

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 (5) —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 (以上 48 卷 1 号)
 - 第 4 節 カナーリスの類型論
 - 第 1 款 返還の対象
 - 第 2 款 飛行機事件判決に対する批判
 - 第 3 款 算定基準
 - 第 4 款 返還義務の縮減
 - 第 5 款 検討
 - 第 5 節 パーチュの類型論
 - 第 1 款 812 条 1 項 1 文と 818 条 3 項の関係
 - 第 2 款 飛行機事件判決事案におけるパーチュの類型論
 - 第 3 款 使用可能性の取得と 818 条 3 項に基づく利得の消滅
 - 第 4 款 使用可能性の実行とフルーメの財産上の決定説
 - 第 5 款 検討 (以上本号)
- 第 4 章 検討
- 第 5 章 むすび

第3章 飛行機事件判決以降の学説

第4節 カナーリスの類型論

第1款 返還の対象

財産増加は812条1項1文の要件ではない。したがって、たとえば、写真や手紙は、たとえ経済的価値がまったくなくても、明らかに812条1項1文の「取得したもの」であり得る。

使用利益返還が問題となる事案においては、返還の対象は、使用可能性ではなく818条1項に基づいて取得した収益のみ、すなわち使用利益のみである⁽⁹³⁾。

第2款 飛行機事件判決に対する批判

「受領したものによって初めから利得していない者は、たとえ受領時に法律上の原因の欠如を知っていたとしても、812条以下に基づきそもそも責任を負わない」と述べるBGHは、類型論とは一致しない。この引用部分によれば、BGHは、812条1項1文の「取得したもの」と818条3項の「利得」の明らかな相違を再び曖昧にしてしまう⁽⁹⁴⁾。

第3款 算定基準

飛行機事件判決のような運送の返還が問題となる事案においては、運送給付は性質上返還することはできないので、818条2項に基づき不当利得債務者に価値補償義務が生じる。運送の価値の範囲は、この種の給付にとっての通常の補償に基づいて算定される。また、物の場合も、その価値は、その物の代わりに通常支払われるべき価格から明らかとなる⁽⁹⁵⁾。

(93) Canaris, JZ 1971, 560, 561.

(94) Canaris, JZ 1971, 560, 561.

(95) Canaris, JZ 1971, 560, 561.

第 4 款 返還義務の縮減

1 利得の消滅は概念上は決して排除されない。したがって、「取得したもの」—たとえば役務給付—が“悪いものであった”ために価値が減少しているという抗弁は、例外として認められなければならない。

また、不当利得債務者は自らが「取得したもの」を通常の価格よりも安く調達できたことを主張できるか。この問題を解決するのは難しい。たとえば、不当利得債権者（航空会社）が自社の従業員である不当利得債務者をより安く又は無料で運んでいたであろうという場合であっても、本件では不当利得債務者は全額を支払わなければならなかったのか。

私見によれば、不当利得債務者が不当利得債権者のところで（も）市場価格以下で給付を取得できたであろう場合には、不当利得債務者はその市場価格以下の返還義務しか負わないと考えるべきであろう。

2 たとえば、通常取得できなかったワインを飲み干した場合、一般的に認められている通り、818 条 3 項に基づきそのワインの利得は消滅している。それゆえ、通常はできなかった贅沢な旅行をした場合も同様に、その旅行の利得は消滅している。このことは、算定として首尾一貫しているだけでなく、概念的にも説得力がある。なぜなら、役務給付及び運送給付のような無形・無体利益は用いられることによって必然的に消費され、その無形・無体利益は元に戻すことができないからであり、かつ通常は用いなくても時間が経過するだけで消滅するからである。

もしその無形・無体利益の利得が存続している場合は、出費の節約から推論されなければならない。この考え方は善意不当利得債務者と悪意不当利得債務者に区別される。なぜなら、818 条 3 項は、善意不当利得債務者に対してのみ適用されるからである⁽⁹⁶⁾。

(96) Canaris, JZ 1971, 560, 561.

