

# 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 (2) —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 47 卷 1 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 ドイツ判例

#### 第 4 節 飛行機事件判決までのドイツ学説 (以上本号)

### 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 2 章 ローマ法、BGB 編纂過程、ドイツ判例・学説の概観

飛行機事件判決以降のドイツ学説の検討に入る前に、ドイツ学説に影響を与えたと考えられるローマ法、BGB 編纂過程における審議・決定内容、ドイツ判例、そして、BGB 成立後から飛行機事件判決までのドイツ学説について概観しておくことにしよう。

### 第 1 節 ローマ法

ローマの時代に不当利得法が出現した頃は、不当利得返還義務の範囲に関し利得の消滅 (現存利益への返還義務の縮減) は考慮されず、受けた利益そのものが返還の対象となった。すなわち、不当利得債務者は、一旦受領した

利益たる“受けた利益”をすべて返還しなければならず、その利益が受領後に消滅したとしても返還義務を免れることはなかったようである。しかし、利得の消滅は後に考慮されることになり、現代の不当利得法と同様、現存利益に限定した返還義務が肯定されるに至った<sup>(16)</sup>。

## 第2節 BGB 編纂過程

1 BGB 編纂過程における審議の中で、本稿にとって重要な決定はつぎの3点である。

2 第一に、利得消滅・減少の原因が偶然かそれとも不当利得債務者の故意・過失によるのかに関係なく、善意不当利得債務者の返還義務の範囲は、訴訟係属時における現存利益にとどまる<sup>(17)</sup>。

3 第二に、不当利得債務者が善意でかつ受領したものを返還できない場合、通常は受領したものの価値によって不当利得債務者の財産が増加していると考えられるから、不当利得債務者が受領したものの価値について利得したという推定を出発点とし、例外としてその利得が消滅している場合には、この不当利得債務者が利得消滅の証明責任を負う。このように考える方が自然であり、このように統一することは実務上余計な争いを予防するのに適している<sup>(18)</sup>。なお、現存利益への返還義務縮減については、収益返還の場合だけでなく役務返還の場合も、不当利得債務者が利得消滅の証明責任を負う<sup>(19)</sup>。そして、このような決定に基づき現行 BGB において規定されたのが、818条3項である<sup>(20)</sup>。

---

(16) 松坂佐一『不当利得論』107頁以下(有斐閣、1953年)、磯村哲『不当利得論考』230頁(新青出版、2006年)(初出:「不当利得」法学セミナー2号(1958年))、拙稿「不当利得法における公平説の衰退と類型論の台頭(1)一ローマ法から現在に至るまでの学説を中心に」広島法学41巻3号66頁(2018年)。

(17) 拙稿・前掲注(12)57巻3号67頁、4号71頁以下、58巻1号130頁。

(18) 拙稿・前掲注(12)57巻3号68頁、4号69頁以下、72頁、58巻1号130頁。

(19) 拙稿・前掲注(12)57巻4号69頁以下、72頁、58巻1号130頁。

4 第三に、受領者は、取得したものだけでなく、その取得したものから生じたものも返還しなければならない。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、この決定に基づき現行 BGB において規定されたのが、818 条 1 項である<sup>(21)</sup>。なお、審議の中では収益に関する数々の規定が提案されかつ審議の対象となった<sup>(22)</sup>。

5 以上からすると、善意不当利得債務者の返還義務が現存利益にとどまるというローマ不当利得法が BGB 編纂過程においても容認され、現行 BGB に受け継がれていったといえよう。さらに、BGB 編纂過程においては、このローマ不当利得法を発展させ、利得消滅・減少につきたとえ善意不当利得債務者に故意・過失があった場合であっても、その返還義務が現存利益にとどまることが承認された。また、この利得消滅・減少につき不当利得債務者が証明責任を負うことも、あわせて確認されるに至ったのである。最後に、受領者は、取得したものだけでなく、その取得したものから生じたものも返還しなければならないとされ、この内容は BGB にて明文化されることとなった。

6 ただし、ローマ法から BGB 編纂過程までをみたところ、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が検討された形跡は見受けられない。

