

無断使用による権利侵害と 不当利得法的視点（2・完）

長谷川 隆

目 次

- 第1節 はじめに一問題の設定
- 第2節 ドイツ法
 - 第1 判例
 - 第2 判例理論の問題点
 - 第3 学説
 - 1 不法行為説
 - 2 不当利得説
 - 3 その他の学説（以上、35巻3号）
 - 4 学説についての補足（以下、本号）
 - 第4 学説の検討
- 第3節 日本法
- 第4節 むすび

第2節 ドイツ法

第3 学説（承前）

4 学説についての補足

以上、使用料相当額の支払請求権の法律構成をめぐる学説の状況を概観してきたが、さらに、以下において、不当利得（説）に関する諸問題を補足的に述

べておきたい。それらの考察は、後に本節第4において学説の検討をするに際し、重要な意味をもつと思われるからである。

(1) 割当内容説の問題点と学説の動向

① 割当内容説わけてもケメラー説に対しては、近時、いくつかの批判が出現している。しかし、それらの批判は類型論批判をも含み多岐にわたるので、本稿はその中の最も重要と思われる問題点を取り上げることにしよう。⁽⁵⁶⁾

それは、割当内容説はいかなる権利がどのような範囲において割当内容を有するのか、という決定的な問題につき、非常に不明確な基礎に立っている、とする批判である。⁽⁵⁷⁾例えば、レープは、「割当内容」はいわば白地方式(Leerformel)であり、これは法の適用者が後に再び取り出そうとするものを、その白地方式の中において解釈することができるという性質をもつにとどまる、と述べている。⁽⁵⁸⁾またヴァイヤースも、割当内容というメルクマールは問題の別定義(Umformulierung)にすぎず、「割当内容」は、ある法的地位の利用が、排他的にその所有者に帰属していることを意味するにすぎない、という。つまり、法はいかなる権利が割当内容を有するかを示していないのだから、解釈者によって異なった(場合によっては恣意的な)結論が生じうる、と主張される。⁽⁵⁹⁾

現在、割当内容説を支持する学説間において、いかなる法益ないし権利への侵害が不当利得返還請求権を生じさせるのか、が議論の焦点の1つになっているが、このことは上の問題点の表われといえよう。

② ちなみに、どのような権利・法益が不当利得法上保護されるべきか、についての問題状況を、判例の動きにも触れつつ簡単に見ておこう。

まず、所有権、その他の絶対権、および特許権、実用新案権さらには著作権が割当内容を有することについて異論はない。

割当内容を有するのか、が問題となるのは、人格権、商標権(Warenzeichenrecht)、営業についての権利、不正競争防止法上保護される法的地位である。⁽⁶¹⁾

まず、人格権のうち、氏名権、肖像権については、否定する見解も存在するが、現在の学説の大勢は、⁽⁶²⁾そして既述のように判例も、不当利得を肯定してい

る。さらに近時は、市場 (Markt) を通じて、そこに財産的価値をもつ内容が承認される場合は、その他の人格権侵害の場合も不当利得を肯定すべし、とする主張が現われている⁽⁶³⁾。

商標に関しては、従来よりその無断使用における不当利得責任を否定する見解⁽⁶⁴⁾がある。しかし、多くの学説は不当利得を承認する方向⁽⁶⁵⁾に向かいつつあるといえよう。既に紹介したように、判例も近年、商標権侵害について、不当利得責任を課する判決を下している⁽⁶⁶⁾。そこでは、「商標には経済的に処分可能な内容が認められるが、これは割当内容を基礎づけるものである」とする、学説の主張に添った判断がなされていた。

以上に反し、いわゆる組織され運営されている営業に関する権利 (das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) への侵害については、学説は消極的傾向にある。本来、営業に関する権利は、民法823条により不法行為上の保護を受けうる⁽⁶⁷⁾。例えば、特許権あるいは同等の権利が侵害されていると主張して、不当な警告を発した者に対し、警告を受けた営業の所有者は、その営業に関する権利が侵害されたとして (例えば、営業利益をあげ得なかったとして) 損害賠償を請求しうる。この場合、被害者は不当利得返還請求をものなするか、について有力な学説は、これを否定する方向に傾いている。その主張者の1人であるリープ⁽⁶⁸⁾は、「企業の活動領域の保護のために形式されてきた法命題は、専ら単なる行為規範であり、特定の収益・処分の可能性が企業家に留保されているという意味での割当規範ではない」という。さらに近時の判例も、学説と同じく否定的である⁽⁶⁹⁾。

不正競争防止法上保護されるべき法的地位への侵害に関しては、これまで、不当利得責任を否定する立場⁽⁷⁰⁾が一般的であった。しかし、最近、割当内容説を採るものの中に、部分的にこれを肯定する見解⁽⁷¹⁾が登場しており、注目される。

以上、学説の議論状況を瞥見したが、結局、「割当内容」とは、本来様々な法的事実から帰納的に引き出される法命題であるべきところ、逆に、その具体的実体の解明を未解決のままに残した演繹的メルクマールであるといえよう。

③ さて、上に述べたような割当内容説の問題点を克服すべく、学説には、新しい考え方の提唱の動きがみられる。そしてそこには、2つの方向が見出せよう。1つは、クラインハイヤー、レープ等による、財貨保護の観点からの、割当内容説とは異なった見解の主張である。他の1つは、割当内容説支持者による、その修正ないし補充の試みである。

以下、クラインハイヤー等の説を紹介し、次いで通説における修正の動きに触れることにしよう。

(ア) クラインハイヤーの主張において注目すべきは、「割当内容」の代わりに「法的財貨 (Rechtsgut)」の概念を用いることであるといえよう。彼はまず、権利者に留保されている法的財貨の利用 (Inanspruchnahme) が、他人によってなされたとき侵害不当利得返還請求権が生ずる、とする。そしてその際、被害者側の財産的損失 (Vermögenseinbuße) という意味での「損失」の要件は不要であり、また、権利者自らが当該財産を利用あるいは処分していたか否かは問題にならない、と明快に述べている。そうして、法秩序が人に財貨の使用を決定すること、および、財貨への侵害に対して予防をなすことを許す場合、換言すれば、予防的不作為請求権 (Unterlassungsanspruch) が与えられる場合には、当該利益は法的財貨として承認しうる、との見解⁽⁷²⁾を展開している。

レープの述べるところも、クラインハイヤーの説にかなり近いとみられる。すなわち、レープは侵害利得の出発点は一般的財貨保護にあるというが、不当利得責任の根拠を、専ら権利者に留保されている法的財貨 (Rechtsgut) を侵害者が利用したということに求めている点、および侵害者に対する不作為請求権が権利者に成立する限りにおいて、常に不当利得法上保護される法的財貨を問題としうるとする点⁽⁷³⁾において、クラインハイヤーの主張に従ったものといえよう。

要するに、以上の両説共に、当該財貨への侵害に対し不作為請求権が承認される場合に不当利得法上の保護に値する財貨である、と評価する点に大きな特徴があるといえる。さらにまた、このような財貨の把握の仕方の基礎には、次

のような考慮が存在している。つまり、一般に問題となっている法益が不当利得返還請求権の対象とみなされうるか、の判断に際しては、当該財貨が財産的価値あるいは市場性を有するか、が論じられるべきだ、と主張されている⁽⁷⁴⁾。

(イ) クラインハイヤーらの新説は、しかしながら通説からの次のような批判にさらされており、少数説たるにとどまっている。それは、不作為請求権の許与というような単なる禁止をめざす法命題は、例えば不正競争防止法においてそうであるように、自由かつ公正な競争によって収益を取得するチャンスをも保護するものであって、財貨の排他的利用や処分可能性の保護のみに関わるものではない、との批判である。つまり、これは、クラインハイヤーらの見解が、不法行為法的保護と区別されるところの不当利得法上の保護の限界を不分明ならしめる、という趣旨の批判と解される⁽⁷⁵⁾。

④ 基本的に割当内容説に立脚しながら、前述した、そのあいまいな点を修正・補充し、同説により明確な輪郭を与えようとする学説を、近時見出すことができる。例えば、その主張者の一人ヴァイヤースは、割当内容の観念を経済的視点から定義し直すことが有用であると述べ、「当該地位の使用に対して市場価格 (Marktpreis) を決定し、それを保護されるべき地位の保有者に割り当てるか」、が重要であると指摘する⁽⁷⁶⁾。このヴァイヤースをはじめ、そのほかりープ、ロイター・マルティネック、レーヴェンハイム等は—その用語には幾分異なるものがあるとはいえ—ほぼ共通して、「当該法的地位が営利的な処分可能性 (kommerzielle Verwertungsmöglichkeit) を有するかどうか⁽⁷⁷⁾」、を「割当内容があるか否か」に代わる基準として問題とすべきことを提唱している⁽⁷⁸⁾。論者によって多少力点の置き方に違いがあるが、この「営利的処分可能性」というメルクマールは、結局、侵害された財貨が、市場性 (Kommerzialisierbarkeit) をもち、また帰属の独占性 (Monopol) を有することを意味するものと解されよう。

かような考察方法の長所として、割当内容という単純な定式に比べ、市場化に適する処分可能性の決定はより容易かつ明確でありうる、という点が語られ

ている。⁽⁷⁹⁾ というのも、この決定は、侵害された法的地位の属する法領域の規定体系や価値判断という、実体的基礎から引き出されるからである。なお、競争法上の権利（不正競争防止法上の法的地位）への侵害は、自由競争原理が支配するが故に、不当利得を生じさせないとする帰結が、従来の割当内容説の立場であったが、最近、部分的ながらも例外的取扱をする場合を認めようとする学説が登場していることは前述のとおりである。そして、上記の割当内容説を修正する基準は、それらの学説の一部において、自説の根拠づけに用いられている⁽⁸⁰⁾。

- (56) その他の批判として目立ったものを1つ挙げるならば、それは次の如くである。ケメラーは物の所有者に当該物の利用ないし使用が割当られているとし、従って、侵害者によって直接獲得されたものは使用ないし利用それ自体である、とみなす。しかし、利用、使用は単なる行為にすぎない。ケメラーは単なる行為を独立の財産の客体とする点において誤っている。以上は、Jakobs, a. a. O. (第2節第1注(6)), S.33ff.; Batsch, a. a. O. (第2節注(5)), S.79ff.による。
- (57) Kleinheyer, JZ 1970, S.472 ff.; Reeb, a. a. O. (本節第3注(18)), S.34ff.; Esser-Weyers, a. a. O. (本節第3注(37)), S.400ff.
- (58) Reeb, a. a. O., S.35-36. レープにつき、山田幸二「現代不当利得法の研究序説(2)」福島大学商学論集50巻3号127頁以下、同・現代不当利得法の研究69頁以下参照。なお、訳出に当たり参考にさせて頂いた。
- (59) Esser-Weyers, a. a. O., S.400.
- (60) Kleinheyer, a. a. O., S.473.; Reeb, a. a. O., S. 36.
- (61) Mestmäcker, a. a. O. (第2節第1注(6)), S.525.; Raiser, Der Stand der Lehre von subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465, 471.
- (62) 多数説の状況については、とりあえず、Loewenheim, Bereicherungsrecht, 1989, S.72, Anm. 65 (以下においては、Bereicherungsrecht として引用する)。
- (63) シュレヒトリームは、日記のメモのような記録、他人の家紋、カルテに記載された病歴等の無断使用の場合に不当利得を生じさせようという (Schlechtriem, Festschrift für Hefermehl (第2節第3注(40)), S. 452ff.)。なお、ローレンツもこのような方向を支持している。Vgl. Staudinger-Lorenz, a. a. O. (第2節第3注(37)), Vorbem. zu §§812-822, Rdn. 36.

