

ドイツ信託法における 「財産管理行為」の意味と機能

新井 誠

目 次

- I 問題の所在
- II 本論
 - 〔1〕 「財産管理行為」とは何か
 - 〔2〕 沿革
 - 〔3〕 現行法 (BGB)
 - 〔4〕 現行法 (BGB) の信託への適用
 - (1) 受託者としての行為
 - (a) BGB第164条との一致
 - (b) 財産による行為権限の規定
 - (2) 信託財産のみの責任
 - (a) 対外的な契約上の責任制限
 - (b) 対内的な特別財産の負担
- III 結語

I 問題の所在

ドイツ信託法は、周知のように、一方では、ローマ法上の信託である *fiducia*⁽²⁾ の法律構成に依拠し、法的側面と経済的側面との不一致を伴う法律行為の有効性を提示するために、レーゲルスベルガー (Ferdinand Regelsberger) によって提唱された *fiduziarisches Rechtsgeschäft* という概念⁽³⁾——この概念に立脚するいわゆるローマ法的信託理論によれば、原則的には、信託財産上の権利に対する受託者の完全権者たる地位が承認され、信託目的による制限は委託者と

受託者との間の債権的拘束に過ぎない、と解される——、他方では、中世ドイツ法源の歴史的研究を端緒として、ローマ法的信託理論を批判し、ゲルマン法としての実定法解釈論を構築するために、シュルツェ (Alfred Schultze) によって初めて提唱された受託者の解除条件附所有権という概念⁽⁴⁾——この概念に立脚するシュルツェの意味でのいわゆるゲルマン法的信託理論によれば、委託者から受託者への権利移転に際しては物権的譲渡契約が信託目的の中に取り込まれており、受託者の権限は信託目的に対応するように物権的に制限されている、と解される——によって形成されている。シュルツェの問題提起以来、受託者の完全権の保有と信託目的の単なる債権的拘束の承認を肯定する従来の判例・学説が批判されることとなり、受託者の権限を信託目的に限定しようとする理論的努力が積み重ねられるようになったが、そのような理論的努力の結実の1つとして、ジーベルト (Wolfgang Siebert) の所説がある。処分授權 (Verfügungsermächtigung) と請求授權 (Ermächtigung zur Geltendmachung) を承認し、債務負担授權 (Verpflichtungsermächtigung) と取得授權 (Erwerbsermächtigung) を否定するジーベルトは、授權を基礎とした信託関係を委託者の利益において行使すべき受託者の処分授權または請求授權として把握している⁽⁵⁾。すなわち、ドイツにおける信託学説を図式化していえば、ローマ法的信託理論は克服されつつあるものの、学説は、依然として、シュルツェ流の解除条件附所有権説に留まっているか、あるいは、殊にジーベルト流の授權説からのきわめて強い影響が見られるのである。

このようなドイツ信託学説の中にあって、近時の研究として最も注目すべき理論は、おそらく、デレ (Hans Dölle) の提唱する「中立的行為」(neutrales Handeln)⁽⁶⁾ であろう。この理論は、遺言執行者、遺産管理人、破産管財人、強制管理人という一定の管理者 (Verwalter) を問題としているが、当該管理者の法的地位を現存の解釈論体系に適合させようとしているわけではなく、これまで理解されてきた体系が正当なものであったか否かを論証しようとしている。それ故にこそ、信託法研究にとっても有益な視座を提供するのである⁽⁷⁾。

デレの出発点は、代理の根本規定であるドイツ民法典 (本稿では以下、BGBと

略)第164条が前提としている「自己の名における行為」(Handeln im eigenen Namen)と「他人の名における行為」(Handeln im fremden Namen)との二者択一は妥当なものであるのか、という問題提起である。デレは、BGB第164条の妥当性を否定し、行為者自身の人的法領域(persönlicher Rechtskreis)ではなく、他人の人的法領域でもない、行為の効果が特定の財産に係わる、ということによって目的的に規定されている視点を有する法律行為が存在する、と主張する。遺言執行者およびその他の管理者が、その管理行為の範囲内で処分しないし債権的法律行為をなす場合、そこには「自己の名における行為」も「他人の名における行為」も存在せず、デレにいわゆる「中立的行為」が存在するのである。「中立的行為」とは、デレによれば、「この表現は2つのことを意味している。まず、(主体に関係づけられた行為とは逆に)目的に関係づけられた行為が存在すること、次に、行為者の行為は、自己のためでも、特定の他の主体のためにもなく、彼に託された目的物に対する作用によって衝突する利益を調整しなければならないこと、すなわち、その意味において、中立的に(特定の主体の代理としてではなく)活動することを意味している。⁽⁸⁾」

デレは、管理者に託された財産の範囲における行為によって必要な法的効果を招来させる彼の法的権限を授權という制度の中に組み入れている。デレは、その際、支配的見解とは異なり、BGB第185条を根拠に、処分授權だけではなく、取得授權と債務負担授權も許容される、としている。⁽⁹⁾

デレの見解は、遺言執行者、遺産管理人、破産管財人、強制管理人という4つの管理者のみに関するものではあるが、コーイング(Helmut Coing)の見解によれば、それは一般的意味を有し、代理と信託との限界を画するのにきわめて有益である。⁽¹⁰⁾デレは、管理者がなす法律行為の法的効果を代理の原則によってではなく、管理者の財産に関する管理権限・処分権限から導き出さなければならない、としているが、信託は、何よりも、目的関係的(objektbezogen)である。「自己の名における行為」と「他人の名における行為」の外に、「中立的行為」という第3の可能性の存在を提示するデレの見解は、代理人の行為との比較において信託を理解しようとする場合、きわめて有益である。というの

