
紹介

債務法における調整請求権 (Ausgleichungsanspruch) の構成について

—ヴィルブルクの所説を中心として—

土 田 哲 也

1. 序

この小稿は、*Walter Wilburg* が “Zusammenspiel der Kräfte in Aufbau des Schuldrechts” (AcP 163. Band, 4. Heft, April 1964) という論文で提唱したことをわが民法解釈論への導入の意図の下に紹介するものである。

ヴィルブルクはかつて、不当利得における不当性の根拠についていわゆる類型論を唱えたが (*Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, 1934*) この論文でもその構成方法を踏襲している。すなわち、彼は不当利得のうち、「その他の方法による利得」の返還請求権の根拠を所有権の展開作用としての指定力に、「給付による利得」の返還請求権の根拠を給付者の保護に求めたが、この立論の仕方を以て債務法上の諸請求権を再構成しようとするのである。彼は財貨保護の基礎として、この権利 (所有権に限らない) の展開作用と給付の保護という概念を大前提としてとらえる。次に小前提として、後述の四つの要因を、それらが備わった当事者は対価の支払を義務づけられ或は不利益を甘受させられるという意味での「危険」を課する媒介物としてとらえる。この二つの前提に従って、有効な契約によらない財貨の移動に伴う当事者間の衡平を図るための調整を試みようとするのである。その論議の対象として、不当利得返還請求権、事務管理者の費用賠償請求権、事後的契約関係を取上げるのであるが、従来の「損害」とか「利得(益)」を介して請求権を構成した方法を排して、しかも契約法に類した解釈を導き出す理論を構成しようとしている。つまり契約法では律しきれないような、他人の権利を侵害したり、原因なき給付を受領したりする場合 (これらが調整を要する対象となる) のすべてについて、その処理を、損害賠償と不当利得返還の方法を以てするのみでなく、むしろ損害や利得と無関係な第三の方法、すなわち調整義務としての対価支払義務を課する方法を以てすることを提唱し、その理論づけを危険転嫁的要因の作用 (これが標題にいう諸要因=諸力の共同作用である) を媒介として試みよう

とするものである。以下ヴィルブルクの論述に即して、先ず不当利得返還請求権の構成の仕方を概括的に考察し、次に調整を要する関係についての構想を要約した後に、事務管理と事実的契約関係に触れることにする。

2. 不当利得返還請求権の構成

(1) 不当利得返還請求権の基礎 (利得の不当性の根拠)

古くは不当利得制度は、「何人も他人の損失において法律上の原因なく利益を受ける権利がない」という命題によって説明された。つまり損失の要素が必要だとされたが、最近はこの制約を除き、例えばレーマンは、「不当利得返還請求権は、損失者の財産の減少の填補ではなく、利得者の財産の増加を返還させるべきものである」とし、今はそのように解されている⁽¹⁾。そして利得返還義務を表わす上の表現は、交換的正義の一般命題にすぎず、法適用のためには、利得の不当性の根拠を具体的典型的に考察すべきだとするいわゆる類型論が現在では有力に主張されている⁽²⁾。そこで先ず、利得の返還を具体的に理由づけ、且つ不当利得に「形式」と「限界」を与えるために、利得の不当性の根拠を解明しなければならない。

ヴィルブルクは、不当利得を取得の態様に応じて、給付による利得 (Bereicherung durch eine Leistung) と、その他の方法による利得 (Bereicherung in sonstiger Weise) とに分ける⁽³⁾。但し学説上同系列にあるケメラーは、類型はこの二つに止まらないとする⁽⁴⁾。

イ) その他の方法による利得——ヴィルブルクは、この類型に属する利得の返還請求権は、所有権の展開作用⁽⁵⁾の一つである所有権の指定力 (Zuweisungskraft) によって理由づ

(1) *Wilburg, AcP, S. 348; Vgl. Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958, S. 877.*

(2) 磯村「カエメラー—不当利得」(法学論叢63巻3号)125頁—126頁、川村「返還さるべ利得の範囲(1)」(判例評論55号)2頁—3頁参照。類型論発展の経緯並びにヴィルブルクの学説上の位置づけと理論の要約(1934年発表のもの)については、判例評論64号4頁以下参照。

(3) *Wilburg, AcP, S. 348f.; Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, S. 27ff.*

(4) 磯村、前掲論文126頁、128頁。

(5) 所有権の展開作用というのは、所有権が毀損された場合には損害賠償請求権を、或はそれから生ずる利益が帰属すべからざる者に帰属している場合には指定力によって不当

けられるとする。すなわち、所有者に当然帰属すべき「物の利益」が他人に帰属しているという事実が不当であり、それを所有者に帰属せしめる力によって請求権が理由づけられるという⁽⁶⁾。尤も所有権に限らず、報償 (Vergütung) を保護目的とするすべての権利又は法益を対象とするので、不当性の根拠も「権利 (所有権以外のものも含めて) の展開作用 (Rechtsfortwirkung)」という用語によって説明している。例えば労働力もそのような法益だとするので、占有者が労働力を消費した場合、その補償は権利の展開作用という概念によって処理されるという。ヴィルブルク自身の言によれば、この理由づけは、フォン・ケメラ⁽⁷⁾ーとラーレンツ⁽⁸⁾の支持を得て広く承認されたようである。なおエッサーは、所有権の展開作用という概念には疑念を残しつつも、所有権に相応の利益は、所有者にのみあてがわれるべきであるのに、その所有権を他人が利用するという矛盾が決定的要因をなすと解する⁽⁹⁾。

ロ) 給付による利得——ヴィルブルクは、この類型の利得は、法律上の原因を欠いて給付が受領されるが故に不当であり、その返還請求権は、原因なき誤った取引 (unbegründetes verfehltes Handeln) に対し給付者を保護する (Schutz des Leistenden) ということによって理由づけられるとする⁽¹⁰⁾。

(2) 不当利得返還請求権の内容

—ヴィルブルクは、不当利得返還請求権の対象は、給付利得については、給付されたもの

利得返還請求権を、或は後述の利得の要件を欠いても成立する調整請求権を、或は契約関係における等価の報償 (äquivalente Vergütung、対価の意のようである) を、そして一般に交換的正義を形成し理由づけるといふ工合に、債務法のために種々さまざまな作用を示すことをいう。Vgl. Wilburg, AcP, S. 347.

(6) 川村「返還さるべき利得の範囲(3)」(判例評論64号) 5頁参照。

(7) von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel, I(1954), S. 352ff. これを紹介した磯村、前掲論文127頁によれば、ケメラ⁽⁷⁾ーは、財貨帰属の機能からみて「利得」が絶対権に内在する財貨帰属に矛盾するが故に不当だと表現するという。

(8) Larenz, Schuldrecht II, 5. Aufl. 1962, S. 327

(9) Wilburg, AcP, S. 349; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, S. 772.

(10) 川村「返還さるべき利得の範囲(3)」(判例評論64号) 5頁参照。なおケメラ⁽⁷⁾ーは、財貨運動法に反するが故に不当だと表現する(磯村、前掲書126頁、127頁)が、意味は同じである。

またはその代価であり、その他の方法による利得についても、絶対権の割当範囲に属する一切の利益とする。しかし他方で、受益の成果は、利得者側の手段、労働、企業活動に還元されうるものも含まれるので、利得者もまた受益の成果の上に権利をもっていると考える。つまり請求権の対象を「利得者の手に入れたすべての受益」としてとらえた上で、利益に対する利得者の寄与という考慮を入れる。従来通説は、同じ構成をした上で、全受益に損失という要素を対置させて、損失者の損失を超過する部分を利得者自身に帰属させた。これに対しヴィルブルクは、利得者と損失者の寄与した価値に応じた成果の配分を企図し、性質上それができないときは、相当の対価によって清算しようとした。それに対応して利得の消滅の次元では、受益に関連して生ずる不利益を、当該の不利益ないし損害に機縁を与えた者が給付者であったか受領者であったかという観点に従って分配するという機縁責任主義という統一的基準を立てる。⁽¹¹⁾

このように二つの類型の分化とは無関係に統一的な基準を立てるために、類型化の意義が稀薄となり、たかだか両類型の基盤の相違の指摘につきるといふ批判が出されることになる。そこで論点を更に浮彫にするために、この批判のよりどころともなり、同一基盤に立ちながら異なった理論構成をするケメラールの考えにふれておく。

ケメラールも不当性の根拠については、ヴィルブルクと同じに考える。請求権の内容は、それぞれの類型に於て不当とされる法的評価に即して規定する。その際の前提として、一方で機能からみて、財貨運動法を補充し財貨流通過程に生じた攪乱を匡正する機能を担うものとして財貨運動法に属する、債権契約法上の諸種の給付返還請求権及び給付利得返還請求権と、所有権（その他の絶対権）の絶対性を物権的に或は価値的に貫徹する機能を担うものとして財貨保護法に属する、所有権（その他絶対権）に基づく物権的請求権、不法行為に基づく損害賠償請求権、他人の財貨からの利得（その他の方法による利得に相当する）返還請求権とを区別する。他方で機能の分担に応じて、給付利得返還請求権と債権契約法上の諸種の給付返還請求権とを区別し（一方は契約外のものであり他方は契約上のも

