

ドイツ不当利得法判例における収益返還論の現状と課題 (4・完) —飛行機事件判決 (BGHZ55,128) 以降の判例を中心に—

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 2 節 ドイツ法の有用性
 - 第 3 節 本稿における問題設定 (以上 45 卷 2 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 飛行機事件判決までのドイツ判例
 - 第 4 節 飛行機事件判決までのドイツ学説 (以上 45 卷 3 号)
- 第 3 章 飛行機事件判決
 - 第 1 節 飛行機事件判決の内容
 - 第 2 節 検討 (以上 45 卷 4 号)
- 第 4 章 飛行機事件判決以降の諸判決
 - 第 1 節 1980 年までの有体物・金銭の無断使用に関する諸判決
 - 第 2 節 1981 年以降の知的財産権侵害に関する諸判決
 - 第 3 節 1981 年以降の有体物無断使用に関する諸判決
- 第 5 章 検討
 - 第 1 節 飛行機事件判決が示す返還義務の対象と類型論
 - 第 2 節 返還義務の対象としての出費の節約
 - 第 3 節 返還義務の対象としての使用
 - 第 4 節 算定基準の問題
- 第 6 章 むすび
 - 第 1 節 返還義務の対象の問題・算定基準の問題と類型論
 - 第 2 節 残された課題

第 4 章 飛行機事件判決以降の諸判決

第 1 節 1980 年までの有体物・金銭の無断使用に関する諸判決

1 飛行機事件判決 ((1) 判決) を受けて、1980 年までの有体物・金銭の無

断使用に関する諸判決がいかなる判断を下していったのか。以下で詳しくみていくことにしよう。

(2) BGH1975年1月8日判決 (BGHZ 63, 365 = NJW 1975, 638)

【事実の概要】

Xは、X所有建物をYに賃貸した。Xは、Yが賃料の支払を遅滞したため書面をもってこの賃貸借契約を解除することを通知した。

その後、Xの建物を明け渡したYは、賃借物が売春宿であったため、当該賃貸借契約は公序良俗違反により無効である、と主張した。

しかし、Yは、自分の賃借物がどのようなものであるかを知った上で、Xの建物を使用していたため、XはYに対して、Yが占有していた期間の賃料を請求する。

第一審はXの訴えを棄却し、原審はXの控訴を棄却したため、X上告。

【判旨】 破棄差戻し。

1 売春宿の賃貸借契約は、従来の判例に基づき公序良俗違反のために無効である。なぜなら、この契約は、猥褻と猥褻に基づく使用を目的とするからである。しかし、BGB817条2文は収益価格に対応した収益の返還請求権を妨げない。

2 本件においては、その収益がもっぱらYの個人的給付や能力に基づいていたということは明らかではないから、Yは取得した収益を返還しなければならない。

(3) BGH1975年6月4日判決 (BGHZ 64, 322 = NJW 1975, 1510)

【事実の概要】

住宅建築会社Xは、建築を目的としてY (農業者) の土地を購入し、代金を支払った。しかし、この土地の分割は許可されず (建築法19条1項)、これに関連して争われた行政訴訟も確定するに至った。そこで、Xは、Yに対

して売買代金の返還とその利息の支払いを求めた。

原審は、Xの請求を棄却したため、X上告。

【判旨】 破棄差戻し。

1 ここで請求されているのは、Yが売買代金から取得した収益の価値補償である（BGB100条、818条1項・2項）。BGB818条1項に基づく収益返還義務は、ここでは物の使用がもたらす利益（BGB100条）に及んでいるので、Yの金銭の使用がYに利益をもたらしたかどうかを検討されるべきである。Yはすでに受けた利益自体を原物で返還することはできないから、Xの請求権は、この利益の価値が現存している限り認められる（BGB818条2項）。

2 返還義務が取得した収益のみに及ぶということに疑問はない（BGB818条1項）。判例においては、使用による利益が認められる場合には、通常の利率が収益の価値とみなされており、これに従うべきである。

(4) BGH1978年5月12日判決（NJW 1978, 1578）

【事実の概要】

Yは、Sに土地とこの土地上に建てられた建物・ガソリンスタンドを売却した。売買代金は月々の分割払などによって支払われることになっていた。数ヶ月後、Sは支払不能となり、Sの財産につき破産手続が開始された。この破産管財人がXである。YはS（X）に対して支払債務の不履行を原因として契約解除の意思表示をし、XはこのYによる解除を受け入れたが、清算のための請求権につき争いが生じた（Xはどのような根拠に基づき何を求めたのか明らかではない。また、BGHはYの上告を棄却したようである）。

【判旨】

1 Xは、解除の結果、BGB325、327条1項、347、987条に基づいて土地の収益を返還しなければならない。買主が自ら設置したのではなく土地と共に取得した営業所がその土地にあるのであれば、営業所から取得される利益もまた収益の一部である。ただし、その利益が、受領者の個人的給付や能

