

# ドイツ不当利得法における使用利益返還論の現状と課題 (1) —飛行機事件判決 (BGHZ55,128) 以降の差額説・類型論を中心に—

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 1 款 使用利益 (無形・無体利益) の返還に関する諸問題

##### 第 2 款 類型論再検討の必要性

##### 第 3 款 本稿における問題設定

#### 第 2 節 比較対象としてのドイツ法とその有用性 (以上本号)

### 第 2 章 ローマ法、BGB 編纂過程、ドイツ判例・学説の概観

### 第 3 章 飛行機事件判決以降の学説

### 第 4 章 検討

### 第 5 章 むすび

## 第 1 章 はじめに

### 第 1 節 日本法の問題状況

#### 第 1 款 使用利益 (無形・無体利益) の返還に関する諸問題

1 不当利得法によれば原物返還が原則であるから、有体物の返還が問題となる事案においては、返還の対象は不当利得債務者が取得したその有体物そのものとなる。

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有体物 (目的物) 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。不当利得債務者 (旧買主又は旧借主) は、法律上の原因なく取得したその有体物の返還義務を負うこととなろう (給付利得事例)。

すなわち、その有体物が現存しているときは、原物返還の原則に基づき、返還の対象は常にその有体物となる<sup>(1)</sup>。

これに対して、原物返還が不能である無形・無体利益、とりわけ使用利益

の返還が問題となる事案においては、返還の対象はどのように考えられるか。

たとえば、前述の給付利得事例では、有体物を占有していた不当利得債務者は、その占有の間、法律上の原因なくその有体物の使用利益を取得していたと考えられる。また、他人の土地を自己所有の土地だと誤信して占有を開始したなどの侵害利得事例においても、その不当利得債務者は、その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、不当利得法によれば、不当利得債務者は、取得した使用利益の返還義務を負うことになるが、この場合において返還の対象は何か（後述するように、わが国の学説は、この場合の返還の対象につき、「利用（使用）したこと」自体、「使用収益の可能性」など多種多様な捉え方を行っている）（以下、「返還の対象の問題」と記す）。また、その対象が返還不能のために価額返還が問題となる場合は、その対象の価額が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）。

なお、これら2つの問題は、単に研究上の理論的な論点にとどまらない。使用利益返還に関する実際の訴訟においても、これら2つの問題が明らかにならなければ、不当利得債権者は、不当利得債務者に対して、具体的に何をどのような方法で請求することができるのか不明のままとなろう。

以上からすると、有体物の返還が問題となる事案においては、有体物が現存していれば、返還の対象の確定は必ずしも難しい問題ではない。これに対して、無形・無体利益たる使用利益の返還が問題となる事案においては、使用利益の返還が認められるとしても、その返還の問題が具体的にいかに捉えられるべきか、すなわち、返還の対象の問題及び算定基準の問題が解明される必要がある。

2 ところが、これらの問題を解決するため民法 703 条以下をみたとしても、

---

(1) たとえば、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（上）』74頁（青林書院新社、1981年）、広中俊雄『債権各論講義』408頁（有斐閣、第6版、1994年）、藤原正則『不当利得法』（信山社、2002年）129頁以下、256頁など。

使用利益を想定した条文は見当たらず、また、一般的な返還の対象は、703 条では“現存利益”、704 条では“受けた利益”と規定されるにとどまり、有益な解決策はみえてこない。

そこで、現行民法起草者の見解とこれに影響を与えたと考えられるボワソナード草案・旧民法、そして、日本民法典成立後の判例・学説がこれらの問題をいかに考えてきたのか、検討する必要がある。

筆者は、これらの必要性を考慮し、「『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」<sup>(2)</sup>、「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」<sup>(3)</sup>において、わが国における使用利益返還の具体的内容をすでに検討している。

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<sup>(4)</sup>による利益」の返還が認められていたにとどまる。その後、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、日本民法典成立後の判例・学説はどうであったか。判例は、使用利益の返還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、返還の対象を明らかにするものとはいえなかった。学説は、返還の対象につき、「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価値（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。

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

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

## 第2款 類型論再検討の必要性

1 ところで、ドイツ不当利得法類型論をわが国に初めて紹介した磯村哲<sup>(5)</sup>に続き、川村泰啓が1961年以降、差額説（ドイツにおける現在の判例・旧通