(11) 川村「返還さるべき利得の範囲4」（判例評論65号）1頁—4頁。「返還さるべき利得の範囲(3)」（判例評論64号）6頁。

のである), また他人の財貨からの利得返還請求権と物権の請求権及び損害賠償請求権とを区別する(他人の財貨からの利得返還請求権は物権の請求権が効を奏しないときの補充である)。つまり二つのタイプの利得返還請求権は、あくまでも連続することのない異質のものとしてこれを相互に峻別する⁽¹²⁾。

以上の相違を認識してヴィルブルクの論述を以下にまとめる。彼には、一言にしていえば寄与した価値に従って成果を配分するという考えが一貫している。ここに紹介する論文の骨子もこの点にあるようである。

ヴィルブルクは、不当利得返還請求権は、(i)寄与した価値 (Beitragswerte) ——一方では利用された所有者の物, 他方では利得者の資力 (Mittel) と行為 (Tätigkeit) ——に依ずる利用の効果の配分か, (ii)利用された物に対する相当の対価 (angemessenes Entgelt. 原物による返還不能の場合) かを請求するものであるとし、これらの場合に応じて二者択一的に適用することを提唱している⁽¹³⁾。

ヴィルブルクによれば、通説は相当の対価 (通説はこれを価格賠償とみなす) については賛成しているが、判例はこの概念についてあまり解明していないようである。この対価による解決は、所有者の法益が利得者の企業で利用されているながら、実際には利益の配分が不可能な場合について考慮されたものである⁽¹⁴⁾。

ヴィルブルクは、通説が請求権を価格賠償だけに制限することについて反対する。例えば、利用者が他人の物を自己の利益のために利用する際、それを使い古してしまわない場合とか、所有者にも使用の機会を与えている場合には、価格賠償を論ずることはできない。この場合は利用効果の配分ということが適当だからとする。具体的には例えば、損失者が利用又は給付の結果の危険を負担する場合は、彼に相当に増加した配分を与えよとか、或は、ドイツ民法 687 条 2 項が準事務管理者に純益の返還を義務づけており (681 条による

(12) 以上、川村「返還さるべき利得の範囲(4)」(判例評論65号) 3頁, 4頁。

(13) *Wilburg*, AcP, S. 349f.

(14) 特許権使用料 (Lizenzgebühr) についてそうである。なおラーレンツは、労務給付 (Dienstleistung) と利用の利益 (Gebrauchsvorteil) について、契約上の請求の場合支払われるべき額に相当の対価の支払を認めている。Vgl. *Wilburg*, AcP, S. 350, Fussn. 26.

667条の準用の結果) しかもそのことを利用の成否を問わず利得者の広範な企業活動に起因させて適用できるのは、利用効果の配分の表われだとみる。また実務が無体財産権の侵害について、損害賠償の算定という観点からみて不注意な侵害者に利益の返還義務を拡張しているが、不当利得の観点からみた利益の配分だと考える。⁽¹⁵⁾ 更に、有責な特に害意ある加害者 (schuldhafter, insbesondere ein doloser Verletzer) は、利用効果の配分について厳格に取扱おうとする。例えば、オーストリア民法335条が悪意占有者に占有によって得たすべての利益の返還をさせるのを例として考えている。⁽¹⁶⁾ また相当の対価の場合でも、目的物の価格の賠償だけでなく、それから生じた利益をも含めて把握する。それ故「利用効果の配分」と「相当の対価」とは、本質的に対立するものではないといっている。つまり後者は原物による返還不能の場合に発動するという点が異なるだけで、内容については、当事者の容態に応じて利益不利益を配分するのであって、その点では変わらないという意味である。

ところで通説は「利得」を考慮する際、それと内部的に関連するすべての損失を吟味し全受益と対置させる。その損失には信頼利益の損害も含む。⁽¹⁷⁾ ヴィルブルクにおいても、寄与した価値に応じて成果 (利益も不利益も) を配分するので、通説にいう損失が問題となる。そこで信頼利益の損害についてのヴィルブルクの考えをみてみよう。

ヴィルブルクは、信頼利益の損害についての判断基準として「原因付与 (Veranlassung)」という概念を立てる。すなわち、関係者 (Beteiligten) のうちの誰が準則違反たる容態 (Verhalten) によって (それがたとえ無責であっても——無過失の意か) 原因なき財産移転を惹起したかということが決め手になるとする。それゆえ損失者或は被利得者の容態に基因して生じた財産移転については、返還請求できなくなることがある。例えば、利得者が彼に誤払された富くじの金で旅行を企てた場合でも、償還義務を認めることが、重大

(15) 他人の商標の有責的な使用についてBGHZ. 34, 320.

(16) ケメラーは、ドイツ民法818条3項による現存利得への制限は善意の特典にすぎず、又全受益返還も、他人の絶対権の有責な侵害取得に対する不法行為的制裁であり、請求権の対象は、取得されたもの或はその価値が本体だと考えるようである (川村, 前掲論文, 判例評論65号5頁, 6頁参照)。従ってヴィルブルクとは、不当利得制度本来のものともみるか、例外的に認められたものともみかの差がある。

(17) Vgl. Wilburg, AcP, S. 351.

な個人的利益や通常の生活水準の放棄をなさしめるような時には、その支出は被利得者の損失でないという⁽¹⁸⁾。この考えに対し、フルーメは十分に頼れる観点ではないというようだが⁽¹⁹⁾が、利得概念から演繹的に信頼利益の損害を導き出すという方法の方が不確実だと反駁している。またエッサーのように「信頼」の観点にのみ重点を置く⁽²⁰⁾のでは、利得者が信頼をしたためにこうむる損害を、返還請求をする損失者に転嫁しうるかとか、また何故転嫁しうるかという問題を解決できないと批判している。例えば、商人が名前を取違えて別の顧客に請求書を送付し、受取った客が欺かれて支払った場合、その客の不当利得返還請求に対し、請求書の受領と弁済とを信頼して真実の債務者に対する債権を時効にかからせた（信頼利益の損害があった）という商人の抗弁は、彼が無責であっても認べるべきではないとする。

(3) 原物による返還不能と危険負担

給付又は利益の利用による利得を返還する際原物による返還が不能な場合について、ウィルブルクは、金銭による代償（Vergütung in Geld）が物の返還にとって代るといふ。そして金銭による代償は、利得が後に喪失しても影響を受けず（返還すべきであった原物相当額から増減はない）、かつそれとの調整として、返還不能となった物の価値が増加しても斟酌すべきではないとする。例えばオーストリア民法1041条が、他人の利益のために物を利用したことを原因とする価格賠償請求権は、その利益が後に消滅しても影響がないとしていることに賛成する。また錯誤によって他人の屋根瓦を自分の家の建築に使った者は、家が焼失して金銭による代償支払義務を負う場合、後に家の価格が騰貴したからといって賠償責任を重くされることはないとする。この金銭による代償という方法は、損失者を保護するに価する諸原因がある場合、例えば、損失者が適法な事務管理に近い行為によ

(18) 誤払された俸給について *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, S. 155.

(19) *Wilburg*, AcP, S. 352; Vgl. *Flume* Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Festschrift für Niedermeyer (1953), S. 151.

(20) *Esser*, a. a. O., S. 820.

って利得者の利益を生じさせたとか、利得者が他人の財産を違法に侵害して自己の利益のために利用するという場合に必要となるという。

従来給付がなされた後契約が無効となった場合は、双務契約における危険負担の問題として処理してきたようである。ウィルブルクは各説について次のようにいう。

二請求権対立説 (Zweikondiktionentheorie) によれば、契約の両当事者が各給付物について返還請求ができ、その物が滅失している場合でも給付した物に相応の価格賠償請求が認められることになる。

差額説 (Saldotheorie) は反対給付の滅失した価格だけ返還請求権を縮小させる。これに対しウィルブルクは、差額説は不当利得法に根拠を見出さずに、しかも危険負担の一般準則を恣意的に転倒しており、公平を引合いに出す算術的遊戯にすぎないと批判する。例えば、無効な売買によって売られた物が買主の方で消滅する場合には差額説では処理できず他方買主は支払った代価の返還請求ができるのは勿論だが、これは差額説と調和しないという。

同時履行抗弁説 (Lehre vom Synallagma) は契約の事実上の履行を認めるもので、契約が無効であるにも拘らず、交換目的によって相互に結ばれた (契約の各当事者は相手方も履行するというを前提としてのみ履行を約束する) 双方の給付が契約関係として一体を構成するのだと解する。それ故反対給付の滅失は各当事者が負担することになり、返還従って不当利得の問題は起らないことになるのであろう。これに対しウィルブルクは、差額説の難点を救うものではあるが、契約無効の際に返還請求権までが相互に条件づけられるということにはならない。不当利得返還請求権は、給付が目的不到達だという事実と、権利移転の法的原因を欠くために給付物は所有権者たる給付者に帰せしめるべきだという観念とに基づいて生ずるものだという。また同時履行抗弁説を認めるためには、特別の且つ給付過程に存在する根拠がなければならず、レーサーが保証せられた信頼 (gewährten Vertrauen) ⁽²¹⁾ という考え方を打出したのに対しても、それは給付物の喪失が信頼利益

21) Leser, Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma. Diss. Freiburg(1956), S. 48f., Vgl. Wilburg, AcP, S. 354.

