

不当利得法における所有権保護の限界

——ヴィントシャイトとイエーリングの対立——

川 角 由 和

目 次

1. はじめに
2. ヴィントシャイトの立場
3. イェーリングの立場
4. 若干の考察
5. む す び

1. はじめに

(1) 典型例

たとえば、Aの所有物である動産甲（時価100万円）を、Bが無権限で事情を知らないCに100万円で売却し、Cが善意占有者として甲を占有した上で自己の才覚、取引上の努力、幸運等により、Dに甲を150万円で売却し、売却金を取得した、とする（なお、Cは民法192条の即時取得をしなかったものとする）。そして、その後Dのもとで甲は滅失したとする。かりに甲の滅失がなければ、Aは、Dに対して物権的返還請求権（*rei vindicatio*, *Vindikationsanspruch*）を行使し得たはずである（その場合、DはCに対して他人物売買に基づく追奪担保責任を追及するであろう。民法561条参照）。しかしながら、甲が滅失している以上、Aは、Dに対しては物権的返還請求権を行使しえない。Cを相手取って不当利得返還請求権を行使しうるのみである。

それでは、Aは、Cに対して、甲の売却金150万円全額を不当利得とし

て返還請求しうるのか、それとも甲の時価相当額100万円を不当利得として返還請求しうるとどまるのか。前者は、利得を目的物である甲の金銭への姿態転換として捉え、売却金150万円全額の返還を承認する立場に対応する (commodum oder lucrum ex re の立場 [つまり物そのものに着目し、その物が売買代金に代わったのであるからとして売買代金全額の返還を承認する立場]、あるいは全収益返還責任=Gewinnhaftung を肯定する立場)。それに対して後者は、利得を目的物の客観的価値である時価相当額 (100万円) に制限し、善意占有者であるCの取引上の利益 (50万円) をCに固有の利益として控除を認める立場に対応する (commodum oder lucrum ex negotiatione の立場 [つまり物の客観的価値に着目し、返還の対象をその客観的価値に限定して、それを越える売買代金部分を取引上の価値として分化させる立場]。すなわち客観的価値賠償=der objektive Wertersatz を肯定し、全収益返還責任=Gewinnhaftung を否定する立場)。これは、現在なお、ドイツのみならず日本でも論争されている対立点である¹。

(2) 出発点としてのローマ法文

上記対立点の源流はローマ法文に遡る。そのローマ法文は、基本的に全収益返還責任=Gewinnhaftung を肯定するものであった、とされる。ただし、その根拠としては、不当利得責任として Gewinnhaftung を認めるものと、(準) 事務管理責任として Gewinnhaftung を認めるものとに分

1 たとえば、典型的には藤原正則「侵害不当利得法の現状——代償請求と利益の返還 (Gewinnherausgabe) ——」北大法学論集44巻6号 (1994年) 170頁以下参照。藤原論文自体は、基本的に「客観的価値賠償説」を支持している。この点、前掲・藤原187頁参照。さらに、特殊な悪意侵害の場合にのみ Gewinnhaftung を認めれば足りるとする観点から、Gewinnhaftung を不当利得責任としてではなく準事務管理責任として構成しようとする、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)』(1972年) 371頁以下も参照。なお、知的財産権侵害と Gewinnhaftung との関係については、田村善之『知的財産権と損害賠償 [新版]』(2004年) 63頁以下、特に98頁以下参照。

かれていた。まず不当利得責任に関しては次の法文が挙げられる。

① D. 12.1.23

Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere, Julianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.

〔試訳〕「私が、あなたに遺贈された奴隷を、あたかも私に遺贈されたものとして占有し、そして売却した場合には、ユリアヌスは次のように言う。すなわち、その奴隷が死亡した後であれば、あなたは私に対して（その奴隷の）売却代金を、あたかも私があなたの物によって利得したかのように、不当利得として返還請求しうる、と。」²——この法文で注目すべきことは、ユリアヌスが“pretium condicere, quasi ex re tua locupletior factus sim”（あたかも私があなたの物によって利得したかのように、不当利得として返還請求しうる）と述べることによって、“commodum oder lucrum ex re”の立場を採用していることである。ちなみに奴隷が死亡せず、生きておれば、その奴隷（当時「物」扱いされていた）について物権的返還請求権（rei vindicatio）が成立する。

② D. 19.1.30. pr.

Si nummos, quos servus iste mihi subriperat, tu ignorans furtivos esse quasi peculiares ademeris et consumpseris, condictio eo nomine mihi adversus te competet, quasi res mea ad te sine causa pervenerit.

〔試訳〕「あなたが、その奴隷が私から盗んだ金銭を、その金銭が盗まれたものであると知らずに、あたかも（個人の管理収益を許す）特有財産であるかのように受領し、かつ消費した場合には、あなたに対する不当利得返還訴権が私に帰属する。それは、あたかも私の物が原因なしにあなた

2 ローマ法文の翻訳にあたっては、適宜次の文献を参照した。Otto/Schilling/Sintenien, Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereinte Rechtsgelehrter, 1832. 以下、同様。

の手に帰した場合と同様である。」(括弧内・引用者)——この法文は盗まれた金銭を対象物としており、必ずしも直接 *Gewinnhaftung* を問題としたものではないが、不当利得者が盗まれた金銭とは知らずに (*ignorans*)、つまり善意で受領し、かつ消費した場合の金銭全額の返還を不当利得責任として認めている点に特色がある。

次に(準)事務管理訴権に関する訴権を見よう。

③ D. 3.5.49

Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses.

〔試訳〕「売買契約の目的物とされた奴隷が、私つまり売主から盗んだ物を買主が売り、そしてこの物が現状で存在することをやめたであろう場合には、(その物の)代金について私に事務管理訴権が与えられるであろう。それは、あなたが私のものであった事務を、あなた自身のものと考えて管理した場合に私に与えられる事務管理訴権と同じものである。」(括弧内・引用者)——この法文の特色は、「事務管理者」(買主 = *emptor*)に他人(売主 = *venditor*)のために事務を管理するという意思 = 事務管理意思が欠けており、よって真正の事務管理訴権ではなく不真正の事務管理訴権が問題となっている、ということである。「(準)事務管理訴権」と表記したゆえんである³。

3 この D. 3.5.49 を、「ほんものの事務管理はいかなる方法によっても問題とはなりえない」(*von einer wirklichen negotiorum gestio in keiner Weise geredet werden kann*)として、D.12.1.23 ; D. 19.1.30. pr. と同じく不当利得訴権の箇所 で問題としているのは、ヘルマン・ヴィッテである。Vgl., Hermann Witte, *Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts*, 1859, S. 328. 他方、エルンスト・ツインマーマンは、この D. 3.5.49 を不真正事務管理訴権の箇所 で取り扱っている。Vgl., Ernst Zimmermann, *Aechte und unächte negotiorum gestio, Ein Beitrag zum römischen Obligationenrecht*, 1872, S. 47. ちなみにノ

このようなローマ法文は19世紀ドイツ普通法においても拘束力を持っていた。しかし、とくに19世紀後半期のドイツ普通法では、近代的所有権論の生成や訴権論から請求権論への展開等を受けて、上記①②③の法文を巡る一大論争が繰り広げられた。とりわけヴィントシャイトとイエーリングとの間の論争が名高い⁴。そこで以下、ヴィントシャイトとイエーリングそれぞれの基本的立場を、その代表的論稿を手がかりに確認しておきたい。

2. ヴィントシャイトの立場

(1) ヴィントシャイトの本テーマに関する代表的論稿は、1878年2月13日のライプツィヒ大学での講演録⁵である。まずヴィントシャイトは——結論を先取りして——他人の物の善意占有者が、第三者への譲渡による利得を生じた場合に、売主である善意占有者に権原 (Titel) があろうとなかろうと、その利得を返還請求できる、という立場を示す⁶。この利得は、物の客観的価値を超える売却金を含むのであるから、ヴィントシャイトは、

ㄨ ツインマーマンは、同じ箇所上記の D. 12.1.23 を D. 3.5.49 と併記している。要するにローマ法以来、19世紀ドイツ普通法においても不当利得と事務管理（さらには転用物訴権）が「未分化」であった証拠といえよう。この点については、とりわけ磯村哲「不当利得・事務管理・転用物訴権の関連と分化——不当利得法の構造とその地位——」、同『不当利得論考』（2006年）所収111頁以下参照（論文の初出は1944年）。

4 たとえば、ルドルフ・フロイントは、このヴィントシャイト・イエーリング論争を指して、次のように言っている。「この論争は、たんに法史的に興味深い解釈論上の小競り合いにとどまるのではなく、原理論的見解の高みにおいて (auf der Höhe prinzipieller Auffassung)、両者によって戦い抜かれたものであった」と。Vgl., Rudolf Freund, Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs, 1902, S. 3.