は、ライヒ最高裁判所の1914年2月19日の判決以来、ドイツの判例においては、⁽¹¹⁾信託の統一的取り扱いが放棄され、狭義の信託と広義の信託とが混在しており、それ故、信託と代理との正しい限界づけがドイツ信託法の焦眉の課題となつて⁽¹²⁾いるが、デレの見解はこの問題に1つの方向性を提示しているからである。

- (1) ドイツ信託法に関する最近の学説史研究として注目されるのは、共に Dissertation ながら、Giseltraud Otten, Die Entwicklung der Treuhand im 19. Jahrhundert. Die Ausbildung des Treuhandbegriffs des modernen Rechts, 1975; Wolfgang Asmus, Dogmengeschichtliche Grundlagen der Treuhand. Eine Untersuchung zur romanistischen und germanistischen Treuhandlehre, 1977の2つの業績である。また、ドイツ法制史の立場から独自の視座を提出するものとして、Clausdieter Schott, Der Träger als Treuhandform, 1975; Schott, Die soziale Funktion der mittelalterlichen Treuhand, in: Sozialwissenschaften im Studium des Rechts Band 4, 1978, S. 523 ff. がある。
- (2) fiducia については、我国の文献としては四宮和夫『信託の研究』(昭和40年)18頁以下参照。
- (3) Ferdinand Regelsberger, Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession, in: Archiv für die civilistische Praxis Band 63, S. 157 ff.
- (4) Alfred Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und des deutschen Privatrechts Band 43, S. 1 ff.
- (5) Wolfgang Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 1933, S. 253 ff. ジーベルトの授権概念については、広渡清吾「財産管理権論への一アプローチ—財産管理権概念の史的基礎と論理構造—」法学論叢88巻4・5・6号(昭和46年)233頁以下、辻正美「受託者の背信的処分の効力について—ドイツ法を中心として—」法学論叢104巻1号(昭和53年)7頁以下参照。
- (6) Hans Dölle, Neutrales Handeln im Privatrecht, in: Festschrift für Fritz Schulz Band 2, 1952, S. 268 ff.
- (7) Helmut Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973 [本書の紹介としては、中野正俊/新井誠/折原誠「文献紹介・コーイング

『私的法律行為による信託』信託110号（昭和52年）142頁以下], S. 52.

- (8) Dölle, a. a. O., S. 273.
- (9) Dölle, a. a. O., S. 276 ff.
- (10) Coing, a. a. O., S. 53.
- (11) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (本稿では以下, RGZと略) 84, 214. この点については, 辻正美「受託者の背信的処分の効力について—ドイツ法を中心として—」法学論叢 103 卷 1 号 (昭和53年) 43頁以下参照。
- (12) Coing, a. a. O., S. 53.

II 本 論

〔1〕「財産管理行為」とは何か

上記の問題意識に基づいて, 第3の行為類型の可能性について考察することになるが, この行為類型は2つの側面から特徴づけることができる。すなわち, 第3の行為類型とは, 人的な代理人ではないので「他人の名において」行為する者ではなく, また, 自己の名と結び付けられた固有の責任を負うものではないので「自己の名において」行為する者でもない。そうではなく, それは, 人的関連性が欠如していることによって規定されている活動領域を強調することによって特徴づけられている。管理者は, その活動領域において, 少なくとも衝突する利益を調整し, 一個の主体の利益を追求してはならないことが義務づけられている。「中立的行為」という概念は, このような文脈から提唱されたものであった。⁽¹⁾しかし, 外部的態様において「自己の名における行為」と「他人の名における行為」との対比をより明確にするためには, 「中立的行為」という概念ではなく, 新たな概念規定が必要であるように思われるが, 筆者は, 「財産管理行為」(ドイツ語では Verwaltungshandeln という単語が対応しよう) という概念を提唱したい。⁽²⁾というのは, 管理者は, 対外的にも決して中立的に行為しているわけではなく,⁽³⁾「自己の名」ないし「他人の名」における行為においてその外見から行為者の地位を読み取らせているように, 「財産管理

行為」においても管理者としての地位を明確に認識させているからである。

「財産管理行為」という概念は、その妥当範囲を明らかにしなければならない。その効果は、デレの説明におけるように、取得授權と債務負担授權というような既存の制度に依拠して⁽⁴⁾も解明しえない。なぜなら、既存の制度は、結局、「自己の名」ないし「他人の名」における行為という2つの概念に立脚しているからである。「財産管理行為」における管理者の権限は、制度それ自体の特性から導き出されなければならない。すなわち、「管理」ということ自体に基づいて、BGB 総則に依拠することなく、他人効の権限の範囲が確定されなければならない。「財産管理行為」は、それ故、法律と代理に並ぶ独自の義務設定原因とみなされなければならない。⁽⁵⁾総則の代理法は、他人効が特殊な法律要件に関して実定法上規定されていない限りにおいて、補充的に適用される法律要件を取り込んでいるに過ぎない。

対外的に顕われる管理者の権限の基礎は、特定の財産の管理者への移転である。暫定的な財産所有者としての地位に基づき、財産の負担が管理者としての地位に対応する限り、管理者はその負担についても権限を与えられている。管理者の権限を説明するために、授權や代理を援用することは、たとえば、新所有者が「所有者として」財産に効果を及ぼすことを授權されている、とはみなされていない解除条件附所有権譲渡におけるように不要なことであろう。

「財産管理行為」は、特定の財産との関連において意味を持つ。「財産管理行為」は、管理の対象となる確定された行為の範囲との関連においてのみ可能である。このような行為の範囲は、目的的なメルクマールによって限界づけられるが、管理者および権利者 (Rechtsträger) の個人財産とは分離された、特定の目的を達成するための財産が基準となる。⁽⁶⁾特定の目的は、自ら任ぜられた (an sich berufen) 権利者によって達成されるわけではないので、⁽⁷⁾他人が管理するか (遺言執行者、遺産管理人、破産管財人)、あるいは、実定法上規定された任務を伴う場合で権利者が自ら管理人となるか (先位相続人、仮の相続人) ⁽⁸⁾である。そして、これらの実定法上の規定は、利益領域の混同を避けなければならない、としている。管理者は、その意思決定からは独立した、既に存

