

ドイツ不当利得法における使用利益返還論の現状と課題 (3) —飛行機事件判決 (BGHZ55,128) 以降の差額説・類型論を中心に—

油 納 健 一

【目次】

第 1 章 はじめに

第 1 節 日本法の問題状況

第 1 款 使用利益 (無形・無体利益) の返還に関する諸問題

第 2 款 類型論再検討の必要性

第 3 款 本稿における問題設定

第 2 節 比較対象としてのドイツ法とその有用性 (以上 47 卷 1 号)

第 2 章 ローマ法、BGB 編纂過程、ドイツ判例・学説の概観

第 1 節 ローマ法

第 2 節 BGB 編纂過程

第 3 節 ドイツ判例

第 4 節 飛行機事件判決までのドイツ学説 (以上 47 卷 2 号)

第 3 章 飛行機事件判決以降の学説

第 1 節 ケルマンの差額説

第 1 款 返還の対象

第 2 款 後発的利得消滅事案・原始的利得無発生事案における不当利得法の最高命題

第 3 款 後発的利得消滅事案・原始的利得無発生事案における悪意不当利得債務者

第 4 款 検討

第 2 節 コッペンシュタイナーの差額説

第 1 款 類型論の問題点

第 2 款 RG・BGH 判例の問題点

第 3 款 返還の対象とその算定基準

第 4 款 出費の節約・使用可能性

第 5 款 悪意不当利得債務者

第 6 款 原始的利得無発生事案における 818 条 3 項の適用の可否

第 7 款 「取得したもの」の偶然消滅事案における 818 条 3 項の適用の可否

第 8 款 検討 (以上本号)

第 4 章 検討

第 5 章 むすび

第3章 飛行機事件判決以降の学説

本章では、飛行機事件判決以降のドイツ学説を時系列的に紹介し、その上で、各々の学説がどのように返還の対象の問題・算定基準の問題及び類型論有用性の問題を論じてきたかを分析・検討していくことにしよう。

第1節 ケルマンの差額説

第1款 返還の対象

1 将来の飛行旅行の可能性には財産上の価値があるのに対して、過去の飛行旅行にはもはや財産上の価値はない。期限が到来し飛行旅行の可能性が用いられるや否や、すぐにその可能性の価値は消滅する。実行された飛行旅行は、食べられたリンゴと同様に“消費された”のであり、すでに価値はない。

2 したがって、返還の対象を使用可能性と捉えるのではなく、判例に基づき不当利得債務者の出費の節約と捉えるべきである。さらに、出費の節約にとどまらず、結果として使用から生じる利益までも広く返還の対象に含めるべきであろう。

3 なお、物や役務の使用が債務者財産に“最終的に吸収される”⁽⁵²⁾というバーチュの主張は、適切ではない。なぜなら、価値があるのは、常に将来の使用可能性のみであり、過去に使用することができたという事実ではないからである⁽⁵³⁾。

第2款 後発的利得消滅事案・原始的利得無発生事案における不当利得法の最高命題

“不当利得返還義務が不当利得債務者の実際の利得額を超えることにより不当利得債務者の財産を減少させてはならない”という不当利得法の最高命題

(52) このバーチュの見解については、拙稿・前掲注(15)44巻2号27頁を参照。

(53) Kellmann, Bereicherungsausgleich bei Nutzung fremder Rechtsgüter, NJW 1971, 862, 865.

は、善意不当利得債務者に最初は利得（財産増加）が生じていたが後にその利得（財産増加）が消滅・減少した事案（以下、「後発的利得消滅事案」と記す）を前提にした命題である。ただし、この最高命題がこの事案への適用にとどまらず原始的利得無発生事案（たとえば飛行機事件判決の事案）⁽⁵⁴⁾にも適用されるべきである、という見解には説得力がある。なぜなら、利得の無発生と消滅の間には元々重要な相違はなく、その結果、一方の事象に関する規定を他方の事象にも適用することに問題はない、からである⁽⁵⁵⁾。

