている²²⁰。そのため、吐き出すべき「利益」の確定は、まず (a) 侵害行為により侵害者が得た総収益を特定し、次に (b) (a) から仕入値を控除し（「粗利益 (gross profits)」の確定）、最後に (c) (b) から侵害者が利益を上げるのに被った費用（宣伝広告費用、人件費など）を控除する（「正味の利益」の確定）ことを通じて行われる²²¹。なお、利益発生に侵害者自身の権利や能力等も寄与している場合には、そのような要素は、後述の「利益の配分」や「手当の付与」の中で扱われ、「費用の控除」の中では扱われない²²²。

ここで問題となるのは、①どのような権利・利益・関係の侵害の場面で費用控除は認められるか（適用場面）、②どのような事情が控除の可否を決する際に考慮されるか（考慮要素）、③何ゆえそのような控除は認められるか（あるいは認められないか）（根拠）、④正味の利益を立証する責任は誰が負うか（立証責任）という点である。以下では、これらの問題を中心に従前の議論状況を確認する。

（2）費用の控除が認められる場面

最初に、①の問題、すなわち、どのような権利・利益・関係の侵害の

Recovery Under the Copyright, Patent and Trademark Acts, 45 TEX. L. REV. 953 (1967) ; Patfield, *supra* note 126 at 18 ~ ; Kenneth E. Burdon, *Accounting for Profits in A Copyright Infringement Action: A Restitutionary Perspective*, 87 B.U.L.R. 255 (2007) ; Virgo, *supra* note 117, at 307 ; Devonshire, *supra* note 50, at 389 ; Gergen, *supra* note 117, at 827 ~ ; Layne S. Keele, *Copyright Infringement's Blurred Lines: Allocating Overhead in the Disgorgement of Profits*, 2017 B.U.L.R. 1059, 1063 ~ (2017) ; Samuelson et al., *supra* note 44, at 2011などを参照。

²²⁰ Virgo, *supra* note 117, at 321.

²²¹ *Id.* at 307 ; Devonshire, *supra* note 50, at 389, 410.

²²² Friedmann, *supra* note 34, at 1918. ただし、費用の控除の中で扱うとする立場もないわけではない。

場面において費用の控除が認められるかについてみよう。英米の判例は、利益吐き出しを認める場面において費用控除を一般的に認め、吐き出しの対象を「正味の利益」に限定する傾向があるとされる²²³。具体的には、以下の通りである。

まず、有体物侵害の場面についてみると、たとえば、〔米4〕Edwards 事件において、原告は、被告の不法侵害が故意であると主張して、被告の粗利益の吐き出しを求めたが、裁判所は、利益吐き出しの適切な基準が「正味の利益」であり、「粗利益」ではないとして原告の請求を否定した²²⁴。

次に、知的所有権侵害の場面については、たとえば、著作権侵害（イギリスでは、〔英5〕Potton 事件。アメリカでは、かつては費用の控除を否定していたが、現在は肯定している〔1978年連邦著作権法504条(b)〕）、商標侵害（Lanham 法35条）、詐称通用（〔英10〕My Kinda 事件）などで費用の控除が認められている。

さらに、守秘義務違反の場面についても、たとえば、〔英9〕Peter Pan 事件は、被告がその商品を製造する際に費やしたものと受け取られた価格の「差額が利益である」と述べ²²⁵、費用の控除を認めた。

最後に、信託義務違反の場面についてみると、この場面は既にみたように厳格な利益吐き出しのルールが形成されているが、費用の控除については認められている。たとえば、〔英13〕Regal 事件において、Wright 卿は、「そのようなケースのルールは、簡潔に、代理人が代理過程において秘密裏に（すなわち、本人の認識なしに）取得された正味の利益を清算しなければならないということになると表明される。」と述べた²²⁶。

このように、判例・制定法は、利益吐き出しが認められる場面の多く

²²³ VIRGO, *supra* note 3, at 515 ; Patfield, *supra* note 126, at 28.

²²⁴ 96 S.W.2d at 1032.

²²⁵ [1964] 1 WLR 96, 108. ただし、機密情報を不法に取得する費用の控除は否定されるとの指摘もみられる。See, PAUL STANLEY, THE LAW OF CONFIDENTIALITY: A RESTATEMENT (Hart Publishing, 2008) 136-37.

²²⁶ [1967] 2 AC 134, 154 (Lord Wright).

において、吐き出しの対象が「粗利益」ではなく、「正味の利益」であると解しており、費用の控除を認めている。学説も一般論としてはこのような費用控除を受け入れている²²⁷。もっとも、費用の控除といっても費用の種類によって異なる取扱いがなされることもあり、また侵害者の主観的認識が控除の可否の判断に影響を及ぼすと説かれることもある。

（3）費用控除の可否を決する考慮要素

次に、②の問題、すなわち、どのような事情が控除の可否を決する際に考慮されるか（考慮要素）についてみよう。具体的には、控除の対象となる費用のタイプおよび侵害者の主観的認識によって控除の可否が影響するか否かについて確認する。

（i）費用の種類

まず、控除の対象となる「費用」の種類について検討しよう。先述のように、判例・学説は、利益の吐き出しに際して費用の控除を認めているものの、あらゆる費用を控除することまで認めているわけではない。もっとも、どのような費用が控除の対象となるかは、制定法において明示的に規定されておらず（たとえば、米国著作権法504条（b）や米国商標法1117条（a）を参照）、裁判所の判断に委ねられている²²⁸。

この点につき、判例は、侵害者が被った費用が「適切かつ必要」な場合のみ控除を認めている²²⁹。しかし、このような理解においても、「適切かつ必要」な費用とはどこまでを指すのかについては、不明瞭なままであるといえる。

そこで、費用の種類ごとに状況を確認してみよう。費用の控除で問題となる費用の項目としては、①直接費（販売された商品に直接的に帰す

²²⁷ See, e.g. VIRGO, *supra* note 3, at 515（合理的な経費に相当する総額のみならず、その利益を上げる際に被告により被られた費用を控除することは適切である、と述べる）。

²²⁸ Keele, *supra* note 219, at 1063；Burdon, *supra* note 219, at 256；

²²⁹ See, Bently, *supra* note 71, at 9（ただし、著者によれば、上記の立場のほか、侵害者が被った費用の正統性について検討することなしに当然に控除を認める立場もあるとされる）。

るべき費用を指す。たとえば、材料費などの変動費 (variable cost) と ② 間接費 (販売された商品に直接的に帰するべきではない費用を指す。たとえば、人件費、賃料、公共料金、宣伝費など) が挙げられる²³⁰。このうち、①は、利益を生んだ商品のために被った費用であり、関連性が強いという点から、控除されると解されている (もっとも、現実に販売された商品に関する費用に限られ、販売されていない商品の費用の控除は認められないとされる²³¹)²³²。これに対し、②は、侵害する商品を製造してなくても被った可能性もあり、関連性が弱いという点から、控除の可否をめぐる理解が分かれている (この点は、次の主観的事情の考慮と関連させて議論されている)。

このような理解の対立の原因としては、控除できる費用が増えれば増えるほど、侵害者は吐き出す利益の負担が減るのに対し、権利保有者が手中に収める利益は少なくなり²³³、利益吐き出しの威力が弱くなるという事情がある。

(ii) 侵害者の主観的認識

次に、侵害者の主観的認識の有無が費用控除の可否に影響を及ぼすかという点について検討する。とりわけ、この点は、間接費の控除の可否との関係で問題となっており、裁判例における判断は分かれている。具体的には次の通りである。

肯定される場面としては、有体物侵害の場面が挙げられる。たとえば、〔米4〕Edwards 事件では、裁判所は、吐き出す利益の範囲が正味の利益に制限しており、電灯などの費用についての控除を認めたものの、被告が当該洞窟から利益を生むための労働費用等を控除対象から除外した²³⁴。被告が侵害行為を認識していた事案であったことを踏まえると、

²³⁰ このほかに、既払いの連邦所得税の控除の可否も問題となるが、本稿では取り扱わない。

²³¹ Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc., 86 F. Supp. 399, 411-12 (S.D.N.Y. 1949). See, Hubbard, *supra* note 219, at 957.

²³² Keele, *supra* note 219, at 1064.

²³³ *Id.* at 1062 ; Burdon, *supra* note 219, at 256.