- (64) Mestmäcker, a. a. O., S.525.; Esser, a. a. O. (第2節第3注(37)), S.365.
- (65) 肯定説に立つ見解については, Loewenheim, Bereicherungsrecht, S. 71, Anm. 61参照。
- (66) 本稿第2節第1注(39)に掲げた, BGH 1986.12.18; BGHZ 99,244. である。
- (67) 営業に関する権利については, 差し当たり, 錦織成史「ドイツにおける営業保護の法発展(上)(下)」判タ352号2頁以下, 353号11頁以下が詳しい。
- (68) Lieb, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 3. Schuldrecht, Besonderer Teil, 2. Halbband, 2. Aufl., 1986, §812 Rdn. 217 (以下では, Münchener Kommentar-Liebとして引用する)。同旨, Reuter/Martinek, a. a. O. (本節第1注(6)), S. 268ff.; Fikentscher, a. a. O. (本節第2注(7)), S.683.
- (69) BGH 1978. 2. 14 ;BGHZ 71, 86(98). 事案を単純化すると, 自転車の荷台(Gepäckträger)の固定器具についての特許権者であるYが, 荷台製造業者Xに特許権侵害をなしているとの不当な警告を発したというケースである。XのYに対する不当利得返還請求を斥けるに当たり, BGHは, 営業権者には, 絶対権同様の, 利益取得の期待やチャンスを含む確定的な活動領域は割り当てられていない, と判示した。
- (70) v. Caemmerer, a. a. O. (本節第1注(6)) S. 273; Raiser, a. a. O. (前注(61)), S. 469. なお, ややはっきりしないが, ヴァイヤースもこの立場とみられる (Esser-Weyers, S. 401.)。
- (71) 根拠づけは多少異なるが, これらの学説はおおむね, 例えば, 同法1条にかかわる商品の完全模倣 (sklavische Nachahmung) の場合, 17条の業務上の秘密の不法な漏洩 (Verrat) の場合, 18条に規定されている, 取引上委託された技術的原形, 説明などの無断使用の場合, 等に不当利得を問題としうる, と主張する。Vgl. Staudinger-Lorenz, Vorbem. §§812-822 Rdn.44; Reuter/Martinek, S. 279ff.; Münchener Kommentar-Lieb, §812 Rdn. 214-216.
- (72) Kleinheyer, a. a. O., S.475.
- (73) Reeb, a. a. O., S.40.
- (74) Kleinheyer, a. a. O., S.474ff.; Reeb, a. a. O., S.39ff.
- (75) Münchener Kommentar-Lieb, §812 Rdn.207-210.; Reuter/Martinek, S.257, 278.; Medicus, a. a. O. (本節第3注(20)), Rdn. 709.
- (76) Esser-Weyers, a. a. O., S.400ff.
- (77) ここでは, 諸学説の術語をふまえたうえで提示されているものと思われる, レーヴェンハイムの用語を掲げておく。Loewenheim, Bereicherungsrecht, S. 69ff.

- (78) Vgl. Reuter/Martinek, S. 256ff.; Esser-Weyers, S. 400ff.; Münchener Kommentar-Lieb, §812 Rdn. 207ff.; Loewenheim, Bereicherungsrecht, S. 69ff., 74ff.
- (79) Reuter/Martinek, S. 258ff.; Münchener Kommentar-Lieb, §812 Rdn. 209.; Loewenheim, Bereicherungsrecht, S.70f.
- (80) Reuter/Martinek, S.280ff.; Münchener Kommentar-Lieb,§812 Rdn. 214ff.

(2) 返還すべき価値の内容

最近、不当利得構成によって、侵害者のあげた収益 (Gewinn) の返還を認める学説が登場している。既にみたように、いわゆる違法性説によればこれは肯定されるのであるが、注目されるのは、違法性説を採用しない、あるいは割当内容説を支持する見解の中にも収益責任を認める立場に立つものが現われている、ということである。

本稿はその主な問題関心から Gewinn については深く立ち入ることはできないが、上記問題は侵害利得に対する基本的態度の一端に関わるので、ごく簡単に触れておこう。

① 収益を不当利得の枠内で承認しようとする見解は、レープ、コッペンシュタイナー、ヴァイヤース、ヴェスターマン等によって主張されている⁽⁸¹⁾。

これらの学説は、他人のものの無断使用や消費を行なった侵害者が、民法818条2項に基づいて（原物を不当利得として返還することが初めから不能であるため）賠償（返還）すべき価値は、通説が説くところの取得したものの客観的価値⁽⁸²⁾ではなく、侵害者における主観的価値だという⁽⁸³⁾。つまり、これらいわゆる主観的価値説によれば、取得者が善意のとき、彼が賠償すべき価値は、その本人にとっての獲得された価値を意味し、それゆえに取得者の具体的財産状態の考慮を行なうことが併せて必要である⁽⁸⁴⁾、とされるのである。そして、これにより、(ア)もし侵害者が善意であっても、例えば他人のものを無権限使用し、その使用の客観的価値を超える収益を得た場合、彼は収益を返還しなければなら

ず、(イ)他方、侵害者が客観的価値よりも小さい価値の利得をしたにすぎない場合には、彼の返還責任も当初からその範囲においてのみ成立するという結論が導かれる⁽⁸⁵⁾。

② さて、これらの結論ないしそれを支える主観的価値説の根拠をめぐる議論のうち、以下では(ア)の収益責任に限って紹介しておこう。

主観的価値説からは収益責任を肯定するいくつかの根拠が示されているが、ここでは重要と思われる2点を指摘しておきたい。

まず第1は、不当利得の機能ないし目的についての理解である。すなわち、「法律上の原因に基づかない取得をしなかったなら、侵害者が手に入れなかったであろう全てのものを彼に返還させることが、不当利得法の目的である」と把握⁽⁸⁶⁾することである。

第2は実体的な論拠として、民法816条1項1文についての処理と平行な⁽⁸⁷⁾解決がなされるべきであるとするものである。つまり、同条項は、侵害利得の特別な規定として、Aの所有物を無権限者Bが第三者Cに有償処分し、このCが善意取得した場合に、BはCから対価として受け取ったもの(das Erlangte)をAに返還しなければならないこと、を規定している。そこで問題となるのは、BのCから受領した代金が目的物の客観的価値(市場価格)を超える場合にも、AはBの得た代金の返還を請求しうるかである。そして、この問題につき、判例および一部の学説は、市場価格を超えた売却価格つまりは収益の引き渡しを肯定しているのである。

上のような816条についての処理の根拠は、1つは法文の文言であり、もう1つは割当内容説から引き出される次のような解釈である。すなわち、物を収益をもたらすように利用する可能性はその権利者に割り当てられている。だとすると、無権限者によってそれが奪われ、使用された場合には、原所有者に処分から生じた収益を認めてやる⁽⁸⁸⁾ことが首尾一貫する、との趣旨のものである。

③ 以上の主観説に対し、通説である客観的価値説からの反論・批判には鋭いものがあるといえよう。

まず、主観説の第1の論拠については、侵害利得返還請求権は、原物返還に代えて価値の追求を認めるという法技術にすぎず、つまりその請求権は、主観説の説くような侵害者の全財産を指向する（orientieren）のではなく、当該客体自体に向けられるべきであると批判される。次に、第2の論拠についても、客観説は816条1項1文の処理において、収益返還を否定して目的物の市場価格の返還のみを承認する立場^{(92) (93)}を採り、主観説に対決する。論者によれば、客観説の立場は立法史的観点からも裏付けられているが、さらに、816条のケースについての収益責任を割当内容説を援用して説明する主観説の見解に対しては、次のような批判が加えられている。なるほど、物を収益的に利用する可能性は権利の割当内容に含まれてはいる。しかし、具体的収益が割り当てられているわけではない。つまり、具体的な処分利益は、単に上の可能性の実現だけでなく、侵害者の取引行為に基づいており、彼に固有の能力に由来する要素があることを無視することはできない⁽⁹⁴⁾、というのである。

以上、収益の返還を不当利得構成によって肯定する学説についての議論状況を限られた範囲で一瞥したが、主観的価値説に対する客観的価値説側からの批判はかなり説得的であるように思われる。主観説は「被害者自らが生み出すことのできる蓋然性のない収益を、彼に帰属させることがなぜ正当化されるのか」という客観説からの問いに未だ十分に答え得ていないのではなかろうか。⁽⁹⁵⁾

本稿では、通説、判例である客観説に従い、無断使用の場合における侵害不当利得の効果として返還されるべきものは、獲得されたものの客観的使用価値（市場での取引価格）であるという立場にたって論述することにしたい。

(81) Reeb, a. a. O. (本節第3注(18)), S.97ff.; Koppensteiner/Kramer, Unge-rechtfertigte Bereicherung, 1975, S. 159ff.; Esser-Weyers, a. a. O., S.417ff.; Erman-Westermann, Handkommentar zum BGB, 1. Band, 8. Aufl., 1989, §816 Rdn. 16ff. なお、侵害利得の根拠づけに関して、レープがクラインハイヤーの見解に従っているとみられることは先に紹介したが、コッペンシュタイナーも同じ

く、クラインハイヤー説に依拠していると思われる (Koppensteiner/Kramer, a. a. O., S. 94)。一方、ヴァイヤース (本節第 3 注(37)参照)、ヴェスターマン (Erman-Westermann, a. a. O., §812 Rdn. 65) は割当内容説に立脚している。

- (82) 客観的価値説を支持する見解としては、前掲のケメラを初めとして、例えば、Goetzke, Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht?, AcP 173, S. 289, 311, 329.; König, Gewinnhaftung (本節第 1 注(6)), S. 186ff., 193ff.; Larenz, Wertersatz (本節第 1 注(3)), S. 228.; ders., Schuldrecht II (本節第 3 注(37)), § 70I, S. 571ff.; Medicus, a. a. O. (本節第 3 注(20)), Rdn. 719.; Staudinger-Lorenz, §818 Rdn. 26ff.; Münchener Kommentar-Lieb, §818 Rdn. 35ff. など。なお、以下に述べる主観的価値説、客観的価値説をめぐるドイツにおける議論については、川角由和「不当利得とは何か (2・完)」島大法学33巻1号148頁以下がやや詳しく紹介している。
- (83) レープは、818条 2 項の価値概念は、常に利得者の個人的な財産に向けられて (orientieren) 解釈されるという (Reeb, a. a. O., S. 98)。
- (84) 例えば, Esser-Weyers, a. a. O., S. 417f.
- (85) なお、(i)を導き出すために、主観的価値説は「不当利得法の基本原則は、返還債務者が未だ保持している財産的増加を吸い上げる (Abschöpfung) ことの中に見出されるべし」という基本的思想に立ち、民法818条 3 項の規定 (善意の返還債務者の返還義務の範囲は、いわゆる現存利益の限度に縮減されることを定める)こそが818条 2 項の価値賠償の意味を決定するのだ、という趣旨の論述を行なう (代表例として, Esser-Weyers, a. a. O., S. 417.)。 (i)の結論を導くこのような論拠の妥当性については種々議論のあるところだが、詳論しない。差し当たり、川角・前掲論文 (前注(82))を参照されたい。
- (86) 例えば, Koppensteiner/Kramer, a. a. O., S. 160.
- (87) Koppensteiner/Kramer, a. a. O., S. 161ff.; Esser-Weyers, a. a. O., S. 419.
- (88) さらに, Cが善意取得しない場合にも、追認によりAは同様の効果を得られるとするのが判例、学説の取り扱いである。
- (89) この趣旨を説くものとして, Koppensteiner, Probleme des bereicherungsrechtlichen Werterstzes (II), NJW 1971, 1769 (1770); Esser-Weyers, a. a. O., S. 419.
- (90) 無断使用の場合ではなく、主として無権限処分・消費の場合を念頭に置いたものであろうが、この点につき, Soergel-Mühl, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 4., 11. Aufl., 1985, §818 Rdn. 31.; Loewenheim, Bereicherungsrecht,

S. 122.

(91) Larenz, Schuldrecht II (本節第3注(37)), S. 577.

