HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	侵害不当利得法の現状 : 代償請求と利益の返還 (Gewinnherausgabe)
Author(s)	藤原, 正則
Citation	北大法学論集, 44(6), 170-196
Issue Date	1994-03-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15557
Type	bulletin (article)
File Information	44(6)_p170-196.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

侵害不当利得法の現状

――代償請求と利益の返還（Gewinnherausgabe）――

藤原正則

1　本稿は、Horst Heinrich Jakobs, lucrum ex negotiatione, Kondiktionsrechtliche Gewinnherausgabe in geschichtlicher Sicht J. C. B. Mohr, 1993 の内ローマ法研究にあてられた本論を除く、結章「現代の不当利得法の下での利益の返還（Gewinnherausgabe in heutigen Kondiktionsrecht）」に対してコメントすることを目的としている。

ヤコブスは、その研究の始めから不当利得法の領域を主なテーマとするローマ法学者であるが、[1] 現代のドイツの不当利得法の通説（ヴィルブルグ・ケメラー説）[2] とは、その基本的態度を異にする。通説は、侵害不当利得を「割り当て内容（Zuweisungsgehalt）」を持った権利の侵害により成立し、しかもその効果は侵害された権利の客観的価値（Objektiver Wert）、即ち市場での取引価格（Verkehrswert）と理解する。[3] だから通説は、割り当て内容説（Zuweisungstheorie）とネーミングされ、[4] 例えば無権利者が他人の物を有効に処分した場合も、無権利者の権利者への返還義務は「売得金（Erlos）」ではなく物の市場価値を指示する。これに対して、ヤコブスは、違法な行為により取得した利益（Gewinn）を剝奪

(abschöpfen)することが不当利得制度の目的であるとして、利得債務者に対して侵害された物の市場価格を超えた利益乃至は売得金の返還を命ずるのである。だからこの立場は、通説（割り当て内容説）との対比で、違法性説(Rechtswidrigkeitstheorie)と呼ばれる。(5)

本書でもヤコブスは、„lucrum ex negotiatione（法律行為による利益）“――ここに前述の「売得金(Erlös)」も含まれる――に関するローマ法源(Paul. 16 quaest. D. 18, 4, 21)の解釈を契機として、通説を批判する。ヤコブスは右のパウルスの法文を検討した上で、現在の通説は「法律行為による利益」と「物による利益(lucrum ex re)」の分類という長期に積み重ねられた誤解の伝統の上に成立しているとする。さらにヤコブスは、履行不能により債務者が取得した代償物(Ersatz)の返還を規定するＢＧＢ二八一条――現在の通説的見解では、代償物には「物による利得(lucrum ex re)」(例えば、第三者に対する損害賠償請求権、損害保険金)のみならず、「法律行為による利益」も含むとされている)――を侵害取得(Eingriffserwerb)の観点から基礎づけられたシュルツ(Fritz Schulz)――ヤコブス自身の学説の背景となっている――は、同条及び「法律行為による取得」を正しく位置づけていると再評価する。また、(侵害不当利得のみならず)不当利得の効果一般につき、利得債務者が「取得したもの(das Erlangte)」の客観的価値――これが通説の立場である――ではなく、利得債務者の財産状態に生じた差額に従って主観的に(subjektiv)算定するという学説――通説の客観的価値概念に対し「主観的価値概念(Subjektiver Wertbegriff)」を言う――が広がりつつある。この主観的価値説に依れば、売得金、即ち「法律行為による利得」も当然不当利得返還請求の対象となるのであるが、これもヤコブスは、シュルツ及び自己の学説と軌を一にしたものであるとする。(6)

他方でヤコブスが批判の対象とするのはケメラー説であるが、主な標的となっているのは、主観的価値説に対して通説（ケメラー説）の護教的立場から書かれた、ラーレンツ(Karl Larenz)の論文(Zur Bedeutung des „Wertersatzes“ im

Bereicherungsrecht, in F. S. für Ernst Caemmerer, 1978, S. 209ff) である。ヤコブスが本書で企てたパウルスの法文の検討及びその解釈ではなくヤコブスがローマ法文から引き出した帰結と現代法とを対照するのが本稿での筆者の役割であろう。そこで以下では、まず右でふれたドイツの学説状況をヤコブスの主張を理解するのに必要な限りで概観することとする。

2　ヤコブスの学説乃至は本書の執筆の第一の契機となっているのは、シュルツを嚆矢とする違法性説である。シュルツは不当利得法一般につき一元的な請求の基礎を求め、しかもその根拠を利得債務者の侵害行為の違法性に求めた。たとえ過責はなくとも他人の債権、所有権、無体財産権を違法に(widerrechtlich)侵害した者は、それによって取得した利益を返還する必要がある。そして、このような侵害による取得(Eingriffserwerb)が一般的な不当利得の規定（BGB八一二条―八二二条）さらにBGB二八一条（代償請求）、八一六条（無権利者による他人の物の処分）等に基づいて基礎づけられる、というのがシュルツの構想であった。(7) だからシュルツの学説は、不当利得を類型的に――請求権の基礎を利得の不当性に従って、契約の巻き戻したる給付不当利得と侵害不当利得を中心とする非給付不当利得とに分けて――考察する現在の通説とは、一元的に違法性を不当利得の根拠とする点、及び効果論では客観的価値賠償を出発点とする通説と利益（例えば、売得金）の返還を指示する点で異なっていた。しかし、他人の物を無権限で利用、費消、処分する、不法行為とも競合するような侵害不当利得の局面とは異なり、給付受領を即座に違法と言うことは妥当ではない。(8) 又、禁止規範に抵触した違法な行為によって利益をあげたときも、総てこれが不当利得返還請求の対象となる訳ではない。例えば、他人の営業の讒謗によって他人の売り上げを減少させ自己の利益を増大させた場合。(9) だから違法性説は不当利得一般の理論としては現在では克服されたと考えられており、侵害不当利得の基礎づけとして言及されるに

すぎない。[10] 又、シュルツの系譜を引く（違法性説の論者とされる）者も侵害行為それ自体よりも、侵害の対象となる権利乃至利益の内容に注目するに至っている。[11] 例えば、ヤコブスも、シュルツを出発点としながらも、そのままの形でシュルツの説を貫徹することはできずかつ時代遅れであるとし、違法な行為による財貨増大が総て不当利得となるのではなく、他人の権利の侵害によって得た財貨の増大でしかもそれが侵害された権利が帰属する者に対して不当(ungerechtfertigt)な場合に不当利得であると言う。[12] だから違法性説の妥当するのは専ら侵害不当利得の局面に収斂され、侵害される権利内容の吟味へと重点が移ってくる。違法性説は、通説が侵害不当利得の成立するのは割り当て内容を持った権利の侵害――具体的には、絶対権、その他の権利――に限られると説くことを、結論から効果を引き出すもので「空虚な定式」であるなどと批判する。[13] しかし違法性説でも、一般に侵害不当利得の成立する局面を限界づけるような定式が用意されている訳ではない。むしろ違法性説の論者（シュルツ、ヤコブス、ヴィルヘルム）[14] の主張の目的乃至実益は、割り当て内容を持った権利、即ち絶対権にふさわしい保護が与えられるべきか否かが限界線で争われている、無体財産権、商標権、営業権等の局面に不当利得法上の保護を広げていくことにあったと言える。[15] だから侵害不当利得の要件論では違法性説は割り当て内容説に接近してきているとか、割り当て内容説を補完してきたとも評されている。[16] ただ効果論では、本書でもヤコブスが強調するように、不当利得を不法行為との対比(Umkehrung des Schadenersatzgedankens)で捉え、利得債権者の損失ではなく利得債務者が違法な行為によって取得した利益を返還の対象として指示するという違いが残っている。但し、違法性説、例えばヤコブスは、割り当て内容という定式からは客観的価値賠償という積極的な帰結は導出できないと批判するが、違法性説の側から侵害行為による利得保有は不当であるという以上の説得的な効果論が展開された訳ではなかった。却って、通説の側から、利益の返還は、不当利得とは根拠を異にする、他人の権利の故意の侵害、具体的には準事務管理の視点からだけ基礎づけられるという、比較法的視点

