

令和 6 年 6 月 21 日現在

機関番号：10104

研究種目：若手研究

研究期間：2019～2023

課題番号：19K13552

研究課題名（和文）利益吐き出しの理論的根拠の再検討 一元論から多元論へ

研究課題名（英文）Reconsideration of the Rationale for Disgorgement of Profits : From Monism to Pluralism

研究代表者

橋本 伸 (Hashimoto, Shin)

小樽商科大学・商学部・准教授

研究者番号：20803703

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 2,800,000円

研究成果の概要（和文）：他人の権利・利益を侵害することにより利益を取得する行為について法的にどのように対応するかはわが国のみならず、世界的にも問題となりつつある。本研究は、その際に用いられる「利益吐き出し」法理の理論的な課題に取り組んだ。具体的には、本研究は、比較法的な考察を踏まえたうえで、従来の見解で説かれる侵害者に対する制裁・抑止として一元的に正当化しようとする見解は不十分であり、利益吐き出しが問題となる文脈に応じた《多元的な根拠付け》が必要となること、そしてその際には、従来の議論とは異なり、特定履行の平面で利益吐き出しを根拠付けることも考えていくべきであると指摘した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

従来から「利益吐き出し」法理の必要性は説かれ、一定の議論の蓄積は見られたものの、この問題領域の横断的な研究は十分にはなされてこなかった。その中で本研究は、包括的な研究を行い、従来の議論では一元的な根拠付けを所与の前提となりつつあった根拠論について多元的な根拠論を指摘し、かつ（90年代後半から既に存在していたものの）従来の議論では注目されることがなかった特定履行救済として利益吐き出しを説く見解について注目し、わが国の今後の利益吐き出しの議論の底上げを図った。また、人格的権利との関係では、自由な譲渡性を制限しつつも、侵害された場合の利益吐き出しの根拠づけも試みた点は社会的意義もあると考える。

研究成果の概要（英文）： How to legally respond to the act of acquiring profits by infringing on the rights and interests of others is becoming an issue not only in Japan but also worldwide. This study addressed the theoretical issue of the “disgorgement of profits” doctrine used in such cases. Specifically, this study, based on comparative legal considerations, argues that the view that attempts to justify “disgorgement of profits” centrally as a sanction or deterrence against an infringer, which is the conventional view, is insufficient, and that a “pluralistic rationales” is necessary depending on the context in which disgorgement of profits is an issue, and that, in doing so, it is important to consider that, unlike the conventional argument, we should also consider basing disgorgement of profits on the plane of specific performance.

研究分野：民法

キーワード：利益吐き出し 理論的根拠 人格権 ハノック・ダガン

1. 研究開始当初の背景

伝統的な民事責任の下では、ある者が他人の権利・利益を侵害した場合に、加害者は被害者に生じた損害を填補することにとどまる。もっとも、加害者が被害者の損害を超える利益を取得する不法行為(利益取得型不法行為)を行った場合(例えば、マスメディアによる他人のプライバシー侵害を伴う記事の掲載や他人の特許権を侵害して利益を取得した場合)には、伝統的な責任の下では、加害者の手元に利得が残る(「侵害し得」となる)。このような帰結は、加害者に侵害行為のインセンティブを与えることになるため、従来の民法学では、こうしたインセンティブを排除する制度的担保として「利益吐き出し法理」の必要性が説かれてきた。

ここで「利益吐き出し」法理とは、他人の権利・利益の侵害行為を契機に加害者が被害者の損害を超える利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、当該利益を被害者に帰属させる法理を指す。このような法理はわが国のみならず、世界的にも近年注目を集めている。利益吐き出しをめぐるのは、多数の論点があるものの、その中心は、(1)なぜ加害者は当該利益を吐き出さなければならないのか、またなぜ被害者が当該利益を取得することができるのかという点(理論的根拠〔実質論〕)、そして(2)どのように利益吐き出しを実現するかという点(法律構成〔形式論〕)である。もっとも、従来は、わが国の民法には利益吐き出しを直接に認める規定が存在しないこともあり(後者(2))を中心に論じられ(例えば、準事務管理構成、不法行為構成、不当利得構成など)、前者(1)については、法律構成は一樣ではないものの、悪意の加害者に対する制裁として、あるいはそのような制裁を通じて侵害行為を抑止するという見解(以下では「制裁・抑止説」という)にとどまった。

