

# ドイツ不当利得法における差額説と類型論(6・完)

## —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 2 節 ケメラの類型論 (以上 43 卷 2 号)
- 第 4 章 フィッシャー・ケメラ以降の差額説・類型論の展開
  - 第 1 節 クラインハイヤーの差額説 (以上 43 卷 4 号)
  - 第 2 節 ヤコブスの差額説 (以上 44 卷 1 号)
  - 第 3 節 バーチュの類型論 (以上 44 卷 2 号)
  - 第 4 節 グルスキーの類型論
  - 第 5 節 リープの類型論 (以上 44 卷 3 号)
- 第 5 章 むすび
  - 第 1 節 差額説
  - 第 2 節 類型論
  - 第 3 節 総括
  - 第 4 節 残された課題

## 第 5 章 むすび

使用利益返還が問題となる事案において、返還義務の対象は何か、また、その対象はいかなる基準によって算定されるのか。本章では、これらの問題を中核に据えて激しい論争を繰り広げたドイツの差額説・類型論に対し、もう一度全体的な視点から分析・検討を加えておくことにしよう。その上で、ドイツ学説を総括することにしたい。

## 第1節 差額説

### 第1款 返還義務の対象 = “財産上の差額”・“出費の節約”

1 差額説を最初かつ有力に主張したフィッシャーは、つぎのようにいう。すなわち、返還義務の対象は「利得」である。その「利得」とは“財産上の差額”を指し、この差額は、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とこの取得がなかった場合の仮定の財産との比較によって明らかとなる。返還義務の対象を「利得」と解する理由は、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からである、と。

その後、クラインハイヤー以降の差額説（判例を含む）は、フィッシャー差額説とは異なって明確に使用利益返還が問題となる事案を前提とした上で、フィッシャー差額説を発展させていく。

クラインハイヤー・ヤコブス・不当利得法判例は、返還義務の対象を“財産上の差額”とした上で、とりわけ使用利益返還が問題となる事案においては、返還義務の対象を“出費の節約”と捉える<sup>(112)</sup>。

なお、クラインハイヤーは、形式的には、返還義務の対象を“使用”と捉えるが、実質的には返還義務の対象を“財産上の差額”・“出費の節約”と捉えるものと評価できることから、ヤコブス・不当利得法判例と異なるところはないといえよう。

2 これら差額説に対して、ケメラールはつぎのように批判する。すなわち、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、と。ケメラールがこのように「より適切で簡単である」という趣旨は、BGBの規定内容、すなわち、BGB812条1項1文、BGB818

---

(112) 判例についての詳細は、拙稿・前掲注(6)59巻4号126頁以下を参照。

条2項の構成・内容を尊重すれば、返還義務の対象を“財産上の差額”と捉えると不適切で複雑になるのに対し、これを「取得したもの」の価値補償と捉えると「より適切で簡単」になる、ということであろう。

ただし、このようなケメラーによる説明は、返還義務の対象としての“出費の節約”の問題点を十分に提示しているとは言い難い。

これに対し、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、その増加分が“出費の節約”であるから、その“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。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、ケメラーが主張するように、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”と捉えてはならない、と。

3 以上からすると、類型論は、返還義務の対象を「直接的・第一次的に取得したもの」である使用・使用利益・使用可能性と捉えることによって、差額説の問題点を適切に克服できるものといえよう。

## 第2款 差額計算

1 フィッシャーは、返還義務の対象を“財産上の差額”とする一方で、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”という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。

これを受けて、ヤコブスは、フィッシャーと同じ見解に立った上で、差額計算不要の根拠を、移転した財貨こそが財産増加の原因であるからと説明する。

2 しかし、移転した財貨こそが財産増加の原因であるならば、類型論が主

張するように、第一に、返還義務の対象をその“移転した財貨”、すなわち、「取得したもの」又は「その価値」とし、第二に、不当利得債務者が善意でかつその「取得したもの」又は「その価値」が消滅・減少している場合には、善意不当利得債務者に対する例外的な優遇措置として、BGB818条3項に基づき、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。このような類型論の考え方の方がより妥当と思われる。

