

不法行為に基づく損害賠償制度に関する 調査研究報告書

令和7年2月

公益社団法人 商事法務研究会

は し が き

判例によれば、「不法行為に基づく損害賠償制度は、被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補てんして、不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とする」（最大判平成 5 年 3 月 24 日民集 47 卷 4 号 3039 頁）。通説の理解も、同様である。

このような一般的理解に対しては、損害填補の枠を超えた損害賠償を認めるべきでないかが、繰り返し問題提起されてきた。近時、理論的にも実務的にも高い関心が向けられるのは、加害者が被害者の権利の侵害によって得た利益を損害賠償の方法によって被害者に移転させること（利益吐き出し）の可否である。古くは、特許権の無断行使について準事務管理の成否が論じられたところ、現在では、氏名・肖像等の無断使用、利益追求目的での名誉・プライバシーの侵害などにも対象事例を広げつつ、また、法律構成面では不法行為法に場所を移して、不法行為制度の目的にも関係づけた議論がなされている。

本報告書は、こうした関心の高まりを背景として、利益吐き出し等、不法行為による損害賠償のあり方に関して検討を進める上での参考資料を提供するべく、6 か国の関連制度について報告するものである。アメリカ、イギリス、ドイツ、オランダの 4 か国は、損害賠償のあり方を論じる学説が比較法の素材としてきた国であり、また、韓国と中国では、近年、特別の損害賠償を定める個別法律が多数制定されている。これらの各国における関連制度の具体的な内容や運用状況は、わが国における不法行為による損害賠償のあり方を検討する上で、極めて重要な手掛かりを提供するものと考えられる。各章では、それぞれの国につき、①不法行為制度の概要、②利益吐き出し型の損害賠償制度の有無・内容、③損害賠償以外の方法によって利益吐き出しが実現される場合にはその制度の内容、④懲罰的損害賠償制度の有無・内容、⑤日本法への示唆についての報告がなされる。

ここでは、6 か国の関連制度の横断的な観察から、全体的な傾向を指摘しておくこととする。

一方で、懲罰的損害賠償制度をめぐるのは、6 か国の間でも立場に隔たりがある。懲罰的損害賠償は、アメリカでは広く各種の事件類型において、また、イギリスでは、利益計算に基づく不法行為などの類型に限定して認められている。これに対して、ドイツとオランダは、依然、懲罰的損害賠償の制度を全面的に排除する。その中間にあつて、中国は、近年、一定の法分野で、特別または個別の責任規定により懲罰的損害賠償を定める立法を重ねてきた。韓国も、最近、同様の方向に進んでいる。

他方で、利益吐き出しの制度をめぐるのは、ある程度まで共通性が認められる。他人の権利・法益の侵害によって得た利益を侵害者からその他人に移転させる制度は、中国を除く 5 か国にみ

られ、懲罰的損害賠償を拒むドイツとオランダもそこに含まれる。また、その法律構成について、アメリカでは、利益吐き出しが原状回復法（不当利得）に位置づけられるものの、他国では、契約関係外での利益吐き出しは不法行為による損害賠償として構成される（イギリスでは、原状回復法による利益吐き出しは損害賠償の実質をもつとされる）。

利益吐き出しの機能場面（契約関係外でのそれ）に関しては、アメリカとイギリスの原状回復法を調査対象に含めていないため比較の材料が十分でないものの、残る 3 か国は共通性が高い。ドイツでは、知的財産権およびそれと性質を同じくする権利の無断行使について判例が利益吐き出しを認める。オランダと韓国にあっても、知的財産法制の下で利益吐き出しが法定されている。オランダには、不法行為・契約違反による損害賠償について利益を損害と評価することを認める民法の規定もあるが、不法行為事件では活用されていない。

日本における問題提起との関係では、各国での利益吐き出しの機能場面に名誉毀損が含まれていないことが目を引く。利益吐き出しという救済において、権利・法益の侵害行為（違法な侵害の内容）と利益取得との間にいかなる関係性が存することが前提とされてきたのかは、分析に値しよう。

2025 年 2 月

橋本 佳幸

目 次

第 1 章	アメリカ	1
I.	はじめに	1
1.	調査の概要	1
2.	アメリカ不法行為法の目的	2
3.	アメリカの不法行為法と原状回復法の違い	3
II.	懲罰的損害賠償制度	3
1.	懲罰的損害賠償の目的と機能	3
2.	懲罰的損害賠償の認定要件と事件類型	5
3.	懲罰的損害賠償額の裁量的算定とその法的制限	7
4.	代位責任における懲罰的損害賠償の扱い	13
5.	当事者死亡に伴う懲罰的損害賠償の扱い	15
III.	実損害を超える類似の損害賠償制度	17
1.	コモン・ロー上の懲罰的損害賠償との違い	17
2.	具体例	18
IV.	おわりに	20
第 2 章	イギリス	23
I	調査の概要	23
II	利益吐き出し型損害賠償制度または類似の制度及びその構成：概観	23
III	懲罰的損害賠償制度（exemplary damages）	25
1	イギリス法における懲罰的損害賠償の時系列的概要	26
2	<i>Rooks v Barnard</i> 判決による 3 類型	26
3	懲罰的損害賠償の算定方法	28
4	懲罰的損害賠償と代位責任	29
5	利得防止の第 2 類型にかかる補論	29
6	小括	29
IV	利益吐き出し型損害賠償制度（disgorgement damages） または類似制度が適用される不法行為等の範囲	30
1	序——原状回復と利益吐き出し	30
2	利益吐き出し型損害賠償の根拠	31
3	利益吐き出し型損害賠償が認められる事案	32
4	利益吐き出し型損害賠償額の範囲・算定方法と因果関係	36

5 利益吐き出し型損害賠償と共同不法行為.....	37
6 小括	38
V その他当該制度に関連して特筆すべき内容	
——ライセンス料損害賠償と権利擁護損害賠償——	38
1 序.....	38
2 ライセンス料損害賠償（あるいは交渉的損害賠償）	38
3 権利擁護損害賠償	45
VI 現状の問題点・法改正に向けた動向等	48
VII 日本法への示唆	48
1 総括——様々なフェーズでの「利益の吐き出し」	48
2 懲罰的損害賠償の第2類型（利益計算による不法行為）は参照に値する	49
3 利益吐き出し型損害賠償（disgorgement damages）	50
4 ライセンス料損害賠償——損害の填補概念の齟齬	50
5 損害概念とその評価・利益の吐き出し	50
6 日弁連による立法提言	51
7 結語と残された課題	52

第3章 ドイツ..... 53

I 調査の概要——ドイツ不法行為制度の概要.....	53
1. 目的.....	53
2. 構成要件.....	53
3. 賠償の方法.....	54
4. 賠償されるべき損害	54
5. 賠償の範囲.....	54
II 利益吐出し型損害賠償制度又は類似の制度及びその構成	55
1. 不法行為.....	55
2. 不当利得（侵害利得）	55
3. 代償請求権.....	57
4. 準事務管理.....	58
III 利益吐出し型損害賠償制度又は類似制度が適用される不法行為等の範囲	60
1. 権利者に対する利益吐出し	61
2. 国庫に対する利益吐出し	75
IV 懲罰的損害賠償制度.....	82
V その他当該制度に関連して特筆すべき内容.....	82
1. 競争制限禁止法違反に基づく損害賠償	82
2. GEMA の倍額実施料賠償	84
3. 情報・収支計算請求権.....	84
VI 現状の問題点・法改正に向けた動向等	86

1. 現状の問題点	86
2. 法改正に向けた動向	87
VII 日本法への示唆	87

第4章 オランダ..... 89

I. 一般不法行為法の基本構造	89
1. 沿革—法制史の概観	89
2. 規定の概観	90
II. 利益吐き出し型損害賠償制度又は類似の制度及びその構成	92
1. BW6 : 104 条—利益に基づく損害算定	92
2. 不当利得・所有権の侵害	101
3. 準事務管理（消極）	106
III. 利益吐き出し型損害賠償又は類似の制度が 適用される不法行為—知的財産権侵害	107
1. 概観	107
2. Aw27a 条 1 項	108
3. 特許法	113
4. その他の知的財産権	116
IV. 懲罰的損害賠償制度	117
V. 現状の問題点・法改正に向けた動向等	117
1. オランダ法のまとめ—BW6 : 104 条を中心に	117
2. 課題	118

第5章 韓 国..... 121

I. 韓国の不法行為法制の概要	121
1. 序説	121
2. 損害賠償責任	122
II. 利益吐き出し型損害賠償制度又は類似の制度及びその構成	123
1. 概念及び意義	123
2. 違法受益返還に関する民事責任の法理構成	125
III. 利益吐き出し型損害賠償制度又は類似制度が適用される不法行為等の範囲	131
1. 特定の義務違反による利益吐き出し責任	131
2. 損害額の推定による利益吐き出し責任	134
3. 他人所有物の無断処分不法行為	139
IV. 懲罰的損害賠償制度	139
1. 制度導入に関する一般論	139

2. 個別法律に導入された倍額賠償責任	140
3. 大法院の不法行為類型別適正慰謝料算定方案	149
4. 懲罰的損害賠償に関する商法改正議論	152
V. その他当該制度に関連して特筆すべき内容	152
1. 人格権・パブリシティ権侵害の場合	152
2. 国際私法上の公序条項と懲罰的損害賠償	153

第6章 中 国..... 155

I 調査の概要	155
II 独自性に富む不法行為法制の概観	155
1 制度整備に関する全体的回顧	155
2 不法行為法制の特色	157
III 不法行為法制における被害者救済の特徴的な規定	159
1 保護の対象——拡大傾向	159
2 成立要件——過失責任・証明責任の転換（中間責任）・ 無過失責任原則の併存	159
3 法的効果——多彩な責任を負う方式	160
4 「公平責任原則」の継承	160
IV 不法行為法制における予防・制裁に資する規定	161
1 精神的損害賠償——慰謝料	161
2 「死亡賠償金」	162
3 「懲罰的」損害賠償	164
V 「懲罰的」損害賠償制度に関する総括的な検証	165
1 「懲罰的」損害賠償制度が開花した経緯	165
2 運用状況の概観	168
VI 中国の制度運用を踏まえた検討	170

監 修

橋 本 佳 幸 京都大学大学院法学研究科教授
(はしもと・よしゆき)

諸外国調査・執筆者 (掲載順)

吉 村 顕 真 弘前大学人文社会科学部准教授 (第 1 章)
(よしむら・けんしん)

大 西 邦 弘 関西学院大学法学部教授 (第 2 章)
(おおにし・くにひろ)

長 野 史 寛 京都大学大学院法学研究科教授 (第 3 章)
(ながの・ふみひろ)

若 林 三 奈 龍谷大学法学部教授 (第 4 章)
(わかばやし・みな)

郭 珉 希 (韓国) 淑明女子大学校法科大学教授 (第 5 章)
(かく・みんひ)

朱 曄 静岡大学グローバル共創科学部教授 (第 6 章)
(しゅ・よう)

第1章 アメリカ

弘前大学 吉村顕真

I. はじめに

1. 調査の概要

本調査は、填補賠償では加害者が違法行為により得た収益を手元に残すことが可能となり、違法行為の抑止の観点から問題があるとの背景のもと、不法行為に基づく損害賠償制度の見直しの可否を含めた今後の方向性を検討していくため、「諸外国における利益吐出し型損害賠償制度やこれに類似する制度の具体的な内容についての調査・研究」をするものである。こうした点からすると、基本的には不法行為法としての利益吐き出し型損害賠償を調査の対象とすることが求められている。しかしながら、本調査が対象とするアメリカ法において、利益の吐き出しは、後述するように、不法行為法というよりも、原状回復法 (Restitution) [あるいは不当利得法 (Unjust Enrichment)] が扱う問題である¹。そのため、アメリカ不法行為法としての利益吐き出し型損害賠償について調査・報告するというのであれば、場合によっては利益吐き出し型損害賠償に類似したものとして機能する側面もある懲罰的損害賠償制度 (以下、懲罰賠償という) に焦点を当てた調査・報告をしていくことになる²。

もっとも、アメリカの懲罰賠償について次の点に留意しておく必要があるだろう。第1に、懲罰賠償に利益吐き出し型損害賠償と類似した機能があると言っても、懲罰賠償の場合、単に被告の不法行為によって得た利益額に焦点を当てて金額を算定するのではなく、加害者制裁及び違法行為抑止の観点から様々な要素を考慮して金額を算定することを基本としている。そのため、懲罰賠償を通じて被告から吐き出させる利益の範囲が被告の当該利益分を超えたものとなることもあり³、その意味では一般的に想定している利益吐き出し型損害賠

¹ その名称を巡って英米法域において議論がある。笹川明道「英米法における『原状回復法』と『不当利得法』の異同について」神戸学院法学 46 巻 3=4 号 (2017 年) 83 頁以下を参照。

² 利得型不法行為との関係で懲罰賠償の利益吐き出しについて触れたものとして、例えば Walston v. Monumental Life Ins. Co., 129 Idaho 211, 221 (1996) ; Jacque v. Steenberg Homes, Inc., 209 Wis. 2d 605, 631 (1997) がある。またアメリカ法の学説の中には、「懲罰的」損害賠償を加害者制裁及び違法行為抑止の観点から捉えるのではなく、専ら違法行為抑止の観点から利益吐き出し損害賠償として解釈する見解もある (DAN B. DOBBS, *Ending Punishment in "Punitive" Damages : Deterrence-Measured Remedies*, 40 ALA. L. REV. 831 (1988).)。拙稿『『懲罰的』損害賠償の民事的解釈 ——アメリカ法の学説に着目して——』青森法政論叢 22 号 (2021 年) 21 - 41 頁。

³ この点に関して、日弁連における民事司法改革シンポジウム「実効性ある民事裁判制度

償とは異なっている⁴。第2に、イギリス法（第2章を参照）では類型的制限をベースとした懲罰賠償の議論が展開されており、その第2類型（被告の行為が、原告に支払うべき補償を超える利益を収めようという計算のもとでなされた場合。本調査では以下において「利得型不法行為」という）との関係で懲罰賠償を利用する意義が明確に確立しているのに対して⁵、アメリカ法では賠償額の制限をベースとした議論が展開されている⁶。そのため、アメリカ法では、イギリス法の第2類型に基づく議論のように、利得型不法行為類型に着目した形での議論が一般的に展開されているわけではない⁷。以上の点を踏まえて、本調査は懲罰賠償制度の内容について概観していく。

以下、まず「Ⅰ」（2及び3）においてアメリカ不法行為法の目的及び原状回復法における利益吐き出しとの違いについて触れた上で、「Ⅱ」において本調査報告の中心となる懲罰賠償制度の内容について概観し、「Ⅲ」において実損害を超える類似の損害賠償制度の内容について概観していくが、ここで予め本調査報告が対象国としているアメリカ不法行為法の特徴について確認しておく。すなわち、アメリカ不法行為法といっても、アメリカ法としての統一的な法典が存在しているわけではなく、州ごとに異なる不法行為法が存在しているため、アメリカ法としての大雑把な方向性や類似性が抽出されるに留まるということである。

2. アメリカ不法行為法の目的

アメリカの不法行為法は、被告の不法行為によって被った原告の損害を損害賠償によって填補し、原告を損害発生前とほぼ同じ位置に置くことを第1の目的としているが、さらに違法行為の抑止を第2の目的として位置付けている⁸。もっとも、填補賠償による違法行

実現のために—損害賠償制度改革の課題と展望」判時2576号（2024年）20頁、民事司法制度改革推進に関する関係府省庁連絡会議「民事司法制度改革の推進について」（令和2年3月10日）9-10頁。<https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/minjikaikaku/dai3/honbun.pdf>（2025年01月27日確認）を参照。

⁴ 懲罰賠償と利益吐き出し型損害賠償との違いについて、橋本伸『「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』北法71巻5号（2021年）293-295頁参照。

⁵ *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129.

⁶ 特に近年では連邦最高裁が示した懲罰賠償額の合憲性を判断する指針に関する議論が盛んであるが、この点については以下の「3」（2）②で触れる。

⁷ なお、アメリカの近時の学説の中には、暴行のような原告個人を前提とする伝統的不法行為類型に対する懲罰賠償と、製造物責任のような特に社会全体に影響を与える大規模不法行為に対する懲罰賠償は異なるものとして、別々に理解する見解も見られる。例えば Benjamin C. Zipursky, *Palsgraf, Punitive Damages, and Preemption*, 125 HARV. L. REV. 1757, 1777-78 (2012) がある。拙稿・前掲注（2）21-41頁。

⁸ DAN DOBBS, PAUL HAYDEN, ELLEN BUBLICK, *HORNBOOK ON TORTS*, §2.1, at 15 (2nd ed, 2015) ; EDWARD J. KINONKA, *TORTS IN A NUTSHELL*, at 8-14 (7th ed, 2020) ; Stephen J. Shapiro, "Overcoming Under Compensation and Under-Deterrence in Intentional Tort Cases : Are Statutory Multiple Damages the Best Remedy ? ", 62 MERCER L. REV. 449-50

為の抑止と言っても、特に填補賠償額が低額である場合にはそれによって違法行為を抑止していくことには限界がある。そこでアメリカ法はこうした事態に対応するため、特定の制定法において二倍賠償や三倍賠償といった実損害を超える損害賠償制度を例外的に認めてきた（以下「Ⅲ」）。また本報告の中心である懲罰賠償もその例外的制度の1つであり、特に悪質性の強い不法行為を罰し、かつ抑止していくための制度としてコモン・ロー上で展開してきた（以下「Ⅱ」）。

3. アメリカの不法行為法と原状回復法の違い

違法行為の抑止という目的は、不法行為法だけでなく、原状回復法においても見られる点で共通している。しかしながら、両法において異なる点もある。その1つが法の主目的である。すなわち、不法行為法が原告の損害填補を主目的としているのに対して、原状回復法は被告による利益保持が不当である場合にその利益を吐き出させることを主目的としている点で異なっている⁹。また、法の主目的の違いに伴って、金銭の算定においても違いが見られる。すなわち、不法行為法の場合は原告の損害に着目して損害賠償額を算定していくのに対して、原状回復法の場合は原告の損害ではなく、被告の違法行為によって得た利益（gain, benefit）に着目して利益の吐き出し額を算定していくという点で違いがある¹⁰。

Ⅱ. 懲罰的損害賠償制度

1. 懲罰的損害賠償の目的と機能

(1) 目的

懲罰賠償とは何か。この点に関して、例えば第2次不法行為法リステイメント § 908 (1) は、「懲罰賠償とは填補賠償または名目的損害賠償(Nominal Damages)以外の損害賠償で、違法行為者の法外な(outrageous)行為をもとにその者を罰するため、そして将来においてその者やその他の者がその類似行為をすることを抑止するために、原告に認められる損害賠償である」と明記している¹¹。ここで示されているように、一般的に言う懲罰賠償は被告を罰し、同様の行為を抑止することに加えて、他の者が類似の行動をすることを抑止する

(2011).

⁹ DOBBS, HAYDEN, BUBLICK, *supra* note 8, § 3.1, at 215. なお、ドブスによれば、原状回復法による利益の吐き出しは、被告は違法行為から利益を得るべきではないという「矯正的正義」の発想に基づくものであり、直接的に「抑止」という発想に基づくものではないと述べている(Dobbs, *supra* note 2, at 871.)。

¹⁰ 櫻井博子「アメリカ法における違法に取得した利益に対する責任——第三次原状回復・不当利得法リステイメントを中心に——」都法 56 巻 1 号 (2015 年) 737 - 757 頁を参照。

¹¹ RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 908 (1965).

ことを目的としている。

もっとも、アメリカの州の中には「懲罰賠償」と呼んではいるものの、実質的には填補賠償の一種として解釈している州もある。その1つがミシガン州である。ミシガン州では「懲罰賠償 (exemplary damages) は、補償金の許容量を拡張するものであるが、見せしめや罰の目的で、別々の金額を認めるものとして考えられるべきではない」とし、懲罰賠償を加害行為の悪質性に応じて填補を増額させるものとして解している¹²。もう1つがコネティカット州である。コネティカット州では、懲罰賠償について「課税対象となる費用を除いて、原告のその訴訟における訴訟費用を超えてはならない」としており、実質的に訴訟費用を填補するものとして解されている¹³。

このように、アメリカの州の中には実質的に填補賠償の一種として懲罰賠償を解釈する州も一部存在しているが、一般的に見られるコモン・ロー上の懲罰賠償は加害者制裁及び違法行為抑止を目的としたものであり、直ちに利益吐き出しを目的としているわけではない。なお、マサチューセッツ州¹⁴、ルイジアナ州¹⁵、ネブラスカ州¹⁶、ワシントン州は¹⁷、コモン・ローとしての懲罰賠償を否定しており、制定法で認められている場合にのみ例外的に懲罰賠償を認めるとしているが、その目的はコモン・ロー上の懲罰賠償と同じである。

(2) 機能

その一方、アメリカ法は一般的に懲罰賠償の機能、特に抑止機能を説明する中で利益の吐き出し機能があることを認めているが、ここではその機能を含めた説明としてしばしば取り上げられる4つの機能を順に概観していくことにする¹⁸。

第1の機能が処罰機能である。これは被害者が被告に懲罰賠償を負わせることにより悪性度の高い違法行為者を罰するというものである。またこれに関連してその者から懲罰賠償金を得ることで、応報的感情を発散するという機能もある。

第2の機能が抑止機能であり、これは当該被告の累犯や他の者が反社会的行為をすることを抑止させるというものである。この機能は、例えば製造業者が著しく危険な製造物を故

¹² Detroit Daily Post Co. v. McArthur, 16 Mich. 447, 453 (1868) ; Wise v. Daniel, 221 Mich. 229, 233 (1922). その他にも、ニューハンプシャー州 (Fay v. Parker, 53 N.H. 342, 381-82 (1872).)、ニュージャージー州 (Magee v. Holland, 27 N.J.L. 86, 97-99 (1858).)、ネバタ州 (Quigley v. Central P. R.R., 11 Nev. 350, 367, 372-73 (1876).) も懲罰賠償を同様に解している。

¹³ Maisenbacker v. Society Concordia of Danbury, 71 Conn. 369, 378 (1899) ; Collens v. New Canaan Water Co., 155 Conn. 477, 488 (1967).

¹⁴ Boott Mills v. Boston & M. R. R., 218 Mass. 582, 591 (1914).

¹⁵ Mundy v. Phillips, 157 La. 445, 454 (1924).

¹⁶ Riewe v. McCormick, 11 Neb. 261, 264 (1881).

¹⁷ Wilson v. Sun Pub. Co., 85 Wash. 503, 515 (1915).

¹⁸ David G. Owen, *Punitive Damages in Products Liability Litigation*, 74 MICH. L. REV. 1257, 1279-99 (1976). 早川吉尚「懲罰的損害賠償の本質」民商110巻6号(1994)1038頁以下。

意または無思慮に市場へ出し、それによって被害を受けた者に填補賠償を支払った後においても、そのような行為を継続することになお利益があるといったケースにおいて、被告に懲罰賠償を課すことを通じて、被告から不法行為によって得た不当な利益を吐き出させ、それを抑止していくというものである。

第3の機能が法実現機能である。すなわち、懲罰賠償が一種の報酬として役立つため、原告において懲罰賠償を得るという期待が、侵害された被害者を「私的法務総裁 (private attorney general)」として積極的に活躍させるように誘導するというものである。これは特に侵害が発見しにくく、立証しにくい場合や、めったに規範の強制がされないといった場合に、原告の懲罰賠償によって罰されるという可能性が違法行為を抑制することから、違法行為が発生した事後の機能として説明される。

第4の機能が追加的填補機能である。懲罰賠償の目的は填補でないことは上述したが、事実上、原告が証明できない実損害や訴訟費用等を填補する機能がある。

2. 懲罰的損害賠償の認定要件と事件類型

(1) 認定要件

①被告の心理状態と行為態様

懲罰賠償が認められるための第1の要件として¹⁹、①被告の行為が法外な (outrageous) 行為または合法的行為から著しく逸脱する行為で、かつ②反社会的心理状態に動機づけられる (もしくは示す) 行為によって被害者に損害を惹き起こしたということが証明される必要がある。もっとも、被告の心理状態について、裁判所は、例えば被告が悪意のある (malicious)、無思慮な (reckless)、抑圧的な (oppressive)、悪意のある (evil)、不道徳な (wicked) 行為をした、あるいは他人の安全性に対して甚だしい無関心 (flagrant indifference) を示したといったように、様々な抽象的言葉を使って表現しており²⁰、実際のところ、これらを区別することは難しいと言われている²¹。

¹⁹ DAN DOBBS, LAW OF TORTS, § 382, at 1064 (1st ed, 2000) ; DOBBS, HAYDEN, BUBLICK, *supra* note 8, § 34.4, at 862. もっとも、これら2つの要件は、被告の行為が悪意のある (malicious) ものであったというように、通常は一緒にまとめられて議論されている。DAN DOBBS, CAPRICE ROBERTS, LAW OF REMEDIES : DAMAGES, EQUITY, RESTITUTION, § 3.11 (2), at 320-21 (3rd ed, 2017). なお、原告はこれらを「証拠の優越」によって証明する必要があるが、アメリカの州の中には「明白かつ確信を抱くに足る証明」によってその証明することを要求する州もある。

²⁰ 例えば、ケンタッキー州の不法死亡法は重過失 (gross negligence) の場合でも懲罰賠償を認めている (Williams v. Wilson, 972 S.W.2d 260, 263-64 (1998).)。この点について下記の注 (79) を参照。

²¹ 例えば、第2次不法行為法リステイトメント § 908 (2) では「懲罰賠償は、被告が他人の権利に対して邪悪な動機 (evil motive) あるいは無責任な無思慮 (reckless indifference) であることを理由に、法外な (outrageous) 行為に対して認められ得る」と明記している。

その一方、州制定法の中でその要件及びその定義を明確に定めている州もある²²。例えば、カリフォルニア州法（CAL. CIV. CODE § 3294 (a).）は、契約に起因しない義務違反に対する訴訟において、被告の行為が抑圧（oppression）、詐欺（fraud）、または悪意（malice）によるものであったことを明確かつ説得力のある証拠によって証明された場合に懲罰賠償が認められると定めた上で、各用語について次のように定義している。まず「悪意」とは、被告が原告に侵害（injury）を与えることを意図した行為、または被告が他人の権利または安全を故意にかつ意識的に無視して（willful and conscious disregard）行う卑劣な行為と定義している（CAL. CIV. CODE § 3294 (c) (1).）。また、「抑圧」とは、人の権利を意識的に無視して、人を残酷で不当な苦難にさらす卑劣な行為と定義している（CAL. CIV. CODE § 3294 (c) (2).）。さらに「詐欺」に関しては、被告側の故意をもって被告が知っていた重要な事実につき故意に不実の表示（intentional misrepresentation）をし、偽り（deceit）、または隠蔽すること（concealment）により、人の財産や法的権利を奪う、またはその他の方法で損害を与えることと定義している（CAL. CIV. CODE § 3294 (c) (3).）。

②実損害の存在

懲罰賠償が認められるための第2の要件として、填補賠償が認められていることが必要である。その理由は、被告の不法行為によって原告に何らの実損害も生じていないにもかかわらず、懲罰賠償を認めることは原告に単に棚ばたを与えることになるからである。もっとも、例外的に実損害がなくても、名目的損害賠償が認められるのであれば、懲罰賠償を認めるものもある²³。

(2) 事件類型

懲罰賠償の適用対象となる事件類型は、社会や経済の状況に合わせて、徐々に拡張していった。その結果、今日では様々な事件においてその適用が認められている。

伝統的に懲罰賠償の適用対象としてきた不法行為類型は、暴行²⁴、文書・口頭による名誉毀損²⁵、悪意訴追²⁶、財産侵害・トレスパス²⁷、動産横領²⁸、私的ニューサンス²⁹、と

²² 他にも、例えばアラバマ州（ALA. CODE § 6-11-20）、ネバダ州（NEV. REV. STAT. ANN § 42.001）がある。

²³ *Jacque v. Steenberg Homes, Inc.*, 209 Wis. 2d 605, 621 (1997).

²⁴ *Trodden v. Terry*, 172 N.C. 540, 90 S.E. 583 (1916) ; *Hough v. Mooningham*, 487 N.E.2d 1281 (1986).

²⁵ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974). ただし、懲罰賠償が認められるためには虚偽の認識や真実性についての未必の故意ないし認識ある過失による無視であることを証明する必要がある（*Id.* at 349.）。

²⁶ *Bull v. McCuskey*, 96 Nev. 706 (1980).

²⁷ *Oden v. Russell*, 251 P.2d 184 (1952) ; *Cox v. Stolworthy*, 94 Idaho 683 (1972).

²⁸ *Watkins v. Layton*, 182 Kan. 702 (1958).

²⁹ *Ruppel v. Ralston Purina Co., Mo.*, 423 S.W.2d 752 (1968) ; *Lutz v. Independent*

いったものである³⁰。その後、契約違反・詐欺・不実表示といった取引に関する不法行為類型や³¹、人種や性別等を理由とする雇用差別・セクハラといった市民的権利法 (Civil Rights Act) に関係する不法行為類型にも³²、懲罰賠償が適用されるようになった。これらの不法行為類型の特徴は、基本的には二当事者間での孤立した小事件を前提としたものであり、また被告の不法行為が原告個人に損害を与えるための害意や悪意のある願望によって動機付けられるという点にある³³。

20 世紀後半以降には、大規模な被害を惹き起こす (また利得性も含んだ) 不法行為との関係でも懲罰賠償が認められるようになった。このタイプに該当するものとしては、製造物責任³⁴、環境損害³⁵、健康被害³⁶、といったものが挙げられるが、こうした訴訟における懲罰賠償は、その違法行為による社会全体への影響を考慮せずに評価できないことから、懲罰賠償の根底にある核心的原理を変えたと評価されている³⁷。

3. 懲罰的損害賠償額の裁量的算定とその法的制限

(1) 懲罰的損害賠償額算定の考慮要素

① コモン・ローの場合

裁判所が事実認定者である陪審に懲罰賠償の問題について説示することを正当化する事件であると判断した場合、陪審はその裁量によって実際に懲罰賠償責任を被告に負わせるかどうか、また懲罰賠償を認めるとした場合にどれだけの懲罰賠償額にするのかというこ

Construction Co., 183 Kan. 798, 332 P.2d 269 (1958) ; Corwine v. Maracaibo Oil Exploration Corp., 184 Kan. 151, 334 P.2d 419 (1959).

³⁰ こうした不法行為によって原告の尊厳 (dignity) が侵害された場合に懲罰賠償が認められてきたと言われている。Thomas B. Colby, Article : *Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams : The Past, Present, and Future of Punitive Damages*, 118 YALE L. J. 392, 414-21 (2008).

³¹ Jones v. West Side Buick Co., 231 Mo. App. 187 (1936) ; Saberton v. Greenwald, 146 Ohio St. 414 (1946) ; Greene v. Keithley, 86 F.2d 238 (1936) ; Southern Bldg. & Loan Ass'n v. Dinsmore, 225 Ala. 550 (1932).

³² Priest v. Rotary, 634 F. Supp. 571 (1986) ; Beardsley v. Webb, 30 F.3d 524 (1994). 1991 年の市民法的権利法 (42 U.S. Code § 1981a.) の中で意図的雇用差別、セクハラに対して懲罰賠償が認められることが明記されたが、それ以前はセクハラ訴訟で懲罰賠償の問題を扱うコモン・ロー訴訟はわずかであったようである。この点については、LINDA L. SCHLUETER, PUNITIVE DAMAGES, § 13.1, at 1103-04 (6th ed, 2010)を参照。

³³ John Calvin Jeffries, Commentary : *A Comment on the Constitutionality of Punitive damages*, 72 VA. L. REV. 139, 140-41 (1986).

³⁴ Roginsky v. Richardson, 378 F. 2d 832 (1967) ; Sturm, Ruger & Co. v. Day, 594 P. 2d 38 (1979) ; Wangen v. Ford Motor Co., 294 N.W.2d 437 (1980) ; Grimshaw v. Ford Motor Co., 174 Cal. Rptr. 348 (1981).

³⁵ Exxon Shipping Co. v. Baker, 554 U.S. 471 (2008).

³⁶ Philip Morris USA v. Williams, 540 U.S. 801 (2003).

³⁷ Semra Mesula, Note : *Collective Rewards and Limited Punishment : Solving the Punitive Damages Dilemma with Class*, 104 COLUM. L. REV. 1114, 1123 (2004).

とを判断する³⁸。もっとも、懲罰賠償額の算定に関する精密な定式・基準や賠償額の上限はないが、その代わりとして陪審は裁判官から懲罰賠償額を判断するための考慮要素について説示を受ける³⁹。

その考慮要素として様々な要素が挙げられるが、一般的には、④被告の違法行為の非難可能性、⑤違法行為から生じる損害の深刻さ、⑥潜在的損害に関する被告の認識と動機（実際に提訴しないだろう等）、⑦損害の継続期間と違法行為を隠匿するための取り組み、⑧違法行為による収益性、⑨被告の財産状況、⑩填補賠償額と懲罰賠償の比率関係、⑪被告及びその他の者による類似行為を抑止しそうな金額等が挙げられる⁴⁰。

②州制定法の場合

アメリカの州の中には、州制定法の中で事実認定者が懲罰賠償額を算定する際の考慮要素について明記している州もある⁴¹。

例えば、アラスカ州法（ALASKA STAT. § 09.17.020 (c).）は、事実認定者は次の要素を考慮して金額を算定すると明記している。④行為時において被告の行為から深刻な損害が発生する可能性、⑤被告が自らの行為によって生じる深刻な損害発生の可能性に関する認識の程度、⑥被告の行為の結果として得たもしくは得ると期待した経済的利益の額、⑦行為の継続期間及び行為の意図的隠蔽、⑧行為が発見されたときの被告の態度と振る舞い、⑨被告の資力状況、⑩行為の結果として被告に課せられた原告以外の者の損害賠償と罰を総合しての抑止力。

また、テネシー州法（TEN CODE § 29-39-104 (4).）は、事実認定者は次のような事情を考慮すると明記している。④被告の資力状況及び純資産、⑤被告の不法行為の性質及び非難可能性、⑥被告の行為が原告に与える影響、⑦被告と原告の関係、⑧惹き起こした損害額についての被告の認識とそのような損害を惹き起こしたことについての被告の動機、⑨被告の違法行為の期間及び被告がそのような違法行為を隠蔽したかどうか、⑩原告が損害を回復

³⁸ DOBBS, ROBERTS, *supra* note 19, § 3.11 (1), at 316. カンザス州では州制定法によって、事実認定者が懲罰賠償を認めるかどうかを判断し、裁判所が懲罰賠償額を算定すると修正している（KAN. STAT. ANN. § 60-3702 (a).）。また、コネティカット州でも州制定法によって裁判官が懲罰賠償額を判断すると修正されているが、その額を実損害の2倍以内としている（CT. GEN. STAT. § 52-240 (b).）。

³⁹ 裁判所は原則として陪審の答申した評決を尊重するとしている。しかし、陪審の答申した懲罰賠償額が高額である場合、例外的に司法審査（judicial review）あるいは損害額縮減決定（remittitur）の対象となり、裁判所は陪審評決を無効とする、あるいは再審理とすることがある。また以下の3（2）②で概観するが、高額な懲罰賠償額は合憲性の審査の対象となることもある。

⁴⁰ DOBBS, *supra* note 19, § 382, at 1066-67 ; WILLIAM TABB & RACHEL JANUTIS, REMEDIES IN A NUTSHELL, at 275-76 (2017).

⁴¹ ミネソタ州法（MINN. STAT. ANN § 549.20 Sub (d) 3.）やカンザス州の制定法（KAN. STAT. § 60-3701.）においても懲罰賠償額の考慮要素が明記されているが、その要素の内容としてはアラスカ州法と同じである。

するために負担した費用、⑩被告がその行為から利益を得たかどうか、そして被告が利益を得た場合には将来における類似の行為を抑止するために懲罰賠償額がその利益を超えるべきかどうか、⑪被告が以前に同じ不法行為に基づく懲罰賠償金を支払ったことがあるかどうか及びその程度、⑫被告が違法行為を認識した後に是正措置を講じたかどうか、または惹き起こされた実損害に対して迅速かつ公正な和解を提案することで改善を試みたかどうか、⑬適正な懲罰賠償額の判断をすることに関係する証拠によって示されるその他の状況。

③利得型不法行為類型における算定例

上述したように、懲罰賠償額は説示を受けた陪審がその裁量に基づいて個別的に判断していくものであるため、その算定をするにあたって一貫した算定方式があるわけでもなく、また算定内容が必ずしも明確にされているわけでもない。しかし、中にはその算定内容が示されているケースもある。

その一例が *BMW of North America, Inc. v. Gore* 事件である⁴²。本件は、新車と思って購入した原告Xの車が実は再塗装されていた車であったため、重大な事実の隠蔽にあたり、被告Yに対して填補賠償と懲罰賠償を求める訴訟を起こしたというものである。本件アラバマ州の事実審は懲罰賠償額を算定する際に、Xの実損害が4000ドルであること、また1983年以降にアラバマ州を含めた14州で再塗装された983台の車を新車として売ったというXが提出した証拠をもとに、そのような車を1000台売ったということから、懲罰賠償額を400万ドルとする評決を下した。

もっとも、後に、アラバマ州最高裁は、陪審が別の管轄で起きたYの行為をもとにして懲罰賠償額を400万ドルと算定していたことから、200万ドルとする損害額縮減決定（remittitur）をした。また連邦最高裁は実体的デュー・プロセスのもと、3つの指針に照らして200万ドルの懲罰賠償額が憲法上許される範囲を超えるかどうかを判断し、結論として200万ドルの懲罰賠償が過大であると判断した（以下「(2) ②」を参照）。

(2) 懲罰的損害賠償額の法的制限

①州制定法による制限

A. 制限の背景

アメリカでは1970年代以降、「製造物責任危機」あるいは「保険危機」を受けて⁴³、連邦及び各州において不法行為法改革（Tort Reform）が始まった⁴⁴。このうち、懲罰賠償制

⁴² *BMW of North America, Inc. v. Gore*. 517 U. S. 559 (1996).

⁴³ 小林秀之『PL訴訟』（弘文堂、新版、1995年）85頁以下参照。

⁴⁴ 不法行為法改革の詳細に関しては、リチャード・S・ミラー＝松本恒雄「アメリカ合衆国における不法行為法改革の動向（上）（下）」判タ621号（1987年）15-34頁及び判タ622号（1987年）30-42頁。なお、不法行為法改革では、懲罰賠償の他に、①精神的賠償額に上限を設定、②副次的給付非控除ルール（collateral source rule）、③成功報酬制度の制限、④根拠薄弱な訴訟の抑制、⑤定期分割払い制度の導入、⑥連帯責任法理の制

度に関してはその認定頻度が上昇したとの批判やその賠償額が高額化したとの批判が高まったこともあって⁴⁵、各州は次の5つの改革法のうちいくつかを採用した⁴⁶。

まず手続的な改革法としては3つある。1つ目が、懲罰賠償額を陪審ではなく、裁判官が算定するという改革法であり⁴⁷、これは陪審が懲罰賠償額を算定することで賠償額が高額化するという問題に対応するためのものである。2つ目が、事実審を填補賠償の判断手続きと懲罰賠償の判断手続きに分ける等という改革法である⁴⁸。これは一般的に填補賠償を判断する段階において、懲罰賠償を判断するために提出される証拠が陪審を混乱させ、特に精神的賠償を高額化させるとの批判に対応するためのものである。3つ目が、民事上の通常の証明基準である「証拠の優越」を「明白かつ確信を抱くに足る証明基準」までに高める改革法であり⁴⁹、これは懲罰賠償の認定を慎重にするためのものである。

その一方、賠償額の改革法として、1つ目が懲罰賠償額に一定の上限を設定するという改革法であり⁵⁰、これは懲罰賠償額の算定基準が曖昧であり、その上限もなかったため、莫大な金額が出される危険性があるとの批判に対応するものである。2つ目が、懲罰賠償額の一定額を分割した上でそれを州の一般財源（特定財源）または特定基金に分配するという改革法である⁵¹。これは過大な懲罰賠償額が原告の棚ぼたとなり、これが原告の訴訟提起を

限・排除、⑦訴訟件数を減らし、迅速な裁判にするために、仲裁などの裁判外紛争処理制度の積極的利用が対象とされた。不法行為法改革に関する最新の状況を含めて詳細にまとめたものとして ATRA の HP (<https://www.atra.org/>) を参照（2025 年 01 月 27 日確認）。

⁴⁵ そもそも懲罰賠償が課されるのが 5% 程度であり、またその賠償額も概ね合理的範囲であるとの見解がある。邦語文献として、会沢恒「米国懲罰的賠償制度の近時の動向」法の支配 162 号（2011 年）18-20 頁を参照。その他に、MARSHALL SHAPO, PRINCIPLES OF TORT LAW, at 503-04 (4th ed, 2016). も参照。

⁴⁶ *Development in Law—The Civil Jury*, 110 HARV. L. REV. 1408, 1526-36 (1997). 拙稿「20 世紀アメリカ合衆国における懲罰的損害賠償の改革過程—現代損害賠償法における『懲罰的』要素の意義と課題—」龍谷 42 巻 2 号（2009 年）87-101 頁。

⁴⁷ KAN. STAT. ANN. § 60-3702 (a) ; CT. GEN. STAT. § 52-240 (b).

⁴⁸ 分離方式といってもその内容は様々である。例えば、ノースダコタ州法は填補賠償の判断と懲罰賠償の判断の手続きを分離するとしている (N. D. CENT. CODE § 32-03.2-11(2).)。ジョージア州法は懲罰賠償の責任判断とその金額判断との手続きを分離するとしている (GA. CODE ANN. § 51-12-5.1(d).)。

⁴⁹ MINN. STAT. ANN § 549.20(1)(a) ; ALASKA STAT. § 09.17.020. アリゾナ州は判例法 (Linthicum v. Nationwide Life Ins. Co., 150 Ariz. 326, 322 (1986).) によってこれを認めている。なお、コロラド州では刑事手続きの場合と同様に「合理的な疑いをこえる証明 (beyond a reasonable doubt)」基準へと修正している (COLO. REV. STAT. § 13-25-127(2).)。

⁵⁰ コロラド州では、懲罰賠償額は填補賠償額までに制限するとしている (COLO. REV. STAT. § 13-21-102 (1) (a).)。ヴァージニア州も懲罰賠償額の上限を 35 万ドルまでに制限している (VA. CODE ANN. § 8.01-38.1.)。ジョージア州では製造物責任訴訟を除いた全ての訴訟において懲罰賠償額を 25 万ドルまでとしている (GA. CODE ANN. § 51-12-5.1(g).)。

⁵¹ 例えば、ジョージア州法 (GA. CODE § 51-12-5.1(e)(2).) やアラスカ州法 (ALASKA STAT. § 09.17.020 (j).) は、懲罰的損害賠償額の一部を一般財源に分配するとしている。イリノ

過剰に促進させているとの批判に対応するものである。

以上で見た懲罰賠償改革法のうちのいくつかが各州制定法の中で採用されているが、以下では、特に利得型不法行為との関係で懲罰賠償額の例外的上限を定めている州制定法に焦点を当てて、概観していく。

B. 懲罰的損害賠償額の制限

現時点で懲罰賠償額を制限する制定法は比較的多くの州で採用されているが⁵²、懲罰賠償額の上限立法は、一般的に、填補賠償額の一定比率または一定の賠償額のいずれか高額な方（あるいは低額な方）を上限額と定めているものが多く見られる⁵³。もっとも、州制定法の中には、懲罰賠償額に上限を定めたことによって加害者制裁及び違法行為抑止を柔軟に判断していく本来の在り方が妨げられるという問題を回避するために⁵⁴、利得型不法行為等の特定の不法行為に対して例外的上限額を設けているものもいくつか見られる。

アラスカ州法（ALASKA STAT. § 09.17.020.）は、原則として、懲罰賠償額の上限額を、填補賠償額の3倍額もしくは50万ドルのどちらか高額な方にするとした上で（ALASKA STAT. § 09.17.020 (f).）、次のような場合に備えて2つの例外を認めている。第1の例外が利得型不法行為の場合である。すなわち、アラスカ州法（ALASKA STAT. § 09.17.020 (g).）は、被告の行為が金銭的利益（financial gain）に動機付けられた場合や被告もしくは被告の代理として政策決定をする責任ある者が行為の有害な結果を認識していた場合には、①懲罰賠償額の上限を填補賠償額の4倍、②被告の違法行為の結果として被告が受けた経済的利益総額の4倍、または③700万ドルのうち、最も高額なものを上限額とすると定めている。第2の例外は、ALASKA STAT. § 18.80.220 で禁止されている不法な雇用慣行（人種・性別・障害等による雇用拒絶・排除等）を理由として使用者に損害賠償を求める場合である。この場合における懲罰賠償額の上限について、アラスカ州法（ALASKA STAT. § 09.17.020 (h).）は、

イ州法（ILL. REV. STAT. ch. 110, para. 2-1207.）は「社会福祉省」（Department of Human Services）に、オレゴン州法（OR. REV. STAT. ANN. § 31.735 (1) (b).）は「司法省犯罪被害者支援課の犯罪被害補償会計」（the Criminal Injuries Compensation Account of the Department of Justice Crime Victims' Assistance Section）に懲罰賠償額の一部を分配するとしている。インディアナ州法（IND. CODE § 34-51-3-6.）は「暴力的犯罪被害者補償基金」（Violent Crime Victims' Compensation Fund）に、ミズーリ州法（MO. REV. STAT. § 537.675 (1).）は「不法行為被害者補償基金（Tort Victims' Compensation Fund）」に懲罰賠償の一部を分配するとしている。

⁵² 州立法による懲罰賠償の改革状況に関して ATRA (<https://www.atra.org/>) を参照（2025年01月27日確認）。

⁵³ 例えば N.D. CENT. CODE § 32-03.2-11(4) ; MO. STAT. ANN. § 510.265 (1) がある。なお、コロラド州では、懲罰賠償額は填補賠償額までに制限するとしている（COLO. REV. STAT. § 13-21-102(1)(a).）。ヴァージニア州も懲罰賠償額の上限を35万ドルまでに制限している（VA. CODE ANN. § 8.01-38.1.）。

⁵⁴ *Id.* at 1533-34. また Jennifer K. Robbennolt, *Determining Punitive Damages : Empirical Insights and Implications for Reform*, 50 BUFFALO L. REV. 103, 169-70 (2002) も参照。

使用者が当州で①100人未満の被用者を抱えている場合には20万ドル、②100人以上200人未満の被用者を抱えている場合には30万ドル、③200人以上500人未満の被用者を抱えている場合は40万ドル、④500人以上の被用者を雇用している場合には50万ドルといった細かい上限額が定められている。

フロリダ州法（FLA. STAT. § 768.73 (1)(a).）も、原則として填補賠償額の3倍額もしくは50万ドルのうち、いずれか高額な方を懲罰賠償額の上限とすると定めている。しかし、フロリダ州法は、次の場合に2つの例外的上限額を認めている。第1の例外が、事実認定者が専ら不合理な金銭的利益によって動機付けられた不法行為であると判断し、かつ支配人、取締役、幹部職、その他被告を代表して政策決定を行う責任者が、行為から侵害が生じる高い可能性とともにその行為の不合理で危険な性質を実際に認識していたと判断した場合であり、この場合には填補賠償額の4倍額または200万ドルのいずれか高額な方が懲罰賠償の上限額になると定めている（FLA. STAT. § 768.73 (1)(b).）。第2の例外は、事実認定者が、侵害時に被告が原告に損害を加える特定の意図を有していたと判断し、かつ被告の行為が実際に原告に損害を加えたと判断した場合であり、この場合には懲罰賠償額に上限は設けないと定めている（FLA. STAT. § 768.73 (1)(c).）。

カンザス州法（KAN. STAT. ANN. § 60-3701 (e).）は、まず原則として懲罰賠償額の上限を、①被告が稼いだ年間総収入（懲罰賠償が認められる行為直前の5年間うちのいずれかで被告が最も稼いだ年収に基づいて裁判所が判断する）、または②500万ドルのうち、いずれか低額な方と定めている。その上で、カンザス州法（KAN. STAT. ANN. § 60-3701 (f).）は、例外的に、①裁判所が被告の不正行為の収益性が上記(e)項の制限を超えている、または超えることが予想されると認めた場合、裁判所が認め得る懲罰賠償額は、被告が不正行為の結果として得た、または得ることが予想される利益額の1.5倍に相当する額を上限とすると定めている⁵⁵。

②連邦憲法（合衆国憲法）による制限

20世紀後半から懲罰賠償額が高額化しているという批判やその認定頻度が上昇しているといった批判が高まる中、懲罰賠償と刑罰との実質的類似性が問題視されるようになった。このような状況の中、各州制定法による制限とは別に、連邦最高裁も、本来は州法上の問題である懲罰賠償の問題に連邦憲法（合衆国憲法）を通じて介入し、その法的制限・整備に取り組み始めた⁵⁶。

⁵⁵ なお、前掲注(47)の中で述べたように、カンザス州では、陪審ではなく、裁判所が懲罰賠償額を判断するとしている（KAN. STAT. ANN. § 60-3702 (a).）。

⁵⁶ 連邦最高裁における一連の動向に関する近年の論文として、藤倉皓一郎「懲罰的損害賠償試論——アメリカ不法行為法の視点から——」同志社法学 49 巻 6 号(1998 年) 180 - 214 頁、桶舎典哲「懲罰的損害賠償の合憲性——近時のアメリカ合衆国連邦最高裁判例を手がかりに」北九州市立大学法政論集 30 巻 3=4 号(2003 年) 491 頁以下、林大介「懲罰的損害賠償に関する米国連邦最高裁判例の動向」国際商事法務 31 巻 12 号(2003 年)

懲罰賠償の合憲性を巡る議論は、当初、連邦憲法第8修正の「過大な罰金条項」をもとにして⁵⁷、私人間の民事訴訟における懲罰賠償にもそれが適用されるかどうか議論されたが、連邦最高裁は1989年の *Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal, Inc.* 判決において、その適用を否定した⁵⁸。その後、懲罰賠償の合憲性を巡る議論は第14修正のデュー・プロセス条項をもとにしつつ、懲罰賠償の認定過程やその金額の適正さに焦点を当てることで、より柔軟に対応していく議論へと移行した⁵⁹。そして連邦最高裁は、1996年の *BMW of North America, Inc. v. Gore* 判決において⁶⁰、実体的デュープロセスの点から、懲罰賠償額が違憲となるかどうかを判断する指針として、①被告の非難可能性の程度、②実損害・潜在的損害と懲罰賠償の割合、③比較可能な違法行為に対する民事制裁との比較という3つの指針を提示した上で、それに照らして本件懲罰賠償額を違憲と判断した⁶¹。その後、連邦最高裁は3つの指針をより詳細な指針へと展開させていった⁶²。

4. 代位責任における懲罰的損害賠償の扱い

被用者が「雇用の範囲内」(within the scope of employment)で不法行為をした場合、一般的には、使用者にその填補賠償責任はもちろん、懲罰賠償責任も負わせることを認めている⁶³。これを正当化する根拠としては、加害者の処罰と違法行為の抑止が挙げられる⁶⁴。

1673頁以下、渋谷年史「アメリカにおける懲罰的賠償に関する最近の動向(1)～(3・完)」NBL782号(2004年)23頁以下、NBL783号(2004年)70頁以下、784号(2004年)49頁以下、拙稿・前掲注(46)149-177頁、会沢恒「懲罰的賠償の終焉!?：私人は法を実現できないのか?(1)(2)(3)」北法59巻1号(2008年)522頁以下、3号570頁以下、4号195頁以下、会沢・前掲注(45)18-27頁、拙稿「アメリカ合衆国における懲罰的損害賠償の判例法史——判例法史から見る『懲罰』の理論と課題——」青森法政論叢13号1-19頁、佐伯仁志『制裁論』(有斐閣、2009年)242-249頁、靱岡宏成『アメリカ懲罰賠償法』(信山社、2012年)99-129頁を参照。

⁵⁷ 「過大な額の保釈金を要求し、また過大な額の罰金を科してはならない。また残虐かつ異常な刑罰を科してはならない。」

⁵⁸ *Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U. S. 257 (1989).

⁵⁹ 連邦憲法第14修正(1868年)「・・・いかなる州も、法の適正な過程によらずして、何人からも生命、自由もしくは財産を奪ってはならない・・・」。

⁶⁰ *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U. S. 559 (1996).

⁶¹ なお、懲罰賠償額の合憲性を審査する場合、裁量権濫用(abuse of discretion)基準ではなく、覆審的審査(*de novo*)基準による(*Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424 (2001).)。

⁶² その後の連邦最高裁判例として *State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell*, 538 U. S. 408 (2003) ; *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U. S. 346 (2007). がある。また連邦海事コモン・ロー事件ではあるが、*Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U. S. 471 (2008)もあるが、その詳細は割愛する。

⁶³ なお、大多数の法域では、州または地方自治体が使用者である場合には使用者責任による懲罰賠償を認めてない。このルールを採用している州の状況をまとめたものとして *Randy S. Parlee, Vicarious Liability for Punitive Damages Suggested Changes in the Law Through Policy Analysis*, 68 MARQ. L. REV. 27, 52 n.117 (1984).)。

⁶⁴ RUSSELL L. WEAVER, ELAINE W. SHOEN, MICHAEL B. KELLY, PRINCIPLES OF REMEDIES

このうち、抑止的根拠に関しては、本人が代理人の行動を十分にコントロールできるという前提の下で説得力があるに過ぎないものの、例えば管理職にある者の選定と監督上の注意を促し、また重要なポジションにおいて不適当な者を雇用することを抑制させるという理由から正当化される⁶⁵。これに対し、処罰的根拠に関しては、害意をもって不法行為をした使用者を懲罰賠償によって処罰するという場合は正当化されるとしても、そうでない場合にまで懲罰賠償によって処罰することは非難可能性のない (blameless) 使用者を不公平に処罰することになるため、その正当化は困難となる。これは特に使用者が株式会社である場合に、完全に責任のない株主に懲罰賠償の処罰効果を転嫁することになるため批判が強い⁶⁶。

こうした問題との兼ね合いもあって、使用者責任に基づく懲罰賠償責任を使用者に負わせるとした場合に、どのような要件の下でそれを認めていくのかということが問題となる。その対応は法域によって異なっているが、主に2つの立場に分かれる⁶⁷。その1つは、被用者が雇用の範囲内で不法行為をした場合に、使用者責任 (Respondeat Superior) のルールに基づいて使用者に懲罰賠償責任を無過失責任的に負わせるというものである⁶⁸。もう1つは、無過失責任的に懲罰賠償を使用者に負わせることを問題視して、それに一定の制限を加えるものである。この後者の制限ルールは「共謀ルール」 (Complicity Rule) と呼ばれるものであり、今日、大多数の州で採用されている⁶⁹。またこのルールは、第2次不法行為法リステイトメント § 909 や第2次代理法リステイトメント § 217 の中でも明記されている⁷⁰。同リステイトメント § 909 には、使用者が懲罰賠償責任を負う場合として、④被

LAW, at 258 (2016) ; Parlee, *supra* note 63, at 33-36.

⁶⁵ RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 909 cmt. b (1979). PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORTS, §2, at 13 (5th ed). この点を批判するものとして、例えば、James D. Ghiardi, *The Case Against Punitive Damages*, 8 FORUM 411, 423 (1972) ; John Dwight Ingram, *Punitive Damages Should Be Abolished*, 17 CAP. U. L. REV. 105, 220-221 (1988) がある。

⁶⁶ Ingram, *supra* note 65, at 221. なお、代位責任の問題と類似した問題として、責任保険によって懲罰賠償をカバーすることが認められるかどうかという問題もある。この問題に関して、落合誠一「懲罰的損害賠償(Punitive Damages)に関する責任保険てん補」成蹊法学 28号 (1988年) 197頁以下、リチャードL.ブラットほか (大隈一武：訳)『懲罰的賠償額—アメリカ各州および属領の法と実務への指針』(保険毎日新聞社、1995年) 107-121頁を参照。

⁶⁷ 使用者責任に基づく懲罰賠償責任の制限を巡る状況に関して 2 J GHIARDI & J. KIRCHER, PUNITIVE DAMAGES : LAW AND PRACTICE, § 24 (1998) ; Parlee, *supra* note 63, at 31 n.27, at 36 n.49.を参照。

⁶⁸ Western Coach Corp. v. Vaughn, 9 Ariz. App. 336, 339 (1969) ; Ray Dodge, Inc. v. Moore, 251 Ark. 1036, 1044 (1972) ; Stroud v. Dennis Restaurant, Inc., 532 P.2d 790, 793-94 (1975).

⁶⁹ Mercury Motors Exp., Inc. v. Smith, 393 So. 2d 545, 547, 549 (1981) ; Loughry v. Lincoln First Bank, N.A., 67 N.Y.2d 369, 378 (1986) ; Adams v. Zayre Corp., 499 N.E.2d 678, 713-14 (1986).

⁷⁰ RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 909 (1979) ; RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY §

用者が被用者の不法行為を授権、関与、同意、承認した場合、⑥使用者が故意または無謀に不適当な被用者を雇った場合、⑦管理能力（managerial capacity）の範囲内で雇い、かつ事業の執行中に被用者が不法行為をした場合、⑧使用者が被用者の行為を事後的に承認した場合の4類型を挙げている⁷¹。

5. 当事者死亡に伴う懲罰的損害賠償の扱い

(1) 序説

初期コモン・ローでは、人身損害賠償訴訟において不法行為による被害者が損害賠償を得る前に加害者もしくは被害者が死亡したのなら、その死とともに被害者の訴権（right of action）も消滅すると理解されていた（人的訴権は人とともに死す）。また不法行為者が被害者を死亡させたことで、死者の被扶養者が経済的扶養を失ったあるいは精神的苦痛を被ったとしても、被扶養者としては固有の訴訟原因を有しないとされていた⁷²。

このようなコモン・ローにおける硬直性を緩和し、また不法行為者が単に被害者を傷つけるよりも被害者を死亡させる方が賠償金を低額にできるという不合理な結果を是正するために、各州において、死者の一定の近親者（配偶者・子・親など）の利益のために固有の損害賠償請求権を新たに発生させる「不法死亡法」（Wrongful Death Statutes）や⁷³、単に死者の死亡時にあった訴権を維持し、それを直ちに死者の人格代表者（Personal Representative）に移転させる「訴権存続法」（Survival Statute）が制定された⁷⁴。これらの制定法は基本的には填補賠償を前提としているため、懲罰賠償に関してはどのように扱うのが問題となった。

(2) 被害者が死亡した場合

①不法死亡法——被害者遺族の訴権発生

不法死亡法において近親者による懲罰賠償請求まで認められるかどうかを巡って2つの立場がある。

多くの州では、不法死亡法は被害者死亡によって遺族が被った損害を填補することを目

217 C (1958) .

⁷¹ 州制定法の中で共謀ルールを明記している州もある（MINN. STAT. CIV. PRO. § 549.20 ; FLA. STAT. § 768.72 (3) ; N.D. CENT. CODE § 32-03.2-11 (8) ; TEN CODE § 29-39-104 (g).）。

⁷² 藤倉皓一郎「アメリカ法における生命侵害の損害賠償」民商 55 巻 2 号（1966 年）36 - 67 頁、樋口範雄『アメリカ不法行為法〔第2版〕』（弘文堂、2014 年）355 - 359 頁を参照。

⁷³ ほぼ全ての制定法において、不法死亡訴訟における損害賠償請求の対象を、死亡から生じている遺族の「金銭的損害」に限定している（WEAVER, *supra* note 64, at 219.）。

⁷⁴ 訴権存続法は、制定法において例外がない場合、損害賠償請求を、死者が死亡の瞬間に請求していたはずの損害、例えば損害によって生じた死者の医療費、死者の死亡前に受けた精神的苦痛、損害時から死亡時までの死者の逸失利益、葬儀費用に制限している。懲罰賠償の請求に関しては、以下（2）で詳述する。

的としたものであるため、特に明確に遺族による懲罰賠償請求を定めていない限り、それが当然に認められるわけではないとの解釈をして、それを否定している⁷⁵。その一方、不法死亡法による遺族の懲罰賠償請求を解釈上で認める州もある⁷⁶。その理由は、被害者が負傷した場合には懲罰賠償が利用できるとしつつも、被害者が死亡した場合にはそれが利用できないとするならば、不合理であるため⁷⁷、被害者死亡の場合にも懲罰賠償による抑止を阻止されるべきではないという理由である⁷⁸。

なお、11の州では、不法死亡法において一定の近親者による懲罰賠償の請求を明確に認めている⁷⁹。

②訴権存続法——被害者の訴権の承継

被害者の死亡後においても懲罰賠償請求は存続するのか。この問題について、多くの裁判所は、被害者が負傷した場合には懲罰賠償を認めるとしつつ、被害者が死亡した場合には懲罰賠償が否定されるとなれば、不当な結果になるという理由から、その存続を認めて

⁷⁵ Kern v. Kogan, 93 N.J. Super. 459, 474 (1967) ; Cohen v. Rubin, 55 Md. App. 83, 101-02 (1983) ; Andis v. Hawkins, 489 N.E.2d 78, 82-83 (1986) ; Gielow v. Strickland, 185 Ga. App. 85, 86 (1987) ; Wills v. De Kalb Area Retirement Center, 175 Ill. App. 3d 833, 842 (1988) ; Wangen v. Ford Motor Co., 97 Wis. 2d 260, 315 (1980) ; Smith v. Printup, 254 Kan. 315, 866 P.2d 985 (1993).

⁷⁶ アラバマ州の不法死亡法における損害賠償は、性質上、填補ではなく、懲罰と解している。Estes Health Care Centers, Inc. v. Bannerman, 411 So. 2d 109, 112-13 (1982) ; Young v. Bryan, 445 So. 2d 234, 238 (1983).

⁷⁷ 例えば、Behrens v. Raleigh Hills Hosp., Inc., 判決の中でユタ州最高裁は「死は、結局、究極的な侵害であり、侮辱である」とし、傷害と死亡の場合で異なる結果になることは「論理に反し、法における対称性を歪める」と述べている (Behrens v. Raleigh Hills Hosp., Inc., 675 P.2d 1179, 1185 (1983)).

