



Title	私法における利益吐出しの発生根拠と法律構成に関する比較法的研究：人格権侵害の民法的規制を中心として
Author(s)	梁, 超
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第16561号
Issue Date	2025-09-25
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k16561
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/98171
Type	doctoral thesis
File Information	Liang_Chao.pdf, 全文



私法における利益吐出しの発生根拠と法律構成に関する比較法的研究
—人格権侵害の民法的規制を中心として

北海道大学大学院法学研究科
法学政治学専攻 博士後期課程

梁 超
15225101

私法における利益吐出しの発生根拠と法律構成に関する比較法的研究
—人格権侵害の民法的規制を中心として—

目次

序章 はじめに

第1節 問題の所在

第2節 本稿の構成

第1章 日本法における議論状況と問題点

第1節 人格権の確立と発展

第1款 人格から人格権へ

第2款 人格権の承認から人格権の発展へ

第2節 人格権侵害に関する利益吐出しの諸相

第1款 真正の利益吐出しではない判例

第2款 人格権侵害に関する利益吐出しの設例

第3節 発生根拠の論争とその問題点

第1款 従来議論

第2款 制裁・抑止説から多元説への転向の有益な点と問題点

第4節 法律構成の論争とその問題点

第1款 契約違反—信認義務違反説・介入権説を中心に

第2款 契約以外—準事務管理説・事務管理説・不当利得説・不法行為説・独立の救済手段説を中心に

第2章 中国法における議論状況

第1節 立法の経緯と現行法の解説

第1款 立法の経緯

第2款 現行法の解説

第2節 学説の分岐点

第1款 準事務管理説

第2款 不当利得説

第3款 不法行為説

第4款 独立の請求権説

第3節 判例の考察

第1款 名誉権・プライバシー権侵害に関する利益吐出し

第2款 パブリシティ権侵害に関する利益吐出し

第3款 不特定多数人の個人情報侵害に関する利益吐出し

第4款 身体的人格権侵害に関する利益吐出し

第5款 故人の人格的利益侵害に関する利益吐出し

第4節 本章の小括

第3章 ドイツ法における議論状況

第1節 立法・判例・学説の鳥瞰

第1款 立法の鳥瞰

第2款 判例の鳥瞰

第3款	学説の鳥瞰	
第2節	代表的な論客の見解	
第1款	Gerhard Wagner 説	
第2款	Tobias Helms 説	
第3款	André Janssen 説	
第4章	利益吐出しの根拠・構成の再構造	
第1節	日中独の比較法的分析	
第1款	日本法・中国法・ドイツ法の素描	
第2款	日本法・中国法・ドイツ法の分析	
第2節	利益吐出しの根拠・構成の再構造	
第1款	利益吐出しの発生根拠の再構造	
第2款	利益吐出しの法律構成の再構造	
終章	終わりに	
第1節	本稿の結論	
第2節	残された課題	

序章 はじめに

第1節 問題の所在

近代市民社会の法秩序¹において、自由主義と個人主義の影響を受けて、原則的に法律によって許される範囲内では、私人は「自分の事務」のみを自由に処理することができ、「他人の事務」を勝手に処理してはならない。実際には、個々人は独立しているが、閉鎖的ではなく、人間の生存と発展には相互の交流と協力が欠かせない。そこで、法律は、行為者が「他人の事務」を正当に処理するための特別なアプローチを用意していることを示すことが可能である。簡単に言えば、民法の面では、一応三つのタイプがあると思われる。①行為者が法定または約定により特定の身分を取得したというタイプである。例えば監護または委託がそれである。②利他的行為を保護・促進したというタイプである。例えば事務管理である。③他人の物から生じた急迫の危難を避けるため、その物を損傷したというタイプである。例えば緊急避難である。それ以外にも、行為者が「他人の事務」を勝手に処理する行為は法律で禁止されているはずである。

また、他人の事務が不法に侵害されたり、法秩序を破壊する行為が行われたりした場合に、被害者が損害（あるいは被害の程度に達していない、単に侵害である）を被って加害者が利益を獲得しない態様、と被害者が損害（あるいは被害の程度に達していない、単に侵害である）を被って加害者が利益を獲得した態様が生じる可能性がある。前者の被害者は、差止請求権、不法行為損害賠償請求権などの救済を求めることができる。しかし、後者の被害者は、どのように対応するのか。同時に、法諺には「人が不正によって利益を得ることを許さない」というものがあるが、それは三つの未解決の問題を残している。すなわち、①不正によって得られた利益とは具体的に何を指すのか。②許されない利益はどのように吐き出されているか。③吐き出された利益は誰に帰属すべきか。実は、日本の現行民法典には一般的な明文規定が設けられない。そのため、「利益吐出し」として論じられている。

ここでの「利益吐出し」とはそもそもどういう意味なのか。実際には、「利益吐出し」という法理は、はなはだ多義的である。例えば、藤原説によると、利益吐出しとは、他人の権利領域を侵害して利益を取得した者が、侵害により取得した利益を返還する責任である²。そして、橋本説によれば、利益吐出しとは、ある者（被害者）の権利・利益・関係を侵害する行為を契機に他の者（加害者）が被害者の損害を超える利

¹ 市民社会には、法秩序は、①人格秩序、②財貨秩序、③生活利益秩序及び④競争秩序という四つの基本的秩序を包摂している。広中俊雄『広中俊雄著作集 10 方法に関する諸問題』（信山社、2021年）499－520頁。また、①人格秩序と②財貨秩序は、根本的秩序として存在する。それに対して、③生活利益秩序と④競争秩序は、根本的秩序のそれぞれをいわばその外から包み込むような形で人格秩序の外郭秩序と財貨秩序の外郭秩序が存在する。根本尚徳「日本における人格権法の確立とこれに基づく一元的な民法体系の創成—広中俊雄『民法綱要 第一巻総論 上』（創文社、1989年）」法律時報 94 卷 10 号（2022年）125頁を参照。

² 藤原正則「利益の吐出し責任—ドイツの一般人格権の侵害の事例に即して」藤岡康宏編『民法理論と企業法制』（日本評論社、2009年）171頁を参照。

益を収受した場合に、被害者の損害ではなく加害者の利益に着目し、当該利益を吐き出させ、被害者に帰属させる法理である³。また、長野説によると、利益吐出しの問題とは、他人の権利の侵害によって利益を得た者は、権利者の損害の有無にかかわらず、その利益の全部または一部を権利者に返還する必要があるかどうかということである⁴。本稿の利益吐出しの意味について、被害者の権利・法益の侵害または信認義務違反によって利益を獲得した加害者は、被害者に吐き出された利益を分配する法理である。

近年、日本のみならず、世界の諸国家は、利益吐出しの法理に注目している⁵。また、この法理をめぐるのは、物権法⁶、契約法⁷、人格権法⁸、知的財産法⁹などの領域で、丹念な研究成果が蓄積された。上記から見れば、利益吐出しは、国境と法域を越えて、豊富な内容を含む私法基礎理論の課題である。

ところで、本稿は、人格権の侵害を中心にして、利益吐出し法理を検討している。なぜ人格権侵害に関する利益吐出しをめぐる議論が展開されているのだろうか。理由としては、（Ⅰ）人格権自身の特殊性、（Ⅱ）実務上の救済の不十分及び（Ⅲ）学説上の議論の不明確を取り上げたい。

³ 橋本伸「『利益吐き出し』原状回復救済に関する理論的考察（1）—ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として」北大法学論集 69 巻 5 号（2019 年）41 頁。

⁴ 長野史寛「いわゆる『利益吐出し』と民法法理—侵害利得の可能性と限界を中心に」民商法雑誌 157 巻 1 号（2021 年）89 頁を参照。

⁵ 第 19 回比較法国際アカデミー（2014 年）で、「利益の吐き出し」（disgorgement of profits）を中心に、24 カ国が研究報告書を発表した。See Ewoud Hondius & André Janssen, 'Disgorgement of profits: gain-Based Remedies throughout the World' (Springer, 2015) p. 3-507.

⁶ 他人の物を無断で売却した場合、加害者が得た売却代金は本来なら物の客観的価値よりはるかに高い可能性があるが、この利益に対して利益吐出し法理によって対応できるだろうか。この問題をめぐる議論について、多くの優れた業績が存在している。例えば、好美清光「準事務管理の再評価—不当利得法等の検討を通じて」谷口知平教授還暦記念発起人編『谷口知平教授還暦記念 不当利得・事務管理の研究（3）』（有斐閣、1972 年）371—432 頁、山下純司「不法行為における利益吐き出し責任」NBL937 号（2010 年）30—32 頁などである。

⁷ 例えば、吉永一行「委任契約における利益の吐き出し請求権（1）～（2・完）—ドイツ法における受任者の引渡義務についての議論を手がかりとして」民商法雑誌 126 巻 4・5 号（2002 年）613—653 頁、126 巻 6 号（2002 年）828—861 頁、櫻井博子「イギリス法の契約違反に対する利益の吐き出し損害賠償の展開」東北ローレビュー 1 巻（2014 年）99—130 頁などである。

⁸ 例えば、窪田充見「人格権侵害と損害賠償—人格的利益の侵害を契機とする民法七〇五条についてのスケッチ」民商法雑誌 116 巻 4・5 号（1997 年）554—583 頁、同「ドイツ法における人格権侵害を理由とする損害賠償請求権の役割—BGH のカロリース・モノコ王女事件判決をめぐる状況」ジュリスト 1199 号（2001 年）33—40 頁、同「不法行為法学から見たパブリシティー—生成途上の権利の保護における不法行為法の役割に関する覚書」民商法雑誌 133 巻 4・5 号（2006 年）721—748 頁、同「不法行為法と制裁」磯村保ほか編『石田喜久夫先生古稀記念 民法学の課題と展望』（成文堂、2000 年）667—705 頁、同『不法行為法—民法を学ぶ（第 2 版）』（有斐閣、2022 年）20—21 頁、藤原・前掲注（2）171—190 頁、橋本伸「『利益吐き出し』原状回復救済に関する理論的考察（1）～（6）—ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として」北大法学論集 69 巻 5 号（2019 年）146—105 頁、69 巻 6 号（2019 年）234—181 頁、70 巻 6 号（2020 年）93—153 頁、71 巻 3 号（2020 年）167—221 頁、71 巻 5 号（2021 年）253—305 頁、72 巻 6 号（2022 年）125—179 頁、74 巻 4・5・6 号（2024 年）411—506 頁などである。

⁹ 例えば、大西邦弘「制定法による知的財産侵害の救済と不法行為による『原状回復』」神戸法学雑誌 53 巻 4 号（2004 年）293—362 頁、潮見佳男「著作権侵害を理由とする損害賠償・利得返還—民法法理」法学論叢 156 巻 5・6 号（2005 年）216—270 頁、長野史寛「知的財産権侵害における不当利得返還請求—侵害利得と不法行為が交錯する一場面」法学論叢 180 巻 5・6 号（2017 年）623—689 頁などである。

まず、（Ⅰ）人格権自身の特殊性について。人格権は、物権法・契約法・知的財産法上の権利などと比較して、一身専属性、脆弱性、優位性という特殊な性質をもっている。さらに言えば、利益吐出しにかかわる被害者の権利・法益に関しては、市場での合法的な取引ができるかどうかを基準に、「譲渡可能な対象」と「譲渡不可能な対象」に分けることができるだろう。譲渡可能な対象については、「一般的な財産」の権利（例えば、動産、不動産）と「特殊な人格」の権利（例えば、パブリシティ権）¹⁰から構成される。これに対して、譲渡不可能な対象には「特殊な財産」の権利（例えば、銃、ヘロイン）と「一般的な人格」（例えば、プライバシー、身体、臓器）の権利が含まれている。譲渡可能な対象としての一般的な財産の権利は、譲渡可能な対象としての特殊な人格の権利及び譲渡不可能な対象としての一般的な人格の権利・法益と異なり、主観的価値（契約交渉に基づく合意の価値）と客観的価値（ある程度客観的に評価できる価値）がある。しかし、譲渡可能な対象としての特殊な人格の権利は主観的価値のみがあるが、譲渡不可能な対象としての一般的な人格の権利は主観・客観という二つの価値も存在しない。つまり、一身専属性は人格権の譲渡・相続を制限することによって人間の尊厳を保障するが、人格権の強制的な商業化が行われた場合、有効な評価方式の欠如という壁が築かされているはずである。そのほかに、近時のインターネット・遺伝子操作・人工知能などの新たなテクノロジーの発展及び普及に伴って、人格権を侵害する手段が隠蔽され、侵害の範囲が広がり、侵害の程度が深刻化し、侵害の多様化が顕著である。特に、加害者が被害者の人格権を侵害することによって莫大な利益を獲得した事案も急増している¹¹。しかし、被害者は損害の立証が困難な一方で、慰謝料の定額化などで十分な救済が得られない。また、理論的には、保護の要請が強い権利としての人格権は、財産権に比べて優位性があるが、現実には保護される力を続けて強化する必要がある。

次に、（Ⅱ）実務上の救済の不十分について。現在、加害者が被害者の人格権を侵害することによって大きな利益を得た場合、裁判所は三つの解決策で加害者の不当な利益を奪うかもしれない。第一に、名誉権・プライバシー権などの侵害によって大きな利益を得た場合、「慰謝料の高額化」で不当な利益を奪う。第二に、パブリシティ権などの侵害によって大きな利益を得た場合、「使用料相当額と他の財産的損害賠償」が認められていることで不当な利益を奪う。第三に、氏名権、肖像権及びパブリ

¹⁰ 一般に、ドイツ法・日本法・中国法の通説によれば、人格権には、一身専属性の法的性質があるため、相続・譲渡してはならない。しかし、パブリシティ権のような特殊な人格の権利は譲渡の対象になる可能性がある。そのような譲渡の本質は、権利者が自分の特殊な人格権における財産的価値を合法的な形で他人に使用を許可することにある。また、このような「使用の授権」が債権効力を持つのか、それとも物権効力を持つのかについては、本文は議論を展開しない。ちなみに、吉田克己教授の見解によれば、情報、派生財（パブリシティ価値）、身体（例えば、臓器、ヒト由来物質）などは、新たな財の様態として出現している。吉田克己「財の多様性と民法学の課題―鳥瞰的整理の試み」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務、2014年）25－54頁を参照。

¹¹ ちなみに、現実には多くの市場は国家による庇護なしに成立した。それどころか国家による抑圧にもかかわらず成立した市場も少なくない。森村進『財産権の理論』（弘文堂、1995年）75頁を参照。

シティー権などの侵害によって大きな利益を得た場合、「使用料相当額と慰謝料」が認められていることで不当な利益を奪う。言うまでもなく、その三つの解決策は間接的な方策として、加害者の一部の利益を剥奪する機能を持っているが、厳密な意味での利益吐出しではない。

最後に、(Ⅲ) 学説上の議論の不明確について。人格権侵害に関する利益吐出しをめぐる従来の議論は、決して不活発であったわけではない。

例えば、窪田説によれば、不当な利益の吐出しは、それ自体として自動的に一定の金額を導くルールを持たない人格的利益において、とりわけ有効に機能するものである¹²。さらに、BGH のカロリーネ・モナコ王女事件を紹介・検討したうえで、制裁・抑止機能を持つ利益追求型不法行為あるいはフリーライド型不法行為において、利益吐出しを損害の金銭的評価のプロセスを通じて実現することが可能であると指摘している¹³。すなわち、加害者と被害者の寄与に基づき、両者の間で分配されるべきである。しかも、利益追求型不法行為の適用状況をより具体的に示すために、窪田教授と山下教授はそれぞれ他人の情報の不当利用（特にパブリシティー権侵害）によって利益を取得した場面を取り上げて検討している¹⁴。また、藤原教授も、ドイツの一般的人格権の侵害の事例を踏まえ、個別のパブリシティー権の問題に即して、利益吐出し責任に関する法的救済の範囲・法律構成がはじめて具体化される必要があると強調している¹⁵。そのほかに、長野教授は、侵害利得制度の枠組みにおいて、侵害者利益が権利者の権利と侵害者の労務等の寄与に応じて配分されることを提唱している¹⁶。そして、パブリシティー権・労働能力を例にとって、人格的権利の割当内容を検討している¹⁷。注意すべきなのは、利益吐出しの発生根拠について、橋本准教授は、ヒト由来物質のような身体的人格権の無断利用問題を機縁として、英米法（特にアメリカ法）の示唆を受けて、通説としての制裁・抑止説を批判したうえで、違法行為の抑止・損害額算定の代替手段・権原保有者の自律的意思の実現という多元性を唱えている¹⁸。さらに近時、橋本准教授は、日米における個人情報漏えいの場合に、原状回復救済としての利益吐出しがどのように対応するのかなどの問題を丹念・精緻に検討している

¹² 窪田・前掲注(8)「人格権侵害と損害賠償—人格的利益の侵害を契機とする民法七〇五条についてのスケッチ」569頁を参照。

¹³ 窪田・前掲注(8)「ドイツ法における人格権侵害を理由とする損害賠償請求権の役割—BGHのカロリーネ・モナコ王女事件判決をめぐる状況」33頁以下、同・前掲注(8)「不法行為法と制裁」685—688頁を参照。

¹⁴ 窪田・前掲注(8)「不法行為法学から見たパブリシティー—生成途上の権利の保護における不法行為法の役割に関する覚書」721頁以下、山下・前掲注(6)26頁以下を参照。

¹⁵ 藤原・前掲注(2)171頁以下を参照。

¹⁶ 長野・前掲注(4)112—113頁を参照。

¹⁷ 長野・前掲注(4)105—106頁を参照。

¹⁸ 橋本・前掲注(8)69巻5号(2019年)146—105頁、69巻6号(2019年)234—181頁、70巻6号(2020年)93—153頁、71巻3号(2020年)167—221頁、71巻5号(2021年)253—305頁、72巻6号(2022年)125—179頁、74巻4・5・6号(2024年)411—506頁を参照。

要するに、多くの学者は有益な探索を行ったが、いくつかの不足も露呈するようと思われる。具体的には、(ア) 発生根拠について、違法な行為への制裁・抑止に基づいて加害者の不当な利益を奪うべきだということはすでに合意に達しているようである。しかし、なぜ当該利益が被害者に分配すべきなのかという問題に関しては、まだ解決されていない。(イ) 法律構成について、被害者に吐き出された利益を分配するために、既存の制度(委任契約・介入権・事務管理・不当利得・不法行為)を柔軟に適用するか、他国の制度(英米法における擬制信託・ドイツ法における準事務管理)を導入するか、既存の制度・他国の制度から離脱し新たな制度を創設するか。これらの法的構成については、利益吐出しの効果(特に算定方法)だけでなく、法体系の安定、実務の便益なども考慮すべきであろう。(ウ) 適用対象の類型化について、以上のような「パブリシティ権が強制的に商品化されること」、「多くの人の個人情報などが違法に収集・利用・処分されること」、「身体的人格権が無断に利用されること」の検討に値するのみならず、「名誉権、プライバシー権などが無断に開示されること」・「故人の人格的利益が勝手に利用されること」を検討する意義もある。

以上のように、この背景の下で、本稿は、人格権侵害に関する事例を中心として、私法における利益吐出しの発生根拠と法律構成とを考察することを目的とするものである。具体的には、①「加害者の不当な利益をこの者に吐き出させることの正当性」と「加害者から吐き出された不当な利益を被害者に分配することの正当性」(発生根拠)、及び、②「加害者から吐き出された利益が被害者に分配されることの実現性」(法律構成)のあり方を明らかにしたい。

第2節 本稿の構成

上述のような問題意識のもとで、本稿は、以下のような論述方針に沿って分析を進める。すなわち、(1) 日本における人格権の確立と発展に関する過程を整理し、人格権侵害に関する利益吐出しの諸相を取りあげ、そして、(2) 利益吐出しの発生根拠・法律構成をめぐる日本の論争と問題点を分析し、さらに、(3) この問題に関する中国及びドイツの対応策について比較法的考察を行い、最後に、(4) 以上の課題の検討を踏まえて、人格権侵害に関する私法における利益吐出しの発生根拠・法律構成とについて、その再構造(私見)を明らかにしたい。具体的には、以下のとおりである。

第1章では、人格権侵害の民法的規制を中心にして、日本における私法上の利益吐出しをめぐる議論状況と問題点を分析する。

¹⁹ 橋本伸「アメリカにおける個人情報漏えいの被害者保護に関する新たな動き (1) ～ (3・完) 一原状回復法による保護をめぐる議論を中心に」商学討究 74 巻 1 号 (2023 年) 123 頁以下、2・3 号 (2023 年) 85 頁以下、4 号 (2024 年) 51 頁以下を参照。

まず、社会の変遷と侵害の多様化に対応するために、立法が一部の個別的人格権を事前に規定する以外に、司法や学説は他の個別的人格権と一般的人格権の創設・発展・保護にとって重要な役割を果たしている。しかし、新聞や放送などの伝統的なマスメディアに加えて、インターネット・遺伝子操作・人工知能などの新たなテクノロジーの発展及び普及に伴い、加害者が被害者の人格権に対する侵害することによって巨額の利益を獲得するという状況が、ますます深刻になっている。この状況を打開するために、裁判所は、「慰謝料の高額化」、「使用料相当額と他の財産的損害賠償の承認」及び「使用料相当額と慰謝料の承認」という三つの間接的な解決策で、加害者の一部の利益を実質的に剥奪しようと試みている。残念ながら、これらの実務上の解決策では、上述のような状況から直接的かつ根本的に抜け出すことはできない。そこで、学説においては、被害者が加害者に対して利益吐出しを行わせること根拠（被害者の加害者に対する利益吐出し請求権の発生根拠）とその法律構成とに関する検討が進められてきた。

次に、発生根拠の論争と問題点については、制裁・抑止説である通説と、多元説である新説という従来の議論を考察したうえで、制裁・抑止説から多元説への転向の有益な点と問題点を検討する。さらに言えば、通説—制裁・抑止説と比較して、新説—多元説は、いくつかの変化を起こした。すなわち、新説は、通説の「抑止」を留保した上で、「制裁」を放棄するとともに、「損害額算定の代替手段」と「権原保有者の自律的意思の実現」を追加した。現在の学界において、通説から新説への転向が起るか否かは明らかにされていないが、少なくともある程度は転向の試みが模索されているだろう。また、発生根拠の論争から見ると、違法行為への制裁・抑止という観点に基づき、加害者の不当な利益をこの者から奪うべきであるという点については、学説上、見解の一致が見られるものの、なぜ加害者から吐き出された利益が被害者に分配されるべきであるかという問題は、未解決である、と言わなければならない。そして、その解決策として、発生根拠と法律構成を組み合わせる必要がある。

最後に、法律構成の論争と問題点については、本稿では、契約の法律関係と契約以外の法律関係に分けて考察する。前者については、信認義務違反説と介入権説に基づく利益吐出の可能性を論じているのに対して、後者に関しては、通説である準事務管理説、事務管理説、有力説である不当利得説、有力説である不法行為説と独立の救済手段説を取り上げる。また、法律構成にかかわる論争が激しいのみならず、各学説においていくつかの問題点も存在している。純粋に法律構成の観点から見ると、利益吐出しを実現する完璧な方策は存在しない。しかも、単に法律効果を着目してみれば、加害者が取得した利益に対して、全部が吐き出される態様と一部が吐き出される態様も存在している。言うまでもなく、両者の相違点は、加害者自身の特殊な才能・技術、あるいは偶然の有利な機会・幸運などによって取得した利益が被害者に分配されるべきか加害者に分配されるべきかというものである。実は、このような相違点は、価値

判断の区分であり、法政策の選択でもある。そこで、以下では、中国法（第2章）とドイツ法（第3章）の立法・学説・判例に関する考察を踏まえて、利益吐出しの発生根拠と法律構成の再構造（第4章）を図ることにしたい。

第2章では、立法、学説及び実務の側面から、中国法上の利益吐出しをめぐる議論状況と問題点を考察する。

第1に、立法の側では、中国は司法解釈と立法規範を順次借りて、「公法介入—国庫に返還する」と「私法介入—被害者に返還する」との二つの経路を通じて対応することを試みている。前者については、不特定多数人の個人情報侵害したり、英雄烈士の人格的利益を侵害したりするような場合には、個人情報保護法70条と英雄烈士法25条に基づき、法律に規定されている特定の機関・団体としての検察院または消費者協会などの主体は民事公益訴訟を通じて不当な利益を国庫や公益専用の口座に返還させることができる。そして、後者については、「契約編通則の司法解釈62条に基づき、契約違反によって取得した利益を『不履行による履行利益の賠償額』の算定要素の一つと評価する」と「精神的損害賠償の司法解釈5条に基づき、違法行為によって取得した利益を『被害者の人身損害により生じた精神的損害の賠償額』の算定要素の1つと評価する」という二つの①迂回方策、及び中国民法典1182条に基づく②直接方策に分けられる。また、人格権に関する利益吐出しの発生根拠については、これを予防・抑止の観点から正当化する見解が採られる。

第2に、学説の側では、利益吐出しの法律構成について、現在の有力説は、不法行為説及び独立の請求権説である。そのほかに、信託義務違反説、擬制信託説（＝推定信託説）、介入権説、準事務管理説、不当利得説も存在している。特に、人格権侵害に関する利益吐出しの法律構成については、多くの学者は、主に準事務管理説、不当利得説、不法行為説及び独立の請求権説をめぐる議論している。また、これらの学説は民法典の制定前後で大きく変化しているため、「旧民法」と「現行民法典」を分水嶺として比較分析が行われている。

第3に、判例の側では、第1章第2節第2款の設例に対応して、中国の実務上、多かれ少なかれ関連する判例が発生している。さらに言えば、①名誉権・プライバシー権侵害に関する利益吐出し、②パブリシティ権侵害に関する利益吐出し、③不特定多数人の個人情報侵害に関する利益吐出し、④身体的人格権侵害に関する利益吐出し及び⑤故人の人格的利益侵害に関する利益吐出しをめぐる判例の概要を整理し、その内容などについて検討する。

第3章では、ドイツ法上の利益吐出しをめぐる議論状況については、主に立法・判例・学説の鳥瞰、及び代表的な論客の見解を焦点に据えて論じられている。

まず、立法の鳥瞰では、ドイツにおける現行法の状況から見ると、利益吐出しは、一般的原則として認められていないだけでなく、民法にも一般的かつ明確に定められ

た請求権規定は存在しない。だが、行為者が違法な行為によって不当な利益を得ることを防止するために、公法であれ私法であれ、利益吐出しに関する具体的規定が複数、存在する。注目すべきは、不当利得や不法行為による救済ではこの問題に十分に対応することができないことを補うために、120 年以上前のドイツ民法典（以下、BGB とする）の制定当初から、BGB 687 条 2 項に基づく準事務管理制度が定められていることである。そして、判例の鳥瞰では、異なる権利の侵害で得た不当な利益について、異なる救済策が取られる。例えば、他人（自然人あるいは死者）の一般的人格権を侵害して財産的損害を生じさせた場合、利益吐出しも、ある程度損害賠償額の算定方法の一つとして承認されている。さらに、人格権に関わる非財産的損害が生じた場合においては、利益吐出しは金銭賠償額の判断上の算定要素としてこれを考慮すべきである、とされる。つまり、ドイツの裁判所は、損害賠償額（財産的損害額または慰謝料）の高額化を通じて、加害者の不当な利益をできるだけ剥奪しようとする。また、学説の鳥瞰では、ドイツ法において、利益吐出しという問題の解決策に関する通説は、準事務管理説である。そのほかに、不当利得説、不法行為・損害賠償法説、信認義務違反説、および独立の救済手段説も存在している。この部分において、各学説の具体的な内容については、「歴史的系譜」に沿って説明することを目指す。

次に、近時、利益吐出しを専門的に研究している代表的な論客は、Gerhard Wagner 教授、Tobias Helms 教授及び André Janssen 教授である。その中で、一部の代表的な論客の見解も日本の学者の注目を集めている。ドイツ法上の利益吐出しという理論に関連する丹念な研究成果が日本に蓄積されたが、引き続き研究すべき課題は残されている。すなわち、第 1 課題は、Wagner 説の第 2 段階の見解である。実は、第 2 段階の見解は Wagner 説の核心的見解として存在している。第 1 段階の見解と比較して、第 2 段階の見解は、利益吐出しの発生根拠、法律構成及び適用対象をめぐって系統的に検討する。そして、第 2 課題は、Helms 説の見解である。残念なことに、Helms 説はいまだに日本の学者から十分に注目されていない。Helms 教授は、主に利益吐出しの可能な構成要件を包括的かつ詳細に呈している。最後に、第 3 課題は、Janssen 説の見解である。第 1 と第 2 課題は主に利益吐出しの法律構成をめぐって検討したが、利益吐出しの発生根拠については議論が不十分である。そのため、第 3 課題は、Janssen 説を手がかりに、再び発生根拠の議論に戻ることである。ここでの「代表的な論客の見解」及び前述の「立法・判例・学説の鳥瞰」は互いに協力して、ドイツ法における利益吐出しの発生根拠と法律構成を全面的に呈することができるようにする。

第 4 章では、以上の考察によって得られた各種の知見を基に、日本の法制度を基礎として、利益吐出しの発生根拠・法律構成の再構造を試みたい。念のために、利益吐出しに対して理論的な再構造を試みる前に、まず日中独三国の立法・実務および学説について簡潔に回顧しており、かつ狙いを定めた分析を行うこととしよう。そして、日本法・中国法・ドイツ法の素描と分析とを踏まえつつ、再構造される各発生根拠の

間に体系的かつ統合的な関係を形成するとともに、再構造される発生根拠と再構造される法律構成との間に相互に作用し合う効果を持たせることを唱える。さらに言えば、再構造される発生根拠は、①制裁・予防、②広義の商業機会の保護及び③信認関係の保護である。注目すべきは、これら三者の関係は、「並列関係」ではなく、「一体両翼」という関係にあることである。また、Helms 説の示唆を受けて、修正された準事務管理説は、再構造される法律構成として位置づけられるべきである、と解する。しかも、この法律構成を日本法の体系に適切に組み込むためには、実体法および手続法という側面からさらなる再構造を図る必要がある。

終章では、本稿の中核的検討をまとめた上で、日本法、中国法、ドイツ法の考察から得られた結論を叙述する。その上で、残された課題についても言及する。

第1章 日本における議論状況と問題点

本章では、人格権侵害の民法的規制を中心にして、日本法における利益吐出しの発生根拠と法律構成に一瞥を与えることとしよう。

具体的には、まず、日本において、「人格から人格権へ」と「人格権の承認から人格権の発展へ」という人格権の確立・発展を概観することとする（第1節）。次に、真正の利益吐出しではない判例（すなわち、加害者が人格権侵害による不当な利益を獲得した場合に、裁判所は三つの間接的な方策を通じて一部の利益を剥奪する）を取り上げ、人格権侵害に関する利益吐出しの設例（すなわち、出現する可能性のある事例である）を紹介する（第2節）。そして、利益吐出しの発生根拠に関する通説（制裁・抑止）と多元説（①違法行為の抑止、②損害額算定の代替手段及び③権原保有者の自律的意思の実現）を考察したうえで、通説から新説への転向をめぐる試みの有益な点と問題点を検討する（第3節）。最後に、契約の法律関係（信認義務違反説と介入権説）と契約以外の法律関係（準事務管理説、事務管理説、不当利得説、不法行為説及び独立の救済手段説）という二つの視角から見た、法律構成をめぐる議論状況を俯瞰する（第4節）。

第1節 人格権の承認と発展

日本法における人格権の承認と発展について、「人格から人格権へ」と「人格権の承認から人格権の発展へ」という二つの段階が進んできたと思われる。その中で、第1段階は、「人格の意義」と「人格権とは何か」を包括している。そして、第2段階は、「人格権の承認」と「人格権の発展」を含んでいる。具体的な内容は、以下の通りである。

第1款 人格から人格権へ

第1項 人格の意義

字義どおりに解せば、「人格権」は「人格」を核心または出発点とする権利であると思っている人が少なくない。さらに「人格とは何か」と問い詰めていくと、なかなか確かな答えが出ない人が多いはずである。実は、「人格」という言葉は漢字で書かれているにもかかわらず、中国の言葉ではなく、明治二十年代に英語の Personality²⁰ の和製漢語として定着した²¹。最初は、哲学的な概念として日本に輸入され、その後異なる学科で豊富な内容に発展している。例えば、哲学の側から見ると、人格とは、精神的存在が自己に適合する対象として追求する共通善なのである²²。また、心理学

²⁰ 『哲學字彙』によると、最初に、英語の Personality は「人品」と訳されている。井上哲次郎、有賀長雄増補『哲學字彙』（東洋館、1884年）90頁。しかし、「哲学会雑誌」第三十七号の雑録欄の「二重の意識」という記事によれば、「ポルソナリチー」は「人格」と訳されている。無署名「二重の意識」『哲学会雑誌』第4冊第37号（1890年）48頁を参照。

²¹ 佐古純一郎『近代日本思想史における人格観念の成立』（朝文社、1995年）23頁を参照。

²² すなわち、特定の状況の下で自らの必要や欲望を満たしてくれる特殊の善ではなく、むしろ他のすべての者とわかち合うことができるような善である。稲垣良典『人格《ペルソナ》の哲学』（創文社、

の側から見れば、人格とは、個人のあるがまま（事實的）の能力・諸性質のまとまりということである²³。そのほかに、教育学の側から言えば、『教育基本法』第1条によって確立されている教育の目的は人格の完成であるため、教育学の出発点とする人格も重要な概念である。人格は、自然的存在としての実体・社会的諸関係の総体としての本質・自己意識を持つ意識的存在としての主体として、統一理解することができる²⁴。さらに、倫理学の側から言って、人格の概念には、「生物種としてのヒトに関する限り、諸能力の有無を問わず全て人格であるとする」と「潜在性という観点を導入するもの」という二つの考え方がある²⁵。

上記のとおり、「人格」という言葉は、多義的である。さて、法学の側において人格とは何を指すべきであろうか。単純に民法学において、少なくとも二つの意味を持っている。一つは、人格（法人格・法的人格）とは、権利能力である。すなわち、法律の世界で独立した主体として認められている状態であり²⁶、あるいは、権利・義務の帰属主体となりうる地位にある²⁷。もう一つは、人格（人格的利益・人格価値）とは、人格権の客体である。いわゆる、生命権、名誉権、プライバシー権などのような権利によって保護される利益を示し²⁸、もしくは、生命、身体、健康、自由、名誉などのような人格価値を指している²⁹。

ここで、ある学者は、権利を享有しうるこの能力（権利能力）としての人格の保護と人格価値の保護との混同する恐れがあるように指摘される³⁰。しかし、私見によれば、これらの二つの意味は、本質的に矛盾していないように思われる。権利能力としての人格の保護は、民法典の規定から導かれているのであろう。民法典では3条1項と33条・34条によると、人格は法律によって自然人と法人の主体性をさらに確認することであり、付与ではない。法人が、「肉体を有せず」、「法技術的に」及び「一定の目的達成のために」で自然人とは異なるにもかかわらず³¹、原則として彼らの人格は平等なのだと評価されるべきである。言い換えれば、自然人・法人の人格は、民

2009年）32頁を参照。

²³ それに対して、「人間の道徳的・論理的品位」や、「誰もがもっている人間の尊厳の実質または基本的人権」等の常識的な定義もある。星野命「人格の概念」星野命＝河合隼雄編『心理学4人格』（有斐閣双書、1975年）2頁。そして、人格心理学という新しい領域にも発展している。榎本博明「人格心理学領域における研究動向—その現状と課題」教育心理学年報52集（2013年）34—45頁を参照。

²⁴ 鈴木敏正『教育学をひらく—自己解放のために』（青木書店、2003年）95—97頁を参照。

²⁵ 高橋直哉「生命の尊重と人格の概念」文明83号36—41頁を参照。

²⁶ 北川善太郎『民法総則〔第2版〕』（有斐閣、2001年）39頁。それに対して、末弘厳太郎博士は、万人に対し原則として平等に「権利能力」を付与することは人格の法律的保護として最も注目すべき方法であると考えている。末弘厳太郎『民法講話〔上巻〕』（岩波書店、1926年）68頁を参照。

²⁷ 近江幸治『民法講義1 民法総則（第7版）』（成文堂、2018年）35—36頁。また、「人格」という概念は、法学の世界において、「法的人格」と「権利能力」を意味するだけでなく、人間の尊厳に深くかわる。須加憲子「プライバシー権の保護法理の統一について—カローヌ判決を契機として」松久三四彦ほか編『藤岡康宏先生古稀記念論文集 民法学における古典と革新』（成文堂、2011年）448—450頁を参照。

²⁸ 高島平蔵『民法制度の基礎理論』（敬文堂、1987年）30—31頁を参照。

²⁹ 齊藤博『人格権法の発展』（弘文堂、2021年）276頁を参照。

³⁰ 齊藤博『人格価値の保護と民法』（一粒社、1986年）17—18頁を参照。

³¹ 中舎寛樹『民法総則（第2版）』（日本評論社、2018年）449頁を参照。

族、性別、種類、規模などによって異なるものではない。それに対して、人格価値の保護は、民法法理から出されているだろう。一般に、自分と他人の人格のうちにある人間性を、自分がいつでも目的として必要とし、決してただ手段としてだけ必要としない³²。言い換えれば、人は主体であり、同時に客体ではあり得ない³³。しかし、主体と客体の関係は変わらず、徐々に拡大する状況を呈している³⁴。それに伴い、人格の内容も発展しなければならない。また、権利の客体は、より一般的には「私法上保護されるべき生活利益で、人の支配の対象となりうるもの」ということを指している³⁵。そのため、人格の尊厳と独立のもとで、一身専属的な利益である氏名・肖像・名誉などといった人格的利益が人格権の客体となりうる。同時に、生命・身体・健康・自由などが古くから認識されてきた個別的人格価値である一方、プライバシー・個人情報などの新たな個別的人格価値と一般的人格価値も承認されている。

第2項 人格権とは何か

ところが、ボワソナードが起草した旧民法は、フランス民法に模倣し、人格権は規定を設けなかった。実は、旧民法の公布前から、法典の施行に対する批判が巻き起こる³⁶。このような状況の下で、旧民法が施行されることがなかったため、穂積陳重・富井政章・梅謙次郎の三名を中心に、現行民法起草のための作業が始まった。

旧民法の編纂作業と異なり、現行民法典は、主に BGB の第一次草案の影響を受けてきた³⁷。当時では、「人格権」という用語を使わなかったことと人格権に関する一般的規定も設けなかったにもかかわらず、身体・自由・名誉（710 条・723 条）、生命（711 条）などの人格的利益に対する侵害が不法行為となることが規定された。また、人格尊重の要求と法治思想の勃興とは相まって権利本位の立法主義の下で、人格権をめぐる拡張と保護は欧米諸国だけでなく、日本にとっても重要な題目である³⁸。

³² カント（平田俊博訳）「人倫の形而上学の基礎づけ」『カント全集 7』（岩波書店、2000 年）65 頁を参照。

³³ 檜橋明香「人体の処分の法的枠組み—フランス法の展開から」私法 79 卷（2017 年）145 頁を参照。

³⁴ 私見によれば、主体の拡張には三つの段階がある。第一段階は、特定の自然人（ローマ法では、奴隷は物であり、主人の財産であった）から全ての自然人（18 世紀自然法思想や近代啓蒙思想によってもたらされた抽象的人格の等価値性が承認された）にかけてである。第二段階は、全ての自然人から法人（自然人以外に権利主体となることを法によって承認された人または財産の集合体である）にかけてである。第三段階は、自然人・法人から他の潜在的な生命体（例えば、胎児である）にかけてである。それに対して、客体の拡張には三つの段階もある。第一段階は、有体物から無体物（例えば、電気、音楽、データなどである）・無体財産権（例えば、特許権、著作権などである）にかけてである。第二段階は、有体物・無体物・無体財産権のような財貨要素から人格要素（例えば、俳優・歌手などの広く公衆に知られることを望む公的人物の氏名や肖像は経済的価値を持っている＝パブリシティ権の対象）にかけてである。第三段階は、財貨要素・人格要素から人格的価値がある物（例えば、死体や分離した人体の一部などである）にかけてである。

³⁵ 河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007 年）202 頁を参照。

³⁶ 内田貴『法学の誕生—近代日本にとって「法」とは何であったか』（筑摩書房、2018 年）151 頁を参照。

³⁷ 日本の民法典は、ドイツ民法（厳密にはドイツ民法第一草案が中心であるが）、フランス民法典などの外国法の混合継受によって成立をしている。北川善太郎『民法の理論と体系』（一粒社、1987 年）3 頁を参照。

³⁸ 仁保亀松「人格権ヲ論ス」京都法学会雑誌 11 卷 6 号（1916 年）1—3 頁を参照。

それに伴い、鳩山博士は、「人格権という語は二個の意義に使用せらる。一つは、人格の保護を内容とする一個の包括的権利（Recht der Persönlichkeit）を謂う。もう一つは、個々の人的利益を目的とする個々の権利（Persönlichkeitsrechte）を謂う」³⁹と指摘している。さらに、民法 709 条の「権利」は、財産権だけでなく、人格権も包括している⁴⁰。そのほかに、富井博士は、絶対権と人身権の一つとしての人格権とは「一個人たる直接の結果として存立する権利」と定義する⁴¹。末弘博士が主張するように、現行民法典が制定されてから、人格保護に関する法律的進歩の一つとして注目に値するのは、「人格権」概念の発達であるという⁴²。

しかしながら、人格権の概念を否定する説を支持する論者としては、曄道文芸博士、末川博博士などを取り上げることができる。それでは、人格権の概念の否定説はその論拠をどこに求めているのであろうか。

一方で、曄道博士によれば、人格権は人身上の利益を物権とする権利とされているが、二点の疑問がある。具体的には、第一に、氏名などの人身外に客観的に存在する権利が人格権と呼ばれて無形財産権と区別する必要はなく、第二に、生命、身体などの人身上の利益を物体とする支配権を認めることは理論上難しい⁴³。

他方で、末川博士は、「生命、身体、自由、名誉といふやうな人格的利益について直ちに私法上の権利を認め得るか否か大きな疑問である」と明確に指摘している⁴⁴。さらに、末川博士による厳密な論拠を集中的に分析することとしたい。まず、「不法行為の成立には、加害行為の違法性が認められれば足るのであって、必ずしも個々の権利の侵害があることを要しない」⁴⁵と主張し、言い換えれば、最終の法律効果の視角から見ると、人格的利益は人格権として認められなくても、不法行為法によって十分に保護されることができる。次に、「権利は許容的法規との関係において与へられる積極的な独立のものであると考へ……保護されてなるものが総て権利であるといふ風には観ないから……生命権、身体権乃至信用権といふやうなものを一々権利とする必要はないと思う」⁴⁶と主張し、つまり、権利の生成要件の視角から見ると、生命、身体などを挙げているのは、単に財産権と区別された利益であり、必ずしも権利の生成要件を備えて人格権になるとは限らないのであろう。

第3項 私見

³⁹ 鳩山秀夫『日本債権法（各論下）』（岩波書店、1920年）864頁を参照。

⁴⁰ 鳩山・前掲注（39）859－861頁を参照。

⁴¹ 人格権の具体的な例について、「生命、身体若しくは名誉を保全し、または氏姓を称する権利」を取り上げる。富井政章『民法原論 第一巻総論』（有斐閣、1922年）123－130頁を参照。

⁴² 末弘・前掲注（26）70頁を参照。

⁴³ 曄道文芸『日本民法要論（第一巻総論）』（弘文堂、1920年）105－106頁を参照。

⁴⁴ 末川博『権利侵害論—不法行為に関する研究の一部として』（弘文堂、1925年）409－410頁を参照。

⁴⁵ 末川・前掲注（44）407頁。また、「権利侵害から違法性へ」の具体的内容について、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望—権利論の視点から」法学論叢 154 巻 4・5・6 号（2004年）301頁以下に詳しい。

⁴⁶ 末川・前掲注（44）410－411頁を参照。

私見によれば、人格権肯定論と否定論をめぐる論争について、日本のみならず、他国でも激しく議論された⁴⁷。実は、肯定説であれ、否定説であれ、人格価値を肯定して、不法行為法によって保護されていることに一致している。しかし、両者の違いは、人格権が「権利」として存在する必要があるかどうかにある。さらに、人格「権」の承認には三つの重要な動因がある。

具体的には、①模倣された BGB の第一草案の瑕疵による影響を補う。ギールケによれば、財産は人の目的のためであり、人格権はすべての財産法関係の上にあるべきであるので、私法の任務は財産法にのみ存在するという思想は極めて危険である⁴⁸。また、BGB の第一次草案は人法のために空間を残すことは少なく、生命、身体、自由、名誉などの最高人格権の保護が完璧ではないだけでなく、他の人格的利益に対しても保護が完全に欠けている⁴⁹。人格権の承認・重視を通じて、日本の現行民法典の人格権に対する配慮不足の瑕疵を補うのに役立つかもしれない。

②外国の法治思想に啓発され、個人主義の覚醒を促進する。伝統的に日本人には「権利」の概念が欠けて⁵⁰、外国の立法技術の進歩と法治思想の伝播に伴い、個人を様々な身分、階級などの束縛から解放し、個人主義⁵¹の覚醒を促進している。そのため、人格権を承認することは、人間の尊厳・人格の発展を保障する上で重要な意義がある。

③否定論の不足を回避する。まず、曄道博士の疑問に対する対応することについて、氏名などの人身外に客観的存在の権利は財産価値だけでなく、人格価値も含むので、単に無形財産権とみなして人格権から切り離すのは十分ではなかろう。そのほかに、いわゆる排他性を有する絶対権とは、天下万人に対して主張できる権利を指す。人格権は、物権と同様に、このような法的性質をもっている。次に、一部の学者はすでに末川博士の見解が人格価値の保護と人格権法の発展に与えるネガティブな影響を批判している⁵²。簡単に言えば、末川博士の見解は、ある程度「人格的利益が不法行為法によって十分に保護されることができれば人格権を認める必要はない」と強調している。ただし、この見解は「人格的利益の救済」と「人格権の価値」を混同している

47 実は、人格権に対する否定的な法律思潮は、十九世紀後半から二〇世紀前半の間、ドイツにおいて支配的な地位を占めていた。それに対して、ガーライス、ギールケ、コーラーなどの学者は、人格権肯定論を唱えていた。齊藤博『人格権法の研究』（一粒社、1979年）36－57頁に詳しい。

48 Vgl. Otto Friedrich von Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin: Verlag von Julius Springer, 1889, S. 34. (中国語訳として、[徳]奥托・基爾克(劉志陽＝張曉丹訳)『私法的社会任務：基爾克法学文選』（中国法制出版社、2017年）46頁を参照。)

49 Vgl. von Gierke (Fn. 48), S. 34. (中国語訳として、[徳]基爾克(劉＝張訳)・前掲注(48)46－47頁を参照。)

50 川島武宜『日本人の法意識』（岩波新書、1967年）15頁を参照。

51 人格権が十九世紀の利己心が発見した私権の新種類であったが、人格権法発達の動因が個人主義である。栗生武夫『人格権法の発達』（弘文堂、1929年）114－118頁を参照。

52 例えば、五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、2003年）5頁は、「人格権概念を否定し、権利侵害を違法性に置き換えるという方法を辿った。このことは、人格的利益の違法な侵害を救済しないというわけではないが、その後の人格権法の発展に対し、ややマイナスの作用をした」と述べている。また、齊藤・前掲注(30)30頁は、「不法行為の成立要件を緩和し、不法行為の成立し得る範囲を広げ、被害者を救済する余地を多くしようとしたであろう違法性論が、皮肉にも、人格価値の保護に関する限り、被害者に受難の道を用意してしまった」と述べている。

可能性がある。つまり、人格的利益が救済されても、人格権が認められる価値を否定することはできない。さらに、不法行為法は人格的利益のために事後の救済手段を提供するだけであり、事前の救済手段としての差止請求権の予防作用を発揮する必要がある。そして、排他的支配権を有する人格権が差止請求権の形式的発生根拠の一つである⁵³。換言すれば、人格権否定論は人格的利益を十分に救済しないのみならず⁵⁴、保護された人格権・人格的利益の体系化や明確化といった現実的なニーズを満たすことができないことになろう。

第2款 人格権の承認から人格権の発展へ

第1項 人格権の承認

第二次世界大戦は、世界各国の人々に大きな苦痛と災難をもたらした一方で、世界各国は法律によって人間の尊厳と人格の自由に関わる保護を強化しなければならないという意識を徐々に強めている。日本の学界においては、次第に人格権概念を認める学説が有力になってきた⁵⁵。

また、学説に比べて、戦後の判例は、最初は人格権概念を使用することに消極的で慎重であった。しかし、1960年代ごろから、人格権としてのプライバシー権・名誉権・氏名権が侵害されたことを理由に、差止請求権や損害賠償請求権を認める下級審裁判例が数多く登場した⁵⁶。例えば、東京地判昭和39年9月28日下民集15巻9号2317頁（「宴のあと」事件判決）は、「私事をみだりに公開されないという保障」としてのプライバシー権を人格権に包摂されるとしつつも、なおこれを1つの権利と呼ぶことを妨げるものではないとした。そのほかに、1986年になって、最判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁（北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決）は、最高裁レベルで初めて人格権概念を承認した。なお、人格権としての名誉権が物権の場合と同様に排他性を有する権利であるから、被害者はそれに基づく差止請求権を主張することができるとされる。それに続けて、最判昭和63年2月16日民集42巻2号27頁は、「氏名は、社会的にみれば、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成するものというべきである」と判示した。

⁵³ 根本尚徳『差止請求権の理論』（有斐閣、2011年）24頁を参照。

⁵⁴ そのほか、財産権（特に物権）が侵害された場合において、加害者の故意・過失を考慮せずに物権的請求権（無過失責任）によって保護される上、不法行為法（過失責任）によって保護される可能性もある。それに対して、健康、名誉などの人格権は、財産権取得の実際の基礎であるにもかかわらず、単に不法行為法（過失責任）によって保護されている。それゆえ、このような欠缺に対応するためには、権利侵害の態様を類型化することが非常に重要である。戒能通孝「人格権と権利侵害の類型化」法律時報27巻11号（1955年）26-29頁を参照。

⁵⁵ 五十嵐・前掲注（52）11頁を参照。

⁵⁶ 裁判例における人格権概念の展開過程を示すために、木村和成教授は、時代順に沿って詳細に整理した。木村和成「わが国における人格権概念の特質—その再定位の試み（一）」摂南法学34号（2005年）85-128頁を参照。

以上の人格権に関する承認の過程について、山本敬三教授は、「人格権という権利は、ドイツ法を中心とした外国法の動向を参考としながら、学説によって提唱され、判例によって承認されるにいたったものである」と指摘している⁵⁷。なお、人格権の承認はすでに学术界と実務界において一定の共通認識を形成しているにもかかわらず、ドイツと異なり、一般的人格権という用語は用いられていない。しかし、「人格権」の用語につき、名誉権や肖像権という個別的人格権のみでなく、包括的な人格権をも認識している面もある⁵⁸。

第2項 人格権の発展

もちろん、人格権を認めるだけでは不十分であり、人格権の「開放化」と「豊富化」を直視しなければならない。社会経済の発展と人々の権利意識の向上に伴い、動的な発展の権利としての人格権は、おそらく尽きることなく挙げられないだろう。

さらに言えば、人格権の諸類型について、学説上、身体的人格権（生命・身体・健康など人間の身体又は生理的属性に対する権利をいう）と精神的人格権（名誉権・氏名権・肖像権・プライバシー権など人間の精神又は心理的属性に対する権利をいう）に分けているだけでなく⁵⁹、受動的な人格権（第三者による侵害に対し保護を求めるという受動的な権利をいう）と能動的な人格権（自分の特殊な人格的利益に対して一定の支配能力があるという能動的な権利をいう）に分けている⁶⁰。なお、身体的人格権、精神的な人格権及び環境的人格権（生活利益、環境の保護など、生活環境が救済の手段となる場面で、救済手段として人格権が主張される場合がある）に大別している⁶¹。

そのほかに、判例上、木村和成教授は、「2004年ごろまでの裁判例」、「2005年から2007年ごろまでの裁判例」及び「2008年から2015年ごろまでの裁判例」から、人格権が現れる裁判例を抽出し、新たな類型化を試みている。具体的には、2004年ごろまでの裁判例から分析すると、著作者人格権侵害型、公害・生活妨害型、名誉・プライバシー侵害型、氏名・名称侵害型、通行妨害型という五つに大別する⁶²。ただ、「2005年から2007年ごろまでの裁判例」と「2008年から2015年ごろまでの裁判例」の整理を踏まえて、いずれも公害・生活妨害型、名誉・プライバシー侵害型、氏名・名称侵害型、その他の類型という四つに変えているが、両者のその他の類型に対する認識は異なる。前者のその他の類型は、職場での不当待遇・差別待遇、職場などでのセクシュアル・ハラスメントなどを含める⁶³。それに対して、後者のその他の類型

⁵⁷ 山本敬三「人格権」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』（有斐閣、2007年）44頁。

⁵⁸ 齊藤・前掲注（29）275頁を参照。

⁵⁹ 藤岡康宏ほか『民法Ⅳ 債権各論（第5版）』（有斐閣、2023年）341頁（藤岡康弘執筆）を参照。

⁶⁰ 五十嵐・前掲注（52）20頁を参照。

⁶¹ 藤岡康宏『民法講義Ⅴ 不法行為法』（信山社、2013年）197頁を参照。

⁶² 木村・前掲注（56）111頁を参照。

⁶³ 木村和成「民事紛争における人格権の機能について―「人格権の再定位」の観点から」摂南法学38号（2008年）66―68頁を参照。

は、労働関係、宗教関係、医療関係、男女関係などの幅広い内容を包括している⁶⁴。

第3項 私見

以上のように考えると、立法論から見ると、19世紀の後半に編纂された日本民法典は、財産権に重きを置いているが、人格権の尊重・保護に消極的な姿勢が見受けられる。「権利」を列举する方法によって、単なる生命、身体、自由、名誉のような人格権が、不法行為に侵害された場合の救済手段を明確に規定している。20世紀になってからスイス民法典(1907年)によって初めて立法上包括的に人格権が承認された⁶⁵(スイス民法典28条⁶⁶)。

しかしながら、新聞や放送などの伝統的なマスメディアに加えて、インターネットなどが急速に普及し、肖像やプライバシーなどを侵害する事例が頻発して、その一方で、急激な工業化や開発により、新幹線・空港の騒音や河川・大気の汚染など、生存環境と生活環境をも侵害する事例も頻出するので、人格権としての肖像権やプライバシー権や平穏生活権は、学説・判例によって発展及び保護されている。言い換えれば、社会の変遷と侵害の多様に対応するために、立法が一部の個別的人格権を事前に規定する以外に、司法や学説は他の個別的人格権と一般的人格権の創設と発展にとって重要な役割を果たしている。このような背景の下で、人々はしばしば「人格権」を用いて自分の行為を支持したり、他人の活動に対抗したりする。人格権が人間の尊厳に由来するものであれ、人格の自由に由来するものであれ、内容の豊富な人格権を持つことは良いことと見なされるべきであることを直接的に表明している。しかし、外延が明確でない広汎な概念を基礎に一定の法律効果を承認することには、法的安定性を侵害する恐れがある⁶⁷。同時に、人格権ないし人格的利益の「インフレ状態」⁶⁸や人格的利益の主観化⁶⁹や人格権の「稀釈化」⁷⁰などにも警戒しなければならない。したがって、「新たな保護法益の承認」とか、「権利や利益の多様化」とか⁷¹、法律の制度を通じて社会の発展の自然な反応に 대응することであり、人格権発展の真実でもある。

⁶⁴ 木村和成「近時の裁判例による『人格権』概念の諸相」立命館法学 363・364号(2015年)1436-1440頁を参照。

⁶⁵ 王晨「日本人格権法の現状と課題」法学雑誌 57巻3号(2011年)325頁を参照。

⁶⁶ スイス民法典28条には、「1. 人格権を違法に侵害された者は、それに参加したすべての者に対して侵害防止を訴えることができる。2. 人格権に対する侵害は、被害者の同意、きわめて重大な私益又は公益、又は法律によって、正当化されない限り、違法とする」と規定されている。

⁶⁷ 加藤雅信「『人格権』とその承認」星野英一編『判例に学ぶ民法』(有斐閣、1994年)2頁を参照。

⁶⁸ 平野裕之『民法総合6 不法行為法(第3版)』(信山社、2013年)75頁を参照。

⁶⁹ 藤岡・前掲注(61)236-239頁を参照。

⁷⁰ 木村説によれば、人格権の主観化に伴う内容の多様化は、本来絶対的に保護されるべきである生命、身体、健康といった法益の保護にとってはマイナスに働く可能性がある。木村・前掲注(64)1436-1440頁を参照。

⁷¹ 両者の関係について、「新たな保護法益の承認」とか「権利や利益の多様化」と言っているだけでは、承認や多様化の方向性はなかなか明らかにならない。大村敦志「『人の法』から見た不法行為法の展開」大塚直ほか編『社会の発展と権利の創造—民法・環境法学の最前線』(有斐閣、2012年)341頁を参照。

第2節 人格権侵害に関する利益吐出しの諸相

第1款 真正の利益吐出しではない判例

一般的には、人格権侵害に対する事後的救済手段として、不法行為責任の成立を理由とする損害賠償請求権（賠償方法としての金銭賠償原則）が認められている（709条、710条）。また、名誉毀損の場合に、名誉を回復するのに適当な処分（賠償方法としての原状回復、例えば訂正広告、謝罪広告）を求めることができる（723条）。そのほかに、学説と判例上、事前的救済手段としての差止請求権（例えば妨害排除、予防請求）⁷²が認められている。

もっとも、人格権侵害の態様を分類すると、生命、身体、健康などの被害者の身体的人格権が侵害された態様と肖像、名誉、プライバシーなどの被害者の精神的人格権が侵害された態様が考えられる。前者の侵害態様について、被害者は、財産的損害賠償（治療費などの積極的損害と休業損害などの消極的損害を含む）と精神的損害賠償（いわゆる慰謝料）を請求する権利がある。それに対して、後者の侵害態様に関しては、一般に、被害者は、精神的損害賠償のみを請求する権利がある。だが、氏名権・肖像権などの一環としてのパブリシティ権⁷³の侵害に対しては、財産的損害賠償（一般に使用料相当額が損害とみなされる⁷⁴）と精神的損害賠償を求めることができる。言うまでもなく、財産的損害について、損害填補の理念の下で、実際の支出額や、市場での価値などの指標を参考している。それに対して、慰謝料によって救済しようとする精神的損害は、精神的苦痛の慰謝のために金銭で明確に換算できない損害であり、裁判官の裁量によるところが大きい⁷⁵。しかも、その性質ないし本質をめぐる議論が激しい。「制裁的機能は刑法が果たすべきもので、民法の目的は損害填補機能である」という民事と刑事を区別する立場から、通説及び判例は慰謝料において損害填補機能

⁷² 例えば、名誉棄損に対する差止請求権の根拠として、人格権（としての名誉権）という、物権に類似する排他的権利の侵害に基づき発生することである。根本尚徳「人格権と差止請求『北方ジャーナル事件』—最判平7・7・7民集49巻7号2599頁」池田眞朗ほか編『判例講義民法Ⅱ 債権（新訂第3版）』（勁草書房、2023年）249頁。また、根本尚徳ほか『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、2021年）108頁（若林三奈執筆）には、人格権（生命・身体・健康など）侵害を理由としての差止請求権の適用について、行為者は行動の自由について重大な制限を受けることから、差止めを認めるか否かは、差止めを認めることによって保護される権利・利益との間での衡量によって決められるとの指摘がある。

⁷³ パブリシティ権の法的性質については、財産権説か人格権説かが議論されていた。財産権説を支持するものとして、斉藤・前掲注（29）295—297頁。それに対して、人格権説を支持するものとして、五十嵐・前掲注（52）191頁、米村滋人「人格権とパブリシティ権の法的性質—民法の立場から」著作権研究47号（2021年）18—19頁を参照。

⁷⁴ すなわち、パブリシティ権の侵害による財産的損害額については、ある広告などに有名人など氏名・肖像などを使用することを許諾したとすれば、当該有名人などが受けることができた対価相当額を示す。また、金井重彦弁護士によれば、「無名人・被著名人のパブリシティ権侵害の場合、判決時のパブリシティ権の価値で損害額を算定することになろう」と主張している。金井重彦「パブリシティ権の権利」金井重彦＝パブリシティ権問題研究会編著『パブリシティ権—判例と実務』（経済産業調査会、2003年）21頁を参照。

⁷⁵ 大判明治43年4月5日民録16巻273頁において、慰謝料額算定の基準としては、被害者・加害者双方の財産状況・社会的地位や不法行為の動機などを挙げている。さらに、慰謝料の認定は裁判官の裁量・創造に委ねられている。

の考えを持っている。しかし、慰謝料には、制裁的機能もあるのではないかという見解が、一部の学説により指摘されている⁷⁶。また、現在の有力説によれば、慰謝料に関する性質ないし本質に関しては、単に損害填補機能（精神的損害を填補する機能）だけでなく、補完的機能（財産的損害を補完する機能）⁷⁷も与えられていることである⁷⁸。だが、民事訴訟法 248 条により、損害（額）の証明が困難な場合には、裁判所が「相当な損害」を認定することができるのであるから、損害の正確な反映に反する慰謝料の補完的機能は認めるべきではない⁷⁹。

近時のインターネット・遺伝子操作・人工知能などの新たなテクノロジーの発展及び普及に伴って、人格権を侵害する手段が隠蔽し、侵害の範囲が広がり、侵害の程度が深刻化し、侵害の多様化が顕著である。特に、加害者が被害者の人格権に対する侵害によって非常に大きな利益を獲得した場合、加害者の不法な利益も慰謝料を徐々に算定する重要な要素となっている。換言すれば、慰謝料の高額化によって、加害者の不法な利益をある程度剥奪することができるということである。そうすると、未来、慰謝料の機能は続けて転換する必要があるだろう。さらに言えば、単に損害填補機能でなく、侵害の強度に応じて、慰謝料に満足機能や、侵害を予防する機能を認める時代を迎えている⁸⁰。

さて、以下の通り、①慰謝料の高額化、②使用料相当額と他の財産的損害賠償が認められていること、③使用料相当額と慰謝料が認められていることを通じて一部の不当な利益が剥奪された判例を取り上げたい。

①東京地裁平成 19 年 6 月 25 日判時 1988 号 39 頁

原告 X（女優の元夫）は、ある女優と結婚してから数ヶ月で離婚した。その後、被告 Y₁（雑誌・図書出版業等を業とする株式会社）が発行する週刊誌において、二人の離婚に至る経緯が掲載された。掲載された内容は、通常であれば他人に公表しないような家族間の出来事を中心にしていて、原告 X は、プライバシー権・名誉権が被告 Y₁ およびその編集長である被告 Y₂ に侵害されたと主張して、2000 万円の損害賠償と謝罪広告を被告 Y₁ と被告 Y₂ に対して求めた。

⁷⁶ 例えば、石井智弥教授は、「損害填補の理念は財産的損害の場合にのみ用いられ、非財産的損害の場合には別の理念を確立し、損害賠償の理念は二元化されるに至る」と主張する。石井智弥「人格権侵害に対する損害賠償の史的考察—損害賠償法の二元化」茨城大学政経学会雑誌 78 号（2008 年）134 頁。

⁷⁷ 財産的損害の額の認定が困難であるが何らかの財産的損害が存在する可能性がある場合に、慰謝料をその分いわば裁判官のどんぶり勘定で加算するという、日本に特異な実務慣行が定着している。これを慰謝料の補完的機能という。平野裕之『民法Ⅵ 事務管理・不当利得・不法行為（第 2 版）』（新世社、2018 年）179—180 頁を参照。

⁷⁸ 例えば、吉村良一『不法行為法（第 6 版）』（有斐閣、2022 年）170—172 頁、潮見佳男（長野史寛補訂）『債権各論Ⅱ 不法行為法（第 4 版補訂版）』（新世社、2025 年）74—76 頁を参照。

⁷⁹ 澤野和博「慰謝料—生存・生命を考えながら」浦川道太郎先生・内田勝一先生・鎌田薫先生古稀記念論文集編集委員会編『浦川道太郎先生・内田勝一先生・鎌田薫先生古稀記念論文集 早稲田民法学の現在』（成文堂、2017 年）521 頁を参照。

⁸⁰ 斉藤・前掲注（29）303 頁を参照。

本判決は、本件記事は原告Xの名誉を毀損する内容があるものであると判断した上で、800万円の損害賠償と謝罪広告を命じた。この賠償額は、最近では高めの部類に属するといえる。なお、被告Y₁は68万部の本件雑誌を発行しており、1部当たり10円の賠償と仮定すれば680万円となる。この算定方法は、たとえ800万円程度の賠償が認められたとしても、被告Y₁に苛酷な負担を課するものではないことを説示するためのものにすぎない。

実際、名誉毀損による慰謝料の額については、精神的苦痛にとどまらないものであり、個々の事案ごとに被害の実態を認識し、その被害の内容・態様に即して損害賠償額を算定することが必要であるが、実際には多くの裁判例において「100万円の賠償ルール」から「400・500万円」に推移している⁸¹。もちろん、ここで扱われているのは慰謝料請求権であるし、慰謝料額は裁判官の裁量によって決定されるということで説明することは可能であろう。なお、留意すべきなのは、本判決において、被告Y₁が名誉権・プライバシー権の侵害行為によって獲得した利益（いわゆる一部当たり10円とすると680万円）は、慰謝料算定の要素の一つである。しかし、加害者の利益を損害額算定に反映させるということは、その損害が非財産的な損害（慰謝料）であるということと必然的に結びつくわけではない。それでは、なぜ慰謝料を算定する際に、侵害者が得た利益を考慮することができるのか。どのような時期及びどの程度が考えられるのか。上記の問題はまだはっきりしていない。主に裁判官の自由裁量権によって確定される⁸²。そのほかに、名誉毀損された被害者の救済の座談会において、能見善久教授の発言によれば、一定の名誉毀損の場合に利益吐出し型の損害賠償を認めることに賛成であるが、それを正面から認めると、損害賠償の機能を損害の填補ととらえる考え方から抑止機能を重視する考え方に舵を切ることになる⁸³。

②東京地判平成17年3月31日判タ1189号267頁

本訴原告X（反訴被告X。以下「原告X」という）は、タレントA（元プロ野球選手）のパブリシティ権の所有者として、Aの肖像などを管理し、タレント活動をマネジメントすることを業とする会社である。最初、原告Xは、スポーツ用具などを販売するY会社（本訴被告Yあるいは反訴原告Y。以下「被告Y」という）にAの肖像などの使用を許諾した。そして、被告Yは、無断でスポーツ用具の販売代理店であるB会社（訴外会社）にAの肖像、氏名を使用した広告を雑誌（風俗関係の求人誌など）に掲載することを認めた。そのため、原告Xは、パブリシティ権が被告Yに侵害されたと主張して、許諾料相当額1500万円と無形損害500万円の損害賠償を被告Yに対して求めた。また、訴訟提起の翌日に、原告Xは、記者会見を開き、被告Yが

⁸¹ 斎藤修編『慰謝料算定の理論』（ぎょうせい、2010年）126―127頁を参照。

⁸² See Yoshihisa Nomi, *Disgorgement of Profits in Japanese Law*, in Ewoud Hondius & André Janssen eds., *Disgorgement of profits: gain-Based Remedies throughout the World*, Springer, 2015, p.436-437.

⁸³ 秋山幹男ほか「座談会 名誉毀損された被害者の救済―損害賠償訴訟の最近の動向の一環として」NBL734号（2002年）24頁（能見善久発言）。

無権限でAの肖像等を使用したなどと説明し、訴状を公表した。しかも、スポーツ新聞各紙は、これに沿う記事を掲載した。結局、被告Yは反訴として、原告Xに対して信用毀損による不法行為に基づく2000万円の損害賠償を請求した。

本判決は、被告YがBに使用許諾をしたことを推認し、パブリシティ権の侵害を認めたので、許諾料相当額として1000万円の損害を認めたとして、本訴請求を認容した。他方で、同判決は、記者会見においては、訴状を示す際に正確な事実の公表に係る注意義務があるところ、注意義務の違反がないとして、反訴請求を棄却した⁸⁴。

本判決における原告Xの損害額について、使用料相当額と他の財産的損害賠償に分けられる。前者は、権利者の許諾がないにもかかわらずタレントのパブリシティ権が侵害されたので、1000万円という通常の許諾料として認められている。それに対して、後者は、500万円に相当する無形の損害として認められない。具体的な原因は、二つがあると思われる。一つは、当該広告が掲載された雑誌において風俗関係の求人誌が含まれていたものの、それだけでは原告の主張する価値の低下が発生したとまで認め得ないし、そのことから直ちに同雑誌に掲載された広告の質が低いとも見受けられない。もう一つは、同広告の掲載時間が短いのであるから、Aの社会的信用などに賠償を要する程度の影響があったとまでも認め得ない。

ところが、本件は他の財産的損害賠償を認めていないが、使用料相当額が認められた上で、さらに多くの他の財産的損害賠償も認められていることは、加害者の不当な利益をある程度奪うことができる。また、他の財産的損害賠償をより多く認めることができるのはそもそもどのような場合なのだろうか。能見教授の分析によれば、裁判所が適切な使用料相当額が加害者の得た利益よりきわめて低いと判断した場合、損害賠償の証明基準を緩和し、さらに他の財産的損害賠償の金額を増やすことができる⁸⁵。

③東京地裁平成20年12月24日判タ1298号204頁

芸能人である原告Xは、A美容整形外科の広告宣伝業務を行っていたBと、年間126万円とする広告出演契約を締結した。そして、Bは、広告出演契約に基づき、Aのホームページに、原告Xの氏名、顔写真及びコメントを掲載することができた。この広告出演契約が終了した後に、被告Yは、BからAのホームページの管理・運営を承継した。しかし、被告Yは、原告Xの氏名、顔写真及びコメントをAのホームページに掲載し続けていた。そのため、原告Xは、自分の氏名権、肖像権及びパブリシティ権が被告Yに侵害されたと主張して、財産的損害506万6301円、精神的損害100万円及び遅延損害金の支払を請求した。

理論的には、人格権の侵害事件において、精神的損害賠償と財産的損害賠償の構成要件がすべて満たされている限り、両方は認められるべきである。実際には、損害賠

⁸⁴ 本判決の事案の概要内容について、升田純『写真の撮影・利用をめぐる紛争と法理—肖像権、著作権、著作者人格権、パブリシティ、プライバシー、名誉毀損等の判例』（民事法研究会、2020年）440頁の叙述も参照した。

⁸⁵ See Nomi, *supra* note 82, at 435-436.

償の1つのみが認められている。つまり、被害者が一般人であれば、精神的損害賠償のみが認められる。それに対して、被害者が有名人などであれば、財産的損害賠償のみが認められる⁸⁶。なぜならば、一方で、有名人などは自分の氏名・肖像などが一般大衆に公開されたいと推認され、氏名・肖像の表示自体によって社会的評価を低下させることはないからであるが、他方で、特段の事情がない限り、財産的損害のみを認めることで有名人などの救済を実現することができるからである。

しかしながら、本判決は、財産的損害賠償だけでなく、精神的損害賠償も認めている。また、精神的損害賠償も認められるべきである。その理由としては、芸能人は実際、自らの自由な意思で出演する広告を判断・決定をすることができるという法的に保護すべき主観的利益を有している。このような主観的利益の侵害による損害は、財産的損害が賠償されたのみで回復されるものではない。そのため、芸能人の社会的評価を氏名などの掲載により低下したか否かにかかわらず、慰謝料請求をも認めるべきである。ゆえに、財産的損害賠償と精神的損害賠償の両方が認められていることは、侵害者の一部の利益を剥奪する効果もある。

以上のように、加害者が人格権の侵害によって大きな利益を得た場合、裁判所は三つの解決策で侵害者の不当な利益を奪うかもしれない。第一に、名誉権・プライバシー権などの侵害によって大きな利益を得た場合、慰謝料の高額化で不当な利益を奪う。第二、パブリシティ権などの侵害によって大きな利益を得た場合、使用料相当額と他の財産的損害賠償が認められていることで不当な利益を奪う。第三に、氏名権、肖像権及びパブリシティ権などの侵害によって大きな利益を得た場合、使用料相当額と慰謝料が認められていることで不当な利益を奪う。言うまでもなく、その三つの解決策は加害者の一部の利益を剥奪する機能を持っているが、厳密な意味での利益吐出しではない。理由に関しては、まず、人格権が侵害された場合、人格権は財産権のように客観的な市場対価を持っていないため、被害者は具体的な被害額を立証することが困難であり、立証できても被害額は低い。次に、加害者は違法行為を通じて巨額の利益を得る可能性があるが、上記の解決策は一般的に利益の一部を奪うしかない。最後に、裁判所は加害者が得た利益の額を明確に探知することは難しく、被害者の損害と加害者の利益との因果関係⁸⁷を説明することも困難であるため、大まかに被害者の損害を拡大することでさらに加害者の不当な利益を奪い、被害者の損害を補うしかない。

第2款 人格権侵害に関する利益吐出しの設例

第1項の判例は、加害者が被害者の精神的・人格権の一部を侵害することによって利

⁸⁶ See Nomi, *supra* note 82, at 435-436.

⁸⁷ 付言すれば、谷口知平＝甲斐道太郎編『新版注釈民法（18）債権（9）事務管理・不当利得』（有斐閣、1991年）593－594頁（阿部浩二執筆）において、「パブリシティの価値の無断使用者に対して不当利得者として利得の返還請求をするにあたっては、著作権法114条の趣旨が類推適用され、無断使用者の得た利益は有名人等の失った損害と推定している」と指摘されている。

益を獲得するような事案を呈しているが、身体的人格権や故人の人格的利益などのような事案には触れていない。それゆえ、人格権侵害に関する利益吐出しの事案を体系化・具体化するために、筆者は以下のように、若干の設例を作成した上で、考察する。

〔設例 1〕名誉権、プライバシー権などが無断に開示されることによって利益を獲得するような事案

Aは、TikTok にショートムービーを投稿することを職業とする Up 主である。より多くのユーザーの注目を集めるために、AはBのプライバシーを無断で公開しただけでなく、侮辱的な言辞により B の社会的評価を低下させた。そして、Aは、B の名誉やプライバシーを侵害するショートムービーを無断で公開したことで、100 万円の広告収益と 50 万円のユーザーからの投げ銭を得た。しかし、A が名誉権とプライバシー権を侵害した行為に対して、B は 60 万円の精神的損害を被ったにすぎない。

〔設例 2〕パブリシティ権が強制的に商品化されることによって利益を獲得するような事案

有名な歌手である A の氏名や肖像などは顧客吸引力が非常に強い。会社 B は A の許可を受けずに、A の氏名と肖像を広告宣伝として商品に印刷した。B が生産した商品の品質の良さや A の氏名と肖像の商業的価値などのため、B は 1000 万円の利益を得たが、A の通常の使用料相当額は 500 万円しかなかった。

〔設例 3〕多くの人の個人情報などが違法に収集・利用・処分されることによって利益を獲得するような事案

顧客への荷物の運送を便利にするため、運送会社である A は 10000 人の氏名、電話番号、住所、個人番号などの情報を収集・保管している。しかし、これらの個人情報は A の社員である B によって不正に盗まれ、ネット詐欺を職業とする C に 300 万円で売却された。最終的に、B は 300 万円の不当な利益を獲得した。その後、C はこれらの情報を利用したネット詐欺に関する活動で警察に逮捕された。警察は C を取り調べるうちに、これらの情報が B から買ってきたことを知った。

〔設例 4〕身体的人格権（特に組織、細胞、遺伝子などのヒト由来物質）が無断に利用されることによって利益を獲得するような事案

遺伝子研究専門家 A は、法律に違反して、都市 B で喘息、高血圧などの病気に関する遺伝子サンプルを採取した。また、「無料の健康診断」を理由に数万人の市民を騙してこれに参加させた。しかし、市民は自分の血液サンプルがどこに送られ、どのように利用されているのかを知らなかった。実際には、これらの遺伝子サンプルや遺伝子解析情報などは製薬会社 C に無断で送られ、遺伝子医薬品の開発に使用されている。最終的には、A と C は、自分の遺伝子技術や市民の遺伝子サンプル・解析情報などを

通じて、10 億円の商業利益に転化した。

〔設例 5〕故人の人格的利益が勝手に利用されることによって利益を獲得するような事案

A は有名な作家で、2020 年に死亡した。2023 年、金工芸品を製造・販売する店である B は A の遺族の同意を得ずに、A の氏名と肖像をコレクション価値のある金工芸品に無断で作成し、販売している。この金工芸品は多くの A のファンに買われてしまった。最終的に、B は 1000 万円の利益を得たが、A の遺族は 500 万円の精神的損害を被っただけだった。

さらに言えば、上記の人格権侵害に関する利益吐出しの設例を区分する基準については、まず、自然人の人格権（設例 1、2、3、4）と故人の人格的利益（設例 5）に分け、次に、自然人の人格権について、精神的人格権（設例 1、2、3）と身体的人格権（設例 4）に分けることができ、そして、単一の自然人の人格権（設例 1、2）と故人の人格的利益（設例 5）のほか多数の自然人の人格権・人格的利益（設例 3、4）にも関連し、最後に、故人の人格的利益が勝手に利用された後に生じた財産的利益が遺族に相続できるかどうかを検討するための問題である。

付言すれば、〔設例 2〕と〔設例 3、4〕の関係に対しては、以下の二つの留意点がある。

一つは、〔設例 2〕において、氏名、肖像等が商品化されている場合、被害者は使用料相当額を主張したり、使用料相当額と慰謝料を主張したりすることができる。それに対し、倫理や法理の視点から見ると、個人情報、ヒト由来物質などは売買や譲渡を禁止しており、金銭的に評価されるべきではない。すなわち、個人情報、ヒト由来物質などのように、それ自体として経済的な取引の対象とならない。したがって、〔設例 3、4〕において、個人情報、ヒト由来物質などが違法に収集・利用・処分されている場合、被害者は慰謝料を主張するしかない。しかしながら、氏名や肖像に比べて、ヒト由来物質などは明らかにより基礎的で重要な法益であり、保護を強化すべきである。すなわち、伝統的な救済手段による身体的人格権に対する保護の不足は、利益吐出しという法理を導入することをより切実に必要としているだろう。

もう一つは、〔設例 2〕において、加害者も被害者も相対的に特定されており、不法行為が発見されやすく、被害者の損害と加害者の利益との金額・因果関係も比較的証明しやすい。しかしながら、〔設例 3、4〕において、被害者は百万人など多数に上る可能性があり、加害者の利益（例えば科学技術の投入によって分配されるべき利益）が評価しにくいだけでなく、被害者の損害（例えば、少量損害、名目的損害、発散的損害）などが証明しにくい。それ以外にも、加害者は巨額の利益を得ているにもかかわらず、個々の被害者の損害がわずかであるため、被害者が合理的に無関心あるいは

不熱心である状況が出現する恐れがある⁸⁸。

法諺には「人が不正によって利益を得ることを許さない」というものがあるが、実際に違法行為によって不当な利益を得た事例は珍しくない。とりわけ、生命科学技術の推進とビッグデータ時代の到来に伴い、被害者の人格権が侵害されても認定・回復が困難であり、加害者が巨額の利益を得ても剝奪・分配することができないという状況が悪化しやすい。

そこで、その状況を打開するために、利益吐出しの発生根拠、すなわち加害者に利益を吐き出させる正当性を検討することが必要になる。

第3節 発生根拠の論争とその問題点

前節における人格権侵害に関する利益吐出しの諸相をめぐる考察から、一方で、現在単に不法行為法における財産的・精神的損害賠償を通じて徹底的かつ真正の利益吐出しを実現することは簡単ではなく、他方で、人格権侵害によって不当な利益を得た状況はますます多様で深刻であることを分析した。そこで、本節では、利益吐出しの発生根拠の論争と問題点について、一試論を提起しようとする。具体的には、制裁・抑止説としての通説と多元説としての新説という従来の議論を考察したうえで（第1款）、制裁・抑止説から多元説への転向の有益な点と問題点を検討したい（第2款）。

第1款 従来の議論

発生根拠に関わる議論は、一元的な根拠と多元的な根拠を分けている。まず、日本の議論における利益吐出しの発生根拠の通説は制裁・抑止説であることを確認する（第1項）。次に、英米法からの示唆を受け、制裁・抑止説を放棄して多元説を提唱する新説を説明する（第2項）。

第1項 通説—制裁・抑止説

伝統的に、民事責任は被害者の「損害補填」を目的とし、不法行為責任と債務不履行責任を包括している。これに対して、刑事責任は加害者に対する「制裁」と将来の潜在的・可能な犯罪の「抑止」を中心にして、殺人罪、窃盗罪等の犯罪行為として刑罰を科している。そのため、民刑両責任を峻別する近代法の原則として存在している⁸⁹。

このような伝統的な民事責任の下で、被害者は損害の限度内で加害者に損害賠償請求権を取得するしかなく、損害を上回る利益に対して加害者に返還を請求する権利はない。それだけでなく、「利得禁止」によれば、被害者は、不法行為などの加害行為

⁸⁸ アンドレ・ヤンゼン（根本尚徳訳）「私法における利益の吐出し—現状の確認と将来の展望」中原太郎編著『現代独仏民事責任法の諸相』（商事法務、2020年）377—378頁を参照。

⁸⁹ 民事責任と刑事責任の分化については、加藤一郎『不法行為〔増補版〕』（有斐閣、1974年）1—4頁を参照。

によって、利益を受けてはならない⁹⁰。さらに、もし被害者が損害を被ると同時に、利益を得ている場合、その利益は損害から控除しなければならない⁹¹。つまり、損害填補、利得禁止、損益相殺という三つの原則の下で、不法行為などの加害行為による利益については、どうしても被害者に帰属することはできないのである。翻って考えれば、これは民法が「加害者が不法行為などの加害行為によって得た利益を自分で持つことができる」という現状をある程度暗黙に前提としていることを意味する。法感情上、これで本当に正義に悖らないのだろうか。

そのため、刑事責任の制裁機能を発揮できると考える人もいるかもしれない。とりわけ、財産刑としての没収（刑法 19 条 1 項）を通じて、不法な利益を国庫に帰属させることである。だが、依然として重要な問題がある。すなわち、刑法上の没収は罪刑法定主義によって支配され、有体物のみ⁹²を対象とし、犯罪レベルに達した特殊な加害行為（犯罪行為）のみが適用されるが、一般的な加害行為によって得た利益には対応できない。そこでは、多くの学者は制裁・抑止を民事責任に導入し、さらに利益吐出しの発生根拠として試みている。具体的には、主に準事務管理、不当利得、不法行為という三つの領域に集中している。付言すれば、本節はこの三つの領域において、代表的な学者による利益吐出しの発生根拠に関する主張を中心に紹介するが、詳細な内容は次節の法律構成で検討する。

1. 準事務管理における制裁・抑止説

いわゆる準事務管理とは、自らの無権限を知りつつ、他人の事務を自らの利益を図る目的で執行することである⁹³。準事務管理は事務管理とは異種の制度であるにもかかわらず、事務管理の規定（特に取得物の引渡義務）を準用している。言い換えれば、いずれかの者が、自己に権限がないことを知っているにもかかわらず、他人の事務を自己の事務として取り扱うときは、その行為によって得られたものを渡さなければならない。

最初の準事務管理は BGB 687 条 2 項⁹⁴に規定されている。日本現行民法典は主に BGB

⁹⁰ 濱口弘太郎「損害賠償法における『利益禁止』」藤原正則ほか編『時効・民事法制度の新展開 松久三四彦先生古稀記念』（信山社、2022 年）343 頁を参照。

⁹¹ これは損益相殺法理を指す。言い換えれば、損益相殺とは、損害賠償請求権を取得した者（例えば、不法行為の被害者）が、他方において利益をも得た場合に、そのことを理由として、賠償の対象たる損害の額を減少させることである。鎌田薫ほか編『新基本法コンメンタール 債権 3 民法第 697 条～第 724 条の 2』（日本評論社、2024 年）179 頁（根本尚徳執筆）。日本法において、損益相殺は、明文に設けられていないが、判例・学説によって定着されている。濱口弘太郎「損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究（1）」北大法学論集 66 巻 4 号（2015 年）26－48 頁を参照。

⁹² 金銭について、高度の代替性があることから、両替等されても同一性を失わず、没収可能である。井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2018 年）618 頁を参照。

⁹³ 山野目章夫編著『初学者のための民法学習ガイド』（日本評論社、2010 年）183 頁を参照。

⁹⁴ BGB 687 条 2 項には、「いずれかの者が、自己に権限がないことを知っているにもかかわらず、他人の事務を自己の事務として取り扱うときは、事務主体は、第 677 条、第 678 条、第 681 条及び第 682 条の規定から生じる請求権を主張することができる。事務主体がこれらの権利を主張したときは、事務主体は、事務管理者に対して、第 684 条第 1 文の規定により義務を負う」と規定されている。山口和人『基本情報シリーズ② ドイツ民法Ⅱ（債務関係法）』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2015

第1草案を模範として編纂されているが、準事務管理規定の提案が第2読会で採択されたため、日本現行民法典における関連条文への設置にある程度影響を与えているかもしれない。しかしながら、日本法において、準事務管理という条文はないが、学説的に受容されている⁹⁵。

準事務管理が学界の視野に初めて入った判例は、大正7年12月19日大審院第二民事部判決である⁹⁶。そして、鳩山秀夫博士の分析によれば、立法論と解釈論の視点から、不法な管理者が得た全ての利益を奪うために準事務管理を導入する必要がある。さらに言えば、立法論上、BGB 687条2項及びスイス民法423条はいずれも不真正事務管理によって解決されることを認めている。同時に、解釈論上、不法な管理者が負う責任が適法な管理者の責任より軽いことを防止するために、本人は事務管理の規定を類推して管理行為による利益を得ることができる⁹⁷。鳩山博士は日本の準事務管理研究の先駆的な学者として、その独創的な見解が学界の多くの学者に受け入れられているが、疑問の声も少なくない。準事務管理をめぐる肯定説と否定説、日本の学界でも百年以上の論争が始まっている⁹⁸。

ところが、準事務管理ないし利益吐出しの発生根拠をはっきり検討する学者は好美清光博士である。好美博士によると、まず、善意侵害者と悪意侵害者とを区別して後者に対してはたんなる損害の賠償や時価相当額を超える受益そのものの引渡請求を認めるのが妥当である。次に、収益引渡請求権を付与すべく意図するのは、たんなる損害補償や財産調整を意図する不法行為や不当利得を超えて、とりわけ悪意侵害者に対して、その取得した利得を同人に保有させ、ひいては侵害行為への誘因の芽を残すことは妥当でないとの、特殊の政策的配慮に基づくのである。すなわち、悪意侵害者に対する特殊のサンクションである⁹⁹。要するに、好美博士は、準事務管理の根拠を悪意侵害者に対する制裁、あるいは利益吐出しという制裁を通じて、侵害行為を抑制するという点に求めている¹⁰⁰。

2. 不当利得における制裁・抑止説

実は、加害者が権利者の権利を侵害することによって取得する利益に直接に照準を

年) 142-143 頁。実は、第1草案では、他人の事務を違法な意図で自己の事務として管理した場合は、不法行為に関する規定によって処理すべきものとされた。しかし、不法行為に基づく請求権では本人の利益は正当に保護されないので、第2読会では、準事務管理規定の提案が採択された。谷口知平編『注釈民法(18)債権(9)事務管理・不当利得』(有斐閣、1976年)380頁(平田春二執筆)、谷口＝甲斐編・前掲注(87)319頁(平田春二執筆)、窪田充見編『新注釈民法(15)債権(8)§§697-711〔第2版〕』(有斐閣コンメンタール、2024年)44頁(平田健治執筆)を参照。

⁹⁵ 長坂純「準事務管理」椿寿夫＝中舎寛樹編著『解説 新・条文にない民法』(日本評論社、2010年)351-355頁を参照。

⁹⁶ 遠藤浩「民法基本判例解説(141)―〔264〕準事務管理の事例」みんけん570号(2004年)685-686頁を参照。

⁹⁷ 鳩山秀夫「民法判例批評(3)」法学協会雑誌37巻7号(1919年)100-105頁、同『民法研究第四巻債権各論』(岩波書店、1930年)245-252頁も参照。

