

論
説

フォン・トゥールの

「転用物訴権」論について(一)

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」論の出発点
- 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 トウールの「転用物訴権」論の与える示唆・その評価

第一章 フォン・トウールの「転用物訴権」論の課題

(1) 日本法での現状

契約上の給付が契約の相手方(M)のみならず、第三者(Y)の利益となった場合に、給付をなした契約当事者(X)がその第三者に対してその利益の返還請求をすると実質的に考えられる場合は、現代法ではさまざまな場合が考えられるが、不当利得法の分野では、沿革的にそれは「転用物訴権」と呼ばれてきた。

近時、最高裁(最判昭四五・七・一六民集二四―七―九〇九)がいわゆるブルドーザー事件において、このような請求を承認したことから、このような請求が認められる範囲・その法的構成に関して、議論が活発になりつつある。主なものを挙げれば以下の通りである。

① まず、従来の議論において必ずしも明確に考慮されてこなかった、契約関係の双務性の考慮、有償・無償性の考慮のもとに、原則として、M―Y間の法律関係が無償と判断される場合のみ、請求を認めること(但し、YあるいはMの主観的態様を考慮して、詐害行為、不法行為の構成にもとづき、無償と評価されない場合にも請求を

認めうる場合が留保されている」とし、他方従来の議論で通常引用されてきた、間接代理、事務管理の場合は代弁済請求権の代位行使という構成で承認する(加藤雅信「類型化による一般不当利得法の再構成」(五)法協九二巻八号九三〇頁以下、(六)九三巻五号六二七頁以下)、『財産法の体系と不当利得法の構造』(昭六二)七〇三頁以下)。

② 前説で提唱された、代弁済請求権の代位行使の構成を、より一般的に、最高裁の承認した、賃借物の修理請負のような場合にも承認する(民六五〇②)の準用とされるが、その前提として、X—M間の賃貸借契約において、賃借物修理についての委任、あるいは事務管理が成立することを承認されるものと解される。これ以外の契約関係の連鎖の場合すなわちX—M間を事務処理関係と把握できない場合は準用を否定されるのであろうか? (鈴木緑弥「いわゆる直接請求権の承認をめぐる利益衡量」(末川先生追悼論集法と権利I(昭五三)所収)三三九頁)。

③ ①、②説よりも早く、代弁済請求権に着目し、この請求権をXがYに直接に行使することを提唱する(三宅正男「事務管理者の行為の本人に対する効力」谷口還暦記念『不当利得・事務管理の研究』(昭四五)三五七頁以下、注釈民法(一八)(昭五一)§702 III三六八頁以下(三宅正男執筆))。

以上のような議論と関連して、XのYに対する請求を承認するにおいて、その法的構成にも色々なものがあり、代位と対比して、直接請求には、その構成として、(1)権利併存説(XがM→Y債権と同一内容の権利を原始取得)、(2)排他権説(Xは自己の名で、M→Y債権を排他的に行使する権限を取得)、(3)移転説(M・Y間の債権はX・Y間に法律上当然の移転を生じ、X→M債権は不真正連帯債務へと転化する)、があることがフランス法の検討において明らかにされた(加賀山茂「民法六一三条の直接訴権 action directe について」(1)阪大法学一〇二号(昭五一)九八頁以下)。

他方、利益衡量の側面でも、具体的な契約関係・場の考慮が強調されるようになり、動産の賃借人による修理依頼では現代的問題として、他の競合しうる担保権者（所有権留保、譲渡担保）との優先順位を決定する必要も指摘されている（藤原正則「多当事者間における不当利得法の一考察」北大法学論集三六卷五一六号（昭六一）一六三三頁以下）。

かような状況を前提として、①③説が依拠している代弁請求権を転用物訴権の適用範囲の根拠づけ、制限づけとして、はじめに詳細に論じた、フォン・トゥールの「転用物訴権」論（Andreas von Tuhr, *Actio de in rem verso. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung*, 1895）にたちまひ、その有用性を再検討してやることは、無駄ではないと考えられる。従来多く引用され、注目されてきたにもかかわらず、その十分な検討はなされていなかったのである（vgl. R.v. Mayr, *Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechtes*, 1903, S. 334—356; H. Isay, *Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, 1900, S. 314ff.; E. Swoboda, *Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag, versio in rem nach österreichischem Recht, mit Ausblicken in das deutsche Recht*, 1919; W. Wilburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, 1934, S. 61ff.; H.H. Kaysers, *Der Verwendungsersatzanspruch des Besitzers bei vertraglichen Leistungen*, 1968, S. 88, 140ff.; D. König, *Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragsleistung nach französischem Recht*, 1967, S. 126ff.; B. Kupisch, *Die Versionsklage*, 1965, 44 M. Wellspacher, *VERSIO IN REM*, 1900 44の著作の後半部において（S. 78ff.）「トゥールの転用物訴権論の祖述をオーストリア民法の枠内で行う」。

(2) 「転用物訴権」論の課題

フォン・トゥールは「転用物訴権」論の課題を以下のように序言で述べる。

転用物訴権を承認することは、債権法上の二つの命題と矛盾するようにみえる。すなわち、契約は当事者間においてのみ、かつその名で契約をした者においてのみ、債務を生じさせること、②利得返還訴権 (condictio) は原告が原告の財産から利得したかぎりで認められるにすぎないこと (S. 248ff.; S. 288 Ann. 50) に矛盾するようにみえる。この場合、原告 X と中間者 M、M と被告 Y の二つの権利関係にこの訴権は妨害的に介入し、X は Y から奪うものを、M とその債権者たちからも奪い、M が破産の場合には、X は、M の他の債権者たちよりも優遇された者として現れる。このような結果をもたらす法的手段である、転用物訴権はいかなる要件のもとで、正当化されるのか (S. V) 。

ここで、彼は、従来の学説以上に、M と Y との権利関係に注目する必要があると考える。すなわち、ローマ法の転用物訴権において、奴隷は主人の事務処理者 (受任者または事務管理者) であり、処理者の求償は自己の出費に向けられるが、この内容が債務負担にある場合には、求償は債務解放に向けられる。この免責請求権はしかし、その特殊な内容ゆえに、免責請求権を有する債務者の一人の債権者、すなわち免責の対象となる債務の債権者の利益となるという特殊性を有する。そして、古典期ローマ法においては、転用物訴権が許されたのは、奴隷の特有財産 (peculium) 中に、免責に向けられた、奴隷の自然債権が存在する場合に限られることが、以下の法源研究から明らかになるとする。これによって、特有財産訴権しか有しない、M の他の債権者からの、X の優遇が説明されると

する (S. W.)。

しかし、ローマ法の強力な家長権力を前提とした、ローマ法の転用物訴権は、それでは、現代の普通法においては、いかなる意義を有するのか？

この問題は、言い換えれば、ローマ法において、法源上、その存在が争われている、中間者が、奴隷や家子のよ
うな家長権力に服する者ではなく、自由人である事務処理者の場合にも、転用物訴権が承認されていたかという問
題につながっている。彼はこの問題 (*actio de in rem verso utilis* の存否) を法源研究の後に肯定し、それは利益衡
量の視点からも、肯定できるものであることを論ずる。すなわち、ここでも、債権者は、事務処理者の免責請求権
の反射作用を自己の権利として行使できるようにするために転用物訴権が与えられるのである。従って、実は、
トウールの理解によれば、転用物訴権は、ローマ法におけるような権力服従者の特有財産を前提とするような特殊
性からのみ説明されるのではなく、より一般的に、間接代理の構造からの帰結、間接代理法の補完であることが明
らかとなる。

しかし、彼は、転用物訴権を特有財産訴権との関連で考察することを放棄しなかつた理由を以下のように述べる。
それは、転用物訴権が特有財産訴権に付随するものとして発展したという歴史の意味のみならず、特有財産訴権
は、現代法の視点からは、中間者の破産の場合に類比されるからである (第四章参照)。以上が仮に筆者がまとめ
るとすれば、第一の課題 (免責求償による根拠づけ) である。

さて、転用物訴権が事務処理者の免責求償にもとづけられることを肯定するとして、更に、このような免責求償
が、事務処理関係以外の事実から生ずる場合、どうか (第二の課題、事務処理関係以外への移行の可能性)。

彼は、(1)復委任において、復受任者が事務実行中に過失によって損害を生じさせた場合の、受任者から復受任者への損害賠償請求、(2)転売における、転買主が追奪された場合の、最初の売主に対する中間売主の担保責任追求の例を挙げ、これらの場合の請求権を免責請求権と考えることができ、同様な場合に直接請求を承認する若干の外国での例(1)についてのフランス民法一九九四条、スイス債務法三九七条、(2)についてのフランス学説を引用し、かようにしてのみ不当な結果(復受任者は委任者に対する賠償の支払いによって、受任者からの賠償請求から解放されないこと、受任者の破産において、自己の財産が被つてはいない損害に基づく受任者の復受任者に対する賠償請求権は、破産財団の積極財産であるが、自己の財産において害せられた委任者は受任者に対する賠償請求権につき、配当金に指示されることになること)が回避されるとする(S. III)。

