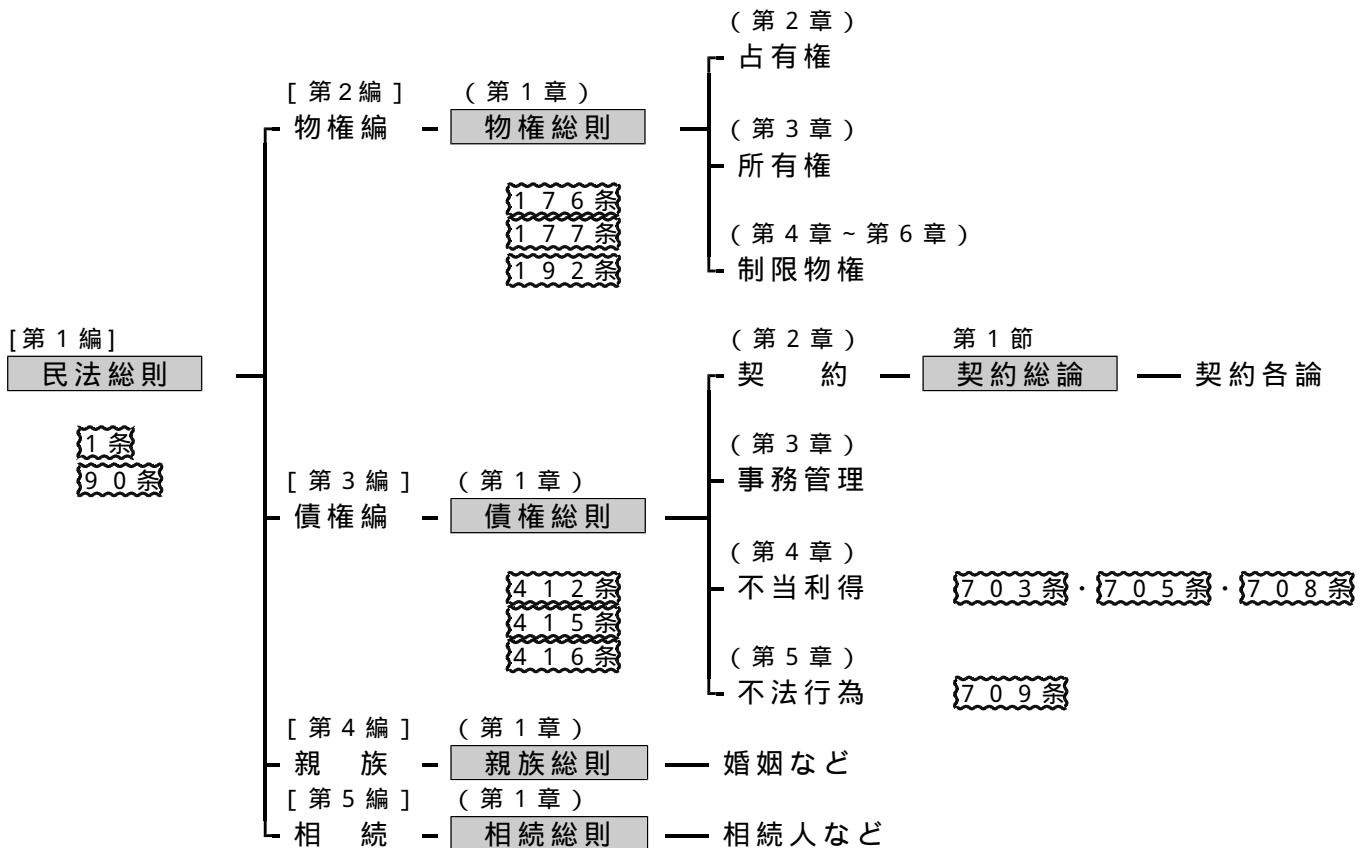


はじめに

パンデクテン体系



第1編 総則

- 第1章 人
 - 第1節 私権ノ享有
 - 第2節 能力
 - 第3節 住所
 - 第4節 失踪
 - 第5節 同時死亡ノ推定
- 第2章 法人
 - 第1節 法人ノ設立
 - 第2節 法人ノ管理
 - 第3節 法人ノ解散
 - 第4節 補則
 - 第5節 罰則
- 第3章 物
- 第4章 法律行為
 - 第1節 総則
 - 第2節 意思表示
 - 第3節 代理
 - 第4節 無効及ヒ取消
 - 第5節 条件及ヒ期限
- 第5章 期間

- 第6章 時効
 - 第1節 総則
 - 第2節 取得時効
 - 第3節 消滅時効

第2編 物権

- 第1章 総則
- 第2章 占有権
 - 第1節 占有権ノ取得
 - 第2節 占有権ノ効力
 - 第3節 占有権ノ消滅
 - 第4節 準占有
- 第3章 所有権
 - 第1節 所有権ノ限界
 - 第2節 所有権ノ取得
 - 第3節 共有
- 第4章 地上権
- 第5章 永小作権
- 第6章 地役権
- 第7章 留置権
- 第8章 先取特権
 - 第1節 総則

- 第2節 先取特権ノ種類
- 第3節 先取特権ノ順位
- 第4節 先取特権ノ効力
- 第9章 質権
 - 第1節 総則
 - 第2節 動産質
 - 第3節 不動産質
 - 第4節 権利質
- 第10章 抵当権
 - 第1節 総則
 - 第2節 抵当権ノ効力
 - 第3節 抵当権ノ消滅
 - 第4節 根抵当

第3編 債権

- 第1章 総則
 - 第1節 債権ノ目的
 - 第2節 債権ノ効力
 - 第3節 多数当事者
 - 第4節 債権ノ譲渡
 - 第5節 債権ノ消滅
- 第2章 契約

- 第1節 総則
- 第2節 贈与
- 第3節 売買
- 第4節 交換
- 第5節 消費貸借
- 第6節 使用貸借
- 第7節 賃貸借
- 第8節 雇傭
- 第9節 請負
- 第10節 委任
- 第11節 寄託
- 第12節 組合
- 第13節 終身定期金
- 第14節 和解
- 第3章 事務管理
- 第4章 不当利得
- 第5章 不法行為
- 第4編 親族
- 第5編 相続

民法の一般原則

第1条

- 1項 私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ
- 2項 権利ノ行使及ヒ義務ノ履行ハ信義ニ従ヒ誠実ニ之ヲ為スコトヲ要ス
- 3項 権利ノ濫用ハ之ヲ許サス

approach

私法上の権利のことを「私権」という。私権の代表的なものが所有権を初めとする財産権である。このような財産権の行使は、権利者の自由に委ねられる（権利行使自由の原則）。たとえば、所有権については、民法206条が、自由に使用・収益・処分できる権利であると規定している。しかし、権利といえども社会公共の利益を無視したり、他人の利益を不当に害することができないのは当然である。そこで、民法1条は、「公共の福祉」・「信義誠実の原則」・「権利濫用の禁止」を規定し、一定の場合には、権利の内容や権利の行使が制限されることを宣言している。

1 公共の福祉

「私権は公共の福祉に遵う」との規定は、権利は社会全体の利益を害してはならないこと、つまり「権利の社会性」を宣言したものと理解されている。しかし、社会全体の利益といっても、それは社会を構成する各人の利益に還元されるはずである。したがって、権利の社会性とは、権利者の権利と他人の権利とが衝突する場合の調整基準であると考えるのが、現在の通説である。

memo

公共の福祉・信義誠実の原則・権利濫用の禁止の相互関係

信義誠実の原則（1条2項）・権利濫用の禁止（1条3項）も権利相互の対立を調整する原則であることに異論はない。そうすると、公共の福祉の原則との関係が問題となるが、民法1条1項が、権利相互の調整の基本原則を定め、同条2項・3項は、右の基本原則をより具体的な形で表現したものと考えられる。民法1条1項を適用する判例がほとんどないのは、1項を具体化した2項・3項の適用で事足りるためであろう。

2 信義誠実の原則

信義誠実の原則とは、人は相手方から一般に期待される信頼を裏切ることのないように、誠意をもって行動すべきであるという原則である。「権利の行使及び義務の履行は」とあるように、既に契約にある者について適用される原則であったが、徐々にそれ以外の領域の社会的接触関係にある者どうしの間（これから契約に入ろうとする者）にも適用されると考えられるようになった。

信義誠実の原則は次のようにいくつかの原則に分かれる。

2-1 禁反言の法理（エストoppelの法理）

これは自己の行為に矛盾した態度をとることは許されないという原則である。

出願経過禁反言

たとえば、出願人が出願過程で審査官から拒絶理由通知を受けたので、意見書を提出し、特許請求の範囲には記載はないが、記載事項を限定的に解釈すれば拒絶理由を回避できると主張したため、これが認められて特許が登録されたとする。この場合、その特許権者は第三者に対する侵害訴訟で、特許請求の範囲を限定せず差止などを請求できないとされる。これは出願経過における自己の態度と矛盾する態度をとることは許されないという禁反言の原則が適用された結果である。

step up

均等論を採用したポールスライン軸受事件最高裁判決（最判平成10年2月24日民集52巻1号133頁）では、均等論の成立要件として、「対象製品が特許発明の出願手続で意識的に除外されたものであるなどの特段の事情のないこと」があげられている。そして、この要件を入れた理由として、「特許出願手続において出願人が特許請求の範囲から意識的に除外したなど、特許権者の側においていったん特許発明の技術的範囲に属しないことを承認するか、又は外形的にそのように解されるような行動をとったものについて、特許権者が後にこれと反する主張をすることは、禁反言の法理に照らし許されないからである。」としている。