⁹⁸ 肯定説と否定説の論争について、橋本・前掲注(3)45-57頁が注目される。

⁹⁹ 好美・前掲注(6)425-427頁。

¹⁰⁰ 橋本・前掲注(3)51頁。

あわせる制度として、不当利得の類型である侵害利得がある。加害者の「受益」返還義務の対象としては、原物返還、代償返還、価格返還を挙げうる¹⁰¹。しかも、返還義務の範囲は、侵害されている権利の客観的価値（あるいは市場価値）を上限とする。つまり、客観的価値を上回る利益は、返還対象とはならないので、最終的に加害者に保有されている。このような利益は、加害者の技能・知恵・情報格差などによって取得した利益などを指すことである。また、権利の侵害によって利益を取得する事態を予防するために、悪意の加害者の客観的価値を上回る利益に対して、準事務管理という不当利得以外の法制度を用意している¹⁰²。だが、ある学者は、ドイツ法の示唆を受けて、日本でも「利益の吐出し」型不当利得の確立をも視野に入れた広い議論の行われる必要があると提唱している¹⁰³。

ところで、長野史寛教授は、侵害利得により利益吐出しを基礎づける可能性がある」と指摘している。特に、権利の割当内容の解釈において抑止の視点が重要な役割を果たしている。なぜならば、取引の基盤確保と言い、所有者の自由な決定の保護と言っても、要するにそれは、権利侵害に当たる行為が何の障害もなくその目的を達成できてしまうのは適切でないということに帰するからである¹⁰⁴。

3. 不法行為における制裁・抑止説

不法行為法の機能は、不法行為の被害者が受けた損害を加害者に転化することである¹⁰⁵。あるいは、加害者が被害者に対して損害賠償金を支払うことによって、被害者に生じた損害が経済的に埋め合わされることになる¹⁰⁶。さらに言えば、損害填補は不法行為法の機能として存在している。

しかし、少し早めの時期から不法行為の機能を論じる中で制裁・抑止を正面から位置付けていたのは、四宮和夫教授や平井宜雄教授である。四宮教授は、予防機能を不法行為の目的にまで高めるべきであるだけでなく、制裁の機能も肯定しなければならないとされる¹⁰⁷。また、平井教授は、不法行為法の機能について、損害填補機能、予防機能及び制裁機能を取りあげて、損害填補機能を重視しつつも、予防機能と制裁機

¹⁰¹ 橋本佳幸ほか『民法Ⅴ 事務管理・不当利得・不法行為〔第2版〕』（有斐閣、2020年）27－28頁（大久保邦彦執筆）を参照。

¹⁰² 藤原正則『不当利得法』（信山社、2002年）305頁、同『不当利得法〔全訂第2版〕』（信山社、2024年）299頁を参照。

¹⁰³ 村田大樹「侵害利得における返還内容の多様性」同志社法學 56 巻 5 号（2005 年）355－414 頁。念のために付言すると、不当利得の枠組みでの柔軟な解決策が再び考えられるのに過ぎず、不当利得法によって「利益吐出し」を認めるべきであるとの結論には至っていない。

¹⁰⁴ ちなみに、長野説によれば、抑止論は、侵害者が利益を吐き出すべきことの説明にはなりえても、被害者がそれを取得しなければならないことを正当化できない。そのため、侵害者の得た利益を権利者に帰属させるための積極的な根拠を見出す必要がある。さらに、具体的な発生根拠は二つある。すなわち、①利用権設定や権利処分という取引の基盤を確保する必要性、及び②誰に利用させるかを決定する権利者の自由の保護である。長野・前掲注（4）95－108 頁を参照。

¹⁰⁵ 根本ほか・前掲注（72）3 頁（根本尚徳執筆）を参照。

¹⁰⁶ 中原太郎ほか『民法Ⅵ 事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、2022 年）8 頁（山本周平執筆）を参照。

¹⁰⁷ 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（中巻）』（青林書院、1983 年）262－265 頁を参照。

能も重視する必要であると言われる¹⁰⁸。

近時、水野謙教授によっても、不法行為法の目的・機能は、①損害の填補、②加害者に対する制裁と損害の抑止、さらに③保険制度による損害の填補とリスクの分散を包括している¹⁰⁹。だが、ここでは、利益吐出しの発生根拠としての制裁・抑止説を唱えている代表的論客である窪田充見教授・廣峰正子教授の見解を取り上げることとする。

窪田教授は、利益吐出しを準事務管理や侵害不当利得による処理することではなく、不法行為法によって対応することを試みる。そして、不法行為が「経済的営み」としてペイしないようにするために、有効なサンクションとしての利益追求型の不法行為あるいはフリーライド型の不法行為(他人の権利の侵害によって利益を取得するというタイプの不法行為)は不法行為類型として注目されるべきである¹¹⁰。だが、不法行為法の制裁的性格を否定する伝統的な見解の下で、このような新類型を認めることが非常に難しい。そのため、前提として、不法行為法にも制裁(抑止)機能があることを正面から認識しなければならない。具体的には、まず、反射的效果としての制裁と過失責任という視点から見ると、一方で、不法行為責任が一定の不利益を課すものである以上、不利益を負担する当事者にとって自己の行為に対する一定のサンクションとしての制裁機能(すなわち、反射的效果としての制裁)は否定されているわけではなく、他方で、過失責任主義といった原則を採用するうえで、加害者が自己の瑕疵ある行為によって責任を負担することは、制裁のもう一つの側面である¹¹¹。次に、従来の議論状況の概観について、「行為と過失による責任効果の違い」と、「慰謝料の制裁機能」及び「英米法におけるような懲罰的損害賠償」を肯定する見解が少なくない¹¹²。最後に、問題解決のアプローチについて、準則1＝責任原因と責任効果の切断、準則2＝損害を前提としない損害賠償の否定、準則3＝民刑事責任追及手続の分離という三つの命題を検討している¹¹³。

また、特に、準則2＝損害を前提としない損害賠償の否定という命題をクリアできないからこそ、どんなに行為の非難可能性が高くても、具体的な損害の発生に至らない未遂は不法行為法で扱われない。そのため、完全賠償法理に基づいて構成された伝統的な損害概念(差額説)も変遷する必要がある¹¹⁴。さらに、民事責任法の規制法な

¹⁰⁸ 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』(弘文堂、1992年)4-6頁を参照。

¹⁰⁹ 鎌田ほか編・前掲注(91)30-31頁(水野謙執筆)を参照。

¹¹⁰ 窪田・前掲注(8)「人格権侵害と損害賠償—人格的利益の侵害を契機とする民法七〇五条についてのスケッチ」562-563頁、同・前掲注(8)『不法行為法—民法を学ぶ(第2版)』21頁、同「不法行為法における法の実現」佐伯仁志ほか編『岩波講座 現代法の動態2 法の実現手法』(岩波書店、2014年)77-109頁を参照。

¹¹¹ 窪田・前掲注(8)「不法行為法と制裁」668-670頁、同「不法行為法と制裁—現代社会における損害賠償法の役割」私法2002巻64号(2002年)137-138頁も参照。

¹¹² 窪田・前掲注(8)「不法行為法と制裁」670-671頁を参照。

¹¹³ 窪田・前掲注(8)「不法行為法と制裁」674-706頁を参照。

¹¹⁴ 窪田充見「損害概念の変遷と民法の役割—刑法と民法の対話の形とともに」刑法雑誌44巻2号(2005年)237-244頁を参照。

いし制裁法としての位置づけが肯定されるにつれ、民刑峻別論も相対化してきた¹¹⁵。しかも、硬直的で、かつ行為自由の制約としては極めて重い刑事責任と比較して、利得を許さないという程度の損害賠償で一定のコントロールをすることには、グレードの異なるサンクションが認められるということで、積極的に意味がある¹¹⁶。

廣峰教授も、人の生命・身体、環境など、ひとたび侵害されれば回復が困難という問題などを契機に制裁機能や抑止機能が日本の損害賠償法とは相容れないかという問題意識に立ち、日本の議論の概観を前提に、フランスの民事罰概念・債務法改正作業の分析を行って、民事責任における抑止機能や制裁機能を正面から認めるべきであると指摘している。さらに、廣峰教授によれば、抑止や制裁を私法全体の枠組みでいかに考えるかという立場から、民事責任における制裁や抑止を重視する考え方の歴史的展開を見るならば、現在までに大別して「第一の波—制裁的慰謝料論の登場」、「第二の波—公害が大きな社会問題となった頃の議論」及び「第三の波—不法行為の機能としての抑止・制裁」の三つの大きなうねりが存した。しかしながら、利益吐出しの発生根拠としての制裁・抑止は、「第四の波—損害賠償法全体の中で制裁や抑止が位置づけられるために」において、ドイツの人格権侵害批判を手がかりに、論じられている¹¹⁷。

4. 小括

以上のように、準事務管理、不当利得及び不法行為における制裁・抑止説を踏まえて、利益吐出しの発生根拠としての制裁・抑止は、だんだん確立されている。さらに、「現在の加害者が過去に行った違法な行為に対する制裁」及び「現在の加害者または潜在的加害者が将来的に違法な行為を行う可能性のある抑止」を実現するために、このような制裁・抑止は、損害補償や財産調整の例外として民事分野全体に適用される傾向に推移している¹¹⁸。

¹¹⁵ 窪田充見「規制緩和社会における民事責任のあり方について」季刊企業と法創造 1 巻 4 号（2005 年）95—104 頁を参照。

¹¹⁶ 浦川道太郎ほか「座談会 不法行為法の新時代を語る」法律時報 78 巻 8 号（2006 年）16—17 頁（窪田教授発言）を参照。

¹¹⁷ 廣峰正子『民事責任における抑止と制裁—フランス民事責任の一断面』（日本評論社、2010 年）3—34 頁、同「民事責任における抑止と制裁」私法 2009 巻 71 号（2009 年）206—213 頁。また、廣峰教授によると、とりわけ差止めといった物理的停止措置が利用できないならば、現状では、明文規定のある損害賠償の範囲で、予防や抑止ということを考慮せざるを得ない。廣峰正子「原状回復的賠償ノススメ」田井義信編『民法学の現在と近未来』（法律文化社、2012 年）229 頁以下を参照。また、フランス民事契約外責任法における民事罰金制度導入及び民事責任法の制裁的機能をめぐる議論状況については、近時の業績として、大澤逸平「フランス民事契約外責任法における民事罰金制度導入をめぐる議論状況—フランスの民事懲罰制度の構想に向けた諸課題」専修ロージャーナル 20 号（2024 年）21 頁以下が注目される。

¹¹⁸ ちなみに、橋本伸准教授は、「『利益吐出し=制裁・抑止』という思考図式が確立し、そしてそれが知的財産権のみならず、人格権にも適用され、一般化されることとなる。もちろん、このような制裁・抑止説が理論として説得的であればこのような一般化は可能である」と述べる。橋本・前掲注（3）56—57 頁。しかしながら、この主張は過激すぎる恐れがある。けだし、損害補償や財産調整の例外として、主に懲罰的損害賠償責任、利益吐出し責任などに適用するしかないと思う。

第2項 新説—多元説

従来の通説としての制裁・抑止説にかかわる問題点を取り上げて、多元説を提唱する論客は橋本伸准教授である¹¹⁹。同説は、ヒト由来物質をめぐる議論状況を念頭に置き、英米法における伝統的な利益吐出しの根拠論の豊富な蓄積を踏まえるものである。ここでいう多元説とは、①違法行為の抑止、②損害額算定の代替手段及び③権原保有者の自律的意思の実現ということである。さらに言えば、この根拠から三つの類型を導くことができる。すなわち、①の根拠から構想される「行為抑制政策型利益吐出し」（＝（ α ）行為抑制政策型）、②の根拠から構想される「損害額算定代替型利益吐出し」（＝（ β ）損害算定代替型）、及び③の根拠から構想される「自律的意思実現型の利益吐出し」（＝（ γ ）自律的意思実現型）である。具体的には、本項の関心と関係で注目すべき点は以下の2点である。第1に、制裁・抑止説にかかわる問題点、及び第2に、多元説が提唱される経緯を考察したい。

第1の点について、制裁・抑止説に対しては、手続的な問題に加えて、二つの疑問点が浮かび上がる¹²⁰。さらに、①「何ゆえ加害者は利益を吐き出さなければならないのかという点」と②「仮に加害者は利益を吐き出さなければならないとしても一何ゆえ侵害行為により加害者が得た利益を被害者に帰属させるべきかという点」を包括している。そして、疑問点①について、制裁・抑止説の理由としては、加害者の「侵害し得」が望ましくないとし、そのような侵害行為へのインセンティブを取り除くために加害者が得た利益を吐き出させることが強調されてきたということがある。この理由とは異なり、橋本准教授は、「被害者の損害を賠償した上で、なお利益が残る場合とは、加害者が被害者よりも効率的な生産者であるということであり、社会的には侵害行為は効率的な結果を生んでいると言えないであろうか。それにもかかわらず、何ゆえ利益吐出しという制裁まで課してまで、侵害行為を抑止しなければならないのかについて更なる説明が求められるであろう」と指摘した。また、疑問点②について、制裁・抑止説によれば、吐き出された利益は被害者に帰属しなければならない。なぜならば、加害者が利益を保持する根拠を欠くことの反射的效果として説明されるからである。しかし、その理由に対して、橋本准教授は、「被害者が当該利益を取得する積極的根拠は何ら説明されていない」と反論した。

第2の点について。まず、英米法（特にイギリス法とアメリカ法）の判例・学説は、文脈によって伝統的な利益吐出しの根拠を使い分けており、多元的な立場が採られていることが明らかとなった。すなわち、①違法行為の抑止、②損害額算定の代替手段、③違法行為から利益を得るべきではないとの一般原理、④利得の不当性、⑤不当利得

¹¹⁹ 橋本・前掲注（8）69巻5号（2019年）37頁以下、6号（2019年）163頁以下、70巻6号（2020年）93頁以下、71巻3号（2020年）167頁以下、71巻5号（2021年）253頁以下、72巻6号（2022年）125頁以下、74巻4・5・6号（2024年）411頁以下を参照。

¹²⁰ 橋本・前掲注（3）57－65頁を参照。

の防止、⑥処罰論、⑦所有権の排他性などという複数の根拠が挙げられた¹²¹。次に、上述の挙げられた根拠を子細に検討をすると、利益吐出しの根拠として用いることができるのは、①違法行為の抑止と②損害額算定の代替手段に限られる¹²²。だが、これらの根拠もヒト由来物質の無断利用による利益吐出しの根拠として応用することができないため、この二つの根拠以外の根拠を探求する必要性を主張した¹²³。最後に、橋本准教授は、以下のような近時のアメリカ原状回復法の有力な論客である Hanoch Dagan の見解から示唆を得た。つまり、Dagan は、従来の議論のように損害賠償の延長線上のもの及び Calabresi & Melamed のプロパティ・ルールの意味での特定履行救済の形式ではなく、実質としての被害者の自律的な意思の実現という点を重視するとして利益吐出しを捉えた。そのため、損害賠償によっては原状回復ができない場合（特に、人格財を典型とする被害者がモノに対して抱く主観的価値が客観的価値を上回る場合）において、第3根拠としての権原保有者の自律的意思の実現から利益吐出しの正当化が試みられた¹²⁴。

第3項 小括

以上の従来の議論を踏まえると、利益吐出しの発生根拠について、通説一制裁・抑止説と比較して、新説一多元説は、いくつかの変化を起こした。さらに、新説は、通説の「抑止」を留保した上で、「制裁」を放棄するとともに、「損害額算定の代替手段」と「権原保有者の自律的意思の実現」を追加した。現在の学界において、通説から新説への転向が起こるか否かは明らかにされていないが、少なくともある程度は転

¹²¹ 橋本・前掲注（8）70巻6号（2020年）93頁以下、71巻3号（2020年）167頁以下を参照。

¹²² 橋本准教授は、主に③「何人も違法行為から利得を得るべきではない」あるいは⑤「不当利得の防止」という一般原理、⑦「所有権の排他性」、②「損害額算定の代替手段」、①「違法行為の抑止」及び⑥「違法行為者の処罰」をめぐって検討してきた。その中で、一般原理（③と⑤）の問題点としては、「根拠論の脆弱性」及び「判例の立場との不整合」である。そして、⑦「所有権の排他性」の問題点としては、「所有権概念の捉え方に対する批判」、「所有権概念を無体物に拡張することに対する批判」及び「後付け論になるという批判」という三つの側面で論じられる。また、⑥「違法行為者の処罰」は、「違法行為者の手続的権利を侵害すること」及び「被害者への利益帰属の問題」という視点から批判される。結局、①「違法行為の抑止」及び②「損害額算定の代替手段」が、理論的な問題を含むものの、その適用範囲を限定すれば、利益吐出しの根拠として用いる余地はあり得る。橋本・前掲注（8）71巻5号（2021年）253頁以下を参照。

¹²³ 橋本説によれば、ヒト由来物質の無断利用による利益吐出しは、①「違法行為の抑止」及び②「損害額算定の代替手段」によっては正当化することができないといわざるを得ない。具体的な理由は、二点がある。第1点の理由は、①「違法行為の抑止」の問題点にかかわるものである。この点については、一方で、ヒト由来物質の無断利用の場面では、医師が個人的利益を追求する側面があるものの、それによってもたらされる効率的な医学研究の促進および社会的利益を踏まえると、被害者への棚ぼたを認め、そして医師や研究者によるヒト由来物質の無断利用を抑止することが必要といえるかは明らかではないことから、この根拠により正当化することは困難であろう。他方で、医師等に提供者との間で契約を締結することを推奨することになり、提供者の権利を保護する面はあるものの、他方で、人格的なモノの商品化の問題をもたらすという別の懸念が生じることから、この根拠により正当化することは望ましくないといえよう。また、第2点の理由は、②「損害額算定の代替手段」の問題点にかかわるものである。知的財産権侵害の場面でもそうであったように、このような代替手段は、常に妥当するわけではない。とりわけ、患者は通常ヒト由来物質の商品化を意図しておらず、研究者と競合関係に立たないことを踏まえると、研究者が得た利益から患者の損害額を推定することは困難であり、応用することはできないであろう。橋本・前掲注（8）71巻5号（2021年）304―305頁を参照。

¹²⁴ 橋本・前掲注（8）72巻6号（2022年）125頁以下を参照。

向の試みが模索されているだろう。

第2款 通説から新説への転向をめぐる試みの有益な点と問題点

第1項 転向をめぐる試みの有益な点

まず、転向の試みは、英米法における利益吐出しの伝統的な理論的根拠を詳細に整理し、犀利に検討するものであり、通説としての制裁・抑止の理解を深めるのに役立つと思われる。具体的には、前者（制裁）について、違法行為者が利益吐出しを命じられるのは、違法行為に対する報いであり、罰として機能するためにはその行為に値するものでなければならないため、填補賠償にとどまらない責任を課せられることになる¹²⁵。それに対して、後者（抑止）について、(a) 完全に違法行為を抑止するという意味で用いる立場（完全な抑止論）と (b) 違法行為を抑止することが究極的な目的ではなく、違法行為者を市場に誘導し、契約を締結させることを目的とする意味で用いる立場（契約誘導論）に分けることができる¹²⁶。しかし、制裁は違法行為者の手続的権利が危険にさらされるのみならず、違法行為者を二重処罰（刑事・民事）する。したがって、制裁は利益吐出しの発生根拠として認められる余地はあり得ない¹²⁷。

次に、転向の試みは、「損害額算定の代替手段」と「権原保有者の自律的意思の実現」を追加することを通じて、発生根拠の内容を極めて豊富にしているだろう。具体的には、前者（損害額算定の代替手段）について、被害者の損害額の算定が困難な場面や損害の立証が困難な場面などにおいて代替手段として利益吐出しを用いるものが示される¹²⁸。また、後者（権原保有者の自律的意思の実現）について、権原保有者はある資源（特に人格財）について自らの意思でどのように用いるかについて決定する機会（自律的な意思決定の機会）が侵害されている場合のように差止命令が利用できず、かつ、事後の損害賠償により原状回復が困難な場合には、利益吐出しは特定履行救済としての役割を担うことになる¹²⁹。

最後に、英米法と日本法の法体系が異なるにもかかわらず、探求してきた利益吐出しの発生根拠は、法体系の相違を超えた普遍性を持つ実質論に属する問題ともいえるだろう。近時、橋本准教授は、日米における個人情報漏えいの場合に、原状回復救済としての利益吐出しがどのように対応するのかなどの問題を丹念・精緻に検討している¹³⁰。

第2項 転向をめぐる試みの問題点

転向の試みの問題点に関しては、以下では通説に対する疑問点の再質問と多元説に

¹²⁵ 橋本・前掲注 (8) 71 巻 5 号 (2021 年) 293 頁を参照。

¹²⁶ 橋本・前掲注 (8) 71 巻 5 号 (2021 年) 274 頁を参照。

¹²⁷ 橋本・前掲注 (8) 71 巻 5 号 (2021 年) 292-305 頁を参照。

¹²⁸ 橋本・前掲注 (8) 71 巻 5 号 (2021 年) 267-274 頁を参照。

¹²⁹ 橋本・前掲注 (8) 72 巻 6 号 (2022 年) 142-147 頁以下を参照。

¹³⁰ 橋本・前掲注 (19) 74 巻 1 号 (2023 年) 123 頁以下、2・3 号 (2023 年) 85 頁以下、4 号 (2024 年) 51 頁以下を参照。

対する必要性の疑問という二つの視点をめぐって再検討を行いたい。

第1に、通説に対する疑問点の再質問に関わる。

疑問点①について、新説によると、加害者が被害者の損失を賠償した後も利益が残っている場合、その利益は加害者が被害者より効率的な生産者であることを反映したものであるのに、なぜ通説に基づいて当該利益をさらに剥奪すべきであるのか。もちろん、功利主義の「効用の最大化」または経済学の「効率性」に基づいて、ある資源がより大きな能力を持つ個人や法人に利用されれば、経済の発展と技術の進歩を促進することができるかもしれない。特に、経済や技術が一定の水準に達していない場合、法律は損害を与えながらも大きな利益を生む不当な行為を放縱するだろう¹³¹。しかし、本来の財貨割当て秩序を緩和し、取引安全を重視し、資源の有効活用を背景として産業を発展させていった時代はもう終わり、発展により得られたものを確保し掌握する固定的な財貨割当て秩序がより重要な時代になっているとは言えないだろうか¹³²。そのため、通説に基づいて加害者の利益を奪うことは、侵害行為へのインセンティブを取り除くのみならず、このような侵害行為を他の多くの人間が模倣することを予防し、市民社会の安定的な秩序の構築にも有利である。なお、翻って考えてみると、制裁・抑止の価値は、他人の資源や権利などを利用して自分の利益を得ることを禁止することではなく、行為者を正当な手続きや手段によって実現するように指示したり激励したりすることである。

疑問点②について、新説によれば、通説中の加害者が利益を保持する根拠を欠くことの反射的効果を理由に、なぜ当該利益が被害者に帰属すべきなのか説明するのは困難である。確かに、通説の理由は被害者が当該利益を取得する積極的根拠ではない。実は、疑問点②に関しては、私も賛成している。しかし、ある学者は、通説の側面を通じて、この疑問点への回答を試みる。例えば、違法行為を制裁・抑止するために、当該利益を法執行機関のような被害者への奨励として与えるだろう¹³³。あるいは、加害者は被害者の利益を得る可能性を侵害し、被害者は「弱体化された割当 (eine abgewächte Zuweisung)」に基づいて利益を得るべきである¹³⁴。もちろん、このような回答は、通説に含まれるのか、それとも通説から独立して新たな根拠になるのか。さらに考察する必要がある。

¹³¹ 例えば、法政策としての「先に汚染し、後で対処する」は、経済発展を環境保護に優先させることを強調する。

¹³² 植本幸子「不当な利得の防止—準事務管理の再検討」鹿兒島大学法学論集 50 巻 1 号 (2015 年) 33 頁を参照。

¹³³ ちなみに、このような見解を支持している学者も存在している。例えば、André Janssen 教授は、「被害者に与えられる『たなぼたの利益』は、『巧みな法違反を発見するという勝利への報奨』としてこれを理解することが可能である」と指摘している。ヤンゼン (根本訳)・前掲注 (88) 401-402 頁を参照。

¹³⁴ Vgl. Helmut Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechtes, 2010, S. 42. (中国語訳として、[奥地利]海爾姆特・庫齊奧 (朱岩訳)『侵權責任法的基本問題 (第一卷): 德國國家的視角』(北京大学出版社, 2017 年) 43 頁も参照)。

第2に、多元説に対する必要性の疑問に関わる。「損害額算定の代替手段」と「権原所有者の自律的意思の実現」は、豊かでユニークな価値があったものの、日本において、今のところ利益吐出しの発生根拠として広く受け入れられ易くないと思う。まず、被害者が損害の発生及び損害額の算定、これと加害者の侵害行為との間の因果関係などを立証することが困難な場合において、代替手段として利益吐出しを用いる見解は多くの知的財産権の専門家・実務家に支持されている。言い換えれば、侵害者が受けた利益を損害額算定の代替手段とするのは、単に「擬制」または「準用」に類似した方法であり、適用の範囲も特許権のような知的財産権などの特殊な法領域に限られている。また、このような方法が選択されている理由も、填補的な賠償の不足やサンクションの実効性¹³⁵という制裁・予防の目的によるものである。つまり、「損害額算定の代替手段」は、通説としての制裁・抑止を実現するための手段の一つにすぎず、むしろ、制裁・抑止がある程度「損害額算定の代替手段」の上位概念であると解する余地がある。次に、「権原所有者の自律的意思の実現」は、確かに身体的人格権（特にヒト由来物質）の無断利用による利益吐出しに対して極めて意義深い。だが、実際には、人格権（身体的または精神的人格権）であれ、財産権（有体または無体財産権）であれ、他人の許可なしに他人の権利または法益を勝手に利用したり侵害したりする限り、「権原所有者の自律的意思の実現」に違反する可能性がある。それを根拠にすれば、すべての権利侵害の場合において利益吐出しが適用され得ることを意味する。その場合、利益吐出しは損害賠償との関係から完全に分離され、「独立した請求権」として損害賠償請求権と並存することになるかもしれない。そうすると、法的地位において、「損害額算定の代替手段」という根拠に基づく算定方法としての利益吐出しと、「権原所有者の自律的意思の実現」に基づく独立の利益吐出しとの間に矛盾が生じかねない。そのため、「権原所有者の自律的意思の実現」は、被害者に利益を返還するための解釈方策の1つとすることができるが、利益吐出しの発生根拠にまで上昇する必要性を欠くことが懸念されている。

第3項 小括

上述のとおり、日本における利益吐出しの発生根拠については、激しい論争が巻き起こっている。つまり、通説を続けるべきなのか、通説から新説への転向を遂げるべきなのか、もしくは他の学説を探るべきなのか。このような論争から見ると、違法な行為への制裁・抑止に基づいて加害者の不当な利益を奪うべきだということはすでに合意に達しているようである。しかし、なぜ当該利益が被害者に分配すべきなのかという問題に関しては、まだ解決されていない。また、このような問題を解決するために、発生根拠と法律構成を組み合わせる必要があるかもしれない。

¹³⁵ 田村善之『ライブ講義 知的財産法』（弘文堂、2012年）356－357頁を参照。

以下では、法律構成、加害者から吐き出された利益が被害者に分配されることの実現性を明らかにしたい。

第4節 法律構成の論争とその問題点

多くの学者はどちらの発生根拠を選択するかについて議論しているが、「加害者は利益を吐き出さなければならない」という結論には合致しているようである。では、そもそもどのような救済手段によって一部あるいは全部の利益が吐き出されるのか。次いで法律構成に関わる議論を検討する。本稿では、人格権侵害に関する利益吐出しをめぐる法律構成について、契約の法律関係と契約以外の法律関係に分けて考察したい。前者は、信認義務違反説と介入権説に基づく利益吐出しの可能性を論じている。それに対して、後者は、準事務管理説、事務管理説、不当利得説、不法行為説及び独立の救済手段説によって不当な利益を剥奪する試みを行っている。

第1款 契約違反—信認義務違反説・介入権説を中心に

第1項 信認義務違反説とその問題点

1. 信認義務違反説の内容

いわゆる信認義務とは、「他人の財産の管理運用を委託された受託者が、委託者または受益者の最大利益を図るために、合理的かつ思慮ある行動をとらなければならない義務」である¹³⁶。そのため、契約当事者のそれぞれが自らの利益の最大化だけを図ればよいとする伝統的な契約法理ではなく、相手に自分のために働くことをあてにしてよいような法理の展開が期待される¹³⁷。しかし、受託者（あるいは受任者）がある程度、委託者（あるいは委任者）の財産に対して独立・自由な管理・運用・処分を行う権利があり、かつ有効に監督されがたいため、受託者は信認義務に違反して利益を取得する問題が発生するかもしれない¹³⁸。以下、委託契約と信託契約における利益吐出し請求権を中心として検討したい。

(1) 委任契約における利益吐出し請求権

委任契約の中で、利益吐出し請求権がどのように論じられてきたか。すなわち、受

¹³⁶ 今川嘉文「継続的取引関係と信認義務」神戸学院法学 39 巻 2 号（2009 年）215 頁。

¹³⁷ 樋口範雄『アメリカ契約法〔第三版〕』（弘文堂、2022 年）83 頁。

¹³⁸ ちなみに、信認義務及び守秘義務に対する違反が行われた場合における利益吐出しについて、英米法で議論されていることが多い。例えば、See Stephen Watterson, *Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales*, in Ewoud Hondius & André Janssen eds., *Disgorgement of profits: gain-Based Remedies throughout the World*, Springer, 2015, p.29-69. Martin A. Hogg, *Disgorgement of Profits in Scots Law*, in Ewoud Hondius & André Janssen eds., *Disgorgement of profits: gain-Based Remedies throughout the World*, Springer, 2015, p.325-344. そのほかに、英米法の信認関係法理に基づく利益吐出しを日本で最初に紹介した学者としての谷口知平博士は、1937 年に公表されたアメリカ原状回復法リステイトメントの規定を概観した上で、日本法の解釈論としても信認関係法理に基づく利益吐出しを認めるべきであると指摘する。谷口知平「背任に因る利得返還義務について—Restatement of Restitution に於ける信認関係者間の Constructive Trust とその示唆」大阪商科大学経済学雑誌 7 巻 2 号（1940 年）113 頁以下、また、近時の議論について、櫻井・前掲注（7）99 頁以下などを参照。

任者が委任契約上の義務に違反して、損害賠償（債務不履行または不法行為）給付を行ってもなお手もとに利益が残る場合、委任者は受任者に利益を全て引き渡すことを請求する権利があるかどうか。このような問題について、吉永一行教授は、BGB 667条¹³⁹後段（取得物引渡義務）をめぐる議論を紹介・考察し、そして、それを手がかりにして利益吐出しを日本の私法体系に整合的な形で論じる際の議論枠組を検討している¹⁴⁰。

具体的には、ドイツ法において、真正の利益吐出しではない事例と真正の利益吐出しの事例が存在している¹⁴¹。前者について、確かに受任者が取得した利益の引渡が問題となっているものの、その実が損害賠償請求であり、その意味で真正の利益吐出しの事例とは異なるものが存在している。例えば、不当価格事例や、賄賂が代金を減額する形で与えられた事例などである¹⁴²。また、後者について、まず、利益吐出しを認める見解は、前提として、委任事務処理から生じたのではない利益についてもなお配分問題を論じることができ、受任者の取得物引渡義務の範囲に含まれうるとする立場をとっている。次に、「不利益に応じて利益を配分する」という意味での正義実現のアプローチから「投資基準（＝問題の利益が発生するために決定的な投資を行った者に財産権が配分される）」を導き出している。最後に、以上にあげたような基準のいずれについても、「配分の対象となっている不利益と利益のバランス」や「配分を受ける者としての委任者と受任者の特性」なども考慮する必要がある¹⁴³。

そして、吉永教授は、上記のドイツ法の分析を踏まえて、日本の体系に整合的な形で利益吐出しを論じるための枠組みを探求している。さらに言えば、まず、①利益吐出しの問題（の一部）が損害賠償として構成できるということは、受任者のあげた利益の引渡に係る大審院大正四年三月一〇日判決¹⁴⁴において反映されたのである。この事例において、受任者が「委任者のために達成可能な最大の利益をもたらす」義務（「受任者はもっぱら委任者の利益を図らなくてはならない」という意味での「忠実義務」の一内容と理解する）に違反しており、受任者のあげた利益に相当する額の損害が委任者に生じていることに基づいて、損害賠償として解決するかもしれない¹⁴⁵。次に、②真正の利益吐出しの事例について、日本民法 646 条の定める受任者の権利移転義務について、日本の教科書等の多くは、損害賠償とは構成できない真正の利益吐出しの事例（例えば、賄賂事例、不当処分事例）を取り上げていない¹⁴⁶。移転義務の対象としては、委任事務処理の結果として受任者が取得したものが暗黙の前提とされている。

¹³⁹ BGB 667 条は、「受任者は、委任を執行するために受け取ったもの及び事務を処理することによって取得したものをすべて委任者に引き渡す義務を負う」と定める。

¹⁴⁰ 吉永・前掲注（7）126 巻 4・5 号（2002 年）613-653 頁、126 巻 6 号（2002 年）826-861 頁を参照。

¹⁴¹ 吉永・前掲注（7）126 巻 6 号（2002 年）848-852 頁を参照。

¹⁴² 吉永・前掲注（7）126 巻 6 号（2002 年）848-849 頁を参照。

¹⁴³ 吉永・前掲注（7）126 巻 6 号（2002 年）849-852 頁を参照。

¹⁴⁴ 刑録二一軒二七九頁（附帯私訴事件）。

¹⁴⁵ 吉永・前掲注（7）126 巻 6 号（2002 年）852-854 頁を参照。

¹⁴⁶ 吉永・前掲注（7）126 巻 6 号（2002 年）854 頁を参照。

しかし、条文の成立史をたどると、民法 646 条 2 項の受任者の権利移転義務から利益吐出しを導くことができる¹⁴⁷。しかも、委任契約が展開していく際に生じる利益について、これが受任者が義務付けられた委任事務処理の結果といえない場合であっても、さらに、別の基準によって委任者に配分することを認める旨を定めたものとみることができるからである¹⁴⁸。

(2) 信託契約における利益吐出し請求権

また、利益吐出しは加害者と被害者の間に信託関係を擬制し、侵害された受益者の権利または利益を信託財産とし、加害者を受託者と推定し、被害者を受益者と推定する学者も多い¹⁴⁹。では、受託者が忠実義務に違反して、受益者の権利または利益を侵害することによって生じた利益は、当然すべて受益者に帰属する。

例えば、樋口範雄教授は、信託義務の中心にある忠実義務違反を抑制するためという、明確な法政策的判断に基づいて、違反を外形的に判断し、不当な利得をすべて吐き出させる救済方法を提供するというのであると主張する¹⁵⁰。また、利益吐出しの判例から見ると、日本法がそれを認めないにもかかわらず、信託財産の損失はとりあえず問題ではなく、受託者の不当な利得を問題にして、その利得を信託財産に返還させるという命令を出すようにしたらよい¹⁵¹。

沖野眞已教授は、立法による手当てを視野に、受託者の「利益の吐き出し」の責任の現行私法制度における可能性について考察する¹⁵²。具体的には、まず、「利益の吐き出し」が問題となる局面についての信託法上の手当てとして、物上代位(14 条)、損失補償・信託財産の復旧(27 条・29 条)がある¹⁵³。次に、許されない利益取得と許される利益取得を区別する。もっとも、前者について、禁止の標準と禁止される利得の類型を検討する。それに対して、後者について、現在の社会経済状況に照らして、受託者の正当な報酬を確保する必要がある¹⁵⁴。最後に、「利益の吐き出し」にかかわる現行法上の制度としての受任者の受取物引渡義務・権利移転義務、競業避止義務違反の場合の介入権と損害額の算定を検討したことに基づいて、信託には同一・単一の法人格の特殊性と高度の信託性があることが明らかになったので、独自の救済を肯定すべ

¹⁴⁷ 吉永・前掲注(7) 126 巻 6 号(2002 年) 854 頁を参照。

¹⁴⁸ 吉永・前掲注(7) 126 巻 6 号(2002 年) 854—861 頁を参照。

¹⁴⁹ ちなみに、イギリス法上、利益吐出しは、信託(信託違反)、さらに信託関係一般(信託義務違反)のみで問題となる救済方法ではなく、様々な場面で観察される。ある程度、擬制信託は、利益吐出しを実現する法理としての信託である。中原太郎「利益の吐き出し」能見善久編著『イギリス信託法の分析と示唆〔トラスト未来フォーラム研究業書 92〕』(トラスト未来フォーラム、2022 年) 85—115 頁を参照。

¹⁵⁰ 樋口範雄『フィデュシャリー「信託」の時代—信託と契約』(有斐閣、1999 年) 246—247 頁を参照。

¹⁵¹ 樋口・前掲注(150) 215—224 頁を参照。

¹⁵² 沖野眞已「救済—受託者の『利益の吐き出し』責任について」NBL791 号(2004 年) 44—45 頁を参照。

¹⁵³ 沖野・前掲注(152) 46 頁。

¹⁵⁴ 沖野・前掲注(152) 54—56 頁を参照。

きである¹⁵⁵。

また、姜雪蓮博士は、利益吐出し責任と忠実義務の機能の関係をめぐって、考察している。第1に、利益取得禁止ルールと利益吐出し責任との関係である¹⁵⁶。一部には、利益吐出し責任は、利益取得禁止ルールを採用する場合に認められる責任であるという理解があるが、利益取得禁止ルールと利益吐出し責任は直結するものではない。利益相反行為(自己取引など)によって忠実義務違反が生じた場合にも、利益吐出し責任は結びつくものである。第2に、利益吐出しは、忠実義務違反を抑止する効果があることである。損害がなくても利益を吐き出させることで、忠実義務違反行為によって利益を得る行為をすることのインセンティブを完全に断つことになるからである。新信託法においても、このような考慮から、受託者の利益を損失と推定するという形ではあるが、実質的には利益吐出し責任を認めた(信託法 40 条 3 項)¹⁵⁷。

2. 信託義務違反説の問題点

信託義務違反説に対する批判としては、まず、上述の(1) 委任契約における利益吐出し請求権の行使は、委任者と受託者との間に合法的かつ有効な委任契約(信託関係)が存在したことを前提としている。しかし、委任契約(信託関係)が存在しない場合に、この請求権はおそらく行使できないだろう。特に、他人の権利の侵害によって不当な利益を獲得する場合、双方の間には一般的に信託関係は存在しない。

次に、上述の(2) 信託契約における利益吐出し請求権の行使は、信託関係のないところに信託関係を創設することを前提としている。英米法における擬制信託が悪意で他人の物の侵害、横領などによって利得している場合に適用されているが¹⁵⁸、日本における法定委任あるいは擬制信託は、著作権の無断使用の場面で「利益の吐出し」が正当化されるとしたときの法律構成として提唱されているだけであって、それ以上に出るものでない¹⁵⁹。そのほかに、なぜ著作権侵害の場面で無断利用者の技能・才覚によって得られた利益を吐き出させて著作権者に与えるべきなのかについては、今なお説得力のある立場を見出せないでいる¹⁶⁰。同時に、信託法 40 条 3 項において、受託者の利益を委託者の損失と推定することによってある程度利益吐出し責任を認めるにもかかわらず、なぜ受託者の技能・才覚によって得られた利益を委託者の損失と推定するのかを説明しがたいように思われる。

¹⁵⁵ 沖野・前掲注(152) 56-58 頁、佐久間毅=行澤一人司会「〈シンポジウム〉信託法と民商法の交錯」私法 2005 巻 67 号(2005 年) 39-43 頁(沖野眞已発言)を参照。

¹⁵⁶ 実は、信託法改正にあたって、法制審議会に設置された信託法部会では、かかる利益取得の禁止ルールと利益吐出し責任を立法化するか否かで議論となった。詳細な説明について、新井誠監修、鈴木正具=大串淳子編『コンメンタール信託法』(ぎょうせい、2008 年) 181-182 頁を参照。

¹⁵⁷ 姜雪蓮『信託における忠実義務の展開と機能』(信山社、2014 年) 138-139 頁を参照。

¹⁵⁸ 好美・前掲注(6) 402 頁を参照。

¹⁵⁹ 潮見・前掲注(9) 266-267 頁を参照。

¹⁶⁰ 潮見・前掲注(9) 267 頁を参照。

第2項 介入権説とその問題点

1. 介入権説の内容

事務管理の主観的要件の欠ける場合の利益吐出しをめぐる問題について、商法上の介入権説によって対応することを真っ先に考えた学者は平田春二教授である¹⁶¹。介入権説とは、支配人・代理商・無限責任社員・取締役がそれぞれ営業主・本人・会社の営業の部類に属する取引を自己のためになしたとき、後者がその取引を自己のためになされたものとみなすことができるという学説である¹⁶²。

この説は、管理者がその才能、労力、あるいは偶然の有利な機会によって異常な利益を収めた場合に、不当利得説では、不法な管理者の責任が適法な事務管理者のそれより軽くなって不合理であるとし、しかしまた、準事務管理肯定説が事務管理の諸規定の中から管理者の義務に関する規定だけを切り離して類推適用するのはその法律の根拠が明白でないとして、準事務管理と商法の規定する競業避止義務違反の場合の介入権¹⁶³との類似に着目し、後者は介入権の商法的特殊型を規定したものとみるのが妥当であり、したがって、その民法的一般型として、「〔客観的〕他人の事務を、或人がそれと知りながら自己のために管理する場合に本人がその管理を自己のためになされたものと看做すことができる」という制度が解釈上認められるべきだ、と主張する¹⁶⁴。また、平田教授は、準事務管理の本質・要件・効果を検討した上で、準事務管理的規整と本質を同じくする救済方法としての介入権構成は、民法上も認められてしかるべきだ、と指摘している¹⁶⁵。

2. 介入権説の問題点

介入権説に関しては、以下のように四つの問題点が存在している。

①介入権は営業関係の特殊性に基づくものでこれを直ちに民法上に移すことについて疑問がある。つまり、行為者と営業主との間の特殊関係を処理する介入権の基盤としては、一般人の間で他人の絶対的排他的権利領域（＝他人の事務）が悪意に侵害されることとは異なる¹⁶⁶。

②介入権はすでに事務処理関係にある者の忠実義務違反に基礎を置く制度である

¹⁶¹ 平田春二「所謂準事務管理について」法政論集3巻2号（1955年）29頁以下、同「所謂準事務管理について」私法14号（1955年）22頁以下を参照。

¹⁶² 平田・前掲注（161）法政論集3巻2号（1955年）42頁、同・前掲注（161）私法1955巻14号（1955年）28頁を参照。

¹⁶³ 商法上の介入権は、支配人の行為に関する営業主の介入権あるいは奪取権（商法41条）、代理商の行為に関する本人の介入権（商法48条）、合名会社・合資会社の無限責任社員の行為に関する会社の介入権（商法74条、147条）、取締役の行為に関する会社の介入権（商法264条）を包括している。ちなみに、現在、以上の条文は会社法制定に伴う改正により削除された。

¹⁶⁴ 平田・前掲注（161）法政論集3巻2号（1955年）49―67頁、同・前掲注（161）私法1955巻14号（1955年）28―38頁、谷口編・前掲注（94）383頁（平田春二執筆）、谷口＝甲斐編・前掲注（87）323頁（平田春二執筆）を参照。

¹⁶⁵ 谷口編・前掲注（94）379―391頁（平田春二執筆）、谷口＝甲斐編・前掲注（87）318―334頁（平田春二執筆）を参照。

¹⁶⁶ 好美・前掲注（6）427―428頁を参照。

のに対し、準事務管理はまだ適法な事務処理関係の成立していない者の間に事務处理的効果を認めようとするものであるから、介入権から準事務管理的効果を導くことは無理である¹⁶⁷。

③実は、介入権は、明治 32 年の商法制定当初より競業避止義務違反に対する会社の救済手段として規定されてきたものである¹⁶⁸。しかしながら、平成 17 年の会社法制定に伴って、介入権に関連する条文は改正により削除された。そのため、立法者が商法から介入権を切り離す意図が反映されていると思う。

④現在、取締役などが不当な行為によって得られた利益の剥奪をめぐって、介入権説の議論から忠実義務違反や競業避止義務違反の議論に転向しているようである。

さらに、忠実義務（会社法 355 条）に関しては、取締役は一般に、会社の利益を犠牲にして自己または第三者の利益を図ってはならないという義務を負うと解されている¹⁶⁹。そのため、受任者としての取締役が会社が無断で会社の資産や情報などを利用して会社の機会を取得することは忠実義務の違反となり、取締役は機会取得により得た利益の返還を命ぜられる。だが、取締役側の利益から見ると、特に事前的な技能形成のインセンティブにも配慮する必要があるため、一律の禁止ではなく、比較衡量によって義務の範囲を適切に画す姿勢が求められる、と主張している¹⁷⁰。

また、取締役が競業避止義務に違反して取引した場合、これにより当該取締役又は第三者が得た利益の額は会社に生じた損害額と推定される（会社法 423 条 2 項）。なぜならば、損害額の推定は、会社の立証責任を軽減し、会社も救済しやすくすることができるからである¹⁷¹。付言すれば、廃止された介入権の行使の効果について、取締役は取得した財産などを会社に移転する債権的義務が生ずるだけとする視点から、その効果は損害額の推定と実質的に変わらないからである。

第 2 款 契約以外—準事務管理説・事務管理説・不当利得説・不法行為説・独立の救済手段説を中心に

第 1 項 準事務管理説とその問題点

1. 準事務管理の内容

上記（第三節の中での（1）準事務管理における制裁・抑止説）のように、BGB 687 条 2 項のような民法上の明文規定を持たない日本において、解釈論として準事務管理を導入することによって、不当な利益を吐き出させると主張する学者も少なくない¹⁷²。

¹⁶⁷ 水本浩『民法セミナー 7 債権各論（下）』（一粒社、1985 年）27 頁。

¹⁶⁸ 北村雅史『取締役の競業避止義務』（有斐閣、2000 年）144 頁を参照。

¹⁶⁹ 田中亘『会社法（第 5 版）』（東京大学出版会、2025 年）280—281 頁を参照。

¹⁷⁰ 田中亘「忠実義務に関する考察—機能に応じた義務の設計方針」小塚莊一郎＝高橋美加編『落合誠一先生・還暦記念 商事法への提言』（商事法務、2004 年）225 頁以下を参照。

¹⁷¹ 上村達男ほか編『逐条解説会社法（第 5 巻 機関・2）』（中央経済社、2008 年）351—352 頁（青竹正一執筆）を参照。

¹⁷² 鳩山・前掲注（97）100 頁以下、同・前掲注（101）245 頁以下、我妻栄『現代法学全集（34）債権法（事務管理・不当利得）』（日本評論社、1930 年）111 頁以下、近藤英吉『債権法各論』（弘文堂、1933 年）168 頁以下、末川博「準事務管理」民商法雑誌 4 巻 1 号（1936 年）16 頁以下、同『末川博法

その中で、好美博士は、準事務管理ないし利益吐出しの発生根拠をはっきり検討するのみならず、日本・ドイツ・オーストリー・アメリカなどの従来の諸説または動向を踏まえつつ、他人の物の消費・加工・使用、他人の金銭による収益、特許権等の侵害という多様な場面を念頭に置いて、準事務管理の理論的な考察を行った。具体的には、まず、適用の対象について、善意侵害者と悪意侵害者を区別して、悪意侵害者のみに対しては、損害の賠償や時価相当額を超える収益の引渡請求権を認めるのが妥当である。次に、引渡の範囲について、悪意侵害者の才能・労務・幸運等によって取得した莫大な利益も包含されている。最後に、引渡の方法について、準事務管理という中間命題ないし中間的構成を入れて、事務管理の節を通じて委任の節の「受取リタル物」の引渡請求権や報告請求権の規定（民法 646 条・645 条・701 条）を類推するという方途ないし解釈的法技術をとるかどうかは、さしあたり説得性の問題に過ぎない¹⁷³。

また、準事務管理で保護される権利は、財産権（特に物権、知的財産権）だけでなく、人格権（特にパブリシティ権、一般的人格権）も包括している。このような権利の侵害によって管理者（侵害者）が利益を獲得した場合に、本人（権利者）は、どのようにして準事務管理を通じて救済を求めるのか。以下では、澤井裕説と藤原正則説を参照して¹⁷⁴、日本における準事務管理の要件と効果を検討したい。

第一に、要件について。客観的他人の事務を、他人の事務と知りながら¹⁷⁵、自己のためにする意思をもって処理することである。つまり、管理者は自分が利益を獲得するために、本人の権利であることを知りながら侵害した場合である。

第二に、効果について、（1）管理者の義務と（2）本人の義務が分けられている。さらに、（1）管理者の義務は、①本人の意思・利益への適合的管理義務（民法 697 条の類推）、②管理継続義務（民法 700 条の類推）、③管理開始の通知義務（民法 699 条の類推）、④計算・報告義務（民法 701 条による 645 条の準用の類推）、⑤事務処理によって取得したものの引渡・移転義務（民法 701 条による 646 条の準用の類推）を包括している。注意すべきなのは、⑤に関しては、異なる解説がある。引渡・移転の対象について、一般に、管理者が取得した全部の利益（管理者自身の才能・労務・幸運等によって取得した莫大な利益も含む）を指す。しかし、奇妙なことには、一部の学者は、管理者自身の才能・労務・幸運によって取得した利益を有益費とみて引渡・移転され

律論文集Ⅲ 債権』（岩波書店、1970 年）483 頁以下、戒能通孝『債権各論（下巻）』（巖松堂書店、1943 年）404 頁以下、好美・前掲注（6）371 頁以下、鈴木禄弥『債権法講義』（創文社、1980 年）410－411 頁、澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為〔第 3 版〕』（有斐閣、2001 年）20 頁以下、藤原・前掲注（102）『不当利得法』269 頁以下、同・前掲注（102）『不当利得法〔全訂第 2 版〕』298 頁以下、山川一陽「事務管理概念といわゆる準事務管理について」民事法情報 247 号（2007 年）78 頁以下、近江幸治『民法講義Ⅵ 事務管理・不当利得・不法行為〔第 3 版〕』（成文堂、2018 年）20 頁以下などを参照。

¹⁷³ 好美・前掲注（6）371 頁以下を参照。

¹⁷⁴ 澤井・前掲注（172）21－22 頁、藤原・前掲注（102）『不当利得法』273－274 頁、同・前掲注（102）『不当利得法〔全訂第 2 版〕』302－303 頁を参照。

¹⁷⁵ 侵害者の主観的要件については、一般に故意のみを指す。しかし、四宮教授は重過失も含むべきだと主張している。四宮和夫『現代法律学全集 10 事務管理・不当利得』（青林書院、1981 年）43－46 頁を参照。

るべき収益から控除すべきであると指摘している¹⁷⁶。他方で、本人は(1)管理者の義務によって利益を受けるのであるから、有益な費用を償還するのは公平ないし信義則上、当然である。だからこそ、(2)いわゆる本人の義務とは、本人が管理者に対して、有益な費用の償還の義務を負うというものである。なお、その償還の範囲は、本人の意思に反し本人の利益に適合しない事務管理がなされた場合と同様に、不当利得による現存利得の返還義務を負うことになる(民法702条3項の類推)。

2. 準事務管理説の問題点

準事務管理説に対しては、「準事務管理を日本に導入することの困難性」、「準事務管理自体の正当性の欠如」、「引渡しの範囲が広すぎる」と及び「適用の範囲が狭すぎる」という四つの方向から批判が噴出している。具体的には、まず、「準事務管理を日本に導入することの困難性」について、BGB 687条2項のような民法上の明文規定を持たない日本において、解釈論として準事務管理を導入することが困難である¹⁷⁷。次に、「準事務管理自体の正当性の欠如」について、「他人のため」の事務という事務管理にとって最も基本的な要件を欠く準事務管理は、事務管理の効果のみを借用するものであって仮託理論に過ぎない¹⁷⁸。そして、「引渡しの範囲が広すぎる」とに関しては、管理者が自らの才覚により獲得した利益は、準事務管理に基づき、そのような利益の引渡請求権を権利者に与える正当化に疑問がある¹⁷⁹。最後に、「適用の範囲が狭すぎる」とに関しては、利益吐出しを、侵害者の主観が故意である場合以外の場合も含めて正当に扱うために、準事務管理構成は用いられるべきではない¹⁸⁰。

第2項 事務管理説とその問題点

1. 事務管理説の内容

もちろん、一部の学者は、事務管理の構成要件を拡大解釈することによって、準事務管理の効果(全ての利益の剝奪)を実現することを主張している。一般に、通説によれば、管理者の主観的な面(主観的要件)では「本人のために」という管理意思が欠けていると、事務管理を認めることは困難である。このような問題を解決するために、次の二種類の方策が提案されている。つまり、①事務管理において管理者に他人の事務を管理する意思の存在することは必要でなく、社会一般の通念上客観的に本人の利益を実現すれば十分である¹⁸¹。それに対して、②本人の利益及び意思への適合性

¹⁷⁶ 末川博『債権各論(第2部)』(岩波書店、1941年)520頁、戒能・前掲注(172)406-407頁などを参照。

¹⁷⁷ 末弘厳太郎『債権各論』(有斐閣、1919年)898頁以下を参照。

¹⁷⁸ 窪田・前掲注(8)「不法行為法と制裁」690頁、長野・前掲注(4)92頁を参照。

¹⁷⁹ 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社、1937年)23頁、同『債権各論(下巻一)』(岩波書店、1972年)925頁以下、潮見・前掲注(9)264頁以下を参照。

¹⁸⁰ 窪田編・前掲注(94)46頁(平田健治執筆)を参照。

¹⁸¹ 小池隆一『準契約及事務管理の研究』(清水書店、1935年)286-301頁を参照。

がおよそ欠缺する「不当な事務管理」の場合においては、本人の追認によって欠缺が治癒されるとするものである¹⁸²。実は、方策としての①と②は、真正の事務管理が成立することによって利益吐出しという問題にも対応するため、事務管理説とも呼ばれている。

2. 事務管理説の問題点

事務管理説に対する批判としては、まず、「本人のために」という利他的な「人類扶助」ではなく、「自分のために」という利己的な目的を実現するために、本人の権利を侵害する場合を、たとえ結果的にその本人の利益となっても、直ちに適法行為とされる事務管理そのものと目することには問題がある¹⁸³。次に、上記の方策①に対する批判としては、本人の事務を自己のために故意に侵害する場合には、結果的にも本人の利益にはならない場合が圧倒的に多い¹⁸⁴。そして、上記の方策②に対する批判としては、三つの見解がある。第一に、管理者が主観的に本人のためにする意思で管理した場合における本人の追認とは、事情を異にし、同一には論じえまい¹⁸⁵。第二に、管理の違法性阻却の面では本人の追認で足りるとしても、管理者が義務に縛られる点については積極的な根拠が必要となる¹⁸⁶。第三に、本人の追認によって管理者の全部の利益を剥奪できるとする論理は飛躍しすぎているといわざるを得ない¹⁸⁷。

第3項 不当利得説とその問題点

1. 不当利得説の内容

伝統的に、不当利得・不法行為を見ると、「利得の償還」または「損害の賠償」を問わず「損失・損害」を上限としている。しかし、我妻栄教授の新説によると、不当利得または不法行為説は、不当利得返還請求権または損害賠償請求権の範囲を柔軟に解釈することによって権利者を十分に保護することができ、準事務管理を導入する必要はない¹⁸⁸。また、我妻教授は、管理者（加害者）の特殊の才能によって異常の利益を獲得した場合について、準事務管理によると、そのような利益の引渡請求権を本人（被害者）に与えると批判した。さらに言えば、事務管理としてもその才能が経済的価値あるものなので、一種の費用として本人から償還すべきものであり、そうでなければ本人が他人の才能により不当の利得をすることになるとする¹⁸⁹。不当利得または不法行為説に関しては、我妻教授の新説以降も多く of 学者に支持されている¹⁹⁰。

¹⁸² 木村常信「事務管理・債権者代位権と法定代理」産大法学8巻3号（1974年）18-21頁、加藤雅信『事務管理・不当利得』（三省堂、1999年）26頁などを参照。

¹⁸³ 好美・前掲注（6）376頁を参照。

¹⁸⁴ 好美・前掲注（6）376頁を参照。

¹⁸⁵ 好美・前掲注（6）377頁を参照。

¹⁸⁶ 植本・前掲注（132）34頁を参照。

¹⁸⁷ 近江・前掲注（172）23頁を参照。

¹⁸⁸ 我妻・前掲注（179）『事務管理・不当利得・不法行為』19頁以下を参照。

¹⁸⁹ 我妻・前掲注（179）『事務管理・不当利得・不法行為』23頁を参照。

¹⁹⁰ 例えば、四宮和夫「不正競争と権利保護手段—不法行為法の理論を中心として」法律時報31巻2号

また、石田文次郎教授は、準事務管理の思想を排除して、不当利得の問題として、取扱うのが妥当だと指摘している¹⁹¹。具体的には、まず、不当利得と不法行為との基本的差異がある。つまり、不法行為の制度が被害者の蒙った損害の填補を目的とするが、不当利得制度は、受益者の取得した不当な利得を公平に清算することという目的を達成している。次に、給付行為に基づかない場合には、損失の範囲という簡単な事柄では決定せず、不当利得の理念に基づき公平なる利益の分配の思想に立たなければならない。しかも、準事務管理によって受益者の取得した利益全部の引渡しを認めることは、かえって不当な結果をもたらす恐れがある。最後に、不当利得によって、損失者の権利の客観的価値を算定すると共に、受益者の支出した費用・技能・考案を評価し、割合に従って利得を比例的に分配すべきである¹⁹²。

続けて、村田大樹教授は、ドイツと日本における侵害利得の現状と構成などを詳細に整理・検討するが、不当利得法によって「利益の吐き出し」を認めるべきであるとの結論には至っていないと主張している¹⁹³。しかし、近時、侵害利得による利益吐出しという問題への対応を試みることを正面から提唱している学者は長野史寛教授である¹⁹⁴。長野説（侵害利得による利益吐出しの要件・効果）と一般的な侵害利得の要件・効果との違いをより明確に呈するためには、一般的な侵害利得について予め紹介する必要があると思う。

一般的な侵害利得の要件は、①他人の権利の割当内容である利益を受けることと、そのような②利益の取得が権原によらないものであることを包括している。それについて、二つの点が注意されるべきである。つまり、第1に、権利侵害に関する侵害者の故意または過失は不要である。第2に、有償取引の安全を保護するために、例外的な場合としての民法189条1項（善意の占有者による果実の取得）の定める場合において、侵害者が侵害利得返還義務を負わない¹⁹⁵。また、一般的な侵害利得の効果は、原物返還が原則であり、それがもはや不可能な場合に客観的価値返還となる¹⁹⁶。だからこそ、原物以外の利益または客観的価値を超える利益は侵害利得によって吐き出されない。

ところで、長野説によれば、侵害利得による利益吐出しの要件は、次のような三つの要素を含む¹⁹⁷。つまり、①侵害者が他人の権利の利用・処分によって当該権利を行使したことが必要である。②侵害者の得た利益が、当該権利の利用・処分の結果と評

（1959年）16頁以下、松坂佐一『事務管理・不当利得〔新版〕』（有斐閣、1973）50頁以下などを参照。

¹⁹¹ 石田文次郎「不当利得に於ける『損失』に就て」法学論叢37巻4号（1937年）1-19頁を参照。

¹⁹² 石田・前掲注（191）1-19頁を参照。

¹⁹³ 村田・前掲注（103）355-414頁、同「『利用型』侵害利得の構造」私法2013巻75号（2013年）193-200頁、同「侵害利得の体系的位置づけ—あるいは侵害利得の解消論」中原太郎編著『現代独仏民事責任法の諸相』（商事法務、2020年）307-337頁などを参照。

¹⁹⁴ 長野・前掲注（4）89-115頁を参照。

¹⁹⁵ 中原ほか・前掲注（106）230-240頁（根本尚徳執筆）を参照。

¹⁹⁶ 根本ほか・前掲注（72）246-249頁（林誠司執筆）を参照。

¹⁹⁷ 長野・前掲注（4）108-111頁を参照。

価されるものでなければならない。③問題の利益は、被侵害権利と偶然ではない実質的な関連づけを有する必要がある。すなわち、被侵害権利と利用成果との間に、後者が前者に内在する利用成果獲得可能性の現実化と見られるような関係が存在することが必要である¹⁹⁸。そして、その要件に関連する問題点も提起されている。1つ目の問題点は、経済活動の萎縮を回避するために、自らの行為の適法性に対する信頼をどこまで保護すべきかということである¹⁹⁹。この問題点に関しては、長野教授は、「利用・処分結果の割当を通じた権利保護の要請と、そうした経済活動への萎縮効果を回避すべき要請との衡量が求められる。特に、人格的権利について言うと、人格保護という割当の根拠の重要性に鑑みれば、信頼保護のための受益権限をそう簡単に認めるべきではない。そうすると、民法 189 条 1 項に相当する規定が置かれていないのは侵害保護を否定する趣旨だと解する可能性もある」と指摘している²⁰⁰。また、二つ目の問題点は、侵害者の主観的態様の如何を問わず、不法行為における違法性阻却事由に対応するような正当化事由を認める必要性がないかということである²⁰¹。この問題点について、長野教授は、「事前の契約締結が困難な事情があり、かつ直ちに他人の権利を利用しないと侵害者に重大な不利益が生じるような場合である。このような場合には、例外的に、利用・処分結果の取得に関する限りは免責されるとの扱いにも一定の合理性を認めうる。ただし、人格保護の要請が強い権利については、そうした扱いを認める余地はないだろう」と主張している²⁰²。

他方、以上の要件を充たす場合でも、侵害者利益の一部の返還を正当化できるが、その全部についての返還義務を認めることはできない²⁰³。侵害利得による利益吐出しの効果について、長野教授は、「実際に得られた侵害者利益を前提として、権利者の権利と侵害者の労務等がそれぞれどれだけの寄与をしたと評価できるかという観点から配分を行う他ない」と指摘している²⁰⁴。なぜならば、侵害者が利益獲得に際して自らの労務や能力を投入している場合、侵害者利益は被侵害権利の利用成果であると同時に、侵害者の労務等の成果でもあるからである²⁰⁵。その結果、この場合には、侵害者利益は権利者と侵害者に準共有的に帰属することになる²⁰⁶。また、その要件に関連する問題点が浮上している。すなわち、侵害行為が故意による場合にも、以上のような配分を認めなければならないのかどうかである²⁰⁷。このような問題点の回答に関しては、長野説によると、たとえ侵害行為が故意によるものだったとしても、侵害者

¹⁹⁸ 長野・前掲注 (4) 109 頁を参照。

¹⁹⁹ 長野・前掲注 (4) 109-111 頁を参照。

²⁰⁰ 長野・前掲注 (4) 110-111 頁を参照。

²⁰¹ 長野・前掲注 (4) 111 頁を参照。

²⁰² 長野・前掲注 (4) 111 頁を参照。

²⁰³ 長野・前掲注 (4) 112-115 頁を参照。

²⁰⁴ 長野・前掲注 (4) 113 頁を参照。

²⁰⁵ 長野・前掲注 (4) 112 頁を参照。

²⁰⁶ 長野・前掲注 (4) 112 頁を参照。

²⁰⁷ 長野・前掲注 (4) 113 頁を参照。

利益の寄与割合に応じた配分を否定することはできない²⁰⁸。言い換えれば、民法典の基礎にある評価と整合するために、故意を持つ侵害者の技能・才覚・資本などによって得られた利益は、この侵害者に配分されているべきである²⁰⁹。

2. 不当利得説の問題点

注意すべきなのは、以下の不当利得説に関する問題点について、長野説の以前の学説をめぐる批判を取り上げている。具体的には、①侵害利得制度を割当内容説²¹⁰のように捉えたときには、権利者に本来帰属すべき利益の回復を図るのが侵害利得制度であることから、権利者に本来帰属すべき利益を具体的権利者ベースで捉えようと、一般的・抽象的に捉えようと、侵害者利益と、権利者に本来帰属すべき利益とは、同義ではない²¹¹。②侵害利得制度を違法性説²¹²のように捉えたには、「不法行為により生じた利益の吐出し」を、不当利得制度の中で一不法行為によるのと異なって「損失」を要件とせず、他方、権利者に割り当てられた権利の内容をも考慮せずに一認めるに等しい。しかも、侵害利得における違法性説は、侵害者の主観的態様を問わずに侵害者利益の吐出しを認める点も、問題である²¹³。つまり、無過失の侵害者に対する全ての利益の吐出しが認められることは、行き過ぎではないか。

ところが、問題点①「侵害者利益と権利者に本来帰属すべき利益とは同義ではない」を克服するために、長野説は、侵害利得制度が割当内容説に基づいて捉えた場合に、権利者にいかなる価値を割り当てているのかについて、利用可能性または利用権限全体の客観的価値（通説・客観的価値説）と異なり、それぞれの権利の趣旨・目的を踏まえた解釈によって決められるべきだ、と指摘している。さらに言えば、財産的権利と人格的権利については、利用可能性ないし利用権限全体の価値にとどまらず、権利の利用・処分の結果を広く権利者に割り当てるべき必要性がある²¹⁴。また、長野説は、問題点②「侵害者の主観的態様を問わずに侵害者利益の吐出しを認める点も、問題である」が存在することも承認しているようである。さらに、無過失の侵害者に全ての利益を吐き出させるべきではないだけでなく、故意の侵害者に対しても寄与割合に応じた配分を否定することはできない²¹⁵。

また、大久保教授は、長野教授が述べた利用成果の割当に関する見解に対して、主に二つの疑問点を提示した。つまり、まず、「利用成果」が特許権に割り当てられて

²⁰⁸ 長野・前掲注（4）113－115頁を参照。

²⁰⁹ 長野・前掲注（4）112－115頁を参照。

²¹⁰ 割当内容説とは、権利者に排他的に帰属が割り当てられた権利・利益（割当内容を持つ権利）の価値が権利者以外の者に帰属している場合に、排他的帰属が認められた権利・利益の回復を図るのが侵害利得制度だとする考え方である。潮見・前掲注（9）246－248頁を参照。

²¹¹ 潮見・前掲注（9）263－264頁を参照。

²¹² 違法性説とは、侵害者が違法な行為によって取得した利益を侵害者のもともとから剥奪して権利者に与えるのが侵害利得制度だとする考え方である。潮見・前掲注（9）246－248頁を参照。

²¹³ 潮見・前掲注（9）264頁を参照。

²¹⁴ 長野・前掲注（4）95－96頁を参照。

²¹⁵ 長野・前掲注（4）112－115頁を参照。

いることを認めるとしても、「権限」が特許権に割り当てられていることを否定することにはならない²¹⁶。次に、侵害利得においては、「法の定める財貨の帰属秩序に反して権利者から侵害者に移転したものが返還の対象となる」ところ、侵害者が特許権発明の実施により獲得した利益と、権利者による特許権発明の実施により獲得が期待される利益とは別個のものであるため、権利者から侵害者に利益が移転したとはいえない可能性がある²¹⁷。私見としては、長野教授は、利益吐出しの法理について非常に有益な探究を行ってきた。しかし、二つの問題点も残されているかもしれない。まず、一つ目の問題点については、長野説によれば、利益吐出しの発生根拠は、①利用権設定や権利処分という取引の基盤を確保する必要性及び②誰に利用させるかを決定する権利者の自由の保護である。しかも、抑止の視点または抑止論は、権利の割当内容の解釈において重要な役割を果たしている。しかし、この二つの発生根拠と抑止論との関係については、長野教授は、正面的で直接的な答えを示していないようである。次に、二つ目の問題点については、長野教授の見解によると、市場や景気の動向などの諸事情は、利益の創出に大きな影響を与える可能性がある。だが、残念なことに、このような偶然・幸運の諸事情によって創出された利益を加害者と権利者との間で如何に配分すべかという点については、長野教授は、現時点においてさらなる説明を示していない。

第4項 不法行為説とその問題点

1. 不法行為説の内容

特許法 102 条 2 項に基づき、加害者が侵害行為により利益を受けているときに、その利益の額を特許権者または専用実施権者が受けた損害の額と推定することが可能である。しかし、特許法 102 条 2 項によって規定されている救済方法と、不法行為法の一般法理との関係が問題となっている²¹⁸。大西説によれば、日本において「損害賠償」は「損害の填補」であると性質決定されているとすると、「加害者の取得した利得に着目した『原状回復的損害賠償』」を認めることができるかもしれない²¹⁹。そうすると、利得の吐出しを規定する知的財産権についての制定法を不法行為の一般法理にフィードバックし、財産権を侵害する不法行為について、その侵害抑止を根拠に利得の吐出しを認めるべきである²²⁰。しかも、財産権としてのパブリシティ権の侵害と理解できる場合を除き、名誉毀損の不法行為など、財産権侵害としての利得の吐出

²¹⁶ 大久保邦彦「不正競争に基づく不当利得責任」阪大法学 71 巻 5 号（2022 年）39－40 頁を参照。

²¹⁷ 大久保・前掲注（216）40－42 頁を参照。

²¹⁸ 大西・前掲注（9）293 頁以下を参照。

²¹⁹ 大西・前掲注（9）306 頁。また、大西教授は、「損害賠償法が、必ずしも過失責任を前提とした損害填補ということに尽きるものではなく、したがってまた、厳密に填補に基づくとはいえない懲罰的損害賠償や、あるいは取得した利益を損害額と推定するような損害賠償制度の位置付けにもつながっているのではないか」と提唱している。大西邦弘「損害賠償法における制定法義務違反の意義・機能（二・完）」民商法雑誌 127 巻 3 号（2002 年）415 頁を参照。

²²⁰ 大西・前掲注（9）358 頁を参照。

しと懲罰的損害賠償の棲み分けが図られなければならない、とも主張している²²¹。

近年、BGH のカロリーヌ・モナコ王女事件の事件をめぐって、「人格権が侵害された場合、権利侵害による利益の追求は、金銭賠償額の判断における算定要素として取り込まれるべきである」との興味深い評価が目立つ²²²。とりわけ、回復困難な名誉毀損や回復不可能なプライバシー侵害や人格的利益侵害による利益を不正に取得した状況において、差止めあるいは伝統的な損害賠償の有効性が大きいとしても、現実的に両者が常に有効に機能するというわけでもない。こうした背景では、「有効な」損害賠償が必要となる。したがって、窪田教授は、懲罰的損害賠償としての不当な利益の吐出しは解釈論上無理があるとしつつも、利益追求型不法行為あるいはフリーライド型不法行為において、利益吐出しを損害の金銭的評価のプロセスを通じて実現することが可能であると指摘している²²³。位置的には、こうした利益追求型不法行為は不法行為類型として注目されるべきである。

ところが、窪田教授によれば、不法行為法上の救済の障害としては損害という要件である²²⁴。つまり、差額説を前提とし考えると、加害者が被害者の権利を無断利用しなかったとしても、その権利を被害者が自ら利用していなかったとすれば、結局、不法行為があってもなくても財産状態に変わりはなく、損害は発生していないとされたのである²²⁵。しかし、損害事実説を前提として考えた場合、そうした差額説的な金銭評価の手法を排除しているわけではないにもかかわらず、利益追求型不法行為において、加害者が取得した利益を手掛かりとして損害を金銭的に評価することが認められるのであれば、不法行為法による救済が可能となる²²⁶。特に、加害者は、当該権利の経済的価値を出発点として、損害または権利の価値を金銭的に評価するということは、理論的な障害をかかえているわけではない²²⁷。

また、利益追求型不法行為における損害の認定について、加害者側の利益の吐出しが問題となるような不法行為は、その性質上、人格権侵害に限定されるわけではないが、知的財産法の領域に見出されるのが窪田教授の主張である。例えば、特許

²²¹ 大西・前掲注 (9) 360—361 頁を参照。

²²² 例えば、中村哲也「人格の商品化とドイツ不法行為法—カロリーネ・フォン・モナコ事件をめぐって」法政理論 33 巻 2 号(2000 年)1 頁以下、窪田・前掲注 (8) 「ドイツ法における人格権侵害を理由とする損害賠償請求権の役割—BGH のカロリーヌ・モナコ王女事件判決をめぐる状況」33 頁以下を参照。

²²³ 窪田・前掲注 (8) 「人格権侵害と損害賠償—人格的利益の侵害を契機とする民法七〇五条についてのスケッチ」562—566 頁、同・前掲注 (8) 「不法行為法と制裁」685—688 頁。そのほかに、山下純司教授は、利益吐出しの損害賠償をめぐる問題の本質について、「民法 709 条の文言が「損害」を賠償の対象としていることが、利益吐出し責任の実現を妨げるのではないか」という問題と、「損害を算定するに当たり、なぜ加害者の利得を参照することが許されるのか」という問題を分けて検討している。山下・前掲注 (6) 26—34 頁を参照。

²²⁴ ここで注意すべき点は、前掲 BGH 判決も、損害の有無にかかわらず、加害行為の抑止を目的として、加害者から利益を吐き出させるとしているわけではなく、賠償額の算定について加害者の利益を考慮するということを述べているだけなのである。日本の不法行為法の枠組みに当てはめれば、あくまで損害要件は維持したうえで、その損害の算定について加害者の利益を反映させることができる。窪田・前掲注 (110) 「不法行為法における法の実現」91 頁を参照。

²²⁵ 窪田・前掲注 (8) 『不法行為法—民法を学ぶ (第 2 版)』412 頁を参照。

²²⁶ 窪田・前掲注 (8) 『不法行為法—民法を学ぶ (第 2 版)』412 頁を参照。

²²⁷ 窪田・前掲注 (8) 『不法行為法—民法を学ぶ (第 2 版)』412—413 頁を参照。

法 102 条は、侵害者の取得した利益に焦点を当てた損害賠償について規定している。特に、同条 2 項は、特許権者等からの損害賠償請求について、侵害者が侵害行為による利益を受けている場合、その利益の額は、特許権者などが受けた損害の額と推定される²²⁸。

もちろん、加害者が取得した経済的な利益の中には、被害者の寄与だけでなく、加害者自身の寄与もある。では、そのような利益は加害者と被害者の間で分配されるべきだろうか。窪田教授は、加害者自身の寄与を控除するということを主張している²²⁹。しかし、それは加害者の側で積極的に主張立証しなくてはならないのであり、その中では、そうした加害者の反論の法的な妥当性²³⁰も問題とし得る。その点に関しては、原則を転換することには実践的にも大きな意味がある²³¹。しかも、こうした利益取得型の不法行為においては、安易に過失相殺を容認しない。なぜならば、もし安易に容認すれば、単に責任の分散化をもたらすだけではなく、同時に、加害者の利益の保持を承認することにもつながっていくことだからである²³²。

利益追求型不法行為の適用状況をより具体的に示すために、窪田教授と山下教授はそれぞれ他人の情報の不当利用（特にパブリシティー権侵害）によって利益を取得した場面を取り上げて検討している。窪田教授は、加害者が故意に被害者のパブリシティー権を無断行使して不正な利益を取得した場合、フリーライドの抑止・制裁のために加害者が取得した利益を吐き出させることを提唱する²³³。そのほかに、権利アプローチをいったん放棄して、情報の不正利用という違法行為から生じた利得を、加害行為の違法性、被害者の損失と被害者の過失を総合考慮して、割合的に分配するというものである²³⁴。

さらに、現在、ここで示した手法は、あくまで損害の金銭的評価というレベルで問題を解決しようとするものなのであり、ただちに制裁的な損害賠償として利益吐出しをさせるといったものではないことは確認しておきたい²³⁵。もっとも、将来、オランダ民法第六編 104 条²³⁶のように、日本民法で 704 条にあたる条文を 709 条の 2 という形で置くようなタイプの制度はあり得ることと指摘している²³⁷。

²²⁸ 窪田・前掲注（114）243－244 頁を参照。

²²⁹ 窪田・前掲注（8）『不法行為法—民法を学ぶ（第 2 版）』413 頁を参照。

²³⁰ すなわち、加害者は、他人の権利を無断に利用して利益を得たにもかかわらず、自分の才覚などの適法なコストによるものだとして主張することの合理性である。

²³¹ 窪田・前掲注（8）『不法行為法—民法を学ぶ（第 2 版）』413 頁を参照。

²³² 窪田・前掲注（115）103 頁を参照。

²³³ 窪田・前掲注（8）「不法行為法と制裁」667 頁以下、同・前掲注（15）721 頁以下も参照。

²³⁴ 山下・前掲注（6）32 頁を参照。

²³⁵ 窪田・前掲注（8）『不法行為法—民法を学ぶ（第 2 版）』413 頁を参照。

²³⁶ オランダ民法第六編 104 条は、「他人に対して不法行為または契約違反によって責任を負う者がこの行為または違反によって利益を取得した場合、裁判官は、被害者の求めに応じて、この利益の全額または一部を損害として評価することができる」と規定している。

²³⁷ 浦川ほか・前掲注（116）16 頁（窪田教授発言）。さらに付言すれば、廣峰教授は、フランスにおける民事罰と債務法改正作業の示唆を受けて、他人への利益侵害を顧みずに自己の利益を追求する行為に対して、民事罰を通じて不当な利益を奪う試みを行っている。廣峰・前掲注（117）『民事責任における抑止と制裁—フランス民事責任の一断面』197－204 頁。しかし、実は、フランスにおける民事罰

2. 不法行為説の問題点

不法行為説への批判は、主に三つの視点から論じられる。すなわち、まず、①「侵害者利益による損害算定」が、少なくとも「被害者不利益による損害算定」という従来の不法行為法の枠組みを大きく踏み越えているという問題がある²³⁸。さらに言えば、前者は侵害者の利得を中心に行っているが、後者は被害者の損害に焦点を当てている。そのほかに、もし利益追求型不法行為を不法行為類型として認められれば、損害填補・利得禁止・損益相殺という三つの原則に違反するのではないか。次に、②管理者が自らの才覚により獲得した利益について、不法行為法に基づき、そのような利益の引渡請求権を権利者に与える正当性に疑問がある²³⁹。最後に、③「利益吐出し型損害賠償」を不法行為の枠内で認める立場を採り、かつ、不当利得法において「割当内容説＋客観的価値説」を採ったときには、不当利得制度との調整をどのように図るかが問題となる²⁴⁰。

第5項 独立の救済手段説とその問題点

1. 独立の救済手段説の内容

準事務管理、不当利得、不法行為などの解決策が既存の法体系内あるいは他国の制度の導入で利益吐出しという問題を解消するのとは異なり、独立の救済手段とは、以上の解決策から離脱し、利益吐出し自体を独立した救済手段とすることを指す。さらに言えば、比例原則を基礎に据え、権利者の権利（及び潜在的権利者群）と侵害者（及び潜在的侵害者群）の権利の間で権利保護の必要性・相当性と権利制約の必要性・相当性を吟味する中で解答を与えられるべきものである。日本において、この主張の嚆矢となった学者は潮見佳男教授である²⁴¹。

潮見教授は、まず、著作権侵害の効果論において基礎に据えられている我妻栄の不法行為・不当利得論を整理し、次に、この問題に関係する不法行為損害賠償法（特に、特許権侵害や人格権侵害の場合での利益吐出し型損害賠償）・不当利得法（特に、侵害利得における割当内容説と違法性説）・準事務管理（特に、その制度の内在的議論）の現在における理論的到達点を明らかにする²⁴²。そして、そのうえで、利益吐出し型損害賠償・侵害利得・準事務管理などの問題点を考察する²⁴³。最後に、利益吐出しを独自の救済手段の一つとして認め、被侵害者の権利と侵害者の権利が比例原則に照ら

金制度導入の提案は、2024年2月6日の元老院において削除された。逆に、フランスの一部の学者は、「一般的民事罰金制度と罪刑法定原則などとの抵触を考慮して、むしろ違法収益返還賠償を導入すべきである」と提唱していた。大澤・前掲注（117）22-50頁を参照。

²³⁸ 長野・前掲注（4）93-94頁を参照。

²³⁹ 長野・前掲注（4）94-95頁を参照。

²⁴⁰ 潮見・前掲注（9）262-263頁。

²⁴¹ 潮見・前掲注（9）262-267頁を参照。

²⁴² 潮見・前掲注（9）216-257頁を参照。

²⁴³ 潮見・前掲注（9）262-263頁を参照。

し衡量されることを提唱する²⁴⁴。

そのほかに、平田健治教授も、準事務管理の枠組や制約を離れ、独自の制度設計が必要とされることを指摘している²⁴⁵。具体的原因は、二つがある。一つは、利益吐出しを、侵害者の主観が故意以外である場合をも含めて正当に扱うために、準事務管理構成は用いられるべきではない²⁴⁶。もう一つは、もし準事務管理によって不当な利益を剥奪すれば、事務管理意思のような利他的意思ではなく自利的意思の場合にまで、事務管理の適用範囲を拡張する恐れがある²⁴⁷。

2. 独立の救済手段説の問題点

独立の救済手段説について、私見としては、以下のような疑問があると思われる。

①は、行政法などのような公法における一般原則としての比例原則は、ある程度民法の領域に適用されることを制限すべきだろう。もちろん、瀬川信久教授は、比例原則の考え方が民法、競争法、知的財産法にも浸透しているにもかかわらず、比例原則・利益衡量を要請する紛争類型・思考構造を整理し、裁判がどのような合理性を要求するのかを考えながら、各紛争類型で採るべき思考様式の組合せを探求すべきだと指摘している²⁴⁸。つまり、比例原則は重要な意義を有するが、被侵害者の権利と侵害者の権利の衡量に導入できるかどうか、かつどのように導入するかなどの新たな問題に直面せざるを得ない。

②は、新たな救済手段の設計や、このような手段と既存の手段との関係の調整などのコストは、もっと高くなる可能性がある。さらに、利益吐出しをめぐる問題に対して、もし自国の既存の救済手段と他国から導入する救済手段を通じてうまく解決できなければ、確かに新たな手段を設計する必要がある。しかし、このような手段にかかわる設計・応用のコスト、他の制度との調整のコストなども無視できないだろう。

第3款 小括

以上のように、法律構成にかかわる論争が激しいのみならず、各学説においていくつかの問題点も存在している。単に法律効果を着目してみれば、加害者が取得した利益に対して、全部が吐き出される態様と一部が吐き出される態様が存在している。言うまでもなく、両者の相違点は、加害者自身の才能・労務、あるいは偶然の有利な機会・幸運によって取得した利益が被害者に分配されるべきか加害者に分配されるべき

²⁴⁴ 潮見・前掲注(9) 266-270頁を参照。

²⁴⁵ 窪田編・前掲注(94) 46頁(平田健治執筆)、平田健治『事務管理の構造・機能を考える』(大阪大学出版会、2017年) 369頁を参照。

²⁴⁶ 窪田編・前掲注(94) 46頁(平田健治執筆)を参照。

²⁴⁷ 平田・前掲注(245)『事務管理の構造・機能を考える』369頁を参照。

²⁴⁸ 瀬川信久「利益衡量・比例原則の新たな広がり」と課題一日仏の比較検討」日本學士院紀要 76 卷 1 号(2021 年) 55-78 頁。ちなみに、中国民法における比例原則をめぐる議論について詳細に論じるものとして、拙稿「比例原則応否引入民法—与鄭曉劍先生商榷」田立編『山東大学法律評論』(山東大学出版社、2019 年) 102-122 頁、同「論民事裁判中の比例原則運用—従方法論視点切入」法律方法 28 卷(2018 年) 365-382 頁を参照。

かというものである。実は、このような相違点は、価値判断の区分であり、法政策の選択でもある。

そして、被害者に吐き出された利益を分配するために、既存の制度（委任契約・介入権・事務管理・不当利得・不法行為）を柔軟に適用するか、他国の制度（英米法における擬制信託・ドイツ法における準事務管理）を導入するか、既存の制度から離脱し新たな制度を創設するか。これらの法的構成については、発生根拠・法律効果（特に算定方法）だけでなく、法体系の安定、実務の便益なども考慮すべきであろう。

また、民法領域における法的問題の処理にあたっては、意識的に、あるいは無意識的に、法の比較が数多く行われている²⁴⁹。一方で、比較は、自己と他者との対話であり、しかも、弁証法的にレベルアップしていく対話である（認識の弁証法的発展）²⁵⁰。他方で、比較法は、法解釈に対し「解決方法の貯蔵庫」としての役割を果たすことができる²⁵¹。そのため、以下では、中国法（第2章）とドイツ法（第3章）の立法・学説・判例に関する考察を踏まえて、利益吐出しの根拠・構成の再構造を図ることにした。

²⁴⁹ 能見善久「民法における比較法」法律時報 92 巻 4 号（2020 年）14 頁。

²⁵⁰ 能見・前掲注（249）15 頁。

²⁵¹ 五十嵐清（鈴木賢＝曽野裕夫補訂）『比較法ハンドブック〔第3版〕』（勁草書房、2019 年）106 頁。

第2章 中国法における議論状況

専制政治、自給自足経済、「重義軽利」の儒家思想、および「礼」の宗法原則などの要素の影響を受けて、中国における伝統的な民法の発展は遅れた²⁵²。清末法制の変革は西洋法制の導入を開始し、民法典の編纂に着手した後、1929年に南京国民政府が制定した中国民法典が正式に公布された。1949年の中華人民共和国政府の成立に伴って、その民法典は廃止されたが、相当部分は現在も台湾地区においては適用されている。

ところが、今日において世界最新の民法典としての中国民法典は、2020年5月28日に成立し、2021年1月1日に施行されている。中華人民共和国が成立してから、民法典が採択されるまでの70年以上の間における民法典起草の過程について、5回に分けることができる。前4回の民法典はいずれも失敗に終わったが²⁵³、第5回目の民法典編纂のために重要な経験を積み重ねてきた。2014年10月、中国共産党第18期中央委員会第4回全体会議において、「法による国家統治の全面的推進」という重大な問題が採択され、民法典を編纂することを明らかにした。第5回目の編纂は、「2017年採択の民法総則の制定」と「総則以外の『各則』の制定」という2段階に分けて行われてきた。最高の政治意思決定の指示のもとで、「社会生活の百科全書」としての民法典が完成した。

後発優勢（late-mover advantage）の視野から見ると、「後発型立法」としては、自国の法学理論の蓄積と他国の先進的な立法経験を参考にして、立法の面で有意義な試みをしていた。しかし、「人格権侵害に関する利益吐出し」というような法律条文あるいは法学理論に関わる学説の論争が未熟であり、裁判例の解説が不十分であるなどの原因から、立法、学説及び司法の面では依然として大きな探索空間がある。

第1節 立法の経緯と現行法の解説

違法行為によって取得した利益の帰属問題について、公法の側では、「行政処罰法」28条2款²⁵⁴を通じて没収される可能性もあれば、「刑法」64条²⁵⁵を通じて追徴され

²⁵² 葉孝信編著『中国民法史（修訂版）』（復旦大学出版社、2021年）32－36頁を参照。

²⁵³ 前4回の民法典起草は、それぞれ第1回目（1954－1956年）、第2回目（1962－1964年）、第3回目（1979年－1982年）、及び第4回目（2001－2002年）を示す。しかし、最終的にはすべて失敗した。第1・2回目の失敗した原因は主に反右派闘争、プロレタリア文化大革命などの政治運動の影響である。また、改革開放の政策が打ち出された後、第3回目の作業が始まったが、条件が未熟であるために、民法典の起草は「民法通則」などの民事単行法を制定する方向へと転換した。そして、2001年、第9期全国人民代表大会常務委員会は第4回目を起草したが、民法典の内容が複雑で、体系が巨大で、多くの問題が共通認識に達していなかったため、立法当局は段階的に民法典を制定する方式を採用することを決定し、条件が成熟してから民法典を制定している。胡光輝『中華人民共和國民法典—立法経緯・概要・邦訳』（日本加除出版株式会社、2021年）11－27頁、渠濤訳『中華人民共和國民法典Ⅰ対照条文編』（商事法務、2022年）493－544頁、王麗萍「我国法典化民事立法之回顧与展望」山東大学学报（哲学社会科学版）5期（2017年）15－18頁などを参照。