しかしながら、制裁・抑止説には、以下の問題があるように思われる。すなわち、第1に、制裁・抑止説は、加害者が利益を吐き出さなければならない理由とはなり得ても、《被害者が当該利益を取得することができる説得的な理由》となっていないという点(いわゆる「棚ぼた」論)である。従来の議論では、被害者への利益の帰属は、加害者に利益を吐き出させることの反射的效果として説明されるにとどまっていた。第2に、利益吐き出しが問題となる文脈は一樣ではない(例えば、有体物、知的所有権、プライバシー、名誉等の侵害のみならず、信認義務違反や契約違反など)にもかかわらず、制裁・抑止説は一般的にすべての場面に妥当するものと解されてきた点にある。しかし、こうした理解は、とりわけ、人格権侵害の文脈では問題がある。すなわち、制裁・抑止説は、事前的な視点からは《侵害行為を抑止したうえで、加害者を市場に向かわせ、被害者(権利者)と交渉させたうえで権利の利用許諾を得なければならない》との規範として機能する。このような理解は、知的財産権等の市場財であれば問題はないものの、人格権のような非市場財(人格財)については商品化されるべきでないモノを商品化することを推奨するとの問題を孕んでいる。こうした懸念は、先行研究でも既に認識されているものの、従来の議論では、利益吐き出しを完全に否定するか、慰籍料の枠内で考慮されるにとどまり、人格権侵害による利益吐き出しの独自の理論的根拠を探求することは十分に検討されてこなかったように思われる。

2. 研究の目的

本研究は、以上の問題意識を前提として、利益吐き出しが問題となる権利・利益・関係の性質の多様性を踏まえ、利益吐き出しの《多元的な根拠付けの可能性》を探求し、かつそのうえで、利益吐き出しをめぐる個別の問題点(要件・効果)の解釈指針を明らかにすることを目的とする。

3. 研究の方法

本研究は、比較法的手法を用いて研究を遂行する。その際に、比較の対象となるのは、英米法(とりわけ、原状回復法〔わが国の不当利得法に相当する〕)である。その理由は、以下の3点にある。すなわち、第1に、英米法では、利益吐き出しが多く文脈で論じられているものの、従来、わが国では、比較法の考察は、ドイツ法を中心としており、いまだ英米法の全体像は明らかにされていない点、第2に、英米法の利益吐き出しの理論的根拠は、わが国のように一元的ではなく、多元的な捉えられており、本稿の構想にとって示唆的である点、第3に、とりわけ近時のアメリカ法学では、利益吐き出しの理論的根拠について、従来の議論とは全く異なる観点から根拠付ける見解(具体的には、利益吐き出しを損害賠償の平面ではなく、特定履行の平面で捉える見解)が登場しており、従来の利益吐き出しの最大の問題であった「棚ぼた」論を解決する示唆となり得る点、である。

4. 研究成果

研究成果は、以下の4つに整理することができる。

(1) 損害代替型および侵害行為の抑止型としての利益吐き出し論の検討

第1に、英米法の伝統的な利益吐き出しの理論的根拠に検討を加えた。英米法においては、従来から、様々な領域において利益吐き出しが認められていたこともあり、その理論的根拠をめぐり多数の見解が存在していた。もっとも、その中には不十分な根拠もあり、これまでの筆者の検

討を踏まえると、(a)被害者の損害算定の代替として加害者の利益を用いる見解（損害代替型）と(b)侵害行為を抑止し、一定の政策目標を実現する手段として捉える見解（行為抑制政策型）の2つに収斂するのではないかと考えていた。そこで、本研究では、これら二つの根拠についてより立ち入って検討を加えた。具体的には、前者(a)については、何ゆえ加害者の利益を被害者の損害を算定する基準として用いることができるのかという点、また後者(b)については、何ゆえ加害者の行為が被害者の損害を超える利益を生むにもかかわらず（社会的には望ましいともいえる）利益を吐き出させて侵害行為を抑止する必要があるのかという点である。この点につき、本研究の検討からは、(a)については、損害の算定が非常に困難な領域が存在するという事情に起因する（とりわけ、市場価値がない不動産の無断利用から利益を得たケースにおいては、損害に基づく金銭救済が困難となり、利益に基づく救済が用いられているという側面がある）こと、また(b)については、一見すると望ましいように見えるものの、そうした行動を認めることが社会的には契約への信頼を失わせるなど社会的費用をもたらし、かえって望ましくない結果となることなどの理由から説明されることとが導かれた。これらの研究については、『利益吐き出し』原状回復救済の理論的考察(3)』北法70巻6号(2020)93頁以下、『同(4)』北法71巻3号(2020)167頁以下、『同(5)』北法71巻5号(2021)253頁以下で成果として公表した。