2-2 権利失効の原則

権利失効の原則とは、権利者が、信義に反して権利を長く行使しないでいると、消滅時効や除斥期間をまつまでもなく、権利の行使が阻止されるという原則である。権利者が永らく権利の行使を怠っていると、相手方に「もはや権利の行使はない」という期待を生ずる。このような期待を裏切って突然権利を行使するのは信義則に反し許されない、ということである。消滅時効や除斥期間のように画一的に権利行使の期間が定められているわけではなく、ケースバイケースで権利行使の可否を判断していく点に特徴がある。判例は、賃借権の無断譲渡を理由として7年目に解除権を行使した事例に関して、一般論としてこの法理の趣旨を認められたものがある（最判昭和30年11月22日）。しかし、「権利失効の原則」という観念を用いたわけではなく、明示的にこの法理を援用して権利行使を阻止した判例はまだない。

2-3 事情変更の原則

契約締結当時の社会的事情や契約成立の基礎となった事情に、その後著しい変動を生じ、契約をそのまま強制することが信義公平に反する場合には、その変更を主張ができるという原則である。借地借家法11条・32条では、地代家賃増減額請求権が定められているが、その背景には事情変更の原則があると言われる。

3 権利濫用の禁止

文字通り権利の行使といえどもその濫用は認められないという原則をいう。

3-1 権利の行使と濫用との区別

他人を苦しめるために権利を行使すること（これをシカーネという）が権利濫用にあたることは当然である。しかし、そのような加害の目的がない場合でも、客観的にみてきわめて不当な権利の行使の場合にも権利濫用にあたる。

3-2 権利濫用とされた場合の効果

1, 権利の行使が濫用となる場合には、権利本来の効果が認められない

宇奈月温泉事件

Bの温泉引湯用木管がCの土地のわずかの部分を通っていたところ、その事実を発見したAは、周辺の広大な荒地まで含めて高額で会社に売り付けようと考えて、その土地を安く買い受けた。そして、会社から土地買取を拒否されるや、「木管を撤去しろ」と請求した。木管の撤去は、莫大な費用がかかるため実際には不可能であり、Aの請求は、会社が土地買収に応じざるを得なくなることを期待してのものであった。所有者Aからすれば、自分の土地上に他人が勝手に物を置いている以上、それを撤去しろと請求する権利がある。しかし、その権利行使は、会社の落ち度に目を付けて不当な利益を得る目的でなされているものであり、社会通念上到底許容できるものではない。そこで、裁判所は、この事案において、所有者の権利行使は権利濫用に当たり許されないとした（大判昭和13年10月26日民集17巻2057頁）。

キルビー事件

特許請求の範囲に記載された構成要件がすべて出願時に公知であるような特許は無効であり、本来登録が認められるものではないが、このような特許でも、特許庁の無効審決が確定しない限りは対世的に無効とされることはない。しかし、本来無効とされるべきことが明らかな特許権に基づき侵害訴訟が提起された場合、無効審決が下されていないことを理由に、差止請求や損害賠償請求を認めることには、非常に抵抗がある。そこで、従来からこのような場合には権利行使ができないとする理論が検討されていたが、最高裁判所は、「特許に無効理由が存在することが明らかであるときには、その特許権に基づく差止め、損害賠償等の請求は、特段の事情のない限り、権利の濫用に当たり許されないと判断した（最判平成12年4月1日民集54巻4号1368頁）。

2, 妨害の排除・損害賠償

権利の濫用により、相手方の権利を侵害すれば、妨害の排除や損害賠償が命じられる。

信玄公旗掛松事件

中央線日野春駅の線路のすぐ近くにあった松（その昔、信玄公が旗を立て掛けたといわれる松）が、汽車の煤煙のために枯れたので、松の所有者が汽車を運行する国に対して損害賠償を請求したという事件で、大審院は、権利の行使は適当の範囲であることを要し、故意または過失によってその適当な範囲を超越し、不当な方法で他人の権利を侵害したときは、不法行為が成立するとした（大判大正8年3月3日民録25巻356頁）。

4 公序良俗に違反する法律行為

第90条 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス

approach

法律行為とは、意思表示を要素とする法律要件であり、契約が典型例である。このような法律行為は当事者が自由にその内容を決定できるのが原則である（法律行為自由の原則）。契約についていえば、どのような契約を結ぼうと当事者の自由であり、その契約の効力が認められるということになる。契約の効力が認められるというのは、もし当事者の一方が債務を履行しようとしなない場合には、債務の履行を裁判所に訴求できるということである。しかし、例外的に法律行為の効力が認められない場合がある。これが、公序良俗に違反する法律行為である。

4-1 公序良俗に違反する場合

公の秩序は、国家秩序、善良の風俗は社会秩序を意味するが、これに反する行為はつきのように分類することができる。第1には、財産秩序を乱す行為である。たとえば賭博行為は人々の勤労意欲を阻害する行為であって、公序良俗違反とされる。第2には、人倫秩序を乱す行為である。たとえば妾契約は一夫一婦制に反する契約だから公序良俗違反となる。第3には、自由・人権を害する行為である。具体的には昔よく行われた芸娼妓契約は、人身の自由を極端に害する行為であって公序良俗違反である（最判昭和30年10月7日民集9巻2号1616頁）。

step up

行為自体に不法性がなくても動機が不法で相手方がその動機を知っているときにも、その行為は公序良俗違反となる。たとえばAとの賭博で敗れたBがその弁済のためにCから借金をし、Cがその事情を知っていたときは、その金銭貸付けは無効である（大判昭和13年3月30日民集17巻578頁）。

4-2 公序良俗違反の効果

公序良俗に反する行為はどのような効果を生ずるであろうか。妾契約でいえば、それは一夫一婦制に反し公序良俗違反であって無効だから、妾が夫に対して給付の履行を求めるといった契約の履行請求は認められない。

step up

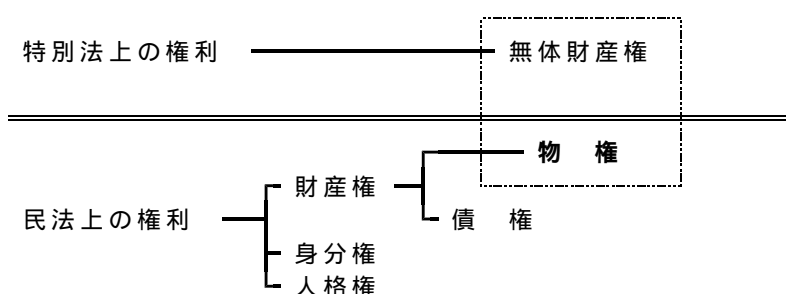
それでは過去に給付したものはどうであろうか。これは無効な原因に基づく給付だから、返還をすべきこととなるのであろうか。703条は、不当利得につき、法律上の原因なくして他人の財産または労務により利益を受け、そのために他人に損失を及ぼした者は、その利益の存する限度でこれを返還する義務を負う、と定める。この規定によると、男から妾に対する給付の返還請求は許されそうだが、この703条に対する例外として708条本文は、いわゆる不法原因給付を定め、不法の原因のため給付をした者は、その給付したものの返還の請求ができないとする。妾契約のような公序良俗違反行為による給付其不法原因の給付であり、返還の請求はできない。以上のように、公序良俗違反の無効というのは、履行請求も許さないし、また返還請求も許さないというのであって、結局、裁判上の請求はいっさい認めない。裁判所は不法な人には協力をしないというのである。

物権変動

approach

特許権等の知的財産権のことを無体財産権と総称することがある。無体財産権とは、無体財産に対する権利であるが、無体財産とは、有体財産に対する概念である。そして、有体財産というのは、有体物つまり液体や気体や固体のように空間の一部を占める物で構成される。この有体物のことを、民法上は「物」という（民法85条）。そして、この「物」すなわち「有体物」に対する権利を、特に民法上「物権」と呼んでいる。後述するように、物権は物に対する排他的支配権として手厚く保護されている。特許権等の知的財産権は有体物に対する権利ではないので、この物権の中を含めることはできない。しかし、現代社会において物権と同様に手厚く保護されなければならない。このような考えを示すためにも、物権が有体財産に対する権利であるならば、特許権等を無体財産に対する権利であるとして、「無体財産権」と呼ぶことにしたのである。無体財産権をして「準物権」と呼ぶことがあるのは、このような考えに基づく。

1 物権の意義



1-1 物権の民法上の位置づけ

物権の話に入る前に、民法上の権利を概観しておこう。民法上の権利は、財産権、身分権、人格権に分類される。財産権とは、財産上の利益を内容とする権利をいう。身分権とは、身分上の利益を内容とする権利をいい、親の子に対する親権などに代表される。人格権とは、人の人格上の利益を内容とする権利をいい、名誉権に代表される。このうち、財産権はさらに物権と債権に分かれる。物権には、所有権の他に、地上権、永小作権、地役権、各種担保物権があるが、ここでは、もっぱら所有権を念頭におくことにする。

1-2 物権の意義

物権とは、物に対する直接・排他的な支配権である。

1. 物権の直接支配性

物権はその目的たる物を直接に支配する。これに対して、債権とは人に対して一定の行為を請求する権利にすぎない。債権が最終的には物の獲得を目的としていても、それは物の給付という債務者の行為を目的とするに過ぎないのである。物権では、このような他人の債務履行行為を介することなく、直接に物を支配できるという点に特徴がある。

guide

物権の1つである地上権と債権の1つである土地賃借権を例にとって説明しよう。地上権者も土地賃借権者も土地の使用を目的とする点では同じである。しかし、土地の使用に至るプロセスが異なる。地上権者は、いったん土地所有者と地上権を設定しさえすれば、以後は土地所有者を通じることなく、あたかも自分の物のように土地を使用できる。ところが、土地賃借権では、債権者である賃借人が土地を使用するには、債務者である賃貸人の「土地を貸す」という行為が不断に必要なのである。