²⁵⁴ 行政処罰法28条2款は、「当事者に違法所得がある場合には、法に基づき賠償すべきときを除き、没収しなければならない。違法所得とは、違法行為により取得した金員をいう。違法所得の計算に関して、法律、行政法規、部門規則に別途の規定がある場合には、当該規定に従う」と規定している。

²⁵⁵ 刑法64条は、「犯罪者が違法行為によって取得したすべての財物は、これを追徴し又は賠償を命じ

たり、賠償を命じられたりする可能性もある。それに対して、民法の側では、中国は司法解釈²⁵⁶と立法規範を順次借りて、「公法介入—国庫に返還する」と「私法介入—被害者に返還する」との二つの経路を通じて対応することを試みている。

「公法介入—国庫に返還する」という経路について、最高人民法院による「『中華人民共和國民法通則』の貫徹・執行における若干の問題に関する意見（試行）」（以下、「民法通則に関する意見」という）²⁵⁷151条は、5種類の精神的人格権を侵害して、損失を賠償した後に残された利益は国庫に返還しなければならないと規定する²⁵⁸。条文を設置する目的は、人格権を侵害する不法行為の発生を抑制することにある。しかし、一方で、この条文は深刻な計画経済の色彩を持っているため、公権力の私権に対する恣意的な干渉の恐れがある²⁵⁹。他方で、この条文は実践において極めて適用されることが少ないため²⁶⁰、同時に、「物権法」の関連規定とも抵触している。そのため、この条文は、2008年に「2007年末以前に公布した司法解釈（第7次）の廃止に関する最高人民法院の決定」によって削除された。しかし、これは「公法介入—国庫に返還する」という経路が「袋小路」に入り込むことを意味することではない。逆に、不特定多数人の個人情報侵害したり、英雄烈士の人格的利益を侵害したりするような場合には、公共の利益を守るために、個人情報保護法70条²⁶¹と英雄烈士法25条²⁶²に基づき、検察院などの主体は民事公益訴訟を通じて不当な利益を国庫や公益専用の口座に返還させることができる。

また、「私法介入—被害者に返還する」という経路について、①迂回方策と②直接

なければならない。被害者の合法的財産は、速やかに返還しなければならない。禁制品及び犯罪に用いた本人の財物は、これを没収しなければならない。没収した財物及び罰金は、一律に国庫に帰属し、これを流用し又は無断で処分してはならない」と規定している。

²⁵⁶ 中国法では、法律、行政法規、地方法規、行政規章という四大法令のほかには最高人民法院または最高人民検察院が制定する「司法解釈」という独特の制度が存在する。栗津光世「中国における『司法解釈』と『案例指導制度』の展開—司法解釈の判例化か、判例の司法解釈化か」産大法学40巻3・4号（2007年）124—155頁を参照。

²⁵⁷ この司法解釈は最高人民法院によって制定され、1988年4月2日に公布・施行された。その後、この司法解釈は、2021年に「一部の司法解釈及び関連する規範性文書の廃止に関する最高人民法院の決定」により廃止されている。

²⁵⁸ 「『中華人民共和國民法通則』の貫徹・執行における若干の問題に関する意見（試行）」151条は、「他人の氏名権、名称権、肖像権、名誉権、荣誉権を侵害して利益を得た場合、加害者は法律に基づいて被害者の損失を賠償する以外、その不法な利得は徴収されなければならない」と規定している。

²⁵⁹ 霍政欣「中国不当得利制度建構与完善—以比較法為視點」求是學刊2期（2006年）87頁を参照。

²⁶⁰ 石佳友＝鄭衍基「侵權法上的獲利返還制度—以『民法典』第1182條為中心」甘肅政法大學學報6期（2020年）22頁を参照。

²⁶¹ 個人情報保護法70条は、次のように規定する。「個人情報取扱者が本法に違反して個人情報を取り扱い、多くの個人の法益を侵害した場合、人民検察院、法律に規定する消費者組織及び国家インターネット情報部門の定める組織は、法に基づき人民法院に基づき訴訟を提起することができる」。

²⁶² 英雄烈士保護法25条は、次のように規定する。「英雄烈士の氏名、肖像、名誉及び榮譽を侵害する行為に対しては、英雄烈士の近親者は、法に従って人民法院に訴訟を提起することができる。英雄烈士に近親者がなく、又は近親者が訴訟を提起しなかった場合、検察機関は、英雄烈士の氏名、肖像、名誉及び榮譽を侵害し、社会の公共利益を損なった行為について、法に従って人民法院に訴訟を提起する。英雄烈士の保護に責任を負う部門及びその他の関係部門は、職責を履行する過程において、検察機関が訴訟を提起すべき第1項に定める行為があることを知ったときは、検察機関にそれを報告しなければならない。英雄烈士の近親者であって、第1項の規定に基づき訴訟を提起したものに対しては、法律援助機構は、法に従って法律支援サービスを提供しなければならない」。岡村志嘉子「中国の英雄烈士保護法」外国の立法279号（2019年）109頁を参照。

方策に分けられる。①迂回方策は、契約違反あるいは権利侵害によって取得した利益を「不履行による履行利益の賠償額」または「被害者の人身損害により生じた精神的損害の賠償額」の算定要素の1つとしている。具体的に言えば、「最高人民法院による『中華人民共和國民法典』契約編通則の適用における若干の問題に関する解釈」は、2023年12月5日より施行する。その解釈の62条²⁶³は、契約法の分野で初めて「獲利賠償」を導入している²⁶⁴。だが、契約法上の迂回方策とは異なり、不法行為法上の迂回方策はより長い発展過程を経てきた。特に、被害者は加害者の権利侵害により、精神的損害のみを被った。実務では、精神的損害額が低いため、加害者は精神的損害賠償責任を負った後、不当な利益を保有する可能性がある。さらに、加害者の利益取得の状況を考慮せずに加害者が損害賠償責任を受けた後も利益を残すことを許可すると、明らかに不合理であり、精神的損害賠償による「加害者への懲戒と被害者への慰め」という機能も体现できない²⁶⁵。そこで、2001年に最高人民法院「民事権利侵害による精神的損害賠償責任の確定にかかる若干の問題の解釈」10条は、それを明確に認めるようになった²⁶⁶。さらに言えば、原則として、営利目的の人格権侵害であれば、いずれもその営利状況を見て、損害賠償額を増額すべきである²⁶⁷。当時、学界においては、「加害者の利益を得た状況」という性質が精神的損害なのか財産的損害なのかをめぐっては議論が残っている。しかし、この法条は、最高司法機関が、合理的に使用することができる精神的人格権に財産的価値が含まれていることを認めるとともに、将来的にその精神的人格権を侵害する責任形式が精神的損害から財産的損害に移行する傾向を予告しているかもしれない²⁶⁸。

その後、「人格権の強制的商品化」という現象の激化に伴い、司法の実践において、被害者の人身的権益を侵害した場合における財産の損害は確定することが困難であ

²⁶³ 「最高人民法院による『中華人民共和國民法典』契約編通則の適用における若干の問題に関する解釈」62条は、「非違約当事者が契約履行後に得べかりし利益を本解釈第60条、第61条の規定に基づいて確定することが困難な場合、人民法院は、違約当事者が得た利益、違約当事者の過失の程度、その他違約の状況等の要素を総合的に考慮し、公平の原則と信義の原則に従って確定することができる」と規定している。

²⁶⁴ 包丁裕睿「論作為履行利益計算方式的違約獲利—以填平原則為中心」清華法学2期（2025年）153頁を参照。

²⁶⁵ 張新宝『侵權責任構成要件研究』（法律出版社、2007年）269頁を参照。

²⁶⁶ この司法解釈は、最高人民法院によって制定され、2001年2月26日に公布・施行された。その10条の日本語訳文は以下のとおりである。「1 精神的損害の賠償額については、以下の要素にもとづいて確定する。（1）加害者の故意過失の程度、ただし法律に他の規定がある場合は除く。（2）侵害の手段、場面、行為の方法等の具体的な情状。（3）侵害行為が惹起した結果。（4）加害者の利益を得た状況。（5）加害者が責任を負う経済的能力。（6）訴えを受理した法院所在地の平均的生活水準。2 法律、行政法規に障害賠償金、死亡賠償金等に対する明確な規定が存在する場合、法律、行政法規の規定を適用する」。

ちなみに、この解釈は2020年12月23日に一部改正され、2021年1月1日に続けて施行されている。現在、第10条を次のような第5条に改める。「精神的損害の賠償額については、以下の要素にもとづいて確定する。（1）加害者の故意過失の程度、ただし法律に他の規定がある場合は除く。（2）侵害行為の目的、方式、場面等の具体的な情状。（3）侵害行為が惹起した結果。（4）加害者の利益を得た状況。（5）加害者が責任を負う経済的能力。（6）訴えを受理した法院所在地の平均的生活水準」。

²⁶⁷ 姚輝（小口彦太＝大内哲也訳）「講演 中国人格権法の発展および現状」比較法学34巻1号（2000年）69頁を参照。

²⁶⁸ 郭明龍「論精神損害賠償中的『侵權人獲利』要素」法商研究1期（2009年）53—61頁を参照。

り、かつ伝統的な財産的または精神的損害賠償の制度を通じて被害者の權益を十分に救済することが困難になった。そこで、比較法や知的財産法の関連条項などを参考にした上で、「被害者の人身損害により生じた財産的損害の賠償額」の確定方法という②直接方策の前身として侵權責任法 20 条²⁶⁹を設けた²⁷⁰。ちなみに、この条文は人格権にかかる損害の範囲を伝統的な精神的損害から財産的損害に拡張している。

しかしながら、この条文にもいくつかの問題がある。例えば、「被害者の損害を確定することが困難である」ということを適用の前提として、被害者の立証責任を重くし、現実的に加害者の利益を効果的に奪うことはできないかもしれない²⁷¹。さらに、被害者の損害が確定できたとしても、損害が利益よりも小さければ、加害者の利益をすべて奪うことはできず、不法行為の予防には不利である²⁷²。したがって、「被害者の人身被害により生じた財産的損害の賠償額」の確定方法という②直接方策として民法典 1182 条²⁷³は、最初の「順位の漸進式」を放棄して「並列の選択式」を選択し、被害者に対する保護の強度の向上に大いに役立つ。以下に②直接方策にかかる立法の経緯と現行法の解説をめぐって、系統的な考察を行う。

第 1 款 立法の経緯

第 1 項 立法の趣旨—発生根拠

中国では、民事権利は人身権と財産権に分けられる。人身権は財産権と対立する概念として用いられ、人格権と身分権から構成される²⁷⁴。伝統的な民法理論によると、財産権は、財産の支配と財産の流通などの財産的利益を特徴とする利用的権利である。このような財産権とは異なり、人身権は、特定の人的人格と身分と分離することができず、人身の自由と人格の尊厳などの精神的利益を特徴とする防御的権利である。しかし、現在は二つの発展の趨勢を呈している。すなわち、1 つは、人格権は日増しに拡大するが、身分権は次第に消滅している²⁷⁵。もう 1 つは、一部の人格権における財

²⁶⁹ 侵權責任法 20 条は、次のように規定する。「他人の人身權益を侵害して財産の損害を生じさせた場合には、被害者がこれにより受けた損害に基づいて賠償する。被害者の損害を確定することが困難であり、かつ加害者がこれにより利益を得た場合には、その得た利益に基づいて賠償する。加害者がこれにより得た利益を確定することが困難であり、被害者と加害者とが協議によって賠償額につき合意をすることができず、そして人民法院に訴えを提起した場合には、人民法院が実際の状況に基づき賠償額を確定する」。また、「侵權責任法」は 2021 年 1 月 1 日に廃止されている。

²⁷⁰ 高聖平編『中華人民共和国侵權責任法—立法争点、立法例及經典案例』（北京大学出版社、2010 年）264—269 頁を参照。

²⁷¹ 楊立新『侵權責任法』（高等教育出版社、2010 年）373 頁を参照。

²⁷² 王若冰「獲利返還制度之我見—對「侵權責任法」第 20 条的檢討」当代法学 6 期（2014 年）84 頁を参照。

²⁷³ 中国民法典 1182 条は、次のように規定する。「他人の人身權益を侵害して財産の損害を生じさせた場合には、被害者がこれにより受けた損害又は加害者がこれにより得た利益に基づいて賠償する。被害者がこれにより受けた損害及び加害者がこれにより得た利益が確定することが困難であり、被害者と加害者とが協議によって賠償額につき合意をすることができず、そして人民法院に訴えを提起したときには、人民法院が実際の状況に基づき賠償額を確定する」。

²⁷⁴ 高見澤磨ほか『現代中国法入門〔第 9 版〕』（有斐閣、2022 年）189 頁（宇田川幸則執筆）、葛虹「中国法における人格権の発展（1949 年～2020 年）」広島法学 45 卷 1 号（2021 年）155—201 頁を参照。

²⁷⁵ なぜならば、身分権の実質は人に対する支配にあり、人類社会の発展方向と相反しているからであ

産的利益は絶えず明らかになるが、一部の財産権における精神的利益も注目されている²⁷⁶。特に人格権の商品化又はパブリシティ権の発展を背景に、人格権が防御的権利から利用的権利へと遷移する過程で、人格権に対する財産的利益の保護を強化することはもっと重要である。

ところで、他人の人身的権益を侵害して財産の損害を生じさせた場合に、どのように賠償額を確定するかは、法律上の難題に直面している。さらに言えば、人身的権益の侵害による財産の損害は、一般的な財産の損害とは異なる。一般的な財産の損害は客観性、評価可能性があるため、公認された算定方法（例えば、損害が生じたときの市場価格など）に基づいて財産損失を確定することができる²⁷⁷。それに対して、人身的権益の侵害による財産の損害は、このような客観性、評価可能性を持たないが、正常な商業利用の中で、それは往々にして取引主体双方が契約を通じて約束した主観的価値である²⁷⁸。しかし、無断利用自体は不法行為に属し、主観的価値のある約束はなく、司法における財産の損害の確定に困難をもたらす。

そのほかに、不法行為法の最も重要な機能は、被害者が受けた損害を填補し、権利又は利益が侵害されていなかった状態に回復するという、すなわち損害填補機能である。損害填補機能に基づいて、財産的損害を被った被害者も同様に利得禁止原則の制限を受けている。換言すれば、被害者は賠償を義務づける事情が生じなかった場合よりも良い状態にあるべきではない。しかし、人格権の財産的利益を侵害する場合、被害者は実際の損失を存在しないか証明できないことが多く、加害者は莫大な財産的利益を得た。そのため、もし損害填補機能を固守すれば、被害者が救済されることは困難であり、「何人も違法行為から利益を得てはいけない」という道徳と法理の原則にも違反している²⁷⁹。また、私的利益が侵害された場合、国家が損害を上回る利益を得るには憲法や物権法上の根拠もないので、被害者と加害者の間で分配しなければならない。

最終的には、加害者から吐き出された利益を、被害者に返還することが立法者や学者に受け入れられるようになった。具体的な理由については、簡単に取り上げる。素朴な法感情から言えば、加害者が利益を得ることよりも、被害者が利益を得ることの方が正当性を認められ²⁸⁰。そして、法経済学の分析に基づいて、もし違法行為のコストがその行為によって得た収益よりはるかに低いならば、違法行為の発生を放

る。梁慧星（森美千代訳）「第5章人身権（人格権）」王家福ほか編『現代中国民法論』（法律文化社、1991年）126－127頁を参照。

²⁷⁶ 姜福暁「人格権財産化和財産権人格化理論困境的剖析与破解」法学家2期（2016年）16－17頁を参照。

²⁷⁷ 陳現傑編『中華人民共和國侵權責任法条文精義与案例解析』（中国法制出版社、2010年版）68頁を参照。

²⁷⁸ 陳現傑「第一千一百八十二条『侵害人身權益造成財產損失的賠償數額的確定』」鄒海林＝朱広新編『民法典評注—侵權責任編（1）』（中国法制出版社、2020年）194頁を参照。

²⁷⁹ 岳業鵬「論人格権財産利益的法律保護—以『侵權責任法』第20条為中心」法学家3期（2018年）79－80頁を参照。

²⁸⁰ 孫良国「人身権侵權獲益賠償の構成要件及其適用—兼評『侵權責任法草案（三審稿）』第20条」法学12期（2009年）126頁を参照。

任するのと同じである。不法行為法は被害者が一定の範囲内で実際の損害を超える賠償額（例えば懲罰的損害賠償、利益返還など）を得ることを許可し、効果的に予防・抑止機能を発揮することができる²⁸¹。つまり、中国で人格権における利益吐出しの発生根拠の通説は、予防・抑止である。もちろん、通説に対する疑問の声が流れることも少なくない。例えば、この発生根拠には予防・威嚇だけでなく懲罰・制裁も含まれていると指摘する学者もいる²⁸²。また、威嚇、不当な利得の剥奪、人身権の支配性に対する保護などの多元説を支持する学者も存在している²⁸³。そのほかに、この発生根拠に懲罰は含まれず、依然として「埋め合わせる原則」を奉行していることを明らかにした学者もあり、その核心は当事者の合法的な財産の利益が保護されることを確保することにある²⁸⁴。同時に、最高人民法院の裁定書によれば、「被害者と加害者が賠償額について協議して一致せず、人民法院に訴訟を提起した場合、人民法院は実際の状況に基づいて賠償額を確定する。このような損害賠償責任は、機能的には補償性、予防性、懲罰性がある」と指摘している²⁸⁵。

第2項 立法の過程

1. 侵權責任法 20 条の創設と廃止

侵權責任法が公布される前に、草案に関する審議稿は4次あった²⁸⁶。常務委員、裁判官、専門家が「氏名権、名誉権、肖像権、プライバシー権などを侵害して財産の損害をもたらした時、損害賠償額は算定しにくい状況が少なくない。草案はさらに人身権を侵害してどのように賠償するかを規定しなければならない」と提案したため²⁸⁷、2009年10月27日の「侵權責任法（草案）」（3次審議稿）が初めて規定された。すなわち、第20条を創設し、「他人の人身権を侵害して財産の損害を生じさせた場合には、被害者がこれにより受けた損害に基づいて賠償する。被害者の損害を確定することが困難であり、かつ加害者がこれにより利益を得た場合には、その得た利益に基づいて賠償する」とする。

²⁸¹ 例えば、王若冰「獲利返還請求權与侵權損害賠償關係之辯」私法1期（2017年）112頁以下、岳・前掲注（279）77頁以下、黄芬「人格權侵權獲利賠償的請求權基礎研究」法商研究4期（2019年）138頁以下、程嘯『侵權責任法（第三版）』（法律出版社、2021年）841—843頁、黄薇編『中華人民共和國民法典侵權責任編解讀』（中国法制出版社、2020年）75—76頁、楊代雄編『袖珍民法典評注』（中国民主法制出版社、2022年）1031頁などを参照。

²⁸² 張家勇「基于得利的侵權損害賠償之規範再造」法学2期（2019年）59—71頁、王葉剛「論侵害人格權益財產賠償中的法院酌定」法学家3期（2021年）104—115頁などを参照。

²⁸³ 孫良国「論人身權侵權獲益賠償的性質、功能与適用」法律科学（西北政法大學學報）4期（2011年）154—162頁を参照。

²⁸⁴ 最高人民法院侵權責任法研究小組編著『中華人民共和國侵權責任法條文理解与適用』（人民法院出版社、2010年）155頁を参照。

²⁸⁵ 最高人民法院（2014）民申字第1114号民事裁定書参照。

²⁸⁶ 詳細な内容については、何勤華ほか編『新中國民法典草案總覽（增訂本）（下卷）』（北京大学出版社、2017年）2211—2278頁、加藤雅信＝森脇章「中国不法行為法（侵權責任法）の制定と中国民法の動向」法律時報82巻2号（2010年）57—68頁などを参照。

²⁸⁷ 全国人大常委会法制工作委员会民法室編『侵權責任法—立法背景与觀點全集』（法律出版社、2010年）14頁を参照。

だが、いくつかの常務委員は、3次審議稿20条に対して「加害者がこれにより得られた利益の確定が困難な場合、損害賠償額はどのように確定するのか。その問題について、草案はさらに対応しなければならない」²⁸⁸、「実践の中には、『人を傷つけて自分の利益にならない』ことが多い。例えば、ある加害者は他人のプライバシー情報をネット上に開示して悪影響を与えているが、彼自身は利益を得ていない。この場合、利益を得た加害者のみが賠償責任を負い、利益を得ていない加害者がなければ、被害者の権利または利益をうまく保護できず、加害者も処罰されない。そのため、利益を得ていない加害者も賠償責任を負わなければならない、責任の大きさは司法の手続きを通じて評価することができる」²⁸⁹という改正提案を提出した。

そこで、2009年12月14日の「侵權責任法（草案）」（4次審議稿）20条は3次審議稿20条を改正し、「他人の人身權益を侵害して財産の損害を生じさせた場合には、被害者がこれにより受けた損害に基づいて賠償する。被害者の損害を確定することが困難であり、かつ加害者がこれにより利益を得た場合には、その得た利益に基づいて賠償する。加害者がこれにより得た利益を確定することが困難であり、被害者と加害者とが協議によって賠償額につき合意をすることができず、そして人民法院に訴えを提起した場合には、人民法院が実際の状況に基づき賠償額を確定する」と規定している。その後、侵權責任法が公布・施行されるに伴い、この条文も最終的に落着した²⁹⁰。

侵權責任法20条の創設過程の整理を通じて、簡単に次のような結論を出すことができるだろう。第1に、この条文の出現は、「人格權の強制的商品化」への対応、公民の素朴な正義感の顕示と司法経験の蓄積に基づいている。第2に、人身權益を侵害して財産の損害を生じさせた場合、以下の3種類の賠償額の確定方法を提供した。すなわち、①具体的な損害が確定できる場合、具体的な損失に基づいて賠償する。⇒②具体的な損害が確定できない場合、加害者が得た利益に基づいて賠償する。⇒③加害者が得た利益を確定できない場合、人民法院が実際の状況に基づいて賠償する。以上の3種類の賠償額の確定方法は、「順位の漸進式」の順番で適用されなければならない。第3に、この条文は、「最初に2001年の商標法56条1項の規定と法理を参考にして創設された」²⁹¹あるいは「2001年に最高人民法院『民事權利侵害による精神的損害賠償責任の確定にかかる若干の問題の解釈』10条の規定と法理を参考にして創設された」²⁹²と指摘する学者がいるが、実際に検討する時間が短すぎるため、学者によ

²⁸⁸ 全国人大常委法制工作委员会民法室・前掲注（287）17－18頁を参照。

²⁸⁹ 王勝明編『中華人民共和國侵權責任法解讀』（中国法制出版社、2010年）90頁。ちなみに、この提案の解釈は間違っていると主張する学者もいる。人身權益を侵害する損害賠償の救済システムにおいては、一般に精神的損害賠償の救済範疇に属すべきであり、この条文は財産の損害をもたらした場合のみ適用されるからである。しかしながら、常務委員の例では単純なプライバシー權の侵害は精神的損害賠償をもたらすのみで、財産的損害賠償をもたらすことはない。陳・前掲注（278）195頁を参照。

²⁹⁰ 侵權責任法は、2009年12月26日に公布され、2010年7月1日に施行された。

²⁹¹ 楊立新『中華人民共和國侵權責任法精解』（知識產權出版社、2010年）82頁。2001年の商標法56条1項は、「商標使用の排他權を侵害する賠償の額は、加害者が侵害期間中に侵害によって得た利益又は被害者が侵害された期間中に侵害によって受けた損害とする。前記の損害は、被害者が侵害行為を差し止めるために支払った適正な支出を含む」と規定している。

²⁹² See Xiang Gao and Chenwei Liu, *The Disgorgement Damage System in Chinese Law*, in Ewoud Hondius &

る解釈の果たす役割は限られている。第4に、立法者から見れば、規定された利益吐出は被害者の人身損害により生じた財産的損害の賠償額の確定方法にすぎないと考えているが²⁹³、豊富な価値があるため、2021年に廃止されるまで裁判官や学者などは積極的に模索している。

2. 民法典 1182 条の法改正

「中華人民共和国民法侵權責任編（草案）」（2017年10月31日）13条、「民法典侵權責任編（草案）」（意見募集稿）（2018年3月15日）18条、「民法典侵權責任編（草案）」（1次審議稿）（2018年8月27日）959条、「民法典侵權責任編（草案）」（2次審議稿）（2018年12月14日）959条、「民法典侵權責任編（草案）」（3次審議稿）（2019年8月16日）959条、「民法典（草案）」（2019年12月16日）1182条、「民法典（草案）」（大会審議稿）（2020年5月21日）1182条、「民法典（草案）」（改正稿）（2020年5月26日）1182条、「民法典」（2020年5月28日に成立し、2021年1月1日に施行された）1182条はいずれも侵害責任法20条に基づいて改正した後に確立されている²⁹⁴。

具体的には、まず、「中華人民共和国民法侵權責任編（草案）」13条は、初めて侵權責任20条に規定されている「順位の漸進式」を放棄し、「並列の選択式」を採用した。13条は、「他人の人身の權益を侵害して財産の損害を生じさせた場合には、被害者がこれにより受けた損害又は加害者がこれにより得た利益に基づいて賠償する。被害者がこれにより受けた損害または加害者がこれにより得た利益を確定することが困難であり、被害者と加害者とが協議によって賠償額につき合意をすることができず、そして人民法院に訴えを提起したときには、人民法院が実際の状況に基づき賠償額を確定する」とした。次に、「民法典侵權責任編（草案）」（意見募集稿）18条は、「中華人民共和国民法侵權責任編（草案）」13条を改正し、「被害者がこれにより受けた損害または加害者がこれにより得た利益を確定することが困難であり」の中の「被害者がこれにより受けた損害又は」を削除した。そして、「民法典侵權責任編（草案）」（1次審議稿）959条は、「民法典侵權責任編（草案）」（意見募集稿）18条を改正し、「加害者がこれにより得た利益を確定することが困難であり」の前に「被害者がこれにより受けた損害及び」を追加した。その後、ほかの審議稿または改正稿は、「民法典侵權責任編（草案）」（1次審議稿）959条の規定を踏襲した。最後に、民法典1182条は、「他人の人身の權益を侵害して財産の損害を生じさせた場合には、被害者がこれにより受けた損害又は加害者がこれにより得た利益に基づいて賠償する。被害者がこれにより受けた損害及び加害者がこれにより得た利益を確定することが困難であり、被害者と加害者とが協議によって賠償額につき合意をすることができ

André Janssen eds., *Disgorgement of profits: gain-Based Remedies throughout the World*, Springer, 2015, p.412.

²⁹³ 王（勝明）・前掲注（289）88—93頁を参照。

²⁹⁴ 詳細な内容については、何勤華ほか編『新中国民法典草案総覧（増訂本）（続編）』（北京大学出版社、2020年）99頁以下を参照。

ず、そして人民法院に訴えを提起したときには、人民法院が実際の状況に基づき賠償額を確定する」と規定されている。

侵権責任法 20 条に比べて、民法典 1182 条は、利益吐出しの適用順序を調整し、実際の損害賠償と並び、被害者に救済手段を選択する権利を付与している。言い換えれば、他人の人身的権益を侵害して財産の損害を生じさせた場合、被害者は、加害者に実際の損害賠償を請求するか、加害者に利益返還を請求するかを選択することができる。だが、改正の過程において、専門家の間で大きな論争が巻き起こされた。

反対者は、この改正を行ったことが侵権責任法の「損害填補原則」と一致しない、と主張している。なぜならば、財産の損害は最初に被害者が受けた損害に基づいて確定しなければならず、損害を確定できない場合、加害者が得た利益に基づいて確定しなければならず、両者には前後の順序があるからである。言い換えれば、効果的な方法がない場合にのみ、利益吐出しのような他の救済策を再び考量することができる。損害が確定できる時、もし利益が損害より大きい場合、被害者は利益吐出しを選択し、完全賠償の原則を突破し、利得禁止の原則に違反する²⁹⁵。したがって、一部の学者は、侵権責任法 20 条の規定を回復し続けることを指摘している²⁹⁶。

それに対して、支持者としての立法者は、慎重に検討した後、被害者に一定の選択する権利を付与したほうが良いと考えている。理由は次の三つある²⁹⁷。第 1 に、被害者が自分に有利な賠償の方案を選択しやすく、それによって被害者の権利又は利益を保護するのに役に立てる。第 2 に、このような規定は、事件紛争の迅速かつ効果的な解決に有利である。第 3 に、理論的には、この条文は、損害賠償請求権と不当利得返還請求権の競合を構成している。

また、支持者として多数の学者は、その法改正は合理性と実効性があると提唱している。例えば、代表者である王利明教授の主張を簡単に紹介する。まず、比較法から見ると、ドイツ法における知的財産権と人格権が侵害された場合、被害者が損害賠償を主張する際には、3 種類の算定方法がある。すなわち、(1) 実際の損害賠償、(2) 相当な実施料、(3) 利益の返還である²⁹⁸。そして、被害者はこの 3 種類の算定方法の中から、より有利な方法を選択することができる。次に、国内法の視点に戻ると、今回の法改正にも 4 つのメリットがある²⁹⁹。つまり、①被害者の選択を許可することは、被害者の意思を尊重し、私的自治の原則を十分に貫くのに役立つ。②利益の返還については、損害賠償請求権と不当利得返還請求権とは異なる特徴があり、すでに 1 種の独特な請求権に形成されており、実際の損害賠償規則を適用できないことを前提としてはならない。③被害者の選択を許可することを通じて、被害者の立証負担を軽減す

²⁹⁵ 黄（薇）編・前掲注（281）76 頁を参照。

²⁹⁶ 「民法典立法背景与观点全集」編写組編『民法典立法背景与观点全集』（法律出版社、2020 年）751 頁を参照。

²⁹⁷ 黄（薇）編・前掲注（281）72—77 頁、楊編・前掲注（281）1029—1031 頁などを参照。

²⁹⁸ 王利明「侵権獲利返還若干問題探討—兼評民法典分編草案二審稿第 959 条」広東社会科学 4 期（2019 年）217 頁を参照。

²⁹⁹ 王（利明）・前掲注（298）214—224 頁を参照。

ることができる。④不法行為法の予防機能を発揮することに有利である。裏を返せば、程嘯教授の主張によると、侵権責任法 20 条を維持し続けるには、二つのデメリットもある³⁰⁰。一つは、「被害者の損害を確定することが困難」を適用の前提とするならば、被害者にこのような適用の前提を証明することを要求するが、これは明らかに被害者の救済に不利であるのみならず、加害者の利益を奪うことにも不利である。もう一つは、被害者が損害を証明することができても、その損害が行為者の利益よりも小さい場合、侵権責任法 20 条に従っても損害に応じて賠償するしかなく、これは被害者が不法行為によって得られた違法な利益の返還を加害者に請求できないことを意味する。そのため、侵権責任法 20 条は、不法行為法の予防機能の十分な発揮に影響する³⁰¹。

第 2 款 現行法の解説

現行法の解説に関しては、主に関連条文の位置づけ、適用範囲、構成要件及び法律効果によって構築されている。具体的には、以下の通りである。

第 1 項 関連条文の位置づけ

民法典 1182 条は、民法典第七編侵権責任編第二章「損害賠償」において規定されている。侵権責任編第一章は「一般規定」であり、すなわち、調整範囲、帰責原則（過失責任と無過失責任）、差止請求、複数人の不法行為の責任及び免責・減責事由などに関する規定である。そして、第二章「損害賠償」は、権利侵害の成立を前提とした損害賠償責任の範囲、基準、支払方法などの規定である。実は、この両章の構成は「権利侵害の成立」と「損害賠償責任の負担」という論理に沿って区分されている。

さらに、第二章「損害賠償」については、多くの異なる分類がある。例えば、程嘯教授は、損害賠償を①財産的損害賠償（民法典 1179 条～1181 条、1182 条と 1184 条）と②精神的損害賠償（民法典 1183 条）に分けることができると提唱している³⁰²。ま

³⁰⁰ 程・前掲注（281）843 頁を参照。

³⁰¹ 程・前掲注（281）843 頁を参照。

³⁰² 中国民法典 1179 条は、「他人に危害を加えて人身損害を与えた場合は、医療費、介護費、交通費、栄養費、入院中の食事補助費等、治療及びリハビリのために支出する合理的な費用並びに休業により減少した収入を賠償しなければならない。身体の障害を生じさせた場合は、さらに補助器具の費用及び身体障害の賠償金を賠償しなければならない。死亡させた場合は、さらに葬儀費及び死亡賠償金を賠償しなければならない」と規定している。

中国民法典 1180 条は、「同一の権利侵害行為により多数の人を死亡させた場合は、同一金額をもって死亡賠償金を確定することができる」と規定している。

中国民法典 1181 条は、「（1）被害者が死亡した場合は、その近親者は加害者に対し権利侵害の責任を負うように請求する権利を有する。被害者が団体であり、その団体が分割又は合併したときは、権利を承継した団体は、加害者に対し、権利侵害責任を負うことを請求する権利を有する。（2）被害者が死亡した場合に、被害者の医療費、葬儀費等の合理的費用を支払った者は、加害者に対し、その費用の賠償を請求する権利を有する。ただし、加害者がその費用を既に支払っているときは、この限りでない」と規定している。

中国民法典 1182 条は、「他人の人身の權益を侵害して財産の損害を生じさせた場合には、被害者がこれにより受けた損害又は加害者がこれにより得た利益に基づいて賠償する。被害者がこれにより受けた損害及び加害者がこれにより得た利益を確定することが困難であり、被害者と加害者とが協議によって賠償額につき合意をすることができず、そして人民法院に訴えを提起したときには、人民法院が実際の状況に基づき賠償額を確定する」と規定している。

た、①財産的損害賠償は、(1) 人身的權益を侵害する財産的損害賠償(1179条～1181条と1182条)と(2) 財産的權益を侵害する財産的損害賠償(民法典1184条)に分けることができる。そして、(1) 人身的權益を侵害する財産的損害賠償は、1) 人身死傷の財産的損害賠償(1179条～1181条)、すなわち他人の生命権、身体権、健康権を侵害して財産的損害をもたらした賠償責任、及び2) その他の人身的權益を侵害する財産損害賠償(民法典1182条)、すなわち他人の生命権、身体権、健康権以外のその他の人格又は身分の權益を侵害して財産的損害をもたらした賠償責任を包括している。また、②精神的損害賠償は、(1) 自然人の人身權益を侵害した精神的損害賠償(民法典1183条1項)と(2) 自然人の人身的な意義を有する特定の物品を毀損した精神的損害賠償(民法典1183条2項)を含める³⁰³。そのほかに、楊立新教授は、損害賠償には①人身的損害賠償(民法典1179条と1180条)、②人格権の財産的利益に関する損害賠償(民法典1182条)、③精神的損害賠償(民法典1183条)と④財産的損害賠償(民法典1184条)が含まれると主張している³⁰⁴。なお、郭明瑞教授の主張によると、損害賠償には、①人身的權益を侵害した損害賠償(民法典1179条～1181条)、②人身的權益の侵害により生じた財産損害の賠償(民法典1182条)、③精神的損害賠償(民法典1183条)、④財産を侵害した損害賠償(民法典1184条)、⑤知的財産権を故意に侵害した懲罰的賠償(民法典1185条)³⁰⁵が含まれる³⁰⁶。

そのため、上記の分析から二つの結論を出すことができる。第1に、人格権侵害に関する利益吐出しという問題に対して、立法者は不法行為法制度を通じて解決することを望んでいる。第2に、民法典1182条は、損害賠償責任の一つとして多くの学者に受け入れられつつある。さらに、利益吐出しは、損害賠償責任の一つだけでなく、新たな民事責任の負担方式であると考えられる学者もいる³⁰⁷。なぜならば、不法行為法の体系において、法律効果の最終的な表現は、損害賠償責任ではなく、権利侵害責任の

中国民法典1183条は、「(1) 自然人の人身的權益を侵害し、重大な精神的損害を与えた場合は、被害者は精神的損害賠償を請求することができる。(2) 故意又は重大な過失により、自然人の人身的な意義を有する特定の物品を毀損し、重大な精神的な損害を与えたときは、被害者は、精神的損害賠償を請求する権利を有する」と規定している。

中国民法典1184条は、「他人の財産を侵害した場合は、その財産の損害は、損害が生じた時の市場価格又はその他の合理的な方式に基づいて計算する」と規定している。

³⁰³ 程・前掲注(281)819頁を参照。

³⁰⁴ 楊立新『侵權責任法〔第四版〕』(法律出版社、2021年)199-200頁を参照。

³⁰⁵ 中国民法典1185条は、「故意に他人の知的財産権を侵害し、情状が重大であるときは、被害者は相応する懲罰的賠償を請求する権利を有する」と規定している。ちなみに、中国における懲罰的損害賠償制度は、主に製造物責任に対する懲罰的損害賠償、知的財産権侵害の懲罰的損害賠償、環境汚染又は生態破壊に対する懲罰的損害賠償などを包括している。具体的な条文としては、民法典1207条、1185条、1232条、消費者權益保護法55条2項、及び食品安全法148条2項を取りあげる。また、中国における懲罰的損害賠償制度の成立、変容、運用、及びその実態に関する網羅的な論考として、郎晴「中国法における懲罰賠償制度の成立と変容(1)～(2):立法史の考察を通じて」北大法学論集74巻2号(2023年)1-40頁、74巻3号(2023年)159-258頁。同「中国法における懲罰賠償制度の運用と実態(1):判例の考察を通じて」北大法学論集74巻4号(2024年)61-106頁を参照。

³⁰⁶ 郭明瑞『侵權責任法通義』(商務印書館、2022年)106-143頁を参照。

³⁰⁷ 張玉東「『獲益剝奪』規範意義的再審視—『民法典』1182条前半段規定為分析對象」現代法学5期(2022年)82-98頁を参照。

負担方式だからである。民法典 179 条による民事責任の負担方式³⁰⁸は「概括+列举」のモデルを採用しているが、このモデルは利益吐出しが新たな民事責任の負担方式になる可能性を提供している。

第2項 適用の範囲

文理解釈に従い、この条文は、以下の二つの類型にはっきり適用されない。一つは、被害者の人身権益が侵害されたことは、精神的損害のみをもたらす類型である。もう一つは、被害者の財産権益のみが侵害される類型である。しかし、本条の適用の範囲については、主体の範囲と客体の範囲をめぐって激しい論争が存在している。

1. 主体の範囲

民法典 2 条によると、民事主体は自然人、法人、非法人組織の三つに分類される³⁰⁹。民法典 1183 条に規定されている精神的損害賠償の主体が自然人に限られているのとは異なり、民法典 1182 条の主体の範囲には自然人、法人、非法人組織が含まれる。だが、次の二つの疑問をもっと明らかにする必要がある。

(1) 自然人の中で、有名人に限られているか

人格権の商品化又はパブリシティ権の発展を背景に、人格権が防御的権利から利用的権利へと遷移する過程で、人格権に対する財産的利益の保護を強化するために、この条文は創設された。一般の自然人に比べて、芸能人、スポーツ選手、演奏家など有名人の氏名や肖像などの人格要素は重大な商業的価値をもち、顧客に強い吸引力を保有している。そのため、自然人は労働を行って公共イメージや知名度を作り出して有名人になってこそ、パブリシティ権保護の必要性があると考えられる学者もいる。例えば、謝曉堯教授は、「『特権』として、パブリシティ権は少数の有名人が実際に有しており、人格権法に包容することは難しい」と考えている³¹⁰。なお、孔祥俊教授も、「パブリシティ権は、氏名などの知名度を保護する要件とし、少数の有名人の『特権』である」と指摘している³¹¹。

しかし、パブリシティ権の主体は有名人に限らず、すべての自然人が認められるべきだと明確に主張する学者も多い。その理由として、「人格平等の原則に基づいて、

³⁰⁸ 中国民法典 179 条は、「(1) 民事責任の負担方式は、主に次に掲げるものとする。(一) 侵害の停止、(二) 妨害の排除、(三) 危険の除去、(四) 財産の返還、(五) 現状の回復、(六) 修理、再製作、取替え、(七) 履行の継続、(八) 損害賠償、(九) 違約金の支払、(十) 影響の除去又は名誉の回復、(十一) 謝罪。(2) 法律により懲罰的賠償が定められたものについては、その規定に従う。

(3) 本条に定めた民事責任の負担方式は、単独で適用することも、合わせて適用することもできる」と規定している。

³⁰⁹ 中国民法典 2 条は、「民法は、平等的な主体である自然人、法人及び非法人組織の間の人身関係及び財産関係を調整する」と規定している。

³¹⁰ 謝曉堯「商品化権—人格符号の利益拡張与衡平」法商研究 3 期（2005 年）85 頁を参照。

³¹¹ 孔祥俊「姓名権与姓名的商品化權益及其保護—兼評『喬丹商標案』和相關司法解釋」法学 3 期（2018 年）170 頁を参照。

すべての人は人格権の財産的利益の主体になることができる。有名人であるかどうかは権利侵害行為の成立に影響を与えず、法律効果（損害賠償額など）の考慮要素にすぎない³¹²、「マスメディアなどを利用して、有名人の氏名権、肖像権などの商業的価値はますます大きくなっているが、パブリシティー権が有名人の『特権』にすぎないことを示しているわけではない。実際には、誰もが自分の特殊な人格的標識を商業化する機会があり、権利の実現と権利の享受を混同してはならない」³¹³、「一方で、パブリシティー権を少数の有名人の『特権』と見なし、パブリシティー権の本質的な属性に合致せず、ネット時代のビジネス発展の趨勢にも順応せず、正当性に欠ける。他方で、一般人の氏名の商業的価値・身分の可識別性、プライバシー権保護の不足、肖像権保護の啓示などの視点から、一般人がパブリシティー権を享受する合理性を証明することができる」³¹⁴ことを挙げる。

私も、パブリシティー権の主体はすべての自然人という見解を支持している。法理的な視点から見ると、三つの理由が存在する。第1に、すべての自然人が自分の人格的利益（財産的利益と精神的利益）の主体であることを承認することは、人格の平等、人身の自由及び人格の尊厳を尊重する重要な体现である。第2に、民法典 993 条³¹⁵などの規定に基づき、すべての自然人が自分の氏名、肖像などを有料または無料で他人に使用を許可することができる。第3に、有名人と一般人の顧客に対する吸引力には強弱があるが、財産的価値の大きさの差であり、有無の差ではない。そして、実際には、身分も価値も浮動的に変化している。他方、実務においては、このような見解に賛成する判例も存在している。例えば、被告Yは、原告Xの許可を受けずにその肖像を商業宣伝に利用し、原告Xの肖像権を侵害した。北京市朝阳区人民法院は、被告Yが原告Xに対して、慰謝料 1000 元（2 万円相当）、経済補償金 20000 元（40 万円相当）、その他の損害賠償金 5020 元（10 万円相当）を支払う義務を負う判決を下した³¹⁶。注目に値するのは、本事案の原告Xは被告Yに雇われた警備員として有名人ではないが、人民法院は相当実施料のような経済補償金を認めるとことである。しかし、残念なことに、一般人である原告の肖像権侵害事件においては、一般人の潜在的あるいはより小さい財産的損害に対して、通常は財産的損害賠償が認められることが困難であり、精神的損害賠償で補償されるしかない。

以上のとおりであるから、民法典 1182 条の主体の範囲は有名人に限らず、すべての自然人を含む。

³¹² 王澤鑑『人格権法—法義学、比較法、案例研究』（北京大学出版社、2013 年）296—297 頁を参照。

³¹³ 姚輝「人格権商業化利用の若干問題」法学論壇 6 期（2011 年）11 頁を参照。

³¹⁴ 崔国斌「姓名商品化権の侵害認定思路」清華法学 1 期（2021 年）116—141 頁を参照。

³¹⁵ 中国民法典 993 条は、次のように規定する。「民事主体は、他人に自己の氏名、名称、肖像等の使用を許可することができる。ただし、法律の定め又はその性質により許可してはならないものについては、この限りでない」。

³¹⁶ 北京市朝阳区人民法院（2005 年）朝民初字第 18378 号民事判決書を参照。

(2) 主体の範囲は商事主体を含むか

商事主体とは、商事法の規定に基づいて商事権利能力と商事行為能力を備え、自分名義で商事に関する法律関係に参加し、かつ商事の権利・義務を負うことができる自然人と社会組織を示す³¹⁷。あるいは、営利を目的として、登記された後で商品の生産と経営に従事する個人と組織を指す³¹⁸。例えば、商事法人、非法人組織、個人事業主などが包括されている。民事主体と商事主体とは、役割、職業、経済力などの差異により、契約の締結能力や取引能力が異なるが³¹⁹、その名称権、名誉権、栄誉権などは一般的に商業的価値を持っている。では、商事主体の名称権、名誉権、商業信用などは加害者の不正競争防止法違反となる行為（特に混同行為³²⁰、信用毀損行為³²¹）によって無断に利用された場合、これを不正競争防止法のみに基づいて対応し、さらに民法典 1182 条の適用を排除するのか。

上記問題の核心は、不正競争防止法と民法典侵權責任編の関係を検討することにあるかもしれない。第一の見解では、不正競争防止法は法益保護のモデルではないため、不法行為法とは異なる³²²。それに対して、第二の見解では、不正競争防止法は、不法行為法の特殊な規範を構成し、不正競争防止法違反となる行為も不法行為であるが、民法典侵權責任編に比べて、優先的に適用すべき不正競争防止法の関連規定である³²³。もちろん、不法行為または不正競争防止法違反となる行為はそれぞれ民法典侵權責任編または不正競争防止法に規定されており、両者は請求権競合を成立させるため、被害者は請求権の 1 つを選択して訴えを提起することができるという第三の見解もある³²⁴。

私は第三の見解に賛成している。つまり、商事主体が名称権・名誉権などを侵害されて財産の損害を受けた場合、被害者は不正競争防止法 17 条³²⁵、または民法典

³¹⁷ 蔣大興「商人、抑或企業—『商法通則』的前提性疑問」清華法学 4 期（2008 年）57 頁を参照。

³¹⁸ 張民安＝劉興桂編『商事法学』（中山大学出版社、2002 年）22－23 頁を参照。

³¹⁹ 戰東昇「中国民法典編纂の現状及びその課題—契約編を中心として」法政研究 86 卷 3 号（2019 年）326 頁を参照。

³²⁰ 不正競争防止法 6 条は、「事業者は、次の各号に掲げる混同行為を実施し、他人の商品である又は他人と特定の関連性があるとの誤認を関連公衆に生じさせてはならない。（1）他人の一定の影響のある商品の名称、包装、装飾等と同一又は類似した標識を無断で使用する。（2）他人の一定の影響のある企業名称（略称、屋号等を含む）、社会組織名称（略称等を含む）、氏名（ペンネーム、芸名、訳名等を含む）を無断で使用する。（3）他人の一定の影響のあるドメイン名の主体部分、ウェブサイト名称、ウェブページ等を無断で使用する。（4）他人の商品である、又は他人と特定の関連性があるとの誤認を生じさせるその他の混同行為」と規定している。

³²¹ 不正競争防止法 11 条は、「事業者は虚偽情報又は誤導的情報を捏造、流布し、競争相手の名誉或いは商品信用を侵害してはならない」と規定している。

³²² 孔祥俊「論反不正競争の基本範式」法学家 1 期（2018 年）50－67 頁を参照。

³²³ 楊芳「個人公開信息爬取中侵權法与競争法互動」中国法律評論 6 期（2022 年）145 頁を参照。

³²⁴ 陳現傑「『民法典』第 1182 条（侵害他人人身權益造成財產損失的賠償）評注」中国応用法学 3 期（2023 年）202－203 頁を参照。

³²⁵ 不正競争防止法 17 条は、「（1）事業者は、本法の規定に違反し、他人に損害を与えた場合、法により民事責任を負わなければならない。（2）事業者は、その合法的な權益が不正競争行為により損失を受けた場合、人民法院に訴えを提起することができる。（3）不正競争行為により損害を受けた事業者の賠償額は、当該權利侵害により受けた實際の損失に応じて確定する。實際の損失を計算することが困難な場合には、權利侵害者が權利侵害により獲得した利益に応じて確定する。事業者が悪意で營業秘密を侵害する行為を実施し、情状が深刻な場合、上述の方法で確定した金額の 1 倍以上 5 倍以下で賠償

1182 条に基づいて損害賠償を請求することができる。したがって、主体の範囲は平等に権利義務の主体となる商事主体を含むべきであろう。

2. 客体の範囲

いわゆる客体の範囲は、本条の「他人の人身的權益」をどのように理解すべきかとのことを指す。この問題をめぐって、立法者、最高人民法院、学者の間に大きな分岐が行われている。

文理解釈としては、人身的權益とは人格的權益と身分の權益を示し、人格的權益は物質性的人格的權益、精神性的人格的權益（または非物質性的人格的權益）、一般的人格権に分けられる³²⁶。具体的には、まず、物質性的人格的權益とは、生命、身体、健康のような自然人の生理あるいは肉体に関連する人格的權利または利益を指す。次に、精神性的人格的權益とは、姓名権、肖像権、名誉権などのように民事主体の心理または精神に関連する人格的權利または利益を指す。そして、一般的人格権は、自然人における人身の自由及び人格の尊厳により生じる具体的な人格権以外の人格的權益である。最後に、身分の權益とは、配偶権、監護権などのように一定の親族関係（自然的親族または擬制的親族関係）を持つ自然人が相互に享受する身分上の權利または利益を指す。

立法者は、上述の文理解釈を用いて人身的權益を理解すべきだと考えている³²⁷。続いて、權利侵害行為の方式、人身的權益の内容などの差異によって、他人の人身的權益を侵害してもたらした財産的損害も異なる。主に①他人の生命、健康、身体などの權益を侵害してもたらした財産的損害（積極損害と逸失利益）と②他人の名誉権、榮譽権、氏名権、肖像権、プライバシー権などの權益を侵害してもたらした財産的損害という二つの状況が含まれている。もちろん、一部の学者も立法者の見解を支持している³²⁸。

他方で、最高人民法院と多数の学者は、強行規定の制限、人格的尊厳の保護や体系的解釈の方法などを通じて人身的權益の範囲を縮小すべきだと主張している。ただ、縮小の範囲にも程度の差異がある。

そのうち、最高人民法院と一部の学者は、人身的權益は精神性的人格的權益（特

額を確定できる。賠償額には事業者が權利侵害行為を制止するために支払った合理的な支出も含まなければならない。（4）事業者が本法第 6 条、第 9 条の規定に違反し、權利者が權利侵害により受けた実際の損失、權利侵害者が權利侵害により獲得した利益を確定することが困難な場合には、人民法院が權利侵害行為の情状に基づき 500 万元以下の賠償を權利者に与える判決を下す」と規定している。

³²⁶ ちなみに、この分類については、異なる意見もある。例えば、高富平は、「精神的人格権には、氏名権、肖像権、名誉権、榮譽権、プライバシー権などの權利のほか、一般的人格権も含まれる」と主張している。高富平「精神性人格權益的規制範式」東岳論叢 1 期（2021 年）164 頁を参照。

³²⁷ 立法者について、黄薇は全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会民法室主任であり、石宏は全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会社会法室主任である。黄（薇）編・前掲注（281）73－74 頁、同『中華人民共和國民法典侵權責任編義』（法律出版社、2020 年）54－56 頁、石宏編『＜中華人民共和國民法典＞解釈与適用・人格権編侵權責任編』（人民法院出版社、2020 年）156 頁を参照。

³²⁸ 張・前掲注（282）62 頁、張玉東「『獲益剝奪』適用条件的解釈論建構」法学雜誌 6 期（2023 年）17－30 頁などを参照。

にパブリシティ権)のみを指すべきだと指摘している³²⁹。簡単にまとめるには三つの理由がある。第一に、強行規定の制限と人格的尊厳の保護という視角から、民法典 993 条及び 1007 条³³⁰の規定に基づいて、精神的人格権の商業利用が許可されるが、人体細胞、組織、器官などの身体的人格権の売買が禁止される。実は、身体的人格権の財産的価値を否定することは、人格の尊厳を守るのに役立つ。そして、第二に、体系的解釈という視角から、民法典 1179 条は、すでに身体的人格権侵害による財産的損害賠償(積極損害と逸失利益)への解決策を全面的に規定しているため、民法典 1182 条を適用する必要性もない。続けて、第三に、譲渡の可能性と取引価値の有無という視角から、身分権は一身専属性を持ち、譲渡も取引価値もないため、法律的にも実務的にも商業的に利用されることが困難である。要するに、本条の客体の範囲については、第一の理由により精神性の人格的權益が包括されるが、第二・三の理由により物質性の人格的權益と身分の權益が排除されている。

そのほかに、人身的權益の範囲については、一部の学者は物質性の人格的權益を排除すべきだと賛成しているが、精神性の人格的權益に限定すべきではなく、一般的人格権、故人の人格的利益、身分の權益にも拡大し続けるべきだと唱えている³³¹。なぜなら、上記第一・第二の理由のほか、人格的權益の侵害により生じた財産的損害について、「被害者は本来得ることができ得られなかった財産的利益」と「被害者が本来支払う必要はないが支払わなければならない財産的損害」が含まれているからである。前者は、人格的權益を侵害した場合に発生することが多いが、それに対して、後者は、身分の權益を侵害した場合に発生することが多い。例えば、児童誘拐事件においては、親子関係が侵害され、被害者が親子関係を回復させるために支払った金銭などがある。つまり、身分の權益は財産的価値を持たないにもかかわらず、侵害されることによって財産的損害が生じる可能性もある。

3. 私見

主体の範囲は、自然人、法人、非法人組織を含めることに異論はない。だが、客体の範囲をめぐっては大きな議論が存在している。私見として、最高人民法院と多数の学者の人格的權益に対する縮小解釈の観点については、それぞれ次のように反駁することができるだろう。

³²⁹ 最高人民法院の立場について、最高人民法院民法典貫徹實施工作指導小組編『中華人民共和國民法典侵權責任編理解與適用』(人民法院出版社、2020 年)168—169 頁、江必新編『中華人民共和國民法典適用與實務講座(下冊)』(人民法院出版社、2020 年)1085 頁、中国審判理論研究会民事審判理論專業委員會編著『民法典侵權責任編条文理解與司法適用』(法律出版社、2020 年)88—89 頁。また、一部の学者の立場について、楊編・前掲注(281)1029—1030 頁、王涌＝周曉冬『民法典第 1182 条獲利返還制度的解釋與完善』廣西大學學報(哲學社会科学版)2 期(2021 年)125—126 頁などを参照。

³³⁰ 中国民法典 1007 条は、次のように規定する。「(1) いかなる形式による人体細胞、人体組織、人体器官又は遺体の売買も、これを禁止する。(2) 前項の定めに違反した売買行為は無効とする」。

³³¹ 張新宝『中国民法典評・侵權責任編』(中国人民大学出版社、2020 年版)65 頁、程・前掲注(281)840—841 頁、同『人格權研究』(中国人民大学出版社、2022 年版)726—727 頁、郭・前掲注(306)124—128 頁などを参照。

まず、法律法規や倫理道德などに基づいて身体的人格権の売買を禁止しているにもかかわらず、財産的価値があることは直接的に否定されておらず、一定の報償または利益のシェアも許可されている。特に遺伝子のような身体的人格権の対象に対しては、研究機関などは、多くの資本や技術を投下して巨大な財産価値を発掘したにもかかわらず、誰もが無償で利用できることとすると、遺伝子提供者にとって不公平である。したがって、身体的人格権が能動的に商業化されることは困難であっても、強制的に商業化された場合には、被害者は民法典 1182 条を適用して加害者に損害賠償または利益吐出しを請求することができる。

次に、最も基礎的で重要な法解釈の方法としての文理解釈は、体系的解釈に比べて優先する傾向が強い。また、民法典 1179 条と 1182 条の関係について、体系的解釈という視角から見ても、民法典 1179 条に規定されている「人身損害賠償の範囲」は全面的ではなく、実際には民法典 1182 条の「人身損害により生じた財産的損害」の一部にすぎないように思われる。物質性の人格的權益の侵害による他の損害が民法 1179 条によって救済されない場合は、民法典 1182 条によって対応するかもしれない。例えば、自動車事故に伴う損害賠償の紛争にかかわる最新の事件においては、控訴人は、原審が葬儀をとり行うにあたって被控訴人の支出した交通費、宿泊費および休業損失の賠償を命じたことに法的根拠はないと主張する。しかし、控訴審の裁判官は、民法典 1179 条に規定されている「人身損害賠償の範囲」には、被害者親族が葬儀をとり行うにあたって支出した交通費、宿泊費および休業損失等のその他の合理的費用は含まれていないが、民法典 1182 条に基づき、損害補填の原則に従い、権利侵害行為によって生じた必要かつ合理的な費用に対しては、加害者が賠償しなければならないと解する。そのため、最終的に控訴人の主張は認められない³³²。注目に値するのは、最高人民法院による「人身損害賠償事件の審理に適用する法律の若干の問題に関する解釈」17 条 3 項³³³が削除された場合、その損害に関わる救済に対して、民法典 1182 条も重要な役割を果たすことである。しかも、民法典 1179 条が被害者の人身損害の填補に基づいて構築されているが、民法典 1182 条により設けられる「利益吐出し」は、加害者の不当な利益の剥奪に着目している。体系的解釈の前提が欠けているため、体系的解釈によって民法典 1182 条（特に利益吐出し）の客体の範囲を縮小することが導き出せない。

そして、特殊な身分関係に基づいて生成され、自然人が専有する身分の權益は、

³³² 遼寧省鞍山市中級人民法院（2023）遼 03 民終 265 号二審民事判決書を参照。

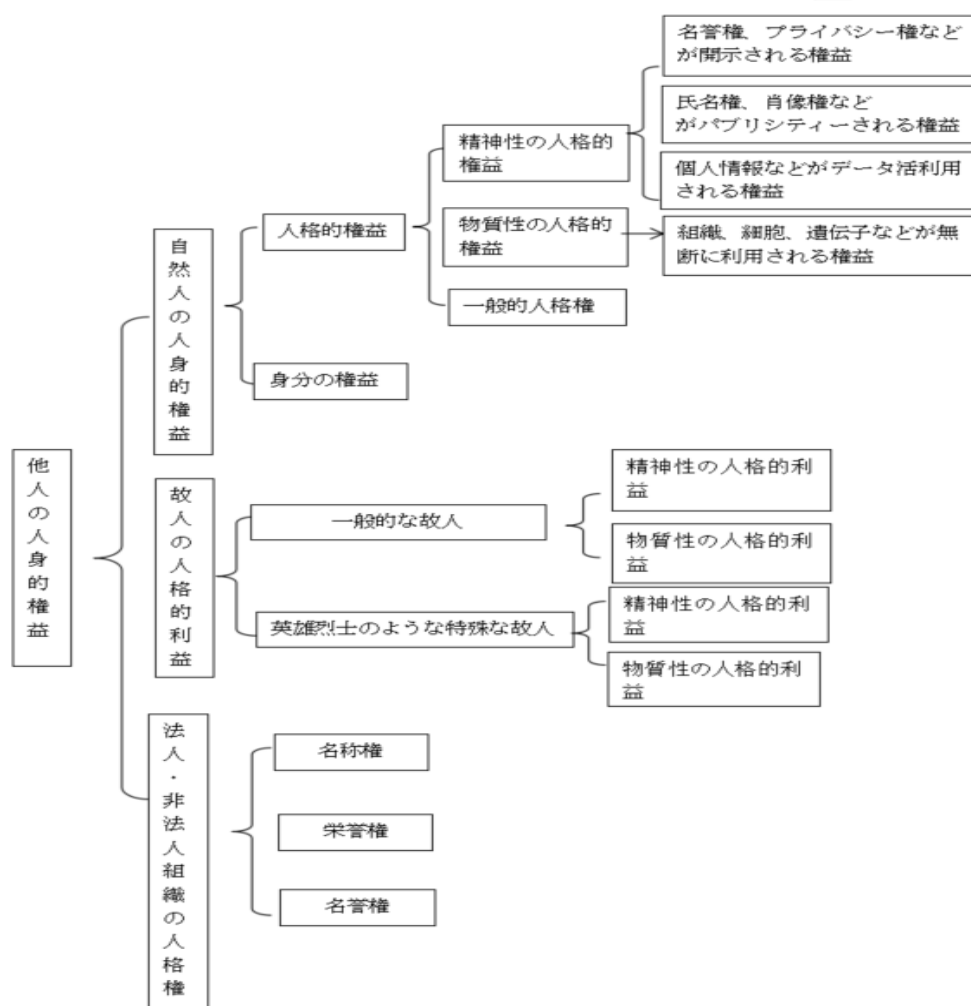
³³³ 「人身損害賠償事件の審理に適用する法律の若干の問題に関する解釈」17 条 3 項は、「被害者が死亡した場合、賠償義務者は救急治療の状況にもとづき本条 1 項の関連する費用を賠償しなければならない以外、さらに葬儀費、被扶養者の生活費、死亡補償費および被害者親族が葬儀をとり行うにあたって支出した交通費、宿泊費および休業損失等のその他の合理的費用を賠償しなければならない」と規定している。この司法解釈は最高人民法院によって制定され、2003 年 12 月 26 日に公布、2004 年 5 月 1 日より施行された。その後、この司法解釈は、2021 年に「『民事裁判業務における『労働組合法』の適用に係る若干の問題に関する解釈」などの 27 本の民事類司法解釈の改正に関する決定」により削除された。

確かに商業的に利用されることが困難である。ただ、これは実務上で身分の権益が侵害されることを免れるという意味ではない。身分の権益を侵害して財産的損害を生じさせた場合、被害者は民法典 1182 条に基づいて損害賠償を請求したり、利益を吐き出させたりすることができるだろう。

最後に、文理解釈によって人身的権益の範囲を解説することは、精神性の人格的権益（特にパブリシティ権）のみに限定すべきという中国の通説とある程度合致しない。しかし、比較法上の議論を参照対象とすれば、実際に海外においては「精神性の人格的権益」から「物質性の人格的権益」、「一般的人格権」などへの拡大を試みる学者も存在している³³⁴。

要するに、上述した最高人民法院と多数の学者の観点は説得的ではない。立法者の見解の方が賛成に値するのであろう。以下では、本条の適用範囲について、主体の範囲と客体の範囲との組み合わせを図表で示してみる（図表 1 参照）。

図表 1 他人の人身的権益について（イメージ）



³³⁴ 例えば、藤原・前掲注（2）171－190 頁、橋本・前掲注（8）69 卷 5 号（2019 年）146－105 頁、69 卷 6 号（2019 年）234－181 頁、70 卷 6 号（2020 年）93－153 頁、71 卷 3 号（2020）167－221 頁、71 卷 5 号（2021 年）253－305 頁、72 卷 6 号（2022 年）125－179 頁、74 卷 4・5・6 号（2024 年）411－506 頁などを参照。

(注)

①故人の人格的利益とは、自然人が死亡した後、その氏名、肖像、名誉、プライバシーなどの精神的人格的利益と遺体、遺骨などの物質的人格的利益をいう。民法典は、一般的な故人の人格的利益を保護するほか（民法典 994 条）、英雄烈士のような特殊な故人に対しても独自に規定している（民法典 185 条）。しかも、「英雄烈士保護法」は専ら設けられた。

②中国民法典 110 条 2 項によると、法人・非法人組織の人格権は名称権、名誉権及び榮譽権のみを包括している。

（出典）筆者作成

第 3 項 構成要件

人格権侵害に関する利益吐出しという問題については、学説的には不法行為説、不当利得説、準事務管理説、擬制信託説、独立の請求権説などの論争が巻き起こる。ただし、立法者は不法行為法を通じてこの問題を解決する傾向にある。これは、「民法典・侵權責任編」に規定された賠償責任は、金銭賠償によって実現されるが、損害填補に限らないことを意味する。この損害賠償責任は、医療費、介護費、休業により減少した収入、価値の賠償などの損害填補型賠償責任を規定するのみならず、慰撫型賠償責任（すなわち、精神的損害賠償責任）、利益剝奪型賠償責任、懲罰型賠償責任（すなわち、懲罰的損害賠償責任）などの非損害填補型賠償責任も規定している³³⁵。

本条の冒頭で表明した「他人の人身の權益を侵害して財産の損害を生じさせた場合には」を見ると、民法典 1165 条 1 項に規定された一般的不法行為の要件に合致している³³⁶。すなわち、本条の構成要件は、侵害行為、損害、因果関係並びに故意・過失（中国語で「过错」³³⁷という）³³⁸。

ところが、一部の構成要件に疑問点を挙げる学者も存在している。例えば、①孫良国教授は、被害者が加害者に利益の返還を主張する際には、加害者が主観上の悪意（＝故意）を持つことを必要な要件とするべきだと考えている³³⁹。それに対して、②張玉東教授は、加害者が不法行為を通じて得た利益さえあれば、奪われるべきだと指摘している。すなわち、被害者は加害者の行為に違法性があることを証明するだけで、加害者に主観的な「过错」（故意または過失）があるかどうかを証明する必要はない³⁴⁰。また、プライバシー権のような人格権はメディアに無断で開示

³³⁵ 李承亮「『民法典』損害賠償責任体系論綱」荊楚法学 6 期（2022 年）22 頁を参照。

³³⁶ 王＝周・前掲注（329）125 頁。また、民法典 1165 条 1 項は、「行為者が過錯により他人の民事權益を侵害し、損害を与えたときは、權利侵害責任を負わなければならない」と規定している。

³³⁷ ちなみに、「过错」は、簡体字を繁体字に直すと、「過失」となる。中国民法典における「过错」という概念については、道垣内弘人教授は、「わざと」とか、「うっかりと」とかといった「心理的な状態」を指すのではなく、「行為者に帰責するに足る事情」を意味するという結論につながりやすいこと指摘している。道垣内弘人「中国民法典における用語法とそのもつ意味について―「过错」と「過失」との区別、および、責任負担を表す諸形式について―」静岡法務雑誌 13 号（2022 年）71 頁を参照。

³³⁸ 程・前掲注（281）844 頁を参照。

³³⁹ 孫・前掲注（280）125 頁を参照。

³⁴⁰ 張・前掲注（328）「『獲益剝奪』適用条件的解釈論建構」28－29 頁を参照。

され、多数の被害者は、この情報を公開することによって利益を得ようとする意図はない。被害者に実際の損失を証明するように要求すれば、加害者の不法な利益を奪うのに不利になる。同時に、実際の損失を前提とすると、利益吐出しの適用状況が極めて制限される恐れがある。そのため、③石佳友教授らは、被害者が加害者に利益吐出しを主張する際に、実際の損失があることを前提にはしないと主張している³⁴¹。

私見によれば、上述の三つの疑問はいずれも妥当ではないと思われる。

①孫教授の疑問に対する批判について、加害者が主観上の悪意（＝故意）を持つことを求める必要はない。なぜなら、法律が無過失責任または過失の推定責任（中間責任）の適用を明確に規定しない限り、被害者は、加害者に「过错」があることを証明しなければならない。しかも、「过错」の内容には、故意と過失が含まれている。しかし、「民法典・侵權責任編」によると、共同故意不法行為、知的財産権侵害の懲罰的損害賠償、製造物責任に対する懲罰的損害賠償等の法律で明確に規定された場合のみにおいて、被害者は加害者の故意を証明せざるを得ない。それに対して、その他の場合では、被害者は加害者に過失があることを証明すれば損害賠償を請求することができる。

②張教授の疑問に対する批判について、少数の学者は違法性と「过错」を区別すべきだと主張しているが³⁴²、立法者は両者を厳格に区別していない一方で、「过错」を通じて違法性を吸収することは責任にかかわる構成要件の簡略化にも役立つ³⁴³。張教授の見解にはまだ十分な論証が欠けているため、学説や実務では容易に認められない恐れがある。

③石教授の疑問に対しても次のように批判することができるだろう。本条では「財産の損害を生じさせた場合」と「受けた損害などの確定が困難であり、かつ双方が合意をすることができない場合には、人民法院が実際の状況に基づき賠償額を確定する」などの内容を明確に規定している。つまり、被害者が全部の実際の損害を証明できなくても、ある程度の財産の損害を受けたことを証明しなければならない。そうしないと、実務上、裁判所に証拠不十分を理由に訴えを却下される可能性がある³⁴⁴。そのほか、少しでも財産的損害を受けなければ、民法典 1183 条の精神的損害賠償制度を適用することができるだろう。また、最高人民法院「民事權利侵害による精神的損害賠償

³⁴¹ 石＝鄭・前掲注（260）23 頁を参照。ちなみに、利益吐出しの規範は加害者の不当な利益を剥奪することを目的としているため、被害者の損失を考慮する必要はない。王・前掲注（281）117－118 頁。同時に、実際の損失は、「利益吐出し」の構成要件ではなく、「損害賠償」の構成要件である。さらに言えば、民法典 1182 条における利益吐出しの構成要件は、①「被害者の人身の權益が侵害されたこと」、②「加害者が利益を獲得したこと」、及び③「①と②の間に因果關係が存在すること」を包括している。張・前掲注（328）「『獲益剝奪』適用条件的解釋論建構」24－26 頁を参照。

³⁴² 張金海「論違法性要件の獨立」清華法学 4 期（2007 年）82 頁以下、李承亮「侵權責任の違法性要件及其類型化—以過錯侵權責任一般條款的興起及演變為背景」清華法学 5 期（2010 年）74 頁以下などを参照。

³⁴³ 王利明『侵權行為法歸責原則研究』（中国政法大学出版社、1992 年）401－408 頁、同「我国『侵權責任法』採納了違法性要件嗎？」中外法学 1 期（2012 年）5 頁以下などを参照。

³⁴⁴ 例えば、湖北省武漢市中級人民法院（2016）鄂 01 民終 8144 号民事判決書参照。

償責任の確定にかかる若干の問題の解釈」5条に基づき、加害者の利益を得た状況は精神的損害賠償を確定する要素の一つとしている。

第4項 法律効果（＝賠償額の算定方法）

他人の人身的権益を侵害して財産の損害を生じさせた場合、損害額はどのように算定すればよいであるか。「被害者がこれにより受けた損害に基づいて算定する」と「加害者がこれにより得た利益に基づいて算定する」という二つの方法があるとの少数説がなされている³⁴⁵。しかし、通説としては、「被害者がこれにより受けた損害に基づいて算定する」、「加害者がこれにより得た利益に基づいて算定する」及び「人民法院が実際の状況に基づいて算定する」という三つの方法があるとされている³⁴⁶。ただし、注目すべきは、最後の方法と比べて、前の二つの方法は並列の関係だけでなく、優先的に適用されることである。次に、この三つの方法をそれぞれ「被害者の受けた損害」、「加害者の得た利益」、「具体事案における人民法院の裁量」と略称し、検討を試みたい。

1. 被害者の受けた損害

「被害者の受けた損失」に基づいて損害額を算定することは、差額説を採用して、完全賠償を実現している。もちろん、被害者の受けた損害は積極損害と逸失利益を含む。

ところが、現実には、被害者は、自分がどのような財産的損害を受けたかを証明することは困難である一方で、加害者の不法行為がその財産的利益にどのような不利な影響を与えるかを証明することも易くない。逆に、加害者の無断に利用した行為は、被害者の社会的知名度を高め、客観的にその人格的権益が利用される機会を増やし、より多くの財産的利益を得ることができるかもしれない。また、人格権の財産的価値は財産権のように客観的な市場価格で算定されず、当事者間の協議によってしか確定できない。では、被害者が主観的に商業化を望まない場合や客観的に商業化されない場合³⁴⁷には、具体的な財産的損害額を証明しがたい。このほか、競争関係にある商事主体間では、加害者が被害者の名誉権を中傷するなどして不正競争防止法違反となる行為（例えば、信用毀損行為）を行い、被害者の経営状況が悪化になることを招いている。だが、経営状況の悪化を招き、被害者の管理能力、加害者の不法行為、市場の複雑な変化、コロナウィルスの悪影響など多くの要素が存在するため、被害者も間接

³⁴⁵ 郭・前掲注（306）129－130頁、張・前掲注（331）65－66頁などを参照。

³⁴⁶ 江編・前掲注（329）1085－1089頁、楊編・前掲注（281）1030－1031頁、陳・前掲注（324）205－211頁などを参照。

³⁴⁷ 客観的に商業化されない場合について、具体的な事例を取りあげる。例えば、A社はある有名なテレビの司会者Bの肖像を無断で広告に利用し、司会者Bの肖像権が侵害された。しかし、「中国のラジオ・テレビのアナウンサー及び司会者の職業道德に係る準則」31条によると、司会者Bの肖像権などは広告などの営利目的で利用することは許されない。北京市朝陽区人民法院（1999）朝民初字第4247号民事判決書参照。

損害としての財産的損害を明確に証明しづらい。

そこで、実務では、いくつかの被害者が受けた損害の算定方法が形成された。例えば、経済的価値を持つ有名人の人格権が無断で商用利用された事件では、被害者は、同じまたは類似の状況において、他人に氏名や肖像などの利用を許可する際に実施料相当額を得た証拠を提供することで、財産的損害を証明することができる³⁴⁸。また、被害者（例えば、会社）の名誉権が不正競争防止法違反となる行為により侵害されて経営の悪化になった事件では、通常、被害者の製品の不法な行為による販売量の減少数に基づいて、製品ごとの合理的な利益を乗じ、得られた積を損害とする³⁴⁹。この算定方法は、「前年同期比減量」と呼ばれているだろう。

2. 加害者の得た利益

加害者の得た利益についてはそもそも何を指しているのか。中国においては、二つの異なる見解がある。つまり、①加害者の得た利益には、積極的な利益（すなわち財産や利益の増加）であるのみならず、消極的な利益（すなわち節約した費用、特に実施料相当額）も含まれる。②加害者の得た利益は、積極的な利益のみを包括している。次に、①に賛成する代表者としての陳現傑教授及び②に賛成する代表者である張玉東教授の観点をめぐる考察したい。

陳教授の見解によれば、加害者の得た利益には、積極的な利益と消極的な利益が含まれており、同時に、この二つの利益はさらに細分化されるべきだという³⁵⁰。具体的には、積極的な利益とは、加害者が不法な行為によって自分の財産や利益を増加させることであり、（1）「前年同期比の増加」と（2）「正比の増加」に分けられる。そして、いわゆる「前年同期比の増加」とは、加害者が不法な行為を行われたことによる製品の販売、サービスの売上高の前年同期比の増加数に基づいて、製品ごとまたはサービスごとの合理的な利益率を乗じ、得られた積を加害者の得た利益とする。しかも、「正比の増加」については、例えば、加害者が他人のプライバシー情報を不正に開示したことによってテレビ視聴率を上げることで、視聴率は広告宣伝費に正比するため、増加した広告宣伝費の差額を利益とすることが考えられる。また、消極的な利益とは、加害者が不法な行為により、支払うべきなのに支払われていない費用を回避または節約することを指す。具体的な方法としては、（1）自分のかつてのライセンス料と（2）同等の知名度（顧客吸引力）のライセンス料を参考することが挙げられる。

これに対し、張教授は、加害者の得た利益に関わる範囲は積極的な利益に限定すべきだと指摘している³⁵¹。なぜならば、一方で、被害者は積極的な利益と消極的な利益を同時に請求できることを認めた場合、賠償の面で加害者の不法な行為に対する二度の評価を行うからである。つまり、コストとしての消極的な利益を一度評価し、収益

³⁴⁸ 江蘇省高級人民法院（2006）蘇民終字第109号民事判決書参照。

³⁴⁹ 陳・前掲注（324）205－206頁を参照。

³⁵⁰ 陳・前掲注（324）206－207頁、同・前掲注（278）200－203頁を参照。

³⁵¹ 張・前掲注（331）89－93頁を参照。

としての積極的な利益をもう一度評価する。他方で、消極的利益には、加害者が節約した支払うべき費用だけでなく、被害者が損失したライセンス料も示すことができるからである。しかし実務では、被害者は通常、ライセンス料を損失として加害者に損害賠償責任を請求する。同時に、加害者の得た利益に多義性があることによる概念の混同などの問題を避けるためでもある。したがって、加害者の得た利益という概念に消極的な利益を含める必要はないだろうか。

残念ながら、上述の学者は、加害者が合法的行為などによって得た利益をどのようにに分配すべきかについて議論していない。実は、損害と利益の両方が存在した場合において、不法行為は被害者の受けた損害をもたらした原因であり、加害者の得た利益を生んだ手段でもあると思われる。ただし、現実には、加害者の得た利益を生んだ手段は権利侵害行為という不法な行為であるのみならず、資本投入などの合法的行為もあるかもしれない。それゆえ、ある学者は、加害者が注ぎ込んだ資財、人力などのコストを差し引いた「純利益」を被害者に返すことができると唱えている³⁵²。そのほかに、知的財産権紛争への対応策を参考にした上で、加害者の得た利益とは、侵害された権利または利益に関連するすべての収入を用いて、相関のコスト（例えば商品の製造・マーケティングをめぐる費用、税金など）と必要な費用（例えば管理費用、資本投入など）を減じた後、最終的に残されている利益をいう³⁵³。もちろん、控除された費用に関しては加害者が証明すべきである。

3. 具体的な事案における人民法院の裁量

具体的な事案における人民法院の裁量とは、人民法院が実際の状況に基づき賠償額を確定するということである。その裁量は、「被害者の受けた損害と加害者の得た利益が確定することができない」及び「両方の当事者が協議によって賠償額につき合意をすることができない」という二つの適用条件を満たすべきである。そして、裁量の核心としての実際の状況について、少数説は、「実際の状況に対しては、被害者が相当な実施料の有無を参照できるかどうかを考慮しなければならない。そうでなければ、被害者の社会的地位・影響、人格的利益の種類、同じ人々の同じ人格的利益の相当な実施料の基準、権利侵害の性質、権利侵害の継続時間・範囲などに基づいて合理的に確定しなければならない」とする³⁵⁴。しかしながら、有力説によると、実際の状況については、人民法院が主に加害者の故意または過失に関わる程度、原因力、権利侵害行為の方式・性質、権利侵害による損害の結果、加害者のタイプ・経済状況、被害者の知名度などの要素を考慮して賠償額を確定することを指す³⁵⁵。

また、被害者が加害者の損益計算書などのような財務に関する資料を得ることがで

³⁵² 郭・前掲注（306）129頁を参照。

³⁵³ 石＝鄭・前掲注（260）24－25頁を参照。

³⁵⁴ 張谷「『侵權責任法』上の非真正侵權責任」暨南學報（哲學社會科學版）3期（2010年）51頁を参照。

³⁵⁵ 程・前掲注（281）842頁を参照。

きず、加害者の管理・経営状況を知ることができないため、被害者が加害者の得た利益を証明するのは、自分の受けた損害を証明するよりもはるかに難しい。そこで、被害者は人民法院に賠償額の裁量を請求することができ、人民法院も職権に基づいて賠償額を裁量することができる。しかも、被害者が加害者に損害賠償を請求するが、損害と利益の具体的な金額を証明することができない場合、人民法院も職権に基づいて賠償額を裁量しなければならない³⁵⁶。

インターネットによる人格的権益侵害事件は、だんだん厳しさを増やしている。それに伴い、人民法院がこのような事件を正確に審理するため、「情報ネットワークを利用する人身権益侵害紛争事件の審理における法律適用に係る若干の問題に関する最高人民法院の規定」という司法解釈が2014年に制定され、そして2020年に改正された。改正された司法解釈12条³⁵⁷の解説により、三つの重要な裁量上のガイドラインを確立することができるだろう。第一に、被害者または代理人が権利侵害行為につき調査及び証拠集めをするため支払った合理的な費用などは、民法典1182条に規定された財産的損害と認定されるべきである。第二に、当事者の請求及び具体的な事案に基づいて、弁護士費用を賠償の範囲に含めることができる。第三に、被害者が人身的権益の侵害によりもたらされた財産的損害及び加害者がこれにより得た利益を確定することが困難な場合、人民法院は具体的な事案に基づき50万元(1000万円相当)以下の範囲内で賠償額を確定することができる。

第2節 学説の分岐点

中国の学説において、利益吐出しという問題に関しては、学者は、①信認義務違反説、②擬制信託説（＝推定信託説）、③介入権説、④準事務管理説、⑤不当利得説、⑥不法行為説及び⑦独立の請求権説によってこのような問題を解決することを議論している。その中で、④準事務管理説、⑤不当利得説、⑥不法行為説及び⑦独立の請求権説は、特に人格権侵害をめぐる検討されているので、次のように詳細に検討する。しかし、この部分を検討する前に、利益吐出しに関連する学説を全面的に呈するために、簡単に①信認義務違反説、②擬制信託説（＝推定信託説）及び③介入権説を紹介したい。

①信認義務違反説については、主にいくつかの異なる見解が存在している。例えば、

³⁵⁶ 王（葉剛）・前掲注（282）104－115頁を参照。

³⁵⁷ 「情報ネットワークを利用する人身権益侵害紛争事件の審理における法律適用に係る若干の問題に関する最高人民法院の規定」12条は、「（1）被害者が権利侵害行為を制止するために支払った合理的な支出は、民法典1182条の財産的損害と認定することができる。合理的な支出には、被害者または代理人が権利侵害行為につき調査及び証拠集めをするための合理的な費用を含む。人民法院は、当事者の請求及び具体的な事案に基づき、国家関係部門の規定に合致する弁護士費用を賠償の範囲内に計算することができる。（2）被害者が人身的権益の侵害によりもたらされた財産的損害及び加害者がこれにより得た利益を確定することが困難な場合、人民法院は、具体的な事案に基づき50万元以下の範囲内で賠償額を確定することができる」と規定している。

通常の見解は、違約者（＝契約を守らない方）が契約違反によって得た利益を非違約者（＝契約を守る方）の損害（特に逸失利益の損害）の算定方法とし、この利益を吐き出させることを指す³⁵⁸。しかも、実務上、裁判所も通常の見解を支持している³⁵⁹。また、現行民法典 584 条³⁶⁰という契約違反における損害賠償規則を通じて、契約違反上の利益吐出しが導入される可能性がある³⁶¹。これに対して、契約違反によって得た利益が非違約者の逸失利益の損害を上回ったり、または非違約者の損害が算定できなかったりした場合、この利益によって直接に賠償することができると思う学者がいる³⁶²。また、近時、契約法における利益吐出しの正当性と独立性をめぐって体系的に検討する学者は、呉国喆教授らである。呉教授らの見解によると、効率的な契約違反の排除、分配的正義の尊重、違法な行為の予防、民事上の徴収の防止という正当性に基づき、違約者は、その違約行為により「第三者」から取得したあらゆる利益を非違約者に返還しなければならない³⁶³。また、信託義務違反説の構成要件は、積極的な要件と消極的な要件を含む。具体的には、積極的な要件は、「違約者は契約違反によって利益を獲得したが、相手方の損害とは関係がない」、「故意に忠誠義務に違反することを主観的条件とする」及び「違約者の不法行為と獲得した利益との間に因果関係がある」を包括している。また、消極的な要件は、「双方は違約金を約束する」、「非違約者は過ちがある」及び「契約には履行上の意義があり、その後実際に履行されたか、実際に履行することができる」を包括している³⁶⁴。注意すべきなのは、契約法における利益吐出しは、既存の損害賠償責任（原状回復・信頼利益・逸失利益などを中心とする）に組み込めないため、その独立性は認められるべきである。もし認められれば、違約行為の抑制、機会主義の防止、ひいては社会における信義の遵守促進に有利である一方で³⁶⁵、制度変革に対する低いコストを通じて契約法の開放化を進めることもできるだろう³⁶⁶。

②擬制信託（＝推定信託）説について、権利侵害者と権利者との関係を信託関係と擬制（推定）し、不当利得説・不法行為説などの既存の理論を調整する必要がないこ

³⁵⁸ 陳凌雲「論『違約方獲益』之帰属」法律科学 4 期（2018 年）143 頁以下を参照。

³⁵⁹ 例えば、江蘇省無錫市中級人民法院（2012）錫民終字第 0024 号民事判決書、遼寧省北票市人民法院（2018）遼 1381 民初 1687 号民事判決書などを参照。

³⁶⁰ 中国民法典 584 条は、次のように規定する。「当事者の一方が契約上の義務を履行せず、又は契約上の義務の履行が約定に合致せず、相手方に損失を与えた場合は、損失の賠償額は、違約によって生じた損失に相当するものでなければならず、契約履行後の得べかりし利益を含む。但し、契約に違反した一方が契約締結時に契約違反によりもたらされる可能性があると予見し、又は予見すべき損失を超えてはならない」。

³⁶¹ 李昊=翟旭峰「論違約獲益剝奪的中国法路徑」清華法律評論 11 卷 2 輯（2023 年）61 を参照。

³⁶² 孫良国『違約責任中的所獲利益賠償研究』法制与社会發展 1 期（2008 年）23 頁以下を参照。

³⁶³ 呉国喆=長文昕娉「違約獲益交出責任的正当性与独立性」法学研究 4 期（2021 年）111—129 頁を参照。

³⁶⁴ 呉=長・前掲注（363）113—116 頁を参照。

³⁶⁵ 呉=長・前掲注（363）129 頁を参照。

³⁶⁶ 王玉梅『合同法』（中国政法大学出版社、2014 年）107 頁を参照。

とを前提に、権利侵害者に対する最大限の制裁を実現する³⁶⁷。以下では、馮德淦博士の見解を中心にして紹介したい。まず、利益吐出しという問題について、既存の不法行為制度・不当利得制度を修正すること、あるいは準事務管理制度を細分化することによって対応するかもしれない³⁶⁸。しかし、この可能性のある解決策にも、それぞれにいくつかの欠陥がある³⁶⁹。簡単に言えば、第1に、不法行為法は補償・填補を根本的な目的としており、懲罰と制裁は社会の公共的な利益などが侵害された場合にのみ適用される。それに対して、利益吐出しはそのような適用の条件を前提としていない。第2に、通説によると、不当利得の目的は法律上の原因が欠ける財産の移動を調整することである。すなわち、客観的価値を超えた利得はいったい誰に帰属すべきかについては、不当利得制度によって調整されたものではない。そのほかに、不当利得は帰責可能性を前提とせず、事実状態上の利益衡平にすぎない。また、不当利得によって利益吐出しという問題に対応すれば、無過失の行為者にも利益を返還しなければならない。実は、このような解釈の合理性は疑われるに値する。第3に、中国民法典 980 条は準事務管理に関わる条文を規定しているが、不明確な点が少なくない。例えば、準事務管理の理論的基礎は何か、構成要件は何かなどを指す。準事務管理制度で対応するには、これらの不明確な点を明らかにしておく必要があるだろう。次に、利益吐出しの歴史的遡源について、主に「利益の喪失から利益の獲得へ」、「不当利得の概念変革」、「事務管理法の効果と利益返還の協調」及び「エクイティとコモン・ローのやり方」という 4 つの視点から分析している³⁷⁰。最後に、「利益吐出しの正当性」及び「信託理論を導入する操作性」をめぐって検討している。しかも、「權益侵害型ケース」、「契約無効型ケース」、「機會獲得型ケース」、「違約營利型ケース」を挙げて詳細な考察を展開している³⁷¹。

③介入権説については、董事³⁷²、監事、高級管理職（例えば、総経理、副総経理、財務責任者）が忠実義務に違反することによって得られる利益が会社の所有に帰属すべきことを指す。例えば、忠実義務違反行為が例示されている規定においては、董事及び高級管理職のみが規制対象として明記されていたが、最新の会社法（2023 年に改正された）では、監事も追加した。実は、会社法における介入権の性質に関しては、激しい議論が続けられている。つまり、損害賠償請求権説³⁷³、不当利得返還請求権説

³⁶⁷ 陳林「違反信義義務所獲利益应予返還」人民司法 6 期（2009 年）49—53 頁、馮德淦「獲利返還制度的法理研究」法制与社会發展 1 期（2023 年）187—207 頁などを参照。

³⁶⁸ 馮・前掲注（367）190—192 頁を参照。

³⁶⁹ 馮・前掲注（367）192—194 頁を参照。

³⁷⁰ 馮・前掲注（367）194—199 頁を参照。

³⁷¹ 馮・前掲注（367）199—207 頁を参照。

³⁷² ちなみに、中国の会社法において、最高意思決定機関は株主会になり、董事会は株主会の決議に基づいて業務執行を行う機関になる。そして、この董事会を構成するメンバーである「董事」は、董事長や監事の選任、会社の年度財務予算・決算の承認などの業務を行っている。

