

# ドイツ判例における不当利得と収益返還義務 (1)

－飛行機事件判決 (BGHZ55,128) までの判例を中心に－

油 納 健 一

第1章 はじめに

第2章 ドイツ判例の分析

第1節 1940年大法院判決以前の状況 (以上本号)

第3章 むすび

## 第1章 はじめに

1 筆者は、「『使用利益』返還論 - ボワソナード草案から現行民法に至るまで-」<sup>1)</sup>、「不当利得に基づく『使用利益』返還論の現状と課題 (1)~(3・完) - 現行民法典成立後の判例・学説を中心に-」<sup>2)</sup>において、わが国における使用利益返還義務を検討した。

ボワソナード草案・旧民法では、使用利益返還が明確に意識された形跡はなく、果実と「出費の節約による利益」の返還が認められていたにとどまる。これに対して、現行民法起草者は、不当利得規定だけでなく解除規定においても、限定的ではあるが、使用利益返還を明確に意識していた。しかし、民法703条の起草過程において、この返還義務の具体的内容がどうなるかは明らかにされていなかった。

日本民法典成立・施行後、判例は、使用利益返還義務の対象を賃料相当額・利息相当額と捉えていたが、これらは利得額・利得の範囲を示すにとどまり、返還義務の対象を明らかにするものとはいえなかった。これに対して学説は、返還義務の対象につき多種多様な捉え方を行っているものの議論が錯綜して

1) 山口経済学雑誌52巻3号199頁以下 (2004年)。

2) 山口経済学雑誌56巻1号99頁以下, 2号97頁以下, 57巻1号91頁以下 (2007~2008年)。

いる状況にあり、そもそも返還義務の対象につき詳細な研究が見当たらないのが現状である。さらに、使用利益の算定について客観的市場価格を基準にするものが一般的であるように思われるが、これに対する疑問も有力に主張されている。

本稿は、このような日本法における未解決の問題を取り上げ、不当利得に基づく使用利益返還が問題となる事案において、返還義務の対象は何か、その対象はいかなる基準によって算定されるのかを検討しようとするものである。

2 このような使用利益返還義務の具体的内容を検討する手法としてはいくつか考えられるが、ドイツ法の状況を比較法的参考として分析することにより、解決の糸口を探ることが有益であると考えられる。

その理由としては、ドイツ民法典（以下、BGBと記す）においては日本民法典と異なり、不当利得に基づく収益返還義務（BGB818条1項<sup>3)</sup>）が規定されていること、ドイツの判例・学説においては収益返還義務が盛んに議論されてきておりかつその蓄積があること、わが国における不当利得論はドイツ不当利得論の強い影響の下に構築され、ドイツ法と相通ずる部分が多いことなどが挙げられる。

したがって、本稿では、ドイツの判例・学説を網羅的に分析・検討することにより、わが国における使用利益返還義務について検討を進めることにする。

3 なお、筆者は、本稿の準備作業として、「不当利得に基づく収益返還義務（1）～（3・完）－ドイツ民法典編纂過程における審議を中心に－」<sup>4)</sup>において、BGB編纂過程における収益返還義務の審議内容と、収益返還義務

3) BGB818条1項については、後掲注6)を参照。

なお、ドイツ法における収益(Nutzen)とは、BGB100条により、天然果実・法定果実・使用利益のことを指す。ドイツにおいては、使用利益に関する問題を扱う際、収益という文言を用いて天然果実・法定果実と共にまとめて検討することが一般的である。それゆえ、本稿においても、ドイツ法の検討部分では使用利益ではなく、“収益”という文言を用いることにしたい。

4) 山口経済学雑誌57巻3号55頁以下、4号65頁以下、58巻1号113頁以下（2008～2009年）。

を定めるBGB818条1項の意義を検討した。そこでは、収益返還を明確に規定することが重視され、この理由としては、当初受けた利益とこの利益から生じた収益を異なって判断する根拠がないからと説明されている。

この他にも、不当利得に基づく収益返還が問題となった場合であっても物権規定が優先的に適用されること、善意利得者の返還義務の範囲は、利得の消滅につき利得者に故意・過失があったとしても訴訟係属時の現存利益にとどまること、受領物の原物返還が不能でありかつその価値によって善意利得者の財産が増加している場合には、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、例外として利得が消滅している場合にはこの善意利得者が利得消滅の証明責任を負うことなどが、BGB編纂過程において明確に決定された。本稿では、これらの成果も踏まえた上で検討を進めていくことにする。