力に基づいている場合に限って、受領者は使用を補償する必要はない。

2 本件事案では、営業利益はSの個人的給付・能力のみに基づいていたとはいえない。したがって、S(X)が返還しなければならない収益は、営業の土地から取得できる賃料から明らかになる。この法的に算定された賃料は、営業の土地の客観的使用価値に対応している(この賃料は、土地を含む営業所を借り受ける時に通常支払わなければならない賃料と思われる)。

(5) BGH1980年10月23日判決(WM 1981, 129)

【事実の概要】

Xは、農場(53ヘクタール弱)の所有者である。Yは、この農場の一部(約1.5ヘクタール)において塩の採掘権を取得し、塩の採掘権者として登記されている。Yは、その土地上に工場を所有しているが、塩採掘の採算が合わなくなったため、その工場の操業を停止した。その時以来、Yは、Xに対して、休職給を土地1ヘクタールにつき年12DMを支払っている。

ところで、Yは、ある法律に基づき石油企業として石油の備蓄義務を負っていたため、現在使われていない塩採掘場の空洞を整備し、そこに多くの原油を運び込んだ。

Xは、訴えを提起し、Yに対してつぎのことを求めた。すなわち、Yが土地につき有するのは塩の採掘権にとどまるから、Yは、塩採掘場に原油を運び込んだことにつき少なくとも土地1ヘクタールにつき年50DMを賠償すること、塩採掘場の原油貯蔵終了時にその採掘場の坑内施設を原状回復することなどを求めた。

これに対し、Yはつぎのように反論する。すなわち、XはYに対しこのような利用を妨げる利益を有していないため、Yは塩採掘場へ無償で原油を運び込む権を有している。また、坑内施設はすでに古く塩の採掘はもはや行えないから、Yは原状回復義務を負わない、と。

第一審・原審は、Yの賠償義務及び原状回復義務を認めた。X・Yともに

上告。

【判旨】 一部破棄差戻し。

1 原審が判示したように、Yは、塩の採掘権を持つにとどまり、塩採掘場に原油を運び込む権原は有していない。

したがって、Yは、塩採掘場に原油を運び込むことによりXの土地の下にある坑内施設を権原なく使用したので、Yは、Xに使用の対価を支払わなければならない、不当利得法に基づいて収益の価値を補償しなければならない(BGB812条1項、818条2項)。土地所有権は、原則上所有者に包括的に属し、所有者に包括的な物の支配を認める。塩の採掘権を超えてYが行う坑内施設の使用は、Xの所有権に干渉し、かつXの費用でYに利得をもたらすのである。すなわち、Yは、Xの土地に原油を運び込み貯蔵するための契約を合法に締結したならば、補償を支払わなければならなかったであろう。Yはこの補償を節約し、かつ同時にXから取得したのである(RGZ 97, 310, 312; BGHZ 20, 270, 275⁽⁴¹⁾)。

2 不当利得返還請求権は、Yが適正な使用補償を価値補償として支払わなければならない、という請求権である(BGHZ 20, 270, 275; 22, 395, 400; RGZ 97, 310, 312⁽⁴²⁾)。原審も、(異なった出発点であるにもかかわらず)補償の算定を客観的で適正な補償に基づいて行った。原審は、使用価値をZPO 287条に基づいて、土地使用のための通常対価により評価した。この点に関する原審の判断は、是認されるべきである。

しかし、原審は、Xが提出した証拠を適切に検討しておらず、価値補償の算定につきXが不利になった可能性がある。それゆえ、原判決を一部破棄し、原審に差し戻す。

(41) これらの判決については、前掲注(37)を参照。

(42) これらの判決については、前掲注(37)を参照。

2 まず、(1) 判決から 1980 年までの有体物・金銭の無断使用に関する諸判決は、返還義務の対象の問題をいかに考えたのか。

(2)・(4) 判決は、返還義務の対象を収益と捉える。(3) 判決は、「BGB818 条 1 項に基づく収益返還義務は、ここでは物の使用がもたらす利益 (BGB100 条) に及んでいる・・・」と述べており、返還義務の対象を収益・使用利益と捉えるものといえよう。また、(5) 判決も (3) 判決と同様である。BGB100 条によれば、収益とは、天然果実・法定果実・使用利益と規定されていることから、これらの判決における収益と使用利益の意味には、ほとんど差異はないといえよう。

ただし、前述したように、(1) 判決によれば、つぎのことを窺い知ることができた。すなわち、過去には、返還義務の対象を使用利益・使用可能性・収益と捉えた判決もあったが、これらの判決は不当利得債務者の財産増加を当然の前提としていた、と。もしこのことが、(1) 判決以降の諸判決にも当てはまるのであれば、(2)・(4) 判決も、返還義務の対象を財産増加と捉えていたと評価せざるを得ないであろう。したがって、(2)・(4) 判決は、この点については触れていないが、返還義務の対象たる収益・使用利益が不当利得債務者の利得・財産増加 (財産上の差額)・出費の節約であることを前提としていると評価できよう。