³⁷³ 会社法における介入権の機能は、保護、予防、及び制裁を包括している。また、そのような介入権の本質は、会社が加害者に主張する損害賠償請求権である。楊艷「公司法上的利益帰入一功能界定与計算標準」浙江工商大学学报 6 期（2015 年）72—81 頁を参照。

374、処罰権説³⁷⁵、不当な利益に対する没収説³⁷⁶などが存在している。そのほかに、周淳博士は、民法上の不法行為法、事務管理、不当利得を通じて介入権の規範構造を解釈することができず、介入権を会社法による取締役の忠実義務違反の責任に関する特別な規定と位置づけ、かつ「純利益」のみを会社の所有とすること、を指摘している³⁷⁷。また、「純利益」とは、董事、高級管理職が忠実義務に違反することによって得られる直接的かつ間接的な利益を指す。さらに、「最高人民法院による『中華人民共和国民法典』契約編通則の適用における若干の問題に関する解釈」62条³⁷⁸が特定の場合、契約違反によって得た利益を損害賠償額の算定要素の1つとしているが、謝鴻飛教授は、このような利益を非違約者に帰属させることが契約違反による損害賠償の算定方法ではなく、介入権に組み入れるのが合理的だと考えている³⁷⁹。加えて、謝説によれば、このような介入権の適用条件は、「違約者が故意に契約違反の行為を行ったこと」、「違約者が故意の契約違反の行為により利益を獲得したこと」、「客観的に、非違約者が実際の履行を請求できないこと」及び「介入権の行使によって債権者の財産が不当に増加することはないこと」を包括している³⁸⁰。そして、主要な適用類型について、「信義義務の違反」、「特定の状況における『同じ物の売買を二回すること』」、「特定の状況における不作為義務の違反」、「故意の不完全履行」及び「契約違反の転貸・発注」が構成されている³⁸¹。同時に、非違約者は、違約者が得た利益の有無及び金額を確定するために、違約者に帳簿、契約などの証拠の提供を請求する権利がある³⁸²。最後に、非違約者が違約者から受け取った利益については、違約者が支出した必要なコストを控除しなければならない³⁸³。

すでに紹介したように、①信認義務違反説、②擬制信託説（＝推定信託説）及び③介入権説は、主に財産権侵害をめぐる検討している。その中で、①信認義務違反説と③介入権説は、特定の関係あるいは特殊な身分がある両当事者も限定される。しかし、加害者が被害者の人格権侵害によって利益を得た場合、学説的にはどのように議

374 会社法における介入権は、不当利得返還請求権だと考えている学者もいる。例えば、董方軍「論帰入権の性質」当代法学3期（2002年）78－80頁。

375 会社法における介入権は、民法上の請求権に帰属することが困難であり、法律が会社に与えた処罰権である。伏軍＝孫曉光「解説『公司法』第60条第3款—評最高院『関与担保法若干問題的解釈』第1条」金融法苑3期（2003年）12－17頁を参照。

376 没収説とは、会社が董事などの忠実義務違反によって得られた積極的な利益を没収することを指す。鄧峰「公司利益缺失下的利益衝突規則—基於法律文本和实践的反思」法学家1期（2009年）79－88頁を参照。

377 周淳「公司帰入権の体系定位与規範構造」財經法学3期（2021年）34－48頁を参照。

378 ちなみに、包丁裕睿博士は、「最高人民法院による『中華人民共和国民法典』契約編通則の適用における若干の問題に関する解釈」62条に基づいて、契約違反により得られた利益を履行利益の算定要素の一つとして解釈されるべきである、と考えている。包・前掲注（264）153－171頁を参照。

379 謝鴻飛「違約獲益帰入権の体系定位与適用限制」清華法学1期（2024年）79－98頁を参照。

380 謝・前掲注（379）89－92頁を参照。

381 謝・前掲注（379）92－95頁を参照。

382 謝・前掲注（379）90頁を参照。

383 謝・前掲注（379）90頁を参照。

論されているのだろうか。④準事務管理説、⑤不当利得説、⑥不法行為説及び⑦独立の請求権説について、次の第1～4款でそれぞれ考察している。

第1款 準事務管理説

④準事務管理説について、民法典が施行される前（旧民法）に、BGB 687条2項のような民法上の明文規定を持たない中国において、解釈論として準事務管理を導入することによって、不当な利益を吐き出させると主張する学者がある³⁸⁴。注意すべきなのは、日本が準事務管理説を通説としているのとは異なり、中国での準事務管理説は少数説にすぎないことである。しかし、民法典が施行された後（現行民法典）に、直接に980条³⁸⁵の準事務管理によって対応するかもしれない³⁸⁶。注意すべきなのは、一部の学者は、980条が不正の事務管理に関わる問題を処理するのみで、準事務管理ではないと考える傾向がある³⁸⁷。

また、準事務管理の明文化に伴い、この制度をめぐる趣旨、適用、機能などの研究はより多くの学者に注目されるだろう³⁸⁸。特に、利益吐出しという問題に対応するための重要な価値は、次第に発掘されるかもしれないと思われる。

第1項 旧民法における準事務管理説

旧民法の時代において、「民法通則」93条、「民法通則に関する意見」132条、「民法総則」121条及び184条は³⁸⁹、いずれも事務管理の構成要件と一部の法律効果を簡略に規定し、受益者（＝本人）は必要な費用の償還義務を負う。しかも、準事務管理

³⁸⁴ 趙廉慧「作為民事救済手段の無因管理—從準無因管理制度的存廢談起」法学論壇2期（2010年）149—154頁、繆宇「獲利返還論—以『侵權責任法』第20條為中心」法商研究4期（2017年）81—90頁などを参照。

³⁸⁵ 中国民法典980条は、「前条に定められた状況に該当しないが、管理者の事務管理により受益者がある管理の利益を受けるときは、受益者は、その得た利益の範囲内において、管理者に対し前条1項の定めた義務を負わなければならない」と規定している。

³⁸⁶ 崔建遠「無因管理規則的豐富及其解釋」当代法学3期（2020年）3—12頁、金可可「『民法典』無因管理規定的解釋論方案」法学8期（2020年）37—57頁などを参照。

³⁸⁷ 例えば、黃薇主編『中華人民共和國民法典合同編解讀（下冊）』（中国法制出版社、2020年）1562—1565頁、楊耀天「論不適法無因管理的適用—以『民法典』第980條為中心」法律適用8期（2022年）174—184頁、楊鴻雁「論我國民法典無因管理的規範模式」法商研究4期（2023年）160—173頁などを参照。

³⁸⁸ 代表的な論文として、李中原「採用無因管理相反請求權研究」法學研究3期（2024年）57—76を参照。

³⁸⁹ 民法通則93条は、次のように規定する。「法定又は約定の義務がなく、他人の利益が被害を受けることを避けるために管理又は服務を実施した者は、これにより支出した必要な費用の償還を受益者に要求する権利を有する」。

「民法通則に関する意見」132条は、次のように規定する。「民法通則93条に規定する管理者又は服務者は、必要な費用の償還を受益者に要求することができる。その必要な費用は、管理又は服務の活動に直接的に支出した費用、及びその活動に受けた実際の損失を包括している」。

民法総則121条は、次のように規定する。「法定又は約定の義務がなく、他人の利益が被害を受けることを避けるために管理を実施した者は、これにより支出した必要な費用の償還を受益者に請求する権利を有する」。

民法総則184条は、次のように規定する。「自己の意思で行った緊急救助の行為により被救助者に損害を与えたときは、救助者は民事責任を負わない」。

現在、上記の条文は、すべて廃止された。

に関わる条文は設けられない。

また、侵権責任法に基づく損害賠償請求権の賠償範囲あるいは不当利得法に基づく不当利得返還請求権の返還範囲は、被害者の損害を限度としている。加害者が被害者の損害を上回る利益を得ることを防ぎ、かつ被害者に対する全面的な救済を与えるため、中国の学者は、ドイツ、日本、台湾地区などの民法の影響を受け、学説の面で準事務管理制度に注目している。準事務管理または不真正な事務管理とは、他人の事務をその権限のないことを知りながら自分の事務として管理することと、他人の事務を自分の事務と誤信して管理することを意味する³⁹⁰。一般に、前者は「不法管理」を指し、後者は「誤信管理」を指す。つまり、この両者は準事務管理のタイプである。また、構成要件の視点から見ると、準事務管理は、事務管理の客観的な要件しか備えていないが、事務管理の主観的な要件が欠けているので、事務管理に当たらない。しかし、再び法律効果の視点から見れば、準事務管理は、事務管理における管理財産・利益の引渡しや必要な費用の償還などの効果を借用することを通じて、両当事者間の権利・利益のバランスを調整するだろう³⁹¹。

そのほかに、人格権侵害の分野において、侵権責任法 20 条が設ける「利益吐出し」は損害額の客観的な算定方法にすぎない。しかし、このような算定方法に対する批判を持つ学者が存在している³⁹²。なぜならば、このような算定方法を侵権責任法に導入することは十分な正当性に欠け、侵権責任法の趣旨に合致しないからである³⁹³。最終的には、不当な利益を得た行為の類型化に応じて、利益吐出しに関わる規定を設ける。具体的には、①他人の知的財産権、精神的人格権などのような排他的に支配する権利・利益を故意に利用して利益を得ている態様に対しては、「不法管理」によって対応すべきである³⁹⁴。②「特定物の売買を二回したこと」や「契約上の不作為義務に対する違反」などの違約者が契約違反によって利益を得、かつ非違約者の履行利益が実際の履行あるいは損害賠償によって救済できない態様に対しては、契約法に具体的な規定を単独で設けるべきである³⁹⁵。

第 2 項 現行民法典における準事務管理説

³⁹⁰ 例えば、江平編『民法学〔第四版〕』（中国政法大学出版社、2019 年）595—596 頁、趙・前掲注（384）149—154 頁などを参照。

³⁹¹ 趙・前掲注（384）150 頁。

³⁹² 繆・前掲注（384）81—90 頁を参照。

³⁹³ 繆・前掲注（384）84—87 頁を参照。

³⁹⁴ 民法典の編纂について、繆宇博士が提案した条文は、次のように設けられる。「第 X 条 管理者が他人の事務を管理する権限がないことを知っていても依然としてその事務を管理し、しかも事務の管理も本人の利益に合致しない場合、管理者は、事務の管理によって得られた利益を本人に引き渡さなければならない」。繆・前掲注（384）89—90 頁を参照。

³⁹⁵ 民法典の編纂について、繆宇博士が提案した条文は、次のように設けられる。「第 X 条 当事者の一方が故意に契約上の義務を負わないことにより、継続的な履行が不可能になり、かつ相手方の契約上の権利が損害賠償によって実現できない場合、相手方は、違約者に対して、契約上の義務を負わないことによって得られた利益の引き渡しを請求することができる。さらに、相手方が違約者に対してその利益の引き渡しを請求する場合、相手方は、人民法院に申請し、違約者に利益の算定に関する帳簿、資料を提供するよう要求することができる」。繆・前掲注（384）90 頁を参照。

旧民法の時代と比較して、現行民法典の第1編総則の121条（一般条項）と184条（緊急事務管理）³⁹⁶は、「民法総則」121条と184条を踏襲するが、第3編契約の第3分編準契約第28章事務管理に979～984条という6つの規定³⁹⁷が新設されている。さらに、現行民法典は、事務管理制度とその関連する制度をある程度豊富に有している。つまり、適法の事務管理（正当の事務管理）と不適法の事務管理（不正の事務管理）の区別、管理者の義務、受益者の追認について明確に規定するだけでなく、準事務管理も規定している。

通説によれば、979条1項に基づいて、事務管理の構成要件は、「他人の事務を管理すること」、「他人のために管理する意思のあること」³⁹⁸、「法律や契約に基づく義務によるものではないこと」を包括している³⁹⁹。しかし、「受益者の真実の意思に合致すること」も加えるべきだと考える学者もいる⁴⁰⁰。実は、民法典の編纂過程では、

³⁹⁶ 中国民法典121条は、次のように規定する。「法定又は約定の義務がなく、他人の利益が被害を受けることを避けるために管理を実施した者は、これにより支出した必要な費用の償還を受益者に請求する権利を有する」。

中国民法典184条は、次のように規定する。「自己の意思で行った緊急救助の行為により被救助者に損害を与えたときは、救助者は民事責任を負わない」。

³⁹⁷ 中国民法典979条は、次のように規定する。「(1) 他人の利益の損失を免れさせるために、法定又は約定の義務がなく他人の事務を管理した者は、その受益者に対しその事務の管理に支出した必要な費用の償還を請求することができる。管理者が事務の管理により損失を受けたときは、受益者に相応の補償を請求することができる。(2) 事務の管理が受益者の真実の意思に合致しないときは、管理者は前項に定めた権利を有しない。ただし、受益者の真実の意思が法律又は公序良俗に反するときは、この限りでない」。

中国民法典980条は、次のように規定する。「前条に定められた状況に該当しないが、管理者の事務管理により受益者がその管理の利益を受けるときは、受益者は、その得た利益の範囲内において、管理者に対し前条第1項の定めた義務を負わなければならない」。

中国民法典981条は、次のように規定する。「管理者が他人の事務を管理するには、受益者に有利な方法をとらなければならない。管理の中断が受益者にとって不利になるときは、正当な理由なく中断してはならない」。

中国民法典982条は、次のように規定する。「管理者が他人の事務を管理する際に、受益者に通知をすることができるときは、受益者に遅滞なく通知しなければならない。この場合において、管理する事務が緊急の処理を必要としないときは、受益者の指示を待たなければならない」。

中国民法典983条は、次のように規定する。「管理が終了した後は、管理者は事務管理の状況を受益者に報告しなければならない。管理者が事務の管理により取得した財産は、受益者に遅滞なく引き渡さなければならない」。

中国民法典984条は、次のように規定する。「管理者の事務管理が受益者の事後の追認を得た場合は、事務管理が開始した時から、委任契約の関係規定を適用する。ただし、管理者に別段の意思表示をしたときは、この限りでない」。

³⁹⁸ ちなみに、「他人のために管理する意思のあること」については、立法者、最高人民法院は、受益者に対して消極的な利益の保全を行う、つまり受益者の利益の損失を回避することに限定されると理解する傾向がある。例えば、最高人民法院民法典貫徹実施工作領導小組主編『中華人民共和國民法典合同編理解与適用』（人民法院出版社、2020年）2778頁、吳訓祥「『民法典』第979条（無因管理規則的構成要件与管理人的請求權）評注」法学家6期（2022年）179頁などを参照。それに対して、一部の学者は、解釈上において、「管理者が受益者に積極的に利益を得るための状況」にも拡張すべきだと指摘している。例えば、汪洋「民法典無因管理的内外体系与規範呈現」學術月刊11期（2020年）112頁、金・前掲注（386）38頁などを参照。

³⁹⁹ 金・前掲注（386）37－57頁、崔・前掲注（386）3－12頁、吳・前掲注（398）169－190頁、楊（耀天）・前掲注（387）160－173頁などを参照。

⁴⁰⁰ Matthias Veicht, Das Recht der sog. Quasiverträge im neuen chinesischen Zivilgesetzbuch: Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigte Bereicherung, in: Thomas M. J. Möllers, Hao Li (Hrsg.), Der Besondere Teil des neuen chinesischen Zivilgesetzbuches – Zwischen Tradition und Moderne, 2022, S. 209ff. (中国語訳として、[徳]方旭天（徐博翰訳）「『民法典』中の準契約—無

「受益者の真実の意思に合致すること」を事務管理の構成要件の一つとするかどうかをめぐっても議論があった⁴⁰¹。ただし、一方で、管理者が直接に受益者の真実の意思を推し量ることができないため、事務管理に関わる結果の考量は、一般人の認識に基づいて実現するしかない。他方で、もし受益者がその管理行為が自分の真実の意思に反することを理由にして、事務管理が成立しないと主張すれば、このような相互扶助・利他的行為が違法行為となり、非常に不合理である。そのため、「受益者の真実の意思に合致すること」は、事務管理の構成要件とはなっておらず、正当の事務管理（適法の事務管理）と不正の事務管理（不適法の事務管理）の区別基準となっている（979条2項）。さらに言えば、正当の事務管理が認められる場合は、①管理行為が受益者の真実の意思に合致する場合、及び②受益者の真実の意思に合致しなくても、その意思は法律又は公序良俗に反する場合を含む。そして、不正の事務管理とは、受益者の真実の意思に合致しなくて、かつその意思は法律や公序良俗に反しないことを意味する。

上記のごとく、事務管理は正当の事務管理と不正の事務管理に分けることができる。両者の共通の法律効果について、管理者は、受益者に対して、次のような債務を履行しなければならない。すなわち、善管注意義務と管理継続義務（981条）、管理通知義務と指示待ち義務（982条）、報告義務と受取物引渡義務（983条）である。しかし、管理者が受益者に対して債権を取得しているかどうかは、両者には異なる法律効果がある（979条）。具体的には、正当の事務管理に関しては、管理者は、受益者に対して、不法行為責任を否定するのみならず、必要な費用償還請求権と損害補償請求権を享有する。それに対して、不正の事務管理においては、管理者はそのような二つの権利を直接に享有していない。ちなみに、受益者の追認（984条）の対象は、正当の事務管理と不正の事務管理に限定される⁴⁰²。なぜなら、準事務管理の管理者は管理意思がなく、受託者の地位も得るつもりはなかったが、受益者の事後の追認による委任契約の関係規定が適用されると、管理意思のない管理者を受託者と見なして処理し、事理に悖るだけでなく、私的自治にもそぐわないからである⁴⁰³。

また、980条によれば、準事務管理は、事務管理の構成要件を欠いて、主に「不法管理」と「誤信管理」を含む。ただし、「幻想管理」も追加すべきだと主張する学者も存在している⁴⁰⁴。私見としては、このような主張は学理における価値があるにもか

因管理和不当得利」中德法学論壇 18 輯・下卷（2021 年）32－52 頁）。また、旧民法の時代に、一般に、学者と裁判官は、「受益者の真実の意思と利益に合致すること」が事務管理の構成要件の一つだと考えている。例えば、張民安＝李婉麗編『債法総論』（中山大学出版社、2018 年）79 頁、柳経緯『債法総論』（北京師範大学出版社、2017 年）61 頁、楊立新『債法総論』（高等教育出版社、2009 年）74 頁、張広興『債法総論』（法律出版社、2006 年）75 頁、江蘇省揚州市中級人民法院（2018）揚民終第 1385 号民事判決書などを参照。

⁴⁰¹ 議論の内容について、黄（薇）編・前掲注（387）1555－1559 頁を参照。

⁴⁰² 易軍「中国法上無因管理制度的基本体系結構」政法論壇 5 期（2020 年）99 頁、金・前掲注（386）55 頁などを参照。

⁴⁰³ 金・前掲注（386）55 頁を参照。

⁴⁰⁴ 幻想管理とは、管理者が自分の事務を他人の事務と勘違いして管理することである。崔・前掲注（386）8－9 頁を参照。

かわらず、実務上、管理者と受益者は実際に同一人物であり、幻想的な第三者と何らかの法的権利・義務の関係は発生していない。そのため、おそらく「幻想管理」を追加する必要はないだろう。そのほかに、「不正の事務管理」をも追加すべきだと指摘する学者もいる⁴⁰⁵。この観点は賛成に値しないように思われる。反対の理由は、二つがある。1 つは、この観点の解釈は「前条（979 条）」を「前条の 1 項（979 条の 1 項）」に縮小したものであり、正当性の根拠はない。もう 1 つは、本来「事務管理」に帰属する「不正の事務管理」を、再び「準事務管理」に帰属させることは、矛盾しているだけでなく、体系的解釈上の混乱も生じている。

そして、準事務管理の構成要件は、事務管理と比較して、「他人のために管理する意思のあること」という管理意思が欠いていることである。また、「不法管理」と「誤信管理」は管理意思がないが、帰責性から見ると、両者には違いがある。すなわち、前者は管理者の故意に属し、後者は管理者の認識上の認識違いに属する。しかし、準事務管理の法律効果は、このような違いを区別していない。さらに言えば、いったん受益者は管理者に管理利益の引渡請求権を主張すれば、「その得た利益」の限度で、管理者は必要な費用の償還と損害の補償を受益者に請求することができる。その中で、「その得た利益」は、すべての管理利益ではなく、管理者が費用を支出して得た不当な利益を指す⁴⁰⁶。しかも、一般に、必要な費用の償還は管理者の報酬を排除する。

最後に、980 条は、人格権侵害に関する利益吐出しという問題を解決することができるか。否定説⁴⁰⁷によれば、立法者が侵権責任編に 1182 条を設けてこの問題を解決している以上、不法行為の性質を持っている傾向がある。というのは、980 条が人格権侵害に関する利益吐出しという問題を解決できると確信すれば、契約編の条文と侵権責任編の条文が同時に適用される場合があり、このような法理的性質と立法体系の衝突は、法適用の混乱を引き起こす可能性が存在している。そのため、980 条は財産権侵害に関する利益吐出しという問題を解決し、1182 条は人格権侵害に関する利益吐出しという問題を扱う。これに対し、肯定説⁴⁰⁸では、980 条は財産権侵害と人格権侵害に関する利益吐出しという問題を解決できると指摘している。また、1182 条に基づいてコストを控除した「純利益」のみを吐き出させることができるのに対し、980 条に基づいて管理行為と因果関係のあるすべての利益を吐き出させることができる。

私見によれば、肯定説を支持しているが、1182 条と 980 条の関係に関わる解読に対して認めない。1182 条を 980 条の特別条項として理解すればよいかもしれない。そうすると、980 条に基づいて受益者が管理者にすべての利益の返還を請求し、かつ、「その得た利益」の限度で受益者が管理者に必要な費用を支払うことは、1182 条における加害者と被害者との関係を調整させるだろう。

⁴⁰⁵ 金・前掲注（386）50－51 頁を参照。

⁴⁰⁶ 金・前掲注（386）54 頁を参照。

⁴⁰⁷ 楊（耀天）・前掲注（387）181－184 頁。

⁴⁰⁸ 金・前掲注（386）52－54 頁、呉・前掲注（398）171 頁などを参照。

第2款 不当利得説

⑤不当利得説とは、加害者が他人の権利を侵害して不当な利益を得ることに対して、権利者は、権益侵害型の不当利得（＝侵害利得）によって加害者に損害を上回る利益を吐き出させることができるという説である。実は、旧民法の時代も現行民法典の時代も、不当利得説は、少数説であるだけでなく、内容も統一されていない。具体的には、旧民法の時代に、不当利得説に注目した学者もいるが、詳細な探索は行われていなかった。だが、民法典の時代に、一部の学者は、不当利得に補助機能があることを認めた上で、詳細な内容をめぐって検討を始めている。その中で、葉名怡教授は、悪意のある利得者が必要な費用を差し引いた後、権利者にすべての利益を返還すべきであると指摘している⁴⁰⁹。また、呉国喆教授は、「基本のルール」と「補充のルール」という2種類の返還ルールが存在することを主張している⁴¹⁰。つまり、前者は、利益と当事者との関連性（あるいは寄与度）に基づいて分配することを示す。それに対して、後者によれば、利得者が故意に不法行為を行った場合、利得者自身の貢献度を考慮しなくて、すべての利益を奪うべきである。

第1項 旧民法における不当利得説

旧民法の時代において、「民法通則」92条、「民法通則に関する意見」131条及び「民法総則」122条は⁴¹¹、不当利得の構成要件と法律効果を簡略に規定し、利得者（＝受益者）は取得した利益の返還義務を負うとする。実は、立法者は不当利得を直接に類型化していない。しかし、学説には、「法律上の根拠がなく」に関わる理解の違いから、「統一説」と「非統一説」をめぐる論争が起きている⁴¹²。前者は、全部の不当利得の基礎には統一の概念が必要であるため、いわゆる「法律上の根拠がなく」としても、統一の意義がある、と考えている。例えば、公平、正義、権利などである。つまり、統一の基礎が同じタイプの不当利得を生むと思われる。それに対して、後者は、各種の不当利得にはそれぞれ基礎があり、統一を要求することができないと考えている。すなわち、異なる基礎が異なるタイプの不当利得を生むと思われる。現在、「非統一説」は中国の通説である。

また、「非統一説」は、不当利得を「給付型の不当利得」と「非給付型の不当利得」

⁴⁰⁹ 葉名怡「不当得利法的希爾伯特問題」中外法学4期（2022年）944—966頁を参照。

⁴¹⁰ 呉国喆「『民法典』不当利得制度的返還規則統造」法律科学（西北政法大學學報）2期（2023年）177—189頁を参照。

⁴¹¹ 民法通則92条は、次のように規定する。「法律上の根拠がなく、不当な利益を取得しており、かつ他人の損失をもたらした者は、取得した不当な利益を損失を受けた者に返還しなければならない」。

「民法通則に関する意見」131条は、次のように規定する。「法律上の根拠がなく、不当な利益を取得しており、かつ他人の損失をもたらした者は、取得した不当な利益を損失を受けた者に返還しなければならない」。

民法総則122条は、次のように規定する。「法律上の根拠がなく、不当な利益を取得したことによって損失を受けた者は、その不当な利益の返還を請求する権利を有する」。

現在、上記の条文は、すべて廃止された。

⁴¹² 鄭玉波『民法債編總論〔修訂二版〕』（中国政法大学出版社、2004年）95—102頁、王澤鑑『不当得利〔第二版〕』（北京大学出版社、2015年）30—31頁などを参照。

に分けている。その中で、「給付型の不当利得」は、「給付目的が最初から欠けている」というような不当利得（例えば非債弁済の態様）、「給付目的が中間から消滅する」というような不当利得（例えば契約が解除された態様）及び「給付目的が最終的に達していない」というような不当利得（例えば予想の条件が実現できない態様）を包括している。そして、「非給付型の不当利得」には、「権益侵害型の不当利得」（例えば他人物の不適法な転貸借の態様）、「費用支出型の不当利得」（例えば他人の物を自分の物と勘違いして管理した態様）及び「求償型の不当利得」（例えば他人の債務を弁済した態様）が含まれる。

続けて、人格権侵害に関する利益吐出しという問題については、張谷教授や楊彪教授は、「権益侵害型の不当利得」（すなわち、侵害利得）によって解決する傾向にある⁴¹³。具体的な見解について、以下のように紹介する。

張説によると、まず、他人の氏名、肖像、名誉を侵害することによって利益を得た行為について、不法行為による損害賠償請求権の構成要件に合致しなくても、権利者は、利益返還請求権を主張することができる⁴¹⁴。次に、もしこのような行為が不法行為に基づく損害賠償請求権の構成要件に合致していれば、不法行為による損害賠償請求権と利益返還請求権が競合する関係に立つ⁴¹⁵。その場合において、権利者は、得られる可能性のある金銭の多寡や立証の難易などを考慮した上で、両請求権の1つを選択して主張することができる⁴¹⁶。最後に、損害賠償請求権とは独立した請求権として、その本質は権益侵害型の不当利得である⁴¹⁷。

なお、楊説によれば、まず、受益型の不法行為（gain-based tort）は、損害型の不法行為（loss-based tort）に対する特殊な不法行為の態様であるにもかかわらず、法領域には不法行為法と不当利得法が関連している⁴¹⁸。次に、比較法を視点として、「フランス法を中心とした不法行為責任に関する放任主義の体系」、「ドイツ法を中心とした不法行為責任に関する保守主義の体系」、「英米法を中心とした不法行為責任に関する実用主義の体系」の三つの異なる経路を詳細に考察した⁴¹⁹。そして、現代の不法行為による損害賠償法の発展は、不当利得返還請求権を通じて損害の概念と損害賠償の概念を拡大する傾向を示していることを指摘した⁴²⁰。最後に、将来、法が改正される際には、権益侵害型の不当利得の導入を試みるべきだと提唱した⁴²¹。言い換えれば、中国の民法にはドイツの民法を継受した伝統があるため、不当利得返還請求

⁴¹³ 張（谷）・前掲注（354）51頁、楊彪「受益型侵權行為研究—兼論損害賠償法的晚近發展」法商研究5期（2009年）77—87頁を参照。

⁴¹⁴ 張（谷）・前掲注（354）51頁を参照。

⁴¹⁵ 張（谷）・前掲注（354）51頁を参照。

⁴¹⁶ 張（谷）・前掲注（354）51頁を参照。

⁴¹⁷ 張（谷）・前掲注（354）51頁を参照。

⁴¹⁸ 楊（彪）・前掲注（413）77—79頁を参照。

⁴¹⁹ 楊（彪）・前掲注（413）79—83頁を参照。

⁴²⁰ 楊（彪）・前掲注（413）83—86頁を参照。

⁴²¹ 楊（彪）・前掲注（413）77—87頁を参照。

権の価値をさらに発揮させるには、法改正によって対応することがより適切である⁴²²。

第2項 現行民法典における不当利得説

現行民法典第3編契約は、第3分編準契約のタイプとしての事務管理と不当利得を認めた。だが、民法典の起草前に、立法、判例と学説において、準契約という概念が使用されていなかった。しかも、民法典の起草中と施行後に、このような立法の設計（特に不当利得の位置づけ）に疑問と批判を抱く学者が少なくない⁴²³。

ところが、民法典における不当利得法の具体的な内容から見ると、第1編総則の122条（一般条項）⁴²⁴は、「民法総則」122条を承継するが、第3編契約の第3分編準契約第29章不当利得に985～988条という4つの規定⁴²⁵が新設されている。また、民法典は、学説のように不当利得を給付型と非給付型に明確に区分していない。しかし、王洪亮教授⁴²⁶によると、民法典985条のただし書に規定された排除の場合が「給付型の不当利得」のみを対象とするため、985条は給付型の不当利得返還請求権の一般規定に属する。これに反して、非給付型の不当利得返還請求権に対する法的根拠は民法典122条である。また、不当利得返還請求権と他の請求権との関係については、議論が存在している。通説によれば、不当利得返還請求権は、ある程度権利侵害損害賠償などの他の請求権と競合している。しかし、最近、フランス法の影響を受けて、一部の学者は不当利得には補助機能があると考えている⁴²⁷。つまり、他の請求権に基づいて救済することができず、かつ、不当利得の構成要件を満たす場合にのみ、損失を受けた人は不当利得返還請求権を主張することができる。

⁴²² 楊（彪）・前掲注（413）86頁。楊説によれば、ドイツの不法行為法は適用範囲が比較的狭いため、救済が不十分になる可能性がある。このような場合には、侵害利得は有効な救済手段として、不法行為法の不足を補うことができる。楊（彪）・前掲注（413）81～82頁を参照。

⁴²³ 例えば、[日]加藤雅信（呉彦訳）「作為立法論的『準合同』論—対中国民法典草案の三種修正提議」蘇州大学学报（法学版）2期（2019年）82～91頁、費安玲『我国民法典中準合同解釈之羅馬法因素』比較法研究5期（2021年）66～82頁、李永軍「『準合同』概念之外延考—对我国『民法典』第985条的理論与实践分析」政治与法律5期（2022年）80～95頁などを参照。

⁴²⁴ 中国民法典122条は、次のように規定する。「他人が法律上の根拠がなく不当に利益を取得することによって損失を受けた者は、その不当な利益の返還を請求する権利を有する」。

⁴²⁵ 中国民法典985条は、次のように規定する。「利得者が法律上の根拠なく不当な利益を得たときは、損失を受けた者は、利得者に対し、得た利益の返還を請求することができる。ただし、次に掲げる場合については、この限りでない。（一）道德的義務を履行するために行った給付であるとき。（二）債務の期限到来前の弁済であるとき。（三）給付の義務がないことを明らかに知りながら行った債務の弁済であるとき」。

中国民法典986条は、次のように規定する。「利得者が、その得た利益について法律上の根拠のないことを知らず、かつ知ることができない場合で、得た利益がすでに存在しないときは、その利益を返還する義務を負わない」。

中国民法典987条は、次のように規定する。「利得者が、その得た利益について法律上の根拠がないことを知り、又は知ることができたときは、損失を受けた者は利得者にその得た利益の返還を請求し、かつ法に基づいて損失の賠償を請求することができる」。

中国民法典988条は、次のように規定する。「利得者がその得た利益を既に第三者に無償で譲渡したときは、損失を受けた者は、その第三者に対し相応する範囲内で返還義務の負担を請求することができる」。

⁴²⁶ 王洪亮「『民法典』中得利返還請求権基礎的体系与適用」法学家3期（2021年）30～46頁。

⁴²⁷ 例えば、陳自強「不当得利法体系之再構成—圍繞『民法典』展開」北方法学5期（2020年）8頁、李・前掲注（382）90～94頁、葉・前掲注（409）944～947頁、呉・前掲注（410）177頁を参照。

続けて、人格権侵害に関する利益吐出しという問題については、葉名怡教授及び吳国喆教授は、「權益侵害型の不当利得」によって解決する傾向にある。もちろん、前述のように、権利者が利益返還請求権を主張する前提は、他の請求権による救済はもはや不可能であることである。具体的な見解について、以下のように紹介する。

まず、葉教授は、不当利得制度を利益吐出しという問題の解決策とすることについて、二つの可能な反対理由をまとめた⁴²⁸。その一つは、不当利得返還の利益は損失を超えてはならない。さもないと、被害者は不当な利益を得ることになる。もう一つは、利益を得ることは返還の客体ではなく、かつ、利益の帰属が利益の算定方法、主観的な帰責などの諸多の考慮要素に関連するため、不当利得によって解決することができない。次に、この二つの反対理由に対して、葉教授はさらに四つの質疑の意見を出した⁴²⁹。具体的には、①賠償が損失より大きいのは私法上珍しくない（例えば懲罰的損害賠償）。②損害は規範的な概念である。例えば、精神的人格権が侵害された場合、財産の損失を本来客観的に算定することが難しいので、利益額を損害額とみなすのは問題がない。③利益移転を回復することは本来不当利得法の基本機能である。④利益が返還の対象ではないので、返還の範囲に入れないという命題の前提と推理はそもそも正しくない⁴³⁰。

そして、葉教授は、悪意のある利得者が必要な費用を差し引いた後、権利者にすべての利益を返還すべきであると指摘している⁴³¹。主要な理由としては、第1に、利益の源から見ると、このような利益は、権利者の資源（例えば物と權益）・利得者の資源（例えば経験、技能など）・第三者の要素（例えば購買者の好み、市場周期など）・偶然の運氣によって生じる可能性がある。しかし、その中で権利者の資源によって生じる利益は権利者に帰属すべきであることには何の疑問もない⁴³²。第2に、利益が双方の当事者の間でどのように分配されるかに関する矯正的正義の制度としての不当利得の設計は、当事者の行為に対する激励及び良善行為に対する正面からの導きを体現しなければならない。この意味では、第三者の要素によって生じる利益は、権利者に分配されるべきものである⁴³³。第3に、最も論争があるのは、利得者の資源によって生じる利益の帰属である。法政策から考えて、その利益を権利者に分配すべきである。誰も自分の違法行為で利益を得てはならず、悪意のある利得者は必要な費用を請求するだけで、他の利益を得る権利はない。このような対応方法は、準事務管理の法律効果と一致することもできる⁴³⁴。

吳国喆教授も不当利得による利益を吐き出すことを主張しているが、吐出しの内容

⁴²⁸ 葉・前掲注（409）955頁を参照。

⁴²⁹ 葉・前掲注（409）955頁を参照。

⁴³⁰ 葉・前掲注（409）955—956頁を参照。

⁴³¹ 葉・前掲注（409）956—957頁を参照。

⁴³² 葉・前掲注（409）956頁を参照。

⁴³³ 葉・前掲注（409）956頁を参照。

⁴³⁴ 葉・前掲注（409）955—957頁を参照。

は異なる⁴³⁵。呉説によれば、利得者の得た利益が権利者の受けた損失より大きい場合、「基本のルール」と「補充のルール」という2種類の返還ルールが存在する⁴³⁶。「基本のルール」とは、利益と当事者との関連性（あるいは寄与度）に基づいて分配することである⁴³⁷。さらに言えば、利得者の支出したコスト、設備、または自分の特殊な能力によって生じる利益は、原則として利得者に帰属しなければならない。逆に、偶然的要素（例えば市場の原因、第三者の原因）によって生じる利益は、両当事者とは関係ないため、原則として双方の間で平均的に分配しなければならない。例外的な状況の下で行為者の過失の程度に基づいて適度に調整することができる⁴³⁸。それに対して、「補充のルール」とは、利得者が故意に不法行為を行った場合、その行為に対する懲罰あるいは正義の要求に従うために、利得者自身の貢献度を考慮しなくて、すべての利益を奪うべきである⁴³⁹。

第3款 不法行為説

⑥不法行為法説とは、加害者が他人の権利を侵害して不当な利益を得ることに対して、被害者は、不法行為法によって加害者に損害を上回る利益を吐き出させることができるという説である。実は、旧民法と現行民法典の時代において、不法行為法は、多数説として存在している。特に、立法者は、利益吐出しが損害額の算定方法の一つだと考えている。しかし、学説には、その内容と位置づけをめぐる分岐を伴っている。学説上の議論は、以下の通りである。

第1項 旧民法における不法行為説

旧民法時代の不法行為説は、侵權責任法 20 条をめぐる議論された。実は、多くの立法者と裁判官の見解は、同条文に規定された利益吐出しは「損害額の確定方法の一つ」に属するとほぼ一致している。例えば、当時全国人民代表大会常務委員会法制工作委員会の副主任だった王勝明は、「本条は、他人の人身權益を侵害してどのように財産的損失を計算するかについての具体的な規定である」と明らかにしている⁴⁴⁰。同時に、実務上、裁判官は通常、ある程度加害者の得た利益を被害者の受けた損失と見なす方法を採用している⁴⁴¹。

また、人格権侵害に関する利益吐出しという問題については、一部の学者も不法行為法の枠組みにおいて、この問題を解決する傾向にあるが、簡単に利益吐出しを損害の確定方法の一つとはしていない。さらに、孫良国教授や王葉剛博士は、「利益獲得賠償」と主張しているが、伝統的な損害賠償との関係は異なる。前者は、「利益獲得

⁴³⁵ 呉・前掲注（410）182－189 頁を参照。

⁴³⁶ 呉・前掲注（410）186－189 頁を参照。

⁴³⁷ 呉・前掲注（410）186－188 頁を参照。

⁴³⁸ 呉・前掲注（410）186 頁を参照。

⁴³⁹ 呉・前掲注（410）188－189 頁を参照。

⁴⁴⁰ 王（勝明）・前掲注（289）90 頁を参照。

⁴⁴¹ 梁慧星「中国侵權責任法解説」北方法学 1 期（2011 年）13 頁を参照。

賠償」は伝統的な損害賠償とは独立していると考え⁴⁴²、後者は「利益獲得賠償」は依然として「伝統的な損害賠償」に属していると考えている⁴⁴³。具体的な見解について、以下のように紹介する。

孫説によると、まず、侵権責任法 20 条で規定されている人身権の侵害に関する「利益獲得賠償」は「伝統的な損害賠償」とは異なり、その発生根拠は「埋み合わせる賠償」だけでなく、「威嚇」、「不当な利得の剥奪」、「人身権の支配性に対する保護」も包括している⁴⁴⁴。次に、「利益獲得賠償」の構成要件には、加害行為とその不法性、加害者の利益獲得、加害行為と利益獲得との因果関係、行為者の悪意（故意のみ）、利益獲得が損害を上回ることが含まれる⁴⁴⁵。また、被害者は、自分の損害を証明する必要がない。最後に、「利益獲得賠償」の法律効果については、原則として被害者は、加害者の正常な運営費用（またはコスト）を控除した「純利益」を主張するしかない⁴⁴⁶。そのほかに、加害者の得た利益が非常に少ない場合には、仮定のライセンス料という擬制の利益も認められるべきである⁴⁴⁷。このうち、控除できる正常な運営費用（またはコスト）については、一般に「人身権の侵害に直接的に関係する変動コストと固定コスト」を指す。しかし、加害者の労務コスト、及び販売費用・管理費のように得られた利益と直接的な関連性のない固定コストなどは控除されることができない⁴⁴⁸。

王説によれば、まず、「不当利得説」、「準事務管理説」、「独立の請求権説（＝独立の救済手段）」を批判し、「利益獲得賠償」が伝統的な損害賠償に属することを指摘している⁴⁴⁹。次に、「利益獲得賠償」の構成要件に関しては、損害結果、因果関係、加害者の過失、被害者の受けた損失が確定できないこと、加害者がこれによって利益を得ることという 5 つからなる⁴⁵⁰。被害者は、加害者が許可なしに人格権を商業的に利用していることを証明できれば、客観的に一定の財産的損失を受けたことを証明する義務を果たしている⁴⁵¹。最後に、「利益獲得賠償」の法的効果について、吐き出すべき利益とは、加害者が被害者の人格的権益を利用して得た利益だけを指し、加害者が得たすべての利益ではない⁴⁵²。この利益の算定方法には、立証責任の転換と経済学の算定方法を総合的に実行する必要がある⁴⁵³。すなわち、裁判所は、加害者の総利益額を確定するために、被害者が加害者に帳簿の開示を請求することを許可する一方、その中で控除されるべき額を加害者に証明することを許可する。また、加害者の総利益額とその中で控除されるべき額を算定する際には、関連する経済学的方法を

⁴⁴² 孫・前掲注（280）121－128 頁、同・前掲注（283）154－163 頁を参照。

⁴⁴³ 王葉剛「論人格権擅自商業化利用中的獲利賠償請求權」法学評論 4 期（2016 年）55－65 頁を参照。

⁴⁴⁴ 孫・前掲注（283）154－157 頁を参照。

⁴⁴⁵ 孫・前掲注（280）123－126 頁を参照。

⁴⁴⁶ 孫・前掲注（280）127 頁を参照。

⁴⁴⁷ 孫・前掲注（280）126－127 頁を参照。

⁴⁴⁸ 孫・前掲注（263）161－162 頁を参照。

⁴⁴⁹ 王（葉剛）・前掲注（443）55－59 頁を参照。

⁴⁵⁰ 王（葉剛）・前掲注（443）59－63 頁を参照。

⁴⁵¹ 王（葉剛）・前掲注（443）62 頁を参照。

⁴⁵² 王（葉剛）・前掲注（443）63 頁を参照。

⁴⁵³ 王（葉剛）・前掲注（443）64－65 頁を参照。

参考にする可能性がある⁴⁵⁴。

第2項 現行民法典における不法行為説

以上の第2章第1節立法の経緯と現行法の解説において述べたように、民法典1182条は、利益吐出しの適用順序を調整し、実際の損害賠償と並び、被害者に救済手段を選択する権利を付与する。言うまでもなく、人格権侵害に関する利益吐出しについて、民法典の立法者は、不法行為法という解決策を継承し、依然として損害額の算定方法の一つとしている。また、最近、利益吐出しは、損害賠償責任の一つだけでなく、新たな民事責任の負担方式であるとする学者もいる⁴⁵⁵。

学説的には、多くの学者は、不法行為法の枠組みにおいて、損害賠償責任の一つ、伝統的な損害賠償の例外、あるいは権利侵害の賠償責任の一つとして「利益獲得賠償」（＝「利得に基づく権利侵害の損害賠償」、「利益剥奪型賠償責任」）を提唱している。以下、黄芬教授、張家勇教授、李承亮教授の見解を中心に紹介する。

黄説によると、まず、不当利得説、独立の請求権説、準事務管理説の見解に批判的な分析を行う⁴⁵⁶。そして、「損害の救済に対する実際の損害賠償の不十分さ」の歴史的解釈、「人格権客体の無形性に起因する特殊な保護」の現実的需要、「利益に基づく賠償の適用」の実務上の習慣という三つの視角から、利益獲得賠償請求権の正当性を論証する⁴⁵⁷。最後に、予防的機能を有する利益獲得賠償は懲罰的損害賠償ではなく⁴⁵⁸、損害填補機能を有する伝統的な損害賠償と並ぶことができる⁴⁵⁹。

張説によれば、まず「利益を得ること」と「損失を受けること」との関係から、「利益を得ること」が「損失を受けること」と同等または推定するという立場は誤解であり、両者は、本質的に異なることを指摘する⁴⁶⁰。次に、利益が損害を超えた場合、事務管理法と不当利得法との矛盾を回避するために、利得に基づく権利侵害の損害賠償は伝統的な損害賠償の例外として、特別に承認されなければならない⁴⁶¹。最後に、懲

⁴⁵⁴ 王（葉剛）・前掲注（443）64－65頁を参照。

⁴⁵⁵ 張（玉東）・前掲注（307）82－98頁を参照。

⁴⁵⁶ 黄（芬）・前掲注（281）139－142頁を参照。

⁴⁵⁷ 黄（芬）・前掲注（281）142－146頁を参照。

⁴⁵⁸ 「利益獲得賠償」が「懲罰的損害賠償」ではない理由は二つある。一つ目は、加害者への懲罰を目的とする懲罰的損害賠償の金額が、加害者が得た利益の金額を上回ることが一般であるのに対して、予防を目的とする利益獲得賠償の金額は、加害者が得た利益の金額に相当する。二つ目は、懲罰的損害賠償が加害者の故意を必要とするのに対し、利益獲得賠償では、加害者が故意または過失であることが要件とされている。黄（芬）・前掲注（281）146頁を参照。

⁴⁵⁹ 損害填補機能を有する伝統的な損害賠償は、最終的には被害者が被った損害を埋め合わせることを目的とする。だが、予防機能を有する利益獲得賠償は、最終的には加害者が得た利益を剥奪することを目的とする。両者は、不法行為法の枠組みにおいて並列的な関係にある。黄（芬）・前掲注（281）146－148頁を参照。

⁴⁶⁰ 張・前掲注（282）59－63頁を参照。

⁴⁶¹ まず、準事務管理自体の正当性の欠如や引き渡しの広さといった欠点を考慮すると、ドイツ法やスイス債務法における準事務管理制度を中国法に導入することは適切ではない。次に、中国法の通説によると、不当利得の法律効果は原物返還であることが原則であり、それが不可能な場合には客観的価値返還となる。さらに、客観的価値を超える利益は不当利得法によって吐き出されない。したがって、利益の取得の違法性を考慮すれば、むしろ「利得に基づく権利侵害の損害賠償」を損害賠償の一形態として位置づけるべきである。張・前掲注（282）63－67頁を参照。

罰的損害賠償が限定的で特殊な場合にのみ適用されるので、制裁機能を持つ利得に基づく権利侵害の損害賠償は、損害賠償において一般的な地位を占める⁴⁶²。

また、利益吐出しに対して、知的財産法と民法典において、系統的に考察を行った学者は李承亮教授である⁴⁶³。実は、中国の学界において、通常、損失を賠償の唯一の標準としているが、権利侵害により得られた利益やライセンス料は、損失の確定が困難な場合にのみ、間接的に損失を推定する根拠としている。李教授は、このような一元論には「我が国における現行の立法と違反する」とことと「権利侵害により得られた利益の標準・ライセンス料の標準に関わる適用率を下げる」とことという二つの弊害があると考えている⁴⁶⁴。そして、知的財産権、人身権益などのように客体が非物質的権益で侵害された場合には、権利侵害により得られた利益やライセンス料は、損失と必然的に結びつかず、独立して存在するものである。そのため、権利侵害により得られた利益に基づく賠償、ライセンス料に基づく賠償、及び損失の賠償は、共同で多元的な賠償責任を構成する⁴⁶⁵。続いて、李教授は、賠償標準の多元化による体系的効果と相互間の関係を詳細に検討する⁴⁶⁶。最後に、再び民法典の体系に復帰し、利益吐出しはどのように位置づけられるべきだろうか。つまり、「民法典・侵權責任編」に規定された賠償責任は、金銭賠償によって実現されるが、損害填補に限らないことを意味する。この損害賠償責任は、医療費、介護費、休業により減少した収入、価値の賠償などの損害填補型賠償責任を規定するのみならず、慰撫型賠償責任（すなわち、精神的損害賠償責任）、利益剝奪型賠償責任（すなわち、利益吐出しの責任）、懲罰型賠償責任（すなわち、懲罰的損害賠償責任）などの非損害填補型賠償責任も規定している⁴⁶⁷。

第4款 独立の請求権説

⑦独立の請求権説について、侵權責任法 20 条をめぐって、利益吐出しは独立の請求権であるとする学者がいる⁴⁶⁸。現在、民法典 1182 条に対して、独立の請求権説はより多くの学者の支持を得て、すでに有力説の地位になるだろう⁴⁶⁹。このような「利

⁴⁶² 中国法における懲罰的損害賠償の適用範囲は、知的財産権の侵害、環境汚染又は生態破壊などの特定の分野に限定される。しかし、利益剝奪の損害賠償は、一般的な救済手段として広く適用されるべきである。むろん、被害者は、懲罰的損害賠償請求権と利益剝奪の損害賠償請求権を同時に行使することができない。張・前掲注（282）67－71 頁を参照。

⁴⁶³ 例えば、李承亮「非法発行鏈上の侵權所得賠償」法学研究 1 期（2014 年）114－131 頁、同「多元賠償責任論」法学評論 5 期（2020 年）77－89 頁、同・前掲注（335）16－32 頁、同「侵權賠償體現知識產權價值的民法原理」法学研究 3 期（2022 年）125－140 頁を参照。

⁴⁶⁴ 李・前掲注（463）「多元賠償責任論」77－81 頁を参照。

⁴⁶⁵ 李・前掲注（463）「多元賠償責任論」81－84 頁を参照。

⁴⁶⁶ 李・前掲注（463）「多元賠償責任論」84－89 頁を参照。

⁴⁶⁷ 李・前掲注（335）22 頁を参照。

⁴⁶⁸ 例えば、朱岩「『利潤剝奪』の請求権基礎—兼評『中華人民共和國侵權責任法』第 20 条」法商研究 3 期（2011 年）137－145 頁、王（若冰）・前掲注（281）112－127 頁などを参照。

⁴⁶⁹ 周友軍「『民法典』侵權責任編の守成与创新」当代法学 1 期（2021 年）19 頁、程嘯「論『民法典』對人格權中經濟利益的保護」新疆師範大學學報（哲學社會科學版）6 期（2020 年）109－120 頁、王（利明）・前掲注（298）214－224 頁などを参照。

「利潤剝奪請求権」あるいは「利益獲得の返還請求権」は、不法行為法のいくつかの構成要件と不当利得法のいくつかの法律効果を採用するが、両者の過渡地帯にある。また、民法典 118 条 2 項⁴⁷⁰の「法律のその他の規定」という債権関係の発生原因によって、契約、不法行為、事務管理及び不当利得以外の新たな独立の請求権として承認されるべきである。しかも、吐き出されるべき利益に関しては、「純利益」に限定すべきである。実は、このような利益は人格的権益の侵害と因果関係を持たなければならない。言い換えれば、加害者の全部の利益における被害者の人格的権益の寄与度を考慮しなければならない。

第 1 項 旧民法における独立の請求権説

中国において、独立の請求権説を初めて提唱した学者は朱岩教授である。まず、朱教授は、不法行為法説と不当利得説による利益吐出しという問題の解決には不足があると釈明する⁴⁷¹。簡単に言えば、不法行為法説の不足については、不法行為法の目的は被害者の損害を填補することにある、加害者の得た利益が被害者の受けた損害より大きい場合には、対応できないことにある⁴⁷²。この問題を放置すると、不法行為が継続して発生することを激励し、不法行為法の予防機能が発揮しなくなる。また、この問題についても、慰謝料を高めることでは解決できない。それに対して、不当利得説の不足については、不当利得返還請求権の法的基礎は権益帰属理論にあり、加害者に過失があるかどうかは構成要件ではないが、利得と損害の間に関連性がある⁴⁷³。逆に、「利潤剝奪請求権」の法的基礎は違法性理論であり、構成要件には加害者に過失があることを含める必要があるが、利益と損害の間に関連性があることは要求されていない⁴⁷⁴。さらに、「利潤剝奪請求権」は、不法行為法の帰責要件（すなわち、注意義務違反による過失と違法性）と不当利得法の法律効果（すなわち、不当利得の返還）を融合させ、両者の中間の過渡地帯にある⁴⁷⁵。つまり、「利潤剝奪請求権」は独立の請求権とすべきである⁴⁷⁶。

王若氷博士によると、まず、①「利益獲得の返還請求権」は、②不法行為法説の不足を克服するために生じたものであり、互いに代替することはできない⁴⁷⁷。具体的な理由としては、第 1 に、規範の目的は異なり、②の目的は被害者の受けた損失を填補することにある、①の目的は加害者の得た利益を奪うことにある⁴⁷⁸。第 2 に、適用の

⁴⁷⁰ 民法典 118 条 2 款は、「債権とは、契約、不法行為、事務管理、不当利得、及び法律のその他の規定により、権利者が特定の債務者に対し、一定の行為をし、又はしないことを請求する権利をいう」と規定している。

⁴⁷¹ 朱・前掲注（468）139－141 頁を参照。

⁴⁷² 朱・前掲注（468）139－140 頁を参照。

⁴⁷³ 朱・前掲注（468）140－141 頁を参照。

⁴⁷⁴ 朱・前掲注（468）141－142 頁を参照。

⁴⁷⁵ 朱・前掲注（468）142－143 頁を参照。

⁴⁷⁶ 朱・前掲注（468）141－145 頁を参照。

⁴⁷⁷ 王（若氷）・前掲注（281）114－116 頁を参照。

⁴⁷⁸ 王（若氷）・前掲注（281）117－118 頁を参照。

対象は異なり、②は加害者に重点を置き、①は被害者に重点を置く⁴⁷⁹。第3に、適用の条件が異なり、②では被害者は自分が受けた具体的な損失を証明しなければならない、①は被害者がそのような損失を証明する必要はない⁴⁸⁰。第4に、適用の範囲が異なり、①を②と認定すれば、不法行為法の利得禁止原則に違反する可能性がある⁴⁸¹。そのため、獲利返還の債務は独立性がある。また、王博士は、「利益獲得の返還請求権は被害者の損害額の算定方法ではない」⁴⁸²、「賠償損害を利益獲得の返還の前提条件とすべきではない」⁴⁸³、「利益獲得の返還請求権と損害賠償請求権は同時に適用すべきではない」⁴⁸⁴などの問題を分析した。

残念なことに、両学者はいずれも吐き出されるべき不当な利益の内容について詳細に検討していない。

第2項 現行民法典における独立の請求権説

現行民法典における独立の請求権説は、旧民法時代の学説の影響を受けると同時に⁴⁸⁵、民法典 1182 条から導き出された⁴⁸⁶。

民法典 1182 条は、損害賠償請求権と利益獲得の返還請求権を規定している。程嘯教授は、利益獲得の返還請求権は、損害賠償請求権及び不当利得返還請求権とは異なり、新たな独立の請求権類型に属すると指摘している⁴⁸⁷。この請求権は、民法典 118 条 2 項を根拠として、法律の特別な規定により債務関係の発生原因とすることができ⁴⁸⁸。また、この請求権はある程度、不法行為法に規定された構成要件のいくつかを採用しているが、その法律効果は不当利得法に規定された一部の内容も採用している⁴⁸⁹。しかし、現在、損害や利益の算定には実際のルールが欠けているため、この条文は実務では扱いにくい可能性がある⁴⁹⁰。そのため、法定の賠償限度額を規定し、裁判官は侵害された権利の類型、不法行為の情状などの要素に基づいて、賠償額を裁量したほうがよい⁴⁹¹。

このような独立の請求権の適用範囲について。王利明説によれば、伝統的な財産権を侵害する場合、主に損害填補の原則を貫徹しなければならない⁴⁹²。さらに、加害者が権利侵害によって利益を得ても、被害者は、加害者に対して、実際の損失の賠償を

⁴⁷⁹ 王（若水）・前掲注（281）118 頁を参照。

⁴⁸⁰ 王（若水）・前掲注（281）119 頁を参照。

⁴⁸¹ 王（若水）・前掲注（281）119—120 頁を参照。

⁴⁸² 王（若水）・前掲注（281）120—122 頁を参照。

⁴⁸³ 王（若水）・前掲注（281）122—124 頁を参照。

⁴⁸⁴ 王（若水）・前掲注（281）124—127 頁を参照。

⁴⁸⁵ 唐雯「受益型侵權剝奪の性質及適用—基于獲利剝奪請求權獨立的思考」河南財經政法大學學報 4 期（2019 年）61—69 頁を参照。

⁴⁸⁶ 周・前掲注（469）19 頁を参照。

⁴⁸⁷ 程・前掲注（281）843—844 頁、同・前掲注（469）119—120 頁を参照。

⁴⁸⁸ 程・前掲注（281）844 頁、同・前掲注（469）120 頁を参照。

⁴⁸⁹ 程・前掲注（281）844 頁、同・前掲注（469）119 頁を参照。

⁴⁹⁰ 程・前掲注（281）842—843 頁、同・前掲注（469）118—119 頁を参照。

⁴⁹¹ 程・前掲注（281）842—843 頁、同・前掲注（469）118—119 頁を参照。

⁴⁹² 王（利明）・前掲注（298）214—216 頁を参照。

請求するだけで、利益の返還を請求することはできない。しかし、無形の財産権と人格的權益を侵害する場合、被害者は、その実際の損失を証明することが困難であり、損害填補の原則に従って救済されがたい⁴⁹³。特に、このような場合において、常に加害者は巨大な利益を取得する。被害者が利益の返還を請求することを支持すれば、加害者の不当な利益を奪うことにも有利であり、関連する不法行為の発生に対する予防にも有利である⁴⁹⁴。また、加害者の得た利益について、広義に解釈すべきである。すなわち、加害者が不法行為によって得た利益を指すのみならず、不法行為によって節約した費用も指す⁴⁹⁵。もちろん、この請求権が懲罰的賠償に異化するのを防ぐためには、吐き出されるべき利益を「純利益」に限定すべきである⁴⁹⁶。つまり、このような利益は人格的權益の侵害と因果関係を持たなければならない⁴⁹⁷。言い換えれば、加害者の全部の利益における被害者の人格的權益の寄与度を考慮しなければならない。そのほかに、加害者が自分の経験モデルやビジネス秘密などを利用して得た利益や必要なコストは総利益から差し引かれるべきである⁴⁹⁸。

第3節 判例の考察

第1章第2節第2款において、人格権侵害に関する利益吐出しの設例が取り上げられた。実は、設例に対応して、中国の実務上、多かれ少なかれ関連する判例が発生している。そのため、最新の判例をめぐる概要と検討について考察する。

また、考察する前に、区分する基準については、再び紹介したい。具体的には、まず、自然人の人格権（第1～4款）と故人の人格的法益（第5款）に分ける。次に、自然人の人格権の内容に対して、精神的人格権（第1～3款）と身体的人格権（第4款）に分ける。そして、自然人の人数に対して、単一の自然人の人格権（第1と2款）と故人の人格的利益（第5款）のほか不特定多数人の自然人の人格権・人格的法益（第3と4款）に分ける。

第1款 名誉権・プライバシー権侵害に関する利益吐出し

名誉権・プライバシー権侵害に関する利益吐出しに関する判例は、「有名人の名誉権を侵害して利益を得たという判例（例えば＜判例1＞）」と「一般人の名誉権やプライバシー権を侵害して利益を得たという判例（例えば＜判例2＞）」を取り上げた。判例をめぐる紹介と検討は、以下の通りである。

第1項 判例の概要

⁴⁹³ 王（利明）・前掲注（298）215－219頁を参照。

⁴⁹⁴ 王（利明）・前掲注（298）218－219頁を参照。

⁴⁹⁵ 王（利明）・前掲注（298）219頁を参照。

⁴⁹⁶ 王（利明）・前掲注（298）220－221頁を参照。

⁴⁹⁷ 王（利明）・前掲注（298）220頁を参照。

⁴⁹⁸ 王（利明）・前掲注（298）220－221頁を参照。

＜判例1＞北京インターネット法院（2022）京0491民初19466号民事判決書⁴⁹⁹

2022年1月21日、被告Yは、デジタルデータなどの経済的利益を得るため、その管理運営するWeChat公式アカウントに、女優である原告Xに関わる「千億元の事件に関与している」、「虚偽・誇大広告の宣伝をしている」などの虚偽で侮辱的な投稿を行った。原告Xは、名誉権が被告Yによって侵害されたことを理由に、北京インターネット法院に提訴した。

法院によれば、まず、被告Yの発言は事実無根であり、原告Xに対する公衆の誤解を招き、ひいては原告の社会的評価を低下させ、すでに原告Xの名誉権を侵害した。次に、被告YはWeChat公式アカウントの運営者として、投稿の内容を通じて実際の利益を得るので、その内容に対して慎重な注意義務を果たさなければならない。最終的に、本判決は、被告Yが原告Xに謝罪広告、精神的損害賠償1万元（20万円相当）、経済的損害賠償500元（1万円相当）、及び権利を維持するための合理的な費用2万元（40万円相当）を命じた。

＜判例2＞河北省三河市人民法院（2019）冀1082民初3089号一審民事判決書、河北省廊坊市中級人民法院（2019）冀10民終5862号二審民事判決書⁵⁰⁰

X₁とX₂は、夫婦関係である。2014～2019年の間、X₁はその愛人Yと愛人関係を維持していた。2019年、X₁とYの愛人関係が破綻した。その後、X₁とYは、それぞれのWeibo公式アカウントに相手や家族の写真、プライバシーなどのような個人情報を投稿した。その中で、Yは、自身のWeibo公式アカウントに、「YとX₁の愛人関係や親しく付き合う情報」、「X₁、X₂及び双方の子供に関わる個人情報、写真」、「X₁とX₂に対する侮辱的な発言」などの内容を投稿した。それに対して、X₁は、自身のWeibo公式アカウントに、「Yのプライバシー情報、写真」、「Yがペットに虐待行為を行ったビデオや文章」などの内容を投稿した。そして、X₁、X₂、Yの3人の関係は、多くのネットユーザーの注目やコメントを得ているのみならず、台湾のメディアにも公開・報道されており、影響の範囲は非常に広い。結局、この3人は、互いに巨大な精神的苦痛を受けた。

その直後に、原告X₁とX₂は、名誉権が被告Yにより侵害されたとして三河市人民法院に提訴した。そして、原告X₁とX₂は、被告Yに対していくつかの請求を主張した。すなわち、①被告Yによる侵害行為の差止、②謝罪、そして、Weibo公式アカウントなどにおける謝罪広告の掲載による影響の除去、名誉回復、③精神的損害賠償10万元（200万円相当）と侵害行為を制止するための調査費0.3万元（6万円相当）、

⁴⁹⁹ 張凱麗訴勞某網絡侵權責任糾紛案（名誉権）、北京インターネット法院（2022）京0491民初19466号民事判決書。ここで指摘すべきなのは、この事案が利益吐出の問題に関わるものの、裁判所はこの点について言及しなかった。

⁵⁰⁰ 郝国龍、李夢月訴李麗侵權責任糾紛案（名誉権）、河北省三河市人民法院（2019）冀1082民初3089号一審民事判決書。この判決は、原審である。また、控訴審は、李夢月、李麗訴郝国龍侵權責任糾紛案（名誉権）、河北省廊坊市中級人民法院（2019）冀10民終5862号二審民事判決書である。

④訴訟費用、⑤弁護士費用である。

これに対して、YもX₁とX₂を反訴した。反訴原告Yは、反訴被告X₁とX₂に対していくつかの請求を主張した。つまり、①謝罪、そして、Weibo 公式アカウントなどにおける謝罪広告の掲載による影響の除去、名誉回復、②精神的損害賠償 10 万元（200 万円相当）、権利を維持するための合理的な費用 3 万元（60 万円相当）、③訴訟費用である。

この事案について、法院は、以下の判示のように、①双方に直ちに削除し、以後発表してはならないことを要求し、②本訴原告X₁、X₂と反訴原告Yのその他の請求を却下した。まず、投稿の内容は、X₁とYの間に確かに愛人関係が存在したという事実に基づいており、虚構ではないため、当事者の名誉権の侵害にはならない。次に、名誉権の侵害にはならないので、双方が主張した謝罪、慰謝料、権利を維持するための費用などの請求に対しては支持しない。最後に、投稿の内容がプライバシーなどの個人情報に関連するので、直ちに削除し、今後も続けて投稿してはならない。

注目すべきは、名誉権とプライバシー権における利益吐出しに係わる状況が存在するかもしれないが、法院は詳細に裁量していない。具体的に言えば、X₁とX₂は、YがXらのプライバシー情報を投稿したことによって、2019 年 3 月に 1.6 万元（32 万円相当）の不当な利益を得たこと、を立証した。しかし、Yは、このような利益がXらのプライバシー情報を投稿したことと直接的な関連性がない、と答弁した。さらに、X₁と愛人関係を築く前に、Yにはすでに 100 万人以上のファンがいたため、このような利益は、Yが自分自身の影響力を発揮して直接的に得たものだった。

第 2 項 判例の検討

一般に、名誉権やプライバシー権自体に財産的価値がないため、権利者は自分の名誉権やプライバシー権を利用することで利益を得ることができない。言い換えれば、名誉権とプライバシー権に対する保護の根拠は、人格の自由ではなく人間の尊厳を守ることに重点を置いている。そのため、実務上、名誉権やプライバシー権を侵害する民事責任には、侵害の停止、妨害の排除、危険の除去、財産的損害の賠償、さらに、重大な精神的損害をもたらした場合、精神的損害の賠償が含まれる⁵⁰¹。しかし、インターネットの発展に伴い、個人メディアがだんだん活躍している。このような背景において、言論の自由、世論監督などが保障されるとともに、一部の加害者が他人の名誉権やプライバシー権を侵害することで不当な利益を得ることという「通路」も開かれている。ただし、このような状況に対して、法院は十分な関心を払っていない。

続けて、前述した 2 件の判例をめぐって、以下のように分析する。＜判例 1＞は、有名人の名誉権を侵害して利益を得た場合である。しかし、原告がこのような不当な利益を請求したり立証したりしていないので、法院は、被告が運営者として、投稿の

⁵⁰¹ 楊鈺=黃夕彬「通過社交平台侵害名譽權的責任承擔」人民司法（案例）20 期（2023 年）36 頁を参照。

内容に対して慎重な注意義務を果たすべきことを強調した。また、＜判例 2＞は、一般人の名誉権やプライバシー権を侵害して利益を得た場合である。本訴原告は本诉被告が不当な利益を得たことを立証しているにもかかわらず、裁判所はこの証拠を評価しなかった。私見としては、二つの理由があるかもしれない。第一に、本訴原告は、この証拠を提出したが、訴訟請求において明確に主張していなかった。第二に、本诉被告の答弁によると、得られた利益が不当であるかどうか、及び不当な利益が存在しても、具体的な金額がどのくらいであるかなどの質問には答えがたい。それ以外にも、＜判例 2＞において、他の部分に対する法院の判旨と結論には疑問を持つと思われる。

また、前述した 2 件の判例の比較を通じて、伝統的に有名人の名誉権やプライバシー権を故意に侵害して利益を得た判例が少なくない。しかし、現在、個人メディアの投稿のハードルが低くなるにつれ、一般人の名誉権やプライバシー権を侵害することで利益を得る判例も増えている傾向にあるだろう。

第 2 款 パブリシティー権侵害に関する利益吐出し

パブリシティー権侵害に関する利益吐出しの判例は、「有名人のパブリシティー権を侵害して利益を得たという判例（例えば＜判例 3＞）」と「一般人のパブリシティー権を侵害して利益を得たという判例（例えば＜判例 4＞）」を取り上げたい。判例をめぐる紹介と検討は、以下の通りである。

第 1 項 判例の概要

＜判例 3＞広東省広州市花都区人民法院（2022）粵 0114 民初 10799 号一審民事判決書、広東省広州市中級人民法院（2023）粵 01 民終 15840 号二審民事判決書⁵⁰²

X は中国の有名な芸能人として、その肖像と氏名は一定の商業的価値を持っている。2021 年、製造者 Y₁ らと販売者 Y₂ らは、販売促進のために、X のライセンスを取得せずに、X の肖像と氏名の付いた製品を勝手に製造、販売した。X は、人格権が侵害されたと主張して原審法院である広州市花都区人民法院に提訴した。しかし、原裁判が下された後に、原告も被告も不服として、二審法院である広州市中級人民法院に控訴した。次に、二審の判決文について簡単に紹介する。

まず、控訴人（原審原告）X は、被告 Y₁ らと Y₂ らに侵害行為の差止、謝罪のほか、経済的損害賠償 50 万元（1000 万円相当）を請求した。経済的損害賠償 50 万元を請求する理由としては、3 つが存在した。第 1 に、控訴人（原審被告）Y₁ らと Y₂ らは、X の人格権の侵害によって巨額の利益を得た。第 2 に、かつて、X と他の類似会社との使用料、及びその他の類似事件で X が原告として支持された金額は、本件 X の損失

⁵⁰² 劉濤訴鄭州昱姿電子商務有限公司、鄭州航鼎商貿有限公司、胡文婷、広州賓諾生物科技有限公司、何慶輝侵權責任糾紛案（氏名権・肖像権）、広東省広州市花都区人民法院（2022）広東 0114 民初 10799 号民事判決書。この判決は、原審である。また、控訴審は、劉濤、鄭州昱姿電子商務有限公司、鄭州航鼎商貿有限公司、胡文婷、広州賓諾生物科技有限公司、何慶輝侵權責任糾紛案（氏名権・肖像権）、広東省広州市中級人民法院（2023）広東 01 民終 15840 号二審民事判決書である。

の参考基準とすることができる。第3に、一方で、原審判決の金額が原告の通常使用料を下回ることは、正常な市場秩序を乱し、侵害行為の「負の連鎖」という社会の効果を引き起こすことになるだろう。他方で、原審判決の金額が被告の不当な利益を下回ることは、本件の加害者または他の加害者が他人の権利を侵害することを奨励する可能性がある。

次に、控訴人（原審被告）Y₁らとY₂らにも、三つの答弁意見がある。つまり、第1に、原審原告Xが主張する「巨額の利益」は、すべてXの人格権を侵害する商品の製造販売によるものではなく、その中には合法的な製品の販売による利益を包括している。第2に、Xは、自分の具体的な損害を立証することもできないし、Y₁らとY₂らが権利侵害によって得られた具体的な利益を証明することもできない。第3に、実は、同じ知名度の芸能人、ひいてはXの知名度を超える芸能人の氏名権・肖像権が侵害された類似事件においては、損害額はわずか数万元だった。言い換えれば、Xが請求する通常使用料の損害は高すぎる。

最後に、二審の判旨によると、①侵害行為の差止、謝罪について、民法典 995 条⁵⁰³に基づいて、控訴人（原審被告）Y₁らとY₂らに直ちに侵害行為を停止するだけでなく、控訴人（原審原告）Xに謝罪することを命じた。そして、控訴人（原審原告）Xの損害額に関しては、Xの氏名権・肖像権が一定の商業的価値を持っているため、Y₁らとY₂らの侵害行為は、必然的にXの氏名権・肖像権に含まれる経済的利益を損なうことになった。しかしながら、Xがこの侵害行為によって被った経済的損害と、Y₁らとY₂らがこの侵害行為によって得た利益は、双方とも立証されがたい。そのため、民法典 1182 条に基づき、Xの知名度、Y₁らとY₂らの権利侵害の方式・結果・主観的な過失の程度、侵害品の性質、権利を維持するための合理的な費用などの要素を考量した後で、二審法院は、Y₁らはXに6万元（120万円相当）、Y₂らはXに2万元（40万円相当）の賠償を命じた⁵⁰⁴。

<判例4>湖北省浠水县人民法院(2023)鄂1125民初1613号民事判决书⁵⁰⁵

原告Xは、メイクやコーディネートなどを紹介するインターネットブロガーである。被告Yは、「ピンドゥオドゥオ」インターネットプラットフォームにおいて、メガネ店を営んでいる。2020年、YはXの許可なく、メガネの広告宣伝のために、Xの肖像を無断使用した。Xは、肖像権がYに侵害されたと主張して、侵害行為の差止、謝罪広告及び5万元（10万円相当）の損害賠償をYに対して求めた。

⁵⁰³ 中国民法典 995 条は、「人格権が侵害されたときは、被害者は、本法及びその他の法律の定めに基づき行為者に対し民事責任の負担を請求する権利を有する。被害者の有する侵害の停止、妨害の排除、危険の除去、影響の消去、名誉の回復、及び謝罪請求権については、訴訟時効の規定を適用しない。」と規定している。

⁵⁰⁴ 注意すべきなのは、原審裁判所は、Y₁らはXに20万元（400万円相当）、Y₂らはXに6万元（120万円相当）の賠償を命じた。

⁵⁰⁵ 金柯修訴付祥侵權責任糾紛案（肖像権）、湖北省浠水县人民法院（2023）鄂1125民初1613号民事判决书。

その後、本件の事実を明らかにするため、法院は、「ピンドゥオドゥオ」ネットワークプラットフォームを管理・運営する上海尋夢信息技术有限公司について、Yのメガネ店に関する販売状況の証拠を積極的に収集した。結局、法院は、Yが8365件のメガネを販売し、84893.5元（170万円相当）の販売額を獲得したという事実を発見した。そして、Yは、①メガネそれ自体のコスト、②梱包材のような販売のために必要な支出、③宅急便の料金のような運送のために必要な支出、④家賃・水道光熱費のような経営のために必要な支出を控除すべきだと主張した。しかし、Yは、控除されるべき種目①、②、③の具体的な金額を立証したが、④の具体的な金額を証明しなかった。さらに言えば、①メガネそれ自体のコストについては、「メガネ1個当たりのコスト2元」と「販売の総数8365件」を乗算により計算すると、その金額が16730元（33万円相当）となった。②梱包材のような販売のために必要な支出は、10000元（20万円相当）だった。③宅急便の料金のような運送のために必要な支出については、「1件当たりの宅急便の料金3.7元」と「販売の総数8365件」を乗算により計算すると、その金額が30950.5元（62万円相当）となった。

ところが、法院は、被告Yが主張した①、②、③は控除されるべきだが、④は控除されるべきではない、ということ認めた。その理由としては、④は経営のために必要な支出だからである。たとえ本件の事情が発生しないとしても、このような支出は依然として負担されなければならないので、全体の販売額から控除されるものではなかった。したがって、法院は、全体の販売額84893.5元（170万円相当）から①、②、③の費用57680.5元（115万円相当）を差し引いた残額27213元（55万円相当）を、被告Yが原告Xに支払うべき損害額として承認した。

最終的に、法院は、民法典1182条などに基づいて、被告Yが侵害行為を停止し、謝罪広告を掲載するとともに、原告に経済的損害額27213元（55万円相当）を賠償するべきであると判決した。

第2項 判例の検討

経済活動において、自然人は、自分でパブリシティ権を行使することもできるし、他人にパブリシティ権を行使することを許可することもでき、それによって経済的な利益を受ける。そのため、パブリシティ権は、他の人格権よりも加害者に侵害され、不当な利益を生み出す対象になりやすいだろう。以下、パブリシティ権侵害に関する利益吐出しをめぐる三つの問題を検討したい。

問題①パブリシティ権の主体について。パブリシティ権は、人の持つ顧客吸引力または知名度を基礎としているので、その主体は有名人に限られていると指摘する学者もいる⁵⁰⁶。だが、このような見解に反対する学者も存在している。反対の理由に

⁵⁰⁶ 謝・前掲注（310）85頁、孔・前掲注（311）170頁を参照。

については、一方で、自然人は、自分に顧客吸引力または知名度があることを証明することを前提としていない。有名人に比べて、一般人のパブリシティ権の経済的価値は、相対的に少ないとしても、保護に値する。他方で、パブリシティ権を少数者である有名人の「特権」とすれば、パブリシティ権の本質に合致しないだけでなく、ネット時代のビジネスの実態から離れている恐れがある。だからこそ、パブリシティ権の主体は、すべての自然人に延長されるべきである⁵⁰⁷。私見によれば、後者の見解に賛成する。実務上、パブリシティ権が侵害された判例は、有名人（例えば＜判例 3＞）としてのみならず、一般人（例えば＜判例 4＞）にも発生している。

問題②損害額の算定方法について。上記の二つの判例において、被害者が加害者に損害賠償を請求しているが、損害額の算定方法は異なる。つまり、＜判例 3＞に対して、法院は、民法典 1182 条の「具体的な事案における人民法院の裁量」に基づいて裁判を行った。注意すべきは、原審と二審が認めた損害額の差は大きく、二つの現象が発見されている。1 つは、原告または被告が損害や利益を立証することが困難な場合、法院は、消極的に証拠を収集し、さらに自由裁量によって「乱暴に」損害額を確定するかもしれない。もう 1 つは、自由裁量には一定の基準があるが、非常に曖昧で広範囲である。それに対して、＜判例 4＞に対して、法院は、民法典 1182 条の「加害者の得た利益」に基づいて裁判を行った。ここでの「加害者の得た利益」は、必要なコストを差し引いたものである。しかし、法院は、「加害者の得た利益を奪うこと」を直接に命ずるのではなく、間接的に「加害者の得た利益」を「被害者の受けた損害」として吐き出させている。

問題③法院の証拠収集について。証明責任は、原則として、権利を主張する当事者に帰属すると解される。しかし、当事者の公平の確保、証拠との距離、立証の難易などの要素を考察した上で、例外的な分配のルールも存在している。例えば、当事者が客観的な理由で、ある証拠を収集できない場合に、この当事者は法院に証拠に係る調査・収集の申請を提出することができる。もちろん、事件の審理に関連する必要な証拠に対して、法院は、このような証拠を調査・収集しなければならない。＜判例 3＞と比較して、＜判例 4＞の法院は、「加害者が被害者の権利を侵害したことによって不当な利益を得ている可能性がある」という証拠を自主的に収集した。言うまでもなく、法院が「加害者の得た利益」という証拠を職権で自主的に調査・収集すべきかどうかについて、実務における議論が交わされている。

第 3 款 不特定多数人の個人情報侵害に関する利益吐出し

理論的には、不特定多数人の個人情報（公共の利益）を侵害して利益を得た事件は、

⁵⁰⁷ 崔・前掲注（314）119 頁を参照。

ある程度、不特定多数人の中の1人1人の個人情報（私的利益）を侵害して利益を得た事件によって構成されている。簡単に言えば、まるで一つ一つの「点」の被害が、一緒に積み重ねて「面」の被害になっているようである。

ところが、このような被害に対して、実務では公法と私法は異なる対応を取っている。公法上、一方で、刑法 253 条の 1⁵⁰⁸に基づいて、被告人の行為が侵害公民個人情報罪の構成要件に合致し、刑事責任を生じさせる可能性がある。他方で、個人情報保護法 66 条⁵⁰⁹に基づいて、その法律に違反する者は行政責任を負うかもしれない。それに対して、私法上、「侵害行為が隠蔽されているため発見されにくい」、「加害者の故意・過失、被害者の損害などに関する立証が極めて困難である」、「権利を維持するためのコストが非常に高い」などの要素の影響を受けて、被害者個人は訴訟に興味がないかもしれない。そのため、個人情報保護法 70 条に基づいて、法律に規定された特定の機関・団体としての検察院または消費者協会などの主体は、民事公益訴訟を通じて、公共の利益を守ると同時に、私的利益が侵害されることも予防している。究極的な効果は、社会の各構成員の個人情報を保護することにある。

具体的には、不特定多数人の個人情報侵害に関する利益吐出しの判例は、「刑事訴訟が終わった後、検察院（例えば＜判例 5＞）または消費者協会（例えば＜判例 6＞）が民事公益訴訟を提起したという判例」、「刑事付帯民事公益訴訟⁵¹⁰という判例（例えば＜判例 7＞）」及び「単純な民事公益訴訟という判例（＜判例 8＞）」⁵¹¹を取り上

⁵⁰⁸ 刑法 253 条の 1 は、次のように規定する。「(1) 国家の関連規定に違反し、他人に公民の個人情報を販売又は提供しており、かつその情状が重いとき、3 年以下の懲役又は拘留に処し、罰金を併科し又は単科する。また、その情状が特に重いとき、3 年以上 7 年以下の懲役に処し、罰金を科す。(2) 国家の関連規定に違反し、職務の執行又はサービスの提供の過程において得た公民の個人情報を他人に販売又は提供したときは、前款（すなわち、本条の (1)）の規定に従って重く処罰する。(3) 窃盗またはその他の方法によって公民の個人情報を不法に取得したとき、第 1 款（すなわち、本条の (1)）の規定に従って処罰する。(4) 組織体が前 3 款（すなわち、本条の (1)、(2) と (3)）の罪を犯したとき、組織体に対して罰金を科するほか、その直接責任を負う主管者及びその他の直接責任者に対して、各該当の規定に従って処罰する」。

⁵⁰⁹ 個人情報保護法 66 条は、次のように規定する。「(1) 本法に違反して個人情報取り扱いを行なった場合、又は本法に定める個人情報の取り扱いに必要な個人情報保護義務を履行しない場合、個人情報保護職責履行部門による是正命令、警告、違法所得の没収、個人情報を違法に取扱うアプリケーションプログラムのサービス提供の一時停止又は終了が定めており、是正を拒否したときは、100 万元以下の過料を併科できる。また、直接責任を負う主管者及びその他の直接責任者に対しても、1 万元以上 10 万元以下の過料に処することができる。(2) 前款の規定に違反する行為があり、その情状が重いときには、省級以上の個人情報保護職責履行部門が是正を命じ、違法所得を没収し、併せて 5000 万元以下又は前年度売上高の 5%以下の過料に処するものとし、さらに関連業務の一時停止又は営業停止・整顿を命じ、関連主管部門に通報して、関連業務許可を取り消し、又は営業許可書を取り上げるよう要請することができ、直接責任を負う主管者及びその他の直接責任者に対しては 10 万元以上 100 万元以下の過料に処するものとし、さらにその者が一定期間において関連企業の董事、監事、高級管理職及び個人情報保護責任者に就任することを禁止する旨を決定することができる」。

⁵¹⁰ 刑事付帯民事公益訴訟とは、特定の領域で公共の利益を損なう犯罪の行為に関して、手続的な訴訟実施権を有する検察院が、刑事公訴を提起すると同時に、その刑事事件を審理する裁判所に、公共の利益を害した責任のある主体に民事責任を負わせるよう命じることを求める訴訟である。劉加良「刑事付帯民事公益訴訟的困局与出路」政治与法律 10 期（2019 年）84 頁を参照。

⁵¹¹ 注意すべきなのは、＜判例 5～7＞と比較して、＜判例 8＞における被告の違法行為の被害結果は、軽微ではない。つまり、単に違法行為による法益侵害の程度から見ても、可罰的違法性を満たしているのかもしれない。しかし、手続きあるいは証拠収集の瑕疵などの原因で、＜判例 8＞における被告は刑事犯罪にはならなかった可能性がある。だからこそ、検察院は、単純に民事公益訴訟を提起した。もち

げたい。判例をめぐる紹介と検討は、以下の通りである。

第1項 判例の概要

＜判例5＞四川省自貢市中級人民法院（2020）川03民初16号民事判決書⁵¹²

2019年4月、Yは、違法な手段で身分証明書番号、電話番号など103791条の個人情報取得した。そして、Yは、一部の個人情報をWeChatの登録認証に使用したり、他人に販売したりすることで2万元（40万円相当）の不当な利益を得た。

この事件について、同年12月、四川省榮県人民法院の判決は、Yの行為が侵害公民個人情報罪の法律構成に合致するとし、懲役3年、執行猶予4年、罰金1万元（20万円相当）、と違法所得の没収2万元（40万円相当）の刑を言い渡す判決を下した⁵¹³。

2020年7月、四川省自貢市人民檢察院は、「正義網」⁵¹⁴で「Yに民事公益訴訟を提出することができる」というような公告の内容を投稿した。しかし、公告期間内に、法律で定められている機関や関係組織は、この民事公益訴訟を提起しなかった。そのため、この檢察院は、自貢市中級人民法院に民事公益訴訟を提起した。そして、公益訴訟起訴人である檢察院は、公共の利益が被告であるYに侵害されたと主張して、謝罪広告及び2万元（40万円相当）の損害賠償をYに対して求めた。

もっとも、Yは、自分が刑事責任を負っており、違法所得はすでに没収され、罰金もすでに徴収されたので、民事責任を負う必要がないと弁明した。

この事案について、法院は、檢察院の請求をすべて支持した。その理由としては、まず、民法典187条⁵¹⁵に基づき、Yは刑事責任を負ったにもかかわらず、不特定多数人の個人情報を侵害した行為に対して民事責任を負わなければならない。次に、人格的権益としての個人情報は、ある程度人格的価値と財産的価値を持っている。一方で、Yが他人の個人情報を無断利用・販売することによって不当な利益を得たことは、個人情報に関連する主体に精神的・心理的な損害を与えるに違いない。ゆえに、Yは謝罪広告で社会の各構成員に謝罪しなければならない。他方で、そのような侵害行為が関連する主体の個人情報の財産的価値を損なうので、Yは損害賠償責任も負わなければならない。だが、損害額の算定が非常に難しいという問題を解決するため、法院は、民法典1182条に基づき、違法所得2万元（40万円相当）をYが負うべき公共の利益に対する損害賠償額と見なした。ちなみに、その損害賠償の金銭は、公益専用の口座に返還されており、かつ公益に関する事項の支出のみに充てるものとする。

ろん、このような分析は、筆者が既存の資料に基づいて推定したものだけである。けだし、筆者の推測に誤りがあったとしても、「単純な民事公益訴訟という判例」は、将来に現れるかもしれない。

⁵¹² 公益訴訟起訴人四川省自貢市人民檢察院訴周光前人格權糾紛民事公益訴訟案、四川省自貢市中級人民法院（2020）川03民初16号民事判決書。

⁵¹³ 四川省榮県人民法院（2019）川0321刑初256号刑事判決書。

⁵¹⁴ 正義網は、中国最高人民檢察院の檢察日報社が主催し、法治情報を宣伝するためのポータルサイトである。

⁵¹⁵ 中国民法典187条は、「民事主体が同一行為により民事責任、行政責任及び刑事責任を負わなければならないとき、行政責任又は刑事責任の負担は、民事責任の負担に影響を及ぼさない。民事主体の財産が支払に不足するときは、民事責任の負担に優先して充てるものとする」と規定している。

＜判例 6＞広東省江門市中級人民法院（2021）粵 07 民初 40 号民事判決書⁵¹⁶

2019 年、Y₁、Y₂及びY₃は、不当な利益を図るために、互いにあるいは他人に多数人の個人情報（約 5 万条の個人情報）を提供したり販売したりした。そして、その三人は、他人に個人情報の販売数に応じて、それぞれ 17690 元（35 万円相当）、3950 元（8 万円相当）、1500 元（3 万円相当）を得た。なお、Y₁は、これらの不正に取得された個人情報を利用して、消費者に自分のビジネス業務を拡張した。

この事件について、2021 年 4 月、蓬江区人民法院の判決は、Yらの行為が侵害公民個人情報罪の構成要件に合致するとし、それぞれ懲役 1 年 3 カ月～6 カ月、罰金 2 万元～0.5 万元（40～10 万円相当）、と違法所得の刑を言い渡す判決を下した⁵¹⁷。

その後、原告としての広東省消費者協会は、被告としてのYらの不法行為が多数の不特定消費者の合法的な権利・利益を侵害したことを理由に、江門市中級人民法院に民事公益訴訟を提起した。同時に、江門市人民検査院は、支持起訴人としてこの訴訟に参加した⁵¹⁸。そして、原告は、個人情報の削除、謝罪広告、違法所得の金額に応じて損害賠償を被告に対して求めた。

しかし、被告Y₂は、原告が主張する違法所得の金額に応じた損害賠償額 3950 元（8 万円相当）に根拠はない、と弁明した。具体的な理由は、三つが存在する。第 1 に、個人情報の販売は、関連する主体に経済的損失を与えることはない。第 2 に、違法所得はすでに没収されており、被告の手もとに何らの利益もない。第 3 に、被告の得た利益は、原告の受けた損害に直接等しくない。

続いて、法院は、原告の請求をすべて支持した。被告Y₂の弁明に対して、法院は、次のように解釈した。まず、民法典 1182 条によれば、被告の得た利益を原告の受けた損害と見なすことができる。次に、確かに被告の得た利益は違法所得として没収されたが、「違法所得の没収」は、刑事責任の範疇に属し、「損害賠償」としての民事責任と同じではない。実際に、両者は、互いにとって代わることはできない。最後に、違法所得の金額に応じて損害賠償額は、国庫に返還されるべきである。

