

# ドイツ不当利得法における差額説と類型論(2)

## —使用利益に関連する学説を中心に—

油 納 健 一

### 【目次】

- 第 1 章 はじめに
- 第 2 章 ローマ法、BGB 編纂過程における審議内容、ドイツ判例の概観
- 第 3 章 差額説と類型論の登場
  - 第 1 節 フィッシャーの差額説
    - 第 1 款 返還義務の対象
    - 第 2 款 他の制度・請求権との比較でみる差額説
    - 第 3 款 検討
  - 第 2 節 ケメラーの類型論
    - 第 1 款 差額説及び判例に対する批判
    - 第 2 款 類型論
    - 第 3 款 検討 (以上 43 卷 2 号)
- 第 4 章 フィッシャー・ケメラー以降の差額説・類型論の展開
  - 第 1 節 クラインハイヤーの差額説
    - 第 1 款 返還義務の対象
    - 第 2 款 算定基準 —善意不当利得債務者の場合—
    - 第 3 款 算定基準 —悪意不当利得債務者の場合—
    - 第 4 款 不当利得債権者の“自分の行為に反した振る舞いの禁止”
    - 第 5 款 検討 (以上本号)
- 第 5 章 むすび

## 第 4 章 フィッシャー・ケメラー以降の差額説・類型論の展開

前章でみたように、まずはフィッシャーが差額説を提唱し、判例にも重大な影響を及ぼしたが、ケメラーは、これらに対する批判を前提にして類型論を発表した。その後、本章で詳述するように、差額説は類型論に対し鋭い再批判を浴びせたが、類型論も差額説の再批判に対して反駁を繰り広げていったのである。以下では、フィッシャー差額説・ケメラー類型論以降、両説がどのように展開・発展していったのかを詳細にみていくことにしよう。

なお、フィッシャー・ケメラー以降の両説は、使用利益返還が問題となる事案を明確に検討の対象としていることから、返還義務の対象の問題及び算定基準の問題を中心にみていくことになる。

## 第1節 クラインハイヤーの差額説

### 第1款 返還義務の対象

1 返還義務の対象を812条の「取得したもの」とし、使用利益返還が問題となる事案においては、返還義務の対象である「取得したもの」を“使用”そのものと捉える。差額説でありながら、一部の判例<sup>(1)</sup>のように「取得したもの」を“出費の節約”と捉えないことには注意が必要である<sup>(2)</sup>。

2 ただし、“使用”は、財産上価値のある利益（財産増加）でなければならない<sup>(3)</sup>。

したがって、“使用”が、財産上価値のない利益、すなわち単なる観念上の利益又は享楽利益である場合は、この“使用”は812条の「取得したもの」に該当しない。

たとえば、ある企業が、自らが所有する土地と思って又はこの看板設置の権利を有していると思って他人の土地に広告用の看板を立てたが、この看板設置が自らの土地においても可能でありかつこれが同様の広告価値を有していたであろう場合には、この他人の土地の“使用”は、財産上価値のない利益といえる。したがって、この“使用”は812条の「取得したもの」に該当しない<sup>(4)</sup>。

3 また、前述したように、一部の判例に則して812条の「取得したもの」

---

(1) この判例の内容については、拙稿・前掲注(6) 59巻4号126頁以下、6号110頁以下を参照。

(2) Kleinheyer, Eingriffsbereicherung durch unbefugte Nutzung und Wertersatz, JZ 1961, 474, 478.

(3) Kleinheyer, a.a.O., 474, 478.

(4) Kleinheyer, a.a.O., 474.

を“出費の節約”とはしないが、“出費の節約”は、“使用”が財産上価値のある利益(財産増加)か否かを判断する場合に初めて考慮される概念である。たとえば、前述の広告用看板の事例が参考になる。

この“出費の節約”とは、不当利得債務者が、あるものを法律上の原因なく取得し、もしそのものを取得しなかったならば、そのものと同等のものを取得するために出費をしていたに違いなかっただろうが、そのものを法律上の原因なく取得したことによって出費を節約した、というものである<sup>(5)</sup>。

## 第2款 算定基準 一善意不当利得債務者の場合一

1 前述したように、返還義務の対象である“使用”が財産上価値のある利益(財産増加)であるならば、その“使用”は返還されることになる。ただし、“使用”のように、「取得したもの」の返還がその性質により不可能である場合、818条2項に基づき、不当利得債務者はその価値を補償しなければならない<sup>(6)</sup>。

