

# ゲルハルト・ヴァーグナー 「法定債務関係」(2・完)

河野 憲一郎 訳

- A. 序
- B. 不法行為法 (以上 123 輯)
- C. 不当利得法
  - I. 碩学たちの争いと司法の恒常性
  - II. 歴史的基礎
  - III. 〈一元論〉対〈類型論〉
    - 1. 最初の半世紀
    - 2. 識別論
    - 3. 今日的な一元論
  - IV. 給付概念をめぐる争い
    - 1. 財産移転の直接性
    - 2. 今日的な給付概念
    - 3. 一元論者の批判
    - 4. カナリスの批判
    - 5. ロイター＝マルティネク (*Reuter/Martinek*) による給付概念
    - 6. 給付不当利得論の今日の状況について
      - a) 二者間関係
      - b) 多数当事者間関係
        - aa) 不協和音
        - bb) 指図状況
      - cc) フォン・ケメラーの解決

dd) ロイター＝マルティネクの法律構成

ee) 一元論

ff) 再ドグマ化

#### V. 不当利得返還請求権の範囲と差額説

##### 1. 不当利得返還請求権の対象

##### 2. 差額説

a) 〈二請求権対立説〉対〈差額説〉

b) RG の判例における差額説の展開

c) 20 世紀前半の学説

d) 戦後の学説

e) 差額説の今日の状況について

#### VI. 不当利得法のヨーロッパ化

### D. 事務管理

#### I. 確固たる基礎を欠いた法制度

#### II. 解釈論的な代替草案

#### III. 事務管理法における評価法学

#### IV. 「自己かつ他人の (auch-fremde)」事務

1. 自ら義務を負った管理者

2. 行政主体による事務管理

#### V. 緊急状況における救助と道路交通における自己犠牲

#### VI. 損害賠償への BGB 683 条, 同 670 条の拡張

#### VII. ヨーロッパ化 (以上本輯)

## C. 不当利得法

### I. 碩学たちの争いと司法の恒常性

デトレフ・ケーニヒ (*Detlef König*) は、彼が連邦司法省に債務法改正の準備のために提出した不当利得法についての鑑定意見の中で、判例が提起されたケースを「印象深く、かつひよっとしたらあまり安定性を考えずに」

判断してきたということを確認した<sup>216)</sup>。この所見と一致しているのは、不当利得法の領域において得られた偉大なる進歩が、具体的—実務的な局面ではそれほどのもではなく、むしろ解釈的—理論的な性質であるということである。一般的人格権、設立され稼働中の営業に関する権利または製造物責任の態様による真の革新を、不当利得法は示せてはいない。しかし、特に第二次世界大戦後には、ほとんど飽くことなく、その解釈学的かつ規範的な基礎が研究されてきた。ラーレンツは、彼の債務法の教科書の第11版の序文において、ここでは「その間に非常に多くの論争があったので、成果が未だ努力に値するかどうかは問わなくてはならない」ということを確認している<sup>217)</sup>。この問いは、カナリスによって、同じ教科書の第13版に対する序文の中で肯定されている。すなわち、素材は私法の最も困難な素材のうちの一つであり、議論は特別に高いレベルで動いており、それを考えてみる努力に値する、というのである<sup>218)</sup>。以下、検討しよう！

## II. 歴史的基礎

「Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem(自然法によれば、何人も他人の損失によって不当に利得をしてはならないというのが衡平である)」<sup>219)</sup>。

---

<sup>216)</sup> *König*, Bereicherungsrecht, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, 1981, S. 1578, und passim. [紹介として、藤原正則「西ドイツ不当利得法の諸問題 — デトレフ・ケーニッヒの法律案と鑑定意見の紹介を通じて」法学志林 83 巻 2 号 (1985 年) 33 頁以下がある。] きわめて類似しているのは、*Esser/Weyers*, Schuldrecht II/2 (Fn. 51), § 47, S. 30:「注目すべきは、理論的アプローチをめぐる手の付けようのない争いにもかかわらず、その都度到達される結論は、事実関係と法律関係の複雑さを考慮すると、比較的わずかにしか争われてはいないように思われることである。」

<sup>217)</sup> *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Besonderer Teil, 11. Aufl. 1977, Vorwort.

<sup>218)</sup> *Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. VI.

<sup>219)</sup> *Pomponius*, D 50, 17, 206.

このポンポニウス (*Pomponius*) の命題は、不当利得法の基本原則の古典的定式として妥当している。すなわち、何人も他人の損失によって不当に利得をしてはならない。いずれにせよ、このことによっては一つの原理のみが定式化されているにすぎず、容易に取扱われ、かつ直接に適用されるような法的規律は定式化されていない。ローマ法はその点では多くの訴訟類型を発展させたが、不当に取得されたものの返還を要求しうる、いわゆる不当利得返還訴権 (*condictiones*) である<sup>220)</sup>。パンデクテン法学は、BGB の成立直前まで、この相互に類似した訴訟類型のカタログに固執してきた<sup>221)</sup>。法典編纂の作業とともに、不法行為の領域におけると同様の問題が生じた。すなわち、その具体化を判例および学説に委ねるために、不当利得責任に一般条項を導入することによって一般的な基礎を作り出すべきか、あるいはそうする代わりに、個別的構成要件のカタログを規定し、こうすることによって必要な分類化と具体化を既に法律の中に行うことを推奨すべきか<sup>222)</sup>？

理屈っぽく定式化すると、不法行為法においては個別的構成要件の原則が貫徹されたが、これに対して不当利得法では一般条項が実現された。皮肉なことに、BGB の両方の草案もまた、重要な作業過程において相補的な態度を採っている。すなわち第一草案が不法行為において一般条項を承認し<sup>223)</sup>、しかしこれに対して不当利得法においては個別的構成要件に依拠したのに対して<sup>224)</sup>、第二委員会は不法行為法において個別的構成要件に立返り、不当利得法においては一般条項に対する性向を出した<sup>225)</sup>。これらの諸規定は「かくて

<sup>220)</sup> 不当利得法の歴史につき：Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, §§ 1, 2, S. 1 bis 38; Zimmermann (Fn. 66), S. 834 ff., 887 ff.

<sup>221)</sup> Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 7. Aufl. 1891, § 422, S. 534 ff.

<sup>222)</sup> von Caemmerer, FS Rabel, Bd. I, 1954, S. 333, 335.

<sup>223)</sup> §§ 704, 705 Erster Entwurf; これにつき詳細は、前記II 1, また脚注4)も参照。

<sup>224)</sup> §§ 737 bis 748 Erster Entwurf; これにつき、Mot. II (Fn. 4), S. 829 ff.; これにつき、Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 272 ff. の批判。

<sup>225)</sup> §§ 737 Zweiter Entwurf; これはBGB 812条と広範囲に同一である; 生成につき、Prot. II, S. 681 ff.

本質的に見通しよさと明確さを増した。体系的にも、一般的な、理論全体を支配する原則が先頭に立つのがより正当である〔とされ〕、いずれにせよこのことは立法技術の立場から優先に値する」とされている<sup>226)</sup>。

この対比は誤りではないが、誇張である。不法行為法においては BGB 823 条 1 項, 2 項, 同 826 条によって 3 つの構成要件類型が定式化されているが、それらは StGB の各則の態様による個別的構成要件の包括的なカタログとはほとんど何一つ共有してはいない。この意味において、BGB 823 条以下は一般条項と個別的構成要件との間に妥協を見出す試みの表れである。全く同様のことが不当利得法にも存在する。BGB 812 条という「一般条項」と並んで同 813 条, 同 816 条, 同 817 条という「個別的構成要件」が示され、したがって基本構成要件自体 — BGB 812 条 — がまさに一般原則を定式化するわけではなく、いずれにしろその要件と法律効果において大規模に交錯する様々な個別的構成要件を手短な文言において示しているにすぎない。第一草案もまたその 748 条 1 項において受け皿となる構成要件としての一般的不当利得請求権を規定していたので<sup>227)</sup>、不当利得法における競合する規律手法の間での対立は、もっぱら技術的な性質である<sup>228)</sup>。第二委員会にとっては単純に洗練された法律規定が問題であったのか、それとも準・一般条項を採用することによって何かを惹起しようとしたのか — そしてそれが何であったのか — は、なお不明確なままである。ラインハルト・ツィンマーマンが適切に定式化したように、BGB 812 条以下は「立法上の傑作」として妥当するのではなく<sup>229)</sup>、デトレフ・ケーニヒの判断によれば、BGB 812 条から同 822

---

<sup>226)</sup> Prot. II, S. 684.

<sup>227)</sup> 748 条 1 項は、以下の文言であった。「その者の財産からその者の意思又はその者の法的に妥当する意思によらずに他人が利得をした者は、このことについての法律上の原因がない場合には、相手方に利得の返還を請求することができる。」これにつき、Mot. II (Fn. 4), S. 851 ff.

<sup>228)</sup> 不法行為法において、第二委員会の介入は決して単なる技術的性質のものではなかった。純粹財産損害および無体の人格的利益の侵害に関する責任が劇的に限定されたからである。これにつき、前記 B. I. 以下。

<sup>229)</sup> Zimmermann (Fn. 66), S. 887.

条の「構造と定式は、不当利得法における今日の困難に対して、本質的に共同責任を負っている」<sup>230)</sup>。けだし、それにはヨーゼフ・エッサーの言葉における「理解を容易にしうるあらゆる組織だった秩序」が欠けているからである<sup>231)</sup>。

### III. <一元論> 対 <類型論>

#### 1. 最初の半世紀

BGBの施行によってさしあたり樹立された妥協は、半世紀を持ちこたえた。たしかにハインリヒ・レーマン(Heinrich Lehmann)は、既に法律によって明白に区別された不当利得の諸事例が、「原則において統一的な利得の特殊性としてのみ把握されなくてはならないのか、それともその本質において異なる請求権として把握されなくてはならないのか」という問題をさらに持ち出した<sup>232)</sup>。しかし、彼の答えは明白であった。すなわち、「BGBはいずれにせよ812条に一般的な不当利得返還請求権の構成要件を立てている」<sup>233)</sup>。いずれにせよ引用された812条1項1文は、明らかに「給付による」利得と「その他の態様における」利得とで区別をしており、したがってこの区別は当然のことながらより古い学説においてもよく知られていた<sup>234)</sup>。ハインリヒ・レーマンは、両方の事例群の間の決定的な区別を、法律上の原因ないし法律上の原因の欠如の異なった把握の中にみた。給付不当利得の場合には、目的不到達の場合に、とりわけ原因関係の無効の場合に法律上の原因が欠けており、その他の態様における利得の場合には、利得債務者が侵害に対する権利を主張し得ない場合に、法律上の原因が欠けている<sup>235)</sup>。

<sup>230)</sup> König, Bereicherungsrecht, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, 1981, S. 1520.

<sup>231)</sup> Esser, Schuldrecht (Fn. 18), S. 776.

<sup>232)</sup> Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearb. 1932, § 217 II, S. 722.

<sup>233)</sup> Enneccerus-Lehmann (Fn. 232), § 217 II, S. 722.

<sup>234)</sup> Enneccerus-Lehmann (Fn. 232), § 217 II, S. 723.

<sup>235)</sup> Enneccerus-Lehmann (Fn. 232), § 219 I, S. 733 ff., § 219 II, S. 736 f.

この理論は、不当利得の統一的な概念が存在することを受け容れる限りにおいては法律にうまく適合するが、しかしその場合に、類型化とそれに関連した差別化に到達する。この理論はドイツの不当利得法を1930年代まで、—そして第二次世界大戦がやってきたので事実上は50年代始めまで—支配していた。したがってラーレンツは、その債務法の教科書において、もはや一般的な不当利得の原理にとどまるのではなく、「異なった方向による展開(『具体化』)」が必要であると強調した<sup>236)</sup>。給付による不当利得とその他の態様における不当利得の間では区別がなされなくてはならない、なぜなら両方の不当利得の類型にとっての法律上の原因の問題は異なって解答されなくてはならないからである、というのである<sup>237)</sup>。

## 2. 識別論

戦後の時代には光景は根本的に変化し、最終的に今日の通説である識別論に至る一つの展開が始まった。最初の号砲は少なくとも既に1934年にグラーツにおいて発せられたが、すなわちヴァルター・ヴィルブルク(Walter Wilburg)により、その「不当利得論」の著書によってであった。上で引用されたポンポニウスの命題は「不当利得法の基礎としては不十分である」という理解が、この作品の基礎になっている<sup>238)</sup>。ヴィルブルクは続けて言う。すなわち、「この規律はきわめて明白であり、多くの事例において実的な適用を見出す。しかし、それは一方で非常に多くを含み、他方ではきわめてわずかなものしか含んでいない。とりわけ多すぎる。何人も他人の損失によって利得をしてはならないという。すなわち、そのような一般的なやり方で、財産は保護されてはいない」<sup>239)</sup>。最後に引用された言説で明らかになるように、

<sup>236)</sup> Larenz (Fn. 59), S. 296.

<sup>237)</sup> Larenz (Fn. 59), S. 296.

<sup>238)</sup> Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, 1934; この作品は、エルンスト・ラーベル(Ernst Rabel)のもとで成立した。

<sup>239)</sup> Wilburg (Fn. 238), S. 6.

ヴィルブルクにとっては——フリッツ・シュルツ (*Fritz Schulz*) の準備作業<sup>240)</sup>と結びついて——とりわけ他の利得類型から区別された請求権類型としての侵害不当利得を際立たせることが重要であった。

ところで、ヴィルブルクはどこに給付不当利得と侵害不当利得との間の決定的な区別を認めたのか？ ハインリヒ・レーマンの場合と同様に、両方の不当利得類型は、ヴィルブルクによっても法律上の原因の領域において区別される。しかし、レーマンとは異なり、ヴィルブルクは給付不当利得の場合には直接に原因関係を対象とし、したがって原因関係 (*causa*) を客観的に理解し、その限りで目的不到達という範疇を放棄する。これに対して、侵害不当利得の場合には、第三者との原因関係は、利得保持を許容するための法律上の原因ではない。機能的な観点において、ヴィルブルクは給付不当利得を「給付返還請求権」として、「一種の法律行為の取消」としてみるが、これに対して、侵害不当利得は権利の継続作用という考えに依拠しているという<sup>241)</sup>。この前提から、ヴィルブルクは、不当利得返還請求権の当事者を定めるための帰結を引き出した。すなわち、古い解釈論によって展開された財産移転の直接性という基準は、ヴィルブルクによって空虚な定式との正体を暴かれ、給付の概念によって取って代わられた<sup>242)</sup>。それによると不当利得返還請求権は、給付が直接的になされたか、あるいは間接的になされたかを顧慮することなく、極めて簡単に、給付提供者に、給付受領者に対する関係で成立する<sup>243)</sup>。結論において、ヴィルブルクによれば侵害不当利得の場合とちょうど同じである。この場合も、請求権の要件としての財産移転の直接性は不要である<sup>244)</sup>。侵害不当利得の当事者は、むしろ既に侵害によって決定されて

<sup>240)</sup> *Schulz*, AcP 105 (1909), 1 bis 488.シュルツが不当利得法について観念しているところは、いずれにせよ関連づけを見出しうるにはあまりに独自のであった。「この請求権の範疇全体の解明」の要求をとまなう, aaO, S. 473 ff. 参照。*Wilburg* (Fn. 238), S. 25 ff. も拒絶している。

<sup>241)</sup> *Wilburg* (Fn. 238), S. 49.

<sup>242)</sup> C. IV. 2. を見よ。

<sup>243)</sup> *Wilburg* (Fn. 238), S. 113.

