

共同海損根據法論 (三)

——ヘック教授の海上團體説の論證——

久 川 武 三

一

海上運送に於ては、船主及び荷主の間、即ち謂ゆる海上の利害關係人 (Seeinteressenten) 相互の間に或る法律關係を生じ、この法律關係の存するため、共同の利益を目的として犠牲が喚起せられる。而して、ヘックはこの法律關係を海上團體 (Seegemeinschaft) の權利義務なりとなし、之を他の類似の諸制度と比較検討して後、その謂ゆる海上團體は羅馬法に謂ゆる組合外の團體 (communio incidens) 即ち獨逸私法に於ける強制共同體 (Zwangsgemeinschaft) の體系に屬すべきことを論證してゐる (Heck, Das Recht der Grasse Haverel, SS. 553—591.) 本稿は之を可成的忠實に譯述して、共同海損の根據法としての海上團體説の本質を闡明し、私見としても本説がその根據法に關する諸學說中最も卓越せることを論證せんとするものである。

二

夙に往時の學者、例へばクインティン・ヴェスチエン (Quintin Weytsen)、バンケルシエーク (Bynkerhoek)、及びランゲンベック (Langenbeck)、殊にフーゴー・グロチウス (Hugo Grotius) 等は、共同海損の分擔を共同體 (communio) の原理に依り、即ち船舶及び積荷の利害關係人の間に航海に因りて成立する謂ゆる海上組合 (societas maris) を以て説明してゐる。而して、その組合に準ぜしむべき特性は、往時船舶及び積荷の利害關係人が船舶に便乘して航海し、必要に應じて船内會議を開き、一般の組合に於て常に行はるゝが如く共同の處置につき決議を爲したる時代に於て最も顯著に現はれてゐた。又、海法に於ける數多の規定の中には、素々航海が共同經營の下に行はれたることを想起せしむるに充分なるものがある。殊に、一七九四年普國々法 (Preussisches Allgemeines Landrecht, 1794) に於ては、明文を以て共同體説を是認し、その一七六條には次の如く規定してゐる。

船舶トソノ積荷トノ間ニハ、兩者ヲ同時ニ脅カス所ノ危険及ビ費用ヲ負擔スルタメノ共同體ノ成立ヲ認ム。

Zwischen einem Schiff und seiner Ladung besteht eine Gemeinschaft zur Ueberrahme der beide zugleich treffenden Gefahren und Kosten.

一八五八—九年獨逸舊商法の制定の際、漢堡の委員會に於ても、同様なる見解が表明せられてゐる (Protokolle, S. 2410, 2722, 2723)。尤も、その商法典に於ては、斯くの如き純理的の問題には全然觸れてゐないが、これは法典として寧ろ當を得たるものである。又、獨逸海商法制定後の文献及び判例に於ても、何れも共同海損分擔請求權の法的根據は、共同體の成立にありと見てゐるが如くである。唯、獨逸普通法時代の文献に於ては、先に述べ

たるが如く概して運送契約に關連せしめられてゐるが、尚イエーリング、エック、デルンブルグ等は共同體説を承認し、ゴールドシュニットに於て最も徹底してゐる (Goldschmidt, *Lex Rhodia und Aggermanament*, S. 91 ff.)。

佛國に於ても、近時共同體説に傾く者が簇出してゐる。リベール教授の利益團體説 (Theorie de l'union d'interets entre l'armateur et les chargeurs. Ripert, *Droit maritime*, III, P. 150)、ボネカース氏の強制相互保險説 (Theorie de l'assurance mutuelle obligatoire. Bonnacase, *Le particularisme de droit commercial maritime*, P. 114, note 1.) はその尤なるものである。我國に於ても、松本博士及び西島博士等共に共同體説を是認せられてゐる

(松本博士著海商法一七二頁、西島博士著海商法要論三四五頁、一四六頁。又、田中博士及び石津教授は、從來の學者が共同海損の基本觀念として説く所は曖昧であるとなし、之を二分して共同海損制度の本質又は立法理由としては共同體説を是認し、且つその成法上に於ける法的性質は海商法上の特別なる法律要件であるに過ぎないと論ぜられてゐるが(田中博士著海商法提要三七八頁以下、石津教授著共同海損本質論三七五頁、三八五頁)、斯くの如き思考は卑見に依ればヘックの海上團體説に餘程接近せるもの如くである。唯、その成法上に於て根據法を否認せられたる所は稍過ぎたるの嫌がある。而して、この點はヘックの所説と觀念的に大いに相違する所である。

