

論説

フォン・トゥールの

「転用物訴権」論について(二)・完

平田健治

目次

- 第一章 フォン・トゥールの「転用物訴権」論の課題
- 第二章 「転用物訴権」論の出发点
- 第三章 転用物訴権の成立の前提としての、求償権の成立
- 第四章 「免責請求権」の諸特性
- 第五章 転用物訴権の基礎としての *intercessio*、利得説との対決(以上本誌二〇卷三号)
- 第六章 転用物訴権の根拠づけ・要件・効果

第七章 準転用物訴権の根拠づけ・要件・効果

第八章 トゥールの「転用物訴権」論の与える示唆・その評価(以上本号)

第六章 転用物訴権の根拠づけ・要件・効果

(1) 根拠づけ

ローマ法での転用物訴権の根拠づけは、彼によれば、さしあたり、特有財産制度を前提とした、その構造に求められる。すなわち、転用債権者も、特有財産訴権を行使しうが、彼にはさらに奴隷の自然債権を自己の利益において行使しうる権利が、転用物訴権によって与えられている。免責求償は *pecunia* の構成部分ではあるが、通常の特有債権者の利益とはならず、特有財産訴権における、特有財産の算定において算入されない。

(2) 要件

転用物訴権の要件を問うことは、トゥールによれば、それは事務処理者が主人の事務処理において取得する免責求償に基づくのであるから、事務処理(委任、事務管理)に基づく求償権の成立を問うことになる。すなわち、①

事務の他人性（主人の事務であること）、②事務処理意思、③事務処理意思を排除するものとしての贈与意思、④主人の同意（追認）、⑤事務の有益性である。

事務処理意思については、その客観的構成要件によって他人の事務とされるようなもの（例えば、他人の物への出捐、他人の債務の支払）と、それ自体では中性的で、行為者の意思方向によってのみ、他人の事務となるようなもの（例えば、消費貸借、物の購入）が区別され、第一のカテゴリーでは、事務処理意思は、他人性の認識で十分であり、第二のカテゴリーでは、本人の財産との関係は、処理者の意思によって、すなわち、借金、購入した物を、本人の利益に用いるという意思によって定立される。したがって、まず、第一のカテゴリーに関して、何が *in p_{ra}* に主人の事務であるか（①「事務の他人性」が問題となり、第二のカテゴリーについて、中性的な事務を主人の事務とするためには、奴隷の②「事務処理意思」はいかなるものでなければならぬか、が問題となる（S. 169-171）。

以下、やや詳細に紹介するが、トゥールの法源理解の当否は問題としない。

① 事務の他人性（S. 173-188）

本人に利益をもたらす行為が直ちに本人の事務となるわけではない。例えば、処理者が一定の反対給付と交換にその行為をなす義務を負っている場合、あるいは本人に反射効として利益をもたらすことを知っていても自己のためにその行為をする場合には、他人の事務は存しない。同じことが、*negotium domini* と *negotium proprium servi* との限界づけにも妥当する。ここでは、*pecunium* と *patrimonium domini* の関係は、自由な *procurator* と本人の財産の関係ほど相互に独立していないことによって限界

づけの困難は一層高められている。すなわち、peculium は patrimonium の一部であり、奴隷の peculium を増加させる行為は必然的に、同時に patrimonium の増加をもたらす。しかし、ローマ人は奴隷が patrimonium を増加させたか、peculium を増加させたかを厳格に区別し、前者の場合には、主人の事務、後者の場合に、奴隷自身の事務を見る。後者の場合、主人の財産が増加しても、それは付随的効果 (Nebenwirkung) であり、奴隷の行為の法的判断について、考慮されることはない。奴隷の peculium の増加に向けられた主たる意図が完全に優越し、彼の行為に自己の事務という性格を与える。

D. 15. 3. 6

「なぜならこれが正しいとすれば、特有財産に属するものを売却する以前でさえ、奴隷の所有者は転用物訴権に拘束されていたことになるからである。奴隷が物を特有財産中にもつこと自体によって奴隷の所有者はより豊かになることになるが、これは明らかに誤りであるからである。」

法文において、服従者の事務とされるものとして、奴隷の債権者に対する支払 (D. 15. 3. 11) 、主人に対する自然債務の支払 (D. 15. 3. 10, 7; D. 14. 6. 7, 12) 、主人に対して解放のために約束したものを支払う場合 (D. 15. 3. 2) がある。これに対して、家子の自己の娘に対する嫁資の付与は、当初は家長の事務とされ (D. 15. 3. 8, D. 23. 3. 5, 8) 、後に生活習俗が変化し、家子の意思方向によって定まる中性の事務となった (D. 15. 3. 7, 5) 。同様に、生計に必要な衣食の供与 (D. 15. 3. 3) も服従者の経済的独立性、家族の状況によって判断される中性の事務である。

② 事務処理意思 (S. 188—196)

トゥールはまず二つの場合を区別する。奴隷が主人のために債務負担をする場合、第一に、奴隷による債務負担によって主人の利益が維持される場合がある。例えば、奴隷が主人の債務を更改または保証する場合である。この場合には、奴隷は彼の意図

を問題とすることなく、*re. p. sig.*に主人の事務を処理した。第二の場合には、奴隷の債務負担は、それ自体によつては主人の利益ではなく、奴隷がその債務負担に基づいて取得する反対給付を主人に与える意図を有していた場合にのみそういえる。すなわち、奴隷が契約締結時に事務処理意思を有していた場合にのみ、免責求償したがつて転用物訴権が成立する。

以上を言い換えれば、トウルルは第一の客観的他人の事務の場合には、事務処理意思を必要としないが、第二の主観的他人の事務の場合には第三者との契約締結時に事務処理意思を有していることが必要とされることになる。

さらにトウルルはいう。あるものを主人に与えるまたは主人のために利用するという意図で取得しても、その調達は必ずしも事務処理の開始とは理解せられない。それは、奴隷自身の計算と危険でなされるところの、事務処理の準備の場合もありうる。

この場合には、求償は免責請求権としてではなく、主人に対する利用によつて生ずる償還請求権である。奴隷と家子の場合には、ローマ人はその関係を、調達行為がすでに事務処理の開始であり、したがつて主人の計算でなされるものと理解する。このことはトウルルによれば、これらの者の生活上の地位から容易に明らかとなる。奴隷と家子は、家父の自然な管理人 (*naturliche procuratores*) であり、彼らが主人に代わつて何かを行おうとする場合に、その資金を *pecunia* に有しない場合には、消費貸借を主人の計算でのみ引き受け、債権者に対して主人のための事務処理関係を明かすことによつて、事務処理意思の証拠を後日のために確保しようと配慮するであろうことが推測されるからである。

次に、彼は二つの問題を検討する。

1 主人の財産に至つた価値の形態について

調達された物自体が主人の財産に与えられまたは利用されることは必要ではない。奴隷は自己の事務処理を、信用取引によつて、利用される価値の取得のための資金を調達することによつても、開始しうる。この場合には、消費貸借は主人の計算でなされる。

D. 15. 3. 3. 1

「奴隷が受領したものの自体を奴隷の所有者の利益に転用したときであれ(例えば、小麦を受領して奴隷の所有者の家族のために小麦自体を食料として消費した場合、あるいは債権者から受領した金銭を奴隷の所有者の債権者に弁済した場合、……)、奴隷が奴隷の所有者の事務を行いあるいは管理するために何事かを行った場合であれ(例えば、家族を扶養するために穀物を調達しあるいは家族に着せるために衣服を調達することを目的として、金銭が消費貸借された場合)、……」

この法文での第二の事例(財産の変態と結びついた *versio*) はしばしば他の法文でも現れるが、*versio rei iustus* がより単純でありかつ、通常の場合であると考えられる。この場合には、転用意図の立証も、調達したものに代わってその代償が現れる場合より、容易であるからである。

2 価値の移転の形態について

物は債権者の財産から直接 *patrimonium* に至る場合と、*peculium* を通過して *patrimonium* に至る場合がある。

D. 15. 3. 3. 1

「……特有財産のために奴隷が消費貸借し、その後奴隷の所有者の利益に転用するときであれ、奴隷の所有者の利益に転用されたものと見られる。たとえ最初に金銭を特有財産に転用するとはいえ、のちに奴隷の所有者の利益に転用するときは、転用物訴権がありうるという法を我々は用いているからである。」

D. 15. 3. 5. 3

「債権者から即座に奴隷の所有者に帰属した金銭ばかりでなく、以前に特有財産中にあつた金銭も奴隷の所有者の利益に転用されると定められている。」

メンツェリ (Bd. II, S. 484ff.) はこの二つの場合を直接的 *versio* と間接的 *versio* として、この区別を叙述の基礎に置くが(前出

第二章①、これは自由人間の取引において承認されている、物権取得における、直接代理と間接代理の区別の奴隷法上の正確な類似物である。自由な管理人は、ただちに本人を所有者とするか、あるいはまず自ら取得し、次に第二の移転行為として本人を取得された権利の所有者とするかの、選択を有する。奴隷はなるほど法必然性によって、主人をただちに所有者とするが、物が *patrimonium* に至るか、*peculium* に至るかは、奴隷の意思に依存する。取得が *peculium* の資金からなされるならば、*peculium* のために取得するという意図は存在すると前提してよい。これと異なる、*patrimonium* への直接の出捐の意図はそれではないに立証されるのか。このためには、奴隷が自己の *peculium* についてなす計算が、あるいは主人の財産管理をしている場合には、この財産についてなす計算が、外的徴表として役立つ。それでは、間接的 *versio* はいかなる要件のもとで存在するのか。

