

不当利得の「法と言語論」

辻 義 教

はじめに

- I 不当利得と占有
 - II 不当利得の「法と言語論」
- おわりに

はじめに

金を返さなければならぬと思っていた。我が法律世界はそれを金銭返還の「債務」があると思っていたとする。しかるに日常の繁忙に紛れ、実はその債務は既に返済済みであった。それを「非償弁済」*indebitum solutum* というが、その場合、法律世界では、本来的にはその弁済した金銭を間違っていたから返して呉れ、と主張する法的根拠は無い。

しかしその返済の返還を求められないというのは、著しく「正義」感に抵触する。ためにロオマ法以来、かかる場合には、裁判所が正義の名において「特に」その返還を命じて来た¹⁾。それを非償の不当利得返還請求権 *condictio indebiti*²⁾ という。

他方、法律世界は病理的——争いを前提にするから病理なのであるが、人間関係の一種ではあるのだから、したがって *communication* の一種であるのだから、それは必ずや言語によってしか成立しない世界である。不当利得とは、この法律世界が言語世界であるということによって必要とされる法規範である。それがいかに言語世界であることによって必然的に来たされるものであるか。それを提示しようとするのが本稿の目的の一つである。

債務は弁済されれば、債権の目的は債務者の

給付の履行であるのだから、債権はその目的を達成する。法律世界はそれを債権者が満足すると表現するが、したがって消滅する。すなわちその二人の当事者、債権 = 債務者間は債務という紐帯を解かれ、二人の人の単なる人間関係に戻る。その間で、債務者、精確にいうと元債務者は、依然債務が存在するとして「債務」を弁済し——金銭債務と仮定すると、元債権者がその金銭を受取ったのである。

その場合、その二人の間にはなんら法的紐帯は存在せず、金銭が元債務者から元債権者の許に渡って——移動している。その金銭は元債務者の物であるが、金銭は占有の移転とともにその所有権も移転するものである。したがってその元債務者が、その受取った金銭を返そうとしない元債権者に、その金銭の返還を求めようにも、その法的根拠は欠けていることになる。

それは債権 = 債務、所有権というものが、いうまでもなく言語上のものである——法的観念である、というだけのことであるが、そうであるから現象する事態である。あるいはそのような事態が現象するのは、債務、所有権なるものが言語語彙にすぎないということによるのである。

他方、法律世界には同じく、法律世界が言語世界であることによって生み出された、占有という問題領域が存在する。それは「所有権」という権利名辞の理解——詳しくいえば誤解から、ないしは理解不足から、これまたロオマ法の世界から、法律世界が持ち続けている問題である。そのとき、その占有が不当利得されるとどうなるか。そういう問題が、当然のことなが

ら立てられる。その問題を「占有の不当利得」（請求権）*condictio possessionis* という。それは上述のように所有権という権利名辞を法と言語の問題意識で整理すれば整理可能なものなのであるが、それを言語の記号性と対象言語性、そして法規範にもある対象とメタの二別すなわち対象規範とメタ規範の二別を媒介に理解してみようとする。それが本稿の次ぎの目的である。

所有権は当事者が合意によって形成した権利ではなく、歴史的に成立し、所与としてある権利である。したがって所有権には、それが成立する権利要件というものを、権利自体の側に備えない。所有権とは名辞として成立しているのみの権利である。しかるに法律世界は、ある権利の存否をその要件の存否によって認定しようとする。それを法律要件 = 要件事実論という。その場合、したがって所有権はその権利事実を認定できないことになる。

いうまでもなく「所有権」を規準として所有権事実を認定することができなくても、所有権事実は実在しているわけで、それが所有権は歴史的存在であるということの謂である。所有権という権利、ないしは権利名辞をめぐるその認知の上述の事情のなかで、ロオマ以来、法律世界は、歴史的に実在する所有権事実を「占有」と名付けることによって、上述の権利事実の認定の問題を解決しようとして来た。あるいはそれによって解決できたと認識した。それが占有論という法律問題の問題状況だと論者は考えるのである。

その場合、したがって占有を不当に利得するという問題——それは上述のように法規範が言語によって成り立つ世界であるということから生成される、不当利得と占有という二つの問題を重ね合わせることでもあるが、その問題を法と言語の上述のような理解で理解すれば、それはそれで一つの理解を得ることのできるものである。

占有の不当利得といったとき、日本法におけるドイツ法におけるのとていささかの違いが

ある。その違いをも法と言語——それは言語の記号論であるが、整理してみようとした。

I 不当利得と占有

a

不当利得とは、法律上の原因、権利あるいは義務、または権原 *title* を欠いて、法律関係の目的あるいは対象、すなわちそれは財もしくはサービスであるが、それが本来の帰属者——権利者の許から他者に移転しており、本来の帰属者——権利者も権利、法律上の原因を欠いている場合のことである³⁾。法律関係の目的あるいは対象が当事者双方に法律上の原因を欠いて、非権利者の許に存在しているというのであるから、ここでは原権利者は、その他人の許に属する目的、対象物の取戻し請求権をもたないわけである。

したがって、不当利得においては先ず、所有権ないしは物権の目的物自体の利得ということは問題から除かれる。そのような場合、すなわち出捐者に権利が遺り、利得者にその目的物だけが取得されているような場合、そもそもその目的、対象が不当に利得されているとはいえない。次ぎに、したがって不当利得の最も端的な場合は、法律上の原因を欠いて金銭（通貨）が本来の帰属者の許から他者に支払われた場合である。この場合、法律上の原因を欠くのであるから、その金銭の返還を求める債権はないわけであり、かつまた金銭には所有権が本来の帰属者ないしは支払人の許に遺るということはない。したがってこの場合、金銭支払人にその金銭を取戻す請求権は法律上存在しないのであるから、その取戻し請求権を法定する。それが不当利得、ないしは不当利得返還請求権である。日本民法でいえばその不当利得一般の法定条項が703条。上述の金銭の返還請求が、705条非債弁済の条項である。ただこの705条は、不当利得請求のできない場合の要件形式で提示されているから、その反対解釈が、金銭を誤って支払った場合に、非債弁済として不当利得返還を求

めることができる場合に該当することになる——債務を弁済しなければならぬと思って弁済した者が、弁済の時に債務の不存在を知らなかった場合で、受領者も債権の存在を信じていた場合である。すなわち債務の不存在に出捐者、利得者ともに善意である場合である（なお無過失は要件とされていない⁴⁾）。

不当利得返還請求とはそのようなものであるから、したがって請求権者が請求し得べき——返還債務者が返還すべき利得の範囲は、その不当利得関係の事実性に従うことになる。すなわち、不当利得関係が当事者の債務関係の誤解ないしは遡及的に不存在に帰した債務関係である場合——それがドイツ民法§812がいう給付利得関係であるが、返還さるべき利得は、当事者があると思っていた債務関係の（それが少なくとも現在は無に帰している）、したがって給付の事実としての形態——実態、それをドイツ民法学は「類型」die Typologie と提示したのであるが、それに従うことになる。それが不当利得返還請求における給付利得の場合の、返還さるべき利得の範囲が、給付類型によるとする類型論である。

他方、ドイツ民法典の提示する今一つの不当利得である、その他の仕方による不当利得における、返還さるべき利得の範囲は、したがって侵害が法律原因を伴う場合の類型、それは侵害の対象が有効な取引で類型として——すなわち一般的に生み出す利得となるから、それはその対象物——被侵害物の特定のな時と処による市場価格——客観的価格による利得になる。したがって不当利得者の特別な才覚による増益は返還請求できない。逆に不当利得者が才覚なく、市場価格より廉価でしか「侵害利得」できなかった場合は、その差損は利得者の負担に帰す。