### 第 3 節 ドイツ判例

1 BGB 成立後から 1938 年までの間は、返還の対象を使用利益（収益）と捉える判決もあったが、出費の節約（財産増加（財産上の差額）<sup>(23)</sup>）と捉える判決が支配的であった<sup>(24)</sup>。

---

(20) 拙稿・前掲注 (12) 58 卷 1 号 129 頁。

(21) 拙稿・前掲注 (12) 57 卷 3 号 69 頁、4 号 72 頁、58 卷 1 号 129 頁。

(22) 拙稿・前掲注 (12) 57 卷 4 号 65 頁以下、68 頁以下、70 頁以下、73 頁以下、58 卷 1 号 114 頁以下、119 頁以下、125 頁以下。

その後、1954年から飛行機事件判決までの間は、返還の対象を出費の節約(財産増加)と捉える判決も依然として多いが減少傾向にある。これに代わって、使用利益と捉える判決が増え、さらに使用可能性と捉える判決も現れるに至り、これらの判決は、出費の節約又は財産増加に全く言及していない<sup>(25)</sup>。また、無効な貸借型契約において使用利益返還が争点となった判決も、出費の節約又は財産増加に全く言及することなく、返還の対象を収益と捉える<sup>(26)</sup>。

不当利得法においては差額説が古くから通説の地位にあり、また、不当利得法に関する判例も差額説を採用している。しかし、以上の状況からすると、差額説の影響力が少しずつではあるが減少傾向にあるように思われた<sup>(27)</sup>。

2 その後、ドイツ不当利得法史上最も注目された判決の一つとされる飛行機事件判決が出された。この飛行機事件判決の事案は、使用利益と同じ無形・無体利益の返還を争点とした上で、不当利得債務者に最初から財産増加・出費の節約がなかったために、その不当利得債務者が悪意であっても、その悪意不当利得債務者に返還義務を負わせることはできない、という特殊な事案(以下、「原始的利得無発生事案」と記す)であった。この判決は、つぎのように判示する。

第一に、(使用利益返還が問題となる事案を含む)あらゆる事案において、

---

(23) 差額説の元祖フィッシャーの説明 (Fischer, *Bereicherung und Schaden*, in: *Festschrift für Ernst Zitelmann, München – Leipzig*, 1913, S.11.)を参考にすると、財産増加(財産上の差額)は、不当利得債務者の2つの財産が比較されることによって明らかとなる。2つの財産とは、一方は、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であり、他方は、この取得がなかった場合の仮定の財産を指す。この比較は、差額の算定に行き着く。不当利得債務者は、第一の現実の大きさが第二の仮定の大きさを上回る場合に限り、返還義務を負わされるのである(この点については、拙稿・前掲注(15)43巻2号80頁を参照)。

(24) 拙稿・前掲注(13)59巻4号126頁以下。

(25) 拙稿・前掲注(13)59巻6号103頁以下、60巻1号83頁以下。

(26) 拙稿・前掲注(13)60巻1号90頁以下。

(27) 拙稿・前掲注(13)60巻1号91頁以下。

不当利得債務者は本当の財産増加を得た場合に限り BGB812 条以下に基づく利得返還義務を負う。従来判例は、このように判断してきたのであり、現在に至るまで差額説に立つことを堅持している。なぜなら、不当利得返還義務が不当利得債務者の実際の財産増加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)。また、このような従来判例の立場(差額説)は今後も踏襲されるべきである。

第二に、最初から財産増加・出費の節約がなかったとしても、悪意不当利得債務者に返還義務なしとするのは、理解し難い結論に至る。この場合、“悪意不当利得債務者に最初から利得(財産増加)がない”ということ認めるべきではない。そこで、類型論の一部分を用いかつ出費の節約を擬制することによって、この問題を解決すべきである。すなわち、類型論による二段階構成のみを採用した上で、この二段階構成の第一段階においては、悪意不当利得債務者は、何かを節約しかつ自らの財産をその何かによって増加させたかのように取り扱われなければならない、と<sup>(28)</sup>。

以上からすると、飛行機事件判決は、無形・無体利益の返還が問題となる事案においては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ものといえる。さらに、飛行機事件判決によれば、返還義務の対象を使用利益・使用可能性・収益と捉えた BGB 成立以降の諸判決も、不当利得債務者の財産増加を当然の前提としていたと評価できよう。このことから、ドイツ不当利得法判例は、実質的には、これまで一貫して返還義務の対象を財産増加・出費の節約と捉えてきたと考えられる<sup>(29)</sup>。

