

の 研究 の

給付利得の法的構成

清 水 元*

- I 給付利得と民法 703 条・704 条
- II 給付利得の効果
- III 民法 703 条の系譜
- IV フランス法
- V 解除法理の適用
- VI 結 語

I 給付利得と民法 703 条・704 条

不当利得制度の理解が、衡平説から類型論へと進化を遂げ、現在の学説理論の大勢が類型論に依っていることは異論の余地のないところである。もっとも、類型論といっても、そこにどのような類型を立てるのか、また、それぞれの類型の内容についてかならずしも一致をみているわけではなく、論者により多様なものとなっているのが現状である¹⁾。しかし少なくとも、給付利得をそれ以外の利得と異なる類型として承認する点において、学説はほぼ一致しているといつてよい。

* 中央大学法科大学院教授

ところで、給付利得の要件・効果を民法703条・704条の文言に引き寄せて考えると、実態との整合性を欠いているように感じられる。すなわち、不当利得の独立した要件として、①利得、②損失、③利得と損失の因果関係、④法律上の原因の不存在、があげられているが、利得と損失は別個の要件というよりは表裏一体の関係にあり、給付という社会的過程の両端²⁾にすぎない。「利得」とは給付されたものそれ自体であり、給付者がそれによって「損失」をこうむるのである。給付が実行された無効な、または取り消された売買契約については、目的物・代金が利得すなわち損失であり、サービス供給契約については、実行されたサービスそのものが利得＝損失である。また、因果関係は二当事者間では問題とならず、利得債務者・利得債権者という当事者関係を規定するものにすぎない。因果関係が重要な意味をもつのは二当事者間ではなく多当事者が登場する場面なのである。給付利得において最も重要なのは、「法律上の原因の不存在」であり、それに尽きているように思われるのである。すなわち、それは非債弁済や契約関係の無効・不存在、取消し、解除の場合にほかならない。民法703条の要件は、むしろ伝統的な衡平説の下でこそより適合的であり、類型論の立場では、むしろそれぞれの類型に応じて考えられるべきものと考えられている。端的に言えば、要件は①法律上の原因の欠如すなわち、契約の不成立ないし無効または取消し、②給付の実行、で必要かつ十分であるように思われるのである。

II 給付利得の効果

1. 現存利益をめぐって

(1) 民法703条・704条を給付利得に適用しようとする場合の不合理的は効果論、すなわち「現存利益」の問題においてより鮮明に現れる。ここでは、交換型双務契約の不存在・無効、取消しに問題を限定して検討しよう。

売買契約にもとづいて代金が支払われ、目的物が引き渡されたが、契約が成立していなかったり、あるいは無効であったり、取り消され、または解除された場合に、給付されたものにつき返還請求権（給付利得返還請求権）が生じる。ただし、解除については民法545条に特則があるので、不当利得固有の問題とは考えられていない。この場合に民法703条を適用した場合に、いくつかの問題が生じる。

第1に、わが民法の物権変動における意思主義的構成の問題との関連がある。すなわ

ち、売買契約が無効のときは所有権移転効果は生ぜず、また、取り消されると、遡及効(121条本文)によって、同様に所有権移転効果が否定されることになるため、売主の給付物返還請求権は不当利得返還請求権ではなく、物権的請求権であり、同条の適用の基礎が失われているという点である³⁾。これをクリアするため、我妻博士による「占有の不当利得」論が唱えられたことは周知のところである⁴⁾。

(2) 第2に、同条の適用は双務契約の対価的牽連関係を破壊する結果になるように思われる。例えば、AがBに対して200万円で新車を売却したところ契約が無効であったとしよう。この場合、AはBに対して給付した車の返還請求権を取得し、他方でBは支払った代金をAの利得として返還請求権を取得する。ところが、Aが受領した代金を費消してしまうと、Bは車を返還しなければならないのに、Aは代金全額の返還を免れることになる。こうした結果を回避するために、「出費の節約」の理論が考えられている。すなわち、Aは車の代金を取得しなければ、生活財等の購入を「他のサイフ」から出捐したはずであるから、利得はなお現存しているという。しかしこの理論はAが本来出費を予定していないことから(賭け事や予定外の贅沢品の購入、海外旅行等の浪費)に出費したときには破綻する。

この問題は現行民法の制定過程でも問題となっていた。法典調査会において、穂積陳重によって提案された修正案703条が、「法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産ヨリ利益ヲ受ケタル者ハ其利益ノ現存スル限度ニ於テ之ヲ返還スル義務ヲ負フ」⁵⁾とされていたのに対して、磯部四郎委員から、次のような質問が出されたのである。すなわち、「現存スルト云フコトハ現ニ持ツテ来タ金ナラ金財産ナラ財産ト云フガ存在シテ居ルト云フノデアリマスカ或ハ夫レ丈ケノモノハ消費シテ仕舞ツテ百圓丈ケノ物ヲ持ツテ己レハ百圓ヲ使ツテ自分ノ財産ガ利得シタカラ返還スルト云フノデアリマスカ」と⁶⁾。これに対して、穂積は、「他人ノ金ヲ得ル原因ガナクシテ法律上ノ原因ナク受取ツテソレヲ使ウタソレヲ衣食住ニ使フタト言ハバソレダケノ利益ト云フ者ハ存シテ居ル何故ニ存シテ居ルカト言ハバ御説明ニナリマシタ通りソレダケ自分ノ財産ガ増シテ居ルト云フ考ヘデアリマシテ少シモ御質問ノ中ニ含マレテ居リマシタ点ニ違ウテ居ル所ハアリマセヌ」と答えている⁷⁾。梅謙次郎もまた、「利益ノ現存ト云フコトニ付キマシテハ今穂積君ガ陳ベラレタ如キ意味デ用ヒタイト思フ」と述べている⁸⁾。起草者自身は、少なくとも金銭に関しては、たといそれが浪費行為であっても、なんらかの「利用行為」があり、利得は「現存」するのであって、現存しないのは無能力者の場合にかぎる、という共通認識であった⁹⁾。しかし、磯部はなお納得せず、「……其受ケタル限度ニ於テ之ヲ返還スル義務ヲ負フ」という反対提案がなされたのである¹⁰⁾。磯部のこの提案は一旦は受け入

れられたものの、次条の悪意の不当利得との差別化において議論が紛糾した結果再議に付された結果、「現」の文字が削除されて、「其利益ノ存スル限度」に改められた。磯部も、「受け取ツタソレヲ脇ニ泥棒ガ居ツテ……直チに取ツテ仕舞ツタ場合 [=不可抗力?]」ハ返サナクテモ宜イ」との穂積の反論に「是ハ多分サウデアラウ」と賛同したからである¹¹⁾。