したがって逆にいうと不当利得とは、法律要件を欠いた！経済的利益の取得という「要件事実」のことをいう——その限りで単純なことである。ないしは不当利得とは実体の実態を法律要件でない！名辞によって表現したものである。そうであるから不当利得では、法律世界としては

異例の世界が出現する。すなわちそこでは経済的利益の取得とはいかなることであるかということが、権利、適法という用語を避けて——強いていえば経済学的に解説されるのであるし⁵⁾ 逆に不当利得を成文民法典を前提にして、法律要件の内包＝外延として説明しようとする、そこに不当利得条項が提示されておれば、日本民法、BGB では提示されている、その条項「要件」の「解釈」として法律学は提示しようとする。なぜなら法律世界は法律要件を前提にして、実体事実の中からそれに該当する要件事実を認定して成り立っているからである⁶⁾。しかし不当利得の場合、そこで提示されている条項、例えば日本民法703条は法律要件を提示するものでないのだから——この点に引かれて主張されるのが一般的不当利得は存在しないとする説⁷⁾、その解説は立行かなくなる。それが不当利得の不透明さであり⁸⁾、あるいはケメラの類型論の意味である。

それは占有についてもいえることで、それは事実なのであるから——この点、日本民法典起草者には不明であったようで、占有も法律効果を法定すれば「権利」であると解し⁹⁾、「占有権」と表示されている——ロオマ法以来希有な立法例。占有が実体の実態を提示するものである点が占有の迷宮の意味であり¹⁰⁾、またベッカーの占有客観説の意味である¹¹⁾。しかしそれはまた、上記不当利得の不透明性の主張、ケメラの類型論——その意味はさらに後述する、それらと軌を一にする。

換言するとまた、占有要件が法律要件ではないという認識は、成文民法典——日本民法典がそうであるように、占有の成立要件ないしは定義をいかに提示したとしても実は認識理解としては通じるのであるが、それと同じ規範の性格をもつ規範についても通じる。すなわち不当利得規範とは、成文民法典が不当利得の成立を法律要件として提示しているとしても、それがそのまま——もちろんそのすべてというのではない、法律要件として機能しないということである。不当利得は法律上の原因を欠いた利得であ

るから、その「利得」を法律要件によって認知することはできないわけである。

それを当初のドイツ民法学は成文条項の「利得」*etwas erlangt* を基点に反対給付の控除をいかに差引いて算出するかという問題解を論じていた。それが差額説 *Saldotheorie* といわれるものである¹²⁾。すなわち、差額説とは成文条項 (§§812, 813) の「利得」を法律要件としてその内包を計算しようとしたものである。それが差額説の不当利得理解における位置付けでなければならないし、成文条項の文言を基点にするという点は「二請求権対立説」も同じである。しかし占有と同じく不当利得というものも事実であるのだから、いかなる実体事実であるかを提示する条項文言が認知規準（法律要件）としては機能しない性格も占有におけると同じくする。したがって二請求権対立説と差額説は当初から言語を取違えたものでしかなかったわけである。その理由はそれらの説が不当利得を法律要件 = 要件事実認定で理解しようとした点に集約される。

不当利得は、占有の客観的実態による存否の認知——ベッカーの客観説と同じく、利得の客観的実態によってその存否——利得の範囲が認識される。不当な——法律の原因を欠いた利得とは、法律上の所有権と契約の言辞に覆われない利益の取得、移動（法律上の原因を欠いた実体の認知を法律上の原因欠いた実体の実態——その輪郭を規準として認知しようとする）である。そうであるから事実としての所有権と契約を規準として「利得」あるいは返還されるべき利得の範囲は決められなければならないことになる。いうまでもなく類型論とはそう主張するものである（ウィルブルグは「事実上の契約」といって契約上の給付と他人の財貨からの利得を不徹底に主張したから、ケメラーはそれを契約類型、他人の財貨——所有権からの利得と、利得の類型に従って利得を決すべきだとしたとする——それも類型論、事実的双務契約論がともに利得の範囲を非法律要件論で理解しようとしていると理解すればその差の意味も違って判

明しよう)¹³⁾。

したがって不当利得の説明では、実体事実の提示、情況の説明が先ず、そして大半にわたって行われる。ボルフが当事者関係の「抽象性」*die Abstraktheit* といっているのは¹⁴⁾、それが実体事実関係である——実態の輪郭が規準となるといっているのである。すなわち法規範が不当利得として提示しているものは情景——あるいは風景といってもよいのであるが、の提示であるということである。法律学が問題にするのは普通、法律の提示する概念が——それは要件といわれるが、どれだけの実体に及ぶか——外延、ないしはある実体事実が法律の提示する概念、要件——畢竟それは語彙であるが、に含まれるか——内包、どうかである。それが不当利得論においては——占有論においてもそうであるが、そうではない。そこでは規準とされる法律上の概念が引照されるということはないのである——法律上の原因を欠くのであるから当然、ないしは法律上の原因を欠くとはかかることの謂。

Aが自己の農地を400,000ドイツマルクでBに売却した。ドイツ法上不動産の売買は権利譲渡、登記、占有の引渡しが一致しなければ効力をもたない（物権変動法理における三位一体 *die Trinität* —— BGB §§873①, 925)¹⁵⁾ から、A = B間でもその三つが譲渡された——譲渡、引渡行為が実行された。しかしドイツにおいても農地の売買は行政当局の認可を必要とする。それにもかかわらずAとBはその認可を得ていなかった¹⁶⁾。

あるいは、Aは長時間探し回った後で絨毯屋Tで一枚の絨毯を3,500DMで買い、翌日A宅まで配送してもらうことにした（原文では明示されていないのだが、支払いは当日済ませたということらしい）。ところがTはよく似た古い柄の（ということらしい）40,000DMする絨毯を間違えて届け、受取ったAもその間違いに気付かなかった¹⁷⁾。

これら二つの場合、ともに所有権と占有が前例ではB、後の例ではAに不当に——すなわち

法律原因を欠いて取得されている。その場合の占有の取得は不当利得である——いうまでもなく日本法では176条によって所有権は移転しないから（日本法には不動産の物権変動に三位一体は規定されていないから）前者の場合、占有も不当利得されていない——強いていえば所有権は譲渡人に遺っているから譲受人に「利得」されていないと考えることができる。もちろんこの場合に日本法においても占有は不当に利得されていると理解しようとするのが、日本法学における「占有の不当利得」論¹⁸⁾。

動産、不動産の譲渡行為が無効、取消された場合、所有権の帰趨に従って、例えばドイツ法における不動産のような場合、権利、登記、引渡しが一体化されているような三位一体の場合、所有権と占有が不当に無効な譲受人の許に利得されていることになる。これに対し日本法では176条と177条が統合されることなく放置されているから、所有権は譲渡人の許に戻るとしても占有は譲受人の許に留るから、その占有は不当に利得されていることになる——日本法における占有の不当利得。