⁷⁸ Gavica v. Hanson, 101 Idaho 58, 61 (1980) ; Bond v. City of Huntington, 276 S.E.2d 539, 545-46 (1981) ; Behrens v. Raleigh Hills Hosp., Inc., 675 P.2d 1179, 1185-86 (1983).

⁷⁹ 例えば、ケンタッキー州の不法死亡法 (KY. REV. STAT. ANN. § 411.130 (1).) は、他人の過失あるいは不法な行為による侵害から人が死亡した場合、死者の人格代表者が死亡を理由とする損害賠償を回復できるとしつつ、もしその不法行為が故意 (willful) または重過失 (negligence gross) によるものであったのなら、懲罰賠償が認められると定めている。またマサチューセッツ州の不法死亡法 (MASS. GEN. L., ch. 229, § 2.) は、不法行為が悪意ある (malicious)、故意の (willful)、理不尽なまたは無謀な行為 (wanton or reckless conduct)、被告の重大な過失 (gross negligence) によって被害者が死亡した場合には、5000 ドル以上の懲罰賠償が認められると定めている。その他にも、ミネソタ州 (MINN. STAT. § 573.02)、ニューメキシコ州 (N. M. STAT. ANN. § 41-2-3)、ニューヨーク州 (N.Y. EST. POWERS & TRUST LAW § 5-4.3)、ノースカロライナ州 (N. C. GEN. STAT. § 28A-18-2 (b) (5).)、オクラホマ州 (OKLA. STAT. ANN. tit.12, § 1053 (c).)、オレゴン州 (OR. REV. STAT. § 30.020 (2) (e).)、テキサス州 (TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. § 71.009.)、ヴァージニア州 (VA. CODE ANN. § 8.01-52 (5).)、ワイオミング州 (WYO. STAT. § 1-38-102 (c).) がある。不法死亡法の制定状況に関して *Punitive Damages in Wrongful Death Actions: How will Kansas Respond?*, 39 KAN. L. REV. 199, 211-12 (1990). を参照。

いる⁸⁰。その一方で、法律が人格代表者による懲罰賠償請求を特に認めていないという理由から、その存続を否定する裁判所もわずかに存在している⁸¹。

(3) 加害者が死亡した場合

不法行為者が死亡した場合、その死者の遺産 (estate) に対して懲罰賠償を課することができるのか。この問題について、大多数の裁判所は、懲罰賠償の制裁及び抑止という目的を実現することができないとして、その請求を認めていない⁸²。しかし、少数の裁判所は、不法行為者の死によって懲罰賠償の正当化根拠が消滅するわけではないとして、その請求の存続を認めている⁸³。

Ⅲ. 実損害を超える類似の損害賠償制度

1. コモン・ロー上の懲罰的損害賠償との違い

アメリカ法では、懲罰賠償に類似する損害賠償制度として⁸⁴、実損害の二倍・三倍額の損害賠償 (Multiple Damages) を認める損害賠償制度があり、これは特に消費者法や労働法に関する制定法の中に多く存在しているようである⁸⁵。二倍・三倍額の損害賠償には懲罰的 (punitive) 機能があると言われているが、コモン・ロー上の懲罰賠償とは次の点で違いがある⁸⁶。

第1に、損害賠償制度の目的という点で違いがある。コモン・ロー上の懲罰賠償の場合、

⁸⁰ Swartz v. Rosenkrans, 78 Colo. 167, 169 (1925) ; Claude v. Weaver Construction Company, 158 N.W.2d 139, 143 (1968) ; Atlas Properties, Inc. v. Didich, 226 So. 2d 684, 691 (1969) ; Smith v. Greene, 494 S.W.2d 55 (1973) ; Rubeck v. Huffman, 54 Ohio St. 2d 20, 23 (1978) ; Estate of Urbaniak v. Newton, 226 Cal. App. 3d 1128, 1142 (1991).

⁸¹ Grimes v. United E.R. Co., 58 R.I. 458, 193 A. 740 (1937) ; Drake v. Park Newspapers of Northeastern Okla. Inc., 683 P.2d 1347 (1984).

⁸² Thompson v. Estate of Petroff, 319 N.W.2d 400, 408 (1982) ; Doe v. Colligan, 753 P.2d 144, 146 (1988) ; Parker v. Artery, 889 P.2d 520, 525 (1995). この問題を巡る各州の法状況について G.J.D. v. Johnson, 552 Pa. 169, 171-75 (1998).を参照。

⁸³ Perry v. Melton, 299 S.E.2d 8, 12-13 (1982) ; Hofer v. Lavender, 679 S.W.2d 470, 475 (1984) ; Penberthy v. Price, 281 Ill. App.3d 16, 22 (1996) ; Tillett v. Lippert, 275 Mont. 1, 7-8, 9 (1996).

⁸⁴ LINDA, *supra* note 32, § 21 (6th ed, 2010) にアメリカ法における二倍・三倍賠償制度が多く紹介されている。また田中英夫『英米法総論 (下)』(東京大学出版会、1980年) 548 - 551 頁、同「二倍・三倍賠償と最低賠償額の法定」『日本法と英米法』(東京大学出版会、1988年) 28 - 111 頁も参照。

⁸⁵ DOUGLAS LAYCOCK, MODERN AMERICAN REMEDIES : CASES AND MATERIALS, at 258 (4th ed, 2010).

⁸⁶ DOBBS & ROBERTS, *supra* note 19, § 3.12, at 364.

加害者制裁及び違法行為抑止を目的としている。これに対して、二倍・三倍賠償は、原告が証明できない、あるいは法的には認められない実損害に対して一種の付加的な損害賠償金 (liquidated damages) を提供するという点からその目的が説明されることもあり、この点で懲罰賠償と異なっている。もっとも、懲罰賠償も追加的填補を機能としては認めている。また、二倍・三倍賠償は、訴訟当事者（及びその弁護士）にとって金銭的には魅力的でないが、社会的には重要な問題について訴訟を起こすための誘因を提供するという点からその目的が説明されることもある。もっとも、懲罰賠償も機能としては法実現を認めている。

第2に、損害賠償額の算定という点でも違いがある。コモン・ロー上の懲罰賠償の場合、上述したように、加害者の悪質性や違法行為の抑止を考慮して柔軟に賠償額を算定していくため、本来はその賠償額に固定額や上限額は設定されていない。これに対して、二倍・三倍賠償の場合、乗数式・固定式によって賠償額が算定されるとしており、また例えば被告の財産状況等に関する証拠を提出する機会もないため、賠償額算定において懲罰賠償のような柔軟性はない。

2. 具体例

(1) 反トラスト法における三倍賠償

懲罰賠償に類似する損害賠償制度の代表例として挙げられるものの1つが反トラスト法、特にクレイトン法4条における三倍賠償 (Clayton Act § 4, 15 U. S. C. § 15 (a).) である⁸⁷。同法4条には、④反トラスト法で禁止された行為が行われた（行われている）こと、⑤自己の営業または財産に損害が発生したこと、⑥違反行為と損害との間に因果関係があること、⑦合理的に算定された損害額を証拠の優越のレベルまで立証した場合には、特に被告の精神状態を問題とすることなく⁸⁸、実損害の三倍賠償及び合理的な弁護士費用を含む訴訟費用の回復が認められるとしている⁸⁹。こうした三倍賠償制度が認められる根拠は、反トラストによる損害額の証明が困難な場合において被害者の損害を十分に填補するという点、違法行為を抑止するという点、そして抑止を実効性あるものにするために私人に強いイン

⁸⁷ 反トラスト法とは、④カルテルやボイコットなどの取引制限及び独占行為を禁止するシャーマン法 (Sherman Act)、⑤価格差別、不当な排他条件付取引、株式などの取得の規制をするクレイトン法 (Clayton Act)、⑥連邦取引委員会を設置する連邦取引委員会法 (Federal Trade Commission Act) といった基本三法を中心としたいくつかの関連法の総称である (松下満雄=渡邊泰秀『アメリカ独占禁止法』(東京大学出版会、2012年) 5 - 10 頁)。

⁸⁸ WEAVER, *supra* note 64, at 255.

⁸⁹ 反トラスト法上の三倍額賠償制度に関して、例えば、村上政博『アメリカ独占禁止法 [第2版]』(弘文堂、2002年) 310 頁、松下ほか・前掲注 (87) 454 - 476 頁、根岸哲「反トラスト法上の三倍額損害賠償制度」『実体法と手続法の交錯 (上) : 山木戸克己教授還暦記念』(有斐閣、1974年) 145 - 187 頁、布村勇二「反トラスト法と三倍額賠償請求訴訟 (序説)」公正取引 283 号 (1974年) 2 - 9 頁、同「反トラスト法と三倍額賠償請求訴訟——訴訟提起」公正取引 290 号 (1974年) 18 - 24 頁。

センティブを与える手段として必要であるといった点にある⁹⁰。なお、この三倍賠償は填補賠償として位置付けられるものであるが、実際のところ、裁判所は違法行為を抑止し（懲罰的な *punitive* 論拠）、また不正手段で得た利益を被告から除去する（原状回復 *restitution* 的な論拠）目的で利用していると言われている⁹¹。

（2）RICO 法における三倍賠償

また RICO 法（The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act：事業への犯罪組織等の浸透の取締りに関する法律）上の三倍賠償制度も類似する損害賠償の代表例としてしばしば挙げられる。この RICO 法とは、違法行為によって違法な利益を得るラケッティア活動による組織的犯罪を規制する目的から連邦法典に編入されたもの（連邦法第 18 編第 96 章第 1961 条から第 1968 条）であり、その中には刑事罰だけでなく、民事的措置としての三倍賠償（18 U.S.C. § 1964 (c).）も定められている⁹²。その三倍賠償に関して、第 1964 条には、ラケッティア活動によって得た違法収益を投資・使用した場合など第 1962 条で禁止された行為に違反したことによって、事業または財産に損害を被った者は、実損害の三倍額及び訴訟費用（合理的な弁護士費用を含む）の損害賠償を回復できると定めている。これを認めた狙いとしては、加害者に対する制裁というよりも、犯罪組織が利益を得るための犯罪をした場合に三倍額の損害賠償を通じてその資金を剥奪することにより、究極的には犯罪を抑止していくという点にある⁹³。また組織犯罪の被害者に三倍額損害賠償という形で法的救済へのアクセスを提供することによって、国家の深刻な問題を解決していく一翼を担わせるという点にも狙いがあるが⁹⁴、これもいわゆる「私的法務総裁」（Private Attorney General）の発想に基づくものである。

⁹⁰ 根岸・前掲注（89）150 頁。

⁹¹ *WEAVER, supra note 64, at 255.* 松下・前掲注（87）454 頁、村上・前掲注（89）310 頁。

⁹² *Civil Rico* 法に関して、田村泰俊『組織・企業と公的規制訴訟・RICO 法研究』（中央大学出版部、2001 年）、飯柴政次=千野啓太郎「アメリカにおける組織犯罪対策法制——RICO 法及び特別捜査手法に関して——」*ジュリ* 960 号（1990 年）51 頁、*Terrance G. Reed* [佐伯仁志：訳]「アメリカにおける RICO 法、マネー・ローンダリング法、没収法」*ジュリ* 970 号（1990 年）52 - 58 頁、同「アメリカ合衆国 RICO 法について（上・下）」*商事法務* 1222 号（1990 年）33 - 36 頁、1221 号（1990）9 - 13 頁、田上富信「アメリカにおける組織犯罪と民事責任」*法と政治* 58 巻 1 号（2007）25 頁以下を参照。また全訳として、大阪弁護士会民事介入暴力及び非弁護士活動対策委員会研究グループ「米国組織犯罪規制法（RICO 法）について」*金法* 1286 号（1991 年）18 頁以下。*Judith A. Morse, Treble Damages under RICO : Characterization and Computation*, 61 *NOTRE DAME L. REV.* 526 (1986).

⁹³ *LINDA, supra note 34, §21.1 (L)*, at 764. なお、RICO 法上の三倍賠償に加えて懲罰賠償が認められるかどうかに関しては議論がある。*Morse, supra note 92, at 547-48.*

⁹⁴ *LINDA, supra note 34, §21.1 (L)*, at 763-64.

(3) 知的財産法における三倍賠償

特許法 (35 U.S.C. § 284.) では、裁判所は損害賠償額を評決または査定された額の三倍まで増額することができるかと定めているが、その性質は懲罰であって、填補ではないと解されている。また侵害行為による利益の吐出しやその抑止機能は与えられていない⁹⁵。この三倍賠償は、侵害行為の悪質性に依じて賠償額の増額が決定される。その他、商標や著作権の侵害の場合にも三倍賠償が認められている (15 U.S.C. § 1117 ; 17 U.S.C. § 504.)。

(4) 公正労働基準法における二倍賠償

公正労働基準法 (Fair Labor Standards Act : FLSA, 29 U.S.C. § § 216 (b), 260) には、被用者は、使用者に対して、未払いの賃金または未払いの時間外手当に加えて、さらにそれと同額の付加的損害賠償金 (liquidated damages) を請求できると定めており、実質的に二倍賠償を認めている⁹⁶。もっとも、29 U.S.C. § 216 は「ペナルティー (Penalties)」と題しているが、§ 216 (b)の付加的損害賠償は填補としての性質をもつものと解されている。すなわち、労働者への賃金未払いによる損害はあまりにも不明瞭であり、その損害額を証明することが困難であるため、それに対応するためのものと解されている⁹⁷。

IV. おわりに

以上、本報告は懲罰賠償の制度内容を中心にして概観してきた。懲罰賠償は加害者制裁及び違法行為抑止の目的から悪質な不法行為に対して幅広く認められるものであり、直ちに利益の吐き出しを目的としたものではない。しかしながら、利得型不法行為との関係でそれを認めることによって事実上の利益吐き出し損害賠償として機能する側面があることは確かである。もっとも、こうした懲罰賠償の一種の利益吐き出し機能は、特に大規模被害を惹き起こす (また利得性も含まれる) 不法行為との関係でより高額化することも有り得るため、その適正な賠償額を算定すること (賠償額を規制すること) が今日のアメリカ懲罰賠償の中

⁹⁵ アメリカ特許法の条文の日本語訳として特許庁の HP (<https://www.ipso.go.jp/system/laws/gaikoku/document/mokuji/usa-tokkyo.pdf>) (2025 年 01 月 27 日確認) を参照。また玉井克哉「アメリカ特許法における三倍賠償の法理」『経済現象と法』別冊 NBL 53 号 (2003 年) 131 - 168 頁、LINDA, *supra* note 34, §21.1 (M), at 772.も参照。

⁹⁶ FLSA に関して、田中・前掲注 (84)『日本法と英米法』77 - 92 頁、中窪裕也『アメリカ労働法 [第2版]』(弘文堂、2010 年) 263 - 270 頁。

⁹⁷ *Overnight Motor Transp. Co. v. Missel*, 316 U.S. 572, 582-84 (1942) ; *Brooklyn Savings Bank v. O'Neil*, 324 U.S. 697, 707-08, 715, 718 (1945) ; Alexander J. Callen, *Avoiding Double Recovery: Assessing Liquidated Damages in Private Wage and Hour Actions Under the Fair Labor Standards Act and the New York Labor Law*, 81 FORDHAM L. REV. 1881, 1900-02 (2013).

心的課題となっている。

こうした状況に対して、一部の州では制定法の中で懲罰賠償額の上限を定めることによってその制限をしていること、またその傍らで連邦最高裁が懲罰賠償額の合憲性を判断する3つの指針を示し、その制限に取り組んでいることを概観してきたが、とりわけ連邦最高裁の議論には2つの意義があったと言える。第1に、その合憲性を巡る議論の中で提示された3つの指針は、懲罰賠償額の算定基準そのものではないが、3つの指針を通じて、陪審の裁量によって算定される懲罰賠償額について法的な観点から捉え直し、懲罰賠償の目的に照らしつつ、その賠償額の理論化を試みたという点で意義があった。第2に、この合憲性論は、「懲罰」賠償とは何かを問う契機となった。すなわち、近時のアメリカ法の学説はこの問題を受けて、なぜ懲罰賠償が民事上の損害賠償であるにもかかわらず憲法保障が問題となるのか、懲罰賠償で言う「懲罰的 (punitive)」を民事上でどのように解すべきかといった根本的問題について、再び理論的な観点から「懲罰」賠償の民事的解釈を議論しており、その議論につなげたという点でも意義がある⁹⁸。こうしたアメリカ法における細かい学説の議論は本調査の対象から外しているが、そこでは「制裁」と「抑止」を区別した議論をしている。日本法において利益吐き出し型損害賠償を検討していくにあたってこうした議論は有益である。

⁹⁸ アメリカでは19世紀後半に「懲罰」賠償の解釈が二重処罰の問題との関係を中心にして議論されたことがあったが、その後、リアリズム法学の影響もあって、「懲罰」賠償を原理というよりも、処罰や抑止といった抽象的理由（機能）に基づいて正当化し、政策的にその利用を拡張させていった。拙稿・前掲注（2）21-41頁。

第2章 イギリス

関西学院大学 大西邦弘

I 調査の概要

不法行為によって加害者が利益を得た場合、被害者は加害者に対してどのような請求をすることができるであろうか。わが国においてもすでに様々な議論がなされているが¹、第2章では、イングランドおよびウェールズ法（以下「イギリス法」という）を対象として調査を行いたい²。イギリス法においてもわが国と同様に不法行為に基づく損害賠償の機能とは主に損害の填補とされているが³、損害の填補に基づかない様々な損害賠償が認められている。

イギリス法の調査によって、損害の填補に基礎をおかない損害賠償について、損害の填補との関係を踏まえて、不法行為の制度目的を達成するために参照すべき有益な法制度を見いだすことができた。

まずは、イギリス法における利益吐き出し型損害賠償制度あるはこれに類似する制度とその構成について、概要を確認しておくことにしたい。

II 利益吐き出し型損害賠償制度または類似の制度及びその構成：概観

イギリス法における利益吐き出し型損害賠償制度または類似の制度およびその構成については以下の通りである。

¹ 従来の議論については必要に応じて本文中で参照することにするが、ここでは、とりわけ、窪田充見「不法行為と制裁」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頁（以下「窪田『不法行為と制裁』」と略記する）を掲げておくことにする。

² あえて注記の必要はないかもしれないが、念のため、イングランドとウェールズでは法・行政面での統合がなされている（田中英夫『英米法総論：上』[東京大学出版会、1980年]7頁）。

³ わが国においても、日本弁護士連合会から令和4年9月16日付けで、「違法収益移転制度の創設を求める立法提言」と題する具体的な条文案を伴った立法提案がなされている（以下「日弁連案」と略記する）

（https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/document/opinion/2022/220916_2.pdf）。

そこでは、民法709条の次に709条の2を設け、「裁判所は加害者が違法行為で収益を得ている場合には、その収益の全額又は一部を含めて損害賠償額を定めることができる」と規定することが提案されている。

すなわち、まず、イギリス法では、成立要件を扱う不法行為法 (law of torts) ⁴と効果を扱う損害賠償法 (law of damages) にわかれている⁵。不法行為法については、わが国の民法 709 条のように包括的な要件が定められるのではなく、判例によって徐々に形成され、個別に名称が付された不法行為 (tort) が束となった形が採られている⁶。

損害賠償法についても、損害の填補を目的とする填補的損害賠償 (compensatory damages) だけではなく⁷、たとえば名目的損害賠償 (nominal damages) といった個別に名称が付された損害賠償 (damages) が包含された形で損害賠償法 (law of damages) が構築されている⁸。

損害賠償法では、イギリス法⁹においてもわが国と同様にその機能は一般的に損害の填補とされている¹⁰。ただし、その中でも、以下に掲げるような填補に基づかない損害賠償が認められている。

すなわち、イギリス損害賠償法においては、填補に基づかない損害賠償としてわが国でも比較的よく知られている名目的損害賠償を除いて¹¹、①懲罰的損害賠償 (exemplary damages)、②ライセンス料損害賠償 (licence fee damages)、③利益吐き出し型損害賠償

⁴ イギリス不法行為法を調査するにあたっては、Tettenborn, A., Clerk and Lindsell on Torts, 24th ed., The Common Law Library 2023; Deakin, S. and Adams, Z., Markesinis and Deakin's TORT LAW, 8th ed., 2019; Witting, C., Street on Torts, 16th ed., 2021 を参照した。その他、契約法のテキストであるが、Beatson, J., Burrows, A. and Cartwright, J., Anson's Law of Contract 31st ed., 2020 も参照した。以下それぞれ、「Clerk and Lindsell2023」「Markesinis2019」「Street on Torts2021」「Anson's2020」と略記する。

⁵ イギリス損害賠償法を調査するにあたっては、最新かつ最も権威を有する、Edelman, J., McGregor on Damages, 23rd ed., The Common Law Library, 2024 を参照した (以下「McGregor2024」と略記する)。本章の叙述は主に同書に依拠している。

⁶ 代表的な個別不法行為類型の一つがネグリジェンス (negligence) である。その他に、詐欺 (deceit)、トレスパス (trespass)、制定法義務違反の不法行為 (breach of statutory duty) などがある。制定法義務違反の不法行為については、拙稿「損害賠償法における制定法義務違反の意義・機能 (1) (2・完)」民商 127 卷 2 号 (2002 年) 221 頁、3 号 394 頁参照。

⁷ 填補的損害賠償を認めることは裁量の問題ではなく権利の問題であるとされている (McGregor2024, at 2-011.)。

⁸ もちろん、そうはいつでも填補的損害賠償がその中心となる。

⁹ イギリス法では、不法行為にかかる救済として損害賠償法だけでなく原状回復法 (law of restitution) が存在し、そこでは、不法行為による原状回復 (restitution for torts) が議論されている。詳しくは追って述べる。

¹⁰ McGregor2024, at 2-001.

¹¹ 名目的損害賠償については、田中英夫『英米法総論：下』(東京大学出版会、1980 年) 545 頁参照。名目的損害賠償についても損害の填補に基づく性質を有しないため、このように扱われている。不法行為法との関係では、損害発生を証明を要しない不法行為 (torts actionable *per se*) の請求を認容する場合、名目的損害賠償が認められる。see, McGregor, 2024, at 13-001.

(disgorgement damages)、④損害賠償額の予定と違約金¹²、⑤権利擁護損害賠償(vindicatory damages)が認められている。

懲罰的損害賠償については、わが国においても最判平成9年7月11日民集51巻6号2573頁(いわゆる萬世工業事件)(以下「最判9年」と略記する)をめぐって議論がなされ¹³、一定の知名度を有すると思われる。この点につき、最判平成9年で問題とされたカリフォルニア州民法典第3294条(a)は填補賠償に加えて「damages for the sake of example and by way of punishing the defendant」と規定されており¹⁴、exemplary damages あるいは punitive damages が争点とされたものと理解できる。

本報告で扱うイギリス法における懲罰的損害賠償とは exemplary damages であるため、同じく懲罰的損害賠償と訳されているものの、アメリカ法とイギリス法で異なる部分も大きい¹⁵。また、イギリス法におけるその他の損害の填補に基づかない損害賠償は、とりわけライセンス料損害賠償や利益吐き出し型損害賠償をはじめとして、必ずしもわが国では十分に紹介がなされていないように思われる¹⁶。

やや内容を先取りするが、イギリス法では懲罰的損害賠償が認められる場合の一つとして利益の計算がなされた場合が含まれているため、先に懲罰的損害賠償について扱うこととし、次いで、利益吐き出し型損害賠償制度または類似の制度およびその構成について検討し、その後、損害の填補に基づかない特筆すべき損害賠償として、ライセンス料損害賠償と権利擁護損害賠償について順番に述べることにしたい。

III 懲罰的損害賠償制度(exemplary damages)

¹² イギリス損害賠償法の代表的な体系書で填補に基づかない損害賠償として掲げられている、損害賠償額の予定(liquidated damages)と違約金条項については(McGregor2024, at 17-001)、とりわけ債務不履行による損害賠償について重要となるため、本報告では基本的に割愛する。

損害賠償額の予定については、小田博「約定損害賠償条項に関するイギリス最高裁判所の新判決」国際商事法務45巻10号(2017年)1397頁参照。

¹³ 最判平成9年の主な評釈として、道垣内正人「外国判決のうち、懲罰的損害賠償の支払いを命じた部分の執行(消極)」リマ18号156頁等がある。

¹⁴ カリフォルニア州民法典第3294条(a)については、中野憲一「懲罰的損害賠償と公序良俗」Anderson Mori and Tomotsune, Dispute Resolution Group Newsletter 2021 (https://www.amt-law.com/asset/pdf/bulletins3_pdf/211005.pdf) 参照。

¹⁵ そしてまた、exemplary damages は、aggravated damages と異なる。和訳として、aggravated damages は「加算的損害賠償」とされ(フィリップ・S・ジェームズ[矢頭敏也監訳]『イギリス法(下)私法』[三省堂、1985年]170頁)、精神的損害を斟酌するという名目で賠償額が上乘せられる。懲罰的損害賠償とは区別される損害賠償法上の制度である。

¹⁶ 従来の先行業績については、それぞれ個別の損害賠償を扱う箇所に譲る。

1 イギリス法における懲罰的損害賠償の時系列的概要

イギリス法における懲罰的損害賠償については¹⁷、現在のところ、主に以下のような判例によって形成されている。すなわち、まず、*Rooks v Barnard* 判決¹⁸が——抑止を目的として——懲罰的損害賠償を認めることができる 3 つの事案類型を制限的に示したのち¹⁹、*Broom v Cassell and Co.* 判決²⁰が、*Rooks v Barnard* 判決の示した 3 つの事案類型について、どうして抑止が目的とされるのが 3 つの事案類型に限定されるのかという批判に配慮しつつも *Rooks v Barnard* 判決における事案類型を擁護し、*Kuddus v Chief Constable of Leicestershire* 判決²¹（以下「*Kuddus* 判決」という）が懲罰的損害賠償にかかる近時の注目すべき判決となっている²²。

以下、順に検討していこう。

2 *Rooks v Barnard* 判決による 3 類型

イギリス不法行為法において²³懲罰的損害賠償が認められるかどうかは、*Rooks v Barnard* 判決において Devlin 卿が示した 3 つの事案類型²⁴を出発点として議論が形成されている。

Rooks v Barnard [1964] AC 1129.

〔事案の概要〕

原告は熟練の製図技師であるところ、加入していた組合から脱退した。被告である組合の幹部が会社に対して組合を脱退した原告を解雇するように要求した。会社は、一定の休職期間の後に原告を解雇した。

原告から被告に対して損害賠償請求がなされた。

¹⁷ イギリス法における懲罰的損害賠償については多数の先行業績がある。とりわけ、田中英夫「懲罰的損害賠償に関するイギリス法の最近の動き」内田力蔵先生古稀記念『現代イギリス法』（成文堂、1979年）245頁、樺博行「イングランドにおける懲罰的損害賠償の成立背景と変遷」白鷗法学第21巻1号（2014年）125頁参照。

¹⁸ [1964] AC 1129.

¹⁹ イギリス法では判決を引用する際にその都度出典を注記するのが一般的であるが、本報告では煩瑣となるため判決の出典は原則として初出の際に記するに留める。

²⁰ [1972] AC 1027.

²¹ [2002] 2 AC 122.

²² もっとも、*Kuddus* 判決は、窃盗の被害者の申告を警察官が適切に処理しなかったため警察署長に対し損害賠償請求がなされたという事案で、利益の吐き出しが問題となったものではないため、懲罰的損害賠償の観点からは重要性を有するものの、本報告では焦点を当てないこととする。

²³ イギリス不法行為法では個別の不法行為（tort）が束になる構成が採られているところ、懲罰的損害賠償が認められる不法行為は、*Kuddus* 判決の後、特に制限はなくなったとのことである（McGregor2024, at 14-011.）。

²⁴ ただし、これらの 3 類型は、当てはまる場合には必ず裁判官が懲罰的損害賠償を認めなければならないというものではなく、裁量的な性質を有している（McGregor2024, at 14-009.）。

イギリス法において懲罰的損害賠償が認められるかどうかは、この判決において1960年代に示された以下の3つの事案類型を基礎として議論がなされている²⁵。

つまり、3つの事案類型とは、——

- ①公務員による抑圧的、恣意的かつ憲法に反する行為の場合
- ②被害者に支払うべき填補を超える利益を加害者自身が得ようと計算した場合
- ③制定法が規定する場合

である。前2者がコモン・ローによる懲罰的損害賠償であって、第3の類型は制定法による懲罰的損害賠償となる。それぞれに分けて検討することにする。

(1) 公務員による抑圧的、恣意的かつ憲法に反する行為の場合

ここでの①類型について、この規律が示された *Rooks v Barnard* 判決は組合との争議にかかる事案であるため、この事案類型には当てはまらないこととなる²⁶。

(2) 被害者に支払うべき填補を超える利益を加害者自身が得ようと計算した場合

また、ここでの②の類型については、名誉毀損 (libel)、トレスパス、横領、そして制定法義務違反の不法行為を中心として認められている²⁷。とりわけ焦点が当てられるべきは新聞による名誉毀損事案で、この場合に懲罰的損害賠償が認められるかが争われてきた²⁸。なぜなら、商業新聞は利益を目的として発行されるからである²⁹。この点について、*McCarey v Associated Newspapers* 判決³⁰、*Broadway Approvals v Odhams Press* 判決³¹では単に被告が商業新聞であることから②類型に当てはまるとはされていない。しかしながら、出版社による単行本の発行で名誉が毀損されたとして著者と出版社に対して損害賠償請求がな

²⁵ *Rooks v Barnard* 判決の詳細については、塚本重頼「懲罰的損害賠償の許される事例 (英国貴族院判決、1964年1月21日言渡 *Rooks v. Barnard* [1964] A.C. 1129(H.L.)) (紹介)」比較法研究 29号 (1968年) 139頁、中村弘「イギリスにおける懲罰的損害賠償 (1) (2) (3) (4・完)」同志社商学 39巻1号 (1987年) 1頁、4号 68頁、39巻5号 (1988年) 42頁、6号 247頁、田井義信『イギリス損害賠償法の理論』(有信堂高文社、1995年) 148頁等参照。

²⁶ *McGregor*2024, at 14-017. 近時では権利擁護損害賠償が議論されるようになっており、それとの関係も問題となる。

²⁷ *McGregor*2024, at 16-037.

²⁸ 以下についてはすでに、塚本・前掲注 (25) 142頁以下、櫛・前掲注 (17) 133頁以下で紹介がなされている。

²⁹ 商業新聞による名誉毀損の事案に加えて、新たな賃借人による賃料増額を目的として、賃貸人が賃借人を不法に追い出す事案についてもこの②類型が活用され得ると説かれている (*McGregor*2024, at 14-026.)。

³⁰ [1965] 2 QB 86, CA.

³¹ [1965] 1 WLR 805, CA.

された貴族院の *Broom v Cassel and Co.* 判決³²では³³、この②類型に当てはまるものとして懲罰的損害賠償が認められている³⁴。

(3) 制定法による懲罰的損害賠償の場合

Rooks v Barnard 判決が掲げる3番目の類型が、制定法が懲罰的損害賠償を認めている場合である。制定法が懲罰的損害賠償を認める場合は極めて稀であり、*Rooks v Barnard* 判決において Devlin 卿がこの類型に該当する具体例として挙げるのは、1951年予備役・補助隊（私的利益）法（Reserve and Auxiliary Forces (Civil Interests) Act 1951）13条(2)が規定する場合のみである³⁵。

この③類型については、制定法が懲罰的損害賠償と明示しないものの、その趣旨から懲罰的損害賠償と解釈できる場合にも懲罰的損害賠償と評価してよいかが議論になっている。ただし、権利者に生じた損害額を上回る損害賠償を認める1951年著作権法（Copyright Act 1951）第17条(3)が懲罰的損害賠償に該当するかどうかについては、*Rooks v Barnard* 判決では明言が避けられている。1951年著作権法第17条(3)の内容はほぼそのまま現在の1988年著作権・意匠権・特許権法（Copyright, Designs and Patents Act 1988）第97条(2)に引き継がれており、裁判所は、著作権侵害にかかる損害を算定するにつき、侵害の重大性を勘案して追加的な損害賠償（additional damages）を定めることができると規定されている。

ともあれ、その具体例は極めて稀であるものの、制定法が認める場合に懲罰的損害賠償が可能であることがイギリス法において共有されている。

3 懲罰的損害賠償の算定方法

以上のように、懲罰的損害賠償がイギリス法において認められているとして、では、具体的に、どのようにその賠償額を算定するかが次に問題となる。懲罰的損害賠償の目的が抑止である限り、その算定方法は一般的な填補賠償とは異なることになるからである³⁶。

懲罰的損害賠償の額を具体的に算定するにあたっては、やはり *Rooks v Barnard* 判決における Devlin 卿によっていくつかの考慮要素が提示されている。

³² [1972] AC 1027. この事案は、原審である控訴院が *Rooks v Barnard* 判決の3類型を厳しく批判したことでも著名である。

³³ see, McGregor2024, at 14-023.

³⁴ その後も、*John v MGN* 判決（[1997] QB 586, CA）において新聞社による名誉毀損に対して懲罰的損害賠償が請求されている。この判決では賠償額が過大（excessiveness）であることを理由に懲罰的損害賠償部分が減額されている。制裁あるいは抑止の観点から最低限の額とすべきことが理由として挙げられている。

³⁵ 1951年予備役・補助隊（私的利益）法13条(2)では「不作為、不履行または違反を理由として生じる横領に基づく損害賠償またはその他の訴訟において、裁判所は、適切と判断する場合、原告が被った不法行為に対する懲罰的損害賠償（exemplary damages）を命じることを目的として、被告の行為を考慮することができる」と規定されている。

³⁶ McGregor2024, at 14-032.

すなわち、①原告が抑止を必要とする行為の被害者であること³⁷、②控えめな算定方法、③当事者の資力、④当事者の様態³⁸、⑤損害の填補として認容される額との比較衡量、⑥関係する刑事罰との連関（とりわけ、二重処罰の禁止との関係で問題となる）、⑦共同不法行為者との地位、⑧複数の被害者の立場である。

4 懲罰的損害賠償と代位責任

懲罰的損害賠償を、使用者責任のような代位責任（vicarious liability）につき認めるのは適切かどうか争点となる。なぜなら、使用者に対して懲罰的損害賠償の請求を認容したところで、実際の不法行為者である被用者には抑止の効果が及ばない可能性が認められるからである。

この点について、学説からは、確かに代位責任の領域では特に帰責性のない使用者等に懲罰的損害賠償を認めることは問題を孕むが、懲罰的損害賠償を使用者等に認めることによって間接的に抑止効果が得られるとすると、必ずしも代位責任において懲罰的損害賠償を否定するには至らないという見解が示されている³⁹。

5 利得防止の第2類型にかかる補論

イギリス損害賠償法の代表的体系書であり、本報告が主に依拠する McGregor on damages の旧版では、かつて、懲罰的損害賠償が認められる Devlin 卿の第2類型の真の基礎としては、加害者の不当な利得を回避することであると主張されていた⁴⁰。つまり、加害者に対する非難よりもむしろ、不当利得原理による利得の返還を基礎とした類型であると説明されていたのである。

しかしながら、このような説明によると、利得は意図しないものの重大な悪意をもった不法行為者に対して懲罰的損害賠償が認められないという制度の陥穽が発生してしまうことになる。このような問題については、現在もイギリス法において議論が続けられているところである。その中でも、Devlin 卿の第2類型の基礎に利得の防止があるのであれば、なぜ懲罰的損害賠償の算定を控えめなものとすべきかに焦点を当てて議論が続けられている⁴¹。

6 小括

³⁷ この点に関し、被害者が死亡し、被害者の遺産（estate）が原告となる場合、1934年法改革法（Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934）1条(2)(a)によって、もはや懲罰的損害賠償を請求することはできない。しかし、被害者が死亡したからといって、なぜ抑止を必要とする行為をした加害者が懲罰的損害賠償を免れるのかについては、疑問が示されている（McGregor2024, at 14-034.）。

³⁸ 当事者の様態を懲罰的損害賠償の賠償額算定にあたって考慮するとは、訴訟における謝罪その他一切の事情を斟酌するという趣旨である（McGregor2024, at 14-040.）。

³⁹ McGregor2024, at 14-050.

⁴⁰ McGregor2024, at 14-051.

⁴¹ McGregor2024, at 14-054.

以上の通り、イギリス損害賠償法において、懲罰的損害賠償が認められる類型の一つとして、加害者による利益計算のもとで不法行為がなされた場合が挙げられていた。この類型につき、イギリス判例法によると、単に商業新聞社が名誉毀損を行った場合はこの類型には含まれないとされていたが、同様の名誉毀損事案で、単行本の出版に対して懲罰的損害賠償が請求された事案については、利益計算による懲罰的損害賠償を認める判例が現れていた。

また、イギリス法において、わが国での使用者責任のような代位責任の局面においても懲罰的損害賠償は可能と説かれていた。間接的に抑止の効果が及び得るからである。

では、より直截に、加害者によって利益を目的として不法行為がなされた場合はどのような損害賠償請求が可能なのであろうか。

この問題については、項を改めて検討することにしよう。

IV 利益吐き出し型損害賠償制度 (disgorgement damages) または類似制度が適用される不法行為等の範囲

1 序——原状回復と利益吐き出し

懲罰的損害賠償だけではなく、填補に基づかない損害賠償制度として、加害者の得た利益に着目した損害賠償制度を想定することが可能である。加害者が取得した利益を剥奪する法的救済については⁴²、イギリス法においても様々な議論がなされてきた⁴³。そこでは、たとえば、法律委員会が提案したような原状回復の損害賠償 (restitutionary damages) といった名称があり得たが、現在では、利益吐き出し型損害賠償 (disgorgement damages) と称するのが適切であるとされている⁴⁴。

利益吐き出し型損害賠償は、コモン・ローでは一般的な救済方法とは受け入れられていなかったものの、*Dubai Aluminum Company Ltd. v Salaam* 判決⁴⁵において、Millett 卿が判示するところによれば、——

⁴² 利益の吐き出しについては、窪田充見「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」ジュリ 1199 号 (2001 年) 33 頁、山下純司「補論Ⅱ不法行為における利益吐き出し責任」NBL937 号 (2010 年) 26 頁、アンドレ・ヤンゼン (根本尚徳訳)「私法における利益の吐き出し——現状の確認と将来の展望」中原太郎編『現代独仏民事責任法の諸相』(商事法務、2020 年) 371 頁参照。

⁴³ イギリス法における利益の吐き出しについては、橋本伸『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——」北法 70 巻 6 号 (2020 年) 153 頁、中原太郎「利益の吐き出し」トラスト未来フォーラム『イギリス信託法の分析と示唆』(2022 年) 85 頁参照。

⁴⁴ McGregor2024, at 16-002.

⁴⁵ [2002] UKHL 48.

今日では、正義の目的は原告の損害を填補するだけでなく、それを超えて加害者の利益を吐き出させることにも及んでいると判示されていることが注目に値する⁴⁶。

ただ、やや内容を先取りすることになるが、イギリス法における利益の吐き出しとは、所有権侵害の場合の賃料相当額の賠償といった、わが国でも損害の填補に含まれるとされているものも包含されることに、留意しなければならない。

2 利益吐き出し型損害賠償の根拠

この「IV」で扱う利益吐き出し型損害賠償の根拠 (rational) は一言でいい現わすことができる。つまり「抑止 (deterrence)」である⁴⁷。

イギリス法における利益吐き出し型損害賠償は、もとは大法官裁判所に淵源を有する制度ではあるが、現在の体系書において、利益吐き出し型損害賠償は大法官裁判所に由来する制度に限定されない損害賠償であると説明されている⁴⁸。

イギリス法における利益吐き出し型損害賠償が想定している事案には、①被害者から詐取した金銭を運用し、詐取した金額よりも多くの利益を得ている場合、②第三者から被害者に対する違法行為を委託され (殺人や暴行など)、その報酬として加害者が第三者から利益を得ている場合、③有名人の頭から頭髪を切り取り (したがって傷害は負っていない)、高額で売却し利益を得た場合、④名誉毀損行為によって利益を得ている場合などがある。これら事案類型は、懲罰的損害賠償における第2類型と重なりを有している⁴⁹。

このように、利益吐き出し型損害賠償は既述した懲罰的損害賠償の第2類型とオーバーラップすることになるが、懲罰的損害賠償の第2類型は「牛刀」であると指摘されている⁵⁰。なぜなら、懲罰的損害賠償の額と加害者が得た利益の額は必ずしも相関しないからである⁵¹。

以下、具体的に、どのような法律構成に基づいて利益吐き出し型損害賠償が認められるのかを検討していくことにしよう。

⁴⁶ [2002] UKHL 48, at [164].

⁴⁷ McGregor2024, at 16-005.

⁴⁸ McGregor2024, at 16-007.

⁴⁹ イギリス法について、本報告の記述は損害賠償法の体系書に依拠するが、原状回復法 (law of restitution) の体系書によると、利益の吐き出しが認められるのは制定法に規定があるものの他、知的財産やプライバシー、あるいは財産権を侵害する不法行為類型についてであると説明されている。詳しくは、拙稿「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53巻4号(2004年)293頁(以下「拙稿『不法行為による原状回復』」と略記する)参照。

⁵⁰ 鶏を割くに焉んぞ牛刀を用いんから示唆を得ている。原文では「blunt instrument」とされている。

⁵¹ McGregor2024, at 16-007.

3 利益吐き出し型損害賠償が認められる事案

(1) エクイティ上の不法行為が成立する場合

イギリス法において利益の吐き出しが認められる場合として、エクイティ上の不法行為 (equitable wrongdoing) が成立する場合が挙げられる。イギリス法において信認義務違反等のエクイティ上の違法性がある場合に、利得の吐き出し (account of profit)⁵²等の名目で利益吐き出しが認められることに争いはない。この点について、信認義務違反の場合に利益の吐き出しが認められる一方で⁵³、悪意がある殺し屋や詐欺の事案で利益の吐き出しが認められないことを合理的に説明することはできないとされている⁵⁴。

(2) 契約違反の場合

本報告の主題は不法行為に基づく利益吐き出し型損害賠償ではあるが、契約違反の場合に利益吐き出しが認められた著名な重要判決が存在するため、この判決を紹介しておきたい。それが、*Attorney General v Blake* 判決⁵⁵であって⁵⁶、契約違反の場合に利益の吐き出しが認められている⁵⁷

Attorney General v Blake [2001] 1 AC 268.

[事案の概要]

イギリス秘密情報部 (SIS : いわゆる MI6) に勤務していた被告はイギリスとロシアの二重スパイであった。ロシアとの二重スパイであることが発覚した被告は逮捕・起訴され 42 年の懲役とする有罪判決がなされ服役していたが、5 年で脱獄してモスクワに逃亡した。このような被告のスパイ活動を描いた自伝がベストセラーになり (この時点でイングランド政府の機密情報は confidential ではなくなった)、出版社から既払いの 60,000 ポンドに加えて、追加で 90,000 ポンドが被告に支払われることになっていた。

原告であるイングランド政府によって、この出版社から被告に対する印税の支払いの差止め (injunction) を求めて提訴がなされた。争点は、原告は被告に対して利益の吐き出しを求めることができるかであった。なぜなら、原告 (政府) と被告との間に信認関係はなく (また、原告は信認関係を主張していない)、契約関係 (政府と被告との雇用契約) しか存在しないからである。

この事案において、貴族院は、出版社から被告に対する追加の印税支払いを差止めるインジャンクション (injunction) を認めた。

⁵² 利得の吐き出し (account of profit) とは、大法官裁判所に由来する制度であって、被告の取得した利得を吐き出させることを目的とするものである。

⁵³ イギリス法におけるエクイティと損失補償については、木村仁「エクイティ上の損失補償について」法と政治 57 巻 1 号 (2006 年) 1 頁参照。

⁵⁴ McGregor2024, at 16-008.

⁵⁵ [2001] 1 AC 268.

⁵⁶ この判決については、田井義信「イギリス法上の債務不履行による損害賠償と原状回復」同編『民法学の現在と近未来』(法律文化社、2012 年) 135 頁参照。

⁵⁷ see, McGregor2024, at 16-009.

一般的にイギリス法ではこの判決は例外的な事案であると理解されているが、損害賠償法の代表的な体系書によると、そうではなく広い射程を有する判決と解すべきと説かれている⁵⁸。具体的には、相手方の利益取得を避けるべき正当な利益 (legitimate interest) がある場合、契約違反に基づいて利益吐き出し型損害賠償が認められるとされている⁵⁹。

(3) 不法行為に基づいて利益吐き出し型損害賠償が認められる事案

イギリス法では、(i) の原理に基づき、(ii) ~ (v) のような名目によって、不法行為に基づく利益吐き出し型損害賠償が実質的に認められている。

(i) 原理 最初に、不法行為に基づいて利益吐き出し型損害賠償が認められる原理 (principle) についてである⁶⁰。利益を目的とした不法行為がなされた場合、一般論として利益の吐き出しがなされなければならない⁶¹。イギリス法上、これを実現する法制度として、利得の吐き出し (account of profit) 等が借用されてきた⁶²。原状回復法 (law of restitution) によると、不法行為に基づく原状回復 (restitution for torts) として、知的財産権等の他、財産権を侵害する不法行為について利益の吐き出しが認められてきたこともここに位置づけられよう⁶³。

(ii) 利得の吐き出し (account of profit) まず、不法行為による利益吐き出しとして、主に 19 世紀の石炭の不正取得事案等において、石炭の価格相当額を利得の吐き出し (account of profit) 名目によって、実質的に不法行為に基づく利益吐き出し型損害賠償が認められてきた⁶⁴。

とりわけ、知的財産権侵害の不法行為で利益の吐き出しが認められる場合について、ここに位置づけることができる⁶⁵。利得の吐き出し (account of profit) は、被った損害以上の賠償を被害者に認める制度であると認識されている⁶⁶。その例が、*Colbeam Palmer Ltd v Affiliates Pty Ltd* 判決⁶⁷である。

Colbeam Palmer Ltd v Affiliates Pty Ltd (1968) 122 CLR 25.

[事案の概要]

⁵⁸ McGregor2024, at 16-009.

⁵⁹ McGregor2024, at 16-012.

⁶⁰ アメリカ法律協会 (American Law Institute) による第3次原状回復・不当利得法リステイメントでは、加害者が故意の不法行為によって利益を得た場合、それによるいかなる利益も剥奪されるとの規律がおかれている (American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Restitution and Unjust Enrichment* (St Paul. A.L.I. 2011) 184)。第3次原状回復・不当利得法リステイメントについては、笹川明道「米国での『第3次原状回復・不当利得法リステイメント』の刊行について」神戸学院法学 42 巻 3・4 号 (2013 年) 323 頁参照。

⁶¹ McGregor2024, at 16-029.

⁶² McGregor2024, at 16-029.

⁶³ 拙稿「不法行為による原状回復」293 頁参照。

⁶⁴ McGregor2024, at 16-031.

⁶⁵ McGregor2024, at 16-032.

⁶⁶ McGregor2024, at 16-032.

⁶⁷ (1968) 122 CLR 25.

原告は、オーストラリアを含む世界中において、「craft master」という名称で文房具を販売していた。被告は、原告の存在および原告の「craft master」を知らずにオーストラリアにおいて「craft master」名で文房具を販売していた。原告が被告による商標権侵害を発見し、被告に対し警告を行うとともに裁判所に対して救済を求めた。

この事案で、オーストラリアの Windeyer 裁判官は「利得の吐き出し (account of profit)」は、大法官裁判所 (Court of Chancery) に淵源を有する制度であるが、被告は、この制度によって、取得した利益を吐き出す必要がある」と判示している⁶⁸。

(iii) 「損害」概念の再構成により利益の吐き出しが認められる場合 次に、「損害」概念を再構成することによって利益の吐き出しが認められる場合があり⁶⁹、主にアメリカ法における事案が紹介されている。そのうちの一つであるケンタッキー州控訴裁判所の *Edwards v Lee's Administrators* 判決⁷⁰では次のように判示されている。すなわち、被告は鍾乳洞観光を売り物とするホテルを経営していたが、売り物となる地下の広大な鍾乳洞のうちおよそ3分の1が原告の土地の地下を侵害していた。このことを被告は知っていたが、冷静に利益計算がなされた後、無許可で利用し続けた。ケンタッキー州控訴裁判所は、不法行為に基づく損害賠償請求の訴訟原因に基づき、被告が鍾乳洞観光事業によって得た利益のうち原告の土地を侵害したことによる3分の1の割合に応じて損害賠償請求を認めた。ケンタッキー州控訴裁判所は損害賠償の便利な物差し (convenient yardstick) としての賃料額ではなく、加害者の得た利益につき被害者の権利を侵害した割合に応じて損害賠償として請求を認容している⁷¹。

また、同じくアメリカ法の事案となるが、不法行為に基づく利益吐き出し型損害賠償が認められるのはあくまで加害者が故意による利益計算をした場合に限られ、そうでない場合は後述のライセンス料損害賠償に限定される。つまり、アメリカ合衆国第10巡回区控訴裁判所の判決である、*Beck and Others v Northern Natural Gas Company* 判決⁷²では、原告の許諾を得て原告の土地の地下に天然ガスが貯蔵されていたが、天然ガスの「移行・マイグレーション (migration)」によって許諾されていた貯蔵区域外にも天然ガスが流入し、許諾量よりも過大な天然ガスが貯蔵されることになった⁷³。控訴裁判所の裁判官は次のような事実審の判断を是認した。すなわち、被告が過大な天然ガスの貯蔵によって得た利益は12,000,000 ドルではあるが、過大な貯蔵量に相当する許諾料の公正な市場価格は、2,300,000 ドルであって、被告が故意による利益計算をして不法行為がなされた訳ではない

⁶⁸ 事案としては、侵害者が吐き出すべき利益は商品の販売によって得られた利益ではなく、商標権に起因する利益のみが吐き出されるべきだとされている。

⁶⁹ これは、わが国において潮見佳男博士によって厳しく批判がなされた見解ではあるが、ここでもるようにイギリス法に鑑みると必ずしも否定的に解する必要はないようにも思われる。

⁷⁰ 96 S.W.2d.1028 (1936).

⁷¹ McGregor2024, at 16-034.

⁷² 170 F.3d. 1018 (1999) 10th Cir.

⁷³ この事実によって土地のトレスパスの不法行為が成立することになる。

ため、許諾料の公正な市場価格相当額である、2,300,000 ドルの範囲で請求を認容する⁷⁴というものである⁷⁵。

ここで示された利益吐き出し型損害賠償が認められるのは加害者が故意で利益計算をした場合に限定されるという規律は、横領（conversion）の不法行為の事案にも同様に適用される。ワシントン州最高裁判所によると、養鶏場が売却され、養鶏場に残された卵を洗浄する機械を被告が原告の承諾なく故意で利用した事案（つまり横領の不法行為が成立する）にかかる *Olwell v Nye and Nissen Co.* 判決⁷⁶で——黙示の契約の成立が示唆されているものの——、一般論として不法行為に基づく利益吐き出し型損害賠償が成立し得ることが判示された。この事案では故意による利益計算がなされたため利益吐き出し型損害賠償が可能な事案であったが、原告がライセンス料損害賠償しか請求していなかったため、認容額はこの範囲に限られる⁷⁷ことになった⁷⁸。

（iv）不当利得返還請求（money had and received）名目で認められる場合 また、アメリカ法で（iii）の通り損害概念の再構成によって認められたのと同様の事案で、イギリス法では実質的な利益の吐き出しが不当利得返還請求（money had and received）名目で認められることがある⁷⁹。不当利得返還請求とはある種の責任負担支払引受訴訟（*indebitatus assumpsit*）であり、横領された動産が売却された事案などで売得金に対して認められる救済方法とされる⁸⁰。

（v）懲罰的損害賠償として「隠された」利益吐き出し型損害賠償 また、既述の通り、懲罰的損害賠償の第2類型で認められる「隠された不法行為に基づく利益吐き出し型損害賠償」がある。詳細は懲罰的損害賠償で述べたところに譲るが、イギリス損害賠償法の代表的な体系書では、このような事案について懲罰的損害賠償の第2類型を用いることは、肌理の細かい解釈論ではないと評価されている⁸¹。

（vi）詐欺事案において救済が制限された判例 ただ、不法行為に基づいて利益の吐き出しが認められるとしても、救済が制限されることがある。このような事例として、*Halifax*

⁷⁴ 「被告が原告から受けた利益は賃料を支払うことなく他の貯蔵区域を利用したことであり、それゆえ賠償すべき損害の相当な賠償範囲は、原審の通り、公正な賃料相当額である」と判示されている（170 F.3d. 1018 (1999), at 1024）。

⁷⁵ *see, McGregor2024*, at 16-034.

⁷⁶ 173 P.2d 652 (1946) SCW.

⁷⁷ *see, McGregor2024*, at 16-035.

⁷⁸ わが国の観点からは、そもそもライセンス料損害賠償に相当する損害賠償を填補に基づく損害賠償と解するか、それとも利益の吐き出しと解すべきか詳細な詰め議論がなされるべきと思料する。

⁷⁹ 田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）564頁では、money had and received とは、「被告が返還すべき金銭の支払を原告が求める場合、『原告のために被告が受領した金銭（money had and received to the plaintiff's use）』と記載した」と説明されている。

⁸⁰ *McGregor2024*, at 16-036.

⁸¹ *McGregor2024*, at 16-037.

Building Society v Thomas 判決⁸²がある。この事案では、金融機関が欺罔されて債務者によって融資金が騙取された。債務者が債務不履行となったため、金融機関は担保目的物につき占有命令を取得したうえで売却した。その結果、金融機関は融資金を上回る超過額が得られた。政府機関である王立検察庁（Crown Prosecution Service）は債務者に対する罰金を徴収するために被告金融機関の超過額を差し押さえた⁸³。被告金融機関は、詐欺にかかる担保物件売却による貸付金を上回る額は被告金融機関に帰属すると争ったが、裁判所はこの主張を認めなかった。イギリス法の観点からは、詐欺による融資金の騙取について、担保目的物の融資を上回る超過額は利益と評価することはできないと判示されたことになる。

この判決に関連して、詐欺については、コモン・ローでもエクイティでもその違法性が認められた点に留意する必要がある⁸⁴。

（vii）制定法義務違反の不法行為事案において救済が制限された判例 制定法義務違反の不法行為に関して利益吐き出し型損害賠償が請求された事案として、*Devenish Nutrition Ltd v Sanofi Aventis SA* 判決⁸⁵がある。この事案は、ビタミン剤の製造業者によって競争法に違反する世界的なカルテルが締結されたことにつき需要家から損害賠償請求がなされ、事業者が取得した利益の吐き出しが求められたというものである⁸⁶。控訴院は、被告のカルテル行為は財産権を侵害する不法行為ではないことを理由として、原告の請求を否定した⁸⁷。

学説によれば、利益吐き出し型損害賠償が認められるのは、既述の通り、財産権を侵害する不法行為に限定されるべきではないが、①販売価格がカルテルによって上昇したとしても、販売価格の上昇と被告の利益取得との間に因果関係を認定することは困難であること、②この事案については、欧州委員会によって十分に制裁が科されていることを理由として、控訴院の判断が是認されている⁸⁸。

4 利益吐き出し型損害賠償額の範囲・算定方法と因果関係

以上のように不法行為に基づいて利益吐き出し型損害賠償が認められる場合、次に、その賠償額をどのように算定するか、それはどの範囲まで及ぶかが問題となる。

⁸² [1996] Ch 217 CA.

⁸³ この手続は、1988 年刑事司法法（Criminal Justice Act 1988）第 79 条(3)に基づいている。

⁸⁴ McGregor2024, at 16-041.

⁸⁵ [2009] Ch. 390, CA.

⁸⁶ わが国のいわゆる鶴岡灯油訴訟最高裁判決（最判平成元年 12 月 8 日民集 43 巻 11 号 1259 頁）を利益の吐き出しの観点から検討する際にも参考になる判例であると思われる。

⁸⁷ イギリス原状回復法（law of restitution）からは、利益吐き出し型損害賠償が認められるのは財産権を侵害する不法行為であると説明されている。詳しくは、拙稿「不法行為による原状回復」293 頁参照。

⁸⁸ McGregor2024, at 16-045.

この点につき、契約で定められた深さよりも浅い水深のスイミングプールが完成したという事実関係の *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth* 判決⁸⁹がある。この事案では、契約で定められた深度のプールは引き渡されなかったものの安全性等には問題はなく、原告には損害がないとされた。しかし、被告が約定の深さのプールを建設しなかったことで費用が節約されたことになるため、学説はこの利益を吐き出させるべきだと主張している⁹⁰。ただ、この事案では原告からこのような請求はなされなかったため、貴族院は利益の吐き出しを認めていない⁹¹。

また、*White Arrow Express Ltd v GUS Catalogue Ltd.* 判決⁹²では、原告である通販業者が被告である運送業者に対して次のことを理由に損害賠償を請求したものである。すなわち、被告は、原告に対し、荷物の集配に際し原告の荷物を優先する「デラックス」サービスを提供するとしてプレミアム料金を得ていたものの、実際にはこのような優先サービスはなされず、通常集配業務がなされたが、原告にはなんら損害は発生しなかったというものである。

この事案において、裁判所は名目的損害賠償のみを認めた。学説からは、被告が優先サービスを実施しなかったことによる出費の節約を利益としてこれを吐き出させる損害賠償を認めるべきであると評価されている⁹³。

イギリス法において、詐欺や信託義務違反の事案で賠償範囲が利益の吐き出しにまで及ぶのは、強い抑止の必要性がその根拠となることが、学説によって指摘されている⁹⁴。

5 利益吐き出し型損害賠償と共同不法行為

利益吐き出し型損害賠償が共同不法行為について認められる場合、それぞれの共同不法行為者がどのように損害賠償責任を負うかが問題になる。なぜなら、利益吐き出し型損害賠償の根拠である抑止の理念に鑑み、それぞれの得た利益に応じて賠償額が決められるべきであるからである⁹⁵。

この点につき、*FM Capital Partners Ltd. v Marino* 判決⁹⁶では、傍論ではあるが、Beatson 裁判官によって、第1被告が10,000ポンドの支払い義務、第2被告が2,000ポンドの支払い義務、第3被告は利益の吐き出しなしとされた場合、それぞれ第1被告に10,000ポンド

⁸⁹ [1996] AC 344.

⁹⁰ McGregor2024, at 16-048.

⁹¹ この点につき、建築基準法の規定を上回る趣旨での約定がなされた（債権法改正前の）請負のケースで瑕疵が認められた最判平成15年10月10日判時1840号18頁において具体的な賠償額を算定する際にも参考になると思われる。

⁹² (1995) 145 NLJ 1504; (1996) 15 Tr.LR. 69.

⁹³ McGregor2024, at 16-048.

⁹⁴ McGregor2024, at 16-054.

⁹⁵ McGregor2024, at 16-059.

⁹⁶ [2020] EWCA Civ. 245; [2021] QB 1, at 125 [52].

ド、第2被告に2,000ポンド、第3被告はゼロの利益吐き出し型損害賠償が認められるべきであるとの例が示されている⁹⁷。

6 小括

以上の通り、イギリス法では、不法行為に基づく利益吐き出し型損害賠償について様々な議論がなされており、そこでは、原状回復法の観点からは知的財産権侵害やプライバシー侵害、あるいは財産権を侵害する不法行為につき原状回復が認められていた一方で、損害賠償法の観点からは、①損害概念の再構成や、②懲罰的損害賠償の第2類型、あるいは③原状回復法上の制度を活用するなどのルートで利益吐き出し型損害賠償が実質的に認められていたことが明らかとなった。

次に、引き続いて、利益吐き出し型損害賠償とは区別されるものの損害の填補に基づかない損害賠償として特筆すべき損害賠償——ライセンス料損害賠償と権利擁護損害賠償——を検討することにしよう。

V その他当該制度に関連して特筆すべき内容

——ライセンス料損害賠償と権利擁護損害賠償——

1 序

イギリス損害賠償法においては、損害の填補に基づかない損害賠償として、これまで扱ったような利益吐き出し型損害賠償やいわゆる懲罰的損害賠償だけでなく、ライセンス料損害賠償（あるいは交渉的損害賠償）や、権利擁護損害賠償が議論されている。これらについても、ここで検討することにしよう。

まずは、ライセンス料損害賠償についてである。

2 ライセンス料損害賠償（あるいは交渉的損害賠償）

ライセンス料損害賠償については、2023年に損害概念との関連で研究成果を公表しており⁹⁸、その時点からイギリス法の状況は大きく変化していないため、以下ではそこの叙述と大幅な重複があることを、あらかじめお断りしておきたい⁹⁹。

⁹⁷ see, McGregor2024, at 16-059.