＜判例 7＞徐氏ら 6 人による不特定多数人の個人情報侵害された事件⁵¹⁹

2019 年 12 月、徐氏ら 6 人は、職務の便利さを利用して、「健康コード」の取り扱い

⁵¹⁶ 広東省消費者協会訴張文輝、謝英強、江炳権消費者權益保護民事公益訴訟案、広東省江門市中級人民法院（2021）粵 07 民初 40 号民事判決書。

⁵¹⁷ 広東省江門市蓬江区人民法院（2021）粵 0703 刑初 164 号刑事判決書。

⁵¹⁸ ちなみに、中国民事訴訟法 15 条は、支持起訴人という制度を定める。中国民事訴訟法 15 条は、「機関、社会团体又は企業・事業単位は、国家、集団又は個人の民事権利・利益に損害を与えた行為に対して、損害を受けた単位又は個人が、人民法院に訴訟を提起することを支持することができる」と規定している。

⁵¹⁹ 2021 年 4 月 21 日、最高人民検察院は、ネット詐欺とその関連する犯罪に打撃を与える典型的な判例を発表した。そして、本件は、このような典型的な判例から選ばれた。https://www.spp.gov.cn/xwfbh/dxal/202204/t20220421_554693.shtml、2024 年 4 月 20 日の最終訪問。また、本件の詳細な分析に関しては、高志華＝李帥「労務人員個人情報保護刑事附帯民事公益訴訟办案思考」中国検察官 14 期（2022 年）44－47 頁を参照。

い、健康情報の確認などを理由に、労働者の身分証明書番号や顔データなどの個人情報情報を不法に収集した。そして、徐氏ら 6 人は、一部の個人情報情報を 3500 枚以上のテレホンカードの登録・認証に使用し、約 15 万元（300 万円相当）の不当な利益を得た。また、そのうち 55 枚のテレホンカードが他の人によってネット詐欺犯罪に使われ、被害総額は 284 万元余り（5680 万円相当）に達した。

2021 年 8 月、銭塘区検察院は、「正義網」で「徐氏ら 6 人に民事公益訴訟を提出することができる」というような公告の内容を投稿した。しかし、公告期間内に、法律で定められている機関や関係組織は、この民事公益訴訟を提起しなかった。そのため、この検察院は、徐氏ら 6 人について「侵害公民個人情報罪」の疑いで刑事訴訟を提起しており、かつ民事公益訴訟も付帯して提起した。同年 12 月、銭塘区人民法院の判決は、徐氏ら 6 人が「侵害公民個人情報罪」を成立させ、それぞれ懲役 3 年～7 カ月、罰金 9 万～1 万元（180 万円～20 万円相当）という刑事責任を言い渡すのみならず、連帯の賠償額約 15 万元（300 万円相当）と謝罪広告という民事責任を言い渡す判決を下した。

しかも、民法典 1182 条に基づいて、徐氏ら 6 人の違法所得の金額で損害賠償額を確定する可能性がある。そのため、不当な利益を究明するため、刑事検察部門は、警察機関に犯罪容疑者の違法所得の金額を重点的に調査するよう求めた⁵²⁰。

<判例 8>杭州市インターネット法院（2020）浙 0192 民初 10605 号民事判決書⁵²¹

2019 年 2 月、被告 Y は、自分が不法に収集した約 4 万条の個人情報情報を第三者に販売し、3.4 万元（68 万円相当）の不当な利益を得た。そして、第三者は、その個人情報情報を虚偽のビジネスプロモーションに使用した。

下城区人民検察院は、法定の公告手続きを履行した後に、杭州市インターネット法院に民事公益訴訟を提起した。訴えの理由としては、被告 Y が他人の許可を得ずに、約 4 万条の個人情報情報を販売したので、社会の不特定多数人の個人情報権益と公共の利益が深刻に侵害されたことだった。また、検察院は、被告に対して、3.4 万元（68 万円相当）の損害賠償と謝罪広告を請求した。

この事案について、法院は、検察院の請求をすべて支持した。法院の判旨によれば、まず、民法典 111 条と 1034 条⁵²²に基づいて、被告が不特定多数人の個人情報情報を不法

⁵²⁰ 高＝李・前掲注（519）45－46 頁を参照。

⁵²¹ 2022 年 4 月 11 日、最高人民法院は、民法典が施行された後の人格権に対する保護の典型的な民事判例を発表した。<https://www.chinacourt.org/article/detail/2022/04/id/6625746.shtml>、2024 年 4 月 20 日の最終訪問。また、本件は、このような典型的な判例から選ばれた。

⁵²² 中国民法典 111 条は、次のように規定する。「自然人の個人情報情報は、法律によって保護される。いかなる組織又は個人も、他人の個人情報情報を取得する必要があるときは、法に基づいて取得し、かつその情報の安全を確保しなければならない。不法に他人の個人情報情報に対する収集、使用、加工又は転送をしてはならず、不法に他人の個人情報情報に対する売買、提供又は公開をしてはならない」。

中国民法典 1034 条は、次のように規定する。「（1）自然人の個人情報情報は、法律によって保護される。（2）個人情報とは、単独又はその他の情報と結合して特定の自然人を識別することのできる各種情報で、電子的又はその他の方式で記録されたものとし、自然人の氏名、生年月日、身分証明書の番号、遺伝子識別情報、住所、電話番号、メールアドレス、健康情報、行動情報等を含む。（3）個人情

に収集・販売し、かつ公共の利益（特に公共情報の安全利益）を侵害したので、検察院は、被告に民事責任を負わせる権利がある。次に、民法典 179 条 1 項 11 号、995 条、1000 条⁵²³に基づいて、被告の侵害行為によって公衆の人格の尊厳・自由が侵害されたので、被告は、謝罪広告で社会の公衆に謝罪しなければならない。最後に、民法典 1182 条に基づいて、被告の侵害行為で得られた利益 3.4 万元（68 万円相当）を公共の利益の損害に対する損害賠償額とすることができる。

第 2 項 判例の検討

検察公益訴訟とは、法律によって規定されている領域において、公共の利益を損なう違法な行為に対して、検察院が「公益訴訟起訴人」として人民法院に公益訴訟を提起することである⁵²⁴。このような「公益訴訟起訴人」の身分は、伝統的な意味での「原告」ではなく、法律上の監督権を行使する検察機関である。また、検察公益訴訟の種類について、「二分説」と「三分説」があると思われる。前者は、検察公益訴訟には、民事公益訴訟（刑事付帯民事公益訴訟を含む）と行政公益訴訟が含まれる。反対に、後者は、検察公益訴訟には、民事公益訴訟、刑事付帯民事公益訴訟及び行政公益訴訟が含まれる。私見としては、「三分説」を支持する。もっとも、公益訴訟を提起することができる主体は、検察院のほか、消費者協会のような法律で定められた組織も包括している⁵²⁵。

上記の第 1 項に挙げた判例を見ると、次の 4 つの結論が得られるだろう。第 1 に、不特定多数人の個人情報侵害して不当な利益を得た事件について、一般的に刑事犯罪を構成するので、民事公益訴訟は、刑事訴訟の後に単独で提起される可能性があり、刑事訴訟と共同で提起されるかもしれない。また、実体的にも手続的にも刑事犯罪を

報の中の私的秘蔵たる情報については、プライバシー権に関する規定を適用する。規定がないものについては、個人情報の保護に関する規定を適用する」。

⁵²³ 中国民法典 179 条 1 項は、次のように規定する。「(1) 民事責任の負担方式は、主に次に掲げるものとする。(一) 侵害の停止、(二) 妨害の排除、(三) 危険の除去、(四) 財産の返還、(五) 原状の回復、(六) 修理、再製作、取替え、(七) 履行の継続、(八) 損害賠償、(九) 違約金の支払、(十) 影響の除去又は名誉の回復、(十一) 謝罪」。

中国民法典 995 条は、次のように規定する。「人格権が侵害されたときは、被害者は、本法及びその他の法律の定めに基づき行為者に対し民事責任の負担を請求する権利を有する。被害者の有する侵害の停止、妨害の排除、危険の除去、影響の消去、名誉の回復、及び謝罪請求権については、訴訟時効の規定を適用しない」。

中国民法典 1000 条は、次のように規定する。「(1) 行為者が、人格権の侵害により、影響の除去、名誉回復、謝罪等の民事責任を負うときは、当該行為の具体的方法及びその及ぼした影響の範囲に相当するものでなければならない。(2) 行為者が前項に定めた民事責任の負担を拒絶したときは、人民法院は、公刊物、インターネット等のメディアに公告し、又は発効した判決書を公布する等の方法を用いて執行することができ、これに要する費用は行為者が負担する」。

⁵²⁴ ちなみに、公益訴訟の正当性に関する検討について、王福華「公益訴訟的法理基礎」法制与社会发展 2 期（2022 年）59—81 頁。また、検察公益訴訟に関する歴史の沿革、制度の特徴、適用の範囲、未来の発展などの検討について、劉芸＝石龍潭「中国における『検察公益訴訟』」東アジア研究 18 号（2020 年）317—333 頁、胡衛列「国家治理視野下の公益訴訟検察制度」国家検察学院学报 2 期（2020 年）3—20 頁を参照。

⁵²⁵ また、中国における消費者公益訴訟の概要と運用状況について、潘芳芳「中国における消費者公益訴訟の現状と課題」名古屋大学法政論集 279 号（2018 年）229—244 頁を参照。

構成しない場合は、民事公益訴訟も単独で提起されるかもしれない。第2に、一般的な主体の個人情報侵害が侵害された場合に、民事公益訴訟の起訴主体は、検察院または国家網信の部門が確定した組織である⁵²⁶。特殊な主体の個人情報侵害が侵害された場合に、民事公益訴訟の起訴主体は、検察院または消費者協会である⁵²⁷。第3に、理論的には、他の主体と比べて、検察院が民事公益訴訟を提起するのは「後置性」がある。法定の公告手続き（＝訴訟の前置手続き）が履行されても、他の機関が訴訟を提起していない場合のみに、検察院は、法院に訴訟を提起する権利があるということである⁵²⁸。しかし、実務では、訴訟の主体は検察院を中心にしており、他の機関は補助となっている。第4に、「刑事付帯民事公益訴訟という判例」及び「単純な民事公益訴訟という判例」における不当な利益に対して、行為者は、侵害行為で得られた利益を公共の利益の損害に対する損害賠償額とする民事責任を負うのみである。それに対して、「刑事訴訟が終わった後、民事公益訴訟が提供されたという判例」における不当な利益に対して、行為者が違法所得を没収する刑事責任を負ったとしても、その行為者が侵害行為で得られた利益を公共の利益の損害に対する損害賠償額とする民事責任も引き続き負う必要がある。

実は、民事公益訴訟は、不特定多数人の個人情報に関する利益吐出しという問題に対応するために、多くの有益な試みがなされている。確かに、検討すべき問題が残っていることは否めない。まず、「刑事訴訟が終わった後、民事公益訴訟が提起されたという判例」では、行為者に対する「二次処罰」を成立するのだろうか。法院の判旨によると、「否定」の答えが出るかもしれない。しかし、刑事訴訟と民事公益訴訟の目的は公共の利益を保護することであり、手段は財産的な「処罰」であり、「没収」または「損害賠償」の結果は国庫または公益専用の口座に返還されるため、両者の機能の側でも違いはないようである。それゆえ、ある程度は「二次処罰」が成立にもなる可能性があると思われる。次に、原則として公益訴訟の提起は個人が私益訴訟を提起することを排除しないわけではない。だが、公益訴訟が終わった後に、被害者が加害者に損害賠償を請求する場合、このような損害賠償金に関しては、引き続き加害者

⁵²⁶ 民事訴訟法 58 条は、次のように規定する。「(1) 環境を汚染し、多くの消費者の合法的權益を侵害する等という社会の公共の利益を害する行為に対して、法律に規定されている機関と組織は、人民法院に訴訟を提起することができる。(2) 人民検察院は、職務の履行中に、生態環境・資源保護を破壊し、食品医薬品安全領域における多くの消費者の合法的權益を侵害する等という社会の公共の利益を害する行為を発見しており、かつ前款の規定のない機関と組織又は前款の規定の機関と組織が提起しない場合、人民法院に訴訟を提起することができる。また、前款の規定の機関又は組織が提起する場合、人民検察院は、このような起訴を支持することができる」。

⁵²⁷ 消費者權益保護法 47 条は、次のように規定する。「多くの消費者の合法的權益を侵害する行為に対して、中国消費者協会及び省・自治区・直轄市に設立された消費者協会は、人民法院に訴訟を提起することができる」。

⁵²⁸ 「最高人民法院と最高人民検察院が検察公益訴訟事件に適用される法律の若干の問題に関する解釈」13 条は、次のように規定する。「人民検察院は、職務の履行中に、生態環境・資源保護を破壊し、食品医薬品安全領域における多くの消費者の合法的權益を侵害する等という社会の公共の利益を害する行為を発見し、公益訴訟を提起する予定の場合、法律に基づいて公告しなければならず、公告期間は 30 日である。また、公告期間が満了しており、かつ法律に規定されている機関と組織が訴訟を提起しないとき、人民検察院は人民法院に訴訟を提起することができる」。

が支払うのか、国庫や公益専用の口座に返還された不当な利益から控除するのか。最後に、不当な利益は、そもそもどこに返還されるのか。さらに言えば、国庫に返還されるのか。それとも公益専用の口座に返還されるのか。しかも、この不当な利益は、一体どのように使うべきなのか。

もちろん、上記の一連の問題はさらに共通の核心的な問題を反映しているだろう。さらに言えば、伝統的には、民事責任・行政責任・刑事責任という枠組みの下で、違法行為に関する責任を分析することに慣れている。しかし、民事公益訴訟における責任の外には民事責任の「皮」がかぶさっているが、中には行政責任か刑事責任の「骨」が生えている。このような「皮」と「骨」の関係どのように調和させるかは、絶えず模索する必要がある。

第4款 身体的人格権侵害に関する利益吐出し

遺伝子操作や生殖医療などの生命科学技術の発展に伴って、医療機関や研究機関は技術や資本からの誘惑を排除し、倫理や法律的な理性をもって自制することが困難である。そのため、一部の医療機関・研究機関が他人の身体的人格権（特に組織、細胞、遺伝子などのヒト由来物質）を侵害することによって巨額の利益を得る事例はだんだん増えている。残念ながら、中国において、今まで民事訴訟を通じて「損害賠償」や「利益吐出し」を請求する被害者はいない。だが、抽象的な理論構造は、法律上、多くの主体が身体的人格権を尊重する状況を引き起こすことができるが、ここで、侵害の実例から深刻な事態を汲み取ることとしよう。具体的には、外国の医療機関・研究機関からの侵害の実例（例えば<判例9>）と国内の医療機関・研究機関などからの侵害の実例（例えば<判例10>）を取り上げたい。判例をめぐる紹介と検討は、以下の通りである。

第1項 判例の概要

<判例9>外国の医療機関・研究機関からの侵害の実例⁵²⁹

1994年、ハーバード大学呼吸器疫学者 Weiss は、遺伝子研究専門家 Duyk などとともに規則に違反して、中国安徽省大別山区で喘息、高血圧などの病気に関する遺伝子サンプルを採取した。また、「健康診断」を理由に数万人の村民を騙してこれに参加させた。しかし、村民は自分の血液サンプルがどこに送られ、どのように利用されているのかを知らなかった。米ワシントン・ニュースによると、ハーバード大学に運ばれた遺伝子サンプルだけで16400件に達し、500件の家庭サンプルが米ミレニアム製薬会社へ送られ、喘息などをめぐる遺伝子研究が行われた。これらの遺伝子サンプルは巨額の商業利益に転化されたが、遺伝子提供者は毎回「健康診断」で10元（200円相当）または20元（400円相当）の誤工補助金及び2パックのインスタントラーメン

⁵²⁹ See John Pomfret & Deborah Nelson, "An Isolated Region's Genetic Mother Lode", *The Washington Post*, Dec. 20, 2000, p.A01.

しか得られなかった。

そこで、中国の遺伝資源を有効かつ合理的に利用し及び流失を防止するため、1998年9月24日に「人類遺伝資源管理暫定弁法」を公布した。20年間の遺伝資源に関する保護と管理の経験の蓄積を経て、国務院は「中華人民共和国人類遺伝資源管理条例」を再び制定した。この条例は2019年7月1日より施行されている⁵³⁰。

＜判例 10＞国内の医療機関・研究機関などからの侵害の実例⁵³¹

2017年3月から2018年11月にかけて、元南方科技大学の賀建奎教授は、他人に技術リスクを詳細に説明しないまま倫理審査書を偽造して、7組のカップルの受精卵にゲノム編集技術を適用したとされる。最終的に、2組のカップルが妊娠し、遺伝子の編集された赤ちゃんが3人誕生した。なお、中国では体外受精による受精卵を使ったヒト胚研究は、受精後14日以内の利用しか認められていないという。言うまでもなく、以上の実験は、法律上、禁止されたものである。2018年11月29日、中国当局は彼の研究活動を停止させた。2019年12月30日、中国広東省深セン市の南山区人民法院は賀建奎被告に懲役3年と罰金300万元（4700万円相当）の刑を言い渡す判決を下した。法院の判旨によれば、被告人は、医師の資格を得ずに不当な利益を追求し、科学研究や医療管理に関する国の規則に故意に違反して、科学と医学の倫理の最低ラインを越えたとともに、ゲノム編集技術を生殖医療に性急に應用し、医療を混乱させたことである。

残念なことに、本事例の医療機関や研究機関の関係者は刑事処罰されるべきだが、被験者と赤ちゃんのプライバシーを守るためか、被験者は身体的人格権や自己決定権が侵害されたことについて訴訟を提起していない。

第2項 判例の検討

以上のとおり、侵害された事例は「国外」のものと「国内」のものに分けられる。このような事例について、主に医療機関、研究機関の自己監督や国家機関による行政監督、ないし司法機関による刑事処罰が問題とされており、権利者に対する民法上の救済をめぐる検討が不足している。

ところで、身体的人格権の財産的価値については、パブリシティ権の類推適用は望ましくないが、報償または利益吐出しというような方式で保護されるべきであろう。なぜなら、第一に、法律上、身体的人格権については、売買が禁止されるだけで、報償または利益吐出しなどを禁止していないからである。第二に、技術上、一定の報償または利益吐出しは、参加の積極性を高め、経済激励の作用を発揮しうるからである。

⁵³⁰ 「中華人民共和国人類遺伝資源管理条例」では、公衆の健康、国家安全及び社会公共利益に影響を与える可能性がある場合は、安全審査を通過しなければならないと規定した。また、審査事項、審査手順及び監督検査について、この条例は詳しく規定した。

⁵³¹ 余秋莉「論人体生殖系基因編輯行為的刑法対応一兼評賀建奎“基因編輯嬰兒”案」法律適用第4期（2020年）22-33頁を参照。

第三に、道徳上、研究機関などは、多くの資本や技術を投下して巨大な財産価値を発掘したにもかかわらず、誰もが無償で利用できることとすると、提供者にとって不公平だからである。すなわち、そのような結果は、分配的な正義に違反する可能性がある。この補充と創造という機能は、組織、細胞、遺伝子などのヒト由来物質を保護すると同時に、他人の無断盗取・恣意利用を防ぐかもしれない。

第5款 故人の人格的利益侵害に関する利益吐出し

いわゆる故人の人格的利益とは、自然人が死亡した後、その氏名、肖像、名誉、プライバシーなどの精神的人格的利益と遺体、遺骨などの物質的人格的利益をいう。民法典は、一般的な故人の人格的利益を保護するほか（民法典 994 条⁵³²）、英雄烈士のような特殊な故人に対しても独自に規定している（民法典 185 条⁵³³）。しかも、国民の愛国心や国家意識を向上するために、国または公共のために犠牲となった者（英雄烈士）の事績・精神の伝承・称揚を図ること等を目的とする「英雄烈士保護法」は専ら設けられた⁵³⁴。

そのため、故人の人格的利益侵害に関する利益吐出しの判例としては、「一般的な故人の人格的利益を侵害して利益を得たという判例（例えば＜判例 11＞）」と「英雄烈士のような故人の人格的利益を侵害して利益を得たという判例（例えば＜判例 12＞）」を取り上げたい。判例をめぐる紹介と検討は、以下の通りである。

第1項 判例の概要

＜判例 11＞北京市朝陽区人民法院（2016）京 0105 民初 21142 号民事判決書、北京市第三中级人民法院（2019）京 03 民終 14655 号民事判決書⁵³⁵

劉峻周は「紅茶王」として国内外で高い名声を勝ち得ている。1939 年、劉峻周はハルビンで逝去した。2014 年 4 月、茶葉販売会社の被告 Y は、故人劉峻周の近親者の許可を得ずに、広告宣伝のために、故人劉峻周の氏名・写真を自社製品のパッケージに無断で使用した。しかも、被告 Y は、この故人の人格的利益を侵害することで、巨額の利益を得た。そして、故人の近親者である X は、故人の人格的利益が侵害されたと主張して原審法院である北京市朝陽区人民法院に提訴した。しかし、原裁判が下された後に、被告 Y が不服として、二審法院である北京市第三中级人民法院に控訴した。

⁵³² 中国民法典 994 条は、「死者の氏名、肖像、名誉、荣誉、プライバシー、遺体等が侵害されたときは、その配偶者、子及び父母は、法律に基づいて行為者に民事責任の負担を請求する権利を有する。死者に配偶者又は子がなく、かつ、父母も既に死亡しているときは、その他の近親者が、法律に基づいて、行為者に民事責任の負担を請求する権利を有する」と規定している。

⁵³³ 中国民法典 185 条は、「英雄烈士等の氏名、肖像、名誉又は荣誉を侵害し、社会の公共の利益を損なった者は、民事責任を負わなければならない」と規定している。

⁵³⁴ 岡村・前掲注（262）97-104 頁を参照。

⁵³⁵ GUAN-VENKANDARELI 訴湖北漢家劉氏茶業股份有限公司侵權責任糾紛案（氏名權益・肖像權益）、北京市朝陽区人民法院（2016）京 0105 民初 21142 号民事判決書。この判決は、原審である。また、控訴審は、湖北漢家劉氏茶業股份有限公司訴 GUAN-VENKANDARELI 侵權責任糾紛案（氏名權益・肖像權益）、北京市第三中级人民法院（2019）京 03 民終 14655 号民事判決書である。

また、二審法院が原審法院の判決を維持したので、次に、原審の判決文について簡単に紹介する。

まず、原告Xは①被告Yに侵害行為の差止、②謝罪のほか、③経済的損害賠償額 500 万元（1 億万円相当）を請求した。次に、法院は、原告の請求①と②を支持しており、請求③の金額を 100 万元（2000 万円相当）に変更した。その理由としては、自然人が死亡した後、氏名、肖像のような人格的利益も法律に基づいて保護しなければならない、いかなる汚損、醜化、あるいは勝手に営利目的で故人の氏名、肖像を使用して権利侵害を構成する場合、故人の近親者は人民法院に訴訟を提起する権利があるということである。また、経済的損害賠償額については、法院は、被告の得た利益などの要素に基づいて総合的に判断した。

＜判例 12＞杭州市インターネット法院（2021）浙 0192 民初 1521 号民事判決書⁵³⁶

雷鋒は、中国人民解放军における無私の模範兵士として、英雄烈士のような特殊な故人と評価されている。インターネット科学技術会社としての被告Yは、雷鋒の氏名でネットビジネスの宣伝を行なった。具体的には、被告Yは、有料の会員を「雷鋒会員」、プラットフォームを「雷鋒社群」、Weibo 公式アカウントを「雷鋒兄」と呼んでおり、その公式アカウントに「雷鋒会員」などに関連する内容を投稿した。また、2018 年 5 月から 2020 年 4 月にかけて、該当被告は、「雷鋒社群」の氏名で何度も「創業の交流会」などの商業活動を開催し、「雷鋒社群の会費」などの名目で多くの顧客から約 30 万元（600 万円相当）を受け取った。そして、杭州市上城区人民検察院は、杭州市インターネット法院に民事公益訴訟を提起した。さらに、検察院は、雷鋒の氏名と公共の利益がYにより侵害されたと主張して、侵害行為の差止及び謝罪広告をYに対して求めた。

法院は、検察院の請求をすべて支持した。法院の判旨によると、まず、雷鋒の氏名が法律に保護されている重要な人格的利益と公共の利益として存在している。次に、利益を得るために、被告は、勝手に雷鋒の氏名をビジネスの宣伝に使用し、英雄烈士の人格的利益を侵害した。最後に、民法典 185 条と 1000 条に基づいて、被告は、検察院が請求した民事責任を負うべきである。

第 2 項 判例の検討

加害者による故人の人格的利益の侵害は、故人自身への侵害なのか、故人の近親者への侵害なのか。この問題について、学説的には「直接保護説」と「間接保護説」の争いが注目されている⁵³⁷。また、民法典 994 条の条文から見ると、立法者はこの二つ

⁵³⁶ 杭州市上城区人民検察院訴網絡科技公司民事公益訴訟案、杭州市インターネット法院（2021）浙 0192 民初 1521 号民事判決書。

⁵³⁷ 「直接保護説」は、「故人の権利保護説」と「法益保護説」に分かれる。さらに、「故人の権利保護説」によると、権利能力の消滅が権利の消滅を意味しないため、自然人が死亡し、その権利能力が消滅したが、一部の人格権は消滅しない。ゆえに、このような人格権は権利者の死後も保護を延長する必

の学説の立場を折衷し、故人の人格的利益が法律によって保護されていることを明確に認めるとともに、そのような保護は近親者の積極的な行為を通じて実現するようである⁵³⁸。しかし、民法典 994 条は、故人の近親者が一般的な故人の人格的利益に対する保護の主体となりうることを規定しているにすぎない(例えば<判例 11>)。実際、民法典 185 条と英雄烈士保護法 25 条によると、英雄烈士に近親者がいなかった場合や近親者が訴訟を提起しなかった場合、検察院は、人民法院に公益訴訟を提起することができる(例えば<判例 12>)。

続いて、加害者の得た利益がどのように吐き出されるのか。<判例 11>によると、法院は、加害者の得た利益を被害者の受けた損害を判断する要素の一つとしている。また、<判例 12>における加害者の得た利益と英雄烈士の侵害された人格的利益との関連性が小さいためか、結局、検察院は、損害賠償や利益吐出しを請求しなかったと思われる。

第 4 節 本章の小括

最後にまとめておこう。以下では、本章の考察への整理及び本課題への示唆を行う。

第 1 に、本章の考察への整理について。中国法における利益吐出しという法理をめぐって、主に立法、学説及び実務の側で考察する。

まず、立法の側では、中国は司法解釈と立法規範を順次借りて、「公法介入—国庫に返還する」と「私法介入—被害者に返還する」との二つの経路を通じて対応することを試みている。具体的には、「公法介入—国庫に返還する」という経路について。現在、不特定多数人の個人情報侵害したり、英雄烈士の人格的利益を侵害したりするような場合には、公共の利益を守るために、個人情報保護法 70 条と英雄烈士法 25 条に基づき、検察院や消費者協会などの主体は民事公益訴訟を通じて不当な利益を国庫や公益専用の口座に返還することができる。また、「私法介入—被害者に返還する」という経路は、①迂回方策と②直接方策に分けられる。①迂回方策については、二種類が存在している。一つ目は、最高人民法院による「『中華人民共和國民法典』契約編通則の適用における若干の問題に関する解釈」62 条に基づいて、契約違反によって取得した利益を「不履行による履行利益の賠償額」の算定要素の一つと評価することである。二つ目は、最高人民法院による「民事権利侵害による精神的損害賠償責任の

要がある。例えば、竜衛球『民法総則〔第 2 版〕』（中国法制出版社、2002 年）299—300 頁。また、「法益保護説」によれば、社会の道德、近親者の感情及び公共の利益を守るために、法益としての故人の人格的利益も保護されるに値する。例えば、王利明『人格権法研究〔第 3 版〕』（中国人民大学出版社、2018 年）172 頁、袁野「『民法典』視野下死者人格標識之保護」華東政法大學學報 4 期（2022 年）165—180 頁。それに対して、「間接保護説」は、自然人がいったん死亡し、その権利能力が消滅したので、人格権も享受できず、その近親者のみが享受することを指す。馬俊駒『人格和人格權理論講稿』（法律出版社、2009 年）318 頁を参照。

⁵³⁸ 朱曉峰「論死者人格利益的保護人」上海政法學院學報（法治論叢）6 期（2022 年）117—129 頁を参照。

確定にかかる若干の問題の解釈」5条に基づき、違法行為によって取得した利益を「被害者の人身損害により生じた精神的損害の賠償額」の算定要素の1つと評価することである。そして、比較法や知的財産法の関連条項などを参考にした上で、「被害者の人身損害により生じた財産的損害の賠償額」の確定方法という②直接方策の前身として、侵権責任法20条が設けられた。だが、中国民法典の施行に伴い、②直接方策として、民法典1182条は、侵権責任法20条の「順位の漸進式」を放棄して「並列の選択式」を選択し、被害者に対する保護の強度の向上に大いに役立つ。つまり、他人の人身権を侵害して財産の損害を生じさせた場合には、被害者は、これにより受けた損害又は加害者がこれにより得た利益に基づいて賠償請求することができる。続いて、人格権に関する利益吐出しの発生根拠については、これを予防・抑止の観点から正当化する見解が採られる。

次に、学説の側では、利益吐出しの法律構成について、有力説は、不法行為説及び独立の請求権説である。そのほかに、信託義務違反説、擬制信託説（＝推定信託説）、介入権説、準事務管理説、不当利得説も存在している。特に、人格権侵害に関する利益吐出しの法律構成については、学者は、主に準事務管理説、不当利得説、不法行為説及び独立の請求権説をめぐって議論している。注意すべきなのは、日本とドイツが準事務管理説を通説としているのとは異なり、中国での準事務管理説は少数説にすぎないことである。また、不当利得説については、旧民法の時代も現行民法典の時代も、不当利得説は、少数説であるだけでなく、内容も統一されていない。実は、通説によれば、不当利得返還請求権は、ある程度権利侵害損害賠償などの他の請求権と競合する。だが、最近、フランス法の影響を受けて、一部の学者は不当利得には補助機能があると考えている。しかも、これらの学者は法律構成に異なる見解を持っている。

また、侵権責任法20条及び民法典1182条の解釈をめぐって、不法行為説と独立の請求権説が出現している。実は、旧民法と現行民法典の時代において、不法行為法は、多数説として存在している。特に、立法者は、利益吐出しが損害額の算定方法の一つだと考えている。しかし、学説には、その内容と位置づけをめぐるとの分岐が存在する。例えば、最近、利益吐出しは、損害賠償責任の一つだけでなく、新たな民事責任の負担方式であるとする学者もいる。そのほかに、多くの学者は、不法行為法の枠組みにおいて、損害賠償責任の一つ、伝統的な損害賠償の例外、あるいは利益剥奪型の不法行為を提唱している。しかも、加害者の得た利益に関しては、二つの異なる見解がある。つまり、①加害者の得た利益には、積極的な利益であるのみならず、消極的な利益も含まれるというものと②加害者の得た利益は、積極的な利益のみを包括しているというものである。また、加害者自身の資財、人力などによって取得した利益が控除されなければならない。

続いて、独立の請求権説について、侵権責任法20条をめぐって、利益吐出しは独立の請求権であるとする学者がいる。現在、民法典1182条に対して、独立の請求

権説はより多くの学者の支持を得て、すでに有力説の地位にあるだろう。このような「利潤剝奪請求権」あるいは「利益獲得の返還請求権」は、不法行為法のいくつかの構成要件と不当利得法のいくつかの法律効果を採用するが、両者の過渡地帯にある。また、民法典 118 条 2 項の「法律のその他の規定」という債権関係の発生原因によって、契約、不法行為、事務管理及び不当利得以外の新たな独立の請求権として承認されるべきである。しかも、吐き出されるべき利益に関しては、「純利益」に限定すべきである。実は、このような利益は人格的権益の侵害と因果関係を持たなければならない。そのほかに、加害者が自分の経験モデルやビジネスの秘密などを利用して得た利益や必要なコストは総利益から差し引かれるべきである。

最後に、判例の側では、第 1 章第 2 節第 2 款の設例に対応して、中国の実務上、多かれ少なかれ関連する判例が発生している。その中で、①名誉権・プライバシー権侵害に関する利益吐出しに対して、法院は十分な関心を払っていない。そして、②パブリシティ権侵害に関する利益吐出しに対して、一部の裁判所は、民法典 1182 条の「加害者の得た利益」に基づいて裁判を行った。ここでの「加害者の得た利益」は、必要なコストを差し引いたものである。すなわち、製品自体のコスト、梱包材のような販売のために必要な支出、宅急便の料金のような運送のために必要な支出が控除されるべきだが、家賃・水道光熱費のような経営のために必要な支出は控除されるべきではない。また、③不特定多数人の個人情報侵害に関する利益吐出しの判例は、「刑事訴訟が終わった後、検察院または消費者協会が民事公益訴訟を提起したという判例」、「刑事付帯民事公益訴訟という判例」及び「単純な民事公益訴訟という判例」を包括している。さらに、④身体的人格権に関する利益吐出しについて、主に医療機関、研究機関の自己監督や国家機関による行政監督、ないし司法機関による刑事処罰が問題とされており、権利者に対する民法上の救済をめぐる検討が不足している。なお、⑤故人の人格的利益侵害に関する利益吐出しについて、中国民法典は、一般的な故人の人格的利益を保護するほか、英雄烈士のような特殊な故人に対しても独自に規定している。

第 2 に、本課題への示唆について。まず、利益吐出しは人格権侵害の場合に適用されるべきだというのは、すでに共通認識となっているようである。そこで、中国の立法者は民法や民事訴訟法などの法分野において、立法や法改正の試みを行った。次に、中国の判例に反映された利益吐出し事案は多面的である。これらの事案が日本においてまだ現れない場合があるものの、関連の経験は将来的には注目されるはずであろう。

第3章 ドイツ法における議論状況

ドイツにおける利益吐出しとは、他人の権利・法益を侵害して利益を取得した者が、その利益の全部または一部を吐き出される法理である。実は、利益吐出し・利益剥奪 (Gewinnabschöpfung)⁵³⁹に関連する用語の表示方法については、他の呼び方もある。例えば、侵害取得 (Eingriffserwerb)⁵⁴⁰、侵害利益 (Eingriffsgewinn)⁵⁴¹、侵害者利得 (Verletzergewinn)⁵⁴²、利益返還責任 (Gewinnhaftung)⁵⁴³あるいは利益引渡し (Gewinnherausgabe)⁵⁴⁴である。

このような表示方法は、はなはだ多種多様であり、一定の変遷も存在すると思われる。最初に、このような法理が体系的に注目されたのは、著名なローマ法学者 Schulz の功績であるといわれる⁵⁴⁵。Schulz 説によれば、侵害取得 (Eingriffserwerb) とは、「他人の権利を侵害することによって得られるすべてのもの」ということである⁵⁴⁶。だが、このような「侵害」（絶対権の侵害と債務不履行）という概念の射程が大きすぎるため、Schulz 説は広く支持されなかった⁵⁴⁷。また、侵害取得 (Eingriffserwerb) とその同義語としての侵害利益 (Eingriffsgewinn) は、不当利得法の文脈と準事務管理の引渡にのみ使用されている⁵⁴⁸。1978 年まで、利益引渡し (Gewinnherausgabe) は、一般的な民法問題として再び全面的に分析された⁵⁴⁹。特に、König 教授は「Gewinnhaftung (利益返還責任)」に関する論文の中で、侵害取得 (Eingriffserwerb) と侵害利益 (Eingriffsgewinn) という概念を徹底的に放棄し、逆に利益引渡し (Gewinnherausgabe)、利益吐出し・利益剥奪 (Gewinnabschöpfung)、侵害者利得 (Verletzergewinn) を研究対象とする利益返還責任 (Gewinnhaftung) の同義語を用いている⁵⁵⁰。なぜならば、侵害取得 (Eingriffserwerb) と侵害利益 (Eingriffsgewinn) の二つの用語に比べて、利益返還責任 (Gewinnhaftung)、利益引渡し

⁵³⁹ Vgl. André Janssen, Präventive Gewinnabschöpfung, 2017.

⁵⁴⁰ Vgl. Fritz Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP105(1909), S. 1ff; Bertram Ebert, Das Recht auf den Eingriffserwerb, ZIP51-52(2002), S. 2296ff.

⁵⁴¹ Vgl. Peter Schlechtriem, Güterschutz durch Eingriffskonditionen, in: Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg (Hrsg.), Ungerechtfertigte Bereicherung: Grundlagen, Tendenzen, Perspektiven: Symposium der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg zum Gedenken an Professor Dr. iur. Detlef König, 1984, S. 87.

⁵⁴² Vgl. Detlef König, Gewinnhaftung, in: Hans Claudius u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, 1978, S. 183ff.

⁵⁴³ Vgl. Christof Kellmann, Grundsätze der Gewinnhaftung: Rechtsvergleichender Beitrag zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung, 1969; König (Fn. 542) Gewinnhaftung, S. 179ff.

⁵⁴⁴ Vgl. Tobias Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007. そのほかに、Herbert Roth 教授は、自分の論文のテーマで「Gewinnhaftung」という用語を使っているが、論文の最初の脚注においては、「Gewinnherausgabe」という用語を使うべきである、と指摘している。Vgl. Herbert Roth, Gedanken zur Gewinnhaftung im Bürgerlichen Recht, in: Erik Jazme u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten Geburtstag, 1991, S. 364.

⁵⁴⁵ Vgl. Schulz (Fn. 540), S. 1ff.

⁵⁴⁶ Vgl. Schulz (Fn. 540), S. 427.

⁵⁴⁷ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 13.

⁵⁴⁸ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 13.

⁵⁴⁹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 14.

⁵⁵⁰ Vgl. König (Fn. 542) Gewinnhaftung, S. 179ff.

（Gewinnherausgabe）、利益吐出し（Gewinnabschöpfung）及び侵害者利得（Verletzergewinn）は、特定の民法上の請求権基礎とは関連せず、利益引渡し（Gewinnherausgabe）のすべての事件において上位概念となるからである⁵⁵¹。要するに、利益吐出しは重要・独特の法学理論、法律効果、または責任類型として、多くの法学専門家に注目されつつある。

第1節 立法・判例・学説の鳥瞰

第1款 立法の鳥瞰

ドイツにおける現行法の状況から見ると、利益吐出しは、一般的原則として認められていないだけでなく⁵⁵²、民法にも一般的かつ定在された請求権規定は存在しない⁵⁵³。言い換えれば、利益吐出しという問題に対して、完璧で体系的で整合性のある解決策が生まれない⁵⁵⁴。しかし、行為者が違法な行為によって不当な利益を得ることを防止するために、公法であれ私法であれ、いくつかの利益吐出しに関連する分散的で具体的な規定がある⁵⁵⁵。次に、そのような具体的な規定について説明したい。

ドイツ刑法（以下、StGB とする）73 条以下と秩序違反法（以下、OWiG とする）29a 条によると、犯罪行為者の犯罪収益が没収されるべきである⁵⁵⁶。しかも、ドイツ不正競争防止法（以下、UWG とする）10 条 1 項やドイツ競争制限禁止法（以下、GWB とする）34a 条⁵⁵⁷によれば、このような不当な利益は連邦国庫への返還を請求される可能性がある。また、GWB 33a 条 3 項⁵⁵⁸によると、損害賠償額を算定する際に会社（a corporation）が獲得した利益の割合を考慮することができる。同時に、ドイツ著作権・隣接権法（以下、UrhG とする）97 条 2 項あるいは特許法（以下、PatG とする）

⁵⁵¹ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 14. ちなみに、現在の BGB の解釈論では、利益吸い上げという法律効果に着目しつつ、利益責任（Gewinnhaftung）という共通概念を新たに設定して、統一した解決を図ろうとする立場も有力に主張されている。多治川卓朗「代償請求権と調整機能—利益吸い上げ機能との関連に着目して」新井誠＝山本敬三編『ドイツ法の継受と現代日本法』（日本評論社、2009 年）299 頁を参照。

⁵⁵² See Tobias Helms, *Disgorgement of Profits in German Law*, in Ewoud Hondius & André Janssen eds., *Disgorgement of profits: gain-Based Remedies throughout the World*, Springer, 2015, p. 219.

⁵⁵³ Vgl. Roth(Fn. 544), S. 364.

⁵⁵⁴ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 20.

⁵⁵⁵ Vgl. Johannes Köndgen, *Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns. Eine juristisch-ökonomische Skizze*, RabelsZ 64 (2000), 661ff.

⁵⁵⁶ StGB 73 条以下および OWiG 29a 条による実体法上の利益吐出しの規定について、詳しくは、レナウ・トーマス（甲斐克則ほか訳）「ドイツにおける犯罪収益の剥奪、利益収奪および被害者への返還」比較法学 50 巻 2 号（2016 年）84—95 頁。王鎔「没収違法所得の合憲性分析—基於德国刑法上特別没収合憲性改革的啓示」法学雑誌 1 期（2022 年）123—132 頁を参照。

⁵⁵⁷ UWG 10 条 1 項には、「3 条または 7 条が定める不正競争行為を故意に行い、これによって多数の購入者の不利益において利益を得た者は、8 条 3 項 2 号から 4 号までによって不作為請求権を認められている者から、当該利益の連邦国庫への返還を請求されうる」と規定されている。

GWB 34a 条には、「34 条 1 項に定める違反を故意に犯し、これによって購入者または販売者の不利益において経済的利益を得た者は、33 条 2 項によって不作為請求権を認められている者から、当該経済的利益の連邦国庫への返還を請求されうる。ただし、カルテル庁が反則金の賦課、没収もしくは求償を通じて、または 34 条 1 項に基づき当該経済的利益の剥奪を命ずるときはこの限りではない」と規定されている。ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）379 頁を参照。

⁵⁵⁸ GWB 33a 条 3 項には、「損害の算定には、民事訴訟法 287 条が適用される。その適用に際しては、特に、違反者が 1 項に対する違反〔行為〕によって獲得した利益の割合を顧慮することができる」と規定されている。ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）393 頁を参照。

139 条 2 項⁵⁵⁹によれば、知的財産権が侵害された場合に、損害賠償の算定に際しては、侵害者が権利の侵害によって得た利益を考慮することもできる。もっとも、ドイツ商法典（以下、HGB とする）61 条⁵⁶⁰によれば、商業使用者が法律上の競業避止義務に違反して取得したものや報酬などは、営業主に引き渡されるべきである。

そのほかに、BGB において、一部の重要な規定も設けられている。特に、BGB 667 条、BGB 812 条 1 項・816 条 1 項、BGB 818 条 1 項 1 文、BGB 818 条 2 項、BGB 819 条 1 項・818 条 4 項・281 条及び BGB 687 条 2 項である。さらに言えば、委任契約における利益吐出しという問題に対しては、BGB 667 条の定める「受任者の取得物引渡義務」によって対応している⁵⁶¹。また、不当利得の領域において、以下のような 4 つの立法上の解決策が存在するかもしれない。つまり、解決策①について、BGB 812 条 1 項・816 条 1 項に基づいて、「処分によって取得したもの」は目的物の客観的価値に限定されるべきではなく、利益も包括している⁵⁶²。解決策②について、BGB 818 条 1 項 1 文に基づいて、返還の範囲は取得したものの客観的価値に限定されるべきではなく、他の利益も含む⁵⁶³。解決策③について、BGB 818 条 2 項の枠組みで客観的価値概念 (objektiver Wertbegriff) の代わりに主観的価値概念 (subjektiver Wertbegriff)

⁵⁵⁹ UrhG 97 条 2 項には、「その行為を故意又は過失によって行う者は、被侵害者に対して、それによって生じた損害について賠償の義務を負う。損害賠償の算定に際しては、侵害者が権利の侵害によって得た利益を考慮することもできる。損害賠償請求権は、侵害者が、侵害した権利に関する使用について許諾を得ていたならば、相当なる報酬として支払わなければならなかった金額を基礎とすることによって、計算することもできる。著作者、学術的刊行物の作成者（第 70 条）、写真家（第 72 条）及び実演芸術家（第 73 条）は、財産的損害とは異なる損害を理由とする場合にも、衡平の命ずるところに従い、金銭による賠償を求めることができる」と規定されている。

(https://www.cric.or.jp/db/world/germany/germany_clb.html、2024 年 5 月 13 日最終閲覧)。

PatG 139 条 2 項には、「故意又は過失により当該行為をする者は、被侵害者に対して、その行為から生じた損害を賠償する義務を負う。損害賠償の算定に際しては、侵害者が権利を侵害することによって得た利益も考慮することができる。損害賠償の請求は、侵害者がその発明を実施する許可を得た場合に、十分な報酬として支払うよう要求される金額を基にしても計算することができる」と規定されている。

(<https://www.jpo.go.jp/system/laws/gaikoku/document/Mokuji/germany-tokkyo.pdf>、2024 年 5 月 13 日最終閲覧)。

⁵⁶⁰ HGB 61 条には、「(1) 商業使用者が第 60 条による義務に違反したときは、営業主は損害賠償を請求できる。営業主は、損害賠償に代えて、商業使用人が自己の計算でなした行為を営業主のためになしたものとみなすこと、及び商業使用人が他人のためになした行為から取得した報酬を営業主に引き渡すこと、又はそのような報酬請求権を営業主に譲渡することを、請求することができる。(2) 前項の請求権は、営業主が当該行為の締結を知ったとき、又は重過失なかりせば知り得た時から 3 か月で時効により消滅する。これを知っていたか、重過失により知らなかったかにかかわらず、行為の締結の時から 5 年で時効により消滅する」と規定されている。法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ商法典（第 1 編～第 4 編）』（法曹会、2016 年）30－31 頁を参照。

⁵⁶¹ BGB 667 条には、「受任者は、委任者に対して、自己が委任の遂行のために、受領したものと及び事務処理から得たものの全てを引き渡す義務を負う」と規定されている。山口・前掲注 (94) 129 頁。吉永・前掲注 (7) 126 巻 4・5 (2002 年) 613－653 頁、126 巻 6 号 (2002 年) 828－861 頁を参照。

⁵⁶² BGB 812 条 1 項には、「法的根拠なく、他人の給付により、又はその他の方法で他人の費用により、ある物を得た者は、これを他人に返還する義務を負う。この義務は、法的根拠が後に失われた場合又は法律行為の内容に従った給付により目的とされた効果が生じなかった場合においても成立する」と規定されている。BGB 816 条 1 項には、「無権利者がある対象に関して、権利者に対して効力を有する処分を行ったときは、無権利者は、権利者に対して、処分によって取得したものを返還する義務を負う」と規定されている。山口・前掲注 (94) 160 頁。

⁵⁶³ BGB 818 条 1 項には、「返還の義務は、利用された用益及び受領者が、取得した権利に基づき、又は取得した物の破壊、毀損若しくは剥奪に対する賠償として得たものに及ぶ」と規定されている。山口・前掲注 (94) 160 頁。

を用いる算定基準によって、利得者が得た客観的価値を超える利益（主観的な財産増加）は、不当利得返還請求権の範囲に含まれることになる⁵⁶⁴。解決策④について、債務者が給付を行う必要がないことの根拠となった事情の結果、債務の対象に代えて補償又は補償請求権を取得したときは、BGB 819 条 1 項、BGB 818 条 4 項及び BGB 285 条に基づいて、債権者はその債務者に対して、補償として受け取った物の引渡し又は補償請求権の譲渡を請求することができる⁵⁶⁵。そのほか、第 1 草案では、他人の事務を違法な意図で自己の事務として管理した場合は、不法行為に関する規定によって処理すべきものとされた。しかし、不法行為に基づく請求権では本人の利益は正当に保護されないので、第 2 読会では、準事務管理規定の提案が採択された⁵⁶⁶。つまり、BGB 687 条 2 項が定める「準事務管理」によって、加害者が獲得した利益を全て被害者に引き渡す義務を加害者に負わせる⁵⁶⁷。しかしながら、BGB 687 条 2 項の意義は限られているため、この規則を放棄し、利益吐出しは故意に他人の権利を侵害したことに基づき構築されることができるとの有力説が唱えられている。そのため、2006 年の第 66 回ドイツ法曹大会（Deutscher Juristentag）において、Wagner 教授は、「故意的な図利の不法行為（vorsätzlich-lukratives Delikt）が発生した際に、利益吐出しは、新たな 251 条 3 項として、BGB に嵌め込まれる。だが、代価として、BGB 687 条 2 項が削除されなければならない。」と提案している⁵⁶⁸。しかし、Wagner 教授の提案が広すぎるかもしれないので、結局、このような提案は圧倒的多数に否決された⁵⁶⁹。しかも、法曹大会では、「BGB 687 条 2 項・681 条・667 条に基づいて利益引渡請求権をさ

⁵⁶⁴ BGB 818 条 2 項には、「返還が、取得されたものの性状のため不可能であるか、又は受領者が、その他の理由で返還を行うことができないときは、受領者は、価値を賠償しなければならない」と規定されている。山口・前掲注（94）161 頁。

⁵⁶⁵ BGB 819 条 1 項には、「受領者が、法的根拠がないことを受領の際に知っているとき又は後にこれを知るに至ったときは、受領者は、受領時又は了知した時点から、返還請求権がこの時点において法的係争の対象になったときと同時に、返還の義務を負う」と規定されている。BGB 818 条 4 項には、「係争が生じた時点から、受領者は一般の規定による責任を負う」と規定されている。山口・前掲注（94）161 頁。BGB 285 条には、「（1）債務者が、第 275 条第 1 項から第 3 項までの規定により、給付を行う必要がないことの根拠となった事情の結果、債務の対象に代えて補償又は補償請求権を取得したときは、債権者は、債務者が補償として受け取った物の引渡し又は補償請求権の譲渡を請求することができる。（2）債権者が、給付に代わる損害賠償を請求することができる場合において、債権者が前項に規定する権利を行使したときは、損害賠償は、取得した補償又は補償請求権の価値分だけ減額される。」と規定されている。山口・前掲注（94）10 頁。

⁵⁶⁶ 花本広志「ドイツにおける利益引渡責任（Gewinnhaftung）—ドイツ民法六八七条二項・八一六条一項・八一八条一項・二項・九五一条の成立史から」好美清光先生古稀記念論文集刊行委員会編『好美清光先生古稀記念論文集 現代契約法の展開』（経済法令研究会、2000 年）198—200 頁、谷口編・前掲注（94）380 頁（平田春二執筆）などを参照。

⁵⁶⁷ 具体的に関連する条文は、BGB 687 条 2 項の準用する 681 条の準用する 667 条である。また、BGB 687 条 2 項には、「いずれかの者が、自己に権限がないことを知っているにもかかわらず、他人の事務を自己の事務として取り扱うときは、事務主体は、第 677 条、第 678 条、第 681 条及び第 682 条の規定から生じる請求権を主張することができる。事務主体がこれらの権利を主張したときは、事務主体は、事務管理者に対して、第 684 条第 1 文の規定により義務を負う」と規定されている。山口・前掲注（94）143 頁。

⁵⁶⁸ Vgl. Gerhard Wagner, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht-Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, in: *Die Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), Verhandlungen des sechshundsechzigsten Deutschen Juristentages: Stuttgart 2006, Band 1, Gutachten Teil A, 2006, S. A97.

⁵⁶⁹ See Helms, *supra* note 552, 2015, at 222.

らに発展させる」ことで利益吐出しをめぐる問題を解決しようとする主張が受け入れられた⁵⁷⁰。ちなみに、共通参照枠草案 (DCFR) VI. -6 : 101 条 4 項に基づいて、被害者は、合理的と認められる場合に限り、加害者に「損害を生じさせたことに関連して、得られた利得」の返還を請求することができる⁵⁷¹。

以上の利益吐出しに関連する具体的な規定のように、言うまでもなく、異なる法領域では、行為者が自分の違法な行為によって不当な利益を得ることは許されない。しかしながら、そのような不当な利益が吐き出される根拠や方式、吐き出された後の返還対象などは、ある程度錯綜複雑であり、多種多様である。だからこそ、管見としては、一国内の全法領域でも、一般化することは非常辛い道を歩むかもしれないと思われる。

第2款 判例の鳥瞰

Helms 説によれば、私法における利益吐出しが適用される場合について、三つある⁵⁷²。具体的には、①加害者の故意と計算された訴訟によって特別な危険が生じた場合⁵⁷³、②特別な義務に違反した場合(例えば、信認義務違反の場合)及び③損害の総合的な補償手段(a means of a comprehensive compensation for the damages suffered)として無体財産権・人格権に適用された場合⁵⁷⁴ということに分けられている。だが、無体財産権・人格権を侵害するほか、加害者が動産あるいは不動産のような一般的な財産権を侵害して不当な利益を得た事例も少なくない。例えば、加害者が、他人のものを無断で第三者に売却・賃貸・転貸して、客観的価値を超える代金・賃料を得た事例である。このような事例に対して、ドイツの裁判所は、原則として具体的な代金・賃料を客観的価値と推定している⁵⁷⁵。また、特許権・商標権・著作権のような無体財

⁵⁷⁰ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 486.

⁵⁷¹ 共通参照枠草案 (DCFR) VI. -6 : 101 条 4 項は、「損害賠償は、合理的と認められる場合に限り、(1)に規定する回復に代えて、法的に重要な損害の発生について帰責される者が、損害を生じさせたことに関連してその者が得た利得を返還するという方式によることができる」と規定している。クリスティアン・フォン・パールほか編(窪田充見ほか監訳)『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則—共通参照枠草案 (DCFR)』(法律文化社、2013 年) 261 頁。また、共通参照枠草案第 VI 編の検討について、山本周平「ヨーロッパ不法行為法の一断面—共通参照枠草案 (DCFR) 第 VI 編の検討」北大法学論集 64 巻 3 号 (2013 年) 1—69 頁を参照。

⁵⁷² See Helms, *supra* note 552, 2015, at 219—230.

⁵⁷³ このような特別な危険に対して通常の損害賠償責任のみでは十分に対応できないため、利益吐出しを導入する必要がある。See Helms, *supra* note 552, 2015, at 219—222.

⁵⁷⁴ 無体財産権や人格権が侵害された場合、損害賠償責任のみによっては被害者に対する補償が不十分となる恐れがある。そのため、被害者に十分な救済を実現するために、利益吐出しの導入が必要である。See Helms, *supra* note 552, 2015, at 223—226.

⁵⁷⁵ ドイツの判例・学説に関しては、藤原正則「他人物の不適法な賃貸借と転貸借—所有者の賃貸人、転貸人に対する不当利得返還請求」藤原正則ほか編『時効・民事法制度の新展開(松久三四彦先生古稀記念)』(信山社、2022 年) 515—526 頁。ちなみに、市場価格よりも高額で転売された事態を予防するために、学説の一部では、BGB に由来する準事務管理という別のルールによって対応することができる、と主張される。中原ほか・前掲注 (106) 244 頁(根本尚徳執筆)。なぜなら、市場価格を上回る部分は、物自体の価値ではなく、それを市場価値よりも高額で売ることになった加害者の能力に由来するものと考えられるからである。言い換えれば、被害者は、市場価格を上回る部分について、侵害不当利得としてではなく、いわゆる準事務管理の法理によって加害者にその返還を求めることが可能である。沖野眞巳ほか編著『民法演習サブノート 210 問 [第 3 版]』(弘文堂、2025 年) 291—292 頁(根

産権（知的財産権）の侵害の場合には、ドイツにおいて、損害賠償の三つの算定方法が認められている。さらに言えば、被害者は、①逸失利益を含む相応の損害賠償、②想定されたライセンス料及び③加害者が権利侵害により得た利益の三つの算定方法から、いずれかを選択することができる⁵⁷⁶。このような算定方法の理由は、許可を得てライセンス料を支払った合法的な取得者と比べれば、許可を得ずに他人の保護権（Schutzrecht）を利用する加害者がより良い地位を取るべきではないからである⁵⁷⁷。また、このような算定方法を講じるために、被害者には、情報請求権（Auskunftsansprüche）や計算書作成請求権（Rechnungslegungsansprüche）がある⁵⁷⁸。しかも、算定方法②と③は、時々他の法的根拠にも適用されている⁵⁷⁹。実は、利益吐出しは、損害の算定方法あるいは補助方法として、諸法の法領域に拡張しているかもしれないだろう。

特に、拡張されている法領域は、人格権である。人格権侵害に関する利益吐出しの判例を検討する前に、まず人格権保護の現状を簡単に考察したい。実は、ドイツにおいて、歴史の原因、慣習法及び司法判例（特に、合憲性解釈に関わる判例）の原因によって、人格権の保護に関する規定が今まで分散されている⁵⁸⁰。さらに、Windel 教授は、「生命、身体、健康、自由（BGB 823 条 1 項・253 条 2 項）および性的自己決定（同 825 条・253 条 2 項）といった法益の他には、明示的に定められているのは氏名の保護（同 12 条）、自己の肖像に対する権利（ドイツ芸術著作権法 22 条以下）および著作者人格権（ドイツ著作権法 12 条～14 条）だけである」と指摘している⁵⁸¹。つまり、生命権、身体権、健康権、自由権、氏名権、肖像権及び著作者人格権は、個別的人格権として、法律によって明確に保護されている。もっとも、マスメディアなどの新たな技術が出現・発展するに伴って、人間の尊厳と人格の自由（ドイツ基本法 1 条と 2 条）に対する実効的保護の必要性はますます向上している。そこで、1954 年の連邦通常裁判所の

本尚徳執筆）を参照。

⁵⁷⁶ 例えば、Vgl. *Gerhard Wagner*, *Deliktsrecht*, 14. Aufl., 2021, S. 162. 田村善之『知的財産権と損害賠償〔第 3 版〕』（弘文堂、2023 年）63－65 頁。ちなみに、③加害者が権利侵害により得た利益を被害者の損害額と推定する規定を置く。これらの規定により損害額が推定されるかぎり、準事務管理は不要である。しかし、これらの規定による推定を受けない場合にも利益吐出しを可能とする準事務管理は、なお有用でありうる。根本ほか・前掲注（72）249 頁（林誠司執筆）を参照。

⁵⁷⁷ Vgl. *Erwin Deutsch/Hans-Jürgen Ahrens*, *Deliktsrecht*, 6. Aufl., 2014, S. 230.

⁵⁷⁸ Vgl. *Wagner* (Fn. 576) *Deliktsrecht*, S. 162.

⁵⁷⁹ Vgl. *Deutsch/Ahrens* (Fn. 577), S. 230. ちなみに、浦川道太郎教授が翻訳した『ドイツ不法行為法』に基づいて、最初に、Deutsch 教授と Ahrens 教授は、損害算定の特殊な形態として「③加害者が権利侵害により得た利益」を明確に認めていなかった。なぜならば、算定方法③は、『ドイツ不法行為法』に記載されていないからである。E. ドイチュ＝H.-J. アーレンス（浦川道太郎訳）『ドイツ不法行為法』（日本評論社、2008 年）276－277 頁を参照。

⁵⁸⁰ *Martina Benecke*, *Grundprinzipien der deutschen Regelungen zum Schutz des Persönlichkeitsrechts im Vergleich mit der Neukodifikation des Zivilgesetzbuchs der Volksrepublik China*, in: *Thomas M. J. Möllers, Hao Li* (Hrsg.), *Der Besondere Teil des neuen chinesischen Zivilgesetzbuches – Zwischen Tradition und Moderne*, 2022, S. 312.（中国語訳として、[德] 瑪蒂娜・本尼克（黃麟嘯訳）「德国人格権保護規定の基本原則—与新編纂的『中華人民共和國民法典』相比較」中德法學論壇 18 輯下卷（2021 年）55－56 頁も参照）。

⁵⁸¹ ペーター・A ヴィンデル（長野史寛訳）「法的人格と人格権」民商法雑誌 154 巻 2 号（2018 年）254 頁を参照。

判決⁵⁸²で、粹的な権利である「一般的人格権」は、はじめて BGB 823 条の意味における「その他の権利」として承認された⁵⁸³。そのため、主に不法行為法によって人格権を保護するという姿勢がだんだん形成されている。

話を本題に戻して、人格権侵害に関する利益吐出しのリーディングケースにつき、以下に述べよう。実際には、加害者は被害者の人格権を侵害すると、二種類の損害が生じるかもしれない。すなわち、財産的損害と非財産的損害である。そして、以下のリーディングケースは、それぞれ財産的損害（Marlene Dietrich 事件⁵⁸⁴）と非財産的損害（Caroline von Monaco 事件⁵⁸⁵）を中心に展開された。この二つの事件に関しては、日本において、すでに多くの紹介や検討が蓄積されている。しかし、ここでも本稿に必要な限りで、重要な内容を取り上げたい。

まず、Marlene Dietrich 事件をめぐる紹介と検討を行う⁵⁸⁶。

原告マリア・リバ（Maria Riva）は、死去した著名な女優としてのマレーネ・ディートリッヒ（Marlene Dietrich）の唯一の相続人と遺言執行者であった。被告ベルンハート・クルツ（Bernhard Kurz）は、ライトハウス・ミュージカル・プロダクション社（Lighthouse Musical Produktionsgesellschaft mbH）の支配人であり、マレーネの人生に関するミュージカルを製作・上演した。その際に、被告は、マレーネの肖像、氏名、サインを無断で使用し、化粧品、T シャツ、腕時計などの宣伝を行った。そのほか、被告は、自動車メーカー FIAT オートモビル株式会社（FIAT Automobil AG）に「マレーネ」というロゴを付けた特別仕様車を製造・販売する権利を与えた。そのため、原告は、被告に対して、不作為請求、損害賠償責任の確認と情報提供を請求した。

ベルリンの地方裁判所（LG）と高等裁判所（KG）が不作為請求の一部のみを認めたが、1999 年 12 月 1 日、連邦通常裁判所（BGH）民事第 1 部は、損害賠償責任の確認と情報提供を認めた。さらに、連邦通常裁判所の判決要旨によれば、まず、BGB823 条 1 項によって保護される一般的人格権と、その個別的な発現形態は、精神的利益だけでなく、人格の財産的価値のある利益をも保護することに役立っている。つまり、一般的人格権の財産価値的要素が認められるべきである。次に、マレーネの肖像と氏名に対する権利のうち財産的価値のある利益は、唯一の相続人である原告に移転された。つまり、このような財産価値的要素は、一般的人格権から独立して、譲渡・相続される可能性がある。最後に、他人の肖像、氏名などを無断で利用して宣伝目的のために、

⁵⁸² BGHZ 13, 334.

⁵⁸³ Vgl. *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II · Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Aufl., 1994, S. 492.

⁵⁸⁴ BGHZ 143, 214.

⁵⁸⁵ BGHZ 128, 1.

⁵⁸⁶ この判決をめぐる紹介・検討について、松川実「ドイツ知的財産権法関連判決集—人格権の財産的価値のある要素—ドイツ最高裁判所 1999 年 12 月 1 日判決 BGHZ 143, 214-232 —マレーネ・ディートリッヒ」青山法学論集 64 巻 3 号（2022 年）373 頁以下、齊藤・前掲注（29）120-134 頁、藤原・前掲注（2）179-180 頁、中村哲也「人格権侵害と財産的損害—BGH マレーネ・ディートリッヒ判決めぐって」法政理論 35 巻 1 号（2002 年）131 頁以下を参照。

自分の営業利益を満足しようとする被告に対して、原告は、以下のような三つの損害算定方法から、最も有利な方法を選択することができる。すなわち、具体的な損害賠償、想定されたライセンス料及び加害者が権利侵害により得た利益である。また、原告は、必要な情報を提供される権利がある。

注目すべきは、本件において、連邦通常裁判所によって一般的人格権の財産価値的要素が認められた。そのみならず、その後の判決では、無体財産権侵害のような一般的人格権侵害の場合にも、上記の三つの算定方法が適用されている⁵⁸⁷。さらに言えば、ドイツにおいて、他人（自然人あるいは死者）の一般的人格権を侵害して財産的損害を生じさせた場合、利益吐出しは、ある程度損害賠償額の算定方法の一つとして承認されている。

次に、Caroline von Monaco 事件をめぐる紹介と検討を行う⁵⁸⁸。

原告カロリーネ・フォン・モナコ（Caroline von Monaco）は、モナコ王国の王女である。出版社としての被告は、パパラッチが望遠レンズで盗み取りした原告の写真と捏造したインタビューを、雑誌 B、G に掲載した。原告は、被告に対して、その記事と写真の撤回・訂正を請求しており、かつ人格権侵害を理由とする損害賠償額 10 万マルクの支払をも請求した。

ハンブルクの地方裁判所（LG）と高等裁判所（OLG）では、要求した文字の大きさでの撤回・訂正の掲載は認められず、縮小されて掲載され、3 万マルクの慰謝料が認められた。1994 年 11 月 15 日、上告を受けた連邦通常裁判所（BGH）民事第 6 部は、原判決を破棄して、原審に差し戻した。その後、ハンブルクの高等裁判所は、18 万マルクの賠償を認めた⁵⁸⁹。連邦通常裁判所（BGH）の部分の判決理由としては、「……一般的人格権の侵害による賠償において、本来の意味では、BGB 847 条の慰謝料請求ではなく、ドイツ基本法（GG）1 条と 2 条 1 項の保護を実現する法的救済が問題とされている。金銭賠償の承認は、このような請求が認められなければ、人間の尊厳と名誉の侵害がしばしば制裁のないままとなり、その結果、人格権の法的保護が萎縮されてしまうという考え方に基づいている。慰謝料請求権の場合とは異なり、一般的人格権の侵害による金銭賠償請求権の場合には、被害者の満足・償いが正面に現れる。……本件の特徴は、被告が故意に法律に違反して、原告の人格権を利用して売上増加の手段として、自分の商業的利益を追求したことである。被告にとって知覚される（fühlbare）金銭賠償がなければ、このような配慮を欠く人格権の強制的商業化に対

⁵⁸⁷ Vgl. *Wagner* (Fn. 576) *Deliktsrecht*, S. 162.

⁵⁸⁸ この判決をめぐる紹介・検討について、藤原・前掲注（2）176–177 頁、石井智弥「ドイツにおける人格権侵害に対する金銭賠償—侵害抑止を目的とした損害賠償」専修法研論集 36 号（2005 年）11–13 頁、松川実「欧州人権裁判所カロリーネ・フォン・モナコ対ドイツ連邦共和国事件判決が著作権法に及ぼす意味について」青山法学論集 47 巻 2 号（2005 年）136–123 頁、窪田・前掲注（8）「ドイツ法における人格権侵害を理由とする損害賠償請求権の役割—BGH のカロリーヌ・モナコ王女事件判決をめぐる状況」33 頁以下、中村・前掲注（222）258–306 頁を参照。

⁵⁸⁹ NJW 1996, 2870.

して、原告は何らの保護もされずに放置される。……金銭賠償を命ずる判決が、人格権法から命じられる予防目的を果たすに適切でありうるのは、その賠償額が、その額に照らして、利益獲得のために人格権が侵害されることに対する対抗措置となる場合だけである。これは、配慮を欠く人格権の商業化のケースにおいて、『利益吐出し』が図られるべきであるということを意味するものではない。むしろ、権利侵害により得られた利益は、金銭賠償額の判断における算定要素（Bemessungsfaktor）として考慮されるべきである。したがって、金銭賠償額は、このような人格権の商品化に対して真の抑制作用を発揮するべきである」ということである。

実は、連邦通常裁判所は、原告に利益吐出し請求権を認めてはいないが、損害賠償額の高額化を通じて、被告の不当な利益をできるだけ剥奪した。また、従来の判決と比べて、連邦通常裁判所は主に二つの変更をしていると思われる。第1に、一般的人格権の侵害による金銭賠償請求権は、BGB 847条⁵⁹⁰の慰謝料請求権から引き離し、ドイツ基本法（GG）1条と2条1項においてその根拠を求めた。第2に、この金銭賠償請求権は、被害者の損害補償という目的のためにのみ認めるのではなくて、加害者の不法行為を抑制する機能を有した。

以上の利益吐出しに関連する判例のように、損害の算定方法あるいは補助方法としての利益吐出しは、知的財産権の法領域から人格権の法領域に拡張している。しかも、このような算定方法を講じるために、被害者には、情報請求権や計算書作成請求権がある。ただ、このような二つの判例は、有名人の人格権侵害にかかわるリーディングケースである。換言すれば、一般人の人格権の強制的商業化に対して、裁判所は、加害者の不当な利益を吐き出すことを考慮しない。例えば、Herrenreiter（アマチュア騎手）事件⁵⁹¹においては、被害者の許可なく、その肖像が性的能力を向上するための薬剤の宣伝に使用された。その件について、連邦通常裁判所は、一般人である被害者の非財産的損害賠償に関する金銭請求権のみを認めた。

また、上記のリーディングケースにおいて、損害の算定方法あるいは補助方法としての利益吐出しは、間接的な利益吐出しアプローチのみである。それでは、被害者は加害者の不当な利益の返還を直接的に請求することができるか。もしできれば、このような直接的な利益吐出しは、関連する法理（準事務管理、侵害利得、不法行為法などとの関係）や独特な価値（正面から利益吐出し請求権を認める）があるか、吐き出されるべき不当な利益をどのように確定・分配するかなどの問題は、実務・学説上に模索し続ける必要がある。

⁵⁹⁰ また、この条文は、2002年の債務法改正において、削除された。代わりに、BGB 253条2項が新設されている。BGB 253条2項は、「身体、健康、自由又は性的自己決定の侵害を理由として損害賠償が行われるときに、財産的損害でない損害を理由としても、適正な金銭賠償を請求することができる」と規定している。山口・前掲注（94）5頁。

⁵⁹¹ BGBZ 26, 349. ヨハネス・ハーガー（藤原正則訳）「ドイツの不法行為法の新たな発展」北大法学論集 75巻3・4号（2024年）716－718頁を参照。

第3款 学説の鳥瞰

ドイツ法において、利益吐出しという問題の解決策に関する通説は、準事務管理説である。そのほかに、不当利得説、不法行為・損害賠償法説、信託義務違反説、および独立の救済手段説も存在している。学説に関する歴史的系譜は、以下の通りである。

第1項 準事務管理説

ドイツ法において、利益吐出しという問題に対応する最も古くて直接的な制度は、準事務管理制度である⁵⁹²。実は、ローマ法から準事務管理の規定と事務管理の規定との間には密接な関連があるという⁵⁹³。普通法時代にすでに存在していた準事務管理制度は、BGB 第一草案では否定されたものの、同第二草案では再び戻って、最終的に現行 BGB 687 条 2 項に至った⁵⁹⁴。

BGB 687 条 2 項の文面から見ると、本人が BGB 677 条、678 条、681 条及び 682 条に基づいて管理者に損害賠償請求権と利益引渡請求権を主張することができるが、本人も同 684 条 1 文に基づいて、節約した費用の価値を管理者に補償しなければならない⁵⁹⁵。一般に、管理者が事務の管理によって利益を得た場合、BGB 687 条 2 項、681 条 2 文及び 667 条に基づいて、本人は管理者に利益引渡請求権を主張する傾向にある。このような利益については、事務の管理に内在的に関連するすべての利益でなければならない⁵⁹⁶。逆に言えば、管理者（受託者）以外の人によって得られた利益、あるいは事務処理（Geschäftsbesorgung）の機会のみによって得られた利益のように、本人の事務とは内在的かつ実質的な関連が欠けている利益は、返還すべき利益に属しない⁵⁹⁷。しかし、賄賂などのように不誠実に得た利益は、事務の処理に直接的な影響を与

⁵⁹² 原因は、二つある。一つは、加害者が不法な行為によって得た利益は保護される価値がない。もう一つは、加害者の故意不法行為は特定の潜在的な危険を有する。なぜなら、加害者は不法行為によって得た利益と不法行為によってもたらした損害の大きさを考慮するからである。See Helms, *supra* note 552, 2015, at 221. そのほかに、この学説に賛成する文献については、Vgl. Roth (Fn. 544), S. 379ff; Frak L. Schäfer, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6 Schuldrecht-Besonderer Teil III, 8. Aufl., 2020, § 687Rn. 5ff.

⁵⁹³ Vgl. Bertram Ebert, Die Geschäftsanmaßung: zur Funktion des § 687 Abs. 2 BGB im privatrechtlichen Anspruchssystem, 2000, S. 27ff; Helms (Fn. 544), S. 120ff. ちなみに、ローマ法の古典中期の事務管理は、もはや必ずしも事務管理者が自ら遂行できた事務を必要とせず、一定の利益への配慮をなすことでもって基礎づけられた。それは、（特に、BGB 687 条 2 項）事務管理者の利益とも結びつき得るものであった。O. ベーレンツ＝河上正二（訳著）『歴史の中の民法—ローマ法との対話』（日本評論社、2002 年）261—262 頁も参照。

⁵⁹⁴ Vgl. Nils Jansen, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III Schuldrecht-Besonderer Teil, 2013, § 687 II Rn. 11ff; Helms (Fn. 544), S. 122ff. ちなみに、準事務管理に関わる準備草案から現行法までの過程について、花本・前掲注（566）198—201 頁を参照。

⁵⁹⁵ [徳] 迪爾克・羅歇爾德斯（沈小軍＝陳麗婧訳）『德国債法各論（第 16 版）』（北京大学出版社、2024 年）526—527 頁を参照。

⁵⁹⁶ Vgl. Cristian Grüneberg, in: Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Band 7, 82. Aufl., 2023, § 667Rn. 3.

⁵⁹⁷ Vgl. Michael Martinek/ Sebastian Omlor, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, 2017, § 667Rn. 11.

えるという内在的な関連があるため、返還すべき利益に含まれるべきである⁵⁹⁸。具体的には、BGB 667 条の引渡義務の射程は、受領したものと得たものだけでなく、使用利益、従物及び最初の受領したもの・得たものを引き渡すことができない場合の代償物も含まれている⁵⁹⁹。さらに、利益剥奪 (Gewinnabschöpfung) の意味において、受領したもの・得たものであれ、代理の利益であれ、法律行為の代償物または本人 (委託者) の個人的な利益になると理解されている⁶⁰⁰。ここでは、本人が利益を得ようとしているかどうか、あるいは利益を得ることができるかどうかは、重要ではない⁶⁰¹。言うまでもなく、総利益 (Bruttogewinn) である BGB 667 条の利益の範囲は、不当利得法 (同 818 条 1 項) における利益の範囲よりも大きくなっている⁶⁰²。また、管理者 (受託者) は、BGB 670 条に基づく反対請求権を通じて、本人 (委託者) に対して必要な費用の償還を請求することができる⁶⁰³。

ところが、Helms 教授は、準事務管理が利益吐出しに重要な価値を持つことを肯定しているが、上記の観点における費用償還と利益引渡という主張については支持していない⁶⁰⁴。簡単に言えば、費用は、直接費用とランニングコスト・固定費用 (Gemeinkosten) に分けられる。一般に、加害者の直接費用は、侵害行為に直接起因する場合にのみ返還される⁶⁰⁵。そのほかに、営業所や生産場所の賃貸料及び従業員の一般的な報酬・給料などのような費用は、ずばぬけて優秀な (par excellence) 償還すべきランニングコスト・固定費用と見なされる⁶⁰⁶。また、上記の「すべての利益が引き渡されるべきである」という主張とも異なり、Helms 教授は、このような利益を加害者と被害者の間で分配すべきだと考えている⁶⁰⁷。もちろん、この分配方法については、両者に関わる個々の経営資源の客観的価値に応じて純利益を割合で分配するのではなく、被害者の利得機会が侵害された場合に、関連する利益をできるだけ被害者に分配するものである⁶⁰⁸。しかし、加害者や第三者の排他的な利得機会が利得過程で重要な役割を果たした場合、その加害者または第三者に利益の一部を分配することも考慮されるべきである⁶⁰⁹。

準事務管理の適用範囲について、通説によれば、絶対的な法益に対する侵害行為に制限される。言い換えれば、BGB 687 条 2 項は、契約上の保護されるべき利益に対す

⁵⁹⁸ [徳]羅歇爾德斯 (沈=陳訳)・前掲注 (595) 479 頁。また、BGB 667 条後段をめぐる賄賂事例の判例・学説について、吉永・前掲注 (7) 126 巻 4・5 (2002 年) 631—653 頁を参照。

⁵⁹⁹ Vgl. *Frank L. Schäfer*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 6 Schuldrecht—Besonderer Teil III, 9. Aufl., 2023, § 667Rn. 33.

⁶⁰⁰ Vgl. *Schäfer* (Fn. 599), in: MK-BGB, Bd. 6, § 667Rn. 33.

⁶⁰¹ Vgl. *Schäfer* (Fn. 599), in: MK-BGB, Bd. 6, § 667Rn. 33.

⁶⁰² Vgl. *Schäfer* (Fn. 599), in: MK-BGB, Bd. 6, § 667Rn. 33.

⁶⁰³ Vgl. *Schäfer* (Fn. 599), in: MK-BGB, Bd. 6, § 667Rn. 33.

⁶⁰⁴ Vgl. *Helms* (Fn. 544), S. 119ff.

⁶⁰⁵ Vgl. *Helms* (Fn. 544), S. 198ff.

⁶⁰⁶ Vgl. *Helms* (Fn. 544), S. 199ff.

⁶⁰⁷ Vgl. *Helms* (Fn. 544), S. 202ff.

⁶⁰⁸ Vgl. *Helms* (Fn. 544), S. 205ff.

⁶⁰⁹ Vgl. *Helms* (Fn. 544), S. 211.

る侵害行為に適用できない。しかし、Helms 教授はこのような通説を批判して、BGB687 条 2 項の基礎となる責任原則は、契約上の保護されるべき利益に対する侵害行為に適用できると指摘している⁶¹⁰。また、このような絶対的な法益に対する侵害行為に関しては、少数の学者は、一般的に財産権侵害の場合に限定される、と主張している⁶¹¹。しかも、実務では、人格権が侵害された被害者は、BGB 687 条 2 項に基づいて利益引渡請求権を請求していない。だが、多くの学者は、人格権侵害の場合、準事務管理が適用される可能性がある、と指摘している。例えば、氏名権、肖像権、口述権、著作者人格権、または親密な手紙・私的な記録の権利については、妨害排除請求権と損害賠償請求権によって保護されるだけでなく、第三者が無断に利用した場合に不当利得返還請求権によって、あるいは故意侵害の場合に利益引渡請求権 (BGB 687 条 2 項) によって保護されることもある⁶¹²。その他に、判例の厳密な解釈⁶¹³によれば、権利者が他人に人格権の利用許可を明確に拒否した場合、または他人に人格権の利用を許可することが期待できない場合、BGB 687 条 2 項に基づく利益返還責任 (Gewinnhaftung) は適用されない⁶¹⁴。言い換えれば、権利者の許可なく、加害者が名誉を毀損しない手段で権利者の肖像、氏名などを故意に利用している場合にのみ、この権利者は BGB 687 条 2 項によって不当な利益を剥奪することができる⁶¹⁵。

第 2 項 不当利得説

法律効果から見れば、不当な利益の返還に最も密接に関連する法理は、不当利得法の法理 (特に BGB 812 条 1 項 1 文第 2 選択肢に基づく侵害利得の法理) である。今から 100 年前、Schulz 教授は、絶対権の侵害であれ債務不履行であれ、他人の権利を侵害することによって得られるすべてのものは被害者に返還されるべきである、と主張していた⁶¹⁶。Schulz 教授の観点は不当利得法に限らないが、侵害利得という新たな構想に強固な基礎を築いている。その後、割当内容説の影響を受けて、通説と判例は、不当利得法の返還範囲が侵害された法益の客観的価値を上限とすべきである、と考えている。

しかし、これは不当利得による利益吐出し問題をさらに解決するための扉が閉ざされたことを意味するものではない。逆に、BGB 818 条 2 項に基づく価値賠償の範囲に

⁶¹⁰ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 179ff., S. 491.

⁶¹¹ Vgl. Wagner (Fn. 568) Neue Perspektiven, S. A85.

⁶¹² Vgl. Ernst von Caemmerer, Der Privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nach deutschem Recht, in: Josef Esser/Hans Thieme (Hrsg.), Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, 1967, S. 39f. ちなみに、Peter Schwerdtner 教授も Caemmerer 説に賛成する。Peter Schwerdtner, Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 1996: Schutz der Persönlichkeit, 1997, S. 38ff.

⁶¹³ 例えば、Caroline von Monaco 事件では、裁判所は、「加害者による捏造したインタビューの公表」を「被害者の事務に対する管理」とは見なさない。

⁶¹⁴ Vgl. Normann Witzleb, Geldansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien, 2002, S. 193f.

⁶¹⁵ Vgl. Witzleb (Fn. 614), S. 193ff.

⁶¹⁶ Vgl. Schulz (Fn. 540), S. 427.

について、客観的価値賠償説と対立する主観的価値賠償説が取り上げられている⁶¹⁷。主観的価値賠償説によれば、取得したもの（Erlangte）の価値は市場価値ではなく、本来の権利者と契約を締結していたとすれば支払われなければならなかったはずの額と同一視されている⁶¹⁸。実は、少数説としての主観的価値賠償説は、ある程度利益吐出しの根拠となる可能性を提供している。そのほかに、BGB 816 条 1 項 1 文と 818 条 1 項の返還範囲については、Wieling 教授は、目的物あるいは取得したものの客観的価値に限定されるべきではなく、他の利益も含むべきである、と考えている⁶¹⁹。

また、「人格権侵害に関する利益吐出し」に焦点を当て続けている。上述したように、Caemmerer 教授は早くから、「人格権が故意に侵害された場合、被害者は、BGB 687 条 2 項に基づいて利益引渡請求権を主張することができる」と主張するが、判例は、侵害利得返還請求権という救済経路を選択している⁶²⁰。例えば、Paul Dahlke 事件⁶²¹のように、著名な俳優の写真や名前を勝手に宣伝目的で利用すれば、その俳優の同意を得るのに通常必要なだけの料金（想定されたライセンス料）を不当利得として支払わねばならない。しかも、そのことは俳優が承諾を与えなかったらうとき、つまり彼がもうけ損なった訳ではない場合でも変りはないから、この請求は損害賠償ではなく、本当は不当利得である⁶²²。というのは、侵害者は他人の法財産を利用して商売したのであり、通例彼がそのために支払わねばならない金額を勝手な行ないをすることで節約したからである⁶²³。裏を返せば、判例が準事務管理に慎重な姿勢を保っているのは、人格権侵害によって得られた利益の確定が難しいからかもしれない⁶²⁴。すなわち、このような利益については、①（一回？）発行部数の増加によって生じる追加収益を指すのか、それとも②事実上の人格権侵害にかかわる報道（単独、一部？）または他の寄与によって生じるものを指すのか⁶²⁵。そのため、他人の人格権を勝手に利用して得た利益が不当利得と見なされるのであれば、それは民法の基本構造に適切に嵌め込むことができるかもしれない⁶²⁶。

実は、判例から見ると、損害賠償法は人格権侵害に関する利益吐出しにもある程度重要な試みを行っている。例えば、Caroline von Monaco 事件である。しかし、Caroline

⁶¹⁷ Vgl. Josef Esser/ Hans-Leo Weyers, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 2, 8. Aufl. 8., 2000, S. 94ff.

⁶¹⁸ 主観的価値説に関わる価値賠償の算定基準は主観的な財産増加である。村田・前掲注（103）370 頁を参照。

⁶¹⁹ [徳]漢斯・約瑟夫・威靈（薛啓明訳）『德国不当得利法〔第四版〕』（中国法制出版社、2021 年）65－75 頁を参照。

⁶²⁰ Vgl. Peter Schlechtriem, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15. 11. 1994-VI ZR 56/94, JZ1995, S. 364f.

⁶²¹ BGHZ 20, 345.

⁶²² クラウス・ヴィルヘルム・カナリス（藤原正則訳）「メディア・情報社会における現代のドイツ法での人格権保護」比較法学 32 巻 2 号（1999 年）162 頁を参照。

⁶²³ カナリス（藤原訳）・前掲注（622）162 頁を参照。

⁶²⁴ Vgl. Schlechtriem (Fn. 620), S. 364.

⁶²⁵ Vgl. Schlechtriem (Fn. 620), S. 364.

⁶²⁶ Vgl. Peter Schlechtriem, Bereicherung aus fremdem Persönlichkeitsrecht, in: Robert Fischer u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag, 1976, S. 445ff.

von Monaco 事件における連邦通常裁判所の判決は大いに批判の余地があるだけでなく⁶²⁷、教義的には現行の損害賠償法とはまったく相容れないため、成功した法の継続形成 (Rechtsfortbildung) でもない⁶²⁸。他方、虚構の取材内容を公表するような人格権侵害の行為が、名目上の被取材者の事務に対する管理を構成するものではないため、BGB 687 条 2 項、681 条 2 文及び 667 条に基づく準事務管理の適用は除外されるべきである⁶²⁹。逆に、加害者が人格権侵害によって利益を得た場合、被害者は、その加害者に対して、不当利得返還請求権を主張することができる。特に、BGB 819 条 1 項、818 条 4 項及び BGB 285 条 (旧 BGB 281 条) に基づいて、いっそう厳しい責任形式で人格権に十分な保護を提供することができる⁶³⁰。また、BGB 687 条 2 項は、事務管理法上の異物として、侵害利得に組み込まれるべきだと考える学者もいる⁶³¹。このような観点によると、排他的権利と割り当てられた法的地位を侵害した場合、権利者は不当利得返還請求権を主張することができる。同時に、契約違反の場合、権利者は BGB 667 条に基づいて不当な利益の引渡しを請求することができる⁶³²。

第 3 項 不法行為・損害賠償法説

損害賠償責任が被害者に生じた損害を填補するためのものであるのに対して、利益吐出しは、加害者の不法行為による利益を剥奪することを目的としている。そのため、利益吐出しは、損害賠償責任の対立物とみなされる⁶³³。しかし、実際に、不法行為・損害賠償法説は、実務において重要な価値がある。特に、知的財産権・人格権に関わる財産的損害の場合、利益吐出しは、損害賠償額の算定方法あるいは補助方法の一つとして承認されている。そのほかに、人格権に関わる非財産的損害が生じた場合においては、利益吐出しは金銭賠償額の判断における算定要素として考慮されるべきである。つまり、裁判所は、損害賠償額の高額化を通じて、加害者の不当な利益をできるだけ剥奪しようとする。

実務における不法行為・損害賠償法説とは異なり、Wagner 教授は初めて立法論の視点から、新たな不法行為・損害賠償法説を構築しようと試みている。すなわち、BGB 687 条 2 項を削除し、BGB 251 条 3 項を新設することである。さらに言えば、この新たな BGB 251 条 3 項の文面は、「補填義務者が故意に債権者 (= 被害者) の権利を無視した場合、損害賠償の代わりに、債権者は、補填義務者に対して、利益の引渡し及

⁶²⁷ Vgl. *Claus-Wilhelm Canaris*, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: *Hans-Jürgen u. a. (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag*, 1999, S. 85ff.

⁶²⁸ Vgl. *Canaris* (Fn. 627), S. 108.

⁶²⁹ Vgl. *Claus-Wilhelm Canaris*, in: *Egon Lorenz* (Hrsg.), *Karlsruher Forum 1996: Schutz der Persönlichkeit*, 1997, S. 60.

⁶³⁰ Vgl. *Canaris* (Fn. 627), S. 86ff.

⁶³¹ Vgl. *Detlef König*, Ungerechtfertigte Bereicherung, in: *Bundesminister der Justiz* (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band II, 1981, S. 1557f.

⁶³² Vgl. *König* (Fn. 631) *Ungerechtfertigte Bereicherung*, S. 1558.

⁶³³ See *Helms*, *supra* note 552, 2015, at 219.