²³⁴ Andrew Kull, *Restitution Outlaw*, 78 CHI-KENT L. REV. 17, 29 (2003).

侵害者の主観的認識が影響した可能性があるとする²³⁵。

これに対し、否定される場面としては、信認義務違反の場面が挙げられる²³⁶。

見解が分かれているのは、著作権侵害の場面である。ここでは、アメリカの連邦巡回区控訴裁判所の立場は、(a) 侵害者の主観的認識を問わず、間接費が侵害行為にとって必要であることを理由に控除を認めるもの（ただし、故意の侵害者はより厳しい立証基準を課せられる）（第2巡回区）²³⁷、(b) 侵害者が善意の場合でさえ、その侵害行為が現実に関接費を増額させた場合のみ、控除を肯定するもの（第7巡回区）²³⁸、(c) 侵害者が故意の場合には、間接費の控除を否定するもの（第8巡回区）²³⁹などに分かれており²⁴⁰、主観的認識が影響を及ぼす立場（(b) (c)）と及ぼさない立場（(a)）に分かれている。

このように費用（とくに、間接費）の控除の可否の判断において、侵害者の主観的認識が影響を及ぼすこともあるといえる。もっとも、それをどのように説明するかが問題となる。これが次の根拠づけの問題であ

²³⁵ Burdon, *supra* note 219, at 282-84（侵害者の非難可能性が影響を及ぼしたと指摘する。ただし、そのみで不十分で、悪意の侵害者との強制的交換への回避の要請も影響していると指摘する）。その他に、間接費の控除が否定された有体物関連の事案としては、Wooden-ware Co. v. United States, 106 U.S. 432 (1882)（立木の窃盗者が立木を改良した事案）や Ward v. Taggart, 336 P.2d 534 (Cal. 1959)（詐欺取引のケース）などが挙げられている。

²³⁶ Tlapak v. Chevron Oil Co., 407 F.2d 1129 (8th Cir. 1969)（受認者がその地位にいたときに得た石油資源情報〔機密情報〕を用いて、辞職後に自ら発掘作業を行い、石油を掘り当てた事案）。

²³⁷ E.g. Hamil America Inc. v. GFI, 193 F.3d 92, 104-107 (2d Cir. 1999) ; Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp., 106 F.2d 45, 51 (2d Cir. 1939).

²³⁸ E.g. Taylor v. Meirick, 712 F.2d 1112, 1120 (7th Cir. 1983).

²³⁹ E.g. Saxon v. Blann, 968 F.2d 676, 681 (8th Cir. 1992). See also, Jarvis v. A&M Records, Inc., 827 F. Supp. 282, 294 (D.N.J. 1993)（故意による侵害行為と故意によらない侵害行為を区別し、「原告の著作権の被告の侵害行為が故意ではないならば、間接費でさえ控除され得る。しかしながら、被告の行為が故意ならば、間接費は控除され得ない。」と述べる）。

²⁴⁰ 従前の裁判例の状況につき、Keele, *supra* note 219, at 1064 ～に負う。

る。

(4) 費用控除の根拠づけ

ここでは、③の問題、すなわち、こうした費用（特に間接費）の控除（あるいは非控除）はどのように根拠づけられるかについて確認しよう。控除の可否についての根拠づけは、主として、原状回復法の基礎にある考え方や利益吐き出しの理論的根拠との観点から考察がなされている²⁴¹。以下では、そうした観点から、肯定説と否定説に分けてみていくこととする。

(i) 肯定説の根拠

第1に、原状回復法の基礎にある考え方である「エクイティは決して没収しない」との考え方、あるいは「エクイティは処罰をしない」との考え方に基づく説明である²⁴²。原状回復法に基づく請求の目的は、処罰することではなく、「被告から奪い、そして原告に、原告が権利を有する物を回復すること」であるとされる。利益吐き出しが認められる際に費用の控除が認められないと、侵害者は、直接の損失（自己の責任財産の減少）を被ることになり、権利保有者の原状回復を超えて、侵害者に罰を課すことになりかねない。これに対し、費用の控除が認められれば、そうした懸念は生じないということである。このような配慮のために、原状回復法は、侵害者が正味の利益のみを権利保有者に吐き出すことを

²⁴¹ こうした理解については、たとえば、Keele, *id.* at 1081（侵害行為による収益から間接費の控除を認めるか否かを決定するためには、「我々は、吐き出し救済の背後にある目的を決定しなければならない。いったん我々が、救済手段としての吐き出しの目的（purpose or purposes）を特定すると、我々は、間接費の配分または非配分が著作権侵害ケースにおけるその目的を促進するか否か、そしてどの範囲でかを考察することができる。」と指摘する）が明示的に論じる。

²⁴² Burdon, *supra* note 219, at 279 ; STANLEY, *supra* note 225, at 137. See also, HANOCH DAGAN, THE LAW AND ETHICS OF RESTITUTION (Cambridge U. P., 2004) 225（処罰という目的は私法の当事者関係に外在的な要素であり、私法の相関関係という枠組みでは理解できないと指摘する）。

確保するために最善のことをするとされる。このような考え方は、原状回復法（とりわけ、第3次リステイトメントの立場）の基礎にある考え方であるとされる。

第2に、利益吐き出しが権利保有者に棚ばた利益をもたらすという理解からの説明である²⁴³。侵害者が自らの負担で被ったであろう必要費を節約することにより権利保有者が不当に利得を得ないことを確保するために必要であるとの説明もある。こうした棚ばたの問題について従来の議論においては回避できていなかったため、それを緩和するための措置として、費用控除を認めるということになる。

これらの理解によれば、直接費のみならず、間接費も（主観的認識を問うことなく）広く控除の対象となるであろう。

（ii）否定説の根拠

第1に、原状回復法の基礎にあるもう一つの考え方である「強制的交換を嫌う」とする理解からの説明である²⁴⁴。原状回復法は、先述の「エクイティは没収を嫌う」とする考え方のほかに、「意図的な違法行為者との強制的な交換を嫌う」とする考え方も重視している。そして原状回復法は、原則として後者の考え方を採るが、侵害者が悪意の場合には、前者の考え方（「強制的な交換を嫌う」）を採る。その結果として、費用控除が否定されることになるとされる。

第2に、利益吐き出しの根拠として処罰論からの説明である。処罰論からすると、吐き出しの対象となる利益を侵害者の利益に制限する理由はない²⁴⁵。そのため、少なくとも故意の侵害者は、非難に値するため、そのような者に罰を与えるために、費用の控除は認められるべきではないことになろう。

²⁴³ Ho, *supra* note 139, at 195 ; Virgo, *supra* note 117, at 321 ; Stephen E. Margolis, *The Profits of Infringement: Richard Posner v. Learned Hand*, 22 BERKELEY TECH L.J. 1521,1537 (2007) (実質的に、被告の間接費の配分がないと、著作権者は侵害者の能力を使用料なしで使用するようになるであろうと指摘する)。

²⁴⁴ Burdon, *supra* note 219, at 281.

²⁴⁵ See, Keele, *supra* note 219 at 1095.

第3に、因果関係からの観点からの説明として、「いずれにせよ被られるであろう費用は、控除されるべきではない。というのも、定義上明らかのように、それらは、利益をあげる活動を迂回することにより回避され得ないからである。」と説かれる²⁴⁶。こうした理解は、第3次リステイメントのコメントにおいてもみられる。すなわち、「もしその結果が、被告の不法な活動——間接費の一部を支払うことにより——が全体としての被告の稼働からの増加した利益を生むことになるならば、被告は、いずれにせよ被られたであろう（通常の間接費などの）費用を控除することを認められない。」とされる²⁴⁷。もっとも、こうした理解に対しては、間接費は機会費用に相当するため、因果関係の観点からすれば、むしろ控除が認められるべきであるとも説かれている²⁴⁸。

第4に、利益吐き出しの根拠の1つである抑止論からの説明である²⁴⁹。抑止論からすると、費用の控除を認めると、侵害者が侵害行為を通じて正当な活動に補助金を与えられることになり、侵害行為に対する適切な抑止を生まないことになることを根拠に、費用の控除は認められるべきではないとされる。もっとも、こうした懸念は、侵害行為がなければ、侵害者が一定のその他の追加的な製品を製造しなかったであろう場合には、生じるが、侵害行為がなくても、侵害者が追加的な侵害していない製品を製造していた場合には、生じない。その意味で、抑止論による場合には、間接費の控除が否定されるのは前者の場合に限定されることになる。このような理解によれば、間接費の控除は、侵害者の主観的認識により影響されることにはならない。というのも、故意による侵害者の過少抑止のリスクは存在せず、不注意な侵害者の過剰抑止のリスクを想定する理由がないからである²⁵⁰。

これらの見解は、間接費の控除において主観的認識を考慮するか否か

²⁴⁶ Taylor v. Meirick, 712 F.2d 1112, 1121 (7th Cir. 1983).