それでは、その“使用”は、具体的にどのような基準に基づいて算定されるのか。その基準は、市場価格ではなく、不当利得債務者が、他人から取得するために価値を補償しなければならないことを知っていたかが重要となる<sup>(7)</sup>。

2 たとえば、善意不当利得債務者が、(自らが善意であることによって)他人から取得するために価値を補償しなければならないことを知らず、かつより安く調達できた場合には、どのように考えられるのか。

善意不当利得債務者は、より安く調達できたことを理由にその価値をより低く算定するように求めることができ、これを初めから遮断することはできない<sup>(8)</sup>。

3 なお、最初から“使用”が財産上価値のない利益である場合は、818条3

(5) Kleinheyder, a.a.O., 474.

(6) Kleinheyder, a.a.O., 474.

(7) Kleinheyder, a.a.O., 476, 478.

(8) Kleinheyder, a.a.O., 474.

項は適用されない点に注意が必要である。なぜなら、同条同項における利得の消滅は、前以て利得が存在していた場合にのみ、観念できるものだからである<sup>(9)</sup>。

### 第3款 算定基準 — 悪意不当利得債務者の場合 —

1 故意で他人の権利を侵害する者（悪意不当利得債務者）は、前款2の抗弁を行なうことはできない。なぜなら、悪意不当利得債務者は自らの振る舞いにより、自分には使用又は消費した客体が重要であることを示したのであるから、自分なら他の方法で間に合わせることができたであろうということを引き合いに出すことはできないのである。ここでは、“自分の行為に反した振る舞いの禁止”が重要である<sup>(10)</sup>。

2 それでは、悪意不当利得債務者は、具体的にいかなる範囲の返還義務を負うのか。たとえば、悪意不当利得債務者が、（自らが悪意であることによって）他人から取得するために価値を補償しなければならないことを知っていた場合において、その“使用”の補償が通常より高いことを知っていたとき、その悪意不当利得債務者はその通常より高い補償を支払わなければならない。なぜなら、悪意不当利得債務者は、通常より高い補償義務を負うことを知った上で、受益したからである<sup>(11)</sup>。

### 第4款 不当利得債権者の“自分の行為に反した振る舞いの禁止”

1 818条2項の価値算定においては、前述の事例における悪意不当利得債務者と同様に、不当利得債権者も、“自分の行為に反した振る舞いの禁止”に拘束される。すなわち、不当利得債権者が、取引上通常の補償を請求するつもりでなかったという場合は、この補償を不当利得債務者に対して請求する

---

(9) Kleinheyer, a.a.O., 474.

(10) Kleinheyer, a.a.O., 474, 477.

(11) Kleinheyer, a.a.O., 477.

ことはできない<sup>(12)</sup>。

たとえば、ある企業が、長期にわたり善意で市の土地を使用し、市がこれを看板設置のためと知っていたにもかかわらず通常の対価を請求しなかった場合、“自分の行為に反した振る舞いの禁止”に従い、市は、812 条・818 条 2 項に基づく対価の請求をすることはできない<sup>(13)</sup>。

2 また、まさに物の使用利益返還が問題となる事案においては、このように解することによって、ある問題を取り除くことができる。その問題とは、818 条 2 項に基づく価値補償請求権があたかも契約に基づいて不当利得債務者に使用の対価を支払わせることになってしまう、という問題である<sup>(14)</sup>。

## 第 5 款 検討

1 クラインハイヤーは、返還義務の対象を 812 条の「取得したもの」とした上で、使用利益返還が問題となる事案につき、その「取得したもの」を“使用”そのものと捉える。この主張内容から、クラインハイヤーは、類型論を採るかのようにみえる。

しかし、クラインハイヤーは、その“使用”を財産上価値のある利益（財産増加）とし、返還義務の対象を最終的に財産上価値のある利益（財産増加）とすることから、差額説論者であることがわかる。したがって、クラインハイヤーの差額説は、結論的にはフィッシャーの見解と同様といえよう。

ただし、フィッシャーは、使用利益返還が問題となる事案を想定した主張は行っていない。これに対して、クラインハイヤーは、同事案を前提に、返還義務の対象を“使用”（財産上価値のある利益（財産増加））とすることから、フィッシャー差額説をより精緻化したといえよう。

2 クラインハイヤーは、返還義務の対象を「取得したもの」＝“使用”＝

---

(12) Kleinheyder, a.a.O., 477f.

