

# 侵害利得論における「割当内容をもつ権利」の判断構造

村 田 大 樹

- 一 序論
- 二 割当内容説の生成期
- 三 割当内容説の展開期
- 四 分析と結語

## 一 序論

(1) 類型論は浸透したか

日本において初めて不当利得の「類型論」<sup>(1)</sup>が主張されたのは、すでに六〇年以上も前のことである。以後、類型論は徐々にはあるが着実に支持を集め、現在では、不当利得法を専門に扱う論稿や体系書ばかりでなく、学習用の教科書

侵害利得論における「割当内容をもつ権利」の判断構造

同志社法学 六〇巻七号 六一一 (三六二一九)

においても類型別の説明が一般的となるに至っている。<sup>③</sup> こうした状況を見れば、類型論は日本民法の中に定着したと言つてもおかしくないようにも思える。

ところが、事態は必ずしもそうではないようである。いざ肝心の裁判実務に目を向けてみると、判例において類型論が解釈上の指針を与えたとはつきり分かるものはない。それどころか、いまだ曖昧な公平の観念を判断の基礎に置いた伝統的手法が採用されている。<sup>④</sup> さらに、学説の中でも類型論への評価は一樣ではない。とりわけ加藤雅信教授は、伝統的な衡平説からはもちろん類型論からも距離をとった見解——箱庭説（法体系投影理論）<sup>⑤</sup>——を展開し、支持を得ている。<sup>⑥</sup> 類型論は、外見上の浸透にもかかわらず、決して定着はしていないのである。

ではその原因はどこにあるのだろうか。まず判例の立場に関しては、次の点が考えられる。すなわち、不当利得法自体の解釈問題が裁判の場で争われるような事案は、常に限界事例だということである。ここでは、類型論が典型的なかたちで機能することは少なく、結果として公平に依拠した個別的判断が行われざるをえないと考えることもできる。しかし、それは他方で、現在の類型論がいまだ裁判の場で耐えうるほど精緻化していないということの裏返しでもある。したがって、結局、問題は類型論自体へと帰すことになる。また、箱庭説との関係では、類型論が箱庭説に対していまだ正面から対峙していないことを指摘できる。類型論が定着するためには、箱庭説への応答は必ず行わなければならない課題であり、そのためには、箱庭説の全容を解明することが当然に必要となる。しかし、それだけでは充分ではない。箱庭説からの批判の正当性の検証をするためにも、同時に、類型論自体を解明することが必要である。

したがって、類型論を無批判に正しいものとして扱うつもりはないが、まずは現在最も有力と考えられる類型論の立場に立った上で、各類型ごとの論理を検証し詰めていく作業にとりかかる必要がある。それが、ひいては「危機的状况」<sup>⑦</sup>とさえ言われる不当利得法学の現状を打破することにつながるはずである。本稿は、その作業の一環として、侵害利得

類型の論理構造の一部を考察するものである。

## (2) 侵害利得論の理論的問題

類型論の立場からは、侵害利得返還請求権における不当性は、所有権規範に代表される財貨帰属秩序への違反に求められる。例えば、ある者が他人物を無断で売却した場合や他人の知的財産権を無断利用した場合には、その者に故意・過失がなかったとしても、それによる利得を返還すべきことになる。所有権が所有者に物の帰属を承認するように、法秩序が特定人に対して排他的に財貨を割り当てているとき、その「割当内容」に反して他人が権限なく利益を得ていれば、それは不当と評価され、本来その利益が与えられるべき者に返還されなければならない（割当内容説<sup>8)</sup>。

しかし、このように侵害利得返還請求権が財貨帰属秩序違反に基づいて発生するとの認識が広まる一方で、次の点についての考察は十分には行われてこなかった。第一に、どのような権利ないし利益であれば「割当内容」をもつと言えるかについてである。一般的には、所有権を始めとする物権や知的財産権のほか、債権（準占有者への弁済の場面など）には割当内容があると認められている<sup>9)</sup>。しかし、その限界ないし判断基準は必ずしも明確ではない。第二に、割当内容をもつ権利への侵害が不当利得返還請求権を発生させるメカニズムについてである。一般に、例えば他人物の売却や消費においては物自体の客観的価値に相当する額、単なる利用においては利用の客観的対価の額に相当する金銭の返還が命じられる（いわゆる客観的価値説）。しかし、結論の当否はともかく、これは割当内容説からの論理必然的な帰結ではない<sup>10)</sup>。つまり、第一の問題を要件論と言い換えれば、それとは別に、そこから導かれるべき効果論との関係に関する問題が存在しているのである。これら二つの問題は、おそらく相互に関連性をもっているため、本来両面から考察すべきところであるが、第二の問題については今回は措くことにし、本稿では第一の問題に限定して考察を進めたい。

その第一の問題を、もう少し敷衍してみることにする。箱庭説の立場からではあるが、「帰属法的不当利得」が認められるかどうかの基準について次のような記述がある。すなわち、「不当利得返還請求を認めるか否かを分かつ現実的基盤は、究極のところ社会現実的な保護の要請の強弱にあると思われる」<sup>11)</sup>。例えば、鉄道の敷設によって沿線の住民が利益を受けた場合や、女優の家庭医が女優の病気について回想録を書き売上げを伸ばした場合などについて言えば、これらの場合には、「利益の帰属を保証する社会的要請が弱い」<sup>13)</sup>ために侵害利得返還請求権が認められないのではないか。このように加藤教授は述べている。しかし、このような考え方を押し進めると、どのような場合に侵害利得が成立するのかは、最終的には、主観的判断に依存せざるを得ないことになってしまう。<sup>14)</sup>

他方、藤原正則教授は、次のように述べる。すなわち、たしかに、侵害の対象が絶対権以外である場合には「侵害利得の成否の限界は必ずしもはっきりとしない」<sup>15)</sup>。しかし、判断基準がないわけではなく、「割当内容を持った権利の成否は、結局は侵害された法的地位の商業的な利用可能性に掛かっている」<sup>16)</sup>。そして、「法的地位の商業的な利用可能性が承認されるか否かは、不当利得法の決めることではなく、社会現象から帰納的に決定していく他はない」<sup>17)</sup>。この藤原教授の見解は、後で見るように、ドイツにおける現在の通説に一致する。しかし、ドイツ侵害利得論がそのような現在の考え方に到った経緯や、その見解に対する批判については、これまで十分に紹介されておらず、<sup>18)</sup>したがって、それらを踏まえたうえでの分析も行われていない。

### (3) 本稿の構成

以上に示した問題意識から、本稿では、どのような場合であれば被侵害者に「割当内容」があったと言えるのかをめぐってドイツで展開された諸見解を検討の素材として、侵害利得の論理構造の一端を考察する。ただし、割当内容をも

つ権利の判断基準そのものを明らかにすることは、本稿の目的ではない。本稿の構成は以下のとおりである。まず、割当内容が生成される過程に即して問題の背景を明らかにし(二)、次に、そこで認識された問題点をめぐる諸見解を検討すること(三)、今後の侵害利得論の検討の方向性を示すことにしたい(四)。

## 二 割当内容説の生成期

### (1) 損害発生の要請から利益の割り当てへ

不当利得法における権利の割当内容という考え方は、一九二九年のヘック(Philipp Heck)の叙述<sup>(19)</sup>に始まると言われる。ヘックの問題意識は、「損失」要件の理解に向けられたものであった。その当時から、ドイツ民法八一二条に定められた「損失において(auf Kosten)」の要件<sup>(21)</sup>について、これを充たすために債権者側に財産の減少が必要か否かという争いがあった。この問題に対してヘックは、「問題となっているもの(fragliche Beschaffenheit)の取得可能性が一般的に債権者に割り当てられていれば十分」であって「個々の事例において債権者が取得していたはずであるかについてまでは確定されなくてもよい」と述べ<sup>(22)</sup>、財産的損害の発生を不要とする立場を支持した。このような解釈を根拠づけるために、ヘックは、ドイツ民法典の立法過程に言及する。

ドイツ民法典の第一草案では、「他人の損失において(auf dessen Kosten)」に該当する部分は、「他人の財産から(aus dem Vermögen eines anderen)」という文言であった。それが、第二委員会において、請求権の範囲を広げる目的で、現在の「他人の損失において」へと置き換えられた経緯がある。このことからヘックは、「債権者が取得できなかったはずの利益(Erwerb)の請求は、否定されてはいないのであって、学説による判断に委ねられた」と述べる<sup>(24)</sup>。この「意

識的な法律の欠缺」を埋めるためにヘックが着目したのは、まず、「不当利得返還請求権は債務者の利益脆弱性 (Interessenschwäche) から生じる」という点である。<sup>(25)</sup>そして、このように債権者ではなく債務者の側の状況に照準を合わせるならば、「債権者の要保護性は、損害賠償請求権の場合に比べて乏しい意味しか持たなくなる」。この二点からヘックは、財産の減少を問わずに返還請求を認める「拡張」を、望ましいものと結論づける。<sup>(26)</sup>

「権利の承認には、常に、譲渡および行使によって得られる利益 (Erwerb) の割り当てがある」というのが、ヘックの権利観である。<sup>(27)</sup>ヘックによれば、法秩序は、権利状態の変化を規律するだけでなく、利益保護 (Interessenschutz) についても規律している。例えば所有権者は、他者による権利形成の可能性からのみでなく、他人がその物の用益 (Nutzung) を奪うことから保護される。<sup>(28)</sup>このことを、ヘックは、「権利の利益内容 (Interessengehalt)」または「権利の利益面 (Interessenseite)」と呼んでいる。<sup>(29)</sup><sup>(30)</sup>

