

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 (6) —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 5 節 バーチュの類型論 (以上 48 卷 2 号)
 - 第 6 節 グルスキーの類型論
 - 第 1 款 差額説の問題点—財産増加 (出費の節約) のない悪意不当利得債務者—
 - 第 2 款 差額説の問題点—出費の節約 = 間接的な結果—
 - 第 3 款 返還の対象 = 「取得したもの」 = 使用利益
 - 第 4 款 「取得したもの」という要件とヤコプスに対する批判
 - 第 5 款 類型論に基づく善意不当利得債務者・悪意不当利得債務者の返還義務の範囲と出費の節約の意義
 - 第 6 款 バーチュによる“利得の消滅”の制限
 - 第 7 款 「取得したもの」と利得の区別、818 条 3 項の勿論解釈
 - 第 8 款 コッペンシュタイナーの問題点—原物返還と価額返還の区別—
 - 第 9 款 リープの問題点—使用可能性の価値—
 - 第 10 款 不当利得債務者自身の物の使用によって得られたであろう財産増加
 - 第 11 款 グルスキーの類型論のまとめ
 - 第 12 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6節 グルスキーの類型論

第1款 差額説の問題点—財産増加(出費の節約)のない悪意不当利得債務者—

1 類型論によれば、法律上の原因の欠如を知った上で他人のものを使用する者は、818条2項に基づき、使用利益の客観的価値(これと同様のものの使用を認めてもらうために通常支払わなければならない金額)を補償しなければならない。たとえ他人のものの使用がこのような悪意不当利得債務者の利得にならなかったとしても、同様である。また、このように解釈することによって、飛行機事件判決が行った利得の擬制も必要なくなる⁽¹⁰⁹⁾。

2 これに対して、差額説はつぎのように反論するであろう。すなわち、不当利得返還請求権の発生には、不当利得債務者の善意・悪意を問わず、不当利得債務者の財産増加が必要である。したがって、悪意不当利得債務者に返還義務を負わせるには、一度はその悪意不当利得債務者の財産が増加していなければならない。また、この悪意不当利得債務者が818条4項・819条により利得の消滅を抗弁できないのは、一度生じた財産増加が後発的に消滅する場合のみに限られる。悪意不当利得債務者の財産増加が最初から全く生じなかった場合、財産増加の発生が818条4項・819条により擬制されるのではない、と。

3 しかし、この反論は受け入れられない。812条以下においては、利得(財産増加)は、善意不当利得債務者の返還義務を制限する818条3項においてのみ用いられる。818条3項の適用が問題となる場合を除けば、「取得したもの」(又は給付したもの)が常に問題になる。それゆえ、818条3項からつぎのことを読み取ることはできない。すなわち、財産増加(利得)の発生はすべての返還請求権の不可欠の要件であるべきであり、したがって悪意不当利

(109) Gursky, Ersparnisgedanke und Reserveursache im Bereicherungsrecht, JR 1972, 279, 282.

得債務者に対する返還請求権についても同様であるべきである、ということを読み取ることはできないのである⁽¹¹⁰⁾。

4 前述したように、差額説は、悪意不当利得債務者に返還義務を負わせるには一度はその悪意不当利得債務者の財産が増加していなければならない、と主張する。この主張に固執するあまり、差額説には、財産増加（出費の節約）のない悪意不当利得債務者は責任を免れてしまうという重大な問題が生じる。そこで、差額説は、財産増加のない悪意不当利得債務者に返還義務を負わせるために、つぎの4つの方法を考え出した。

(1) 出費の節約の規範化

“通常他人のものを使用する際に相当な対価を支払わなければならなかった場合”はすべて、悪意不当利得債務者は、実際に出費を節約したか否かにかかわらず“出費を節約した”と判断する。

(2) “他の方法で間に合わせていた”という抗弁の排除

悪意不当利得債務者がこのような対価を不当利得債権者に決して支払うことなく他の方法で間に合わせていたであろうという抗弁は、侵害者である悪意不当利得債務者には認められない。なぜなら、悪意不当利得債務者は、自分自身が作り出した状況に固執すべきであるからである (RGZ 97, 310 (311f.); BGHZ 20, 345 (355); BGHZ 22, 395 (400); BayObLG, NJW 1965, 973 (974)⁽¹¹¹⁾など)。

(3) 出費の節約の擬制

悪意不当利得債務者による出費の節約を擬制する⁽¹¹²⁾。

(4) 自分の行為に反した振る舞いの禁止

“自分の行為に反した振る舞いの禁止”により、悪意不当利得債務者による

(110) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 282.

