The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	不正競争に基づく不当利得責任
Author(s)	大久保, 邦彦
Citation	阪大法学. 2022, 71(5), p. 19-62
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87391
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

不正競争に基づく不当利得責任

大久保　邦彦

一　はじめに

不正競争行為を行った者に対して、民法七〇三条に基づき、不当利得の返還を請求することができるか。不正競争防止法は「不正競争」として禁止される行為類型を限定列挙し（二条一項）、不正競争によって営業上の利益を侵害された者に差止請求権（三条）・損害賠償請求権（四条）等を与えているが、不当利得については規定がない。侵害者に故意・過失がないために、あるいは時効消滅により（民七二四条一号）、損害賠償を請求できない場合には、不当利得を認める実益もある。[1] 裁判例においては、不正競争に基づく不当利得返還請求を認容したものはないが、不正競争に基づく不当利得返還請求を不正競争が成立しないという理由で棄却したものはある。[2] 学説においては、日本では否定説が優勢である。他方、ドイツでも判例はないが、[3] 学説においては、全面的否定説はすでに克服され、現在ではいかなる要件の下で不正競争について不当利得が成立するかが争われている。本稿では、日本とドイツ法圏の主要な学説を紹介・検討した後、やや広い見地からこの問題に対して考察を加え、問題解決のために検討すべき課題を提示することにしたい。[4]

二　学説[5]

1　否定説

日本では、この問題に関する議論は活発ではないが[6]、民法学では否定説が優勢である。否定説を決定づけた学説として、まず松坂説を引用する[7]。

ⓐドイツでは、他人の保護を目的とする法規によって保護された民法第八二三条二項[8]の意味での単なる保護的地位（Schutzpositionen）は、不当利得返還請求権の基礎として役立ち得るような割当を含まないと解されている。かくて、行為規範に対する違反、特に一般的取引義務（allgemeine Verkehrspflicht）の違反および不正競業は不法行為ではあるが、他人にもっぱら割当てられた財貨に対する侵害ではなく、従って、不当利得返還請求権を生じない。

ⓑ絶対権であっても財貨割当[9]〔割当内容〕を有しないものについては、その侵害の場合に不当利得法的保護を欠くことがあると共に、他方において保護的地位も財貨割当〔割当内容〕を語り得る程度に強化されることができる。不当利得返還請求権が認められるためには、当該財貨の一定の人への独占的割当が存することが要件である。かかる要件が存するかどうかは、実定法の決定すべき問題である。

松坂説は自説を公平説と自己規定しているが[10]、「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」とを別個に論じ[11]、後者については、類型論と同様、権利に内在する割当内容との矛盾に利得の不当性を見

出している。[12] 侵害利得の不当性の基準については割当内容説と違法性説とが対立しているが（後述）、松坂は割当内容説と同説である。[13] そして、不正競争防止法を含む保護法規によって保護された単なる保護的地位には割当内容がないという理由で、不当利得の成立を否定する。その際、典拠とされているのは、ケメラーの「不当利得と不法行為」という有名な論文とエッサーの『債務法』の教科書であるが、[14] 上記引用部分についてはケメラーにほぼ同一の文章がある。[15]

割当内容説を前提にして、[16] 不正競争防止法によって保護された単なる保護的地位には割当内容がないという理由で不当利得の成立を否定するケメラーに対しては、エッサー、[17] ライザー[18] 等の支持があり、一九七〇年代頃までは通説であった。[19] 日本の類型論に属する見解の多くは、現在に至るまで、割当内容説を前提にしつつ、不正競争については権利の割当内容違反を否定し、侵害利得は成立しないとする。[20]

ただし、ケメラーは、保護法規によって保護された単なる保護的地位が割当内容を語り得る程度に強化された場合には不当利得の基礎となり得ることを、各論的にも認めている。ドイツ旧商標法二五条は、関係取引圏において他人の同一または同種の商品の標識として通用している表装（Ausstattung）を自己の商品、その包装、容器、看板、価格表、営業書類などに違法に付着させた者、または当該表装が違法に付着させられている商品を流通に置いた者は、表装使用者の請求によって、その冒用行為を差し止められる旨を規定している。そして、ドイツの判例・学説は、同条に基づき、取引通用している表装につき排他的効力を有する標識権（表装権）の成立を認めるに至った。[21] かかる展開に鑑み、ケメラーは、単なる保護的地位から排他的権利に発展した表装が冒用された場合に、不当利得に基づき相当の使用料の支払を認めるべきことを説いていた。[22]

2　肯定説

(1)　日本の知的財産法学説

日本の知的財産法学においては、不正競争の一部の類型について不当利得の成立を認める見解が優勢である。[23] ヘーファーメールが競争法のコンメンタールで肯定説を採っていた[24]ことの影響だと思われる。たとえば、小野昌延[25]は営業秘密侵害・混同惹起行為につき、山本庸幸[26]は商品等表示・商品形態・営業秘密・ドメイン名などの使用料・実施料が観念できる不正競争行為につき、不当利得成立の可能性を認める。ただし、両者は公平説を前提としており、[27] 不当利得の成立を正当化する理由を十分に説明していない。たとえば、山本は、不正競争の場合には「法律上の原因なく」という要件は満たすであろうと理由も示さずに述べており、不正競争防止法によって保護される地位に不当利得法による保護が及ぶかという問題に対する意識に欠けている。それに対し、諏訪野大は、類型論を前提として、不正競争によって営業上の利益を侵害された者に独占的割当が存する場合（混同惹起行為・著名表示冒用行為・商品の形態を模倣した商品を譲渡等する行為・営業秘密にかかる不正行為・ドメインの不正取得等・代理人等の商標冒用行為）につき不当利得の成立を認める一方で、技術的制限手段に対する不正競争・誤認惹起行為・信用毀損行為については不当利得の成立を否定する点で、[28] 注目される。

(2)　違法性説[29]

割当内容説によると割当内容の有無が侵害利得の成否を決するが、割当内容がある権利の画定については割当内容説の内部でも見解が分かれている。特に、人格権や営業権の侵害、不正競争防止法（ＵＷＧ）違反の場合につき意見が対立する。[30] かかる学説状況に鑑み、ヤコブスは、「割当内容はその内容につき補充を要するので、まさにす

べてを基礎づけ得るし、それゆえ何も基礎づけ得ない」と述べ[31]、衡平と感じられる任意の結論を正当化する「割当内容」を魔法の言葉（Zauberwort）だと揶揄する[32]。レープも、「割当内容」は空虚な定式（Leerformeln）であり、法適用者はその定式の中に後から引き出したいものを読み込む（hineininterpretieren）ことができると批判する[33]。

ヤコブス自身は違法性説に立ち、侵害利得の不当性を侵害の違法性に見出す[34]。違法性説によると、絶対権侵害だけでなく保護法規違反の場合にも侵害利得が成立し得るため[35]、不正競争の場合も当然に侵害利得が成立し得る[36]。ただし、違法行為による財産増加がその要件となる。もっとも、ヤコブスによると、保護法規違反については故意・過失が不当利得責任の要件となる[37]。

違法性説によると、違法行為によって取得された利益が返還されるべきである[38]。何人も他人の権利に対する違法な侵害から利益を得てはならないという命題による[39]。そのため、侵害利得の効果につき、割当内容説は権利等の客観的価値の返還を認める（客観的価値説）のに対して、違法性説は利得者の収益返還（Gewinnherausgabe）を認める（主観的価値説）傾向がある[40]。しかし、上記の命題は、利得者から利益を剝奪する根拠にはなるが、剝奪した利益の帰属先を明らかにしていないため[41]、たとえば、不正競争による被害者が複数存在する場合には、侵害者が取得した利益を被害者間でどのように分配するかという難問を生じる[42]。シュルツは頭割りを提案するが[43]、それが可能なのは被害者の数が確定できる場合だけである。その確定が不能ならば、解釈論としては不当利得責任を否定するしかないとヤコブスはいう[44]。つまり、違法性説においても、不当利得責任の限界づけの問題が生じる[45]。

ところで、類型論・割当内容説の創始者であるヴィルブルクは、不正競争についても不当利得を認めていたが、その際、次のように述べている[46]。

不当利得請求権は、特定の財貨につき単独享受を付与する技術的意味で理解された権利から発生するだけでなく、財産を保護する他の法命題からも発生する。しかし、権利に基づく請求権は、物が他人の利益のために利用されるときに利得者の違法行為なくして発生し得るのに対して、権利に基づかない場合は原則として違法性が請求権の要件となる。

不当利得訴訟の基礎としての権利と保護法規の協働は、不法行為に基づく損害賠償法の構成、すなわち、ドイツ民法八二三条一項の権利、同二項の法的に保護された利益および八二六条の良俗違反に対応する。しかし、これらの諸要素の構成的な対置よりも重要なのは、個別の諸規範の解釈であり、不当利得訴訟はその諸規範の目的に基づく。

被侵害規範の目的に着目し、違法性説を発展させたのは、ハイネスである。[48] ハイネスは、規範の保護目的に着目し、不正競争防止法が営業秘密などの個人利益の保護を目的とする場合に限り、故意・過失がなくても、侵害者が不正競争により取得した利益を被害者が剝奪することを認める。[49] 他方で、誤認させる広告や在庫一掃が許されない場合のように、不正競争による被害者が不特定多数存在する場合には、不当利得はそもそも成立しないとする。そして、一般利益の保護は個人の決定に左右されないため、個人の同意により行為の違法性が阻却されるという事実は、規範目的が個人保護であることの確実な徴表となるという。[50]

しかし、違法性説は、利得者以外の者の行為や自然力が不当利得の原因となった場合の説明に窮するため、[51] 少数説にとどまっており、類型論の多くは割当内容説を採る。[52][53]

(3) 割当内容説

割当内容説の多くは、不正競争防止法によって保護された単なる保護的地位には割当内容がないという理由で不当利得の成立を否定していたが（1）、一九七〇年代以降、一部の類型の不正競争につき不当利得の成立を認める説が有力化している[54]。割当内容を認める基準については、説が分かれている。

(a) 規範の保護目的に着目する説（コッペンシュタイナーとクラーマー）

コッペンシュタイナーとクラーマーは、違法性説に立つハイネス（2）に従い、被侵害規範が具体的個人の保護を目的とするか一般の保護を目的とするかで区別をし、前者の場合にのみ不当利得の成立を認める[55]。この点については現在では異論がなく[56]、個人保護を目的とする規範違反を前提として、以下の説が対立している。

(b) 差止請求権に着目する説（クラインハイヤー）

クラインハイヤーは、利得者が他人の法的財貨（Rechtsgut）によって成果を得たことに不当利得返還請求権の正当化を見出す。そして、ある者の法的財貨を語り得るのは、法秩序がその者に、その財貨の利用について決定し、その財貨への侵害に対して防禦することを許している場合、つまり通例、差止請求権が与えられる場合のみだとする[57]。この説によると、不正競争に対して不当利得による保護が与えられる[58]。