D. 15. 3. 5. 3

「……しかしながら、奴隷が奴隷の所有者の財産を管理して特有財産に属する金銭によって奴隷の所有者をより豊かにするかぎりでは、常にこのことは正しい。……」

マンドリは、この法文においてウルピアヌスは利得の要件を強調しようとしたものと解し、信用取引によって取得した価値が *peculium* から *patrimonium* に至り権力者が原状回復または価値償還に義務づけられる場合すべてに間接的 *versio* を承認する。しかし、ツールは以下のように反論する。この法文全体を見れば、ウルピアヌスはここで利得ではなく、事務処理を *versio* の要件として強調していると考ええる。主人が物を取り上げ (*ademptio*)、あるいは物が奴隷から主人に売却された場合 (D. 15. 3. 5. 3) または贈与 (D. 15. 3. 7pr.) によって得る場合には、ウルピアヌスはこの訴権を否定する。これに対し、物が主人に事務処理の方法で帰属する場合には、*versum* が存する。このような現象は以下のように説明される。取り上げまたは贈与によって、なんら主人の自然債務は成立しない。売却によって自然債務は成立するがそれは売買代金を対象とし、与える債務として通常の *peculium* 財産に属する。しかし、転用物訴権はツールによれば、*peculium* の免責請求権に基づいており、それは事務処理か

らのみ生じうる。この調達行為は、事務処理意思をともなつてなされねばならない。この要件のもとでのみ、奴隷は主人から債務の免責を請求しうる。これに対して、奴隷が売買または消費貸借を自己の利益で締結し、その後に変心して (mutuo consilio) 取得した価値を主人の財産に利用した場合は、彼の求償は出費に由来し、出費償還に向かう。したがって、転用物訴権の基礎とはならない (ただし、通説は、利用時の意思の存在で十分とする)。

法文は、事務処理意思が存在せねばならない時点について何ら確かな言明を与えていない (トゥールによれば、D. 15. 3. 3. 9 が、彼の見解である、契約締結時での事務処理意思の要求を支持するように見える。「……それにもかかわらず、奴隷が、受領したものを転用することを常としていたものであつたときには、どうなるのか? 異なる意図で奴隷が受領したとき、またはこの意図で受領したが後に他の者に転用したときには、依然として奴隷の所有者の害にはならないと私は考える。」すなわち、奴隷が物の取得の際に転用意図を有していない場合には、たとえ後にその物を *patrimonium* に利用したとしても、転用物訴権は成立しないと解する。) しかし、法文の不明瞭な状態は、事務処理意思の立証がいかなされたかを念頭に置くならば、それほど奇妙なものではない。直接的 *versio* の場合には、事務処理の意図は、帳簿 (*rationes*) への記入によって確認される、*patrimonium* のための取得から明らかとなる。間接的 *versio* の場合は異なる。この場合の取得は、外形的には *pecunium* の計算でなされ、奴隷の内的意思は、債権者には (例えば、債権者は買主が自己のためにか、いわゆる間接代理の本人のために行為しているかを知り得ないと同様に) さしあたり認識しえない。のちの事実がはじめて、奴隷の当初からの事務処理意思を、債権者が立証することを助ける。奴隷が調達した物または価値を *patrimonium* にもたらし、奴隷と主人の間に、特別な法律行為 (売買、贈与) が締結されることがない場合、あるいはその利用が取得と緊密に結合して、その調達が *pecunium* のためだとは見えない場合、これらの事実は、その性格上通常は直接的立証ができないような事務処理意思の実質的事実がそこから導きだされるような、微表なのである。例えば、以下の法文にはそのような思考方法が看取されるとする。

D. 14, 6, 7, 12

「……しかし初めにはこのように受領しないが、後に父親の財産に転用したときにも、元老院議決は適用されないとユリアヌスはディゲスタ第二巻で述べ、家子が父親の財産に転用するように初めから受領したと解されるべきであるとする。」

トウルルはこの法文を以下のように解する。ユリアヌスは当初よりの事務処理意思を *visio* の要件と考える。しかし、その立証は場合によっては、後の利用という事実のみによってなされうると。

彼によれば、免責請求権と転用物訴権が成立するためには、事務処理意思は契約時に存する必要があるが、それはこの時点では、いわば「場合によってはありうる意思」(*eventuelle Absicht*)として現れる場合がある。

D. 15, 3, 10, 10

「偶然から家子が父親の利益に転用することが生じうるかどうかを同人は論ずる。例えば、父親と家子が二人の主債務者であり、消費貸借をした家子が自己の名で弁済するとき、あるいは君が父親の命令で家子に金を貸し、家子が借金を君に弁済したときがそれである。もちろん金銭が父親に帰属したときには、父親の利益に転用されたと見られるが、もしそうならず、家子が自己の事務を処理するものとして弁済したならば、転用物訴権はないと私には思われる。」

この場合、父親と家子が共同で消費貸借を受け、その金銭は必要に応じ、どちらかの利用に供される意図であった。誰が他人のために債務引受け、免責を請求しうるかは、さしあたり浮動的であり、おそらく共同で寄託されている金銭の利用という事実によって判断される。

さらに別の意味で事務処理意思は *eventuell* である。例えば、奴隷が未だ予見し得ない主人の事務を処理するために借金をする場合、彼は当初は主人の債務 *a* をこの借金で支払うことを考えていたが、後に突然現れた別の債権者の債権 *b* を支払うことを決心した。彼のこのような事務処理意思の方向の変化にもかかわらず、彼はあいかわらず消費貸借契約を事務処理の開始と考え、

消費貸借債務の免責を請求しうる(D. 15. 1. 30. 1; 32pr. 主人の死亡による、その相続人に対する利用)。

③ 贈与意思(S. 196—202)

事務処理にもとづく求償の別の要件として、*animus recipiendi sive obligandi*の存在、正確には、*animus donandi*の不存在が必要である。この要件は、トゥールによれば、求償理論の決定的証拠となる。すなわち、自由な管理人の求償を排除する贈与意思が、奴隷の事務処理者の場合には、転用物訴権の成立を妨げる。このことを以下の法文が実証する。

D. 15. 3. 10. 2

「父親が与えなければならぬものを私が家子から問答契約し、家子を訴えた場合にも規定は同一であるとパピニアヌスは論じている。なぜならこの場合にも家子が父親に贈与することを欲して債務を負うのでなければ、転用物訴権があるであろうからである。」

この法文に対して、利得理論の支持者は困難な立場に立つ。というのはこの場合、明らかに、父は家子の債務引受によって解放され、家子が訴えられ *pecunia* から支払いえない場合、債権者の損失で家子の法律行為によって利得する。それにもかかわらず、転用物訴権は許されないと法文は述べているからである。

以下の法文も同様である。

D. 15. 3. 7pr.

「それゆえに奴隷が奴隷の所有者に特有財産に属する物を贈与した場合にも転用物訴権は行われない。そのことも正しい。」
これに対して、次の法文は、これらと一見矛盾する。

D. 15. 3. 7. 1

単なる意思によって挫折せしめることはできない。

このような説明に対して、D. 15. 3. 10. 2のように、当初からの贈与意思によって、債権者から転用物訴権を奪うことができると反論するかもしれない。しかし、求償が当初から存在しない場合と、最後の時点で挫折せしめられる場合とは異なる。以下のような実地的考慮が付加される。債権者はしばしば転用物訴権を当てにし、この目的のために、奴隷に事務処理意思について問うことによって確保する。奴隷の変心が有効とすれば、債権者の詐欺にいたろう。これに対し、当初より、債権者が *Decemum* を当てにし、奴隷の意思を締結時に調べない場合には、知られざる贈与意思が転用物訴権の成立を妨げるとしても、それについて何ら考えていないのだから、何らの不当性は存しない。

④ 本人の同意 (§ 202—208)

他人の利益の保持のためになされた行為がすべて本人を拘束するというわけではない。事務処理者の好意的な意思に、以下の事実が加わらなくてはならない。すなわち、本人の同意、またはそれが欠ける場合には、事務の有益性、すなわち、法秩序が合意の不存在を無視するほど明らかな、事務処理者の行為の妥当性、が本人の計算でなされた行為を現実にも本人の負担とさせることを正当化させる。本人の同意が事務処理のきっかけを与える場合には、効果は委任に従う。あるいは事務処理が完了した時点で与えられる場合 (*ratihatio*) には、求償は事務管理を媒介としてなされるが、一旦根拠づけられれば、委任訴権と異なる。主人の意思は、転用物訴権の場合でも、事務処理に先行しあるいは後行する。

D. 15. 3. 3. 2

「委託事務管理人が委任訴訟を有し、事務を処理した者が事務管理訴訟を有する場合にしばしば転用物訴権が生ずると我々は規則通りに言う……」

主人の先行する同意は、若干の法文では、異なった名称の下で、転用物訴権の基礎として引用されている。

D. 15. 3. 3. 4 「本人の委任または意思」

D. 15. 3. 3. 6 「その所有者の意思によって」

D. 15. 3. 16 「命令」

別の法文 (D. 15. 3. 5. 2; D. 15. 4. 1. 3) では、主人の同意から、*a quod iussu* が導きだされている。

同じ現象は後発的同意の場合にも見られる。ある場合には転用物訴権を基礎づけ (D. 15. 3. 5. 1; eod. 5. 2) 他方では、*a quod iussu* を根拠づける (D. 15. 4. 1. 6)。

このことから、両訴権の競合を推論することは正しくなく、*a quod iussu* における *iussus* は最近の支配説 (Pernice, Windscheid, Dernburg) によれば、権力者から第三契約者に向けられた表示である。これに対して、転用物訴権が与えられるところの主人の同意は、債権者に対してではなく、服従者に向けられた主人の表示が問題となる。このような解決 (内部的委任と外部的委任 (*iussus*)、内部的追認と外部的追認の区別) が、衡平にふさわしい、*a quod iussu* と *a d. i. r. v.* の間の限界付けを生み出す。債権者が契約締結時に本人の同意を得れば、彼の請求権は *pecunium* の存在とその範囲に依存しない。他方、彼が奴隷とのみかわりあう場合には、原則として *pecunium* に指示され、他の特有債権者からは、彼の債権に対応して成立している奴隷の求償権において、一種の取戻権が与えられることよってのみ優遇される。しかし、この利益は自己の活動からではなく、免責求償の性質から生ずるので、それは彼の意思なくして生ずる事実 (主人による控除、主人の *pecunium* への支払) によっても奪われうる。古典期後期には、この法状態は *a quasi in iustoria* の成立によって変更を被った。この C. 4. 25. 6 に由来する準支配人訴権は、本人の同意が服従者に向けられていることに由来する。したがって、準支配人訴権は、命令訴権が転用物訴権に対して有したと同じ利点を有するから、両訴権の競合は長くは主張され得ない。この訴権が、権力服従者の法律行為に移転されるやいなや、内