第5款 検討

1 カナーリスは、812条1項1文の「取得したもの」を財産増加と捉えず、その「取得したもの」と818条3項の「利得」を区別し、「取得したもの」が性質上返還不能の場合に「取得したもの」を通常の補償に基づいて算定すると主張する。したがって、カナーリスは、ケメラー、バーチュ、グルスキー、リープと同様、類型論の立場に立つものといえよう。

2 カナーリスは、返還義務の縮減における諸問題、とりわけ不当利得債務者が「取得したもの」を通常の価格よりも安く調達できた場合、及び通常は用いなくても時間が経過するだけで消滅する無形・無体利益の場合について、より深く検討している。すなわち、カナーリスは、これらの場合において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）に基づき、不当利得債務者の財産を減少させないように適切に判断しているといえよう。

第5節 バーチュの類型論

第1款 812条1項1文と818条3項の関係

1 812条以下においては、812条1項1文の不当利得返還請求権発生要件と818条以下の後発的変化の要件が明確に区別されており、これによりつぎのことが明らかになる。

すなわち、812条1項1文に基づく不当利得返還請求権の発生は「直接的・第一次的に取得したもの」のみに対応している。これに対して、818条3項の「利得」という基準が重要となるのは、「直接的・第一次的に取得したもの」が全部又は部分的に消滅した結果、812条1項1文に基づいて発生する不当利得返還請求権がどのように後発的に変化するかを判断する場合である。要するに、818条3項の「利得」は、「直接的・第一次的に取得したもの」ではなく、常に不当利得返還請求権の後発的変化を判断する基準にすぎない⁽⁹⁷⁾。

2 以上のことから、以下の4つの点が明らかになる。

(1) 不当利得返還請求権は、812条1項1文に基づいて「直接的・第一次的に取得したもの」の原物返還請求権として発生する。ただし、このことは、「直接的・第一次的に取得したもの」が金銭で算定可能な財産上の価値を有しているか否か、かつそれゆえこの意味で不当利得債務者に利得をもたらしたか否か、ということに依存しない。すなわち、812条1項1文における不当利得返還請求権の発生要件は、金銭的価値によって不当利得債務者の財産状況が改善するという形での「利得」ではなく、“不当利得債務者が直接的かつ第一次的に(最も広い意味での)「何か」を取得する”ということにすぎない。したがって、法律上の原因なく取得した“無価値”の手紙も812条1項1文に基づき返還の対象となる。

「直接的・第一次的に取得したもの」が後発的に消滅しかつそれゆえもはや“原物では”返還できない場合に限って、818条2項に基づく価値補償請求権の範囲内で生じるのが、818条3項の「利得」の問題である。すなわち、「取得したもの」が消滅しているにもかかわらず、不当利得債務者の財産状況が今なお金銭価値ある改善を示しているかが問題なのである。

(2) したがって、818条3項に基づく「利得」の消滅の問題は、812条1項1文に基づく不当利得返還請求権発生の問題と混同してはならない。すなわち、不当利得返還請求権の発生が肯定されかつこの請求権の内容が812条1項1文の「直接的・第一次的に取得したもの」から詳細に決定されて初めて、利得の消滅を考慮することができる。

(3) 「利得」の消滅の反論を制限する818条3項・4項及び819条1項の規定は、812条1項1文のみに基づいて判断されるべき不当利得返還請求権の発生とは関係しない。

(4) 818条3項・4項及び819条1項の規定が問題となるのはつぎの事例のみである。すなわち、812条1項1文に基づいて生じた不当利得返還請求権に

(97) Batsch, Bereicherungshaftung ohne Vermögensvermehrung?, NJW 1972, 611, 611f.

