

ドイツ不当利得法における差額説と類型論(1) —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 ケメラールの類型論
 - 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、本号)
- 第 4 章 フィッシャー・ケメラール以降の差額説と類型論の展開
- 第 5 章 むすび

第 1 章 はじめに

1 たとえば、買主又は借主が、売買契約又は賃貸借契約に基づき物を取得し占有を開始したが、後日、この契約の無効が判明したとしよう。目的物を占有していた不当利得債務者は、その占有の間、法律上の原因なく物の使用利益を取得していたと考えられる。また、他人の土地を自分の所有する土地だと誤信して、駐車場として使用していた場合も、土地の使用利益を取得していたといえよう。このような場合、不当利得法(703条以下)によれば、不当利得債務者が取得した使用利益は返還されることになる。

ところで、不当利得法においては原物返還が原則であるから、返還義務の対象はその原物そのものとなる。そして、その原物が返還不能である場合に

限り、例外として、その価値が返還されることになる。

それでは、使用利益返還が問題となる事案においては、返還義務の対象は何か、また、その対象が返還不能の場合は、いかなる基準によって算定されるのか。すなわち、使用利益の返還が認められるとしても、このような返還の問題が具体的にいかに捉えられるべきかが問われることになる。

2 そこで、筆者は、『『使用利益』返還論 —ボワソナード草案から現行民法に至るまで—⁽¹⁾、「不当利得に基づく『使用利益』返還論の現状と課題(1)～(3・完) —現行民法典成立後の判例・学説を中心に—⁽²⁾』において、わが国における使用利益返還義務の具体的内容を検討した。

まず、ボワソナード草案・旧民法では、使用利益返還が明確に意識された形跡はなく、果実と「出費の節約による利益」の返還が認められていたにとどまる。これに対して、現行民法起草者は、限定的とはいえ使用利益返還を明確に意識していたが、この返還義務の具体的内容がどうなるかまでは明らかにしていなかった。

つぎに、日本民法典成立後、判例は、使用利益の返還義務の対象を賃料相当額・利息相当額と捉えていたが、これらは利得額・利得の範囲を示すにとどまり、返還義務の対象を明らかにするものとはいえなかった。これに対し、学説は、返還義務の対象につき、「利用(利用チャンス)」、「利用(使用)したこと」自体、「使用によってえた利益」、「使用収益の可能性」など多種多様な捉え方を行っているものの議論が錯綜している状況にあり、そもそも返還義務の対象につき詳細な研究が見当たらないのが現状である。さらに、使用利益の算定について客観的市場価格を基準にするものが一般的であるように思われるが、これに対する疑問も有力に主張されている。

本稿は、このような日本法における未解決の問題を取り上げ、不当利得に

(1) 山口経済学雑誌 52 巻 3 号 199 頁以下 (2004 年)。

(2) 山口経済学雑誌 56 巻 1 号 99 頁以下、2 号 97 頁以下、57 巻 1 号 91 頁以下 (2007～2008 年)。

基づく使用利益返還が問題となる事案において、返還義務の具体的内容、すなわち、“返還義務の対象は何か(以下、返還義務の対象の問題と記す)”、“その対象はいかなる基準によって算定されるのか(以下、算定基準の問題と記す)”を検討しようとするものである。

3 このような返還義務の対象の問題及び算定基準の問題を検討する手法としてはいくつか考えられるが、ドイツ法の状況を比較法的参考として分析することにより、解決の糸口を探ることが有益であると考えられる。

その理由としては、日本民法典と異なり、ドイツ民法典(以下、BGB⁽³⁾)と

(3) ドイツ法を検討するにあたって、必要な BGB の条文をここで紹介しておく。

BGB99条 物の産出物、及び物の用法に従ってその物から取取されるその他の収穫物を、物の果実とする。

権利がその用法に従ってもたらす利益(Erträge)、特に土地構成部分の取得を目的とする権利においてその取得された構成部分を権利の果実とする。

法律関係に基づいて物又は権利によってもたらされる利益(Erträge)も果実とする。

BGB100条 収益(Nutzungen)とは、物又は権利の果実、及び物又は権利の使用により生じる利益を指す。

BGB812条 他人の損失により、法律上の原因なく他人の給付又はその他の方法によって、あるものを取得する者は、その他人に対し(その「取得されたもの」について)返還義務を負う。法律上の原因が後に消滅し又は法律行為の内容による給付をもって目的とされた成果が生じない場合であっても、この義務は生じる。