ライセンス契約

物権と債権の異同と類似する話は、特許法等でも登場する。ライセンス契約で設定される専用実施権と通常実施権である。専用実施権は、特許権と同様に物権類似の独占的排他的権利であり、自己の名で差止請求や損害賠償請求をすることができるし（特許法100条～103条、104条の2～106条）。いったん専用実施権が設定されると、設定行為で定めた範囲内では、特許権者は特許発明を実施することができなくなり（特許法68条但書）、専用実施権者のみが独占的排他的権利を取得する。これは、地上権が設定され

ると土地の全面的支配権である所有権が制限される点とパラレルである。

これに対して、通常実施権は債権的権利であり、契約の相手方に請求できる権利にすぎない。したがって、特許権者は特許発明の実施契約を何人もの相手と締結することができる。もちろん、通常実施権の許諾を受ける者は、特許権者との間で他の者には重ねて実施権の許諾をしてはならないとの契約を結ぶことは可能である（独占的通常実施権という）。しかし、その場合でも、特許権者が他にも許諾をした場合には、特許権者に対して債務不履行責任を追及できるだけのことである。これは、債務者に対して債務の履行を請求できるだけの権利であるという点で賃借権とパラレルである。

2、物権の排他性

物権はその目的たる物を排他的に支配する。同一の目的物の上に1個の物権が存在するとき、これと両立しない物権の並立することを許さない権利である。これに対して、債権は、タレントのダブルブッキングを考えれば分かるように同一人に対して同一内容の債権が複数成立する。

物権的請求権

所有権その他の物権は排他的な権利であるから、その物権の侵害に対しては、回復・予防のための請求権が認められる。これを物権的請求権という。物権的請求権には、物権的返還請求権、物権的妨害排除請求権、物権的妨害予防請求権の3種類がある。たとえば、土地の所有者はその土地に産業廃棄物を不法に投棄した者に対して物権的妨害排除請求権を行使し、廃棄物の除去を請求できる。この権利は、侵害者に故意・過失がなくても認められる強力な権利である。

物権法定主義と無体財産権

このように物権は強力な効力をもつ権利であるから、その種類を限定すべく民法やその他の法律によらなければ認めることはできない。これを物権法定主義という。そこで、特許権のように無体の情報に物権のような排他的な支配権を認めるために、民法の特別法として特許法や著作権法など知的財産権法が制定されている。

特許法100条の差止請求権

特許権をして排他的支配権とする代表的な規定が、特許法100条である。これは、特許権侵害に対する差止請求および予防請求を認めた規定である。物権的請求権類似の権利であるから、権利侵害についての故意・過失は要件ではない。この特許権侵害に対する差止を実効あるものにするため、差止請求と同時にする場合には、侵害組成物（実施によって生産されたもの）の廃棄請求、侵害供用設備（金型や工場設備などの実施するために用いる物）の除却請求もできる（特許法100条2項）。

2 物権変動

第176条 物権ノ設定及ヒ移転ハ当事者ノ意思表示ノミニ因リテ其効力ヲ生ス

approach

物権変動とは、物権の発生・変更・消滅を総称するが、土地の売買契約により土地の所有権という物権が売主から買主に移転するという場合が物権変動の典型例である。では、この場合、所有権の移転という物権変動は、どのような要件で、何時生じるのであろうか。また、物権と同様に排他的支配権である特許権を他人に移転するには、移転登録が必要となるが、物権の場合にはどのような手続が必要となるのであろうか。

2-1 物権変動の要件（意思主義）

物権変動が生じるための要件（効力要件）を規定するのが、176条である。同条は、「当事者の意思表示のみに因りて其効力を生ず」と規定している。これは、物権変動が「物権を移転する」との当事者の意思表示によって生じること、そして、当事者の意思表示以外には何も要件とされないことを示している。このような民法の考え方を意思主義という。これに対して、ドイツ民法では、物権変動が生じるためには登記という形式的な手続が必要とされている。ここでは、登記をしなければ物権変動は一切生じないのである。このようなドイツ民法の考え方を形式主義という。

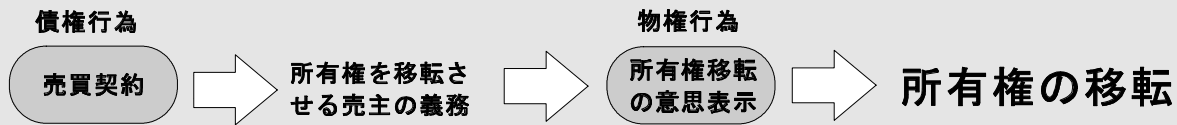
2-2 物権変動の時期

このような物権変動がいつ生じるのかが次の問題である。答えは、176条にいう「当事者の意思表示」がなされたときであるが、それがいつであるかが問題とされているのである。通説判例は、売買契約という債権債務を発生させる契約がなされた時点で、所有権移転の意思表示があったものとして、所有権が移転すると説明する（債権行為時説）。もちろん、どのような契約を結ぶかは当事者の自由であるから、所有権移

転時期を代金完済時にするなどの特約は認められる。

guide

「売買契約があったときに所有権移転の意思表示があったとして所有権が移転する」という話は分かったようで分からない話である。これは売買契約を構成する意思表示と、所有権移転の意思表示が理論的には区別される別個の意思表示であることを前提とする。



つまり、理論的な順序としては、売買契約を構成する意思表示があり、これに基づいて売主の所有権移転義務と買主の代金支払義務が発生する。そして、この義務の履行行為として、所有権移転の意思表示がなされ、所有権が移転するというわけである。売買契約を構成する意思表示は、所有権移転に向けた債権債務を発生させる点で債権行為、所有権移転の意思表示は直接に物権変動を目的とする点で物権行為と呼ばれる。しかし、売買契約の当事者は、このような2種類の意思表示を意識していないのが通常である。そこで、通説判例は、売買契約時（債権行為時）に所有権移転の意思表示（物権行為）が同時になされるとした上で、売買契約時に所有権が移転する考える。

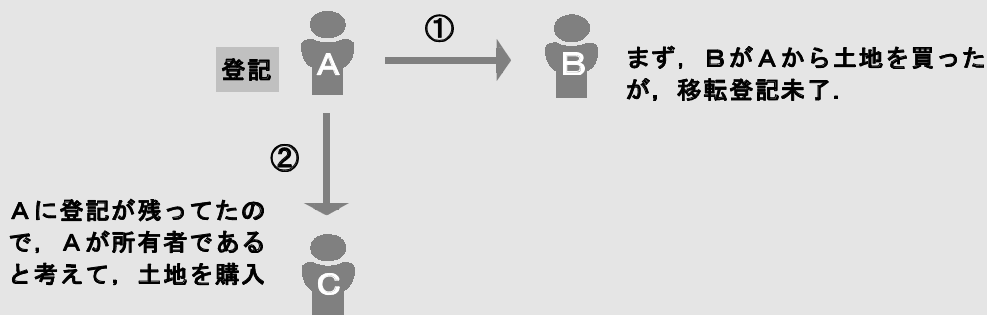
3 物権変動の対抗要件

第177条 不動産ニ関スル物権ノ得喪及ヒ変更ハ登記法ノ定ムル所ニ従ヒ其登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス

3-1 不動産物権変動と公示の原則

物権変動は当事者の意思表示によってのみ生じる。しかし、物権は直接支配性・排他性という強い性格をもっている。そこで、外部から認識できない、当事者の意思表示だけで、物権変動が生じるとなれば、取引の安全を害する。たとえば、喜び勇んでマイホームの建築用地を購入し、建築工事に取りかかったところ、そこには第三者の地上権が設定されており、地上権者から物権的請求権を行使されたような場合、土地の買主は予想外の不利益を受けるであろう。そこで、意思主義をとりつつも、意思表示による物権変動の結果や物権変動の過程を公に示す必要がある。177条はこのような趣旨から、物権変動は登記をしなければ第三者に対抗できないとしている。登記は、第三者に対抗するための要件に過ぎないから対抗要件と呼ばれる。また、このように登記によって第三者に物権変動を公示することから、177条は公示の原則とも呼ばれる。

guide

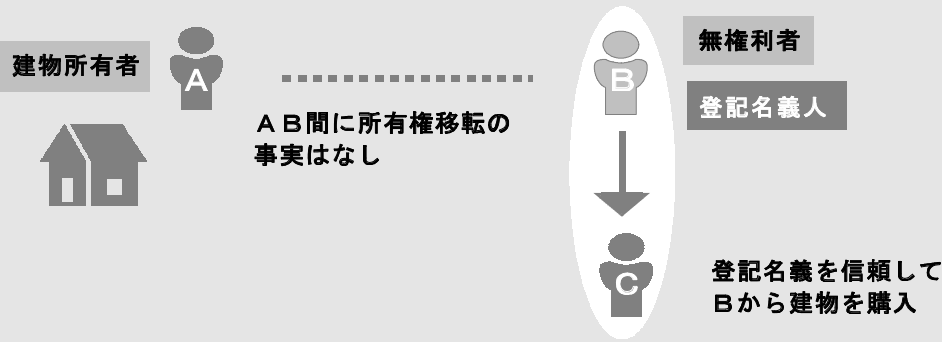


「第三者に対抗できない」というのは、具体的には次のようなことを意味する。まず、A B間の売買契約によって土地所有権はAからBに移転する。しかし、Bは所有権移転登記を備えていない以上、所有権の移転を受けたことを第三者Cに主張できない。その上で、CがAから土地を買って、自己名義の登記を備えた場合には、たとえBが先に買っていたとしても、Cが所有権の移転を第三者Bに対抗できる結果、所有者と確定される。結局、いずれが早く登記を備えたかでB Cの勝敗が決まるということである。

特許法98条（特許権の移転）

特許権の移転については、旧法（大正10年法）では、不動産の場合と同様、登録が対抗要件とされていた。しかし、権利の移転関係をより明確にするために、現行法では、登録が効力発生要件とされた。不動産取引とは異なり特許権の移転に関与する者の数は限定されており、かつ専門家が多いため、登録を効力発生要件としても不都合はないといわれる。