しかしその双方について法律関係に実は差異はないのである。少くとも占有について、したがって占有の不当利得については、ドイツ法、日本法の双方に差異は出ない。すなわち占有とは所有権事実なのであるから、ドイツ法の不動産の場合、所有権と所有権事実双方が無効な譲受人の許に留まったまま、不当に利得され、日本法の場合、所有権名辞は譲渡人にの許に戻っているが——176条、所有権事実譲受人の許に不当に利得されているということである。したがって確かにドイツ法と日本法で所有権の帰趨に違いはあるが——三位一体化と176条、177条の不統合の違いはあるが、それはその限りである。所有権が戻っても、それが必ず所有権事実の帰趨と連結、統合されていなければ、必ずやその権利事実の回復を求める請求は許容される。しかしそれはその所有権の請求であってそれ以外ではない。ドイツ法と日本法の違いはそこに出る。日本法とドイツ法の違いは首尾一貫

して三位一体化とその不統合の相違に収斂する。所有権、所有権事実、登記が三位一体化した場合、その返還請求は不当利得返還請求という法定請求権によらなければ、法律上の原因を欠く。それは誤って支払われた金銭の返還請求——非債弁済と全く軌を一にする問題である。それ以上でもなければ、それ以下でもない。その限りで一般的不当利得の問題である¹⁹⁾——一般的不当利得は成立する。

b

占有は所有権事実である。これが占有は事実であるということの一つの謂であるが²⁰⁾、それはまた、占有が法律問題でないということでもある。いうまでもなく——ただそれを理解するのはかなりむずかしい。しかしさらにいえばそれは、法規範の適用の問題である。すなわち占有とは単に所有権事実の存否という事実認定の問題であるということである。したがって所有権自体に権利要件が求められない以上、占有の要件なるものが問題になることはない。それがベッカー説の意味²¹⁾。すなわち占有とは所有権の実体事実（実態）があるか＝ないかの認知——形態認識の問題。占有は所有権事実である、占有は事実であるとすれば、それは上述の謂になる。

占有論におけるベッカーの客観説のもった意味は——論者はそれを夙に論じたのであるが、占有条項（BGB §854、日本民法180条）の掲げる要件が法律要件ではないということであった。したがって占有の存否は占有要件に対応する要件事実の認否によって認定されない。そういうことで、それをベッカーは客観的な実態の認否によって占有の存否を認知するべきだと主張した——それを立法過程中のBGBは採用し、現行BGB §854が制定された（日本民法典はBGB草案がベッカーの反駁を採用する前の草案条項を継受して現行180条になっていることは周知のことである）。

他方、所有権はその構成要件、すなわち権利要件を提示できる権利ではない。それを指摘す

るのが悪魔の証明 *probatio diabolica* という法諺(?)。それは歴史的に人間意識の中に形成されている物支配を正統 = 正当化する名辞である。その歴史的に形成されるに至った実態、動因が何であるかは規範論の領域外の問題である²²⁾。そのため規範論では「所有権は歴史的所産である」といわれる²³⁾。したがってその命題の一つの意味は所有権の実態が時代によって様相を異にするということである。したがって今の時代——近代の所有権の「実態」は今の時代が時代的に産んだものである²⁴⁾。それが法律世界で意味するところの他の一つは、したがって所有権は法律要件をもたない権利であるということである。さらにいえば所有権という権利は法規範の中で言語的に構成されて出来上った権利ではなく——「所有権」という名辞は言語であるが、契約に基づく債権というものは契約というものが意思の一致であるのだから、人間意思は常に言語によって実在し、他者に伝達される。したがってその一致とは常に言語の一致によるものであるのだから、常に先ず言語的に成立するものである。したがって契約に基づく債権とは契約上の一致した言語が先きにあって、それに対応する事実の存否の認識が問題になる。これが法律要件と要件事実の問題であるが、それに反して所有権は歴史的に実在する実体事実が先行するという構造をもつ権利である。それをも意味するのが、「所有権は歴史的事実である」というのに続けて「論理的存在ではない」という命題である²⁵⁾。

すなわち所有権という権利では権利事実が先きに成立しており、したがって権利要件に対応する権利事実の存否を認知するという認識過程は成立しない。その違いのなかでヨーロッパ法学ないしはロオマ法学は先きに成立している所有権事実を「所有権事実」と表現すれば済むにもかかわらず、「占有」と表現した²⁶⁾。占有が事実であるというのはこの所有権「事実」であるということである。ところが「所有権」と「占有」は名辞を異にする。法律学的に表現すると形式を異にする。そこから占有論の謎が始

まったのであるが、それは別に触れた²⁷⁾。

上述のように占有とは、単に所有権事実という実体のことである。法律学はロオマ法以来それに「占有」(ロオマ法は *possessio*, ドイツ法は *Besitz* と表記する) という名称を付与した。そういう法律問題にすぎない(敢えて「すぎない」と書く。いうまでもなく後者からロオマ法学, ヨーロッパ法学は解き難く、難渋な纏れを抱え込んだのである)²⁸⁾。

そうであるから(ないしはそうであるとすれば)「占有」に二つの占有があるとする指摘(その二つを論ずる我が私法学上の各論者によって三つの表記法がある。その一つは「物の所持自体としての占有」と「*Rechtsschein* を伴う占有」とに分ける²⁹⁾。他の一つは「固有の占有」と「*modus* としての占有」とする³⁰⁾。第三のものは「単なる占有」と「公示的占有」とする³¹⁾——これら三者の謂う前者は「余分な名辞としての占有」のことであり、後者は「所有権事実」のことであり、その指摘は半分は意味があり、半分は意味がないことが判明する。

すなわち意味があるとは「占有」が所有権事実という実体を問題にする場合と、「占有」が所有権事実が付与された「所有権事実」という名称とは別個の名称であること——ただし指示する実体は同一、から生ずる問題の別があることを意味する限りである。占有が所有権事実という実体を *message* として問題にしている限り、特に問題は生じない。唯一ついえる点は、この限りではその問題が「所有権」という権利を扱うのと全く異ならない、同一になるという点である。イェリングが、占有と所有権の並行 *der Parallelismus* と指摘したのはこの点である³²⁾。その一つの顕著な例が、占有の成立、移転の抽象化(181条——代理占有, 182~184条——占有移転)³³⁾。ただし「所有権事実」が法律要件になっている——要件事実が要件になっている!のであるから、権利要件を前提にする一般の場合とは認知構造を異にする。それが192条の占有移転は占有改定で足るかの問題³⁴⁾。

他方「占有」が「所有権事実」という名称と

は別個の、ただし同一実体を message として指示する名称である場合は、事情を異にする。その場合、「占有」に別異の実体を message としては繋げられないのである。あるいは「占有」とは何らの指示実体をもたない名辞、もつてはならない法律概念である。なぜなら「占有」とは「所有権事実」のことであるから。所有権事実という実体の名辞は「所有権事実」である。しかし人が一つの対象言語をもてば、人の言語用法の常としてそこに二つの事情が生じる。その一つは、その言語には一つの実体対象を伝達事実 message として必ずや繋げる、ないしは想定するという点。すなわち一つの対象名辞には一つの指示実体を必ずや予定するという点である。他の一つが、同一対象に二つの互いに異なった名辞が与えられている場合には、名辞が異なるがゆえに互いにいかに異なるかを分類して提示しようとするという点である——この人間のもつ言語用法の特性によって成立するのが「類型」分類。それは占有と所有権の相違ではない。占有と所有権事実の異同のことである。人は別個の名辞をもてばそこに別個の対象 message ——それを意味ともいうが、それを予定、想定しようとする。本来それは、所有権事実は所有権事実といかに異同するか、という問であったにすぎない。しかし占有は所有権事実といかに相違するか。そう問えば、事態は様相を異にするに至る。ないしは至った。それは法律学における占有論争の跡をみれば判明する。

