

ドイツ判例における不当利得と収益返還義務 (2)

- 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年大法廷判決以前の状況 (以上59巻4号)

第2節 1940年大法廷判決

第3節 使用利益

第4節 出費の節約 (以上本号)

第3章 むすび

第2章 ドイツ判例の分析

第2節 1940年大法廷判決

1 本章の冒頭でも述べたように、1940年まで多くのRG判決が、起草者の見解に則して不当利得規定の適用を排除し、物権規定の適用を認めて利得者の収益返還義務を否定した。

しかし、1940年に以下の大法廷判決が出されてからは、物権規定が適用されたとしても、不当利得規定に基づく収益返還義務が認められるようになった。

それでは、1940年の大法廷判決がいかなるものであったか、以下で詳しくみていくことにしよう。

(8) RG1940年1月30日民事大法廷判決 (RGZ 163, 348)

【事実】 Yは、Xの被相続人から農場を購入し引渡を受けたのち、この農場を経営し代金を弁済した。その後Xの被相続人は老衰した意識状態であったため禁治産宣告を受けただけでなく、契約締結の際にはすでに行為無能

力¹¹⁾であったことから、本件売買の無効を認める判決が確定された。そこで Y は X に農場を明渡したが、X は、Y がこの土地を占有耕作中に収穫した収益の返還を求めた。

原審は、無効な売買契約に基づいて占有者に譲渡された物の占有は、BGB988条の意味においては無償で取得されたものとしてみなされなければならない、とし、無効な売買契約に基づいて占有を取得する場合、不当利得の返還についての規定を適用できるものとみなすべきである、と判示した。

そして、上告により本件を担当することになったRG第5民事部は、次の二つの問題について大法廷に解答を求めた。

まず第一に、売主が無効な売買契約に基づいてその土地を譲渡した場合、買主は土地の占有を無償で取得したのか。

第二に、このような買主は、通常の経営法則に従い、かつ善意で取得した果実を顧慮して、土地所有者の返還請求権・価値補償請求権などに対して保護されるのか。

【判旨】 債権契約が無効で物権契約が有効である場合、旧所有者は不当利得規定（BGB818条1項・2項）に基づいて、物それ自体と、この物から取得された収益の返還を求めることができる。しかし、このことは、法律の意図するところではない。したがって、債権契約と物権契約が共に無効である場合、善意占有者は所有権を有しないため所有者の地位と比べて法律上不利であるにもかかわらず、物権規定（BGB990条）に基づいて収益の収取が認められるのである。

もっとも、前者の場合では、善意占有者である利得者は、占有者が法律上の原因なく取得した利益につき、同一の出来事によって又はこの出来事と関係して生じた不利益（たとえば費用など）を、返還すべき収益から控除できる。また、BGB819条1・2項と820条2項の要件が存在しないかぎり、善意占

11) BGB104条2号には、精神活動の病的障害により自由な意思決定を行えない状態にある者も行為無能力者であると規定されている。それゆえ、Xの被相続人は、契約締結の際には禁治産宣告を受けていなかったが、行為無能力者として判断されたと考えられる。

有者の義務は、返還・補償請求の訴訟係属時に占有者のところに現存している財産増加分にまで縮減される。

これに対して、後者の場合においては、善意占有者は収益取得が認められる代わりに、収益を得るための必要費などを、占有者自身が負担しなければならない (BGB994条1項2文・995条)。それにもかかわらず、後者の場合には通常、前者の場合と比較すると所有者が不利に扱われることになるであろう。

また、無償によって占有を取得した占有者は、訴訟係属前に善意で取得した収益であるとはいえ、BGB988条に基づいてこれを返還しなければならない。それならば、有償であっても法律上の原因なく何かを取得した者が所有者より優遇されるとする根拠は、明らかではない。それゆえ、無効な売買契約に基づいて占有を取得した占有者は、少なくとも不当利得法に基づいて、所有者に対して収益返還義務を負うとされなければならない。

しかし、これまでの判例は、BGB985条以下の規定が不当利得の規定より優先して適用されるという態度を一貫してとってきたのであり、また起草者も同様に考えていたし、BGBの規定の構成から考えてもこのことは明らかである。

しかしながら、BGB985条以下の規定には、確実に欠陥がある。すなわち、物の収益に対する所有者の請求権に関する規定を設ける際に、法律上の原因なく取得された占有の事例が、無視されたのである。このことは、BGBの草案と委員会の議事録に言及されていなかったことから明らかである。そして、この問題を解決するために、BGB988条を相応しいように適用することが重要になり得る。法律上の原因なく取得された占有もまたその要件において無償で取得されたとみなされるように、この規定を解釈することは可能であろう。また、法律上の原因のない遺言執行者の処分を、BGB2205条3項における無償とみなした判例¹²⁾もあり、学説も、BGB988条やBGB816条1項2文に関して無償性概念を狭く解釈することに反対し、かつこの無償性概念

12) RG1922年7月6日第4民事部判決 (RGZ 105,246)

に法律上の原因の欠缺を含めることに賛成していた。さらに、BGB988条は、物権契約が有効か否かによって生じる矛盾¹³⁾を解決することにも適しており、法律上の原因のない占有取得を、無償による占有取得と同一視することは、法律の許すところであろう。