からの反論が返ってきたのであった。[17] その意味で、違法性説は、侵害不当利得を不法行為との連続性で捉える――そして、これが絶対権の反動的請求という通説の侵害不当利得の基礎づけへと連続していくと想像される――という功績はともかく、[18] 不当利得一般の理論としては、通説に対比される地位を失っていたと言えよう。

3　ところが、違法性説とは異なった系譜から――専ら効果論から――、不当利得返還請求の効果は、利得が利得債務者にもたらした具体的な財貨の増大という意味で主観的に算定さるべきであるという論者が現われ、現在ある程度の広がりを持つに至っている。しかも、この主観的価値説は、一方で不法行為は被害者に発生した損失(Nachteil)の塡補を目的とし、他方で不当利得は利得者の取得した利益(Vorteil)を剝奪することを目的とすると説く。だから不当利得は不法行為の反対形相である(Umkehrung des Schadenersatzgedankens)という認識に立つ点で、主観的価値説は違法性説と軌を一にする。ヤコブスは、思わぬ所から新たな援軍を得たのである。主観的価値説の主な提唱者は、コッペンシュタイナー(Hans-Georg Koppensteiner)とレープ(Harmut Reeb)であるが、以下ではまず――時期的にも先行し、不当利得一般の効果として主観的価値概念を指示する――コッペンシュタイナーの見解を紹介する。

不当利得返還請求の効果にあてられたBGB八一八条一項は現物返還更に収益(Frucht)及び代位物(Surrogat)への請求の拡大を、同二項は現物返還不能の際の価値賠償(Wertersatz)、三項は利得債務者が善意の場合の現存利得への返還義務の制限(同四項及び八一九条は訴訟係属及び悪意の利得債務者の責任)を定めている。[19] コッペンシュタイナーの基本的なアイデアは、価値賠償を定めたBGB八一八条二項の規定は不当利得の効果を規定する独自の規範的意味を持たないということを出発点とする。そこから同条一項、三項の清算の原則と調和するよう二項は解釈さるべきであると彼は主張する。ところで同条一項は返還請求を収益、代位物にまで広げているという意味で債務者に不利であり、三項は

請求を現存利得に限っている点で債務者に有利である。しかし、いずれの場合でも不当利得返還請求は利得債務者を利得移動がなかった場合よりも貧しくしてはならないという最高次の原則は貫徹されているのであり、その意味から（独自の規範を含まない）二項の価値賠償は、当初から利得債務者の財産上の差額に即して主観的・具体的に把握さるべきだ、というのが彼の主観的価値概念導出の骨子である。[20] その上で彼は幾つかの事例を挙げて、通説を批判する。第一は、いわゆる「押しつけ利得(aufgedrängte Bereicherung)」――例えば隣接した農地を錯誤によって耕作した農夫が隣接地の所有者に対して、労務の市場価値（客観的価値）に即して価値賠償を求めることは、不当であろう――の取り扱いである。ここでは客観的価値賠償を前提とした様々の解決はいずれも挫折しており、利得を利得債務者の財産計画に即して具体的に（その意味で、主観的に）決定する他はない。[21] 第二は、無効な契約に基づいて給付された物が売却された場合の価値賠償のあり方である。通説はここで善意の利得債務者に対して、目的物の市場価値を上回る売得金の返還を認めない。しかしコッペンシュタイナーは次の様な論拠から売得金の返還を認めるべきであるとする。まず八一八条二項、三項の示すリスク分配である。即ち一方で市場価格より安価で物が売却された場合も債権者はその売得金の返還請求に甘んじなくてはならないのだから、他方高額な売得金を請求できるという、損失と利得を挙げる機会のバランスが画られるべきである。次に、履行不能の場合に代償請求を定めるＢＧＢ二八一条は、売得金の返還も認めており、同条と八一八条二項とのバランスからも売得金の返還は首肯さるべきである。最後は無権利者による他人の物の有効な処分（例えば、第三者の善意取得）を定めた八一六条一項一文は、無権限者の原所有者への「処分により取得したもの(durch die Verfügung - Erlangten)」の返還義務を指示するが、ここでは売得金が返還請求の対象とされる。確かに契約に基づいて給付された物の所有権は（無因原則により）利得債務者に移転し無権利者の処分とは状況が異なっているようにも見える。しかし債務者の所有権取得は第三者との関係でだけ意味を持ち、契約当事者間での利益状況は八一六条一項一

文の場合と変わりはない。だから、ここでも八一八条二項は八一六条一項一文の評価と調整さるべきである。[22] 第三は、他人の権利の利用・費消の場合の処理である。ここでも通説は「出費の節約」という理論で善意ではあるが無権限で他人の権利対象を利用した者に、利用の市場価格の返還を命ずる。しかし、やはりここでもコッペンシュタイナーは、何故実際上客観的価値相当の利用ができなかった債務者に現実の利得以上の賠償義務を課すのか、又他方市場価値を超えて利得した利得債務者から利益を剝奪できないのか、という疑問を呈示する。[23] 以上のような損失と利益の分配という視点は、悪意の利得者にも妥当する。しかし悪意の利得者は――不当利得でも信義則の適用は排除されないから――自己の行為に矛盾する主張は許されず(venire contra factum proprium)市場価値以下の利益しかあげられなかったという主張は許されない。[24] だからコッペンシュタイナーの主張は、損失と利益のバランスという利得当事者間の危険分配のルールを定立するが、主な問題関心は個別的問題の解決に向けられたものといえる。

レープもコッペンシュタイナーを援用して主観的価値説に与する。レープもBGB八一八条三項が「不当利得返還請求権は利得債務者に損害を与えてはならない」という不当利得の最高次の原則を表現しているという点から出発し、そのことから一方で利得債務者の下での利得消滅の危険を利得債権者が甘受するなら、他方で利得債権者は債務者の取得した利益(Gewinn)の返還も許されるべきだとする。即ち損失の危険(Verlustsrisiko)と利得の機会(Gewinnchance)はバランスがとれていなくてはならないという危険分配(Risikoverteilung)がはかられる。[25] そしてその点から、八一八条二項の価値賠償は主観的に算定さるべきであると主張する。このような命題に依拠するレープが、他人の物の処分、無体財産権の侵害で客観的価値(市場価値、ライセンス料)以上の賠償を原則として認めない通説を批判し、利益の返還を主張することは当然であろう。[26] 又、他人の権利内容の無権限の利用のケースでは、市場価値相当の利益をあげなかった債務者に通常の使用料の返還義務を課すことも、彼のいう不当利得の最高次の原則に反する。[27] 悪意者が現存利得への返

