



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（2）：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(3), 107-166
Issue Date	2008-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/34839
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-3_p107-166.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（二）

——自己の権利領域への無権限者による干渉に対する反動的請求——

藤
原
正
則

目次
一．はじめに

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、五九卷二号)

(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

(以上、本号)

(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

(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

以上のように、判例および、多数の学説は、BGB一八五条、八一六条一項一文の適用による売却代金の返還請求を認容するに至った。確かに、例えば、エッサーは、だいぶ後になっても、判例・多数説に反対していた。³²しかし、第二次世界大戦後に連邦通常裁判所もライヒ裁判所の判例を肯定し、かつ所有者の保護を更に拡大している。

①連邦通常裁判所一九五九年一月八日判決(BGH29, 157)

『事実の概要』原告の被用者OとOeは、原告の倉庫の在庫から織物を窃取した。OとOeは、窃取した織物をB会

社の染色主任 S t に売却した。B 会社は織物を加工して、その後に、被告に送付した。被告は、以上の原料を顧客に売却した。原告は、被告の顧客への売買を追認し、B G B 八一六条一項一文により売却代金を返還請求した。被告は、同条の適用の可能性を争う他に、原告が O、O e、S t、および、B 会社から（合計二万二二四一、四〇マルクの）損害賠償を取得した限度で、原告の請求権は消滅すると主張した。原審は、B G B 二五五条（代償請求権の譲渡）の趣旨から、O 等に対する損害賠償請求権の譲渡と同時に履行で、原告は被告に売却代金の請求が可能だとした。B G B 八一六条の適用の可否と相殺の可能性の検討を求めて、被告は上告した。被告の上告は、棄却された。

〔理由の概要〕 原審が八一六条の適用を肯定したこと以外は、当裁判所は原審には賛成できない。

I. B G B 八一六条一項一文の要件は、具備されている。

II. 原審が、被告の売却益 (Gewinn) も含めて売却代金全額 (der gesamte Erlös) の返還を被告に命じた点にも賛成である (BGH NJW1953,58f.; B G B 二八一条によつてではあるが、RGZ138, 45 も同旨)。⁽³³⁾

確かに、学説では、B G B 八一六条一項一文での返還請求の対象は、物の客観的価値に止まると主張するものがある (Ennecerus/Lehmann, Schuldrecht, 15.Bearbeitung §255 Anm. I 1 が示す文献を参照)。しかし、このような見解に従うことはできない。

1. B G B 八一六条一項一文の文言は、一義的である。同条は、取得したものの返還だけを指示している。取得したものの、物の通常の価値 (der gemeine Wert) を超えて無権利者があげた利益 (Gewinn) も含まれる。以上の明文の規定に反する解釈は、よくよくの理由がある場合にだけ可能である。しかし、そのような理由は見あたらない。

2. 特に、B G B 八一八条二項からは、決定的な反論の根拠は得られない。同条によれば、本来の返還請求の目的である原物返還が不能な場合は、債権者は価値賠償が請求できる。しかし、B G B 八一六条一項一文は、そのようなケ

スではない。同条の場合には、まずは債権者には、より強力な、つまり、所有者から奪われた目的物に対する物権的請求権が帰属している。不当利得返還請求権が成立するのは、請求の相手方が目的物を有効に処分してその対価を取得した場合である。この場合に、不当利得返還請求が、取得したものの一部ではなく全部に及ぶのは、理由のないことではない。なぜなら、物を利益を上げるように利用することは、所有者に帰属する権利に由来するからである。この権利が他人に行使され、所有者から奪われたときは、それによって所有者は不利益を被っている。したがって、無権限者が侵害により取得した利益を権利者に与えることで、不可欠な均衡を法が図ることは、当然の帰結である。

3. とはいっても、このような方法で、常に正確な数額で填補が実現されるわけではない。なぜなら、返還義務者の取得した利益は、しばしば処分者の個人的な事情と関係しているからである。巧妙な勧誘や偶然で、権利者には不可能な利益が取得されている場合もある。例えば、所有者が製造者で、処分者が販売者であり、両者が異なった流通段階にある場合は、同様の結果になる可能性がある。

しかし、このような可能性も法は計算に入れている。売却者の取得した額が、原則として所有者が取得したであろう代価と一致するというなら、ますますその可能性は高い。その都度の違いを考慮した準則では、証明が極めて困難になり、これを法は回避しようとしている。

反対説の論者が指摘するように（例えば、Caemmerer in der Festschrift für Rabel S.333, 356fを参照）、個別の事例で特に重大な不当性が発生する場合は、BGB二四二条の原則（信義則）で対処可能である。特に、BGB八一六条一項一文の要件が権利者の追認によって具備される、つまり、権利者の自由な意思決定に由来する場合は、以上が考慮されるべきである。しかし、本件では、事実関係から被告の申立からも、そのような重大な不当性の手がかりは存在しない。

Ⅲ、原告は、BGB二五五条（代償請求権の譲渡）がBGB八一六条の返還請求に類推されるとする。しかし、当裁判所は見解を異にする。・・・BGB二五五条はBGB八一六条の請求権には類推適用すらされない。

1. BGB二五五条によれば、物又は権利の喪失に対して損害賠償義務を負う者は、損害賠償義務を負うがゆえに、権利者に帰属する物又は権利に対する請求権を取得する。³⁴他方で、同条は、物又は権利の返還義務を負う者に、その喪失に関連して権利者に発生した権利の譲渡を請求する権利を認めてはいない。原告の行使するBGB八一六条の請求権は、所有物返還請求権の代償であり、所有物返還請求と違った扱いを受けてはならない。だから、損害賠償義務を負う者は、原告に被告に対する債権を譲渡せよと場合によっては請求できる。しかし、原告が損害賠償義務者に対して有する権利を譲渡せよと、被告が請求することはできない。

2.・・・加えて、原告は、原告の請求に対して被告が抗弁できるのは、BGB九九四条以下の請求権（占有者の費用償還請求権）による場合に限られるという点を見逃している。物の対価として取得した価値の返還が問題になっている場合に、なにゆえ被告にそのような権限があるのかは理解しがたい。

3. 最後に原告は、二重に利得するわけではない。原告は、O、Oe、St、B会社に対して損害賠償請求できる。しかし、原告の支払いにより、この損害は減少する。それに応じて、上記の者は、原告に対して過払いを不当利得返還請求できるからである。

さらに、被告は、前主Stに対して、BGB四四〇条、三二五条の請求が可能である。

以上の判決で、連邦通常裁判所は、中間取得者の無権限処分を追認（BGB一八五条）して、処分者に対して売却代金を返還請求（BGB八一六条一項一文）することを認めている。かつ、その際に、原則として、返還の対象は、物の

客観的価値ではなく、売却代金であること。他の盗人等に対する損害賠償請求を、追認された処分者に対する売却代金の請求から控除できないこと。その結果、売却代金を返還した処分者は、前主に対する追奪担保責任の追及に指示されると判示した。問題は、所有者が盗人（・盗品故買者）と無権限の処分者から損害賠償と売却代金を二重に利得することを防止するために、所有者が二重に利得したものを、盗人は所有者に対して返還請求できると判示したことである。つまり、BGB二五五条によって、所有者の盗人に対する損害賠償請求権の譲渡を、処分者は所有者に対して請求できないが、盗人は処分者に対する請求権の譲渡を請求できるといのである。その理由は、判例の見解では、代償請求権の譲渡の請求の前提は、譲渡を請求できる者が損害賠償義務を負うことだからである。以上の点に関して、本判決は、学説上の批判を受けることとなった（この問題は、本判決を変更した以下の⑤判決で、紹介・検討する）。

②連邦通常裁判所一九六〇年二月九日判決（NZ1961, 24）

〔理由の概要〕 1. 原審は、地裁の判決を支持し、BGB九九〇条、九八九条による損害賠償請求はBGB八一六条一項一文により排除されず、両者は並存すると判示した。・・・第三者が物を善意取得しても、無権限処分者は売却代金の返還とともに、損害賠償義務を免れない。・・・しかし、権利者が無権限者の処分を追認し、無権限者が売却代金の返還義務を負うが、無権限者に過失があつた場合は、以上と全く同じではない。ライヒ裁判所は、判決要旨だけが公刊された判決で、BGB九九〇条、九八九条の損害賠償請求とBGB八一六条一項一文の請求とは両立しないと判示している。しかし、ライヒ裁判所の判旨が、悪意の無権限者の処分を追認した場合は、損害賠償請求はできないというなら、これに従うことはできない。確かに、損害賠償義務は違法な行為を前提とする。無権限者の処分が権利者の追認により、即座に適法となるなら、追認により損害賠償義務は消滅することになるであろう。しかし、そうではない。追

認があつても、権利者と処分者の関係は、権利者と無権限の処分者の関係であることは変わらない。あたかも最初から権利者が有効に処分したと同様に適法とみなされるのは、第三者との関係に止まる (RGZ106,44,45; 115,31,35)。まさに、この無権利者の処分を前提として、BGB八一六条は適用される。RGZ106,44,45は、権利者の追認は占有者である第三者に対する所有物返還請求権の放棄だと解している。確かに、追認には、無権限処分者は所有権を侵害していないという意思表示が含まれている場合もなかろう。その場合は、追認の意思表示が、処分者への損害賠償請求権の放棄である可能性もある。・・・しかし、そのような可能性は、本件では存在しない。

2. 原審は、被告はBGB九九〇条、九八九条により損害賠償義務があるとしている。被告自身は悪意ではないが、被告の被用者K、Schは物が盗品である可能性を理解していたはずである。被告には、その悪意が帰責される。・・・

本件では、無権利者の取得した売却代金が客観的価格より安価だから、所有者はまずは売却代金を確保した上で、損害賠償で両者の差額を請求した。本判決は、権利者が無効な処分を追認しても、権利者の処分者に対する損害賠償請求権が放棄されたことにはならない旨を判示している。ケメラー (Ernst von Caemmerer) は、権利者が無権利者に対して売却代金を請求した場合は、英米法では不法行為訴権の放棄 (waiver of tort) ⁽³⁶⁾ があつたとみなされるといふ例を参照して、損害賠償請求と不当利得返還請求の選択の可能性を示唆していた。しかし、本判決は、その可能性を退けている。つまり、権利者の追認は、所有権保護の手段に他ならないことを明示している。本判決の評釈で、ライザー (Ludwig Raiser) は、追認が不法行為訴権の放棄か否かは、論理的な問題ではない。しかし、追認は、所有物の返還の実現可能性がない場合に、所有者に処分者に対する売却代金の返還の可能性を与える手段であり、処分者を宥恕する理由はない。なぜなら、それでは追認した権利者は、第三者に物を善意取得された権利者より不利な地位に立たされる。

損害賠償請求権を断念してまで、売却代金を請求せよという強制下に被害者をおく必要はないと指摘している。⁽³⁷⁾

③連邦通常裁判所一九六七年三月一日判決（BGHZ47, 128）

〔事実の概要〕原告は、ベルリンの工場経営者で美術品収集家のH博士の相続人である。H博士は「三匹の牛と一匹の羊のいる風景」というパウルス・ポッター（Pauls Potter）の二六四七年の絵画を所蔵していた。H博士は大戦の終わり頃に、アルトマルクの騎士領に絵画を送った。ところが、戦後の混乱の中で、管理人のM夫婦が、絵画を横領し、M婦人は、一九四八年に西ドイツの国立美術館に絵画を送付して修復させた上で、売却の意思を示した。美術館長は、美術商Pに売却委託し、Pは工場経営者で収集家のBに一万二〇〇〇マルクで売却し、仲介料二〇〇〇マルクを受領した。一九五九年にPの仲介で、美術商de Bは絵画を二万九〇〇〇マルクで買い受け、一九五九年八月九月にオランダで売却のために展示した。その結果、原告が絵画の存在を知した。原告のde Bに対する絵画の返還請求を、アムステルダム裁判所は時効取得を理由に退けた。そこで、原告はPの相続人を被告として、BGB九九〇条と不法行為を理由に二万九〇〇〇マルクの損害賠償を請求した。地裁は請求を認容した。高裁は、Pが仲介料として取得した二〇〇〇マルクに限って、BGB八一六条を根拠に請求を認容した。原告は、二万九〇〇〇マルクの支払いを請求して上告したが、上告棄却された。

〔理由の概要〕 1. 損害賠償請求は棄却。

2. 原審は、一九四八年から一九四九年の間にBGB八一六条一項一文の要件が具備されたが、仲介料として受領した二〇〇〇マルクに限って返還請求を肯定した。原告は、BGB八一六条一項一文が適用されれば、売却代金全額が返還されるべきであり、第三者に支払った対価は控除できないと主張する。しかし、上告理由には根拠がない。

学説・判例ではBGB八一六条一項一文の請求に対して、取得の対価は控除できないと解されている。以上の原則の適用範囲に関しては諸説あるが、本件ではそれについて判断する必要はない。なぜなら、以上の原則の適用の余地は、いづれにせよ存在しないからである。

被告の被相続人は、一万マルクを取得費用として支出したのではない。M婦人の委託で、自己の名前ではあるがM婦人の計算でBに絵画を売却した。商法(HGB)三九二条二項⁽³⁸⁾によれば、被告の被相続人とM婦人の間では、Bに対する売買代金債権はM婦人の債権であった。だから、最初からM婦人が利得者とみなされるかは疑義がないではない。しかし、いづれにせよ、一万マルクがM婦人に交付された後は、被告の被相続人は一万マルクを利得していない(BGB八一八条三項⁽³⁹⁾)。

以上の結果には、債権法と物権法の体系の中でのBGB八一六条一項一文の位置と目的が合致している。同条は、善意保護に対して所有権保護が譲歩した場合に、所有権保護を補完する機能を果たしている。不適法だが有効に所有権を奪った処分による売却代金に対する不当利得返還請求を、所有者は失われた所有権の代償として取得する。処分までは、物の占有者はBGB九八五条による所有物返還請求権により返還請求される地位にあった。所有物返還請求に対しては、占有者は物の取得のために第三者に給付したと抗弁することはできない。(物の売却後も)占有者がBGB八一六条一項一文の請求に対して抗弁できないという原則の正当化の根拠は、以上の点にある。しかし、売買委託の場合は、事態は全く異なっている。仲介人が物に遭遇し、かつ、物を返還すれば、仲介人は委託契約で収益を上げる機会を失うことになる。しかし、仲介人が売却して委託者に売却代金を交付し、かつ、上記の原則により、売却代金を所有者に再度支払う義務があるなら、仲介者は売却代金の額だけ損害を受けることになる。しかし、BGB八一六条一項一文による弱い(BGB八一八条三項を参照)不当利得返還請求権が、不適法だが善意の処分者に所有物返還請求よりも過酷だとい

う結果は、妥当であるはずがない。したがって、BGB八一六条一文によっては、売買仲介人が第三者の委託を受けて有効に物を売却したときは、委託者に売却代金を交付した限度では、所有者は仲介人に対して売却代金の返還を請求できない。

したがって、a) 仲介人による売買では、BGB八一六条の意味での処分者は、仲介人か委託者か。b) BGB八一六条一項一文は、第三者が時効取得した場合にも適用となるのかという、二つの問題に解答する必要はない。

以上の判決で、連邦通常裁判所は所有者による無権限処分の追認と不当利得返還請求がされた場合も、処分者は前主に払った代価を控除できないことを確認している。ただし、売買委託では仲介人が、委託者に代価を引き渡せば、BGB八一六条一項一文により売却代金の全額の返還義務を負わないことが、本判决の主な判示事項である。

④連邦通常裁判所一九六八年四月二九日判決 (NJW1968, 1326)

「理由の概要」 1. 原審は、BGB八一六条一項一文の請求と、BGB九八九条、九九〇条の請求は並存すると解し、BGB八一六条に対して以下のように判示した。

被告一は、代理権を授与した息子（被告二）を通じて、盗品である玉蜀黍を買い受け、顧客に転売している。顧客はBGB九三五条一項によって所有権を取得することはない。しかし、原告は訴訟継続中に追認して被告に売却代金を請求した。・・・原告は原所有者（DMW）から第三者に対する請求権の譲渡を受けており、原告には追認の権限があった。したがって、無権限処分はBGB一八五条で有効となり、被告はBGB八一六条一項一文で売却代金の返還義務を負うことになった。・・・他方で、原所有者は被告から損害賠償を、被告の買主から原物の一部の返還を受けている。

2. . . .