(c) 市場における換価可能性に着目する説（多数説[59]）

ヒュッファーやロイターとマルティネクは、個人保護を目的とする規範によって保護される地位のうち、第三者

の行為を禁止するだけでなく、市場における換価可能性（marktfähige Verwertungsmöglichkeit）がある法的地位[60]に割当内容を認める立場を基礎にして、不正競争防止法（UWG[61]）一七条[62]で保護される営業上・事業上の秘密や、一八条[63]にいう原型等が冒用される場合に侵害利得の成立を認める[64]。

この説は、個人保護を目的とする規範違反を要件とする(a)説を基礎とした上で、差止請求権に着目する(b)説を否定し、代わりに市場における換価可能性という基準を提示している。ドイツにおける多数説と目される[65]。

(d)　不法行為的保護に着目する説（カナーリス）

一九九〇年代に入ると、カナーリス、ビドリンスキーというドイツ・オーストリアの巨頭が、割当内容説を前提にして、不正競争に対する不当利得を肯定するに至った。カナーリス[66]は、違法性説と割当内容説との対立につき、通説たる割当内容説に与することを述べた上で（SS.169-170）、次のように続ける（SS.170-171）。

c）　確かに割当内容説は、必要とされる**割当内容**がいかなる地位に帰属するか、それはどこまで及ぶか、という困難な問いに直面している。この観点において、割当内容説は正当な批判を引き起こした。すなわち、割当内容説の主張者は、この問題を広く制定法に依拠せずに、それどころかときおりは個々の事例について、解決しようと試みた。しかし、この弱点は、割当内容説を違法性説の正当な核心と結合し、割当内容は**不法行為的保護**により決定されるという原則を出発点とすることによって、除去することができる。というのは、不法行為法は、ある財貨が特定の人に割り当てられているか否か、どの程度割り当てられているかというまさに今の問題の解決のための独立した制定法上の規律プログラムを含んでいるからである。このことは、ドイツ民法八二三条一項の

権利・法益については承認されているが、不法行為的保護が同条二項にいう保護法規または同法八二六条の良俗違反の基準に従ってのみ与えられる限りにおいても、原則として妥当する。[67] すなわち、同法八二三条二項・八二六条によっても、一定の財貨――特に行為自由および財産獲得の機会（Vermögenschancen）――は、第三者に対する排他的効力を伴って被保護者に割り当てられている。このことが包括的にではなく多少狭い範囲で行われることは、同法八二三条二項・八二六条によって、法が、その（狭い）領域で同法八二三条一項の権利・法益と全く同様の機能を果たす自由領域を創出していることを何ら変更しない。……以上によると、割当内容は原則として不法行為法上保護されている財貨のみに――しかも、不法行為的保護が構成要件上及ぶ限りで、つまり、たとえば侵害が同法八二三条二項にいう保護法規違反の客観的要件を充足する場合にのみ――帰属する。

カナーリスは、以上の立場は違法性説への隠れた回帰では決してないとし（S.171）、不正競争防止法（UWG）違反については、次のように述べる（SS.175-176）。

f）したがって、この問題〔e)営業権の問題〕は、**UWG違反**が侵害利得を基礎づけ得るか否かという激しく争われている問いと非常に密接に関連している。c)で展開した立場からは、この問いは原則的に肯定され得る。というのは、それによると、単にドイツ民法八二三条二項または八二六条によって保護される地位も、客観的―構成要件的侵害が存在する場合には同法八一二条一項一文後段〔その他の方法による不当利得〕に基づく請求権の有用な基礎を形成するからである。UWGは体系的には（dogmatisch）不法行為法の一部であり、その規定の一部はドイツ民法八二三条二項にいう保護法規に相当し、一部は同法八二六条の一般条項に相当する。他方で、

対価請求可能性（Entgeltfähigkeit）の要件から導かれる制限[68]も顧慮されるべきである。この観点の下で、**競争制限禁止法（GWB）一条の評価**を顧慮しなければならない。同条によると、現行法は、競争制限に関する契約を原則として是認していない。そのため、単に競争機会の侵害が問題となっている場合には、侵害利得は原則的に排除されることが導かれるだろう。GWB一条の基本思想によると、事業者は競争機会自体を「売却」してはならないからである。したがって、特に妨害競争（Behinderungswettbewerb）[69]の諸場合において、顧客または供給者に対する関係の妨害が問題となる限りで、侵害利得は初めから排除される[70]。……他方で、UWG一七条という冒用競争（Ausbeutungswettbewerb）、完全模倣（sklavische Nachahmung）[71]、秘密開示（Geheimnisverrat）の諸場合、UWG一八条等という原型の無権限利用（Vorlagenfreibeuterei）の諸場合においては、原則として侵害利得が認められる。

ただし、UWGに違反する労働者の引抜きは、妨害競争に帰属するが、GWB一条の評価が妥当せず、労働者を競争者に委ねたことに対して対価を請求できるため、原則的に侵害利得が認められるとする（S.176）。

(e)　禁止規範による相対的割当を認める説（ビドリンスキー）

ビドリンスキーも割当内容説に立った上で、次のように述べる[72]。ヴィルブルクの説にドグマーティッシュな基礎づけを与えたものと見ることができる。

割当内容原理は、その帰結において――特別に具象的な――排他的権利の領域にもちろん限定され得ない。人

間の多くの利益（およびそれと結合した機会）は、しばしば法秩序によって、権利の客体に高められることによって一般的に保護されるのではなく、限定的に、すなわち、他の人間の一定の行為に対してのみ、具体的な保護法規によって、またはともかく良俗違反の行為に対して保護される。これは損害賠償法においては周知の現象である。たとえば、単なる収益機会、取引上興味深い情報、組織の理念等々の「純粋財産損害」を考えよ。

かかる限定的な財貨帰属と割当内容原理の帰結にあるのは、そのようにして保護されている利益に基づく利得が、当該利益を保護するために禁止されている行為によって生じた場合には、不当利得返還請求権も問題になる、ということである。つまり、この場合には、当然の帰結として、不当利得の事実は利得者自身の違法行為（または利得者に帰属されるべき補助者の行為）[73]に存しなければならない。なぜなら、その財貨は、相対的にかかる行為に対してのみ割り当てられているからである。今述べたことは、特に不正競争の事案において、不正競争が当事者に損害をもたらさず侵害者に利益をもたらす場合（または損害を超える侵害者利益をもたらす場合）に、実際的になる。

ヴィルブルクは今検討した事例において当初から不当利得返還請求権を肯定していた。それゆえ、ヴィルブルクによって基礎を築かれた理論〔割当内容説〕が、割当内容を権利のみに限定することを含めて非難されたとすれば、それは不当である。非難はむしろ、ヴィルブルクの理論からの十分に基礎づけられていない離反に妥当する。もちろん、この離反、つまり問題となっている割当内容の権利への限定は、しばしば今日でも強く主張されている。かかる権利への限定は、利益を得る特定の機会の独占によって競争はさらに制限されるおそれがあるという、特に競争への要求によって基礎づけられている。しかし、それは正しくない。すなわち、ここでは問題となる不当利得の事象を一貫して違法であって規範目的に関連する利得者の行為に限定しているので、不当利得返

還請求権を承認しても、追加的な競争制限にはそもそもなり得ない。不当利得返還請求権を肯定する見解によっても、許されていない行為（*unerlaubte* Handlung）のその他の法律効果（差止請求権および損害賠償請求権）に、不当利得返還請求権が追加されるだけである。それに対して、競争から排除されるべき禁止行為の範囲自体は、全く拡大されない。

それゆえ、利益獲得の機会の包括的な帰属を伴った排他的権利を超える割当内容原理の第二の適用領域が承認されなければならない。すなわち、特定の違法行為に対する禁止規範による法的利益・機会の相対的割当の領域である。限定的な法的利益保護の継続効は、体系的には、包括的な「権利継続効」と同列に扱うことができる。

(f)　その後の学説

ドイツでは、不正競争による不当利得を全面的に否定する説はすでに克服され[74]、現在ではいかなる要件の下で不正競争の際に不当利得が成立するかが争われている[75]。

ケーラーは、カナーリスが競争制限禁止法（GWB）一条の評価を顧慮する点に対しては批判を加えるが、不法行為的保護が割当内容を決定することを支持する。そして、他人の財貨を単に侵害（Beeinträchtigung）するだけなら侵害利得は成立せず、侵害利得が成立するには他人の財貨の利用（Nutzung）が必要であることを指摘する。たとえば、他人の所有物を単に滅失・損傷させたときは、損害賠償請求権は発生するが、不当利得返還請求権は発生しない。侵害者が他人の所有物を自己のために利用または消費したときにのみ、不当利得返還請求権も問題になる。その区別を競争法にも応用し、妨害競争と冒用競争の区別に着目した上で、不正競争行為によって、単に他人の財貨が侵害されただけか、他人の財貨が自己の競争目的のために利用されたかを基準として、侵害利得の成否を

判断する。[76] 労働者の引抜きについては、他人の競争機会の冒用がなく、労働者に対する請求権はその労働者の同意なくして他の競争者に譲渡できないという理由で、侵害利得の成立を否定する。[77]

フルニエによると、侵害利得返還請求権は権利継続効に基づくため、権利に対する侵害がある場合にのみ正当化される。権利の「侵害可能性（Eingriffsfähigkeit）」が不当利得法による保護の自然の限界をなすが、古典的な絶対権だけでなく、債権や、一般的人格権などの枠権（Rahmenrechte）[78] も、不当利得法による保護を受ける。侵害可能なのは、特定の権利客体（有体物だけでなく無体物でもよい）に関し、権利の持ち主に権限を与える権利であるが、その権限は少なくとも侵害者に対して保護が与えられるものでなければならない。ところで、不正競争防止法（UWG）一条[79] に基づき、枠権的な無体財産権保護の新種の形態を示し、不当利得による調整の基礎となり得る権利的な法的地位が、法の継続形成により展開されている。同条により権利的な保護を受けるのは、保護に値する労働結果（Arbeitsergebnis）やその他の無体財産である。労働結果は、あらゆる種類の冒用に対してだけでなく、良俗違反で違法な侵害（Übergriffe）に対しても保護される。競争法上の成果保護権（Leistungsschutzrecht）の枠権的性格のため侵害利得に基づく保護は、違法性を確定する財貨・利益衡量に依存する。その限りで、侵害利得返還請求権は競争法上の評価に従う。したがって、技術的―機能的性質・美的性質の労働結果、新種の労働結果（新作、広告スローガンを含む広告コンセプト、いわゆる「キャラクター」等々）、「よい評判」やイメージ、UWG一七条にいう（秘密の）ノウハウ、営業上・事業上の秘密、一八条の原型が、不当利得による保護を受ける。[80]