BGB編纂過程における第二委員会の議事録には、本来の意味の無償取得の事例と並んで、法律上の原因のない取得の事例も念頭に置いたかについては何も記されていない。しかし、この事例を無視したとは考えられないので、法律上の原因のない取得事例に関する明文の規定を不要とみなしたというほかない。そして、ここでは、この規定が法律上の原因の欠缺を含む新たな意味で無償性を理解したと思われるのである。

最後に、BGB988条の規定がこのように理解されたとしても、所有権に基づく請求権についての全規定と調和し、また、返還義務の内容と範囲は不当利得規定に基づいて妥当に処理されるのであるから、占有者が不当な負担を強いられることはない。

このように、RG大法廷は、法律上の原因のない占有取得を無償による占有取得と同一視することにより、BGB988条の適用を認め、不当利得に基づく占有者・利得者の収益返還義務を肯定するに至った。

その後、大法廷判決が踏襲され、物権規定に基づいて収益返還義務を否定する判決はなくなり、収益返還を扱う判決は、飛躍的に増加することになる。2 それでは、この大法廷判決以降、返還義務の対象の問題と算定基準の問題はいかに捉えられるようになったのか。

第1節で詳しく見たように、大法廷判決以前は、返還義務の対象を使用利益とするのは一判決にすぎず、(出費の節約による)財産増加分とする判決が支配的であった。また算定基準を示す判決は客観的市場価格を基準とする(1)判決にとどまる。

しかし、大法廷判決後は、以下で詳しく見るように、返還義務の対象を出

13) この点の矛盾については、拙稿・前掲注5)第三章第一節を参照。

費の節約とする判決も依然として多いが、使用利益とする判決が増え、さらに使用可能性とする判決や事後的契約関係説を用いる判決も現れた。

以下では、まず、返還義務の対象を使用利益とする判決をみていくことにしよう。

第3節 使用利益

1 大法院判決後、返還義務の対象を使用利益としたのは、以下に掲げる7つの判決であった。

(9) BGH1954年3月22日第4民事部判決 (JR 1954, 460)

【事実】 Xは印刷会社の所有者であった。1945年の終戦後、この企業は占領国ソビエトによって解体された。機械設備の一部はソビエトに運ばれ、また、その他の部分はしかるべき場所に放置された。Yは、官庁が認めた場所にこの機械を設置し印刷会社を設立したため、XはYがこの機械から取得した収益を請求する。

第一審は、つぎのように判示し、Xの訴えを認容した。すなわち、機械・用具・事務用家具が実際にもたらすのはどのような収益かが考慮されるべきである。これについて正確な回答が不可能である限り、個々の客体が使用されたのと、ZPO287条に基づく評価が生じ得るのはどのような方法でかつどのような範囲であるか、が主張されるべきである。この場合、裁判所は、もしYが当該客体を賃借していた場合に支出しなければならなかった金額を、使用補償 (BGB987条2項・990条に基づく補償請求権を含む) の下限とみなすべきである、と。これに対して、Yは控訴したが、原審は控訴を棄却したため、Y上告。BGHは、原判決を破棄し、「使用利益」の客観的価値を算定させるために差戻した。

【判旨】 Xは、YがXの機械・事務用家具・その他の用具を印刷会社の中で使用したことにより取得した収益を求め、「使用利益」の評価についての基準は、「使用利益」の客観的価値であり、従って「使用利益」が一般的

にこのような会社にとって有している価値である。この利益の客観的価値は、占有者が弁済しなければならないところの最高額である。

判例・学説において発展した原則によれば、家・部屋・土地の「使用利益」の評価に関しては、この客体の通常の賃貸価格が基礎におかれるべきである。すべての工場施設の「使用利益」が返還されるべきであるならば、この施設の「賃貸価格」が基準とされるべきである（RGZ 97, 245, 252）。すべての工場施設ではなく、自分の会社の中で幾つかの他人の機械と設備のみを使用したのであれば、Yはこれによって取得した利益のみを返還するべきである。その場合、これらの「使用利益」の算定基準として、再びこれらの機械と設備の賃貸価格を基礎とすることができるであろう。

(10) BGH1960年2月25日第2民事部判決（BGHZ 32, 76）

【事実】 ドイツ降伏により、X所有の二つの浮きドックが連合国に押収され、イギリスはYに、使用を目的とした割り当てを行った。Yはその浮きドックを自己の営業のために借り受けて使用してきたため、XはYに対して、ドックを占有することによって取得した収益の返還を求めたが、Yはこれを拒絶。

原審は、Xは当時所有者ではなかったとしてXの請求を棄却したため、X上告。BGHは、原判決を破棄し差戻した。

【判旨】 1 Xは当時所有者であり、Yの占有すべき権利は消滅したのであるから、Yは、法律上の原因なくドックを占有していたのである。それゆえ、Yは、BGB985条に基づきXに対してドックを返還しなければならない。2 また、BGB988条の適用は排除されない。なぜなら、これまでの判例は、法律上の原因のない占有取得を無償の占有取得と同一視しており、Yはドックの占有につき法律上の原因を有していないからである。

法は、占有取得のために弁済した対価を調整するために、善意占有者に収益を認める一方、占有取得のために出費しなかった無償の占有者を、所有者の費用で優遇するつもりはない。その他の利得請求権、とくにBGB816条1項2文の請求権のように、BGB988条の請求権もまた、次のような衡平原理