⁹⁸ 拙稿「損害賠償の目的としての損害の填補と交渉的損害賠償——損害事実説の由来と自己決定権侵害によるライセンス料損害」法と政治74巻3号（2023年）43頁（以下「拙稿『交渉的損害賠償』」と略記する）。

⁹⁹ また、ライセンス料損害賠償は、イギリス法において差止め（injunction）が請求される事案でこれを認めるのが妥当でない場合、その代替として認められることがある。すなわち、原告の同意のない土地利用等において、仮定的な交渉によるライセンス料を損害賠償として支払わせることによって、差止めを回避するという判断がなされる。このことに関しては、拙稿「不法行為による差止めの局面における違法性段階論と『代替的損害賠償』」

(1) 用語法について

イギリス損害賠償法において近時注目を集めている法領域として、ライセンス料損害賠償 (licence fee damages) がある。ライセンス料損害賠償については¹⁰⁰、代表的な判例の名称から Wrotham park 損害賠償や、交渉的損害賠償 (negotiating damages) とも呼ばれるなど、様々な名称が付与されている¹⁰¹。イギリス損害賠償法の代表的な体系書では、ライセンス料損害賠償と呼ばれている¹⁰²。ライセンス料損害賠償 (交渉的損害賠償) が問題となるのは、概ね、被害者と加害者との間で仮定的な交渉が行われていたならば合意したであろうライセンス料の問題に帰着するからである¹⁰³。

本報告では、negotiating damages のその仮定的な利用許諾の側面に焦点を当てることにし——そしてそれは財産的価値を有する——、連合王国最高裁判所が用いる「交渉的損害賠償」とは異なるが、原則として「ライセンス料損害賠償」とし、適宜「交渉的損害賠償」も同義で用いることにしたい。

また、「原状回復」の用語についてもここで触れておく。わが国で原状回復とは、給付の原因となった法律関係を清算するといった意味合いで用いられることが多いが¹⁰⁴、本報告で用いる原状回復とは、イギリス法における不当利得に基礎をおく restitution の訳語として用いることにする。つまり、「原状回復的損害賠償 (restitutionary damages)」とは、相手方が取得した利益に着目した損害賠償を指すことになる¹⁰⁵。

この点につき、利益の吐き出し (disgorgement) と原状回復的損害賠償は異なる。つまり、利益の吐き出しは相手方が自らの才覚で得た利益の原告への移転に着目するのに対し、

広島法学 31 巻 1 号 (2007 年) 127 頁 (以下「拙稿『代替的損害賠償』」と略記する) 参照。

¹⁰⁰ イギリス法におけるライセンス料損害賠償をわが国に紹介する文献として、私自身すでに差止めとの関連で扱ったことがあるほか (拙稿「代替的損害賠償」127 頁)、主なものとして、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 頁、小山泰史「英米不当利得法における『不当性要素』 (unjust factor) の意義」立命 336 号 (2011 年) 263 頁、安藤誠二「海事判例に現れた Wrotham Park Damages (Negotiating Damages) *Priyanka Shipping Ltd v Glory Bulk Carrier PTE Ltd* [2019] EWHC 2804 (Comm)」海事法研究会誌 247 号 (2020 年) 2 頁がある。

本報告は、相手方の利益吐き出し、ないしは損害の填補に基づかない損害賠償の観点から調査を行うものである。

¹⁰¹ McGregor2024, at 15-001.

¹⁰² McGregor2024, at 15-001.

¹⁰³ McGregor2024, at 15-001.

¹⁰⁴ 潮見佳男『債権各論 I 契約法・事務管理・不当利得』(新世社、第 4 版、2022 年) (以下「潮見『債権各論 I』」) と略記する) 352 頁。

¹⁰⁵ この意味で、わが国において潮見博士が用いられた「原状回復的損害賠償」(潮見佳男「規範競合の視点から見た損害論の現状と課題 (1) (2・完)」ジュリ 1079 号 [1995 年] 91 頁、1080 号 86 頁) とは、趣旨が異なる。

原状回復的損害賠償は、原告に由来する被告の利益の原告への移転の側面に着目するからである¹⁰⁶。

(2) ライセンス料損害賠償が問題となる事案類型

ライセンス料損害賠償あるいは交渉的損害賠償が問題となるのは、主に以下のような事案である。

第1の事案はこういうものである。すなわち、馬をレンタルすることを業とする者が馬を柱に繋いでおいたところ、営業時間外に他人が無断で馬を連れて行ってしまった。この場合、馬のレンタル業者が馬の返還を請求できることに疑う余地はない。では、損害賠償はどうであろうか。わが国の損害賠償法で問題となるのは馬のレンタル業者にどのような損害が発生したかであるが、この事案ではこの点につき不透明な部分が多く残されている。むしろ、馬を連れて行った他人から「馬を散歩させてやったのだから、馬の健康に良いのではないか」と強弁された場合、どのように反論することができるだろうか。

第2の事案はこうである。すなわち、ある富豪の息子がルノワールの絵画を相続したが、この富豪の息子はルノワールを好まないため近いうちに慈善団体に寄付するつもりであった。このルノワールの絵画が窃取されたとすると、この富豪の息子は窃盗犯に対してルノワールの絵画の返還を求めることができるのは当然として、では、窃盗犯に対しどのような内容の損害賠償を請求することができるであろうか。

第3の事案はこうである。すなわち、夫が公務員であるために公務員宿舎に居住していた妻が、夫が殉職したために公務員宿舎から退去を求められたとする。公務員宿舎の費用が平均的な賃料の半額であるとする、占有権原を失った後に妻が支払うべき損害賠償の額はどのように算定すべきであろうか。平均的な賃料額であろうか、それとも平均的な賃料の半額であろうか¹⁰⁷。

以下では、イギリス法におけるライセンス料損害賠償をめぐる2件のリーディング・ケースをまずは紹介することにする。

(3) Wrotham Park 判決

まず、イギリス法におけるライセンス料損害賠償については、*Wrotham Park Estates Co. Ltd v Parkside Homes Ltd* 判決¹⁰⁸がこの領域における議論の出発点となる（以下「Wrotham Park 判決」という）。

Wrotham Park Estates Co. Ltd v Parkside Homes Ltd [1974] 2 All ER 321, Ch.

[事案の概要]

¹⁰⁶ McGregor2024, at 15-013.

¹⁰⁷ これらの事案は現在のわが国の損害賠償法からはストレートに答えを導き出すことは難しいと思われる。それにもかかわらず、わが国の損害賠償法では、土地の不法占拠の事案で平均的な賃料相当額の損害賠償が可能と説かれている。土地の不法占拠の事案と、以上のような事案でどのような違いがあるのであろうか。

¹⁰⁸ [1974] 2 All ER 321, Ch.

原告と被告との間で、原告の開発計画に則った形で被告が土地を譲り受けて開発を行う旨の契約が締結されたが（以下「本件契約」という）、本件契約においては、本件土地の利用を制限する内容を有する制限的不動産約款（*restrictive covenant*:エクイティ上の効力を有し、第三者にも効力が及ぶ）が含まれていた。被告がこの制限的不動産約款に反する建物（以下「本件建物」という）を建築したため、原告からこの制限的不動産約款に反する建物の収去を内容とする作為的インジャンクション（*mandatory injunction*）が請求されたものの、原告はなんら暫定的救済を求めることがなかったためその間に本件建物が完成し、被告はこれら完成した本件建物を第三者に分譲した（分譲を受けた第三者とその担保権者も被告に共同訴訟参加している）。

〔判旨（Brightman 裁判官）〕

土地開発計画を内容とする制限的不動産約款は有効であり、被告の本件建物建築は制限的不動産約款に違反している。しかし、本件建物の建築によって原告の有する不動産の価値は減少していない（すなわち原告に損害は発生していない）としつつも、名目的損害賠償のみを認めることは被告に不法行為に由来する果実の保有を認めることになるとして、制限的不動産約款を緩和（*relax*）する「代償（*quid pro quo*）」として、被告が不動産開発から得られる利益を 50,000 ポンドと見積もった上、本件建物建築前に原告が被告に対し合理的に支払いを請求できたであろう対価はその 5%であるとして、2,500 ポンドの賠償請求を認容した。

つまり、被告の活動にかかる事前の「取引機会（*bargaining opportunity*）の喪失」の填補を、裁判所による事後の損害賠償という形で認容し、事前に契約が締結されていたのと同様な状況の回復を企図したと評価することができる¹⁰⁹。

このようなライセンス料損害賠償は、不動産開発契約に際し、建築条件の緩和につき原告が被告に対して応じなかったであろう場合であっても認められる¹¹⁰。

ライセンス料損害賠償はエクイティ上の制度とも思われがちであるが、その後、コモン・ローを基礎としてライセンス料損害賠償を認める判決が現れており¹¹¹、詳しくは後述するが、不法行為を訴訟原因とする場合においても、——自己決定権を侵害するものとして——ライセンス料損害賠償を請求することが認められている¹¹²。ライセンスを許諾する権利は、——最も注目すべき点として——財産的価値を有するのである¹¹³。

イギリス法では、その後もライセンス料損害賠償を認める判決が現れたが、そこで問題とされたのは、①ライセンス料損害賠償の目的は損害の填補か、それとも原状回復（*restitution*）

¹⁰⁹ McGregor2024, at 15-006.

¹¹⁰ McGregor2024, at 15-006.

¹¹¹ Anson's2020, at 565.

¹¹² McGregor2024, at 15-027.

¹¹³ McGregor2024, at 15-008.

か、②ライセンス料損害賠償が認められるのはどのような場合において、どのような要件のもとでかが争われてきた¹¹⁴。

(4) One Step 判決

このような状況において現れたライセンス料損害賠償にかかる最高裁判所の重要判決が、*Morris-Garner v One Step (Support) Ltd* 判決¹¹⁵である（以下「One Step 判決」という）。

Morris-Garner v One Step (Support) Ltd [2018] UKSC 20, [2019] AC 649.

〔事案の概要〕

イングランド政府から委託されて援助を要する者のために独立支援をする会社（原告）の役員であった被告らが独立起業した事案である。被告らは原告から独立するに際し一定の期間一定の地域で競合する事業を営まないことを原告と約束していたが、原告を退職して独立する当初から同種の事業を営む計画であった。被告らの新会社設立によって原告は売上が大幅に減少し、被告らの会社は大きく利益を上げて成長した後、第三者に売却され、被告らは多大な収益を得た。原告から被告らに対して損害賠償請求がなされた。

原審（控訴院）では、仮定的に契約条項を緩和する代金を基礎として損害賠償額を考慮することは、それが裁判官の裁量として適切な範囲である限り許されるとして、被告からの上訴を斥けた。

これに対して、最高裁判所に上訴がなされた。

〔判旨〕

最高裁判所は、控訴院の判断を覆した。すなわち、交渉的損害賠償の基礎は原状回復ではなく損害の填補であって、原告の財産にかかる権利を侵害する場合等の他に交渉的損害賠償を援用することはできないとして、原告の請求を認めなかった。

このように、控訴院では仮に契約条項を緩和するために被告から原告に支払われていたであろう金額を基礎に賠償額を算定することが認められたものの、最高裁判所においては、このような交渉的損害賠償を理由とする損害賠償額の算定はその基礎が損害の填補であることを理由に、否定されるに至っている。

他方で、最高裁判所では、被告らは対価なく利益を得ている（taking something for nothing）ことも認識されており、One Step 判決をイギリス損害賠償法・原状回復法上どのように位置づけるかについて、現在も学説による議論が続けられている。

(5) 学説による評価

学説からは、それまでの原状回復法に基礎をおく正当な一連の判例の存在にもかかわらず、One Step 判決によってライセンス料損害賠償は原状回復ではなく損害の填補に基づくものと位置づけられたと評価されている¹¹⁶。

¹¹⁴ Anson's2020, at 566.

¹¹⁵ [2018] UKSC 20, [2019] AC 649.

¹¹⁶ McGregor2024, at15-017, Anson's2020 at 566.

より詳細に述べると、イギリス法の学説は、**One Step** 判決の出現のために前掲の①ライセンス料損害賠償の目的（損害の填補か原状回復か）、②ライセンス料損害賠償が認められるのはどのような場合かという問題について、①'ライセンス料損害賠償の目的は損害の填補である、②'ライセンス料損害賠償が認められるのは、（１）代替的損害賠償が認められる場合か¹¹⁷、（２）財産か、これに準ずる価値を有する物を侵害する不法行為に対してであることが明らかとされたと評価している¹¹⁸。

しかしながら、**One Step** 判決に対しては、それまでもイギリス法において明確に原状回復法に基づいてライセンス料損害賠償が認められてきたため、批判がなされている¹¹⁹。そのような批判の中でも重要なものは、**One Step** 判決で争点とされた競争利益の対象となるビジネス上の利益、あるいは、老舗はなぜ（２）の対象から外れるのかといった批判である¹²⁰。

すなわち、**One Step** 判決では老舗（goodwill）が被侵害利益であったため経済的利益の侵害とその損害の証明が要件となり、ライセンス料損害賠償が認められなかったと評する見解がある¹²¹。しかしながら、老舗も法的に保護される経済的な利益であるとして、この点から批判する学説もある¹²²。この老舗をめぐる議論は、わが国におけるいわゆる大学湯事件判決¹²³を想起させるものであり、示唆に富む。

ともあれ、**One Step** 判決の後においても問題なくライセンス料損害賠償が認められる領域がある。それが、（代替的損害賠償が認められる場合に加えて）土地や動産などの財産権侵害の不法行為類型、あるいは、特許権・プライバシー侵害の不法行為類型である。

One Step 判決までの状況と **One Step** 判決後の状況に留意しつつ、現在のライセンス料損害賠償をめぐるイギリス法の状況について、以下、事案類型に分けて見ていくことにしよう。

（６）ライセンス料損害賠償にかかる法状況の整理

（ｉ）**One Step** 判決までの状況 **One Step** 判決の前までは、ライセンス料損害賠償を原状回復の観点から説明する立場が優勢であったものの¹²⁴、*Wrotham Park* 判決を契機とするライセンス料損害賠償はもともと填補賠償と相反しないと解されていた¹²⁵。その理由は、ライセンスを許諾するかどうかを決する原告の法的権限は、独立の財産的価値を有するからである¹²⁶。

¹¹⁷ 代替的損害賠償請求とは、原告からインジャンクションが求められたにもかかわらず裁判所がこれを否定する場合、その代替として認められる損害賠償のことをいう。詳しくは、拙稿「代替的損害賠償」127頁参照。

¹¹⁸ Anson's2020, at 566-567.

¹¹⁹ McGregor2024, at15-017.

¹²⁰ Anson's2020, at 567.

¹²¹ McGregor2024, at15-016.

¹²² Anson's2020, at 567.

¹²³ 大判大14年11月28日民集4巻670頁。

¹²⁴ McGregor2024, at 15-012.

¹²⁵ McGregor2024, at 15-005.

¹²⁶ McGregor2024, at 15-007.

また、One Step 判決の前までは、冒頭で掲げたような公務員住宅等での割引された価格での家賃につき、入居資格を失った後の平均的な賃料での金銭支払い請求の法的性質は、損害賠償ではなく原状回復であると理解されていた¹²⁷。

さらに、取引的不法行為の局面における自己決定権侵害の議論も、ライセンス料損害賠償の観点から位置づけられてきた¹²⁸。その重要性に鑑み繰り返すことにするが、ライセンスを許諾する原告の権限は、独立した財産的価値を有するからである。

このようなイギリス法におけるライセンス料損害賠償の理解は、One Step 判決の登場によってどのような影響を受けるのであろうか。議論は続いているが、この点の検討に移ることにしよう。

(ii) One Step 判決後においてもライセンス料損害賠償が認められる場合¹²⁹

①土地の無断利用 土地の無断利用について、賃料が賠償額の算定根拠となることについても、ライセンス料損害賠償がその理論的基礎を提供することにつき、One Step 判決によって変更はなされない¹³⁰¹³¹。 *Bracewell v Appleby* 判決¹³²において、被告が自宅への通路として原告の私道を通行し、これに対し原告が損害賠償請求したという事案において、仮定的な交渉に基づく利用料相当額の損害賠償が認められているが、これは One Step 判決によっても影響されないと指摘されている¹³³。

②知的財産権侵害 知的財産権侵害の場合において、ライセンス料の賠償が認められることについても変更はない¹³⁴。知的財産権侵害の場合の損害賠償につきライセンス料が賠償請求の中心となるのは、ライセンス料損害賠償（交渉的損害賠償）がその基礎となっている¹³⁵。この理由として、知的財産権者が他者にライセンスを認めるかどうかは、知的財産権者の自己決定権の内容となるものであって、知的財産権を侵害するということは、すなわ

¹²⁷ McGregor2024, at 15-012.

¹²⁸ McGregor2024, at 15-009.

¹²⁹ 以下で掲げるような事案としての要件に加えて、ライセンス料損害賠償を請求することを明示する必要がある。ライセンス料損害賠償請求の明示を怠った場合は伝統的な損害賠償のみが認められる。このような事実関係で、名目的損害賠償だけが認められた最近の事案として、*Canon Medical Systems Ltd v Imaging Centre Assets Ltd* [2023] EWHC 3007 (Comm) at [380]-[391]. がある。

¹³⁰ McGregor2024, at 15-027.

¹³¹ この点につき、*Enfield LBC v Outdoor Plus Ltd* 判決 ([2012] EWCA Civ. 608, CA) では、被告が原告の土地を侵害して屋外広告物を設置し、これに対し原告が損害賠償を求めたという事案で、被告が土地侵害を知っていれば侵害がないように屋外広告物を設置したであろうことは考慮できないことが判示されている。 *see*, McGregor2024, at 15-050.

¹³² [1975] Ch. 408.

¹³³ *see*, McGregor2024, at 15-029.

¹³⁴ McGregor2024, at 15-031.

¹³⁵ わが国においても同様の趣旨の条文の特許法等において確認することができるが、不法行為に基づく損害賠償の観点からも説明を試みるべきではなかろうか。

ちこの財産的価値を有する自己決定権を侵害するものに他ならないということが指摘されている¹³⁶。

③プライバシー侵害 このようなライセンス料損害賠償の射程が及ぶ領域として、知的財産権侵害の事案の損害賠償においてライセンス料相当の損害賠償請求が認められる場合だけでなく、さらにプライバシー侵害としての情報漏洩の事案の損害賠償が扱われている¹³⁷。この基礎には、知的財産権侵害と同様に、被害者がプライバシー情報を情報漏洩者に提供するかどうかという自己情報コントロール権としての自己決定権侵害がその基礎にあることが、控訴院によって確認されている¹³⁸。

(7) 小括——ライセンス料損害賠償と財産権としての自己決定権

以上の通り、イギリス損害賠償法において、ライセンス料損害賠償をめぐっては **One Step** 判決によって大きな動きが生じており、その影響につき学説における議論が続けられている。そこにおいて確かなのは、**One Step** 判決によって大きな動きはあったものの、ライセンス料損害賠償の基礎となるのは損害の填補であって、また他方において、土地所有権等の侵害、知的財産権やプライバシー侵害の局面においてライセンス料損害賠償が認められることに変更はなく、この基礎には契約を締結するかどうか、情報を提供するかどうかの《財産的価値を有する自己決定権》の侵害があることである。

続いて、権利擁護損害賠償の検討に移ることにしよう。

3 権利擁護損害賠償

(1) 序——初期の判例

権利擁護損害賠償 (*vindictory damages*) については、——従来は様々な領域において議論されていたものが統合された概念である——イギリス法においても現代的で新たな損害賠償となる。

権利擁護損害賠償とは、損害発生の有無にかかわらず、(主に憲法上の) 権利が侵害されたことのみを根拠とする損害賠償であるが¹³⁹、2016年の最高裁判所判決によって否定されるに到っている¹⁴⁰。それにもかかわらず、現在においても、名誉毀損や個人情報の不正利用の局面において価値を有することが、学説によって指摘されている¹⁴¹。

¹³⁶ McGregor2024, at 15-031.

¹³⁷ McGregor2024, at 15-031.

¹³⁸ 控訴院における *Representative Claimant(Gulati) v MGN Ltd.* 判決 ([2015] EWCA Civ 1291; [2017] QB 149) では、著名人の留守番電話をマスメディアが不正な手段で入手し報道したという事案において、被害者の単なる精神的損害だけではなく、自己情報コントロール権を侵害したことに対する損害賠償請求が認容されている。see, McGregor2024, at 15-032.

¹³⁹ この意味で、損害発生 of 証明が必要とされない不法行為の事案で認められる名目的損害賠償とは違いを有している。

¹⁴⁰ McGregor2024, at 18-001.

¹⁴¹ McGregor2024, at 18-001.

権利擁護損害賠償の初期の段階では、名誉毀損による損害賠償請求訴訟において、第二次世界大戦中、陪審員なしに裁判官単独で審理がなされる場合、損害賠償額を増額するために用いられてきた¹⁴²という歴史を有する¹⁴³。

(2) カリブ諸島での憲法上の権利侵害に対する国家賠償請求事案

この権利擁護損害賠償については、その後、カリブ諸島の政府によって憲法上の権利が不当に侵害された事案にかかる枢密院司法委員会での損害賠償請求案件において増額された損害額が請求されるようになり、「権利擁護損害賠償」の語が用いられるようになった¹⁴⁴。このような憲法上の権利侵害に対して権利擁護損害賠償が認容される場合は懲罰的損害賠償と重なりを有することになり、どちらの項目 (heads) で請求するかは、択一的となる¹⁴⁵。

(3) 憲法上の権利侵害以外の事案での権利擁護損害賠償の否定

この(1)(2)で示されたような形での権利擁護損害賠償については、*R. (on the application of Lumba) v Secretary of State for the Home Department* 判決¹⁴⁶（以下「*Lumba* 判決」という）において——6対3の多数決によって——否定されることとなった。その理由づけは、権利擁護損害賠償を認めることによってイギリス不法行為法が混乱することを忌避するためであるとされている。結論として、*Lumba* 判決においては名目的損害賠償のみが認められている。

この *Lumba* 判決の判示について、2016年の連合王国最高裁判所判決である *R. (on the application of O) v Secretary of State for the Home Department (Bail for Immigration Detainees)* 判決¹⁴⁷においても、全員一致でこの結論が重ねて示された。損害賠償の項目は名目的損害賠償のみで十分であると、ここでも示されている。

(4) 個人情報の濫用事案

2016年の最高裁判決によって権利擁護損害賠償は原則として否定されることになるが、個人情報の不当開示の事案等で権利擁護損害賠償請求の重要性が引き続き学説によって議論されている。

たとえば、国際自動車連盟 (FIA) の元会長で F1 にも強い影響力を有していた著名人である原告の性癖を同意なく記事にして公表したことにつき損害賠償請求がなされた、*Mosley v News Group Newspapers Ltd* 判決¹⁴⁸では、60,000 ポンドという高額の賠償請求

¹⁴² 名誉毀損訴訟が陪審によって審理される場合は裁判官によってなされる場合と比較して損害賠償額が高額になる傾向があるが、戦時中で陪審による審理を行うことができなかったため、賠償額の上乗せとして権利擁護損害賠償が現れたという歴史を有している。

¹⁴³ McGregor2024, at 18-008.

¹⁴⁴ McGregor2021, at 18-013.

¹⁴⁵ McGregor2024, at 18-015.

¹⁴⁶ [2012] 1 AC 245.

¹⁴⁷ [2016] UKSC 19.

¹⁴⁸ [2008] EWHC 687 (QB).

が認容されているが、これには権利擁護損害賠償の要素が含まれていると指摘されている¹⁴⁹。

また、著名人の携帯電話がハックされて留守番電話の内容が新聞等で公表されたという事実関係にかかる、*Gulati v MGN* 判決¹⁵⁰では、権利擁護損害賠償に基づく請求については否定的な判示がなされた¹⁵¹。ただ、被告不法行為者のこのような事案における損害賠償の範囲は被害者の精神的損害（distress）の範囲に限られるべきだという主張に対しては、本件のような一般的に著名人が公表されたくないであろう事項の記事にかかる損害賠償請求事案では被害者の自律的な同意を欠くという趣旨で自己情報コントロール権を侵害しているというべきであると判示された¹⁵²。この判示は、ライセンス料損害賠償と重なり合いを有している¹⁵³。

最近でも、*Google LLC v Lloyd* 判決¹⁵⁴（以下「*Google* 判決」という）が現れて、自己情報コントロール権と権利擁護損害賠償、あるいはライセンス料損害賠償との関係が争われている。すなわち、Google が利用者に無断でブラウザの閲覧情報を収集して商業的に利用したとされる事案につき、1998 年データ保護法（Data Protection Act 1998）に違反するとして代表訴訟（representative actions）が提起された。1998 年データ保護法 13 条は、この法律の違反による損害あるいは精神的損害（distress）の賠償を認めている。連合王国最高裁判所によると、1998 年データ保護法 13 条が要件としているのは重大な損害あるいは精神的損害であって、単なる無許可での利用者の情報収集はライセンス料損害賠償によるべきだとして¹⁵⁵、原告の主張は認められなかった。

（5）学説による権利擁護損害賠償の整理

このような権利擁護損害賠償をめぐるイギリス法の状況については、学説によって以下の 5 点が指摘されている。

すなわち、①名誉毀損あるいはプライバシー侵害による表現がなされたことに対する金銭的損害の算定の問題とする、②名誉毀損あるいはプライバシー侵害による精神的損害の算定の問題に解消する、③名誉毀損あるいはプライバシーを侵害する表現が公表後に時間が経過して知られる場合があることを勘案すると、権利擁護損害賠償が妥当な場合がある、④個人情報の不当な公表については、金銭的価値を有する情報の無断利用として、ライセンス料損害賠償と重なり合いを有する、⑤権利擁護損害賠償の第一の機能は憲法上の権利擁護であるが、副次的に、権利侵害を抑止する機能がある。この副次的な機能は、抑止を目的

¹⁴⁹ McGregor2024, at 18-023.

¹⁵⁰ [2015] EWCA Civ 1291.

¹⁵¹ see, McGregor2024, at 18-025.

¹⁵² see, McGregor2024, at 18-027.

¹⁵³ McGregor2024, at 18-027.

¹⁵⁴ [2021] UKSC 50; [2022] AC 1217.

¹⁵⁵ [2021] UKSC 50; [2022] AC 1217 at [141].

とするという趣旨で、懲罰的損害賠償との役割分担が課題となる。権利擁護損害賠償と懲罰的損害賠償は重複して認められるべきではないという5点である¹⁵⁶。

(6) 小括

このように、イギリス法における権利擁護損害賠償については、——2016年の連合王国最高裁判所判決によって否定されてはいるものの——最近でも *Google* 判決等を素材として学説によって議論されており、今後の発展を引き続き注視すべき法領域であると思われる。

VI 現状の問題点・法改正に向けた動向等

ここまで検討してきた通り、イギリス法では損害の填補とは性質の異なる損害賠償請求の問題点について様々な議論がなされているところであり、イギリス法においても今後の課題とされている部分も大きい。

この点に関して、1997年には、法律委員会（Law Commission）によって「加算的、懲罰的、原状回復的損害賠償にかかる報告（aggravated, exemplary, restitutionary damages）」と題する報告書が公表されている¹⁵⁷。そこでは、填補を超える損害賠償についても損害の填補に基礎がおかれるべきだとの報告がなされている。ただ、政府はこの報告書に従っていない¹⁵⁸。

他方で、法律委員会の報告が徒労に終わったわけではなく、この報告書を基礎に損害の填補に基づかない損害賠償について議論が深められ、大きな成果が得られたことは既述の通りである。

さらに、イギリス法では、損害賠償とは填補に基づかないものも含まれているため、今日では、損害賠償ではなく「救済され得る結果（remediable consequence）」と呼称されるのがより正確だと説かれている¹⁵⁹。

VII 日本法への示唆

1 総括——様々なフェーズでの「利益の吐き出し」

¹⁵⁶ McGregor2024, at 18-029.

¹⁵⁷ 加算的、懲罰的、原状回復的損害賠償にかかる報告書については、<https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2015/04/LC247.pdf> から入手できる。

¹⁵⁸ <https://lawcom.gov.uk/project/aggravated-exemplary-and-restitutionary-damages/>

¹⁵⁹ McGregor2024, at 13-002.

以上、不法行為によって相手方の得た利益を吐き出させる損害賠償が認められるのはどのような場合か、損害の填補とはどのような関係を有するのか、それはどの範囲にまで及ぶのかといった問題意識に基づき、イギリス損害賠償法を調査してきた。

そこでは、加害者が得た利益に着目した損害賠償について、主に以下の3つの局面においてその議論を認めることができた。すなわち、第1に、懲罰的損害賠償の第2類型（利益計算型）の局面、第2に、利益吐き出し型損害賠償（disgorgement damages）の局面、第3に、ライセンス料損害賠償の局面である。この他、権利擁護損害賠償の局面においても重要な議論が展開されていた。このように、ひと口に利益吐き出し型損害賠償といっても、様々なタイプがあり得ることが明らかとなった¹⁶⁰。

これらを論ずるにあたっては、利益吐き出し型損害賠償の局面、ライセンス料損害賠償の局面で認められたように、土地の不法占拠事案のような、わが国では損害の填補とされているものが損害の填補に基づかない損害賠償のフェーズで議論されていたことが、特筆に値する。

このような多様な局面でのイギリス法の議論からは、以下のような示唆が得られたのではなかろうか。

2 懲罰的損害賠償の第2類型（利益計算による不法行為）は参照に値する

イギリス法における懲罰的損害賠償の局面において、懲罰的損害賠償が認められる第2類型として、加害者が利益計算のもとに不法行為に該当する行為をした場合が認められていた¹⁶¹。この場合、単に被告が商業新聞だからといってこの第2類型に該当するとはされていないが、単行本の出版につき、この第2類型に該当するとして懲罰的損害賠償を認めた判例を見いだすことができた。

そして、加害者の利益計算による懲罰的損害賠償については、名誉毀損事案だけでなく、賃料増額を目的として賃貸人が賃借人に対して不法に退去を強制する場合等においても援用可能なことが、有力な学説によって示されていた。

ただ、懲罰的損害賠償の額と加害者の得た利益の額は必ずしも相関しないため、利益吐き出し型損害賠償を懲罰的損害賠償のルートによって実現するのは、肌理の細かい解釈論ではないとも評価されていた。

¹⁶⁰ 本報告ではイギリス損害賠償法における利益吐き出し型損害賠償を調査してきたが、イギリス法においてこのテーマは原状回復法（law of restitution）においても議論されており、そこでは知的財産権や名誉・プライバシーを侵害する不法行為に加えて財産権を侵害する不法行為につき利益の吐き出しが認められている。

¹⁶¹ イギリス法のニュアンスとしては、懲罰的損害賠償が認められる場合をこのような事案類型に制限するといった趣旨を看取できる。

他方でまた、わが国における使用者責任のような代位責任では、懲罰的損害賠償の抑止機能が十分に果たされないのではないかという懸念¹⁶²も示されていた¹⁶³。

3 利益吐き出し型損害賠償（disgorgement damages）

また、不法行為に基づく利益吐き出し型損害賠償については、様々な大法官裁判所に淵源を有する制度を仮借する議論の他¹⁶⁴、加害者が故意による利益計算のもとで不法行為を行った場合、損害概念を再検討することによって不法行為に基づく利益吐き出し型損害賠償を認めた判例が注目に値する¹⁶⁵。

このような損害概念の再検討による利益の吐き出しは、わが国における土地の不法占拠事案での賃料相当額の損害賠償と相通じる親和性を有しており、わが国の不法行為に基づく損害賠償請求においても可能な基盤がすでに存在していると解すべきではなかろうか。この場合、従来の損害の填補概念との摺合せも一定程度必要となろうが、以下で述べる通り、この点のハードルもクリア可能と思料する。

4 ライセンス料損害賠償——損害の填補概念の齟齬

このように、わが国における従来の伝統的な損害填補概念とイギリス法における損害填補概念とでやや不一致が見られる領域として、ライセンス料損害賠償を挙げることができる。わが国においても損害の填補として問題なく認められている土地の不法占拠事案における賃料相当額の賠償が、イギリス法では填補に基づかない損害賠償請求であるライセンス料損害賠償と位置づけられていたからである。

つまり、土地の不法占拠による賃料相当額の賠償請求は、土地所有者の＜財産的価値を有する＞自己決定権を侵害するものとして損害賠償請求が認容されていたのである。そして、この財産的価値を有する自己決定権侵害による損害賠償は、被害者に発生した損害を填補するという損害賠償法の理念と相反するものではないとされていた。やはり、この面からも、損害の填補概念の再構成が必要となる¹⁶⁶。

5 損害概念とその評価・利益の吐き出し

¹⁶² この点につき、ユーチューバーと Google 社との間に使用関係（民法 715 条）が認められるかどうかは明らかではないが、一定の参考となろう。

¹⁶³ その他、原告が死亡した場合はもはや懲罰的損害賠償を請求できないとする規定があるが、学説からは疑問が示されていた。

¹⁶⁴ イギリス原状回復法における不法行為による原状回復の議論を参照すると、知的財産権侵害やプライバシー侵害によるものに加えて、財産権を侵害する不法行為につき利益の吐き出しが認められている。

¹⁶⁵ ただし、この規律は不法行為者が故意による利益計算を行った場合に限定される。

¹⁶⁶ 以上の他、権利擁護的損害賠償も重要な法領域ではあるが、イギリス法でこれを否定する最高裁判決が現れたこともあり、引き続き注視が必要である。

イギリス法におけるライセンス料損害賠償の議論に見られた通り、わが国における土地の不正利用の場合の賃料相当額の損害賠償のように問題なく承認されている損害賠償の中にも、イギリス法の観点からは損害の填補との関係で議論されているものが見いだされた。これに関連して、イギリス法において、アメリカ法をも参照しつつ、損害概念の再構成によって利益吐き出し型損害賠償の採用が可能なことが、イギリス最高峰の損害賠償法の体系書によって承認されている。

これまでわが国の議論において、損害概念の再構成によって不法行為による利益吐き出し型損害賠償の可能性を主張する立場¹⁶⁷に対しては、厳しい批判がなされてきた¹⁶⁸。

しかしながら、要件としての損害概念は法技術的意味に乏しいことが、——平井宜雄博士の立場を含めて——かねてより重ねて主張されている¹⁶⁹。

また、損害概念を事実状態の差と定義し、それを金銭的に評価し、規範的な観点から把握すると解するとしても¹⁷⁰、そこにはやはり評価的な契機が発生するのではなかろうか。そのように考えると、——イギリス法において損害概念は必ずしも厳密に定義されておらず、わが国の損害概念も決して強固な基盤を有するものではないため——、損害の評価として加害者が取得した利益の額を損害賠償額の算定にあたって斟酌することも、必ずしも不適切ではないように思われる。

6 日弁連による立法提言

以上のようなイギリス法の調査から得られた示唆に鑑みると、民法 709 条 2 項を新たに設け、「裁判所は加害者が違法行為で収益を得ている場合には、その収益の全額又は一部を含めて損害賠償額を定めることができる」とする提案（日弁連案）も、あながち否定すべき方向性ではないと思われる。

ただし、一律すべての不法行為類型に利益吐き出し型損害賠償を認めるには躊躇も感じる。イギリス不法行為法においては、様々な不法行為類型（torts）・損害賠償（damages）の中で加害者の利益の吐き出しが議論されており、そのような詳細な検討なしに利益の吐き出し型損害賠償を認めることは適切とは思料されないからである。本報告は主にイギリス損害賠償法の観点から調査を行ったが、イギリス原状回復法では、知的財産権や名誉・プライバシーを侵害する不法行為の他、財産権を侵害する不法行為につき利益の吐き出しが認められている。

このような観点からは、利益吐き出し型損害賠償が認められる不法行為類型、あるいは損害賠償の要件を詳細に詰める必要があるのではなかろうか。イギリス法を参照すると、検討

¹⁶⁷ 窪田「不法行為と制裁」688 頁。

¹⁶⁸ 潮見佳男『不法行為法 I』（信山社、第 2 版、2009 年）53 頁、潮見『債権各論 I』325 頁。

¹⁶⁹ この点については、拙稿「交渉的損害賠償」43 頁参照。

¹⁷⁰ 潮見佳男「不法行為における財産的損害の『理論』——実損主義・差額説・具体的損害計算」法曹時報 63 巻 1 号（2011 年）1 頁。

候補となるのは、たとえば、知的財産権、名誉・プライバシーを侵害する不法行為や財産権を侵害する不法行為を挙げることができる。とりわけ、財産権を侵害する不法行為については、不法行為法の機能を権利擁護（権利の価値代替物）とする議論¹⁷¹とも整合性を図れるのではなかろうか。

7 結語と残された課題

以上、本報告の調査結果として、不法行為に基づく利益吐き出し型損害賠償をわが国において採用できるかどうかについては、イギリス法の調査からは可能な方向で評価できると思料する。

ただ、イギリス法において不法行為に基づく利益吐き出し型損害賠償を認めるにあたっては、不法行為法の機能として、抑止が極めて重視されている。

わが国においても、近時、不法行為法の機能として損害の填補だけではなく抑止を強調する見解が現れているところ¹⁷²、これをどこまで敷衍することができるのであろうか。

つまるところ、懲罰的損害賠償あるいは利益吐き出し型損害賠償が認められるかどうかは、不法行為法の機能をどのように解するかという課題に帰着すると思われる¹⁷³。

不法行為法の機能にかかる議論の発展に、引き続き注視すべきである。

¹⁷¹ 長野史寛『不法行為責任内容論序説』（有斐閣、2017年）（初出は2012年～2015年）245頁以下、同「不法行為法における責任内容確定規範の考察」私法76号（2014年）183頁も参照。

¹⁷² 小塚莊一郎＝森田果「不法行為法の目的——『損害填補』は主要な制度目的か」NBL874号（2008年）10頁。

¹⁷³ 不法行為法の機能につき、前掲の小塚＝森田論文があるほか、抑止が重要であることは2024年度の私法学会においても議論がなされた。大塚直「総括——科学技術の発展に伴う多様なリスクと不法行為法」NBL1272号（2024年）57頁参照。

第3章 ドイツ

京都大学 長野史寛

I 調査の概要——ドイツ不法行為制度の概要

本節では、ドイツの不法行為制度の特徴のうち、特に本調査の目的にとって重要なものを概観する¹。

1. 目的

不法行為による損害賠償の目的は、損害の填補にあるとするのが通説である²。

これに対し、加害の予防ないし抑止は、損害填補によりもたらされる副次的な目的として位置づけるのが伝統的な見解だった³。

しかし、最近では、加害の抑止を損害填補と並ぶ固有の目的としてその意義を重視する見解がかなり有力となっている⁴。判例も、まさに本調査の対象である利益吐出しまたはそれに関連する文脈において、知的財産権ないし人格権の侵害の実効的な抑止の必要性を正面から強調している⁵。

2. 構成要件

民法中の不法行為に基づく損害賠償請求権の根拠規定は、3つの柱からなる。すなわち、絶対権侵害を要件とする民法 823 条 1 項、保護法規違反を要件とする同条 2 項および故意の良俗違反を要件とする同法 826 条がそれである。

以上の他に、民法以外の特別法中に不法行為に基づく損害賠償請求権の発生を定める規定が置かれている例も多数に上る。本稿に関連するものだけでも、各種知的財産法中の規定（特許法 139 条 2 項、実用新案法〔Gebrauchsmustergesetz〕24 条 2 項、商標法

¹ 邦語によるドイツの不法行為法の包括的な解説として、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）、ハイン・ケッツ＝ゲルハルト・ヴァーグナー（吉村良一＝中田邦博監訳）『ドイツ不法行為法』（法律文化社・2011年）がある。

² *Hartmut Oetker*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (以下「MüKoBGB/執筆名」で引用) Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 8. Aufl. (2019) BGB § 249 Rn. 8; *Hermann Lange/Gottfried Schiemann*, Schadensersatz, 3 Aufl. (2003) S. 9 ff. 等参照。

³ *Karl Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts Band 1 Allgemeiner Teil, 14. Aufl. (1987) S. 423.

⁴ MüKoBGB/*Wagner*, BGB Vor § 823 Rn. 48 ff.; *André Janssen*, Präventive Gewinnabschöpfung (2017) S. 103 ff.; *Thomas Dreier*, Kompensation und Prävention (2002), *Klaus Schlobach*, Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes (2004) *Reinhard Möller*, Das Präventionsprinzip des Schadensrechts (2006) 等。

⁵ BGH, Urteil vom 15.11.1994, BGHZ 128, 1 – Caroline von Monaco I; BGH, Urteil vom 2.11.2000, GRUR 2001, 329 – Gemeinkostenanteil.

〔Markengesetz〕14条6項、著作権法97条2項、意匠法〔Designgesetz〕42条2項、半導体保護法〔Halbleiterschutzgesetz〕9条1項、品種保護法〔Sortenschutzgesetz〕37条2項、不正競争防止法9条、競争制限禁止法33条、営業秘密保護法10条などが挙げられる。

3. 賠償の方法

不法行為の成立要件を充たす場合、損害賠償の方法は、民法上、原状回復によるのが原則とされている（民法249条1項）。もっとも、身体への侵害または物の毀損の場合には、被害者はそれに代えて原状回復に必要な費用の賠償を請求することができる（同条2項第1文）。また、原状回復が不可能または不相当な費用を要する場合には、金銭賠償が認められる（同法251条）。

もっとも、実際上は、以上の原則と例外が逆転し、原則として金銭による賠償が用いられている。これは、身体または物への侵害の場合、被害者はほぼ常に民法249条2項による原状回復費用の賠償を請求し、その他の場合には原状回復が不可能であるために同251条1項による金銭賠償が認められる場合がほとんどであることによる⁶。

4. 賠償されるべき損害

不法行為の成立要件が充たされた場合、それに基づいて賠償されるべき損害は、原則として財産的損害に限られる。

これに対し、非財産的損害の賠償は、法律に特別の定めがある場合に限り認められる（民法253条1項）。そうした定めとして、同条2項は、身体、健康、自由または性的な自己決定の侵害の場合を対象とする⁷。また、特別法中にもそうした規定は多数存在する。本稿に関連する範囲では、著作権97条2項第4文、営業秘密保護法10条3項が挙げられる。

さらに、後にも触れるように、いわゆる一般的人格権の侵害による非財産的損害については、法律の定めがないにもかかわらず、一定の要件の下で基本法1条および2条1項を直接の根拠とする補償（Entschädigung）を認める判例法理が確立している。

5. 賠償の範囲

損害賠償の範囲に関しては、完全賠償の原則が妥当する。これは、一般に、上述の民法249条1項から導かれると解されている⁸。

そのコロラリーとして、第1に、損害賠償によって被害者が逆に利得を得てはならないという利得禁止の原則が導かれる⁹。もっとも、これについては、後に説明する侵害者利益基準による損害算定に見られるように、一定の場面では相対化されている。第2に、加害者

⁶ Clemens Höpfner, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (以下「Staudinger/執筆者名」と引用) Buch 2 §§ 249-254 (Schadensersatzrecht), Neubearbeitung 2021, BGB § 249 Rn. 181.

⁷ その他の民法上の規定として、651n条2項および844条3項がある。

⁸ Staudinger/Höpfner, BGB § 249 Rn. 1.

⁹ MüKoBGB/Oetker, BGB § 249 Rn. 20.

の非難可能性の程度によって責任の内容が左右されることはないという形で、責任の段階化の否定が導かれている¹⁰。

II 利益吐出し型損害賠償制度又は類似の制度及びその構成

本節では、民法上の一般的な諸制度のうち利益吐出しに関連しうるものを取り上げて、それらにより利益吐出しを認めることがそもそも、またいかなる範囲で可能かを概観する。

1. 不法行為

不法行為に基づく損害賠償については、上述のように、利得禁止原則が妥当する。その帰結として、被害者の逸失利益とは無関係に侵害者の得た利益を被害者に返還することを、不法行為に基づく損害賠償として請求することはできないのが原則である。

もっとも、以上の例外として、知的財産権侵害をはじめとする一定の場面については、損害算定の1つの方法として侵害者利益を基準とすることを認める判例法理が確立している。これについては、次節で取り上げる。

2. 不当利得（侵害利得）

侵害者が他人の権利を侵害することにより利益を取得した場合には、その受益について権利者が不当利得（侵害利得）返還請求権（民法812条1項第1文第2肢）を行使することが考えられる。

(1) 沿革・趣旨

侵害利得において、利得の不当性の基礎をどこに見出すかについては、かつて盛んに議論された。1934年に類型論を提唱した論者は、侵害利得の不当性の根拠を、当該利得が権利（ないし法的地位）による財貨割当に抵触していることに見出す見解（いわゆる割当内容説）を打ち出した¹¹。これに対して、その後、侵害された権利ではなく侵害行為に着目し、その態様の違法性に不当性の基礎を見出す見解（いわゆる違法性説）も一部に説かれるようになった¹²。

もっとも、とりわけ有体物の添付の場面に明らかなように、行為の違法性を規準に侵害利得の成否を決めるという発想は、少なくともそのままの形で貫くことはできない¹³。そのた

¹⁰ Staudinger/Höpfner, BGB § 249 Rn. 3.

¹¹ Walter Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht (1934).

¹² Horst Heinrich Jakobs, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (1964), Christof Kellmann, Grundsätze der Gewinnhaftung (1969), Jan Wilhelm, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung (1973) 等。

¹³ Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II Besonderer Teil 2. Halbband,

め、違法性説を標榜する論者らもその実質においては割当内容説への接近を見せ、現在では割当内容説、あるいはそれと実質において大差ない立場が支配的となっている¹⁴。

(2) 要件

割当内容説によると、侵害利得返還請求が認められるためには、侵害者が利益を取得していることと、その受益が権利者の有する権利の割当内容に抵触していることが必要である。

問題は、侵害利得の成立をもたらす割当内容がいかなる範囲の権利について認められるかである。これについては諸説があるが¹⁵、支配的な見解は、市場における利用可能性の有無を基準とする¹⁶。本調査と関連する範囲について言えば、知的財産権を含む財産権の他、人格権の財産的構成部分や、不正競争防止法上の補完的成果保護の対象となる法的地位については、一般に割当内容が認められている。

(3) 効果

a. 原則

侵害利得返還請求の要件を充たす場合、返還の対象は、現物返還が可能な場合にはその現物である。しかし、(利益吐出しが問題となる場合は通常そうであるが) 侵害者の取得した利益が有体物でない場合には、現物返還は初めから不可能である。そして、現物返還が不可能な場合に何が返還の対象となるかに関しては、見解が分かれている。これは、権利による割当の対象をどのように捉えるかの違いに由来する。

少数説は、権利の行使可能性それ自体にとどまらず、その行使によって得られた成果をも割当の対象に含める(主観的価値説)¹⁷。これによると、侵害者が他人の権利を行使することによって得た利益が返還の対象となり、侵害利得による利益吐出しが肯定されることになる。

しかし、通説は、権利による割当の対象は権利の行使可能性(あるいは、権利行使による成果獲得の機会)それ自体にとどまると解している(客観的価値説)¹⁸。そこでは、権利行使によって実際に得られた成果は行為者の努力や才覚に由来すると捉えられるわけである。

13. Aufl. (1994) S. 169.

¹⁴ BGH, Urteil vom 30.1.1987, BGHZ 99, 385; MüKoBGB/Schwab, BGB § 812 Rn. 295; Hartwig Sprau, in: Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch, 83. Aufl. (2024) (以下「Grüneberg/執筆者名」として引用) BGB § 812 Rn. 40 等多数。

¹⁵ 議論状況につき、村田大樹「侵害利得論における『割当内容をもつ権利』の判断構造」同法 60 巻 7 号 611 頁 (2009 年) 参照。

¹⁶ MüKoBGB/Schwab, BGB § 812 Rn. 299 ff. 参照。

¹⁷ Wilburg, a.a.O., S. 122 ff.; Hans-Georg Köppensteiner, Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes (II), NJW 1971, S. 1769; Hartmut Reeb, Grundprobleme des Bereicherungsrechts (1975) S. 97 ff.; Hans-Georg Köppensteiner/Ernst A. Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. (1988) S. 155 ff.; Josef Esser/Hans-Leo Weyers, Schuldrecht II/2, 8. Aufl. (2000) S. 103 ff.; Harm Peter Westermann, in: Erman BGB I, 10. Aufl. (2000) BGB § 818 Rn. 16 ff.

¹⁸ Ernst von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: ders., Gesammelte Schriften I (1968) S. 232 f.; Grüneberg/Sprau, BGB § 818 Rn. 19; Christiane Wendehorst, in: BeckOK BGB, 72. Edition (2024) (以下「BeckOK BGB/Wendehorst」として引用) BGB § 818 Rn. 27; Staudinger/S. Lorenz, BGB § 818 Rn. 26 等。もっとも、この見解を純粋な形で維持する見解は、現在の学説上はむしろ少数となっている。詳しくは、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 622 頁 (2017 年) 参照。

判例もまた、この通説と同じ立場をとっている¹⁹。したがって、侵害利得に基づく利益吐出しは、一般的には認められないことになる。

b. 例外

ただし、例外的に、権利行使によって得られた成果についての返還請求が認められている場面もある。

(a) 無権利者による有効な処分（民法 816 条 1 項）

第 1 に、無権利者が目的物について処分をし、その処分が（善意取得等の原因により）有効となった場合である。この場合、民法 816 条 1 項によると、処分者は権利者に対し「処分によって得たもの（das durch die Verfügung Erlangte）」を返還すべき義務を負う。これは、処分によって取得した対価を意味するものと解するのが判例²⁰および通説²¹である。そこでは、文言解釈としての自然さや、次に見る代償請求権の場合との類似性などが理由とされている。

ただし、これに対しては、無権利者が有効な処分によって得た対価についてのみその他の場合と異なる扱いをすべき理由がないなどとして、この場合にも返還の対象は目的物の客観的価値相当額に限られるとする有力な少数説も存在する²²。

(b) 悪意の利得者の加重責任（民法 818 条 4 項、819 条 1 項）

第 2 に、不当利得の受益者は、訴訟係属後において（民法 818 条 4 項）、または悪意である場合（同 819 条 1 項）、「一般原則（allgemeine Vorschriften）」による責任を負うとされている（同 818 条 4 項）。そして、判例²³および通説²⁴によれば、ここに言う一般原則には、次に見る代償請求権に関する民法 285 条も含まれる。その結果、悪意の受益者については、代償請求権の場合と同様、取得した利益が返還の対象となるとの帰結が導かれる。

もっとも、この扱いが実際にどこまで妥当するのかは明確でない。例えば、次節で取り上げる *Caroline von Monaco I* 判決の事案につき、ある学説は、以上の扱いによって侵害利得による利益吐出しを無理なく認めることができるとする²⁵。しかし、この判決自体はそのような扱いをしておらず、学説上も、そうした扱いの可能性について批判的な見解が存在する²⁶。

3. 代償請求権

物の売主が同一の目的物を二重譲渡することによって利益を取得したような場合には、

¹⁹ RG, Urteil vom 3.5.1935, RGZ 147, 396; BGH Urteil vom 27.2.1952, BGHZ 5, 197; BGH, Urteil vom 7.1.1971, BGHZ 55, 128 等多数。

²⁰ BGH, Urteil vom 8.1.1959, BGHZ 29, 157 等多数。

²¹ Grüneberg/*Sprau*, BGB § 816 Rn. 10; *Dieter Reuter/Michael Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung (1983) S. 321 ff. 等。

²² MüKoBGB/*Schwab*, BGB § 816 Rn. 44 ff.

²³ BGH Urteil vom 11.10.1979, BGHZ 75, 203.

²⁴ Grüneberg/*Sprau*, BGB § 818 Rn. 52; BeckOK BGB/*Wendehorst*, BGB § 818 Rn. 84; Staudinger/*S. Lorenz*, BGB § 818 Rn. 50; *Larenz/Canaris*, a.a.O., S. 315.

²⁵ *Claus-Wilhelm Canaris*, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag (1999) S. 91 ff.

²⁶ *Tobias Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem (2007) S. 112 ff. 等。

第一譲受人の代償請求権（民法 285 条）²⁷によって利益吐出しが認められる可能性がある。

(1) 概要

民法 285 条によると、債務の履行が不能となったのと同じ原因によって、債務者が債務の目的であった客体について代償を取得した場合、債権者は代償として受領したものの引渡しまたは債権の移転を請求することができる。

(2) 効果

ここで返還の対象とされる、代償として受領したものとは、二重譲渡の場合、第二譲渡により取得した対価を指すとするのが判例²⁸および通説²⁹である。その根拠として、条文の文言との整合性の他、契約違反を抑止すべきことが挙げられる³⁰。ただし、債権者の被った損害の額が上限となるとする見解も有力である³¹。

(3) 射程

代償請求権が認められるためには、債務の目的であった客体と得られたものとの間に、後者が前者の代償と言えるような同等性が必要とされる³²。二重譲渡の場合以外にこれが認められる場合は、實際上あまり多くない。

4. 準事務管理

さらに、他人の権利を行使して利益を取得する行為は、いわゆる準事務管理（*unechte Geschäftsführung ohne Auftrag; Geschäftsanmaßung*）（民法 687 条 2 項）に該当する可能性がある。

(1) 運用実態

もっとも、準事務管理は実務上ほとんど機能していないと言われており³³、これを直接適用した判例もきわめて少ない。これは、他人の所有物の無権限処分については上述の民法 816 条 1 項が存在し、その他の適用場面として主に考えられる知的財産権侵害については、後述する判例法理によって損害賠償の枠内で利益吐出しが認められていることによる。したがって、以下では、学説を中心に議論状況を概観する。

(2) 性質

²⁷ これについては、田中宏治『代償請求権と履行不能』（信山社・2018 年）を参照。

²⁸ BGH, Urteil vom 23.12.1966, BGHZ 46, 260; BGH, Urteil vom 11.10.1979, BGHZ 75, 203.

²⁹ Grüneberg/*Grüneberg*, BGB § 285 Rn. 9; MüKoBGB/*Emmerich*, BGB § 285 Rn. 22 f., 30; *Christoph Benicke/Christian Grebe*, in: Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (以下「Soergel/執筆者名」と引用) Band 3-2 Schuldrecht 1-2 (§§ 243-304), 13. Aufl. (2014) BGB § 285 Rn. 63.

³⁰ Soergel/*Benicke/Grebe*, BGB § 285 Rn. 63.

³¹ *Manfred Löwisch*, Herausgabe von Ersatzverdienst. Zur Anwendbarkeit von § 285 BGB auf Dienst- und Arbeitsverträge, NJW 2003, 2049; *Staudinger/Caspers*, BGB § 285 Rn. 41.

³² MüKoBGB/*Emmerich*, BGB § 285 Rn. 24 ff.

³³ *Helms*, a.a.O., S. 119.

民法上、準事務管理は、その名前が示すように、事務管理の特殊形態として位置づけられている。これは、ローマ法や普通法の沿革に由来するものであり、また、他人の事務を行った者が悪意であったことを理由に事務管理規定の適用を免れるのは妥当でないとの実質的考慮に基づくものだった³⁴。

もっとも、民法制定後の議論においては、他人の利益を図る行為を対象とする通常的事務管理と、自己の利益のためにする他人の権利の侵害を対象とする準事務管理とは全く異質のものであることが認識されるようになった。そのため、現在では、準事務管理を事務管理法の中に位置づけるのは適切でないという理解が広く共有されている³⁵。

その上で、それでは準事務管理の法的性質をどう捉えるべきかについては、不法行為の特殊形態とするもの³⁶、不当利得（侵害利得）の一場面とするもの³⁷、不法行為と不当利得の双方を補完する固有の制度とするもの³⁸、擬制信託とするもの³⁹など、多様な見解が主張されている。

(3) 要件

民法 687 条 2 項によると、準事務管理の成立要件は、他人の事務を、その権限がないと知りながら、自己の事務として行うことである。侵害者が得た利益を権利者もまた得られた可能性があることは、必要でない⁴⁰。

a. 他人の事務

「他人の事務」の要件は、通常的事務管理の場合にならって設けられたものである。しかし、準事務管理と通常的事務管理との異質性が認識されるにつれて、「他人の事務」要件についても、通常的事務管理におけるその要件とは切り離して固有の解釈を採用すべきだと考えられるようになった⁴¹。

そうした固有の解釈として「他人の事務」をどう解するかは、上述した準事務管理の性質決定に関する態度決定に左右されるものの、一般的には侵害利得の議論に依拠し、割当内容を有する権利の行使に当たる行為が準事務管理における他人の事務に当たるとされることが多い⁴²。

b. 自己の事務として

³⁴ 民法 687 条 2 項の立法過程を詳しく紹介する邦語文献として、花本広志「ドイツ法における利益引渡責任（Gewinnhaftung）——ドイツ民法 687 条 2 項・816 条 1 項・818 条 1 項・2 項・951 条の成立史から——」『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）193 頁以下、198 頁以下がある。

³⁵ MüKoBGB/F. Schäfer, BGB § 687 Rn. 5; Helms, a.a.O., S. 127 ff.

³⁶ Manfred Wenckstern, Die Geschäftsanmaßung als Delikt – Eine Rück und Neubestimmung –, AcP 200 (2000) 240, 263 ff.

³⁷ v. Caemmerer, a.a.O., S. 236; Ingo Reichard, Negotium alienum und ungerechtfertigte Bereicherung. Zur Entbehrlichkeit des § 687 Abs. 2 BGB, AcP 193 (1993) 567.

³⁸ Hans Carl Nipperdey, Die Eingriff in schuldrechtlich festgelegte Interessensphären und § 687 Abs. 2 BGB in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm (1965) 163, 165; Benjamin Raue, Die dreifache Schadensberechnung. Eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Immaterialgüter-, Lauterkeits- und Bürgerlichen Recht (2017) S. 402.

³⁹ v. Caemmerer, a.a.O., S. 236; Staudinger/Bergmann, BGB § 687 Rn. 12.

⁴⁰ RG, Urteil vom 11.10.1932, RGZ 138, 45; Staudinger/Bergmann, BGB § 687 Rn. 46.

⁴¹ Staudinger/Bergmann, BGB § 687 Rn. 15.

⁴² MüKoBGB/F. Schäfer, BGB § 687 Rn. 16; Alexander Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip (2008) S. 500 ff.

以上のような他人の事務を「自己の事務として」行うとは、権利者ではなく自己の利益を図る目的で行うことを言う。

c. 悪意

その際、侵害者は、当該行為が他人の事務に属すること（すなわち、他人の権利の侵害であること）と、それを行う権限を自らが有しないことについて、悪意でなければならない。無権限であるとの法的評価についての認識をも要すると解されている⁴³。

(4) 効果

a. 権利者の選択権

以上の要件を充たす場合でも、当然に準事務管理としての効果が生じるわけではない。むしろ、権利者は、準事務管理としての扱いと、不法行為や不当利得をはじめとする一般的な規律による扱いのいずれかを選択することができる。

b. 利益の返還

権利者が準事務管理としての扱いを選択した場合、権利者は侵害者に対し、侵害行為によって得た利益の返還を請求できる（民法 687 条 2 項第 1 文、681 条第 2 文、667 条）。次に見る費用償還請求権との関係上、ここに言う利益は、費用を控除しない総利益を意味する⁴⁴。

c. 費用償還請求権

他方、侵害者は、権利者が以上の請求をした場合には、利益の取得のために要した費用につき、権利者に対して償還を請求することができる（民法 687 条 2 項第 2 文、684 条第 1 文）。その際に控除が認められる費用の範囲については、一般に、知的財産権侵害に基づく損害賠償に関する判例法理と同じ議論が妥当すると解されているため、それに関する次節の説明に委ねる。

d. 配分の可能性

侵害者が得た利益につき、権利者の権利以外の要素が寄与している場合には、それらの要素の帰属主体との間で侵害者利益の配分が行われるべきかが問題となる。この点、第三者の権利が同時に侵害され、それが侵害者利益に寄与している場合には、権利者と当該第三者との間でそうした配分が行われるべきことに、概ね見解の一致がある。これに対し、侵害者自身の寄与が認められる場合については、配分結果の合理性を重視してこれを肯定する見解と、侵害の抑止を重視してこれを否定し、侵害者の寄与が費用と認められる限度でのみ費用償還請求権を認めれば足りるとする見解とが対立している⁴⁵。

III 利益吐出し型損害賠償制度又は類似制度が適用される不法行為等の範囲

本節では、特定の法益や場面について利益吐出しの効果を認める法理や制度を取り上げ

⁴³ Staudinger/*Bergmann*, BGB § 687 Rn. 37.

⁴⁴ MüKoBGB/*F. Schäfer*, BGB § 687 Rn. 38; *Helms*, a.a.O., S. 193 f.

⁴⁵ 議論状況につき、MüKoBGB/*F. Schäfer*, BGB § 687 Rn. 38; *Helms*, a.a.O., S. 202 ff.; *Raue*, a.a.O., S. 503 ff. 参照。

る。そこでの対象はやや広めにとり、契約責任や公法上の制度をも対象に含める。

そのような法理ないし制度は、吐出しの相手方に応じて、侵害を受けた権利者自身に対する利益吐出し（１）と、国庫に対する利益吐出し（２）に大別される。

1. 権利者に対する利益吐出し

(1) 知的財産権侵害に基づく損害賠償

a. 沿革

(a) 判例による3つの損害算定方法の法理の確立

ア 内容

知的財産権侵害に基づく損害賠償について、判例は、かねてからいわゆる3つの損害算定方法（dreifache Schadensberechnung）の法理を確立してきた⁴⁶。それによると、知的財産権を侵害された者は、それによる損害の算定に際して、以下のいずれかを選択して基準とすることができる。第1に、権利者自身の逸失利益であり、これは損害賠償の一般原則どおりである。第2に、仮定的な実施契約に基づく実施料相当額である。第3に、侵害者がその侵害行為によって取得した利益の額である。

イ 射程——対象となる法益

以上の算定方法は、当初は著作権について採用され⁴⁷、その後すぐに特許権⁴⁸および実用新案権⁴⁹にも同趣旨の判決が出された。商標権については、判例は当初否定的であったものの⁵⁰、後にやはり3つの損害算定方法の適用を肯定した⁵¹。

ウ 立法者の反応——1965年著作権法・1974年意匠法

以上のように、判例上、ほとんどの知的財産権について3つの損害算定方法が確立したのを受け、立法者もその一部を明示的に追認した。すなわち、1965年著作権法（97条1項第2文）および1974年意匠法（14a条1項第2文）において、「被害者は、損害賠償に代えて、侵害者が模倣またはその拡散によって得た利益の返還および当該利益についての収支計算を請求することができる」という規定が導入されたのである。これは、侵害者利益基準による算定方法について判例法理を明文化する趣旨にとどまるとされている⁵²。

(b) 低迷期

⁴⁶ この判例法理が展開される過程につき、詳しくは、田村善之『知的財産権と損害賠償 [第3版]』（弘文堂・2023年）63頁以下参照。この判例法理に言及する邦語文献は、他にも多数存在する。例えば、飯塚卓也「特許権侵害を理由とするドイツにおける損害賠償請求制度」高林龍編『知的財産権侵害と損害賠償』（成文堂・2011年）215頁以下、加藤志麻子「ドイツの特許訴訟における損害賠償の現状」『損害賠償論——更なる研究——』別冊パテント18号（2017年）100頁以下、鈴木将文「侵害者利益と損害賠償に関する覚書——特許権侵害の観点から」『加藤雅信先生古稀記念 21世紀民事法学の挑戦 下巻』（信山社・2018年）673頁以下、683-684頁、潮海久雄「特許権侵害の損害賠償——ドイツ法からの示唆——」日本工業所有権法学会年報41号（2018年）113頁以下等。

⁴⁷ RG, Urteil vom 8.6.1895, RGZ 35, 63 – Ariston.

⁴⁸ RG, Urteil vom 31.12.1898, RGZ 43, 56 – Vergärung von Maische; RG, Urteil vom 3.2.1909, RGZ 70, 249 – Patentverletzung.