以上のように、トゥールの課題設定は、古典期ローマ法、普通法のどちらの場合においても、転用物訴権の根拠を事務処理者の免責請求に基づかせること、その歴史的(法源研究)、ドグマ的検証にあるといえるが、その根拠は最終的には、免責請求権の特性(免責という請求権の内容が形式的債務者を介して債権者を実質的債務者と結びつける)に求められ、従つて、それが事務処理関係に基づいて発生する場合に限定されないことには注意する必要がある(第四章参照)。他方、かような免責請求権が成立しない場合に、直接請求を承認することは、彼の立場からは、できず、それには特別な法規定の存在が必要とされる。これは言い換えれば、直接請求の可否の限界づけは、彼の立場からは、免責請求権の成否の次元で考慮されることにならう(なお、第七章(4)参照)。

さらに、適用範囲について、以下のように問う。債権者はその債権に基づいて債務者に免責請求権が生ずる場合には常に、この請求権から、自己固有の、免責義務者に対する権利を導き出すことができるのか、それとも債務者

破産の場合に、この免責請求権に優先権 (Vorrecht) を有するにすぎないのか、と。ここで彼は、転用物訴権の実益・存在意義のありかを、明確に意識している (第三の課題、立法論上必要な範囲)。

彼の、本論での叙述は、「同時に、事務処理理論に対する寄与」という副題が示すように、事務処理関係、事務処理者が取得する求償権の内容、免責請求権と展開していくのであるが、現代の我々の視点からは、以下のような課題を付加することが許されるだろう。すなわち、彼が導きだした転用物訴権の要件・効果は、現代の視点・利益衡量から見ても、耐えうるものなのか、という問題設定である。これを第四の課題 (要件・効果の妥当性) とする。なお、彼の法源研究に基づく根拠づけは、筆者の能力の限界を越える点を度外視しても、現代のローマ法研究のレベル (Kaser, DAS RÖMISCHE PRIVATRECHT, 1. Abschnitt. 2. Aufl. 1971 S. 607 Anm. 16; Niederländer, Die Be-reicherungshaftung im klassischen römischen Recht, 1953, S. 42ff; GAY, L' in rem versum à l'époque classique, in: Varia, Etudes de droit Romain (Paris 1956); G. Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen. Drittes Heft, 1913, S. 192ff. (未入手)、『トゥールの理解』求償説を支持するものとして、Seckel, Festgabe für Ernst Immanuel Bekker, 1907, S. 323ff. (未入手) ; Sohm-Mittreis-Wenger, Institutionen, 17. Aufl. 1923, S. 471.) からは、契約締結時に peculium の存在を要求する点、自然求償の存在を要件とする点において、疑問視されていると考えられ、普通法当時のローマ法研究のレベルを前提としての、法的構成、利益衡量の側面に検討の重点を置くこととする。

第二章 「転用物訴権」論の出発点

特有財産訴権は、権力保有者が特有財産をその家子あるいは奴隷の独立した運用にまかせたということを前提として、権力保有者が、権力服従者の債務について、特有財産が有責判決の時点でもっている価値額まで責を負うものである(マックス・カーザー著柴田光蔵訳『ローマ私法概説』(昭五四)三九〇頁。なお、特有財産制度全般については、加藤永一「ローマ法における家子の特有財産について」法学一七卷一号(昭二八)四二頁以下が詳しい。さらに、吉野悟「古代ローマ——ローマ法律家の判断モデルとその社会的合目的性——」法社会学講座第九卷(昭四八)一四六頁以下参照。)

以下で、前掲加藤論文に依拠して、特有財産制度の概観をしておく。

家子は奴隷と同じく、何物も所有できず、自己のために取得することも許されず、古典時代に、独立の債務負担能力が認められるまでは、自己の名において債務を負担することもできなかった。しかし、家子の行為は、家長の利益においてのみ、効果を生じた。他方、家長に債務だけを負擔させるような行為はできず、債務を発生させるおそれのある行為は家長の許しが必要でできない。この限りで、権利義務の別なくすべて本人に効果を帰属させる近代法の代理とは本質を異にする。

以上のような原則は、いろいろな例外規定が設けられたため、実際にはほとんど無意味な状態となったが、それもユスチニアヌス法においてもなお認められていた。

この特有財産制度が、後に家子に財産能力を認めるに至った出発点となった。家子の固有財産となった軍営特有財産、準軍営特有財産、到来財産は、法務官と法学者によって完成させられた特有財産制度を根拠にして、皇帝たちがその目的にしたがい、勅法を通じて、家子の固有財産にまで高め上げたものに他ならない。

特有財産とは、法律上は、権力所有者のものであるが、権力服従者に自由な使用収益処分を許したため、事実上権力服従者の財産として取り扱われるものである。法源にみられるような形態は、特有財産遺贈の慣習と、特に、法務官の特有財産訴権によって形を整えられ、法学者の解釈を通して発展せしめられた結果である。初期の法学者の定義は「奴隷が主人の同意を得て、主人の計算とは別個の計算のために所有するもの」であったが、後の意味は、「権力服従者の準財産または小財産」となった。それは内部関係では、家長の利益計算とは独立な、権力服従者の利益計算の対象となった財産である。

以下の二つの場合を通して法的に構成された。①権力服従者が特有財産を管理するにあたって債務が発生した場合、権力者の不利益には効果は発生しないから、権力者は責任を負わない、その結果、第三者は権力服従者との取引を嫌うようになり、特有財産を権力服従者に許して自由に使用収益させようとする意図も実現できない、この不都合を除くため、特有財産訴権を認め、特有財産の限度で、権力者に債務を支払わせた。

②特有財産は権力所有者が死亡するとき、あるいは権力服従者をその権力から離脱させるとき、遺贈または贈与されるのが常であった。後代においては、権力から解放する際に、反対の意思表示をしなければ、贈与されたものとみなされた。

当初は、有体物から構成されたが、共和制末期以来、権力所有者と服従者との間にも、事実上の貸借関係が発生

して、債権関係にまで発展した(自然債務)。およそ管理を委ねられた財産とその成果はすべて特有財産になるとみられるにいたった。それは単なる有体物の集合以上のものとなった。

特有財産の特質は以下の点にある。

それは特有財産訴権の限度を定める基準となる。権力服従者の行為によって発生したすべての債務額について、権力服従者の行為が直接には特有財産に関するものでなくとも、また特有財産が消滅した後も一年間は責を負う。特有財産の合計に、権力所有者がその責任額減少の目的で取り上げたもの、権力所有者のために権力服従者が利用したものを加算した合計から、まさきき強制執行しうる債権者としての許された控除額^{*}を差し引いた残額が基準である。

* 控除権 *deductio* は権力所有者の権力服従者に対する債権の意味。ローマ法の債権執行では早く執行したものが優先する。主人は債権者のうちで、もっとも敏活な、また奴隷と最初の支払契約をした債権者とみられるから、第一番にその債権を満足できるが、これが控除権となって現れる。加藤前掲五六頁注(二五)による。

特有財産の成立要件は以下のようなものである。まず、特有財産許容 *concessio pecuniae* が必要である。これは権力所有者の利益に反しない限度で、権力服従者が自己の利益のために、権力所有者の財産 *patrimonium* の事実上の使用収益処分をなすことを許そうという権力所有者の意思である。これについて一見矛盾する内容の二つの法源があり、一方では、権力所有者の積極的な許可の意思を要求する法文(D. 15. 1. 5. 4)と、取り上げがないという消

極的なもので十分とする法文 (D. 16. 1. 7. 1) があり、これに応じて、後代の学説も対立した (前者が通説)。しかし、これは要件の時代による変化を看過していることによるのではないかと考えられる (加藤前掲五八頁)。

特有財産訴権によって、権力所有者は自己の財産を喪失する恐れを生じたわけで、何も知らない権力所有者を有責とするのは、公平を失することになるから、特有財産の成立に権力所有者の意思を介入させる理由があった。しかし、そのあり方は時代によって違っていた。ハドリアヌス帝時代 (紀元後二世紀) までは、積極的な特有財産許容の意思を必要とし、マルケルススを先駆とするハドリアヌス時代以後の法学者は、特有財産の存在の一般化から、意思推測を軽んずる動的安全保障の立場に移っていったのである。

特有財産を許された者の権限については、ユスチニアヌス帝時代以前では、特有財産の許容 (積極的なものから消極的なものへの移行があった) すなわち処分権限の許容であった。その範囲は、慣習で定まり通常は特有財産管理に必要な行為がその範囲であった。しかし、ユスチニアヌス帝法では、権限の範囲が狭められる。金銭貸借、担保提供などの一定の行為については、特有財産許容だけでは足りず、処分権限付与を意味する管理許容 *administratio pecuniarum* または自由な管理 *libera administratio pecuniarum* が許されていなければならないとされた (動的安全保障の立場から、静的安全保障の立場へさかもどりした一般的な傾向の結果である) (加藤前掲六五頁)。