そこで法律学が提示して来たものには二つある。その一つは占有を所有権事実そのものであるとする提示（人によれば教義ともいう）——占有は事実である（しかしこの提示によっても占有という法律概念をめぐる状況は何ら解決しない。なぜなら「占有」という名辞が存在し続けるからである）。今一つ法律学が提示した結論は、事実そのものである占有が占有訴権という法律効果をもつとするものである。

事実そのものである、占有は権利ではなく事実であるとするのは、事実すなわち自然現象、

社会的事実そのものはそれを評価する法律問題すなわち権利、義務あるいは法律要件を欠けば法律問題でないということである。法律要件を欠けばある実体がその要件事実であるかないか——該当するかどうかを決められない（当り前！）それは「占有」という法的名辞——ここでは法律問題が法律問題でない、したがって無用であるということの意味する（しかしロオマ以来法律学は、そうは理解して来なかった）。すなわちそう理解して来なかったがゆえに、後者の結論——法律効果の付与を案出した。

他方意味がないというのは、「modus としての占有」と「固有の占有」は別のものであるという点である。すなわちその双方はともに「所有権事実」を意味する、指示するという点で別のものではないからである。この点はすでに別に指摘した³⁵⁾。上掲、三種の論者の提示は「占有」のこの有意味、無意味の別を認識しないという点において半可なものであるといえる。その双方の「占有」がともに所有権事実という一つの実体を指すという認識をもたなければ、上述の「占有」という名辞が無用でいわば蛇足として付与されたものである。そういう理解は出来しない。それに直感として閃いているのが、占有無用論である³⁶⁾。ここまで至ればそう理解するのは易しい——逆にいえば、ここまで至らなければ直感の閃きもそれで終る。

Ⅱ 不当利得の「法と言語論」

a

法規範はすべて言語によってできている。その逆に言語によらない法規範はない。すなわち法律世界は必ずや言語世界である。それは法律世界が病的であるが、一つの間人間関係世界であるからで、したがって言語の機能には多くのものがあるが³⁷⁾、法律世界にとって意味のあるのは記号としての語彙とその語彙が伝える伝達内容、それを message というが、の関係である。言語が記号としてある message を伝える。「リング」という語が●という message を伝え

る場合、その言語を対象言語という。したがって法律世界は多分に言語語彙の記号 = 対象言語としての機能に依拠して構成されている。

法規範世界は一つの物またはサービスをめぐって争いのあるとき、一方の当事者の要求を認め、他方の当事者の要求を否認する世界である。そのとき、それを認め = 否認する判定を下すのは裁判官、もしくは裁判所であるが、裁判官は一定の規準に従って判定する。それはまたある物またはサービスをめぐる争いを解決する規準でもある。その規準、根拠、理由を法もしくは権利という。ところがこの法もしくは権利は上述のようにすべて言語によって成立している。したがって法もしくは権利は言語の特性と人間の言語の営為——いとなみの特性による制約を受けている。

すなわち権利もしくは法の世界は言語世界であるから、その世界は想念によって造り上げられた世界である。また人は言語によって論理思考を行うから、法もしくは権利は論理的構造物である。他方、人の争う物またはサービスはすべて形而下の実在である。法律学はそれを実体という。言語世界が基本的な構造においてそうであるように、法律世界も法律言語すなわち法概念が実体と対応的に結び付けられて成立している。

ところが言語、法 = 権利は想念上の——仮想の論理的存在であるから、すなわち法律世界は仮想世界 virtual world であるから、実体が法、権利に対応せずに発生ないしは生起することがありうる。例えば、法規範世界はこの世に実在するすべての物——それは有価物、経済学的に言えば財であるが、その物にはすべて所有者を予定して成立している。したがってある物の所有者が死去すれば、それはその持主が喪くなることであるから、その物についていえばその物は無主物となる。法律世界は無主物を予定しないから、ある人が死去すれば必ずその権利承継者を予定している (882条)。それを相続、予定されている人を相続人という。

他方、ある実在人が死亡するというのは現実

態として生起する事象である。したがってその亡くなった人には財産が遺され、その人には有縁のあの人、この人がまた遺され、その亡き人の周りに居る。前者を遺産、後者を遺族という。そして現実態の、したがって実体の相続とは、上にいう遺族が亡き人の遺産を——その権利を承継して行われる (実体としての相続)。しかし法規範世界の相続とは遺言——受遺者 (990条)、法定相続——法定相続人 (887条、890条) という、正しさの論理によって決している。すなわち相続は一定の相続人を予定しており、かつその法の予定する相続人が、亡き人 (被相続人) の死の瞬間に、間髪を入れず承継するものとしている (882条)。それが相続という法律世界の法と言語と実体の関係である。

したがって、法の予定する相続と現実態の相続に喰違い、すなわち乖離が生じうる。それを法律世界は表見相続という。ただ成文法上この問題は相続回復請求権と表現されて、1カ条が置かれているのみである (884条)。しかしそれは相続に特有な現象ではなく、法律世界が言語と論理によって構築された世界であるということによっているのであるから、同一の現象は法律世界の多くの場に現出する。昨日で代理権の終了した (元) 代理人が今日、代理人として行なった代理行為も同じ (112条)。

人が他人に金銭を借用すればその金銭を返済する法的義務がある (金銭消費貸借返還債務——587条)。しかしその債務者が日々の生活の繁忙の中で、すでに返済した債務を未済と思い二重弁済したとする。その場合、最初の弁済でその債務者の債務は消滅しており——債務者、債務という法的言語は消去されてしまっており (「債権の消滅」債権法第1章第5節——474条以下「弁済」) 第二の弁済の場合には、その元債務者には債務はなく、したがって相手方債権者には債権は存在せず、その「弁済」行為という実体は法律上の権利、義務を欠いた実体である。権利、義務を欠いた法律上の実体という点において、それは上記表見相続、表見代理と同一の性質をもつ。

この債務不存在のときに、債務の返済——弁済として実行された弁済行為という実体は、表見弁済とはいわず、非債弁済という（705条）。債務は存在しているが、したがって債権も存在しているが、非債権者を債権者と思って弁済する場合は、債権の準占有者への弁済である（478条）。この場合も、債権、債務という法的名辞、記号自体は欠けていないのであるが——弁済者は債務者である、問題の「弁済行為」という実体は、非債権者への弁済であるから「弁済」ではなくなる。その「弁済行為」は「弁済」という法的名辞に該当する message ではないことになる。前述の表見相続人を表見相続債権者と思って弁済するのが、債権の準占有者への弁済に最もリケットに当嵌まる例であり、法的名辞すなわち記号を欠くという点において非債弁済と同じ例をなす。すなわち非債弁済と債権の準占有者への弁済は、多くの場合、裏表の関係に立つが³⁸⁾、それは当面の問題の外にある。

非債弁済の場合、弁済されたのが金銭であれば、その金銭の取戻しは、法律上援用できる名辞を欠いている——法律上の根拠、理由を欠いている。契約によって発生し——その契約が有効に成立していたとしても、その契約から発生した債権は消滅しているのであるから、すなわち債権という法的名辞はその当事者間には欠けているのであるから、有効に締結された契約を根拠に、その誤って弁済された金銭の返還を求めることはできない——契約が有効に成立していたという実体は、その当事者に何等の法的名辞を供しない。