在する目的（たとえば、債権者の満足、遺産条件）を達成するためにのみ任命されているのであるから、その地位は目的の内容と範囲によって決定されている。管理者の権限は、目的の達成に奉仕する限りにおいてのみ意味を持ち、目的は財産の存立によって規定されている。すなわち、目的が達成されるまで財産を保持することが「財産管理行為」の唯一の使命である。このような意味において、「財産管理行為」を目的拘束的な行為と称することができる。⁽⁹⁾

このような考察から、さらに2つのメルクマールが導き出される。目的拘束的行為としての「財産管理行為」は、管理者が負うべき義務の範囲を確定することができる。このことは、一見、内部関係と外部関係との好ましくない混同と思われる。というのは、目的拘束的行為は外部関係に属し、個別的事態において財産の保持のためには何が不可欠か、という問題は内部関係に属する、と思われるからである。しかし、このような厳格な区別は管理者については貫徹しえない。対外的な行為は内部的形成によって本質的に規定され、目的の効用は対外的に顕われる活動を限界づける。そのことによって、取引の信頼利益が不当に制限されることはない。全体としての制度は、特定目的の遂行によって規定されているが、この目的は特別財産においてその限界を見出し、そして再び、管理者の行為によって特別財産へと指示されているので、管理者のこのような行動の制限は取引の相手方にも認識可能である。

次に、目的拘束的行為は、管理義務に基づいて、債権者の差押から免れうる財産の範囲を定める。この範囲は権利者の人的性格によって定まるのではなく、客観的な基準によって定まる。たとえば、相続財産は被相続人が相続において譲渡した財産によって定まり、破産財産は *Beschlagnahme* によって定まる。このように、債権者は、法律行為に着手する際に既に、その債権の満足に関する危険を見積ることができる。債権者にとってはその債権の満足のみが問題であり、この目的は目的拘束的行為によって既に達成されているので、権利主体を捜すことは必要なことではない。⁽¹⁰⁾

要するに、「財産管理行為」は2つの要素から成り立っている。まず、「財産管理行為」は、「自己の名における行為」でも「他人の名における行為」でも

なく、次に、特定の財産に関連した行為である。

〔2〕 沿 革

既にローマ法においても「自己の名」と「他人の名」という硬直した二分法のみ固執していたわけではなく、その中間に *merx peculiaris*（特別財産に属する品物）によって特徴づけられる行為が存在していた。特定の行為領域、あるいは、特定の財産の名における行為は、その行為に基づいて権限づけられたり、義務づけられたりする Person ではなく、財産に対する行為の経済的関係、すなわち、財産と管理との関係を意味していた⁽¹¹⁾。

第三者が財産所有者によって特定の財産部分についての管理者に任命されるならば、この者は管理者として行為しなければならない。特別財産が独自の商取引に委ねられていたのであれば、行為の対象に関して認識しうるメルクマールが不可欠である。管理は、取引の相手方にとっても明確に限界づけられた行為領域によって特徴づけられた。管理権限の範囲は、それ故、支配されている目的物によって規定される。*institor*（支配人）と *magister navis*（船長）においては、開業された店ないし船が行為の範囲を確定し、その内部において彼等は管理者として行為しうるのである⁽¹²⁾。

近世初頭の法典編纂について検討してみると、1756年のバイエルンのマクシミリアン民法典（*Codex Maximilianeus bavalicus civilis*）、1794年のプロイセン普通法（ALR）、1811年のオーストリア民法典（ABGB）および1861年のドイツ普通商法典（ADHGB）においては、*institor* および *magister navis* を代理法の解釈論と調和させる努力が繰り返しなされたものの、成功してはいない。すなわち、「財産管理行為」それ自体の独自性は承認されていたにも拘らず、代理人と並ぶ独自の制度としての管理者という制度を承認するには至っていない。たとえば、プロイセン普通法は、*institor* および *magister navis* に関する規定を含む外、管理契約に関する規定を設けているが、それらも代理法の体系に組み込まれたものであった⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾。

BGB 起草者は、委任法の起草に際して、プロイセン普通法の管理契約を顧慮

してはいたが、⁽¹⁶⁾ 委任と雇傭契約に関する規定について独自の制度としての管理契約を認める必要はない、と考えた。というのは、起草者は、管理契約は委任と雇傭が1つにまとめあげられたものとみなしていたからである。BGB 起草者は、管理契約を非常に広範な計算義務という視点の下でのみ把握し、代理と委任の構造内部における「財産管理行為」の特殊な地位を承認していない。従って、BGB では第 259 条において管理の計算義務のみが規定されている。⁽¹⁷⁾

以上の沿革的考察は、実定法が自覚的に承認しているか否かは別にして、Person の行為が「他人の名」ないし「自己の名」に限定されないことを示している。このような理解は、ローマ法上の institor ないし magister navis にその端緒を見い出すことができるが、ここでの問題設定に即していえば、一般的には、他主財産の管理者は管理者としてのみ行為しうる、と定式化することができる。このことを管理者と管理財産という2つのメルクマールに基づいて検討してみたい。

先ず、管理者としての行為について検討する。ラーバント (Paul Laband)⁽¹⁸⁾ によって初めて導き出された代理権 (Vollmacht) と委任 (Mandat) との分離は、ここでは、取引の安全のために、認識できない内部関係を顧慮することなく、外部関係において生じたことが確定されなければならない、ということとして問題にされる。内部関係とは、そこから「代理権」の目的と行為者の義務が生ずる法的状況である。⁽¹⁹⁾ 代理権と委任との区別は、取り分け、ドイツ普通商法典の個別規定から導き出されており、そこでは一方では代理権について、他方では委任について規定されているが、⁽²⁰⁾ 委任の場合についても他人のためにする行為が問題とされており、このような他人効は「他人の名における」代理権を附与された行為によって達成される。これら2つの関係は、対外的にも対内的にも委任者の意思に依拠しているので、その意思が異なる効果に向けられている場合、内部関係と外部関係との範囲に関する食い違いに逢着する。このような食い違いが存在する場合には、取引の安全のためには外部関係の規律が優先させられる。