(3) この「現存利益」の問題は無能力取消しにおける返還義務の縮減(121条但書)と関連しても問題になっていた。すなわち、同条が無能力者保護のための特別規定であることからすれば、これと同様の法的結果を導くことは、その独自性を否定することになり、明らかに論理矛盾を冒すものであるからである。梅もまた、この点について自覚しており、法典調査会において、次のような発言を見ることができる。すなわち、梅は磯部の反対提案を受けて、「茲ニ御断リヲシナケレバナラヌノハ前ニ無能力者ノ為シタル法律行為ノ効力ニ付イテ同一ノ文字ヲ用ヒタイト思ツテ居リマスアスコニハ当時説明シマシタ如ク利益ノ現存ト云フコトハ金ヲ受け取ツタナラバ其金ガ現ニ利益トナツテ存シテ居ラナケレバナラヌ例ヘバソレヲ放蕩ニ費ヤシタトカ只旨イ物ヲ食ツテ仕舞ツタト云フノハアスコニ云フ利益ノ現存ニハナラヌト云フコトヲ申上ゲタソレデ此処ヲ書クトキニ余程苦シンダ利益ノ現存ト云フコトハ余程本条トハ抵触スルアスコハ其為メニ自分ノ懐ロカラ出サヌデサウ云フノハ構ハヌ只利益ヲ得タモノヲ返スト云フ意味デ使ツテ居マス此処ハ自分ノ金デ道楽ヲシタリ旨イ物ヲ食ツタカ知ラヌガ其金ガアツタ為メニ使ツタト云フ間接ノ利益ヲ受けタト云フ理屈ガアスコデハ立タヌソコデ私ノ考ヘデハ此処ニ利益ノ現存スルト云フ字ヲ使ヒマス以上ハ前ノ無効及ビ取消ノ所ニモ無能力者ノ為シタル行為ノ規定モ整理ノ時ニ文字ヲ改メナケレバナラヌト思フ若シ現存ト云フ文字ガ磯部君ガ仰セニナルヤウニ読メル嫌ヒガアリマスレバ何か外ニ文字ヲ使ツテモ差支エナイガ……」(傍点筆者)と述べている¹²⁾。これは、後者について「現ニ」という文言による差別化がなされることにより解決された。

(4) ここから返還の範囲は受領した金額であるのが原則であるとの解釈を読み取ることができる。しかし、これは返還の目的物が物であった場合と均衡を欠いている。明らかに起草者においては双務契約における対価的バランスは想定されていない。受領した金銭は全額返還されなければならないが、他方で目的物の滅失・盗失のときは返還義務を免れ、損傷のときは現状で返還すればよいからである。

2. 目的物の滅失・毀損

(1) 対価的不均衡の存在

たとえば、AがBに対して200万円で新車を売却したところ、契約が無効であったとしよう。この場合に、Bの下で車が滅失するとAは受領した車の代金を返還しなければならないのに、Bは車の返還義務を免れるのであろうか。原物返還の場合と異なり、返還義務を減縮ないし否定することは、対価的牽連関係を否定することになる。そのため、学説の多数は価額返還義務を認めている。しかし、同条からこうした結論を導くことは容易ではない。なお、ここで、車の毀滅がBの故意または過失に基づくか否かは重要ではない。なぜならば、買主Bは有効と信じて取得した物について、どのような取扱いをするかは自由であって、善管注意義務(400条)はおろか、自己のためにする注意義務(659条)すらなく、言葉の本来の意味における「責めに帰すべき事由」を語ることはできない(191条参照)からである¹³⁾。

さらに、民法703条が民法704条と並べられて規定されていること、そして、後者が悪意の受益者の返還義務を規定していること、からすれば、民法703条が「善意の」不当利得に関する規定であると解せられている。そうだとすると、善意悪意で返還の範囲が異なっている点は、給付利得においては奇妙な結果を生じることになるように思われる。ここでいう、善意・悪意とは、「法律上の原因のないこと」を知っているか否かであると捉えるならば、強迫による売買契約の取消しにおいては、加害者のみならず被害者もまた悪意の利得者として返還範囲が広がってしまう¹⁴⁾。

(2) 差額説

そこで、目的物が受領者の下で滅失・盗失した場合には、買主は「利得の消滅」により返還義務を免れ、他方で、売主は給付した目的物の価格を「利得の消滅」として、返還すべき代金相当額から控除しうる、と説く理論(差額説)が生れる。これは双方の返還義務の差額を利得として捉えるもので、結果的に、目的物毀滅の危険は買主が負担することになり、危険負担における債務者主義(536条)と同一の帰結となる。一見すると、これにより、双務契約における対価的牽連性は保障されるように見える。

しかし、他方で差額説はそれ以上の帰結を生じさせてしまう。代金額200万円の目的物たる車の客観的価額が200万円であるならば、清算すべき利得は存在しない。これに反して、客観的価額が220万円であれば、有利な買い物をしたBは20万円の利得を得るが、逆に客観的価額が180万円であれば、有利な売買をしたAが20万円の利得を得

たことになり、それぞれ利得返還義務が生じることになる。しかも、当事者の一方（売主）のみが給付し、それが受領者（買主）の下で滅失した場合には、差額説では買主のみが返還義務を免れ、売主は契約無効のゆえに代金を請求できないことになり、対価的牽連性を貫徹することができない¹⁵⁾。双務契約が異時履行関係、すなわち先渡し後払いの関係にある場合、売主がそうした信用リスクを負うことはかならずしも不当とはいえないという価値判断はありうるが、買主の代金債務不履行の場合にも等しく売主が危険を負担することは不当であろう。

さらに、善意悪意の効果上の振り分けにも不合理性があらわれる。悪意の場合の利息その他の損害の賠償責任を差額説から導くことができない、との批判¹⁶⁾はひとまず置くとしても、両当事者とも契約無効原因を知っていたような場面でも対価的均衡は崩れてしまう。すなわち、売主・買主双方とも、「悪意」であるならば、売主は代金に利息をつけて返還を、買主は使用利益相当分の損害額を付して目的物の返還をしなければならないはずである。ところが、それは同時履行関係にあるべき相互の対価的給付について債務不履行による損害賠償債務を認めたに等しい。同時履行関係にある債務は履行遅滞に陥らないとする原則とも矛盾するうえ、利息と使用利益がつねに等価値である保障はない（575条参照）¹⁷⁾。なによりも、この説は民法703条の文言と整合的ではない。

（3）事実的双務契約説

差額説のもつ対価的牽連性の契機をより自覚的に捉えて構成したものが、事実的双務契約説である。この理論は、無効・取消しを実行された双務契約の「巻き戻し」と捉えた上で、双務関係の論理を適用するもので、原物返還が可能である場合には、履行上の牽連関係たる同時履行の抗弁権（533条）が適用され、また、当事者の一方（売主）のみが給付し、それが受領者（買主）の下で滅失した場合には、代金を支払わなかった買主は価額返還義務を負うと説かれる¹⁸⁾。

事実的双務契約説は学説の現在の到達点といってよい。しかしながら、筆者はこの説にはなお問題が残るように考える。反対給付の消失において「利得の消滅」＝「現存利益」を語る点において、この説によっても、民法典の規定との文言上の齟齬を克服したわけではないことは差額説と同様である。そればかりではない。この理論により双務関係の法理を適用するならば、危険負担における債務者主義（536条1項）が適用されるはずであり、その結果、目的物の滅失により、買主は返還義務を免れ、他方で、売主は代金返還義務を免れるのが論理的である。しかし、その結論は妥当ではない。無効・取り消された売買契約が実質的には有効になったと等しい結果になるからである。

