慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	受託者の權利 : ノルトによる管理權の構成
Sub Title	On the Trusteeship from-Nord, das Recht des Treuhänders
Author	田中, 實(Tanaka, Minoru) 内池, 慶四郎(Uchiike, Keishirō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1958
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.31, No.6 (1958. 6) ,p.45- 59
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19580615-0045

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

資料

受託者の權利

――ノルトによる管理權の構成――

田中實
內池慶四郎

まえがき

信託をめぐる基本的な權利關係――すなわち、具體的にいえば、信託行爲によつて受託者はいかなる權利をもつか、その反面、委託者ないし受益者の地位はどうなるか、という問題は、信託法理の核心をなすものとして、古くから論爭の的とされている。英米法にみられるような普通法と衡平法との二重構造を知らないわが民法においては、周知のとおり、この問題は委託者ないし受益者の有する權利が――とくに受益權を中心としてみて――物權であるか・債權であるかという形で提起されるのが、常である。從來の學說・判例では當初より、いわゆる債權說が支配的であつたが、近時にいたり、信託關係の本質にマッチした・より合理的な構成を試みようという努力から、從來の債權說にたいする反省が求められているようである。ここにおいて、わが國と同じくローマ法系にぞくするドイツの學說の動向――とりわけ、その物權說には、つよくわれわれの關心をひくものがある。本稿は、ドイツにおける最も端的な物權說――正確にいえば、管理權という獨自の物權的權利をみとめようとする說であるが――を代表するとも見られている、ワルター・ノルトの論文・「受託者の權利」Walter Nord, das Recht des Treuhänders (1927) を、抄譯的に紹介しようとするものである。

この論文は、わずか四十餘頁のものであり、けつして詳密な研究ではない。また、發表されて以來すでに約三十年を經過したものであり、けつして新しい研究ではない。しかし、ノルトの研究は、簡略ながら、きわめて率直・明快であり、受託者の權利を獨自の管理權として構成しようというその見解は、今日においても、十分高く評價すべきものと考える。むしろ、從來のわが國において、あまり

にも無視されすぎてきたのではなかろうか。彼のこの研究は、小冊ながら、いわば、まさに信託法關係の古典の一つともいうべきものであり、こんご信託をめぐる權利關係を研究するために、逸することのできない基礎的文献でもあろう。われわれが、おくればせながら、ノルトの研究をとりあげた理由は、ここにある。

　ノルトの本論文は、前後二部に分けられ、第一部においては、主としてドイツにおける從來の學説・判例の檢討、および、とくに課税對象としての信託財産の分析がなされており、これらの批判的考察にもとづき、第二部において、受託者の權利をめぐる彼獨自の理論構成が試みられている。理論的興味の上から、本稿においては、とくに第二部に焦點をおいて譯出・紹介してみたいと思う（原著の三二頁以下）。第一部の內容は、譯註および解題において、簡單にふれるに止める。

　なお、原著の閲讀については、畏友・川村泰啓教授の御好意により、中央大學圖書館所藏のものを利用させていただいた。ここに特記して、あつく御禮を申しあげるしだいである。

（一九五八年五月）

管理權としての受託者の權利

　通説は、受託者の權利を完全權 Vollrecht とみなし、したがつて物についての受託者をその物の所有權者、債權についての受託者をその債權者であるとする。しかし、かような見解が信託の性質に合致するものでないことは、通説みずからも否めないところである。さもなければ通説は、委託者が「經濟的に」權利者であるとは說かないであろうし、さらに、委託者の法的地位を所有權者のそれと同じく取扱うような結論には至らないはずだからである。（譯註1）

　受託權は、その性質上、決して所有權ではない。これは、ほとんど爭う餘地がない。債務的拘束をともなう完全權という構成は、他に方法が知られていなかつたばかりに採られた窮餘の策である。それならば、受託權は、その性質上、何であろうか。それは管理權 Verwaltungsrecht なのである。自己の名において信託財産を管理する權利なのである。眞正の信託關係は、委託者の財産の一部分をその他の財産から分離して管理する目的で設定せられる。これが、アングロサクソン諸國における trustee の役割である。この概念が認識されているなら、これはドイツにおいてもまた、受託者の同じ役割たりうる。そしてまた、これは、今日ドイツですでに多數存在している特定目的のための受託者の役割である。自己名義で不動産を登記している家屋ブローカー Hausmakler、債權者にたいする辨濟のための會計檢査人 Bücherrevisor、建築業者のための受託者たる抵當權者を想起せられよ。受託者のこの役割は、讓渡擔保に際してよく見られるように、受託者自身の利益に奉仕する役割と混合する場合がある。この場合には一個の混合形態を生ずるのであつて、爭ある時には、この形態は、その構成部分に分解されなければならない。