以上のように、ヘックは、ドイツ民法八一二条の「損失において」の要件の解釈として損害の発生を不要とし、権利がもつ「利益の割り当て」という側面を強調した。この考え方は次に見るヴェルブルクに受け継がれていくのだが、ただこの段階では、被侵害者の権利を不当性の根拠として捉える発想は見られない。権利による利益の割り当てという考え方は、あくまで損害要件を克服するための消極的意義しかもたなかった。権利一般の性質という抽象的な観点からはヘックの見解のもつ意義に疑いはないものの、それが不当利得の成立において果たす積極的役割については、不確かな点を残していた。当然、どのような権利であれば「利益の割り当て」があるかという点についても踏み込まれることはなかったのである。

(2) 「給付によらない利得」の不当性根拠

(a) 枠組み

権利にはその保有者への「利益の割り当て」があるとするヘックの考え方は、一九三四年、オーストリアのヴィルブルク (Walter Wilburg) に受け継がれた。<sup>31)</sup> 周知のとおり、ヴィルブルクは、不当利得法の一元的な把握を放棄し、給付による利得とは別に「給付によらない利得」に固有の不当性があることを主張して、類型論の基礎をつくった。そこでは、ヘックの言う「利益の割り当て」が「給付によらない利得」に固有の不当性の根拠へと発展している。<sup>32)</sup>

そもそもヴィルブルクが「権利」に根拠を求めた理由は、ヴィルブルク以前に主張されていた諸見解が、利得者自身の行為によって利益がもたらされた事案にしか妥当しえないことであつた。<sup>33)</sup> 不当利得返還請求権の発生にとつて、利得の原因が何であるのか（債務者か、債権者か、第三者か、自然現象か）は重要なことではない。このことを出発点として、ヴィルブルクは、「不正な行為に対する非難的対応としての利益剥奪という、権利の外にある理念ではなく、特定の財貨とその利益 (Nutzen) を権利者に割り当てるといふ、侵奪された権利の純粹に客観的 (sachlich) な目的が、他者による受益 (Erwerb) の不当性の秘密を含んでいるように思われる。我々はその目的の中に、不当利得返還請求権の内的な力として、有機的な根拠を求める」と述べ、種々の権利ごとの具体的な検討に入っていく。

(b) 具体的適用場面

もつとも、「利益の割り当て」に関する一般論としてのヴィルブルクの枠組みは、以上の説明に尽きる。ヴィルブルクは、この自身の立場を前提として、所有権、無主物先占権（狩猟権、漁業権、鉱業権、水利権）、他人物上の物権（役

権、建築権、担保権、物的な先買権および賃借権・用益賃借権）、占有権、無体財産権（發明権、著作権、意匠権、商標権）、人格権（労働力・氏名・商号・肖像についての各権利）、不正競争に関する法律によって保護される諸利益、そして債権についての個別の検討を行う。そこで排他的に個人に割り当てられている領域があると評価できる場合には利得の返還に向けられた請求権が肯定され、そうでない場合にはこれが否定されることになる。

割り当てが肯定される代表的な権利は所有権である。<sup>36</sup> ヴイルブルクによれば、所有権には、「帰属の承認」がある。つまり、所有権は、ある物を所有権者およびその利益のためのものと定めている。この理念のためには、第一に物権的な支配が必要になる。これは、物権的返還請求権 (*rei vindicatio*) や妨害排除請求権 (*actio negatoria*) の形態で顕在化する。しかし、所有権の経済的目的は、これらの訴えにとどまるものではない。物が独立性を失いまたは存在しなくなったことよって物権的な効力の可能性が尽きたところでも、その理念は異なる形態で効力を得る。すなわち、権利侵害の観点からは損害賠償請求権を、そして、単純にその割当内容から不当利得返還請求権を発生させる。これが、所有権の目的と不当利得返還請求権に関するヴイルブルクの基本構想である。ヴイルブルクは、このようにして生じる請求権のことを、「権利の効力の存続による請求権 (*Rechtsfortwirkungsanspruch*)」と呼んだ。<sup>37</sup>

他方、割り当てが否定される場合として、占有権が挙げられている。占有権は、「自力救済を禁止する意味」<sup>38</sup> しかもたず、「財貨の配分に関して決定するという目的」<sup>38</sup> を追求していない。したがって、占有権に基づく利得返還の訴えは認められないことになる。

権利ではない場面で割り当てを認めている場合もある。競争規範に関する法規に違反した場合、すなわち例えば違法に知った営業秘密の利用や競争相手に不利となる虚偽の公表によって利益を得た場合について、ヴイルブルクは利得の返還を認める。<sup>39</sup> さらに、法律に規定がない場合でも、一般的に、良俗違反行為による利益取得があれば利得返還

を認める。<sup>(40)</sup> このような、権利と保護法規の協働により保護の有無を決定する構成は、ドイツ不法行為法の構造に対応する。もつともヴィルブルクは、この対置構造自体よりも、「重要なのは、個別規範の解釈であり、利得返還の訴えはその目的にかかっている」ことを強調する。<sup>(41)</sup>

このように、ヴィルブルクは、利得返還の認否の判断を、権利や規範の目的が帰属を承認しているか否かにかからせる。この枠組み自体はヴィルブルク以降も堅持されるのだが、しかし同時に、その具体的内容について争いを生むことにもなる。その点は後述することにし、まず、以下では類型論を確立したケメラーの見解を見ていくことにする。

### (3) 「他人の財貨からの利得」の返還根拠としての絶対権

#### (a) 枠組み

ヴィルブルクの論稿が発表されてから二〇年後の一九五四年、フォン・ケメラー (Ernst von Caemmerer) によって不当利得の類型論は確立された。<sup>(42)</sup> ケメラーは、ヴィルブルクが「給付によらない利得」と呼んだ不当利得の類型を、「他人の財貨からの利得」と呼ぶ。<sup>(43)(44)</sup>

ケメラーは、所有権の侵害が権利者自身や第三者によって生じた場面を引き合いに出し、<sup>(45)</sup> ヴィルブルクと同様、行為者の侵害の違法性は不当利得の成否にとって問題ではないということから出発する。そこから、利得の不当性について次のように述べる。

「したがって我々は、ヴィルブルクに従い、物の利用が所有権の割当内容に反している点に利得の不当性を見出す。保有者に財貨を割り当てることは、絶対権の本質である。所有権およびその他の絶対権の財貨割当機能に、利得の不当性についての判断は依拠している。物の所有者には、使用・収益・処分権 (uti, frui, abuti) が当然に与えられている。

すなわち、所有者（または、最も包括的な権利である所有権の内容を構成しうる制限物権の保有者）には、物を使用し収益すること、物を消費すること、そして物を金銭に代えること、つまり換価することが認められているのである<sup>(46)</sup>。「したがって、ある者が、他人の物を使用しまたは収益した場合、他人物を消費した場合（ドイツ民法八二条一項一文）、他人物を加工しまたは家に据え付けた結果、独立の物としてのそれが消滅した場合（ドイツ民法九五一条一項）、他人物を権利外観保護の下で有効に譲渡し、それにより換価した場合（ドイツ民法八一六条一項一文）には、その者は、所有権の割当内容に従えば所有者に属すべき何か（*etwas*）を取得している。利得が不当となる理由は、それが所有権に内在する財貨割当と相容れないからなのである」<sup>(47)</sup>。

こうしてカメラは、所有権や制限物権を念頭に、「財貨割当」に反する利得を不当なものと判断する。これは、ヴィルブルクの枠組みと同様である。しかし、その細部において、ヴィルブルクとカメラは僅かな食い違いを見せる。

#### (b) 絶対権の保護

カメラが割当内容を認めるのは、原則として絶対権であった。例えば、当時、無体財産権のうち著作権については不当利得法上の保護が一般に認められていたにもかかわらず、特許権や実用新案権などにはそれを認めないとする立場が見られた<sup>(48)</sup>。しかし、カメラは、そのような見解に対して次のように反論した。すなわち、特許権や実用新案権についても、相当なライセンス料などによって損害を算定する「三種の損害算定方法」が認められていることを引き合いに出し、これはもはや損害の算定ではなく、利益の帰属が認められているのだと主張したのである<sup>(49)</sup>。全ての絶対権には、不当利得法上の保護を受けるべき割当内容がある、というのがカメラの立場であった。なお、債権についても、第三者の侵害からの絶対的保護がありうることをカメラは認めている。例えば権利外観保護の下での回収（*Einziehung*）

による他人の債権への侵害などが、不当利得を生じさせる場面となる。<sup>51)</sup> ここまでは、結論においてヴィルブルクと異なる。しかし、絶対権であることの強調は、「利益の割り当て」についてヴィルブルク説から離れる契機を含んでいた。

(c) 不法行為による利得

ヴィルブルクとの相違が具体的に現れるのは、「不法行為によって得たものは不当利得である」という命題の当否を検討する段階においてである。ケメラーはこの命題を否定し、次のように述べる。

「ドイツ民法八二三条二項に言う単なる保護された地位は、不当利得返還請求権の根拠となりうる割り当てを含んでいない。行為規範への違反、特に競争違反、八二三条二項に言う保護法規への違反、および実務において作り出された一般的な社会生活上の義務への違反は、不法行為にはなるが、他人に排他的に割り当てられた財貨への侵害にはならず、それゆえ、不当利得の訴えの根拠にも、ドイツ民法六八七条二項〔準事務管理〕に基づく請求権の根拠にもならない。」<sup>52)</sup> 例えば、競争違反において不当利得返還請求権を認めてしまうと、単なる事実上の受益の見込みについても保護することになる。ケメラーにとって競争違反は、差止めや損害賠償の根拠にはなりえても、絶対的な割り当てに反するものではなかった。とりわけ、競争違反においては、場合によっては多数の競争相手が不利益を被る可能性があり、そのうちの誰に利得の返還が行われるべきであるか判断できないと批判するのである。<sup>53)</sup>