また、(3) 判決は、「BGB818 条 1 項に基づく収益返還義務は、ここでは物の使用がもたらす利益 (BGB100 条) に及んでいるので、Y の金銭の使用が Y に利益をもたらしたかどうかを検討されるべき・・・X の請求権は、この利益の価値が現存している限り認められる」と述べ、さらに、(5) 判決は、「Y は、X の土地に原油を運び込み貯蔵するための契約を合法に締結したならば、補償を支払わなければならなかったであろう。Y はこの補償を節約し、かつ同時に X から取得したのである」と述べる。

これらからすると、(2)・(4) 判決は明示していなかったのに対し、(3)・(5) 判決は、使用利益が不当利得債務者に財産増加をもたらしていることが必須

と解しているといえ、この点は (1) 判決を明らかに踏襲するものと評価できよう。

以上からすると、(3)・(5) 判決は、返還義務の対象を使用利益・使用・収益と捉えているものの、これらは、不当利得債務者の利得・財産増加（財産上の差額）・出費の節約を当然の前提としているといえる。

3 算定基準の問題については、(2) 判決は「収益価格に対応した収益」、(3) 判決は「通常の利率」、(4) 判決は「客観的使用価値」とする。また、(5) 判決は「適正な使用補償」とし、さらに、「客観的で適正な使用補償」・「通常の対価」とした原判決を是認すると述べる。

これらからすると、(2)～(5) 判決は、従来判例を踏襲し、収益・使用利益の算定基準を客観的価値（市場価格）と捉えるものといえよう。

第 2 節 1981 年以降の知的財産権侵害に関する諸判決

1 以上の (2)～(5) 判決は有体物・金銭の無断使用に関するものであったが、1981 年以降、以下で詳しくみるように、知的財産権侵害に関する判決が連続して出されていく。

(6) BGH1981 年 6 月 26 日判決 (BGHZ 81, 75)

【事実の概要】

広告会社 X は、多くのレーシングカーを所有し、広告媒体としてこれらをカーレースに参加させている。X は、レーシングカーのフロントガラスに、X の無限責任社員 A の名前を貼り付けた。X は、多くのレースでこれらのレーシングカーを走らせ、多くの成果を上げてきた。

Y は、“Carrera” という商品名でおもちゃのレーシングカーを製造・販売している。Y は、X による第三者のための広告部分を “Carrera” という表示に書き換え、その上で、おもちゃのレーシングカーのパッケージに X のレーシングカーの写真を印刷した。

Xはつぎのように主張した。すなわち、Yは、これらの写真を使い、Xが実際にもYのために宣伝しているように見せかけた。Yは、これにより違法に、レーシングスポーツの領域では特に知られているXの広告と、レーシングの結果から生じたXの成果を、自分の広告目的のために利用し尽くした。Yが広告面を借り受けていた場合は、Xはこの許諾料を請求することができた。

これに対して、Yはつぎのように反論した。すなわち、包装に掲載された写真は一般人からすると単なるアクション写真という印象にとどまる。とくに、XがYのために宣伝したという印象は生じてない。それゆえに、YがXのレーシングカーの写真を使用することによって無償で広告の成果を得たことを前提とすることはできない。それだけでなく、Aの自筆署名を使用しても、広告効果は生じなかったし、Yに有利となるその他の経済的利益も生じなかった。それゆえ、YはAの名前利用の許諾には関心がなかった。

第一審はXの請求を棄却したため、Xが控訴。原審は20,000DMを限度にXの請求を認容した。Y上告。

【判旨】 上告棄却。

Yによる包装への写真掲載は、Xの人格権に対する侵害である。

Xの人格権を侵害したことにつき、YはXに対してBGB812条1項1文に基づき不当利得返還義務を負わなければならない。この返還義務に関してはYの帰責又はXの損害は問題とならない。その限りにおいて、Yの返還義務の対象は、YがXの人格権を侵害したことによってXの費用で取得した財産上の利益である。この財産上の利益は、本件のような事案においては、Aの名前の使用許可を与えることによって、XがYに対し請求できた補償を指す。Yは、自らの違法行為によりXの費用でこの補償を節約したのであり、Xの許可を得る場合よりも優越的な地位に立ってはならない (BGHZ 20, 345, 355; BGH GRUR 1979, 732, 734)。

この出費の節約による利得の返還請求権にとっては、つぎのことは重要で

はない。Yが前もってXに許諾を求めていた場合にはXが名前使用を有償で許諾したかどうか、又はXが補償を請求した場合にはYが名前の使用を諦めたかどうか、は重要ではないのである。不当利得返還請求権が清算すべきであるのは、不当利得債権者側の財産減少ではなく、不当利得債務者側の法律上の原因のない財産増加である (BGHZ 20, 345, 355; BGH GRUR 1979, 732, 734)。その限りでは、本質的には、不当利得債権者は取引の慣習に基づいて名前使用のための対価を請求できたということにすぎない。訴訟となった場合には、以下のことが出発点とされるべきである。すなわち、原審の確定によれば、Yはスポーツ広告の慣習を考慮に入れると補償と引換えでのみ広告を掲載することができた、Xの許諾をもってAの名前が書かれているレーシングカーの写真を広告目的で公表することができた、ということが出発点とされるべきである。