対し、「直接的・第一次的に取得したもの」自体が消滅した後、不当利得債務者が818条3項の「利得」の消滅を反論することができる、という事例のみである。したがって、818条3項・4項及び819条1項の規定は、利得の消滅が最初から存在しない又は問題とならない事例では初めから適用できないのである⁽⁹⁸⁾。

第2款 飛行機事件判決事案におけるバーチュの類型論

1 飛行機事件判決の事案を不当利得法における典型的な使用の事例と等しく捉えるのであれば、812条1項1文における「直接的・第一次的に取得したもの」としてみなされるのは、出費の節約ではなく、むしろ飛行可能性という形で存在する、使用可能性そのものである。無賃乗客は実際に利用することによって飛行可能性を一人で実現しかつこれによって812条1項1文の「直接的・第一次的に取得したもの」を有する。

2 この見解によれば、BGH判決が行ったように812条1項1文に基づいた不当利得返還請求権の発生要件を無視又は修正する、という危険からは免れることができる⁽⁹⁹⁾。飛行機事件判決が述べる“財産増加なき利得責任”が肯定されなければならないことは、驚くべきことである⁽¹⁰⁰⁾。

第3款 使用可能性の取得と818条3項に基づく利得の消滅

1 812条1項1文に基づき使用可能性が不当利得法上重要になるのは、使用可能性の客観的存続ではなく、むしろ不当利得債務者が使用可能性を“取得する”ということである。その使用可能性の取得は、その内容から言って、不当利得債務者が実際に使用可能性を一人で実行する、すなわち実際に使用するという方法でのみ考えられる。

(98) Batsch, NJW 1972, 611, 612.

(99) Batsch, NJW 1972, 611, 613.

(100) Batsch, NJW 1972, 611, 611f.

2 ただし、使用可能性の取得という出来事が完結した後、使用可能性はもはや不当利得債務者の財産には客体として存在しない、それゆえもはや“原物で”返還できない。私は、以前公表した雑誌論文(NJW1969, 1743, 1745)において、818条2項に基づいた不当利得債務者の価値補償義務を、つぎの根拠をもって導き出した。すなわち、812条1項1文において直接的・第一次的に取得した使用可能性は、実行されることによって最終的に使用者の財産に吸収される。その結果、これによって生じた“利得”が818条3項においてもはや後発的に消滅することはあり得ない、という根拠をもって導き出したのである⁽¹⁰¹⁾。

第4款 使用可能性の実行とフルーメの財産上の決定説

1 この根拠の根底にあるのは、リープ⁽¹⁰²⁾が使用事例を前提に支持するフルーメ⁽¹⁰³⁾の「818条3項の適用範囲の目的論的制限」である。そのフルーメの見解とは、不当利得債務者は812条1項1文の「取得したもの」に対して自覚した「財産上の決定」を行えばその決定の危険を負わなければならない、というものである。

使用可能性は実行によってのみ812条1項1文において取得され得るからこそ、かつ使用可能性はその実行により不当利得債務者の財産に最終的に吸収されるからこそ、その実行が自覚した“財産上の決定”と捉えられる。その結果、812条1項1文の直接的・第一次的に取得した使用可能性の実行により消滅が制限されるため、不当利得債務者は、818条3項に従った利得の消滅を引き合いに出すことはできない。それゆえ、不当利得債務者は、818条2項に従って価値補償義務を負わなければならない。

2 差し当たり未成年であることを無視するのであれば、飛行機事件判決の

(101) Batsch, NJW 1972, 611, 613f.

(102) Lieb, NJW 1971, 1293.

(103) Flume in Festschrift für Niedermeyer, 1953, S. 103ff., ders, NJW1970, 1161, 1163ff..