から生じている。すなわち、自分で全く犠牲を出さなかった利益を、この利益を有している他人の費用で誰も取得すべきではない、という原理である。

なお、その物を引き続き使用する占有者が対価を支払うことを拒絶するのであれば、元々有償である（対価を支払った期間に制限された）占有取得は、無償の占有取得に変わる。

Yは、Xだけでなくその他の誰にも対価を支払っていないのであるから、無償かつ法律上の原因なく占有していたといえる。YがXに収益の返還を拒絶することができるならば、BGB242条とは一致しない耐え難い結論をもたらすであろう。

さらに、YはXに対する賃料の弁済を拒絶していたので無償で占有を取得していたことにもなり、BGB988条に基づき収益返還請求権がXに認められる。

3 Xは、BGB988条から不当利得に基づいて、実際に取得された収益を返還請求できるのであれば、XはYに対して、取得されたドックの使用料に関する情報を請求できる。この受領に関してXは知らない一方で、YはこのXの不確かさを排除するために必要な情報を容易に提供できる状況にある。

しかし、本件に限って言えば、Yは情報提供義務を負わない。なぜなら、YがBGB988条に基づいて返還しなければならない収益は、事業からの利益を含むのではなく、ドックの使用からYが取得した利益に制限されるからである。

この使用から取得した利益は通常、専門家によって確定され得る賃貸物の価値と一致している。その限りでは、通常、情報は必要ないのである（BGHZ 7, 208, 218; BGH JR 1954, 460（前掲（9）判決）。また、BGHZ 27, 204, 209; BGH LM § 987 Nr.3も参照）（Yの収益額の算定のため原審に差戻したと考えられる）。

(11) BGH1963年4月10日第5民事部判決（MDR 1963, 577）

【事実】 事実関係の詳細は明らかではない。地方公共団体であるYが建物

建築のためにXから土地を譲り受けたが、後にこの契約の無効が判明したため、XのYに対する土地使用の補償請求が問題になったようである。

【判旨】 Yが、無効な契約に基づいて占有しているのであれば、BGB988・812条が適用され、Yは収益返還義務を負う。したがって、建築を目的とした土地の使用によって得られる利益（BGB100条）もまた、支払われるべきである。もっとも、この利益は、BGB988条自体が前提としているように、原物で返還され得ない。それゆえ、Yがいまだ利得している限り、Yは、「使用利益」の価値を金銭で補償しなければならない。

(12) BGH1969年6月9日第7民事部判決（WM 1969, 1083）

【事実】 Yは建物と土地の所有者である。Yはこの建物と土地を、売春の営業を目的としているXに賃貸した。Xは保証金をYに支払い、この保証金は、期限までの賃料支払と賃借目的物の返還請求権の保証としてYが受取り、賃貸借契約終了後に返還されることが約束された。

その後、XはYに建物と土地を明渡し、保証金の返還を請求するのに対して、Yは保証金の返還を拒絶し、かつ、予備的に使用補償と修繕費用の補償を請求する。

地裁と原審はXの訴えを認容し、Yは上告したがBGHは上告を棄却。

【判旨】 YがXの取得した収入を返還請求できるとしても、この請求はBGB987条に基づくのではない。なぜなら、この規定は、物の収益にのみ関係しているからである。この物の収益とは、BGB100条に基づいて物の直接的かつ間接的果実と「使用利益」のみである。Xが売春婦の部屋の賃貸から取得した特殊な利益は、物の収益に属しない。このような収入は、営業からの利益と同様に、物の収益ではない（BGH1952年9月25日（BGHZ7, 208））。

ここでは、営業の返還が問題になったのではなく、建物と土地のみ—売春宿の営業は除く—の返還が問題になったのである。なぜなら、建物と土地のみが、無効な契約に基づいてXに譲渡されていたからである。

本件においては、Yの収益返還請求権は、建物と土地の「使用利益」の価

値補償のみに向けられており、すなわちこれは、建物と土地の客観的賃貸価値に基づいている (BGH1954年3月22日判決 (前掲 (9) 判決))。しかし Y は、賃料としてすでに X からこの金額を受領していたので、Y の上告は棄却されるべきである。

以上のように、(9) から (12) 判決はすべて返還義務の対象を使用利益とする。(10) 判決は返還義務の対象を“使用から取得した利益”とするが、これは使用利益と異なるところはないといえよう。

つぎに、算定基準につき、(9)・(12)判決は客観的市場価格とし、とくに(9)判決は、これを占有者・利得者が負う返還義務の上限とし (第一審はこの価値を下限と判断)、客観的市場価格という基準が従来判例・学説によって発展した原則であることを認めている。

また、(10) 判決は、算定基準を専門家によって確定され得る賃貸物の価値とする。これは、浮きドック賃料の市場価格が一般的に存在しないことから、このような場合は専門家の鑑定が必要であることを判示したものと評価できよう。

(11) 判決は算定基準を明らかにしていないが、これを客観的市場価格とすることに異を唱えるものではないように思われる。

2 また、これらを踏襲する下級審判決には、つぎのようなものがある。

(13) OLG1964年2月28日判決 (NJW1964, 1028)

【事実】 X から住居を賃借していた Y は、X と裁判上の和解を行い、その中で、賃貸借を終了することが取決められ、かつ Y は、1961年9月30日に X にこの住居を返還する義務を負った。また、この和解の中で、Y は明渡が遅れたとしても執行制限が行われている間は明渡義務の遅滞に陥らない、ということも合意された。その後、Y は、この執行制限が行われたため、1961年9月30日に明渡さなかったのであるが、X は、1961年10月1日から賃料の支払を請求する (誰が控訴したのか、また OLG の控訴に対する判断の詳細は明