3-2 不動産物権変動と公信の原則



公示の原則に似て非なるものに「公信の原則」がある。これは、登記を信頼して取引に入った者は、たとえ権利が存在しなくても、権利を取得できるという原則をいう。公信の原則が適用されると、上記の図において、Bの登記名義を信頼して建物を譲り受けた第三者Cは、建物所有権を取得できることになる。しかし、わが国の民法は不動産物権変動に関しては公信の原則を採用していない。すなわち、Cはいかに善意・無過失でBの登記名義を信頼したとしても保護されることはないのが原則とされる。

guide

Bはまったくの無権利者であり、無権利者からは物権変動は生じないのが原則である（無から有は生じない）。しかし、登記簿上はBが権利者とされており、たとえ虚偽の登記であってもそれを信頼した第三者C（善意無過失）を保護する必要があるのではないかと考えを公信の原則という。

これに対して、公示の原則とは、無から有を生じさせようとする原則ではない。たとえ譲渡人が権利者であったとしても、物権変動の効果を他人に主張するには登記が必要で、登記をしない限り物権変動を他人に主張できないという原則である。

3-3 動産物権変動と対抗要件

動産についても、意思表示によって物権変動が生じるという点（176条）、それを第三者に対抗するには対抗要件が必要という点（178条）では、不動産物権変動と共通する。

しかし、動産物権変動では、「其動産ノ引渡」（178条）が対抗要件となる点が不動産物権変動と異なる。つまり、対抗要件の内容が、不動産物権変動では登記であったが、動産物権変動では「引渡」とされている。動産は普通は無数に生産されることから、登記制度を採用することができないため、引渡が対抗要件とされているのである。従って、たとえばAがBに時計を売却したが、時計の引渡しをしないうちに、AがCに同じ時計を売却し引渡しをしてしまった場合には、AはCに敗れ、Cが時計の所有者となる。

引渡の意義

動産物権変動の対抗要件である引渡しとは、動産の占有の移転をいう。時計の売買を例にとると、売主が時計を腕から外して買主に手渡す場合が典型例である。これを現実の引渡しという。しかし、引渡しの方法はこれ以外にも認められる。たとえば、AがBに時計を売却したが、売却後もAが引き続き目的物をBから賃借し使用するような場合に、当事者であるA Bの意思表示によって占有を移転することができる。このような引渡しの方法を占有改定という。この場合にAからBに移転するのは、時計に対する直接的な占有ではなく、間接的な占有であると言われる。

guide



物の占有といった場合、通常は物を現実に物理的に支配していることを意味する。しかし、目的物を物理的に支配していない場合でも、社会通念上物に対する事実的支配を認めることができる場合がある。たとえば、AがBに車を一日貸したとしよう。この場合、車を物理的に支配しているのはハンドルを握っているBである。しかし、それはBがAから借りている物である以上、社会通念上はAの事実的支配にも属していると言える。つまりこの場合、車に対してはBの直接的な占有とAの間接的な占有という二重の事実的支配が認められるのである。このように、物に対する事実的支配といっても、観念的な占有を含むことから、占有の移転である「引渡」も多様かつ複雑なものとなる。

動産物件変動と公示の原則

このように動産物件変動の対抗要件である「引渡」に占有改定などが含まれるとすれば、見た目には動産の占有が移っていなくても、買主は所有権の取得をすべての第三者に主張できることになる。不動産の場合には、移転登記手続が必要になるのとは比べて、かなりいい加減であるが、これは不動産と異なり日常頻繁に取引される動産については、簡単に所有権の取得を認めるとの趣旨である。

4 即時取得

第192条 平穩且公然ニ動産ノ占有ヲ始メタル者カ善意ニシテ且過失ナキトキハ即時ニ其動産ノ上ニ行使スル権利ヲ取得ス

approach

たとえば、骨董品屋のAからBが骨董品の壺を購入したが、これをAに預けておいたとする。Aはその壺を引き続き陳列していたところ、Cが来店しこれをAの商品だと信じて購入する。この場合、骨董品の壺の所有者はBCいずれであろうか。順を追って考えていくと、まず、AB間では骨董品の壺の所有権は売買契約時にBに移転している(176条)。そして、Bは占有改定による引渡を受けているから、所有権の移転を第三者に対抗できる(178条)。そうすると、売主Aは完全な無権利者になっており、後日Cが壺を購入しても壺の所有権を取得できないことになる(無から有は生じない)。Bとしては、民法上要求されている動産物件変動の対抗要件を備えた以上は、BがCに勝って当然とも考えられる。しかし、骨董品屋に陳列されていた壺を売り物だと思って購入したCにもやむを得ないところがあり、その信頼を保護すべきであろう。

4-1 即時取得の意義

動産を占有している無権利者を真の権利者であると誤信してこれと取引した者に、あたかも動産の占有者が権利者であったかのようにその信頼どおりの権利取得を認める制度をいう。これはまさしく無から有を生じさせる制度であり、不動産の場合に採用されていなかった公信の原則を動産について採用することを意味する。

動産物権変動と公信の原則

動産についてなぜ公信の原則が採用されたのかというと、それは、引渡しという動産物権変動の対抗要件が、公示方法として不完全であるため、動産を占有する無権利者をして権利者と信じた第三者を保護する必要があるからである。これに対して、登記制度は、極めて正確に不動産に対する権利関係を外部に公示するため、公信の原則を採用する必要は認められない。

では、自動車(これは動産であり、かつ登録制度がある)はどうか。

4-2 即時取得の要件・効果

即時取得が認められるためには、無権利者である前主から、動産を、平穩・公然・善意・無過失で、取引によって取得し、動産の占有を移転することが要件となる。

要件は、即時取得が動産取引の安全を図る制度であることから要求される要件である。また、要件は、即時取得が真の権利者の犠牲の下に第三者の信頼を保護する制度であるから、保護に値する第三者のみに即時取得を認めようとする趣旨である。その意味で、ここでの「占有」とは、占有改定を含まず、現実の引渡に限定されるとするのが、通説であり判例でもある。

即時取得が成立すると、無権利者からの買主であっても動産の所有権を取得する。

memo

即時取得の要件と推定規定の存在

取得者の平穩・公然・善意・無過失が即時取得の要件とされているが、このうち、平穩・公然・善意であったことについては、民法186条1項により推定される。したがって、即時取得を主張する者は、これらの事実について主張・立証責任を負わない。

これに対して、取得者が無過失であったことは、186条1項では推定されていない。しかし、無権利者であった前主も、188条で権利者と推定される以上、それを信じて目的物を取得した者の無過失は推定されるというのが、通説であり判例である。

債務不履行

approach

債権は、人に対する権利であり、排他的支配権ではない。したがって、同一人に対する同一内容の債権は両立する。たとえば、同一不動産がAからBとCに二重に譲渡された場合、BCは買主として売主Aに対して不動産の引渡請求権という債権をもつ。ところが、目的物である不動産は1個しかない以上、不動産を取得して契約目的を達成できるのは対抗要件を備えた買主であり、他方の買主は、契約の目的を達成できない。他方の買主は、対抗要件を備えなかった以上、やむをえない話しであるが、そもそも一番悪いのは、同一不動産を二重に譲渡した売主であろう。そこでこの場合、不動産を取得できなかった買主は、売主に対して責任を追及できないであろうか。これが債務不履行責任の問題である。

1 債務不履行責任の意義

債務不履行とは、債務者が正当な理由がないにもかかわらず、債務の本旨に従った債務の履行をしないことをいう。契約により発生した債務については契約違反といいかえてもいい。債務不履行がある場合には、債務者に損害賠償責任が発生する。

債務不履行には、履行が可能なのに履行期を経過しても履行しない場合（履行遅滞）、不完全な履行をした場合（不完全履行）、履行の不能な場合（履行不能）の3態様がある。

step up

従来、債務不履行には、この三つの態様のものがあるとされていたが、今日では、契約の本来の給付義務に付随した説明義務・情報提供義務などの付随義務違反、さらには雇用契約における雇主の被用者に対する安全配慮義務のように相手方の利益を保護すべきだという保護義務違反のような態様のものを含むと解されている。

2 履行遅滞

第415条

前段 債務者力其債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ヲ為ササルトキハ債権者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得

第412条

- 1項 債務ノ履行ニ付キ確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到来シタル時ヨリ遅滞ノ責ニ任ス
- 2項 債務ノ履行ニ付キ不確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到来シタルコトヲ知りタル時ヨリ遅滞ノ責ニ任ス
- 3項 債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メサリシトキハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遅滞ノ責ニ任ス

2-1 履行遅滞の要件

1, 債務が履行期に履行することが可能なにもかかわらず履行されないこと
履行期に履行することが不可能なら、それは履行遅滞ではなく、履行不能となる。

2, 債務がその履行期に達したこと
債務がいつ履行期に達するかは、期限の種類によって異なる。

確定期限の場合

期限の到来により当然に遅滞に陥るのが原則である。ただし、債権者が期日に債務者の住所に出向いて給付を受け取るというように、債権者の協力が必要な場合には、期限の到来によって直ちに遅滞に陥ることはなく、債権者が必要な協力をしたのに、債務が履行されない場合に初めて履行遅滞となる。

不確定期限ある債務

たとえば、ある人が死亡したときに履行するというような場合である。この場合には、債務者が期限到来を知ったときか、債権者の催告で知ったときに履行期が到来し、履行遅滞に陥る。