の損害となり且つそれを相手方に転嫁することを正当とする根拠がある限りでのみ役立つのであって、物が純粹の不可抗力によって滅失する場合を覆いつくせないと批判している。

フルーメは、買主は売買契約が無効の場合、たとえ有効には約定されたのではなくても欲せられていた対価の範囲内で（買主がすでに支払ったか否かに関係なく）引受けた物の危険を負担しなければならないとする（その限りで不当利得返還の問題は起らない）。その理由は、買主は支払うべく準備していた価格で物を得或は保持するために、「財産状態に適した判断（*vermögensmässige Entscheidung*）」をしたからだとする。但し錯誤や行爲能力に瑕疵のある場合には例外を認めている。⁽²²⁾

これに対しヴィルブルクは、この観点は注目すべきだとしながらも次のように批判する。すなわち、買主へ物の危険を移転してたとえその意思に反しても返還させるという結果を覆いつくせるかどうか疑問である。例えば錯誤によって、引渡した物を売のではなく賃貸することを意図したという場合顕著である。またフルーメによれば、買主は無効な契約の場合でも買った物の価格の下落についての危険を負担しなければならないが、しかしそれを是認するならば調整として、逆に価格の騰貴を買主に帰せしめねばならない。だが無効な契約が（たとえ占有の移転が結びついていても）そのような広い効果を正当とすることはできないであろうといっている。

ヴィルブルクは以上各説の考え方も結局は買主の危険負担を十分には理由づけることができず、例えば、買った家が売買契約や買主への引渡の有無とは無関係に起った爆発で破壊される場合（不可抗力を意味するようである）顕著だという。そして彼自身は、原因なくして給付された物を自己の目的のために利用した受領者は、その利用が自己の財貨の節約にならなくても結果の危険を負担すべきだとする。そのことは、物の原因なき給付によって不当利得返還請求権が生じ、しかもその物を後に紛失したり無益に消費した場合にも変わらず、その時は物の代りに金銭代償の支払義務を負うべきだとする。しかし危険の移転を認めるだけでは説明できず、義務づけのためには真の理由が必要だという。また金銭代償ということは、原因なき給付や他人の財産の利用が最初から何の利益ももたらさない場合にも必要となるとする。例えば、雇傭契約は無効であったがすでに労務の給付がなされ、し

22) *Flume, a. a. O., S. 164ff., Vgl. Wilburg, AcP, S. 354.*

かもそれが雇主に何の利益にもならずまた何の節約にもならない結果しかもたらさない場合でも労力への補償は必要である。このような場合に、具体的に得られた利益を返還するという不当利得概念では処理できないし、給付とか法益の利用自体は不当利得の基礎で足りない。むしろ利得者に信頼利益の損害が生ずるために原因なくして得た物の返還義務が除去されたり（損失者は返還請求できないという危険を負う）、反対に、たとえ利得者が何も取得していなくても対価支払義務⁽²³⁾ (Entgeltspflicht) を認めるのが相当な場合があることを論証することが肝要だとする。⁽²⁴⁾

3 調整請求権の構成とその適用

(1) 危険転嫁的要因

以上の考察に基づいてウィルブルクは、他人の法益を侵害したり或は原因なき給付を受領したりするすべての場合について、利得者に利得の結果を生ぜず損失者に損害を生じなくても、調整義務としての対価支払義務を課す必要があるとしてそれを理由づける要因を解明しようとする。そしてこの意味での「危険転嫁」をする要因として次のものを提唱している。⁽²⁵⁾

- 1) 侵害の意識
- 2) 侵害者の利益となる財産の利用
- 3) 自己の財産を犠牲にしようとする侵害者の推定せらるる意思
- 4) 侵害者の過責 (Fahrlässigkeit) 又は原因付与 (Veranlassung)

これらの要因を調整義務としての対価支払義務を生じさせる媒介物と考えるのである。これらの要因——単独であろうと併合しようとする——の作用(力)がどの程度危険転嫁を正当とするのに適しているかは評価の問題であるという。そして「侵害の意識」は決定的な力となるが、「利益となる利用」とか「侵害者の犠牲の意図」はさほど重要でなく、

(23) 但し、例えば、注文もされないのに無益な労務を他人に給付する者には賃銀の支払請求を認めるべきではなく、又自分のものだと思っているが実は他人の財産を、過失なくたゞその高価な価値を知らずに些細な目的のために利用する場合には(錯誤がある時)、対価支払義務を認めるべきではないとする。Vgl. *Wilburg*, AcP, S. 356.

(24) 以上 *Wilburg*, AcP, S. 353 ff.

(25) *Wilburg*, AcP, S. 356.

「侵害者側の過責や原因付与」は疑わしい場合の補助的要因だとする。またこれらの要因が権利者側に存在するときは、その者に不利益に作用するという。なお関係者の財産を特に考慮して対価支払義務の除去若しくは軽減を正当とできるのは、例えば緊急状態の場合であるが、それは例外にすぎないという。

各要因についてのヴィルブルクの説明は次のようである。

侵害の意識——意識的な侵害行為（他人の法益の消費、利用、故意の侵奪、破壊、毀損等）は、対価支払義務の基礎となる。その際侵害者が自己の所有物を侵害したのであっても、それについて他人に債務を負っている場合には他人の物の侵害となる。「侵害の意識」は対価支払を義務づける最も強力な力として作用し、侵害者は、侵害の際、物が被侵害者に帰属するものではないということを知っていても、或はベッチヘルが指摘する如く、⁽²⁶⁾権利者が対価を条件として侵害を許諾していても、これらの事情は問題でなく、他人の法益を故意に侵害するということが義務の根拠である。それ故一方的な侵害者は、たとえ権利者の同意（取引の原則では有償を条件とする）を得ようとする者よりも強く理由づけられるにすぎない。この対価支払義務は侵害の拡大に比例して拡大する。またこの義務は、前述の如く違法な行為の非難性に基づくものではないので、緊急状態や所有権収用（*Enteignung*）の場合にも理由づけられることがある。侵害の目的は問題でなく、目的のない無謀な侵害については、対価支払義務が強く理由づけられるだけである。又ドイツ民法 687 条 2 項によって悪意ある侵害者が利益の返還を義務づけられても、それによって対価支払義務が除去されるものではない。

調整の内容、すなわち対価の額は、善意な取引で合意されたであろうと同程度のものたるべきである。これは契約の擬制をするのではないが、通例取引上の合意には対価というものが、深く根を下していることにも通ずる。

この義務は、法律行為から生ずるものではないのでその原則に結びつくこともないが、侵害者が錯誤によって、調整を要しない利用権ありと誤信して行為した場合、又は法益の価値に関する錯誤がある場合には、侵害の要因に基づく対価支払義務は消滅する。これに

(26) Bötticher, Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzten Privatrechnorm, AcP, 158, S. 404ff., Vgl. Wilburg, AcP, S. 357.

対し行為能力の要件は、個々の場合について弾力的に考慮すべきである。

侵害者に他人の法益侵害の意識がない場合、或は錯誤や行為能力の瑕疵のために侵害の意識への帰責が可能でない場合には、危険転嫁の力として、一方では「利益となる利用」ということが、他方では「自己の財産を犠牲にする意思」が考慮されるべきである。

利益となる利用——他人の物或は特許を自己の利益のために利用する者は、たとえその物を自己のものと誤信したり、或は発明品を自由に利用できると誤信していても、不当利得の要件を要せず対価支払義務を負うべきである。この場合の義務の根拠は、侵害者が他人の法益を利用して現実に利得の機会（利用当時の予測可能な事情に従って経済状態や侵害者の計画を考慮して判断する）を得るということにある。

犠牲（危険負担）の意思——自己の財産で犠牲や危険を負担しようという行為者の推定せらるる意思が特殊な要因をなす。つまり侵害者が対価を支払って取得すべきでありながら、そうせずに他人の物を侵害又は利用した場合には、危険負担の意思が侵害者に期待されて然るべきだということである。従って「無効な契約の場合でも、対価を支払って物を保有しようという買主の財産的決意がなされていたことが、買主への危険移転を正当とする」という前述のフルーメの考え方と共通する。しかし、フルーメは物の危険を直ちに買主に課し、減少が取得と無関係の場合でも買主に約定の対価の支払を義務づけるのに対し、侵害者に自ら故意に招いた危険、それも利用の収益に伴う危険のみを負担させる点が異なる（要するに上のような事情によって危険負担の意思があると推定しうる時は、対価支払義務が生ずると解するのである）。

尤もこの意思は、侵害者に行為能力がある場合に考慮すべきである。又法益の価格についての錯誤や、発明品を特許のないものと誤認する場合や、自己の物だと考えたために生ずる財産的評価の錯誤等によってこの意思が生じた場合、又は、対価支払義務を課すると利用目的にそわなくなる場合には除外すべきである。しかし侵害者の錯誤が、彼自身の企業状態に関する場合には、侵害者が錯誤の危険を負担すべきである。