許容を受けていないあるいは許容の範囲を越えた権力服従者の行為は無効であり、権利義務は権力所有者のもとに残る。

権力服従の状態、権力所有者の許容、何れかが欠けても特有財産は消滅する。後者は具体的には権力所有者による取り上げ *adimere* によってなされる。ただし、悪意の控除 (取り上げも含む) は特有財産額に含まれるから、第

三者を害する恐れはない。

帝政期以後、特有財産制度を基にして、以下のような固有財産が認められ、この限度で財産能力を与えられた。

①軍営特有財産 *castrense pecunium* (兵役にある間に取得したもの)、②準軍営特有財産 *quasi castrense pecunium* (宮廷または国家の官吏として、また弁護士あるいは教会の職にあるものとして取得した財産)、③到来財産 *bona adventicia* (家子が母から相続した財産)。

③は徐々に内容が拡大され、ユスチニアヌス帝法では、家子が自己の労働で得たもの、第三者から贈られたものなどにまで拡大された。したがって、家長の財産で創設した財産 *pecunium protecticum*、軍営特有財産、準軍営特有財産を除く家子のすべての財産は、到来財産とされた。これによって、家長単独所有権はほとんど名ばかりのものとなった。

ローマでは、家長対家長の關係だけを法律の規定の対象としていたので、特有財産の慣習は法務官による保護の対象とはならなかったが、戸口総監の判断を通じて、保護され、実際上は、家長が勝手に家族の *pecunium* を取り上げることが許されず、家子の独立の経済的な根拠に發展する素地を作っていた。紀元前三世紀以後のローマ社会の変革、これに伴う個人主義的な考えへの移行にもなつて、祖先の慣習も強制力を喪失すると同時に、*pecunium* にも新しい性格が付け加えられるようになり、その保護も法務官および法学者の手に委ねられるにいたつた。

以上が前掲加藤論文に依拠した、特有財産制度の概観である。

これに対して、転用物訴権は、権力服従者が第三者との取引から得たものを権力保有者の財産に利用した場合に認められる。他方、かような利用行為は、権力服従者の権力保有者に対する自然債権を生じさせる。

彼の「転用物訴権」論の出発点は、転用物訴権と特有財産訴権 (*actio de peculio*) の併存をいかに説明できるか、いいかえれば債権者の保護は一応特有財産訴権で保護されているようにみえるにもかかわらずさらに転用物訴権が認められるのはなぜかにある。

(1) 従来 の 諸見解

転用物訴権が特有財産訴権と併存している理由、特有財産訴権に対する転用物訴権の独自性をどこに求めるかに ついて、従来、以下のような見解があった (S. 3-15)。

まず、転用物訴権の基礎を何に求めるかについて、権力服従者の主人に対する事務処理に基づく求償権にそれを求める求償説と、主人が第三契約者の損失で得ている財産増加にそれを求め *peculium* の自然債権と *versio* の必然的関連性を否定する利得説がある。トゥールは前述したように、前者の立場から自説を展開する。後者の代表として、Mandry (*Das gemeine Familiengericht*, Bd. 1 (1871), Bd. 2 (1876)) が挙げられる。Mandry はまず、価値の第三契約者の財産から *patrimonium* への直接的移転である直接的 *versio* と、価値が第三契約者の財産から *peculium* に至り、次に *patrimonium* に至る場合である間接的 *versio* を区別する。Mandry は、前者の *versio* は、(特有財産債権は *peculium* と *versio ex peculio* の存在を前提としているから) 奴隷の主人に対する自然債権を伴わず、その限りで求償説は維持できないと言ふ (Bd. 2 S. 499)。これに対して、トゥールは以下のように反論する。すなわち、奴隷が直接、*peculium* の通過なくして、主人に調達した物を特有財産資金で支払う場合には、特有債権

が成立することは疑いない。この場合に支払わずに、pecuniumが義務を負う場合にも特有債権が成立するといふべきであると(S. 5)。他方、後者のversioの場合には、Mandryは、事務処理以外の方法で、価値がpecuniumからpatrimoniumに至った場合(例えば、転売)で、権力者が服従者に対して原状回復または価値償還を義務づけられる場合にも転用物訴権を承認する(Bd. 2 S. 527)。これに対しては、トゥールは、この場合には、a. de peculioで救済は十分であつたはずで、さらに転用物訴権が認められる理由が説明されていないとする。特に、D. 15. 3. 1. 2「同様に多数の者が特有財産に関して訴える場合、このことは金銭が利益に転用された者に有利となるべきであつて、その結果その者自身は一層広い訴訟を持つであろう。」(転用債権者の特有債権者に対する優遇)の説明ができないと反論する(S. 6)。

次に、トゥールは、彼によつて「意思理論」(Willenslehre)と呼ばれる見解に対決する。この主張者は、Keller (Commentatio ad 1.32 de peculio, Göttingen 1822), Ruhstrat (J. J. 15, 259ff. (1877); 19, 416ff. (1881)), Baron (Abhandlungen aus dem römischen Civilprocess, Bd. 2, 1882), Grimm (Beiträge zur Lehre von der Bereicherung, 3 Heft, 1893)である。これらの者は、特有財産訴権と転用物訴権の併存を、以下のように説明する。主人への利用から生ずる、奴隷のpecuniumの自然債権は、その存在を主人の自由な意思に依存する。主人がpecuniumの自然債権を承認すれば、特有財産訴権で十分であり、承認しない場合には、転用物訴権によつて追及されることになる。このようにして、D. 15. 3. 1. 2 (前掲)における転用債権者の、他の債権者に対する優先権が説明される。例えば、Ruhstrat (J. J. 15, 274)は「服従者を免責しまたは償還する権力者の自然債務は、pecuniumに附加する。……しかし、権力者がpecuniumの債務者にとどまるかどうかは彼の自由意思に依存する。しかも権力者はこの決定をpecunium

の確定の際になお裁判官を通じてなすことができる。権力者が自然債務を *Pecunium* から奪おうとする場合には、それは転用物訴権の基礎となる。転用債権者は、特有債権者と同時に訴える場合には、この自然債務の分離を貫徹しうる。」という。この理論の支持者は、その根拠として、D. 15. 1. 7. 6; 33. 8. 23. 1. 2. 20. 20 を引用するが、後二者は、遺贈の対象としての *pecunium* を扱うものであり、論拠としてふさわしくない (S. 13)。問題は前者の法文である。

D. 15. 1. 7. 6 「しかし奴隷の所有者が奴隷に対して義務を負うものを奴隷は特有財産の中にもつてであろう。例えば、奴隷が奴隷の所有者の計算で費用を支出し、かつ奴隷の所有者が債務者としてとどまることを欲した場合、または奴隷の所有者が奴隷の債務者を訴えた場合である。従って、奴隷の所有者が奴隷の購入に基づいて、追奪の名称で二倍額を取り立てた場合には、それは奴隷の特有財産に属するべきであろう。ただし、所有者がこれを特有財産に属させない意思を有していた場合は、別である。」(法文の訳は、DAS CORPUS IURIS CIVILIS, herausgegeben von Otto, Schilling, Sintenis. Bd. 2. 1831. Neudruck 1984 の独訳と、神奈川法学一九卷一号以下に連載の邦訳(内水主計・江南義之)を参考とした。以下も同様である。)

しかし、奴隷が主人の事務を処理する場合、主人は一般原則に従い、事務処理を知らなくとも、義務を負担し、この一旦生じた特有財産債権は、主人の意図によつてのちに消滅させられるかどうかが問いうるにすぎない。むしろ、どのような要件のもとで主人は自己の意思で *pecunium* に対する自己の義務から解放される能力を有するかが問題である。意思理論によれば、たとえ *pecunium* の無資力を招くとしても、主人は *pecunium* の債務者たることを任意に止めうる。その前提として、この場合は、悪意条項 (*clausula doli*) によって禁止されている控除 (*ademptio*)

もしくは減少 (minutio) には当てはまらず、それが適用されるのは、主人が特有財産債務の消去以外の方法で、特に corpus pecuariae の回収によって、pecuniam を債権者の損失において減少させる場合のみであると考えている。しかし、かような ademptio 概念の制限は、注文からは立証されないとトゥールは考える (S. 14)。逆に、それは他の pecuniam 構成部分と同一線上にあり、同じ規制に服すると考えられる。もし意思説のような理解を許容すれば、主人は悪意条項にもかかわらず、債権者の損失において利益を得ることになる。かような行為は、通常の ademptio の原則のもとでのみ有効とされる。単なる特有債権者は、彼の資金によって根拠づけられたのではない自然債権が、主人の恣意によって奪われても文句は言えないと Rustrat は言うが、それ以外の pecuniam 構成部分は、債権者の資金で構成されているというのか、とトゥールは反論する。

結局、従来の見解では、両訴権の併存をうまく説明できるものは存在しないとトゥールは結論づける。

(2) 求償権への注目

かくして、トゥールは D. 15. 3. 3. 2 を根拠に、権力者と服従者間での事務処理から生ずる求償権に注目する (S. 16-19)。

D. 15. 3. 3. 2

「委託事務管理人が委任訴訟を有し、事務処理者が事務管理訴訟を有するような場合に、転用物訴権がしばしば生ずると同じく、奴隷が何かを消費し、その結果奴隷の所有者の財産状態がより良くなりまたはより悪くならなかつ