<sup>244)</sup> *Wilburg* (Fn. 238), S. 114.

いる。すなわち、侵害された法的財貨の所持者が、BGB 812 条 1 項 1 文 2 選号の枠内において能動的な事件適格を有し、他人の財貨を自らの利益において利用した侵害者が受動的な事件適格を有する<sup>245)</sup>。

戦後の時代に、**フォン・ケメラー**は**ヴィルブルク**のアプローチをラーベル記念論文集のためのある論考の中で再び取り上げたが<sup>246)</sup>、それは**ヨーゼフ・エッサー**の債務法教科書における識別論を元にした不当利得法の叙述が、1950年代の学生に決定的な影響を及ぼしたのと同様に<sup>247)</sup>、続く10年の議論にとっての基礎とされた。**フォン・ケメラー**もまた、**ポンポニウス**の不当利得の定式も<sup>248)</sup>、BGB 812 条の一般条項としての性格も問題とはしないが、しかし「不当利得返還請求権の類型を」展開する目標を伴った具体化が必要であると考える<sup>249)</sup>。区別の中心点かつ要点は、**フォン・ケメラー**によっても、**ヨーゼフ・エッサー**によっても、法律上の原因ないし法律上の原因の欠如という構成要件要素である<sup>250)</sup>。有効な債務法上の契約は、給付不当利得のコンテキストにおいてのみ法律上の原因として適しており、その他の態様での不当利得の場合にはそうではないとされる<sup>251)</sup>。

機能的には**フォン・ケメラー**は給付不当利得を契約法の付属品として、すなわち解除権と — 当時なお存在した — 瑕疵ある物の提供後の担保責任と

<sup>245)</sup> *Wilburg* (Fn. 238), S. 114.

<sup>246)</sup> *von Caemmerer*, FS Rabel, Bd. I, 1954, S. 333 ff. [本論文の紹介として、磯村哲「カエメラー『不当利得(紹介)』」同『不当利得論考』(新青出版, 2006年) 211頁〔初出, 法学論叢 63 巻 3 号 (1957年)〕がある。]

<sup>247)</sup> *Esser*, Schuldrecht, 1. Aufl. 1949, §§ 302ff., S. 432 ff.; 2. Aufl. (Fn. 18), §§ 189 ff., S. 775.

<sup>248)</sup> *von Caemmerer* (Fn. 246), S. 339. すなわち、「もちろん何人も他人の損失によって利得をしてはならないという命題は、匡正的正義の一般原理としては魅力をもつが、それはこの魅力が正義の原理が前述した単純な形態において言い表されることの全ての一般命題に特有であるがごとくにてである。」

<sup>249)</sup> *von Caemmerer* (Fn. 246), S. 337, 340.

<sup>250)</sup> *von Caemmerer* (Fn. 246), S. 337, 340; *Esser*, Schuldrecht, 1. Aufl. (Fn. 247), S. 442 f.

<sup>251)</sup> *von Caemmerer* (Fn. 246), S. 337 f.; *Esser* (Fn. 247), S. 442 f.

しての解除 (BGB 旧 462 条以下, 同 634 条) と同等に見た<sup>252)</sup>。外国の法秩序との比較において BGB の優れた技術的な長所が存在するのは, BGB が契約の無効に関する多様な諸事由 — 成立の瑕疵から, 意思の瑕疵を理由とした取消, 法律違反および良俗違反を経て, 解除, 告知および合意解除に至るまで — を不当利得法から抜き出し, あらゆる無効事例についての統一的な巻戻しの制度を準備している — まさに給付不当利得 — という点にある, という<sup>253)</sup>。

これに対して侵害不当利得は, 不法行為法および準事務管理 (BGB 687 条 2 項) の関連において立てられており, その結果, 段階的連続性が明らかになる。すなわち, 他人の権利へ正当化事由なしに侵害を行う者は, 常に BGB 818 条, 同 819 条の基準にしたがって不当利得を返還する責めを負い, 侵害に際しては取引上要求される注意が顧慮されないこととされている, さらに BGB 823 条 1 項, 同 249 条にもとづく損害賠償義務が生じ, もし他人の権利への故意による侵害が問題となる場合には, 行為者は BGB 687 条 2 項, 同 681 条 1 文, 同 667 条により, 得られた利益の返還義務さえ負う<sup>254)</sup>。これら全ての請求権は, 所有権または被侵害者に対して存するその他の法的地位の割当内容への侵害を, 共通した要件として有する。

識別論はその後の時代において普及した。判例は, たしかに — その任務に応じて — 一定の「体系」への包括的な拘束を回避したが, しかし今日的な給付概念と, それとともに識別論の核心を受け容れた<sup>255)</sup>。学説上は, **エッサー**が最初の, そして**ラーレンツ**が最後の, 識別論に転向した教科書執筆者

<sup>252)</sup> von Caemmerer (Fn. 246), S. 342.

<sup>253)</sup> von Caemmerer (Fn. 246), S. 343.

<sup>254)</sup> von Caemmerer (Fn. 246), S. 352, 359. 既に過失による侵害の場合に利益の返還を求める請求権を保障している無体財産権についての広範な判例をそのつど指摘している; 基本的なのは, RGZ 35, 63, 67 ff.; 43, 56, 58 ff.; 50, 111, 115.

<sup>255)</sup> BGHZ 40, 272, 277; 48, 70, 73; 50, 227, 230; 58, 184, 188; Reuter/Martinek (Fn. 220), § 2 IV, S. 34 f.; Schlechtriem, JZ 1984, 509 f.; 555 f.; JZ 1988, 854; JZ 1993, 24, 25 によるさらなる論証。

の一人である<sup>256)</sup>。1968年に出された債務法各論についての彼の教科書の第9版は、依然として広範囲に戦前からのハインリヒ・レーマンの叙述に心を動かされている。たしかに給付による利得とその他の態様における利得はお互いに区別をされてはいるが、決定的な違いは法律上の原因の欠如というメルクマールにのみ見出されている<sup>257)</sup>。それに対して、1972年の第10版においては、**ヴィルブルク**と**フォン・ケメラ**を引用して、簡潔かつ明瞭に次のように記述している。すなわち、「不当利得法が今日の私法秩序体系において果たしている様々な機能は、一つの定式には片づけられない。……それゆえ新たな学説と判例は、区別をしている。それらは812条1項1文の中に一つの請求権基礎ではなく、二つの分離された請求権基礎を認めている。この区別に対するアプローチは、法律自体の文言の中に見出される。それはすなわち他人の給付による不当な取得を理由とした請求権と『その他の態様における』不当な取得を理由とした請求権とを区別し、——そして後者についてのみ利得が不当利得債権者の『損失により』取得されたということを要求している」<sup>258)</sup>。**メディクス**の債務法教科書においては、この区別が図表でも明らかにされている<sup>259)</sup>。

### 3. 今日的一元論

識別論に対する反対の動きは、すぐに現れた。それを疑問視する嚆矢は1973年であった。当時**ヴィルヘルム** (*Wilhelm*) が最初の、詳細に理由づけ

<sup>256)</sup> *Esser* (Fn. 247), S. 432 ff.; *Esser/Weyers*, *Schuldrecht* II/2 (Fn. 51), § 47 3, S. 34 ff.; 注釈書文献からは, *Erman-Westermann*, Vor, § 812 Rn. 1; *Palandt-Sprau* (Fn. 56), Vor, § 812 Rn. 1 f., § 812 Rn. 1; *Staudinger-Lorenz*, Bearb. 1999, § 812 Rn. 1 ff.; 教科書文献からは, *Medicus* (Fn. 23), Rn. 632; *Brox-Walker* (Fn. 23), § 36 Rn. 1, ハンドブック文献からは, *Reuter/Martinek* (Fn. 220), § 2 V, S. 38 und passim 参照。

<sup>257)</sup> *Larenz*, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II, Besonderer Teil, 9. Aufl. 1968, S. 364.

<sup>258)</sup> *Larenz*, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II, Besonderer Teil, 10. Aufl. 1972, S. 403 (強調体は原文による)。

<sup>259)</sup> *Medicus* (Fn. 23), Rn. 632.

られた攻撃を主張した。すなわち、給付不当利得と侵害不当利得は「他人の財産からの不当な利得を理由とした本質の同じ請求権」であるという。さらに続けて、「それは、債務者の所持が法律行為によってまたは直接的に客観法規範によって正当化されない場合には、債務者が債権者の財産から得た、すなわち債権者の権利または法的地位によれば彼の財産へ帰属する財産の増加は返還されなければならない、という原則の適用事例である」<sup>260)</sup>。その後一元論は再び支持者の増加を見た。完全に**ヴィルヘルム**の意味において、**クーピッシュ** (*Kupisch*) は識別論を非難し、識別論は「特異な利得の観念」を、したがって債権者の財産からの債務者の利得を「独立した、義務を生み出す根拠としては放棄した」というのである<sup>261)</sup>。**フルーメ** (*Flume*) もまた、**BGH**の創設50周年記念論集において全く同様に定式化した<sup>262)</sup>。注釈書の執筆者の分野からは、**リープ** (*Lieb*) がミュンヘナー・コンメンタールに関して「反対の動き」に加わり、「基本構成要件……、すなわち他人の損失による法律上の原因のない取得のみ」が存在するというを確認した<sup>263)</sup>。

1973年には **Beck** から**カナリス**による非常に重要な「三者関係における利得の調整」に関する浩瀚な論文の掲載された、最初の**ラーレンツ**祝賀論文集が出版され、それは人口に膾炙した言葉となったとされる「給付概念からの決別」という言い回しで最高潮に達している<sup>264)</sup>。この介入はきわめて多方面

<sup>260)</sup> *Wilhelm*, *Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung*, 1973, S. 173; また, *ders.*, *JuS* 1973, 1.も参照。

<sup>261)</sup> *Kupisch*, *FS von Lübtow*, 1980, 501, 511; また, *ders.*, *Gesetzpositivismus im Bereicherungsrecht*, 1978, S. 62 ff. und passim も参照; さらに, *Pinger*, *AcP* 179 (1979), 301, 312, 314 も参照。

<sup>262)</sup> *Flume*, *FS 50 Jahre BGH Bd. I*, 2000, S. 525, 535.

<sup>263)</sup> *MünchKommBGB-Lieb*, Bd. 3, 2. Hbd., 1. Aufl. 1980, § 812 Rn. 7, その限度では, 4. Aufl. 2004 (Fn. 273)においても変更はない。

<sup>264)</sup> *Canaris*, *FS Larenz*, 1973, S. 799, 857. [本論文を紹介するものとして, 山田幸二「日独における『不当利得法における三角関係』論の近況について——カナリス論文『三者間における利得の調整』の紹介をかねて」商学論集(福島大) 46 巻

に効果を及ぼすことにもなったが<sup>265)</sup>、ここでは、**カナリス**がまさに識別論を克服し、一元的考察に回帰することを問題としたわけではないということが、依然として押さえられていなくてはならない。彼の見解によれば、出口は「給付不当利得の理論を放棄することにあるのではなく、首尾一貫してそれを発展させることのみにある」<sup>266)</sup>。彼は、その債務法各論の教科書においてもこの点を堅持している<sup>267)</sup>。中心的な議論が次のように示されている。すなわち、給付不当利得と侵害不当利得の区別は様々であり、したがって法律上の原因は、両方の類型でそれぞれ独自の方法で決定されなくてはならない<sup>268)</sup>。

しかし、それ以上のことを**ヴィルブルク**も**フォン・ケメラ**も主張してはいなかった。すなわち、彼らの理論の出発点は、債務法上の請求権の欠如、原因関係の欠如が、「その他の態様における」不当利得の領域において法律上の原因の欠如を理由づけるのに十分ではなく、ないしは法律上の原因の問題にとって何らなすところはないという理解であった<sup>269)</sup>。識別論は一般的な不当利得原理の内部での類型構築を問題にしていたのであり、複数の、より多くの異なったかつ完全に独立した請求権類型の間で区別される解釈論によってそれを代替することを問題にしていたのではない<sup>270)</sup>。そのようなアプローチというのは、BGB 812 条の内部での区別と若干の特別規定によって特に給付不当利得について認められる (BGB 813 条ないし同 815 条, 同 817 条) 法律上の規律に完全に対応している。

いずれにしろ、特に**フォン・ケメラ**は、——**エッサー**とは異なり<sup>271)</sup>——給付不当利得を契約法へ密接に引き寄せ、解除および担保責任としての解除に

---

4号(1978年)82頁以下がある。]

<sup>265)</sup> 詳細は、後記 C. III.4.

<sup>266)</sup> *Canaris* (Fn. 264), S. 812.

<sup>267)</sup> *Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 130.

<sup>268)</sup> *Larenz/Canaris*, a. a. O.

<sup>269)</sup> *Wilburg* (Fn. 238), S. 12 ff.; *von Caemmerer* (Fn. 246), S. 337 f.; また、*Esser/Weyers*, *Schuldrecht II/2* (Fn. 51), § 47 3, S. 35 も参照。

<sup>270)</sup> *von Caemmerer* (Fn. 246), S. 339.

<sup>271)</sup> *Esser*, *Schuldrecht* (Fn. 18), S. 775 ff.

対する機能的な等価物として特色付けたが、このことはフルーメの言うところに反して短所ではなく、長所である<sup>272)</sup>。さらに示されるであろうように、すなわち三角関係も、給付不当利得の場合の責任範囲も、契約法の中心的な評価——債務関係の相対性、双方向的な請求権の双務的な関連性——に立返ることなしに評価するのではなく、これに対して反対に、侵害不当利得は不法行為法の評価——絶対権の保護、包括的な財産保護の不存在——を顧慮しなくてはならない。この関連を正確に作り出したことが、残されたフォン・ケメラの功績である。要するに、かくて新たな一元論自体は、もっぱらそれを中傷することができるように案山子をこしらえたのではないかとの印象を免れない。いずれにせよ批判者が自らの叙述を、給付不当利得／非給付不当利得というシェーマを手掛かりに組み立ててきた場合には<sup>273)</sup>、こうした印象が強まるであろう。それと同様のことは BGB 施行以来の注釈書文献が常にしてきたところであるが<sup>274)</sup>。

#### IV. 給付概念をめぐる争い

##### 1. 財産移転の直接性

不当利得法の一元論と識別論、並びに給付概念の有用性をめぐる争いの基礎には、どのようにして多数当事者間関係において不当利得返還請求権の当事者が定められなくてはならないかをめぐる中心的な見解の相違がある。第二次世界大戦後までは、不当利得返還請求権の当事者の確定は「その者の損失により」というメルクマールによってなされなくてはならないという見解が支配的であった。好例は、1932年のエンネクツェルス＝レーマンの教科書における問題の取扱いである。すなわち、利得は「他人の損失により (auf

<sup>272)</sup> *Flume* (Fn. 262), S. 535: 「不当利得という法的形象の不愉快な誤解は存在しない……」。賛成するのは, *Kupisch* (Fn. 261), S. 511.

<sup>273)</sup> *Wilhelm*, (Fn. 260), S. 77 ff., 100 ff.; *MünchKomm-Lieb*, Bd. 5, 4. Aufl. 2004, § 812 Rn. 26 ff., 222 ff.