(6) 判決は、「Yの返還義務の対象は、Yが・・・取得した財産上の利益である。この財産上の利益は、本件のような事案においては、Aの名前の使用許可を与えることによって、XがYに対し請求できた補償を指す。Yは、自らの違法行為によりXの費用でこの補償を節約した・・・不当利得返還請求権が清算すべきであるのは、不当利得債権者側の財産減少ではなく、不当利得債務者側の法律上の原因のない財産増加である」と述べ、返還義務の対象を出費の節約・財産増加と捉えるものといえる。したがって、この(6)判決は、前述の(1)・(3)・(5)判決を踏襲するものといえ、また、伝統的な差額説に従うものと評価できよう。

ところで、(6)判決は、「この出費の節約による利得の返還請求権にとっては、つぎのことは重要ではない。Yが前もってXに許諾を求めていた場合にはXが名前使用を有償で許諾したかどうか、又はXが補償を請求した場合にはYが名前の使用を諦めたかどうか、は重要ではないのである。」と述べる。これに対して、(1)判決は、「Yはその運賃を支払う資力がなく飛行の利益を

取得することは決してできなかったはずである。したがって、Yがハンブルクからニューヨークへ到着できたとしても、Yはそもそも運賃を支払うことができなかったため、Yにとって出費の節約はなく、Yの財産はXの飛行機を使った飛行によって増加していないことになる。」と述べている。

これら両判決を比較すると、(1)判決は、その不当利得債務者にとって出費の節約が認められるか否かを個別具体的に判断しているのに対して、(6)判決は、(1)判決のような個別具体的判断を全く行おうとしていない。したがって、出費の節約に対する両判決の理解は全く異なるといえよう。

両判決の理解の相違につき、2つの事案を例に挙げながら詳しくみていくことにしよう。

【第1事案】

不当利得債務者が前もって不当利得債権者に対してレーシングカーの写真の使用許諾を求めた場合、不当利得債権者は有償であれば不当利得債務者に使用を許諾するつもりであった。しかし、不当利得債務者は、不当利得債権者に無断でレーシングカーの写真を使用した。

【第2事案】

不当利得債務者が前もって不当利得債権者に対してレーシングカーの写真の使用許諾を求めた場合、不当利得債権者はたとえ有償であっても不当利得債務者に使用を許諾するつもりはなかった。しかし、不当利得債務者は、不当利得債権者に無断でレーシングカーの写真を使用した。

(1)判決のように、不当利得債務者による出費の節約を個別具体的に判断してみよう。第1事案では、不当利得債務者は、使用料と引換えに写真を使用できたにもかかわらず無断で使用したのであるから、使用料(出費)を節約したと考えられる。これに対して、第2事案では、不当利得債務者は、使

用料を支払っても使用できなかったのであるから、使用料（出費）を節約したことはないであろう。したがって、第 1 事案では、不当利得債務者の財産は出費の節約分につき増加したのに対し、第 2 事案では不当利得債務者の財産に増加はない。

さらに、2つの事案を例に挙げ、もう少し考えてみよう。

【第 3 事案】

不当利得債権者が不当利得債務者に写真の使用料を請求した場合、不当利得債務者にはその使用料を支払う資力があつたため、不当利得債務者は、不当利得債権者にその使用料を支払った上で写真を使用することができた。しかし、不当利得債務者は、不当利得債権者にその使用料を支払うことなくレーシングカーの写真を使用した。

【第 4 事案】

不当利得債権者が不当利得債務者に写真の使用料を請求した場合、不当利得債務者にはその使用料を支払う資力がなかつたため、不当利得債務者は、不当利得債権者にその使用料を支払えず写真の使用を諦めるしかなかつた。しかし、不当利得債務者は、不当利得債権者にその使用料を支払うことなくレーシングカーの写真を使用した。

第 3 事案では、不当利得債務者は、使用料と引換えに写真を使用できたにもかかわらず無断で使用したのであるから、使用料（出費）を節約したと考えられる。これに対して、第 4 事案では、不当利得債務者は、使用料を支払えなかつたのであるから、使用料（出費）を節約したことにはならないであろう（この第 4 事案の不当利得債務者は、(1) 判決の不当利得債務者と同じ状況といえよう）。したがって、第 3 事案では、不当利得債務者の財産は出費の節約分につき増加したのに対し、第 4 事案では不当利得債務者の財産に増

加はない。

しかし、(6) 判決のように出費の節約の有無につき個別具体的判断を行わないとすると、第2事案・第4事案であっても、不当利得債務者に出費の節約・財産増加があったことになり、不当利得債務者は返還義務を負うことになろう。もしそうなれば、不当利得債務者は、財産増加がないにもかかわらず、返還義務を負わされることになろう⁽⁴³⁾。

従来の判例が返還義務の対象を利得・財産増加(財産上の差額)・出費の節約と捉えることに固執してきた理由は何であったのか。それは、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からである(不当利得法の最高命題)。しかし、(6) 判決に従えば、不当利得債務者の財産を減少させることになり、不当利得法の最高命題に反することになろう。

2 (6) 判決に対して、(7)・(8) 判決は、敢えて差額説を採用ことなくつぎのような判断を下している。

(7) BGH1981年11月24日判決(BGHZ 82, 299)