第 3 款 後発的利得消滅事案・原始的利得無発生事案における悪意不当利得債務者

悪意不当利得債務者は、後発的利得消滅事案においては一度生じた利得の“消滅”を抗弁することができず、原始的利得無発生事案においては最初から利得が発生していないと抗弁することができない。後者の事案につき、飛行機事件判決の事案を例に検討しておこう。

法律上の原因の欠如を知って飛行会社から搭乗券を取得した者は、決して計画できない贅沢な旅行であったことを理由に出費を節約していない（最初から利得が発生していない）と抗弁することはできない。飛行機の中で調べられないからといって誤魔化すような無賃乗客に対して、利得無発生を抗弁を認める必要はない。このような無賃乗客は、飛行機に乗り込んだ時に実際に金銭的価値のある財産上の利益—すなわち移動のチャンス—を取得しており、最初に一度“利得している”のである⁽⁵⁶⁾。

第 4 款 検討

1 返還の対象に財産上の価値を求めかつ返還の対象を出費の節約と捉えて

(54) 原始的利得無発生事案については、本稿第 2 章第 3 節 2 を参照。

(55) Kellmann, NJW 1971, 862, 865.

(56) Kellmann, NJW 1971, 862, 865.

いることから、ケルマンの見解は、フィッシャー、RG・BGH判例と同様、差額説の立場に立つものといえる。

本稿第2章第3節2で述べたように、返還の対象に財産上の価値を求める差額説には、原始的利得無発生事案における悪意不当利得債務者に返還義務を負わせることができないという問題がある。

また、同章第4節1で述べたように、通常は不当利得債権者が不当利得債務者の財産状況を知ることは困難でほとんど不可能に近いにもかかわらず、返還の対象を出費の節約とする差額説は、不当利得債権者にその財産状況の証明責任を負わせることになってしまう。

さらに、飛行旅行ができたことに“財産上の価値”がなかったとしても、何らかの価値（たとえば“楽しかった”“満足した”という“享乐的価値”）は残存するという考え方も十分あり得る。もしそのように考えられるとすれば、将来の可能性だけでなく過去の可能性にも価値があるといえ、返還の対象を使用可能性と捉える道も開かれよう。

2 確かに、不当利得法の最高命題が後発的利得消滅事案を前提にしているとはいえ、この命題の内容は、“不当利得返還義務が不当利得債務者の実際の利得額を超えることにより不当利得債務者の財産を減少させてはならない”であり、必ずしも後発的利得消滅事案に限定されてはいない。したがって、重要であるのは、事案の相違にかかわらず“・・・不当利得債務者の財産を減少させないこと”であり、ケルマンが主張するとおり、不当利得法の最高命題が原始的利得無発生事案に適用されないとの主張は受け入れ難い。

3 事案の相違にかかわらず悪意不当利得債務者に利得なしの抗弁を認めないというケルマンの主張には賛同できよう。ただし、このケルマンの見解には、つぎの問題を指摘し得る。

すなわち、差額説は、前述したように、原始的利得無発生事案における悪意不当利得債務者に返還義務を負わせることができない。ケルマンは、この差額説批判を意識したのか、「このような無賃乗客は、飛行機に乗り込んだ時

に実際に金銭的価値のある財産上の利益—すなわち移動のチャンス—を取得しており、最初に一度“利得している”のである」と主張する。しかし、この主張は、差額説批判に対し、反論できていないといえよう。このような無賃乗客は、飛行機事件判決の事案のように最初から財産上の利益を取得していないにもかかわらず、何故に財産上の利益を取得し利得していると評価できるのか、その根拠は不明のままである。さらに、過去の飛行旅行に財産上の価値はないというケルマンの主張とも、矛盾することになる。

第 2 節 コッペンシュタイナーの差額説

第 1 款 類型論の問題点

不当利得債務者が返還すべき物を安い価格で第三者に譲渡した事案では、一般的に認められているように、不当利得債務者が不当利得債権者に返還すべきであるのは、その物の客観的価値（市場価格）ではなく、その安い価格のみにとどまる。また、使用利益の返還が問題となる事案においては、不当利得債務者の使用の成果が客観的価値を下回る限り、客観的価値に基づく価値補償は、不当利得法の最高命題（“不当利得返還義務が不当利得債務者の実際の利得額を超えることにより不当利得債務者の財産を減少させてはならない”）に明らかに反することになる。