<sup>274)</sup> 例えば, *Palandt-Pinzger* (Fn. 92), § 812 Anm. 2, 3 参照。

dessen Kosten)」取得されなくてはならず、すなわち給付によるか、その他の態様においてかのいずれかである、という<sup>275)</sup>。かくて給付不当利得もまたこのメルクマールを含み、したがってこのメルクマールは直接に不当利得返還請求権の当事者間でなされなくてはならない「財産移転」として定義される<sup>276)</sup>。このことは単純明白に聞こえるが、財産移転が第三者の「財産に関して」生じる場合にはそうではない。一つの簡単な例は、直接給付 (Durchlieferung) の事例である。すなわち、ある不動産の買主が、これを第二の買主に譲渡し、この者に不動産を明け渡し、そしてこの者が売主の権利承継人として登記簿へ記入された。今や第一の売買契約が無効であると判明した場合に、売主は第一買主、つまりは彼の契約の相手方からのみ返還を受けることができ、第二買主からはできない。第二次世界大戦までの通説は、「間接的な出捐による直接的な財産移転」という形象を介してこの結論を得た<sup>277)</sup>。

## 2. 今日的な給付概念

この定式はまさにこの点で批判を招き、なぜ今日の理論が、1934年に**ヴィルブルク**が基礎づけた後に、第二次世界大戦後にこれほど迅速に普及しえたのかを明らかにしている<sup>278)</sup>。調整関係の当事者を定めるという任務を、**ヴィルブルク**の場合には、給付概念自体が引受けた。すなわち、「誰が指図受取人であるかは、給付の内容と目的から明らかになる。直接性をめぐる争いは、ここでは意味を持たない。人は他人に直接的にも間接的にも給付をすることができ、区別は全く無意味である」<sup>279)</sup>。**フォン・ケメラ**は、この命題を1945年以降に継承したが<sup>280)</sup>、給付概念の具体化に特別な注意を払うことはしなかった。彼の出発点は、給付不当利得の場合には受領者が「全く形式的に見

<sup>275)</sup> *Enneccerus-Lehmann* (Fn. 232), § 218 II, S. 726.

<sup>276)</sup> *Enneccerus-Lehmann* (Fn. 232), § 218 III, S. 726.

<sup>277)</sup> *Enneccerus-Lehmann* (Fn. 232), § 218 III, S. 727.

<sup>278)</sup> 前記 C. III. 2 を注 243) とともに。

<sup>279)</sup> *Wilburg* (Fn. 238), S. 113.

<sup>280)</sup> 特に明らかなのは、*von Caemmerer*, JZ 1962, 385: 「利得の直接性という……

ると、債務行為，したがって弁済をされなければならない債権が存在しないので，不当に利得されている」<sup>281)</sup> ということの確認である。それにもかかわらず，いかなる原因関係にもとづいて，給付が引き出されなければならないのか？ フォン・ケメラーは，この問題に給付「概念」からの演繹によってではなく，一つまたはその他の原因関係への「給付の帰責」が理由づけられるであろう複数の観点の助けによって答えている<sup>282)</sup>。

### 3. 一元論者の批判

識別論一般とともに、「今日的な給付概念」もまた1970年代には砲火を浴びた。批判者は一元論の支持者たちであり，したがって彼らは，調整請求権の当事者が給付不当利得の場合にも「その損失により」というメルクマールにより定められるということによって，不当利得法の統一性を防衛しようとした。前述の1973年の論文において，ヴィルヘルムは，直接的な財産移転という基準をその本来の機能の中で再度指定した。すなわち，BGB 812条の意味における「給付」は，きわめて単純に，債権者の財産からの債務者の財産の増加を意味しているという。「法的にはこの確定が問題である。財産の移転は，それが給付として，意思によってなされている場合には，目的設定的であることが非常に自明であるので，その結果，給付概念における目的設定を概念的に強調する必要はない<sup>283)</sup>。したがって給付不当利得は（／もまた），債権者に「債務者の財産増加を目的設定的に生ぜしめたからではなく，債務者が債権者の財産から利得をしたので成立する」<sup>284)</sup>。決定的なのは財産の移転であって，給付概念ではない。BGB についてのミュンヘナー・コンメンター

---

要件は，給付不当利得の場合，請求権が給付をなした者に成立し，それが指図受取人に対してのみ向けられるということの意味している」。

<sup>281)</sup> von Caemmerer (Fn. 246), S. 343.

<sup>282)</sup> von Caemmerer, JZ 1962, 385, 386.

<sup>283)</sup> Wilhelm, (Fn. 260), S. 103.

<sup>284)</sup> Wilhelm, (Fn. 260), S. 104; また S. 173 も参照; 本質において同趣旨なのは, Kupisch (Fn. 261), S. 511 f.

ルの中で、**リープ**は大いなる共感を給付概念の批判に公言しており、彼は給付概念を「邪道」とみなしている<sup>285)</sup>。

#### 4. カナリスの批判

既に一元論の支持者たちは、今日的な給付概念の主張者たちに「概念法学」との非難をしていた<sup>286)</sup>。この批判は、**カナリス**によって、既に述べたラーレンツ祝賀論文集のための作品の中で採り入れられた。[次のように言う。] 今日的な給付概念の支持者たちは、なぜ被指図人が、通常は指図人の利得に限定されるが、これに対して、帰責可能な指図人が欠けている場合には、被指図人の直接利得が指図受取人に起こるのかの説明に窮する。どの当事者に被指図人が給付をもたらしうるか——指図人か指図受取人か——は、指図が有効になされたか否かによって、異なって回答されえないのではないか。これと異なることは、全て「一つの恣意的な概念操作」にすぎない、という<sup>287)</sup>。

もし**カナリス**の論文が今日の不当利得法の解釈論への決定的な影響を獲得したとすれば、それは**カナリス**が、単に批判をするにとどまることなく、今日的な給付不当利得の理論から決別することなく、さらにそれを進化させたからである<sup>288)</sup>。「法律構成的なトリック」に代えて「開かれた法創造」が必要である、という<sup>289)</sup>。彼は、さらなる考察をそのために必要な価値の基礎を明らかにすることに傾注し、それを抗弁の排除・リスク配分・帰責の思想、無因性原理および取引と信頼の保護の中に認めている<sup>290)</sup>。この抽象的な観点には、今日あれこれの形式において、あらゆる定評のある債務法の教科書の中で見られる具体的な諸原則(Maxime)へと凝縮されている<sup>291)</sup>。すなわち——

---

<sup>285)</sup> MünchKommBGB-Lieb, 1. Aufl. (Fn. 263), § 812 Rn. 25 ff., 4. Aufl. (Fn. 273), § 812 Rn. 31 ff.

<sup>286)</sup> Wilhelm, (Fn. 260), S. 111, 132.

<sup>287)</sup> Canaris (Fn. 264), S. 807.

<sup>288)</sup> Canaris (Fn. 264), S. 812.

<sup>289)</sup> Canaris (Fn. 264), S. 813.

<sup>290)</sup> Canaris (Fn. 264), S. 814, 860 ff.

- (1) 両当事者に関しての原因関係の瑕疵にもとづいた抗弁の維持。三者関係にもとづく抗弁からの瑕疵ある原因関係の当事者の保護。
- (2) 相互に最終的に突き止められたそれぞれの原因関係の当事者に対する相互的な倒産リスク配分。突き止められなかった不当利得債務者の倒産リスクからの各当事者の保護。
- (3) 瑕疵ある原因関係の当事者である者への潜在的な法的争訟における当事者の役割の適切な割当て<sup>292)</sup>。

これらの評価基準の導入は、いかなる遡及効を給付概念に持つのか？ 既に述べたように、カナリスは、ラーレンツ祝賀論文集の中の論文において、「給付概念からの決別」を要求していた<sup>293)</sup>。ラーレンツから引き継いだ教科書の中でも、カナリスは、給付概念は「解釈論上の中心概念として不適切」であるとの見解に固執したが<sup>294)</sup>、このつけんどんな判断は、その後、緩和されている。給付概念は、「解釈学上の略号 (Kürzel)」の役割を、徹底して認めうるといふ。しかし、上で挙げた評価が依然として決定的である。既にその定式が示しているように、3つの全ての評価基準で、原因関係が中心的な役割を演じている。事実上カナリスは3つの主たる判断基準を定式化しており、それにもとづいて利得の調整が原則として原因関係に瑕疵のある当事者間で実施されるということが明らかになるのだが、いわゆる帰責可能な瑕疵が存在しない、したがって指図が瑕疵を有している場合には、直接利得が問題となる<sup>295)</sup>。

<sup>291)</sup> *Mediccus* (Fn. 23), Rn. 725 参照。これは *Canaris* (Fn. 264), S. 802 f. に与している；また *Brox/Walker* (Fn. 23), § 37 Rn. 12 も参照。

<sup>292)</sup> この評価基準は、—— 明白な限りでは —— *Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 247 でのみ見られる。

<sup>293)</sup> *Canaris* (Fn. 264), S. 857；上記 C. III. 3.

<sup>294)</sup> *Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 248.

<sup>295)</sup> *Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 250；第三の判断基準は、給付不当利得と侵害不当利得の競合に関連しているが、ここではその詳細に立ち入らない。

## 5. ロイター＝マルティネク (Reuter/Martinek) による給付概念

1983年には、給付概念についての学説状況を観察する者には、以下のようなことが起こった。すなわち、通説は、給付不当利得の当事者を給付概念によって定めていた。これに関しては、ケッター (Kötter) が、フォン・ケメラの基本的な論文とほぼ同時期に、今日に至るまで判例と学説において妥当している定式を特徴づけたのだが、それによれば、給付は目的に向けられた他人の財産の増加である<sup>296)</sup>。一元論者にとって、給付概念は重要ではなかった。なぜならば、彼らの見解によれば、巻戻し関係の当事者は、(直接的な) 財産の移転という基準によって決定されなくてはならないからである。それに対してカナリスは、給付不当利得の理論は契約法を基礎づけている債務関係の相対性という基本原則へ立返ることによって継続形成されなくてはならないとの提案をしていた。

この議論状況の中へ、1983年にロイター＝マルティネクの不当利得法についての浩瀚なハンドブックが公刊された。執筆者たちは識別論という基礎の上に立ち、給付概念を解釈論的に先鋭に理解し、それによって特に問題のある三者間関係をとらえようとの試みを企てている<sup>297)</sup>。ロイター＝マルティネクの意味での給付概念の中心的な要素は、到達を必要とする意思表示として構想された弁済指定である<sup>298)</sup>。このアプローチは、三者間関係において、複雑な法律構成を必要とする。なぜならば、給付不当利得にもとづく利得返還請求権の理由づけが、債務者への債権者の法律行為による弁済指定の到達が示されるということに依存しているからである<sup>299)</sup>。

この作品への反応は分かれた。すなわち、給付概念の批判者たちは、その危惧の中で給付不当利得を隠れ蓑に概念法学が行われているということを確認

<sup>296)</sup> Kötter, AcP 153 (1954), 193; BGHはこの定式を確立した判例において使用している。前注255) 参照; 学説からは, Esser, Schuldrecht (Fn. 18), S. 779; Medicus (Fn. 23), Rn. 634; Brox/Walker (Fn. 23), § 37 Rn. 6 参照。

<sup>297)</sup> Reuter/Martinek (Fn. 220), § 4 II, S. 80 ff., §§ 10-13, S. 387 ff.

<sup>298)</sup> Reuter/Martinek (Fn. 220), § 4 II, S. 99 ff.

<sup>299)</sup> これについては、後記C. IV. 6 b) dd) 参照。

認した<sup>300)</sup>。しかし、フォン・ケメラーの伝統における「フライブルク学派」の反応も、懐疑的な結果となった。解釈論上意思表示の意味で特色づけられた弁済指定という観念を用いた三者関係の処理は、「予期しない事例状況および事例結果との対決によって危険にさらされるので、きわめて難しく、——とりわけ——きわどい。時には結論自体が不当に……みえる……」という<sup>301)</sup>。それゆえにケーニツヒは、ロイター＝マルティネクの法律構成の努力ではなく、実際、カナリスによって練り上げられた評価基準を、あっさりとして彼自身の不当利得法の観念の中で受け入れた<sup>302)</sup>。

## 6. 給付不当利得論の今日の状況について

過去100年の給付不当利得の解釈学上の描写への知的な投資が、極めて高度になっているということを誰も疑わないであろう。これらの努力は、いかなる成果をもたらしたのだろうか？

### a) 二者間関係

もし分析が二当事者間関係に限定されるのであれば、給付概念は実際のところ放棄されえないように思われる。明白な限りにおいて、給付をするに際して、いかなる原因関係にもとづいて自身の給付を「充当した」のかを、債務者は自ら指定することができる地位にあるということは、何人からも争われてはいない。実際にBGB 366条1項では、債務者が複数の義務を負う場合には、債務者が「給付に際して指定」した債務が弁済されると簡潔明瞭に述べられている。これに対応してヴィルヘルムも、目的的な給付概念を適切と考えており、すなわちまさに不当利得法においても、そうである。「給付、給

<sup>300)</sup> Lieb, AcP 186 (1986), S. 518 ff.

<sup>301)</sup> Schlechtriem, ZHR 149 (1985), 327, 339 の Reuter/Martinek の本の書評。

<sup>302)</sup> König, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1985, S. 181: 賛成するのは, Schlechtriem, Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl. 2003, Rn. 770; Medicus (Fn. 23), Rn. 724 f. も同旨。

付目的および給付の返還請求」の間の連関は、既に第一草案においても正当に承認されていた、という<sup>303)</sup>。「今日的な給付概念」をめぐる争いは、まさに、その他の点では全く取り立てて新しいわけではない給付概念それ自体には全く関係してはおらず、多数当事者間関係の場合の給付不当利得の当事者の確定のためにそれを機能化することのみに関係している。すなわち、**ウィルヘルム**が批判したのは、給付不当利得の債権者と債務者を決定するために——したがって単に法律上の原因の欠如を確定するためだけにはなく——、給付概念ないし目的の指定を持ち出したことである<sup>304)</sup>。

## b) 多数当事者間関係

aa) 多数当事者間関係は、不当利得法の「関心の的 (cause célèbre)」であるばかりではなく、とりわけ給付概念の機能的基準点でもあり、ここに「その解決のために給付概念それ自体が展開された」<sup>305)</sup> 問題が存在する。10年に及ぶ議論は、ここでは混乱のほかには何かをもたらしたか？ 何と言っても**ホルスト・ハインリヒ・ヤコプス** (*Horst Heinrich Jakobs*) が NJW の中で「原則的適用への実務の回帰」についての読む価値のある擁護論文を、**BGH** の裁判に対する**マルティネク**と**カナリス**の手になる2つの批評に対して向け、ノルトライン＝ヴェストファーレンの州司法試験局 (Landesjustizprüfungsamt) は、不当利得法上の三角関係の分野からは試験問題を出してはいないという噂を伝えることから書き出した。この法状況は、「水準以上の能力のある受験者が、そこでは点数のつく成績をもたらすことができないほどに、無秩序かつ困難になっている」という<sup>306)</sup>。それゆえ論文の終わりで嘆息

<sup>303)</sup> *Wilhelm* (Fn. 260), S. 102.

<sup>304)</sup> *Wilhelm* (Fn. 260), S. 103.

<sup>305)</sup> *MünchKommBGB-Lieb* (Fn. 273), § 812 Rn. 29; *Reuter/Martinek* (Fn. 220), § 4 II 5, S. 111.

<sup>306)</sup> *Jakobs*, NJW 1992, 2524 で、*Martinek*, JZ 1991, 395 と *Canaris*, NJW 1992, 868 に対してである；他方、両者は *BGHZ* 113, 62 = NJW 1991, 919 に対して；この判決に対しては、さらに *Flume*, NJW 1991, 2521, 2523.