過責、原因付与——利益となる利用、犠牲（危険負担）の意思という要因の作用力に疑問がある場合には、この要因が補助的要因としてはたらく。すなわち取引違反的な容態に

よって利得を得たときは、そのことによって対価支払義務が課せられる。この要因の存否は両当事者について判断されるので、例えば、侵害が権利者の間違った教示によってひき起された場合には、対価支払義務は否定されることになる。

前述の諸要因が完全な対価支払義務を正当とするのに十分でない場合は、義務の軽減を考慮すべきである。

対価は、侵害者の危険或は侵害者に目的に適った利益を得る機会が残されているかということを顧慮して評価決定する。

なお判例は、特許の侵害者に特許権使用料の支払を義務づけているが、その際特許権使用料を過失の場合は損害賠償として把握し、過失がない場合は不当利得思想に根拠を求めようとしている。⁽²⁷⁾しかし自説によれば、被害者の損害を無理に認める必要を無くし、通常は過失の認定をも不必要にする。又対価支払義務は、無体財産権に限らず、有体財産の利用についてもあてはまると主張する。

ヴィルブルクは以上のように説明して、次に債務法上のいくつかの請求権を彼の理論を前提として見直そうとする。

(2) 事務管理の調整

先ず事務管理に伴う事務管理の費用賠償請求権(*Anspruch auf Ersatz des Aufwandes*)を取上げ、以下のようにとらえる。

この請求権は、事務管理者が任意に自分の物を本人のために使用したのであっても、給付者の保護価値と所有権の展開作用とに基づいて理由づけられるのだとする。この場合危険転嫁の力をもつ要因は、一方では他人の事務を管理する意思(*der animus aliena negotia gerendi*)であり、他方ではその事務管理が本人の利益並びに真実の若しくは推知し得べき意思に合致すること(事務管理の成立要件と同じ)⁽²⁸⁾であるとする。

そしてこれらの要因が存在すれば調整としての費用賠償請求権が認められ、存在しなければ危険はすべて事務管理者に帰すと考えている。ここでも成果の寄与した価値に応じた配分という考えがみられる。

(27) Vgl. *Wilburg*, AcP, S. 360.

(28) Vgl. § 677 BGB.

「他人の事務を管理する意思」については、通説は、事務を他人のものとして行なっているという認識とか意思で十分だとしている⁽²⁹⁾。しかしウィルブルクは、それだけでは危険転嫁の要因として価値が低くなるので、危険転嫁の事務管理には、自己の利益を計らない援助意図 (Hilfsabsicht) が必要だとし、自己の利益にもなる事務管理は、特別の理由 (不可分的に利益が結合している場合を考えているようである) によって正当とされる場合にのみ事務管理の成立を認めるべきだと主張する。しかし「自己の利益」は、事務管理者が報酬を期待しただけでは存在しない。何故なら期待しただけからといって、法が事務管理者のために付与する権利を拒否する根拠にはならないからだとする。

他人の事務を管理する意思という要件は、推定上の自己の事務を管理する者に苛酷となることがあるとする。すなわち、自己の物と思ってその保存のため費用を出した者は、それが他人の利益になる費用であっても、その危険を負担しなければならない (費用の賠償請求ができない) ことになる。例えば、動物が所有者の群を離れて隣人の許へ行き、隣人は自分のものだと思って傷を治療するために無駄な努力をしたような場合、不当な結果になるというのである。この場合ウィルブルクは、占有者の費用償還請求の問題として⁽³⁰⁾処理しようと考えているようである。

危険転嫁のもう一つの要因を盛りこんだドイツ民法 683 条については、その要件の緩和を認める必要のある場合があることをのべている。すなわち、レントが、事務管理者が過失なく錯誤によって条文上の要件が満たされていると考えた場合には、事務管理は正当とみなすべきであると主張したの⁽³¹⁾に対し、ウィルブルクは、本人が虚偽の外観を表示して⁽³²⁾事務管理者の錯誤を誘発した場合に有用だという。しかし彼自身は、ドイツ民法 679 条の場

(29) Larenz, Schuldrecht II a a O., S. 230.

(30) Vgl. § 994 BGB.

(31) Wilburg, AcP, S. 362; Vgl. Lent, Wille und Interesse bei der Geschäftsbesorgung (1938), S. 105.

(32) 「事務管理なきときは、履行が公益に存する本人の義務又は本人の法定扶養義務が適時に履行せられざるべきときは、事務管理に反する本人の意思は之を問うことなし」 (§ 679 BGB). 「事務管理の引受が本人の利益及其の真実の意思又は推知し得べき意思に適合するときは、管理者は受任者と同様に其の費用の賠償を請求することを得。第 679 条の場合に於ては、管理者は、事務管理の引受が本人の意思に反するときと雖も、この請求権を有す」 (§ 683 BGB).

合と、本人が事務管理者のために負うべき結果を、事務管理者が自らの行為によって得ようとする場合に⁽³³⁾ 683条の要件は除外さるべきだと主張している。

他方事務管理不成立の場合は、効果は事務管理者に不利に作用し、それは結果の危険が事務管理者に生ずるだけでなく、ドイツ民法684条の認める本人に対する不当利得返還請求権が排斥若しくは減縮されるということだとする。その救済として学説は、事務管理者は物の返還のみを義務づけられるのであって、それ以上に金銭賠償を義務づけられることはないとか、また例えば実現できない(本人に売却意図がないか又は売却の可能性がない場合)ような、或は物の収益価値や使用価値を騰貴させないような観念的な価格の増加を図っても本人に対し不当利得にならないとか考えるようである。⁽³⁴⁾ これに対しヴィルブルクは、不当利得概念のこのような構成は一般的に認めるべきではないと反対し、特に利得者が他人の法益を侵害した場合には適当でないからだとする。事務管理不成立の場合は、事務管理者の行為が本人の利益に反するが故に、一方で事務管理者は不当利得の返還請求を抑えられ(本人の利益という危険転嫁の力が事務管理者に不利にはたらく)、他方で本人のための特別な考慮が必要となるのだとする。

事務管理者の賠償請求権の内容は、支払われた費用、事務管理と予測可能的に結びつく損害であるとし、それ以上の対価(Entgelt)は、事務管理は本来私利を図るものではないから原則として認められないとする。但し学説は、事務管理者が給付した労務については、それが費用と認められる限り賃銀を与えようとしており、通説は、職務の範囲内での活動だからということに重点を置き、別の説は、他の利得の喪失ということを要件としている⁽³⁵⁾という。これに対しヴィルブルクは、これらの限界は狭すぎるとし、特に緊急の事務管理、例えば火災の際の救助において、事務管理者の労務提供が事務管理者の職務に相当せず且つ全然利得の逸失とならなくても賃銀請求権を認めるのが相当だとする。そしてレントが、事務管理者が「契約上対価を得てのみ為すのが常であるような方法で為した限

(33) 例として賃借人が必要費を支出する場合をあげている。Vgl. § 547 BGB.

(34) Larenz, Schuldrecht II a. a. O., S. 236; Klausner, NJW 1958, 48 f.

(35) Larenz, Schuldrecht II a. a. O., S. 235.

(36) Esser, a. a. O., S. 761.

りにおいて」賃銀請求権を認めるように立法論として提案している⁽³⁷⁾のに対し、これは事務管理者の実際の又は推定的意思を適切に顧慮したものだとして賛成している。以上の点について、オーストリア法によれば、緊急の事務管理が問題となる時のみ事務管理者は結果を顧慮せずに賠償請求をする権利があり⁽³⁸⁾、その他の場合には、事務管理者が本人に明白且つ顕著な利益（本人の主観の事情に合ったものでなければならない）を得させた場合のみ費用の賠償請求ができる⁽³⁹⁾。そうでない時は、本人は何らの賠償義務がないだけでなく、損害賠償殊に原状回復を請求することもでき、事務管理者はこの意味でも広汎な危険を負担しているのだと説明している。おそらく制度的にはこういうものをよしとするのであろう。なお契約によって事務引受がなされた場合は、どの程度賃銀が請求され且つ承認されるかはその契約内容に即して考慮して決めるべきだとしている。

事務管理者の義務については次のようにのべている。事務管理者は、本人の勢力範囲への侵害が損害の危険を必然的に伴う場合には損害の発生を避ける義務がある。又事務管理者が本人の危険となる費用を支出する限りでは行為の積極の結果を得よう努力する義務もあり、これは危険転嫁の自然な相関概念として現われるのだとする。例えばある者が他人の物を救済するために費用を支出し、その危険を所有者が本人として負担する場合は、彼はこの救済が本人の利益となるよう注意深く行為すべきであり、また救済後その物を所有者が受取るまで放置してはならないとする⁽⁴⁰⁾。そしてここから事務管理者の事務継続義務 (Pflicht zur Fortsetzung einer Tätigkeit) を認めるための解釈論上の基礎が与えられるのだとする。

事務管理者の行為能力は、費用賠償請求や危険転嫁についてはなくてもよいが（但しドイツ民法 829 条を除く）、事務管理者の責任については必要だとする。これは一見調和のとれないものようであるが、事務管理者に課せられる注意義務と費用賠償請求権とは同一段階にはないからだというのである。

事務管理から生じた利益は、たとえ事務管理者の特殊な技能が寄与している場合でも原

(37) *Wilburg*, AcP, S. 364 ; Vgl. *Lent*, a. a. O., S. 105.