⁴⁹ RG, Urteil vom 11.1.1902, RGZ 50, 111 – Regenrohrsiphon.

⁵⁰ RG, Urteil vom 30.11.1900, RGZ 47, 100 – Likör; RG, Urteil vom 24.6.1904, RGZ 58, 321 – Klosettpapier.

⁵¹ BGH, Urteil vom 24.2.1961, BGHZ 34, 320 – Vitasulfat.

⁵² BT-Drs. IV/270, 103; Janssen, a.a.O., S. 302.

ア 低調な利用実態

以上のように、3つの損害算定方法自体は比較的早い時期に判例上確立した。しかし、そのうち第3の算定方法、すなわち侵害者利益基準については、2000年代に入るまで、原告である権利者が実際にこの方法を選択することは例外的だった。むしろ、実務上用いられてきたのは、圧倒的に実施料相当額基準だったと言われている⁵³。

イ その原因

学説の分析によると、その主な原因は、当時用いられていた侵害者利益の算定方法にある⁵⁴。

まず、侵害者利益とは侵害者が得た総売上から費用を控除した額と捉えられるところ、そこで控除の対象となる費用の範囲に関しては、いわゆる全部原価計算 (*Vollkostenrechnung*) の方式が前提とされていた⁵⁵。これによると、侵害行為に要する可変費用のみならず、侵害行為とは無関係の一般費用についても割合的に費用として控除することが認められていた。

さらに、そのようにして算定された侵害者利益のうち、権利侵害に由来すると認められる割合を確定する際にも、侵害者側の寄与が容易かつ広範に認められていた。具体的には、侵害者の市場における地位、広告や価格設定のあり方といった事情が、侵害者側の寄与として、権利者に返還されるべき利益の割合を縮減する方向で考慮されていた。

(c) パラダイム転換

以上のような状況に大きな変化をもたらした画期的な判決が、2000年に下された *Gemeinkostenanteil* 判決⁵⁶である。同判決は、前提として、侵害者利益基準による算定方式が、知的財産権の侵害を抑止する目的を有することを強調する。

その上で、まず控除すべき費用の範囲に関して、これを可変費用に限定し、一般費用に関しては、原則として控除を否定した。ただし、例外として、侵害行為に直接的に帰属させることができるものについては、可変費用と同様に控除が認められる。これは、一般に、従来の全部原価計算に代えて部分原価計算 (*Teilkostenrechnung*) の方式を採用したものと評されている⁵⁷。

さらに、侵害者利益の配分に関しても、同判決は従来の扱いを権利者に有利に変更した。すなわち、侵害者による寄与を、侵害製品それ自体に反映したものとそれ以外のものとに区別し、後者（侵害者の市場における地位、広告や価格設定のあり方といった事情が含まれる）の寄与は配分に際して考慮すべきでないとしたのである。

Gemeinkostenanteil 判決は、意匠権に関する事案に関するものだった。もっとも、同判決が示した以上の法理は、それに続く判例によって、その他の知的財産権にも広く適用されるようになった⁵⁸。その結果として、実務における侵害者利益基準の利用頻度も同判決以前

⁵³ Helms, a.a.O., S. 249; Janssen, a.a.O., S. 316.

⁵⁴ Helms, a.a.O., S. 243 f.; Janssen, a.a.O., S. 319 ff.

⁵⁵ BGH, Urteil vom 29.5.1962, GRUR 1962, 509 – Diarrähmchen II; BGH, Urteil vom 13.7.1973, GRUR 1974, 53 – Nebelscheinwerfer.

⁵⁶ BGH, Urteil vom 2.11.2000, BGHZ 145, 366 – Gemeinkostenanteil.

⁵⁷ Janssen, a.a.O., S. 330 f.

⁵⁸ BGH, Urteil vom 7.2.2002, NJW 2002, 3248 – Unikatrahmen (著作権); BGH, Urteil vom 6.10.2005, GRUR 2006, 419 – Noblesse (商標権); BGH, Urteil vom 27.2.2007, GRUR 2007, 773 – Rohrschweißverfahren (特許権).

に比べて格段に上昇したと言われる⁵⁹。

(d) 知財エンフォースメント指令とその国内法化

ア 知財エンフォースメント指令

EU では、域内における知的財産権の実効的保護とそれによる域内市場の機能促進を目的として、2004 年にいわゆる知財エンフォースメント指令⁶⁰が制定された。損害賠償に関しては、13 条が次のように定めている。

「(1) 加盟国は、裁判所が、被害者の請求に応じて、自らの侵害行為を知りまたは合理的に見て知るべきであった侵害者が、権利者に対して、権利者が侵害によって実際に被った損害について相当な損害賠償をすべきことを命じることができるようにするものとする。

損害賠償額の確定に際しては、以下の規定による。

a) 裁判所は、被害者の利益の減少を含む不利益な経済的影響、侵害者が違法に得た利益および、適切な場合には、権利者が被った非財産的損害等の純粋に経済的なものではない事情等、全ての関連する事情を考慮する。

または、

b) 裁判所は、以上に代えて、適切な場合には、侵害者が当該知的財産権の利用許諾を得ていたならば支払わなければならなかったであろう対価の額を最低限とし、その他の事情をも基礎として、概算により損害賠償額を確定することもできる。

(2) 侵害者が自らの侵害行為を知らず、かつ合理的に見て知るべきでもなかった場合について、加盟国は、裁判所が利益の返還または損害賠償を命じることができることとし、その際の損害賠償の額を事前に定めておくことができるものとする。」

この規定は、ドイツの3つの損害算定方法の法理を参考にしたものとされている⁶¹。もともと、条文の文言は、侵害者利益を「考慮する」となっており、権利者の逸失利益の算定における考慮要素を定めているようにも読めて明確さを欠くという問題が指摘されている⁶²。

イ ドイツにおける国内法化——2008 年知的財産諸法

知財エンフォースメント指令は 2006 年 4 月 29 日までに国内法化すべきものとされていたが、ドイツでは、改正内容についての議論が紛糾した結果、大幅に遅れて 2008 年 4 月 11 日によりやく改正法が成立し、同年 9 月 1 日に施行された。

損害賠償に関しては、この改正法により、一連の知的財産諸法に次のような同内容の規定が設けられるに至った（特許法 139 条 2 項、実用新案法 24 条 2 項、商標法 14 条 6 項、著作権法 97 条 2 項、意匠法 42 条 2 項、半導体保護法 9 条 1 項、品種保護法 37 条 2 項）。

「故意または過失により侵害行為を行った者は、権利者に対し、それによって生じた損害

⁵⁹ Janssen, a.a.O., S. 341 およびそこに掲げられた文献参照。

⁶⁰ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums.

⁶¹ Janssen, a.a.O., S. 355 f.

⁶² Alexander Peukert/Annette Kur, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in deutsches Recht, GRUR Int 2006, 292, 293; Winfried Tilmann, Schadensersatz bei der Verletzung von Rechten des Geistigen Eigentums, ZEuP 2007, 288, 290 ff.; Janssen, a.a.O., S. 356.

を賠償すべき義務を負う。損害賠償額の算定に当たっては、侵害者が権利の侵害によって得た利益をも考慮することができる。損害賠償額は、侵害者が被侵害権利の利用につき許諾を受けていたならば相当な対価として支払わなければならなかったであろう額を基礎として算定することもできる」。

これについての立法理由は、一見矛盾する2つの要素を含んでいる。一方で、この改正は知的財産権侵害に関して展開されてきた従来の判例法理を変更するものではないとされている⁶³。他方で、立法理由は、上記の規定による損害賠償は具体的に発生した損害の填補を目的とするものであるということを強調している。そして、損害賠償と利益吐出しとは同じものではなく、侵害者利益は損害賠償額の算定における1つの要素に過ぎないとされている⁶⁴。

(e) その後の展開

こうした立法理由の曖昧さを反映して、2008年改正後の学説には2つの異なる方向のものが見られる。多数説は、従来の判例が同改正後も引き続き妥当し続けるとし、上記条文の「考慮する」との文言は、単に知財エンフォースメント指令の文言にならったに過ぎないと理解する⁶⁵。これに対し、条文の文言に忠実に、今後は権利者の逸失利益の算定に際して侵害者利益が文字どおり考慮されるにとどまり、損害算定の方式は、そうした侵害者利益の考慮可能性を含む逸失利益と実施料相当額の2つのみとなるとする少数説も主張されている⁶⁶。後者においては、侵害者利益の返還は準事務管理に委ねるべきものとされる。

この点、判例は、基本的にこれまでのところ前者の見解を前提としており、従来の3つの損害算定方式を2008年改正後も変更なく適用している⁶⁷。しかし他方で、いずれも後述するように、逸失利益の存在可能性が侵害者利益基準適用の前提となるとの理解をうかがわせる判例⁶⁸や、3つの損害算定方法はいずれも同一の損害についての算定方法であり、そのいずれを用いても通常は概ね同様の帰結に至ることが想定されていると説く判例⁶⁹も出されているところ、これらは後者の見解に親和的である。そのため、今後の判例がどう展開していくかには不透明な部分がある。

b. 根拠

侵害者利益を基準とした損害の算定は、民法上の一般的な損害賠償においては認められていない。そうした方式が知的財産権侵害について特別に認められる根拠は、判例によると、知的財産権の次のような性質に求められる。すなわち、知的財産権は、その性質上、侵害を防止する措置を講じることが難しく、また侵害の事実を確認することも難しい。さら

⁶³ BT-Drs. 16/5048, 33, 48.

⁶⁴ BT-Drs. 16/5048, 61.

⁶⁵ Klaus Grabinski/Karsten Zülch/Peter Tochtermann, in: Benkard Patentgesetz, 12. Aufl. (2023) (以下「Benkard/Grabinski/Zülch/Tochtermann」として引用) PatG § 139 Rn. 72; Louisa Specht-Riemenschneider/Benjamin Raue, in: Dreier/Schulze Urheberrechtsgesetz, 8. Aufl. (2025) UrhG § 97 Rn. 79; Joachim v. Ungern-Sternberg, Schadensersatz in Höhe des sog. Verletzergewinns nach Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie, in: Schutz von Kreativität und Wettbewerb. Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag (2009) S. 351, 361 ff.; Janssen, a.a.O., S. 368 ff.

⁶⁶ Raue, a.a.O., S. 446 ff.

⁶⁷ BGH, Urteil vom 24.7.2012, GRUR 2012, 1226 – Flaschenträger; BGH, Urteil vom 29.7.2009, GRUR 2010, 237 – Zoladex.

⁶⁸ BGH, Urteil vom 20.5.2008, GRUR 2008, 896 – Tintenpatrone.

⁶⁹ BGH, Urteil vom 24.7.2012, BGHZ 194, 194 – Flaschenträger.

に、権利者の逸失利益を証明することも容易でない。これらの事情により、知的財産権については特に高い要保護性が認められる⁷⁰。

c. 性質

(a) 判例

判例は、侵害者利益の返還を、一貫して不法行為に基づく損害賠償と性質決定している。その上で、従来の判例は、侵害者利益基準につき、侵害がなかったとすれば権利者が侵害者利益と同等の利益を通常取得していたであろうという推定ないし経験則にその根拠を求めていた⁷¹。もっとも、その後、判例が、損害填補と並んで権利侵害の抑止という目的を知的財産権侵害に基づく損害賠償の目的として正面から認めるようになると、その両者を架橋する論理として、侵害がなかったとしたならば権利者は侵害者が得たのと同じ利益を得ていたであろうとの「擬制」を語る判例も見られるようになる⁷²。

他方で、判例の中には、準事務管理にも付随的に言及するものも見られる⁷³。また、判例の中には、侵害者利益基準を含む 3 つの損害算定方法が既に慣習法化しているとの認識を示すものが少なくない⁷⁴。

(b) 学説

以上に対し、学説では、侵害者の利益と権利者の利益が概ね一致するとの経験則は通常存在しないとして、判例による損害賠償との性質決定に対して批判的な見解が多数を占めていた。そして、それに代えて、(主観的価値説を前提とした) 侵害利得⁷⁵や、準事務管理の(侵害者に過失しかない場合への) 拡張⁷⁶といった構成が有力に主張されていた。

もっとも、上述した 2008 年の知的財産諸法改正を受けて、こうした議論状況にも変化が生じつつある。すなわち、同改正が侵害者利益基準を含む 3 つの損害算定方式に関する従来の判例法理を維持するものであると捉える立場からは、不法行為に基づく損害賠償として侵害者利益の返還を認める立場が立法的に採用されたことになり、その性質論はもはや解決済みの問題だとする見解が説かれるようになっている⁷⁷。

d. 要件

(a) 権利侵害および故意・過失

知的財産権侵害に基づく損害賠償請求の要件は、侵害者が故意または過失によりそれぞれの知的財産権を侵害したことである。その限りでは、理論的に特別な問題はない。もっとも、知的財産権侵害について、判例はきわめて厳格な注意水準を要求しており、故意または過失が否定されることはほとんどないとされていることに留意を要する⁷⁸。

⁷⁰ BGH, Urteil vom 8.10.1971, BGHZ 57, 116 – Wandsteckdose II; BGH, Urteil vom 19.1.1973, BGHZ 60, 168 – Modeneuheit.

⁷¹ BGH, Urteil vom 8.10.1971, BGHZ 57, 116 – Wandsteckdose II.

⁷² BGH, Urteil vom 2.11.2000, BGHZ 145, 366 – Gemeinkostenanteil.

⁷³ RG, Urteil vom 3.2.1909, RGZ 70, 249 – Patentverletzung; BGH, Urteil vom 24.2.1961, BGHZ 34, 320 – Vitasulfal; BGH, Urteil vom 13.3.1962, GRUR 1962, 401 – Kreuzbodenventilsäcke III 等。

⁷⁴ BGH, Urteil vom 8.10.1971, BGHZ 57, 116, 117 – Wandsteckdose II.

⁷⁵ *Jakobs*, a.a.O., S. 72 ff., 128; *Kellmann*, a.a.O., S. 84 ff., 110 ff., 151 ff.

⁷⁶ *Grüneberg/Retzlaff*, BGB § 687 Rn. 7; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 362 等多数。 *Helms*, a.a.O., S. 271 は、これを通説と称する。

⁷⁷ *Benkard/Grabinski/Zülch/Tochtermann*, PatG § 139 Rn. 72; *Janssen*, a.a.O., S. 376 ff.

⁷⁸ *Raue*, a.a.O., S. 250 ff.およびそこに掲げられた文献を参照。

(b) 逸失利益の存在可能性

特に侵害者利益基準による算定が用いられる場合に問題となるのが、権利者に何らかの逸失利益が発生している可能性があること（その可能性が排除されていないこと）が要件となるかどうかである。かつての判例には、侵害者利益基準は侵害者の利益取得によって通常は権利者に一定の損害（逸失利益）が発生していることを前提とするため、特別な事情によりそうした逸失利益が発生していないことが確実である場合にはそれに基づく算定は許されないとしたものがある⁷⁹。もっとも、その後の判例には、実施料相当額基準や侵害者利益基準が用いられる場合には知的財産権侵害それ自体が損害であり、それとは別に具体的な損害の発生を要しないと述べるものが多く⁸⁰、そこでは上述のような制限は維持されていないようにも見える。しかし、比較的新しい判例の中には、具体的な損害の不要性を認めつつも、やはり逸失利益の発生可能性を要求するように見えるものも存在する⁸¹。この点については、判例の状況は不透明である⁸²。

e. 効果

(a) 基本的内容

知的財産権侵害による不法行為の成立要件を充たす場合、3つの損害算定方法のうちいずれを用いるかの選択は、権利者に委ねられる。権利者は、損害賠償の履行または判決の時点までこの選択権を自由に行使できる⁸³。ただし、権利者は同一の損害について1つの方式を選択しなければならず、複数の方式を併用することは認められない⁸⁴。

権利者が侵害者利益基準による損害算定を選択した場合、損害賠償の基本的な内容は、侵害者利益のうち侵害行為に由来すると認められる部分の返還である。その算定の方法は概ね以下に述べるとおりであるが、これは損害額の算定であるため民事訴訟法 287 条が適用され、裁判官には広範な裁量が認められる。

(b) 侵害者利益の算定

ア 出発点——侵害によって得た利益

侵害者利益の算定の出発点となるのは、侵害者が侵害行為によって得た総利益である。

イ 控除される費用

1) 可変費用

可変費用、すなわち侵害行為によってはじめて必要となった費用は、常に以上の総利益から控除が認められる⁸⁵。例えば、侵害製品の製造に要した材料や電気等の費用、その包装や販売に要した費用などがこれに当たる⁸⁶。

⁷⁹ BGH, Urteil vom 17.6.1992, BGHZ 119, 20 – Tchibo/Rolux II; BGH, Urteil vom 2.2.1995, GRUR 1995, 349 – Objektive Schadensberechnung.

⁸⁰ BGH, Urteil vom 23.2.2006, BGHZ 166, 253 – Markenparfümverkäufe; BGH, Urteil vom 24.7.2012, BGHZ 194, 194 – Flaschenträger.

⁸¹ BGH, Urteil vom 20.5.2008, GRUR 2008, 896 – Tintenpatrone.

⁸² Janssen, a.a.O., S. 386 ff.

⁸³ BGH, Urteil vom 24.11.1981, BGHZ 82, 299 – Kunststoffhohlprofil II; BGH, Urteil vom 25. 9. 2007, BGHZ 173, 374 – Zerkleinerungsvorrichtung.

⁸⁴ RG, Urteil vom 13.10.1937, RGZ 156, 65 – Scheidenspiegel; BGH, Urteil vom 17.6.1992, BGHZ 119, 20 – Tchibo/Rolux II; BT-Drs. 16/5048, S. 33.

⁸⁵ BGH, Urteil vom 2.11.2000, BGHZ 145, 366 – Gemeinkostenanteil.

⁸⁶ BGH, Urteil vom 21.9.2006, GRUR 2007, 431 – Steckverbindergehäuse.

2) 一般費用

以上に対し、一般費用、すなわち侵害行為に関係なく支出される費用は、原則として控除が認められない。その理由は、侵害行為とは無関係な一般費用の控除を認めると、その分侵害による利益が侵害者の元に残ることになり、侵害者利益基準による算定の目的にそぐわないという点にある⁸⁷。

もっとも、例外として、一般費用であっても、侵害行為に直接的に帰属させることができるものについては、可変費用と同様に控除が認められる⁸⁸。例えば、侵害製品の製造と直接の関連性を有する賃金や、もっぱらその製造に用いられる機械や場所のための費用などがそれに当たる⁸⁹。

(c) 利益の配分

ア 基本的視点

権利者は、以上のような侵害者利益の全てについて返還を求めることができるわけではない。むしろ、返還の対象となるのは、侵害者利益のうち権利侵害に由来すると認められる部分に限られる⁹⁰。そのため、侵害者利益を、権利侵害に由来する部分とその他の侵害者側の事情に由来する部分とに配分する作業が必要となる。そこで行われるのは、侵害行為と侵害者利益との間の因果関係の判断ではなく、侵害者利益をいかなる事情に帰すべきかという規範的判断であり⁹¹、裁判官にはとりわけ大きな裁量が認められる（民事訴訟法 287 条）。

イ 考慮事情

以上の配分において、侵害者利益の取得と事実的な関連性を有する事情のうちどこまでを考慮の対象に含めるかについて、判例の態度は必ずしも明確でない。*Gemeinkostenanteil* 判決は、侵害製品それ自体に反映した事情のみを考慮するものとし、侵害者の市場における地位、広告や価格設定のあり方といった、製品の品質・特性に反映しない事情は考慮しないとの立場をとるものと解されている⁹²。しかし、その後の判例には、低額な価格設定による売上への寄与を配分において考慮する可能性を認めるものが見られる⁹³。

(d) 他の損害算定方式との調整

以上のようにして侵害者利益基準により算定された損害額は、実施料相当額基準によるそれとは大きく乖離する可能性がある。この点、判例には、そうした乖離を相対化する方向性を示唆するものがある。それによると、3つの損害算定方法は、いずれも同一の損害についての算定方法であり、そのいずれを用いても通常は概ね同様の帰結に至ることが想定されている。そのため、例えば侵害者利益の配分割合の判断が困難な場合には実施料相当額を手がかりとするといった形で、算定方法による帰結の相違を調整する方向での考慮をすることは否定されない⁹⁴。

⁸⁷ BGH, Urteil vom 2.11.2000, BGHZ 145, 366 – *Gemeinkostenanteil*.

⁸⁸ BGH, Urteil vom 2.11.2000, BGHZ 145, 366 – *Gemeinkostenanteil*.

⁸⁹ BGH, Urteil vom 21.9.2006, GRUR 2007, 431 – *Steckverbindergehäuse*.

⁹⁰ RG, Urteil vom 8.6.1895, RGZ 35, 63 – *Ariston*; BGH, Urteil vom 2.11.2000, BGHZ 145, 366 – *Gemeinkostenanteil*.

⁹¹ BGH, Urteil vom 24.7.2012, BGHZ 194, 194 – *Flaschenträger*.

⁹² *Helms*, a.a.O., S. 261; *Janssen*, a.a.O., S. 335.

⁹³ BGH, Urteil vom 14.5.2009, BGHZ 181, 98 – *Tripp-Trapp-Stuhl*; BGH, Urteil vom 24.7.2012, BGHZ 194, 194 – *Flaschenträger*.

⁹⁴ BGH, Urteil vom 24.7.2012, BGHZ 194, 194 – *Flaschenträger* (ただし、当該事案においては、実施

もっとも、このような形で損害算定方法間の相違を相対化することに対しては、侵害者利益基準の算定方法が抑止目的に資するべきものであることを重視して、算定方法によって帰結に違いが生じるのは当然のことだとする批判がある⁹⁵。

f. 消滅時効

各種知的財産権侵害に基づく損害賠償請求権の時効に関しては、民法 194 条以下の一般規定が準用されている（特許法 141 条、実用新案法 24f 条、商標法 20 条、著作権法 102 条、意匠法 49 条、品種保護法 37f 条のそれぞれ第 1 文）。それによると、次の 3 段階の消滅時効期間が存在する。

- ① 請求権が発生し、その発生原因と債務者を債権者が知り、または重過失がなければ知るはずだった時点の年末から 3 年（民法 195 条、199 条 1 項）。
- ② 請求権の発生時から 10 年（民法 199 条 3 項 1 号）。
- ③ 行為の時点から 30 年（民法 199 条 3 項 2 号）。

もっとも、侵害者が侵害により利益を得ている場合には（侵害者利益基準が用いられる場合はこれに当たる）、もっぱら上記②と③のみによる（上記各規定の第 2 文が準用する民法 852 条）。

g. 特殊問題——侵害の連鎖

侵害製品が製造され、複数の段階にわたり転売される場合に典型的なように、同一の知的財産権の侵害が連鎖的に生じる場合がある。こうした場合に、権利者が侵害者利益基準に依拠した損害賠償を請求できるのが侵害者のうちの一部に限られるのかどうかが問題となる。

この点につき、判例⁹⁶は、侵害者利益基準による損害算定が抑止目的に資するものであることを強調した上で、全ての侵害者からそれぞれの得た侵害者利益を基準に算定した損害賠償を請求できるとしている。もっとも、製造者が買主から製品の権利侵害性を理由に（契約不適合についての）損害賠償請求を受けた場合には、当該買主に支払うべき損害賠償額は侵害者利益から控除される。権利者に対して賠償をした後にそうした支払がされた場合には、権利者に対して不当利得返還請求が認められる。

(2) 人格権侵害に基づく損害賠償

a. 沿革

ドイツにおいては、氏名権（民法 12 条）、肖像権（芸術著作権法 [Kunsturhebergesetz] 22 条、23 条）、著作者人格権（著作権法 12～14 条）といった個別的な人格権については規定が設けられているものの、それらの母体となる一般的な人格権については、これを正面から定める法律の規定は現在に至るまで存在しない。しかし、第 2 次世界大戦後に基本法において人間の尊厳（同 1 条 1 項）および人格の自由な展開の権利（同 2 条 1 項）が定められて以降、判例は、その保護を漸次的に拡大していき、現在では一般的人格権が民法 823 条 1 項に言う「その他の権利」として確立するに至っている⁹⁷。

料相当額についても当事者間に争いがあるため、それを手がかりとするのは適切でないとされた）。

⁹⁵ Janssen, a.a.O., S. 397 f.

⁹⁶ BGH, Urteil vom 14.5.2009, BGHZ 181, 98 – Tripp-Trapp-Stuhl.

⁹⁷ ドイツにおける人格権概念の展開については、斉藤博『人格権法の研究』（一粒社・1979 年）が詳しい。

そして、判例は、侵害者利益基準による損害算定を含む、上述した知的財産権に関する3つの損害算定方法の法理を、人格権侵害のうち一定の場面についても適用することを認めている。

b. 要件

(a) 法益侵害——人格権の財産的構成部分への侵害

Marlene Dietrich 判決⁹⁸によれば、一般的人格権およびその具体化としての個別的人格権は、主に非財産的利益の保護を目的とするものではあるけれども、それにとどまらず、財産的利益の保護をも目的とする場合がある。そして、こうした人格権の財産的構成部分（*vermögenswerter Bestandteil des Persönlichkeitsrechts*）は、知的財産権と同様の性質を有すると言えるため、それについて用いられる3つの損害算定方法の法理を用いることができる⁹⁹。

問題は、いかなる場合にそうした財産的構成部分の存在を認めることができるかである。これについて、判例の立場は明らかでない。学説上は、侵害以前に著名な存在であり、したがってその人格的属性の利用に財産的価値が認められていたことが必要と解するかどうかで見解が分かれている¹⁰⁰。この点、何が財産的価値ある客体として認められるかはもっぱら市場における評価に基づいて決せられるべき事柄だとして、以上の点の必要性を肯定する見解が優勢のようである¹⁰¹。

(b) 違法性

以上のような人格権の財産的構成部分の侵害が認められる場合であっても、そこでの保護法益が一般的人格権である場合には、それに関する準則が妥当することには変わりはない。そして、一般的人格権については、いわゆる「枠の権利（*Rahmenrecht*）」であって、その侵害があっただけで直ちに違法性を推定することはできないことから、判例上、個別の事案に即した包括的な利益衡量によって違法性が積極的に根拠づけられる必要があるとされている¹⁰²。

(c) 故意・過失

以上の他、加害者の故意または過失が必要であることは、民法 823 条 1 項の一般原則どおりである。

(d) その他

後述のように、人格権侵害による非財産的損害の補償が認められるためには、侵害の重大性および他の方法による救済の不十分性という追加的要件が必要とされる。しかし、上述の人格権の財産的構成部分の侵害による財産的損害の賠償を請求する場面では、この要件は不要だというのが判例である¹⁰³。

⁹⁸ BGH, Urteil vom 1.12.1999, BGHZ 143, 214 – Marlene Dietrich.

⁹⁹ BGH, Urteil vom 8.5.1956, BGHZ 20, 345 – Paul Dahlke; BGH, Urteil vom 1.12.1999, BGHZ 143, 214 – Marlene Dietrich.

¹⁰⁰ 否定説として、Horst-Peter Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte* (1995) S. 213 ff., 242 ff.

¹⁰¹ MüKoBGB/Rixecker, BGB Anh. § 12 Rn. 330; Janssen, a.a.O., S. 484 ff.; Gerhard Wagner, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*, in: Gutachten für den 66. Deutschen Juristentag, Bd. I (2006) A. 43.

¹⁰² BGH, Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689 – Oskar Lafontaine; Janssen, a.a.O., S. 509.

¹⁰³ BGH, Urteil vom 1.12.1999, BGHZ 143, 214 – Marlene Dietrich.

また、かつての判例は、人格権侵害に基づく財産的損害の賠償が認められるためには、被害者が自らの人格権を商業的に利用する意思を有していたことが必要だとしていた¹⁰⁴。しかし、後の判例は、この要件を放棄するに至っている¹⁰⁵。

以上は、いずれも、知的財産権侵害の扱いと軌を一にするものと言える。

c. 効果

以上の要件を充たす場合の損害賠償については、3つの損害算定方法の法理が適用されるため、被害者は、侵害者利益基準による損害算定を選択することができる。これが選択された場合の損害算定方法については、知的財産権について述べたのと基本的に同様のことが当てはまる。もっとも、これまでのところ、人格権侵害の場面では、(Gemeinkostenanteil 判決以降の) 知的財産権侵害の場面ほどには、侵害者利益基準による損害算定方式は利用されていないようである¹⁰⁶。

d. 補論——慰謝料の枠内での侵害者利益の考慮

(a) 趣旨

人格権の財産的構成部分の侵害がない場合、判例は、非財産的損害についての補償のみを認めている。これについては、3つの損害算定方法の法理は適用されない。しかし、この場合でも、判例は一定の場合に、侵害の抑止の実効的実現を目的として、補償の算定において侵害者利益を考慮要素に含める扱いをしている。

判例によると、人格権侵害による非財産損害についての補償は、非財産損害を填補・慰謝する目的と並んで、侵害の抑止をも目的とする。そうであるところ、自らの商業的利益の追求のために他人の人格権を侵害する行為については、補償の額がそうした目的に見合ったものでなければ、抑止の目的を達成することができない。こうした考慮から、判例は、侵害者利益を考慮した補償の額の底上げを図っている¹⁰⁷。

(b) 要件

ア 商業目的による人格権侵害

判例が補償の額の算定に際して侵害者利益の考慮を認めるのは、自らの商業的利益の追求のために他人の人格的属性を利用した場合である¹⁰⁸。この場合、人格権を侵害することについての故意があることがほとんどであろうが、学説上は、必ずしも故意を必要とせず、他人の人格的属性を軽率に濫用する行為であっても足りると説くものもある¹⁰⁹。

イ 侵害の重大性・他の方法による救済の不十分性

判例は、人格権侵害による非財産損害についての補償を請求するための要件として、特別の追加的要件を課している。そのため、ここでもそれらの要件が必要となる。具体的には、人格権に対する侵害が重大なものであることと、他の方法によってはその侵害についての十分な救済が図れないことが要求される¹¹⁰。

¹⁰⁴ BGH, Urteil vom 14.2.1958, BGHZ 26, 349 – Herrenreiter.

¹⁰⁵ BGH, Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689 – Rücktritt des Finanzministers.

¹⁰⁶ Janssen, a.a.O., S. 479.

¹⁰⁷ BGH, Urteil vom 15.11.1994, BGHZ 128, 1 – Caroline von Monaco I.

¹⁰⁸ BGH, Urteil vom 15.11.1994, BGHZ 128, 1 – Caroline von Monaco I.

¹⁰⁹ MüKoBGB/Rixecker, BGB Anh. § 12 Rn. 345.

¹¹⁰ BGH, Urteil vom 15.11.1994, BGHZ 128, 1 – Caroline von Monaco I.

(c) 効果

以上の要件を充たす場合、補償の額の算定に際して侵害者利益が 1 つの考慮要素とされる。これは、知的財産権侵害の場面で認められているような侵害者利益の返還とは異なるとされる。ここで求められるのは、補償によって他人の人格的属性の商業的利用に対する実効的な抑止効果が発揮されるように、その額の算定に際して侵害者利益の額を考慮に含めることである。その際、その他の要素として、人格権侵害の重大性の程度や、表現の自由に対する過度の制約となってはならないこともまた併せ考慮すべきものとされる¹¹¹。

e. 消滅時効

消滅時効については、損害賠償請求権に関する民法上の一般原則が妥当する。その内容は、上述したところを参照。

(3) 不公正な模倣に基づく損害賠償

a. 沿革

不正競争防止法違反に基づく損害賠償については、判例は 3 つの損害算定方法の法理の適用を原則として否定している¹¹²。しかし、不正競争防止法違反の行為の中でも、不公正な模倣（不正競争防止法 4 条 3 号）¹¹³については、判例上、漸次的に同法理を及ぼしていき、現在では、不公正な模倣の全ての場合につきその適用が認められるに至っている¹¹⁴。

b. 根拠

判例上、不公正な模倣の場合に、知的財産権侵害の場面と同様に 3 つの損害算定方法の法理の適用が認められていることの根拠は、次の 2 点にまとめられる。

第 1 に、不公正な模倣の禁止は、事業者がその成果について有する利益を一定の不公正な方法による侵害から保護することを目的としており、その限りで、それにより保護される事業者の地位は、知的財産権を有する者と類似性を有する¹¹⁵。

第 2 に、不公正な模倣の禁止により保護される事業者の法的地位は、その性質上、侵害を防止する措置を講じることが難しく、また侵害の事実を確認することも難しい。さらに、権利者の逸失利益を証明することも容易でない。これらは知的財産権と共通する性質であり、それゆえに、上記法的地位には知的財産権と同様の特別な保護が必要である¹¹⁶。

c. 要件

(a) 違法な取引行為

不正競争防止法違反に基づく損害賠償については、同法 9 条 1 項が定めている。これによると、まず、同法において禁止された取引行為が行われたことが必要である。

¹¹¹ 以上につき、BGH, Urteil vom 15.11.1994, BGHZ 128, 1 – Caroline von Monaco I; BGH, Urteil vom 5.10.2004, BGHZ 160, 298 – Babyglück.

¹¹² BGH, Urteil vom 8.10.1971, BGHZ 57, 116 – Wandsteckdose II.

¹¹³ これについての邦語文献として、Anja Barabas「ドイツ不正競争防止法及びその模倣品からの保護」パテント 71 巻 14 号 53 頁以下（2018 年）がある。

¹¹⁴ BGH, Urteil vom 22.4.1993, BGHZ 122, 262 – Kollektion Holiday. Gemeinkostenanteil 判決の射程も同様に及ぶことを明言した判例として、BGH, Urteil vom 21.9.2006, GRUR 2007, 431 – Steckverbindergehäuse.

¹¹⁵ BGH, Urteil vom 18.2.1977, GRUR 1977, 539 – Prozessrechner; BGH, Urteil vom 22.4.1993, BGHZ 122, 262 – Kollektion Holiday.

¹¹⁶ BGH, Urteil vom 8.10.1971, GRUR 1972, 189 – Wandsteckdose II.

不公正な模倣の禁止に関しては、不正競争防止法 4 条 3 号が定めている。これによると、競業者の商品または役務を模倣することは、以下の場合に不公正なものとして禁止される。すなわち、①商品・役務の取引上の出所に関して、回避可能であるにもかかわらず、購入者に誤認を生じさせる場合（同号 a））、②模倣された商品・役務の評価を不当に搾取または毀損する場合（同号 b））および③模倣に必要な知識または文書を不誠実な方法で取得した場合（同号 c））である。

(b) 故意・過失

さらに、以上の違法な取引行為は、故意または過失によって行われたものでなければならない。

d. 効果

以上の要件を充たす場合の損害賠償については、3 つの損害算定方法の法理が適用されるため、被害事業者は、侵害者利益基準による損害算定を選択することができる。これが選択された場合の損害算定方法については、知的財産権について述べたのと基本的に同様のことが当てはまる。

e. 消滅時効

不正競争防止法違反に基づく損害賠償請求権の消滅時効については、特則が設けられている（不正競争防止法 11 条）。それによると、当該請求権は以下の 3 段階の消滅時効に服する。

① 請求権が発生し、その発生原因と債務者を債権者が知り、または重過失がなければ知るはずだった時点から、競業者の請求権については 6 ヶ月、消費者の請求権については 1 年（不正競争防止法 11 条 1 項、2 項）。

② 請求権の発生時から 10 年（不正競争防止法 11 条 3 項）。

③ 行為の時点から 30 年（不正競争防止法 11 条 3 項）。

民法上の一般原則と比べると、①について、起算点が年末とされていないことの他、違反者の法的安定性への配慮から期間が短縮されている。

(4) 営業秘密侵害に基づく損害賠償

a. 沿革

営業秘密保護に関しては、従来、不正競争防止法においてその他の行為類型とともに規律されてきた。そして、判例は、上述の不公正な模倣と並んで、営業秘密侵害に基づく損害賠償についても、3 つの損害算定方法の法理の射程を及ぼしてきた¹¹⁷。

その後、EU における営業秘密の民事的保護の強化および平準を図ることを目的として、2016 年に営業秘密保護指令¹¹⁸が成立した。損害賠償に関しては、同指令 14 条において、知財エンフォースメント指令 13 条と概ね同様の水準の保護が命じられている。

ドイツでは、この指令を国内法化するために、2019 年、営業秘密の規律を不正競争防止法から切り離し、独立の法律として営業秘密保護法（Geschäftsgeheimnisgesetz）が制定さ

¹¹⁷ BGH, Urteil vom 18.2.1977, GRUR 1977, 539 – Prozessrechner.

¹¹⁸ Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung. 同指令を紹介する邦語文献として、浅井敏雄「EU 営業秘密指令の概要」パテント 74 巻 1 号 84 頁以下（2021 年）がある。

れた。その10条2項では、損害算定に際して侵害者利益を「考慮する」との規定ぶりにより、知的財産諸法の対応する規定と足並みをそろえた規定が設けられている。これによって、従来の侵害者利益基準による損害算定が明文化されたと一般に理解されている¹¹⁹。

b. 根拠

営業秘密侵害に基づく損害賠償について3つの損害算定方法の法理が妥当することの根拠は、不正競争防止法上の不公正な模倣と同様、知的財産権との類似性および特別な保護の必要性に求められる¹²⁰。

c. 要件

営業秘密侵害に基づく損害賠償については、営業秘密保護法10条1項が定めている。これによると、まず、営業秘密の不正な取得、使用または開示（同法4条）がされたことが必要である。次に、当該行為は故意または過失によってされたものでなければならない。

d. 効果

以上の要件を充たす場合の損害賠償については、3つの損害算定方法の法理が適用されるため、営業秘密の主体は、侵害者利益基準による損害算定を選択することができる。これが選択された場合の損害算定方法については、知的財産権について述べたのと基本的に同様のことが当てはまる。

e. 消滅時効

消滅時効については、損害賠償請求権に関する民法上の一般原則が妥当する。その内容は、上述したところを参照。

(5) 競業禁止義務違反に基づく介入権

商事使用人や会社の取締役など、本人に対して誠実義務（*Treuepflicht*）を負う者は、その一環として、競業避止義務を負う。そして、この義務への違反があった場合には、本人は介入権（*Eintrittsrecht*）を有し、得た利益の返還を請求することができる（商事使用人につき商法60条・61条、合名会社社員につき商法117条・118条、株式会社取締役につき株式法〔*Aktiengesetz*〕88条など）。これは、契約責任の範疇に属する問題ではあるものの、利益吐出しに資する制度であるため以下で簡単に触れておく。

a. 法的性質

介入権の法的性質について、一般的には、損害賠償の概算を認めるものと説かれる¹²¹。もっとも、不当利得¹²²や準事務管理¹²³に関連づける見解もあり、議論状況は錯綜している。

¹¹⁹ *Christian Alexander*, in: Helmut Köhler/Jörn Feddersen (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 43. Aufl. (2025) *GeschGehG* § 10 Rn. 3, 33.

¹²⁰ BGH, Urteil vom 18.2.1977, GRUR 1977, 539 – Prozessrechner.

¹²¹ *Gregor Thüsing*, in: *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch* (以下「*MüKoHGB/執筆者名*」で引用) Band 1, 5. Aufl. (2021) *HGB* § 61 Rn. 17; *Gerald Spindler*, in: *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (以下「*MüKoAktG/執筆者名*」で引用), Band 2, 6. Aufl. (2023) *AktG* § 88 Rn. 37.

¹²² *Konrad Rusch*, *Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten* (2003) S. 254, 274 f. *Martin Löhnig*, *Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte* (2006) S. 618 f.

¹²³ *Helms*, a.a.O., S. 447 ff.

b. 要件

(a) 義務違反行為

ア 法律上の要件

介入権が認められるためには、本人等の同意なしに一定の競業行為が行われたことが必要である。もっとも、そこに言う競業行為の具体的な範囲は、義務の主体の属性によって異なる形で定められている。

まず、①主体の属性を問わずに禁止される、競業行為の最も中心的な部分は、本人である商人または会社の取引分野において自己または第三者のために取引を行うことである。次に、②本人が会社である場合には、それと同種の会社に無限責任社員として参加することも禁止される。さらに、③商事使用人および株式会社取締役については、取引分野を問わずに自ら商業（Handelsgewerbe）を営むことが禁止される。加えて、④株式会社取締役については、上記②の禁止が拡張され、種類を問わずおよそ他の会社に無限責任社員として参加することが禁止される。

イ 制限

もっとも、判例は、商事使用人に関して、本人である商人の取引分野における取引についてしか介入権を認めないこととし、上記③の拡張を介入権の適用範囲には反映させていない¹²⁴。他方、株式会社取締役については判例が存在しないようであり、学説は分かれている¹²⁵。

ウ 拡張

逆に、法律上の要件を拡張する方向の議論として、第1に、民法上の業務執行組合員や有限会社の業務執行者については、以上のような競業避止義務および介入権に関する規定が設けられていないものの、それぞれ商事使用人ないし株式会社に関する規定を類推適用すべきものと解されている¹²⁶。

第2に、会社の社員および機関構成員については、法律上の競業避止義務を負わない場合であっても、会社に帰属すべき取引の機会を自らのために利用してはならないとする、取引機会の法理（Geschäftschancenlehre）が広く共有されている¹²⁷。

(b) 故意・過失

介入権の発生要件として義務違反行為についての故意または過失が必要かどうかは、条文上明らかでない。この点、条文上「損害賠償に代えて」認められるとされていることから、損害賠償と同様に故意・過失が必要となると解するのが多数説である¹²⁸。

(c) その他

競業避止義務違反がなかったとすれば本人が同様の取引を行う可能性があったかどうか

¹²⁴ BAG, Urteil vom 15.2.1962, NJW 1962, 1365.

¹²⁵ 概観として、Helms, a.a.O., S. 407 ff.

¹²⁶ Helms, a.a.O., S. 415 ff. 有限会社の業務執行者につき、BGH, Urteil vom 12.6.1989, NJW-RR 1989, 1255.

¹²⁷ MüKoHGB/Fleischer, HGB § 112 Rn. 67 ff.; MüKoAktG/Spindler, AktG § 88 Rn. 61. これは、アメリカ法における「会社の機会の法理」に由来するものである。同法理については、田中亘「取締役の社外活動に関する規制の構造(5)(6)(7)」法協 118 巻 6 号 883 頁、118 巻 7 号 1062 頁、119 巻 11 号 2237 頁（2001～2002 年）が詳しい。

¹²⁸ MüKoHGB/Thüsing, HGB § 61 Rn. 8; MüKoAktG/Spindler, AktG § 88 Rn. 33.

は、介入権の発生にとって意味を持たない¹²⁹。

c. 効果

本人である商人または会社が介入権を行使した場合、違反当事者は、自己のためにした取引については本人のためにされたものとして扱わなければならない、他人のためにした取引については、当該他人から得た報酬ないしその請求権を本人に移転しなければならない。前者の場合については、準事務管理の場合と概ね同じことが当てはまる。

d. 消滅時効

介入権は、本人等が競業行為について知り、または重過失がなければ知るはずだった時点から3ヶ月、あるいは発生の時点から5年の消滅時効に服する（商法61条2項、113条3項、株式法88条3項）。

2. 国庫に対する利益吐出し

国庫に対する利益吐出しを実現する制度としては、一般的な制度として刑法・秩序違反法による利益収奪がある他、不正競争防止法および競争制限禁止法にそれぞれ特別な制度が設けられている。

(1) 没収 (Einziehung)

a. 刑法上の没収 (刑法73条)¹³⁰

(a) 趣旨・性質

「正犯者または共犯者が違法な行為によって、またはそのために得たものにつき、裁判所はその没収を命じる」(刑法73条)。これは、違法な利益の継続的保持を許さないことにより法への信頼を確保するとともに、違法行為の抑止を図ることを目的とするものである¹³¹。

判例によると、利益収奪は刑罰またはそれに類する処分ではなく、特殊な保全処分的一种であるとされる¹³²。

(b) 要件

利益収奪が認められるためには、構成要件に該当する違法な行為が行われたことで足り、行為者の責任を必要としない(刑法73条1項)。

(c) 効果

ア 対象

収奪の対象は、違法行為によって得たものそれ自体またはその価値(刑法73c条)の他に、得たものの利用による利益(同73条2項)やその対価として得たもの(同条3項)をも含む。

イ 範囲

収奪の範囲については、費用の控除を認めない総額主義(Bruttoprinzip)が妥当すると

¹²⁹ MüKoHGB/Thüsing, HGB § 61 Rn. 17.

¹³⁰ 2017年刑法改正前は、犯罪のための道具等の没収(刑法74条以下)と区別して「収奪(Verfall)」と称されていた。同改正については、桑島翠「ドイツ刑法における利益没収の歴史的展開とその現代的意義(2・完)」早稲田法学会誌71巻2号201頁以下(2021年)参照。

¹³¹ BVerfG, Beschluss vom 14.1.2004, BVerfGE 110, 1.

¹³² BGH, Urteil vom 21.8.2002, BGHSt 47, 369, 373.

されてきたところ¹³³、2017年の改正によりその意義が具体化された。刑法 73d 条によると、違法行為によって「得たもの」の価値を評価する際には、そのための費用は原則として控除される。ただし、行為の遂行またはその準備のために支出された費用は、それが被害者に対する債務の履行に当たるのでない限り、控除されない。これは、不当利得法上の不法原因給付の思想を参考にしたものである¹³⁴。

ウ 他の請求権との関係

行為者が違法行為によって利益を得ている場合、被害者がその利益の返還を求める私法上の請求権を有している場合がある。この請求権と没収の関係については、以下のように、基本的に前者を優先させる扱いがされている。

① 裁判の時点において私人の請求権が消滅している場合は、没収を命じることはできない（刑法 73e 条 1 項）。請求権の消滅とは、弁済による場合だけでなく、免除による場合なども含む。もっとも、消滅時効によっては請求権が消滅しないため¹³⁵、ここには含まれない。

② 判決確定後、没収の執行の前に私人の請求権が消滅した場合には、裁判所はその執行の排除を命ずる（刑事訴訟法 459g 条 4 項）。

③ 没収が既に執行された場合、上記のような請求権を有する私人に対して、没収の対象が返還される（刑事訴訟法 459h 条以下）。

b. 秩序違反法上の没収

秩序違反法（Ordnungswidrigkeitengesetz）上の秩序違反行為についても、裁判所は没収を命じることができる（秩序違反法 29a 条 1 項）。その制度内容は、概ね刑法上のそれと類似している。

(2) 不正競争防止法違反による利益吐出し

a. 沿革

2004 年の不正競争防止法改正により導入された同法 10 条は、同法違反によって違反者が得た利益を、適格団体による権利行使によって国庫に返還させることを内容とする制度を定めている。これは、諸外国に先例のない制度と言われており¹³⁶、もっぱら学説の立法提案に依拠しつつ制定されたものである。

もっとも、その立法過程においては、適格団体を返還請求権者とし、もって権利行使のインセンティブを設定すべきだとする批判が強く、激しい議論が展開されたものの、最終的に上述のような立法がされるに至った。

b. 趣旨

不正競争防止法違反の行為によって需要者が損害を受けた場合でも、各自の損害はそれぞれ小さいため、損害賠償請求はされないのが通常である。この制度は、そうした場合に違反者の利益を吐き出させることによって違反行為の抑止を図ることを目的としている¹³⁷。

¹³³ 1992 年の改正による。BT-Drs. 12/1134, 12.

¹³⁴ BT-Drucks. 18/9525, 55.

¹³⁵ 債務者に履行拒絶権が認められるにとどまる（民法 214 条 1 項）。

¹³⁶ Ansgar Ohly, in: Ohly/Sosnitza Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 8. Aufl. (2023) (以下「Ohly/Sosnitza/Ohly」として引用) UWG § 10 Rn. 2.

¹³⁷ BT-Drs. 15/1487, 24; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG § 10 Rn. 1.

c. 要件

(a) 故意による不正競争防止法違反

不正競争防止法 10 条 1 項による利益返還請求をするためには、まず、相手方が不正競争防止法に違反する行為を故意に行ったのでなければならない。

(b) 「多数の需要者の不利益により」得た利益

次に、違反者がその違反行為によって、「多数の需要者の不利益の上に (zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern)」利益を得たことが必要である。これは、いわゆる垂直的關係において得た利益のみが返還の対象となり、水平的關係において、すなわち違反者の競業者に対する加害によって得た利益はその対象とならないことを意味する。また、「多数の」という文言から、特定少数の購入者に対する違反行為による利益もまた対象とならない¹³⁸。

d. 効果

(a) 債権者

不正競争防止法 10 条 1 項に基づく利益返還請求権を有する主体は、同法 8 条 3 項に定める適格団体である。もっとも、返還の相手方はあくまで国庫であり、適格団体が違反者に対して国庫への利益返還を請求できるという点にこの制度の特色がある。この点に関連して、利益返還請求権を行使する適格団体は、連邦司法省に対して当該権利行使に関する情報を提供しなければならない (同法 10 条 4 項第 1 文)。

(b) 対象

返還の対象となるのは、上述の要件に該当する利益である。その額の評価方法については、知的財産権に関する侵害者利益基準の算定方法と基本的に同じものが妥当すると解されている¹³⁹。

(c) 他の請求権との関係

違反者は、不正競争防止法違反によって得た利益につき、他の私人や国家に対し返還義務を負う場合がある。この場合、そうした返還義務が同法 10 条 1 項に基づく義務に優先するとの扱いがされる。具体的には、既に私人または国家への給付がされている場合、その額が同法 10 条 1 項に基づき返還されるべき利益の額から控除される (同条 2 項第 1 文)。同法 10 条 1 項に基づく返還義務が履行された後に違反者がそうした給付をした場合には、連邦司法省が債務者に対して、返還された利益の額を限度として当該給付の額を償還する (同条 2 項第 2 文)。

(d) 費用償還

利益返還請求権を行使した適格団体は、その権利行使に要した費用を違反者から回収できない場合、連邦司法省に対してその償還を請求することができる (不正競争防止法 10 条 4 項第 2 文)。ただし、その償還額は、国庫に返還された利益の額を上限とする (同項第 3 文)。

e. 消滅時効

適格団体の利益返還請求権は、発生時から 3 年の消滅時効に服する (不正競争防止法 11 条 4 項)。この権利を行使した適格団体の連邦司法省に対する費用償還請求権 (同法 10 条 4 項第 2 文) についても、同様である。

¹³⁸ BT-Drs. 15/1487, 24; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG § 10 Rn. 10.

¹³⁹ Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG § 10 Rn. 5.

f. 運用実態

以上の不正競争防止法 10 条に基づく利益返還請求権は、適用実績が全くないわけではないものの、実務上ほとんど利用されていないと言われている。その原因としては、違反者の故意やその得た利益の存在および額の証明が容易でないことや、適格団体が訴訟リスクを負担する一方で返還される利益を取得できないことなどが指摘されている¹⁴⁰。

(3) 競争制限禁止法違反による利益吐出し

競争制限禁止法上の利益吐出しのための制度としては、連邦カルテル庁の利益返還請求権（同法 34 条）と適格団体の利益返還請求権（同法 34a 条）の 2 つが存在する。

a. 連邦カルテル庁の請求権

(a) 沿革

連邦カルテル庁の利益返還請求権を定める競争制限禁止法 34 条は、1980 年の第 4 次競争制限法改正の際に導入された。その後、この制度は法改正の機会に漸次的に強化されて今日に至っている。

(b) 趣旨

この制度は、とりわけ、競争制限違反行為により個別の被害者の被った損害が小さいため、損害賠償請求がなされない場合を想定している。そうした場合に、違反行為によって得られた利益を違反者の元に残さないことがこの制度の目的とされる¹⁴¹。

(c) 要件

ア 積極的要件

1) 競争制限禁止違反

競争制限禁止法 34 条 1 項によると、連邦カルテル庁による利益返還請求が認められるためには、まず、同法、EU 機能条約 101 条もしくは 102 条または連邦カルテル庁による処分に違反する行為がされたことが必要である。

2) 故意・過失

次に、違反事業者がその行為を故意または過失によってしたのでなければならない。

3) 経済的利益

さらに、その行為によって違反事業者が経済的利益を得たのでなければならない。

a) 範囲

ここで言う「経済的利益」¹⁴²の中心をなすのは、違反行為によって得られた売上の増加分である¹⁴³。しかし、それに限られるものではなく、金銭的評価の可能なその他の経済的な利益が広く含まれる。例として、競業者の排除によって違反事業者が市場において有利な地位を得るに至ったことによる利益が挙げられている¹⁴⁴。

¹⁴⁰ Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG § 10 Rn. 3; *Raue*, a.a.O., S. 428.

¹⁴¹ BT-Drucks. 15/3640, 36.

¹⁴² この概念は、秩序違反法 17 条 4 項にならったものであり、そこでの解釈を参照すべきものとされている (BT-Drucks. 15/3640, 55)。

¹⁴³ BT-Drucks. 20/6824, 40; *Volker Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht, Band 2 Kartellrecht im GWB, 7. Aufl. (2024) (以下「Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*」として引用) GWB § 34 Rn. 15. なお、2005 年の第 7 次競争制限禁止法改正までは、返還の対象は売上の増加分に限定されていた。

¹⁴⁴ BT-Drucks. 15/3640, 55.

b) 証明

この利益の額を算定するに当たっては、裁判官の裁量的評価が認められる（競争制限禁止法 34 条 4 項第 2 文）。この評価に関しては民事訴訟法 287 条が適用され、そこでの証明度は証拠の優越で足りる（同項第 3 文）。

c) 推定

違反事業者の得た経済的利益およびその額を証明することは、以上のように証明度を引き下げてもなお容易でないことが多い。そこで、2023 年の第 11 次競争制限法改正¹⁴⁵の際に、以下のような一連の推定規定が設けられた。

(i) 原則

その基本をなすのは、次の 2 つの推定規定である。第 1 に、違反行為によって何らかの経済的利益が発生したことが推定される（競争制限禁止法 34 条 4 項第 1 文）。第 2 に、違反行為によって得られた経済的利益は、違反に関連する商品・役務による国内売上高のうち 1% に相当する額を下回らないことが推定される（同項第 4 文）。利益を返還すべき対象期間は最長 5 年であるところ（後述）、後者の推定もそれと同じ期間について認められる（同項第 5 文）。

(ii) 反証

以上の推定を覆すためには、違反行為に直接に参加した法人または自然人集団と違反事業者のいずれもが、推定される額の利益を取得していないことが証明されなければならない（競争制限禁止法 34 条 4 項第 7 文）。その際、違反事業者と経済的一体をなす全ての法人または自然人集団が全世界で得た利益が違反事業者の利益として扱われる（同項第 8 文）。

(iii) 排除

上述の推定規定は、違反行為の特別な性質により、利益の取得があったとは考えられない場合には適用されない（競争制限禁止法 34 条 4 項第 9 文）。例えば、市場や競業者への影響が発生する前に違反行為が終了した場合などが考えられる¹⁴⁶。

イ 消極的要件

以上の要件を充たす場合であっても、第 1 に、利益の返還が違反者にとって過度の不利益をもたらす場合には、返還額が相当な金額に制限され、または利益返還の請求が認められない（競争制限禁止法 34 条 3 項第 1 文）。第 2 に、違反者の得た経済的利益が些少である場合にも、利益返還請求は認められない（同項第 2 文）。返還の対象となるべき利益が調査等に要する費用を下回るような場合が、その典型例である¹⁴⁷。

(d) 効果

ア 裁量

以上の要件を充たす場合に、違反事業者に対して利益返還を命じるかどうかは、連邦カルテル庁の裁量に委ねられている。

イ 対象

返還の対象となるのは、上述の要件に該当する利益である。ただし、利益を返還すべき対

¹⁴⁵ この改正について紹介する邦語文献として、田中裕明「ドイツ競争制限禁止法第 11 次改正について」神戸学院法学 51 巻 3 号 55 頁（2023 年）がある。

¹⁴⁶ BT-Drucks. 20/6824, 41; Immenga/Mestmäcker/Emmerich, GWB § 34 Rn. 23e.

¹⁴⁷ BT-Drucks. 20/6824, 41; Immenga/Mestmäcker/Emmerich, GWB § 34 Rn. 31.

象期間は、5 年が上限とされている（競争制限禁止法 34 条 5 項第 1 文）。また、返還すべき額にも上限が定められている。すなわち、その額は、連邦カルテル庁が権利行使の決定をする時点の前の事業年度中に違反事業者またはそのグループが得た総売上上の 10%を超えることができない（同条 4 条 4 項第 10 文）。

ウ 他の請求権との関係

違反事業者は、違反行為によって得た利益につき、他の私人や国家に対し返還義務を負う場合がある。この場合、上述の不正競争防止法 10 条の場合と同様に、そうした返還義務が競争制限禁止法 34 条に基づく利益返還義務に優先するとの扱いがされる。具体的には、既に私人または国家への給付がされている場合、その額が同条 1 項に基づき返還されるべき利益の額から控除される（同条 2 項第 1 文）。同条 1 項に基づく返還義務が履行された後に違反事業者がそうした給付をした場合には、返還された額が、後に給付をした額の限度で違反事業者に償還される（同条 2 項第 2 文）。

(e) 期間制限

連邦カルテル庁が利益返還を命じることができるのは、違反行為の終了時から 7 年の間に限られる（競争制限禁止法 34 条 5 項第 1 文）。もっとも、連邦カルテル庁による手続の開始など一定の事由があった場合には期間の進行停止が認められる（同項第 2 文）。また、連邦カルテル庁の処分または請求を認容する裁判所の判決が確定した場合には、期間の更新が認められ、7 年の期間が再度進行を開始する（同項第 3 文）。

(f) 運用実態

連邦カルテル庁は、以上の利益返還請求権を長期にわたり全く利用してこなかった。しかし、立法者が数次にわたりその利用促進を目指した改正を行う中、2020 年になって初めてその適用例が生まれるに至った¹⁴⁸。2023 年の第 11 次改正による多数の推定規定の導入を受けて、今後その利用が一層促進されることになるかどうかは、今後をまつ他ない。

b. 適格団体の請求権

(a) 沿革

適格団体による利益返還請求権を定める競争制限禁止法 34a 条は、2005 年の第 7 次競争制限禁止法改正で導入された。その際、その 1 年前に導入された上述の不正競争防止法 10 条がモデルとされており、内容的にそれと共通する部分が多い。

(b) 趣旨

この制度は、連邦カルテル庁の利益返還請求権と同様、多数の被害者がそれぞれわずかな損害を被る場合における利益の吐出しを狙ったものであり、連邦カルテル庁がその権限を行使しない場合に生じるサンクシヨンの間隙を埋めることを目的とする¹⁴⁹。

(c) 要件

ア 積極的要件

1) 故意による競争制限禁止違反

適格団体が競争制限禁止法 34a 条 1 項に基づき利益返還請求をするためには、まず、相手方が競争制限禁止違反の行為を故意に行ったのでなければならない。故意を要する点を除けば、同法 34 条 1 項に基づく連邦カルテル庁による請求の場合と同じである。

¹⁴⁸ BGH, Beschluss vom 14.2.2023, GRUR-RS 2023, 14865 – Wasserpreise Gießen.

¹⁴⁹ BT-Drucks. 15/3640, 36.

2) 経済的利益

次に、その行為によって違反者が経済的利益を得たのでなければならない。これも、連邦カルテル庁による請求の場合と同じである。

3) 「多数の需要者または供給者の不利益により」得たこと

さらに、以上の経済的利益は、多数の需要者または供給者の不利益により得たものでなければならない。不正競争防止法 10 条と比べると、「供給者」の不利益も含む点で適用範囲の拡張がされている。その点を除けば、同条に関して上述したのと基本的に同じことがこの要件についても当てはまる。

イ 消極的要件

以上の要件を充たす場合であっても、連邦カルテル庁が既に過料、没収や上述の利益返還請求によって利益の返還を命じている場合には、適格団体による請求は認められない（競争制限禁止法 34a 条 1 項）。これにより、適格団体の利益返還請求権は連邦カルテル庁の処分に対して補充的なものとして位置づけられている。

(d) 効果

ア 債権者

競争制限禁止法 34a 条 1 項に基づく利益返還請求権を有する主体は、同法 33 条 4 項に定める適格団体である。もっとも、不正競争防止法 10 条の場合と同様、返還の相手方はあくまで国庫である。この点に関連して、やはり同法 10 条と同じく、利益返還請求権を行使する適格団体は、連邦カルテル庁に対して当該権利行使に関する情報を提供しなければならない（競争制限禁止法 34a 条 4 項第 1 文）。

イ 対象

返還の対象となるのは、上述の要件に該当する利益である。その額の評価方法については、不正競争防止法 10 条の場合と同様、知的財産権に関する侵害者利益基準の算定方法と基本的に同じものが妥当する。

ウ 他の請求権との関係

違反者が、違反行為によって得た利益につき他の私人や国家に対し返還義務を負う場合の扱いについては、連邦カルテル庁による利益返還請求の場合について上述したのと同じ規律が妥当する（競争制限禁止法 34a 条 2 項）。

エ 費用償還

利益返還請求権を行使した適格団体の費用償還請求については、不正競争防止法 10 条 4 項と同内容が定められている。すなわち、適格団体は、その権利行使に要した費用を違反者から回収できない場合、連邦カルテル庁に対してその償還を請求することができる（競争制限禁止法 34a 条 4 項第 2 文）。ただし、その償還額は、国庫に返還された利益の額を上限とする（同項第 3 文）。

(e) 消滅時効

適格団体の利益返還請求権は、5 年の消滅時効に服する（競争制限禁止法 34a 条 5 項第 1 文）。起算点については、明らかでないものの、民法上の一般原則（民法 199 条 1 項）により、請求権が発生し、かつそのことを適格団体が知り、または重過失がなければ知るはずだった時点の年末となると考えられる。なお、連邦カルテル庁による手続の開始など一定の事由があった場合には期間の進行停止が認められる点は、連邦カルテル庁による利益返還請

求の場合と同じである（同項第2文）。

(f) 運用実態

以上の適格団体による利益返還請求は、これまで適用例がないと言われている¹⁵⁰。その原因としては、不正競争防止法10条の場合と同じ事情の他に、連邦カルテル庁の処分が優先するとされていることなどが指摘されている¹⁵¹。

IV 懲罰的損害賠償制度

いわゆる懲罰的損害賠償に当たる制度は、ドイツ法には存在しない。それだけでなく、アメリカの裁判所が下した懲罰的損害賠償を命じる判決の承認・執行についても、判例¹⁵²は、日本のいわゆる万世工業事件判決¹⁵³と同様の立場をとっている。すなわち、そこでは、ドイツの民法は不法行為の効果として損害賠償のみを想定しており、被害者の利得を想定してはいないこと、制裁および抑止は民法の目的ではあり得ないことを理由に、そうした判決がドイツの公序（民事訴訟法328条1項4号）に反するとされた。

V その他当該制度に関連して特筆すべき内容

本節では、まず、必ずしも利益吐出しを実現しているわけではないものの、違法行為の実効的抑止のために様々な工夫がされている制度として、競争制限禁止法違反に基づく損害賠償を取り上げる（1）。次に、侵害者利益基準による損害算定の場面以外で、損害賠償の枠内において例外的かつ明確に実損を超える賠償が認められている場面として、GEMAの倍額実施料賠償に触れる（2）。さらに、利益吐出しの手段として機能する情報・収支計算請求権（3）についても概観する。

1. 競争制限禁止法違反に基づく損害賠償

競争制限禁止法違反に基づく損害賠償については、同法33a条が定めている。そこでは、権利行使を容易にするために様々な方策が用いられている。その多く（(1)以外のもの）は、2014年のEUカルテル損害賠償指令¹⁵⁴を国内法化するため2017年に行われた第9次競争

¹⁵⁰ Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, GWB § 34a Rn. 4a.