三　考　察

以上で、日本とドイツ法圏の主要な学説の紹介を終える。以下では、やや広い見地からこの問題に対して考察を加え、問題解決のために検討すべき課題を提示したい。

1　自由の範囲の画定方法――権利付与と行為規制

私法の基礎には自由という価値があり、自由が個人人格の展開を可能にする。[81]

カントは、「法論への序論」において、「法の概念は、……一人格の行為と他の人格の行為が事実として互いに（直接あるいは間接に）影響しうるかぎりで、この一人格の他の人格に対する外的でしかも実践的な関係に関わる」、「法とは、そのもとで一方の選択意志〔Willkür〕が他方の選択意志と自由の普遍的法則に従って統合されることを可能にする諸条件の総体である」と述べている。[82] そして、サヴィニーは、「法律関係の本質」について、次のようにいう。[83]

人間は、外界のまっただ中にあり、人間にとって、この環境の中で最も重要な要素は、性質と運命によって自分と同じである者との接触である。ところで、自由な存在者たちが、このような接触の中で、自分たちの発展において互いに妨げあわずに促進しあいながら、共存すべきとき、このことは、目に見えない境界を承認し、その境界内で各個人の存在が、また活動が確実で自由な範囲を得るということによってのみ、可能である。そういう境界を定め、これによってこの自由な範囲を定める規則が、法である。

法が自由の範囲を画定する方法としては、権利を付与する方法と、行為を規制（命令・禁止）する方法とがある。[84]ドイツ民法典第二草案議事録では、次のように説明されている。[85]

不法行為に基づく損害賠償義務に関する諸規定は、個人が自己の自由を展開し、自己の利益を追求することが許される個人の権利領域を相互に画定するために定立される諸規定に属する。個人の権利領域は、まず個人の固有の財産権（物権・債権）を含み、それからいわゆる人格権（生命・身体の完全性・健康・自由・名誉）も包含している。人格権は、物についての諸権利と同様に、万人に向けられた侵害の禁止によって保護される。しかし、個人の権利領域は、制定法がある者に他者の利益のために一定の義務を課し、その者にある特定の行為を命令または禁止するという方法によっても、相互に画定される。つまり、その際に、その人の利益を他人による侵害から保護することを目的とする命令および禁止のみが、考慮され得るのであって、これに対して、全体の利益のために課せられた命令および禁止は、顧慮され得ないであろう。

2　権利付与と行為規制の異同

では、この二つの方法には、どのような違いがあるのだろうか。[86]

知的財産については、この二つの方法が併用されており、両者の関係について議論がある。知的財産法の中山信弘は、次のように述べる。[87]

現行の知的財産法では、情報の保護方法としては、権利付与法制と行為規制法制との二通りが存在しているに

過ぎない。具体的には、特許法・実用新案法・意匠法・種苗法・半導体チップ保護法・著作権法が権利付与法制であり、不競法が行為規制法である（二七五頁）。

……情報のある種の利用行為についての社会一般の違法意識が高まるにつれ、このような模倣行為を不正競争行為として、不競法に列挙し、当該情報の不正利用を禁止するという行為規制が行われるようになる。他人の行為を禁止できるということにより、その情報の保有者は、事実上独占的にその情報を利用しうるという地位に立つことになり、情報自体が財としての性格を有するようになる。たとえば、営業秘密は、不競法上、保護される情報については所有権的な構成はなされていないが、ある特定の者に対して権利行使（差止請求権と損害賠償請求権の行使）をしないという契約を締結することにより、事実上のライセンスをすることも可能となる。具体的には、営業秘密の保有者（いわゆるライセンサー）は当該秘密を相手方（いわゆるライセンシー）に開示し、相手方はその秘密につき守秘義務を負い、かつ一定期間だけ利用し、その後は利用しないという契約を締結することにより、特許権のライセンスと似たような効果を果たすことができる（ただ、所有権的構成を採っていないので、第三者効は異なる）（二七五～二七六頁）。

不競法では不正競争行為に対する差止と損害賠償請求は認められるものの、所有権に類似した権利が認められるわけではない。そこでさらに強固に情報を保護するためには、その情報に所有権類似の効果を与えるという方法がある。具体的には、特許法や著作権法等においては、技術情報等の情報を、物に類似するものとみなし、情報に所有権類似の効果を与えている。そうなると、その情報の侵害につき、妨害排除請求権や損害賠償請求権が認められるだけでなく、譲渡・相続したり、実施許諾したり、担保権の設定をしたりすることも可能となる（二七六頁）。

不競法によって保護される対象であっても、財産権としてなお一層の保護を必要とするものについては、権利付与法制である知的財産権法への組み込みが行われることになる（二七七頁）[88]。

以上によると、権利付与と行為規制の最大の違いは、権利付与が財の処分を可能ないし容易にする点にある[89]。田村善之は、知的財産権には登記・登録制度が用意されているため、二重譲渡の問題を解決することができ、権利の移転が円滑に行えることも指摘している[90]。

他方で、権利付与と行為規制という法技術的差異が侵害利得の成否を分ける理由は見出し難いように思われる[91]。

3　権利の諸権限・諸機能

侵害利得によって保護されることが明らかな所有権には、使用権限・収益権限・処分権限等が与えられる。他方で、不正競争防止法によって保護される保護的地位が侵害されると、差止請求権・損害賠償請求権が与えられる。いかなる権限や機能が、権利や保護的地位に割り当てられていれば、侵害利得によって保護され得るのだろうか。

ライザー[92]は、機能によって権利を分類し[93]、法秩序を構造づける諸権利（第一次権）と、第一次権の保護・実現に奉仕する道具的な第二次権（請求権・形成権）とを対置する[94]。所有権によって代表される「ある人に割り当てられ法的保護を伴った独立の法的地位」は、第一次権に属する。所有権の保護に奉仕する第二次権としては、物権的請求権、不法行為に基づく損害賠償請求権、（侵害）不当利得返還請求権が挙げられる。しかし、第二次権は、第一次権を伴わない地位の保護にも奉仕する（例、良俗違反による不法行為）。商標保護は事業者に商標使用につき独占的ないし優先的な地位を与えるため、小さくない経済的価値を持つ。しかし、ライザーによると、商標権の内容

は、商標の利用から第三者を排除することに向けられており、財の積極的な保有・利用（das positive Haben und Nutzen）には向けられていないため、商標権は、著作権や特許権とは異なり、支配権（真正の知的財産権）ではなく、侵害利得による保護を受けない。商標保護によって取得された占有状態（Besitzstand）[95]は、その確実な保有・利用のために割り当てられた財ではなく、事業者によって常に新たに取得・防衛されなければならないものであり、受け身だと失われ得るものだからである。[96] ライザーにおいては、財の積極的な保有・利用が割り当てられているか否かが、侵害利得の成否を分ける基準となっている。[97]

クラインハイヤーは、差止請求権が与えられる場合に不当利得の成立を認めていた（二2(3)(b)）。しかし、差止請求権と侵害利得返還請求権とが認められる場合にはズレがあるので（例、日民一八九条一項[98]、二〇九条二項、二一二条[99]、三九五条[100][101]）、侵害利得の成否の基準を差止請求権に求める説は支持できないだろう。[102]

ドイツの多数説は、法秩序・経済秩序が法的地位・法的財貨の譲渡や使用・収益を委ねることによって市場で換価できることを承認しているときにのみ、割当内容が認められ、侵害利得が成立し得るとする[103]（二2(3)(c)）。

それに対して、カナーリスは、不法行為的保護が与えられる場合に割当内容を認めた上で、対価請求可能性によって侵害利得の成立を制限していた（二2(3)(d)）。この説による場合は、保護法規などの行為規範によって不法行為法上保護される保護的地位の内実を探究し、[104]いかなる権限・機能が侵害利得を基礎づけるかを明らかにする必要がある。ビドリンスキーの見解（二2(3)(e)）についても、同様のことがいえる。

ケーラーは、他人の財貨を単に侵害するだけなら侵害利得は成立せず、侵害利得が成立するには他人の財貨の利用が必要であることを指摘していたが（二2(3)(f)）、これは重要な視点である。[105]すでに、ケメラーが、ドイツ民法八一二条一項の「その他の方法による利得の最も重要な諸場合を形成するのは、他人の財貨が使用（gebrauchen）、

収益（nutzen）、費消（verbrauchen）または換価（verwerten）される諸場合である」と述べていたが[106]、それによると、使用権限・収益権限・費消権限・換価権限が割り当てられており、それらの権限が冒用された場合には、侵害利得が成立することになるだろう。問題は、いかなる場合にそれらの権限が割り当てられているか、ある権限が割り当てられているときに他の権限も割り当てられているといえるか、である。

4　割当内容の内実

(1)　利用成果の割当？

割当内容の内実については、近時、長野史寛が、興味深い検討を行っている。長野は、「割当内容説の基本的発想に忠実であろうとするならば、返還請求の内容に関する問題についても、侵害された個々の権利の割当内容の解釈、言い換えれば、当該権利がいかなる権限および利益を主体に割り当てているのか、それはいかなる趣旨および目的によるものかといったことについての解釈を出発点にしなければならない」とする[107]。客観的価値説と主観的価値説の対立についても、客観的価値説においては、権利者に客体の使用・収益・消費が排他的に割り当てられているだけであるのに対して、主観的価値説においては、利用成果が権利者に留保されている可能性があることを指摘する[108]。そして、長野自身は、以下に述べるように、権利の利用成果が権利者に割り当てられていると解し、主観的価値説を支持する。

長野は、不法行為の責任内容確定規範として、権利回復規範・価値補償規範・権利保全規範・利益保全規範という四つの規範を提示する[109]。このうち、価値補償規範は、「侵害された権利が保障する権限（Berechtigung）ないし地位」（以下、単に「権限」という）または「そこから得られたであろう利益」（以下、「利用成果」という）が損

なわれた場合には、それらの価値が賠償されなければならない、というものである。その前提として、長野は「権限」だけでなく「利用成果」も権利に割り当てられていると考えている。[110]「権限」は権利の本体を構成するのに対して、「利用成果」は後続損害（いわゆる結果損害）として問題となる。[111]

そして、長野は、「利用成果」が権利に割り当てられていることを前提にして、知的財産権（特許権・著作権）に関し、[112]侵害利得に基づく「利用成果」の返還請求を肯定し、主観的価値説を採る。[113]その際、長野が手がかりにしているのが、特許権に関する田村善之の見解である。[114]そこで次に、特許権の割当内容に関する田村の見解を紹介する。[115]

特許法は他人が特許権者の許諾なく特許発明を実施する行為を侵害とする。この法制により、特許権者は特許発明の実施に対する需要を利用することにより得ることが可能と見込まれる利益をいかなる利用態様により自己に還元させるかを排他的に決定することができることになる。すなわち、自己の特許発明を自ら実施するか、あるいは、他人に実施許諾を与えて対価を得るか等々、利用形態を自ら選択して、特許発明の実施に対する需要を利用する可能性を有していることになる。特許発明の実施によりこの需要を満足せしめる機会を市場機会と定義すれば、法は、市場機会の利用の決定権を特許権者に排他的に付与しているということになる。