しかし、「財産管理行為」においては外部関係と内部関係との分離が問題と

なりうることはない。「委任者」に対する規準は委任ではなく、委ねられた財産の管理の不可欠性である。このような不可欠性に基づいて、管理者の委任者に対する権限が導き出され、行為の最下限としての法的な *Dürfen* が規定される。他方、管理者は、第三者に対しても管理財産の目的に従いつつ、目的に合致する法律行為を締結する権限を有する。それによって、法的な *Können* が同様に財産によって規定される。内部関係も外部関係も共に管理財産において具体化され、取引の保護は、管理者が管理者として行為していることを相手方に認識させ、財産によって画された範囲を明示することによって保障される。

「財産管理行為」は、取引における行為と結び附いて、先ず、第三者を契約上の責任主体として取り込むことにのみ向けられているが、やがてこの方向性は転換し、行為者の責任の制限に至る。管理契約に基づく責任は契約のパートナーとして人的なものであるので、このような人的責任はその職務の存続中に限定される。責任の時間的限定に伴い、第三者に対する管理者の義務の客体による限定が生ずる。管理者は管理財産に基づく責任の履行のみを顧慮すれば足りる。このような類型の行為によって、管理者は特定の財産からの満足にのみ意を用いることを約束しているのであり、その約束に基づいて、管理者の責任は管理財産に限定されているのである。

次に、行為の基礎としての管理財産について検討したい。*institor, magister navis* は、限定された、見通すことのできる財産を基礎にして行為する。このことは、「財産管理行為」の一般的メルクマールとしても維持されなければならない。というのは、目的物の限界が完全に消滅していない場合にのみ、一方において契約のパートナーはその相手方の権限を見通すことができ、他方において責任範囲の明確な規定によってその危険を計算することができるからである。

独自の制度としての「財産管理行為」は以下のように定式化することができよう。「財産管理行為」は「自己の名」でも「他人の名」でもない行為であり、行為権限の範囲を限界づける明確に規定された財産に依拠しており、管理財産に関する管理者の物的および時間的に限定された責任によって特徴づけられて

いる。

〔3〕 現行法 (BGB)

可能なものとして認識された「財産管理行為」という制度は、現行法においては代理に関する一般規定のように体系的なものではなく、管理者の地位を個別的に規定することによって成り立っている。そのようなものとしては、遺言執行者、遺産管理人、破産管財人、先位相続人 (Vorerbe)、仮の相続人 (vorläufiger Erbe) が規定されている。これらの管理者の地位は、特定の、限定された財産に関する支配権に立脚しており、管理者は財産がその目的を遂行するまでその財産を管理しなければならない。財産を分離し、特別の管理者を任命することの目的は、遺産管理人と破産管財人においては債権者の満足であり、管理財産の完全な分割がなされうる。これに対して、先位相続と仮の相続という制度の機能的な目的は財産の保存的管理 (erhaltende Verwaltung) である。遺言執行者においては、その機能に応じて、これら2つの目的が設定されうる。しかし、債権者の満足を目的とする場合であっても、暫定的な保存的管理は必要不可欠である。というのは、財産の暫定的保存によって債権者の満足も達成されうるからである。従って、法律上定められた信託関係設定の一次的な目的は、特定の財産を他人のために管理することであり、そして副次的に、管理によって初めて達成されうる附随的な目的が加えられる。

財産の限界づけは、一方では、以前の権利者という Person によって、他方では、権利者によって行なわれる財産分離を媒介とした特別目的によってなされる。管理者の行為権限は、同様に、移転された財産によって規定される。管理権の移転に基づいて、管理財産のために責任を引き受ける権限が生ずるが、⁽²¹⁾その責任は管理財産の保持のために必要な⁽²²⁾のである。それ故、管理者はその都度の管理財産の利益のために行為するが、⁽²³⁾そのことは、信託との比較において他人の利益 (Fremdnützigkeit) が人的に規定されていることとは矛盾しない。というのは、権利の効用 (Nutzen) は常に1人の人間 (Mensch) に帰属しなければならないが、このような目的を達成するための手段としての利益保護

(Interessenwahrung) は、権利の効用を媒介する目的の内容によって規定されうるからである。

ここに挙げられた管理者の行為は、管理財産に関する地位によって特徴づけられているが、実定法上の文言は概ね以下のように規定している。遺言執行者は遺産を管理しなければならない (BGB 第 2205 条)。遺言執行者は、通常 の管理のために必要な限り、遺産のため債務を負担する権限を有する (BGB 第 2206 条第 1 項)。管理権は破産管財人によって行使される (破産法第 6 条第 2 項)。遺産管理人は遺産を管理し、遺産をもって遺産債務を弁済しなければならない (BGB 第 1985 条第 1 項)。先位相続人は遺産を管理する (BGB 第 2120 条, 第 2129 条第 1 項)。仮の相続人は相続財産に関する事務を処理する (BGB 第 1959 条第 1 項)。これらすべての場合において、管理行為執行のための権限は Inhaber としての Person に結び附いているのではなく、管理者としての地位から抽象的に演繹されており、従って、管理者の人的個性は完全に背後に退いている。⁽²⁴⁾

〔4〕 現行法 (BGB) の信託への適用

実定法上規定された「財産管理行為」に関する考察から得られた結論を法律行為による信託に移し変えてみたいが、ここでは、受託者と信託財産という 2 つの側面について検討したい。