　かくて受託權は、その理念にしたがえば、經濟的にも法的にも管理權である。問題となるのは、實定法上もこのように受託權を構成

できるか否かということである。この構成が從來行われなかつた理由は、今まで誰もこのことを考えなかつたからにすぎない。だからして、この構成が不可能だとはいわれていないのである。管理權が何であるかは、すべての法律家には周知のことがらである。つぎのような法的類型を想起されよ——遺言執行者、夫、父、後見人、保護人 Pfleger、清算人、破産管財人、遺産管理人。これらはすべて、「管理すること」zu verwalten をその任務とする（民法第二二〇五條、第一三七四條、第一六二七條、第一七九三條、第一九一四條、第一九八五條、商法第一三九條、第二九八條、破産法第六條）。これらの「管理人」の中で、特に受託者に類似しており、また本來は受託者であるものが、一つある。それは遺言執行者である。沿革上も、これは受託者たる獨法の Salmann から發したものである（Schulze, langobardische Treuhand und ihre Umwandlung zur Testamentsvollstreckung）(註2)。いずれにもせよ、これらの管理人は、すべて實定法により規定されている。疑問となるのは、法律の知つていない一個の管理人を、更にこれらに加えることができるかということである。これらの法定の「管理人」にたいする制限條項 numerus clausus があるとか、したがつて、自己の名において行使される管理權を持つ・法律行爲により定立される管理人を更に附加することはできないとかいうような主張は、今迄のところ見當らない。受託者こそは、まさしく、この法律行爲により定立せられた・自己の名において行使される管理權を持つ管理人にほかならないのである。

法律は二、三の場合に、かような、管理的受託者を、あるものには受託者なる名稱を附し、あるものには他の名稱を附して規定している。「受託者」として規定が設けられているのは、抵當銀行法 Hypothekenbankgesetz §§ 29 ff. および建築債權の擔保に關する法律 Gesetz über die Sicherung der Banforderungen §§ 35, 36 である。抵當銀行受託者にたいしては、その折々の抵當證劵債權者の利益のため、一定の管理權が讓渡される。建築債權受託者にたいしては、建築資金供與者および建築債權者の利益のため、管理權が讓渡される。この者には、實定法の規定により、管理人 Pfleger としての法的地位が認められているのである。この者は、課せられた義務の履行につき、すべての關與者にたいして責任を負う。すなわち、彼は獨自の權利として管理權を持つのであり、すべての關與者——建築資金供與者、不動產所有者、建築債權者、當該不動產についての物權者——にたいして、獨立した地位に立つのである。更にまた、債權證書の一般占有者に關する法律 Gesetz betr. die gemeinsamen Besitzer von Schuldverschreibungen 第一條、第一四條により、債權者集會から選任された「一般代理人」gemeinsamer Vertreter があげられる。そして、とりわけ注目に價するものは、再評價法 Aufwertungsgesetz 第六〇條以下および同法施行規則第一〇三條以下に規定せられている・保險金請求權再評價のための「受託者」である。

さいごに、民法第一一八九條にしたがつて、無記名または指圖債權證書による債權につき設定された抵當權の實行に際して、現時の債權者のために選任される「代理人」があげられる。この「代理人」は、實務上は一般に受託者と呼ばれている。この實務上の名稱は正

當なものである。この場合には、法律が或る特殊の場合のために規定した民法上の受託者が存在する。この「代理人」が代理人ではなくて受託者であるということは、つぎのような法的特徴から明らかとなる。

この者は、現時の債權者のために選任される。すなわち彼は、その財産を、財産がぞくする者個人とは全く獨立して管理するのである。それ故、彼の爲した處分は、その後の債權者すべてのために、また對して、効果を及ぼす。彼の處分は、その固有の權利にもとづく。のみならず、法律は、明文をもつて、このことを規定している。けだし、民法第一一八九條二項によれば、所有者は代理人にたいして處分に着手することを請求できる——すなわち所有者は、代理人自身にたいして、より正確には受託者自身にたいして、訴訟上たると訴訟外たるとを問わず對抗できるのであつて、このことは疑いもなく、受託者が獨自の地位に立つている場合にのみ可能なのである。したがつて、法律により代理人に認められている抵當權の實行も、また、ここにいわゆる代理人の固有の權利から發するのである。その性質上當然である in qualitate qua にもせよ、このものは、訴を自身で提起する。したがつて、彼は當事者の役割をも果すのであり、敗訴した場合には訴訟費用を負擔させられるが、負擔の範圍は（彼が個人的に責を負わぬ限り）、その管理下にある財産に限定される。これは、破産管財人や遺言執行者の場合となんら異ならない。

この「受託者」について特殊な點は、これが不動產登記簿に登記されることであり、このものの選任には、不動產登記簿への記載が要件とされているのである。かくして法律は、ここで登記簿による取引になんらかの障碍が生ずることを防止するため、登記能力及び登記義務すらある受託者を設けたのであり、このことから、受託者の一般的な登記能力を認める可能性が明らかとなるのである。

判例・學說も、或場合については、明瞭に同じ言葉は用いないとしても、かかる管理人たる受託者を認めている。債權が委任者に殘存しているにもかかわらず、第三者がその債權を自己の名において行使し得るような形で、債權を第三者に讓渡できることは認められている。これは權利の「行使のための授權」Ermächtigung zur Geltendmachung とよばれている（E. R. G. 73, 308: Staub § 368 Anm. 116）。このような授權が認められる根據は、大審院にしたがえば、契約自由の原則である。このことは、類似の權能を許容している法規の中に、その確證を見出す。すなわち質權の設定された債權を取立てる質權者の權利に關する民法第一二八二條、取立委附により、差押債權者にたいし、自己の名において債務者の債權を取立てる權能を與える民事訴訟法第八三五條、九三六條。かような自己の名において爲す權利行使のための授權を許容するのは、一つの新判例（E. R. G. 91, S. 390）により原告において保護に價する利益の存在する場合に限定されたけれども、原則としては排斥されていない。この授權は、本質的には、被授權者を本稿に說く意味での管理人たる受託者に選任することにほかならない。シュタウプは、この選任の効果を、つぎのように述べている。