これに対して、特許権の侵害者は、特許権者の許諾なく特許発明を実施することで、特許法によって特許権者に排他的に割り当てられているところの市場機会を利用するとともに、他方で、実施により特許発明に対する市場の需要を満足させることで、特許権者が市場機会を利用する可能性を喪失せしめている。すなわち、侵害者は特許権者から市場機会を収奪していることになる。この利得は、特許権の割当内容に反しているから、「法律上

の原因」のない不当な利得となり、民法703条により、その価額を返還しなければならないこととなるのである。

このように、田村において特許権者に割り当てられているのは、「市場機会の利用の決定権」ないし「市場機会」である。それは、長野の枠組では「権限」に当たる。[116] かかる理解を前提にして、田村は「市場機会」の金銭的評価の際に、侵害者が特許発明の実施により獲得した利益のうち特許発明に配分される額、すなわち、特許発明自体の価値が返還額となるとする。そして、その算定に際し、一般に特許発明自体の価値として支払われていると観念される実施料額の参酌を認める。[117]

しかるに、長野は、「法は、特許発明の需要に対する市場機会の利用の決定権を特許権者に排他的に付与し、もって特許発明の実施により獲得が期待される利益が、特許権者の選択した形態により彼に還流するシステムを採用している」という田村の構想[118]を出発点として、「特許発明の実施により獲得された利益はまさに特許権者に還流ないし帰属すべきものであり、それが他の者に帰属しているならば、それは侵害利得制度によって是正されなければならないというのが割当内容説の論理的帰結である」、「特許権侵害についての侵害利得の返還内容としては、市場機会の利用の成果のうち特許権に由来する分が返還されるべき」であると述べ、[119]「利用成果」が特許権に割り当てられていると見るのである。[120]

しかし、長野のこの説明に対しては、いくつかの疑問がある。

まず、「利用成果」が特許権に割り当てられていることを認めるとしても、[121]「権限」が特許権に割り当てられていることを否定することにはならないと思われる。[122] 目的物の不法占有の場合には、不動産に関し、賃料相当額の賠償

を、それを実際に取得できたかどうかを問題とすることなく認める判例の集積があるが[123]、長野は賃料相当額を不法占有期間の利用・処分権限の価値を補償するものと位置づけており、それを超える「利用利益」が権限行使によって得られていたならば、その蓋然性を前提としてそれが賠償される必要があるが、それも価値補償規範を踏まえることによって整合的に説明できるとする[124]。また、一般論としても、価値補償規範においては「権限」自体の価値を原則として収益価値によって算定しなければならないが、所有権を初め財産権の多くがそうであるように、市場価格が存在する場合にはそれが通常の利用の価値を表すという[125]。以上は、不法行為に基づく損害賠償に関わる記述であるが、それを前提にするならば、侵害利得についても「権限」は権利の本体を構成するため「権限」侵害に基づき市場価格の返還が指示されるとの結論が自然に導かれるように思われる。長野は客観的価値説に批判を加えるが[126]、長野においても「権限」侵害が生ずる余地があり、その批判が自己に跳ね返ってくる可能性がある。

次に、侵害利得においては、「法の定める財貨の帰属秩序に反して権利者から侵害者に移転したものが返還の対象となる[127]」ところ、侵害者が特許発明の実施により獲得した利益と、権利者による特許発明の実施により獲得が期待される利益とは別個のものであるため、権利者から侵害者に利益が移転したとはいえない可能性がある[128]。ケーラーは、不正競争による労働者の引抜きについては、他人の競争機会の冒用がないなどの理由で、侵害利得の成立を否定していたが（**二2**(3)(f)）、その際、次のように述べている[129]。

> 引抜者は、引抜きによって競争者の競争機会を減殺し、同時に自己の競争機会を改善している。しかし、自己の競争機会の改善は、一部は（その労働者の喪失による）競争者の競争機会の悪化に、一部は自己の活動（自己の営業への被引抜者の従事）に基づいている。それによって設定された他の競争者との関係においても存在する

競争機会は、原初的に引抜者によって作られたものである。引抜者は、存在する労働契約に基づく労働力に対する請求権に存する競争機会を、自己に移転しているのではない。というのは、契約に違反してある労働者に職場を放棄させることと、その労働力を自己のために獲得すること、つまり被引抜者を自己のために投入し、そこから競争利益を引き出すこととは、別物だからである。(130)

ケーラーの考察を特許権に応用するならば、特許権者への「利用成果」の割当が認められるとしても、侵害者による特許権の「利用成果」と特許権者による「利用成果」とは別物であるから、「利用成果」の移転を観念することはできないことになろう。(131)

また、ケーラーの考察は、「利用成果」が権利者に割り当てられていることに対する疑念を抱かせる。割当内容説に立つメストメッカーは、営業権の割当内容を否定する際に、「その主体に営業の自由を与える法秩序は同時に、確実な機会と成果期待を伴った活動領域を絶対権によってその者に割り当てることはできない。……利益（Nutzung）の割当について決定するのは、フランツ・ベームが示したように、平和秩序に属する権限（subjektive Berechtigung）ではなく、競争秩序（Kampfordnung des Wettbewerbs）である」と述べている。(132) 特許権に関するドイツ判例も「利用成果」の割当を認めていない。(133) 広中俊雄によると、「財貨帰属秩序」は、財貨の帰属主体に当該財貨の有する利益内容を割り当てているのに対して、「競争秩序」においては、個別主体にとって、財貨獲得に関する競争が可能になっている経済環境からの利益の享受が問題となるのであり、「財貨帰属秩序」で問題となるような帰属が問題となるのではない。(134)

しかるに、長野は、「競争秩序」における「利用成果」も権利者に割り当てられていると考えている。しかし、

財貨帰属秩序（平和秩序）における「権限」の帰属は確実であるのに対して、競争秩序においていかなる「利用成果」が「帰属」するかは、実際に利用してみないと分からない。[135]

この問題については、さらに検討を重ねたいと考えているが、[136]現段階における私見としては、侵害者による「利用成果」と権利者による「利用成果」とは別物であることにも鑑み、「帰属」が不確実な「利用成果」は侵害利得を基礎づけるという意味では権利者に割り当てられておらず、侵害利得は「権限」冒用を理由として成立するのみだという解釈を維持したい。[137]ただし、「権限」冒用を理由とする場合も、善意の受益者の責任軽減（民七〇三条）は認められるし、[138]その客観的価値の算定は、侵害時を基準とするのではなく、事後的な見地から――たとえば、侵害された特許権が巨利を博したことも考慮に入れて――行われるべきである。[139]

(2) 知的財産権の割当内容

特許法六八条（特許権者は、業として特許発明の実施をする権利を専有する。〔以下略〕）や、著作権法二一条（著作者は、その著作物を複製する権利を専有する。）～二八条は、特許発明や著作物の積極的利用権を規定しているように読めるが、田村善之は、知的財産権は禁止権に過ぎず、[140]知的財産の特定の利用行為を他人に禁止する点で、法技術的には不正競争防止法と差異がないとする。[141]しかし、不正競争防止法に基づく場合を含め、差止請求権者は他人の行為を禁止できることにより事実上独占的に知的財産を利用し得るので、[142]差止請求権者にその知的財産の利用権限が帰属していると見る可能性が生じる。[143]この問題につき、ライザーは、著作権・特許権[144]については財の積極的な保有・利用の割当を肯定する一方で、商標権についてはそれを否定し（3）、[145]ケメラーは、保護法規によって保護された表装に割当内容を認めていた（二1）。また、田村自身、特許権に「市場機会の利用の決定権」の

割当を認めていた(1)。

しかし、どの知的財産権について、いかなる利用権限が権利者に認められるか、また、それはどのように基礎づけられるか、という問いに答えるためには、個別の知的財産権についての検討が必要である[146]。それはこの小稿でよくなし得るところではないので、この問題については将来に委ねることとし[147]、その成果を得た上で、不正競争防止法違反についても改めて考えてみたい。

(3) 絶対的な割当と相対的な割当

ビドリンスキーは、財貨・法的利益・機会の相対的割当を語っていたが（二2(3)(e)）、「絶対的」「相対的」というのは、どのような意味であろうか。最後にこの問題に検討を加える。

絶対権の典型は、所有権[148]および生命・身体であるが、橋本佳幸は、不法行為法に関する記述の中で、絶対権概念には、ⓐ直接支配を権利内容とする権利（排他独占性）、ⓑ万人に対して効力が及ぶ権利（対世権[149]）、ⓒ絶対的保護を受ける権利といった複数の理解がありうることを指摘している[150]。絶対権は、他者による侵害に対し絶対的に（ⓑ全ての人の、ⓒあらゆる態様の侵害に対し）保護されるが、それは、ⓐ絶対権の支配領域が、物や身体それ自体によって、外形的に明確に、かつ、狭い範囲に画定されているため、その絶対的保護を認めても他者（加害者）の活動自由が阻害されるおそれがないことに基づいている。ⓐⓑⓒは互いに連動しているのである。しかるに、非絶対権（例、名誉・プライバシー）の支配領域は外形的基準によって狭く画定されていないため、加害者側の活動自由との比較衡量にさらされるので、非絶対権は特定の態様による侵害に対してのみ相対的に保護されるとする[151]。

この橋本の枠組によるならば、ビドリンスキーのいう「絶対的」「相対的」は、ⓒあらゆる態様の侵害に対し

（絶対的に）保護されるか、特定の態様による侵害に対してのみ（相対的に）保護されるか、という区別が基準となっている。

ところで、橋本は、特定の行為可能性についての排他独占的支配に着眼するときには、知的財産権にも排他独占的支配の領域（特許・発明の実施）があるとする。[152]

しかし、知的財産法の田村善之は、次のように述べている。[153]

たとえば、著作権は著作物に対する排他的利用権であるなどといわれることがあるが、法制度としてそのようなものが現出しているわけではない。同じく著作物の利用行為というにしても複製行為は著作権に服しているが、読書行為は服していない。ようするに、はじめから著作物の利用行為全てについて排他権が存するべきだなどというテーゼは存在しないのであって、制度目的に応じて、どのような行為を排他権に服せしめるのかということを自由に決定してよいのである。貸しレコード業の発展に伴い、新たに貸与行為が著作権に服するようになったことはその一例である。

田村の見解を前提にすると、橋本のⓒの意味では、知的財産権は絶対権でないことになる。かかる観点においても、不正競争防止法によって保護される保護的地位と知的財産権との差異は相対化される。

