ドイツ不当利得法における差額説と類型論⑷
―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　　（以上 43 巻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 43 巻４号）
　第２節　ヤコブスの差額説
　　第１款　ケメラー類型論に対する批判
　　第２款　返還義務の対象
　　第３款　給付利得及び侵害利得における返還義務の対象
　　第４款　使用利益返還が問題となる事案における“出費の節約”
　　第５款　返還義務の対象には含まれない利益
　　第６款　物の使用の意義
　　第７款　差額計算が不要である場合
　　第８款　不当利得債務者の返還義務の範囲と不当利得債権者の損失
　　第９款　悪意不当利得債務者
　　第10款　検討　　（以上44巻１号）
　第３節　バーチュの類型論
　　第１款　差額説及び判例に対する批判
　　第２款　返還義務の対象
　　第３款　算定基準
　　第４款　BGB818 条３項に基づく返還義務の縮減
　　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

第３節　バーチュの類型論

ケメラー類型論がクラインハイヤーとヤコブスの批判にさらされる中、ケメラー類型論を礎にしながら意欲的に自説を展開したのが、バーチュである。バーチュの見解は、各文献によって若干の矛盾がみられ、また、それぞれの文献の中で検討し尽くされているとは言い難い部分もある。しかし､このバーチュの類型論は、ヤコブスと同様、ドイツ不当利得法学界に重要な影響を与えたことから、以下では、バーチュの類型論をできるだけ丁寧にみていくことにしよう。

第１款　差額説及び判例に対する批判

１　差額説及び判例の問題点は、これらが使用利益返還が問題となる事案においてBGB812条１項１文の「直接的・第一次的に取得したもの」を“出費の節約”と捉えるところにある(71)。

“出費の節約”とは、不当利得債務者が、もしある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。すなわち、“出費の節約”を語ることができるのは、法律上の原因のない取得がなかったとしても、不当利得債務者が出費した上で他のものを取得していたであろうという場合に限られることになる(72)。

このような“出費の節約”の意義を前提とするならば、不当利得債務者の総財産が“出費の節約”分につき増加するのは、“「直接的・第一次的に取得

(71)　Batsch, Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe in Fällen unbefugten Gebrauchens bzw. Nutzens von Gegenständen, Marburg 1968（以下、Vermögensverschiebung と記す）, S. 44, 103; derselbe, Kraftfahrzeugvermietung an Minderjahrige, NJW 1969, 1743, 1744.

(72)　Batsch, a.a.O., Vermögensverschiebung, S. 44.

したもの」によって”である。すなわち、“出費の節約”は、「直接的・第一次的に取得したもの」によって生じた間接的・第二次的な効果にすぎないということになる(73)。

したがって、「直接的・第一次的に取得したもの」とこれによって生じた“出費の節約”は異なるものであるから、ケメラー(74)が主張するように、「直接的・第一次的に取得したもの」を“出費の節約”と捉えてはならない(75)。

２　また、差額説及び判例は、つぎのように主張する。すなわち、BGB812条１項１文の「取得したもの」は‘金銭価値’を有しなければならない、「直接的・第一次的に取得したもの」が‘金銭価値’を有していた場合のみ価値補償額（BGB818条２項）及び利得の範囲と消滅（BGB818条３項）は確定され得る、と(76)。

この主張の欠点はつぎのように考えられる。すなわち、ここでは、一方では不当利得返還請求権の発生の問題、他方では不当利得返還請求権の範囲とその消滅の問題が、混同されている、ということである。不当利得債権者の財産からの財貨移転によって「直接的・第一次的に取得したもの」は、これが客観的に不当利得債務者の財産において現存している限り、‘原物で’返還しなければならないのであり、これが‘金銭価値’を有しているか否かは重要ではない。「直接的・第一次的に取得したもの」がもはや‘原物で’現存していない場合に初めて、現存利益の範囲内において価値補償が問題となる（BGB818条２項・３項）(77)。

第２款　返還義務の対象

(73)　Batsch, a.a.O., Vermögensverschiebung, S. 44; derselbe, NJW 1969, 1744.