そこで、類型論を採る論者は、この場合に、修正された債権者主義（534条1項）を

適用することを提案する¹⁹⁾。すなわち、有効な売買契約の場合に債権者主義によれば、合意の後の危険は買主が負担し、売主は目的物引渡義務を免れるが、代金請求権は失わない。しかし、このような結果に対しては立法論的な批判が強く、限定的に解釈すべきものとされている。そこで、多数説的見解は、売買目的物が引き渡され、あるいは、登記された時点で危険が買主に移転すると主張する。引渡し・登記前の目的物の滅失は売主が危険を負担し、代金債権が消滅すると説く。この法理を給付利得の場合に平行移動させるならば、目的物が買主の下で滅失しているため、買主は現物返還義務を免れるが、代金返還請求権は失わないことになるという。たしかに、これに従えば、売主の詐欺の場合（10万円の商品を100万円で売却）、買主は10万円を返還して支払った代金全額の返還を受けることができる。しかし、これは一面的といわざるをえない。これとは逆に、買主の詐欺の場合（100万円の商品を10万円で取得）、詐欺を働いた買主は価額返還義務を免れるのみならず、10万円の代金の返還を請求できることになり、明らかに不当である。結局のところ、修正された債権者主義によっても妥当な結論を導くことはできない。危険負担の法理は、両給付が対価的均衡を欠いている場合には妥当性をもたないのである。そのため、不法行為ないし契約締結上の過失による損害賠償等で利益調整をしなければならないことになる²⁰⁾。

思うに、双務関係の法理が当事者意思における給付相互の等価値性を前提としているのに対して、無効・取消原因となった契約においては、対価的均衡を欠いているのが通常である。有効な双務契約においては客観的価額ではなく、主観的契約価額が基準となる。対価とは、当事者の意思における経済的な等価値を意味するものであり、200万円の価値の物を100万円で売ろうが50万円で売ろうが、それは等価値なのである。しかし、無効・取消しの場合には価格決定についてこうした対価的契機の基礎である当事者意思を欠いていることが多い。客観的価額との差の存在は、しばしば要素錯誤となり、あるいは詐欺・強迫等の取消原因はこうした事情によるのが通常であろう。客観的価額が200万円のものを100万円で売却した場合の意思形成過程に、相手方（買主）の詐欺・強迫が介在していれば、給付された目的物と100万円の代価は等価ではない。事実的双務契約説はそのかぎりでも有効適法な双務契約と同視されるべきではなく、目的物の滅失等による返還不能の場合における処理は目的物の客観的価額を基準とするものでなければならない。その結果、差額説と同一の帰結をもたらす²¹⁾ ことがあるにすぎない。

(4) 小 結

思うに、「他人の給付 *durch die Leistung eines anderen* またはその他の仕方により *in sonstiger Weise*」と規定するドイツ民法とは異なり、わが民法は「他人の財産又は労務

によって」と規定するにすぎず、給付利得を同条に関連づけなければならない必然性はない。抑も、現行民法 703 条の規定は給付利得を想定したものでしょうかとの疑問が湧いてくる。そこで以下では眼を転じて、同条の沿革を見ておくことにしよう。

Ⅲ 民法 703 条の系譜

1. 現行民法典 703 条の規定は、系譜的にはボアソナードによる旧民法財産編 361 条を引き継ぐものである²²⁾。同法はいうまでもなく、当時のフランス不当利得法理論を基礎としながらも、ボアソナードの独自の見解を盛り込んだものであった。すなわち、旧民法における不当利得に関する規定は、財産編第二部「人権及ヒ義務」において「義務ノ原因」として、「合意」、「不当ノ利得」、「不正ノ損害」、「法律ノ規定」をあげた（第一章）うえ、その第 361 条以下に 9 箇条の規定を設けていた。

第 361 条は次のように規定している。

- ① 何人ニテモ有意ト無意ト又錯誤ト故意ヲ問ハス正当ノ原因ナクシテ他人ノ財産ニ付キ利ヲ得タル者ハ其不当ノ利得ノ取戻ヲ受ク
- ② 此規定ハ下ノ區別ニ從ヒ主トシテ左ノ諸件ニ之ヲ適用ス
 - 第一 他人ノ事務ノ管理
 - 第二 負担ナクシテ弁済シタル物及ヒ虚妄若クハ不法ノ原因ノ為メ又ハ成就セス若クハ消滅シタル原因ノ為メニ供与シタル物ノ領受
 - 第三 遺贈其他遺言ノ負担シタル相続ノ受諾
 - 第四 他人ノ物ノ添附ヨリ又ハ他人ノ労力ヨリ生スル所有物ノ増加
 - 第五 他人ノ物ノ占有者カ不法ニ收取シタル果実、産出物其他ノ利益及ヒ之ニ反シテ占有者カ其占有物ニ加ヘタル改良但第百九十四条乃至第百九十八条ニ規定シタル區別ニ從フ

同条は、フランス法においてこのような不当利得の統一的な規定が存在せず、個別の規定が散在するにとどまっていた²³⁾のに対して、ボアソナードが当時のフランスの学説・判例を参考にして創設したものである。フランス民法典は、財産取得編第 4 章「合意なしに成立する義務」*Des engagements qui se forment sans convention* において、準契約 *quasi-contrat* として事務管理 *gestion d'affaire* および非債弁済 *répétition de l'indu* の規定を置くのみであった（1371 条以下）。そして、旧民法はフランス法学説において批

判²⁴⁾のあった準契約 *quasi-contrat* の観念を退けて、不当利得 *enrichissement indu* なる用語を用いている²⁵⁾。

同条第1項は一般不当利得の原則を宣明するが、それとともに、第2項において具体的に列挙する。これらは、フランス民法における個別の不当利得の規定を再録したものであったが、ボアソナードは、これらは「例示」にすぎず、制限的なものではない旨述べる。ではなぜそれを必要とするのか。ボアソナードによれば、外国の制定法においては、二個の準契約すなわち事務管理と不当な物の受領しか取り扱っておらず、それ以外のものを知らないからである。フランス民法においても他の不当利得の債務に単に言及するにとどまるか、法典内に散在しているにすぎない。そこで、法律は種々の不当利得の場合を詳らかにしようとするものであるという²⁶⁾。ここで、われわれの注意を惹くのは、第2項の例示において、非債弁済や後に類型論の中で取り扱われる費用利得や侵害利得に類似するものが顔を出していることである。ボアソナードの言明からして、これらは類型として意識されたものではなかった。しかも、同条項は「事務管理」をも包摂しており、そのかぎりで不当利得制度はなお未分化なままに置かれているといえる。しかし、現行法の成立過程において、起草者たちがボアソナードのこうした言明を額面通り受け取ったためであろうか、第二項に示された「例示」は独立した「類型」として捉えられることなく、「明文ヲ以テ規定スル必要ナシ」と断じられた²⁷⁾結果、不当利得の具体像が失われる結果となった。