4 もっとも、収益返還に関するドイツの判例・学説は膨大であり、本稿ですべてを網羅的に紹介・検討することは不可能である。したがって、本稿では、まず、飛行機事件判決（BGHZ55,128）までのドイツ判例を取り上げることにしたい。

## 第2章 ドイツ判例の分析

1940年の大法院判決まで多くの帝国最高裁判所（以下、RGと記す）判決が、起草者の見解に則して不当利得規定（BGB812条、818条1項）の適用を排除し、物権規定（BGB993条1項）の適用を認めて利得者の収益返還義務を否定した。その一方で、不当利得規定の適用を認め収益返還義務を課す判決もいくつか存在する<sup>5)</sup>。

以下では、収益返還義務を認めた後者の判決を取り上げ、返還義務の対象と算定基準の問題をいかに捉えていたかをみていくことにしよう<sup>6)</sup>。

5) この点については、拙稿「不当利得と善意占有者の果実取収権 - 『使用利益』の問題を中心に -」龍谷法学32巻4号164頁以下（2000年）で、すでに詳しく検討した。

なお、BGB起草者の見解の詳細は159頁以下と、拙稿・前掲注4）57巻4号65頁、68頁、58巻1号115頁以下を参照。

6) ドイツ判例を検討するにあたって、必要なBGBの条文をここで紹介しておく。

BGB99条 物の産出物、および物の用法に従ってその物から採取されるその他の収穫物を、物の果実とする。

権利がその用法に従ってもたらす収益 (Ertraege)、特に土地構成部分の取得を目的とする権利においてその取得された構成部分を権利の果実とする。

法律関係に基づいて物または権利によってもたらされる収益 (Ertraege) も果実とする。

BGB100条 収益 (Nutzungen) とは、物または権利の果実、および物または権利の使用により生じる利益を指す。

BGB313条 当事者の一方が不動産所有権を譲渡する義務を負担する契約には、裁判上又は公証上の証書作成が必要である。この方式を遵守することなしに締結された契約は、所有権移転の意思表示及び不動産登記簿への登記がなされたときは、その全内容について有効となる。

BGB559条 土地の使用賃貸人は賃貸借関係に基づく自己の債権のため、持ち込まれた使用賃借人の物に対して質権を有する。将来の損害賠償債権並びに本年及び次以降の賃料については、質権を実行できない。この質権は、差押禁止財産には及ばない。

BGB812条 他人の損失により、法律上の原因なく他人の給付またはその他の方法によって、あるものを取得する者は、その他人に対し (その「取得されたもの」について) 返還義務を負う。法律上の原因が後に消滅または法律行為の内容による給付をもって目的とされた成果が、生じない場合であっても、この義務は生じる。

契約による、債務関係の存否の承認もまた、給付とみなす。

BGB816条 無権利者が、ある客体について権利者にとって有効である処分を行った場合、無権利者は処分によって取得したものを権利者に返還する義務を負う。その処分が無償であれば、その処分に基いて直接的に法的な利益を取得した者が、同一の義務を負う。

権利者にとって有効である給付が無権利者に対して行われた場合、無権利者が権利者にその給付を返還する義務を負う。

BGB817条 給付の目的が、受領者の給付の受領によって法律の禁止または善良の風俗に違反する方法で決定されているならば、受領者は、返還義務を負う。同様の場合、このような違反が給付者に認められるときは、返還請求権は排除される。但し、給付が債務負担である場合は、この限りではない。その債務の履行のために給付されたものは、返還請求され得ない。

BGB818条 返還義務は、取得された収益、及び受領者が取得された権利に基づきまたは取得されたものの滅失・毀損・侵奪の代償として取得したものに及ぶ。

取得されたものの性質により返還が不可能である場合、または受領者がその他の事由により返還することができない場合、受領者は、その価値を補償しなければならない。

善意の受領者がもはや利得していない限りにおいて、返還またはその価値の補償義務は、排除される。

訴訟が係属してからは、受領者は、一般原則により責任を負う。

BGB819条 受領者は、法律上の原因がないことを受領時に知っていたか、またはその後知った場合、前者については受領時、後者については悪意となった時から、返還請求権が訴訟提起時に生じたのと同様の返還義務を負う (つまり、BGB818条4項

の責任を負う)。

受領者は、給付の受領によって、法律の禁止または善良の風俗に違反している場合は、給付受領時から前項と同様の義務を負う。

BGB823条 故意又は過失により、他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、これによりその他人に生じた損害を賠償する義務を負う。