(111) これらの判決の詳細は、拙稿・前掲注 (13) 59 卷 4 号 126 頁以下、6 号 113 頁以下、116 頁以下、119 頁以下を参照。

(112) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 280f.

抗弁を認めない⁽¹¹³⁾。

5 しかし、以上のような差額説の見解は、いずれにせよ不当利得債務者が善意の場合は完全に不適切で認められない。なぜなら、このような見解は、BGHが正当にも何度も認めている、不当利得法の最高命題に反するからである⁽¹¹⁴⁾。

また、不当利得債務者が悪意の場合であったとしても、以上のような差額説の見解は認められるべきではない。812条以下の規定の構成によれば、812-817条に基づく返還請求権発生の要件が満たされて初めて、返還義務の範囲を規定する818-820条を判断することができる。とりわけ818条3項は不当利得債務者が善意の場合の返還義務の制限を趣旨とする規定であるのに対して、818条4項・819条は不当利得債務者が悪意の場合の責任範囲に関する規定である。したがって、812-817条の個々の要件について、不当利得債務者の善意と悪意を区別して解釈することは、誤りであろう⁽¹¹⁵⁾。

第2款 差額説の問題点—出費の節約＝間接的な結果—

差額説は、使用利益の返還が問題となる事案においてつぎのように主張する。すなわち、812条1項1文の「取得したもの」は使用によって節約された出費である、と。

しかし、バーチュが主張するように、この出費の節約は、「直接的かつ第一次的に取得したもの」が不当利得債務者の財産に対して影響した間接的な結果にすぎない。したがって、この影響の現れ（間接的な結果）は812条の「取得したもの」ではないといえよう⁽¹¹⁶⁾。

(113) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 283.

(114) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 280f.

(115) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 281.

(116) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 280.

第 3 款 返還の対象 = 「取得したもの」 = 使用利益

類型論が、使用利益の返還が問題となる事案において「取得したもの」とみなすのは、使用利益そのものである。これは、“使用そのものに存在する利益のみ”を指している⁽¹¹⁷⁾。

したがって、使用による拡大利益の返還義務は、類型論から導かれることはない。また、類型論によれば、使用利益の価額返還義務は、818 条 2 項に基づき、取得した使用利益の客観的価値に制限される⁽¹¹⁸⁾。

また、「取得した」とは、「不当利得債務者が使用利益を受領する」ことを意味し、差額説が主張するように“不当利得債務者が使用利益を自らの財産に吸収する”こと、すなわち、不当利得債務者の財産増加を意味するのではない⁽¹¹⁹⁾。

第 4 款 「取得したもの」という要件とヤコブスに対する批判

類型論の見解は、完全に法律の文言と一致し得る。また、812 条 1 項 1 文の「取得したもの」という要件は、「取得したもの」が原物返還可能か (812-817 条) それともそれが不能である場合に「取得したもの」が金銭で算定可能か (818 条 2 項) のどちらかでなければならないことを意味する。他人のものの使用は、確かに原物返還できないが、いずれにせよ通常は、その使用は完全に金銭で算定可能である。

なお、実際に権原なく取得された場合であっても使用利益に金銭的価値が認められることは、100 条と関連する 818 条 1 項・987 条以下がすでに前提と

(117) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 281.

(118) なお、使用利益の意義・範囲については、拙稿「不当利得法における『使用利益』の意義 - 『使用利益』と消費利益・譲渡利益・営業利益の関係を中心に -」加藤新太郎ほか編『21 世紀民事法学の挑戦 加藤雅信先生古稀記念 下巻』425 頁以下 (信山社、2018 年) を参照。

(119) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 280f.

しているところである。それゆえ、使用は単なる出来事であり未だ財産上の価値のある財産では全くないというヤコブスの見解⁽¹²⁰⁾は適切ではない⁽¹²¹⁾。

第5款 類型論に基づく善意不当利得債務者・悪意不当利得債務者の返還義務の範囲と出費の節約の意義

類型論によれば、財産増加のない悪意不当利得債務者に対して常に、「取得したもの」の客観的価値の責任を負わせることができ、善意不当利得債務者に対しては、「取得したもの」によって生じた不当利得債務者の財産増加に限定して返還義務を負わせることができる。出費の節約は、この善意不当利得債務者の財産増加の範囲を判定するためだけに用いられる⁽¹²²⁾。

