

不当な利得の防止 : 準事務管理の再検討

著者	植本 幸子
雑誌名	鹿児島大学法学論集
巻	50
号	1
ページ	19-39
発行年	2015-11
URL	http://hdl.handle.net/10232/00029765

不当な利得の防止—準事務管理の再検討⁽¹⁾

植 本 幸 子

序

1. 主要な教科書の状況
 - (1) 事務管理肯定説
 - (2) 吐き出し肯定説
 - (3) 吐き出し否定説
2. 起源の学説
 - (1) 大正8年鳩山評釈
 - (2) 準事務管理否定説
 - (3) 平田説
 - (4) 制裁説
 - (5) 新生追認説
3. 検討
 - (1) 学説の評価
 - (2) 才覚の範囲
4. 結語

序

アメリカの著名な法学者 Roscoe Pound の20世紀初めの著作によれば、「擬制信託は利得の特定の原状回復であり、不当な利得を妨げる (prevent) ためのものである」とされる⁽²⁾。アメリカ法における擬制信託は、「不当な利得が存在する場合に、当事者の意思とは無関係に法の働きにより、利得者を受託者とし、その利益を受くべき者を受益者として信託を擬制する⁽³⁾」制度であるため、本

(1) 本研究は、JSPS科研費 課題番号：15K03215の助成を受けたものです。

(2) Pound, *The Progress of the Law, 1918-1919*, 33 Harv.L.Rev. 420, 421, Bogert, *Trusts & Trustees* 3rd ed., § 471 at 32.

(3) 木下毅「日米比較原状回復法」『アメリカ私法』213頁（1988有斐閣）、谷口知平『不当利得の研究』（1949有斐閣）、同〔再版〕452頁（1965年有斐閣）。

来明示の信託関係が認められる場合と同じく、原告の損失にとどまらない取戻しと代位物および第三者への追及効が認められる⁽⁴⁾。

これに対して日本法は、不当な利得の返還について、「法律上の原因なく他人の財産又は労務によって利益を受け、そのために他人に損失を及ぼした者（以下この章において「受益者」という。）は、その利益の存する限度において、これを返還する義務を負う。」とする一般規定を703条において有する。しかし、同じ不当な利得の返還において、原告の損失にとどまらない取戻しも代位物や第三者への追及については、一般的に認められる制度になっていない。他方で、不当利得を根拠として原告の損失にとどまらない利得の吐き出しについては、ドイツ法の影響を受けた準事務管理の議論が存在し判例も存在するとの評価があり、さらに損害賠償法理を通じて同様の効果をもたらす立法がある。とはいえ、高名な民法学者の根強い反対説の影響が見過げない状況にある。そこで、主要な教科書の一部の取り扱いを見た後で、議論の状況を再確認し、準事務管理否定説の再検討を行いたい。

1. 主要な教科書の状況

(1) 事務管理肯定説

準事務管理についてわかりやすくまとまっているのは、近江幸治の『民法講義VI』であろう。たとえば、『民法講義VI 事務管理・不当利得・不法行為』〔第2版〕（2007成文堂）では、20頁より準事務管理の項目を置く。現状分析においては「否定論も強く、学説は激しく対立する」と評価する。そして、21頁からの学説紹介では、準事務管理を肯定する「〔A〕準事務管理説」、準事務管理を否定する「〔B〕不法行為・不当利得説」と「〔C〕事務管理「追

(4) なお、このような擬制信託は救済であり、擬制信託が生じる事情の発生時に生じるが、被告の返還時または裁判所の判決時まで原告に権原が生じないとされる（1 Scott and Ascher on Trusts 174 § 3.4.7 (5th ed. 2006)）点で明示信託との違いがある。従って手続上は善意有償取得者との関連で訴訟継続登録などの問題が生じる（Florrie Young Roberts, The Propriety of a Lis Pendens in Constructive trust Cases, 38 Seton Hall L.Rev. 213 (2008)、拙稿「擬制信託の制限に関連する小報告～訴訟継続登録 その1～5」鹿兒島大学法学論集第43巻2号39、同44巻1号17頁（2009）、同2号39、同45巻1号93頁（2010）、同2号129頁（2011））。

認」説」の3つにまとめる。それらについては、「僭称管理者の才覚によって取得した利益を全部剥奪すべきかどうか」につき肯定するのが〔A〕〔C〕、否定するのが〔B〕説であるとする。そして、〔B〕説については、法律的正義の観念からはそのような利得を「吐き出させるべきだとするのが一般的」であり、「証明を要しないとしている点は、賠償理論からも問題である」として、批判する。次に、〔C〕説については、ドイツ法が「事務管理に準じて扱うことを妥当としてその準用規定を置いている」として批判する。これは、おそらく準事務管理の方が自然であるという評価に思える。さらに、〔C〕説が追認によって「管理者の全利得を剥奪できるとする論理は飛躍しすぎていると言わざるを得ない」として、〔A〕説支持を表明する。この部分は、本来の事務管理規定が管理者による意思を要件として重視していると解釈されている点からも、単なる追認では効果を十分に説明できないことから批判として妥当であろう。

より一般的でコンパクトな教科書では、具体例、ドイツ法も含めた概略の説明に、ものにより判例として大審院判決大正7年12月19日民録24輯2367頁、同様の効果を達成する知的財産分野の特別法の説明を載せるのが通常である。この判決の取り扱いについても上記近江教科書はコンパクトにまとめており、〔A〕説の論者による判決の評価とともに、〔C〕説の事務管理追認論による評価も紹介し、〔C〕説の事務管理による「処理だとも解せなくもない」とする。

他方で、近江説と同じく準事務管理を肯定しつつ詳細な説明を行っているのが、澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣1993）であり、上記近江教科書で「〔A〕準事務管理説」として引用されている。澤井教科書では、「他人の権利圏への侵入」が事務管理を成立させない場合に「論理的には不法行為又は不当利得のルールで処理することになる」が、そうすると「賠償・償還義務者が被害者（損失者）になす給付は、『損害』、『損失』の範囲に限られる」ため、「適法に事務管理された本人の地位より不利になることがありうる」ことからドイツ法が準事務管理の規定を置くとする。そして、「わが国では、この概念を必要とする見解と不必要とする見解