他人の保護を目的とする法律に反した者も同一の義務を負う。法律の内容によれば、過失がなくてもその法律に反することがあり得るときは、過失のある場合にのみ賠償義務が発生する。

BGB839条 公務員が故意又は過失により、その第三者に対して負担する職務に反したときは、第三者に対しこれによって生じた損害を賠償することを要する。公務員の責任が過失に過ぎないときは、被害者は他の方法をもって賠償を得ることができない場合にのみ、賠償を請求することができる。

公務員が、争訟事件の判決においてその職務に反するときは、その義務違反が裁判所の刑事訴訟手続の方法をもって科せられるべき刑罰を受けるべき場合に限り、この公務員は、これによって生じた損害につき責任を負う。義務に反して職権の行使を拒絶し又はこれを遅延したときは、本条の規定は適用されない。

被害者が故意又は過失により、法的手段の行使によって損害を防止することを怠ったときは、賠償義務は生じない。

BGB931条 第三者が、現に物を占有している場合には、所有者が取得者に物の引渡請求権を譲渡することによって、物の引渡に代えることができる。

BGB986条 占有者、又は占有者の占有すべき権利を承継した間接占有者が、所有者に対して占有すべき本権を有するときは、占有者は物の返還を拒絶することができる。間接占有者が、占有者に占有譲渡を行う権限を、所有者に対して有しないときは、所有者は、占有者に対して、間接占有者に物の返還を行うように請求することができる。もし間接占有者が占有を回復することができないとき、又はこれを望まないときは、事後に対して返還すべきことを請求することができる。

物が、第931条に従って、返還請求権の譲渡により譲渡されたときは、その物の占有者は、譲渡された請求権に対して有している抗弁により、新所有者に対抗することができる。

BGB987条 占有者は、訴訟係属後に収取した収益を所有者に返還しなければならない。

占有者が、訴訟係属後に通常の経営法則上収取できる収益を、収取しなかった場合には、帰責事由があるときに限り、所有者に対して賠償義務を負う。

BGB988条 所有の意思をもって又は収益権行使の目的をもって、物を占有する善意占有者が、その占有を無償で取得したときは、占有者は所有者に対し、不当利得に関する規定に従い、訴訟係属前に収取した収益の返還義務を負う。

BGB989条 占有者は訴訟係属のときから、所有者に対しその責に帰すべき事由による物の毀損、滅失その他物を返還できないことによって生じた損害について責任を負う。

BGB990条 占有者が占有取得の当時善意でなかったときは、所有者に対して占有取得の時よりBGB987条、BGB989条にしたがって責任を負う。占有者が占有取得の後、占有を為す権利がないことを知ったときは、そのときより同一の責任を負う。

遅滞に基づく占有者のその他の責任は、これによって影響を受けない。

BGB992条 占有者が不法の私力又は犯罪行為によって占有を取得したときは、所有者

## 第1節 1940年大法廷判決以前の状況

1 BGB成立・施行後、ドイツ判例において、最初に不当利得に基づく収益返還が問題とされたのは、以下に掲げる1919年判決であった。

(1) RG1919年12月20日第5民事部判決 (RGZ 97,310)

【事実】 ドレスデンの国鉄に接する耕牧地Aの所有者Xは、1897年3月31日の契約により境界を接する耕牧地Bの当時の所有者に対し、Aを通してBに至る鉄道線路と分岐線を敷設することにつき撤回権を留保して許諾し、この土地に地役権を設定した。この地役権によれば、Aの所有者は無償で、鉄道貨物車がAを通してBに運行されることを認めなければならない。Bの新所有者Yが、1900年に境界を接するCとDの耕牧地へ分岐線を延長し、かつ

に対して不法行為に基づく損害賠償に関する規定に従って、その責任を負う。

BGB993条 第987条乃至第992条の要件が存在しない場合には、占有者は、その収取した果実が通常の経営法則上物の収益とみなされるべきではないときに限り、不当利得の返還に関する規定に従い、これを返還しなければならない。その他の場合には、収益の返還又は損害賠償義務を負わない。

占有者が収益を取得する期間については、第101条の規定を適用する。

BGB994条 占有者は物について支出した必要費の償還を、所有者に対して請求することができる。所有者は、占有者が収益を取得する間は通常の保存費を償還する必要はない。