2. しかし、より重要なことは、第2項の例示は直接にはかならずしも「給付利得」すなわち、契約の無効・取消しにもとづく原状回復を指示するものを含んでいない点である。なるほど、一見すると形式的には、同条項第2号冒頭の「負担ナクシテ弁済シタル」が「給付利得」を指示するものとして捉えることはできそうである。双務契約の無効・取消しの場面で生じる原状回復関係は形式的には「非債務者による非債権者への弁済」と観念できるからである。この点に関するボアソナードの格別の説明は見当たらない²⁸⁾。むしろ、同条項は後続の財産編364条に規定する非債弁済に関わる。ところが、同条は返還範囲を現存利得に限定しており²⁹⁾、無効・取消しの場面で生じる原状回復関係とは別個の場面を想定したものなのである。

他方で、旧民法は解除³⁰⁾に関して、双務契約上の義務不履行についての黙示的解除条件 *condition résolutoire tacite* (財421条1項) および裁判上解除 (財422条以下) および、協議上の「解除」(財353条1項)の規定を置く。解除により義務が消滅する(財450条)ので、未履行債務は免れ、既履行債務は原状回復義務が生じる。

同様に義務の消滅原因である契約の無効・取消しに関しては、旧民法は詐欺による売

買契約の「削除」*révocation* (財 312 条 3 項), 無能力, 錯誤, 強暴 [= 強迫] による不動産譲渡の「削除」(財 553 条)³¹⁾を規定しており, これを受けて財産編 552 条は給付物の返還義務を規定する。すなわち, 「承諾ノ瑕疵ニ因リテ行為ノ削除ヲ得タル成年者ハ其行為ニ因リテ既ニ受ケ取りタル総テノ物ヲ返還スル」責任(傍点筆者)を負う(第 1 項)が, 無能力者は, 「仍現ニ己レヲ利スル物ノミヲ返還スル」責任を負う(傍点筆者)(第 2 項)。成年者は, 受領したすべてのものを返還しなければならない。ただし, 特定物であれば, それがかれの *faute* によらずに, かつ, 遅滞前に滅失または損傷したときは, 返還義務を免れる(財 539 条 1 項)³²⁾。

この返還訴権 *action en restitution* は, 通常時効(財 552 条 3 項)によってのみ消滅するから, 30 年によって消滅する(免責時効, 証拠編 150 条)。また, 削除 [= 取消] は, それを主張しうる日から 5 年の経過によって, 黙示の認諾 *confirmation ou ratification tacite* とみなされる(財 320 条, 同 544 条)から, 5 年の期間制限に服する。したがって, このかぎりでは財産編 361 条は適用を排除される。他方で, 解除ないし削除による給付物返還請求の規定は所有物取戻請求権 *rei vindicatio* (財 36 条)を排除することになる。すなわち, 後者が消滅時効に罹らず, また, 占有者に対して物権的に貫徹するのに対して, 詐欺による削除は「善意ナル第三者ヲ害スルコト」ができない(財 312 条 3 項)として, 第三者に対する効果が制限されており, 両者間には大きな相違がある³³⁾。削除および解除に関する旧民法の規定はその意味でこれらの一般原則を具体化しており, 特制的意味を有しているのである。後述するように, フランス法において, 契約の無効・取消の結果生じる原状回復関係が固有の不当利得ではなく, 非債弁済として取り扱われてきたことからすると, 旧民法においても, 「給付利得」が一般的不当利得として処理されてきたものではないことを確認することができるであろう。

IV フランス法

1. 前述のように, フランス民法典には不当利得の一般規定は存在せず, 一般的不当利得(原因なき利得 *enrichissement sans cause* と呼ばれる)の観念は, 判例理論, すなわち, いわゆる *Boudier* 判決³⁴⁾を契機として, 「何人も他人の損失において利得してはならない」(*Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletionem*)の理念のもとに発展してきた。不当利得の要件として, 「利得」, 「損失」, 「利得と損失の因果関係」, 「原因の欠如」が上げられ³⁵⁾, あるいは, 「損失と相関的な利得」, 「損失者

のフォートの欠如」, 「損失者の下での利得の不存在」, 「利得原因の欠如」が上げられるが³⁶⁾, これはわが民法における 703 条の要件にほぼ照応するものである。しかし, 「給付利得」すなわち, 契約の無効 *nullité*・取消し *rescission* の結果として生じる原状回復関係は不当利得として観念されていない³⁷⁾。多くの体系書において, 「不当利得」と「非債弁済」が独立の制度として対置され, 格別に議論がなされている。そして, 伝統的には, 無効・取消しにともなう原状回復のルールは, 不当利得ではなく, 一方では, 非債弁済 *paiement de l'indu ou répétition de l'indu* に依拠した形で, 他方で, 返還 *restitution* の問題として取り扱われてきた。すなわち, 無効・取消しの遡及効 *retroactivité* により給付は非債弁済として現れる。契約が無効または取り消されれば弁済は原因 *cause* を失い, 法的に正当化されず, 給付は不当に実行されたことになるからである³⁸⁾。そして, 特定物の移転については, とりわけ, 売買契約による所有権移転効果は遡及的無効によって覆るから, 給付物の取戻しの権利は所有権にもとづく返還請求権 *rei vindicatio* として現れる³⁹⁾。

そして, 非債弁済は不当利得とは異なることが強調される。*Ghestin* は, 非債弁済は法律行為 *acte juridique* であるが, 不当利得はそうではないと述べ⁴⁰⁾, *Ripert et Boulanger* は非債弁済にもとづく受領者の返還義務は原因を欠いた弁済無効の効果であると指摘する⁴¹⁾。さらに, *Maria Malaurie* も返還 *resutitution* に関するテーズにおいて, 物の滅失の場合, 不当利得では返還義務は消滅するが, これに対して, 返還においては物の価額ないし代替物を請求できる。すなわち, 不当利得とは不当な利益の償還であって原状回復の理念を有するものではない, と述べる⁴²⁾。

2. では, フランス法における非債弁済はどのような内容をもつものであろうか。

まず, 民法 1235 条は, 「弁済はすべて債務 *dette* を前提とする。義務付けられずに弁済したものは, 返還請求 *répétition* に服する」と規定する。*Colin et Capitant* は, これを原因 *cause* を欠いた弁済であると説明する⁴³⁾。また, フランス民法 1376 条は「自己に支払われるべきでないものを錯誤によって, または故意に受領した者は, 不当な受領の相手方にこれを返還する義務を負う」と規定する。そこから, 非債弁済については, 錯誤の存在が必要であると解されている。すなわち, 「故意による非債弁済は原因 *cause* なき弁済ではない」といわれ, 贈与, 自然債務, 真の債務者への給付行為 [= 第三者弁済], 無効な債務の追認が語られていた。

フランス民法学において, この非債弁済における「錯誤」要件をめぐって, 判例・学説上理論が展開していく⁴⁴⁾。しかし現在では, 多数の学者は錯誤が非債弁済の要件であるのは明文上「錯誤」要件が示された場合にかぎられるという。*Colin et Capitant* に