た場合にも転用物訴権がしばしば生ずると、我々は規則にしたがつて言う。」

トゥールは、この法文は後半部分は利得説の立場に立っているように見えるが、それは、転用物訴権が奴隷の自然債権から成立するにもかかわらず、例外的にこの自然債権の消滅または挫折によつても、転用物訴権が成立する場合を考慮して、ウルピアヌスが附加したものと考える。したがつて、この法文の重点は、委任や事務管理に基づく訴権の類推の指示にある (S. 17)。

彼は、このような前提のもとで、求償説の先駆者である、Keller (前出) と Witte (Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. 1859) の見解に手掛りを求める。彼らは、以下のような考察から出発する。すなわち、転用物訴権の適用事例において、自由人の事務処理者は委任訴権または事務管理反対訴権を有するであろう。事務処理者が無資力の場合には、債権者は他に財産がない場合には、この本人に対する求償権に頼ることができる。しかし、自己の事務を奴隷によつて処理させる主人は、自由な事務処理者を用いた場合よりも、債権者の損失において、より良い地位にあつてはならない。procurator の無資力の場合と同じく、主人は、pecunium の無資力の場合においても、事務管理債務の額まで、債権者に対して責を負わねばならない。この責任を彼らは擬制された譲渡と言う形式に表現する。債権者は「訴権が譲渡された者の例にならうべし」(ad exemplum eius cui cessum est actionibus) 奴隷の自然債権を行使しうる (Keller. S. 30)。Witte (S. 254f.) においては、転用物訴権は二重の擬制に基づく。第一に、奴隷が事務処理時に、自由人であることの擬制、従つて主人に対して債権を取得しうること、第二に、取得した債権を契約の相手方に移転したことの擬制である。

このような、訴権譲渡を擬制する考えに対しては、以下のような批判が可能である (S. 18)。すなわち、無資力

な債務者の債権は、全債権者の共通の満足のために役立つはずで (Baron (前出) S. 38)、事務処理者の債権者は、自己の契約に基づいて破産者の財産に生じた事務管理反対訴権が、自己のもとに移転されたものと主張することはできず、破産における一般原則にしたがい、彼は当初の請求権、例えば、売却した場合には、売買代金のみを請求できる。

したがって、転用物訴権の場合に、転用債権者が他の特有債権者よりも優遇される事実は、奴隷の事務処理から生ずる自然債権に注目しつつも、別の説明を試みる必要があることになる。

それでは、特有財産訴権のほかに、転用物訴権が認められている理由はどこにあるか？これに関する法文として、「特有財産訴権で十分であるのに理由なく転用物訴権が認められるのではなく、奴隷の所有者が悪意なくして特有財産を取り上げた場合または奴隷の死亡後一年を経過した場合には特有財産は消滅するが、転用物訴権は存続する」(D. 15. 3. 1. 1)、他方、「多数の債権者が特有財産訴権によって訴える場合に、転用された債権者は通常の債権者よりも、より広い訴訟を有する」(D. 15. 3. 1. 2)がある。そして、後者の法文は、利用に基づき生じた奴隷の自然債権は、特有財産の評価において、算入されない (D. 15. 3. 1. pr.) ことによって説明されるようにみえる。しかし、一方では、算入されるとする法文 (D. 15. 1. 7. 6) が存在し、この二つの法文間の奴隷の自然債権の *peritium* への帰属性をめぐる表面的矛盾をいかに解決するかが、「転用物訴権」論の試金石であり、そこで得られた解決が、中間者が自由人である場合の、普通法にとって意味ある「転用物訴権」論への移行の道にもなると彼は考える (S. 2)。

彼は、そこで、検討を単純化させるため、(1)既に言及した、特有財産訴権の消滅後にも転用物訴権がなぜ存続す

るのかという問題 (D. 15. 3. 1. 1.)、^{*}(2) 第三者との取引締結時に特有財産が存在せずとも、転用物訴権がいわゆる「独立した」形で成立しうるかという問題^{**}を除外し、peculium を有する奴隷が取引により得たものを主人の財産に利用するという通常の場合に限定する (S. 2-3)。彼の「転用物訴権」論の構成の前提とする状況もまたそこにあるからである。

* トゥールは peculium の消滅によって、ade peculio も消滅するにもかかわらず、転用物訴権が存続する理由について、以下のように推測する (S. 236-237)。すなわち、まず、悪意の peculium の取り上げ (ademptio) の場合には、主人は悪意の非難ゆえに、ade peculio 消滅後も、奴隷の自然債務を支払うことを義務づけられる。別の理由で peculium が消滅する場合 (特に、奴隷の死亡による場合)、主人は、消滅した peculium の帳簿 (rationes) から、奴隷が信用取引によって事務処理の資金を取得し、それによって転用物訴権が成立していることを予期することができるからである。

** 特有財産を有さない奴隷 (servus sine peculio) が第三者と取引をした場合において、転用物訴権が生じないことをトゥールは以下のように説明する (S. 243ff)。すなわち、支配説が契約締結時における peculium の存在を前提としない、独立した転用物訴権を肯定しようとする場合、それは、債権者の損失において主人の不当な利得が生じるような、訴権体系上、推測される欠缺を埋めるという意識的な努力に導かれている。しかし、第一に、債権者は、missus の形で主人の同意を確保せずして servus sine peculio と契約した場合には、それを自己の無分別に帰さねばならないこと、第二に、転用物訴権の不存在は、債権者の完全な無保護を意味するのでなく、主人が peculium を承認したような外観をその態度によって惹起した場合には、a. doli (D. 4. 3. 20 pr.) によって救済され、特に、condictio sine causa が考慮される。しかし、cond.

sine causa が可能であるのは、転用物訴権が存在しない場合のみに限られる。それは、(a) *patrimonium* の増加が奴隷の自然求償と対立している場合には、主人の利得は語りえないこと、(b) そういえないとしても、主人への出捐が、承認された法原因に基づく場合の *versio* では、*condictio sine causa* は否定されること、に基づく。これに対して、転用物訴権が排除される場合には、*servus sine peculio* の行為は、全く法的意義に欠けるので、主人が第三者の損失において *sine causa* に利得しているという事実を有する (D. 12. 1. 12; D. 14. 3. 17. 4)。利得説の支持者からは、ここで、同じく利得に基礎を置く転用物訴権との競合を肯定することになるが、彼によれば、両訴権はその基礎と範囲について異なるとする。すなわち *cond. sine causa* においては、主人の財産が統一的全体として増加を被ったかが問題となり、付加的訴権では、主人の財産を *patrimonium* と *peculium* に分け、*patrimonium* が奴隷に対して、ある態様で、すなわち *liberandi causa* に責を負う、その額のみを把握する。ここから、*versum* は内容上主人の利得額とは必ずしも一致せず、ある場合には、例えば、必要的事務が不成功に終わった場合には、利得額よりも大きくなり、ある場合には、例えば、*versum* が無資力な奴隷の自然債務と相殺された場合には、それ以下となる。

これに対して、特有財産を有しない家子 (*filius familias sine peculio*) の場合には、奴隷の場合と異なり、第三者との取引により、民法上の義務を負い、これに基づき自然求償が成立するので、転用物訴権の成立を肯定する (S. 251ff.)。

第三章 転用物訴権の成立の前提としての、求償権の成立

フォン・トゥールの「転用物訴権」論は、前述したように、権力服従者（奴隷・家子）が家長の事務を処理することによって、服従者が家長に対して取得する自然債権である求償権しかも免責を内容とする免責求償をその基礎とする。そこで、彼はまず、事務処理者が求償権を取得する前提としての、出費を検討する（S. 事務処理者の求償。S. 18—82）。既に触れたように、「転用物訴権」論の副題が「同時に事務処理論に対する寄与」であり、ここでトゥールの事務処理論が展開されることになる（この側面は、H. Isay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 1909; F. Lent, Der Begriff der auftragslosen Geschäftsführung. 1909; H. G. Isele, Geschäftsbesorgung. 1935. などに継承されることになる。なお、於保不二雄「事務の他人性」（『財産管理権論序説』一九三頁以下所収）、四宮和夫「委任と事務管理」（谷口還暦『不当利得・事務管理の研究』（二）二九九頁以下所収）参照。）のであるが、本稿では、トゥールの「転用物訴権」論を理解する上で、必要な限りで紹介するにとどめる。

(1) 事務処理の一般概念

委任反対訴権の主要な内容をなすのが、出費償還請求権で、事務管理反対訴権では、出費償還請求権はこの訴権

の唯一の内容をなす。この二つの請求権はその成立する状況の外的相違にもかかわらず、内容的には類似している。このような関係を考慮して、市民法の体系を概観するならば、多くの場合において、内容上、委任や事務管理に基づく請求権と一致する、出費償還請求権が承認されているのを見いだす。例えば、後見反対訴権において、出費償還請求権を生じさせる、すべての構成要件についての一般的呼称を捜すならば、「広義の事務処理」(Geschäftsführung im weiteren Sinne) という表現がふさわしい。これは以下のように分類される(S. 22-24)。