還請求の縮減を主張できないことが信義則によることは、レープもコッペンシュタイナーと同様である。但し、レープがコッペンシュタイナーと異なるのは、以上のような危険の分配は、当事者間に契約関係の存在しなかった非給付不当利得の局面にだけ妥当するのであり、特に双務契約の巻き戻しが問題となる給付不当利得では当事者の意思によって排除されているとする点である。たとえ無効となっても双務契約が締結されたことにより、利得債権者、利得債務者双方で自由に「財産上の決定(vermögensmäßige Entscheidung)」がなされ、その限りでＢＧＢ八一八条二項の危険分配は排除されている。給付当事者の財産上の決定とは、自己の給付（例えば、売買価格）の代りに自己の財産の一部として反対給付（商品）を受領するということである。このような経済的処分は、利得債務者は自己の財産の内に生じた誤算を利得債権者に移動することは許されないという意味で、契約の両当事者に帰責(zurechnen)される、というのである。[28] だから、レープに依れば無効の売買契約に基づいて給付された場合の目的物の転売利益は認められない。又、契約に基づいて労務及び物の利用が移転された場合は、返還の対象は給付された労務、物の利用自体であり、その客観的価値に依る。[29] 但しレープも契約による財産上の決定の契機が欠如する場合、即ち未成年者、錯誤による契約の取消では、一般原則に戻って価値賠償は具体的・主観的に決定さるべきことになるとする。[30] 要するにレープはコッペンシュタイナーの提唱する危険分配を整理した上で、給付不当利得の局面では当事者の意思的モメントによってこれを制限づけたものと言える。その結果、レープの認める利益の返還は侵害不当利得の局面においてだけ成立する。それ故、コッペンシュタイナーとは異なり、レープはＢＧＢ二八一条を利益の返還を基礎づける為に参照してはいない。

4　このような主観的価値説は、ドイツの不当利得法学説に少なからぬ賛同者を見い出した。[31] 勿論、全面的に多くの学説が主観的価値説に鞍替えした訳ではない。具体的に参照される局面は侵害不当利得、しかも多くは押しつけ利得[32]の

解決においてである。他人の物を無権限で処分した場合、物の市場価格の返還義務を課すかそれともこれを超える売得金の請求をも認めるかは、評価の分れる余地があろう。さらに、押しつけ利得の事例では、客観的価値賠償を認めるのは明らかに不当である。そうだとすれば客観的価値賠償を何等かの形で操作する他はない。だから、主観的価値概念は、個々の問題解決では学説全体に一定の影響を与えたのである。そのような状況にあって、通説の立場から反論を加えたのが、ゲェツケ(Heinrich Goetzke)[33]及びラーレンツである。ゲェツケの反論は方法論的、理論的なものであるが、ラーレンツはゲェツケの論文を継けて書かれたものであり機能的であり、立法者意思にも言及している。そこでここでは、ヤコブスの議論との対照という意味でもラーレンツの議論を紹介する。

ラーレンツは、主観的価値説は個別的問題の解決への努力から生じたことは明らかであると位置づける。しかし、具体的妥当性を指向する余りに無用に議論を込み入ったものにする必要があるのか、又、主観的価値説の説く解決が本当に妥当なものかと疑問を投げかける[34]。その上でラーレンツは、三つの側面から問題を検討する。第一は、立法者意思である。第一次委員会は価値賠償の議論で、返還義務は給付の通常の価値(gemeinen Werts der Leistung)の補償であると理解しており、これは「通常は給付されたものの価値が受領者の財産に移行するという推定から」出発していた。その上で現行BGB八一八条三項の利得消滅の証明が債務者に留保されている。更に、返還義務が通常の（客観的）価値を超える利益をも含むかという問題も、現行八一八条一項にあたる規定が第一次草案では「返還及び価格賠償の義務は、受領者が給付されたものから取得したものに及ぶ」とされていたのが、第二次委員会で現行規定の文言に改められたという事情がある。その理由は、「利得者が取得した対象の自由な処分によって取得したものに返還乃至価値賠償は及ばないこと、このような取得に関しては価値賠償だけが問題となることを、はっきりさせる為」である。ラーレンツはこの事情は立法者が法律行為による利益(lucrum ex negotiatione)が返還対象となると誤解されることを恐れたからであ

る、としている。又、文言通り解せば売得金も返還対象となりそうなBGB八一六条一項一文も、本来物権法に置かれていた規定であり、第二次草案では「取得されたものは、不当利得の規定に従って」返還する、とされていた。そこで同条を不当利得の下に組み入れる際に、このような関係づけが不要とされた、とラーレンツは推測する。だからこのような立法事情に鑑みれば、同条でも売得金ではなく客観的価値賠償を指示するケメラー説が妥当だと言うのである。[35] ラーレンツの持ち出す第二の論拠は、判例の態度である。RGは給付不当利得の事例でも侵害不当利得の局面でも、客観的価値賠償を指示してきたし、BGHもこれに従った、とラーレンツは評価する。[36] さらにラーレンツは主観的価値説を要約した上で、ゲェツケの同説に対する批判は、BGB八一八条二項の価値賠償の性質決定に同条三項を関係させるという、同説の骨格に向けられたもので、肯綮にあたると評価する。但し、ラーレンツは、当面主観的価値説と客観的価値説の優劣は、未だ決定していないと言う。[37] そこで彼は、第三に客観的価値説に依っても主観的価値説の目指す事案の解決が導き出せないのか、又後者が前者より本当に妥当な解決をもたらすのかの検討に移る。ラーレンツはこれを客観的価値が主観的価値より低い場合と高い場合に分けて検討する。まず前者では、無効な売買契約に基づいて給付された物の再譲渡による売得金（lucrum ex negotiatione の問題）と他人の物の無権限の利用のケースである。ラーレンツは、ここで四つの論点を検討している。一つは、客観的価値賠償とBGB八一六条一項一文との矛盾は、同条の制限解釈により回避できること、及びそれを先に示した立法事情も支持することの確認。二つは、通説の割り当て内容説からも客観的価値賠償という効果が論理的に導かれる訳ではないが、他方不当にあげた利益の剥奪という主観的価値説からもやはり利益の返還は直ちには導出されないという点の指摘である。即ち、利益は物の所有権からではなく法律行為から生じたとも言えるからである。又、債権者自身では挙げることのできなかった利益を剥奪することが妥当か否かも問題とさるべきだとする。[38] 三つ目は、主観的価値説の言うリスクの分配への批判である。主観的価値説は現存利得への返還義