(2) 自律的な意思実現としての利益吐き出し論の検討

第2に、本研究の中核である近時のアメリカ法学における利益吐き出しの新たな理論的根拠に検討を加えた。上記の伝統的見解（特に(b)）は、一定の説得力を有するものの、被害者への「棚ぼた」利益の帰属という問題点の根本的な解決の示唆とはならない。これに対し、近時のアメリカ法学では、(c)利益吐き出しを《特定履行の平面》で捉え、被害者の自律的な意思の実現という観点から説明しようとする見解（Hanoch Dagan教授〔テル・アヴィブ大学。イエール大学でCalabresi教授の下で博士号を取得した〕が登場しており、本研究が当初から注目してきたものであった。具体的には、Daganの原状回復研究の特色を整理したうえで、利益吐き出しの理論的根拠として、従来の議論のように損害賠償の延長線上のものとしてではなく、Cakaaresi & Melamedのプロパティールールの意味での特定履行救済その実質である権原保有者の自律的な意思の実現という点に求めることで、その正当化を試みることで、損害賠償に付随する問題を回避することを可能とするといえる。またDaganは、こうした理解を、すべての利益吐き出しの場面で妥当するわけではなく、人格的な性格の強い資源（人格財）の侵害を理由とする場面に限定されると解している。その意味で、Daganの議論は、従前の議論にすべて置き換わるものではなく、従前の議論と並ぶ多元的な根拠の一つとして位置づけることが可能ではないかと考える。もっとも、Daganの構想する人格財としては、身体（部位）や名誉などが挙げられるのに対し、プライバシーやパブリシティ権については基本的に対象となっていない。もっとも、これはDaganが上記見解を打ち出した90年代の時代背景を踏まえたものといえ、プライバシーやパブリシティ権の今日的な議論の発展・見直しを踏まえると、再検討の余地はあると思われる。ともあわれ、Daganの見解は枠組みとして有益であると思われる。なお、これらの研究については、『利益吐き出し』原状回復救済の理論的考察(6)』北法72巻6号(2022)125頁以下に成果して公表した。

(3) 利益吐き出しの要件・効果論の検討

第3に、英米法の利益吐き出しの要件・効果をめぐる議論について検討を加えた。具体的には、以下の通りである。

要件論をめぐる英米法の議論は、利益吐き出しの要件の問題として、他の救済が不十分な場合のみ認められる補充的な救済か、侵害者の主観的認識（故意や悪意）が要求されるか、侵害行為と侵害者が取得した利益の間に一定の繋がり（因果関係）が必要か、利益吐き出しが権利保有者側の事情により否定されるかの4点を中心に展開されていること、しかし、従来の判例・学説は、問題となる場面によって理解が異なることやある特定の場面でも理解が一致しない状況にあることが明らかとなった。また、効果論も、吐き出すべき「利益」を確定する際に利益を取得する際に侵害者が被った費用として費用の控除が認められるか、利益を得る際に権利保有者の権利等以外の事情が利益の発生に貢献している場合に、侵害者に利益の一部を配分するか、（と類似するが）侵害者の能力・才覚が寄与している場合に、侵害者に手当ての付与を認めるかの3点を中心に検討がなされている。特に は問題となる多くの場面で認められているが（ただし、費用の範囲は異なる） と の適用場面は異なる（前者は知的財産権侵害の領域を中心に、後者は信認義務違反の領域を中心とする） の違いとその正当化について、仮想的契約という考え方をういてその正当化を試みる見解（英米法の議論も参照しながら、利益吐き出しについて検討を加えるドイツの学者であるBoosfeld）から示唆を得ることができた。それによると、 は、権利者と侵害者を共同事業体とみなして、そこから派生した利益を両者が持分権として持つのに対し、 は、権利者のために侵害者が従業員のように協力したことに対する給与の支払いとしての意味を持つと解する。そしていずれが適用されるかは、権利保有者が侵害者と利益を部分的に上げることに同意したか否かによる。このことを侵害者が証明した場合には、その利益は両方で配分されることになり、 が適用されるのに対し、証明ができない場合には、利益は権利保有者にもっぱら帰属しつつ、侵害者には が認められるにとどまる（いずれ

になるかは問題となる権利・利益・関係の種類も影響する)。とりわけ、の違いは、わが国にとっても示唆的であると思われる。というのも、侵害者が利益を得る際に、その者の能力や才覚が寄与している場合に、それを考慮するかどうかは、利益吐き出しの根拠との関係もある議論があるところであるが、する or しないのオール or ナッシングな形での議論にとどまっていたのに対し、上記の議論は、考慮の仕方(程度)としていくつかの方法があり得ることを示唆してくれる。これらの研究については、「『利益吐き出し』原状回復救済の理論的考察(7)」北法 74 巻 4=5=6 号(2024) 125 頁以下で成果して公表した。

