



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	無権限者による他人の物の処分と他人の債権の取立による不当利得（1）：自己の権利領域への無権利者による干渉に対する反動的請求
Author(s)	藤原, 正則
Description	論説
Citation	北大法学論集, 59(2), 43-100
Issue Date	2008-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/34622
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-2_p43-100.pdf



無権限者による他人の物の処分と 他人の債権の取立による不当利得（一）

——自己の権利領域への無権利者による干渉に対する反動的請求——

藤
原
正
則

一・はじめに 目次

二. ドイツ法の経緯と現在の状況

1. ドイツ民法典の制定の前後の議論

(1) 後期普通法下の不真正事務管理と不当利得

(2) 学説の議論

(3) ドイツ民法典の出発点

(4) フロインドの議論

2. 他人の物の無権限の処分

(1) ライヒ裁判所の判例

(2) 学説の動向

(a) ライヒ裁判所の判例以前から、BGB八一六条一項一文の適用、又は、類推適用を支持していた学説

(b) 判例に反対の学説

(c) 判例に賛成の学説

(以上、本号)

(3) 第二次世界大戦後の判例・学説による所有権保護の拡大

(a) 連邦通常裁判所によるライヒ裁判所の判例の継承と発展

(b) 学説による追認の一層の擬制化

2-1. 小括

3. 他人の債権の無権限の取立

(1) BGB八一六条二項の機能

(2) ライヒ裁判所の判例と初期の学説

(a) ライヒ裁判所の判例

(b) 初期の学説

(3) 連邦通常裁判所の判例と第二次世界大戦後の学説

(a) 連邦通常裁判所の判例

（b）判例に反対の学説

（c）判例を支持する学説

3-1. 小括

三、日本法の状況と問題の整理

1. 他人の物の無権限の処分

（1）はじめに

（2）他人の物の処分に関する（裁）判例

（3）他人の物の処分に関する学説

2. 他人の債権の無権限の取立

（1）他人の債権の回収に関する（裁）判例

（2）他人の債権の回収に関する学説

四、おわりに

一、はじめに

1. 他人の動産を無権限で処分したが、第三者が動産を善意取得した場合は、原所有者は無権限処分者に対して不当利得（動産の売却代金、又は、動産の通常の価値）の返還請求が可能である。⁽¹⁾⁽²⁾ 無権限者が他人の債権の弁済を受領して、債務者が免責される場合（民四七八条、四八〇条）も、債権者は無権限の弁済受領者に対して不当利得返還請求⁽³⁾できる。以上の侵害利得の事例での、動産の原所有者、債権者の不当利得返還請求の成立の可能性に関しては、異論の生じる余地はない。

他方で、(占有離脱物、又は、第三者が悪意・有過失で)無権限者の処分が所有者に対して効力がなく、動産の所有者が第三者に対して所有物返還請求(回復請求)できる場合には、所有者は無権限処分者に対して不当利得返還請求できるか。⁽⁴⁾さらに、無権限者に対する弁済により債務者が免責されない場合も、債権者は債務者に対する本旨弁済の請求(だけ)ではなく、弁済受領者に対して不当利得の返還請求が可能かも問題となる。⁽⁵⁾

2. 以上の後者の問題に関して、最判平成一六年一〇月二六日(判時一八八一号六四頁)は、金融機関に対する預金債権を共同相続した二人の共同相続人の一人が全額の払戻しを受けた事例で、金融機関は免責されないにもかかわらず、金融機関に弁済請求せず、弁済受領した共同相続人に対して不当利得返還請求した他の共同相続人(債権者)の請求を認容している。つまり、判例は、結果的に前示の後者の所問を肯定したことになる。かつ、その際に、判例は、上告人が上告理由で主張した、「債権は存続するから『損失』がない」という無権限の弁済受領者の抗弁は信義則に反するとして退けているが、他方で、債権者の損失の有無には直接には言及していない。債権者の弁済受領者への請求の肯定の理由は、無権限の弁済受領によって債権者の権利行使が事実上の不利益を受ける可能性があること、及び、他人に帰属する債権を取り立てながら、債務者の給付義務の存続を主張するという弁済受領者の矛盾した行為が信義則に反することに根拠が求められている。

さらに、同判例に類似のケースで、東京高判平成六年四月二四日(金法一三九二号四二頁)は、債権者の弁済受領者に対する不法行為による損害賠償請求を認容している。ただし、他方で、判決へのコメントでは、当該事件での債権者の損害の有無には疑念があるが、結論には異論はないであろうと指摘されている。⁽⁷⁾つまり、ここでも債権者の損害の有無に関しては、判決は正面から判断していない。

3. 以上の平成一六年最判の結論を、学説は一致して支持している。ただし、その理解の仕方は、様々である。例え

ば、最高裁の判示を文字どおりに解して、債権者に損失はないと弁済受領者は信義則上抗弁できないから、債権者は自己の損失の証明を要しないと理解するもの。⁽⁸⁾ 債権者の弁済受領者への請求を、弁済（受領）の追認の意思表示と理解し、弁済効の確定を説くもの。⁽⁹⁾ 他方で、同様に追認を前提としながら、追認にもかかわらず、債権者は債務者に対する債権を失うことはない⁽¹⁰⁾と解するもの。ただし、その場合でも、債務者と弁済受領者は不真正連帯債務の關係にあると説くもの。⁽¹¹⁾ および、債権者は弁済受領者からの引渡との同時履行での追認が可能であると解するものなどがある。⁽¹²⁾ さらに、判例の信義則による判断に依拠して、一方で、債権者が弁済受領者に請求すれば、債務者に対する（本旨）弁済の請求は信義則違反となり、他方で、債務者が債権者に民四七八条の抗弁を主張すれば、債務者の弁済受領者に対する非弁済の不当利得の返還請求は信義則に反すると、当事者の請求の方向で結果的に実体法上の権利帰属を確定させようという学説もある。⁽¹³⁾ ところが、そのように考えても、債権者が弁済受領者に不当利得（又は不法行為）による請求を行い、同時に債務者が弁済受領者に不当利得返還請求した場合には、結局は両者の優劣が問題になる。その場合に、従前から、奥田説は、債権者の請求が優先すると、両者の衝突を調整していた。⁽¹⁴⁾ しかし、債権者が債務者に優先すると解する積極的な理由を見いだすのは容易ではない。特に、債務者の破産の局面を考えれば、弁済受領者への直接請求により、債権者は債務者の破産財団に対して事実上は優先弁済権を取得する結果になることを考慮すれば、債権者の優先権はもとより、不当利得返還請求の成立自体に対する疑念も生じうる。⁽¹⁵⁾

4. それでは、（裁）判例が直截には債権者の損害・損失を認定しない理由は何であろうか。学説に関しても、追認により自ら不当利得を発生させた債権者の弁済受領者に対する不当利得返還請求を説くもの以外には、同様の疑問が当てはまる。さらに、債権者の弁済受領者への請求に追認を擬制する学説でも、債務者の弁済受領者への不当利得返還請求と債権者の弁済受領者への請求との優劣は判然とはしない。このような状況に鑑みて、本稿は、以上の問題に関する

議論（論点）の蓄積のあるドイツ法を参照して、わが国の問題を考えることとしたい（ちなみに、ドイツ法では債権譲渡には通知・承諾が対抗要件とはされていないから、債務者が譲受人ではなく譲渡人に弁済するという事態は、わが国より頻発する¹⁶）。その際に、ドイツ法では、債権者が弁済受領者に不当利得返還請求する場合には、債権者の追認（Genehmigung）が不可欠と解されている。さらに、冒頭で呈示した、例えば、他人の動産を窃取した無権利者が動産を処分し、かつ、無権限処分が連鎖した場合に、所有者は善意・無過失の中間取得者（Zwischen erwerben）の処分を追認して、売却代金を不当利得返還請求できると解されている。かつ、債権者の弁済の追認は、所有者による無権限処分の追認の延長線上で議論されている。ところが、わが国の判例を見ても、ドイツの判例と同様に、善意・無過失の中間取得者に対する不当利得返還請求を認容するとは考えにくい。所有者による無権限処分の追認の可能性を説く学説も、必ずしも善意・無過失の中間処分者に対する不当利得返還請求を前提としているようには見えない¹⁷。そうだとすれば、追認という法律構成上の補助手段（Hilfskonstruktion）の利用可能性では共通の議論が可能であるように見えながら、両者の違いが生じる原因を考えるのは有意義な作業だと考える。

5. そこで、以下では、まず冒頭の二つの所問に関するドイツの判例・学説を紹介する（二）。その上で、ドイツ法から発見された論点を参照して、わが国の問題を考えることとする（三）。結論を先取りするなら、わが国の上述の（裁）判例も暗黙の前提としていているように、他人の物の無権限処分も債権の無権限の取立も、広い意味では他人の権利領域（Rechtsphäre）への干渉である。その際に、所有者による無権限処分の追認、債権者による無権限の弁済（受領）の追認を容認した上で、無権利者に対する物の通常の価値（乃至は、売却代金）、弁済受領者に対する給付の返還請求を肯定するなら、無権限者の行為（他人の権利領域への干渉）の結果の引渡を権利者が請求することを認めたということになり、その意味で両者は共通の問題だということになる。しかし、物の所有権（使用・収益・処分）は所有者に排他

的に帰属するが、弁済（物）は債務者の財産に由来し、債権者は当該の債権の帰属は別として、無権限者への給付自体に対しては排他的な帰属を主張できないはずである。かつ、ドイツ法では盗品・遺失物でも金銭・有価証券は善意取得が可能だが（ドイツ民法（以下、BGB）九五三条二項）、それ以外の占有離脱した動産では善意取得は原則として排除されており（同条一項^⑨）、わが国の民一九三条、一九四条のような規定を持ち合わせていない。それゆえ、前者での問題の評価は、わが国とは相当に異ならざるを得ない。しかし、無権限者による債権の取立では、より共通の議論が可能だということになる。そこで、本稿の末尾（四）では、同じく侵害利得でも、不当利得以外の財貨の帰属と取引の安全の制度の構造によって、その具体的な構成、および、不当利得と不法行為の關係は一樣ではないことを論じることとした。

（1）例えば、我妻栄『債権各論下』（民法講義Ⅳ4）（岩波書店・一九七二年）「二五〇八」、松坂佐一『事務管理・不当利得（新版）』（有斐閣・一九七三年）一五一頁以下、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為上』（青林書院・一九八一年）八二頁、一九三頁など。

（2）その際に、所有者が返還請求できるのは、物の客観的価値（市場価格）か、売却代金かの評価は分かれている。例えば、前掲・我妻「二五〇八」は、無権限処分者は「対価」を不当に利得するとしている。前掲・松坂一五二頁以下は、ドイツの議論を紹介した上で、客観的価値の賠償を支持する。前掲・四宮一九四頁も同旨。以上に関しては、客観的価値の返還を支持する、藤原正則『不当利得法』（信山社・二〇〇二年）二二七頁以下を参照。

ちなみに、ドイツ法では、ドイツ民法（以下、BGB）八一六条一項一文が、無権利者による有効な処分の場合に、無権利者は「処分により取得したもの（das durch die Verfügung Erlangten）」の返還義務を負うと規定しており、売却代金の返還義務を支持するものが一般的である。ただし、客観的価値の返還を支持する学説もあり、争いがある。わが国の学説も、以上のドイツ法の学説の影響下で議論してきたといえる。以上に関しては、前掲藤原二二七頁以下を参照。

- (3) 不当利得に関するものとして、前掲注(1) 我妻「二五四三」、前掲注(1) 松坂一六五頁、前掲注(1) 四宮一九九頁、前掲注(2) 藤原二二九頁、加藤雅信『新民法体系Ⅴ(事務管理・不当利得・不法行為)』(有斐閣・二〇〇二年) 五六頁など。債権総論との関係では、磯村哲編『注釈民法(一二)』(有斐閣・一九七〇年) 八一頁「澤井裕」、奥田昌道『債権総論(増補版)』(悠々社・一九九二年) 五一〇頁、平井宜雄『債権総論(第二版)』(弘文堂・一九九四年) 一九八頁、内田貴『債権総論・担保物権(第三版)』(東大出版・二〇〇五年) 五六頁など。判例(大判大正七年二月七日民録二四輯二二一〇頁)も同旨。
- (4) 学説で明示的に否定するものは、見あたらない。肯定説として、例えば、前掲注(1) 我妻「二五〇八」、前掲注(1) 松坂一五二頁、前掲注(1) 四宮一九三頁以下、前掲注(2) 藤原二一六頁などを参照。
- (5) この場合にも、明示的な否定説は見あたらない。肯定説として、不当利得に関しては、前掲注(1) 我妻「二五四六」、前掲注(2) 松坂一六五頁、前掲注(1) 四宮一九九頁、前掲注(2) 藤原二三〇頁など。債権総論に関しては、前掲注(3) 澤井八一頁以下、前掲注(3) 奥田五一頁、前掲注(3) 内田五七頁などを参照。
- (6) 当該準占有者が自称する法定相続分の限度で、民四七八条が適用されるとする、東京地裁平成七年一月三〇日判時一五七八号七一頁を参照。
- (7) 金融法務事情のコメント部分では、「本件のように債権が消滅せずに存続する場合に、そもそも損害ありとすべきかというのとは、若干問題の中身が異なる。本判決の結論には異論はないであろうが、不法行為による損害とは何かという興味深い問題を探り上げた注目すべき判決である」とされている(金法一三九二号四三頁)。
- (8) 笠井修「判批」ひろば五八卷一〇号五三頁以下。
- (9) 平野裕之「判批」リマックス三一七〇頁以下、七三頁。
- (10) 角田美穂子「判批」法七六〇三号一二〇頁、小野秀誠「判批」金法一七四八号七頁以下。
- (11) 山田誠一「判批」『平成一六年重判』八六頁以下、八七頁。
- (12) 藤原正則「判批」民商一三二卷一号一一二頁以下、一一七頁、同「判批」リマックス三四号三八頁以下、四一頁、岡孝「判批」リマックス三二二号六頁以下、九頁。
- (13) 中舎寛樹「判批」金法一七八〇号七頁以下、一〇頁、潮見佳男『プラクティス民法(債権総論)(第三版)』(信山社・