(92) 816条1項1文のケースについて客観説を採る学説の分布については、とりあえず、以下の文献に譲る。Sack, a. a. O. (本節第1注(6)), S. 382 Anm. 48.; Münchener Kommentar-Lieb, §816 Rdn. 28.

(93) なお、ケーニツヒは、この他人の物の処分の場合につき、債務法改正鑑定意見書においては、無権限処分者の得た売上金 (Erlös) は一般的市場価値に等しいものと推定する、との趣旨の規定を提案した (König, Gutachten, S. 1523, 1559, 1563)。これは、収益返還は侵害者が故意の場合に限られるとする基本的姿勢と、権利追求を容易にして被侵害者を保護しようとする考慮の、折衷的解決策であるといえよう。ちなみに、シュレヒトリームもこの処理に同調しているものとみられる (Schlechtriem, Schuldrecht (本節第3注(37)), S.264)。

(94) Larenz, Wertersatz, S. 219ff.; Loewenheim, Bereicherungsrecht, S. 89.

(95) Larenz, Wertersatz, S. 219.

(3) 利得の消滅について

① ドイツ民法818条3項は「返還ないし価値賠償の義務は、取得者がもはや利得をしていない限りにおいて (soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist) 免除される」と規定する。同条は、いわゆる利得の消滅 (Wegfall) がある場合には、不当利得返還義務が課されない、あるいは縮減されることを定め、また、この規定を援用し得るのは、利得者善意の場合 (軽過失は問わない一通説)、すなわち、法律上の原因のないことを知らなかった場合に限るとされている。

さて、この利得の消滅の規定については、既に少し触れたように818条2項(価値賠償を定める)との関係を含め、その趣旨をいかに理解すべきか、をめぐって様々な議論がある。しかし、ここではその全体を取り扱わない。以下では、本稿の検討対象である、他人の財貨の利用による利得、つまり非有体的利得につき、同条項の適用があるのか、換言すれば、利得の消滅があり得るのか、という問題に限定してごく簡単に一言しよう。そして、この問題は、特に、飛行

機による無賃旅行事件判決^{(96) (97) (98)} (BGH 1971.1.7; BGHZ 55,128) を契機に議論されることがあったので、ここではそれをめぐる学説を中心に、少し補足を加えておくにとどめたい。

② 利得の消滅を否定する学説は、次のような仕方での理由を説いている。

まず、メストメッカー、クラインハイヤー等は、侵害利得の場合、侵害者に常に（彼が善意であっても）818条2項に基づく客観的価値賠償の形で、契約上⁽⁹⁹⁾の給付をさせるべきだ、と述べる。これは、つまり、侵害者の主観的態様にかかわらず、不当利得返還請求権の準契約的性質（quasikontraktliche Natur）を前面に出すものである。

次に、バッチュは、いったん利用ないし使用がなされると、その利得は侵害者の財産の中に終局的に同化される（endgültig einverleibt）とする考え方⁽¹⁰⁰⁾を示している。

しかしながら、上のように説く否定説はむしろ少数であって、学説上は、利得の消滅を認めるとする学説⁽¹⁰¹⁾が多数を占めているといえるであろう。本稿はそれらの細部にわたる検討をなしえないので、以下では、利得の消滅を肯定する見解として、とりあえず、侵害利得の効果につき、前述の客観説を採る代表的論者であるラーレンツの説をみることにしよう。

ラーレンツは次のように主張する⁽¹⁰²⁾。利得返還請求権は、まず第1に、獲得されたものそれ自体あるいはその客観的価値に向けられる。しかしながら、818条3項の意味での、取得者が利得しているか否かということと、獲得されたものの価値とは異なった問題である。従って、「いまだ利得しているか（noch bereichert ist）」否か、すなわち現存利益の問題を判断するに当たっては、侵害者の全財産状態（Gesamtvermögenslage）が顧慮されねばならない。そしてその際、侵害者が出費を節約したかどうか、が重要となる。とすれば、侵害者は、出費を節約している限りにおいて利得している（bereichert）にすぎないし、さらに何ら費用を節約していない場合、つまり、彼の財産状態が侵害前に比べて増加していない場合には、利得しているとはいえないことになる⁽¹⁰³⁾。一かくして、

ラーレンツは利得の縮減ないし消滅を承認するのである。⁽¹⁰⁴⁾つまり、この結果、被害者からの請求に対して、善意の侵害者は、818条3項に基づく利得消滅の抗弁が可能となろう。以上を要するに、割当内容説に依拠するラーレンツは、他人の財貨の無権限使用の場合においては、まず第1に、返還請求権の客体は、原則的には使用の客観的価値であるべきだという。しかし、第2に、その返還義務の範囲は、返還債務者が善意の場合には、818条3項に基づいて縮小され、そして、その場合には返還債務者の具体的な財産状態が顧慮されると理解している。このように、彼は、結局、原則と例外との区別に基づく2段の(2元的)論理展開を行なっているものといえよう。

③ なお、ドイツ民法上、侵害者悪意の場合、彼は818条3項を援用しえず、819条1項、818条4項に従って、「一般規定」に基づいて責任を負うとされている。⁽¹⁰⁵⁾この「一般規定」の意味については議論がなされているが、その詳細には立ち入らない。ここでは本稿の問題としている、非有体的利得の場合につき、「一般規定」に基づく責任が次のような実体法的意味をもつことを確認しておけば足りるのであろう。すなわち、まず、悪意侵害者は、818条2項における価値賠償を内容とした金銭債務を負い、この価値相当額の返還義務は固定される(消滅しない)。更に、年4%の利息が付されるのである。⁽¹⁰⁶⁾

(96) 事案を不当利得の観点からごく単純化して示しておこう。Y(17才の未成年者)である。それに伴う問題があるが、ここではその点も捨象する)は、X会社の飛行機に乗って、ミュンヘンからハンブルクへ旅行した。しかし、Yは他の乗り継ぎ客に混じって、Xの旅客機に乗り込み、さらにハンブルクからニューヨークへ無賃旅行した。そこでXはYに対して、ハンブルク・ニューヨーク間の運賃の支払いを訴求したという事件である。

原審は、いったん使用がなされると、その使用を原状に復させることはできないのであるから、利得の消滅はありえない、と判示した。これに対してYは、「本件旅行は、もしYが十分な資金がなければ決して行なわなかったであろう『ぜいたく旅行(Luxusflug)』である。それゆえに、Yは何ら費用の節約をしておら

ず、またXの給付を受領し、それを消費してしまったのであるから、Yは最初から利得をしていない。」と抗弁し、上告した。BGHはこの上告理由を容認して、次のように判断した。善意の利得者の返還義務は、決して、実際の利得金額を上回るころの、彼の財産の減少へつながるものではない。この考え方は、818条3項から導き出される。同条項は、取得後に利得が消滅した (späterer Wegfall) 場合の原則である。しかし、最初から利得が生じていない場合と、後に利得が消滅した場合を、異なった原則に服せしめる理由はない (S.134), と。

このように判例は、非有体的利得についても、818条3項が適用されると判断しているのである。ただし、同判決は、Yは、悪意であるから同条項を援用できないとして、818条2項に従って、相当な運賃額の返還を命じたのであった。

- (97) 本判決については、川角由和「不当利得とは何か(1)」島大法学32巻3・4号173頁以下が詳細である。同論文176頁以下は、本判決が伝統的・不当利得理論と新たな類型論との接合の産物であった、と指摘する。
- (98) なお、この判決が、YはXの運送という「給付」を利得した、と判示していることにつきラーレンツは、この事案はいわゆる給付利得の類型ではなく、他人のもの無断使用である侵害利得に属する、と主張している。この指摘は正当なものといえよう。なお、ラーレンツは、その説明として一彼の解説するところを総合すると、航空会社には、輸送力の自由な処分(換金)可能性が割り当てられているところ、侵害者はこれを無権限で使用した、という趣旨を述べている(Larenz, Schuldrecht II (本節第3注(37)), S. 530, 585; ders., Wertersatz (本節第1注(3)), S. 211, Anm.9)。
- (99) Mestmäcker, a. a. O. (第3注(37)), S.524.; Kleinheyer, Eingriffsbereicherung durch unbefugte Nutzung und Wertersatz, JZ 1961, 473 (475)。
- (100) Batsch, Bereicherungshaftung ohne Vermögensvermehrung?, NJW 1972, S. 611, 613, 614. (本判決の評釈)。これは原審の判断と共通しているといえよう。
- (101) 前掲判決の評釈として、例えば、Teichmann, Die Flugreise-Entscheidung, Jus 1972, 247 (249)。そのほか、Gursky, Ersparnisgedanke und Reserveursache im Bereicherungsrecht, JR 1972, 279 (282)。さらに、割当内容説(客観的)支持者として以下に引用するラーレンツのほか、Fikentscher, a. a. O. (本節第2注(7)), S. 701-702.; Sack, a. a. O. (本節第1注(6)), S. 383ff.; Schlechtriem, Schuldrecht (本節第3注(37)), S. 263.; Loewenheim, Bereicherungsrecht (本節第3注(62)), S. 125ff. また、ケーニツヒも鑑定意見書と法律案において、利得の消滅を承認する立場を示す。Vgl. König, Gutachten (第1節注(13)), S. 1523 (Gesetzvorschlag,

- §2. 3), S. 1558, 1563.
- (102) Larenz, Wertersatz, S. 223ff., 228.; ders., Schuldrecht II, S. 530, 575ff.
- (103) ラーレンツは具体例を挙げて次の趣旨を述べている。Aは誤って、Bが彼の別荘を無料でAに使用させることを許可したと信じ、使用した。しかし、もともとAは節約家であり、かような別荘を決して賃借する意図を有していなかった。使用の終了後、Aの財産的増加(=利得)はもはや存在していない、と(Larenz, Schuldrecht II, S. 530ff., 575ff.)。
- (104) ラーレンツは、一旦侵害者に財産的増加が生じ、その後(あるいは同時に)消滅したとみるか、最初から利得が発生しなかった、と捉えるかは、同じことであるとする(Larenz, Wertersatz, S. 223-224.; ders., Schuldrecht II, S. 530, Anm. 5.)。
- (105) 819条第1項。「取得者が取得当時、法律上の原因のないことを知り、または後にこれを知りたるときは、取得者は、取得の時またはこれを知りたる時より、返還請求訴訟が係属した場合と同様の返還義務を負う。」818条4項。「取得者は訴訟係属(Rechtshängigkeit)の発生後、一般規定に基づいて(nach den allgemeinen Vorschriften)責任を負う。」
- (106) Larenz, Schuldrecht II, S. 586, 530. なお、同旨、Fikentscher, a. a. O., S. 705.