務を制限するＢＧＢ八一八条三項は債務者を優遇しているから、他方利益の剝奪が許さるべきだと説く。しかし同条の主旨は、自己の財貨取得に法律上の原因がある(rechtsbeständig)と考えた債務者を、取得したものの減価というリスクから保護するという立法的判断に基づいている。要するに善意の債務者に対しては債権者の負担においてリスクの分配を企てているのが立法者意思であり（だから、悪意の利得債務者は利得消滅を主張できない）、主観的価値説のリスクの分配法則はあたらない、とするのである。[39] 最後が、ＢＧＢ二八一条との矛盾である。ラーレンツはここでも返還請求の範囲から lucrum ex negotiatione を排除するという立法者意思を持ち出し、ＢＧＢ二八一条に対して特別法であるＢＧＢ八一八条一項の解釈を改める必要は認めないと言う。その上で考え得るのは、せいぜい悪意の利得債務者につきＢＧＢ八一八条一項で返還の対象となる代償物にＢＧＢ二八一条を準用する可能性が有るにすぎず、同条を八一八条二項の価値賠償と関係づけるのは誤っているとする。[40] 次に客観的価値が主観的価値より高額な場合である。ここで問題とされるのは、無権限の他人の物の利用、無効の契約に基づく労務、運送の給付を受けたケース、及び押しつけ利得の事例である。前者のケースでは、判例は利得債務者の出費の節約が利得であり、かつ実際には出費を節約しなかったとの債務者の抗弁を排斥するという態度を判例はとってきたが、現在の通説では取得した利益それ自体が利得であるとされていることをラーレンツは指摘する。[41] だから、実際に収得した利益の返還を目指す主観的価値説は、ここでも拠り所を失うというのであろう。その上でラーレンツは、有体ではない物の利用、労務の給付等の利得移動について次の様に指摘する。物の利用、労務の給付では、当初から債務者の財産の増加（出費の節約）という形でしか利得移動現象が捕捉できない。これは有体物の財貨移動のように、後に債務者の下で生じた事情によって利得消滅する場合とは異なっている。そして、このことが主観的価値説の論者を、客観的価値賠償は利得債務者に損害を与えるという誤解に導く。しかし、善意の利得者にはＢＧＢ八一八条三項の利得消滅の抗弁により妥当な結果を与えることができる。その結果、同条は利

得移動後の債務者の下での利得消滅だけでなく、――立法者の予定していなかった――当初より利得が発生しない場合にも適用させる。しかし、悪意の利得者に信義則を持ち出して客観的価値賠償を与える主観的価値説より、このような通説の方が優っている、[42] とラーレンツは説く。最後の押しつけ利得の解決では、勿論ラーレンツも価値賠償を債務者の具体的・主観的財産計画に即して把握することに賛成する。但しラーレンツの言うには、ここで客観的価値賠償を出発点としないのは、利得債権者が無権限で「利得者」の権利領域及び財産計画に干渉したが故に、財貨移動の結果が利得債務者の財産計画に照せば抽象的利得移動以下になる危険を引き受けなければならないからである。かつこの評価を実現するのは、ＢＧＢ八一八条二項の価値概念自体の操作ではなく同条三項の利得消滅を当初より利得の生じなかった場合にも適用すれば、足るとする。[43] 以上の考察からラーレンツは、悪意の侵害者に対してはＢＧＢ六八七条二項（準事務管理）を適用して、売得金（利益）をも剝奪するという途を除いて、ＢＧＢ八一八条二項の価値は客観的に算定すべきであるとする。

5　以上のような状況を前提に、法律行為による利益(lucrum ex negotiatione)のローマ法源に遡って検討し、通説を批判しようというのがヤコブスの本論での試みであった。結章でヤコブスはシュルツの体系は、「損害賠償請求の反対形相(Umkehrung des Schadenersatzgedankens)」であり、この構想を不当利得法で貫徹する為には、lucrum ex negotiatione を実定法上の規定が存在する場合は別として、原則として返還請求の対象となる利益(Vorteilen)から除くというイメージの克服に向けられたものであったする。[44] そして本論でのパウルス法文の検討と、シュルツの構想を次の様に結びつける。有体物乃至他の財貨の利用(Verwendung)から獲得した利益(Vorteil)に関するパウルスの法文は、給付を約束した物の処分によって利益をあげたケースを扱っていた。パウルスによると、このような取得が物の給付約束

に基づいて返還義務の範囲に入ってくるのは、約束が利得返還に関係させうる場合だけである。物及び物の喪失によって債務者のもとにあるもの、即ち第三者に対する物の追求権（actio）――更にそれ以上の――物の代償として給付すべきもの、又は給付されたものに関係している、というのである。だから、物を給付するという約束は、即座に物の収益(Nutzungen)にも売得金(Erlös)にも及ぶものではない、とヤコブスは言う。[45] だから、収益は物から生じる(ex re)――鉱山から鉱石が出てくるようにとシュルツが茶化して言ったように――、他方売得金は人間の投機行為(Spekulationstätigkeit)に負うという、経済的には笑うべき見解は、決してローマ法的でもなく、パウルスの見解でもない、[46] というのがヤコブスの考えである。ヤコブスは、こういった考え方は、パウルスのD. 18, 4, 21の誤解に基づいており、しかもその誤解の又聞きによってドイツ法に定着したものだと評する[47]（以上が本論でのヤコブスの検討の中心であろう）。だからヤコブスによれば、収益の返還を命ずるにもかかわらず、他方売得金を法律行為からの利得であるとして退けるという分類自体が、そもそも立論の根拠とはならない、ということになろう。

そこでヤコブスは前述のラーレンツ論文が、主観的価値説をシュルツの「損害賠償の反対形相」という不当利得の位置づけの発展である点に言及していない点を指摘し、[48] ラーレンツが主観的価値説を批判した論拠を検討する。ヤコブスの設定する問題は三つである。第一に、立法者が客観的価値を返還請求の対象と考えていたとは言えないこと。第二は、RGはlucrum ex negotiationeに対してはっきりした態度を示したものとは言えない、又、BGHの判例も客観的価値説の立場の確認になるものはないこと。以上のラーレンツの論拠への反論に加えて、ヤコブスは他人の物に無権限で担保設定した者の不当利得という問題をとりあげ、ケメラー・ラーレンツの影響下にある学説よりもシュルツの古い学説が優っていることを論証する。ヤコブスは、判例が客観的価値説を支持するかのように読めるのは、事案の特殊性によるか、傍論(obiter dictum)の判示、或いは修辞的に客観的価値説を参照しているだけであると言う。[49] しかし、判例につ

いては客観的価値説の立場に移行しつつあるというのがドイツの一般的評価である。[50] だから以下では、立法史、及び無権利者の担保設定に焦点を合わせて紹介することとする。

立法過程については第一に参照されるのが、代償請求を規定したBGB二八一条である。ヤコブスはまず、同条の代償物に売得金を含めるのは民法典制定後の判例法であり、これを、そもそも立法者が予定していなかった点を指摘する。そして、立法事情を次のように説明する。第一次委員会は二三八条一項で編纂者 von Kübel の債務者は自己の債務を負った対象によって取得した代償物及び代償請求権の返還乃至は譲渡する必要があるという提案に従い、これを代位原則(Surrogationsprinzip)と名づけた。[51] かつ代償原則が衡平に適っており、債務負担の意思(Verpflichtungswille)は代償物の返還を指示しているという推定の表現であるとした。ところでパウルスも債務負担の意思を代償の根拠とするが、反対給付の請求の基礎としては一般化できない点は既に見た通りである。事実第一次委員会はキューベル草案の「代償として受けた額(als Ersatz empfangenen Betrag)」を「代償として受領したもの(als Ersatz Empfangene)」に変更しており、立法者は反対給付を代償とはみなしていなかった、と考えられる。[52] 第二次委員会は、第一次草案二三八条一項を、債務者に帰責事由のある場合にも拡大したが、そのことから売得金を代償に含める態度も見てとれない。[53] 以上の事情から、ヤコブスはBGB二八一条につき次のように言う。同条を売得金に拡大し、かつ代位原則で説明する判例・学説の態度は誤っている。代位原則は債務者の債務負担の意思に基づいており、これは本来BGB二八一条の範囲でも売得金の返還という形で一般化できるものではない。だから、BGB二八一条の売得金への拡張は、本来シュルツの言う侵害取得(Eingriffserwerb)によって基礎づけられるべきものであり、同条は不当利得の一環である。通説の位置づけでは、この拡張解釈は準事務管理の適用の一局面ということとなる。そうだとすると、同条の適用が不当利得と位置づけうるか或いは準事務管理なのかは、給付すべき物を転売して利益をあげるのは妥当ではないという衡平で説明するか、或いは他