占有者は、訴訟係属後又はBGB990条に定めた責任の発生後必要費を支出したときは、所有者の償還義務は事務管理に関する規定に従ってこれを定める。

BGB1213条 質権は、質権者が質物の収益収取権を有するという方法をもって、設定することができる。

天然果実の附いた物を質権者に対して単独占有として引き渡したときは、質権者が果実収取権を有するものと認めることができる。

BGB1214条 質権者が収益収取権を有するときは、収益収取に注意しかつその計算を行う義務を負う。

収益の純収入は、債務の目的である給付に充当され、かつもし費用及び利息が支払われるべきである場合には、まずこの給付に充当される。

前2項と異なる定めは、これを行うことができる。

以上のBGBの和訳については、神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書(1) 独逸民法〔I〕民法総則』139頁以下〔柚木馨・高木多喜男〕(有斐閣, 1940年)、同編『現代外国法典叢書(2) 独逸民法〔II〕債務法』783頁以下〔柚木馨・上村明広〕(有斐閣, 1940年)、同編『現代外国法典叢書(3) 独逸民法〔III〕物権法』103頁以下〔柚木馨・高木多喜男〕(有斐閣, 1940年)、椿寿夫ほか編『注釈ドイツ不当利得・不法行為』3頁以下〔右近健男・赤松秀岳〕(三省堂, 1990年)を参考にした。

貨物車も運行した。Yは、さらに拡張された分岐施設を1908年から継続的に使用した。Yは、1910年にDの耕牧地上で工場を建設して貸し与え、かつAを通る分岐線上でこの工場の借主のところ運ばれる貨物車も運行した。Xは、1911年7月27日のY宛の手紙によってYの権利を撤回した。Xは訴訟を提起し、Yに対してAの耕牧地上で鉄道施設の使用を止めるよう命じる勝訴判決を得たため、Yはこれに従い1913年6月30日に使用を止めた。その後この判決は確定された。

Xは、本訴をもってYに対し、耕牧地Aの使用を理由に8,000マルクの支払を求める。第一審は、Yに270マルクの支払を命じ、その他の点では訴えを棄却した。Xは控訴したが棄却されたため上告。RGは、つぎの根拠に基づいて、不当利得に基づくXの請求を認容した。

【判旨】 第一審は、Yに対して270マルクの支払を命じることをBGB812条1項に基づく不当利得の観点から根拠付けた。第一審はつぎのように説明する。すなわち、1911年7月27日以前、XはYに対して、撤回権を留保してXの土地を通る鉄道施設の使用を認めたが、1911年7月27日のY宛の手紙によってYの権利を撤回した。そして、この時点から使用の終了（1913年6月30日）まで、XはYの行為によって所有権の侵害を被った一方で、Yは権限のない使用によって自らの財産を増加させた、と。

これに対し原審は、契約、不法行為、不当利得に基づく訴えにつきいずれも根拠がないと判示した。契約上・不法行為上の根拠がないとする原審の説明に問題はないが、不当利得も認めないとする原審の説明は、法的に認めることはできない。

つぎのことは疑いの余地がない。すなわち、いずれにせよYは1911年7月27日の手紙の受領から1913年6月30日まで鉄道施設が通るXの耕牧地を、権限を越えて違法かつ恣意的に使用し、またその間Xから禁止されているにもかかわらず借主に貨物を提供したのである。

また、Xは相当な補償を得られる場合のみこの使用を許すつもりであったということを、Yは1911年7月27日のXの手紙から認識しなければならなかつ

た。したがってXは、Yに使用を許諾することによって金銭上の利益を取得するつもりであった。

この状況からすると、原審が判示した観点は、初めから不当である。第一審が判断したように、BGB812条の要件が充足されているとみなされるべきである。Yが規則に適った行動をする場合に不法な使用のためXに相当な補償をしなければならなかった限りにおいて、YはXの費用で利得している。したがってYは、相当な補償を節約すると同時に、Xからこれを取り上げたのである。

また、Xが使用に対して異議を申し立てた後は、Yは自分が決して補償を支払わず、自分で他の線路施設を建設し、したがってXには決して何も与えなかったであろう、ということを主張することはできない。むしろYは、Xの異議にも関わらず線路を無権限で使用した後は、自分でもたらした状況に固執されることに耐えなければならない。もしYが規則に反した無償の使用を断念しなければならなかった場合に、Yは実際にはその時そうしなかったにもかかわらず、その他の方法により自力で何とかしていたはずであると抗弁することはできない。

このような(1)判決の見解からすると、第一に、利得者が損失者の物を許諾なしに使用した、第二に、損失者が使用を許諾することによって金銭上の利益を取得するつもりであった、第三に、利得者が損失者に支払うべきであった相当な補償を節約したという三つの要件が充足される場合、たとえ、利得者は補償を支払うくらいなら損失者の土地を使用しなかったとしても、損失者の不当利得返還請求権は認められることになる。

