

【研究ノート】

「出捐の中間者」について —エルトマンの有償論を中心に—

小島奈津子

第一章 問題提起

第二章 ツールの出捐論

第一節 出捐について

第二節 間接的出捐について（以上本号）

第三章 エルトマンの有償論

第一節 有償性について

第二節 出捐受領者に関するエルトマンの見解

第三節 中間者の為した契約の有償性

第四章 展望

第一章 問題提起

エルトマンは、有償行為に関するモノグラフィーの中で、ミュンヘン上級地方裁判所の次のような事例を挙げている¹。

裕福な Y は、Y の友人 A の被後見人と B との婚姻を望み、この婚姻のために B に 10000 マルクの遺贈を約束した。B はその父親 X から負債付の地所を取得することになっており、父親 X は、3000 マルクの「経済的扶養のための立ち退き料（Zehrfennigs、Gutsabstandkapitals）」による補償が B から為されれば地所を引渡すと言った。そこで、Y は A の勧め

に基づいて、X に対し書面で (BGB 旧 780 条) 3000 マルクを約束した。X は補償を放棄し、ただの隠居分と交換に地所を引渡した。後に、X は Y の債務約束に基づいて訴えを提起し、Y はこの約束が方式を欠き無効な贈与であるとの抗弁をしたが、斥けられた。その理由は、以下のとおりである。Y は B に婚姻のために気前のいい出捐を為すつもりであったのであり、その婚姻を可能にするために X に対して債務約束の方法で補償した。確かに、BGB516 条 (贈与契約の成立) の意味での利得のメルクマルが存するが、その出捐が無償であるとする当事者の合意は存しない。客観的な等価性はともかくとして、地所の引渡と婚姻を直ちに達成するために、Y の補償は不可欠である。慣習的な「経済的扶養のための立ち退き料」の放棄を購うために、Y が X に対して債務約束を引き受ける場合、Y は X と、出捐の無償性について合意したのではなく、むしろ出捐の有償性について合意したのである。Y は B に対して間接的な方法で気前の良い出捐を為しているのであり、B が問題となる限り、BGB518 条 2 項 (贈与における方式の欠缺が給付の実行により治癒される) の場面である²。

これは、Y が X に債務約束をしたが、それは X をして息子 B に地所を引渡しせしめるために為されたものであるから、Y と X の間に無償性の合意、即ち贈与契約はなく、むしろ有償の合意が存するとしたものである。そして、贈与契約は、Y と B との間にあり得るというのである。要するに、Y と X との間に有償の出捐があるが、これと同時に、Y が X を介して間接的に B に贈与しているという構成が採られているのである。要するに、ここでは、Y から B に対する出捐が存し、実際に地所を引渡した X はその中間者である。

出捐者と出捐受領者のみならず、これらの者の間に中間者が存する場合、三者の関係が問題となる。出捐がどこにあるか、その原因はどこで決せられ、そして、出捐は有償なのか、無償なのか、また、無償だとして、方式が要求される贈与はあるのかが問題になり、さらに、法律行為が為され (例えば出捐者と中間者の間に)、それが無償であるとされれば、債権者取消権が行使されやすくなる。このドイツの裁判例が採る構成、つ

まり間接的出捐の基本的な構成は、日本法にも紹介されている。例えば、来栖説は、第三者のためにする契約について、ドイツ民法第二草案の審議を参照した上で、「大抵ありそうに思われ勝なところ、即ち諾約者から第三者へは却って真の出捐は何等行われないのである。即ち諾約者は第三者に出捐するのではない。第三者にではなく、要約者に出捐するのである。そして要約者が同一の価値を第三者に出捐するのである」とし、代理において諾約者が代理人に対する約束により本人に出捐を為し、そこに一つ原因があると言うだけであることと対比し、従来の判例学説がこれらの区別を十分意識していなかったことを批判される³。

近時、多角的法律関係として議論されているものの中には、この第三者のためにする契約のほか、保証契約をめぐる関係もある⁴。また、寄付者と受寄者と受益者の三者が存する場合の寄付も、間接的出捐に類似しうると言えるかもしれない。このような複雑な関係がある場合、前述の来栖説のように、法律関係を明確化するために、出捐がどこにあるかという分析は有用である。また、出捐行為について有償・無償が決せられるとされているから、冒頭に挙げたドイツの裁判例のように、出捐を含む行為の有償・無償によりルールが異なる場面では、これを明確にする意義は大きい⁵。また、後に述べるドイツ法の学説は債権者取消権を認めるべきか否かという問題に関連して、三者間の出捐の有償性如何を論じている。このように、三者間の出捐について明らかにすることは、そこで為される法律行為の有償・無償を明らかにすることに関連し、一定の有用性を有するものではないかと思われる。

さらに、エルトマンは、AがBと合意し、Bが自己の名でCに対して目的物を売り、貸し、贈与することとし、しかも契約相手（A）の名を秘密にしておく債務を負うという事例を挙げ⁶、この場合には間接的な出捐があるとは考えないとする。この場合はBC間の契約がまず現れることになる。このように、同じく三者が登場する場合でも、様々な構成が考えられるのである。

そこで、まず、トゥールの見解を参照して、三者が登場する出捐について、少なくとも当時存在した間接的出捐論の基本的な構造を明らかに

したい。次に、有償性概念を確立したエルトマンの有償論を概観し、出捐者と出捐受領者のほか、出捐者側に中間者が登場する間接的出捐において、中間者が受領者と契約を締結している場合、これを単なる中間者に過ぎないとする従来の間接的出捐論があてはまらないのではないか、というエルトマンの見解を紹介したい。これによれば、中間者は何よりもまず契約当事者として独立の存在であり、それを前提としつつ、出捐者による給付の反対給付をその契約に見ることができるという。これについて、エルトマンのモノグラフィーは「反対給付の受領者」という節で、この問題を扱うものは多くはないとしつつも、その時代の学説を参照して、エルトマン自身の見解が明らかにされている⁷。そこで、最後に、このような出捐者の中間者についてのエルトマンの見解を参照して、三者が登場する種々の問題に示唆するところがあるかについて考察したい。