四　おわりに

割当内容説を前提にした場合、不正競争防止法によって保護される保護的地位が侵害されたときに不当利得が成

立するか、という問いに答えるためには、保護的地位の内実を探究するとともに、[154] 各種の権利、特に不正競争防止法と同じく知的財産を保護する知的財産権につき、その内実を探究し、[155] いかなる権限（割当内容）が侵害利得を基礎づけるかについて明らかにする必要がある。今後は、競争秩序・競争法にも目配せをしながら、かかる作業に取り組むことにしたい。

（1） 田村善之『不正競争法概説〔第二版〕』〔有斐閣・二〇〇三〕一九〇頁、諏訪野大「不正競争と不当利得」法学政治学論究五三号〔二〇〇二〕一九八頁。ドイツでは損害発生が要件とならない点も不当利得を認める実益として挙げられている（Helmut Köhler, Zur Bereicherungshaftung bei Wettbewerbsverstößen, in: Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, 2001, SS.167-168）。花本広志「無体財産権侵害における実施料相当額の損害賠償と不当利得――ロルフ・ザック『無体財産権法の体系におけるライセンス・アナロジー』の紹介を中心として――」獨協法学五四号〔二〇〇一〕一七〇～一七一頁は、さらに、不当利得については現存利益への責任軽減が認められること、両者で額の算定基準時が異なることを指摘する。

（2） 東京地判平成一六・七・一（平成一五年（ワ）第一九四三五号）裁判所ウェブサイト、その控訴審の知財高判平成一七・一〇・二七（平成一七年（ネ）第一〇〇一三号）裁判所ウェブサイト、東京地判平成二六・一〇・一六（平成二三年（ワ）第三九七七一号）裁判所ウェブサイト。

（3） Erik Fournier, Bereicherungsausgleich bei Verstößen gegen das UWG: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes, 1999, S.2; Köhler, a.a.O., S.167; Reinhard Ellger, Bereicherung durch Eingriff: Das Konzept des Zuweisungsgehalts im Spannungsfeld von Ausschließlichkeitsrecht und Wettbewerbsfreiheit, 2002, S.808; Staudinger/Stephan Lorenz (2007) Vorbem 70 zu §§812ff.; GK-UWG/Paal, 2.Aufl., 2015, §9 Rn.87, 91.

（4） 筆者はすでに不当利得の教科書において肯定説を説いているが（橋本佳幸＝大久保邦彦＝小池泰『LEGAL QUEST 民法Ⅴ事務管理・不当利得・不法行為〔第二版〕』〔有斐閣・二〇二〇〕二五頁［大久保］）、本稿ではこの問題に対する考察を深めたいと考えている。

(5) ドイツ学説の詳細については、Fournier, a.a.O., SS.11-54; Bertram Ebert, Bereicherungsausgleich im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, 2001, SS.58-114を参照。

(6) たとえば、不当利得法研究の第一人者である加藤雅信は、この問題に関するヴィルブルクの見解とそれに対するケメラーやエッサーの批判を紹介しているが（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〕一五七頁、一六三頁）、自身の見解を明らかにしていない（諏訪野・前掲注（1）二一九頁注（13））。藤原正則は、この問題に対する解答を無体財産法に委ねている（藤原正則『不当利得法』〔信山社・二〇〇二〕二三八頁）。ただし、営業権には割当内容を認めない（同二一二頁、窪田充見編『新注釈民法⑮債権⑧』〔有斐閣・二〇一七〕一二四頁［藤原正則］）。

(7) 松坂佐一『事務管理・不当利得〔新版〕』〔有斐閣・一九七三〕一四一～一四二頁（ⓐⓑは大久保による）。

(8) ドイツ民法八二三条⑴　故意または過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権その他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対して、これにより生じた損害を賠償する義務を負う。

⑵　他人の保護を目的とする法規に違反した者も同一の義務を負う。法規の内容によれば、その法規の違反が過責なくして可能な場合には、過責がある場合にのみ、賠償義務が生ずる。

(9) 原語はZuweisungsgehaltである（松坂・前掲注（7）一四〇頁）。現在では「割当内容」と訳されているので、以下、地の文では「割当内容」と表記する。

(10) 松坂・前掲注（7）五八～五九頁。

(11) 松坂・前掲注（7）第二章第三節・第四節。

(12) 松坂・前掲注（7）一四〇頁。

(13) 松坂・前掲注（7）六一頁（違法性説を採るシュルツの見解を紹介し、それを批判する）、一四四頁注（2）。

(14) 松坂・前掲注（7）一五〇頁注（13）。

(15) Ernst von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Festschrift für Rabel, Bd.1, 1954, SS.333ff. ⓐについてはS.396, ⓑについてはS.398。この論文については、磯村哲「カェメラー『不当利得』〔紹介〕」〔初出・一九五七〕『不当利得論考』〔新青出版・二〇〇六〕二一一頁以下（不正競業については二一九～二二〇頁）、加藤・前掲注（6）一六四頁以下、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」同志社法学六〇巻七号〔二〇〇九〕六

一九〜六二三頁などに紹介がある。

(16) 「持ち主に財貨を割り当てるのが、絶対権の本質である。所有権その他の絶対権の財貨帰属機能に、利得の不当性に関する判断は支えられている」(Caemmerer, a.a.O., S.353)。

(17) Josef Esser, Schuldrecht, allgemeiner und besonderer Teil, 2.Aufl., 1960, S.807.

(18) Ludwig Raiser, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, S.468.

(19) Ebert, a.a.O., SS.77-78. 豊崎光衛「不正競業と損害賠償」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究 中』〔有斐閣・一九五八〕五九八頁は、否定説を判例・通説とし、反対説としてヘーファーメール、ライマーを挙げる。

(20) 好美清光「不当利得法の新しい動向について(下)」判タ三八七号〔一九七九〕二三頁(ただし、例示されているのは、原産地虚偽表示等で利益を上げた場合である。なお、好美清光「準事務管理の再評価——不当利得法等の検討を通じて——」谷口知平教授還暦記念『不当利得・事務管理の研究(3)』〔有斐閣・一九七二〕四二一頁では、他人の営業主体ないし商品との混同行為の類型につき、標識権侵害として、適正使用料相当額の不当利得返還請求権を認める)、四宮和夫『事務管理・不当利得』〔青林書院新社・一九八一〕一八九頁(ただし、四宮和夫「不正競争と権利保護手段——不法行為法の理論を中心として——」法時三一巻二号〔一九五九〕二一頁では、不当利得の成立を認める)、藤岡康宏ほか『民法Ⅳ—債権各論〔第四版〕』〔有斐閣Sシリーズ・二〇一九〕四五一頁〔松本恒雄〕。知的財産法の田村・前掲注(1)一九〇〜一九二頁(商品等主体混同行為につき)、三六六頁(営業秘密不正利用行為につき)も同旨。

(21) 渋谷達紀『商標法の理論』〔東京大学出版会・一九七三〕一〇五〜一一五頁。なお、同条は競業法的規制であるが、同条の旧々法(一八九四年法)一五条違反に基づく不当利得返還請求を棄却した一九〇〇年一〇月三〇日の帝国裁判所の判例(RGZ 47, 100)がある(同一〇七頁、一一一頁注(2))。

(22) Caemmerer, a.a.O., S.399. 田村・前掲注(1)一九二頁も参照。

(23) 以下に掲げるもののほか、豊崎光衛ほか『〈特別法コンメンタール〉不正競争防止法』〔第一法規出版・一九八二〕三〇二頁〔松尾和子〕、茶園成樹『不正競争防止法〔第二版〕』〔有斐閣・二〇一九〕一六七頁。その他の文献については、諏訪野大「商品等表示該当性一般(3)——題号〔超時空要塞マクロス事件〕」『商標・意匠・不正競争判例百選』〔二〇〇七〕一二七頁を参照。

(24) Adolf Baumbach/Wolfgang Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd.1, 11.Aufl., 1974, Rn.363-366 Einl UWG. 前掲注（19）も参照。

(25) 谷口知平＝甲斐道太郎編『新版注釈民法⑱債権(9)』〔有斐閣・一九九一〕六〇〇頁［小野昌延］。

(26) 山本庸幸『要説 不正競争防止法』〔発明協会・二〇〇六〕二八四～二八六頁。

(27) 小野昌延＝松村信夫『新・不正競争防止法概説〔第三版〕下巻』〔青林書院・二〇二〇〕二八三頁も参照。

(28) 諏訪野・前掲注（1）二〇五～二一七頁。

(29) 違法性説とそれに対する批判については、Ebert, a.a.O., SS.70-75; 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)」富大経済論集三五巻三号〔一九九〇〕一二三～一二四頁も参照。

(30) Hartmut Haines, Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Eingriffskondiktion, 1970, SS.85-86; Hans-Georg Koppensteiner/Ernst A. Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1975, S.91; 長谷川隆「無断使用による権利侵害と不当利得法的視点(2)」富大経済論集三六巻二号〔一九九〇〕三〇四～三〇五頁、村田・前掲注（15）六二三～六三六頁。

(31) Horst Heinrich Jakobs, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung: in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964, S.104.

(32) Jakobs, a.a.O., S.24, S.155; Fournier, a.a.O., S.81の批判もこれに近い。

(33) Hartmut Reeb, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, 1975, SS.35-36. その他の批判については、Dieter Reuter/Michael Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, SS.241-242を参照。

(34) ヤコブスの見解の詳細については、川角由和『不当利得とはなにか』〔日本評論社・二〇〇四〕八〇～一〇〇頁を参照。

(35) ただし、フルニエは、ヤコブスは「他人の権利侵害」を要件としており一貫していないと批判する（Fournier, a.a.O., SS.29-32）。

(36) 違法性説の創始者であるシュルツも、不正競争につき不当利得を認めていた（Fritz Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909), SS.218-226）。違法性説は割当内容説よりも不正競争の場合に不当利得を肯定しやす

い（Reuter/Martinek, a.a.O., S.243; Fournier, a.a.O., SS.2-3; Ellger, a.a.O., SS.804-805）。

（37） Jakobs, a.a.O., SS.114-118.