「讓渡は存在しない。被授權者は、形式的にも實質的にも債權者とはならない。その効果はただ、授權者（すなわち、われわれの意

味での委託者）が、第三者（すなわち受託者）の債權行使を、あたかも授權者みずからが爲したのと同じに扱わなければならないことである。第三者による訴が棄却されれば、その判決の効力は債權者にも及ぶ。被授權者破産の場合には、債權者は取戻權を持つ。債權者は民事訴訟法第七一條により異議の訴を起すことができる。債務者は、債權者にたいして有する抗辯權だけを主張できる。」かくして、この場合には、本稿で主張する法律行爲による信託關係がきわめて明瞭に現われているのである。

しかしこの現象は、理論上も實際上も、債權についてだけに限定されるものではない。しばしば論じられている株式の資格讓渡 **Legitimationsübertragung** は、これと同じ現象を含んでいる（**Vgl. Staub § 222 Anm. 16**）。資格讓渡の効果は管理權である。この管理權は財産權的權能ばかりでなく、人格權的權能すなわち議決權 **Stimmrecht** を行使する權利をも含むのであり、したがつて、まさにあらゆる點で資格讓渡が行われているのである。シュタウプは、かかる讓渡について、もしも法學がこの取引現象を許容されないものと宣言しなければならないとすれば、法學はその使命を果さないことになろう、と論ずる。この場合は、眞正の讓渡ではない。けだし、眞正の讓渡には、所有權移轉の意思がともなうからである。當事者の意欲した内容は、取得者が對外的には權利者として妥當し、その權利を眞實の權利者にかわつて行使することである。この當事者の意思を實現する法的行爲を許容されないものとする理由が、何處にあるか！　この法現象は、我法では觸れられていないけれども、だからといつてその理由から許容されぬものではない。

以上のようにシュタウプは說いている。これもまた、信託という名稱は附されていないにもせよ。現行法上認められている・自己の名において管理する權能をともなつた信託的讓渡なのである。さらに、取立委任裏書 **Inkassomandatindossament** という承認されている形式も（それにまた、持參人拂證券の場合の、單なる所持人たる資格も同じ）、これに屬する。このことは、債權者にたいして取立委任裏書の効果がどんなに擴張されても、全然關係ない。けだし、完全權を移轉する意思がないのにもかかわらず、資格が移轉する點では一致しているからである。もちろん、指圖證券においても、持參人拂證券においても、指圖約款や持參人拂約款の中に、その構成要素として特殊なモメントが加わつているのであるから、その結果、この現象が他の信託の場合と完全には同じでないことは、これを認めなければならない。

上述した財團のために選任された管理人[譯註3]は、いずれも官廳により選任されるか、あるいは少なくともなんらかの方法で官廳に登錄されている。このような財産管理人を官廳の協助なしに選任することは、法的取締の上から見て望ましいか否か、との疑問が生ずるかも知れない。かりにこのことが個々の財産の管理人には差支えないとしても、全財産あるいは集合財産の管理人については――この者はその任務上、原則として時の過ぎるうちには、當初の財産にたいして補償財産 **Ersatzvermögen** を取得するから――望ましくないとも見られよう。かような私的受託者を設定することは、法的取引の不明瞭・不安定を助長するとの主張がなされるかも知れない。このような懸念は、理由がない、と私は考える。遺言執行者もまた、

一個の私的受託者である。これを選任するのは被相續人であり、官廳はなんら關與しない。遺言執行者の就任受諾が遺產裁判所にたいして表示されねばならないのは、もちろんである（民法第二二〇二條）。遺產裁判所も、遺言執行人の申請により、その選任についての證明書を附與しなければならない（民法第二三六八條）。しかし、このことは、遺言執行者の選任が被相續人の純然たる私的行爲であることを少しも妨げるものではない。「生存者間の遺言執行者」をある程度まで認めることが何故に不都合であるか、理解に苦しむところである。この職務の就任は、委託者が生きているのだから、官廳にたいして表明する必要はない。同時に特殊な證明書の不要なことも、生存者間の他の法律行爲の場合と同じである。個別財產・集合財產・全財產について所有權・賣渡擔保權、質權その他の權利を、官廳の介入なしに第三者にたいして讓渡出來るのと同じく、かかる資本を第三者にたいして信託的に讓渡することも許される。このような讓渡に、取引上混亂を來さないような法的形式と法的効果とを賦與するのが、裁判の任務であり、また緊急の場合には、立法の任務なのである。

信託的財產管理の營業活動を、より廣範圍に公的監督下におく必要があるか、というようなことは、上に述べたことと全く別の問題である。この問題は、信託關係の私法的本質とは關係がない。ここには私法上の保險契約と保險業者の公法的監督との間におけると同じ關係がある。保險が取引において廣大な領域を占めるに及んで監督の下に置かれるにいたつたのと同樣に、信託管理も、管理される資本がそれを必要とする場合には、監督の下に立つことがあり得るだろう。

アメリカの trust companies では、このことが起つている。ドイツでは、長期にわたるかような監督は不必要と思われる。銀行においても、かかる監督は存在しない。監督の問題が生ずるには、まず信託管理が私法上の特殊な一分野として承認され、それから實際にかなりの資本が信託管理に委ねられる程度にまで、この制度が利用されなければならないであろう。