期限の定めなき債務

債権者が債務の履行を催告した時に遅滞に陥るのが原則である。

期限の定めなき消費貸借の返還義務

たとえば、返済期を定めることなく、借金をした場合、借主はいつから履行遅滞となるのであろうか。原則論を適用すれば、貸主の催告により当然に遅滞になるが、借金を返済するにはその準備も必要となるのが通常である。そこで、期限の定めなき消費貸借の返還義務については、例外的に、貸主から相当期間を定めて催告がなされ、その相当期間経過後に初めて遅滞に陥ることとした（591条）。

不法行為にもとづく損害賠償義務

たとえば、交通事故の加害者は被害者に対して不法行為に基づく損害賠償義務を負うが、これはいつから履行遅滞となるのであろうか。不法行為に基づく損害賠償義務も期限の定めなき債務であるが、不法行為の時、すなわち交通事故発生時から当然に履行遅滞となる。債権者である被害者の催告の必要もないのである。これは、不法行為による損害賠償は被害者保護の観点から即時に弁済されるべきとの考えによる。

3、債務者の帰責事由

これは、履行遅滞が債務者の故意又は過失に基づくことである。履行不能について定めた415条後段では「債務者の責めに帰すべき事由によって履行することができなくなったとき」として、明確に帰責事由の存在が要件とされているが、履行遅滞に関する415条前段や412条では法文上は帰責事由の存在が要件とされていない。しかし、近代法の過失責任の原則からすれば、債務不履行につき債務者の過失すら認められない場合には、債務者は責任を免れるべきである。この点で、履行遅滞の場合においても債務者の故意・過失を必要とする。

memo

帰責事由の証明責任

債務者に対して履行遅滞責任を追及する訴訟で、債務者の帰責事由の有無が争点となった場合、債務者のほうで「帰責事由のないこと」を証明しなければならないのか、それとも債権者のほうで「帰責事由のあること」を証明しなければならないのかが問題となる。両者は同じことを言っているようであるが、これが訴訟では決定的な違いをもたらす。もし債務者のほうで帰責事由なきことを証明しなければならないとすれば、証明できなかった場合には帰責事由があったことと扱われ債務者は損害賠償義務を負う。これに対して、債権者のほうで帰責事由のあったことを証明すべきことになると、もしそれを証明できなかった場合には帰責事由がなかったことになり、損害賠償請求は認められないことになる。これを証明責任という。では、どちらが帰責事由の証明責任を負うのであろうか。いやしくも債務を負うものが履行期に履行しないときは、何らかの帰責事由が存在するのが普通であり、帰責事由の存在しないのは例外であると言えよう。そうすると、債務者が帰責事由の有無につき証明責任を負担し、みずからやむべからざる事情に基づくことを証明しない以上責任ありと解するのが妥当であろう。現在の通説・判例はこのように考えている。

4、履行しないことが違法であること

たとえば、車の売買契約において買主の代金債務について確定期限が到来しても、売主が車を引き渡そうとしない場合には、買主は履行遅滞とはならない。この場合、買主には同時履行の抗弁権（533条）があるから、履行しないことが正当化されるのである。

memo

第533条 双務契約当事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得但相手方ノ債務カ弁済期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラズ。

2-2 履行遅滞の効果

第419条

- 1項 金銭ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テハ其損害賠償ノ額ハ法定利率ニ依リテ之ヲ定ム但約定利率カ法定利率ニ超ユルトキハ約定利率ニ依ル

第416条

- 1項 損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ為サシムルヲ以テ其目的トス
- 2項 特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト雖モ当事者カ其事情ヲ予見シ又ハ予見ス

ルコトヲ得ヘカリシトキハ債権者ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得

債務者が履行遅滞に陥った場合には、債権者は債務の履行が遅れたことによる損害の賠償を請求できる。これが遅延賠償である。

1, 金銭債務の履行遅滞

金銭債務に関する遅延賠償については、特に遅延利息と呼ばれ、原則として年5分の法定利率がつく(419条)。約定利息の定めがあればそれによるが、利息制限法に違反することはできない。

2, 金銭債務以外の履行遅滞

物の引渡義務など金銭債務以外の債務の遅延賠償については、416条の一般原則が適用される。すなわち、履行遅滞から通常生じる損害の賠償は常に認められ、特別の事情に基づく損害については、当事者がその特別事情を予見可能な場合にのみ賠償される。

guide

たとえば、マイホームの売買で、売主の引渡が1年遅れたので、その間アパートを借りることとなり、家賃がかかり、通勤も遠くなったので、余分な交通費がかかった。さらに、隣の部屋にヤクザが引っ越してきて嫌がらせをするので、買主がノイローゼにかかり、治療費を要したとする。のどこまでを売主は賠償すべきか。このうち、の損害は一般には通常損害とされるであろう。これに対して、の損害は特別事情に基づく損害であり、債務者である売主がその事情を予見可能な場合にのみ賠償を請求できることになる。

3 不完全履行

第415条

前段 債務者カ其債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ヲ為ササルトキハ債権者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得

approach

たとえば、鶏の売主が病気の鶏を交付した場合や治療を引き受けた医師が完全な治療をしなかった場合などは、債務者が履行期に遅れているわけではないので履行遅滞には当たらない。また、履行がまったく不可能な場合でもないから履行不能でもない。しかし、当事者の契約内容に違反した債務不履行であることは明らかである。そこで、このように債務者が一応債務を履行したものの、その内容が不完全な場合をして、不完全履行と呼んで、債務不履行の1つとされている。

3-1 不完全履行の要件

1, 履行として給付された内容が質的に当該債権本来の内容に達していないこと

病気のにわたりのように給付された種類物の品質が悪かった場合などがこれにあたる。

step up

これに対して、中古住宅の売買契約で家屋が白蟻に汚染されていたような場合はどうであろうか。買主はまさか家が白蟻に汚染されているとは考えていなかったであろうから、不完全履行として債務不履行責任を追及できるであろうか。争いはあるが、家屋の売買のように特定物が目的となっている場合、個性のあるその物のみが契約の目的物となっている。したがって、その物を給付すれば、債務の本旨に従った履行はあったとして扱われる。もっとも、白蟻に汚染された家は、買主支払った代金に見合うものではない。そこで、その場合の不公平を是正するために、買主には債務不履行責任とは別の瑕疵担保責任の追及が認められる。これが現在の通説の考え方である(法定責任説)。

2, 債務者の帰責事由

これについては履行遅滞と同様である。

3-2 不完全履行の効果

病気のにわたりを届けられた買主は、健康なにわたりの取り替えを請求できることは言うまでもない。これを追完請求という。この場合には本来の履行が遅れたことになるので、遅延賠償も請求できる。

これに対して、追完が不可能な場合には、本来の履行に代わる填補賠償を請求することになる。

4 履行不能

第415条 債務者力其債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ヲ為ササルトキハ債権者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行ヲ為スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ

approach

骨董品の壺の売買で、契約後に売主が不注意で壺を割ってしまった場合、もはや同じ壺を用意できないので、債務者である売主は債務を履行することはできない。したがって、壺を引き渡すべき債務は履行不能によって消滅する。しかし、債務者は不注意で壺を割った以上、壺を引き渡す代わりに壺の価額を賠償すべき責任を負う。これが履行不能に基づく損害賠償である。

4-1 履行不能の要件

1, 債権の成立後に履行が不能となったこと

不能とは、契約成立時は履行が可能であったが、契約成立後不能になったこと、すなわち、後発的不能であることが必要である。履行不能か否かは、社会通念に従って判断される。

不動産の二重譲渡

履行不能かどうかは社会通念にしたがって判断される。したがって、目的物が滅失したというような物理的不能に限られず、不動産の二重譲渡で、第2の買主が登記を備えた場合には、売主の第1の買主に対する債務は履行不能となる。この場合、不動産は滅失していないとしても、第2の買主が登記まで備えた場合には、社会通念上第1買主に対する履行は不可能と考えられるからである。この場合、債務者である売主に帰責事由が認められる以上、第1買主は売主に対して損害賠償を請求できる。

2, 債務者の帰責事由

履行遅滞と同じである。

4-2 履行不能の効果

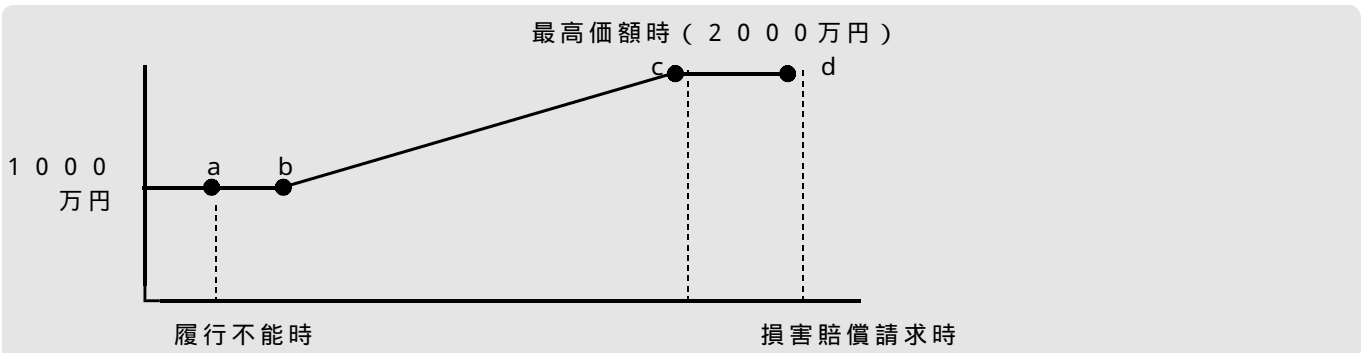
履行不能では、債務の履行がない以上、債権者は履行に代わる利益の賠償（填補賠償）を請求しうる。その範囲は、416条にしたがい通常損害と予見可能な特別事情における損害である（416条）。

目的物の価格変動と填補賠償

しかし、填補賠償は、その物の客観的な価額であり、その価額は市場において刻々と変化することがある。そこで、履行不能の賠償額を決定する上では、どの時点で目的物の価額を算定するかが重大な問題となる。