また、これにより(1)判決は、不当利得返還義務の対象を利得者の出費の節約分(出費の節約による財産増加分)とし、この算定基準を客観的市場価格とするものと評価される。

しかし、(1)判決によれば、もし損失者が相当な補償を得られるか否かにかかわらず使用を許すつもりがなかった場合には、不当利得返還請求権は



認められないことになってしまう。

以下の（２）判決は、質権者が取得した動産収益の返還が問題となった事案であるが、このような問題を抱える（１）判決と趣旨を同じくする。

（２）RG1922年12月1日第7民事部判決（RGZ 105, 408）

【事実】 Yの土地にある4つの住居を借りていたXは、これらの部屋の一部をX自らが使用し、その他の部屋は家具を取り付けて転貸した。1915年12月20日、Xは明渡命令を受け、1916年1月3日に使用していた住居を明渡した。執行官はその住居にある家具を、賃貸人質権（BGB559条）を主張するYに委ねた。YはXの転借人Aにつきのように説明した。すなわち、今後はYが賃貸人であり賃料をYに支払わなければならない、と。さらに、以前Xが住居で使用していたすべての物が、Xに対する未払賃料のため差押えられ、1919年4月10日、競売に掛けられた。

Xは、Yが1916年1月3日から1919年4月までの間にXの家具を無権限で賃貸し、かつそこから少なくとも月々150Mの利益を得た、と主張し、5,850Mの支払を求める。

第一審・原審はXの請求を棄却。BGHは原判決を破棄し差し戻した。

【判旨】 原審は不当利得の訴えを正当にもつぎの理由によって否定する。すなわち、XはYが質権に基づいて占有していた家具をもはや賃貸できる状況になかった、したがってYはその家具の賃料をXの費用で取得したのではない。また、家具のみがYの土地にある場合、Xが家具をYの損害なしに賃貸できたのは、Yが質物占有者として同意した場合のみである。さらに、このような同意を求める権利をXは持たず、その同意は与えられなかったばかりか求めることすらできなかったのである、と。

原判決は結局、BGB816条を引き合いに出すことも拒絶した。物の賃貸は、BGB816条の意味における処分、すなわち物権法上の効果を伴った処分ではないからである。

しかし、上告にも同意されるべき点はある。

賃貸された家具がもたらす収益は、BGB99条3項によれば家具の“果実”である。質に入れられた物の果実を取得する権利は、一般的には質権者には認められない。しかし、この権利をBGB1213条に基づいて質権者に付与することはできる。さらに、質権者は、特約がない場合はBGB1214条に基づいて、費用を控除した収益を質権設定者のものとする義務を負う。Xはまさにこれを請求する。

またこれを受けて、つぎのような検討も行われるべきである。すなわち、Xは収益返還訴訟によって、Yによる違法な果実取得を後に許可しなかったのか、言い換えれば、Yが初めから果実をXの同意をもって取得していたようにYが取り扱われる必要はないのかという検討である。

(2)判決は、動産の所有者である損失者に収益を取得する権利があるとし、さらに、損失者が利得者に対して果実取得を同意していたと考えられる場合には、利得者が損失者の同意をもって果実を取得していたように取り扱おうとする。

このことから、(2)判決は、もし同意を得ていた場合に支払うべきであった金額につき利得者に返還義務があると判断しているものと評価される。したがって、(2)判決は、(1)判決と同趣旨にでたものであり、返還義務の対象を出費の節約分と捉えるものといえよう。

また、(1)判決と同様、損失者が利得者に果実取得を許可するつもりであったかが重要となり、(2)判決の差戻審においても損失者が許可しなかったらと認定された場合、損失者は収益返還を請求できなくなることに注意を要する。

2 これに対して、以下の(3)・(4)判決では、事案の本質部分は異ならないにもかかわらず、(1)・(2)判決で固執された出費の節約は触れられていない。

(3) RG1924年3月12日第1民事部判決 (RGZ 108,120)

【事実】 YはAにピアノを売却し、Aの指示に従って運送代理店であるXにピアノを送付した（Aは着払することになっていたようであり、また、Yは、Aが着払する前にXが立替えた着払金を受取っていたようである）。このピアノはXのところに到着したが、この到着の前に、AはXに対して、契約違反のためにピアノの受領を拒絶することを通知しており、Yは、Xにピアノを返送するように指示した。そこでXはYに対して、ピアノの引渡と引換えに、Xが立替えている着払金と費用（倉庫料など）の支払を不当利得などに基づいて請求（Yが取得した着払金から生じる収益も合わせて請求したようである）。