部分的委任のすべての場合、または少なくとも奴隷がこの委任を契約締結時に債権者に通知した領域において、転用物訴権を排除したと考えられる。これに対して、追認に由来する転用物訴権は、準支配人訴権の発展とは関係がないように見える。

⑤ 事務処理の有益性 (S. 208—219)

本人の委任または追認がない場合には、転用物訴権は奴隷の法律行為が *utiliter gestum* であることに依拠しうる。

D. 15. 3. 5. 2

「奴隷が奴隷の所有者のために買ったものは、もちろん奴隷の所有者の意思によって買ったときには、命令による訴訟によって訴えられることができる。これに反して、意思によらないが、少なくとも奴隷の所有者が追認しあるいはそうでなくとも奴隷が奴隷の所有者に必要なものあるいは有用なものを買ったときには、転用物訴権があるであろう。」

この場合には、法文において以下のような法命題が定立されている。

1 奴隷が本人の事務を開始することが本人の利益である場合 (*negotium utiliter coeptum*) には、事務処理の結果が、偶然の事情によって挫折またはのちに破壊されても、転用物訴権の成立は妨げられない。

D. 15. 3. 3. 7

「それゆえに奴隷が奴隷の所有者の家族を養うために穀物を調達し、奴隷の所有者の倉庫に貯え、その後穀物が紛失し、腐敗し、あるいは燃えた場合には、転用されたとみられるといわれるのは正しい。」

D. 15. 3. 3. 8

「しかし、奴隷が奴隷の所有者に必要な奴隷を買い、その奴隷が死亡した場合、あるいは奴隷が小屋を支柱で支えたが、小屋が倒壊した場合、転用物訴権があると私は言うであろう。」

D. 15. 3. 17pr.

「奴隷の所有者の利益のために金銭を消費貸借した奴隷が過失なくしてそれを紛失した。それにもかかわらず奴隷の所有者を相手として転用物訴権が実行できると彼は判断した。なぜなら私の事務に出費するので金銭を消費貸借した私の委託事務管理人が過失なくしてそれを紛失したときにも、その者はこの点において正当に委任訴訟あるいは事務管理訴訟を実行するであろうからである。」

この命題はまさに事務管理の法と一致している。本人は自己の利益において開始された事務の危険を負担する。Fr. 17pr.では、アフリカヌスはその上、自由な管理人の類推さえ指示する。求償理論にとってはここにその最も重要な論拠の一つがある。マンドリ (Ba. II. S. 506r.) は奴隷による必要的事務の実行において、主人のための出費節約が含まれていることを強調することに、おいて、本人の利得の存在を立証することを試みる。これは奴隷が利用さるべきものを調達した時点では正しい。しかし、その物の利用以前に事故によって滅失する場合、マンドリ (S. 510) が認めるように、継続的利得は、以下の場合にのみ語りうる。すなわち奴隷の事務処理が欠ける場合には、本人が調達した物も事故によって滅失したであろうことが認められる場合である。それにもかかわらず、法文の判断と調和せしめるために、マンドリは以下のような命題を立てることを強いられる、すなわち、金銭が権力者の手中で消滅しているという主張は立てられない、服従者の事務処理は、事態によって要求せられたものとして、後に拒絶しえないからと。しかし、これによって利得の原理は事実上放棄されており、事務管理反対訴権のすべての要件を備える請求権を、利得に基づくものと性格づけることになり、正当でない。

2 有益に開始された事務処理が奴隷の意思決定によって中断され、調達された価値が奴隷の自己利益に利用された場合には、奴隷の求償権、したがって、転用物訴権も完成しない。

3 たとえ必要でない奴隷の活動にせよ、主人の財産が増加した以上、奴隷には、たとえ内容上修正されているにせよ、求償

権が生じ、したがって、転用物訴権が肯定される。

(3) 効 果

(i) 転用物訴権の内容 (S. 219-224)

転用物訴権は、トゥールによれば、奴隷の事務処理に基づく免責求償に由来する。したがって、その内容は、一方では、事務処理（委任、追認、事務の必要性は完全な求償を与え、必要でない事務では、求償は利得に制限される）の規則にしたがい、他方、奴隷によって事務処理意思をとまなつて引き受けられた義務に従う。

転用物訴権が一方では、奴隷が債権者に対して負担する義務に依存していることの証左は、消費貸借の利息の支払義務を肯定する法文 (D. 15. 3. 10. 5) が存することによって与えられる（この法文は、利得説からは説明困難である）。売買代金利息も同様である。遅延利息については、法文はないが、トゥールは、事務処理者としての奴隷に遅滞について、なんら非難がなしえない場合、例えば、主人が奴隷に適時の *Deckung* の期待をもたせた場合にのみ肯定する。

転用物訴権が奴隷の免責求償に基づく以上、債権者は訴えの基礎として、奴隷の債務と、委任または事務管理に基づく主人の免責義務を、立証する義務を負担する。

(ii) 転用物訴権の消滅原因 (S. 224-237)

一般的な X—M 間の債務の消滅原因に加え、M—Y 間の求償権の消滅原因が影響する。

1 奴隷に対する主人の支払 (D. 15. 3. 10, 6)

免責に必要な額を奴隷に支払うことによる主人の免除が生ずる場合 (Deckung) (第四章(4) 4) がある。自由な事務処理者は真の免責を主張し Deckung の提供を拒否できるが、奴隷が提供された Deckung を常に受領することは主人に対する依存的立場から生ずる。

これによって、債権者は優遇された地位を失い、支払額によって増加した peculium に指示される。これは債権者に対して、不当ではない。というのは、彼が主人の行動によって失う利益は、彼自身の任意ではなく、単に peculium の積極項目において、彼の利益となる免責請求権が存することにのみ負っているからである。他方、主人は、奴隷が主人の負担とする費用出捐が、peculium の資金からか、債権者の金銭から支弁されたかについて、知りえないし、たとえ知っていたとしても、主人がかかわりをもとうとは欲しない、第三者を考慮することは期待しえないからである。

これと同視される場合として、主人の奴隷に対する返報的 (補償的) 贈与 (D. 15. 3. 10, 7)、事務処理開始時の前払 (D. 15. 3. 16) (この場合には、転用物訴権を消滅させるというよりも前払額が足りるかぎり、転用物訴権の成立を妨げる) がある。

2 控除項目 (主人の奴隷に対する債権) との相殺 (D. 15. 3. 10, 7)

以上二つの消滅原因は、主人が奴隷に対してなす給付が間接的に転用債権者にも利益となるという考慮によって

正当化される。それにもかかわらず、転用債権者が、増加した *pecunium* から完全な満足を、*pecunium* の減少あるいは他の債権者の先んずることによって、得られない場合、その損害は自ら負担せねばならない。奴隷と契約した者は制限的責任によるリスクを予見せねばならない。

上の二つの場合とは逆に、主人の財産給付による *pecunium* の増加をもたらさない奴隷の求償権の消滅は、転用物訴権を存続させる。その例として、

1 主人による免責求償債権の悪意なき取り上げ (*ademptio*) (D. 15, 3, 1, 1)

転用債権者は奴隷の求償に対して特別の優先権を有し、これは主人の奴隷に対する給付によって奪われるが、奴隷に対してのみ全能であるにすぎない、主人の単なる意思によっては奪われない。

2 主人による、奴隷に対する悪意での (|| 支払が転用債権者の特有財産訴権に利益を与えないことを知っている場合) 支払 (D. 15, 3, 10, 6)

この場合には、支払によって転用物訴権は消滅するが、悪意訴権で責を負う。

3 奴隷による贈与としての求償権の免除

4 *pecunium* の消滅 (D. 15, 3, 1, 1)

以上の転用物訴権の消滅原因を概観すると、*peculium* 制度に由来する特殊性を除外すると、事務処理説における、鍛えられた意味での「利得」の存在を原則とし、第三債務者（ここでは主人）の主観的態様（害意）による修正がなされていると一応言いうるように思われる。

第七章 準転用物訴権の根拠づけ・要件・効果

(1) 根拠づけ

① 法源による正当化

準転用物訴権の法源上での存否をめぐる議論において、肯定説であれ、否定説であれ、依拠の対象となってきたのは、以下の法文であった。

C. 4. 26. 7

「奴隷に金銭を貸す者は、奴隷の生存中または死後一年間は、その主人に対して、特有財産訴権を有し、その金額が主人の財産に転用された場合には、一年後でも法務官法上の訴権を有することは疑いない。すなわち、金銭が主人の財産に転用された場合には、主人の財産に帰した額について、主人の相続人を訴えることができる。しかし、かようなことが立証されえない場合には、汝は、奴隷がなお生存している場合には、主人を特有財産訴権で訴える

ことができ、奴隷が既に死亡、売却、または解放され、一年を経過していない場合には、「同様に」特有財産訴権で主人に向かうことができるが生ずる。さらに、汝が請願書の中で言及した者の事務を処理する自由人と契約した場合で、その際、自由人のみを注目していた場合、汝は、金銭が本人の財産に転用されたか、その契約が本人によって追認された場合を除いて (*nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit*)、本人に対しては訴権を有しないことを理解するであろう。」

この法文の、準転用物訴権の許否をめぐる議論の中心となった傍線部は、現在では、ユスチニアヌスによるインテルポラチオとされているが (KASER, I. S. 607 Ann. 17; Lenel, ACP 78 (1892), 354)、本稿の立場からは、普通法学者が、この法源をいかに理解したか (どのような訴権がここで与えられたと理解したか) を見ることで足りる。トゥールは、以下のような、この法文を転用物訴権の自由人への拡張と理解しない見解を検討する (S. 298-314)。⁽¹⁾