### 第3款 証明責任

1 ロートヘフトは、ヤコブスの差額説をつぎのように批判する。すなわち、ヤコブスによれば、不当利得債務者が実際に新たな「利得」を取得したこと及びその「利得」の内容、並びに不当利得債務者がその「利得」の消滅を回避したことについて、不当利得債権者が証明責任を負うことになる。しかし、不当利得債権者は通常は不当利得債務者の領域にある「利得」状況を知ることとはできないから、不当利得債務者は利得請求権の根拠を誤魔化すことによって自らを返還義務から免れさせてしまう、と。

また、リープは、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はない、と主張する。

2 これに対し、類型論はこの差額説の問題点を克服することができよう。なぜなら、類型論は、「取得したもの」は不当利得債権者が、「利得の消滅」は不当利得債務者がそれぞれ証明責任を負うという二段階構造を採っているからである。また、この類型論の二段階構造論は、BGB編纂過程において確定された内容に則しているといえよう。

### 第4款 返還義務の対象の範囲

1 ヤコブスは、不当利得債務者の財産が増加しているときは、その不当利

得債務者は財産増加分のすべてについて返還義務を負うとする。

しかし、もし不当利得債務者が、自らの才覚と努力により自らの財産を増加させたとしても、そのすべての返還義務を負わされるのであれば、不当利得債権者には過剰な利益、不当利得債務者には過剰な不利益となろう。

2 これに対し、類型論は、不当利得債務者が負う返還義務の上限を「直接的・第一次的に取得したもの」に制限することにより、以上のような差額説の問題点を克服することができよう。

#### 第5款 悪意不当利得債務者

1 クラインハイヤーは、つぎのように主張する。すなわち、悪意不当利得債務者は、利得消滅の反論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であっ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（“自分の行為に反した振る舞いの禁止”）、と。

それでは、悪意不当利得債務者は、具体的にいかなる範囲において返還義務を負うのか。クラインハイヤーは、この点につきつぎのように主張する。すなわち、たとえば、悪意不当利得債務者が、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、と。

このようなクラインハイヤーの見解に対しては、つぎのような問題がある。

まず、“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。また、その根拠としては信義則（禁反言の原則）が考えられるが、もしそうだとした場合、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

めることには問題があろう。

つぎに、クラインハイヤーは、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が、何故に返還義務の認否及び範囲が不当利得債務者の認識の内容によって確定され得るのか、その根拠が明確になっていないといえよう。

2 また、ヤコブスは、返還義務の対象を“財産上の差額”としながらも、悪意不当利得債務者は利得の消滅を抗弁できない、という。ヤコブスは、その根拠をつぎのように考える。すなわち、悪意不当利得債務者は、物の使用につき対価支払義務があることを認識しているにもかかわらず、敢えて対価支払の意思なしに無権利でその物を使用する場合には、“出費の節約”によって自らの財産を増やしたと考えられる、と。

その悪意不当利得債務者が、もし法律上の原因なくその物を取得しなければ、その他の物を対価を支払って取得し使用していたと考えられる場合には、その悪意不当利得債務者は、確かに出費を節約したと評価できよう。これに対して、このような仮定の状況を前提としないヤコブスの見解、すなわち、本来の“出費の節約”とは異なるヤコブス独自の見解によれば、悪意不当利得債務者は出費を節約したことにはならず、自らの財産を増やしたとも考えられない。

3 そこで、悪意不当利得債務者が利得消滅を反論できないようにするには、どのように考えれば良いのか。それは、バーチュを除く類型論が主張するよ  
うに、まず第一に、返還義務の対象を「取得したもの」として客観的価値（市場価格）の返還義務を負わせ、第二に、不当利得債務者が善意でかつその「取得したもの」が消滅・減少している場合に、例外として返還義務の縮減を認めるという二段階構造をとれば、悪意不当利得債務者は利得消滅の反論ができず、客観的価値（市場価格）の返還義務を負うことになる。このように考えれば、以上の差額説の問題点は解消されるといえる。