（38） Jakobs, a.a.O., S.168. ヤコブスはそもそも、不正競争の場合に競争者間で被害者から侵害者に財産が移動しているとは見ない（Jakobs, a.a.O., S.116）。

（39） Schulz, AcP 105, S.443. したがって、違法行為に対する制裁が、侵害利得の目的となる（Koppensteiner/Kramer, a.a.O., S.84）。

（40） 川角・前掲注（34）六六頁、藤原正則「侵害不当利得法の現状――代償請求と利益の返環（Gewinnherausgabe）――」北大法学論集四四巻六号〔一九九四〕一五八二～一五八六頁、藤原『不当利得法』二一〇頁。しかし、割当内容説が収益返還を認めることもある（潮見佳男「著作権侵害を理由とする損害賠償・利得返還と民法法理」法学論叢一五六巻五・六号〔二〇〇五〕二四七～二四八頁、長野史寛「知的財産権侵害における不当利得返還請求――侵害利得と不法行為が交錯する一場面――」法学論叢一八〇巻五・六号〔二〇一七〕六三四～六三九頁）。ただし、長野においては、客観的価値説とは「得たもの（ド民八一八条二項）」（利用それ自体）の共通価値ないし市場価値（だけ）が返還されるべきだとする説であり、主観的価値説とは「得たもの」が返還債務者の財産に実際にどれだけの利益をもたらしたかによって返還額を決すべきだとする説である（同六三四頁）。

（41） Fournier, a.a.O., SS.55-59; 藤原『不当利得法』二一〇～二一一頁、村田・前掲注（15）六四五頁注（69）。ある法主体に不利な法律効果が帰属する理由はあるが、他の法主体に有利な法律効果が帰属する理由がない場合（あるいは、その逆の場合）の一般的な問題に関しては、大久保邦彦「二面的正当化原理――スキミング被害の預金者保護に向けて――」甲南法務研究二号〔二〇〇六〕一三頁以下で検討を加えた（村田・同六三五頁に「両面的正当化」という語が出てくるが、「二面的正当化」と意味は同じである〔大久保・同一四頁注（12）〕）。

（42） Haines, a.a.O., S.100. 後述するように、ハイネスにおいては、不正競争による被害者が不特定多数存在する場合には不当利得は成立しないので、この難問は回避される。

（43） シュルツの見解については、谷口知平『不当利得の研究』〔有斐閣・一九四九〕五一～五三頁、松坂佐一『不当利得論』〔有斐閣・一九五三〕一五七～一五九頁に、簡単な紹介がある。

(44) Schulz, AcP 105, SS.225-226.

(45) Jakobs, a.a.O., SS.116-117. 割当内容説からは、被害者は行為規範によって保護されているが、被害者に法的財貨は割り当てられていない、と説明することになろう（Reuter/Martinek, a.a.O., S.247）。

(46) 藤原・前掲注（40）「侵害不当利得法の現状」一五八五頁。不正競争の事例ではないが、違法行為によって利益が取得されたが不当利得責任が否定されそうな事例として、重要な商談に遅れないようにスピードを出して運転したため他の交通関与者を危殆化したビジネスマンの例がしばしば挙げられる（Ebert, a.a.O., SS.71-72）。

(47) Walter Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau, 1934, SS.44-46; 加藤・前掲注（6）一五七頁、一六三頁、長谷川・前掲注（29）一二七～一二八頁、村田・前掲注（15）六一八～六一九頁に紹介がある。

(48) 長谷川・前掲注（29）一二五頁注（21）に簡単な紹介がある。ただし、エーベルトのハイネスに対する評価は低い（Ebert, a.a.O., SS.76-77）。

(49) その結果、ハイネスは割当内容説に接近することになる（Reuter/Martinek, a.a.O., S.244; Fournier, a.a.O., S.60）。

(50) Haines, a.a.O., SS.93-107.

(51) 具体例については、橋本ほか・前掲注（4）二〇頁［大久保］を参照。

(52) 谷口『不当利得の研究』五二頁、松坂・前掲注（7）六一頁、長野史寛『不法行為責任内容論序説』〔有斐閣・二〇一七〕二三七頁（以下、長野『序説』で引用）、長野・前掲注（40）六三二頁、Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.II/2, Besonderer Teil, 13. Aufl., 1994, S.169.

(53) 日本の裁判例には、違法性説を否定して割当内容説を採ると見られるものがある（知財高判平成二〇・九・三〇判時二〇二四号一三三頁）。この判決では、国が法務局内においてコピー機の設置場所を提供し土地宝典を貸与することが著作権侵害の幇助に当たるとしても、複製行為によって利益を受けるのは国ではなく複製行為をした不特定多数人なので、著作権者は国に対して不当利得返還請求をすることはできないとされた。

(54) 以下で紹介する時期の割当内容説については、長谷川・前掲注（30）三〇四～三一〇頁、村田・前掲注（15）六二五頁以下に紹介がある。

(55) Koppensteiner/Kramer, a.a.O., S.92, S.98. Staudinger-Werner Lorenz (1978) Vorbem 44 zu §§812–822も同旨。

(56) Köhler, a.a.O., SS.169–170; Staudinger/S Lorenz (2007) Vorbem 71 zu §§812ff.

(57) Gerd Kleinheyer, Rechtsgutsverwendung und Bereicherungsausgleich JZ 1970, S.475. Reeb, a.a.O., SS.38–42も類似の見解を主張する。クラインハイヤー、レープについては、山田幸二『現代不当利得法の研究』〔創文社・一九八九〕六九～七一頁、長谷川・前掲注（30）三〇六～三〇七頁、村田・前掲注（15）六二五～六二六頁に紹介がある。

(58) ロイターとマルティネクは、クラインハイヤーは割当内容説に立つが違法性説に接近していると評価する（Reuter/Martinek, a.a.O., S.256）。エルガーは、クラインハイヤーを法的財貨説（Rechtsgutstheorie）に分類する（Ellger, a.a.O., SS.375ff., S.804）。

(59) この説の詳細とその評価については、Fournier, a.a.O., SS.49–54を参照。

(60) 余談であるが、樽井正義＝池尾恭一訳『カント全集11人倫の形而上学』〔岩波書店・二〇〇二〕一二四頁によると、「学問でさえ、無償で他の人に教えられるのではないから、財貨に含まれる」。

(61) ドイツ不正競争防止法の旧規定については、田村善之「ドイツの不正競争防止法（訳文）」判タ七九三号〔一九九二〕九二頁以下、角田美穂子訳「《資料》ドイツ不正競争防止法 仮訳 一九〇九年六月七日の不正競争防止法」亜細亜法学三七巻二号〔二〇〇三〕二一一頁以下に、翻訳がある（後注で紹介する条文は角田訳による）。

(62) UWG一七条(1) 事業体の従業員、労働者または見習人として雇用関係に基づいて打ち明けられ、または知り得ることとなった営業上または事業上の秘密を、雇用関係の継続期間中に無権限で、競争の目的をもって、自己もしくは第三者の利益のために、または事業主に損害を与える意図をもって他人に開示する者は、三年以下の自由刑または罰金に処する。

(2) 競争の目的をもって、自己もしくは第三者の利益のために、または事業主に損害を与える意図をもって、次の各号に定める行為をなす者は前項と同一の刑に処する。

一 営業上もしくは事業上の秘密を、次の手段により無権限に入手または確保すること。

(a) 技術的手段の利用、

(b) 秘密を化体する複製物の作成、もしくは

(c) 秘密が化体された物の取得。または

二　第一項にいう開示の一形態、自己もしくは他人の前号が定める行為により取得し、もしくは、その他の方法により無権限に入手、確保した営業上または事業上の秘密を無権限に使用し、もしくは他人に開示すること。

(3)　本条の罪の未遂犯は、これを罰する。

(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り、または自ら国外で使用する場合には、通常、重大な事例となる。

(63)　ＵＷＧ一八条　業務上の取引において打ち明けられた原型または技術上の指図書、とりわけ図面、雛型、型番、処方箋を、競争の目的をもって、もしくは自己のために無権限に利用し、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。

(64)　Uwe Hüffer, Die Eingriffskondiktion, JuS 1981, S.263; Reuter/Martinek, a.a.O., SS.256-262, SS.280-281. エルガーは、絶対権（知的財産権）に類似する法的地位にしか不当利得による保護は与えられないという立場から、市場における換価可能性に着目し、営業上・事業上の秘密や原型等につき侵害利得による保護を認める本説に対して批判を加えている（Ellger, a.a.O., S.845, SS.847-848）。なお、エルガーは、ＵＷＧ一条（後掲注（79））については、財貨が知的財産権の実質的要件を満たしているが、出願・登録によって知的財産権による保護を受けることがその財貨の持ち主に期待できないか他の理由により実際的でない場合にのみ、知的財産権との類似性を肯定し、不当利得法的に意味のある割当内容があるとして、侵害利得による保護を与える（Ellger, a.a.O., S.842, S.850）。

(65)　Ebert, a.a.O., SS.83-84.

(66)　Larenz/Canaris, a.a.O. 以下、本文中で頁数のみで引用する（強調は原文、括弧書きは一部省略した）。村田・前掲注（15）六三一～六三四頁、長野『序説』二三一～二三二頁に、カナーリスの紹介がある。ドイツ不当利得法の全体像を把握するには、同書の記述は非常にすぐれている。また、カナーリスは、個別事例が体系的にどの不当利得類型に帰属するかという問題を重視しているため、橋本ほか・前掲注（4）の教科書の執筆に際しては、不当利得の類型論については主に同書 SS.127-348 の構想に従った。たとえば、費用利得（Verwendungskondiktion）・求償利得（Rückgriffskondiktion）に帰属しない支出利得（Aufwendungskondiktion）が存在する点（橋本ほか・前掲注（4）三一頁、三六頁、六二頁［大久保］）については、同書 SS.188-195 を参照した（カナーリスは Direktdurchgrifiskondiktion と呼ぶ）。

(67) ここに付された注で、「その限りで確かに違法性説に従う」ヴィルブルクを結論同旨として援用し、反対説としてケメラーを例示している。

(68) 性的自由のように、その対価を請求できないものは、割当内容があっても侵害利得によって保護されない（Larenz/Canaris, a.a.O., S.171; Köhler, a.a.O., SS.168-169; 好美・前掲注（20）判タ三八七号二二～二三頁）。「市場における換価可能性」と「対価請求可能性」の違いについては、Larenz/Canaris, a.a.O., S.172; 村田・前掲注（15）六三二頁を参照。「市場における換価可能性」と「対価請求可能性」の両者とも要件としない説として、Helmut Koziol, Bereicherungsansprüche bei Eingriffen in nicht entgeltsfähige Güter?: Festschrift für Wolfgang Wiegand, 2005, SS.449ff. がある（村田・同六三四～六三六頁に紹介がある）。

(69) 妨害競争とは、自己の業績の上昇を伴わずに、ただ競争者の妨害（行為の自由の侵害）のみを引き起こす行為を指す（岸井大太郎「ドイツ競争法における『業績競争（Leistungswettbewerb）』理論（一）」法学志林八三巻一号〔一九八五〕一五頁）。その具体例については、同二五～二六頁を参照。

(70) たとえば、事業者Aが見本市で設置していた宣伝用パンフレットを競争者Bが勝手に撤去する行為は、妨害競争の典型である。この場合、Aの競争機会は侵害されているが、BはAの競争機会を利用しておらず、Aの競争機会が反射的に改善されているだけなので、侵害利得は成立しない（Köhler, a.a.O., S.172）。

(71) デッドコピー（dead copy）に当たる（Christopher Heath, Japan - eine Kopierkultur?, Zeitschrift für Japanisches Recht Bd.3 Nr.5 (1998), S.118）。完全模倣については、Ellger, a.a.O., SS.832-835 も参照。

(72) Franz Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, SS.243-244. 強調は原文。橋本ほか・前掲注（4）の教科書の執筆に際して、カナーリスとともにしばしば参照したのが同書 SS.233-294 であり、特に不当利得の基本原理については同書の構想に従っている。転用物訴権につき、村田大樹「転用物訴権と財貨秩序――類型論の下での受容可能性？」深谷格＝西内祐介編著『大改正時代の民法学』〔成文堂・二〇一八〕五一五頁以下で検討いただいた見解も、同書 SS.273-279 に従っている。

(73) 不正競争者の決定に不法行為法が補充的に与ることについては、Haines, a.a.O., SS.61-64 も参照。

(74) エーベルトによると、全面的否定説として、ケメラーら以外に、Christian Joerges, Bereicherungsrecht als

Wirtschaftsrecht: eines Untersuchung zur Entwicklung von Leistungs- und Eingriffskondiktion, 1977; Rolf Knieper, Recht der Kondiktionen: vergebliche Versuche, Bereicherung zu rechtfertigen, Kritische Justiz 1980, SS.117ff.; ders, Moderne Bereicherungslehren?, Betriebs-Berater, 1991, SS.1578ff. があるが、エーベルトによって説得的な批判が加えられている（Ebert, a.a.O., SS.106-110）。

（75）Köhler, a.a.O., S.168; Ebert, a.a.O., SS.58-59; Staudinger/S Lorenz (2007) Vorbem 70 zu §§812ff.