このようにケメラーは、不当利得返還請求権について絶対権への侵害を要求し、単なる保護された地位への侵害(Verletzung)では足りないと考えた。<sup>54)</sup> しかし同時に、これは形式主義ではないと言った。<sup>55)</sup> したがって、例えば、不当利得法による保護を全く与えない絶対権や(当時、判例は商標権に不当利得上の保護を認めていなかったため、これが例として挙げられている)、過失による侵害の場合でなければ不当利得法による保護を与えられない絶対権(同様に、特

許権が例として挙げられている）、または、権利者の適法な行為に基づく侵害（“injunction”が挙げられている）に限定して不当利得法による保護が認められる絶対権などを考えることも一応は可能であり、逆に、保護された地位が、財貨割当を語ることができるほどに強化されることも考えられると述べる<sup>(56)</sup>。カメラが強調するのは、「不当利得返還請求権の承認には、法的活動（Rechtssverkehren）に参加する他の全ての者を排除する、当該財貨の特定人への排他的な割り当てが存在するということ」への認識であった<sup>(57)</sup>。

もつとも、カメラ自身以上に述べたような特殊な絶対権の存在を具体的に認めているわけではない。また、当時新たに権利として形成されつつあった「設立されかつ稼働中の営業についての権利」については、これを、実質的には競争における許されない行為に関する新規範が創出されたものであるとする。営業権に関して不法行為法上の保護の拡張が見られることは認めているが、そのような権利は、譲渡・担保の設定・差押さえが可能なものではなく、カメラにとって、不当利得法上の保護も問題となりえないものだったのである<sup>(58)</sup>。

#### (d) ヴイルブルクとカメラの相違

ヴィルブルクとカメラは、利得返還の根拠として共通の基礎をもちながら、特に不法行為による利得の場面において結論を異にしている。もちろん、ヴィルブルク自身も不法行為による利得が無制限に不当利得になると考えているわけではない。利益の割り当てを考えられるか否かというフィルターは厳に存在する。他方でカメラも、保護された地位が不当利得法上の保護を受ける絶対権に昇格する余地があることを認めている。したがって、思考の枠組みにおける違いはそれほど大きくはない。ところが、競争違反において具体化しているように、ヴィルブルクの考える「割り当て」はカメラのそれよりも広い。広く行為規範からも利益の割り当てを語るヴィルブルクと、譲渡・担保の設定・差押え

が可能であつて初めて割り当てが存在すると考えるケメラーの以上のような相違は、以後、割当内容説自体の評価を含めて論議を呼ぶことになる。

(4) 判断基準の不明確性による帰結

(a) メストメツカーの問題提起

ケメラーの類型論は大きなインパクトを与え、その評価も様々に論じられた。その中で、この「利益の割り当て」の問題を早くから扱っていたのがメストメツカー (Ernst-Joachim Mestmacker) である。<sup>(60)</sup> メストメツカーの問題意識は、侵害の有責性を問題にしない不当利得法の特性を前提とした、権利者の保護と侵害者の自由活動との調整のあり方であった。<sup>(61)</sup> それは、「絶対権の割当内容が常に等しいのか、あらゆる絶対権へのあらゆる侵害において、被告に通常の使用の対価を支払わせる法律効果が発生するのか」という問いとして現れている。<sup>(61)</sup> そこでは、ヘックに始まる「利益の割り当て」を出発点とする構想が、論者ごとに異なる結論に達しうるものであったことが問題視されている。メストメツカーの目的は、この問題の決着にあった。

まず所有権、特許権、著作権については、割当内容の存在は疑いがないとする。<sup>(62)</sup> これらの権利は、その保有者に排他的な営業上の利益 (Nutzung) を割り当てており、また、対価と引き換えに、それらの権利の全部または一部を他者に譲渡することも可能だからである。したがって、第三者が無権限でこれらの権利を行使した場合には、権利者に留保されている活動領域への侵害になる。<sup>(63)</sup> 他方で、商標権、一般的人格権、営業権については、以下の理由から割当内容が否定される。

第一に、商標権の保護は、著作権や特許権のそれと性質が異なることが指摘される。すなわちメストメツカーによれ

ば、商標は、他の企業を営業上の活動領域から排除するものではない。商標権の保有者に「割り当て」られているのは、保護された商標がもつ区別された標識的効力にすぎないのである。したがって、利益返還請求権 (Nutzungsansprüche) を導く特別な割当内容は欠けていると言う<sup>64</sup>。第二に、一般的人格権に関しては、それがあらゆる発現形態において権利者から分離できないことを指摘した上で、次のように述べる。「ある権利が、第三者に対する関係で人格から離れた法的効力 (Rechtsmacht) を成立させるほどに独立して初めて、この権利に関する財貨割当の問題を立てることが出来る。人格権がいつ無体財産権への境界線を越えるかは、権利の個別の発現形態や問題となる法的効果によって区別されて答えられるべきである」。それによれば、例えば自己の肖像についての権利ははまだ純然たる人格権であって、無体財産権ではない。肖像については美術著作権法 (Kunsturhebergesetz) 二二条が許可を得ない公開を禁止しているにもかかわらず、メストメツカーによればこれはあくまで人格権の傷つきやすさに起因するものであり、そこから財貨割当を導き出すことはできないとされる<sup>65</sup>。最後に、設立されかつ稼働中の営業についての権利については、それが営業活動の自由を与えるものではあっても、絶対権によって確実な機会や利益期待をもつ活動領域を割り当てるものではないと言う<sup>66</sup>。

#### (b) 判断基準に関する恣意性

メストメツカーは以上のようにして各権利の内容を分析し、「絶対権の割当内容は区別される」と結論づけるのだが、結局それは新たな混乱を呼ぶものとなった。割当内容の確定という問題意識にもかかわらず、ヴィルブルクともケメラーとも違う結論を導いたことは、この問題についての判断の難しさを改めて浮き彫りにしたからである。権利の割当内容が各論者によって相違するという状況は、割当内容説自体への格好の攻撃材料となった。割当内容説に対抗する違法性説のヤコプス (Horst Heinrich Jakobs) は、「割当内容は、その他の方法による利得の問題の解決にとって、スロー

ガン (Schlagwort) でしかない」と痛烈に批判したのである。<sup>68)</sup>

### 三 割当内容説の展開期

伝統的な絶対権以外の場面では割当内容説が有用な基準を提示していないことに対して、一九七〇年代以降、判断基準をより明確化しようとする動きが現れた。それまで、個別の権利ないし規範の内容を吟味することで割当内容の有無を判断していたが、それには限界があるとの認識が広まったのである。

#### (1) 差止請求権の有無を基準にする見解とそれへの批判

##### (a) クラインハイヤーの見解

そのような認識は、他方で割当内容説それ自体への批判にも結びついた。その代表は、日本でもすでに知られている違法性説<sup>69)</sup>であるが、それ以外にも例えばクラインハイヤー (Gerd Kleinheyer) の見解<sup>70)</sup>がある。クラインハイヤーは、「他人の法益の利用によって法律上の原因なく得られた利得はそのままにされてはならない」という点を利得剥奪の基礎に据えており、その点において典型的な割当内容説に含むことはできない<sup>71)</sup>。しかし、クラインハイヤーは、同時に次のようにも述べる。すなわち、利得を被侵害者が受け取ることを正当化する根拠は、利得者が被侵害者の財貨をその利得に「出資 (finanzieren)」したことであって、利得は利用された「法益 (Rechtsgut)」の保有者に与えられるのである<sup>72)</sup>。この限りで、クラインハイヤー説は、割当内容説と同様、どのような利益であれば侵害利得返還請求権を正当化する「法益」と言えるのかという問題に直面する<sup>73)</sup>。

この問題についてクラインハイヤーが示した基準は、差止請求権（Unterlassungsanspruch）の有無である。「法益」と呼ぶことができるからには、法秩序が、その保有者に対して、当該財貨の利用に関して決定権をもつこと、および当該財貨への干渉に抵抗することを許可していなければならぬ<sup>75)</sup>。それは、結果として差止請求権の有無という基準に合致することになる。その結果、ドイツ民法八二三条二項によって不法行為法上保護される利益についても、広く不当利得法上の保護が認められることになる<sup>76)77)</sup>。

## (b) リープの批判

しかし、以上のようなクラインハイヤーの見解は、その返還根拠だけでなく割当内容の有無の判断基準としても支持されることはなかった。リープ（Manfred Lieb）の見解を見ていくことにする<sup>78)</sup>。

何が割当内容の本質であるのか、割当内容は何に依拠しているのか、割当内容はどこから導き出されるのか。リープによれば、こういった問題について割当内容という概念自体から回答が出されることはほとんどなかった。この点において、割当内容という概念は、相当な程度に補充を必要とするものである。したがって、どのような要件が満たされれば、権利の割当内容が認められ、法的な帰属の法則への違反が肯定されることになるのかについて、明確な基準が必要になる<sup>79)</sup>。このような問題意識のもと、リープは、差止請求権の可否に基準を求める上述のクラインハイヤーの見解に対して、それが、違法性説<sup>80)</sup>と同様に、利得の返還を請求する根拠としては十分な正当性を持たないと批判する。

リープがまず指摘するのは、不当利得法の機能が、しばしば過度に重視される「受益者財産における吸い上げ」の観点にだけ存在するのではないということである。リープによれば、そのような吸い上げが必要とされるのは、債権者が、債務者の侵害によって財産権上の利益（Belangen）を害された（beeinträchtigen）からに他ならない。そこからリープ

は、「割当内容を具体化するために適した問い」を浮かび上がらせる。それは、「債権者利益の財産権上の被害がどこに存在するのか、そもそもなぜ債権者が利得の調整を求めることができるのか」という問いである<sup>(81)</sup>。