---

(4) 出費の節約とは具体的にいかなる利益か。(1) 我が国の典型例と(2) ドイツの飛行機事件判決を用いて説明しておくことにしよう。

(1) 大判昭和7年10月26日民集11巻1920頁を参考にした事例と説明

たとえば、借主は金銭消費貸借契約に基づき貸主から借り受けた金銭を既存の債務及び生活費のためにすべて消費した。その後、その金銭消費貸借契約の無効が判明し、不当利得債務者(旧借主)は不当利得に基づいて当該金銭の返還債務を負うこととなった。

この場合、不当利得債務者は当該金銭をすべて消費したが、これによって不当利得債務者の財産は増加した状態と考えられる。なぜなら、不当利得債務者は本来なら自己の財産の中から既存の債務及び生活費のために支出しなければならなかったが、不当利得債権者(旧貸主)から当該金銭を受領したことにより、自己の財産の中からの支出を免れたことになる。すなわち、減少するはずであった自己の財産が減少しなかったことにより、その減少しなかった分につき自己の財産が増加したことになる。

このように、不当利得債務者が本来の支出を免れる(出費を節約する)ことによって自らの財産を増加させることを、不当利得法においては“出費の節約”という。

(2) BGH1971年1月7日判決(BGHZ 55, 128 = NJW 1971, 609)(飛行機事件判決)を参考にした事例と説明

たとえば、ある乗客が、航空会社と旅行契約を結び、ハンブルクからニューヨークに行った。ところが、後日、この旅行契約の無効が判明したため、不当利得債務者(乗客)は不当利得債権者(航空会社)に対して旅行代金の返還を求めることができることになり、その結果、自分の財産からその旅行代金の支出を免れることになった。不当利得債務者は、不当利得債権者とこの契約を締結できなければ、他の航空会社と同様の旅行契約を締結して旅行したであろうし、かつ不当利得債務者には旅行代金を支払う資力は十分にあった。すなわち、不当利得債務者は、本来なら旅行代金を支出するはずであったにもかかわらず、実際には、この契約の無効によって旅行代金を支出することなく、ハンブルクからニューヨークに旅行できたことになってしまう。この場合、不当利得債務者の財産は支払いを免れた旅行代金分につき増加し、これが不当利得債務者の出費の節約となる(なお、飛行機事件判決については、本稿第2章を参照)。

説及びわが国の公平説)に批判を加えながら、類型論(とくにヴィルブルク・ケメラー・レーザーの見解)の意義・機能を詳細に紹介・検討し、その後、わが国においてもこの類型論が通説的地位を築くことになった<sup>(6)</sup>。

2 一般的に類型論の意義・特徴といえば、広範囲において問題となる不当利得法を給付利得・侵害利得などに類型化した上で各々に個別の要件・効果を認めていくという部分が強調され易い。

3 これに対し、類型論にはもう一つの重要な意義・特徴がある。それは、川村がドイツ不当利得法類型論を参考にして主張した、返還の対象に関するつぎの内容である。すなわち、第一次的に返還の対象となるのは、財産増加や「出費の節約」ではなく、法律上の原因なく「受けた利益」そのものであり<sup>(7)</sup>、不当利得債務者が善意でかつ「受けた利益」が減少・消滅している場合は、例外として第二次的に返還義務の縮減・利得の消滅が考慮される<sup>(8)</sup>、と。返還の対象に関するこのような類型論の見解も、現在、わが国においては通

(5) 磯村哲『不当利得論考』45 頁以下(新青出版、2006 年)(初出・「不当利得に就いての一考察-利得の不当性を中心として-」法学論叢 45 卷 6 号(1941 年)、46 卷 1 号(1942 年)、47 卷 1 号(1942 年))、211 頁以下(初出・「カエメラ『不当利得』」法学論叢 63 卷 3 号(1957 年))。

(6) わが国の類型論の詳細は、拙稿・前掲注(3) 57 卷 1 号 99 頁以下を参照。

(7) 川村泰啓「返還さるべき利得の範囲(三)-とくに「利得の消滅」の問題を中心として-」判例評論 64 号 35 頁(1963 年)、同「返還さるべき利得の範囲(四)-フォン・ケメラーの不当利得論-」判例評論 65 号 30 頁、32 頁(1964 年)、同「一つの中間的考察-「返還さるべき利得の範囲」の「むすび」および類型論の具体的展開の「序」に代えて-」判例評論 72 号 42 頁(1964 年)、同「不当利得返還請求権の諸類型(二)-類型論の具体的展開-」判例評論 77 号 64 頁(1965 年)。

