

1 不当利得：状況の概観

I. 前提問題

「不当利得 Unjustified enrichment」。この表現は謎めいている。同じテーマについて用いられる「不当利得 unjust enrichment」や「原状回復 restitution」という別の用語も同様である。何が利得でどういう場合にそれが不当とされるのか。何らかのものが不当利得となる、とか、利得が不当であるから利得は正当に権利を有する者に返還 return、復元 restore 又は譲渡 make over されなければならないなどと述べるのは単なる結論にすぎない。この結論には、規範的な論拠による支持が必要である。だがどういう種類の論拠なのだろうか。

昔ローマの法学者ポンポニウス Pomponius は現在有名になっている次のような句を書いた。「自然法によれば、何人も他人の損失によって不当に利得してはならないというのが衡平である *nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem*」²。ポンポニウスの法格言は利得責任の鍵となる要素を要約している。すなわち、利得があり、それが不当で、原告の損失による *at the expense* というものである。しかし、それは現代の法体系が直面する問題、すなわち、不当利得法の諸原理を明確でありながら過度に広くならないように定式化するという問題をも示している。

疑いもなく、ポンポニウスの定式は、古典期ローマ法の問題としてみるとあまりに広すぎる。多くの事例では、不当利得の保持が許された。土地の善意占有者が土地を改良したが後に真の所有者から立ち退かされた場合の費用償還請求権は、その明らかな例である。占有者には、占有を続けている限り、真の所有者の請求に対する抗弁（悪意の抗弁 *exceptio doli*）があるが、占有を失うと権利も失った。

- 4 たたとえば、ドイツ民法第 812 条第 1 項第 1 文は「法律上の原因なく他人の給付又はその他の方法によってその他人の損失によりあるものを取得する者は、その他人に対して返還義務を負う。」³と定めているが、ここに規定された不当利得の一般原則との関係でも、同じような問題が生じる。この定式もまた、あまりに広すぎる。すなわち、ある人が法律上の原因なしに (*ohne rechtlichen Grund*) 他人の給付又はその他の方法によって他人の損失による結果として得ているものすべてが返還請求できる、というわけではないのである。とりわけヴァルター・ヴィルブルク Walter Wilburg とエルンスト・フォン・ケメラー Ernst von Caemmerer によって成し遂げられたドイツ法学の成果は、原告が実際に勝訴する事例で一般原則に当てはまるものを特定したことである。ドイツ民法第 812 条第 1 項第 1 文の文言から特定される 4 つの類型が現在広く受け入れられている。すなわち(i)原告が被告に給付 (*Leistung*) を行ったがそれに法的な根拠が欠けていた場合、(ii)原告が被告の財産を侵害した場合 (*Eingriff*)。 (iii)原告が被告の財産を改良するのに費用を支出した場合 (*Verwendungen*)。 (iv)原

1 後掲デイガン論文 360 頁を参照。

2 D.50, 17, 206, Pomp.9 *ex vartis lectionibus*。わずかに短いものが D.12, 6, 14 Pomp. 21 *ad Sabinum* にもある。

3 'Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.'

告が被告の債務を弁済した場合 (*Rückgriff*)。ドイツ法は、それゆえ、利得が生じる特定の状況のみに対応するように、その広い原則を洗練し制限しているのである。この 4 類型のうち、最初の類型が「給付により (*durch die Leistung*)」という文言を根拠とするのに対して、残りの 3 類型は、「その他の方法による (*in sonstiger Weise*)」利得の下位類型である。(ii)の類型が違法な行為による利得の事例を含むことは強調するに値する。明らかに、違法行為が含まれない場合に払われるべき考慮とは異なる考慮がこの場合には生じるかもしれないからである。

英米法、とりわけイギリス法において顕著な成果は、ほぼ正反対である。それは現存する諸原理を類型へと精錬する問題ではなかった。問題は、膨大な判例の蓄積からおよそ何らかの原則が抽出できるか、であった。この挑戦は、最初にロバート・ゴフ Robert Goff とガレス・ジョーンズ Gareth Jones、次いで (より理論的な方法で) ピーター・バークス Peter Birks、より最近ではアンドリュー・バローズ Andrew Burrows とグラハム・ヴァーゴウ Graham Virgo によって敢行されている。これらの学者の分析や表現は多くの点で異なっているが、今の目的に即して、バークスのとる方法を考察すれば足りる。バークスは違法行為による利得 (被告が原告に対する違法行為を犯したことで自ら利得する場合) と「控去による by subtraction」利得を基本的に区別している。後者は、原告が被告の得たものを失う場合であるという。控去による利得の領域では、原告は、最初に、被告の利得が原告の損失に基づくことを証明しなければならない。次いで原告は、利得を生じる状況においては利得が「不当 unjust」となることを証明しなければならない。それゆえバークスは、原状回復を支える「不当性要素 unjust factors」の一覧表を作ろうと試みているのである。この不当性要素には、錯誤 mistake、不知 ignorance、強迫 duress、搾取 exploitation、強制的推定 legal compulsion、緊急避難 necessity、約因の滅失 failure of consideration、違法性 illegality、無能力 incapacity、公的機関の権限を逸脱した請求 ultra vires demands of public authorities、原告の同意を欠く原告の財産の保持 retention of plaintiff's property without his consent が含まれる。

これはドイツ法の体系化とはまったく異なるレベルの体系化を目指す試みであることがすぐにわかるであろう。この理由は明らかである。[ドイツ法と英米法の] 2 つの体系は、まったく異なる観点から出発しているからである。ドイツ法の観念では、法律上の原因なく行われた金銭の支払いその他 (非金銭債務の) 履行は、抗弁には服するが回復が可能である。イギリス法の観念は、これとは異なり、原告が支払の回復の理由を立証できて初めて支払は回復できるものとなる。たとえば、存在しない債務の弁済のために金銭が支払われた場合、ドイツ法は、支払が回復可能であると推定する (存在しない債務は受領者が支払を保持する原因となりえないからである)。法律上の原因が欠けるゆえに支払った金銭は返還されなければならないのである。これと対照的に、イギリス法は、原告が、たとえば錯誤によって

4 R. Goff and G. H. Jones, *The Law of Restitution* (1st edn. 1966, 5th edn, 1998).

5 P. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* (1985, revised edn, 1989).

6 A. Burrows, *The Law of Restitution* (1993).

7 G. Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (1999).

8 Birks, *Introduction*, 99 ff., 313ff.

支払ったという理由で、なぜ自分が払戻しを請求できるのかを正当化しようとする。言い換えれば、ドイツ法の問題処理方法は客観的で、イギリス法は（おおむね）主観的である。

成熟した法体系において期待される（おそらく希望される）であろうように、この2つの異なる問題処理方法の理論的根拠は、異論のないものではなくなっている。ドイツの体系はあまりに抽象的であり、単一の概念である「給付 transfer」(Leistung)をそのように徹底して使用し、そのように法学的な微妙な意味合いを付与することは、混乱どころか歪曲の危険を生じると考える者もいる。¹⁰ 故デトレフ・ケーニヒ Detref König 教授は自らの関心を表明して述べた。「用語法が混乱しており、ほぼすべての命題に論争があり、些細な問題の解決が次第により複雑化して、見通しが欠けるという重大な危険がある」¹¹。他方で、不当性要素に関するイギリス法の体系は、乱雑、過度に複雑、網羅的でない（まだ確認されていない新しい不当性要素が認められるかもしれないからである）、他の法領域を不必要に繰り返しているなどの批判にさらされている。¹²

こうした背景に鑑みて、現在のこの報告書の元となった会議の目的は、単一の正しい答えを求めようというものではない。会議の目的は、利得法における普遍的な意義といった聖杯のようなものの探求をさらに突き進めようというものでもない。むしろ、大陸法と英米法が、同じ問題に対して、実際どの程度同じ結論に辿り着き、どの程度異なる解決をしているのか、目的地が同じであるとしても、双方の理論的な経路にどの程度の異同があるかを理解するというのが、目的の一部である。また、著しく異なる視点から、大陸法と英米法が、相互を解明して、知られている問題点や欠陥に別の解決や問題処理方法を示唆しうるかどうかも目的の一部である。さらに、この問題を混合法体系がどう扱っているのかを調べることに興味がある。とりわけスコットランドの場合がこの例で、スコットランドでは、不当利得法がどう構成されているか、また、どう構成されるべきかにつき活発な議論がある。

こうした多様な問題を検討するために、かなり包括的な不当利得法の扱いに着手することが必要と思われた。このことを心に留めて、我々は2人の報告者に同じテーマについての報告を求め、いずれも比較法的観点からではあるが、1人は英米法体系を代表し、もう1人は大陸法体系か混合法体系を代表するものとした。この作業を何らかの体系的な方法で行うことは不可能であった。それで、「英米法」とか「大陸法」とは言うものの、アメリカ合衆国法とイギリス法がまったく同じだと言っているのではないし、フランス法とドイツ法に重要な違いが見られないというのでもない。もとより、多様な大陸法諸国の法体系は、とくに所有権移転の問題の処理方法が無因か有因かという違いゆえに、お互いに重要な観点で異なっている。¹³ 我々が求めたのは、個別論題のそれぞれについて、通常は2つの

9 公共機関による権限を逸脱した請求に応えた支払の回復は、回復の客観的な理由の一例である。

10 B.Kupisch, 'Rechtspositivismus im Bereicherungsrecht', 1997 JZ 213. 後掲ヴィッサー論文 527-8 頁を参照。

11 *Ungerechtfertigte Bereicherung: Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht* (1985), 15-16.