(i) 本人に対する *cond. sine causa* が承認されているという見解 (Keller, Pandekten,

§236, S. 467)

これに対しては、以下のように反論する。(a) *cond. sine causa* は原告の財産から被告の財産への価値の移転を要し、この要件が満たされるのは、事務処理者が受領した金銭を直ちに本人のために取得させる、いわゆる直接的 *versio* の場合に限られ、間接的 *versio* の場合は、本人の利得は、債権者の財産からではなく、事務処理者の財産から生ずる。(b) 債権者の財産は、*sine causa* に減少していない。彼は自己のものを債権と交換に取得しているからである。

(c) 本人の取得も、*grundlos*ではなく、*causa mandati vel neg. gestionis*に由来する。

(ii) 通常の消費貸借訴権と理解する見解 (Mandry, Bd. 2 S. 332)

トウールはこの見解のもたらす実際の帰結に注目し、以下のように反論する。

彼の見解によれば、事務処理者 (G) は、債権者 (C) から消費貸借をえ、これを本人 (D) の財産に利用する。ここから、GのDに対する事務管理反対訴権が生じ、同時にCのDに対する *condictio mutui* が生ずる。従って、本人Dは二人の債権者を有することになる。しかも、Gが自ら利用した金銭の由来について伝えることを妥当と考えない場合には、Dはその債権の存在について無理もない不知にある。この場合、DがGに出費を償還した場合、この支払はCの消費貸借訴権にどのような影響を与えるか。 *condictio mutui* という名称をそのまま受け取るならば、Gへの給付は、Dを消費貸借債務から免責しないという結果に導かざるをえない。しかしDは事務処理に基づく自己の義務を、Gに対する給付またはGとの和解によって満足させ、Cの請求にその限りでさらされないような可能性を有さねばならない。

(iii) 債権者の本人に対する事務管理反対訴権が承認されていると理解する見解 (Baron,

S. 44ff.; Zimmermann, stellvertretende Negot. Gestio S. 317ff.; Huschke, Darlehn, S. 74ff.; Brinz, Pandekten. Bd. 2 §259 N. 22)

ここでは、①CがDの事務を処理しようとする、この場合にはこの目的でなされるGへの金銭交付は消費貸借ではない、②CがGに消費貸借を与えようとする、この場合にはどのような目的にGが受領した金銭を利用するか、Cにこの目的が知られているか等を考慮することはされない。この二つの可能性のどちらかが成立しうるにすぎない。

たとえ、消費貸借と事務管理の結合を許すとしても、(ii)説と同じ困難が生じよう。すなわち、本人Dは同じ利用から二重に義務づけられる、しかも、Gに対する給付はCの事務管理反対訴権から解放することはない。しかし、事務処理者が金銭を消費貸借によって調達したことをDは知らないか、またはしばしば知りえないので、DがGに給付し、のちに第二の債権者Cに対する支払に引き込まれることが容易に生じうる。

かくして、トゥールの、以上三説に対する反論から、以下のことが明らかとなる。すなわち、本人に対する債権者の直接請求を承認するとしても、本人は通常債権者Cを知り得ないのであるから、二重の支払に巻き込まれないように対処することが必要であるという点である。トゥールはこの点に対する対策として、転用物訴権の基礎、従ってその効果も、事務処理者Gに対する債権と、Gが本人Dに対して取得する免責請求権の二つに依拠、従属させることによって解決しようとすることは既に述べた。

以上の議論は、出発点としては、ローマ法源ではあるが、すなわち、ローマ法において承認されていたかどうかという認識の問題の形をとりつつ、かような訴権を、その当時の普通法が基盤とする社会の取引の要請に照らし、適合的なものとして承認するかという評価を秘めていたと見るべきである。

② 実質的正当化 (S. 294-298)

ここでは、もはや特有財産制度に依拠することはできず、利益衡量からの正当化が必要となる。そこで、トゥールは以下の二点を考慮する。第一に、本人は、事務処理者の債務者だと思っていたのに事務処理者の取引により、第二の債権者を得ることになる不利益。第二に、転用債権者は、事務本人から取得するものを、事務処理者の破産財団から奪うことによる、事務処理者の債権者の不利益。第一の点に対しては、本人は、免責権限を有する事務処理者に対する給付によって免責義務は履行されるので、さらに第三者に二度払いせざるを得ない危険は回避される。第二の点に関しては、これも準転用物訴権を免責求償に根拠づける限り、他の債権者に対する不当さは生じないとする（前述第四章(8)参照）。

免責請求権はその構造において、その者の債権と関連している、一人の債権者Cに利益となるように設定されている。Gが求償訴権を行使する場合、彼は同時に彼の免責によって、債権者Cの満足をもたらす。Cに対してのみGは自己の免責請求権を実際上有意味に譲渡しうる。Cのみがこの債権を有益に差し押さえることができる。Gが破産した場合、その免責請求権は、破産管財人の通常の行使においては他の債権者よりも優先した、Cの優遇に導く（もっとも、管財人の行動によっては、この反射効は挫折せしめられることがあるが）。準転用物訴権の承認によって、この反射効は優遇された債権者Cの権利に強化される。他の債権者は、その本来の目的から回り道をしてのみ、

免責請求権を彼らの利益に向けかえることができるにすぎず、このような利益が、*adiri utilis* の承認によって奪われたとしても、それは不当ではないとする。

本来の転用物訴権の場合には、*pecunium* 制度の、破産制度との類比によって説明することができる。しかし、事務処理者が自由人の場合はこのような媒介は欠けている。この点をトゥールは以下のように説明する。

事務処理者は、この場合には、自ら求償を訴求し、あるいは債権者に譲渡することができる。さらに、事務処理者の自己利益は、債権者Cにも望ましい、免責請求権の貫徹を強いるであろう。しかし、他方では、事務処理者は自己の求償権を債権者に移転する契約上の義務を負っていないし(反対、*Savigny, Obligationenrecht, Bd. 2, S. 31*)、ましてや、債権者が債務者の請求権を自己のために行使しようという一般原則は存在しない(「債権者代位権の否定」(C. 4. 2. 15「債権者は金銭を借りた汝にたいしてではなく、汝が同じ金銭を貸した者の相続人に対して請求すべきだと、汝が望むことは、法の形式に反する。」。従って、事務処理者の自己活動が否定されており、債権者が契約からは当事者間の債務だけが生じるという原則を破ることによってのみ救済される場合がある。すなわち、事務処理者の無資力による、処理者自らの訴求不可能の場合には、転用物訴権を自由人の場合に拡張する必要性が存在する。⁽²⁾)

(2) 要件 (S. 314—324)

転用物訴権 (*adiri v.*) の場合の要件とはほぼ同じものが要求される。

第三者と契約を締結する事務処理者がそのような者として第三者に認識されうることを、言い換えれば、第三者が事務処理者の挙動、表示を通じて事務本人を知りうることを準転用物訴権の要件として加えるかどうかについて、争いがあった。

この点について、肯定する者 (Uhering, Jf. 1. 339; Windscheid, Pandekten, §183, Anm. 5) は、支配人訴権 (ある者が一定の取引圏の処理のために支配人に任命された場合でその範囲内で債務を負担した場合、本人も直接それにつき責を負う) あるいは準支配人訴権 (法律行為締結のためのあらゆる委任の場合に同様の効果が生ずる) の類推に基づかせる。すなわち、これらの訴権の要件として、法律行為が任命ないし委任との関連で締結されたこと、より詳しくは、①第三者が任命ないし委任を知っていたことのみならず、②まさに任命ないし委任ゆえに契約を締結するという第三者の意思も認識可能なものとして現れていなければならない (Windscheid, Pandekten, Bd. 2 §482 Anm. 9) とされていた。準転用物訴権の場合には、利得に基づいて責を負うのだから、かような *contemplatio domini* (第三者の、本人の考慮) は勿論解釈として一層要求されねばならない。

ここには、直接代理と間接代理との二種類しか承認しないドイツ民法の立場と異なり、授權 (代理権授与) と顕名という要件で限界づけられた制度は見いだされない。ここでの第三者の意思の位置づけは極めて曖昧である。ツールにおいては、第三者の本人に対する直接請求を、免責請求権で媒介された、事務処理関係における実質的債務負担者という客観化された状況に求める以上、事務処理者が第三者に本人の存在を知らせたか否かは重要でないことになる。「転用物訴権は本人と処理者との間に存する関係から生じ、この関係は、処理者が債権者に契約締結時に本人のために行動していることを知らせたか、潜在的に本人のために債務引受をしたかで、異なるない」(S.

315)。実務においても、この点について対立が存した。トゥールの引用する判決として、積極説に立つものとして OLG Rostock (Seuffert's Archiv Bd. 42, Nr. 13)⁽³⁾、OLG Hamburg (Seuffert's Archiv Bd. 43, Nr. 18)⁽⁴⁾、消極説に立つものとして OLG Berlin (Seuffert's Archiv Bd. 29, Nr. 29)⁽⁴⁾がある。彼は「本来の転用物訴権について、この要件を不要とするに際し、以下のように述べる (S. 171)。「転用物訴権は求償権の独自の性質に由来し、この求償権の性質ゆえに、転用債権者のみの利益となる。しかし、奴隷が本人の事務処理者として免責を請求しうることは、債権者の意図とは全く無関係な事実であり、法の偶然により、債権者の利益となる優遇なのである。なるほど、法源において債権者の転用意図が必要であるかのようなものがあるが (D. 15, 3, 3, 10)」、しかし、それは以下のような理由からである。すなわち、奴隷は債権者に自己の事務処理について知らせることにつき、固有の利益を有することがある。第一に、事務処理が、調達された物の滅失によって失敗する可能性を考慮して、事務処理意思の証拠(立証)を確保することによって、その損失を主人に転嫁しうる。第二に、奴隷が自己の *peculium* のみによっては必要な信用を得られない場合に、債権者に調達の目的を説明し、それによって転用物訴権取得の見込みを示すことによつて、信用を得ることができる。この意味において、D. 15, 3, 3, 9「債権者はどこに転用されるかについて注意深くあるべきである」は転用物訴権の要件ではないが、注意ぶかい債権者が無視しえない賢さの規則を含んでいる。なお、奴隷の事務処理意思についての、債権者の単なる知と、*contemplatio domini* は混同されてはならない。後者の場合には、第三者は事務処理を自ら引き受け、奴隷を履行補助者として利用する。彼はこれによつて付帯的な消費貸借訴権や売買訴権に代わり、本人に対する直接の事務管理訴権を取得する。例えば、債権者が奴隷に金銭または物を引き渡す前に、その必要性の存在を確認することで満足する場合は、転用物訴権を有するにすぎず、他方、