【事実の概要】

Xが有する実用新案は、窓枠のプラスチックパイプ技術を使った棒に関するものであった。YがXに無断でこれを生産して売り出し流通させたため、Xは、Yに対して、Yの売上高の3%の範囲で節約された許諾料などを求めた。

第一審は、Yに対して、3%の許諾料率に基づく92.198,54 DM及びその利

(43) 第2事案・第4事案において(1)判決のように個別具体的に出費の節約の有無を判断し、不当利得債務者には出費の節約がないと判断された場合には、不当利得債務者は本当に返還義務を免れるのか。第2事案・第4事案の不当利得債務者は悪意と認定される可能性が高く、その場合は、(1)判決によれば、たとえ不当利得債務者に出費の節約がなくても出費の節約が擬制され、不当利得債務者は返還義務を負うことになろう。

息の支払などを命じたため、X・Yはともに控訴した。

原審は第一審判決を一部変更し、Yに対して3%ではなく2%の許諾料率に基づく61.465,69 DM及びその利息の支払を命じた。X 上告。

【判旨】 一部破棄自判、一部破棄差戻し。

1 保護権の侵害に基づく不当利得返還請求権は、適正な許諾料の支払に制限されるべきである。

学説上異論のあるこの問題を解決するためには、第一に、侵害者の「取得したもの」が決定されるべきであり、第二に、その価値がBGB818条2項に基づいて算定されるべきである。

2 BGB812条1項1文における「取得したもの」とは、不当利得債務者が不当利得債権者の給付によって又はその他の方法で不当利得債権者の費用により受領したものである。保護権侵害の際の利得責任の原因は、一あらゆる侵害利得事例と同様に一、法秩序に基づいて処分権者に割り当てられた法的地位を侵害することである。したがって、侵害利得の場合、法的地位の割当内容は、給付利得の要件、すなわち、「取得したもの」が不当利得債権者の給付に由来するものでなければならないという要件の代わりとなる。財貨割当の原則に基づき、侵害者は、保護された他人の権利領域に違法に侵入することにより「取得したもの」を返還すべきである。

「取得したもの」としてみなすことのできるのは、使用可能性でも取引チャンスでも実施料節約でもない。侵害利得の法的基礎を意識しながら、侵害者が権利者の保護領域から取り出したものを述べるとすれば、保護の対象となる無体のものの使用を「取得したもの」とみなさなければならないであろう。

それ以上の利益が、侵害者のところにこの使用の経済的影響として生じることはあり得る、しかし、生じるに違いないということはない。返還請求権の範囲がこの経済的利益を含み得るか否か、これについては、法的観点に基づく利得の客体の決定ではなく、とりわけ経済的基準に基づく価値算定において検討されるべきである。

3 ここでは「取得したもの」をその性質により返還することはできないため、その価値が補償されるべきである (BGB818 条 2 項)。

判例及び学説において多く主張される原則によれば、「取得したもの」の客観的取引価値が価値算定の基準となる (RGZ 147, 396, 398; BGHZ 10, 171, 179; BGHZ 38, 356, 369; BGHZ 55, 128, 135; Goetzke AcP 173, 289, 308; RGRK / Heimann- Trosien 12. Aufl. § 818 Rdn. 18; MünchKomm / Lieb § 818 Rdn. 34 Fussn. 55)。受領者にとっての「取得したもの」の個々の具体的価値が考慮されるべきであるという反対説 (Koppensteiner NJW 1971, 1769; Esser / Weyers, Schuldrecht 5. Aufl. Bd. II 2 S. 92; Erman / Westermann, BGB 5. Aufl. § 818 Rdn. 17) は、立法者の価値概念を誤解している。立法者の価値概念によれば、金銭で算定可能な法益の通常の算定が基準である。保護権によって決定される無体のものの使用の客観的対価が明らかになるのは、適正な許諾料によるしかない。BGB818 条 2 項に基づく価値補償は、適正な許諾料のみによるのであり、それ以上の利益の返還によるのではない。「取得したもの」の価値が補償されるのは、適正な許諾料によってである⁽⁴⁴⁾。

(8) BGH1986 年 12 月 18 日判決 (BGHZ 99, 244)

【事実の概要】

X は、“シャネル N° 55” という商標で香水を販売している。その商標権は、X のためにドイツ連邦共和国においても保護されている。Y 1 は、問屋を営んでいる。

1983 年初めに、Y 1 は前述の商標を用いて 80DM で香水を販売した。極めてよく似た模造品であったことが重要である。Y 1 は、すぐに販売を中止し

(44) なお、この (7) 判決は、BGH1976 年 11 月 30 日判決 (BGHZ 68, 90) の差戻し後の再上告審である。この 1976 年判決は、返還義務の対象の問題を検討するまでに至っていないため、本稿においては、この判決にまで遡って検討する意味は少ないと判断し、本稿では省略する。