5 Vgl., Bernhard Windscheid, Zweifragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung, 1878, in: seine "Kleine Schriften, Reden und Rezensionen (1838-1892)", S. 231-269.

6 Vgl., Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 231.

全収益返還責任 = Gewinnhaftung を肯定する立場に立つ⁷。かつまたヴィントシャイトは、詳細にローマ法文を検討している⁸。それもローマ法文の字句に忠実に、いわば法源実証主義的に検討している。その部分を総括してヴィントシャイトは、次のように言う。やや長文にわたるが引用しておこう。

「これまで問題にされてきた法源素材を評価するならば、次の結論が明らかとなる。なるほど、問題にされたいかなる法文においても原則として権原 (Titel) を与えられた善意占有者に対して、全収益の返還請求権 (ein Anspruch auf Herausgabe der gewonnenen Bereicherung) が根拠づけられているようには判断されていない。しかしながら、法源の個々の判断は、(結果的に) 不当利得返還請求権を認めているのであって、とくに付合 (Verbindung) のケースに着目するならば、部分的には疑いなく権原なき善意占有者が視野に入れられている。また一部は、おそらくは権原を与えられた善意占有者に対しても不当利得返還請求権を認めている。そもそも、いかなる善意占有者に対しても不当利得返還請求権が承認されているとすら言えよう」⁹ (括弧内・引用者)。要するに「法源からは、(ヴィントシャイト説と) 対立する論者のための直接的な証拠は明らかとはならない」(括弧内・引用者) とする¹⁰。

(2) ちなみにヴィントシャイトは、善意占有者による果実の消費 (Verzehren) という問題と善意占有者の全収益返還責任 = Gewinnhaf-

7 ヴィントシャイトの論稿では、「全収益」を表現する “der Gewinn” ないし “das Gewonnene” さらに “die gewonnene Bereicherung” という語彙が頻繁に顔を出す。Vgl., Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5) S. 240 f., S. 246 f., S. 248., S. 253., S. 257., S. 260., S. 263 f., S. 268.

8 すでに本稿でも取り上げた①②③の法文を含め、付合や加工に関するものなど11個の法文を問題にしている。Vgl., Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 233-244.

9 Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 246.

10 Vgl., Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 253.

tungとの違いに触れて次のように言っている。

「果実に関する善意占有者の権利は、まさしく特別に果実のケースについて定立された権利にほかならない」。したがって、善意占有者の全収益返還責任=Gewinnhaftung とは問題の次元を異にする¹¹。そして果実の消費それ自体は、なんら財産の増加を生み出すものではなく、単に消費者の満足感の増加 (eine Vermehrung des Wohlbefindens des Verzehrenden) を生み出すだけである。言い換えるならば、「消費は、それによって現存の物が節約された限りで財産の増大を形成するに過ぎない」¹²。

(3) さて、ヴィントシャイトの法源実証主義に立ち戻るならば、その特異性は、次のようなものである。すなわち、まずヴィントシャイトは、法源素材の検討からは「権原 (Titel) をもたない善意占有者に対しては全収益の利得の返還請求権 (ein Anspruch auf die gewonnene Bereicherung) が与えられる」こと、明らかであるとする¹³。これを前提にヴィントシャイトは、さらにこの法源の判断を「権原 (Titel) をもつ善意占有者」に拡張適用できるか、という問題を提起している¹⁴。そして、「権原 (Titel) をもたない善意占有者」に対する全収益返還責任=Gewinnhaftung を認めるローマ法文が、仮に「特別法」(jus singulare) ないし「例外法 (Ausnahmsrecht)」であるとしても¹⁵、その「固有の意味」(der eigent-

11 Vgl., Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 252.

12 Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 252. すなわち、これは出費節約を直接的に利得と観念する主観的利得 (die subjektive Bereicherung) の立場である。Vgl., dazu Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II, 2. Auflage, 1869, S. 527 f. なおこの点に関するヴィントシャイトの立場については、拙著・川角由和『不当利得とはなにか』(2004年) 188頁以下でも触れた。

13 Vgl., Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 253.

14 Vgl., Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 254.

15 ちなみに、ヴィントシャイト自身は、「権原」(Titel) をもたない善意占有者に全収益返還責任=Gewinnhaftung を課すという「判断」(Entscheidungen) が特別法の根拠となるところの「特異性」(Singularität) を含むという考えに対しては、そもそも懐疑的である。Vgl., Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 11) 188.

liche Sinn) に反しない限りでは、類推的に (analogisch) 拡張適用されうる、とする¹⁶。要するに「法規の類推的拡張 (analogische Ausdehnung eines Rechtssatzes) とは、その固有の意味の強調、つまり起草者によって考えられ表現せられた観念において、単に不完全に叙述された意味の強調以外の何者でもないからである」¹⁷。ヴィントシャイトによれば、このように考えることは、裁判官に、「法自体を手段として、法感情の要求を満足させる可能性 (die Möglichkeit, die Anforderungen des Rechtsgefühls mit den Mitteln des Rechts selbst zu befriedigen)」を与える¹⁸。ともあれ、ヴィントシャイトは、「権原」(Titel) のない善意占有者の全収益返還責任 = Gewinnhaftung を、「権原」のある善意占有者にも「類推的に拡張解釈」する。そして、その結果として、「権原 (Titel) をもつ善意占有者」に対しても全収益の不当利得返還請求権を認めるのである¹⁹。

(4) ところで、ここでいう「権原」(Titel) とはそもそも何であろうか。

↘5), S. 260 f. なお、この点については、のちほど本文でも触れる。

16 Vgl., Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 254 f.

17 Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 255. しかしながら、このようなヴィントシャイトによる「法規の類推的拡張」は、どちらかといえば、拡大解釈そのものを指し、類推 (Analogie) とは異なる点に注意しておきたい。たとえば、原島重義『市民法の理論』(2011年) 123頁では、サヴィニーの法律解釈論に依拠しながら、次のような見解が示されている。「サヴィニーは、法律の解釈を、法律に内在する思想の再構成 (Rekonstruktion des dem Gesetze inwohnenden Gedankens) と考える。だから、類推と拡大解釈もしくは縮小解釈は区別される。サヴィニーによれば、拡大もしくは縮小解釈は法律に内在する思想、つまり法があるが、その法律による表現が間違っているときになされる。法律に内在する思想、つまり法よりも表現が狭いとき、表現を実際に思想に合致させるのが拡大解釈、思想よりも表現の法が広すぎるとき、なされるのが縮小解釈である。これに対して類推は法律の欠缺、すなわち、法律に内在する思想がない場合になされる。」(傍点・原著者)

18 Vgl., Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 257.

19 Vgl., Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 261.

このように問題を立てたヴィントシャイトは、次のように言う。すなわち「Titel」と称する事実は、多かれ少なかれその事実になんらかの瑕疵があったとしても、とにかく所有権が（善意占有者に）与えられたはずであるという事実のことである。しかしながら、まさしくこの瑕疵のゆえに（善意占有者に）所有権を与えなかった事実のことである」²⁰。このヴィントシャイトの言い回しはきわめて抽象的である。これを、典型的に言い直せばこうであろう。ある物の所有者AがBにその物を売り、引き渡したが、その売買契約には錯誤があり無効であった、とする。そして、AがBに対して返還請求をする前に、BがCにその物を転売してCが（他人の物の）善意占有者として占有したのち、Cはその物をDに高値売却をし、その後当該物が滅失した、とする。このケースでは、B—C間の「転売契約」が、善意占有者Cのもつ「権原（Titel）」ということになろう。しかし、その「権原」には、B—C間の転売契約に先行するA—B間の売買契約に錯誤無効という瑕疵が付着している。とはいえ、Cからみるならば、Cにはあくまで善意でBの所有物をBから買ったと言える事情が随伴している。しかしながらあくまでも上記瑕疵の付着によって、Cは「所有権者」にはなりえないのである（Cに「善意取得」（民法192条）は成立しない。A—B間の売買契約は錯誤で無効であり、かつ真の権利者AにBへの占有移転につき「帰責」あり、とは言えないからである）。ちなみに、前記ローマ法源①のように、ある物の所有者AがBにその物を遺贈したところ、Cが自分に遺贈されたものと善意で信じ込み、Cが占有した上でその物をDに売却し、そののち物がDのもとで滅失したような場合、ヴィントシャイトは、Cの「権原」を誤想権原（Putativtitel）と呼んでいる²¹。

（5） さて、このような「権原」（Titel）に基づいて取得されたものが、そもそも「不当利得」と言えるか。この点につき、ヴィントシャイトは次

20 Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 261 f.