さらに、類型論は、818 条 2 項に基づく価値補償の基準を客観的価値とする根拠を提示できておらず、このことは、たとえ割当内容⁽⁵⁷⁾に基づいたとしても変わらない⁽⁵⁸⁾。

(57) 類型論の割当内容については、拙稿・前掲注 (3) 57 卷 1 号 100 頁以下、同「不当利得法における公平説の衰退と類型論の台頭 (2・完) —ローマ法から現在に至るまでの学説を中心に—」広島法学 42 卷 1 号 171 頁以下 (2018 年) を参照。

(58) Koppensteiner, Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes (II), NJW 1971, 1769, 1770, 1775.

第2款 RG・BGH判例の問題点

1 たとえば路線区間の無権原使用又は広告目的での他人の肖像(権)の無権原使用のような侵害利得事例において、RG・BGHはつぎのように述べる。すなわち、不当利得法上は常に、客観的価値が補償されるべきである。不当利得債務者は、秩序に従った行為をした場合にその客観的価値(対価)を支払わなければならなかったであろうから、この客観的価値を節約した。不当利得債務者は、客観的価値を支払う気はなく他の方法で間に合わせる意思があったと反論することはできない。不当利得債務者は、自分自身が作り出した状況に縛られなければならない、と(RGZ 97, 310, 311f.; BGHZ 20, 345, 355 = NJW 56, 1554; BGHZ 22, 395, 400 = NJW 57, 457.⁽⁵⁹⁾ ⁽⁶⁰⁾。

2 しかし、このようなRG・BGH判例には、類型論と同様に、使用者の利得は仮定され、かつ、不当利得法の最高命題が害される、という問題がある。なぜなら、RG・BGH判例によれば、侵害利得事例における他人のものの使用者は、“客観的価値”を提供しなければならず、その上、その使用が使用者の財産に及ぼす具体的影響が考慮されることはない、かつ、その使用者は少なくとも利得の後発的消滅を主張することができない、からである⁽⁶¹⁾。

第3款 返還の対象とその算定基準

1 812条1項1文の「取得したもの」は、財産増加を前提としており、とりわけ使用利益の返還が問題となる事案においては、使用の成果、すなわち使用利益のみを意味する⁽⁶²⁾。

(59) これらの判決については、すでに拙稿にて詳細に検討している。RGZ 97, 310, 311f. については前掲注(13) 59巻4号126頁以下、BGHZ 20, 345, 355 = NJW 56, 1554及びBGHZ 22, 395, 400 = NJW 57, 457については前掲注(13) 59巻6号113頁以下、116頁以下を参照。

(60) Koppensteiner, NJW 1971, 1769, 1773.

(61) Koppensteiner, NJW 1971, 1769, 1773.

(62) Koppensteiner, NJW 1971, 1769, 1774.

したがって、他人のものの善意使用者は、その者の財産が実際に増えた範囲内、すなわち、“使用の成果” 自体の価値又は行ったであろう出費の範囲内でのみ責任を負う⁽⁶³⁾。

2 ただし、つぎの 2 点に注意が必要である。

(1) 当初取得したもの・その収益の原物返還が可能である場合、これらが完全に無価値であっても不当利得債権者は返還請求でき、不当利得債務者の財産増加は重要ではない（返還の対象となる「取得したもの」であるためには必ず財産増加を必要とするという有力説は反対されるべきである。したがって、たとえ文字の書かれた紙が不当利得債務者の手の中で全く財産上の価値を有していないとしても、その返還請求権は否定されるべきではない）。

(2) 原物返還が不可能である場合のみ、不当利得債務者は、自らの財産が実際に増加した範囲、すなわち、抽象的な財産差額の範囲において補償義務を負う。言い換えれば、818 条 2 項にいうその取得したものの価値は、使用の客観的価値ではなく、不当利得債務者にとっての主観的価値を指す⁽⁶⁴⁾。