リップによれば、価値賠償請求権すなわち支払請求権の承認が納得いくものとなるのは、債務者の利得行為によって、一定の財産的価値を有する法的地位が侵害された場合のみである。法益としての性質 (Rechtsgutsqualität) は、クラインハイヤーのように差止請求権の存否から消極的に定められるべきではなく、債権者に与えられている収益可能性または利用可能性を債務者が侵害によって自己のものとしたか否かに従って積極的に定められなければならない。そのとき、債権者は、一般的な処分の自由のみではなく、対価と引き換えにそれを処分する可能性をも同時に侵害 (beinträchtigen) されていることになる<sup>(82)</sup>。当然ここでは、債権者がそのような収益可能性や利用可能性を現実化する予定であったかは問題にならない。問われるべきは、債務者が侵害によってそれらの可能性を自ら現実化し、それによって、財産的価値のある機会を債権者の同意なく、とりわけ同意を得るために通常支払うべき対価を支払うことなく、自己の利益のために用いたという事実のみなのである<sup>(83)</sup>。

リップは以上のように述べ、被侵害者が利得を受け取ることのできる積極的な根拠に目を向けた立論を展開した。しかし、より一般的なかたちでの定式化は、次のヒュッファーによって行われている。

(2) 市場での利用可能性の有無を基準にする見解

(a) ヒュッファーの提案

割当内容説に立ち、現在に連なる割当内容の判断基準を提示したのは、ヒュッファー (Uwe Hüffer) である<sup>(84)</sup>。

ヒュッファーは、割当内容説に向けられた批判——すなわち、ある法的地位に割当内容が認められるのか否かについ

て割当内容説が何も述べていないこと——に對して、これを一部認め、「ある地位が不当利得法上保護される割当内容を有しているか否かは、所有権ほど強固ではない地位に関しては、実際に不確かな場合がありうる」と述べる。<sup>85)</sup> 例えば、不正競争防止法に定められた個人保護規範が権利の承認へと強化されることがあるのか、また、権利の段階には至っていないが個別の関係においては同様の保護を受けるような地位が存在するのかという点は不明確である。<sup>86)</sup> もっとも、ヒュッファーによれば、そのような「解釈論上の欠落 (dogmatisches Defizit)」は、不当利得法上の欠落ではなく財貨帰属法上の欠落であるとされる。<sup>87)</sup> したがって、侵害利得返還請求権を、割り当てに反する取得の矯正を目的とする「権利の効力の存続による請求権 (Rechtsfortwirkungsanspruch)」として理解すること自体は維持される。

割当内容の有無が不明確であるとして、ヒュッファーが特に考察の対象にしているのは、「個人の保護を目的としているが、その地位が権利にまで高められているわけではない規範」である。不正競争防止法がこれに当たるが、同じ問題は、設立されかつ稼働中の営業についての権利および一般的人格権にも当てはまる。他方、所有権や無体財産権については、割当内容の有無自体は問題にされていない。

割当内容の有無が問題となるこれらの地位は、ドイツ民法上、権利として定式化されることで不法行為法上の保護を受けることは可能である。しかし、これらの地位が不当利得法によっても保護されるかについてはどこにも述べられていない。これを確定するために、ヒュッファーは、「それらの地位が、第三者の何らかの行為を防御するためのものにして、すぎないのか、それとも、その全体または個別的形態について市場での利用可能性 (markttaugliche Verwertungsmöglichkeit) を与えるものなのか」という基準を持ち出す。<sup>88)</sup> この基準に従えば、例えば二〇〇四年改正前の旧ドイツ不正競争防止法一七条・一八条の領域——すなわち保護された営業秘密・原型の無権限利用——や、人格権の個別的形態 (例えば自己の肖像) については侵害利得が認められることになるのに対して、設立されかつ稼働中の営

業に対する侵害である「権限のない保護権に基づく警告 (unberechtigter Schutzrechtsverwarnung)」<sup>(91)</sup>においては、不法行為が認められることはあっても侵害利得は否定されることになる。<sup>(92)</sup>

ヒュッファーの示した以上の基準は、その後多くの支持を集めることになる。しかし、ある行為を防御するためだけの地位に割当内容があるとなぜ言えないのか、また、市場での利用可能性がなぜ割り当ての有無の基準になるのかといった実質的理由について、ヒュッファー自身は必ずしも十分な説明を加えていない。<sup>(93)</sup> これらの点については(リープを含めた)他の論者による補充を必要とする。

#### (b) ロイター／マルティネクの支持

市場での利用可能性という基準について、ヒュッファーの見解を支持してこれを展開したものとしてロイター／マルティネク (Dieter Reuter / Michael Martinek) を挙げる<sup>(94)</sup>ことができる。ロイター／マルティネクは、まず、市場での利用可能性を用いる見解が、不当利得法上の財貨保護機能の意味および目的から導き出される基準を用いて保護される地位の範囲を確定しようとしていることについて、その基本的出発点を肯定する。<sup>(95)</sup> そのうえで、この見解の利点を五つ挙げている。

第一の利点は、不当利得法によって保護される財産割当に関して判断が異なりうる場合について、利益適合的かつより明確に、境界線を提示した点である。<sup>(96)</sup> 例えば、ヒュッファーが述べたように、不正競争防止法一七条・一八条または人格権の個別的形態などにおいては侵害利得が承認されるのに対して、設立されかつ稼働中の営業についての権利への侵害にあたる「不当な保護権に基づく警告」などにおいてはそれが否定される。法的地位の商業化可能性 (Kommerzialisierbarkeit) とする要件により、「一般に開かれた (gemeinfrei)」地位は不当利得の根拠としては排除さ

れることになる。

第二に、単なる防御権が不当利得法上の保護の根拠としては不十分であることを明らかにしている点である。確かに、個別事例においては、差止請求権の存在が収益権・利用権の割り当てをも示す場合がある。しかし、実体および成果の割り当てについては、実体および利用を有償で処分するという可能性を保有者がもつことについて、明白な根拠が必要になる。

第三に、線引きの基準が損害賠償法に比べて不当利得法に自制を強いる場合に、その正当化 (Korrekiv) として働くという点である。<sup>(98)</sup> 設立されかつ稼働中の営業についての権利の領域と一般的人格権の領域とを区別するとき、このことは、利用可能性をともなう「実体化」が可能であったかという事実上の関係に従えば正当化できる。

第四は、競争法における地位の中での区別である。<sup>(99)</sup> 市場での利用可能性という基準は、全ての競争者に平等に保障される競争法上の地位と、所有権への近似性に基づいて法益的保護を受ける地位との境界を示している。<sup>(100)</sup> ここでは、侵害利得返還請求権が、特別法上の過失に依拠した法的救済を補完することにより、競争法における不可欠の意義 (Kritik) を発揮する。

第五に、この基準は、保護された地位が不当利得法によって保護されるということだけでなく、金銭的にどれだけの価値を有していたかということをも明らかにする点である。<sup>(101)</sup> 例えば、利益返還 (Gewinnherausgabe) の義務を認めてしまうと、妨害をした競争者から奪い取りすぎることになってしまう。もつとも、挫折した機会がそれ自体として市場価格をもつ場合には問題がある。しかし、ここで割当に違反して取得されているのは、競争機会としての出発点たる地位のみであり、それによって得られた利益ではない。

以上のような利点をもつ市場での利用可能性という基準は、実際に、現在のドイツにおいて支配的見解となっている。

しかし、次のように、少数ながら異説がないわけではない。

(3) 不法行為法上の保護の有無を基準にする見解

その「異説」とは、不法行為法上の保護を不当利得法に接続させる見解である。それによれば、どのような地位に割当内容が与えられるかの基準は、原則として不法行為法上の保護に一致することになる。このような立場はカナーリス (Claus-Wilhelm Canaris) に始まる。<sup>10)</sup>

(a) カナーリスの見解

(i) カナーリスは、まず違法性説に対して、その説が利得者自身の態様を問題にせざるをえない点で、侵害利得の基礎としてはこれを否定する。しかし、ここまで見てきたような割当内容説が直面している問題に対して、違法性説の正当な核心 (Kern) を割当内容説に結びつけることを提案する。それがすなわち、割当内容を不法行為からの保護を基準として決定することである。

カナーリスによれば、「不法行為法は、まさにここでの問題、すなわちある財貨の特定人への割り当ての有無およびその範囲についての判断に関して、独立した法律上の準則プログラムを有している」<sup>11)</sup>。それは、「ドイツ民法八二三条一項に言う「権利」および「法益」のみでなく、八二三条二項の保護法規違反や八二六条の良俗違反を基準とする場合でも変わらない (しかもこれは、結果としてヴェルブルクの立場への回帰でもある)。そこでも、行為可能性や財産的機会といった特定の財貨が、第三者に対する排除効とともに被保護者に割り当てられていると言える。もちろんそれは包括的な割り当てではない。しかし、その限られた範囲において法が保護された自由行動の余地を作り出し、それが八二

三条一項の権利および法益と類似した機能を完全に果たすことは変わらない<sup>(4)</sup>。

もつとも、カナーリスは無制限に不法行為法上の保護と侵害利得法上の保護を一致させているわけではない。不当利得法は利益の調整を目的とするものであるため、問題となる財貨に対価適格性 (Engelhaftigkeit) が欠けている場合には、侵害利得が初めから問題にならないとする。そこで対価適格性をもたない財貨として例示されているのは、性に関する自己決定である。それが不法行為法上の保護を受ける割り当てをもつことは疑いなくもかかわらず、対価適格性をもたない結果、性的自由が侵害されても例えば売春の代価に当たる額を侵害利得として請求することはできない。この見解と通説の言う市場通用性 (Marktgängigkeit) の基準との相違について、カナーリスは次のように述べて通説を批判する。

