

# 利得概念の構成について

(第三当事者論(二)中間的考察)

衣 斐 成 司

## 一 はじめに

不当利得における三当事者関係の解釈学的な解決手法について、例示として指図をとりあげる。およそ、指図には、取引の安全の要請に基づき、無因性が前提となっている。すなわち、被指図者の指図の承諾の通知が指図受領者に到達すると、指図受領者は被指図者への請求権を取得する。したがって、それ以後は、被指図者は指図の有効性または指図の内容についての抗弁をもって対抗できるだけである。つまり、これ以外の抗弁、すなわち被指図者の指図者の関係における抗弁から切断される。

まず、対価関係が無効の場合には、利得調整の当事者は、指図者と指図受領者であり、補償関係が無効の場合には、その当事者は指図者と被指図者であり、対価関係も補償関係も同時に有効でない場合は、二重欠缺といわれ、被指図者から指図受領者への直接請求を認める説と対価関係と補償関係の各々に分離された関係内での清算を前提にした上で、被指図者は、指図者と指図受領者間の抗弁にも、指図者と被指図者間の抗弁にも、対応させられる負担のうちに、二重訴権と把握する説とに分かれる。なお、間接的な意味での被指図者の指図受領者への直接請求の方法として、指図者の指図受領者への返還請求権の被指図者への債権譲渡もしくは代位請求の許容などが考えられるが、どのような形であれ、直

接請求を認めることは、際限のない転用物訴権事例の承認に繋がり、法的安定性を損なうとして、一般的に否定される。<sup>(1)</sup>

だが、これらは、いずれも給付概念をもって、三当事者関係の不当利得問題を解決しようとしている。もともと、三当事者関係で不当利得の責任問題の端緒は、指図の事例であり、しかも、その指図が有効でなかった場合が前提となっている。さて、指図が有効でないので、被指図者の指図に従った行為は、指図者が弁済行為を意図していても、第三者の弁済、第三者による弁済とはいえないと解されるのではない。すなわち、指図が有効でなくても、被指図者が指図受領者に対して意識的に財貨の増加を目指して行った出捐行為は、指図者の指図受領者への目的に規定された財貨の増加としての給付行為として成立していると解されるのである。

また、被指図者の行為が指図者の指図受領者への給付行為であるとするれば、被指図者の行為は履行補助者による履行行為に過ぎないとも解される。また、被指図者の行為は、指図者の指図受領者への給付行為であるが、直接の相手方である指図受領者に対しては、給付行為ではなく出捐行為であり、同時にその行為は、指図者へ向けられた債務の履行行為、すなわち給付行為だと見られる。あるいは、給付行為とは、事実行為としての出捐行為の上に有因行為が加わって、はじめて成立するという考えもある。さらに、指図が有効でない場合の被指図者への行為は無因であるが、指図者と指図受領者との間に有効な対価関係が存在することを条件として、被指図者と指図者の間には法律意味での給付行為が指定される。このような理解には、利得当事者の確定、請求権の追求効の設定、複数当事者間での役割の確定などが想定できるが、これらは学理上の説明図式といえよう。

したがって、指図が有効でない場合にも、学理上の図式にしたがって、有効な給付関係を前提とする立場で不当利得の問題を解決すべきかは、考慮を要する。また、三当事者関係での保証債務とか第三者による弁済

## 利得概念の構成について

での給付行為と出捐行為の区別に関連して、当事者の給付行為における目的概念の重要視の結果として、受領者の立場ではなく、給付者の目的が強調され、誰が誰の給付を受領して利得したかの問いから誰が誰の財貨を増加させる目的で利得をもたらせたかの問いへと重点が移行した。この場合にも、給付の目的が不当利得の責任追及と連携して、利得返還請求権自体を位置づけているので、やはり利得をもたらせた給付者の目的概念こそが不当利得問題の中心となるべきと結論づけている。しかし、三当事者関係における債権の不存在の場合の指図による出捐行為とか無効な債権譲渡での譲受人への弁済などがなされたとき、他人の財貨の増加を目的とする給付行為の当事者でない者の出捐行為とその受領者の間で、すなわち被指図者と指図受領者、債務者と譲受人の間で、しかも指図受領者や譲受人の破産の危険を負担せざるを得ない場合に、不当利得の問題が生じるのである。

つまり、不当利得問題は、給付行為に内在する当事者の意思を中心として解決すべきか、すなわち、法的評価の対象となり得る行為とは、当事者の意思を体現した目的そのものを包含しているので、これをもとに解決することが可能である。あるいは、給付関係であれ出捐行為であれ、目的概念の存否をもって行為の評価を左右することは論拠がなく、むしろ財貨として受容された利得の存在そのものに対する評価を基点とした、すなわち、価値の直接移動の要請に見られる利得当事者規定に十分な理由がないと論難する法的処置を選択するかである。前者は支配的見解であるが、後者の考えは、給付行為か出捐行為かの区別を持ち込まないで、出捐行為であっても、その結果が是正されるべきときは、そのことを基点として返還請求の当事者が規定される場合を認めるので、従来否定されていた直接請求の可能性の是認、給付と出捐行為との融合を前提にした債権的行為の無因性の主張、危険負担の原則の積極的適用、とくに支払不能とか破産などの危険負担に対応を図るなど不当利得責任の構成として、従来の給付概念の方法と比較すれば、十分な柔軟性を有している<sup>(2)</sup>。

