

# ドイツ不当利得法における差額説と類型論(5) —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 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 43 卷 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 卷 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 44 卷 2 号)
  - 第 4 節 グルスキーの類型論
    - 第 1 款 バーチュ類型論に対する批判
    - 第 2 款 返還義務の対象、BGB818 条 3 項に基づく返還義務の縮減、悪意不当利得

	債務者
第3款	検討
第5節	リースの類型論
第1款	問題点の提示
第2款	差額説及び判例に対する批判
第3款	“出費の節約”の機能
第4款	返還義務の対象 = 使用可能性自体
第5款	使用可能性の財産上の価値
第6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4節 グルスキーの類型論

#### 第1款 バーチュ類型論に対する批判

バーチュは、つぎのように主張する。すなわち、使用の実行の結果、使用利益は、消滅せずに最終的に不当利得債務者の財産に吸収されるだろう<sup>(96)</sup>。したがって、使用利益返還が問題となる事案においては、不当利得法上の考慮が常に BGB818 条 2 項の段階で止まり<sup>(97)</sup>、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、と<sup>(98)</sup>。

このバーチュの主張が不適切であるのは、明らかである。「利得」（“財産上の差額”）が後発的に消滅する限り、BGB818 条 3 項は不当利得返還請求権を排除する（ただし BGB818 条 4 項と 819 条の事例は除外）。そうならば、不当利得債務者が使用の実行によって他の出費を全く節約しなかった場合のように、金銭価値のある使用利益の取得が“最初から”不当利得債務者の財産を増加させなかった場合には、不当利得返還請求権は適切に排除されなければならない<sup>(99)</sup>。

---

(96) Batsch, NJW 1969, 1745.

(97) Batsch, NJW 1969, 1746.

(98) Gursky, Nochmals: Kraftfahrzeugvermietung an Minderjährige, NJW 1969, 2183, 2184.

(99) Gursky, NJW 1969, 2184.

## 第 2 款 返還義務の対象、BGB818 条 3 項に基づく返還義務の縮減、悪意不当利得債務者

1 (原則上有償でしか取得することができない賃貸自動車使用のように) 確かに取得した利益がそれ自体財産上の価値を有しているが、不当利得債務者に財産増加をもたらさないという事例を、起草者は考えていなかったようである<sup>(100)</sup>。

2 BGB812 条 1 項 1 文の文言によって、以下のことが認められる。すなわち、考慮されるのは不当利得債務者の財産状態ではなく取得した利益自体であること、言い換えれば、BGB812 条 1 項 1 文の「取得したもの」はあらゆる金銭的価値のある利益を含むこと、この利益が不当利得債務者に財産増加をもたらしたかどうかの問題は BGB818 条 3 項によって初めて考慮されること、が認められるのである<sup>(101)</sup>。

3 また、悪意不当利得債務者が他の出費を節約しなかった場合であっても、その悪意不当利得債務者に使用利益の客観的価値の補償責任を負わせることができるのは、この方法しかない<sup>(102)</sup>。

## 第 3 款 検討

### 1 バーチュ類型論に対する批判

BGB818 条 3 項に基づく利得の消滅を認めないバーチュの類型論については、前節第 5 款にて批判的検討を行った。グルスキーも同様に、つぎのように批判する。すなわち、不当利得債務者が目的物を使用しても、そもそも“最初から”不当利得債務者の財産が増加していない場合には、不当利得債務者に対する返還請求権は適切に排除されなければならない、と。

不当利得債務者の財産増加が後発的に消滅する場合だけでなく、グルス

---

(100) Gursky, NJW 1969, 2184.

(101) Gursky, NJW 1969, 2184.

(102) Gursky, NJW 1969, 2184.