第4 学説の検討

1 以上の学説の動向を要約すると、使用料相当額の返還請求権の法律構成については、不法行為に基づく損害賠償と不当利得とが対立しており、そして、前者においては客観的(抽象的)損害概念によって説明され、後者においては割当内容説がその基礎に置かれている、といえよう。

以下検討に入る前に、まず、各々の学説に依拠した場合の主な相違点を示すことにしたい。まず要件論としては、前者が故意、過失を必要とするのに対し、後者では無過失の場合にも責任を負う点が特徴的である。また、それに関連して、前者では被害者側の過失の衡量が可能であるのに対し、後者では、原則的には、その考慮は除かれる。次に効果論の面においては、前者では損害論とし

て考える限り、加害者の主観的態様—法律上の原因についての善意、悪意—を問うことなく、侵害されたものの客観的価値の賠償がなされ、返還義務の範囲は固定されることになる。これに対し、不当利得説（多数説）によれば、侵害者善意の場合において、返還義務の範囲が縮減されることが起こりえよう。また、返還請求権の消滅時効については、前者が3年（損害および損害賠償義務者を知った時から）および30年（行為の時から）である（民法852条1項）のに対して、後者では30年（民法195条）という差異がある。

2 以上を念頭に置きつつ、若干の考察を行ないたい。

まず、不法行為説についてみてみよう。同説の基礎になっている客観的損害論によれば被害者に使用料相当額を獲得する蓋然性のない場合にも、使用料相当の「損害」が仮定されることになる。特に、ラーレンツの示す具体例⁽¹⁾や、前記（本節第1, 2）判例〔8〕のアマチュア騎手事件においても明らかのように、権利者自身に権利を具体化することが期待され得ない事例において、この損害の擬制としての性格が浮き彫りにされる。しかし、かような場合に、あえて損害として法律構成しなければならないのであろうか。

更に、擬制としての構造がより顕著な場合として、侵害行為によって被害者に何ら財産的マイナスが生ぜず、むしろ多大な利益が発生する、という事例が考えられよう（例えば前掲（本節第1, 2）判例〔6〕の事案）。この場合にも、なお、損害があるというべきなのだろうか。

おそらく、客観的損害論によれば、上のような場合にこそ、権利追求あるいは制裁という価値判断、もしくは規範的考慮を機能させるというのであろう。しかし、不法行為法の本来的機能が、被害者に生じた財産的マイナスを埋めるというものだとするならば、上のような考慮に基づく損害論としての処理は、やはり少し無理な操作を施しているように思われる。

私には、むしろ、以上のような諸場合の処理においては、ザックやラーレンツが説くように、被害者の損害の填補という視点ではなく、侵害者が無断で取得した利益の調整という観点が、より適切なものと思われる。従って、かよう

な考慮に裏打ちされた不当利得構成のほうが、より妥当であるように感じられるのである。

確かに、侵害者が無断で取得した利益の探究およびその返還義務の説明のために、不当利得法においても擬制が用いられているとはいえよう。すなわち、通説である割当内容説に従うならば、侵害された財貨の利用が当事者間の契約に基づいてなされた（ただし、適正な市場価格を基礎におく）とする状態が作出されることである。いわば、「指示された契約賠償⁽²⁾(dekretierter Vertragserersatz)」が措定されるのである。しかし、これは、権利者に属するはずの、財貨に内在する利用・処分可能性が剝奪されたとする、侵害不当利得理論からの当然の帰結にすぎない。つまり、侵害不当利得の基本思想には、もともと「擬制」が本質的に取り込まれているのであり、上のような擬制があるとしても、それは何ら奇異な印象をもたらすものではあるまい。

3 それでは次に、不当利得説について一差し当たり通説である割当内容説について、問題点を考えてみたい。まず第1に、割当内容説そのものに内在する問題がある。すなわち、いかなる権利が割当内容を有するのか、あいまいである点である。しかし、この点は、既に示したように、割当内容説の全面否定と直ちに結び付かないものと思われる。不当利得法上保護される権利に値するかどうかは、一方では財産的かつ排他的権利性の承認、他方では、他人の知的生産物などの財貨の一定程度の利用の許容という、2つの要請の比較衡量の問題に尽きるとと思われる。従って、結局は、個別具体的に考えていくほかないであろう。しかし、先に紹介した、「当該権利に営利的処分可能性(市場性、独占性)が認められるか」、という判断基準の設定は、差し当たり、有効な限界づけを与えようように思われる。そして、その限りに⁽³⁾おいて、割当内容説の不明確性はかなり補われたものと評価することができよう。

第2に、不当利得説によれば、被害者側の過失の衡量が基本的に排される、⁽⁴⁾という点がある。しかし、ランゲの説くように、過失相殺規定の類推適用という道を閉ざすことはできないであろうし、ドイツの学説でこの点を明示するも

のはなかったが、一般条項による解決の可能性もあると思われる。

第3はいわゆる現存利益の問題である。既にみたように、不法行為における損害と把握する限り賠償（返還）義務の範囲は固定される。しかし、不当利得説では一般的に、ラーレンツらの見解に代表される如く、善意者の利得の返還義務の免除あるいはその範囲の縮減があり得ることとなる。無体財産権侵害については、獲得された利益の後発的脱落は、実際上はほとんど問題とならないであろうが、しかし、例えば「当初からわずかな利得しかしていなかった」とする善意侵害者からの抗弁提出の可能性は否定できないであろう⁽⁵⁾。ただし、この点については、援用される818条3項は、善意侵害者に法定の特権を与えるという趣旨の例外的規定だから、被侵害者が利得消滅の危険を負うという結果はやむを得ない、とする見方もあろう。しかし、そこまで割り切ってしまうのか、疑問に感じられるところではある。

4 以上、不十分ながらも学説についての考察を試みた。客観的損害論による説明が十分に成功しているとは思われないが、反面、不当利得法上の解決にも、細かに考えてみると、問題点がないわけではないといえよう。とはいえ、前述のとおり、権利の無断使用という侵害類型においては、被侵害者に発生した損害を填補するという観点ではなく、侵害者が不当に獲得した利益の返還という視点が、問題の本質により近いのではないだろうか。不法行為法と不当利得法の機能的差異に着目するとき、後者に基づく法律構成のほうが素直であり、理論的説明が付きやすいのではないかと思われる。

- (1) 本稿第2節第3, 2(3)の本文および注(4)参照。
- (2) Loewenheim, Bereicherungsgrecht(本節第3注(62)), S.73. なお, Esser-Weyers, a. a. O. (本節第3注(37)), S.402.
- (3) 以上の点に関連する問題として、肖像権侵害につき一言しておこう。すなわち肖像権侵害の場合においては、特に本節第1, 2で紹介した判例[8]のような、アマチュアスポーツ選手の肖像の無断使用の場合に、彼の肖像が果たして市場化

に適するか、あるいは財産的価値を有する権利といえるかどうか、が問題の焦点となるであろう。クラインハイヤー (Kleinheyer, JZ 1970, 476. ff.), シュレヒトリーム (Schlechtriem, Bereicherung aus fremdem Persönlichkeitsrecht (第3注(40)), S. 462ff.) 等は宣伝目的に利用される以上、アマチュア選手の肖像にもプロスポーツ選手のそれと区別することなく、不当利得法上の保護が与えられる、と主張している。この点につき我が国では、好美教授が、一般人の肖像権につき財産的価値を否定し、不当利得責任は認められない旨を述べておられる(好美「新しい動向(下)」(本稿第1節注(15)) 387号22頁以下)。思うに、一般市民の肖像においても、その営利的使用のためには、本人の許諾を必要とし、かつ報酬の支払いが肯定されうる＝独立した商品性が認められる場合があろう。アマチュア選手の肖像に対する不当利得法的保護は、必ずしも全面的に否定しえないのではないだろうか。

(4) ランゲの説につき、本稿第2節第3, 3(1)参照。

(5) 侵害行為以外の、別の安い方法で同一の目的を達したから、費用はあまり節約されておらず、その限りにおいて利得していない、とする主張である。この点につき、Sack, a. a. O. (本節第1注(6)), S. 384ff. なお、ザックは、無体財産権侵害者に、不法行為を根拠に使用料相当額の支払責任を課するとしても、問題の実質は損害賠償法の衣(Gewand)を着た不当利得責任なのだから、そこでの処理に際しては、818条3項から導き出される原則が適用されるべきだ、と述べている(Sack, a. a. O.)。

第3節 日本法

ドイツ法の示唆に基づき、次に、日本法における問題を探っていきたい。

日本法についても、検討の対象は、まず第1に、無体財産権侵害における使用料相当額の支払請求権に向けられる(本節2で論ずる)。しかし、第2に、それらの検討を基礎として、有体財産権侵害のケースについても若干の考察を試みたいと思う(本節3において論ずる)。個別的検討に入る前に、以下の叙述にとって必要と思われる、近時のわが国の不当利得法についての学説の新しい動向や問題点について一既に周知のことに属するものを含み、また、「侵害利得」

類型が叙述の中心に置かれるが一整理・略述しておくことにしたい。

1 不当利得法についての学説の現状

(1) 公平説批判と類型論

従来、不当利得法における利得の不当性については、統一的に説明されるのが通例であった。伝統的な理論の中心的存在であった我妻説は、「形式的・一般的には正当視される財産価値の移動が、実質的・相対的には正当視されない場合に、公平の理念に従って、その矛盾の調整を試みようとする制度である」と説いており、公平の理念によって不当利得を統一的に把握しようとするものである。⁽¹⁾このような不当利得の根拠の説明に対し、近時批判が強まっている。批判説は大略、次のように主張して公平説を批判する。すなわち、公平の理念によつては、不当利得の具体的な内容および機能が十分に説明されたことにならない。いかなる利得が不当とみなされるか、が具体的に明らかにされねばならぬ。⁽²⁾と。

かような批判説は、おしなべて、ドイツの学説から強い影響を受けて形成されてきたといえるが、ドイツ法同様、不当利得における不当性の根拠を「法律上の原因のないこと」に求め、さらにこの点の解明は「法律上の原因の欠如」の差異に対応した類型的検討を通じて行なわれるべきである、と主張する。かくして、我が国においても類型論が次第に有力となり、現在では支配的見解となっているように思われる。⁽⁴⁾ただし、その類型化は論者により様々であるのが現状である。しかし、大雑把に言えば、基本的枠組として共通しているのは、給付利得と給付によらざる利得との区別である。⁽⁵⁾⁽⁶⁾⁽⁷⁾なお、第3の範疇として、3角関係（3者関係あるいは多数当事者関係）が上の2類型とは別個に論じられるが、これは、基本的には上記2類型の応用というべきものであろう。ともかく、本稿が検討の対象とする問題事例は、既述のように、上の非給付利得のうち「他人の財貨からの利得」あるいは「侵害利得」の類型に組み入れられている。本稿では、侵害利得と呼ぶことにする。

上に掲げた類型論によれば、侵害利得の不当性は、財貨のあるべき帰属秩序への抵触、違反にあるとされる。つまり、「絶対権およびこれに準ずべきものが権利者に一定の利益内容をあてがっている⁽⁸⁾」にもかかわらず、これと矛盾するような他人の使用ないし利益享受があった場合には、それが財貨の帰属秩序に反するゆえに「不当」と評価されるのである。これは、ドイツの学説、とりわけ通説たる割当内容説の理論を我が法に取り入れたものといえよう。⁽¹⁰⁾

(2) 若干の要件論，効果論について

侵害利得をめぐる要件，効果について，重要と思われる点に簡単に言及しておこう。

① 要件論

伝統的な不当利得論によれば、侵害利得の場合においても「利得」（日本民法703条の条文に即して言えば「受益」）は総体としての差額として説明されていた。すなわち、「その事実がなかったと仮定した場合に予想される財産の総額と、現実に存在する財産の総額」との差額として得られる財産の増加が「利得」である、と把握されていた⁽¹¹⁾のである。

しかし、このような見解に対しても類型論の立場から強い批判が加えられる。例えば、伝統理論は「総体としての差額」をもって不当利得の成立要件と考えるものであって、現存利益との区別を不明瞭ならしめ、また、悪意の不当利得⁽¹²⁾の場合の返還内容の説明にそのままでは当てはまりにくい、との難点を有する、というのである。かくして類型論論者によれば、「利得」あるいは「受益」は、侵害者によって「当初取得された利益」とされ、この取得されたものの価値＝客観的価格が返還されねばならない⁽¹³⁾、と主張されている。

次に、従来⁽¹⁴⁾の見解においては、法律上の原因のない受益に対応する「損失」もまた成立要件として必要であるとされていた。これに対し、財貨秩序に反する利得があったことをもって侵害利得の不当性を根拠づける新たな立場によれば、「損失」の要件は従來說かれてきたような独立の意味を有しない、とされる。ただし、論者によって、説明のされ方は多少異なる。例えば、広中教授は、