が相対立している⁽⁵⁾とする。そして、「準事務管理否定論」については、「潜称管理者が特別な才能・機会に恵まれて得た利益は返還させない方が公平である」としていることから「悪意の潜称管理者が、特別な利得を取得することは不当と考える」として準事務管理論を支持する。

次に、知的財産分野の特別法については、「準事務管理論と同様に違法行為者に利得を吐き出させる機能を持っているけれども、準事務管理論と異なり『推定』するに過ぎない」ことから、反証可能性が残されているため一般法として「利益自体を本人に引き渡させる準事務官理論はなお権利者に有用である」とする。しかし、特許法を中心として立法政策上は敢えて「推定」規定とし準事務管理論を「採用しなかった」ことと、差止請求権や過失の推定などからも「特別法の立法政策を尊重して規範の完結を図るならば、均衡上、一般論としても準事務管理を否定すべきこととなる」がしかし、「被害者の保護がかえって薄くなるという結果」を避けるため、「悪意の違法管理者への制裁・公平の理念を重視して、準事務管理論を合わせて適用すべきである」とする⁽⁶⁾。

なお、近江説、澤井説ともに効果は事務管理の成立時と同じであるため、「本人の意思に反する事務管理の場合と同様の費用償還義務が課される」とされる。

最後に、近年の教科書で準事務管理を肯定的に紹介するものとして、2005年に第3版補訂版の出た藤岡康広他『民法IV』（有斐閣）⁽⁷⁾がある。そこではまず390頁において、「事務管理の追認」との項目を設け、管理の意思が欠け自己の目的である場合には追認による事務管理は困難である旨を述べるが、これはそのまま上記の〔C〕追認説への批判として当てはまろう。次に、準事務管理の項目では、不当利得または不法行為によれば「権利侵害者が才気を働かせて多大の利益を上げている場合には、利益の多くは権利侵害

-
- (5) 澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為』（1993有斐閣）19-20頁、同〔第3版〕21頁。
 - (6) 澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為』（1993有斐閣）22頁、広中俊雄『債権各論講義』（第6版）（1994有斐閣）389頁。
 - (7) 松本恒雄「第5章 事務管理」藤岡康広他『民法IV』（第3版補訂版）（2005有斐閣）390-391頁。

者の下に留まることになるし、そもそもこのような逸失利益については因果関係の立証が困難である」とする。「そこで、権利侵害者に対する制裁として、侵害者のあげた全利益を本来の権利者に引き渡させるために事務管理の規定を準用しようとの説（準事務管理）がとねえられている」と続ける。同じ結果については、「商法上の介入権の規定の類推により、あるいは他人の権利に対する悪意の不法行為的侵害に対する制裁として合理化しようとの説も有力であった」とし、この問題点を「立法的に解決」したのが知的財産法であるとする。さらに平成17年改正商法や会社法における介入権の廃止と、競業避止義務違反時の損害推定規定（商法23条2項、会社法12条2項）を紹介する。

上記の肯定説においては、返還義務の範囲と、正当化における「制裁」の有無が重要である。

（2）吐き出し肯定説

準事務管理を否定しながら、その効果である利得の吐き出し自体は肯定しようとする見解がある。近年の教科書では、内田貴『民法Ⅱ債権各論』〔第3版〕は、「勝手に他人の権利を使った者が使い得で利益を得ると、使われた者が思いがけない利益を得るとでは、やはり前者の方が不当だとの判断がなされよう（もっとも、この点はなお異論が根強く存在する）」⁽⁸⁾とする。その上で、「本来利他的行為を前提としている事務管理を援用するのは、やや無理がある」として、「そこで、実際に問題が生じやすい無体財産権の領域では、特別の規定を置き」、「他人の権利への不法行為的侵害に対する一種の制裁として、相手の得た利益を権利者の損害と推定する扱いが採用されている」とする。

次に、加藤雅信『新民法大系Ⅴ事務管理・不当利得・不法行為』は、追認説による⁽⁹⁾。事務管理の要件のうち、まず、本人の意思に適合した管理かどうかについては追認により充足され、次に、「他人のために」事務がなされるべき要件についても、「本人がそれを許容しているので、瑕疵が治癒され

(8) 内田貴『民法Ⅱ債権各論』〔第3版〕（2011東京大学出版会）561頁。

(9) 加藤雅信『新民法大系Ⅴ事務管理・不当利得・不法行為』〔第2版〕（2005有斐閣）。

ていると考えることが出来るであろう」として、木村論文30頁⁽¹⁰⁾を引用する。また、前掲大正7年の判決については、違法な持分売却については「不法行為を組成する」が、本人が「後日その売買行為を承認した時は、事務管理の法則により」「売却して受け取った代金の引き渡しを請求することができる」としていることから「追認による後発的」事務管理の例であるとして、準事務管理のリーディングケースとするのは「学説が無用な解説を付加しただけであったように思われる」として肯定説による解釈を批判するものである。追認後の処理としては、事務管理と同様になり、しかし事務管理の開始時から請求の時点までの管理継続義務のみが強制されうるとする。

(3) 吐き出し否定説

北川善太郎『債権各論』〔第3版〕(2003有斐閣)では、「肯定説がかつての通説であったが、否定説も近時有力である」とする。そして、否定説の根拠については「不当利得または不法行為による利得の償還または損害の賠償の請求を認めうるので、本人の保護として十分」であるとするもので、「特別の能力・技能で管理者が手にし得た収益はどの制度においてもそのもの手にとどめるしかないとする」と紹介する。そして、否定説に対する批判として商法の介入権構成や悪意侵害者に対する収益の引き渡し請求を紹介する。しかしながら、私見においては、「管理者の能力・技能・幸運で得た特別の利益は、当然本人に帰属すべきであるとまでは断定できないように思われる。かかる利益は、準事務管理を肯定しても管理者の手元にとどめてよいと解する立場もありうる。立ち入った検討を要するが、どちらかといえば準事務管理論には消極的に解する。」と述べる⁽¹¹⁾。