通說にともなう大きな難點――これは形式的所有權と實質的經濟的所有權との對立にあらわれる――は、管理權として受託權を見ることにより、直ちに解消するであろう。果して、また、どんな場合に委託者は取戻權と異議權を持つか、受託者は委託者の債權者に對していかなる權利を持つか、というような難問は、すべて解決されよう。委託者は依然として所有者であり、したがつて所有者としての諸權利を持つ。受託者は管理人であり、したがつて管理人としての諸權利を持つ。受託者の債權者は、受託者にたいする債權のために信託財產に手をつけることはできないのである。

もとより、受託者の管理權の內容、範圍、その法律効果を構成することは必要であろう。この構成の詳細は、實際上の適用に際して、容易に明らかとなるだろう。大部分の場合に適用出來る典型が、一つある。それは、遺言執行者に關する規定である。上述した債權の行使のための授權においても、ある特定の場合についての原則が、未だ充分に展開されてはいないが、すでに判例、學說によつて見出されている。

委託者の債權者が信託財產にたいして執行できるか否か、この問

題は特に重要な意義がある、と思われる。これは、原則として肯定されるべきである。委託者は依然として信託財産の所有者であるから、信託財産は原則と委託者の債務を負擔する。委託者は信託財産の占有を失つているから、果してこの執行が個々具體的な場合に實際上可能であるか、という點が、また問題となる。この可能性がないならば、委託者の受託者にたいする請求權だけが執行の對象たり得よう。受託者の管理に服する權利は（民法第二二一三條と逆に）受託者だけでなく、委託者も裁判上主張しうるのが原則である。委託者はまた、自分に殘存している權利を處分することもできよう。信託財産にたいする請求權は（民法第二二一三條と一致して）、一般に受託者にたいしても・委託者にたいしても、主張されえよう。現行法上は、遺言執行者の權利に比して、受託者の權利には、たしかに一つの制限がある。それは遺言執行者の登記にたいして、受託權を登記簿に登記するのが不可能なことである（不動産登記法第五三條）。ここに法律を以てのみ能く救いうる難點がある。しかし受託權を管理權と見ることは、登記された權利についても無意味なわけではない。受託權として設定さるべき權利が、不動産登記簿上に登記されている場合には、この權利は對外的には完全權たるの資格 **Legitimation** を與えるけれども、對內的には信託的管理權たるに過ぎない。何となれば、物權的合意は、この場合には單に受託權の設定だけに關しているからである。かくしてこの權利は、個々の場合には物權的 **dinglich** に制限される。第三取得者にたいしては、この第三者がその權利の性質が受託權であることを知つていた場合でも、この物權的制限は主張さるべきではない。けだし、管理權たる受託權は、權利處分の資格を與えるし、またおよそ不動産登記簿上の取引の安全のためには、登記簿を信頼した第三者にたいして、完全權を取得せぬというような主張の爲されることは避けなければならないからである。

現在のところ、「受託者選任」とか「受託者として何某選任さる」というような附記による「受託者」の登記は、一個の簡單な新法規を設けることによつてのみ可能となろう。ただし、前述のように抵當權については特殊の場合（民法第一一八九條）に、かかる規定が設けられている。高等法院 **Kammergericht** は、明示されない債權者のための受託者の登記能力に關する裁判において（**Rechtspr. d. Oberlandesger.** 18, 186）、「信託的」**fiduziarisch** にもせよ受託者に「附託」**zustehen** されている債權について、受託者は抵當權者として登記されうることを認めた。これによつて、實は受託者の登記能力が肯定されたのである。何となれば「附託」**Zustehen** は決して自己固有の權能を意味するものでなく——さもなければこの言葉は用いられなかつたであろう——信託的權能を意味するからである。しかしここで明らかとなることは、債權においては、權利行使のための授權の場合と同じく、ある特定の人との結付きが、はなはだ弱くかつ浮動的であるところから、明瞭な理論上の認識、確證なしに二重の權能 **Doppelberechtigung** が認められていることである。[譯註4]

ここに主張するように受託權を見ると、問題なのは、信託義務違反の行爲は刑法第二六六條第二號により可罰的であるか、という點である。この規定は、しかしながら、委ねられた財産を故意に委任者

の不利益に處分した「任意代理人」Bevollmächtigte のみに關する。われわれの意味における受託者が任意代理人にきわめて類似しているにもせよ、兩者は同じものではない。刑法上類推が許されない以上は、刑法第二六六條第二號によつて受託者を處罰することはできないであろう。しかし、これは、法の不備と思われる。「任意代理人」という表現は、狹きに失するもので、これを擴張するか、あるいは「受託者」の概念を附加して規定を補完すべきであろう。

もしも實務上、受託權が管理權として受容れられるなら、一般に信託的權利移轉は、その實體に卽して、本權の移轉をともなわない管理權の移轉に過ぎないものと理解できるし、實務上も、このように理解されるだろう。何となれば、ここには法律行爲の內容に合致し、かつ對外的にも・對內的にも一貫した性格を持つ、處分の一形式が存在するからである。しかし、このことは、個々の信託關係において當事者がなお完全權を移轉する意欲を持つことを排斥するものではない。もちろん、これは當事者の自由である。その權利を特定の方法でのみ行使するという債務をともなつた完全權の移轉を行う可能性は、なお存在する。當事者にいかなる意圖があつたかということは、すべての場合を通じて、意思解釋の問題であろう。使用された文言は、無條件に解釋の基準となるものではない。文言の上からは所有權・債權が讓渡されていると見える場合でも、實はそれによつて、ただ單に信託的管理權能だけを讓渡する意圖に過ぎないことが、ありうる。