「解釈論的な観点から言えば、支配的見解が、それ〔市場通用性〕を割当内容の具体化であると考えているのに対して、実際に問題であるのは賠償可能性の限定だからである。さらに重要なのは、基準となる視点が、法固有の評価であるのに対して、単なる事実としての市場は、侵害利得の保護範囲を決定するには初めから不適當だということである。このことは、二つの観点において意味をもつ。第一に、例えば売春に確かな市場が存在するように、市場は完全に存在するにもかかわらず、侵害利得の根拠となりえない財貨がある。第二に、財貨の保有者は、その財貨について市場が存在していない場合であっても、原則として対価と引き換えでなければそれを手放さなくてよい自由がある。したがって、市場価格が存在しない場合に、ドイツ民法八一八条二項における価値賠償として『相当な』対価を支払われなければならないことは明白である」(強調原文)。

(ii) 不法行為法上の保護と対価適格性の二重の基準を適用する具体的な帰結について、争いの多い場面やカナーリスの独自性が現れる場面に限定して触れておくと、以下のようになる。

第一は、一般的人格権である。個別の「濃密化された」形態、例えば肖像などが侵害利得上の保護を受けることに争いはないが、次のような場合には争いが生じうる。例えば有名なスポーツ選手に関するセンセーショナルな話題が公表されたような場合には、著名人に関する真実の記事が通常は不法行為とならないために、侵害利得の根拠とはならない。それに対して、当該情報が許されない手段で手に入れられた場合や無権限でプライバシーを侵害したような場合には、侵害利得が原則として肯定されることになる。後者の場合には、第三者が自由に入手できない情報や私的領域の保護範囲に含まれる情報を商業利用するか否かは被侵害者のみに決定権があるからである。被侵害者が有名であるか否かは無関係である。

第二に、営業権についてである。<sup>105</sup> 設立されかつ稼働中の営業についての権利は、判例においても不法行為法上の保護を受けているが、カナリスの立場からは、この権利それ自体が保護されたことではない。<sup>106</sup> 営業権侵害の典型例である「無権限の保護権に基づく警告」は、むしろ不正競争法上の評価に委ねられるべきものであった。

したがって第三に、不正競争法違反が侵害利得を根拠づけるのが問題となる。不法行為法上の保護に基準を合わせる立場からは、これも原則的に肯定されることになる。もともと、対価適格性の要請が<sup>107</sup> 何でも限界を画する。すなわち、競争制限禁止法（GWB）一条は、競争を制限するような内容の契約を禁止していることを考慮しなければならない。これに従えば、事業者が競争の機会を処分することはできないため、単なる競争機会の侵害、競争妨害の場合には侵害利得は生じないことになる。それに対して、搾取的競争（Ausbeutungswettbewerb）、隷属的模倣（sklavische Nachahmung）、機密漏洩（Geheimnisverrat）、原型の無権限利用（Vorlagenfreibeuterei）などは侵害利得の基礎となりうる。

第四に、保護法規違反や良俗違反の場合にも不正競争違反の場合と同様にして侵害利得は生じうる。<sup>108</sup> 例えば、新聞が

ドイツ刑法二〇一条二項（盗聴の禁止）に違反して手に入れた情報を公表したり、弁理士や公認会計士などが依頼人から託された秘密を刑法二〇三条（私的秘密の侵害）に違反して金銭化したような場合には、これらの者は、侵害利得に基づいて相当な対価を支払う責任を負うことになる。

(iii) もっとも、以上のようなカナーリスの見解は、結論において通説とそれほど違いがあるわけではない。上述した第四の帰結はおそらく独自性をもつが、現実にはそのような場合には不法行為法によって処理されることがほとんどだからである。

## (b) コツイオール批判

(i) カナーリスの見解は現在もそれほど支持を受けているわけではないが、近時、オーストリアのコツイオール (Helmut Koziol) がこれを評価する論稿を発表している。コツイオールは、以前から不法行為法と不当利得法の調和を主張しており<sup>(15)</sup>、その意味ではカナーリスの見解への同調も自然であるように思える。コツイオールの通説への批判は、次の二点に集約される。

第一に、財産的価値をもたない観念的財貨 (ideelle Güter) が不当利得法上の保護を受けられないことへの批判である。第二に、財産的価値のある財貨 (Vermögensgüter) であっても市場での利用可能性によって保護の制約を受けることへの批判である。例えばは身体の安全、名誉、自由といった市場での利用可能性をもたない利益についても法秩序は保護を与えている。こうしてコツイオールは、不当利得法上の保護を狭く解する立場を疑問視し、カナーリスの出発点——問題であるのは割当内容の具体化ではなく賠償可能性の限定であること、単なる事実としての市場は侵害利得の保護範囲を決定するには不相当だということ——を正当なものとして評価する。

しかし、コツイオールは重要な点においてカナーリスから離反する。カナーリスが主張する対価適格性という限定すら放棄するのである。<sup>16)</sup>この限りにおいて、コツイオールは通説とカナーリスの両者を相手にすることになる。対価的格性基準についてのコツイオールの懸念は、①観念的財貨が実体的財貨よりも狭い保護しか受けられなくなるのではないか、②違法な態様が割に合うことはないとの原則、すなわち予防思想に反しないか、③カナーリスの強調する不法行為法上の保護と不当利得法上の保護との調和という考えと一致しないのではないかという点にある。しかし、コツイオール説においてより本質的であるのは、次の指摘である。

「どのような根拠から、不当利得法上の賠償可能性が、利用された財貨について法により認められた対価適格性があることという要件に結び付けられるのか。なぜ保有者の不当利得法上の保護要請が、その財貨の取得について侵害者に金銭と引き換えて許諾することが法的にできなかつたという理由のみで失われるのか。問題となつてるのが損害の填補ではなく利益の調整であるという点は、区別された取り扱いを少なくとも簡単には正当化しない。すなわち、損害賠償法が観念的財貨を保護し、その侵害において原状回復または金銭賠償を予定しているならば、観念的利益も返還するか、または——それは通常起こりえないので——金銭によつて調整すべきではないのか」<sup>17)</sup>。

(ii) コツイオールによれば、割当内容説の機能とは次の点にある。それは、利得者が不当に利益を得ているということと、不当利得債権者に請求権が与えられる根拠との「両面的正当化」に奉仕することである。<sup>18)</sup>このことを前提として、さらに彼は、師でもあるヴィドリンスキーに従い、私法規範が常に二人以上の当事者間の関係から現れるということから、次のように述べる。すなわち、不当利得返還請求権の両面的正当化にとつては、自己の財貨を侵害された者が侵害者よりも相対的に強く正当性をもつということと十分であると。

コツイオール説が通説と異なる結果に到る場面としては様々な例が挙げられているが、特徴的なものとしては次のよ

うな場合がある。<sup>120)</sup> 国家機密が探り出され売り渡されてしまった場合、国家にはその機密を市場で利用できる可能性はなくこれに対価適格性もないが、侵害利得が認められる。医師などが職業上知りえた秘密は一般的にはクライアントのみ割り当てられているが、例えば弁護士や銀行が職務上知りえた秘密を自己のために利用することが許されている場合には、それを違法に探り出した者に対して弁護士や銀行は侵害利得の返還を請求することができる。ある者が有名人のインタビューを虚偽の内容を含めて捏造した場合、対価適格性の立場からは困難にぶつかるが、これを認めない理由はない。そのほか、カナリスが挙げた性的な自己決定への侵害についても、コツイオールの立場からは侵害利得を認めないことを当然視できないこととなる。

#### 四 分析と結語

ここまで、ドイツにおいて「割当内容」をめぐる主張されたいくつかの立場を見てきた。しかし、本稿は、それらの中のどれが最も優れた見解であるかについて検討を加えるものではない。もちろん、それはいざれ行わなければならない作業なのだが、その前段階として、こういった様々な見解が主張されていること自体の意味を考察する必要があると考えた。そこで得られた結論をもって、さしあたっての結語としたい。

##### (1) ドイツにおける議論の焦点の推移

そもそもヴィルブルクの主張の立脚点は、「不正な行為に対する非難的対応としての利益剥奪という、権利の外にある理念」について、これを不当利得の根拠から除外し、特定人に法的に与えられた利益を直視することにあつた。権利

論的な観点から見れば、権利には排除効のみでなく利益の割り当てという「客観的 (sachlich) な目的」があることをヴィルブルク (およびヘック) は主張していたのである。ここでは、「権利」概念自体の転換が企図されていたと言える。しかし、利益を与えているのが「権利」であるか否かは大きな問題ではなかった。権利の目的論をより純化させるかたちで突き詰めたのがケメラールであった。ヴィルブルクにおいては、権利であれ保護された地位であれ、利益の割り当てがあれば侵害利得の根拠になると考えられており、権利と事実上の利益の区別も曖昧なままであった。それに対してケメラールは、その両者を明確に区別している。ケメラールは、法秩序内における利益の割り当ての態様に違いを見出したのである。

混乱が生じ出したのは、メストメツカーからと言えるだろう。メストメツカー自身は、各権利の具体的内容を分析することで確かな結論を得ることを意図していたのだが、皮肉にも、伝統的な絶対権以外の地位が保護されるか否かについて明確な基準のないことが明らかになってしまった。このことが、その後の議論状況を決定づけた。クラインハイヤー以降、絶対権が不当利得法上の保護を受けることを前提に、割当内容の具体化という名目で、ある地位が絶対権と同様の地位へと格上げないし濃密化されるには何が必要であるかという問いへと関心が移行していったのである。それが、現在の通説である「市場での利用可能性」基準へとつながる。

これに対して、カナリスやコツイオールのような、不法行為法上の保護に基準をあわせる見解は、どのような意味をもつのだろうか。カナリスとコツイオールは、対価適格性基準を肯定するか否かという点で違いもある。しかし、これらの見解の意義は、そのような細目よりもむしろ、メストメツカー以降の見解がいつの間にか前提にしていた立論の出発点を相対化した点に求めることができる。その出発点とはすなわち、絶対権については侵害利得を成立させる割当内容を疑わず、この絶対権を範とした格上げの基準を探るといえるものである。これに対してカナリスの提示した見