びこのような利益に関わる決算を請求することができる」ということである⁶³⁴。現在、人格権のような絶対権を故意に侵害して利益を得る行為については、BGB 823 条の枠組みにおいて、利益吐出しが適用されるべきである⁶³⁵。

また、Wagner 教授と同様に Janssen 教授も、損害賠償法説に賛成している。つまり、損害賠償法（特に BGB 823 条以下）を通じて利益吐出しの問題を解決しようという立場である⁶³⁶。しかし、立法論から見ると、Janssen 教授は、Wagner 教授とは異なる立法提案を選択している。さらに言えば、Janssen 教授は、BGB 285 条 1 項と BGB 687 条 2 項を維持しており⁶³⁷、かつ BGB 847 条に情報開示請求権・計算書作成請求権及び独立の公認会計士による審査請求権を導入すべきだ、と考えている⁶³⁸。そのほかに、Wagner 説に比べて、Janssen 説に基づく利益吐出しの適用領域は、より狭い。その中で、Wagner 説によると、営利目的を達するために、故意に他人の法益を侵害するすべての場合、利益吐出しは適用されることができる。すなわち、権利侵害と契約違反の場合が含まれる⁶³⁹。これに対して、Janssen 説によれば、利益吐出しの最適な適用領域は、絶対的な法的地位が侵害される場合に限られる⁶⁴⁰。言い換えれば、利益吐出しの最適な適用領域は、効率的契約違反 (effiziente Vertragsbrüchen) を含まず、効率的法違反 (effiziente Rechtsbrüchen) のみに限定されている。

第 4 項 信認義務違反説

以上の内容は、法定債権を中心に論じられている。実は、信認義務違反における利益吐出しは、ドイツ法では今日まで統一された請求権基礎 (Anspruchsgrundlage) を形成していない⁶⁴¹。しかし、約定債権において、利益吐出しをめぐる議論も存在している。つまり、債務者が売買契約・委任契約・労働契約上の義務に違反して、損害賠償（債務不履行または不法行為）給付を行ってもなお手もとに利益が残る場合、債権者は債務者に利益を全て引き渡すことを請求する権利があるかどうか。このような問題にかかわる解決策については、BGB 285 条 1 項に基づく代償請求権、BGB 667 条第 2 選択肢に基づく利益引渡請求権及びドイツ商法典 (HGB) 61 条・113 条 1 項・ドイツ株式会社法（以下、AktG とする）88 条 2 項 2 文などに基づく介入権という三つの可能な経路が存在している。ちなみに、BGB 285 条 1 項に基づく代償請求権は、厳密な意味で信認義務違反説の経路ではない。しかし、本稿では広義の信認義務違反説に入れている。

⁶³⁴ Vgl. *Wagner* (Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A97.

⁶³⁵ Vgl. *Gerhard Wagner*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 7 *Schuldrecht-Besonderer Teil IV*, 9. Aufl., 2024, § 823 Rn. 57.

⁶³⁶ Vgl. *Janssen* (Fn. 539), S. 588ff. ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）381–408 頁を参照。

⁶³⁷ Vgl. *Janssen* (Fn. 539), S. 609f.

⁶³⁸ Vgl. *Janssen* (Fn. 539), S. 608f.

⁶³⁹ Vgl. *Wagner* (Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A84.

⁶⁴⁰ Vgl. *Janssen* (Fn. 539), S. 16ff., S. 606ff. ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）398–400 頁を参照。

⁶⁴¹ Vgl. *Konrad Rusch*, *Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten*, 2003, S. 202ff., S. 273.

まず、BGB 285 条 1 項に基づく代償請求権について。BGB 275 条 1 項から 3 項までの規定に従って給付義務が排除された場合、債権者は BGB 285 条 1 項に基づいて、債務者に対して、代償として取得したものの引渡しまたは代償請求権の譲渡を請求することができる⁶⁴²。特に、二重譲渡のような契約違反の場合あるいは効率的な契約違反⁶⁴³の場合、第一譲受人は、BGB 285 条 1 項に基づき、譲渡人に対し、第二譲受人から取得した高額な売買代金の引渡しを請求することができる⁶⁴⁴。しかし、BGB 285 条 1 項の適用範囲は非常に狭いため、利益吐出しの道具としての規定の実際の価値は極めてわずかである。

次に、BGB 667 条第 2 選択肢に基づく利益引渡請求権について。委任契約違反の場合、受任者は、事務を処理することによって取得したものをすべて委任者に引き渡す義務を負う。つまり、受任者が第三者から委任者の投入した価値以上のものを受け取ったとしても、その受任者は、その事務の遂行から受け取ったすべてのものを委任者に引き渡さなければならない⁶⁴⁵。さらに、委任契約における利益吐出しに関しては、BGB 667 の定める受任者の取得物引渡義務によって対応する可能性がある⁶⁴⁶。利益吐出しは、制裁手段として⁶⁴⁷、受任者の利得意欲 (Gewinnerzielungsinteresse) と収益者の利益との衝突を回避することを目的としている⁶⁴⁸。このような目的に基づいて、「信認関係の枠組みにおいて、受任者は、受益者の利益と衝突する行為を実施することができない」という一般的なルールが発展した⁶⁴⁹。このルールに関連する最も緊密の義務は、民法上の委任契約における忠実義務の他に、以下の商法・会社法上の介入権における競業避止義務である。

最後に、HGB 61 条・113 条 1 項・AktG 88 条 2 項 2 文などに基づく介入権について。競業避止義務違反の場合、商業使用者や取締役などがこのような義務に違反することによって取得したものや報酬などは、営業主などに引き渡されるべきである。このような競業避止規定は、参加者間の特別な信頼関係を保護することを目的としている。また、介入権の法律効果は、準事務管理の法律効果と類似していることに注目すべきである⁶⁵⁰。すなわち、権利者は、加害者に対して取得したもの・利益などの引渡しを請求すると同時に、有益費償還義務を負う。しかし、準事務管理とは異なり、介入権における加害者は、故意である必要はなく、過失であってもよい。

⁶⁴² Vgl. *Grüneberg* (Fn. 596) in: G-BGB, Bd. 7, § 285Rn. 1.

⁶⁴³ ヤンゼン (根本訳)・前掲注 (88) 399 頁を参照。

⁶⁴⁴ 多治川・前掲注 (551) 306–308 頁を参照。

⁶⁴⁵ Vgl. *Rusch* (Fn. 641), S. 202.

⁶⁴⁶ 吉永・前掲注 (7) 126 巻 4・5 (2002 年) 613–653 頁、126 巻 6 号 (2002 年) 828–861 頁を参照。

⁶⁴⁷ Vgl. *Rusch* (Fn. 641), S. 202ff.

⁶⁴⁸ Vgl. *Rusch* (Fn. 641), S. 270.

⁶⁴⁹ Vgl. *Rusch* (Fn. 641), S. 270.

⁶⁵⁰ Vgl. *Markus Roth*, in: *Handelsgesetzbuch*, Band 9, 39. Aufl., 2020, § 61Rn. 3., § 113Rn. 3.; *Kotzian-Marggraf*, in: *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 6. Aufl., 2019, § 61Rn. 7., § 113Rn. 13.; *Jens Koch*, in: *Aktiengesetz*, 18. Aufl., 2024, § 88Rn. 7.

第5項 独立の救済手段説

近時、斬新な学説である独立の救済手段説も注目されている。具体的には、権限のない侵害者よりも、財産の所有者は、実際の利益を保有する権利を与えられるべきである⁶⁵¹。しかし、現行の不当利得法・事務管理法・損害賠償法によっては、利益吐出しをめぐる問題を効果的に解決することはできない⁶⁵²。被害者の立証責任を軽減しており、かつ加害者が実際に得た利益を奪うために、被害者に利益吐出し請求権 (Gewinnherausgabeanspruch) が与えられるべきである⁶⁵³。利益吐出し請求権が損害賠償法の一部の構成要件を採用しているが、その法律効果は不当利得法の内容も採用している⁶⁵⁴。特別な請求としては、損害賠償法にも不当利得法にも属さず、むしろ損害賠償法と不当利得法の間領域 (Zwischenbereich von Schadenersatz-und Bereicherungsrecht) にある⁶⁵⁵。そのため、利益吐出し請求権は、新規かつ独立した請求権タイプ (Anspruchstyp) として承認されるべきである⁶⁵⁶。

また、厳密には、割当内容説によれば、加害者が得た利益は、必ずしも被害者に帰属するわけではない。だからこそ、加害者と被害者の間において、「弱体化された割当 (eine abgewächte Zuweisung)」があると認定しなければならない。すなわち、加害者は被害者の利得可能性を侵害するだけでなく、自分自身がこのような利得の潜在能力を獲得するということである⁶⁵⁷。もちろん、このような弱体化された割当が割当内容説に比べて弱まる不足を補うためには、加害者により厳しい前提条件を課さなければならない。さらに言えば、利益を得た加害者が客観的に注意義務に違反する行為を行った場合にのみ、被害者は、加害者に対して、利益吐出し請求権を主張することができる⁶⁵⁸。

⁶⁵¹ Vgl. *Helmut Koziol*, Bereicherungsansprüche bei Eingriffen in nicht entgeltstfähige Güter?, in: *Eugen Bucher* u. a. (Hrsg.), Festschrift Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, 2005, S. 457.

⁶⁵² Vgl. *Helmut Koziol*, Gewinnherausgabe bei sorgfaltswidriger Verletzung geschützter Güter, in: *Volker Beuthien* u. a. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag, 2009, S. 237ff.

⁶⁵³ Vgl. *Koziol* (Fn. 652) Gewinnherausgabe, S. 243; *ders.* (Fn. 134) Grundfragen des Schadenersatzrechtes, S. 40. (中国語訳として、[奥地利]庫齊奥 (朱訳)・前掲注 (134) 40 頁も参照)。

⁶⁵⁴ Vgl. *Koziol* (Fn. 652) Gewinnherausgabe, S. 248f; *ders.* (Fn. 134) Grundfragen des Schadenersatzrechtes, S. 43f. (中国語訳として、[奥地利]庫齊奥 (朱訳)・前掲注 (134) 44 頁も参照)。

⁶⁵⁵ Vgl. *Koziol* (Fn. 134) Grundfragen des Schadenersatzrechtes, S. 44f. (中国語訳として、[奥地利]庫齊奥 (朱訳)・前掲注 (134) 45 頁も参照)。注目すべきは、以下の文献の中で、*Koziol* 教授は、この請求権が損害賠償法と不当利得法に属していないことを主張するだけでなく、事務管理法に属していないことも強調している。Vgl. *Koziol* (Fn. 652) Gewinnherausgabe, S. 250.

⁶⁵⁶ Vgl. *Koziol* (Fn. 652) Gewinnherausgabe, S. 250; *ders.* (Fn. 134) Grundfragen des Schadenersatzrechtes, S. 45. (中国語訳として、[奥地利]庫齊奥 (朱訳)・前掲注 (134) 45 頁も参照)。

⁶⁵⁷ Vgl. *Koziol* (Fn. 652) Gewinnherausgabe, S. 247; *ders.* (Fn. 134) Grundfragen des Schadenersatzrechtes, S. 42. (中国語訳として、[奥地利]庫齊奥 (朱訳)・前掲注 (134) 43 頁も参照)。

⁶⁵⁸ Vgl. *Koziol* (Fn. 652) Gewinnherausgabe, S. 250; *ders.* (Fn. 134) Grundfragen des Schadenersatzrechtes, S. 44f. (中国語訳として、[奥地利]庫齊奥 (朱訳)・前掲注 (134) 45 頁も参照)。

第2節 代表的な論客の見解

ドイツでは、利益吐出しは新しい問題ではない。そして、この問題に興味を持っている学者も、枚挙にいとまがない。上述したように、大部分の学者の観点は、第3款学説の鳥瞰という部分で簡単に紹介されている。近時、利益吐出しの研究に係る代表的専門家は、Gerhard Wagner 教授、Tobias Helms 教授、及び André Janssen 教授である。その中で、一部の代表的な論客の見解も日本の学者の注目を集めている。例えば、今から20年前、窪田充見教授と藤原正則教授は、Wagner 説の第1段階の見解を詳細に紹介・検討した。また、2018年3月、根本尚徳教授から招待された Janssen 教授は、北海道大学で「私法における利益の吐出し」というテーマで講演会を行った。しかも、この講演の原稿は、日本の学界にも的確・丁寧に紹介された。ドイツ法上の利益吐出しという理論に関連する丹念な研究成果が日本に蓄積されたが、引き続き研究すべき課題は残されている。すなわち、第1課題は、Wagner 説の第2段階の見解である。実は、第2段階の見解は Wagner 説の核心的見解として存在している。第1段階の見解と比較して、第2段階の見解は、利益吐出しの発生根拠、法律構成及び適用対象をめぐって系統的に検討する。そして、第2課題は、Helms 説の見解である。残念なことに、Helms 説はいまだに日本の学者から十分に注目されていない。Helms 教授は、主に利益吐出しの可能な構成要件を包括的かつ詳細に呈している。最後に、第3課題は、Janssen 説の見解である。第1と第2課題は主に利益吐出しの法律構成をめぐって検討したが、利益吐出しの発生根拠については議論が不十分である。そのため、第3課題は、Janssen 説を手がかりに、再び発生根拠の議論に戻ることである。本節と第1節は互いに協力して、ドイツ法における利益吐出しの発生根拠と法律構成を全面的に呈することができるようにする。

第1款 Gerhard Wagner 説

利益吐出しについては、Wagner 教授は、2段階に分けて論じていると思われる。第1段階に、Wagner 教授は、Caroline von Monaco 事件をきっかけにして、人格権（特に一般的人格権）における利益吐出しを検討している⁶⁵⁹。また、第2段階に、Wagner 教授は、2006年のドイツ法曹大会において、利益吐出しの発生根拠と法律構成を系統的に報告し⁶⁶⁰、「図利の不法行為」に位置づけられていることを再び強調している⁶⁶¹。以下では、これらの2段階を順番に取り上げて、Wagner 説の内容について説明したい。

⁶⁵⁹ Vgl. *Gerhard Wagner*, Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen, ZEuP2000, S. 200ff ; *ders.*, Prominente und Normalbürger im Recht der Persönlichkeitsverletzungen, VersR2000, S. 1305ff.

⁶⁶⁰ Vgl. *Wagner* (Fn. 568) Neue Perspektiven, S. A83ff.

⁶⁶¹ Vgl. *Wagner* (Fn. 576) Deliktsrecht, S. 162 ; *ders.* (Fn. 635) in: MK-BGB, Bd. 7, § 823Rn. 56f.

第1項 第1段階の見解

第1段階に、窪田教授や藤原教授は、Wagner 教授の論考を詳細に紹介・検討した。その中で、窪田教授は、「人格権侵害に対する金銭賠償（Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen）」という論考を考察した⁶⁶²。そして、藤原教授は、「人格権侵害に対する金銭賠償（Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen）」と「人格権の侵害に関する著名人と通常人の権利（Prominente und Normalbürger im Recht der Persönlichkeitsverletzungen）」という二つの論考を考察した⁶⁶³。それでも Wagner 説を全面的に呈するためには、蛇足を加えて簡単に紹介したい。

まず、Wagner 教授は、歴史的な視点から、ドイツ法における人格権の保護及び慰謝料請求権の発生過程を説明する。すなわち、最初に、ローマ法を継受したドイツ法は、民事と刑事を峻別し、財産的損害の対応策を金銭で賠償しており、侮辱と身体傷害のような非財産的損害の対応策を刑事罰に委ねた⁶⁶⁴。その後に、旧 BGB 847 条は、侮辱を排除し、身体又は健康上の侵害並びに自由が剥奪された場合のみには、被害者が非財産的損害に対しても、金銭賠償を請求することができるということ、を定めた⁶⁶⁵。次に、Wagner 教授は、損害補償が予防機能を持っていることを提唱する。その理由としては、不法行為法の経済分析に基づいて、損害のコストを第三者に転嫁すれば、第三者は損害賠償請求より安価な損害防止費用（＝安全対策費用）を支出することである⁶⁶⁶。そして、Wagner 教授は、Caroline von Monaco 事件における BGH が一般的人格権を精神的な側面（慰謝料）だけから考えたことを批判して、一般的人格権の財産的な側面を正面から認めることを指摘している⁶⁶⁷。最後に、Wagner 説によれば、人格権の非財産的損害については当然に慰謝料を請求することができるが、人格権の財産的損害に対して、被害者は以下のような三つの態様に応じて異なる救済手段を選択することができる。具体的には、①加害者に過失のない様態について、被害者は、不当利得法によって仮定的なライセンス料の侵害利得を請求することができる（BGB 812 条 1 項）。そして、②加害者に過失がある様態について、被害者は、(a) 仮定的なライセンス料（BGB 812 条 1 項）、(b) 具体的に生じた損害の賠償（BGB 249 条、BGB 252 条）、(c) 準事務管理による加害者の取得利益の引渡（BGB 687 条 2 項）から、いずれかを選択することができる。また、③加害者に故意がある様態については、無断利用された権利の市場価格（あるいは仮定的なライセンス料）を超える利益の支払請求が認められるべきである（BGB 687 条 2 項）。⁶⁶⁸

⁶⁶² 窪田・前掲注（8）「ドイツ法における人格権侵害を理由とする損害賠償請求権の役割—BGH のカロリース・モナコ王女事件判決をめぐる状況」38 頁を参照。

⁶⁶³ 藤原・前掲注（2）181—190 頁を参照。

⁶⁶⁴ Vgl. Wagner(Fn. 659) Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen, S. 201ff.

⁶⁶⁵ Vgl. Wagner(Fn. 659) Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen, S. 204.

⁶⁶⁶ Vgl. Wagner(Fn. 659) Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen, S. 207f.

⁶⁶⁷ Vgl. Wagner(Fn. 659) Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen, S. 210ff.

⁶⁶⁸ Vgl. Wagner(Fn. 659) Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen, S. 224ff.

また、Wagner 教授は、Posner の経済分析に基づいて、「被害者に実際の損害を超える補償金額を与えることを通じて、加害者の不法行為を制裁する」ということを二つの視点から分析している⁶⁶⁹。さらに言えば、一方で、これは、加害者の故意による違法行為の刺激を取り除き、予防的な役割を果たすことに有利である。そうでなければ、例えば、経済的利用価値のある著名人の人格権はメディアに侵害されやすいかもしれない。他方で、これは、完全性の保護 (Integritätsschutz) だけでなく、有効な資源の配分 (effektive Ressourcenallokation) にも関連している。その理由としては、貴重な経済的利益を持つ人格権については、いかなる利益関係者にも恣意に横領されてはならず、所有者が最高の価格で譲渡する場合にのみ、能率的な収益が保証されるからである。しかも、Wagner 説によれば、Caroline von Monaco 事件とショック損害事件⁶⁷⁰をめぐる損害額の不均衡な理由は、前者が著名人の財産権的な人格権侵害に対する慰謝料であり、後者は通常人の精神的な損害に対する慰謝料であることに求められる⁶⁷¹。

ただし、残念なことに、Wagner 教授が主に有名人の人格権の侵害によって得られた利益は直接的に吐き出すべきだと分析しているが、一般人の人格権の侵害によって得られた利益には、慰謝料の多額化でしか対処しないのか、それとも直接的に吐き出すことができるのかという問題には、Wagner 教授は、正面から答えていない、と思われる。

第2項 第2段階の見解

第1段階の見解と比較して、第2段階の見解は、利益吐出しの発生根拠、法律構成及び適用対象をめぐって系統的に説明する。その中で、1) 発生根拠については、「被害者に対する補償」と「加害者に対する制裁」ではなく、「加害者に対する予防」である。さらに言えば、加害者の違法動機を抑制する一方で、違法行為へのインセンティブも回避する。そして、2) 法律構成については、Wagner 教授は、主に「従来の議論と問題点」と「法律構成のさらなる発展」という二つの視角から、関連する諸問題を検討している。結局、Wagner 教授は、損害賠償法をめぐる自らの提案も明確に提起

⁶⁶⁹ Vgl. Wagner (Fn. 659) Prominente und Normalbürger im Recht der Persönlichkeitsverletzungen, S. 1307.

⁶⁷⁰ 酩酊した運転者が惹起した自動車事故で、衝突された自動車に乗車していた17歳から21歳の3人の娘のすべてを失った両親は、精神的・身体的な障害を負うに至った。ところが、高裁が認容した慰謝料は、父親6万マルク、母親3万マルクだった。上告も退けられたため、両親は、Caroline von Monaco 事件での慰謝料額との不均衡を理由に、平等原則違反（ドイツ基本法3条1項）で憲法異議訴訟に訴えたが、請求が容れられなかった。憲法裁判所によれば、メディアによる一般人格権の侵害と、精神的な健康の侵害のケースとでは、実質的な違いがあるからである。通常、交通事故に関する身体損傷やショック損害の事例では、権利侵害は故意ではなく、商業的利益の追求がその動機でもない。利益獲得の意図がないなら、予防を目的として慰謝料算定に利益を考慮する余地も存在しない。しかも、慰謝料の高額化が、潜在的な事故惹起者に道路交通での注意の喚起を促すことは期待できない。藤原・前掲注(2) 177-179頁を参照。

⁶⁷¹ Vgl. Wagner (Fn. 659) Prominente und Normalbürger im Recht der Persönlichkeitsverletzungen, S. 1307ff. 藤原・前掲注(2) 186頁を参照。

している。最後に、3) 適用対象については、財産的な法益が侵害される場合、あるいは、非財産的な法益が侵害される場合、権利者は利益吐出し請求権を請求することができる。ちなみに、人格権侵害に関する利益吐出しの適用対象は、一般的人格権だけでなく、人間の身体と身体の一部という身体的人格権も包括している。

1. 利益吐出しの発生根拠

ドイツの伝統的な見解によれば、損害賠償法の基本原則は「補償原則」であり、「予防」や「制裁」は疑いのある状態が続いている。その中で、厳格な意味での「補償原則」は、「利得禁止」に対応している。つまり、一方では、被害者は完全に補償されなければならないが、他方では、補償されたものは被害者自身の損害を超えてはならない。しかしながら、Wagner 教授は、このような伝統的な見解を批判しており⁶⁷²、かつ損害賠償法が補償機能以外に予防機能と制裁機能を持つべきだと主張している⁶⁷³。

特に、行為の制御 (Verhaltenssteuerung) という目的を達成するためには、それぞれの被害者の損害に対して正確に補償するのではなく、加害者をそれによるすべての損害費用に直面させることが求められている⁶⁷⁴。言い換えれば、この制御の重点は被害者の補償欲求 (Kompensationsbedürfnis) ではなく、加害者の促進構造 (Anreizstruktur) にある⁶⁷⁵。そのため、補償範囲を超える予防的な損害賠償が必要である。このような予防的な損害賠償は、以下のような二種類の場合に存在している⁶⁷⁶。すなわち、①の他人の法益を侵害することによる利益取得行為を抑止する場合、及び②損害賠償請求権を不完全に行使することによって生じた補償不足を補う場合である⁶⁷⁷。その中で、①場合における加害者の行為については、ある程度「図利の不法行為 (lukratives Delikt)」⁶⁷⁸、あるいは「故意的な図利の不法行為 (vorsätzlich-lukratives Delikt)」⁶⁷⁹と呼ばれている。そして、図利の不法行為を防止する理由について、Wagner 教授は4つの側面から論証していると思われる⁶⁸⁰。具体的に言えば、まず、加害者が違法動機を持つことを抑制し、加害者に違法行為へのインセンティブが発生することを回避することである。次に、市場秩序においては、希少な財産を配置するための有効的な手段が維持されうるほかに、強制的な利益移転が防止されることも可能である。そして、被害者にとって、市場価格は被害者の特別な利益を考慮していないため、補償不足のリスクが生じるかもしれない。最後に、誠実な市民にとって

⁶⁷² Vgl. Wagner(Fn. 568)Neue Perspektiven, S. A14f.

⁶⁷³ Vgl. Wagner(Fn. 576)Deliktsrecht, S. 162 ; ders. (Fn. 635) in:MK-BGB, Bd. 7, § 823Rn. 45ff. また、損害の予防に関する経済分析について、Vgl. Wagner(Fn. 576)Deliktsrecht, S. 26ff.

⁶⁷⁴ Vgl. Wagner(Fn. 568)Neue Perspektiven, S. A83.

⁶⁷⁵ Vgl. Wagner(Fn. 568)Neue Perspektiven, S. A83.

⁶⁷⁶ Vgl. Wagner(Fn. 568)Neue Perspektiven, S. A83.

⁶⁷⁷ ちなみに、②の場合が本論文の趣旨に繋がらないので、場面②に関連する内容は割愛されている。

⁶⁷⁸ Vgl. Wagner(Fn. 568)Neue Perspektiven, S. A83ff ; ders. (Fn. 635) in:MK-BGB, Bd. 7, § 823Rn. 56.

⁶⁷⁹ Vgl. Wagner(Fn. 568)Neue Perspektiven, S. A97.

⁶⁸⁰ Vgl. Wagner(Fn. 568)Neue Perspektiven, S. A83f.

は、全部の資源を生産に投入する代わりに、一部の資源を侵害の防止に使わざるを得ない。

だが、強制的な利益移転を防止するための予防的な損害賠償の法律効果は、利益吐出しを優先的に考慮していなかった⁶⁸¹。逆に、威嚇目的を達するために、損害賠償額は、市場価格（無体財産権において、仮定的なライセンス料を示す）を著しく超えていればよい⁶⁸²。しかし、「割増金（Zuschlags）」のような算定は市場価格によって評価することは困難である。特に、権利者が「売る」権利を行使しない場合、信頼できる評価はまったくあり得ない。そのため、利益吐出しでこのような問題を解決することができる⁶⁸³。

以上の説明を踏まえて、Wagner 教授は、利益吐出しの発生根拠が予防である、と指摘している。さらに言えば、利益吐出しは、加害者が故意に他人の権利・法益を侵害して不当な利益を得ることを予防するのに役立つ。すなわち、加害者が違法動機を持つことを抑制し、加害者に違法行為へのインセンティブが発生することを回避することである。

2. 利益吐出しの法律構成

利益吐出しの法律構成について、Wagner 教授は、主に「従来の議論と問題点」と「法律構成のさらなる発展」という二つの視角から、関連する諸問題を検討している。具体的には、前者について、Wagner 教授は、事務管理法、不当利得法及び損害賠償法をめぐる議論と問題点を分析した後で、いずれも利益吐出しの最適な法律構成としてはならない、と指摘している。それに対して、後者について、Wagner 教授は、他の学者の提案を整理しただけでなく、損害賠償法をめぐる自らの提案も明確に提起している。すなわち、BGB 687 条 2 項を削除し、BGB 251 条 3 項を新設することである。

(1) 従来の議論と問題点

利益吐出しの法律構成に関しては、Wagner 教授は、現行法の解釈論に基づいて、主に「事務管理法」、「不当利得法」及び「損害賠償法」という三つの経路が存在しているとする⁶⁸⁴。以下では、具体的な内容について詳しく説明する。

第 1 の経路、事務管理法（特に準事務管理）（BGB 687 条 2 項、681 条 2 文及び 667 条）によれば、事務管理者は、自己に権限がないことを知っているにもかかわらず、他人の事務を自己の事務として取り扱うときは、取得したものを引き渡す義務を負うべきである。しかし、準事務管理の適用範囲は、一般に財産権侵害の場合に限定されるが、人格権侵害にまで拡張できるかどうかについては、なお議論がなされている⁶⁸⁵。

⁶⁸¹ Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A84.

⁶⁸² Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A84.

⁶⁸³ Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A85.

⁶⁸⁴ Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A85f ; *ders.* (Fn. 635) in: *MK-BGB*, Bd. 7, § 823Rn. 56.

⁶⁸⁵ Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A85.

第2の経路、不当利得法（BGB 819条、818条4項、292条、989条及び990条⁶⁸⁶）によれば、悪意の受益者は、権利者に対して、自らが取得した利益を返還する義務を負うべきである。しかし、不当利得法の適用範囲は、財産権侵害の場合に限定されるが、非財産的利益侵害の場合を包括しない。しかも、伝統的な見解に基づいて、返還義務の範囲は被侵害権利の客観的価値を上限としている。そのほかに、Canaris教授がBGB 818条4項の類推適用を通じて「人格権侵害によって不当な利益を得たこと」という問題を解決しようとしているが、このような提案は今日まで判例によって採用されていない⁶⁸⁷。

第3の経路、損害賠償法を基礎とし、無体財産法で発展した三つの損害算定の原則に接続している。しかし、この経路は損害賠償と呼ばれているのに、なぜ事実上利益が吐き出されるのかという実務の批判を受け続けている⁶⁸⁸。

上記三つの経路に関する評価について、Wagner教授は、このような経路がいずれも途中までの結果として存在しているが、実際には、確実な故郷（Heimstadt）は見つからない、と主張している⁶⁸⁹。

（2）法律構成のさらなる発展

故意的な図利の不法行為を予防するためには、上記三つの経路がすべて同等に適切であるとは限らない。そのため、このような経路のさらなる発展について、Wagner教授は、他の学者の提案を整理しただけでなく、損害賠償法をめぐる自らの提案も明確に提起している。

さらに言えば、まず、事務管理法のさらなる発展について。有効な予防手段の役割を果たすためには、BGB 687条2項についても多数の改正が必要である。Witzleb説によると、特に、構成要件が改正されるべきである。さらに言えば、このような構成要件は、文言上で事務管理という概念から完全に脱却するだけでなく、財産権侵害を限度とする一般的な観念を打破し、図利の不法行為の阻止に合わせるべきである⁶⁹⁰。また、BGB 687条2項1文と同678条に基づいて、管理者に利益吐出し義務以外に損害賠償義務を負わせるのであれば、それはやりすぎである⁶⁹¹。

次に、不当利得法のさらなる発展について。首尾一貫した予防を目的とする利益吐出しとは異なり、不当利得は、合法的な財産状態の再回復を強調し、有責性を考慮しない。しかし、König説によれば、一方で、不当利得法をさらに「制裁法」に発展さ

⁶⁸⁶ ちなみに、その後、Wagner教授は、これらの請求権基礎をBGB812条1項1文第2選択肢に変更している。Vgl. *Wagner*(Fn. 635) in: MK-BGB, Bd. 7, § 823Rn. 56.

⁶⁸⁷ Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A85f.

⁶⁸⁸ Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A86.

⁶⁸⁹ Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A86.

⁶⁹⁰ Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A95.

⁶⁹¹ Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A95f.

せることが考えられる。他方で、BGB 687 条 2 項に基づき利益返還責任は、不当利得法に組み入れられ、不法行為法を補完する⁶⁹²。

最後に、損害賠償法のさらなる発展について。Wagner 説によれば、立法論からみると、ドイツ法上の構成要件は創設されるべきである⁶⁹³。すなわち、故意に他人の財産を侵害した場合に、利益吐出しが許可されるべきである。また、その位置の選択に関しては、BGB 823 条以下の不法行為法に設定されているのか、同 249 条以下の損害賠償法に設定されているのか。実は、このような問題は、優先的に解決されることに値しない。逆に、重要なのは、契約違反にも、利益吐出しが適用されることである⁶⁹⁴。そのほかに、非違約責任の領域においては、利益吐出し請求権を一般的な損害賠償法に組み入れ、不法行為の構成要件を満たさなければならない。だが、利益吐出しという特殊な法律効果が発生した場合、被害者は行為者に故意があることを証明しなければならない⁶⁹⁵。

しかも、利益吐出し請求権を損害賠償法に設定することも合理的である。なぜならば、それは、特殊な不法行為の構成要件の代わりに、特殊な法律効果に関連するからである。また、損害賠償と利益吐出しを累積することはできず、被害者は、自分の裁量に基づいて、このような二つの請求権から、いずれかを選択することができる⁶⁹⁶。そのため、Wagner 教授は、BGB 687 条 2 項を削除し、BGB 251 条 3 項を新設することを提案する。さらに言えば、この新たな 251 条 3 項の文面は、「補填義務者が故意に債権者（＝被害者）の権利を無視した場合、損害賠償の代わりに、債権者は、補填義務者に対して、利益の引渡し及びこのような利益に関わる決算を請求することができる」というものである⁶⁹⁷。

ところで、実際には、利益吐出しを不法行為法と損害賠償法に組み入れることは、知的財産法・競争制限禁止法などの現行法と一致している⁶⁹⁸。確かに、これは、民法の全体的な体系の弱点をより明確に露呈している⁶⁹⁹。現在、人格権のような絶対権を故意に侵害して利益を得る行為については、BGB 823 条の枠組みにおいて、利益吐出しが適用されるべきである⁷⁰⁰。

(3) 適用領域

営利目的を達するために、故意に他人の法益を侵害するすべての場合、利益吐出しは適用されることができる。つまり、財産的な法益が侵害される場合、あるいは、非

⁶⁹² Vgl. *Wagner*(Fn. 568)Neue Perspektiven, S. A95.

⁶⁹³ Vgl. *Wagner*(Fn. 568)Neue Perspektiven, S. A96f.

⁶⁹⁴ 契約違反における利益吐出しに関する分析については、Vgl. *Wagner*(Fn. 568)Neue Perspektiven, S. A91ff.

⁶⁹⁵ Vgl. *Wagner*(Fn. 568)Neue Perspektiven, S. A96.

⁶⁹⁶ Vgl. *Wagner*(Fn. 568)Neue Perspektiven, S. A97.

⁶⁹⁷ Vgl. *Wagner*(Fn. 568)Neue Perspektiven, S. A97.

⁶⁹⁸ Vgl. *Wagner*(Fn. 635) in:MK-BGB, Bd. 7, § 823Rn. 56f.

⁶⁹⁹ Vgl. *Wagner*(Fn. 635) in:MK-BGB, Bd. 7, § 823Rn. 57.

⁷⁰⁰ Vgl. *Wagner*(Fn. 635) in:MK-BGB, Bd. 7, § 823Rn. 57.

財産的な法益が侵害される場合、権利者は利益吐出し請求権を請求することができる⁷⁰¹。しかも、注意すべきなのは、そのような請求権の行使は、権利者が実際の損害を被ることを前提としていないことである⁷⁰²。また、たくさんの控除で粗利益（Rohgewinn）を減らすことは許されない。なぜならば、このような決算の控除は加害者自身が作成したものだからである⁷⁰³。

Wagner 説によれば、財産法上の絶対権が故意に侵害される場合、利益吐出しが解釈論的に適用されるのは自明である⁷⁰⁴。そのため、以下では主に人格権（特に人格権の強制的な商品化）を中心に考察する⁷⁰⁵。まず、利益吐出しの適用領域の一つは、一般的人格権である。特に、Caroline von Monaco 事件の判決について、Wagner 教授は、このような判決が一般的人格権の強制的な商品化に対する一定の予防的な役割を果たすが、単純に慰謝料の高額化を通じて、加害者のすべての利益を剥奪することは簡単ではない、と主張している⁷⁰⁶。したがって、一般的人格権の強制的な商品化を予防するためには、利益吐出しには重要な価値がある。次に、人間の身体の一部も利益吐出しの適用対象の一つである。さらに言えば、人間の身体の一部が強制的に商品化される場合、利益吐出しも実質的に公平でバランスのとれた解決策である⁷⁰⁷。それは、予防を確保するだけでなく、人間の身体が商品になるのを回避することができる。しかも、過度な制裁にもならない。理由としては、二つ存在している⁷⁰⁸。一つは、行為者は患者の承諾を求めることで、利益吐出しを簡単に避けることができる。もう一つは、引渡し請求の算定は、医師または研究者が行った特有の貢献を適切に考慮すべきである。また、ドイツ民事訴訟法典（ZPO）287 条の枠組みにおいて、算定されるべきことは、収益の割合がどの程度に患者の身体の一部への利用に由来するかということである⁷⁰⁹。

第 3 項 小括

利益吐出しについては、Wagner 教授は、2 段階に分けて論じている。第 1 段階においては、Wagner 教授が主に有名人の人格権の侵害によって得られた利益は直接的に吐き出すべきだと分析しているが、一般人の人格権の侵害によって得られた利益には、

⁷⁰¹ Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A84.

⁷⁰² Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A88.

⁷⁰³ Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A88.

⁷⁰⁴ Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A88.

⁷⁰⁵ Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A88ff.

⁷⁰⁶ Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A89.

⁷⁰⁷ Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A90.

⁷⁰⁸ Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A90.

⁷⁰⁹ Vgl. *Wagner*(Fn. 568) *Neue Perspektiven*, S. A90. ちなみに、ある違法行為により損害が生じたかどうか、および、どのような損害が生じたかの問題に関する、厳格でかつ完全な証明は、たいていの場合不可能である。それゆえ、裁判官が違法行為から損害が生じたという心証を単に一般的に獲得することで十分とすべきである。だが、ドイツ民事訴訟法 287 条は、裁判官の心証の程度に対する要求だけでなく、証明手続に対する要求をも緩和するものであることが顧慮されねばならない。ペーター・アーレンス（松本博之＝吉野正三郎編訳）『ドイツ民事訴訟の理論と実務』（信山社、1991 年）67－127 頁を参照。

慰謝料の多額化でしか対処しないのか、それとも直接的に吐き出すことができるのかという問題には正面から答えていない、と思われる。しかし、第2段階では、Wagner説は、利益吐出しの発生根拠、法律構成、法律効果及び適用対象をめぐって系統的に説明する。その中で、発生根拠は、一般的な予防である。そして、法律構成について、Wagner教授は、BGB 687条2項を削除し、BGB 251条3項を新設することを提案する。特に、非違約責任の領域においては、利益吐出し請求権を一般的な損害賠償法（BGB 823条以下）に組み入れ、不法行為の構成要件を満たさなければならない、とする。なお、利益吐出しという特殊な法律効果が発生した場合、被害者は行為者に故意があることを証明しなければならない。続いて、法律効果について、損害賠償と利益吐出しを累積することはできず、被害者は、自分の裁量に基づいて、このような二つの請求権から、いずれかを選択することができる。そのほかに、利益分配の割合は、被害者の法益への利用（例えば、患者の身体の一部への利用）に応じて形成されるべきである、とされる。しかも、医師・研究者のような加害者が行った特有の貢献を適切に考慮すべきである。注意すべきなのは、そのような請求権の行使は、権利者が実際の損害を被ることを前提としていないことである。たくさんの控除で粗利益を減らすことは許されない。また、適用対象について、財産的な法益が侵害される場合、あるいは、非財産的な法益（例えば、一般的人格権、パブリシティ権、身体的人格権など）が侵害される場合、権利者は利益吐出し請求権を行使することができる。

第2款 Tobias Helms 説

次に、Helms教授の利益吐出し（Gewinnherausgabe）理論を分析する。彼の理論に特に注目する理由は、以下の通りである。

第1、Helms教授は、上記のWagner説との対話を行っている。つまり、Wagner教授からの「故意に法律に違反する場合、利益吐出しが画一され規格化される」という構想は原則的に歓迎されているが、いくつかの問題が存在するかもしれない⁷¹⁰。

第2、Helms説によれば、まず、独特な法律効果としての利益吐出しは、被害者の損失への過剰補償と加害者の行為への予防・制裁に対する評価問題を反映しているが、よって、その評価が困難になる一方で、首尾一貫した制定法の規定が欠けるため、簡単な解決策では答えにくいかもしれない⁷¹¹。次に、利益吐出しをめぐる構成要件について、契約以外の構成要件と契約上の構成要件に分けて体系的に考察している⁷¹²。前者は、不当利得、準事務管理及び不法行為責任を包括している。それに対して、後者は、代償請求権（＝代替の利益に対する請求 Anspruch auf das stellvertretende Commodum）及び、信認義務の違反に由来する責任（＝忠誠・誠実義務の違反に由来す

⁷¹⁰ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 481ff.

⁷¹¹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 22ff.

⁷¹² Vgl. Helms (Fn. 544), S. 25ff.

る責任 Haftung wegen Verletzung von Treuepflichten) を含んでいる。最後に、独特の不当な行為を制裁するために、準事務管理は好ましい方法である⁷¹³。

そこで、本稿では、Helms 説に関わる理論の概観、Wagner 説との対話及び具体的な理論の展開を検討したい。

第1項 概説

Helms 説を分析し始める前に、その準備として、関連する理論の概説を簡単に整理しておこう。

まず、損害賠償責任が被害者に生じた損害を填補するためであるのに対して、利益吐出しは、加害者の不法行為による利益を剥奪することを目的としている。そのため、利益吐出しは、損害賠償責任の対立物とみなされる。しかしながら、利益吐出しの定義と概念ははっきりしていないが、加害者の不法行為による利益は、二つの異なる方法で算定することができる。一つは、不法な利益は、加害者によって獲得されたすべてのものと見なすことである。もう一つは、不法な利益は、加害者が被害者の権利を行使する権限を与えずに支払いを回避した実施料相当額と見なすことである。ドイツ法においては、利益吐出しとは、通常、前者のみを示し、全部の利益を奪うことを指す⁷¹⁴。

次に、請求権者 (Anspruchsinhaber) は、相応額の財産的損失を受けたかどうかにかかわらず、加害者に不法行為による得られたすべての利益を吐き出すように請求することができる。そのため、仮定的な市場価格 (他人の法的地位 (Rechtspositionen) を使用して通常支払うべき費用) よりも、独特な法律効果としての利益吐出しは、先へ進む責任結果である⁷¹⁵。言い換えれば、損害賠償の間接的な手段とは異なり、利益吐出しは加害者の不当な利益を直接的に奪うことである⁷¹⁶。

そして、利益吐出しの発生根拠は二つある。第一に、この根拠は、権利侵害行為に対する一般的な予防というより、特定の不当な行為に対する制裁である⁷¹⁷。第二に、信認義務の違反である⁷¹⁸。

最後に、利益吐出しの構成要件について、Helms 教授は準事務管理 (BGB 687 条 2 項) によって加害者の不当な利益を剥奪する傾向がある。通説によれば、準事務管理は契約上の保護されるべき利益に対する侵害行為に適用できない。しかし、Helms 教授はこのような通説を批判して、BGB 687 条 2 項の基礎となる責任原則は契約上の保護されるべき利益に対する侵害行為に適用できると指摘している。なぜなら、歴史・体系・目的論の視点から見ると、通説がこの規定の適用範囲を絶対的な法益に対する

⁷¹³ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 488ff.

⁷¹⁴ See Helms, *supra* note 552, 2015, at 219–220. Auch vgl. Helms (Fn. 544), S. 6ff., S. 488.

⁷¹⁵ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 488.

⁷¹⁶ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 6.

⁷¹⁷ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 494.

⁷¹⁸ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 492.

侵害に制限することは支持されてはならないからである⁷¹⁹。さらに言えば、加害者が故意に被害者の営業機会または契約上・法律上の信認関係を侵害してこそ、利益吐出しが適用される⁷²⁰。

第2項 Wagner 説との対話

日常の言葉として、いわゆる対話は、2人あるいは2人以上が直接に向かい合って互いに話をすることを意味する。だが、ここでの「Wagner 説との対話」とは、Helms 教授が「損害賠償法に利益吐出しの一般的な条項を導入する」という Wagner 教授の提案を評価することを指す。諸多の学者・実務家が現行法の基礎の上に利益吐出しをめぐる問題の解明に貢献しようと試みているのとは異なり、Wagner 教授は2006年の法曹大会で立法者に介入を呼びかけた。しかも、「故意に法律に違反する場合、利益吐出しが画一され規格化される」というような構想は原則的に歓迎されているが、いくつかの問題が存在するかもしれない。

第1の批判については、有責性の基準という点と、補償不足を補う機能とが合致するかどうかという点が明確ではない⁷²¹。Wagner 説によれば、有責性の基準は故意に限定されている。しかし、過失により無体財産権・人格権が侵害された場合、真正の利益吐出しが適用できるのか、それとも補償不足を補う機能と合致しているか。このような二つの疑問点については、引き続き議論の余地がある⁷²²。

第2の批判については、提案された BGB 251 条3項の文言によれば、権利が故意に侵害されることを理由に、損害賠償請求を行うすべての事案において、利益吐出しが自動的に考慮されるべきということには疑問がある⁷²³。特に、他人の財産的な利益が利得の過程で従属的な貢献のみをする場合でも、このような人に利益吐出し請求権を自動的に与えるべきなのだろうか。この問題に関しては、Wagner 教授の指摘する「貢献の割合によって分配する」ということができるにもかかわらず、実際には利益の分配に計り知れない困難が存在している。簡単に言えば、情報請求権と計算書作成請求権を共に貫徹するための努力とコストから見ても、利益吐出しの構成要件に対する裁判所の実際の操作性から見ても、構成要件の面では、従属的な法益侵害の事案において、利益吐出しが適用されがたいのである⁷²⁴。

第3の批判については、「なぜ強制的な利益移転には特別な価値があるのか」と「なぜ市場の円滑な働きを優先的に守るのか」は不明である⁷²⁵。Wagner 教授は、このような二つを図利の不法行為を防止する理由としながら、非財産的な人格的利益を故意に侵害して利益を得るケースに特に注目している。しかし、非財産的な人格的利益は本

⁷¹⁹ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 179ff., S. 491.

⁷²⁰ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 492.

⁷²¹ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 482.

⁷²² Vgl. Helms(Fn. 544), S. 482.

⁷²³ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 482f.

⁷²⁴ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 483.

⁷²⁵ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 483f.

来市場性のあるものではなく、市場性のある利益を生み出さないため、「強制的な利益移転」という要因を満たさない。さらに、市場の効率的な働きに保護を制限することと、さまざまな故意の権利侵害行為を阻止することとの間に対立関係がある。もちろん、利益吐出しは、確かに「希少な財産を配置する場所としての市場」を回避する刺激の発生を確保することができるが、なぜ法律は、法的に認められた個人の利益よりも、市場の円滑な働きを優先的に保護するのだろうか⁷²⁶。

第4の批判については、「非契約責任の場合と比較して、契約領域では提案された利益吐出しの構成要件に縮小解釈を行う理由はない」という主張には、矛盾がある⁷²⁷。Wagner 教授は、義務に由来する訴求可能性がほとんど制限されないというドイツの構想を考慮して、重大な制限が生じないことを承認する。ただし、このような構想の射程が長すぎることを証明される。さらに、予防の考えを絶対化すれば、故意の権利侵害での利益吐出しを制限するための理解可能な基準がなくなってしまう恐れがある。しかも、想像できる利益吐出しの状況が非常に多いので、このような質素な公式に簡略化することもできない。そのため、Helms 教授は、Wagner 教授が提案した利益吐出しの構成要件をより柔軟にすべきだと考えている。すなわち、利益吐出しの適用対象は、他人の利得機会を利用したり信認義務に違反したりする場合だけでなく、人格権侵害の行為を制裁する場合も包括している。そのほかに、義務違反の行為に対する制裁が必要かつ適切な場合にのみ、利益吐出しは行なわれる⁷²⁸。

第5の批判については、Wagner 教授の提案を放棄し、逆に準事務管理を発展させることで利益吐出しという問題を解決すべきである⁷²⁹。また、現在の通説によると、準事務管理は、財産的価値のない利益が侵害される場合に利益吐出しの構成要件と見なされておらず、契約上の義務違反に適用される場合にも大きな問題を引き起こす可能性がある。しかし、Helms 教授も法曹大会での多数派と同様に、発展し続ける準事務管理を利益吐出しの構成要件として考慮すべきである、と主張している。残念なことに、法曹大会での多数派は、吐き出された利益の一部のみを被害者に与えるしかないと考えている。明らかに、このような考えは、準事務管理のさらなる発展とまったく相容れない。そのほかに、民法上の利益吐出し請求権を責任法における補償請求権体系に必要な補足とすることは、故意の違法行為への制裁だけでなく、被害者の法益への保障でもある。ただし、不法に取得した利益の一部を国庫に上納すると、個人的な保護機能の実現を目指して努力しようとする希望が阻害される⁷³⁰。

以上の批判に基づいて、1つの発案が提示されている。つまり、Helms 説によれば、故意に他人の権利を侵害する行為のうち、どのような行為に利益吐出しが適用される

⁷²⁶ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 484.

⁷²⁷ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 485f.

⁷²⁸ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 485f.

⁷²⁹ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 486f.

⁷³⁰ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 487.

のかを明らかにするためには、より明確な規定を制定することが望ましい⁷³¹。その中で、このような決定要因は、加害者が許可を受けず他人の権利を勝手に侵害しているか、被害者がその権利から利益を得る機会を奪われているかどうかということである⁷³²。

第3項 Helms 説の展開

Helms 説の展開に関しては、主に利益吐出しの発生根拠と法律構成が論じられている。その中で、発生根拠は、制裁と信認義務違反を包括している。そして、利益吐出しの構成要件については、Helms 教授は、従来の立法・学説・判例を踏まえて、契約以外の構成要件と契約上の構成要件に分けて体系的に考察している。最終的に、加害者が故意に被害者の営業機会または契約上・法律上の信認関係を侵害した場合、すべて準事務管理によって統一的に対応される。

1. 利益吐出しの発生根拠

以上のように、利益吐出しの発生根拠は二つある。第一に、この根拠は、権利侵害行為に対する一般的な予防というより、特定の不当な行為に対する制裁である⁷³³。なぜならば、一般的な予防の必要性を引き合いに出して、説得力のある利益吐出しシステムを展開することができないだけでなく、実定法におけるすべての構成要件の限界を突破しているからである⁷³⁴。第二に、信認義務の違反である。実際、自分の利益を図ること自体が、すでに義務違反になっていた。というのは、このような義務違反の行為は、営業主の留保する営業機会を減少すること、または契約上・法律上の信頼関係の動揺による法制度の運用能力が疑われるからである。そのため、発生根拠の一つである信認義務違反に基づいて、「違法行為によって得られた利益は吐き出さなければならない」という自然的かつ必然的な結論が導き出される⁷³⁵。

2. 契約以外の法律構成

(1) 不当利得説

不法な利益の返還請求権について、最初に差し出されるのは、不当利得返還請求権であり、特に BGB 812 条 1 項 1 文第 2 選択肢に基づく非給付利得（広義の侵害利得）返還請求権である⁷³⁶。しかし、この規定によれば、債務者が債権者の費用によって利

⁷³¹ See Helms, *supra* note 552, 2015, at 222.

⁷³² See Helms, *supra* note 552, 2015, at 222. Auch vgl. Helms (Fn. 544), S. 156ff.

⁷³³ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 494. ちなみに、補償を超える契約上の制裁に対する経済的な分析について、Johannes Köndgen, Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch?, *RabelsZ* 56 (1992), S. 722ff. また、補償を超える非契約上の制裁に対する経済的な分析について、Köndgen (Fn. 555), S. 679ff.

⁷³⁴ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 492.

⁷³⁵ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 492.

⁷³⁶ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 25.

益を得た場合にのみ、不当利得が返還される。そのため、制限する構成要件の特徴がどの程度、損害とは無関係な利益吐出しの道を塞いでいるのかという問題が生じる⁷³⁷。このような問題の背景として、Helms 教授は、不当利得説について詳しく説明している。

まず、Helms 説によると、侵害利得の歴史的な発展は、三つの重要な段階を経てきた。第1段階は、財貨移転説 (Vermögensverschiebungslehre) の克服である。Savigny 教授が不当利得法の財貨移転説に重大な影響を与えたが⁷³⁸、このような財貨移転説も19世紀末の実務（特に知的財産法に関わる実務）で承認された⁷³⁹。しかし、事例ごとに「利益と損害の対応」を証明することが困難であるため、多くの学者は、財貨移転という必要条件を放棄し、「利得過程の統一性」というより柔軟な形式を採用すべきだと主張してきた⁷⁴⁰。その後、第2段階と第3段階に徐々に移行している。第2段階は、違法性説 (Rechtswidrigkeitstheorie) の提出である。違法性説の創始者としてのSchulz 教授⁷⁴¹は、「何人も自分の不正な行為によって利益を得ることを許さない」という原則を現行の不当利得法では実現できず、逆に多数の異質な規定という全体的な評価 (Gesamatschau) で解決する、と提唱していた⁷⁴²。このような見解は、明らかに行き過ぎではあったが、数十年後に侵害利得法という新たな構想の根拠を提供した⁷⁴³。また、Jakobs 教授⁷⁴⁴は、侵害利得の中心的な要素が加害者の行為の違法性であることを明らかにした⁷⁴⁵。しかし、そのような構想と、BGB 687 条2項1文に規定されている利益引渡しの責任が故意による権利侵害の場合に限定されることを如何にして両立させるかについて、Jakobs 教授は必ずしも解明していない⁷⁴⁶。そして、第3段階は、割当内容説 (Zuweisungsgehaltslehre) の定着である。注意すべきは、ここでの第3段階が第2段階の終了後に出現したのではないということである。反対に、第3段階の割当内容説は、第2段階の違法性説と競争して存在し、だんだん通説になっている。さらに言えば、割当内容説は、Wilburg 教授⁷⁴⁷によって創造され、Caemmerer 教授⁷⁴⁸によってさらに発展させられ、現在では不当利得法に関する文献や判例に定着し

⁷³⁷ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 25.

⁷³⁸ ちなみに、Savigny 教授の不当利得理論の淵源・内容・影響について、類似の理解を示すものとして、傳広宇「薩維尼的不当得利理論及其淵源与影響」中德私法研究8卷（2012年）51-70頁を参照。

⁷³⁹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 25ff.

⁷⁴⁰ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 29f.

⁷⁴¹ Vgl. Schulz (Fn. 540), S. 1ff.

⁷⁴² Vgl. Helms (Fn. 544), S. 30f.

⁷⁴³ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 31.

⁷⁴⁴ Vgl. Horst Heinrich Jakobs, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964, S. 17ff.

⁷⁴⁵ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 31.

⁷⁴⁶ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 32.

⁷⁴⁷ Vgl. Walter Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau, 1934, S. 5ff.

⁷⁴⁸ Vgl. Ernst von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Hans Döhlle u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rabel, Band 1, 1954, S. 333ff.; [德]恩斯特·馮·克默雷爾（唐勇訳）「不当得利法

ている⁷⁴⁹。このような割当内容説の基礎は、法秩序によって承認されている権利の地位が、特定の実質的な価値の割合に限定されるのではなく、権利者に権利を利用し、活用するという専有的な権限を与えることにある⁷⁵⁰。

次に、構成要件の適用範囲については、Helms 教授は、人格権侵害、正当な競争の違反、および純粋な同意留保の侵害 (Verletzung reiner Zustimmungsvorbehalte)⁷⁵¹という三つの場面をめぐって検討している。また、正当な競争の違反と純粋な同意留保の侵害という場面が本論文の趣旨に繋がらないので、以下では人格権侵害の場合のみを説明したい。長い間、ドイツの実務上では、広告宣伝のために人格権侵害によって利益を得る不法行為に対して、侵害利得は重要な役割を果たしてきた。しかし、許可なく他人の写真を利用したり、私的な生活・親密な生活の細部を披露したりするように、新聞・ラジオ・テレビの報道によって人格権が侵害される場合、被害者は不当利得法による救済を求めることはほとんどない。その代わり、被害者は非財産的損害賠償請求権を行使する傾向がある。なぜならば、メディア報道に関連する人格権侵害の場合において、違法性の判定は一般的に公衆の情報利益を慎重に検討する必要があるからだろう⁷⁵²。最近、一部の学者は、新聞が発行部数を増やすために、有名人を誹謗したり、許可なく私生活に関する情報を開示したり、該当する情報を捏造したりした場合にも、被害者に利得補償を与えるべきであると主張する。しかし、もしこのような観点を採用するのであれば、利得補償請求権の範囲が拡大することになるほか、債権者が債務者の損失によって何を得ているのかということを合理的かつ検証可能な基準で確定することも困難となってしまう⁷⁵³。また、このような観点が裁判官に、より広範な自由裁量権を与えることは、不法行為による過失責任の枠組みにおいて受け入れられそうだが、不当利得法の文脈では非常に奇妙である⁷⁵⁴。具体的な理由は以下のようなことである。つまり、他人の権利が侵害される場合において、有責性とは無関係な補償請求権の承認に対する特殊な正当性は、不当利得の相手方が奪い取られるものが、侵害行為によって得られているものを超えていないことにある。不当な利益抽選 (Vorteilsziehung) の範囲がどのように確定されるかという基準がなければ、このような正当性は機能しなくなる⁷⁵⁵。

的基本問題」中徳私法研究 8 卷 (2012 年) 71-86 頁を参照。

⁷⁴⁹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 34f. また、ドイツ不当利得法に関する理論の発展と重要な文献について、[徳] 格哈德・瓦格納 (馬丁訳) 「20 世紀不当利得法理論の発展と不当利得法領域的法律文献」中徳私法研究 8 卷 (2012 年) 87-113 頁を参照。

⁷⁵⁰ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 34.

⁷⁵¹ 純粋な同意留保とは、権利者が不当な利用行為を禁止する権限を有するものの、自らは該当行為を実施することができないことを指す。純粋な同意留保の侵害にかかる典型例は、不適法な転貸借である。Vgl. Helms (Fn. 544), S. 57ff.

⁷⁵² Vgl. Helms (Fn. 544), S. 40.

⁷⁵³ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 49.

⁷⁵⁴ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 50.

⁷⁵⁵ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 50f.

続けて、Helms 教授は、利得剥奪 (Bereicherungsabschöpfung) と利益返還 (Gewinnherausgabe) の関係を中心に考察している。もし違法性説に基づいて、不当利得返還請求権が侵害行為の違法性から導かれるのであれば、法秩序の反応は、債務者が侵害によって得たすべての利益を剥奪することである⁷⁵⁶。これが、違法行為を完全に逆転させる唯一の方法だからである。それに対して、もし割当内容説に基づいて、返還請求の決定的な根拠が他人の活用権限や利用権限の篡奪である場合、不当利得法における利益剥奪の範囲は、法によって割り当てられる当該法益の程度に依存している⁷⁵⁷。しかしながら、割当内容説は、決定的な視点に注意を引き出すことしかできず、利益剥奪の範囲という問題に答えることはできない。というのも、評価決定の結果が最終的には有効かつ公正な熟慮によって得られることを意図しているが、このような熟慮は、実定法から厳格かつ形式的な演繹法に基づいて実現することはできないからである⁷⁵⁸。そのため、割当内容説の精神的な父たちが利益返還の問題で異なる結論を出すことも珍しくない⁷⁵⁹。例えば、利益返還の範囲について、Wilburg 教授は、原則として不当利得返還請求権が「他人の法益と経済的関連に立つ利得者のすべての利益」に適用されるが、利得者の「仕事と企業者能力」が価値創造に重要な影響を与える場合、その貢献の割合に応じて利益を分配すべきである、と主張している⁷⁶⁰。だが、Caemmerer 教授は最初から、利益返還の範囲が利得対象に直接由来する利益の客観的価値に限定されるべきである、と提唱している⁷⁶¹。また、判例は、一般に、BGB 812 条に基づいて、侵害された法益の客観的価値を返還の上限とすることを認めている⁷⁶²。さらに言えば、Caemmerer 教授の観点を踏まえて、不当利得法における利益吐出しを拒否する立場は、判例と学説の中で貫徹されている⁷⁶³。

最後に、上記では、不当利得法による利益吐出しの問題性を一般的に熟慮した背景の下で、Helms 教授は、単独の構成要件を分析し、不当利得返還請求の内容をさらに明確にすべきである、と主張している⁷⁶⁴。具体的には、早急に解決すべき四つの問題がある。すなわち、①価値賠償は利益吐出しの関門 (Einfallstor) として存在するのか、②BGB 816 条 1 項 1 文は利益吐出しの特別な構成要件として存在するのか、③賠償返還と使用返還 (Ersatz-und Nutzungsherausgabe) は利益吐出しの手段として存在するのか及び④加重責任を負う利得債務者には利益吐出し義務があるのか。

⁷⁵⁶ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 61.

⁷⁵⁷ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 61f.

⁷⁵⁸ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 62.

⁷⁵⁹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 62.

⁷⁶⁰ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 62. ちなみに、Wilburg 教授の見解について、松坂佐一『最近のドイツ不当利得法の概観』（有斐閣、1992 年）3-5 頁を参照。

⁷⁶¹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 62f. ちなみに、Caemmerer 教授の見解について、松坂・前掲注（760）5-13 頁を参照。

⁷⁶² Vgl. Helms (Fn. 544), S. 63ff. また、BGB812 条をめぐる解釈と適用について、椿寿夫＝右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』（三省堂、1990 年）6-17 頁（右近健男執筆）を参照。

⁷⁶³ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 66.

⁷⁶⁴ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 71ff.

問題①は、主に客観的価値賠償説 (objektive Wertersatztheorie) と主観的価値賠償説 (subjektive Wertersatztheorie) の論争に関するものである⁷⁶⁵。さらに、BGB 818 条 2 項に基づく利得賠償の範囲について、客観的価値賠償説によれば、利得対象の市場価値 (一般的な通常の値段) を指すが、主観的価値賠償説によれば、利得債務者の個人的な財産状態の発展が決定的な役割を果たすこと (価値賠償義務は、原状回復できない取得したものが債務者の財産に与えた積極的または消極的な影響によって決定される) を強調する⁷⁶⁶。注意すべきは、客観的価値賠償説が立法者の観点と通説において認められるが、主観的価値賠償説は少数説にすぎない。実は、主観的価値賠償説は、ある程度利益吐出しの根拠となる可能性を提供している。というのは、権限のない受益がなければ、利得債務者の財産が奪われないからである⁷⁶⁷。しかし、Helms 教授は、法的システムと判例の視点から主観的価値賠償説を批判し⁷⁶⁸、準事務管理を通じて不当な利益を剥奪すべきである⁷⁶⁹、と主張している。

問題②について、BGB 816 条 1 項 1 文は、利益吐出しの議論において中心的な役割を果たしている。特に、他人の財産に対する有効的な処分の場合、この規定は、不当利得返還請求権を「処分によって取得されたもの」に延長している⁷⁷⁰。しかし、BGB 816 条 1 項 1 文の枠組みは区別されなければならない。取得された購入価格が通常の市場価格より大きい場合、より多くの収益が処分者の特殊な能力または優位な市場地位に由来する限り、BGB 816 条 1 項 1 文に基づく請求権は、目的論的縮減の経路において処分対象の客観的価値に限定されている⁷⁷¹。また、譲渡収益が通常の価格変動に起因しており、かつ「偶然の構成要素」 (Zufallskomponente) を含む場合、返還請求権者には、より具体的な (事後的な視点からの確認) 流通価値が補償されるべきである⁷⁷²。言い換えれば、実際の考慮のために、市場価格を超える利益に対して、債務者が自身の努力あるいは特殊な市場地位によって得られたものであることを反証できない限り、譲渡収益は目的物の客観的価値に相応する可能性がある⁷⁷³。そのため、Helms 説によれば、このような構想は、利益吐出しがドイツ不当利得法に包括されて

⁷⁶⁵ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 72ff. また、客観的価値説 (objektiver Wertbegriff) と主観的価値説 (subjektive Wertbegriff) の論争について、村田・前掲注 (103) 367–381 頁、藤原・前掲注 (102) 『不当利得法』305–308 頁、同・前掲注 (102) 『不当利得法 [全訂第 2 版]』332–334 頁を参照。

⁷⁶⁶ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 73.

⁷⁶⁷ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 73.

⁷⁶⁸ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 74ff.

⁷⁶⁹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 77.

⁷⁷⁰ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 79.

⁷⁷¹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 91. ちなみに、無権利者による処分の対価が目的物の価値より大きい場合については見解が分かれている。通説は無権利者が得た利益は返還を要しないとするのに対し、少数説はその返還を肯定する。椿＝右近編・前掲注 (762) 6–17 頁 (右近健男執筆)。言うまでもなく、Helms 教授は、通説を支持している。それに対して、Hans Josef Wieling 教授は、816 条 1 項 1 文の「処分によって取得されたもの」が目的物の客観的価値に限定されるべきではなく、逆に少なくとも客観的価値を返還し、他の利益を含むべきである、と考えている。[徳]威靈 (薛訳)・前掲注 (619) 65 頁を参照。

⁷⁷² Vgl. Helms (Fn. 544), S. 91., S. 97.

⁷⁷³ ちなみに、このような解決策はライヒ裁判所の判例から発展したものである。Vgl. Helms (Fn. 544), S. 92.

いないことを反映している。しかも、BGB 816 条 1 項 1 文は、全面的な利益剥奪のための意識的な決定ではなく、一般的な不当利得法の構成として立法者によって把握されている⁷⁷⁴。また、このような解釈は客観的にも必要である。具体的な理由について、実際の重要な場合においては、過剰収益 (Übererlös) がたいてい異なる市場段階 (Marktstufe) によって生まれるので、このような収益は、市場参入コスト (Marktzutrittskosten) の補償への貢献として及び経営準備 (Betriebsbereitschaft) の成立・維持への貢献として、処分者に与えられるべきである⁷⁷⁵。

問題③に関しては、主に BGB 818 条 1 項の解釈をめぐる検討が行われている。実は、BGB 818 条 2 項に規定される一般的な価値賠償義務、あるいは BGB 816 条 1 項 1 文に規定される特別な構成要件に基づいても、利益吐出しの正当な解決策としては適切ではない。しかし、BGB 818 条 1 項によって対応できるかどうかについては、依然として議論の余地がある⁷⁷⁶。特に、以下のような問題に直面せざるを得ない。すなわち、利得債権者は、使用返還の方法によって、最初の返還対象の利用から生じる利益をどの程度剥奪することができるのか⁷⁷⁷。そのため、Helms 教授は、譲渡収益⁷⁷⁸と使用⁷⁷⁹という二つの視点から分析している。最終的な結論として、使用返還の義務は、不当利得法の一般的な理論を実現するためのものであり、全面的な利益吐出しの独立した責任根拠とすることはできない⁷⁸⁰。

問題④について、BGB 819 条 1 項、818 条 4 項及び 285 条 1 項に基づき、利得債務者に利益吐出し義務を課すことができるかどうかを検討の対象となる⁷⁸¹。特に、上記のように、Canaris 教授は、人格権侵害に関する利益吐出しという問題に対して、この三つの条文で解決しようと試みることができると主張している。しかし、Helms 教授は、Canaris 説に賛成しない。具体的な理由は以下の通りである。第 1 に、Canaris 教授が主張する BGB 818 条 4 項と同 819 条に関わる「一般的な規定」は不当利得法の範疇を超えており、新たな問題を引き起こすことになる。すなわち、この一般的な規定に関しては、利益吐出し請求権はそもそもどのような教義上の根拠に基づくことができるのか⁷⁸²。したがって、BGB 687 条 2 項を引き続き焦点として検討することも適切である⁷⁸³。第 2 に、純粹に形式的な視点から、BGB 285 条 1 項が人格権侵害に適用

⁷⁷⁴ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 91.

⁷⁷⁵ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 91.

⁷⁷⁶ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 93ff.

⁷⁷⁷ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 93.

⁷⁷⁸ Helms 説によれば、一方で、BGB 818 条 1 項の文理解釈に基づき、返還の内容には譲渡によって得られた収益は含まれていない。他方で、立法者もこの条文によって利益吐出しを実現しようとは考えていなかった。Vgl. Helms (Fn. 544), S. 93ff.

⁷⁷⁹ BGB 818 条 1 項に基づき、債務者は、返還対象の利用によって得たものを返還しなければならない。しかし、この条文の適用範囲は、他人の法益を不適法に使用するすべてのケースを含むわけではない。特に、この条文は、債務者が無体財産権を無断に利用した場合（例えば、他人の発明を不適法に利用した場合）に適用されることができない。Vgl. Helms (Fn. 544), S. 97ff.

⁷⁸⁰ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 110.

⁷⁸¹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 110ff.

⁷⁸² Vgl. Helms (Fn. 544), S. 113.

⁷⁸³ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 113ff.

される反対の理由は、この規定が最初の履行対象に代わって代償物の請求にのみ用いられるということである⁷⁸⁴。しかも、人格権侵害から生じる使用利益は、本質的に引き渡されることが困難であるだけでなく、人格権の不法な使用によって「失われる」ことはさらにはない。そのため、「補償利益」(Ersatzvorteil)が実際に履行対象に代わるのか、それとも部分的に侵害行為と関連するに過ぎないのかを確認することは容易ではない。さらに言えば、BGB 285 条 1 項が人格権侵害に適用されることは困難である⁷⁸⁵。

以上のように、Helms 教授は、不当利得説が利益吐出しの法律構成として機能し得ないという点について、十分に説得な論証を行ったと思われる。まず、Helms 説は、侵害利得の歴史的な発展段階を概観するとともに、割当内容説がドイツ法の通説として確立されていることを主張する。次に、Helms 教授は、法的システムと判例の視点から主観的価値賠償説を批判し、準事務管理を通じて不当な利益を剥奪すべきであると提唱する。最後に、Helms 説は、不当利得法に関する規定(例えば、BGB 818 条 2 項、BGB 816 条 1 項 1 文、BGB 818 条 1 項、BGB 819 条 1 項・818 条 4 項・BGB 285 条 1 項)を精緻に分析した上で、これらの規定が利益吐出しの法的根拠として妥当ではないこと強調する。

(2) 準事務管理説

準事務管理説に関連する BGB 687 条 2 項 1 文、681 条 2 文及び 667 条第 2 選択肢という規定によれば、いずれかの者が、自己に権限がないことを知っているにもかかわらず、他人の事務を自己の事務として取り扱うときは、その行為によって得られたものを引き渡さなければならない。言うまでもなく、上述の不当利得と比較して、ここでの準事務管理が単独に設けられたのは、BGB 起草者が利益返還責任に対してより厳しい態度を取ったことを反映している。学説において、このような利益剥奪請求権(Gewinnabschöpfungsanspruch)は積極的に評価されている。例えば、民法上の補償秩序の体系における法的形象(Rechtsfigur)であり、不当利得法と損害賠償法を補完する重要な法政策であり、あるいは重大かつ実用的な価値のある法理である⁷⁸⁶。しかし、学説は一般に、実際には、BGB 687 条 2 項における明白な利益返還責任原則(Gewinnhaftungsgrundsatzes)の負荷能力を疑っており、かつこの規定の適用をできるだけ回避しているようである⁷⁸⁷。そのため、この規定は、実務において副次的な役割を果たすのみである⁷⁸⁸。なぜならば、BGB 687 条 2 項を基礎にする責任原則はこ

⁷⁸⁴ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 115.

⁷⁸⁵ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 116ff.

⁷⁸⁶ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 119.

⁷⁸⁷ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 120.

⁷⁸⁸ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 119.

れまで明確化されておらず、法学界もこの規定にほとんど注目していないからである⁷⁸⁹。

そこで、Helms 教授は、歴史的な発展、責任原則の基礎、構成要件の適用範囲及び利益吐出し (Gewinnabschöpfung) の射程を中心に検討を行っている。具体的な内容について、以下の通りである。

第 1 に、歴史的な発展について。BGB 687 条 2 項を事務管理法に位置づけることは、利益返還責任の中核的な構成要件としての名目上の機能と相容れないと考える人もいるだろう。さらに、このような基本的かつ普通妥当の規定は、一般的な債権法に置かれるべきであり、あるいは、少なくとも不法行為法または不当利得法の主条文の附属とすべきである⁷⁹⁰。しかし、Helms 説によれば、ローマ法から BGB 687 条 2 項と事務管理の規定との間には密接な関連があるという⁷⁹¹。しかも、準事務管理制度は、普通法時代にすでに存在しており、かつ BGB 準備草案に設けられた。しかし、第一草案は、普通法と準備草案の立場を否定した。なぜなら、他人の事務を違法な意図で自己の事務として管理した場合、不法行為損害賠償責任によって処理されるべきであり、事務管理に基づく責任を認める必要性はないからである。だが、第一草案が本人の利益を正当に評価しておらず、十分に保護していないため、第二草案は、第一草案の立場を改めて、普通法と準備草案の立場に再び戻った。その後、参議院草案と第三草案においても第二草案の立場が維持され、最終的に現行 BGB 687 条 2 項に至った⁷⁹²。

第 2 に、責任原則の基礎について。このような基礎に関しては、以下のような 4 つの点が存在している。つまり、①不真正な事務管理理論の克服、②故意・不法の利得に対する一般的な反応であるか、③より厳格的な利得責任の支配的構想及び④他人の利得機会 (Gewinnerzielungschancen) の利用に対する制裁である。

まず、①に関しては、BGB 677 条 (事務管理) と BGB 687 条 2 項 (準事務管理) に適用するために、客観的な他人の事務に関わる同一・適切な定義を探すことは、教義上の根拠がない。現在からみれば、BGB 687 条 2 項を「厄介者」として BGB 677 条以下の事務管理に置くことは、法体系上の誤った選択である可能性がある⁷⁹³。しかし、Helms 説によると、不法行為と不当利得と異なり、準事務管理は、故意の加害者に制裁を加えることができる⁷⁹⁴。しかも、もし準事務管理という規定を削除すれば、法律

⁷⁸⁹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 120.

⁷⁹⁰ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 120f.

⁷⁹¹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 120ff. ちなみに、ローマ法の古典期中期の事務管理は、もはや必ずしも事務管理者が自ら遂行できた事務を必要とせず、一定の利益への配慮をなすことでもって基礎づけられた。それは、(特に、BGB 687 条 2 項) 事務管理者の利益とも結びつき得るものであった。ベーレンツ＝河上 (訳著)・前掲注 (508) 261–262 頁も参照。

⁷⁹² Vgl. Helms (Fn. 544), S. 122ff. ちなみに、準事務管理に関わる準備草案から現行法までの過程について、花本・前掲注 (566) 198–201 頁を参照。

⁷⁹³ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 127.

⁷⁹⁴ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 128ff.

学は再び第一読会の認識状態に戻る。そのため、準事務管理の意義と目的をよりよく解釈するために、なぜ一部の故意の加害者が利益引渡責任を負う必要があり、他の故意の加害者は利益引渡責任を負う必要がないのかという問題をさらに明らかにすべきである⁷⁹⁵。

次に、②について、損害賠償額算定の困難は、BGB 687 条 2 項の生成過程では何の役割も果たしていない。しかも、このような規定は、特に脆弱な法益を保護することを目的としているわけではなく、故意に他人の利益領域に侵入することに対する反応である⁷⁹⁶。Helms 説によれば、このような反応が一般的な予防を指すものではないため、BGB 687 条 2 項の適用範囲は、すべての故意の違法行為に拡大することはできない⁷⁹⁷。また、一般的な予防を反応とするならば、二つの問題点が生じるかもしれない。一つは、任意の懲罰的な制裁が合法化される⁷⁹⁸。もう一つは、説得力のある利益返還責任体系を発展させることは困難であり、実体法における固有の限界も崩れることになる⁷⁹⁹。実は、一般的な反応は、特定の不法な行為に対する制裁を指す⁸⁰⁰。そして、このような不法な行為あるいは BGB 687 条 2 項の適用範囲は、他人の商業機会 (Geschäftschancen) を利用して利益を得たことに限定される⁸⁰¹。そのほかに、損害賠償請求権 (BGB 687 条 2 項 1 文と BGB 678 条) と利益引渡請求権 (BGB 687 条 2 項 1 文、681 条 2 文及び 667 条第 2 選択肢) は累積できない⁸⁰²。

そして、③に関しては、不法行為と不当利得に比べて、準事務管理によって利益を剥奪することは、被害者の法益への保護に有利である⁸⁰³。また、より厳格的な利得責任を実現するためには、利用される権利または法益は、ある程度利得の過程に重要な影響を与えるべきである⁸⁰⁴。

最後に、④については、BGB 687 条 2 項の枠組みにおいて、次の二つの場合を区別すべきである。一方で、権利者の合法的な利得機会がライセンス料に限定される場合、客観的価値に対する不当利得法上の請求権は、利得機会の法的地位の侵害をすでに根本的にカバーしていた。しかも、より広範な制裁はもはや必要でないか、少なくとも、このような必要は個人的な利益に対するその他の故意侵害行為よりも大きくなるならない⁸⁰⁵。他方において、違法行為は通常の市場の取得メカニズムを回避することによって法益を奪い、かつ権利者の継続的な利得機会をも奪う場合は、より強力で実質的な根拠によって吐き出される違法な利益を権利者本人に与えることができる。というの

⁷⁹⁵ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 134.

⁷⁹⁶ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 138.

⁷⁹⁷ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 134ff., S. 491.

⁷⁹⁸ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 144.

⁷⁹⁹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 492.

⁸⁰⁰ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 144f., S. 494.

⁸⁰¹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 156ff., S. 491.

⁸⁰² Vgl. Helms (Fn. 544), S. 139.

⁸⁰³ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 146ff.

⁸⁰⁴ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 155f.

⁸⁰⁵ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 157.

は、他人の利得機会を故意に横領することで得た利益を加害者に残すのは受け入れがたいことだからである⁸⁰⁶。

第3に、構成要件の適用範囲について。Helms教授は、純粋な同意留保の侵害、(任意の)交換可能な法益の利用、人格権侵害及び債権法上の義務に対する違反という4つの場面をめぐって検討している。また、他の場面が本論文の趣旨に繋がらないので、以下では人格権侵害の場合のみを説明したい。

まず、一般に、BGB 687条2項は、自己のために他人の人格権の財産権的性質のある形態を利用する事件にも適用されるべきである⁸⁰⁷。しかし、Paul Dahlke事件では、判例は、知的財産権法上の損害賠償算定方法を人格権侵害に転用することを認めた。この判例の解釈によれば、過失の違法行為のみの事件であっても、三つの損害賠償算定方法が採用される可能性がある。しかも、このような算定方法は、BGB 687条2項1文の適用範囲を実質的にカバーしている。現在に至るまで、BGB 687条2項1文は、人格権の場面でいかなる実際的な意義を発揮していない⁸⁰⁸。さらに、Caroline von Monaco事件では、人格権の強制的商業化を抑制するため、連邦通常裁判所が初めて人格権侵害によって得られた利益を非財産的損害賠償の算定要素として取り上げたが、BGB 687条2項1文に基づく独立した利益剥奪請求権は考慮されなかった⁸⁰⁹。特に、Caroline von Monaco自身は「インタビュー」を捏造することができないため、「他人」の事務管理も存在しなかった。しかし、Helms教授は連邦通常裁判所の判旨に賛成しない。Helms説によれば、BGB 687条2項の適用範囲に対する糸口は、インタビューを受けるかどうかを公然と決める抽象的な権限である⁸¹⁰。Caroline von Monaco事件において、このような権利の支配力(Rechtsmacht)が財産価値の特性を備えていることは間違いない。Caroline von Monacoがインタビューや写真の自由な使用を根本的に拒否しているかどうかは、人格権における財産価値の特性を変えることはない⁸¹¹。現在の通説によると、Caroline von Monacoがインタビューを拒否することは、他の有名人にとっても日常の「事務」の一部であり、不当利得法において決定的な役割を演じることができない。そのため、このような視点から、BGB 687条2項の適用を阻止できるものはほとんどない⁸¹²。さらに言えば、このような事件に対して、本質的に補完的な非財産的損害賠償請求権の算定時に営利状況を考慮するのではなく、BGB 687条2項1文に基づく法的な利益吐出し請求権を優先的に認めるべきである⁸¹³。

⁸⁰⁶ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 157ff.

⁸⁰⁷ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 173. それに対して、他人の人格権侵害は、主に不当利得法及び不法行為によって補償される。687条2項は、ほとんど適用されない。右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、1995年)543頁(尾崎三芳執筆)を参照。

⁸⁰⁸ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 173.

⁸⁰⁹ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 173ff.

⁸¹⁰ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 174.

⁸¹¹ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 174.

⁸¹² Vgl. Helms(Fn. 544), S. 175.

⁸¹³ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 179.

ところで、ここで展開する BGB 687 条 2 項の構想によれば、利用される人格権保護の地位が具体的な利益獲得の過程に対して副次的かつ非形成的な価値を有する場合、BGB 687 条 2 項の適用は制限されなければならない⁸¹⁴。

次に、人格権は、確かにその保有者に市場機会を提供する可能性があるが、多くの要素にも依存している。例えば、血統や特殊な業績による知名度、公共の場（特にメディア）における関係者の職業的地位や社会的地位などである⁸¹⁵。だが、Helms 説によれば、人格権が独立した経済財産の性格を取得しており、かつ独立した市場価値と結び付く場合にのみ、BGB 687 条 2 項 1 文に基づく利益吐出し請求権は正当である⁸¹⁶。また、商業的宣伝などに対しては、「一般人」の人格権も任意の交換可能性があるが、ある程度制限されている。さらに、例外的に、ある第三者が人格権の利用措置に興味を持った後、一般人の人格権は市場機会と連合を結んでいる。そのような場合において、一般人は第三者にライセンス料を請求することができる。第三者が法益保有者の同意留保を無視する場合、この保有者は、不作為請求権を主張できるほか、十分な制裁を与えるために、不当利得法上の基礎に基づいて利用補償金（Nutzungsentschädigung）を請求することもできる⁸¹⁷。

結論として、BGB 687 条 2 項の適用は、人格権における財産権的性質のある構成要素への侵害を前提とする。言い換えれば、篡奪された法益が独立した商業機会を創出しており、かつ利益獲得の過程に決定的な影響を与える場合、準事務管理に基づく規定が適用される。実は、BGB 687 条 2 項は、法益保護の一般的な手段として構想されたものではなく、むしろ特定の不法な行為に対する反応である⁸¹⁸。

第 4 に、利益吐出しの射程について。準事務管理によれば、自己事務管理者（Eigengeschäftsführer）⁸¹⁹は、不法な管理から取得したすべてのものを事務本人に引き渡さなければならない。可能な利益分配という問題を抜きにして、このような請求権は、基本的に利用行為による全体の総収益に向けられる⁸²⁰。BGB 687 条 2 項 1 文の目的は、加害者が経済的な考慮によって、利益獲得権限（Gewinnerzielungsbefugnisse）に由来する合法的な割合を犠牲にすることを阻止することである。そのため、加害者自身が本来合法的な方法で同じ利益を得る可能性があったとしても、異議を申し立てることはできない⁸²¹。残念ながら、判例と学説では、

⁸¹⁴ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 175f.

⁸¹⁵ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 176.

⁸¹⁶ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 176.

⁸¹⁷ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 176f.

⁸¹⁸ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 179., S. 494.

⁸¹⁹ 一般に、事務管理者（Geschäftsführer）とは、他人のために他人の事務を管理する人のことである。だが、自己事務管理者（Eigengeschäftsführer）とは、他人の事務を自己の事務として管理する人のことである。実際、ドイツ法における自己事務管理（Eigengeschäftsführung）には、誤信管理（BGB 687 条 1 項）と準事務管理（BGB 687 条 2 項）が含まれている。

⁸²⁰ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 193.

⁸²¹ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 193f.

このような利益吐出し請求権の射程(範囲)に十分な注目が集まっていない。そこで、Helms 教授は、この問題を中心に精緻な分析を展開している⁸²²。

利益吐出し請求権の射程については、費用の償還 (Aufwendungsersatzes) と利益の分配 (Gewinnaufteilung) が最も重要な二つの内容である。その中で、費用の償還に関しては、一般的な原則と費用の分類が問題となる。また、利益の分配に関しては、具体的な理由と分配の方法も問題となる。以下、それらの内容について順に説明したい。

まず、費用償還の一般的な原則について。本人は、BGB 687 条 2 項 1 文、681 条 2 文及び 667 条第 2 選択肢に基づいて利益吐出し請求権を主張することができる。同時に、自己事務管理者も BGB 687 条 2 項 2 文に基づいて費用償還請求権を主張することができる。このような規定の設計は客観的に正当である⁸²³。通説によると、不当利得法上の規定 (BGB 684 条 1 文) に関する費用の償還については、(利益を取得するために) 自己事務管理者が実際に支出した費用ではなく、権利者のわずかな節約した費用のみを指す。そのため、加害者の具体的な利用措置と本人の仮定的な利用能力を比較せざるを得ない⁸²⁴。しかし、Helms 説によれば、この比較考察には最初から欠陥がある。すなわち、本人の利得が通常、自己事務管理者から得た総収益を指すのであれば、利益を増加させるための加害者のあらゆる措置も、利得増加の要因として考慮されなければならない⁸²⁵。また、通説の視点から見ると、契約上の委任された受託者と正当な事務管理者に比べて、自己事務管理者はより厳格な責任を負うことになる。なぜなら、この受託者と管理者はそれぞれ BGB 670 条及び BGB 683 条 1 文に基づき、主観的に必要とみなされるすべての費用償還を請求することができるからである。しかし、自己事務管理者が本人または関連する経済活動分野の一般的なメンバーよりも効率的に事務を遂行した場合、費用償還請求権は、被害者が節約した費用を基準にするのではなく、加害者が実際に支出した費用を上限とすべきである。しかも、このような費用と利得に対して、自己事務管理者は陳述義務と証明義務を負っている⁸²⁶。

次に、費用の分類について。自己事務管理者の費用は、侵害行為に直接起因する場合にのみ償還されるべきである。言い換えれば、侵害行為を実施するために金銭的な費用が発生した場合、その費用が償還されることになる⁸²⁷。例えば、利用された対象の維持または改善にかかる費用 (賃貸物の修繕費など)、利用された対象の売れ行きにかかる費用 (運送費など)、または利用された対象が生産可能になるために必要な

⁸²² Vgl. Helms(Fn. 544), S. 193ff.

⁸²³ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 194.

⁸²⁴ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 195.

⁸²⁵ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 195f.

⁸²⁶ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 198.

⁸²⁷ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 198.

費用（原材料費、包装費など）である。また、一方、自己事務管理者は、顕著な財産的犠牲を払っておらず、有意義な活動分野を開拓していないからである。他方、自己事務管理者の故意による違法行為は奨励されるべきではないからである。それ故に、自己事務管理者は自身の行動から相応の報酬を得ることはできない。つまり、償還されるべき費用には自己事務管理者の相応しい報酬は含まれない⁸²⁸。

加えて、ランニングコスト・固定費用（Gemeinkosten）を自分の取り分に応じて（＝比例または割合で）控除できるかどうかも問題となる⁸²⁹。特に、侵害行為が広範囲の経済活動の一部である場合、このような問題を検討することは非常に重要である⁸³⁰。ランニングコスト・固定費用には、税金、手数料、会費、減価償却費、万一の火災保険または建物保険などが含まれる。明らかに、これらのランニングコストを償還されるべき費用として完全に加算することは不可能である⁸³¹。なぜなら、これらのランニングコストは通常、個人的な利用行為を実施するためではなく、一般経営上の運営を確保するためのものだからである。さらに、たとえ割合で加算されたとしても、通常も除外されるべきである⁸³²。その理由は、これらのランニングコストが侵害行為の実施決定によって影響を受けたかどうか、及びどの程度影響を受けたかという点で再現は難しいからである。実は、一括した割合で費用を加算すること（例えば、総売上高の割合）は、純粋な擬制と恣意的な仮定によるものであり、実際の運営状況を反映することはできない。しかも、これらのランニングコストが割合で加算されると、以下のようなデメリットが生じてしまう。つまり、本人が悪意のある自己事務管理者の一般的な運営費用の一部を援助した結果として、その侵害行為は図利可能な業務となる、というような危険が現れてくる⁸³³。

もちろん、ランニングコストが BGB 687 条 2 項 2 文と BGB 684 条 1 文の意味での償還されるべき費用にはならないという一般的なルールを定めることはできない⁸³⁴。例えば、営業所や生産場所の賃貸料、及び従業員の一般的な報酬・給料は、ずばぬけて優秀な（par excellence）償還すべきランニングコストと見なされる⁸³⁵。また、違法な利用措置の目的と継続のために、追加の倉庫場所や生産場所を専門的に賃貸する場合、またはこの活動のために、追加の従業員を専門的に雇用する場合、（例外として）具体的な分類が可能になる⁸³⁶。しかし、侵害行為が終了した後、他の目的のために引き続きこの場所を賃貸し、この従業員も雇用し続ける場合、発生した費用をすべて償還する必要がない。この場合、これらの費用（少なくとも一部）は、侵害行為に関

⁸²⁸ Vgl. *Helms*(Fn. 544), S. 198.

⁸²⁹ Vgl. *Helms*(Fn. 544), S. 199ff.

⁸³⁰ 実は、工業所有権（特に、商標権、特許権）保護が侵害される場合、侵害行為は常に経済活動の一部として存在している。Vgl. *Helms*(Fn. 544), S. 199.

⁸³¹ Vgl. *Helms*(Fn. 544), S. 199.

⁸³² Vgl. *Helms*(Fn. 544), S. 199.

⁸³³ Vgl. *Helms*(Fn. 544), S. 199.

⁸³⁴ Vgl. *Helms*(Fn. 544), S. 199ff.

⁸³⁵ 例えば、BGHZ 145, 366.

⁸³⁶ Vgl. *Helms*(Fn. 544), S. 199.