當事者の意思が基準となるとしても、當事者の脫法的意圖は、信託的管理權を承認することにより、きわめて容易に挫折させることができる。單に信託的管理權だけの問題であるのにかかわらず、當事者が完全權を移轉する意圖をもち、これによつて債權者が不利益を受ける場合には、この契約が良俗に反し、かつ債權者加害の目的で行われたことは明らかである。したがつて債權者加害を目的とする僞裝信託關係に過ぎない讓渡は、後になつてその效力を奪われることとなる。どんな理由から、信託的管理權自體のかわりに完全權が讓渡されたのか、という點は、常に問われるべきであろう。讓渡擔保が、擔保の目的に役立つことなく、單に辨濟の引當たる物を債權者から奪う結果となる限りでは、このことは、主としてかかる表見的讓渡擔保についても問題となろう。

讓渡さるべきものが受託權であるか、それとも債務的拘束をともなう完全權であるか、というのが個々の場合に疑問なことがある。たとえばハンブルグにおいては、外國人が不動產の所有權を取得するのに公的認可を必要とする。この認可を受ける手續を回避するために、家屋ブローカーあるいはその他の仲介人が、かかる外國人の受託者として、自分の名前で取得することが、しばしば行われている。この手續は許容さるべきものと見られているので、默秘されたり、官廳にたいして隱蔽されたりはしない。受託者はまさしく形式的所有者であり、それで公法規定は充たされているのである。この場合に當事者が意圖したのは、信託的管理權か・債務的拘束をともなう完全權か、ということが問われるであろう。この場合は受託者が完全權を取得したものと、私は考える。何となれば、權利取得それ自體が認可の前提となるのであり、公法上の關係にとつて前提となる意思だけが、私法上の關係において存在しうるからである。

その性質上、信託的譲渡にぞくする行爲としては、會計検査人 **Bücherrevisor** にたいする全資産の譲渡があるが、これは債權者にたいする破産的辨濟を目的とし、これによつて滿足されない債權を免除する内容のものである。この和解は、淸算和解 **Liquidationsvergleich** とよばれている。この手續は、近時、以前にまして多く利用されるようになり、これがある長所をもつことは否定できない。これは、債權者にたいしてすべての現存財産を與えるけれども、將來に向つては債務者の勞働力を再び自由にする。他面、この手續は受託者が絶對に信頼できることを前提とする。そして受託者に充分信頼がおける場合であつても、なお果して受託者にたいして實際に全財産が譲渡されたか・受託者がそれを實質的に平等に分配したか、算定された費用額が相當であるか等々の問題が、個々の場合に殘つているのである。ちなみに、この問題については免除和解が財産分配と結びついているか否かとの區別は、無關係である。「受託者」の介入なしには、この手續は、自ずから不可能である。けだし分配の公正を保證するものが全くないし、また債務者にたいする個別執行は、もちろん可能だからである。會計検査人にたいする資産の譲渡は、從來は完全權の移轉たる効果を有した。個別執行にたいして、會計検査人は異議の訴を提起した。このような異議の訴について、多くの場合に控訴院 **Oberlandesgericht** が裁判を下している。この異議の訴にたいして、差押債權者は、この譲渡が債權者加害の意圖を以て行われたと抗辯した。ハンブルグ控訴院は、加害の意圖を否認している (**Hanseatische Gerichtszeitung, Beibl. 1926, Nr. 10**)。問題となつたのは、ひろく信用のある會計検査人に關してであつた。控訴院は次のように答える。

「會社債權者を害する意圖を、被告人がどこから引出そうとするのかは、明らかでない。當該契約の目的および内容は、むしろ適法かつ合理的である。原告の地位および人格は、會社財産を債權者間にその割合に應じて分配するという當該契約において原告に課せられた任務の遂行を、保證するものである。原告自身の言に從えば、債權者全體は、債務者の提案にもとづく當該契約の實行における方が、所有者單獨による淸算もしくは破産手續におけるよりも有利であり、したがつて、いずれにせよ不利益を受けないであろうことが、認められる。」

ところが、それにもかかわらず、控訴院は異議の訴を棄却している。すなわち、合名會社（かかるものが問題となつた）の全財産もしくはほぼ全財産の譲渡は、民法第三一一條の意味での財産譲渡に該當する（これには民法第三一一條による公正證書は不要であつたろう）。したがつて民法第四一九條により會計検査人の責任が存在する。會計検査人はその債權についてなお責任を負うのだから、差押えられた物の返還を請求することはできない。以上が、控訴院の理由とするところである。これにたいし高等法院は、この契約は手續に同意せぬ債權者にたいする加害を含むものであり、契約締結者もこの加害を認識しているのだから、この契約は取消しうべきものであると、說いている (**Beschluss des Kammergerichts 12 Janu. 1926. 8W 7251/25**)。