3. 被告一による玉蜀黍の転売は、上告理由とは反対に、B G B 一八五条二項による権利者の追認で有効となる。

a) B G B 一八五条二項にいう権利者とは、無権利者が処分した権利の所有者である。本件では、玉蜀黍の原所有者から、原告に全ての請求権が譲渡されている。 . . . 所有権の譲渡でも、代理権の授与、授權でも同条の適用に問題はない。

b) 上告理由は、原所有者、原告ともに一回は追認を拒絶しているから追認権を失っていると主張する。いったん追認拒絶すれば、浮動的に無効な (unwirksam) 行為の追認拒絶は、追認と同様に、撤回不可能となるという上告理由の主張は正しい。しかし、本件では、原審は、原所有者も原告も、追認前に追認拒絶したとは認定していない。

上告理由は、原告が被告に対する請求で、最初はB G B 九八九条、九九〇条だけを基礎とした点に、原告の追認拒絶が認められると主張している。しかし、被窃取者がこのような請求をするには幾つかの理由がある。例えば、B G B 八一六条が請求原因とはならない可能性、又は、B G B 八一六条の事実上の要件の具備、若しくは、実現可能性が疑わしいなどである。したがって、原告から損害賠償を請求されても、被告は、原告が同じ主張をし続けるとか、原告にとつてB G B 八一六条の請求が有利な場合も同条の請求をしないと安心することは、原則として許されない。だから、原告は追認拒絶をしたとは認められない。 . . .

さらに、原所有者が最初に盗人を発見して損害賠償請求しても、転得者から物を回復しようと試みても、追認権を放棄したわけではない。 . . .

本判決によれば、盗人や盗品の転売（故買）者に対して所有者が損害賠償請求し、転得者から盗品の一部の返還を受

けた場合でも、無権限処分の追認が可能である。つまり、所有者の損害賠償の請求や物の回復は、追認の拒絶とはみなされない。したがって、無権限処分者との関係では、追認は処分を適法とするものではなく、売却代金を請求するための擬制にすぎないことになる。

⑤連邦通常裁判所一九六九年三月二七日判決 (BGHZ52, 39)

〔事実の概要〕一九五八年と五九年に、被告（G社）の被用者L.R.は、被告の顧客であったLe社とH社の商品倉庫から商品を窃取した。Rの窃取した商品は、一部は顧客の所有であり、一部は被告の商品であった。Rは窃取した商品を自己の計算で売却した。Le社から窃取した商品を、善意の原告は代金二万八七七六、九九マルクで買い受け、複数の小売商に転売した。被告（G社）は、Le社から権利の譲渡を受け、処分を追認した上で、原告に売却代金の返還を請求した。一九六一年一月二六日の裁判上の和解で、（当時は被告の）原告が（当時は原告の）被告に二万八七七六、九九マルクと一七五〇マルクの金利を支払うこととなった。

他方で、一九六一年六月二〇日に、被告とRおよびRの母親J.R.との間で裁判外の和解が成立し、「Ⅷ. 本和解により、その性質の如何を問わず、G社（被告）とL.R.氏、及び、J.R.氏の間の全ての相互的な請求権は消滅する。・・・G社の第三者に対する請求権は、存続する」と合意され、被告は総計三万一九五〇マルクの支払いを受けた。

原告は和解による債務の弁済のために、一九六一年六月二〇日までに八七五〇マルク、その後一万九二五〇マルクを支払った。一九六三年四月六日に、原告はRの被告に対する請求権の譲渡を受け、譲渡を受けたRの債権と自己の権利に基づいて、被告に二万八〇〇〇マルクの返還を請求した。

地裁は、被告とRの一九六一年六月二〇日の和解後に原告が支払った金額一万九二五〇マルクの限度で請求を認容し

た。被告の控訴・上告ともに棄却された。

〔理由の概要〕 I、原審は、原告の自己の権利に基づく請求は棄却したが、Rから譲渡された一万九二五〇マルクの請求は認容した。以上の請求権は、被告が原告から売却代金の返還を受けた後は、返還を受けた金額の返還請求権へと変わっている。被告とRの和解により、和解条項の解釈からも、BGB二五五条に基づく原告の請求権は排除されないというのである。

II、上告理由は、和解の解釈だけを争っている。しかし、盗品の所有者が盗人から損害賠償を受けるのみならず、盗人からの譲受人から物の返還又は売却代金の返還を受けたときに、RにBGB二五五条に基づく（又は、それ以外の）請求権が帰属するのか、および、そのような権利関係がどのようにして発生するのかは、極めて疑わしい。見解が一致するのは、一方で損害賠償を、他方で、それが物自体又は売却代金であろうと、返還を受けたものの双方を権利者が保有できないことである。原審は、譲渡された権利による請求権が成立する、つまり、Rと被告の和解以後に原告が被告に支払った一万九二五〇マルクの返還を請求する権利が、R（盗人）にだけ帰属すると考えた。

1. しかし、このような請求権がBGB二五五条に基づいて、Rに帰属するという原審の見解に賛成することはできない。

同条によれば、その所有権又は権利に基づいて第三者に対して損害賠償権利者に帰属する請求権の譲渡と引き替えにだけ、加害者は物又は権利の喪失に対する損害賠償に応じる必要がある。

確かに、BGB二五五条は単に留置権を規定するに止まるが、損害賠償義務を履行したときは、賠償義務者は後に譲渡を請求できることは間違いない。加えて、通説では、物の売却の代金の返還を求めるBGB八一六条一項一文による請求権も、「所有権を根拠に帰属する」請求権の一環である（当裁判所の判決、BGHZ29,157,162;・・・）。本件で

はRが原告に対してBGB八一六条一項一文を基礎とする売却代金の請求権の譲渡を請求できるという原審の考え方は、当裁判所が上記の判決の傍論で判示した見解と全く一致する（前掲S.163）。しかし、本件のような事例にはBGB二五五条の適用の余地はなく、かつ、盗人からの善意の買主は、盗人から物を買受けて代金を支払っており、第三者の請求から解放せよと盗人に抗弁できるから、BGB八一六条による請求権を盗人に譲渡することは無意味であるというケメラ（Caemmerer）の批判（RI 1959, 462, 463 Fußn. 8）は適切である。

したがって、BGB八一六条による請求権の譲渡を求めるRの請求権は否定されるべきであり、原審の見解に対する立場を示す必要はない。・・・

2. 所有者が買主から物又は売却代金の返還を受けたときは、権利者に損害がないか、損害が僅少だったと判明すれば、既に損害賠償として給付したものの全て又は一部をBGB八一二条により返還請求する権利を、損害賠償義務者は取得するという見解が普及している（上記の当裁判所の判決の傍論S.163:・・・）。ただし、以上に関しても学説上の対立がある。・・・しかし、この問題を検討する必要はない。なぜなら、原告は、以下で説示するように、原審の見解とは反対に、請求権を自己の権利に基づいて取得しているからである。

Ⅲ. 本件では被告が二万九二五〇マルクを二重に受領しているとすれば、盗人は過払いゆえに所有者に請求できるが、盗人からの買主には同様の権利が認められず、その結果、買主は盗人に求償せよとか盗人に債権譲渡を請求せよというのでは、そもそも不十分である。このような結果は、本件では、ケメラ（同上）のいうように、損害賠償義務を負う加害者とBGB八一六条による売却代金の返還義務を負う売主を連帯債務者と同様に扱い、一方の支払いを他方の債務の弁済と考えることで回避される。原審は、以上の考え方を、「責任を根拠づける構成要件の類似性」が欠如するという理由で退けている。

1. しかし、当裁判所は、本件のような事件では、連帯債務者の弁済の絶対効を定めるBGB四二二条一項一文を適用又は類推する十分な理由があると考ええる。⁽⁴⁰⁾

a) 伝統的な学説と判例によれば、連帯債務の前提は二つの債務の法的な目的共通性の存在である。しかし、最近の学説は、以上の要件を殆ど要求しない (Dlicher, JZ1967, 110, 112; 通説に対する批判も, S.111、関係する引証も脚注10を参照)。BGHZ43, 227, 229の民事部の大法廷判決でも、いずれにせよ判決の事案では目的共通性が肯定できる事案だったから、「従来の連邦通常裁判所の判例で不可欠と考えられていた」要件が維持されていたとは必ずしもいえない。以上の要件は、本件でも肯定できる。二つの請求権の目的の共通性は、いずれも所有権保護のための請求権であり、物の喪失から所有者を保護する請求権だという点にある。以上の観点が決定的であり、BGB八一六条の請求権の成立には、既に窃盗によって惹起された損害に加えて、売却という今ひとつの事件が加わる必要があることは、以上の観点と比べれば重要ではない。単に偶然に目的の同一性があるという事例でもない。債権者が盗人自身の売却を追認して盗人に対してBGB八一六条の請求権を取得し、損害賠償請求権と売却代金の請求権という二つの請求権が同一人に向けられている場合には、以上の理が判然とする。その場合は、債権者は完全な損害賠償と売却代金の双方を請求することはできない。両者の内容が同一である限りで、盗人の所有者に対する給付は、二つの請求権を満足させることになる。所有者が盗人の売却ではなく処分者の売却を追認した結果、請求権が異なった人間に向けられた場合も、違った結果になる理由は理解しがたい。その場合にも所有者は二重の賠償を請求できるのではなく、別々の債務者から同一の給付を一回だけ請求できる。その結果、所有者が債務者の一方から給付を受領すれば、他方の債務者も所有者に対する債務から解放される。

b) 二つの請求権の成立する法律上の根拠が異なっているとしても、連帯債務として扱うことの障害とはならない。

c) 連帯債務関係が原則として必要とする内容の同一性は、本件では具備されている。二人の債務者に対して被告は支払いを請求し弁済を受けた。・・・

d) 損害賠償請求と不当利得返還請求の額が同一か否かは、連帯債務の規定の適用には決定的ではない。債務の同一性の限度で、連帯債務の規定は様々な程度で適用される。・・・

2.・・・

e) 本件での原告の請求権は、自己の権利に由来する請求権である。したがって、Rと被告の和解と、本件の請求権とは無関係である。被告の第三者に対する請求権は無関係であるという和解条項があっても、同じである。・・・

本判決の判示のとおり、本判決は上記①判決の変更である。①判決は、無権限の処分者は売却代金を所有者に返還する際に、盗人に対する損害賠償請求権の譲渡をBGB二五五条によつて請求することはできない。同条の適用の前提は、処分者が損害賠償義務を負うことである。その結果、所有者が盗人と処分者から二重に利得すれば、盗人は所有者に対して不当利得返還請求が可能であり、他方で、盗人からの買主である処分者は盗人に追奪担保責任を追及できると判示した。その結果は、損害賠償の義務者である盗人は、所有者からの損害賠償請求に対して、BGB八一六条一項一文による請求権の譲渡を請求できることになる。以上の①判決の考え方は、ケメラの批判にさらされることとなった。ケメラは、BGB二五五条が適用されない点には賛成する。しかし、盗人の損害賠償義務と処分者の売却代金の返還義務とは連帯債務の関係にあるとする。以上の請求権は、所有権の保護を目的とする点で、共通の基礎を有する。したがって、一方の満足は他方を減少させるはずである。しかも、盗人は所有者からBGB八一六条一項一文の請求権を取得しても、盗人にとっては無意味である。なぜなら、盗人は買主に物を売却しているから、盗人は買主に対して売却代金の

返還を請求することはできないからである。加えて、被害者（所有者）が盗人から損害賠償を受けた場合に、さらに、処分者が被害者に支払った後に、盗人に対して追奪担保責任を追及するというのは余計な迂路である。特に、二重の弁済を受けた後に所有者が破産した場合には、所有者の破産管財人は、損害賠償と売却代金を請求した上で、盗人に対する不当利得は破産財団からの配当に委ねることになり不当だといふのである。⁽⁴¹⁾本判決は、以上のケメラの批判に従い、BGB二五五条に基づいて盗人にBGB八一六条一項一文の請求権は帰属しないと判示した。その上で、盗人と処分者は連帯債務者となり、一方の弁済が他方の債務の弁済効を有する。したがって、盗人が和解により損害賠償した後は、処分者は非債弁済したことになるから、所有者に対して給付の返還を請求できると判示している。⁽⁴²⁾

⑥連邦通常裁判所一九七一年五月六日判決 (BGHZ54, 131)

〔事実の概要〕一九六〇年一月から一九六二年一〇月の間に、F会社から一二万マルクの皮革が窃取された。皮革卸売商の被告は、皮革の出所を知らずに、その一部を買い受けて、顧客に売却し、皮革は顧客の下で即座に加工された。原告は、窃盗保険の保険給付として、F会社から一二万四〇〇〇マルクを支払った。一九六四年二月一四日に、原告は被告の転売を追認し、被告に売却代金を請求した。被告の転売の詳細は不明であり、原告は段階の訴 (Stufenklage) Ⅱ、被告の転売による利益に関する情報。Ⅱ、以上の売却額に利息を付して返還することを請求した。地裁は、Ⅰの請求を部分判決で認容した。被告は控訴し、高裁は請求を棄却した。原告の上告は認容され、原判決は破棄差戻となった。