(38) ABGB § 1036.

(39) ABGB § 1037.

(40) *Wilburg*, AcP, S. 364, Fussn. 70.

則としてすべて本人に帰属するという。これは他人の事務を管理するという意思に相応するし、結果の危険を本人へ転嫁することに対する調整ともなると理解するからである。尤も行為無能力の場合には、ドイツ民法682条によって不当利得の原則による責任を追求するだけとされており、不均衡が生ずるので調和を図らねばならないとしている。

(3) 給付利得返還の調整

給付利得返還の際原物で返還し得ない場合については次のように説明している。

原物で回復し得ない原因なき給付については、以下の諸要因が、利得がなくても調整請求権を正当とする。これは侵害取得の場合に危険転嫁的に作用した力が、給付の返還請求権のために変化して再発するからである。すなわち、受領者が受領の際原因のないことを知りながら給付を受取った場合は、給付者に報償請求権(*Anspruch auf Vergütung*)を認めるべきで、これは他人の財産を故意に侵害する場合に相当するからである。従ってここでもまた、権利の展開作用と給付の保護が請求権の基礎となり、この際危険転嫁をする力は、原因なきことを知りながら他人に給付を請求することである(前述侵害の意識に相当)。つまり要求や同意によろうと、事実上の受領によろうと、受領者が自己の行為によって故意に給付をさせるということである。そしてこの行為に、対価支払義務が帰せしめられるのである。

受領者が法的原因の欠缺を知らない場合は、受領者に対する給付の合目的性、対価支払意図の中にうかがわれる危険負担の意思、最後に過責と原因付与がより弱い要素として考慮される。

ただ他人の財産の侵害の場合に相応するとはいっても、ここでは侵害の要素が欠けている。そこでその代りに、受領者が過失で権利のない請求をすることによって、或は客観的に違法な行為によって給付を為さしめたという事実がとって代る。それ故ここでは、受領者に返還義務を課するためには、受領者の容態が侵害の場合よりもより強く影響する。つまり給付者は、誤って給付したが、受領者の容態によって法的原因を信頼して提供した給付であり、或は法が他の根拠から返還を認める給付であるが故に、その保護を要求するからである。尤も給付者に無償の意思があれば、給付者の犠牲の意思として給付者に不利に

考えることができる。

すべての場合、給付についての受領者の危険負担は、給付の種類に相応して考慮する。例えば、錯誤によって他人の企業で労務を提供する者は、前述の意味での危険転嫁の力が正当とするならば、利益がなくても企業主に対価を請求することができる。危険転嫁の事由が存在する場合には、結果的利益は関係がないからである。又給付者が事務管理の意図で行為をし、しかも給付者に対価ではなくて費用の賠償のみを認める場合には、受領者に結果の危険を転嫁すべきである。例えば、大工が親しい隣人の倒壊の危険のある家を補強しようと試みそれが失敗した場合、彼は賃銀は得ることができないが使用した材料の賠償は取得すべきである。しかし請負契約に相当するものでも、自己の企業での給付については、給付者自身が結果の危険を負担することになると説明している。

次に、他人の利益のために物を利用した場合は相当の調整をさせるべきだとする「法益の秩序(Zuordnung der Rechtsgüter)⁽⁴¹⁾」という理念について、制度的、歴史的考察をして次のようにいっている。

この理念は契約法にも潜んでいる。尤も大抵の場合この理念は、合意された給付について反対給付を相応させるかどうか、どの程度に相応させるかを定める契約意思によって排除される。ところでこの調整の原理は、契約法の歴史的発展過程にみられ、古いドイツ法は、物の引渡には有償行為を必要とみなし、有償性のない贈与については、少なくとも外見的な反対贈与を要求した。従って贈与の場合、贈与者が熟慮したことを公証人が特に証明する場合のみ贈与者の意思に譲歩するにすぎない。他方有償契約の場合は、調整の原理は、善良の風俗という衣を着て交換的正義の原理として作用し、かつ他の力と結合して暴利や経済的力の濫用を抑えている⁽⁴²⁾。またローマ法では、物の受領が交換契約の成立にとって或は一般に物権契約にとって本質的な要素を構成する。つまり物(res)が合意(Willens-einigung)と共に請求権の基礎として存在する。サヴィニーは、非償弁済返還請求訴権とより広い不当利得返還請求権とを、契約の観念を放棄して消費貸借に基づく請求権と一線

(41) Vgl. *Wilburg*, AcP, S. 366, 379.

(42) Vgl. *Wilburg*, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht* (1950), S. 19.

に並べる可能性を理論づけた。⁽⁴³⁾ 他方獅子結社 (*societas leonina*) の禁止, 利息の制限, 過大損失 (*laesio enormis*) を蒙った不動産売主の保護について, 或は贈与の形式について等価性の思想が強行規準として妥当していたという。

以上のように説明し, 調整の理念が歴史的にも存在したものであるとして自説を裏付けようとしている。

給付の有償性が疑わしい場合や, 委任のように少なくとも費用の賠償請求が認められる場合に, 前述した財貨の帰属を指定する力が現われるという。そしてこの指定力によって調整がなされる (対価や報酬を認めるという形で) と考えている。すなわち具体的には, 報酬に対してのみ給付を期待し得べき事情ある時は, 報酬を黙示に合意したものとみなすということを, ドイツ民法が一連の場合について認めており, オーストリア民法1152条が, この前提条件なしに, 雇傭契約について相当な報酬が約定されているものとみなしている (但し特別の事情があれば無報酬とできる) のを指すようである。

要するにウィルブルクは, 費用の賠償義務や対価支払義務は, 法律行為に関する理論による理由づけによらなくても可能だという。つまり権利の展開作用と給付の保護ということを前提とする構成方法が, 義務負担の意思なしにする給付の請求や, 或は無効な契約による取戻し得ない履行によって生ずる権利関係を解決するのに有意義であるという。

(4) 事実的契約関係の調整

次に事実的契約関係⁽⁴⁵⁾に対するウィルブルクの考えをみる。彼は次のようにいう。

事実的契約関係を肯定する理論は, 現行制度が不完全なために, 契約の代りに契約に相應する実際の生活関係をも義務の原因として妥当せしめようとする革命をひき起こした。この提案は論争を呼んでいるが, 問題は解釈論上の根拠如何である。保守的傾向の説は法律行為の枠内で解決を試みている。確かに契約に依存するということは, 契約の法的効果

(43) *Wilburg*, AcP, S. 367; Vgl. *Savigny*, System des heutigen cömischen Rechts V(1841), S. 507 ff., 522 ff.

(44) §§ 612, 632, 653, 689 BGB.

(45) この問題に関しては, 須永「いわゆる事実的契約関係と行為能力」(熊本法学創刊号1頁以下), 好美「西ドイツ民法における理論と実際の一動向」(一橋論叢54巻3号168頁以下)参照。

と等置することを明示しようという要請に合致する。しかし契約概念を拡張するのに、法的効果を目指す「意思」という特殊な要素の作用を強調するだけではならず、もっと明白に認識できるところの法的効果の原因が必要である。そして意思に代えて、信頼の保護やもっと広いすべての形成力 (Gestaltungskräfte) を持出しては不十分である。他方事実的契約関係説は、伝統的な制度が硬直すぎることを正当に認めたが、自らは解釈論上の構成さえ示すことができなかった。「事実上の」行為と意思とを指示するだけでは一般的すぎて、請求権の根拠を認識することも構成要件の必要な区別を指示することもできない。「事実的」契約は、債務法の諸範疇に橋渡しをする諸力 (前述 4 要因) の広汎な共同作用において顕著となる一つの型にすぎない。事実的契約関係は、生活必需資料の大量取引をする企業に対し、誰かが義務負担の意思なしに給付を請求する場合について特に考慮されたが、その際意図された法的処理は、フルーメとヴィーアッカーが適切にのべている如く、この種の企業に制限すべきではなく、個々の取引でも同様に理由づけられている⁽⁴⁶⁾。又鉄道の乗客や電気会社の電気の利用者は、契約締結の意思がなくても通常対価の支払義務があるということは学説判例とも一致して認めているが、その理由づけはさまざまである。一つは不当利得、損害賠償、契約という古い範疇を基礎とする考えであり、他は事実的契約と社会典型的容態を基礎とする新しい考えである。だが損害賠償や不当利得を援用しても必ずしも目標は達成せられない。また契約関係を認めても十分な理由づけにはならない。それは他人の物や給付を利用する者が義務負担の意思のないことを明白に認識させる場合とか、或は例えば電気の窃盗のように秘密裡に行為をする場合に特に役立たないからである。それに利用者は、積極的に義務負担の意思があるという表示をすることはない。だからといって権利者が、利用者は行為が義務づけの原因になるということを当然理解すべきであるということを出合に出すことはできない。結局意思も信頼も義務づけの力としては問題にならない。また顕著な部分については、「自己の行為に反する主張 (ein venire contra proprium factum) は許されない」という原則を援用して上の欠陥を隠そうとする試みが

(46) Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in : Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift deutscher Juristentag I (1960), S. 184 ; Wieacker, in: Göttinger Festschrift für des OLG Celle (1961), S. 272 ff.