第一審と原審は、ピアノの引渡と引換えに着払額と費用の支払を認めたが、Xは上告（Xは請求額の一部しか認められなかったため、上告したように思われる）。RGは原判決を破棄した（自判か差戻かは明らかではないが、判旨によると原審に差戻したように思われる）。

【判旨】 第一委員会においては、つぎのことが決定されていた。すなわち、返還義務は受領者が給付されたものから取得したものにも及ぶ。給付されたものから取得したものを、給付されたものと異なって判断する根拠は全くない、と。その後、第二委員会においては、実質的な変更が意図されることなく、義務者が取得した客体の「収益」を返還しなければならないという規定が、明確に理解され決定された。この決定は一「取得した」収益に制限されて一法律になったのである（BGB818条<sup>7)</sup>）。

本件についてみると、Yは着払金額を利得しており、利得額の評価についてはつぎのように考えられる。すなわち、返還義務は受領者が給付されたものから取得した収益に及ぶ（BGB818条）。この収益には、（果実だけでなく）物の使用がもたらす利益も属する（BGB100条）。

しかし、原因なく受領したものの「から」取得する利益ではなく、むしろ取引上の処置、例えば投機やこれと類似するものによって取得する利益につい

7) 第一委員会と第二委員会の審議内容については、拙稿・前掲注4) 山口経済学雑誌57巻3号57頁以下、4号65頁以下、58巻1号113頁以下において詳しく検討した。

ては、請求することはできない。

(4) RG1930年6月23日第4民事部判決 (RGZ 129, 307)

【事実】 Yは、月額480ドルの支払と担保の引受を条件に土地を売却するという申込をXに対し公正証書によって行い、Xの承諾の前にこの土地をXに引渡した。Xは、土地の収益を取得する代わりに、担保を引受け、代金を継続的に支払い続けた。

しかしその後、Yは申込の無効を主張し、前訴においてベルリン高裁は、BGB313条の承諾を欠いていたためにYは拘束されない、と判示し、この判決は確定された。

この訴訟が係属する前に既に土地をYに返還していたXは、不当利得に基づき、既払代金の返還を請求し、さらに費用の補償を請求した(事案の詳細は不明であるが、YはXに対して土地収益の返還を請求していたように思われる)。

地裁は、Yに対して既払代金の返還を命じた。

原審は、Yは既払代金を返還しなければならないが、これに対してXは、収益を返還する必要はない。なぜなら、この収益に関する請求権は不当利得の一般規定ではなく、BGB987条以下の特別規定に基づくから、と判示した。Yは上告し、RGは原判決を破棄し差戻した。

【判旨】 1912年4月1日判決 (JW 1912, 690) と1920年4月26日判決 (Warn Rspr. 1920 Nr.160 = SeuffArch. Bd. 75 Nr.212)<sup>8)</sup> は、BGB987条以下の要件が認められれば、BGB987条以下は、BGB812条以下の一般的规定を排除して適用され得る特別規定である、としている。しかし、この見解が当てはまるのは、所有者がBGB985条に基づく所有権の訴えを占有者に対して行う場合に限定され、具体的には、占有者が第三者から物を取得して所有者が所有権に基づいて返還を請求する場合に限定されるのである。

これに対して、所有者が占有者に物を譲渡したが、所有者・占有者間の契

8) これら2つの判決の詳細は、拙稿・前掲注5) 164頁以下を参照。

約が無効と評価されたためにこの物を返還請求するような場合には、所有者は所有権の訴えを強いられることはない。なぜなら、このような場合には、所有者は不当利得に基づく訴えも行うことができるので、所有権の訴えと不当利得の訴えが競合し、所有者は、この両者を選択することができるからである。これは、所有権が、Xのところにとどまっているか否かに関わらず、認められるべきである。

本件事案においては、YがXに対して不当利得返還請求権と異なる訴えを提起したということは、この訴訟からも以前に行われた訴訟からも明らかではなく、また、土地はすでに返還されているのであるからYは所有権に固執する必要はない。以上からすると、Yは不当利得に基づく訴えを提起したと考えられるので、無効である結果としての両当事者の給付と反対給付の清算は、不当利得の命題に基づいてのみ行われなければならない。Xによって取得された収益についてはBGB818条1項が適用されるべきであり、BGB987条以下は排除されなければならない。それゆえ、Xは収益返還義務を負う（収益の額を算定させるため原審に差戻したと思われる）。