次に、教科書では無いが教材として、2004年の北川善太郎「民法基本判例解説」⁽¹²⁾がある。ここでは、前記大正7年判決につき事案と判旨を紹介した上で、解説を加えている。(なお、事実の説明のところで、「準事務管理の観

(10) 木村常信「事務管理・債権者代位権と法定代理」産大法学8巻3号(1974年)、次章(5)節参照。

(11) 北川善太郎『債権各論』〔第3版〕(2003有斐閣) 211-212頁。

(12) 北川善太郎「民法基本判例解説(141)〔264〕準事務管理の事例」みんけん570号(2004) 685頁。

念を認める学者は、本件のような事例がこの観念によって説明されるべきだとしてゐる。」と説明する。)そして、解説において、準事務管理の説明の後に「利を治めた者が、時価以上に利を得たのであれば、むしろ彼の才能として認めるべきではないか」とする。

以上のように、否定説は、不当利得または不法行為による解決に委ね、かつ特別の利益分の返還あるいは賠償については認めないといった点で、近江文献における「〔B〕不法行為・不当利得説」はかなりの確に内容を表していると言えよう。

2. 起源の学説

(1) 大正8年鳩山評釈

1919年の鳩山秀夫評釈は、大判大正7年12月19日民録24輯2367頁についての評釈である。まず、判決自体は、2名の共有者のうち一人の名義で登録されていた船舶を、当該甲が他方に無断で売却した売却金の半額についての引き渡しを要求された事案である。大審院は、「共有者の一人甲が他の共有者乙の同意を得ずに、甲と乙の持分をともに勝手に売却した場合には不法行為となるが、他の共有者乙が後日その売買行為を承認した場合には事務管理の法則により乙は民法701条、第646条の規定に基づき、甲が乙の持分の売却により受け取った代金の引き渡しを請求することができるのは明らかである」としたものである。鳩山評釈は、事務管理成立要件の1つに管理者が他人のためにする意思を有することが必要なのは通説が認めているとする。民法697条は単に「他人のために事務の管理を始めた者云々」と規定するにとどまり、「他人の利益を図ろうとする意思を要するか否かについては」明示的に規定していないが、「法律が事務管理を適法行為の1つとすることに疑いはない。そうであるから、他人の財産管理に干渉する行為を持って適法行為とするのは、他人の利益を図る意思のあることに基づいていることは理論上明らかである故に、他人の利益を図る意思が成立要件となることに学者の疑いはない」とする。「ただ、他人のためにする意思の内容については学説上多少議論があるが、自己のみの利益のためにする意思を有する時は他人のためにする意思があると解することができないという点については一致し

ている」とする⁽¹³⁾。そして、当該判決の理由においては、上告理由で甲が自己のためになしたことから事務管理が適用されることを違法であると主張したのに対し、自己のみの利益を図る意思を有し本人の利益を図る意思を有しない場合にもなお事務管理が成立すると断定しているわけではないけれども、判決理由の全部を通読すれば、このような場合に「本人が承認する時は本人が事務管理による請求権を有するものと解していることは明らかである」とする。そして、「おそらく本判決は甲の行為を『不法行為』としてるので、当然事務管理にはならずしかも本人の利益を図る意思をもてなされたものでは無いことを前提としていると言える」とする。「もし本人のためにする意思があると認めているとするなら本人の承認にかかわらず当然事務管理が認められ、したがって不法行為であると認める理由が無い」ことになるからである。

このような大正7年判決に対して鳩山説によると、沿革上1870年以前においては他人のためにする意思は事務管理の「要素」にはならず、ただ事務管理の反面訴権として「管理人が本人に対して有する訴権の要件」に過ぎないとするのが多数説であったとされる。1882年の Zimmermann の著作により、「真正の意義における事務管理は常に本人のためにする意思を要素とするものであって、ただこの意思が無い場合にも公平と実際上の便宜に基づいて事務管理の訴権を拡張し不真正事務管理が認められることになる」ことが「明らかにされるにおよび学者が多くこれに従うようになった」とする⁽¹⁴⁾。そして、ドイツ民法制定の沿革からは事務管理の成立要件として他人のためにする意思を要することは一貫しており、しかし、管理者が他人の事務であることを知っているにもかかわらずなお自己のためにする意思を持って事務を管理する場合に、本人が事務管理を認めることができるかどうかについては「経過中多少の曲折を見た」とする。すなわち、第1草案においては他人のためにする意思を要素とする原則が貫徹されたが、第2草案において例外が認められるとされ、「現行ドイツ民法687条2項においてはいわゆる不真正なる

(13) 鳩山秀夫「民法判例批評 (3)」法学協会雑誌37巻7号97,98頁。

(14) 鳩山秀夫「民法判例批評 (3)」法学協会雑誌37巻7号97,100頁。

事務管理を認め、本人は上記のような管理者を事務管理者と認めることができるとし、したがって、本人がこれを事務管理と認めた場合には管理人もまた本人に対して不当利得返還請求権を有するものと規定するに至った」とする。そして、鳩山説は立法論としてドイツ法の687条2項のように規定するのが正当であるとする⁽¹⁵⁾。その理由は、不法行為によれば本人の受けた損害が限度となり、不当利得によれば本人の損失を限度とするために、管理人が「特に有利な行為をなした場合には事務管理に基づく請求権を行使したのと同じ利益を得られないから」である。加えて、本人のためにする意思を有するか否かは「内心的事実」であって表示を要するものではないので、意思の存否を知ることはできない。したがって、不明である場合には不法行為によるか事務管理によるか決することもできないが、そのことはドイツ法の不真正事務管理の立法理由の1つであるとする。

その上で、鳩山説は大正7年判決について、「本人の承認ある時は事務管理の法則により本人が民法第701条より第646条の認める権利を行使しうるものとして、原審が事務管理の規定を適用したのが相当であるとした」もので意義が不明瞭で有り、本人の承認により事務管理そのもの変更される[転換される]とするのか、承認により事務管理そのものにはならないが事務管理上の請求権を取得するというだけに過ぎないのか不明であるとする。そして、前者なら反対、後者なら賛成であるが「判決が適用と言っているところからは前者とか言うべきものであるところが残念である」⁽¹⁶⁾とする。このような本判決は、無権代理行為においても代理権が欠ける場合に本人の追認により追完は可能であるが、無権代理人に代理意思が無い場合にはたとえ本人の追認があったとしても補われることは無いのと同じく根拠が無い。また、一端不法行為として成立したものについて請求権の放棄こそ可能であるが、それを適法行為に返事させることはできないとする⁽¹⁷⁾。また、ドイツ民法のような根拠を欠くのであるから、あくまで類推適用となる。最後に、日本の民法が事務管理を認めるのは「道徳行為を奨励することを目的とするからではな