ヘックは、先にも一言したるが如く、海上團體を以て法的概念としての謂ゆる組合外の團體に屬すべき一の場合と見、之を共同海損の根據法として認識せんとするものなるが、右の兩氏は我國に於て斯くの如き法的の共同體概念を否認せられるのであらう。否、獨逸に於ても論者の中には共同體の存在を認めないものがある。茲に於

て、共同體の論證が先づ以て必要となる。

三

數人の者が同一の財産を共同して利用すること、殊に兄弟達が親譲りの事業を共同して經營するの事實は、何れの地何れの時代に於ても見受けられる。羅馬の法律生活に於ては、この事實に對して組合 (*societas*) といふ法律制度を認め、而も先づその共同經營の解消又は共有財産の分割に對して、裁判官の協力を求むるに至つて眞に重要視せらるゝものとなつた。後にはこの組合状態から生ずる極めて多くの請求權に對して訴權を認むるに至り、之を分割訴權 (*Teilungsklage*) と稱した。この訴權の中には共同相續者間の關係に關するものあり、或は共有者間の關係に關するものあり、或は隣地との疆界の不明確 (*Grenzverwirrung*) なるに依りて相隣者間に生ずる關係も、共有者間の關係に準じて取扱はれてゐる。

かくて、分割訴權は羅馬法に於て漸次廣く適用せらるゝに至つたのであるが、必ずしも共同權利 (*Mitberechtigung*) の法律の意味を餘す所なく蔽ひ得るものではなかつた。即ち、古典法學に於ては共同經營の解消又は共有財産の分割の場合のみならず、物の使用及び果實の收得を改善するに要したる費用の償還請求權、又は共同權利者の義務違反を理由とする賠償請求權の如きものに於ては、共同體關係を以て分割訴權を認め、或はその共同體の解消を前提とせずして之を承認してゐる。又、共有物分割訴權 (*actio communis dividundo*) も元來は共同所有

の場合に認められたるものなるが、尙その他の物権の場合にも及ぼされてゐる。然し、この種の内容を有する請求権が共同権利の場合にあらずして、従つて分割が始めから全然豫想せられざる場合のものにも承認せらるべきかの問題に就ては、今日残存せる羅馬法の断片の中には纔かに之に觸れたるものあるに過ぎない（L. 19 & 20. com. div. 10, 3; Heck, S. 543.）。即ち、費用請求権（Verwendungsrechte）に關しては、前稿に於て述べたる廣義の事務管理の概念がその手懸りを提供してゐる。殊に、共同海損に關するロード投荷法に於ては、夙に羅馬人は共同権利者間の關係に類似したる關係に之を認めたるものと想像せらるべく、それは羅馬の法源に於ける用語から實證せられる（Heck & 57 ann. 66 ff.）。即ち、その中に於けるコンソルチウム（consortium）なる語は、元は主として親の死後も尙不可分的に共同生活を繼續せる兄弟姉妹の關係を意味したるものである。

獨逸普通法に於ては、通説は羅馬の法律學の見地以上には出なかつた。

ウインドシャイドは、共同體なる法律制度を次の如く言つてゐる（Windscheid, II & 449 Ann. 1）

多クノ人々ニ一ノ物權ガ共同的ニ屬スルノ事實ガアラバ、彼等ノ間ニハ一種ノ責任關係ガ生ズルニ至ル。

Die Thatsache, das mehreren Personen ein dingliches Recht gemeinschaftlich ist, erzeugt zwischen denselben ein Verpflichtungsverhältnis.)

ジントーニス（Sintenis, III & 122, S. 721 ff.）、デルンブルグ（Derenburg, Pandekten I & 195.）、その他の普通法の學者も皆共同権利に就て強調してはゐるが、具體的には次の三箇の分割訴權の場合にのみ一般的に承認せられて

ゐるに過ぎない。共同遺産相續人間の關係、隣地との疆界不明 (Grenzverwirrung) の場合、及び共同所有者の場合これであつて、尙その他に羅馬法の先例に倣ひ所有權以外の不可分的物權 (dingliche Rechte pro indiviso) に因る共同權利の場合も之に準ぜられてゐる。而して、共同占有の場合、一の物の上に獨立の物權の併存する場合、例へば物の所有者と役權者との間に於ける物權的關係、プリンクマンの謂ゆる可分的共同體 (communio pro diviso, L. 5 § 16 D. 27. 9.) の場合、連帶債務者間若くは連帶債權者間の關係、その他の債權債務者間の關係、共同後見人と保佐人間の關係、破産債權者間の關係、並に事實關係の不確定 (Ungleichheit des Sachverhalts) なるがため、又は同種の權利の衝突 (Kollision gleicher Rechte) のため隣地との疆界不明 (Grenzverwirrung) に類似したる状態を生ぜしめるが如き場合にも、之を準用することに就ては一般的に是認せられてゐない。尙、ロード投荷法の場合に於ける共同體に就ては、先に掲げたるが如く多くの學者に依りて承認せられてゐる。而して、これ等の共同體の各種の場合、債務の發生原因に依つて之を債權法の各論の部で取扱はれ、又は物權の効果として之を物權篇で取扱はれてゐる。唯、共同相續人間の關係は、例外なく相續法の部で論ぜられてゐる。