二〇〇七年）三一九頁以下。

(14) 前掲注（3）奥田五一頁。

(15) 特にドイツ法で指摘される論点である。例えば、Wulf-Henning Roth, Ist eine Genehmigung bei §816 II BGB möglich?, JZ1972, 150ff. を参照。わが国の文献としては、前掲注（12）藤原・民商一一六頁、同・リマックス四一頁を参照。

(16) BGB三九八条 他人との契約によって、債権者はその他人に債権を譲渡できる（債権譲渡）。契約の締結により新債権者は旧債権者に交代する。

以上の帰結として、債務者が旧債権者に弁済した場合に関する、BGB四九七条、四〇八条については、二・三・注（4）を参照。

(17) この点に関しては、本稿の三・での課題であるが、谷口知平・甲斐道太郎『新版注釈民法（一八）』（有斐閣・一九九一年）二八二頁以下「三宅正夫」を参照。

(18) 例えば、前掲注（1）四宮一九五頁注（二）の具体例は、AがBから預かった物をCに売却し、Cは所有権を取得しないというケースである。かつ、そこでの効果として、客観的価値賠償と、BのCに対する売却代金への客観的価値の限度での代位が説かれるに止まる。さらに、前掲注（1）・我妻「二五〇八」、前掲注（1）・松坂一五六頁、注（五）では、所有者による無権限処分の追認を認めた判例（大判昭和一〇年九月一〇日民集一四卷一九号一七一七頁、最判昭和三七七八月一〇日民集一六卷八号一七〇〇頁）を指示している。しかし、この判例は所有者の第三者に対する損害賠償請求権、抵当権の抹消請求を、所有者の追認を認定して退けた事例であり、無権限処分を追認して売却代金の返還を認めた事例ではない。さらに、売買の連鎖の事例には言及していない。

以上に関してより適切な事例は、共有者に一人（甲）による共有船舶の全部の処分、処分者に対する他の共有者（乙）の売却代金の請求を、「他ノ共有者乙カ後日其売買行為ヲ承認シタルトキハ事務管理ノ法則ニ依リ民法第七〇一条第六四六条ノ規定ニ基キ甲カ乙ノ持分ヲ売却シテ受取リタル代金ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ルヤ明カナリ」と判示した大判大正七年二月一九日民録二四輯二二六七頁であろう。つまり、この判例は、無権限処分を所有者が追認して、無権限者に対して売却代金を請求することを認めている。しかし、この事例でも、当然に無権限処分者には故意・過失があり、善意・無過失の中間処分者に対する請求を認めたものではない。ただし、以上の点に関する検討も、本稿の三・での課題である。

(19) BGB九三五条(1) 動産が所有者から窃取され、遺失したとき、又は、その他の占有離脱のときは、九三二条乃至九三四条による所有権の取得はできない。所有者が間接占有者にすぎず、かつ、動産が占有離脱したときも、同じである。

(2) 金銭、有価証券、及び、公の公売で売却された動産に関しては、前項の規定は適用されない。

二・ドイツ法の経緯と現在の状況

1. ドイツ民法典の制定の前後の議論

(1) 後期普通法下の不真正事務管理と不当利得

本稿の対象、つまり、他人の動産を無権限で売却した者に対して、所有者は売却代金の請求が可能か、さらに、無権限の弁済受領者に対して、債権者は給付の引渡請求が可能かという問題は、ドイツ民法典以前の普通法では、事務管理(negotiorum gestio)の問題として論じられていた。つまり、事務管理訴権(本人の事務管理者に対する引渡請求(actio negotiorum gestio directa (事務管理直接訴権)、および、事務管理者の費用償還請求権(actio negotiorum gestio contraria (事務管理反対訴権))の成立の要件は、客観的な他人の事務の存在だけで充足されていた。すなわち、一七、一八世紀の普通法の下では、利得禁止の原理(「何人も他人の損失によって利得すべからず」)が事務管理・不当利得・転用物訴権の一元的な基礎とされていたからである。事務管理訴権(直接訴権)は管理人の主観的意思と無関係に、権利侵害の排除という視点から基礎づけられており、管理人の過失のある場合の不法行為、過失を前提としない不

当利得と区別されていなかった。⁽¹⁾ところが、後期普通法になると、次第に事務管理は独自の制度として不当利得・不法行為から分離し、その積極的契機として利他的意思が要求されるようになりつつあった。かつ、それは事務管理者の本人に対する請求（反対訴権）だけではなく、本人の事務管理者に対する請求（直接訴権）でも同様であった。⁽²⁾

さらに、本稿の問題との関係で重要なのは、後期普通法でも動産の善意取得は認められていなかったことである。その下で、無権限で売却された物が第三者（買主）の下で滅失した場合に、所有権を失った所有者は、善意の占有者（処分者）が第三者に対する売却により取得した代金を返還請求できるのかが問題とされていた。既に当時の支配的な見解では、以上の所有者の請求権は、処分者には「他人の事務を管理する意思（*animus aliena negotia gerendi*）」が欠如するから事務管理ではなく、不当利得（無原因の不当利得（*condictio sine causa*）の問題だと考えられていた。その上で、物の滅失後は処分者（善意の占有者）はその買主から追奪担保責任の追及（*Eviktionsregress*）を受けることはなく、取得した代金を保持できるから、占有者の不当利得が問題となると解されていた。⁽³⁾

以上の状況を背景として、処分者の不当利得の返還義務に関して、イエーリング（*Rudolf Jhering*）とヴィントシャイト（*Bernhard Windscheid*）の間で、当時有名だった論争が存在した。論争の出発点は、イエーリングの論考に始まる。⁽⁴⁾そこで、イエーリングは、善意の占有者が他人物を売却した場合も、所有者は買主に対する所有物返還請求が可能だから、占有者は売却代金の返還請求を受けることはないと主張する。ただし、物が滅失したか、買主が時効取得した場合に、不当利得返還請求を認めたローマ法源はあるが、それは処分者（占有者）が権原を誤信して（*titulus putantiva*）占有取得しており、取得の原因（*causa*）を欠く場合である。他方で、所有者は所有物返還請求権を失うから、売却代金への不当利得返還請求（*condictio sine causa*）が成立するとする。⁽⁵⁾さらに、占有者の処分を事務管理と考え、所有者が処分を追認するという方法も妥当ではないという。⁽⁶⁾その結果、従前の占有者（処分者）に対して、不当利得返還請

求できる要件は、以下の二つとなる。第一が、従前の占有者が善意だが、権原 (*iustus*) を有していないこと。占有者が悪意の場合は、レイ・ヴィンディカチオに服する。したがって、不当利得の登場の余地はない。さらに、権原を有する占有者が物を消費した場合、つまり、言葉本来の意味で、物自体から (*ex re ipso*) 利得した場合も、不当利得とはならない。第二が、所有者が所有物返還請求権を有しないこと、つまり、時効取得、加工、又は、滅失で所有権が失われたことである。要するに、イエーリングは、処分された物が返還不能となった場合に、かつ、善意だが権原のない占有者に限って、補充的に不当利得返還義務を認めようというのである。加えて、所有者の処分の追認も、物が滅失していない場合は、所有者は所有物返還請求権を有するから、補充的責任は必要ないはずであり、追認による事務管理の成立は不要であると指摘している。⁽⁷⁾

反対に、ヴィントシャイトは、イエーリングの提起した論争を受けて、冒頭で自分の物を処分して占有者が取得した利得を、所有者が返還請求できるのは、善意の占有者一般に対してか、それとも、善意だが権原のない (*ohne Titel* [*aus putativem Titel*]) 占有者に対してだけなのかと問題提起している。⁽⁸⁾ その上で、論争の基礎とされたローマ法源を検討して、決定的な解答は得られないことを確認する。しかし、その上で、ヴィントシャイトは、次のように論じている。「自分のために遂行されたのではない事務を、それが客観的には自己の財産領域への侵害だという理由で、それを自分のために遂行されたとして、事務の利益を自分のものとする権利が承認されれば、確かに、私法は相当程度に柔軟で大胆なものだといえよう。しかし、実定法秩序がそうすると決定したなら、善意の事務管理者に対しても、同じことが請求できないのか。・・・善意の事務管理者に利益を保有させることを認めるなら、所有者には事務管理者に対してだけでなく、第三者に対する請求も否定しなければならないはずである。なぜなら、(第三者が所有者から追奪を受ければ) 第三者は追奪担保請求によって事務管理者から事務管理によって取得した利益を剥奪するからである。仮に

そこまで行かないなら、善意の事務管理者に対する本人からの請求を否定しても得るところはない⁽⁹⁾。その上で、ヴィントシャイトは、具体的な問題に則して、該当するローマ法源を検討する。例えば、本稿の対象である、他人の物の処分を追認して、処分者に対して売却代金を請求できるかという問題である。もともと、以上に関するヴィントシャイトの検討の結果は、これを否定する明確な証左は得られないという消極的な所見である⁽¹⁰⁾。その上で、権原を有する善意の占有者に対する所有者の請求が確実に認められているといえるのは、付合による所有権の取得に関する法文だけであること。しかし、総じて、原則として、権原を有する善意の占有者に対しても、利得の返還請求が認められていることが確認できるとしている⁽¹¹⁾。加えて、ヴィントシャイトは、自説に反対する論拠となりうる法源、および、善意占有者の果実の返還義務を検討し、反対の決定的な証拠は提供されないと結論づけている⁽¹²⁾。その上で、ヴィントシャイトは、権原のない占有者に対してだけ返還義務を認める反対説の論拠を、（一）権原のない善意占有者の責任は、例外的な責任である（要するに、類推可能性に関する議論だが、この問題に関しては決定的な論拠は提供されていないと結論づけている）⁽¹⁴⁾。（二）権原を有する占有者の利得は不当ではない⁽¹³⁾。（三）権原を有する占有者は利得していない、に要約し、検討を加えている⁽¹³⁾。第二の論拠に対する反論で、ヴィントシャイトは、権限を有する占有者が反対給付を出捐しているから、利得の正当化原因があるというなら、権限のない占有者の出捐も利得を正当化することになるなどの反論を加えている。結論は、権利を基礎づけることのない権原と権原のないことが区別される理由は見あたらないということである⁽¹⁴⁾。第三の論拠の検討では、占有者には利得はないというのは、換言すると、前主への反対給付が存在するからである。しかし、それでは、権原のある占有者と権原のない占有者の区別の理由にはならない。もともと、以上の命題が妥当か否かは検討を要するとして、ヴィントシャイトが提出するのが、物を転売した善意の占有者は前主に支払った反対給付を、所有者に対する不当利得返還義務から控除できるかという問題である。学説には対価控除を支持するものも

あるが、ヴィントシャイトは否定すべきだと主張する。というのは、物の転売以前は、占有者は所有者から返還請求された場合は、前主に対して追奪担保責任を追及する他はなかったはずである。したがって、物の転売により、占有者の状況が改善されるべき契機はないからである。⁽¹⁵⁾要するに、ヴィントシャイトの議論の骨子は、所有者に与えられる保護は、無権利者による所有権の取得が認められない限りで、所有物返還請求権以外の形式でも貫徹され、そのことで取引の安全が損なわれることにはならない、かつ、以上の結論を決定的に否定するローマ法源も発見できない、むしろ、その反対だということである。

以上のヴィントシャイトの主張に対して、イエーリングは、ローマ法源ではなく、実質的な論拠に重点を移して再論し、反論している。すなわち、イエーリングは、ヴィントシャイトの考え方を、物権的な所有権保護を人的訴権によって完全化 (*Vervollständigung des dinglichen Eigentumschutzes mittels einer persönlichen Klage*) する⁽¹⁶⁾ことだと評している。しかし、イエーリングの考え方は、所有権保護のためにローマ法が認めた人的訴権は、二種類に限られる。第一が、所有物が現存する場合の訴権であるが、所有権が滅失・添付などで失われれば、所有物返還請求権と同じく、訴権は消滅する。第二が、不法行為による所有権の侵害に対する訴権で、その場合は、侵害時に所有権が存続していれば足り、訴権の行使時の所有権の存在は要件とはされない。⁽¹⁷⁾しかし、不法行為訴権は別として、不当利得返還請求権は所有物返還請求に対して補充的にだけ発生するはずである。かつ、以上の点に、物の滅失とは無関係な事務管理訴権と不当利得返還請求権の違いがあるはずである。ところが、ヴィントシャイトのように不当利得を通じて所有権保護を拡張すれば、物が滅失した場合も、所有者は従前の占有者に対しても不当利得の返還を請求できることになる。さらに、以上の人的保護の考え得る拡張としては、物権的な保護の要件から完全に解放されて、所有者は現在の占有者に対して所有物返還請求で物の返還請求をするか、従前の占有者に対して不当利得訴権で利得の返還請求を行うかの選択権を与えられ

ることにもなりかねない。⁽¹⁸⁾ 以上を指摘した上で、イエーリングは、物の滅失、混同、果実の収取、時効取得などの事例を検討している。その際に、ヴィントシャイトの考え方では、BがAから窃取した物を善意のCに売却し、売却が連鎖して、物が滅失した場合も、従前の占有者C等に対して不当利得返還請求できる。これでは、法的不安定と混乱が生じる。⁽¹⁹⁾ したがって、従前の善意の占有者に対して所有者が売却代金の返還を請求できるのは、無原因（sine causa）で占有取得した占有者、および、悪意の他権者の相続人という例外的な場合に限られるというのが、イエーリングの結論である。⁽²⁰⁾ その結果、所有者が占有者に売却代金を請求できるのは、極めて例外的な場合だけに限られる。さらに、善意占有者が物を売却した場合だけではなく、物を消費、加工、混和、付合、時効で所有権を取得した場合も、所有者の不当利得返還請求権は切斷されるべきだとされている。⁽²¹⁾

以上のイエーリングの考え方は、法律関係の単純化と取引の安全のために、所有物返還請求が不能となった場合は、悪意の占有者、又は、権限のない善意の占有者に対してだけ、人的訴権（不当利得返還請求権）を制限する解釈論の試みだといえよう。だから、動産の善意取得制度が存在せず、言い換えると、他の手段での取引の安全が指向され、かつ、不真正事務管理が制限されていく時代の傾向からは、イエーリングの立論が通説的立場を形成するだろうことは想像に難くない。事実として、当時の支配的見解も、イエーリングを支持していた。⁽²²⁾ しかし、ドイツ民法典によって一般的に動産の善意取得が認められれば、今度は、ヴィントシャイトの方向に議論が傾いていくだろうことも、ある意味では当然の事態の推移であると考えられることも可能であろう。