(13) Kleinheyder, a.a.O., 477f.

(14) Kleinheyder, a.a.O., 477.

財産上価値のある利益（財産増加）とした上で、この“使用”が財産上価値のある利益（財産増加）か否かを判定する手段として、“出費の節約”概念を用いると述べる。すなわち、出費の節約が認められれば、財産上価値のある利益（財産増加）の存在が認められることとなる。

このことからすると、クラインハイヤーは、形式的には、返還義務の対象を「取得したもの」とし、とりわけ使用利益返還が問題となる場合は“使用”と捉えるものの、実質的にはフィッシャー差額説及び一部の判例と同様、返還義務の対象を財産上の差額とし、とりわけ使用利益返還が問題となる場合は、返還義務の対象を“出費の節約”と捉えるものと評価できよう。したがって、クラインハイヤーの差額説は、一部の判例理論に酷似しているといえる。

3 もしこのようなクラインハイヤーに対する評価が妥当であるならば、クラインハイヤーが返還義務の対象を取って「取得したもの」とした上で、使用利益返還が問題となる事案では取って“使用”とすることに、いかなる理由があるのか。

その理由は、まず、BGBの条文を忠実に解するならば、返還義務の対象は文言上812条の「取得したもの」にならざるを得ないからといえよう。つぎに、クラインハイヤーは、フィッシャー差額説とケメラール類型論の折衷説を主張したかったからとも考えられよう。

4 ところで、クラインハイヤーが返還義務の対象とする“使用”とは、具体的に何を意味するのであろうか。不当利得債務者が実際に使用した場合を指すのであろうか。それとも、不当利得債務者が占有物を保持したままで使用していない状態（使用可能性が存在するだけで実行されていない状態）にある場合も、この“使用”に含まれるのであろうか。この点は、検討の余地があろう。

5 算定基準の問題について、クラインハイヤーは、不当利得債務者の善意・悪意により区別するのではなく、不当利得債務者が価値補償義務を知っていたかにより区別するという。

前者の区別と後者のそれは、不当利得債務者が善意である場合には、結論に相違はないと考えられる。したがって、前者の区別を採るケメラー類型論と後者の区別を採るクラインハイヤー差額説は、結論の点では異なるところはない。

しかし、不当利得債務者が悪意である場合には、双方の間に相応の相違が生じる。ケメラーのように前者の区別を基準とすれば、不当利得債務者が悪意である場合は、その不当利得債務者は 818 条 3 項の利得消滅の抗弁を主張することができない。したがって、原則に基づき、812 条の「取得したもの」の返還義務を負うこととなり、その価値は客観的市場価格に基づいて算定されることになる。

これに対して、クラインハイヤーのように後者の区別を基準とすれば、不当利得債務者が通常より高い価値補償義務を知っていたときは、客観的市場価格以上の義務を負うことになり得る。

しかし、これは、クラインハイヤーが返還義務の対象を財産上価値のある利益（財産増加）とすることと矛盾するように思われる。なぜなら、不当利得債務者は、財産上価値のある利益（財産増加）を取得していなくても、価値補償義務を負うことになるからである。

6 最後に、クラインハイヤーは、不当利得債権者が長期にわたり取引上通常の補償を請求するつもりでなかったという場合は、この補償を不当利得債務者に対して請求することはできないとし、不当利得債権者に対しても“自分の行為に反した振る舞いの禁止”を適用しようとする。

しかし、不当利得債権者が価値補償請求権を明確に放棄している場合を除けば、消滅時効にかかるまでに同請求権行使を否定し得る根拠は見出し難い。

7 また、クラインハイヤーは、そもそも“自分の行為に反した振る舞いの禁止”の根拠を明らかにしていない。“自分の行為に反した振る舞いの禁止”は、クラインハイヤーの差額説にとって極めて重要であるにもかかわらず、その根拠を明確にしていないことには問題があろう。

また、おそらく信義則を根拠にするものと推測されるが、慎重な適用が求められる一般条項の適用を悪意者全般に広く認めることには疑問が残る。

8 以上からすると、クラインハイヤーは、不当利得債務者及び不当利得債権者が意図した内容を重視するように思われるが、返還義務の認否及び範囲が何故に両者の意図の内容によって確定され得るのか、その根拠をも明示する必要がある。