をついている。すなわち、「この分野において教授たちがもはや問題を出さな  
いということについて、誰が責任を負うことになるのだろうか？」<sup>307)</sup>。そのよ  
うな攻撃を受けた者たちは、これに応じて、**ヤコプス**は「スープの中の髪の毛」  
を一緒に飲んでしまったという心配を述べ<sup>308)</sup>、過大な要求を推定した<sup>309)</sup>。  
したがって、三者間関係における利得調整の問題は、読者に今日では稀になっ  
てしまった率直なポレーミッシュの論争の場を与えた。

bb) それにもかかわらず、争点に手掛かりをつけるという試み、したがっ  
て10年にわたる給付概念についての論争が進歩をもたらしたか否かを検討  
するという試みに対して、反対すべきではない、とされた。設例として、簡  
単な事例、すなわち、例えば銀行振替の形態における、指図が有用である。  
指図人Aが、取引銀行Bに一定の金額をCに送金するよう指示を与える。わ  
れわれは、CがAに対して冷蔵庫の給付をしたことを理由とする売買代金の  
支払のために、Aがこのことをしたと想定してみたい。銀行は依頼を実行し、  
Aの銀行口座の借方に記入した。いまAC間の売買契約が無効であると判明  
するならば、AはCに対して不当利得返還請求をすることができるかどうか  
という問題が出てくる。一見した場合には、このことは当てはまらないとい  
う意見になるかもしれない。すなわち、誰が誰に給付をもたらしたかに素朴  
に照準を合わせるならば、BがCに「給付をした」と考えられる。一元論者  
とともに「直接的な財産移転」に照準を合わせたとしても、さしあたっては  
何も変わるところはない。ただし、「直接的な財産移転」は明らかにBとCの  
間で行われたからである。しかし、一致した見解によれば、AはCに不当利  
得返還請求ができるが、銀行は支払った額の返還請求はできない。銀行はこ  
のことを、送金依頼の実施後にAの銀行口座に資金を見つめることができな  
いということを確認した場合にも、ついでだができない。19世紀から20世紀  
の変わり目に、**RG**は郵便国庫の不当利得訴訟を取扱ったが、この郵便国庫

<sup>307)</sup> *Jakobs*, NJW 1992, 2524, 2525.

<sup>308)</sup> *Martinek*, NJW 1992, 3141, 3142.

<sup>309)</sup> *Canaris*, NJW 1992, 3143, 3145.

は、背信的な郵便局員によりそのつどの郵便為替によってこの者の私的な債務の支払いをさせられ、今や支払った額の返還をその受取人に求めた。RGはこの訴えを棄却したが、すなわちそれが普通法によって理由づけられていたか、BGBによって理由づけられていたかはどうでもよい<sup>310)</sup>。[次のように述べている。]郵便局ないし銀行にとっては、受取人と指図人との対価関係と同様に、受取人はどうでもよい。彼らは補償関係にのみ関心を持つ。この口座所有者に対する補償関係においては、不当利得による調整もまた実施されなくてはならない、と。

cc) **フォン・ケメラ**が理解したように、「今日的な」給付概念は、このRGの裁判からほんの一步を進めたすぎない<sup>311)</sup>。彼の理解によれば、「あらゆる図式的な解決が禁じられる。どのようなものが適切な取扱いであるかは、むしろ当事者の具体的または平均的な意思によるのであり、当事者によって追求され、かつ示された目的と当事者の利益状況によって検討されなければならない。」<sup>312)</sup>。その際に、「基本形」としての一定の事例群が強調されるかもしれない。そのようなものというのは、彼が以下のように判断したような指図であった。すなわち、「被指図人は、原因関係を指図人に対してのみ前提としている。しかし、受益者に対する給付は、それによって左右されることはない。支払人と支払受取人は、それぞれがそれから支払いを指図人に清算されなくてはならなかったということ、したがって支払いは指図人の支払いとして、かつ後者に対する支払いとして妥当すべきであるということから出発している。被指図人は、原則として対価関係を気遣うことはない」<sup>313)</sup>。したがって、補償関係が欠如している場合には、被指図人は指図人のみに返還請求をし、対価関係が欠如している場合には、指図人と支払受取人の間での不当利得の

<sup>310)</sup> RG SeuffA 44 (1889), Nr. 257; RGZ 60, 24, 27 ff.

<sup>311)</sup> それから変遷した裁判規準の集束については、既に前に C. III. 2; 賛成するのは、König, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1985, S. 181.

<sup>312)</sup> von Caemmerer, JZ 1962, 385, 386.

<sup>313)</sup> von Caemmerer, JZ 1962, 385, 386.

調整が実行される。

dd) そのような理由づけに対しては、たしかに「概念法学」という非難は提起されえない<sup>314)</sup>。もしそもそも非難が**ロイター＝マルティネク**の立場に関わるのであれば、彼らは各方面から支持された結論——それぞれの原因関係がある場合のみにおける不当利得——を、B/C関係における「『事実上の給付』」は、「BGB 362条2項、同185条にもとづくAによるCの受取の授権並びにBGB 366条によるAに対してのBの弁済と目的の指定という方法で、B-Aの法的な給付へと類推され、かつBGB 267条、同366条によるCに対してのAの弁済と目的の指定という方法でA-Cの法的な給付へと類推される」ということで理由づけている<sup>315)</sup>。**ロイター＝マルティネク**は、その法律構成的なアプローチの危険性を少なくとも徹底して意識していたが、法律行為論と履行法の評価を指向した、単純かつ明確な規律を実務に提供しようするために、これはたいてい甘受されなくてはならない。このようにして獲得された規律は、したがって**フォン・ケメラ**が暗示し、**カナリス**が仕上げた評価に対しても貫徹されるべきである。すなわち、「抗弁リスクと倒産リスクの分配は、原則的に不当利得調整規律の任務ではなく、帰結である」<sup>316)</sup>。ともかく著者たちはただちに付け加える。すなわち、「抗弁リスクと倒産リスクの分配に関して、法律の評価に対する矛盾が生じる恐れのある時にはじめて、そしてその限りにおいて、法秩序の統一性は……不当利得調整をこれに対応させることになる」。反対に、**カナリス**は債務法教科書の中で、評価によって得られた結論を法律構成し、一定の事例群についての判断の規律を展開し、最後

<sup>314)</sup> しかし、「今日的な給付概念」に反対するのは、一般に *Wilhelm* (Fn. 260), S. 111, 132; また *MünchKommBGB-Lieb* (Fn. 273), § 812 Rn. 27 も同旨; こと同様なのは, *Esser/Weyers*, Schuldrecht II/2 (Fn. 51), § 48 II, S. 44.

<sup>315)</sup> *Reuter/Martinek* (Fn. 220), § 11 II 1, S. 413; 「角を經由して (übers Eck)」という説明の構成について基本的なのは, *Reuter/Martinek* (Fn. 220), § 10 I 2, S. 388 ff.

<sup>316)</sup> *Reuter/Martinek* (Fn. 220), § 11 III, S. 426.

に再び3つの「主たる判断規律」にまとめることに努力を傾けている<sup>317)</sup>。

ee) 今日の給付概念のもっとも辛辣な批判者としての**ヴィルヘルム**は、概念法学という非難を提起するだけでなく、非難を空理空論の概念思考が「裸の衡平判断」と組み合わせられているという点に拡大して論じた<sup>318)</sup>。このことは反対者にたしかによりよく当てはまるが、一元論の支持者たちには、どのようにして彼らが指図事例の態様における三者関係を、自らの前提を犠牲にすることなしに、処理しようとするのかという問題が降りかかるに違いない。——**クーピッシュ**によれば、事実上銀行の給付は受取人にあるが、利得の調整はそれにもかかわらず銀行と指図人之間並びに指図人と受取人之間で実行されるべきである。このあらゆる方面から法律構成された結論は、BGB 812 条(!)の類推適用によって達成される<sup>319)</sup>。これに対しては、**カナリス**が正当な批評をしている。すなわち、「それでも BGB 812 条ごとき一般条項(!)が、指図の事例のごとききわめて初歩的な事例について欠缺(!)を含んでおり、したがって類推の道ではじめて適用可能にするということは、方法論的にはじめから説得力がないように思われる」という<sup>320)</sup>。これに対して、**ヴィルヘルム**は、給付受取人に対する被指図人の給付を、給付の対象についての指図人の処分と被指図人によるこの処分の結果は、「指図人の財産による物的な通過に、財産上は」等しくみなされなくてはならないとの理由づけで否定する<sup>321)</sup>。これには「直接的な財産移転」という基準が、明らかに給付概念と同様に規範的なものにされてしまうという指摘を除けば、異論のつけようはない。

ff) かくして次のことが明らかになる。すなわち本来の任務は、給付という「概念」または財産移転という概念の適用にあるのではなく、規範的に理由づ

---

<sup>317)</sup> *Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 199 ff.; 包括的には, S. 246 ff.; 不当利得法における規律像については, *Canaris*, NJW 1992, 3143, 3145 も参照。

<sup>318)</sup> *Wilhelm* (Fn. 260), S. 132.

<sup>319)</sup> *Kupisch*, *Gesetzpositivismus im Bereicherungsrecht*, 1978, S. 19 ff.

<sup>320)</sup> *Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 251.

<sup>321)</sup> *Wilhelm* (Fn. 260), S. 116.

けられた、個々の関係者に対する給付の帰責にある。全く首尾一貫して、判例は、給付不当利得の場合には決して概念から演繹がなされてはならないということを倦むことなく強調しているが、けだし「2人以上の人物が関与する事象の不当利得法上の取扱いに際しては、全ての図式的な解決が禁止されているからである」。むしろ「まず第一に、個々の事例の特殊性が、適切な不当利得法による巻戻しのためには……考慮されなくてはならない」という<sup>322)</sup>。100年間の不当利得法に関する議論を振り返った時に、適切な不当利得法上の判断のための真に規範的な基礎について、今日ではBGBの施行の際よりも根本的に明確な観念が存在しているということを、誰も否定しようとは思わないであろう。決定的な評価基準が率直に議論された後、若干の事例群では既に「再ドグマ化」の過程が始まった。このことはいずれにせよ給付概念の内部で起こり、外部では起こってはいない<sup>323)</sup>。実際、給付概念は、規範的に基礎づけられた三角関係の解釈論にとっての枠組みとして、より多くの理由から、「直接的な財産移転」という範疇よりもより適している。すなわち、給付概念は契約法の価値をより容易に取り入れることができる。なぜなら、給付概念は履行法、かくしてまた原因関係に対する解釈論的な結びつけを打ち立てるからであり、したがって給付目的の指定に契約法の基本原則、すなわち私的自治が取り入れられるからである<sup>324)</sup>。

## V. 不当利得返還請求権の範囲と差額説

不当利得法の解釈学的基礎をめぐる争いは、不当利得返還請求権の対象の特定と範囲が問題となる場合に続く。

---

<sup>322)</sup> BGHZ 72, 246, 250; 82, 28, 30.

<sup>323)</sup> 賛成するのは、Larenz/Canaris (Fn. 31), S. 248 f., 252 f.; Schlechtriem, Schuldrecht Besonderer Teil (Fn. 302), Rn. 770; Medicus (Fn. 23), Rn. 724 f.

<sup>324)</sup> このように述べるのは、既に、von Caemmerer, FS Dölle (Fn. 21), S. 141:「債務法上の私的自治の考えないわけにはいかない部分としての」給付目的の指定; 賛成するのは、König, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1985, S. 212.

## 1. 不当利得返還請求権の対象

不当利得法の古典的なテーマは、返還請求権が「取得されたもの (das Erlangte)」に向けられているか、それとも「利得 (Bereicherung)」に向けられているかという問題である。対象による考察方法を支持する者たちは、不当利得返還請求権を取得されたものに関連づけるが、これに対して財産上の基準による考察方法は、不当利得返還請求権をはじめから2つの財産状態の差異に向けて見る<sup>325)</sup>。

フルーメとその門下生たちによれば、「利得は抽象的な財産計算によって測定さ」れる<sup>326)</sup>。〔次のように言う。〕給付不当利得もまた、「非債弁済による取得の対象性からは解放され、むしろ受領者の財産を指向しなければならない」<sup>327)</sup>。BGB 812条にもとづく請求権が全く成立しえないことから不当利得にならないところでは、請求権はBGB 818条3項によって消滅させられるのではなく、それははじめから全く成立しない。BGBの立法資料がこうした理解にプラスの材料を提供している。ただし、理由書の中では、不当利得の審査に際しては「具体的には受領者の財産状況の全体が顧慮されなくてはならない」と述べられており<sup>328)</sup>、審議録には「それによって受領者は、取得したものをその価額が彼の財産にとって有利にはならないような態様で失ってしまった場合には、この者に過失が帰せられるか否かによる区別なしに、解放されるべきである」と記載されているからである<sup>329)</sup>。対象志向の方向への不当利得法解釈論の逆転は、再びフォン・ケメラーに負っている。1954年のラーベルのための祝賀論文の中で、彼はBGBの不当利得請求権が「第一次的に

<sup>325)</sup> 争いの状況とその展開については、*Reuter/Martinek* (Fn. 220), § 14 I, S. 516 ff. 参照。

<sup>326)</sup> *Flume*, FS Niedermeyer, 1953, S. 103, 148, 153 f. [本論文前半部分の紹介として、芹澤悟「〈研究ノート〉『利得の消滅』とローマ法源——W・フルーメ『利得の消滅』論文前半部の紹介」亜細亜法学 29 卷 2 号 (1994 年) 175 頁がある。]

<sup>327)</sup> *Flume* (Fn. 326), S. 153.

<sup>328)</sup> Mot. II (Fn. 4), S. 837.

<sup>329)</sup> Prot. II, S. 706.

『利得』から出発しているのではなく、BGB 818 条 1 項, 2 項, 同 819 条および同 820 条が示しているように、取得されたものまたはその価額」から出発しているのではないかということを確認した。それが「通常の請求権内容」である、と言う<sup>330)</sup>。**エッサー**は<sup>331)</sup>この見解を、**ラーレンツ**<sup>332)</sup>と同様に、不当利得法の叙述の基礎に据えたが、それが今日では完全に支配的なものとなっている<sup>333)</sup>。**リーブ**の見解によれば、それは 812 条 1 項において不当利得債務者に明示的かつ第一次的には「取得されたもの」の返還を義務づけ、かつ BGB 818 条 2 項において返還の不能な場合にのみ価額賠償義務を命じ、これをその場合に BGB 818 条 3 項において利得喪失の抗弁によって相対化している法律の体系ともっとよく合致している<sup>334)</sup>。

不当利得返還請求権の対象志向または財産志向をめぐる争いは、きわめてドグマティックに聞こえ、したがって実際の意義はわずかに思われる。**飛行機旅行事件**は、逆のことを証明した<sup>335)</sup>。— ある未成年者が、航空券なしにドイツのルフトハンザの定期便に紛れ込み、これでニューヨークまで飛び、そこでアメリカの国境警察に捕って、折り返し送還された。ルフトハンザは、行きの飛行についての費用の償還を求めた<sup>336)</sup>。**BGH** は、大いに苦勞をしてはじめて不当利得返還請求権に到達した。なぜならば、**BGH** は「BGB 812 条以下の意味における不当利得については、通例、利得者が真の財産の増加を、単に出費の節約によってであれ、受けた場合に、かつその限りにおいて

<sup>330)</sup> *von Caemmerer* (Fn. 246), S. 333, 368.

<sup>331)</sup> *Esser*, Schuldrecht (Fn. 18), S. 818.

<sup>332)</sup> *Larenz*, 5. Aufl. 1962 (Fn. 70), S. 346 f.; 12. Aufl. 1981 (Fn. 21), S. 576 f.