（１） 以上に関しては、前掲一・注（１７）三宅二八四頁以下、および、普通法からドイツ民法に至る事務管理と不当利得（転

用物訴権)の關係については、磯村哲「不当利得・事務管理・転用物訴権の関連と分化」(磯村哲『不当利得論考』(新青出版・二〇〇六年)一一一頁以下)を参照。本稿の本文との關係では、一一七頁以下を参照。以下の普通法からドイツ民法制定前後に関する本稿の記述は、具体的に他人の物の無権限処分に關するドイツ法を紹介・検討する三宅論稿と、磯村の学説史研究に、問題発見に始まり、具体的資料の調査のきっかけの殆どを負っている。

(2) 前掲注一・注(17)三宅二八四頁以下、前掲注(1)磯村一二六頁以下、一四三頁以下を参照。

(3) ちなみに、他人の物を売却した悪意の占有者は、物の現存とは無關係に、所有物返還請求権(rei vindicatio)・提示訴権(actio ad exhibendum)・盜の不当利得返還請求権(condictio furtiva)によつて所有者に対して全利益(volles Interesse)を返還する責任を負う。他方で、善意の占有者の返還義務は、無原因の不当利得(condictio sine causa)の問題と考えられていた。以上に関しては、Rudolf Freund, Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs, Marcus, 1902, S. 2ff.; Dellef König, Ungerechtfertigte Bereicherung, Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, Carl Winter, 1985, S.157ff. および、後掲注(8) Windscheid, aaO., S. 301f. を参照。

(4) Rudolf Jhering, Abhandlungen aus dem Römischen Recht, Breitkopf und Härtel, 1844, S. 1ff. (In wie weit muß der, wer eine Sache zu leihen hat, dem mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?), S. 78ff. ちなみに、イエーリング(「および、ヴィントシャイト」)の論証は、ローマ法源の引証によるものだが、ローマ法源の理解、および、その引証の妥当性を検討する能力は、筆者にはない。しかし、本稿の目的の限りで、イエーリングの論旨を追っていくには、ローマ法文自体の検討は不可欠なものではないと考える。その理由は、例えば、石部雅亮「明治期の日本法学の国際的ネットワーク」穂積陳重・岡松参太郎とヨーゼフ・コーラー「石部雅亮『法学部における理論教育と実務教育(科研報告書)』二〇〇七年一〇二頁以下、一〇七頁の、「ドイツでもまた、19世紀の後半には、イエーリング(R. Jhering)やヴィントシャイト(B. Windscheid)にみられるように、ローマ法源の歴史的考察よりも、それにとらわれず、ローマ法における普遍的・一般的なものを抽出し、そこに理性的法秩序の範型をみようとする傾向が有力になり、その限りで共通の認識が広がっていた」という記述を参照。

(5) 前掲注(4) Jhering, aaO., S. 79.

(6) 前掲注(4) Jhering, aaO., S. 80f.

- (7) 前掲注 (4) Jhering, aaO., S.84f.
- (8) Bernhard Windscheid, Zwei Fragen aus der Lehre der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung (Leipziger Dekanatsprogramm von 1878), in gesammelte Reden und Abhandlungen, Hrsg.Paul Oertmann, Duncker und Humblot, 1904, S.301ff., S.301f.
- (9) 前掲注 (8) Windscheid, aaO., S.309f.
- (10) 前掲注 (8) Windscheid, aaO., S.311ff.
- (11) 前掲注 (8) Windscheid, aaO., S.310ff., S.315f.
- (12) 前掲注 (8) Windscheid, aaO., S.316ff., S.321f.
- (13) 前掲注 (8) Windscheid, aaO., S.323ff.
- (14) 前掲注 (8) Windscheid, aaO., S.330ff.
- (15) 前掲注 (8) Windscheid, aaO., S.332ff.
- (16) Rudolf von Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache verpflichtet, nach deren Untergang dem Eigentümer derselben den gelösten Kaufpreis herauszugeben ?, Ein Beitrag zur Lehre von der Grenzen des Eigenthums-schutzes, JherJb (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts), Bd. 16 (1878), S.230ff., S.238.
- (17) 前掲注 (15) Jhering, aaO., S.238.
- (18) 前掲注 (15) Jhering, aaO., S.240.
- (19) 前掲注 (15) Jhering, aaO., S.240ff., S.289ff.
- (20) 前掲注 (15) Jhering, aaO., S.316.
- (21) 前掲注 (15) Jhering, aaO., S.317f.
- (22) 例えば、Windschid / Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.2, 8.Aufl., 1900 (Nachdruck, Keip, 1997), §422 (S.817), Note.8 にあげられたイエーリングを支持する文献を参照。さらに、以上のイエーリングとヤント・ハヤイトとの論争も含め、B G B 八・一六条の成立に関しては、前掲注 (3) König, aaO., S.157ff. を参照。

(2) 学説の議論

以上のような状況を前提に、例えば、ゾイフェルト (Lothar Seuffert) は、一八六八年に他人の物 (物権的権利) や債権を処分した場合に、権利者は処分を追認できるかを論じている。ゾイフェルトは、A が B の物を X に売却し、後に B が追認したが、A は売買契約の締結の際に、B の事務を処理する意思を有していた場合と、意思を有していなかった場合を例としてあげる。A に B の事務処理の意思があった場合は、B の追認は事務処理の追認 (Einwilligung) に他ならない。したがって、追認とその効果は、事務管理 (neg. gestio) の準則による。さらに、A が B の名前で行為したか否かで、顕名代理か非顕名代理かの違いがあるにすぎない。その結果、追認の一般理論により、追認は遡及効を有する。以上の理は、他人の債権の譲渡、物権的権利の設定でも同様であり、権利移転に引渡 (Tradition) の必要な場合でも結論的には同じである。他方で、A に事務管理の意思のない場合も、同様である。さらに、「所有者の事務を管理する意思なしで、他人の物又は債権に関して法律行為を行うことはありうる。このような売却行為は、その対象が他人に属するものだから、所有者乃至は債権者の行為領域 (Geschäftskreis) に属しているから、客観的には他人、しかも権利者の行為のように映る行為が存在することになる。以上のような行為に関しては、本書の主な叙述部分で、その行為領域での行為がその権利対象に属する者は、売主が事務管理者として行為する意思を持っていなかった場合も、あたかも事務管理の意図を持って行為した者が行ったかのように、その行為を扱う権能を有することを見てきた」⁽²³⁾。したがって、追認によって、行為者が事務管理者であったように扱うことが可能だとされている。⁽²⁴⁾

他方で、ツィーマン (Ernst Zimmermann) は、一八七二年の事務管理に関する論考で、事務管理を真正事務管理 (ächte negotiorum gestio) ‘および’ 善意の不真正事務管理 (unächte negotiorum gestio, die auf dolus malus beruht) と善意の不真正事務管理 (unächte negotiorum gestio bona fide) に分類し、善意の不真正事務管理による本人の直接請

求 (unächte actio negotiorum gestorum directoria) の一環として、他人の物の処分による利得と、他人の債権の回収について論じている。⁽²⁵⁾

ツイマーマンは、他人の物の処分による不当利得の要件は、第一に処分者が権原を誤信して処分したことだと指摘する。加えて、取得者の下で物が滅失、時効取得、又は、発見できないことにより、所有物返還請求が不能となる必要があることを確認する。さらに、以上のような偶然的事態とともに、所有者による承諾 (Genehmigung)、つまり、売却を事後に追認 (Rathabition) すること、受領した反対給付の返還請求が可能かという面倒な問題が存在すると、ここでの問題を取り上げる。ツイマーマンによれば、これを肯定すべき理由は、追認した場合も所有者は所有物返還請求権を失っている点では変わらないことである。反対に、否定する理由は、滅失・時効取得・発見不能は所有者の意思と無関係に所有物返還請求権が消滅し、明らかに不当利得訴権の必要性がある緊急事態のケースだということである。その結果、ツイマーマンは、後者の理由で、イエーリング (Abhandlungen S.82ff.) に賛成して、追認の権限を否定すべきであろうとする。加えて、学説は論じていないが、追認が行われた場合の効果はという難問が残るとも指摘する。つまり、追認により追認者は所有権を失い、何らかの不当利得返還請求が可能なのかである。ツイマーマンの答えは、追認により所有者は処分者に贈与したか、反対給付を請求するとしてしか解釈できない。しかし、真正事務管理の要件は存在しないから、結果として売却代金を取得するための追認は不可能である。結論として、追認は効果を発生させないというのである。⁽²⁷⁾

今ひとつ、他人の債権の回収の場合は、例えば、自分がVに属する債権を取り立てたり、更改しても、無効(例えば、更改)又は取消が可能(例えば、取立て)で、権利者に対しては効力を有しない。Vが追認しても、以上の事態は全く変わらない。なぜなら、自分が取り立てた債権は、自分がそうだと考えた債権であり、この債権に対してはV(債権者)

は処分権限を持たないからである。自分が債権を回収した場合も、(債務者の) 非償弁済の不当利得 (condictio indebiti) を追認によって奪うことはできない。追認によって、自分が利得すること、Vが(現実に存在する) 債権を失うこともない。同様の理由で、自分が勝訴判決を得て債務の弁済を受けた場合も、無原因の不当利得 (condictio sine causa) や利益による事務管理訴権 (utilis actio negotiorum gestio) が発生することもない。なぜなら、確かに、自分は非償弁済の不当利得を請求されることなく利得しているが、債権者は債権を失わず、損害を被っていないからであるとされている。⁽²⁸⁾

要するに、ツイマーマンは、他人の物の処分による所有者の不当利得返還請求は、真正事務管理の要件を具備しないという理由で否定し、他人の債権の回収では、それに加えて、回収したのは「他人の」債権ではなく、債権者は債権を失わない、さらに、債務者の弁済受領者への非償弁済の不当利得返還請求権を追認によって奪うことはできないという理由で、不当利得返還請求を退けている。

反対に、モンロイ (Ernst von Monroy) は、所有者の追認 (Ratification) を肯定している。モンロイの考え方は、以下の通りである。まず、故意に他人の物を処分した場合に、所有者が後に追認することができるのは当然である。さらに、自己の物と誤信して他人の物を処分した場合は真正事務管理ではないというのが、ツイマーマンが追認を否定する理由である。しかし、故意に他人の物を処分した場合には、不真正事務管理であるにもかかわらず、ツイマーマンは、「権利者は他人の行為の結果を自己のものとする事ができるとして」、真正事務管理の場合と同様に本人の直接訴権を認めている。だから、故意の侵害の場合に追認を承認するなら、誤信による侵害の場合も追認可能なのは当然の帰結 (Konsequenz) であるとモンロイは考える。加えて、故意の他人の物の処分の追認が可能なのは、故意の行為者の主観的契機ではなく、他人の所有権の行使という純粹に客観的契機 (das rein objektive Moment) が根拠となっているか

らであるという。さらに、物の滅失・時効取得・発見不能という緊急の場合に限って不当利得が必要となるという、ツィーマンのあげる論拠も決定的ではない。以上は制限的な例示ではなく、それ以外のケースでの追認による事務管理債務の発生を排除するものではないとモンロイは指摘している。⁽²⁹⁾

他方で、他人の債権を無権限者が処分（譲渡・質入）した場合は、追認は不可能だとモンロイは考えている。というのは、所有権は譲渡可能な権利である。所有権が譲渡されても、後主の占有下では、前主の存在は物自体からは分らず、一方の権利主体から他方の権利主体へと完全に移転する。しかし、債権では話が違う。ローマ法とは異なり、現在は債権譲渡は認められてはいるが、所有権と同様の流動性があるわけではない。債権は譲渡されても、その本来の法的構造が保たれている。かつ、債権の債権者への密接な関係が、この問題の基礎となっている。つまり、他人の債権の譲渡が無権限者の名前で行われても、債権者の権利の行使ではなく、その効力もその対象に関しても、他人の債権とは全く無関係である。したがって、債権者の追認は不可能であり、仮に、追認すれば、それは債権者自身の債権の譲渡であり、追認ではない。以上の理は、他人の債権の取立にも当てはまる。つまり、例えば、DのTに対する債権を、無権限者Gが自己の債権と誤信し又は悪意で、自己の債権として取立てた場合は、Gの取立てた債権は、真の債権者Dの債権ではなく、そうであると無権限者Gが称した存在しない債権だからであると、モンロイは主張している。⁽³⁰⁾

以上のゾイフェルト、ツィーマン、モンロイの議論の対比から、以下のように考えることも可能であろう。まず、ゾイフェルトは追認による不真正事務管理を肯定するから、他人の権利領域への干渉である点では共通する、他人の物の処分と債権の処分とを区別していない。反対に、不真正事務管理に対して否定的なツィーマンは、物の処分だけではなく、債権の処分、取立のいずれでも追認の可能性を否定する。他方で、モンロイは、物の処分の追認は肯定するが、債権の処分、および、取立の追認は否定する。かつ、後者の根拠は、債権者が変われば債権の同一性は存在しないとす

る点で、ツイマーマンと共通する。つまり、物の所有権の対象は、空間的・有形的に他とは区別されており、かつ、対象（の使用・収益・処分権）は所有者に対して排他的に帰属している。他方で、債権は債務者の行為に対する債権者の権利であり、しかも、弁済された物は、債務者の財産に由来しており、債権者に排他的に帰属するわけではないからであろう。だから、他人の権利領域への干渉だけを根拠とする権利者の反動的な引渡請求（客観的要件だけによる事務管理の成立）が否定されれば、同じく他人の権利領域に属する事務でも、権利の権利者への帰属性の強弱が区別されることになるのである。

- (23) Lothar Seuffert, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte, Stabel'sche Buch- und Kunsthandlung, 1968, S.113.
- (24) 前掲注 (23) Seuffert, aaO., S.110ff.
- (25) Ernst Zimmermann, Aechte und unächte negotiorum gestio, Ein Beitrag zum römischen Obligationenrecht, J. Ricker'sche Buchhandlung, 1872. 前掲注 (1) 磯村一四四頁は、事務管理の成立、しかも、本人の直接訴権 (actio directa) に関しても事務管理意思を要求する傾向は、一八七〇年代以降、特に、ツイマーマンの労作以来、有力化し、普通法の大勢となったと指摘している。
- (26) 前掲注 (4) Jheringを参照。
- (27) 前掲注 (25) Zimmermann, aaO., S.55f.
- (28) 前掲注 (25) Zimmermann, aaO., S.57ff. ただし、ツイマーマンは、表見相続人が債権を取り立てた場合は、相続人は追認して相続回復請求 (petitio hereditas) が可能だとしている。
- (29) Ernst von Momroy, Die vollmachtlöse Ausübung fremder Vermögensrechte, Stiller'sche Hof und Universitäts-Buchhandlung, 1878, S.98ff.
- (30) 前掲注 (29) Momroy, aaO., S.113ff.