¹⁵¹ *Christian Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht (2010) S. 601 f.; Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, GWB § 34a Rn. 4a.

¹⁵² BGH, Urteil vom 4.6.1992, BGHZ 118, 312.

¹⁵³ 最判平成9年7月11日民集51巻6号2573頁。

¹⁵⁴ Richtlinie 2014/104/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union.

制限禁止法改正¹⁵⁵によって導入されたものである。その中には、競争法に特有の問題に対処するものもあるが、以下ではそれらは割愛し、実損を超える損害賠償に関連する規律に限って取り上げる。

(1) 侵害者利益の「考慮」

競争制限禁止法違反による損害の算定に当たっては、違反者が違反行為によって得た利益の割合の一部を考慮することができる（競争制限禁止法 33a 条 3 項第 2 文）。この規定は、2005 年の第 7 次競争制限禁止法改正の際に導入されたものである。その趣旨は、立法理由によると、違反行為がなかった場合の仮定的な市場価格の確定が困難な場合において損害賠償請求権の行使を容易にする点にある¹⁵⁶。

このような趣旨に鑑みて、学説では、侵害者利益基準に基づく損害算定を定める知的財産諸法の規定とほぼ同じ文言にもかかわらず、ここでの侵害者利益の考慮は損害額の推定の趣旨に過ぎず、違反者による反証の余地が認められるとする見解が一般的である¹⁵⁷。ただし、そこで推定の対象となる侵害者利益の算定に関しては、知的財産権に関する侵害者利益基準の算定方法と基本的に同じものが妥当すると解されている¹⁵⁸。

(2) (その他の) 損害の推定

以上の他、損害賠償請求を容易にするための推定規定として、次の 2 つが設けられている。

第 1 に、カルテルが行われた場合には、それによって損害が発生したものと推定される（競争制限禁止法 33a 条 2 項第 1 文）。ここに言うカルテルとは、市場における競争行為に関して協調し、または競争変数に影響を与えることを目的として、複数の競争者間で行われる合意または協調行動である（同項第 2 文）。そして、そうした合意または協調行動に含まれるものとして、購入・販売価格その他の取引条件の確定または調整（同項第 3 文 1 号）、生産または売上の割合の分割（同文 2 号）、市場および顧客の分割（同文 3 号）および他の競争者に対してする競争を害する措置（同文 4 号）が挙げられている。

第 2 に、商品・役務に関してカルテルの当事者が行った法律行為であって、内容的、時間的および場所的にカルテルの対象に含まれるものは、当該カルテルの影響を受けたものと推定される（競争制限禁止法 33a 条 2 項第 4 文）。

(3) 利息

一般に、損害賠償請求権は催告または訴訟提起の時点から遅滞に陥り、その時点から原則として基本利率（民法 246 条）に 5%を加えた率による遅延損害金を生じさせる（民法 288 条 1 項）。それを超える損害の賠償も認められる（同条 4 項）。これに対し、競争制限禁止

¹⁵⁵ これについては、宗田貴行「ドイツ競争制限禁止法第 9 次改正による民事的救済制度の改善〔1〕～〔5・完〕」国際商事法務 46 巻 3 号 299 頁以下、4 号 473 頁以下、5 号 625 頁以下、6 号 792 頁以下、7 号 963 頁以下（2018 年）が詳しい。

¹⁵⁶ BT-Drs. 15/3640, 54.

¹⁵⁷ Immenga/Mestmäcker/Franck, GWB § 33a Rn. 107; Alexander, a.a.O. Schadensersatz und Abschöpfung, S. 400 f.; Janssen, a.a.O., S. 557 ff.

¹⁵⁸ BT-Drs. 15/3640, 54.

法違反に基づく損害賠償については、請求権の発生時から以上と同様の扱いがされる（競争制限禁止法 33a 条 4 条）。

2. GEMA の倍額実施料賠償

(1) 概要

判例は、音楽著作権の管理団体である GEMA が原告となる場合に限って、実施料相当額の倍額の賠償請求を認めており、これは確立した判例法理となっている。

(2) 趣旨

この扱いは、次のように正当化されている¹⁵⁹。すなわち、その他の知的財産権と異なり、音楽著作権については、その侵害行為を発見することが特に困難である。また、その侵害行為はきわめて広範囲にわたって至るところで行われる。そうした侵害行為に適切に対処するためには、特別に訓練された人員と音楽イベントの継続的な調査が必要である。それに要する費用を著作権者または実施権者に負担させるのは衡平とは言えない。むしろ、その費用は侵害者らの負担に帰すべきものであり、それを実現するために、賠償されるべき実施料相当額を例外的に加算することが認められる。

(3) 射程

このように、以上の倍額実施料賠償の法理は、音楽著作権およびそれを管理する GEMA の業務内容の特殊性に由来する例外的なものである。そのため、判例は、その他の場面についてこの法理を及ぼすことを認めていない¹⁶⁰。

3. 情報・収支計算請求権

(1) 意義

権利者が侵害者利益基準による損害算定方式を利用するかどうか（それが実施料相当額基準と比べて有利かどうか）を判断し、また訴訟において侵害者利益の額を主張・立証するためには、侵害者から収支の計算その他の情報の提供を受けることが不可欠である。同様のことは、国庫に対する利益返還請求がされる場合にも当てはまる。しかし、このような情報および収支計算を求める権利について直接に定める明文の規定は、民法その他の法律中には設けられていない¹⁶¹。

¹⁵⁹ BGH, Urteil vom 24.6.1955, BGHZ 17, 37; BGH, Urteil vom 10.3.1972, BGHZ 59, 286. もっとも、学説では、侵害行為と費用支出との間の因果関係が存在しないとの理由により、これに批判的な見解が支配的である。MüKoBGB/Oetker, BGB § 249 Rn. 206 およびそこに掲げられた文献参照。

¹⁶⁰ BGH, Urteil vom 6.3.1980, BGHZ 77, 16; BGH, Urteil vom 22.1.1986, BGHZ 97, 37 – Filmmusik.

¹⁶¹ もっとも、以前は、1965 年著作権法 97 条 1 項および 1974 年意匠法 14a 条 1 項が、侵害者利益基準を明文化したのに合わせて、情報・収支計算請求権についても定めていた。しかし、これらは、2008 年知的財産諸法改正によって知的財産諸法中の損害賠償規定が統一された際に消滅した。これは、後述する信義則上の情報・計算請求権に関する判例法理に委ねる趣旨によるものである (BT-Drucks. 16/5048, 48)。

(2) 準事務管理に基づく情報・収支計算請求権

そうした中、判例は当初、特許権侵害に基づく損害賠償の場面において、準事務管理の規定の適用ないし類推適用により対処した¹⁶²。これにより、民法 687 条および 681 条によって、委任における情報・収支計算請求権を定める民法 666 条が準用されるわけである。

(3) 信義則に基づく情報・収支計算請求権

その後、判例は、より一般的な射程を有する情報・収支計算請求権を、信義則（民法 242 条）に依拠して展開させた。この法理は慣習法化していると一般に言われている¹⁶³。

a. 要件

判例によると、信義則に基づく情報・収支計算請求権は、以下の要件の下で認められる。

第 1 に、当事者間に特別な法律関係が存在しなければならない¹⁶⁴。これは、損害賠償に関して言えば、相手方が権利侵害その他の責任を発生させる行為をしたことが明らかになっていなければならないことを意味する。

第 2 に、当事者の法律関係は、他人の事務の処理を内容とするものでなければならない¹⁶⁵。

第 3 に、権利者が自らの責めに帰すべきでない事情によって自己の権利の存否または範囲を知らず、かつ、権利行使またはその準備のために必要な情報を自ら入手することが期待できない一方、相手方はその情報を特段の負担なく提供できることが必要である¹⁶⁶。

b. 範囲

以上の要件を充たす場合に、どこまでの情報・収支計算の提供が求められるかは、個別具体的な判断による。一方では当事者間の法律関係の趣旨・目的¹⁶⁷が、他方では権利者の保護に値する利益と相手方の負担や労力との間の均衡¹⁶⁸が重要な意味を持つ。

侵害者利益基準による損害賠償額の算定の場面では、基本的に、3つの損害算定方法のいずれかを選択し、それによる損害額を具体的に計算するのに必要な全ての事情が提供されなければならない、かつその計算は検証可能なものでなければならない¹⁶⁹。もっとも、判例は、提供された計算の正確性を第三者である公認会計士によって検証させることを求める権利までは認めていない¹⁷⁰。また、控除すべき一般費用の範囲が問題となる場面では、その範囲はいずれにしても裁判官の裁量的評価により定める他ないとして、詳細な情報の提供を求めることはできないとした判例もある¹⁷¹。

¹⁶² RG, Urteil vom 7.3.1900, RGZ 46, 14; RG, Urteil vom 3.2.1909, RGZ 70, 249.

¹⁶³ MüKoBGB/Krüger, BGB § 260 Rn. 12.

¹⁶⁴ BGH, Urteil vom 13.11.2001, BGHZ 149, 165.

¹⁶⁵ BGH, Urteil vom 29.10.1953, BGHZ 10, 385.

¹⁶⁶ BGH, Urteil vom 29.10.1953, BGHZ 10, 385.

¹⁶⁷ MüKoBGB/Krüger, BGB § 259 Rn. 6.

¹⁶⁸ BGH, Urteil vom 7.12.1977, BGHZ 70, 86.

¹⁶⁹ BGH, Urteil vom 2.4.1957, GRUR 1957, 336 – Rechnungslegung.

¹⁷⁰ BGH, Urteil vom 3.7.1984, BGHZ 92, 62 – Dampfrieserstab II.

¹⁷¹ BGH, Urteil vom 6.10.2005, GRUR 2006, 419 – Noblesse.

VI 現状の問題点・法改正に向けた動向等

1. 現状の問題点

利益吐出しに関しては、知的財産権等に関する3つの損害算定方法の法理をめぐって古くから盛んに論じられてきたが、現在では、不正競争防止法10条や競争制限禁止法34a条のような新たな規制手段の登場を踏まえつつ、より広い視野から引き続き活発な議論が行われている。その中で指摘されている現状の問題点のうち主要なものを挙げるとすれば、次の3点である。

(1) 過失による利益吐出しの過剰性

第1に、侵害者の帰責性に関する問題である。判例が3つの損害算定方法の枠内で侵害者利益基準による損害算定を認める場合、不法行為の枠組みを用いることの帰結として、侵害者の帰責性としては過失で足りるということになる。しかし、学説では、これに対して、特に知的財産権や一般的人格権のように違法な行為と適法な行為の境界が必ずしも自明でない場面において、過失があるにとどまる侵害者に利益吐出しまでを認めるのは行き過ぎであり、過剰な抑止につながるとの批判がかなり強い¹⁷²。そうした見解は、侵害者利益の返還は故意の場合に限定すべきだと説く。その中には、侵害者利益の返還は準事務管理に委ねるべきだとするものもあれば¹⁷³、損害賠償として位置づけつつ、侵害者利益基準による損害算定についてだけは故意を要求する形で、帰責性の程度に応じた責任の段階化を志向するものもある¹⁷⁴。Gerhard Wagner が2006年に提示した、利益吐出し型の損害賠償を一般的に認める立法提案も、その対象を故意の場合に限定している¹⁷⁵。

(2) 情報・収支計算の検証手段の必要性

第2に、法形式を問わず、侵害者利益の吐出しを請求する際に、その内容および額の証明が原告にとって困難であることは広く認識されている。上述のように、信義則上の情報・収支計算請求権は認められているものの、その正確性の検証手段がないことを問題視する見解が主張されている。これによると、判例がかつて否定した、提供された情報・収支計算について公認会計士の検証を求める制度を導入することが、実効的な利益吐出しの実現のために必要だとされる¹⁷⁶。

(3) 国庫に対する利益吐出しの実効性の欠如

第3に、私人による国庫に対する利益返還請求の制度をめぐっては、権利行使のインセンティブの欠如が利用の低調さの原因だとして、学説の批判が強い。これによると、権利行使の資格を有する適格団体が侵害者利益を取得できる制度の方が望ましいとされる。もっ

¹⁷² Johannes Köndgen, Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns. Eine juristisch-ökonomische Skizze, RabelsZ 64 (2000) 661; Maximilian Haedicke, Die Gewinnhaftung des Patentverletzers, GRUR 2005, 529; Raue, a.a.O., S. 473 ff., 602 f.; Janssen, a.a.O., S. 399 ff.

¹⁷³ Raue, a.a.O., S. 485, 602. Helms, a.a.O., S. 472 ff. und passim.

¹⁷⁴ Köndgen, a.a.O., 693 ff.; Janssen, a.a.O., S. 399 f.

¹⁷⁵ Wagner, a.a.O. Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, A. 96 f.

¹⁷⁶ Janssen, a.a.O., S. 398 f., 498 ff.

とも、この点については、連邦カルテル庁による利益返還請求に関する競争制限禁止法 34 条の強化にならって制度を改善する余地は多分にありそうである。実際、不正競争防止法 10 条などをモデルにして、知的財産権侵害等の場合にも（少なくとも形式上）国庫への返還請求を立法論として志向する見解も示されている¹⁷⁷。

2. 法改正に向けた動向

ここでは、これまでに提出された（しかし実現には至っていない）立法提案の一部を紹介する。

(1) 二倍実施料額による侵害者利益の推定

2008 年の知的財産諸法改正に向けた議論の中で、連邦参議院は、侵害者利益の推定に関して次のような規律の導入を提案した。それは、通常実施料額の倍額を侵害者利益の額と推定するとともに、それを超える侵害者利益を権利者が証明することもできるとするものである。しかし、政府はこれを制裁的な性格のものと捉え、法案に取り込まなかった¹⁷⁸。

(2) 不正競争防止法 10 条をめぐる動向

不正競争防止法 10 条に関しては、上述したように、導入当時から制度設計のあり方について活発な論争が展開されてきた。直近の動向として、2015 年の同法改正の際に、連邦参議院により同条を強化する提案がされた。具体的には、故意の存在についての推定規定の導入による証明責任の転換、「多数の需要者の不利益により」得た利益という要件の削除、利益の返還先を消費者保護事業のための政府の特別財産とすることが提案された¹⁷⁹。連邦政府は、これを検討に値するものとしつつも、立法作業の時間的な都合を優先して法案への導入を見送った¹⁸⁰。

VII 日本法への示唆

今後の日本法の解釈論・立法論を考えるに当たっては、実質的な規律内容として何が適切妥当かの問題と、それを記述するためにどのような法律構成がふさわしいかの問題があることは、改めて言うまでもない¹⁸¹。このうち前者については、上に「現状の問題点」として掲げた点を中心に、問題の所在の少なくとも一部は以上の概説によって示されていると思われる。

¹⁷⁷ Klaus Bartels, Umstellung des Bereicherungsausgleichs für Fälle nachteilsfreier Eingriffe in subjektive Rechte. Zugleich ein komparativer Blick auf das Common Law, AcP 224 (2024) 1.

¹⁷⁸ BT-Drs. 16/5048, 61 ff.

¹⁷⁹ BT-Drs. 18/4535, 19 ff.

¹⁸⁰ BT-Drs. 18/4535, 26 f.

¹⁸¹ 後者の問題を軽視すべきでないことにつき、長野史寛「いわゆる『利益吐出し』と民法法理——侵害利得の可能性と限界を中心に」民商 157 巻 1 号 88 頁以下（2021 年）、90 頁以下参照。

他方、後者の点については、少なくとも3つの損害賠償方法の法理に関する限り、ドイツ法の現状には問題が多い。結局のところ、そこでは被害者の損害の填補を本来の目的とする損害賠償に、それとは異質な侵害者利益の返還という目的を読み込むことで鵠的な制度が誕生し、慣習法化していると言われるに至ってしまっている。こうした傾向に対しては、ドイツでも危惧感を示す見解が少なくなく、制度の基礎をなす思想・原理を明確に把握した上で、異なるものを区別して論じることの必要性が（改めて）確認されている¹⁸²。法律構成のあり方に関する限り、ドイツの判例（およびそれを祖述する「通説」）からは反面教師としてのみ示唆を得るべきであり、むしろ上記のような必要性を踏まえてそれぞれ一貫した分析を示す学説の方にこそ学ぶべきものが多いと思われる。本稿では、そうした学説の紹介・分析は対象としていないため、それを踏まえて日本法への示唆を得る作業は、今後の課題とする他ない。

¹⁸² *Raue*, a.a.O., S. 247 und *passim* (伝統的な填補的損害賠償と、利益吐出しを内容とする抑止的損害賠償との区別の必要性を説く); *Janssen*, a.a.O., S. 163 ff. und *passim* (損害の完全な填補によりもたらされる「填補思想の枠内の抑止」と、損害の填補を超えるサンクションによりもたらされる「填補思想の枠外の抑止」の区別の必要性を説く).

第4章 オランダ

龍谷大学 若林三奈

要旨：1992年に施行された改正オランダ民法典では、債務法の一般規定に、損害の算定にあたって、裁判官が、侵害者の利益を損害とみなすことを可能とする規定が導入された（BW6:104）。しかし、本条は、いわゆる利益の吐出し請求権とは異なり、損害算定のための証明負担を軽減する規定であるとの理解を出発点とする。判例によれば、侵害者の利益が被害者の財産的損失を著しく上回る場合には、本条の非懲罰的性格から、賠償額は、利益の一部に制限される。本条が、実務上活用されているのは、違法転貸・無断転貸の事例である。学説では、本条または不当利得法をベースに、一定の場合に、利益吐き出しを認めるべきとする議論がある。これに対し、知的財産法分野では、利益吐き出し請求権に関する規定がある。オランダ法では、懲罰的な損害賠償は認められていない¹。

I. 一般不法行為法の基本構造

1. 沿革—法制史の概観

オランダでは、1992年に債務法分野の改正が実現した。このオランダ民法典（*Burgerlijk Wetboek*、以下 BW と略記する。）は、第二次世界大戦後、広範な比較法研究のもとに起草され、EUにおける民法典や私法の平準化において、最も現代的なヨーロッパモデルとも言われる。以下では、まず簡単にオランダ民法の制定史を概観する²。

オランダ民法の歴史は、19世紀初頭のフランス占領以前に遡る。占領期以前、オランダでは、ローマ・オランダ法が2世紀以上にわたって適用されていた。フランス革命以後、フランスによる占領により、フランス民法典（*Code Civil*）の影響下におかれた（ナポレオン皇帝の弟、ルイ・ナポレオン皇帝の支配地域に限り、一時的に独自のオランダ民法典が施行された）。1813年には、このナポレオン支配が終焉を迎えたものの、1838年にオランダ民法典が施行されるまでの間、なおフランス民法典が適用されていた。

その間に、オランダ独自の民法草案がいくつか出されたものの、結局、1838年のオランダ民法典は、同年までオランダで施行されていたフランス法の影響を強く受けたものであった（以下、旧民法という。）。この民法典は1992年の現行民法の施行まで存続することになるが、その間に、フランス法の影響力は弱まる反面、サヴィニーの歴史学派やドイツの法

¹ 本稿の調査研究の内容は、言語および時間の制約から、現フライブルク大学（ドイツ）教授であるブースフェルト（Kristin Boosfeld）氏の博士論文（K.Boosfeld, *Gewinnausgleich*, Mohr Siebeck, 2015）および同教授への照会にその多くを依拠していることを付記しておく（本文中および脚注にある斜体字のオランダ語文献は、同教授の著作で引用されていたものであって、その大半は直接確認できていないが、後学のために付すものである）。

² 現在のオランダ民法典の歴史的背景及び法典編纂の特色とその概観については、アーサー・S・ハートkamp／平林美紀訳「オランダにおける民法典の公布」ジュリスト1358号（2008年）134頁以下およびそこに掲載されている各文献も参照されたい。

理論の影響を強く受けるに至った。

具体的には、オランダ旧民法の不法行為法は、フランス民法典旧1382条（現1240条）から継受した広範な一般条項を規定していた：「他人に損害を生じさせるすべての違法な（*onregtmatige*）行為は、過失により損害を生じさせた者に対して、その損害の賠償義務を負わせる」（旧民法1401条。「違法な行為」を想定する点にフランス法との相違点がある）。

しかし、オランダの学説は、この一般条項を非常に狭く解釈し、ドイツ民法（以下、BGB）の不法行為規定と同様の結論を得ていた。すなわち、不法行為の成立には、①絶対権の侵害（BGB823条1項参照）、②保護法規違反（BGB823条2項参照）、③善良な風俗への違反（BGB826条参照）が必要と考えられていた。

その後、1919年のリンデンバウム・コーエン（*Lindenbaum/Cohen, HR 31 Jan. 1919, NJ 1919, 161*）事件判決を契機として、第4の不法行為のカテゴリーとして、「社会生活において他人の人格又は財貨について命じられる注意義務に違反する行為」が誕生した。これによってオランダ不法行為法は、その適用範囲を拡大することとなり、この判例法は現行法（BW6:162条）にも取り込まれている（Mincke=Heutger, S.115）。

現行のオランダ民法典の債務編は、マイヤース（*Eduard Meijers, 1880-1954*）により起草された³。これにより、フランス法の伝統から決別し、比較法をもとに、オランダ独自の新たな民法典を制定するに至ったとされる。

債務法の規定は、この第6編におかれ、不法行為は、第6編162条（BW 6 : 162）以下に規定がある⁴。

2. 規定の概観

（1）成立要件

不法行為に基づく損害賠償請求権の成立要件は、一般に、①違法性、②帰責性、③損害の発生、④因果関係であり（以上、BW6:162）、⑤損害が保護範囲に含まれること（BW6:163）を前提とする。不法行為（違法性）とは、①権利の侵害、②制定法違反、③社会生活上の義務違反をいう（BW6:162条2項）。

【BW 6:162 条】

（1）他人に対して不法行為をなした者は、その不法行為がその者に帰せしめられる場合に、それによってその他人が被った損害を賠償することを義務づけられる。

³ マイヤースは、1947年に新民法典制定にかかる委員に任命され、1954年4月には、4編分につき詳細な理由を付してまとめた後（*Meijers, E.M., Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek*）、同年に逝去している。

⁴ 条文訳は、いずれもクリスティアン・フォン・パール著・窪田充見編訳『ヨーロッパ不法行為法（1）』（弘文堂、1998年）528頁以下による（誤記と思われる部分のみ、修正している）。

(2) 権利の侵害ならびに制定法上の義務または社会生活上の書かれざる法に反する作為もしくは不作為は、正当化事由を留保して、不法行為とみなされる。

(3) 不法行為は、行為者が有責に不法行為をなした場合、または、原因が法律上もしくは社会生活上その者の危険領域に属するとされるべきものである場合に、その者に帰せしめられる。

【BW6:163 条】

侵害された規範が被害者が被った種類の損害を保護するものではない場合には、損害賠償義務は生じない。

(2) 効果

不法行為の効果は、第6編 債務法総則、第1章 義務違反、第10節 法定の損害賠償義務に規定されている (BW6 : 95 条以下)。

不法行為法の効果は、旧くからあるオランダ法と同様、現行法でも、被害者に生じた損害の填補にある。不法行為や義務違反によって侵害者が得る利益が、被害者の損害を上回ることがあることは十分に認識されていたものの、議論は散発的であった。

オランダ法では、損害賠償は、金銭によるのが原則である。ただし、裁判官は、被害者の申し出に基づいて、一定金額の給付以外の方法による賠償を承認することができるとされ (BW6 : 103)、自然原状回復の方法を選択することも可能である。損害賠償額の算定は、裁判官の裁量に委ねられている (BW6:97) ⁵。具体的損害算定によるのか、抽象的損害算定によるのかも、裁判官の自由である (Mincke=Heutger,S.101)。

賠償対象となるのは、「財産損害とその他の不利益」である (BW6:95)。原則として、すべての財産損害が対象となり、これには「被った損失」と「喪失した利益」が含まれる (BW6 : 96 条 1 項)。また賠償の目的のために、財産損害として、一定の費用についても、相当額が賠償の対象となる (BW6 : 96 条 2 項) ⁶。

精神的損害の賠償については、次の場合には、被害者は「衡平に基づく損害賠償請求権」をもつ (BW6 : 106 条 1 項)。①故意による場合 (a 号)、②身体侵害の場合、③名誉・名声の侵害、④他の方法での人格侵害 (以上、b 号) ⁷、⑤特定の遺族における死者の思い出の侮辱 (c 号)。なお、2019 年より被害者が死亡した場合の遺族慰謝料も認められている (BW6:108 条 3 項、4 項)。

⁵ 【6 : 97 条】 裁判官は、損害を、その損害の性質上最も適当な方法で確定する。損害の範囲を明確にすることができない場合には、それは裁量による。

⁶ 具体的には、「a.請求権を基礎づける出来事から予想される損害の回避または軽減のための費用」、「b.損害ならびに責任を確定するために相当な費用」、「c.賠償請求権の裁判外の満足のために相当な費用」をいう。ただし、b または c は、訴訟費用に関する民事訴訟法第 241 条の規定が適用されない場合に限られる (同条 3 項)。

⁷ 判例によると、「他の方法での人格侵害」には、事実の状況に関連して、精神的損害が発生したと結論づけうるに十分な具体的な資料の提出が必要とされるが、規範違反の内容や深刻さに照らして、被害者に不利益な結果が生じることが明白であり、人格侵害が想定できる場合には、例外的な扱いが認められているようである (HR 28.5.2019, ECLI:NL:HR:2019:793, HR 15.3.2019 ECLI:NL:HR:2019:376)。

以上に加えて、1992年の新民法（債務法）の施行に際して、BW6:104条が制定された。

【BW6:104条】

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、この利益の全部または一部を損害として評価することができる。

オランダ法では、この6:104条により、加害者が得た利益に基づいた損害賠償額の決定が可能なることから、本条の性質をめぐって、立法時から議論がある。本条は、日本においても、違法収益移転制度の一つとして注目されている⁸。しかし、以下で見るように、オランダの立法者は、これをいわゆる利益吐き出し請求権とは考えておらず、判例も、30年にわたって抑制的に運用している。

II. 利益吐き出し型損害賠償制度又は類似の制度及びその構成

1. BW6:104条－利益に基づく損害算定

(1) 本条の意義

本条によれば、裁判官は、権利侵害によって加害者が得た利益を、被害者の損害額と等しいものであると評価することができる。本条の制定により、オランダでは、一般論として言えば、利益吐き出し型の損害賠償が法文上は可能となっている。通常の損害賠償請求権に代わる利益吐き出しの可能性を明文で定めている民法典は、未だヨーロッパには見られないことからすると、オランダはいわばフロントランナーといえる（Boosfeld, S.99）。

しかし、本条は、利益による填補賠償を認めた規定ではあるものの、いわゆる利益吐き出し請求権を認めた規定ではない。むしろ、被害者の申し出に応じて、侵害者が得た利益に基づいて損害賠償額を算定する裁判官の権利を定めた規定であるとされる（Boosfeld, S.58）。それゆえ、利益吐き出し請求権の規定は、オランダでは知的財産法分野に限られたものと見られている（→後述III）。

本条は、一般の損害賠償請求権の要件を満たしたすべての事例に適用される。したがって、不法行為だけではなく、契約違反の場合にも適用される。被侵害利益が絶対権か相対的な権利であるかも問われない。ただし、不当利得法の文脈ではこれは適用されない（PEL, von Bar, Liab.Dam.Art.6:101, Note.23）。

(2) 本条の法的性格

a) 規定の沿革と立法趣旨

aa) 1985年草案6.1.9.9a条－証明負担の軽減

マイヤースによる当初の新債務法草案（1961年）では、利益填補賠償規定はなく、1980年の民法草案にも同様の規定はなかった。本条に相当する6.1.9.9a条が、新民法草案（Ontwerp BW）に追加されたのは1985年である。

⁸ 日本弁護士連合会「違法収益移転制度の創設を求める立法提言」（2022年9月16日）等。

侵害者の利益に基づいて損害算定を行う規定の必要性は、学説等でも共有されていた。しかし、これらの学説は、知的財産権侵害の場面での利益剥奪を念頭においていた。知的財産権については、1970年代から80年代にかけて特別法が整備されたところ、立法者はそれで十分とせず、むしろ責任原因がある場合には、広く利益剥奪の可能性を認めるべきと考えた。

立法者は、「被害者が損害を証明できないがために損害賠償請求できないのは不公正である」との理由から、「利益に基づく損害算定」の規定を設けた。この規定によって、損害の証明負担を軽減することを意図した。学説からは、修正提案や反対もあったが、結論的には、立法者は民法草案において、6.9.9a 条を維持する結果となった。

ここで立法者が依拠したのは、ブロムベルゲン (*Auke Bloembergen*) の学位論文 (1965 年) における抽象的損害計算法理であったとされる (Boosfeld, S.100)。ブロムベルゲンによれば、権利を侵害された者は、権利者から剥奪された権利の客観的価値の賠償を求めることができる。そのため、裁判官は、被害者がたとえ理論上に限ったことであったとしても、自らが利益を実現する可能性を剥奪された場合には、「抽象的に」その損害を算定すべきであるとする。このような場合、侵害者が、具体的な損害 (差額説の意味での損害) を上回る利益を達成するかぎり、侵害者にその利益の吐き出しが義務づけられる。被害者が実際にその利益を得られたどうかは関係がない。重要なのは、常に利益を実現する機会の客観的価値だけである。したがって、抽象的な損害は加害者の利益に相当する、とされた (なお、ブーフエルトは、この点につき、権利者から奪われた客観的価値は、利益ではなく、適切なライセンス料であるとして、ブロムベルゲンの見解を批判している)。

bb) 学説の反応

ア) 修正提案

以上の提案に対して、学説では、加害者が違法な行為から得た利益を保持することは不適切であるとみる点について賛同する一方、すべての違法な行為を対象とするのではなく、その対象を絶対的かつ金銭的価値ある権利侵害に限定すべきである、との見解も示された。しかし、上述のように、立法者は、そのような要件を付加することは行わず、また不法行為に限定することもしていない。民事責任を発生させるあらゆる原因行為を利益剥奪の対象とした。

イ) 批判説—不当利得法の適用

草案6.1.9.9a条の曖昧な表現を批判する学説もあった。具体的には、裁判官の広範な裁量からは、軽微な被害の被害者が、多額の利益を請求する場合が出てくる一方で、深刻な被害を受けた被害者であっても、加害者がさしたる利益をあげていない場合には、不公正な扱いを受ける可能性が生じることが指摘された。そこで、学説では、不当利得の規定 (BW6 : 212) を適用して、利益に基づく損害算定を制限することが提案された。しかし、その意味は、利益剥奪請求が、被害者の損害を超えることがないことにあった (二重制限ルール)。この批判は奏功していない。純粹に責任法上の利益填補賠償を支持する立場からは、不当利得法には、違法行為または契約違反行為の要件がないことから、不当利得の規定は、利益填補賠償を規律するには、広範にすぎるとして、反論されたことによる (Boosfeld, S.101)。

cc) 最終草案

本条の法的性質をめぐっては、これが利益剥奪請求権であるのか、それとも民事損害賠償における証明軽減を定めた特別な算定規定なのか、議論がある。

事の発端は、立法過程においてオランダの司法大臣がBW6:104条を説明するに際して行った曖昧な発言にあった。同条に関連する法律の前文において、繰り返し「*afgifte van winst* (利益の吐き出し)」との用語が使用され、また、この規定は厳密な意味での損害賠償ではなく、もっぱら実務上の衡量から、一般損害法に組み込まれたに過ぎない、とも説明された。

そのため、学説では、これに呼応する形で、一部の論者は、BW6:104条を独立の利益吐き出し請求権として理解する一方 (*Spier, Asser/Hartkamp, Voute, Sterk, Salomons*)、他方で、立法者が本条を損害法においたのは、損害法の他の規定を本条に適用できるようにするためであって、本条は、ブロムベルゲンがいうところの抽象的な損害計算の方法を定めた証明負担軽減規定にすぎない、と理解する学説 (*van Dam, Deurvorst*) に分かれた。

最終的には、司法大臣が、立法手続の終盤において、6.1.9.9a 条は、損害計算を簡略化する規定であることを明確にした (*Boosfeld, S.102*)。

b) 判例の立場

aa) 初期の判例－厳格な適用制限

1993年に、オランダの最高裁判所 (*Hoge Raad=HR*) は、はじめて、BW6:104条の法的性質について判断することとなり、本条は、利益吐き出し請求権を規定したものではないことを明らかにした (*Waeyen-Scheers/Naus*事件、*HR 24.Dec.1993, RvdW 1994, 17*)。

本判決において、オランダ最高裁は、①6:104条は、損害賠償額を算定するための規定であること、また②本条の適用にあたっては、被害者の「損害の発生」が前提となることを明らかにし、本条の適用範囲をそれまでのどの学説よりも、厳しく制限する判断を下した。なぜなら、抽象的損害計算は、事実上の損害 (実損害額) とは切り離され、その計算にあたっては、損害の発生を必要とするものではないからである。

本判決により、6:104条を適用し、損害要件を不要として利益吐き出しを認めていた控訴審判決 (*Rb. Roermond, 9.7.1992, NJkort 1992, 61*) は破棄された。最高裁は、雇用契約に反して、自己の責任において第三者のために業務を行い、これにより利益を得ていた被用者を被告とする請求において、被害者に立証可能な損害がないことを理由に請求を棄却した。

bb) 学説からの批判

上記の判例のように、本条は、損害賠償額の算定方法にすぎないとなると、利益が明らかに損害を上回るような場合には、利益を損害額の算定に用いることはできず、その場合、本条の適用が排除されることになる。このことから、上記の判決は、学説から批判されることとなった。

一つは、最高裁の解釈は恣意的な結果を招く、との批判である。例えば、損害がわずかでもあれば、権利者はすべての利益の吐き出しを実現することができる反面、そのような最小限の損害すら証明できない場合には、この請求は完全に排除されることになるからである。もう一つは、BW6:104条の制限的な適用は、その独自の意義を失うことになる、との批判である。すなわち、BW6:97条に裁判官の裁量権が規定され、同条は、本条も対象とする。BW6:104条が導入されたそもそもの理由は、違法行為を行った者が、その行為からいかな

る利益も得るべきではなく、本条により、その者から同じようなことを行うインセンティブを奪うという点にあったはずであって、効果的な権利の実現には、こういった本条の独自の意義が必要であることから、この目的を達成するためには、厳格に損害に焦点を当てることから離れる必要があると主張する。すなわち、利益は、現実が発生した損害を測る単なる尺度ではなく、BW6:104条に基づく損害賠償に代わる独自の代替手段（選択肢）であるとされる（*Duervorst, Winstafdracht·einde aan slapend bestaan, p.60*）。

cc) 判例の現在の到達点（HR 18.Jun.2010, ①LJN BM0893、②LJN BL9662）

以上の批判を受け、現在の判例は、被害者の申し出に基づく、侵害者の利益による填補賠償の運用を緩和する方向も認められる。とくに、2010年に同日に出された2つの最高裁判決が重要である。

一つは、社会住宅が違法に転貸された事案である。一審は、BW6:104条の適用を否定し、社会住宅協会イメールが借主に請求する家賃と、イメールが次の入居者に請求しうる値上げした家賃との差額（約5697€）を損害賠償として認めたところ、控訴審（アムステルダム）が、本件では社会住宅協会に生じた具体的な財産的損失はその性質上具体的に決定することができないとして、BW6:104条の適用が妥当とし、借主が得た利益相当額をもって損害賠償請求を認容した⁹。本判決は最高裁でも維持された。本判決は、社会住宅協会は、違法転貸を防止するための費用を負担しなければならず、この場合、借主の行動によって貸主に何らかの不利益が生じていることで十分であるとして、損害の証明は広義の不利益の表見証明（もっともらしさの証明）で足りると判示した（HR 18.Jun.2010 ①LJN BM0893=ECLI:NL:HR:2010:BM0893 [Doerga/Ymere]）¹⁰。

他方で、同日のもう一つの最高裁判決では、本条の非懲罰的な性格を根拠に、利益が損害を「著しく」上回る場合には、損害は、適切な利益の程度に基づいて算定されなければならないこと、また利益の算定にあたっては、それを獲得するのに要した費用は控除することが判示された（HR 18.Jun.2010 ②LJN BL9662=ECLI:NL:HR:2010:BL9662 [Setel/AVR Holding]）¹¹。

⁹ 社会住宅協会から低家賃で社会住宅を借りていた借主が、転貸が法律上禁じられているにもかかわらず、少なくとも3年にわたり、この住宅を3人の学生に転貸していた事案である。借主に、毎月、家賃419.01€および光熱費（水道・ガス・電気）を控除した純利益345€があったとして、（少なくとも）40ヶ月分を転貸期間として、合計13,800€の賠償を命じた（訴訟費用は別途）。判決文からは、当時、このような社会住宅の違法転貸がアムステルダムでは横行していたことが看取できる。

¹⁰ 同様の事例に、*Hof Amsterdam, 28.Jun.2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:222*。

¹¹ 本判決の詳細につきブースフェルトの著作からは不明ではあるものの、当時のオランダ領アンティル諸島での通信ネットワークの相互接続料金をめぐり、セテル社がCT社への接続について一方的に値上げし、料金を差別化したため、CT社が新規顧客と相互接続料収入を失うこととなり、その損害賠償が問題となったようである（CT社の損害賠償債権は、その親会社であるAVRに譲渡された）。本件訴訟では、AVRが、CT社の株式価値の低下分（約117万NAF）も含めて513万NAF（約205万€）の損害の賠償を求めていたが、AVR側は、いわば二次的にセテル社の利益約389万NAF＝約155万€（＝18,557,460通話分に値上げ額0.21NAFを乗じた金額）を請求した。アンティルの第一審および控訴審は、本条と同一の規

以上をふまえ、現在の判例は、BW6:104条を、単に損害額の抽象的計算方法を定めた規定ではなく、もはや責任原因行為（不法行為または契約違反）に向けた損害賠償に代わる措置であるとみる学説（前述）や立法者が不運にも選んだ「評価する *begroten*」という表現は、「〔利益と損害とを〕同等に扱う」ものとして理解され、本条により、裁判官は、被害者の求めに応じて、損害賠償に代えて、加害者が得た利益を被害者に認めことができる、とみる学説もある。

しかし、2010年の最高裁判決以後にも、依然として「損害のあることが証明されていない」として請求が棄却されている裁判例（ブレダ裁判所による判決、*Rb Breda 6.Sep.2012, LJNBW6424*）があることから、以上の学説の見方には異論がないわけではない（Boosfeld, S.105）。

（3）裁判官の裁量制限をめぐる議論

a) 判例の立場

本条の適用は、裁判官の広範な裁量に委ねられている。そのため、その裁量に対する制限をめぐって議論がある。判例は、本条の適用にあたり、行為者の主観的非難可能性に特別な要件を求めることはできないとする（*HR 18. 6.2010 @LJN BL9662 Nr.3.3.2*）。条文上も、一定の非難可能性等の要件は課されていない。もっとも、損害賠償義務を認める前提として、損害賠償請求権の成立要件にかかる主観的要件を満たすことは必要となる。したがって、原則として、侵害行為に少なくとも過失がある場合にのみ、利益吐き出しが問題となる（無過失責任の場合にのみ例外となる）。このことから、本条の適用に際しては、裁判官は、立法理由書や学説における支配的な見解にしたがって、侵害者の有責性の程度を考慮して判断できるとされる。

b) 学説の状況

学説は、一定の基準に基づいて、裁判官の裁量範囲を制限し、特定の場合には BW6:104条の適用可能性を排除しようと試みてきた。

たとえば、ヴァンケン（*Jan Vranken*）は、立法過程における議論を取り上げ、損害法における BW6:104条の位置づけが問題にはなるとしつつも、本条に不当利得の原則（二重制限ルール）を適用すべきことを主張する。つまり、本条にかかる請求権は、債権者側の損失による制限を受けるとする。しかし、このような制限は、実務では確立されていない。

シェルテマ（*Martijn Scheltema*）は、その学位論文において、本条の過剰な適用を避けるために、加害行為の非難可能性（*verwijtbaarheid*）に適確な要件を立てるべきであるという。加えて、本条の適用には、責任を問われる当事者が、自らが違法にあるいは義務違反的に行為したことを認識しているか、少なくともその疑いがあることを前提とすべきという。

定である BWNA6:104条のもとで、300万NAF（約120万€）を認容し、本国の最高裁も、上記のように述べその判断を維持した。

さらに、ドゥールヴォルスト (*Titia Deurvorst*) は、本条の適用には、故意または重大な過失、あるいは、営利目的で権利侵害によって利得を獲得する意図を前提とすべきことを提案している¹²。

以上の各学説の検討の出発点は、いずれも利益剥奪によっていかなる目的を追求するかにある (Boosfeld, S.106)。その目的が、侵害者から違法行為を行うインセンティブを削ぐことにありと仮定すると、利益剥奪が意味をもつのは、加害者が何らかの形で非難されるべき行動をとった場合に限られる。行動の制御を考慮しうるのは、ある行動が故意または過失により、またそれゆえに、何らかの方法で制御できる場合に限られるからである。

他方で、利益剥奪によって達成すべき目的を、権利保有者と権利侵害により利益を得た者との間で、財を公平に分配することにおくのであれば、両者の利益状態、すなわち、「権利者がその権利から得られる利益を享受する権限」と、「侵害により利益を得た者が権利を使用し利益を保持することが許されるという信頼」とを調整する必要がある。ここでは、被害者の利益に加え、侵害者の保護の必要性も考慮される。むろん、そのような役割は、悪質な侵害の場合には軽減されることになる。

(4) 利益 (金額) の評価

a) 「利益」概念

侵害者の「利益」が被侵害者の損害額の算定を容易にするとしても、何を利益として認めるのかがはっきりとしていない。立法理由書によれば、BW6:104 条にいう利益とは、純利益のみを指し、費用の節約や損失の軽減といったその他の利益は含まれないとされる (Boosfeld, S.107)。

しかし、近時、より広範な利益概念が選択され、単に実際の収益から侵害者の費用を控除した額ではなく、得られた経済的なメリットすべてを対象とし、費用の節約や損失の軽減に向けられたその他の利益も、本条の意味における利益とする判例もある (*HR 18. 6.2010 ② LJNB L9662*)。具体的には、1993 年の判例では、「*winst*」 (Gewinn, profit) が用いられているのに対し、2010 年の②判例では、「*voordeel*」 (Voteil, benefit/advantage) が用いられていることが指摘されている¹³。

利益に基づく損害の算定は、その利益が実際に責任原因行為に由来している場合にのみ考慮される (*Rb. Amsterdam, 29.3.2006, LJN AV7581*)。したがって、裁判官は、責任原因行為の結果として (直接) 得られた利益がいくらになるのか、答える必要がある。この点の裁判例はあまりないとされ、多くは、衡平法上の議論が参照されるという。例えば、利益が権利侵害者の「領域」においてのみ生じ、権利者の不利益と侵害者の利益との間に間接的な因果関係しか立証できない場合には、利益に基づいて損害を算定することは「適切」とはいえない、とした例がある (*Rb. Utrecht, 15.10.1992, KG 1993, 56*)。

¹² *Deurvorst, Winstafdracht: einde van slapend bestaan, 2010, p. 58.*

¹³ この点について、最高裁 2010 年②判決では、セテル社は、料金の値上げにより、赤字状態から損益分岐点に回復したにすぎないにもかかわらず、「利益 *winst*」を上げたとの認定をしている点に、立法意図からの逸脱等があるとして懸念をしめす見解も見られる (Deurvorst, 2010)。

判例によれば、利益の一部のみを損害と評価することもできることから、その判断は、さらに複雑になっている。しかしこのような利益の一部吐き出しについては、学説も含めて肯定的に評価しているようであり、その結果生じる裁判官の広範な裁量は容認されている (Boosfeld, S.108)。

b) 判例

判例は、算定された利益が被侵害者の推定損害額を「著しく *aanmerkelijk*」上回る場合には、利益全額の吐き出しを求めることはできないとして、BW 6:104 条に懲罰的な性格はないことを強調して、一定の場合には、利益の一部の請求しか認められないとする (*HR 18.6.2010*②)。BW 6:104 条の目的は、被害者に完全な金銭補償を与えることにあり、それを超える制裁を科すことにはないからである。このことから、判例によれば、剥奪される利益は、実際に発生した損害と著しく不均衡な水準に達するものではあってはならず、実際に得られた利益が、推定される損害を著しく上回る場合、この請求は、利得の一部に減額されなければならないとされる。

c) 学説の評価

以上のことから、本条における裁判官の裁量には、利益額と剥奪すべき利益の割合 (程度) という 2 つの変数がある。その結果、裁判官は、①損害が利益に基づいて算定されるべきか、②この利益がどの程度の金額となるか、さらに、③この利得のうち、どの程度を損害算定に用いるべきかを判断しなければならない。このことは、被害者を著しく法的に不安定な状況におくとして学説による批判がある。なぜなら、たとえ裁判官が利益に基づいて損害額を評価する場合でも、その損害が、利益のごく一部に基づいてのみ算定される結果、それが立証可能な損害額よりも大幅に低くとどまるというリスクに被害者は直面することになるからである (*Deurvorst, Is winstafracht een brikbare sancite?, p.154-155*)。

とくに侵害者の利益の吐き出しに向けて、複数の当事者が、請求権を行使するような場合には、より大きな困難が生じることが指摘されている。このような場合に、ある被害者の損害が、侵害者の利益に基づいて計算されるならば、別の被害者からも提訴された場合には、利益に基づく損害算定は排除されるおそれもあることから、被害者間において公正さを欠く不平等な取扱いをもたらす (*van Boom, Twee arresten, p.124-125*)、との批判もある (Boosfeld, S.109) ¹⁴。

(5) BW 6:104 の適用事例—無断転貸

裁判実務では、借地借家関係における無断転貸において、貸主に借主の利益の請求を認める形で、BW 6:104 条がしばしば適用されており ¹⁵、これが本条適用の典型事例とされる。

¹⁴ たとえば最高裁 2010 年②判決では、セテル社の違法な値上げ行為について、CT 社の訴えだけが問題となったが、CT 社の番号に架電する際に不要な費用負担を強いられていたセテル社の加入者からも損害賠償の訴えがあった場合、その利益がどのように配分されるのかも問題になろう。判決では、このような点が考慮されたかは不明である。

¹⁵ *Hof Amsterdam, 28.1.2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:222; HR 18.6.2010@LJN BM0893; Hof Amsterdam, 18.9.2008, LJN BF1347; Rb. Amsterdam, 17.12.2007, WR 2008, 30.*

無断転貸により、借主は損害賠償義務を負う。この損害は、一つには、貸主に帰属すべき賃貸収入を借主が得ているという事実にあるとされる。もし貸主が、借主との賃貸借契約を解除していたならば、貸主は自ら、より高い家賃で、その住居を賃貸に出すことができた可能性がある。その限りで、ここでは逸失利益が問題となる (*Rb. Amsterdam, 17.Dec. 2007, WR 2008, 30*)。

また、損害とは、——少なくとも商業用物件の貸主に関して言えば——貸主に生じる次のような費用にあるとされる。例えば違法な転貸を専門に取り締まるスタッフを雇用するなど、契約違反の借主の行動を明らかにするための費用である (*HR 18.June.2010①LJN BM0893; Rb. Amsterdam, 17.Dec.2007, WR 2008, 30*)。このような損害は一般的に算定が困難であるため、BW6:104条に従って利益に基づいて算定することが可能であるとされている。

したがって、借地借家関係におけるBW6:104条に基づく利益の吐き出しについて言えば、貸主により高額の家賃収入を得る権利があるのかは重要ではない (*Hof Amsterdam 18.Sep.2008, LJN BR1347*)。この点は最終的には問題にならない。なぜなら、貸主は借主と合意した家賃に対する契約上の権利をもつだけであり、またその見返りとして、借主に完全な使用権を認めているからである。使用権が完全に認められているため、少なくとも賃貸契約が終了するまでは、貸主自らがより好条件で転貸することはできず、その結果、貸主に転貸によって得られる家賃が支払われることはない。利益を吐き出す義務は、むしろ契約違反から生じる。すなわち、判例によると、貸主は、借主が住居を転貸する（かつ、それによって利益を得る）ことは許されない、という相対的な権利をもつ。もし借主が転貸した場合、借主はその利益を吐き出さねばならないのであって、これにより、このような違法行為に対するインセンティブが失われることになる (*Boosfeld, S.110-111*)¹⁶。

(6) 学説におけるBW6:104条の適用想定例

a) 誤認惹起的広告・比較広告 (BW6:194-196条)

誤認惹起的な広告による被害についても、1970年代以降、とくに営利目的の違法行為の場合には、効果的な権利保護のためには、誤認惹起的な広告を行った者に対して利益吐き出しを認める必要があることが議論されてきた。しかし、利益の計算と、競合他者であれ顧客であれ、第三者が請求権をもつことをどのように理由付けするか、という点の課題が指摘されている。

¹⁶ 他方、ユトレヒト地方裁判所が、借主から貸主に対する利益吐き出し請求を否定した事案がある。本件では、賃借物件の一部が焼失したところ、貸主が、修繕が可能であり、建築法上も認められたであろうにもかかわらず、開発計画の指示に従って、その建物を解体した結果、借主が立ち退きを余儀なくされた。解体後、貸主は当該物件を他の用途に利用することができ、そのため利益を得ていた。しかし義務違反行為と貸主の利益とに十分な関連性がないとして、ここでの利益吐き出しは認められなかった。このような場合に、利益を基準として損害賠償額を算定することは「適切ではない」とされた (*Rb. Utrecht 15.Okt.1992, KG 1993, 56*)。

この議論の契機は、誤認惹起的広告の場合には、裁判官が損害算定に際して、獲得した利益を考慮するという、1978年に出された誤認惹起的な不公正広告に関するEU理事会の指令提案にあったとされる（COM(77)724 final）。しかし、最終的に採択された誤認広告指令（84/450/EEC）では、損害額算定において、利益を考慮する義務は削除されており、その後、採択された誤認惹起・比較広告指令（2006/114/EC）においても、利益に基づく損害算定については言及がない。

理論的には、BW6:104条は、誤認惹起的広告（BW6:194-196条）の場合にも適用できるとされる。しかし、現在までのところ、実際に適用された例はない。これは、主として、誤認惹起的な広告の場合、誰が損害賠償請求権をもつのかを判断するのが難しいことによるとされる。オランダ最高裁の判例によれば、利得吐き出し請求権を行使する前提として、競争相手であれ、顧客であれ、誤認惹起的な広告によって直接の（少なくとも、最小限の）損害が必要となる。しかし、そのような損害の立証は困難である。誤認惹起的な広告に対する民事責任が今後どのように展開していくのか、最近の判例によれば、本条における「損害」要件の意義が低下していることに鑑みれば、新たな動きに期待できなくはない、とされる（Boosfeld, S.111-112）¹⁷。

b) 人格侵害

人格が侵害される場合、とくに人格が有する金銭的価値の侵害が行われた場合には、利益吐き出しによる保護が問題となることは、共有されている。

オランダの判例においても、人格権の侵害は不法行為であり、損害賠償請求権が問題となることから（HR 1994.4.15, NJ 1994, 608）、その賠償額は、BW6:104条に従って、侵害者が得た利益に基づいて評価することが可能である。しかし、これらのケースで、オランダの裁判所がBW6:104条を適用した事例はまだない。

その理由として、一般的人格権の侵害と獲得された利益との因果関係を、通常、疑いの余地なく立証することができないという点が挙げられている。そのため、裁判官は、人格権の侵害については、被害者に非財産的な損害賠償を請求する機会を与えるBW6:106条に依拠して解決する傾向がある¹⁸。その場合に、侵害者の利益を精神的損害の金額を決定するにあたって考慮した裁判例があるとされる¹⁹。しかし、このような事例においても、BW6:104条への言及はない。

¹⁷ なお、広告が実際に提供された物品の品質やサービスを適切に反映していない場合、一般的には、顧客は、誤認惹起的な広告に基づく損害賠償請求ではなく、その物品の品質やサービスの質をめぐって損害賠償請求を行うのが一般的であって、この場合、利益の吐き出しは問題にならないことも指摘されている（*Verkade, Misleidende reclame*, p. 63）。

¹⁸ *Rb. Amsterdam 29.3.2006, LJN AV7581*。

¹⁹ *Hof Amsterdam, 4.11.1993, NJ 1996, 7*。とくに、メディアによる人格権侵害の場合（*PEL, von Bar, Liab. Dam., Art. 6:101, Note 23.*）。なお、該当判例として引用されている *Memorie van Antwood II Inv. Parlementaire Geschiedenis, 1267; HR 4 Mar. 1988, ECLI:NL:PHR:1988:AB8703* は、rechtspraak.nl にて非公開となっている。

学説では、人格の保護は、所有権の問題とパラレルに扱いうるとして、侵害者が善意である場合を除いては、侵害が得た利益は吐き出されるべきであるとする見解（*Sieburgh, Gerechtigheid en rechtshandhaving, p. 393*）、あるいは故意かつ営利目的による人格権侵害行為に対して、利益の返還が命じられるべきであるとの見解（*Schoordijk, Nogmaals ongegronde vermogensvermeerdering, pp. 13-14*）も見られることが指摘されている²⁰。

さらに、近時は、オランダでも投資広告等に著名人の氏名・肖像が無断使用される事例が相次ぐなかで²¹、BW6:104 条の適用を財産的損害の算定に限定する必要はないこと、大手のインターネットプラットフォーム事業者に帰責しうる肖像権侵害や人格侵害の場面での BW6:104 条の活用を求める見解も見られる²²。

2. 不当利得・所有権の侵害

(1) 裁判実務—不当利得法による利益吐き出しの否定

オランダでは、1992 年の新民法の制定を機に、一般的な不当利得請求権が規定されるに至った（BW6:212 条²³）。上記の BW6:104 条の立法過程においても、不当利得法のもとで、利益による填補賠償が検討された経緯もあるが、現在においても、不当利得法上の請求権は、不当利得債権者の財産の減少（損失）に限定されている。すなわち、不当利得の請求には、債務者側の利益だけでなく、請求者側の財産の損失も前提となる（二重制限ルール *dubbel plafond* という）。したがって、学説で見られるような、不当利得法の下で「利益剥奪」を認める——つまり、不当利得法上の請求権を被害者の財産の減少（損失）に限定しない——見解は採用されていない。

むしろ、オランダでは、不当利得による請求は、依然として補助的な救済措置にとどまり、その適用範囲は限定的であるとされる。新民法で BW6:212 条が規定された現在も、不当利

²⁰ ショルダイク *Schoordijk* は、人格権のもとで金銭的価値ある権利が生じるとは見ていないものの、一定の帰責性をもつ侵害者を処罰するために、権利者に利益を付与することを認める。したがって、ここでの利益吐き出しは、懲罰的な損害賠償の特別な形態であって、特に非難されるべき行為の場合に限定して、適用されるべきであるとする。

²¹ オランダの高額所得者で著名な企業家の肖像がビットコイン関連の不正な投資広告に無断で悪用されたとして、フェイスブック社に広告の削除や発信者情報の開示を求めた訴訟（Rb.AMS 11.11.2019, ECLI:NL:RBAMS:2019,8415）において、送達後 5 日以内の削除等を認め、あわせて 24 時間ごとに 1 万ユーロ、最大 100 万ユーロの間接強制を認めている。類似の事例として、Rb.AMS 15.5.2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2602 がある。

²² Titia Deurvorst, *Toepassingsmogelijkheden voor winstafdracht ex art. 6:104 BW, 2022*. ドゥールヴォルストは、BW6:104 条の利益吐き出しは、慎重に取り扱うべきとの立場ではあるものの、自己防衛能力の低い被害者に多大な不利益をもたらす一方、高額利益につながる、計算された侵害行動がみられるような特別なケースに限定するならば、このような措置を正当化することもできるとし、これによる警告が和解協議を促進することを示唆する（このような効果が知的財産法分野では見られることを指摘する）。

²³ ハートkamp／平林訳（前掲・注 2）137 頁によると、本条は「他人の損失において不当に利得した者は、合理的な範囲で、その他人が被った損害を自己の利得の限度で賠償しなければならない」と規定され、「この『合理的な範囲で』という制限は、とりわけ、自己の合意なしに押しつけられた利得の返還を排除する意図である」と説明される。

得による請求は、限定的かつ例外的な場合にのみ適用される衡平法上の請求（エクイティ）であるとされる。不当利得法による請求権を認める判決は、それなりにあるものの、現在に至るまで、損害を超える利益を認めた判決はないとされる（Boosfeld, S.93-94）²⁴。

a) 学説

1927年のブレグスタイン（*Bregstein*）の論文の公表直後から、違法な利益の吐き出しにかかる不当利得請求の重要性が増したとされる。この論文では、不当利得の法的効果は損害賠償請求であって、その請求は、権利者側の財産の減少額に制限されるべきことが強調されていた。しかし、例外的に、私的制裁が適切である場合には、この損害賠償請求権の額は、利益額になる可能性もあるとされていた。それゆえ、この損害賠償請求の根拠は、不当な利得の返還そのものよりも、利益を得た者の行動を抑止する必要性にあったとされる。

その後、ショルダイク（*Hermanus Schoordijk*）が、ブレグスタインの回顧録（1977年）の中で、不当利得法上の請求に財産の減少（損失）が前提となるという命題を否定した。ショルダイクは、包括的な比較法的考察をふまえて、ドイツ法の見解を参照しつつ、さらに踏み込んで、違法行為によって直接に獲得された利益の吐き出しのみならず、すべての利益の吐き出しを主張した。

その後、ショルダイクは自身の見解を明確にし、様々な種類の権利侵害の法的効果を区別した。例えば、①ライセンスなしに他人の著作物を撮影するなど、善意で他人の著作権を侵害した場合、権利者は直接得られたものの価値のみを要求できる。したがって、侵害者は適切なライセンス料を支払わなければならないという。これに対して、②人格権が故意に侵害された場合、例えばヌード画像が公開された場合などには、獲得した利益の額に相当する懲罰的な損害賠償を請求できるとする（*Schoordijk, Nogmaals ongegronde vermogensvermeerdering, p.13-14*）。たとえ権利保有者が利益を得ることはなかったことが証明された場合であっても、ここでは、不当利得法上の原則にしたがって、この利益を請求できるとする。その場合、財産の減少（損失）はなくとも、その損害は抽象的に算定され、善意による侵害者の利益の金額となる。しかしながら、以上の見解は裁判例を含め、採用されてはいない。

■ オランダ不当利得法の歴史的背景（Boosfeld, S.90f.）

今日オランダ法においても一般的な不当利得法上の請求権が定められている。しかし、このような請求権は、オランダにおいては、19世紀、フランス民法典の影響により、一時、失われていた。以下では、簡単に、オランダの不当利得法の歴史を概観する。

グロティウス（*Hugo Grotius*）は、著書の所有権に関する章で、利得禁止の内容として、次のように説明する。所有者は、自己の物が善意で譲渡された後は、売主に対して処分対価と売買価格の差額を請求できる。そうでなければ売主は差額分だけ不当に利益を得ることになるからである。ただし、この差額が「労務果実 *fructus industriae*」である場合、すな

²⁴ したがって、利益を損害算定に用いる場合には、裁判実務において不当利得法上の請求が参照されることはない（*Rb. Amsterdam, 15.6.1976, BIE 1978, 9*）。

わち売主が自己の努力によって特に高い対価を得たにすぎない場合には、そのような請求は認められない。

オランダでは、17、18世紀には、一般的な不当利得請求権の考え方が確立され、それとともに、占有者の不当利得に基づく物の果実（*fructus rei*）の返還を求める所有者の権利も確立された。16世紀以降18世紀に至るまでの間に、各州（ホラント、ゼーラント等）の最上級審は、一般的な不当利得法上の請求権を適用していたとされ、この伝統は1820年のオランダ民法典草案が出されるまで続いた。この草案では、利得法（*baet-trecking*）から生じる一般的な請求権が規定された。しかし、この草案は施行されることなく、純粋な学術草案に終わった。後に、フランス民法典がオランダでも施行されたのに伴い、19世紀初頭には、この利得法に基づく請求権はオランダの判例法から姿を消したとされる。

1838年のオランダ旧民法にも、一般的な不当利得返還請求権に関する規定はなかった。そのため、不当利得法が違法に取得した利益を吐き出す根拠とはなりえなかった。19世紀から20世紀初頭にかけて、オランダの学説に、不当利得法上の利得の吐き出しを認めるものはなかったとされる。

その後、1927年に、現在でもしばしば参照されているブレグスタイン（*Bregstein*）が、旧民法においても不当利得に関する伝統はみられるとの論文を公表し、オランダ法における一般的な不当利得請求権を正当化した。当初、判例はこのような見方を共有しなかったようであるが、1959年の判決（*HR 30.1.1959, NJ 1959,548*）がターニングポイントとなり、一般的な不当利得法上の請求が承認されるに至ったとされる。