第二章 トウールの出捐論

第一節 出捐について

法律行為は二人の人間の財産の間で移動を生じさせるために用いられるが、これは出捐である。これは、ある者が他の者に財産的利益を手に入れさせてやるという法律行為である。ただ、出捐は法律行為により行われるもの以外にもありうる⁸。これがトウールの出捐概念である。トウールは、その体系書で、法律行為とは異なる概念である出捐について詳述しており、エルトマンの有償論を述べるにあたって、まずトウールの述べる間接的出捐論を紹介することとする。

まず、その前提として、トウールの出捐概念の位置付けを試みたい。出捐とは、「他の人間の財産をより豊かにすることすべて」であり⁹、意識的に他人の財産を増加させることであって、法律行為によっても事実行為によってもよく、いずれも出捐を生じさせるための手段として認められている¹⁰。法律行為は出捐行為の範疇であると捉えられ、債務契約も出

捐行為である¹¹。そして、法律行為による出捐には、法律行為の当事者の関係で出捐を正当化する法的根拠、*causa*が必要であるとされる¹²。この出捐行為と法律行為との関係については議論が存在した。トゥールの時代には、出捐の概念について、法的な性格を重視する見解から経済的にのみ捉える見解までが存したのである。

まず、出捐は法律行為の一類型であるとする見解が多かった。これに属するのが、クローメ、デルンプルク、ピアマン等である¹³。次に、出捐について、法律行為であるものと非法律行為であるものの双方を認める見解がある。トゥールのほか、エンネクスルスもこれに属する¹⁴。これらに対し、BGBにおける財産的出捐や給付行為といった概念は、純粋な経済的事象に属するとし、法律行為とは全く別に把握されるべきであるとする見解もあった。シェーニンガーはこのような見解を採り、様々な給付に共通の概念の本質は、給付者から給付受領者に財産的出捐がもたらされることであって、その要件は法律行為の要件とは全く異なるとする。給付概念の構成要素は出捐とその原因たる *causa* であるが、これは法律行為の要素ではないのであって、出捐と原因から成る「給付行為」を、経済的視点を強調して、法律行為とは異なる独自の概念として定立しようとしたのである。シェーニンガーは、*causa* も、原則として、純粋に自然的な、法的領域の外にある要素であるとする¹⁵。

このような学説の状況の中、前述のように、トゥールは、出捐は、法律行為のほか、付合や混和、時効中断をしないという不作為¹⁶等の事実行為によっても為されうるとする。とはいえ、トゥールは、シェーニンガーの見解とも異なり、重要な出捐の多くが法律行為であることを指摘してシェーニンガーを批判する¹⁷。具体的には、シェーニンガーが無因の債務負担が給付であるとするのに対し、トゥールは有因の債務負担も出捐であるとしている¹⁸。トゥールは、出捐を法律行為の一種とする普通法以来の伝統を承継しつつ、財産的利益の移転という経済的基盤に立つ出捐概念を、独立の重要な法概念にしたといえる。このように、出捐と法律行為とは重なりうるが別個のものである。エルトマンも、贈与契約に関してであるが、出捐について、医師の治療を受けさせて他の医者を呼ぶ必

要をなくしてやることを例として挙げ、世話をすることにより何かを免れさせることを含めている¹⁹。

causa については、ツールは、出捐の法的意味にとり決定的な目的であるが²⁰、これは当事者の法的関係を基準とするもので、経済的目的を指すものではないとする²¹。ツールによれば、*causa* とは以下のようなものである。あらゆる出捐は直接の結果として財産的利益を受領者に得させるが、それ自体が目的であるのではない。出捐とは、さらなる目的の達成の手段として望まれうる、ある目的の達成のために生じる。「行為者の頭に浮かんでいる目的は同時に、彼が法律行為を実行する誘因となった動機である。これら一連の目的とそれらに応じた動機の中で、通常、直接的に出捐の前にある目的だけが法的意味を有する：出捐の法的性格、即ち、出捐の服する法規群は、この目的に従って決まる；この目的が達成されないなら、出捐自体が無効であるか、出捐の巻き戻しの解消債権が不当利得の返還により生じるかである (*condictio*)」²²。このような、出捐の法的意味にとって決定的な、基準となる目的を出捐の法的目的と呼ぶことができ、これを目的と呼ぶ見解もあるが、ツールは次のように言う。「技術的な名称として、ローマ法に由来する表現：*causa* が好ましい。これは、その背後に位置している事実上の動機と異なる、今説明した法的目的という意味を普通法学の中で獲得している」²³。

この *causa* (以下、原因とする) には、出捐者又は第三者の債務を履行するという目的である弁済原因 (*causa solvendi*)、出捐者がその財産的犠牲の等価物として権利その他の利益を取得するという目的である取得原因 (*causa acqirendi*)、等価物なしに出捐者の負担で受領者のために財産を増加させる目的である贈与原因 (*causa donandi*) が、主なものとしてある²⁴。そして、ツールは、この取得原因の亜種として、後に述べる条件成就のための出捐 (*causa condicionis implendae*) があるとしている²⁵。即ち、取得原因には、a) 狭義の債権取得原因の場合、つまり、出捐者がその出捐の返還請求権を取得する場合²⁶のほか²⁷、b) 出捐者の財産的犠牲の補償のためにその費用の求償債権を取得する場合、c) 出捐者が給付と引き換えに当事者の約定により定められた反対給付を得る場合がある

が、最後の c) について、出捐と反対給付の間の目的関係は、双務契約によって作出される必要はなく、交換は、一方当事者のためにのみ、反対給付の弁済に対して目的物を取得する債権が発生するという方法でも取りきめられうる²⁸。この点、トゥールは次のように言う。「さらに、出捐と反対給付は互いに条件の關係に立ちうる²⁹：B が彼（A）に出捐を為すかそのほか A の利益になる行為を行うという条件の下で、A が B に対して給付を為すか約束するかする場合、A の出捐は B の行動の中にその等価物を見出す、他方で条件の履行で彼（B）の受ける権利取得によって B の行動が報いられるように」（() 内は筆者）³⁰。そして、後述する、いわゆる *causa condicionis implendae* は、他人に給付を行うという条件で出捐が為される場合³¹、例えば、A が B に 1000 マルクを支払った場合には A は被相続人の相続人となるというような場合に存し³²、*condicionis implendae causa* で何かを受け取る者が遺贈等の負担を負うという、BGB では採られていないものであるが³³、これはこの意味で取得原因の亜種であるというのである³⁴。この記述からは、A の出捐と A が条件付で被相続人から受ける権利取得とが反対給付の關係にありうるとの考えが窺われ、後述のエルトマンの見解に通じるものがある。