（3）ドイツ民法典の出発点

以上のような状況を背景に、ドイツ民法典は成立したのだが、本稿にとって重要なのは、ドイツ民法が（悪意の侵害者に対する準事務管理（BGB六八七条二項）は別として）不真正事務管理を退け、かつ、動産の善意取得を承認したことである。⁽³¹⁾さらに、後者との関係で、BGB八一六条一項、二項の規定がおかれた。

まず、事務管理に関してであるが、例えば、理由書（*Motive, Bd. II, S.869f.*）では、以下のように説明されている。

「客観的には）他人の事務を自己の事務と考えて、本当は事務が関係する者のためではなく、事務が処理されたときは、事務管理（*negotiorum gestio*）に関する規定は適用されない。その場合にも、不法行為による事務処理者の責任は排除されないが、事務処理者と本人は、相互に事務処理によってもたらされた不当利得による責任を七四八条三項の基準で負担する。この点で、本草案は幾つかの現行法とは部分的には異なっている。しかし、このような場合に、まず本人に事務管理直接訴権（*actio neg. gest. directa*）を認めるなら、やはり一般原理との抵触は避けられない。事務処理者に過失がないことを前提とするなら、客観的な他人の事務が存在すれば、事務管理直接訴権の要件は具備されるという、何度か立法過程でも提案された原則を、支持することはできない。直接訴権、つまり、法的意味での事務管理の不可欠の要件は、他人の事務を遂行するという事務管理者の意識と、それゆえにそれを取り巻く事情から避けがたく看取される意思である（八五五頁、八五六頁を参照）。問題の事例では、事務管理反対訴権（*actio negot. gest. contraria*）が適用される余地は、ますます存在しない。事務処理者に他人のためにする意思（*animus obligandi*）がないから、それだけで反対訴権は排除される。そうではなく、事務処理者と本人は、不当利得返還請求権（七四八条）に制限される。とはいっても、不当利得の返還義務の他に、事務処理者の第三者の権利領域への侵害が過失による加害行為であるがゆえに、事務処理者が不法行為に関する一般原則（七〇四条以下）による責任を負担する可能性もある。過失による不

法行為が問題となるがゆえに、以上の方向では、事務処理者の誤信に過失があるか否かは重大な意味を持つことになる（2項）。

本人の側からの事務の追認の効果に関しては、本草案は規定をおいていない。通常の意味での追認、つまり、追認により本人が、自身の権利領域を拡大して、上述の事務管理の原則に抵触しながら、事務管理直接訴権による請求権を創出する効果を伴って、事務処理者との関係を承認するような単独行為は、この局面では論外である。同様に、以上のような一方的な追認が、本人に対する事務管理反対訴権を基礎づけることもあり得ない。一般原則に従って、一項の場合には、その変更は単独行為ではなく契約によるという、草案の規定により成立した関係に服することになる。法規定によつて以上を変更する根拠は存在しない。」

つまり、準事務管理を除く不真正事務管理を承認しただけでなく、本人が追認して同様の法効果を発生させることもできないというのが、立法者の明示的な意思であつた。⁽³³⁾ その結果が、BGB六八七条の規定である。すなわち、

BGB六八七条（一）他人の事務を自分の事務と考えて遂行したときは、六七七条から六八六条の規定は適用されない。

（二）その権限がないことを知って、他人の事務を自分の事務として遂行した場合は、本人は六七七条、六七八条、六八一条、六八二条による請求権を行使することができる。本人が以上の請求権を行使したときは、事務処理者に対して六八四条一文による責任を負う。

他方で、先のヴァイントシャイトとイエーリングの議論との関係では、他人の物を無権限で処分して第三者に善意取得させた善意の占有者の責任は、BGB八一六条一項に規定がおかれた。さらに、同様に他人の債権の弁済を受領して、債務者に弁済効が発生した場合の弁済受領者の責任は、同条二項に規定がおかれた。他方で、添付による不当利得返還

請求は、九五一条に規定がおかれることになった。

具体的には、以下のとおりである。

BGB 八一条（一）無権利者が目的物を処分し、これが権利者に対して有効であるときは、無権利者は、処分によって取得したもの（das durch die Verfügung Erlangte）を権利者に引き渡す義務を負う。処分が無償で行われたときは、処分によって直接法律上の利益を得た者が、同一の義務を負う。

（二）無権利者に対して給付を行い、これが権利者に対しても有効であるときは、無権利者は、給付されたものを権利者に対して引き渡す義務を負う。⁽³⁴⁾

BGB 九五一条（一）第九四六条から九五〇条の規定により権利を失った者は、権利の変更により利益を取得した者から、不当利得の返還の規定によって償金を請求することができる。原状回復は請求できない。

（二）不法行為による損害賠償義務に関する規定、及び、費用の償還と施設の収去権に関する規定の適用は排除されない。第九四六条、第九四七条の場合は、主物の占有者が付合を生じさせたのではないときも、占有者の所有者に対する収去権に適用される規定による収去が許される。

つまり、普通法下での議論は、ドイツ民法の規定からは、見て取ることが不可能となったのである。⁽³⁵⁾

加えて、以下の議論と関係するドイツ民法の規定をあげておく。

BGB 一八四条（一）別段の定めがないときは、事後の同意（追認）の効力は、法律行為の時に遡る。

（二）追認以前に法律行為の目的に対して行われた、追認者の処分、強制執行・仮差押の方法での処分、又は、破産管財人の行った処分は、追認の遡及効によってその効力を失わない。

BGB 一八五条（一）権利者の同意（Einwilligung）を得て行ったときは、無権利者の物又は権利（Gegenstand）の

処分は有効である。

(二) 権利者が処分を追認した (genehmigen) とし、又は、処分者が物又は権利を取得したとき、又は、権利者が処分者を相続し、かつ、単純承認したときは、処分は有効となる。後二者の場合は、物又は権利に関して相互に矛盾する複数の処分が行われたときは、先の処分だけが有効となる。

BGB 三六二条 (一) 債務の給付が債権者に行われたときは、債権関係は消滅する。

(二) 第三者に対して履行の目的で給付がされたときは、第一八五条の規定が適用される。⁽³⁶⁾

(31) ドイツ民法の善意取得の承認、および、それと関係する不当利得の規定の立法の経緯については、前掲注 (3) König, aaO. S.159ff. を参照。

(32) この部分で、理由書の注 (1) では、以上とは違って、本人は事務管理による直接訴権を取得するが、事務処理者は本人に対して不当利得返還請求できるに止まるという規定をおく立法 (および、立法提案) が指示され、他方で、プロイセン法では、事務処理者は事務管理による権利・義務は取得しないが、転用物訴権 (nützliche Verwendung) が適用されると紹介されている。

例えば、わが国のパンデクテン方式の模範となった、ザクセン民法では、事務管理の項目に、以下のような規定がおかれていた。

一三三九条 委任なしに、又は、委任が無効で、又は、委任は存在しても、それが本人の委任に基づくものではなく、又は、事務管理人に委任されたものではないときは、委任なしで他人の事務が管理されたことになる。事務管理人が、委任のないことを知っていても、委任されていると誤信していたときも、同様である。

一三二四条 自己の事務と誤信して他人の事務を管理したときは、事務の管理を受けた者は、本人の権利を取得するが、事務を管理した者に対しては、利得が現存する限度で責任を負う。 Bernhard Francke, Das Bürgerliche Gesetzbuch für

das Königreich Sachsen nebst der Gerichtsordnung und anderen hiermit in Verbindung stehenden Reichs und Landesgesetzen, 3. Aufl., 1892, S.247 以下。

今ひとつ、バイエルン草案では、

七四八条 事務管理人が第三者の事務を自己の事務と誤信して管理したときは、事務管理者は本人に対して上記の規定にしたがって責任を負う。

本人は、事務管理による利得がある限りで、事務管理人に対して責任を負う。

以上の草案の理由書では、「以上の規定は一般的に認められた法原則と一致するから、以下の点に留意するだけで足る」とした後に、他人の事務を自分の事務と誤信した場合は、「事務管理者の側には、本人を自分の行為によって義務づけようという意思がない」から、本人は不当利得の責任だけを負う。他方で、「本人の請求権にとっては、どのような意思で第三者が自己の事務に干渉したかは重要ではない。だから、他の場合と全く同じ請求権が本人に帰属する」と説明されている。Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, München, Christian Kaiser, 1861, S.227 (Nachdruck Scientia, 1973).

他方で、プロイセン一般ラント法では、第一部 (Theil I) 第十三章 (Dreizehnter Titel (物の所有権及び権利の第三者による拡張) 第二節 (Zweiter Abschnitt (事前の委任のない他人の事務の引受)) に、以下の規定がある。

二二八条 原則として、他人の委任、又は、明文の法規定により与えられた権利なしに、他人の権利に干渉する権限は認められない。

二二九条 以上の干渉を行った者は、干渉を受けた所有者に対しても第三者に対しても、責任を負う。

二三〇条 ただし、特別な権利なしに、他人の物、又は、行為の利益を自己のものとすることは許されず、他人の損失によって利得することはできない。

以上の規定を前提とする、他人の債権を取り立てた無権利者の責任に関するプロイセン上級裁判所の判例については、後掲二・三・注(7)を参照。

- (33) Protokolle Bd. II, S.741f.も参照。事務管理の追認が、事務処理者の損害賠償義務の免除を目的とすること、理由書 (Mot. II S.867) の立場に変更がなことが確認されている (S.867)。さらに、他人の事務を自分の事務と誤信した場

合に、事務処理者の不法行為責任は排除されないが、本人と事務処理者は不当利得の規定に従って責任を負うことも確認されている (S863)。

前掲注 (22) Windscheid / Kipp, aao. §431 (S870), Note 18. も参照。後者の注で、ヴァイントシャイトは、普通法の状況と事務管理の可能性を概観した上で、所有者の追認による不当利得返還請求が可能かは困難で争いのあった問題であると指摘し、ツィーママン (前掲注 (25)) とモノロイ (前掲注 (29)) を指示している。かつ、ヴァイントシャイト自身の考え方は、従前の自著 (前掲注 (8)) を指示するに止めている。そこでのヴァイントシャイトの結論は、この請求を否定する確実な証左はないという消極的なものであった。つまり、ヴァイントシャイトは、一方で善意の処分者が売却代金を請求された場合に、前主に支払った対価の控除の可能性を否定している。その論拠は、占有者が物を転売する前に所有物返還請求されれば、前主に対する追奪担保責任を追及する他はなかったから、物の処分によって占有者の地位が改善される根拠はないというものであった。以上の論拠は、第三者の下で物が滅失などしていないが、所有者が処分を追認して売却代金を請求した場合にも当てはまる (以上に関しては、前掲注 (8)) に関係する本文を参照)。しかし、上記のヴァイントシャイトの注の關係する本文は、ドイツ民法典が不真正事務管理を排除したという記述である。以上から、自説を貫徹すれば到達しうる法律構成が、その機能としては、民法典の不真正事務管理の否定と抵触する可能性を、ヴァイントシャイトは危惧していたのではないかと推測することも可能であろう。

(34) 椿寿夫・右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』(三省堂・一九九〇年) による。

(35) 前掲注 (3) König, aao. §161 は、その結果、民法典成立後のドイツの民事法の解釈学は、普通法の議論を忘却してしまったと指摘している。ちなみに、BGB の準事務管理と利益の返還に関する不当利得の規定の立法過程に関しては、花本広「ドイツ法における利益引渡責任 (Gewinnhaltung) —ドイツ民法六八七条二項・八一六条一項・八一八条一項・二項・九五一条の成立史から—」『現代契約法の展開 (好美清光先生古稀記念論文集)』(経済法令研究会・二〇〇〇年) 一九三頁以下が詳細である。

(36) 椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社・一九八八年) による。

（4）フロインドの議論

ところが、民法典の施行から間もない一九〇四年に、現行の民法典を前提とする解釈論として、フロインド（Rudolf Freund）は以下のような議論を展開している。

ローマ法でも普通法でも、同意（Einwilligung）は、一般的に物権的に有効ではない法的行為（Rechtsakt）を有効とする効力を有していた。自己の権利領域への他人の処分を追認する（genehmigen）可能性は、権利者に対して制限されてはならない。それでは、物の支配の不当な制限である。ただし、追認した処分を自己に帰属させるための追認を、ツィーマンは拒否している。（物の滅失などで所有物返還請求が不可能となったときに、始めて不当利得が問題になるから）所有物返還請求に対する不当利得返還請求の補充性と、自ら権利喪失を発生させる行為である追認とは矛盾すると思われるからである。ところが、それでは、所有者は売却代金の返還のほうが有利な場合でも、所有物返還請求権の行使を強制されることになる。他方で、ローマ法源からは明確な答えを発見できなかったヴィントシャイトは、所有権の喪失が所有者の意思によるか否かを全く区別していない。ローマ法源が肯定するのは、悪意の占有者の処分を事務管理として追認して、不当利得返還請求する可能性だけである。しかし、処分の追認の可能性を否定して、悪意の占有者に比して善意の占有者に寛容性を示そうと試みても、所有者が現在の占有者に対して所有物返還請求権を行使すれば、善意の占有者も追奪担保責任を問われるから、結局は目的は達成されない。しかし、ヴィントシャイトに与して、権原を有した善意占有者に対する不当利得を肯定すれば、ローマ法でも無権利者の売却の追認を肯定する法源は存在する。以上が、フロインドの普通法での議論とローマ法源に対する考え方である。

他方で、現行法ではBGB一八五条で、無権利者による他人の権利の処分を有効にする可能性として、同意（Einwilligung）と並んで追認（Genehmigung）が規定されている。したがって、追認の基礎に売買、贈与、事務管理な

どの原因(causa)が存在しない場合は、BGB八一六条が適用されて無権利者に対する不当利得返還請求権が発生する。さらに、不当利得返還請求権の補充性も問題にならない。確かに、悪意の処分者は、準事務管理による責任を負う。しかし、BGB八一六条は処分者が善意か悪意かを区別していないから、その限りで不当利得返還請求権の補充性を問題にしないといえることができる。