また、飛行機事件判決は、原始的利得無発生事案における悪意不当利得債務者に対して返還義務を負わせることに成功した。その方法は、類型論を完全に採用することはせずに、類型論による二段階構成のみを用いかつ出費の

(28) 拙稿・前掲注(14)45巻4号41頁以下。

(29) 拙稿・前掲注(14)45巻4号46頁。

節約を擬制することによって、この問題を解決したのである。類型論に完全に従えば、出費の節約の擬制に頼ることなく、簡単にこの問題を解決することができたであろう。それにもかかわらず、飛行機事件判決は、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、出費の節約の擬制という方法を用いざるを得なかった。飛行機事件判決は、浮き彫りとなった差額説の欠陥を目の当たりにしながら、それでもなお差額説に固執したといえる<sup>(30)</sup>。

しかし、このような出費の節約の擬制には重大な問題があろう。飛行機事件判決のように、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財産増加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る。それならば、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。なぜなら、類型論は差額説の問題点を首尾よく克服し得ると考えられるからである<sup>(31)</sup>。

3 飛行機事件判決以降に出された有体物・金銭の無断使用に関する諸判決は、返還の対象を使用利益・使用・収益と捉えているものの、これらは、飛行機事件判決以前の諸判決と同様、不当利得債務者の財産増加・出費の節約を当然の前提としていると評価できる<sup>(32)</sup>。

これに対して、飛行機事件判決以降に出された知的財産権侵害に関する諸判決には、返還の対象を出費の節約・財産増加と捉えるもの<sup>(33)</sup>もある一方で、従来の判例を踏襲せず類型論と同じ見解に立つことを明らかにしたものも存在する。類型論に基づくこれらの判決は、実用新案権及び商標権が無断使用された事案において、返還の対象を 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<sup>(34)</sup>。ただし、

---

(30) 拙稿・前掲注 (14) 45 卷 4 号 46 頁以下、46 卷 1 号 58 頁。

(31) 拙稿・前掲注 (14) 45 卷 4 号 48 頁以下、46 卷 1 号 58 頁以下。

(32) 拙稿・前掲注 (14) 46 卷 1 号 44 頁以下、56 頁以下。

(33) 拙稿・前掲注 (14) 46 卷 1 号 45 頁以下。

類型論に従ったとしてもすべてがうまくいくとは限らない。“返還義務の対象 = 使用” とする見解には問題があり、今後、検討する必要がある<sup>(35)</sup>。

4 BGB 成立後から現在に至るまでの多くの判決は算定基準を客観的価値 (市場価格) とし、これら以外の判決は、算定基準を明らかにしていないものの、算定基準を客観的価値 (市場価格) とすることに反対するものではないと思われる。以上からすると、算定基準を客観的価値 (市場価格) とするのが判例の立場であると考えられる<sup>(36)</sup>。

しかし、ドイツ判例が差額説と同様に、返還義務の対象を財産増加・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財産増加・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、重大な矛盾があると言わざるを得ない<sup>(37)</sup>。

5 以上からすると、返還の対象の問題及び算定基準の問題については、ドイツ判例及び差額説のように返還義務の対象を財産増加・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。

また、類型論有用性の問題については、以上の考察からすると、返還の対

(34) 拙稿・前掲注 (14) 46 卷 1 号 50 頁以下、59 頁以下。

(35) 拙稿・前掲注 (14) 46 卷 1 号 60 頁。

(36) 拙稿・前掲注 (13) 60 卷 1 号 92 頁、同・前掲注 (14) 45 卷 4 号 49 頁、46 卷 1 号 45 頁、55 頁以下、60 頁。

(37) 拙稿・前掲注 (14) 46 卷 1 号 60 頁以下。

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、類型論は依然として有用であると評価することができよう<sup>(38)</sup>。

#### 第4節 飛行機事件判決までのドイツ学説

1 差額説は、返還の対象を財産増加・出費の節約と捉え、その理由は、不当利得返還義務が不当利得債務者の実際の財産増加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、と主張する<sup>(39)</sup>。また、差額説が返還の対象と捉える財産増加・出費の節約は、各不当利得債務者にとっての財産増加分を意味することから、差額説の算定基準は各不当利得債務者にとっての主観的価値と評価されよう<sup>(40)</sup>。