連して発生したものであるため、その費用を償還されるべきランニングコストに割合で加算する恐れがある⁸³⁷。

そのほかに、侵害行為が実施される前に雇用されていた人の報酬についても、分類問題が存在するかもしれない⁸³⁸。企業の管理職、事務職員、警備員などの報酬や給料は、原則として企業の日常運営を維持するためのものであり、侵害行為に関連する活動によって引き起こされたものではない。そのため、このような費用は償還されるべき費用として認められない。しかし、ある程度、これらの人の侵害行為が業績結果・就業時間と直接的な関係を有すれば、これらの人の報酬割合も考慮される可能性がある。また、個々のケースにかかわる特殊性も考慮すべきである。例えば、侵害行為が長時間にわたり、かつ高額な人件費が発生する場合、あるいは不法な利益が企業のさらなる発展に繋がる場合、慎重な基準で算入可能な最低額を評価しなければならない⁸³⁹。

以上のように、自己事務管理者は、費用償還請求権を成功裏に主張するためには、かなり高い障害を克服しなければならない⁸⁴⁰。さらに言えば、特に利用措置が広範囲の経営構造または生産構造に埋め込まれている場合、特定の金銭的投資と営利活動との直接的な関係を証明することは、しばしば困難である。しかも、具体的な分類が成功したとしても、これらの費用が同時に請求権者のさらなる（合法的な）経済活動や企業の地位の向上にも役立つかどうかを考慮しなければならない。このような場合、部分的な考慮しか正当化されない⁸⁴¹。

最後に、利益の分配について。BGB 687 条 2 項 1 文、681 条 2 文及び 667 条第 2 選択肢に基づき、債務者は、不法な管理から得た「すべての」利益を債権者に引き渡す義務を負う。しかし、これらの利益が加害者の貢献にも由来する場合、得られたすべての（純）利益が分配されるべきかどうか、そしてどのように分配されるべきかという問題点が残されている。この問題点をめぐって、判例と学説には、不明確なイメージが存在している。つまり、BGB 687 条 2 項 1 文、681 条 2 文及び 667 条第 2 選択肢に規定される利益吐出しの算定基準については、他人の権利の利用以外に、加害者自身の努力、特別な能力、あるいは特別な経済的機会が利益の取得と（共同の）因果関係を持つかどうかにかかわらず、債務者が利益引渡義務を負わなければならない⁸⁴²。しかし、通説によると、工業所有権保護の侵害に関しては、経済的な成果が他人の法益の不法な利用に起因する場合にのみ、利益吐出しが考慮されるかもしれない⁸⁴³。このとき、前者の観点と矛盾するのは、後者の観点が加害者自身の貢献を無視すべきだ

⁸³⁷ Vgl. *Helms*(Fn. 544), S. 200.

⁸³⁸ Vgl. *Helms*(Fn. 544), S. 200.

⁸³⁹ Vgl. *Helms*(Fn. 544), S. 201.

⁸⁴⁰ Vgl. *Helms*(Fn. 544), S. 201.

⁸⁴¹ Vgl. *Helms*(Fn. 544), S. 201.

⁸⁴² Vgl. *Helms*(Fn. 544), S. 202.

⁸⁴³ Vgl. *Helms*(Fn. 544), S. 202.

と考えていることである。もちろん、後者の観点を前者の観点の例外として、両者の矛盾を解消することができる」と主張する学者もいる。すなわち、利益の分配は加害者の利益によって知的財産法上の損害賠償を算定することに限定されているが、BGB687条2項1文の適用範囲では、すべての利益は常に剥奪されるべきである⁸⁴⁴。Helms説はこのような主張に賛成しない。反対理由は、以下のような二つであると思われる。

一つは、事実的な視点から、利益の分配を完全に拒否することは極端な立場であり、この立場も維持することは困難である⁸⁴⁵。特に、組合せ侵害(Kombinationseingriff)の場合、このような立場は問題となる。つまり、複数の法益が同時に侵害された場合、利益の分配は理論的に避けることができない。なぜなら、得られた利益全体を二人の異なる債権者に同時に引き渡すことは不可能だからである⁸⁴⁶。また、利得に関連する各要因は、全部の不法な利益の取得にとって不可欠である。しかし、「個々の経営資源の客観的価値に応じて純利益を割合で分配することが正当である」という経営経済上の経験則(betriebswirtschaftlichen Erfahrungssatz)は存在しない⁸⁴⁷。実際には、ある製品に対して相対的に些細な「改善」を実施すると、販売が大幅に向上するかもしれないが、他の高コストの措置は販売に影響を与えない、または顕著な影響を与えないこともある。そのため、加害者が他人の法益を勝手に利用して利益を増加させる程度は、利益分配の手がかりの一つに過ぎない⁸⁴⁸。この背景の下で、裁判官は自分の直感的な推測に基づいて、ある状況が利得過程でどのような重要性を占めるのかを判断することしかできないため、利益の分配は常に広範な裁量権に門戸を開くことになる⁸⁴⁹。このような不確実性は、BGB 687条2項の適用が構成要件の面で制限される原因となる。しかも、法律効果の面では、この規定の意味と目的を考慮して、このような不確実性が避けられない場合、利益の分配が実施される⁸⁵⁰。

もう一つは、法的な視点から、BGB 687条2項1文を、故意の法律違反に対する刑罰に類似した制裁(strafähnliche Sanktion)としてではなく、むしろ他人の市場機会の図利的な篡奪に対する具体的な反応として解釈するならば、侵害行為に関連する活動によって得られたすべての利益を剥奪するべきではない⁸⁵¹。逆に、得られた利益が、どの程度に他人の法益を強制的に利用する表出(Ausfluss)として見られるかということを検討すべきである⁸⁵²。特に、合法的な行為部分と違法な行為部分を徹底的に区別できれば、全面的な利益吐出しを行なうべきだと考える人はいないかもしれない⁸⁵³。しかし、現実には、両者が常に絡み合っているため、はっきり区別されにくい。

⁸⁴⁴ Vgl. Ebert(Fn. 508), S. 197ff.

⁸⁴⁵ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 207f.

⁸⁴⁶ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 207.

⁸⁴⁷ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 205.

⁸⁴⁸ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 205.

⁸⁴⁹ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 205.

⁸⁵⁰ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 206.

⁸⁵¹ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 208ff.

⁸⁵² Vgl. Helms(Fn. 544), S. 209ff.

⁸⁵³ 例えば、Gは特許権を侵害する部品Aを生産し、部品Bと組み合わせて販売した。この場合、部品A

この際、BGB 687 条 2 項 1 文は他人の利得機会の篡奪に対する制裁の価値を持つということが非常に重要である。侵害された法益が市場機会を提供したからこそ、加害者は資本・労働力の投下と開発の事業を結合し、同時に運命、偶然などの要因を加えて、最終的に利益を得ることができる⁸⁵⁴。法益の保有者が自ら同じ利益を得る可能性があるかどうかにかかわらず、BGB 687 条 2 項 1 文によれば、これらの利益は法益の保有者に与えられるべきである⁸⁵⁵。そうでなければ、特に強い市場地位を有する加害者（例えば、大手企業）は、大きな損害を負わずに、利益を得るために他人の法益を故意に利用することになる。また、具体的な利得過程において副次的かつ従属的な役割を果たす要因は、利益の分配とは無関係である⁸⁵⁶。他の状況でも、これらの要因自体は、独立した排他的な利得機会を持つ可能性がある。もちろん、他の任意の交換の不可能な、独立した商業機会権限を持つ法益に加害者が貢献している場合、利益分配の際に加害者（または第三者）の排他的な利得機会を考慮することも正当である⁸⁵⁷。例えば、ある雑誌が許可なく俳優の結婚式の写真を他の情報とともに掲載して販売した。このような場合、部分的な利益を剥奪することが妥当である。なぜなら、購入者がこの雑誌を買った理由は、俳優の結婚式の写真に関する報道だけではなく、その雑誌自体が持つ独自の娯楽価値や情報価値のためかもしれないからである。

以上を踏まえて、BGB 687 条 2 項 1 文、681 条 2 文及び 667 条第 2 選択肢を適用する場合には、2 段階の審査を行う必要がある⁸⁵⁸。具体的には、第 1 段階の審査は、事実面の審査である。この段階では、他人の利得機会への侵害が確かにあるかどうかを審査しなければならない⁸⁵⁹。ここでいう利得機会とは、主に他人の法益を利用することによって生じるものである。この段階において、故意の法益侵害の多数は、準事務管理という規定の適用範囲から除外されている。例えば、カメラマンの必要な許可を得ずに、このカメラマンの写真が広範囲かつ豊富の挿絵を入れる雑誌に掲載された。このような場合、侵害された法益が副次的な役割を果たすだけであることを考慮して、部分的な利益剥奪は想定されたライセンス料に置き換えられるべきである⁸⁶⁰。第 1 段階において、侵害行為が他人の利得権限の篡奪に決定的な影響を与える場合、第 2 段階に進んでいる。第 2 段階の審査は、法律効果面の審査である。この段階では、利得過程がどの程度侵害行為によって影響を受けたかをさらに審査しなければならない⁸⁶¹。例えば、商標権侵害に関連する商品を販売する場合、通常、その利用価値に焦点

と部品 B を組み合わせた製品全体を販売したことによるすべての利益は、返還される可能性がある。ただし、G は部品 A と部品 B を別々に販売したものの、他のメーカーが組み合わせて販売した場合、部品 A を販売したことによる利益のみが返還されればよい。Vgl. *Helms* (Fn. 544), S. 208.

⁸⁵⁴ Vgl. *Helms* (Fn. 544), S. 210.

⁸⁵⁵ Vgl. *Helms* (Fn. 544), S. 210.

⁸⁵⁶ Vgl. *Helms* (Fn. 544), S. 210.

⁸⁵⁷ Vgl. *Helms* (Fn. 544), S. 211.

⁸⁵⁸ Vgl. *Helms* (Fn. 544), S. 211f.

⁸⁵⁹ Vgl. *Helms* (Fn. 544), S. 211f.

⁸⁶⁰ Vgl. *Helms* (Fn. 544), S. 212.

⁸⁶¹ Vgl. *Helms* (Fn. 544), S. 212.

が当てられるため、利益引渡はせいぜい限定的なものとなる。しかしながら、特に有名で魅力的な商標が侵害され、得られた利益が主に商標のイメージによって決定される場合、BGB 687 条 2 項 1 文に基づく請求権は完全な利益剥奪まで増大する可能性がある⁸⁶²。

(3) 不法行為責任説

通説によれば、利益を指向する責任効果の根拠づけは、不当利得及び準事務管理においてのみ問題になる。しかし、歴史的な発展と実務の観点から見ると、不法行為責任において、利益吐出しの姿も現れる。具体的には、一方では、知的財産権・人格権に関わる財産的損害の場合、加害者が得た利益に基づいて、被害者が被った損害を算定することができる。他方、人格権に関わる非財産的損害が生じた場合においては、加害者が得た利益は、慰謝料の算定要素として考慮されるべきである。Helms 教授は、この二つの側面をめぐって不法行為責任説上の利益吐出しを検討している⁸⁶³。具体的な内容について、以下の通りである。

第 1 に、加害者が得た利益に基づいて、被害者が被った損害を算定することについて。1895 年、ライヒ裁判所は、Ariston 事件（著作権侵害の事件）において、損害賠償の三つの算定方法を発展させた⁸⁶⁴。すなわち、損害の賠償、実施料相当額の賠償、加害者が権利侵害により得た利益である。その中で、知的財産権が侵害された場合、加害者の利益によって被害者の損害を算定する方法が初めて認められた⁸⁶⁵。現在に至るまで、このような代替的な損害賠償算定方法の適用範囲は、知的財産法の分野から人格権法、会社法、不正競争防止法の分野に徐々に拡張している⁸⁶⁶。また、体系的に見ると、この算定方法は、不当利得と準事務管理に属するものではなく⁸⁶⁷、特殊な損害賠償の形態に当たる⁸⁶⁸。さらに言えば、この算定方法は、損害賠償思考（Schadenersatzgedankens）の特殊な表現として、実際には代償的な制裁（kompensatorische Sanktion）である。もちろん、侵害された権利の特性と（利益を獲得するために）法益侵害の特殊な形態に基づき、この算定方法は正当とされている

⁸⁶⁹。

第 2 に、加害者が得た利益を慰謝料の算定要素として考慮することについて。BGB の施行は、ドイツにおける人格権の全面的な発展と保護に消極的な影響を及ぼした。

⁸⁶² Vgl. Helms(Fn. 544), S. 212.

⁸⁶³ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 212ff.

⁸⁶⁴ RGZ 35, 63.

⁸⁶⁵ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 222f.

⁸⁶⁶ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 229.

⁸⁶⁷ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 263ff.

⁸⁶⁸ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 275ff.

⁸⁶⁹ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 281.

しかし、連邦通常裁判所は、一連の先駆的な判決を通じて、このような障害を徐々に取り除こうとしてきた⁸⁷⁰。特に、Caroline von Monaco 判決は、連邦通常裁判所の画期的業績の一つである。ある程度、この判決は、損害算定の困難という問題を効果的に解決しており、かつ被害者の人格権を保護するのに有利である⁸⁷¹。しかも、この判決において、連邦通常裁判所も、予防思考の重要な価値を初めて承認した⁸⁷²。注意すべきは、損害賠償補助手段（Schadenersatzbehelfes）の正当化を実現するために、人格権侵害において、加害者の利益を考慮することが補助的な役割を果たすにすぎないということである。また、生じた損害の程度から完全に独立する場合、ここで展開される責任効果は、真正な利益吐出しとは関係がない⁸⁷³。

むしろ、完全な満足（Genugtuung）とほぼ有効な威嚇（Abschreckung）という特殊な観点の下で、「算定困難」の損害評価（„kalkulationsvereitelnden“ Schadensberechnung）と得た利益を共に考慮することができる。これにより、行為者は、計画的に違法な利益を得ることによって、被害者を嘲弄することができない⁸⁷⁴。さらに言えば、裁判官の使命は、被害者の利益と加害者の行為を衡量した上で、完全な損害賠償（vollständige Schadenswiedergutmachung）のために利益の割り当てを決定することである⁸⁷⁵。しかし、特に強固で明白な違法行為の場合、BGB 687 条 2 項 1 文の基準に基づいて、全面的な利益剥奪を行うことも非常に合理的である⁸⁷⁶。例えば、Caroline von Monaco 事件において、連邦通常裁判所がこの事件を破棄差し戻した後、ハンブルクの高等裁判所は、一部の利益剥奪という判決を下したに過ぎない。残念なことに、この判決は中途半端なものであった⁸⁷⁷。

3. 契約上の法律構成

契約法における利益吐出しの法律構成について、BGB 285 条 1 項に基づく代償請求権、BGB 667 条第 2 選択肢に基づく利益引渡請求権、及び HGB 61 条・113 条 1 項・AktG 88 条 2 項 2 文などに基づく介入権という三つの経路が存在している⁸⁷⁸。其中で、第 1 経路によれば、二重譲渡のような契約違反の場合、第一譲受人は、BGB 285 条 1 項に基づき、譲渡人に対し、第二譲受人から取得した高額な売買代金の引渡しを請求することができる。それに対して、第 2 経路と第 3 経路は、「信認義務違反に由来する責任」に含まれている。第 2 経路によれば、委任契約違反の場合、受任者は、事務を処理することによって取得したものをすべて委任者に引き渡す義務を負う。ま

⁸⁷⁰ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 292f.

⁸⁷¹ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 294ff.

⁸⁷² ちなみに、予防思考は、請求の金額を増大することに有利だけでなく、請求の理由も一新する。

Vgl. Helms(Fn. 544), S. 301ff.

⁸⁷³ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 307f.

⁸⁷⁴ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 307.

⁸⁷⁵ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 309.

⁸⁷⁶ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 309.

⁸⁷⁷ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 309.

⁸⁷⁸ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 310ff.

た、第3経路によれば、競業避止義務違反の場合、商業使用者や取締役などがこのような義務に違反することによって取得したものや報酬などは、営業主などに引き渡されるべきである。この三つの経路はそれぞれどの程度不当な利益を剥奪することができるのかという問題をめぐって、Helms教授は、以下に見るとおり詳細に検討している。

(1) 代償請求権

一般に、契約義務違反の場合、BGB 285条1項は、利益吐出し (Gewinnhaftung) の中核的構成要件とみなされる⁸⁷⁹。つまり、BGB 275条1項から3項までの規定に従って給付義務が排除された場合、債権者は、債務者に対して、代償として取得したものの引渡しまたは代償請求権の譲渡を請求することができる。さらに、債務者が給付障害に責任があるかどうかにかかわらず、債権者は、このような請求を主張することができる。そのため、この規定は、BGB 812条1項1文第2選択肢と類似のやり方ととり、責任法上の判例と非責任法上の判例に同等に適用することができる⁸⁸⁰。また、実際には、2002年の債務法改正による現行BGB 285条は、旧BGB 281条を内容の変更なしに承継したものである⁸⁸¹。しかし、「後発的不能」にのみ適用された旧BGB 281条とは異なり、BGB 285条は、すべての給付不能の場合だけでなく、BGB 275条2項と3項に類似した給付不能の場合にも適用される⁸⁸²。

また、BGB 285条の具体的な適用について、Helms教授は、この規定が「入手義務 (Verschaffungspflichten)」や「作為義務と不作為義務」に適用されるかどうかという問題を検討するが⁸⁸³、主に二重譲渡の事例を挙げて分析している⁸⁸⁴。具体的には、二重譲渡の事例において、第一譲受人は、BGB 285条1項に基づき、譲渡人に対し、第二譲受人から取得した高額な売却代金の引渡しを請求できるのか。言い換えれば、債権者は BGB 285条1項に基づき、債務者に法律行為による代償 (commodum ex negotiatione、例えば、売却代金) を請求できるのか⁸⁸⁵。BGBの施行以降、この問題点をめぐる議論が巻き起こる⁸⁸⁶。特に、2004年、BGB 285条1項が実際の二重譲渡に関わる公表判決において初めて適用された後、判例と学説は、「債権者は BGB285条

⁸⁷⁹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 310ff.

⁸⁸⁰ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 310.

⁸⁸¹ 多治川・前掲注 (551) 300頁を参照。

⁸⁸² 齊曉琨『德国新、旧債法比較研究—觀念的轉變和立法技術的提升』(法律出版社、2006年) 106頁を参照。

⁸⁸³ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 318ff.

⁸⁸⁴ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 310ff.

⁸⁸⁵ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 310ff. [徳]迪爾克・羅歇爾德斯 (沈小軍=張金海訳) 『德国債法総論 [第7版]』(中国人民大学出版社、2014年) 247頁を参照。

⁸⁸⁶ 法律行為による利益 (lucrum ex negotiatione) と代償請求権について、遠山純弘「法律行為による利益 (lucrum ex negotiatione) と代償請求権 (一) ～ (三・完) —ドイツにおける議論状況とその問題点」北海学園大学法学研究 36巻1号 (2000年) 1頁以下、38巻1号 (2002年) 33頁以下、38巻2号 (2002年) 59頁以下、時軍燕「德国代償請求権の基本思想」民商法論叢 70巻 (2020年) 32頁以下を参照。

1 項に基づき、債務者に譲渡による利益の引渡しを請求できる」という見解に合致している⁸⁸⁷。

さらに、Helms 教授はこのような通説を支持しているものの⁸⁸⁸、この条文には実際的な意味がないと考えている⁸⁸⁹。具体的な理由は以下のような三点である。第一に、二重譲渡によって超過利益が生じるケースは現実にはほとんど発生しないため、BGB 285 条の利益剥奪機能は発揮されにくい⁸⁹⁰。すなわち、二重譲渡のケースが発生しても、超過利益が生じることは難しい。経済学の視点から、同じ市場段階において、あるものを二次取引した代金は、一般に差異を生じさせない。実際には、このような超過利益は、二回目の取引が完了する前の好景気に左右される価格上昇や譲渡人の運命に由来する可能性がある。第二に、BGB 816 条 1 項 1 文と 285 条の文面に従って解釈を強行すると、結果上の偶然あるいは評価上の矛盾を招くことになる⁸⁹¹。第三に、不当利得法であれ、代償請求権であれ、一般的な客観的違法性の構成要件のみを受け継ぐ利益吐出し (Gewinnhaftung) の適当な基礎とすることはできない⁸⁹²。

上記のように、Helms 教授は、代償請求権が利益吐出しの問題を解決するための良い措置になり得るという観点に疑問を抱いている。しかし、「BGB 285 条には利益剥奪機能 (Gewinnabschöpfungsfunktion) があるのか」、及び「BGB 285 条は不当利得、準事務管理とはどのような関係があるのか」という二つの課題については、さらなる検討が必要である⁸⁹³。

まず、「BGB 285 条には利益剥奪機能 (Gewinnabschöpfungsfunktion) があるのか」という課題について⁸⁹⁴。このような課題の核心は、BGB 285 条に関連する規定の理性 (Ratio) である。具体的に言えば、①予防原則、②代償原則、③逆の利益調整 (umgekehrte Vorteilsausgleichung) 及び④準不当利得の利益剥奪 (Quasi-bereicherungsrechtliche Vorteilsabschöpfung)⁸⁹⁵をめぐる議論が存在している。その中で、①予防原則に関しては、特に二重譲渡の場合、予防的考慮の下で、多くの学者は BGB285 条を一般的な利益返還責任 (Gewinnhaftung) の基礎とすることを主張し

⁸⁸⁷ BGH WM 2004, 2443, 2445. Vgl. Helms(Fn. 544), S. 316. マンフレート・ヴォルフ＝マリナー・ヴェレンホーファー (大場浩之ほか訳) 『ドイツ物権法』 (成文堂、2016 年) 303 頁 (大場浩之翻訳) も参照。

⁸⁸⁸ Helms 説によると、債務者は、取得した超過利益が自分の運命あるいは非凡な才能によるものであるということを証明できる。その結果、ある程度までは、債務者もこの利益を留保することができる。Vgl. Helms(Fn. 544), S. 357f.

⁸⁸⁹ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 317ff.

⁸⁹⁰ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 317f.

⁸⁹¹ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 488.

⁸⁹² Vgl. Helms(Fn. 544), S. 489.

⁸⁹³ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 339ff.

⁸⁹⁴ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 339ff.

⁸⁹⁵ このような解釈の発端は、1999 年に Raimund Bollenberger 教授によって提唱されたものである。すなわち、当事者間で債権者に割り当てるべき法的地位が侵害された場合、BGB285 条は、該当債権者に対する不当利得法上の補償と理解される可能性がある。Vgl. Raimund Bollenberger. Das stellvertretende Commodum. Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen, 1999. S. 99ff., S. 108f; Helms(Fn. 544), S. 350ff. また、Helms 説によれば、両者の体系的な関連は、BGB285 条を侵害利得の機能的な等価物として解釈することを意味しないのことである。

ている。そうでなければ、債務者の契約違反の行為にはほとんどリスクがないため、債務者は債権者を犠牲にして、遠慮なく投機行為を行う可能性がある。しかし、Helms 説によれば、このような考えは一般的な解釈要綱として不適當である。具体的な理由は二つの側面がある。一つは、歴史的根源から、BGB 285 条は最初、債務者に帰すべきでない不可能 (Unmöglichkeit) に関するものであり、ただ公平の考慮に基づいて他の状況にも及んでいた。もう一つは、現実的価値から、BGB 285 条の目的は債務者の不当な行為に対する制裁の代わりに、契約に定められた一次的給付 (Primärleistung) の欠如に対する補償にある⁸⁹⁶。続いて、②代償原則に関しては、通説と判例は、BGB 285 条 1 項を債権法における代償の構成要件として位置づけている⁸⁹⁷。しかし、このような代償返還が補償を指向する責任効果なのか、あるいは利益を指向する責任効果なのかは明らかではない⁸⁹⁸。また、③逆の利益調整に関しては、BGB 285 条 1 項は損害賠償法で認められた利益調整原則をさらに発展させたものと解釈できると主張する学者も少なくない。しかし、Helms 説によると、利益調整の基準を異論のある事案に適用すると、定義付けが困難になるという問題が生じる⁸⁹⁹。しかも、このような調整メカニズムの創設に満足していなければ、他の問題も生じるかもしれない。つまり、この規定は、「不当利得」の一種に対する調整になることを目的としているのか⁹⁰⁰。そのため、前述の規定の理性に比較して、④準不当利得の利益剥奪という観点は受け入れ可能である⁹⁰¹。④によれば、以下のような前提要件の下で、この規定の機能は、不当利得に基づく剥奪と平行に発展すべきである。すなわち、すべての人に対する絶対権と比較して、当事者間の関係における相対権は、同等の保護効力を有している。しかし、この見解は、給付交換を指向する双務債権関係の特性と一致していない⁹⁰²。

次に、「BGB 285 条は不当利得、準事務管理とはどのような関係があるのか」という課題について⁹⁰³。侵害利得と給付利得が区別される背景の下で、BGB 285 条は給付利得における清算障害の規定 (BGB 818 条 1 項と 2 項) の鏡像に属している⁹⁰⁴。とりわけ、法的根拠のない給付の清算と同様に、給付履行の段階にも障害がある。また、侵害利得の事案のみが準事務管理と競合し、代償請求権と給付利得の事案は準事務管理の適用範囲外であることになる⁹⁰⁵。そのため、BGB 687 条 2 項は、BGB 285 条 1 項

⁸⁹⁶ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 343.

⁸⁹⁷ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 344ff. なお、ドイツにおける代償原則については、田中宏治『代償請求権と履行不能』(信山社、2018 年) 356 以下を参照。

⁸⁹⁸ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 345f.

⁸⁹⁹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 348ff.

⁹⁰⁰ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 350ff.

⁹⁰¹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 350ff., S. 490.

⁹⁰² Vgl. Helms (Fn. 544), S. 350ff., S. 490.

⁹⁰³ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 359ff. ドイツにおける代償請求権と不当利得・準事務管理との関係について、多治川・前掲注 (551) 306-308 頁を参照。

⁹⁰⁴ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 360ff., S. 490.

⁹⁰⁵ なぜならば、後両者に関しては、準事務管理の成立要件たる他人の事務処理を欠くからである。多

に関わる代わりの方法として存在している⁹⁰⁶。さらに言えば、契約上の制裁道具（Sanktionsarsenals）には、BGB 687 条 2 項に関わる機能的な等価物は存在しない。その結果、債権・債務上の義務違反について、準事務管理に関連する責任のみが問題となる。すでに述べたように、原則として、BGB 687 条 2 項は、債務法上の義務違反に適用される可能性がある⁹⁰⁷。注意すべきは、BGB 687 条 2 項における他人の事務管理という概念は、他人の権利の「割当内容」に対する侵害と単純に同一視できないことである。むしろ、権利者の積極的な営利権限を利用した場合に限り、利益吐出しが正当化される。このような方法に基づき、次のような状況を容易に理解できる。すなわち、契約上の不作為義務に違反する重大な判例グループでは、すべての義務違反が利益吐出しの効果を引き起こすわけではない。逆に、権利者自身の営利可能性を保護するための委託者保護条項、独占販売協定、または地域区分協定などのような契約に違反した場合にのみ、利益吐出しの効果が生じる⁹⁰⁸。また、BGB 687 条 2 項の適用要件については、他人の商業的機会を利用することが侵害行為の決定的な特徴であり、単により広範な営利過程における副次的な要素ではない⁹⁰⁹。

（2）信認義務違反に由来する責任

以上のように、BGB 285 条 1 項に基づいて利益吐出しを主張することは維持されない。特に、BGB 285 条 1 項の適用範囲は非常に狭いため、利益吐出しの道具としての規定の実的な価値は極めてわずかである⁹¹⁰。それに対して、信認義務違反の場合、利益返還という問題はより大きな役割を果たしている。特に、信認義務の違反は、利益吐出しの 2 番目の発生根拠である⁹¹¹。実は、自己責任の地位と影響力の強い地位を任されている人は、通常、その地位を自分の利益のために利用する可能性がある。例えば、出資者、取締役、執行役員、主要な従業者、後見人、世話人、補佐人及び他人の財産的利益の代理人などである。しかし、違法な受益に関連する引渡請求権は、一般的な損害賠償法の法理に由来することが多い⁹¹²。また、損害賠償法上の利益返還請求権は、特別な利益促進義務（Interessenförderungspflicht）に直接由来する可能性もある。しかも、このような利益促進義務（Interessenförderungspflicht）は、多くの場合、信認関係の中核的な構成要素である⁹¹³。

また、信認義務違反に由来する責任について、Helms 教授は、主に BGB 667 条第 2 選択肢に基づく利益引渡請求権、及び HGB 61 条・113 条 1 項・AktG 88 条 2 項 2 文な

治川・前掲注（551）308 頁を参照。

⁹⁰⁶ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 311ff., S. 361ff., S. 366ff.

⁹⁰⁷ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 361ff., S. 366ff.

⁹⁰⁸ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 367.

⁹⁰⁹ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 367ff.

⁹¹⁰ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 369.

⁹¹¹ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 492.

⁹¹² Vgl. Helms(Fn. 544), S. 369ff.

⁹¹³ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 370.

どに基づく介入権という二つの経路を考察している。言うまでもなく、このような二つの経路は実践的な価値を持っている。しかしながら、学説において、信認義務違反による利益吐出し (Gewinnhaftung) は、統一的な問題として提起されておらず、一般的な民法上の (利益) 責任体系にも置かれていない⁹¹⁴。逆に、Helms 説によると、信認義務違反による利益吐出し (Gewinnhaftung) は、一般的な原則として考慮されるべきである⁹¹⁵。具体的な内容については、以下の通りである。

第 1 に、BGB 667 条第 2 選択肢に基づく利益引渡請求権について。通説は、利益吐出し機能 (Gewinnhaftungsfunktion) を BGB 667 条第 2 選択肢に組み込むことを意図している。Helms 説によると、特に不誠実に賄賂を受け取った場合、通説の観点は説得力がない⁹¹⁶。なぜなら、この観点は、当該条文にかかわる制定の歴史、体系及び規範の意義・目的に違反しており、本来委任関係进行处理するために創造されていた条文を責任の構成要件と解釈しているからである⁹¹⁷。また、判例にかかわる分析に基づいて、この観点は矛盾を招き、誤った弁解を強いることになる⁹¹⁸。むしろ、利益吐出し原則 (Gewinnhaftungsprinzip) は、独立した法の継続形成 (Rechtsfortbildung) を通じて実現されなければならない⁹¹⁹。

第 2 に、HGB 61 条・113 条 1 項・AktG 88 条 2 項 2 文などに基づく介入権について。この介入権に基づいて、商業使用者や取締役などが競業避止義務に違反して自分のために取引をした場合、その営業主や会社などは取得したものの引渡しを請求することができる。注目すべきは、このような信認義務違反に由来する責任をより広範囲な不当利得法に置くと主張する学者もいることである⁹²⁰。しかし、介入権の法律効果は不当利得法の法律効果 (客観的価値) よりはるかに高いため、Helms 教授はこの主張を批判している⁹²¹。Helms 説によれば、競業避止義務違反の場合、準事務管理と同様に、最終債務者の行為は債権者の利益のための行為とみなされる。そのため、法律効果の視点から、介入権は準事務管理に合致している⁹²²。なお、一部の会社法の注釈によれば、競業避止義務違反の場合、債権者は BGB 687 条 2 項に従って請求することができる⁹²³。

⁹¹⁴ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 372ff.

⁹¹⁵ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 372ff., S. 492.

⁹¹⁶ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 372ff., S. 492. なお、ドイツの多数説は、委任契約における利益吐出しを支持し、賄賂は引渡義務の範囲に含まれるとしている。それに対して、賄賂は引渡義務の範囲に含まれないとする見解もある。なぜならば、委任者に帰属するのは適切な事務処理の結果のみだからである。吉永・前掲注 (7) 126 巻 4・5 号 (2002 年) 629—653 頁を参照。

⁹¹⁷ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 373ff., S. 492.

⁹¹⁸ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 377ff., S. 493.

⁹¹⁹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 390ff.

⁹²⁰ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 275.

⁹²¹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 442ff.

⁹²² Vgl. Helms (Fn. 544), S. 394.

⁹²³ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 426.

ところで、今日に至るまで、通説は、準事務管理を契約上の義務違反の場合に適用することを拒否してきた。しかも、準事務管理と介入権はそれぞれ契約責任または非契約責任の領域に制限されているため、両者の部分領域の孤立した分析も助長されている。最終的に、両者の間における構造上の共通性は、完全に隠蔽されてしまった⁹²⁴。だが、実質的には、両者は言語表現に若干の違いがあるにもかかわらず、同じ法律効果を達成するものである⁹²⁵。特に、商法と会社法における競業避止規定は、参加者間の特別な信頼関係を保護することを目的としている。このような目的を果たすためには、債権者と債務者との関係において、商業機会 (Geschäftschancen) は債権者に留保されるべきである。したがって、この点から見ると、介入権は、BGB687 条 2 項 1 文の意味における準事務管理の概念と一致している⁹²⁶。また、両者の区別については、介入権に比べて、準事務管理はより厳格な主観的責任条件を採用している⁹²⁷。ある程度、準事務管理に関連する請求権は介入権の補完となり、両者には密接な関係がある⁹²⁸。

第 3 に、一般的な原則としての信認義務違反による利益吐出しについて。まず、Helms 説によれば、信認義務違反の場合において、利益吐出しの一般的な原則が存在している。さらに、賄賂の受領や競業避止義務違反の場合、このような特殊な責任効果の根拠づけは最終的に信認義務違反の内容に由来するものである⁹²⁹。一般的な契約上の法律関係と非契約上の法律関係に全般的な侵害禁止が存在するのとは異なり、信認関係には特殊な義務構造がある。信認関係においては、受託者は委任者の財産分野に対して深遠な影響を与えるだけでなく、委任者の利益を無条件かつ無私で促進する義務も負っている。もし受託者が自分の利益追求を同時に許されると、利益衝突 (Interessenkonfliktes) のリスクが生じる可能性がある。それにより、受託者の公正性に対する信頼が揺らぎ、信認関係の基盤が崩れることになる。そこで、この法制度の有効な運用を確保するために、利益衝突の場合では、受託者は自分の利益追求を禁じられている。逆に、受託者が自己の利益のための行為を実施すると、義務違反になる。この場合、損害賠償責任のみでは効果的な対応ができないため、責任効果はこれらの利益を剥奪することになる。また、この利益吐出し請求権が特定の義務違反に由来するものであるため、「なぜ債権者は、自分が永遠に得られない可能性のある利益を与えられたのか」という疑問に答える必要はない。この時点で、義務違反の目的は、責任効果において継続される⁹³⁰。

⁹²⁴ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 449ff.

⁹²⁵ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 447ff.

⁹²⁶ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 454ff.

⁹²⁷ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 450ff., S. 454.

⁹²⁸ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 457.

⁹²⁹ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 472ff.

⁹³⁰ Vgl. Helms(Fn. 544), S. 473ff.

ところが、「どのような法律関係が信認義務関係に属するのか」という問題について、全部の領域において最終的に明らかにするは困難である。しかし、Helms 説によると、これらの法律関係には、以下のような共通の特徴があるという。つまり、委託者が受託者に自分の財産分野に対する広範な影響力を与えると同時に、受託者は特殊な財産管理義務 (Vermögensbetreuungspflichten) を負わなければならないという特徴である⁹³¹。広義には、このような「管理者の地位」 (Verwalterstellung) は、二つの特別な濫用リスクを生む。一つは、自分の利益のために、与えられた信頼を利用しようとする誘惑があることである。もう一つは、受託者が通常広範な意思決定の自由を享受しており、かつ知識と資格上の優位性を備えているということを考慮して、受託者を有効に監督することはほとんど不可能である。実は、全体的な経済の視点から見れば、より優秀な人に自分の財産的利益を委ねるインセンティブは価値がある。だが、より大きな監督コストが必要になると、インセンティブが減少する。具体的には、BGB 667 条第 2 選択肢の利益促進義務に基づく委託関係と有償事務処理関係 (Geschäftsbesorgungsverhältnisse) 及び労働法・会社法における独立した信認義務の範疇などが含まれる⁹³²。もちろん、受託者が行ったすべての義務違反行為は、自動的に信認義務違反行為となるわけではない⁹³³。例えば、ある管理職は、勤務時間中に個人的な株式取引を行った。しかも、この取引自体は、会社の営業範囲に関係しない。この場合、この管理職の行為は労働契約に違反するとしても、信認義務違反を意味するものではない。言い換えれば、「故意に契約に違反したすべての行為によって得られた利益は、契約の相手方に帰属すべきである」という一般的な原則は存在しない⁹³⁴。

第4項 小括

本稿では、Helms 説に関わる理論の概観、Wagner 説との対話及び具体的な理論の展開を検討する。その中で、Helms 説によれば、利益吐出しの発生根拠は二つある。第一に、この根拠は、権利侵害行為に対する一般的な予防というより、特定の不当な行為に対する制裁である。第二に、信認義務の違反である。また、利益吐出しの法律構成について、Helms 教授は通説としての準事務管理説によって加害者の不当な利益を剥奪する傾向がある。しかし、法律効果と適用対象については、通説とは異なる。つまり、利益吐出しの法律効果は、他人の法益の利用、加害者自身の努力・特別な能力、あるいは特別な経済的機会などによって得られたすべての利益を奪うのではなく、他人の法益の利用によって実現されたものを奪うことである。しかし、任意の交換不可能な、独立した商業機会権限を持つ法益に加害者が貢献している場合には、利益分配の際に、加害者（または第三者）の排他的な利得機会を考慮することも正当である。

⁹³¹ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 478ff.

⁹³² Vgl. Helms (Fn. 544), S. 479.

⁹³³ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 479.

⁹³⁴ Vgl. Helms (Fn. 544), S. 480.

特に、加害者の貢献も無視されてはならない。しかも、加害者の費用は、侵害行為に直接起因する場合にのみ償還される。さらに、このような償還されるべき費用には、加害者の報酬費用やランニングコスト・固定費用は含まれない。そのほかに、利益吐出しの適用対象は、権利（特に、権利にかかわる営業機会）の侵害及び契約上・法律上の信認関係の侵害である。このような信認関係としては、委託者が受託者に自分の財産分野に対する広範な影響力を与えると同時に、受託者は特殊な財産管理義務を負わなければならない。

第3款 André Janssen 説

上述の Wagner 説と Helms 説と比較して、Janssen 説は極めて特徴的であると思われる。簡単に言えば、その特徴は、以下の通りである。

第1に、利益吐出しの発生根拠について。Janssen 教授は、Wagner 教授が主張する予防説に賛同しており、かつ予防を民法上の法政策の綱領として詳細に検討している⁹³⁵。また、Janssen 教授は、Helms 教授が主張する制裁説（または刑罰機能）と信認義務違反説に反対しているが、効率的法違反（effiziente Rechtsbrüchen）の事例において利益吐出しが付随的な制裁（zusätzliche Sanktion）として機能することも認めている⁹³⁶。

第2に、利益吐出しの法律構成について。Helms 教授が支持する準事務管理説とは異なり、Janssen 教授と Wagner 教授は、損害賠償法説に賛成している。つまり、損害賠償法（特に BGB 823 条以下）を通じて利益吐出しの問題を解決しようという立場である⁹³⁷。しかし、立法論の視点から見ると、Janssen 教授は、Wagner 教授とは異なる立法提案を選択している。さらに言えば、Wagner 教授は、BGB 687 条2項を削除し、BGB 251 条3項を新設することを提案する。それに対して、Janssen 教授は、BGB 285 条1項と BGB 687 条2項とを維持しており⁹³⁸、かつ BGB 847 条に情報開示請求権・計算書作成請求権及び独立の公認会計士による審査請求権を導入すべきだ、と考えている⁹³⁹。

第3に、利益吐出しの適用領域について。Wagner 説と Helms 説に比べて、Janssen 説に基づく利益吐出しの適用領域は、最も狭い。その中で、Wagner 説によると、営利目的を達するために、故意に他人の法益を侵害するすべての場合に利益吐出しが肯定される。すなわち、権利侵害と契約違反の場合が含まれる。Helms 教授も、利益吐出しの適用領域が権利侵害と契約違反との双方であることを支持している。しかしながら、Wagner 教授の見解とは異なり、Helms 教授は、加害者が故意に被害者の営業機会または契約上・法律上の信認関係を侵害してこそ、利益吐出しが適用される、と指摘

⁹³⁵ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 25ff.

⁹³⁶ ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）400—401 頁を参照。

⁹³⁷ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 588ff. ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）381—408 頁を参照。

⁹³⁸ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 609f.

⁹³⁹ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 608f.

している。また、Janssen 説によれば、利益吐出しの最適な適用領域は、絶対的な法的地位が侵害される場合に限られる⁹⁴⁰。言い換えれば、利益吐出しの最適な適用領域は、効率的契約違反（effiziente Vertragsbrüchen）を含まず、効率的法違反（effiziente Rechtsbrüchen）のみに限定されている。

それでは、Janssen 教授は、どのように利益吐出しを論じているのであろうか。以下、その内容について考察する。

第1項 利益吐出しの発生根拠

利益吐出しの発生根拠または機能について、損害の填補、予防及び制裁・刑罰をめぐる議論が存在している。Janssen 教授は、利益吐出しに予防機能を認めることが正当である、と指摘している⁹⁴¹。以下では、補償説の不足及び予防説の提唱に関して検討する。

1. 補償説の不足

伝統的な見解によれば、民法は、予防的な任務を負う必要はなく、不法な図利を阻止することも求められない。私法全体は、アリストテレスの補償的正義（ausgleichende Gerechtigkeit）または矯正的正義（iustitia commutativa）を基礎に構築されている。これに対して、分配的正義（austeilende Gerechtigkeit）または配分的正義（iustitia distributiva）は、通常、公法に帰属している。民法における「正義」は、次のような結果と見なされる。つまり、参加する私法主体が形式的に平等である場合、この結果は、利益と不利益の算術的な中点となる。そして、このような中点から明らかに逸脱している場合、つまり過大であるか過小である場合にのみ、法律は、修正的な介入を行うべきである⁹⁴²。例えば、BGB 134 条（法律による禁止）や BGB 138 条（良俗に反する法律行為、暴利行為）はそのことを示している⁹⁴³。

実は、補償的正義は、ドイツの責任法（特に、不法行為法）の理解においても重要な役割を果たしており、大きな影響を与える⁹⁴⁴。被害者は、被った不利益の補償を受けるべきである。このような損害補償は、個人間の利益衝突に対応するための正当な解決策と見なされる。さらに言えば、被害者が実際の損害額を超える額の利益を受けたり、加害者が過度の負担を負ったりすることは、矯正的正義とは相容れないということである⁹⁴⁵。現在、責任体系の調整において、アリストテレスの理論が直接に参照

⁹⁴⁰ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 16ff., S. 606ff. ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）398—400 頁を参照。

⁹⁴¹ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 27ff. ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）400—401 頁を参照。

⁹⁴² Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 2f.

⁹⁴³ BGB 134 条には、「法律による禁止に違反する意思表示は、法律により別段の結果が生じない限り、無効とする」と規定されている。また、BGB 138 条には、「（1）善良な風俗に反する法律行為は、無効とする。（2）特に、相手方の強制された状態、経験不足、判断能力の欠如又は著しい意思の弱さを利用し、給付に対して著しく不均衡な財産上の利益を自己又は第三者のために約束させ又は譲渡させる法律行為は、無効とする」と規定されている。山口和人『基本情報シリーズ⑩ ドイツ民法 I（総則）』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2015 年）24 頁を参照。

⁹⁴⁴ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 3ff.

⁹⁴⁵ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 3.

されることはないが、責任法の基本的な方向は、まず個人が被った損害の填補に焦点を当てる⁹⁴⁶。ある程度、責任法は個人を超える目標を追求してはならない。しかも、予防は填補機能以外の副産物に過ぎない⁹⁴⁷。したがって、ドイツの責任法は、受動的で消極的な法分野である。このような責任法は、損害の結果にのみ注目し、損害の原因を抑制することはない⁹⁴⁸。

ところで、補償の不足は、不法な利益が加害者の手もとに残ることを直接的に引き起こしている。つまり、法律はある程度、「不正や不法行為は、常にもうかる」という現象を黙認することになる⁹⁴⁹。このような法律の「不作為」は、私人の権利・法益と国民経済に全体として重大な損害を与えるだけでなく、競争を歪め、市場の持続可能な信用を徐々に破棄していく⁹⁵⁰。この異常な状況を解決するために、実務でも積極的な試みがなされている。例えば、知的財産権・人格権に関わる財産的損害の場合、加害者が得た不法な利益は、被害者が受けた財産的損害の算定方法の一つとすることができる。そのほかに、人格権に関わる非財産的損害が生じた場合においては、加害者が得た不法な利益は、被害者が被った精神的損害の判断における算定要素として斟酌されるべきである。しかし、Janssen 説によれば、このような実務の試みは、予防的な利益の吐出し (präventive Gewinnabschöpfung) には該当せず、補償的な利益の考量 (kompensatorische Gewinnberücksichtigung) に過ぎない⁹⁵¹。実は、補償的な利益の考量とは異なり、予防的な利益の吐出しは、損害とは関連していない。さらに、被害者が損害を被っていない場合や、加害者の不法な利益に対応する損害を被っていない場合でも、予防的な利益の吐出しは適用可能である⁹⁵²。

2. 予防説の提唱

上記のように、古典的な民法の観点によれば、原則として予防と利益吐出しは、責任法に貫徹されてはならない⁹⁵³。したがって、予防的な利益の吐出しを構築するためには、まず予防が法体系の全体と民法においてどのような位置づけにあるのかを明確にする必要がある。そこで、次に、民法における予防の道具としての利益吐出しについて、考察を行う。

実際、民法、刑法及び公法は、いずれも予防の任務を引き受けたくない。予防は、「嫌われた継子」 (ungeliebte Stiefkind) のように、一部の法律分野の間でたらい回しにされる⁹⁵⁴。一方では、予防的な立法を拡大し続けることは、国家に過重な負担

⁹⁴⁶ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 3.

⁹⁴⁷ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 3f.

⁹⁴⁸ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 3f.

⁹⁴⁹ ヤンゼン (根本訳)・前掲注 (88) 373 頁を参照。

⁹⁵⁰ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 2f.

⁹⁵¹ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 8ff.

⁹⁵² Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 10f.

⁹⁵³ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 12ff.

⁹⁵⁴ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 29ff., S. 58ff.

をかけ、個人の自由を過度に制限するかもしれないからである⁹⁵⁵。他方では、行為統制 (Verhaltenssteuerung) は国家の一般的な任務に過ぎないからである⁹⁵⁶。しかし、もし一部の法律分野が相互補完的な規範として理解され、法秩序の全体性の視点が強調されるならば、行為統制は、法の統一的な任務として評価されるべきである。しかも、すべての部分的な法律分野は、自分の能力の範囲内で行為統制に参加しなければならない⁹⁵⁷。このような理解に基づき、ポリシーミックス (Policy Mix) が形成される場合にのみ、行為統制は、各部分の法律分野の固定的な構成要素となり、最終的に全体的な任務の実現を促進することができる。そのため、民法も行為統制の任務を担うべきである。加えて、予防の意図に抵抗する傾向が根強いことは、法的状態の硬直化を招き、法律のさらなる発展を制限することになる⁹⁵⁸。

また、行為統制を実現するために、立法者（及び裁判官の法解釈）がどのような手段を取るかは、最終的に法政策の決定に委ねられる。なお、このような手段は、分野によって著しく異なる。そのため、不法な図利に打撃を与える際に、立法者は異なる重点を選択している⁹⁵⁹。例えば、不正競争や報道機関による人格権の侵害に打撃を与える際には、立法者は、主に私人による権利の実現 (Rechtsdurchsetzung) に依存している。そして、競争制限に打撃を与える際には、立法者は、主に当局の法的執行 (Rechtsdurchsetzung) に依存している。続けて、腐敗に打撃を与える際には、立法者は、主に刑法によって対応している。さらに言えば、特に、効率的法違反 (effiziente Rechtsbrüchen) に対しては、立法者は、当然、私人による権利の実現 (Rechtsdurchsetzung) を通じて不法な図利に打撃を与えることができる⁹⁶⁰。しかも、民法の目標は行為統制の機能と一致している。すなわち、個人の自由を守るだけでなく、自由で秩序ある生活領域を創造することをも目的としているのである⁹⁶¹。

さらに、民法は、刑法上の予防理論を積極的に参考にしなければならない⁹⁶²。特に、責任法が法律の現実において確実に行為統制の効果を達成している場合にのみ、責任法の任務としての予防は積極的に認められることができる⁹⁶³。過度な予防と予防不足を避けるためには、最適な予防を探るべきである⁹⁶⁴。つまり、損害のコストと損害回避のコストの間に、適切な割合が形成される。例えば、故意の違法行為の場合、利益吐出しは、最適な行動インセンティブを提供するかもしれない。だが、過失の違法行為の場合にも利益吐出しが適用されるときには、過度な予防が生じる可能性がある⁹⁶⁵。

⁹⁵⁵ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 33ff.

⁹⁵⁶ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 59ff.

⁹⁵⁷ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 59.

⁹⁵⁸ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 59.

⁹⁵⁹ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 59f.

⁹⁶⁰ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 59f.

⁹⁶¹ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 60ff.

⁹⁶² Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 100ff.

⁹⁶³ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 103ff.

⁹⁶⁴ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 150ff.

⁹⁶⁵ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 152.

実は、予防は責任填補の損害賠償法の基本的な部分である⁹⁶⁶。Janssen 説によれば、損害賠償法上の予防には、二つの側面がある。すなわち、補償思想内の予防 (Prävention innerhalb des Ausgleichsgedankens) と補償思想外の予防 (Prävention außerhalb des Ausgleichsgedankens) である⁹⁶⁷。その中で、補償思想内の予防に関しては、予防は、補償思想と並行するだけでなく、独立した主要な目標として発展している。しかし、最高の限度は、常に被害者の被った損害である。そして、その最終的な目標は、損害賠償を確保すると同時に、内在的、かつ期待された行為統制の効果を追及することである⁹⁶⁸。それに対して、補償思想外の予防は、補償思想内の予防によって誘発される行為統制の不足を補うものである。とりわけ効率的法違反 (effiziente Rechtsbruchs) または投機的違法 (spekulatives Unrecht) に対しては、補償思想外の予防を適用することができる。しかも、補償思想内の予防とは異なり、補償思想外の予防は、補償原則を超え、被害者に利得を与えることができる⁹⁶⁹。この場合、予防思想も同様に独立した主要な目標に発展している⁹⁷⁰。すなわち、不法に獲得された利益は、完全に、被害者の被った具体的な損害の多寡とは独立に算定され、返還されるべきである⁹⁷¹。

予防説を提唱する Janssen 教授は、制裁説や刑罰説を否定する⁹⁷²。さらに、利益吐出しの発生根拠には、刑罰機能は事実として存在せず、また否定されるべきである。そのような利益吐出しは、加害者に罰を与えることを目的としない⁹⁷³。また、アメリカの懲罰的損害賠償とは異なり、ドイツにおける利益吐出しの対象は、返還されるべき利益 (加害者の手もとに存在する利益) に厳しく制限され、それを超えることは許されない⁹⁷⁴。

第2項 利益吐出しの最適な適用領域

実際には、予防的な利益吐出しは、あらゆる侵害行為に恣意的に拡張でき、差別なく適用できる曖昧な手段ではない⁹⁷⁵。むしろ、利益吐出しの最適な適用領域は、絶対的な法的地位の侵害という効率的法違反である。しかし、市場に関する行為義務に対する違反 (Verletzung von Verhaltenspflichten des Marktes) が行われた場合に適用領域を広げることにはできない⁹⁷⁶。さらに、特定の法分野について、主に人格権の侵害をめぐる検討が行われている。

⁹⁶⁶ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 156ff.

⁹⁶⁷ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 164f.

⁹⁶⁸ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 164.

⁹⁶⁹ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 164f.

⁹⁷⁰ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 165.

⁹⁷¹ ヤンゼン (根本訳)・前掲注 (88) 400 頁を参照。

⁹⁷² Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 165ff.

⁹⁷³ ヤンゼン (根本訳)・前掲注 (88) 400 頁を参照。

⁹⁷⁴ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 208. ヤンゼン (根本訳)・前掲注 (88) 400–401 頁を参照。

⁹⁷⁵ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 605.

⁹⁷⁶ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 605.

1. 最適な適用領域

私法の観点からすれば、不法な利益が加害者の手もとに残る場合は、少なくとも①投機的法違反の事例、②拡散的損害の事例及び③効率的法違反の事例を包括している⁹⁷⁷。実は、この三つの事例の限界ははっきりしているのではなく、互いに部分的に重なり合っている。しかし、Janssen 説によれば、民法上の予防手段である利益吐出しの最適な適用領域は、絶対的な法的地位が侵害される場合に限られる。言い換えれば、利益吐出しの最適な適用領域は、③効率的法違反のみに限定されている。また、③効率的法違反の事例を中心に検討する前に、①投機的法違反の事例と②拡散的損害の事例をめぐって簡単に考察したい。

まず、①投機的法違反の事例とは、加害者が不法な利益を保有していることの発見される蓋然性が小さいため、完全なる経済的人間としての加害者は、チャンスとリスクとを冷静に計算した上で、法違反によって自身が望んだ不法な利益を獲得するということである⁹⁷⁸。投機的法違反にかかわる典型例は、カルテル法（Kartellrecht）または競争制限禁止法（GWB）の領域で特に良くみられるものである。さらに言えば、発見される蓋然性の低さ、事前的な保護の不可能、刑法上の保護の弱さ、カルテル損害の証明・算定の難しさなどの原因により、損害賠償の実現が困難になっている⁹⁷⁹。これに対応するため、GWB 33a 条 3 項が設けられた。つまり、カルテルによる被害者の損害額を算定する際に、不法な利益の割合を考慮することができる。しかし、Janssen 説によると、純粋な証明緩和である規則の目的は、個人の損害賠償と予防の効果を確保することである。しかも、このような規則は、補償的な利益の考量に過ぎない。そのため、行為統制の効果は、予防的な利益吐出しよりも温和である⁹⁸⁰。また、予防的な利益吐出しをカルテル法に導入する必要もない。特に、カルテル法では競争相手が未知数であるため、利益返還責任は制御されにくい⁹⁸¹。残念ながら、GWB 33a 条 3 項の規定は、実務においてほとんど適用されていない⁹⁸²。そこで、Janssen 教授は、加害者の投機的な違法行為にさらに対処するために、懲罰的損害賠償を導入すべきである、と主張している⁹⁸³。

次に、②拡散的損害の事例は、少量損害、名目的損害あるいは散発的損害などの事例とも呼ばれてきた。拡散的損害は、個々の被害者の損害がわずかであり、それゆえにそれらの被害者に法の実現を図る意思（加害者に対する損害賠償請求権を行使する意思）が欠ける場合に現われる⁹⁸⁴。この場合には、一方で、被害者の側に合理的な不

⁹⁷⁷ ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）374－381 頁を参照。

⁹⁷⁸ ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）376 頁を参照。

⁹⁷⁹ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 531ff., S. 572ff.

⁹⁸⁰ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 575.

⁹⁸¹ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 575f.

⁹⁸² Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 573ff.

⁹⁸³ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 578f. ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）376－377 頁を参照。

⁹⁸⁴ ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）378 頁を参照。

熱心あるいは無関心が見られる。他方で、侵害者にとっては、拡散的損害は、それが多数の、ときとして何百万もの侵害によるものであるときには、大きな利益を生み出しうる(また実際に生み出す)⁹⁸⁵。拡散的損害の事例という問題を解決するためには、集合訴訟(Sammelklagen)を導入する必要があるかもしれない⁹⁸⁶。集合訴訟の下で、利益剥奪請求権を行使する主体は、被害者ではなく、経済団体や消費者保護団体などである⁹⁸⁷。例えば、GWB 34a 条や UWG 10 条に基づき、ドイツの立法機関は、一定の団体の利益剥奪請求権を認めている。しかしながら、最も大きな失敗は、吐き出された利益が連邦国庫に帰属することとされており、そのために経済団体・消費者保護団体などによる利益剥奪請求権の行使に対する経済的誘因がそもそも存在しないことである⁹⁸⁸。

最後に、③効率的法違反の事例は、(加害者が)権利侵害によって獲得しようとする利益が、その結果として予想される経済的不利益(とりわけ支払われるべき損害賠償による不利益)を明確に上回る場合を指す⁹⁸⁹。言い換えれば、この場合、法違反が発見され、あらゆる経済的な制裁が行われたとしても、冷徹な計算に基づき行動した加害者の手もとには、なお不法な利益が残ることとなる⁹⁹⁰。実際には、利益吐出しの方向は、このような効率的法違反への阻止である⁹⁹¹。注意すべきは、効率的法違反と混同しやすい効率的契約違反・利益追求的契約違反の場合、利益吐出しの適用は排除されることである⁹⁹²。効率的契約違反が排除される具体的な理由については、以下のような二つが存在している。一つは、契約以外の領域では、被害者は加害者の効率的法違反に対抗できないため、最終的に不可侵の法益は侵害されるしかない。しかし、効率的契約違反の場合、当事者双方は、誰と契約上の拘束関係に入るかについて自主的に決定することができる。しかも、双方とも違約罰(Vertragsstrafen)を通じて、効率的契約違反の出現を防止することができる⁹⁹³。また、もう一つは、法政策の出発点から見ると、効率的契約違反と効率的法違反は明らかに異なる。効率的法違反については、それが望ましいものではないこと、したがってそれが阻止されるべきであることは、たとえそのために用いられる方法が不十分であったり非効率的であったりしても、一般的に確信されているところである⁹⁹⁴。これに対して、効率的契約違反は一切、もうけを出すべきではない、との一般的な確信は、「合意は、守られなければならない(pacta sunt servanda)」との原則が伝統的に大きな意義を有してきたドイ

⁹⁸⁵ ヤンゼン(根本訳)・前掲注(88) 378 頁を参照。

⁹⁸⁶ Vgl. André Janssen, Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, in: Matthias Casper u. a. (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, 2009, S. 3ff; ders. (Fn. 539), S. 578f.

⁹⁸⁷ ヤンゼン(根本訳)・前掲注(88) 378 頁を参照。

⁹⁸⁸ ヤンゼン(根本訳)・前掲注(88) 379 頁を参照。

⁹⁸⁹ ヤンゼン(根本訳)・前掲注(88) 379 頁を参照。

⁹⁹⁰ ヤンゼン(根本訳)・前掲注(88) 379–380 頁を参照。

⁹⁹¹ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 16ff., S. 577ff.

⁹⁹² Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 16ff., S. 579ff.

⁹⁹³ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 16. ヤンゼン(根本訳)・前掲注(88) 400 頁(注 78)を参照。

⁹⁹⁴ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 16. ヤンゼン(根本訳)・前掲注(88) 399 頁を参照。

ツにおいてさえ成立していない⁹⁹⁵。さらに、コモン・ローと法の経済分析の影響が強まる中で、ドイツでも、効率的契約違反は抑え込むべきものではなく、むしろこれを望ましいものと見るべきである、との声がますます大きくなっている。それゆえ、効率的契約違反に関しては、効率的法違反とは反対に、明確な統制目的 (Steuerungsziel) が欠けている⁹⁹⁶。

2. 特定の法分野

上述したように、マクロの視点から、利益吐出しの最適な適用領域は、効率的法違反である。そして、ミクロの視点から、利益吐出しにかかわる特定の法分野は、知的財産法、報道機関による人格権の侵害、不正競争防止法・競争法及び信認義務・守秘義務違反を包括している。しかし、Janssen 説によれば、予防的な利益吐出しにかかわる真正の法分野は、知的財産権の侵害、報道機関による人格権の侵害などのような絶対的な法的地位の侵害 (Verletzung absoluter Rechtspositionen) に限定されている⁹⁹⁷。逆に、不正競争防止法・競争法及び信認義務・守秘義務違反は適用対象から除外されるべきである。適用除外されるべき理由として、不正競争防止法・競争法の違反あるいは市場に関する行為義務 (Marktverhaltenspflichten) の違反については、利益吐出しの理念は、多くの法秩序にとってそのレパートリーに入っておらず、むしろ例外を成すものである⁹⁹⁸。しかも、ドイツの法秩序において、信認義務・守秘義務違反に関する損害賠償法上の利益剥奪請求権は予定されていないか、少なくとも明確には承認されていない⁹⁹⁹。利益の返還を実現するために、損害賠償法上の機能的な代替物として、準事務管理や介入権のような他の法的手段を投入しようとしている。実は、このような法的手段で、加害者がその契約違反 (信認義務・守秘義務違反) によって利益を得ることが事実として阻止されうるのである¹⁰⁰⁰。

続けて、利益吐出しが中心的な役割を果たす二つの法分野は、知的財産法と人格権法である。なぜなら、無体性 (Immaterialität) という特性を持つ知的財産権や人格権には、より強い保護の必要性が存在するからである。しかも、両者にも類似的な保護欲求がある。すなわち、無制限かつ頻繁な侵害に対する高い脆弱性、有効な事前保護の欠如及び伝統的に刑法上の保護が弱いことである¹⁰⁰¹。しかし、知的財産権の侵害¹⁰⁰²が本論文の趣旨に繋がらないので、以下では、主に人格権の侵害 (特に、報道機関による人格権の侵害あるいは人格権の強制的な商品化) について中心に考察したい¹⁰⁰³。

⁹⁹⁵ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 16f. ヤンゼン (根本訳) ・前掲注 (88) 399-400 頁を参照。

⁹⁹⁶ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 16f. ヤンゼン (根本訳) ・前掲注 (88) 399-400 頁を参照。

⁹⁹⁷ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 579f.

⁹⁹⁸ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 531ff., S. 584ff. ヤンゼン (根本訳) ・前掲注 (88) 393-394 頁を参照。

⁹⁹⁹ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 579ff. ヤンゼン (根本訳) ・前掲注 (88) 394-397 頁を参照。

¹⁰⁰⁰ ヤンゼン (根本訳) ・前掲注 (91) 396-397 頁を参照。

¹⁰⁰¹ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 521ff.

¹⁰⁰² Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 275ff. ヤンゼン (根本訳) ・前掲注 (88) 388-390 頁を参照。

¹⁰⁰³ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 421ff. ヤンゼン (根本訳) ・前掲注 (88) 391-393 頁を参照。

例えば、不法な利益を獲得するために、ある報道機関が著名人の人格権を、些細な内容の、でっち上げられたインタビューやたわいもない写真の公表によって侵害した場合には、その著名人が受けた損害は、通常、わずかなものに止まる。それどころか、場合によっては、公衆にその名をより広く知られることによって、その著名人は、その市場価値を高めさえする¹⁰⁰⁴。同時に、巨大な利益はその報道機関の手もとに残る。言うまでもなく、人格権が侵害された場合には、不作為請求権、撤回請求権、反論請求権などの救済手段が存在している。しかし、これらの救済手段は、人格権のより強い保護欲求を十分に満たしておらず、すでに発生した侵害行為に対しても無用である¹⁰⁰⁵。なお、人格権の侵害は、加害者にとって非常に大きな利益を生み出しうるということが明らかとなった。他方で、被害者の側に生ずる損失は小さなものであり、そうでなくとも、具体的な（しばしば精神的な）損害は、往々にして正確に算定されない¹⁰⁰⁶。そのため、有効な民法上の保護手段を通じて加害者の不法な利益を剥奪することで、人格権の強制的な商品化という状況の継続を防ぐことができる¹⁰⁰⁷。実務において、不法な利益は、損害賠償額の算定方法あるいは慰謝料の算定要素として承認されている。だが、残念ながら、このような解決策は予防的な手段ではない¹⁰⁰⁸。実は、この有効な民法上の保護手段は、純粋な利益吐出しである¹⁰⁰⁹。

商業的な人格権 (kommerzielles Persönlichkeitsrecht) の侵害であれ、精神的な人格権 (ideelles Persönlichkeitsrecht) の侵害であれ、加害者はこのような効率的法違反によって利益を得ることが許されない。一方で、利益吐出しは、商業的な人格権の侵害に生じる「市場の回避での強制的利益移転」(erzwungener Nutzentransfer unter Umgehung des Marktes) を阻止することを目的としている。他方、包括的な法益保護のためには、精神的な人格権（市場化されていない人格権）のような、市場向けの財産権でないものを侵害する場合でも、利益吐出しが適用されるべきである¹⁰¹⁰。また、死者の精神的な人格権を侵害する場合においても、予防的な利益吐出しの適用が必要である¹⁰¹¹。その必要性については、行為統制の考慮だけでなく、各個人の人格を保護するという憲法上の保護使命の実行にも有利だからである。そして、予防の視点から、死者の商業的な人格権や精神的な人格権が効率的に侵害された場合、この死者の相続人は利益吐出し請求権を有するべきである¹⁰¹²。

第3項 利益吐出しの法律構成

¹⁰⁰⁴ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 5. ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）380頁を参照。

¹⁰⁰⁵ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 522.

¹⁰⁰⁶ ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）391頁を参照。

¹⁰⁰⁷ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 522ff.

¹⁰⁰⁸ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 581ff.

¹⁰⁰⁹ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 527ff., S. 580ff.

¹⁰¹⁰ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 581.

¹⁰¹¹ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 582.

¹⁰¹² Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 582.

上述したように、利益吐出しの発生根拠と最適な適用領域に関する Janssen 説について分析してきた。以下では、利益吐出しの法律構成に関する Janssen 説の主張について、検討する。まず、Janssen 教授は、不当利得説と準事務管理法説を批判しており、かつ損害賠償法説を唱えている。次に、損害賠償法説の設計については、加害者の有責性の程度、情報開示請求権・独立の経済的な審査機関による審査請求権の必要性に関する分析に鑑みて、立法上の設計及び法的体系上の展開を行っている。最後に、利益吐出しの中心的な問題に戻り、吐き出されるべき利益の算定と分配とについて分析する。

1. 損害賠償法説の提唱

伝統的に、ドイツでは、利益を指向する責任効果の根拠づけは、不当利得法と準事務管理法に限られており、不法行為法や損害賠償法には関係しないとされている¹⁰¹³。しかしながら、Janssen 説によれば、経営者などが違法な行為によって利益を得た場合、不当利得法と準事務管理法は、より限定的な役割しか果たさない¹⁰¹⁴。例えば、準事務管理法は、多くの故意の違法な行為には機能していない。というのも、準事務管理が発動するためには「行為の違法性」だけでなく、「他人の事務を自分の事務として管理する」という要件を満たす必要があるからである¹⁰¹⁵。このような場合、Caroline von Monaco 事件や市場に関する行為義務の違反（特に、カルテル法違反）に対して、準事務管理が適用されていない。そして、不当利得法を用いてこのような不法な図利行為に対抗することも困難である。具体的には、4つの理由がある。第1に、構成要件から見ると、不当利得法は制限されている。つまり、すべての不法な図利行為が権利の割当内容への侵害を満たすわけではない¹⁰¹⁶。例えば、人格権の財産的要素が侵害された場合、不当利得法を適用することができる。逆に、人格権の精神的要素が侵害された場合、不当利得法が適用されない。第2に、法律効果から見ると、BGB818条2項に基づき、受益者は、原則として得た利益ではなく、客観的流通価値(Verkehrswert)を返還する義務がある¹⁰¹⁷。言い換えれば、権利者は通常、不当利得返還請求権に基づいて、侵害利得の返還を主張するのではなく、適切な認可料を主張するしかない。第3に、制度の目的から見ると、不当利得法の主な目的は回復(Restitution)であり、違法な行為の阻止ではない¹⁰¹⁸。第4に、比較法の視点から見ると、国際上の関連する研究分野では、責任法が核心的な地位にあるが、準事務管理法と不当利得法は通常、補完的な役割を果たすに止まる¹⁰¹⁹。

¹⁰¹³ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 7f., S. 19ff.

¹⁰¹⁴ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 19.

¹⁰¹⁵ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 19.

¹⁰¹⁶ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 19.

¹⁰¹⁷ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 19.

¹⁰¹⁸ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 20.

¹⁰¹⁹ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 21.

続けて、Janssen 説によると、効率的法違反に対する完璧な法的方法は、損害賠償法に基礎を置いた利益吐出しという方法である¹⁰²⁰。これは、被害者が、具体的な損害の賠償を請求する代わりに、加害者によって得られた不法な利益の返還を請求することを可能にするものである¹⁰²¹。すなわち、損害賠償法上の利益吐出しでは、被害者の損失に目を向ける代わりに、侵害者の地位とその不法な利益とに照準を合わせる事となる。それゆえ、損害賠償法は、被害者の不利益を基にするという自らの良く知っている道を離れ、加害者の利益を基にするというあまり良く知らない小道へと足を踏み入れるのである¹⁰²²。もしこのような加害者の利益を基礎とする損害賠償法上の利益吐出しが許されるとすれば、それは効率的法違反の予防にとって効果的な手法となりうるであろう¹⁰²³。しかも、不当利得法や事務管理法をさらに発展させる必要はなく、責任法と不当利得法の間領域に新たな混合道具を創設する必要もない¹⁰²⁴。

2. 損害賠償法説の設計

損害賠償法説の設計に関しては、主に①加害者の有責性の程度、②情報開示請求権及び独立の経済的な審査機関による審査請求権の必要性、③立法上の設計及び④法的体系上の展開という4つの問題が存在している。具体的な内容は、以下の通りである。

まず、①加害者の有責性の程度を確定することは、発生根拠としての予防的効果にとって決定的である¹⁰²⁵。過小な予防と過剰な予防を避けるためには¹⁰²⁶、加害者の有責性の程度は「故意」に制限されるべきである¹⁰²⁷。また、加害者の有責性の程度を「過失」に拡大すると、過剰な予防を引き起こし、革新や投資を抑制する可能性がある。特に、特許権のように境界を識別するのが難しい保護権や、類型化が弱い・枠組的な（商品化された）人格権に対して、「過失」と「故意」を区別せずに利益吐出しを適用しようとする、以下のような危害が生じる¹⁰²⁸。つまり、故意にも過失にも等しく発動される利益吐出しは、本質的には法に忠実に行動しようとするものの、市場で生き残るために他人の保護権（例えば特許権）の境界に迫るような行動を取らなければならない者をも威嚇することとなる。そのような故意・過失の区別なき利益吐出しは、その実質的な説得力を失うとともに、故意で侵害を行う市場参加者と過失

¹⁰²⁰ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 589ff.

¹⁰²¹ ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）382 頁を参照。

¹⁰²² ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）383 頁を参照。

¹⁰²³ ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）383 頁を参照。

¹⁰²⁴ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 590.

¹⁰²⁵ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 599ff. ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）402 頁を参照。

¹⁰²⁶ 過小な予防を避ける理由は、経済的に見れば、多くの効率的法違反の出現を阻止することである。また、過剰な予防も同じく回避されるべきである。というのも、それは、違法な行為を避けるための費用を余りに高く引き上げることとなり、基本的には社会的に歓迎すべき経済活動（例えば、新たな知的財産権・知的創作物の創出）が差し控えられるという危険を抱えているからである。ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）402 頁を参照。

¹⁰²⁷ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 599.

¹⁰²⁸ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 600.

で侵害を行う市場参加者とを同一に扱うことで、それらの参加者の大多数は一貫して法に忠実に行動しようとしていること及び（故意の行為者と過失の行為者とでは）それぞれの動機が相互に明確に異なっていることを無視するものである¹⁰²⁹。しかも、権利侵害が過失で行われた場合にも利益吐出しが適用されると、市場参加者は極端な注意コストを支払うことになる¹⁰³⁰。ちなみに、利益吐出しの適用を故意による人格権（財産的要素であれ精神的要素であれ）の侵害に限定することは、憲法上の衝突を引き起こすことがないだけでなく、出版（報道・言論）の自由と人格権の保護とのバランスを取るのにも有利である¹⁰³¹。

次に、②情報開示請求権及び独立の経済的な審査機関による審査請求権の必要性について。実務において、加害者が違法な行為を通じてどれほどの利益を実際に獲得したのか、ということを被害者は通常、知らないこと、そして当然のことながら、加害者には、そのような情報を被害者に任意に提供するつもりはない、ということである¹⁰³²。そのため、利益吐出しが張り子の虎（Papiertiger）になるのを防ぐためには、利益吐出しの付属物として、被害者の情報開示請求権を創設すべきである¹⁰³³。また、被害者が開示された情報の真偽・難易度などを識別・分析するのが難しいことや、加害者が商業秘密の漏洩リスクを懸念することなどを考慮して、独立の経済的な審査機関を創設すべきである。実際には、守秘義務を負う公認会計士（Wirtschaftsprüfer）が加害者から提供された情報を審査することは、加害者に過度な負担を課すものではない。また、このような措置は、加害者の情報関連の守秘の必要性及び被害者の情報関連の正確性への関心を両立させる¹⁰³⁴。

そして、利益吐出しは、財産的損害または非財産的損害とは無関係な独立した付随の制裁（Zusatzsanktion）として、BGB 847 条に規定されるべきである¹⁰³⁵。同時に、②情報開示請求権及び独立の経済的な審査機関による審査請求権を実現するためには、このような二つの請求権をも③立法上の設計に組み込むべきである。つまり、BGB 847 条に情報開示請求権・計算書作成請求権（Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung）及び独立の公認会計士による審査請求権が導入されるべきである¹⁰³⁶。一方で、被害者は、加害者に対して、違法な行為に関連する営業コスト・営利情報の開示を請求することができる。他方で、被害者は、加害者から提供された返還すべき利益に関連する情報が不完全または不正確であると合理的に疑う理由がある場

¹⁰²⁹ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 600. ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）402－403 頁を参照。

¹⁰³⁰ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 600ff.

¹⁰³¹ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 602.

¹⁰³² ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）403 頁を参照。

¹⁰³³ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 597f.

¹⁰³⁴ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 599.

¹⁰³⁵ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 607.

¹⁰³⁶ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 608f.

合には、独立の公認会計士にその情報の審査を請求することができる¹⁰³⁷。また、BGB 847 条の改正によって絶対的な法的地位の保護を強化することは、責任法の体系に隙間なく組み込まれるだけでなく、予防的な利益吐出しを効果的に BGB に導入することにもなる。しかも、予防的な利益吐出しを実現するためには、損害賠償法、責任法及び他の関連規定(例えば、BGB 285 条 1 項、687 条 2 項など)を改正または削除する必要はない¹⁰³⁸。

最後に、④法的体系上の展開について。利益吐出しの性格が絶対的な法的地位を効率的に侵害する行為に対する責任法上の付随的制裁であることを考慮して、利益吐出しは、BGB 823 条以下に基づく責任法の中に位置づけられるべきである¹⁰³⁹。この背景には、加害者が絶対的な法的地位を侵害した場合の有責性の程度に応じて、段階的モデル(Stufenmodell)を構築することができるとの考えがある¹⁰⁴⁰。具体的には、加害者が過失なく絶対的な法的地位を侵害した場合、被害者は不当利得法に基づいてしか対処できない。つまり、被害者は通常、BGB 818 条 2 項に基づき、権利侵害によって得られた利益ではなく、客観的な価値の返還を請求しうるに止まる。また、加害者が有責に絶対的な法的地位を侵害した場合、被害者は、具体的な損害賠償またはライセンス料を請求することができる。また、もし過失によって精神的な人格権が侵害され、利益衡量の枠組みで行為の違法性が承認された場合、賠償額は、権利侵害によって得られた利益ではなく、補償・満足の思想に基づいて算定されるべきである。逆に、権利侵害が少なくとも条件付き故意で行われたものである場合には、予防的な利益吐出しを実現するために、被害者は、利益の返還を請求することができる。だが、利益吐出しと損害賠償(または合理的なライセンス料)の混用は禁止される¹⁰⁴¹。言い換えれば、被害者は、その中から 1 つのみを請求することができる。したがって、加害者が不法な利益を得ていないか、わずかに得ている場合、被害者は、補償的な損害賠償を選択することになる。それに対して、加害者が物質的または精神的な損害賠償額を超える巨額の利益を得た場合、被害者は、利益吐出しを選択することができる¹⁰⁴²。

3. 利益の算定と分配

利益の算定と分配に関しては、主に①吐き出されるべき利益の算定、及び②吐き出されるべき利益の割合の確定という二つの問題が存在している。それぞれの具体的な内容について順に説明する。

¹⁰³⁷ Vgl. *Janssen*(Fn. 539), S. 608.

¹⁰³⁸ Vgl. *Janssen*(Fn. 539), S. 608f.

¹⁰³⁹ Vgl. *Janssen*(Fn. 539), S. 606ff.

¹⁰⁴⁰ Vgl. *Janssen*(Fn. 539), S. 602f.

¹⁰⁴¹ Vgl. *Janssen*(Fn. 539), S. 591.

¹⁰⁴² Vgl. *Janssen*(Fn. 539), S. 602f.

①吐き出されるべき利益の算定という問題については、裁判では長らく、加害者は、その総利益から、個々の製品に割り当てられるべき変動費用(vabirable Kosten)ないしは個別費用(Einzelkosten)(例えば、知的財産権を侵害する特定の製品にかかる材料費)のみならず、固定費用(Fixkosten)ないしはランニングコスト・固定費用(Gemeinkosten)(例えば、一般的な市場調査にかかる費用や管理費用(Verwaltungskosten))を控除することができる、とされてきた¹⁰⁴³。しかし、このような取扱いの帰結として、被害者は、最終的には、贋作工場(Fälscherwerkstätten)の経営に出資させられてしまう、という結果が生じた。さらに、侵害者は、控除しうる固定費用をすべて控除し、その獲得した利益を余りに小さく算定することで、しばしば、その損失を清算することさえ可能であった。そのため、利益の吐出しは、結局これまで予防手段としての意義を大幅に失っていた¹⁰⁴⁴。

実は、吐き出されるべき利益の算定方法に関する意識の変化は、無体財産権法の分野で始まった。そして、この点に関しては、何よりも連邦通常裁判所のランニングコスト事件判決¹⁰⁴⁵が指導的役割を担った。この判決において、裁判所は、初めて、また利益吐出しの予防機能を明確に援用しつつ、総利益からの控除が許されるのは、知的財産権を侵害する個々の製品に割り当てられるべき変動費用のみであり、固定費用の控除はもはや肯定されるべきではない旨を判示した¹⁰⁴⁶。この判決によって、侵害者が自らの吐き出すべき利益を乏しく算定すること、そして被害者が自らの権利の侵害を行う企業に共同出資させられることが阻止された¹⁰⁴⁷。しかも、Janssen 説によれば、このような算定方法は、一般的な利益吐出しの枠組みにおいて適用されるべきである

¹⁰⁴⁸。

②吐き出されるべき利益の割合の確定という問題については、上記の方法で侵害者が吐き出すべき利益の総額を割り出すだけでは不十分である。これに加えてさらに、具体的に返還されるべき利益の割合がいかほどであるかを明らかにしなければならない¹⁰⁴⁹。つまり、このような吐き出されるべき利益は、総利益(Gesamtgewinn)ではなく、権利侵害行為そのものに関連する利益のみである¹⁰⁵⁰。しかし、具体的に返還されるべき利益の割合を画定することは、ときに困難な作業である。また、利益に対す

¹⁰⁴³ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 595. ヤンゼン(根本訳)・前掲注(88) 404 頁を参照。

¹⁰⁴⁴ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 595. ヤンゼン(根本訳)・前掲注(88) 404 頁を参照。

¹⁰⁴⁵ BGH, GRUR2001, 329ff.

¹⁰⁴⁶ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 595f. ヤンゼン(根本訳)・前掲注(88) 405 頁を参照。

¹⁰⁴⁷ ヤンゼン(根本訳)・前掲注(88) 405 頁を参照。

¹⁰⁴⁸ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 595f., S. 608.

¹⁰⁴⁹ というのも、例えば、新しく製造された自動車のハンドルにのみ特許権の侵害が認められる場合や、ある新聞が人格権を侵害する記事を掲載したものの、それ以外の記事には法的な問題がない場合のように、侵害者の製品全体のうち、権利の侵害に当たる要素はその一部分にのみ止まる場合もあるからである。これらの事例において、(先述の方法によって算定された)利益のすべてではなく、その一部分のみが被害者に返還されるべきことは、ほとんど自明の事柄であると言えよう。ヤンゼン(根本訳)・前掲注(88) 406 頁を参照。

¹⁰⁵⁰ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 596.

る侵害者の貢献を余りに気前よく見積もってしまうと、それによって利益吐出しの予防的効果が減殺されるおそれもある。まさしくそのようなことが過去においてはしばしば生じた¹⁰⁵¹。だが、加害者の視点から、無体財産権法に関する新たな判例が判示しているように、正しくは、侵害者自身の販売成果の考慮は一般的に否定されるべきである。考慮することが許されるのは、事物の直接的性質 (unmittelbare Sacheigenschaften)、すなわち、権利を侵害している当該対象にそれ自体としてすでに備わっている要素である¹⁰⁵²。それに対して、被害者の視点から、吐き出されるべき利益は、相応の因果関係が存在することも、被害者本人がその利益を達成することも要求されない¹⁰⁵³。しかも、加害者と被害者とは関係のない「たなぼたの利益」は、被害者に「巧みな法違反を発見するという勝利への報奨」として与えられるべきである

¹⁰⁵⁴。

もし利益吐出しを効率的法違反に対する真に効果的な手段として構成したいのであれば、吐き出されるべき利益の算定と具体的に返還されるべき利益の割合の確定というこれら二つの調整ねじを、最適な形でかみ合うものとしなければならない¹⁰⁵⁵。しかし、このような利益の算定と割合の確定に関しては、詳細な法律上の規定を導入すべきではない¹⁰⁵⁶。逆に、さらなる区分は司法に任せるべきである。さらに言えば、利益吐出しにとって決定的なこれらの要素については、法の適用者（裁判官や弁護士など）に、吐き出されるべき不法な利益を適切に、また実務に即した形で算定しうる基準、（これらの者が）実際に使用することができ、また将来の予測を立てることができうる基準を提供することが肝要である¹⁰⁵⁷。実は、数学的に厳密な算定を行うことは不可能である。だが、そのことは、利益吐出し（までも）が不可能であること、（それゆえ）これを断念しなければならないこと、あるいは利益剥奪請求権の構成要件の段階でこれに制限を加えなければならないことを意味しない¹⁰⁵⁸。結局は、できる限り正確な、予防の観点に照らして効果的な、不法に獲得された（実際の）利益の近似値を用いることで十分である。利益の算定についても、また返還されるべき利益の割合の

¹⁰⁵¹ なぜなら、侵害者自身の販売成果 (Vertriebsleistungen)、例えばその市場における地位やその者による効果的な市場調査、経営システム、あるいは魅力的な価格設定などが、吐き出されるべき利益の割合の確定において考慮されたからである。ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）406 頁を参照。

¹⁰⁵² 例えば、脚注（1049）の自動車に関する事例において、その部分（ハンドルの部分）が製品全体（自動車）に対して有する価値のみである。ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）406－407 頁を参照。

¹⁰⁵³ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 596.

¹⁰⁵⁴ 被害者は、その責任法上の請求権（利益剥奪請求権）を貫徹することによって、その公的な予防目的をも果たす。そして、その結果として、不法な利益の受領という形式による被害者への賞金の付与が正当化されるのである。これに対して、利益吐出しの請求は確かに被害者によって行われるものの、加害者から吐き出された利益はこれを（被害者ではなく）国庫や他の組織に帰属させるような仕組みは、退けられるべきである。なぜなら、そのような仕組みは、實際上、ほとんど活用されないからである。一体なぜ、被害者は、加害者から剥奪された利益が自らの手に入るわけでもないのに、利益吐出しのために苦勞しなければならないのであろうか。ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）402 頁を参照。

¹⁰⁵⁵ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 596. ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）407 頁を参照。

¹⁰⁵⁶ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 608.