第6款 バーチュによる“利得の消滅”の制限

バーチュは、つぎのように主張した。すなわち、無形・無体利益を取得した悪意不当利得債務者にとどまらず善意不当利得債務者も、必ず常にその利益の客観的価値に基づいて返還義務を負う。なぜなら、ここでは、利得の消滅(818条3項)が概念的に不可能であるからである、と。この見解には、差額説が出費の節約を規範化する際に生じる前述の問題と同じ問題が生じる。すなわち、この見解は、818条3項に基づく不当利得法の最高命題に明らかに反することとなる⁽¹²³⁾。

第7款 「取得したもの」と利得の区別、818条3項の勿論解釈

818条3項において「取得したもの」(取得した無形・無体利益)が後発的に消滅し得るか否かは、重要ではない。なぜなら、818条3項が規定するのは、

(120) このヤコブスの見解については、拙稿・前掲注(15)44巻1号20頁以下を参照。

(121) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 281.

(122) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 281f..

(123) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 282. バーチュの見解については、本稿第3章第5節を参照。

「取得したもの」の消滅ではなく利得の消滅であるからである。「取得したもの」は、利得（「取得したもの」が不当利得債務者の総財産に及ぼす影響としての利得）と完全に区別されるべきである。

「取得したもの」による不当利得債務者の財産増加が後発的に消滅した場合、818 条 3 項は不当利得債務者の不当利得返還義務を排除する。したがって、取得した（金銭価値のある）無形・無体利益（他人のものの使用など）が最初から不当利得債務者の財産を増加させなかった場合は、なおのこと 818 条 3 項は不当利得債務者の不当利得返還義務を排除する（818 条 3 項の勿論解釈）。

ただし、ここで 818 条 3 項を直接適用することは不当であろう。なぜなら、818 条 3 項の文言は、明らかに後発的に消滅する出来事を前提としているからである⁽¹²⁴⁾。

第 8 款 コッペンシュタイナーの問題点—原物返還と価額返還の区別—

コッペンシュタイナー⁽¹²⁵⁾は、一方で不当利得法上の原物返還請求権の事案、他方では不当利得法上の価額返還請求権の事案において、818 条 3 項の効果メカニズムを区別することに気付いていない。価額返還請求権の事案においてのみ、返還請求権が、818 条 3 項に基づいて現存している利得の範囲に制限され、利得が現存していない場合には消滅する。それゆえ、価額返還請求権の事案のみにおいて、818 条 3 項の勿論解釈が適合し得る。

これに対して、原物返還請求権の事案では、当然 818 条 3 項の勿論解釈を認める余地はない。なぜなら、同事案においては、818 条 3 項の適用の余地がないからである（818 条 3 項の直接適用の範囲においても同様である）。つまり、「取得したもの」が原物返還可能である限り、不当利得債務者は常に返還義務を負い、不当利得債務者が 818 条 3 項の意味で利得しているか否かは

(124) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 282.

(125) このコッペンシュタイナーの見解については、本稿第 3 章第 2 節を参照。

重要ではない。「取得したもの」が無価値であるため不当利得債務者の財産を最初から増加させなかった場合であっても、「取得したもの」の原物返還は妨げられない⁽¹²⁶⁾。

第9款 リープの問題点—使用可能性の価値—

リーブはつぎのように主張する。すなわち、使用可能性は有償契約（例えば特許契約）の目的であり得るから、使用可能性そのものがすでに独立した財産上の価値を有している。また、単なる使用可能性の財産上の価値を認識するために必要なのは、飛行機を利用する権原が通常は有償で取得されるということである、と⁽¹²⁷⁾。

しかし、リーブは、深く考えることなく、適法な物の使用権に基づく使用可能性を違法に他人の物を使用する事実上の可能性と同一視するが、これらは異なるものであろう⁽¹²⁸⁾。

第10款 不当利得債務者自身の物の使用によって得られたであろう財産増加

1 不当利得債務者の財産増加は、812-817条における不当利得返還請求権発生のための一般的要件ではなく、818条3項において不当利得債務者が善意である場合に限りて求められる1つの要件にすぎない。また、「取得したもの」によって不当利得債務者の財産が最初から増加していなかった場合、818条3項の勿論解釈によって不当利得債務者の返還義務が排除される。これに対して、不当利得債務者が悪意であれば、「取得したもの」によってその悪意不当利得債務者の財産が増加しなかった場合であっても、その悪意不当利得債務者は、常に「取得したもの」又はその客観的価値（818条2項）の返還義務を負う⁽¹²⁹⁾。

(126) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 282f.