た。XとYらの争点は、YらはXに対して損害賠償義務があるか、予備的に利益の返還義務又は適正な実施料の支払義務があるか、である。

Xは、つぎのように主張した。すなわち、Yらは過失により違法にXの商標を貼り付けた香水を販売した。なぜなら、Yらは模造品であることを簡単に認識することができたからである。また、もしYらの帰責事由を証明できない場合であっても、Yらは不当利得に基づき侵害者利益の返還義務がある、と。そして、Xは、つぎのことを命じるように求めた。すなわち、Yらは、模造された香水の取得と譲渡によってXに生じるすべての損害を賠償する義務を負う、予備的に、Yらは、模造された香水の売却によってYらに生じた利益をXに返還する義務を負う、と。

第一審は、Xの損害賠償請求権を認容した。原審は、第一審が認めたYらの損害賠償義務を否定し、YらはXに対して適正な実施料に制限されることなく違法な香水の売却によって取得した利益を返還する義務を負う、と判示。そこで、Xが上告したのに対して、Yらは、香水の売却利益にまでXの請求権を拡張した部分を破棄するように求め、附带上告した。

【判旨】 一部上告棄却、一部破棄差戻し。

1 商標権の利得請求権は、原審が認めたように、侵害者利益の返還に向けられているのではなく、むしろ適正な実施料の支払に制限される。このことは、BGB812条の「取得したもの」としてみなされるべきものから推論されるのである。BGHは、実用新案に関する帰責事由なき侵害の事例（BGHZ 82, 299, 306ff.）（前掲（7）判決）において、これに関する学説の詳細な考察の中で、つぎのように説明した。すなわち、侵害者の「取得したもの」としてみなすことのできるのは、使用可能性でも取引チャンスでも実施料節約でもない。むしろ、無体のものの使用こそが、侵害利得の法的基礎を顧慮して侵害者が保護された範囲から取り出したものとみなされるべきである、と。本判決は、商標権侵害の事例に関して、このことを踏襲する。

2 商標の使用を返還することはできないので、価値が補償されるべきであ

る (BGB818 条 2 項)。確固たる判例と有力説によって主張された見解によれば、「取得されたもの」の客観的価値がこの価値算定にとっての基準である (BGHZ 55, 128, 135 (前掲 (1) 判決) ; BGHZ 82, 299 (前掲 (7) 判決) ; von Caemmerer, Festschrift für Rabel I , 333; Krasser GRUR Int 1980, 259, 267. これらと異なる見解としては、Koppensteiner NJW 1971, 588; ders. NJW 1971, 1769 を参照)。

商標権侵害の場合、基準となるのは、第三者によるこの商標の使用の取引価値である。この価値は、適正でかつ通常の実施料である。これに対して、取得者がもしかして商標の使用の際に取得する侵害者利益は、この算定の要素ではなく、それゆえ、BGB818 条 2 項に基づく価値算定の際、引き合いにだすことはできない。

不当利得債務者が不当利得債権者の知的財産権を無断で使用することによってその許諾料を超える利益を取得した場合、このような拡大利益まで不当利得債務者は返還義務を負うのか。この問題は不当利得法学界における重要論点の 1 つであり、(7)・(8) 判決は、この問題を解決するために、返還義務の対象とその算定基準を確定する必要に迫られ、その結果、類型論を採用することになったといえよう。

本稿第 3 章第 2 節 3 で述べたように、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 (二段階構成)。すなわち、第一段階において、BGB812 条以下に基づき返還義務の対象を「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。第二段階においては、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、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・財産増加 (財産上の差額)・出費の節約”に縮減する、という。

(1) 判決は、類型論と同様に二段階構成を採ることから類型論を採用したかにみえた。しかし、(1) 判決は、従来判例を踏襲した上で返還義務の対象である「取得したもの」を出費の節約・財産増加と捉えることに固執していたことから、完全に類型論を採る判決とまではいえなかった。

これに対して、(7) 判決は、この類型論と同様の内容、すなわち、「取得したもの」が決定されるべきであり、その価値が BGB818 条 2 項に基づいて算定されるべきである。・・・BGB812 条 1 項 1 文の「取得したもの」は、不当利得債務者が不当利得債権者の給付によって又はその他の方法で不当利得債権者の費用により受領したものである。」と述べ、さらに、「取得したもの」としてみなすことのできるのは、使用可能性でも取引チャンスでも実施料節約でもない・・・無体のものの使用を「取得したもの」とみなさなければならぬ・・・」と述べたのである。

このような (7) 判決の判示内容からすると、出費の節約、すなわち、財産増加は BGB812 条 1 項 1 文の「取得したもの」ではないことを明確にしていることから、類型論と同じ見解に立つものといえ、従来判例及び差額説を踏襲しないものと評価できよう。したがって、(7) 判決は、このように類型論と同じ見解に立つことを明らかにした最初の判決であるといえる。

そして、(7) 判決は、この類型論に基づき、実用新案権が権利者に無断で使用された事案において、返還義務の対象を BGB812 条 1 項 1 文の「取得したもの」と捉えた上で、この「取得したもの」を無体のものの使用と捉える。また、(7) 判決の 5 年後に出された (8) 判決は、商標権が権利者に無断で使用された事案において、(7) 判決を踏襲するものである。