なされるかもしれない。これによれば、利用者は義務負担を欲しないと欲しなかったとかいっても聴き入れられないからである。しかしこの原則を認めても、そもそも利用者は義務負担の意思を表明しなくても支払わねばならないのであるから、義務が意思や表示された意思の外観に基づくものではないということについて欺き通すことはできない。確かに自己の行為を否定することを禁止するというのは示唆に富む見解であり、従来法発展のために寄与し、特に「信賴の保護」を認めることに貢献してきた。しかしそれは普遍化し⁽⁴⁷⁾てはならず、又それ自体で妥当する価値のある法規にまで高められることも許されない。また対価支払義務についても役立てることはできない。それに行爲者が義務負担の意思がないという表示をしても願慮しないということは、意思を考慮しなくても容態によって彼を義務づけるのだということから簡単に明らかとなる。一方ラーレンツは、対価支払義務は意思表示にその原因を帰せしめられないということ⁽⁴⁸⁾を認識して、社会典型的容態という新しい範疇を⁽⁴⁹⁾発展させた。彼は容態にみられる典型性という意義にのみ重点を置き、個々の場合についてなら認められる義務負担の意思の欠缺は願慮しない。社会典型的容態という観念は——最高裁判所の有名な駐車場判決はこれに従っているが——当然に正常な取引であるとみなすのであって、それは利用者の通常の推知し得べき意思に合致するが、しかしこの観念も義務の実際の根拠を示していない。ラーレンツは、一つの義務負担の意思があるからといって、いろいろな場合の具体的事情を考慮せずに典型的容態がすべての義務づけの原因となるという積りではないであろう。重点はむしろ「他人の財産の請求（義務負担の意思なしになす請求）による取得（Inanspruchnahme）」という点にあり、そしてその請求による取得が、義務負担の意思によってではなくむしろその意思に反している方法⁽⁵⁰⁾でなされても義務づけねばならないということが大切である。なおエッサーが生活必需資

(47) 「実体法でも撤回は認められているし(意思表示の完成に関する § 130 BGB参照)、単に外観を与えただけで拘束すべきではなく、諸事情を考慮して判断すべきである。従って自己の行為に反する抗弁禁止の原則を援用しても、事態の明確な解決には役立たない」とする。Vgl. *Wilburg, AcP*, S. 370 *Fussn.* 84, 85, 86.

(48) *Larenz, Schuldrecht I*, 6. Aufl. 1963, S. 33 ff.

(49) *BGHZ* 21, 333. これについては、好美、前掲書168頁—170頁、須永、前掲書25頁—26頁参照。

(50) 例えば乗客が、無賃乗車できる職員の制服を着て不正乗車をした場合、運賃支払の意思はないが、運賃支払義務を課すべきだとする。*Wilburg, AcP*, S. 370 *Eussn.* 89

料の典型的関係の場合は、従来承認されてきた法律行為上の契約締結技術と並んで妥当性を要求する客観的な契約締結の構成要件が必要だとして、表示を必要としない意思作用と表示とを原則的には区別しながらも、なおかつ表示と同置すべきであるという類推解釈を提案している。⁽⁵¹⁾しかしこの提案も、社会典型的な請求を「法律行為概念」に組み入れようとするものである。

以上のように批判した後ヴィルブルグは、すでにのべた如く対価支払義務の根拠は、権利の展開作用と原因なき給付の保護という点にあるという。そして利用者は、法的原因なしに他人の財産や給付を請求するが故に支払わねばならない。その際侵害の意識、利益となる利用、危険負担の意図、原因付与の諸要因が、対価支払義務を利得という要件に基づいて理由づける仕方から「解放できる」と主張する。尤もこの観点によると、行為能力或は錯誤の影響があるが、行為能力は弾力的に判断できるし、それに行為能力の欠缺の際には、利益となる利用という要因が、利得の結果がなくても、対価支払義務を理由づけることができるとする。

対価の額については次のようにのべている。他人の財産を請求して取得することに対する調整については、法律行為外の根拠だけでは「相当な対価」を義務づけることができるだけで、権利者の「請求する対価」を義務づけることはできない。この差異は、大量取引においては影響も少ないが個別的な取引においては意味がある。何故なら申込と共に送られた物であることを知って請求取得する場合には、申込者の請求する対価を支払わせるべきで、そうすることが法感情に合うからだとする。そこでその理由づけを契約類似の法律関係へ持っていくわけであるが、その前にドイツ民法151条の適用の可否にふれて次のようにのべている。ドイツ民法151条の審議に於て、第二委員会で決定の際考案されたところによれば、申込の受領者は彼に送られた物を取戻し得ないように処分すると、承諾の意思を表示したかのように取扱おうとした。しかし委員の過半数は反対して、受領者が物の処分をもとに戻し得る時にも義務づけようと欲した。つまり義務負担の意図が無いにも拘らず処分するということに契約の承諾を認めようとした。しかしこの立場は法律行為説の

(51) Esser, AcP 157, S. 97.

負担能力を凌駕しており、又論証も十分でないとする。ウィルブルクは次のように構成する。

物を返還し得る受領者を、欲しもしないしかも承諾の表示もしていない契約関係へ強制的に拘束する根拠はないが、受領者が自ら返還を故意に不可能にしてしまった場合には、契約類似の拘束がそれだけ一層正当に生じると考えてよい。また処分者が法律行為による提供であることを知っている場合には、他人の財産の請求による取得であるということと、法律行為による提供に関連することであるということとに基づいて、法律行為による提供の場合の対価の支払義務を課してもよい。但し権利者の「請求する対価」に義務づけるといっても、その請求が良俗違反的契約、或は暴利行為の構成要件に合致する場合にはおのずから限界がある。ドイツ民法316条の類推解釈も考えられるが、受領者はこの場合相手方の請求をすでに知っているので事情が異なるとする。他方物の給付を業とする企業者は、企業がもたらす危険状態から生じ得べき損害を防止すべき義務があるとする。それは有効な契約がなくても利用者が対価を支払わねばならないことに対応するものなので、企業の危険性が過失なく生ずる場合でも企業者の責任を認めるべきだからであるという。こうして義務を相互に調和することによって、法律関係は契約に近接するという。但し秘密の行為によって（例えば盗電）対価支払義務を免れるような悪意の利用は例外であるとする。事実的契約という概念は、特に無効な組合契約や労働契約の場合に広く現われる。しかし同じような利害関係は、使用賃貸借や用益賃貸借のような継続的債務契約においてのみならず、一回の給付を目的とする売買の場合にも生ずる。この場合原物では或は価格では現状回復し得ない給付がなされたり受領されたことが重要であるという。表意者の賠償義務を規定したドイツ民法122条については、信頼保護の思想がこの条文上の責任を取消権に対する調整として理由づけており、この場合には、利得を考慮しないでも合意された金額の限度での対価支払義務が相当となることもあるという。

事実的組合契約若しくは労働契約の法的構成については次のようにのべている。

52 「給付に付約したる反対給付の範囲が未だ確定せざる場合に於て、疑わしきときは、確定権は反対給付を請求すべき当事者に属す」 (§ 316 BGB).

事実的契約概念を是認する学説は、一方では瑕疵があっても「契約の締結」を前提し、他方では合意による——組合の場合には共同の——「契約履行」を前提し、有効な契約が存在する場合と同様に給付の調整をする法律関係を認めている。そして契約が無効であるにも拘らず当事者によって実際に履行されたということ、又その結果として当事者が欲しようとして「事実」が当事者を相互に規制するという説明で満足している。しかし契約外の法原則を適用するには、その際生ずる不公平、偶然の結果、混乱の危険を防止すべきであるが、見解は種々さまざまに分れていて、理由づけも請求権の形成の仕方もまだ不十分である。労働契約についてニキッシュは、労働関係の基礎となる従業員の雇入れの点に注目しているが、この立場は契約がなくとも法律効果が労働契約とは無関係に生じうるとするようである。契約説は法律行為の基礎づけを維持しようとするので、事実的な過程から契約の効果を導くことを否定する。然るに有効な契約を認めるための支柱を「実行」に見出している。慎重な意見は、無効説を詳細にして無効原因を緩和し、その効果を変化させることをすすめている。⁽⁵³⁾ エッサーはその際、法律関係の解釈論上の核心として当事者の最終的な活動ということに注目する。⁽⁵⁴⁾ 判例は事実的組合について、実行された契約は、一般人の若しくは保護に値する個人の重大な利益に反しない限り、取消されるまでは有効とみなすべきであると簡単に認めている。⁽⁵⁵⁾ しかしこの立場は結果的に広がりすぎる。相当な規制を要するとはいっても、合意された契約条件がそのまま有効であるということを一般的に承認することまで要求するものではない筈である。ラーレンツが契約法の援用は、事物に適合した解決という目的にだけ制限すれば十分だと指摘しているのは正当である。⁽⁵⁶⁾

また履行された契約は無効原因が存在しても事後的にのみ無効とすべきであるという見解は、一般的には妥当といえない。何故なら無効性の緩和は、実定法上の岩礁を別として

(53) *Wilburg*, AcP, S. 374, Vgl. *Nikisch*, Arbeitsrecht I, 3. Aufl. 1961, §§, 19; 23 II.