キーが主張するように、不当利得債務者の財産が“最初から”増加していない場合であったとしても、不当利得債務者の損失を回避するために不当利得債権者の返還請求権は排除されるべきであろう。

## 2 返還義務の対象、BGB818条3項に基づく返還義務の縮減、悪意不当利得債務者

(1) グルスキーは、ケメラー・バーチュと同様、返還義務の対象を BGB812条1項1文の「取得したもの」と捉えるが、バーチュと異なって、この規定の「取得したもの」は取得した利益自体であり、あらゆる金銭的価値のある利益を含む、とする。

(2) また、グルスキーは、ケメラーと同様、この利益が不当利得債務者に財産増加をもたらしたかどうかの問題は BGB818条3項によって初めて考慮される、とする。したがって、グルスキーの見解によれば、バーチュと異なり、不当利得債務者の財産が増加していない場合には BGB818条3項に基づきその返還義務が縮減されることになるだろう。

(3) さらに、グルスキーは、出費を節約しなかった悪意不当利得債務者に対して客観的価値の返還義務を負わせることができるのは類型論しかない、と考えている。このことからすると、グルスキーは、クラインハイヤー・ヤコブスが“自分の行為に反した振る舞いの禁止”を使って悪意不当利得債務者に返還義務を負わせる方法に対して、批判的な立場に立つものといえよう。

## 3 グルスキーの見解は類型論か差額説か？

最後に、グルスキーの見解を検討する際、注意が必要なのは、この見解が類型論か差額説かである。

グルスキーは、「BGB812条1項1文の『取得したもの』はあらゆる金銭的価値のある利益を含む」と述べることから、クラインハイヤーと同様、この「取得したもの」は、財産上価値のある利益（財産増加）でなければならないと

考えているようにみえる。

しかし、グルスキーは、「考慮されるのは不当利得債務者の財産状態ではなく・・・」と明言しており、また、「取得したもの」に金銭的価値があることを必要としているわけではない。したがって、グルスキーの見解が、「取得したもの」を“財産上の差額”と捉える差額説であると評価することは困難であろう。

## 第5節 リープの類型論

### 第1款 問題点の提示

役務給付の返還が問題となる事案において、BGB812条1項1文の意味における「取得したもの」として捉えられるのは何か。この問題は、役務給付だけでなく、使用利益及びその他の無体のものの給付の場合にも関係している。この問題を解答するのが困難である理由は、BGB812条以下の規定は有体物の給付を前提としており、それゆえ特殊な無体のものの給付の問題に対する答えを全く含んでいないからである。とりわけ無体のものの給付を取り扱う唯一の規定であるBGB818条2項は、価値補償について十分な説明を行っておらず、実際に補償されるべきであるのはどの価値であるのかが確定していない。これにより、学説は乱立した状態となっている<sup>(103)</sup>。

### 第2款 差額説及び判例に対する批判

#### 1 証明責任分配

不当利得債権者が不当利得債務者の使用による成果を証明することは、非常に困難でほとんど不可能に近い。それゆえ、差額説のように、不当利得債務者の財産における使用成果の証明責任を不当利得債権者に負わせるべきで

---

(103) Lieb, Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, Tübingen 1970, S.87.

はない<sup>(104)</sup>。

## 2 返還義務の対象 = 利得・“出費の節約”

差額説は、不当利得債務者の財産上の損失を回避するため、受領者財産の増加のみに注意を払う。このような差額説は、今日かなり影が薄くなっており、もはや従うことはできないことを強調しておきたい。とくに、BGB812条1項1文の「取得したもの」を確定する段階から、利得消滅（BGB818条3項）の有無を検討することは適切ではないだろう。BGB818条2項の第一次的価値補償請求権において利得の消滅の余地が全くないことは、BGB818条3項とは矛盾しない。まず第一に、返還義務の対象をBGB812条1項1文の「取得したもの」、すなわち、給付の対象に向け、第二に、BGB818条3項に基づく返還義務の縮減を認める。そうすれば、ケメラーが主張するように、BGB818条3項を無視することにはならないであろう<sup>(105)</sup>。

また、不当利得法は、実質的に現存する財産増加の正当な剥奪請求権としてではなく、解除と同様に失敗した給付関係に則した返還方法として、理解されるべきである<sup>(106)</sup>。

### 第3款 “出費の節約” の機能

それでは、“出費の節約” の機能はどのように考えられるのか。この機能は、限定された範囲で認められるにすぎない。

たとえば、役務提供契約の無効が判明した場合において、役務が役務受領者にとって有益ではなかったとしよう。このとき、役務受領者には利得（現存利益）がないと判定され、BGB818条3項に基づき役務受領者は不当利得返還義務を負わないこととなる。しかし、もしその役務受領者がその契約を

---

(104) Lieb, a.a.O., S. 88f..