また金銭の所有権は金銭の支払とともに相手方に移転するから、すなわち出捐者の許に「所有権」という名辞、記号は遺されていない。したがって出捐者は金銭の所有権に基づいて返還を求めることもできない³⁹⁾。そのとき、法律上の原因——その実体を message とする法的名辞、記号を欠いたその金銭の移転を、法律価値、法規範価値すなわち正義 = 公平を法的名辞、記号としてそれに依拠して、実定法上返還請求を認める。それが不当利得中の非債弁済

（705条）であり、その返還請求を一般化して不当利得返還請求権ないしは不当利得 *condictio* という（703条）。

すなわち不当利得とは法律上の原因名辞、法学はそれを名儀というが、それを欠いて、物またはサービス（価値）が移転し——一方が出捐し、他方が利得した場合のことである。実定法は法律上の原因（根拠）を欠いたその出捐者にその出捐物またはサービスの返還請求権を付与し、法律上の原因（根拠）を与えているのである。

したがって不当利得では利得者から返還されるべき利得は、法律上の原因を欠いて実体として移転した物またはサービスそのもの（実態）と理解されなければならない。債務が消滅しているのに存続していると誤解して移転された給付についていえば、返還されるべきなのは存続していると思われた債務の給付である⁴⁰⁾。したがってその給付は、存続していると誤解された債務の本旨の「類型」によって認定される——「類型」によってといわれるのは「債務」が法的に不存在であるから、実体の該当性を判定する債務の要件、すなわち法律要件、すなわち法的名辞、法的記号が不存在であるから、その実体を規準すなわち法律要件として援用する、すなわち実体の型——輪郭を実体の認定の規準、要件事実を法律要件とする！そういう謂である。

あるいは他人の物を自己の物と誤解して、その物から利得した侵害利得者（BGB §812）が、返還するべきなのは具体的なその物の利得の方法の一般的な「類型」によって認定されることになる（他人の土地を駐車場として利得を得た——収入を得た場合は、その土地が駐車場としてその地域で経営された場合に、一般的に上げられる駐車場料金が基準にされている⁴¹⁾。それ以上の利得を上げていても、その分は返還する必要はない。またその逆に、それ以下であれば、その基準に不足する分は利得者が補うべきである）。それがなぜ、一般的料金——平均利子を基準にするのかは、所有権という法的名辞

が働かないからである。他人の土地を駐車場として貸したという事実を実体とする法的名辞が存在しない——その事実を message とする法的言語記号が存在しないという点で、誤って実行された無効な契約の給付の場合と同じである。

ところが従来、利得の算出を実定成文法の一—ドイツ法、日本法では、条文を規準に（日本法でいえば「……其利益ノ存スル限度ニ於テ……」を規準に）、したがってそれを法律要件に、先ず「利益」であるから財産的価値の増加だと理解し——総体としての差額仮説 *die Gesamtdifferenzhypothese*⁴²⁾ 双務契約上の給付利得の換価返還の場合は、本来の給付の客観的な価値と反対給付との差額が利得であるとした（差額説——ただ差額説が主張される前は二請求権対立説という理解の段階があった）。

しかし不当利得法においては実定法の提示するもの——実定法の条文が、上述するように不当利得という「利得」の実体上の状態——実体の実態を提示する、換言すると生起している出来事の描写である。すなわちそれは、一般に理解されているような、不当利得の成立する、あるいは「不当利得」といわれる「利得」の範囲を画する、決する規準——法律学はそれを「法律要件」というのであるから、法律要件ではない。したがって——法律上の原因を欠いているのであるから、そこに法律要件が欠けていることは、実は当然なのであるが、実定成文法の提示する名辞を法律要件として、それに対応する実体事実を求める——不当利得該当事実を求める、という認定は不可能なのである。それにもかかわらず差額説に至る不当利得法理は、それを行なってきた。ないしは行なおうとした法理であった⁴³⁾。しかし現実に裁判所によって実行されていた認定はそうではなかったのであるが（上掲記述に注記した判例を参照）、その結果として差額説という理解は類型論という理解によって崩されて来た。不当利得法の理解にはそういうことが可能である。ないしは不当利得法理における類型論のもつ意味、あるいは果たす役

割とは上述の処にある。

実定法の提示する「不当利得」が法律要件として機能しないものであるならば、不当利得における諸法律的認定、不当利得の成立、返還請求の対象はいかになされるのか。それが問われるべきで、それが問われるとき、法規範の側に認定規準の持合せはないのであるから、実体としての不当利得の実態の輪郭によってその認知を求める以外に方法はないことになる。ドイツ法は不当利得に二つの実態の輪郭を提示している（日本法にはこの提示は欠けている）。すなわち、給付利得とその他の仕方による利得の二つである（BGB §812）。そして第二次世界大戦後のドイツ法学はそれを給付利得および侵害利得と提示している。

したがって、不当利得の返還請求権を認定する場合、法律要件としての給付要件すなわち債権、侵害要件すなわち絶対権は成立しないのだから——法律原因は欠けているのだからそうであるが、不当利得の実体を認知するためには給付事実すなわち債権になるべきはずの要件、侵害利得事実——認知論的に精確に言えばその輪郭を「法律要件」としてその場に引照する以外に、実体を認定する規準はないことになる。ドイツ法学はその給付要件となるべき不当利得の実体の輪郭、侵害要件となるべき侵害利得の実体の実態の輪郭、それを「類型」として提示したのである。

それは逆にいって、ドイツ法学が不当利得の返還の対象——返還さるべき利得の範囲を不当利得の「類型」によって規定するというのは⁴⁴⁾、実体を規定する法的名辞の欠缺を、実態の輪郭によって規定するということを意味している。すなわち「類型」という名辞は、法律要件に代えて実体の実態の輪郭を認定規準にするということを意味している。

また類型論、ケメラール説とケメラール前説——ウィルブルグのものをも含め、二請求権対立説から差額説を経る諸説との決定的違いは、ケメラール説が不当利得の認定に——主として利得の範囲に関してであるが、実定成文法の法文を法

律要件にできないと認識した点である⁴⁵⁾——したがって不当利得の認定規準に何を求めるか。その問題意識をもったか否か。そうであるということができ、それはベッカー説前の占有諸学説が、占有要素を法律要件と理解していた——ベッカーは占有要素を法律要件とは理解しなかった。その認識、理解の差と同次元にある理解の差である。

したがって上述の理解の差を踏まえていえば、類型論による占有の不当利得批判も、川村教授の言葉を借りれば⁴⁶⁾、給付利得と他人の財貨からの利得の、契約＝債権と所有権の「類型化の徹底」という域に留まっており、ドイツ類型論が不当利得類型論と占有客観説を実体事実認識、非法律要件論と通底して理解する立場に立つということも全くないのであるから、当然といえば当然であるが、さらには占有の理解を欠いて論ずるのであるから、占有の不当利得返還を給付利得の範囲から除外することを徹底する——したがって占有が利益化されて初めて差額計算されるということは否定される。あるいは占有の不当利得を他人の財貨からの利得の中で他人の財貨からの利得の一つの類型として認識するというのに留まる⁴⁷⁾。少なくとも占有の不当利得を真正面から論じるということはない。ただ、我が民法学上の占有の不当利得が高々、176条の意思主義、有因主義の上でいわばアイディアとして唱えられた類のものであるから、類型論の批判で十分であったということは可能であろう⁴⁸⁾。