債権者が、奴隷が金銭を現実に本人の利益に利用することまでも配慮する場合には、本人の事務処理者である。」

トウルは、以上の考慮をここでも援用し、第三者の *contemplatio domini* を不要とし、以下のような成立要件を準転用物訴権について、要求する。

1 GがDの事務処理者であること。すなわち、Cとの法律行為をDの計算でなすこと。これに対して、Gが転売、あるいは売主としての義務の履行として、Dに給付する場合には、そこから生ずる債権は、免責請求権ではなく通常の金銭債権であり、この場合に、Cが同様の優遇を受けるためには、特別な法規定が必要となる。

2 GがCとの契約締結の時点で、事務処理意思を有したこと。すなわち、まず自らのために調達する意図で、後にDのための利用の決断をした場合には、*erogatio* として *obligatio dandi* となり、Cの債権と何ら機能的関連を有せず、転用物訴権は生じない。

3 当初よりの贈与意思の場合は、転用物訴権は排除される。後発的贈与意思の場合はそうではない（前出第六章(2)③参照）。そう解されないとしても、Gの無資力の場合には、Cは *Anfechtungsklage*（債権者取消権）によって救済される。

4 事務処理が、委任、組合、あるいはそれに類似した事務処理関係に依拠すること、またはDの追認ないし事務の有益性によって正当化されること。既存の事務処理関係にもとづく場合、準支配人訴権（債権者が処理者から知らされた委任を考慮して契約した場合）は転用物訴権を排除するとする通説に従えば、転用物訴権は、潜在的委任の場合に限定される。また、直接代理との関係では、支配人訴権は直接代理によって替えられるという見解（RGZ 216⁽⁵⁾）に従えば、委任が伝えられていたが、授權のない場合だけ、転用物訴権の適用領域が拡がることになる。

5 Gが委任すら有しない場合(事務管理の場合)

(a) Gが「自己の名で」締結した場合

Dの追認あるいは、事務の有益性によって、Gの免責求償が成立し、転用物訴権も成立する。

(b) Dの名で(「他人の名で」締結した場合(無権代理))

Dの追認があれば、Dが唯一の債務者となる。事務が有益である場合には、Gは免責を請求することができ、これをCに譲渡しよう。これによって、Cは同様に転用物訴権を取得する。しかし、CはDに対して、価値が直接移転したかぎりでは *conductio sine causa* を有する。

(3) 効果 (S. 324-328)

準転用物訴権の内容・消滅原因

効果は、本来の転用物訴権で述べたと同様である。転用物訴権の範囲は、原告が中間者から請求しようものものと、中間者が本人に対して有する免責求償によって定まる。その上限は、中間者が原告に対して負う額である。しかし、事務処理が有益でないか、または中間者が事務処理資金の前払いを受領していた場合には、中間者が取得する免責求償額は債務の全額に向かわないので、転用物訴権の内容は、これらによって制限される。原告Cの立証すべきものは、原告がGから請求しようものと、GがDに対して、免責権限を有することである。したがって、GがCに対して有する抗弁は、Dにも与えられる。

本人は、二人の債権者を有するが、二度支払う必要はない。原告に対して、支払、相殺その他の方法で満足を与えれば、同時に中間者に対する免責義務を履行したことになる。しかし、中間者に Deckung を与え、そもそも免責償が成立することを妨げることもできる（したがって、法定譲渡説を採ることはできない）。この場合に、中間者が無資力であるため、中間者に与えた Deckung がその目的を例外的に果たさないことを本人が知っている場合には、Deckung を与えることによって、彼は原告に対して dolus を犯し、悪意訴訟権によって責を負う。

中間者との間での相殺、和解をも原告に対して援用しうる。これに対して、贈与としての、求償権の免除は援用しえない。一旦生じた転用物訴権は、本人の中間者への給付によって消滅するが、本人と中間者のそれ以外の事実によっては消滅しない。転用物訴権は、中間者の求償権から生じ、それと一種の、異なる給付内容を有する連帯性で結合されているとしても、原告の固有の権利として理解され、他人間での交渉によって奪われてはならないからである。⁽⁶⁾

(4) トゥールが最終的に目指したもの（立法論）(S. 329ff.)

彼は立法例、草案理由書 (Motiv) を検討したのち、「転用物訴権」論の最後に以下のように言う。

事務処理者の無資力という場合のみが残る。この場合には、立法の介入がその状況により要請されており、大きな困難とは結びついていないように思われる。商法典 Art. 368 Abs. 2 (現在の §382) 「しかし、かような債権（すなわち、問屋が締結した行為から生ずる）は、たとえ譲渡されなくとも、本人と問屋、またはその債権者の間では、

本人の債権とみなされる」に対応する規定を、しかも私見によれば、処理者の破産の場合にのみ定立することが問題となる。もつとも、民法草案は、この商法典の規定を受け継ぐことをしなかつた、おそらく、直接代理と間接代理の概念をできるだけ厳格に区別するという努力に導かれて。しかし、実質的考慮が構成の純粹さのために犠牲に供されている。というのは、間接代理は、本人Dと債権者Cの関係を定立するために、取引が利用する手段にすぎない。Cは商品をDに給付し、DはCに金銭を与える。これらの給付が中間者Gの財産を通過することは、DとCが直接関係に立ち得ず、またはそれを欲しない場合、その状況の不可避ではあるが、しかし望まぬ結果である。Gの媒介活動が妨げられる場合(とりわけGの破産)、破産秩序の一般原則と調和するかぎり、この障害を除去することが、衡平法(*ius aequum*)の要請であるように思える。Gによって媒介された、DとCとの取引から、未回収の債権が存するかぎり、この可能性は疑いなく存する。

GのCに対する債権は、商法典が規定するように、Dの利益となり、それはGの財産においては、通過項目にすぎない。同じことが、GのDに対する求償権についても妥当する、しかも処理者GがDの計算でCに対して取得する債権よりも高い程度において。というのは、この債権は、通常与える債務(金銭の支払い、商品の引き渡し)で、それはGの他の積極項目と内容上区別されず、Gの債権者に直ちに利益となりうる。その成立によってのみ、それは本人Dの財産権と関連している。それは彼の計算で根拠づけられている。これに対して、免責請求権では、内容が債権者Cを指示している。彼にのみ免責請求権は移転され得、彼によってのみ差し押さえられ、他の債権者の利益となるためにはその内容が変更されなくてはならない。したがって、免責請求権では、債権者の取戻権は、除去さるべき債権の成立原因と内容によって正当化される。それによって、第三者にとっては完全な救済は得られない

と、理由書が抗弁する場合、取引や、他人に向けられた信頼と結びついているすべての危険を除去することを法秩序は目的とし得ないこと、立法についても「元も子もなくす」という諺があてはまると抗弁することができる。

以上によって、トウールは立法論として、既にある商法典の規定を手掛りとして、問屋の取得する債権のみならず、債務も直接第三者との関係をもたらし、さらに問屋取引に限らず、間接代理一般にこの考えを及ぼそうとしたのであった。しかし、それは立法者の採用するところとはならなかったのである。⁽⁷⁾

トウールは「転用物訴権論」(一八九五)を発表したのちに(民法典公布は一八九六年)、その考えを發展させ、叙述の不十分であった点を補う論稿を発表している。すなわち、*Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhuts Zeitschrift) Bd. 25 (1898), S. 529-584.*である。この論文の内容は、現在では「Drittschadensliquidation」の名で総称される問題を扱っており、その先駆的業績と評価されている(vgl. E. v. Caemmerer, *Gesammelte Schriften, Bd. 1, S. 597.* なお、北川善太郎「損害賠償論序説」(1)法学論叢七三巻一号(昭三八)二八頁以下参照)。

以下では、本稿に関連する部分のみを検討する。

彼は、「債権者の主観的な財産利益が契約の有効性のために必要か、すなわち、契約は、給付結果の不発生が債権者の財産状態に影響を与える場合にのみ有効か」という問題を提起し、それを否定し、以下のような命題を立てる。「債権者が、第三者と、債務者の給付に対する利益が債権者のもとはなくこの第三者のもとして生じ又は後に第三者に移転したような法律関係にある場合、債権者は債務者に、第三者の補償をさせることができる」(S. 567)。すなわち、債権者の損害賠償債権は、真に損害を被った第三者への給付請求権である。債権者はこの請求権を第

三者に譲渡でき、その手中で通常の給付請求権に変化する(S. 570)。この債権の譲渡には、債権者は、他人の損害の賠償を請求しうる場合のすべてにおいて義務づけられる。この義務は債権者(C)と第三者(T)の権利関係から生じ、例えば、CがTの広義の事務処理者の場合、Cが譲渡によって自己の責任から解放される場合(事務処理を第三者(D)に復任した場合、引渡を受けた物の第三者(D)への引渡)、CがDの行為について絶対的責任を負う場合がある。これらの場合に、法がCに責を負わずのはTの損害賠償債権をできるだけ確保するため、TがDに請求することを妨げるためではない。CにDに対する請求権が与えられるのは、Cが損失を被らないためだけでなく、それによってCを媒介として、直接の被害者(T)に損害賠償を与えるためである(S. 573)。

ここで、トゥールは「転用物訴権論」では、区別して論じられていなかった点に言及する。すなわち、損害賠償義務者の免責請求権はCに真の被害者Tのために与えられている。これに対して、事務処理者の免責請求権は処理者のために与えられているのであり、第三契約者を考慮して与えられているのではない。したがって、後者の場合第三契約者は通常、譲渡請求権を有さない(S. 573 Anm. 94)と。