21 Vgl., Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 233.

のように言っている。「すなわち人（ヴィントシャイト説の反対者たち）が考えているのは次のことである。つまり善意占有者が、なかでも Titel に基づいて物を取得した善意占有者が、彼の側で物に対して犠牲を払い、その結果として物から gewonnene された利得は（不当利得ではなく）、この犠牲に対する賠償（Ersatz für diese Aufopferung）にほかならない、と。しかしながら、次のことはやはり明白である。第一に、それによって善意占有者が物を取得したところの Titel は、必然的に犠牲と結びついたものとは言えない。第二に、Titel が犠牲と結びついたものといえるとしても、この犠牲と物から gewonnene された利得とは、その額において必然的に合致するものとは言えない」²²（括弧内・引用者）。さらにヴィントシャイトは、この問題を一般化して、次のようにも言っている。「（ここで）特に論じられた問題とは、次のようなことであつた。すなわち、所有権者の請求権、つまり善意占有者によって所有権者の物から gewonnene された利得の返還請求権は、善意占有者によってその物から取得されたもののそのものに及ぶのか、それとも善意占有者は彼の側でその物の取得のために犠牲にしたところのものを控除できるのか、という問題であつた」²³と。この点についてヴィントシャイトは、本稿で幾度も指摘した通り、前者の立場、すなわち「善意占有者によって所有権者の物から gewonnene された利得の返還請求権は、善意占有者によってその物から取得されたもののそのものに及ぶ」という立場を採用する。つまり全収益返還責任＝Gewinnhaftung を肯定する。そしてその際、善意占有者が目的物をなんら売却しなかった場合にあつたであろう状態よりも利得する状態にならないように判断する、という趣旨の立場を示す²⁴。いわゆる「差額説」の立

22 Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 264.

23 Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 265.

24 Vgl., Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 268. ただし、この箇所では「より悪い状態には陥らない」と表現しているが、その趣旨は本文と同じ「差額説」的思考形態にある。

場である²⁵。言い換えれば、主観的な「利得観念」優位の立場である。現にヴィントシャイトは、次のようにも言っている。「〔善意占有者による他人の物の〕売却によって、所有権の問題から売買代金として支払われた金銭（の問題）に身を変じている。これは彼（善意占有者）の（財産）状態の改善（Verbesserung）であり、この改善の中にこそ、彼が返還しなければならない彼の利得（seine Bereicherung）が存在している」²⁶と（括弧内・引用者）。

（6）ちなみに、ヴィントシャイトによれば、他人の物の善意占有者が全収益返還責任＝Gewinnhaftungを負うということは「正義の要請」（Postulat der Gerechtigkeit）である、とされる。このことをヴィントシャイトは、逆説的表現ながら、次のように言っている。「確かに言えることなのだが、他人の財産を自分のものと信じて、自己のものとして形を変えさせた者（derjenige, welcher fremdes Vermögen in dem Glauben, es sei sein eigenes, in eigenes verwandelt hat）が、その全収益（das Gewonnene）を保持することは、なんら正義の要請とは合致しない」²⁷と

25 この「差額説」は、ヴィントシャイトが、利得の存在様式を「財産の増加」（Vermehrung des Vermögens）と「財産の非減少」（Nichtverminderung des Vermögens）の二つの様式で把握することとも関連性を持つ（出費節約利得は後者である）。この点につき、川角・前掲書『不当利得とはなにか』（前注12）189頁参照。なお、すぐ後でも本文で指摘するとおり、他人の物を売却した善意占有者が取得した全収益は、「他人の物」が「（善意占有者の）自己のものとして姿をかえたもの」、すなわち「財産の増加」の内に把握されるものと思われる。要するに、ヴィントシャイトにとって、ここで問題となる「全収益」は、「他人の物」が姿態転換したものにほかならない。

26 Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 266.

27 Windscheid, Zweifragen (oben Fn. 5), S. 263. なお「他人の財産」を「自己のものとして形をかえさせ（る）」という観点は、前掲ローマ法文①の“pretium condicere, quasi ex re tua locupletior factus sim”（あたかも私がある人の物によって利得したかのように、不当利得として返還請求しうる）と相い通ずる。要するに“Gewinn ex re”を肯定する観点である。そしてこれはまた、ヴィントシャイトに固有な権利論ないし所有権論を背景とする観点であ

(括弧内・引用者)。つまりヴィントシャイトは、たとえ「権原」(Titel)をもつ善意占有者であれ、「正義の要請」に照らして、その者は“das Gewonnene”を返還すべきである、と言うのである。このことは、ヴィントシャイトの見解において「法感情」(Rechtsgefühl)が重視されていたこと²⁸と関連性をもつだろう²⁹。ともあれ、以上がヴィントシャイトの基本的立場であった。

3. イェーリングの立場

(1) 上記ヴィントシャイト論文(前注5)が世に問われた直後、イェーリングは、ヴィントシャイトに反論する立場からイェーリング年報にみずからの論稿を掲載した³⁰。そこでイェーリングがまず最初に着目したのは、

ゝる、とするのが本稿の仮説である。この点については、後ほど触れる。

28 前注18に対応する本文参照。

29 このような「正義の要請」や「法感情」の重視論は、ヴィントシャイトに独特な「衡平説」(Billigkeitslehre)と繋がりをもつのかも知れない。

30 Rudolf von Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache verpflichtet, nach deren Untergang dem Eigentümer derselben den gelösten Kaufpreis herauszugeben? Ein Beitrag zur Lehre von der Grenzen des Eigentumsschutzes. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht, Bd., 16, 1878, S. 230-318. 長い表題であるが、翻訳すればこうである。「他人の物の従前の善意占有者は、その物の滅失後、支払われた売買代金をその物の所有権者に返還する義務を負うか?——所有権保護の限界に関する学説への寄与」。なお、ヴィントシャイトの論文(前注5)もイェーリングのこの論文も、同じ1878年に出されたものであるが、その先後関係は、ヴィントシャイトが先でイェーリングが後である。それは、後ほど本文でも示すようにイェーリングがヴィントシャイトの論文(前注5)を受けて、それを批判する目的で自らの論文を書いたことが明らかであることから根拠づけられる(イェーリングは前注5のヴィントシャイト論文を引用しているが、逆にヴィントシャイトはイェーリングのこの論稿を引用していない)。またヴィントシャイト自身、彼のパンデクテン教科書で「私の論稿を批判するためにイェーリングが1878年に論文を書いた」旨の記述をしていることでも明らかである。Vgl., Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, Bd., Ⅱ

他人の物に基づく収益 (Gewinn aus fremder Sache) の二つの本質的に異なった定式を区別しなければならない、という観点であった³¹。すなわち、他人の物に基づく収益という場合、第一に他人の物がそのまま金銭的価値 (客観的価値) に変わった場合、つまり他人の物そのものによる収益ないし利得 (commodum oder lucrum ex re) のケースがある。第二に、他人の物を目的としながらも「取引行為に基づいてわがものとされた利益 (propter negotiationem perceptum)」、言い換えれば「人格に基づく収益ないし利得 (commodum oder lucrum ex persona)」が問題となるケースもある³²。これら二つの方式を区別しなければならない。そのようにイエーリングは言うのである。その際、イエーリングは、二重売買に関するローマ法文 (D. 18. 4. 21)³³ の中の一節 “pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur” (試訳「すなわち売却された奴隷の代金は、目的物 (奴隷) 自体から引き出されたものではなく、取引行為から引き出されたものである。」³⁴ (括弧内・引用者)) に依拠し

↘2, 1906, mit Theodor Kipp, S. 875. Anm. 8.

31 Vgl., Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 231.

32 Vgl., Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 231.

33 この D. 18. 4. 21 については、飛世昭裕「パウルス文 (D. 18. 4. 21) の解釈史——注釈学派から人文主義法学まで——」北大法学44巻6号 (1994年) 14頁以下が詳しい。なお、この D. 18. 4. 21 の基礎研究を現在のドイツ侵害不当利得論の批判的考察に繋げていったのは、ヤコプスである。Vgl., Horst Heinrich Jakobs, *lucrum ex negotiatione*, Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht, 1993, S. 1-145. このヤコプス論文については、前掲・藤原「侵害不当利得法の現状」(前注1) 181頁以下参照。ちなみにイエーリングは、彼の『ローマ法論稿』(後注47参照) で D. 18. 4. 21 を紹介するまで、当時のドイツ法学はその法文をまともに取り上げることがなかった、と言っている。Vgl., Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 230 und S. 280.