信託的管理權を認めれば、この契約は、かかる權利の根據として理解されることになろう。このことが利害關係人にまず與える利點

は、債務者が法的主體たる地位に脫して會計檢査人が法的主體たる地位に就くことにともなう、實質上・形式上・稅務上の錯綜が消えることである。しかし、この場合にもなお、債務者および受託者にたいする關係で、債權者たる地位がいかに判斷さるべきかという問題がある。同意せぬ個々の債權者には、上述のように、個別執行が許されなければならない。したがつて個別債權者は、財產に執行できる場合には、もくろまれた淸算を排除しうるのである。しかし、受託者が全財產を取得してしまい、それらがすでに受託者名義となつている場合には、個別債權者はこの財產に執行できないであろう。この時には、債權者は、受託者にたいする債務者の請求權のみを差押えることができよう。ただし受託者は、かかる請求權が個々の債權者に割當てられる分け前の限度でのみ存立する旨の抗辯を出すことになろう。

私の考えでは、この手續の實行が可能であるのは、契約で管理權のみが信託的に讓渡せられた場合でも、全債權者が同意しているか、または少なくとも執行處分を度外視している場合に限る。受託者にたいする資產の移轉は、全債權者の同意を前提として行われる。債權者の意思を無視して行われる淸算的辨濟のためには、破產手續がある。したがつてこの契約の有效性は、債權者がこの手續を加害とは見ないことを前提とする。債權者達がこの點で一致していないならば、この手續は個々の債權者にたいする加害を含むこととなる。ここにおいて、高等法院の裁判は、結論的に是認されなければならない。讓渡されたものが管理權であろうと完全權であろうと、このことは、なんら異ならない。ただし差押を免れ、異議の可

能性を確保する目的で、受託權の代りに完全權が讓渡された場合には、この理由から契約は無效であるか、もしくは取消しうべきものであろう。故に會計檢査人は、財產を自らの手中に納めて差押を現實には一應不可能とした場合も、場合によつては、取消の理由からその物を再び處分しなければならないことがある。そうでなければ、更に個々の場合について、果して當該の會計檢査人が裁判所から信頼するに足ると見られるか否かの區別――これは決して望ましいことではあるまい――、果して双方の側に全き公正があつたか・實質的に破產の場合のように正しい手續の實施が行われたか否かの區別――これは至難のことであろう――をしなければならないことになろう。

しかしながら立法論としては、和解の有無を問わず、受託者によつて債權者に對し資產を淸算的に分配するというこの手續を、可能にすることは、望ましいものであろう。これは、管理的受託者をある特定の目的のために適當かつ實際的に利用することであろう。ただし、その場合の受託者の選任は、それが一般的に爲されようと個々の場合について爲されようと、常に公的機關の協力のもとでのみ決定されるべきであろう。もちろん、問題は破產手續ではなく――これはすでに存在するのだから――單に信託手續に關するのであり、ちなみに、この手續においては裁判所はなんら關與せず、受託者がすべての關係人にたいして責任を負うのは當然であろう。一九二六年六月上程され、目下審議に付されている破產回避のための和解に關する法案は、かかる可能性を規定していない。これは、遺憾なことである。債務者が責任を負い決算の義務を負うべき相手は、

規定されていない。この法案に規定されている仲介者は、營業監査における監査人と同様な監査人に過ぎない。このような監査人が無意味なことは、世なれた企業家の常識であり、また營業監査の經驗がこれを實證している。この監査人が存在しても、和解實行の間に財産が債權者の不利益に減少するのを防ぐことはできない。それ故に、このものの存在によつては、けつしてその間の債務者の不信は排除されないのである。

債權者にたいする辨濟と和解の實現のため、裁判所の協力のもとに受託者が選任さるべき場合には、債務者が受託者とともに和解を實現すべき一定の短期間、個別執行は、もちろん保留されなければなるまい。

ところが、それにもかかわらず、法案によれば、個別執行は依然として續行されるとするのである。しかるに、手續開始の申立に際して債務者は、債權者過半數の書面による同意および債權額の過半たることを提示しなければならない。少なくともその三〇パーセントを提示し、和解手續中は財産の處分を留保すべきことが要求されている。この規定ほど非實際的なものは考えられない。この法案がなんらの變更も加えられずに實施されたならば、何の實用にも立たないことは豫言できよう。

この法案は、その理由においても、規定の上でも、清算和解の可能性を考えていることは明らかである。この實行は、受託者が介入してのみ可能である。かかる受託者を拔きにして行う和解の實行を、この法案がどう考えているのかは、不明である。債權者が債務者の財産の分配にたいして殘額を放棄する旨の和解をしていながら、しかもなお債務者がその財産の處分權能を保有するというのである！　この論議は、立法にたずさわる機關にたいして、ともかくこの場合にはある一定した目的に奉仕し、かつ一定の公權的協力という特殊性をもつ管理的受託者を採用する必要があることを示すものである。

更にいま一つの目下上程されている法案は、信託の觀念を正しく適用するなら、おそらくは修正されうるものであり、この場合は無用の法案となろう。登錄質の實施に關する法案(Antrag Keinath und Gen.)が、これである。登錄質の公示性は債務者の信用を害するから、實務家は皆この制度を忌避するであろうとの理由で、この登錄質にたいしては有力な現實論が反對している。しかし、登錄質を求める強い要請は、まさに讓渡擔保の濫用から生じたものである。もしも裁判がこの濫用を處理できるなら、登錄質の必要性は、それにより根本的に解消する。しかしここに主張する見解に從うなら、この濫用は大部分處理できるのである。擔保物の所有者は、その物が債權を超過する範圍では、單なる受託者たるに過ぎない。したがつて、この物にたいしては執行できるのである。ここにおいて、擔保物の所有者は、その物が自己の債權を擔保するのに必要であることを疏明しなければならず、爭ある場合には、これを立證しなければならない。もしかかる事實が疏明されなければ、執行は許される。他の場合には、その物が債權の滿足に不必要な範圍で執行が許される。