(8) 川村・前掲注(7)「返還さるべき利得の範囲(三)」35 頁、同・前掲注(7)「返還さるべき利得の範囲(四)」32 頁、同・前掲注(7)「一つの中間的考察」42 頁。

なお、川村は、「受けた利益」を責任の基礎とし、「現存利益」を責任の制限として区別することは、日本民法典の起草者も同様に考えていたと主張する(同・前掲注(7)「一つの中間的考察」45 頁、48 頁)。また、川村は、この見解を侵害利得だけではなく給付利得にも当てはまると考えていたようである。

説的見解であるといえよう<sup>(9)</sup>。

ただし、返還の対象に関する類型論の見解は返還の対象が主に有体物である場合を前提としており、返還の対象が使用利益（無形・無体利益）である場合であっても、この見解が妥当するのかは議論の余地がある。すなわち、わが国の類型論は、通説的地位にあるとはいえ、不当利得法に関するすべての問題を解決し得るのかといえはそうではなく、類型論の見解が不明確な部分も多々見受けられる。その中でも、返還の対象が使用利益（無形・無体利益）である場合については、前款で述べたように、2つの重要な問題点が見受けられ、類型論は、これらの問題につき未だ適切な解決策を提示できていない。そこで、わが国の通説たる類型論がこれらの問題をいかに解決し得るのか。このような視点から類型論を再検討する必要があるように思われる。

### 第3款 本稿における問題設定

1 そこで、本稿においては、第一に、不当利得に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、返還の対象の問題（返還の対象は何か）及び算定基準の問題（その対象はいかなる基準によって算定されるのか）を検討することにした。

2 第二に、わが国の不当利得法類型論が、以上の2つの重要問題をいかに解決し得るのか。また、この検討を通して、返還の対象が有体物に限らず使用利益（無形・無体利益）である場合であっても、類型論がわが国において従来どおり機能し得るのか（以下、「類型論有用性の問題」と記す）。これらについても、あわせて考察の対象とする。

## 第2節 比較対象としてのドイツ法とその有用性

---

(9) たとえば、四宮・前掲注(1) 72頁以下、広中・前掲注(1) 400頁以下、408頁以下、藤原・前掲注(1) 129頁以下、135頁以下、146頁以下、256頁以下。

1 以上の問題点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」と記す）<sup>(10)</sup> においては不当利得に基づく収益<sup>(11)</sup> 返還（BGB 818 条 1 項）が規

---

(10) ドイツ法を検討するにあたって、必要な BGB 及びドイツ民事訴訟法典（以下、ZPO と記す）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收穫物を、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「取得したもの」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又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、取得した収益、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・損傷・侵奪の代償として取得したもの、に及ぶ。

取得し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、一般規定により責任を負う。

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、返還請求権が訴訟係属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又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り発生が不確定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り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けれ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。

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



の時にその他の場合においては産出物若しくはその他の構成要素の占有取得の時にその他人が善意ではないとき、又は分離前においてはその他人が権利の瑕疵を知るときは、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損傷、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** 占有者が占有取得時に善意でなかったときは、所有者に対して占有取得時より 987 条、989 条に基づいて責任を負う。占有者が占有取得の後、占有する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。

遲滞に基づく占有者のその他の責任は、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。

**ZPO287 条** 当事者間に、損害発生の有無及び損害額又は賠償されるべき利益額について争いがあるとき、裁判所はこれについて自由心証に基づきあらゆる状況を評価して判断することができる。申請された証拠調べを命じることができるか命じる場合にはどの範囲で命じるか、又は、職権で鑑定人による鑑定を命じることができるか命じる場合にはどの範囲かについては、裁判所の裁量に委ねられる。裁判所は証明者に対して損害又は利益に関して尋問することができる。その場合には、452 条 1 項 1 文及び 2 項乃至 4 項の規定が準用される。

当事者間に債権額につき争いがありかつ債権の争点と関係がないがここで標準とされる事情をすべて完全に明らかにすることが困難を伴うときは、同条 1 項 1 文及び 2 文の規定をその他の場合においても財産権の紛争時には準用することができる。

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)

定されていること、ドイツの判例・学説においては収益及び無形・無体利益の返還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が挙げられる。また、不当利得法に基づく返還の対象をいかに捉えるかは、我が国ではあまり馴染みのない論点であるのに対して、ドイツ不当利得法においては、最重要論点の一つとして位置付けられ、差額説と類型論に分かれて長きに渡り論じられてきた。とりわけ、飛行機事件判決という無形・無体利益の返還を争点とする判決が出されて以降、差額説の欠点が実際の訴訟においても浮き彫りとなり、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、この状況は泥沼化の様相を呈する程であった。