(1) 受託者としての行為

「財産管理行為」の応用が先ず問題となるのは、受託者が「自己の名」においても「他人の名」においても行為していない、という意味においてである。次に、受託者は取引関係においてはこのような彼の特性 (すなわち、その地位が特別財産＝信託財産との関係に依拠していること) を取引の相手方に認識させなければならない。

(a) BGB 第 164 条との一致

〔3〕において検討した財産管理形態における行為の形態が実定法によって規定されていたのに対し、法律行為による信託における行為は BGB 第 164 条、殊にその第 2 項によって拒否されているのではないかとの疑問が提出される。

BGB 第 164 条 第 2 項 は「他人の名において行為する意思が明らかでない場合には、自己の名において行為する意思は顧慮しない。」と規定しており、この規定は、行為が「自己の名」においてなされた、との外観が与えられることを避けるために、明示的に「他人の名」において行為すべきことを規定している。⁽²⁵⁾ 締結された法律行為から発生する権利、義務の担い手は「他人の名における行為」によって規定される。⁽²⁶⁾ このような行為の形態は権利主体を認識させ、一般的にはいわゆる顕名主義の原則が貫徹されている。⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾

この問題は、債権者にとってはきわめて重要といえる。なぜなら、債権者は顕名された行為においてのみ、誰に対してその請求を執行できるのかを知ることができるからである。しかし、顕名主義の原則と執行とを結び付ける、という見解は、行為を一定の Person に固定した人的執行の遺物ではなからうか。

初期ローマ法においては、債務者は、殺害のために、あるいは、債務者に潜在的な金銭的価値を実現するために奴隷として売却された。⁽²⁹⁾ すなわち、債務者自身が債権を満足させる客体であった。後の発展は、人的執行を債務者およびその親族に金銭の支払を強制する手段としてのみ把握するようになった。ゲルマン法の債務奴隷においても事態は同様である。また、担保に類似した人的執行の形態も存在したが、そこでは、債務者を拘留することによって債務者の隠匿された財産を差し出させるか、あるいは、家族に必要な金銭を調達させることが唯一の目的とされていた。⁽³⁰⁾ 人的執行は、このような強制形態として 19 世紀に至るまで維持されたが、⁽³¹⁾ 各国の法制が一樣ではない国際取引における執行の困難も人的執行を正当化した。たとえば、フランスの立法においては外国人に対する人的執行が許容されていた。⁽³²⁾ しかし、結局の所、人的執行による債権の取立が最も手近な方途ではないことが認識され、⁽³³⁾ 先ず、財産に対する差押が行なわれるようになり、その外には、債務拘留が残されたのである。

債務者という Person への求償を可能にするためには、法律行為締結の際に既に責任の客体たる Person が認識されていることが必要不可欠であった。財産が指示されていたとしても、債権者が給附義務を人的に執行しうる相手方を欠いている限り、債権者にとっては何ら意味のないことである。従って、一般

の場合には、執行の可能性を確保するために、「自己の名」ないし「他人の名」において行為すべきことが必要とされていたのである。

しかし、今日では、これとは逆に、若干の例外を除き、現実執行 (Realexekution)⁽³⁴⁾ の原則が貫徹されており、債務者の財産のみが債権者の差押の対象となる。かつての人的執行が意味を持ちうるのは、債権を満足させる行為が債務者によってのみなされうる場合である。従って、行為の帰責主体としての Person を指示することは、最早、必要ではないように思われるし、責任の客体としての特定の財産が債権者に提示されているならば、BGB 第164条に規定された顕名主義の原則にも合致しているのではなかろうか。責任の客体は、多くの場合、Person との関係によっても特徴づけられるが、それとは独立して存在する客観的目的によっても特徴づけられるのではなかろうか。⁽³⁵⁾ それ故、明白に受託者の影響下にある財産の責任が受託者の「財産管理行為」によって達成できるのであれば、債権者の満足のための制度である顕名主義の原則は十分に機能しているのである。というのは、そこでは、執行の客体は、債権者にとっては、BGB 第164条の文言から演繹される人的行為におけると同様に顕われているからである。このような前提に立脚すると、BGB 第164条の意味と目的は「自己の名における行為」でも「他人の名における行為」でもない「財産管理行為」とは抵触しない。

(b) 財産による行為権限の規定

受託者の地位を明らかにする場合に先ず確認すべきことは、受託者の地位は財産の移転に立脚している、ということである。受託者は信託財産によって定められた範囲内においてのみ行為することができる。行為権限の範囲は、ここでは、行為が前提としている顕名の原則によって生ずる。債権者は財産の範囲と内容を明確に認識できるし、逆に、債権者は財産に基づいて受託者の行為権限を規定することができる。すなわち、締結された法律行為が財産に包摂される場合、受託者の行為権限は客観的に提示されるのである。

これに対して、特定の財産が信託財産とされた causa は、対外的には認識できない。信託財産のみに基づいて、それが管理信託であるか、それとも担保

信託であるのかは判断しえない。従って、信託財産の目的によって行為の範囲を規定しようとする場合、2つの段階を区別しなければならない。先ず、移転された財産それ自体から生ずる客観的な目的が認識される。ここでは、特定の財産が元来の権利者の他の財産から分離されている、というメルクマールに基づく権能（資格）が理解されなければならない。財産の異なる内容に従って、受託者の行為権限も異なって規定される。その外に、受託者への財産の移転に関する主観的目的があり、このような動機づけは、それが信託契約に採用されることによって対外的にも明確になり、担保信託か管理信託かが決定される。しかし、主観的目的は、通常、対外的には明瞭ではない。明瞭であるのは、信託財産が管理されている、ということである。そこで、管理に基づいて、対外的にも信託という地位が立脚している管理財産の保持義務が生ずる。解除条件の助けをかりて主観的目的をある程度まで具体化することは可能ではあるが、⁽³⁶⁾これも外部関係においては認識しえない。それ故、委託者によって規定された causa は受託者の委託者に対する関係についてのみ意味を有する。受託者が財産分離の causa に合致しない法律行為をなしたが、財産の客観的目的によってカバーされている場合、その行為については、内部関係において受託者が損害賠償義務を負うとしても、第三者に対しては有効である。代理法の用語に倣って、財産の範囲と内容は外部関係といえるが、財産が奉仕すべき特定の主観的目的は内部関係のメルクマールといえる。従って、信託財産は行為の態様（Wie）にとって規定的であるだけでなく、行為の正当な（rechtsmäßig）範囲にとっても規定的である。