(15) 鳩山秀夫「民法判例批評(3)」法学協会雑誌37巻7号97, 101頁。

(16) 鳩山秀夫「民法判例批評(3)」法学協会雑誌37巻7号97, 102-103頁。

(17) 鳩山秀夫「民法判例批評(3)」法学協会雑誌37巻7号97, 104頁。

く本人の利益を保護することをその主要な目的とする」からであるとする。そのため委任の規定が準用され権利が認められるのであり、その点で管理人が本人のためにする意思を有するかどうかを問うことは不要である。他方で条文が他人のためにする意思を成立要件とするのは、事務管理を適法行為とするために他ならず、不法行為責任を免除するためである。しかし、自己利益が目的のものの責任が本人のためにする意思を有した場合より軽くなることに理由は無い。したがって、他人のためにする意思を欠く時は適法行為性が否定されると解されるのみで、責任については事務管理に準じて本人は管理行為による利益を取得できるべきである。

以上のように、準事務管理の理論は、上記対象判決をリーディングケースとして支持されたものではなく、判決批判として現れた。

(2) 準事務管理否定説

注釈民法の平田春二記載部分⁽¹⁸⁾によれば、以上の準事務管理肯定説⁽¹⁹⁾はその後多くの学説の支持を受け、かつての通説的地位を占めたとされる。しかし、その後批判が出現し、中でも当初は肯定していた⁽²⁰⁾我妻栄の転向⁽²¹⁾が、最も影響力が強そうであったと推測される。

発端は1937年の石田文次郎論文であるとされ⁽²²⁾、そこでは、準事務管理の概念は不要であり、不当な利得を公平に清算するための制度である不当利得の問題として取り扱うとするものである。まず、不当利得の制度において、給付利得意外の場合には、損失の範囲でのみ返還の範囲を決するのではなく

-
- (18) 平田春二「後注(§ 697-702)一準事務管理」谷口知平・甲斐道太郎編『注釈民法(18)債権(9)』318頁(1991有斐閣)。
- (19) 他に、末川博「準事務管理」『末川法律論文集Ⅲ』(1970)484頁、平田春二「所謂準事務管理について」名古屋大学法政論集3巻2号(1955)29,33頁によると、末川説は、本人の意思に反する管理と自己のために管理する場合に両方について、本人の利益を保護するため、「管理者の利益またはその主観的な立場を無視しても良い理由があり、また必要があるから、準事務管理を認めるべき」として、事務管理の規定を「条理に従って類推適用」すべきとするものである。
- (20) 我妻栄『現代法学全集(34)債権法』111頁(1930日本評論社)。
- (21) 我妻栄『新法学全集(10)事務管理・不当利得・不法行為』(1937日本評論社)、同[復刻版]21-23頁(1989)。
- (22) 石田文次郎「不当利得に於ける『損失』に就て」法学論叢37巻4号(1937年)1頁、平田春二「後注(§ 697-702)一準事務管理」谷口知平・甲斐道太郎編『注釈民法(18)債権(9)』318頁(1991有斐閣)321頁。

不当利得の理念に基づき「公平なる利益の分配の思想に立」たなければならぬとする⁽²³⁾。他方で、損失の発生という要件は、「不当利得の概念を破壊するものである」とする。しかし、「受益者の取得した利益全部の引き渡しを認めることは、かえって不当な結果をもたらす」として、損失者の権利の客観的価値と、受益者の支出した費用・技能・考案を評価し、その利得を公平に分配しなければならないとする。準事務管理事例においても、準事務管理概念を不要とした上で、受益者が特別の施設と考案をなした場合には、「同様に公平なる利益分配が行わなければならない」という⁽²⁴⁾。さらに『債権各論』においては、それらの「割合に従って利益を分配すべきである」とするものである⁽²⁵⁾。

対して我妻説は、「他人の事務であって自分に管理する権限のないことを知りながら利益を得る目的で管理する行為」は、不法行為または不当利得の問題であり、「これに事務管理という本来利他的な行為として管理者を保護することを目的とする制度を準用するというのは、民法の体系として筋が違う」とする。ただ、「不法行為と不当利得に関する理論で妥当な解決が見つからないなら、その理論そのものを修正することに努力すべきであろう。」とする。その点では、上記のように損失要件を不要とし割合に従った解決を認める石田説とも共通する部分が無いわけではない。しかしながら、「僭称管理者が特殊の才能や機会に恵まれて、一般に合理的と予期される以上の利得をえたとすれば、それはむしろ返還させない方が公平に適する」⁽²⁶⁾とするため、割合的寄与の観念は無いようである。「事務管理としてもその才能が経済的価値あるものなので、一種の費用として本人から償還すべきものであり、そうでなければ本人が他人の才能により不当の利得をすることになるとする⁽²⁷⁾。なお、本人の損失を決定するには侵害行為の無い場合の本人の利得可能性を

(23) 石田文次郎「不当利得に於ける『損失』に就て」法学論叢37巻4号（1937）15頁。

(24) 石田文次郎「不当利得に於ける『損失』に就て」法学論叢37巻4号（1937）19頁。

(25) 石田文次郎『債権各論』〔26版〕（1961 早稲田大学出版部）250頁。

(26) 我妻栄『民法講義V、債権各論下巻1』（1972岩波書店）928頁。

(27) 我妻栄『新法大全集（10）事務管理・不当利得・不法行為』（1937日本評論社）、同〔復刻版〕23頁（1989）、平田春二「所謂準事務管理について」名古屋大学法政論集3巻2号（1955）29、34頁。我妻説を支持する見解として、松坂佐一『法律学全集22—I 事務管理・不当利得〔新版〕』（1973有斐閣）50頁。