人の事務と知って処理したことの帰結かという問題、ひいては、不当利得の効果論（主観的価値か、客観的価値か――後者なら売得金は準事務管理によって始めて請求できる）につながる、と。[54]

それでは、不当利得法の局面では立法者は lucrum ex negotiatione をどう考えていたのか。ヤコブスは結論として、立法者はこれを判例・学説に委ね自ら解決を与えていないとする。即ち、第一次委員会では、給付物の売却により取得したものの返還については、ＢＧＢ八一八条三項の元になる部分草案五条 Nr. 10 に即して現存利得への制限が説かれるだけで、市場価値以上の利益をあげた場合は全く言及されていない。しかし、何も議論していないというのは、それを認めないということには直結しない。[55]却って立法者にとって売得金の返還を認めることは自明であった可能性がある。Windscheid の提案と彼のパンデクテン教科書の記述、普通法の実務、Planck の提案、特にそこで利得の算定時期は債務者が返還すべきものを失った時としている点からは、売得金の返還は彼等にとっては疑いを入れないものであったろう。しかし、結局第一草案は、現物返還不能の場合も、現存利得の限りで返還義務を負うとしただけで、売得金については、学説・判例に委ねた。[56]更にライヒ法務局 (Reichsjustizamt) の準備委員会 (Vorkomission) ――ここでの提案が第二次委員会の叩き台となっている――も第二次委員会も、（ＢＧＢ八一八条一項・二項の由来する）第一次草案七三九条・七四〇条一項の実質的変更を企てた訳ではない。確かにこの審議過程で、「いわゆる lucrum ex negotiatione も又返還さるべきであるという誤解を避ける為」[57]今日のＢＧＢ八一八条一項となった規定が与えられている。その根拠は、代位原則 (Surrogationsprinzip) とされ、しかもＢＧＢ二八一条の場合とは異なり代位原則によって収益 (Nutzungen) の返還も基礎づけられている。しかし、ここで言う lucrum ex negotiatione にまで返還義務が及ぶことは、第一草案でも第一委員会も考えてはいなかったが、第一草案の文言では確実に防ぐことのできない誤解である、というのが第二次委員会の見解であり、第二次委員会は第一草案の変更を意図してはいない。[58]そうだとすると、ここで言う代位されない lucrum

というのは第一次委員会でプランクが議論していたケース、現物によるlucrum――例えば、給付された馬の代りにロバを取得した場合――が問題となっているのであり、売得金でないと考えるのが妥当だというのが、ヤコブスの推論である。[59]

以上のようにBGB二八一条と不当利得の立法過程を検討した上で、ヤコブスは双方の局面での「代位原則(Surrogationsprinzip)」の用い方に注目し、次の様な議論を組み立てる。物の売却も利用も物の利用により何かを取得しようとする行為という点では同じである。しかし、利用の結果得られる収益(Nutzungen)は、物の通常の用法に依るものであり、そのままの形で所有者に帰属可能である。他方、物の処分により取得したものが、返還を受けるべき所有者に対しても有益となるのは、物が金銭に変わったときだけである。だから、両者の処理の違いを立法者は説明すべきはずであるが、立法者は「代位原則」という同じ言葉を使って、不当利得では収益の返還を認めてlucrum ex negotiatione を退けているが、他方BGB二八一条では収益の返還を考えてもいない。だから、法律行為による利益(これには売得金だけでなく、賃貸、担保設定もふくまれる)の処理については、第二次委員会によっても判例・学説に委ねられていたと言える。[60]

だから、ヤコブスの議論の骨子は、代位原則の根拠、その立法理由での援用、に注目して、ラーレンツの客観的価値賠償=立法者意思という図式を動揺させることにある。

更にヤコブスは、他人の物への担保設定のケースを自説(シュルツ説)の補強材料として挙げている。無効の契約に基づき給付された物或いは他人の物に質権設定して融資を受けた者(無権利者)の責任如何(勿論、質権の善意取得が前提)という問題につき、シュルツはBGB八一六条一項一文を適用し、権利者(物の所有者)は無権利者から貸金(Darlehenssumme)を請求でき、無権利者は債務の肩代りを抗弁できる、もし債務の肩代りが貸金債権者の都合で不可

能なら不当利得返還請求は排除される[61]、とした。ところがケメラーは、BGB八一六条一項一文でも返還さるべきは売得金ではなく目的物の客観的対価であるというアイデアに忠実に、しかも同条では代位思想が採用されたかに見えるが、これは妥当ではないとして、無権利者に供与された貸金が不当利得ではない[62]、と考える。ケメラーによると不当利得されたのは、「信用の基礎(Kreditunterlage)」であり、しかも、信用の基礎は交換価値を持たない。それ故、無権利者は弁済して担保を消滅させるか代担保を供する義務がある[63]、とした。しかし、判例(BGHZ 112, 376)[64]は担保設定によって目的物が担保債権額だけ減額したということで、その減額分の賠償を命じた。ヤコブスはこの判例を支持して、シュルツの「損害賠償の反対形相」という基本的な考え方によれば、BGB八一八条一項或いは八一六条一項一文の命ずるlucrum ex negotiationeの返還ということで、無権利者の取得した貸金額を請求することが可能であることになり、しかもそれが妥当であるとしている[65]。

本問に対するヤコブスの提案は、確かに近時の学説の方向性に沿ったものと言える。ケメラーはBGB八一六条一項一文の代位思想を排除する為に、しかも借入金を不当利得とすることは権利者が受けるべき以上のものを手にすることになるという考慮に基づくものか、借入金自体の不当利得は認めなかった。しかし、ここでは出来る限り早期に執行の可能性を排除するという権利者の利益を実現させる為には、借入金の請求を権利者に認めることは妥当と言えよう[66]。但し、その結論は通説の立場からは導出できないものではないことは言うまでもない[67]。

6　以上のようなヤコブスの主張から、我々は何を学ぶことができようか。ヤコブスは本書の最後で、すべて彼が述べたことは、古典ローマ法のパウルスを、物から取得した(ex re)収益と法律行為による(propter negotiationem)売得金とを区別するという不法利得法上の見解と関係させない為であると[68]、言っている。確かにヤコブスのローマ法文の検討