(105) Lieb, a.a.O., S. 97, 99f..

(106) Lieb, a.a.O., S. 100.



締結しなくても他の契約を締結して同一の出費をし同一の役務を受領していたという証明を、役務提供者が成功する場合には、その役務受領者は、当初の役務提供契約が無効であることによって出費を節約したことになるから、その出費分の利得は役務受領者に残っていることになり、利得の消滅はない。

したがって、このような事例において、利得の消滅を引き合いに出すことを阻止し、BGB818 条 3 項の適用を認めない、これこそが“出費の節約”の機能であり、それ以外の機能は“出費の節約”には認められない<sup>(107)</sup>。

#### 第 4 款 返還義務の対象 = 使用可能性自体

BGB812 条 1 項 1 文の「取得したもの」を適切に確定できるようにするために、具体的な給付の対象を明確にすることはまさに必要である。そして、不当利得債務者が財貨・権利を使用した場合の給付の対象とは、使用可能性自体にすぎない。それゆえ、返還義務の対象を使用可能性自体とみなすこと、又はその返還が不能であることを考慮して BGB818 条 2 項に基づくその価値とみなすことは、許されるだけでなく必要とされるのである。したがって、使用の成果による不当利得債務者の財産増加は給付の対象ではない<sup>(108)</sup>。

#### 第 5 款 使用可能性の財産上の価値

使用利益返還が問題となる事案において通常補償の請求を可能にするのは、類型論のみである。しかし、この類型論の根拠は BGB818 条 2 項のみにとどまっており、役務給付・使用の価値について不当利得法上の根拠が示されなければ説得力がない<sup>(109)</sup>。

この根拠については、つぎのように考える。すなわち、役務給付と使用は財産上の利益であり、財産増加を生じさせる利益である。それゆえ、利得は(侵

---

(107) Lieb, a.a.O., S. 90.

(108) Lieb, a.a.O., S. 96f..

(109) Lieb, a.a.O., S. 92.

害によって取得されあるいは給付によって調達された) 使用あるいは役務給付自体において認められる。言い換えれば、利得は財貨移転により直接的に生じると考えられるから、使用・役務給付によって引き起こされた財産増加(たとえば、“出費の節約”)を必要としない、と<sup>(110)</sup>。

また、つぎのように付け加えることができる。すなわち、単なる使用可能性の容認にも財産上の価値があり、かつそれゆえに不当利得債権者と不当利得債務者間の財貨移転の対象でもあり得る。このことは、知的財産権の個々の使用権からも明らかである、と<sup>(111)</sup>。

## 第6款 検討

### 1 問題点の提示

役務や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「取得したもの」として捉えられるのは何か。これこそが、ドイツ不当利得法学界において最も議論された重要論点であることは、間違いのないであろう。

リープは、この問題の解答が困難な理由として、BGB812条以下は有体物の給付を前提としており無体ものの給付に関する規定をもたないこと、無体ものの返還を唯一取り扱う BGB818条2項は価値補償を認めるにとどまり、それ以上の詳細(補償されるべきはどの価値かなど)は規定されていないこと、を挙げる。

さらに、解答困難の理由としてこれらリープの提示に付け加えられることがあるとすれば、つぎの2点が考えられる。まず第一に、有体物返還における「取得したもの」は差額説と類型論の間で異なるところはないのに対して、無体ものの返還におけるそれは、両説の間で著しい相違があること、第二に、BGB812条1項1文がBGB818条3項によって修正を受けるという主張

---

(110) Lieb, a.a.O., S. 92f..

(111) Lieb, a.a.O., S. 96f..