らかではない)。

【判旨】 債務者がある一定の客体を返還しなければならない場合は、BGB987・988条に基づく債権者の収益補償請求権が訴訟係属したことは決定的である。BGB987条に従って、債務者は訴訟係属後に取得する収益を返還しなければならない。収益に属するのは、「使用利益」(BGB100条)、すなわち、場所の賃借の場合は使用期間中の客観的賃貸価格である (BGH JR 1954, 460 (前掲 (9) 判決); RGRK Anm. 15, zu § 987)。

しかし和解において、Yは一執行制限が行われる場合一履行遅滞に陥らないことが決定されている。それゆえ、Xの請求を認めることは和解で取り決められたことに反するので、一般規定 (BGB292, 987, 100条) が存在するとしても、Xの請求権は認められない。

このように下級審判決も、(9) から (12) 判決を踏襲し、返還義務の対象を使用利益、算定基準を客観的市場価格とする。

3 また、明らかに不当利得規定の適用はなくもっぱら物権規定が適用された判決と、解除が認められた判決においても、以上の判決と同じ見解に立つものがある。

(14) BGH1963年3月25日第7民事部判決 (BGHZ 39, 186=NJW 1963, 1249)

【事実】 Yは、商人Tのためにフランクフルトにオフィスビルを建てた。その際にYはXに問合せて明確に拒絶されたにもかかわらず、Xが所有する土地に、建築現場の仮小屋を立てかつ建築資材を置いておくために使用した。また、YはXの土地を有効に使用できるようにするため、Xの土地にある瓦礫の一部を運び出させた。

Xは訴えにより、Yに対して土地及びその他の物の使用につき9,000DMとその利息の補償を求めた。これに対してYは、宿营地としてのYの土地使用の価値よりも、瓦礫の運び出しのためにより多くの出費をしなければならなかったのであるから、Xに対し債務を負っていない。また、瓦礫の一部除去

は、Xの土地の価値を増加させるという影響をもたらした、と抗弁した。

地裁はXの請求を認めたが、原審はXの請求をすべて棄却。BGHは、原判決を破棄し自判した。

【判旨】 Yは、Xがその土地の使用を拒絶したことを知っていたのであるから、占有取得の時は善意ではなかった。それゆえに、YはBGB990・987・100条に基づき、YがXの土地から取得し直接返還できない「使用利益」の代わりに、適当な使用補償の形で、価値補償を給付しなければならない（RGZ 93, 281, 283; BGB-RGRK 11. Aufl. § 100 Anm.2; Enneccerus/Nipperdey, BGB Allg. Teil, 15. Aufl. I § 127 VI 2b, S.822; Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. § 85 II 1b, S.331）。

原審は、瓦礫除去のために支出された費用が土地の無断使用により節約された費用（土地使用料）を著しく上回ったため、Xの請求をすべて棄却した。しかし、BGB996条によれば、占有者はBGB990条に基づいて責任を負う場合、必要費以外の補償を請求することはできないのであるから、Yは瓦礫除去費用の補償を求めることはできない。

また、BGB996条によって補償請求はできないとされているのであるから、BGB812条を持ち出したとしても結論は変わらない。すなわち、BGB996条はBGB812条を排除する特別規定である。

(15) BGH1952年3月28日第1民事部判決（NJW 1952, 778）

【事実】 ZはAに車を盗まれ、そのAから車を善意で購入したYは、Xにこの車を転売した（Xも善意）。Zが、Xに対して所有権に基づき車を返還請求し、Xはこの車を返還した。そしてXは、BGB326条に基づきYとの売買契約を解除し、Yに対して支払代金の返還を請求した（これに対して、YはXに対して、車の使用利益の返還を請求したと思われる）。

第一審はXの請求を棄却したが、原審はXの請求を認めたのに対してXの使用利益返還義務を否定したので、Yが上告。BGHは原判決を破棄し差戻した。

【判旨】 RGは、1940年判決（前掲（8）判決）の中で、BGB988条の適用につき、法律上の原因なく取得された事例を無償で取得された事例と同一視する。

本件においては、Xの解除の意思表示により、占有の法律上の原因は遡及的に消滅したから、Xは当初から有効な占有権原なしに本件車を占有してきたことになる。したがって、1940年判決以来拡大された意味でのBGB988条の適用が生じ、買主Xは、車の使用利益を売主Yに、返還しなければならない。Xが取得した収益の算定を、原審は審議していないため、この判決を原審に差し戻す。

このように、(14)・(15)判決はともに返還義務の対象を使用利益とする。

また、(14)判決は、算定基準を適当な使用補償とするが、これは客観的市場価格を指すものと評価されよう。

4 しかし、大法廷判決以降すべての判決が、返還義務の対象を使用利益と捉えたのではなかった。大法廷判決以前は、返還義務の対象を出費の節約や財産増加分とするのが支配的な判例の立場であり（この点については、本章第1節参照）、大法廷判決以降も、この立場に固執する判決が根強く存在するのである。

次節では、出費の節約に固執する判決につき、詳しくみていくことにしよう。

第4節 出費の節約

1 大法廷判決以降に、返還義務の対象を出費の節約と判示したのは、以下に掲げる5つの判決であった。

(16) BGH 1956年4月18日第5民事部判決 (BGHZ 20, 270)