12 たとえば、R. Zimmermann, 'Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach', (1995) 15 *Oxford JLS* 403, 416 を参照。

13 後掲デュ・プレシス論文 194-5 頁を参照。

異なる法的伝統と考えられてきたものの双方を継承する者からの観点を得ようと努めたことに尽きる。本書において強調したことは、報告者自身の経歴に依るが、主としてイギリス法、ドイツ法及びスコットランド法に関するが、フランス法、オランダ法、イスラエル法及びアメリカ合衆国の連邦法・各州法にも注意を払った点がある。

7 こういうふうにより不当利得に注意を向けることは、とくにヨーロッパ私法の登場可能性に関する現在の関心ゆえに、我々にとって適切であったと思われる。これには「制度的」局面が存在するが——とりわけ、ヨーロッパ連合理事会指令、ヨーロッパ共同体裁判所の判決及び国際物品売買契約に関する国際連合条約等の条約からも生じているが——ヨーロッパの法がつねに司法・立法・学者の共同作業によって形成されてきたことを心に留めておくことがなほ重要である¹⁵。

共同体内部では、まず、共通市場という観念に鼓舞されて、契約法が、国境を越えた法準則の探求に影響された私法の最初の領域となる運命にあった。このことは、現代の各国の法体系の準則を、ヨーロッパ共通のテーマに関する地域的な変形として扱う最近の教科書、のみならず、実際にヨーロッパ契約法を再叙述した**ヨーロッパ契約法原則**やトレントのコモン・コア計画の関心事にも反映している¹⁶。しかしながら、契約責任は、不法行為責任と密接に関係し、両制度は、同一の事実に適用されうる。これらの準則は、相互に上手に組み合わせられなければならない。それゆえ、すぐに、不法行為法の中で、共通の準則、諸原則及び共通の枠組みを確定しようという試みに注意が向いたのは、論理的であった¹⁷。

契約・不法行為と並んで、不当利得は、現在では、債権・債務の独立の発生原因であることが認められており¹⁸、また、契約法・不法行為法と密接な関係があるので、不当利得法の共通原則を考え始めることには意義がある。すでにこれを行った先行業績がある。さらに、ヨーロッパにおける原状回復法と不当利得法に関するペーター・シュレヒトリーム Peter Schlechtriem の比較法の専門書の第1巻が、ちょうど出版されるところである。また、不当利得は、クリスチャン・フォン・パール Christien von Bar の野心的なヨーロッパ民法

14 たとえば、Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink et al. (eds.), *Towards a European Civil Code* (2nd edn, 1998), Peter-Christian Müller-Graff (ed.), *Gemeinsames Privatrecht in den Europäischen Gemeinschaften* (2nd edn, 1999)を参照。

15 R.C. van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors* (1987)を参照。

16 H. Kötz, *European Contract Law* (trans. T. Weir, 1997), vol.I; O. Lamd and H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law: Part I and II* (2000). *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (1994)も参照。トレントのコモン・コア計画からは、R. Zimmermann and S. Whittaker (eds.), *Good Faith in European Contract Law* (2000); J. Gordley (ed.), *The Enforceability of Promises in European Contract Law* (2001)を参照。

17 C. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. I (1998), vol. II (2000); J. Spier and O. A. Haazen, 'The European Group on Tort Law ("Tilburg Group") and the European Principles of Tort Law', (1999) 7 ZEuP 469 (この計画の範囲内ですでに出版されている本の一覧を含む)。

18 後述第II節を参照。

19 R. Russell (ed.), *Unjustified Enrichment: A Comparative Study of the Law of Restitution* (1996); E. Clive, 'Restitution and Unjustified Enrichment', in: Hartkamp and Hesselink, *European Civil Code*, 383 ff.

典計画にも含まれることになっている。²⁰ それにもかかわらず、本書の元となった会議において目的としたのは、これまで行われてきたよりもより体系的・比較法的な不当利得法の議論であった。それは本書の目的でもある。

会議の始まりも終わりも、次のような一般的な諸問題であった。[不当利得]法を最もよく理解するための焦点となるのは、原状回復の一般的な根拠か、それとも、一連の特定の要素か。不当利得の内容を構造化することを最もよく解明する方法は何か。2つの対極にあるものの間で、2日間、不当利得の問題が生じる中心的な場面に関心が向けられた。すなわち、約因の滅失、詐欺と強迫、改良、他人の債務の弁済、他人の権利の侵害、三当事者関係の事件、状態の変更と違法性の抗弁、最後に、財産権的な救済手段によって不当利得を矯正するとの問題であった。この序章では、中心問題が示しうる方向性についての若干考察を含め、わずかだが中心問題の最低限の概観以上のことを試みる。

II. 小史

ローマ法とその一般的諸原則を採用した法体系は、債務法の内部に、契約法とも不法行為法ともまったく異なる領域があることを疑わなかったが、不当利得法はそのような領域の1つであった。このことは少なくとも2世紀の法律学者ガイウス Gaius にまで遡る。ガイウスは、債務を契約、不法行為、その他の方法で生じると分類した。²¹ およそ4世紀の後、ユスチニアヌスの法学提要は、すべての債務を、契約から生じるもの、不法行為から生じるもの、あたかも契約から生じるごときもの（準契約 *quasi ex contractu*）、²² あたかも不法行為から生じるごときもの（準不法行為 *quasi ex maleficio*）に分けた。不当利得から生じる債務は、とりわけ「あたかも契約から生じるごときもの」であり、疑いなく、違法行為と類する要素を持たない一方、契約に密接に類似していることを基礎としている。²³ この分類法がローマ時代に遡る一方、不当利得を契約や不法行為と同じレベルの債務の法的分類にまで高めたのは、16世紀の後期スコラ哲学者の功績とするのが正しい。²⁴

これと対照的に、比較的最近に至るまでイギリス法は、不当利得²⁵に関係する法の観念を外国産のものと考えていた。Orakpo v. Manson Investments Ltd.事件でディプロック Diplock 判事は、次のように述べた。「イギリス法では一般的な不当利得原理は認められていない。一般的な不当利得原理が行うことは、大陸法に基づく法体系において不当利得として分類

20 P. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa: Eine rechtsvergleichende Darstellung* (2000). ヨーロッパ民法典計画については、Christien von Bar, 'The Study Group on a European Civil Code', in: P. Gottowalt, E. Jayme and D. Schwab (eds.), *Festschrift für Dieter Heinrich* (2000), 1 を参照。

21 Gaius, D. 44, 7, 1 pr. ラテン語はどちらかといえば不明瞭である。「原因の各種の形態に基づく…… *proprio quodam iure ex variis causarum figuris*」。

22 Justinian, *Institutes*, III, 13, 2.

23 とりわけ錯誤に基づく金銭消費貸借や支払い。Gaius, *Institutions*, III, 91 を参照。

24 とりわけ、J. Gordley の業績、たとえば、'The Purpose of Awarding Restitutionary Damages', (2000) 1 *Theoretical Inquiries in Law* 39, 40 を参照。さらに、'The Principles against Unjustified Enrichment', in: *Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz* (2000), 213, 215 ff. をも参照。

25 [1978] AC 95 at 104.

されうる特定の事件で、特定の救済を与えることである」。しかし、それ以降、事態は良い方向に向かっている。その証拠として、*Banque Financière de la Cité v. Parc (Battersea) Ltd.* 事件でのスタイン Steyn 判事の次の発言がある。「不当利得は、債権債務の独立の発生原因（として）、契約と不法行為の次に債務法の一部に位置づけられる。」

Ⅲ. 境界紛争

債務法の独立した分野としての不当利得の地位が今や確実になったとして、その領域の範囲は正確にどうなのか。問題は、財産権法に対するように、債務法の他の分野に対してその領域の境界線を引くという問題である。²⁷ 2つの中心的な問題が生じているように思われる。第1は、少なくとも法の異なる諸原理に基づく請求権の競合に支障はないとする法体系もあるので、どのような問題が正確に法のそれぞれの領域に正しく含まれることになるのかという問題である。第2は、原状回復の基準の意義についてである。

第2の問題については、その位置づけは次のようであると思われる。すなわち、不当利得に基づく救済は、被告が利得した量を被告から返還させることであり、原告が被った損失の量ではない。逆は必ずしも当然ではない。すなわち、被告の利得量を基準とする救済は、不当利得に基づくものに違いない、とは言えないのである。請求権の基準が被告の利得となっている（おそらく例外的な）事例が他の法領域にも存在するからである。

1. 契約

イギリス法は、伝統的に、契約関係にある当事者に対する不当利得を理由とする救済を含んでいるが、そのような救済が得られるためには、その契約は履行が終了していなければならないということが求められた。²⁹ 契約の一方当事者が求められた義務を履行しない場合には、被害当事者の救済は、一般的に契約上の救済である。たとえば、契約違反は、一般に、その特定の契約に即して評価された損害賠償によって是正されるだろう。手短かに言えば、契約違反は違法行為であり、かつ不当利得法の外では是正される違法行為なのである。違法にあるいは不公正条項によって契約を締結させられた場合にも同様のことが妥当するだろう。すなわち、こうした事例は、適切には、契約を無効にするか契約条項のいくつかを強制不可能とすることで解決がされる問題である。同様に、契約が失敗するか目的を達成できない場合、その結果は当該契約を参照することで解決するのが最良の策である。³⁰ 両当事者が両者間に生じうる多様な出来事の危険を配分する契約を締結した場合、契約上の

26 [1999] AC 221 at 227.