(127) このリーブの見解については、本稿第3章第3節第2款を参照。

(128) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 281.

2 以上のことから、後述する“不当利得債務者自身の物の使用によって得られたであろう財産増加”の問題が簡潔かつ説得力をもって解決される。

不当利得債務者が他人の物の使用によって法律上の原因なく自らの財産を増加させたが、このような他人の物の使用によって生じた不当利得債務者の財産増加を、同じように不当利得債務者自身の物の使用によっても取得できたであろう場合には、818 条 3 項において（最初から）不当利得債務者の財産は増加していないといえる。

この事案においては、不当利得債務者の財産の増加は「取得したもの」（不当利得債権者から取得した使用）が無かったとしても生じたから、法律上の原因なく「取得したもの」（使用）は、最初から不当利得債務者の財産増加（利得）をもたらしたとはいえない。この場合、不当利得債務者が善意である事案においては、前述された 818 条 3 項の勿論解釈が、不当利得債務者の返還義務を排除する。

この結論は妥当である。すなわち、善意不当利得債務者は、使用利益を（いづれにせよ使用利益の客観的価値を上限に）他の方法（自分のものの使用）でも取得することができた。それにもかかわらず、不当利得債権者に返還する義務を負うとするならば、その善意不当利得債務者の財産状態は、不当利得債権者の使用の取得がなかった場合よりも明らかに悪化するであろう。このことは、すでに何度も言及された不当利得法の最高命題に反するだろう。

これに対して、悪意不当利得債務者は、自分自身の物の使用によって得られたであろう財産増加を引き合いに出すことはできない。なぜなら、悪意不当利得債務者は、全く利得しなかった場合であっても、「取得したもの」又はその客観的価値（818 条 2 項）の責任を負うからである⁽¹³⁰⁾。

(129) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 283.

(130) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 283.

第 11 款 グルスキーの類型論のまとめ

1 812 条 1 項 1 文の「取得したもの」と 818 条 3 項の「利得」は、概念上厳格に区別されるべきである。

2 この「取得したもの」であり得るのは、抽象的な財産差額（出費の節約など）ではあり得ず、具体的な利益でしかない。この「取得したもの」は、客体でも非客体でもあり得る。非客体利益として問題になるのは、使用利益等である。その利益が非客体の性質でありそれゆえ原状回復できない限り、その利益には金銭的価値がなければならない。「取得したもの」が原物返還できる限り、その「取得したもの」が算定可能な金銭的価値を有する必要はなく、また、不当利得債務者の財産が増加したことは必要とされない⁽¹³¹⁾。

3 善意不当利得債務者の返還義務は、818 条 3 項によって善意不当利得債務者の財産増加に制限される。この場合、つぎのことは重要ではない。すなわち、「取得したもの」によって生じた財産増加が後発的に消滅したのか（818 条 3 項の直接適用）、又はその財産増加が最初から生じていなかったのか（818 条 3 項の勿論解釈）は重要ではないのである⁽¹³²⁾。

善意不当利得債務者が、法律上の原因のない受領によって生じさせた財産増加をもしこの受領が無かったとしても生じさせていた場合には、818 条 3 項によって、その善意不当利得債務者の返還義務は排除される。取得した（原物返還不能の）利益を市場価格より安く調達する可能性が善意不当利得債務者にあった場合、818 条 3 項によって、善意不当利得債務者はもっと有利な調達価格の範囲内でのみ返還義務を負うことになる。これに対して、受領時に悪意である不当利得債務者は、もっと有利な調達可能性などを引き合いに出してはならない⁽¹³³⁾。

(131) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 285.

(132) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 285.

(133) Gursky, a. a. O., JR 1972, 279, 285.

第 12 款 検討

1 グルスキーが 1969 年に公表した雑誌論文

グルスキーは、1969 年に “Gursky, Nochmals: Kraftfahrzeugvermietung an Minderjährige, NJW 1969, 2183, 2184.” という雑誌論文を公表し、この中で、使用利益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⁽¹³⁴⁾。そして、その 2 年後に飛行機事件判決が出され、さらにその翌年の 1972 年にこの判決を契機にグルスキーによって書かれた論稿が、本節の検討対象である。