<sup>333)</sup> *Medicus* (Fn. 23), Rn. 672 ff.; *Esser/Weyers*, Schuldrecht II/2 (Fn. 51), § 51 I 2, S. 97 f. 参照。

<sup>334)</sup> *MünchKommBGB-Lieb* (Fn. 273), § 812 Rn. 340.

<sup>335)</sup> *BGHZ* 55, 128 ff. = JZ 1971, 556 ff. (*Canaris* の評釈付き) [本判決については、川角由彦『不当利得とは何か』(日本評論社, 2004 年) 120 頁以下に詳しい解説がある。]

<sup>336)</sup> 帰国便の費用を理由とする償還請求権は、事務管理で基礎づけられた; これにつき, *BGH NJW* 1971, 609, 612.

語られうる」という前提から出発したからである<sup>337)</sup>。「一般的に承認された不当利得法の最上級命題に、常に妥当性が付与されなくてはならない……が、それによれば利得者の返還義務は、決して現実の利得額を超えて、彼の財産の減少に導くことがあってはならない」という<sup>338)</sup>。したがって、当法廷は未成年者によって取得された役務提供を何らかの取得されたものとみなし、その結果、債務者が BGB 818 条 2 項によって価額賠償を義務づけられるところの、対象による考察方法を明示的に退けている<sup>339)</sup>。このほとんどもったいぶった定式で理由づけられた転換という背景を前提にすると、その 1 ページ後で、不当利得の消滅と成立の（欠缺した）場合、悪意の不当利得債務者には財産の増加は決して生じておらず、不当利得請求権はどの時点でも成立していないという主張を拒絶することによって、同様に取扱われなくてはならないかもしれないと説明しているのは、驚きに値する<sup>340)</sup>。結論において、ある給付の悪意の受領者は、たとえ彼が財産関係的な考察「それ自体」によればそうではないにもかかわらず、不当に利得をしたものと「擬制される」。

BGH の解決方法を単に叙述するだけで既に、なぜリープが NJW の論考の中でただちにこの裁判所に反対したのかが明らかになる<sup>341)</sup>。彼の見解によれば、対象による考察方法は物、したがって有体物の給付の場合だけではなく、同様に役務提供の場合にも適合したものでなくてはならない。この役務提供は、対象としては返還されえないので、BGB 818 条 2 項によりその価額を保障されなくてはならず、したがって不当利得債務者は BGB 818 条 4 項、同 819 条により先鋭に責任を負い、BGB 818 条 3 項による利得の消滅を援用してはならない場合には、その限度にとどまる。

最後に述べた、悪意の不当利得債務者は利得の消滅を援用してはならない

<sup>337)</sup> BGHZ 55, 128, 131.

<sup>338)</sup> BGHZ 55, 128, 131.

<sup>339)</sup> BGHZ 55, 128, 133.

<sup>340)</sup> BGHZ 55, 128, 135.

<sup>341)</sup> MünchKommBGB-Lieb (Fn. 273), § 812 Rn. 358 ff.; ders., NJW 1971, 1289, 1290 ff.

という — 著しく当たり前の — 定式は、BGB 818 条 4 項が、同 292 条、同 989 条、同 990 条を援用し、かくして過失に依存した損害賠償責任を命じたが、他方で飛行機旅行事件の態様による状況においては、債権者の側への損害の発生に左右されない悪意の不当利得債務者の価額賠償が問題であるということ<sup>342)</sup>を多少なりとも直視しなくてはならない<sup>342)</sup>。この構成要件と法律効果における非対称は、最近**カナリス**によって明らかにされているが<sup>343)</sup>、彼はもちろん同時に解決のための鍵をも一緒に提供している。すなわち、BGB 818 条 3 項についての立法資料は、返還債権の訴訟係属の発生は、「ここで指摘された、一般原則からは逸脱した、特権的な受領者の地位が終了するという意味での善意の受領者の義務を確定するための決定的な時点」であるという<sup>344)</sup>。これに対応する説明は、今日の BGB 819 条についての理由書の中にも見られる<sup>345)</sup>。しかし、立法者は、なぜ BGB 818 条 3 項の援用を、不当利得返還請求権の訴訟係属ないし不当利得債務者の悪意の時点から排除するという原則を明示的には表明しなかったのか？ — 答えはおそらくは立法者たち、就中第一草案の起草者たちが、給付不当利得を法律上の原因のない物の給付に沿って思い浮かべたという点にある<sup>346)</sup>。この事例を基礎に置けば、**飛行機旅行裁判**の問題は、全く出て来えない。けだし、物がなお無傷で存在するならば、それは収益を含めて返還されなくてはならないからであり (BGB 812 条、同 818 条 1 項)、それが損傷または滅失していた場合には、悪意または訴えられた不当利得債務者は損害賠償責任を負うからである (BGB 819 条、同 818 条 4 項、同 282 条、同 989 条、同 990 条)。したがって、「不当利得に依存し、または損害に依存した価額賠償責任」<sup>347)</sup>については、役

<sup>342)</sup> 未成年者の悪意の問題については、ここではさらに追求されることはないが、これについては、*Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 312 ff.; *MünchKommBGB-Lieb* (Fn. 273), § 819 Rn. 7.

<sup>343)</sup> *Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 319 f.

<sup>344)</sup> Mot. II (Fn. 4), S. 838 ; 判例からは、*BGHZ* 72, 252, 256 f.

<sup>345)</sup> Mot. II (Fn. 4), S. 841.

<sup>346)</sup> Mot. II (Fn. 4), S. 836 ff. 参照。

務提供ないしその他の無体の財産的対象の場合のみ問題となりえ、したがってこのような状況に、引用された諸規定の評価が転用されなくてはならない。すなわち、悪意または訴えられた不当利得債務者は、不当利得債権者側のこれに見合った損害の発生が問題になることなしに、価額賠償の責任を負う。それについて独自の不当利得類型の展開は必要ではない<sup>348)</sup>。

## 2. 差額説

### a) 〈二請求権対立説〉対〈差額説〉

不当利得責任の対象関連と財産関連から生じる二者択一は、20世紀の不当利得法の議論を支配したさらなる法的形象、すなわちいわゆる「差額説」の栄枯盛衰にとっての基礎を提供している。第二次世界大戦開始前の解釈論の状態は、1939年の「パラント〔の注釈書〕」に簡潔にまとめられている。すなわち、「二請求権対立説によれば、各契約当事者が、受領した物または〔その〕価額の返還を求める〔一つの〕独立した請求権を有する。調整〔というもの〕は、相殺または留置権によってのみ可能であろう……。通説である差額説によれば、この事例でも一つの請求権のみが、借方項目を超えた貸方項目の剰余の返還に向けられた調整請求権のみが存在する。したがって不当利得返還請求権は一方の当事者にのみ成立する。差額の計算に際しては、控除項目として反対給付も顧慮されなければならない。……。両説の差異は、反対給付が消滅した場合に實際上生じる」<sup>349)</sup>。

法律自体がアンビヴァレントなので、二請求権対立説と差額説をめぐる争いがただ出て来うるにすぎない。BGB 812 条 1 項 1 文では不当利得返還請求権は「取得されたあるもの」の返還に——したがってある対象に——向けら

<sup>347)</sup> *Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 319.

<sup>348)</sup> 異なるのは、*Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 320: 「準契約利得」; ここと同様なのは、*MünchKommBGB-Lieb* (Fn. 273), § 812 Rn. 129, 156 f.

<sup>349)</sup> *Palandt-Pinzger* (Fn. 92), § 818 Anm. 6 C; また、*Enneccerus-Lehmann* (Fn. 232), § 224 II, S. 753 f. も参照。

れているが、これに対して同 818 条 3 項は、財産的考察を必要としている。後の 818 条 3 項（第一草案 739 条 2 項）についての理由書は、一方で、「そのようなもの〔＝不当利得〕の存否と範囲を審査するに際しては、具体的には受領者の全体としての財産状況が顧慮されなくてはならない」と述べているが<sup>350)</sup>、他方で、そのすぐ後ろでは次のことを読み取ることができる。すなわち、「返還または価額賠償を求める請求権は、受領者の債権に対する填補という方法で主張されうる。ここで、不当利得の消滅または減額を援用する無責の受領者の資格の限定にとって、どの時点が決定的であるかという問題が生じる。この問題は法律によって解決されえない」<sup>351)</sup>。そもそも一個の差額に向けられた不当利得返還請求権のみが成立するのであれば、この填補資格は無意味ではなかろうか。

#### b) RG の判例における差額説の展開

事実上、RG は既に 1903 年には普通法の下での判例<sup>352)</sup>を援用して、「取得されたもの」の返還を求める請求権を付与する BGB 812 条の文言を無視して、財産関連的な考察をその代わりに設定した。BGB 812 条によって返還されなくてはならない「あるもの」の下では、「例えば任意の個人がある者の財産から他の者の財産へ移った価値ではなくて、移ったものの全体のみが、そのために与えられた価値と受領者に向けられた負担を同時的に顧慮することによって理解されればよい」<sup>353)</sup>。相殺の意思表示または留置権の主張とは、このことは何の関係もない。「被告にとって原因なしに流入した利得の、以前の状況を再度確認する場合には、」不当利得債務者の反対請求権は、「単なる

<sup>350)</sup> Mot. II (Fn. 4), S. 837.

<sup>351)</sup> Mot. II (Fn. 4), S. 838.

<sup>352)</sup> RGZ 44, 136, 144: 「しかし他方で、義務づけはその限界を再び利得の中で見出し、その結果、原因を欠いた給付が同時に不利益を必然的に伴う場合には、この不利益が優位させられる限りにおいて、真の利得が残っている。」

<sup>353)</sup> RGZ 54, 137, 141.

非独立の一部分」をなしているにすぎない、という<sup>354)</sup>。結論においてRGは不当利得返還請求権を準清算請求権とみなしたが、これは「[不当利得債務者の]行動の結論全体を注視している」<sup>355)</sup>。相互の不当利得返還請求権が異種のものであったならば、不当利得債権者は、自己の原状回復請求権の満足との引換給付で、彼が取得した反対給付を提供する義務がある<sup>356)</sup>。この判例をRG自身が「差額説」の概念で証明した<sup>357)</sup>。

### c) 20世紀前半の学説

同時代の学説において、RGはおそらく圧倒的な賛成を得たが、有力な側からの異議をも経験した。エルトマン(*Oertmann*)<sup>358)</sup>と並んで、とりわけフォン・トゥール(*von Tuhr*)が1907年のイマニュエル・ベッカーのための祝賀論文の中で、RGの法律構成の矛盾を論難することによって、批判を明らかにした。すなわち、「買主は彼に所有権が与えられた時点ではじめて利得をするが、しかし彼が売買代金を支払うことによってその財産を縮小しているということは、法的には売買目的物に対する所有権取得の結果ではなく、彼が義務を引受けたか、引受けたと信じたという先行の事情の結果である；売買代金の支払いは、支払いにもとづいて生じるのであって、取得にもとづいて生じるのではない」<sup>359)</sup>。この解明からフォン・トゥールは、無効な売買契約の履行から「全ての契約当事者について彼によって実施された給付の返還債権が」発生するという。すなわち、「両方の請求権の間には留置ないし相殺が存

<sup>354)</sup> RGZ 54, 137, 142.

<sup>355)</sup> RGZ 60, 284, 291.

<sup>356)</sup> RGZ 137, 324, 337.

<sup>357)</sup> RGZ 129, 307, 310; *Weintraud*, *Die Saldotheorie*, 1931, S. 31 ff.によるRGの判例の詳細な叙述がある。

<sup>358)</sup> *Oertmann*, DJZ 1915, 1063 ff.

<sup>359)</sup> *von Tuhr*, FS Bekker, 1907, S. 291, 309; 同旨, *Flume*, FS Niedermeyer, 1953, S. 103, 162; *Wilburg* (Fn. 238), S. 156 f.; また, *Weintraud* (Fn. 357), S. 66 ff.の無益な救出の試みも参照。すなわち、給付と反対給付の間の経済的関連性をもって返還されるべき利益と生じた不利益の間の因果関係に代える。

在する」<sup>360)</sup>。

結局、フォン・トゥールは、前記の論考において、戦後の時代にセンセーションを巻き起こすことになるシナリオを、すなわち売買目的物が買主の下で滅失した後に、買主が売買契約を悪意による欺罔を理由に取消して、売主に BGB 812 条、同 818 条にもとづく売買代金の払戻しを要求するという事例を提起した。RG の判例によれば、売主は、(瑕疵ある)売買目的物の価額を、彼の利得の減少として、払い戻されるべき売買代金から控除することができるという。これに対してフォン・トゥール自身には、「売主は、彼が売買代金を依然手にしている限りにおいて、全売買代金を返還し、買主のところに依然存在している売買目的物のみを取り戻すということ」が正しいと思われる<sup>361)</sup>。

#### d) 戦後の学説

戦後の学説においては、差額説に対する批判が、より激しくなった。フォン・ケメラーは、既に何度も言及したラーベル祝賀論集のための論考において、[次のことを]簡潔に確認するに至っている。すなわち「いわゆる二請求権対立説が、特にフォン・トゥールとエルトマンの支持したそれが、もともと法律に合致していたということを認めることができるであろう」<sup>362)</sup>。それにもかかわらず、給付と反対給付の清算は、たとえ「差額説」を理由とするのではなく、双務関係を理由とするのであるとしても、双務契約の巻戻しにとっては正当であるという。すなわち「それゆえに契約当事者は、彼自身が受領物を利得の消滅のゆえにもはや返還できないであろう場合でも、自らの給付を孤立させて返還を求めることは許されてはいない」<sup>363)</sup>。全く同じよう

<sup>360)</sup> von Tuhr (Fn. 359), S. 291, 309.

<sup>361)</sup> von Tuhr (Fn. 359), S. 291, 309.

<sup>362)</sup> von Caemmerer (Fn. 246), S. 385; 同旨, Flume, FS Niedermeyer (Fn. 359), S. 163; Wilburg (Fn. 238), S. 156 f. も参照。

<sup>363)</sup> von Caemmerer (Fn. 246), S. 385, 386.

に**エッサー**は、差額説を「給付と反対給付の『経済的结合』」によって理由づけている<sup>364)</sup>。相互の不当利得返還請求権が、巻戻しにおける双務関係の展開というこうしたやり方で理由づけられるのであれば、なぜ判例が、BGB 951条1項,同812条1項1文2選号またはBGB 816条1項1文による侵害不当利得の枠内において異なって判断をしているのか、そして所有者の利得返還請求権に、その物に関して第三者に支払った売買代金を清算の目的で呈示することが被告には許されないのかもまた<sup>365)</sup>、全く無理なく説明される。

**ラーレンツ**はその債務法教科書においてこの立場に与した。〔次のように言う。〕すなわち、差額説は「判例によって衡平を理由にしてなされた『法律の修正』」である<sup>366)</sup>。それはたしかに「事態に適合した裁判官による法創造として承認されなくてはならぬ」いが、不当利得法という何らかの特性のゆえではなく、「双務関係の作用」として承認されなくてはならない<sup>367)</sup>。そのようなものとして、差額説は、双務契約の巻戻しに限定されなければならない、したがってそれを適用することによって「法秩序の優先する原理が侵害されるかもしれない」場合には、この正当な領域においてさえ限定に服する、という<sup>368)</sup>。

しかしながら、差額説はこの凝った形態においても異議を、もっとも明確には**フルーメ**によるそれを惹き起こしたが、それは2つの痛いところを突いていた。第一に、給付が既に交換されたか否かによって区別をすることは「単純に、根拠のあるものではない」という。すなわち、「無効な売買契約により売主が商品を提供したが、買主は未だ支払いをしてはおらず、商品が買主の下で滅失した場合には、通説によれば、売主が危険を負担することになる。

<sup>364)</sup> *Esser*, Schuldrecht (Fn. 18), S. 822.