(74)　この点のケメラーの見解については、本稿第３章第２節第１款を参照。

(75)　Batsch, a.a.O., Vermögensverschiebung, S. 44.

(76)　この点については、本稿第４章第１節第１款、同第２節第１款を参照。

(77)　Batsch, a.a.O., Vermögensverschiebung, S. 104f..

１　返還義務の対象は、BGB812 条１項１文の「取得したもの」であり、あらゆる客体がこの「取得したもの」になり得る。すなわち、この「取得したもの」に‘金銭価値’があるか否かは重要ではない(78)。それでは、この「取得したもの」を具体的にどのように捉えればよいのか。

２　たとえば、不当利得債務者が不当利得債権者のステーキを食べ尽くす場合、不当利得債務者は、これによって不当利得債権者の財産から不当利得債権者に属する決定可能性を取得し、かつ不当利得債務者は、その決定を実行すること（すなわちこの事例ではステーキを食べ尽くすこと）によってその決定を自らの財産にもたらすのである。それゆえ、不当利得債務者は、BGB812 条１項１・２文に基づき、権原なく決定を実行しかつこれによって取得したその決定を返還しなければならない(79)。

なお、不当利得債務者が不当利得債権者に属する決定可能性を実行しかつこれによってこの決定可能性を不当利得債権者から剥奪する場合には、すでに BGB812 条１項１・２文の財貨移転は存在していることになる(80)。

ただし、入場券なしに映画やオペラを楽しんだり不当に美味しいステーキを食べたりするような”精神的な楽しみ”は、財産権ではなく、財貨移転の客体でもあり得ず、不当利得債権者の財産から取得されたものでもない。前述したように、決定こそが重要なのである(81)。

３　このことは、使用利益返還が問題となる事案においても同様である。すなわち、不当利得債務者が権原なく不当利得債権者の客体を使用することによって取得したもの（BGB812 条１項１文）は、その都度の決定（“使用”）である(82)。不当利得債務者は、その不当利得債権者に排他的に属する決定可

(78)　Batsch, a.a.O., Vermögensverschiebung, S. 106.

(79)　Batsch, a.a.O., Vermögensverschiebung, S. 104.

(80)　Batsch, a.a.O., Vermögensverschiebung, S. 101f., 104, 110.

(81)　Batsch, a.a.O., Vermögensverschiebung, S. 103f..

(82)　Batsch, a.a.O., Vermögensverschiebung, S. 103.

能性をその都度使用の実行によって不当利得債権者の財産から剥奪するのであり、不当利得債権者の使用可能性を用いるのである(83)。

財産権の内容は、権利者に排他的に属する決定可能性である。当該客体が使用されるべきか及びどのように使用されるべきかについて決定する可能性も、この決定可能性に含まれる(84)。

我が見解は、ケメラーが主張した見解に近い。これによれば、“使用･収益･処分” の権利は、物の所有者に属する。その結果、権原なくこの物を使用する者は、“所有者に属する” ものを取得することになる(85)。

４　さらに、自動車の賃貸借契約において、賃借人（不当利得債務者）が自動車の占有期間中に使用利益を取得した事案について考えてみよう。この事案においても、BGB812 条１項１文の意味における「直接的・第一次的に取得したもの」は、差額説が主張する “出費の節約” ではなく使用利益自体である。ここでは、自動車の賃借人と賃貸人（不当利得債権者）間に財貨移転が存在する。なぜなら、この財貨移転は、賃貸人の財産に由来するからである。すなわち、自動車の所有者である賃貸人に属するのは、BGB903 条によれば、自由に自動車を使用する排他的で法的な権利であるから、賃借人は、自動車を実際に使用することによって賃貸人から、賃貸人の使用権の内容には欠かせない実際の使用可能性を奪い取り、かつ使用可能性自体を実行することによって使用可能性を用いるのである。実行によって取得した使用利益という形での、賃借人のこの利得は、使用可能性を奪い取られることにより賃貸人に生じた損失に精確に対応している(86)。

５　したがって、以上のことは、―無権原の物の使用によるあらゆる事例において―まさにつぎのように区別されるべきである。すなわち、1. 目的物＝

---

(83)　Batsch, a.a.O., Vermögensverschiebung, S. 109f., 113f..