第二節 間接的出捐について

（一）出捐の所在

このような出捐が間接的に行われ、関係者が出捐者と出捐受領者の二者に限られない場合がある。即ち、出捐者と出捐受領者のほか、中間者が登場する場合である。これについて、トゥールは、次のような一般論を述べる。代理人による法律行為の場合も含め、「たいていの事例で、出捐の、価値移転という効果は、A と B の全財産の間で直接的に生じる」が、これに対して、「間接的（mittelbare）又は非直接的な（indirekte）出捐」が存しうる。それは、財産的移転が中間者（Mittelsperson）の協力のもとに生じる場合であって、その際には中間者の財産が出捐の経過に関わる。

この点で、中間者は代理人とは異なるというのである³⁵。そして、この中間者が出捐者 A の側に存する場合と、出捐受領者 B の側に存する場合とがあるとし、両者を区別して論じる。

まず、a) 出捐者の側に中間者が存する場合とは、A が中間者 X に B に対する給付を為さしめることで、A が B に出捐を為す場合であり、このときは、X を通じてであるが、AB 間の出捐があるとする。「彼（出捐者 A）が X に、B に対して給付を為さしめること、彼（B）に権利を移転せしめること、B のために労働を実行せしめること、B の債務を引き受けさせること等によって、出捐者は中間者を利用する。この給付は、確かに X の財産や労働力から生じるが、それ（給付）が A の費用で生じる場合、特に X の給付に対する等価物を A が彼（A）の財産から支払う場合には、A の出捐とみなされる」（() 内は筆者）³⁶。

ここでは、B が X に為すのが給付、A が B に対して為すのが出捐とされているが、この用語について、ツールは、特に、「私は、以下では、給付と出捐という表現を異なった意味で用いる」としている。即ち、外部に知覚され得る事象、つまり、X から、もしくは、X に対して与えられるものが給付であって、これに対し、この給付によりこれ以外の関係者 AB の間で生じる財産移動（X の給付が A の計算でなされ、又は X に対しての給付が B の計算でなされることによって行われるもの）が、出捐であるとする³⁷。

このように、出捐は中間者 X を通じて AB 間にあるが、ツールは、このときこれと同時に X から A に対する出捐もあるとする。このように、ある給付により同時に複数の出捐が生じる場合、これを同時給付（Simultanleistung）と呼びうるとされている³⁸。B に対する給付を X に為さしめる法律関係が AX 間にあり、その関係で、X の B に対する給付が同時に A に対する出捐になるというのである。そのような様々な法律関係、それによって X が B に対する給付を為すことを誘引されるところの法律関係が存するのは次のような場合である。X が A に対して、委任により又は第三者のためにする契約により、B に対して給付する債務を負う場合、また、A の指図により、X が A の計算において B に対して給付を

為すことを授權される場合のほか、XがBに対して給付を為すという条件や負担を付して、AがXに生前の、ないし死因の贈与をなす場合である。これらの事例においては、XのBに対する給付により、AのBに対する（間接的な）出捐と、XのAに対する出捐という、二つの出捐が同時に引き起こされる。AがXへの贈与の際に設定した負担や条件によりBに給付が為されるという最後の場合も、給付がAの誘因により、そして間接的にはAの損失で生じるから、Xの給付がAの出捐とみなされなければならないのである³⁹。

このように、間接的な出捐は、第三者のためにする契約によりBに債権を取得させるという場合だけではない。XのBに対する出捐がXに課された条件や負担の内容であるというだけの場合、Bに権利取得はない。Bが債権を取得する場合には、AはBに、まずその債権を出捐したことになる⁴⁰。

これに対して、b)出捐受領者の側に中間者が存する場合もある。つまり、Aが、Bの指示に基づいて、Bの財産に間接的に利益になる給付を、Xに対して為す場合である。これは、AB間の第三者のためにする契約によりAがBに対して義務を負う場合のほか、Aが、Xに対して、Bの支払代理人（*solutionis causa adiectus*）として、給付する権利を与えられる場合があり⁴¹、このような場合のXの例としては、振込みを受ける銀行がある⁴²。また、Bの計算でXに対して給付する権限を、AがBにより与えられる、指図の場合がある⁴³。

これらの場合、実際の給付はAがXに為すのだが、これは中間者Xを通じたAのBに対する間接的な出捐、また同時に、Aを通じたBからXへの間接的な出捐を含んでいるという⁴⁴。ところで、Bが関わらない場合にも、Xに対するAの給付がBに対するAの間接的な出捐を含むことがあり得る。例えば、AがBに対するXの債権を履行するか、又は、債権者Xとの契約によりBの債務を引き受けるか、あるいは、XがBに対して反対給付を為す債務を負うべきことの合意とともに、Xに対する給付をなす場合である⁴⁵。

(二) 出捐の原因

このような間接的出捐がある場合、その原因をどのように決すべきかについて、ツールは以下のように述べる。出捐は原因に基づき、原因は出捐に関与した者たちの関係の中で、通常はその合意により設定されるが、複数の出捐が引き起こされる場合にも、原因は出捐者と出捐受領者の間の合意に基づいて生じる⁴⁶。

まず、a) 出捐者が中間者を利用する場合、例えば、第三者 X が A の B に対する債務を履行する場合、X が A の B に対する債務を引受ける場合、B に対する X の直接の給付は弁済原因によるが、X が債務者 A のために費やす費用 (Aufwendung) は義務の履行、事務管理の意図、消費貸借や贈与の合意によって為され、弁済原因、債権取得原因、贈与原因のいずれにもよりうる。債務引受の場合にも、引受人の債務が古い債権の代わりとなるから、引受人 X の債権者 B に対する出捐は弁済原因に依拠するのであり、これと共に、引受人 X の債務者 A に対する、債務の免責を得させるという出捐がある。また、例えば、A が債権者 B に支払いのために X に対する債権を譲渡した場合も同様である。新債権者 B に対する X の給付は X の債務の履行として為されるが、同時に A の B に対する間接的出捐でもあり、これにより債権譲渡の際の約定を基礎として A の債務が弁済される⁴⁷。