【目的物の価格が騰貴している場合】

たとえば、売主Aが買主Bに対して土地を売却したとしよう。Bが所有権移転登記をする前に、Aが同一土地をCに二重に売却し、Cが所有権移転登記を経たとする。前述したように、Cが所有権移転登記を経ることで、AB間の売買契約は履行不能となる。そして、もちろん履行不能の原因はAの二重売買にある以上、履行不能はAの責めに帰すべき履行不能となり、BはAに対して土地に代わる填補賠償を請求できる。ところが、当初は1000万円であった土地が、履行不能後に高騰を続け、2000万円まで値上がりしたとする。この場合、Bは2000万円を填補賠償として請求しうるのであろうか。

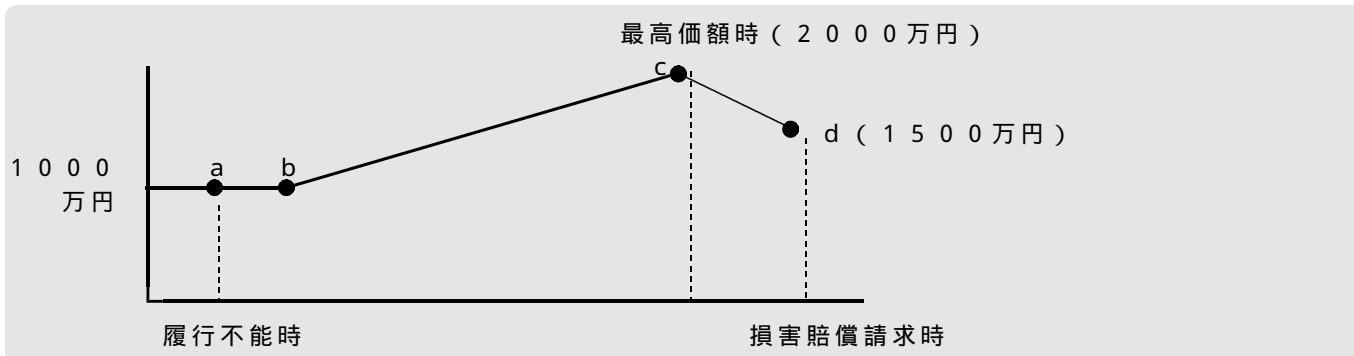


この点、原則として、填補賠償の価額は、履行不能時（a時点）の市場価額とされる。なぜなら、その

時点で填補賠償請求権が発生したからである。しかし、土地の価額が騰貴しつつあるという特別の事情があって、それを売主が履行不能時に知っていたか、知ることができた場合には、買主は騰貴した現在（d時点）の価額（2000万円）により填補賠償できる。なぜなら、もし売主の債務不履行がなければ、買主は騰貴した2000万円の土地を手に入れることができたからである。しかし、たとえば、買主が土地が高騰する前（b時点）で土地を他人に転売する予定であった場合には、最高価額による填補賠償は認められない。これが判例である。

【中間最高価格の問題】

では、いったん2000万円まで騰貴した土地が1500万円まで下落した場合はどうであろうか。



このように、いったん騰貴した土地が損害賠償を請求する時点で下落した場合には、その騰貴した価格（2000万円）すなわち中間最高価格で填補賠償を求めるためには、その騰貴した時点（c時点）で土地を転売するなど騰貴した価格による利益を確実に取得し得たことが必要になるというのが判例である。

不当利得

1 不当利得の原則論

第703条 法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産又ハ労務ニ因リ利益ヲ受ケ之カ為メニ他人ニ損失ヲ及ホシタル者ハ其利益ノ存スル限度ニ於テ之ヲ返還スル義務ヲ負フ

第704条 悪意ノ受益者ハ其受ケタル利益ニ利息ヲ附シテ之ヲ返還スルコトヲ要ス尚ほ損害アリタルトキハ其賠償ノ責ニ任ス

approach

たとえば、サラ金会社に借金をした者が、元利金を払い終わっているにもかかわらず、サラ金会社の請求に応じて過払いをしていた場合、その過払い分を取り戻すことができるだろうか。あるいは、もっと単純に泥棒が他人の家に侵入して100万円の現金を盗んだ場合、被害者は泥棒に対して100万円の現金を取り戻すことができるだろうか。これらのケースは、「一つの出来事を契機に、一方で利益を得る者がおり、他方で損失を受ける者がいる」という点で共通する。このような場合に、利益を受けた者と損失を受けた者との利益を妥当に調整しようという制度が不当利得という制度である。その利益の調整は、「受益者から損失者に対する不当な利益の返還」という形でなされる。「不当な利益の返還」ゆえ「不当利得」と呼ばれる。

1-1 不当利得の要件

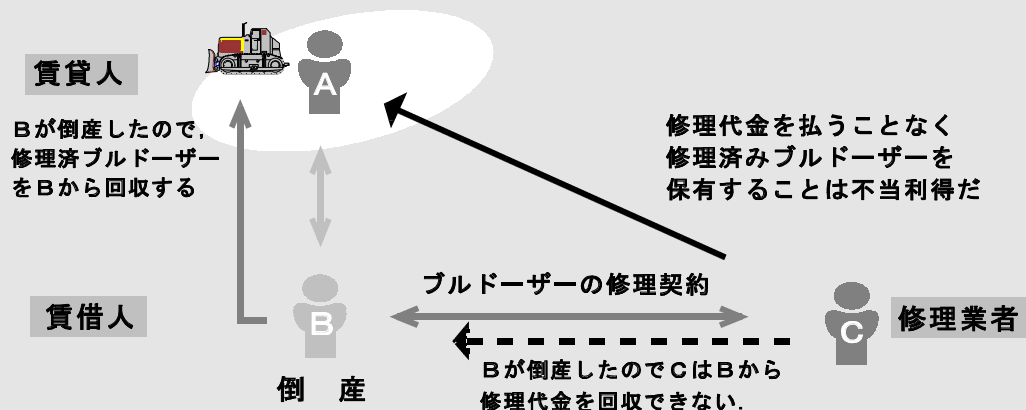
- 利得のあること
- 他人に損失を及ぼすこと
- 利得と損失との間に因果関係があること
- 法律上の原因のないこと

「利得」とは、他人の財産または労務によって利益を受けることである。この利得は、財産の増加という積極的利益のほか、支出を免れるという消極的利益でもよい。「損失」においても、積極的に財産が減少する場合のほか、消極的に財産が増加しない場合でもよい。「利得」と「損失」においては、一方が利得したので、他方が損失を受けたという関係が必要である。「利得に法律上の原因がないこと」とは、受益者に利益を保有できる実質的理由のないことをいう。

step up

単純明快な話であるが、そうとも言えない。これについては、ブルドーザー事件がある。

Aは、Bにブルドーザーを賃貸していたが、Bが使っているうちに、ブルドーザーが故障したので、BがCに修理に出した。ところが、修理を終えたブルドーザーがBに戻って間もなくBが倒産したので、所有者AはブルドーザーをBから引き上げてしまった。修理をしたCはBに対して修理代金を請求したが、倒産し無一文となったBから修理代金を回収できなかった。そこで、CはAを相手として、不当利得の返還を請求した。Cの主張は認められるか。



まず、Aは修理済のブルドーザーの返却を受けた点で利得は認められる。また、Cには、修理代金を回収できないとの損失もある。問題は、右の利得と損失との間に因果関係があるかだが、判例は直接の因果関係があるとして

いる。そして、Aは何の根拠もなく修理済みのブルドーザーの返却を受けている以上、利得に関して法律上の原因はない。そこで、判例は、AはCに対して修理代金相当額を不当利得として返還すべきとする（最判昭和45年7月16日民集24巻7号909頁）。

1-2 不当利得の効果

善意の受益者・・・現存利益の返還
悪意の受益者・・・利益全部の返還 + 利息 + 損害賠償

不当利得者は、利得の返還義務を負うが、返還義務の範囲は、利得者が善意（法律上の原因を欠くことを知らない場合）か悪意（法律上の原因を欠くことを知っている場合）かで異なる。

1, 善意の受益者の返還義務

利得した者が善意であるときは、「利益の存する限度」（現存利益）で、返還義務を負う（703条）。すなわち、利得が原物の形で現存している場合には、その原物を返還すべきであるが、原物が壊れていてもそのまま返還すれば足りる。現物を売却した場合には、一見利益は現存していないようにも考えられるが、売却代金が残っておればそれが現存利益となる。利得した金銭を遊蕩に浪費した場合には現存利益はないといえるが、利得した金銭を借金の支払いや生活費にあてた場合には、それにより自己の財産の減少を免れているので利益が現存する。

2, 悪意の受益者の返還義務

利得者が悪意の場合には、受けた利益の全部とそれに利息を付して返還しなければならない。利益全部と利息を返還しても、なお損失者に損害がある場合には、その損害も賠償する必要がある（704条）。

guide

このように、受益者が善意か悪意かで返還義務の範囲が異なる。これは、不当利得という制度が、善意の受益者との関係では、利得の返還に意義があるのに対して、悪意の受益者との関係では、利得の返還にとどまらず、損失者の損失を填補させる点に意義があることを示している。この点で、704条は、不法行為に類する機能をもつ。

1-3 特許侵害訴訟と不当利得論

1, 請求権の競合

特許侵害行為は不法行為であるが、不法行為に基づく損害賠償請求権は3年の短期消滅時効にかかる（民法724条）。これに対して、不当利得返還請求権の消滅時効期間は10年である。そこで、損害賠償請求権が時効消滅している場合には、侵害行為によって利益を得た者に対し、実施料相当額について不当利得返還請求権を行使することが考えられる。