ところで、不当利得の事例の多くは、双務契約を前提とする給付関係である。ここでは、しばしば双務契約の貫徹が主張され、当事者が予期した目的が実現されなかった場合でも、当事者の意思的な要素が事例解決の主要な地位を占める。すなわち、当初の結果が実現しなかった、ことばを変えれば、予期された目的が到達しなかったことを承認した上で、新たに原状回復が模索され、そこでの当事者の意思に合致しない結果を当初の目的の到達地と置き換えて、不当利得の調整が始まる。この調整の始めに、まず当事者の目的が検証されるが、給付者の目的がすでに偏重されている。すなわち、一方当事者または両当事者の目的の消長が調整の基準となる。この基準は、単に結果が目的と一致していたかを区別するのに限られ、また原因関係における因果性を判定し得るものではなく、どこまでも主観的なものにすぎない。つまり、主観的な目的や給付における意思の存否ではなく、財貨の移動こそが行為における因果性の判定の素材である。したがって、ここに不当利得の調整の発端を見出すべきである。だが、この財貨の移動と目的概念を導入した直接性の要請とが直結すると、再び主観的な基準へと還帰することになる。この財貨の移動に対して、その受領した財貨に関連して返還義務が排除される法的な関係の存在が、いわゆる法律上の原因である。

- (1) 三当事者関係とは、指図の場合と短縮された引渡の事例であり、指図の場合は、端的に銀行取引における銀行振替、非現金決済の事例が主要な事例である。この三当事者関係は、給付概念と出捐行為との関係を問題視することであり、当事者の目的・意思を強調した給付概念論者によって不当利得法での最重要問題と見なされている。なお、対価関係とは指図者と指図受領者、補償関係とは指図者と被指図者との関係である。また、被指図者と指図受領者との間には出捐関係もしくは単に出捐行為・支払行為である。さらに、有効な指図が欠けているときに、被指図者の指図受領者への直接の請求を認める考えを付け加える必要がある。したがって、三当事者関係での典型的事例としての指図事例でも、独立した三当事者の相互関係であっても、法的関連においては、孤立するのではなく、相互に関連づけられた制限的存在である。卑近な例として、主たる債務の関係では、保証人は、第三者であっても、保証債務では主債務者である。それにもかかわら

## 利得概念の構成について

ず、保証人は主たる債務に関連づけられ、その役割を受容することで債務者でもある。なお、基本関係の当事者でない者は、どのような法的関連を持ったにしても、ある意味では第三者である。このため、沿革上長い間、第三者のためにする契約における第三者の固有の請求権は承認しがたいこととされた。それ故に、三当事者関係での不当利得問題の紛れのない解決の要件とは、利得者が第三者と位置づけられる場合である。また、被指図者は、委任契約に基づいて、指図者の指図に従った行為を行うのであるが、彼自らの独自の意思に基づくのではなく、自らの計算でもなく、代位の意思でもなく、あるいは事務管理でも不法行為でもないことを見ると、履行補助者と同位に位置づけられる場合がある。

なお、三当事者関係の問題としては、より一般的に債権譲渡の事例、不当利得での悪意債権者への金銭返還請求認容事例（最判昭49・9・26民集28・6・1243）、第三者のためにする契約、生命保険契約、ファイナンス・リース形式（最判平7・4・14民集49・4・1063）、ローンによる購買（割賦30の4）、治療費などの立て替え払い（代理もしくは第三者のためにする契約）、建物請負工事における材料提供者と工事請負人および注文者の三当事者関係での、未払い材料の附合に関連する償金請求権の問題（民248）、この問題から従来の方を揺さぶり始めたのである。すなわち、二当事者間の利得の調整で、主要な考え方であった差額説への批判、当事者間の目的の強調から、複数当事者間での利得は誰の視点で考察すべきか、利得の提供者か、利得の受領者か、三当事者関係での差額説による解決手法への疑問、さらには現存利得の確定見直しの問題などが生じたのである。なお上記事例の判例としてBGHZ40, 272 さらに短縮された引渡との関係では、Flume, W., *Der Eigentumserwerb bei Leistungen im Dreiecksverhältnis in: Festschr. Ernst Wolf z. 70. Geburtstag* (1985), SS. 61ff., 生命保険での告知事項の欠損にもかかわらず、支払われた保険金の返還請求の問題、将来発生すべき債権の譲渡予約（最判平12・4・21民集54・4・1562）、また契約上の地位の譲渡（最判昭46・4・23民集25・3・388）、ネット・オークション、パック旅行契約、訪問販売、通信販売、消費者信用などがある。

- (2) この柔軟な考え方は、Canaris, C-W., *Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis in: Festschr. K. Larenz z. 70. Geburtstag* (1973), SS. 799, insb. SS. 857ff. であり、これに対して Weitnauer, H., *Die Leistung in: Festschr. E. v. Caemmerer z. 70. Geburtstag* (1978), SS. 255, insb., SS. 274ff. は、給付概念に基づく給付訴訟を不当利得の主要な類型とし給付の概念を重用する立場から、Canaris の見解を否定する。なお Canaris は、直接請求を理由づける場合にも、基本的には給付概念を否定し

ているのではなく、もっぱら事例の特殊性に不当利得の展開を求めている Canaris, Der Bereicherungsausgleich im bargeldlosen Zahlungsverkehr, WM Nr. 14 vom 5. (1980), SS. 354ff. insb., S. 367ff.