契約による、債務関係の存否の承認もまた、給付とみなす。

BGB817条 給付の目的が、受領者の給付の受領によって法律の禁止または善良の風俗に違反する方法で決定されているならば、受領者は、返還義務を負う。同様の場合、このような違反が給付者に認められるときは、返還請求できない。但し、給付が債務負担である場合は、この限りではない。その債務の履行のために給付されたものは、返還請求できない。

BGB818条 返還義務は、取得された収益、及び受領者が取得した権利に基づき又は取得したものの滅失・毀損・侵奪の代償として取得したものに及ぶ。

取得されたものの性質により返還が不能である場合、又は受領者がその他の事由により返還することができない場合、受領者は、その価値を補償しなければならない。

善意の受領者がもはや利得していない限りにおいて、返還又はその価値の補償義務は消滅する。

訴訟が係属してからは、受領者は、一般原則により責任を負う。

BGB819 条 受領者は、法律上の原因がないことを受領時に知っていたか、又はその後知った場合、前者については受領時、後者については悪意となった時から、返還請求権が訴訟提起時に生じたのと同様の返還義務を負う（つまり、818 条 4 項の責任を負う）。

受領者は、給付の受領によって、法律の禁止または善良の風俗に違反している場合は、給付受領時から前項と同様の義務を負う。

BGB820 条 法律行為の内容によれば発生が不確実とみなされる成果が給付の目的とされた場合において、その成果が発生しないときは、受領者は、返還請求権が受領時に訴訟係属となった場合に準じて返還義務を負う。法律行為の内容によれば消滅があり得るとみなされる法律上の原因に基づく給付が行われかつその法律上の原因が消滅したときも同様とする。

受領者は、成果が生じなかったこと又は法律上の原因が消滅したことを知った時から利息を支払わなければならない。受領者がこの時点においてもはや利得していない限り、受領者の収益返還義務は消滅する。

BGB940 条 取得時効は、自主占有の喪失によって中断する。

自主占有者が、自己の意思によらずに自主占有を喪失しかつ 1 年以内に又はこの期間内に提起された訴えによって自主占有を回復したときは、取得時効は中断しないものとみなす。

BGB955 条 物の自主占有者は、956 条、957 条の規定にかかわらず、産出物及びその他物の果実に属する構成要素の所有権を、分離することにより取得する。但し、自主占有者が自主占有する権利を有せず、又は他人が物権に基づき果実取得権を有しかつ自主占有者が自主占有を取得する時に善意でなく若しくは分離の前に権利の瑕疵を知っているときは、この限りではない。

使用権実行の目的で物を占有する者は、自主占有者と同様とする。

自主占有及びそれと同様の占有には、940 条 2 項の規定が準用される。

BGB956 条 所有者が他人に物の産出物又はその他の構成要素の取得を許諾する場合において、その物の占有がその他人に移転したとき、その他人は、分離によってさもなくば占有取得によって所有権を取得する。所有者が許諾義務を負う場合においては、その他人が取得した物の占有を継続し続けている限り、所有者はその許諾を撤回することができない。

分離後に物の産出物又はその他の構成要素を有する所有者以外の者が許諾する場合も、同様とする。

記す)においては不当利得に基づく収益⁽⁴⁾返還義務(BGB 818条1項)が規定されていること、ドイツの判例・学説においては収益返還義務が盛んに議論されてきておりかつその蓄積があること、わが国における不当利得法はド

BGB957条 他人に取得を許諾する者がこの許諾権を有しない場合においても、前条の規定は適用される。但し、その他人に物の占有が移転する場合においてはその移転の時、さもなければ産出物若しくはその他の構成要素の占有取得の時に善意でない、又は分離前に権利の瑕疵を知る場合は、この限りではない。

BGB987条 占有者は、訴訟係属後に収取した収益を所有者に返還しなければならない。

占有者が、訴訟係属後に通常の経営法則上収取できる収益を収取しなかった場合において、占有者に帰責事由があるときは、占有者は所有者に対して賠償義務を負う。

BGB988条 所有の意思をもって又は収益権行使の目的をもって、物を占有する善意占有者が、その占有を無償で取得したときは、占有者は所有者に対し、不当利得に関する規定に従い、訴訟係属前に収取した収益の返還義務を負う。