このような差額説は、不当利得債務者の返還義務を現存利益にとどめるという意味では、ローマ法及びBGB編纂過程における決定内容に則した見解であるといえる<sup>(41)</sup>。

この差額説には、つぎのような重大な問題点が指摘されている。すなわち、(1) 差額説がBGBの規定内容に則していないこと<sup>(42)</sup>、(2) 財産増加・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、差額説は「直接的・第一次的に取得したもの」を財産増加・出費の節約と捉えていること<sup>(43)</sup>、(3) 財産上の価値（財産増加）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<sup>(44)</sup>、(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が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

---

(38) 拙稿・前掲注 (14) 46 卷 1 号 61 頁。

(39) 拙稿・前掲注 (15) 43 卷 2 号 80 頁以下、44 卷 1 号 21 頁以下。

(40) 拙稿・前掲注 (15) 45 卷 1 号 7 頁。

(41) 拙稿・前掲注 (15) 43 卷 2 号 82 頁。

(42) 拙稿・前掲注 (15) 45 卷 1 号 2 頁。

(43) 拙稿・前掲注 (15) 44 卷 2 号 22 頁以下、28 頁、45 卷 1 号 3 頁、16 頁。

(44) 拙稿・前掲注 (15) 43 卷 2 号 82 頁、45 卷 1 号 3 頁。

の財産状況の証明責任を負わせていること<sup>(45)</sup>、などである。しかし、このような問題点の指摘に対して、差額説は十分な説明ができていない<sup>(46)</sup>。

2 これに対して、類型論の主張の根幹は、二段階構成を採った上で、第一に、返還の対象を使用・使用利益・使用可能性と捉え（これらに金銭価値（財産増加）を求めない）（BGB812 条 1 項 1 文・818 条 1 項）、これらの算定は客観的価値（市場価格）に基づいて行い（818 条 2 項）、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、その返還義務の縮減を認める（818 条 3 項）、というものである<sup>(47)</sup>。

このような類型論の見解は、差額説が抱える以上の（1）～（4）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、二段階構成を採ることによって差額説の（1）・（4）の問題点を克服し、返還の対象を使用・使用利益・使用可能性と捉えることによって（2）・（3）の問題点を克服できているからである<sup>(48)</sup>。

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、差額説も類型論が抱える問題点を指摘し批判を加えている。

その内容は、①類型論は、BGB812 条 1 項 1 文の「取得したもの」が不当利得債務者の財産増加であることを求めない。そのため、その「取得したもの」が不当利得債務者にとって無価値の場合には、その「取得したもの」又はその価値の返還義務が不当利得債務者の実際の財産増加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、類型論のように同条同項同文の「取得し

(45) 拙稿・前掲注 (15) 44 卷 1 号 27 頁、3 号 5 頁以下、45 卷 1 号 4 頁。

(46) 拙稿・前掲注 (15) 45 卷 1 号 16 頁。

(47) 拙稿・前掲注 (15) 43 卷 2 号 83 頁以下、44 卷 2 号 24 頁以下、29 頁以下、3 号 3 頁以下、6 頁以下、9 頁以下、45 卷 1 号 7 頁以下、16 頁以下。

(48) 拙稿・前掲注 (15) 45 卷 1 号 3 頁以下、16 頁以下。

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<sup>(49)</sup>。差額説が②の問題点を指摘する理由は、①の問題点と同様に、使用・使用利益・使用可能性の返還義務が不当利得債務者の実際の財産増加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しまうからだと考えられる。

しかし、類型論は、二段階構成を採ることによって、二段階構成の第二段階において不当利得債務者の返還義務を現存利益に縮減できる。したがって、類型論は、差額説が指摘する①・②の問題点を十分に克服することができよう<sup>(50)</sup>。

ただし、この類型論にも、各論者において統一されていない部分が多々あり、また、再検討が必要と思われる問題点も見受けられる<sup>(51)</sup>。

---

(49) 拙稿・前掲注 (15) 44 卷 1 号 20 頁以下。

(50) 拙稿・前掲注 (15) 44 卷 1 号 26 頁以下、45 卷 1 号 17 頁。

(51) 拙稿・前掲注 (15) 45 卷 1 号 19 頁。