銀行取引の振替決済での非現金の帳簿上の収支決済 および債権譲渡における債務者の返還請求の相手方は、現実に受領した債権の譲受人ではなく、譲渡人であることを問題とする。なお、経済法という観点からの利得の吸い上げ (Gewinn abschöpfen) については, Joerges, C., Bereicherungsrecht als Wirtschaftsrecht (1977), insb. SS. 66ff. の立場がある。いわゆる経済法の領域での不当利得の問題として積極的な把握がなされており、従来の準事務管理の領域から現行法の著作権、特許権あるいは商標権などでの不当利得を損害と認定して賠償させる諸法の立場の問題へと展開している。その足がかりは給付概念の亀裂の認識をもって、より広範な問題提起へと向かっている。さらに、利得の吸い上げについては Vgl., D. Reuter/M. Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung (1983), SS. 696ff. Canaris,, C-W., Die Gegenleistungskondiktion, in: Festschr. W. Lorenz 70. Geburtstag (1991), S. 62. また, Hadding, W., Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu rechten Dritter (1970), S. 86, Anm. 28 によれば, 損害賠償については, Vorteilsausgleichung があるが, 不当利得での Nachteil-sanrechnung の考察がなく, そのための統一された解決方法が得られていないと指摘する。Vorteilsausgleichung について, その念頭にあるのは Wilburg, W., Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, Jherings Jhr. 82 (1932), SS. 51-148. であろう。

なお, Ernst Wolf, Die Lehre von der Handlung, Acp 170 (1970), SS. 181, insbs. SS. 186ff.-S. 191 Wolf によれば, 「行為は不可避免的に内容のない空虚な形式であるとされる。また, 行為は, 目的が何らかの形で効果をもたらせた結果というのは論理的ではない。……行為の結果は, そのものは目的性でもないし, 行為にも属していないのである。……なお, 意思については, 行為論では位置づけられることはなかった, 意思は, 本来人の精神的活動に関連するだけである。」とあるが, この見解に従うと, 行為の中に目的や意思を持ち込み, その結果は, それ相應の目的の働きであるからという理由で, 給付行為を法的に重要な要件とすることは, 確かなことではないように見える。

## 二 利得の取得と法律上の原因

もともと, 契約の相手方に対する危険は, 相手方の選択から始まって,

## 利得概念の構成について

その信用評価に伴う危険の出来および相手方の支払不能や破産を含めた危険の予防手段の策定などであるが、これらは契約当事者双方が負担するものである。この契約危険負担の原則に対して、三当事者関係では、不当利得返還請求権を契約当事者ではない関係者間で認めることになる。すなわち、対価関係が無効の場合には、被指図者の出捐に対応して、彼の指図受領者に対する不当利得返還請求権を認める立場に立つと、指図受領者は彼との間に契約関係が無く、つまり指図受領者は、指図者に対する契約上の抗弁権を請求権者である彼に向けることができないのである。また、有効でない指図によって、被指図者が指図受領者に対する直接の不当利得返還請求権を認める場合も、もっともこの場合は従前の不当利得理論が懸命に阻止しようとしてきたのであるが、同様に抗弁権を利用できない場合の事例となる。およそ、指図における被指図者は、指図者の履行補助者と同義語でもある。いずれも指図者と被指図者との関係が有効でない場合に、一方の当事者の不利益を、他方の当事者ではない、いってみれば第三者、しかし指図を承諾と同一視することで、関係当事者となり得る指図受領者に対して押しつけることを認めるのである。この場合には、契約当事者ではないが、単なる第三者でもなく、法律用語としては不的確であるが、いわゆる近縁の者が措定されなければならない。<sup>(1)</sup>

さらに、出捐行為を行った被指図者を巡って、まず指図者が破産したとき、やむを得ずではあるが、被指図者は、履行補助者ではなく独立の当事者として直接に指図受領者へ請求できると解する場合には、まさに破産の危険の転嫁といわれる。また指図受領者が破産したとき、被指図者は指図受領者との契約関係もなく、指図受領者が第三者であるので、何らかの意味での請求も可能とはいえない。また、被指図者は指図者が破産したときは、なにも請求できないとされる。だが、この場合は、代位弁済の規定を利用して、被指図者が指図にしたがって出捐した場合は救済されるべきである。

そこで、指図受領者が破産したとき、被指図者の指図の承諾を基点として、指図受領者が被指図者に対して請求権を行使し得る関係であることを理由として、同時に被指図者の指図受領者への請求も認めるべきであろうか。この場合と関連して、指図受領者が支払可能であれば、対価関係の無効を理由とする被指図者の指図受領者への直接請求を可能とする場合との整合性が問題となる。