27 この点についての貴重なコメントは、*Acta Juridica* 1997 に収録された諸論文と、D. Visser (ed.), *The Limits of the Law of Obligations* (1997)をも参照。

28 たとえば、イギリス法は契約法と不法行為法の請求権競合を認める。*Henderson v. Merrett Syndicates* [1995] 2 AC 145. ドイツ法については、Max Vollkommer in: Othmar Jauernig (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch* (9th edn, 1999), § 241, nn. 14 ff.を参照。

29 後掲ヴァーゴウ論文 109 頁を参照。

30 給付や預託の回復可能性は不当利得法を含む。たとえば、*Dies v. British and International Mining and Finance Corporation Ltd* [1939] 1 KB 724; *Zemhunt (Holdings) Ltd v. Control Securities plc* 1992 SLT 151 を参照。

[危険の] 配分を適用するのが両者にとって公正であり、不当利得法を基礎に危険を再配分するとすれば誤ることになる。こう考えるのが一般的には十分道理にかなっている。不当利得の救済がこの意味で補足的である、ということに意味があるのはこのことゆえである。³¹

損害賠償の基準は、それ自体が契約の問題である。通常、救済は、違法行為を受けた当事者がそうした違法行為が生じなかったら得ていたであろう地位に置く額の損害賠償となるだろう。時には別の損害評価が提案されることもありうる。契約当事者が違反者に対して違反者の利得に相当する金額を得る権利があるかどうかを問うことは、この損害賠償を「原状回復的損害賠償」と表現する者がいるとしても、やはり契約違反の損害賠償法の適切な射程を問うことである。会議の当時、*Attorney-General v. Blake* 事件は貴族院へ上告中であつた。報告書が出版に回った後で判決がなされた。³² この事件は、イギリスの前秘密諜報部員であると同時にロシアの二重スパイであつたジョージ・ブレイクの回想録の出版に関する事件であつたが、回想録の中で、ブレイクは、雇用中に得た公的な情報を雇用期間中も期間終了後も漏らさないというイギリス女王に対する約束に違反した。裁判所はブレイクに支払われるべき印税についての権利を問題にした。女王は財産的な損害を被っていないので、問題はブレイクから利得を剥奪できるかどうかであつた。貴族院は、原状回復的損害賠償が認められる一般的な事情を確定しようとした控訴審判決を破棄した。³³ 「契約違反者に対して利益の吐き出しを求める救済は存在しないという一般的な原則の例外は、せいぜい具体的な事件の審理に基づいて作り出すしかない」³⁴。ブレイク事件に相当に特有の事実に基づいて、貴族院の多数意見は、女王に原状回復的損害賠償請求権を認めたが、ニコルズ Nicholls 判事は、むしろそれを「利益の精算 *account of profits*」とする方がよいとした（救済の記述が示すところでは、多数意見により、おおいに重視された事実は、ブレイクがした約束は信認義務に似ていることであり、その義務の違反は、慣例では、利益の精算の効果を生じることができるものと認められている）。反対意見を述べたホブハウス Hobhouse 判事は、女王の原状回復的損害賠償請求権を否定した。ホブハウス判事はブレイクが利益をあげたことは認めたが、この利益は女王の損失によるものではないし、普通法及び衡平法のいずれにおいても女王の財産権や商業的利益を利用して得られたものではない、と判示した。こうした判示は不当利得法から生じる次のような考え方であると思われる。すなわち、伝統的には、不当利

31 後掲スミス論文 599 頁以下を参照。

32 [2000] 4 All ER 385. ニコルズ判事の発言 (390 頁) とスタイン判事の発言 (403 頁) はともに、当時未公開であつた本書のオサリヴァンの報告書に言及している (*Panatown Ltd v. Alfred McAlpine Construction Ltd* 事件 [2000] 4 All ER 97 at 124 でゴフ判事が言及しているのも同じ報告書である)。

33 後掲オサリヴァン論文 340 頁以下、343 頁以下の批判を参照。

34 スタイン判事の 403 頁の発言。ドイツ法は契約違反の一定の場合に利益吐き出しの救済を認めているが (ドイツ民法 281 条)、この準則を拡張して良いかどうかは現在次第に論争になっている。一方で、Johannes Köndgen, 'Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktion für Vertragsbruch? Fine rechtsvergleichende Analyse', (1992) 56 *RabelZ* 696、他方で Raimund Bollenberger, *Das stellvertretende Commodum: Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen* (1999) を参照。

得法から生じる考慮は、^{コモン・ロー}普通法の範囲内の救済を求める根拠を基礎づける。しかし、裁判所に提出された問題が契約違反を理由とする損害賠償の基準である場合に、こうした考え
12 方が厳格に生じるのか否かはおそらく疑わしい。

しかしながら、これは契約と不当利得間の唯一の境界線問題ではない。たとえばドイツ法は、契約解除後の原状回復に関する規律（民法 346 条以下）が体系的にどちらの分野に属するかにつき長い間悩んできた。国際物品売買契約に関する [国連] 条約（81 条以下）やヨーロッパ契約法原則（9:305 条以下）も、原状回復の規律を含むが、それらは形式上は不当利得法には属さない。

2. 不法行為 delict or tort

たとえば土地を奪ったり知的財産権を侵害するなど、ある人が他人の権利を侵害した場合、生じる救済がどう分類されるかという問題が生じる。ドイツ法では、答えは他人の財産の使用が違法（すなわち過失か故意があること）か否か次第である。故意又は過失があれば、不法行為責任が生じうる。³⁵ 故意も過失もなければ、損害賠償責任は生じないが、なお不当利得法の問題としての責任が生じうる。³⁶ このことは、特定の事件の事実³⁶に左右されるものの、2 つの異なる原則が機能していることを考えるのに役立つ。被告が違法行為を犯したことが証明できれば、その違法行為に対する損害賠償責任が生じうる（その損害は不法行為の規律に沿って評価されることになる）。このこととはまったく別に、被告が原告の財産であるかその財産となるべきものを使用したという明らかな事実が存在する。このこと自体には、何らの違法行為を含む必要がない。責任は、原告に権利のある何かから利益を得ていたという客観的事実だけに基づいて生じる。ホブハウス判事が *Attorney-General v Blake* 事件でいささか異なる文脈で述べたように、原告は、「問題の金銭が原告の財産であったか、それ以外の形で原告がその金銭に権利を有していたということを理由に、その金銭を得るのである」³⁷。

たとえば、他人の土地を誤って改良した事例を取り上げてみよう。この場合には、改良が利得とされうる限りでのみ不当利得の考え方で責任が正当化されるにすぎないことは明らかである。しかし、同様に明白なのは、少なくともアメリカの判例では、責任が利得の額を超える場合があることである。そのような処理がされる限りで、不当利得の返還とは別に何らかの原理が働いているに違いない。³⁸ たとえば、アンドリュー・カル Andrew Kull が示唆するところでは、付加的な責任は過失に根拠を求めざるをえない。それは損害賠償
13 請求であり、不当利得返還請求ではない。

利得返還請求の基準自体が、政策的考慮を反映するものであることにも注意することが必要である。たとえば、被告は、原告の物を使用 use or enjoyment したことの市場価値の責

35 ドイツ民法第 823 条第 1 項、第 687 条第 2 項。これに加えて、利得を基礎とする救済、すなわち侵害利得返還請求権が生じうる。原告はいずれの救済を主張してもかまわない。

36 侵害利得返還請求権となる。ドイツ民法第 812 条第 1 項、第 816 条、第 951 条。

37 409 頁。

38 後述カル論文 380 頁以下を参照。

任を負うかもしれないし、その物から得た収益全部を剥奪されるかもしれない。後者は、
〔違法行為の〕抑止という政策を体現するものであろう。というのは、それによると、被告は原告の財産を使用したことから何らの利益も得ることはできない、という結論になるからである。他方、前者は、必ずしも抑止にはならないだろう。というのは、これによっても、被告は原告の財産を使用したことによる利得全部を必ずしも剥奪されないからである。³⁹