(84)　Batsch, a.a.O., Vermögensverschiebung, S. 109.

(85)　Batsch, a.a.O., Vermögensverschiebung, S. 111.

(86)　Batsch, NJW 1969, 1744.

個々の財産権（ここでは所有権）に関する法的な決定権（ここでは、使用権）、2. 目的物を顧慮した個々の財産権に基づいて権利者に属しかつ無権利者によって奪われる、具体的な（実際の）決定可能性（ここでは、使用可能性）、3. 無権利者が権利者から奪った相応の決定可能性を実行することによって取得した、具体的な（実際に実行された）決定（ここでは、使用）に区別されるべきである(87)。

第３款　算定基準

１　返還義務の対象となる決定は“性質上”返還できない。なぜなら、不当利得債務者が、決定可能性の実行によってこの決定を“取得”したと同時に、この決定は“消滅”するからである(88)。

そこで、不当利得債務者はこの決定を価値で返還しなければならず、この決定の客観的価値を算定するために“出費の節約”の観点が用いられることがある。ただし、ここで“出費の節約”の構成が考慮されるのは、BGB812条１項１文の「取得したもの」の確定のためではなく、単にBGB818条２項に基づく価値補償の算定のためにすぎない。

以上のことから、２つの重要な結論が明らかになる。

第一に、不当利得債務者が義務を負うのは、“出費の節約”ではなく、取得されかつ実行された決定の価値補償に対してであるから、不当利得債務者は、必要な出費を節約しなかったことを理由に、利得の消滅を主張することはできない。それゆえ、利得の消滅を制限するための“自分の行為に反した振る舞いの禁止”という原則は、不要である(89)。

第二に、“出費の節約”は通常の使用対価に基づいて算定されるべきであ

(87)　Batsch, NJW 1969, 1744f..

(88)　Batsch, a.a.O., Vermögensverschiebung, S. 114; derselbe, NJW 1969, 1745.

(89)　“自分の行為に反した振る舞いの禁止”については、本稿第４章第１節第３・４款を参照。

る[90]。

２　不当利得債務者が“使用（使用利益)”を取得するために取引の通常の方法において出費されるに違いないものは何か、すなわちこのような通常かつ適当な使用対価（市場価格）に基づいて“出費の節約”の範囲が決定され得る。

これによって、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は“準契約”の思想から―ここではいわゆる「事実的契約」の思想から―導き出されることはない。この思想は我々の法には知られていない。

むしろ通常の使用の対価によって確定されるのは“出費の節約”の範囲のみであり、この“出費の節約”は、BGB818 条２項に基づく価値補償請求権のための算定要素を単に示しているにすぎない[91]。

第４款　BGB818 条３項に基づく返還義務の縮減

返還義務の対象となる決定がその性質上消滅するからといって、利得が消滅し、不当利得債務者が BGB818 条３項に基づいてあらゆる利得法上の責任から解放される、ということにはならない。なぜなら、不当利得債務者が不当利得債権者の客体の使用によってその決定を実行することにより、その決定・使用利益は最終的に不当利得債務者の財産に吸収されるからである[92]。

したがって、一度生じた利得はもはや BGB818 条３項の意味において後発的に消滅することはあり得ない。賃貸借契約が無効である場合、不当利得債務者は、BGB812 条１項１文、818 条２項に基づき、原物で返還できない自動車の使用利益について価値補償を金銭で給付しなければならず、利得が消滅したと反論することはできない[93]。

最後に、使用利益返還が問題となる事案における不当利得返還義務は、つ

(90)　Batsch, a.a.O., Vermögensverschiebung, S. 114; derselbe, NJW 1969, 1745.
(91)　Batsch, a.a.O., Vermögensverschiebung, S. 104, 115.
(92)　Batsch, a.a.O., Vermögensverschiebung, S. 114; derselbe, NJW 1969, 1745.
(93)　Batsch, NJW 1969, 1745.