解は、絶対権であることを「割当内容」の根拠とはしていない。したがって、ウイルブルクやケメラが問題とした、「割り当て」とは何かという根本問題に再び立ち返らざるをえないのである。

## (2) 今後の課題

カナリスは、不法行為法上の保護に基準を合わせるため、一見すると市場での利用可能性を基準とする通説とは相違にかけ離れているかのように見える。しかし、同時に対価適格性という基準を用いており、結果としては通説と大きくは異ならない。しかし、コツイオールのように対価適格性すらも否定するような立場からは、この点もまた相対化されてしまう。すなわち、(コツイオールの示す基準が正当であるかという問題とは無関係に)市場での利用可能性や対価適格性を持ち出す立場は、侵害利得の効果が市場における客観的対価の支払いであることを議論の前提にしているということである。<sup>(2)</sup>もちろんそれはドイツ(そして日本)における一般の見解であるし、それ自体は批判すべきことではない。また、ここでその当否を論じるべきものでもない。しかし、次の点を指摘することは可能であろう。

「市場での利用可能性」という基準は、確かに目に見えやすいかたちで基準を提示した。しかし、その判断基準は、ある法的地位について侵害利得による保護を与えるべきであるか否かという判断の言い換えであり、そもそもなぜ「割り当て」がある場合に侵害利得が認められるのかという基本問題についての十分な答えを示すものではない。他方で、カナリスの対価的格性基準は、侵害利得の目的は対価を支払わせることにあるという主張を含んでいる。しかし、その自明性はすでに述べたように相対的である。こうして、検討は侵害利得制度の目的論に入らざるを得ないのであるが、その点は次稿以降に委ねる。本効の冒頭で述べたように、割当内容をもつ権利への侵害が不当利得返還請求権を発生させるメカニズムについて検討する必要がある。

- (1) 不当利得法学における「類型論」という立場の定義は、実はよく分かっていない。本稿では、不当利得として扱われる事例群の中に返還根拠(不当性)を異にするものが含まれていることを認める立場について、これを「類型論」と呼ぶ。
- (2) 日本の類型論の歴史は、磯村哲「不当利得に就いての一考察——利得の不当性を中心として——」、(一)、(二)、(三)『法学論叢』四五巻六号一〇六頁、四六巻一号八〇頁、四七巻一号一一九頁(一九四二年)―一九四三年(同)『不当利得論考』一頁以下(新書出版、二〇〇六年)所収)に始まる。ここでは、ローマ法上のcondictioの諸形態や不当利得の基礎づけに関する諸学説の比較法的検討を通して、ドイツで類型論を確立したケメラよりも早い段階ですでに、不当性を類型的に把握すべきことが主張されている。
- (3) 内田貴『民法Ⅱ債権各論(第二版)』(東京大学出版会、二〇〇七年)、大村敦志『基本民法Ⅱ債権各論(第二版)』(有斐閣、二〇〇五年)を筆頭に、さらにコンパクトな教科書として藤岡康宏ほか『民法Ⅳ債権各論(第三版)(有斐閣Sシリーズ)』(有斐閣、二〇〇五年)を挙げておく。類型論に触れない教科書や衡平説に立脚する教科書を探す方がおそらく困難である。
- (4) 例えば、最近の判決として失念株の売却が問題となった最判平成一九年三月八日民集六一巻二四七九頁は、判決の冒頭で騙取金弁済に關する最判昭和四九年九月二六日民集二八巻六号一二四三頁の判決文を引用し、「不当利得の制度は、ある人の財産的利得が法律上の原因ないし正当な理由を欠く場合に、法律が、公平の観念に基づいて、受益者にその利得の返還義務を負担させるものである」と明言する。
- (5) 加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』(有斐閣、一九八六年)(以下『構造』で引用)、同『事務管理不当利得』(三省堂、一九九九年)、同『民法体系Ⅴ事務管理・不当利得・不法行為(第二版)』(有斐閣、二〇〇五年)。
- (6) 例えば潮見佳男『債権各論Ⅰ契約法・事務管理・不当利得』二六七頁以下(新世社、二〇〇五年)。
- (7) 松岡久和『民法学のあゆみ・川角由和『不当利得とは何か』法律時報七八巻五号九九頁以下(二〇〇六年)。ここでは、「いわばムードとしての類型論支持は広がっているが、基本的な視座を細部にわたって貫徹しようとする研究は最近乏しく、細部の解釈論においては、各人各様の類型論となって実践的な力を発揮できないでいる。」との指摘がされている。
- (8) 四宮和夫『事務管理・不当利得』七一頁(青林書院、一九八一年)、藤原正則『不当利得法』二〇四頁(信山社、二〇〇二年)などを参照。
- (9) 藤原・前掲注(8)二〇七頁を参照。
- (10) この点を指摘したものとして、拙稿「侵害利得における返還内容の多様性」同志社法学五六巻五号三五五頁(二〇〇五年)。
- (11) 加藤・前掲注(5)『構造』三〇一頁。加藤教授によれば、財貨帰属の保障の社会的な要請に対応する法規範上の構成には、三つの段階が

あるとされる。その要請が非常に強いものが物権的返還請求権であり、その要請がやや弱い、あるいは強い保護が事実上困難なものが(帰属法的)不当利得返還請求権である。さらに、社会的、事実的な意味では利益と言えても、その利益帰属を保護するという要請がそれほど強くなく、帰属法的不当利得規範による保護の必要を感じられない利益もあるとされる。

- (12) 加藤・前掲注(5)『構造』二九九頁以下。加藤教授は、「物の使用による利益は、それ自体直接に所有権の内容——民法二〇六条の所有物の使用権能——として、強い保護をうける規範的評価を受けているものである。それに対し、鉄道敷設に伴う交通の利便という利益は、鉄道という有体物ないし有体的敷設自体の使用ではなく、鉄道所有権の内容からやや迂遠なものとの規範的評価を受けており、その結果この種の利益が『反射的利益』と構成され、不当利得法による保護を受けないと考えられているだけなのではなからうか」と言う(三〇二頁)。

- (13) 加藤・前掲注(5)『構造』三〇一頁。

- (14) 加藤・前掲注(5)『構造』三〇二頁は、「どの種の利益が帰属法的不当利得規範によって保護され、どの種の利益が保護されないのかも、社会の変化とともに異なるものであろうし、同一社会においてもその利益の規範的評価が異なればまた異なってくる。」と結論づける。

- (15) 藤原・前掲注(8)二二二頁。

- (16) 藤原・前掲注(8)二二二頁。

- (17) 藤原・前掲注(8)二二二頁。したがって、不法行為で保護される権利ないし利益が開かれた規範であるのと同様に、侵害利得で問題となる割当内容も開かれた規範となる。

- (18) 長谷川隆「無断使用による権利侵害と不当利得法的視点(1)(2)」富大経済論集三五巻三九五頁、三六巻二二〇三頁(一九九〇年(特に三六巻二二〇四頁以下))に、この点に関する比較的详细な紹介がされている。しかし、長谷川教授の問題意識は、本稿と異なり、無断使用事例において使用料相当額の損害を擬制してまで不法行為法による保護を与えるべきなのか、そうではなく不当利得法(侵害利得法)による保護によればよいのではないかという点にある。したがって、各見解を比較して検討する作業は、少なくとも本稿の問題意識に即したかたちでは行われていない。

- (19) Heck, Grundriss des Schuldrechts, S. 421. (1929).

- (20) ハンズ・ジャコブス, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung, S. 23 (1964) & Elliger, Bereicherung durch Eingriff, S. 353, 354 (2002). 漢字が述べるところに注意。

- (21) 【ドイツ民法八二二条】邦訳は、椿寿夫『右近健男編』『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』(三省堂、一九九〇年)に拠った。

- (1) 法律上の原因なく他人の給付又はその他の方法によってその他人の損失によりあるものを取得する者は、その他人に対して返還義務を負う。この義務は、法律上の原因が後に消滅し又は法律行為の内容に従えば給付が目的とした結果が生じない場合も、生じる。
- (2) 債権関係の存否を契約によって承認することも、給付とみなす。
- (22) Heck, a.a.O. (Fn.19), S.421.
- (23) Vgl. Protokolle, II, S.685.
- (24) Heck, a.a.O. (Fn.19), S.421.
- (25) Heck, a.a.O. (Fn.19), S.421.
- (26) Heck, a.a.O. (Fn.19), S.421. ただし、他の規定によって完結的な準則が与えられている場合には、当然にその準則が優先されるとする。したがって、不当利得返還請求権が、債権者自身が手に入れられなかったであろう利益の返還 (Herausgabe des Gewinns) にも広がるのは、一種の極要件が存在し、かつ、特別準則が存在しない場合」である (S.421)。
- (27) Heck, a.a.O. (Fn.19), S.421.
- (28) Heck, a.a.O. (Fn.19), S.421. (Franz Leonhard) の反論として述べられた部分である。レオンハルトは、給付による利得と「その他の方法による利得」とを区別し、「その他の方法による利得」が財貨移転によってではなく、権利状態の変化によって生じるとする類別説 (Unterscheidungslehre) を主張した。これに対してヘックは本文のように述べ、「レオンハルトは権利の利益内容を見誤っている」と批判したのである (S.112)。なお、レオンハルトの説は、各類型への性質づけの点において、現在の類型論に直接つながるものではないとされる。レオンハルトの見解については、山田幸二『現代不当利得法の研究』一四頁以下、四八頁以下 (創文社、一九八九年)、加藤・前掲注 (5)『構造』一四三頁以下などを参照。
- (29) Heck, a.a.O. (Fn.28), S.112. ヘックは、レオンハルトが権利の利益面を無視し権利の外形 (Rechtsfiguren) を強調することに対して、かつての概念法学の名残であると批判する。
- (30) 権利のこのような側面が条文に現れている場面として、故意の侵害の場合に関するドイツ民法六八七条二項 (いわゆる準事務管理についての規定)、および、処分事例に関するドイツ民法八一六条 (無権限の譲渡における対価の引渡義務を定める規定) が挙げられている。権利のもつ利益内容については、とりわけ行使利益 (Ausübungserwerb) について、特則が定められている場合もある (所有者—占有者関係に関するドイツ民法九八七条以下など)。知的財産権の場面における侵害利益 (Eingriffserwerb) の取り扱いについては、そのような特則がない