よれば、2個の場合が区別される。原則として、弁済者は原因のないことを知らずに弁済したことを証明したときにかぎって返還を請求できるが、故意に弁済した場合であっても、錯誤を証明することなく、返還を請求できる場合がある。すなわち、第1に、債務が不法または不道德な目的の場合には返還請求が認められる⁴⁵⁾。第2が、無能力者の弁済であり、代理人は事情を知っている場合でも返還を請求できる。さらに、判例理論によれば、強迫 *contrainte* がある場合には、弁済者は義務のないことを知っていても強迫の事実を証明して、返還を請求できる。この理論は拡張され、たとえば訴求を怖れて弁済した場合にも適用がある⁴⁶⁾。

この強迫は、弁済の強要のみならず、契約締結への強制も当然含むことになり、他方で、詐欺は欺瞞行為による相手方の錯誤を生じさせる点で、いずれも非債弁済による返還請求権を導く。

3. 非債弁済の効果について、受領者は、目的物が動産または不動産である場合には、現物返還義務を負い、受領者の過失によって滅失・損傷したときは価額返還義務を負う(1379条)⁴⁷⁾。さらに、善意で受領した者が目的物を売却したときは、売却代金を返還しなければならない(1380条)。ただし、過失なくして、かつ、遅滞による前に滅失・遺失したときは、債務は消滅する(1302条1項)。

返還請求の前に取得した果実および受領した金銭への利息の返還義務を負わない。これに反して、受領者が悪意で受領したときは、受領者は受領したものの果実を、受領したものが金銭であるときはその利息を付けなければならない(1378条)。不可抗力による滅失のときも同様である。悪意受領者が目的物をさらに第三者に売却した場合は、目的物の価額が売買代金よりも大きいときは、その額を返還しなければならない。

なお、解除については、フランス民法は1658条以下に、「売買の無効および解除」*De la nullité et de la résolution de la vente*の節を設けたうえ、買戻権 *la faculté de rachat* (1659条以下) および過剰損害 *lésion* を原因とする取消 *rescision* (1674条以下) を規定しているので、格別の問題は生じない。

4. しかし、近時フランス法では、契約の無効・取消しにもとづく原状回復関係は、非債弁済ではなく、無効・取消しの理論にそくして処理されるべきだとする見解が有力になりつつある。*Ghestin* は、非債弁済の要件たる錯誤は無効な契約によって履行された給付の取戻しについては要求されないと述べ、給付者は無効原因を知っていても返還請求を妨げないと主張する⁴⁸⁾。同様に、*Guelfucci-Thibierge* は、契約無効による返還に関して不当利得の要件は適合的ではなく、また、非債弁済の要件も満たされないと述べる⁴⁹⁾。

近時無効から生じる返還は非債弁済ではなく、無効の準則によるべきであるとの、破毀院判決が現れている。同判決は、弁済原因の錯誤の証明は10年の時効期間に服さず、1304条の5年の時効によると判示する⁵⁰⁾。

V 解除法理の適用

1. 前述のように、「他人の給付またはその他の仕方により」と規定するドイツ民法(812条)とは異なり、わが民法は「他人の財産又は労務によって」と規定しており、給付利得を同条に関連づけなければならない必然性は存しない。沿革的にも、無効・取消しによる給付物の取戻しは不当利得ではなく、非債弁済として処理されてきた。では、わが民法の解釈としても、民法705条にそくした解釈論(反対解釈)は可能であろうか。

同条は債務の不存在を知って弁済した場合の返還請求権を否定した規定であるため(狭義の非債弁済)、フランス民法とも旧民法とも趣を異にするように見えるが、弁済者は錯誤を立証して返還を請求することができるから、証明責任の分配の問題にすぎない⁵¹⁾。しかし、給付利得を民法705条の反対解釈として取り扱うことは困難を伴う。無効・取消しについては整合的ではないからである。たとえば、詐欺取消しは、取消権を行使しないかぎり無効ではないから、詐欺の被害者が債務の不存在を知るのは取消権を行使しうる後にすぎず、また、強迫の被害者は当初より債務不存在を知っているが返還請求権を拒絶されるべきではない。のみならず、目的物の滅失による返還不能の場合の価額返還を導くことはできない。なぜならば、返還の目的物が特定物であれば、給付危険の法理(483条)が働き、返還請求権が消滅することになるからである。フランス法において、非債弁済に関する判例理論がそうした不整合性を克服するものであったことを考えるならば、より簡明な制度に依るべきなのである。

双務契約の無効・取消しの法構造が、解除と同様の双務契約の巻き戻しとして捉えられるべきことが現在の学説の共通認識であることをふまえるならば、「不当利得」ではなく、「原状回復」の法理にそくして捉えるべきではないかと考えられる。すなわち、給付利得については端的に双務契約の規定が、それゆえ解除規定が類推適用され、民法703条は適用されないと解すべきなのである。原状回復という観点からは、契約解除と双務契約の無効・取消しによる給付の返還とは軌を一にするものだからである⁵²⁾。これによれば、原物返還のときは目的物の返還と代金返還とが同時履行の関係に立ち(546条)、返還不能のときは価額返還がなされ、それとの同時履行ないし相殺が問題となる。

2. のみならず、解除法理による場合は類型論的処理、とりわけ事実的双務契約説に比してよりシンプルで透明な問題解決が得られるように思われる。以下に敷衍しよう。

(1) 無効原因が当事者の一方の側の意思無能力である場合には、民法 121 条が類推適用されるべきである。すなわち、売主が意思無能力のときは、代金返還義務については現存利益への縮減があるが、買主は現存利益による縮減は認められず、目的物の価額返還義務を負うべきである(545 条 1 項本文)。これに対して、買主が意思無能力のときは、目的物の滅失について返還義務を免れ(121 条但書)、他方で受領した代金の返還請求権が認められるべきである(545 条 1 項本文)。売主の側の「現存利得」への縮減は認められない。

(2) 制限能力を理由とする法律行為の取消しについては、民法 121 条の特則があり、対価的牽連性はそのかぎりでは修正されているから、(1)と同じ帰結になる。

(3) 虚偽表示においては、当事者間においては本来の意味に於ける「悪意」は存在しない。虚偽表示は、少なくとも当事者間には「通謀」という合意があり⁵³⁾、それゆえ、有効な双務契約に準じて、双務契約の法理を適用するべきである⁵⁴⁾。したがって、その巻戻しについては同時履行の関係にあり(533 条)、原物返還不能のときは、価額を返還しなければならず、他方で、売主が受領したものがあれば、これについて返還義務を負うと解すべきである⁵⁵⁾。ただし、買主の帰責事由による滅失毀損について、不法行為責任を負うことは別論である。

(4) 錯誤無効については、解除法理(545 条 1 項)に準じて原状回復がなされるべきであり、目的物の滅失のときは、解除法理により価額返還義務が生じると解すべきである。