（2）果実収取権

a) 悪意占有者の果実の返還範囲

所有権は、物に対して所有権者が有するもっとも包括的な権利であって、所有者には、所有する物の絶対的な使用权と果実収取権が認められる（BW5:1条）。自己の所有物が善意の第三者の占有下にある場合、その所有物から収取された天然果実と法定果実は、その善意の第三者に帰属する（BW3:120条1項）。他方、悪意の占有者は、その物と天然果実および法定果実だけを物の所有者に引き渡す義務を負い、不法行為による損害賠償責任も負う（BW3:121条1項）。ただし、果実を収取するために負担した費用については、不当利得の規定に従い償還請求ができる（BW3:121条2項）。

ここでは、所有物から生じた利益が、他者の労務等によるものであった場合には、その利益の帰属をめぐる議論がある。以上の規定をもつオランダでは、その沿革から、他人の権利から収取した労務に基づく果実については、悪意の占有者であっても返還を求められない、との原則的な理解がある。

【オランダ法の沿革】

17世紀の著名な学者グロティウスによると、善意の占有者が単に「物から得た果実*fructus rei*」は、その者に帰属しない。これと異なるのは、その占有者が専ら自己の労務によって得た果実（*fructus industriae*）に限られた。1820年のオランダ民法草案は、それ以前のオランダ法の成文化を目指したものであったところ、同草案1126条2項によると、占有者は、善意・悪意に関わらず、すべての果実を放棄しなければならず、悪意の占有者は、収穫でき

たはずの果実の賠償もしなければならない、とされていた（1820年民法草案1126条2項）。

しかし、ナポレオン占領下でのフランス法の影響、特に1811年から1814年までのフランス民法典の施行に伴い、果実の帰属をめぐる近世オランダ法の評価は後景に退くこととなった。フランスによる占領が終了してから24年間、オランダ民法を起草する間に施行されていたフランス民法典549条と並び、1838年に成立した旧民法630条も、善意の占有者には収取物を保持することを認め、責任も負わないとした。旧民法634条1項によると、悪意の占有者はすべての果実を放棄する義務があった。その見返りとして、悪意の占有者は、旧民法634条2項に従って、果実の収取に要した費用の償還請求が認められた。これは、費用負担の義務は常に最終的に果実を収取した者に課されるべきことにより、このことは、はっきりと規定されていたわけではなかったが、衡平法上の考慮に基づいて一般的に認められていたとされる（Boosfeld, S.63）。それゆえ、旧民法632条によると、善意の占有者は、果実を保持した場合、その費用の賠償を求めることはできなかった。

旧オランダ民法では、フランス法に由来する3種類の果実が規定されていた。①天然果実（natuurlijke vruchten）、②労務果実（vruchten van nijverheid）、③法定果実（burgerlijke vruchten）である。当時の判例では、悪意の占有者がすべての種類の果実について広範な責任を負うことは不当とされ、そのため、通常、旧民法634条の果実とは、天然果実として制限的に解釈されていた（Boosfeld, p.63）。

現行法では、制定法と判例との間にある矛盾は解消され、現行BW3:9条が規定する「果実」とは、天然果実と法定果実とを含む概念として理解されている。その上で、現行法は、悪意の占有者につき「天然」および「法定」果実の引渡義務を規定している（BW3:121条1項）。ここでは、旧法で規定されていた労務果実が対象になっていないことに注意を要する。改正法の草案公表直後、この点への批判もあったとされるが、その声は反映されていない。

b) 学説

ドリオン（*Huib Drion*）は、すでに1960年代に、所有権と果実の規定（オランダ旧民法634条）を基礎に、利益による填補賠償論を展開していた。ドリオンは、悪意の占有者は収取した果実をすべて放棄しなければならない、という点から出発する。悪意の占有は、不法行為の一種であって、違法な行為の結果であるにもかかわらず、そこから獲得した利益を侵害者の手元に据え置くべきではないからである（*Drion, Betekenis van het besit, p. 125*）。この点で、旧法634条1項は、通常の損害賠償に重ねて請求できる、一般的な利益吐き出し請求権を導き出すのにふさわしいものとされた。

そこでドリオンは、オランダ法の下では、所有者はその財産から得られる利益に対する権利は制限されるという物権法上の評価（BW3:120条1項、3:121条1項）を他の法領域にも転用することで、「善意占有者は使用権および物から得られる可能性ある果実を保持する権利を持つ」という正当な期待への信頼保護を考慮することにより、所有者の包括的な法的地位を制限する。他方で、悪意占有者に対しては、所有者は、その物から得られた利益について、それが天然果実または法定果実である限り返還請求できるとしつつ、悪意占有者であっても、吐き出すべき利益から——少なくとも部分的に——費用を差し引くことができるとして、この請求権に制限を設けた。ドリオンの理論は、最終的には受け入れられなかったが、オランダの法学界では今なお支持者がいるとされる。また著作権法や特許法に関する判例法においても、この理論が採用されている場合があるとも言われる（*Hof Arnhem*,

19.Feb.1969, NJ 1970, 388)。

(3) 代位物の返還—他人の所有物の売却

他人の物を第三者に譲渡し、それによって所有権者に損害を与えた場合、それが不法行為にあたる場合には、その者は損害賠償責任を負う(BW6:162条)。この損害賠償請求額は、BW6:104条により、利益、すなわち譲渡人の処分対価に基づいて算定することができる。したがって、他人の所有物の売却により違法に得た利益の剥奪は、少なくとも譲渡人に過失を問いうる場合にはじめて検討することができる。この場合に、BW6:104条を適用し処分対価を賠償するのか、あるいは物の価値を賠償するのか、そのいずれを認めるのかは、裁判官の裁量に委ねられる。しかし、このような所有権侵害がBW6:104条に基づく損害賠償請求によって処理された判例は見当たらないとされる(Boosfeld,S.67)。

BW6:104条は、過失がない善意による他人物の譲渡には適用されない。この場合、原物の返還請求権に代わり、代償請求権(BW6:78条1項)が問題になるとされる。善意の占有者が物を返還できなくなった場合、損害賠償を支払う必要はないが、BW6:78条1項にしたがって、少なくとも、返還義務の履行が不可能になった結果として得たものを、その者が、それによる利益(*voordeel*)を保持しているかぎり、返還しなければならない。ただし、BW6:78条1項に基づく請求は、所有者の損害に制限される。その損害を超える利益を補償する必要はないとされる(Boosfeld,S.67)。

裁判例の中には、BW6:212条の不当利得の一般条項に基づき、処分対価の吐き出しを認めた地裁判決もあるとされる(*Rb. Roermond, 31.3.1994, NJ 1995, 57*)。これは、本来であれば所有者が引渡しを請求できたはずの車両が、譲渡の結果、引渡されることができなくなった反面、売主は処分対価を得ていたという事例であった。判決は、車両を引渡すことができないのであれば、少なくともその代わりに受け取った処分対価を引き渡すべきであるとした。ここでは、ドイツ民法816条1項に非常に類似した代位物返還請求(*Surrogationprinzip*)が認められた。しかし、裁判官が処分対価の吐き出しを認めた裁判例はこれ以外にはなく、学説においても一般に承認されていないとされる(Boosfeld, S.68)。

■善意で譲り受けた物の売却(旧民法1399条1項)

オランダの旧民法には、「善意で譲り受けた者がその物を売却したときは、その売却代金のみを返還すればよい。」とする責任軽減規定があった(旧民法1399条1項、フランス民法1380条に相当)。つまり、善意の場合、物の価値が処分対価(売却代金)を超えるときでも、その価値を賠償する義務はない。これに対して、悪意の場合には不法行為責任に基づく損害賠償義務が課されていた(旧民法1401条)。しかし、悪意者は、処分対価が損害額を上回る場合、損害(価値)の賠償で足り、処分対価を返還しなければならないという規定はなかった。

処分対価が物の価値を下回る場合には妥当な結果が導かれるが(=善意者は物の代わりに得たものを返還するだけでよい反面、悪意者は全ての価値賠償をしなければならない)、処分対価が実際の価値を上回る場合には、不公正な結果がもたらされることになる(=善意者は悪意者よりも高額を支払いが求められる)。そこで、学説では、目的論的考慮により、

後者の場合、善意者に、処分対価の返還に代えて、物の価値のみの賠償とすることについての裁量を与えた。旧民法 1399 条 1 項の文言によれば、善意者は、売却代金「のみ」を返還すれば足りることから、これを根拠に正当化された。同条は、善意者に特権を与えることを意図するものであって、善意者を不利な立場に置くことを意図したものではないからである。

以上の解釈によって、善意者が、悪意者よりも不利な立場に置かれることはなくなった。その結果、善意であれ、悪意であれ、いずれの場合であっても、権利者の犠牲のもとで得た処分対価は、それが物の価値を超える場合には保持することができた。したがって、旧民法 1399 条は、利益による填補賠償の規定としてではなく、善意で譲渡した不当利得債務者の責任軽減のための特別規定として整理された。

以上の問題は、民法改正に伴い、BW6:104 条および BW6:78 条が規定される一方で、旧民法 1399 条に相当する規定が削除されたことから、上述の他人の所有物を売却した場合と同様の解決が導かれている（以上、Boosfeld, S.68-70）。

3. 準事務管理（消極）

(1) 概観

事務管理者は、認識と意思をもって、他者の利益のために行動する者をいう（BW6:198 条）。事務管理者は、収支報告を提出する義務を負う（BW6:199 条 2 項）。その際、事務管理者は、「本人に帰属するもの」を本人に引き渡さなければならない。事務管理中に得られた利益は、本人に帰属する。他方で、事務管理者は、場合に応じて費用償還請求権を有する。

オランダにおける事務管理（*negotiorum gestio*）に関する議論は、常にフランスの法理論と密接に関連してきた。ここでは、事務管理による請求権は、自発的に（*volontairement*）他人の事務を管理していたことを要件とする。事務管理者が、他人のために事務管理を行う意思をもたずに管理していた場合には、不法行為法や不当利得法上の請求権を優先し、正当な補償が行われることになる。つまり、オランダ法では、事務管理は、利他的な行為の場合にのみ考慮される。「事務管理者」が、自己の利益のために他人の事務を行った場合、特に管理者が本人の意に反して行った場合には、事務管理は問題とならない。

(2) 学説

ドリオン（*Huib Drion*）は、ある判例評釈において、事務管理法上の請求権につき、他人のためにする意思という要件を省くことを主張している。ドリオンは、管理者が他人のためにする意思がないがために本人からの請求権を回避できるのは、公平とはいえないという。他人のために事務を管理する意思がない者についても、他人のために管理する意思をもつ事務管理者と同等に扱うべきであるとする。

以上の見解への支持は広がらなかった。むしろ、他人の事務を意図的に不正に利用した場合には、不当利得法や不法行為法に基づく請求権によって、正当な補償が達成されうるものと考えられている。なぜなら、本人（権利者）は、第三者による意図的な事務権限の篡奪があった場合、それに拘束されることなく、また第三者が自己の違法行為のために要した費用の補償を求めることはできないからである。

マイヤース (*Esuard Meijers*) は、新民法草案 (1961 年) を起草した際、極めて主観的な事務管理の枠組みに忠実であった。そのため、この点についてフランス法の伝統との断絶は生じなかった。1992 年に制定された現行の BW6 : 198 条の文言は、マイヤースの草案 6.4.1.1 条に沿ったものであり、他人のための認識と意思をもって行動する者のみを、事務管理者とみることを維持している。マイヤースは『新民法典』の注釈において、ドイツ法の準事務管理概念からは明確に距離を置いた。すなわち、本人の損害賠償請求に加えて、事務管理法に基づいて他人の事務管理領域に利己的に介入した物の利益を剥奪する必要はない、としている。

もっとも、利他主義者は包括的な吐き出し義務を負う一方で、利己主義者は損害賠償責任しか負わず、かつそれを超えて得られる可能性のある利益を保持できるのは不公平である、として、この点を批判的に指摘する声もある²⁵

この学説によれば、オランダ法では利益剥奪は考えられないという主張は、もはや説得力を持たないのであって、不法に得た利益の返還は、BW6 : 104 項が導入されたことにより完全に認められるという。このことから、新民法が制定される前に、事務管理法の抜本的な改正が必要であったとする (*Linssen, Voordeelsafgifte, S. 425.*)。

しかし、新民法典における事務管理規定について、利益吐き出し規定としての利用が排除されている点に関わる一般的な批判が学説で表明されることはほとんどない。通常、学説では、自己の目的のみのために、他人の事務の管理を行うような場合には、事務管理ではなく、不法行為が問題となると考えている。特に、1992 年以降、BW6:104 条によって違法な利益獲得という空白が埋められて以来、利益剥奪を目的とした事務管理構成による綿密な説明はもはや必要ではないとされる。利得吐き出し義務の可能性を示す体系的記述の多くは、事務管理に基づく利益剥奪について全く言及さえしていない (*Boosfeld, S.97.*)。

Ⅲ. 利益吐き出し型損害賠償又は類似の制度が適用される不法行為—知的財産権侵害

1. 概観

知的財産法の分野では、利益吐き出し請求権を認める明文規定がある。著作権法 (*Auteurwet*, 以下、Aw) 27a条1項、特許法 (*Rijksoctrooiwet*, 以下、RO) 70条5項、商標法・実用新案法におけるベネルクス知的財産条約 (*Benelux-verdrag inzake Intellectuele Eigendom*, 以下、BVIE) 2.21条4項、3.17条4項である。

これらは、BW6 : 104条の規定とは異なり、利益が（ときに証明が困難な）損害算定の指

²⁵ 例えば、オランダ最高裁は、HR 10.4.1953, NJ 1953, 630 において、他人の財産を売却した者はその利益を譲渡する必要はないと判示し、その理由として、関係者が「自分の事業を遂行したかったにすぎない」と異議を申し立てたことを挙げた。この場合、もし行為者が利己的な動機で行動していなかったのであれば、その利益を放棄しなかったであろう。しかし、行為者が後になって利己的な動機で行動したと主張したため、その利益を保持することができることになったといえる。そのため、このような結果は不合理である、との指摘がある (*Linssen, Voordeelsafgifte, S.411-412, 424-425.*)。

標として用いられるに止まるものではない。損害賠償に代わるものとして、あるいは損害賠償に加えて請求することが可能となっている。

2. Aw27a 条 1 項

(1) 本条の意義

オランダ著作権法においては、1989年に初めて、違法に得た利益の吐き出し請求権が明文で規定された。オランダ著作権法 27a 条 1 項によれば、「損害賠償に加えて、著作者またはその権利承継者は、著作権を侵害した者に対し、侵害の結果として得た利益の支払いを命じ、その点についての説明を命じることができる」。

本条は、不法行為責任に侵害者の利得も含めるべきであるとする学説 (*Herrmann, 1970*) の提案に沿ったものとされる。すなわち、Aw27a 条 1 項により、裁判官は、被害者の請求に応じて、被害者に損害賠償に加えて、侵害者の利益の支払いも認めることができる。本条の適用に裁判官に裁量の余地はない。法案段階でおかれていた裁量条項は、立法者によって意図的に削除された。しかし、裁判所は、これに反して、裁判官の裁量を認めている。たとえば、Aw27a 条 1 項は、裁判官の裁量により、例外的な場合にのみ適用されるという裁判例がある (*Rb. Amhem, 29.4.1993, AMI 1994, 154, 156*)。

Aw27a 条 1 項が、1980 年代に創設された背景には、著作権を効果的に保護しようとする国家および欧州の取り組みがあった。絶え間ない技術進歩と著作物の入手の簡便化により、特に著作権に関する知的財産権侵害が増加していた。不正行為に対する認識が欠如していた理由の一つは、長年にわたり知的財産権を効果的に保護する手段がなかったことにある。

著作権が侵害されると、さまざまな損害が発生する。しかし、損害額の決定や証拠の提示に困難をもたらすことが少なくない。その結果、オランダの裁判官は長年にわたり、少額の損害賠償請求しか認めない傾向にあった。そこで著作権の実効的な保護を目的として、1987年に法案が提出された。これは旧特許法 43 条 3 項、4 項に沿ったものであり、権利者は損害賠償に代えて利益の吐き出しを請求することができる、とされていた。侵害者の利益は、発生した損害よりもはるかに容易に決定できるからである (*Boosfeld, S.78*)。

しかし、立法過程の議論において、著作権侵害に効果的に対処するためには、損害賠償に加えて利益吐き出し請求を認めるべき、との指摘がなされた。その際、一部の議員は、純利益のみならず、総収益が吐き出されるよう要求していたようである。このような要求は、罰則的な性格が強いという理由で立法者に受け入れられなかったものの、損害賠償を重ねて、累積的に発生する利得剥奪を導入するという要請は、Aw27a 条 1 項に反映されることとなった。損害賠償と利得吐き出し請求権とを併存させることは、著作権侵害への効果的な抑止力として正当化されている。

しかし、両者を完全に併存させることについては、なお議論がある。Aw27a 条 1 項に規定がおかれたものの、権利者が侵害者の全ての利益を請求できる場合にまで、自己の逸失利益を含む権利者に発生したすべての損害を補償することの正当性をめぐって学説では疑問が呈されている (*Deurvorst, Winstafdracht bij inbreuk op auteursrecht, p. 130-132.*)。とくに利益吐き出しには故意過失要件がないことから、権利者にほぼ 2 倍となる損害の填補を認めることは、とくに善意の侵害者との関係で見るときに、権利者の保護に傾きすぎ、バランスを欠く結果となるからである (*Boosfeld, S.78*)。

(2) 判例

以上の議論を踏まえて、オランダ最高裁判所は、2000年に、Aw27a条1項の文言に反して、侵害された権利者は、損害賠償と利益の吐き出しを請求できるが、その金額は2つのうち高い方の金額を上限とする、という判決を下した²⁶。両請求権を累積的に認めることは、不適当な結果につながるとして、Aw27a条1項は目的論的に縮小されるべきである旨、判示された²⁷。この判例は、学説においても、一般的に支持されているとされる（*Wichers Hoeth/Gielen/Hagemans, Kort begrip (2000), p. 379-380.*）。ただし、重ねての適用（請求認容）が排除されるのは、侵害者の利得のうち、被侵害者の得べかりし利益と内容的に一致する内容に限定されなければならないとされる。侵害者は、利益を吐き出したとしても、それと関連しない損害については、依然、賠償しなければならないとされる²⁸。

なお、その後、2012年には、Aw27a条1項をさらに制限的に解釈する裁判例も現れている。この判決では、裁判官はAw27a条1項を、BW6 : 104条の文脈で解釈しなければならないとして、Aw27a条1項に基づく請求は、権利者が少なくとも最小限の損害を証明できる場合にのみ認められると判示した（*Rb. Breda, 6.9.2012, LJN BW6424.*）。

(3) BW6 : 104 条と Aw27a 条 1 項との関係

著作権法に特別な規定がない場合には、一般債務法の問題となる。著作権法に、著作権侵害にかかる損害算定に関する規律はないことから、裁判官は、一般法である民法を適用することになる。BW6 : 104 条により、損害賠償は、利益に基づいて算定できる。損害賠償と利得の吐き出しを併用しうる場合、権利者には、BW6 : 104 条の適用により、2 倍の利益を請求できる可能性がある。

しかし、これまでのところ、Aw27a 条 1 項が優先することから、BW6 : 104 条を適用した裁判例はないようである。しかし、これは体系的な解釈から導かれる結果ではない。結局のところ、BW6 : 104 条と Aw27a 条 1 項は特別な関係ではなく、両条の関係は依然としてはっきりとしていない、とされる（Boosfeld, S.80）。

(4) Aw27a 条 1 項適用にあたっての付加的要件—故意・過失？

Aw27a条1項は、利益吐き出しについて故意を明示的に要求していない。また、BW6 : 104 条とは対照的に、Aw27a条1項は、損害賠償請求権を規定していない。損害賠償請求には、一般債務法が適用され、通常、故意・過失等の有責性が前提となる（*Hof Amsterdam, 4.5.1949, NJ 1950, 190*）。したがって、Aw27a条1項の解釈にあたり、侵害者の行為の非難可能性に追加の要件を課す必要があるかどうかについても不明である。

本条の適用にあたり、文言通りに、故意・過失要件を不要とするという主張はみられない。

²⁶ *HR 14.4.2000, NJ 2000, 489*, その後、同様の判決として、*Hof Den Haag, 31.5.2011, LJN BQ 6773*. 最高裁判決以前ではあるが、これとは異なる判決として、*Rb. Amsterdam, 6.11.1991, IER 1992, 80*.

²⁷ *HR 14.4.2000, NJ 2000, 489, S. 3283*. 利益吐き出しと損害賠償を完全に重ねて認めるものとして、*Hof Amsterdam, 23.3.1995, AMI 1995, 111*.

²⁸ *HR 14.4.2000, NJ 2000, 489, S. 3283*, これは、侵害製品販売による逸失利益以外の損害賠償を、侵害行為による利益に加えて請求できるという事実を損なうものではない。

むしろ、判例や学説も、この点については一般債務法を適用し、BW6:104条により、通常、帰責基準として故意・過失を要件としている。学説の中には、海賊版による著作権侵害や、その他の特に深刻な違反の場合でなければならないと主張するものもある。この見解によれば、Aw27a条1項は、海賊版による著作権侵害に対抗するために導入された規定であって、海賊版による著作権侵害の場合にかぎって、本条は適用可能とされる（*Gerbrandy, Auteursrecht, p. 72.*）。裁判実務でも、このような見解にしたがって、著作権法27a条1項を導入した立法者の意図は、海賊版による著作権侵害者から「利益は自らの努力によるものに過ぎない」という抗弁を奪うことにあったに過ぎないとする判決もある（*Rb. Amhem, 29.4.1993, AMI 1994, 156; Hof Amsterdam, 23.3.1995, AMI 1995, 111.*）。

しかし、大多数の裁判所は、利益吐き出しは、あらゆる非難に値する行為について考慮されるべきである、との立場をとっているとされる。ただし、具体的にどのような状況が、通常、そのような非難可能性につながるのかは明確になっていない。実際、すべての要件を充足している場合でも、「十分な動機がない」として、本条による利益吐き出し請求を棄却した裁判例もあるとされる（*Rb. Amsterdam, 1.11.1990, IER 1991, 11*）。この議論は、たいてい、利益吐き出しの意義や目的に照らして行われる。すなわち、もし悪意のない侵害者も利益を吐き出さねばならないとなれば、それは本条の趣旨に反する、とされる。

（5）費用の控除

利益の算定に際して、侵害者の費用をそこから差し引くべきか、という点について、学説では見解が分かれている²⁹。この議論はすでに立法過程でも見られた。議会では、とくに海賊版に対する著作権侵害対策の観点から、費用控除について意見の一致をみなかったとされる。それぞれの見解は、以下のように要約されている（Boosfeld, S.81–82）。

控除を肯定する立場の理由は、もっぱら権利者の不当な利得の回避にある（*Rb. Amsterdam, 7 Feb. 2007, p 119*）。

控除に否定的な立場の理由（懸念）は、次の諸点である。①著作権者が損害額を確定し、これを証明することが困難であるため、（費用の控除を認めることにより）侵害者が手続を著しく遅らせることが可能になるのではないか。②利益吐き出しを行うのは、海賊版による著作権侵害のような、とくに有責性の重い場合にのみ可能であるという判例の傾向に鑑みれば、迅速かつ効果的な手続にかかる被害者の利益の方が、侵害者の費用賠償にかかる利益を上回るため。③仮に侵害者への費用賠償が支払われることとなれば、侵害者は、著作権者の意思に反して、著作権者の権利領域において何らのリスクなしに行動することができることになるのではないか。これにより、違法行為が発覚したとしても、侵害者は、その活動に対して少なくとも相応の報酬を受け取ることができることとなり、不合理な結果をもたらすことになる。

（6）欧州法との関係

²⁹ 肯定的なものとして、*Rb. 's-Gravenhage, 15.2.1995, AMI 1995, 169; Barendrecht/Lutt, Inbreuk op intellectuele eigendomsrechten, S. 162; Deurvorst, Schadevergoeding, S. 200*。否定的なものとして、*Wichers Hoeth/Gielen/Hagemans (Hg.), Kort begrip, S. 518; Quaedly, Boekbeschouwing Deurvorst, S. 73*。

オランダ著作権法27a条1項は、欧州法（知的財産権執行指令2004/48/EC指令13条〔損害賠償と訴訟費用〕1項a号）で要求されている損害賠償の算定における「利益の考慮」という水準を超えるものとなっている。侵害された著作権者は、侵害者が得た利益の返還を請求することができ、その利益は、損害額の指標としてのみ用いられるわけではないからである。2004年に指令が採択された時点で、オランダではすでにAw27a条1項が存在していたため、最小限の平準化という指令の要請から、著作権法上の責任規定の内容的な改正はオランダでは行われていない（指令採択による改正は、形式的修正を施したものにとどまった（Boosfeld, S.82））。

■オランダ著作権の歴史的背景（Boosfeld, S.71-76）

◆17世紀－印刷業者や販売業者の出版（複製）権

オランダ語で作品の著作権者を「*auteur*」という。17世紀に問題となっていたのは著作権の権利（*auteursrecht*）ではなく、いわゆる出版（複製）権（*kopijrecht*）であった。これは狭義の著作権とは概念的にも内容的にも異なるものであった。著作権者は、本来、自らの作品に権利をもつ。しかし、これを出版するためには、印刷業者組合の組合員に頼らなければならなかった。作品を出版するために、著作権者 *auteur* は、その権利をすべて出版社に譲渡し、出版社が出版（複製）権の所有者となった。出版権は知的作品に対する絶対的な権利であった。印刷業者や書籍販売業者は、合法的に取得した出版権を所有権類似の法的地位とみなした。保護されたコンテンツが書籍という物理的な形態で顕在化するにつれ、物理的または精神的な対象に係る所有権との境界は曖昧になっていった。

本来、出版権は再版防止を目的としていた。他人の本を再版した者に対して、出版（複製）権の保有者は加害者の処罰を求めることができた。出版（複製）権を侵害する行為に対する制裁は、1660年のライデン条約にも見られた（*Leids Collegie anno 1660*）。本条約1条によれば、これは、オランダのすべての印刷業者に適用され、転載したページごとに25ギルダーの罰金を支払うことになっており、転載した販売者は、書籍1冊につき50ギルダーの罰金を支払うことになっていた。罰金は、権利保有者、ライデン大学評議会、貧困層の間で（50%を印刷・販売業者に、25%を大学評議会に、残りは貧困層へ）分配された。したがって、ここでの罰金は少なくともその主な目的においては、違反行為の公法上の制裁を問題としていた。たしかに、権利保有者は罰金の一部を受け取っていた。しかし、これは権利侵害者の利益に基づくものではない。包括的な罰金であって、それが損害を填補にも資する効果があったにすぎない。したがって、民事上の利益の割当てとはかけ離れたものであった。

◆オランダ初の著作権法（1793年）－利益吐き出し請求権の端緒

自己の著作に関する真正の著作権者の権利に目が向けられたのは、18世紀初頭である。1793年に、オランダ初の著作権法が制定された。これにより、それ以前の出版（複製）権保有者の法的地位と比較すれば、著作権者の絶対的な法的地位が強化されることとなり、罰金の全額が著作権者に支払われることになった。支払われるべき罰金の額は、侵害者が得た利益に基づいて決定された。つまり、罰金額は違法な複製の数に直接依拠していた。権利者は支払われた罰金を受領していたことから、1793年当時に、事実上、私法上の利益吐き出しの（極めて初期の）一形態をみることができたと言える。

1795年には、著作権侵害に対する罰則が拡大され、違法に印刷された書籍の没収や販売収益の引渡義務が追加された。これにより、権利侵害に際し出版社や印刷業者が獲得した利

益を基にした、別の形の責任が生まれた。しかし、この方法は、罰金制度とは異なり、抑止を目的としたものではなかった。むしろ、その目的は財産の適切な均衡を創出することにあったとされる。転載や再版が、故意か過失か、あるいはいずれもないのかは、区別されなかった。もっとも、厳密なページの複製のみが問題にされたため、事実上、転載は故意によることが想定されていた。それゆえ、著作権法の適用範囲は現在と比べるとはるかに狭かった。思想（アイデア）ではなく、その正確な完成文書のみが保護されていた。その後、1810年から1813年のフランス占領下では、フランス著作権法が適用されたため、この規定は短命に終わった。

◆1817年オランダ著作権法

1817年にオランダ独自の著作権法が制定されたが、旧法の規定が再び取り入れられることはなかった。残った侵害品の没収に加えて、罰金が支払われることになった。出版（複製）権の復活が時折話題に上ることはあったものの、権利保有者は、出版社ではなく、一般的には、その作品の著作者とされた。同法4条により、著作者は、没収品および罰金を受け取るようになっていた。

しかし、裁判実務は、必ずしもこうした厳格なガイドラインに従うものではなかった。1838年のある地裁判決では、1817年著作権法の規定を超える制裁が課された。この判決では、一般法である民法が引用され、侵害者は損害を賠償する義務があることから出発した。しかし、損害が証明できず、また、証明責任を軽減する意味で、権利侵害者の利益に立ち返ることもできなかったため、控訴審で、この判決は覆されたとされる。

1851年の別の判決では、ロッテルダム地方裁判所（Rechtbank Rotterdam）は、被害者は、罰金に加えて書籍の販売価格の数倍を請求できると判断した。侵害された出版（複製）権の権利者に、販売価格を基準に、侵害された著作物の2000部分の価値を認めた。2000という数字の根拠は示されていない。すでに何部が販売されていたかについて、判決では言及されていない。おそらくこれは裁判官が包括的に定めた金額と考えられる。しかし、侵害者の収益、つまり侵害者が得た利益に基づいて補償金を支払う必要があった点は注目に値する。このことは、権利者の請求権が、その法的地位から直接に生じたことを意味する。

◆1881年改正著作権法

1881年法では、1817年法と同様に、著作権侵害が発生した場合の罰金が規定されていた。これは求めに応じて、権利保有者に配分されるものであった（同法18条以下）。この規定は、1886年に著作権法から削除され、刑法に移管された（1886年オランダ刑法349条の2、349条の3）。これにより、私法上での損害填補の可能性は完全に排除された。罰金の割当てや違法品の没収により、著作権者への金銭補償が効果的に行われたものの、侵害者が得た利益との関連性はほとんどなかった。したがって、「利益による損害賠償」という意味での責任からはかけ離れたものであった。

◆1912年改正著作権法

オランダがベルヌ条約に加盟したことにより、1912年に著作権法が改正された。侵害者の責任につき、利益賠償の規定は採用されなかった。しかし、著作権侵害物や著作権違反のイベントの入場料を所有権のごとく返還請求できるとする規定（同法28条1項）を導入した

30。

これと並んで、通常、一般民法に立ち返り、旧民法1401条【不法行為】に基づく損害賠償請求が行われた。損害賠償に代わる利益の吐き出しや、利益に基づき損害を算定するといった一般的な選択肢は規定されていなかった。それにもかかわらず、その後、判例は、損害を算定するために、利益を用いることもあった。これは、権利保有者の逸失利益の目安となるとされた。しかし、この推定は、ドイツの3倍賠償の算定方法とは異なり、常に反論の余地があった。加えて、損害賠償額の算定に利益を用いることは、常に少数説であった。一般的に、オランダの判例・学説は、特許法に利益吐き出し条項がすでに存在しているにもかかわらず、損害算定に利益を含めることは、法律の文言と矛盾するとして、完全に無視するか、あるいは拒絶する見解が主流であった。

◆学説の展開

1989年にAw27a条1項が導入される前から、違法行為による利益獲得を阻止するための提案や取り組みが行われていた。たとえば、1970年には、ヘルマン (*R. Herrmann*) が侵害者の利益を不法行為責任に含めることを提唱し、それに伴って、適用法の変更が必要であると主張した。曰く、侵害者の責任の根拠は、侵害行為の結果として損害を被ったことにあるべきであるが、著作権者の請求権限は著作権の法的性質から生じるべきであるという。すなわち、著作権は排他的な性質を持つ権利であるため、権利保有者は権利だけでなく、その「果実」も享受する権利を有していなければならないとする。

1965年には、ブロンベルゲン (*Auke Bloembergen*) も、ドイツやイギリスの学説を参照し、知的財産権侵害については、違法に獲得した利益による損害填補を提唱した。彼はこれを「抽象的な損害賠償計算」によって実現しようとした。この文脈では、逸失利益は——損害賠償の特別な形態として——侵害者の利益に相当するものであると反論の余地なく推定することで、抽象的に決定されるべきである。同時に、これは侵害者の不当な利得を阻止することにもなる。

3. 特許法

(1) 特許法 (*Rijksoctrooiwet, RO*) 70条5項

1995年改正の特許法70条5項により、侵害者は損害賠償に加えて、特許権者への利得の吐き出しを命じることができる。本条によれば、「損害賠償に加え、特許所有者は、被告に侵害によって得た利益を放棄させ、当該利益の計算を提出させる命令の発出を要求することができる。ただし、裁判所が事件に係る事情がそのような命令を正当化しないと決定し

³⁰ 同条によると、侵害物品そのもののみが引渡請求の対象となる。物品が現存しない場合、補償請求はできない。したがって、利益の吐き出しは問題とならない、とされていた。なお、著作権法学者である L. Van Praag は、著作権法28条1項を正当化するために、権利者は、侵害行為によって侵害者が得た利益の吐き出しを請求できることを主張していたとされる (Boosfeld, S.)。

た場合は、裁判所は、被告に対し補償金を支払うよう命ずることができる。適切な場合は、裁判所は、定額の損害賠償を設定することができる」³¹。

この規定は、1978年に、1910年制定の旧特許法に43条3項として追加され、1995年の特許法改正に際して、70条5項に規定された。オランダでは、特許法は、20世紀に入るまで、約40年間、特許法を拒絶してきた歴史があるにもかかわらず、オランダ法の分野で初めて独立の利益剥奪の規定を持つこととなった。特許法70条5項は、著作権法27a条1項の文言と類似していることから、判例は、しばしば他の法律分野で参照している。生じる問題は密接に関連するものが多いものの、いくつかの特殊性があるとされる(Boosfeld, S.85)。

(2) 立法過程の議論

旧特許法43条3項は、著作権法27a条1項の11年前に制定された。それぞれの立法過程で別々の議論が行われた。特許法では、侵害による損害が生じた場合の証明困難が指摘されていたが、侵害者の利益に基づいて損害賠償額を算出することで、この問題を回避できる可能性が指摘されていた。また、特許権者が逸失利益を立証するために競合他社に自身の会計を公開しなければならないのは不適切であるとも考えられた。むしろ、侵害者が自らの会計を公開し、その利益を特許権者の逸失利益と見る方が適切であると考えられた(*Kamerstukken vergaderjaar 1974-1975, 13 209 (R967), Nr. 3, S. 58*)。

(3) 裁判官の裁量

特許法70条5項は、裁判官の裁量を明文で規定している。裁判官の裁量についてガイドラインはない。立法理由では、利益が特に侵害者自身の努力による場合には、裁判官は裁量の余地を活用すべきことが示されているにすぎない。侵害者が故意に、あるいは利益を得る意図を持って行動したかどうかは重要ではない。

旧特許法43条3項では、第一義的に抑止を目的とした規制は意図されていなかった。むしろ、適正な財産的損害の填補が問題とされた。

しかし、現行の特許法70条5項によると、損害賠償ができるのは、権利侵害を認識していたか、または少なくとも過失により認識していなかった場合に限られる。利益吐き出し請求の成立要件は、損害賠償請求のそれと同じとされる。立法理由書では、立法者は利益の一部吐き出しの可能性とは距離をおいた。利益のどの部分が誰に帰属するかを裁判官自身が評価できると、法的な不確実性が大きくなりすぎる、というのが理由である。したがって、裁判官は利益全体を吐き出すよう命じるか、または責任を損害賠償請求に限定すべきとされた。

これに対して、学説では、特許権者の不当な利得を避けるために、侵害者は利益から費用を差し引くことができるようにすべき、という見解も見られる。

裁判実務では、正確な利益の配分ができない場合が多く、——権利侵害によって得た——正確な利益がどの程度であるかという問題については——学説では批判もあるものの——、

³¹ 日本語訳は、特許庁がウェブサイト上で公開しているものを用いた(<https://www.jpo.go.jp/system/laws/gaikoku/document/mokuji/netherlands-tokkyo.pdf>)。

裁判官に裁量の余地があることが示されている（*cf. HR 18.6.2010@LJN BL 9662; Rb. Haarlem, 25.8.2010, BIE 2011, 55*）。なお、オランダの特許権侵害訴訟は、多くの場合、当事者間の和解により解決されること、さらに損害額の認定等について確立した手法はないこと、またその中心は、損害賠償ではなく、侵害差止訴訟にあるとの調査報告がある³²。

（4）利益吐き出し請求と損害賠償との併用

旧特許法 43 条 3 項の利益吐き出し規定が 1978 年に導入された際には、依然として損害賠償の代替措置として利益吐き出しが議論された。損害賠償と利益吐き出しの併用が可能になったのは、1995 年の特許法の現代化の際に、（すでに 1989 年以来併用が可能であった）著作権法との整合性を理由に導入されたのが最初である。

ただし、ここでも著作権の場合と同様の議論が見られる。すなわち、利益吐き出しと損害賠償とを重疊的に認めることは、支配的な見解によると、権利保有者を不当に利することになるため、通常、Aw27a 条 1 項の併用可能性に関する制限的な判例法は特許法にも適用されるとされる。ただし、少なくとも事後的な選択可能性は存在するとされる。そのため、被害者は訴訟前に、損害賠償を請求するか、利益の吐き出しを請求するかを決める必要はない。むしろ、裁判官の判決を待ち、より有利な方を選択することができるとされる（*HR 9.11.1990, NJ1991, 169, 694*）。

【歴史的な変遷】（Boosfeld, S.83-85 を参照）

オランダの特許法に利益吐き出しに関する明文規定がおかれたのは 1978 年である。

歴史のみれば、オランダでは、すでに 16、17 世紀には、特段の法的根拠のないままに特許制度が存在し、個別の特許証により特許侵害が規律されていた。その主な目的は、罰金の支払いや特許違反品や収益の没収といった抑止的な措置による特許侵害の防止にあったとされる。

フランスによる占領以後、1809 年にオランダで初めて統一特許法が施行された。同 2 条により、特許侵害者は罰金と損害賠償を支払う義務があった。1817 年に最初のオランダ特許法が成立し、同法 6b 条に、侵害者の責任が包括的に規定された³³。当時、侵害行為の抑止を目的として、侵害者の利益はすべて、権利保有者のために、効果的に剥奪されていたとされる。

ところが、1860 年代には、オランダ商工会議所の構成員によって反特許運動が起こり、1869 年に特許法は廃止され、あらゆる特許はオランダでは意味を失った³⁴。

³² 2016（平成 28）年度に実施された法務省大臣官房司法法制部「オランダ王国における知的財産訴訟制度（特許訴訟制度）の調査結果（報告）」による。

³³ 特許権者は、特許権者に付与された独占的権利を侵害する者に対して措置を講じ、損害賠償、逸失利益、利息などの追加補償を求める訴訟を起こす権利を有する。また、特許権者は、製造された未販売の商品の没収、およびすでに販売された特許商品の購入価格の返還を求める訴訟を起こす権利を有する。

³⁴ 1855 年 11 月 10 日付の商業会議所から国王の行政委員宛ての書簡には、「実際、特許は産業に対する過去の制限や特権の遺物にすぎず、特にわが国のような小国にとっては非常に邪魔なものである」との抗議文が見られるという。1869 年の廃止後、約 40 年の間に、既

その後、1910年にオランダがベルヌ条約に加盟したことにより、新たに特許法（旧特許法）を制定することになり、同年に施行された。旧特許法 45 条 4 項は、特許侵害の法的効果として、再び、①侵害品を没収するとともに、②定額の罰金と③損害賠償を命じるものであったとされる³⁵。

オランダの特許法に関する学説では、1930年代以降になって、以上の没収、罰金、損害賠償に加えて、利益吐き出しを認めることが適切か、抽象的に問われることになったとされる。

学説では、①ブレグスタインの一般的な不当利得法上の議論が参照され、これを不当利得法に基づく請求であるとし、損害賠償とは完全に独立して議論されるべきものとの理解する見解、②旧民法 634 条の法概念を引用し、悪意の占有者は収得した果実を吐き出さねばならないとする見解、さらには、③比較法的な観点から、準事務管理構成に基づき事務管理法からアプローチする可能性も示されたものの、これは結論的にはオランダ法には適さないとの評価であった。また④ドイツ法を参照し、侵害者に利益をとどめることは不公正である、との理由から、たとえ逸失利益が問題とならないことが証明されたとしても、損害賠償請求に代えて、侵害者の利益を吐き出すという議論が、すでに 1920 年代にオランダの著作権法学者であるドラッカーによって展開されていた。

4. その他の知的財産権

以上のように、オランダの著作権法 27a 条 1 項と特許法 70 条 5 項は、その文言や成立過程に若干の違いはあるものの、類似した解釈が行われている。その結果、両者は、その他の知的財産権にも用いられる基本型とされる。商標・実用新案法については、ベネルクス知的財産条約 2.21 条 4 項および 3.17 条に、独立の利益吐き出し規定がある³⁶。知的財産権の分野では、いずれの法律においても、損害賠償に加えて、あるいは損害賠償に代えて、常に利益の吐き出しの請求が認められている³⁷。

存のいかなる技術もオランダ国内では特許により保護されていなかったがために、特許権者に使用料を払うことなく、外国の技術を自由に利用・改良するなかでオランダを代表する 2 つの産業が誕生・発展したとされる。過去の特許制度の廃止・復活の経緯も含め、曾我亮司「風車、チーズ、知財の国・オランダ」特許庁技術懇談会・特技懇 260 号（2011 年）49 頁以下を参照。

³⁵ したがって、立法者は、1817 年の特許法にあった収益の押収に関する規定を、再び特許法に取り込むことはしなかった。また、押収した物品は、主として、国家に帰属するものとされ、特許権者に付与されるのは申請があった場合に限られる等とされ、特許権者の法的地位が弱められたとされる。

³⁶ これらの規定は 1993 年に、当時の商標法（*Benelux Merkenwet*）13a 条 4 項として、また実用新案法（*Benelux Tekeningen en Modellenwet*）14 条 3 項に組み込まれた。それ以前は、損害補償のみが考慮されていた。有責性はもともと問題にされていなかった。ここでの利益賠償規定が導入された理由は、著作権法にて挙げたものに相応する。

³⁷ 損害賠償請求に加えて、又は損害賠償請求に代えて、商標権者は、その使用の結果生じた利益の支払及びその説明を求める訴訟を提起することができる。裁判所は、当該使用が悪

オランダの裁判所が、著作権法27a条1項および特許法70条5項のもとで、主導してきた議論は、商標及び実用新案の問題を担当するベネルクス司法裁判所でも行われている³⁸。

著作権法や特許法とは異なり、オランダの商標・実用新案法では、侵害者に悪意のない場合には、利益による損害賠償は認められないことが明確に規定されている。この場合、「悪意」とは、通常、狭義に解釈され、海賊行為、すなわち商標製品の意図的な複製の場合にのみ肯定される。その理由は、判例によって一般的に認められている BVIE2.21 条 4 項、3.17 条の懲罰的機能にある。侵害者が故意に他者の商標権を侵害することによって利益を得ようとしたとしても、侵害者が混同するリスクを認識していなかったものとそれとなく示すことができれば、悪意はないとされる。この点について、証明する必要はない (*Rb. Den Haag, 20.6.2011, IEPT 2011, 720*)。商標権侵害者が営利目的で行動した場合に限り、侵害者は商標登録の内容を認識していると推定され（反証は可能）、またそれゆえに、これは海賊行為として整理される (Boosfeld, S.89)。

IV. 懲罰的損害賠償制度

オランダ法では、懲罰的損害賠償の請求は認められていない。

V. 現状の問題点・法改正に向けた動向等

1. オランダ法のまとめ—BW6 : 104 条を中心に

(1) 立法趣旨

オランダ法における利益填補賠償制度の起源は知的財産権の侵害にある。これは、知的財産権には権利の有体性が欠けるため、損害を確認することが常に困難であったことによる（証明負担の軽減）。歴史的に見れば、裁判所は、この問題をはじめから侵害者の利益吐き出しによって解決しようとしたものではない。しかし、1970 年代から 80 年代にかけて、利益による填補賠償が、違法な、あるいは義務違反による営利行為を防止するための、適切な、少なくとも概ね公平な手段として結晶化し、特許法や著作権法等、各種の知的財産法において、様々な利益吐き出し請求権が導入されるなかで、利益の吐き出しによって、権利者の利益の満足に加えて、違法行為による利益の獲得を阻止し、侵害者からさらなる侵害行為に向けたインセンティブを奪うことが肯定的に受け止められてきた。

1992 年に成立したオランダの新民法典（債務法）の起草にあたり、当初は利益による填補賠償規定は含まれていなかったものの、以上のような知的財産法分野での展開を考慮し、1982 年の民法草案 6.1.9.9a 条に、すべての損害賠償事件を対象に、債務者が得た利益を基礎に損害算定を可能とする規定がおかれることとなり、これが BW6:104 条として結実した。

(2) BW6 : 104 条をめぐる判例の状況

意によるものでないか、または当該事件の状況がそのような命令を正当化するものでないと判断した場合、当該訴訟を却下する。

³⁸ *BenGH 11.2.2008, NJ 2008, 535. Dazu Intellectuele Eigendom/Gie/en, Art. 2.21 BVIE, Nr. 3; Intellectuele Eigendom/Geerts, Art. 3.17 BVIE, Nr. 3*。文言に反して、制限のない併用は、これまでのところ実施されていない。

知的財産法に限定されない利益填補賠償（＝利益に基づく損害算定）を定める BW6 : 104 条の立法理由は、違法行為または義務違反行為を行った者に、その行為から得た利益の保持を認めるべきではない、というものであった。しかし、オランダの最高裁（HR）は、当初、これを民事責任が問題となる場合に（故意や悪意等に限定せず）、抽象的な損害算定を認める規定である、と解釈した。利益は、損害算定の手掛かりにすぎず、利益が損害額と明らかに一致しない場合には、利益填補賠償は排斥された。

判例は、学説の批判もあり、厳格な運用は緩和され、損害の証明は広義の不利益の表見証明で足りるとする一方、本条は非懲罰的な性格をもつこと、またそれゆえに、利益が損害を著しく上回る場合には、その賠償は一部に限定されること、さらには利益を獲得するのに要した費用は賠償額から控除するとの立場を明らかにしている。ただし、下級審の裁判では、なおも被害者には損害がないとして、利益填補賠償を否定するものもある。

（3）BW6 : 104 条と特別法（各知的財産法）上の利益吐き出し要件との関係

BW6 : 104 条と特別法（各種知的財産法）上の利益吐き出し要件との関係も、未だ明確ではない。判例は、特別法上の利益吐き出し規定の枠組みで、その適用にあたっては、より厳格な要件を課す場合があることが指摘されている。例えば、一部の請求については、故意または意図的な海賊行為による権利侵害を要件としている。この場合、利得吐き出し義務は、別途の損害賠償請求を排除するものとはなっていない。ただし、特別法上の利益吐き出し請求権が適用されるかぎり、通説によれば、BW6 : 104 条は適用されない。その反面、この規定が和解促進効果をもっていると指摘するものもある。

（4）BW6 : 104 条の活用可能性と法的不安定性への懸念

現在、BW6 : 104 条は、主として賃貸借契約における違法転貸・無断転貸の事例で活用されているが、これをインターネット上の肖像権をはじめとする人格権に対する悪質な侵害事例やそれを容認しているプラットフォーム事業者への損害賠償にも活用すべきであるとの主張が見られるものの、これに応える判例はまだない。他方で、本条の適用にあたっては、裁判官の裁量にほとんど制限がない状況にあること（最終的には、裁判官の衡平判断によるざるを得ないこと）に、懸念も示されている。

（5）BW6 : 106 条（精神的損害）の活用

現状、人格（権）侵害の場合には、BW6 : 106 条（精神的損害）の規定が活用されている。その際、慰謝料額の算定にあたって、侵害者の利益を考慮する事例が報告されている。精神的損害の算定にあたっては、BW6 : 104 条を重疊的に適用しうる、との見解もある。いずれにせよ、これも裁判官の裁量のもとにある。

2. 課題

（1）被害者の利益吐き出し請求権の正当化事由と要件

オランダ法の議論によれば、利益吐き出しを認める主な根拠は、不法行為または権利侵害行為によって得られた利益は、違法な利益であって、これが剥奪されることによって効果的な抑止が達成されるという点にあり、その目的は、要するに、「経済的な痛手を負わせること *ontnemen van de economische prikke*」にあるとされる。しかし、なぜ、その利益吐き出

し請求権を被害者がもつのか（その利益が被害者に割り当てられるのか）、という問いには、答えられていない。

学説では、次の2つの見方が示されている。

第1は、利益実現は果実の収取に匹敵するものであるから、第三者が利益を実現したことによって、権利を侵害された者は、その利益吐き出し請求権をもつとの見方である（*Drion, De betekenis van het bezit, S. 124-125.*）。ただし、そのような請求は、第三者が保護に値しないこと、利益の獲得に確実性があった場合に限られる。

第2は、不当利得法に基づく正当化アプローチを選択する学説である。この学説によれば、他者の権利・法益から取得したものはすべて、引き続き規範上は他者の権利に帰属し続けるため、権利侵害は不当利得となり、吐き出されるべきであるという（*Linssen, Voordeelsafgifte, S. 649-657.*）。

しかし、以上の学説は、いずれも立法理由や裁判実務のいずれにおいても、これまでのところ採用されていない（*Boosfeld, S. 114f.*）。

利益補償を正当化するための各アプローチは、利得吐き出し請求要件にも影響する。

すなわち、利得の剥奪が不当利得法上の権利追求の請求として分類されるのであれば（上記の第2の見解）、主観的要件は問題とならない（*Linssen, Voordeelsafgifte, pp. S. 649-657.*）。他方、利益の吐き出し義務を、所有者が占有者に対して果実の放棄を請求する権利と匹敵するというアプローチをとる場合には（上記の第1の見解）、利益を得た者の善意・悪意を考慮しなければならない。もっとも、利益の吐き出しをその抑止効果のみに基づいて正当化するならば、利益補償に対する故意または少なくとも注意義務違反を想定しなければならない（*Deurvorst, Schadevergoeding, pp. 217-227.*）。

（2）被害者の特定と利益の割当

悪質な人格権侵害の場合と並んで、誤認惹起的な広告による違法な収益の吐き出しを求める声も学説ではある。しかし、人格侵害のように被害者の特定が容易である場合とは異なり、誤認惹起的広告等による不正競争の場面では、違法に利益が獲得されているとしても、誰を被害者として、その利益をどのように割り当てられるべきかを決定することそれ自体が困難であることが指摘される。

<関連ウェブサイト>

・ オランダ民法(英語版) <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm> (ただし、一部改正法は反映されていない)

ー オランダの法令情報 (オランダ語) Overheid.nl

内、オランダ民法典第6編 <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005289/2025-02-04/#Boek6>

ー オランダの判例データベース (de rechtspraak) <https://www.rechtspraak.nl/>

<主な参考文献>

・ Kristin Boosfeld, *Gewinnausgleich*, 2015

- Christian von Bar ed., Study Group on a European Civil Code: Principles of European Law (PEL) : Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another, 2009
- W.Mincke/V.Heutger, Einführung in das niederländische Recht, 2.Aufl., 2021
- J.M.J. Chorus, Grever,Hondius,Koekkoek ed., Introduction to Dutch Law, 3ed.Ed., 1999

なお、各国の利益剥奪請求権について、オランダの著名な民法学者であるホンディウス教授が編者の一人としてまとめられた著作として、E.Hondius/A. Janssen ed., Disgorgement of Profits:Gain-Based Remedies throughout the World, 2015 がある。同書にオランダ法パートはないが、若干の記述がある（同書481頁等）。

第5章 韓国

淑明女子大学校 郭珉希

I. 韓国の不法行為法制の概要

1. 序説

韓国民法上、不法行為とは、故意又は過失により他人に損害を与える違法行為をいう（韓国民法第750条）。韓国民法は、一般不法行為に関する規定（同法第750条）と特殊不法行為に関する規定を置いており、特殊不法行為には未成年者監督者責任（第755条）、使用者責任（第756条）、工作物占有者・所有者責任（第758条）、共同不法行為（第760条）がある。他にも特別法で各種の不法行為を規律しているが、単行法としては製造物責任法、環境政策基本法、国家賠償法、自動車損害賠償保障法等がある。

不法行為が成立するためには、①故意又は過失による加害行為であって②違法な加害行為でなければならない。そして、③このような加害行為によって被害者に損害が発生し、④その加害行為と損害の間に因果関係がなければならない。また、⑤加害者にはそれに関する責任能力がなければならない。まず、①加害者の故意には確定的故意だけでなく未必的故意も含まれるが¹、違法性の認識は必要ないというのが判例の立場²である。不法行為の成立要件としての過失とは、社会平均人としての注意義務に違反したことであり、抽象的過失のみが問題となる。ここでいう「社会平均人」は、抽象的一般人ではなく具体的な事例における普通の人をいう³。②加害者の行為は違法でなければならないが、違法性は実定法と善良な風俗、その他の社会秩序を基準に客観的・実質的に判断しなければならない。どのような行為が違法であるかどうかは、関連行為全体を一体として判断して決められるのではなく、問題となる行為ごとに個別的・相対的に判断される⁴。また、不法行為が成立するためには、③加害行為によって被害者に損害が発生しなければならない。損害とは、加害原因がなかったらあったはずの利益状態と、加害行為によって生じた現在の利益状態の差額（差額説）をいう⁵。

このような損害は、加害行為によって生じたものとして、④加害行為と損害の発生の間

¹ 大法院1991.3.8.宣告90ダ16771判決；大法院2001.3.9.宣告2000ダ67020判決。

² 大法院2002.7.12.宣告2001ダ46440判決。

³ 大法院2001.1.19.宣告2000ダ12532判決。

⁴ 大法院2010.7.15.宣告2006ダ84126判決。

⁵ 大法院1998.4.24.宣告97ダ32215判決；大法院1992.6.13.宣告91ダ33070判決。

に因果関係が存在しなければならない。多数説⁶と判例⁷は、損害賠償責任成立における因果関係と、損害賠償範囲確定における因果関係を区別せず、いずれも相当因果関係とみて、その相当因果関係の判断を全て法的な価値判断の問題として扱っているといわれる⁸。最後に、加害者が損害賠償責任を負うためには、⑤加害者に責任能力がなければならない。民法が加害者の故意・過失を不法行為の成立要件としている以上、加害者にはその前提として一定の判断能力がなければならないからである。責任能力の意味について、多数説は行為者が自分の行為の責任を認識できる能力をいうと説明する⁹。韓国民法は、未成年者として行為の責任を弁識する知能がない場合と心身喪失者の場合を、責任能力がない者であると定めている（同法第753条、第754条）。未成年者の場合、すべての未成年者が責任無能力者となるわけではなく、責任弁識の知能を備えていない未成年者のみこれに該当する。

2. 損害賠償責任

不法行為が成立するとき、加害者は被害者に生じさせた損害を賠償しなければならない。韓国民法上、損害賠償責任は、このような不法行為だけでなく、その他の法律の規定によっても認められる。例えば、債務不履行責任（第393条）・無権代理・連帯責任・受託保証人の責任の規定等により損害賠償責任が認められる。このうち、不法行為による損害賠償責任は、債務不履行による損害賠償責任規定である民法第393条を準用している（同法第761条）。原則として損害は金銭で賠償すべきという金銭賠償主義をとっており（同法第763条）、例外的に名誉毀損のような場合には名誉回復のための適当な処分ができるという特則を設けている（同法第764条）。

損害賠償の範囲については、原則として通常損害をその限度とする制限賠償主義をとる（同法第393条第1項、第763条）。ただし、特別な事情による損害については、加害者がその事情を知り、又は知ることができたときに限り、賠償責任を負担する（同法第393条第2項、第763条）。通常損害は、加害行為の結果として社会一般人の観念により一般的に生じうると認められる損害をいい、偶然な事情によるものは除外される。特別損害は、特別の事情によって生じた損害であって、加害者はこの特別の事情について予見可能性があったときに限り、賠償の責任を負う。損害賠償額の算定の対象となる損害は、財産的損害（積極的財産的損害・消極的財産的損害）と精神的損害を含む。賠償額の算定に当たって

⁶ 郭潤直『債権各論〔第6版〕』博英社（2004）409頁；ユン・チョルホン『債権各論』法文社（2001）390頁；李銀栄『債権各論〔第4版〕』博英社（2004）776頁。

⁷ 大法院2006.1.13.2003ダ54509判決。

⁸ ヤン・ヒュンウ『民法の世界〔第14版〕』精読（2023）1576頁。

⁹ 郭潤直（註6）391頁；金相容『債権各論〔第2版〕』法文社（2003）656頁；金増漢・金學東『債権各論〔第7版〕』博英社（2007）802頁。

は、損益相殺¹⁰、過失相殺（同法第396条、第763条）等信義則と公平の原則に基づく要素が考慮される。さらに、賠償義務者は、その損害が故意または重過失によるものではなく、その賠償によって賠償者の生計に重大な影響を及ぼすこととなる場合には、賠償額の減額を裁判所に請求することができる（同法第765条第1項）。

Ⅱ．利益吐き出し型損害賠償制度又は類似の制度及びその構成

1. 概念及び意義

(1) 意義

韓国において利得吐き出し責任は、違法行為によって侵害者の得た利益を被侵害者(被害者)に返還させる制度であり、違法行為の抑制のため、公法的な還収措置以外に、民事法的な責任の強化という側面から考慮される制度であると理解されている。韓国では、このように被害者の損害と関係なく、侵害者の利益に基づいてその利益を返還させる制度に関しては、従来から議論があり、制度的にも個別法にそのような利益還収制度が導入されている。ただし、その法的構成については、必ずしも不法行為の損害賠償責任法的な構成に限らず、不当利得(原状回復)、準事務管理等多様な法理によって説明されている。その理由は、加害者の得た違法な利益の返還を認める制度は、もともと英米法上の「*restitution for wrongs*」法理に起源を持つものであるからである。

利得吐き出し責任が具体的に問題となる状況¹¹は、(i)侵害者の違法行為により権利・法益を侵害された者が、侵害行為がなかった場合に比べてむしろ財産が増大したような場合、例えば、著作権の登録された無名のアルバムを劇団公演に無断活用した結果、そのアルバムが有名になり、アルバム著作権者が侵害行為の前と比べて高い使用料収入を得ることになった場合である。(ii) 侵害者が卓越した営業能力等を発揮し、又は被害者と異なる流通段階により営業活動を行い、被害者が侵害行為がなければ得ることができた利益よりも遥かに多くの利益を上げた場合、さらには(iii) 侵害者が、被害者の状況では到底持つことができなかった事業機会を活用して利益を得た場合等が挙げられる。例えば、信託財産の管理人が自ら偶然知り得た事業機会に信託財産を投資して大きな収益を得た場合である。このように、加害者の違法行為にもかかわらず、損害賠償責任がそもそも認められなかったり、認められたとしても、被害者の損害を超える違法利益が損害賠償の対象にならないために、その利益がそのまま放置されて侵害者が保有することは望ましくないため、違法

¹⁰ 大法院2002.10.11.宣告2002ダ33502判決等。

¹¹ 以下の3つの例は、金相中「違法利益返還に関する民事責任の法理」比較私法第25巻第2号（2016）579頁から引用した例である。

行為者に、違法に得た利益を被害者に返還させることが適切な民事法的対応といえる¹²。したがって、韓国では、このような場合、加害者が得た利益—不当利得でいえば「運用利益」—を返還させることが「利得吐き出し責任」として理解されている。

(2) 懲罰的損害賠償との区別

利益吐き出し責任と懲罰的損害賠償は、加害者に被害者の実際の損失又は損害額を超える範囲の返還又は賠償義務を負担させるという点、加害者の違法行為に対する一定の制裁であるという点においては共通する。そのため、利益吐き出し責任を議論する際にはしばしば懲罰的損害賠償責任が共に議論されるが、厳格に言えば、韓国では、両者の議論は区別される。懲罰的損害賠償は、不法行為において加害者の損害賠償額は通常被害者の損害を基礎として算定されるところ、加害行為に対する制裁の目的から、その違法性の重要度や非難の可能性の程度に応じて被害者の損害額を超える賠償額を認めるものである。利得吐き出し責任と懲罰的損害賠償との違いは、第一に、利得吐き出し責任は、侵害者の得た利益(収益)の返還を目的とするため、返還額は侵害者の収益を基礎として算定される。これに対して、懲罰的損害賠償は、その目的が加害者の非難可能性に対する制裁にあるため、損害賠償額算定においてその制裁に相応して被害者の実際の損害額に一定額（3倍・5倍等）を加重する。必ずしも加害者の受益に基づいて損害賠償額が算定されるわけではない。第二に、その法理的構成にも違いがある。利得吐き出し責任、すなわち違法利得の返還の法理的構成は、必ずしも不法行為による損害賠償として説明されるのではなく、委任規定、準事務管理理論、不当利得といった法理に基づいてその返還を正当化することができる。これに対して、懲罰的損害賠償は、不法行為による損害賠償額算定の問題に限定される。このような意味で、韓国において利得吐き出し責任に関する議論は、英米法上の "restitution for wrongs" に似た制度として捉えている。用語としても、restitution for wrongsの翻訳語である「違法利得(違法利益)の返還」又は「違法収益の返還・還収」を用いることが多い。また、「利益吐き出し」として翻訳される場合にも、必ず不法行為を前提とする利益吐き出し型「損害賠償」ではなく、単に「利益吐き出し責任」と訳される¹³。

(3) 利益吐き出し責任制度

現行の韓国法上、利益吐き出し責任又は違法利益の返還に関する民法又は単行法上の一般規定は存在しないが、個別法による規律は存在する。韓国の個別法に導入されたこのような法理は、概ね次のような類型について認められる。①他人の財産権又は知的財産権の

¹² 金相中（註11）579頁。

¹³ 利益吐き出し型損害賠償という表現は、「不法行為による損害賠償」としての法理構成のみを前提とするものであるため、報告書の用語としては、その法理的な構成が幅広く議論される韓国の状況に鑑み、「利益吐き出し責任」あるいは「違法収益の返還」という用語を使うことにする。

侵害のような一定の不法行為の場合、②填補的損害賠償のような通常の救済手段が契約の目的等に照らして債権者にとって十分な救済とならない一定の契約違反の場合、③信託義務 (fiduciary duty) といった衡平法に基づく違法行為の場合。これらの場合に、違法行為者をして義務違反によって得た収益を返還させることが認められている。その民事的責任の法理的構成は様々であるが、個別法の規定の趣旨に応じてその法理的構成を考える傾向がある。

2. 違法受益返還に関する民事責任の法理構成¹⁴

韓国において、違法利益の返還の根拠となる民事法的な法理構成は、必ずしも不法行為による損害賠償（「損害」の概念や推定等）に限定されない。比較法的にみると、イギリス法の場合には、違法行為による不当利得返還の法理により、例えば商標権侵害、秘密漏洩等一定の違法行為において侵害者の悪意等有責の程度によって加重された返還責任として認める。これに対し、ドイツ法の場合には、準事務管理(無断事務管理)の規定や悪意の受益者に対する代償請求権等の債権法の一般規定を準用して超過利益の返還(利得吐き出し責任)を認めようとしている¹⁵。個別法に存在する違法収益の返還に関する民事責任の規定は、不法行為による損害賠償－損害の概念や損害額の推定等－として説明されることが多いが、現在、韓国で議論されている違法収益の返還に対する法理構成は多様である。学説では、利得吐き出し責任を不法行為の損害賠償額の算定の特則として説明する見解もあるが、英米法に由来する「restitution for wrongs」に類似のものとして、不当利得におけるいわゆる「運用利益」を返還させる制度として理解する見解等、様々な見解がある。

(1) 委任

違法行為による利益返還に関する民事法的責任の根拠について、学説では、韓国民法第684条第1項に基づき、委任関係において受任者が委任事務の処理により取得したものを委任者に返還させる規定の適用によって説明しようとするものがある。受任者の取得物返還義務に関する民法第684条第1項の規定は、委任者の事務を処理するという委任の趣旨に鑑み、受任者がその過程において取得したのもも実質的には委任者に属することを定めたものである。ちなみに、ドイツ民法第667条にもこれと類似した趣旨の規定があり、ドイツの多数説と判例は、受任者が義務内容にしたがって受任事務を処理する過程で取得したものの以外に、第三者から不法に受領したものについても、この規定による返還義務を認めている。韓国の判例上、このような委任規定による違法収益の返還義務を認めた事例は確認

¹⁴ 以下の内容は、金相中（註11）580頁以下参照。

¹⁵ 金相中（註11）595頁。

されてはいないが¹⁶、学説上は、ドイツ法を参考にして委任規定を根拠に利益返還義務が認められるとする見解¹⁷がある。

これに対して、受任者の取得物の引渡義務に関する韓国民法第684条第1項の規定が、利得の吐き出しが問題となる状況、すなわち、受任者の得た違法利益の返還事例に適用できるかどうかについて疑問が提起されている¹⁸。同規定は、委任の趣旨、すなわち受任者が本来、委任者の事務を処理するという他人の事務管理意思に基づくものであるので、このような事務管理意思が認められない違法利益の事例に適用することができないという批判である。違法利益に関する受任者の返還義務は、事務管理意思よりもむしろ、受任者が委任事務処理の過程で本人の利益を全面的に実現すべき義務を果たさなかったために、受領したものを委任者に返還するものとして、要するに、受任者の義務違反に対する責任として説明することが適切だからである。さらに、この規定に基づき違法利益の返還義務（利得吐き出し責任）が認められるとしても、委任関係がある場合にしか適用することができないという限界が指摘されている。

(2) 準事務管理（無断事務管理）

他人の権利や法益の侵害による利益返還の根拠について、韓国の学説のなかには、ドイツ法を参考にして、準事務管理の法理によって説明する見解がある。準事務管理とは、事務管理の意思なしに他人の事務を管理する場合であって、これによって得た利益がある場合には、事務管理の法律効果、特に管理者の取得物の引渡義務に関する規定（民法第738条、第684条）を適用し、その返還義務を認めるという法理である。特に、違法利益の返還が、このような無断事務管理の法理によって説明される。事務管理には委任に関する規定が準用（第738条）されるので、前述の受任者の取得物引渡義務に関する民法第684条の規定が事務管理にも適用される結果、その準事務管理者に違法受益の返還義務が認められることになる¹⁹。例えば、韓国の特許法における利得返還義務規定（第128条第4項）に関して、準事務管理を根拠に説明する見解²⁰がある。

これに対し、韓国の多数説²¹は、無断事務管理は、他人の権利・法益に対する侵奪行為に該当するため、本人のためという利他的意思に基づく事務管理の規定（取得物返還義務

¹⁶ ただし、参考判例として大法院2010.05.27.宣告2010ダ4561判決。

¹⁷ 金増漢・金学東（註9）554頁。

¹⁸ 金相中（註11）582頁。

¹⁹ 金増漢・金学東（註9）686頁。

²⁰ イ・スンヒョン・チョン・チャホ、「侵害者利益法理に準事務管理法理の適用のための特許法第128条第4項の改正方案」成均館法学第29巻第4号（2017）329頁以下参照。

²¹ 郭潤直（註6）343頁；金俊鎬『民法講義』法文社（2015）1769頁；池元林『民法講義』弘文社（2016）1561頁等。

に関する第738条・第684条)が準用できないとして、準事務管理の法理を認めない。ちなみに、無断事務管理について事務管理規定を準用する明文規定があるドイツにおいても、無断管理者の利益返還義務が正当であるとしても、これを事務管理法に規定することについては批判²²がある。すなわち、事務管理は、管理者の利他的行為による費用の償還関係が核心的法律関係であるのに対して、無断事務管理は、本人の権利や法益に対する悪意の侵害による利益返還義務が重要な法的効果を成すものであるため、両者は、規律の契機と平面を異にするという²³。

(3) 代償請求権

代償請求権は、債権関係において給付義務が不能となった場合に、債務者が給付目的物に代わる代償物を得ることができたときには、債権者が債務者にこれを譲渡することを請求できる権利である。韓国法には、代償請求権に関する明文規定はないが、多数説と判例によって一貫して代償請求権が認められている。代償請求権は、給付義務の不能により得た代償請的利益の返還を内容としており、特に、給付目的物の価値を超える超過利益の返還も含むという点から、利得吐き出し責任の根拠として説明される。実際に代償請求権による違法利益の返還が図られるかどうかは、代償請求権の具体的な適用範囲及び返還内容によって決まる。

まず、利得吐き出し責任は、主に作為・不作為給付のような「する給付」の場合に問題となるが、代償請求権の適用範囲に関して、「与える給付」のほか、作為給付及び不作為給付の不能についても代償請求権を適用する見解²⁴がある。これによれば、例えば、競業禁止特約や専属販売権付与特約を合意した者がこれに違反して営業利益を得た場合、相手方が義務違反者に対して代償請求権の行使としてその「営業利益」の返還を請求できるようになる。これに対して、韓国の多数説は、「する給付」、すなわち作為・不作為義務の履行不能については代償請求権を認めない²⁵。その理由は、不作為給付（不能な給付）とその義務違反の過程において得られた営業利益（代償物）との間の「同一性」²⁶が認められないからである。すなわち、競業禁止特約等の不作為の合意そのものは、財産的価値を持つことができず、特約に違反した者の営業活動が初めて利益の実現を可能にしたに過ぎ

²² Staudinger/Wittmann vor §§ 677 Rn.5; Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem (2007), p.127.