「受益と損失とは、『法律上ノ原因ナクシテ』受益する（＝第一の要件）という一つの社会的過程の両端にすぎない」（傍点、カッコは原文のまま）と説明し、⁽¹⁵⁾好美教授は「必ずしも損害が経済的な意味であったかどうかが問題ではなくて、……権利者に帰属すべき使用、収益、処分等の権能が事実上相手方によって行使され利得されているということ自体が、権利者にとっての『損失』だ」とい⁽¹⁶⁾われる。しかし、この両教授とも、その説かれるところに大きな差はあるまい。⁽¹⁷⁾

ちなみに、従来の学説にあっても、「損失」概念を拡大解釈しようとする見解は存在していた。例えば、我妻教授は、甲が何らの権限なく乙の土地を耕作したならば、乙が休閒地のまま放置して何らの収穫も取得しなかったと推測される場合にも、原則として甲の取得した利益が乙の被った損失となる、と主張される。⁽¹⁸⁾また、石田文次郎博士も、不当利得における観察の基点は受益者についての状態であり、従って、受益者の利益取得の結果、他人に損害を与えたか否かは不当利得の本質には重要な事柄ではない、と説かれて⁽¹⁹⁾いる。

さて、ここで「損失」の要件に関連して、利用可能性の問題にも触れておきたい。四宮教授は損失の要件に言及するに際して、さらに次の如くに述べられる。すなわち、他人の休閒地や開いているガレージの無断利用において、その利用可能性も「利益」「損失」の対象たりうると主張される。⁽²⁰⁾利用（処分）可能性の問題については検討すべき点が残されているように思われるが、とりあえずは上の指摘を受け入れておこう。^{(21) (22)}ただし、注意すべきことは、一般的に、「侵害者の行なった利用」と「権利者自身が通常可能な利用」とに形態的な差異がありうるということである。例えば、本稿の冒頭（第1節）の設例①の事案にあっては、土地所有者X自身によるメノウ洞窟利用の可能性は通常考えられず（そこへの入り口が隣人である侵害者Yの地上にのみ開いている）、Yへその利用を移転させること、典型的には賃貸によってのみXの収益的利用が可能であるといえよう。それゆえに、ここで利用可能性というときには、それはかなり広く捉えられるべきであろう。

② 効果論

侵害利得の効果に関しては、類型論の立場からは、既述のように、取得した物の価値あるいはその使用価値の返還がなされるべし、と説かれることが多い。また、これにつき、侵害利得返還請求権は原物返還請求のための物権的返還請求権の補完として機能するからである、として説明する点においても、類型論論者はほぼ一致しているとみられる⁽²³⁾。しかし、論者の中で、侵害者が善意の場合の返還義務の範囲につき、理解が異なっていることが指摘しうるであろう。広中教授、鈴木教授等は、侵害利得についても返還義務の範囲は現存利益に限られる、と主張される⁽²⁴⁾。これに対し、四宮教授の主張の中には次のように説かれる部分がある。すなわち、財貨帰属法型不当利得の類型の「返還義務者は、通常、価格償還義務を負担し、そして、価格償還義務を負う場合は、それが成立する時点で返還義務の範囲は確定するのを原則とする（『利得の消滅』が生じえないから）」（カッコ内は原文のまま）ので、通常は、利得が現存しているかどうかは実際的意味をもたない、とされる⁽²⁵⁾。また、川村教授も、本来は権利者に帰属すべかりし利益（価値）が非権利者に帰属しているという客観的事態が着目されるべきだから、「他人の財貨からの利得はこの制度の本質規定に照らして、現存する他人の財貨からの利得として利得の不当性」（傍点原文のまま）の評価を受けるとし、利得者の主観的態様である善意は irrelevant であると主張される⁽²⁶⁾。結局、両教授の見解は、侵害者善意の場合においても取得されたものの価値が返還されるのであって、返還義務の縮減を考慮しない、とする点で軌を一にするとはいえようが、川村教授にあつては、この発想は特に明瞭であろう。

(3) 以上、我が国の不当利得法についての学説の新展開について私なりに概観し、本稿のテーマに関連して気のついた問題点をとりあげてみた⁽²⁷⁾。感想めいたことを交え、小括しておこう。現在では、不当利得の根拠についての伝統的理論であった公平説に疑問が投げかけられ、法律上の原因の欠如の類型に対応した類型的考察により、不当利得紛争の事案の特質に即した、要件・効果両面での理論的整序が指向されている。我が民法はドイツ民法同様、統一的な不当利得規定を有しているが、本来、物権債権両法域にまたがり、多様な内容をも

つ不当利得を統一的に説明し尽くすことには無理があるのであり、法体系的類型化がめざされることは妥当というべきであろう。また、その際にドイツの類型論は十分に参照に値するであろう⁽²⁸⁾。

ところで、他人の財貨の使用による利得は侵害利得の類型に該当する。そこでは、要件論、効果論についてドイツ法の割当内容説の影響が強うかがわれるといえよう。比較法的考察に基づき、侵害利得類型においては、伝統的理論の説くような意味での利得、損失の要件は不要であり、利用された財貨それ自体の客観的な使用価値が原則的な返還請求権の客体である、とする近時の我が学説の帰結についても、肯定的に受けとめたいと考える。つまり、日本法においても、自己の財貨の無断使用をなされた被侵害者の返還請求権は、まず当該財貨の客観的使用価値に向けられるというべきである。

- (1) 我妻栄・債権各論下巻1,985頁以下、938頁。一般に二元論的公平説と称されている。
- (2) 同旨、末川博「不当利得と不法行為の相関対比」『権利侵害と権利濫用（法律論文集Ⅱ）』761頁以下、松坂佐一・事務管理・不当利得（新版）58頁以下。なお、谷口知平「『利得』について」ロースクール44号55頁。
- (3) 広中俊雄・債権各論講義第5版371頁以下、好美「新しい動向(上)」386号15頁以下（本稿第1節注(15)参照）、四宮和夫・事務管理・不当利得50頁、鈴木禄弥・債権法講義（改訂版）533頁。また、加藤雅信・民法講義6 不法行為等29頁以下。
- (4) 第49回私法学会（昭和60年）において不当利得がシンポジウムのテーマとして議論されたことは、かような趨勢の反映とも思われる。なお、我が国における類型論の発展過程と現状、およびその問題点については、差し当たり、土田哲也「不当利得の類型的考察方法」民法講座6『事務管理・不当利得・不法行為』1頁以下参照。
- (5) 川村、広中、鈴木教授等は、「給付利得と他人の財貨からの利得」、好美教授は「給付利得と非給付利得」、四宮教授は「運動法型不当利得と財貨帰属法型不当利得」とに分類されている。
- (6) 加藤雅信教授は、「矯正法的不当利得と帰属法的不当利得」とに大別される。同

教授は自説の展開に当たり、ドイツ法からの示唆を十分にふまえているものと思われるが、我が国においてはドイツの類型論をそのまま受け継ぐことはできないとされ（「構造」〔本稿第1節注(15)に掲示〕139頁）、周知の通り、具体的な裁判例の総合的分析を通じた、基礎的視点—不当利得法は財産法体系の投影としての箱庭の構造をもつ—を提示し、独自の類型論を主張されている。以上につき、加藤「構造」279頁以下、同・民法講義40頁以下参照。

- (7) 松坂教授は伝統的な公平説に依拠しつつ、給付利得返還請求権と給付以外の事由による不当利得返還請求権とを区別して取り扱い、後者のうち、侵害者自身の行為を原因とする利得として、「侵害利得」をあげる（松坂・前掲140頁）。しかし、松坂教授の類型化は事案の分類としてのその域を出ておらず、利得の不当性を法体系的に類型化しようとしたものではないと思われる。
- (8) 広中・前掲376頁。
- (9) 川村泰啓「『所有』関係の場で機能する不当利得制度（1）」判評117号1頁以下、好美「新しい動向(下)」387号22頁以下、四宮・前掲71頁、189頁、鈴木・前掲488頁以下、加藤「構造」297頁以下、同・民法講義31頁。なお、松坂・前掲140頁以下も、この類型における利得の不当性を財貨帰属との矛盾に求める。
- (10) 「割当内容」という用語を直接採用したものとして、例えば、四宮・前掲189頁。
- (11) 我妻・前掲950頁、末川「不当利得返還義務の性質およびその範囲」『債権（法律論文集III）』310頁以下。なお、末広厳太郎・債権各論926頁以下、鳩山秀夫・増訂日本債権法各論（下巻）783頁以下。
- (12) 川村泰啓「一つの中間的考察」判評72号12頁以下、広中・前掲379頁以下、好美「新しい動向(下)」387号24頁、四宮・前掲60頁。
- (13) 広中・前掲390頁以下、好美「新しい動向(下)」387号24頁、四宮・前掲189頁、鈴木・前掲488頁以下。
- (14) 我妻・前掲964頁によれば、損失とは不当利得の成立原因とされる法律事実によって、財産が積極的に減少することと、その事実がなければ当然に生ずべき財産の増加がないこと（消極的減少）を意味する、とされている。
- (15) 広中・前掲381頁。
- (16) 好美「新しい動向(下)」387号23頁以下。
- (17) なお、鈴木教授は、利得と損失は同じ事態の表裏に過ぎないという（鈴木・前掲534頁）。また、加藤教授は、民法703条にいういわゆる受益および、それが自己の「財産又ハ勞務ニ因(ル)」こと、という2要件のみが帰属法的不当利得におい

て意味をもち、「損失」、受益と損失の「関連性」、法律上の無原因の要件は意味をもたないという（加藤「構造」338頁以下）。あるいは、こうも説かれる。他人の物あるいは無体財産権の利用等の事案では、その事実が立証されたときは「受益」のみならず他の2要件（損失、受益と損失の関連性）も充足されたものとして取り扱う、と（加藤・民法講義37頁）。

- (18) 我妻・前掲967頁以下。
- (19) 石田文次郎「不当利得に於ける『損失』に就て」法学論叢37巻4号577頁。
- (20) 四宮・前掲64頁注(4)。同旨、田山輝明・〔口述〕契約・事務管理・不当利得494頁。
- (21) 例えば、無賃乗車などのケースにおいて、被侵害者に帰属している法益(財貨)を説明するためには、「利用可能性」はなお便宜な観念と思われるからである。つまり、無賃乗車された被侵害者には、自ら生み出す「輸送」の利用(処分)可能性が割り当てられている。一方で、無賃乗車をした侵害者は、この「輸送」を無断で使用した。——法律関係はこのように説明し得るのではなかろうか。
- (22) なお、田山・前掲494頁は、この利用可能性は抽象的・一般的なもので足りる旨を述べているが、この問題は結局は、そこまでして利用可能性を持ち出すことになお意味があるのか、という概念の有用性という疑問に行きつくであろう。
- (23) 広中・前掲391頁、好美「新しい動向(下)」22頁、鈴木・前掲488頁以下など。
- (24) 広中・前掲392頁以下、鈴木・前掲491頁以下、好美清光「不当利得の類型論」私法48号42頁。また、やや留保的ではあるが、水本浩・債権各論(下)〔民法セミナー7〕70頁、74頁。なお、加藤(雅)・民法講義67頁、同「構造」348頁以下。
- (25) 四宮・前掲186頁、75頁注(2)(b)参照。もともと、教授は、原則として「現存利益」を返還すれば足りる、と述べられてはいる(同・前掲185頁)し、利得消滅をきたす場合があるともされている(同・前掲88頁)。
- (26) 川村「『所有』関係の場で機能する不当利得制度(11)」判評140号12頁以下。
- (27) ここでは本稿のテーマと関連をもつ限られた範囲でのみ、侵害利得の要件論、効果論に言及した。侵害利得全般にわたる諸問題の検討は、比較法、日本法の立法過程をも含め、今後の課題としたい。
- (28) もとより、物権変動についての有因主義・無因主義という違い等があり、我が法の理論化に際しては十分な注意が必要であろう。しかし、物権、債権の峻別という点などを含め、我が民法はドイツ法と体系・制度において多くの共通面をもつ。ドイツ不当利得法から示唆を受けるところは大きいといえよう。この点に関し、好美教授発言「私法」48号90頁下段参照。