BGB989条 占有者は訴訟係属の時から、所有者に対しその責に帰すべき事由による物の毀損、滅失その他物を返還できないことによって生じた損害について責任を負う。

BGB990条 占有者が占有取得の当時善意でなかったときは、所有者に対して占有取得の時より987条、989条に基づいて責任を負う。占有者が占有取得の後、占有を為す権利がないことを知ったときは、その時より同一の責任を負う。

遅滞に基づく占有者のその他の責任は、これによって影響を受けない。

BGB992条 占有者が不法の私力又は犯罪行為によって占有を取得したときは、不法行為に基づく損害賠償に関する規定に従って、所有者に対しその責任を負う。

BGB993条 987条乃至992条の要件が存在しない場合において、その収取した果実が通常の経営法則上物の収益とみなされるべきでないときは、占有者は、不当利得の返還に関する規定に従い、これを返還しなければならない。その他の場合には、収益の返還又は損害賠償義務を負わない。

占有者が収益を取得する期間については、101条の規定を適用する。

以上のBGBの和訳については、神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書(1) 独逸民法〔I〕民法総則』139頁以下〔柚木馨・高木多喜男〕(有斐閣、1940年)、同編『現代外国法典叢書(2) 独逸民法〔II〕債務法』783頁以下〔柚木馨・上村明広〕(有斐閣、1940年)、同編『現代外国法典叢書(3) 独逸民法〔III〕物権法』103頁以下〔柚木馨・高木多喜男〕(有斐閣、1940年)、椿寿夫ほか編『注釈ドイツ不当利得・不法行為』3頁以下〔右近健男・赤松秀岳〕(三省堂、1990年)を参考にした。

イツ不当利得法の強い影響の下に構築され、ドイツ法と相通ずる部分が多いことなどが挙げられる。

したがって、わが国における返還義務の対象の問題及び算定基準の問題について検討を進めるにあたり、ドイツの BGB 編纂過程及び判例・学説を網羅的に分析・検討することが有用といえよう。

4 そこで、筆者は、すでに、「不当利得に基づく収益返還義務 (1) ~ (3・完) — ドイツ民法典編纂過程における審議を中心に—」⁽⁵⁾において、BGB 編纂過程における収益返還義務の審議内容と、収益返還義務を定める BGB 818 条 1 項の意義を検討している。そこでは、収益返還を明確に規定することが重視され、この理由としては、当初受けた利益とこの利益から生じた収益を異なって判断する根拠がないからと説明されている。

しかし、BGB 編纂過程においては、本稿の研究目的である返還義務の対象の問題及び算定基準の問題について検討された形跡は見受けられない。

5 また、筆者は、この BGB 編纂過程の検討に引き続き、「ドイツ判例における不当利得と収益返還義務 (1) ~ (3・完) — 飛行機事件判決 (BGHZ55,128) までの判例を中心に—」⁽⁶⁾において、BGB 成立後のドイツ判例が、返還義務の対象の問題及び算定基準の問題をいかに判断しているかを

(4) 日常用語では、利益として収入する金銭を、収益と呼ぶことが多く、事業収益などもこれに含まれることが多い。たとえば、事業者が土地を賃借し、その土地を事業者の才覚によって有効利用し莫大な収益を取得したとしよう。日常用語では、このような事業者が取得したすべての利益を収益と呼ぶことがある。

これに対して、BGB が想定している収益 (Nutzen) は、このようなすべての収益を含むのではなく、BGB100 条で規定されている天然果実・法定果実・使用利益に限られていることに注意されたい。

なお、ドイツにおいては、使用利益に関する問題を扱う際、収益という言葉を用いて天然果実・法定果実と共にまとめて検討することがある。それゆえ、本稿においても、ドイツ法の検討部分では使用利益ではなく、“収益”という言葉を用いることがある。

(5) 山口経済学雑誌 57 卷 3 号 55 頁以下、4 号 65 頁以下、58 卷 1 号 113 頁以下 (2008 ~ 2009 年)。

すでに検討している。すなわち、飛行機事件判決までのドイツ判例は、以下の第2章でみるように、算定基準を客観的市場価格とする点では揺るぎないものの、返還義務の対象をいかに捉えるかという点では、一貫した立場をとっていなかった。

6 そこで、本稿では、これら2つのドイツ法研究に引き続き、BGB成立後のドイツ学説が、返還義務の対象の問題及び算定基準の問題をいかに議論してきたかを検討することにする。