(54) *Wilburg*, AcP, S. 374, Vgl. *Enneccerus-Niqperdey*, Allgem. Teil, 2 Hibbd., 15. Aufl. 1960, § § 163VII3.

(55) *Esser*, AcP 157, S. 93.

(56) BGHZ 3, 288; 13, 320; 17, 160.

(57) ラーレンツは、事実的組合の場合、法律の欠陥による処理上の障害は、契約法の助けによって補充すべきだとしている。*Wilburg*, AcP, S. 374.

も、それが法律行為上の基本的要素を放棄しない限度でのみ法律行為の観念と相容れうるからである。ただこの見解は、契約が無効でも、有効な契約に基づいて請求しうるのと同じ対価を従業員に認めるという労働法の草案には一致する。なおオーストリアの草案は、悪質な詐欺についても例外を設けていない。⁽⁵⁸⁾ 法律行為上の基礎が欠けている場合、当事者間に人的共同関係が存在するとか、或は契約にとって事実の保護が必要である、ということをも認めても基礎に変化を生じさせるものではなく、契約的な法的効果を目指そうという希望を表わしているにすぎない。例えばレーマンが、現実には「すべての法構成」よりも優先する⁽⁵⁹⁾ という場合、それは学問的考察の放棄を意味してはならない。また継続的債務関係は給付の障害のために適及的に取消されることはないという原則の類推適用もやはり役に立たない。この原則は、その固有の領域においても、生じた給付の障害が継続的債務関係のうち既に処理された部分に本質的にはもはや影響がないという限りでのみ確立されているにすぎないからである。

以上のように批判を重ねた後ヴィルブルクは、理論構成するには、「法益の秩序」と「給付の保護」という概念の助けをかりるべきであり、これらの概念の力が、無効契約に存在する諸要因と結合して以下に指摘する調整請求権を理由づけ構成することができるのだとする。

先ず労働関係については次のようにいう。労働者を使用する者は、労働力を請求すると共に、この法益（労働力）に対しては有効な契約がなくても相当な対価を支払う義務がある。契約説はこの対価支払義務を擬制によってのみ理由づけることができる。このことは労働者が行為無能力の場合でも妥当する。反対に労働者が雇主の無能力たることを知って対価を請求する場合には（前述侵害の意識に相当）、雇主は自己の行為無能力を理由に対価支払義務を拒否することができる。但し労務の給付が雇主の利益に合致するという事実があれば（前述利益となる利用に相当）、労働者への賠償の要因として考えうるし、また給

(58) オーストリア草案（1960年）8条4項では、狡猾な詐欺のために不適当な労働者を雇った企業者は、労働者の対価請求権に、損害賠償請求で対抗できる。Wilburg, AcP, S. 374 Fussn. 106.

(59) Wilburg, AcP, S. 375 ; Vgl. Enneccerus-Lehmann, a. a. O., § 176 III 2.

付をなす労働者が雇主の行為無能力を知り得なかった場合は、対価を認めるのが相当であると述べている。

次に事実的組合については次のようにいう。事実的組合においては、組合員は資本と労務を提供するが、各組合員は、共同目的のために他の組合員の給付を請求する。利益と損失は給付に比例して配分すべきである⁽⁶⁰⁾。この場合何の分配基準もたないか、若しくは任意に分配するという基準だけをもつ組合契約の規範には依存する必要はない。組合員が行為無能力の場合でも給付してしまった出資については、通常利益と損失に関与するのであって、彼が他の組合員の出資を受領し、給付の目的のために使用した場合も同様である(利益に与るのは組合の利益となる、すなわち前述第二の要因に該当するからである)。しかし行為無能力者は、原則として損失の場合に、約束しただけの出資の支払義務はなく、また利益に与ることもない。そうでなければ他の組合員の危険において投機することができることになるが、行為無能力者を保護する規定にはそのような優遇をする何らの保障が見当たらないからであると述べている。

更に次のようにいう。「請求による取得」という考えは、労働契約若しくは組合契約が禁止条項に違反している場合でも、対価や給付物に相応する調整を正当とすることができる。但し給付の調整についての不当な合意に対する禁止条項がある場合は、すでに為された給付は相応に訂正すべきである。他方労働契約や賃貸借契約の場合のように、社会的保護という観点に立っての処理が必要な場合は、命ぜられた対価を以て実行された「契約」を将来のためにも有効ならしめることができる。ところで「請求による取得」に関する錯誤の場合、例えば、間違った伝達によって全然欲してもいない仕事を注文したり、間違って対価がいらないと考えて給付を受取る場合に、契約類似の調整をするには、給付を受領者の利益に適ったものとみなすということが考えられる(受領者の利益となる利用)。それが妥当でないならば、錯誤の効果と並んで、過責、原因付与、信頼の諸要因が決定的作用をする。それ故雇主は、錯誤があっても法律行為上の意思表示に関する責任と同じ責任を負うべきであり、更に労働者に責任がない場合には、ドイツ民法122条によって労働者

(60) Vgl. §§ 168 Abs. 2, 336 Abs. 1 HGB.

(61) Vgl. § 721 BGB, § 1193 ABGB.

に信頼利益の損害を賠償しなければならぬ⁽⁶²⁾。結局給付された労務について有効な契約を認めることと、労働者の請求を信頼利益の損害の賠償に制限することとの間に、労務に対し相当な対価を与えることを第三の方法として提唱する。つまり錯誤も給付が利得にならなくても、相当な対価を支払わねばならない。また従属的労働 (*abhängige Arbeit*) については、更に社会的保護という観点がつけ加えられる。この観点からすれば、契約締結の際生じた雇主の錯誤について、労働者に責任がなく且つ錯誤を知らなかった場合には、なされた給付について、労働者のために高い対価を認めることが正当とされる⁽⁶³⁾。そして事情によっては、ドイツ民法⁽⁶⁴⁾139条と⁽⁶⁵⁾157条を援用して法律行為の要素を優越的にはたらかせて、合意に従って履行された契約を処理することができると主張している。

注意義務については次のようにのべている。契約的に給付を調整することに対応して、「事実的契約」では、当事者間に注意義務と誠実義務 (*Pflichten zur Fürsorge und Treue*) が生じる。これらの義務は信頼関係から生ずるものであるが、当該権利関係から生ずる危険にも左右される。これらの義務を認める目的は法益の保護ということにある。更に、生じた信頼の保護の必要性と、他人の危険における行為が許されるということに対応して、更に広い利益 (例えば伝播した業務上の秘密) の保護と、注意して給付する責任とを認めることが正当とされる。義務の尺度としては、危険にされた利益の保護価値、危険の程度、義務負担の期待可能性が重要である。その際好意的行為については、注意義務の軽減が正当とされる。バイツケがドイツ民法⁽⁶⁶⁾690条の類推適用を提案しているのは適切⁽⁶⁷⁾

(62) この点オーストリア民法871条は、錯誤が相手方にもある場合、錯誤を相手方が誘発したり、適時に明らかにする場合にのみ、錯誤を理由とする取消を認めている。しかしヴィルブルグは、錯誤を適時に明らかにするといっても、命ぜられた労働者が給付を履行してしまった限りでは除外すべきだとする。又本条の意味での他の取消権が存在しない場合には、契約は少なくとも実行された部分については有効となり、錯誤のある注文者も合意された対価を支払う義務があるとする。Wilburg, AcP, S. 377.

(63) Vgl. Wilburg, AcP, S. 377, Fussn. 121.

(64) 「法律行為の一部が無効なる場合に於て、無効なる部分なしとするも其の行為の為されたるべきことの認むべからざる限り、全体の法律行為は之を無効とす」 (§ 139 BGB)

(65) 「契約は、取引の慣習を考慮し信義誠実の要求に従いて之を解釈することを要す」 (§ 157 BGB).

(66) 「無償にて保管を引受けたるときは、受寄者は、自己の事務に於て用うるを常とする注意に付てのみ其の責に任ず」 (§ 690 BGB).

(67) Wilburg, AcP, S. 378, Fussn. 124; Vgl. Beitzke, MDR 1958, 386.