侵害利得論における「割当内容をもつ権利」の判断構造

同志社法学 六〇巻七号 六四二（三六六〇）

いたため争いが生じうるとされる。ヘックは、そのような場合にも、「権利の保有者には、全収益 (ganzer Ertrag) が割り当てられるべきである」と述べる (vgl. Heck, a.a.O., (Fn.19), S.421)。しかし、具体的効果を導くメカニズムは必ずしも明らかではない。

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

(32) ヴィルブルクの見解については、すでに、多くの紹介や分析が存在する (例えば、松坂佐一『不当利得論』一六七頁以下 (有斐閣、一九五三年)、同『事務管理・不当利得 (新版)』六四頁 (一九七三年)、谷口知平『不当利得の研究 (再版)』五三頁以下 (有斐閣、一九六五年)、山田・前掲注 (28) 一六頁以下、五一頁以下、加藤・前掲注 (5)『構造』一五〇頁以下、川角由和『不当利得とは何か』七三頁以下 (日本評論社、二〇〇四年)、田村善之『知的財産権と損害賠償 (新版)』一〇四頁以下 (弘文堂、二〇〇四年) など)。したがって、以下の叙述では、類型論や給付利得論についての言及は必要最小限にとどめている。

(33) Wilburg, a.a.O. (Fn.31), S.27. 無権限者が得た利益を剥奪するための法律構成として、損害賠償や事務管理に依拠する見解が主張されていた。ヴィルブルクは、これらの見解に対して、不当利得では故意過失が必要でないこと、および、事務管理の基礎である利他的意思が欠如している場合の説明ができないことをそれぞれ指摘し、それらの法制度が不当利得返還請求権の根拠としては不十分であると批判する。なお、ヴィルブルクに影響を与えた見解として、シュルツの「侵害取得に向けられた権利の体系」がある (Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909))。この見解は、後にヤコプスによる再評価が行われ「違法性説」の基礎となる (vgl. Jakobs, a.a.O., (Fn.20))。ヴィルブルクにとって、シュルツの説は、他人の権利への侵害を要件とする点で「確固たる基盤」に立脚しており、「注目すべき前進」であった。それにもかかわらず、シュルツは、請求権の内的根拠を、その侵害された権利との関連に求めず、侵害者の財産状態の復元という独立した理念に求めた。これは、「違法な行為から利益を得てはならない」というシュルツの基本構想に基づいている。しかし、このような刑法的観点の妥当性は、侵害者が軽過失の場合や無過失である場合には妥当しない。こうしてヴィルブルクは、シュルツの見解も否定する (以上の点に Götzl vgl. Wilburg, a.a.O. (Fn.31), S.25 ff.)。

(34) Wilburg, a.a.O. (Fn.31), S.27.

(35) Wilburg, a.a.O. (Fn.31), S.28 ff. ただし、法秩序が予定している権利ないし利益について「全てを概観しつくすことは不可能である」とされている (S.36)。そこで取り上げている権利ないし利益の範囲は相当に広いものの、そこから帰納的に何らかの法命題を導き出すとしていくわけではなく。

(36) Wilburg, a.a.O. (Fn.31), S. 28 ff.

- (37) Wihburg, a.a.O. (Fn.31), S. 49.
- (38) Wihburg, a.a.O. (Fn.31), S.37.
- (39) Wihburg, a.a.O. (Fn.31), S.44.
- (40) Wihburg, a.a.O. (Fn.31), S.45.
- (41) Wihburg, a.a.O. (Fn.31), S.46.
- (42) ヴィルブルクと同様に、ケメラーの見解についても、非常に多くの紹介や分析が存在する（磯村哲「カエメラー『不当利得』法学論叢 六三卷三号二二四頁（一九五七年）同『不当利得論考』二二二頁（新青出版二〇〇六年所収）、加藤・前掲注（5）『構造』一六四頁以下など）。したがって、ここでも類型論全体についての言及は避け、どのような権利に割当内容があるのかという点についてのケメラーの考えに照準を絞ることにする。
- (43) von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Festschrift für Ernst Rabel, Bd. I, S. 352 ff. (1954), in: v. Caemmerer, Gesammelte Schriften, Bd. I, S. 228 ff. (1968). なお、以下の引用頁は全て後者の論文集のものである。
- (44) なお、ヴィルブルクとケメラーは、ともに「権利の割当内容」を侵害利得における不当性の根拠として理解しながら、その効果論において相違がある（この点については拙稿・前掲注（10）を参照。これは、割当内容をもつ権利の侵害から利得返還が生じるメカニズムの問題であり、本稿冒頭で述べたように、本来は本稿で扱っている問題と表裏一体の関係にある。しかし、本稿ではそこまで踏み込むことができない。
- (45) von Caemmerer, a.a.O. (Fn.43), S.229. 前者の例としては、マンションの管理人が誤って自分の所有する燃料を中央暖房に用いた場合が挙げられており、後者の例としては、第三者が他人の建築資材がある家の建築に用いた場合が挙げられている。どちらの場合も、行為者ではなく、利益を受けた者が被告になる。
- (46) von Caemmerer, a.a.O. (Fn.43), S.229.
- (47) von Caemmerer, a.a.O. (Fn.43), S.229 f.
- (48) 利得の返還について規定を置かない特許法や実用新案権法を、完結的準則と考えたため。この点については、田村・前掲注（32）一〇三頁以下を参照。
- (49) 得べかりし利益、相当なライセンス料、侵害者の得た利益（Gewinn）のいずれかによって損害を算定する方法。このうち、得べかりし利

益以外は純粹な意味での損害算定ではなく、相当なライセンス料は不当利得の効果に、侵害者の得た利益は準事務管理の効果にそれぞれ相当すると言へ (vgl. von Caemmerer, a.a.O. (Fn.43), S.230 f.)。

- (50) von Caemmerer, a.a.O. (Fn.43), S.230 f.
- (51) von Caemmerer, a.a.O. (Fn.43), S.231 f. 差し押さえを受けた債権が、すでにその債権を譲り受けていた第三者によって行使された場合や、同一の債権にこころ複数数の差し押さえが重なる場合などにも争いが生じうるとする。
- (52) von Caemmerer, a.a.O. (Fn.43), S.270 ff.
- (53) von Caemmerer, a.a.O. (Fn.43), S.273.
- (54) von Caemmerer, a.a.O. (Fn.43), S.274.
- (55) von Caemmerer, a.a.O. (Fn.43), S.275.
- (56) von Caemmerer, a.a.O. (Fn.43), S.275.
- (57) von Caemmerer, a.a.O. (Fn.43), S.275.
- (58) von Caemmerer, a.a.O. (Fn.43), S.276 f.
- (59) *Mestmäcker, Eingriffsverbot und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung*, JZ 1958, S.521.
- (60) vgl. *Mestmäcker, a.a.O. (Fn.59), S.522, rechte Spalte*.
- (61) *Mestmäcker, a.a.O. (Fn.59), S.524, rechte Spalte*. またメストメッカーは、「権利者には、権利の与える収益 (Nutzung) および使用利益が常に法上当然にドイツ民法八一二条によって割り当てられているのか」という問いも立てている (S.523, rechte Spalte)。これは主として返還義務の発生時期に関わる問題とあるので、本稿では省略したい。この問題についてメストメッカーは、ドイツ民法九八七条以下の所有者——占有者関係に関する規定の内容に着目している (そこでは、果実の返還範囲に関して、利得者の善意・悪意、訴訟係属前・後に従った区別がなされている)。この点に関するメストメッカーの見解については、川角・前掲注(32)一〇二頁以下を参照。
- (62) *Mestmäcker, a.a.O. (Fn.59), S.524, rechte Spalte*.
- (63) *Mestmäcker, a.a.O. (Fn.59), S.524, rechte Spalte*.
- (64) *Mestmäcker, a.a.O. (Fn.59), S.525, linke Spalte*.
- (65) *Mestmäcker, a.a.O. (Fn.59), S.525, rechte Spalte*.