²⁴⁷ RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 51 cmt h (AM. LAW. INST. 2011).

²⁴⁸ Gergen, *supra* note 117, at 843 ; Margolis, *supra* note 243, at 1543-52.

²⁴⁹ See, Keele, *supra* note 219 at 1067-68 ; Burdon, *supra* note 219, at 259.

²⁵⁰ Keele, *id.* at 1093 (なお、Keeleは、こうした理解を抑止論にのみならず、矯正的正義論からも導いている)。

をめぐり、否定説の中においても、原状回復法の基礎にある考え方や利益吐き出しの根拠論から考慮を要求する立場（第1および第2の立場）と因果関係の観点を重視して考慮しない立場（第3の立場。第4の立場は、吐き出しの根拠論を考慮しつつも、因果関係も考慮するためこの立場といえる）に大別することができるであろう。

（5）立証責任

最後に、④の問題、すなわち、正味の利益の確定に関する立証責任について確認しよう。以上のように英米の判例・制定法は、利益吐き出しの対象を正味の利益に制限しているといえる。もっとも、被害者（権利保有者）は、正味の利益を立証する責任を負っているわけではない。この点、判例・制定法は、被害者が侵害者の総収益のみを立証すれば足り、被った費用の立証責任については侵害者に負わせるという形で、立証責任の転換アプローチを採用している（たとえば、著作権侵害（連邦著作権法504条（b））や商標権侵害（Lanham 法35条（a））などの場面）²⁵¹。

さらに、侵害者の売上情報はもっぱら侵害者自身の占有ないし支配内にあることを考慮し、裁判所は売上額を証明する権利保有者の努力にかなり寛大になる傾向があることも指摘されている²⁵²。具体的には次の通りである。まず、侵害行為による売上額が厳密に確定され得ないならば、裁判所はあらゆる疑問や不確実性を被告に不利に解する傾向がある。また被告がその現実の売上額について開示しないとき、裁判所は状況証拠やその回復額を決定するために利用可能な証拠から推定して決定し得る。さらに裁判所は、売上額に関する証拠開示手続において被告が協力しないことを吐き出すべき利益の額を増加させる根拠として使用する。たとえば、〔英16〕Blake 事件において、貴族院は、「清算を取得することにかつて伴った精密さと形式さにもかかわらず、利益の清算の下で支払うべき金額は、損害賠償ほど精巧かつ厳密に算定されるものになる必

²⁵¹ Barber, *supra* note 106, at 168 ; Hubbard, *supra* note 219, at 977 ; Samuelson et al., *supra* note 44, at 2011.

²⁵² Barber, *id.* at 168.

要はない。」と述べた²⁵³。

このような実務における取扱いは、利益の吐き出しの作業が、損害賠償における損害額の算定ほどの正確さを要求していないことを示唆するといえよう。こうした判断の背後には、侵害者が権利保有者の権利等を侵害したことから利益吐き出しの問題が生じており、侵害行為に起因する困難性は侵害者が負担するべきであるとの価値判断があると思われる（とりわけ、侵害者が悪意の場合にはそうであろう）。もちろん、侵害者が控除対象となる費用の立証責任を果たさすことができないければ、吐き出す利益は、総収益となる²⁵⁴。

（６）小括

以上の考察からは、次の点が明らかになったといえる。

第１に、費用控除の適用場面については、広く認められており、特別にこの場面のみ否定されるということはない

第２に、費用控除の可否を決する際に、費用の種類や侵害者の主観的認識が結論に影響及ぼす余地はある。すなわち、直接費用の控除について、異論はみられないが、間接費の控除については見解が分かれている（とりわけ、侵害者の主観的認識が考慮されるか否かが問題となる）。

第３に、費用控除の可否の根拠づけをめぐり、学説は、原状回復法の基礎にある考え方、利益吐き出しの根拠、因果関係との関係に留意しつつ、検討しているということである。

第４に、正味の利益ないし控除対象の費用の立証責任については、侵害者の側が負うことになる。

以上を踏まえると、正味の利益の確定作業は、純粹に事実上のもの（会計上のそれ）ではなく、規範的なものであるといえる。すなわち、費用の控除が利益吐き出しの目的を害する結果となってはならないため、法的な観点から控除の可否が判断されているのである（とりわけ、侵害者が一部自己負担を強いられ、罰的な要素を伴い得る場合があることを考慮するとそうである）。

²⁵³ [2001] 1 AC 268, 288 (per Lord Nicholls).

²⁵⁴ Hubbard, *supra* note 219, at 956 ; Samuelson et al., *supra* note 44, at 2050-51.

第2款 利益の配分

（1）はじめに

次に、利益の配分（apportionment of profits）について取り上げる²⁵⁵。利益吐き出しが認められる場面においては、侵害者が得た利益は、権利保有者の権利のみから生じることは稀であり、実際には、それ以外の事情が利益の発生に貢献していることが多い。そのような事情としては、侵害者自身の権利、労働、資金、独自の販売網などが挙げられる。このような場合に、判例・制定法は、侵害者に全ての利益を吐き出すことを命じるのではなく、利益発生に対する侵害者の寄与度に応じて侵害者に一定の持分を与え、権利保有者と侵害者の間で利益を分け合うということを行っている。このような作業は「利益の配分」と呼ばれる。このような利益の配分が認められる場面では、利益吐き出しは、実質的には、利益の分配として機能することになる²⁵⁶。

このような利益の配分をめぐるのは、主として以下の点が問題となる。すなわち、①このような利益の配分はどのような権利・利益・関係の侵害の場面で認められるか（適用場面）、②配分が認められる場合、いかなる根拠に基づき認められるか（根拠）、③配分の可否の決定は、侵害者の貢献があれば常に認められるか、その他の事情が考慮することで否定されるか（考慮事情）、④配分は、どのような基準（方法）で決定されるか（配分割合）、⑤配分に関する立証責任は誰が負うか（立証責任）である。以下では、これらの問題を中心に従前の議論状況をみていくことにするが、その前に利益の配分とその周辺概念の関係を整理しておくことにしたい。

²⁵⁵ 利益の配分については、PALMER, *supra* note 3, at 166 ～；Bently, *supra* note 71, at 11 ～；Ciolino, *supra* note 86, at 20 ～；Eisenberg, *supra* note 28, at 599 ～；Gergen, *supra* note 117, at 847 ～；David McGowan, *The Apportionment Problem in Copyright Law*, LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER SERIES RESEARCH PAPER No. 17-307 2017 〈<http://ssrn.com/abstract=3059053>〉；Boosfeld, *supra* note 50, at 846 ～；Samuelson et al., *supra* note 44, at 2051 ～などを参照。

²⁵⁶ 利益吐き出しの一つのタイプとして、利益分配型の吐き出しを説く見解として、Raue, *supra* note 2, at 153 ～がある。

(2) 概念の整理

利益の配分と他の概念（因果関係、費用の控除、手当の付与）との関係について整理しておくとの通りである。

第1に、因果関係との関係については、利益の配分も、因果関係の枠内の問題と解する立場²⁵⁷もある。このような理解の下では、利益の配分は、複雑な因果関係の問題として捉えられることになろう。これに対し、利益の配分は、因果関係とは別個の問題としたうえで、配分の問題は、因果関係分析が満たされた後で問題となると解する立場²⁵⁸もある。

第2に、費用との関係については、一方で、費用を寄与原因の一つとして捉える立場がある。この立場の下では、利益の配分を独自に考察することは必要なくなる（寄与原因を費用として控除することで足りる）。他方で、費用と寄与原因は別個のものであると捉える立場もある。この立場の下では、費用の控除とは別に、利益の配分を検討することが必要となる²⁵⁹。

第3に、後述の手当の付与との関係については、いずれも、侵害者の能力等が利益発生に貢献した場合に、その貢献を考慮し、一定の利益を侵害者の下に残すものである。そのため、両者を区別せずに論じる余地もあり得るであろう。しかし、両者は、貢献の考慮の仕方において異なる点に留意する必要がある。すなわち、利益の配分は、侵害者と権利保有者が共同事業の合意を行ったように、両者の寄与度に応じて利益に対する持分を認めるのに対し、手当の付与は、従業員の給与のような形で

²⁵⁷ Bently, *supra* note 71, at 11 ~.