（76）それに対し、エーベルトは、給付利得と侵害利得の区別を否定する立場から、割当内容説を批判し、基本的には違法性説の立場から行為の違法性に法律上の原因の不存在を見出し、市場機会の改善を不当利得返還請求権の客体（取得したもの）と解し、妨害競争についても侵害利得を認める（Ebert, a.a.O., SS.89-90, SS.118-126, SS.132-141, SS.194-197）。

（77）Köhler, a.a.O., SS.172-178.

（78）Rahmenrechtとは、特定人の権利領域に帰属するが、その輪郭は絶対権ほど確固としておらず明確でなく、ある種の「不鮮明さ」を示す法的地位を意味する。一般的人格権のほか、企業権・営業権が例示される。法はその特定人に保障された地位を与えるが、原則として他人のあらゆる侵害を否認するわけではない。枠権侵害によって違法性は徴表されず、違法性判断には財貨衡量を要する（Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl., 1985, S.729）。訳語としては、「枠たる権利」（根本尚徳『差止請求権の理論』〔有斐閣・二〇一一〕四二頁）、「枠組権」（アレクサンダー・ポイケルト／水津太郎訳「所有権と自由」慶應法学一九号〔二〇一一〕四四五頁）、「大綱的権利」（建部雅『不法行為法における名誉概念の変遷』〔有斐閣・二〇一四〕一五四頁）、「枠の権利」（長野『序説』二三四頁）などがある。

（79）ＵＷＧ一条　業務上の取引において競争の目的をもって善良の風俗に反する行為をなす者に対しては、差止および損害賠償を請求することができる。

（80）Fournier, a.a.O., SS.215-217.

（81）Helmut Coing, Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem, in: Festschrift für Hans Dölle, Bd.1, 1963, S.26; Raiser, JZ 1961, SS.465-466.

（82）『カント全集11人倫の形而上学』四八～四九頁。

（83）サヴィニー著／小橋一郎訳『現代ローマ法体系第一巻』〔成文堂・一九九三〕二九七頁。この有名な一節は、ハイエ

ク著／渡辺幹雄訳『致命的な思いあがり』〔春秋社・二〇〇九〕四八頁、大村敦志『人間の学としての民法学1構造編：規範の基層と上層』〔岩波書店・二〇一八〕四三頁などでも引用されている。

(84) Helmut Koziol, Art. 2:102. Protected Interests, in: Principles of Europen Tort Law, p.30. 大久保邦彦「動的体系論による立法の方法論的基礎」国際公共政策研究一七巻一号〔二〇一二〕一一七頁も参照。

(85) Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd.2, 1898, SS.567-568; Mugdan, SS.1073-1074. 錦織成史「民事不法の二元性(一)――ドイツ不法行為法の発展に関する一考察――」法学論叢九八巻一号〔一九七五〕三〇頁、根本・前掲注（78）二三二頁注（101）などでも紹介されている。

(86) なお、ピッカーは、権利・利益の要保護性について、二つの方法で差異を認めない（根本・前掲注（78）一九三～一九五頁を参照）。

(87) 中山信弘「財産的情報における保護制度の現状と将来」『岩波講座 現代の法10情報と法』〔岩波書店・一九九七〕。以下、本文中で頁数のみで引用する。

(88) 吉田克己「総論・競争秩序と民法」ＮＢＬ八六三号〔二〇〇七〕四七頁注（23）も同旨。

(89) Haines, a.a.O., S.98も同旨。

(90) 田村善之『機能的知的財産法の理論』〔信山社・一九九六〕二～五頁。

(91) Haines, a.a.O., S.77, SS.98-99; Ebert, a.a.O., SS.78-81.

(92) 侵害利得の成否に関し、ライザーの分類に着目する見解として、Fournier, a.a.O., S.67がある。

(93) ヘンケルも、所有権の諸機能を処分・使用・費消・用益・不使用・破壊・妨害排除・返還・妨害予防・責任負担に分けている（Wolfram Henckel, Grenzen der Vermögenshaftung, Jus 1985, S.837）。このうち、責任負担機能については、大久保邦彦「信託における取戻権・第三者異議権の法原理的基礎」信託研究奨励金論集四二号〔二〇二一〕六〇～六一頁で検討した。

(94) ライザーによる第一次権と第二次権の区別の影響を受けた説として、ピッカーの実質権（Substanzrecht）と保護権（Schutzrecht）の区別（根本・前掲注（78）一七七頁、二〇〇～二〇九頁、二一五頁、二三四～二三五頁）、広中の地位的権利と道具的権利の区別（広中俊雄『新版民法綱要 第一巻 総論』〔創文社・二〇〇六〕一二〇～一三一頁）がある。

(95) 商標が商標使用者自身の営業活動の経済的基盤となっていることを「価値ある占有状態（wertvoller Besitzstand）」という（横山久芳「権利の失効」パテント七三巻一五号〔二〇二〇〕六五頁）。

(96) Raiser, JZ 1961, SS.466-468. この論文については、奥田昌道『請求権概念の生成と展開』〔創文社・一九七九〕二三一頁、原島重義『市民法の理論』〔創文社・二〇一一〕一八頁、根本・前掲注（78）一七〇～一七二頁などに紹介がある。

(97) 権利の積極的側面（割当内容）の重視については、長野『序説』二三八～二四一頁も参照。

(98) 善意占有者は、元物の返還義務を負うが、果実の代価の償還義務（不当利得返還義務）を免れる。フルニエも、違法性説を批判する文脈で、違法性と不当利得法上の保護価値性とが乖離する例として、善意占有者の果実取得権に言及する（Fournier, a.a.O., S.58）。

(99) 広中俊雄『物権法〔第二版増補〕』〔青林書院・一九八七〕三七九頁、三八一頁は、民法二〇九条二項・二一二条の「償金」には、相当使用料の利得（民七〇三条参照）をしたことに基づく利得償還という性格のものも含まれると解するが、これらの場合には差止請求権は認められない。

(100) 抵当建物使用者には、猶予期間中、引渡しが猶予されるが、使用・収益権原がないため不当利得返還義務を負う（森田修編『新注釈民法(7)物権(4)』〔有斐閣・二〇一九〕三〇六頁［松本恒雄］）。

(101) コッペンシュタイナーとクラーマーは、緊急避難（ドイツ民法九〇四条二文）の場合など差止請求権がない場合にも侵害利得が認められ得ることを指摘する（Koppensteiner/Kramer, a.a.O., S.94）。根本・前掲注（78）一二〇～一二一頁は、根本が支持する違法侵害説によると、私人の個人的法益に対する侵害がない場合にも差止請求権が発生し得るとする。

(102) ロイターとマルティネクは、多数説の立場からクラインハイヤーを批判している（Reuter/Martinek, a.a.O., SS.256-257）。Fournier, a.a.O., SS.41-42, S.48 も参照。

(103) Reuter/Martinek, a.a.O., S.257.

(104) この問題については、橋本佳幸「不法行為法における総体財産の保護」法学論叢一六四巻一～六号〔二〇〇九〕三九一頁以下が注目される。

(105) 日本では単なる侵害と利用の区別が十分になされていないことについては、大久保邦彦「債権法改正法下における『債権』概念について」名城法学六九巻一・二号〔二〇一九〕一〇四～一〇七頁でも触れた。

(106) Caemmerer, a.a.O., S.352.

(107) 長野・前掲注（40）六四六～六四七頁。

(108) 長野・前掲注（40）六三七頁。客観的価値説と主観的価値説の対立については、村田大樹「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〔二〇〇五〕三五五頁以下も参照。

(109) 各規範の内容を簡単に知るためには、長野『序説』三〇一頁、同「不法行為法における責任内容確定規範の考察」私法七六号〔二〇一四〕二七九頁以下を参照。

(110) 長野『序説』一六〇～一六一頁、二二五～二二七頁、三〇一頁。「権限」の原語については、同一四三頁。権利者の自由や選択といった要素を含むものが「権限」、含まないものが「地位」である（同三〇二頁のほか、同一五〇～一五四頁のヤンゼンの見解を参照）。

(111) 長野『序説』一八八頁。侵害損害は、「権限」が損なわれた場合において、価値補償規範によってその価値の賠償が認められるときに当たる（同二九二頁）。「後続損害」概念については、同一八頁。

(112) 長野・前掲注（40）六二三頁、六二五頁、六八七頁。

(113) 長野・前掲注（40）六六六頁。その後、所有権・人格的権利についても、同旨を説くに至った（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」民商一五七巻一号〔二〇二一〕一〇三～一〇六頁）。

(114) 長野・前掲注（40）六五二頁以下。

(115) 田村善之『知的財産権と損害賠償〔新版〕』〔弘文堂・二〇〇四〕二六五頁。

(116) 長野・前掲注（40）六五八頁。田村・前掲注（115）二六八頁注（2）も参照。

(117) 田村・前掲注（115）二六五～二六六頁。

(118) 田村・前掲注（115）二一三頁。

(119) 長野・前掲注（40）六六二頁。

(120) クラインハイヤーは、割当内容説のうち、「権限」の割当を認める説としてケメラー、メストメッカー（さらに結論同旨の説として、クルツ、ラーレンツ）を、「利用成果」の割当を認める説として、ヘック、ヴィルブルク、エッサー、フィケンチャーを挙げ、自身は前説に与する（Kleinheyer, JZ 1970, S.472）。村田大樹は、一般的な割当内容説は前説だ