(5) 詐欺・強迫を理由とする意思表示の取消しの場合も、双務契約の巻き戻しとして原則として解除法理が類推されるべきである。原物返還が不可能であれば価額を返還することになるが、通常は価額のギャップがある。詐欺・強迫の多くは給付されたもの相互の間に対価性を基礎づける当事者意思に瑕疵があり、対価的不均衡こそ詐欺・強迫の要素となっている。そこで、①売主の詐欺・強迫により、客観的価額が 10 万円の商品を 100 万円で売却したときは、買主は 10 万円の価額返還を、売主は 100 万円を返還することになり、また、②買主の詐欺・強迫により、客観的価額が 100 万円の商品を 10 万円で買い受けた場合には、買主は 100 万円の価額返還を、売主は 10 万円返還することになる。いずれも利得返還請求権の枠の中で処理されることになり、類型論におけるような詐欺者・強迫者への不法行為的救済を要しないことになる。

ただ、こうした結果は、無能力の場合の処理と均衡を失するものではないかとの疑問

が生じる。買主＝無能力者の下で目的物が滅失したときは、原物はおろか価額返還も免れる(121条)反面、支払った代価は全額返還請求できるのに対して、詐欺・強迫の被害者たる買主は、代金の返還請求はできるものの、目的物の価額返還義務を免れないからである。それゆえ、詐欺・強迫者の価額返還請求は不法原因給付として扱うべきだとの見解は顧慮に値する。この場合には、詐欺者・強迫者の給付の返還請求権を基礎とする同時履行の抗弁権・相殺は否定されるが、そこまでリジッドに解する必要はない。被害者が目的物を保有する必要はなかろう。加害者側の債権者の責任財産保全の利益も無視すべきではない。被害者の代金返還義務または価額返還義務は自然債務となると解することで足りるのではないかと考える。すなわち、自然債務として相手方(被害者)の請求に対して抗弁権を行使することを許すべきである。判例も同時履行の抗弁権を認めている⁵⁶⁾。原物返還の場合には、無効・取消しの場合に対価的均衡を欠いているがゆえに、同時履行関係を否定する考え方もありうる。しかし、民法546条は一部不払を理由とする契約解除のように対価的均衡を欠いている場合にも適用され、また不履行債務者からの権利主張も許されることからすれば、あえて否定するまでもない。

(6) 以上をまとめれば次のようになる。

無効・取消し原因は、①契約の一方当事者の側に非難可能性があるもの(詐欺・強迫)、②一方当事者に非難可能性はないが、相手方が法律上とくに保護されるべき地位にあるもの(無能力)、③当事者双方ともに非難可能性のないもの(錯誤、虚偽表示、心裡留保)という価値の序列があり、それに応じて法的処理が異なってくるということである。すなわち、①については、解除法理によって処理されるが、一定の制限が課せられ、被害者の債務は自然債務となる。②についても、解除法理に服するが、民法121条によって制約が課せられる結果、無能力者の返還代金額は現存利益に限られる。そして、③については解除法理にしたがい、価額返還が認められる。

3. 無効・取消しにおける原状回復を解除法理にしたがって処理をする場合に、民法548条の類推適用を認めるべきかの問題がなお残されている⁵⁷⁾。同条は解除権を有する者が目的物を「自己の行為」(＝故意?)または過失によって損傷し、または滅失等によって返還ができなくなった場合には、解除権は消滅すると規定する。しかし、これを無効・取消しの場合の原状回復に平行移動をすることはできない。これらの場合には、給付受領者は契約が有効と信じているかぎり、善管注意義務はおろか自己のためにする注意義務も負わないからである。したがって、無効に関しては、無効を主張し、あるいは無効を理由として代金返還を請求した時点以降のみを、取消しに関しては、取消権行使が可能となった時(追認可能時)以後を問題とすべきであろう。

VI 結語

かつて、川村教授は「一般的不当利得制度は存在しない。現実に存在するのはつねに具体的な不当利得である。それは、契約の無効・取消しによる給付物の返還の場で、あるいは所有関係の場で機能する不当利得制度である」と述べられた。しかし、類型論が批判の標的としてきた「衡平説」が依拠する民法703条、そしてその原型となったフランス民法学の不当利得概念の意味する「一般的不当利得制度」はかならずしも給付利得を指示するものではなかった。類型論が批判した衡平説は、過度に一般化された不当利得制度にすぎない。フランス法においては契約の無効・取消しにおける処理は不当利得ではなく、原状回復の問題なのである。そうであるならば、端的に契約解除の法理に依拠することが事物適合的なものではないかと考えられる。契約解除がなされる多くの場面においては、双方の給付は対価的均衡を欠いている。にもかかわらず両給付の返還は同時履行の関係に置かれている(546条)。解除においては、合意に瑕疵がなく、担保責任や一部不履行において明らかなように、実行された給付相互間の対価的均衡を欠いているにすぎない。しかも、目的物が滅失したときは価額返還義務を導くが、実行された両給付が対価的均衡を有している場合には、双方が同額相殺されようし、対価的均衡を欠いている場合でも、差額説と同一の結論を導くすぐれた法的処理となっている。ただ、無効・取消しにおける価額返還請求権の基準が客観的市場価値であるのに対して、解除におけるそれは約定価額である点にのみ違いがある。

従来の議論におけるように、給付利得の要件を「利得」「損失」、「因果関係」という民法703条の文言にそくして構成することは、問題の本質から乖離しているのみならず、効果論についても、「現存利益」あるいは「利得の消滅」をめぐる複雑で晦渋な解釈を免れない。少なくとも、解除法理に依拠することによって、こうした類型論の迷宮から解放されるのではないと思われる。

注

- 1) 類型論は現在の通説の見解といえるが、その内部は区々に分かれており、帰一するところを知らない。わが国の類型論は川村教授がドイツの学説理論に依拠する形で構成されたのを嚆矢とするが、そのモデルとなったフォン・ケメラールの類型は六種類である(「給付利得」、「他人の財貨からの利得」、「求償利得」、「費用償還」、「詐害行為取消権」、「他人の損害を生じさせる無償の利得」)(磯村哲「紹介・カメラール『不当利得』」法学論叢63巻3号[1957年]124頁)参照)のに対し

て、教授は「契約関係の場で機能する不当利得」と「所有関係の場で機能する不当利得」に大別する。川村泰啓「返還されるべき利得の範囲(1)-(5)」判例評論 55 号以下、同「不当利得返還請求権の諸類型(1)-(3)」判例評論 76 号以下、同「契約の無効・取消と不当利得」契約法大系Ⅶ [1965] 154 頁等。以後の学説はこれの変容と発展として位置づけることができよう。すなわち、「給付利得」と「非給付利得」(好美清光「不当利得法の新しい動向について(上)(下)」判例タイムズ 386 号 [1979] 以下)、「給付利得」と「他人の財貨からの利得」ないし「侵害利得」(鈴木禄彌・債権法講義(四訂版) [2001] 722 頁以下)、さらに第三の「求償利得」の類型を付加するもの(広中俊雄・債権各論講義(第六版) [1994] 394 頁以下、四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為(上) [1981] 99 頁以下、なお、四宮教授は、「運動法型不当利得」と「財貨帰属型不当利得」、「負担帰属型不当利得」とされる)、「給付利得」、「侵害利得」、「支出利得」の三類型とするもの(藤原正則・不当利得法 [2002])、「矯正法的不当利得」、「帰属法的不当利得」、「両性的不当利得」とするもの(加藤雅信・財産法の体系と不当利得法の構造 [1986]、同・事務管理・不当利得 [1999]、同・事務管理・不当利得・不法行為(新民法大系Ⅴ) [2002]、ただし、加藤教授はみずからの立場を類型論とは異なった「箱庭説」と称して、不当利得制度の統一的把握を試みる)等があり、しかも、そのそれぞれの具体的中身も一致を見ない。