三当事者関係のもう一つの事例は、短縮された引渡の場合である。ここでは、物の引渡を巡って所有権の移転が問題となる。まず売買契約を理解するに、有因行為を前提とすれば、最初に売買契約が締結され、その契約が成立すれば、目的物について売主は占有改定による占有者であり、彼が第三者へ引き渡せば、所有権は売主から買主へ、そして第三者へと移転したと解されるので、特別に問題視することはない。だが、無因行為を前提とすると、物権行為である引渡が現実になされていないので、売主から第三者へは短縮された引渡と解する余地がある。しかし、この場合には、売主から第三者への行為を出捐行為ではなく、給付行為であることを認めることで、はじめて所有権は第三者へ移転することになる。したがって、その理由付けには、何らかの債権関係を持ち出さざるを得ないのである。この短縮された給付行為の場合に、まず売主から第三者への財貨の移転があると見ると、これが給付行為であるが、多くの考え方としては、三当事者関係の指図の場合と同じく、財貨の移転、すなわち給付行為は、売主から買主、そして買主から第三者へとなされたと見る。このように自然的な因果の時間の経過に伴う理解ではなく、法律的な時間経過を洞察しないと、不当利得の損失の要件を充足しないのである。それ以上に、財貨の意図的な増加をもたらせた意思の働きとしての給付行為が売主と買主の間でなされたと措定したいのである。

だが、第三者から見て、売主から買主への給付か、あるいは買主から第三者への給付か、どちらが必要とされるのか。不当利得では、後者、すなわち第三者の財貨保有の根拠である法律上の原因は買主との間で構



## 利得概念の構成について

築されていなければならない。このため、第三者は、買主の損失によって利得しているとか、あるいは、買主の第三者に対する債務の履行として特定されているとかを理由とすることから、売主から第三者への引渡は、なお出捐行為である。しかし、第三者のためにする契約の規定（民537II）では、構築されるべき法律関係を求めるのではなく、単に第三者の受益の意思表示に委ねられている。しかも、この場合には、債権譲渡でも更改でもなく、第三者は、直接売主に対する給付請求権を取得することが予定されている。ここでも、多くの考えでは、給付行為は売主から買主へ為されたので、売主の第三者への直接的な出捐行為は給付そのものではないと解される。

要するに、三当事者関係での典型的な不当利得事例は、指図の事例であり、その指図が有効でなかった場合に、不当利得の問題が発生するのである。ここでは、指図に込められた当事者の目的が給付訴訟の中心的地位を占めている。つまり、有効でない指図に従った被指図者の行為は、なおやはり目的に規定された指図者の給付行為として成立していることが前提なのである。したがって、利得調整の手がかりを当事者の目的追求に設定すると、その目的からはずれた事項については考慮されることが生じてくる。だが、より一般的には、目的に規定されない非法律行為でも、不当利得の問題は発生する。また、行為における目的は、何らの事物の徴表でもないので、その目的概念からは利得調整の基準となるべきものを引き出し得ないのである。そもそも、現代民法の建前は、法律行為の中心に目的を据えることを拒否することから出発している。その法律行為は何にもまして表示を通じて認識される。それが法律行為の内容であり、意思表示の理論的基礎である。これに反して独自に存在し、したがって認識し得る、法律行為に内在する目的という把握は認めがたいのである。また、行為が、不可避免的に内容の空虚な形式にすぎないのであれば、特定の行為に対して目的が機能を発揮した結果であるというのは、論理的でもない。たとえば、被指図者の指図受領者への出捐行為

が、たとい指図そのものが有効でなくても、なお指図者の指図受領者への意思の方向性をもった目的概念でもって、その給付行為が有効に存在していると指図されているのである。しかも、ここから不当利得の問題が語られ始めるのである。この場合は、指図でも、短縮された引渡でも、また第三者のためにする契約においては、第三者が直接請求できる地位にあることの特色はあるが、基本的には同様である。すなわち、三当事者関係では、被指図者の一つの出捐行為そのものが、三つの給付行為をもたらしているのである。このように解しないと、不当利得における三当事者関係の法律関係を定義づけ得ないのである。

およそ、不当利得の構成は、利得の取得については、何らの限定も設定していないので、総体的に利得の取得行為は無因である。そして、その利得の根拠は後に問われる。すなわち、無因の利得取得に法律上の原因が必要とされるのである。したがって、不当利得での給付は、目的概念に拘束されず、無因的な約束も外部から認識可能であれば、この意味で同時に財貨の移動を含んだ給付行為であるといえる。また、自然的出来事などの事件をも含めて、給付行為だけを要件とはしていないので、不当利得は、当事者の主観的な目的とか意識に拘束されるものではないのである。

ところで、この目的概念の影響は、まず目的論的な給付概念の強調に見られ、侵害利得などのその他の方法による利得の場合を、給付利得の補充的地位に設定したこと、さらに給付訴訟の目的意識に対応させるため、所有権を中心とする絶対権の割当内容の提唱をもたらせたが、その前提が不当利得の分離論であったので、統括的な不当利得法の規定を構成することを妨げたのである。

つまり、三当事者関係事例で、一つの出捐行為が三つの給付行為をもたらせたという理解は、不当利得の問題解決にとって、利得の取得行為が無因であることと関係する。すなわち、事実としての出捐行為を析出した後、対立する当事者の関係を、すでに廃棄されてしまった法律行為

## 利得概念の構成について

における動機あるいは前提ないしは条件に至らない要素、すなわち姿を変えた積極的で意図的な包括的な目的概念をもって不当利得の責任問題を解決しようとする。すでに、当事者の内心の意図ともいえる主観的部分をもって、法律行為の効果をも是正することは、転用物訴権事例の容認に伴う際限のない広がり避けるために排除されたにもかかわらず、また法律行為における動機とか前提などは、より一般化され行為基礎論の中で扱われてしまっているのであるが、不当利得での目的概念による解決策は、これらの諸要素の再認識の結果である。この結果を精緻な解釈学の成果と見るべきか、動機や前提などの諸要素を行為基礎論の広い領域<sup>(2)</sup>の中で浮遊させておくべきかは、直ちには答え得ないかも知れない。