トゥールは「転用物訴権論」では一般的に免責請求権の譲渡請求、譲渡義務を否定したが(S. 118. Anm. 78)、「ここでは損害賠償請求については、それを肯定したのである。しかし、このような差異は、より強い効果である直接請求は両場合について同様に肯定するわけであるから、十分に正当化されているとは言えないのではあるまいか、転用物訴権の場合は、法の偶然(*occasio iuris*)による保護であると言うだけではすまないのではないか、という疑問が筆者には残る。

それでは、譲渡の強制が困難である場合の、第三者の地位はどうなるか。すなわち、Cが不在の場合、あるいは

譲渡を不当に拒絶し、時効消滅の恐れがある場合、あるいはCが破産に陥り、管財人がDと和解し、その金額を破産財団に取りこもうとする場合はどうすべきか。トゥールは以下のように言う。HGB 332は立法的にこのような危険が排除されている一例であるが、BGBはこの規範を、問屋取引の法構造を有する民法上の関係に拡張することを拒否した。しかし、このような場合に、第三者に損害賠償を確保させる法的手段が必要である。もつとも、すべての免責請求権ないし第三者への給付債権が、Cの他の債権者の擱取を排除するのではない。例えば、DがCに対して、Tに対するCの圧迫的債務を除去することを約束する場合、TがCの他の債権者に優先すべき理由は存しない。すなわち、取戻をもつともとさせる債権の内容(第三者への給付)に加えて、さらに別のモメントすなわち、それによって第三者の優遇が正当かつ公平とされるモメントが必要である。このモメントは、転用物訴権の場合には、事務処理者の免責請求権が、処理者の財産中ではいわば債権者の債権の反射効として成立していることである。ここで扱っている場合には、このモメントは給付が損害賠償であり、その損害が第三者の財産に位置しているからである(S. 574; S. 578 Ann. 107)。

従来、このような目的のために、法定譲渡という手段が用いられてきたが、これはその移転時の点で難点があり(S. 581)、トゥールは以下のような構成を選択する(S. 581-583)。すなわち、CがDに対して損害賠償債権を取得すると同時に、Tはこの債権を譲渡なくして、行使する権限を取得する。その結果、二つの債権が、連帯債権に類似した形で、並存することになる。TがDに通知すること(denuntiatio)によって、自分が真の被害者であることを知らせた場合には、DはTが真の被害者であることを知っているので、Cへの支払がCの無資力によって補償目的を外れることを知る場合と同じく、その時点からDは主債務者Cに支払うことはできない。

このような構成に対しては、以下のような反論が考えられる。それはTにCとDの関係への必要かつ妨害的な介入手段を与えること、Tを窮境から救うために、最初からかつ一般的に、Dの共同債権者とすることは行き過ぎであると。しかし、このような疑いは、十分根拠のあるものではない。Tが直接請求権を行使するのは、通常の方法、すなわち *cessa* (譲渡された訴権) による訴えが用い得ない場合であろう。直接の請求権を行使するためには、以下の二つの要件を立証する必要がある。(1) 債務者DがCに対して損害賠償義務があること、(2) TがCに対して譲渡請求しうる関係にあること。この第二の点は、*a cessa* を用いる場合には不要である。したがって、Tは *a cessa* を用いることをまず選択し、それが困難な場合にのみ直接的しかし困難な方法を選択するだろう。

また、CがTに対して、反対債権を有している場合、その保護は、Cを主参加人として訴訟に参加させればよい。以上によって、トゥールは先の命題に、以下の命題を付加する。「契約訴権が、第三者の損害賠償に向かう場合、それは第三者によって譲渡なくとも行使しうる」(S. 583)と。

以上の叙述で、トゥールは二つの点で、「転用物訴権論」の考えを進めている。第一に、法的構成の面では、権利併存説的構成の明確化、第二に、利益衡量の面では、免責請求権の基礎にある債務への着目、それによる効果の分化である。ここに至って、トゥールは単に *occasio iuris* の強調から利益衡量を前面に出すに至る。それによって、事務処理関係に適用範囲は限定されず、むしろ、二債権の関連性に対するカズイステイシユな衡平の考慮が示唆されている。また、免責請求権の存在から、当然直接請求が承認されることにはならず、かような免責という給付内容に加えて、第三者の優遇を正当化する別のモメントを必要とするに至ったのである。

(一) 従つて、シュロスマンとの「準転用物訴権の法源にもとづく根拠づけをめぐる論争については、扱わない。vgl. Schlo-Bmann, J.J. 35 (1895), 78; v. Tuhr, J.J. 35 (1896), 431; Schlo-Bmann, J.J. 36 (1896), 316; Schlo-Bmann, Die Lehre von der Stellvertretung, Teil 2, 1902, S. 257, Anm. 2. なお、磯村教授による「事務処理説の分類は以下のものである(磯村哲「不当利得・事務管理・転用物訴権の関連と分化」(二)法学論叢五〇巻五〓六号四五七頁)。

I 仲介者である事務管理人(狭義)の本人に対して有する *ang.c.* の第三者への譲渡が擬制されたものであり、第三者・事務管理人間の契約より発生する、真の債務者(事務管理人)が本人に請求権を有しえるかぎりにおいて、第三者のために本人に対して成立する付帯性訴権 (*actio adiecticiae qualitatis de in rem verso*) と理解する(第三者が本人のための事務管理人であることを知る必要ありや否やについて、自由人への準用の場合には要求する (Wille, Seuffert, Savigny))。

II 端的に *ang.c.* と理解する。すなわち *a quasi institutoria* のように不完全な代理の理念に基づき、代理人と契約したがゆえではなく、第三者自らが事務管理人たるがゆえに、*a.c.* を取得する (Zimmermann, Brinz)。第三者は本人のみの単純な事務管理人ではなく、第三者は仲介者(受領者)に消費貸借を与える意思をもつとともに、それが本人の事務たることを意識してなすがゆえに、仲介者に対する *a. m. i.*、本人に対する *ang.c.* が成立するのである。だが、仲介者が消費貸借を与えると同時に本人の事務管理人たりうるかについては大いに疑われている。

III 本人・事務管理人間の広義の代理関係の地盤において、第三者と契約せる事務管理人の本人に対する債務解放請求権 (*liberations-Befreiungsanspruch*) の反射的效果として、事務管理人の請求権の成立するかぎりにおいて、本人への訴権が与えられる (*a quasi institutoria* においては、契約締結と同時に仲介者は後景に退き、本人第三者間に直接関係が成立するがゆえに、契約締結に際し管理人として告知される必要があるのに対し、この訴権は管理人の償還請求権に依存するため、その必要がない) (v. Tuhr, Weispacher)。

IV a. quasi in iustitia (vel ratum habuit) と同様に代理の理念に基づいているのであって、それは同時に単に費用償還ではなく契約履行に向かい得ると理解する (Ogonowski)。

(2) なお、現代では、直接請求を不要とする根拠として、第三者は、所有権留保、免責請求権のあらかじめの譲渡担保などによって、対処であるという指摘がある (Zweigert / Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. 2. 2. Aufl. (1984) S. 140.)。

(3) OLG Rostock 1884. 6. 19 (Saufert's Archiv Bd. 42 Nr. 13)

被告は自己の所有する製粉所の管理をも職人 K に任せた。K はそれ以後製粉所の所有者のようにふるまい、原告から注文により穀物の供給を受けた。代金債務が一部残っている時点で K は逃亡した。そこで、原告は被告から (たとえ原告が代理人を営業主と考えていたとしても) 代理人によって授權の範囲内で締結された法律行為の本人として、支払請求をした。さらに、原告によって供給された穀物は製粉所における被告のその他の貯え、したがって被告の財産に至っており、この関係はそののちの K の使い込みによっても影響されないと、被告は利得によって責任を負うと、予備的に主張した。

以上のような事実に対して、OLG は以下のように言う。被告が自己の製粉所において雇った職人 K が本件訴訟に係わる契約を原告と自己の名で締結し、K は原告によって、事実上 K によって経営されていた営業の営業主とみなされたことについては、争いが無い。したがって、原告が、このような錯誤にもかかわらず、K が穀物購入契約の締結に際して被告から明示または黙示に授權されていたこと、当該注文が自己の計算ではなく、被告の所有する製粉所のためになされたことを立証できれば、被告に対して請求することができるかが問題となる。この見解を支持するために、原告は、*v. Hand Comm. zum HGB, Bd. 1 (3. Aufl.) S. 205* を援用する。そこでは、契約相手方である代理人または支配人を本人と考えた第

三者の錯誤は、何ら妨げとならないとする。この見解はしかし、あらゆる場合に妥当と認めることはできない。むしろ、いまや、契約は、利害関係者が経済的に権利を自己のために取得しようとし、義務を自己の負担で引き受けようとしているか否かにかかわらず、それを相互に締結した者にとつてのみ権利義務を根拠づけるという、ローマ法の原則から出発する必要がある。この点につき、最近の法は、とりわけHGB五二条が承認する、自由な代理 (freie Stellvertretung) の可能性によつて、取引が明示に本人の名で締結され、あるいは少なくとも契約者の意思に従えば、本人のために締結したことが諸事情から明らかとなる場合に、代理人が本人に直接権利義務を与えるという限りで、変更を加えるにすぎない。すなわち、代理人が本人のために行為しようとしたことと、第三者がそれに対応する意思を有していたことが必要である。しかし、このためには、第三者が代理関係を知らされていたことが必要である。第三者が支配人を本人と考へた錯誤は、通常このことの妨げとなる。もちろん、第三者は特定の営業の営業主と契約を結ぶことを欲し、具体的な特定人については、どうしてもよかつたという例外事例を挙げるかもしれない。しかし、かような第三者の意思方向を肯定するためには、特別な事情の存在を必要とし、それは本件では与えられていない。なるほど、原告は、Kが製粉所の所有者ではなく単なる職人であることを知っていたならば、Kと契約を締結しなかつたであろうと推測するかもしれない。しかし、ここには動機の錯誤が存するにすぎない。原告とKとの間で交わされた手紙は、製粉所の代理人として締結されたことの手掛りを何ら与えず、原告の認めるところによれば、原告はKのために自己の帳簿に口座を作成し、弁済のための手形引き受けには、単にKの名が記されている。このような事情のもとでは、原告はKと当該契約を締結し、したがって被告に対しては請求しえないと認められねばならない。