〔理由の概要〕Ⅰ．．．

Ⅱ、1. 原審は、原告のBGB八一六条に依拠する被告に対する請求を退けたが、その理由は、一九六四年には原告は

もはや被告の皮革の処分を追認できないからである。確かに、BGB一八四条により後の同意 (nachträgliche Zustimmung) は、一九六二年の売却時に遡及する。しかし、それは追認が有効なことが前提であり、追認の意思表示の時点で追認者に処分権があったときに限られる。ところが、売却と追認の間に、被告からの譲受人によって皮革は加工され、F会社は窃取された皮革の所有権を失っていると原審は判示している。

2. 以上に対する上告を認容する。

a) 確かに、判例・有力説では、追認時に追認者が処分権を有していることを前提に、法律行為の追認は行為時に遡及する (RGZ134, 283, 286; Staudinger/Coing (11.) Randn. 4: . . .)。以上の見解に対して、プフィスター (Pfister) が最近になって注目すべき根拠をあげて反論している (Pfister, JZ1969, 623f)。但し、以上の問題に一般的に深入りする必要はない。

b) なぜなら、本件のような場合には、特別な考慮が必要だからである。ここでは、はつきりしてる限りで、幾つかの学説では、物の所有者がBGB八一六条により売却代金の請求を確保するための、BGB一八五条二項による無権利者の処分の追認には、追認の時点での物の現存は要求されない点で、見解の一致がある (例えば、Staudinger/Seuffert (11.) Randn. 4a zu §816BGB; Larenz Schuldrecht (9.) §62S. 379を参照)。関係するライヒ裁判所と連邦通常裁判所の判例でも、処分を追認した者が物の処分時に所有者でありさえすれば、無権利者に処分された後に、どのような運命を盗品又は遺失物がたどったかは、問題にわたらなかった (RGZ106, 44; 115, 31, 34f; BGHZ29, 157; BGH NJW1960, 860; 1968, 1326を参照)。本件では、追認の意思表示の時点での処分を追認した原所有者の事実上、法律上の処分権は問題にはならない。

c) その理由は、以下の通りである。

BGB 八六条一項一文の目的は、まずは所有権の保護であり、物を失った所有者に目的物を処分した無権利者が取得したものを必ず取得させるという形で補償を与えることにある (BGHZ52, 39, 44)。連邦通常裁判所も別の問題に關してではあるが、そう明言しているように、取得したものの返還請求は、あたかもBGB 九八五条の請求権に代わって登場する (BGHZ29, 157, 162; 47, 128, 130・・・)。

aa) 同条がまず準則を与えているのが、所有者の関与なしで無権利者の処分が権利者に対して有効な場合、つまり、第三者が善意取得した場合である。しかし、以前から判例・学説は、所有者がBGB 一八四条、一八五条で追認することで、第三者が善意取得したのと同様の効果が発生することを認めている (例えば、BGH NJW1959, 668、および、Staudinger/Senftert (11.) Randn. 4a zu §816BGB の引証を参照)。

以上の場合に、BGB 九八五条の第三者に対する請求権を所有者は行使すべきだと、無権限処分者に主張することを認めるなら、BGB 八六条が目的とする所有者の保護は不完全なものとなる。それどころか、却って事態は反対になる。例えば、第三者が物を発見できないとき、物が滅失したとき、物の価値が著しく損なわれたときである。だから、原所有者の保護のためには、第三者が善意取得していない場合は、物の回復を請求するか、無権利者の処分を追認して売却代金の返還を請求するという選択権が残されるべきである。追認の時点で物が発見可能か現存するかは、全く意味を持たない。そうでない場合、つまり、所有者が所有権の処分権を事実上失った場合、及び、再び回復でなくなった場合にこそ、目的物の売却代金を請求する可能性は、所有者にとって特別な意味を有する。

bb) 第三者の善意とは無関係に、例えば、付合 (BGB 九四六条、九四七条)、混和 (BGB 九四八条)、加工 (BGB 九五〇条) で所有権が失われ、法的理由で所有者が第三者から所有権を回復できなかったときでも、話は変わらない。このような事態は稀ではないからこそ、まさにこのような場合に、BGB 八六条一項一文の規定が与える原所有者の

保護が必要なのである。

もっとも、BGB九四六条から九五〇条⁽⁴³⁾で権利を失った者に対して、BGB九五一条は権利変動により利益を得た者に対する直接の不当利得返還請求権を与えている。しかし、そのことが意味するのは、もはや貫徹できなくなったBGB九八五条の所有物返還請求権の代わりに、この請求権がまずは登場するいうに止まる。やはりその場合にも、BGB九五一条による第三者に対する請求か、無権限で所有権を処分した者に対するBGB八一六条の請求という選択肢が、所有者に残されてしかるべきである。そう考えてこそ、同条の根底にある保護目的が十全に実現されることになる。それ自体はより強力なBGB九八五条の請求権の代わりに、BGB九五一条の請求権だけしか行使できず、原所有者の地位が結果的に劣化する理由は理解できない。

他方で、偶然に又はその性質から、売却された物の所有権が付合・加工・混和で消滅したからといって、他人の物の処分者が権利者からのBGB八一六条の請求を受けないで済む理由は不明である。所有者の追認があっても、無権限者にとつては、結果として、事態は自分が売却した物の所有権を第三者が取得したときと変わらない。その場合は、処分者は権利者に売却代金を返還する必要があったはずである。第三取得者に対するBGB九五一条の不当利得返還請求権が、BGB八一六条による無権限処分者に対する売却代金の返還を請求する権利を排除すべき理由は存在しない。

盗品の譲受人が物を加工して新物とし、BGB九五〇条により盗品の所有権を取得した場合も、やはり盗品の所有者は占有離脱物の無権限処分を追認して、BGB八一六条一項一文で処分者の取得した売却代金の返還を請求することができる。

本判決のケースでは、原審のいうように、追認の時点では、原所有者の所有権は加工により失われていたはずである。

したがって、追認にはその対象の存在が必要なはずだから、本来は追認は不可能とも考えられる。しかし、本判決は、物の現存するか否かで、所有者の利益状況は変わらないから、現在の占有者に所有物返還請求するか、追認して処分者にBGB八一条一項一文の請求の選択権が認められるのと同様に、BGB九一条とBGB八一条の選択権が与えられるべきである。さもないければ、BGB八一条一項一文の与える所有権保護は不完全となってしまおうと解している。ところで、本件の事例、つまり、第三者の下で物が滅失して所有物返還請求権の行使が不可能となった場合に、第三者への処分者に対して不当利得返還請求が可能だというのは、普通法での典型例だったはずである。つまり、その場合には、第三者から追奪担保責任の追及を受けなくなる処分者は間違いなく売却代金を保有できるから、当然に不当利得が発生すると解されていたからである。ところが、現在の判例・通説のように所有者の追認を解して不当利得が発生させると、追認の対象の存否が問題にされることになる。しかし、追認の対象は、正確には無権利者の処分行為であり、かつ、追認は物権的な効果を有するにすぎない。そうだとすれば、物の現存とは無関係に追認は可能⁽⁴⁴⁾なはずである。しかも、追認の機能は、自己の権利領域への他人の干渉の効果の引渡請求権を発生させることだからである。要するに、判例は所有権保護の貫徹を一層推し進めたものといえる。かつ、そのような観点からのBGB八一条一項一文の目的と機能が、本判決では明示的に説明されている。

⑦連邦通常裁判所一九七六年一月二二日判決 (DB1976, 814)

【事実の概要】原告は家具を製作しており、T社は取引先の一つであった。Tと被告、及び、法的には独立した七つのX社との間で一九六五年に締結された契約に基づいて、T社は家具を(T自身が賃借した)Xマーケットの展示場に展示した。X社は斡旋料と利益配当を受け、T社の名前と計算で、買主と契約を締結し、T社はその倉庫から顧客への

配達と料金の徴収を引き受けた。

T社はX社の急激な膨張について行けず、X社に対して支払い義務の履行の遅滞に陥ったため、不和が生じた。そこで、被告は一九六九年二月に家具卸売会社を設立した。同年四月一日に、被告と他のX社はD社に、それぞれ別個の契約で、T社の名前と計算で一四〇万九六七六、三四マルクの「現金払い」でマーケットに在庫の展示家具を全て売却した。ところが、その中には、原告が所有権留保してT社に売却した、四万七六二八、八〇マルクの代金未払いの商品も含まれていた。同年八月五日には、T社の和議手続が開始している。

原告は、被告に対する訴と同時に被告とX社の処分を追認して、四万七六二八、八〇マルクを一九七〇年七月二五日からの利息四パーセントとともに請求した。原告とX社は合意して、原告のX社に対する請求を併せて被告に請求できると取り決めた。地裁と高裁は、原告の請求を棄却した。しかし、原告の上告は認容され、被告敗訴となった。

〔理由の概要〕

I. BGB八一六条一項一文だけが原告の請求を基礎づける点では、原審も原告と見解を同じくする。しかし、原審は、請求の名宛人は、被告ではなく、T社だけである。他の要件を全て備えても、原告の所有物を処分したのは、被告ではなくT社である。X社は、T社の代理人として行為したにすぎない。したがって、原告の請求に理由はないというのである。しかし、以上を検討する必要はない。上告には他の理由で根拠があるからである。

II. 控訴審は、原告の不法行為による損害賠償請求（BGB八二三条一項）も退けている。展示商品はD社に売却された時点では、原告に帰属していた。T社の所有権又は処分権の欠缺に関してD社は善意ではなかったから、X社の処分を原告が追認して始めて、買主Dは家具の所有権を取得している。つまり、原告は所有権の喪失を自ら招いたのであり、したがって、X社に対する不法行為責任の追及はできないというのである。

しかし、当裁判所は、以上の結論には賛成できない。

1. 権利者が無権利者の処分を追認して所有権を喪失しても、不法行為による請求権は原則として失われないことを、原審は誤解している (NJW1960, 860=DB1960, 437)。

その際に、BGB八一六条一項一文との関係で、原告が追認できるのは、X社が自らの名前で行った処分に限られるのかを、問題にする必要はない。仮にそうなら、実際は、X社はT社の代理人として処分したのだから、原告の追認は無意味なはずである。いずれにせよ、本件の事実関係では、原告が所有権を失うのは、D社が善意の買主に転売した時である (BGB九三二条、HGB三六六条一項⁽⁴⁵⁾)。だから、原告はD社に対する追認により、所有権を失っている。

いずれにせよ、G社(被告)の有過失の非行は、原告の所有権の喪失の原因の一部を構成している。以上が、原告の追認をどのように解釈しようとも、被告の不法行為責任を肯定する事情である。

2. 以上のように判示した上で、原告が追認しても、D社の占有が適法となるわけではないとして、連邦通常裁判所は、被告の四万七六二八、八〇マルクの損害賠償義務を肯定している。

本判決では、原所有者が無権限処分者の処分を追認しても、処分者の前主に対する不法行為による請求権が排除されないことを確認している。

以上のような判例で、連邦通常裁判所はライヒ裁判所の判例を確認し、さらに、所有権保護を一層拡大している。すなわち、所有者は無権限処分を追認しても、無権限処分者に対する不法行為による損害賠償請求権を失うことはない。そのことは、処分者からの転得者から、物の一部を回復したり、損害賠償を得た場合でも変わらない。さらに、処分者の前主に対する所有者の損害賠償請求も妨げられることはない。所有者の不当利得返還請求から、処分者が前主への対価を控除できないことは、所有者の追認によりBGB八一六条一項一文が適用される場合でも、処分者が権利者に対し

てが有効な処分を行ったときと同じである。加えて、処分者からの転得者が物を加工して、原所有者が所有権を失った後にも、所有者は無権限処分の追認が可能である。その上で、原所有者は、処分者に対してはBGB八一六条一項一文の不当利得返還請求、加工者に対してはBGB九五一条の不当利得返還請求権を行使できる。

要するに、所有者はBGB一八五条による追認、BGB八一六条一項一文の不当利得返還請求を行使しても、所有者として本来行使可能だった請求権の行使を妨げられることはない。つまり、先に紹介したイエーリングの表現を借りるなら、文字どおり「物権的な所有権保護を人的訴権によつて完全化」したのが、連邦通常裁判所の判例である。だから、所有者の追認は、無権限処分者の処分の法的効果を、所有者が自分に帰属させるための擬制としてだけ機能するということになる。

ただし、所有者は無権限者の処分を追認して売却代金の返還を得た上で、盗人から損害の満額の損害賠償を得れば二重に利得することになる。そこで、判例の考え方では、盗人と処分者は連帯債務関係にあり、一方の給付は他方の債務の弁済効を有することとなる。ただし、無権限者の処分を追認して売却代金の返還を得たときも、売却代金が所有者の損害を全て填補しないときは、所有者は盗人に対して損害賠償請求することは可能だということになる。

（b）学説による追認の一層の擬制化

（ア）以上で紹介した判例を、現在の学説は一致して支持している。⁽⁴⁶⁾つまり、無権限者の処分が権利者に対して有効ではない場合も、権利者が無権限者の取得した売却代金の返還を請求することが可能なことは、まったく疑問視されることはなくなった。ただし、学説が判例に反対し、かつ、その可能性を探っているのが、原所有者が処分を追認しても、即座に追認の効果が発生するのではなく、売却代金の返還を受けて始めて追認の効果を確定させることである。と

いうのは、ライヒ裁判所の判例（前述2・②⑤判決）は、所有者は追認した場合は、所有物返還請求を確定的に失うと判示し、しかも、それ以外の解釈は信義則に反する（②判決）とまでいつている。しかし、そう考えると、所有者は自分が追認した無権限処分者以外は請求の相手を失うことになる。その結果、後に物が発見された場合にも物の回復請求が不可能となるに止まらず、所有者は無権限処分者の無資力の危険を負担することになるからである。このような所有者の権能の制限は、所有権の保護の完全化という、追認の機能とは折り合わないと考えられることも可能である。そこで、学説の議論は、専ら追認の効果を確定させないための法律構成に集中している。