2, 特許法102条類推の可否

この場合に、特許法102条の推定規定を不当利得返還請求権に類推適用できるかが問題となるが、不法行為と不当利得とは、存在理由が異なるので、類推適用は否定されている（大阪高判昭和57年1月28日無体裁集14巻1号41頁）

3, 不当利得返還請求訴訟の要件事実

この場合、原告が主張・立証すべき請求原因事実、及び被告の主張すべき抗弁事実は以下の通りである。

請求原因事実（kg）

抗弁（E）

被告が原告の本件特許権の実施により利益を受けたこと
原告が被告による特許権の実施により損失を被ったこと
と の間に因果関係が存在すること
被告が本件特許権を法律上の原因なくして実施したこと

利得の全部又は一部が消滅したこと
請求原因 の当時、被告は請求原因の事実を知らなかったこと

「被告が、法律上の原因なく実施したこと」とは、特許発明の実施が正当な権限に基づかないことを意味する。正当な権限としては、許諾実施権（法78条）、設定された専用実施権（法77条）などの契約に基づく実施権のほか、先使用権（法79条）、職務発明の使用者の通常実施権（法35条）などの法定実施権も含まれる。の「法律上の原因に基づかないこと」は、原告が主張・立証をすべき請求原因事実にあたるとするのが、実務である（司法研修所「事実摘示記載例集」9頁参照）。これに対して、この要件事実を被告の抗弁に回すべき（つまり、「法律上の原因のあること」を被告が主張・立証する）とする見解もある（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」無体財産権法の諸問題194頁）。

2 不当利得の特則（非償弁済）

第705条 債務ノ弁済トシテ給付ヲ為シタル者カ其当時債務ノ存在セサルコトヲ知リタルトキハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス

弁済したところ、実は債務は存在しなかったという場合には不当利得となり、利得の返還義務が生じるのが原則である。しかし、債務の不存在を認識し弁済する必要がないのにあえて弁済した者を保護する必要はない。そこで、例外的に、このような悪意の弁済者に不当利得の返還請求を認めないこととした。

guide

債務の不存在を知って任意に弁済をする者は希であろう。しかし、暴力金融からありもしない債務を主張され、恐ろしさのあまりに支払いをするようなケースは多い。このような場合にまで、債務の不存在について悪意であったとして、不当利得返還請求は認められないのであろうか。705条は、弁済する必要がないのにあえて弁済をした者の保護を否定する趣旨である以上、このようにやむを得ず弁済した者は悪意であっても不当利得返還請求が認められるというのが判例である。

3 不当利得の特則（不法原因給付）

第708条 不法ノ原因ノ為メ給付ヲ為シタル者ハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス但不法ノ原因カ受益者ニ付テノミ存シタルトキハ此限ニ在ラス
(参考)第90条 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス

approach

たとえば、Aがプロの殺し屋Bとの間で、ある人物の殺害を依頼して、報酬を支払った場合、その契約（請負契約である）は、公序良俗に違反して無効（90条）である。そうすると、殺し屋Bが受け取った報酬は、法律上の原因のない不当利得となり、Aに返還すべきははずのものである。しかし、Aの報酬返還請求が裁判上認められるなら、不法な給付をしたAに対して裁判所が法の力をもって助力する結果になる。そこで、708条本文は、不法な給付をしたAはその返還を請求できないとしたのである。「裁判所にやってくるものはクリーン・ハンズでなければならぬ」という英米法の格言と同じ趣旨である。

3-1 不法原因給付の要件

不法な原因のあること
給付のなされたこと

「不法」とは、およそあらゆる法令違反をいうのでなく、倫理・道徳に反する醜悪な行為をいう。給付があったと言えるには、受益者に終局的な利益が移転したことを要する。いったん給付があったとなれば、もはや返還請求は認められない以上、給付の認定は慎重になされるべきである。たとえば、登記済不動産の場合には、引渡のみならず登記の移転が必要とされている（未登記不動産については引渡しがあれば足りる）。

3-2 不法原因給付の効果

不法原因給付となると、給付したものに關する不当利得返還請求ができなくなる。たとえば、AがB女との愛人契約を維持するために、B女に新築の建物（未登記とする）をプレゼントし、引き渡してしまえば、不当利得として建物の返還請求を求めることはできない。

step up

では、不法原因給付とされた場合、いったい建物は誰の所有物なのだろうか。判例は、不法原因給付の反射的效果として、所有権はAからB女に移転するという。それが最も事柄の実質に適合し、かつ、法律関係を明確にするからである。

もっとも、たとえば、犯罪資金を出せと脅されやむを得ず支払った場合に、その返還が認められないのは酷であろう。そこで、708条但書は「不法の原因が受益者に付てのみ存したるときは」返還請求は妨げられないと定める。

不法行為

第709条 故意又は過失により他人の権利を侵害したる者ハ之により生じたる損害ヲ賠償スル責ニ任ス

approach

不法行為とは、他人に損害を及ぼす違法な行為であって、加害者がその損害を賠償すべき債務を負うものをいう。AがBに暴力をふるってBが怪我をしたという場合、Aは被害者であるBに対して損害賠償を請求できるというのが典型例である。特許権についていえば、他人の特許権を侵害品の製造販売などの行為によって侵害し、権利者に損害を与えた場合には、その損害を賠償しなければならないというのが典型例である。民法は不法行為に関していくつかの規定を設けているが、基本となるのは709条である。

1 不法行為の要件

ある者が他人の権利ないし利益を侵害すること
行為者に故意又は過失があること
他人に損害が発生すること
侵害行為と損害との間に因果関係があること

1-1 権利ないし利益の侵害

不法行為の成立要件として、権利の侵害があることが必要となる。民法上の権利は、財産権、身分権、人格権に分かれており、特許権はこのうち財産権に属する。

guide

法律上定められた具体的権利の侵害であることを要するか？

このように、民法は各種の権利を定めており、そうした権利の侵害があるときに権利の侵害として不法行為が成立する。しかし、たとえ法律上定められた具体的な権利でなくても、法律上保護されるべき利益が侵害されているなら、不法行為の成立を認めるべきである。たとえば、「大学湯」という名称で風呂屋を経営していた者が、「大学湯」という老舗（しにせ）を侵害されたとして損害賠償を求めた事件で、原審は、老舗というものは権利ではないので、それが侵害されても不法行為は成立しないと判断したのに対して、大審院は、それを破棄し、709条の「権利」とは厳密な意味での権利でなくても法的保護に値する利益であれば足りると判断し損害賠償請求を認めた（大判大正14年11月28日民集4巻670頁）。

1-2 故意 過失

709条は、加害者の故意または過失を要するとしている。結果の認識である故意があるときはもちろんだが、注意すれば結果を認識しえたという過失があるときにも責任がある。しかし、逆に、過失さえない場合、たとえば不可抗力で他人に損害を生じさせた場合には、責任は発生しない（過失責任の原則）。

故意・過失の立証責任

債務不履行においては、債務者は債権者の故意・過失を立証する必要はないが、不法行為では被害者は加害者の故意・過失の立証を必要とするのが、民法上の原則である。つまり、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、原告は被告に故意・過失があることを主張し、裁判所に故意・過失があることを確信させなければ、被告に故意・過失はなかったこととなり、請求が棄却されてしまう。

特許法103条

ところが、特許法103条は、「他人の特許権又は専用実施権を侵害した者は、その侵害の行為について過失があったものと推定する」と規定して、立証責任を転換している。それゆえ、侵害者が侵害行為について過失がなかったことを立証できない限り、侵害者に過失があったことになる。侵害者の過失が推定される根拠は、特許庁での実体審査を経て特許査定がされ、特許原簿に登録されて成立した特許権の存在と特許発明の内容が、特許公報で公に知らされている（特許法66条3項）ことにある。

もちろん、理論上は、侵害者が特許権が存在しているとの認識を欠如していたことに相当な理由があったこと、あるいは、権利を侵害しないと信じるのに相当の理由があったことを立証すれば、過失の推定を覆す

ことはできる。しかし、実務上はこの推定が覆ることはほとんどない。たとえば、弁理士の非侵害との鑑定意見を信じたという主張もこの推定を覆すことはできない（大阪地判昭59・10・30判タ543・278）。判例が過失の推定を覆した希有な例は、何らかの手違いで公報が未刊行であったなどという、極めて特殊な場合に限定されている（意匠権に関して、大阪地判昭48年11月28日判タ308・278）。

memo

知的財産法と過失の推定規定

特許法103条と同様の過失推定規定は、実体審査を経て権利が成立してその内容が公示される意匠権（意匠40条）、および商標権（商標39条による特許法103条の準用）にはあるが、実体審査手続を経ない実用新案権や一切の審査手続を経ていない著作権や不正競争防止法には存在しない。

1-3 損害の発生

不法行為に基づく損害賠償請求権が発生するには、損害の発生が要件となる。従って、原告は、損害賠償請求訴訟で、損害の発生したこと及び損害の数额を主張・立証しなければならない。

1, 損害の発生

損害には、財産的損害と無形的損害があり、財産的損害には、積極的損害と消極的損害（逸失利益）がある。積極的損害とは、不法行為に遭ったことで、被害者が積極的に支出した費用を意味する。交通事故でいえば、被害者が支払った治療費・入院費などである。

消極損害とは、得べかりし利益の喪失、すなわち不法行為がなければ得られたはずの利益を失ったという損害である。逸失利益ともいう。たとえば、30歳の方が交通事故で大怪我をして、普通なら67歳くらいまで働くことができたところを、働けなくなったとする。この場合、事故後37年間について被害者が得られたであろう収入を得られなくなったという点を、損害とするわけである。

特許侵害訴訟での損害

このうち、特許侵害訴訟での消極的損害（逸失利益）とは、当該特許権侵害がなければ製品の販売などにより得られたであろう利益である。積極的損害とは、侵害行為があったため、製品の値下げを余儀なくされた場合の値下げ分や、侵害品調査のために必要とされた費用などである。無形的損害としては、特許権者の業界における信用が傷つけられたことなどが考えられよう。