2 無体財産権侵害

(1) 現行無体財産権法一特に特許法

現行無体財産権法は、故意、過失に基づく不法行為による損害賠償の規定を有している。すなわち、特許法102条、実用新案法29条、商標法38条、意匠法39条、著作権法114条などである。それらの各特別法は、上に掲げた条文中に、共通して次のような内容の規定を定めるが、以下の検討に当たっては、差し当たり特許法を中心にみることにしたい。

すなわち、第1項—侵害者の受けた利益を、権利者の受けた損害と推定する。第2項—権利者は侵害者に対し、当該権利（特許発明）の実施に対して通常受けるべき金銭の額＝実施料相当額を損害として請求しうる。第3項—上の実施料相当額を超える損害の賠償も妨げられない。なお、軽過失の場合、裁判所は賠償額の決定につき、軽過失であることを参酌し、減額することができる。

上の各条項のうち、第3項については特に問題なかろう。ここでは同項が少なくとも、第2項の実施料相当額を超える損害をも請求できるようにすることを目的とする点⁽¹⁾、および軽過失の場合の取り扱いがドイツ旧特許法47条2項2文（現行139条2項2文）と同旨であること⁽²⁾を確認しておけば足りるであろう。また、第1項の推定規定は、既にドイツ法の紹介箇所で言及したように、いわゆる準事務管理に関する問題を含むものであり、目下の検討対象からは除かれ⁽³⁾る。ここでの検討対象は、専ら第2項の規定する適正実施料相当額すなわち使用料相当額の支払請求である。

同項は、第1項と同じく、損害賠償請求権の行使に当たって、無体財産権に特有の損害の立証の困難性を軽減することを狙いとするものである。本項によって、使用料相当額の賠償を命じた判決も多数にのぼる⁽⁴⁾。しかしながら、この条項は、一般には、不法行為に基づく損害賠償請求権を定めたものであるとされながらも、果たして、現に生ずる損害の算定方法を規定したものであるかどうか、につき見解が分かれている。

一方には、同項はあくまで損害の発生を前提とし、単に損害額を定めているに過ぎないから、実損害がない場合には同項の適用はありえない、とする立場がある。⁽⁵⁾しかし、この見解によれば、具体的には、特許権者が他人に通常実施権を与えていなかったり、あるいは自ら特許権を実施して⁽⁶⁾いなかった場合、実損害がないとして、損害賠償請求が認められないおそれが生ずる。この難点を埋めるべく、多くの学説は、この規定は損害の発生を擬制したものだ^{(7) (8)}と主張し、上記のような場合でも、特許権を侵害された者は実施料相当額の賠償を請求しようというのである。そして、このような理解によれば侵害行為と実施料相当額という損害発生との間の事実的な因果関係の存否は問われないことになる。つまり、「権利者が第三者に対する実施許諾をなしうる権利を有することを前提として……侵害行為によって実施料相当額の損害は常に必ず発生する」と説かれて⁽⁹⁾いる。判例もまたこれを承認⁽¹⁰⁾している。とするならば、この規定は正確には現に発生した損害の算定に関するものとは言い難い。従って、同条項は、要件には不法行為としての故意、過失を必要としているとはいえ、全体としてはむしろ、無体財産権の性質を考慮した、不法行為法の特例規定と解することができるであろう。

なお、この点に関し、最近、北川教授は、かような実施料相当額は被害者の具体的事情を捨象して、客観的方法で調査・確定するものであって、いわゆる抽象的損害(計算)の典型例であると述べられており、⁽¹¹⁾「損害の算定」ではなく損害概念の問題として把握することを意識しておられることが注目される。

(2) 不当利得説

① 現行特別法の問題点

上にみたように、特許法などの現行無体財産権法の規定する使用料相当額の賠償請求権は、厳密に言えば、一般不法行為法上の現に発生する損害に向けられるのではなく、損害の擬制のもとに成り立っていることが認められる。確かに、一つの法政策的立場であるとして、この擬制を一応は承認することができよう。しかしながら、この擬制は、被害者が他人に通常実施権を与えるつもり

など全くなかった場合とか、被害者に何ら損害が生じないばかりか、さらに、むしろ利益がもたらされるような事案において、際立ったものとなる。⁽¹²⁾この点はドイツ法の紹介の際に考察した通りである。従って、かような場合にも当然損害ありと擬制することはやや苦しいのではないかと思われる。

② 不当利得説

特許権侵害の場合に、不法行為による損害賠償請求権と並んで、不当利得返還請求権が承認されることは——一部学説の反対もあるが——既にいくつかの学説の説くところである。⁽¹⁴⁾一般的に言っても、不当利得返還請求権が認められるのは当然といえようが、それらの学説は、次のような点をもその根拠としている。すなわち、現行特許法が工業所有権制度改正審議会の「特許権者は、善意にしてかつ過失なく自己の特許権を侵害した者に対しては、利得返還の請求をすることができない」という答申を採用しなかつたという点、および旧特許法上に規定されていた、不当利得返還請求権についての特定の制限的要件を含む条文を、不当利得返還請求権の行使の制約を撤廃する目的で現行法が削除した点⁽¹⁶⁾などである。また判例にも、不当利得による使用料相当額の返還を認めるものがある。⁽¹⁷⁾しかし、今までの不当利得説は、不法行為による損害賠償請求権の消滅時効が3年であるのに対し、不当利得返還請求権のそれが10年であることから、損害賠償を請求できない場合に備え、予備的に不当利得の請求をするという、⁽¹⁸⁾多分に実務的な要請に支えられていたとも思われる。従ってそこでは、不法行為との理論的対比という視点は明瞭ではなかつたといえる。しかし、近年、不法行為としての理論構成に内在する問題点—損害の擬制—を指摘しつつ、適正実施料相当額は不当利得として返還されるべきであるとする学説が現われている。好美教授は、ドイツを中心とした比較法的考察に基づき、適正使用料の返還の実質は不当利得であると主張される。⁽¹⁹⁾そしてまた、不当利得説を唱える学説⁽²⁰⁾が目立ってきているように思われる。これらの学説は不当利得における類型論論者を中心に展開されているのが特徴的である。これは既にみたように、類型論によれば、他人の無体財産権の無断使用は、いわゆる侵害利得に該当する

のであり、その効果として、適正使用料相当額の返還が当然に帰結されるからである。

(3) 無体財産権侵害についての検討

④ 前述したように、現行無体財産権法をめぐっては、一般不法行為の故意、過失を要件としながら、他方で、損害が擬制されるという、不法行為法上やや歪んだ構成が認められる。そして既に一言した如く、例えば、原告が他人に実施権を付与することを何ら企図していない場合や、原告に何ら実損害が生じておらず、逆に利益が獲得されていることを被告が立証したときの問題処理については、擬制としての損害賠償という構成は—それを損害概念の問題として意識するか否かにかかわらず—やや技巧的であり、不自然なものを含むように思われる。しかし、これまで述べてきたことは、あるいは特別法上の問題にとどまるといえなくもない。しかしながら、かような特別法で処理できない場合、すなわち肖像権や氏名権の侵害については、なお問題点が払拭され得ないというべきであろう。例えば、有名な俳優の氏名、肖像が、宣伝目的のために無断利用されたというケースでは、差し当たり、一般法に従って解決せざるをえないものと考えられる。その際、まず考えられるのは、一般不法行為法上の問題として取り扱うことである。しかし、これについては、ドイツ法の検討においてみてきたように、不法行為による法律構成に係る問題点が、我が民法においても基本的に当てはまることとなろう。すなわち、損害の擬制という操作には不自然さが伴うということ、既に述べた通りである。さらに、以上の問題とは異なるが、不法行為構成を採用する限り、抽象的損害額としての実施料相当額を下回る実損害の立証を侵害者に許すかどうか、といった一般的問題も残される⁽²⁾のではなかろうか。

かくして私は、日本法においても、不当利得の視点に基づいて、使用料相当額支払請求権を性格づけることが、適切であろうと考える。また、この不当利得返還請求権は、侵害利得として位置づけられよう。

② 1, 2の問題点

若干の問題点に触れておきたい。まず第1に、侵害者の主観的態様について。言うまでもなく不当利得という構成に基づく限り、侵害者は善意、無過失であっても、適正使用料相当額返還の責任を負う。ところで、特許法103条は、侵害者の過失は推定される旨規定しており、これによって實際上、無過失に近い責任が課せられることになる。しかし、この規定はあくまで特別法上の特則にすぎない。一般法で処理せざるをえない場合には、侵害者が無過失でも、被侵害者が返還請求しうるものが重要な意味をもつことになるのである。

次に触れておきたいのは、慰謝料との関係である。不法行為による損害賠償という法律構成にとって、あるいはメリットがあると思われる点は、仮に財産的損害の賠償が認められなくても、精神的損害の賠償が認容される、もしくはこの慰謝料という形で被害者のある程度の救済が図られる余地がある、ということであろうか。これはとりわけ、人格権的要素をもつ著作権、氏名権、肖像権について考えられるところである。しかしながら、使用料相当額について、不当利得に基づく返還請求をしたからといって、別途、慰謝料請求権が排除される理由はないであろう。不法行為としての要件が充足される限り、請求原因の異なる慰謝料請求ななお可能であり、この点が不当利得説の欠陥であるとは言えないと思われる。

第3に、不当利得の効果、特に侵害者善意の場合の返還義務の範囲が問題となる。類型論論者の間でも見解が分かれていること、既にみた通りである。私としては、返還範囲の縮減を承認する立場に傾きつつあるが、ともかく、この点は不当利得説に与するときの残された1つの課題である。今は突込んだ検討を行なう余裕をもたないので、この問題については今後の検討を期したい。

なお、第4に、侵害者の返還責任につき、さらに被侵害者の「過失」などの主観的態様をどの程度考慮に入れるべきかという、いわゆる過責の衡量の問題⁽²³⁾がある。財貨の無断利用等の不法行為的側面をもつ侵害利得では、この問題は少なからぬ意味をもつであろう。確かに過失相殺的処理を行なうことは妥当な

結果をもたらすものと思われる。しかし、大きな問題でもあり、本稿はこの点については立ち入った検討をなしえなかった。重要な論点であることを意識しつつ、以後の研究に委ねたい。

③ 冒頭の設例②について

さて、以上の考察に基づいて、本稿の冒頭（第1節）に示した判例、すなわち、設例②を振り返ってみよう。裁判所は肖像の侵害を不法行為の問題として取り扱い、Xには自己の肖像の利用につき通常受けるべき報酬相当額の損害が発生している、と判示している。しかし、上にみた通り、一般に、この理論構成は必ずしも妥当とは言い難いであろう。それゆえに、Xの肖像の使用料相当額の支払請求権は、むしろ不当利得によって根拠づけられるべきかと思われる。

- (1) 光石士郎・特許法詳説（新版）329頁以下、吉原省三「特許権侵害による損害賠償請求訴訟の要件事実」石黒淳平先生追悼『無体財産権法の諸問題』190頁以下、特許庁編・工業所有権法逐条解説（改訂増補8版）241頁、吉藤幸朔・特許法概説〔第8版増補〕370頁。
- (2) 豊崎光衛・工業所有権法〔新版増補〕239頁注(6)、織田季明＝石川義雄・増訂新特許法詳解371頁。ドイツ特許法の規定につき、第2節第1注(11)参照。
- (3) この問題については、好美「再評価」（本稿第1節注(3)）411頁以下。
- (4) 判例については、実施料相当額の具体的算定方法の問題をも含め、古城春実「特許・実用新案侵害訴訟における損害賠償の算定(5)」発明86巻5号39頁以下、青柳吟子・注解特許法上巻（第2版）〔中山信弘編著〕§102、889頁以下が詳細である。
- (5) 染野義信「損害賠償額の算定方法」ジュリスト236号52頁。また、光石・前掲328頁以下（旧版の見解の改説か）。
- (6) とりあえず、豊崎・前掲238頁。
- (7) 擬制であることを明示的に指摘するものは多数あるが、例えば、品川澄雄「不実施特許権者の損害額の算出」特許判例選185頁、織田＝石川・前掲370頁、好美「再評価」413頁、播磨良承・特許と商標の保護127頁、設楽隆一「損害(2)―侵害行為により受けた利益」牧野利秋編『工業所有権訴訟法』346頁、橋本良郎・特許法〔改訂版〕277頁、青柳・前掲879頁以下など。なお、擬制とはいわぬまでも、ほぼ同旨、森島・前掲（本稿第1節注(9)）11頁。