【事実】 Xは、カッセル中央駅の駅前広場の所有者である。Xは、駅前広場を清掃し照明も設置している。駅前広場は、誰でも自由に使用でき、かつ

駅の出入りのためだけでなく、周囲の公共道路への通行のため住民に使用されている。市警察が運用する交通規則に基づき、駅前広場では通常の交通標識が設けられている。

Yらは、タクシー経営者である。Yらはタクシーを駅前広場に止めておき、かつそこで乗客を待つのを常としている。一時駐車場所は、市警察によってYらに割り当てられ、また“タクシー駐車場”という二つの標識が立てられた。

Xはつぎのように主張する。すなわち、Xは駅前広場の所有権に基づいて、Yらによる無償使用を認める必要はない、むしろXは使用許諾の代わりに対価の支払を求めて良い、と。Xの主張によれば、Xは戦争前長期間に渡って、タクシー駐車場として駅前広場の使用契約をその当時存在していたタクシー協会と締結し、かつそれ以降はそこで合意された補償を受取っていた。戦争後は、XがYらとも駅前広場の使用対価の弁済につき申し合わせをしようとしたが成功せず、それゆえ、XはYらに対して、対価のない駅前広場の使用に同意していないことを申し入れていた。

そこでXは、Yらに対して、タクシー1台につき月々5 DMの補償を求める訴訟を提起した。

Yらは、抗弁の根拠としてつぎのように主張する。すなわち、駅前広場は少なくとも黙示の公共物指定に基づいて、道路法における公共の場になり、したがって公共使用されている。それゆえ、公共使用の範囲にある使用を、対価の支払に依存させてはならない。タクシーの駐車はこの範囲を超えていない。また、我々は補償を支払うことなく、すでに10年間駐車している。

駅前広場が公共使用に指定されたという主張に対してXは、駅前広場の交通が実際に行われ、かつXと合意の上で市警察によって規制されているとしても、この交通が駅前広場を公共の場に変えることはない。したがって、Yは、初めから自分の観点の根拠付けのために公共使用を引き合いに出すことはできない、と反論する。

第一審は、Xが弁済請求権を有していないという根拠をもって訴えを棄却し、その理由として、Xの主張によれば、XとYの間に契約関係はなく、か

つ不当利得もYの弁済義務の法律上の原因として認められないから、と説明する。原審がXの控訴を認めたため、Yは上告したが、BGHはこれを棄却。

【判旨】 1 駅前広場の所有権はXに属しているため、XはYに対してタクシーの一時停車場としての駅前広場の使用を対価の支払がなければ拒絶してもよい。XがYの使用を容認する義務があるならば、Yが証明しなければならない。

Yは、駅前広場が公共使用されていると主張するが、公共使用が認められるためには、Xが駅前広場をある特別な行為によって公共交通に提供したということ、かつXやその法律上の前主が土地所有権者としてこの提供に協力したということが必要である。しかし、Yはこれらを証明していない。

2 以上の内容を考慮に入れて、Xの異議に反対して無償で継続した駅前広場の使用によってYが不当に利得したのか、かつそれゆえこの観点においては使用補償債務がYに負わされるのかという問題につき、原審はつぎのように検討する。

BGB812条1項1文によれば、ある者が他人の物を無権限で使用して出費を節約することにより、“その他の方法により”他人の費用で“法律上の原因なく何かを取得”することがある。このことが妥当するのは、とくに、規則にかなった使用行為の際に補償が支払われなければならなかった場合である。確かに、このように単なる使用利益が問題となる場合には、取得されたものの返還が不可能であるから、使用者は、BGB818条2項に基づいて価値補償を給付しなければならない。またその場合には、使用者が節約した金額が使用の取引価値（タクシー1台につき月々5 DM）としてみなされるべきである（RGZ 97, 310（前掲（1）判決）参照）、と。

以上の原審の判断に誤りはなく、上告は棄却されるべきである。

(16) 判決が是認する原判決は、他人の物の無権限使用によって出費を節約することはBGB812条1項1文により不当利得であると判示していることから、返還義務の対象を出費の節約と捉えるものと考えられる。また、この出

費の節約の算定基準を使用の取引価値とするが、これは客観的市場価格を指すものといえよう。

もっとも、(1)・(2)判決で示された、“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”という要件には、触れられていない。しかし、本件の損失者は、事実関係から判断すると、最初から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があったと考えられるので、本判決では敢えてこの要件に触れる必要はなかったといえよう。

したがって、原判決を是認する(16)判決は(1)・(2)判決を踏襲する判決といえる。

(17) BGH 1956年5月8日第1民事部判決 (BGHZ 20, 345)

【事実】 新聞雑誌カメラマンであるY1は、有名な劇場・映画俳優であるXを訪れた。Xは出版を目的とした写真撮影に同意し、さらにY1所有のスクーターに乗ったXを撮影するという提案にも同意した(この時点におけるXの同意は、出版のための撮影にとどまり、スクーターの広告宣伝を目的とした撮影に及ぶものではなかったようである)。