²⁵⁸ Gergen, *supra* note 117, at 847 ; Samuelson & Gergen, *supra* note 163, at 212.

²⁵⁹ Bently, *supra* note 71, at 11. Bently によれば、〔英5〕Potton 事件では、住宅が建設された土地を購入する費用は、その建築資材と同様に、出費と捉えられたのに対し、キッチンのデザインは、配分が必要となる「寄与原因」として理解された。また〔英10〕Spycatcher 事件では、その活字組みおよび紙は、出費としてみられ、その紙のその他の話は「寄与原因」としてみられるとされる。そして、出費と寄与原因の区別の基準は、それが費用の出費を伴うか否かという点（伴う場合は、出費として費用控除の問題となり、伴わない場合には、寄与原因となる）に求められる。

侵害者の貢献を考慮するにとどまる²⁶⁰。そのため、両者は別個の問題である。侵害者にとってどちらが有利であるかは、生じた利益の額の多寡によりも異なるが、少なくとも利益が十分ある場合には、利益の配分の方が手当の付与よりもメリットがある²⁶¹。そのため、利益の配分が認められるか否かは、権利者および侵害者双方にとって大きな関心事になるといえる。

本稿は、議論を明確化するために利益の配分を因果関係、費用の控除、手当の付与と区別し、別個のものとして捉える立場を採る。

（３）利益の配分が認められる場面

ここでは、①の問題、すなわち、利益の配分が認められる場面についてみていくことにしよう。費用の控除とは異なり、利益の配分が認められるか否かは、場面により違いがみられる。

（ｉ）認められる場面

まず、認められる場面の典型として、著作権侵害の場面が挙げられる。たとえば、アメリカの判例は、当初、この場面において利益の配分否定的な立場を採っていたものの²⁶²、その後、〔米８〕Sheldon 事件において肯定する立場に転換した。本件は、被告が原告の著作物を用いて、映画を作成することにより利益を上げたことを理由に、原告が著作権侵害

²⁶⁰ See, Boosfeld, *supra* note 50, at 842-3, 846.

²⁶¹ See, Friedmann, *supra* note 34, at 1898（手当の付与は、侵害者と権利保有者の相対的な寄与度に応じて分ける利益の配分よりは、権利保有者にとって有利であると指摘する）。他方で、侵害者の貢献があっても、利益が少ない、あるいはない場合もありうる。この場合には、利益の配分は認められないが、手当の付与は認められる余地はある（この点は、オーストラリア法学において議論がなされている）。

²⁶² 否定判例は、利益の配分の可能性に言及しつつも、当該利益のどの部分が侵害者固有のものであるかは明らかではなく、利益を分けることが「不可能」であることを根拠に配分を否定し、被告に全ての利益の吐き出しを命じた（Collaghan v. Myers, 128 U.S. 617 (1888) ; Belford v. Schribner, 144 U.S. 488 (1892)）。See, PALMER, *supra* note 3, at 171.

を理由に利益吐き出しを求めたのに対し、被告は、自己が得た利益の大部分が、被告が「購入し、そして対価を支払った」要素——すなわち、俳優、舞台面、プロデューサー、ディレクター、そして一般的な諸経費——に起因するとして、利益の配分を主張した事案であった。このような事案において、地方裁判所は、その結果が「懲罰的かつ不当」になると認識しつつも、映画の正味の利益全額 (587,604ドル) の付与を認めた²⁶³。これに対し、第2巡回区控訴裁判所は、①被告は原告の財産と自分自身の財産を混和することから生じる困難の多くを受け入れることに同意しなければならないこと、また②その付与はすべての誤りの合理的な機会において原告に有利に解されなければならないことを述べて、原告に被告が得た利益の5分の1 (20%) を付与すると判示した²⁶⁴。最高裁も、控訴裁判所の一般的な立場および結論を支持した上で、次のように述べた。すなわち、その利益がその著作権で保護された資料の使用に完全に起因しないことを証拠が示しているとき、その証拠が「分割の公正な根拠を提供する」のに十分であるならば、配分はされるべきである²⁶⁵。このような利益の配分は、イギリスの裁判所においても認められている ([英5] Potton 事件²⁶⁶など)。

次に、特許権侵害の場面について、アメリカでは、現在は利益吐き出しが廃止されているものの、認められていた時代においては、利益の配分は認められていた²⁶⁷。

さらに、詐称通用の場面に関しては、イギリスの判例は、「いずれの

²⁶³ 309 U.S. 390, at 398.

²⁶⁴ 106 F.2d 45, 51 (2d Cir. 1939). See, Gergen, *supra* note 117, at 847; Friedmann, *supra* note 34, at 1889 (最終的な吐き出しの利益は、著作権の現実の価格 (通常の損失) の4倍であるが、全利益の20%であったと指摘する)。

²⁶⁵ 309 U.S. 390, at 408.

²⁶⁶ もっとも、本件では、結論として、利益の配分は否定されたが。

²⁶⁷ Mowry v. Whitney, 81 U.S. 620 (1871); Sidell v. Vickers, (1892) 9 RPC 152(CA). この点につき、田村善久『知的財産と損害賠償』(弘文堂、1993) 164頁 (侵害者利益の返還が「利益全額が返還されるのではなく、特許発明に帰することができない分は侵害者の手元に残されるとされていた。いわゆる利益の配分 (apportionment) が行われる必要があった。」と指摘する) も参照。

当事者も他の者に正当に帰属するものを有しないであろう」と述べ、利益の配分を認めている（〔英10〕My Kinda 事件）²⁶⁸。

最後に、契約違反の場面が挙げられる。もっとも、この場面は、契約の保護法益の違い（経済的利益か非経済的利益か）に応じて、利益の配分の取扱いが異なっている。すなわち、経済的利益（商事利益）に関する契約違反の場面には、利益の配分が認められている。たとえば、〔米17〕EarthInfo, Inc. v. Hydrosphere Resource Consultants, Inc. 事件²⁶⁹では、契約において被告の貢献が要求されていたため、利益の配分は肯定された²⁷⁰。これは、利益の配分を認めないと、原告に不当な棚ぼたを残すことになるという配慮からなされたものといえる²⁷¹。

利益の配分の根拠については、後述するが、このような配分を認めるとする理解の背後には、権利保有者の権利と侵害者の資源の結合があって富（利益）が生まれたことから、その富は「それらの相対的な寄与分に従って」²⁷²、両者の間で分けられるべきであるとする価値判断があるといえよう²⁷³。もっとも、この価値判断は常に貫徹されているわけではない。

（ii）認められない場面

次に、認められない場面の典型としては、信認義務違反の場面が挙げられる²⁷⁴。この場面では、利益の配分は、当事者達の間での事前の合意がある場合を除き、認められないとされる²⁷⁵。その根拠としては、——受認者が義務違反から利益を得てはならないという信認法の厳格な考え方も当然あるであろうが——、実際的な理由は、利益の配分がこの場面

²⁶⁸ [1982] 8 FSR 147, 159.

²⁶⁹ 900 P.2d 113 (Colo. 1995).

²⁷⁰ *Id.* at 121.

²⁷¹ Eisenberg, *supra* note 27, at 601.

²⁷² Friedmann, *supra* note 34, at 1925.

²⁷³ See, Gergen, *supra* note 117, at 847.

²⁷⁴ その他に、意匠権侵害の場面も挙げられる（See, Samuelson & Gergen, *supra* note 163, at 214～）が、ここでは立ち入らない。

²⁷⁵ BARNETT & HARDER, *supra* note 3, at 462 ; Mitchell, *supra* note 118, at 327 ; Devonshire, *supra* note 50, at 404 ; Rotherham, *supra* note 9, at 96.