ところで、追認の効果の不確定に関する議論は、ライヒ裁判所の採用していた二つの法律構成、BGB二八一条の（類推）適用と、BGB一八五条、八一六条の適用の優劣の議論とも関係している。なぜなら、ライヒ裁判所（前述2・⑤判決）が前者を退けた後も、前者を支持する学説は、後者では所有者は最終的に所有物返還請求権を失うが、BGB二八一条の（類推）適用ではそうではないと論じて、その目的合理性を主張していたからである。だから、以下の叙述は、まずは、そういった議論の紹介から始めることとしよう。

（イ）ケメラーは、BGB二八一条の適用、BGB一八五条、八一六条の適用の両者ともに可能と考える。ケメラーの考え方では、両者は同一の目的・機能を有しているからである。つまり、ここでの実質的な問題は、所有権を失わないが、事実上の理由で所有物返還請求が困難となった場合の所有者の救済策だと、ケメラーは主張する。その上で、ライヒ裁判所の判例を肯定して、占有者が盗品に費用投下して償還の費用がかさむ場合、占有者の権利取得が疑わしいときに、その過失を論じて訴訟を提起するのではなく、処分者に対して売却代金を請求する余地があってもよいと指摘する。中間処分者が高額で売却していた場合も同じである。その際に、仮に、後に所有者が物の返還を受けたときは、売却代金は目的消滅（*causa finitam*）の不当利得で返還されることになるはずである。しかし、ケメラーは、判例が所有

者が処分を有効とすることに、売却代金の返還請求を係からしめている点を妥当だと評価する。さらに、類例の例として、ケメラが指示しているのは、請負人が窃取された他人の資材で家を建築した場合、被害者には家の所有者に対する不当利得返還請求と、請負人に対する不当利得返還請求の選択権が与えられてよいという提案である。

その上で、ケメラは一步進んで、以上のライヒ裁判所の判例の考え方は、英米法の不法行為訴権の放棄（waiver of law）の考え方につながると指摘している。つまり、占有離脱物が複数の占有者の間で転売された場合は、善意の処分者も含めて全て一種の横領者（converter）とされ、不当利得金返還訴訟（action for money had and received）の名宛人とされる。かつ、以上の選択権は、訴えの提起ではなく、被告から現実に売却代金を取得したときに確定する。同様の考え方は、ドイツ法のBGB八一六条一項一文にも当てはまり、所有者が処分者から満足を得た場合は、後に物が発見されても所有者は所有物返還請求権を行使することはできないとケメラは提案している。だから、ケメラは、BGB二八一条とBGB八一六条の機能の同一性から、両者の違いを認めず、かつ、売却代金の返還を受けたときは、いずれの場合にも所有者は所有物返還請求を失うと考えている。⁽⁴⁷⁾

（ウ）一九五八年の論文で、ドイブラー（Deubler）は、BGB二八一条かBGB八一六条一項一文かの争いの実益は、処分者から売却代金の返還を受けた所有者は所有物返還請求権を失うか否かに係っていると指摘している。その上で、通説はBGB八一六条一項一文を適用し、例えば、エネクツェルス・レーマン（Enneccerus/Lehmann）は追認と売却代金の返還の同時履行を主張するが妥当ではないと、同条の適用を批判する。なぜなら、追認により始めてBGB八一六条一項一文の請求権が発生するのだから、追認前は所有者は訴えを提起できないはずである。将来の請求権で将来の給付を請求することはできないからである。つまり、この場合には、既判力と執行力を有する請求権を、強制執行の結果に係らしめる結果となる。しかし、これは執行法上は、不可能だというのである。ところが、反対に、BGB二八

一条の類推適用は利益状況に合致している。なぜなら、占有者が物を処分して返還不能となれば、同条の要件は充足され、追認は不要だからである。

BGB二八一条の類推適用に対して、所有者・占有者関係は善意の占有者を保護しているから、同条の所有者・占有者関係への適用は妥当ではないという見解がある。⁽⁴⁹⁾つまり、物の滅失に責任を負わないはずの善意の占有者が、同条を適用すれば厳格な責任を負担することになる。さらに、軽過失の占有者が物の処分で損害賠償義務を負うことになり、所有者・占有者関係の規定の考え方とは折り合わないというのである。しかし、両者の調整は可能だと、ドイブラーは考える。つまり、物を処分した占有者は、現存利得の限度で返還義務を負うと解して、善意と悪意の占有者の責任も区別できる。さらに、BGB二八一条の類推適用で、所有者は不当に有利になるという批判もある。つまり、物が複数の中間取得者を經由すれば、占有者は前主にBGB四四〇条の請求を追及し、後主からのBGB四四〇条の請求に応じる必要がある、民法の規定する善意占有者の責任を超過するからである。しかし、この事態は八一六条を適用した場合も同じであり、反対にBGB二八一条では、BGB二五五条（賠償者の代位）の類推により、売却代金を返還した場合もには所有物返還請求権の譲渡を請求する方法が可能である。したがって、BGB二八一条の類推は、BGB八一六条より利益状況に合致するというのが、ドイブラーの主張である。⁽⁵⁰⁾

以上のドイブラーの提案は、無権限処分者（占有者）からの売却代金の取得により、当該の有過失の処分者、および、他の処分者に対する損害賠償請求を排除すること、さらに、善意の処分者の返還義務を現存利得（したがって、対価の控除の可能性）に制限するなど、現在の（先に紹介した）判例・学説の到達点とは乖離している。しかし、ドイブラーの論考が嚆矢となつて、追認の効果の確定をめぐる議論が本格的に始まることとなった。

（エ）以上のドイブラーの疑念に、まず解答を与えたのはパウエルンフェルド（Bauernfeld）である。確かに形式的

には、ドイブラーのいうように、所有者による無権限処分の追認の効果が確定しない限り、売却代金の返還請求権は発生せず、無権限者に対して同時履行判決を命じる要件は具備されない。しかし、同時履行を定める規定の趣旨からは、BGB八一六条一文の適用されるケースは、その類推適用が可能な利害状況にある。同一の経済関係にある債務者の反対給付を同時に満足させずに、債権者が自己の債権の満足を受けるのは不当だというのが、同時履行判決が命じられる基本的な考え方である。反対に、債権者は根拠なしに先履行義務を負わされるべきではないことも確かである。つまり、以上の原則は信義則という一般的な法原則の現れであり、BGB八一六条のケースも以上の原則に服する。

具体的には、所有者が売却代金を請求するために無権限者の処分を追認した場合は、所有者は自己の給付（追認）により処分者に利得を発生させる必要がある。その際に、他の債権者と同じく所有者は、反対給付を期待することが可能である。無権限者の処分による所有者の危険は、同時履行を請求できる債権者の危険以下ではない。したがって、追認は形式的には請求権の成立要件ではあるが、所有者は最終口頭弁論時に追認を与える必要はない。信義則により、処分者から売却代金を取得した時に追認の効果が発生すると解することが可能である。以上は、法発展による原則の克服であり、体系上は異論の余地がないわけではない。しかし、BGB八一六条一文に単なる補償機能⁽⁵¹⁾（Ausgleichsfunktion）以上のものを与える限りは、そのことを承認すべきであると、バウエルンフェルドは主張している。要するに、BGB八一六条一文に所有権保護の拡張機能を付与したからには、同時履行関係の考え方も変わってくるというのが、バウエルンフェルドの考え方の骨子であろう。

（オ）以上の問題に関して、どの時点で権利者は追認が可能かという側面から詳細な検討を加えたのが、プフィスター（Pfeister）であった。追認は追認時の追認者の処分権の存在が前提だと解する通説は妥当かというのが、プフィスターの問題意識である。プフィスターの主張は、以下のようなものである。他人の物の処分の追認では、権利者の追認の時

点では、第三者が時効、加工・付合・混和などで物の所有権を取得して、権利者が所有権を失っている場合もしばしばである。そうすると、権利者は追認できないことになる。他方で、追認には遡及効があるはずである（BGB一八四条二項）。ただし、上記の例では、既に物の所有権を取得した第三者の権利は、追認の遡及効によって害されることはない。しかし、追認の遡及効は必要であり、かつ、追認時の権利者の処分権の有無と追認の可否は無関係であり、処分時の権利者の処分権の存在だけが問題となる。以上の理は、追認者の行為能力、処分権のいずれにも当てはまる。例えば、行為能力は行為に関する一定の判断能力の要求であり、追認が効力を発生する時点ではなく、追認の時点が問題となる。追認者の処分権に関しては、Eが一月一日に所有者なら、一月一日以前にEが処分同意していても、二月一日に追認しても、一月一日の時点でのEの物に関する処分の有効性は変わらない。つまり、同意の有効性には、処分の時点で同意者が処分権を有することが必要なだけである。反対に、同意の時点での処分権の存否とは、同意の有効性は無関係である。なぜなら、同意の時点での処分権には、同意は無関係だからである。例えば、一月一日にEの家屋がBに損傷され、二日に家屋がDに処分された場合も、家屋の損傷に対する損害賠償請求権は依然としてEに帰属する。

以上の理は、無権利者の処分の追認だけでなく、他の場合にも妥当する。例えば、無権利者VがBにEの物の期間一年の役権を設定し、一年が経過した後にEが物をDに売却した場合も、EはVに対してBGB八一六条による請求権を取得してしかるべきである。ところが、通説の考え方では、役権を有効とすることは不可能である。さらに、Eの物が窃取され、盗人からAが物を買受け、AからB、BからCへと転売され、EがBの処分を追認して売却代金を返還請求したとする。ところが、後に、AがBより高価で物を処分していたと判明したり、物が発見された場合に、通説では、Eは無権利者だから、EはBに対して売却代金の請求や、物の回復請求が不可能となる。しかし、この結果は不当である等々。

最後に、プフィスターは、権利者が処分時には処分権を有していた場合と、処分時に第三者が善意取得の要件を具備していた場合に分けて、第三者との関係を検討する。その上で、権利者の追認の可否が追認時の処分権の有無とは無関係であると結論づけている。⁽⁵²⁾

（カ）以上のような議論を基礎に、解除条件付きの追認という法律構成を提案したのが、ヴィルケンス（Wilckens）の論考である。⁽⁵³⁾判例は所有者が売却代金の返還請求を行ったときは、黙示に留保なしの処分の追認を行ったと解している。しかし、それでは、処分者に対する強制執行が功を奏さない場合を考えると、明らかに不都合である。しかも、盗品は通常は安価に処分されるから、所有者が処分しても良いと考える売却代金を処分者が取得することは稀である。盗人や盗品故買者は、通常の市場の条件で買主を見つける余裕はないからである。そこで、デレ（Dell）⁽⁵⁴⁾は売却代金の返還との同時履行での追認を提案し、通説の支持を得た。しかし、追認がなければ売却代金の返還請求権それ自体が成立しないから、以上の構成は無理である。かつ、仮に強制執行が成果を上げても、後に物が発見された場合も、所有者は物の回復が不可能となる。しかし、盗品が売却される価格を考慮すると、これでは不当であるというのが、ヴィルケンスの問題意識である。⁽⁵⁴⁾

その上で、ヴィルケンスは、解決策は極めて単純で、盗品が再び発見されることを解除条件として追認すればよいと提案する。条件成就前は、処分の追認は有効だから、売却代金の請求は可能である。物が発見されれば、追認以後の処分も、解除条件の成就で失効する（BGB一五八条二項）。所有者は処分者に売却代金を返還する必要があるが、BGB九八五条で物の返還請求が可能となる。つまり、以上の構成は、上記の所有者の不利を、全て排除している。⁽⁵⁵⁾

その上で、有効ではない処分の追認に解除条件を付すことが許されるかを、ヴィルケンスは検討する。まずは、具体的な法規定による制限は一般化できない。しかし、一般に認められている解約告知、取消、解除、撤回への条件・期限

の禁止は合理性がある。なぜなら、条件成就により相手方は取消などを前提としたのとは違った行為を強制され、余計な費用の支出を余儀なくされるからである。しかし、本件では、そのような不利益を相手方・第三者が蒙ることはないとヴィルケンスは論証する。

すなわち、V（処分者）はE（所有者）から占有離脱した物をB（占有者）に処分し、EがVの処分を追認したとする。Bの保護は不要である。Bは一時的にでも本来は取得できない所有権を取得したにすぎない。Eの追認で、BはVに対する追奪担保責任の請求権を失うが、所有権を取得するなら問題はない。Bは場合によっては物の処分を留保する可能性がある。しかし、この不利益は物を取得した時から負担しているものであり、追認によって不利益が増加したわけではない。追認により、VはEから売却代金の請求を受ける。しかし、前主に対する追奪担保責任の追及も可能となる。かつ、以上の不利益はEが追認せず、物を回復した場合も同じである。つまり、この不利益は、条件付き追認による権利関係の浮動状態によって作出されたわけではない。以上の理は、物がVからW、WからBと転売され、EがWの処分を追認した場合でも同じである。Bにとっては、無条件の追認が有利であろうが、それを強制する権利はBにはない。要するに、追認による権利帰属の浮動状態によって、いずれの取引関与者も不利益を受けるわけではないというのが、ヴィルケンスの主張である。だから、具体的な利害関係から出発すれば、条件付き追認は利益状況に合致している⁽⁵⁶⁾というのである。

さらに、メルレ（Merle）は、ヴィルケンスに対する批判を考慮して、解除条件付き追認を支持する立場から反論している。その骨格は、（ア）物の取得者の地位は、追認で劣化することはない。まず、追認で取得者は前主に対する追奪担保責任の追及は不可能となるが、所有権を取得するから問題はない。取得者には追認を要求する権利はないから、解除条件付きで追認されても不利益を負わされるわけではない。さらに、取得者は追認により出捐を強制されないから、

不利益は一切蒙らない。(イ) 処分者に与えられる不利益は、解除条件成就後に売却代金の返還義務を負担すべき所有者（追認者）の無資力の危険である。しかし、解除条件が成就すれば、所有者の返還請求権又は物は強制執行の対象として残されている。かつ、通常は物の返還請求を受ける占有者は事案解明のために処分者を訴訟に関与させるだろうか、処分者には解除条件の成就を知りうる可能性は十分に存在する。加えて、処分者は前主に対して追奪担保責任を追及できる。したがって、以上の不利益は我慢しがたいものとは言い難い。しかも、法的観点からは、処分者より所有者の方が保護の必要性は高いからである。(ウ) 条件付き追認は、公示なしの所有権移転を招来するから、公示原則に反するという批判がある。しかし、動産物権変動では、（債務の弁済を解除条件とする所有権移転である）譲渡担保・（債務の弁済を停止条件とする）所有権留保でも公示原則は後退しており、ここでも事態は同じである。(エ) 売却代金の弁済と追認の同時履行は、強制執行前に請求権が成立していないから、訴訟法上の疑念があると批判される。しかし、解除条件付き追認では、強制執行時には債権は成立している。かつ、実体法上の請求権に基づいて請求認容の判決が下されたが、後に任意の弁済により判決効が失われることは大いにあり得る。かつ、そのために請求異議の手続が用意されている。したがって、解除条件付き追認は、理論的に十分に支持できる。⁽⁵⁷⁾