さらに、BGB六八七条の規定も、以上の解釈とは矛盾しない。善意の事務管理者に対する不真正事務管理(unechte negotiorum gestio)による訴権の拒絶と、不当利得返還請求の肯定とは別の問題だからである。却って、権利者と不真正事務管理者の間の財貨移動を矯正するのが、不当利得法である。その結果、当然に適用されるのが、BGB八一六条の規定であり、同条は無権利者の処分の有効性の根拠を問題にしないといえることができる。⁽³⁷⁾

その上で、フロインドは、以上の解釈で問題になることを幾つか検討している。例えば、物が第三者の下で付合、加工で所有権取得された場合に、所有者は第三者に対する債権的な請求権を取得するから、BGB八一六条は適用されるのかという問題である。しかし、所有者は追認して、無権利者の処分を物権的に有効として、不当利得返還請求することとは、同条の文言とは矛盾しない。ただし、BGB九五一条の請求権がいったん発生したら、後に権利者が追認しても除去することはできない。しかし、BGB九五一条の請求権を放棄した場合は、BGB八一六条の請求を排除するわけにはいかない。さらに、両者が並存して、処分者と第三者は連帯債務の関係に立つと解する余地もある。⁽³⁸⁾

さらに、フロインドは、他人の債権の取立の債権者による追認も可能だとする。まず、フロインドは、他人の債権を処分しても、債権者に帰属する債権と無権利者が処分した債権との間には同一性が存在しないから、債権者の追認は観念できないというモノロイの普通法下の議論を紹介する。しかし、一定の客観的なメルクマールが存在すれば、債権の同一性が存在すると考えることを、取引は要求していると、フロインドは主張する。

したがって、現行法の民法典の下では、無権利者が他人の債権を処分することは可能であり、かつ、現実に債権が同一だというメルクマールが存在すれば、債権者は処分を有効とすることが可能である。現に、現行法BGB一八五条は第一次草案では三一〇条だったが、そこで問題にされていたのは、他人の債権の処分だった。BGB三六二条では、無権利者に弁済目的で給付された場合は、BGB一八五条が適用されて、追認が可能だとされている。

以上の追認の結果は、原則として、BGB八一六条が適用された場合と同じである。その上で、不当利得返還請求が可能か否かは、追認の可能性と同様に、債権の同一性に依存している。特に、債務者が破産したときに、債権者は非債弁済されたのは自分の債権だと主張して、弁済受領者に不当利得返還請求することはできない。つまり、弁済されたのは自分に帰属する債権（例えば、弁済受領者は債権者への債権譲渡人）だったと証明できないときは、非債弁済の不当利得は破産財団に帰属するというのが、フロインドの議論の骨子である。⁽³⁹⁾

その上で、最後に、フロインドは、新たに規定がおかれたBGB八一六条は、いわゆる不真正事務管理の場合に、⁽⁴⁰⁾他人の財産の処分を追認により物権的に有効となるときは、BGB六八七条を補完して完全なものとする指摘している。だから、フロインドの目標は、後期普通法を継承したドイツ民法典の立法の過程で否定された不真正事務管理を、BGB八一六条の規定によって部分的に復活させようという試みだと考えることもできよう。

(37) 前掲注(3) Freund, aO., S.38ff.

(38) 前掲注(3) Freund, aO., S.44ff. 今ひとつフロインドが検討しているのが、物が滅失・時効取得された場合にも、処分者への請求が可能かという問題である。なぜなら、物の滅失・時効取得は、所有者の危険であり、その副次的効果として、処分者に売却代金の返還を命じる余地はないという考え方もあるからである。しかし、普通法、プロイセン法では、

物の滅失・時効取得によって、処分者は追奪担保責任を免れるから、処分者に対する売却代金の不当利得返還請求を基礎づける典型例だった。B G B 八一六条にとっては、権利の喪失が処分によろが、処分後の時効取得だろが、無関係である。同条の「有効 (wirksam)」とは広義の意味での有効であると、フロインドは論じている (S 441)。

(39) 前掲注 (2) Freund, aaO., S.63ff.

(40) 前掲注 (3) Freund, aaO., S.68.

2. 他人の物の無権限の処分

(1) ライヒ裁判所の判例

以上で見たように、無権利者による他人の物の処分と債権の取立に対する権利者の請求という問題は、民法典の制定の前後には、まずは (不真正) 事務管理の問題、および、無原因の不当利得 (condictio sine causa) の問題として議論されていた。ところが、不真正事務管理という共通項の基礎が失われると、物の処分と債権の取立のケースは、必ずしも共通の問題とは考えられなくなった。その上で、後者は前者に対する判例・学説の立場が固まった後に、前者との連続性の下で、かつ、懷疑的に議論され始めた。それゆえ、論述の順序として、無権利者による物の処分を最初に取り上げることにする。

民法典の制定後は、以上の局面を想定して新たに規定がおかれたB G B 八一六条一項に関する判例は、極めて少なくなつたと指摘されている。なぜなら、従前とは異なり、善意取得の制度が認められた後は、原則として善意の占有者 (中間取得者) は物の所有権を取得するからである。ただし、特にわが国との対比で重要なのは、ドイツ民法では金銭・

有価証券は占有離脱物でも善意取得が可能だが、それ以外の占有離脱した動産は原則として善意取得されないということである。具体的には、

BGB九三五条（一）物が所有者から窃取され、遺失し、又は、それ以外の方法で占有離脱したときは、九三二条から九三四条による所有権の取得はできない。所有者が間接占有を有するにすぎず、物が占有者から占有離脱したときも、同様である。

（二）前項の規定は、金銭、有価証券、又は、公の競売で売却された物には適用がない。

つまり、金銭・有価証券は盗品・遺失物でも善意取得でき、かつ、公の競売が介在すれば通常の動産も同様だが、他方で、それ以外の動産は、わが国の民法一九三条のような回復の期間の制限には服さず、民法一九四条のように取得者からの対価抗弁を受けることもなく、（時効取得、添付、滅失は例外として）所有者には物の追及が可能である。したがって、わが国でのいわゆる「金銭騙取の不当利得」がトピックとして問題となることはないが、他方で、動産所有権の保護はより完全だということになる。

加えて、以下に紹介するライヒ裁判所の判例との関係で重要なのが、ドイツ民法旧二八一条（新二八五条）の規定である。

BGB旧二八一条（一）給付を不能にした事情により、債務の目的に対する代償又は代償請求権を債務者が取得したときは、債権者は代償として受領したものの返還又は代償請求権の譲渡を請求できる。

（二）債権者が給付に代わる損害賠償を請求できる場合で、前項に定めた権利を行使したときは、取得した代償又は代償請求権の価値は減額される。⁽³⁾

というのは、当初は判例は、無権利者が他人の物を処分して第三者に引渡を終えたときは、無権利者の返還義務の履

行不能とみなしたからである。民法典制定後の議論は、一九二二年のライヒの判例と共に開始された。

①ライヒ裁判所一九二二年六月二六日判決 (RGZ105, 84)

『事実の概要』製靴工場を営む原告から、一九一九年五月に工場の管理人の息子他三人により、計二回合計四万五〇〇マルクの皮革が窃取された。盗品は、窃盗犯からJの飲食店の主人アダムSへ、アダムSからB、BからK、KからDへと転売され、Dは一部をJの手工業者、および、Dの供述によれば他所の買主に売却した。警察の協力で、原告は一〇〇〇マルクの皮革だけを回復した点については争いがない。一九一九年一〇月二九日の刑事判決で、Sは盗品故買で一年の刑を受け、判決は確定している。BKDに対しては、盗品故買での起訴はされず、皮革のころがし (Kettenhandel) の罪で、一万五〇〇〇マルクの罰金刑が科されている。

原告は、SBKDに対して、主位的に連帯して四万五〇〇〇マルクの損害賠償を、副次的にS四万五〇〇〇マルク、B一万二二五マルク、K八〇〇〇マルク、D二万四八八五マルクの各目の皮革の売却代金を請求した。一審では、Sの四万四〇〇〇マルクの損害賠償義務を認めたが(確定)、他の三人の被告に対する請求は棄却した。原告は控訴して、三人の売却による利益 (Gewinn) の返還を請求した。原審は請求を棄却したが、上告は認容された。

『理由の概要』ライヒ裁判所は、まず、盗品の皮革が善意取得されることはなく、原告の所有物返還請求が可能である点を確認する。さらに、BKDが善意なら不法行為による損害賠償請求権は成立しないという点では、原審と同様である。しかし、原告の売却代金の返還の請求は、BGB八二条、八六条の適用を別としても、BGB二八一条が適用される可能性があるとして、同条の物権法への適用の可能性を検討している。

「確かに、いわゆる物権的代償 (dingliche Surrogation) の適用は、一般的に可能なわけではなく、個々の規定によりその効力と範囲が定められている。だから、幾つかの法規定(例えば、BGB一三七〇条、一三八一条・・を参照)

に表現されているのは、目的物の売却により取得されたものが、法的な特定性を保って、売却されたものに取って代わるといふ法的な考え方である。しかし、BGB二八一条は、以上の規定とは異なっている。同条は物権法ではなく債権法の規定であり、債務の履行が不能となった事情により、債務者が代償を取得したときは、債権者は代償の返還を請求できるという規定である。代償として取得したものの所有権を債権者が取得するという意味での物権的代償ではない。

確かに、BGB二八一条は債権総論の規定だが、占有のない所有者の占有者に対する物権的請求権（BGB九八五条）に同条を適用することに、決定的な疑念があるわけではない。物権的請求権にも債権総論の規定が適用されることは、（悪意の占有者の遅滞による責任を定める）BGB九九〇条二項の規定も示している。^{（４）}だから、BGB二八一条が契約上の返還請求権、又は、給付請求権にだけ適用され、物の回復が不能となった所有者には適用されないと解する論理必然的な理由は見あたらない。

善意の占有者は損害賠償義務を負わない。しかし、BGB二八一条二項からも分かるとおり、同条一項の損害賠償請求は不法行為による損害賠償請求ではない。しかも、損害賠償請求が排除されたときにこそ、BGB二八一条による返還請求の適用が適切だと法が考えていたという可能性も考慮されてよい。

以上に加えて、特に学説で争いがあるのは、占有者が有償の処分行為により取得したものの返還を、所有者はBGB二八一条によって請求できるのかという点である。しかし、本件のように、債務を負った物を自由意思で売却した場合に同条の適用がないとは、当裁判所は考えない。『代償、又は、代償請求（einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch）』というBGB二八一条の文言は、法律行為による対価を必ずしも排除するものではない。物が売却されても、債権の目的が返還不能、給付が不能となっていないからといって、給付の不能により債務者が代償又は代償請求権を取得したという要件が否定されるわけではない。同条の意味と文言からは、給付を不能とした事情なしで債務者に代償が帰属した

ときも、その要件は具備される。確かに、ライヒ裁判所は、RGZ91. 260では、債務者は取得した利益を返還する必要はないと判示した。しかし、それは債務者が債務不履行の責任を負っている事例であり、本件とは事案を異にする。かつ、当該の事件ではより高額売却代金を原告が請求しており、本件では原告は客観的な市場価格を請求している。したがって、本件ではこの点を検討する必要はない。

BGB二八一条による代償から、調達費用や取得のための支出が、どの程度で控除されるべきかに関しても、本件で検討する必要はない。本件では、被告の利益(Gewinn)、つまり、取得費を超えて被告が取得した超過利益(Mehrerlöse)の返還が問題になっているからである。又、複数の債務者の誰に対してBGB二八一条の要件が具備されるかも、本件では検討の必要はない。なぜなら、本件の請求は、合算しても、皮革の通常の価値を超えていないし、その通常の価値が市場価格を超えているという証左もないからである。つまり、本件で請求されているものは、BGB二八一条の一般的な法思想に合致すると考えられる限度内に止まっている。以上の限界を超えるのは、占有離脱した物に代わって、市場価格や客観的価値が請求されたが、債務者が市場価格以下で売却した場合であるが、本件はそのような事例とは考えられない。

ころがしによる罰金も、控除されない。被告が原告に罰金刑を転嫁する理由はないからである。」

さらに、以上に加えて、ライヒ裁判所は、原審がBGB六八七条一項を根拠に事務管理の規定の適用を退けたのは妥当だとしている。「上告理由は、本件では本人の追認があり、BGB六八一条、六六七条に請求の根拠があると主張しているが、その見解には与せない。原審は、訴えの提起による追認の認定を退けている。かつ、このような原審の認定が、BGB一三三条(意思表示の解釈の準則)に抵触するか否かの検討も不要である。なぜなら、本人の追認があっても、理由書二卷八七〇頁が適切に指摘しているように、六八七条一項の場合にはその適用の要件が欠けるから事務管理

は成立しないからである。

上告理由は、原審のBGB八一二条、八一六条に関する説示にも向けられている。しかし、以上の説示に照らせば、この点を本件で論じる必要はない。」

②ライヒ裁判所一九二三年三月一二日判決 (RGZ106, 44)

〔事実の概要〕 退却途上の野戦病院は、一九一八年一二月に進軍が不能となった馬匹をウンター・Sに残して出発した。翌年一月、野戦病院の飼料責任者は、馬匹を同地の市役所で競売にかけた。被告は二六五マルクで馬匹を競落し、売却代金を飼料責任者に交付した。さらに、一九二〇年一月に被告は馬匹を六〇〇マルクで転売した。原告の主張では、馬匹の使用と相殺された飼料を考慮しても、被告は馬匹の転売により最低でも四一〇マルクを利得している。そこで、原告は被告に対し、四一〇〇マルクに遅延利息を付しての不当利得の返還を請求した。原審は請求を棄却したが、上告は認容され、原判決は破棄差戻しされた。

〔理由の概要〕 野戦病院の飼料責任者は、馬匹の処分権限を有しない。一九一八年一二月の動員解除例の規定によれば、馬匹の処分にはライヒ資材管理局の許可が必要だった。したがって、一九一九年一月の競売により被告が馬匹の所有権を取得する余地はない。裁判所の代理人の代理権を被告が誤信しても、被告は所有権を取得しない。BGB九三二条（動産の善意取得）が成立するのは、処分者に所有権があると信頼していた場合に限られるからである。以上の事実関係を前提に、競売により被告に帰属したのは、占有にすぎない。ゆえに、被告の馬匹の占有期間の使用利益の返還だが、BGB八一二条、八一八条二項により問題となるという原審の考え方は、法律の錯誤である。原告の請求は、転売代金の返還を求めており、その根拠はBGB八一六条一項一文である。