3. 財産権

他人の財産の使用の事例を離れて、財産権が受領者に移転しているとすれば、不当利得に基く救済の問題は、とりわけ重要である。もし給付者に財産権が残っていれば、給付者の救済の中心は明らかに大陸法でいう物権的救済である。たとえば、約因の滅失の事例で不当利得の救済だけが生じうる理由は、約因の滅失それ自体は、一般的に、金銭や物の権原が受領者に移転することを妨げない結果、給付者の物権的請求権がないからである。⁴⁰

大陸法では、給付者にどのような救済が認められるかという問題は、(とりわけ) 特定の法体系が所有権移転について無因・有因のどちらの態度を採るかにかかってくるだろう。明白なことに、その場合に財産権が移転してしまっていれば、不当利得を根拠とする救済の余地だけがあるのに対し、権利移転がなければ、物権的救済と不当利得を根拠とする救済の両方が存在しうる。⁴¹ イギリス法では、財産権を基礎にする所有者の訴訟が当然に不当利得の返還の例と扱われるべきか否かについて、若干の論争がなされてきた。ある見解によれば、財産権の物権的返還請求が実際に不当利得の返還とおよそ何らかの関係を持つことは明白ではなく、これがまったく財産権法の問題であるとするなら、通常のように、被告が原告の損失により不当に利得していることを原告が証明する必要がある、とする理由はない。⁴² 大陸法から見ると、イギリス法では所有物返還請求権 *rei vindicatio* がなく、財産
14 権に衡平法上の権原と普通法上の権原の両方が認められていることで、問題が複雑になっている。いずれにせよ、基本的な問題は、十分認識できる。すなわち、原告は、被告の財産に(普通法上のものであれ衡平法上のものであれ) 財産権的な権利があることを証明できるか、という問題である。「追及 *tracing*」の準則があるというのが、その問題に答えることに当たる。追及は、「原告が自分の財産に属していたものを追いかけて、それを使用したり受領した人を特定し、使用又は受領された(かつ必要ならなお保有されている) その金銭がまさしく原告の財産に代わるものであると評価できるという原告の請求を正当化する[一連の]過程を意味する」。⁴³ 金銭その他の財産が追及されると、原告の適切な救済は(それがあるとして) 何か、という問題が生じよう。追及の準則は、物権的請求権の準則よりどうしても複雑になる。というのは、追及の準則は、原告の原財産のみならず、現在その原財産の価

39 後掲デイガン論文 351 頁を参照。Gordley, 'Purpose'も参照。

40 後掲ヴァーゴウ論文 108 頁を参照。

41 後掲グレットン論文 573 頁を参照。

42 最近の議論については、Virgo, *Principles*, 592ff.を参照。

43 *Boscawen v. Bajwa* [1996] 1 WLR 328, 334 per Millett LJ.

値に代わるものが何かを確認することに関係するからである。しかしながら、こうした非常に重要な違いがあるものの、——原告が被告の財産に物権的な権利を有していることを証明するという——目的は、英米法の場合と同様に大陸法でも明白であると言える。

IV. 利得返還を生じる諸事情

1. 給付利得を含む場合

給付による利得に対する大陸法と英米法の問題処理方法の大きな分岐は、すでに前に示したように、伝統的な大陸法の問題処理方法と、ずっと最近になって発展したイギリス法の問題処理方法の違いである。伝統的な大陸法の問題処理方法が、給付の保持の法律上の原因があるかないかに焦点を置くのに対し、イギリス法の問題処理方法は、原告の請求を理由づける特定の「不当性要素」もしくは原状回復の根拠を原告が証明するよう求める。

「不当性要素」を使う問題処理の説得力は、イギリスの裁判所の多くの判決によって揺らいできている。長い間争われてきた金利スワップ訴訟の最近の事件を眺めれば、それだけで十分である。金利スワップ契約は地方自治体の権限を越えたとした *Hazell v. Hammersmith and Fulham London Borough Council* 事件の貴族院判決以降、⁴⁴ 連合王国では、銀行と地方自治体の間の訴訟の相次ぐ嵐の中で不当利得法の基本問題が取り組まれてきている。

こうした事件がたとえばドイツ法で起こったとすれば、問題は、基礎にある契約が有効なのか無効なのかと定式化されたことであろう。契約が無効であれば、給付を保持する契約による給付受領の〔法律上の〕原因がなかった、という結論になるだろう。一定の判決ではイギリスの裁判所の判事たちも、〔給付〕保持の法律上の原因の欠如と相当に似ているように思われる観念である「約因の不存在 *no consideration or absence of consideration*」⁴⁵ に言及していたとはいえ、一般に強調されていたのは、給付の返還を求める原因を原告が証明する必要があるということであった。法律の錯誤が返還請求の十分な理由にはならなかったので、原告は、何らかの別の方法で、とりわけ約因の滅失があったと申し立てることで、自らの請求を分析せざるをえなかった。この問題処理は、法律の錯誤による支払いの返還請求が可能になったことから、もはや必要ではない。⁴⁶ しかし、そうした法の発展は、イギリスの不当利得法の分析枠組みの出現で緊張をもたらした。その理由はいたって単純である。ある人が法に関する主観的な信念により支払いをしたところ、その当時は正しかったが、法宣明説 *declaratory theory* によればその後〔そのような法の理解が〕間違っていたとわかった場合、このような事態を「錯誤」とするのは、きわめて特異な意味の言葉遣いである。⁴⁷ 端的に、受領者に支払いを保持する法律上の原因がないという方が、ずっと率直と思われるだろう。この判決に従う限り、少なくとも、イギリス法においてさえ、強調

44 [1992] 2 AC 1.

45 *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London Borough Council* [1994] 4 All ER 890 at 930 per Hobhouse J; *Guinness Mahon F Co. Ltd v. Kensington and Chelsea Royal London Borough Council* [1999] QB 215.

46 *Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln County Council* [1999] 2 AC 349.

47 後掲マイヤー論文 74 頁を参照。

される点は、支払いをした人の内心から、弁済しようとした債務が有効であったのかどうかという客観的な問題へと移行しうるといえることができる。もしそうだとすれば、これは、「不当性要素の体系の終焉の始まり」⁴⁸と言ってよいだろう。

このことは、さらに、給付を保持する法律上の原因の役割をより一般的に考えることに至る。この問題は、若干の例によって、より先鋭に焦点を当てることができる。

(a) 約因の滅失

何かをすとの約束の代わりにある人に契約上支払いがされたが、実際には約束が実行されなかったとしてみよう。契約は、有効である限り、両当事者の関係を支配する。しかし、契約が無効となれば、不当利得法の問題が生じよう。今一度繰り返すが（ドイツ法を例
16 に取れば）、契約が無効であれば、支払金を保持する原因がなく、それゆえ、不当利得により返還請求ができなければならない。しかしながら、イギリス法では、契約を無効としただけでは、原告の返還請求権は生じず、原告は、依然として、返還請求ができる理由を証明する必要がある。それゆえ、原告が依拠しようとする不当性要素は「約因の滅失」である。伝統的な見解では、滅失は約因全体に及ばなければならない。イギリス法が約因の全体的滅失を一般的に強調するのは、大陸法の仕組み、とりわけ原因 *causa* を「約因 *consideration*」と訳すことに基づくものだと考える理由がある。⁴⁹ ローマ法と大陸法の伝統によれば、その観念は、支払いは何らかの債務を弁済するために行われるというもの（弁済の原因 *solvendi causa*）⁵⁰であり、それゆえにもし債務がなければ、支払いの原因もないことになる。

約因の滅失は全体に及ばなければならないという問題とされるべき要件は、不当な結果を招きうる。それゆえ、イギリスの裁判所は、しかるべき事例では、進んで約因を付随的な利益 *collateral benefit* に分類するか、契約の異なる部分に割り当てて、約因が実際に全体として滅失したとの結論に至ることを可能とし、より満足のできる結果を達成しつつ、理論の統合性を維持する。⁵¹

現在広く受け入れられているところによると、約因の全体的滅失を強調した結果として生じていた事例の分析の不自然さを避けるため、約因の部分的な滅失を返還請求の根拠と認めることが、きわめて道理にかなうであろう。⁵² 見返りとして何かを受領することを期待して被告に利益を給付し、かつその期待が完全には叶えられなかった場合には、つねに、被告〔原文の *claimant* は *defendant* の誤記だろう〕への反対給付の原状回復に服しつつ、原状回復請求をすることができる、⁵³ というのがその帰結となる。この展開の結果、〔イギリス〕法は、大陸法の問題処理方法といっそう似たものとなるだろう。すなわち、原告が取引を