<sup>365)</sup> *RGZ* 106, 4, 7; *BGHZ* 9, 333, 335 f.; 14, 7, 9 f.; 47, 128, 129 f.; 55, 176, 179 f.; *Palandt-Sprau* (Fn. 56), § 818 Rn. 43.

<sup>366)</sup> *Larenz*, 5. Aufl. (Fn. 70), S. 292; おそらくは差額説を意図した強調は、2 Aufl. (Fn. 59), S. 252 においても見られる。

<sup>367)</sup> *Larenz* (Fn. 59), S. 322 f.これは *von Caemmerer* (Fn. 362)に与している。

<sup>368)</sup> *Larenz* (Fn. 70), S. 292.

しかし買主が売買代金を支払っていたのであれば、差額説によれば買主が危険を負担する。いかにしてこの危険負担に関する異なった判断が正当化されるのかは、いまだ誰によっても説明がなされていない<sup>369)</sup>。さらにフルーメは差額説を論難する。もし差額説が、行為無能力者または制限的行為能力者が受領した給付を返還できない限りにおいて、これらの者に代金払戻請求権を拒むとすれば、法律によって望まれている未成年者保護に違反しているというのである<sup>370)</sup>。その代わりに、フルーメは買主ないし給付受領者に対する物のリスク (Sachgefahr) の明確な配分を、「財産上の決定」という形象により擁護する。不当利得債務者は受領した給付目的物を、自らがもたらした反対給付との交換でその財産に取り入れることにより、物のリスクを引受けたのだという<sup>371)</sup>。したがって、未だ売買代金を支払っていないが、しかし売買目的物を既に受取り、これを滅失してしまった買主は、ここで何一つ清算していないにもかかわらず、売主に最低限の反対給付 (売買代金) の価額の限度で価額賠償を負う<sup>372)</sup>。反対に、未成年者は「財産上の決定」を有効になしえないので、物のリスクの転嫁から保護されることになる<sup>373)</sup>。したがって17歳の者が彼に譲渡されたオートバイをスクラップにしてしまった場合には、ここでは清算が可能であるかもしれないにせよ、この者は売買代金をそれにもかかわらず売主から取り戻すことができる。

「財産上の決定」の理論それ自体は、貫徹されえなかった。しかし、フルーメによって無慈悲にも明らかにされた差額説の弱点は、今日、共通認識である；それは実際上変更なしにメディクスの債務法の教科書の中にみられる<sup>374)</sup>。ミュンヘナー・コンメンタールにおける不当利得法の注釈の中で、リーブはたしかに財産上の決定という基準を取り上げてはいないが、しかしおそ

<sup>369)</sup> Flume (Fn. 359), S. 162.

<sup>370)</sup> Flume (Fn. 359), S. 163.

<sup>371)</sup> Flume (Fn. 359), S. 165.

<sup>372)</sup> Flume (Fn. 359), S. 168 f.

<sup>373)</sup> Flume (Fn. 359), S. 174.

<sup>374)</sup> Medicus (Fn. 23), Rn. 695；また、Brox/Walker (Fn. 23), § 39 Rn. 14 ff.も同様。

らくはその規範的内容並びに差額説に対する批判を取り上げている<sup>375)</sup>。当然の結果として、**リープ**は二請求権対立説に回帰するだけでなく、さらにそれを双務契約の巻戻しの場合における不当利得債務者の「不当利得に左右されない価額賠償義務」によって補充している<sup>376)</sup>。

**カナリス**は、彼の債務法の教科書の中で、この価値の「再・ドグマ化」に取り組んでいる。これは、前提として、差額説の当然の核心が双務契約の巻戻しに際しての双務関係の顧慮にあるということ、しかし、それがこの関心事を先履行の場合においては達成していないということ、さらに、判例によって許容された例外が処理できないということを受け入れている。「差額説の決定的な弱点は、その際に、それが一連の例外を認めなくてはならないという点にではなく——例外はほとんどすべての法理論において不可避的である——、例外が説明されうところの基準を示していない点にある」<sup>377)</sup>。それゆえ**カナリス**の解決は、**フォン・ケメラ**が試みたように差額説を新たな解釈学的基礎の上に立てることではなく、それから完全に決別する点にある<sup>378)</sup>。その代わりに3つの因子が現れる。(1)双務契約の巻戻しに際して、売主が偶然のリスクを、しかし買主が過失による物の滅失のリスクを負担するものとする解除権の評価(BGB旧350条, 同351条)を顧慮して、目的論的な還元を行なうことによりBGB 818条3項を制限すること。(2)売買目的物が買主の過失によって買主の下で滅失した場合に、売主が売買目的物の価額を清算することのできる「反対給付不当利得」を、事前の給付をした売主のために認めること。(3)適切な事例において両方の規律——したがってBGB 818条3項

<sup>375)</sup> MünchKommBGB-*Lieb*, 1. Aufl. (Fn. 263), § 818 Rn. 98 ff.; 4. Aufl.(Fn. 273), § 818 Rn. 75 f., 114 ff.

<sup>376)</sup> MünchKommBGB-*Lieb*, 1. Aufl. (Fn. 263), § 818 Rn. 99 ff.; 4. Aufl.(Fn. 273), § 818 Rn. 123 ff.

<sup>377)</sup> *Canaris*, FS Werner Lorenz, 1991, S. 19, 58; これは、*Flume*, NJW 1970, 1161 に与している。すなわち、「それが適切でないとされる場合に、この概念を再び放棄するために、利得の概念、すなわち利得=差額を定立する奇妙な『理論』にとってこれは何なのか」。同旨、*Honsell*, MDR 1970, 717 f.

<sup>378)</sup> *von Caemmerer* に対しての識別につき、*Canaris* (Fn. 377), S. 59 f.

の限定と BGB 812 条 2 項による先履行の場合における価額賠償義務——を規範的に動機づけられた形で制限すること、特に未成年の不当利得債務者、並びに無効規範の保護目的の基準にもとづく制限をすること<sup>379)</sup>。

BGB 旧 350 条、同 351 条が〔新たな〕346 条により取って代われ、法律にもとづいて BGB 346 条 3 項 3 文による解除権を持つ者は、自己の物におけると同一の注意に反した場合にはじめて、彼のところで滅失または毀損された物について価額賠償の責任を負うこととなった後は、解除権法と不当利得法を同調させるという任務が新たに出てきた。その任務は、BGB 346 条の新規定が債務法改正前にそうであったよりも激しい論争の対象になり、法状況を予見できないものとしたことによって、より困難になっている。それゆえ論争は、立法者が BGB 旧 350 条によって惹起し、さまざまに批判された売主への物のリスクの「負荷」を、BGB 346 条 3 項 1 文 3 号という新規定によって拡張したことに関連している。けだし、今や買主が自己の物に払うべき注意を払った場合には、買主かつ解除債権者には売買目的物の軽過失による滅失でさえ危害はないからである。学説上は、この規律が多方面から誤りであると指摘されており、それゆえ BGB 346 条 3 項 1 文 3 号を解除事由の認識の獲得にしたがって目的論的に「修正」し<sup>380)</sup>、または一般的な過失責任につき BGB 346 条 4 項、同 280 条 1 項の基礎にもとづいて<sup>381)</sup>、補完すること<sup>382)</sup>が提案されている。リープがミュンヘナー・コンメンタールの中で、新たな解除権法の評価を不当利得法についても——したがって BGB 818 条 3 項の制限についても——受け入れることを躊躇しているのは<sup>383)</sup>、こうした背景の下

<sup>379)</sup> *Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 323 ff.; 詳細は, *ders.* (Fn. 377), S. 26 ff.

<sup>380)</sup> *Hager*, FS Musielak, 2004, S. 195, 202; *Schwab*, JuS 2002, 630, 635; *Thier*, FS Heldrich, 2005, S. 439, 446 f.

<sup>381)</sup> *Gaier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2 a, 4. Aufl. 2003, § 346 Rn. 61 ff.; *Palandt-Heinrichs* (Fn. 56), § 346 Rn. 15 ff.; *ders.*, FS Schmidt, S. 164 ff.; *Bamberger/Roth-Grothe*, BGB, 2003, § 346 Rn. 35 ff.; おそらくまた, *Canaris*, Schuldrechtsreform 2002, S. XLVII; *Faust*, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, § 10 Rn. 46 ff.

<sup>382)</sup> 詳細は, *Wagner*, FS Ulrich Huber, 2006, S. 618 ff.

でのみ理解されなくてはならない。いずれにせよ**リープ**とともに、解除権法と不当利得法の調和を、BGB 346 条 3 項 1 文 3 号にもかわらず、「優先に値させてよい」という評価を戦い取らなくてはならないであろう<sup>384)</sup>。目的を達成しえなかった買主が、BGB 437 条 2 項、同 346 条以下によって指示された瑕疵担保法という道を受け入れて売買契約から手を引くか、それとも錯誤(BGB 119 条)または詐欺(BGB 123 条)を援用して不当利得法による巻戻しに依拠する(BGB 142 条 1 項、同 812 条 1 項 1 文 1 選号、同 818 条)かのいずれかによる区別をする必要はない<sup>385)</sup>。

#### e) 差額説の今日の状況について

1945 年以降、BGH は、RG によって展開された差額説を受け入れてきた<sup>386)</sup>。**リープ**と**カナリス**が差額説はその使命を終えたものとしようとした限りでは、BGH はこれまでこれに従ってはいない。BGH は確立した判例において、不当利得による双務契約の巻戻しは「いわゆる差額説の諸原則にしたがって帰結されなくてはならない」ということを強調している<sup>387)</sup>。他方で BGH は、**カナリス**の論文で作り上げられた規範的な限定を多かれ少なかれ完全に承認し、または先取りしていたので、これに賛成して引用することができる<sup>388)</sup>。したがって BGH は、彼の車で——過失または無過失の——事故を起こし、今度は契約の取消し(BGB 123 条、同 142 条 1 項)により売主に不当利得法にもとづいて売買代金の払戻しを求めた悪意によって欺罔された中

<sup>383)</sup> MünchKommBGB-*Lieb* (Fn. 273), § 818 Rn. 134 f.

<sup>384)</sup> MünchKommBGB-*Lieb* (Fn. 273), § 818 Rn. 135 aE.

<sup>385)</sup> *von Caemmerer*, FS Larenz, 1973, S. 625; S. Lorenz, in: Schulze/Schulte-Noelke, S. 346 f.; Larenz/*Canaris* (Fn. 31), S. 324 f., S. 327 f.; Hager, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 429, 442 f. m.w.N. in Fn. 66; U. Huber, JuS 1972, 439, 444.

<sup>386)</sup> BGHZ 1, 75, 81.

<sup>387)</sup> 例えば, BGH NJW 2000, 3064; 2001, 1863, 1864; ZIP 2001, 747, 751 参照。

<sup>388)</sup> BGH ZIP 2001, 747, 762 参照。

古車の買主の訴えを認容したが<sup>389)</sup>、これは差額説を厳格に適用するとすれば棄却しなければならないであろうにもかかわらずにである<sup>390)</sup>。裁判所はいずれにせよ差額説を明らかに退けることで一貫できてはおらず、単に評価的な修正の必要性を強調しているにすぎない。すなわち、裁判所は、「特定の事例形態では、差額説から離れて、不当利得債権者が受領した対象が滅失した場合に不当利得債務者の危険を問う調整を衡平とみなす」ことができる、という<sup>391)</sup>。さらに今日の判例では、差額説は行為無能力者の不利益には適用されないということ<sup>392)</sup>、および差額説の適用は無効規範(BGB 138条)の保護目的に抵触するので、良俗に反して儲けた売主はもたらされた給付を返還してもらうことができるということ<sup>393)</sup>が承認されている。

RGの判例を一瞥して明らかなように、こうした柔軟性は、差額説内で決して新しいことではなく、それにはじめから備わっていたものである。RGは、売買目的物が買主のところで滅失または毀損し、今度は買主が売買代金の巻戻しを訴求したケースを、1918年に判断した<sup>394)</sup>。7,960ポンドのデンマークのゴードチーズの買主が、そう思われている腐敗を理由として商品を競売にかけ、それにより代金の4分の1弱を変換した後に、売買代金の4分の3の払戻しを訴求した。RGは、両当事者が履行をした売買契約の巻戻しのケースにおいては、清算に際して、不当利得債務者の受領した給付の帰趨だけでなく、この者にもたらされた反対給付の帰趨をも顧慮することが「自然の法感情と衡平」に合致すると考えた<sup>395)</sup>。それにもかかわらず、RGは「不当利得の諸原則によれば」売主は履行した商品の腐敗または毀損のリスクを負担し

<sup>389)</sup> BGHZ 53, 144; 57, 137.

<sup>390)</sup> BGHZ 53, 144; 57, 147 ff.; 57, 137, 148 ff. (BGB 254条の類推適用による!); これについては、*von Caemmerer* (Fn. 385), S. 621の批評; *Flessner*, NJW 1972, 1777; *Flume*, NJW 1970, 1161; *Honsell*, MDR 1970, 717; *U. Huber*, JuS 1972, 439; *Weitnauer*, NJW 1970, 636.

<sup>391)</sup> BGHZ 53, 144, 147; 57, 137, 148.

<sup>392)</sup> BGHZ 126, 105, 107 (学説上の一致の包括的な論証あり).

<sup>393)</sup> BGH ZIP 2001, 747, 752.

<sup>394)</sup> RGZ 94, 253.

<sup>395)</sup> RGZ 94, 253, 254 f.

なければならないので、売買代金の払戻しを求める訴えを全面的に認容した<sup>396)</sup>。1915年の別の裁判は、買主が売買目的物を返還することが不可能であるにもかかわらず、そのために支払った代金を取り戻すことができるかどうかという問題を、BGB 818条3項、4項、同819条の評価にもとづいて——そしてまさに差額説からの演繹によるのではなくして——判断している<sup>397)</sup>。

双務契約の巻戻しの場合の危険負担の問題に議論を限定することは、おそらくBGHの過剰反応をも誘発した。前述の、BGB 138条1項違反を理由とした無効な売買契約の巻戻しについての裁判において、裁判所は売主の権利承継人に、対応した売買代金の返還を申し出ることなしに、かつ彼の訴えの申立てに対応して引換給付判決に限定することなしに、未だ無傷で存在する売買目的物を取得者に返還請求することを認めた<sup>398)</sup>。単純かつ機械的に適用された差額説による危険負担の「潜在的な」配分が批判されているのと同様に、BGHが当事者間の不当利得の調整を、給付目的物が無傷で存在するために危険負担の問題が議論にならないところでも、個々の点にこだわって判断していることも批判に値する<sup>399)</sup>。差額説を首尾一貫して適用することと、したがって引換給付での巻戻しについての判決を下すことが、ここでは唯一の適切な解決になるのかもしれない。

## VI. 不当利得法のヨーロッパ化

まとめると20世紀のドイツ不当利得法は多くの基礎的な明瞭化の過程を経たが、それはこの制度の理解を大いに促進してきたということが書き留められる。そこで得られた結論ないし今日の「通説」の立場は、もちろん全て

---

<sup>396)</sup> RGZ 94, 253, 255.

<sup>397)</sup> RG JW 1915, 711, 712.

<sup>398)</sup> BGH ZIP 2001, 747, 751.