X が A の B に対する指図に基づいて B に支払いをする場合も、この支払により、A の B に対する出捐と X の A のための費用という二つの間接的な出捐が実行される。これらの出捐の原因は当事者の合意に基づく。A の B に対する関係 (いわゆる対価関係) では、あらゆる他の出捐のように、弁済原因、債権取得原因、贈与原因によって出捐が生じうるが、一方、X の A に対する関係 (いわゆる補償関係) では X の費用もこちらはこちらでこれらの法的根拠に依拠する。これに対して、指図受領者 B に対する被指図人 X の給付は、BX の関係では、何ら法的根拠を持たない。X と B の間には、X の給付の目的とされうるような法的関係はなく、給付が A の指図に基づいてなされるというのみである。その他、B に対して給付す

るよう A が X に委任している場合も、あるいは、A が X と、B のためにする契約を締結している場合も、同じく、X の B に対する給付の法的根拠は専ら A と B の関係の中に存し、X と A の補償関係の中に存するが、X と B の間にはどのような原因も存しない⁴⁸。

さらに、X が B に対する給付を行うという条件で、A が X に、出捐を為すか、約束する場合も、X の B に対する給付は、A の B に対する間接的な出捐を含み、様々な根拠（弁済原因、債権取得原因、贈与原因）から生じうる一方で、X の給付は X の A に対する間接的な出捐をも含む。この X の A に対する出捐は、後述の *condicionis implendae causa* により生じるとされ、A の X に対する条件付きの出捐の中にその等価物が見出されるという⁴⁹。A の X に対する条件付の出捐が死因であった場合、即ち、X が B に対する給付を為すという条件で A が X に何かを死因で出捐する時も、同様である。このとき、B が X により受け取るものは、遺贈に似ている、A の死因の出捐であり、X は B に対する給付の等価物を、この給付によって、X が自身に条件付きで与えられた死因の取得をすることに見出すという⁵⁰。この点、後述するエルトマン等の見解と通じるところがあるが、トゥールはあくまで、この場合にも X と B の間には X の給付のための法的根拠が欠けているとする⁵¹。

次に、b) 出捐受領者が中間者を利用する場合にどこに原因が存するかについても、トゥールは述べている。B が A に、B にふさわしい給付を X に対して為さしめる場合、例えば B の指図によって A が X に金員の支払いをするような場合、AX 間には法的関係が存しない。A が B に対し債務を履行し、B が X に対し贈与をするといった、A の B に対する、また、B の X に対する、間接的な出捐の手段に過ぎないからである。また、A が X 銀行の B の口座に払い込みを為す場合、A から B に出捐があり、AB 間の約定による原因があり、同時に、B の口座のためになる B の X に対する出捐があるが、AX 間には有因の関係は存しないし、A の支払いという目的について X が認識を有する必要はない⁵²。このように、これらの場合、実際の給付のある AX 間に有因関係はない。

さらに、トゥールは、まさに後述のエルトマンが問題とする場面につ

いても、検討している。即ち、a) の場合に XB の間に法律行為が存するという場面であるが、ツールの見解は、A が X に、B に対する出捐を為さしめるが、その原因が X と B の間で約定されるという場合も、A の B に対する間接的な出捐が生じうるといものである。このような場面には、例えば、X が B に対して自己 (X) の名で無利子の貸付金を与えること、又はその価値より安く物を売ることを A が X に委任する場合、また、A が X に、生前の又は死因の条件付きの出捐により、B との消費貸借、売買といった行為をさせる場合がある⁵³。これらの場合について、ツールは、外見上、X の B に対する給付は、XB 間の関係の中に十分な法的な基礎づけを見出すように見えるが、詳しく考察すれば次のように言えるという。即ち、それは X の A のための費用であるし、それが B のために有利な限り、A の B に対する間接的な出捐を含むものである⁵⁴。このうち、X の費用支出は、A の委任によれば、X が自己の給付に対して B から何等反対給付を要求しないか又は完全な反対給付は要求しないようにさせられているという限りで⁵⁵、求償を基礎づける。このように、X の B に対するその行為が B の利益になる限り、A の B に対する間接的な出捐が生じるというのがツールの見解であり⁵⁶、この出捐の内容は、B がそれと引き換えに X に対して給付するか債務負担するものを差し引いて、B が X から与えられたものである。そこで、例えば、A の債権者がこれを取消した場合には、B にその価値よりも低い値で売られた物を、X に対して支払われた価格の償還に対して、B が引渡さなければならないことになる⁵⁷。

そして、ツールは、委任や条件付きの出捐により A が X に自己 (X) の名で B に対して贈与を為さしめる場合に、X の給付により A の B に対する間接的な出捐が引き起こされるが、これが贈与契約であると認められるか否かについて論じる⁵⁸。まず、X の同一の給付が同時に、B に対する X と A 双方の贈与になるとはされ得ないだろうが、X と B の間で贈与が成立しないから、そのようにはならないという。「なぜなら、X の B に対する給付は、その財産からなされるのでなく、A により求償の方法で B に賠償されるか、又は、A の条件付きの出捐により報いられるからで

ある。従って、BがXにより受け取るものは、外見上はXの贈与であるが、実際はAの無償の出捐によるのであり、それはBの承諾により、又は516条2項の期間の経過により、AのBに対する贈与になりうるものである」⁵⁹。

つまり、XB間に「給付」の存在は認めつつも、トゥールはこれを贈与とは考えず、あくまでAからBへの贈与があるとし、Xの贈与というのは外見上に過ぎないと考える。ここでAとXの二重の贈与を認めない理由として、間接の出捐論を貫いてXB間に出捐はないとするのではなく、XがAからの求償や反対給付により補償を得ることを挙げており、後述する学説が指摘する実質的な観点を、トゥールも見過ごしてはいない。しかし、これについて、XB間の行為の締結にAX間の出捐の反対給付が存するとまでは言わず、むしろそこには贈与原因が約定されているとする⁶⁰。