したがって、使用利益の返還が問題となる事案においては、原物返還が不可能であるため、前述 (2) に基づいて返還の対象とその算定基準が確定されることになる。

第 4 款 出費の節約・使用可能性

1 とりわけ使用利益の返還が問題となる事案において、「取得したもの」を出費の節約とする見解は、強く批判されるようになり、今日ではすでに論破されたと思われる⁽⁶⁵⁾。

この批判と同様に、「取得したもの」を出費の節約と捉えるべきではないと

(63) Koppensteiner, NJW 1971, 1769, 1773.

(64) Koppensteiner, NJW 1971, 1769, 1774; ders, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Auflage, 1988, S. 117, S. 169f. (以下、「Ungerechtfertigte Bereicherung」と記す) .

(65) Koppensteiner, a. a. O., Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 119.

考える。なぜなら、出費の節約は結果であり、それゆえ、出費の節約は最初に取得したものではあり得ないからである。そこで、前款1で述べたように、「取得したもの」を使用の成果・使用利益と捉えれば、出費の節約と捉える必要はなくなる⁽⁶⁶⁾。

出費の節約は、利得の範囲の確定のため及び不当利得債務者の財産に今なお利得が存在しているかどうかを問うための意義しかない⁽⁶⁷⁾。

2 また、単なる使用可能性も、出費の節約と同様に「取得したもの」では決してない⁽⁶⁸⁾。

第5款 悪意不当利得債務者

悪意不当利得債務者は、他の方法で間に合わせることができたので利得（財産増加）を得ていないという抗弁を出すことはできない。なぜなら、“自分の行為に反した振る舞いの禁止”に反するからである⁽⁶⁹⁾。RGZ 97, 310,312⁽⁷⁰⁾、クラインハイヤー及びヤコブスによってすでに認められているこの見解⁽⁷¹⁾は、正当であるように思われる⁽⁷²⁾。

第6款 原始的利得無発生事案における818条3項の適用の可否

グルスキーは、つぎのように主張する。すなわち、818条3項の適用により、不当利得返還請求権は後発的利得消滅事案よりも原始的利得無発生事案にお

(66) Koppenssteiner, NJW 1971, 1769, 1774; ders, a.a.O., Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 119ff.

(67) Koppenssteiner, NJW 1971, 1769, 1774.

(68) Koppenssteiner, a.a.O., Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 118.

(69) Koppenssteiner, a.a.O., Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 164.

(70) この判決に関する詳細は、前掲注(59)を参照。

(71) クラインハイヤー説に関する詳細は前掲注(15) 広島法学43巻4号92頁、ヤコブス説については同44巻1号26頁を参照。

(72) Koppenssteiner, NJW 1971, 1769, 1775.

いてより一層排除されなければならない、なぜなら、不当利得債務者は、最初から出費を全く節約しなかったからである、と。

このグルスキーの結論には賛成である。しかし、818 条 3 項は、不当利得返還請求権の排除を後発的利得消滅事案に限定しており、このことは同項上の“もはや利得していない”という明文からも明らかである。したがって、原始的利得無発生事案においては同項の適用は認められるべきではない⁽⁷³⁾。

以上からすると、使用利益が無体である限り後発的に消滅することなどあり得ないから、使用利益の返還が問題となる事案においては同項の直接適用は考慮されない⁽⁷⁴⁾。

第 7 款「取得したもの」の偶然消滅事案における 818 条 3 項の適用の可否

818 条 3 項に基づいて保護されるのは、「取得したもの」を最終的に保持して良いと信じる不当利得債務者のみである。それゆえ、不当利得債務者が「取得したもの」の永続を信じて行うあらゆる出費は、818 条 3 項に基づき、不当利得債務者の利得から控除される⁽⁷⁵⁾。

これに対して、最初に取得したものが偶然に消滅しかつ補償されなかった場合は、不当利得債務者が取得の永続を信じていたこととは何の関係もない。したがって、このような偶然消滅の場合において不当利得債務者の返還義務を否定するために、818 条 3 項を根拠にすることはできない。そこで、偶然消滅の場合に返還義務を否定するための根拠として挙げられるのが、818 条 3 項ではなく、818 条 2 項ということになる—この点はさらに論究されるべきであるが—⁽⁷⁶⁾。

(73) Koppensteiner, NJW 1971, 1769, 1774f.