(4) 関連研究としての権利・利益の多様化の検討

第4に、権利・利益・関係の多様性という本研究の視角から、物の取扱いについても再検討すべきものがあるのではないかについて検討を加えた。具体的には、文化財の譲渡可能性という問題について検討を加えた。文化財をめぐる国際的な議論が多く、必ずしも、国内法、とりわけ民法の問題として議論されることは少ない。しかし、その譲渡性を認めるか否かは、一つの重要な問題であると思われる。一方では、(途上国の所有者などは)譲渡性を認められることで現在の金銭的利益を得る必要性があるのに対し、それを認めることは将来の国民たちが文化財と接することに依り得る利益を失うことになるという難しい問題がある(いわゆる板挟み問題)。そのような中で、近時の議論の中には、文化財の特殊性を踏まえて、譲渡性を認めつつ、一定期間に取消権を認める見解(Porat=Sugerman)が登場しており、その見解に検討を加えた。こうした議論は、一見すると、本研究とは異なる問題のようにもみえるが、侵害された権利等がどのようなものなのかにより利益吐き出しの根拠にも違いが生じるのではないか(とりわけ、人格財に適用されるとするDaganの見解の射程がどこまで及ぶのか)という点にも関わってくるため、検討を加えたものであった。そこからは、部分的に譲渡性を認められたとしても、譲渡してもなお元の所有者に一定のコントロール権が残るものについては、人格的なものとしてDaganの見解を適用する余地があるように思われる。なお、この点については、「文化財の譲渡可能性をめぐる理論的考察 近時のアメリカ法学の議論を端緒に」松久三四彦古稀記念『時効・民事法制度の新展開』(信山社、2022)を成果として公表した。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計9件（うち査読付論文 1件/うち国際共著 0件/うちオープンアクセス 9件）

1. 著者名 橋本伸	4. 巻 74(2=3)
2. 論文標題 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(2) 原状回復法による保護をめぐる議論を中心に	5. 発行年 2024年
3. 雑誌名 商学討究(小樽商科大学)	6. 最初と最後の頁 85-128
掲載論文のDOI(デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている(また、その予定である)	国際共著 -

1. 著者名 橋本伸	4. 巻 74(4)
2. 論文標題 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(3・完) 原状回復法による保護をめぐる議論を中心に	5. 発行年 2024年
3. 雑誌名 商学討究(小樽商科大学)	6. 最初と最後の頁 51-86
掲載論文のDOI(デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている(また、その予定である)	国際共著 -

1. 著者名 橋本伸	4. 巻 74巻4=5=6号
2. 論文標題 「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察(7): ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として	5. 発行年 2024年
3. 雑誌名 北大法学論集	6. 最初と最後の頁 411-506
掲載論文のDOI(デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている(また、その予定である)	国際共著 -

1. 著者名 橋本伸	4. 巻 74巻1号
2. 論文標題 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): 原状回復法による保護をめぐる議論を中心に	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 商学討究	6. 最初と最後の頁 123-157
掲載論文のDOI(デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている(また、その予定である)	国際共著 -

1. 著者名 橋本伸	4. 巻 72巻6号
2. 論文標題 「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察(6)：ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 北大法学論集	6. 最初と最後の頁 125-179
掲載論文のDOI(デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている(また、その予定である)	国際共著 -

1. 著者名 橋本伸	4. 巻 71巻3号
2. 論文標題 「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察(4)：ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として」	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 北大法学論集	6. 最初と最後の頁 167 - 221
掲載論文のDOI(デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている(また、その予定である)	国際共著 -

1. 著者名 橋本伸	4. 巻 71巻5号
2. 論文標題 「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察(5)：ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 北大法学論集	6. 最初と最後の頁 253 - 305 2
掲載論文のDOI(デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている(また、その予定である)	国際共著 -

1. 著者名 橋本伸	4. 巻 70巻6号
2. 論文標題 「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察(3)：ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 北大法学論集	6. 最初と最後の頁 93 - 153
掲載論文のDOI(デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスとしている(また、その予定である)	国際共著 -

〔学会発表〕 計1件（うち招待講演 0件 / うち国際学会 0件）

1. 発表者名 橋本伸
2. 発表標題 プライバシー侵害による利益吐き出しー英米法の議論の紹介と検討を中心に - -
3. 学会等名 北大民事法研究会
4. 発表年 2020年

〔図書〕 計1件

1. 著者名 藤原 正則ほか 編集	4. 発行年 2022年
2. 出版社 信山社	5. 総ページ数 1004
3. 書名 時効・民事法制度の新展開 松久三四彦先生古稀記念	

〔産業財産権〕

〔その他〕

小樽商科大学研究者総覧 http://researcher.ih.otaru-uc.ac.jp/profile/ja.f0eab4a1ecd900f8.html

6. 研究組織	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
---------	---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8 . 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------