「一見すると、同条の要件は具備されていないようにも見える。被告が一九二〇年に馬匹を転売した第三者も馬匹の所有権を取得しない。第三者がBGB九三二条二項の善意者であっても、一九一九年五月三日の法令（ライヒ官報四七七頁（RGBl. S.477））が發布されており、本件では問題にならない例外を除いては、売却の権限のない者から軍用品を取得した者の善意取得は排除されてくる（RGZ105, S.295を参照）。被告の馬匹の処分は、原告に対して効力を有しない。

だから、処分は原告の追認によってだけ有効となり、かつ、訴の提起により追認は与えられている。権利者が処分を追認したときは、無権利者の処分は有効となると、BGB一八五条二項は規定している。BGB一八四条によれば、追認は遡及効を持つから、BGB八一六条の意味では処分は最初から有効だったとみなされることになる。さらに、追認には方式は要求されておらず、BGB一八二条一項は処分者に対する追認を許しているから、処分の対価の請求の訴と追認が一体であることには全く疑問の余地はない。しかも、権利者が対価を請求しながら、かつ、対価の請求は処分が有効な場合にだけ可能だが、しかも、処分の有効でないことを留保して第三者から物を所有物返還請求しようというのは、無意味で耐え難いから、対価を請求すればそこに追認も看取できる。だから、原告が対価を訴によって請求したからには、原告は追認し、同時に、所有物返還請求権を放棄していることになる。それ以外の原告の行為の理解は、信義則とは折り合わない。以上の解釈により、関係者間の利害は最も良く調整される。物ではなく物の価値に所有者が関心を持つなら、自分で処分するために所有物返還請求権するより、処分の対価を請求すればよい。他方で、従前の所有者に売却代金を返還すれば、処分者は売却代金以上に及ぶBGB四四〇条、三二五条以下の第三者からの損害賠償請求（追奪担保責任）から保護される。他方で、被告の追奪担保責任による損害賠償請求の要件はBGB四四〇条二項の要件と同一である。つまり、以上の方法が当事者の利害に最も合致している。BGB一八四条、一八五条、八一六条は、以上

の方法を指示している。処分者が自分に権限があると考えて行為した場合には、事務管理の請求権では目的は達成されない（BGB六八七条一項）。以上の考え方は、学説では以前から提唱されていた（Oertmann Komm. zu §816 Anm. 1a, Tuhr Allg. Teil II 2 S.227, 239, RGR. Komm. §816 Anm. 1）。

以上の二つの判決により、ライヒ裁判所は、善意の無権限処分者に対する所有者からの売却代金の返還請求を肯定した。ただし、その根拠は、履行不能によるBGB二八一条の代償請求権と、所有者が処分を追認（BGB一八五条）した上でのBGB八一六条一項一文による不当利得返還請求とに分かれていた。②判決の評釈で、レヴィ（Ernst Levy）は、「処分により取得したもの（Herausgabe durch die Verfügung Erlangen）」（BGB八一六条一項一文）は、「代償として取得したもの（Herausgabe des als Ersatz Empfangenen）」（BGB二八一条一項）より多義的だが、解釈により両者は接近しているから、判然とは区別できない。しかし、他人の所有権の侵害の賠償には、他人の処分の追認による八一六条一項一文の適用が適切であり、直感的にも分かりやすい。代償請求を所有物返還請求に拡大することには見解の対立があり、従前のライヒ裁判所の判例と矛盾すると評している。その上で、二八一条と八一六条の関係が判示されなかったのは、残念であると指摘する。但し、①判決、②判決ともに誤想事務管理の場合（BGB六八七条一項）に本人からの引渡請求を認めるという構成を否定したのは妥当だとコメントしている。⁵ところが、その後、ライヒ裁判所の判例に反対する、ハンブルグ高裁の判決が登場して、ライヒ裁判所は両者の関係を論じる必要性に迫られることとなる。

③ ハンブルグ高裁一九二五年五月九日判決（JW1926, 1244）

「理由の概要」 「本件の争点は、盗品を転売した善意の占有者に対して、所有者は代償請求が可能かである。

BGB八一二条以下の請求権は、本件には適用できない。権利者の財産から義務者の財産への直接の移転が不当利得

返還請求の要件であることは、間違いなく承認されている。しかし、本件では、以上の要件が欠如している。なぜなら、無権限処分者が処分により取得したのは、権利者の財産ではなく、第三取得者の財産だからである (RGK, 3. Aufl. zu §812 Note3 等)。

それ以外でも、被告の処分は所有者に対して有効ではないから、BGB八一六条は適用されない。それどころか、所有者は現在の取得者に対して、BGB九八五条の請求権を有している。

それ以外で考え得るのは、ライヒ裁判所が占有のない所有者の占有者に対する物権法上の請求権に適用したBGB二八一条である (RGZ105, Nr. 24)。しかし、債務法上の規定を物権法に適用することには、当然に疑念がある。一九二四年一月一日の判決 (HassGerZ. 1924 Nr. 50 Fall 153) は、当裁判所は重要な疑問点を幾つか提示しておいた。

ライヒ裁判所で問題となったのは、一般化が不可能な、特に限られた事例だという点は、見逃されてはならない。当該の事件では、盗品は回復が不能であり、かつ、盗品の価値 (Wert) とは違った売却益 (Gewinn) が請求の対象であった。ライヒ裁判所は、特に請求の範囲に関しては留保した上で判決を下すこととなった。

本件では、ブリリアント型のダイヤモンドを被告は売却益なしで転売しており、売却益の返還は問題にならない。その他にも、BGB二八一条による返還請求の範囲には、学説上の争いがある。同条の請求は不当利得返還請求ではなく、代償請求だという点は確かだとしても、被告が売却益からの取得費の控除の抗弁を主張できるかは不明である。債務者はBGB二七五条で後発的不能の場合は債務から解放されること、被告には過失がないから、責任は軽い責任であることを考えると、悪意の債務者と同様の扱いをするのは不当である。

BGB二八一条の基礎となるのは、物を給付すると約した者は、給付が不能となった場合は、不能により取得したものを給付すべきだという考え方である。被告が利益なしで、自分の兄弟の宝石商にダイヤを売却した場合は、被告に支

払われた代金は、自然かつ経済的な考え方では、引き渡されたダイヤの代償ではなく、支出の代償と解すべきである。かつ、被告になにがしかの利益が残された場合に関しては、発言を控えておく。」

④ ハンブルグ高裁一九二五年二月二日判決 (JW1926, 2775)

〔理由の概要〕「当裁判所はライヒ裁判所の見解に与しようとは考えない。ライヒ裁判所は、BGB二八一条は債権総論の規定だが、占有を失った所有者からの従前の善意の占有者に対するBGB九八五条の請求権に適用が可能と解している。つまり、文言からは、BGB二四一条から四三二条が所有物返還請求権には適合しないとか、BGB九八七条から九九三条が所有者が占有を失った場合に関して包括的に規律していると解する論理必然的な理由はないというのである。

ライヒ裁判所は、物権的請求権も債権的請求権も所有権に由来するから、同一の権利関係から発生する請求権を異なつた扱いをする理由はないと考えている。

ところが、そうすると即座に考えつく難問、物を売却した一連の従前の占有者に対して売却代金を対象とするBGB二八一条の請求を認めればどうなるのかに対しては、ライヒ裁判所は意見表明する契機はなかった。取得した代償を請求できる範囲に関しては、ライヒ裁判所は留保している。物の返還が不能なら、原則として所有者は、どの占有者に対してもその取得費を考慮せずに請求が可能かに関しては、ライヒ裁判所は立場を明らかにしていない。

当裁判所の民事二部は、ライヒ裁判所に反対のHansRZ1925, 785で、以下の点を重視した。BGB二八一条では、物を給付する義務という債務者の契約上の債務が問題であり、BGB九八五条では、占有者は所有者に対して物の占有を保持する義務が問題になっているわけではない。占有者は物を占有している限りで、物の返還義務を負うにすぎない。

このように両者を対比すれば、二つの請求権の本質的な違いがはつきりする。一方では、債務者は物を自由に売却して契約上の結合から離脱することはできない。他方で、善意の占有者は占有を失うことでBGB九八五条の請求権の要件を除去できる。占有は、請求権の事実上の『要件』である。

法規の文言からも、返還請求権の事実上の要件の喪失によって、請求権が消滅するという事態の推移に、『給付が不能となった』という状況を見て取るというのは、当裁判所には理解できない。給付の後発的不能によって契約上の拘束が除去されないというのは、BGB二八一条のルールに関する決定的な考慮事由であり、理由書二卷四七頁 (Motive, II S. 47) は、『債権関係に入った当事者の意思はそうであるという正当な想定に、以上の原則は基づいている』としている。契約関係では債務者は給付義務を負うが、反対給付の権利を有している。それゆえにこそ、債務の履行が不能となった場合に、債権者は債務者に代償を請求できるのは、合理的な当事者の意思に合致している。かつ、その場合には、債権者は反対給付の義務を負っている。

反対に、BGB九八五条の場合は、契約関係を前提としないから、当事者意思は手がかりにはならない。その結果、それ以外では考えられない問題、取得費用を支出 (Aufwendung) として取得した代償から控除すべきか、所有者は転売益だけを請求できるのか、そうすると、不当利得の性質を有することになるが、売却代金も請求できるのか、そうすると、悪意で転売した占有者が損害賠償義務を負って市場価格の返還義務を負うのと比べても、却って、善意の占有者は不利な扱いを受けることになる。

BGB二八一条の適用は帰責事由のない不能を前提としており、契約の対象を売却すれば、帰責事由があり、損害賠償義務を負うから、債権者は十分に保護されている。つまり、BGB二八一条は契約法の規定であり、BGB二七五条、二八〇条の規律していない欠缺を埋めている。仮に、BGB二八一条を善意の占有者による商品の転売に適用すれば、

欠缺補充の規定を通常のケースに適用することになる。なぜなら、善意で取得した商品を転売するというのは、極めて当たり前の経済活動だからである。民法典の体系では、この問題は所有権に基づく請求権で規律されているはずであり、債権法の対象ではない。

以上で述べたとおり、法律関係の同質性も立法の制度目的も、BGB二八一条の類推適用には欠如している。同条の規定の位置も、その内容も、物権関係に適用すべき規定ではない。善意の占有者が自発的に物の占有を放棄した場合には、給付を不能とした事情は存在しない。その場合も、依然としてBGB九八五条の要件は存続している。BGB九八五条の請求権は、法体系上はBGB二四一条の給付請求権ではない。」

以上の二つのハンブルグ高裁の判決は、BGB二八一条、八一六条のいずれの適用に関しても、ライヒ裁判所の判決に反対している。後者に反対する理由は、利得移動に直接の因果関係がないこと。および、第三者が物を善意取得しなければ、所有者は所有権を失わず、したがって、所有者の損失によってではなく、第三者の損失で利得しているからである（③判決）。さらに、①判決のライヒ裁判所の判決理由を批判し、BGB二八一条の適用に反対する理由は、包括的で詳細かつ説得的である（④判決）。以上のハンブルグ高裁の判決に対しては、掲載紙の解説も好意的であった^⑥。その結果、④判決の上告審で、ライヒ裁判所も判例を変更して、BGB八一六条一文による問題解決だけを選択することになった。

⑤ライヒ裁判所一九二六年一〇月二八日判決（RGZ115, 31）

『事実の概要』一九二二年から一九二三年の間に、原告の被用者Eは、原告の所有する金属地金を窃取し、七車両分の積荷、計二二万二三〇〇キログラムを被告に売却し、被告は地金を転売した。Eは窃盗と詐欺で刑罰が確定している。

原告は被告に損害賠償を請求し、請求額の一部の二〇〇〇マルクの支払いを命じる判決を得ている。現在の訴訟では、同一の事実に基づいて、原告は被告に四四五〇、七三マルクを請求している。地裁は請求を棄却したが、被告に一二七〇マルクの支払いを命じた。高裁は請求には理由はないが、地裁の判決の変更の必要ないと考えた。原告の上告は認容され、原審に差し戻された。

〔理由の概要〕「控訴審は、従前の控訴審の判決（OLGHamburg: LZ1925, Sp. 609; 1926Sp594）に従って、BGB二八一条を所有者の物権的請求権には適用できないと考えた。つまり、BGB二八一条は契約上の請求権にだけ適用されることになるが、これは従前のライヒ裁判所の民事六部の判例（RGZ105, 84）とは異なっている。その理由として、原審は、以下のように説示している。占有はBGB九八五条の請求権の事実上の要件である。この請求権の事実上の要件が失われる任意の売却の過程に、BGB二八一条の意味での給付を不能とする事情を見て取るといのは、無理であると考えられる。契約関係のある場合には、不能となった給付に代わって債務者の取得した代償を債権者が請求するというのは、当事者の意思に合致する。反対給付が残存する限りで、債権者は義務を負っている。反対に、BGB九八五条の場合は、契約関係がないから当事者意思からは何も出てこない。契約法でBGB二七五条、二八〇条が規律しない帰責事由のない不能という欠缺を、BGB二八一条が補充している。仮に、善意の占有者の転売の場合に同条を適用するならば、通常のケースに欠缺補充の規定を適用することになる。なぜなら、善意での転売は通常の経済過程だからである。・・・。

以上の説示は、その重要な内容には、いずれにせよ結論としては、賛同すべきである。BGB二八一条の基礎となるのは、給付が後発的に不能となっても債権関係は消滅せず、返還義務という方向で効力を有するという考え方である。かつ、以上の債務は、債権関係に法律上の原因を有している。・・・しかし、善意の占有者に対する所有者の返還請求

の場合には、話が違ふ。その場合は、占有者が物を回復して返還することが可能か否かにかかわらず、占有を失っただけで物権的請求権は消滅する。つまり、返還の不能が占有者を義務から解放するか否かではなく、所有物返還請求権はその基礎を失って、占有の喪失と共に消滅することが問題なのである。そうすると、義務の存続がない以上は、BGB二八一条の適用の可能性は消滅する。従前の民事六部が、BGB二八一条が物権的請求権にも適用されない論理必然的な理由はないと判示したのは、以上の物権的請求権の特別な性質がBGB二八一条の適用を許さないことを看過している。当裁判所は控訴審と同じく、以上の見解に与する。・・・以上の見解は、RGK, BGB895, Anm. 5 により支持されている。