以上のヴィルケンスとメルレの主張は、以下のように要約できよう。解除条件付き追認の有無にかかわらず、処分者は後主からの追奪担保責任の追及を覚悟すべきであり、前主に対する追奪担保責任の追及が功を奏さない危険を覚悟すべきことは変わらない。つまり、以上の危険を追認が増悪させるものではない。もつとも、以上の危険の顕在化は、あげて所有者の行動様式に依存することになる。例えば、物が発見された場合も、物が損耗しており、かつ、占有者が善意で損害賠償請求できない、又は、悪意でも無資力で損害賠償の意味がない場合は返還請求せず、そうではない場合は返還請求するという、偶然性に依拠した所有者の都合に左右されることになる。しかも、売却代金を所有者に返還した

後も、追認された処分者には危険が存続することになる。しかし、以上の偶然性は、最初から無権限処分者が負担すべきものであり、条件成就後は所有者が（売却代金の返還義務を負担する）債務者として残されており、通常は前主よりも資力があるというのであろう。だから、法的観点からは占有離脱物の所有者は、善意取得できない占有者より保護の必要性が高いと考えるなら、以上は十分に考え得る主張の一つであろう。

（キ）ただし、多くの学説は、解除条件付き追認の提案に賛成していない。その理由は、無権限処分者の権利関係の確定の不安定さが長期にわたる可能性があるからである。その結果、多くの学説は、所有者が追認の結果として所有権（所有物返還請求権）を喪失する危険だけを排除するために、売却代金の返還と同時に履行での追認を提案している。ただし、以上の売却代金の返還と追認を同時履行関係に立たせる法律構成が、理論的難点を免れないことは前述の通りである。しかし、それが結論として支持されているのは、この構成が、無権限処分の連鎖の場合の関係者の利益状況に最も合致していると考えられているからである。⁵⁸⁾

2-1. 小括

（1） 以上で紹介した他人の物の無権限の処分による不当利得という問題に関する、一九世紀から現在までのドイツ法の経緯を、ここで要約しておくこととしよう。

一九世紀の後半の後期普通法下での不当利得に関する議論の中心は、他人の物が無権限で処分され、物が善意の第三者（占有者）の下で滅失した場合に、原所有者は失われた所有物返還請求に代わって、処分者に対して不当利得返還請求権を行使できるかであった。その際に、イエーリングとヴィントシャイトとの間で当時は広く知られた論争があり、

イエーリングは権原なしで占有取得した処分者に対してだけ所有者からの不当利得返還請求権を肯定し、かつ、善意の第三者に対する不当利得返還義務を否定した。反対に、ヴィントシャイトは、権原の有無にかかわらず、処分者に対する不当利得返還請求を肯定していた。以上の論争の背景として重要なのは、一般的には動産の善意取得が認められていなかったことである。そのために、取引の安全を指向するイエーリングの見解が、当時有力であった。

他方で、第三者の下に物が現存する場合にも、所有者が無権利者の処分を追認して売却代金の返還請求が可能かは、事務管理の問題と考えられていた。ただし、（真正）事務管理の成立に他人のためにする意思を要求して、他人の事務を自己の事務と誤信した者に対する本人からの請求（不真正事務管理）を認めない方向で、議論は収束しつつあった。その下で、所有者は無権限処分を追認して、処分者に対して売却代金を請求できるかに関しては、見解が分かれていた。以上を背景に、故意に他人の権利を侵害した場合の準事務管理は別として、民法典は不真正事務管理を認めず、かつ、立法者も善意の占有者による無権限処分を追認して事務管理を成立させることには否定的な考え方であった。

（２）ところが、民法典が動産の善意取得を認めたことで、善意の第三取得者は原則として動産の所有権を取得できるようになった。したがって、以上の問題は、善意取得の保護を受けない占有離脱物、特に、盗品の無権限処分の事例に収束することとなった。その下で、ライヒ裁判所の判例は、所有者の無権限処分者に対する売却代金の請求を、代償請求（BGB旧二八一条（新二八五条）、又は、所有者の追認（BGB一八五条）とBGB八一六条一項一文を根拠に認容した。以上の判例には、明らかに普通法での議論との連続性を見て取ることが可能であろう。なぜなら、売却代金がある所有権の代償だという考え方には、第三者の下で物が滅失した場合に処分者に対する無原因の不当利得の返還請求（*condictio sine causa*）が成立するという問題のとらえ方との共通性を看取できる。さらに、所有者の追認による不当利得返還請求は、不真正事務管理（*unechte Geschäftsführung ohne Auftrag*）の追認であり、民法典の立法者が否定し

た考え方だからである。

ただし、売却代金が物の返還義務の代償（BGB二八一条）だという考え方は、債務の履行不能を前提とし、所有者・占有者関係には適用されない。なぜなら、所有者は第三者に対する物の返還請求が可能であり、履行不能とはなっていない等の理由で、比較的早くから退けられた。ただし、所有者の追認による不当利得返還請求という考え方も、二〇世紀初頭の学説、しかも、極めて有力な学説のなかには、不真正事務管理との関係を強調して否定するものもあった。BGB六八七条一項は、他人の事務を自己の事務と誤信した場合には、事務管理の規定は適用されないと定めているからである。さらに、BGB八一六条一項一文の権利者に対して「有効な（wirksam）」無権利者の処分という文言も、処分時には無効な（unwirksam）処分とは抵触する。さらに、追認は無効な処分を物権的に有効とするにすぎないから、所有者と処分者の間の債権的關係とは無関係である。そうすると、両者の間に事務管理が成立しないなら、債権關係の發生の余地はないとも考えられるからである。

（3）しかし、以上のような理論的な疑念にもかかわらず、判例・通説が一八五条、八一六条による処分者に対する売却代金の返還請求と、占有者に対する所有物返還請求権という所有者の選択権を承認したのは、実益の観点が決定的だからである。なぜなら、占有離脱物以外でも、第三者の善意取得が成立しているか否かは、所有者には容易に判断できない。さらに、特に、占有離脱物の場合は、所有者が物を発見できるか否かは不確定だからである。例えば、盗品故買商から物が所在不明の人間に処分されたり、複数の人間に処分された場合である。加えて、回復した物が損耗しており、売却代金が物の回復より経済的に意味のある場合もある。しかも、処分者や占有者が善意の場合は、所有者は損害賠償請求することはできないからである（BGB九九三条一項）。そうすると、所有者の地位は、物の善意取得が認められた場合と比較して、却って劣化していると考えられることのできるからである。

さらに、決定的なのは、所有者が占有者から物の返還を受ければ、処分者は後主から追奪担保責任の追及を受け、いずれにせよ売却代金を返還する義務があるからである。その際は、処分者には前主に対する担保責任の追及以外の手段は残されていない。しかも、後主の追奪担保責任は損害賠償を含むから、所有者からの売却代金の請求以上のものを請求される可能性がある。ところが、所有者が追認すれば、処分者の後主以後の所有権の取得は確実となり、処分者が追奪担保責任を負担する可能性は消滅する。したがって、所有者の追認は、処分者を不利にすることはないと考えることも可能だからである。

（４）その結果、連邦通常裁判所の判例は、ライヒ裁判所の判例を継承し、さらに所有者の保護を拡大している。すなわち、無効な売買が連鎖した場合には、所有者は任意の処分者、つまり、最も高価に処分した処分者、最も資力のある処分者を選択して、その処分を追認することが可能である。その際に、処分者が前主に支払った売買代金（取得の対価）を、所有者からの不当利得返還請求から控除できないことは、BGB八一六条一項一文の適用が本来予定された無権限者の処分が有効な場合と同様である。

所有者は物の一部を回復したときでも、処分を追認することができる。処分を追認した後に、盗人に売却代金を超える損害の賠償を請求することも可能である。売却代金の返還により、所有者の損害が全て填補されるとは限らないからである。特に、盗人、盗品故買者は、普通は通常の市場で物を売却することはない。そうすると、その後も通常の市場での物の転売も、必ずしも期待できない。したがって、盗品の売却代金は、適正な市場価格よりも安価なのが普通だからである。ただし、所有者が物の客観的価格以上に利得することは許されないから、判例は、盗人と処分者は連帯債務を負担すると解している。

さらに、物が第三者の下で加工されて所有権が失われた後にも、つまり、追認時には権利者でないにもかかわらず、

所有者は処分を追認できる。つまり、物の処分によって取得できる経済的価値を全て所有者に与えることを、追認の遡及効を通じて達成しているのが、判例の考え方だといえる。かつ、その手段は、追認の遡及効という擬制の最大限の活用である。

(5) ただし、所有者の売却代金の請求から所有者の追認を推認し、所有者は追認により確定的に所有物返還請求権を失う。かつ、それ以外の解釈は、信義則に反すると考える(ライヒ裁判所の)判例には、学説は反対している。追認後に処分者に執行しても、処分者が無資力の可能性もある。したがって、物を所有物返還請求するか、追認して売却代金の返還を請求するかという二者択一を所有者に強制するのは、不当であると学説は考えるからである。そこで、学説が提案するのが、売却代金の返還と同時に履行での追認、および、物の回復を解除条件とする追認という法律構成である。ただし、多くの学説は、前者の構成を支持している。後者では、処分者の権利状態の不安定が不当に長期間継続すると、学説は考えているからである。

(6) 以上の判例・学説の展開は、民法典の起草者が一回は否定した不真正事務管理の復活だと評価することも可能であろう。つまり、本来は第三者が物を善意取得しない限り、所有者は所有権を失わず、損害も発生しないはずである。第三者の下で物が滅失した場合も、所有者は第三者に対して不当利得返還請求が可能である。したがって、所有者の無権限処分の追認の機能は、ひとえに無権利者の処分の効果の自己への引渡を実現させることにある。その結果、干渉者(処分者)の善意・悪意にかかわらず、自己の権利領域(物の処分権)への干渉に対して、干渉の効果(売却代金)の引渡請求を権利者(所有者)に認めているのが、所有者の無権限処分の追認だといえるからである。そのことは、以上の構成に反対していた二〇世紀の始めの学説が、BGB六八七条一項との抵触に言及していたことに象徴的に表現されている。しかし、現在の判例・学説は、一致してBGB一八五条、八一六条一文による売却代金の返還請求を

支持している。要するに、所有権の完全な保護が、以上のような法の継続形成（Fortentwicklung des Rechts）を支持しているであろう。

(32) Josef Esser, Schuldrecht, 1. Aufl., 1949, 307 (S.447) は、追認の遡及効は取引の安全のための擬制であり、BGB 八一条一項一文の要件（権利者に対して「有効な」処分）を充足しないから、追認の可能な事務管理は存在しないとして、判例を批判していた。しかし、後の版では、改説している。その理由は、従前の立場では、判例・学説の発展と大きく乖離してしまいうからであろう。

(33) 連邦通常裁判所一九五二年一〇月二〇日判決（NW1953, 58）の争点は、無権限処分の追認の意思表示の解釈など多岐にわり、無権限者の処分により第三者が善意取得したケースだが、判例は、権利者の追認によって、無権限処分が有効となること前提としている。

他方で、ライヒ裁判所一九三二年一〇月二一日判決（RGZ138, 45）は、処分が権利者に対して有効な場合に、原所有者の無権限処分者に対する売却代金の請求は、BGB 二八一条、八一六条、六八七条二項で基礎づけられるとした判決である。

(34) BGB 二五五条 物又は権利の喪失に対して損害賠償する必要がある者は、物の所有権又は第三者に対する権利に基づいて賠償権利者に帰属する請求権の譲渡と引換えてだけ賠償義務を負担する。

(35) BGB 九八九条 自己の故意・過失により物が損傷、滅失、又は、その他の理由で返還が不能となったことにより発生した損害に関して、占有者は訴訟係属以後は所有者に対して責任を負う。

BGB 九九〇条は、前掲1. 注（4）を参照。

(36) Ernst von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in Gesammelte Schriften, Bd.1, Mohr, 1968, S.209ff., S.265ff.（初出は、Festschrift für Ernst Rabel, Bd.1, Hrsg. Dölle usw., Mohr, 1954）ケメラーは、BGB 二八一条とBGB 八一六条の考え方は共通するから、いずれか一方が妥当とはいえない。実質的な問題は、所有者は所有権を失わないが、

事実上の理由で所有物返還請求が困難となった場合の救済策だとする。その上で、ライヒ裁判所の判例が所有者が処分を有効とすることに、売却代金の返還請求を係からしめている点を妥当と評価した上で、ケメラは一步進んで、英米法的不法行為訴権の放棄の考え方を提案している。

- (37) Ludwig Kaiser, JZ1961, S.26f. 以下に、本判決を検討した、グルンスキーは、本判決の判示では理由づけとして不十分であると指摘する。その上で、BGB一八五条二項は、無権利者の処分は一定の要件の下で有効となると規定しているが、処分の所有者に対する適法性には言及していない。BGB一八四条一項は、処分が有効となる時点を定めているが、有効となる範囲を規定していない。だから、追認の効果を内部関係と外部関係に分けて考えるべきであり、処分は処分時から有効となっても、権利者との関係で有効に処分できるわけではないと、追認の擬制 (Fiktion) の性格を強調している。
- Wolfgang Grunsky, Die Rückwirkung der Genehmigung und ihr Verhältnis zu §816 Abs. 1 Satz1 BGB, JZ1961, S.119ff.
- (38) HGB三九二条(一)問屋の締結した取引による債権は、債権譲渡の後から始めて、委託者は債務者に対して行使できる。
- (二)但し、以上の債権は、債権譲渡の以前でも、委託者と問屋、及び、問屋の債権者の間では、委託者の債権とみなされる。

- (39) BGB八一八条(一)返還義務は、利得した収益、利得した権利に基づき受領者が取得したもの、又は利得したものの滅失、損傷、若しくは侵奪の代償として受領者が取得したものに及ぶ。

(二)利得したものの性質により返還が不能なとき、又は受領者がその他の事由により返還できないときは、受領者は、その価値を賠償する必要がある。

(三)受領者は、利得が現存しない限度で、返還又は価値賠償の義務を免れる。

(四)訴訟係属が生じた後は、受領者は、一般原則に従って責めに任ずる。

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)を参照した。

- (40) BGB四二二条(一)連帯債務者の一人に対する弁済は、他の債務者のためにも効力を生じる。代価弁済、供託及び相殺についても同様である。

(二)連帯債務者の一人に属する債権をもって、他の債権者は相殺をすることができない。

椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』(日評・一九八八年)による(同条は、債権法改正後の新規定でも変更され