Y1は、Xがそのスクーターに座っている写真を、Y2(スクーター製造会社)に譲渡し宣伝使用の報酬を得た。またY1は、他の有名な芸能人とも同様の写真を撮影し報酬を得ていた。Y1は、Y2の広報部に対し、これらの芸能人たちがYらの広告・ポスター・その他の広告印刷物において自分の写真を公表することに同意している旨の書面を提出した(もっとも、実際にはこれらの芸能人たちはこれに同意しておらず、Y1が虚偽の書面を提出していたようである)。Y2は、広告ページに18の写真を構成させ、このページには“有名な乗物に乗る有名人”というキャッチフレーズが書かれていた。この広告ページによって、Y2は多くの雑誌の広告欄に登場した。

Xは損害賠償とともに広告としての写真の使用を止めるよう請求したのに対し、Y2は、今後写真を使用しないことについては承諾したが、Xが請求する損害賠償を拒絶。そこで、Xは、Yらに対して損害賠償を求める訴えを

提起した。

第一審は、Yらを連帯債務者として一部金額の弁済を命じた。原審は、Y2に帰責性がないことなどを理由にXの訴えを棄却した。Xの上告により、BGHは、第一審判決を再度認め、Y1の附帯上告を棄却した。

【判旨】 1 原審は正当にも、スクーターに乗るXの写真配布をスクーターの宣伝のために使用することは認められなかった、ということを出発点にする。

これを前提に原判決はXに対して、支払を免れた実施料の観点から相当な賠償請求権を認めようとした。この損害の算定方法は、著作権侵害の場合のRG判例によって認められている。排他的権利の侵害の場合に、損害算定が、通常の条件での契約締結の際に支払われるべきであった相当な賠償に基づいて行われることにプラスの材料を提供するのは、実務的必要性とつぎのような根拠である。すなわち、規則に従って権利保持者に許諾される者よりも、権利を違法に侵害する者が優遇されるべきではない、という根拠である。著作権侵害と特許権侵害に基づく損害の清算に関してRGによって発展されたこの原則は、慣習法上の原則と位置づけられ (RGZ 35, 63; 43, 56; 46, 14; 50, 111; 84, 370; 95, 223; 130, 108; RG GRUR 1938, 449; 1934, 627)、一般的に有償でのみ許諾される排他的権利に対するすべての侵害の際の利益状況に対応している。

それゆえ問題なく、Xの写真に対する人格権侵害に、この原則を適用することができる。なぜなら、鑑定意見に基づいて行われた原審の確定によれば、有名芸能人は一般的に相当な補償がなければ、このような公表を許諾しないからである。

したがって、財産上の価値のある他人の排他的権利を違法に侵害することが問題であり、判例が著作権・特許権の侵害の際に逸失補償に基づく損害算定を承認するために行ったのと同様の衡平な考慮が、この侵害の補償のために用いられる。

もっとも、原審は、Y2の帰責性が証明されていないことを根拠に、Y2に

対する損害賠償請求を棄却した。

2 しかし、Y2に対する訴えは、いずれにせよ不当利得に基づいて根拠付けられる。原審は、著作権の領域において不当利得請求権の主張が認められる (BGHZ 15, 338, 348; 5, 116, 123; RGZ 121, 258, 259; RGZ 90, 137) ことを、誤認しなかった。もっとも、原審はつぎのように考える。

すなわち、本件において“何かを取得した (etwas erlangt haben)” という要件 (BGB812条) が充たされていない。なぜなら、Y2はXの“費用”何も取得しなかったからである。すなわち、Xは自分のスクーターに乗っている写真を他の方法で“売る”ことができたことを証明できていない。また、Y2はXの配布権を取得する気は決してなく、補償を得たいというXの意思を知らなかったし知る必要もなかった、というように原審は考えるのである。

3 この詳細な原審の説明は、不当利得法上の原則と一致しない。Y2はXの同意なしに営業でXの肖像を活用した。原審が鑑定意見に基づいて確定するように、Xは芸能界の習慣により、同意と引き換えに補償の支払を求めることができたであろう。会社は違法行為によりXの費用でこの補償を節約した (RGZ 166, 71; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhaeltnisse S.850)。写真の著作権はXに帰属せず、かつXがこの写真の他の使用によって対価を得ることができたかどうか疑わしいことは、重要ではない。しかし、つぎのことは決定的に重要である。すなわち、Xが自分の写真にある権利に基づいて請求できたであろう、実際に実行された公表に対する同意の報酬は、Xには与えられなかった、ということである。不当利得請求権が調整すべきであるのは、損失者の財産における財産減少ではなく、利得者の財産における法律上の原因のない財産増加である (RG HRR 1933, Nr.1311; Koeln OLG 13, 388)。

また、Y2は、その不当利得請求権に対して首尾よくつぎのような抗弁も行うことはできない。すなわち、Y2は出費を節約しなかった、なぜなら、Xの補償請求権を知っている場合にはXの肖像を広告に採用するのではなく、他の方法で切り抜けていた、という抗弁である。むしろY2は、自らが

もたらした状況に従わなければならないのである (RGZ 97, 310, 312 (前掲 (1) 判決); OLG Dresden SeuffArch 73 Nr. 51)。

(18) BGH1956年12月19日第5民事部判決 (BGHZ 22, 395)

【事実】 Yは、戦争ですでに破壊された住宅用建物があった土地の所有者である。再建が進む中で、1952年にYは、この土地の前にあるX (市) 所有の道路上に、建築現場の囲いを建てさせた。これについて、市の建築監督局はその許可をYに与えていた。この官庁の許可は、つぎのような内容であった。すなわち、“広告文やその他の広告マークを取り付けるべき場合には、特別な許可が必要であり、建築監督局に申請しなければならない”，と。しかし、Yは、この許可を得ることなく建築現場の囲いを1952年4月から9月まで第三者Aに賃貸し、Aはこの囲いに広告を掲示した。