## 第 6 款 算定基準 —主観的価値—

1 差額説によれば、返還義務の対象は“財産上の差額”と捉えられる。したがって、その“財産上の差額”とは、不当利得債務者の財産状態、すなわち、不当利得債務者にとっての主観的な価値であることから、差額説の算定基準は主観的価値と評価される。

2 これに対して、とりわけクラインハイヤーは、同じ差額説でありながら、異なる立場に立つ。すなわち、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。しかし、前款にて指摘したように、何故に返還義務の認否及び範囲が不当利得債務者の認識の内容によって確定され得るのか、まずもってその根拠を明示する必要がある。

## 第 2 節 類型論

### 第 1 款 二段階構造論

バーチュを除く類型論は、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 BGB の規定内容に則してつぎのように二段階に分けて考える。すなわち、第一に、BGB812 条 1 項 1 文に基づいて返還義務の対象を「取得したもの」又は「その価値」とし、この段階において不当利得債務者の財産増加の有無は問題としない、第二に、不当利得債務者が善意でかつその「取得したもの」又は「その価値」が消滅・減少している場合には、善意不当利得債務者に対する例外的な優遇措置として、BGB818 条 3 項に基づき、返還義務の対象を“財産上の差額 = 現存利益 = “出費の節約””に縮減する、と。

ヤコブスはこの類型論に対して、つぎのように批判する。すなわち、類型論によれば、不当利得債務者が善意でかつ「取得したもの」又は「その価値」が消滅・減少している場合には、その不当利得債務者は「取得したもの」の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。したがって、不当利得債務者が返還義務を負う

のは、原則上、給付がなければ不当利得債務者の財産に存在していなかったであろう増加分にとどまるべきである、と。

類型論は、第一段階で、返還義務の対象を「取得したもの」又は「その価値」とするものの、第二段階で、もし不当利得債務者が善意でかつ「取得したもの」又は「その価値」が消滅・減少している場合には、返還義務の対象を“財産上の差額＝現存利益＝出費の節約”に縮減する。それゆえ、この第二段階において不当利得債務者の返還義務を縮減できるのであれば、ヤコブスの類型論に対する批判は当たらないといえよう。

したがって、類型論は、理論構成こそ差額説と異なるとはいえ、結論はそれと異なるところはなく、また、このことにより、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。

また、このような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 編纂過程における審議内容と整合するものと評価でき、それゆえ、差額説よりも類型論の方が BGB 編纂過程の見解により近いものと評価できよう。

## 第2款 返還義務の対象＝使用・使用利益・使用可能性

1 ケメラーは、必ずしも使用利益返還が問題となる事案を主たる問題として議論しているわけではないが、その事案における返還義務の対象を“使用利益（使用の機会の提供・使用）”と捉えているように思われる。

バーチュ以降は使用利益返還が問題となる事案を主たる問題とした上で、議論が展開されていく。まず、バーチュは、返還義務の対象を“使用（使用利益）”と捉え、これに‘金銭価値’があるか否かは重要ではない、と主張する。この点は、恐らくケメラーも返還義務の対象に金銭価値があるか否かは重視しないと思われる。つぎに、リープは返還義務の対象を使用可能性自体と捉える。

2 これに対して、ヤコブスはずぎのように類型論を批判する。すなわち、



BGB812 条における「取得したもの」を物の使用と解することはできない。なぜなら、その「取得したもの」は財産増加でなければならないが、使用は、それ自体は“財産上の価値のある財貨”ではなく、財産増加ではないからである。それゆえ、その使用という行為の価値補償請求権を認めれば、不当利得債務者は場合によっては何も受け取っていないにもかかわらず責任を負うこととなる。このような責任は財産増加なき責任であり、このような責任の結果を受け入れることはできない、と。このようなヤコブスの批判は、後に公表されたバーチュの“使用（使用利益）”及びリースの使用可能性自体にも当たるであろう。なお、返還義務の対象を使用とするクラインハイヤーをヤコブスが批判していないのは、クラインハイヤーはその使用が“財産上の差額”であることを前提としているからであろう。