いふこと）。

- (41) Ernst von Caemmerer, JR1959, S. 462ff. その他にも、ケメラーは、八一六条一項一文による返還請求の対象は、売却代金ではなく物の客観的価値であり、客観的価値を超える売却代金の請求は、準事務管理の制度によってだけ可能なことを主張している。ケメラー自身の主張に関しては、前掲注（36）Caemmerer, aaO., S.232ff. も参照。売却代金が客観的価値の返還かに関するドイツ法の状況に関しては、例えば、Staudinger/Lorenz, 8816Rn. 23ff. を参照。わが国の文献としては、好美清光「準事務管理の再評価―不当利得法等の検討を通じて―」『不当利得・事務管理の研究（三）』（有斐閣・一九七二年）三七―頁を参照。

- (42) 以上の判決に対しては、盗人と処分者は共同で損害を惹起した者には当たらないから、連帯債務者となることはないという学説の批判がある。例えば、Gerhard Dilcher, Zu Begriff und Funktion der Gesamtschuld, JZ1967, S.110ff.; Helmut Reeb, Die Abgrenzung der Gesamtschuld von anderen Schuldverhältnissen-BGHZ59,97, JuS1974, S.292ff. を参照。ただし、連帯債務関係の例外を認めて本判決を支持するものとして、例えば、Staudinger/Lorenz, 12.Aufl.(Neubearb.1999), 8816Rn.26; Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 20.Aufl.,2004, Heymann, Rn.927 を参照。

- (43) B G B 九四六条 動産が不動産に付合して本質的構成部分となったときは、不動産の所有権は動産に及ぶ。

B G B 九四七条（一）複数の動産が付合して、合成物の本質的構成部分となったときは、従来の所有者は合成物の共有者となる。合成物の持分は、動産の付合の当時の価格によって定まる。

（二）複数の動産の一つが主物とみなされるときは、主物の所有者が単独所有権を取得する。

B G B 九四八条（一）複数の動産が互いに混合又は融和して分離不能となったときは、第九四七条の規定が準用される。

（二）混合又は融和した動産の分離が過分の費用を要するときも、分離不能と同様である。

B G B 九四九条 第九四六条乃至第九四八条の規定により物の所有権が消滅したときは、物に関して存在した所有権以外の権利も消滅する。所有権以外の権利の負担を受けていた物の所有者が共有持分を取得したときは、所有権以外の権利は持分の上に存続する。負担を受けていた物の所有者が単独所有者となったときは、負担となっていた権利は取得した物にも及ぶ。

B G B 九五〇条（一）一つ又は複数の材料を加工又は変造して新しい動産を作成した者は、加工又は変造の価値が材料

の価値より著しく安価なときを除いて、新物の所有権を取得する。文字、記号、絵画、印刷、彫刻、又は、それに類する表面上の工作も、加工とみなされる。

(二) 新物の所有権の取得により、材料に関する権利は消滅する。

(44) Zeiss, JZ1971S.36f. の評釈も、本判決に賛成している。ただし、本判決が、原告（原所有者）の加工により所有権を取得した第三者に対する不当利得返還請求を肯定する点で、いわゆる「侵害利得の補充性」(Subsidiarität der Eingriffs-kondition)」との関係が問題になると指摘している。つまり、第三者は処分者の給付によって物を取得している。かつ、原所有者は処分者に対して不当利得返還請求権を有する。したがって、原所有者の第三者に対する侵害利得の返還請求は、処分者に対する請求権に対して補充的なのではないかという考え方である。つまり、現行法の物権法が承認しない取引の安全を拡張するための理論である。ただし、以上の侵害利得の補充性と、それが貫徹できないことは、例えば、前掲一・注(2) 藤原三五九頁以下を参照。

(45) BGB 九三二条(一) 第九二九条に従って譲渡がされたときは、物が譲渡人に属さないときも、取得者は所有権を取得する。取得者が本条によって所有権を取得すべき時に善意でないときは、この限りではない。第九二九条二文の場合は、取得者が譲渡人から占有を取得したときに限り、本条が適用される。

(二) 物が譲渡人に属さないことを、取得者が知っていたか重過失で知らなかったときは、取得者は善意ではない。

HGB 三六六条(一) 商人が商行為で自己に属しない動産を譲渡又は質入れたときは、譲渡人又は質権設定者の物の処分権に関して所得者が善意だったときも、無権利者から権利取得する者のための民法の規定が適用される。

(二) 物が第三者の権利の負担を受けていたときは、物に対する権利の留保なしで、譲渡人又は質権設定者が処分する権原に関して、取得者が善意だったときも、無権利者から権利取得する者のための民法の規定が適用される。

(三) 問屋、運送取扱人、倉庫業者、及び、運送人の法定質権は、善意の保護に関しては、本条第一項の契約による質権と同様である。

(46) 以上のような判例の発展と学説の支持を、理論的な論争に終始しているドイツの不当利得法では稀な見解の一致している事案類型だ」と評しているのが、前掲1・注(3) König, aaO., S.164 以下。

(47) 前掲注(36) von Caemmerer, aaO., S.265ff. を参照。

- (48) Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht (14.Bearb.), Mohr, 1954, §225 I 3 (S.874ff.).
- (49) Harry Westermann, Sachenrecht (3), §31 IV 4; Staudinger/Berg, §985 Anm.4.
- (50) K.G.Deubler, Bemerkungen zur analogen Anwendung des §281 BGB auf den Eigentumsherausgabeanspruch, MDR1958, S.197ff.
- (51) Heinz Bauernfeld, Herausgabe des Erlangten Zug um Zug gegen Genehmigung der Verfügung des Nichtberechtigten?, NJW1961, S.109ff.
- (52) Bernhard Pfister, In welchem Zeitpunkt muß der die Genehmigung eines Nichtberechtigten Genehmigende Verfügungsmacht haben?, JZ1969, S.623ff.
- (53) Uwe Wilckens, Ist der Rückgriff des Bestohlenen auf den Veräußerungserlös notwendig endgültiger Verzicht auf das Eigentum?, AcP157, S.399ff.
- (54) Wilckens, aaO., S.399ff.
- (55) Wilckens, aaO., S.401f.
- (56) Wilckens, aaO., S.402ff.
- (57) Werner Merle, Risiko und Schutz des Eigentümers bei Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten - Zur Zulässigkeit bedingter einseitiger Rechtsgeschäfte-, AcP183, S.81ff.
- (58) 公平に關つては、例へば、Dieter Reuter/Michael Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, Mohr, 1983, S.303ff.; 註(39) Staudinger/Lorenz, §816 Rn.9; Ermann/Westermann, 10.Aufl., 2000, §816 Rn.9; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Hb.2, Besonderer Teil, 13.Aufl., Beck, 1994, S.182; Hans-Georg Köppensteiner/Ernst A. Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2.Aufl., 1988, Gruyter, S.94; Harmut Reeb, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, Beck, 1975, S.76; Ulrich Loewenheim, Bereicherungsrecht, Beck, 1989, S.85 及び参照。

3. 他人の債権の無権限の取立

(1) BGB八一六条二項の機能

(a) 先に紹介したように(二・1.)、無権限の他人の物の処分も、他人の債権の取立により取得したものの返還請求も、ドイツ民法制定前の普通法^下では、不真正事務管理(unechte Geschäftsführung ohne Auftrag)の問題として論じられていた。ただし、他人の債権の取立では、他人の物の処分の追認と同様に、不真正事務管理の追認の是非に対する疑念の他に、他人の物の処分の追認の場合とは異なり、追認の対象である債権の同一性を疑問視する、つまり、そもそも追認の可能性自体を疑問視する見解があった。以下では、他人の債権の取立に関する判例・学説を見ていくこととするが、その前提として、無権利者に対する弁済が有効とされる場合の根拠規定であるBGB八一六条二項に関する問題を、本稿に關係する限度で一瞥しておくこととする。

(b) 既に見たように、BGB八一六条二項は、非債権者への弁済が債権者に対して有効な場合の、債権者の無権限の弁済受領者に対する不当利得返還請求権を規定している。もともと、BGB八一六条二項には独自の存在意義があるか否かが議論の対象となったことがある。つまり、一方で、同条は、給付者(債務者)と損失者(債権者)が同一ではなく、かつ、第三者の給付による損失が侵害利得を構成するという特別な事例を規律している。だから、同条は、給付により侵害利得が発生する特別なケースを定めた規定であり、独自の存在意義があると主張された。⁽¹⁾しかし、非債権者への弁済が有効とされるのは、取引の安全の要請によるものであり、債権の帰属自体を変更することはない。ゆえに、権利の割当内容(Zuweisungsehalt)に反する債権の消滅が、権利の継続的效果(Rechtsfortwirkung)である侵害利得を基礎づけることになる。それゆえ、BGB八一六条二項は、BGB八一二条二項一文後段「その他の方法による利得」の一事例にすぎず、一般的な侵害利得の要件に無理なく包摂可能であるという見解が、現在は一般的である。⁽²⁾ただし、民法典の制定当時は、債権の帰属という財産上の地位に対する侵害の承認という認識は一般的とはいえなかった。無権

限の弁済受領者に対する債権者の不当利得返還請求の根拠を、民法典の制定以前の判例は（極めて一般的な不当利得の根拠である）「無原因の不当利得（*condictio sine causa*）」に根拠を求めていた。その結果、民法典の立法者は、非権利者への弁済の返還請求を、無権利者による処分の場合と並べて規定することが必要だと考えて、BGB八一六条二項の規定をおいたのだと説明されている。⁽³⁾

（c）BGB八一六条二項の適用事例は多岐にわたるが、その典型例は、（債権譲渡の対抗要件が要求されていないドイツ法での）債権譲渡が行われたが譲渡人（旧債権者）からの通知がなかった場合の、債権譲渡に善意の債務者の旧債権者への弁済のケース（BGB四〇七条、四〇八条）である。⁽⁴⁾ただし、その場合に、通説は、債務者は同条による新債権者に対する弁済効という保護を放棄して、弁済受領者（旧債権者）に対して非債弁済の不当利得の返還を請求することは可能だと解している。だから、BGB八一六条二項の適用の有無は、債務者の選択に依存することになる。つまり、債権者に対する弁済効を主張して免責を得るか、弁済受領者に対して不当利得返還請求権を行使するかを選択権を、債務者は有していることになる。

ただし、AがBに対する債権をCに譲渡したが、債権譲渡を知る以前に債務者BがAに対する反対債権で譲渡された債権と相殺したとする。ところが、後に債権譲渡を知った債務者Bは、旧債権者Aに対する相殺は無効だと主張して、新債権者Cに対する反対債権で譲渡された債権と相殺できるか。例えば、新債権者Cが無資力の場合には、債務者BはCに対する反対債権で相殺する方が有利である。つまり、債務者は弁済効を主張するか否かの浮動期間を、自己に有利に利用できるかが問題となる。この事例を提示して問題を論じたヘック（Heck）⁽⁵⁾は、債務者の選択権に否定的である。他方で、債権譲渡を通知することは譲渡人の責任であると考ええるものは、債務者の選択権を肯定すべきだと解している。⁽⁶⁾以上の評価の相違は、非債権者への弁済が有効とはならない場合の、債権者による債務者の弁済の追認の可否を論じる

際にも重要な意味を持つてくることになる。なぜなら、債権者が債務者の弁済を追認すれば、債権の消滅は確定するから、債務者は債権者に対する反対債権で相殺することはできなくなると解されている。その結果、債務者の選択権を重視する立場は、債権者の追認の可能性を否定する方向性と親和的となる。ただし、以上の問題は、判例・学説を紹介・検討した後に、再度取り上げることとする。

(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

① ライヒ裁判所一八八二年三月一五日判決 (RGZT, 191)

〔事実の概要〕亜麻布の織工Rは、婚姻後の姓ベルクマン (Bergmann) Sと一八六三年九月二二日に締結した契約で、原告の現在の妻であるヴィルヘルミネ (Wilhelmine) Rに、その成人した時に二〇ターラーを支払うが、それまでは、貸金に年額四パーセントの利息を付し、ヴィルヘルミネRを扶養する者に利息を支払うという債務を負担した。自分はヴィルヘルミネを扶養したと申し立てて、被告はベルクマンSに対して、一八三、六四マルクの利息を請求した。原告は、被告の申立は真実ではないと主張し、法律上の原因なしで弁済を受けた利息の返還を被告に請求した。第一審 (ドルトムント地裁) は請求を棄却し、控訴審 (ハム高裁) は請求を認容。RGは控訴審を以下の理由で取り消した。

〔理由の概要〕「控訴審裁判所の解釈では、一八六三年九月二二日の契約は、原告の現在の妻、カロリーネRは与えられた二〇ターラーの資金の利息を請求できるが、彼女を扶養した者はその期間は金利を請求できるという内容である。被告は金利を一八七一年五月一日から一八七九年二月二六日まで債務者Sから一八三、六四マルクを自分で受け取っており、被告は契約通りの扶養を行っておらず、原告に金利を不当利得として返還すべきだとされた点も争いはな

い。原審の裁判官は、被告は原告に対して不当利得返還義務があると判示した。しかし、その際に、法律上の原因なく生じた転用被告 (Versionsbeklagter) の財産の増加だけではなく、利得が転用原告 (Versionskläger) の損失において発生したことに、不当利得債権の成否は条件付けられていることを、原審は見逃している。一方の財産の減少は、他方の財産の増大と対応していなければならない。両者の間には因果関係が存在する必要がある。かつ、不当利得の訴えの目的は、事実として発生したが、法律上の原因を欠く不均衡を再び回復することにある。本件で被告の利得が原告の妻の損失によって、つまり、間接的には原告の損失によって生じたことを、原審は事実認定していない。認定事実からは、被告が原告の妻の債権を債務者から法律上の原因なく取り立てたことが、法的な意味で当然に帰結されるわけではない。

・・・（上告には理由がある）

訴えは不当利得にだけ根拠をおいている。・・・被告が契約上の義務（カロリーネRの扶養）を履行していなければ、債務者Sは被告に弁済したことで債務から解放されることはない。・・・却って、債務者Sに対する原告の妻の債権は、現在も以前と変わらず存続している。・・・