（三）出捐の有償性について

トゥールは、出捐者がその財産の減少に対して反対給付を取得するかどうかにより、出捐は有償であったり無償であったりとする⁶¹。間接的出捐の場合、出捐の有償性・無償性を決するについては、出捐についての分析が不可欠である。トゥールは以下のように述べている。「法律行為の効果に関係する者が複数いる場合」、即ち、間接的出捐があるような場合に、ある出捐が取得者(Erwerber)にとっては有償だが譲渡人(Veräußerer)にとっては無償である、あるいはその逆、というように、有償性の問題が統一的には答えられえないような外観が発生する。この点、有償とされるか無償とされるかで、債権者取消権の適用等法律行為が異なる規制に服するので、これを決しなければならないのであり、複数数の出捐が複数数の原因に基づいてなされているという分析が必要になるのである。この場合について、トゥールによれば、AがXにBに対する給付をさせることによって、AがBに間接の出捐を為すと考えられる場合、多くの有因関係(Kausalbeziehungen)は、明白に示される⁶²。

例えば、X が A の委任により A の債務を B に対して履行する場合、又は A が X にそうさせているというわけではないが、X が A の債務を履行する場合がある。これらの場合、AB の関係から有償であるところの、A の B に対する出捐と、有償でも無償でもあり得る、X の A のための費用が存する。これらの第三者弁済の場合、B に対する給付は、常に弁済原因によるのであり、従って、B の債権が無償で基礎づけられた場合を除き、有償の出捐とみなされる⁶³。従って、他人の債務の履行は無償の処分に関する法原則には服さないものであり、特に破産法上の否認はなされない。これに対して、他人の債務の履行の中に存する債務者のための費用は、履行者 (X) と債務者 (A) の間に存する関係により、有償でも無償でもありうる。債務者 A が X を誘引する関係がないときにもこの有因関係は形成される。債権者に対する X の給付は、それが A の債務を弁済するという効果を持つ場合、やはり弁済原因に基づくのであり、X と債務者 A の関係は事務管理の規定に服する⁶⁴。

ところで、費用は償還されるべき額の求償債権と利息により十分に補償され、それ故に有償の出捐に属すると、ツールは述べている。そこで、業務執行者の労務給付に関する場合を除き、その財産的費用に関して、委任と事務管理の場合は無償ではない⁶⁵。これは、AX 間の委任等有償であった場合と無償であった場合を区別せずに有償性を認める趣旨であるとみられるが、さらに、次のようにも述べている。ある出捐が反対給付により償われている限りは、その出捐が同時に、求償権を伴う費用として現れることはない。例えば、A が B の事務管理者としてある物を X から買い、その物を B に対して引き渡させる場合、この引渡は A のための X の費用ではありえない、なぜなら、それがその等価物を代金に見出すからである。これに対して、A が X に、B に対して物を引渡すことを委任しているならば、約定された対価がないので、それに対して X が第一に A に対して、場合によっては B に対しても求償を得ることができるところの、費用が存在する⁶⁶。これによれば、A が X に反対給付を為すときには、これが等価物となって X の費用は有償であるが、A に対する求償権により補償される場合にも X に有償の費用支出があることになる。

（四）債権担保のためにする法律行為

以上のように三者が登場する間接的出捐の一つに、債権担保のためにする法律行為があるとツールは考えている。その体系書の76章でツールはこれについて述べており、保証、質権設定等も含む、他人の債務への参加について、ひとつの章を割いているので、紹介してみたい。ここでは、この参加を行う者が、債務者たる出捐者の側の中間者でありうるとされており⁶⁷、また、これと出捐受領者たる債権者との間に法律行為がある場合でもある。そこで、前述のXBの間に行為が存するという場面、つまり後述のエルトマンの見解が論じる場面と関連するものといえるであろう。

ツールは、受領者に帰属する債権の不履行の場合のために受領者に担保を与えるという目的で為される出捐というものを認め、この債権担保を弁済原因に近い関係にある目的と位置付ける⁶⁸。このように、担保の設定は債権者に対する出捐とされうる。たしかに、担保は被担保債権と合致し、これと共同で債権者の財産を形成するので、債権者の積極財産が増大するわけではないが、担保の設定により、債権者は当然与えられるべきものではない権利を取得し、この取得が債権者にとって財産的利益を意味するからである。この債権者の利益とは、債務者の支払不能の場合に起こり得る損失を免れるというものである⁶⁹。特に、保証等、法律行為による他人の債務の担保は、重疊的参加（*kumulativen Interzession*）という普通法上の概念に属するとされている⁷⁰。他人の債務のための保証も質権設定も、近い関係にある法律行為として、ともに他人の債務への参加（*Interzession*）であり⁷¹、以下はこれについて述べたものである。

債権担保のための出捐（*Sicherungszuwendungen*）がこの他人の債務への参加によって生じる場合は、参加をする者が債務者を顧慮して為した場合と債権者を顧慮して為した場合に区別されるが⁷²、債権者に担保を給付するよう債務者に誘引されるのでなく、債権者を顧慮して参加が行われる後者の場合は稀であるとされている⁷³。そして、前者の場合、つま

り債務者により誘引されたり、承認されたりする場合には間接的な出捐があり、すべての間接的出捐のように、二重の原因に基づくという⁷⁴。これは前述した間接的出捐論であり、債権担保のための出捐の場合に当てはまるというのである。そこでは、保証等は債務者の債権者に対する出捐と評価され、債務者が債権者により反対給付を得ているか否かにより、有償か無償かが決されることになる⁷⁵。債務者との関係では、他人の債務への参加は参加者の費用であり、それは委任や事務管理によるもので、債務者に対する求償債権により補償される。このような債務者と参加者の関係は、債権者に対しては問題とならない。例えば、参加者が参加の義務があると思って参加したが、そのような義務がなかった場合、非債弁済が問題となるのは対債務者であるし、参加者が破産した場合、保証等自体ではなく債務者に対する無償の費用が否認される⁷⁶。