しかし、この状況のうちに、もう一つの視点が残っている。すなわち、利得の概念の再検討である。不当利得の類型が多く語られるにつれ、利得の概念は、紛れに紛れ、曖昧で多義的で、不当利得の問題解決に機能していない。したがって、この利得概念をより単純化すれば、問題解決の指針となり得る。

(1) たとえば、その試みとして「事務管理における本人の利益」(1984)法学雑誌30巻3・4号、243頁以下。「第三当事者論(一)」(1996)神戸学院法学26巻1号289頁以下、債権債務関係が多数の当事者で結ばれる場合に、相互の間でだれが第三者と呼称されるかは、その理由とともに当該債権関係への参加を通じて、部外者から参加者へ、つぎに参加者から、債務関係に関わる第三者へと移行する。この第三者は、債務の履行もしくは受領が性質上交替可能であれば、ときには当事者、すなわち、給付訴訟における給付者となる一つの地位をもつものである。したがって、債務関係は、主として、法律行為によって作出されるが、これに関わる第三者も多様であるが、そのなかでも履行の引受、債務の引受、併存的引受、第三者の弁済、更改、保証、物上保証、連帯債務、指図、債権譲渡、第三者のためにする契約そして債権者以外の弁済受領者などの場合には、結果として債務関係の複数の存在か法的人格者の複数の存在かが問題となる場合でもある。だが、複数化がどの方面に見られても、第三者への給付とともに、債務の履行は、第三者の弁済を例に挙げるまでもなく、本来交替可能なものにすぎない。

さらに、この場合の訴訟は、給付訴訟なのか、その他の方法による利得

の場合なのか、必ずしも明瞭ではない。たとえば, Wieling, H., Die Unsterblichkeit der Versionsklage in: Fstgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935 (1999), SS. 683, insb. SS. 694ff.

- (2) Oertmann, P., Die Geschäftsgrundlage (1921), S. 2ff. は Windscheid の前提論, すなわち意思表示によって何かを受領したが, その前提が欠けているときは, あるいは給付を保有する根拠のなかで, 意思表示の効果とすることのできない部分は, 法律上の原因なくして取得したことになるとの提言を行為基礎論の問題として扱った。また, ドイツ民法編纂委員にとって前提論は, 処理のし難い問題であり, Windscheid が立法委員からはずれるのをまって, 前提論を排斥した。その結果, 転用物訴権事例を一掃できたことに安堵した。Oertmann にしてみれば, 前提論をそのまま復活させるよりも, 行為基礎論として, より広い領域での対応を考えた。行為基礎論については, なお, Flume, W., Allgemeiner Teil des BGB, 2. Band Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. (1992), SS. 494ff. また, Schubert, W., Windscheid und das Bereicherungsrecht des 1. Entwurfs des BGB, SZRA, 92. Band (1975), SS. 186ff., insb. SS. 229ff. によれば, Windscheid の不当利得への直接的な影響は中途半端に終わった。さらに, Simshauser, W., Windscheids Voraussetzungslehre rediviva Acp 172 (1972), SS. 19, insb. S. 38 によれば, 前提論は, 目的不当達による訴権を中心として展開されようとしたが, 現在では目的とした結果の不発生に基づく訴権の解明に存在価値を見出し得るとする。なお, Oertmann, P., Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft (1931), S. 2f. u. SS. 58 によれば, 概念法学と利益法学は本質的には変わるものでもなく, 学問的構成において, 法律的概念への偏重の問題であって, その手法にかかわる両者の違いは, 質的なものではなく, 量的な違いに過ぎないと見ている。もっとも演繹的手法と帰納的手法との区別には特に注意を払っている。前提論については Lenel と Windscheid との一連の Acp の誌上での論争がある。Vgl. Lenel, O., Die Lehre von der Voraussetzung Acp74 (1889), SS. 213ff., Windscheid, B., Die Voraussetzung Acp78. (1892), SS. 160ff., Lenel, O., Nochmals die Lehre von der Voraussetzung Acp79 (1892), SS. 49ff.

### 三 利得概念の形成

利得の概念は, 利得の取得と法律上の原因との間を架橋する役割を担うべきである。だが, 表面的には, また法律においては, 利得は, 返還されるべき利益とか賠償されるべき損害額として規定されている。<sup>(1)</sup>

## 利得概念の構成について

まず、もっとも単純化された理解によれば、利得は、受容された価値としての潜在的な購買力であり、財力である。<sup>(2)</sup>

すなわち、利得は二つの面に分けて理解される。一つは具体的な対象物、すなわち現物として存在する場合と、価値として受領者の財産に組み込まれて、すでに財貨として存在している場合である。沿革的には、非債弁済は受領者の財産に直ちに組み入れられて、なお変容することなく存在していると解された。したがって、非債弁済として交付されたものは、受領者のところに、なお現存していると解されることで、始めて返還請求の可能性があると見られた。しかし、沿革はともあれ、不当利得返還請求権の対象は、結局のところ、受領を前提とする財貨すなわち受領者の財産一般である。たとえば、非債弁済の交付物を費消した受領者に、当該受領物に対する財産管理の不十分さが見えられたとき、利得の消滅を理由とする抗弁を認めて、利得消滅の負担を返還請求権者に負わすべきとは考えられないのである。すなわち、現存利得消滅の抗弁は、出費の節約の概念を持ち出すまでもなく、利得の対象が価値であれ、具体的な有体物であれ、その消長とは関連のない事項を理由としている。<sup>(3)</sup>