(2) 信託財産のみの責任

行為の2つの外部的メルクマールによって責任の範囲が確定されたが、それは信託財産の管理における受託者の行為についてもあてはまる。

(a) 対外的な契約上の責任制限

信託においては特定の財産についてのみ責任を負う、という意思が受託者において表現されている。受託者が契約締結に際して、その特性を相手方に認識させるならば、受託者は行為の結果について人的に責任を負わないことを明ら

かにしようとしている。受託者は財産の管理のみからその特性を導き出している
 ので、契約の相手方にとっても信託財産のみが満足の対象として用いられる
 ことは明らかであろう。それ故、受託者として法律行為を締結する場合、責任
 を信託財産に限定する、という申込がなされている。契約の相手方がこのこと
 を十分に知りながら契約を締結する場合、本来の契約内容の外に、契約上の責
 任を信託財産に限定することが合意されたのである。⁽³⁷⁾

しかし、債権者が客観的な基準に基づいて責任の範囲を認識し、契約締結上
 のリスクを規定しうる場合にのみ、上記の合意はなされうる。従って、信託財
 産が顧慮されている権利者その他の財産から分離されていること、すなわち、
 特別財産とされていることが必要である。このような条件は、実定法上規定さ
 れている管理財産に関しては完全に充足されている。⁽³⁸⁾

法律行為による信託の場合、これとは異なり、法律行為のレベルで処理しな
 ければならない。本質的なことは、先ず、個人財産と特別財産との混和が避け
 られなければならない、ということである。⁽³⁹⁾完全な分離がなされていないならば、
 異なる責任は生じない。⁽⁴⁰⁾法律行為のレベルにおいてこのような分離をなすため
 には、設定されるべき特別財産が完全に委託者の財産権 (Vermögensmacht)
 から分離されていることが必要である。このような条件は、受託者が権利者とな
 り、委託者の個々の介入的な法的行為が排除されている、とするならば、ロ
 ーマ法上の fiducia においても、また、ドイツ法上の Treuhand においても
 共に満たされている。委託者には、全体的な信託関係を解除し、財産分離を終
 了させる可能性が留保されているが、これは信託関係における財産分離の根本
 的な可能性の問題ではなく、財産混和をめぐる債権者保護の問題であろう。

信託財産の設定が委託者の財産の分離に至るのであれば、混和のリスクは受
 託者が負う。受託者が個人財産と信託財産との衝突の危険を避けるためには、
 信託財産を完全に独立して管理すること、収益を自主的に調査し、特別の会計
 を維持することが要請される。このような要請の履行は、信託契約によって受
 託者に義務づけられるが、それは委託者との内部関係においてのみである。受
 託者が分離された管理を取引において明示的に提示するのであれば、債権者の

安全は達成される。分離された財産の受託者であることを明示した契約に基づき、遺産管理人に関する BGB 第1985条第2項、破産管財人に関する破産法第82条および船主に関する商法典(HGB)第533条第2項第2文における法律上の責任拡大に従って、管理義務の履行についての受託者の契約上合意された責任が承認されたことになる。職務執行のために必ず引き受けなければならない遺産管理人、破産管財人および船主の独立した地位を人的な損害賠償義務の危険によって拘束しようとするこれらの規定の思惟形式は受託者にもあてはまる。というのは、受託者が受託者として行為する限り、債権者から個人的に責任を追求されることはなく、債権者は責任の追求に関しては受託者の随意に委ねられてしまうことにもなりかねないからである。これに類似した見解は、*falsus procurator* (無権代理人) の責任に関する BGB 第179条にも見い出される。代理権限の範囲の認識可能性は、代理人の意思に依拠している。代理人は、本人との契約が成立しているのか否かを認識している。代理人としての地位から生ずる権限を第三者に対してもその職務に対応する限界内において維持するためには、代理権限が締結された契約をカバーするのではないとしても、代理人は責任を負う。というのは、第三者はその他の手懸りを欠いているので、代理権限の範囲に関する代理人の表示を信頼しなければならないからである。⁽⁴¹⁾

これらの規定から導き出される一般的思惟は、取引において信頼が払われている独立した権限を有する者は、その管理義務の履行については新債権者にも責任を負う、ということである。この責任は、受託者に関していえば、受託者としての行為から導き出され、受託者としてのみ行為する、という契約上の約束に依拠している。従って、受託者に不公平な責任が課されることはない。受託者は、信託契約後は、信託財産の利益となる管理行為のみを義務づけられている。

信託財産に関して⁽⁴²⁾も特別財産が存在する。債権者は、規定しうる責任の対象を認識し、それに伴い、受託者との法律行為から生ずるリスクを事前に計算することができる。また、債権者は、契約上合意された責任の拡大によって、責任対象の恣意的な変更からも保護されている。それ故、受託者との契約締結に

際して契約上の責任が信託財産に限定されていたとしても、債権者は何らの不利益をも受け⁽⁴³⁾ない。このような責任を伴う財産の分離は執行法上も承認されており、信託財産は受託者および委託者の個人的債権者の差押から保護されている、といえよう。