以下においては、まず、筆者のこれまでの研究成果から、ローマ法、BGB編纂過程、ドイツ判例を概観した上で(第2章)、BGB成立後のドイツ学説において、差額説及びその後に登場した類型論が、返還義務の対象の問題及び算定基準の問題をいかに議論したのか(第3章)、ついで、当初唱えられたこれらの学説がどのように展開・発展していったのか(第4章)、最後に、これらを踏まえ、筆者なりのドイツ学説の分析・検討を行うこととする(第5章)。

なお、使用利益返還に関するドイツ学説は膨大であることから、本稿では、検討の対象を飛行機事件判決(BGHZ55,128)⁽⁷⁾が出されるまでの学説にとどめることを予めお断りしておく。

(6) 山口経済学雑誌59巻4号121頁以下、6号99頁以下、60巻1号83頁以下(2010～2011年)。

(7) BGH1971年1月7日判決(BGHZ55,128)はいわゆる飛行機事件判決と呼ばれ、その事案は、未成年者がミュンヘンからハンブルクに向かうルフトハンザ航空会社の飛行機に搭乗したが、ハンブルクで降りるべきところを、通過乗客に紛れ込んで、ニューヨークまで航空券なしに不正搭乗したため、ルフトハンザ航空会社はその未成年者に対して運賃の請求をした、というものである。この飛行機事件判決以降、ドイツ学説は差額説と類型論に分かれて激しい議論を展開し、この状況は泥沼化の様相を呈する程であった。

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

1 ドイツ学説の検討に入る前に、これに影響を与えたと考えられるローマ法及び BGB 編纂過程における審議内容、そして、BGB 成立後のドイツ判例について概観しておこう。

2 ローマの時代に不当利得法が出現した頃は、不当利得返還義務の範囲に関し利得の消滅（現存利益への返還義務の縮減）は考慮されず、受益そのものが返還義務の対象となったようである。すなわち、不当利得債務者は、一旦受領した利益たる“受益”をすべて返還しなければならず、受領後に消滅したとしても返還義務を免れることはなかったようである。しかし、利得の消滅は後に考慮されることになり、現代の不当利得法と同様、現存利益に限定した返還義務が肯定されるに至った⁽⁸⁾。

3 その後、ローマ不当利得法の伝統を受け継ぎ、BGB 編纂過程において、善意の不当利得債務者は、利得消滅の原因が偶然かそれとも不当利得債務者の故意・過失によるのかに関係なく、訴訟係属時になお利得している限りでのみ（現存利益のみ）責任を負うことが確認されている。また、不当利得債務者が善意でかつ受領物の返還が不能である場合、その価値によって不当利得債務者の財産が増加していると考えられるから、受領したものの価値によって不当利得債務者が利得したという推定を出発点とし、例外として利得が消滅している場合には、この不当利得債務者が利得消滅の証明責任を負うことも明らかにされている⁽⁹⁾。その後、これらの内容が現行 BGB において具体的に規定されたのが、818 条 3 項である⁽¹⁰⁾。

以上からすると、善意不当利得債務者の返還義務が現存利益にとどまると

(8) 松坂佐一『不当利得論』107頁以下（有斐閣、1953年）、磯村哲『不当利得論考』230頁（新青出版、2006年）（初出・「不当利得」法学セミナー2号（1958年））、拙稿「不当利得法における公平説の衰退と類型論の台頭（1）—ローマ法から現在に至るまでの学説を中心に—」広島法学41巻3号66頁（2018年）。

いうローマ時代の伝統が BGB 編纂過程においても容認され、現行 BGB に受け継がれていったといえよう。なお、ローマ法から BGB 編纂過程までをみたところ、不当利得に基づく使用利益返還における返還義務の対象の問題及び算定基準の問題が検討された形跡は見受けられない。

4 それでは、BGB 成立後のドイツ判例は、どのように展開していったのであろうか。

返還義務の対象を出費の節約による財産増加分（現存利益）とする判決が当初支配的であったが、これに代わって、使用利益とする判決が増え、さらに使用可能性とする判決も現れるに至った。

また、算定基準を客観的市場価格とするのが判例の立場であり、算定基準を明らかにしない判決も客観的市場価格を否定するものではないと考えられる。

以上からすると、飛行機事件判決までのドイツ判例は、算定基準を客観的市場価格とする点では揺るぎないものの、返還義務の対象をいかに捉えるかという点では、一貫した立場をとっていなかったといえる⁽¹¹⁾。