個別的・具体的に証明することを要せず、当該潜称管理行為が一般にそれだけの利得を生ずるものであれば本人にもそれだけの損害を生じたとみるべきであるとする。また、計算義務については特別法による解決が望ましいとする。ドイツに於ける無権原の特許使用については不真正事務管理の規定ではなく不法行為の損害賠償として解決していたということである⁽²⁸⁾。

他に、事務管理自体の効果は認めるものとして、条文の明文解釈により「他人のために」の要件を管理者の意思とせず、「社会通念上本人の利益になると認められること」という客観的意味に捉え、本来の事務管理の範囲に包含させる説が存在する⁽²⁹⁾。

(3) 平田説

1955年に、それまでの学説の成果を詳細にまとめ準事務管理を肯定する平田文献が現れる。平田説はまず、肯定説について、管理者の義務についてのみ類推適用する点を批判する⁽³⁰⁾。次に、否定説については、法が原則として事務管理者に報酬請求権を認めておらず、これを認めるとすれば管理者が「自己の才能を一方向的に売りつけた」ことになることから賛同しえないとする⁽³¹⁾。つまり、現行法の解釈としては、本人が管理者の才能によって利得することが当然であるとする。何よりも、「事務管理の要件が欠けた場合の不法な管理者の責任を、適法な事務管理者の責任より軽からしめることは、なんと言っても不合理」なのである⁽³²⁾。そのために、旧商法上の介入権の規定⁽³³⁾の存在を根拠とし、当該制度の一般法理として民法法理上の準事務管理の制度を「民法的一般型」として肯定するものである。

平田説への批判として、介入権が営業関係の特殊性に基づくとの批

(28) 我妻栄『民法講義V4 債権各論下巻1』(1972岩波書店) 928-989頁。

(29) 平田春二「後注(§ § 697-702)―準事務管理」谷口知平・甲斐道太郎編『注釈民法(18) 債権(9)』318、322頁(1991有斐閣)、同「所謂準事務管理について」名古屋大学法政論集3巻2号(1955)29、34頁の引用する岡村玄治『債権法各論』568頁(1929巖松堂書店)、小池隆一『準契約及事務管理の研究』(1935清水書店)288頁。

(30) 平田春二「所謂準事務管理について」名古屋大学法政論集3巻2号(1955)29、38頁。

(31) 平田春二「所謂準事務管理について」名古屋大学法政論集3巻2号(1955)29、40頁。ただし、「その性質上費用と目すべき場合もあろう」とする。

(32) 平田春二「所謂準事務管理について」名古屋大学法政論集3巻2号(1955)29、41頁。

(33) 沿革的には、従属的身分関係が存在するとされる。平田春二「所謂準事務管理について」名古屋大学法政論集3巻2号(1955)29、60頁。

判⁽³⁴⁾があり、さらに1981年の四宮和夫『現代法律学全集10 事務管理・不当利得・不法行為（上）』では、事務管理者が獲得した利益を本人に引き渡さなければならないのは管理意思による利他性の存在故に行動しているからであるため不当では無く、労働や才能の結果を本人に帰せしめるには管理者からそれを奪うのを是認するに足る事由が無ければならず、過失だけでは足りないとする。しかしながら、才能による利得を不法行為者にとどめることは不法を助長する結果となるため「違法行為をした者に対する制裁」として引き渡し請求権と計算報告義務を認める必要があるとして準事務管理を肯定するものである⁽³⁵⁾。

（４）制裁説

上記四宮説に先立ち、1964年の川村泰啓「返還さるべき利得の範囲（４）フォン・ケメラーの不当利得論」⁽³⁶⁾は、フォン・ケメラーの1954年の著作における不当利得論として、寄与の価値に応じた成果の比例的分配を紹介する⁽³⁷⁾。そして、いわゆる給付利得と侵害利得の区別を進める文脈において、「全受益返還義務の本質」が『『他人の絶対権の中への有責な侵害取得に対する不法行為的制裁』であり、『客観的な利得の調整』とは区別されなければならない。』とする⁽³⁸⁾。そして、ドイツ法においては、「無体財産の有責な侵害取得（判例法）」と「故意による侵害取得の場合にのみ」「全受益の返還が義務づけられるに止まる。』とする。そして、1967年の『商品交換法の体系〔上〕』において、不真正事務管理の「責任の内容は全収益返還義務」であり、その本質は「他人の絶対権の中への有責な侵害取得に対する一種の不法行為的制

(34) 平田春二「後注（§ § 697—702）—準事務管理」谷口知平・甲斐道太郎編『新版注釈民法（18）債権（9）』（1977有斐閣）318、324頁によると、好美清光「準事務管理の再評価—不当利得法等の検討を通じて」『谷口知平教授還暦記念 不当利得・事務管理の研究（3）』（1972有斐閣）427頁等。

(35) 四宮和夫『現代法律学全集10 事務管理・不当利得・不法行為（上）』（1981青林書院新社）43—46頁。

(36) 川村泰啓「返還さるべき利得の範囲（４）フォン・ケメラーの不当利得論」判例時報359号27頁（1964）。

(37) 川村泰啓「返還さるべき利得の範囲（４）フォン・ケメラーの不当利得論」判例時報359号27,28頁（1964）。

(38) 川村泰啓「返還さるべき利得の範囲（４）フォン・ケメラーの不当利得論」判例時報359号27,31頁（1964）。

裁」であるとして支持するものである⁽³⁹⁾。これは、前述平田説によれば「悪意の侵害者に侵害行為による何らかの利得を保有させることは（侵害行為への誘因になるから）」「それを被害者に寄贈させるよりもはるかに不当性が大きい、との価値判断に立ち」、準事務管理的収益引渡請求権はそのような価値判断を実現のために「不法行為的侵害に対する特殊のサンクション足る性格を持つ」ものとして収益引き渡し請求権を認めることを主張するとされる⁽⁴⁰⁾。この「制裁」による理由づけが準事務管理論を支持する教科書においてよく用いられることとなる。好美説もこの立場である⁽⁴¹⁾。