<sup>399)</sup> 正当にもこう述べるのは、Flume, ZIP 2001, 1621, 1622 f. これは *ders.*, (Fn. 262), S. 537 f. に与している。

の人に納得されているわけではない。しかしながら、叙述された分岐点を簡単に見過ごした1つの不当利得法を構想しうる余地は、想像するのが困難である。その点で、ドイツの不当利得法はヨーロッパにおける法の統一のプロジェクトに関して、十分な準備ができていられるように思われる。ラインハルト・ツィンマーマンの言葉の中に述べられているように、おろそかにされてきた低能児の教育は、ドイツにおいては明らかに進歩をしてきた<sup>400)</sup>。この楽観的なテーゼについての証拠として、イギリスの不当利得法がますます「ドイツの」——もつとよくは大陸の——伝統の上に展開し<sup>401)</sup>、亡くなるまでイギリスの不当利得法研究者であったピーター・バークス (*Peter Birks*) が、「部分的には比較法分析の力により」様々な不当な原因にもとづく差引きによる利得 (*enrichment by subtraction*) という範疇を、法律上の原因の欠如に際して給付不当利得の観念に有利に提出したということ引用することも可能であろう<sup>402)</sup>。それについてドイツでは Beck で出版されている *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* が、信頼でき、かつ一般的な情報提供をしている<sup>403)</sup>。Beck ではなくて、Mohr Siebeck によってではあるが、フォン・パールの比較法的な作品に対応したものが、同じく既に公刊されている<sup>404)</sup>。

<sup>400)</sup> イギリスの不当利得法に関して、かつピーター・バークスの言説を取り上げてこう述べるのは、*Zimmermann* (Fn. 66), S. 892 f. すなわち、「歴史的成り行きと法律上の擬制によって混乱させられているので、原状回復法は何か法の家族の低能児のようなものにとどまっている。」

<sup>401)</sup> *Zimmermann*, in: ders. (Hrsg.), *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts*, 2005, S. 31 ff. [翻訳として、ラインハルト・ツィンマーマン著 (油納健一＝瀧久範＝村田大樹共訳) 「ヨーロッパにおける不当利得法——序論——」民商法雑誌 140 巻 4・5 号 (2009 年) 428 頁以下がある。]

<sup>402)</sup> *Birks*, *Unjust Enrichment*, 2003, S. 40; およびこれにつき *Zimmermann* (Fn. 401), S. 40 f.; *Visser*, *ZEuP* 2005, 118 (125 f.).

<sup>403)</sup> *Visser*, *ZEuP* 2005, 118, *Zimmermann*, *ZEuP* 1999, 713; *Sonja Meier*, *ZEuP* 1998, 716.

<sup>404)</sup> *Schlechtriem*, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Bd. I, 2000; Bd. II, 2001; 同様のことが、*Zimmermann* (Hrsg.), *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts*, 2005 の巻についても妥当する。

## D. 事務管理

### I. 確固たる基礎を欠いた法制度

ラインハルト・ツィンマーマンが述べているのだが、契約法とは異なって、事務管理についての規律は、発展した法制度の不可欠の構成要素ではない<sup>405)</sup>。それゆえ、BGB 677 条以下の適用領域は、契約法や不法行為法の適用領域ほどには、明確には定義されていない。それゆえ元連邦裁判官が率直に認めたように<sup>406)</sup>、事務管理は判例に「まさに魔術的な引力」を及ぼしている。学問的な議論は、判例が事務管理の助けを借りて解決してきた事例群をめぐって転回しており、そこでは、論争は、通例、この方法が正当に歩んでいるかあるいは法制度が単に篡奪されているにすぎないのかをめぐって転回している。

### II. 解釈論的な代替草案

「こうした背景の下では、一種の道標として、この明らかにには問題のなくはない領域における方向付けを容易にする、可能な限り説得力のある 677 条以下に関する基本的考えを知るという欲求は、よく理解できるものとなる」<sup>407)</sup>。このことを、事務管理の「ミュンヘナー・コンメンタール執筆者」としてのザイラー (Seiler) は書いているが、それはただちに次のことを付け加えるために、である。すなわち「この欲求は、残念ながら満足されえない」<sup>408)</sup>。学説上は、19 世紀末以来、繰り返し力を込めて、事務管理が親密な関係にある人類扶助の行為に限定されるということのために弁明がなされてきた<sup>409)</sup>。かくして實際上、ある程度は確固たる解釈学的基礎が獲得されたが、こうした理

<sup>405)</sup> Zimmermann (Fn. 66), S. 435.

<sup>406)</sup> Hauß, FS Weitnauer, 1983, S. 333.

<sup>407)</sup> Seiler, JuS 1987, 368.

<sup>408)</sup> Seiler, JuS 1987, 368.

<sup>409)</sup> こう述べるのは、特に、J. Kohler, JherJb. 25 (1887), 1, 42 ff.; Rabel, RheinZ 1919/1920, 89, 94 ff.

解は、それにもかかわらず貫徹していない。多様性のもう一方の端には**ヴォルシュレーガー**（*Wollschläger*）の帰納的な命題があるが、それは19世紀以来公刊されてきた事務管理の判例の包括的な分析を基礎に、考え得るさらなる適用領域を開拓しようとしている<sup>410</sup>。[次のように言う。]BGB 677条以下についての実務を背景として、BGB 683条の費用償還請求権と、事務管理の意思という基準によって克服されるのではなく、客観的他人の事務の解釈を要求しているところの、「自己かつ他人の」事務が存在する。この事務管理の要件は、「代理的な行為の財産の増減の結果を、最終的にそれについて資格のある者に移す」という機能の上に成り立たなくてはならない。なぜならば「それにより近い者」が、それと結びついた経済的な負担を引き受けなくてはならないからである、と<sup>411</sup>。

**ヴォルシュレーガー**の断定的な大がかりなアプローチに、**ヴィットマン**（*Wittmann*）はミュンヘン大学叢書の中に公刊された教授資格論文で反応した<sup>412</sup>。**ヴィットマン**は、19世紀および20世紀の判例ではなく、古典期ローマ法を出発点に選んだ<sup>413</sup>。彼は客観的他人の事務という概念を論難し、事務管理の意思という完全に主観的な基準に照準を合わせ<sup>414</sup>、したがって他人の身体および生命のための救助行為に事務管理を動員することには反対する<sup>415</sup>。いずれにせよ彼は人類扶助理論を信奉することから後退し<sup>416</sup>、したがって事務処理意思という概念を事務管理者の行態の「社会的意味」を手がかりに確かめ、——かくしてやはり再び客観化することのために弁明をした<sup>417</sup>。

<sup>410</sup> *Wollschläger*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, 1976.

<sup>411</sup> *Wollschläger* (Fn. 410), S. 57, 66.

<sup>412</sup> *Wittmann*, Begriff und Funktion der Geschäftsführung ohne Auftrag, 1981.

<sup>413</sup> *Wittmann* (Fn. 412), S. 4 ff.

<sup>414</sup> *Wittmann* (Fn. 412), S. 18 ff., 53 ff.; *Gursky*, AcP 185 (1985), 13, 14 ff. による詳細な理由づけあり。

<sup>415</sup> *Wittmann* (Fn. 412), S. 65 ff.

<sup>416</sup> *Wittmann* (Fn. 412), S. 16 f.

<sup>417</sup> *Wittmann* (Fn. 412), S. 30.

### III. 事務管理法における評価法学

判例は、学説の幅広い攻撃に関して、完全に影響を受けてはいない。最近ではじめて、例えば相続人探索人の準契約的調整請求権が否定され<sup>418)</sup>、またはある官庁につき義務構造および警察法の費用の規律を超えて妨害者に利用することが拒絶される場合に<sup>419)</sup>、BGB 677 条以下を限定的に用いることへのある程度の傾向が記録されている。ヴィットマンの制限的なアプローチは、学説上たしかに多くの共感を得たが、直接的な追従はわずかにしか呼び起きなかった。すなわち、ラーレンツは事務管理の限定の要求に、独自の、プラグマティックな提案によって応じようと試み<sup>420)</sup>、これに対してザイラーがミュンヘナー・コンメンタールの中で、批判それ自体の説得力と代替提案の説得力の間に存在する重大な食い違いを指摘する場合に、痛いところを突いている<sup>421)</sup>。それゆえザイラーは、当然不当利得法への方向付けのために、すなわち中心的な債務法上の価値へと方向づけられた評価法学によって概念的に方向づけられた解釈論を置き換えるための弁明をする<sup>422)</sup>。それによってまず第一に記録されなくてはならない法的安定性の喪失は、概念から演繹された解釈論よりも実際問題にきわめてより近く、かつそれにもかかわらず私法の、しかしまた公法の「最上級の原理」に対する関係を保持することのできる、事例群に関する規律の構築によって阻止されている。

## VI. 「自己かつ他人の (auch-fremde)」事務

### 1. 自ら義務を負った管理者

事務管理の適用領域をめぐる議論の主戦場は、ずっと前から「自己かつ他人の」事務である。好例が、フルダ大聖堂火災事件である<sup>423)</sup>。すなわち、1905

<sup>418)</sup> 注 434) を見よ。

<sup>419)</sup> 注 444) を見よ。

<sup>420)</sup> *Larenz, Schuldrecht, Besonderer Teil, Bd. II/1, 13. Aufl. 1986, S. 442 f.*

<sup>421)</sup> *MünchKommBGB-Seiler Bd. 4, 4. Aufl. 2005, § 677 Rn. 13 ff.*

<sup>422)</sup> *MünchKommBGB-Seiler (Fn. 421), § 677 Rn. 24.*

<sup>423)</sup> *RGZ 82, 206; RG, JW 1915, 325.*

年のボンファティウスの記念祭に際してフルダで花火が打ち上げられたが、それが大聖堂の塔に点火し、それによって北塔が深刻な巻き添えを食った。プロイセン州はこれに義務付けられた登録修築負担にもとづいて大聖堂を修理し、さらに祝祭委員会の責任のあるメンバーに費用の償還を求めた。— **RG** は訴えを事務管理にもとづいて認容した。たしかに原告である国庫には第一次的に公法上の登録修築負担にもとづく独自の義務の履行が課されているが、「出費を理由にして後者の、最終的な義務を負った加害者に再び償還を求める」という意図においても出費を行っている、というのである<sup>424)</sup>。**エルンスト・ラーベル**は、この判例によって、事務管理という制度を歪曲し、かつ部分的にぶち壊しにしたとして、**RG** を論難した<sup>425)</sup>。**ラーレンツ**もまた、国庫の独自の義務を考慮すれば、加害者のためにする他人の事務処理というものが欠けているとの理由づけで、**RG** の裁判を拒んだ。これらの批判は、いずれにせよ **RG** によって達成された結論に向けられているのではなく、そのような結論を **ラーレンツ** は、BGB 242 条にもとづいて、国庫に、加害者に対する損害賠償請求権の譲渡を求める教会に対する請求権を認めることによって達成しようと試みたのである<sup>426)</sup>。

「自己かつ他人の」事務という範疇は、とりわけ客観的他人の事務と主観的他人の事務の区別にもとづくその完全なダイナミクス、並びにそれと結びついた、客観的他人の事務の場合の他人の事務をする意思の推定を展開している。第一委員会が、BGB の理由書の中にはっきりと、普通法において流布していた客観的他人の事務と主観的他人の事務との間の区別に反対の意見を述べていたにもかかわらず<sup>427)</sup>、それは判例において蘇生させられ、今日、教科書および注釈書を支配している<sup>428)</sup>。客観的他人の事務の場合の他人の事務を

<sup>424)</sup> RGZ 82, 206, 214; RG, JW 1915, 325, 326.

<sup>425)</sup> Rabel, RheinZ 1919/1920, 89, 96.

<sup>426)</sup> Larenz, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 567.

<sup>427)</sup> Mot. II (Fn. 4), S. 855.

<sup>428)</sup> Medicus (Fn. 23), Rn. 614 f.; Brox/Walker (Fn. 23), § 35 Rn. 10 ff.; Palandt-Sprau (Fn. 56), § 677 Rn. 4 ff. のみ参照；法律資料を理由にこれに反対するのは、

する意思の推定を、「自己かつ他人の」事務という範疇と組み合わせることによって、「客観的な自己かつ他人の」事務と性質決定された事務の場合には、他人の事務をする意思が同じく推定されることになる。したがって事実上、事務管理の適用領域は、その時々々の任務に関して、ある別な者「もまた」資格を有するようになるという確認によって開かれる。学説上は、これに対応して、「自己かつ他人の」事務を退け、義務に拘束された管理者を BGB 677 条以下から除外することが提案されている<sup>429)</sup>。これによって難問が強引に解決されるか、あるいはそうではなくて湯水とともに赤子を流すことになるかもしれないかは、未解決の問題である。したがって**ザイラー**は、ミュンヘナー・コンメンタールにおいてラディカルな解決ではなく、事例群に特殊な、その他の法秩序の評価を妥当させるという中間的な射程の規律を展開することによって、この事例における事務管理の制限のために弁明をしている<sup>430)</sup>。このことが何を意味しているかについては、以下で特に厄介な事例群、すなわち契約が頓挫した場合における事務管理の適用の設例で説明されるであろう。

**BGH** は確立した判例において、無効な雇用契約、請負契約または事務処理契約にもとづいてもたらされた役務提供を、「自己かつ他人の」事務の実施だと性質決定した<sup>431)</sup>。この判例の実際的な帰結は、後始末の規律としての BGB 812 条以下が、事務管理によって取って代わられるという点にある。学説上時折前面に出てきた、給付をなした者は他人の事務ではなく、自分自身の事務を行っているという理解は、二次的な重みしかもたない<sup>432)</sup>。**ザイラー**がミュンヘナー・コンメンタールにおいて強調したように、それにもかかわらず判例が無効な契約の巻戻しを事務管理の適用領域に位置づけるならば、

---

例えば、*Schmidt*, JuS 2004, 862; **ヴィットマン**の理解については、既に前注 414)。

<sup>429)</sup> *Schubert*, NJW 1978, 687; *ders.*, AcP 178 (1978), 425, 435 f.

<sup>430)</sup> *MünchKommBGB-Seiler* (Fn. 421), § 677 Rn. 20, 24.

<sup>431)</sup> *BGHZ* 37, 258, 262 f.; 101, 393, 398; 111, 308, 311; *BGH* NJW 1997, 47, 48.

<sup>432)</sup> *S. Lorenz*, NJW 1996, 883, 885 参照。すなわち、「しかし、この学説上繰り返し用いられた異議に対して、**BGH** は、確立した判例の中でずっと前から聞く耳を持つことはない」。

不当利得法の評価、とりわけ BGB 814 条, 同 817 条 2 文の利得の遮断、並びに BGB 818 条 3 項の利得喪失の抗弁を潜脱しているという観点が決定的である<sup>433)</sup>。BGH 第 3 民事部が、1991 年の判決で、事務管理にもとづいた、利益を得た相続人に対する営業上の「相続人探索人」<sup>(訳注<sup>7)</sup>)</sup>の報酬請求権を、以下の理由で棄却したときに、この熟慮に近づいた。すなわち「しかし、契約締結の前段階にとどまり、その限りにおいて締結には至らない独自の出費は、私法の規律によれば報酬を支払われることはない；各当事者は契約交渉が破棄されるリスクを自ら負担している。この契約法秩序の構造を建設し、最終的に私的自治へ還元されなくてはならないところのリスク分配が、事務管理にもとづく費用償還請求権を許容することによって潜脱されてはなるまい」<sup>434)</sup>。民事第 3 部は、この見解を明示的には無効な契約の巻戻しに適用しなかったという点についてのみ批判されなくてはならない<sup>435)</sup>。実際のところ、そこでは同じことが存在し、決定的なリスク分配は契約法ではなく、不当利得法にのみ由来するにすぎない。

## 2. 行政主体による事務管理

BGB 677 条以下が「自己かつ他人の」事務を承認することによって、どれだけの広範囲に影響を及ぼすかを、特に公法の領域における事務管理の展開

<sup>433)</sup> MünchKommBGB-Seiler (Fn. 421), § 677 Rn. 48, これは *Wollschläger* (Fn. 410), S. 207 ff. に与している；*Canaris*, NJW 1985, 2404, 2405; *Gursky*, AcP 185 (1985), 13, 31 f.