- 2) 広中俊雄・前掲書 402 頁。
- 3) 広中・前掲書 409 頁は、契約法が適用される場合は、(一般法としての)所有権法は排除されると述べるが、これに対して、物権変動の意思主義を前提としたわが民法の構成からは所有権にもとづく請求を排除することはできないとの批判がある(藤原・前掲書 130 頁)。藤原教授はここから競合論を採られる。しかし、抑も、有効な売買契約においては、契約成立のみでは所有権移転効果を生じさせない旨の合意が可能であるのに対して、給付利得においては、そうした当事者意思を語ることはできない。不当利得返還請求権を介して所有権が売主のもとに復帰することは論理的に不可能であり、遡及的な所有権復効効果を否定できない以上、収益や果実についてはともかく、給付されたものの返還を求める権利として、債権的給付利得返還請求権を認めることは困難なのではなからうか。これに関して、ポアソナードが同条は債権的取戻訴権 *action personnelle en répétition* のみならず物的返還訴権 *action réelle en revendication* をも基礎づけるものであることを言明しているのは示唆的である。*Boissonade, infra, p.249*。しかしそれは旧民法がフランス法と同様、「物権・債権対比のドグマティーク」を採用していなかったため、不当利得の規定が「債権編」に置かれたドイツ民法および現行民法と異なって、返還請求権の法的性質は理論的緊張を孕むものではなかったためにすぎない。
- 4) 我妻楽「法律行為の無効・取消に関する一考察—民法における所有権返還請求権と不当利得との関係」民法研究Ⅱ 165 頁以下(初出、昭和 6 年)。
- 5) 法典議事速記録第百十五回 [明治 28 年 9 月 18 日] (商事法務版) 156 頁。以下「議事速記」と略記する。
- 6) 議事速記 158 頁。
- 7) 議事速記 159 頁。
- 8) 議事速記 162 頁。
- 9) 梅謙次郎・民法要義(三) 854 頁。なお、川角由和「民法七〇三条・七〇四条・七〇五条・七〇八条(不当利得)」広中俊雄・星野英一(編)『民法典の百年Ⅲ』[1998] 469 頁。
- 10) 議事速記 160 頁。
- 11) 議事速記 164 頁。
- 12) 議事速記 162 頁。
- 13) 川村泰啓「不当利得返還請求権の諸類型(二)」判例評論 77 号 [1965] 4 頁。
- 14) 藤原・前掲書 126 頁。
- 15) 川村・同論文 3 頁。
- 16) 広中・前掲書 400 頁。

- 17) 最判平成12年6月27日民集54巻5号1737頁参照。なおこの点については、清水元「果実取得権と不当利得」中央ロー・ジャーナル8巻4号[2012]83頁参照。
- 18) 川村・前掲論文5頁は、当事者の一方(売主)のみが給付した場合の処理として、『「反対給付」の価値分だけ利得の消滅が減殺されていることに対応して、価格により償還する義務を負担する』と述べ、差額説の弱点を克服しようとする。しかし、この理論は容易に理解しがたいのみならず、価額償還義務者の側に詐欺・強迫がある場合には、きわめて不当な結果となり到底受け入れがたい。むしろ、四宮・前掲書134頁が、「返還義務が縮減されるのが原則であり、ただ、反対給付不履行につき責任のある場合に価格返還義務を負う」とするのが、より妥当な結果となっている。
- 19) 藤原正則「不当利得」『基本講座民法2(債権法)』[2012]387頁。
- 20) 藤原・前掲書168頁。
- 21) 我妻栄・民法講義V₄(債権各論(下巻一))[1972]1063頁、四宮・前掲書127頁。
- 22) 現行民法703条の沿革については、川角・前掲論文が、また、同条制定後の学説史に関しては、衣斐成司「不当利得学説史」水本浩=平井一雄(編)『日本民法学史・各論』[1997]311頁がある。しかし、同条の前身である旧民法財産編361条以下に関する議論や、フランス民法から旧民法への移行過程についての検討は十分ではない。無効・取消、解除に関しては、上野芳昭「法律行為の無効取消の効果について—当事者間における目的物の返還をめぐる—」『財産法学の新展開』(幾代通先生献呈論文集)[1993]105頁が唯一の文献である。
- 23) 添付に関する548条、554条、555条、566条、570条、571条、574条、577条、非債弁済(1376条以下)、夫婦共有財産(1437条)、弁済(1231条)、無能力取消し(1312条)、寄託(1926条、1947条)、委任(1990条)、使用貸借(1874条、1890条)、持戻し(861条)、準契約(1381条)、売買(1634条)、買戻し(1673条)、動産質(2080条)、抵当権(2175条)等。
- 24) *Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t.2, 1932, n°233.*
- 25) その理由につき、ボアソナードは、不当利得の本質的理念に取り組むことなく準契約について良い定義を与えることは困難であり、それとともに、フランス法およびイタリア法も正確な理念を与えるものではなかったと述べる。すなわち、これらの立法においては、準契約は人の自由な意思による行為であるといい、あるいは、自由でかつ適法な意思の行為であるといわれている。しかしながら、人はいつでも、契約でも準契約でもなく債務を生じさせる自由で適法な行為を履行するのであり、この定義は債務を生じさせる本質的な要素を欠いている。それゆえに、債務の第二の発生原因 *seconde source* を特徴づけるため、本条と結びつくのは、ひとえに不当利得なのであるという。*Boissonade, Boissonade de droit civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire, t.3, 1891(nouvelle édition), n° 381, p.248.*
- 26) *Boissonade, op.cit., p.250.*
- 27) 議事速記156頁、民法修正案理由書(広中俊雄・第九回帝国議会の民法審議[1986]663頁)。
- 28) これに対してボアソナードは、第3号以下の規定については詳細な註解を与えている。*Boissonade, op.cit., p.250 et s..*
- 29) 「債権者ニ非シテ弁済ヲ受ケタル者ハ其善意ト悪意ト又弁済者ノ錯誤ト故意トヲ問ハス訴ヲ受ケタル日ニ於テ現ニ之ヲ利シタルモノノ取戻ヲ受ク」
- 30) ボアソナードは、*résolution ou résiliation* の用語を使用し、両者は同義語であると述べる。*Boissonade, Projet, t.2, 1891(nouvelle édition), p.864, note(a).*
- 31) ただし、財産編553条は、不動産取引の安全を顧慮して、銷除訴権の行使および協議上解除の登記を要求している。*Boissonade, op.cit., p.843 et s.*
- 32) *Boissonade, op.cit., p.794.*
- 33) ボアソナードは、詐欺を行った者に対する訴権は対人訴権であると述べる。*Boissonade, op.cit., p.843 et s.*
- 34) *Cass.req.15 juin 1892.D.P.1892. I,596; S.1893. I,281.* 事案は、農地貸借が解除され、小作人が賃料支払に替えて収穫物を地主に提供して退去したところ、小作人に対して化学肥料を売却し