3 バーチュは、ヤコブス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、不当利得債権者の財産からの財貨移転によって不当利得債務者が「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（不当利得返還請求権の発生の問題）、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「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（不当利得返還請求権の範囲とその消滅の問題、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、BGBの規定内容に忠実である点で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、単なる“取得したもの”と解される、と。

4 ところで、ヤコブスが、このようにケメラー類型論を批判するのは、もし使用が“財産上の価値のある財貨”でも財産増加でもなければ、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からである。しかし、前述したように、類型論は、不当利得債務者が善意でかつその「取得したもの」又は「その価値」が消滅・減少している場合には、不当利得債務者の返還義務の縮減を認めるという二段階構造を採っていることから、不当利得債務者が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ることはないといえよう。

### 第3款 使用・使用利益と使用可能性

1 バーチュは、つぎのように主張する。すなわち、不当利得債務者は、まず不当利得債権者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、と。このように不当利得債務者がまず取得するのは使用可能性であるにもかかわらず、バーチュは、返還義務の対象を使用可能性ではなく敢えて“使用（使用利益）”と捉える。

また、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”を前提としているところである。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。

2 バーチュのように返還義務の対象を“使用（使用利益）”とすることの問題点は、つぎのように考えられる。すなわち、“使用（使用利益）”という言葉は“実際に使用したことによる利益”を意味するかのようによ見え、また、現にバーチュは“使用（使用利益）”をそのように考えているが、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。すなわち、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、たとえこの自動車を使用しなくても本来自動車の使用料を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、バーチュのようにその“使用（使用利益）”を“実際に使用したことによる利益”とした上で返還義務の対象を“使用（使用利益）”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（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、リーブが主張するように、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、実際に使用していなくても使用可能な状態であれば使用可能性を取得したことになり、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。

ただし、このように解した場合には、差額説が繰り返し主張している、ある重要な問題が生じるように見える。その問題とは、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、この問題は、類型論の二段階構造論に則り、不当利得債務者が利得消滅の証明に成功すれば、BGB818条3項に基づき不当利得債務者の返還義務が縮減されることで回避されよう。

#### 第4款 BGB818条3項に基づく返還義務の縮減

1 ケメラー・リーブはつぎのように差額説を批判する。すなわち、「取得し

たもの」が後に消滅したならば不当利得債務者は BGB818 条 3 項に基づき利得の消滅を反論とすることができるが、この利益消滅の反論を制限・阻止するところにこそ、“出費の節約”構成の存在意義がある、と。

BGB の規定内容によれば、第一に、BGB812 条 1 項 1 文に基づいて返還義務の対象を「取得したもの」又は「その価値」とし、第二に、不当利得債務者が善意でかつその「取得したもの」又は「その価値」が消滅・減少している場合には、善意不当利得債務者に対する例外的な優遇措置として、BGB818 条 3 項に基づき、返還義務の対象を“財産上の差額 = 現存利益 = “出費の節約””に縮減する。ケメラール・リープは、この第二段階において不当利得債務者による利得消滅の反論を制限・阻止することこそが“出費の節約”構成の存在意義である、という。

しかし、BGB の規定内容と類型論によれば、そもそもこの第二段階で行うことは、「取得したもの」の消滅・減少の有無を判断することであろう。それならば、「取得したもの」の消滅・減少の有無を判断するための手段として、“出費の節約”論を用いることになるように思われる。すなわち、“出費の節約”構成の存在意義は、ケメラール・リープがいう“制限・阻止のため”ではなく、“「取得したもの」の消滅・減少の有無を判断するための手段”と位置付ける方がよりの確といえよう。もちろん、「取得したもの」の消滅・減少の有無を明確にした結果、不当利得債務者による利得消滅の反論を“制限・阻止する”ことも十分にあり得る。