(5) 新生追認説

1974年の木村文献⁽⁴²⁾は、準事務管理の規定を有するドイツ法でニッパードイによる議論において、「正当な事務管理」と「許されざる事務管理」の二分類がなされたことに発想を得たものである。即ち、本人の利益およびその意思への適合性の要件は、そもそもは本人の利益および意思に反するものが、「他人の権利領域への違法な干渉」であることから必要な要件である⁽⁴³⁾。そして、そのような本人の利益および意思への適合性がおよそ欠缺する「不当な事務管理」の場合には、本人の追認により欠缺が治癒されるとするものである。いずれも事務の管理に伴う代理権の発生または追認についての根拠となる。木村説は、ドイツ民法687条2項による準事務管理における本人の請求権の行使の中に追認が含まれ、無権限者が事務を管理する場合「本人の同意または追認は無権限を除去」し法定授權が発生する故に無権限の権利処分が有効になることと同様に、準事務管理においても、本人の追認により管理が正当な事務管理となり法定授權が発生するというものである。

-
- (39) 川村泰啓『商品交換法の体系〔上〕』（1967勁草書房）113頁。制裁を理由として準事務管理を認める立場として、他に前掲注(6)の広中俊雄『債権各論講義〔第6版〕』（1994有斐閣）1389頁などがある。
- (40) 平田春二「後注（§ 697-702）一準事務管理」谷口知平・甲斐道太郎編『注釈民法（18）債権（9）』318、324頁（1991有斐閣）。
- (41) 好美清光「準事務管理の再評価」『谷口知平還暦記念 不当利得・事務管理の研究（3）』371頁（1972有斐閣）。
- (42) 木村常信「事務管理・債権者代位権と法定代理」産大法学8巻3号18頁（1974年）。
- (43) 木村常信「事務管理・債権者代位権と法定代理」産大法学8巻3号18、20-21頁（1974年）、平田春二「事務管理の成立と不法干渉との限界」『谷口知平教授還暦記念 不当利得・事務管理の研究（2）』（1971有斐閣）233、241頁。

1999年の加藤雅信『事務管理・不当利得』（1999三省堂）は、上記木村説と我妻＝有泉文献⁽⁴⁴⁾を引用し、追認説を支持する。なお、この文献において特筆すべきことは、大正7年判決について「初期の学説が判例評釈において当判決を準事務管理と結びつけ、現在でもこの判決が判例法上、準事務管理を認めたリーディング・ケースとされているのは、無用な解説を付加したただけであったように思われる」としている点である。引用が無いため不明だが、上記のいずれかの流れに並行して、どこかにリーディングケースとして扱うケースがあったようである。なお、そもそもの鳩山文献に対する詳細な批判は論じられていないため、ループの印象は否めない。かくして、当該内容につき前章の教科書記載へとつながる。

他に、元本所有者への収益帰属を根拠とする金山説⁽⁴⁵⁾があるが、いずれも収益の帰属先を本人とし、計算報告義務も認めるため、利得の吐き出しを肯定する説となる。

3. 検討

以上、一連の流れによると、準事務管理を否定する説によっても、利得の吐き出しを認めようとする傾向が強いため、利得の吐き出しを全面的に否定する説のほうが少数説に思える。特に、主要な教科書の状況における否定説の論者の世代を考えるなら、本来の財貨割り当て秩序を緩和し、取引安全を重視し、資源の有効活用を背景として産業を発展させていった時代はもう終わり、発展により得られたものを確保し掌握する固定的な財貨割り当て秩序がより重要な時代になっているとは言えないだろうか。並行して、個人の権利の範囲が曖昧であり、市場化と個人主義が進み、共同体内で同意を得ずとも借りれば返せばよいとしてそれがお互い様であった時代も過去のものであり、そもそもは共同体の結びつきが大きく解体され、どの部分が誰に帰属するかという市民感情も実際には広がっていると思われることにも合致する傾向である。では、実際に

(44) 我妻榮＝有泉亨『民法2 債権法』（1977一粒社）386頁。

(45) 金山正信『準事務管理』概念は必要か』ジュリスト増刊『民法の争点Ⅱ』138頁(1985)、平田春二「後注（§ § 697-702）—準事務管理」谷口知平・甲斐道太郎編『注釈民法（18）債権（9）』318、325頁（1991有斐閣）。

どのような制度設計が必要であろうか。まず、学説の遺憾につき検討し、次に利得の吐き出しについての詳細を検討する。

(1) 学説の評価

大正7年判決を支持するためには、条文の明文解釈により697条における「他人のために事務の管理を始めた者」の範囲について、上記(2)の最後の学説のように管理者の意思を問題とせず客観的に「他人の利益のためになっているかどうか」と解釈し結果判断とする方法が自然に思われる。本来的に主観の判断が困難である点からも現実的であろう。条文自体の解釈を明記していない学説においても、そのような説明が付加されて初めて説得力を有することになる。他方で、「他人のために事務の管理を始めた」という要件自体が「本人の追認」により不要となるという解釈についてはどうだろうか。鳩山評釈の紹介する沿革が示すように、本人が費用償還義務を負うための正当化のために必要な要件である。とすると、逆に本人が返還請求権を行使する場面においては不要であるとする極論も成り立つ。しかしながら、事務管理自体が、本人の請求権と管理者の請求権の両方で成り立つ制度であるため、同じ事実がある時に、本人からの請求については「他人のために事務の管理を始めた」を不問とし請求を認め、管理者からの請求については「他人のために事務の管理を始めた」ことを問い請求を認めない、という結果は、たとえ後者の場合に不当利得の一般法理による請求を認めるとしても、せっかく Zimmeman が統一した趣旨に逆行しバランスを欠くことになる。また、そもそも本人に意思能力がある場合の「追認」であるなら委任契約の追完による方法は無いのだろうか。そう考えると逆に、管理者の意思を欠く場合にも契約関係の押しつけを認める規定が事務管理で有り、委任ではがそうではないという体系が指示しうる。とはいえその場合もやはり、管理の違法性阻却の面では本人の追認で足りるとしても、管理者が義務に縛られる点については制裁説の指摘するように、積極的な根拠が必要となろう。それは事務管理そのものの成立を認める説においても準用する説においても当てはまる問題である。