48 後掲クレプス論文 76 頁を参照。

49 後掲エヴァンズ・ジョーンズとクルーズの論文 131 頁以下を参照。

50 R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990), 748 ff.

51 後掲ヴァーゴウ論文 112 頁以下を参照。

52 後掲ヴァーゴウ論文 116 頁以下を参照。

53 後掲ヴァーゴウ論文 118 頁以下を参照。

したもののすべてを受領しておらず、契約が解除されたとすれば、被告が受領したものを保持する法律上の原因はない、というである。

(b) 錯誤

不当利得法では、焦点は、いつも法的責任についての錯誤にある。しかし、錯誤には他の種類のものもあり、考えられているのがもっぱら支払いを行う人の動機が錯誤していたかどうかだとすると、何らかの支払いや役務の受領者の受領がきわめて不安定になること⁵⁴は明らかである。それゆえ、錯誤の概念を合理的な範囲内にとどめるためには、錯誤が不当利得の目的にとって重要か否かを定める基準を進展させることが必要である。⁵⁴しかし、そのような基準を作り上げることは、必然的に、錯誤で支払いをした者の主観的意図以外の事実を重視する。たとえば、イギリス法において、実際には存在している債務の錯誤による弁済は、原状回復請求権を基礎付けないという事実からも、このことは明らかである。ソニア・マイヤー *Sonia Meier* が論じているとおり、⁵⁵このことは、イギリス法がすでに、とりわけ、支払いを保持する法律上の原因が存在したかどうかという錯誤の基礎となる客観的事実を重視していることを示唆していると思われる。

(c) 詐欺と強迫

伝統的な見解によると、大陸の法体系は、詐欺と強迫を、給付の基礎にある契約が無効となる理由及び給付された財産を保持する原因（もしくはカウサ）とならない理由として扱っている。しかしながら、これでは全体の真実が見えてこないように思われる。

ドイツ法におけるこの問題の処理では、最初の問題は、救済が、受領者への給付 *Leistung* を基礎とするものか、それとも財産の侵害 *Eingriff* を理由とするものか、ということになる。財産が実際に奪われていないと、侵害があるとは言いきれないだろう。このため、詐欺の場合には、もちろんその意思は受領者の詐欺によって取り消されるのではあるけれども、受領者への給付が意思に基づくという方がより道理にかなう。詐欺は、給付の基礎にある取引や契約が無効となりうる根拠として機能し、結果として、その財産を保持する法律上の原因がなくなって、それを原告に返還しなければならないことになる。

強迫の場合には、給付者が実際に給付をする意思であったのかどうかというはるかに複雑な問題を検討する余地がある。考えられる 1 つの問題処理方法は、とにかくローマの法律家のパウルスにならうものである。すなわち、パウルスの説くところによれば、強迫の下でなされた法律行為の意思の強制 *coactus volui* では、無理強いをされたものであっても意思が存在する。⁵⁶この分析によれば、強迫は詐欺と同じように分析されることになる。

英米法の問題処理方法は異なる。契約は強迫や詐欺を理由に無効にしようが、給付者がさらに原状回復請求をどのような不当性要素に基礎づけるかを特定する必要であることが⁵⁶当然視されていることが難点である。多様な可能性がある。とりわけ約因の滅失（給付者は

54 後掲マイヤー論文 46 頁以下を参照。

55 後掲 53-4 頁。

56 D. 4, 2, 21, 5, Paul 11 ad edictum. 他に考えられる議論につき、後掲デュ・プレシス論文 196 頁以下を参照。

交換的に取引した反対給付を受領していない)、錯誤又は不知 *ignorance* である。これが示唆するとみてよいのは、望ましい分析は、契約が無効となれば財産を保持する〔法律上の〕原因がないと単純に言うことであろう。

それでもなお、そのような分析自体が一定の場合には難問に直面する⁵⁷。ドイツ法において、実際に有効な債務の支払いがされたが、それが強制に基くものであった場合を考えてみよう。支払い義務が存在すれば、支払いがされた方法にかかわらず、返還請求の根拠はないように思われる。〔支払いの〕保持には法律上の原因がなお存在するからである。そこで、次のような問題が生じる。その給付が有効な債務に対するものではないとか、その財産が法律上の原因なく保持されていると言うことができないにも拘らず、そこで使われる手段に問題がある場合、救済を与えるべき事情が認められるのではないか、という疑問である。しかしながら、中心問題は、この例が示唆するように、もっぱら法律上の原因という概念による分析は、生じうる問題をすべて尽くしていないのではないか、ということである。

いずれにしても、(たとえば) ドイツ法が法律上の原因の存否以外の事実を重視していないとするのは、誤解を招くであろう。とりわけ、回復の基準と対抗できる抗弁は、それ以外の要素によって影響を受ける⁵⁸。たとえば、被告が〔利得を〕保持する法律上の原因をもたない場合、返還請求の広い原因は制限される結果、(i) 給付義務がないことを原告が知っていた場合には〔非債弁済の〕抗弁が立ち、(ii) 強迫の場合にはその抗弁は立たない。逆に、被告が悪意の場合には、状態の変更の抗弁を申し立てる被告の権利は退けられる。

こうした例が示唆するのは、少なくとも法律の錯誤の場合、「不当性要素」による問題処理方法が若干の難問に直面することである。他方で、抗弁をたてるという問題に関して両当事者の心理状態のような諸要素を適切に考慮するとすれば、法律上の原因がない場合には〔利得の〕保持は認められない、という一般原則は機能しうる。

2. 三当事者関係

「不当利得の事例すべての中でも最も悪名の高い難問」⁵⁹ という三当事者関係の不当利得の表現は、この言葉がしばしば引用されることから明らかなように、この問題に苦闘する者の琴線に激しく触れてきた。難問は、誰が誰の損失で利得しているのかを特定する点にも、不当利得の救済が多様な当事者の間で結ばれた契約上の条項を破壊しないことを保証するようとする点にもある。

(a) 他人の債務の弁済

ドイツ法はこの問題に有用な分析を提供している。もしある人が他人の負う債務を、債務者の指図も事務管理行為をする意図もなく弁済したならば、委任や事務管理により債務者に求償する権利がないことは明らかである⁶⁰。しかしながら、弁済者には債務者に何かを

57 後掲デュ・プレシス論文 213 頁以下を参照。

58 後掲チン・ウィッシュャート論文 192 頁を参照。

59 この句は Zimmermann, *Law of Obligations*, 874 から取ったものである。

60 ドイツ民法第 670 条、第 683 条。

給付しようという意思もない。もちろん債務者の財産への侵害もない。したがって、給付利得にも侵害利得にもなりえない。このため、法は特別の不当利得類型（求償利得 Rückgriffskondition）を認め、これにより、第三者に対する債務から債務者を免責させたことを理由に弁済者は債務者に対して求償をすることができるのである。

最初の問題は、第三者から債権者への弁済により債務者の債務が消滅したかどうかという⁶¹ことになろう。債務が消滅していなければ、債権者が利得することになる。というのは、債権者は、第三者から支払いを受けたのみならず、なお債務者を訴える権利を保有するからである。この場合、債務者の債務を消滅させるために支払いをした第三者は、（イギリス法の問題解決方法によれば）約因の消滅により、（それ以外では）債権者がその支払いを保持する原因をもたないことを根拠に、債権者を訴える権利を取得し⁶²そうである。

債務が消滅するとすれば、第三者は債務者に対してどういう救済を得るのかという問題が生じる。イギリス法では、元の債務が消滅するのは、第三者が債務者のために債務者を免責する意思で行った場合に限られる。第三者が実際に債務者から権限を与えられている必要があるかどうかは、さらに明確ではない。第三者が、債務者に対する請求権を基礎づけるため、「不当性要素」を申し立てることになる。フランス法では、第三者は債権者の権利に代位するが、第三者が債務者のために行為したか、取引上の利益を有していた場合に限られる。そうでなければ、第三者は、債務者に対する独立の求償権⁶³があることを証明しなければならないだろう。

この場合には、多様な法体系で似た政策が見られる。それは、債務者は第三者である新債権者が元の債権者と交代することで不利益を受けないことを保障しようとするものである。たとえば、第三者の登場によって、債務者が元の債権者に対して主張できた抗弁が影響を受けるべきではない。イギリス法は、第三者が債務を弁済できる状況を制限する²⁰という方法を使ってこのことを達成している。フランス法は、第三者を債権者の権利に代位させ、債務者の元々の抗弁を保護することで債務者の利益を保護している。ドイツ法は、債権者に対する債務者の反対債権や抗弁が、第三者の弁済の結果債務者の受ける何らかの利益を減じたり消滅させうる、としている。

(b) その他の事例

同じ観念が、「三当事者関係」とか「間接的」利得と呼ばれうるより広い領域にも見られる。この場合には、ドイツ法は、いわゆるカナリス **Canaris** の原則⁶⁴を採用している。すなわち、各当事者は相手方に対する抗弁を維持しなければならない。各当事者は、他の当事者間の関係から生じる抗弁から守られなければならない。さらに、各当事者は、自らの