(b) 対内的な特別財産の負担

契約による財産引受の責任に関する規定としては BGB 第 419 条がある。その第 1 項は「契約によって他人の財産を引き受ける者がある場合には、その他人の債権者は従来の債務者の責任の存続を妨げることなしに、その契約締結の時よりこの時に存在した請求権を引受人に対しても実行することができる。」と規定しているが、信託財産の分離は、この規定が適用されても達成されるのであろうか。というのは、新しい Inhaber は引き受けた信託財産についてのみ責任を負うことになるからである。受託者は、多くの場合、信託財産の外にも個人財産を所有しうるのであるから、BGB 第 419 条は全財産の譲渡のみにあてはまる、という議論に立脚すると、信託財産の再譲渡ないし返還⁽⁴⁴⁾に関して同条を適用することは排除されることになる。そして、受託者における残余財産の指摘と並んで、BGB 第 419 条の責任拡大によって債権者の地位を向上させることが目的とされているわけではなく、その地位の悪化が防止されているに過ぎないことも指摘⁽⁴⁵⁾されているが、特別財産の引受に際して引受人が引渡人に既に発生していた一切の債務について責任を負うことによって債権者の地位の向上が図られている。このように、特別財産に関して存在する負担のみに責任を限定することは実定法上不可能である。なぜなら、BGB 第 419 条は、債務が引受財産に関して存在するものかどうかを顧慮することなく、一切の責任を引受人⁽⁴⁶⁾に負わせているからである。

ところで、BGB 第 419 条の根本思想は、財産が債務者に与えられた信用の基礎として存続している所では債権者は満足を得ることができる、ということ⁽⁴⁷⁾である。受託者の行為のための信用の基礎は、受託者としての行為一般について問題とされてはいない個人財産ではなく、信託財産である。受託者の「財産管理行為」⁽⁴⁸⁾においては、人的な信用ではなく、目的的な信用が与えられている。

さらに、受託者は契約によってその責任を信託財産に限定するのであるが、信託財産が信用の基礎である。それ故、BGB 第 419 条の根本思想は信託財産にも適用できる、といえよう。⁽⁴⁹⁾

Ganzes Vermögen の譲渡という BGB 第 419 条に関する議論は、同条の制定過程とも合致していない。すなわち、BGB 第 1 草案第 319 条第 1 項は ganzes Vermögen の引受に関する責任拡大を前提としていたが、第 3 項は、この責任拡大は財産の少部分のみの引受に関して生ずる、と規定していた。第 2 草案ではこの第 3 項が削除され、しかも „Vermögen“ という単語の前にあった ganz⁽⁵⁰⁾ も削除されたのである。それ故、BGB 第 419 条の制定過程は信託財産の譲渡に関する責任の拡大とは少なくとも抵触はしない。受託者の債務者は信託財産のみに関係しており、他方、信託財産とは受託者の全財産であるので、受託者のあらゆる債務者のための責任が達成されることになる。

BGB 第 419 条はもう 1 つの原理を表明している。引受人の責任を引受財産の構成部分に限定することによって、⁽⁵¹⁾ 財産上の負担としての債務が存在し、それは財産と共に移転される、という思想が承認される。このような財産は、通常の場合、1 人の Person の財産の範囲内で構成されており、一切の債務は全財産を把握するので、信託財産にはあてはまらない。信託財産は、委託者ないし受託者の固有財産からの分離によって目的的に規定される。受託者としての契約およびそれから生ずる信託財産への責任の限定に基づいて、⁽⁵²⁾ 信託財産債権者の差押権を免れえない特別財産の目的的関連性が導き出される。それ故、特別財産に関して生じた債務はこの特別財産について責任を負う。

このような結論は、BGB 以外の実定法によっても確認することができる。たとえば、スイス債務法 (OR) 第 181 条第 1 項は、財産を引き受ける者はその財産と結び附く債務に基づく債権者には義務を負う、と規定している。オーストリア民法典も類似の規定を持つ。オーストリア民法典第 1409 条第 1 項は、財産に属する債務に基づいて直接的に財産の引受人を義務づけているが、この規定は、特別財産の引受にもあてはまり、当該財産の維持、増加、就中、管理のコストというような負担は、この財産によって発生する債務とされている。

要するに、受託者によって生じさせられた管理債務は内部関係においても特別財産が負担し、BGB 第 419 条第 1 項を適用することによって信託財産の Inhaber に対しても効力を持つのである。これによって、完全な債権者保護が達成される、といえよう。

- (1) Vgl. Dölle, a. a. O., S. 273.
- (2) 本稿では、BGB という実定法上規定されている諸々の管理行為を Verwaltungsgeschäft としたうえで、それとは異なるニュアンスを与えるために、Verwaltungshandeln という単語を用いる。
- (3) Ludwig Kämmerer, Die Rechtsstellung der Vermögensverwalter, in : Juristische Rundschau, 1970, S. 330.
- (4) Döll, a. a. O., S. 276 f.
- (5) Vgl. Gustav Heinemann, Das Ersatzgeschäft, in : Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Band 69, S. 333.
- (6) Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Band 1, 1910 (本稿では以下, Tuhr Band 1 と略), S. 332.
- (7) Gustav Heinemann, Verwaltungsrechte an fremden Vermögen, in : Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Band 70, S. 523.
- (8) BGB に規定された具体的内容については本論〔3〕参照。
- (9) Dölle, a. a. O., S. 273.
- (10) Vgl. Eduard Bötticher, Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ, in : Zeitschrift für Zivilprozeß Band 77, S. 59 f. は同旨の見解を展開しているが、ここで述べられたような第 3 の行為類型としての「中立的行為」の核心を十分に顧慮しているとは思われない。
- (11) Fritz Schulz, Scientia, dolus, error bei der Stellvertretung nach klassischem römischem Recht, in : Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Band 33, S. 40.
- (12) actio tributaria (分配訴権) においては、行為が明確に規定されていないので事情は異なる。というのは、ここでも merx peculiaris との明確な関連性が存在しなければならぬが、行為者は確かに独自の特別財産を保持しているものの、委ねられた財産それ自体から生ずる確固とした行為の内容を伴わ

ないからである。Vgl. D. 14, 4, 1, 1.