²³ Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem (2007), pp.128-129.

²⁴ 金炯錫「代償請求権」ソウル大学校法学第55巻第4号(2014)103頁、130-131頁; アン・ボヒョン「債権的代償請求権」金亨培教授花甲記念論文集(1994)234-253頁。

²⁵ 池元林(註21)1017頁; 宋徳洙「履行不能におけるいわゆる代償請求権」警察大論文集(1985)198頁、207-208頁。

²⁶ 宋徳洙『民法講義』博英社(2017)775頁; 池元林(註21)1017頁。

ない。したがって、不作為義務とその義務違反過程において得られた営業利益の間には「同一性」が認められない²⁷。

なお、代償請求権の返還内容に関して、代償請求権の行使に応じて本来の債権関係が代償的利益に延長されるという本質に鑑み²⁸、債務者は、本来の目的物に代えて得た代償的利益そのものを返還しなければならない。学説は、「損害の限度」で返還すべきであるという見解(損害限度説)²⁹と、債務者の営業活動と努力等による「超過利益」についても返還すべきであるという見解(超過利益返還説)³⁰とに分かれている。まず、損害限度説によれば、代償請求権の返還内容は、不当利得返還請求権と矛盾しないよう損害の限度に制限されなければならない。そのため、代償請求権は、履行利益を限度としなければならず、加害者の利得そのものを対象にできないため、代償請求権によって利得吐き出し責任を認めることができない。しかし、このような損害限度説については、代償請求権と損害賠償制度の目的が異なるように、代償請求権の返還範囲を損害の限度に限定する必要はないという批判³¹がある。多数説である超過利益返還説によると、債務者は、自らが給付目的物に代えて得た代償物そのものを返還する義務を負担し、そこには債務者の営業活動や費用支出に伴う価値増分も含まれるのであって、債権者の損害を限度としない。そのため、代償請求権が利益吐き出し責任の根拠として説明されることがある。これに対しては、超過利益返還説によるとしても、代償請求権の本質は、債権者の損害には限定されないものの、債務者が給付目的物に代えて取得した代償自体を返還させる制度であり、代償請求権の課題は義務違反に対する抑制の必要性にあるわけではないから、超過利益返還(利得吐き出し責任)を含むことができないという指摘³²がある。すなわち、無過失責任である代償請求の対象には受益者のいわゆる「運用収益」が含まれないから、受益者が悪意(故意)の場合に運用利益を返還させるならば、非難可能性によって返還範囲が異なってくる点が問題となるが、非難可能性による責任範囲の加重は不法行為責任法の課題であるという批判である。

(4) 不当利得

不当利得返還制度は、損害賠償義務とは異なり、被害者ではなく返還債務者である受益

²⁷ 金相中(註11) 591頁。

²⁸ 注釈民法債権総則(1) 博英社694頁・695頁。

²⁹ 民法注解[IX]債券(2) 博英社293-294頁(梁彰洙執筆)；金炯錫(註24) 124頁・126頁；シム・ジユンボ「取得時効と代償請求権」民事判例研究[XX]博英社(1998) 104頁。

³⁰ 宋徳洙「代償請求権のいくつかの重要問題に関する個別的な検討」判例研究実務[XII]博英社(2017) 764頁、788-789頁、793頁。

³¹ 金相中(註11) 592-593頁。

³² 金相中(註11) 594頁。

者の財産変動に焦点を合わせる。この点から、最近、韓国の学説は、違法収益、すなわち侵害者が他人の権利や法益を侵害することにより得た違法収益を被害者に不当利得として返還しなければならないと説明する場合が多い。このような考え方は、英米法における「違法行為による不当利得返還（原状回復）(restitution for wrongs)」の法理に由来しており、一種の侵害不当利得として、その返還義務を認めるものである。この法理は、「誰も違法行為から利益を得てはならない(no person shall profit from his/her wrong)」ことに基づいており、利益返還の根拠を、そのような利益を得させた「行為の違法性」とその「違法行為の抑制の必要性」に求める。韓国信託法及び商法の規定は、信託義務違反（又は忠実義務）の場合について収益者の収益返還規定を設けており、これは、英米法上の不当利得返還類似の利得吐き出し規定であると説明される。

これに対しては、不当利得制度の本質に基づく、次のような批判がある。不当利得、特に侵害不当利得は、法秩序が保障した財産の帰属内容に反して行われた財産の侵害状態を矯正する制度であり³³、違法性の有無を問わない財産帰属の状態に基づく制度である。したがって、「侵害の違法性」に基づき侵害者の収益を返還させる利得吐き出し責任を不当利得制度を根拠に正当化することには、整合性の問題がある。また、悪意の受益者の返還範囲に関して、利得吐き出し責任が問題になるのはいわゆる「運用利益」の返還といえるが、韓国の判例³⁴上、「受益者が自身の努力等により、不当利得された財産を利用して得た運用利益」の返還は、原則的に否定される。例えば、他人の物又は権利を自身の営業活動に無断で利用して収益を得た場合であっても、収益者が法律上の原因なく取得したのは物又は権利の利用可能性そのものに過ぎない。収益者がこれによって得た営業利益は、たとえ無断利用によって得たものであっても、市場の競争過程で得られた後続的結果であり、権利の帰属者に排他的に保障できる内容とはいえないからである³⁵。ただし、加害者の運用利益であっても、それが、社会通念上受益者の行為が介入しなかったとしても、不当利得された財産から損失者が通常取得しえたと考えられる範囲内では、返還すべき利得の範

³³ 金炯培『事務管理・不当利得』博英社（2003）。

³⁴ 大法院1995.5.12.宣告94ダ25551判決によれば、「一般に、受益者が法律上の原因なく利得した財産を処分することにより原物返還が不可能な場合において返還すべき価額は、特別な事情がない限り、その処分当時の対価である。この場合に、受益者がその法律上の原因のない利得を得るために支出した費用は、受益者が返還すべき利得の範囲から控除されなければならない、受益者が自らの努力等により不当利得された財産を利用して得たいいわゆる「運用受益」も、それが、社会通念上受益者の行為が介入しなかったとしても、不当利得された財産から損失者が当然取得したと思われる範囲内のものでない限り、受益者が返還すべき利得の範囲から控除されなければならない」という。

³⁵ von Caemmerer (Bereicherung und unerlaubte Handlung, FS Rabel I(1954), p.333, pp.356-357; MünchKomm/Schwab, 6.Aufl., § 818 Rn. 79.

囲に含まれる場合がある³⁶。要するに、不当利得制度の本質及び具体的な返還義務を考えれば、侵害者の収益の全部を返還させる利益の吐き出し責任を不当利得法的に構成することは問題があるという指摘である。

このような指摘にもかかわらず、韓国における利得吐き出し責任に関する学説上の議論は、不当利得法的に構成するのが一般的であるといえる³⁷。すなわち、通説は、不当利得は、損害填補の制度ではなく、正当でない利得を返還させるための制度である点において損害賠償と区別される独自性を持っているため、不当利得法理を参考にして、利得吐き出し責任を説明する。この議論は、不当利得返還の範囲を定めるに当たって、一律に損失者の損失を限度とすべきではなく、利得中心に不当利得返還範囲を再編する必要があることを強調する。また、韓国法上、準事務管理の概念が認められておらず、被害者の損害額に限定された損害賠償制度が違法行為に対する抑制機能を十分に果たしていないことを考えれば、裁判官によって個別化された正義を実現できるよう、不当利得法において、返還範囲が多様なスペクトラムを持つ必要があるという。

(5) 不法行為による損害賠償

違法収益を返還させる利得吐き出し責任の根拠を不当利得返還法理に求める見解については、損害賠償責任法制の課題に任せるべきとの有力な見解³⁸が示されている。そもそも損害賠償における「損害」とは、加害行為の前後の被害者の財産変動に焦点を当てたものとして（差額説）、被害者の損害をもとに損害賠償額が算定されることが原則である。したがって、損害賠償責任は、権利侵害による加害者の違法利益を剥奪する目的の利益返還責任（利益導出責任）とは本質的な違いがある。しかし、特定の権利侵害（例えば、著作

³⁶ 大法院2008.1.18.宣告2005ダ34711判決は「不当利得返還において受益者が返還すべき利得の範囲は、損失者が被った損害の範囲に限定される。ここで損失者の損害は、社会通念上損失者が当該財産から通常収益できると予想される利益に相当するものとなり、不当利得された財産に受益者の行為が介入して得られたいわゆる運用利益は、それが社会通念上受益者の行為が介入されていなくても不当利得された財産から損失者が通常取得したと考えられる範囲内では、返還すべき利得の範囲に含まれる」と判示した。

³⁷ 徐宗熙「侵害不当利得の収益者の超過収益返還」ジャスティス通巻151号（2015）173頁以下；同「英米不当利得法上の利得吐き出し(disgorgement of profits)責任－違法行為を理由とした原状回復(restitution for wrongs)を中心に－」ソウル法学第24巻第1号（2016）；李啓正「不当利得における利得吐き出し責任の法理とその示唆点」ジャスティス通巻第169号（2018）37頁以下；陳道旺「アメリカ侵害不当利得法の概観－第3次不当利得法リステイメントを中心に－財産法研究第33巻第3号（2016）279頁以下；リ・ヘリ「アメリカ法上の機会主義的契約違反に対する吐き出し責任」比較私法第21巻2号（2014）700-701頁。

³⁸ 金相中「英国のrestitution for wrongsと違法利益の返還」民事法学第78号（2017）325頁以下。

権・特許権)の場合には、被侵害権利・法益に内在する収益の可能性が加害行為(無断実施)を通じて加害者の財産的利益として表現されることから、「加害者の利益」を基に「被害者の損害」を推断することが可能になる。このような場合には、侵害者の利益と被害者の損害が内容的に相応するため、侵害利益による損害賠償によって違法利益の返還が実現されることになる。したがって、「加害者の利益」を不法行為における「被害者の損害」と推定又はみなし、これをもって損害賠償額とすることにより、結果的に、不法行為の損害賠償責任が違法利益を返還させる根拠となるという。

例えば、韓国の著作権法や特許法等の知的財産権法の分野においては、侵害者の利益に基づいて権利者の損害額を算定する規定が設けられている。そのため、韓国法上、利益吐き出し責任を認める知的財産権法制の規定は、不法行為に関する民法第750条の特則として理解されている。

Ⅲ. 利益吐き出し型損害賠償制度又は類似制度が適用される不法行為等の範囲

韓国における利益吐き出し型返還責任は、不法行為一般に対して適用されることはなく、商法や知的財産権や信託法等の特定分野あるいは被侵害利益により個別法で限定的に適用される。その法理は、不法行為による損害賠償の特則として理解される場合が多いが、学説上は個別法の規定趣旨により多様な説明がされる。

1. 特定の義務違反による利益吐き出し責任

(1) 商法上の競争禁止義務等の違反の場合

韓国の商法³⁹上、商業使用人は、営業主の許諾なしに自己又は第三者の計算により営業主の営業部類に属する取引をしてはならない。これに違反した場合には、営業主は、商業使用人が自分の計算により取引したときには、これを営業主の計算によって行われたものとみなし、第三者の計算によって行われたときには、それによって「得た利得」の譲渡を請求できる(商法第17条)。また、会社の取締役が会社の事業機会を自己又は第三者の利益のために流用した場合、取締役は会社に対して損害賠償責任を負うが、この場合、「会社機会の流用による利益」を会社の「損害と推定」して損害を賠償する責任を負う(商法第397条)。さらに、取締役が会社の機会流用禁止義務に違反した場合の損害賠償責任については、「取締役又は第三者の得た利益」を会社の損害額として推定する(商法第397条の2)。

³⁹ [施行2025.1.31.] [法律第20436号、2024.9.20.、一部改正]

商法第17条（商業使用人の義務） ①商業使用人は、営業主の許諾なしに自己又は第三者の計算で営業主の営業部類に属する取引をしたり、会社の無限責任社員、取締役または他の商人の使用人になることができない。

② 商業使用人が前項の規定に違反して取引をした場合において、その取引が自己の計算でしたものであるときは、営業主は、これを営業主の計算でしたものとみなすことができ、第三者の計算でしたものであるときは、営業主は、使用人に対し、これによる利得の譲渡を請求することができる。

商法第397条（競業禁止） ①取締役は、取締役会の承認がなければ、自己又は第三者の計算で会社の営業部類に属する取引をしたり、同種営業を目的とする他の会社の無限責任社員や取締役にすることができない。

② 取締役が第1項の規定に違反して取引をした場合において、会社は、取締役会の決議により、その取締役の取引が自己の計算でしたものであるときは、これを会社の計算でしたものとみなすことができ、第三者の計算でしたものであるときは、その取締役に対し、これによる利益の譲渡を請求することができる。

商法第397条の2（会社の機会及び資産の流用禁止） ① 取締役は、取締役会の承認なしに、現在又は将来に会社の利益となり得る次の各号のいずれかに該当する会社の事業機会を、自己又は第三者に利益をもたらすために利用してはならない。この場合、取締役会の承認は取締役の3分の2以上によって行わなければならない。

1. 職務を遂行する過程で知り、又は会社の情報を利用した事業機会
2. 会社が遂行している、又は遂行する事業と密接な関係のある事業機会

② 第1項に違反して会社に損害を発生させた取締役及び承認した取締役は連帯して損害を賠償する責任を負い、これにより取締役又は第三者が得た利益は損害と推定する。

商法がこのように、商業使用人・取締役の利益返還義務を規定している趣旨は、商業使用人や取締役と営業主・会社との特別な信頼関係（fiduciary relation）に基づく忠実義務（fiduciary duty・duty of loyalty・Treuepflicht）によって、これに違反した者がその違反行為で得た利益を返還させる一種の利得導出責任を認めるためである。商法第17条及び第397条の利益返還責任は、取締役の競業禁止義務違反により営業主及び会社が被った損害は、主に期待利益の喪失であるため損害（額）に関する営業主・会社の立証責任を緩和する機能をする。また、利益返還責任は、損害賠償責任と機能上類似しているとして、商法での利得吐き出し責任の法理構成は不法行為による損害賠償責任の特則であると考えられる。商法は、取締役の競業禁止義務と共に忠実義務の一つを成す会社の機会流用禁止義務違反についても、取締役又は第三者が得た利益を会社の損害額と推定する規定を設けている（商法第397条の2）。商法のこれらの規定による利益返還責任は、事業使用人・取締役の義務違反である取引行為による経済的結果を営業主・会社に包括的に帰属させるもので

あり、商業使用人・取締役は、利益の取得において自身の特別な才能や営業手腕等が寄与したことを理由として寄与の割合的控除の抗弁を主張することはできないといわれる⁴⁰。

このような商法上の規定を不法行為の特則として説明することに対しては、商法上の利益返還責任は、不法行為による損害賠償責任とその要件、内容が必ずしも同一ではないという指摘⁴¹がある。この指摘は、商法第17条第3項、第397条第3項が、利益返還責任は損害賠償に影響を及ぼさないと規定し、両者が別個の責任であるとしていることを根拠とする。

(2) 信託法上受託者の忠実義務違反の場合

韓国信託法上、受託者が利益相反行為または利益享受の禁止義務等を含む忠実義務に違反した場合⁴²、受託者は信託財産に損害が生じたか否かを問わず、それによって受託者自身又は第三者の得た「利得全部」を信託財産に返還する義務を負担する（信託法第43条第4項）。

信託法第43条（受託者の原状回復義務等） ①受託者がその義務に違反して信託財産に損害を生じさせた場合には、委託者、受益者又は受託者が多数ある場合の他の受託者は、その受託者に信託財産の原状回復を請求することができる。ただし、原状回復が不可能であり、又は著しく困難である場合において、原状回復に過大な費用がかかる場合その他原状回復が適切でない特別の事情がある場合には、損害賠償を請求することができる。

② 受託者がその義務に違反して信託財産が変更された場合も、第1項と同様とする。

③ 受託者が第33条から第37条までの規定に定める義務に違反した場合には、信託財産に損害が生じなくても、受託者はそれによって受託者又は第三者が得た利益の全部を信託財産に返還しなければならない。

この規定は2011年の信託法の改正によって導入されたが、信託者に実際の損害がなくても、忠実義務に違反した受託者はそれによって得た利益の全てを返還しなければならないという点から、利得吐き出し責任の一種といえる。ただし、その法的構成については見解が分かれており、(i)不履行による利益返還型損害賠償責任説⁴³、(ii)準事務管理による取得物引渡義務説、(iii)不当利得返還責任説⁴⁴がある。

⁴⁰ 金相中（註11）606頁註81。

⁴¹ 金相中（註11）605頁。

⁴² 具体的に受託者が忠実義務・公平義務・利益享受禁止義務・分別管理義務（同法第33条、第35条ないし第37条）に違反し、又は利益相反行為（同法第34条）をした場合である。

⁴³ 金相中（註11）607頁。

⁴⁴ 李啓正（註37）37頁以下。

(3) 成年後見人による被成年後見人の財産の流用による利益返還（類推適用）

このような特定の義務違反を根拠とする利得吐き出し責任（違法利益返還責任）は、成年後見人が被成年後見人の財産を流用したことによる利益返還の場合にも類推適用されるという見解⁴⁵がある。また、弁護士が、訴訟遂行過程で保管することになった依頼人の財産を流用して利益をあげた場合や、不動産名義信託の場合における信託者の不動産を管理する受託者が、時価より有利に売却する情報を知ったにもかかわらず、これを信託者の利益ではなく受託者自身の利益のために利用した場合にも、類推適用されるという⁴⁶。

2. 損害額の推定による利益吐き出し責任

(1) 著作権法、特許法等の知的財産権法の分野

韓国法の場合、知的財産権侵害行為については、著作権法、特許法、商標法等関連の個別法律が、被害権利者の損害賠償請求権を容易に実現できるように特別規定を設けている。著作権法、特許法のような知的財産権分野の法制における利得吐き出し責任に関する規定は、その沿革や文言から言って、実施料相当額又は侵害者利益に伴う返還責任を損害賠償責任として構成している⁴⁷。すなわち、これらの規定は、不法行為責任に関する民法第750条の特則として、損害賠償額を算定するに当たって権利者の実際の損害額を問わず、一定の額を損害額として認めるものである。この場合に、損害額を認める方法には、次の二つがある。第一に、権利を侵害した者が「侵害行為によって得た利益」を権利者の損害額として推定する方法と、第二に、当該権利を他人に実施することを許諾した場合に「受けられたであろう実施料相当の損害額」を損害額として認める方法である。第一の「侵害者の利益を損害額と推定」する規定は、権利者の十分な救済のためのものであり、第二の「実施料相当の賠償責任」を肯定する規定は、著作権等の権利侵害による最小限の損害賠償を

⁴⁵ 金相中（註11）609頁。

⁴⁶ 例えば、不動産の現地管理人が取引相手方から紹介料相当の利益を受領し、又は有利な転売の機会を隠したまま、信託者本人から時価相当な代金で不動産を取得した後、この不動産を時価より高い価格で転売する場合。

⁴⁷ 金相中「知的財産権侵害による損害賠償責任：損害賠償法の現代的発展傾向の観点から」財産法研究第31巻第3号（2014）259頁；同（註38）348頁。ただし、特許法第128条第4項については準事務管理導入理論が存在する。

保障するためのものであるという⁴⁸。前者は、著作権法⁴⁹第125条第1項、特許法⁵⁰第128条第4項、商標法⁵¹第110条第3項がこれに該当し、後者は、著作権法第125条第2項、特許法第128条第5項、商標法第110条第4項がこれに該当する。後者について、著作権の場合には「その権利の行使により一般に受けることができたであろう金額に相当する額」が損害賠償額として認められ、特許権の場合には「特許発明の実施について合理的に受けることができたであろう金額」が損害賠償額となる。いずれの場合も、著作財産権者等及び特許権者等が受けた実際の損害額が上記の金額を超える場合には、その超過額についても損害賠償を請求することができる（著作権法第125条第3項、特許法第128条第6項）。

著作権法第125条（損害賠償の請求） ①著作財産権その他この法律により保護される権利（著作人格権及び実演者の人格権を除く。）を有する者（以下「著作財産権者等」という。）が故意又は過失により権利を侵害した者に対し、その侵害行為により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その権利を侵害した者がその侵害行為により利益を受けたときは、その利益の額を著作財産権者等が受けた損害の額と推定する。

② 著作財産権者等が故意又は過失によりその権利を侵害した者に対し、その侵害行為により自己が受けた損害の賠償を請求する場合には、その権利の行使により一般に受けることができる金額に相当する額を著作財産権者等が受けた損害の額として、その損害賠償を請求することができる。

③ 第2項の規定にかかわらず、著作財産権者等が受けた損害の額が第2項の規定による額を超える場合には、その超過額についても損害賠償を請求することができる。

④ 登録されている著作権、排他的発行権（第8条及び第96条により準用される場合を含む。）、出版権、著作隣接権又はデータベース製作者の権利を侵害した者は、その侵害行為に過失があるものと推定する。

特許法第128条（損害賠償請求権等） ①特許権者又は専用実施権者は、故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対し、その侵害により自己が被った損害の賠償を請求することができる。

② 第1項の規定により損害賠償を請求する場合において、その権利を侵害した者がその侵害行為を組成した物を譲渡したときは、次の各号に該当する額の合計額を、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額とすることができる。

1. その物の譲渡数量（特許権者又は専用実施権者がその侵害行為以外の事由で販売することができなかった事情がある場合には、その侵害行為以外の事由で販売することができなかった数量を差し引

⁴⁸ オ・スンジョン『著作権法〔第4版〕』博英社（2016）1586頁；鄭尙祖・朴成壽『特許法注解Ⅱ』博英社（2010）239頁。

⁴⁹ [施行2024.8.28.][法律第20358号、2024.2.27.、一部改正]

⁵⁰ [施行2025.7.22.][法律第20700号、2025.1.21.、一部改正]

⁵¹ [施行2025.7.22.][法律第20697号、2025.1.21.、一部改正]

いた数量)のうち、特許権者又は専用実施権者が生産することができた物の数量から実際に販売した物の数量を除いた数量を超えない数量に、特許権者又は専用実施権者がその侵害行為がなければ販売することのできた物の単位数量当たりの利益額を乗じた額

2. その物の譲渡数量のうち特許権者又は専用実施権者が生産することができた物の数量から実際に販売した物の数量を減じた数量を超える数量又はその侵害行為以外の事由により販売することができなかった数量がある場合において、これらの数量（特許権者又は専用実施権者がその特許権者の特許権に対する専用実施権の設定、通常実施権の許諾又はその専用実施権者の専用実施権に対する通常実施権の許諾ができると認められない場合には、その数量を除いた数量）については、特許発明の実施について合理的に受けることができる額

③ 削除

- ④ 第1項の規定により損害賠償を請求する場合には、特許権又は専用実施権を侵害した者がその侵害行為によって得た利益の額を特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額と推定する。
- ⑤ 第1項の規定により損害賠償を請求する場合には、その特許発明の実施について合理的に受けることができる金額を特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額として損害賠償を請求することができる。
- ⑥ 第5項の規定にかかわらず、損害額が同項の規定による額を超える場合には、その超過額についても損害賠償を請求することができる。この場合において、特許権又は専用実施権を侵害した者に故意又は重大な過失がないときは、裁判所は、損害賠償額を算定する際、その事実を考慮することができる。
- ⑦ 裁判所は、特許権又は専用実施権の侵害に関する訴訟において、損害が生じたことは認められるが、その損害額を証明するために必要な事実を明らかにすることが当該事実の性質上極めて困難である場合には、第2項から第6項までの規定にかかわらず、弁論全体の趣旨と証拠調べの結果に基づいて相当な損害額を定めることができる。

商標法第110条（損害額の推定等） ①第109条に基づく損害賠償を請求する場合において、その権利を侵害した者がその侵害行為を組成した商品を譲渡したときは、次の各号に該当する金額の合計額を商標権者又は専用使用権者が被った損害額とすることができる。

1. その商品の譲渡数量（商標権者又は専用使用権者がその侵害行為以外の事由で販売することができなかった事情がある場合には、その侵害行為以外の事由で販売することができなかった数量を差し引いた数量）のうち、商標権者又は専用使用権者が生産することができた商品の数量から実際に販売した商品の数量を除いた数量を超えない数量に、商標権者又は専用使用権者がその侵害行為がなければ販売することのできた商品の単位数量当たりの利益額を乗じた金額
2. その商品の譲渡数量のうち、商標権者又は専用使用権者が生産することができた商品の数量から実際に販売した商品の数量を差し引いた数量を超える数量又はその侵害行為以外の事由で販売することができなかった数量がある場合において、これらの数量（商標権者又は専用使用権者がその商標権者の商標権に対する専用使用権の設定、通常使用権の許諾又はその専用使用権者の専用使用権に

対する通常使用権の許諾ができると認められない場合には、その数量を除いた数量)については、
商標登録を受けた商標の使用について合理的に受けることができたであろうと認められる金額

② 削除

③ 第109条の規定による損害賠償を請求する場合において、権利を侵害した者がその侵害行為により利益を受けたときは、その利益額を商標権者又は専用使用権者が受けた損害額と推定する。

④ 第109条の規定による損害賠償を請求する場合には、その登録商標の使用について合理的に受けることができる金額に相当する金額を商標権者又は専用使用権者が受けた損害の額として、その損害賠償を請求することができる。

⑤ 第4項の規定にかかわらず、損害額が同項に規定する額を超える場合には、その超過額についても損害賠償を請求することができる。この場合において、商標権又は専用使用権を侵害した者に故意又は重大な過失がないときは、裁判所は、損害賠償額を算定する際、その事実を考慮することができる。

⑥ 裁判所は、商標権又は専用使用権の侵害行為に関する訴訟において、損害が発生したことは認められるが、その損害額を証明するために必要な事実を明らかにすることが事実の性質上極めて困難な場合には、第1項から第5項までの規定にかかわらず、弁論全体の趣旨と証拠調べの結果に基づいて相当な損害額を決めることができる。

このように、知的財産権法制においては、権利侵害が現実的に財産上の損害を引き起こしたか否かを問わず、権利実施を許諾したり直接実施して利益を上げることができる機会を侵害したという事情自体から直ちに被害者の損害発生が認められる⁵²。韓国の知的財産権法制がこのような利得吐き出し型損害賠償を認める趣旨は、多数説によれば、知的財産権の侵害行為はいかなる類型的結果を伴うものでもなく、また、権利侵害によって権利者自らが知的財産権を直接実施したり権利実施を許諾する機会を喪失したために得られなかった逸失利益を算定することが困難であるため、被害権利者による損害額立証の便宜を図るためであるという⁵³。最近の有力な立場は、知的財産権法制が「侵害者の得た利益に基づく損害額の推定規定」及び「実施料相当の賠償責任」を認めるのは、知的財産権の侵害自体が直ちに権利者の損害であると評価されうるからであると説明する⁵⁴。

以上のような知的財産権法制における利得吐き出し責任は、侵害者の利益から被害者の損害を推論することを前提とするが、このような推論は、無断実施による権利侵害の結果が侵害者の財産変動として表出することを根拠とする。

⁵² 鄭尙祖・朴成壽（註48）175頁以下；金相中（註47）264頁。

⁵³ オ・スンジョン（註48）1580頁、1586頁。

⁵⁴ 金相中（註47）249頁。

(2) 不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律上の利得吐き出し責任

「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」も、知的財産権法制のような利得吐き出し責任を肯定する規定を設けている。すなわち、不正競争行為又は営業秘密侵害行為により営業上の利益を侵害された者は、侵害者の営業上の利益額を損害額と推定し（同法第14条の2第2項）、不正競争行為又は営業秘密使用料相当－不正競争行為又は営業秘密の使用について通常受けることができる金額に相当する額－の損害賠償を認める（同条第3項）。

不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律第14条の2（損害額の推定等） ①不正競争行為、第3条の2

第1項若しくは第2項に違反した行為又は営業秘密侵害行為により営業上の利益を侵害された者が第5条又は第11条による損害賠償を請求する場合において、営業上の利益を侵害した者がその不正競争行為、第3条の2第1項若しくは第2項に違反した行為又は営業秘密侵害行為（以下この項において「不正競争行為等侵害行為」という。）を組成した物件を譲渡したときは、次の各号の合計額に該当する額。

1. その物件の譲渡数量（営業上の利益を侵害された者がその不正競争行為等侵害行為以外の事由で販売することができなかった事情がある場合には、その不正競争行為等侵害行為以外の事由で販売することができなかった数量を差し引いた数量）のうち、営業上の利益を侵害された者が生産することができた物件の数量から実際に販売した物件の数量を除いた数量を超えない数量に、営業上の利益を侵害された者がその不正競争行為等侵害行為がなければ販売することができた物件の単位数量当たりの利益額を乗じた金額
 2. その物件の譲渡数量のうち、営業上の利益を侵害された者が生産することができた物件の数量から実際に販売した物件の数量を除いた数量を超える数量又はその不正競争行為等侵害行為以外の理由で販売することができなかった数量がある場合には、これらの数量について営業上の利益を侵害された者が不正競争行為等侵害行為がなければ合理的に受けることができる金額
- ② 不正競争行為、第3条の2第1項若しくは第2項に違反した行為又は営業秘密の侵害行為により営業上の利益を侵害された者が第5条又は第11条の規定による損害賠償を請求する場合において、営業上の利益を侵害した者がその侵害行為により利益を受けたときは、その利益額を営業上の利益を侵害された者の損害額と推定する。
- ③ 不正競争行為、第3条の2第1項若しくは第2項に違反した行為又は営業秘密侵害行為により営業上の利益を侵害された者は、第5条又は第11条の規定による損害賠償を請求するときは、不正競争行為又は第3条の2第1項若しくは第2項に違反した行為の対象となった商品等を使用された商標等標識の使用又は営業秘密侵害行為の対象となった営業秘密の使用について通常受けることができる金額に相当する金額を自己の損害額として損害賠償を請求することができる。
- ④ 不正競争行為、第3条の2第1項若しくは第2項に違反した行為又は営業秘密侵害行為による損害額が第3項による金額を超える場合には、その超過額についても損害賠償を請求することができる。この場合において、その営業上の利益を侵害した者に故意又は重大な過失がないときは、裁判所は、損

害賠償額を算定する際、これを考慮することができる。

- ⑤ 裁判所は、不正競争行為、第3条の2第1項若しくは第2項に違反した行為又は営業秘密侵害行為に関する訴訟において、損害が発生したことは認められるが、その損害額を立証するために必要な事実を明らかにすることが当該事実の性質上極めて困難な場合には、第1項から第4項までの規定にかかわらず、弁論全体の趣旨と証拠調べの結果に基づいて相当な損害額を決めることができる。

3. 他人所有物の無断処分の不法行為

韓国の判例は、他人の物を無断で処分する不法行為の場合にも、被害者の損害を処分当時の代価によって算定することにより、實際上、侵害者の利益による損害額の算定を行い、利益吐き出しの責任を現実化している。例えば、元の所有者に対し物の価値を欺いて安く物を取得した後、これを第三者に高値で処分した場合、被害者の損害額は、所有権の喪失という損害が確定する処分当時の代価⁵⁵を基準に算定される⁵⁶。

IV. 懲罰的損害賠償制度

1. 制度導入に関する一般論

懲罰的損害賠償（punitive damages）は、民事法の領域において、加害者の処罰と類似した加害行為の再発を防止・抑止することを目的とする制度である⁵⁷。このような悪質な不法行為に対する「制裁目的」の損害賠償である懲罰的損害賠償制度に関する立法論としては、民法典に懲罰的損害賠償制度を一般規定として導入する案と、特別法に個別的に導入する案が考えられる。韓国では、大陸法の伝統に従い、民事法と刑事法の厳格な峻別に基つき、民法上の損害賠償制度については実損害の填補を目的とする実損害賠償の法理が貫かれており、一般法である民法に懲罰的損害賠償制度を導入してはいない⁵⁸。

⁵⁵ 大法院2007.06.15.宣告2005ダ45605判決等。

⁵⁶ 金相中「損害賠償責任と違法行為の抑制」私法第43号（2018）35頁、60頁。

⁵⁷ 李昌鉉「製造物責任と懲罰的損害賠償」ジャスティス通巻第172号（2019）26頁。

⁵⁸ 2006年の司法制度改革委員会では懲罰的損害賠償制度に関して議論がされたが、当時その導入に反対した否定論の根拠は次の通りである。①韓国の法体系は民事法と刑事法を厳格に峻別する体系であるため、不法行為者の処罰という機能を持つ懲罰的損害賠償はこれに符合しない。②懲罰的損害賠償は、民事法と刑事法の峻別にもかかわらず、処罰の限度や構成要件が存在しておらず二重処罰の恐れがある。③懲罰的損害賠償は、原告に実損害を超える偶発的所得を提供する可能性が

しかし、最近、韓国で起きたいわゆる「加湿器殺菌剤事件」や「フォルクスワーゲン排気ガス操作事件」のように、加害者の悪性や非難の可能性が高く、被害の範囲が大きい不法行為の場合には、懲罰的損害賠償を導入すべきであるとの議論が積極的に行われるようになった。このような背景の下、まず、2011年の「下請取引の公正化に関する法律」において、実際の損害の3倍を超えない範囲での懲罰的損害賠償を認める規定が設けられた。以降、知的財産権の保護や個人情報・信用情報の保護といった特定分野の個別特別法において、被害者の損害の一定倍額以上の賠償責任を加重できる、いわゆる「倍額賠償責任」⁵⁹が導入されることになった。代表的なものとして、2017年の「製造物責任法」第3条第2項の新設がある。そのほかにも、営利目的の加害行為や利益の規模が大きな加害行為等、一定の行為類型についての賠償責任の加重が、様々な分野で制度的に立法化されている⁶⁰。さらに、2017年には、韓国の大法院が、不法行為類型別の適正な慰謝料算定方案を発表したが、これは慰謝料額の算定において「制裁」を目的とする賠償額の加重を定めたものである。

注意すべきは、前述のとおり、懲罰的損害賠償は、「加害者の違法利益額」に基づいてその返還や損害額の推定を行うものではなく、「被害者の損害額」に基づいて一定倍額を加重して賠償させる。この点で、違法利益吐き出し責任と懲罰的損害賠償とは、議論の平面を異にする。

2. 個別法律に導入された倍額賠償責任

(1) 製造物責任法上の懲罰的損害賠償

製造物責任法は、製造業者の悪意的な加害行為によって多数の消費者が少額の損害を被

あり、韓国の法現実上、制度濫用の恐れがある。④ 懲罰的損害賠償制度は、陪審制度を持つ米国不法行為訴訟の特殊な状況に符合する制度であり、陪審制度がない韓国においてこの制度を受け入れるならば、既存制度との矛盾や裁判官の過度な裁量等の問題が発生する恐れがある。⑤ 懲罰的損害賠償制度に関連して米国で提起されるように、懲罰的損害賠償の認定や賠償額は、その予測が不可能である。

以上の内容は、キム・ヒョンスほか『懲罰的損害賠償制度に関する立法評価』韓国法制研究院研究報告書（2012）28頁。

⁵⁹ 倍額賠償責任については、金兌宣「米国倍額賠償制度及び法定損害賠償制度の導入に関する小考」民事法学第66号（2014）257頁、261頁；金相中（註56）50頁。

⁶⁰ 韓国は2019年基準で約16本の個別法律で懲罰的損害賠償が導入されているという。これについてはキム・ヒョンス「現行懲罰的損害賠償制度の改善に関する考察」財産法研究第36巻第4号（2020）204頁。

った場合に実質的な損害填補を実現すると共に、莫大な利益を得た製造業者の悪意的な不法行為に対する制裁と抑止を目的として、懲罰的損害賠償制度を導入した。すなわち、2017年に改正された製造物責任法によると、製造業者が製造物の欠陥を知りながらも必要な措置をとらず、その結果、他人の生命又は身体に重大な損害を与えた場合には、被害者に生じた実損害の3倍の範囲内で損害賠償責任を負う（製造物責任法第3条第2項）。

製造物責任法第3条（製造物責任） ①製造業者は、製造物の欠陥により生命・身体又は財産に損害（その製造物についてのみ生じた損害を除く。）を受けた者に対し、その損害を賠償しなければならない。

② 前項の規定にかかわらず、製造業者が製造物の欠陥を知りながらその欠陥に対して必要な措置をとらなかった結果として生命又は身体に重大な損害を受けた者がある場合には、その者に生じた損害の3倍を超えない範囲で賠償の責任を負う。この場合において、裁判所は、賠償額を定める際、次の各号の事項を考慮しなければならない。

1. 故意の程度
2. 当該製造物の欠陥により生じた損害の程度
3. 当該製造物の供給により製造業者が取得した経済的利益
4. 当該製造物の欠陥により製造業者が刑事処罰又は行政処分を受けた場合には、その刑事処罰又は行政処分の程度
5. 当該製造物の供給が継続した期間及び供給の規模
6. 製造業者の財産状態
7. 製造業者が被害の救済に努力した程度

製造物責任法上、懲罰的損害賠償が認められるためには、①欠陥を知りながら必要な措置をとらなかったこと、②その結果、他人の生命又は身体に重大な損害が生じたという二つの要件が満たされなければならない。懲罰的損害賠償の範囲につき、立法過程においては、3倍以内から12倍以内まで多様な法律案が提示されたが、他の法律とのバランスを考慮して実損害の3倍の範囲内と定められた⁶¹。

(2) 知的財産権の分野における懲罰的損害賠償の規定

知的財産権分野の法律では、特に、「営利目的」や「故意」の侵害行為の場合につき、損害額を一定倍額に加重して懲罰的損害賠償を認める規定が導入されている。例えば、特許法上、裁判所は、他人の特許権又は専用実施権を侵害した行為が「故意」と認められる場合には、同法の規定により損害と認められた金額の5倍を超えない範囲で賠償額を定めることができる（特許法第128条第8項）。また、商標権侵害の場合にも、裁判所は、

⁶¹ 李昌鉉（註57）29頁。

「故意」に商標権又は専用使用権を侵害した者に対して、同法規定により損害と認められた金額の5倍を超えない範囲で賠償額を定めることができると定められている（商標法第110条第7項）。「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」においても、同様に、侵害が故意の行為と認められる場合には、5倍の倍額賠償を認める（同法第14条の2第6項）。一方、著作権侵害による法定損害賠償責任を定めた著作権法第125条の2第1項は、加害行為の「営利目的」等を考慮して賠償責任を加重しているが、「営利目的」の「故意」の侵害行為については、それ以外の侵害行為に比べ5倍の賠償額の上限を定めている。

特許法第128条（損害賠償請求権等） ⑧ 裁判所は、他人の特許権又は専用実施権を侵害した行為が故意であると認められる場合には、第1項の規定にかかわらず、第2項から第7項までの規定により損害と認められた金額の5倍を超えない範囲で賠償額を定めることができる。

⑨ 第8項による賠償額を判断する際には、次の各号の事項を考慮しなければならない。

1. 侵害行為をした者の優越的地位の有無
2. 故意又は損害の発生のおそれを認識した程度
3. 侵害行為により特許権者及び専用実施権者が被った被害の規模
4. 侵害行為によって侵害した者が取得した経済的利益
5. 侵害行為の期間・回数等
6. 侵害行為による罰金
7. 侵害行為をした者の財産状態
8. 侵害行為をした者が被害の救済に努力した程度

商標法第110条（損害額の推定等） ⑦ 裁判所は、故意に商標権者又は専用使用権者の登録商標と同一・類似の商標をその指定商品と同一・類似の商品に使用して商標権又は専用使用権を侵害した者に対し、第109条の規定にかかわらず、第1項から第6項までの規定により損害と認められた金額の5倍を超えない範囲で賠償額を定めることができる。

⑧ 第7項による賠償額を判断する際には、次の各号の事項を考慮しなければならない。

1. 侵害行為により当該商標の識別力又は名声が損なわれた程度
2. 故意又は損害の発生のおそれを認識した程度
3. 侵害行為により商標権者又は専用使用権者が被った被害の規模
4. 侵害行為によって侵害した者が取得した経済的利益
5. 侵害行為の期間・回数等
6. 侵害行為による罰金
7. 侵害行為をした者の財産状態
8. 侵害行為をした者が被害の救済に努力した程度

不正競争の防止及び営業秘密の保護に関する法律第14条の2（損害額の推定等） ⑥ 裁判所は、第2条第1号チャ目の行為及び営業秘密の侵害の行為が故意的なものと認められる場合には、第5条又は第11条の規定にかかわらず、第1項から第5項までの規定により損害と認められた金額の5倍を超えない範

囲で、賠償額を定めることができる。

⑦ 第6項による賠償額を判断する際には、次の各号の事項を考慮しなければならない。

1. 侵害行為をした者の優越的地位の有無
2. 故意又は損害の発生のおそれを認識した程度
3. 侵害行為により営業秘密保有者が被った被害規模
4. 侵害行為によって侵害した者が取得した経済的利益
5. 侵害行為の期間・回数等
6. 侵害行為による罰金
7. 侵害行為をした者の財産状態
8. 侵害行為をした者が被害の救済に努力した程度

著作権法第125条の2（法定損害賠償の請求） ①著作財産権者等は、事実審の弁論の終結前において、故意又は過失により権利を侵害した者に対し、実際の損害額又は第125条若しくは第126条により認められる損害額に代えて、侵害された各著作物等ごとに1千万ウォン（営利を目的として故意に権利を侵害した場合には5千万ウォン）以下の範囲で相当な金額の賠償を請求することができる。

(3) 公正取引分野における懲罰的損害賠償規定

公正取引分野においては、一定の法益の保障強化及び健全な社会秩序の定着等のために、違反行為による被害規模や違反者が得た経済的利益等を考慮して、懲罰的損害賠償が導入されている。例えば、「独占規制及び公正取引に関する法律」⁶²（第109条第2項）をはじめ、「下請取引の公正化に関する法律」⁶³第35条第2項、「代理店取引の公正化に関する法律」⁶⁴（第34条第2項）、「加盟事業取引の公正化に関する法律」⁶⁵（第37条の2第2項）第37条の2第2項を挙げることができる。下請取引の公正化に関する法律によれば、親事業者が、不当な下請代金の決定禁止（同法第4条）、不当な委託取消の禁止等（同法第8条）、不当返品 of 禁止及び減額禁止（同法第10条・第11条）、報復措置の禁止（第19条）等に違反した場合には、下請事業者に実際に生じた損害の3倍以内での賠償責任を負う。なお、物品購入代金等の不当決済請求の禁止（第12条）に違反した場合には、実際に生じた損害の5倍以内での損害賠償責任を負わせることができる。この場合、裁判所は、親事業者の故意又は損害発生のおそれを認識した程度や被害救済の努力の程度のような主観的事由及び違反行為の期間や回数、違反行為による被害の規模及び親事業者が取得した経済的利益等を考慮して、懲罰的損害賠償額を定める（同法第35条第3項）。このほかにも、「大・

⁶² [施行2027.2.7.][法律第20239号、2024.2.6.、一部改正]

⁶³ [施行2025.1.21.] [法律第20712号、2025.1.21.、他法改正]

⁶⁴ [施行2025.1.21.] [法律第20712号、2025.1.21.、他法改正]

⁶⁵ [施行2025.1.21.] [法律第20712号、2025.1.21.、他法改正]

中小企業の共存協力の促進に関する法律」⁶⁶（第40条の2第2項）、「大規模流通業における取引の公正化に関する法律」⁶⁷（第35条の2第2項）⁶⁸、「畜産系列化事業に関する法律」⁶⁹（第34条の2第2項）⁷⁰においても同様に一定の倍額賠償を認める。

以上のように、これらの法制分野において一定の不当行為を行った場合には、その被害の規模や侵害者の経済的利益等を考慮して懲罰的損害賠償額を定めることになる。これは、制裁目的の懲罰的損害賠償であると同時に、一種の利得吐き出し型責任としての機能も担っているといえる。

独占規制及び公正取引に関する法律第109条（損害賠償責任） ①事業者又は事業者団体は、この法律に違反する行為により被害を受けた者がある場合には、当該被害者に対して損害賠償の責任を負う。ただし、事業者又は事業者団体が故意又は過失がないことを立証した場合は、この限りでない。

② 前項の規定にかかわらず、事業者又は事業者団体は、第40条、第48条又は第51条第1項第1号に違反する行為により損害を受けた者がある場合には、その者に生じた損害の3倍を超えない範囲で、損害賠償の責任を負う。ただし、事業者又は事業者団体が故意又は過失がないことを立証した場合には、損害賠償の責任を負わず、事業者が第44条第1項各号のいずれかに該当する場合には、その賠償額は、当該事業者が第40条に違反する行為により損害を受けた者に生じた損害を超えてはならない。

③ 裁判所は、第2項の賠償額を定める際は、次の各号の事項を考慮しなければならない。

1. 故意又は損害の発生のおそれを認識した程度
2. 違反行為による被害の規模
3. 違反行為により事業者又は事業者団体が取得した経済的利益
4. 違反行為による罰金及び課徴金
5. 違反行為の期間・回数等
6. 事業者の財産状態
7. 事業者又は事業者団体が被害の救済に努力した程度

④ 第44条第1項各号のいずれかに該当する事業者が第2項の規定による賠償の責任を負う場合には、他の事業者と共同して第40条に違反する行為により損害を受けた者に生じた損害を超えない範囲で、民法第760条の規定による共同不法行為者の責任を負う。

下請取引の公正化に関する法律第35条（損害賠償責任） ②親事業者が、第4条、第8条第1項、第10条、第11条第1項・第2項、第12条の3第4項及び第19条に違反することにより損害を受けた者がいる場合には、その者に生じた損害について、次の各号に定める範囲で賠償責任を負う。ただし、親事業者が故意又は過失

⁶⁶ [施行2025.7.22.][法律第20703号、2025.1.21.、一部改正]

⁶⁷ [施行2025.1.21.][法律第20712号、2025.1.21.、他法改正]

⁶⁸ [本条新設2018.10.16]

⁶⁹ [施行2021.12.30.][法律第17799号、2020.12.29.、他法改正]

⁷⁰ [本条新設2019.1.15.]

がないことを立証した場合は、この限りでない。 <改正 2013.5.28.、2018.1.16.、2021.8.17.、2024.2.27.>

1. 第4条、第8条第1項、第10条、第11条第1項・第2項及び第19条に違反した場合 損害の3倍以内
2. 第12条の3第4項に違反した場合 損害の5倍以内

③ 裁判所は、第2項の賠償額を定める際は、次の各号の事項を考慮しなければならない。

1. 故意又は損害の発生のおそれを認識した程度
2. 違反行為により下請事業者と他人が被った被害規模
3. 違法行為により親事業者が取得した経済的利益
4. 違反行為による罰金及び課徴金
5. 違反行為の期間・回数等
6. 親事業者の財産状態
7. 親事業者の被害の救済に努力した程度

代理店取引の公正化に関する法律第34条（損害賠償責任） ②第1項の規定にかかわらず、供給業者が第6条、第7条又は第12条に違反して代理店に損害を与えた場合には、代理店に生じた損害の3倍を超えない範囲で賠償責任を負う。ただし、供給業者が故意又は過失がないことを立証した場合は、この限りでない。 <改正 2021.12.7.>

③ 裁判所は、第2項の賠償額を定める際は、次の各号の事項を考慮しなければならない。

1. 故意又は損害の発生のおそれを認識した程度
2. 違反行為により代理店が被った被害の規模
3. 違法行為により供給業者が取得した経済的利益
4. 違反行為による罰金及び課徴金
5. 違反行為の期間・回数等
6. 供給業者の財産状態
7. 供給業者の被害の救済に努力した程度

加盟事業取引の公正化に関する法律第37条の2（損害賠償責任） ②第1項の規定にかかわらず、加盟本部が第9条第1項、第12条第1項第1号及び第12条の5に違反することにより加盟店事業者に損害を与えた場合には、加盟店事業者に生じた損害の3倍を超えない範囲で賠償責任を負う。ただし、加盟本部が故意又は過失がないことを立証した場合は、この限りでない。 <改正2018.1.16.>

③ 裁判所は、第2項の賠償額を定める際は、次の各号の事項を考慮しなければならない。

1. 故意又は損害の発生のおそれを認識した程度
2. 違反行為により加盟店事業者が被った被害の規模
3. 違法行為により加盟本部が取得した経済的利益
4. 違反行為による罰金及び課徴金
5. 違反行為の期間・回数
6. 加盟本部の財産状態

7. 加盟本部が被害の救済に努力した程度

実務上では、これらの規定に基づく懲罰的損害賠償が積極的に活用されているとはいえないが⁷¹、代表的なものとして、下請け取引公正化のための法律に基づき懲罰的損害賠償を認めた事案⁷²等がある。本判決では、違反行為により原告が被ったと見られる被害の規模や、被告が原告の損害を十分に認識していたという事情が懲罰的損害賠償の根拠となり、裁判所は当事者の対等でない地位や被告の態様等を参酌し、損害賠償額を被害者の実際の損害額の1.5倍と定めた。

(4) 個人情報及び信用情報保護分野における懲罰的損害賠償規定

そのほかにも、故意又は重大な過失により個人情報や信用情報等の漏えい、紛失、盗難、変造又は毀損等がされた場合に、その賠償額を加重する規定を設けているものとして、「信用情報の利用及び保護に関する法律」⁷³第43条第2項、「個人情報保護法」⁷⁴第39条第2項等がある。このような場合にも、裁判所がその賠償額を定める際には、侵害者の故意又は損害発生のおそれを認識した程度や、その侵害復旧の努力を考慮しつつ、違反行為による被害規模又は違反行為者が取得した経済的利得等を考慮するよう規定している（信用情報の利用及び保護に関する法律第43条第3項、個人情報保護法第39条第4項）。

個人情報保護法第39条（損害賠償責任） ③ 個人情報処理者の故意又は重大な過失により個人情報が紛失・盗難・流出・偽造・変造又は毀損された場合において、情報主体に損害が発生したときは、裁判所はその損害額の5倍を超えない範囲で損害賠償額を定めることができる。ただし、個人情報処理者が故意又は重大な過失がないことを証明した場合は、この限りでない。<新設 2015.7.24、2023.3.14.>

④ 裁判所は、第3項の賠償額を定めるときは、次の各号の事項を考慮しなければならない。

1. 故意又は損害の発生のおそれを認識した程度
2. 違反行為による被害の規模
3. 違法行為により個人情報処理者が取得した経済的利益
4. 違反行為による罰金及び課徴金
5. 違反行為の期間・回数等
6. 個人情報処理者の財産状態

⁷¹ 金且東「下請け取引公正化に関する法律における懲罰的損害賠償の法執行上の問題点とその実効性の向上のための方案」法学論叢第33巻第4号（2016）。

⁷² ソウル高等法院2018.4.5.宣告2017ナ2059193判決。

⁷³ [施行2024.8.14.][法律第20304号、2024.2.13.、一部改正]

⁷⁴ [施行2024.3.15.][法律第19234号、2023.3.14.、一部改正]

7. 個人情報処理者が情報主体の個人情報の紛失・盗難・流出後、当該個人情報を回収するために努力した程度

8. 個人情報処理者が情報主体の被害の救済のために努力した程度

信用情報の利用及び保護に関する法律第43条（損害賠償の責任） ① 信用情報会社等又はそれから信用情報の提供を受けた者がこの法律に違反して信用情報主体に損害を与えた場合には、当該信用情報主体に対してその損害を賠償する責任がある。ただし、信用情報会社等又はそれから信用情報の提供を受けた者が故意又は過失がないことを証明した場合は、この限りでない。<改正 2020.2.4.>

② 信用情報会社等その他の信用情報利用者（受託者を含む。以下本条において同じ。）が故意又は重大な過失によりこの法律に違反したことにより個人信用情報が漏洩し、紛失・盗難・漏洩・変造又は毀損され、信用情報主体に被害を与えた場合には、当該信用情報主体に対してその損害の5倍を超えない範囲で賠償する責任がある。ただし、信用情報会社等その他の信用情報利用者が故意又は重大な過失がないことを証明した場合は、この限りでない <新設 2015.3.11.、2020.2.4.>

③ 裁判所は、第2項の賠償額を定める際は、次の各号の事項を考慮しなければならない。

1. 故意又は損害の発生のおそれを認識した程度
2. 違反行為による被害規模
3. 違反行為により信用情報会社等その他の信用情報利用者が取得した経済的利益
4. 違反行為による罰金及び課徴金
5. 違反行為の期間・回数等
6. 信用情報会社等その他の信用情報利用者の財産状態
7. 信用情報会社等その他の信用情報利用者が個人信用情報の紛失・盗難・漏えい後の当該個人信用情報の回収に努力した程度
8. 信用情報会社等その他の信用情報利用者が被害の救済に努力した程度

(5) その他の差別禁止、環境保護等の公益的分野

違反者の故意や反復的行為等の悪質性に基づく場合として、「期間制勤労者及び短時間勤労者保護等に関する法律」⁷⁵に懲罰的損害賠償を認める規定（同法第13条第3項）が設けられており、「環境保健法」⁷⁶や「公益申告者保護法」⁷⁷等の公益的分野でも、懲罰的損害賠償制度が導入されている。

期間制勤労者及び短時間勤労者保護等に関する法律第13条（調停・仲裁又は是正命令の内容） ① 第11

⁷⁵ [施行2021.5.18.][法律第18177号、2021.5.18.、一部改正]

⁷⁶ [施行2025.1.1.][法律第20384号、2024.3.19.、一部改正]

⁷⁷ [施行2025.1.21.][法律第20712号、2025.1.21.、他法改正]

条の規定による調停・仲裁又は第12条の規定による是正命令の内容には、差別的行為の中止、賃金等勤労条件の改善（就業規則、団体協約等の制度改善命令を含む。）又は適切な賠償等が含まれる。

- ② 第1項による賠償額は、差別的処遇により期間制勤労者又は短時間勤労者に発生した損害額を基準に定める。ただし、労働委員会は、使用者の差別的処遇に明白な故意が認められたり差別的処遇が繰り返される場合には、損害額を基準に3倍を超えない範囲で賠償を命令することができる。<新設 2014.3.18.>

環境保健法第19条（環境性疾患に対する賠償責任） ①事業活動等から生じた環境有害因子により他人に環境性疾患を発生させた者は、その被害を賠償しなければならない。

- ② 第1項の被害が事業者の故意又は重大な過失により生じた場合には、故意又は損害の発生のおそれを認識した程度、損害の発生を減らすために努力した程度、環境有害因子の有害性等を考慮して、その被害額の3倍を超えない範囲で賠償しなければならない。<新設 2018.6.12.>

- ③ 免責事由、連帯責任、免責特約の制限、消滅時効等については、製造物責任法第4条から第7条までの規定を準用する。ただし、免責事由は、第1項の責任に限定して準用する。

公益申告者保護法第29条の2(損害賠償責任) ① 公益申告等を理由に不利益措置をして公益申告者等に損害を与えた者は、公益申告者等に生じた損害に対して3倍以下の範囲で賠償責任を負う。ただし、不利益措置をした者が故意又は過失がないことを立証した場合は、この限りでない。[新設 2017.10.31.]