61 これがドイツ法の採る立場である（ただし、債務者自身が履行しなければならない場合を除く）。ドイツ民法第 267 条第 1 項。

62 後掲マックイーン論文 469 頁以下を参照。

63 後掲ヴィタッカー論文 439 頁以下を参照。

64 後掲第 19 章を参照。

契約相手方の無資力危険を負担しなければならない、というものである⁶⁵。同様に、イギリス法は、間接的な利得の返還請求は、原告の契約相手方を「飛び越えること leapfrogging」になれば、認められないと主張している。このことにより、ある者の無資力や背信の危険は、その契約相手方に課せられることが保障されるのである。

こうした政策は、[不当] 利得を第三者に訴求することができないとされる事例について、本書で調査した法体系に広く見られる意見の一致を説明するようと思われる。たとえば、建設請負契約の注文者が下請負人が行った仕事で利得をしたとしても、下請負人は不当利得返還請求権を持たず、請負人を相手に契約上の訴えを起さなければならない。また、自動車修理工場に自動車修理費を支払うと考えられた保険会社が支払わないとしても、その自動車修理工場は、自動車の所有者を訴えることができない。

説明がより難しいのは、基礎にある原則とその限界である。この場合につき、ダニエル・ヴィッサー Daniel Visser がまったく正当に強調するように、唯一の正しい答えを求めるのは実りが少なそうであり、こうした複雑な状況に対して単純な問題解決方法に絞るのは（たとえば、ドイツ法の給付）、分析が余りにも複雑になってしまう可能性がある⁶⁸。ヴィッサーはこれに代えて、標準的な問題（被告は利得しているか。利得は正当化できるか。利得は原告の損失に基づいているか）を問うことに加えて、重要な政策的要素を特定し、それぞれの事件に適用するべきである、と提言している。政策的要素には、契約関係の存在、誰が契約を結ぶ危険を負うべきであるかということ、二重請求の回避、契約上の抗弁の維持、受領の安定性、補充性などを含む。

例として、*Barclays Bank Ltd v. W J. Simms Son and Cooke (Southern) Ltd* 事件⁶⁹の事実を取り上げよう。この事件では、銀行の顧客が建設会社のためにその銀行宛に小切手を振り出した。会社の破産管財に従って、顧客は小切手の支払いを止めた。しかし、銀行は錯誤により誤払いをしてしまった。この種の問題に対するドイツの問題解決方法は、小切手による支払いが、2つの異なる債権者・債務者関係（銀行-顧客間と顧客-その債権者間）を[弁済により]免責（する意図で）したか否か、次いで、こうした関係のいずれが無効になったかを確定することである。そのようにする目的は、受領された金額を保持する原因が欠けるのはどこであるかを確認して、利得の存在する者を特定するためである。顧客が建設会社に債務を負っていたことに疑問がなければ、問題は銀行と顧客間にある、ということが示唆されるように思われる。

本件の実際の判決に関する限り、判事が利得にまったく言及せず、支払いが銀行の錯誤（という「不当性要素」）によってなされたことを確認することだけに関心を向けたことは珍

65 たとえば、R. Zimmermann and J. du Plessis, 'Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment', [1994] *Restitution LR* 14, 31-6 を参照。

66 後掲パークス論文 502 頁以下、512 頁以下を参照。

67 ブディエ判決 (Req. 15 June 1892, DP 1892.1.596, note Labbe, S 1893.1.281) に関する一般的な不安と動揺である。

68 後掲ヴィッサー論文 530 頁以下を参照。

69 [1980] 1 QB 677. *Govender v. The Standard Bank of South Africa Ltd* 1984 (4) SA 392 (C) も参照。

しいことである。しかし、受領者（すなわち建設会社）が、すでに終わった仕事の支払いを受けたにすぎない以上に実際に利得していたことは、⁷⁰ けっして明らかではない。もちろん、支払いが（顧客から権限を与えられていなかったために）顧客の債務を免責しなかったとすれば、建設会社は支払いを受け、その債権者（銀行の顧客）に対する請求権を保持していたことであろう、というのには確かである。この限りで、利得と見ることができる。しかし、その小切手の受領者が対価を払い善意であったとすれば、その結論には奇妙な感じが残る。望ましい結論は、⁷¹ 銀行の錯誤による支払いが免責した債務について銀行に代位をさせるというものになる。

3. 給付のない事例

本節でこれまで述べてきた事例はすべて、直接的にせよ間接的にせよ被告に対する給付が存在する事例であった。他人の財産の使用や享受を理由とする請求権の基礎は、第3節で論じられた。他人の財産を誤って改良した場合の問題が残る。

これは、原告から被告への給付がない利得の古典的な例である。その重要点はローマの⁷² 法学者ユリアヌスによって述べられていた。すなわち、ローマ法によれば、土地上の物はすべて付合原則 *doctrine of accessio* により土地の所有者に属するとされた。他人の土地に誤って建物を建てた者は、建築材料が土地に付合すると自動的にその所有権を失う。しかし、
[この場合には] 当事者の一方から他方への給付 (*Leistung*) は存在しない。

利得を基礎とする特別な救済は、改良が生じた方法によって形成されなければならない。すなわち、改良が土地の価格を上昇させたのか。当然に土地の所有者の負担となるはずであった土地の責任を免責することによるのか。それとも、それがなければ土地所有者の負担となるべき出費を前払いしたことによるのかである。⁷³ 難しい事例は最初のものである。土地の価値の増大が土地から分離できないかもしれないからである。

改良の事例は、何が利得となるのかについての基本的な問題を提起する。このことは複数の意味でそうである。(i) 真の土地所有者は建物をまったく欲しがっていないどころか、自分の土地への妨害と見るかもしれない。この土地所有者は利得しているのか。⁷⁴ (ii) 建設費用は建築物の価値を超えることがある。利得の量はどれだけか。(iii) 真の土地所有者は、建物から得たと思われる利得額をまったく支払えないかもしれない。このことは得られる救済に影響するか。

最後の点に関する関心が主たる理由となっているからこそ、イギリス法は原則として錯誤した改良者の請求を拒絶している、といえるかもしれない。しかし、大陸法体系はそうではないし、アメリカ合衆国の連邦法や州法も請求を否定していない。こうした法体系を

70 Kull, 'Rationalizing Restitution', (1995) 83 *California LR* 1191, 1229 ff.

71 前注論文は、アメリカ統一商法典第3章418条と第4章407条を引用する。そのような請求権には、問題の契約において他方当事者に主張されるものすべてを含みうる。

72 D. 12, 6, 33, Julian 39 *digesta*.

73 後掲ヴォルフエ論文411頁以下。

74 問題は、現在、不可解なことに「主観的な価値低下」と表現されることがある。

観察することでわかるのは、請求が原則として認められるが、公平な解決に辿り着くために救済を構成しその適切な範囲を定める際の複雑さである。たとえばドイツ法では（おそらくスコットランド法でも）、改良の性質によって大部分が決まる。改良が善意で行われた場合には、必要費か土地の価値を増加させた支出を理由として補償が認められるが、それ以外の他人のためではない自分のための出費や冗費の支出の補償は認められない⁷⁵。与えられる救済の観点からみると、アメリカ合衆国の判例は、裁判所の非常な柔軟さを示している。すなわち、諸般の事情すべてを考慮して、裁判所は、先取特権 *lien* を与えること、土地の一部分割付与、交換、増加価値の支払いの強制または改良者への未改良の価値を基準⁷⁶とする補償など、いずれによって問題を解決してもよい。

請求権の基準に関する限り、少なくともアメリカ合衆国では、以下のような原則が認められうる。(i) 善意の受領者の責任によってその者を状態を悪化させてはならない。(ii) 善意の受領者の責任は改良を実施した原告のかけた費用を超えてはならない。(iii) 利益を与えるための費用は、それが受領された価値を超える限り、原告の負担となる。ただし、過失に基く調整はこの限りでない。(iv) 悪意の違法行為により利益を得た被告は、請求者の費用に制限されることなく、全利益を吐き出す責任を負う⁷⁷。こうした原則の適用により、改良者の心理状態に見合う適度の保護が可能になる。

V. 抗弁

明らかに、各法体系の〔問題処理の〕妥当性は全体としてのその機能次第である。ドイツ法の非常に広い給付返還の根拠付けが実務において機能しているのは、回復の広範な理由が適用される特定の事件が認められるからというだけではなく、利得返還請求に対する種々の抗弁が存在するからでもある。逆に、イギリス法では、少なくとも最近に至るまで、原告がいずれの事例においても原状回復の根拠の立証責任を負担するという事実により、精巧な抗弁の必要性はずっと少なかった。

異なる法体系が違う経路を辿るとしても、同じ結論に辿り着くことができることは明白である⁷⁸。たとえば、イギリス法では、原告は錯誤を理由に回復を求めうるが、錯誤がなければ請求は認められない。他方、ドイツ法では、錯誤弁済は原則的に回復請求ができる⁷⁹とされる一方、原告の側に錯誤がなければ、被告には抗弁がある。