最後に、算定基準の問題について、(7) 判決は、算定基準を適正な許諾料とし、従来判例と同様、算定基準を客観的価値（市場価格）とする。また、(7) 判決は、これだけにとどまらず、算定基準を主観的価値（受領者にとっての取得したものの具体的価値）とする差額説を、立法者の価値概念に対する誤解を理由にして明確に否定している。また、(8) 判決は、算定基準を適

正でかつ通常の実施料とすることから、(7) 判決と同様に、従来の判例を踏襲し、算定基準を客観的価値 (市場価格) とするものといえよう。

第3節 1981年以降の有体物無断使用に関する諸判決

1980年に出された(5)判決以降、有体物無断使用に関する判決としては、以下の(9)・(10)判決がある。

(9) BGH1990年4月11日判決 (FamRZ 1990, 989)

【事実の概要】

Xとその妻Yの間で離婚訴訟が係属中である。Xは、Yら (Y及びX・Yの子供ら) の扶養料をすでに支払い、1986年にYと共有していた建物から退去した。しかし、Yらは、その建物全体を1988年8月に売却するまで使用し、かつ1987年からYはある法人の従業員として収入を得ていた。そこでXは、扶養料を過剰に支払ったとし、扶養料過剰分の返還とその利息の支払を求めた。

第一審と原審はXの請求を一部認容し、X・Yはともに上告。

【判旨】 一部破棄差戻し。

Yらの扶養料を算定するためには、YらがXに賃料を支払うことなく建物に居住したことも考慮に入れなければならない。なぜなら、居住による利益も収入に属するからである。ここでは、BGB100条の「使用利益」が重要である (Yらは、本来ならば建物の使用利益につきXに対し不当利得返還義務を負うが、本判決は、この使用利益を扶養料過剰分と捉えてXに返還させるつもりであろう。また、本判決は、居住利益を算定させるために原審に差戻したと考えられる)。

(10) BGH1991年11月22日判決 (NJW 1992, 892)

【事実の概要】

YはXから、未完成の列状住宅の特別所有権と結びついている、ある土地の共有持分を購入した（Yはここで営業を設立したようである）。その後、XとYは、次のことについて合意した。すなわち、Yは、売買代金を減額してもらう代わりに、未だ行われていない労務を自分自身で行う、と。しかし、YはXの催告にもかかわらず売買代金を支払わなかったので、Xは、売買契約を解除し、Yに対して遅延利息・使用補償を請求しかつ家の損傷と逸失利益による損害賠償も請求した。これに対し、Yは反訴し、分割して支払った売買代金の返還と、列状住宅の費用補償を求めた。

第一審は、Yに対して遅延利息の支払と使用補償を命じ、反訴については一部認容した。原審は、Yに対して使用補償などを命じたが、反訴については全部棄却したため、Y上告。

【判旨】 一部破棄差戻し、一部上告棄却。

客観的な賃料価額に基づいて土地の「使用利益」を算定する場合、労務・投資によるYの利益が考慮されるべきではない。なぜなら、占有者が初めて設立した営業からの収益を、返還されるべき物の収益とみなすことはできないからである。

特殊な事案を扱う (9)・(10) 判決は、(2)～(5) 判決と同様、返還義務の対象を使用利益と捉えているものの、この使用利益は、利得・財産増加（財産上の差額）・出費の節約を前提としているものと評価できよう。したがって、(7)・(8) 判決の射程は、現在においても、実用新案権と商標権の事案に限られるといえる。

以上からすると、現在のドイツ判例は、原則は差額説を採用するといえるが、実用新案権と商標権の事案に限れば、類型論を採用のものと評価することができよう。

第5章 検討

第1節 飛行機事件判決が示す返還義務の対象と類型論

1 飛行機事件判決(1)判決においては、最初から財産増加・出費の節約のない悪意不当利得債務者に対していかにして返還義務を負わせられるかが争点となった。

そこで、(1)判決は、悪意不当利得債務者の財産増加・出費の節約を擬制することによって初めて、原始的利得無発生事案における悪意不当利得債務者にも返還義務を負わせることが可能となった。

2 ところで、類型論は、原始的利得無発生事案であったとしても、第一段階において、不当利得債務者の財産増加を問題としないため、不当利得債務者に返還義務を負わせることができる。たとえば、“第一段階において悪意不当利得債務者が不当利得債権者の役務を取得した”と解すれば、その役務による悪意不当利得債務者の財産増加を問わず、悪意不当利得債務者に対して役務返還義務を負わせることが可能である。したがって、(1)判決は、この類型論に完全に従えば、財産増加・出費の節約の擬制を用いることなく、本件特有の問題を解決することができたであろう。しかし、(1)判決は、従来の判例を踏襲し、返還義務の対象を不当利得債務者の財産増加・出費の節約と捉えることに固執したために、これらの擬制という方法を用いざるを得なかった。

しかし、(1)判決のように、財産増加・出費の節約を擬制してしまったら、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可能性が生じ、不当利得法の最高命題に反することになろう。また、(1)判決は、そもそも財産増加・出費の節約の擬制を正当化する根拠を示すことができていない。