第三者による債権の無権限の回収が、どのような場合に真の債権者に対して法律上の意味で不当利得となるかを、本件で論じる必要はない。原告の主張では不十分であることが確認されるだけで十分である。被告と債務者が原告の妻の事務を管理し処理したという主張はされていないから、この方向での訴え、つまり事務管理による引渡請求 (actio negotiorum directa) の証明はないから、事務管理からは請求を認容することはできない（プロイセン上級裁判所判例集六五卷七八頁 (Entsch. des preuß. Obertrib. Bd.65 S.78) を参照⁽⁷⁾)。

②ライヒ裁判所一八八八年一〇月一日判決 (RGZ10, 240)

〔事実の概要〕ごく最近に火災で焼失した建物のあった土地を、被告は強制競売で落札した。被告は建物を再建し、保険会社から火災保険金の支払いを受けた。他方で、強制競売で抵当債権を喪失した原告は、火災保険金は自分に帰属していると主張して、被告に支払われた保険金相当の金員の返還を請求した。表見債権者である被告に支払われた金額の返還を請求する権利は、原告にはないという理由で、一審（ベルリン地裁）、原審（ベルリン高裁）は原告の訴を棄却した。原告の上告は棄却された。

〔理由の概要〕「無権限で債権を債務者に請求した者と、真の債権者の間には、無権利者が債権を取り立てたという一事をもつてしては、何ら法的関係は発生しない。問題の事実それ自体は、債権者の権利領域 (Rechtssphäre des Gläubigers) には全く影響を与えていない。以上の事実と無関係に、かつ、全く影響を受けることなく、法的には真の債権者は債務者に対して債権者としての地位を主張できる。債権者と債権を取り立てた者との間に法律関係が発生するのは、取立委任、又は、代理権の授与がない場合には、債権を回収した者が取立時に債権者のために行為すると意図していたか、ともかくも債務者に対して債権者の代理人として行為しているときだけである。以上のような場合は、債権を取立てた者は事務管理者として、事務の本人である債権者に対して責任を負う。しかし、控訴審の認定では、本件では事務管理の要件は存在しない。したがって、被告は自分が債権者だと称して、自ら債権者の地位を行使したと推認される。さらに、転用物訴権 (nützliche Verwendung) の要件の存在も認定できない。なぜなら、原告の財産から被告の財産には何も移転していないからである。債権の回収にもかかわらず、債権者の財産状態には全く変化はない。同様に、不当利得 (Konditionen) の観点からも、被告に対する返還請求は問題にならない。保険会社の弁済前に債権は既に発生していたから、保険会社が無権利者に支払っても、既発生 of 債権は存続することになる。被告への支払いが債務を解

放する効力を有する場合も、原告の負担による被告の不当利得が認定される理由を看取することはできない（Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatr. Bd.2, §284 Nr.⁽⁸⁾、及び、そこに引用されているプロイセン上級裁判所の判例を参照）。

それ以外の法的観点からも、原告の請求は基礎づけることはできない。確かに、訴訟法上の手段によって債権の帰属を争うことは可能だが、・・・債権者であると主張する者が債権者であるなら、債務者に債権者としての地位を主張できるにもかかわらず、弁済受領者が弁済受領した債権を債権者と主張する者に対して防御する状態におかれることになるという、本件で求められている法的争訟は、物権と債権を区別する法原則に抵触する。現下の申立てでは、訴えの提起は、原告の抵当権が物権だという点に根拠が求められている。しかし、そのような試みも、功を奏さない点に変わりはない。なぜなら、被保険者の保険者に対する債権が抵当権の対象としても、本件で問題になっているのは、この債権ではなく、保険者から第三者に支払われた金銭だからであり、この金銭を抵当権に基づいて、原告が被告から取立が可能な理由は不明だからである。」

以上のように、民法典の施行以前のライヒ裁判所の判例は、無権限の弁済受領者に対する債権者からの不当利得返還請求を否定していた。その理由は、債務者の弁済が債権者に対する債務の弁済効を有しないなら、従前と変わらず債権者は債務者に対して債権を有している。したがって、債権者は損失を受けていないから、不当利得の要件を充足しないからである。ただし、上記の判例は、不真正事務管理（の追認）により債権者から無権限の弁済受領者に対する請求を認容したプロイセン上級裁判所の判例を指示している。⁽⁷⁾他方で、上記の判例は、まず事務管理の要件も具備されていないと認定している（①②判例）。その上で、①判例は、原告に損失がないから、転用物訴権の要件を具備しないこと

を指摘する。さらに、②判例は、保険会社から被告に支払われた保険金には、原告の物権的追及は及ばないことも、原告の請求を退ける付加的理由としている。要するに、債務の弁済効がないときは、債権の帰属が侵害されたわけでもなく、加えて、債務者からの給付は、債務者の非債弁済とはなっても、債権者に帰属するわけではないことである。⁽⁹⁾

③ライヒ裁判所一九二五年九月二六日判決 (RGZ 111, 298)

〔事実の概要〕 被告はJからRの四二七／二一の地所を買受けた。その後、被告と原告の間で、約定がなされ、一九一九年一月一四日付の私文書でその証書が作成された。証書の冒頭には「譲渡証書 (Zur Abtretung)」と書かれており、本証書に記載された地所の一部である三七アール三六平方メートルの道路面六〇メートルの土地を被告は原告に対価なしに譲渡するが、その条件は被告が建築地の売却を受けたと同様の条件であり、原告は、その費用を負担し、かつ、同地所で行われる全ての建築作業をその土地に通常の適正価格で被告に任せると約束されていた。以上の約定に基づいて、原告は被告に二万四九四四マルクを支払い、引渡を受けて土地の利用を始めた。ところが、土地の登記は移転されなかった。一九二二年一〇月七日に被告は、契約を解除して一万五〇四〇、六五マルクを原告の銀行口座に振り込んだと説明した。さらに、一九二二年一月七日に、被告は死亡したJの相続人から地所の移転登記を受けた。

原告は、一九一九年一月一四日の契約により譲渡を受けた土地の移転登記を請求した。地裁(ゴットブス地裁)は請求を棄却したが、高裁(ベルリン高裁)は請求を認容した。被告の上告は、棄却された。

〔理由の概要〕 「一九一九年一月一四日の契約で、被告は契約書に示された土地(地所の一部)の所有権移転の債務を負担したではなく、Jに対する土地の所有権移転の請求権を原告に譲渡した、つまり、BGB三一三条の方式⁽¹⁰⁾を要しない法律行為が行われたと、控訴審は認定した。さらに、一九二二年一〇月七日の契約を解除する権利は被告には

ないと控訴審は考え、原告は被告に対して土地の所有権の移転の請求権を有しているという結論に至った。一九二二年一二月に被告はＪの相続人から本件土地の所有権の移転を受け、原告に所有権移転することを妨げること、原告の請求権を損なった。以上の被告の契約に違反する行為により、被告は原告に対してＢＧＢ三二五条により損害賠償の義務を負う。被告が契約を遵守していれば、原告は土地の所有権移転を受けたことが損害であり、ＢＧＢ二四九条により原状回復の義務を負うというのである。」

上告理由は、債権譲渡の認定、および、ＢＧＢ三二五条の適用に反対し、ＢＧＢ八二六条⁽¹⁰⁾の適用の要件、つまり、損害の発生がないと主張している。つまり、ＢＧＢ四〇七条によれば、原告はＪの相続人に対して所有権移転の履行請求権を有しているというのである。

しかし、一九一九年一月一日の契約が債権譲渡だという控訴審の事実認定は、契約書の文言と合致している。かつ、債権譲渡の契約は、ＢＧＢ三二三条の方式を要しない。ところが、被告は債務者Ｊの相続人から土地の所有権移転という履行を受領した。それゆえ、新債権者は給付の返還を求めて訴を提起している。以上で、訴で求められている請求は、根拠づけられている。

「ＢＧＢ四〇七条によれば、原告は、債務者が給付時に譲渡を知っていたときを除いて、債務者が譲渡後に旧債権者に行った給付が自分に対して効力を有することを認めなければならない。だから、移転登記持（一九二二年一月七日）にＪの相続人が一九一九年一月一日の債権譲渡を知っていたか否かに控訴審判決が言及していないと上告理由が指摘するのは、決して不当ではない。・・・しかし、控訴審裁判所が債務者は移転登記時に債権譲渡を知っていたことに争いはないとみなしていたかどうかは、論じる必要はない。債務者が債権譲渡を知っていたとしても、原告の請求は基礎づけられるからである。」

新債権者が旧債権者に対する給付が自己に対して効力を有することを認めなければならない場合は、新債権者の旧債権者に対する給付の返還請求は、B G B 八一六条二項によつて根拠が与えられる。新債権者が給付の効力を認める必要のない場合にも、旧債権者に対する訴の提起という方法で、いわば給付を追認して、同様の請求を行うことが、同条を根拠に可能かを (Komm. v. RGR. §816 Erl.1 in b u. Erl.5) 論じる必要はない。本件の請求の根拠は、その法的根拠 (B G B 八一六条) でもその範囲 (B G B 八一八条) でも、不当利得返還請求に関する規定に限られないからである。

確かに、上告理由の指摘するとおり、B G B 八二六条、八二三条二項のいずれの意味でもその要件を充足させる主張はされていないし、ライヒ裁判所の確定判例の原則では、B G B 八二三条一項の『その他の権利』には債権は含まれない (Komm. v. RGR. §823 Erl.9 auf S.1100)。¹

しかし、原告の請求権は契約を根拠としている。原告と被告の契約の内容は、債権の譲渡に止まるものではなく、その原因となる契約は、新債権者の債権の取り立てを妨害しないという旧債権者の債務をも含んでいる。したがって、本件では被告は原告に対して所有権移転の義務がある。仮に、被告の債務の履行は不能となったとしても、B G B 二八一条 (代償請求権) により、同様の請求が可能である。

・
・
・

・・・「本件の事実関係と紛争の状況からB G B 六八七条二項による請求、つまり、他人の事務を他人の事務と、かつ、その権原がないことを知って、他人の事務を事故のために処理した者に対する、B G B 六六七条とB G B 六八一条⁽¹⁰⁾により事務管理により取得したものの返還の請求が可能かも、本件では論じる必要はない。」

本判決でも引用されているように、学説には債務者の無権利者への給付が、債権者に対する弁済効がない場合にも、

物の処分の場合と同様に、債権者は債務者の給付を追認して、弁済受領者に対して給付の返還を請求できると説くものがあつた。その影響も有つてか、①②判決とは異なり、本判決は以上の問題の評価を回避している。さらに、準事務管理による請求の可否も、同様に留保している。

(1) 例えば、Walter Hadding, Ist §816 wirklich überflüssig?, JZ1966, S.222ff., S.224を参照。

(2) 例えば、Kornblum, Zum Verhältnis von §816Abs.2 zu §812, JZ1965, S.202ff.; 前掲「」・「」注 (59) Koppensteiner/Kramer, S.103などを参照。ただし、前掲「」・「」注 (42) Staudinger/Lorenz, §816Rn. 30; (58) Larenz/Canaris, aO., S.185は、同条の理論的な分類は意味が薄いと評価している。

(3) 前掲「」・「」注 (58) Reuter/Martinek, aO., S.349ff.を参照。

(4) BGB四〇七条(一) 新債権者は、債務者が譲渡後に旧債権者に行つた給付、並びに譲渡後に債権に関して債務者と旧債権者との間でなされたすべての法律行為について、自己に対する効力を認めなければならない。ただし、債務者が給付又は法律行為をしたとき時に譲渡を知つていたときは、この限りでない。

(二) 新債権者は、譲渡後に債務者と旧債権者との間で継続した訴訟において債務につき確定判決があつたときは、判決の自己に対する効力を認めなければならない。ただし、債務者が訴訟継続を生じた時に譲渡を知つていたときは、この限りでない。

BGB四〇八条(二) 旧債権者が譲渡した債権を第三者に譲渡した場合において、債務者が第三者に給付を行つたとき、又は債務者と第三者の間で法律行為若しくは訴訟継続があつたときは、債務者の利益のために第四〇七条の規定を前取得者に対して準用する。

(二) すでに譲渡した債権を裁判所の決定により第三者に移付したとき、又はすでに譲渡した債権が法律に基づいて第三者に移転したことを旧債権者が第三者に対して承認したときも、前項と同様である。

以上は、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』（日評・一九八八年）「松井宏興」による。

今ひとつ BGB の立法者が BGB 八一六条二項の適用事例としてまずは想定していたのが、BGB 八五一条(物の侵奪又は損傷により損害賠償義務を負った者が、所有者又は権利者ではなく占有者に給付した場合)である。以上に関しては、前掲二・二・注(42) Staudinger/Lorenz, §816Rn. 30を参照。

- (5) 前掲二・二・注(20) Heck, aO., S.205f. 以上の問題を、ヘックは、BGB 四〇七条の効果が「絶対的 (absolut)」か「相対的 (relativ)」かという問題設定の一環として論じている。かつ、通説は、後者に与するが、必ずしも妥当ではないという例証として、以上の例を提示している。その上で、ヘックは、例えば、AとCの間で債権の帰属に関する訴訟があったときは、債務者Bは訴訟の終結まで待っていないなければならないのか(もちろん、その必要はない)という問題を提起する。その結果、ヘックは、債務者は真実の債権者に弁済したと主張できる以上に、弁済効が発生するか否かの浮動期間を利用することはできない。したがって、結論的に、絶対効が発生するという見解を支持すると結論づけている。

- (6) 例えは、前掲二・二・注(42) Staudinger/Lorenz, §816Rn. 32; 注(58) Reuter/Martinek, aO., S.353; Koppensteiner/Kramer, aO., S.99; Münch/Lieb, 3. Aufl. (1997), §816Rn. 54; を参照。

さらに、判例 (RGZ 83, 184 (Urt. v. 21.10.1913)) も同旨である。同判決の事案では、債権譲渡後に譲受人(原告)に対して債務を承認した債務者(被告)が、譲受人から債務承認を不当利得として返還請求できるかが争われた。ただし、被告は譲渡人に弁済しており、譲受人に対しても債務の弁済効を主張できるケースであった。それゆえ、債務の弁済効が絶対的か相対的かが争われた。その際に、「四〇七条、四〇八条は債務者の保護だけを考えているという学説と、法規定は合致している。そもそも四〇七条一項の文言「新債権者は給付について、自己に対する効力を認めなければならない」が、給付が債権者の承認を得て行われた場合の、非債権者に対する給付が「有効である (wirksam ist)」一八五一条一項と三六二条二項の場合とは異なっている。しかも、衡平と目的合理性の根拠が、不当利得返還請求を認めるべきことの妥当性を支持している。なぜなら、譲渡を知らずに、譲渡人、つまり、後の譲受人に支払った、又は、支払いを約した債務者にとつては、それに代わって、譲受人、つまり、最初の譲渡人に給付することが、場合によっては、重大な関心事となる可能性があるからである。特にそのことが明らかになるのが、真実の債権者が破産又は無資力となり、債務者が債権者に相殺可能な反対債権を有していた場合である。この場合には、相殺によって反対債権の決済を受ける可能性を有しているが、債務者の弁済受領者に対する不当利得返還請求権を何ら実質的な根拠なしで拒否すれば、以上の可能性は奪われてし