1. 状態の変更

被告は、利得しているとしても、なお状態の変更の抗弁を申し立てることができる。この抗弁の効果は、原告の回復可能な利得の額を、元々受領されたものから、現在なお利得

75 D. Verse, 'Improvements and Enrichment: A Comparative Analysis', [1998] *Restitution LR* 85; 後掲ヴォルフエ論文 425-6 頁。

76 後掲カル論文 375 頁以下を参照。

77 後掲カル論文 371-2 頁を参照。前掲第Ⅲ章第 2 節も参照。

78 とくに後掲ダンネマン論文 311-12 頁を参照。

79 ドイツ民法第 814 条。

が存する限度へ縮減することである。明らかに、きわめて重要となるのは、被告の側のごういう行動が、意味のある状態の変更になるかを確認することである。たとえば、被告が受領した利得から電気料金を支払ったとしても、電気料金はいずれにしても支払う必要があったのであるから、明らかに、被告は本問題との関係でその状態を変更したことにはな
24 らない。それゆえ、⁸⁰必要なのは、利得を生じた事件と被告が被った損失の間の因果関係を証明することである。たとえば、被告が利得がなければ支出せず、また現在回復できない費用がそうである。

禁反言や人的抗弁の申立て（原告が支払いや履行の受領を被告に故意に信頼させた場合に原告の返還請求の阻却事由となるもの）とは対照的に、この抗弁は、被告が信頼した行動についての原告の悪意や黙認によるものではない。それゆえ [訳注：原告側の主観的態様を問わない因果関係の問題として広く抗弁が認められそうなので、という意味であろう]、この抗弁を適切な範囲内に制限することがとりわけ重要である。このことは、部分的には、⁸¹請求の基礎が本当に不当利得なのかそれともそれ以外の何かなのかを確認する問題である。そのように考える理由は、原告が被告からの返還を求めようとする根拠が、もっぱら被告が原告の財貨から利得していることである場合、被告の現実の利得の範囲はどの程度かを問うことには意味があるからである。⁸² こういう理由は、たとえば、無効を理由として双務契約の「巻戻し」⁸³をする状況では、状態の変更の抗弁を使えることに反対することが可能であるためである。そのような場合には、無効な契約が締結される前の状態を回復すること、要するに、原状回復 *restitutio in integrum* が目的であると主張することが合理的であろう。もはや利得していないとか、それほどは利得していないというこの目的とは無関係の理由の主張を当事者の一方に許せば、この目的は達成できない。

このことを別にして、純粹に不当利得が生じ、それゆえこの抗弁の適用が可能な場合であっても、政策上の理由でこの抗弁を認めるのが不適切な状況が生じうる。損失が生じれば、いずれにせよ明らかなことに、当事者の一方がそれを負担しなければならず、地位の変更 [の抗弁] は、損失の一部を被告が原告に転嫁することになる。それゆえ、不当威圧のような法律の規律の目的が一定の人や階層を保護することであれば、被告に状態の変更の抗弁を許すのは、保護の対象とされた原告に損失を転嫁してしまうことになろう。⁸⁴ それゆえ、この抗弁は、そうした事例では使えないとすべきである。

2. 違法性

25 英米法でも大陸法でも、原告自身の行動の違法性は、原告の請求権を失わせうる。異なる法体系でこの場合に採用されている見解の間には、実際には差がないように思われる。おそらく、この抗弁が、不当利得返還請求の根拠がどのように構成されているかという問

80 R. Nolan, 'Change of Position', in: P. Birks (ed.), *Laundering and Tracing* (1995), 135, 145 ff.

81 後掲ゴードレイ論文 229 頁以下を参照。

82 後掲ゴードレイ論文 239 頁以下を参照。

83 後掲ヘレヴェーゲ論文 284 頁以下を参照。

84 後掲チン・ウィッシュャート論文 170-1 頁を参照。

題に左右されないからであろう。⁸⁵ この抗弁を適切な範囲に制限するためには、それが目的としている政策を明確にすることが重要である。主要な考慮要素は、違法性を構成する規範が何を禁じているかである。禁止規範の目的達成を妨げず、むしろ促進するために、裁判所は、問題の規範によって違法とされる役務の価値（提供役務相当金額 quantum meruit）の「返還」請求を否定しなければならない。しかし、同じ理由付けは、返還請求されうる給付には適用されない。もちろん、規範目的の達成にとって最善の方法が、給付の返還請求を認めることになる場合も存在する。たとえば、もし返還請求を否定すれば、その規範が違法と宣告している取引を有効とするのと同じ効果が生じてしまう場合がそうである。それゆえ、一般的には、正しい問題解決方法は、不当利得の救済を許容もしくは否定することが、禁止規範が回避しようとした状況を作り出すのか、維持するのか、それとも妨げるのかを問うことであろう。⁸⁶ 同様に、財産権についての権利主張が問題になる場合、問題は、原告がその事例で証拠による基礎づけにおいて違法な行為に依拠したり根拠を求める必要があるかどうかである。もしそうでなければ、違法性によりこうした権利の主張が妨げられることはない。⁸⁷ この主要な問題を検討しても明確な答えが得られない場合には、補充的に政策の問題が問われるかもしれない。

VI. 分類

明確な思考と原則にかなった法の発展は、矛盾の根絶と並んで、法の基礎にある構造が明確になれば、おおいに促進される。⁸⁸ 最近、スタイン判事は、判示の最初に次のように述べた。「法においては分類は重要である。正しい順序で正しい問いを立てることで誤った判断の危険を減らせる」。⁸⁹

明確な分類の重要性を示すために、ホルヘ・ルイス・ボルヘス Jorge Luis Borges が『ある中国の百科辞典』で確認した動物の分類によるほど良い例はないだろう。そこでは「動物は次の 13 種に分類される。(a) 皇帝に属するもの、(b) 防腐処理をしたもの、(c) 飼慣らされたもの、(d) 乳離れしていない豚、(e) サイレン（サンショウウオに似た両生類）、(f) 架空のもの、(g) 野良犬、(h) 現在の分類に含まれるもの、(i) 狂ったもの、(j) 無数のもの、(k) 非常に細かいラクダの毛のもじりもじりで引っ張られたもの、(l) その他、(m) 今し方水差しを壊したもの、(n) 遠く離れると蠅に似ているもの」。⁹⁰ この分類には曖昧なものがあり (f)、(j)、(n)、論理を馬鹿にした驚くようなものもある (h)、(l)。しかし、この分類がおそらく最も不安を感じさせるのは、1 つの分類要素を使うことをまったく無視している点にある。その結果、1 つの動物が同時に複数の種類に当てはまってしまう。多様な法体系にお

85 後掲ダンネマン論文 310 頁以下を参照。

86 後掲ダンネマン論文 319 頁以下を参照。

87 後掲スウォドリング論文 292 頁以下（コモン・ローとエクイティでは採られる問題解決方法がいくぶん異なる）を参照。

88 後掲マッケンドリック論文 632 頁以下を参照。

89 *Attorney-General v. Blake* [2000] 4 All ER 385 at 402.

90 M. Foucault, *The Order of Things* (English trans., 1970). xv を参照。

ける不当利得法はどうだろうか。

1. スコットランド

ほんのわずか誇張する危険を冒せば、スコットランドの不当利得法の構造は、最近に至るまでボルヘスの分類法のように啓発的であったと言ってもよいだろう。伝統的にはスコットランド法は、ローマ法の不当利得訴権の用語法と、返還請求 *repetition*、原状回復および補償請求 *recompense* という用語を用いた独自の分類との両方を用いてきた。こうした2つの分類方法は相互に重なり合い、不当利得訴権の用語は、金銭回復か (*repetition*) その他の財産の回復か (*restitution*) という異なる種類の救済を「統合的に」記述するのに用いられた。しかし、もっと首尾一貫した構造が現在誕生しつつある。多様なローマ法の訴権は、もっぱら一定額の金銭やその他の財産の回復に関する訴訟原因としてのみ見るべきではないことが明らかになってきた。⁹¹ローマ法の訴権は、それに代わって、返還請求を求める根拠を記述している。このことの意義は、役務に関する不当利得の返還も、まったく同じ根拠に基づいて求めうることである。たとえば、役務がなされたが、[契約の] 目的や役務の対価である約因が失われた場合には、不当利得返還請求権が結果として生じることになる。伝統的にはこれは補償請求権とされるであろうが、それが依拠する根拠は、金銭その他の財産の回復請求の根拠とまったく同一である。要するに目的とした結果の不発生に基く不当利得訴権 *condictio causa data causa non secuta* なのである。言い換えれば、現在認められるところでは、役務による利得の返還請求権は、給付利得返還請求権とまったく同じ位置にある。⁹²返還範囲に関する別の問題が生じるのはたしかであるが、それは、どのような根拠に基づいて利得の回復が可能かと問うこととは別の問題である。

この英米法の合理化より前には、法体系のための唯一の希望は、立法もしくは法典化で
27 ありと考えられていた。それが今後も正しいと証明されるかはなお検討されるべきものである。法典の草案は希望すれば手にすることができる。しかし、法典化が必要であるとしても、草案がなされるべき方法を示しているということに万人が同意するわけではない。⁹³いずれにせよ、法が今や首尾一貫した理論を基礎に裁判所により置き換えられてきていることは、十分満足がいく理由である。

2. ドイツ

法の理論的構造が十分確立している。この体系に欠点があるとすれば、その極度の抽象性にあるように思われる。ドイツの法学者自身が、回復に関する単一の一般原則である法

91 後掲ヴォルフエ論文 427 頁以下の後注を参照。

92 *Shilliday v. Smith* 1998 SC 725.