（3）判決は初めて、BGB818条の適用を明確に言及しているのに対して、出費の節約には全く触れていない。また、その後の（4）判決は、不当利得の訴えとみることで、BGB818条1項の適用を認め、出費の節約については言及していない。それでは、（3）・（4）判決は、返還義務の対象をいかに考えているのか。

（3）判決は、返還義務の対象を、BGB100条により物の使用がもたらす利益（使用利益）と捉えているように思われるが、これ以上の詳細な説明はない。（4）判決は、BGB818条に基づいて収益返還義務を肯定するにとどまり、返還義務の対象について全く言及していない。

また（1）・（2）判決と（3）・（4）判決の間には、事案の本質部分に異なるところはないにもかかわらず、このように異なって判断した理由は明らかにされていない。

3 その後、返還義務の対象を出費の節約や物の使用がもたらす利益とはせず、さらにBGB818条を持ち出すこともなく判決を下したのが、以下の(5)・(6)判決である。

(5) RG1933年7月3日第8民事部判決 (RGZ 141, 310)

**【事実】** YはXに対して不動産を賃貸し、さらに別の契約で農機具などを所有権留保して売却した。この両者の契約は相互に依存すべきことが明約された。Xは内金を支払うと共に、この不動産の用益を開始し、その後、この賃貸借契約の許可を市長に申請したが拒絶された。そこでXは賃借していたこの不動産をYに返還し、Yの詐欺により契約させられたとして不法行為に基づき損害賠償を求め、予備的に不当利得に基づき内金等の返還を求めた。

原審は、詐欺の証明がなされておらず、Yは受領した内金全部について利得しているわけではなく、Y自身が不動産の収益を収取できなかった財産上の損失が内金から控除される、と判示した。Xが上告。RGは、原判決の一部を破棄し自判した。

**【判旨】** Yの利得の算定に際しては、法律上の原因のない財産移転の結果生じた財産状態と、この移転がなければ存するであろう財産状態とを比較することのみが問題となり、XがBGB993条に基づいて収益返還義務を免れることは、重要ではない。

したがって、この収益がBGB993条によりXに与えられるとしても、Yの財産が減少しているのです、その分についてYの利得は減少することになり、Yが返還しなければならないのは、Yの利得からYの財産減少分を控除した現存利得に限定される。しかし、Yも金銭の受領後は、この金銭から収益を得ることができたので、その収益はYにとって利得となる。そのため、Yはその取得した収益をXに返還しなければならない。

(6) RG1937年10月2日第5民事部判決 (JW 1937, 3158)

**【事実】** Xの父親が、1931年7月1日Xのために、口頭での契約により、Y

から製粉所を購入しその引渡を受けた。後日公正証書の作成，所有権移転，登記名義の変更を行う約束であったが，行われないうちに2年3ヶ月が経過した時点で，XはYに製粉所を返還した<sup>9)</sup>。

XはYに対して，すでにYに支払った頭金10,000RMと残金の利息として支払った4,500RMの返還，製粉所に支出した費用の償還を求めた。これに対してYは，頭金及び利息として5,000RM以上を受取ったことを否認した上で，Xが2年3ヶ月の間に製粉所から取得した収益などを請求した。

第一審は，Yに対して7784.60RMの支払を命じた。原審はYの利得算定については，差額説に基づいて判定すべしとし，5849.35RMと訴状送達日から5%の利息を支払うように判示した。

YはXが善意の占有者ではなかったことなどを理由に上告したが，RGはこれを棄却した。

【判旨】 原審は従来RG判例（いわゆる差額説，RGZ141, 310ff.((5) 判決)) に従い，失敗に終わった売買と関連したすべての利益と損失を考慮に入れて，Yが利得しているかを審理した。一方では，受取られた金額の使用というYに生じた利益も，そこでは異論なく考慮に入れられ（RGZ151, 123），他方では，製粉所を使用しないことによって逸失した金額が一定の範囲で控除された（RGZ141, 310ff.）。

RGで言及された判決が明らかにしているように，後者の考慮は，土地の法律関係につきBGB987条以下の適用が問題となる，不変のRG判決（RGZ137, 206ff.<sup>10)</sup>）に抵触しない。原審自体も，Xが善意の占有者であった場合，Xが取得している収益の返還（収益の価値の補償）請求権を，Yは全く有していないことを強調している。