5 それでは、以上のドイツ判例の状況に対し、ドイツ学説はどうか。BGB 成立後、差額説と類型論は、いかなる議論を展開し、不当利得に基づく使用利益返還について返還義務の対象の問題及び算定基準の問題をいかに考えていったのであろうか。

(9) Protokolle der [1.] Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1881-1889), S. 1510ff.; Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III § § 652 bis 853, 1983, S.778ff.. この点に関する詳細は、拙稿・前掲注 (5) 57 卷 3 号 67 頁以下を参照。

(10) 拙稿・前掲注 (5) 58 卷 1 号 129 頁。

(11) 拙稿・前掲注 (6) 60 卷 1 号 92 頁。

第3章 差額説と類型論の登場

BGB 成立後、1913年に差額説を最初かつ有力に主張したのはフィッシャーであり、その後、1954年にこの差額説を批判する形で登場したのがケメラの類型論である。類型論登場後、これら2つの学説の対立はドイツ不当利得法学界を二分する論争に発展していき、この論争による成果はわが国の不当利得法にも多大な影響を与えた。この論争の発端ともなった両説の主張内容を、以下で詳しくみていくことにしよう。

第1節 フィッシャーの差額説

第1款 返還義務の対象

1 BGB812条には、「他人の損失により法律上の原因なく他人の給付又はその他の方法によってあるものを取得する者は、その他人に対し（その「取得したもの」について）返還義務を負う。」と規定されている。したがって、同条によれば、返還義務の対象は、「取得したもの」となる。

しかし、返還義務の対象は、「取得したもの」ではなく「利得」である。なぜなら、812条は、818条3項によって修正されるからである⁽¹²⁾。

2 それでは、返還義務の対象となる「利得」とは、具体的に何を指すのか。それは、不当利得債務者の2つの財産が比較されることによって明らかとなる。その2つの財産とは、一方は、不当利得債務者が法律上の原因なく取得した現在の財産であり、他方は、この取得がなかった場合の仮定の財産を指す。この比較は、差額の算定に行き着く。不当利得債務者は、第一の現実の大きさが第二の仮定の大きさを上回る場合に限り、返還義務を負わされるのである⁽¹³⁾。

3 このように解する理由は、不当利得債務者は、返還義務を履行すること

(12) Fischer, Bereicherung und Schaden, in: Festschrift für Ernst Zitelmann, München - Leipzig, 1913, S.10f., 24.

(13) Fischer, a.a.O., S.11.

によって、法律上の原因のない取得がなかった場合よりも貧しくなつてはならないからである⁽¹⁴⁾。

4 ただし、差額計算が常に必要とは限らない。たとえば、富豪が法律上の原因なく壺を取得する場合、取得の瞬間だけでなく数時間も利得は「取得したもの」、すなわち、壺と同一である。したがって、壺が加わった財産と壺が差し引かれた財産という両方の大きさを確定するために、不当利得債務者の膨大な財産目録の調整を最初は必要としない。計算によることは多くの事例で不要である⁽¹⁵⁾。

第2款 他の制度・請求権との比較でみる差額説

1 まず、損害賠償と不当利得を比較しながら検討してみよう。損害賠償の場合においてその対象となるのは、被害者の主観的な財産減少のみである。加害者がそれ相応の財産増加を得たかどうかは重要ではない。これに対して、不当利得の場合においてその対象となるのは、不当利得債務者の主観的な財産増加のみである⁽¹⁶⁾。

また、損害賠償額は、仮定（損害という出来事がなかった場合の財産）と現実（被害者の現在の財産）の差額によって算定される。現実の額とは、損害賠償においては引く数であり、不当利得においては引かれる方の数である。引く方の数が引かれる方の数より大きい又は同じである場合には、損害賠償請求権も不当利得返還請求権も認められない⁽¹⁷⁾。

2 つぎに、物権的請求権・売買契約に基づく引渡請求権と不当利得返還請求権を比較しながら検討してみよう。前者は、具体的な客体に対する請求権であり、後者は、財産上の価値に対する請求権であるから、両者は異なる請

(14) Fischer, a.a.O., S.11, 24.

(15) Fischer, a.a.O., S.11.

(16) Fischer, a.a.O., S.8.