原告は、更に、不当利得も請求の根拠としているが、控訴審はこの点に全く言及していない。不当利得返還請求としては、原告の訴は正当化の根拠があるように思われる。ただし、BGB八二条、八八条二項の請求で不都合なのは、被告は占有を取得しただけで、所有権を取得したわけではなく（BGB九三条、かつ、占有期間に取得した物の使用利益を請求できるに止まることである（BGB八一条。反対に、本件では、BGB八一条一項一文の要件は具備されている。確かに、被告の盗品の処分は、原告に対しては有効ではない（*unwirksam*）。しかし、処分の効力は、BGB一八五条二項、一八四条一項の追認により有効となり、かつ、原告が被告に売却代金を請求したことに、追認の意思表示が見て取れる。以上に関しては、現在も維持すべき当裁判所の一九二三年三月二日の判決（RGZ, Bd. 106, S. 24）を参照されたい。所有者が一連の転得者の最後の取得者を発見した場合に、その取得者がその前主にBGB四〇条二項によって請求が可能かという危惧に関しても、全く問題はない。なぜなら、前述の判決で明言されているように、売却代金の返還は、前主に対する責任追及の要件と考えられるべきだからである。さらに、追認の遡及効により処分者はもはやBGB八一条一項一文の無権限処分者ではなくなっている、したがって、同条の適用の可能性はなくな

るという考え方も拒絶すべきである。なぜなら、BGB八一六条の無権利者の意味はBGB一八五条のそれと同一であり、処分者が処分時には事実として無権利だったことは間違いないからである。処分は追認があれば有効となり、かつ、無権利者によって行われたが、権利者により行われたかのように扱われる。・・・」⁽⁷⁾

以前にライヒ裁判所の②判決は、所有者の無権限処分者に対する売却代金の請求は、無権限処分の追認とみなされ、所有者は所有権を失う。所有物返還請求を留保しての売却代金の請求は信義則とは合致しないと判示していた。以上に加えて、所有者からの返還請求を受けた従前の占有者（処分者）は、物の返還請求（追奪）を受けたわけではないが、前主に対する追奪担保責任の追及は可能であること、および、追認の遡及効により処分時にも無権利者ではなくなれば、BGB八一六条の適用の要件を欠くのではないかという理論的な問題にも、本判決は答えを与えている。その結果、本判決によって、無権利者による処分の追認（BGB一八五条）と不当利得返還請求による売却代金の返還請求（BGB八一六条一項一文）という、現在の通説・判例の方向性が決定された。⁽⁸⁾ところで、当初はライヒ裁判所が採用した二つの可能性、BGB二八一条とBGB八一六条は、普通法の議論との連続性で考えると、前者は、（イエーリングとヴィントシャイトとの論争の対象だった）物が第三者の下で滅失した場合の無原因の不当利得返還請求であり、後者は、真正事務管理の追認の系譜につながると考えることも可能であろう。前者は、占有者による転売を、物の滅失になぞらえるものであり、後者は、自己の権利領域に関係する無権限者の行為に対する事務管理訴権を基礎づける追認だからである。ただし、前者は、物の占有の喪失を契約上の債務の履行不能と同視するという難点ゆえに、判例は採用しないという結論に落ち着いた。ところが、後者の考え方は、（少なくとも理由書と議事録を見る限りでは）民法典の立法者が退けたはずの不真正事務管理の復活であろう。そこで、以下では、同時期の学説が、ライヒ裁判所の判例をどう評価したのかを見ていくこととする。

(1) 前掲1・注(3) König, aaO, S.163.

(2) いわゆる金銭騙取の不当利得の問題は、ドイツ法では、主に騙取者と弁済受領者の不法行為という角度から考えられている。前掲1・注(2) 藤原三七四頁、詳しくは、注前掲1・注(3) König, aaO, S.205f.を参照。

(3) 前掲1・注(36) 椿・右近を参照した。

BGB新二八五条(一)債権者が第二七五条一項から三項により給付を不能とした事情で、債務の目的について代償又は代償請求権を取得したときは、債権者は代償として受領したものの引渡又は代償請求権の譲渡を請求できる。

(二) 旧規定と同じ

以上は、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社・二〇〇三年）を参照した。

(4) BGB九九〇条(一)占有者が占有の取得時に善意でないときは、占有者は所有者に対して占有取得時から九八七条、九八九条による責任を負う。占有者が後に自分が適法占有者ではないことを知ったときは、知った時から同様の責任を負う。

(二) 占有者の遅滞による責任は、以上とは無関係である。

(5) Ernst Levy, Anm. JW1923, S.684, ちなみに、②の判決に関して、前掲1・注(3) König, aaO, S.163は、戦時法規違反という非典型的な事例で、ライヒ裁判所はBGB一八五条、八一六条を適用することになったと指摘している。

(6) ③判決への、Ernst Hageberg, JW1926, S.1244f.および、④判決への、Wedemeyer, JW1926, S.2775を参照。ただし、ハーゲルベルクは、BGB二八一条の適用に反対するだけではなく、善意の占有者に売却代金の返還義務を課すこと自体に反対している。理由は、売却代金は他人の物だけでなく処分者の活動に由来する。それゆえ、権利者が自分では取得できなかっただろう財産上の利益の入手は不当である。BGB九八五条以下の規定は、訴訟係属以前は善意の占有者に損害を与えないことを目的としている。所有者は複数の処分者の中から最も有利な処分をした者を探し出し、かつ、それは物の返還請求より簡単で有利な場合もある。しかし、返還請求を受けた占有者は、次々に前主に遡及して、法的不安定が発生するからである。他方で、ヴェーデマイヤーは、不当利得による解決を示唆している。

(7) 以上に続いて、同判決の掲載された、JW1927, 1141では、被告の利得に関しては、BGB二四二条（信義則）ではなく、BGB一八八条が適用されるが、Eに支払った代金を控除できない。支払った代金と転売の売却代金との間には因

果関係が存在しないという（公式判例集には掲載されていない）判示が掲載されている。

（8）本判決に対して、ヴェルナーは、結論には賛成しながら、幾つかの留保を付している。まず、ハンブルグ高裁は、一般的に物権的請求権にはBGB二八一条は適用されないと判示した。しかし、ライヒ裁判所は、本件のように物の返還が可能な場合に限って、返還義務の不能を前提とするBGB二八一条を適用しなかったと理解されるべきだとする。かつ、その考え方を正当化するために、以下のような例をあげている。「その良い例が、間接占有である。例えば、Uが指輪を窃取されたとする。Bは指輪を善意で盗人から買い受け、Eに貸与した。Eは外国に赴いて、Bが指輪を回復するのは、通説によれば不能であると考えられる。九三五条で所有権を取得しないBは、間接占有者である（八六八条）。したがって、Bは所有物返還請求権（九八五条）の被告となる。しかし、債権法の総則規定は原則として債権的請求権には適用されるから、Bは二七五条で不能ゆえ返還義務から解放される。しかし、二八一条を適用しない理由はない。つまり、BはUにEに対する返還請求権を譲渡する義務を負う。要するに、BGB二八一条の適用は、以上の事例では可能である。返還請求権は不能ではあるが、消滅するわけではない。請求権の要件は、依然として具備されているからである。ゆえに、二八一条は物権的請求権にも適用される。したがって、ライヒ裁判所の判示は、本件に関してだけ妥当である。」

さらに、ヴェルナーは、BGB八一六条と一八五条による問題解決は妥当であるとも指摘している。Wernr. JZ1927, S.1141ff.

（2）学説の動向

（a）ライヒ裁判所の判例以前から、BGB八一六条一項一文の適用、又は、類推適用を支持していた学説

学説には早くから、他人の物の無権限処分 の追認と不当利得返還請求 という法律構成を提案するものがあつた。例えば、フォン・トゥール（Andreas von Tuhr）は、以上の可能性を肯定した上で、例えば、AがBの物を売却した場合に、Aが売却によって取得した価値の返還をBがBGB八一六条一項によって請求したときは、追認権者の行為からBGB

一八五条二項の意味での追認 (Genehmigung) が推認できると、黙示の追認の可能性を例示している。⁽⁹⁾ さらに、トゥールは同意 (Einwilligung) と同じく停止条件付きでの追認も可能だと記述した後に、X が無権限で売却した物の所有者は、利得が所有者に支払われるという条件で追認できるといふ具体例をあげている。⁽¹⁰⁾

さらに、シュルツ (Fritz Schulz) は、不当利得の基礎を二元的に侵害取得 (Eingriffserwerb) で基礎づける試みの過程で、侵害取得の一環として「返還すべき物の売却による取得」にも統一的な構成を構想している。その上で、B G B 八一六条一項一文の適用されるのは、最も強力な他人の物の侵害であり、所有権が失われる。これに次ぐのが、B G B 八一六条二項で、無償取得者への所有権の返還請求が成立する場合だが、処分者への請求も肯定されてしかるべきである。最も弱い侵害が、取得者が所有権を取得しない場合だが、以上と異なつた処遇が処分者に与えられる必要はない。したがって、少なくとも B G B 八一六条の類推により、処分者に対する売却代金の返還請求が認められてしかるべきだと、シュルツは説いている。さらに、その際に論拠とされるのが、相続財産を相続占有者が処分した場合は、処分の有効・無効を問わず代位物の返還請求を肯定する B G B 二一九条である。⁽¹¹⁾ ただし、トゥールとは違って、シュルツは所有者は処分を追認して所有権を失うのでなければ、売却代金の請求はできないと解している。⁽¹²⁾

他方で、ユングは B G B 八一六条一項一文の類推による売却代金の返還を肯定している。ただし、その理由は、処分者の追認の効果としてではなく、所有者にとって物の回復が困難となつたり遠隔地に物がある場合には、占有の侵奪は事実上は処分等に等しいという経済的観点からであると説いている。⁽¹³⁾

以上のような学説を見ると、ライヒ裁判所の判例以前から、漠然と売却代金の返還の可能性を説く学説は存在した。⁽¹⁴⁾ しかも、トゥールの提案は、先に見たフロインドと同様であり、いわば不真正事務管理の復活である。ユングも物の滅失と物の回復の困難を同一視する点で、普通法の議論との連続性が見て取れる。他方で、以上とは思考図式の違つた

シュルツの侵害取得論も、権利者に排他的に帰属する財貨の侵害に対する保護（侵害利得）という現在の不当利得類型論の一環を形成するものと評価することも可能であろう⁽¹⁵⁾。

ただし、この問題をめぐっての本格的な議論が始まったのは、BGB一八五条、一八六条一項一文の適用を肯定したライヒ裁判所の判例（⑤）以来であった。

（b）判例に反対の学説

判例に反対する学説の中で、最初に最も包括的な反論を試みているのが、ハイマン（Franz Haymann）である。まず、権利者に対して無効の処分に、BGB一八五条二項の追認で有効とみなしBGB一八六条を適用するのは、同条の文言にも同条の趣旨（ratio）にも反している。なぜなら、BGB一八六条一項は、権利者に対して有効「な（ist）」処分を前提としており、追認で有効「となる（wird）」ではないからである。しかも、同条の立法の経緯からは、善意者の保護のために権利者の意思とは無関係に処分が有効とされる場合に同条が適用されることは明らかである。つまり、処分は違法だが、処分者と権利者の間に契約関係は存在せず、処分者の善意ゆえに所有権に基づく請求権、不法行為、事務管理の規定も適用されない場合に、始めて処分者（BGB一八六条一項一文）、又は、無償取得した第三者（同条一項二文）に対して不当利得返還請求が可能というのが同条の考え方である。所有者が所有権を失わず、物が現存している限りは、権利者は所有物返還請求権の行使に制限される。無効な処分により取得した利益を権利者が請求できるのは、処分者の悪意を前提とする準事務管理者（unechter Geschäftsführer）に対してだけである。仮に、BGB一八六条の文言と制度趣旨に反して、同条を適用して、善意の無権限処分者の売却代金の返還義務を認めるなら、本来は不当利得の返還義務を負うにすぎないはずの善意の処分者に事務管理を適用するのと変わらない。BGB一八六条はBGB九五一条と同様に、権利者が意思に反して損失を被った場合に、権利者に損失の補償を与える規定である。例えば、私の庭に

庭師が約定に基づいて、弁済目的で植物を植えて植物が土地に付合した場合に、BGB九五一条が適用されないのと同様に、無効な処分を追認によって有効としてBGB八一六条が適用されるわけではない。加えて、追認の効果は、処分者と追認者の間の原因関係から発生するはずである。ところが、本来は原因関係が存在しない場合に、追認によって不当利得返還義務を発生させるのは無理である。しかも、BGB八一六条一項二文の規定する処分が無償の場合に、処分を追認することは権利者にとって無意味である。かつ、このことがBGB八一六条を拡張して適用することが、同条の制度趣旨に反していることの十分な証明である。以上の理論的な疑念に加えて、ハイマンは、処分者の才覚によらねば誰も取得できなかったであろうような売却代金を権利者が取得するのは妥当ではないと主張している¹⁶⁾。

さらに、ハイマンは、以上のケースにBGB二八一条を適用することにも反対する。確かに、BGB九九〇条二項と一一四六条¹⁷⁾の存在からも、債権総論の規定一般が物権的請求権に適用されないわけではないと考えられる。しかし、同条の制度趣旨である「代位物 (stellvertretendes commodum)」の返還は、物自体の返還が可能の場合には当てはまらない。仮に、物の返還が不可能となっても、中間処分者は物の返還が不可能となった事情で売却代金を取得したわけではない。反対に、違法な処分によって返還が不可能となったと考えるなら、物が発見できるか否かはBGB二八一条の適用に無関係である。同条は債務者だけに請求が可能な債権者を保護する規定であり、かつ、債務者が履行不能により代位物を取得した場合に限って適用可能である。反対に、第三者に対しても所有物返還請求できる所有者とは、同条は無関係である。物が転売されても、物の返還義務は不能とはならず、第三者に移転しているからである。さらに、例えば、担保責任を買主に対して負担する可能性のある処分者が、売却代金を代位物として取得しているとはいえない。加えて、BGB二八一条の適用を肯定するなら、転売の連鎖したときは全ての処分者に対して請求が可能とならざるを得ない。しかも、処分者は返還義務から前主に支払った代金を控除して純利益を返還すればよいというものではない。以上の不