においては適していないということが挙げられる。すなわち、利益の配分は、侵害する行為と侵害しない行為を区別し得る状況では適しているが、信認義務のように違反された義務の範囲が広く、両者が分離され得ない状況——受認者が信認義務違反により利益を得た場合には、（たとえその利益がかなり受認者自身の仕事および技能により増加されたとしても）義務違反により直接的に生じたものとして扱われる——では、適していないのである²⁷⁶。

そのため、信認義務違反の場面では、受認者は、善意の場合でも利益吐き出し責任を負い、かつ利益の配分も認められないという非常に厳格な責任を負わされているといえる²⁷⁷。もっとも、受認者の能力・才覚などの貢献は、全く考慮されないかというところではない。この点は、後述の手当の付与として扱うべきとの提案が説かれている。

また、契約違反の場面のうち、非経済的利益（国防の利益など）に関する契約違反の場面については、利益の配分は認められない。たとえば、〔米14〕Snepp 事件では、被告であるエージェントは、その本の出版から現実化したすべての利益を吐き出す責任を負うと判令された²⁷⁸。ここでは、その本を書く際のエージェントの努力がかなり利益源の創作に貢献したことは疑問の余地はなかったが、裁判所はその事実を完全に無視したといえる²⁷⁹。その理由としては、この場面では、被告が得た利益は、被告の努力にほとんど帰することができ、利益の配分を認めると、利益吐き出しが無意味になり、そもそもここでは本を書くために自分自身の

²⁷⁶ Cunningham, *supra* note 180, at 580 ; BARNETT, *supra* note 3, at 190-1.

²⁷⁷ もっとも、信認義務違反の領域で利益の配分の可能性が全くないわけではない。たとえば、Warman International Ltd. v. Dwyer, (1995) 69 A.L.J.R. 362 (Austl.) は、そのような可能性を指摘した先例として挙げられる（もっとも、本件では、結論としては否定された[at 374]）。学説でも、利益の配分は、信認義務違反による受認者への手当の付与が功績の原理に従って正当化が難しいケースに対する解決策を提供し得ると説く見解もみられる（BARNETT, *supra* note 3, at 191 ; BARNETT & HARDER, *supra* note 3, at 462）。ただし、この点については、本稿ではこれ以上立ち入らない。

²⁷⁸ 444 U.S. 507 (1980).

²⁷⁹ Friedmann, *supra* note 34, at 1899.

能力・才覚を用いることこそが被告の違法行為であったからであるとされる²⁸⁰。なお、本件の結論は、被告であるエージェントが、単なる契約違反ではなく、信認義務違反として性格づけられたことが影響しているかもしれないが、こうした帰結は、単なる契約違反として性格づけられた〔英16〕Blake 事件でも同様の立場が採られたことからすると、義務違反の性格づけ自体によって決まるものではないといえよう。

（iii）理解が不明確または分かれている場面

以上の二つの場面对して、理解が不明確または分かれている場面がいくつかある。具体的には以下の通りである。

まず、有体物侵害の場面については〔米4〕Edwards 事件が利益の配分を認めた否かをめぐって理解が分かれている。本件では、被告が原告の土地の下に洞窟部分の使用から生じる正味の利益の3分の1に対する利益の吐き出しを命じた。というのも、その洞窟の3分の1は原告の土地の下にあった（残りの3分の2は被告の土地の下にあった）からである²⁸¹。このような帰結は、一見すると、利益の配分を認めたもののようにもみえるが、ここでは、生じた利益がすべてその土地に帰されて、そして原告と被告の土地の割合に従って分割されており、被告がこの洞窟を観光アトラクションにするために費やした様々な貢献や侵害者の側にしか入口がなかったという事情は何ら考慮されていない²⁸²。もっとも、侵害者がアトラクションの一環として入口近くに建設したホテルからの収益については吐き出しの対象から外されている。この点については、**①**起業家としての被告の貢献に対する（大雑把な）補償方法であるとすると理解と**②**そのホテルの利益が「遠すぎた」として、疎遠性の観点から説明する方法があるが²⁸³、いずれにせよ、利益の配分が認められたか否

²⁸⁰ Eisenberg, *supra* note 28, at 600-1.

²⁸¹ 95 SW 2d 1028, 1029 (Ky Ct App, 1936).

²⁸² Friedmann, *supra* note 34, at 1917.

²⁸³ 両者の理解につき、Friedmann, *id.* at 1919 (Friedmann 自身も、起業家としての被告の活動が、そのホテルの利益の「近因」とみなされるべきであると述べる)を参照。

かは不明確なままである。

次に、商標侵害の場面についても、米国の判例の理解に変遷がみられる²⁸⁴。すなわち、Lanham 法施行以前の判例は、利益の配分を否定する立場²⁸⁵から配分を認める立場²⁸⁶へと移行したものの、同法施行以後²⁸⁷は、多くの裁判所はその利益のどの部分がその侵害する標章の使用から生じたか（あるいは、生じていないか）を決定する際の本質的な困難性のために、単純に、議論することなしに、その利益のすべてが回復可能であることを当然の前提とする立場が採られた（ただし、少数ながら認めたものもないわけではない²⁸⁸）。そのため、学説では、判例においては利益の配分は認められていないとする理解を指摘する見解もみられる²⁸⁹。

さらに、守秘義務違反の場面については、受領者 (confidant) が伝達者 (confider) の機密情報の不法な使用なしに製品を製造することができなかった状況では、利益の配分の問題は生じず、製品の販売から得られる正味の利益の吐き出しが認められるとされる（たとえば、[英9]

²⁸⁴ 以下につき、Barber, *supra* note 106, at 169-72を参照。

²⁸⁵ [米6] Hamilton-Brown 事件（最高裁判所は、回復可能な利益が侵害行為に帰すべき利益に制限されるべきであるとの被告の主張を拒絶した）。

²⁸⁶ *Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S.S. Kresge Co.*, 316 203, 1022 (1942).

²⁸⁷ 同法35条は、著作権侵害のように、吐き出す利益を侵害行為に帰することができる利益に制限する旨定めていない。

²⁸⁸ *E.g. Holiday Inns, Inc. v. Airport Holiday Corp.*, 493 F. Supp. 1025 (N.D. Tex. 1980). 本件は、原告 (Holiday Inns) のフランチャイジーであった被告 (Airport Holiday) が、フランチャイズ契約の終了後も「Holiday Inn」の商標を使用し続けたのに対し、原告が被告に対し原告の商標を使用することから得た利益の吐き出しを求めた事案である。第1審は、被告のビジネスの70%については被告の個人的な努力である毎週の取引に帰すべきものであるのに対し、30%については「Holiday Inn」という商標を見る被告の常連客からの一時的な取引に帰すべきものであるとの被告の証明に基づき、被告の利益の30%のみがその侵害行為に帰することができるかと判示した。第5巡回区控訴裁判所は、第1審の判断を是認した。

²⁸⁹ *See, Samuelson et al., supra* note 44, at 2009 (商標について利益の配分が一般的に存在しないと指摘する)。

Peter Pan 事件では、利益の配分は問題とならず、正味の利益が吐き出しの対象となった²⁹⁰。これに対し、問題となる製品の製造は、その機密情報がなくても、他の手段により可能であったが、その情報を用いることで効率的な製造を可能にした状況では、利益の配分の問題は生じるが、この点に関する判例は存在せず、扱いは不明であるが²⁹¹、利益の配分を肯定すべきと説かれている²⁹²。

最後に、プライバシー権侵害などの人格的な権利の侵害の場面において、利益の配分が認められるかについては、直接的に利益吐き出しが認められたケースがみられないことから、不明であるが、雑誌の一部記事で個人の情報が掲載された場合などでは、配分が認められるべきと説かれている²⁹³。

（4）利益の配分の根拠づけ

次に、②の問題、すなわち、いかなる根拠に基づき利益の配分が認められるかという点について確認しよう。配分の結果として、侵害者は、侵害行為がなければ所有しなかったであろう富を保持することを可能になる²⁹⁴。そのため、配分がいかなる根拠に基づき認められるかは重要となる。この点については、肯定する見解の中でも、多様な根拠づけがなされているため、いくつかの観点に分けて整理していくことにしたい（なお、各見解において念頭に置いている場面は一樣ではない）。

（i）権利保有者の立場から見た場合

第1に、権利保有者の権利内容からの説明である。すなわち、侵害者は他人の権利の侵害行為により得た利益にのみ責任を負い、権利保有者は侵害行為に起因する利益に対してのみ権利を有する²⁹⁵。このような理

²⁹⁰ DEVONSHIRE, *supra* note 3, at 127.