1 独立的事務処理

事務処理者Gと本人Dの間には、以下の点以外、何等の権利関係が存在しない場合である。

- (a) GをしてDの事務処理に義務づけるもの、例えば、委任、後見、その他の法定代理の事例。
- (b) Gによって任意に引き受けられた事務処理から生ずるもの、すなわち、事務管理。

2 非独立的事務処理

事務処理は、GとDの別の権利関係と関連している。二つの場合が区別される。

- (a) GはDに対して、給付義務を負っている。例えば、売主として *traditio* を、受寄者、使用貸借借主、質権者、賃借人、用益権者、嫁資についての夫、遺贈についての相続人、が引渡を、請負人が物の製作を負うような場合である。Gは自己の事務であるこの義務に関連して、債権者の計算での、ある程度の付随給付をなす義務を負っている。例えば、物の保存のための出費。同様に、請負人は、材料を注文者の計算で調達する義務を負う場合がある。

(b) 債務者が契約履行に際して、債務の目的物あるいは債権者の別の財産に、出費をなしうるが、それについて義務を負ってはいない場合がある。ここでは、債務者の事務処理と、契約関係の間には、なんらの法的因果関係は存せず、契約は、債務者の、債権者の財産圏に対する介入の切っ掛けにすぎない。彼は事務管理者であるにもかかわらず、請求権を契約訴権で行使しうる。費用償還請求権は、契約からではなく単にその際に生ずる請求権がしばしば契約訴権と関係づけられるように、いわば契約訴権によって引き寄せられる。しかし、この関連は、訴権体系とともに廃止された。費用償還請求権は、費用出捐が、(a)のように、契約の必然的結果で、契約の履行の一部ではないかぎり、現代法では、独立した請求権とみなされる。

(c) GとDの間に組合関係が存し、Dの利益を促進するGの行為は、同時に彼自身にも利益となる。Gはかような状況のもとでは、割合に応じて、Dの事務処理者とみなされる。

事務処理者の出費償還請求権の、事務処理全領域での同種性は、非独立的事務処理の事例が、個々の *actiones* に分配されていることでも知らされている。現代法では、ローマ法のアクチオの制限を越えて、より一般的概念に至ろうと努力せねばならない。これを、トゥールは、事務処理に基づく償還請求権 (*Regranspruch*) と呼ぶ (S. 25)。

(2) *intercessio*

出費には、積極的出費としての *erogatio* と、消極的出費としてのすなわち債務負担という形での出費としての *intercessio* が区別され、前者からは償還請求権が成立し、後者からは、転用物訴権の基礎となる免責請求権が成立

する (S. 38)。

後者の点につき、トゥールは以下のように言う (S. 46-49)。intercessio による財産喪失は、erogatio の場合と以下の二点で区別される。第一に、intercessio の場合、財産喪失はただちに生ずるのではなく、債務が支払われてはじめて生ずる。第二に、したがって、財産喪失は債務負担の段階では、決定的ではない。債務は支払以外の態様で消滅する場合があるからである。この意味において、債務負担による事務処理者の財産損失をポンポニウス (D. 4. 2. 9. 3) の表現を借りれば、res imperfecta と呼ぶことができる。このような相違は、求償内容にも反映し、intercessio の場合には、債務負担によって生じた財産損失は、債務が事務処理者から奪われることによって、完全に除去される。すなわち、求償内容は、免責に向けられる。法文では、委任について、D. 17. 1. 45. 5、事務管理について、D. 17. 1. 45. 2 がこの点を語っている。

D. 17. 1. 45. 5

「しかし、上述した場合と同じくしばしば、金銭支払前に委任訴訟が生じ、被告は与えることなく、なすことに義務を負う。かつ、人がある者の委任において、取得した訴権を譲渡することを求められると同じく、人が同じ原因から義務づけられた場合にも、それから解放される委任訴権を有することは衡平である。」

D. 17. 1. 45. 2

「また、汝が私の事務の遂行において、私の債権者の一人に何かを約束した場合、汝は支払う前に、私がその義務を引き受けることを求めうることは正しい。または、債権者が債務の変更に応じない場合、私が汝の代わりとなることの担保を与えねばならない。」

より古い法ではおそらく免責請求権は知られていなかった。ここでは、はっきりした損失が生ずるまで、原告を待たせた。この思想に由来するのが、誓約者 (sponsor) の「弁済されたもの訴権」(actio depens) である。急迫せる損失の考慮は、法のより高い発展段階に属する。信命人 (fideiussor) は場合によっては、委任訴権によって、免責を請求することができる (S. 49 Anm. 59)。

intercessio には、三つの場合が区別される。

1 免責的 (privative) intercessio (S. 57-61)

事務処理者が本人を債務から解放し、同時に事務処理者の債務負担が生じる場合。expromissio、債務引受、defensio がこれにあたる。

2 重畳的 (kumulative) intercessio (S. 61-63)

事務処理者の債務負担は、本人の債務とならんで、本人を解放せずして生ずる。fideiussio (信命)、constitutum debiti alieni (他人の債務の弁済期日約束) がこれにあたる。

3 代替的 (surrogative oder stellvertretende) intercessio (S. 63-67)

ここでは、事務処理者が本人から債務を解放することも、それに加わることもなくして、事務処理者の債務負担が生ずる。すなわち、事務処理者が第三者との契約から得られたものを本人に何らかの形で与えるために、債務を負担する場合である。ここには、多様な場合が含まれるが、主要なものは、売買と消費貸借の場合である。^{**}

さらに、彼は、事務処理の態様として、以下の二つを区別する (S. 68-69)。すなわち、まず、処理者の犠牲に

よって本人の財産の増加が直ちに生ずる場合(一時的構成要件)と、処理者がなす犠牲によって、本人の財産にとって意図された結果は達成されず、むしろそのためには処理者のさらに別な行為が必要な場合(継続的構成要件)である。これに対応して、前者の場合には、処理者の出費の態様に依じて、償還あるいは免責の求償権を直ちに成立させる。後者の場合には、価値「物または金銭」は処理者の財産中にとどまっており、この価値を本人に与えるか、その利益に利用することが事務処理の内容として残っている。

後者の例として、次のような例をツールは掲げる。事務処理者が消費貸借を受け、取得した金銭で本人のために物を調達した場合。その際、事務処理がいつ開始されたかで三つの場合が区別されるとする(S. 76-82)。

1 事務処理が消費貸借によって開始される場合。この場合には、物の調達と引渡は、事務処理の継続と完成にすぎない。危険負担は、消費貸借によって本人に移転し、この時点で求償の内容も定まり、処理者は消費貸借債務からの免責「もしくは償還」を請求しうる。

2 処理者が消費貸借を自己の計算で引き受ける場合。この場合は、消費貸借は事務処理の準備にすぎず、事務処理は物の調達によって開始され、この時点において危険が本人に移転する。この時点で求償の内容と範囲が定まり、処理者は物のために支払った代金を償還請求「あるいは代金債務の免責請求」をなしうる。

3 物の調達も処理者の計算でなされ、事務処理の開始は利用に存する。本人は物の危険を負担せず、処理者の求償は物が利用時に有した価値に向かう。

そして、具体的場合に三つのどの場合にあたるかは、委任の内容、状況、処理者の意思方向(事務処理意思)が決定する(第六章参照)。但し、それは処理者の生活上の地位、本人との人的関係による修正・補充がなされる点(S.

79-82) で、客観化がなされていることに注意を要する。

* *intercessio* は通常、債務引受あるいは債務加入と訳される(柴田光蔵『法律ラテン語辞典』一七六頁)。*intercessio* の表現は、法文では二重の意味で用いられており、広義では、他人の義務(債務)のあらゆる引受を示す。しかし、狭義では、ウェッラエウス元老院議決に係わる、他人の義務の引受のみが、*intercessio* と呼ばれている。第一の意味が通常であり、第二の意味では、例えば、1.3.14.16.23.26 D. 16.1において用いられている(以上は、Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. 2. 1906. §485. N. 2による)。婦女の加入行為(*intercessio*) (保証、連帯債務、質入れ、更改による債務者の免除)は有効ではあるが、ウェッラエウス元老院議決の抗弁によって、婦女の保護のために、効力を奪われる(以上、カーザー||柴田訳四四八頁)。

** なお、以上につき、船田亨二『ローマ法』第三卷§627は、交替加入、重畳加入、暗黙の加入という表現を採り、暗黙の加入について、現実の債務を負担すべき第三者に代わって新たな債務を負担する場合で、第三者の必要とする金額を同人のためにある者から借り入れ、または同人のために諾約して、同人が支払をなすことを期待する場合と説明する。なお、暗黙の加入の場合には、法務官は、債権者のために、もしも同人が加入者である女子ではなく、その加入を受けた第三者と行為を締結したとすれば、これに対して取得したはずの訴訟を債権者に承認した(D. 16.1.8.14)。この訴訟を *actio institutoria* (設定訴権、債務引受に関する訴権)と呼ぶ(船田亨二『ローマ法』第三卷六六五頁)。これは、ウェッラエウス元老院議決により、婦女の加入行為の効力が奪われることの調整である(カーザー||柴田訳四四八頁)。トゥールは、この訴権と、転用物訴権との類似性に注目し、以下のように言う(S. 131 Ann. 3; S. 223 Ann. 8)。自由な事務処理者の免責求償は、その債権者に、反射効という形で利益となる。事務処理をなす奴隷の債権者が、同じ場合において、権利を