た者から未済代金を地主に請求したものである。破毀院はこれを認めた。同判決については、谷口知平「不当利得に関する一般原則」フランス判例百選 [1969] 112 頁に紹介がある。

- 35) *Carbonnier, Droit Civil, t.2,2004, n°1223.*
- 36) *H.L et J.Mazeaud, Leçon de droit civil, t. II, Les obligations, par Chabas, n°693 et s.; Starck, Droit Civil, Obligations, 1972, n°2295 et s.; Colin et Capitant, op.cit. n°240.; Planiol et Ripert, Traité de droit civil français, t. VII, par Esmein, p.24 et s.*
- 37) ちなみに、*Boudier* 判決はいわゆる転用物訴権 *actio in rem verso* に関するものであり、わが国における類型論における給付利得に対応するものではない。
- 38) *Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions, et responsabilité, 1992, n° 638., Ripert et Boulanger, Traité de droit civil de Planiol, t.2,1952, n° 1231.* 判例も非債弁済に依拠する。*Cass.civ., 18 juin 1969, JCP.1969. II.16131.*
- 39) *Guelfucci-Thibierge, op.cit., n° 640 et s.*
- 40) *Ghestin, L'erreur du solvens, condition de la répétition de l'indu D.1972.Ch.277.*
- 41) *Ripert et Boulanger, op.cit. n° 1231.*
- 42) *Maria Malaurie, Les restitutions en droit civil, 1991, p.52.* 同書の紹介については、清水元「マリー・マロリー「民法における返還」東北学院大学論集・法律学 49=50 [1997] 13 頁参照。
- 43) *Colin et Capitant, op.cit. n° 233.*
- 44) *Colin et Capitant, op.cit. n° 234 et s.*
- 45) これは、「何人も自己の背徳の援用を許さず」(*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) という法格言が妥当する場合は返還請求はできず、たとえば、娼家・賭博場の売買代金の返還を請求することはできない。しかし、この理論は返還を請求する側に不法または不道徳な性格がある場合にかぎられ、相手方のみフォートが帰せられるときは返還請求が許される。また、受領者が不法行為を阻止するために金額を支払った場合にも返還請求をすることができる。
- 46) 債務をすでに弁済したが受領証を紛失してしまったため、訴求を怖れて再度弁済したが、後になって受領証を発見した事例につき、*Cass.civ., 2 avril 1890, D.P.1891.1.182; S.1892.1.15.* 不動産の買主が租税の納付を求められて弁済したが、すでに、以前の所有者によってすでに支払われていた事例につき、*C.d'Etat, 28 janv.1887, D.P.1888.5.141.etc.*
- 47) 古い判例には、契約当事者の一方の行為により現物返還が不能となった場合、また、第三者に譲渡した場合には、無効を請求する権利を失うとしたものがある。*Cass.civ., 2 juin 1886, D.P.1886.1.460.; Cass.civ. 17 déc.1928, D.H.1929.52.* しかし、この立場は批判され、現在では等価値のものに代替されることが判例上確認されている。*Cass.1er civ., 16 mars 1999, Juris-Data n° 1999-001116.; Bull.civ., 1999.1.n° 95.*
- 48) *Ghestin, loc.cit.*
- 49) *Guelfucci-Thibierge, op.cit., n° 645 et s.*
- 50) *Cass.civ. 24.sept.2002, Juris-Data n° 2002-015542.*
- 51) 修正民法草案理由書によれば、「弁済者ヲシテ債務ノ存在ニ関スル錯誤ヲ証明セシムルニハ極メテ困難ニシテ之カ為メ往々事実ニ反スル結果ヲ生セシムル虞アルノミナラス畢竟受益者ハ債務ノ存セサルニ拘ハラズ弁済ヲ受ケタルモノナレハ本条ハ實際ノ便宜ヲ斟酌シテ弁済者ハ単ニ債務ノ存在セザリシコトヲ証明スルモ錯誤ヲ証明スルニ及ハストシ然モ弁済者カ債務ノ存在セサルコトヲ知りテ給付ヲ為シタルトキハ固ヨリ之ヲ取戻スコトヲ許スヘキ理由ナキヲ以テ受益者カ此事実ヲ証明スルトキハ弁済者ハ給付ノ返還ヲ請求スルコトヲ得スト為セリ」と述べる。
- 52) 無効・取消しと解除の同質性は、学説においてこれまで意識されてこなかったわけではない。たとえば、山下末人「取消・解除における原状回復義務」法学論叢 61 巻 5 号 [1955] 99 頁、同「不当利得—無効・取消・解除と不当利得の関係を中心に」法と政治 24 巻 2 号 [1973] 147 頁。しかし、前者の原状回復関係の法的構成は民法 703 条の適用問題にとどまっているのが現状である。
- 53) 中舎寛樹「虚偽表示における当事者の目的(1)(2)」名大法政論集 82 号以下 [1979]。

- 54) 通謀虚偽表示による給付は不法原因給付にならない、とするのが判例である。大判明治42年2月27日民録15巻171頁、最判昭和27年3月18日民集6巻3号325頁、最判昭和37年6月12日民集16巻7号1305頁。
- 55) 実際上は双務的給付返還は稀であろうが、例外的に名目的に金銭が支払われる場合には問題となる。フランスの判例で、裁判所附属吏事務所の仮装譲渡において、追加金支払の約束を履行した者は、返還を請求できるとしたものがある。cf. *Cass. req., 18 mars 1895, D. P. 1895. I. 346; S. 1896. I. 11*. なお、この場合、約定価格と客観的市場価格のいずれが基準となるのかは問題である。しかし、錯誤がしばしば2つの価格とのギャップを要素とすることからすれば、基準となるのは客観的価格でなければならない。もっとも、錯誤の要素が価格差にないような場合（商品を取り違えたが価格は同じ場合）には、約定価格を基準とすべきであるとの見解も主張されている。たとえば、松岡久和「不当利得法の全体像—給付利得法の位置づけを中心に」ジュリスト1428号〔2011〕4頁以下は、無効が法技術的な無効の場合など価格決定の合意に瑕疵がないときは、合意価格の支払をしなければならないと説く。
- 56) 最判昭和47年9月7日民集26巻7号1327頁。
- 57) 川村泰啓「不当利得返還請求権の諸類型」(二)判例評論77号2頁は、滅失毀損が給付者の帰責事由にもとづくときは、536条2項を適用すべきことを主張する。しかし、これは教授自身が認められるように稀な場合である。