2 バーチュは、他の類型論者と異なり、もし不当利得債務者が善意でかつ「取得したもの」又は「その価値」が消滅・減少している場合であっても、返還義務の対象を“「利得」 = 財産上の差額 = 財産増加 = 現存利益 = “出費の節約””に縮減することを認めない、という。

その根拠として、バーチュはつぎのように主張する。すなわち、返還義務の対象となる“使用 (使用利益)”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

によってその使用を実行することにより、その“使用（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。バーチュがこのように解する理由を簡単に言えば、不当利得債務者は使用を実行しているのであるから、確実に使用という利得を自分の財産に吸収している、ということであろう。

しかし、このようなバーチュの見解には2つの問題が考えられる。

まず、確かに使用の実行は相応の価値を有するから、使用を実行した不当利得債務者は相応の価値を取得したといえなくもない。しかし、使用の実行が“一般的に”相応の利得すなわち財産増加であることを理由にして、実際に使用を実行した不当利得債務者が確実に相応の利得（財産増加）を取得したとまでいえるであろうか。その不当利得債務者自身の利得の存否を個別的に慎重に精査する必要があるだろう。

つぎに、バーチュによれば、“使用（使用利益）”が客観的価値（市場価格）に基づいて算定されかつその“使用（使用利益）”の客観的価値が消滅・減少している場合には、その価値の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。このような結果を回避することは、ローマ法以来の不当利得法の伝統であり、かつこの回避を怠ることは差額説が最も批判する類型論の問題点であることから、バーチュの見解は受け入れ難い。不当利得債務者の利得が後発的に消滅した場合に限らず、不当利得債務者の使用がそもそも“最初から”不当利得債務者の利得になっていない（“最初から”不当利得債務者の財産を増加させていない）場合にはなおさら、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であろう。

## 第5款 悪意不当利得債務者

前節第5款で検討したように、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・使用利益・使用可能性の客観的価値（市場価格）の返還義務を負わせることができるのは、類型論しかないであろう。

#### 第6款 算定基準 —客観的価値（市場価格）—

1 ケメラーは、必ずしも使用利益返還が問題となる事案を主たる問題として議論しているわけではないが、その事案における返還義務の対象の算定基準は客観的価値（市場価格）と考えているように思われる。

2 これに対して、バーチュは、つぎのように主張する。すなわち、BGB818条2項に基づく価値補償の算定のために“出費の節約”の観点を用い、その“出費の節約”は、通常かつ適当な使用対価・市場価格に基づいて算定されるべき、と。

しかし、“出費の節約”の本来の意義とは、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。

このような“出費の節約”の本来の意義からすると、“出費の節約”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。したがって、“出費の節約”が意味するのは、不当利得債務者にとっての価値（主観的価値）であり、客観的価値（市場価格）ではない。クラインハイヤー・ケメラーによる“出費の節約”の理解もこれと同旨と思われる。それゆえ、客観的価値（市場価格）に基づいて“出費の節約”を算定することはあり得ず、“出費の節約”構成から必然的に客観的価値（市場価格）による算定が導かれるわけでもないことから、バーチュは、“出費の節約”の意味を取り違えているといえよう<sup>(113)</sup>。

それでは、バーチュが、算定基準として“出費の節約”に拘る理由は何か。

恐らく、不当利得返還請求権が導き出されるのは準契約・事後的契約からではないことを明確にしたかったからであろう。

3 また、リースは、使用利益返還が問題となる事案において客観的価値（市場価格）の請求を可能にするのは類型論しかないと主張する。ただし、その請求を可能にするためには、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、という。そして、使用可能性が価値を有することの根拠として、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、使用者は権利者に許諾料を支払う。