有することは、特有財産訴権の構造において根拠づけられる。これと同様な法思想が、私見では、ウェッラエウス元老院議決における設定訴権の基礎にあると考えられる。婦女は、その者のために債務加入したDに対して、契約相手方であるCの債権からの免責請求権を有する。婦女は、Cに対して、奴隷がその債権者に対して責を負わないと同様に、責を負わない。その代わりに、債権者Cは両者において、婦女あるいは奴隷を飛び越えて、Dから、Dが婦女または奴隷に対して負っているものを、より正確には、婦女や奴隷が有効に債務負担をなすとすれば、負うであろうものを請求できる。

第四章 「免責請求権」の諸特性

トゥールにおいては、免責請求権を転用物訴権の法的構成の基礎に置くことは、それがローマ法源において実際その基礎にあるという歴史的検証に由来するのであるが、本稿の課題からは、むしろその実質的正当化が、免責請求権の諸特性を介していかになされているかが、関心の中心となる（なお、Hellmann, Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und R.W.Bd. 38. (1896) S. 53は、トゥールの「転用物訴権」論の書評中で以下のように言う、トゥールの転用物訴権の本質理解、換言すれば、免責請求権の理論的構成と、その実際の意義についての考察がこの著作の重点を形成すると考えられる。転用物訴権と準転用物訴権についての広くかつ深い考察は、これに比べれば、その実際の射程距離において、はるかに小さいのである。）

免責請求権は、中間者Mが債務者として、債権者Xに対しているにもかかわらず、その債務の実質的負担者Yを

して、債権者Xに支払わせることを、Mに許すことによつて、債権者Xを実質的債務者Yに結びつけることを可能にする。しかし、この段階にとどまるかぎりでは、Xは、直接Yに対する請求権を取得することはできず、Xが利益を享受できるのは、あくまでMの請求に応じて、Yが任意に免責行為を実行する、すなわちXに第三者弁済する場合に限られる。トウルルはそこでローマ法においては、この免責請求権の存在がXに与える上述したような反射効果が、X自身の固有の権利に高められたと理解する。その基礎には、転用物訴権の紛争に現れる基礎にあるM・Y間の法律関係を間接代理の關係と捉え、X・Y間の実質的な直接的關係が法的關係にまで高められてあるのが、転用物訴権であると理解したのである（現代法のとがかりとしては、HGB Art. 368^②（問屋の債権取得が内部關係では委託者のものとみなされる）の類推にもとづく。但し、それは $X \downarrow M$ 、 $M \downarrow Y$ 債権に二重に依存する。後述第七章参照。）。

このような利益衡量による構成は以下のようになされている（S. 291）。すなわち、まず転用物訴権が成立しうするためには、M・Y間に、MがXに対して負担した債務がM・Y間の事務処理關係にもとづく出費として、免責請求権が成立することを必要とする（ローマ法においては、この債権は *ade pecunio* においては、考慮されなくて、転用債権者にだけ自由となる転用物訴権の基礎として現れる）。従つて、M・Y間に成立するものが、免責請求権ではなく、通常の与える (*dare*) ことを給付内容とする金銭債権である場合には、XがMに対して有する債権とは関連性を有しないものとされ、Mの他の債権者の擱取にもさらされる（ローマ法においては、かような債権は、特有財産訴権において、特有財産の算定の基礎に含まれ、転用物訴権を行使する債権者以外の、債権者の擱取の対象に含められる）。言い換えれば、事務処理意思で行動していない時点での債務負担は、事務処理と無關係な出費と

して免責請求権を発生させない。他方では、事務処理に基づく求償権といえども、MのXに対する債務負担が、M自身によって支払われ、求償の内容が、償還に変わった場合にも、転用物訴権は成立しないが、これは既に、Xの債権はMの支払によって消滅しており、直接請求の存在しないから、あるいは転用物訴権の要件が存しないから、当然である。

(1) 体系上の地位 (S. 82-85)

ローマ法では、債務の分類は成立原因、厳密には *actio* の分類であった。給付の内容による分類はなされなかった。免責請求権は *obligationes faciendi* に分類された。

D. 17, 1, 45, 5

「しかし、上述した場合と同じくしばしば、金銭支払前に委任訴訟が生じ、被告は与えることではなく、なすことに義務を負う。かつ、人がある者の委任において、取得した訴権を譲渡することを求められると同じく、人が同じ原因から義務づけられた場合にも、それから解放される委任訴権を有することは衡平である。」

しかし、このような特徴づけは、この請求権の性質の認識にとつては重要ではない。なす債務それ自体について妥当する法命題は、*facere* という点で特徴付けられる給付が多様である以上は、存しえなかった。

(2) 免責請求権の成立 (S. 85-88)

免責請求権は、事務処理者の求償の場合以外にも、多くの他の構成要件から生ずる。

- 1 債務者に対する債務引受（契約）によって生ずる場合
- 2 遺言（遺贈）の内容が受遺者を債務から免責することにある場合 (D. 34, 3, 8 pr.; D. 34, 3, 11)
- 3 損害賠償に義務つける行為に基づき生ずる場合



L || 免責義務者、 D || 債務者、 C || 債権者。
 以下も同様。

Lは契約上または不法行為上の過失に基づき、DがCの債務者になるようにする。例：LがDのCに対する契約義務履行における、代理人または補助者の場合 (D. 3, 5, 27; D. 3, 5, 29; D. 17, 2, 21-23 pr.; D. 45, 1, 38, 20; D. 45, 1, 38, 21; D. 4, 9, 6, 4)；LからCへの転売で、DがCに対して違約罰の約束をしていた場合で、Lが履行遅滞をした場合 (D. 12, 3, 3; D. 13, 4, 2, 8)；買主Dがその物をCに転売し、追奪がCのもとで生じた場合 (D. 9, 4,

5.4)。

4 不当利得に基づき生ずる場合

D は sine causa に義務を引き受けたが、それは実は、L の負担となるべきものであった。D が L に対して *conditio* を有する場合には、支払っていないかぎり、この債務の解放のみをもとめうる (D. 12. 4. 9. 1. D. 23. 3. 78. 5. D. 46. 2. 12. D. 12. 7. 1 pr.)。ほかに、占有者が所有者に属する義務を引き受けたことに存する、出費の場合も同様である (D. 6. 1. 19. D. 5. 3. 20. 20)。

以下では、事務処理者の免責請求権に限定するが、免責請求権の独自性は、事務処理者という成立原因からではなく、請求権の内容 (給付内容) から導きだされており、免責請求権が存する場合すべてに、存せざるを得ない。

(3) 免責請求権の債務負担に対する依存性 (S. 88-93)

債務負担は、免責請求権が存する場合には、この消極項目は最終的なものではない。免責請求権は生じうる損失の防止の手段であり、貸借対照表において、債務とならんで、それのみあう消極財産の中性化である。ここから基礎にある債務との、継続的依存性が生ずる。

1 債務者 D が債務を支払うやいなや、補償 (償還) 請求権に変化する。求償内容の変化は、求償は事務処理者の財産喪失に常にふさわしいものでなければならぬということの帰結である。弁済や、その代用 (相殺、代物弁済)

と同じく、債務者の財産喪失に結びつく、債務消滅原因も同様である。

(a) 債務者と債権者の間の相続による、債務の混同 (D. 17. 1. 11)

免責義務者が法の偶然によって利益を得ないように、償還請求権が与えられる。

(b) 債権者が、債務者に利得させる目的で、贈与として免除する場合

C の寛大さが、贈与者が念頭においていないし利益とならないように、償還請求権を取得する。

2 債務が、債務者の財産喪失なくして消滅した場合には、免責請求権は消滅する。

債務者の優遇なき免除 (D. 17. 1. 12 pr.)、消滅時効、失効 (Verwirkung)、債権者の相続なき死亡 (D. 21. 2. 57 pr.) の場合がある。

免責請求権の財産価値においても、債務負担に対する従属性が反映する。

債務が債務者にとって有するような消極的価値であり、債務を支払った場合にはじめて償還請求権に変化し、積極的財産に含まれる。

(4) 履行の諸態様 (S. 94-108)

1 債務引受

2 債権者に対する支払

3 ローマ法における *defendere* (訴えの引き受け)

4 Deckung (DがCへの債務支払のために利用するという合意で、LがDに引き渡す、金銭または物)

Deckungと區別せねばならないものとして、以下のものがある。

(a) 質物による保証(担保)