ぎの文に端的にまとめることができる。すなわち、無権利の客体使用者は、BGB812条１項１文及び818条２項に基づいて、使用権者に対して通常の使用対価の範囲内で価値補償義務を負う、と(94)。

第５款　検討

１　差額説及び判例に対する批判

(1)　本稿第３章第２節で検討したように、ケメラーは、つぎのように差額説を批判した。すなわち、使用利益返還が問題となる事案におけるBGB812条１項１文の「取得したもの」を、“出費の節約”によって判明する“財産上の差額（財産増加分)”と捉えるべきではない、と。しかし、ケメラーは、必ずしもこの批判の根拠を明確にしているわけではなかった。

これに対して、バーチュは、つぎのような根拠を明示することによってケメラーの弱点を補う。すなわち、BGB812条１項１文の「直接的・第一次的に取得したもの」によって不当利得債務者の総財産が反射的に増加するのであるから、“出費の節約”は、間接的･第二次的な効果にすぎない。したがって、「直接的・第一次的に取得したもの」とこれによって生じた“出費の節約”は異なるものであるから、BGB812条１項１文の「取得したもの」を“出費の節約”と捉えてはいけない、と。

(2)　また、バーチュは、とりわけヤコブスによるケメラー批判(95)に対して、つぎのように反論する。すなわち、BGB812条１項１文の「取得したもの」は‘金銭価値’を有しなければならないという差額説及び判例には、一方では不当利得返還請求権の発生の問題、他方では不当利得返還請求権の範囲とその消滅の問題が混同されているという欠点がある、換言すれば、不当利得債務者が「直接的・第一次的に取得したもの」は、これが客観的に不当利得債

(94)　Batsch, a.a.O., Vermögensverschiebung, S. 115.

(95)　ヤコブスによるケメラー批判については、本稿第４章第２節第１款を参照。

務者の財産において現存している限り、‘原物で’ 返還しなければならないのであり、これが ‘金銭価値’ を有しているか否かは重要ではない。この「取得したもの」がもはや ‘原物で’ 現存していない場合に初めて、現存利益の範囲内において価値補償が問題となる（BGB818条２項・３項)、と。

このバーチュのヤコブスに対する反論は、説得力があるといえよう。さらに、このバーチュの反論を補強するために、つぎのことを付け加えておきたい。すなわち、BGB812条１項１文の「取得したもの」を素直に解釈すれば、金銭価値の有無を問題とすることのない、単に “取得したもの” と解される、と。

２　返還義務の対象

(1)　ケメラーは、使用利益返還が問題となる事案において返還義務の対象を使用利益と捉えていたように思われるが、当該事案を前提としたケメラーによる本格的な研究は見受けられない。これに対して、バーチュは、当該事案を積極的に取り上げ詳細な考察を行った初めての類型論者といえよう。それでは、バーチュは、具体的に返還義務の対象をいかに捉えたのか。

この検討に入る前に注意が必要なのは、本節の冒頭でも述べたように、バーチュが公表した各文献によって返還義務の対象の捉え方に若干の相違がみられることである。それぞれの文献において想定している事案なども考慮に入れながら総合的に分析したところ、バーチュは、返還義務の対象をつぎのように考えているといえる。

すなわち、まず、返還義務の対象をBGB812条１項１文の「取得したもの」と捉え、ここまではケメラーと同様である。つぎに、不当利得債務者は、不当利得債権者の所有権（使用権）から使用可能性を取得し、この使用可能性を実行することによって、“使用（使用利益)” を取得する。この “使用（使用利益)” こそがバーチュの考える返還義務の対象である。したがって、バーチュによれば、不当利得債務者は、BGB812条１項１・２文に基づき、取得

したその“使用（使用利益)”を返還しなければならないこととなる。

(2)　バーチュが考える返還義務の対象の特徴は、“使用（使用利益)”の取得が不当利得債務者による使用可能性の“実行”を前提としていることである。すなわち、バーチュは、不当利得債務者は実際に使用することによって“使用（使用利益)”を取得する、と考えている。

しかし、実際に使用しなくてもいつでも使用できる状態にあること（使用可能性があること)、これこそが、BGB812 条１項１文の「取得したもの」と解することはできないか。