事案ではつぎのようになる。すなわち、予定通りに目的地に到着した後、不当利得債務者は、818条2項に基づき不当利得債権者に対して運賃表による飛行代金を支払わなければならない、812条1項1文の直接的・第一次的に取得した飛行可能性が飛行の過程で消滅したことを理由にして、818条3項に基づき“利得”の消滅を引き合いに出すことはできない。なぜなら、この飛行可能性の実行が自覚した“財産上の決定”の結果を示しているからである。

これに対して、目的地へ向かっている飛行機がハイジャック犯によって他の空港に迂回させられる場合には、812条1項1文の直接的・第一次的に取得した飛行可能性が飛行の過程で消滅したということは予定通りの実行の結果ではなく、それゆえに自覚した「財産上の決定」ではない。その結果、不当利得債務者は、818条3項に基づき“利得”の消滅を引き合いに出すことができる⁽¹⁰⁴⁾。

3 ただし、リーブ⁽¹⁰⁵⁾は、つぎのように主張する。すなわち、818条3項に基づいて“利得”の消滅を引き合いに出すことを（使用可能性の予定通りの実行という形での）財産上の決定によって制限又は拒絶することは、善意の侵害利得事例ではなく、“悪意の侵害利得”事例のみに認められるべきである、という。

これには賛成することはできない。818条3項の適用範囲の制限を必要とするのは、一般的には、“利得”の消滅を引き合いに出すことができる善意の不当利得債務者のみである。なぜなら、悪意の不当利得債務者は、818条3項・4項及び819条1項に基づき“利得”の消滅を主張することはできないからである⁽¹⁰⁶⁾。

4 以上からすると、使用利益の返還が問題となる事案においては、812条1項1文の直接的・第一次的に取得した使用可能性は確かに取得である予定

(104) Batsch, NJW 1972, 611, 613f.

(105) Lieb, NJW 1971, 1293. を参照。

(106) Batsch, NJW 1972, 611, 614.

通りの実行によって消滅するが、この消滅は不当利得債務者が負うべき「財産上の決定」に基づくものである。その結果、不当利得債務者は、818 条 2 項に基づき価値を補償しなければならず、818 条 3 項に基づく「利得」の消滅を引き合いに出すことはできない⁽¹⁰⁷⁾。

第 5 款 検討

1 バーチュが 1968 年に公表した単著

バーチュは、1968 年に単著 “Batsch, Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe in Fällen unbefugten Gebrauchs bzw. Nutzens von Gegenständen, Marburg 1968.” を、その翌年に雑誌論文 “Batsch, Kraftfahrzeugvermietung an Minderjährige, NJW 1969, 1743.” を公表し、これらの中で、使用利益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⁽¹⁰⁸⁾。そして、その後 1971 年に飛行機事件判決が出され、その翌年この判決を契機にバーチュによって書かれた雑誌論文が、本節の検討対象である。

同雑誌論文の検討に入る前に、バーチュが同論文の礎にしたと思われる 1968 年の単著及びその翌年の雑誌論文を、予めみておくことにしよう。これらの中で主張されたバーチュの私見は、主につぎの 4 点である。

(1) 返還の対象は 812 条 1 項 1 文の「直接的・第一次的に取得したもの」であり、この「直接的・第一次的に取得したもの」は、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’ 返還されなければならない。この「直接的・第一次的に取得したもの」が ‘金銭価値’ を有しているか否かは重要ではない。

(107) Batsch, NJW 1972, 611, 614.

(108) バーチュによって書かれたこれらの単著・雑誌論文の詳細については、拙稿・前掲注 (15) 44 卷 2 号 22 頁以下を参照。

そして、「直接的・第一次的に取得したもの」が‘原物’現存していない場合に初めて、818条2項・3項に基づく価値補償が問題となる。

(2) 使用利益返還が問題となる事案においては、不当利得債務者は、不当利得債権者の所有権（使用权）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。この“使用（使用利益）”が、「直接的・第一次的に取得したもの」であり返還の対象となる。

(3) 返還の対象である“使用（使用利益）”を算定するために、“出費の節約”構成を用いる。ただし、この構成を用いるのは、812条1項1文の「直接的・第一次的に取得したもの」の確定のためではなく、単に818条2項に基づく価値補償の算定のためにすぎない。“出費の節約”は通常の使用対価に基づいて算定されるべきである。