2, 損害の数额

損害が発生したとして、その数额についても原告が主張・立証責任を負担する。

この損害の数额については、特に逸失利益において問題となる。たとえば、30歳の方が交通事故で大怪我をして、普通なら67歳くらいまで働くことができたところを、働けなくなったという前述の設例では、事故後37年間についての得べかりし収入が損害となるが、話は単純ではない。

step up

逸失利益と中間利息・生活費の控除

たとえば、死傷による得べかりし利益は、被害者が将来何年もかかって得る収入である。それを加害者から現在一時金で取得する以上、早く得る利益を差し引く必要がある。これを中間利息の控除という。中間利息の控除の仕方については、ホフマン式計算法やライブニッツ式計算法がある。

また、特に死亡事故の場合には、被害者が死亡している以上、その後の生活費は不要となる。それゆえ、被害者が支出するだった将来の生活費は損害から控除する（損益相殺）。

女性の逸失利益

・逸失利益の有無

では、女性の場合ではどうか。女性は、結婚後専業主婦として職に就かない人も多い。とすれば、男性とちがって、得べかりし利益というものがなく、結婚適齢期以降の逸失利益の賠償は認められないのであろうか。この問題について、最高裁は、7歳の女兒のケースで、原審が、女子平均初婚年齢の25歳で結婚するとの想定のもとに、結婚後には逸失利益はないと解したのを破棄し、「女子雇傭労働者の平均的賃金に相当する財産上の収益をあげるものと推定するのが適当」だとした。

・逸失利益の算定

もっとも、女子の平均賃金を基準とすると、それは一般に男性よりも低額であるから、男子が死亡した場合とで格差が生ずる。これも不平等であるとして、女子労働者の平均収入を基準に算定された女子の逸失利益に、さらに家事労働分の評価額を加算して、男女格差の解消を図る判決も下級審で出た。しかし、最高裁は、将来労働によって取得しうる利益を二重に評価計算することになるとして、これを認めていない。

特許訴訟と損害の数额

特許訴訟における逸失利益の計算はさらに難問である。というのは、知的財産権は、他人に侵害されても、権利者自身による重畳的な利用が可能であるし、権利者の生産力がもともと侵害者よりも低い場合もある。それゆえ、かりに相手方の侵害行為がなければ、同量の特許発明の実施品を権利者が製造して売り上げることができたかは、直ちに決することができない。そこで、特許法102条は、損害額算定のための3種類の特別規定を設けて、権利者の損害額の立証を容易にした。

102条1項

侵害行為がなければ得ることができた製品1個あたりの利益に侵害者の販売個数を乗じた額を、権利者の実施能力を超えない限度において、主張立証すれば、自らの損害の額と主張できるとして、侵害行為による損害立証を緩和する。

102条2項

侵害行為により侵害者の得た利益の額を主張立証すれば、その利益の額は権利者の損害の額と推定される。

102条3項

土地の無断使用者に対しては、土地所有者は賃料相当額損害金を不法行為による損害賠償として当然に請求できる。これと同様に、権利者は、特許発明の実施に対して受けることのできる金銭の額（実施料相当額）を請求できるとして、賠償額の最低限度を法定している。この場合、原告は損害の発生を主張・立証する必要はなく、単に実施料相当額を主張・立証すれば足りる。これに対して、損害の発生があり得ない場合には、被告側で損害の発生し得ないことを抗弁として主張・立証して、損害賠償の責めを免れることができる（改正前商標法38条2項に関するものとして、最判平9年3月11日民集51巻3号1055頁「小僧寿司事件」がある）。

memo

損害額立証の方法

・文書提出命令

たとえば、特許法102条1項で一定の損害額を主張しようとする場合、原告は、侵害者の販売個数を主張立証しなければならないし、特許法102条2項では、侵害者が受けた利益を主張立証しなければならない。ところが、これらは、侵害者が保管している帳簿などを分析しなければ判明しないことである。そこで、特許法105条は、裁判所は当事者の申立により、必要な書類の提出を命じることができるとして、文書提出命令の制度を規定している。

・計算鑑定人制度

しかし、提出された文書の量が膨大で、一般的に経理・会計の専門家ではない裁判官、弁護士には、文書を正確かつ迅速に理解することは困難である場合や、提出された文書が、略語を使って表記されたものであった場合や、コンピュータ管理された帳簿類の打ち出しデータであった場合は、その内容について説明を受けることなしには部外者には理解できない。これらの場合には、新民事訴訟法163条の当事者照会の制度により、相手方に説明を求めることも考えられるが、相手方が説明に応じなければ、やはり文書の内容を理解できない。そこで、特許法105条の2は、損害の計算に必要な書類を公認会計士など中立的な第三者（鑑定人）に見せて、その第三者から損害の計算に必要な事項を裁判所に報告させるという制度（計算鑑定制度）を導入している。

特許法105条の3

以上の102条の各規定は、消極的損害（逸失利益）の賠償に関する特別規定である。従って、これらを積極的損害の賠償に適用することはできない（原則にもどって民法709条でいく）。また、102条の各規定を用いて一部の地域における侵害品の販売数量は立証できたが、それ以外の地域の販売数量を立証しようとすれば高いコストがかかるため全てを立証することが極めて困難とされる場合もある。そこで、105条の3は、損害額の立証が非常に困難な場合には、裁判所が弁論の全趣旨をや証拠調べの結果を総合して相当な損害額を認定できるとした。新民事訴訟法248条を受けた規定である。

4, 因果関係

不法行為に基づく損害賠償の範囲は、当該不法行為によって発生したすべての損害ではなく、加害行為と相当因果関係に立つ損害に限られる。相当因果関係とは、侵害行為から通常生ずべき損害に限りその賠償が認められ、特別の事情によって発生した損害は、加害者がそれを予見できた場合にのみ賠償させるという考えである。このような考えは、債務不履行責任に関する民法416条に規定されているが、これを不法行為の損害賠償の場合にもあてはめようとするが判例・通説である。

memo

416条1項は、賠償されるべき損害は、原則として、債務の不履行によって通常生ずべき損害であるとする。そして、例外的に、416条2項は、特別の事情によって生じた損害でも、当事者がその事情を予見または予見できたときは、賠償すべきものとする。これを不法行為の場合にもそのままスライドさせるわけである。

2 不法行為の効果 (損害の賠償)

第722条第1項 第417条ノ規定ハ不法行為ニ因ル損害ノ賠償ニ之ヲ準用ス
第417条 損害賠償ハ別段ノ意思表示ナキトキハ金銭ヲ以テ其額ヲ定ム
第723条 他人ノ名誉ヲ毀損シタル者ニ対シテハ裁判所ハ被害者ノ請求ニ因リ損害賠償
ニ代ヘ又ハ損害賠償ト共ニ名誉ヲ回復スルニ適當ナル処分ヲ命スルコトヲ得

不法行為が成立すれば、損害の賠償を請求できる。損害賠償には、2種類の方法がある。1つは損害を金銭的に賠償する方法であり金銭賠償と呼ばれる。もう1つは、原状回復の方法である。民法722条1項は、債務不履行に関する金銭賠償の原則(417条)を不法行為による損害の賠償に準用しているのので、損害賠償の方法としては、金銭賠償が原則とされる。この金銭賠償の原則の例外として、名誉毀損の場合にのみ原状回復が認められている(723条)。謝罪広告がその例である。

特許法106条の信用回復の措置

民法723条の「名誉」とは、人の人格的価値についての社会的評価であるから、「業務上の信用」のような人の経済活動に対する社会的評価は含まれるかは疑問の余地がある。そこで、特許法106条は、特許権を侵害することで特許権者の信用を害した者に対しては、信用回復の措置を請求できるとした。信用回復の措置としては、新聞・雑誌等への謝罪広告が考えられるが、特許権に関してこれまで信用回復措置を認めた裁判例は存在しない。

3 損害賠償請求権の消滅時効

第724条 不法行為ニ因ル損害賠償ノ請求権ハ被害者又ハ其法定代理人ハ損害及ヒ加害者ヲ知りタル時ヨリ三年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス不法行為ノ時ヨリ二十年ヲ経過シタルトキ亦同シ

3-1 3年の消滅時効(724条前段)

不法行為に基づく損害賠償請求権も債権であり、消滅時効にかかる。債権の消滅時効の一般原則は、権利を行使できる時から10年である(167条1項)。しかし、724条は、被害者またはその法定代理人が損害および加害者を知った時より3年間これを行わないときは、時効によって消滅するとして、167条1項の例外を規定している。これは、不法行為から長期間がたつことで、立証が難しくなること、および、3年もたてば被害者の怒りもおさまらるだろうとの理由に基づく。

消滅時効の起算点

3年の時効の起算点は、被害者が損害および加害者を知った時であるが、それを確実に知った時とすべきである。たとえば、交通事故から3年を経過した後に後遺症が発生したという場合に、後遺症が確定的にわかった時に損害を知ったのだから、事故の時ではなく後遺症発生時から時効が進行する。

3-2 20年の除斥期間(724条後段)

724条後段は、不法行為の時より20年を経過したときもまた同様としている。これは除斥期間であるとされる。被害者の主観的態様や時効中断事由の有無などの事情に関わりなく期間経過により損害賠償請求権は消滅する。不法行為がなされてから20年も期間が経過した以上は、もはや昔のことを蒸し返させるべきでないと考えられるからである。したがって、損害および加害者の知不知を問わず、不法行為の時から20年を経過すれば、損害賠償請求権は消滅する。加害者不明のまま損害賠償請求権が消滅するというのは、いかにも切り捨てといった印象であるが、これが除斥期間の考え方である。