²⁹¹ *Id.* at 128.

²⁹² GURRY, *supra* note 3, at 424-25.

²⁹³ STANLEY, *supra* note 225, at 137（守秘義務違反の構成による）。

²⁹⁴ Gergen, *supra* note 117, at 847.

²⁹⁵ GURRY, *supra* note 3, at 1424 ; Bently, *supra* note 71, at 10.

解の前提には、所有権などの財産権は、その権利の利用からの経済的な成功まで保障していない（あくまで機会の保障に過ぎない）という考え方があり（たとえば、知的所有権は、経済的成功を発明者や創作者に保障していないし、所有権は、所有者に市場において取るに足らない商品を提供する排他的機会のみを所有者に割り当てるのみである）。このような経済的機会を成功に導くためには、権利保有者はいまだに、時間、努力、技術、金銭、そして運を投下する必要がある²⁹⁶。逆にいえば、そのような努力を投下せずに生じた利益については、権利保有者は受け取る資格を有しないということである。それゆえに、侵害行為が利益の唯一の原因である場合を除き、侵害行為に起因する利益とそれ以外の原因に起因する利益がある場合には、利益の配分は当然認められることになる。

第2に、利益吐き出しの最大の問題とされる棚ぼたの問題との関係からの説明である。すなわち、侵害行為の抑止に利益の吐き出しを求める立場の下では、利益吐き出しが権利保有者に自己の損害以上の利益を与えることとなり、それが棚ぼたになると理解されてきた。とりわけ、こうした事態は、権利保有者の権利のみならず、侵害者の側の要素が利益発生に貢献している場合には顕著である。このような場合に、侵害者が得た利益をすべて吐き出させ、そして権利保有者に帰属させることは、侵害者に自己の貢献を放棄させることになる²⁹⁷。このような観点から見ると、利益の配分の根拠は、侵害者が「自分自身のもの」から生じた利益を保持することを認めつつ、権利保有者が原状回復法を通じて棚ぼた利益を得ることを排除し、そして侵害者が不公正に罰せられることを阻止することに求められるといえる²⁹⁸。たとえば、著作権侵害の場面では、著作権者は、自己の損害を超える棚ぼた利益を回復することを認められるべき説得的な理由はないと説かれる²⁹⁹。ここでは、利益吐き出しに伴う棚ぼたを調整する法理として利益の配分は位置づけられているとみる

²⁹⁶ Raue, *supra* note 2, at 157-58.

²⁹⁷ Friedmann, *supra* note 34, at 1887.

²⁹⁸ Ciolino, *supra* note 86, at 20.

²⁹⁹ *Id.* at 22.

ことができるであろう。

（ii）侵害者の立場から見た場合

第3に、「損失の帰するところ利益も帰すべきである」との考え方からの説明である³⁰⁰。たとえば、著作権侵害の本の販売により利益を上げた例を挙げると、その経済的成功は、決して単一の要素に基づかず、異なる要素および貢献の結合により生じている。とりわけ、本の経済的成功は、その他の要素の中でも、著作権で保護された内容、出版社の専門知識および組織的構造、彼らの生産の事前の資金調達、そして本屋の販売および市場化努力に依存している。このように、利益が単一の要素に帰することができないのであれば、ビジネス取引の利益は、一般的に、市場においてその商品やサービスを提供し、そしてそれに対応する損失を負担した者に帰すべきである。その理由は以下の通りである。すなわち、これらの費用がその収入を超えるならば、その損失は、使用された資源の所有者ではなく、商品やサービスを提供する者が負担しなければならない。そうであるとすれば、その逆の状況、すなわち、収入がその費用を超えるならば、その人がその利益を求める権利を有することになってしかるべきであるということである。こうした理解は、「損失の帰するところ利益も帰すべきである」とする考え方からの帰結である³⁰¹。

第4に、功績(desert)に基づく説明である³⁰²。たとえば、ある論者は〔米4〕Edwards事件において、原告の土地の展示に起因する利益について被告に一定の持分の形で利益の配分が認められるべきであるとする。その理由としては、①原告の利益が生じるには（洞窟への入口があった）被告の土地の使用を必要としたこと、②被告が労働および資本のリスク

³⁰⁰ Raue, *supra* note 2, at 156-57 (なお、Raue は、利益吐き出しのタイプとして、制裁型のそれも提案するが、制裁型においてはこうした利益の配分は認められないとする)。

³⁰¹ *Id.* at 157.

³⁰² Gergen, *supra* note 117, at 848 ; Samuelson & Gergen, *supra* note 163, at 212 ～がある。なお、手当の付与でもこうした功績に基づく説明はみられる。

を負ったこと、③観光資源としてその洞窟を開発するというアイデアに貢献したことが挙げられる。とりわけ、被告の土地からのアクセスがなければ原告の土地は、経済的に無価値であったという事情は、功績による配分請求を説得的なものにすると説かれる。

(iii) 公益的な観点からの説明

第5に、社会的に望ましい活動への委縮効果の低減という点からの説明が挙げられる³⁰³。この見解は、利益吐き出しが社会的に望ましい活動を躊躇させ、効率性を害することになるとの懸念（とりわけ、法と経済学者が示す点）に対して、利益の配分によりそれを緩和するものとして正当化しようとするものである。このような理解によれば、利益の配分は、侵害者自身の正当な努力にその利益の一定持分を割り当てることになることから、知らずに他人の権利を利用して経済活動を行ったとしても、その利益の全てを吐き出す必要はなくなり、一定程度安心して活動が可能となる。

(iv) 仮想的契約という考え方による説明

第6に、仮想的契約 (hypothetical contract) という考え方をういた説明が挙げられる³⁰⁴。この見解は、従来の利益吐き出しの議論が利益のすべてを吐き出すことについて十分な根拠づけができていないとの理解を前提としたうえで、権利保有者と侵害者との間で利益を再配分することこそがあるべき姿であると考えている。そしてその方法として、その権

³⁰³ BARNETT & HARDER, *supra* note 3, at 463 (受認者の場面を念頭に置く)。

³⁰⁴ Boosfeld, *supra* note 50, at 836 ～。Boosfeld は、ドイツ法学において近年、利益吐き出しの統一的アプローチを提案する論者の一人として挙げられる (See, Gerhard Dannemann, *The Future of German Unjustified Enrichment Law*, 25 R. L. R. 44, 53 (2017)). その主要業績は、Kristin Boosfeld, *Gewinnausgleich* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2015) である)。その意味で、本稿の対象とする英米法の議論として位置づけことはできないが、彼女の議論 (少なくとも Boosfeld, *supra* note 50) においても、多くの英米の利益吐き出しに関する先行研究が参照されており、英米の議論のありうる発展・応用形態として捉えることは可能であると思われ、ここで紹介することとした。

利の使用に関して権利保有者との間で利用者（侵害者）が締結しなければいけなかったはずの契約（これを「仮想的契約」と呼ぶ）を構想する³⁰⁵。すなわち、この手法は、実際にはなされなかったものの、仮想的に侵害者と権利保有者の間で契約が締結されていたならば、どのような条件で締結されたのであろうかを考え、そこから利益の配分を考えようとするものである。以下では、第1に、前提として、適法に利益を上げる方法としてどのような方法があるか、第2に、なぜ事後的に仮想的契約を考えなければいけないのか、第3に、どのように仮想的契約を構想するのかという点を中心にこの見解の概要を確認していくこととする。とりわけ、第3の点の考察から、この見解の説く利益の配分の方法を確認することができるであろう。

まず、利益を適法に上げる方法については、大きく以下の4つの方法が挙げられている。すなわち、①利益を上げる者が自分自身の権利を用いて自分自身の努力で利益を上げる方法（この場合には、すべての利益が権利保有者に帰属する）、②利益を上げる者が契約により他者のためにのみに上げることに同意して利益を上げる方法（この場合には、生じた利益は他者に帰属しつつ、利益を上げた者が一定の手当の付与を受ける）、③利益を上げる者が契約により他者のためのみならず、自分自身のために利益を上げる方法（この場合には、各当事者は生じた利益に対する持分権が認められる）、④利益を上げる者がライセンスを購入して、自分自身のために利益を上げる方法（この場合には、利益を上げる者は、権利者にライセンス料のみを支払えばよい）である³⁰⁶。これらの方法の違いは、後の仮想的契約の具体的な構想方法に関係することになる。

次に、仮想的契約を構想する理由について。この見解によれば、侵害者は、本来、上記の契約のいずれかを締結すべきであったにもかかわらず、それをせずに無断で他人の権利を利用した。この場合、侵害行為そ

³⁰⁵ Boosfeld, *id.* at 826. なお、Boosfeld の利益吐き出し論（利益の分配論）は、あらゆる私的な権利（対物的権利または対人的な権利）の侵害の場面に妥当すると説いている（*Id.* at 832-33）。ただし、権利保有者が処分できない権利（臓器など）については除外されている。

³⁰⁶ *Id.* at 830-02.