このように考えると、他人の物・権利の使用は有償で行われるのが通常であるから、使用可能性自体には確かに相応の価値があると考えられよう。したがって、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、その使用可能性は客観的価値（市場価格）に基づいて算定され得るとする見解は十分に説得力があるものといえよう。ただし、ここで注意が必要なのは、これらに価値があるとはいえ、これらを有する不当利得債務者の財産が必ずしも増加するとは限らない、ということである<sup>(114)</sup>。

---

(113) ただし、ヤコブスも、悪意不当利得債務者による利得消滅の反論を否定する根拠として、バーチュのような特殊な“出費の節約”論を主張している。この点に関する詳細は、本稿第4章第2節第9款及び本章第1節第5款を参照。

(114) 本稿第3章から本章に至るまでのドイツ法の検討にあたり、川角由和『不当利得とはなにか』（日本評論社、2004年）の一部を参考にした。

### 第3節 総括

#### 第1款 差額説

1 差額説の主張の根幹は、返還義務の対象を“財産上の差額”・“出費の節約”と捉えるところにあり、その理由は、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つてはならない、というものである。

2 この差額説の問題点は、(1) 差額説が BGB の規定内容に則していないこと、(2) “財産上の差額”・“出費の節約”は BGB812 条 1 項 1 文の「直接的・第一次的に取得したもの」によって生じた間接的・第二次的な効果にすぎない、それにもかかわらず、「直接的・第一次的に取得したもの」を“財産上の差額”・“出費の節約”と捉えていること、(3) 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ていること、(4) 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、不当利得債権者にその証明責任を負わせていること、(5) 不当利得債務者の才覚と努力により財産が増加している場合であっても、その不当利得債務者に対してその財産増加分すべてについて返還義務を負わせていること、(6) 悪意不当利得債務者に対して利得消滅の反論を認めない根拠が明確ではないこと、である。

3 差額説は、これら 6 つの問題点に対して十分な説明ができていないといえよう。

#### 第2款 類型論

1 類型論の主張の根幹は、二段階構造論を採った上で、第一に、返還義務の対象を使用・使用利益・使用可能性と捉え（これらに金銭価値を求めない）、これらの算定は客観的価値（市場価格）に基づいて行い、第二に、不当利得債務者が善意でかつ使用・使用利益・使用可能性が消滅・減少している場合に、例外として返還義務の縮減を認める、というものである。



2 このような類型論の見解は、差額説が抱える以上の問題点をすべて克服できていると考えられる。なぜなら、類型論は、二段階構造論を採ることによって差額説の (1)・(4)・(6) の問題点を克服し、返還義務の対象を使用・使用利益・使用可能性と捉えることによって (2)・(3)・(5) の問題点を克服できているからである。

3 しかし、類型論は差額説が抱える問題点をすべて克服しているとはいえず、類型論が抱える問題点も差額説から指摘されている。

その内容は、(1) 類型論は BGB812 条 1 項 1 文の「取得したもの」が財産増加であることを求めないため、その「取得したもの」の返還義務を履行する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こと、(2) 使用・使用利益・使用可能性は財産増加ではないから、類型論のように BGB812 条 1 項 1 文の「取得したもの」を使用・使用利益・使用可能性と捉えてはならないこと、である。

しかし、類型論は、二段階構造論を採ることによって、第二段階において不当利得債務者の返還義務を縮減できるのであるから、差額説が指摘する (1)・(2) の問題点を克服することができよう。

4 また、このような差額説による指摘以外にも、類型論には複数の問題点が見い出される。

まず、ケメラー・リープは、BGB の規定内容に則って、第二段階において不当利得債務者による利得消滅の反論を制限・阻止することこそが“出費の節約”構成の存在意義である、と主張する。しかし、BGB の規定内容と類型論によれば、二段階構造の中の第二段階で行うのは「取得したもの」の消滅・減少の有無を判断することであるから、“出費の節約”構成の存在意義は、ケメラー・リープがいう“制限・阻止のため”ではなく、“「取得したもの」の消滅・減少の有無を判断するための手段”と位置付ける方がより適切ではないか。