が妥当なら、このような分類方法は「非ローマ法」的なのかもしれない。しかし、このような歴史的認識が正しいとしても、それが現行法の解釈に対してどの程度の意味を持つのであろうか。例えばBGBの立法者は、収益の返還を当然の出発点としているが、これは普通法の伝統に従ったものであった。[69] 又、普通法では収益とは異なり、受領した金銭に対する利息は認められていなかった（これも、ローマ法の区別によったものである）[70]が、現在では当然BGB八一八条一項の収益に利息も含まれると解されている。このことは、既にローマ法的分類よりも、現在の商品交換社会における当然の認識――金銭は当然に利息という収益が得られるよう運用さるべきである――の方が優越することを示している。[71] 本書でのヤコブスの主張に即して問題をとりあげれば、不当利得の一般的効果を指示したBGB八一八条二項の価値賠償で、立法者が客観的価値賠償を明確に指向していたという通説の主張程にはこの問題は一義的ではないかもしれない。ヤコブスもあげているプランク等の提案――彼は売得金を価値賠償の対象としている――もあり、立法者が今日の目で見るように、この問題に明確な視点を持っていた訳ではなかろう。例えばBGB八一六条で立法者は「処分により取得したもの」＝売得金その他の処分の対価と考えていた、と解されている。[72] しかし（現在でも学説は分かれるが）、売得金ではなく処分された物の客観的価値、市場価格が同条の指示する返還請求の対象であるという学説が支持されるのは、明らかに一定の商品に対して客観的市場が成り立つという商品交換社会を前提としてよく理解されよう。[73] 又、他人の物を処分した無権利者に売得金の返還を命ずるのが「衡平」であるとしても、他人の物を加工或いは自己の物に附合させて売却した無権利者には、物の客観的価値賠償を指示する他はないであろう。[74] とすれば、ヤコブスの批判する、収益は物から(ex re)、売得金は投機行為によるという分類方法は、非歴史的ではあっても現代的な意味を持っているといえるのではないか。

但し、他方でヤコブスがBGB二八一条の立法過程、その性格づけ、代位原則は債務負担の意思に基づくというのが

パウルスの思考図式で、しかも決して一般化できるものではない（債権者は望んでも、債務者は必ずしもそうではない）という主張は――それを一般化する為に侵害取得（Eingriffserwerb）で基礎づけることにはつながらないが――、説得力を持っているように思われる。通説は、例えばケメラーの説明でも同条を代位思想の表現とし、[75] かつ不当利得は例外であると説明するにとどまったり、ラーレンツは勿論不当利得とは異なり契約の有効な場合の同条では当事者の意思は転売利益までも保障することに及ぶと説明している。[76] 又、シュルツの構想、コッペンシュタイナーの学説にも見たように、不当利得の効果として利益の返還を主張する者は、代償請求を指示する実定法上の規定を引きあいに出すのが常である。その最も重なる民法上の規定がＢＧＢ二八一条、八一六条一項一文である（そしてこれを一般化しようと企てる）。これに対し実定法上の明確な規定がない限り不当利得の効果として利益の返還を認めないのが通説の立場である。さらに通説は、ＢＧＢ八一六条一項一文を、制限解釈して、客観的価値賠償の枠組の中に収めているが、[77] 二八一条は特別規定であると位置づけている。その意味でＢＧＢ二八一条の代償請求の売得金への拡大は、通説（割当内容説）からは、異物であることは間違いない。[78] しかし、ヤコブスの検討を前提とすれば、却って同条の法律行為への適用は却って通説の立場からは準事務管理の応用（ＢＧＢ六八七条一項の準用）という視点から検討され直してよいのではなかろうか。[79]

総じて、現在の不当利得法における通説の立場は、却って反対説の登場によって新しい視角から強化されてきたと言える。ヤコブスの本書での検討もそのような試みとして評価されるべきではなかろうか。しかも、通常は当然と思われている法的分類の基準を動揺させ、仮に現在とられている結論とは異なった帰結を導くことにはならないまでも、従来の学説に新たな反省と基礎づけの契機を与えることは基礎法学からの実定法学への最大の貢献であろう。この意味ではヤコブスの論文は貴重なものと言えるのではなかろうか。

(1) ヤコブスの不当利得学説（違法性説）の全体像、特に要件論を通説（割当内容説）との対比で詳細に紹介・検討しているのは、川角由和「侵害利得返還請求の基本的性格――ヤコブスによる割当内容説批判の反批判的考察を介して――」法政研究五〇巻三・四号四三七頁以下（昭59）。要件論については、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為、上巻』（青林書院・昭56）一八九頁注一。好美清光「準事務管理の再評価」『不当利得・事務管理の研究(3)・谷口還暦記念』（有斐閣・昭47）三七一頁以下も、効果論との関係で重要。

(2) Walter Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigte Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, 1934; Ernst von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Gesammelte Schriften, Bd. Ⅰ, 1968, S. 209ff., Gundprobleme des Bereicherungsrechts, G. S., Bd. Ⅰ, S. 370ff. が特に通説の全体的構造を明らかにした文献であろう。

(3) Detlef König, Gewinnhaftung, Festschrift für Ernst von Caemmerer, 1978, S. 179ff. が通説の立場から比較法的検討を踏まえて、違法性説に対して反論している。その比較法的検討の重点は、ドイツ法とは全く異なった法制度、必要性から出発した英米法でも不当利得の効果は基本的に客観的価値賠償であり、アメリカでは衡平法により裁判官の裁量で利益(Gewinn)の返還を命ずることはあるが、そこでの要件とされているのは侵害者の故意・重過失だという点にある。だからこの事情も又、侵害者の悪意・重過失を要件として準事務管理（の類推）により利益の返還を命ずる通説の立場を支持する。即ち、通説では、利益の返還は侵害者への特別のサンクションであり、不当利得制度の枠組を超えたものとなる。

(4) 例えば、Ulrich Loewenheim, Bereicherungsrecht, 1989, S. 65ff.

(5) 例えば、Loewenheim, aaO., S. 65.

(6) H. H. Jakobs, lucrum ex negotiatione, Kondiktionsrechtliche Gewinnherausgabe in geschichtlichen Sicht, 1993, S. 3-6, S. 101-105.

(7) Fritz Schulz, System der Rechte auf Eingriffserwerb, AcP157, S. 1ff. 特に S. 310, 435, 440, 443, 447.

(8) Wilburg, aaO., S. 22; Münchener Kommentar-Lieb, §812 Rdnr. 200 等。

(9) Loewenheim, aaO., S. 64ff.

(10) 例えば、Loewenheim, aaO., S. 65ff.; Harmut Reeb, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, 1975, S. 33ff. 等。

(11) Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung (Handbuch des Schuldrechts, Bd. 4) 1983, S. 242ff. 等もりのりとを指

摘している。

(12) H. H. Jakobs, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigte Bereicherung, 1964, S. 63f.

