

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 (4) —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 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 47 卷 2 号)
- 第 3 章 飛行機事件判決以降の学説
 - 第 1 節 ケルマンの差額説
 - 第 2 節 コッペンシュタイナーの差額説 (以上 47 卷 3 号)
 - 第 3 節 リープの類型論
 - 第 1 款 判例と出費の節約に対する批判
 - 第 2 款 ヤコプスの差額説に対する批判と使用可能性の価値
 - 第 3 款 使用可能性とその利得の消滅
 - 第 4 款 バーチュの類型論に対する批判
 - 第 5 款 使用可能性 (利得) の消滅とその確定方法
 - 第 6 款 検討 (以上本号)
- 第 4 章 検討
- 第 5 章 むすび

第 3 節 リープの類型論

第 1 款 判例と出費の節約に対する批判

1 無効な賃貸借契約に基づいて不当利得債務者が自動車を自由に使用した事例—有形・有体の財貨の移転がない事例—において、BGH は、返還の対象につき、不当利得債務者が出費を節約したか又は不当利得債務者の財産が相応の使用成果によって増加したかを考慮している。このような判決の内容は、

最初の期待はずれであった⁽⁷⁹⁾。

2 この出費の節約による利得確定の方法が多用されるのは、この他に不当利得債務者の利得を証明できる方法がないからである。しかし、出費の節約を証明できない場合は常に、出費の節約は機能しない。このことを示しているのが、飛行機事件判決である。

これまでの先例を踏襲し出費の節約に固執する BGH は、その飛行機事件判決において、出費の節約はなかったという不当利得債務者による抗弁を否定することはできなかった。なぜなら、飛行旅行が不当利得債務者にとって通常の方法では決して取得できない贅沢であったからである。ところが、この出費の節約という洗練された基準が不当利得債務者の利得を根拠付けることができなかったにもかかわらず、BGH は、不当利得債務者の財産増加を抑制することによって不当利得債権者（航空会社）による不当利得返還請求を認容した。このような飛行機事件判決は結論としては妥当であるが、その根拠付けには大いに問題がある。

不当利得債権者が出費の節約を用いることができるのは、不当利得債務者による利得消滅の抗弁に対して反論する場合に限られる⁽⁸⁰⁾。

第2款 ヤコブスの差額説に対する批判と使用可能性の価値

1 BGH が引き合いに出すヤコブスは、この種の事例において未解決のまま財産増加の要件を事実上放棄する。しかし、財産増加の発生という主要な要件をこのように放棄するのであれば、明らかに不当利得法の最高命題（不当利得債務者の返還義務が実際の利得額をこえて不当利得債務者の財産の減少をもたらしてはならないという原則）が見捨てられてしまう。ヤコブスに従ってこの不当利得法の最高命題と縁を切ってしまうこと、適切な結論を導くた

(79) Lieb, Nutzungsmöglichkeiten als Gegenstand von Bereicherungsansprüchen, NJW 1971, 1289, 1289f.

(80) Lieb, a. a. O., NJW 1971, 1289, 1289f..

めに“擬制”という他の根拠を必要とすることは、“返還の対象を財産増加と捉える”ことに誤りがあるからである⁽⁸¹⁾。

2 財産増加を擬制せざるを得ないのは、ヤコブスとこれに従う BGH が使用可能性そのものを利得とみなすことを拒否しているからである。使用を独立的でもなく財産権的でもないとするのは、とりわけ (a) 利得は(変動する)財産上の差額であり、(b) 使用は未だこのような財産権として解することはできない、という 2 つの仮説に基づいている⁽⁸²⁾。

まず、(a) については、不当利得返還請求権の対象が、給付又は侵害によって最初に「取得したもの」と理解されるのではなく、818 条 3 項に基づく利得すなわち不当利得債務者の財産を増加させた金額と抽象的に理解されるのである。この 818 条 3 項の過大評価については、とくにケメラールの論文⁽⁸³⁾以降、批判が増してきている。また、BGH も、飛行機事件判決において不当利得返還請求権は 812 条以下の文言に基づいてまず第一に「取得したもの」に向けられる、と述べる。今日においては、不当利得債務者に現存する財産増加を吸い上げることが、もはや重要なのではない。むしろ、両当事者の利益を保護する巻き戻し機能が重要な位置を占め、このことと、利得を生じさせる元々の出来事を優先的に考慮することが堅く結び付けられている⁽⁸⁴⁾。したがって、不当利得返還請求権の第一次的对象すなわち「取得したもの」とみなされるのが、使用成果又は節約された出費であるという根拠はない⁽⁸⁵⁾。

つぎに、(b) については、この使用可能性に独立した財産上の価値が認められていること、この使用可能性を財貨移転の客体として理解できることは、ヤコブスによって強く否定されている。ヤコブスはずぎのように主張する。

(81) Lieb, a. a. O., NJW 1971, 1289, 1290.

(82) Lieb, a. a. O., NJW 1971, 1289, 1290.

(83) ケメラールの類型論の詳細については、拙稿・前掲注 (15) 43 卷 2 号 82 頁以下を参照。

(84) Lieb, a. a. O., NJW 1971, 1289, 1290f..