(17) Fischer, a.a.O., S.12.

求権である。したがって、不当利得返還請求権の対象が常に財産上の価値であることが示されるべきである。財産上の価値は、比較によって得られる算定額である。

なお、財産上の価値に対する請求権を具体的な客体の返還に向けることができるかという一見矛盾している問題について、我々は今後検討しなければならないであろう⁽¹⁸⁾。

第3款 検討

1 以上からすると、フィッシャーは、つぎのように主張する。すなわち、812条は818条3項によって修正を受ける。これにより、返還義務の対象を812条の「取得したもの」ではなく818条3項の「利得」と捉え、その「利得」とは不当利得債務者の“財産上の差額＝現存利益”であると解する。このように解する理由は、不当利得債務者は、返還義務を履行することによって、法律上の原因のない取得がなかった場合よりも貧しくなってはならないからである、と。

したがって、フィッシャーの差額説は、返還義務を現存利益にとどめるローマ法及びBGB編纂過程における審議内容に則した見解であるといえよう。

2 ところで、フィッシャーは、一方では、不当利得返還請求権を財産上の価値に対する請求権、すなわち、返還義務の対象を“財産上の差額”としながらも、他方では、具体的な客体の返還が問題となる場合には多くの事例において差額計算は不要と主張する。このような矛盾は、フィッシャー差額説の重要な問題点であろう。

ただし、この点については、フィッシャー自身が、“財産上の価値に対する請求権を具体的な客体の返還に向けることができるか”と問題点を指摘した上で、今後の検討課題であるという断りを入れている。

(18) Fischer, a.a.O., S.11f.

3 なお、このフィッシャーの差額説が 1913 年に公表されて以降、この差額説は、ドイツ判例にも影響を与えたと考えられる⁽¹⁹⁾。

第 2 節 ケメラの類型論

第 1 款 差額説及び判例に対する批判

1 差額説及び判例は、収益を含む「取得したもの」又は「その価値」(BGB812 条、818 条 1 項・2 項)を主観的な「利得」として捉える。この主観的利得概念によれば、「利得」は財産上の差額とされ、損害が差額で評価されることと同様である⁽²⁰⁾。

また、差額説及び判例は、使用利益返還が問題となる事案においては、不当利得返還請求権を正当化するために、“出費の節約”概念を用いる。

2 しかし、このような差額説及び判例には賛同できない。

使用利益返還が問題となる事案における不当利得返還請求権は、出費の節約によって判明する“財産上の差額”ではなく、“取得したもの”を原物で返還できないことを理由とする価値補償 (BGB818 条 2 項)を根拠にする方がより適切で簡単である。

また、出費の節約は、BGB818 条 3 項に基づく利得の消滅という事実に即した制限にこそ有益である。たとえば、他人の財貨を贈与した。所有者が贈与者に不当利得返還請求する場合、この贈与者は「利得」がないようにみえるが、この贈与者がこの財貨を受贈者に贈与できなければ、他の物を贈与していたであろうという場合には、出費の節約を理由に請求することは可能である⁽²¹⁾。

(19) この点についての詳細は、拙稿・前掲注 (6) 59 卷 4 号 126 頁以下を参照。

(20) Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Festschrift für Ernst Rabel, Bd. I, 1954 (以下、Rabel と記す), S.384, in: Caemmerer, Gesammelte Schriften, Bd.1, 1968 (以下、Gesammelte Schriften と記す), S. 260f..

(21) Caemmerer, a.a.O., in: Rabel, S.381f., in: Gesammelte Schriften, S.257f..

第2款 類型論

1 不当利得法の類型化

不当性（法律上の原因の欠如）の内容に基づいて不当利得返還請求権の類型（給付利得・侵害利得など）が明らかとなり、かつ、この類型論によってのみ不当利得返還請求権（給付利得返還請求権・侵害利得返還請求権など）は形式を得ることができ、かつ限界付けられるのである⁽²²⁾。

2 返還義務の対象

ドイツ民法における不当利得返還請求権がまず第一に対象とするのは、「利得」＝財産上の差額＝現存利益”ではなく、BGB818条1・2・4項、819条・820条が規定しているように、「取得したもの」又は「その価値」である。これこそが、一般的な不当利得返還請求権の内容である⁽²³⁾。