厳密には、償還請求権の担保である。

(b) 代物弁済としての、財産価値引渡

彼は、委任者が受任者に、第三者への債務支払のために利用する合意でもって、交付する金銭またはその他の物を、Deckungと呼ぶ。そして、Deckungは「支払のために」交付されるものであって、和解と通常結びついた、代物弁済が「支払に代えて」交付される場合と異なるとする。Deckungの場合には、「支払のために」という目的から、債務支払後に収支計算書の提出が受任者には義務づけられるし、債務弁済の後、交付した価値に残余があれば返還せねばならない。後者の場合には、Deckungの場合のような義務はなく、その価値を弁済後余りがあっても常に保持しうることになる。この二つの場合のどちらであるかを、当事者が明示に合意しなかった場合には、Deckungを推定すべきとする。

次に、担保供与との関連では、担保の対象として何が考えられているかで、三つの場合が考えられるとする。第一に、免責義務の履行が担保の対象と考えられている場合、すなわち、Deckungにおいて、物が交付された場合。

第二に、受任者が免責されない場合にみずから支払いを強いられる場合に取得する償還請求権を担保の対象とする場合。これは、まさにドイツ民法第一草案が五九五条三項(その義務の履行によって受任者に生ずるであろう償還請求権の担保)で採った立場であった。トゥールは第二草案が、担保の対象を明らかにしていないことを評価し、

第一草案の立場では、受任者は一旦みずから現金を用意して、債務を弁済した上でなければ、担保にかかれないので、受任者に不利益であることを強調する(S. 97; Anm. 37)。彼によれば、第二草案の立場は、担保の対象として、免責義務の履行を考えているとする。すなわち、彼のいう Deckung である。第三に、委任者が、受任者に Deckung または免責を与えることの保証としての担保供与の場合である。

(5) 相殺 (S. 108-110)*

相殺の可否については、トゥールは、委任者側からの相殺と、受任者側からの相殺とを分けて検討している。前者から、紹介する(S. 110)。委任者側からの相殺に関しては、まず、相殺の要件である、債権の同種性の点で、相殺を否定する。この形式的理由を無視するとしても、受任者の第三者に対する債務の支払いが、無資力によって、困難な場合を考慮して、やはり、否定すべきであるとする。トゥールの見解では、第三者の利害や、受任者の一般債権者の利害には言及されていないが、この場合、相殺を否定することは、第三者にとっては利益であり、委任者にとっては不利益である。

ただし、以下の場合には、異なる配慮が必要であるとす。第一に、委任者が受任者に委任を与えるときに既に受任者の債権者であった場合、すなわち「債務に基づく委任」(Mandiren auf Schuld) が存する場合である。ここでは、受任者がみずから委任者に対して負っている金銭債務の金額を、第三者に対する自己の債務の解放に用いるという合意を想定できる。すなわち、ここでは、受任者には、そもそも免責請求権が排除されているとする。

次に、受任者側からの相殺の可否について、トゥールは、以下のように言う。原則として、否定すべきであるとする。同種性が欠けるという形式的理由を度外視するとしても、委任者は、第三者との交渉によって、受任者が第三者に対して負担する債務の額以下で、受任者を免責させる可能性を有するからとする。この場合も、委任者側からの相殺の場合と同様に、「債務に基づく委任」の場合には、免責請求権が排除されているため、そもそも相殺の前提要件が存しない。第二に、トゥールのいう、Deckung請求権を受任者が委任者との合意に基づき、請求できる場合も、相殺はできないとする。というのは、Deckungとして、受任者に与えられる価値は、受任者の財産に決定的に帰属しておらず、それは受任者を第三者の債務から解放するに必要なかぎりで与えられるものであるからとする。従って、受任者のDeckung請求権は、委任者から金銭債務を完全に奪う効力を有しない。この場合には、相殺ではなく、要件が満たされるかぎり、Deckung請求権の保護のための留置権(Retention)が、受任者に認められる。

* この部分については、拙稿「代弁済請求権と相殺」判夕六三三二号三一頁以下参照。

(6) 免責請求権の移転可能性 (S. 110-121)

内容上移転しない債権の存在は一般に承認されている。

(a) 債務者が譲渡に関与していない場合、彼の法状態は譲渡によって本質的に悪化してはならない。

(b) 債権者の交替は給付内容の変更と結びつくが、これは金銭債務などでは取引の利益のために甘んぜねばならない。これに反し、債権者の交替によつて、全く別の内容をえる債権があり、免責請求権もここに含まれる。

(c) 従つて、後者の債権は移転しえない、と通常理解されている。

ローマ法では、受領権限と訴権は原理上一人に統合されているが、現代法では、完全に分離しうる。「第三者への給付を求める債権」では、訴権はAに属するが、給付はBになされるものとしてあり、他方、Bはこの訴権を用いえない。

このような訴権と受領権限の分離は後発的に設定されえないか？

例えば、(a) 債権者と債務者との合意で、受領権限を第三者に移転すること。

(b) 訴権を第三者に移転し、受領権限は自己に保留すること。

このようなことが可能である以上、給付が債権者に対してのみなしうる債権は、法上譲渡不能ではなく、事実上不適当であるにすぎない。したがつて、免責請求権も譲渡しうる。しかし、それは譲受人の手中では通常価値がない。ただこのような譲渡が非実際的とならない一人の人物がいる。それは免責権限ある債務者Dの債権者Cである。譲受人として、自らへの給付を請求することは決して債権者を害する債務内容の変更ではない。この譲渡は二つの役割の統合により、法律像の単純化に導く。これはDにとつても便利な手段である。この譲渡によつて、譲受人には、財産価値が供給されるのではなく、むしろ法的に確保される。

CがLに対する請求権の譲渡に甘んぜねばならない義務を負う場合があるが(DがCに対する自己の寄託契約上の義務を履行するに際して、Lに代行させた場合の、DのLに対する損害賠償請求権、D. 16. 3. 1. 11) それはこ

こでの事務処理に基づく免責請求権の場合ではない。

intercessio による事務処理の場合には、DはCに対して、Lを指示しえず、Cは免責請求権の譲渡に応ずるかど
うかは彼の自由である。しかし、Cはこの譲渡を請求する権利を有しない。

譲渡の基礎にある、譲渡人と譲受人間の権利関係は、1、「支払のために」なされる場合、2、「支払に代えて」
なされる場合、とがあるが、後者の場合には、代物弁済による債務消滅の結果、譲渡された債権が消滅しないよう
に、C↓D債権を *pactum de non petendo in perpetuum* (永久に訴求しないことについての合意) によって制約さ
れたものとして、存続させる必要がある。

(7) 免責請求権の差押可能性 (S. 121-123)

これはほぼ移転可能性と同様に考へうる。

(8) 破産財団の積極財産としての免責請求権 (S. 123-130)

破産によって、「破産者の債権」は内容に変更を受けない。したがって、Lは破産後もCに免責効果をとまな
て給付しうる。二つの場合が区別され、第一に、消去さるべき債権が破産において申告されている場合にのみ、免
責請求権は破産財団の構成部分となる。第二に、債権者Cが自己の債権を個人的に行使することを選択し、破産手

続外にとどまる場合には、免責請求権は破産から自由な財産として評価される。この場合にCが自己の自由な財産（破産開始後に取得した金銭）で支払う場合、トウールによれば、償還請求権は破産者の自由な財産に属する。これは未履行双務契約から生ずる債権と類似するが、免責請求権の場合には、管財人は破産者の権利を奪いえず、債権者が破産に関与するか、債務者に人的に頼ろうとするかは、債権者の意思に依存する。また、債権者は免責請求権の譲渡を請求する権利を有しない。

第一の場合には、管財人には二つの方法が与えられる。(1)管財人が免責義務履行を請求する場合には、Cの満足にいたる。同様に、Cに対する譲渡によって免責請求権を換価する場合にも、Cが「支払に代えて」受け入れれば、Cの満足にいたる。(2)管財人がCに支払った場合には、Lの財団に対する「与える」義務に変化する。したがって、管財人には、(1)の場合には、Cのための事実上の特典として作用する免責を惹起し、(2)の場合には、現実にCに支払われた額（配当金）のみの償還請求を取得する。第一の場合には、管財人にはさらに以下の方法が考えられる。管財人とLとの和解によって、Lは財団に少額を支払うことによって免責される。この方法はCに反射効として、法の偶然として生ずる利益は、Cの同意なくしても奪われうることによって根拠づけられる。さらに、破産における損失とみあう対価での、Cへの管財人による、免責請求権の譲渡が考えられる。

以上のように、債権者の地位は、破産手続外にとどまるか否かにかかわらず、債務者、破産管財人、第三債務者の行動に依存する、かなり弱いものである。トウールはこのような場合に、転用物訴権を承認することによって、第三債務者に対する直接請求の道を開き、債権者の保護を強化しようとするのである。これは、*peculium*を破産財団とみて、転用物訴権が、破産手続に類比される特有財産訴権と独立に、すなわち、破産手続外の権利行使を許