れ自体は、侵害されなかった状態に戻され得ないが、矯正的正義の理由のために、侵害者は自己が最初に負った義務を履行したのとできる限り近い状態にするために次善の (second best) 行動を取らなければならない。そしてそれが、権利保有者との契約を締結したように扱われるというものであるとされる³⁰⁷。以上が事後的に仮想的契約を構想する理由となる。

最後に、仮想契約の構想方法について。この見解は、侵害行為時に権利保有者が自己の権利を処分することができ、そして処分したであろう場合を念頭に置いたうえで、以下のような推論を行う³⁰⁸。すなわち、まず、権利侵害がなければ、侵害者と権利保有者の間でライセンスが締結されたかどうかを考える。そして、(α) 締結されたと考えられる場合 (第1の④の方法が用いられた場合) には、権利保有者は、ライセンス料を請求することのみでき、利益吐き出しを請求することはできないこととなる。これに対し、(β) 締結されなかった場合には、ライセンス料は基準とならない。その場合には、まず①利益を上げる者 (侵害者) が権利保有者と自己の双方のために部分的に上げられている利益に同意したであろうことを証明した場合 (③の方法が用いられたであろう場合) には、権利保有者は、利益を上げる者が彼のために部分的にその利得を上げたならば彼が享受したであろう地位に置かれる。これに対し、②利益を上げた者が①を証明することができなかった場合 (結果として、②の方法が用いられたと解される場合) には、権利保有者のためにのみ利益を上げたものとして扱われるため、権利保有者はその全利益を請求することができる (ただし、侵害者はその能力等を理由に手当の付与が認められる)³⁰⁹。

こうした仮想的契約の構想からは、(α) に該当するか否かが、権利

³⁰⁷ *Id.* at 836.

³⁰⁸ *Id.* at 839-42.

³⁰⁹ こうした理解を前提とすれば、信認義務違反の場面において利益の配分が認められない実質的理由は、受認者が (事前の契約で定めた対価を除き) 本人のために利益を上げることが求められている立場であり、自己のためにも利益を上げことは認められないという点にある。

保有者にとって重要となる（というのも、この点の違いにより、自己に帰属する利益が大きく異なるからである）³¹⁰。それではどのようにライセンスが締結されたか否かは判断されるのであろうか。その判断は、類似する状況において当事者達が通常、ライセンス合意に達するであろうことを指し示す客観的要素があるか否かを分析することによるとされる。換言すると、純粋に権利保有者の主観的回答によっては決まらないということである。というのも、その利益がライセンス料を超えるときはいつでも、権利保有者は遡及的に、ライセンス合意を拒絶し、そして代わりに利益吐き出しを請求するインセンティブを持つからである。そのうえで、客観的にライセンスに同意したといえる状況の具体例としては、(1)権利保有者が以前に類似するケースにおいてライセンスを承認していた場合、(2)権利保有者がライセンスを承認する法的義務を負っている場合（たとえば、標準必須特許の場合）、(3)その権利のみが利益を上げるプロセスにおいて比較的小さな役割（従属的な役割）しか果たさない場合（たとえば、車の開発において他人が特許権を有するねじを無断で用いた場合など）が挙げられる³¹¹。

この見解は、上記のように解することにより、侵害行為が起こらなかったならばあったであろう状態とできる限り近い状態（＝準原状回復）を実現しようするものであるといえる³¹²。

もっとも、上記の説明から明らかなように、このような仮想的契約が認められるのは、権利保有者が当該権利を処分することができる必要がある。そのため、このアプローチは、権利保有者が処分できない権利（たとえば、臓器売買のように法律により処分が禁止されている権利など）の侵害の場面においては、利益の配分を正当化することはでき

³¹⁰ Boosfeld, *supra* note 50, at 839-40.

³¹¹ *Id.* at 840-01.

³¹² こうした準原状回復アプローチは、本稿が注目した Dagan の見解（第3章）との類似性を感じられるが、権利が侵害された場合の次善の解決の理解の仕方が Boosfeld とは異なっているといえようか。なお、準原状回復というタームについては、吉田邦彦『民法と公共政策講義録——批判的・横断的民法のすすめ（具体的法政策学）』（信山社、2018）192頁に負う。

ないであろう³¹³。

(5) 利益配分の決定の考慮要素

ここでは、③の問題、すなわち、利益配分の可否の決定は、純粋に侵害者の貢献があれば常に認められるのか、それともそれ以外の事情により影響されるかという点について確認する。

(i) 侵害者の主観的認識

利益の配分の可否に影響を及ぼす事情として最も問題となる侵害者の主観的認識について確認する。この点に関して学説は、①侵害者の主観的認識を考慮する立場、②侵害者の主観的認識を考慮しない立場、③利益吐き出しのタイプに応じて考える立場に分かれている。

まず①の立場は、利益吐き出しの根拠として抑止論から説かれる。たとえば、アメリカの商標侵害の場面では、侵害者が故意のケースでは、——吐き出すべき利益が侵害行為にすべて起因するわけではないにもかかわらず——侵害する標章の下での販売からのすべての利益が付与されるべきとする立場を採る巡回区控訴裁判所（たとえば、第8巡回区）もみられる³¹⁴。その根拠は、完全な利益吐き出しが、故意による侵害行為の抑止のために必要であるという点に求められた³¹⁵。このように、利益吐き出しの要件としては、侵害者の主観的認識を要求しないとしても、吐き出す利益の範囲を決する際の考慮要素となることはあるといえる³¹⁶。

³¹³ Boosfeld, *supra* note 50, at 838. これに対し、処分権はあるものの、権利保有者が明示または黙示に同意しないような状況（名誉を傷つける写真の公刊など）では、仮想的契約アプローチは妥当とする (*Id.* at 838)。なお、この場合に、侵害者が上記状況であるとして契約締結しなかったであろうという事実には事後的に訴えることはできないとする（というのも、これは本来的な現実の契約が生じることを意味せず、それは上げられた利得の公正な分配を認めるに過ぎないからである）。

³¹⁴ Truck Equipment Service Co. v. Fruehauf Corp., 536 F2d 1210, 191 USPQ 79 (CA 8 1976).

³¹⁵ Barber, *supra* note 106, at 172.

³¹⁶ Bortolin, *supra* note 108, at 961.

次に②の立場は、先述の仮想的契約アプローチの理解を前提に、考慮しない理由として以下の点を挙げる。すなわち、①主観的事情は利益の配分と関係しないこと、②そもそもそうした侵害者の主観的認識を証明することは困難になること、③利益配分についての同意があったか否かの判断は客観的なものであるため、侵害者が主観的にそのような合意の必要性について知っていたか否かは問題とならないことなどである³¹⁷。

最後に③の立場は、利益吐き出し＝非制裁（利益分配）を目的とする場合には、侵害者の主観的事情を考慮することなしに、利益の配分が認められると解する³¹⁸。これに対し、利益吐き出しを制裁（ここでの制裁の意味は、応報というよりも、侵害行為の抑止の面にウェイトがある）を目的とする場合には、抑止効果が最大化するような形で解釈することが必要であるとして、侵害者の主観的事情を考慮する³¹⁹。具体的には、善意の侵害者は、彼ら自身の資源の使用に起因する利益の部分を持続する権利を有する。これに対し、悪意の侵害者は、侵害しない活動のために彼らの資源を使用することを推奨されるべきであるから、自己の利益の持分を剥奪されるべきであるとされる。

（ii）その他の事情

侵害者の主観的認識以外に考慮すべきその他の要素としては以下の点が挙げられる。

まず、侵害者の貢献の程度である。すなわち、貢献度が比較的小さい場合には、配分は認められないとされる³²⁰。たとえば、〔米4〕Edwards事件の事案を少し変えて、問題となった洞窟のほとんどすべてが被告の土地の下にあり、洞窟の入口だけが原告の土地上にあった場合には、持分の信頼できるルールがないことを理由に、すべての利益吐き出しが正当化されると説かれる。そして、それにより生じる不公正および非効率性は、小さく、そして単純なルールを持つことによる利益により相殺され

³¹⁷ Boosfeld, *supra* note 50, at 833.