34 なお、この一節の前には次のような文章が置かれている。“nam si eundem hominem tibi vendidero et necdum traditio eo alii quoque vendidero ↗

て、(二重売買の第二買主が、目的物滅失後、売主に対して Gewinn の返還請求権を持たないと判断されうるのに加えて、さらに) 善意占有者は目的物の所有者とはいかなる関係も有していなかったのであるから、所有者は(目的物滅失後の従前の) 善意占有者には全収益返還責任 = Gewinnhaftung を追及することはできない、という結論を示す³⁵。

(2) それでは、所有者はいかなる範囲で善意占有者に返還請求しうるのか。まずイエーリングは、金銭収益 (Erlös von Geld) の事例を問題にする。すなわち、善意占有者が他人の金銭である物を購入した、とする。その他人(金銭の所有者)は金銭のみならず物をも返せ、と請求できるだろうか。このように問題を立てたイエーリングの結論はこうであった。「所有者は、物に対してではなく、ただ金銭に対してのみ彼の請求権を振り向けることができる」³⁶。その上でイエーリングは、本稿の冒頭で示したローマ法文①と③を問題にして、それらが売買代金全額の返還責任、すなわち Gewinnhaftung を承認しているがゆえに、「ローマ法のその他の諸原則からの逸脱」(eine Abweichung von den sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts)をみてとることができる、と言っている³⁷。にもかかわらずヴィントシャイトも、ローマ法文①と③の結論と

↘ pretiumque accepero, mortuo eo videamus ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci” (試訳「なぜなら、私があなたにある奴隷を売り、しかし、その引渡前に(私が) 第三者にもその奴隷を売り、代金を受領したが、奴隷が死んでしまったという場合、私はその売買契約に基づいて、あなたに対するいかなる義務も負わない。なぜなら、私はその引渡しに関していかなる遅滞の責めも負わなかったからである。」) おそらく売主が第一買主に遅滞責任を負わない特殊な事情が介在していたのであろう。

35 Vgl. Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 232.

36 Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 233.

37 Vgl. Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 233.

同様に Gewinnhaftung を肯定する。そのヴィントシャイトの立場を、イエーリングは次のように要約している。すなわち「ヴィントシャイトは、所有権者があらゆる善意占有者に対して利得返還の請求権を有するという（ローマ法以来の）従前の法学理論を採り入れた。ただ彼は、私がそれ以外のところでは経験した記憶のない修正そして彼自身がただ疑わしい方法においてのみ述べている修正、すなわち売買価格全体（der ganze Kaufpreis）が利得（Bereicherung）とみなされるべきであり、その結果、したがって被告（善意占有者）は彼の側で支払った売買代金を控除しえない、という修正を行っている」³⁸。そしてイエーリングは、ヴィントシャイトのこの見解を「善意占有者の完全なる無防備性」（eine “völlige Schutzlosigkeit des bonae fidei possessor”）を帰結し、さらには「所有権に関する取引の完全なる不安定性」（“eine völlige Unsicherheit des Eigenthumsverkehrs”）に導くものであるとして批判している³⁹。その上で、上記1878年2月13日のヴィントシャイト論文（前注5）を指して、「ヴィントシャイトが彼の見解のために妥当する諸証拠の全資料を展望する立場に学問を置いたという点にだけ、学問はヴィントシャイトに恩を感じうるにすぎない。」という⁴⁰。要するにイエーリングは、ヴィントシャイト流の「ローマ法源実証主義」を皮肉っているのである。この点に関連してイエーリングは、「私にとって決定的意味をもつのは……個々の法文ではなく、……むしろヴィントシャイトが正当性をもつと信ずることを、私にとって絶対的に不可能とする、そういう高次の立法上ならびに法学上の重要性をもつ諸々の根拠（Gründen von hohem legislativen und

38 Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 235.

39 Vgl., Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 236.

40 Vgl., Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 237.

juristischen Gewicht) なのである。」(括弧内・引用者)とも述べている⁴¹。このような方法的観点がイエーリングの見解の基礎をなす。それでは、イエーリングはそれをどのように「展開」させていくのだろうか。

(3) イェーリングは、その「展開」を、まずは「物権的ならびに債権的な所有権の二重保護の可能性」(die Möglichkeit eines doppelten Schutzes des Eigentums, des dinglichen und obligatorischen)⁴²のうちに見て取る。その際、イエーリングにあって特徴的なことは、たとえば本来、所有権に基づく返還請求権(rei vindicatio)が行使可能であるにもかかわらず、目的物の滅失などによって rei vindicatio が金銭価値に対する不当利得返還請求権(condictio sine causa)に姿態転換する場合、その不当利得返還請求権を失われたる rei vindicatio の単なる債権的代償とみる⁴³のではなく、「rei vindicatio の喪失を回復させる(unschädlich zu machen)という目的」をもつところの物権そのものの債権的姿態転換であり、物権そのものの債権的自己貫徹とみるのである⁴⁴。それゆえ「物権的ならびに債権的な所有権保護の二重保護の可能性」がここで問われているのであって、「物権的保護」と「債権的保護」とが単に並列的に二つ存在するというのでは決してない。それゆえイエーリングは、次のようにも言っている。すなわち「その condictio は rei vindicatio と同一平面上に存するものであって、その双方において原告に帰属する物の所持そのもの(das blosse Haben)が問題となる。そして、その所持こそ被告をして所有権者の訴権にさらしめるものである。つまり、ある場合は占有の所持で

41 Vgl. Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 237.

42 Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 238.

43 たとえば、サヴィニーがこの立場であった。川角・前掲書『不当利得とはなにか』(前注12)32頁参照。

44 Vgl. Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 238.

あり、他の場合は所有物の所持であり、また物の価値の所持である。そしてこれらは、いずれも有責性モメント (Schuldmoment) を指摘する必要のないものである。」⁴⁵ (傍点及び括弧内・引用者) ——要するに、イエーリングにとってこの場合の *condictio* は、「拡張的な所有権保護」(erweiterter Eigentumsschutz) に資するためのものであり、その限りで特殊に *obligatorisch* な保護と呼ばれるにすぎない⁴⁶。

(4) このように、この場合の *condictio* は、イエーリングにとって *rei vindicatio* の姿態転換であり、所有権そのものの拡張である。したがって、所有権者が(物滅失後の)善意占有者に対して *condictio* によって請求できるのは目的物の物的価値 (Sachwerth) にすぎない。このことは、かねてよりイエーリングが主張してきたことであった⁴⁷。そしてイエーリングは、ローマ法文①と③のように、所有権者の物がそのまま売買代金そのものに成り代わるかのような考え方(そしてそれはヴィントシャイトの採用する見解でもある)を、「物質主義的かつ感覚的な考察方法」(die materialistischen, sinnlichen Auffassungsweise)⁴⁸として批判する。このよう

45 Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 239.

46 Vgl., Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 239.

47 Vgl., Jhering, In wie weit muss der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben? In: seine Abhandlungen aus dem römischen Recht, 1844, S. 70. その箇所ではイエーリングは次のように言っている。「彼(物の滅失後の善意占有者)が返還する必要があるのは(本来は) *rei vindicatio* の対象であった物の価値だけ (nur Werth der vindicirten Sache) であって、その物の売買代金の返還ではない」。

48 Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 242. なお、ローマ法上の所有権観念が「物質主義的・感覚的」であることについては、イエーリングが彼の『ローマ法の精神』で立ち入って主張していることでもあった。Vgl., Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 2. Unveränderter Neudruck der 5. (letzten veränderten) Auflage, Leipzig (1894), 1993, S. 420 ff. bes. ↗

に、イエーリングによれば、ローマ法上の所有権観念は「物質主義的・感覚的」であるがゆえに「全く粗野な」(durchaus rohe)ものであり、それは「全体としての内容における所有権観念そして完全に首尾一貫して把握された権利理論」(die Idee des Eigenthums in ihrem vollen Gehalt und in ihrer vollen Consequenzen erfassende Theorie des Rechts)に置き換えられなければならない、とする(傍点・引用者)⁴⁹。すなわち、ローマ法上の所有権は直接的に「物」に向けられており、その物が非権利の善意占有者によって処分された場合の利益(売買代金)を *commodum* oder *lucrum ex re* として把握する。ところが、イエーリングの所有権論(ないし権利論)によれば、所有権は媒介的に「物の価値」(客観的価値を指すといってよい)そのものを内容としており、それを越える売買代金部分は、*commodum* oder *lucrum ex negotiatione* にほかならない。このイエーリングの見解は、現在の不当利得法上の「割当て内容説」(die Theorie des Zuweisungsgehalts)の基礎をなすものである。そしてその評価は、権利論におけるイエーリングとヴィントシャイトの対立に対応して異なった色彩を帯びてくるのであるが、この点については後ほど言及する。