次に、準事務管理を否定し全て不当利得の法理によるべきという考え方は

どうか。こちらも、不明な部分についてのみ一般法に戻るべきであって、事務管理と、準事務管理＝事務管理の準用という具体的な法理の成果でまず解決することが現行法の解釈的には適切であろう。ただ、現在の不当利得の条文や解釈の構成全体を変更することの可能性については後述する。準事務管理肯定説への批判として、我妻説のうち「事務管理という本来利他的な行為として管理者を保護することを目的とする制度を準用するというのは、民法の体系として筋が違う」という点はどうであろうか。たしかに、不当利得法秩序全体の見直しの可能性はあるであろう。しかしながら、繰り返しになるが詳細な規定があるところで一般法をまず用いよというのは解釈の方法としては逆である。また、事務管理の制度は条文上も「利他的な行為として管理者を保護」するのみの制度ではない。鳩山評釈は終盤で事務管理が「道徳行為を奨励することを目的とするからではなく本人の利益を保護することをその主要な目的」とであるとするため、準事務管理を否定する我妻説と肯定説の鳩山評釈は正反対の制度評価となる。沿革的に実際の争訟で認められた請求権が本人側と管理者側のいずれの請求に端を発する制度かについては興味深いところではあるが、古くから議論が分れているところのようであり、むしろ多数説は、本人からの請求権がまず始めにありきとするもののように思える⁽⁴⁶⁾。そして、少なくとも現行の制度自体は管理者と本人両方の権利となり得るためいずれも制度の一面のみを拾い評価しているような感がある。特に、道徳行為の奨励については、たとえ「本人の利益になっていた」としてもお節介が勝手に他人の事務を行った場合の償還を原則的に認めない法秩序の存在⁽⁴⁷⁾を考えると、全否定には及ばないといえよう。

(46) 鳩山秀夫『民法研究第4巻』54-71,70頁（1930岩波書店）、小池隆一『準契約及事務管理の研究』（1935清水書店）92頁。

(47) アメリカ法はおせっかいによる費用償還を認めない傾向がある。扶養義務の無い父親が子の介護費用につき事後的に約束した例だがMills v. Wymann, 20 Mass. 207 (Mass. 1826) がよく参照される。樋口範雄『よきサマリア人と法』法セ193年12月号108頁、樋口範雄『アメリカ契約法〔第2版〕』（2008弘文堂）84頁。他方で、法域によっては事務管理後の償還約束について法的拘束力が認められる場合がある。原状回復法リステイトメント自体は事務管理を認める規定を置いている（Restatement of Restitution § § 112-117、木下毅「日米比較原状回復法」『アメリカ私法』（1988有斐閣）198、226-227頁）ため、「お節介な行為（officious act）」については各州で判例を確認する必要がある。；5 Scott and Ascher on Trusts 332 § 464 (4th ed. 1989) でも、弁済による代位について「お節介」による場合の救済を否定

平田説については、不法な管理者の責任が適法な事務管理者の責任より軽くあってはならないという契機は大いに指示される。しかしながら、商法上の介入権の制度はどうも商慣習法を沿革とするものに思われるため、商慣習法がローマ法を取り込むこともおかしくはないとはいえ多少の無理が感じられる。ただ、辿った沿革が同じなら説得力のある根拠となりうる可能性がある。他方で、内容はやはり特別の関係を前提として成立している責任に見えるため、一般法を観念する根拠としては難しく思える。アメリカ法の擬制信託による返還請求権に対照させると、信託関係が存在する場合の請求権を擬制してそれ以外の場合に及ぼすというのと平行になるため、やはり順序が逆の感が否めない。もっとも、こちらもアメリカ法の解決が、法理としては信託法理の拡張にありながらも、実際には他のコモンロー上の訴権も吸収して発展した成果で有り⁽⁴⁸⁾、根底には信託制度に関わりなく返還秩序の実態があると考えるなら、一般法理としての返還請求権の観念はおかしなことで無い。さらにそのようなフィードバックは「準事務管理」のみに留まらず、不当利得法理一般に及ぼすべきともいえよう。

制裁説については、管理者の義務や特別収益の返還を特別の義務と観念する場合の根拠付けとしてはたしかに強いものであろう。しかしながら、例えば侵害利得というだけでその全収益返還義務が制裁によってのみ判断されるものかどうかについては疑問である。例えば、松坂佐一『最近のドイツ不当利得法の概観』(1992)によれば、シュレヒトリームの説として、侵害利得返還請求権の考察はフリッツ・シュルツに始まり⁽⁴⁹⁾、そのシュルツは、ケー

する。；事務管理における償還請求の否定原則についてはRestatement of Restitution § 2 (1937), Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 2(3) (2011)。

(48) たとえば、松坂佐一『英米法における不当利得』(1976有斐閣) 5頁は、コモン・ローの訴訟方式において「所有者は、その奪われた動産が原の形で存在する場合ばかりでなく、他の形に変わった場合にも、それが変わった形における彼の動産として、どの同一であることを明らかに証明しうる限り、それを回復することが出来た」とする。さらに、同6頁は、エクイティが代位物である金銭への追及を許す文脈において、Holdsworth, Unjustifiable Enrichment (1939) 55 Law Quarterly Review 37, 38の記述を引用したうえで、「もし原の動産またはその変形である産出物が同一であることを確認されることができないならば、コモン・ローは本権的救済方法を与えることができなかった」とする。コモン・ローとエクイティの統合後、両救済は包摂されていると評価できるのでは無いだろうか。

(49) 松坂佐一『最近のドイツ不当利得法の概観』312頁(1992有斐閣)。

ニッヒによれば「イギリスの大法官の『この裁判所は決して人に不正によって利得することを許さない』」「という言葉に基づいて、1909年に彼の『侵害取得に対する権利の体系』を打ち立てた」ということのようにである。ここでは「誰でも違法に、たとえ過失が無くとも、他人の債権、物の所有権または無体財産権を害した者は、それから取得した利益の釈明及び引き渡し義務を負う」としたとされる。そのような利益の吸い上げについて1964年に至るまでドイツにおいて反響が無かったとされる⁽⁵⁰⁾。そして、イギリス法のリーディングケースとして1951年の、公務員による賄賂と口止め料を取り上げるための事件を紹介する⁽⁵¹⁾。全収益返還義務は、このように明らかに制裁でしか説明できない場合のみではなく、物権の代償なり代位物としての範囲確定による部分が混在しており、相互に分けて考える必要性があるのではないかと思われる。