都合が、BGB二八一条の適用に反対し、BGB六八七条一項の考える善意の処分者の評価に反することを示している。⁽¹⁸⁾

最後に、ライヒ裁判所の、所有者が処分者に売却代金を請求することが追認に当たり、かつ、その際は所有者は所有権を放棄したものとみなされる、それ以外の理解は信義則に反するという判示にも、ハイマンは反対する。所有者が法律の素人の場合は、放棄の意思は認められず、かつ、放棄の意思表示は、放棄者が権利を知っていたことが必要であり、少なくともそれが放棄者の行為から推認できる場合に限り得ると解すべきだからである。⁽¹⁹⁾

さらに、当時の代表的な学説であるヘック (Philipp Heck) も、BGB八一六条一文の適用に反対している。かつ、同条の適用の要件を追認 (BGB一八五条) により満足させることは、抜け道 (Ausweg) だとして批判的である。以上の構成に対して、ヘックは、追認は無権限処分は物権的効力を与えはするが、売却代金の返還請求を基礎づけるわけではない。債権的な売却代金の返還請求が追認で発生するのは、追認が同時に事務管理に対して行われた場合である。しかし、BGB六八七条一項からも、このケースでは追認の可能な事務管理は存在しない。所有者は追認により所有権を失いはするが、売却代金の返還請求権を取得するわけではない⁽²⁰⁾のである。つまり、以上は、追認が基礎づける売却代金の請求は、実質的には不真正事務管理の復活だといえる。実際に、以上の法律構成を、ヘックは事務管理の追認であり、支持しがたいと評している。⁽²¹⁾加えて、ヘックは、所有者が売却代金の返還を請求すれば、追認が擬制され、留保なしで所有者は所有権を失うというライヒ裁判所の判例の解釈にも承伏しがたいとする。ヘックの考え方では、このケースにはBGB二八一条が適用され、加えて不当利得返還請求もBGB八一二条で可能だとされる。その上で、物が回復されたときは、無権限の処分者は売却代金を目的消滅の不当利得 (condictio causa finita) で返還請求できると解している。⁽²²⁾つまり、ヘックは物の現存にもかかわらず、所有物返還請求以外での所有権保護の必要性は承認しながらも、事務管理の追認には反対している。⁽²³⁾

今一人、ジーバー（Heinrich Söber）も判例に批判的であつた。理由は、第一には、ハイマンと同様にBGB八一六条の文言（処分は有効であり（*ist*）、追認によつて有効となる（*wird*）、ではない）への抵触である。さらに、所有者が追認すれば、所有者自身が所有権の喪失を基礎づけており、それなら処分者の利得は法律上の原因を欠くとはいえない。BGB六八七条二項の適用される場合以外は、所有者は事務処理者に対して引渡請求はできないはずである。したがって、所有者と処分者および取得者との関係が、追認の前提となると指摘している。⁽²⁴⁾つまり、ジーバーも、他人の事務を自己の事務と誤信した場合に、追認により事務管理が成立したのと同様の効果が発生させられることを危惧していると考えることができる。

（c）判例に賛成の学説

他方で、当初からライヒ裁判所に賛成する学説も多かった。その中で、最もまとまった考察を加えているのが、デレ（Hans Dölle）である。デレは、ライヒ裁判所とそれに反対する学説の根拠を逐一検討している。その上で、デレは、BGB二八一条、一八五条と八一六条の適用のいずれをも支持している。まず、BGB二八一条に関しては、仮に同条を適用しなくても、所有者が第三取得者（現在の占有者）に所有物返還請求すれば、第三取得者は処分者に対して追奪担保責任を追及するから、処分者は売却代金を保持することはできない。したがって、BGB二八一条による所有者の売却代金の返還請求を排除しても意味はない。また、転売が連鎖した場合には、所有者は最も高価に処分した処分者を探し出すだろうという危惧も決定的ではない。さらに、善意の従前の占有者が、所有者からBGB二八一条の請求、買主からの追奪担保責任の追及を受ける可能性があるという指摘も、当たらない。処分者は所有者に対して、処分の追認と同時履行で売却代金を返還すれば足るからである。その結果は、BGB一八五条の適用で遡及的に所有権を失った所有者は売却代金を保持し、処分者は第三取得者の追奪担保責任の追及を恐れる必要がなくなる。以上の結果は、処分者

が無償取得した場合は、極めて満足のいくものである。他方で、処分者が前主に代金を支払っていた場合は、BGB四四〇条（追奪担保責任）の類推で、処分者は（盗人の可能性もある）前主に請求することになる。もちろん、その請求が実効性のない場合もある。しかし、仮に物を占有していたときは、善意の占有者といえども物自体の返還義務を負い、かつ、その場合に追奪担保責任の実効性が保障されていたわけではない。⁽²⁵⁾

さらに、BGB一八五条、八一六条の適用の可能性に関して、デレは、ハイマンの論拠に逐一反論している。まず、追認は遡及効を持つから、BGB八一六条一文の文言が、有効な（*valid*）でも、有効となる（*validly*）でも、処分は始めから「有効な（*valid*）」ものとみなされることになる。物権的請求権が存続するなら、不当利得の出番はないというが、物権的請求権の現実の行使が不可能な場合には、その必要があることは否定できない。処分者と第三取得者が原状回復を望んでいる場合でも、処分者およびその相手方の意思と、追認の可否は無関係だからである。処分者が高価に処分したときは権利者は自分では取得できないものを取得するという反論も、決定的ではない。いずれにせよ、本来は売却代金は、処分者に帰属すべきものではないからである。善意の処分者に事務管理を適用したことになるという指摘も当たらない。なぜなら、BGB八一六条一文が適用されれば、善意の処分者も売却代金の返還義務を負うから、BGB六八七条一項が善意の処分者を保護しているとは考えられないからである。確かに、立法者はBGB八一六条一項で権利者の意思と無関係に処分が有効となるケースを想定しており、その考え方はハイマンと同様であろう。しかし、それならハイマンに反論できれば、立法者意思も克服可能である。さらに、ハイマンは、所有者の承諾による処分では、原因関係に関する規定が適用され、後に追認した場合も、同様にその効果には原因関係が基準となるという。そうすると、BGB八一六条の登場の余地はなくなる。しかし、追認の効果は、法的な可能性であって、許容性でも当為でもない。追認が創設するのは、処分権であり、その行使は基礎となる法律関係に係っている。しかし、それが存在しない場

合は、処分の追認によって、不当利得を排除する法律上の原因は発生しない。したがって、所有者が追認しても、処分者が無権利者であることに変わりはない。つまり、寄託物を受寄者が処分して第三者に善意取得させた場合と変わりはない。それゆえ、BGB八一六条一項一文の適用に問題はない。⁽²⁶⁾

ただし、他方で、デレは、所有者が追認によって確定的に所有権を失うのでは、処分者に対する執行が功を奏さなかった場合を考えれば不当であると判例を批判する。それゆえ、所有者は売却代金の返還と同時に履行での追認が可能というのが、デレの考え方である。⁽²⁷⁾

その上で、いずれの構成によっても所有者は売却代金の請求が可能である。BGB二八一条の場合は、所有物返還請求権の喪失の代償としての返還請求であり、以上の債権関係が所有者と処分者の間の法律上の原因となる。処分者の責任の基準は、所有物返還請求権の名宛人のそれである。ただし、以上の法律関係は、不当利得返還請求権を排除するものではない。他方で、BGB八一六条が適用された場合は、処分者が法律上の原因の欠缺を知らないときは、現存利得の限りで返還義務を負うと、デレは解している。⁽²⁸⁾

以上のように、デレは、BGB一八五条、八一六条一項一文、および、二八一条の代償請求の双方を肯定している。さらに、売却代金の返還と追認の同時履行も、デレは提案している。その意味では、デレは、BGB一八五条、八一六条による売却代金の返還請求という現在の通説・判例の出発点を確立したといえよう。⁽²⁹⁾

さらに、エルトマン (Oertmann)、レオンハルト (Leonhard) などの学説も、BGB八一六条の適用に賛成していた。⁽³¹⁾

(26) Andreas von Tuhr, Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Zweite Hälfte, Duncker (Nachdruck

der 1918 erschienenen erster Auflage), 1957, S.239.

(10) 前掲注 (9) von Tuhr, aaO., S.238f.

(11) BGB 2019 九条 (一) 僭称相続人が相続財産を対価とする法律行為によって取得したものとみなす。

(二) (省略)

(12) Fritz Schulz, System der Rechte der auf den Eingriffserwerb, AcP105 (1909), S.1ff., S.336ff.

(13) Erich Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes, 1902, S.52.

(14) ちなみに、フォン・トゥールは、『ドイツ民法の否定した転用物訴権に關しても、事務処理者の本人に対する反対訴権 (actio negotiorum gestio contraria) を、相手方が直接請求するという構成で承認している。つまり、フォン・トゥールは、事務処理者に本人のためにする意思が欠如した場合にも、客観的な他人の事務を本人に帰属させることを、他の手段によって実現することを試みていたのではないかと考えられる。以上の転用物訴権に關するフォン・トゥールの学説に關しては、三宅正夫「事務管理者の行為の本人に対する効力」、『事務管理・不当利得の研究 (谷口教授還暦記念論文集 (三))』(有斐閣・一九七二年)三〇二頁以下、および、平田健治「フォン・トゥールの『転用物訴権論』について (一) (二)」法政理論二〇卷三号一頁以下、同四号一〇二頁以下を参照。

(15) 前掲 1・注 (3) König, aaO., S.162 は、物の消費・添付・売却という形で所有権の割当内容に矛盾する物の利用を、不当利得の独自の類型として析出したのは、ヴェイルブルグとケメラールとであるとしている。しかし、侵害利得の一環としては、既にシュルツは他人の物の処分を独自の類型として考察していると考えるべきであろう。例えば、シュルツを侵害利得の発見者と呼んでゐる、Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 20. Aufl., Heymann, 2004, Rn. 704 を参照。

(16) Franz Haymann, Zuwendung aus fremdem Vermögen, JherJb. Bd. 77 (1927), S.188ff., S.276ff. 今ひとひ、自分の見解に反対する学説を批判的に検討したハイマンの極めて厳しい書評がある。そこで、特に、ハイマンが理論的に批判しているのが、自己の財産的価値の放棄を伴わない目的物の放棄という考え方 (両者の分離可能性、追認にもかかわらず処分の権利者に対する法律上の原因の欠缺ゆえの不当利得の可能性などである。 Franz Haymann, Dr. jur. Hans Seidel: Die Anwendbarkeit des §816 BGB. auf nachträgliche wirksam werdende Verfügungen., JW1931, S.1172ff.

- (17) BGB 九九〇条は、前掲 1、注（４）を参照。
BGB 一一四六条 債務者が遅滞に陥る要件が、所有者に備わったときは、債権者には不動産から遅延利息を請求でき
る。
- (18) 前掲注（16） Haymann, aaO., S.287ff.
(19) 前掲注（16） Haymann, aaO., S.299f.
(20) Philipp Heck, Grundriß des Schuldrechts, Mohr, 1929, S.426f.
(21) 前掲注（20） Heck, aaO., S.105.
(22) 前掲注（20） Heck, aaO., S.427, S.104f.
(23) 前掲注（20） Heck, aaO., S.105.
(24) Heinrich Siber, Grundriß des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2, Schuldrecht, Felix Meiner Verlag Leipzig, 1931, S.435.
(25) Hans Dölle, Eigentumsanspruch und Ersatzherausgabe, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben (Hrsg. Otto Schreiber), 3. Bd., Gruyter, 1929, S.22ff.
(26) 前掲注（25） Dölle, aaO., S.29ff.
(27) 前掲注（25） Dölle, aaO., S.33.
(28) 前掲注（24） Dölle, aaO., S.33f.
(29) Paul Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Heymanns, 1929, §816, 1.a) (S.1343). エルトマンは、この目的は事務管理では達成できない。仮に、この方法を否定すると、所有者は取得者から物を回復し、取得者は処分者に追奪担保責任を追及する。しかし、これは極めて面倒で、社会的に望ましくからざる紛争の解決であるとしている。ただし、エルトマンは、物が取得者の下で消費された場合は、所有者は処分者ではなく取得者に対して不当利得返還請求が可能だとしている。しかし、後者の場合も、実際の不都合は同じであろう。したがって、両者の違いは、追認の対象の存否による追認の可能性の有無である。ただし、そうなると、エルトマンは、一方で実益を追及しながら、他方で、追認の擬制化を徹底していないから、実益の追及が不十分だということになる。
- (30) Franz Leonhard, Das Schuldrecht des BGB, 2. Bd. (Besonderes Schuldrecht des BGB), Duncker, 1931, S.510ff. レオンハル

トも、売却代金の返還と同時履行での追認を提案している。

- (31) 例えは、Staudinger-Komm (Seuffert), 10. Aufl. (1943), §816, Anm. 4.; Planck-Komm (Landris), 4. Aufl. (1928), §816, Anm. 3.; RGK (Seuffert), 11. Aufl. (1960), §816, Anm. 6f.; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 14. Aufl. (1954), §225 I 3 (S.874ff.); Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl. (1954), § 84 IV 1 (S.326f.).

※本稿は、平成一九年度～二一年度科学研究費補助金(基盤研究(C)) (研究代表・藤原正則)、(財) 全国銀行学術研究振興財団二〇〇六年度研究助成、及び、早稲田大学二一世紀COEの成果の一部である。

※(以下の(二)～(四・完)に掲載予定(脱稿済)も含めて) 本稿を研究の途中で逝去された、故大阪市大教授・和田卓朗兄に献呈したい。和田兄は筆者の「新兵(大学院時代)の「鬼軍曹(一番身近な教育者)」であった。和田兄からは法学とドイツ語に関する職業技術を教わるとともに、デモニツシユな研究意欲の具体像を眼前に示していただいた。特に筆者の最初の論文は、和田兄のご指導がなければ完成はおぼつかなかったであろう。最初の留学の最中も、(偶然にも同じくミュンヘンだったが)ここが和田兄の踏んだ戦場だと思えば、放棄したくなる戦闘意欲もいやが上にも掻き立てられた。和田兄の学恩と指導に感謝し、ご冥福を心からお祈りする。