(5) ところでこの場合の *condictio* が「所有権」の債務法的姿態転換であり、その債務法的追及であることは確かであるとしても、それはどこまで及ぶのか。たとえばイエーリングは、およそこう言っている。ある人が私の亜麻種(Leinsamen)を盗んで、その者の土地に植え付け亜麻を栽培し、それを採取した上で亜麻布を作り、それを第三者に転売した。第三者はその亜麻布からシャツを作って、そのシャツを顧客に売却した。その場

↘ S. 424 ff. ちなみに『ローマ法の精神』の初版(全3部)は、1852年から1865年にかけて出版されている。戒能通孝「イエーリング」戒能著作集Ⅶ『法社会学』(1977年)261頁以下、とくに263頁参照。

49 Vgl. Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 241-242.

合、私は、シャツの売買代金を亜麻種の所有権そのものの債務法的姿態転換であるとして、その全額を返還請求できないのは、もちろんであるが、なお一定割合については亜麻種の所有権の債務法的追及（不当利得返還請求権）の対象となりうる、と⁵⁰。ここで「一定割合」というのは、亜麻種そのものの「価値」（Werth）の割合のことである⁵¹。そして、ここでイエーリングがいう「価値」とは客観的価値のことであろう。つまりイエーリングにとって、所有権者は目的物が現存中はその物に対して rei vindicatio を行使しうるのだが、その物滅失後は、所有権の債務法的姿態転換としての不当利得において、物の客観的価値に所有権の債務法的追及効は制限されざるをえない⁵²。

（6）次にイエーリングが着目するのは、果実の消費に関する利得の概念規定である。すでに示したように、ヴィントシャイトはこの場合、出費の節約観念に依拠し、しかも消費による個人の主観的満足の増大に焦点をあてて利得の有無を決定するという態度をとった⁵³。それに対して、イエーリングはこう言っている。「消費が常に消費者の満足の増大を生み出すにすぎないということは本当だろうか？たとえば、他人の土地の占有者がその土地で収穫されたカラス麦（Hafer）によって自分の馬（Pferd）を飼養

50 Vgl., Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 243-244. その箇所でイエーリングは、実際にはもっと複雑な事例設定をしているのであるが、ここでは文脈の関係上、簡略化せざるを得なかった。

51 Vgl., Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 245.

52 ローマ法でも、この「所有権の債務法的追及」は actio in factum（事実訴権）や rei vindication utilis（物権的返還訴権の準訴権）を通じて個別的に行われていたが、condictio（不当利得訴権）内在的に純化されたものとしては実施されることがなかった。イエーリングは、この事態を指して「理解に苦しむ」と言っている。Vgl., Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 246.

53 前注12およびそれに対応する本文参照。

した場合、彼は、そのことによって彼の個人的な満足を高めているわけではない。また彼が、その（他人の）土地で収穫された干し草（Heu）で自分の雄牛（Ochse）を肥やし、それによって何ポンドかの肉（Fleisch）を得た場合には、その（利得としての）産物は、単にそれ以外の場合には必然的になされたであろう支出の消極的な節約ではない。そうではなく、その干し草は肉に転化したのであり、つまりその干し草は形を変えてなお現に彼の財産中に現存しているのである」⁵⁴。またイエーリングは次のようにも言っている。すなわち「他人の物の消費は利得を内在したものであり、それゆえ他人の物からの原因なき利得が *condictio sine causa* を生み出す場合には、この不当利得訴権が以上のような消費のケースにおいて所有権者に帰属すべきである、ということについては疑いがない」⁵⁵と。要するにイエーリングは、引用文中のカラス麦は馬の中に、また干し草は肉の中に「利得」として内在しており、そして消費という客観的利用行為によって初めて現実的に利得が生じる、とするものと思われる⁵⁶。言い換えれば、消費の対象であるカラス麦や干し草の価値（客観的価値）⁵⁷が不当利得の対象であって、出費の節約が利得なのではない⁵⁸。

54 Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 258.

55 Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 260 f.

56 ここでは利得そのものの「内在」とその外在的な「現実化」との対比が意味をもつだろう。ただし、そのような観点をイエーリングが必ずしも明示しているわけではない。

57 この場合の価値が客観的価値（時価相当額）であることにつき、イエーリングは必ずしも明言しているわけではない。しかし、イエーリングが「利得」（*Bereicherung*）と「その物の価値」（*Werth der Sache oder ad pretia eorum*）を明瞭に区別していることからすると、いわゆる客観的価値説の立場を採用しているものと考えてよい。Vgl., Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 273 f.

58 ただし、出費の節約観念に対するイエーリングの態度は必ずしも首尾一貫したものとは言えない。なぜなら「他人の物の消費は、次の場合には利得を理

(7) さてその後イエーリングは、従前の善意占有者に対する不当利得返還請求権の「内容」について改めて言及している。すなわち本稿の冒頭でも紹介した設例を再度ここで取り上げてみよう。——Aの所有物である動産甲（時価100万円）を、Bが無権限で事情を知らないCに100万円で売却し、Cが善意占有者として甲を占有した上で自己の才覚、取引上の努力、幸運等により、Dに甲を150万円で売却し、売却金を取得した、とする。そして、その後Dのもとで甲は滅失したとする。この場合、A（所有権者）がC（従前の善意占有者）に対して不当利得返還請求をなすのは、150万円の売買代金全額か、それとも目的物甲の客観的価値（時価相当額）である100万円か。言い換えれば、その差額50万円はAに帰属するのか、Cに帰属するのか。先に示したローマ法文①では、売買代金全額が、“quasi ex re tua locupletior factus sim”つまり「あたかもAの物に基づいて利得をなしたかのように」、不当利得返還請求権（訴権）の対象となった。これに対してイエーリングは、D. 18. 4. 21⁵⁹に着目して“pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur”（「すなわち売却された奴隷の代金は、目的物（奴隷）自体から引き出されたものではなく、取引行為から引き出されたものである。」）という解釈論を改めて問題にしている。要するに commodum oder lucrum ex re を承認するか、commodum oder lucrum ex negotiatione を

ゝ由づける。すなわち、その消費が、占有者がそれ以外の場合には自分の財産から支出したであろうそのような目的のためになされた場合に。」という言い方もしているからである。Vgl., Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 260. しかしこれは、類型論の創始者であるヴィルブルクやケメラーも出費の節約観念について妥協的であったことを思えば、致し方のないことであつたろう。なお、出費の節約観念に対するヴィルブルク、ケメラーの見解については、拙著・川角『不当利得とはなにか』（前注12）190頁以下参照。

59 前注33、34とそれに対応する本文参照。D. 18. 4. 21の特徴は、目的物（奴隷）の二重売買であり、二重売買ののちに目的物が滅失（奴隷が死亡）した、という点にあった。

承認するか、さらにそれをどのように承認するか、がここで問題となる。これについてイエーリングは次のように言っている。やや長文になるが、直接イエーリングに聞くなればこうである。

「私は次のように考える。……（他人の物の時価相当額での）売買代金は、物の単なる別形態ではなく、その物の販売のために供される、いわば x に相当する。そして売買代金を取得するためには、さらに買主が付与した y が付け加わらねばない。そしてこの y とは、労苦のない売買契約の締結ではなく、（さらに新たな）買主を発見するために前提とされていることである。（たとえば）商人は通常、売却に際して私人よりも（一定の）高い代金を取得する。そして彼は、彼が商人として存続し、その取引費用（Geschäftsunkosten）をカヴァーしようと欲する場合には、彼はその高い代金を取得しなければならない。その差額（Differenz）は——私たちはそれを d と示そう——彼にとっては、私人がそのために支払わなければならない価格（ p ）を越える不当な代金とは言えない。そうではなく、この差額 d の中に、 y のための、すなわち彼（商人）の人格において後者（私人）の人格とは区別される y のための補償が隠れ潜んでいる。この y というのは、単に彼が商人として前提として有すべき、たとえば商品学（Warenkunde）、取引上の知識（Geschäftskennntnis）、熟練（Geschicklichkeit）というような個人的な特性の中にだけではなく、彼が支出しなければならない取引費用の中にも存在する（その費用とはまともな買主を見つけるためのものである）。たとえば取引の場所、店舗、ショウウィンドー等々に物を陳列するために彼は支出しなければならない、また広告料（Insertionsgebühren）、カタログ印刷（Druck von Katalogen）、商品の価格表（Preiskurant）等々のために、また商品の保管のために支出しなければならない。彼がその物に支払った代金の中から p だけが x に帰する。それに対して d は y に帰する。そして x （＝ p ）だけを請求しうる者が $p + d$ を請求しようとする場合、彼は彼に帰