また、利得の概念は、多様な不当利得の事例の総括的な表現であり、つまり多義的であり、不正確であると見られる。たとえば、返還すべき利得は、善意者の場合には、現存利得（民703）であるとされる。だが、現存するとは、受領した現物をすでに費消した場合に、あるいは偶然に紛失した場合に、加えて受領者が制限能力者であるとか、受領を通じて錯誤が判明した場合などは、なお価値として把握される場合をも含むかは解釈の問題であろうが、端的に利得を潜在的な購買力とする理解からすれば、受領された利得はすべて現存利得であり得る。

すなわち、法律上の原因の有無を問わず、あるいは原因の有効、無効を問わず、直接的に交付されたか否かを問わず、およそ受領されたものは、有体物であれ、価値であれ、すべて受領者の財産構成部分に組み込まれる。これが利得そのものであり、同時にそれは利得者の購買力と帰

している。このように取得された利得の法律的な消長は、主としてその後の受領者の財産管理の問題である。したがって、財産管理能力を限定された者には、現受利得でよいとされる（民121但書）。だが、財産管理能力者は、すべて自己の財産の管理の不善をもって、利得返還請求に対する利得消滅の抗弁とはなし得ない<sup>(3)</sup>。

さて、金銭は、占有が権限であるとされるが、価値それ自体を体現しているので、その取り扱いも、価値を表彰し、化体する有価証券とも別の取り扱いを要する。判例において、騙取金銭による弁済を受けた悪意または重大な過失のある債権者は、被騙取者に対しては、法律上の原因を有しない（最判昭49・9・26民集28・6・1243）のである<sup>(4)</sup>。

ここでは、騙取された金銭は、価値そのものではなく、有体物と同じ形で存在する金銭所有権の返還請求権の行使の対象と解されている。もし、金銭を価値そのものと解すると、騙取された金銭といえども、それが受領されれば、その瞬間に受領者の一般財産を構成する部分となる。この判例の場合には、しばしば金銭という価値の返還請求を認めたといわれる。しかし、金銭に対する返還請求を、所有権を前提にした「金銭（価値）返還請求」と所有権の対象ではない価値そのものの「（金銭）価値返還請求」とに分けて考えると、金銭の場合は後者でなければならない。金銭価値を dinglich な請求権の対象とすることと personlich な請求権のそれとすることに意味を見いだすことも可能であるが、いずれも、所有権を前提にしたあるいは所有権の対象となり得る「金銭（価値）返還請求」ではなく、価値そのものの「（金銭）価値返還請求」でなければ、論理は一貫しないであろう。つぎに、問題となるのは、悪意または重大な過失という要件である。金銭の所有権的な取得の条件としての悪意または重大なる過失の有無が問われたとは解せない<sup>(5)</sup>（参照民192）。

不当利得における利得の取得の様相が多様なので、たとえば知的所有権侵害による利益を始め利得の概念は一般的な把握ではもはや対応できないと批判されている。利得を純化すれば、価値の概念に到達する。し

## 利得概念の構成について

たがって、多様な類型の存在にもかかわらず価値の観点から不当利得を把握すれば、不当利得返還請求権は、否認権の価値返還請求権ないしは否認権的価値攫取請求権であり、それは、単に personlich ではなく、<sup>(6)</sup> negatorisch な性質で、quasi-dinglich であるといえる。

もともと契約による拘束は、約束が自己に対する拘束であることから、それぞれ相手方との間で他方への請求権として存在している。このため、同時履行の抗弁権（民533）は、二つの請求権の同時の履行が公平であるとの見地から、本来別に存在する請求権を一つに絡め取って、そのことを保証するために、束ねた請求権者相互に抗弁権を付与したものである。したがって、不当利得返還請求権の問題が生じて、それらはなお相互に対立して存在すると解するべきで、このことを前提とするのが、二請求権（対立）説である。しかし、善意利得者は、利得が現存する限りで返還すればよいとする法規定（民703）の立場から不当利得問題が解釈されると、二請求権（対立）説の結論は、字義通り各々の請求権は独立しているので、相互には法的な関連がないものとして、適用される結果、一方の給付物が受領者の手元で ersatzlos od. schuldlos で消滅することで返還義務がなくなっても、反対給付の返還義務はなお存続することを認めるのである。すなわち、買主は利得消滅の抗弁権を行使することができるが、なお売主は代金返還義務を負うのである。これに対して、差額説は、各々の請求権の法的な結びつきを前提に、交換的になされる給付が経済的な単一性を形成することで、相互に価値的な面での計数上の控除を計る論理として措定されたのである。したがって、受領者の手元で消滅した物の価値と代金とが等価と見られれば、相互に控除の結果、売主は買主への代金返還義務を免れるという結論を導いている。一方、裁判実務から、物の給付があり、それが買主の手元で ersatzlos od. schuldlos で消滅したとき、売主は、代金を受領していれば、非債弁済を理由とする代金の返還を余儀なくされると解された。これが差額説の出発点である。この差額説の主張は、さらに精緻になり、双務契約が無効