つぎに、バーチュのように返還義務の対象を使用・使用利益と捉えた場合、

使用・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ため、返還義務の対象を過度に限定してしまうように思われる。また、不当利得債務者が「直接的・第一次的に取得したもの」は使用可能性であり、使用・使用利益は、不当利得債務者が使用可能性を実行する（実際に使用する）ことによって生じた間接的・第二次的な効果にすぎないとも考えられる。したがって、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。

また、バーチュは、他の類型論者と異なり、もし不当利得債務者が善意でかつ「取得したもの」又は「その価値」が消滅・減少している場合であっても、返還義務の対象を“「利得」=財産上の差額=財産増加=現存利益=“出費の節約””に縮減することを認めない。なぜなら、不当利得債務者は、使用を実行することによって、確実に使用という利得を自分の財産に吸収しているから、という。しかし、使用の実行は相応の価値であるといえても、不当利得債務者にとって相応の利得すなわち財産増加とまでいえるであろうか。また、このようなバーチュの見解によれば、“使用（使用利益）”が客観的価値（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・減少している場合（“最初から”不当利得債務者の財産を増加させていない場合も含む）には、不当利得債務者は、“使用（使用利益）”の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。このような結果を回避することは、ローマ法以来の不当利得法の伝統であり、かつこの回避を怠ることは差額説が最も批判する類型論の問題点である。

さらに、バーチュは、つぎのように主張する。すなわち、BGB818条2項に基づく価値補償の算定のために“出費の節約”の観点を用い、その“出費の節約”は、通常かつ適当な使用対価・市場価格に基づいて算定されるべき、と。しかし、“出費の節約”の本来の意義からすると、“出費の節約”が意味するのは、不当利得債務者にとっての価値（主観的価値）であり、客観的価値（市

場価格) ではないことから、バーチュは、“出費の節約”の意味を取り違えているといえよう。

最後に、リープは、使用利益返還が問題となる事案において客観的価値(市場価格)の請求を可能にするには、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し、その上で、役務給付と使用は財産上の利益であり利得である、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权からも明らかである、と主張する。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。ただし、使用・使用利益・使用可能性自体には確かに相応の価値があるとしても、これらを取得した不当利得債務者の財産が本当に増加したといえるのか。

5 これらからすると、類型論は、各論者において統一されていない部分が多々あり、また、それぞれ再考察が必要と思われる問題点も多く見受けられることから、さらなる検討が必要であろう。

そうとはいえ、この類型論は、差額説が抱える問題点及び差額説が指摘する類型論の問題点をすべて克服できていると考えられる。したがって、二段階構造論を採った上で、返還義務の対象を使用可能性と捉え(これらに金銭価値を求めない)、これらの算定は客観的価値(市場価格)に基づいて行う、そして、不当利得債務者が善意でかつ使用可能性が消滅・減少している場合には、不当利得債務者の返還義務を現存利益に縮減するという類型論の見解は、本稿の研究対象である返還義務の対象の問題及び算定基準の問題に対し、重要な示唆を与えるものといえよう。

そうならば、我が国においてもこのようなドイツ類型論と同様、二段階構造論をとった上で、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を使用可能性と捉え、その算定基準を客観的価値(市場価格)と解するべきであろう。

#### 第4節 残された課題

本稿では、使用利益返還に関するドイツ学説が膨大であることから、検討の対象を飛行機事件判決 (BGHZ55, 128) が出されるまでの学説にとどめていたが、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これまで以上に激しい議論を展開し、この状況はまさに泥沼化の様相を呈する程であった。

そこで、この判決を契機に、これら両説がいかなる議論を展開し、どのように発展していったのか。すなわち、不当利得に基づく使用利益返還が問題となる事案につき、返還義務の対象とその算定基準をいかに捉えるようになったのか。

これらの検討は、今後の課題とせざるをえない。

〔後記〕 本稿は、平成29年度 - 令和3年度科学研究費補助金・基盤研究 (C) (課題番号 17K03465) の交付を受けた研究成果の一部である。