それならば、(1)判決は、このような擬制を用いずに、最初から類型論を採る方が良かったといえよう。

3 以上からすると、(1)判決が差額説に固執したことによって、原始的利得無発生事案における悪意不当利得債務者には差額説が十分に機能しないこ

と、類型論は差額説の問題点を首尾よく克服し得ることが、明らかになったといえる。

すなわち、類型論が主張するように、二段階構成を採った上で、第一段階において、返還義務の対象を使用・使用利益・使用可能性と捉え（第一段階では財産増加を問わない）、第二段階において、不当利得債務者が善意でかつ使用・使用利益・使用可能性の価値が消滅・減少している場合には、その返還義務の対象を利得・財産増加（財産上の差額）・出費の節約に縮減すべきであろう（第二段階で初めて財産増加を問う）。

第 2 節 返還義務の対象としての出費の節約

(1) 判決と (6) 判決を比較すると、(1) 判決は、その不当利得債務者にとって出費の節約が認められるか否かを個別具体的に判断しているのに対して、(6) 判決は、(1) 判決のような個別具体的判断を全く行おうとしていない。したがって、両判決の出費の節約に対する理解は大きく異なるといえよう。もし (6) 判決のように個別具体的判断を行わないとすると、不当利得債務者に財産増加・出費の節約がない事案であっても、不当利得債務者はこれらがあつたことにされて返還義務を負わされることになってしまう（不当利得法の最高命題に反することになってしまう）。

したがって、出費の節約の有無につき個別具体的判断を全く行わない (6) 判決には問題があろう。また、返還義務の対象を出費の節約とするドイツ判例及び差額説には、“出費の節約” 概念の理解につき特に慎重な対応が求められるよう。

第 3 節 返還義務の対象としての使用

(1) 判決は、類型論の中の二段階構成のみを採用するにとどまっていたが、(7)・(8) 判決は、さらに踏み込んで完全な類型論を採用することになった。すなわち、(7) 判決は、従来判例及び差額説を踏襲することなく、類型論

と同じ見解に立つことを明らかにした最初の判決である。

そして、(7)・(8)判決は、実用新案権・商標権が無断で使用された事案において、この類型論に基づき、返還義務の対象を BGB812 条 1 項 1 文の「取得したもの」と捉えた上で、この「取得したもの」を“無体のものの使用”と捉える。

ただし、返還義務の対象を使用と捉えた場合、使用は“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⁽⁴⁵⁾。したがって、“返還義務の対象＝使用”とする (7)・(8)判決の見解には、今後、検討の余地があろう。

第4節 算定基準の問題

ドイツ判例は、BGB818 条 2 項に基づく返還義務の対象の算定基準を、客観的価値（市場価格）とする。

しかし、ドイツ判例が差額説と同様に、返還義務の対象を利得・財産増加（財産上の差額）・出費の節約と捉える限り、その算定基準は不当利得債務者にとっての主観的価値とならざるを得ないように思われる。なぜなら、差額説が返還義務の対象として捉える財産増加とは、不当利得債務者個人の財産増加分を指し、それゆえ、返還義務の対象を財産増加と捉えるならば、必然的にその算定基準は不当利得債務者にとっての主観的価値となるからである。

したがって、ドイツ判例が返還義務の対象を利得・財産増加（財産上の差額）・出費の節約と捉えることと、算定基準を客観的価値（市場価格）とする

(45) この問題点についての詳細は、拙稿・前掲注 (8) 44 卷 2 号 30 頁、45 卷 1 号 10 頁以下、17 頁以下を参照。

ことには、重大な矛盾があると言わざるを得ない。

第 6 章 むすび

第 1 節 返還義務の対象の問題・算定基準の問題と類型論

1 ドイツ判例のように、返還義務の対象を利得・財産増加（財産上の差額）・出費の節約と捉えることに固執すれば、財産増加・出費の節約を擬制せざるを得ない場面が生じ得る。また、(6) 判決のように、“出費の節約”概念の理解につき個別具体的判断を伴わなければ、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（不当利得法の最高命題に反する）可能性が十分にあり得る。さらに、ドイツ判例のように、返還義務の対象を利得・財産増加（財産上の差額）・出費の節約と捉えることと算定基準を客観的価値（市場価格）とすることには、重大な矛盾がある。

以上からすると、ドイツ判例・差額説のように返還義務の対象を利得・財産増加（財産上の差額）・出費の節約と捉えるのではなく、類型論のように使用・使用利益・使用可能性と捉えた上で、その算定基準を客観的価値（市場価格）とする方が、生じ得る問題は少ないように思われる。

2 最後に、本稿における返還義務の対象の問題及び算定基準の問題に関する考察から、使用利益返還が問題となる事案においても、不当利得法類型論は有用であると評価することができよう。

第 2 節 残された課題

類型論に基づき返還義務の対象を使用と捉えるとしても、それには重要な問題が指摘され得る。したがって、類型論による返還義務の対象の捉え方にも引き続き検討の余地があろう。

ところで、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、ドイツ不当利得法学説は、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。