したがって、本稿の研究目的、すなわち、わが国における返還の対象の問題・算定基準の問題及び類型論有用性の問題について検討を進めるにあたり、BGB 編纂過程及び BGB 成立後のドイツ判例・学説を網羅的に分析・検討することが必要といえよう。

---

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。

- (11) 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(Nutzungen)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を要する。

なお、ドイツにおいては、使用利益に関する問題を扱う際、収益という文言を用いて天然果実・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”という文言を用いることがある。

2 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－」<sup>(12)</sup>において、BGB 編纂過程における収益返還に関する審議内容、及び収益返還を定める BGB 818 条 1 項の意義を検討している。

BGB 編纂過程においては、受領者は取得したものだけでなく、その取得したもものから生じたものも返還しなければならないということが規定されることになった。なぜなら、取得したものについて言えることは、そこから生じたものにも言えなければならず、後者を前者と異なって判断する根拠はまったくないからである。そして、この決定に基づき BGB818 条 1 項が規定されたといえる。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。また、ケメラールがドイツ不当利得法類型論を発表したのは 1954 年であることから、この時点で類型論が検討されることはなかった。

3 その後、筆者は、この BGB 編纂過程の検討に続いて、「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－」<sup>(13)</sup>、「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（1）～（4・完）－飛行機事件判決（BGHZ55,128）以降の判例を中心に－」<sup>(14)</sup>において、BGB 成立後のドイツ判例が、返還の対象の問題・算定基準の問題及び類型論有用性の問題についていかに判断しているかを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、算定基準を客観的価値（市

---

(12) 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)。

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

(14) 広島法学 45 卷 2 号 69 頁以下、3 号 59 頁以下、4 号 41 頁以下、46 卷 1 号 39 頁以下 (2021～2022 年)。

場価格)とする点では揺るぎないものの、返還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。

その後、飛行機事件判決は、返還の対象を財産増加・出費の節約と捉えることを明確にし、ドイツ判例として差額説を堅持した。これにより、飛行機事件判決は、当該事案の特殊性により財産増加・出費の節約を擬制せざるをえなくなった。しかし、このような擬制という手法は、不当利得債務者に対し実際の利得額以上の返還義務を課す危険を孕んでいる。したがって、飛行機事件判決が差額説に固執するあまりに採用せざるを得なかった財産増加・出費の節約の擬制という手法は、慎重な取扱いを求められることとなろう。

これに対して、類型論はこのようなドイツ判例が採用する差額説の欠点を首尾よく克服できると考えられ、1981年以降は完全な類型論を採用する判決が現れるに至っている。

4 さらに、筆者は、これら BGB 編纂過程及びドイツ判例の検討に続いて、「ドイツ不当利得法における差額説と類型論 (1) ~ (6・完) —使用利益に関連する学説を中心に—」<sup>(15)</sup>において、BGB 成立から飛行機事件判決までのドイツ学説が、返還の対象の問題・算定基準の問題及び類型論有用性の問題についていかに議論しているかをすでに検討している。

すなわち、飛行機事件判決までの差額説は、返還の対象を財産増加・出費の節約と捉え、これにより算定基準を主観的価値とするが、この差額説に対しては多数の重大な問題点が指摘されている。これに対して、類型論は、二段階構成を採った上で、返還の対象を使用・使用利益・使用可能性と捉え、これらの算定は客観的価値(市場価格)に基づいて行う、と主張する。このような類型論の見解は、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が、各類型論者において統一

---

(15) 広島法学 43 巻 2 号 71 頁以下、4 号 89 頁以下、44 巻 1 号 19 頁以下、2 号 21 頁以下、3 号 1 頁以下、45 巻 1 号 1 頁以下 (2019 ~ 2021 年)。

されていない部分が多々あり、また、それぞれ再検討が必要と思われる問題点も見受けられる。

5 そこで、本稿では、前節第 3 款で設定した問題点を検討するために、以上の一連のドイツ法研究に続き、飛行機事件判決以降のドイツ学説（差額説・類型論）の状況を比較法的参考として分析することにする。

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・学説を概観した上で（第 2 章）、飛行機事件判決以降のドイツ学説が、返還の対象の問題・算定基準の問題及び類型論有用性の問題についてどのように論じてきたかを検討し（第 3 章）、ついで、これらを踏まえて、ドイツ学説につき筆者なりの分析・検討を行うことにしたい（第 4・5 章）。