(74) Koppensteiner, NJW 1971, 1769, 1774.

(75) Koppensteiner, a.a.O., Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 128.

(76) Koppensteiner, a.a.O., Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 128f., 170. なお、根拠を 818 条 3 項ではなく 818 条 2 項とするというコッペンシュタイナーの主張は、ders, NJW 1971, 1769, 1775. においても見受けられる。

第8款 検討

1 コッペンシュタイナーによる、類型論及びRG・BGH判例に対する批判は、客観的価値に基づく価値補償を認めることは不当利得法の最高命題に反する、というものである。しかし、この批判は、RG・BGH判例にこそ当たるといえ、類型論に対しては当たらないように思われる。なぜなら、本稿第2章第4節2で述べたように、類型論は、二段階構成を採ることによって、二段階構成の第二段階において不当利得債務者の返還義務を現存利益に縮減できるからである。

2 812条1項1文の「取得したもの」は財産増加を前提とするというコッペンシュタイナーの主張には、前節第4款1で指摘した問題点があるまま当てはまるであろう。

3 本稿第2章第4節1で述べたように、差額説には“財産上の価値（財産増加）に対する請求権を具体的な客体の返還に向けている”という問題がある。コッペンシュタイナーは、この問題点を克服するためか、原物返還が可能である場合に限定して、「取得したもの」が完全に無価値であっても返還請求可能と主張する。しかし、返還の対象を財産増加と捉えることと、「取得したもの」が完全に無価値であっても返還請求できるとすることには、大きな矛盾があり、コッペンシュタイナーは、この矛盾を解消する根拠を明らかにしていない。

4 コッペンシュタイナーは、「取得したもの」を出費の節約ではなく、使用の成果・使用利益と捉えるべきと主張する。しかし、使用の成果・使用利益が財産増加を前提としている以上、「取得したもの」を出費の節約と捉えることと使用の成果・使用利益と捉えることに相違はあるのだろうか。実質的には相違なしと言わざるを得ないであろう。

なお、コッペンシュタイナーが「取得したもの」を出費の節約と捉えるべきではないとする根拠は、類型論による差額説批判⁽⁷⁷⁾と異ならない。したがって、コッペンシュタイナーは、この部分については類型論を受け入れている

といえようか。

5 悪意不当利得債務者による抗弁を認めないコッペンシュタイナーは、その根拠として“自分の行為に反した振る舞いの禁止”を挙げる。しかし、何故に“自分の行為に反した振る舞いの禁止”がその根拠となり得るかは、明らかにしていない。

この点につき理由として考えられるのは、信義則（禁反言の原則）に絞られようが、もしそうだとすると、慎重な適用が求められる一般条項を悪意者全般に広く適用することには問題があろう⁽⁷⁸⁾。

6 コッペンシュタイナーは、原始的利得無発生事案及び偶然消滅事案という 2 つの事案において、818 条 3 項の適用を否定する。

前節第 4 款 2 でも検討したように、同項の根源たる不当利得法最高命題の内容は、“不当利得返還義務が不当利得債務者の実際の利得額を超えることにより不当利得債務者の財産を減少させてはならない”であり、同項が事案を限定する意義は見出し難い。したがって、同項の適用が後発的利得消滅事案及び「取得したもの」の永続を信じた事案に限定されるとする主張には、新たな根拠が必要であろう。

(77) 本稿第 2 章第 4 節 1 (2) を参照。

(78) この批判は、コッペンシュタイナーだけでなく、クラインハイヤーにも当てはまる。この点については、拙稿・前掲注 (15) 広島法学 43 卷 4 号 95 頁以下、45 卷 1 号 5 頁以下を参照。