すなわち前述のように、法規範、ないしは権利とは、一つの財またはサービスを争う当事者を前提に、そのいずれの当事者の言い分、法律学はそれを主張というが、それが正しい *Recht, right* かを決する規準のことである。したがって財またはサービスという利益がいずれに属すかが争われた場合、最も端的な場合は当事者双方がその利益を自己のものである、と主張する場合であるが、その利益が自己のものであると主張する一方当事者の主張が容認、肯認される場合、法律世界はその場合を「正しい」という

が、その利益、あるいは財の取得、サービスの受領について「権利がある」ないしは「法的根拠がある」といわれる。

一方、上にいう正しいか否か、すなわち正＝不正を決する規準、それは上述のように、必ず言語によって成立っており、したがって法規範世界は、人の意識中に存在する言語による架空世界である。また人は言語によって論理を表現するのであるから、法規範世界は数理世界と同じく論理世界を形成している。そうであるとき人の論理世界は一つの論理の提示があれば他の論理はすべてそれと無矛盾に成立しなければならず、また人の言語世界は言語が架空世界で消去されるという構造をもつ。すなわち法とか権利というものは、消去されれば、それを法律学は取消しというが、法律世界では無になる。あるいは法とか権利が論理的に矛盾すればそれらは成立しない。またあるいは法規範の一つの提示、その一つの纏りを条項というが、それがあるとそれに反するもの——強行法 *ius cogens* を前提にすると、その言語的存在はすべて否定される。それを法律世界は無効という。無効というのは、そのすべてにおいて法律世界におけるその言語的存在を無にするということである。契約においていかに多くの約束が述べられ、書かれ、その事実が厳存しているとしても、その契約が無効であれば、それらは法的には全部無である。すなわち実体事実を伝えないしは担う記号としての言語の存在を否定される。

他方人は、その法的無に無頓着に経済生活を営む。すなわち対応する法的言語記号に無頓着に生活実体は厳存、生成する。人の生活は法律世界の正＝不正の対象にある実体世界の営みである——その点、上述の相続の例で述べたとおりである。そのとき法的存在ないしは法的言語をすべて適用不能な生活実態があれば——ここで注意すべきなのは、その生活実態を表象する言語、多くは名称、名辞であるが、それは法的言語が対応しなくても存在するのが一般であるという点である、その財、サービスあるいは

利益の移動を元に戻す法的規準も無であることとなる。すなわち財もしくはサービスが法的言語対応をもたないで移動するという実体が生成したとき、それを法規範世界は拱手傍観することはできないことになる——法律世界を支える正義感の貫徹。その場合、財もしくはサービスの法規範的移動の復元のために、具体的な法規範根拠、理由——法的言語が欠けているのだから、法規範の価値、目的——正義を援用して、この場合「公平」であるが、法的返還請求を肯認ないしは付与する。それを法律世界は不当利得返還請求権というのである。

したがって纏めていえば、言語列である法規範が論理性と観念性からその言語記号（法律要件）を喪失した場合の権利対象の移動に戻すことを目的にするもので、不当利得とは、

①法規範目的——正義を貫徹する目的をもち、

②その実体に適用される規範言語——法律要件をもたない実体の実態（状態）をいうもので、

③その実体が利益——（経済実体）の移動であり、

④その移動した対象を提供した、出捐した当事者に返還請求権を付与する——強行法的に付与する（法定する——強行法的に付与しなければ法律要件が欠けているのだから返還を求める法的根拠が無い）ものである。したがってそれは、典型的なメタ規範である。この点はすでに論じた⁴⁹⁾。

あるいは不当利得ないしは同返還請求権というものを法規範のもつ言語世界という特質——言語が message を伝達する記号であるという特質に着目して、理解したもの。あるいは不当利得の記号論的理解、それが上述の理解の意味である。

b

ところでまた上述のように、占有とは所有権事実のことであり、それは「所有権事実」と称すれば済む。ないしは「所有権事実」としか名

付けてはいけない——いけなかったものである。しかるにそれに「占有」という名称が与えられている。したがって占有の不当利得とは、それを法と言語そして言語の特質から論じれば、それは法律上の根拠を欠いて所有権事実が移転すなわち取得されている状態をいうことになる。さらにしたがってドイツ法の構成で形式行為（物権行為）が存しなければ、あるいは無効であったとすれば所有権が移転しない構成の下では、所有権譲渡行為が法律上の原因を欠いて実行されてしまえば、それを取戻すのに所有権事実という利得の返還を求める不当利得返還請求権はなくてはならない。ないしは意味がある⁵⁰⁾。

それに反し、日本法のように意思主義に従って所有権が移動するとする構成の下で、所有権は出捐者の許に戻っている。しかし占有は利得者の許に遺されてあると考えることができるから⁵¹⁾、その法律上の原因を欠いて利得されている占有の返還を求める不当利得返還請求権は意味がある。ないしは成立するとするのは⁵²⁾、占有が「所有権事実」であり、それに「所有権事実」という名辞以外の「占有」という名辞が、いわば蛇足ないしは誤って付されていることを忘却した立論ということが可能である。

すなわち、日本法が意思主義に立ち、誤って実行された所有権移転行為は、それが誤っていたのであれば所有権は出捐者の許に戻っているとするのであれば、利得者の許にある所有権事実の返還を求める法律上の根拠は、出捐者の許に存在しており、利得者の利得は違法、不適法になることはあっても、適法、不当な利得ということになることはない。すなわち日本民法学でいわれた「占有」の不当利得説も、「占有」が単に所有権事実であり、かつそれに「占有」と、すなわち「所有権事実」という名辞とは別個の名辞を付与されたことを無視して形成されたものである。そういうことが可能である。その点で、類型論によって日本民法学の占有の不当利得論を批判するのは、理由がある⁵³⁾。

したがって「占有」には二つの占有がある。

そして二つの占有の違いがあるということ自体はI bに述べたように夙に指摘されていることであるが⁵⁴⁾、「所有権事実」を意味するものと、単に余分に創出された、同じ「所有権事実」を指示する名辞としての「占有」の二種の占有のことである。これまた逆にいえば、占有に二種のものがあるという指摘は、上にいう「所有権事実」と単なる余分な名辞である、したがって規範用語としては白紙の——対応するメッセージ事実をもたない、不当利得についての用語にもあるように抽象的な *Abstraktheit*⁵⁵⁾ ——したがってその限りで占有問題と不当利得問題はその問題の性格を同じくするのであるが、ものの二つがあるということである。

さらにしたがって、占有の不当利得という場合、その不当利得には「所有権事実」の不当利得と単なる名辞としての「占有」の不当利得という二つの「占有の不当利得」があることになる。結論をいえば、ドイツ民法の場合にいわれる不当利得とは前者であり、日本民法でかつて提示されたものは後者の不当利得である。逆にいうと、ドイツ法上の「占有の不当利得」と日本民法学の提示した「占有の不当利得」には、上に記した相違が存在しているということである。そうであるから、占有者の地位についての規定(189~191条、196条)を、日本法においても例外的に所有権が移転する場合にも適用すべきだとするのは⁵⁶⁾、この相違を無視して立てられた立論である。その場合の不当利得は「所有権事実の不当利得」——ドイツ法の「占有の不当利得」に相当する。そうであるからその「占有の不当利得」は提唱者の提示した占有の不当利得とは別の占有の不当利得である。