(4) 返還の対象となる“使用（使用利益）”はその性質上取得と同時に消滅するが、その利得は消滅しない。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、818条3項に基づく返還義務縮減は認められない。

そして、本節の検討対象である1972年の雑誌論文では、バーチュは、以下で詳しく検討するように、積極的に新たな私見を提示することはなく、これまでの私見に若干の修正・補足・補強を行うにとどまっている。

2 使用（使用利益）から使用可能性へ —私見の修正—

バーチュは、1968年の単著及びその翌年の雑誌論文においては、使用可能性の実行によって“使用（使用利益）”を取得する”と述べていたのに対して、本節第2・3款では、使用可能性の実行によって“使用可能性を取得する”と述べる。この点の相違については、相違の理由が明らかにされていないこ

と、812条1項1文と818条3項の関係自体には修正は見受けられないことなどから、バーチュの中では重要な相違とは認識されていないといえよう。

3 飛行機事件判決の事案におけるバーチュの類型論 —私見の補足—

バーチュは、飛行機事件判決の事案に則して、つぎのように私見を展開する。すなわち、812条1項1文における「直接的・第一次的に取得したもの」としてみなされるのは、出費の節約ではなく、むしろ飛行可能性という形で存在する、使用可能性そのものである。無賃乗客は実際に利用することによって飛行可能性を一人で実現しかつこれによって812条1項1文の「直接的・第一次的に取得したもの」を有する、と。

飛行機事件判決の事案は、運送給付の事案であり物の使用の事案ではない。それゆえ、バーチュ及びリーブの使用可能性論が飛行機事件判決の事案をどのように解決できるのかは、一つの論点と評価できよう。この点につき、バーチュは、飛行可能性と使用可能性を等しく捉えることによって、飛行機事件判決の事案も私見に基づいて解決できるようにした。

また、バーチュが主張するように、バーチュの私見によれば、BGH判決が抱える問題点、すなわち、“財産増加なき利得責任”を肯定することによって812条1項1文に基づく不当利得返還請求権の発生要件を無視又は修正するという問題点を解消することができよう。

4 818条2項に基づく価値補償の算定と出費の節約 —私見の修正—

818条2項に基づく価値補償の算定のために“出費の節約”構成を用いる、その“出費の節約”は通常の使用対価に基づいて算定されるというバーチュの見解は、1972年の雑誌論文においては見受けられない。その理由は、この見解には2つの重要な問題点が考えられるため、バーチュがあえて削除したと考えられる。その問題とは、“出費の節約”構成を用いることによってバーチュの私見とバーチュが批判する差額説との混同が生じること、また、“出費

の節約”の本来の意味からすれば、“出費の節約”構成から必然的に市場価格による算定が導かれないことが考えられる。

5 使用可能性の実行とフルーメの財産上の決定説 —私見の補強—

バーチュは、リープと同様に、フルーメの財産上の決定説を取り入れようとする。リープが財産上の決定説を掘り下げて検討していないのに対し、バーチュは、積極的に同説を用いて私見を補強しようとしている。その理由は、818条3項に基づく利得の消滅を認めないとする私見が強く批判されているため、私見の補強が可能な同説を利用しようと考えたのであろう。

しかし、財産上の決定説にも欠点がある。飛行機事件判決の事案を例に検討してみよう。バーチュによれば、無賃乗客は、飛行旅行契約に基づき飛行可能性を実行することによって、その飛行可能性を取得することができる。そして、この飛行可能性の実行が、フルーメの財産上の決定に該当する。しかし、その後、その飛行旅行契約の無効が判明する場合においては、その無効な飛行旅行契約に基づく飛行可能性の実行が果たして有効な財産上の決定と評価し得るのか。この点については、検討の余地があろう。