- ② 裁判所は、第1項の賠償額を定める際は、次の各号の事項を考慮しなければならない。

1. 故意又は損害の発生のおそれを認識した程度
2. 不利益措置により公益申告者等が被った被害の規模
3. 不利益措置により不利益措置をした者が取得した経済的利益
4. 不利益措置をした者が当該不利益措置により受けた刑事処罰の程度
5. 不利益措置の類型・期間・回数等
6. 不利益措置をした者の財産の状態
7. 不利益措置をした者が公益申告者等の被害救済のために努力した程度

(6) 小結－韓国の個別法に導入された懲罰的損害賠償規定の特徴

韓国の個別法に導入された懲罰的損害賠償規定の特徴は、次のように整理できる。第一に、懲罰的損害賠償は、加害者の悪性や非難の可能性が高く被害の範囲が大きい不法行為分野、例えば、知的財産権の保護や個人情報・信用情報の保護のような特定分野の個別特別法で制限的に導入されている。第二に、懲罰的損害賠償額の範囲は、被害者の損害の一定倍額以内で賠償責任を加重できる、いわゆる「倍額賠償責任」の方式で規定されている。主に被害者の実損害額の3倍又は5倍の範囲内で賠償責任を加重している。第三に、懲罰的

損害賠償額を定める際に考慮しなければならない要素として、加害者の故意又は営利目的のような主観的要素が重視される。第四に、懲罰的損害賠償額算定に考慮される要素は、加害者の主観的要素のほかにも、その被害の規模や加害行為の類型・期間・回数、加害者の被害救済のための努力の程度等が考慮される。特に、加害者が侵害行為によって取得した経済的利益も必須の考慮対象になるので、懲罰的損害賠償額算定においては、利得吐き出さないし違法利益の返還という機能も考慮される。

3. 大法院の不法行為類型別適正慰謝料算定方案

(1) 慰謝料における懲罰的損害賠償的性格の反映

非財産的法益が侵害された場合においては、被害者の損害自体が何なのか確定しにくい事例等で、適正な賠償責任の賦課のために、加害行為の経緯と加害者の非難可能性等を考慮せざるを得ない。この問題に関して、韓国の大法院は、2017年1月に、慰謝料算定のためのガイドラインとして「不法行為の類型別の適正な慰謝料の算定方案⁷⁸⁾」（以下、慰謝料算定方案）を作成し発表した。加害行為の経緯と加害者の非難可能性、すなわち制裁目的を考慮するという点で、一種の懲罰的損害賠償の性格があるといえる。この場合、裁判所の慰謝料に関する審理は、「当該類型に包摂することの可否に関する審査」→「基準金額を特別加重する理由の有無に関する審査」→「慰謝料増額・減額理由の有無に関する審査及び慰謝料金額の決定」の順序により、3段階で進行される。このような3段階の算定方法論は、1段階から「高額な基準金額」を設定しなくても段階的・差等的慰謝料の算定が可能であり、特に加害者の行為不法的要素が被害者に及ぼす影響等当該不法行為の個別的な特殊性を慰謝料算定に反映することができ、不法行為の類型に応じた具体的算定方案を用意するのに適合するという長所があるという⁷⁹⁾。

(2) 不法行為の類型的特殊性に基づく慰謝料基準金額の設定

加重の対象となる類型的特殊性が認められる不法行為は、交通事故、大災害事故、営利的不法行為、名誉毀損である。①交通事故の場合には、経済環境の変化等を勘案して慰謝料に反映する必要性が認められる。②大型災害事故の場合には、当然に期待される安全性の欠如がもたらした大惨事であり、加害者の不法性に対する非難の程度が非常に大きく、多数の被害者に残酷な結果が発生するという特性がある。なお、被害者が死亡する場合に

⁷⁸⁾ 不法行為の類型別適正な慰謝料算定方案（2017）(<https://www.scourt.go.kr/portal/news/NewsViewAction.work?seqnum=25&gubun=713>)。以下、本節の内容は、不法行為の類型別の適正慰謝料の算定案（2017）の内容を引用したものである。

⁷⁹⁾ 不法行為の類型別の適正慰謝料の算定案（2017）3頁。

は、その遺体が深刻に毀損される等その収拾に困難がある場合が多く、事故発生の原因と責任の所在の究明及び賠償と関連した紛争が長期間続く傾向がある。このような理由から、被害者と遺族の怒りと鬱憤等精神的苦痛が深刻に加重される点を慰謝料算定に反映する必要性がある。また、迅速な事故処理と損害の拡大防止の社会的な要請、同種の事故発生の抑制及び予防の必要性も、慰謝料算定の参酌要素とする必要がある。特に、航空機事故の場合、韓国の大法院は、被害乗客の過失が介入する余地がほとんどない点、航空機事故による被害結果及び苦痛の程度が自動車事故等他の事故よりも重い点、航空機事故に関する責任の所在、範囲、賠償額をめぐる航空運送人側と被害者側の見解の相違のために最終的な被害補償までに長期間を要する場合が多い点等の特殊な事情を慰謝料算定時に考慮しなければならず、自動車事故等に通用している定型化された慰謝料基準を画一的に適用することはできないという⁸⁰。

一方、③営利的不法行為は、企業が営利追求の過程で消費者と一般人に被害を与えた場合であり、人間の生命と身体の尊厳を度外視したまま経済的利益の獲得に重点を置き、これによって、生活に不可欠な財貨とサービスの人体安全性と無害性等に関する不信と恐怖・不安を社会一般に引き起こした不法行為である。なお、事業の規模と経済的・社会的影響力に相応する基本的倫理意識とこれに対する一般の信頼と期待を裏切った点において、加害者に対する非難が非常に大きい。このような理由から被害者や遺族の精神的苦痛が激しく加重されること、さらに、このような不法行為の予防と抑止が可能な程度の賠償であってこそ被害者や遺族の精神的苦痛の回復が可能になることを、慰謝料算定に反映しなければならない。特に不法行為の成立過程、態様及び加害者と被害者の地位の互換性がないこと等、交通事故による不法行為とは全く性格を異にする点を考慮する必要がある、これに加えて、大災害事故で見たような特殊な事情も、営利的不法行為の慰謝料算定時に同様に反映する必要があるという。

最後に、④名誉毀損と信用毀損の場合には、被害者は、人格権侵害によって正常な個人生活・社会生活・経済活動ができず、回復不可能なほど深刻な被害を受けることになる。しかし、これを算術的・経済的・財産的数値で計量化して賠償することは難しく、財産的損害の十分な填補が事実上困難であるという事情を、慰謝料算定に積極的に反映しなければならない。すなわち、名誉・信用毀損により被害者の従来の生活と経済的・社会的活動が回復不可能な状態に至る重大な被害が発生した場合には、被害者は、一般的な過失による不法行為で死亡した場合以上に大きな精神的苦痛を経験する恐れがあるために、これを前提とした慰謝料基準金額の設定が必要である。ただし、被害が軽微な程度を超えて相当な程度に達したが、上記のような重大な被害に至らなかった場合には、慰謝料の基準金額を区分して設定することを検討する必要がある。そのため、名誉毀損の場合には、一般被害と重大被害とに分けて慰謝料の基準金額を定められている。

⁸⁰ 大法院2009.12.24.判決2007ダ77149判決。

慰謝料の本質、法的性格、比較法的検討、不法行為類型別特殊性と現時代の諸般条件等を総合して、不法行為類型ごとに設定された慰謝料算定基準金額は、次の通りである。

不法行為の類型		基準金額
交通事故		1億 ウォン
大型災害事故		2億 ウォン
営利的不法行為		3億 ウォン
名誉毀損	一般被害	5000万 ウォン
	重大被害	1億 ウォン

(3) 慰謝料額の加重

以上のように、不法行為の類型別特殊性を考慮して「慰謝料基準金額」が決まるが、裁判所は、一定の営利的不法行為や被侵害利益の重大性等を考慮して、一定倍額を加重することができる。不法行為類型別に加重される金額の設定は、以下の通りである。

不法行為の類型		基準金額	加重金額	
交通事故		1億 ウォン	2億 ウォン	
大型災害事故		2億 ウォン	4億 ウォン	
営利的不法行為		3億 ウォン	6億 ウォン	
名誉毀損	一般被害	5千万ウォン	1億 ウォン	被害が非常に重大な場合、毀損された価値に相応するよう超過可能
	重大被害	1億 ウォン	2億 ウォン	

算定方案が3段階において提示する増額理由と減額理由は、例示的なものである。個別事件で慰謝料の具体的な金額を決めるのに参酌しなければならない慰謝料の増額理由と減額理由を漏れなく算定方案に整理することには、現実的な限界があるためである。一般増額・減額事由は、大きく①行為不法中心の加害者側の事情と、②結果不法中心の被害者側の事情に区分できる。さらに、①行為不法中心の加害者側の事情には、(i)加害者の不法行為についての過失ないしは責任の程度及び加害行為の動機と、(ii)その他の個別事情がある。②結果不法中心の被害者側事情には、(i)被害者の個別事情と、(i)被害回復の程度等が含まれる。このような区分に基づいて個別的な一般増額理由と一般減額理由となる。

裁判所の慰謝料算定方案は、特に、「営利的不法行為」の場合に懲罰的損害賠償を可能

にするという点に意義がある。すなわち、事業者が営利追求の過程で注意を尽くさず、人の生命、身体に重大な危害を及ぼした場合には、交通事故により人を死亡させたり重傷を負わせた場合の慰謝料基準金額1億ウォンに3倍を加重して3億ウォンを基準金額とすること、営利行為による利益の規模が著しく大きい場合には、上記基準金額の2倍まで特別に加重できることが定められている。また、名誉毀損の場合には、「慰謝料算定方案」は、被害の程度により一般被害と重大被害に区分し、それぞれの基準金額を5千万ウォン、1億ウォンに定めた上で、営利的目的による名誉毀損の場合には上記基準金額の2倍まで加重を可能にしている。このように営利目的等に伴う損害賠償責任の加重は、「不法行為の予防と抑制の必要性が強く要請される等被害者の苦痛を加重させる理由を反映」しようとする趣旨といえる。

4. 懲罰的損害賠償に関する商法改正議論

韓国では、2020年商法改正案において、個別法に散在した懲罰的損害賠償規定を一般法である商法に包括して規定することを目的に、商人の損害賠償責任に関する特例を規定することが提案された。すなわち、商法改正案第66条の2第1項は、懲罰的損害賠償の対象と範囲に関して、商人が故意又は重過失により他人に損害を加えた場合、商人は損害の5倍を超えない範囲で賠償する責任がある、ただし、商行為によるものではないことを立証した場合には責任が免責されると規定した。このような懲罰的損害賠償責任による損害賠償請求は、訴をもってのみ行使することができる（第2項）が、裁判所が懲罰的損害賠償額を定める際に考慮すべき事項として、次のものが挙げられる（第3項）。①故意又は重過失の程度、②実際の損害の程度、③商人が当該行為により取得した経済的利益、④商人が当該行為により刑事処罰又は行政処分を受けた場合には、その刑事処罰又は行政処分の内容及び程度、⑤商人の財産状態、⑥商人が被害救済のために努力した程度である。改正案は、懲罰的損害賠償責任をあらかじめ排除したり制限する特約は効力がないことも明確にした。また、同条は、損害賠償責任を定める他の法律の規定に優先することも併せて規定した（同条第5項）。商法改正案の懲罰的損害賠償は、マスコミ等の言論機関の損害賠償責任にも適用されることとされた。

このような商法改正案は、商法に懲罰的損害賠償制度を一般的に導入するものとして非常に大きな意味を持つ改正案であり、立法予告までされたが、言論界と経済団体等の反対により、実際の立法には至らなかった。

V. その他当該制度に関連して特筆すべき内容

1. 人格権・パブリシティ権侵害の場合

知的財産権と同じく財産的価値を持ついわゆるパブリシティ権が侵害された場合、パブリシティ権の法理構成は別として、韓国の判例は以前から損害賠償責任を認める。この場合、損害賠償額を定めるには、実際の損害を問わず、「被害者本人が人格的標識の使用に同意していれば受け取ることができたであろう報酬額」を損害賠償額として算定している⁸¹。つまり、同一性標識の商業的な無断利用に伴う財産的損害額は、侵害者が本人の承諾を受けて氏名・肖像等を使用する場合に支払うべき代価相当額を基準に、個別事案ごとに侵害行為の期間、侵害の程度と態様、無断利用の営業利益に対する寄与の程度等を考慮して定められる⁸²。ただし、被害者が主張した報酬額が当該の事件において相当であると認められない場合、下級審判決例のなかには、裁判所が積極的判示によって財産的損害額を定めるか⁸³、慰謝料の賠償のみを認めるもの⁸⁴もある。

学説上では、パブリシティ権の侵害の場合に、同一性標識の無断利用が侵害者の営利目的によって発生するという点から被害者の実際の損害額を問わずに損害賠償が認められるかについて議論がある。すなわち、前述の知的財産権法分野の規定が認めているように、侵害者が侵害行為を通じて得た利益を損害額算定の基準とすることが考えられるが、学説は、このような規定の類推適用は認め難いという⁸⁵。ただし、不法行為によって利益を得ることはできないという利得吐き出しの基本的考え方にに基づき、侵害者が明らかな故意により被害者の肖像権等を営利目的で無断利用した場合には、侵害された権利の市場価値を明らかに超える額を損害として認めるべきであるとの見解⁸⁶もある。

2. 国際私法上の公序条項と懲罰的損害賠償

韓国における懲罰的損害賠償制度に関して特記すべき事項として、国際私法第23条の規

⁸¹ ソウル高等法院2005.6.22.宣告2005ヤ9168判決；ソウル中央地法院2006.4.19.宣告2005カ合80450判決；ソウル東部地方法院2011.2.16.宣告2010カ合8226判決；ソウル中央地方法院2012.11.29.宣告2012カ合4423判決等。韓国の判決例の傾向については、金相中「パブリシティ権に関する国内議論の現況と比較法的考察を通じた法理的提言」比較私法第23巻第1号（2016）1頁、24頁ないし25頁。

⁸² ソウル東部地方法院2011.2.16.宣告2010カ合8226判決；ソウル高等法院2015.6.19.宣告2013ナ2028495判決。

⁸³ ソウル中央地方法院2013.7.12.宣告2013ガ単30439判決。

⁸⁴ ソウル中央地方法院2013.9.2.宣告2012ガ単348867判決。

⁸⁵ 張載玉「芸能人の氏名・肖像の経済的価値保護と損害賠償法の役割」法学論文集第27巻第1号（2003）119頁。

⁸⁶ 韓緯洙「パブリシティ権－氏名・肖像等の商業的利用に関する権利－の侵害と民事責任」民事裁判の諸問題第9巻博英社（1997）570頁。

定が挙げられる。この規定は、国際私法上、外国法に従わなければならない場合に、その規定の適用が大韓民国の善良な風俗やその他の社会秩序に明らかに違反するときは、その規定を適用しないという、いわゆる公序規定である。問題は、国際私法第23条でいう公序の例として、同法第52条第3項が、外国法が適用される場合に、不法行為による損害賠償請求権は、その性質が明らかに被害者の適切な賠償のためのものではない、又はその範囲が本質的に被害者の適切な賠償のために必要な程度を超えるときは、認められない、と定めていることある。これは、懲罰的損害賠償を認める外国法を準拠法として適用することは大韓民国の公序違反となるため、適用できないということを意味するからである。

国際私法第23条（社会秩序に反する外国法の規定） 外国法に従わなければならない場合において、その規定の適用が大韓民国の善良な風俗やその他の社会秩序に明らかに違反するときは、その規定を適用しない。

国際私法第52条（不法行為） ④第1項から第3項までの規定により外国法が適用される場合において、不法行為による損害賠償請求権は、その性質が明らかに被害者の適切な賠償のためのものでなく、又はその範囲が本質的に被害者の適切な賠償のために必要な程度を超えるときは、認めない。

現在、韓国の個別特別法にすでに散在している懲罰的損害賠償の規定を考慮すれば、国際私法のこのような規定、特に第52条第3項の規定は削除されるべきであるとの議論もある。しかし、2022年に国際私法は全部改正されたにもかかわらず、依然としてこの規定はそのまま存続された。

第6章 中国

静岡大学 朱 曄

I 調査の概要

本調査報告は、中華人民共和国（以下、中国という）における不法行為に基づく損害賠償、とりわけ「懲罰的」損害賠償制度の運用を中心に概観し、不法行為制度のあり方を検討するための基礎的な資料を提供することを目的とする。

中国における不法行為法制は、約40年前からの改革開放政策の実施後に徐々に完備されたものである。そして、政策転換に伴って高度経済成長が実現されると共に光と影が交錯する社会が誕生し、こうした背景のもとで制定された不法行為法（中国語「侵權責任法」、2010年7月1日施行。以下、「侵權責任法」という）は、被害者への損害補填にとどまらず、不法行為の予防・制裁という機能も制度に内包されている。また、予防・制裁を実現するために、いわゆる「懲罰的」損害賠償が明文化されている。その後、「侵權責任法」の骨格は2021年1月1日に施行された中華人民共和国民法典（以下、「中国民法典」という）において継承されるようになった。

本報告は、中国における「懲罰的」損害賠償制度を複眼的に検証するために、人格権の規定をも含む現行不法行為法制に至った経緯、および「懲罰的」損害賠償制度の誕生過程、運用状況を中心に整理してみたい。また、デジタル技術の進化につれ各種のプラットフォーム、SNSが普及すると共に、インターネットにおける誹謗中傷や「炎上商法」といった問題が、深刻な社会問題として登場することになった。膨大なネット人口を抱えている中国は、インターネット上の人格権侵害という課題を解決するために民法典の整備に際して対策を試みた。本報告の最後においても参考材料として簡潔に触れることとしたい。

II 独自性に富む不法行為法制の概観

1 制度整備に関する全体的回顧

1949年、社会主義国家である中華人民共和国が成立した後、従来の国民党政権の法規定が全面的に廃止されたため、民事法の後退期を迎えた。また、社会主義体制においては、計画経済がその中核を成しているため、所有権の絶対性、意思自治及び過失責任を原則とする近代民法典の必要性が乏しかった¹。1970年代末から、いわゆる改革開放路線への転換が図

¹ 社会主義国家が誕生し、計画経済のもとでは、生産材の国家所有制が軸とされており、政府部門は製品生産に関わる計画をキメ細かく制定し、各工場はこれらの計画にしたがってそれぞれの製品の製造に従事

られるにつれ民事法規が徐々に整備されるようになった²。とりわけ、1987年1月1日に施行された「民法通則」は、民法の簡易版としての役割を果たし、網羅的に民事法の原則を定めていた。この法律は政策転換の重要な時期に制定されたため³、その制定はモニュメント的な意義を有していると言えよう。また、「民法通則」においては、民事責任の章（第6章）において不法行為による民事責任の節（第3節）を設けて、不法行為責任についてごく簡潔に定めていた（117条～133条）。また、民事責任の方式については、「民法通則」の134条が、不法行為責任と契約責任とを統合して規定している。特に注意すべきなのは、制定された「民法通則」が、不法行為責任の法的効果について、金銭賠償を原則とせず、侵害の停止、妨害の排除、危険の除去、財産の返還、原状の回復、損害の賠償、謝罪、影響の除去・名誉の回復を救済方法として設けており、これらを単独又は併合的に適用できるとした⁴ことである。

その後、改革開放政策が進められる中、著しい経済格差が生じ、多くの社会的課題が浮上するようになった。こうした社会情勢を受け、2009年12月、「侵權責任法」（不法行為法）という単行法が制定された。本法は、「民法通則」をも含め、既存の諸法規を踏襲した上で制定されたものである。また、行為者の帰責性を度外視する内容も本法において採用されたため、日本法の観点からすればその独自性が際立つものであると言えよう。

そして、2010年代頃から中国においては体制転換に伴って諸問題が顕著化し、経済面では、「国進民退」⁵という現象が現れ、他方、司法制度面では、司法権の弱さが最高人民法院

するのみである。そのため、社会主義体制においては、意思の自治に基づく契約の必要性が必然的に後退するようになる。また、人々の創意工夫を引き出し、社会全体の活性化の促進に役立つ過失責任の原則をも排除することになる。

² 経済体制の変更に伴い、民事法制度の整備も喫緊の課題として浮上し、単行法立法の隆盛期を迎えた。例えば、経済契約法（1981年）、涉外経済契約法（1985年）、相続法（1985年）、技術契約法（1987年）などが相次いで制定されていた。

³ 「民法通則」は激しい議論を経て誕生した法律であり、体制変更時の中国において極めて大きな意味を持っている。その詳細は、鈴木賢「中国における民法通則制定とその背景（1）、（2）、（3・完）」法律時報60巻3号70頁、60巻5号66頁、60巻6号67頁（1988年）を参照。

⁴ 勝田有恒・森征一・山内進編著『概説西洋法制史』（ミネルヴァ書房、2004年）31頁〔屋敷二郎〕は、古典期ローマ法学の繁栄の時期と19世紀ドイツのパンデクテン法学の繁栄の時期を比較した上、「権威主義的で抑圧的な政治体制のもとで、国家と社会が明白に分離されるとともに、ある種の安全弁として、比較的広範な自由が私法の領域に確保されるという構造」が見られると説明している。他方、1980年代の中国では、改革開放政策にシフトするとともに、人々の不満を解消し、安定した社会状態を確保する安全弁が求められるようになった。そこで、不法行為法制は、安全弁の役割を果たすことができ、その法的効果について、被害者により多くの選択肢を与えることによって安全弁の効果を高めることに資するのである。

⁵ 「国進民退」現象が進む中、独占的な立場にある巨大な国有企業が続出し、民間企業は差別され、社会の活性化が抑止されていた。

の法官により指摘されていた⁶。そこで、中国社会のさらなる繁栄を図るには、抜本的な制度改革が必要不可欠となったのである。以上のような問題を受け、中国では、司法改革を含め、中央レベルでは各種の改革が行われ、その一環である民法典制定をめぐることは、2014年10月に開催された中国共産党第18期中央委員会第4回全体会議の決議において、民法典の編纂の必要性が明確化されるようになった。この動きを受け、第一段階として「民法総則」の制定作業が着々と進められ、2017年3月の全国人民代表大会において採択されるに至った。その後、民法典の編纂はほぼ計画通りに行われ、2020年5月にその各編が整備され、待ちに待った「中国民法典」がようやく誕生した⁷。本法典は、「人格編」（第4編）および「侵権責任編」（第7編）を設けて不法行為に対処しており、その条文は2009年に採択された「侵権責任法」の原則や規定を踏まえつつ修正、新設されたものとなっている⁸。

上述の立法経緯をまとめると、中国における不法行為法制は、「民法通則」、「侵権責任法」および「中国民法典」により段階的に整備され、また、制度の骨格を構築したのは「侵権責任法」であると言える。

2 不法行為法制の特色

現行不法行為制度の軸は「侵権責任法」である。本単行法が誕生する頃、中国においては、著しい経済発展に伴って環境汚染、悪質製品の氾濫、交通事故、医療事故の多発など様々な社会問題が深刻化してきた。例えば、当時、日本経済新聞の社説⁹は、「中国では暴動ないしそれに近いデモが9万件を超える年もある」と指摘していた。また、いわゆる「反社会的行為」も多発して、2010年3月末から小学校・幼稚園での無差別殺傷事件が急増していた¹⁰。こうした社会情勢に対応するために、「侵権責任法」1条は、「民事主体の合法的な権益を保護し、権益侵害責任を明確にし、権益侵害行為を予防・制裁し、社会の調和・安定を促進すること」を立法目的として掲げていた。また、本立法目的に即して制定された規定の大部分は民法典に吸収され、現行不法行為法制の根幹となっている。そのため、日中両国制度の根

⁶ 何帆（朱曄・訳）「中国法院（裁判所）改革のアプローチ、重点および未来」静岡法務雑誌 7 号（2015 年）123 頁以下参照。

⁷ 1949 年以降、中国においては 4 回にわたって民法典編纂の試み（50 年代、60 年代、80 年代、90 年代）があったものの、いずれも実現されなかった。

⁸ 李昊主編『「中華人民共和國民法典」与既有民事法律対照表』（北京大学出版社、2020 年）135 頁以下参照。

⁹ 2010 年 4 月 30 日日本経済新聞社説「上海万博が映す中国近代化の光と影」を参照。

¹⁰ 英国放送協会 BBC の 2010 年 5 月 13 日の報道では、3 月 23 日福建省の小学校殺傷事件以後の 2 カ月未満の間に、中国全土において連続して 6 回の小学校・幼稚園無差別大量殺傷事件が発生し、18 名の死者及び 80 名以上の負傷者が出たと報じられている（http://www.bbc.co.uk/zhongwen/trad/china/2010/05/100513_analysis_children_killings.shtml）。

底には次のような相違が存在していると言えよう。

通常、資本主義社会において、不法行為制度を制定する際には、基本的に私人間の水平関係に着目し、紛争解決の原則、自由行動の範囲の画定、経済発展の促進の保障などの要素が考慮される。例えば、日本民法典の起草当時には、すでに近代的な産業技術の発達に伴って危険な事業がもたらす損害発生の可能性は十分認識されていた。にもかかわらず、過失責任主義が選択されたのは、原因主義が取引の発達を害するため、過失責任主義により自由活动領域が保障される必要があった¹¹からであるとの指摘が存在する¹²。

これに対し、計画経済に依拠する典型的な社会主義国家においては、こうした要請が低く、立法の際に私人間の自由競争の確保により経済を発展させることへの配慮の必要性が乏しくなり、その結果、旧ソ連民法¹³のような無過失責任を基本原則とする立法例¹⁴も現れてきたと思われる。もっとも、社会主義体制を堅持している中国は、経済面では段階的ではあるが市場経済制度へと転換したが、経済社会と政治社会は未だ完全に分離していない状況下にある。その結果、個人の自由行動により経済発展を促進させるという資本主義的な認識は十分とは言えず、両体制における認識上の温度差は、不法行為法制の違いをもたらしたと言えよう。

俯瞰すると、中国不法行為法制には通常日本で理解されている不法行為法の内容が多く含まれている一方で、行為の帰責性、社会的非難性が重要視されない内容も少なからず内包していることなどに鑑みると、本法制は民事上の権利・利益が侵害されたときの責任分配法則であると理解するのが的確であると思われる。また、刑法・民法を厳格に峻別する学者からは、中国不法行為法制のような、予防・制裁を正面から認め、社会の安定の促進を目的としている法制は、「法の原始状態」¹⁵から脱皮できていないと評されるかもしれない。

¹¹ 『法典調査会民事議事速記録 5』（商事法務研究会、1984年）297頁〔穂積陳重〕を参照。

¹² 瀬川信久「民法 709 条（不法行為の一般的成立要件）」広中俊雄、星野英一編『民法典の百年Ⅲ—個別の観察（2）債権編』（有斐閣、1998年）561頁を参照。

¹³ 末川博『権利侵害と権利濫用』（岩波書店、1970年）629頁以下を参照。

1923年1月1日から施行された旧ソ連民法の403条は、「他人の人格又は財産に損害を加へた者は損害を賠償する義務を負ふ。加害者が損害を予防し得なかつたこと、損害を加へ得る権限を有して居たこと又は損害が被害者の故意若しくは重大な過失によって生じたことを立証したときには、加害者はこの義務を免れる」と規定している。

¹⁴ 加藤一郎『不法行為（増補版）』（有斐閣、1974年）59頁では、1923年から施行された旧ソ連民法403条後段の内容に注目し、「実際には、完全な無過失責任ではなく、過失責任の要素も加味されている」と指摘されている。

¹⁵ 藤岡康宏「私法上の責任—不法行為責任を中心として」『岩波講座・基本法学（第5巻）—責任』（岩波書店、1984年）248頁は、「損害填補の側面の漸次的解決は、損害賠償の懲罰的側面を舞台の正面に押し出すことになるであろう。……法の原始状態として非難された民刑両責任の未分化が、現代的状況におい

中国不法行為法制には独自の立法目的が内包されており、以下では、その目的に即して特色ある規定の概要を説明する。

Ⅲ 不法行為法制における被害者救済の特徴的な規定

1 保護の対象——拡大傾向

「中国民法典」の「侵權責任編」の冒頭に置かれている 1164 条は、「本編は、民事権利利益の侵害から生じた民事関係を調整する。」と定めている。注意すべきなのは、中国語で「權益」という言葉が使用されている点である。「權益」は権利と利益との複合語であるため、保護される範囲は柔軟的、流動的であり、また、権利と利益に関し、それぞれの不法行為の成立要件は区別されておらず、統一的に規定されている。

日本法における権利及び違法性に関する議論のもとでは、社会情勢の変遷に伴い、不法行為法によって保障される内容が徐々に拡大されてきた。これに対し、中国の立法者の説明では、保護対象の拡大により個人の自由行動の範囲が縮小されることに対する配慮が見当たらない。その背景には、現在中国において、より多くの「權益」を保護し、被害者の救済を通じて社会安定を実現することが最重要課題の一つとなっているという事情があろう。

2 成立要件——過失責任・証明責任の転換（中間責任）・無過失責任原則の併存

「中国民法典」1165 条 1 項は、行為者が故意・過失により他人の権利利益を侵害したとき、不法行為責任が生じると規定し、過失責任原則を基本原則として位置づけている。他方、過失責任原則以外に、1165 条 2 項は挙証責任の転換について規定しており、さらに、立法者は 1166 条を設け、無過失責任原則について定めている。

留意すべきは、中国の立法者が理解している無過失責任原則の本質は、故意・過失のない者に不法行為責任を負わせるということではなく、行為者に故意・過失あることについての被害者の証明責任を免除することである¹⁶。

以上の立法者の理解を踏まえると、条文上は、1165 条 2 項と 1166 条によって、挙証責任の転換と無過失責任原則とを分離させているが、実際には両者が必ずしも厳密に区別されておらず、むしろ同次元のものとして理解されている傾向を見て取ることができる。

また、司法実務において、挙証責任の転換及び無過失責任原則を適用する事件は、現実に

て蘇生させられることになるかもしれないのである。」と述べている。

¹⁶ 黄薇主編『中華人民共和國民法典義及適用指南（下冊）』（中国民主法制出版社、2020 年）1770 頁を参照。

大きな比重を占めている¹⁷。こうした状況を踏まえて、中国の立法者は、人々の行動の自由を制限し、社会の進歩を阻害する可能性があることを認識しながら¹⁸、被害者を最大限に救済するために、敢えて挙証責任の転換規定及び無過失責任原則を併存させたと考えることができよう。

なお、過失責任原則に対する理解について、中国の立法者は、行為、故意・過失、損害及び行為と損害の間の因果関係という4要件を説明している¹⁹。これに対し、司法実務では、一貫して行為が違法であることが重要であるとされ²⁰、「中国民法典」制定後においては、違法性の要件を充足することが必要とされている²¹。こうした見解の相違を踏まえると、過失責任原則に関する理解は、必ずしも一致していないと考えることができよう。

3 法的効果——多彩な責任を負う方式

上述のように、不法行為責任の法的効果については、1980年代の「民法通則」の時代から金銭賠償を原則としておらず、多岐にわたる方法により、被害者の権利利益を最大限に守ろうとしていた。こうした特色は「中国民法典」においても継承され、総則編に配置されている179条は、11種に及ぶ民事責任の負担方式及び「懲罰的」損害賠償について統括的に定めており、各「負担方式は、単独で適用することも、組み合わせて適用することもできる。」とした。不法行為から生じた責任についても本条の適用対象となっている。

4 「公平責任原則」の継承

「中国民法典」1186条は、被害者と行為者のいずれにも損害の発生について故意・過失がない場合でも、法律の規定に従い双方がその損失を分担すると規定している。本条は、「民法通則」132条で確定された「公平責任原則」を継承、変更した規定である。また、本条を巡って、従来の「実際の状況に基づき」から「法律の規定に従い」に変更したのは、旧規定の運用にあたって、①適用範囲が広く、また、②裁判官の自由裁量権が大きいという問題を抱えているからであると立法者は説明している²²。

¹⁷ 王勝明主編『中華人民共和国侵權責任法釈義』（法律出版社、2010年）27頁によれば、2008年、挙証責任の転換及び無過失責任原則を適用する一審事件は、約41%を占めている。

¹⁸ 黄薇主編・前掲注（16）1769頁、1771頁を参照。

¹⁹ 黄薇主編・前掲注（16）1768頁、1769頁を参照。

²⁰ 奚晓明主編『「中華人民共和国侵權責任法」条文理解与適用』（人民法院出版社、2010年）16頁は、違法性の要件を除去すれば、裁判官は判断に戸惑うと強調している。

²¹ 最高人民法院民法典貫徹實施工作領導小組主編『中華人民共和國民法典侵權責任編理解与適用』（人民法院出版社、2020年）28頁を参照。

²² 黄薇主編・前掲注（16）1807頁を参照。

もっとも、不法行為法の原則に照らすと、故意・過失のない行為、即ち帰責性のない行為は、社会的非難を受けないため、不法行為責任自体が生じないはずである。また、中国民法学界に大きな影響を及ぼしている王澤鑑教授は、早くから、「公平責任原則」の適用により、実務において加害者の過失認定がおろそかにされ、不法行為法の帰責事由の体系が崩されると懸念している²³。

しかし、社会保障制度が充実していない中国では、資力又は経済的に問題を抱えている不幸な被害者を救済するために、「中国民法典」の従来手法を残した。したがって、本条は、当事者の経済的状況を踏まえて個人の不幸を私人間で分散させる制度であると理解することができ、弱者救済という現実的な課題に対応した特徴のある規定であると言える。

また、本条における「法律の規定」に関連する内容として、「中国民法典」182条（緊急避難者による補償）、183条（他人が侵害行為を防止、制止する際に、それによって受益した者による補償）、1188条（行為無能力者、制限行為能力者の後見人の責任）、及び1190条（一時的な意識不明者、行為制御不能者による補償）を挙げることができよう。

IV 不法行為法制における予防・制裁に資する規定

1 精神的損害賠償——慰謝料

通常、被害者が不法行為により死亡した場合には、財産的損害及び精神的損害が生じると考えられている。これらの損害賠償は通常被害者の近親者が請求するが、請求することができる者及び損害の範囲、とりわけ精神的損害賠償請求の法律構成に関わる理論は錯綜している。中国では生命侵害事件が増加しつつあるため、実務での適切な対応が迫られている。こうした状況の中、1990年代に入ると、生命侵害の賠償に言及した各種の特別法、行政法規、司法解釈が急激に増えるようになり、諸規定が乱立する状態が生じた²⁴。そこで、2009年12月に採択された「侵權責任法」は、長く続いた混迷した状況の整理を試み、被害者救済の指針を与えようとした。本法が確定した基本方針は、「中国民法典」に受け継がれ、現行法における基本規定の役割を果たしている。

以上の背景から制定された「中国民法典」1183条1項は、「自然人の人身の権利利益を侵害し重大な精神的損害をもたらした場合は、被侵害者は、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。

まず、本条の解釈をめぐって、立法者は、「自然人」は不法行為により死亡した人の近親

²³ 王澤鑑『民法学説と判例研究（6）』（中国政法大学出版社、1998年）293頁を参照。

²⁴ 朱曄「論人身損害賠償請求権と繼承」環球法律評論 2006年第2期 198頁以下を参照。

者であると明言した²⁵。すなわち、日本で言われている相続否定説（固有損害説）²⁶は、従来司法実務では有力視とされていたが²⁷、「中国民法典」では正式に採用されていた。

次に、精神的損害賠償に関する裁判実務に着目すると、極めて悪質な殺人事件において精神的損害賠償が個別的に認められる場合は確かに存在する²⁸。しかしながら、全体的に見ると、その額が非常に低いと指摘されている²⁹。

もっとも、加害者の刑事責任が認められた場合には、精神的損害賠償がさらに限定される傾向が見られる。つまり司法解釈「最高人民法院關於刑事附帯民事訴訟範圍問題的規定」（2000年公布）1条2項は、被害者が犯罪行為により精神的損害を受けたことを理由に附帯の民事訴訟を提起した場合、人民法院は受理しない、と定めている。また、[最高人民法院關於適用「中華人民共和國刑事訴訟法」的解釈]（2012年公布）155条によれば、刑事附帯民事訴訟について人身に損害をもたらした場合の賠償範囲を原則上財産的損失に限定している。実際に、実証的な分析を踏まえた見解によれば、被害者が死亡し、加害者に刑事責任が認められた事案をみると、裁判実務は統一されておらず、高額ではないものの精神的損害賠償を認める場合と、認めない場合とが混在していると言われている³⁰。

2 「死亡賠償金」

（1）制度の概観

「死亡賠償金」は、2009年「侵權責任法」16及び17条により制度化されたものであり、当時、「死亡賠償金」を算定するにあたって、財産的損害のみならず、精神的損害をも考慮する必要性があり、その詳細な金額の確定について、裁判官は、案件の状況に従って、諸要素を総合的に勘案した上で行う、と中国の立法者は説明している³¹。

そして、「中国民法典」は、概ね「侵權責任法」の規定を承継している。その1179条は、「他人を侵害して人身損害をもたらした場合は、……を賠償しなければならない。死亡した

²⁵ 黄薇主編・前掲注（16）1803頁を参照。

²⁶ 朱曄・前掲注（24）206頁は、日本における議論および中国の状況を踏まえながら、中国においては相続否定説を採用すべきだと唱えた。

²⁷ 奚曉明主編・前掲注（20）172頁以下を参照。

²⁸ 王勝明主編、全国人大法工委民法室著『「中華人民共和國侵權責任法」条文解釈与立法背景』（人民法院出版社、2010年）93頁を参照。

²⁹ 董翠香「侵權死亡賠償法律規定的理解与適用」山東大学学报（哲学社会科学版）2010年第6期89頁を参照。

³⁰ 馬燕「侵權精神損害賠償責任主体研究—基於機動車交通事故精神損害賠償司法實踐的反思」法律科学2017年第2期175頁を参照。

³¹ 王勝明主編・前掲注（17）90-91頁を参照。

場合は、更に葬祭費及び死亡賠償金を賠償しなければならない。」と規定しており、1180 条は、「同一の権利利益侵害行為により多数の死者が生じた場合は、同じ金額で死亡賠償金を確定することができる。」と定めている。

(2) 解釈・適用の状況

「死亡賠償金」が制度化された後、その解釈をめぐっての議論が急増し、その中には、「死亡賠償金」は、制度整備の経緯からすると死者の近親者の逸失利益についての賠償であると理解する見解が存在する³²。また、生命の価値を尊重しつつ、「死亡賠償金」は被害者の生命の価値の物質的な現れであるとする考え方も見られる³³。さらに、法改正も視野に入れながら、「死亡賠償金」の文言を「死亡補償費」に変更し、これを財産的損害とする見解も現れた³⁴。

また、「死亡賠償金」の詳細な算出方法について、民法典では明確化されていないため、最高人民法院が公布した司法解释³⁵「關於審理人身損害賠償案件適用法律若干問題的解釋」が提示している具体的な計算基準（第 15 条）³⁶に依拠するのが一般的である。

しかし、裁判実務を踏まえてみると、実際には、その額の算出をめぐって、特別法、司法解释、地方の高等裁判所が設けた基準は統一されておらず、「死亡賠償金」を算出する際に、死者の国籍、戸籍、地域、支出、収入、年齢、加害者の状況などの要素が影響を及ぼしていると指摘されている³⁷。

(3) いわゆる「同命同価」の問題

「死亡賠償金」をめぐって、立法者は、やや異質な規定を設けていると考えられよう。すなわち、「中国民法典」1180 条は、「死亡賠償金」は同一不法行為により多数の死亡者が出た場合は賠償額を同額にすることができると定めている。本条誕生の背景には次のような事情が存在している。

2005 年 12 月、重慶市で重大な交通事故が発生し、未成年者の女子学生何源と 2 人の友人は登校の途中その事故で死亡した。裁判の結果、被害者何源の親族は、本人が農村戸籍で

³² 周玉輝「中国死亡賠償金制度的解釈論—以『侵權責任法』第 16 条、第 17 条為中心」北京航空航天大学学報（社会科学版）第 26 卷第 1 期（2013 年）63 頁を参照。

³³ 冉艷輝「確定死亡賠償金標準應以個体的生命價值為基準」法学 2009 年第 9 期 68 頁を参照。

³⁴ 梁小平・陳志偉「再論死亡補償費与死亡賠償金的性質」政法論壇第 28 卷第 5 期（2010 年）179 頁を参照。

³⁵ 司法解释は最高司法機關である最高法院と最高檢察院が行う解釈であり、法律の適用において重要な役割を果たしている。

³⁶ 15 条は「死亡賠償金は訴訟を受理した法院所在地の前年度の都市部住民一人あたりの可処分所得又は農村部住民の一人あたり純収入に基づき、20 年で計算する。但し満 60 歳以上の場合、年齢が 1 歳増加する毎に 1 年減少する。満 75 歳以上の場合、5 年で計算する。」と規定している。

³⁷ 冉艷輝・前掲注（33）63-66 頁を参照。

あることを理由にその賠償額の総額が9万元しか認められなかったのに対し、他の2人の親族への賠償額は、それぞれ20数万元に達していた³⁸。この事案がCCTVにより報道された結果、全国から注目され、批判の意見が殺到し、2006年の全国人民代表大会において是正すべきとの議案が出された。そして、侵権責任法制定において、この問題に対処するために17条が制定され³⁹、後に修正せずに「中国民法典」1180条に受け継がれた。

また、学説の状況を見ると、「死亡賠償金」は最も基本的な賠償であるため、本規定を適用する際に、都市部と農村部との差を設けてはならないと強調する見解⁴⁰が存在する一方、死亡賠償金の画一化を厳しく批判する有力説も見られる。この有力説によれば、「死亡賠償金」について、全員を同額とする、いわゆる平等な基準を設けることは、「共産風」、すなわち「死亡共産風」の再度の襲来に他ならないと厳しく批判されている⁴¹。

以上のように議論が激しく対立する状況をもたらした主な原因は、日本の「戸籍」と異なる性質を持つ「戸口」制度の存在である。つまり、中国の歴史上、戸籍は公的な管理を目的とする台帳であり、家族関係を明確にすることを目的に作成されたものではなかった⁴²。現在の中国における「戸口」制度は、1950年代に、工業化促進のために、農民の都市への流入を防ぎ、その自由な移動を制限する目的で設けられたものであり、本制度により、都市と農村という二元的社会構造が生まれた。そして、現在においても都市の「戸口」を持つ人は、医療、社会保障、子の就学、家屋の購入など様々な面で優遇されている。こうした背景のもとで、都市部と比べて、農村部における産業改革は大幅に立ち後れている。したがって、こうした独特の「戸口」制度は、人への差別をもたらす要因の一つとなっており、一部の人々の不満噴出の対象となっている。

なお、近時の状況をみると、2019年4月、中国の国務院が「国務院關於建立健全城鄉融合發展體制機制和政策体系的意見」を公布し、その17条の後段は「人身損害賠償制度を改革し、都市と農村の住民への賠償基準を統一する」ことを強調している⁴³。

以上の経緯を踏まえると、「死亡賠償金」は、その中身はともかくとして、中国社会混乱を予防するための重要な調整弁の役割を果たしていると言えよう。

3 「懲罰的」損害賠償

「中国民法典」の「侵権責任編」には数か条の「懲罰的」損害賠償に関する条文が設けられていた。また、上述のように、従来「侵権責任法」に設けられていた「懲罰的」損害賠償

³⁸ <http://news.cctv.com/law/20070612/102485.shtml>

³⁹ 王勝明主編、全国人大法工委民法室著・前掲注(28) 76-77頁を参照。

⁴⁰ 劉士国『侵権責任法重大疑難問題研究』(中国法制出版社、2009年) 32-33頁を参照。

⁴¹ 張新宝『侵権責任法立法研究』(中国人民大学出版社、2009年) 499頁を参照。

⁴² 滋賀秀三『中国家族法の原理』(創文社、1967年) 51頁を参照。

⁴³ http://www.gov.cn/zhengce/2019-05/05/content_5388880.htm

に関する一般規定は、民法典制定と共に第1編「民法総則」第8章「民事責任」に移動し、民事責任の負担方式（179条）として機能している。

「懲罰的」損害賠償に関する詳細な検討は、次のVに譲ることとし、以下では規定の内容のみを確認したい。

(1) 知的財産権侵害の場合の「懲罰的」損害賠償

「侵権責任編」の第2章「損害賠償」に配置されている1185条は、「故意によって他人の知的財産権を侵害し、情状が重大な場合は、被侵害者は、相応の懲罰的損害賠償を請求する権利を有する。」と定めており、知的財産権保護の姿勢を強調している。

(2) 製造物の欠陥に関する「懲罰的」損害賠償

「侵権責任編」の第4章「製造物責任」に設けられている1207条は、「製造物に欠陥があることを知りながら、生産販売を行い、又は前条の規定に従い有効な救済措置を講じずに、他人を死亡させ又は健康に重大な損害をもたらした場合は、被侵害者は、相応の懲罰的損害賠償を請求する権利を有する。」と規定している。

本条は、不法行為法における「懲罰的」損害賠償規定の元である。中国における食品安全問題を深刻化させた「三鹿メラミン入り毒ミルク粉事件」が生じたため、「侵権責任法」を制定する際に、本事件に対応するために47条を通じて明文化され、後に修正を加えて民法典により継承された。

(3) 環境汚染・生態破壊の場合の「懲罰的」損害賠償

「侵権責任編」の第7章「環境汚染及び生態破壊責任」に設けられている1232条は、「権利利益侵害者が法律の規定に違反し、故意の環境汚染・生態破壊により、重大な結果をもたらした場合は、被侵害者は、相応の懲罰的損害賠償を請求する権利を有する。」と定めており、深刻化しつつある環境問題に対処しようとしている。

V 「懲罰的」損害賠償制度に関する総括的な検証

1 「懲罰的」損害賠償制度が開花した経緯

(1) 民法典以外の単行法の概観

中国法において、「懲罰的」損害賠償を内包する制度は民法典以外の単行法にも散在している。その制定過程を振り返ると、「侵権責任法」により「懲罰的」損害賠償制度が確立されて以降、「懲罰的」賠償の規定が設けられている単行法が続出した。具体的に見ると、消費者權益保護法（2013年改正）、食品安全法（2021年改正）、旅行法（2016年改正）、商標法（2019年改正）、種子法（2021年改正）、不正競争防止法（2019年改正）、藥品管理法（2019年改正）、特許法（2020年改正）、著作権法（2020年改正）には、それぞれ

損害填補の原則から離れた賠償規定が設けられている⁴⁴。

以下では、「懲罰的」損害賠償制度の本質的な理解に資するもの及び「中国民法典」「侵权责任編」の条文適用に関係するもののみを取り上げたい。

1) 消費者権益保護法（1993年制定、2013年最新改正）

本法55条は、「経営者は、商品又はサービスを提供する際に、詐欺行為が存在した場合には、消費者の請求に応じて、その被った損害に基づき増額賠償をしなければならない。増額賠償額は、消費者が購入した商品の価格又は受けたサービス費用の3倍とする。増額賠償額は、500元未満の場合、500元とする。法律にその他の規定がある場合は、それに従う。

経営者は商品又はサービスに欠陥が存在することを知りながら消費者に提供し、消費者又はその他の被害者を死亡させ、又は健康に重大な損害をもたらした場合、被害者は経営者に対して、本法49条、51条などの法律規定に基づき損害賠償を請求することができると同時に、受けた損失の2倍以下の懲罰的損害賠償を請求することができる。」

2) 特許法（1984年制定、2020年最新改正）

本法71条1項は、「特許権侵害の賠償額は、特許権者が侵害を被った実際の損害に基づき確定される。実際の損害を確定することが困難な場合は、侵害者が侵害により獲得した利益に基づき確定することができる。権利者（特許権者）の損失又は侵害者が獲得した利益の算定が困難な場合は、当該特許の実施許諾料の倍数を参照にして合理的に確定することができる。特許権を故意により侵害し、情状が重大な場合は、上記方法により確定された金額の1倍以上5倍以下で賠償額を確定することができる。」と規定している。

3) 著作権法（1990年採択、2020年最新改正）

本法54条1項は、「著作権又は著作隣接権を侵害する場合、侵害者は権利者がこれにより被った実際の損害又は侵害者の違法行為により獲得した利益に基づき損害賠償しなければならない。権利者の実際の損害又は侵害者の違法行為により獲得した利益の算定が困難な場合は、当該権利の使用料を参照して賠償することができる。著作権又は著作隣接権を故意により侵害し、情状が重大な場合は、上記方法により確定された金額の1倍以上5倍以下の損害賠償を行うことができる。」と規定している。

(2) 「懲罰的」損害賠償制度確立及び拡大の経緯

1993年に採択された旧消費者権益保護法49条は、「経営者は、商品又はサービスを提供する際に、詐欺行為が存在したときは、消費者の要求に応じて、その被った損害に基づき増額賠償をしなければならない。増額賠償は、消費者が購入した商品の価格又は受けたサービスの費用に相応する額とする。」と規定している。本条は、中国における「懲罰的」損害賠償

⁴⁴ 「侵権責任法」制定以降の各単行法の誕生経緯等については、郎晴「中国法における懲罰賠償制度の成立と変容（2・完）」北大法学論集74巻3号（2023年）159頁以下を参照。

制度創立の原点であり、後に各単行法や民法典⁴⁵に導入されるようになった。

旧法49条の立法趣旨は、偽物の多発という深刻な社会問題に対処するために、中国の従来の民間商取引では「缺一賠十」⁴⁶という取引慣習⁴⁷があることを踏まえて、「法という武器」を消費者に与え、多くの民衆の力を動員して不法な経営者と闘争させるというものである⁴⁸。旧法49条の内容は、2013年に改正される際に新法55条により継承され、その賠償額も若干拡大された。旧法に関する説明を踏まえると、旧49条はそもそも懲罰的損害賠償制度とは無縁のものであると言っても過言ではない。

しかしながら、2000年に中国の権威ある雑誌で論文が発表され、論者は中国における損害補填を超えた賠償制度は、アメリカの懲罰的損害賠償に類似していると説明した上、本制度に内包する懲罰性の機能を拡大すべきであると唱えた⁴⁹。その後、懲罰的損害賠償の考えに賛同する有力な追従者が現れ⁵⁰、中国における「懲罰的」損害賠償制度の急速な普及に繋がった。

(3) 「懲罰的」損害賠償制度をめぐる総括

1) 賠償額の上限に関する明確化

中国における「懲罰的」損害賠償に関する諸規定を鳥瞰すると、明確な倍数が設けられて

⁴⁵ 最高人民法院の「司法解释」は、家屋売買（2003年）、医療損害責任（2017年）、知的財産権侵害（2021年）に関する民事事件の審理について、「懲罰的」損害賠償の適用を明確した。

⁴⁶ 「缺一賠十」という表現は、中国の伝統的な商取引文化に由来し、特に公正な取引や信用を重視する市場環境で、売主が自らの誠実さを示すために使われてきたと考えられる。

しかし、注意すべきは、刑事法が発達していた伝統中国において、「唐代法（雜律）では絹布をはじめ一般商品について、行濫（質の粗悪）、短狭（分量不足）の瑕疵があれば、買主に解除権を認めていたし、賣主に杖刑を科した。明清律（戸律）でも答刑を科している。」との指摘が存在することである。仁井田陞『中国法制史研究 土地法・取引法』（東京大学出版会、1960年）388-389頁を参照。

⁴⁷ 伝統中国における取引の慣習をめぐって、次のような指摘が見られる。すなわち、「帝制中国の歴史を通じて慣習は刑法と公法のうちには殆ど場所を持たなかった。何となれば周知のように中国は刑法の分野において立法と法典編纂の長い歴史を持っており、それは帝制とともに始まっているからである。中国語において＜法＞はしばしば＜刑＞と同義語でさえあった。官僚制の組織と活動もまた大部分制定法と先例によって規制されていた。

私法の領域には立法が非常に乏しかったのでそこでは確かに慣習が重要な役割を果たしていた。しかしそれは人々が日常の用件を主として慣習—『非争訟的』なる慣習—に依拠して処理していたという意味においてである。紛争が起ったとき、その多くは民間人による非公式な調停によって解決されたであろう」。滋賀秀三『続・清代中国の法と裁判』（創文社、2009年）91-92頁を参照。

⁴⁸ 何山「論『缺一賠十』的懲罰性賠償思想」中国工商管理研究 2002年第3期 48-49頁を参照。

⁴⁹ 王利明「懲罰性賠償研究」中国社会科学 2000年第4期 112頁以下を参照。

⁵⁰ 梁慧星「中国的消費者政策和消費者立法」法学 2000年第5期 26頁を参照。

いるという特徴が際立っており、人々の健康に直結する食品安全法についてすら10倍の上限が設定されている（148条）。

もっとも、「懲罰的」とはいえ具体的な倍数を用いて裁判実務に指針を与えるという手法は、中国の従来の法文化に由来すると思われる。つまり古代中国においては、裁判官の恣意的な判断を防ぎ、法により統一的な処理が図られるため、裁判官の裁量ではなく法そのものにより紛争処理をしようとする法伝統がある⁵¹。そして、現代の民事法規の制定においても従来の立法手法が維持され、裁判官の主観的要素を排除し、その独断を制限するために、各種の裁判基準が制定されている。

2) 「懲罰的」損害賠償と称されている制度の本質

中国における倍数設定により上限が設定されている「懲罰的」損害賠償制度は、必ずしも従来の「懲罰的損害賠償制度（punitive damages, exemplary damages）」と同じものであるとは言えず、むしろアメリカの2倍（double damages）、3倍（treble damages）の賠償制度⁵²に近いと考えられる。上述のように、中国における「懲罰的」損害賠償制度の意義は、「法という武器」を人々に与えることであり、本制度には訴訟奨励の機能が内包されていると言えよう。すなわち、本制度は本質的には訴訟の呼び水であると考えられよう。

また、本制度が必然的に「懲罰的」制度にならない原因として、刑事法の威厳が重要視される中国では、民事上の懲罰的損害賠償制度において犯罪を抑止する役割が限定的であることは、ある意味当然であると言えよう。やや具体的に言えば、中国の民事立法は、社会の情勢に対応し、日々高まってきた人々の憤慨を解消するために、「懲罰的」損害賠償の規定を設け、これはまさに一種の応急措置に相当する。しかし、民事法において高額の懲罰的損害賠償を認め、実質上不法行為の予防、制裁を民間人の手に委ねることの一般化は考えにくいであろう。なぜならば、庶民の力によって不法行為の制裁及びその再発の予防を実現することは、刑事法の権威を損なうことを意味し、これは刑事法などの公法の役割が重要視される中国では避けるべきことだからである。

2 運用状況の概観

「懲罰的」損害賠償制度の全般構造をみると、「中国民法典」の一般規定以外に、各単行法が林立し、両者が併存する形となっている。「中国民法典」の一般規定には、現在多発する製造物責任問題、環境汚染問題から生じた被害者を救済するというメッセージが含まれて

⁵¹ 滋賀秀三「法制史の立場から見た現代中国の刑事立法」『中国法制史論集—法典と刑罰』（創文社、2003年）352頁を参照。

⁵² 田中英夫「法の形成と実現における私人の役割」芦部信喜ほか編『基本法学1 人』（岩波書店、1983年）263頁は、2倍、3倍賠償制度は、より多くの私人に民事訴訟を提起させるための呼び水であると指摘している。

いる。そして、実際の適用の方法については、最高人民法院は、不法行為法が基本法であり、他の特別法が存在していれば特別法が優先されるとの理解を示している⁵³。したがって、各単行法に設定されている具体的な倍数は、「懲罰的」損害賠償額算定時の明確な道しるべとなるのであろう。

また、「懲罰的」損害賠償制度の運用に関する近時の状況をみると、「公益訴訟」⁵⁴化とも言えるべき現象が見られる。中国民事訴訟法は2017年に改正され、公益訴訟制度が導入された。本法は、環境汚染や消費者問題などの社会公共の利益を侵害する行為については、法の定める機関及び関係する組織に原告適格を認めており（58条）、そして、具体的な適用に当たって、複数の司法解釈により、人民検察院による公益訴訟の提起が認められた。以上の制度改革を受け、食品安全責任についての「公益訴訟」が急増し、中国最高人民検察院によると、2023年全国において受理した案件は、1万8827件に達している⁵⁵。他方、研究領域においては、2024年、上海市法学会は「検察公益訴訟懲罰性賠償立法問題研究」を題する研究プロジェクトを立ちあげた⁵⁶。こうした情勢を踏まえると、今後、懲罰的損害賠償に関する「公益訴訟」はさらに増加するであろう。

筆者は、以前「民事上の懲罰的損害賠償制度の実現は、ある意味では民事法規の刑事化と理解することができないわけではない。しかし、中国裁判の実務では、刑法責任を問うことの優位性が保障されている……、中国においては、刑事責任が重要視され、民事責任によりこれが侵食されることが警戒されている。」「もっとも、中国の法伝統を見ると、刑事法は高度に発達しているため、裁判官でさえも恣意的な判断をすることができない……。こうした伝統を踏まえると、現代においても、一民間人による懲罰という恣意的な判断が行われる状況を容認することは難しいであろう。」と指摘しつつ⁵⁷、公権力の威信が維持されるべきという法伝統を踏まえると、中国において高額の懲罰的損害賠償が全面的に承認されることのハードルは決して低くないとの結論を示した。近時の立法、適用の動向などをみると、上記の考えを改める必要はないように思われる。

⁵³ 奚晓明主編・前掲注（20）43頁を参照。

⁵⁴ 「公益訴訟」については、王雲海・周劍龍・周作彩編著『よくわかる中国法』（ミネルヴァ書房、2021年）51頁及び高見澤磨・鈴木賢・宇田川幸則・徐行『現代中国法入門（第9版）』（有斐閣、2022年）312頁以下を参照。

⁵⁵ https://www.spp.gov.cn/spp/zgigyssjc/202404/t20240421_652181.shtml

⁵⁶ https://m.thepaper.cn/newsDetail_forward_29039053

⁵⁷ 朱曄「中国における懲罰的損害賠償制度の概観—光と影が交錯する社会での運用」民事研修 677号（2013年）12頁を参照。

VI 中国の制度運用を踏まえた検討

中国の不法行為法制は、社会の安定に資する安全弁の役割を担っているため、人々の自由行動範囲の確定により経済発展の促進を確保することに対する顧慮は日本法と比較するとやや欠如していると思われる。また、「中国民法典」における「侵權責任編」は諸単行法の「目次」の役割を果たしている側面があり、「懲罰的」損害賠償制度に関する運用は、各単行法に設けられた倍数にしたがって行われる。そのため、中国における「懲罰的」損害賠償制度は、訴訟の呼び水としての機能を果たしていると言えよう。

こうした独自性を有する法制のもとでは、利益吐き出し型の損害賠償（例えば、知的財産権の侵害の場合）についての法的構成は、不法行為に依拠していると言える。不法行為法制において「懲罰的」と明言された法制度であることに鑑みると、違和感はなくむしろ親和性が感じられるように思われる。しかし、日本においてその法的構成を模索するに当たっては、不法行為、不当利得又は準事務管理の何れかによるべきなのかを、制度全体との整合性を踏まえて検討する必要があるだろう。

また、中国法では、知的財産権侵害以外にも、例えば、食品安全や消費者保護問題など多岐にわたって「懲罰的」損害賠償制度を採用しているが、損害填補原則を乗り越えた制度導入の範囲をどこまで広げ、また、採用した場合は具体的な倍数を明確すべきなのかについては、中国法の運用は検討の素材になるかもしれない。

さらに、実質的な損害が生じていなかった、又は詳細な損害額を確定することができない場合に被害者の請求権を認めるべきなのかという中国における議論は、AI時代においてパーソナルデータの利用が欠かせないAI時代においては有益であるように思われる。

最後に、インターネットの急速な普及に伴って多発しているネット上の誹謗中傷や炎上商法などへの対処方法をめぐって「中国民法典」は「人格権編」（第4編）を設け⁵⁸、人格権を強力な権利として承認した（995条⁵⁹）。立法者の説明によれば⁶⁰、人格権の侵害あった場合には、不法行為の場合とは異なり、権利を行使するに当たり、行為者の故意・過失及び損害の発生を必要としない。そして、「人格権編」は新課題を意識しつつ「（第5章）プラ

⁵⁸ 「中国民法典」における「人格編」の設置をめぐって、立法時では激しい論争が生じた。主な論点は3つに分けることができると言われている。すなわち、人格権制度について独立した編を設けるべきか、人格権を民法にどの程度まで定めるべきか、一般人格権制度は必要かである。渠涛「人格権保護に関する法体系的考察—中国民法典の立法作業を背景に」加藤新太郎・太田勝造・大塚直・田高寛貴編集『21世紀民事法学の挑戦—加藤雅信先生古稀記念（上巻）』（信山社、2018年）286頁を参照。

⁵⁹ 「中国民法典」995条は、「人格権が侵害を受けたとき、被害者は本法又はその他の法律の規定に従い、行為者に民事責任を負うよう請求する権利を有する。被害者による侵害の停止、妨害の排除、危険の除去、影響の除去、名誉の回復、謝罪の請求権には、訴訟時効の規定を適用しない。」と規定している。

⁶⁰ 黄薇主編・前掲注（16）1477頁を参照。

「プライバシー権と個人情報保護」の条文を設け、権利の保護を実現しようとしている⁶¹。また、「侵権責任編」において、立法者は、セーフハーバー・ルール及びレッドフラッグ・ルールを採用した⁶²。侵害が発生したときは、被害者側がプロバイダーに通報し、これを削除させる権利を有する（1195条）。他方、通報された場合に、行為者に、侵害に該当するものではなかったと反論する権利を認めた（1196条）。そして、ネットサービス提供者の責任をも明らかにした（1197条）。こうした制度設計によって、行為者の自由と被害者保護とのバランスを図ろうとしているのである⁶³。

⁶¹ 王雲海・周劍龍・周作彩編著・前掲注（54）92-93頁を参照。

⁶² 黃薇主編・前掲注（16）1824頁、1829頁を参照。

⁶³ 中国不法行為法制度のもとでは、ネットサービス提供者（プロバイダー）は訴訟急増の緩衝剤の役割を担える可能性が生まれる。