であり、つぎの清算の段階でも、なお、双務契約が有効であるときの相互授与との交換関係を、双務契約の貫徹の主張をもとに契約の効力が無くなっている清算の段階でも考察すべきであるとして、これにより差額説から事実的双務契約説へと流れ込んだのである。<sup>(7)</sup>

これらの学説に見られる特色は、利得消滅の抗弁権の行使を比較的安易に認めていることである。およそ受領された、すなわち引渡を受けた給付物の危険負担は、どのような考え方であっても、当然受領者が負担すべきである。その消滅自体に法律上の責任を問えない場合であっても、やはり物の滅失の危険負担は受領者の負担である(民534 I項によれば、引渡を受ける前でも、債権者が危険を負担するという法制度もある)。

要するに、利得は、有体物や金銭を問わず、価値として把握される。したがって、利得は受領されれば、その後費消されても、管理の責任を問えない消滅であっても、受領者の受領がすべてであり、受領者の自己責任の領域内に、すべてを収斂させてよい項目である。つまり、財産の管理の能力に欠ける能力制限者の保護の観点からの利得消滅の抗弁は認められるが、その他の場合は認められないのである。利得の取得に至る経緯につき善意が推測される場合であっても、少なくとも双務契約で有償性が前提となる売買契約においては、対象物の価値については、知り得べき事項であり、善意を主張することができない範囲や領域があることを確定した前提事項と認識すべきである。<sup>(8)</sup>

(1) 利益の返還を命ずる場合、民32失踪者の財産をめぐる失踪宣告取消、民121取消の効果、民191善意占有者の賠償義務、民703善意の不当利得、償還請求の場合、民196占有者の費用償還請求権、民248添付の効果と償金請求権、民545解除の効果、民702管理者の費用償還請求権、不当利得民703から民708までの規定および返還を許さないもの民704不法原因給付、利益を損害と把握する特許102、商標38、著作114など。

(2) Kupisch, B., Bankanweisung und Bereicherungsausgleich WM 1979 Sonderbeilage Nr. 3 (1979), SS. 1ff., insb. S. 7 linke には abstrakte Vermögensmacht = Kaufmacht, Kaufkraft とある。財力ということばでもよいが、一応「購買力」の文字をあてる。なお、利得返還請求権との関



## 利得概念の構成について

係で、「利得」は、「他人の財貨から」を論理の中心地に据え、所有権ではなく物権的な色彩をもつ統一的不当利得返還請求権を構成しようとするもの Jan Wilhelm, *Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung* (1973) SS. 173ff. がある。これによれば、不当利得返還請求権は、相手方の財産から取得したこと (aus fremden Vermögen), これが給付訴訟でも、侵害訴訟でもさらに、その他の類型の訴訟にも、共通のメルクマールであることを強調している。

- (3) 法律は財産の管理能力が不十分である場合に、現受利益の返還を要請している (民121)。だが、財産管理能力を備えているときは、受領した財貨の消長は、全て受領者の財産を巡る管理に求められる相応の振る舞いの結果である。したがって、制限能力者と錯誤の場合を除いて、返還請求に対する利得の消滅は抗弁とならない。さらに、訓化されていることが条件かはおお疑問であるが、受領した動物 (犬とか馬) の突発的な行動による財産上の被害が生じても、なお受領者の財産自己管理の問題と解すべきで、その損害を給付者に向けることは許されないとする見解として Flume, W., *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht in: Festschr. Hans Niedermeyer* (1953), SS. 103, S. 155 がある。なお、さらに Wilburg, W., *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung* (1933/34), SS. 141f., u. S. 156f. さらに、Derselbe, *Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts*, Acp 163 (1963), SS. 346, insb. SS, 353ff. ところで、Wilburg には不当利得の問題の処理に際して、その他の利得の類型に限らず、給付訴訟においても、比較的 to 所有権に親和性の態度が見られる (SS. 353-354)。さらに、Wilburg, W., *Die "Subsidiarität" des Verwendungsanspruches*, JBL114Jahrg (1992) Heft9, SS. 545ff., insb. S. 549. また、現存利得の返還について、大判昭8・2・23 新聞3531・8 によれば、遺族扶助料の誤払いは、国家や行政機関の格付けの誤りであり、それによる支給金は受領者側に貧困などの要素を持ち出すまでもなく、不当利得を理由とする返還の対象とはならない。すなわち、この場合でも財産管理の不手際であり、他者への返還は許されない場合である。したがって、生活のために消費したという要件は蛇足である。Vgl., Wilburug, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, S. 155. さらに、現存利得の最終的な基準とは、双務契約の貫徹の主張が途切れるところ、すなわち事実上の契約論が前提とする信賴の原則を適用できない状況の場面では、たとえば交付を受けた指輪を全くの (純粹に) 偶然でなくしてしまったとき、両当事者の財産状況と返還義務の軽減化をもって計らざるを得ないこととなる。Wilburg, W. *Entwicklung eines bebeglichen*

Systems im Bürgerlichen Recht (1950), S. 15.