- (8) このような解釈の根拠として、本条項が、工業所有権制度改正審議会の一般部会の答申（昭和31年12月）にあらわれた次のような趣旨の規定の立法化であることがあげられている。すなわち、「侵害に係る特許発明の実施料相当額は、特許権者の被った損害額の一部とみなす」（特許庁編『工業所有権制度改正審議会答申説明書』143頁。なお、105頁以下をも参照）。この点、豊崎・前掲237頁参照。
- (9) 青柳・前掲880頁。なお、齊藤博「不実施実用新案権の侵害と損害額の算定」特許判例百選（第2版）203頁も同旨か。
- (10) 例えば実用新案権の事例だが、①東京地判昭和37・9・22判タ136号116頁は、自ら実施していない、銃の玩具に関する実用新案権者につき、侵害者の得た収益額を損害の額と推定することはできないとして（第1項の推定規定の適用を排斥）、実施料相当額をもって損害額であると判示した。また、②大阪地判昭和55・6・17無体集12巻1号242頁も、表札についての実用新案権者が権利を保有しているのみで、自ら実施していなかったケースにおいて、①判決と同様な判断を下している。その他の判例につき、とりあえず、豊崎・前掲239頁注(7)、品川・前掲185頁。
- (11) 北川善太郎・注釈民法(10) [奥田昌道編集] 571頁以下。北川教授は、無体財産権の諸規定におけるような抽象的損害計算は、「抽象的損害と云うような責任原因と関連付けられた損害の一類型として把握すること」につながる旨を述べておられる（577頁）。
- (12) 好美「再評価」413頁。
- (13) 萼優美・改訂工業所有権法解説（4法編）245頁以下が消極説を採る。すなわち、侵害者に故意、過失があつて、不法行為が成立する場合には不当利得返還請求権の目的である利得は全て損害額と一致するからである、と理由を述べる。
- (14) 光石・前掲338頁、吉原・前掲195頁以下、吉藤・前掲370頁など。さらに桑田三郎＝松居祥二「特許侵害事件における不当利得返還請求額について」AIPPI 26巻7号392頁以下（同論文はドイツにおける判例やケメラー等の学説にも言及する）。なお、わが著作権法117条1項は不当利得返還請求権を承認する規定である。
- (15) 光石・前掲338頁、小野昌延「特許登録前の発明侵害行為と不当利得」谷口教授還暦『事務管理・不当利得の研究(1)』239頁、織田＝石川・前掲358頁。
- (16) 小野・前掲230頁、吉原・前掲179頁、豊崎・前掲241頁。昭和45年の改正以前の、旧特許法52条2項は、不当利得返還請求権は、当該特許権の設定の登録後でなければ行使しえない旨規定していた。改正法は仮保護の権利の強化のため、同請求権を出願公告の段階から行使し得るようにすべく、上の規定を削除した（宮

脇幸彦＝後藤晴男「特許法等の一部改正法の解説(2)」法曹時報23巻4号49頁)。

- (17) 例えば、東京地判昭和42・7・3下民集18巻7・8号739頁。YがXの有する抗生物質の製造法に関する特許権を無断実施した事例。Yは実施料相当額を不当利得としてXに返還する義務がある、と判示された(781頁)。その他の判例については、差し当たり、青柳・前掲923頁以下を参照されたい。
- (18) 吉原・前掲195頁。なお、このような実務的対応の適例として、富山地判昭和45・9・7無体集2巻2号414頁がある。これは、メラミン樹脂製造法に関する特許権侵害の事例であるが、原告は損害賠償請求を第一次請求とし、予備的に不当利得返還請求を行なった。裁判所は、損害賠償請求権が存続している部分については、実施料相当額の賠償を肯定し、同請求権が時効消滅している期間における侵害については、予備的請求としての、不当利得返還請求を認容した(450頁以下)。
- (19) 好美「再評価」413頁。
- (20) 松坂・前掲155頁、広中・前掲367頁、四宮・事務管理・不当利得189頁、190頁注(3)。また、豊崎・前掲241頁、播磨良承・工業所有権法の基本問題(第1巻)133頁。
- (21) 北川・前掲577頁の叙述から示唆を受けた。
- (22) 同条は実用新案法30条、商標法39条等において準用される。なお、同旨、意匠法40条。
- (23) 問題の性質を機縁責任であるとすることを含め、かような衡量を行なうことを説く近時の代表的論者は鈴木教授である。鈴木・前掲(本節1注(3))496頁参照。

3 有体財産権侵害—不法占有

ここでは主として、権限のない者によって有体物、特に不動産が無断で占有・使用された場合、すなわち不法占有(不法占拠)の事例を取り上げて考察してみたい。

(1) 不法行為説

不法占有のケースは、通常、不法行為の問題として取り扱われている。判例に現われた不法占有の事例はきわめて多いが、例を挙げれば、賃借人が賃貸借終了後もひきつづき目的物を不法に占有している場合⁽²⁾、第三者の不法占有によって借地人の借地利用が妨げられた場合⁽³⁾、家屋の無断転賃の場合など、もとも

と目的物の利用が継続的な収益目的に向けられている、あるいは、物の利用についての契約関係が存在する、といった特徴を有するケースが目立っているようである。⁽⁵⁾そして、上のような諸判例において、特別な事情の存しない限り、賃料相当額が損害であると説かれることが多い。⁽⁶⁾

学説もまた、判例と同様に、上のような諸場合を不法行為として取り扱うこと、および当該目的物の賃料相当額⁽⁷⁾の賠償を承認することにつき、異論はないように思われる。しかし、不法占有の問題に言及する学説は、判例の状況を反映してか、概して、上のような何らかの具体的利用関係の認められる事例を素材として説示する傾向が強いのではないだろうか。

さらに、判例には(ただし下級審であるが)、既に目的不動産の利用関係はあったとはいえ、不法占有がなされた時点では、被侵害者が何ら目的物の利用を企図していなかったというケースがごく僅かながら見出される。そして、そこにおいては賃料相当額を損害と考えることを否定するものと肯定するもの⁽⁸⁾とに⁽⁹⁾、判断が分かれているのである。例えば、否定例として、東京地判昭和46・7・27判時647号65頁がある。これは店舗用建物を賃貸借終了後も引き続き占有するYに対し、賃貸人だった建物所有者Xが賃料相当額の賠償請求を行なったのであるが、XはYの店舗明渡し後はこれを取り壊し、防災対策上空き地とする予定であったという事例である。裁判所は、本件建物の使用収益が妨げられることから生ずる損害として、賃料相当額を持ち出すことはできないとして、Xの請求を棄却している。

このように、不動産の無断占有の場合全てに、不法行為による法律構成が疑いなく当てはまりうるかは、なお問題とする余地がありそうに思われる。以下、不法行為説を検討してみたい。

(2) 不法行為説の検討

① 不法行為における損害概念については、我が学説上、差額説が通説とされている。すなわち、「損害」とは、もし加害原因がなかったとしたらあるべき利益状態と、加害がなされた現在の利益状態との差である、と説明されている。⁽¹⁰⁾

これは既にみた如く、ドイツにおける差額説に由来するものである。さらに判例にも差額説的損害観を示すものがみられる。これに対し、他方、個々の法益について被った不利益ないし損失をもって「損害」と捉える考え方があり、現実的損害（損失）説と呼ばれる⁽¹²⁾。そして、我が国の判例は、法益の種類によっては一例えば交通事故の場合、労働能力の喪失による逸失利益の算定において一差額説的考え方を基礎とすることがあるが、一般的には具体的な項目毎に損害を認定するものであり⁽¹³⁾、その意味で損害を現実的・具体的に把握する立場に立つ、とも評されている⁽¹⁴⁾。また、差額説を批判する近時の学説においても、損害の理解において個別具体的把握を主張する見解がみられるところである⁽¹⁵⁾。

以上のことから、我が国の判例においては一特に本稿のテーマとする侵害形態につき、前述のような下級審における判断の対立にもみられる如く一差額説と具体的個別的把握としての損害概念とがどのように位置付けられ、用いられるべきか、についての明確な認識はなされていないのでないか、という疑念が生ずる。また、学説においても、これまで差額説を批判するものは少なくなかったが、それらも、いずれかというと人身損害賠償論を中心に論じられることが多かったように思う。そして、本稿が問題としている財産の無断使用という侵害類型を取り上げて一般的に損害論を展開するという理論化の動きは、あまりみられなかったように感じられる。つまり、学説上、ドイツで議論されているような意味での「客観的（抽象的）損害概念」を意識的に採用した見解は、我が国ではあまり見出しえないと思われる⁽¹⁶⁾。結局、我が国の学説あるいは判例においては、損害の把握につき、いまだ不透明（未整理）な状態にある、というように思われる。

② さて、以上のような視点に立って、不動産の不法占有を不法行為理論によって説明するときの問題点を検討してみたい。

前述のように、我が判例、学説は、不法占有を論ずる場合、主として既に収益目的に向けられた継続的利用関係が存在しているケース一例えば、賃貸借終了後の賃借人の不法占拠—を取り扱っていたと思われる。しかし、不法占有が

問題となる事例には、下級審判例に現われたような、賃貸借終了後において目的不動産の利用が計画されていない場合や、さらにそれをこえて、不動産所有者によって、もともとからその利用が全く予定されていない場合がありうるであろう。例えば、Xが自己所有地を荒蕪地のまま放置していたところ、Yが過失によって無断で同地上にサーカスの小屋がけをした、というような事例が考えられる。かような場合、Xはどのような救済を受けうるのであろうか。まず、差額説によるならば、Xは何らの救済をも得ることができない、との結論が下されよう。なぜならば、Xは自己所有地を放置していたのであり、Xには自らの利用の蓋然性も、また他人に賃貸して賃料を收取する蓋然性もあったとは言えないからである。とするならば、Yの利用行為の後においてもXの利益状態は従前のそれと何ら変わらないものというべく、従って、Xには損害が生じていない（別言すれば、Yの無断利用行為とXに生ずるとされる賃料相当額の損害との間に、事実的な因果関係は認められない）、と結論されることになる。それでは、項目毎に損害を把握するという意味での、個別的、具体的な損害の理解によるならばどのような解決がなされるであろうか。ドイツで説かれる客観的（抽象的）損害論に立てば、かかる事案においても、賃料相当額の損害が発生しているものと解されることになる。しかし、上に一言したように、我が国の学説や判例における損害概念の理解には、現実的損害説という名称が冠せられているとはいうものの、なおあいまいな点があることは否定しえないと思われる。従って、我が判例、学説がドイツと同様の結論—賃料相当額の損害賠償を認める—を導き出しようとは必ずしも言い難いと思われる。むしろ、差額説と同じく、賃料相当額の取得の蓋然性がないという理由から、Xは何らの損害をも被っていない、と帰結される可能性があるように感じられる。しかし、本事例において、Yに過失があるにもかかわらず、Xが何ら保護されないという結論は、少なくとも公平の観点から見ても妥当であるとは思われない。