實際上よく行われている信託財産の特殊な事例は、管理權たる受託權のもとにおくのが自然であるし、また、そうするなら各場合に

適當した規制が生まれるであろう。慈善、公益等の目的で行う「寄附募集」を想起されよ。この寄附金が募集者の所有に移らないことは疑ない。しかしまた、寄附者がその所有權を放棄しようとしていることも明らかである。募集者が受託者であり寄附金を管理する任務をもつということから、この問題は解決される。故に、所有權は、その本質上（混合が生じない限り）、管理人たる受託者がこれを再讓渡するまでは、寄附者に殘っているのである。募集者は横領の責任を負うことがありうる。

非獨立的財團、すなわち、みずから特に法人を形成することなく、既存の法人格に依存する財團においても、事情は異ならない。別段の規定がない限り、この場合の法人格も管理的受託者である。したがつて、この法人格は、前述の募集者と同じ立場にある。原則として募集者は所有者ではないけれども、募集者は更に讓渡することによつてのみ他人を所有者にできるのであり、かつそうする義務を負うのである。

譯註

（1）ドイツの通説は、わが國におけると同じく債權説であり、信託行爲により受託者は委託者から完全な權利を取得するのであつて、信託目的に從い受託者は委託者にたいし債務的拘束を受けるにすぎない、と説く。しかるに、他方、通説は信託財産について、受託者は法的權利者であるが、委託者は經濟的に權利者であるとして、受託者の破産にさいしては委託者に取戻權（破産法四三條）をみとめ、また受託者の個別債權者による差押にさいしては委託者に異議の主張（民訴法七七一條）をみとめるにたいして、委託者の破産の場合には、受託者に別除權をみとめる等、實質的に委託者を所有權者とほぼ同樣に扱つている。Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. (1955) S. 625; Lehmann, Algemeiner Teil (1952) S. 231; E. R. G. 4580. 94, 307. 79, 121 usw.

（2）Salmann は、ゲルマン法における受託者の原型とされるもので、フランク末期から中世にわたり行われた一種の財産管理人である。その主たる制度的目的は、遺言禁止の回避にあつた、といわれている。Siebert, Das Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis (1933) S. 45. この制度は、ランゴバルト法において、遺言執行者の制度に發展したが、ドイツ民法上も、遺言執行者は一種の受託者たるものとみられている。Kipp-Coing, Erbrecht (1955) § 123 III. なお、四宮和夫・「信託行爲と信託――法律行爲による信託關係――」（二）法學協會雜誌五九巻二號三一頁以下參照。

（3）ここでは、遺言執行者・夫・父・後見人・清算人・破産管財人・遺産管理人等を指している。

（4）Treuhandgeschäft と Fiduziarisches Geschäft とは、ドイツ法上、しばしば同義に用いられているが、もと Fiduziar は、ローマ法の fiducia に由來し、このローマ法の制度が權利行使上の債務的拘束をともなう完全權の移轉たる性質を有していたところから、ドイツ法上も、とくにかような内容の信託を Fiduziarische Treuhand とよび、これにたいして、

Salmann や Testamentsvollstrecher を典型とする制限物權的權利移轉の内容の信託を、Offence Treuhand (Lehmann, a. a. O. S. 231), あるいは deutschrechtliche Treuhand (Siebert, a. a. O. S. 213) とよんで區別する說がある。Vgl. Staudinger, Kommentar zum bürger-lichen Gesetzbuch B. I (1957) S. 522.

解　題

ドイツの信託法理論におけるノルトの位置を知るためには、何よりも、彼にいたるまでの學說の推移と、その底に流れるローマ法とゲルマン法との對立・抗爭の過程に注目しなければならない。というわけは、現行法上、受託者の地位をいかに理解するかという問題は、けっきょく、ゲルマン法の土壤に育てられた信託制度が、近代ローマ法の畫一的・形式的合理性と、どの程度にまで調和できるかという問題に歸着するからである。

この意味において、ノルトの理論的系譜をたずねてみると、まず指摘しなければならないのは、シュルツェ Alfred Schulze の提唱による解除條件說であろう。彼の基本的立場を要約すれば、受託者による信託義務違反の處分・債權者の執行・信託目的の消滅等を解除條件として、受託者は信託財產上に權利を有するのであり、この條件の成就により、權利は當然に委託者に歸屬する、というのである。(1) この說は、時期的にも・また理論的にも、從來の通說判例が固執するローマ法的構成の Fiduziarische Treuhand にたいして委託者の地位の強化をはかった最初の努力として注目に價する。しかしこの說は、條件に親しまない行爲については適用できず、條件成就以前の委託者の地位は單なる期待權としての保護をうけるに止まる等の難點があり、さらに、條件という構成それ自體が信託の倫理的信頼關係たる本質的性格を無視するものであることは、シュルツェみずからも、認めるところである。(2) しかしシュルツェがその論文「ランゴバルト信託と遺言執行に至るその變遷」においてゲルマン法固有の信託を法制史的に究明し、現行法上も受託者にかような制限物權的な權能を賦與し得る可能性あることを指摘したのは、彼の大きな功績といわなければならない。