(13) G. Kleinheimer, Rechtsgutverwendung und Bereicherungsausgleich, JZ 1970, S. 47ff., S. 472f.; C. Kellmann, Grundsätze der Gewinnhaftung, Rechtsvergleichender Beitrag im Recht der ungerechtfertigte Bereicherung, 1969, S. 90ff.; Jakobs 前掲注(12) S. 24, 104 等。

(14) J. Wilhelm, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlage und Grenzen des Anspruchs der ungerechtfertigte Bereicherung, 1973. 注目しておきたいのは、ヴィルヘルムも侵害行為自体の違法性から、違法な保有 (rechtswidriges Haben) S. 79 という言葉を用いるに至っていることである。つまり、違法性説も侵害「行為」だけではなく、侵害「内容」に注目してきている。

(15) Reuter/Martinek, aaO., S. 241ff.; Loewenheim, aaO., S. 65ff. なお、無体財産権等の権利の侵害に関するレーベンハイムの記述は簡にして要を得ている。わが国の文献で、無体財産に関するこの間のドイツ法の事情等も含めて包括的な検討を加えているのが、田村善之『知的財産と損害賠償』(弘文堂・平5) である。

(16) Reuter/Martinek, aaO.; Loewenheim, aaO.

(17) König 前掲注 (3)

(18) 例えば、Dieter Medicus, Bürgerlichesrecht, 14. Aufl., 1989, Rdnr. 704 は、シュルツを「侵害不当利得の発見者 (Entdecker der Eingriffskondiktion)」と呼んでいる。Reuter/Martinek, aaO., S. 24ff. 古くは、Wilburg, aaO., S. 25ff. も侵害不当利得の局面ではシュルツを肯定的に評価している。即ち、普通法、ドイツ民法典の立法に至る経緯ではまず念頭に置かれていた不当利得のケースは、非債弁済の不当利得 (condictio indebiti) である。それ故に、不当利得の基礎づけにおいて法律上の原因 (rechtlicher Grund) の契機が強調されすぎた。これを、侵害不当利得の局面については違法性に注目することにより、(侵害) 不当利得に明確な基礎を与えたのがシュルツなのである、aaO., S. 5ff.。

なお、侵害不当利得における違法性説と割当内容説の対立に付言しておくと、両者の関係は要件論では不法行為における違法性アプローチと権利侵害アプローチとパラレルなものと言える。だから、割当内容説 (権利侵害アプローチ) の言う侵害不当利得の対象となる割当内容を持った権利は、BGB §823 の絶対権及びその他の権利が指示されている。違法性説

は割当内容とは結論から前提を引き出す議論であると批判するが（Kleinheimer, aaO., S. 471等）、不法行為による保護の対象が変化・拡大し（例えば、営業権、一般人格権）、これを捕捉する為には開かれた規範が不可欠であるのと同様に、不当利得でもそのサンクションの対象となる権利を一義的に決定することは不可能である。それ故に却って割当内容という空虚な定式は、帰納的な権利保護には適した柔軟な概念だと言える。又、この空虚さは、すべての侵害行為に侵害不当利得というサンクションを与えない限りは、違法性説とても共有しないわけにはいかない。

但し、法律上保護された利益が侵害されていく場合、侵害「行為」と侵害「内容」のいずれかの側面に注目する余地があり、その意味では、伝統的に絶対権とされてこなかった利益を保護する際には「内容」よりも「行為」の側面に注目することになる。だから違法性説の論者が知的財産権の保護を中心的に検討しているのは決して偶然ではなかろう。なおReebは、違法性説を「行為違法説（Lehre von Verhaltensunrecht）」aaO., S. 33とネーミングし、これに対して割当内容の侵害を「不法な状態（unrechtmäßige Zustände）」S. 35と言っていることも参照。更に、わが国では、川角、前掲注（1）論文、「不当利得とはなにか――いわゆる「飛行機旅行事件判決（BGHZ55, 128）」の波紋――㈠㈡」島大法学三二巻三・四号一六五頁以下、同三三巻一号一四五頁以下（平元）、及び「行態違法」「状態違法」というネーミングも参照のこと。

以上の要件論での視角とは別に、違法性説の効果論、「利益の返還（Gewinnherausgabe）」は単純な正義感情――不法な行為による利得は望ましくない――の満足以上の説得力があるとは思えない。しかし、ドイツ法では不法行為（損害賠償一般）の効果は、まず現状回復であり、不当利得も現物返還、回復（Restitution）を目的としている。このような「共通性」が、ヤコブスも説く不法行為の反対形相としての不当利得という位置づけ、及び現状回復の延長としての利益の返還に結びつくのであろう。このような視角を最もはっきりと表現しているのが、H. Hagen, Funktionale und dogmatische Zusammenhänge zwischen Schadens- und Bereicherungsrecht, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 867ff. 本文で後に紹介する利益の返還を主張する主観的価値概念をとる学説も、不法行為――侵害の除去――不当利得という思考図式に依っている、例えば、Reeb, aaO., S. 90ff.。なおこのようなドイツ法の根底にある考え方は、不法行為での差額説、不当利得での総体差額説の構造とも関連がありそうである。このような諸々の問題の検討は、将来の課題である。

(19) G. Koppensteiner, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., 1988, S. 153ff. なおコッペンシュタイナーの学説、これに対する通説の側からの反論、及びその評価は、川角、前掲注（18）論文㈡に詳細である。

(20) Koppensteiner, aaO., S. 128, 153, 169ff.

(21) Koppensteiner, aaO., S. 166ff.; Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes (Ⅰ), (Ⅱ), NJW 1971, S. 588ff., S. 592; S. 1769ff., S. 1771.

(22) Koppensteiner, aaO., S. 155ff., S. 592f., S. 1771f.

(23) Koppensteiner, aaO., S. 118ff., aaO., S. 1773ff.

(24) Koppensteiner, aaO., S. 164.

(25) Reeb., aaO., S. 97ff.

(26) Reeb., aaO., S. 107ff.

(27) Reeb., aaO., S. 99.

(28) Reeb., aaO., S. 101ff.

(29) Reeb., aaO., S. 102f.

(30) Reeb., aaO., S. 104f.

(31) Erman/Westermann, 17; Beuthien, Studienkommentar, 4a zu §818 BGB.

(32) 押しつけ利得に関しては、平田健治「ドイツにおける賃借人の費用償還請求㈠㈡㈢」法学論叢一〇九巻五号五七頁以下、一一〇巻二号六二頁以下、一一一巻一号四六頁以下（昭56－57）が重要。さらに、川角、前掲注（18）論文も参照。押しつけ利得が問題となる費用償還請求の成立する局面は多様である。それ故に、各々の局面での利害状況に即して多面的なアプローチがなされているが、主なのは不当利得法自体からの解決を目指すものと、所有物返還請求の付随的効果（収益・損害賠償・費用償還の規定）――最小限の善意取得という取引の安全からの費用償還請求の基礎づけ――であった。これについては、例えば、Koppensteiner, aaO., S. 166ff.; Medicus, aaO., Rdnr. 892ff.; Reuter/Martinek, S. 544ff. なお、不法行為の反対形相の不当利得という立場から、不法行為での過失相殺のアイデアで押しつけ利得を解決しようとするアプローチとして、J. Reimer, Die aufgedrängte Bereicherung, Paradigma der „negatorischen" Abschöpfung im Umkehrung zum Schadenersatz, 1990.

(33) H. Goetzke, Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht? Zugleich eine Besinnung auf den Wert dogmatisches Denkens im heutigen Zivilrecht, AcP 173, S. 282ff. この論文は、川角、前掲注（18）で詳しい紹介・検討がある。

(34) K. Larenz, Zur Bedeutung des „Wertersatzes" im Bereicherungsrecht, Festschrift für Ernst von Caemmerer, 1978, S. 209ff., S. 210.