属していないものを請求することになるだろう。』⁶⁰（括弧内・引用者）

すなわち上記の $x = p$ が目的物の客観的価値を、それにたいして $p + d$ は売買代金全額（＝全収益）をあらわす。しかし $d (= y)$ は従前の善意占有者個人に帰属しているので、所有権者は $p + d$ を請求できない。所有権者が請求しうるのは目的物の客観的価値 $x = p$ にすぎない。

（8）さらにイエーリングは、こうも言っている。すなわち「以上の推論は単に商人にだけ妥当するものではない。そうではなく、事情に精通していること（Sachkenntnis）や人に関する知識（Personenkenntnis）、さらに勤勉さ（Betriebsamkeit）、あるいはその物を彼の取引相手が当時望んでいた価格よりもはるかに高い価格で売却するための特別な才能を通して、通常の私人にも妥当することである。また negotiatio というのは単なる売買契約の締結の意味ではなく、特別な骨折り（Anstrengung）ならびに（上記の）前提要件によって可能とされたところの適切な買主を探し出すという意味にほかならない。しかしながらローマ法学が、取得された売買代金を *lucrum ex re* とみなそうとする場合には、以上の全ての事情の下で逆転が生ずることになる。』⁶¹（傍点及び括弧内・引用者）

要するにイエーリングにとって “*pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur*” とは、上記引用文における意味での Geschäft のことである⁶²。そしてまた、それは *ex negotiatione = ex persona* として従前の善意占有者（本稿冒頭の設例によればC）に個人的に帰属する利益（引用文での $y = d$ ）を意味する⁶³。このように考え

60 Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 282-283.

61 Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 283-284.

62 Vgl., Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 283.

63 Vgl., Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 284.

るならば “quasi ex re tua locupletior factus sim”、つまり commodum oder lucrum ex re を承認する前記ローマ法文①は、限定的ないし制限的に解釈されるべきである⁶⁴。

(9) 最後に、イエーリングによれば、どこまで不当利得返還請求権が拡張されるべきかという限界 (Gränze) が問題とされるべきであった⁶⁵。そしてこの限界は、所有権保護の限界とパラレルなものであった。すなわち、本稿冒頭の設例に即して言い換えるならば、所有権者 A の C に対する不当利得返還請求権は当初の所有権保護手段たる rei vindicatio ないし Vindikationsanspruch に被規定的に定立された法手段であって、つまりはその場合の condictio sine causa は、失われたる rei vindicatio の債務法的な補完にほかならない。要するにイエーリングにとってこの場合の condictio は、rei vindicatio に従属するものであり、「補完的に第二の地位」(ergänzend an zweiter Stelle) を占めるにすぎない⁶⁶。これに対してヴィントシャイトは、不当利得返還請求権を一般的に拡張しようとする⁶⁷。ここでヴィントシャイトが「一般的に拡張しようとする」という場合、彼が売買代金を物の代償 (Entgelt für die Sache)⁶⁸とみなすことに

64 Vgl. Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 286 und S. 311. なお、ここで「限定的ないし制限的に解釈されるべきである」というのは、たとえば売買代金が目的物の客観的価値つまり時価相当額である場合にのみ上記ローマ法文①がそのまま妥当するにすぎない、ということであり、また無権原の善意占有者にのみ適用可能であり、有権原の善意占有者にまで拡張することは許されない、ということである。

65 Vgl. Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 288.

66 Vgl. Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 291.

67 Vgl. Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 289.

68 この表現はヴィントシャイトのパンデクテン教科書のなかにある。Vgl., Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, 1906, Bd. 2, S. 876 Anm. 8.

よって、*commodum oder lucrum ex re* を肯定することにとどまらない。ヴィントシャイトによれば、売買代金の額を立証するだけで容易に売買代金の全体についての不当利得返還請求権が認められてしまう、という意味においても一般的に拡張されてしまう⁶⁹。またヴィントシャイトにおいては、一般的に利得観念 (*Gedanke der Bereicherung*) が優位に立っており、イエーリングとは逆に所有権及びその保護手段を *condictio* に従属させてしまう⁷⁰。それは、言い換えれば所有権保護の債務法的補完にとどまる *condictio* をひとり歩きさせることによって、かえって「取引の安定性そのものを無に帰する」(*die ganze Sicherheit des Verkehrs vernichten können*)⁷¹。なぜならヴィントシャイトの *condictio* 理論によれば、従前の善意占有者が彼の取引上の努力や才覚等によって有利な取引相手を見つけたとしても、それによる彼固有の利益までもが *condictio* によって吸い上げられてしまうからである。こうしてヴィントシャイト流の *condictio* 理論は、いわば「善意占有者の完全なる無保護性」(*eine völlige Schutzlosigkeit des b. f. p.*)⁷²を帰結することになろう⁷³。以上がイエーリングの基本的立場であった。

69 Vgl., Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 290.

70 Vgl., Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 310.

71 Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 307.

72 Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 293. なお b. f. p. とは、ラテン語の *bonae fidei possessor* (善意占有者) の略語である。

73 この「善意占有者の完全なる無保護性」に対抗して、ヴィントシャイトは、追奪 (*evictio*) を要件とする償還請求 (*Regressanspruch*) の可能性を引き合いに出している。Vgl., Windscheid, *Zweifragen* (oben Fn. 5), S. 266 ff. これに対してイエーリングは、追奪自体、物の滅失後はその要件を失ってしまい、償還請求もできない旨を述べ、反論している。Vgl., Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 303 f.

4. 若干の考察

(1) 本来、所有権者の物が無権限で第三者に移転した場合、(その第三者が善意取得や時効取得をしないかぎり) 所有権に基づく返還請求権 (rei vindicatio) が可能であることについては疑いの余地はない。それでは、その物が滅失したために不当利得法上の価値返還請求権 (condictio) のみが問題となる場合、それは、売買代金全額の返還に及ぶのか、それとも客観的価値 (時価相当額) の返還にとどまるのか。ヴィントシャイトは、前者の立場であり、イエーリングは後者の立場であった。そしてヴィントシャイトは、rei vindicatio に代わる condictio を、もっぱら condictio そのものの論理で問題にする⁷⁴のに対して、イエーリングはその condictio の中になお所有権の自己貫徹 (権利継続的効力) を承認した。さらにヴィントシャイトは、売買代金の全額を物に基づく利益 (commodum oder lucrum ex re) としたのに対し、イエーリングは、善意占有者自身の取引上の固有の利益 (commodum oder lucrum ex negotiatione) を承認した。

(2) ところでヴィントシャイトの見解は、逆説的な形でヴィントシャイト自身の所有権論と繋がりをもつと言えるかも知れない。なぜならヴィントシャイトの所有権論は、イエーリングの所有権論で着目されるところの一定の「内容」⁷⁵をもつものではなく、もっぱら「不作為請求権の束」としての消極的禁止効 (negative Verbotswirkung) のみを意味するもので

74 ヴィントシャイトが「(善意占有者による他人の物の) 売却によって、所有権の問題から売買代金として支払われた金銭 (の問題) に身を変じている。」と述べていた点に留意すべきであろう。前注26とそれに対応する本文参照。

75 ここでいう一定の「内容」とは、所有権の「実体的要素」としての、法的に保護された一定の利益のこと (“Rechte sind rechtlich geschützte Interessen.”) であり、それが権利の本体である。その本体を守るために所有権の「形式的要素」としての権利保護・訴権が機能する。末川博「イエーリングの権利論」末川『権利侵害と権利濫用』(1970年) 所収35頁以下、とくに40-41頁参照。

あったからである⁷⁶。このように、ヴィントシャイトの所有権論が、所有権の内容ではなく、所有権の消極的禁止効に目を向けていたからこそ、所有権の積極的な内容的限界付けの発想ではなく、所有権の消極的な物的外在的把握の道を歩んだのであろう。それゆえにこそヴィントシャイトは、不当利得の局面で直接的に「物に基づく利益」(commodum oder lucrum ex re)の返還を承認することができたのかも知れない。すなわち、ここでの“ex re”とは、ヴィントシャイト流の「所有権に基づく(利益)」を指すのかも知れない。これに対してイエーリングの所有権論は、一定の「内容」をもつものであったがゆえに、その不当利得論においては必然的に客観的価値賠償説に連なっていく。またそれがゆえにイエーリングは、不当利得請求の相手方たる善意占有者に固有の取引上の利益(commodum oder lucrum ex negotiatione)を承認する。実は、ここにイエーリングとヴィントシャイトとの決定的な対立点があった、ということができると思われる。