とする（村田大樹「侵害利得の体系的位置づけ――あるいは侵害利得の解消論」中原太郎編著『現代独仏民事責任法の諸相』〔商事法務・二〇二〇〕三二七頁注（80））。長野はヴィルブルクの影響を強く受けている。なお、違法性説の中にも「利用成果」の獲得権（Erwerbsrecht）を認める説があるが（Schulz, AcP 105, SS.220-222; Jan Wilhelm, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973, SS.86-87）、かかる説は割当内容説に接近することになる（MünchKomm-Lieb (1997) §812 RdNr.202）。

(121) 長野・前掲注（113）一〇〇～一〇二頁。

(122) この点は後に、市場機会（の利用可能性）も特許権による割当の対象に含まれると修正されたが、それが侵害された場合の返還対象は不明確である。「実際の収益が市場機会の価値（＝客観的な実施料相当額）を下回る場合には利得消滅の抗弁が認められる」という記述からは実施料相当額の返還が原則と読めるが、他方で「処分対価の割当」も語られており、両者の関係は不明確である（長野・前掲注（113）九九～一〇三頁）。なお、価値補償規範は「権限」にも向けられているので、それが「利用成果」にのみ向けられているかのように読める記述（長野『序説』三〇一～三〇二頁、三〇五頁）は不適切だと思われる。

(123) 制定法上の制度においても、民法三九五条の抵当建物使用者の建物使用の対価支払義務は不当利得返還義務であり、その額は、実務的には、従前賃料と同額であるとされることが多いであろうが、従前賃料が不当に高額または低額であった場合には、それと異なる適正賃料額の返還義務を負うこととなると解されている（谷口園恵＝筒井健夫編著『改正 担保・執行法の解説』〔商事法務・二〇〇四〕三七頁、三九頁注（24））。

(124) 長野『序説』二八〇～二八二頁（傍点は大久保）。

(125) 長野『序説』三〇四頁。主婦や幼児の労働能力喪失（積極的損害）に関する抽象的損害計算については、「人的資源を投入する権限」自体の価値の賠償と理解されている。他方で、具体的な収入の喪失が問題となる限りでは、同権限行使による利益の賠償が問題となっていると説明される（同二八四頁）。

(126) 長野・前掲注（40）六七八～六八〇頁。

(127) 田村・前掲注（115）二六五頁。長野・前掲注（113）一〇八～一〇九頁もそれを前提にしているが、利用成果ではなく権利の「簒奪」が要件であり、利用成果が権利者から侵害者に移転したとは見ないようである。

(128) 村田・前掲注(120)三二九頁も、長野に対し、「失われた市場機会の価値が権利者から侵害者に移ったかのように構成することには疑問がある」と批判する(圏点は原文)。ハイネスは、不正競争者が獲得した財産的利益に対する不当利得返還請求権を、その利益が過去に被害者の財産中に存在していて、それが正当化事由なく侵害者に移転したことによっては基礎づけられないため、違法性説を採用する(Haines, a.a.O., S.49)。

(129) Köhler, a.a.O., SS.176-177.

(130) ハイネスによると、「商標侵害および不正競争によって法に違反した者は、大抵の場合、任意に譲渡できる財産客体ではなく、その人格に結び付いていて、例外的な場合にどうにか『移転可能な』—個々に解明されるべき—財産的利益を獲得している」、「『譲渡』や『移転』を有意味に語り得るのは、権利侵害者が他人の財貨の利用につき、侵害がなければ被侵害者が有していたのと全く同一の可能性を実現できた場合のみである」(Haines, a.a.O., S.35, S.39)。

(131) 潮見も、「利益吐き出し」に関連してではあるが、「侵害者利益と、権利者に本来帰属すべき利益とは、同義でない」、「『奪われた市場機会』と等価と言えるのは『得べかりし使用料相当額』であって、侵害者利益はせいぜい使用料相当額を推定するもの以上に出ない」と述べる(潮見・前掲注(40)二六四頁、二六六頁)。フルニエも、不当利得に基づく収益返還請求権と不法行為に基づく逸失利益損害賠償請求権とで額が異なり得ることを指摘する(Fournier, a.a.O., S.212)。

(132) Ernst-Joachim Mestmäcker, Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, S.526. ベームによると、個別の競争で勝敗〔利用成果の帰属先〕を決めるのは顧客の自由意思であるから、最良の供給者であっても勝利に対する法的請求権を持たない。だから、営業権は絶対権として保護されない(Franz Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung, 1933, S.261, SS.266-268, S.285, S.290. 村上淳一『ドイツ市民法史〔新装版〕』〔東京大学出版会・二〇一四〕三二五頁も参照)。そのほか、Raiser, JZ 1961, S.472; Kleinheyer, JZ 1970, S.472, S.477; Reuter/Martinek, a.a.O., SS.259-260; Fournier, a.a.O., S.18, S.45, SS.56-57; Ebert, a.a.O., S.78, SS.80-81 も参照。

(133) Reuter/Martinek, a.a.O., SS.274-275.

(134) 広中・前掲注(94)五頁、九頁(傍点は原文)。原島重義は、収益の排他的帰属を保障する一種のなわばりを認めると「独占」の法的保護となるという(原島・前掲注(96)五三五頁〔傍点は原文〕)。

(135) 長野・前掲注(113)一一二頁も、「ある権利の利用・処分からどれだけの利益が得られるかは、市場や景気の動向等の諸事情に左右されるものであり、蓋を開けてみるまで分からない」と述べる。ベームについては、Böhm, a.a.O., S.266を参照。

(136) 競争秩序についての考察が必要であり、既出の文献以外にも、ライザーの制度保護論(根本・前掲注(78)一七〇～一七二頁と、そこに引用されている文献を参照)や、競争秩序によって確保される「自由で公正な市場から財を取得する利益」は、個人の排他的・独占的支配に親しまず、不特定多数の市民の利益に均霑する一方で、特定の個人に対しても一定の利益を割り当てるとする吉田克己の見解(吉田・前掲注(88)四二～四三頁)など、検討課題は多い。

(137) 長野・前掲注(113)一〇六頁注(43)で、「身体(労働力)の利用による利益は身体『所有者』に割り当てられている」という記述(橋本ほか・前掲注(4)二四頁[大久保]、典拠はFranz-Stefan Meissel, Geschäftsführung ohne Auftrag, 1993, SS.196-197である)を引用して頂いたが、ご指摘の通り、そこで想定していたのは利用可能性の割当である。

(138) 橋本ほか・前掲注(4)二八頁[大久保]で主張した見解であるが、その際、川角・前掲注(34)二一〇～二一五頁などを参考にした。前掲注(122)で述べたように、長野も利得消滅の抗弁を認めている。ドイツ法については、Susanne Würthwein, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile?. zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, 2001, SS.173-178を参照。

(139) 橋本ほか・前掲注(4)一四～一五頁[大久保]で主張した見解であるが、その際、Larenz/Canaris, a.a.O., SS.278-279, 森田宏樹「特許権侵害による損害賠償に関する規定の改正の方向―実体法の観点からの立法論的検討」『知的財産侵害に対する損害賠償・罰則のあり方に関する調査研究報告書』〔知的財産研究所・一九九八〕四八～五〇頁、藤原『不当利得法』二三六頁、田村・前掲注(115)二二一～二三〇頁などを参考にした。

(140) 物権についても、万人の受忍義務の反射(ハンス・ケルゼン著／長尾龍一訳『純粋法学 第二版』〔岩波書店・二〇一四〕一二八～一三〇頁)、万人の義務が対応する消極的請求権の多数の集合(ヴィントシャイト〔奥田・前掲注(96)三〇頁、一七七頁〕)と捉える説がある。

(141) 田村・前掲注(90)二～四頁。田村善之『ライブ講義 知的財産法』〔弘文堂・二〇一二〕四〇～四一頁は、人の行為

から分離した知的創作「物」を観念することに対する警鐘を鳴らす。

(142) **2**で引用した、中山・前掲注（87）二七六頁（直接的には、情報に関する記述である）。

(143) 原島・前掲注（96）一七頁（一般的な予防的不作為の訴えという法的保護の前提には主観的権利があると見る可能性も出てくる）。

(144) 特許権に関するドイツの判例・学説の状況については、Reuter/Martinek, a.a.O., SS.271-275; 田村・前掲注（115）一〇三～一一七頁を参照。

(145) 商標権に関するドイツの学説状況は、Reuter/Martinek, a.a.O., SS.275-279; 原島・前掲注（96）一八頁、長谷川・前掲注（30）三〇五頁で概観できる。不当利得を離れた一般的な議論については、渋谷『商標法の理論』を参照。

(146) 前提問題として、各種の他物権や人格権にいかなる権限が認められるかについても検討が必要だろう。営業権がドイツ民法八二三条一項にいう絶対権に当たるかという議論（錦織成史「ドイツにおける営業保護の法発展（上）（下）――判例にみる民事不法二元論の一局面――」判タ三五二号〔一九七七〕二頁以下、三五三号〔一九七八〕一一頁以下、和田真一「ドイツの不法行為法における権利論の発展㈠㈡㈢・完――判例法上の営業権を中心として――」立命館法学二〇四号一七八頁以下、二〇七号五九三頁以下、二〇八号七一九頁以下〔一九八九〕）もこれに関係する。

(147) 根本・前掲注（78）四二一～四二二頁、四二八～四二九頁は、差止請求権についても同様の作業が残されていることを指摘し（根本が依拠するピッカーについては、同二〇四～二〇六頁）、その際、不当利得とも類比している。

(148) 所有権の「絶対性」「排他性」「不可侵性」等については、七戸克彦「所有権の『絶対性』概念の混迷」山内進編『混沌のなかの所有』〔国際書院・二〇〇〇〕二三二頁以下を参照。

(149) 「相対的な割当内容」を語るフルニエは、侵害利得の要件として、不当利得当事者の関係において財貨・権限の割当が確定できることを要求する（Fournier, a.a.O., S.76, S.124, Anm.518, SS.145-146, SS.203-204）。

(150) 水津太郎は、物権と債権との区別につき、①物上性と対人性、②絶対性と相対性という二つの軸があることを指摘するが（水津太郎「民法体系と物概念」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』〔商事法務・二〇一四〕六九頁）、この区別によると、橋本のⓐ排他独占性は①の物上性に対応するため、絶対性には含まれないことになる。

(151) 『新注釈民法⑮』三〇一～三〇二頁［橋本佳幸］。ⓐⓑⓒと傍点は大久保による。

(152)　『新注釈民法(15)』三〇一頁［橋本］。

(153)　田村・前掲注（90）二一頁。水津・前掲注（150）七〇頁、七八頁も同旨。

(154)　Fournier, a.a.O., SS.85-86 に問題の所在が端的に示されている。競争法の保護対象をめぐるドイツの議論に関しては、Fournier, a.a.O., SS.94-107 を参照。

(155)　この問いは、不当利得法ではなく、財貨帰属法に位置づけられる（Hüffer, JuS 1981, S.263）。