Xは、Yが取得した収益はBGB988条に基づき道路とその領空の所有者であるXに帰属することを根拠に、この賃貸からYが取得した収入の一部を請求する。

第一審はXの請求を棄却、原審もXには所有権に基づく請求権 (BGB988条、990条、992条)がないことなどを理由に請求を棄却したため、X上告。BGHは、原判決を破棄し差戻した。

【判旨】 1 原審は正当にも、Yが建設現場に囲いを建てかつ広告目的でこの囲いを賃貸する権限を有していたかという問題を、出発点とする。この問題が否定される場合のみ、YがBGB988条、990条に基づいて収益返還義務を負うか、又は不当利得返還義務を負うか、ということがさらに検討されるべきであった (RGZ 97, 310 (前掲 (1) 判決) と BGHZ 20, 270, 275 (前掲 (16) 判決) を参照)。Yの権限がXとの契約に基づいていないことに争いはない。YはBGB905条2文も引き合いに出さなかった。むしろYは、道路の公共使用から自らの権限を導き出す。

2 一般的な使用のために道路を公共の用に供することは、誰に対しても交通の通常範囲内であれば認められる。それゆえ、道路の所有者は、一般的

な交通の考え方と地域の慣習に基づいて認められる限り、公共使用による影響を受入れなければならず、これに対して道路に面した居住者は道路を使用できる。

居住者の使用の範囲は、必ずしも明確になっているわけではない。したがって、道路を通る、乗物などで通る、人や物を運ぶことだけが許されているのではなく、道路上で木材・石炭を一時的に貯蔵したり、居住者の家の前で乗物を一時的に駐車することは、居住者使用としてみなされる。家の新築や改築の際に、道路上で建築現場の囲いを一時的に建てることについても、同じことがあてはまる。それゆえ、建築現場の囲いを建てるために道路を使用するという公共使用が行われる場合、Xは対価を請求することはできない。すなわち、公共使用は無償で行われるのである。

その他に道路の公共使用に含まれるのが、道路上の広告である。もっとも、広告を行う際に警察から許可を得る必要があることと、公共性の範囲を超えてはならないことについて争いはないが、どのような広告が公共性の範囲に含まれるのかは、必ずしも明確ではない。

道路に面した居住者の家から道路の領空（電光掲示板・看板・ラベル）で行われる広告を、道路の所有者は公共使用の結果として無償で認めなければならないのが、判例である（RGZ 123, 181, 186）。しかし、原審は、このことを明らかにしていなかっただけでなく、その地域に限った公共使用のあり方を調査していない。この調査により、本件で問題となった他人の業務のための居住者の広告がその地域に限った慣習に基づいて、なお認められる公共使用の範囲内にあるのかを確定することができたであろう。

原審は、つぎのXの証明を決して無視してはならなかったであろう。すなわち、本件地域において広告目的で賃貸するための建築現場の囲いは通常ではなく、むしろ市の交通局は建築の利害関係者とその都度、相応の対価を支払うのと引換えに広告を認める契約を締結する。通常ではこのような方法が行われており、これまで利害関係者がこの種の契約締結を拒絶した事例はなかった。隣の市にも同様の慣習がある、というXの証明である。

3 Yが他人の広告のため建築現場の囲いを使用する場合、通常ならば以上のような契約締結に基づいてXに対し補償を支払わなければならなかったが、補償を支払うことなく収入を得たのであれば、XはYに対して不当利得返還規定に基づいてこの節約分を請求することができる（RGZ 97, 310（前掲（1）判決）；BGHZ 20, 270, 275（前掲（16）判決））。

(19) BGH1962年12月18日第1民事部判決（BGHZ 38, 356）

【事実】 Xは、権利能力のある社団である。この社団の定款によれば、Xは、著作権者と発行者を仲介することを目的とし、著作権者といわゆる代行契約を締結する。

Xはこのような代行契約を、ある小説に基づいて書かれたテレビドラマの作者ジョセフ・マーティン・パウアーなどと締結していた。またXは、1959年2月19日にドイツのテレビで放送されたドラマの作者フリードリッヒ・デュレンマートとも、仲介を目的とする代行契約を締結していた。

Yらは、すべてレストランの占有者であり、かつその店舗内にテレビを設置し、著作権者の許可なしに前述の諸作品のテレビ放送を客達に見せた。

Xはこれを著作権の侵害とし、侵害の中止と相当な補償の支払を求めた。

第一審は、侵害禁止の判断を下し、かつその根拠に基づき補償請求権を正当と認めた。Yの控訴は棄却された。Yの上告によりBGHは原判決に変更を加えたが、この変更はXの弁済請求権の根拠を損害賠償ではなく不当利得とする点にとどまる。

【判旨】 原因判決に基づき、裁判所の裁量に委ねられているのは金額のみであり、未だ算定されていないXの弁済請求権は、不当利得の観点に基づいて根拠がある。なぜなら、Yが通常Xの許諾を得た場合にYが支払わなければならなかったであろうその著作権料を、YはXの費用で節約したからである（RGZ 121, 258; BGHZ 15, 338, 348; 25, 116, 123; BGH NJW 1961, 121。これらと異なるものとして、RGZ 113, 413, 424がある）。