(85) Lieb, a. a. O., NJW 1971, 1289, 1294.

すなわち、ものの使用は単なる出来事にすぎず、それ自体財産的価値のある財貨ではない。それゆえ、ものの使用は、「不当利得債務者の財産への影響」によって初めて重要な意味を持ち得る、と。確かに“使用”は、ヤコブスが主張するように、實際上、単なる出来事、及び出来事の描写にすぎないが、使用可能性はこの使用とは異なる。

ヤコブスは、給付利得返還請求権ではなく侵害利得返還請求権からこの見解を発展させた。この侵害利得返還請求権を出発点としているところが、ヤコブスの理解を妨げている。なぜなら、給付利得における使用可能性の移転にさえ注目できれば、使用可能性がすでに独立の財産上の価値を有していることを見抜くことができるからである。これについて、とりわけ説得力のある例は、知的財産権の使用許諾契約である。これにより、この使用可能性そのものが独立した有償契約の対象になり得るという事実が証明される。飛行機事件判決が前提とする事例においても、使用可能性そのものの財産上の価値を承認するためには、飛行機の使用権は通常は有償で取得されるに違いないということだけは考慮される必要がある。使用可能性は不当利得債権者の財産に属し、かつ使用可能性はこの不当利得債権者の財産から常に生じ得る。それゆえ、使用可能性そのものが、812条以下にいう「取得したもの」とみなされるべきである。

使用可能性そのものに関してここで提案している見解は、侵害利得の領域においても証明されるにちがいない。なぜなら、(故意の)侵害者が使用可能性を取得するのは、この使用可能性の財産上の価値を完全に知っているからである。それゆえ、仮定することなく、侵害者が使用可能性そのものを利得しているとみなすことが可能である⁽⁸⁶⁾。

第3款 使用可能性とその利得の消滅

(86) Lieb, a. a. O., NJW 1971, 1289, 1291, 1294.

1 多数説は、つぎのように主張する。すなわち、使用可能性の返還が問題となる事案において、使用可能性そのものの利得は認められるが、その利得は消滅し得る。なぜなら、全く出費を節約しなかった場合不当利得債務者は利得していないからであり、つまりこのような場合は不当利得債務者の財産増加を確定できないからである、と。

2 使用可能性そのものの利得を承認する場合、この利得消滅の根拠を否定することはできないであろう。なぜなら、使用可能性そのものの利得を承認する時点ですでにこの使用可能性は消滅するからである。使用可能性が与えられた期間が過ぎ去ってしまえば、使用可能性によって使用が行われたか否かにかかわらず、818 条 3 項において使用可能性の財産上の価値に存在した利得は消滅するからである⁽⁸⁷⁾。

3 ここではつぎの点に注意すべきである。すなわち、818 条 3 項における利得の存続は、818 条 2 項に基づく価値補償請求権の発生要件にはならない。すなわち、この価値補償請求権の発生が認められるためには、不当利得債務者が性質上返還不能である「取得したもの」につき今もなお利得している必要はないのである。

ただし、価値補償請求権の発生後、不当利得債務者にとって利得が存続していなければ、不当利得債務者は 818 条 3 項に基づき価値補償義務を負わない⁽⁸⁸⁾。

第 4 款 パーチュの類型論に対する批判

これに対して、同じく使用可能性の返還が問題となる事案において、818 条 2 項に基づく価値補償が常に行われるべきであり、利得の消滅かつ 818 条 3 項の適用が概念上排除される、という見解が主張されている。この見解を

(87) Lieb, a. a. O., NJW 1971, 1289, 1291f..

(88) Lieb, a. a. O., NJW 1971, 1289, 1292.

主張するバーチュはつぎのようにいう。すなわち、使用の実行によって、818条3項の適用は排除され、使用利益返還義務が否定されることはない。使用利益は、まさに使用の実行によって初めて取得され、その上、使用利益は使用の実行によって不当利得債務者の財産に最終的に同化される、と⁽⁸⁹⁾。

しかし、このバーチュの主張は、つぎの2つの意味において適切でないと考えられる。すなわち、第一に、利得は、使用の実行又は使用の実行により取得された使用利益に存在するのではなく、すでに財産上の価値のある使用可能性そのものに存在するのである。第二に、本来の用途に従った使用という観点も、それ自体最終的に利得の確定を可能にすることには適していない。むしろ、利得の確定のためには、818条1項・3項に基づき“永続する”利益の確定が必要であり、かつこの確定は通常、出費の節約によって可能となるにすぎない—かつこれにより範囲が確定される—。それゆえ、事実上は、つぎの二つを区別しなければならない。すなわち、使用可能性そのものの利得と、使用の実行が永続する財産増加をもたらしたか否かという問題とを区別しなければならないのである。それゆえ、概念的には、利得の消滅は完全にあり得るのである。問題であるのは、不当利得債務者がこの利得の消滅を証明することができるか否かだけである⁽⁹⁰⁾。

第5款 使用可能性（利得）の消滅とその確定方法

それゆえ、使用可能性も818条3項の意味において消滅しうる。なぜなら、その使用可能性は、時間とともに使い果たされるからであり、さらに詳しく言うと、使用可能性が自由に使用できる期間中に実際に実行されたか否かは重要ではないからである。もちろんその不可避の消滅後に利得の存否を考慮できるのは、不当利得法上常に出費の節約又は不当利得債務者財産における

(89) バーチュの類型論の詳細については、拙稿・前掲注 (15) 44巻2号22頁以下を参照。

(90) Lieb, a. a. O., NJW 1971, 1289, 1292.