以上のような間接的出捐がないのは、参加者が債務者のための事務管理者であって、債務者がこれを承認しない場合である。このような場合、保証は債務者により設定されるのではなく、債務者のために保証人により設定される⁷⁷。保証人が債務者と契約関係や事務管理の関係に立たない場合、保証人の出捐の原因は債権者に対する出捐の中にだけ存しうるのであって、保証人が債権者に保証することを引き受ける約束は、保証そのものであり、方式が必要である⁷⁸。

【註】

- 1 Paul Oertmann, *Entgeltliche Geschäfte*, 1912, S.67.
- 2 OLG. München v.22. Juni 1910, Seuffert 65, Nr. 209, S.392, 393. この判決は、BGB518 条 1 項 2 文（債務約束や債務承認が贈与によって為された場合にはその約束や承認の意思表示について方式を必要とする）が、贈与者と受贈者の間の方式のみを扱っており、第三者に利益を出捐するために人が他人に与える債務約束を扱っているわけでないことに言及している。
- 3 来栖三郎「第三者のためにする契約」民商法雑誌 39 卷 4・5・6 号（1959

- 年）514、515 頁。
- 4 椿寿夫「《多角》関係ないし《三角》関係について——取引法での一視点」
椿寿夫・中舎寛樹編『多角的法律関係の研究』（2012 年、日本評論社）
11、12 頁。
 - 5 債権法改正に関する議論においても、寄付が売買という形式をとってな
される現象が挙げられて書面要件が論じられるが（法制審議会民法（債
権関係）部会第 16 回会議（平成二二年一〇月一九日）議事録六頁（<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900044.html>））、これは贈与と売買に関
する規制の差異によるものである。
 - 6 これはイエーリングの挙げる例を参照したものであり、ある女性の匿名
の崇拜者が、売主に金員を与え、その代わりに、その女性にショール
を廉価で譲渡することを依頼した、というものである（Rudolph von
Jhering, *Zivilrechtsfälle ohne Entscheidungen*, 11. Aufl., 1932, Nr. 47）。
 - 7 Oertmann, a.a.O. (Fn.1) , S.67ff.
 - 8 Andreas von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichenrechts*, Bd.2,
Zweite Hälfte, 1918（変更を加えない復刻版として 1957 年出版）, S.49.
 - 9 Werner Flume, *Allegemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd.2, *Das
Rechtsgeschäft*, 1965, S.135.
 - 10 Francesca Mazza, *Kausale Schuldverträge : Rechtsgrund und Kondizierbarkeit*,
2002, S.65,66.
 - 11 Karl Larenz=Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Achte,
neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1997, S.460.
 - 12 Flume, a.a.O. (Fn.9) , S.135.
 - 13 Carl Crome, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd.1, 1900, S.327;
Heinrich Dernburg, *Pandekten*, Bd.2, 1896, S.223; Johannes Biermann,
Bürgerliches Recht, Bd.1, *Allgemeine Lehren und Personenrecht*, 1908,
S.158,159.
 - 14 例えば、エンネクセルスは法律行為の一種として、「ある者が他の
者に財産を利得させる行為を出捐という」とするが、非法律行為的
な行為も出捐であり得るとする（Ludwig Enneccerus, *Allgemeiner Teil*

- des bürgerlichen Rechts (Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd.1) , Zweiter Halbband, 1995, S.620)。
- 15 Schöniger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts, 1906, S.217.
- 16 但し、所有権取得や債務の免責などの利益を相手方に与える意図がない場合は、時効中断をしない不作為は出捐ではない (Tuhr, a.a.O. (Fn.6), S.52)。
- 17 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.49.
- 18 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.49; Schöniger, a.a.O. (Fn.13) , S.16.
- 19 Paul Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse (Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen) , 1906, S.443. 但し、「贈与制度の正しい理解にとって、出捐と贈与行為 (Schenkungsaktes) の厳格な分離がまず重要である、人がそれを混合させることによるのみ、人が贈与の契約の性格 (Vertragscharakters) を否定するようになる」としており (S.441)、出捐と贈与を区別する。しかし、これは当然出捐が契約以外でもあり得ることを前提としているであろう。出捐は有効だが贈与は成立しない場合は不当利得の問題である。他人の債務の支払を要式の贈与と解さない点が強調されている。
- 20 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.67.
- 21 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.97. causa が欠ける場合は出捐自体が無効となるか、そうでないときには不当利得返還請求権 (condictio) が生じるかである。出捐が有因である場合は、原因の合意が出捐契約の構成部分であるから、出捐は有効に生じない。そこで、ツールによれば、有因の債務負担も出捐であるが、この場合には不当利得返還請求は問題とならない (Tuhr, a.a.O. (Fn.15) , S.62)。周知の通り、ドイツ法では causa の欠如が不当利得訴訟の基礎となるのみで、契約の成立について causa は要求されない。
- 22 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.62.
- 23 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.63.BGB では causa という概念について統一的な意味を有しておらず、§ 812 ではある給付の「法律上の理由 (rechtlichen Grund)」が言われ、そのほか「法律行為の内容に従えば給付の目的とした結果」(柚木馨＝上村明廣『濁逸民法〔Ⅱ〕』783、784 頁の訳を参照した)

と言われる。

- 24 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.67ff.
- 25 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.73 N.65.
- 26 典型例としては、消費貸借がある（Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.70）。
- 27 *causa condicionis implendae* と *causa credenda* の差異は、前者が条件履行の目的を表現するところにある。各事例では、この目的と並んで、給付の弁済原因、贈与原因、債権の設定の目的が同じく常に区別されうるといふ（Erich Jung, *Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des “rechtlichen Grundes”* , 1902, S.95）。
- 28 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.72.
- 29 これは、後述するエルトマンの有償論における条件的結合であるという（Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.73 N.61）。
- 30 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.73.
- 31 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.94.
- 32 Heinrich Dernburg, *Pandekten*, Bd. 3 : *Familien-und erbrecht* , 6. Aufl. / unter Mitwirkung von Johannes Biermann, 1901, S.188
- 33 Konrad Hellwig, *Die Verträge auf Leistung an Dritte : nach Deutschem Reichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuchs*, 1899, S.53 N.102. 「*condicionis implendae causa* で何かを受け取る者は、遺贈の負担を負わされうるといふ、普通法上一般的に示された命題は、いずれにせよ BGB の知らないものである」。
- 34 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.73 N.65.
- 35 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.56.
- 36 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.57.
- 37 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.57 N.55.
- 38 シュタンベは、「様々な要因が、あらゆる債務を個別に処理する、現金払いという行為のほかに、金銭債務の弁済の異なる形態を設定することを要請している。現金払いは、どこでも労力と時間損失、費用と危険という耐えがたさを必然的に伴う」ことから、弁済行為によって多数の同じ額の債務を全部同時に弁済する同時弁済が大きな意味を持ってい

るとする。(Ernst Stampe, Aus einem Freirechtslehrbuch, AcP 107 (1911), S.283, 284.)。

39 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.57, 58.