(3) ここで改めてイエーリングの見解に注目しておきたい。それは、本稿で取り上げた1878年のイエーリング論文(前注30)に「類型論」(Typologie)の萌芽がみられる、ということである。いわゆる不当利得の「類型論」とは、一旦なされた給付の原因に関する瑕疵(無効、取消しを典型とする)に基づく「給付不当利得」と他人の財貨の無権限利用・無権限処分に基づく「侵害不当利得」とに二大別する立場のことを指す(その他、支出利得や費用利得を含めることが一般的である)⁷⁷。前者(給付不当利得)は

76 ヴィントシャイトの所有権論については、拙稿・川角由和「近代的所有権の基本的性格と物権の請求権との関係(一)」九大法学50号(1985年)61頁以下、特に89頁以下を参照。

77 ちなみに2011年度の私法学会では、不当利得類型論の今日的到達点と課題を探るため、給付利得を松岡久和氏(京都大学)、侵害利得を筆者(川角)、支出利得を平田健治氏(大阪大学)、対第三者関係を藤原正則氏(北海道大学)、要件事実を吉川慎一氏(裁判官)がシンポジウム報告を担当した。その報告の素材は、ジュリスト1428号(2011年)4頁以下に掲載されている。なお、不当

請求者と利得者との間でなんらかの給付関係があり、給付原因があったのだが、その原因が無効や取消しとなったケースである。これに対して後者（侵害不当利得）は、請求者と利得者との間に給付関係はなく、したがって純然たる無原因の、いわば「所有対非所有の関係」⁷⁸において問題となるケースである。さて、これに関してイエーリングは、占有者（利得者）の取得原因（Erwerbsgrund）を二つに分け、内部的瑕疵欠缺型と外部的絶対的欠缺型とに類型化している⁷⁹。前者（内部的瑕疵欠缺型）が、法律行為の無効（あるいは取消し）のケース（給付不当利得）に対応し、後者（外部的絶対的欠缺型）は初めから取得原因を欠くケース（侵害不当利得）に対応する、という⁸⁰。そして1878年のイエーリング論文では、この「後者」を問題にしている、と言っている⁸¹。

（4）さらにイエーリングの見解（不当利得論及び権利論）は、ヴィルブルク及びケメラの「割当て内容説」（die Theorie des Zuweisungsgehalts）と関わりをもつ。むしろ、その「源流」をなすと言ってよい。

a）まずヴィルブルクをみよう。彼は、1934年のモノグラフィー⁸²の中

▼利得類型論の考え方については、好美清光「不当利得法の新しい動向について（上）（下）」判例タイムズ386号15頁以下、判例タイムズ387号22頁以下（1979年）も参照。

78 この点については、川村泰啓「『所有』関係の場で機能する不当利得制度（1）～（13）」判例評論117号1頁以下～判例評論144号2頁以下（1968年～1971年）が最も詳しい。

79 ただし、取得原因の「内部的瑕疵欠缺型」と「外部的絶対的欠缺型」のネーミング自体は筆者による。

80 Vgl. Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), S. 307-308.

81 Vgl. Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache (oben Fn. 30), a. a. O., S.

82 Walter Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Kritik und Aufbau, 1934, S. 1-165. なお、ヴィルブルクの「割当て内容説」の概略については、拙著・川角『不当利得とはなにか』（前注12）73頁以下参照。

で次のように言っている。すなわち所有権には一定の利益の帰属性（Zugehörigkeit）が承認されるべきであって、目的物が滅失した場合には、所有権保護のための訴権（rei vindicatio）を越えて、不当利得返還請求権を、所有権の割当て内容（Zuweisungsgehalt）に基づいて生み出す。つまりは、所有権から不当利得訴権が発生する（Aus dem Eigentum entsteht die Bereicherungsklage.）という⁸³。ヴィルブルクは、このような独自の不当利得返還請求権を「権利継続効的請求権」（Rechtsfortwirkungsanspruch）と名付けた⁸⁴。そしてこの「権利継続効的請求権」は、請求者（所有権者）に損失（Schaden）が発生したかどうかとは無関係なものであり、もっぱら請求者の価値割当て（Wertzuteilung）への客観的侵害によって根拠づけられるべきものである⁸⁵。その上でヴィルブルクは、次のようにも言っている。すなわち「その請求権（本稿でいう侵害不当利得請求権）は、権利継続効として、（所有権などの）基本的権利の割当て領域に属するあらゆる財貨に向けられている」⁸⁶（Der Anspruch richtet sich als Rechtsfortwirkung auf alle Güter, die in den Zuweisungsbereich des Grundrechtes fallen.）と（括弧内・引用者）。このようにしてヴィルブルクは、イエーリングが切り開いた rei vindicatio 主導型の特殊な

83 Vgl., Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (oben Fn. 82), S. 28. このような発想はきわめてイエーリングに近い。前掲・磯村哲『不当利得論考』（前注3）47頁注12も、ヴィルブルクをイエーリング説の系譜に立つものとする。

84 Vgl., Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (oben Fn. 82), S. 49.

85 Vgl., Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (oben Fn. 82), S. 98. この点に関連してヴィルブルクは、「権利継続効的請求権」としての独自の不当利得訴権が損害賠償法（Schadensersatzrecht）よりも所有権に基づく訴権（Eigentumsklage）と接近する旨を述べている。Vgl., Wilburg, a. a. O., S.

86 Vgl., Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (oben Fn. 82), S. 122.

condictio 理論（今日でいう侵害不当利得論）の基盤整備を図った。

b) 次にケメラーをみよう。彼は、1954年の論文⁸⁷において次のように言っている。すなわち侵害不当利得の「利得の不当性」は、侵害者（たとえば善意占有者であってもその者は無責の侵害者である）による物の使用・利用・処分がその所有権の割当て内容と矛盾すること（Widerspruch zum Zuweisungsgehalt des Eigentums）の内に存する⁸⁸。こうしてケメラーによれば、権利の割当て内容とは、もっぱら財貨帰属機能（die güterzuordnende Funktion）に基づく物の使用・収益・消費に向けられる⁸⁹。そして効果論も、その財貨帰属機能と不可分一体な価値賠償（Wertersatz）として現れるのであり、その必然的帰結として全収益返還責任＝Gewinnhaftung は否定されるべきである⁹⁰。ところで現行のドイツ民法典では、一見したところ全収益返還責任＝Gewinnhaftung を肯定しているかのような規定がある。ドイツ民法816条1項1文である。この条文によれば「無権限者がある客体に関して、権利者に対して有効な処分を行った場合には、無権限者は権利者に対してその処分によって取得されたものの返還義務を負う。」（Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet.）⁹¹この条文は、要するにAの所有物をBがCに売

87 Ernst von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, 1954, in: seine Gesammelte Schriften I. 1968, S. 209-278. なお、ケメラーの「割当て内容説」の概略については、拙著・川角『不当利得とはなにか』（前注12）75頁以下参照。

88 Vgl., Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung (oben Fn. 87), S. 229.

89 Vgl., Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung (oben Fn. 87), S. 229.

90 Vgl., Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung (oben Fn. 87), S. 232.

91 この条文の制定過程及び起草者意思については、フロイントの論文が詳し（龍法 '16）49-2, 30（248）

却し、そしてCが善意取得 (der gutgläubige Erwerb, § 932 BGB) をした場合に⁹²、BがCから「取得したもの」(das Erlangte)をAに返還する義務を負う、とするものである。さて、ここで言われる「取得されたものの返還」(Herausgabe des Erlangten)が全収益返還責任 = Gewinnhaftungを意味するのか、それともなお客観的価値賠償説がそこに貫徹すべきであるのか、見解の対立がある⁹³。そしてケメラーは、上記の観点から、客観的価値賠償説を支持し、よってドイツ民法816条1項1文は制限的に解釈されるべきである (§ 816 Abs. 1 Satz 1 BGB ist daher einschränkend auszulegen.)、とする⁹⁴。そして全収益返還責任 = Gewinnhaftungは、有責の (schuldhaft)、むしろ悪意侵害の場合にのみ (nur bei vorsätzlichem Eingriff) 承認されるにすぎない旨を指摘する (ドイツ民法687条2項⁹⁵の、いわゆる準事務管理的規制に委ねられる)⁹⁶。このよう

ゝい。Vgl., Freund, Der Eingriff in fremde Rechte (oben Fn. 4), S. 9 ff. なおフロイントによれば、この条文は、当初、物権法の規定として制定されようとしていたのであり、物権法の起草者ヨホウ (Johow) は、本質的な点でイェーリングに従って、この条文に基づく不当利得返還請求権を制限的に立法化しようとしてとめた、とされる。Vgl., Freund, Der Eingriff in fremde Rechte (oben Fn. 4), S. 10.