<sup>(訳注<sup>7)</sup>)</sup> 相続人探索人については、例えば、*Schmoeckel*, *Erbrecht*, 2. Aufl., 2010, § 14 5. S. 70. それによると、「[第 5 順位以遠の法定相続人について定める] BGB 1929 条は、血族の分類は第 5 親系順位の確定によって終了するのではなく、むしろ無限にさらなる親系の組を構成しており、常にさらに離れた相続人が探究されうる。……このことは、まず第一に、離れた相続人をそもそも探し出すという実際的な問題をもたらすことになる。そのように離れた血族関係は、ずっと以前からもはや関係人には知られていない。困難な家族の探索と住所の探偵的な調査が必要になる。このために相続人探索人という職業部門が発達した」という。

<sup>434)</sup> *BGH* NJW 2000, 72, 73；これにつき、*Falk*, *JuS* 2003, 833, 838.

<sup>435)</sup> *BGH* NJW 2000, 422, 424.

が示している。ここでは BGB 683 条を基礎に、危険な状況を惹起した私人に対する官庁の求償権が、特別の法律による費用償還規定のないところでも根拠づけられている。したがって判例は、行政主体が危険防止の目的で活動している領域、例えば官庁が火花によって惹起された大火事を消し止め<sup>436)</sup>、道路を清掃し<sup>437)</sup>、転覆したタンクコンテナ積載列車を再び起こし、あふれ出た鉱油を集めて海洋汚染を阻止し、ないし<sup>438)</sup> 堰き止め、または連邦の水路の中に斜面を越えて侵入したハッチの位置を確かめて回収した<sup>439)</sup> 領域において、BGB 677 条以下を基礎にして費用償還を認めた。例外的に危険防止のケースにおいては、事務管理を承認することが私人の有利にも働いているが、すなわち任務が官庁によって極めて不適切に実施された限りにおいてである。この事例では行政主体が BGB 677 条、同 680 条により市民に損害を賠償しなくてはならない<sup>440)</sup>。

学説上、公法上の事務管理についての判例は、批判に直面している。マウラー (Maurer) は、Beck から出ている『行政法総論』において BGH に異議を唱えており、BGH が行政の行為を同時に他人のための私法上の事務管理と性格決定することによって、事務管理に「きわめて疑わしい領域」を開いたという<sup>441)</sup>。オッセンビュール (Ossenbühl) は、同じく Beck 出版から出ている『国家責任法』についての教科書で、事柄の性質上、事務管理は公安法の特別の授權基礎と費用償還規範を潜脱していると付け加える<sup>442)</sup>。ついでに言うところ、公法的な行為義務に服する行政主体にとっては事務の他人性が欠けているし、それだけでなく、行政主体は(私的な)取引主体に従属することを

---

<sup>436)</sup> BGHZ 40, 28, 30 ff.

<sup>437)</sup> BGHZ 65, 354, 356 ff.

<sup>438)</sup> BGHZ 63, 167, 168 f.

<sup>439)</sup> BGHZ 65, 384, 389 f.

<sup>440)</sup> BGHZ 63, 167, 171 ff.

<sup>441)</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2004, § 28 Rn. 12.

<sup>442)</sup> Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 343; 同旨, MünchKommBGB-Seiler (Fn. 421), § 677 Rn. 31; 詳細は, Maurer, JuS 1970, 561, 563 ff.

欲しないから、他人のために事務をする意思も欠けている、という<sup>443)</sup>。

最近ではこの問題はきわめて影響力を失っている。一つには、立法者はその間に大部分の行政法規の中に特別の費用償還規定を置いたが、それらが BGB 677 条以下に立返ることを不必要にした。この常に密に発生している公法上の手数料構成要件と費用償還規範に、BGH はかなり最近の裁判において、事務管理についてのその判例を撤回することによって応えた<sup>444)</sup>。基礎となる事案では、家畜商人から一頭の牛が逃げ出し、それがアウトバーンを混乱させた。既に交通事故が起きてしまった後で、家畜を追っていた警官が、その生き物を彼のピストルからの数度の発砲によって射殺する以外にはなす術がないと確信した。その際に彼は音響衝撃を両耳に被り、しばらくの間仕事ができないような病状であった。彼の雇い主は、家畜商人に BGB 683 条にもとづいて疾病費用の償還を請求した。かくして彼は、バイエルン州警察法の状態妨害者 (Zustandsstörer) の費用負担義務についての諸規定を決定的と考えた BGH で敗訴した<sup>445)</sup>。この見方が一般に通用するかどうかは、依然として、後になってみないとわからない。

## V. 緊急状況における救助と道路交通における自己犠牲

BGH は、強姦の被害者を助け、その際に自らが深刻な負傷を被った緊急救助者に対して、被害者の医療保険に対する事務管理にもとづく請求権を認めさせた<sup>446)</sup>。この判例は、緊急救助者が法定事故保険の保護領域へ含まれた後は用済みである；現在では社会法典（以下「SGB」とする。）第 7 編 2 条 13 号 c）参照。この社会保険法の規定の目的は、もちろん事務管理の目的と同一であり、すなわち緊急状況における利他主義的な行為に対するインセンティブを解放することである。今日では、救助者がそこで大声で助けを呼んでい

---

<sup>443)</sup> Scherer, NJW 1989, 2724, 2728.

<sup>444)</sup> BGH NJW 2004, 513.

<sup>445)</sup> BGH NJW 2004, 513, 514 f.

<sup>446)</sup> BGHZ 33, 251, 254 ff.

る人を水死から救うために河川に飛び込んだが、そこで自身が死んでしまったという RG によって判断された事件もまた、事故保険主体に属している<sup>447)</sup>。ここでは今日 SGB 第 7 編 2 条 13 号 a) による社会保険保護が存在する。

道路交通における自己犠牲は、依然として社会的な事故保険の保護範囲外にある。この場合には、例えば運転手が他の交通参加者の命にかかわるかもしれないし、そうでないとしてもいずれにせよ深刻な人身損害を被ったかもしれない衝突を回避するために溝にハンドルを切った。回避によって防止された事故が負傷した運転手にとって StVG 旧 7 条 2 項の意味における回避不可能な出来事になるかもしれない限りにおいて、BGH の判例によれば、彼は自ら被った損害を理由に、事務管理にもとづいて「恩恵を受けた」交通参加者に賠償を求めることができるという<sup>448)</sup>。他方で、学説は事務管理を機能不全の任務に引き込んだと BGH を論難した。ヴィットマンは、事務管理は対応する他人のために事務をする意思のある救助者の場合には原則として可能であると考えたが、しかしそれはこのケースでは自動車の運転手が BGB 823 条によってただちに回避を義務づけられており、救助者にとっての「賠償責任」の根拠が明らかではないとの考慮で適切ではない、と考えた<sup>449)</sup>。実際のところ、通例は 2 人の「無過失の」当事者が問題となっており、その結果、一方または他の方向への強い危険の帰責の根拠は存在しない。利他的行為に対するインセンティブの堅持という関心事もまた、社会的な事故保険の外で、BGB 677 条以下に関する救助者の「保険」にプラスの材料を提供している<sup>450)</sup>。

いずれにせよ、前述した判例が、2002 年 8 月 1 日に施行された第二次損害

---

<sup>447)</sup> RGZ 167, 85, 87.

<sup>448)</sup> BGHZ 38, 270, 273 ff.

<sup>449)</sup> Wittmann (Fn. 412), S. 78 ff.

<sup>450)</sup> 結論において同旨, MünchKommBGB-Seiler (Fn. 421), § 683 Rn. 23 ; 677 条以下のインセンティブ (Anreizwirkung) について詳細は, Kötz, FS Großfeld, 1999, S. 583, 584 ff.

賠償法改正法後も効力をもつかどうかは疑わしい<sup>(訳註8)</sup>。それ以来、StVG 7条 2項においては、回避不可能な出来事という免責事由が不可抗力という免責事由によって取って代わられた。しかし、オートバイの運転手がまっすぐに近づいてくる車両の前を離れ、その結果、その運転手が衝突を回避するために溝にハンドルを切った場合には、不可抗力は問題とはならない<sup>451)</sup>。Beckの『新交通法雑誌』のおかげで、この事務管理についての帰結の変更が詳細に検討されている<sup>452)</sup>。回避した乗用車の運転手の賠償請求権を否定した場合に、それが被害者保護に資するかどうかは、もちろん別な問題である<sup>453)</sup>。

## VI. 損害賠償への BGB 683 条, 同 670 条の拡張

これまでの叙述は、今や、そしてもっぱら検討されるべきもの、すなわち BGB 683 条を損害賠償請求権へと拡張することを思い起こさせた。BGB 683 条 1 文によれば、事務処理の資格のある事務管理者は、由緒ある事務管理反対訴権 (*actio negotiorum gestorum contraria*) を提起する、したがって本人にその費用の償還を請求することができる (BGB 670 条)。伝統的に他人の利益のための自由意思による財産上の損失は費用と理解され、これに対して、それが自由意思によらずに生じたということは損害と認識されている<sup>454)</sup>。したがって、その文言によれば、BGB 683 条 1 文は本人に対する事務管理者の損害賠償請求権をカバーしていない。

ある通行人が溺れている人の命を救おうとして、彼自身の生命を失った事件において、RG は、この法状況では「傍観しえない」という見解であった<sup>455)</sup>。

<sup>(訳註8)</sup> 本改正の概要については、潮見佳男「ドイツにおける損害賠償法規定の改正と交通事故賠償法の課題」民商法雑誌 125 巻 2 号 (2001 年) 147 頁以下参照。

<sup>451)</sup> そのようなケースは、BGHZ 38, 270.

<sup>452)</sup> Friedrich, NZV 2004, 227, 229.

<sup>453)</sup> MünchKommBGB-Seiler (Fn. 421), § 683 Rn. 23; Friedrich, NZV 2004, 227, 229 参照。

<sup>454)</sup> MünchKommBGB-Seiler (Fn. 421), § 683 Rn. 18.

<sup>455)</sup> RGZ 167, 85, 89.

自らが犠牲となった者は、BGB 683 条 1 文、同 670 条にもとづいて損害賠償を請求することができ、その結果、死亡した場合には、遺族らに BGB 844 条、同 845 条の請求権が認められなければならない、という<sup>456)</sup>。BGH はこの判例を受け入れ、今日までそれを堅持している<sup>457)</sup>。学説は結論において判例にしたがってはいるが<sup>458)</sup>、損害へと BGB 683 条 1 文、同 670 条を拡張することは、きわめて望ましくないと感じられているので、請求権基礎を詳細に示す努力をしてきた。ヴォルシュレーガーの代替提案は、BGB 683 条 1 文、同 670 条を拡張ないし類推適用することに代えて、「不幸な結果の公平にもとづく分担」を求める犠牲調整請求権を設定し、これを社会保険の保護を補充するものとして緊急救助者の利益になるように理解しようとするものであるが<sup>459)</sup>、追従を見なかった。よりうまく詳述したのはカナリスであり、彼は事務管理者の損害賠償請求権を「他人の利益のための活動の場合の危険責任」という帰責根拠で根拠づけようとした<sup>460)</sup>。

判例は、この「費用賠償」という異種を、その他の場合には損害賠償請求権についてしか適用できないはずの BGB 254 条、同 844 条以下という規定に服せしめているにもかかわらず、今日まで BGB 670 条によるアプローチから離れるきっかけを見てはいない。それについての実際の根拠は、BGB 670 条という請求権基礎へ固執することと、それを費用賠償と性質決定することとが、BGH に、請求権がしばしば損害賠償請求権とみなされる場合には拒絶するのが困難であるところの SGB 第 10 編 116 条による社会保険主体への請求権の譲渡を排除することを容易にするということにありえようか<sup>461)</sup>。

---

<sup>456)</sup> RGZ 167, 85, 89.

<sup>457)</sup> BGHZ 33, 251, 257; 38, 270, 271; BGH NJW 1993, 2234, 2235.

<sup>458)</sup> MünchKommBGB-Seiler (Fn. 421), § 683 Rn. 18 ff.; Larenz (Fn. 420), S. 449 f.; Medicus (Fn. 23), Rn. 425, 626; Brox/Walker (Fn. 23), § 35 Rn. 45.

<sup>459)</sup> Wollschläger (Fn. 410), S. 295 ff., 299; 拒絶するのは、例えば、Larenz (Fn. 420), S. 449 Fn. 51.

<sup>460)</sup> Canaris, RdA 1966, 41, 43; Larenz (Fn. 420), S. 449 f.

<sup>461)</sup> BGHZ 92, 270, 271 f.; 他方でなお、RGZ 167, 85, 90; BGHZ 33, 251, 258.

## VII. ヨーロッパ化

事務管理は、ずっと以前から全てのヨーロッパの法秩序にとってよく知られていたというわけではないが<sup>462)</sup>、それは法の統一をめぐる努力によって、既に完全に理解されている。ヨーロッパ私法についてのスタディ・グループは、その「ヨーロッパ法原則」から、ヨーロッパ事務管理法の諸原則を取扱う第1巻を公刊した<sup>463)</sup>。この一步は、将来のヨーロッパ債務法の制度としての事務管理の必要性が、体系の他の部分——契約法、不法行為法、不当利得法——が確定されてはじめて位置づけられうるのだとすれば、ちょっとした驚きに値する。事務管理は第一次的には求償手段であり、その他の点では欠缺の補充である。どの求償問題が未解決で、どの欠缺が補充されなくてはならないかを知らなければ、この法制度を作り上げるということについて確言することはできない。こうした理由から、BGB 677条以下が、以前より広い視野で維持されるということが、期待されなくてはならない。

〔完〕

### 本誌前輯正誤表

- 31頁下から5行目および32頁上から4-5行目：(誤) 社会生活上の治安義務<sup>×</sup>  
(正) 社会生活上の保安義務<sup>○</sup>
- 33頁下から7行目：(誤) 直接損害と間接損害<sup>×</sup> (正) 直接侵害と間接侵害<sup>○</sup>
- 33頁下から6行目：(誤) 公共財<sup>×</sup> (正) 共通認識<sup>○</sup>
- 38頁1行目および49頁2行目：(誤) 刑法(以下「StGB」とする。)<sup>×</sup>  
(正) StGB<sup>○</sup>
- 49頁下から4行目：(誤) まさに基づいている<sup>○</sup> (正) まさに基づいている<sup>○</sup>  
からである<sup>○</sup>
- 51頁4行目：(誤) 欠けている<sup>95)</sup>。(正) 欠けている<sup>○</sup>。<sup>95)</sup>
- 58頁下から2行目：(誤) 経済損失<sup>×</sup> (正) 財産損害<sup>○</sup>

<sup>462)</sup> 前記IV 1.

<sup>463)</sup> von Bar, *Benevolent Intervention in Another's Affairs*, 2006.