受領された客体が消費・加工・転讓渡されたことを理由に返還不能である場合は、受領物の価値が補償されるべきである。たとえば、住居・特許などの使用のような、法律上の原因なくもたらされた役務給付又は収益（使用利益）のように、受領物をその性質上返還できない場合も、同様である。ここでは、その価値が補償されるべきである⁽²⁴⁾。

これに対して、818条3項に基づいて不当利得返還請求権を“利得”＝財産上の差額＝現存利益”という柔軟な額へ制限することは、善意不当利得債務者のための例外的な優遇措置にすぎない。この優遇措置は、善意者を十分に優遇するという次元のものであり、993条1項1文と結びついた955条と趣旨を同じくする⁽²⁵⁾。

3 給付利得における返還請求権の対象

(22) Caemmerer, a.a.O., in: Rabel, S.337, in: Gesammelte Schriften, S.213.

(23) Caemmerer, a.a.O., in: Rabel, S.368, in: Gesammelte Schriften, S.244.

(24) Caemmerer, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, Gesammelte Schriften, S.370.

(25) Caemmerer, a.a.O., in: Rabel, S.368, in: Gesammelte Schriften, S.244.

給付利得返還請求権の対象は、ローマ法ではまず確定した金額と確定した物に制限されていたが、後に、労働と他の給付に広げられた。

今日のドイツ法においては、当事者の合意によって給付の対象となるすべてのものが、給付利得返還請求権の対象となり得る。すなわち、物・権利の譲渡と労務の給付だけでなく、単なる機会（たとえば物の使用などの機会）の提供とその他の利益も給付利得返還請求権の対象となり得るのであり、不当利得債権者は不当利得債務者からこれらを取り戻すことができるのである⁽²⁶⁾。

4 他人の財貨からの利得（侵害利得）における返還請求権の対象

他人の財貨からの利得につき、最も重要であるのは、他人の財貨を使用・収益・処分（消費）する事例である。

財貨をその保持者に割り当てるのが絶対権の本質であり、所有者に物の使用・収益・処分（消費）する（das “uti, frui, abuti”）権利を割り当てるのが、所有権の本質である。それゆえ、何者かが他人の物を使用する場合、又は処分（消費）する場合、その者は、“所有権の割当内容”に基づいて所有者に属するものを取得したことになる（BGB812 条 1 項 1 文）。したがって、物の使用・収益・処分（消費）はその物の所有者に属するのであり、不当利得債務者が物の使用又は処分（消費）によって取得する利益は所有権に存する財貨割当に反し不当である。ここでは、不当利得返還請求権は所有権（又は物に存するその他の物権）に依拠しているのである。

したがって、不当利得債務者は所有者に対して、事情を知っていれば誠実に支払わなければならなかったであろう価値を補償しなければならない。なぜなら、この「利得」は、所有権の割当内容に反するからである。

なお、給付利得返還請求権は財貨移動法に属している一方、他人の財貨からの利得に基づく返還請求権は財貨保護に有益であり、これは、物権的返還

(26) Caemmerer, a.a.O., in: Rabel, S.348, 378, in: Gesammelte Schriften, S.224, 254f..

請求権と物権的妨害排除請求権、絶対権の有責な侵害による不法行為に基づく請求権 (BGB823 条 1 項) と同様である。所有権に基づく諸請求権が問題となる場合、これらの請求権も同時に理解しなければならないであろう⁽²⁷⁾。

第3款 検討

1 ケメラーは、差額説及び判例に対する批判を前提に、返還義務の対象をつぎのように二段階に分けて考える。すなわち、まず、返還義務の対象を「取得したもの」とし、つぎに、もし不当利得債務者が善意でかつ「取得したもの」が消滅している場合には、例外として、返還義務の対象を「利得」=財産上の差額=現存利益に縮減する、と。

したがって、ケメラー類型論は、最終的には差額説と異なることなく、また、差額説と同様、ローマ法及び BGB 編纂過程における審議内容に則した見解であるといえよう。

2 このようなケメラー類型論の二段階構造は、不当利得債務者が利得消滅の証明責任を負うという BGB 編纂過程の見解と整合するものと評価でき、それゆえ、フィッシャー差額説よりもケメラー類型論の方が BGB 編纂過程の見解により近いものと評価できよう。

(27) Caemmerer, a.a.O., in: Rabel, S.352ff., in: Gesammelte Schriften, S.228ff., ders., Grundprobleme des Bereicherungsrechts, Gesammelte Schriften, S.378.