すとするローマ法の把握からも傍証される(現代の破産手続がローマ法のように優先主義ではなく、平等主義であることを度外視すれば)(S. 130)。

しかし、ドイツの現代の判例・学説はトゥールとは逆に、破産開始によって免責請求権は支払請求権に変化し、破産財団に属することを承認する。その根拠として、ある者は以下のように言う(Gerhardt, Der Befreiungsanspruch, 1966 S. 99ff.)。免責請求権の移転可能性の制限は、この請求権の特殊な給付内容(免責)からきており(トゥールが随所で、たとえばS. 171で、法の偶然(*occasio iuris*)によって債権者の利益となる優遇と述べることに對比できる)、扶養請求権のような第三債権者のための保護機能は含まれていない。ここでは、第三債権者のための、責任対象としての特別な目的拘束は存在せず、破産財団への帰属が認められる。破産において、そうでない場合には、他の債権者がかかることのできなかつた債権が破産財団に属することによって、これらの債権者も恩恵を受けうることは矛盾しない。ここでは、債権者を平等に扱うという利益が優先されるからである。他方、立法者がそのような保護機能、目的拘束を、免責請求権の基礎にある権利に見いだす場合、例えば、§157VVGでは、責任保険において、被保険者が破産した場合には被害者は保険会社に対して、別除権として満足を受けうる(Trinkl, Zur Rechtsnatur der Schuldbefreiungsansprüche, 1966, Diss. Tübingen, S. 36—37.)。

以上の現代の状況から示唆されるように、トゥールが免責請求権の特性を強調し、これが成立する場合には常に第三債権者の権利を強化しようとするに対して、現代での処理は、一応、免責請求権の特性は、破産の場合の債権者の平等の処遇の利益に劣後し、その強化は特別立法に委ねるという方法をとる。そして、後者の道が、利益衡量に基づく処遇の分化には適合的なものであることは明らかである。言い換えれば、トゥールは二つの債権が、免責

請求権という形で結合していることにおいて、債務の実質的負担者と債権者を抽象的に結合させようとする（ただし、第七章(4)参照）が、後者は、さらに、その二つの債権のより具体的な内容・関連性をも問題にするのである。

* ちなみに、B G B §257はある目的のために出費 (Aufwendung) をする際に債務を負担した場合に免責請求権を認めるが、このような表現であれば、事務処理に基づくものには限定されない。しかし、損害賠償義務がここに含めうるかは一つの問題たりうる。vgl. Tuhf. Grunhaus Z. Bd. 25 S. 542.

第五章 転用物訴権の基礎としての *intercessio*、利得説との対決

(1) 転用物訴権の基礎としての *intercessio*

トゥールの転用物訴権論が目指したものは、権力服従者の事務処理に基づく免責求償が転用物訴権の根拠となることの歴史的検証にあったが、それは免責請求権に対する着目によって、特有財産訴権との競合の意味を説明すること（これは現代法に移行させれば、事務処理者破産の場合の、優遇的扱いの承認）にとどまらず、後期普通法を一貫して存在した、転用物訴権の理解としての、利得説と事務処理説の対立において、後者を支持することであった。前者の立場を、詳細な法源研究で主張してゐた Mandy (第二章(1)参照) が、したがって、トゥールの批判の

主たる対象となった(ただし、この法源理解をめぐっての論争はそれ自体としてより、近代法の制度分化の上で意味あるものであった(磯村哲「不当利得・事務管理・転用物訴権の関連と分化」(『法学論義五〇巻五—六号(昭一九)四五六頁)。

彼は、まず、法文において、転用物訴権が生ずるとされている、個々の奴隷の事務(negotia servi)が果たして、intercessioの概念に含まれるかを検討する(S. 142-169)。以下では、項目のみを列挙するにとどめる。

①免責的債務引受

1 expromissio

家子による家長の債務の引受(D. 15, 3, 10, 2)

奴隷による場合(D. 2, 14, 30, 1)

2 defensio

奴隷は訴訟能力を有しないので、家子のみが可能。

(a) 家子が父のみに関わる訴えを引き受ける場合(D. 15, 3, 10, 1)

(b) 家子が defensor として自己の父から a de pecunia を引き受ける場合(D. 15, 3, 10, 3 ?)

②重畳的債務引受

1 fideiussio (信命) (D. 46, 1, 10, 2; D. 15, 3, 10 pr.)

2 constitutum debiti alieni (他人の債務の弁済期日約束による債務引受) (D. 15, 3, 15)

③代替的債務引受

- 1 消費貸借
- 2 主人のための物の購入
- 3 主人の物の、奴隷による売却
免責を請求しうる義務の内容として、
 - (a) 履行を求める買主訴権、または不履行による損害賠償
 - (b) 売却された物の瑕疵の責任（減額訴権、解除訴権 (D. 17. 1. 26. 8)）
 - (c) 追奪の責任 (D. 15. 3. 7. 4)
- 4 奴隷が、第三者に、主人の事務を処理するという委任を与える場合 (D. 3. 5. 41 (42))
- 5 嫁資の受領 (D. 24. 3. 22. 12)
- 6 fiducia (信託) (D. 15. 1. 36)
- 7 奴隷による取得が取消可能であり、回復義務を生じさせる場合（パウルス訴権 (D. 42. 8. 6. 12)）、ファビウス訴権 (D. 38. 5. 1. 22))
- 8 回復に義務づけられるところの対象を主人の利益に利用する場合
 - (a) 事務管理 (D. 3. 5. 13)
 - (b) 後見 (D. 26. 7. 21; C. 4. 26. 1)
 - (c) precarium (D. 43. 26. 13)
- 9 奴隷が主人の財産に利用した物を、法律行為ではなく、不法行為、例えば、窃盗で取得した場合（ここでは、

転用物訴権は承認されず、*condictio furtiva* が承認された。(S. 161ff.)。

(2) 利得説との対決

次に、彼は、免責求償に基づく転用物訴権の基礎づけという仮説によって説明できない法文を検討することにより、普通法における、利得説と事務処理説の対立を歴史的に、止揚しようとする (S. 259—293)。

法文において、古い時代の法学者であるラベオーは転用物訴権の要件として、債権者に由来する価値が主人の *patrimonium* に至ることと十分であるとすることに對して (D. 15, 3, 3, 5; D. 15, 3, 7, 4)、古典期の法学者ウルピアヌスは事務処理の当初からの事務処理意思を要求し、転用物訴権を事務処理に基づく免責求償に基づかせる (D. 15, 3, 3, 2)。このような要件の差異は、彼によれば、以下のように説明される (S. 287ff.)。

まず、古い時代においては、奴隷の主人に対する自然債権が成立しなかった、さらに、一定の種類 of 奴隷取得は、ただちに *patrimonium* に属したと思われる。この場合、債権者は自ら与えた価値を *peculium* に見いださず、*peculium* は主人に対する自然債権によっても増加していないので、損失を被る。このような事態は、奴隷が、調達した財産を *patrimonium* のために利用する場合も同様である。このような事態に対する救済手段として、法務官が特有財産訴権の補完として、転用物訴権を定立したのである (D. 15, 3, 7, 2; D. 19, 2, 60, 7; D. 15, 3, 3, 5)。したがってこの訴権の、古い時代における基本思想は、債権者の損失における、主人の利得である (D. 15, 3, 10, 7; D. 15, 3, 2)。しかし、*peculium* の *patrimonium* に対する独立化にともなう、*peculium* の内容として、第三者に対して取

得する債権、ひいては、主人に対する自然債権も、承認されるに至った。これによって、いまや、従来主人の利得として現れていた事象は、*patrimonium* は奴隷の求償債権によって負担を受けているから、もはや主人にとつての純粋な利得としては現れない。そこで、この自然債権と、同じ事実から生ずる転用物訴権が関連づけられねばならない。すなわち、奴隷の自然債権のうちで、免責に向かうものと、*pare*を内容とする自然債権が区別され、前者は、*ade peculio* において考慮されず、転用債権者のみの自由となる、転用物訴権の基礎として現れ、後者は、債権者の債権と関連を有しないものとして、特有財産の構成部分を形成し、特有債権者の擱取にさらされる。このように、法文間の矛盾が転用物訴権の歴史的基礎の変化に対応するものとして説明される。

以上が、転用物訴権の基礎の変更に由る、その適用領域の制限とすれば、他方で、適用領域の拡大として、本人の利得が語り得ないか、事務処理の規律によつてのみ、利得が語り得る場合として、①事務管理の効果が不発生の場合の転用物訴権と、②免責的債務引受、重畳的債務引受に基づく転用物訴権、の場合がある。これらの場合には、感覺的・実体的意味での利得は欠けている。このような場合に転用物訴権を承認することは、特有財産法のより精密な形成（債権の *peculium* への帰属）に条件づけられた、洗練された利得概念の成立であり、転用物訴権論の進歩を見いだすことができるとしている。

従つて、トゥールにおいては、利得説と事務処理説との対立は、ローマ法の進展においては、古典期において、事務処理説が、利得説から発展したものととして把握され、その帰結が肯定的に現代法においても主張されるわけである。利得法的理解は、権力服従者の経済的独立性が法的次元まで十分反映しない時代の産物として、その時代では意味あるものであったとしても、退けられ、現代法の理解としては、なおさら採り得ないのである。