である。この見解が正当なことは、乗客自身は負傷せずに乗客の携帯物が損傷した場合に特に証明される。これに反し有償の給付の場合はもっと強い尺度に従わされる。そして相互の権利と義務は、契約によると他の根拠によるとを問わず平衡的であることを要求される。また事実的労働関係若しくは組合関係においても、相応する法律的契約関係から生ずるのと同様の注意義務が、信頼関係と、他人の若しくは共同の危険を生ずる行為が許されることと対応して生ずる。特に人的結合関係は高められた誠実義務を生じさせるのであ⁽⁶⁸⁾って、例えばこのことは、フーエックが主張する如く、組合契約が、当事者が欲した事実的共同体によって取消し得べき場合にも理由づけられる。労働関係については、労働者を雇用する企業者の注意義務が、締結された契約の有効性とは無関係に生ずる。行為無能力と意思の欠缺は、これらの義務についても影響を及ぼすことがある。この場合事務管理について前に類似の説明をした如く、法律効果の相互的調整について考察がなされるべきであるといっている。

以上でヴィルブルグの本論は終るが、次に内容に関して幾つかの問題点と私見をまとめて結びとしたい。

4. 若干の問題点

(1) 不当利得返還請求権と物権的請求権について

ドイツ、フランスでは、両者の関係を不当利得返還請求権の補助性的の問題（他の請求権を以て満足を得られない場合のみ補助的に不当利得返還請求権が認められるに止まるかという問題）として論じ、ドイツ及びフランスの通説及び判例は補助性を強調するようである。⁽⁷⁰⁾日本では、盗人が他人の物を占有するとか、無効な売買契約に基づいて買主が目的物を占有する場合のように、利得者が所有権を取得していないときは、利得の対象がない

(68) 但しドイツ民法708条によれば、過失についての組合員の責任は、具体的過失（自己の事務に於て用うるを常とする注意義務の違反）に制限されている。また判例では、危険性のある仕事での軽過失については、労働者の責任がしばしば軽減されている。*Wilburg, AcP, S. 378, Fussn. 126.*

(69) *Wilburg, AcP, S. 379; Vgl. Hueck, AcP, 149, S. 20f.*

(70) 谷口「不当利得の研究」10頁、31頁。川村「返還されるべき利得の範囲(5)」（判例評論67号）17頁。但し松坂「事務管理・不当利得」（法律学全集）43頁注(→)参照。

から不当利得返還請求権が成立する余地なく、もし取得しておれば所有物返還請求権は成立し得ず、この場合に初めて不当利得返還請求権が生ずると一般に解されているようである。⁽⁷¹⁾ 例えば鳩山博士は、法律行為によって財産上の出捐がなされる場合、有因行為に原因を欠くときは法律行為が全部無効となり、何等利得は残存しないので不当利得返還請求権は生ずる余地なく、無因行為に原因を欠く場合にのみ、譲渡された所有権、債権等が譲受人に残存するが故に不当利得返還請求権を生ずるとしている。⁽⁷²⁾ これに対し我妻博士、松坂教授は、利得者が本権を取得しなくても占有を有する以上なお利得があるとして占有の不当利得返還請求権を認め、その結果所有物返還請求権との競合を是認する。たゞ原物の返還という形で調整がなされるときは物権的請求権の制度に服し、⁽⁷³⁾ 価格の返還という形で為される場合に不当利得一般の法則に服すべきものとする。⁽⁷⁴⁾

従来のような考えに対し類型論の立場から、川村教授は次のような構成を主張する。「給付による利得については、給付利得返還請求権（不当利得返還請求権）が所有権に基づく返還請求権を排除する（前者のみが成立する）。それは契約が所有者の法的地位を変えるからである。つまり一方で契約締結前にあった両当事者の所有権の自由（所有者としての私的意思）が契約（社会的意思）によって否定され、他方でそのような否定を媒介として、所有・非所有の対抗関係が少なくとも契約当事者間では、契約において確保された諸利益相互の具体的な且つ積極的な対抗関係へ止揚されるからである。（これが『契約は拘束する』ということの意味である）。それ故契約上の債務は、物権法の次元でも所有者＝契約当事者を拘束する。そしてそのことは、所有者の地位に具体的な内容を与えるところの債権関係が無効の場合にも妥当すべきである。『占有の不当利得』は、類型論の下では、給付の内容がもっぱら占有の引渡に存する場合だけ、給付による占有の不当利得すなわち占有の『給付利得』として肯定されるに止まる。一方契約を媒介としない所有者対占有者の関係は、所有者と占有者の関係に関する規定によって⁽⁷⁵⁾ 処理される。つまり両者の関係は、もっぱら所有権に基づく返還請求権およびこれに関連した規定に服する。しかし占有者が

(71) 松坂、前掲書42頁参照。

(72) 鳩山「日本債権法各論下巻」802頁—803頁。

(73) 民法189条—191条、196条。なおドイツ民法985条以下参照。

(74) 我妻「事務管理・不当利得・不法行為」（新法学全集）37頁—39頁。松坂、前掲書42頁—43頁。

(75) 上掲注(73)参照。

その物を消費したり、加工したり、譲渡したりした場合（原物による返還不能の意か）には、代って『他人の財貨からの利得返還請求権（不当利得返還請求権）』が登場する。尤も収益の返還に関しては、所有権に基づく返還請求権の特別規定が一般的な不当利得法を排除する。不当利得返還請求権が、『給付利得返還請求権』と『他人の財貨からの利得返還請求権』とに分化するのは、近代法における所有権と契約＝債権との分離、独立に対応するものであり、所有者対非所有者の裸の対抗関係（所有権の排他性絶対性として扱えられる）と契約当事者間の具体的緊張対抗関係との関連と分化に対応するものである。そして類型論による理論構成は、物権変動を無因的に構成するか有因的に構成するかの差異を超えて近代法一般について妥当する⁽⁷⁶⁾と。

思うに先ず、利得の不当性の根拠を具体的類型的に把握するのが実体的にも解釈論的にも妥当なことを是認すべきである。そして「給付による利得」については、当事者は契約的關係にあること、契約締結時の当事者の意思に反しないこと、第三者に直接の影響はないことから、川村教授のいう給付利得返還請求権（不当利得返還請求権）が物権的請求権を排除するという見解に賛成する。他方「その他の方法による利得」については、契約に基づく給付行為がなく、所有者と第三者との関係であるから、原則として（原物で返還可能な場合）物権的請求権により、原物による返還が不可能な場合は、不当利得返還請求権（価格返還）により処理するのがよいと思う。ウィルブルクは両請求権の関係について引用論文には説明していないが、論理的に同じ考えだと思われる。

(2) 調整請求権について

ウィルブルクがこの請求権を提唱したのは不当利得返還請求権の分析に基づいてであった。川村教授は、類型化の徹底を期し請求権の分化を主張しているが、清算の過程については十分な説明をされていない。請求権の分化に伴って清算方法を異にすべき理由と実益があれば、利得の不当性の根拠と清算について一貫した理論構成をするのが論理的である。しかしそれがなければ、論理よりも妥当な清算ということが重視されるべきである。それ故解決の結果において両類型に共通する基準があれば統一されてもよいと思う。ヴィ

(76) 以上、川村「返還さるべき利得の範囲(5)」(判例評論67号)19頁—21頁。

ルブルクが調整請求権を提唱するに至った主たるポイントは不当利得の清算方法であった。原物で返還し得ない利得については、いずれの説によろうと価格による清算に移行する。その際「給付による利得」は、契約が先行するから、その清算ももとの契約内容に即して行なうべきである。「その他の方法による利得」についても、給付による利得の場合との均衡からいって、通常の契約で示される額とすべきである。そうすると通常の契約内容に相当の対価という共通の基準が立てられても理由があるといえる。また不当利得についての「成果に寄与した価値に応じた配分」という統一命題も、責任の衡平な配分という実質の意味がある。なお労力については原物返還ということはありませんので、調整請求権の内容としての対価の支払という方法になる。その際評価の対象は、労力によって生じた具体的な価値なのか、それとも消費された労力そのものなのかを問題にすべきではないだろうか。労力も所有権と同じ評価を受けるべきだとすると、後者と解すべきであると思う。結局問題は調整請求権を理由づける危険転嫁の要因である。ウィルブルクは決定的要因として「侵害の意識」という主観的要因をあげるが、訴訟の観点からいって立証の点で困難が予想される。尤も「利益となる利用」という客観的要因をその補充として指摘するので、一応その難点は避けられよう。しかし錯誤や行為能力の欠缺の場合（前述第一、第三の要因に共通する）には、第二の要因による客観的評価にかからせ、この点さえ認定されれば錯誤などは問題にしないのであるから、むしろ客観的要因を主要因と考えてもよいと思う。解決を契約類似的にするために意思を前面に出したのかもしれないが、結局第二の要因が決め手になっているように感じられる。またその場合「利益となる」というのは、客観性において典型的類型的な基準があるかどうかの問題となるであろう。更に前述の四つの要因が、それだけで理論的基礎づけに十分なものなのか、また不当利得制度を越えて他の制度に及びうるものなのかは、更に詳細に検討して判断しなければならないだろう。

(3) 事務管理について

事務管理者の費用賠償請求権を、本人の利益を生じさせたことに対する対価請求権だとすると、事務管理者の才能のために利益が増加される場合は、利益そのものは制度上本人に帰属するとしても、それに対応して対価の内容は増加させるべきである。そうすること

が寄与した価値に応じた配分という前提にも一致すると思う。

(4) 事実的契約関係について

ヴィルブルクは、契約関係を認める（擬制する）努力をするよりも、危険転嫁的要因に基づく調整請求権を認めて財産移動を調整すれば足るというようである。そこに利得や損失という概念を没価値化した意味もあるようである。しかし調整の内容を契約類似的にするのに「意思」を一応問題にした点に困難が予想される。要は衡平な清算ということであるから、客観的評価基準による処理方法が考えられてもよいと思われる。しかしこの事実的契約関係の問題については論点を十分に把握していないので、機を改めて一考してみたいと思う。

— 了 —