グルスキーが 1969 年の雑誌論文の中で主張した私見は、主につぎの 4 点である。

- (1) 返還の対象を 812 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」を不当利得債務者の財産状態ではなく取得した利益自体と捉える。
- (2) この利益が不当利得債務者に財産増加をもたらしたかどうかの問題は、818 条 3 項によって初めて考慮される。
- (3) これらの方法によれば、悪意不当利得債務者が他の出費を節約しなかった場合であっても、その悪意不当利得債務者に使用利益の客観的価値の補償責任を負わせることができる。
- (4) 後発的利得消滅事案か原始的利得無発生事案かにかかわらず、利得の消滅を認めないバーチュの見解は 818 条 3 項に反する。

そして、グルスキーは、本節の検討対象である 1972 年の雑誌論文では、以上の 4 つの私見を礎に議論を展開する。

(134) グルスキーによって書かれた雑誌論文の詳細については、拙稿・前掲注 (15) 44 卷 3 号 2 頁以下を参照。

なお、グルスキーはリーブ、カナーリス、バーチュと同じ類型論者であるため、これらと類似する主張が散見される。以下では、グルスキー独自の議論に焦点を当て、検討を加えていくことにしたい。

2 差額説の問題点—財産増加（出費の節約）のない悪意不当利得債務者—

まず、グルスキーは、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返還義務を負わせることができないという差額説の問題点について意欲的な検討を行う。

不当利得返還請求権発生の要件として財産増加を主張する差額説に対して、グルスキーは、前述の(1)～(3)の私見に基づき否定する立場に立つ。

さらに、出費の節約の規範化、“他の方法で間に合わせていた”という抗弁の排除、出費の節約の擬制、自分の行為に反した振る舞いの禁止という差額説の主張に対しても、不当利得債務者が善意の場合は、不当利得法の最高命題に反することを根拠に否定の立場をとる。また、不当利得債務者が悪意の場合であっても、前述(1)・(2)に基づき、不当利得返還請求権発生(812-817条)においては不当利得債務者の善意・悪意を区別しないことを根拠に、否定の立場をとる。

以上のグルスキーによる差額説批判に対して、差額説が有効な反論をすることは困難であろう。

3 「取得したもの」の原物返還と価額返還、コッペンシュタイナー批判

グルスキーは、812条1項1文の「取得したもの」につき、その原物返還と価額返還に区別した上で、「取得したもの」は原物返還可能か(812-817条)それともそれが不能である場合に「取得したもの」が金銭で算定可能か(818条2項)のどちらかでなければならない、という。このようなグルスキーによる整理は、従来の類型論理解をさらに促進させることになろう。

また、原物返還が不能である場合にのみ818条3項の適用が問題となるか

ら、グルスキーによるコッペンシュタイナー批判には、説得力があるといえよう。

4 818条3項の勿論解釈

類型論は、原始的利得無発生事案において不当利得債務者が善意である場合、818条3項に基づいて、不当利得債務者の返還義務を排除すると主張してきた。

これに対して、差額説は、818条3項は後発的利得消滅事案を前提にした規定であることを根拠に、原始的利得無発生事案においては818条3項の適用を否定してきた。これは、差額説による、有力な類型論批判の1つであった。

そこで、グルスキーは、“818条3項の勿論解釈”を根拠にすることにより、原始的利得無発生事案においても818条3項の適用が認められることを積極的に根拠付ける。

このグルスキーの主張は、類型論の弱点克服のための有力な根拠になりえよう。

5 リープの問題点—使用可能性の価値—

グルスキーは、使用可能性の価値を考える上で、適法な物の使用権に基づく使用可能性と違法に他人の物を使用する事実上の可能性とは異なるものと捉え、リープを批判する。

しかし、“違法に他人の物を使用する事実上の可能性”に価値が全くないとはいえず、また、適法な場合の使用可能性の価値を基準にすることなく、違法な場合の使用可能性の価値算定は不可能といえよう。

6 不当利得債務者自身の物の使用によって得られたであろう財産増加

善意不当利得債務者は、使用利益を（いずれにせよ使用利益の客観的価値を上限に）他の方法（自分のものの使用）でも取得することができた。

グルスキーは、このように複雑で理解が困難な事案を想定した上で、818条3項に基づく返還義務縮減の可否につき検討を行い、不当利得法の最高命題に則った適切な結論を導いている。原始的に利得が発生していない事案が具体的にどのような場合であるかを考察し、想定される各事案につき818条3項の適用がいかに行われるかは、今後研究されるべき課題の1つである。それゆえ、グルスキーの以上の検討は、カナーリスの研究とともにその課題克服の一助となろう。