さらに結論を提示しておく、したがって日本民法の場合、176条を前提に占有の不当利得というのは、占有が「所有権事実」であり、出捐者の許には所有権が戻っているとすれば、そ事実の取戻しには所有権という法律理由が存在するのであるから、法律上の原因が欠けることにはならない。すなわち不当利得は成立しな

い。したがって余分な純粹に名辞としての——純粹に記号としての占有の返還を問題にすることになる。それは占有に所有権事実としての占有と、単に余分な名辞としての占有の別があることを閑却した論説であるということができるといえる。あるいはまたそれは不当利得の利得に単なる名辞である「占有」という名称語彙の取得を「利得」の内に含めるとすれば可能ということができるといえるが、利得に単なる語彙の取得を含めるといえる理解を論者は寡聞にして知らない。単なる名辞の「利得」は利得ではないから、日本法で唱えられた「占有の不当利得」は不当利得として認められるに至らなかった。そう考える。

おわりに

我が民法学界でかつて主張された占有の不当利得論は、我が民法学界が先きに不当利得の類型論を論じた経緯を経て、当面一応の解決をみている⁵⁷⁾。それにもかかわらずなおそれを扱ったのは、論者がその解決の論理に不満だからである。ないしは我が民法学界が理解した占有の不当利得と異なる理解を、論者は提示したい。そう考えるからである。

注

- 1) Ulp.D.12,6,1pr/1. Scott, S. P., *The Civil Law, The Central Trust Company, Cincinnati*, vol.4 p.139.
「そして実際、もし何人かが善意で債務なくして支払った場合、その者はそのものをこの訴によって取戻すことができる。しかしもし、彼が借用していないことを知りながらその支払いをしたとすれば、その支払ったものの取戻しの訴は成立しない」(英訳文からの重訳)。
- 2) 柴田光蔵訳、マックス・カーザー『ローマ私法概説』創文社、昭和54年、386ページ。
- 3) 我妻栄『債権各論』下巻1(民法講義V₁)岩波書店、昭和47年、934ページ以下。
- 4) 同上書、945、1102ページ。
- 5) 例えば(したがってポルフを参照するのは、ポルフ説の特定のな内容を引くためではなく、ドイツ

- 学説における説示の例としてである), Wolf, Ernst, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 2Band: Besonderer Teil, Carl Heymanns vrlg., KG, Köln, S.412.
- 6) 倉田卓次「証明責任分配論における通説の擁護」『判例タイムズ』, 318号, 1975年5月, 58ページ以下。
- 7) 川村泰啓「契約の無効・取消と不当利得」『契約法体系』VII補巻, 有斐閣, 昭和40年, 154ページ。
- 8) 山中康雄「不当利得法のあり方」『私法』, 26号, 1964年4月, 181ページ。
- 9) 於保不二雄『物権法』(上) 有斐閣, 昭和41年, 169-171ページ。
- 10) 辻「所有権の法規範論的特性」『阪南論集 社会科学編』33巻1号, 1997年6月, 17ページ以下, 「占有の謎=所有権の謎」『阪南論集 社会科学編』38巻1号, 2002年10月, 7ページ。
- 11) 辻「占有客観説のメタ規範論解釈」『阪南論集 社会科学編』32巻3号, 1997年1月, 39ページ以下。
- 12) Larenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 2Bd., Beck'sche vlg., München, 1968, S.395ff.
- 13) 川村泰啓「返還さるべき利得の範囲(5)」『判例時報』365号, 昭和39年, 50ページ。
- 14) Wolf, E., *a. a. O.* S.415.
- 15) 辻「物権変動論」『阪南論集 社会科学編』33巻3号, 1998年1月, 148ページ。
- 16) Wolf, E., *a. a. O.* S.417.
- 17) *derselbe*, S. 416.
- 18) 我妻栄「法律行為の無効取消の効果に関する一考察」『春木先生還暦祝賀論文集』有斐閣, 昭和6年, 213ページ以下。
- 19) 川村, 前掲論文(契約の無効・取消)同ページ。
- 20) 原田慶吉「占有は権利か事実か」『寛教授還暦祝賀論文集』有斐閣, 昭和9年, 487ページ。
- 21) 辻(2002), 前掲論文(占有の謎), 6ページ。
- 22) それを余剰物——剰余生産すなわち富の出現によると, アメリカインディアン社会の社会学的調査によって報告したのがL. モルガンの古代社会論, Morgan, Lewis, *Ancient Society*, The Belknap press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1964.
- そして同じ現象を剰余価値論によって理論化したのが, いうまでもなくエンゲルスの『家族, 私有財産および国家の起源』
- 23) Gierke, Otto, *Deutsches Privatrecht*, II, Duncker & Humblot, Leipzig, 1905. S. 348, Anm. 2.
- 24) 川島武宜『所有権法の理論』岩波書店, 昭和24年, 例えば7-12ページ。
- 25) Gierke, O., *a. a. O.* S. 348.
- 26) Ulp. D. 41, 2, 12, 1; 43, 17, 1, 2.
- 27) 辻(2002)(1997), 前掲論文(占有の謎), (所有権の)。
- 28) Jhering, Rudolf von, *Über den Grund des Besitzzschutzes; Eine Revision der Lehre vom Besitz*, neudruck der 2Aflg., Jena 1869, Scientia vlg., Aalen, 1968. S. 1.
- 29) 杉之原舜一「表見的受領権者に対する弁済者の保護(二)」『法学協会雑誌』, 46巻9号, 昭和3年, 49ページ以下。
- 30) 篠塚昭次「占有論序説」『早稲田法学』, 32巻3・4(合併)号, 昭和32年, 181ページ以下。
- 31) 山中康雄「占有の理論」『法律学体系第2部法理学理論編』64, 日本評論社, 昭和26年, 62ページ。
- 32) Jhering, R., *a. a. O.* S. 224.
- 33) 辻「占有改定と動産の即時取得の間のメタ規範論上の意味」『阪南論集 社会科学編』32巻1号, 1996年6月。
- 34) 同上論文。
- 35) 辻(2002), 前掲論文(占有の謎), 5ページ以下。
- 36) 幾代通「登記請求権における実体法と手続法」『民商法雑誌』49巻1号, 昭和38年10月, 4ページ。
- 37) ヤコブソンは言語に六つの機能があることを示している*。emotive., referential, conative と poetic, phatic, metalingual のそれである。前の三つは情的, 指示的, 誘導的と訳される。後三者は詩的, 交話的, メタ言語的と訳されている**。対象言語したがって記号としての言語は言語の指示的機能の問題である。
- * Jakobson, Roman, *On Language*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1990, p.77.
- ** 文部科学省『学術用語集』言語学編, 日本学術振興会, 平成9年。
- 38) 辻「債権の準占有の二つの契機」『阪南論集 社会科学編』

科学編』28巻2号, 1992年9月。

39) 最判. 昭和29年11月5日, 刑集8-(11)-1675。

40) 大判. 明治45年2月3日, 民録18-54。

この判決, 法律行為の取消を理由とする返還請求が不当利得返還請求としてしか成立しないという問題意識を欠いているようである(選択することができるという)。

41) 大判. 昭和13年12月17日, 『大審院判決全集』, 6輯5号21ページ。事案は, 2階建て建物を賃借していた上告人が上下階に若干の増築を施したところ, 一旦増築を承諾した被上告人が翻意して契約を解除したものである。その場合, 賃借人は解除後も有益費償還請求権のために留置権を行使し, 明渡さないことができるが, 賃借人は相当な額の賃料の返還義務——不当利得があるとする。

42) Staudinger, *Kommentar*, Note 28, zu § 818, S.2819-2820.