たとえば、不当利得債務者が仕事で使用するために自動車を有償にて借り受けたが、自動車を使用する前にこの契約の無効が判明した。この不当利得債務者は、たとえ自動車を使用しなくても本来出費するはずであったから、この契約が無効であることによって出費を節約することになる。したがって、不当利得債務者は“出費の節約”により十分に利得していると考えられるが、バーチュによれば、不当利得債務者は、自動車を実際に使用していないため返還義務を負わないこととなる。

このような見解に対して、バーチュは、つぎのように再反論することが予想されよう。すなわち、BGB812 条１項１文の「取得したもの」を使用可能性と捉えるならば、不当利得債務者は返還義務の履行により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しまう、と。しかし、もしその使用可能性が不当利得債務者にとって利益とならなかったのであれば、不当利得債務者がその証明に成功することによって、その返還義務の縮減を認めれば良い。そうすれば、不当利得債務者が返還義務を履行することによって貧しくなることはない。

３　算定基準

バーチュは、つぎのように主張する。すなわち、(1) 返還義務の対象である“使用（使用利益)”を算定するために、“出費の節約”構成を用いるとし、

ただし、この構成を用いるのは、BGB812 条１項１文の「取得したもの」の確定のためではなく、単に BGB818 条２項に基づく価値補償の算定のためにすぎない、(2) 不当利得債務者が義務を負うのは、“使用（使用利益)”の価値補償であって節約された出費の返還ではないから、出費を節約していないことを理由に、利得の消滅を主張することはできない、(3)“出費の節約”は通常の使用対価に基づいて算定されるべき、という。

これら３つの主張からすると、バーチュの“出費の節約”論は、「取得したもの」の確定のために“出費の節約”構成を用いるクラインハイヤー及びヤコブスだけでなく、BGB818 条３項に基づく利得の消滅を制限するために“出費の節約”構成を用いるケメラーとも一線を画する。

このようなバーチュの主張について、つぎのような問題点が考えられる。すなわち、バーチュは、“出費の節約”が通常の使用対価に基づいて算定されるというが、“出費の節約”とは本来つぎのような意義を有する。すなわち、不当利得債務者が、もしある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。このことからすると、“出費の節約”構成の意義は、不当利得債務者が実際に財産の減少を免れたこと又その範囲を指し示すものであるから、市場価格ではなく不当利得債務者にとっての価値（主観的価値）を問題としているといえる。また、クラインハイヤー・ヤコブス・ケメラーの見解もこれと同旨と思われる。したがって、“出費の節約”の本来の意味からすれば、“出費の節約”構成から必然的に市場価格による算定が導かれるわけではない。

４　BGB818 条３項に基づく返還義務の縮減

本稿第４章第２節第１款で詳述したように、ヤコブスによる有力なケメラー批判は、つぎのような内容である。すなわち、ケメラー類型論によれば、不当利得債務者は不当利得債権者による返還請求によって損失を被ってしま

う、と。しかし、本稿第３章第２節で述べたように、ケメラーの類型論が最終的にBGB818条３項に基づいて不当利得債務者の返還義務を現存利益にまで縮減できるのであれば、ヤコブスによる批判は当たらないというべきであろう。ところが、この批判は、バーチュの類型論に対しては説得力を持つ。なぜなら、バーチュは、ケメラーとは異なり、BGB818条３項に基づく返還義務縮減を全く認めないからである。これに関するバーチュの見解の詳細は、つぎのような内容である。

すなわち、返還義務の対象となる決定はその性質上取得と同時に消滅するが、利得は消滅しない、なぜなら、不当利得債務者が不当利得債権者の客体の使用によってその決定を実行することにより、その決定・使用利益は最終的に不当利得債務者の財産に吸収されるからである、したがって、一度生じた利得は後発的に消滅することはあり得ないことから、BGB818条３項に基づく返還義務縮減は認められない、という。

もし“使用（使用利益）”が市場価格に基づいて算定されかつ不当利得債務者の利得が消滅しているならば、このようなバーチュの見解によれば、不当利得債務者はいったいどうなるのか。返還義務を履行した不当利得債務者は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しまうであろう。