¹⁰⁵⁷ ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）407 頁を参照。

¹⁰⁵⁸ Vgl. Janssen (Fn. 539), S. 594. ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）407 頁を参照。

確定に関しても、「完璧を期する余り、善の敵となるな」との戒めを肝に銘じなければならぬ¹⁰⁵⁹。

第4項 小括

以上で、Janssen 説に関する考察を終えたい。その要点をまとめると、以下のようになる。

まず、Janssen 説によると、利益吐出しの発生根拠は予防と付随的制裁との二つである。効率的法違反を阻止するために、このような補償思想外の予防は、独立した主要な目標に発展すべきである。しかも、この利益吐出しは加害者に罰を与えることを目的としない。しかし、効率的法違反の事例において利益吐出しが付随的制裁機能を持つということも認めている。

次に、利益吐出しの法律構成については、損害賠償法説が支持される。そして、損害賠償法説の設計に関しては、主に①加害者の有責性の程度、②情報開示請求権及び独立の経済的な審査機関による審査請求権の必要性、③立法上の設計及び④法的体系上の展開という四つの問題が存在している。具体的な内容は、以下の通りである。すなわち、過小な予防と過剰な予防を避けるためには、①加害者の有責性の程度は「故意」に制限されるべきである。②情報開示請求権及び独立の経済的な審査機関による審査請求権の必要性については、利益吐出しが張り子の虎になるのを防ぐためには、利益吐出しの付属物として、被害者の情報開示請求権を創設すべきである。なお、被害者が開示された情報の真偽・難易度などを識別・分析するのが難しいことや、加害者が商業秘密の漏洩リスクを懸念することなどを考慮して、独立の経済的な審査機関を創設すべきである。続いて、③立法上の設計については、BGB 847 条に情報開示請求権・計算書作成請求権及び独立の公認会計士による審査請求権が導入されるべきである。しかも、予防的な利益吐出しを実現するためには、損害賠償法、責任法及び他の関連規定(例えば、BGB 285 条 1 項、687 条 2 項など)を改正または削除する必要はない。また、④法的体系上の展開については、利益吐出しの性格が効率的に絶対的な法的地位を侵害する行為に対する責任法上の付随的制裁であることを考慮して、利益吐出しは、BGB 823 条以下に基づく責任法の中に位置づけられるべきである。だが、利益吐出しと損害賠償(または合理的なライセンス料)の混用は禁止される。言い換えれば、被害者は、その中から一つのみを請求することができる。結局、吐き出されるべき利益は、完全に、被害者の被った具体的な損害の有無・多寡とは独立に算定される。

そして、法律効果については、主に吐き出されるべき利益の算定、及び吐き出されるべき利益の割合の確定という二つの問題が存在している。その中で、吐き出されるべき利益の算定に関しては、総利益からの控除が許されるのは、権利(特に、知的財

¹⁰⁵⁹ Vgl. Janssen(Fn. 539), S. 594. ヤンゼン(根本訳)・前掲注(88) 407 頁を参照。

産権、人格権)を侵害する個々の製品に割り当てられるべき変動費用・個別費用のみであり、ランニングコスト・固定費用の控除はもはや肯定されるべきではない。しかも、吐き出されるべき利益の割合の確定に関しては、このような吐き出されるべき利益は総利益ではなく、権利侵害行為そのものに関連する利益のみである。また、加害者と被害者とは関係のない「たなぼたの利益」は、被害者に「巧みな法違反を発見するという勝利への報奨」として与えられるべきである。最終的に、吐き出されるべき利益の算定と具体的に返還されるべき利益の割合の確定は、詳細な法律上の規定を導入する必要はなく、法の適用者(裁判官や弁護士など)に委ねるべきである。

最後に、利益吐出しの最適な適用領域は、絶対的な法的地位の侵害という効率的法違反である。さらに言えば、予防的な利益吐出しにかかわる真正の法分野は、知的財産法の侵害、報道機関による人格権(自然人及び死者の商業的な人格権、精神的な人格権)の侵害などのような絶対的な法的地位の侵害に限定されている。逆に、不正競争防止法・競争法及び信認義務・守秘義務違反は適用対象から除外されるべきである。

第4章 利益吐出しの根拠・構成の再構造

第1章から第3章にかけては、日本・中国・ドイツの利益吐出しにかかる法制度に関する議論状況についてそれぞれ考察・検討を行ってきた。それでは、本章においては、日本の法制度を基礎として、利益吐出しの発生根拠・法律構成の再構造を試みたい。念のために、利益吐出しに対して理論的な再構造を試みる前に、まず日中独三国の立法・実務および学説について簡潔に回顧し、かつ狙いを定めた分析を行うこととしよう。

第1節 日中独の比較法的分析

日中独の比較法的分析は、第1款日本法・中国法・ドイツ法の素描、及び第2款日本法・中国法・ドイツ法の分析から構成されている。前者は、利益吐出しの発生根拠と法律構成を中心として、第1章、第2章および第3章の内容を体系的かつ明確に整理したものである。そして、後者は立法・実務・学説という視点から、前者の整理をそれぞれに分けて詳細に分析するものである。

第1款 日本法・中国法・ドイツ法の素描

いわゆる日本法・中国法・ドイツ法の素描とは、それぞれ「第1章日本法における議論状況」、「第2章中国における議論状況」及び「第3章ドイツにおける議論状況」についてまとめたものである。具体的な内容については、以下の通りである。

第1項 日本法の素描

まず、第1章第1節のように、日本の民法典が一部の個別的人格権を規定したが、司法や学説は、社会の変遷と侵害の多様化に対応するために、他の個別的人格権と一般的人格権の創設と発展にとって重要な役割を果たしている。しかも、人格権侵害に対する救済手段は、差止請求権と損害賠償請求権によって構築されている。しかしながら、第1章第2節で見たように、真正の利益吐出しに関連する判例は現れなかった。現在、加害者が被害者の人格権を侵害することによって大きな利益を得た場合、裁判所は三つの解決策で加害者の不当な利益を奪うかもしれない。第一に、名誉権・プライバシー権などの侵害によって大きな利益を得た場合、「慰謝料の高額化」で不当な利益を奪う。第二に、パブリシティ権などの侵害によって大きな利益を得た場合、「使用料相当額と他の財産的損害賠償」が認められていることで不当な利益を奪う。第三に、氏名権、肖像権及びパブリシティ権などの侵害によって大きな利益を得た場合、「使用料相当額と慰謝料」が認められていることで不当な利益を奪う。言うまでもなく、これら三つの解決策は間接的な方策として、加害者の一部の利益を剥奪する機能を持っているが、厳密な意味での利益吐出しではない。

次に、第1章第3節で検討したように、準事務管理、不当利得及び不法行為における制裁・抑止説を踏まえて、利益吐出しの発生根拠としての制裁・抑止は、だんだん確立されている。つまり、通説における利益吐出しの発生根拠は、「現在の加害者が過去に行った違法な行為に対する制裁」及び「現在の加害者または潜在的加害者が将来的に違法な行為を行う可能性のある抑止」である。それに対して、橋本伸准教授による「多元説」の提唱に伴い、日本の学界では通説（制裁・抑止説）から新説（多元説）への転向の試みが始まっているかもしれない。さらに言えば、新説は、通説の「抑止」を留保した上で、「制裁」を放棄するとともに、「損害額算定の代替手段」と「権原保有者の自律的意思の実現」を追加した。

そして、日本法における利益吐出しの発生根拠について、以下のような図表で示してみる（図表2参照）。

図表2 発生根拠

学 説	内 容
◆通説	制裁・抑止
◆新説（多元説）	橋本説：①違法行為の抑止、②損害額算定の代替手段及び③権原保有者の自律的意思の実現

（出典）筆者作成

最後に、第1章第4節のように、利益吐出しの法律構成について、通説は準事務管理説であるが、信認義務違反説、介入権説、事務管理説、不当利得説、不法行為説及び独立の救済手段説をめぐる論争も激しい。単に法律効果に着目してみれば、加害者が取得した利益に対して、全部が吐き出される態様と一部が吐き出される態様が存在している。その中で、契約上の法律関係における信認義務違反説・介入権説及び契約以外の法律関係における準事務管理説の多数説・事務管理説によると、加害者が取得した全部の利益が吐き出されるべきである。それに対して、契約以外の法律関係における準事務管理説の少数説・事務管理説・不当利得説・不法行為説・独立の救済手段説によれば、加害者が取得した一部の利益が吐き出されるべきである。しかし、どのような利益が控除されるべきかという問題に関しては、議論も存在している。具体的には、加害者自身の才能・労務及び偶然の有利な機会・幸運によって取得した利益、または加害者の特殊な才能のみによって取得した利益が控除されなければならない。なお、権利者の権利と侵害者の費用・技能・労務等の寄与に応じて配分されるべきか、あるいは、被害者の権利と侵害者の権利を衡量したうえで、比例原則に照らして分配されるべきである。以下では、この態様について、法律構成と法律効果との組み合わせを図表で示してみる（図表3参照）。

図表 3 法律構成と法律効果について

法律効果 法律構成	全部の利益の吐出	一部の利益の吐出
信認義務違反説 ◆少数説	○	×
介入権説 ◆少数説	○	×
準事務管理説 ◆通説	◆通説：○	◆少数説（例えば、末川説、戒能説）：管理者自身の才能・労務、あるいは偶然の有利な機会・幸運によって取得した利益が控除されるべきである。
事務管理説 ◆少数説	○	×
不当利得説 ◆有力説	×	◆我妻新説：管理者（加害者）の特殊な才能によって取得した利益が控除されるべきである。 ◆石田説：損失者の権利の客観的価値を算定すると共に、受益者の支出した費用・技能・考案を評価し、割合に従って利得を比例的に分配すべきである。 ◆長野説：侵害者利益が権利者の権利と侵害者の労務等の寄与に応じて配分されるべきである。
不法行為説 ◆有力説	×	◆窪田説：加害者と被害者の寄与に基づき、両者の間で分配されるべきである。
独立の救済手段説 ◆少数説	×	◆潮見説：利益は、被害者の権利と侵害者の権利を衡量したうえで、比例原則に照らして分配されるべきである。

（出典）筆者作成

第 2 項 中国法の素描

中国法上の利益吐出しという法理は、主に立法、学説及び実務において論じられている。

第1に、第2章第1節で見たように、立法の側では、中国は司法解釈と立法規範を順次借りて、「公法介入—国庫に返還する」と「私法介入—被害者に返還する」との二つの経路を通じて対応することを試みている。また、中国で人格権における利益吐出しの発生根拠の通説は、予防・抑止である。もちろん、通説に対する疑問の声が聞かれることも少なくない。例えば、補償説、予防・制裁説、補償・予防・懲罰説及び威嚇・不当な利得の剥奪・人身権の支配性に対する保護などという多元説である。

そして、中国法における利益吐出しの発生根拠について、以下のような図表で示してみる（図表4参照）。

図表4 発生根拠

学 説	内 容
◆通説	予防・抑止
◆通説以外の学説	補償説：埋め合わせること（例えば、最高人民法院侵權責任法研究小組） 予防・制裁説：予防・威嚇と懲罰・制裁（例えば、張家勇、王葉剛） 補償・予防・懲罰説：補償性、予防性、懲罰性（例えば、最高人民法院） 多元説：威嚇・不当な利得の剥奪・人身権の支配性に対する保護など（例えば、孫良国）

（出典）筆者作成

第2に、第2章第2節で検討したように、利益吐出しの法律構成について、学説上の有力説は、不法行為説及び独立の請求権説である。そのほかに、信認義務違反説、擬制信託説（＝推定信託説）、介入権説、準事務管理説、不当利得説も存在している。特に、人格権侵害に関する利益吐出しの法律構成については、学者は、主に準事務管理説、不当利得説、不法行為説及び独立の請求権説をめぐって議論している。注意すべきなのは、日本とドイツが準事務管理説を通説としているのとは異なり、中国での準事務管理説は少数説にすぎないことである。しかも、不当利得説を支持する学者は多くない。また、侵權責任法20条及び民法典1182条の解釈をめぐって、不法行為説と独立の請求権説が出現している。

そして、中国法における利益吐出しの法律構成と法律効果について、以下のような図表で示してみる（図表5参照）。

図表 5 法律構成と法律効果について

法律効果 法律構成	全部の利益の吐出	一部の利益の吐出
信託義務違反説 ◆少数説	○	×
擬制信託説 ◆少数説	○	×
介入権説 ◆少数説	○	×
準事務管理説 ◆少数説	○	×
不当利得説 ◆少数説	葉名怡説：悪意のある利得者が必要な費用を差し引いた後、権利者にすべての利益を返還すべきである。 吳国喆説：「基本のルール」によれば、利益と当事者との関連性（あるいは寄与度）に基づいて分配されるべきである。しかし、利得者が故意に不法行為を行った場合、「補充のルール」によれば、利得者自身の貢献度を考慮しなくて、すべての利益を奪うべきである。	×
不法行為説 ◆多数説	×	◆郭明瑞説：加害者が注ぎ込んだ資財、人力などのコストを差し引いた「純利益」を被害者に返すことができる。 ◆石佳友説：加害者の得た利益とは、侵害された権利または利益に関連するすべての収入を用いて、相関のコスト（例えば商品の製造・マーケティングをめぐる費用、税金など）と必要な費用（例えば管理費用、資本投入など）を減じた後、最終的に残されている利益をいう。
		◆王利明説：吐き出されるべき利益に関しては、「純利

独立の救済手段 説 ◆有力説	×	益」に限定すべきである。つまり、このような利益は人格的権益の侵害と因果関係を持たなければならない。言い換えれば、加害者の全部の利益における被害者の人格的権益の寄与度を考慮しなければならない。そのほかに、加害者が自分の経験モデルやビジネス秘密などを利用して得た利益や必要なコストは総利益から差し引かれるべきである。
---	---	---

(出典) 筆者作成

第3に、第2章第3節で見たように、判例の側では、第1章第2節第2款の設例に対応して、中国の実務上、多かれ少なかれ関連する判例が発生している。つまり、①名誉権・プライバシー権、②パブリシティ権、③不特定多数人の個人情報、④身体的人格権、及び⑤故人の人格的利益、という五種類の状況での利益吐出しをめぐる判例の概要と検討を行う。多様な判例は、中国における人格権侵害の状況が深刻であることを直接的に反映すると同時に、利益吐出し法理の研究に対しても間接的に豊富な素材を提供するかもしれない。

第3項 ドイツ法の素描

ドイツ法上の利益吐出しという法理に関しては、「立法・判例・学説の鳥瞰」(第3章第1節)及び「代表的な論客の見解を中心に」(第3章第2節)をめぐって論じられている。

第1に、「立法・判例・学説の鳥瞰」(第3章第1節)について。

まず、第3章第1節第1款で見たように、立法の鳥瞰では、ドイツにおける現行法の状況から見ると、利益吐出しは、一般的原則として認められていないだけでなく、民法にも一般的かつ明確に定められた請求権規定は存在しない。だが、行為者が違法な行為によって不当な利益を得ることを防止するために、公法であれ私法であれ、利益吐出しに関する具体的規定が複数、存在する。その中で、刑法・秩序違反法・不正競争防止法・競争制限禁止法に基づき、不当な利益は連邦国庫に返還されるべきであるとされる。それに対して、著作権・隣接権法・特許法・商法典・民法典に基づき、不当な利益は被害者に返還されるべきである。

次に、第3章第1節第2款で分析したように、判例の鳥瞰では、異なる権利の侵害で得た不当な利益について、異なる救済策が取られる。その中、他人(自然人あるいは死者)の一般的人格権を侵害して財産的損害を生じさせた場合、利益吐出しも、ある程度損害賠償額の算定方法の一つとして承認されている。さらに、人格権に関わる

非財産的損害が生じた場合においては、利益吐出しは金銭賠償額の判断上の算定要素としてこれを考慮すべきである、とされる。

最後に、第3章第1節第2款で見たように、学説の鳥瞰では、ドイツ法において、利益吐出しという問題の解決策に関する通説は、準事務管理説である。そのほかに、不当利得説、不法行為・損害賠償法説、信託義務違反説、および独立の救済手段説も存在している。その中で、利益吐出しという問題に対応する最も古くて直接的な学説は、準事務管理説である。また、法律効果から見れば、不当な利益の返還に最も密接に関連する学説は、不当利得説である。近年では、実務において重要な価値を持つ不法行為・損害賠償法説が次第に有力説となっている。

ドイツ法における利益吐出しの法律構成と法律効果について、以下のような図表で示してみる（図表6参照）。

図表6 法律構成と法律効果について

法律効果 法律構成	全部の利益の吐出	一部の利益の吐出
準事務管理説 ◆通説	◆通説：○	◆Helms 説：利益は、加害者と被害者の間で分配されるべきである。また、分配方法については、両者に関わる個々の経営資源の客観的価値に応じて純利益を割合で分配されるのではなく、被害者の利得機会が侵害された場合に、関連する利益をできるだけ被害者に分配するものである。
不当利得説 ◆有力説	◆主観的価値賠償説：BGB 818 条 2 項に基づき、吐き出されるべき利益は、市場価値ではなく、本来の権利者と契約を締結していたとすれば支払われなければならなかったはずの価値である。 ◆Wieling 説：BGB 816 条 1 項 1 文と BGB 818 条 1 項に基づき、吐き出されるべき利益は、目的物あるいは取得し	×

	たものの客観的価値に限定されるべきではなく、他の利益も含むべきである。 ◆Canaris 説：BGB 819 条 1 項、818 条 4 項及び 285 条（旧 BGB 281 条）に基づき、不当な利益は、いっそう厳しい責任形式で吐き出されるべきである。 （▲以上の学説は、一部の利益を加害者に分配することを明確に示していない。）	
不法行為・損害賠償 法説 ◆有力説	×	◆Wagner 説：利益分配の割合は、被害者の法益への利用（例えば、患者の身体の一部への利用）に応じて形成されることである。しかも、医師・研究者のような加害者が行った特有の貢献を適切に考慮すべきである。 ◆Janssen 説：吐き出されるべき利益は総利益ではなく、権利侵害行為そのものに関連する利益のみである。また、侵害者自身の販売成果の考慮は一般的に否定されるべきである。しかも、加害者と被害者とは関係のない「たなぼたの利益」は、被害者に与えるべきである。
信認義務違反説 ◆少数説	○	×
独立の救済手段説 ◆少数説	○ （▲一部の利益を加害者に分配することは明確に示されていない。）	×

（出典）筆者作成

第 2 に、「代表的な論客の見解を中心に」（第 3 章第 2 節）について。

まず、第3章第2節第1款で見たように、利益吐出しについては、Wagner 説は、利益吐出しの発生根拠、法律構成、法律効果及び適用対象をめぐって系統的に説明する。その中で、発生根拠は、一般的な予防である。そして、法律構成について、Wagner 教授は、BGB 687 条 2 項を削除し、BGB 251 条 3 項を新設することを提案する。そして、利益分配の割合は、被害者の法益への利用に応じて形成されるべきである、とされる。しかも、医師・研究者のような加害者が行った特有の貢献を適切に考慮すべきである。また、適用対象について、財産的な法益が侵害される場合、あるいは、非財産的な法益が侵害される場合、権利者は利益吐出し請求権を行使することができる。

次に、第3章第2節第2款で分析したように、Helms 説によれば、利益吐出しの発生根拠は二つある。すなわち、特定の不当な行為に対する制裁及び信認義務の違反である。また、利益吐出しの法律構成について、Helms 教授は通説としての準事務管理説（BGB 687 条 2 項 1 文、681 条 2 文及び 667 条 2 選択肢）によって加害者の不当な利益を剥奪する傾向がある。しかし、法律効果と適用対象に関しては、通説を修正した。さらに、利益吐出しの法律効果は、他人の法益の利用によって実現されたものを奪うことである。しかし、任意の交換不可能な、独立した商業機会権限を持つ法益に加害者が貢献している場合には、利益分配の際に、加害者（または第三者）の排他的な利得機会を考慮することも正当である。しかも、加害者の費用は、侵害行為に直接起因する場合にのみ償還される。そのほかに、利益吐出しの適用対象は、権利の侵害及び契約上・法律上の信認関係の侵害である。

最後に、第3章第2節第3款で分析したように、Janssen 説によると、利益吐出しの発生根拠は予防と付随的制裁との二つである。また、利益吐出しの法律構成については、損害賠償法説が支持される。つまり、利益吐出しは、BGB 823 条以下に基づく責任法の中に位置づけられるべきである。しかも、BGB 847 条に情報開示請求権・計算書作成請求権及び独立の公認会計士による審査請求権が導入されるべきである。そのほかに、吐き出されるべき利益の割合の確定に関しては、このような吐き出されるべき利益は総利益ではなく、権利侵害行為そのものに関連する利益のみである。しかも、「たなぼたの利益」は、被害者に「巧みな法違反を発見するという勝利への報奨」として与えられるべきである。そして、吐き出されるべき利益の算定に関しては、総利益からの控除が許されるのは、権利を侵害する個々の製品に割り当てられるべき変動費用・個別費用のみである。利益吐出しの最適な適用領域は、絶対的な法的地位の侵害という効率的法違反である。

以上の代表的な論客の見解については、以下のような図表で示してみる（図表 7 参照）。

図表 7 代表的な論客の見解について

代表的な論客	Gerhard Wagner	Tobias Helms	André Janssen
発生根拠	予防	①特定の不当な行為 に対する制裁 ②信認義務の違反	①予防 ②付随的制裁
法律構成	◆損害賠償法説 ●解釈論の視点から、損害賠償法（特に BGB 823 条以下）を通じて利益吐出しの問題を解決しようという立場である。 ●立法論の視点から、BGB 687 条 2 項を削除し、251 条 3 項を新設することである。	◆準事務管理説 ●解釈論の視点から、準事務管理法（BGB 687 条 2 項 1 文、681 条 2 文及び 667 条 2 選択肢）を通じて利益吐出しの問題を解決しようという立場である。	◆損害賠償法説 ●解釈論の視点から、損害賠償法（特に BGB 823 条以下）を通じて利益吐出しの問題を解決しようという立場である。 ●立法論の視点から、BGB 285 条 1 項と 687 条 2 項を維持しており、かつ BGB 847 条に情報開示請求権・計算書作成請求権及び独立の公認会計士による審査請求権を導入すべきである。
法律効果	●一部の利益の吐出 ▲利益の分配：利益分配の割合は、被害者の法益への利用（例えば、患者の身体の一部への利用）に応じて形成されるべきである、とされる。また、医師・研究者のような加害者が行った特有の貢献を適切に考慮すべきである。だが、たくさんの控除で粗利益を	●一部の利益の吐出 ▲利益の分配：他人の法益の利用、加害者自身の努力・特別な能力、あるいは特別な経済的機会などによって得られたすべての利益を奪うのではなく、他人の法益の利用によって実現されたものを奪うことである。また、任意の交換不可能な、独立した商業機会権限を持つ法益に	●一部の利益の吐出 ▲利益の分配：このような吐き出されるべき利益は総利益ではなく、権利侵害行為そのものに関連する利益のみである。また、加害者と被害者とは関係のない「たなぼたの利益」は、被害者に「巧みな法違反を発見するという勝利への報奨」として与えられるべきである。

	減らすことは許されない。	加害者が貢献している場合、利益分配の際に加害者（または第三者）の排他的な利得機会を考慮することも正当である。 ▲費用の償還：加害者の費用は、侵害行為に直接起因する場合にのみ償還される。さらに、このような償還されるべき費用には、加害者の報酬費用やランニングコスト・固定費用は含まれない。	▲費用の償還：総利益からの控除が許されるのは、権利（特に、知的財産権、人格権）を侵害する個々の製品に割り当てられるべき変動費用・個別費用のみであり、ランニングコスト・固定費用の控除はもはや肯定されるべきではない。
適用対象	●営利目的を達するために、故意に他人の法益を侵害するすべての場合、利益吐出しは適用されることができる。すなわち、①権利侵害と②契約違反の場合が含まれる。 ▲①権利侵害：財産的な法益及び非財産的な法益（例えば、一般的人格権、パブリシティー権、身体的人格権など）の侵害の場合 ▲②契約違反：契約違反にかかわるすべての場合	●加害者が故意に①被害者の営業機会または②契約上・法律上の信認関係を侵害してこそ、利益吐出しが適用される。 ▲①被害者の営業機会：他人の権利（例えば、パブリシティー権など）にかかわる営業機会の侵害の場合 ▲②契約上・法律上の信認関係：BGB 667条2選択肢の利益促進義務に基づく委託関係と有償事務処理関係及び労働法・会社法における独立した信認義務の範疇などが含まれる。	●利益吐出しの最適な適用領域は、絶対的な法的地位の侵害という効率的法違反である。 ▲予防的な利益吐出しにかかわる真正の法分野は、知的財産法の侵害、報道機関による人格権（自然人及び死者の商業的な人格権、精神的な人格権）の侵害などのような絶対的な法的地位の侵害に限定されている。 ▲逆に、不正競争防止法・競争法及び信認義務・守秘義務違反は適用対象から除

			外されるべきである。
--	--	--	------------

(出典) 筆者作成

第2款 日本法・中国法・ドイツ法の分析

言うまでもなく、「人が不正によって利益を得ることを許さない」という法諺は、人々の心に定着している。しかし、現実には、加害者がこの法諺に違反して不当な利益を得る事例は、頻発している。このような事例を阻止するために、日本法、中国法及びドイツ法はそれぞれ「利益吐出し」の導入について多くの有益な模索を行っている。特に、人格権侵害の事例では、利益吐出しが適用されるべきことには議論の余地がない。また、ある程度、日中独三国は、それぞれの既存の制度あるいは新設の制度に利益吐出しを導入することに関して、いくつかの共通性の問題に直面せざるを得ない。例えば、①「加害者の不当な利益をこの者に吐き出させることの正当性」と「加害者から吐き出された不当な利益を被害者に分配することの正当性」とは何か。つまり、利益吐出しの発生根拠とは具体的に何を意味するのか。そして、②「加害者から吐き出された利益が被害者に分配されることの実現性」とは何か。すなわち、利益吐出しの法律構成とは具体的に何を意味するのか。もちろん、このようなマクロな法律構成をさらに分解すると、具体的な法律構成、法律効果及び適用対象に分けることができる。

ところで、日中独三国が直面する問題は共通しているが、これらの問題を解決するための方法には一定の違いがある。さらに、同じ国であっても、実務家と専門家によって解決策は異なる。具体的な分析については、以下の通りである。

第1項 立法上の分析

立法の視点から、日本法・中国法・ドイツ法において、利益吐出しは、一般的原則として認められていないだけでなく、民法にも一般的に、かつ明確にそのことを定めた請求権規定は存在しない。だが、ドイツと中国は、立法の面で有意義な試みをしていた。実は、ローマ法を継受しており、かつ普通法時代にすでに存在していた準事務管理制度は、1900年1月1日から施行されたBGB 687条2項に明定した。また、日本の現行民法典には、BGB 687条2項のような明文規定が設けられていない。そして、1919年、準事務管理制度は、解釈論を通じて日本法に導入された。結局、準事務管理説は一躍、ドイツ法と日本法の通説となった。確かに、「準事務管理自体の正当性の欠如」、「成立要件が厳しすぎる事」、「法律効果が広すぎる事」及び「適用対象が狭すぎる事」を考慮して、準事務管理制度も批判されてきた。しかも、ドイツ法と日本法の通説によれば、人格権侵害に関する利益吐出しをめぐる問題を準事務管理制度によって解決することは可能であるが、ドイツの実務では準事務管理は大きな役割を果たしていない。続いて、民法典が100年以上発展してきた歴史を持つドイツや

日本とは異なり、中国の現行民法典は、2020年5月28日に成立し、2021年1月1日に施行されている。同時に、加害者が他人の人身的權益（人格権・人格的利益と身分権・身分の利益）を侵害し、財産的損害を与えながら不当な利益を獲得することを防止するため、民法典1182条が新設された。つまり、他人の人身的權益を侵害して財産の損害を生じさせた場合、被害者は、加害者に実際の損害賠償を請求するか、加害者に利益返還を請求するかを選択することができる。残念ながら、中国の通説によれば、このような人身的權益の範囲は、精神的人格的權益（特にパブリシティ権）のみに限定されている。そのほかに、民法典980条の解説、及び、同980条と同1182の関係については、さらに議論し、明らかにする価値がある。具体的に言うと、民法典980条の法的位置づけは準事務管理に属しているのだろうか。また、同条は、人格権侵害に関する利益吐出しをめぐる問題の解決に適用されるのだろうか。そして、同条と民法典1182の関係はどうなっているのだろうか。

第2項 実務上の分析

実務の視点から見ると、単に人格権侵害に関する利益吐出しという問題に関しては、日本、中国及びドイツは、主に不法行為法の枠組みにおいて対応している。その中で、日本の裁判官は、①慰謝料の高額化、②使用料相当額と他の財産的損害賠償が認められていること、③使用料相当額と慰謝料が認められていることを通じて、一部の不当な利益を剥奪している。しかも、日本の判例は、主に名誉権・プライバシー権・氏名権・肖像権・パブリシティ権などの一部の精神的人格権侵害をめぐる展開するに止まり、身体的人格権や故人の人格的利益の侵害に触れていない。また、ドイツの実務においては、(A) 人格権に関わる財産的法益が侵害された場合、利益吐出しは、損害賠償額の算定方法あるいは補助方法の一つとして承認されている。そのほかに、(B) 人格権に関わる非財産的法益が侵害された場合、利益吐出しは、金銭賠償額（慰謝料）の判断における算定要素として考慮されるべきものとされる。注意すべきは、ドイツ法上二つの救済策は、いずれも有名人の人格権侵害に対して行われていることである。それに対して、中国は当初、日本とドイツのように、損害賠償額（財産的損害額または慰謝料）の高額化を通じて、加害者の不当な利益をできるだけ剥奪しようとした。しかし、現在では、(ア) 人格権に関わる財産的法益が侵害された場合、被害者は、加害者に利益吐出し請求権を直接的に主張することができる。なお、(イ) 人格権に関わる非財産的法益が侵害された場合、利益吐出しは、慰謝料の算定要素の一つとして考慮されるべきであるとされる。さらに、(ウ) 不特定多数人の個人情報侵害したり、英雄烈士の人格的利益を侵害したりするような場合には、検察院などの主体は民事公益訴訟を通じて不当な利益を国庫や公益専用の口座に返還することを請求しうる。日本とドイツとは異なり、中国の判例の内容は、より多様である。つまり、中国の判例における侵害された人格権または人格的利益には、名誉権・プライバシー権・パブリシティ権などの精神的人格権、組織・細胞・遺伝子などの

ヒト由来物質に関わる身体的人格権、不特定多数人の個人情報、死者の人格的利益などが含まれる。また、このような事案の多様性の背後には、中国法において人格権侵害に関する利益吐出しという問題に対応することがより困難で、厳しいことが反映されている。

第3項 学説上の分析

学説に目を向けるならば、利益吐出しの発生根拠と法律構成に関しては、日本・中国・ドイツの学説は、一定の共通認識を持っている。しかし、大きな見解の齟齬も見られる。具体的な内容については、以下の通りである。

1. 発生根拠の分析

利益吐出しの発生根拠について。日本法・中国法・ドイツ法上の通説から見ると、三国の学説は、利益吐出しの発生根拠に予防が含まれるべきだという点で一致している。しかし、制裁が含まれるかどうかをめぐる議論がある。その中で、ドイツの通説はあまり明確ではないと思うが、日本の通説（制裁・抑止説）は、制裁も含むべきだと明確に承認している。しかも、ドイツの一部の学説は、制裁が含まれるべきだという立場を支持している。それに対して、一方で、中国の多くの学説は、制裁が不法行為法の機能の一つであることを認める。他方で、製造物責任、知的財産権侵害、環境汚染・生態破壊などの分野については、懲罰的損害賠償制度が民法典に導入されている。だが、日本とドイツとは異なり、中国の通説（予防・抑止説）は、利益吐出しの発生根拠が制裁を包括するような立場には慎重である。なぜならば、中国法上の制裁に関連する制度は、法律によって具体的かつ明確に規定されなければならないが、利益吐出しはこの要件にあまり合致していないからであろう。

そのほかに、日本法において、①違法行為の抑止、②損害額算定の代替手段及び③権原保有者の自律的意思の実現という橋本説は、注目に値する。また、中国法において、補償説、予防・制裁説、補償・予防・懲罰説、多元説（威嚇・不当な利得の剥奪・人身権の支配性に対する保護など）という通説以外の学説も存在している。さらに、ドイツの代表的な論客の見解として、まず、Wagner 説によれば、損害賠償法は、補償機能以外に予防機能と制裁機能を持つべきである。しかも、利益吐出しの発生根拠は予防に過ぎない。すなわち、加害者が違法動機を持つことを抑制し、加害者に違法行為へのインセンティブが発生することを回避することである。次に、Helms 教授は、Wagner 説を批判しており、かつ一般的な予防というより、特定の不当な行為に対する制裁である、と主張している。そして、Janssen 教授は、Wagner 教授が主張する予防説に賛同しており、かつ予防を民法上の法政策の綱領として詳細に検討している。また、Janssen 教授は、Helms 教授が主張する制裁説（または刑罰機能）と信認義務違反説に反対しているが、効率的法違反の事例において利益吐出しが付随的制裁機能を持つということも認めている。私見としては、予防と制裁はある程度、相互に排他的

な関係にあるわけではない。逆に、民法上の意味において、むしろ制裁機能は、補償機能と区別して存在する可能性がある。そして、予防機能は、補償機能と制裁機能の両方に常に密接に付随するものかもしれない。あるいは少なくとも、予防機能は、制裁機能と密接に伴うことができるだろう。また、発生根拠に信認義務の違反が含まれるべきかどうかについては、以下のような重要な点に着目する必要がある。つまり、制裁・予防と信認義務違反の関係はさらに分析しなければならない。特に、信認義務の違反を根拠づける利益吐出しは、信認義務違反の行為に対する制裁・予防と見なされるかどうか。

また、なぜ違法な行為により加害者が得た利益を被害者に帰属させるべきなのかという点は、多くの学説において無視されがちなところである。確かに、一部の学説は、「悪意の加害者に侵害行為による何らかの利益を保有させることは、それを被害者に帰属させるよりかはるかに不当性が大きい」と主張している。つまり、不当な利益を被害者に帰属させることは、加害者がこのような利益を保持する根拠を欠くことの反射的效果である。しかし、被害者が当該利益を取得する積極的根拠は何ら説明されていないため、やむを得ない解決策のようである。最近、「加害者から吐き出された不当な利益を被害者に分配することの正当性」ということを見つけるために、いくつかの学説は、有益な試みを行っている。例えば、橋本説によれば、このような正当性は、損害額算定の代替手段及び権原保有者の自律的意思の実現からもたらされる。あるいは、Kozioł 説によると、加害者は被害者の利益を得る可能性を侵害し、被害者は「弱体化された割当」に基づいて利益を得るべきである。そして、Helms 説によると、被害者の法益は、独立した商業機会を創出しており、かつ利益獲得の過程に決定的な影響を与える。そのほかに、Janssen 説によれば、違法な行為を制裁・抑止するために、当該利益（特に、「たなぼたの利益」）を法執行機関のような被害者への奨励として与えるべきである。他の見解と比べて、Helms 教授の一部の見解は、より妥当であると思われる。Helms 説の妥当性については、主に二点の理由がある。第1に、マクロの視点から、契約の法律関係における利益吐出し及び契約以外の法律関係における利益吐出しを、体系的に統合した点である。第2に、ミクロの視点から、利益吐出しの発生根拠と法律構成との間で効果的な相互作用を実現した点である。具体的な内容については、以下の第2節の部分で展開する。

2. 法律構成の分析

利益吐出しの法律構成について、異なる国において多様な提案が存在している。包括的に言えば、日本法とドイツ法が準事務管理説を通説としているのとは異なり、中国法における準事務管理説は少数説に過ぎない。逆に、中国法の多数説または有力説は、不法行為説及び独立の請求権説である。そのほかに、日中独という三国において、信認義務違反説、介入権説、不当利得説、損害賠償法説などの学説をめぐる論争も極めて激しい。

また、加害者の不当な利益の全部が吐き出される態様とその一部が吐き出されるに止まる態様とが存在している。例えば、一般に、日中独という三国における信託義務違反説・介入権説・準事務管理説の多数説によれば、加害者が取得した全部の利益が吐き出されるべきである。これに対して、準事務管理説の少数説・不法行為法説・損害賠償法説によれば、加害者が取得した一部の利益が吐き出されるべきである。また、日本法上の不当利得説とは異なり、中国法・ドイツ法上の不当利得説は、すべての不当な利益を剥奪する傾向にある。だが、ドイツ法における独立の救済手段説とは異なり、日本法・ドイツ法における独立の救済手段説は、一部の不当な利益に対する剥奪を支持する。そのほかに、全部の不当な利益が奪われるべき状況では、粗利益の計算は比較的容易である。しかし、一部の利益が奪われるべき状況では、どのような利益が吐き出されるべきか、あるいはどのような利益が控除されるべきかという問題に関しては、議論も存在している。一般に、加害者自身の投資・技能・才能・労務などによって取得した利益は控除されなければならない。ただし、被害者自身の権利・権利に関連する商業機会及び偶然の有利な機会・幸運によって取得した利益は控除される必要がない。

ところで、ドイツの代表的な論客の見解に再び戻して、修正される法律構成・法律効果の試みにつき、以下に分析しよう。まず、Wagner 教授、Helms 教授、そして Janssen 教授は、「利益吐出しという問題について、ドイツの現行法では、完璧かつ体系的な解決策は生れていない」という立場で合致している。言い換えれば、現在、通説としての準事務管理説でさえ、利益吐出しという問題に効果的に対応することは困難である。しかしながら、利益吐出しにかかわる法律構成の修正ないし設計に関しては、3人の学者はそれぞれ異なる道を歩んできた。その中で、Wagner 教授と Janssen 教授は、立法論を通じて、損害賠償法説の再設計を唱えている。すなわち、Wagner 教授は、BGB 687 条 2 項を削除し、BGB 251 条 3 項を新設することを提案する。そして、Janssen 教授は、BGB 285 条 1 項と BGB 687 条 2 項を維持し、かつ BGB 847 条に情報開示請求権・計算書作成請求権及び独立の公認会計士による審査請求権を導入すべきだ、と主張している。それに対して、Helms 教授は、これら二人の教授らとは異なり、解釈論を通じて、準事務管理説の再構造を提唱している。次に、法律効果については、Wagner 教授、Helms 教授、そして Janssen 教授は、「一部の不当な利益のみが被害者に分配されるべきである」という立場でも一致している。つまり、吐き出されるべき利益は総利益・粗利益ではなく、被害者の法益への利用に関連する利益のみである。しかも、加害者自身の努力・特別な能力などによって得られた利益は、吐き出される必要がない。ただし、特別な経済的機会によって得られた利益、あるいは、「たなぼたの利益」が吐き出されるべきかどうかについては論争がある。例えば、Helms 説によれば、特別な経済的機会によって得られた利益は加害者に分配されるべきである。だが、Janssen 説によると、「たなぼたの利益」は被害者に分配されるべきである。最後に、費用の償還については、Helms 教授と Janssen 教授もおおむね一定の共通認識を形成

してきた。すなわち、償還されるべき費用は、侵害行為に直接起因する費用、または権利を侵害する個々の製品に割り当てられるべき変動費用・個別費用というものである。逆に、加害者の報酬費用やランニングコスト・固定費用は償還する必要がない。

要するに、日本・中国の学説及びドイツの伝統的な学説と比較して、最近では、ドイツの代表的な論客は、契約違反における利益吐出しと非契約違反における利益吐出しを比較的に研究し（特に、Janssen 説）、さらには両者を統合しようとする試みを行っている（特に、Wagner 説と Helms 説）。また、これらの3人には、法律構成の面で若干の相違が存在する。ただし、法律効果の面では、一定のコンセンサスが得られている。

第2節 利益吐出しの根拠・構成の再構造

「人が不正によって利益を得ることを許さない」というものは、英米法に起源を持ち、大陸法に徐々に浸透し、最終的には普遍的に受け入れられる法諺に発展した。行為規制の視点から見ると、この法諺における「人」は「すべての人」と文理解釈されるべきである。しかし、結果規制の視点から見れば、この法諺における「人」は、文言的に解釈され続けるべきか、それとも「加害者」か「被害者以外の人」に限定されるべきかについては、まだはっきりした答えがないようである。ある人が不正によってすでに利益を得た場合に、まず、その人の範囲に関しては、文理解釈が除外されるべきである。そうでなければ、このような利益が隠滅されたり、「無主物」に放置されたりして、資源の浪費を招いてしまう。次に、加害者に限定されることも除外されるべきである。ある権利あるいは法益の取得・喪失・変更は、相応の権原に基づいて実現しなければならない。実は、仮に「加害者が不当な利益を得てはならない」という根拠を発見することができても、「他の関係ない第三者が不当な利益を得ている」ということの正当性を提供することは困難である。最後に、前の二種類の「人」と比較して、「被害者以外の人」という解釈は、もっと合理的であると思われる。言い換えれば、被害者の方がこのような利益を得るにふさわしいということである。また、加害者が個人の利益や公共の利益を侵害する可能性があることを考慮すると、被害者の範囲の射程は、個人に限らず、国家・組織・専門的団体にまで延ばすべきである。特に、違法行為の阻止、共同体社会の利益や社会的弱者の利益の保護といった目的のために、国家・組織・専門的団体などは、妥当な方策を通じて真正の利益吐出しを実現すべきであろう。

また、「人が不正によって利益を得ることを許さない」という法諺には、直観的な道德判断による強い正当性がある。しかし、このような道德的直観主義上の正当性を単純に根拠として、「被害者は当然にその不当な利益を得るべきである」と簡単に推論することはできない。そのため、国内外を問わず、多くの学者は、利益吐出しの発生根拠と法律構成について絶えず探求している。残念ながら、水平方向では、さまざまな発生根拠間の関係は系統的に統合されていない。しかも、垂直方向では、発生根

抛と法律構成との間に効果的な相互作用は形成されていない。そこで、利益吐出しの根拠・構成をめぐって再構造が必要である。

第1款 利益吐出しの発生根拠の再構造

伝統的に、日本、中国及びドイツの主流の裁判例や学説は、民刑峻別なる思想を固守し、損害賠償法の基本原則としての補償原則を堅持し、予防原則と制裁原則の導入に慎重な態度を取っている。言い換えれば、主に被害者の損害を埋め合わせる民事責任とは異なり、刑事責任は、行為者の犯罪行為への制裁に重点を置いて、特別予防と一般予防の目的を達成するものと考えている。しかし、近年、この立場は、理論的に疑問視されているだけでなく、実務においても徐々に変容している。特に、違法な行為を「経済行為」にしてはならないことを考慮しており、かつ利益追求型・便乗型の違法な行為の氾濫を効果的に予防するために、特定の場合には制裁・予防が民法に導入されなければならない、と考えられている。そして、「悪貨は良貨を駆逐する」ということを阻止することにより、良好な遵法風尚、健康な市場運営及び安定した社会秩序の形成を果たすことができる。

実は、前述したように、一元論を背景に、利益吐出しの発生根拠が「予防」、「制裁」、「予防・制裁」のいずれを指すのかについて、日本・中国・ドイツの学者の間で見解が分かれている。見解の相違の核心は、予防と制裁の關係に理解の差があることであろう。さらに言えば、民法上の予防と制裁は、「アリ」と「アブラムシ」のような共生關係なのか、それとも「ネコ」と「ネズミ」のような対立關係なのか。私見としては、利益吐出しにおける制裁とは、権利加害者が過去に行った違法な行為を、利益を剥奪することで規制することを指す。さらに、このような制裁自体は、加害者の違法な行為を一方的に懲戒するものである。つまり、被害者がどのような被害を受けたのか、及び加害者がその損害をどの程度回復すべきかを考慮する必要がない。その代わり、加害者がどのような懲戒を受けるべきかだけが注目される。一般的には、懲罰的損害賠償における制裁に比べて、利益吐出しにおける制裁の程度はわずかに低い。また、予防には、特別な予防と一般的な予防が含まれる。前者は、現在の権利加害者が将来も違法な行為を継続する可能性のあることへの抑止に重点を置いている。それに対して、後者は、潜在的な加害者が将来模倣して違法な行為を実施する可能性の抑止に重点を置いている。そのため、制裁に遡及性があるとすれば、予防には展望性がある。

また、予防と制裁の關係を「目的」と「手段」という二項対立の次元に置くと、目的論に立脚した学説は「権利侵害行為への予防」を支持し、手段論に着目した学説は、「権利侵害行為への制裁」に賛成することは明らかである。しかし、予防と制裁の關係を「過去・現在・未来」という統合された時間軸に置くと、制裁は「個人的利益の剥奪と保護」を目的とし、加害者の過去の違法な行為に現実的な報いを与えるとともに、被害者に確実な救済を提供している。そして、予防は「社会的利益の維持と実現」

を目的とし、加害者と潜在的な加害者が将来、違法な行為を実施する可能性を下げる
ことである。このような立場では、違法な行為への制裁と予防とは、個人的利益と社
会的利益の一致という結果を達成するかもしれない。

特に、ますます複雑になる社会問題に直面して、民法はただ傍観者に留まるべきで
はなく、ある程度またはある分野において、刑法や行政法などと共に制裁と予防との
任務を負うべきであると思われる。ただし、制裁と予防とが利益吐出しの唯一の発生
根拠ではなく、その1つに過ぎないことにも留意すべきである。なぜなら、制裁・予
防は、加害者の不当な利益を剥奪することの正当性を論証するためにのみ用いること
ができるが、被害者が当該利益を取得する正当性の問題に対して答えることはできな
いからである。もちろん、制裁・予防の正当性に対して異議を唱える人もいるかもし
れない。すなわち、加害者が被害者の損失を賠償した後も利益が残っている場合、そ
の利益は加害者が被害者より効率的な生産者であることを反映したものであるのに、
なぜ制裁・予防に基づいて当該利益をさらに剥奪すべきであるのか。確かに、功利
主義の「効用の最大化」または経済学の「効率性」に基づいて、ある資源がより大き
な能力を持つ個人や法人に利用されれば、経済の発展と技術の進歩を促進することが
できるかもしれない。特に、経済や技術が一定の水準に達していない場合、法律は損
害を与えながらも大きな利益を生む不当な行為を放縱するだろう。しかし、本来の財
貨割当て秩序を緩和し、取引安全を重視し、資源の有効活用を背景として産業を発展
させていった時代はもう終わり、発展により得られたものを確保し、掌握する固定的
な財貨割当て秩序がより重要な新時代になっている。そのため、制裁・予防に基づい
て加害者の利益を剥奪することは、侵害行為へのインセンティブを取り除くのみなら
ず、このような侵害行為を他の多くの人間が模倣することを阻止し、市民社会の安定
的な秩序の構築にも有利である。なお、翻って考えてみると、制裁・予防の価値は、
他人の資源や権利などを利用して自分の利益を得ることを禁止することではなく、行
為者を正当な手続きや合理的な手段によって実現するように指示したり激励したり
することである。

ところが、刑法や行政法とは異なり、民法は依然として損害補償を基本原則として
いる。しかも、制裁・予防は、民法上の特定の場合（例えば、懲罰的損害賠償の場合
や利益吐出しの場合）にのみ適用される補助的な原則にすぎない。また、このような
制裁・予防は、故意の権利侵害行為だけでなく、故意の信認義務違反行為にも対応す
ることができる。実際には、日本・中国・ドイツそれぞれにおける多くの学説は、利
益吐出しが故意の権利侵害（特に、故意の人格権侵害）に適用できることに異論はな
い。それに対して、利益吐出しが故意の契約違反に適用できるかどうかについては議
論がある。すでに見たように、近時、Wagner 教授は、予防という発生根拠に基づいて、
権利侵害や（一般的な）契約違反の場合にも利益吐出しを適用できると考えている。
そして、Helms 教授は、制裁と信認義務の違反という発生根拠に基づいて、営業機会
侵害や信認関係侵害の場合にも利益吐出しを適用できると主張している。言うまでも

なく、Wagner 説に比べて、Helms 説は、契約違反上の利益吐出しを信認義務違反（特殊な契約違反）の場合に限定している。しかし、Janssen 説は、予防と付随的制裁という発生根拠に基づいて、絶対的な法的地位の侵害の場合のみに限定している。しかも、Janssen 教授は、以下のような二つの理由を通じて、効率的契約違反への利益吐出しの適用に反対している。すなわち、一つは、効率的契約違反の場合、当事者双方は、誰と債務上の法の鎖という関係を締結するかを自由に選択することができる。同時に、双方も違約罰（特に違約金）を通じて、このような法の鎖という関係を恣意に破ることを防止する。もう一つは、効率的契約違反は一切もうけを出すべきではないという一般的な確信は、「合意は、守られなければならない」との原則が伝統的に大きな意義を有してきたドイツにおいてさえ成立していない。だが、Janssen 教授が挙げた理由は、「利益吐出しは、一般的な契約違反に適用されるべきではない」と説明しているに過ぎないだろう。逆に、Helms 説のように、一般的な契約関係とは異なり、信認関係には特殊な義務構造がある。さらに、信認関係においては、受託者は委任者の財産分野に対して深遠な影響を与えるだけでなく、委任者の利益を無条件かつ無私で促進する義務も負っている。そのため、利益吐出しは、信認義務違反の場合にも適用されるべきである。

したがって、私見としては、利益吐出しの発生根拠は、①制裁・予防、②広義の商業機会の保護及び③信認関係の保護である。注目すべきは、これら三者の関係は、「並列関係」ではなく、「一体両翼」という関係であることである。また、このような「一体両翼」という関係は、利益吐出しの発生根拠が「一元論」から「類型論」へと転換すべきであることを反映している。その中で、「一体」とは、①制裁・予防ということである。そして、「両翼」は、②広義の商業機会の保護及び③信認関係の保護を指す。確かに、②広義の商業機会の保護と③信認関係の保護という両者は、ある程度①制裁・予防の組物または付属物と見なすことが可能である。しかし、実際には両者の独立した価値も無視できない。

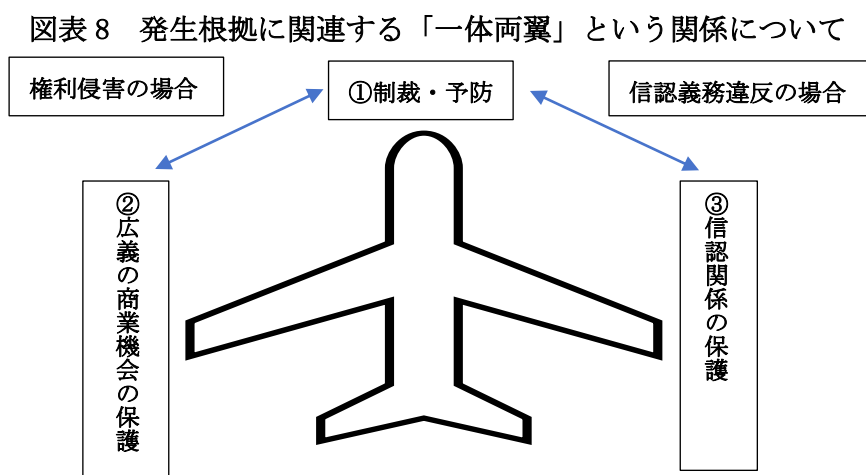
1 つ目の価値については、この両者は、なぜ違法な行為により加害者が得た利益を被害者に帰属させるべきなのかを正当な理由として説明することができる。さらに言えば、Helms 説のように、被害者の法益は、独立した商業機会を創出しており、かつ利益獲得の過程に決定的な影響を与える。権利侵害の場合、被害者の広義の商業機会への保護に基づき、このような利益は、被害者に与えられるべきである。他方で、信認関係において、受託者が通常、広範な意思決定の自由を享受しており、かつ知識と資格上の優位性を備えているということを考慮して、委任者が受託者を有効に監督することはほとんど不可能である。そのため、信認義務違反の場合、被害者（委任者）の信認利益への保護に基づき、このような利益も、被害者に与えられるべきである。

2 つ目の価値については、この両者は、利益吐出しの「氾濫化」や「受け皿化」をより効果的に防ぎ、さらに適用範囲の限界を画定することができる。つまり、Helms

説のように、権利侵害の場合、利用された独立した商業機会は、利益の発生に主要な役割を果たすか、決定的な影響を与えなければならない。しかし、残念ながら、Helms教授は、独立した商業機会の意味を説明しなかった。私見によれば、ヒト由来物質や個人情報や故人の人格的利益などのような商品ではないものを保護するために、この商業機会の意味は、拡大して解釈されるべきである。つまり、広義の商業機会は、法律で利用できる商業機会だけでなく、市場に存在する商業機会をも含む。さらに言えば、このような商業機会とは、被害者自身が能動的に利用できる商業機会のみならず、法律に基づいて誰も利用できない商業機会を加害者が勝手に利用することも指す。また、一般的な契約違反の場合とは異なり、委託者の特殊な信頼利益・信認利益を保護しており、契約上・法律上の信認関係の崩落を阻止するために、利益吐出しを通じて、信認義務違反行為への抑止力の実現に有利である。

3つ目の価値については、「一体両翼」という関係は、発生根拠と法律構成との適切な接続または有効的な相互作用を実現するのに役立つ。実は、①制裁・予防と②広義の商業機会の保護は、権利侵害の場合（契約違反以外の場合）における利益吐出しの発生根拠として存在する可能性がある。そして、①制裁・予防と③信認関係の保護は、信認義務違反の場合（契約違反の場合）における利益吐出しの発生根拠として存在する可能性がある。

発生根拠に関連する「一体両翼」という関係については、以下のような図表で示してみる（図表8参照）。



（出典）筆者作成

第2款 利益吐出しの法律構成の再構造

よく知られているように、多くの道がローマへと通じている¹⁰⁶⁰。しかし、行く人々の置かれている方位の違いや、道で直面している挑戦または享受している便利さの違い

¹⁰⁶⁰ ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）381頁を参照。

いなどがあるため、各々の道行く人にとって、自分に合った道を探すことは特に重要である。それ故に、以下では、主に日本法における個々の学説の問題を中心に適切な解決策を模索する。また、この問題は、すでに第1章第4節において詳細に整理したため、この部分では繰り返しの説明は行わない。

実は、伝統的な不当利得・不法行為・準事務管理は、いずれも利益吐出しにかかわる問題に対応するための適切な法律構成として容易には成り立たない。そこで、利益吐出の実現という「収益」を得るためには、既存の法制度を修正する「コスト」を負担しなければならない。なお、このような「コスト」は、法制度自体に関連するだけでなく、民法の全体像にも影響を与えることになる。特に、異なる学説を斟酌する核心は、それぞれの法制度を修正するための「コスト」を比較することにあるかもしれない。さらに言えば、有力説としての不当利得説と不法行為説とを比較して、通説としての準事務管理説は、日本の現行法制度により適合しているようである、と思われる。その理由は、三つある。第1に、制度目的から見ると、従来から現在までの不当利得法と不法行為法の主な目的は、原状回復または損害填補であり、違法な行為の抑止ではない。第二に、構成要件から見ると、不法行為法は、被害者の損害に焦点を当てているものの、加害者の利得を中心にしていない。そして、不当利得法は加害者の利得に焦点を当てているものの、加害者の主観的様態（故意または過失）には関心が無い。第3に、法律効果から見ると、侵害利得の返還あるいは損害の賠償は、通常、侵害された法益の客観的価値または被害者が受けた実際の損失の額を上限とする。明らかに、不当利得説と不法行為説は、固有の法制度と民法の全体像に大きな衝撃を与えるだろう。

ところで、通説としての準事務管理説は、適切な解決策であるにもかかわらず、完璧ではない。第1章第4節第2款第1項で検討したように、準事務管理説には、「準事務管理を日本に導入することの困難性」、「準事務管理自体の正当性の欠如」、「引渡しの範囲が広すぎる事」及び「適用の範囲が狭すぎる事」という四つの問題点が存在している。それゆえ、ある程度、準事務管理説によって効果的に利益吐出しを実現するためには、このような問題点に回答するとともに、さらに通説の修正を行わなければならない。

まず、「準事務管理を日本に導入することの困難性」について、1919年、末弘厳太郎博士は、BGB 687条2項のような民法上の明文規定を持たない日本において、解釈論として準事務管理を導入することは困難である、と主張した¹⁰⁶¹。しかし、実際には、百年以上にわたる学説の継受を経て、準事務管理説は日本の学界にすでに受け入れられた。

次に、「準事務管理自体の正当性の欠如」については、明文化されたドイツにおいても、BGB 687条2項を基礎にする責任原則がいまだに明確ではないため、実務上は

¹⁰⁶¹ 末弘・前掲注（177）898頁以下を参照。

準事務管理説に大きな関心が注がれていない。だが、一方で、第3章第1節第3款第1項で見たように、不当利得説や不法行為法が利益吐出しという問題に対応する上で不十分であることを補うために¹⁰⁶²、最も直接的かつ便宜な制度として、準事務管理が創設されたのである。同時に、準事務管理が事務管理と類似した法的構造を持っていることを考慮して、準事務管理は、事務管理の法律効果を借用している。したがって、批判者が提出した「法律効果上の仮託」は、準事務管理の欠陥ではなく、むしろ必然的な選択であると言えることができる。

そして、準事務管理説によれば、管理者は、不法な管理から取得したすべてのものを本人に引き渡さなければならない。ただし、以下のような二つの理由に基づいて、Helms教授は、「引渡しの範囲は、侵害行為に関連する活動によって取得したすべての利益ではなく、他人の法益の利用によって実現されたもののみを包括している」と指摘している。つまり、一方で、事実に視点を置き、利益の分配を完全に拒否することは極端な立場であり、この立場も維持することは困難である。他方で、法的な視点から、BGB 687条2項1文・681条2文・667条第2選択肢を、故意の法律違反に対する刑罰に類似した制裁としてではなく、むしろ他人の市場機会の図利的な篡奪に対する具体的な反応として解釈するならば、侵害行為に関連する活動によって得られたすべての利益を剥奪するべきではない。

最後に、「適用の範囲が狭すぎる」とに関しては、準事務管理説によると、準事務管理は、契約上の義務違反の場合に適用されてはならない。しかしながら、Helms教授が述べたように、準事務管理の適用範囲は、絶対的な法益に対する侵害行為だけでなく、BGB 667条第2選択肢の利益促進義務に基づく委託関係・有償事務処理関係の破棄や、労働法・会社法における独立した信託義務の違反などのような信託義務違反行為にも拡大しなければならない。注目すべきは、これらの準事務管理説に関連する問題点が、日独双方の学者によって明確に指摘されていることである。さらに、Helms教授は、これらの問題点に対して、非常に有益な試みを提案している。利益吐出しの法律構成については、Helms説に触発されつつ、日本現行法を基に再構造したい。

私見としては、以上の再構造された発生根拠は、以下のように再構造される法律構成と密接に関連しているかもしれない。さらに、準事務管理は、より厳しい利益引渡責任を通じて、故意の図利の違法行為を制裁・予防することを目的としている。そして、このような違法行為は、権利侵害における商業機会への侵害行為及び契約違反における信託関係への破棄行為を包括している。そのため、「一体両翼」という関係のような発生根拠と、準事務管理を基礎とする法律構成との間で効果的に連動することができる。また、法律構成の再構造に関しては、主として実体法上の再構造と手続法

¹⁰⁶² ちなみに、第3章第2節第2款第3項でHelms教授が言及した通り、準事務管理説は、不当利得法と損害賠償法を補完する重要な法政策として積極的に評価されている。

上の再構造という二つの部分から成り立っている。具体的な内容については、以下の通りである。

第1項 実体法上の再構造

ドイツ法とは異なり、日本法は解釈論を通じて準事務管理説を導入する必要がある。第1章第4節第2款第1項で述べたように、澤井裕教授と藤原正則教授は、日本法上の準事務管理の要件と効果を検討した。それでも実体法上の再構造を全面的に呈するためには、優れた蓄積を基盤にして、さらに説明を加えたい。

第一に、構成要件について。客観的他人の事務を、他人の事務と知りながら、自己のためにする意思をもって処理することである。言い換えれば、管理者が自ら利益を取得するために、本人の権利・法益を故意に侵害したことである。準事務管理は、事務管理ではないものの、事務管理の要件を参考にすることで、準事務管理の構成要件をさらに明確にすることができる。つまり、①管理者が本人の事務を管理すること、②管理者が自分のために管理する意思をもってのこと、及び③事務の管理が本人に対する義務によるものではないことという三つの要件が必要である。

その中で、要件①に関しては、反対側から見ると、他人の権利・法益を単に侵害するだけなら準事務管理は成立しない。準事務管理が成立するには、さらに、他人の権利・法益にかかわる事務の処理が必要である。具体的な侵害の様態は、多くの場合、他人の権利・法益の違法な利用または処分に焦点を置いている。例えば、他人の財産の処分、他人の財産権の商業機会の利用、あるいは他人の人格権の商業機会の利用などである。また、本人の事務とは、本来であれば本人自らが処理すべきものということである¹⁰⁶³。特に、管理行為の性質から客観的にみて他人の事務と判断することができる場合が一般的であろう¹⁰⁶⁴。しかし、本人が通常処理しない事務や、あるいは法律によって通常処理が許可されていない事務が本人の事務に該当するかどうかという問題には、依然として議論が残っている。例えば、Caroline von Monaco 事件において、虚構の取材内容を公表するような人格権侵害の行為が、名目上の被取材者の事務に対する管理を構成するかどうかについては、ドイツの多くの学説は、否定的な立場を取っている。ただし、Helms 説によれば、Caroline von Monaco 事件において、準事務管理の適用範囲に対する糸口は、インタビューを受けるかどうかを公然と決める抽象的な権限である。しかも、このような権限は、本人にとっても日常の「事務」の一部である。したがって、広義には、本人に関連する事務、あるいは本人の権利や義務に影響を与える事務は、準事務管理における他人の事務と見なされる可能性がある。そのほかに、Helms 説によると、準事務管理は信認関係における他人の信頼利益への濫用などにも適用される。実は、両者は言語表現に若干の違いがあるが、構造上の共

¹⁰⁶³ 中原ほか・前掲注（106）200頁（根本尚徳執筆）を参照。

¹⁰⁶⁴ 根本ほか・前掲注（72）219頁（若林三奈執筆）を参照。

通性があるかもしれない。私見としては、一方で、信認義務違反の場合、受託者は、準事務管理における管理者のように、委託者（本人）の事務に極めて深遠な影響を与える可能性がある。他方で、両者は利益引渡しという法律効果の面で同一性または類似性を持っているかもしれない。Helms 教授の見解のように、準事務管理は介入権の補完として存在する。残念なことに、Helms 教授はこのような補完的な関係について詳細に説明していない。けだし、権利侵害（特に、人格権などのような絶対権に対する侵害）の場合、被害者は、準事務管理によって不当な利益を剥奪することができる。また、信認義務違反の場合、被害者は、まず信認義務違反に関連する特別法によって不当な利益を剥奪することができる。なお、信認義務違反の要件を満たしており、かつ特別法が存在しない場合にのみ、被害者も、準事務管理によって不当な利益を剥奪することができる。

そして、要件②に関しては、簡単に言えば、管理者は、単純に自分の利益や自分が利益を得るために他人の事務を管理していることが必要である。それゆえ、管理者が本人のためにする意思と自分のためにする意思との両方をもっている場合、準事務管理は成立しない。また、一般に、本人のためにする意思に基づく正当な事務管理では、管理者は、適合管理義務などに従い、少量の資金や技術や能力などを投入する。そのため、正当な事務管理で生じる利益は主に、管理者の管理行為ではなく、管理される事務（本人の権利・法益）そのものに起因する。さらに、利他的行為の性質などに基づき、管理者には有益な費用の償還請求権と代弁済請求権が認められるものの、管理者の能力などには特別な注意が払われていない。しかし、自分のためにする意思に基づく準事務管理には、管理者（加害者）は、しばしばより多くの資金、技術、または特別な能力などを投入する。この場合、管理者（加害者）の資金、技術、特別な能力などに特に注目せざるを得ない。したがって、準事務管理を適切に適用するためには、本人（被害者）の侵害された権利・法益が独立した商業機会を創出し、利益獲得の過程に決定的な影響を与えることを要求しなければならない。

さらに、要件③に関しては、管理者は、本人に対して契約や法律に基づく義務を負う必要はない。なお、自分の利益のために他人の権利・法益を勝手に処理する行為は、一般的に違法な行為と見なされる。しかし、この要件は信認義務違反の場合に問題となる。特に、厳密な意味では、受託者による事務の処理は、契約や法律上の信認関係に基づく義務によるものである。さらに、事務処理の開始時に、受託者は事務処理義務または権限を確実に備えている。だが、受託者が自分の利益のために事務処理行為を行うと、このような事務処理行為は、契約や法律に基づいていない行為、あるいは契約や法律によって許可されていない行為となる。大雑把に言えば、事務処理の過程での行為を本人に対する義務によるものではない行為として認定することも試みることができるかもしれない。そのため、信認義務違反の要件を満たしており、かつ特別法が存在しない場合にのみ、委託者（本人≒被害者）も、準事務管理という法理を適用することで受託者（管理者≒加害者）の不当な利益を剥奪することができる。

う。

第二に、法律効果について、管理者の義務と本人の義務が分けられる。具体的には、まず、管理者の義務は、①本人の意思・利益への適合的管理義務(697条の類推)、②管理継続義務(700条の類推)、③管理開始の通知義務(699条の類推)、④計算・報告義務(701条による645条の準用の類推)、⑤事務処理によって取得したものの引渡・移転義務(701条による646条の準用の類推)を包括している。逆に、本人は管理者の義務によって利益を受けるのであるから、その本人もまた、管理者に対して、有益な費用の償還の義務を負うべきである(702条の類推)。言うまでもなく、利益吐出しにかかる法律効果としては、事務処理によって取得したものの引渡・移転義務、及び有益な費用の償還義務が最も重要である。言い換えれば、利益吐出しの内容については、利益の分配と費用の償還が核心的である。

まず、利益の分配について。ドイツにおける準事務管理説によれば、BGB 687条2項1文、681条2文及び667条第2選択肢に基づき、債務者は、不法な管理から得たすべての利益を債権者に引き渡すべき義務を負う。すなわち、他人の権利の利用以外に、たとえ加害者自身の努力、特別な能力、あるいは特別な経済的機会が利益の取得に共同して因果関係を有するとしても、有しないとしても、その利益の全体は、債務者(被害者)に分配されるべきである。また、このような利益分配の立場に関しては、日本法上の通説は、ドイツ法上の通説に合致している。しかしながら、一部のドイツや日本の学説は、この通説に疑問を抱いている。例えば、第3章第2節第2款第3項で見た通り、Helms教授は、被害者に分配されるべき利益は、他人の法益の利用、加害者自身の努力・特別な能力あるいは特別な経済的機会などによって得られたすべての利益ではなく、他人の法益の利用によって実現されたもののみであるとする。そのほかに、末川博博士や戒能通孝博士も、管理者自身の才能・労務・幸運によって取得した利益を有益費とみて引渡・移転されるべき収益から控除すべきであると提唱している¹⁰⁶⁵。私見としては、利益の創造については、被害者の侵害された法益が商業機会を提供したからこそ、加害者は、資本・労働力の投下と開発の事業を結合し、同時に運命、偶然などの要因をも加えて、最終的に利益を獲得することができた。利益吐出しの発生根拠に基づいて、このような利益の大部分を本人(被害者)に分配する一方で、残りの部分は管理者(加害者)の資本・技術・特殊な能力などの排他的な貢献を考慮して、管理者(加害者)に分配すべきである。また、利益を分配する際には、被害者と加害者の双方が投入した割合に完全に従って分配する必要はない。むしろ、利益吐出しが形骸化しないように、被害者の権利・法益によって得られた利益や「たなぼたの利益」などを含めて、できるだけ多くの利益を被害者に分配すべきである、と思われる。その具体的な理由としては、三つの事柄を指摘しうる。理由①に関しては、

¹⁰⁶⁵ 末川・前掲注(176)520頁、戒能・前掲注(172)406-407頁などを参照。

「個々の経営資源の客観的価値に応じて純利益を割合で分配することが正当である」という経営経済上または法律経済上の経験則は存在しない。そして、理由②に関しては、被害者に比べて、特に強い市場地位を有する加害者は、自分が投入した額や利益の額などの立証に対してより大きな優位性を持っている。単純に加害者の立証内容を基に分配すると、最終的に被害者がわずかな利益の返還を請求することになる可能性がある。なお、理由③に関しては、現実には、被害者の権利・法益、加害者の投入、ないし運命、偶然などが常に絡み合っているため、はっきり区別されにくい。しかも、これらの要因の客観的価値や、個々の要因が利益の創造に与える具体的な影響などは、明確な割合で定量化することが困難であることである。

次に、費用の償還について。本人が管理者の行為によって利益を得た以上、公平ないし信義則に照らして、本人も管理者に有益な費用を償還すべきである。さらに、管理者（加害者）が本人（被害者）のために有益な費用を出した場合には、管理者（加害者）は、702条1項の類推に基づき、その費用の償還を請求することができる。また、本人の利益に合致した費用でも、本人の意思に反した費用は、702条3項の類推により、償還の範囲が現存利益に限定される。702条でいう有益な費用は、事務処理の諸類型により影響を受けつつも、そこでの本人の客観的利益に適合する出捐もしくは債務負担である¹⁰⁶⁶。しかも、この有益な費用の内容には、有益費のほか、必要費も含まれている¹⁰⁶⁷。一般に、隣人の家屋の修繕、他人の犬の世話などのような事務管理の典型例においては、有益な費用の算定は比較的容易である。しかしながら、準事務管理の事例あるいは利益吐出しに関わる事例では、関連する費用の種類が多いため、有益な費用を確定することも非常に困難である。この問題について詳細に分析を行っている学者として、Helms教授が再び挙げられる。第3章第2節第2款第3項で検討したように、Helms教授によれば、管理者の費用は、侵害行為に直接起因する場合にのみ償還されるべきである。例えば、利用された対象の維持または改善にかかる費用（賃貸物の修繕費など）、利用された対象の売れ行きにかかる費用（運送費など）、または利用された対象が生産可能になるために必要な費用（原材料費、包装費など）である。そのほかに、追加の営業所や生産場所の賃貸料、または追加の従業員の報酬・給料などのような費用は、償還されるべきランニングコストと見なされる。ただし、税金、手数料、会費、減価償却費、万一の火災保険または建物保険などのようなランニングコストは有益な費用に属さない。そして、管理者の報酬や、管理者の侵害行為が実施される前に雇用されていた人の報酬（例えば、企業の管理職、事務職員、警備員などの報酬や給料）などは、原則として企業の日常運営を維持するためのものであり、侵害行為に関連する活動によって引き起こされたものではない。そのため、このような報酬は、償還されるべき費用として認められない。だが、ある程度、これらの

¹⁰⁶⁶ 窪田編・前掲注（94）63頁（平田健治執筆）を参照。

¹⁰⁶⁷ ちなみに、702条1項の「有益な費用」と196条2項の「有益費」とは、言葉はよく似ているが、同じものではない。ここでの有益な費用の内容は、有益費のほか、196条1項の「必要費」も含まれる。中原ほか・前掲注（106）203頁note⑤（根本尚徳執筆）を参照。

人の侵害行為が業績結果・就業時間と直接的な関係が存在すれば、これらの人の報酬割合も考慮される可能性がある。実は、Helms 教授の見解は、日本法上の費用償還問題の解決にも大いに参考になるかもしれない。

私見としては、本人（被害者）が最終的に得られる利益を算出するためには、費用償還と利益分配を結びつけなければならない。具体的には、三つの段階に分ける必要がある。一つ目の段階は、総利益（粗利益）から侵害行為に直接起因する有益な費用を差し引くことである。そして、二つ目の段階は、加害者の特有の貢献を考慮して、余剰利益の小さな部分も加害者に分配すべきだということである。また、三つ目の段階は、余剰利益の大部分（純利益）を被害者に分配することである。もちろん、利益吐出しの算定については、単純な数学の公式あるいは直接的な経済の計算式で正確に確定することは困難である。今後、学説による更なる探求が求められる一方で、裁判官や弁護士などの実務家が具体的な実践の中でさらに試行錯誤を重ねる必要がある。なお、利益吐出しを実務に徹底させるためには、以下に述べるように、手続法上の再構造についても検討する必要がある。

第2項 手続法上の再構造

序章の第1節で述べたように、人格権自身の特殊性、実務上の救済の不十分及び学説上の議論の不明確という背景の下で、人格権侵害の民法的規制を中心として、利益吐出しを体系的に検討する必要性が存在すると思われる。しかも、日本、中国及びドイツの学説と実務は、人格権侵害に関する利益吐出しをめぐる有益な模索を行ってきた。そのため、以下では、第1章第2節での人格権侵害に関する利益吐出しの諸相（特に、設例の部分）を中心にして、手続法上の再構造を試みたい。ちなみに、日本法上の設例の部分は、第2章第3節での中国法上の判例の考察という部分において、概ね対応する原型を見つけることができる。しかも、中国法は、関連判例の中で、解決策に向けて試行を展開している。中国法上の判例を考察した上で、日本現行法を考慮すると、手続法上の再構造においては、二つの最も核心的な問題が存在する可能性がある。すなわち、当事者適格と証明責任である。

第一に、当事者適格について。当事者適格とは、特定の訴訟物について当事者として訴訟を進行し、本案判決を受けることができる資格をいう¹⁰⁶⁸。一般に、当事者適格の判断基準は、ある当事者が訴訟の結果にかかる重大な利益または実質的利益を有することである¹⁰⁶⁹。一般的に言えば、このような利益は、当事者個人の利益または個別的利益に限定される。例えば、[設例1]名誉権、プライバシー権などが無断に開示されることによって利益を獲得するような事案及び[設例2]パブリシティ権が強制的

¹⁰⁶⁸ 三木浩一ほか『民事訴訟法〔第4版〕』（有斐閣、2023年）377頁（垣内秀介執筆）を参照。

¹⁰⁶⁹ 長谷部由紀子『民事訴訟法〔第4版〕』（岩波書店、2024年）157頁、三木ほか・前掲注（1068）379頁（垣内秀介執筆）を参照。

に商品化されることによって利益を獲得するような事案において、被害者本人は、原告適格を有する者として、準事務管理に基づいて、被告適格を有する加害者に対して、利益返還を請求している。そして、[設例 5] 故人の人格的利益が勝手に利用されることによって利益を獲得するような事案においては、故人の相続人は故人の名で、または受継をなした上で自己の名で、準事務管理に基づいて加害者に利益返還を請求することができる¹⁰⁷⁰。確かに、加害者は、特殊な個人の情報や身体的人格権の侵害を通じて巨額の利益を得る可能性がある。しかし、通常、一般人の個人情報や身体的人格権を無断に利用しても、得られる利益はごくわずかであることが多く、逆に不特定多数人の個人情報や身体的人格権を利用してこそ、巨額の利益が生じるかもしれない。特に、[設例 3] 多くの人の個人情報などが違法に収集・利用・処分されることによって利益を獲得するような事案及び[設例 4] 身体的人格権（特に組織、細胞、遺伝子などのヒト由来物質）が無断に利用されることによって利益を獲得するような事案において、被害者は百万人など多数に上る可能性があり、加害者の利益が算定しにくいだけでなく、被害者の損害（例えば、少量損害、名目的損害、発散的損害）などが証明しにくい。しかも、加害者は巨額の利益を得ているにもかかわらず、個々の被害者の損害がわずかであるため、被害者が合理的に無関心あるいは不熱心である状況が出現する恐れがある¹⁰⁷¹。また、多数の訴訟が実際に提起されれば、裁判所の負担も大きいという問題がある¹⁰⁷²。そこで、訴訟物たる権利について個別的授權がなされたかどうかとかかわりなく、訴え提起前に紛争解決のための行為をしている者に当事者適格を認める紛争管理権概念が提唱された¹⁰⁷³。しかし、この考え方は、実体法上の利害関係を中心として当事者適格を論じてきた伝統的な考え方からは大きく乖離するものであり、判例においては採用されなかった¹⁰⁷⁴。また、近年では、このような拡散的利益¹⁰⁷⁵に対する立法あるいは改正の対応が進められている。この点については、[設例 3]

¹⁰⁷⁰ ちなみに、実体的権利義務の帰属主体以外の第三者が当該主体に代わって訴訟物についての当事者適格を与えられる場合に、これを訴訟担当という。瀬木比呂志『民事訴訟法〔第2版〕』（日本評論社、2022年）177頁。例えば、故人の遺言執行者は訴訟担当として訴訟行為を行っている。

¹⁰⁷¹ ヤンゼン（根本訳）・前掲注（88）377－378頁を参照。

¹⁰⁷² 三木ほか・前掲注（1068）386頁を参照。

¹⁰⁷³ 伊藤真『民事訴訟法〔第8版〕』（有斐閣、2023年）212頁を参照。

¹⁰⁷⁴ 最高裁昭和60年12月20日判時1181号77頁、三木ほか・前掲注（1068）387頁を参照。

¹⁰⁷⁵ 吉田克己教授の見解によれば、広義には、「個別的利益」を超えた利益は、「集团的利益」と総称される。そして、「集团的利益」を「集合的利益」及び「公共的利益」の二つの類型に分けている。吉田克己「保護利益としての利益と民法学—個別的利益・集合的利益・公共的利益」民商法雑誌148巻6号（2013年）573頁。さらに、具体的に言えば、利益の類型化においては、次の4つの類型が区別される。①まず挙げられるのは「個別的利益」であるが、これは、損害の観念とその個別的な帰属の確定が可能で、かつ、個別の損害が軽微ではないタイプの利益である。民法学で伝統的に問題になる利益は、この「個別的利益」である。この「個別的利益」以外の利益は、「集团的利益」と総称されるが、それはさらに、「集合的利益」「拡散的利益」「社会的損失」の三つに細分化される。②「集合的利益」は、損害の観念とその個別的な帰属の確定は可能であるものの、個別の損害が軽微であるタイプである。③「拡散的利益」は、損害を観念することは可能であるものの、その個別的な帰属を観念することが困難であるタイプの利益である。最後に、④「社会的損失」は、市場競争の機能不全によって社会的にマイナスが生じているものの、損害が観念できないタイプである。また、③「拡散的利益」と④「社会的損失」は、まとめて「公共的利益」と呼ばれる。以上につき、吉田・前掲注（10）55頁を参照。

と[設例 4]での拡散的利益が侵害されている場合、団体訴訟制度を導入できるかどうかは、早急に解決すべき新たな課題となっているかもしれない。

現在、日本法において、消費者団体訴訟制度をめぐる研究の蓄積が特に充実している。いわゆる日本法上の現行消費者団体訴訟制度は、不特定かつ多数の消費者の利益を不当に侵害する（または、そのおそれのある）事業者の一定の行為に関して、当該行為に対する差止請求権などを適格消費者団体に付与する法制度である¹⁰⁷⁶。この制度は 2006 年に、消費者契約法の改正により、内閣総理大臣の適格認定を受けた消費者団体が事業者などの違法行為の差止請求をすることができる制度として導入された。その後、消費者法分野では、2008 年に、特定商取引法及び景品表示法において適格消費者団体による差止請求制度が制度化され、さらに 2013 年には、不当表示を対象として食品表示法にも適格消費者団体による差止請求制度が導入されている¹⁰⁷⁷。また、同じく 2013 年には、消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律（「消費者裁判手続特例法」）により、多数の消費者の受けた被害の損害賠償による救済を実効化するために、多数の被害者と事業者との間で共通する責任原因について、適格消費者団体を原告とする共通義務確認訴訟を認め、適格消費者団体がこれに勝訴した場合には、第 2 段階の簡易確定手続において個々の消費者の請求権額を確定するという制度が設けられ、2016 年 10 月に施行された¹⁰⁷⁸。そして、原告適格を有するのは、特定適格消費者団体であり、消費者契約法等の制度と異なり、給付請求が認められている¹⁰⁷⁹。

確かに、上記の消費者団体訴訟制度に関する立法及び改正の変遷から見ると、二つの発展的な動向が見られると思われる。つまり、一つは、この制度が適用される法分野が徐々に拡大しており、消費者契約法から特定商取引法、景品表示法、食品表示法へと広がっている。そして、もう一つは、救済手段が次第に多様化しており、差止請求権から損害賠償請求権へと広がっている¹⁰⁸⁰。また、適用領域に関しては、このような集団利益訴訟または集団的利益の訴訟は、消費者法分野にとどまらず、環境法¹⁰⁸¹や暴力団対策法¹⁰⁸²などへの適用も試みられている。そのほかに、救済手段に関しては、このような法実現の諸手法は、差止請求権と損害賠償請求権に限定されるものではな

¹⁰⁷⁶ 根本尚徳「適格消費者団体による包括的差止請求・条項改訂請求の可否—差止請求権の請求内容に関する序論的考察をも兼ねて」千葉恵美子ほか編『集団的消費者利益の実現と法の役割』（商事法務、2014 年）271 頁を参照。

¹⁰⁷⁷ 千葉恵美子「集団的消費者利益の実現を巡る研究序説試論」千葉恵美子ほか編『集団的消費者利益の実現と法の役割』（商事法務、2014 年）2-3 頁を参照。

¹⁰⁷⁸ 三木ほか・前掲注（1068）387 頁を参照。

¹⁰⁷⁹ 瀬木・前掲注（1070）189 頁を参照。

¹⁰⁸⁰ なお、消費者裁判手続特例法は、特定適格消費者団体に、この団体固有の損害賠償請求権を与えるものではないという点に注意すべきである。

¹⁰⁸¹ 福永有利『民事訴訟当事者論』（有斐閣、2004 年）219-250 頁、長島光一「環境集団訴訟の手続法的課題とその動態性—福島原発被害回復訴訟の現場から」法律論業 93 巻 6 号（2021 年）187 以下を参照。

¹⁰⁸² 山本和彦「集団的利益の訴訟における保護」民商法雑誌 148 巻 6 号（2013 年）622-624 頁を参照。

く、利益剥奪請求権へと拡張しようとする試みもなされている。さらに言えば、千葉恵美子教授によれば、利益剥奪請求権は、不公正な取引方法・取引内容によって得た利益を事業者に吐き出させることを目的とする権利であり、消費者個人の法益を実現するために、契約の取消しを原因とする不当利得返還請求権や事業者の不法行為に基づく損害賠償請求権(の束)とは異なる権利である¹⁰⁸³。しかも、事業者からの利益剥奪制度に関して、それは経済的には「不特定かつ多数の消費者」の損失に対応することから、「不特定かつ多数の消費者」に本来帰属すべきものであるが、「不特定かつ多数の消費者」には権利能力がないことから、これに代わる利益剥奪請求権の帰属・行使主体として適格消費者団体を位置付ける¹⁰⁸⁴。特に、拡散的利益の場合、個別の消費者のところに利益剥奪に対応する損失を見いだすのは困難であるから、利益剥奪で得た金銭を個別消費者に配分するという解決には必ずしも合理性がない¹⁰⁸⁵。ただし、利益剥奪請求訴訟で、事業者が個別の消費者に利得を返還したことを主張・立証した場合には、利得額を減額することができる¹⁰⁸⁶。

それでは、人格権における拡散的な利益が侵害される場合、団体訴訟制度を通じて加害者の不当な利益を剥奪することは可能であるか。現行の消費者裁判手続特例法の下では、この問題に対して否定的な判断が下されるかもしれない。一方では、同法3条2項5号の規定により、人身損害は本制度の適用対象から除外されているためであり、他方では、同号の規定により、準事務管理に係る請求も五つの類型の請求から除外されているためである。しかし、第4章第2節の始めで述べた被害者範囲の射程拡張、及び集団現象を処理する法理論¹⁰⁸⁷の背景を踏まえると、人格権における拡散的な利益侵害の領域において、団体訴訟の適用が一概に否定されるものではない。しかも、加害者の手もとに不当な利益が事実上存在している状況を考慮すると、利益剥奪という救済手段も注目に値するものである。

第二に、証明責任について。証明責任は、ある事実の証明が真偽不明に終わった場合に、これに対処するための手段である¹⁰⁸⁸。また、証明責任の分配については、通常、法規の解釈によって分配が定められている¹⁰⁸⁹。さらに、異なる法規に基づいたり、異なる請求権を選択したりすると、当事者は、異なる証明責任を負う可能性がある。まず、権利侵害における利益吐出しの場合、本人(被害者)は、以下の二つの要件について立証しなければならない。すなわち、①加害者が故意に本人(被害者)の権利・

¹⁰⁸³ 千葉恵美子「消費者取引における情報力の格差と法規制—消費者法と市場秩序法の相互関係に直目して」千葉恵美子ほか編『集団的消費者利益の実現と法の役割』(商事法務、2014年)187頁を参照。

¹⁰⁸⁴ 吉田克己「集団的消費者利益に関する基礎的視点—利益・帰属・役割分担」千葉恵美子ほか編『集団的消費者利益の実現と法の役割』(商事法務、2014年)205頁を参照。

¹⁰⁸⁵ 吉田・前掲注(1084)211頁を参照。

¹⁰⁸⁶ 千葉・前掲注(1083)194頁を参照。

¹⁰⁸⁷ 新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』(弘文堂、2019年)63—64頁を参照。

¹⁰⁸⁸ 三木ほか・前掲注(1068)266頁(三木浩一執筆)を参照。

¹⁰⁸⁹ 伊藤・前掲注(1073)411頁を参照。

法益（広義の商業機会）を侵害したこと及び②侵害された権利・法益（広義の商業機会）が利益獲得の過程に決定的な影響を与えることである。次に、利益剥奪請求訴訟においては、701条による645条の準用の類推に基づいて、管理者（加害者）は、事務処理の状況・経過・結果に関する証明責任を負うべきである。しかも、証拠との距離、立証の難易及び事実の存在・不存在の蓋然性などを考慮すれば、利益の獲得に関する証明責任を管理者（加害者）に分配することは、公平かつ妥当である。また、管理者（加害者）自身の資本・技術・特殊な能力などの排他的な貢献や、管理者（加害者）が支出した有益な費用についても、管理者（加害者）がこれらを立証すべきである。

また、当事者が提出する証拠はしばしば複雑であり、裁判官が一般通常人の経験則のみに依拠して事実認定を行うことは、必ずしも容易ではない。さらに、裁判官の知識を補うために、鑑定の手続が満たされている場合には、裁判所は、鑑定に必要な学識経験を有する者の中から、鑑定人を指定することができる。とりわけ、利益の算定や有益な費用の算定などに関しては、計算鑑定人が極めて重要な役割を果たすことになる。例えば、特許権が侵害された場合に、立証容易化の一環としての計算鑑定人制度が導入されてきた¹⁰⁹⁰。利益吐出しの訴訟で、独立不羈の立場を守る計算鑑定人は、正当な注意義務と守秘義務を厳守しなければならない。

¹⁰⁹⁰ 杉山悦子「民事訴訟法から見た計算鑑定人の意義と機能」一橋法学3巻1号（2004年）111－149頁を参照。

終章 終わりに

第1節 本稿の結論

本稿は、主に①「加害者の不当な利益をこの者に吐き出させることの正当性」と「加害者から吐き出された不当な利益を被害者に分配することの正当性」（発生根拠）、及び、②「加害者から吐き出された利益が被害者に分配されることの実現性」（法律構成）のあり方という二つの課題を探究してきた。実は、この課題に対する解明が日本法、中国法及びドイツ法の共通のテーマとなっている。そのため、探究の進め方は、日中独の三か国における議論状況を体系的に考察・分析することである。また、これまでの考察・分析を通じて、日本法における利益吐出しの発生根拠及び法律構成が概ね明らかになった。

第1に、発生根拠の結論について。私見としては、利益吐出しの発生根拠は、①制裁・予防、②広義の商業機会の保護及び③信認関係の保護である。注目すべきは、これら三者の関係は、「並列関係」ではなく、「一体両翼」という関係にあることである。また、このような「一体両翼」という関係は、利益吐出しの発生根拠が「一元論」から「類型論」へと転換すべきであることを反映している。その中で、「一体」とは、①制裁・予防ということである。しかも、①制裁・予防に基づいて、加害者の不当な利益が吐き出されることは正当である。そして、「両翼」は、②広義の商業機会の保護及び③信認関係の保護を指す。さらに、②広義の商業機会の保護及び③信認関係の保護に基づいて、吐き出された利益が被害者に分配されることも正当である。このような一体両翼型の発生根拠は、「加害者の不当な利益をこの者に吐き出させることの正当性」と「加害者から吐き出された不当な利益を被害者に分配することの正当性」という二重の正当性を実現することができると思われる。

第2に、法律構成について。私見によれば、実は、伝統的な不当利得・不法行為・準事務管理は、いずれも利益吐出しにかかわる問題に対応するための適切な法律構成として容易には成り立たない。現在、有力説としての不当利得説と不法行為説とを比較して、通説としての準事務管理説は、日本の現行法制度により適合しているものと思われる。

ところで、通説としての準事務管理説は適切な解決策であるにもかかわらず、完璧ではない。そのため、準事務管理説は、以下のような三点の修正を余儀なくされる。

まず、準事務管理説の構成要件について。自分のためにする意思に基づく準事務管理には、管理者（加害者）は、しばしばより多くの資金、技術、または特別な能力などを投入する。この場合、管理者（加害者）の資金、技術、特別な能力などに特に注目せざるを得ない。したがって、準事務管理を適切に適用するためには、本人（被害者）の侵害された権利・法益が独立した商業機会を創出し、利益獲得の過程に決定的な影響を与えることを要求しなければならない。

次に、準事務管理説の法律効果について。利益の分配と費用の償還は、核心的な内容として位置づけられるべきである。利益の分配に関しては、準事務管理説によれば、債務者は、不法な管理から得たすべての利益を債権者に引き渡す義務を負う。しかしながら、私見としては、利益の創造については、被害者の侵害された法益が商業機会を提供したからこそ、加害者は、資本・労働力の投下と開発の事業を結合し、同時に運命、偶然などの要因を加えて、最終的に利益を獲得した。利益吐出しの発生根拠に基づいて、このような利益の大部分を本人（被害者）に分配する一方で、残りの部分は管理者（加害者）の資本・技術・特殊な能力などの排他的な貢献を考慮して、管理者（加害者）に分配すべきである。また、利益を分配する際には、被害者と加害者の双方が投入した割合に完全に従って分配する必要がない。むしろ、利益吐出しが形骸化しないように、被害者の権利・法益によって得られた利益や「たなぼたの利益」などを含めて、できるだけ多くの利益を被害者に分配すべきである、と思われる。それに対して、費用の償還に関しては、準事務管理説によれば、本人が管理者の行為によって利益を得た以上、公平ないし信義則に照らして、本人も管理者に有益な費用を償還すべきである。しかしながら、準事務管理の事例あるいは利益吐出しに関わる事例では、関連する費用の種類が多いため、有益な費用を確定することも非常に困難である。そのため、償還されるべき費用は、侵害行為に直接起因するものに限定されるべきである。

最後に、準事務管理説の適用範囲について。従来の通説によると、準事務管理は、契約上の義務違反の場合に適用されてはならない。しかしながら、私見としては、再構造された発生根拠は、再構造される法律構成と密接に関連している。さらに、準事務管理は、より厳しい利益引渡責任を通じて、故意による図利の違法行為を制裁・予防することを目的としている。そして、このような違法行為は、権利侵害における商業機会への侵害行為及び契約違反における信認関係への破棄行為を包括している。もちろん、一般に、信認義務違反の場合、委託者（被害者）は、信認関係に関連する特別法によって受託者（加害者）の不当な利益を剥奪することができる。だが、信認義務違反の要件を満たしており、かつ特別法が存在しない場合にのみ、委託者（本人≒被害者）も、準事務管理という法理を適用することで受託者（管理者≒加害者）の不当な利益を剥奪することができるだろう。

第2節 残された課題

最後に、利益吐出しの法理について、本稿では残された課題に言及したい。

第1に、立法上の側面から見ると、日本・中国・ドイツの学説は、改正提案ないし立法提案に向けた一定の模索を行ってきた。例えば、窪田説によれば、オランダ民法第六編104条のように、日本民法704条にあたる条文を、709条の2という形で規定することによって利益追求型不法行為の制度を形成することが可能である。そして、他人の人身の權益を侵害して財産の損害を生じさせた場合には、被害者は中国民法典

1182 条に従って、加害者が得た利益に基づく賠償を請求することができる。また、ドイツ法においては、準事務管理制度は、BGB 687 条 2 項によって明定されている。さらに、近時、Janssen 教授は、Wagner 教授とは異なる立法提案を選択している。結局、これらの多様な改正提案や立法提案を踏まえると、将来的に日本法における利益吐出しにかかわる制度を明文化する必要性の有無、さらにはその明文化のあり方については、今後の重要な検討課題となる。

第 2 に、実務上の側面では、利益吐出しの算定については、単純な数学公式あるいは直接的な経済の計算式で正確に確定することは困難である。その後、学説による更なる探求が求められる一方で、裁判官や弁護士などの実務家が具体的な実践の中でさらに試行錯誤を重ねる必要がある。したがって、本稿で提出した利益吐出しの構想については、その受容可能性を裁判官や弁護士などの実務家と協働して検討しなければならない。そのほかに、今後の実務において現れるだろう利益吐出しに関連する判例（特に、異なる人格権が侵害された判例との相違）にも注目し、分析を加えることが求められる。

第 3 に、学説上の側面では、さらに探究すべきいくつかの個別的課題も存在している。特に、準事務管理制度と、介入権などのような信認義務違反と関連する制度との関係については、より深く考察・検討する必要がある。また、拡散的な人格的利益が侵害された場合に、団体訴訟制度を通じて、利益吐出しを実現することは可能であろうか、さらに、吐き出された利益は、最終的に被害者、訴訟の団体、公益基金、あるいは国庫のいずれに帰属すべきであろうか。これらの問題は、明確化し続けられるべき課題である。