³¹⁸ Raue, *supra* note 2, at 162-3.

³¹⁹ *Id.* at 167.

³²⁰ Friedmann, *supra* note 34, at 1889.

るとされる³²¹。また、他人の財産を第三者に賃貸し、かつ賃料が通常の市場価格を超える賃料で賃貸した場合、所有者は、侵害者への利益の配分なしに、すべての利益を回復することができる。というのも、侵害者の貢献は、乏しすぎると考えられ、無視され得るからである³²²。

次に、侵害者の貢献が違法（不道德）または公序に反することである。判例の中には、このような場合に、利益の配分を否定したものがみられる³²³。学説においても、同様の理解が示されている。たとえば、BがAに帰属する動産を無断でCに売却し、その際に、BはCを騙すことにより価格を釣り上げた場合、Bの貢献は重大といえるけれども、その利益は非難すべき方法で取得されたといえ、このようなBの貢献は無視されるべきであると説かれている³²⁴。このように貢献があるとしても、それが非難に値する場合には、当然に考慮されるとは限らない。

（6）配分割合の決定方法

ここでは、④の問題、すなわち、どのように利益の配分を行うかという点についてみよう。利益の配分において、侵害者の正確な持分を決定し、そして証明することは困難であり、非常に複雑な作業になるとされる³²⁵。この点について、個々の制定法（連邦著作権法など）は、何ら具体的な指針を示していない。そのため、裁判例の中では、利益の配分の仕方は一様ではない。

たとえば、著作権侵害の場面における裁判所が採用する手法についてみると、①製品全体の費用に対する侵害された著作物の公正な市場価値の比率を使用して利益を配分する方法や②製品全体を構成する表現量に対する侵害物の量の比率を用いて利益を配分する方法などが挙げられ

³²¹ Samuelson & Gergen, *supra* note 163, at 218.

³²² Friedmann, *supra* note 34, at 1892.

³²³ E.g. *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507 (HL)（イギリス軍の軍曹が、その制服と地位を利用して、カイロに密輸入する手助けする代わりに多額の金銭を得た事案。裁判所は、国王がそのすべての金銭に対する権利を有すると判示し、被告に持分を与えなかった）。See, Friedmann, *id.* at 1889 n.38.

³²⁴ Friedmann, *id.* at 1892.

³²⁵ Boosfeld, *supra* note 50, at 843 ; Bently, *supra* note 71, at 11.

る³²⁶。具体的には、①の方法の下では、侵害された著作物を使用するライセンス料が１ドルであり、そしてその製品の総費用が５ドルであるならば、侵害者は純利益の５分の１を吐き出さなければならない。これに対し、②のアプローチの下では、侵害物が製品全体の４分の１を構成するならば、侵害者は純利益の４分の１を吐き出さなければならない。このように配分の方法は、必ずしも確立されておらず、そのために矛盾する結果を導くとも指摘されている^{327 328}。

（７）立証責任

最後に、⑤の問題、すなわち、利益の配分についての立証責任は誰が負うかという点についてみていくことにしよう。判例・制定法は、——理解が分かれる場面もみられるが³²⁹——概ね、利益の配分についての立証責任は、——費用の控除と同様に——侵害者が負うと解している³³⁰。そのため、侵害者が立証できなければ、すべての利益を吐き出す必要が

³²⁶ Ciolino, *supra* note 86, at 22-3.

³²⁷ *Id.* at 24.

³²⁸ さらに、このような配分方法は、侵害した権利の代わりにの侵害しない代替物が存在する場合にも適用されるか否かをめぐって議論がある。たとえば、そのような場合には、吐き出す利益（侵害行為に帰することができる利益）は、回避された費用であり、それを超える利益は侵害者に帰するべきと説く見解がみられる（McGowan, *supra* note 255, at 14～）。

³²⁹ たとえば、アメリカにおいて特許権侵害を理由に利益吐き出しが認められた時代においては、原告（特許権者）と被告（侵害者）のいずれが合理的な近似値を立証する責任を負うかという点で争いがあった。原告とした判例もみられたものの、〔米７〕Sheldon 事件以後は、特許権侵害の場面も、被告が負うと解された（PALMER, *supra* note 3, at 174）。

³³⁰ *Id.* at 172 ; GOFF & JONES, *supra* note 3, at, at 759（守秘義務違反の文脈において、「その利益の何割が機密情報の使用以外の要素に起因することができるかの立証責任は受領者〔confidant〕に課せられるべきである」と述べる）；Barnett, *supra* note 17, at 184（プライバシー侵害の場面における利益の算定の困難性は、立証責任を侵害者に転換し、侵害者があらゆる正味の利益が当該違反に帰するべきではないと証明することを要求することにより扱われるべきであると説く）。

あることは、費用の控除の場合と同様である。

(8) 小括

以上の考察からは、次の点が明らかになったといえる。

第1に、利益の配分の適用場面については、①有体物侵害の場面、②知的所有権侵害の場面（ただし、後述の⑦を除く）、③守秘義務違反の場面、④契約により保護される利益が経済的利益である契約違反の場面で適用が認められている。これに対し、否定される場面としては、⑤信託義務違反の場面や⑥非経済的利益に関する契約違反の場面が挙げられる。理解が分かれているのは、⑦商標侵害の場面である。また取扱いが不明確なのは、（利益吐き出しを認めるか否かがいまだ明確ではないことから当然であるが）⑧プライバシー侵害の場面である。ここからは、（控除の対象となる費用の種類については議論はあるが）多くの場面において一般論として認められる費用の控除とは異なり、利益の配分ではその可否について理解が分かれているといえる。

第2に、利益の配分の根拠をめぐり、(i)権利保有者の側からの説明、(ii)侵害者の側からの説明、(iii)公益的見地からの説明、(iv)仮想的契約という観点からの説明がなされている。ここでは、費用の控除と比較して、利益の配分をめぐり多様な根拠づけが試みられていることが注目される。その原因は、（費用の控除以上に）利益の配分が利益吐き出しの力を減殺することになるから、認める場合には説得的な理由付けが求められるためであろう。

第3に、利益の配分を認める際の考慮事情としては、①侵害者の主観的事情、②貢献の程度（程度が小さい場合には配分は否定される）、③貢献の適法性（違法な場合または公序良俗に反する場合には配分は否定される）などが挙げられる。このように、利益の配分は、侵害者の貢献があれば常に認められるわけではない。そして費用の控除と比較すると、①については、費用の控除でも問題となっていたが、②および③については、費用の控除では問題となっておらず、利益の配分固有の考慮要素といえるであろう（こうした点からも、費用の控除と利益の配分を区別することが望ましいといえる）。

第4に、利益の配分の基準については、いくつかの方法が挙げられる

が、必ずしもその方法は確立されているとはいえないということである。

第5に、利益の配分に関する立証責任については、侵害者が負うということである。

このように、英米法は、利益吐き出しを多くの場面で認められているが、それと同時に、利益発生に侵害者の能力等の貢献がある場合には、利益の配分によって調整を行っているのである（このような配分が認められる場面での利益吐き出しは、利益分配型の吐き出しとして捉える方がより望ましいかもしれない）。もっとも、こうした配分が望ましくないとして、否定される場面も存在する（とりわけ、信認義務違反）。その理由は、実質的なもの（信認義務違反による利益吐き出しに対する厳格な立場との関係で、利益の配分が正当化されないこと）と形式的なもの（信認義務の広範性ゆえに違法行為と非違法行為の区別の困難性）に求められている。また一般論としては認められる場面でも、一定の事情（侵害者の主観的認識の有無や行為の適法性）が作用して配分が否定されることはある。いずれにせよ、侵害者自身の権利や能力が利益発生に寄与していた場合には、利益の配分が認められるとする理解は、多くの場面ではその通りであるとしても、限界もあり、一定の留保を付しておく必要があるといえよう。

〔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。