40 「間接的な出捐は、B のためにする X との契約によるのであれ、彼 (A) が X に給付をなし、彼 (X) を B に対する反対給付を約束するよう誘引することによるのであれ、A が B にまず X に対する債権を調達するという方法で生じうる。B に対する A の出捐は、まず第一に、B が X に対して取得する債権の中に存する」(Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.58, 59)。この方法による場合には、いわゆる 1500 マルク契約というのがしばしば見られたようで、多くの文献が取り上げている。これは、トゥールによれば、第三者のためにする契約が存し、それによって役務債務を負う者が彼の稼ぎの一部を親類に出捐するものであり、この出捐は彼の債権者により取り消されうる (Andreas von Tuhr, Allgemeiner teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.2, 1 Hefte, 1914 (復刻版として 1997 年出版) , S.566 N.66a)。そこで、トゥールはこれ無償の出捐と見ていたと思われるが、雇用者が賃金の過剰分を支払う約束をした人間に対する、労働者の間接的な出捐を含むもの、としている (Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.58, N.66)。

41 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.59.

42 支払代理人とは、第三者に対する給付により免責されるために、債務者が債権者との合意で取り決めるものであり、債務者が合意に従って支払わなければならないところの銀行はこれにあたる。支払代理人は代理人ではなく、任意代理権とは構成要件及び法的効果において本質的に異なる。まず、代理権と異なり一方的な意思表示により与えられるのではなく、債権者と債務者の合意が必要である。また、受任者が金員を取り立てる場合は債権者の名で債権を処分することになるが、支払代理人は債権者の計算に基づいて受領するものの、それが債務の弁済であると示されることはない。支払代理人たる銀行は、払い込み者と口座所有者の間に存する、払い込みの原因とは無関係であり、債権者の債権について何の処分も認識できない。それにもかかわらず債務者が支払代理人に対する給付によって債権者の口座において免責される場合、それは債務者

のそのような行為が、契約によって、履行、即ち債権者やその代理人への支払いと同視されることに基づく。債務者が支払いとして払い込むのではなく、施しとして払い込んだとしても、契約で定めてあれば、履行と同様、免責を認めてよいのである。支払代理人は、法律や良俗に違反しない限り、自由な契約により設定され得る。（Andreas von Tuhr, Die unwiderrufliche Vollmacht, 1908, S.72）。

- 43 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.59.
- 44 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.59, 60. これには、第三者 X のためにする契約により、又は B から X に与えられた指図の受領により、A が B の指示（Veranlassung）に基づいて X に対して義務を引き受けた場合が考えられるが、ツールによれば、この場合、B に対する A の出捐はこの義務の履行をもって初めて完成する（BGB § 787 I は「債務に基づく指図の場合においては、被指図人は其の給付によりその額に応じて債務を免る」（柚木＝上村・前掲（注 22） 771 頁参照）としている）。
- 45 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.59, 60.
- 46 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.92.
- 47 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.92, 93.
- 48 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.93, 94.
- 49 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.94.
- 50 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.94 N.189.
- 51 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.94. そのような事例では、X の B に対する給付は、それが X の出捐でなく A の出捐を引き起こすから、X の遺産相続の際に清算の義務はない（N.190）。
- 52 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.95.
- 53 類似の事例を扱う地方裁判所の裁判例として、ツールは次のようなものを挙げる。A が、X から土地を買い、X がそれを A にアウフラッシングする前に、X がこの土地を A の計算で転売することを、X と約定するという事例である。X が B に対して土地を売る時、X のアウフラッシングはまず第一に B との売買契約の履行であるが、同時に A と X の間の売買契約の履行でもあるから、この売買契約は、彼が無方式で締

結している場合、このアウフラッシングにより有効になる (Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.95 N.195)。

54 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.95.

55 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.95 N.194.

56 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.95, 96.

57 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.96 N.197.

58 A の贈与については、AB 間の出捐が B の意思なく生じるから、BGB 516 条 2 項により贈与が成立するかの問題になる (Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.96)。

59 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.96.

60 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.96. 「しかし、ここで注意されるべきなのは、X と B の間では確かに贈与原因が約定されているが、贈与は成立しないことである」。

61 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.136. 有因の出捐の場合、有償性は出捐行為の内容から生じ、双務契約や条件付きの約束の場合等、債務約束が反対給付の指示を含む。これに対して、無因の出捐、特に処分では、有償性の問題は原因に遡る、という (Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.138)

62 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.150.

63 ツーールは以下のように述べる。弁済原因により為された出捐は原則として有償と見られるが、それは、債務者が財産的利益、即ち、債務からの解放を取得するからである。すると、贈与約束の履行も有償ということになるはずである (Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.144,145)。しかし、例えば不当利得返還義務を負う受領者からの無償の出捐受領者は返還義務を負うとする BGB822 条が、理由のない取得が贈与で出捐された場合と、まず贈与が約束されそれからその約束の履行として給付された場合とで、差異を設けていないことから、ツーールは反対である。そこで、「ある義務の引受は処分への前段階であり有償性の問題に関しては全過程がひとまとまりとして解されなければならないという考慮に基づいて」、解決されなければならないとする。即ち、債権者は債権の成立によりすでに出捐されたのと同じ財産的価値を履行によって受け取るの

であるから、債務約束の履行としてなされる処分の有償性は、義務が対価に対して引受けられているかに依存すると考えるのである。従って、法律行為によって設定された義務の履行の場合には、給付の第一の基礎になっている弁済原因は有償性の基準にならず、履行行為の背後にあるさらなる法的根拠、義務行為（*Verpflichtungsgeschäft*）の原因にまで遡らなければならない（S.146-148）。

64 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.150,151.