(2) 才覚の範囲

たとえば、長坂純「準事務管理（特集1 民法に条文がない概念・制度（債権各論編）」⁽⁵²⁾は、準事務管理の例として、無断の建物使用により「スキー客に飲食物などを売ったりして、純益300万円をあげた。」設例につき、建物所有者が300万円を請求できるかという形で問題設定をしている。そして、通常利用の場合の純益が100万円であると仮定し残り200万円をいずれに帰属させるかという問題であるとする。

このような問題設定に、財貨の割り当てして代償物の観点から利得の吐き出しを観念し、代物の観念を適用させるとどのようになるだろうか。たとえば、飲食物の売買について売主がY、買主がスキー客である。Yが仕入れた飲食物の代金を支払わずにいた場合、日本法においても動産売買の先取特権に基づく代位として、スキー客への代金債権は飲食物の代位物である。実

(50) 松坂佐一『最近のドイツ不当利得法の概観』310-311頁（1992有斐閣）。

(51) 松坂佐一『最近のドイツ不当利得法の概観』313頁（1992有斐閣）。なお、ここで引用されている松坂佐一『英米法に於ける不当利得』（1976有斐閣）の該当ページは232頁である。

(52) 長坂純「準事務管理（特集1 民法に条文がない概念・制度（債権各論編）」法学セミナー 559号14頁（2001）。

際には現行法上金銭の混和により取戻しが難しくなるとは言え、本来的には、代金や代金債権は明らかに飲食物の代位物であり、飲食物の売買についての価値は飲食物の納入業者にあると考えて良い。これも日本法において詐欺を観念するのは難しいという問題を置いておき、違法な処分と観念して利得の吐き出しを認めるのなら、たとえ才能による売り上げであったとしても、代金は全額を納入業者に返還すべき性質のものとなる。債権者の順序につき平等として処理した場合にも、直近の出捐が優先されるので納入業者が取り戻せることとなる。そもそもこのような事業において、せいぜい土地の利用は費用として換算されるに過ぎず、それを超えて収益に追求可能とは言えないのである。財貨の割り当てを維持する制度である不当利得法全般において、何よりも物の価値とその代位物についての範囲が第1に重要であり、代償範囲の確定に重要である。かくして、そもそも管理者が納入業者にきちんと支払いをしていた場合はどうであろうか。その場合に、売り上げがすべて納入業者に帰属することは代償物の範囲のみから考えると妥当であろう。その段階で初めて、飲食店の経営自体が追認され利得を引き渡す義務が生じるとして200万円を建物所有者に返還することが問題となる。しかしながら、代償性のみに着目するのなら建物所有者は使用利益として賃料相当額の支払いを請求しうるに留まるはずである。この設問は、通常無権原の物の売却のような代償物そのものの取戻しが例になりやすい中で、きわめて準事務管理に特化されるべき問題に焦点が当てられた優れた設例であると言えよう。売却のような代償理論の例とするならば、たとえば本来無断使用における事務管理の代償となる例は、「建物を勝手に使用しそれを第三者に賃貸して才能により相場より高い値段で貸し出した場合の賃料」になるのではなかろうか。

以上のように、制裁あるいは管理の強制による正当化による準事務管理と、代償理論の両方を統合し、売買代金未払いの場合にそれを超える売却収益の部分は同様に費用として観念されるため、建物利用の収益は差し引きマイナスであり、収益部分の取戻しというよりも、本来の不当利得に戻り解決するのが相当であるのではないか。

4. 結語

準事務管理を認めた場合について、新版注釈民法における平田類型は、(a) 他人の物の売却、(b) 他人の物の利用、(c) 他人の金銭の利用、(d) 無体財産権の侵害の4つをあげる。まず、(a) は物権的財貨割り当てによる全面返還で処理可能である。次に、(b) については、平田類型は不動産を無断で賃貸した場合と、上記長坂設例のような不動産を利用して商売を始めた場合の2つに分ける。そして、後者については準事務管理による「引き渡しを認めるのは妥当ではない」とする。つまり、これは物権的な財貨割り当てで十分説明がつく。物権的な財貨割り当てを超えて、他に財貨割り当てを要する納入業者のような利害関係者がいない場合に限り引き渡しを強制するなどの場合には、明らかに制裁という理由付けが必要である。そうではないのなら、ここで準事務管理論はそんなに意義を有しないとも言える。(c) については、金銭を道具とみなし引き渡しを認めないのが平田説である。しかし、これは本来の財貨割り当てから考えるなら明らかに代償物であるため不当であろう。平田論文において違法行為者を保護するべきでは無いという出発点⁽⁵³⁾にも反するものではないかと思われる。なお、(d) については全収益の返還を肯定するようである。知的財産権は所有権とは違い自然権的に観念されるものではなく⁽⁵⁴⁾、国策によりいかようにもなると考えられる。したがって、準事務管理の一般法理に該当させる必要性はなく、国の政策にあわせ特別法により規定されるべき側面がある。

以上のように、準事務管理の理論に代償理論が混在していることから、私は利得の吐き出しにも準事務管理論にも親和的であるが、将来的な立法政策としては、事務管理も包摂する不当利得の一般法理として、価値の反映ないし転化である代償物理論の明記を行い、侵害利得または準事務管理や信認関係理論における、故意や義務違反による制裁理論との区分を明瞭化させることも必要ではないかと考える次第である。

※ 本稿については、著作権法31条1項1号の適用において、著作物の一部分にとどまらず、著作物全部の複製を許可する。(定期刊行物に該当する場合は、発行後相当期間の経過を待たずに、著作物の全部の複製を許諾する。)

(53) 平田春二「所謂準事務管理について」名古屋大学法政論集3巻2号(1955)41頁。
 (54) 田村善之『知的財産法』(第5版)(2010有斐閣)2-3、7-9頁、同『著作権法概説』[第2版](2001有斐閣)6-8頁。