92 善意取得のケース以外では、権利者の追認 (Genehmigung des Berechtigten) がある。

93 Vgl., Palandt, Kommentar des BGB, 2004, S. 1200 (Sprau); Jauernig=Schlechtriem=Stürner=Teichmann=Vollkommer, Kommentar des BGB, 8. Auflage, 1997, S. 857 (Schlechtriem); Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, 1994, S. 182 (Canaris).

94 Vgl., Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung (oben Fn. 87), S. 233. なお、前掲・藤原「侵害不当利得法の現状」(前注1) 188頁では、このようなドイツ民法816条1項1文の制限的解釈 = 客観的価値賠償が今日の「通説」であるとされている。

95 ドイツ民法687条2項は、ある者が他人の事務を管理する権限がないことを知りながら他人の行為を自己の事務として管理し収益をあげた場合に、事務管理や委任の規定を準用してその収益の返還義務や計算報告義務等を課す規定である。§ 687 Abs. 2: Behandelt jemand ein fremdes Geschäft als sein ↗

に、ケメラー流の原則「割当て内容侵害」⁹⁷に基づく「客観的価値賠償」⁹⁸、例外的に侵害者に悪意侵害がある場合にのみ「準事務管理的規制」に委ねて全収益返還責任 = Gewinnhaftung を認める。これが現在ドイツにおける支配的見解（判例・通説）である⁹⁹。これに対する学説の対応（特に主観的価値賠償説からの割当て内容説批判とそれに対する客観的価値賠償説からの再批判）については、すでに筆者の別稿で詳しく触れたところがあるので、割愛する¹⁰⁰。

↘ eigenes, obwohl er weiss, dass er nicht dazu berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr die sich aus den §§ 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche geltend machen.

96 Vgl. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung (oben Fn. 87), S. 235. ちなみに近時、ヘルムスもほぼ同様な観点を示す。Vgl. Tobias Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 1-526, bes. S. 110 ff, 119 ff. なお、わが国ではつとに前掲・好美（前注1）430頁以下参照。ただし好美論文では、日本民法上、準事務管理に関する明文の規定がないので「現行法の規定し予定していない法創造であることを率直に認め、悪意侵害者に対する特殊のサンクションとしての政策的是認」を前提として準事務管理的規制を導入しようとする。

97 「割当て内容」の侵害という場合、一般に無責の侵害者（善意占有者）による財貨割当て領域に対する「客観的侵害」を指す。したがって、侵害者の故意・過失、損害（損失）などの損害賠償法的な帰責根拠は不要である。この点、ドイツの学説を含めて検討したものとして、拙著・川角『不当利得とはなにか』（前注12）76頁及び170頁以下参照。

98 近時、詳細に客観的価値賠償の優位性を説くのは、エルガーである。Vgl. Reinhard Ellger, Bereicherung durch Eingriff—Das Konzept des Zuweisungsgehalts im Spannungsfeld von Ausschiesslichkeitsrecht und Wettbewerbsfreiheit, 2002, S. 1-934, bes. S. 890 ff.

99 ドイツ判例の近時の動向については、さしあたり拙著・川角『不当利得とはなにか』（前注12）201頁以下参照。

100 拙著・川角『不当利得とはなにか』（前注12）149頁以下参照。なお藤原「侵害不当利得法の現状」（前注1）172頁以下も参照。

5. む す び

(1) 以上、本稿では「不当利得法における所有権保護の限界」をテーマにして、それが典型的な形で争点とされた「ヴィントシャイトとイエーリングの対立」の実相をたどってきた。そして、とりわけ今日の侵害不当利得論 (die Theorie der Eingriffskondiktion) の通説を代表するヴィルブルク、ケメラーの見解とイエーリング説との共通性を指摘した。すなわち本来は、所有権に基づく返還請求権 (rei vindicatio, Vindikationsanspruch) が行使可能であるにもかかわらず、目的物の滅失等によりそれが行使できず、ただ不当利得返還請求権だけが問題となる場合に、その不当利得返還請求権と所有権保護との関係はどうなるかを考察した。そこで、本稿で得られた結論を示すならば、それは次のようである。

(2) 上記の場合の不当利得返還請求権を、ヴィントシャイトは、不当利得法そのものの要件・効果 (特に利得概念) によって把握し、もはや所有権とは切り離されたものとして捉えた¹⁰¹。彼は、相手方によって取得された売買代金全額を、基本的に不当利得法上の「利得」そのものとみなす (commodum oder lucrum ex re を肯定する立場)。それによってヴィントシャイトは、全収益返還責任 = Gewinnhaftung を承認したのである。これに対してイエーリングは、上記の場合の不当利得返還請求権を、なお所有権が「債務法的」に姿態転換しながら「自己貫徹」したものとして捉えた。しかも彼の所有権論は内容的に限界づけられているので、その所有

101 ただし本稿は、ヴィントシャイトにおいて、彼の支持する commodum oder lucrum ex re の立場から、ex re (物に基づいて) という利得原因に着目する場合、ヴィントシャイトに独特な所有権論が ex re 概念を通じて彼の不当利得観念をも拘束している可能性を指摘した。つまり res=Eigentum の可能性についてである。ともあれ、ヴィントシャイトの所有権論自体が所有権の「内容」には目を向けず、所有権の消極的禁止的効力 (不作為請求権の束としての所有権) に目を奪われていた点については、前注76とそれに対応する本文参照。

権が貫徹するところの「不当利得の効果」は、所有権者に帰属し割り当てられた価値の賠償（客観的価値賠償）にとどまるものであった。そして時価相当額をこえる収益部分は、請求の相手方（被告）の取引上の投資や才覚・努力等に基づく利益（*commodum oder lucrum ex negotiatione*）として、請求の相手方（被告）に固有に帰属すべきものとされた¹⁰²（なおイエーリングは、その請求の相手方（被告）固有の利益の不存在に関する立証責任を請求権者（原告）に帰せしめようとしたものと思われる¹⁰³）。その帰結としてイエーリングは、全収益返還責任＝*Gewinnhaftung* を否定した。

(3) 要するに、いわゆる侵害不当利得において所有権は、不当利得の中になお自己を貫徹する。しかしながらその不当利得としての効果は、あくまで客観的価値賠償にとどまる。これは請求の相手方（被告）が無権限処分者であるかぎり、その者が善意・無過失であっても同様である。他方で無権限処分者であっても、彼の取引上の投資や才覚・努力等に基づく利益（*commodum oder lucrum ex negotiatione*）は、彼に固有に帰属する（無権限処分者が悪意侵害者である場合にのみ、準事務管理的規制によってこの利益が例外的に剥奪される）。このように、一方で所有権の債務法的姿態転換としての侵害不当利得の効果を客観的価値賠償に限定し、他方同時に相手方に固有の取引上の利益帰属を承認すること。これが本稿における「不当利得法における所有権保護の限界」の意義であった。本稿は、それをドイツに

102 前注60及び61とそれに対応する本文参照。なおわが国では、時価相当額をこえる収益部分について「割当内容説によれば、無権限処分者の才能や努力など同人のいわば人格権ともいふべきものに割り当てられるべきだと評価することでもできるのではないか」とする、前掲・好美（前注1）400頁参照。この好美論文の指摘は、明らかにイエーリング説と共鳴する。ちなみに好美論文で言われる「人格権ともいふべきもの」との関連で、イエーリングによって *commodum oder lucrum ex negotiatione* が“*ex persona*”と等しい、とされたことは注目に値しよう。この点については、前注32及び63とそれに対応する本文参照。

103 ただし、イエーリングの前掲論文（前注30）では、立証責任の所在について直接的には言及がない。

における「ヴィントシャイトとイエーリングの対立」という象徴的な局面に焦点を当てて若干の考察を試みたものである。本稿が「不当利得法における所有権保護の限界」という法的課題になにがしかの寄与をなしうることを期待しつつ、稿を閉じたい。

〔追記〕 本稿は、2015年度龍谷大学特別研究員としての研究成果の一部である。