- (4) 我が国の代表的な見解である加藤雅信教授によれば、この判例の見解を批判され、「判例の文言上「悪意」とされたこの要件は、民法424条に定められた債権者取消権の要件のうちにはほぼ吸収されてしまうことになる。したがって、この種の請求は、不当利得返還請求ではありえず、詐害行為取消請求権そのものということになる」とされた。加藤雅信著「事務管理不当利得」(1999)三省堂 171頁。
- (5) 騙取された金銭は、詐欺などの財産に関する犯罪行為によって取得され、また騙取者と悪意の債権者とは、その犯罪行為の共犯である。問題は、騙取された金銭が悪意の債権者に受領されたにもかかわらず、なお騙取された金銭として、すなわち確定した金銭として位置づけることができるかである。犯罪行為によって取得されたから、その意味で確定しているともいえるが、不当利得としての確定の方法としては、被騙取者の騙取金銭であることの申立と受領した債権者の悪意とによって、悪意債権者への否認権的価値返還請求権の対象である金銭が確定すると見ることができよう。
- また、騙取された金銭が、その経緯を知っている悪意の債権者へ交付されても、両者の交付行為は、通常金銭の交付とは違って、なお因果関係が認められると解すれば、騙取された金銭と悪意の債権者が受領した金銭との同一性が認定される。したがって、この種の金銭に対する被騙取者の悪意の債権者への不当利得返還請求が成立することとなる。さらに、騙取者と悪意の債権者との行為は、違法な法律行為であり(民90)かつ両者は共同不法行為者である(民719)。この両者の間の違法な法律行為は、利得の推移においては否定的に解される。すなわち騙取者と悪意の債権者との間では、二つの人格は重畳して、法的人格としては単一人であり、各自は独自の人格を主張し得ない、いわば文字通りの一連託生の関係にあると見ることができる。先例としては法人における法人格の否認の例もある(最判昭44・2・27民集23・2・511)。
- (6) しかし、権利侵害保護請求権という意味での各種の所有権請求権とすべての不当利得返還請求権との類縁関係を前提として、利得の価値的性質を定義づけるまでの意図はないことを付加しておかねばならない。Vgl. J. Wilhelm, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung (1973), S. 80., Kondgen, J., Wandlungen im Bereicherungsrecht in: Dogmatik und Methode (1975), S. 60.
- (7) しかし、この傾向は、利得を純化して把握する立場から見ると、一種の理論による Altruism にすぎない。やはり利得の返還を中心としての考察は、契約の請求権が存在し、契約上の拘束がなお不当利得の段階でも存

## 利得概念の構成について

在し、相互の利得返還請求権が併存する二請求権（対立）説を出発点とすべきである。Vgl. Diesselhorst, M., Die Natur der Sache als aussergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie (1968), SS. 200ff. なお、差額説への一貫した批判的立場から Flume, W., Der Wegfall der Bereicherung in: Festschr. H. Niedermeyer z. 70. Geburtstag (1953), SS. 103ff. insb. SS. 160ff., Derselbe, Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung AcP194 (1994), SS. 427ff. これらに関連して注目すべきは, Canaris, C-W., Gegenleistungskondition in: Festschr. W. Lorenz 70. Geburtstag (1991), SS. 19ff. insb. SS. 58ff. である。差額説への批判から出発して、受領者の利得消滅の抗弁に対して、なお受領者は給付物の価値までは責任を負うことを前提に反対給付訴訟論を提唱している。

(8) Canaris, a. a. O., S60f..

## 四 小 括

利得は受領されて価値として利得債務者の財産となる。まず、返還すべき利得を利得債務者は、他人の、どの誰の財産から取得したのか、その後、利得債務者の手元で消滅したことを理由に、利得債務者は、利得消滅の抗弁権を有するかが問われる（民703）。利得は価値であり、それは利得債務者の財産となっているので、制限能力者の場合とか、錯誤の場合などの事由がなければ、利得はすべて現存していることが通常である。したがって、現存利得の場合のうち、二当事者間の契約当事者は、契約の効力がないことで、受領した給付を返還しなければならないとき、当事者間に通底する原則のうち、とくに信託の原則は、双務契約から事実上の契約説への連続性に際して、相互に相手方に要求され、原状回復が計られるのである。しかし、当事者間に通底する原則のうち、相手方にそれが適用できないときには、結局のところ両当事者の財産状態と返還義務の軽減化を考慮せざるを得ないこととなる。さらに、複数または三当事者関係では、当事者の意思的要素や目的ばかりでなく、利得が価値として当事者の財産を構成した後でも、なお当該不当利得は、誰の財産を経過しているかは、改めて問わざるを得ない場合が存在する。また、

これを問うことで、当事者の目的が理論の前提となり得たのである。しかし、破産の危険負担は、一般的に債権の有因性を、つまり誰の財産からではなく、とくに指図の事例の場合には、指図そのものが無因性を備えるに至っているので、出捐行為者自体に抗弁権の付着しない直裁的な債権の行使を認める必要がある。

また、利得は、当事者の意思が支配する領域だけではなく、事件を含めて多種多様な場合に生ずる。したがって、経済法として論じられる分野、たとえば知的所有権の利得調整の問題は、単に給付物の返還ではなく、利益の吸い上げ、あるいは損害の措定をもって論じなければならないのである。まして、膨張する資本主義的所有の拡散を前提とすれば、利得の調整は多少の原則をもってしても可能ではない。