65 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.139.

66 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.71 N.53. 事務管理者が、本人に業務執行の義務を負っていると誤って信じていた時は、事務管理は排除される（Ludwig Enneccerus, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 1922, S.483 N.7）。

67 ツールは、出捐の原因とされるのは、通常、第一の、直接的な、出捐の目的であるが、このような目的の背後に出捐者のさらなる意図があり、それは動機の領域に属するとしている。動機は通常は問題とされないが、出捐の背後にある動機が法的性格を有し、直近の原因以外の二次的な原因を認めなければならない場合もあるとし、そのような場合には、特に、担保のために生じる出捐の場合が含まれるという（Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.79）。そこで、この種の出捐の際には、二つの原因が見出されるのだが、例えば、保証人の約束の場合、原因は、まず第一に、被担保債権の中にあり、同時に、保証人に保証の引受を決せしめた理由の中にもある。この後者の原因は、債権者又は債務者と、保証人との関係の中に存しうるのであり、いずれの場合にも、弁済原因、債権取得原因、贈与原因として現れるという（Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.80）。以下は、この後者の原因について述べたものと思われる。

68 債権者が、債務者が履行しない場合に担保による免責を得られうるという意味で、担保はしばしば履行の前段階である。この機能的な類似点にもかかわらず、担保の給付は多くの場合履行と異なる扱いを受ける。例えば、BGB817条（不法原因給付）によれば、給付者の非良俗性により履行は返還請求されないが、給付者により設定された担保は返還請求されうる（Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.175）。

- 69 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.174, 175.
- 70 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) ,S.175 N.13. 普通法上の、他人の債務への参加 (Interzession) の概念は、重疊的参加のほかに *privative Intercession* と *surrogativor Intercession* を包含する。*private Intercession* とは業務執行者が本人を債務から解放するという事例だけをいい、BGB では法律行為によるものである。*surrogativor Intercession* とは、業務執行者が本人から債務を引受けるか又は業務執行者が契約から得られるものを本人に何らかの形式で受け取らせるために債務を引受ける場合である。いずれも本人により債務が、ある時には引受けられ、ある時には免除される点で共通するが、トゥールはこれらを区別する。*private Intercession* の場合には業務執行者により意図された結果がその債務負担で直ちに達成されるが、*surrogativor Intercession* ではそのようには一般的には言えない。むしろ、それは業務執行者がその債務に相当する共同契約者 (債権者等) の反対給付をどのような方法で取得するかにかかっている。たいてい、債権者との契約により業務執行が企てられる場合、その完成には業務執行者が自己の財産から取得されたものを本人の財産に移転する行為がさらに必要である (Tuhr, *Actio de in rem Verso: zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung*, 1895, S. S.64,65)。
- 71 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.176. 日本語訳は山田晟『ドイツ法律用語辞典改訂増補版』(1993 年、大学書林) による。
- 72 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.180.
- 73 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.177. トゥールは、保証の場合、付従性、随伴性があるから有因の出捐であるとするが、出捐に二次的な原因として保証人に保証を引受けさせる理由があるとし、通常これは債権者と債務者の関係で探求されうるのであって、債務者が間接的に第三者に保証や質入をさせることが考えられるとする。この場合、担保は弁済原因 (法律上の義務がある場合等)、取得原因 (債権者の利息の引き下げ等の給付に対する反対給付として為される場合) により為されうるほか、担保の供与は履行の前段階であるものの、債権を消滅させるものではないから、無償の出捐であり得る。これに対して、債権者への顧慮によって

Interzession が為されることもあり、そのとき原因は保証人等と債権者の関係に見出されるべきであるという（Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.177 – 179）。

74 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.180.

75 ツールによれば、債権者が約定に反して債務者に対する反対給付を為さない場合、債務者は解除して保証からの解放を求め、その請求権を債務者が保証人に譲渡し得るのであり、譲渡された請求権に基づいて保証債権に対する抗弁が生じる（Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.181）。

76 Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.181. 参加者が参加に伴う危険について債務者に対して反対給付を請求する場合、委任に代わって、事務の処理を目的とする請負契約が認められるとして、BGB 旧 675 条を参照する。旧 675 条は、有償契約で、しかも雇用、請負契約に関する規定であるが、これらが事務の処理を目的とする限度で、大部分委任法に服せしめるという規定である（柚木＝上村・前掲（注 22）622 頁）。この際、債務者のために保証を引受けるという保証人の約束は保証の方式に服しない（Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.181 N.44）。しかし、参加者の一方的な意思表示や債務者との契約によって求償が排除される場合には、参加には無償の費用が存し（Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.181）、求償なしで参加するという債務者に対する約束は無償の給付の約束であって贈与約束であるから、贈与の方式が必要であるという（Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.181 N.45）。

77 Tuhr, a.a. O. (Fn.6) , S.182. 債務者が追認すると、参加者の出捐の法律上の理由は、債務者と参加者との関係の中に存するが、債務者と債権者との関係の中にも存在し、債権者が担保を顧慮して債務者に利益を与える場合、例えば、減額するとか解約しないという場合には、参加者により給付された担保は無償ではないという（Tuhr, a. a.O. (Fn.6) , S.182 N.47）。

78 Tuhr, a.a. O. (Fn.6) , S.182. ツールによれば、保証は原則として片務契約であるが、保証人に対する債権者の反対給付と結びつけられる場合もある（Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.182, 183）。これに対しては、保証契約は一方的に債務を負う契約であるとし、債権者の反対給付は保証契約を本質的に変更するものであるから、有償の約束は無方式でよいとの見解がある。反対給付が約束された場合には、当事者意思により、保証の責任に

関する規定は適用されないというのである。(Ludwig Enneccerus, *Recht der Schuldverhältnisse, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Bd.1 2 Abteilung § 411 I 4)。債権者の反対給付がなくて、債権者を顧慮して為される場合、参加は無償の出捐であるが、BGB516 条の意味での利得が生じないから贈与ではない (Tuhr, a.a.O. (Fn.6) , S.183)。

(こじま・なつこ 桐蔭横浜大学法学部准教授)