まち」(S188)と判示されている。

(7) 以上の判例は、プロイセン上級裁判所一八七一年一月一七日判決 (Entsch. des preuß. Oberger. Bd.65 S.78) であるが、筆者は同判例集を参照できなかったの²⁷ H. Rehbein, Die Entscheidungen des vormaligen Preussischen Ober-Tribunals auf dem Gebiete des Civilrechts. Für das Studium und die Praxis, Bd. II, 1887, H.W.Müller, Berlin, S.617ff. から紹介する。²⁸

【事実の概要】原告が相続したTに対する債権を、被告は原告から授権されたと偽って、Tから回収し費消した。一番・原審は原告の請求を棄却した。理由は、Tの被告に対する弁済は法的には効力がない。したがって、被告に返還請求できるのは、Tに限られるというのである。上級裁判所は、原判決を破棄した。

【判旨の概要】「上告人は、事務管理の規定から請求を基礎づける債権的な法律関係を構成しようと試みている。かつ、複数の条文を示して、その規定に控訴審が反している点を非難している。上告人の原審に対する非難には理由がある。上告人は実質的に原告の代理人と称して、原告に帰属する売買代金債権を被告から回収したから、事務管理の要素が認められると、上告人は原審で主張した。確かに、原審の裁判官は、被告は原告のために行為したのではなく、自分のために金銭を取り立て自ら使用したと認定した。以上の覆しがたい事実認定によれば、事務の処理に際して、例えば被告が支出したとしても、被告は事務管理の訴を提起できないであろう。なぜなら、そのような訴（事務管理反対訴権 (act. neg. contraria)）は、他人の利益のために行為し、他人を義務づける意思で行為したことが前提だからである。以上とは全く別の問題が、そのような意思が行為者の側に存在しない場合に、いわゆる事務管理直接訴権 (die s. direkte Geschäftsührungsklage) を本人が提起できるかである。所問は肯定されるべきである。同様の解答が、一九六三年五月四日のプロイセン上級裁判所の判決、プロイセン上級裁判所判例集四九卷一九頁 (ObTr. 49 S.29) で示されている。同じことは、普通法の資料で示されている同様の見解、および、ローマ法源、つまり、1.683D. 3. 5であり、何者かが、私の利益ではなく、自分の利益のために強盗の意図で (deprædandi causa) 私の事務を遂行したときは、処理は私の事務処理ではなく事務処理者の事務ではあるが、しかし、それゆにこそ、事務処理によって事務処理者は責任を負うことになる。

つまり、他人が自ら事務処理を追認した場合は、処理された事務が他人の事務だったという外形的事実は、直接訴権の要件を満足させることになる。そのことは間違いないが、Erk. St. A. (Striehorst's Archiv) 70 S.346では、債務者が他の人間に支払うべき金銭を受領したという事実だけでは、真実の債権者に対する受領者の金銭の返還義務は発生し

ないとされており、当時の被告が原告に帰属する金庫に対して弁済を請求したことだけでは、本件で問題の法律行為の性質と重要な性格を誤認したという控訴審裁判官に対する非難が正当化されるようには、事務管理の要件が関係しているわけではない。しかし、本件のように、被告が明示的に真実の債権者の名前で代理人として債務者の前に現れ、債務者が債権者の正当な代理人に支払ったと誤信していた場合は、上記の事例とは、両者の比較を無視できる程に事実関係は異なっている。そうならば、被告とTの間では原告の事務が処理されており、請求の要件は具備されている。その際に被告が自己の利益のために行為したという事実だけでは、原告の求める訴を認容する障害とはならない。なぜなら、上記の1633の原則と、引用されているプロイセンの判決の理由で展開されているように、事務管理の概念のラント法の定義、つまり、その規定への抵触が上告理由で指摘されているプロイセン一般ラント法第一部一三章二二八条、二二九条は一致しているからである。以上の規定は、他人の事務に干渉した者は、他人に対して無条件に責任を負わねばならないことを明らかにしており、それに続く第一章第二節の、特に、本人ではなく事務管理人の訴が規定されている二三四条、二三八条で始めて、事務管理人の意図が問題となっているからである。被告は原告の利益で行おうとしたという原告の準備書面の主張がないことを残念だと考え、その結果、被告は原告のために行為したのではなく、金銭を不当に自己のために取り立てて使用したと判示した控訴審の裁判官は、以上の考慮に照らせば、引用した二二八条、二二九条を適用しなかった点で、法規に抵触している。」

以上のプロイセン一般ラント法第一部一三章二二八条、二二九条は、前掲二・一・注(32)を参照。

二三四条 合理的で明白な理由で、差し迫った損害を防止するために、他人の事務を管理した者は、所有者が事務管理を追認すると期待することができる。

二三八条 専ら他人の利益のために他人の事務を委任なしで管理した者は、他人の追認を求めるべきである。

今ひとつ、レーバイン (Rehbein) 編集の判例集²⁾、同じ項目 (Nr.242, §§228, 261; I 14 §§166, 167, 事務管理、概念、事例 (他人の債権の取立、自己の事務と考えての他人の事務の遂行)) で紹介されている判例が、プロイセン上級裁判所一八七〇年二月一〇日判決 (Obrt. 63 S.14) である。

『事実の概要』L夫婦は夫婦の内の長く生存した者のために、保険会社と生命保険契約を締結した。夫の破産手続が開始され、破産管財人は保険証券の引渡を受けた。ところが、被告に保険証券が返還されることを管財人と合意したと称し

て、被告は保険金の支払を受けていた。破産手続の進行中に、妻は死亡し、保険金の取立には保険料支払いの領収書が必要だと判明したので、管財人は被告の支払った保険料の補償と引き替えて領収書の引渡を請求し、被告は反訴で保険証券の引渡を請求した。上級裁判所は、二人の裁判官の反対はあったが、請求を認容した。

「判旨の概要」「被告が保険証券の引渡を請求する権利を取得しないことを、控訴審の裁判官は適切に判断している。つまり、保険料の支払いは、二人の被保険者のためのものだった。しかも、被告は保険料を支払っており、つまり、事実として他人の事務を引き受けてはいるが、保険料の支払いによって保険証券を自分で保有しようという期待の表明や意図では、事務管理による義務を発生させるには十分ではない。

他人のための事務処理が、自己のためとみなされるか、他人のためとみなされるか、つまり、行為者が義務づけられるかは、行為者の主観的な考え方や意図ではなく、客観的な状況によって判断されるべきである。それに関しては、既にローマ法で、他人の事務を本人ではなく自己のために処理した者は、それにもかかわらず事務処理者として責任を負うことが承認されていた。・・・

以上について、プロイセン一般ラント法の制定の際に規定がおかれるべきだったとは考えられない。その正当な理由は存在しない。なぜなら、自己にとつて客観的に他人の事務を処理した者は、それが自分のためであろうと、法律の錯誤、つまり、自己の事務として処理しようと、やはり他人の事務を処理したことに変わりはない。プロイセン一般ラント法にも、現実には他人の事務を自分の事務を遂行すると考えて処理した場合の、行為者の事務管理による義務に関する明示的な規定はおかれていない。上告人は第一部第三章二三四条、二三七条、二三八条を指示するが、同条は根拠にはならない。なぜなら、同条は、それぞれ、事務管理が損害防止、又は、本人の利益のために行われた場合を規定しているにすぎないからである。反対に、二六一条は上告理由では言及されていない規定である。しかし、同条によれば、誰のために行為したと信じたかという行為者の錯誤は、事務自体とその効果とは無関係である。同条により事務の本人に関する行為者の錯誤が、事務管理の効果とは凡そ無関係のように、行為者が自己の利益のために行為したと錯誤したことは重要ではない。

つまり、事務管理の規定、特に、第一部第三章二二九条、二五六条を、控訴審の裁判官が適用しなかったことは不当である。同条によれば、事務の引き取りを本人が追認すれば、事務処理に関する報告をする義務を負い、かつ、出費の償

還と引き替えて、事務処理によって占有した文章を返還する義務を負うことになる。」

二三七条 差し迫った損害の防止のために、他人の事務を引き受けた者は、重過失の場合にだけ損害賠償義務を負う。

二三九条 追認が明示的かつ制限なしで行われたときは、両者（事務管理者と本人）の間には授權者と代理人の間の権利義務が発生する。

二五六条 凡そ他人の事務を処理した者は、誰でも、自己の行為、収入、支出に関して、正確な計算書を提出する義務を負う。

つまり、他人の債権の無権限の回収の場合にも、債権者は事務管理を追認して引渡請求できるというのが、以上のプロイセン上級裁判所の判決である。

レーバインの注では、本文で紹介したライヒ裁判所の判決も取り上げられており、結論が不安定であることが示されている。aaO, §617-625. ただし、レーバインは、事務処理者の主観的意図（本人のためにする意思、自己利益、他人の事務を自己の事務と錯誤したこと）とは無関係に、客観的に他人の事務であれば事務管理は成立するというのが、プロイセン一般ラント法二二八条、二五八条、二六一一条の帰結だと説明している。aaO, §621f.

二五八条 自己の事務と共に、偶然に他人の事務を処理した者は、そうであっても他人の事務を処理したことに鑑みて、上記の原則によって評価される。

二六一一条 誰のために事務を処理したかに関する事務管理者の錯誤は、事務との関係、及び、その法効果を変えることはない。

(8) 筆者が参照し得たのは、本判決が引用する版ではなく、新しい版 (Heinrich Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. II, Weisenhaus, 1889) の「か」その版では、該当の注は(4)ではなく、(5)であったが、指示されている判例は、Strichorst Archivに収録されている本問に該当する三件の判決であった。以上の三件の判決は、前掲注(7) Lehn, aaO, §622, §624で確認した。ただし、レーバインの紹介では、その内一件 (Str.A.85 §34) は、無権利者への弁済が有効とされた例であり、一件 (Str.A.34 §150) では、債権者からの返還請求が認容されなかった例であり、一件 (Str.A.70 §343) は弁済自体はなかった例とされている。

さらに、デルンブルクは、以上の判決を、債権者の事務と見られるのは、債権を取り立てた者が債権者のために行為す

る意図だったか、少なくとも、債務者に対して債権者の代理人として行為したときだという文脈で引用している。aaO.
S.880. 加えて、自己の事務と誤信して他人の事務を処理した場合は、事務管理が成立するか否かは疑わしいと指摘して、
レーバインの文献などを指示し、結論として、私見は以上が事務管理となるという立場に固執しないとしている。aaO.
S.881, Ann.14).

(9) 以上のライヒ裁判所の判例に関連して、前掲注(7) Relbein, S.623f. は、無権利者への弁済によって債務の弁済効が
発生するか否か、事務処理者が本人の代理人として行為するか否かは事務管理直接訴権の成否とは無関係である。さらに、
事務処理者の主観的意図も無関係で、客観的に他人の事務か否かだけが決定的である。ただし、他人の債権を債権者と称
するか又は債権者の代理人として取り立てたのではないケースが特別なのは、たとえ債権の対象と原因 (Gangsa) が同じ
でも、債権者 (C) の債務者 (B) に対する債権ではなく、弁済受領者 (A) が債務者 (B) から回収した債権であり、
債権の性質からは、同一の債権ではないという点にある。つまり、債権者が異なれば、債権は同一性を欠く。だから、B
の C に対する債権を A が取り立てたと主張するだけでは、B の A に対する請求を基礎づけるには十分ではない。C が A に
支払う意思だったときは、A に対して請求可能なのは C に限られる。つまり、他人の債権を取り立てた者に対する事務管
理の訴の要件は、債権の同一性、取り立てた者の権限がないこと、および、債務者が原告 (債権者) に弁済する意思だっ
た点が明白なことが必要だと指摘している。かつ、その具体例として、前掲注(8) S. Stra. 70, S.343 を例示している。
(10) B G B 旧二四九条 損害賠償義務を負う者は、賠償を義務づける事情が生じなかつたら存在するであろう状態を回復し
なければならぬ。人に対する侵害、又は物の毀損に基づいて損害賠償すべきときは、債権者は、原状回復に代えて、そ
れに必要な金銭を請求することができる。

B G B 旧三一三条 当事者の一方が不動産所有権の譲渡又は取得する義務を負う契約は、公正証書の作成を必要とする。
この方式を遵守せずに締結された契約は、所有権移転の物権的合意及び不動産登記簿への登記を行っているときは、その
全内容について有効となる。

B G B 旧三二五条 (一) 双務契約により当事者の一方が負担する給付がその責めに帰すべき事由により不能となるとき
は、相手方は、不履行に基づく損害賠償を請求し、又は契約を解除することができる。一部不能の場合において、契約の
一部の履行が相手方の利益とならないときは、相手方は、第二〇八条第二項により、債務の全部の不履行に基づく損害賠

償を請求し、又は契約の全部を解除する権利を有する。相手方は、損害賠償の請求権及び解除権に代えて、第三三条の場合に定める権利も行使することができる。

(二) 第二八三条の場合において、期間を経過するまでに給付を行わず、又は一部を行わないときも、同様である。

以上は、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』(日評・一九八八年)による。

BGB六六七条 受任者は委任者に対して、委任の遂行により取得したもの、及び、事務処理により取得したもの全てを返還する義務を負う。

BGB六八一条 それが可能となったときは遅滞なく、事務管理者は本人に対して事務管理の引き受けを通知し、かつ、遅滞によって危険が発生しないときは、本人の決定をおおぐ必要がある。その他の事務管理者の義務に関しては、六六六条乃至六六八条の委任に適用される規定が準用される。

BGB八二三条(一) 故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権、又は、その他の権利を違法に侵害した者は、それによって発生した損害を他人に賠償する義務を負う。

(二) 他人の保護を目的とする法律に違反した者も、前項と同様の義務を負う。法律の内容によれば、故意・過失なしで法律への違反が可能なときは、故意・過失があつた場合にだけ損害賠償義務は発生する。

BGB八二六条 善良な良俗に違反する方法で故意に他人に損害を与えた者は、他人に対して損害賠償の義務を負う。

※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。