93 イギリス法については、後掲ヴァーゴウ論文 122-3 頁を参照。

94 E. クライブ博士が作成した「不当利得に関する準則草案 *Draft Rules on Unjustified Enrichment*」、および、元々はスコットランド法律委員会の討議稿 99 号の付録として出版された *Judicial Abolition of the Error of Law Rule and its Aftermath* (1996) を参照。

95 後掲ウィティ論文 693 頁を参照。

律上の原因の欠如の操作を制限する要素が何であり、また、何であるべきかということを確認することの非常な困難を指摘していた。⁹⁶ たしかに、単一の観念のみを使って受容できる結論に辿り着くには、言語的にも知性的にも軽業を必要とする。ドイツの分析は、二当事者の場面を上手に処理しているが、伝統的な枠組みで三当事者の場面を処理するのが過大な要求であることは、おそらく偶然ではない。ダニエル・ヴィッサー Daniel Visser が本書で説明している通りである。

すなわち、線形代数学は、恒星の周りの安定した軌道にある惑星のような単純な構造は非常に上手にこなせるが、それとは異なって、橋の下の流れる水の中にできる渦を説明するには、非線形のカオス理論が必要である。また、前者が正確な予測を求める一方、後者はシステムの動きの一般的なパターンや性格を記述しようとするのと同じように、[不当利得]法の二当事者の場面はしばしば直接的で明確な準則によって解決できる一方、三当事者の場面のできる最善のことは、主として、解決が依拠する一般的なパターンを記述することである。

そのような問題での進歩は、おそらく、いっそうの柔軟さを支持して、絶対的な教義学的正確さを放棄することによるだろう。

3. イングランド

すでに述べたように、判例の最近の発展は、原状回復請求を基礎づける不当性要素の現存の説明のための構造を誇張してきた。イングランド法が、利得返還の原因として、それ
28 を受領者の手中に留めておく理由がないという要素を認めている、という兆候が随所に見られる。その 1 つは、権限外の納税要求に応じてなされた支払いの回復の事例である。⁹⁷ この場合、従来の「不当性要素」の分析は、弁済者の意思を無効とする主観的な要点に依拠することができる。しかし、意思の問題とは無関係に、この事例では、基礎となる債務が存在しないことは、絶対的に確かである。その要素が、非常に大きな説得力を持つと考えて良いだろう。

すでに述べたように、別の事例は、*Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln County Council* 事件に
98 従い、支払時には正しかったがその後誤っていると判明した法に関する主観的信頼を「錯誤」として記述する必要性である。⁹⁹ 繰り返すが、こうした状況で支払いを保持する法律上の原因が欠けることは、重大な説得力を持つと考えよ。この節の始めに引用したボルヘスの見方からすれば、分析上の関心の真の理由は、分類法が不完全に思われるということではなく、その分類法が、法律上の原因の欠如という重大な類型を見誤っていることにある、ということかもしれない。

96 König, *Ungerechtfertigte Bereicherung*; P. Schlechtriem, *Schuldrecht: Besonderer Teil* (5th edn, 1998), 310.

97 *Woolwich Equitable Building Society v. Inland Revenue Commissioners* [1993] AC 70.

98 [1999] 2 AC 349.

99 後掲マイヤー論文 74-5 頁を参照。

VII. 将来像：収束と分岐

不当利得法では、大陸法と英米法の間いくつかの基本的な相違が存在する。しかし、それは真実の全体像ではない。たとえば、錯誤による改良の扱いは、一方でイギリス法と、他方で大陸法やアメリカ合衆国の連邦法・州法との間で大きく異なっている。この例から見て、相違が大陸法と英米法の分岐に基づくものでないことは明らかである。むしろ、相違は、改良の受益者を保護する公平の観点に基くもののように思われる。

だが、共通の土俵も一定量、存在する。英米法と大陸法においては等しく、認められる抗弁の範囲は、広く似ていると思われる。違法性はとても似た形で使われている。最近イギリス法に知られるようになった状態の変更は、¹⁰⁰本質的に同じ場面において、ドイツ法でも使えるように思われる。

法の適用方針も普通は同じである。たとえば、他人の債務の弁済の場合に、イギリス法は第三者が債務を弁済できる場合について狭い見解を採っているが、フランス法は、第三者を債権者の権利に代位させる。このように、異なる方法が用いられるとしても、一般的な目的は同じであるように思われる。この場合には、こうした制限がなければ、原債権者
29 と同じ抗弁に服することがないことになる新債権者につき、代位を認めることによって債務者を害することを避ける目的である。このことは——別の法的な場面では、債務者の正当な期待と呼んでもよいものの保護であるが——両当事者が互いに対して抗弁を保持することになるような物事に関し、検討した多様な〔法〕体系が関心を寄せる一般的な場面である。すなわち、ここでは、各人が他の2当事者の関係から生じる抗弁に対して保護されなければならない。また、各当事者は、自らの取引相手方の無資力危険を負担しなければならない。同様に、イギリス法は、間接的な利得の返還請求は、原告の契約の相手方を「飛び越えること *leapfrogging*」になれば、認められないことを強調する。このことは、無資力や不誠実がその契約相手方に課せられることを保証する。同種の考慮によって、不当利得が常に補充性の問題を生じると思われる理由も説明できる。

それゆえ、大陸法と英米法の間での不当利得問題の解決方法の実質的な相違は、この問題の基礎にある構造にあることが明らかである。この場合においても、イングランド法（およびスコットランド法）が、法の錯誤による支払いの回復を否定する準則を放棄したことは、〔同じ〕イングランド法で返還請求の根拠として約因の欠如がときおり（異論はあるものの）手かかりとされることと並んで、この溝が狭まりつつあることを示唆しているのかもしれない。約因の部分的な滅失が法学者や時には裁判所によっても認められることには、より異論が少なくなってきた。約因の部分的滅失を原状回復の根拠として認めるようになれば、イギリス法は、支払いがなされた目的が充たされているのか否かという大陸法の判断基準に、近づくことになろう。もっとも、こうした展開にもかかわらず、問題解決の方法の相違が基本的なものであることは、現在もほとんど疑いようがない。

しかしながら、この2つの問題解決方法は、結論においては、しばしばあまり違わない。重要なのは法の全体像であり、返還請求の根拠のみならず、認められる抗弁や、そうした抗弁を主張できる場面である、という事実によって、このことが確認できる。それゆえ、

100 *Lipkin Gorman (a Firm) v. Karpnale Ltd* [1991] 2 AC 348.

明確なことに、イギリス法が法律上の原因なく取得された給付は返還請求ができるという一般原則に近づいていくことに必然的に伴って、その原則に関する制限を基本的に見直すことになり、そのことは「正当性要素」と呼んでよいかもしれない¹⁰¹。

30 明白なのは、原状回復の根拠の体系であるイギリス法の「不当性要素」が、発展途上にあることである。それ以上に驚くべきことはない。マクミラン **MacMillan** 判事が過失の種類は制限されないと述べて以来、ますます多くの [過失の] 種類が発見されている。英米法では、このことが批判の根拠と見られることはほとんどなく、まして致命的な欠陥とは考えられていない。一般的なレベルで、法典化された法体系と法典化されていない法体系の間には問題解決方法の相違があることはそのとおりのかもしれないが、このことでは、イギリスの不当利得法の構造が、なぜ、他で見られる構造とはこうも違う理由は説明できない。イギリス法において（少なくとも若干の判事や法学者によって）法律上の原因の欠如に焦点を当てるのが分析において説得力を持つと思われる状況が、少しずつであれ認められていることは、ローマ法において原因のない不当利得の返還請求訴権 *condictio sine causa* が生じてきたことを思い起こさせる。この訴権は、元々は、その当時存在した訴権の枠組みでは対応できない事例に救済を与えるために特別の不当利得訴権として発展したのであるが、結局は、一般的な救済（一般的不当利得返還請求訴権 *condictio sine causa generalis*）と見られるようになり、原因の欠如が、支払いや給付の返還請求を正当化する包括的な原則となった。歴史は繰り返すという顕著な傾向があるので、我々が再びこの発展を目にすることになるかもしれない思えばわくわくする。

101 後掲クレープス論文 68 頁を参照。

102 *Donoghue v. Stevenson* [1932] SC (HL) 31 at 70.