(35) Larenz, aaO., S. 210/213.
(36) Larenz, aaO., S. 213/215.
(37) Larenz, aaO., S. 216f.
(38) Larenz, aaO., S. 218/220.
(39) Larenz, aaO., S. 220f.
(40) Larenz, aaO., S. 221.
(41) Larenz, aaO., S. 222f.
(42) Larenz, aaO., S. 222/224.
(43) Larenz, aaO., S. 224/227.
厳密に言えば主観的価値説と客観的価値説とは、押しつけ利得の算定に関して同じ結論には至らない。というのは、前者がその独自のリスク配分によって損失者の支出額以上の価値賠償をも指示するのに対して、後者は費用償還が弱められた事務管理であるという位置づけから損失者の支出額を価値賠償の上限とみなすからである。これについては、例えば、Medicus, aaO., Rdnr. 900f.
(44) Jakobs注 (6) S. 3ff., S. 101f.
(45) Jakobs, aaO., S. 102.
(46) Jakobs, aaO., S. 102f.
(47) Jakobs, aaO., S. 103.
(48) Jakobs, aaO., S. 104.
(49) Jakobs, aaO., S. 119ff.
(50) 例えば、Reuter/Martinek, aaO., S. 256ff. なお、ドイツの判例に関しては、川角由和「不当利得法における『出費節約』観念の意義――ひとつの批判的考察――」島大法学三四巻二号一頁以下(平2)に詳細である。
(51) Jakobs, aaO., S. 105f.
(52) Jakobs, aaO., S. 107f.
(53) Jakobs, aaO., S. 108f.
(54) Jakobs, aaO., S. 109f.
(55) Jakobs, aaO., S. 110f., S. 112.
(56) Jakobs, aaO., S. 114f.
(57) Jakobs, aaO., S. 116.
(58) Jakobs, aaO., S. 114ff., S. 116.
(59) Jakobs, aaO., S. 116f.
(60) Jakobs, aaO., S. 117ff. ドイツ民法の不当利得の効果にあてられた原則的規定(BGB §818)の立法過程については、廣瀬克巨「利得および収益の返還について――ドイツ民法典八一八条成立の経緯――」法学新報九七巻一・二号一四九頁以下が、非常に詳細な紹介・検討を加えている。
(61) Jakobs, aaO., S. 129.
(62) Jakobs, aaO., S. 129ff.

(63) Jakobs, aaO., S. 130f.
Caemmerer, Bereicherungausgleich bei Verpfändung fremder Sachen, G. S., S. 279ff. は、貸金の返還を無権限処分者の債務解放を条件に認めた判例（RGZ158, 47）及び代位物を返還請求の対象とする学説（シュルツ説もこれに属する）を批判し――既存債務の担保、第三者の為に担保設定した場合の不都合を指摘する――、BGB §816 I S. 1が代償思想を表現したものでないことを強調している。

(64) BGH1990. 10. 26 は、BGB §816 I S. 1 の無権利者の処分ではなく無効となった売買契約に基づいて所有権移転した土地に担保設定されたケースである。但し、問題の焦点は同様である。判例は、担保設定により現物返還不可能、ゆえに価値賠償、その価値は土地の価額の低下＝担保債権額という論理で、借入金の返還を指示している。

(65) Jakobs, aaO., S. 131f.

(66) 例えば、Münchener Kommentar-Lieb, §816, Rdnr. 40ff.; Reuter/Martinek, aaO., S. 297ff.

(67) 却って、通説の立場からも、借入金の返還を認めることが論理必然的に退けられる訳ではなく、解決の実効性の問題を示すものであることの証左として、P. Schlechtliem, Güterschutz durch Eingriffskondiktion, Ungerechtfertigte Bereicherung, Grundlagen, Tendenz, Perspektiven, 1984, S. 56ff., S. 67f. 但し、シュレヒトリームは、借入金全額と担保設定者の（分割）弁済金との不等価性故に借入金の返還に反対する。

(68) Jakobs, aaO., S. 135.

(69) D. König, Ungerechtfertigte Bereicherung, Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichenden Sicht, 1985, S. 65ff. 参照

(70) König, aaO., S. 67f.

(71) わが国の判例でも、最判昭和三八年一二月二四日民集一七巻一二号一七二〇頁は非債弁済のケースで利息の返還を認めている。学説は従来利息の是非について結論、理由づけも区々であったが、利息は当然に付されるべきであるという見解に収束しつつあると言える。
興味深いのが、このわが国のケースでも、又ドイツの判例が初期に利息の返還を認めたケースでも、受益者が銀行であるという点である。例えば、RGZ53, 363. ドイツでは、利息を現実に取得するに違いない銀行から始まって一般化されてい

った。

(72) B. Kupisch, Befreiungswert und Verfügungsrecht. Zum Rechtsfolge des §816 Abs. 1 Satz 1 BGB, Festschrift für Herbert Niederländer, 1991, S. 303ff. 等。特にS. 307f.

(73) König 注 (69) S. 170ff., S. 170 は、分業化され市場が成立した社会ではじめて売得金が物の価値であると考えることが奇異に感じられると指摘する。

(74) König 注 (3) S. 184.

(75) Caemmerer 前掲注 (2) 第一論文、S. 265.

(76) K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I., 12. Aufl., 1979, S. 254ff.

(77) König 注 (69) S. 170 は、BGB八一八条一項一文を、損失者は第一次的に売得金を利得であると主張でき、利得者はこれに対して客観的価値が売得金を下回るという証明責任を負う、という風に問題を解決している。なお、König, Bereicherungsrecht, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schldrechts, Bd. II., 1798, S. 1515ff. も参照。同鑑定意見の紹介として、拙稿「西ドイツ不当利得法上の諸問題——デトレフ・ケーニッヒの鑑定意見と法律案の紹介を通じて——」『西ドイツ債務法鑑定意見の研究』(日本評論社・昭63) 三九一頁以下の立法案も参照。

(78) BGB二八一条の法律行為による利益への拡大に関して、磯村保「二重売買と債権侵害——『自由競争』論の神話——(一)(二)(三)」神戸法学三五巻二号三八五頁以下、三六巻一号二五頁以下、三六巻二号二八九頁以下 (昭61・62) が、債権侵害の角度から詳細に分析している。但し、不当利得法との調整については問題を指摘するにとどまる。

わが国でも、代償請求を認めたとされる、最判昭和四一年一二月二三日民集二〇巻一〇号二二一一頁を契機に議論はあるが、法律行為による利益をどこまで代償請求に含めていくかはあまり検討されていない。又、不当利得での価値賠償と代位物との関係も充分な整理がされているとは言えない。代償請求を制限的に解する——損害賠償請求とのバランスから——見解として、例えば、前田達明「口述・債権総論(第三版)」(成文堂・平5) 二二一頁。反対に、沢井裕「テキストブック 事務管理・不当利得・不法行為」(有斐閣・平4) は、代償請求を広く解している。例えば、三二頁以下、六〇頁以下。

(79) H. Roth, Gedanken zur Gewinnhaftung im Bürgerlichen Recht, Festschrift für Herbert Niederländer, 1991, S. 363ff. は、民法、破産法等の実定法上認められている代償請求の規定が、利益の返還を一般的に認めていく契機とはならないと指摘し

ている。