さて、ここで、既にドイツ法の検討の際に論及した、無体財産侵害の事例、とりわけ肖像が強精剤の宣伝広告に無断で使用されたという事案（第2節第1

2の判例〔8〕)を想起してみたい。この事案の特徴は、被害者が自己の肖像を強精剤の宣伝に使用させる意図を全く有しないものと認定されている点であった。従って、この種の事例を不法行為の問題として法律構成していく場合、肖像の使用許諾および使用の対価の取得が考えられない以上、肖像権者に肖像の使用料相当額の損害があったというには幾分無理があること、それゆえに、一般に使用料相当額の返還請求権を不当利得によって説明するほうが適切であると思われること、既に述べた通りである。

それでは、ここで検討している荒蕪地の無断使用についても、上の肖像権侵害と同様のことが言えないだろうか。本件のXは所有地を放置しており、自己による利用のみならず他人に利用させる蓋然性がなかったものと認められる。それゆえXに賃料相当額の損害があるというには損害の「擬制」という操作を加えねばなるまい。しかし、既述の通り、それにはやはり不自然さが伴うように思われる。そうだとすると、先の肖像権侵害の場合とほぼ平行に考えてよいと思われる。すなわち、この不法占有の事例においても、無体財産権侵害と同じく、不当利得のアプローチによってXに少なくとも適正賃料相当額の返還請求を認めること、に目が向けられて然るべきではないだろうか。

③ 既にみた通り、我が国では、無体財産権侵害につき、主に被害者の損害の立証の困難性を救うという目的から、ともかく立法的解決によって、使用料相当額の損害賠償請求権が一そこに問題はあるにせよ一承認されるに至っている。しかし、先に指摘したように不動産の不法占有、すなわち有体財産権侵害においても、ただちに被侵害者に損害があったとはみなされない場合が存在する点に注意が払われるべきであろう。

その意味で、実際に生じた不動産の不法占有の事件として注目に値するのは、本稿の冒頭(第1節)に示した①の事例である(但し、本稿は侵害者Yに軽過失がある場合を問題とした)。特に本事例は、Xには所有地の地下に横たわる縞メノウの洞穴を、そこへの入り口が自己の地上にはないため、自らの手で利用することが期待できないという特性をもっている。さて、本事案を我が民法

の問題として考えるとき、ここにも荒蕪地の無断使用のケースと同一の問題が存在しているといえよう。すなわち、Xが隣人Yにこれを賃貸していた（洞穴の自身による利用が困難であるため）とする蓋然性は乏しいといわなければならぬ。従って、洞窟利用のこの種の蓋然性がない以上、差額説のいう財産的な差が認められず、結局、差額説によつてはXは救済を受けられないであろう。しかし、一方、具体的損害説によつても、先に述べたように、Xにはいかなる損害も発生していない、という結論が導き出されるおそれは否定できないと思われるのである。それゆえ冒頭の事例①は、不当利得に基づく理論構成によつて処理されるべきであろう。つまり、具体的には、不当利得として、軽過失あるYに洞穴のX所有部分についての賃料相当額の返還を命ずることが妥当な解決であるといえよう。かくして、我が国の不法行為理論の現状を顧慮するとき、上述のように、有体財産権侵害においても、不当利得に基づいて賃料（使用料）相当額の返還請求を認めることが最も無難な理論構成である、というのがこの小稿の結論である。

- (1) 判例（昭和38, 39年頃までの判決）を詳細に整理、検討したものとして、椿寿夫「不法占拠」総合判例研究叢書民法(25)がある。
- (2) 例えば、大判大正10・5・3民録27輯844頁。賃貸借契約解除後も賃借人が家屋から退去しなかつた事例。
- (3) 例えば、大判昭和7・7・7民集11巻15号1498頁。XがAから賃借している土地の一角に、Yが小屋を建築し、当該土地部分を占有したケース。
- (4) 例えば、最判昭和34・7・30民集13巻8号1209頁。AはXから使用貸借により借り受けていた家屋の、1階店舗部分を無断でYに転貸した。XA間の使用貸借契約は解除され、Yも退去したが、XからYに占有期間中の賃料相当額の支払い請求がなされたという事例。
- (5) なお、他人の建物を賃貸した事例として、大判昭和10・12・20民集14巻23号2064頁。Xの競落した家屋を過失によって自己のものであると信じたYが、これをAに賃貸し、賃料を取得していたという事案。
- (6) ただし、損害算定の基礎となる賃料は、必ずしも一様ではないようである。こ

の点につき、篠原弘志・注釈民法(19)〔加藤一郎編集〕50頁、椿・前掲180頁以下。なお、前注(2), (3), (5)のいずれの判例も、そこでの約定賃料を損害とする。前注(4)の事件では転賃の際の約定賃料(1万2500円)を基準としつつも、相当賃料は5千円であると判示されている。

- (7) 賃料相当額とは、一般に、当該目的物の客観的賃料を意味するものであろう。例えば、鈴木祿弥・借地法下巻(改訂版)670頁以下は、前注(3)の判例の結論、すなわち、Xの損害はA X間の約定地代額である、とする点を批判し、Xの損害額は客観的に正当な地代額であると主張する(同・借地法上巻(改訂版)493頁も同旨)。四宮和夫・不法行為577頁も同旨を説いている。また、幾代教授も、通常の賃料相当額(傍点筆者)を賠償すべし、という(幾代通・不法行為276頁)。加藤一郎・不法行為(増補版)221頁ははっきりしないが、同・前掲(第1節注(3))90頁(最下段乙、丙の発言箇所)の趣旨は客観的賃料の意味と思われる。
- (8) なお、否定した事例とはいえないが、大阪高判昭和44・2・27判時584号78頁は、権利者の用に供されていない私道敷地の不法占有(堀、門、庭を無断造作)のケースにつき、一般不法行為により賃料相当額を損害とみなすことをいささか躊躇しているとみられる。
- (9) 東京高判昭和62・6・29判タ658号135頁。建物の賃貸借契約を解除された賃借人Yが引き続きこれを占有したが、この建物は貸主Xにより取り壊しが予定されていた、という後述の否定例と類似の事案である。取り壊す予定であっても建物としての価値は失っていないから、その使用価値の価額としての適正賃料相当額がXの被った損害である、と判示された。
- (10) 於保不二雄・債権総論(新版)135頁、136頁注(1)。於保教授は「損害は現実的かつ具体的不利益そのものであることは後説(現実的損害説—引用者注)の説くとおりであるが、金銭賠償主義をとるわが国においては、財産的損害については差額説によるほかはない」と述べられる。そのほか、幾代・不法行為260頁、鈴木祿弥・債権法講義(改訂版)54頁以下参照。
- (11) 例えば、最判昭和39・1・28民集18巻1号136頁がこれを明言する。
- (12) 林良平=石田喜久夫=高木多喜男・債権総論(改訂版)115頁、北川・前掲(本節2注(11))470頁以下。なお、前田達明・民法VI 2(不法行為法)303頁以下参照。
- (13) 例えば、自家用車運転中の交通事故による負傷の場合、毀損した車の修理費、入院治療費、負傷休業による逸失利益など、別個の損害算定がなされる。
- (14) 林=石田=高木・前掲115頁。
- (15) 例えば、前田・前掲303頁、淡路剛久・不法行為法における権利保障と損害の評

価233頁。

- (16) ただし、注目すべきは四宮教授の見解である。同教授は損害概念の捉え方につき差額説の立場を不動なものとは考えず、客観的・規範的損害概念の導入を提唱する。そして「現状回復の理念に基づき、権利に関する規範によって内容を規定される客観的損害を最小限度の損害とする損害（規範的損害）を認めるべき」場合が存することを主張されている（カッコ内原文のまま）。そして、これは不法行為制度の権利追求機能にも役立つ、といわれる。具体的言及はされていないが、教授が、他人の権利の無断使用における適正使用料相当額の損害賠償を肯定するのは、かような観念に基づくものであろうし、また、これは先にみたドイツにおける客観的損害論に近似するものといえよう（四宮・不法行為444頁以下、577頁参照）。また、有体財産権侵害についての具体的事例を想定した上での論述ではないが、北川教授の主張もほぼ同旨といえようか。すなわち、同教授は、抽象的損害（計算）という問題は今後さらに論議を重ねることが必要な問題だとしつつ、そこでは「保護されている法益の客観的価値という考え方」が決定的だ、と説かれる（北川・前掲576頁以下参照）。

さらに、加藤一郎教授の見解も注目値する。すなわち、前掲（第1節注(3)）90頁（最下段、乙、丙発言）において、次のように説示される。「たとえば他人の所有している空き地に家を建てたような場合には……（不法行為として）賃料相当額の損害が抽象的にあるとして、その損害賠償を認め（る）」と（カッコ内は引用者が補充）。この主張も、ドイツの客観的損害論に近いものと考えられるが、詳細ははっきりしていない。

- (17) このような帰結を示すと思われる叙述として、例えば、篠塚昭次・民法口話4債権各論236頁がある。次の旨が説かれている。他人の別荘に無断で泊まった場合、すでに侵害者が別荘から立ち去り、別荘も破壊されていないとき、「どうやってその『損害』を計算し『賠償』を請求できるのか、「所有者が使用する予定でもあってそれを妨げられたのでないかぎり、具体的に『財産的損害』を計算するのはむずかしいと思う）」と。なお、篠塚教授は、他人の車を無断使用した場合も含め、このような場合を不当利得によって説明する。

第4節 むすび

以上、不十分ながら、ドイツ法を参照しつつ、他人の財産の無断使用一特に

侵害者に軽過失がある場合—についての法律構成の問題を検討してみた。

これまで我が国では他人の財産の無権限使用については、不法行為法上の処理が可能であることに疑いが向けられず、また、あまり意識的な検討もされなかったと思われる。

本稿において、私は若干の考察を試み、特別法に規定のある特許権等の無体財産権侵害では、当該権利の使用料相当額＝損害という定式が「擬制」のもとに形成されており、また、そこには幾分かの不自然さがあると思われること、さらに、肖像権侵害等を一般不法行為法で処理するに際しては、それ以上に、損害が擬制としての性格を免れ得ないことを、多少なりとも示したつもりである。

また、有体財産権侵害、なかんづく不動産の不法占有についても、現在の判例、学説の不法行為理論＝損害論では、必ずしも十分に解決しえない問題が存在しうることを示唆したつもりである。

ただし、本稿は当初より、主として不当利得法の観点からの検討に力点を置いたものであって、不法行為すなわち損害論の視角からの考察には十分でない点があったといわねばなるまい。しかし、ともかくも、これまでの考察から得られたこととして次の点は強調しておきたい。すなわち、他人の権利の無断使用の事案の実質は、当該財貨に内包されている換金可能性つまり客観的利用価値の剝奪なのであって、これには、財貨帰属秩序に反して獲得された利益を返還させるという侵害不当利得の基本思想がよりなじみやすい、と。

かくて、無体財産、有体財産の区別なく、不当利得に基づいて、適正な使用料相当額ないし賃料相当額の返還を承認することが一比較法的検討に照らしてみても一より適切な法律構成であると思われる。

最後に、随所で留保した諸問題につき、他日具体的な検討を行うことを期して、本稿を終えることにしたい。

[追記] 原稿提出後、①川角由和「不当利得法における『出費節約』観念の意義」島大法学34巻2号1頁、②田村善之「特許権侵害に対する損害賠償」ジュリスト964号64頁に接した。①は侵害利得の要件・効果を論ずるものであるが、特に、本稿が論及しえなかった問題についても一定の態度表明を行っており、注目される。②はわが国特許法102条1項、2項の解釈論である。損害賠償の観点からの新たな解釈的提案を含むものとして注目に値する。しかし、①②いずれについてもその詳しい検討は別の機会に譲らざるをえない。なお、②の著者である田村助教授からは、本稿引用の文献に関しご教示を受けた。お礼を申し上げる。