使用の成果のみに過ぎない。

しかし、利得の確定はまさにこのことに依存せずに行うことができる。すなわち、使用の危険を負担すべきなのは、不当利得債権者ではなく不当利得債務者であろう。この根拠付けに必要であるのは、いずれにせよ 818 条 3 項という規定に対する重要な制限である。なぜなら、この規定は、その文言に従って、原因を区別することなくあらゆる（補償のない）利得の消滅を認めるからである。

この制限について最近では、818 条 3 項の適用範囲を目的的に制限することが重要である、と理解されているようである。これについて、決定的で実質的な観点を提供するのは、不当利得債務者の「財産上の決定」というフルームの見解である。この見解をここでは掘り下げて検討することはしないが、この見解は、無効な有償双務契約の事例も悪意の侵害利得の事例も理解するには適している。なぜなら、不当利得債務者は自らの財産上の決定に拘束されるからである。これに対して、この見解は、善意の侵害の場合と無償給付の場合には機能しない。したがって、これらの場合には、818 条 3 項に基づき、出費の節約又は相応の使用成果を考慮した利得の消滅が認められる⁽⁹¹⁾。

第 6 款 検討

1 リープが 1970 年に公表した単著

リープは、1970 年に“Lieb, Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, Tübingen 1970.”という単著を公表し、この中で、使用可能性の返還が問題となる事案を前提に、いくつかの私見を展開している⁽⁹²⁾。そして、その翌年に飛行機事件判決が出され、同年この判決を契機にリープによって書かれた論稿が、本

(91) Lieb, a. a. O., NJW 1971, 1289, 1293f..

(92) リープによって書かれた単著の詳細については、拙稿・前掲注 (15) 44 卷 3 号 74 頁以下を参照。

節の検討対象である。

リープが1970年の単著の中で主張した私見は、主につきの4点である。

(1) 第一に、返還の対象を812条1項1文の「取得したもの」と捉え、第二に、818条3項に基づきその「取得したもの」の返還義務の縮減を認める。

(2) 不当利得債務者による利得消滅の抗弁を阻止し、818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。

(3) 812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、不当利得債権者による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その給付の対象とは、不当利得債権者によって給付された使用可能性そのものにすぎない。それゆえ、返還の対象を使用可能性そのものとみなすこと、又はその返還が不能であることを考慮して818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。

(4) 使用は財産上の利益であり、利得は使用そのものにおいて認められる。単なる使用可能性の容認にも財産上の価値がある。

そして、本節の検討対象である1971年の論稿では、リープは、積極的に新たな私見を提示することはなく、判例、出費の節約、ヤコブスの差額説及びバーチュの類型論に対する批判を展開するにとどまっている。そして、これらに対する批判は、以上の(1)～(4)において示されたリープの私見に基づくものといえる。

2 差額説及び判例に対する批判

差額説及び判例のように返還の対象を財産増加・出費の節約と捉えるならば、もし悪意の不当利得債務者に出費の節約がない場合、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。そこで、ヤコ布斯及び飛行機事件判決のように、この結論を回避するため不当利得債務者の財産増加を擬

制することになれば、どのような問題が生じるであろうか。

リーブが主張するように、このような擬制は不当利得法の最高命題を見捨てることになろう。また、このように不当利得法の最高命題と縁を切ってしまうこと、適切な結論を導くために“擬制”という他の根拠を必要とすることは、そもそも返還の対象を財産増加・出費の節約と捉えることに問題があるといえよう。

3 使用可能性は利得である必要はあるか？

そこで、リーブは、前述(1)に基づき、返還の対象を 812 条 1 項 1 文の「取得したもの」とし、その「取得したもの」を使用可能性と捉える。そして、リーブは、これらに続けて、使用可能性が財産上の価値・利得であることを付け加える。

しかし、リーブにとって、使用可能性が財産上の価値・利得であることの証明は不要であろう。差額説は返還の対象を利得と捉えるから、返還の対象を使用可能性と捉える場合、その使用可能性は財産上の価値・利得でなければならない。これに対して、リーブは、差額説ではなく類型論に従うのであるから、リーブ自身が本節第 3 款 3 で認めているように、前述(1)の第一段階における返還の対象を「取得したもの」=使用可能性と捉えるのであり、決して利得とは捉えない。したがって、リーブにとって使用可能性が利得であることに拘る必要はないと考えられる。

ただし、もし不当利得債務者に利得がなければ、前述(1)の第二段階で、818 条 3 項に基づき「取得したもの」=使用可能性の返還義務が縮減されることになろう。