果して、シュルツェの研究を契機として、ドイツの學界では、委託者ないし受益者に本來の所有者たる地位を認め、その反面、受託者には單なる管理權能のみを與えんとする、信託關係の再構成が、次々と試みられた。すなわち、資格授與說、授權說、管理權說が、これである。資格授與說は、權利處分のための抽象的な資格形式 Formallegitimation が存在する場合は、この資格の移轉により、本權が同時に移轉すると否とを問わず、他人に一定の處分權能を生ずると說くもので、その根據を指圖證券における裏書、所持人拂證券の所持、動產の占有、不動產の登記等に求めている。(3) この說においては抽象的資格形式と實質的權能とを截然と分離するところから、受託者の實質的固有の權能を說明できないとの非難があり、形式的資格に實質的裏付けを與えんとする授權說に發展する。すなわち、ドイツ民法第一八五條によれば、非權利者の爲した處分は權利者の同意 Einwilligung を得て有効とされる。したがつて非權利

者の立場よりみれば、權利者のかかる同意の表示は、自己の名において他人の權利を處分し得る法的權能の賦與を意味することになる。(4) ただし民法第一八五條は、本來の權利者に處分權能あることを前提とするから、授權說の立場よりすれば、權利者と同意を受けた非權利者との双方に權利行使の權能あることを認めざるを得ないが、これは信託關係における受託者の排他獨立の權能に適合しない結果となる。かくて民法第一八五條によりながら、より一般的に、權利の存在それ自體 Bestehen と權利の行使權能 Ausübung とを峻別し、行使權能の讓渡を以て管理權の設定とみる管理權說が登場する。(5) ノルトの立場は、これにぞくするものといえよう。

經濟的には委託者ないし受益者の利益代理人 Interessenvertreter でありながら、法的にはこれと獨立した地位を占める受託者の權利は、ノルトの說くような法律行爲により設定される管理權という構成で、一應の解決に達したかのごとくである。たしかに受託者の經濟的地位に卽した構成こそ、ノルトの最も努力を拂ったところであり、特に課稅の對象としての信託關係をとりあげて受託者の Interessenlage を明らかとした點は、高く評價されなければならない。

しかし問題は、ノルトの主張する管理權の內容が、必ずしもあらゆる點で疑問の餘地を殘さぬほどには明瞭でないことにある。すなわちノルトは、管理權の內容はすべての法律家にとつて自明のことであるとし、後見人、破產管財人、遺言執行者等を現行法の管理人の實例としてあげ、とりわけ遺言執行者を現行法の認める典型的受託者として彼の理論的根據とする。しかし、ノルトみずからも認めるように、彼の引用する法定的管理人は、いずれも登記登錄等、なんらかの方法で公示せられているのであり、かかる公示方法を持たない管理人が、果して彼の說くように容易に認められ得るものかどうか、なお多分に疑問とせざるをえないのである。

ノルトはこの疑問に答えて、遺言執行者の選任は私的行爲なるが故に、公示は必要でないと說くけれども、公示が必要か否かは取引上の要請の問題であつて、管理人選任行爲が公法上の行爲か私法上の行爲かとの區別と直接に關係するわけではない。受託者の權利を以て一種の制限物權と見る立場に對して、ノルトは物權法定主義に反すると攻擊し、それは管理權であつて物權ではないと主張するけれども、信託的管理權を以て本權に對する「物權的制限」とみる以上、ノルトの非難は、かえつてノルト自身にも當るものといわざるをえない。また、信託違反の處分による惡意の第三者の權利取得を、ノルトは、管理權の存在それ自體が權利移轉の資格 Legitimation となるとして、これを肯定しているが、このことは、公示なき管理權と云う構成の缺點を資格授與說で補おうとするもので、管理權說の不徹底を示すものにほかならない。さらにまた、ノルトは、受託者の管理下にある權利について委託者の權利行使の權能を認めるが、この委託者みずからの權能は何に由來するのか、いいかえれば受託者の管理權に對應して委託者に「殘存する權利」の內容は何であるか、この點は必ずしも明らかとされていない。この點では彼の立場は、むしろ授權說に接近しているかのようにも見られる。

要するに、管理權の內容を自明のものとして前提しながら、その

前提に實は未解決のものがふくまれているというところに、ノルトの理論の難點と、そしてその發展性がある、ということができるであろう。

右に摘記したようなノルトにたいする多少の疑問も、管理權なるものの本體がむしろ今後の研究にまつべき未開拓の分野たるところから生ずるもので、この處女地に一つの新しい道標を打ち立てた彼の仕事は、それだけでも、沒すべからざるものではあるまいか。ともあれ、いわばローマ法的單一絶對の所有權を、「契約自由」の名のもとに再び機能的に分解してゆくゲルマン法の思想的潮流を、われわれは、ノルトの管理權という構成のうちに感得するのである。

（1） Schulze, Treuhänder im geltenden bürgerlicher Recht (1901) Jherings Jb. Bd. 43. SS. 1 ff.
（2） a. a. O. S. 104.
（3） Brunner, Wertpapiere, SS. 162 ff.
（4） Enneccerus-Nipperdey, a. a. O. S. 884.
（5） Vgl. Siebert, a. a. O. S. 237.