同様に、原告によつて予備的に主張された、*actio de in rem verso* も根拠がない。というのは、これは、利得者が償還義務を負う法律行為が利得者の事務であるのみならず、その点を指示して締結されたことを前提とするからである (191)

Windscheid Pand. Bd. 2 §483)。しかし、本件では、この要件は欠けている。

なお、同様に肯定説をとった判決として、RG III 1899. 1. 17 (RGZ 43, 161)がある。

(4) OLG Berlin 1873. 9. 10 (Seuffert's Archiv Bd. 29, Nr. 29)

事実関係はやや不明確であるが、おおよそ以下のようなものである。イギリスの綿布会社の社員(原告)があるホテルに滞在中に、そのホテルの所有者と考えた者のために、自分の会社の、窓カーテン用の綿布を価格の合意をせずに注文した。その際、注文者は、この、ホテル所有者とみなされた者とされていた。ところが、実際はその者はホテル所有者の姉であった。ホテル所有者(被告)はカーテンを引き取ったが、その代金について不満として、支払わなかった。原告は、おそらく、立替払した代金額を被告に対して、利得を根拠に請求した。第一審敗訴。第二審は、以下のように言って、請求を認めた。注文者は単に被告の事務を処理したにすぎず、この事務処理によって、被告に財産増加が出捐されたことが確定しているから、このような場合には、事務管理者の相手方には、第三者に対する *ad iuv.* (I. 4. 7. 4; C. 4. 26. 7. 1) が与えられると。これに対して、被告はこのような請求は、法律行為が第三者の事務であることを指示して締結されたことを要件とすると主張した。

OLG Berlin は以下のように言って、被告の異議を認めなかった。被告は、不当にも、控訴裁判所を、ローマ法規に対する違反として非難するが、これらの法規は、他人が第三者の事務を処理する意図で、契約を締結した場合に、第三者の利益が促進されるか(利得)、第三者が契約を承認した場合に、その相手方に、第三者に対して、この契約に基づく訴権を与える。この訴権が第三者に対して与えられるには、その事務が第三者の事務に関することを指示して締結される場合に限るといふ法命題は存しない。本件では、原告が被告に商品を引き渡したという事実が存し、この訴権の根拠づけには、これで十分であり、注文者が、原告に、被告の利益で行為するものとして認識させたことは必要でない。

(5) RGZ 2. 166 (1880. 10. 2)

原告 X は中間者 M に消費貸借を与えたが、M が破産したので、被告 Y に対して以下の理由で貸金返還請求をする。M は Y の委託で消費貸借をなし、その金銭を Y に引き渡したとして。第一審も、ライヒスグリヒトも原告の請求を棄却。ライヒスグリヒトの判決理由は以下のようなものである。M は自己の名で契約を締結している以上、権利義務は X と M の間にのみ生ずる。いわゆる間接代理の場合には、ローマ法は確かに、委任関係が契約締結時に認識可能なかぎりで、受任者に対する契約訴権とならんで、委任者に対する付帯性訴権を与えた。しかしこの訴権の許容は、債権契約の締結において真の代理は生じないというローマ法原則と緊密に関連しており、このような真の代理を生じさせないかぎり、委任者に対する請求を認めていたので、普通法上、慣習法として、直接代理が承認された以上、同時に、ローマ法の準支配人訴権も排除される。受任者が、自己の名で契約を締結し、締結時に他人の委任と計算でなすことを示したとしても、それが他人の名で締結しようとする意思の表示ではなく、単に契約を締結するその理由を提示するにすぎない場合には、締結者のみが義務づけられるのである。本件の場合には、かような事務処理関係の表示すら示されていない。また、サヴィニーの主張する、委任訴権の譲渡の擬制も根拠がない。それは普通法の法源においても根拠付けを欠いていることは、既に当裁判所が承認している (RGZ 1. 314)。

- (6) ツールは、このような疑似連帯債権の例として、転借人の持ち込んだ物に対する、貸貸人と、賃借人のそれぞれの有する質権を引用する (S. 328. Ann. 53)。すなわち、(a) 転貸借関係が無償である場合には、そもそも質権は成立しない。(b) 転借人は貸貸人に対して、賃料を支払いうる。(c) しかし、賃借人に対して、免責的効果をもって支払いうる。(d) 転借人の賃借人に対する悪意の支払いは彼を解放しない。(e) 賃借人による贈与としての、転貸借債務の免除は、貸貸人に対して無効である。

(7) 第二委員会では、この商法の規定を委任法にも採用すべきか否かについて議論がなされたが、結局否決された(Protokolle II, S. 360ff. (Mugdan II, S. 948ff.))。現代の状況については、Günter Hager, AcP 180 (1980), 239-262. に詳しく。

第八章 トゥールの「転用物訴権」論の与える示唆・その評価

「前章までで、トゥールの「転用物訴権」論の全体を不十分ながら検討した。ここでは、それを前提として、若干の検討をすることにする。その際、第一章で、四つの課題を設定したが、ここでも、それに対応して、検討する。

まず、第一の課題である、免責求償による転用物訴権の根拠づけの点であるが、トゥールの一貫した主張にもかかわらず、その法的構成は、意外なほど、明確でない。彼は随所において、本来の転用物訴権の定義あるいは説明をする。

「転用債権者は奴隷の免責請求権を自己の利益に (zu eigenem Nutzen) 行使する、したがって、擬制された譲渡については語る必要はない、少なくとも、a de peculio を媒介として、主人の自然債務を行使する以外の意味においてはそう語りえない」(S. 131)。「転用債権者に自己の債権に対応する自然債権の求償権に対して与えられる取戻権 (Aussonderungsrecht)」(S. 132)。「自由な事務処理者の免責求償はその債権者に反射効 (Reflexwirkung) という方法で利益となる。事務処理をする奴隷の債権者が同様の場合に権利を有することは、a de peculio の構造において根拠づけられる」(S. 131 Anm. 3)。「転用債権者はまさに自己の債権に対応し、その構造上この債権の補

填に定められており、かつ、その債権の消滅によって消滅するような、積極財産に対する優先権 (Vorrcht) を有する²⁾ (S. 133)。

しかし、現代法の解釈論が通常用いる意味での法的構成・法律構成は、彼の叙述全体からも明らかではない。本来の *actio* について、彼自身の理論構成につき、示唆を得たところの *Wille* の説に対して以下のように言っている (S. 17-18)。

「*Wille* は奴隷の自然の求償権が擬制された譲渡という形式によって債権者に行使しうるものとするが、これに対しては、法文においては強調されていない擬制だとして非難する者があるが、このような疑いに大きな意味を与えたくない。というのは、特有財産訴権においても、債権者は奴隷の、主人に対する自然債権を、それが債権者に移転されたかのように、行使する。しかし、ローマの法律家達はこのような現象を擬制された譲渡という構成手段によって説明することを必要とは考えなかった。」

結局、彼の根拠づけは、当時のドイツの現実社会に適用されるべき、準転用物訴権の構成に向けられていたのであって、本来の転用物訴権の根拠づけについては、「転用物訴権」論の叙述の大部分が本来の転用物訴権の法源を素材とする研究に向けられているとしても、それは二次的な目的であったと考えられる。また、権力服従者の法的地位、*peculium* 制度などについて、時代による変遷がある以上、論理的に一貫した説明を求めること自体、無理なことかもしれない。まさに、以下のことが、ここにも妥当するように思われる。「もし、自由な歴史的理解がなされたならば、ローマ法源の現代的解釈——それは現在に奉仕していた——は、混乱に陥ったであろうし、もし文献学的史料批判がなされたならば、巧妙きわまる調和学の確実な諸成果は、脅威にさらされたであろう」(ヴィーアッ

カー—鈴木訳「近世私法史」五〇二—五〇三頁)。

さらに、準転用物訴権の効果を叙述するに際して、免責求償の法定譲渡を主張する Arndts に対して以下のように言う (S. 326 Ann. 50)。

「転用物訴権は、事務処理者の免責請求権と並んで (neben) 成立し、それに代わって (an Stelle) ではない。Arndts のように、転用物訴権が法により債権者に移転した事務処理者の求償だとすれば、事務処理者は免責を請求しえず、事務本人は債権譲渡の原則に従い、彼が転用債権の成立を知ってからは、事務処理者には給付をなさないことになろう。」

以上の引用からは、彼の法的構成は、加賀山氏の分類(第一章①)によれば、権利併存説が近いように見える。トゥールが代位権の構成を用いないのは、ドイツ普通法の、ひいてはローマ法源の制約によるものと考えられる(第七章②参照)。トゥールが採る転用物訴権の法的構成は、「転用物訴権論」においては、明確な叙述を結局見いだすことはできないのである。この点が、彼ののちの論稿において、改善されたことは、既に、第七章(4)で触れた。以上のような混乱は、転用物訴権から準転用物訴権への移行についても、感じられる。トゥールは転用物訴権の根拠づけとして免責請求権に着目し、それをローマ法における本来の *adiv* と、*adiv utilis* のそれぞれにおいて、間接代理の強化として捉えたわけであるが、前者においては、*peculium* 制度を前提とする、家長と権力服従者との支配従属関係の特殊性が、債務負担の側面に及ぼすものという理解が素直に受け入れられるのに対して、後者では、中間の事務処理者もはや本人に権力関係を媒介として従属する者ではなく、事務処理という点のみ、本人の利益配慮を命じられている、法的には独立の主体として現れている。したがって、前者を「間接代理」という近

代法の概念で捉えることの問題性を度外視しても、前者から後者に移行するに際して、「間接代理」という共通項を強調するだけでは不十分なのであり、あるいはそういう共通項がそもそも存在するかが問題となる。