- (66) Meistnacker a.a.O. (Fn.59), S.526, linke Spalte.
- (67) Meistnacker a.a.O. (Fn.59), S.526, rechte Spalte.
- (68) Jakobs, a.a.O. (Fn.20), S.104. また、ヤコブスは、メストメッカーに対して、絶対権のみでなく、一般に、財産を保護する法命題も不当利得返還請求権の十分な根拠になるのかという問題を扱っていないと批判する (S.103)。なお、ヤコブス説の全容については、川角・前掲注 (32) 八頁以下および藤原正則「侵害不当利得法の現状——代償請求と利益の返還 (Gewinnherausgabe) ——」北大法学論集四四卷六号一七〇頁を参照。
- (69) 侵害の違法性を侵害利得の根拠とする。しかし、この見解は、利得が被侵害者に与えられることの根拠を説明できない。
- (70) Kleinheyer, Rechtsgutsverwendung und Bereicherungsausgleich, JZ 1970, S. 472, rechte Spalte.
- (71) Kleinheyer, a.a.O. (Fn.70), S.473 rechte Spalte, vgl. S.471 linke Spalte f.
- (72) クラインハイヤーは、利用の成果 (Erfolg) の割り当ては問題にならず、権利の割当内容は客体に関する権限 (Befugnisse) の割り当てで尽きているとする。もともと、この点においてクラインハイヤー説と割当内容説とに絶対的な差を見出せるかについては、割当内容説の効果論をより詳細に検討する必要がある。
- (73) Kleinheyer, a.a.O. (Fn.70), S.473 rechte Spalte. 以上のクラインハイヤーの見解において重要な役割を果たしているのは、ドイツ民法八二二条の「損失において (auf Kosten)」要件の解釈である。この要件の解釈においてはしばしば「財産的損害」の発生が要求されたが、「損害」は他人の法益の利用が引き起す一徴表に過ぎず、重要なのはむしろ「法益の利用」だとする。
- (74) なお、クラインハイヤーは、割当内容説に全面的に賛同していた旧説を改めている (旧説については、Kleinheyer, Eingriffsbereicherung durch unbefugte Nutzung und Wertersatz, JZ 1961, S.473を参照)。
- (75) Kleinheyer, a.a.O. (Fn.70), S.475 linke Spalte.
- (76) そのでは、競争違反によつて「設立されかつ稼働中の営業についての権利」を侵害された場合が挙げられている (Kleinheyer, a.a.O. (Fn.70), S.476 linke Spalte)。クラインハイヤーによれば、この権利がドイツ民法八二三条一項に言う権利として保護されるのか、それとも二項の定める保護法規に違反した侵害として保護されるのかは不確定であった。
- (77) ドイツ法において、設立されかつ稼働中の営業についての権利および一般人格権が不法行為法上の保護を受ける権利として創設されてきた経緯およびこの権利の性質と問題点については、日本でもすでに多くの文献によって紹介が行われているが、この権利につい

侵害利得論における「割当内容をもつ権利」の判断構造

同志社法学 六〇巻七号 六四六（三六六四）

て全体を鳥瞰できるものとして、E・ドイチュ／HーJ・アーレンス著＝浦川道太郎訳『ドイツ不法行為法』一二九頁以下（日本評論社、二〇〇八年）を参照。

(78) MünchKommLieb, 4. Aufl., § 812 Rdn. 245 (2004), ただし、リープ説が主張されたのは一九七七年の段階である。

(79) Lieb, a. a. O. (Fn.79), § 812 Rdn. 246.

(80) 前掲注(78)・(79)を参照。

(81) Lieb, a. a. O. (Fn.79), § 812 Rdn. 248. リープのこのアプローチは、債権者側の損害の発生や財貨移転の直接性を要求しているわけではない。もっとも問題にされているのは、「不当利得法上の被害」であって、「侵害利得において通常問題になる価値賠償を積極的に正当化すること」のみである（Rdn. 249）。

(82) リープの見解の特徴は、債権者の「収益可能性（Nutzungsmöglichkeiten）」をドイツ民法八二二条の債務者が「取得したもの（etwas erlangtes）」に捉える点にある。この点については、Lieb, Nutzungsmöglichkeiten als Gegenstand von Bereicherungsansprüchen: Zugleich eine Stellungnahme zum „Flugreise“-Urteil des BGH, NJW 1971, S. 1289 ff.を詳細に述べられている（この論稿の内容については、川角・前掲注(32)一四〇頁以下で紹介されている）。

(83) Lieb, a. a. O. (Fn.79), § 812 Rdn. 249.

(84) Hüfner, Die Eingriffskonkdition, Jus 1981, S. 263. なお、人格権侵害の場面に限って割当内容の問題を考察し、ヒュッファーと同様の判断基準を示すの（ドイツ）『Schlechtriem, Bereicherung aus fremdem Persönlichkeitsrecht, in: Festschrift für Wolfgang Hefermehl, S. 445 (1976)』がある。

(85) Hüfner, a. a. O. (Fn.84), S.263, rechte Spalte.

(86) Hüfner, a. a. O. (Fn.84), S.263, rechte Spalte.

(87) Hüfner, a. a. O. (Fn.84), S.263, rechte Spalte.

(88) Hüfner, a. a. O. (Fn.84), S.265, linke Spalte.

(89) Hüfner, a. a. O. (Fn.84), S.265, linke Spalte.

(90) 【ドイツ不正競争防止法一七条】訳文は、田村善之「ドイツの不正競争防止法（訳文）」判例タイムズ七九三号九二頁（一九九二年）に拠った。

(1) 事業体の従業者、労働者、見習人として、雇用関係に基づいて打ち明けられたか、または、知りうることとなった営業上もしくは事業上の秘密を、雇用関係の継続期間中に無権限に、競争の目的で、あるいは自己または第三者のために、あるいは事業主に損害を加える意図を以て、他人に開示する者は、三年以下の自由刑または罰金刑に処する。

(2) 競争の目的で、あるいは自己または第三者のために、あるいは事業主に損害を加える意図を以て、以下の行為をなす者は前項と同一の刑に処する。

1. 営業上もしくは事業場の秘密を

a. 技術的手段の利用により、

b. 秘密を化体する複製物を作成することにより、

c. 秘密が化体された物を取得することにより、

無権限に入手するか、または確保する。

2. 第一項に掲げた開示のいづれかにより、もしくは、自己ないし他人の前号に規定した行為により取得し、または、その他の方法により無権限に入手、確保した営業上もしくは事業上の秘密を無権限に使用するか、または、他人に開示する。

(3) 本条の罪の未遂犯は、これを処罰する。

(4) 特に重大な事例については、五年以下の自由刑または罰金に処する。行為者が開示の際に秘密が国外において用いられることを知っているか、または自ら国外にて使用する場合には、通常は重大な事例となる。

【旧ドイツ不正競争防止法一八条】

業務上の取引において託された原型または技術上の指図書、特に図面、雛形、型板、型紙、型紙、処方書を、競争の目的で、または自己のために無権限に利用するか、または他人に開示する者は、二年以下の自由刑または罰金に処する。

(91) 「設立されかつ稼働中の営業についての権利」と「権限のない保護権に基づく警告」の関係については、錦織成史「ドイツにおける営業保護の法発展（下）——判例にみる民事不法二元論の一面——」判例タイムズ三五三三号二六頁（一九七八年）、E・ドイチュ／H・J・アーレンス・前掲注（77）一三〇頁を参照。

(92) Huffer, a.a.O. (Fn.84), S.265, Inke Spalte.

(93) もっとも、ヒュッファーが自説を表明した論稿は、そもそも侵害利得について網羅的な解説を加えるという性質のものであった。

- (94) Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, Handbuch des Schuldrechts Bd. 4, S.248 ff. (1983).
- (95) Reuter/Martinek, a.a.O. (Fn.94), S.256.
- (96) Reuter/Martinek, a.a.O. (Fn.94), S.258.
- (97) Reuter/Martinek, a.a.O. (Fn.94), S.259.
- (98) Reuter/Martinek, a.a.O. (Fn.94), S.259.
- (99) Reuter/Martinek, a.a.O. (Fn.94), S.259 f.
- (100) 取引に参加している集団が、保護された地位の「売却」または「賃貸」について、それを保有者に割り当てられた価値であると考える場合に初めて、不当利得的武装への境界線を越えると思われる。
- (101) Reuter/Martinek, a.a.O. (Fn.94), S.280.
- (102) Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, S.170 (1994).
- (103) Larenz/Canaris, a.a.O. (Fn.102), S.170.
- (104) なお、差止請求権の存否を基準とするライオン・ハイヤー説に対しては、問題となる地位が不法行為法によって保護されるか否かによって差止請求権の成否が決まるという (Larenz/Canaris, a.a.O. (Fn.102), S.171)。
- (105) Larenz/Canaris, a.a.O. (Fn.102), S.171.
- (106) Larenz/Canaris, a.a.O. (Fn.102), S.172.
- (107) Larenz/Canaris, a.a.O. (Fn.102), S.173 f.
- (108) Larenz/Canaris, a.a.O. (Fn.102), S.175.
- (109) Vgl. Larenz/Canaris, a.a.O. (Fn.102), S.560 f.
- (110) Larenz/Canaris, a.a.O. (Fn.102), S.175 f.
- (111) Larenz/Canaris, a.a.O. (Fn.102), S.177.
- (112) Koziol, Bereicherungsansprüche bei Eingriffen in nicht entgeltfähige Güter?, Festschrift für Wolfgang Wiegand, S.449 (2005).
- (113) Koziol, Die Bereicherung des Schädigers als schadenersatzrechtliches Zurechnungselement?: Zur Auflockerung der Grenze zwischen Schadenersatz- und Bereicherungsrecht, Festschrift für Franz Bydinski, S.175 (2002).

- (114) Kozioł, a.o. (Fn.113), S.450.
- (115) Kozioł, a.o. (Fn.113), S.451 f.
- (116) Kozioł, a.o. (Fn.113), S.452 f.
- (117) コツイオール自身、例えば人格権の侵害においてはすでに広い範囲で割当内容をもつ財産権的側面が承認されており、結果においてそれほど大きな相違をもたらすわけではないことを認めている (Kozioł, a.o. (Fn.113), S.453)。
- (118) Kozioł, a.o. (Fn.113), S.454.
- (119) Kozioł, a.o. (Fn.113), S.455.
- (120) Kozioł, a.o. (Fn.113), S.461 ff.
- (121) ただし、保護された地位が絶対権へと格上げされることをケメライが否定していないことについては、すでに述べた。
- (122) もっとも、コツイオールの侵害利得効果論は必ずしも明らかではない。しかし、相対的に正当な側の当事者に利益を与えるべきとの立場などからは、少なくとも客観的対価の支払いへの限定を考へてはいることが読み取れる。

本稿は、平成二〇年度科学研究費補助金（若手研究（スタートアップ））の助成を受けた研究成果の一部である。