43) Wolf, E., *a.a.O.* S.415.

44) Caemmerer, Ernst, *Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel*, Mohr, Tübingen, 1954, S.333ff.

川村, 前掲論文(返還さるべき)(4)『判例時報』, 359号, 昭和39年, 32ページ。

45) 川村教授が松坂説を評して「……必要以上に703条の基準にとらわれている, 問題の処理を無理に703条の枠内でおこなおうとしている, という印象を捨てきれない……」とするのは*, 類型論が「問題の処理を」703条(BGBでは§§812, 813)の条項を法律要件としないで処理していることに因る。問題は, そうすると類型論はいかなる意味をもつかである。

* 川村, 前掲論文(返還さるべき)(2)『判例時報』, 331号, 昭和38年, 判例評論, 2ページ。

46) 川村(昭和39), 前掲論文(返還さるべき-5)42ページ。

川村教授は同上論文, 50ページで, 「所有権法や契約法が形式法と呼ばれるならば, それと同じ意味に於て不当利得法も形式法である」とされるのであるが, それは, そのいう「形式法」に何を意味しているかが問題であるが, 言語という形式と

法律要件という形式の二つの形式を混同することによる誤解である。ないしはその二つの相違を無視する錯覚であるともいうことができる。

従来「……不当利得制度は, 形式法と“具体的衡平”との矛盾を後者の観点に立って調整する制度である。……」*と理解するのは, 不当利得の場合においては引照できる法律原因を欠くから, 規範価値——正義を引照して出捐者に「法的」請求権を付与するものである。そういつているに過ぎず, それは依然!有効な理解である。しかし法的原因を欠いているからといって, 誰に(出捐者は誰?)いかなる(「返還さるべき利得の範囲」はいかに?)を決するについて, デタラメないしはアトランダムに決する, ということができるわけではない。当然。そのとき, すなわち実体を認知するには一つの基準——範疇(カテゴリ)を必ずや必要とする。しかしその規準は法規範ではけっしてない——法律上の原因は欠けている!すなわちその規準はけっして法律上のものであってはならない——ありえない。

形式法でないという上述の内容は, すなわち法律上の原因, 根拠は機能しないということである。そこで用いられるのは実体事実の相違である。それがドイツ学説によって「類型」die Typologieと提示されたものの謂。ないしは「類型」なるものの意味である。したがってこの「類型」なるものは法律概念——法律要件でない!という点において, 不当利得法ないしは類型論は契約法, 所有権法とは異なる法領域 genre である。

さらに——二展する。ところがその「類型」なるものは実体事実を伝達するものであるが, これまた必ず言語による。他方, いうまでもなく権利, 権利要件, 法律要件も必ずや言語——語彙によってしか成立しない。ないしは必ずや言語——語彙によって表現される。かつ, 実体事実を表現——伝達する言語——語彙と権利, 権利要件, 法律要件を表現, 伝達する言語——語彙の間に言語——語彙としての違いはない。同じ言語——語彙でしかない。ある関連する言語——語彙を形式上, 一見, これは権利, 権利要件, 法律要件であり, 他方は実体事実の類型を表現, 伝達する言語——語

彙であると見分けることはできない。ないしは一見、同一の言語——語彙の形式でしか表現されていない。

これが不当利得法——それは占有についても然りなのであるが、その分りにくさの基底的な理由である。はたまた上掲した川村説が「所有権法や契約法が形式法と呼ばれるならば、それと同じ意味に於て不当利得法も形式法である」とする原因である。川村説は法律要件の類型と実体事実を認知するための類型を混同、ないしはその間の差異を無視する誤りを犯し、かつまた法律要件と類型がともに言語——語彙によってしか表現されない——それは確かに同じ言語、語彙という形式なのである。なぜケメラールがといてよいのであるが、返還さるべき利得の範囲を「類型」によって決するとするのか。その意味を見過しているのである。その意味を見過せば、その双方とも言語——語彙という同一の形式によって表現されるのだから「同じ形式」法なのである。

* 川村、同上論文、50ページ、

Wolf, E., *a. a. O.* S.412f., ボルフは平衡という表現は使っていない。「法律学的精神の最も偉大で最も結果的に重要な所業」と表現している。

47) 同上論文、47ページ。

48) 日本民法学の方法論がそういうものであるから、川村教授のものが特にそうであるというのではないのであるが、ケメラールの類型論を基軸に非類型論ないしは類型論以前の学説（スティーベ説*）そしてケメラール前の前駆的類型論（ウィルブルグ説**）、そしてケメラール後の説（レーザー説）あるいはその周辺（ボルフ、ラーレンツ等）を批判的に論及展開する。その学究スタンスには真摯に敬意を払うのであるが、ただ、そのスタンスではケメラールの意識世界の外はけっして見えないわけで、不当利得法のもつ特異性——それはまた類型論自体のもつ学説的位置なのであるが、それには不明な理解に了っている。曰く「不当利得法は物権法や契約法と次元を異にする法ではない*³」！

本文に提示したように不当利得法は物権法や契約法とまさに次元を異にする法——メタ規範法なのである。類型論は、ないしはケメラールは自覚的

に——無意識にはその異質性を識っているらしいのであるが、類型なるものをなぜ提示するかを提示しない。それを判例の帰納から始める。それは法律原因の不存在の処に法律原因を持たむためのカラクリなのであるが、それに気付かない。ために非法律原因として持込んだ利得の「類型」die Typologie それは分類学上の用語である、そのもつ法律原因としての意味、それを忘却してしまうのである。そこから上記「……次元を異に……」しないという卓説が引き出される——川村教授の用語を借用すれば「析出される」。そこでは他人の財貨からの利得が所有権の貫徹であることを主張して「……その本質は、所有権に基づく返還請求権の思想のうちに探されねばならない」というそのとき、なぜ「思想」といわなければならないのか。ないしは「思想」と表現することはどういうことを意味するのか。その自己の主張、表現の特異性に無頓着に了る。物権法と次元を異にしない所有権が「みずから貫徹する請求権」であるならば、その本質は「所有権」そのものに探せばよいではないか。しかしそこにはけっしてそういいえない特異性が横たわる。それはまさに不当利得法の契約法、所有権法との異次元性なのである。物権法、契約法の本体は対象規範。不当利得法、占有法は対象規範ではない。メタ規範。

* 同上論文（3）『判例時報』352号、昭和38年、31ページ以下。

** 同上論文（3）、34ページ以下、（4）27ページ以下。

* 3 同上論文（5）、50ページ。

49) 辻「類型論批判」『阪南論集 社会科学編』29巻2号、1993年9月、55ページ以下。

50) Wolf, E., *a. a. O.* S. 417（5）。

51) 我妻（昭和9）、前掲論文、6ページ。

52) 同上論文、5ページ。

53) 川村（昭和39）、前掲論文（5）48ページ以下。

54) 杉之原（昭和3）、前掲論文、同ページ、篠塚（昭和32）、前掲論文、同ページ、山中（昭和26）、前掲論文、同ページ。

55) Wolf, E., *a. a. O.* S. 415。

56) 我妻、前掲書、〔1581の2〕1065ページ。

- 57) 広中俊雄『債権各論講義』下巻, 有斐閣, 昭和42年, 390ページ。

(2003年5月9日受付)

(2003年7月18日掲載決定)