しかし，Yの財産が利得となっているかが確定されるべきであるならば，無効な契約と関連したすべての経済上の出来事が，考慮されるべきである。これに属しているのは，機械を動かさないことによるYの逸失金額である。

9) BGB313条に基づき，証書を作成せずに行った契約は無効として扱われる。

10) この判決については，拙稿・前掲注5) 170頁以下を参照。

この限りでは、Yが法律上の特別規定に基づき所有者として、善意占有者に対する収益請求権を全く有していないということが、問題なのではない。

このように(5)判決は、差額説に基づき返還義務の対象を財産増加分とする。出費の節約については全く触れていないが、出費の節約とは、出費を節約したことによる財産増加分を指すのであるから、(5)判決は、同じ差額説を採用するという点で(1)・(2)判決と異なるところはないといえよう。

(5)判決は、両当事者ともに収益返還義務を負うことから、互いの財産増加分を相殺して、財産がより多く増加している方が返還義務を負うという趣旨にでたものと評価できよう。

この(5)判決については、これまでRGが不当利得の一般的な事例において差額説を採用してきたため、収益返還の場合にも差額説を採用しようとした判決であったといえる。(6)判決もこの(5)判決を踏襲する。

4 また、つぎの(7)判決は、収益返還請求権の根拠として差額説を明確にしているわけではないが、(5)・(6)判決を踏襲するものと思われる。

#### (7) RG1938年7月21日第5民事部判決 (RGZ 158,40)

【事実】 XとYは異母兄弟である。彼らの父親は、1933年に亡くなった塗装業の親方で、三度婚姻した。三度の婚姻において、ヴェストファーレンの夫婦共産制は有効であり、これはヴェストファーレン州とレース・エッセン・ドゥイスブルク郡の夫婦財産制に関するプロイセン法(1860年4月16日施行、以下では夫婦財産制法と記す)に基づくものであった。最初の婚姻では、子はいなかった。二度目の婚姻で、Yと三人の姉妹が生まれ、三度目の婚姻では、Xと二人の兄弟が生まれた。二度目の婚姻の子供達は、三度目の婚姻成立前に、彼らの母親の財産から養育費を得ていた。三度目の妻の死後、父親は、三度目の婚姻後に産まれたX及びその他の兄弟と共に夫婦共産制を継続した。

1928年12月18日に公証された契約によって、父親は、三度目の婚姻の夫婦



共産制に属する土地を、二度目の婚姻で生まれたYに譲渡した。Yは引渡を受け、すぐに譲渡を原因とする所有権取得の登記を行うと同時に、Yの同意を得た上で10,000 RMの貸付契約に基づく抵当権が第三者のために登記された。後に4,500 RMの貸付契約に基づく抵当権も登記された。

父親の遺言により遺留分しか認められなかったXは、前訴においてYへの譲渡契約を引き合いに出して、母親の相続財産を請求し、かつ同時に自らの遺留分を請求した。

第一審でXの請求は認容されたが、第二審では棄却された(ただし、Yへの譲渡契約は無効とされた)。

そこで本訴においてXは、前訴第二審の法解釈を用いて、譲渡契約の無効によりつぎのことを推論する。すなわち、譲渡された土地の所有権がXの両親(三度目の婚姻)の相続財産にとどまっており、かつ不当にもYによって抵当に入れられた、と。Xは、自分の母の財産の共同相続人としてYに対し、Y所有権登記と抵当権登記の抹消を求め、さらに、取得された収益を含め引き渡された動産についての情報提供、およびこれらの返還を求めた。

第一審はYの所有権登記抹消と抵当権消滅を認めたため、Y控訴。原審は抵当権消滅を認めた部分を破棄したが、その他の部分については控訴を棄却。Xは上告したが、RGはこれを棄却した。

**【判旨】** Yは担保によって取得したものを、不当利得の原則に基づいて返還する必要があった。したがって、貸付金価値の返還義務、又はこの価値は消費されるであろうからこの価値の補償義務(BGB818条2項)が、土地収益の返還請求権とYの費用補償請求権に関係がある。なぜなら、判例によれば、すべての財貨変更を考慮する際に明らかとなる最終結果は、利得の確定にとって重要であるからである。

Xは、Yが土地の担保から得た利得を、返還請求権を拡張することによって請求することができる。この請求権の範囲に属するのは、譲渡かつその関係で生じたすべての財貨移転の包括的清算である。

5 以上からすると、返還義務の対象を出費の節約、すなわち財産増加分と

する判決が多く、使用利益とする判決は（3）判決のみである。