このことは、トウルが転用物訴権の要件として要求するものにも関連する。トウルは要件として、当初よりの事務処理意思の存在を要求し、多数説とは逆に、本人の財産に対する利用時での存在では十分でないとする（この点に関し、於保不二雄「転用物訴権について」〔『財産管理権論序説』所収〕一七四、一八三頁）。彼が、中性的事務において、かつ間接的 *versio* において、第三者と服従者（事務処理者）、服従者（事務処理者）と権力者（本人）、という、二つの継起する財産移動を媒介するもの、結びつけるものとして、中間者の事務処理意思を要求することは、一応正当と思われる。しかし、服従者による取引と、自由人による取引では、事務処理意思の持つ役割は、自ずと異なるであろう。すなわち、トウル自身認めるように、服従者取引においては、服従者と権力者の関係自体が事務処理関係の成立を事実上推定させる（自然な *procuratores* 第六章(2)②参照）。従って、事務処理意思による制限づけ、根拠づけは、自由人間の取引においてはじめて意味のあるものになる。例えば、デルンブルク（*Pandekten*, Bd. 2, 5. Auf. 1897, §14, S. 39-41）は、利得説の立場から、服従者による取引の場合には、取引と利得の間の因果関係は、服従者の当初からの事務処理意思を必要とせず、自由人の取引の場合にのみ、契約が当初から中間者によって本人のために締結された場合にのみ、因果関係を肯定する。ヴィントシャイト（*Pandekten*, Bd. 2, 9. Auf. 1906, §483, Anm. 5）もほぼ同様である。第三者の *contemplatio domini* を要求しない点についても、トウルは同様に区別していない（第七章(2)冒頭参照）。以上の点の考慮がトウルには不十分であるように思われる。なお、準転用物訴権において、自己の名においてなす場合と他人の名においてなす場合を等しく、その適用

範囲に含めている(第七章(2)5)。これはおそらく、直接代理の承認にもかかわらず、付帯性訴権との関係で、なお不明瞭な法状態にあった普通法の状況を反映するものであろうが、本稿ではそこまで扱うことはできず、将来の課題としたい。

第二の課題(事務処理関係以外への移行の可能性)については、第七章(4)で扱った。

第三の課題(立法論上必要な範囲)については、第四章(8)、第七章(1)②、(4)を参照されたい。

第四の課題、すなわち、トゥールが転用物訴権の要件・効果として設定したものが、現代の我々の視点から見ても十分かどうかという課題については、トゥールの学説自体を十分検討しきったとは言えない以上、ここで、詳細な検討をすることはできない。さしあたり、以下のようなことが言えると思われる。

トゥールの転用物訴権論は、ローマ法の転用物訴権の理解のしかたについて大きく二大別されるうちの、利得説に對立する、事務処理(求償)説であることは既に述べた。後期普通法における、転用物訴権制度の理解について、当時の状況は以下のようなものであった(磯村哲「直接利得の要求に就いて」法学論叢四七卷五号六三九頁以下、「不当利得・事務管理・転用物訴権の関連と分化」(1)五〇卷四号三二八頁以下、(2)五〇卷五—六号四五六頁以下) 詳細な検討があるが、本稿に十分生かすことができなかったのが残念である。すなわち、前世紀において、契約給付が何らかの形で第三者に至ればそれで転用物訴権を根拠づけるといような広汎な適用が見られたが、これは行き過ぎと考えられるにいたり、一九世紀には何らかの形で適用範囲の制限が試みられるようになった。ここで前述したように、転用物訴権成立の根拠を、中間者(具体的には奴隸または家子などの家長権力服従者)と本人の間の、中間者の事務処理関係にその基礎を求める立場と、客観的な本人のもとでの利得にその基礎を求める利得説

に大別される。しかし、後者の利得説の立場においても、前世紀の無制限な拡張傾向の反省から、中間者の主観的・客観的要件に制限を加えている。従って、各論者がどちらの立場を自ら標榜したかよりも、転用物訴権を承認するための要件として具体的に何を要求したかがむしろ重要な問題であった。

すなわち、トゥールの学説は、その要件・効果についてみるならば、法源の拘束がある以上、従来の学説とあまり変わらない結果を導いている。しかし、あくまで、中間者の免責求償にその根拠を求め、その消滅が一定限度で、転用物訴権の消滅をもたらすとし、中間者が第三者に対して有する抗弁を、本人にも行使しうるとする点、権利併存的構成にとどまらないで、単に、第三者の法的地位の強化という視点のみならず、本人の不測の損害を避けるという視点からも、要件・効果の設定がなされており、ここにトゥールの利益衡量におけるバランス感覚がうかがえる。まさに、トゥール自身、冒頭の序言で述べるように(第一章(2))、転用物訴権が、X—M、M—Yという二つの権利関係に対して妨害的に介入するという認識が、このような抑制的な立場を採らせたのである。

トゥールの説の特色として、事務処理意思の要件を当初から要求する点が挙げうると思われるが、これは、第三章(2)末尾、第六章(2)②で見たように、かなり規範的なものであり、事後的判断をも含む柔軟なものであった。そうすると、この要件は、転用物訴権の限界づけの基準として、代替不可能なものではなく、別の要件設定(例えば、より客観性のある)の可能性をも認めるものであろう。あるいは、この点は「他人の事務」と「事務処理意思」という要件によって、事実を抽象するというローマ法以来の思考方法の問題性を示唆するのかもしれない。

転用物訴権の消滅原因のところでは述べたように(第六章(3)(ii))、転用物訴権は、主人の支払、あるいは相殺などによって消滅するが、逆に、主人あるいは奴隷の主観的態様によって、免責求償が消滅しない場合を承認している。

M—Y間の関係が無償である場合としては、トゥールは贈与の場合(求償の免除をふくめて)しか扱っていないが、当初よりの贈与意思の場合と後発的贈与意思の場合を区別し、前者では、転用物訴権は成立せず、後者の場合には、注文を根拠に、成立を妨げないとする。前者については、利得説の立場からは、転用物訴権の成立が肯定されるが、この点は、現代法でも周知のように、判断の分かれるところである。後者の場合、準転用物訴権においては、債権者取消権の可能性をも示唆している(第七章(2)3)。結局、トゥールは後発的贈与の場合に、奴隷の詐害行為を見ているように思われる。

以上のように、トゥールは、M—Y間での免責求償の成立・存続という要件のもとでの本人の客観的利益享受を基本としつつ、たとえ免責求償が消滅する場合でも中間者や本人の主観的態様によるその一定限度での修正をはかっている。この枠組みは今日でも一応妥当すると言えるのではないか(第一章(1)の諸学説を参照)。

なお、トゥールが「転用物訴権」論で扱ったのは、①広義の事務処理関係のみであって、②二つの債権が独立して連鎖する場合は、考察の範囲外であった。しかし、M—Y間の契約に、トゥールのいう非独立的事務処理関係(第三章(1)2)を見いだしうるならば、多くの場合、②は①へ移行しうることになる。この点につき、賃借人の費用償還請求権と修理請負代金債権の関係について、日民六〇八条一項の解釈として代金債務負担の段階では、費用償還請求権は成立せず、六五〇条二項の準用により、代弁済請求権のみを有するとする見解(鈴木緑弥『債権法講義』(改訂版)五三〇頁)が示唆的である(第一章(1)2参照)。

一九世紀のパンデクテン法学においては、直接代理の理論構成、法律的把握に多くの努力が払われ、付帯性訴権の多くは、直接代理法理に寄与し、民法典成立によって最終的に消滅したが、転用物訴権のみは、かようなモメン

トを欠いていた。民法典制定後は、間接代理の効果を解釈論として直接代理に近づけて論じようとする者に(S.Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung. Teil 2. 1902. S. 413; R.Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mit-
telbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt. 1905. S. 51.) その傍証を与えるものとして継承されて
いった。⁽²⁾⁽³⁾このような流れの中で「転用物訴権」を再検討することは将来の課題とした。

(1) なお、トゥールが、その性質を、一種の取戻権 (eine Art von Aussonderungsrecht) と呼ぶこと (S. 205) 日本最高裁 (最判昭四三・七・一一 (民集二二・七一一四六二)) が購入委託における問屋の破産で委託者に取戻権を認めたことに
対して、判例批評 (民商六〇—三四一九 (藤原弘道)、法協八六—一〇—二〇— (洪谷達紀)) が実質的利益と実体法
上の権利との混同であると批判したことが思い起こされる。トゥールの構成は、免責求償権を取戻権の対象としようとす
るのであるから、その無理は一層目立つように思われる。

(2) 普通法、ローマ法の知識に乏しいため、トゥールの法源理解を含め、細かい問題点に言及・検討しえなかった点が多い
ことを付記する。

(3) 間接代理については、以下のような興味ぶかい叙述がある。

「……しかしながら、再びラーバントの分離論の厳格な精神を最後まで徹底して貫くことによって、民法典は、急進的
にも、「間接的」代理を代理の規律から追放してしまった。ただ、顕名された、直接的な代理という明確な、型にはまっ
た構成要件形成だけを民法典の立法者は受け入れただけであった。民法典においては、「間接的な、非顕名の」代理は、
全く受け入れられなかった。このことでもって、しかしながら、民法典において規律された代理の領域から、生活に即し

た、古くから知られた、法的取引においてよく慣用された、利益状態からも非常に望ましい法制度が、教義学上の理由から奪い取られたのである。たとえ、それを法典編纂上克服するには、さまざまな利益状況に基づいた、種々異なる、より複雑な構成要件形成が必要不可欠であらうことが認められなければならないとしても、である。……このような一面性を取り払い、それとは反対の判断へと急転回させるには、かなりの年月を経たのち、ミュラーエルツバッハの詳細な教示をまたねばならなかった。彼は、とりわけその主張する、全く別方向をめざす利益法学を基礎として、英法をさし示した。」(ヴォルフラム・ミュラーフライエンフェルス(奥田昌道訳)「英米の代理法とヨーロッパ代理法の乖離と接近の諸相」(一)法学論叢二二二巻一号(昭六二)八一―九頁)