(17)・(18)・(19) 判決も (1)・(2) 判決を踏襲し、返還義務の対象を出費の節約とする。もっとも、(16) 判決と同様に、(1)・(2) 判決で示された、“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”という要件には、触れていない。

しかし、各判決において、芸能界の習慣によれば同意と引換えに補償の支払を求められることができたこと ((17) 判決)、囲いの広告を認める契約締結を拒絶した事例はなかったこと ((18) 判決)、最初から使用を許諾することを意図して仲介・代行契約が締結されていること ((19) 判決) が、認定されているのであるから、それぞれの判決においてこの要件は充足されているものといえよう。

2 また、このように返還義務の対象を出費の節約とする判決は下級審判決においても踏襲されている。

(20) BayOLG1965年1月22日判決 (NJW 1965, 973)

【事実】 XとYは隣接した土地の所有者である。1932年にYは、市の飲料水供給のため自らの土地に地下水を汲み上げるポンプ設備を設けた。1954年11月3日まで稼動していたこの設備は、水法上は決して許可されるものではなかった。

Xはつぎのように主張する。すなわち、Yは、Xの土地の一部に建てた人工の排水施設によるこのポンプ作業が閉鎖されるまで、この土地に連なる地下水を採取した。1957年6月4日に、Xは不法行為、不当利得、公用徴収侵害の観点から、これによって生じた損害賠償を求める訴えを提起した。Xはその損害を6,500 DMとする。

第一審と第二審は共に、Xの請求を棄却したため、X上告。BGHは、YがXの土地を使用（落石防止版の建設、吸い上げ管の敷設）したか否かを確認させるため、原判決を破棄し差戻した。本件は、その差戻審である。

【判旨】 1 たとえXの土地の下にある地下水が採取されたとしても、YがXの土地への境界を越えずに、もっぱら自分の土地上で地下水を採掘し排

出した限りでは、Xの請求は認められない。また、不当利得の観点からもXの請求権は発生しない。なぜなら、Yは法律上の原因なくXの費用で何も取得しなかったからである。

しかしXはつぎのように主張する。すなわち、Yは自分の土地の採掘によってXの土地から地下水を間接的に採取したのではない。むしろYは、地下水を採取しかつポンプ施設に供給するために、Xの土地上に人工の施設を建て、かつXの土地上で吸い上げ管を操作した、と主張するのである。

上告前の第二審はこれについて確定せず、むしろこの問題を明らかに未解決のままにしていた。しかし、訴えの請求が不当利得の観点から主張される限り、この訴えの請求を根拠のないものとみなすための第二審の説明は、上告で認められているように、法的な誤りがあった。

2 判例は、つぎのことを認めてきた。すなわち、誰かが他人の物の権限のない使用により出費を節約することによって、BGB812条1項1文の意味における何かを“その他の方法で”他人の費用で“法律上の原因なく”取得することがあり得る。このことはとくに、合法に行動した場合に物の使用のため所有者に補償を弁済しなげなければならない、という場合に当てはまる。使用者は、BGB818条2項に基づいて価値補償を給付しなければならない。この場合には使用者が節約した金額が使用の取引価値とみなされるべきである、ということも認めてきたのである (BGHZ 20, 271, 275 = NJW 56, 1276 (前掲 (16) 判決); BGHZ 20, 345, 355 = NJW 56, 1554 (前掲 (17) 判決); BGHZ 22, 395, 400 = NJW 57, 457 (前掲 (18) 判決)。また、RGZ 97, 310, 312 (前掲 (1) 判決) も参照)。

この場合、所有者が補償を得る意思をすでに表示していたかどうか、あるいは使用者は所有者が拒絶した場合に他の方法でなんとかやっていたであろうかは、重要ではない (Staudinger-Seufert, 11. Aufl., Anm. 7 d a, 7 f; Palandt, Anm. 5 c; RGRK, Anm. 21, 30, 117, je zu § 812 BGB; teilweise a.M. Erman, Anm. 4 a cc zu § 812 BGB)。

Xが主張するように、Yが今Xの土地上でXの同意なしにあるいはXの前

主の同意なしに地下水採取のための施設を建てた場合、Yはこれをもってこの土地を権限なしに使用した。もしかするとYは、それだけでなくXの土地にある地下水についてのXの排他的処分権も直接的に侵害した。これは、Xの土地上でも地下水を採取した事案であろう。このようなXの権利に対する侵害を、Xは認める必要はなく(BGB903条)、YはBGB812条・818条に基づいてこの利得をXに返還しなければならない。したがって、Xは、Yに対してその侵害の許諾のために、Yが—Xの主張が正当である限り—Xの費用で不当に利得した額の適当な使用補償を請求することができた。BGB987条以下による所有者の利得請求権に対する制限は、ここでは問題とならない。

3 以上からすると、大法廷判決以前は、返還義務の対象を出費の節約や財産増加分とするのが支配的な判例の立場であったが、この立場に固執する判決が、大法廷判決以降も根強く存在するといえる。

この理由としては、大法廷判決が返還義務の対象まで判示していなかったこと、不当利得法において古くから通説の地位にあった差額説が依然として強い影響を及ぼしていることなどが挙げられよう。

4 以上では、返還義務の対象を使用利益や出費の節約とする判決を検討してきたが、大法廷判決以降、僅かながらこれらと異なる判決が見受けられる。

次節では、返還義務の対象を使用可能性とした判決をみてみよう。