- (13) ALR II, 8, § 497 ff.
- (14) ALR II, 8, § 1445 ff.
- (15) ALR I, 14, § 109 ff.
- (16) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Band 2, 1888, S. 529.
- (17) Benno Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Band 2, 1899 (本稿では以下, Mugdan Band 2 と略), S. 945 f.
- (18) Paul Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Band 10, S. 183 ff.
- (19) Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Auflage, 1980, S. 559 ff.
- (20) Laband, a. a. O., S. 209.
- (21) Emil Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs Band 1, 3. Auflage, 1903, S. 278.
- (22) Julius von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, 1957 ff., § 2205 Rdn. 3.
- (23) Vgl. RGZ 75, 302 (遺言執行者についての事例)。
- (24) Heinrich Lange, Lehrbuch des Erbrechts, 1962, § 29 V 3. なお, 相続財産とその管理との関係一般については, Hermann Kirchhofer, Erbschaftserwerb, Verwaltung und Sicherung des Nachlasses vor der Erbannahme. Eine vergleichende Studie zum deutschen und schweizerischen Recht, 1968 が有益である。
- (25) Vgl. Staudinger, a. a. O., § 164 Rdn. 11.
- (26) Benno Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Band 1, 1899, S. 477.
- (27) Vgl. Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Band 2, 2. Hälfte 1918, S. 343.
- (28) Franz Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, 1899, S. 2.
- (29) Max Kaser, Das römische Zivilprozeßrecht, 1966, S. 100.

- (30) Georg Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Auflage, 1878, S. 585.
- (31) Karl Joseph Anton Mittermaier, Die persönliche Haft als Vollstreckungsmittel im Civilprocesse, in : Archiv für die civilistische Praxis Band 14, S. 112 ff.
- (32) Wilhelm Endemann, Das Deutsche Civilprozeßrecht, 1868, S. 989.
- (33) Vgl. Mittermaier, a. a. O., S. 116 f.
- (34) Friedrich Lent, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 11. Auflage, 1969, S. 4.
- (35) Vgl. Ernst Immanuel Bekker, Zur Lehre vom Rechtssubjekt, in : Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und des deutschen Privatrechts Band 12, S. 77.
- (36) BGB 第161条第3項。
- (37) Robert Schless, Mittelbare Stellvertretung und Treuhand, 1931, S. 89.
- (38) Vgl. Tuhr Band 1, S. 331.
- (39) Bekker, a. a. O., S. 81.
- (40) Vgl. Hermann Simon, Über die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts für die vor Erwerb desselben entstandenen Handlungsschulden, in : Zeitschriften für das gesamte Handelsrecht Band 24, S. 110.
- (41) Vgl. Staudinger, a. a. O., § 179 Rdn. 2.
- (42) Karl Haff, Institutionen des deutschen Privatrechts Band 1, 1927, S. 111, 113.
- (43) Hermann Haemmerle, Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses? in: Gutachten zum 36. Deutschen Juristentag Band 1, 1930, S. 704.
- (44) Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (本稿では以下, BGHZ と略) 27, 257.
- (45) Vgl. Hans Theodor Soergel/Wolfgang Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, 1967 f., § 419 Rdn. 11.
- (46) BGHZ 27, 261.
- (47) RGZ 69, 288.
- (48) Ernst Immanuel Bekker, Zweckvermögen, insbesondere Peculium,

Handelsvermögen und Aktiengesellschaften, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Band 4, S. 553.

- (49) Vgl. Paul Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1, 5. Auflage, 1928, § 419 Anm. 6 d.
- (50) Vgl. Mugdan Band 2, S. 601.
- (51) BGB 第 419 条第 2 項。
- (52) Jürgen Theissen, Vermögensübernahme und Vermögenskauf, 1968, S. 32 f.

III 結 語

これまでの検討を要約していえば、デレの問題提起に触発されて筆者なりに提示した「財産管理行為」という概念は、沿革的發展過程ないし現行法(BGB)規定とも抵触せず、殊に後者については、BGB 第164条および第 419 条の解釈論の中でも存立可能である。

管理者の地位については、代理人説、任務説、中立的行為説の対立があるが、このような対立と関連して、近時、代理権と授權とを包摂する排他的管理権という考え方が主張されている。この考え方によれば、一方では、管理者は主としてその資格を明らかにして行動し、そして、その行為の効果が特別財産（それに関する限りでの財産帰属者）を拘束する、という点で「代理」的であり、他方では、債務負担行為について管理者個人の責任も認めるべきである（管理者だけが履行について配慮しうる立場にある）点や、特別財産に関して自己の名において行為することも認めるべきである点で「授權」的であるとし、行為の形式にこだわらずに、管理者の権限に着目して、このような管理者を排他的管理権者⁽¹⁾という。これに対して、本稿で提示した「財産管理行為」という概念は、排他的管理権概念を十分に意識しながらも、ただ敢えてデレの問題意識を強く取り込み、中立的行為説に依拠しつつ第 3 の行為形式に固執して、信託理解の 1 つの可能として「財産管理行為」という概念がドイツ法において存立しうるであろうことを提示しようとするものであった。

なお、本稿は日本法の検討を予定しているが、紙幅の関係から別稿に委ねた。

- (1) 四宮和夫『民法総則（第3版）』（昭和57年）237頁註4。なお、同「財産管理制度としての信託について」民法学の基礎的課題（中）於保不二雄先生還暦記念（昭和49年）をも参照。

（国学院大学専任講師）