によって、差額説が BGB の規定内容に忠実とはいえない解釈を採ること、である。

## 2 差額説及び判例に対する批判

### (1) 証明責任分配

リープによれば、BGB812 条 1 項 1 文の「取得したもの」の証明責任は不当利得債権者が、BGB818 条 3 項の利得消滅のそれは不当利得債務者が負うこととなる。

このように不当利得債務者に利得消滅の証明責任を負わせるリープの見解は、BGB 編纂過程において確定された内容（本稿第 2 章）及びケメラー類型論による二段階構造（同第 3 章第 2 節）に則しているのに対し、不当利得債権者に証明責任を負わせるヤコブス差額説（同第 4 章第 2 節）とは相反するものといえよう。

### (2) 返還義務の対象 = 利得・“出費の節約”

リープは、差額説を批判した上で、ケメラー類型論への支持を表明しているが、この根拠が必ずしも明確とはいえない。リープは、証明責任分配に係る差額説の問題点を根拠として、議論を展開しているように思われる。

## 3 “出費の節約”の機能

リープは、利得の消滅を引き合いに出すことを阻止し BGB818 条 3 項の適用を認めないことが“出費の節約”の機能であり、それ以外の機能は“出費の節約”には認められない、とする。

このようなリープの見解は、第 3 章第 2 節で述べたケメラー類型論と趣旨を同じくする。ただし、ケメラーは、利得の消滅を引き合いに出すことを阻止するのではなく、“制限”することこそが“出費の節約”の機能であるとする。

#### 4 返還義務の対象 = 使用可能性自体

リースは、返還義務の対象を使用可能性自体とし、その返還が不能であることを考慮して BGB818 条 2 項に基づくその価値とする、それゆえ、使用の成果による不当利得債務者の財産増加は返還義務の対象ではない、という。

ところで、同じ類型論に立つケメラールとバーチュは、返還義務の対象を使用利益と捉えていたのに対して、リースは、返還義務の対象を取って“使用可能性”という。リースは、この理由を明確に説明していないが、使用利益との比較検討は必要であろう。

返還義務の対象を使用利益とする問題点は、つぎのように考えられる。すなわち、使用利益は“実際に使用したことによる利益”を意味するかのように見えるが、このように返還義務の対象を限定することが果たして妥当といえるか、ということである。本稿第 4 章第 3 節第 5 款で検討した例を使って、もう一度この問題を考えてみよう。

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。しかし、返還義務の対象を使用利益とし、使用利益とは“実際に使用したことによる利益”と捉えるならば、この事例における不当利得債務者は、自動車を実際に使用していないため、使用利益を取得しているとはいえず、返還義務を負わないこととなる。このような結論は、本当に妥当であろうか。

これに対して、リースが主張するように、返還義務の対象を使用可能性とすれば、不当利得債務者は実際に使用していても使用可能な状態であれば、使用可能性の返還義務を負うことになる。したがって、BGB812 条 1 項 1 文の「取得したもの」は、不当利得債務者が実際に使用しているか否かに関係なくいつでも使用できる状態にあること、すなわち、不当利得債務者が

取得している“使用可能性”と捉えるべきであろう。

このように解した場合には、ある重要な問題が生じるように見える。それは、差額説が繰り返し主張している、不当利得債務者が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しまう、という問題である。しかし、この問題については、不当利得債務者が利得消滅の証明に成功すれば、BGB818 条 3 項に基づき返還義務が縮減されることで回避されよう。

## 5 使用可能性の財産上の価値

リースは、使用利益返還が問題となる事案において通常補償の請求を可能にするためには、役務給付・使用（使用可能性）の価値について不当利得法上の根拠が示されなければ説得力がない、と主張する。そして、その根拠として、役務給付と使用は財産上の利益であり利得であること、単なる使用可能性の容認にも財産上の価値があり、知的財産権の個々の使用権からも明らかであることを挙げる。

賃貸借契約において賃貸人が賃借人に賃借物を使用・収益させる場合、賃貸人は賃借人にその賃借物の使用可能性を給付し、その使用可能性の対価として、賃借人は賃貸人に賃料を支払う。また、知的財産権の使用許諾契約において権利者が使用者に権利の使用を許諾する場合、権利者は使用者にその権利の使用可能性を給付し、その使用可能性の対価として、権利者は使用者に許諾料を支払う。

このように考えると、返還義務の対象を物又は権利の使用可能性自体とした上で、その使用可能性は財産上の価値であり利得であるとする見解は十分に説得力があるものといえよう。