右に掲げたる關係の全部若くは少くともその大部分に對して一元的なる事實 (einheitlicher Tatbestand) の存在することを指摘したる者は、イエーリングその人であり、彼は費用請求權に關連せしめて之を論證してゐる。而して、特に彼は通説に反して、請求權の根據は權利の共同體 (Gemeinschaft des Rechts) にあらずして、全然別個の要素としての必然的なる利益の共同體 (notwendige Gemeinschaft der Interessen) にあることを述べ、尤もその

利益共同体は謂ゆる共同権利の場合に生ずるも、尙これに依存せずして發生すべきことを強調してゐる。これに就ては、後に詳しく論評すべきも、エック及びウィンドレイドはこの利益共同体なる用語を非難してゐる。然し、兩氏とも共同体につき深く考究する所なし。

翻て、共同体に對する近代法の取扱に就て一瞥したい。獨逸固有のゲルマン法を起源とする制度の中には、共同体の概念構成に貢獻したるものがある。彼の謂ゆる合有關係 (in der gesamten Hand) 及び綜合人 (Genossenschaft) の場合に於て、共同權利につき與へられたる特異なる形態これである (由島博士著物權法一七九頁一八三頁参照)。又、同國に於て其の後に發達したる新制度も同様に之を示唆してゐる。殊に、堤防團體 (Deichverbände) 各種の強制協同組合 (Zwangskooperation)、及び強制綜合人 (Zwangsgenossenschaft) 等は謂ゆる組合外の團體 (Communio incidens) に屬するもの解せらるゝを普通とし、更に海上團體 (Seegemeinschaft) と同種類のものであると見る者もある。而して、商法上海上團體の構成を承認することは、應てエーレンベルクをして船長の處分權をもこの海上團體に由來せしむることになり (Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners, § 11, S. 71 ff.)、又ゴールドシュミットは物權的共同體としての法的コムニオ (Communio im Rechtssinne) の外に、この物權の共同即ちコムニオなくして成立する法的危險團體 (ohne omnium bestehenden Gefahrgemeinschaft) を對立せしめ、或は多數決團體 (Mehrheitsverband) なる法的團體を認識して海上團體の本質を闡明せしむるに至つた (Goldschmidt, lex Rhodia, Zeitschrift 35, S. 43 ff., S. 60, S. 364 ff.)。

現行法に於ては、共同體の概念は一致を缺いてゐる。獨國の法典に於ては甚だ廣く之を解して居り、民法の債務篇には組合 (Gesellschaft) に次で共同體 (Gemeinschaft) なる獨立の一節さへ設けてゐるが、然し明文を以て之を定義したるものなし (Eneccerus, Bürgerlichen Rechts, 1 Bd. 2 Abt. S. 527)。佛國の法典及び伊國の法典に於ては何等規定する所なく、我國の法典亦然りである。

四

共同體に於て債務關係の發生すべき根據に關する問題は、普通分割訴權を對照としてのみ取扱はれてゐる。而して、

共同體は争の基である

communio est mater rixarum.

といふ古諺を顧みて簡單に片付けられてゐるが、イェーリング及びスタインレヒナーは、之に對して極めて詳細なる且つ徹底したる回答を與へてゐる。

先づ、スタインレヒナーの所説より論述すべし (Steinlechner, Das Wesen der *juris communio und juris quasi communio*, 1. Abt. 1876, 2. Abt. 1878)。

スタインレヒナーは、共同體が債務關係發生の獨立の要因であるとす通説に反して、彼は共同體の債務は次

の理由に依るものなりとなす (Steinlechner, § 31, II, S. 143.)。

何人カ、一ノ物(或ハソノ他廣義ニ於ケル財)ヲ自己ノモノトナシ、而モ不法ニ於テ、即チ法律上ノ原因ナクシテ之ヲ他人ノ財産ヨリ齎シタル場合ニハ、法律ハ占有者ニ對シ返還ノ責任ヲ課ス。斯カル占有ハ、法律ニ依リテ義務ノ生ズルニ至ル事實デアル。即チ、財ハ責任ノ根據デアル。

Der Umstand, dass Jemand eine Sache (oder ein anderes Wertobjekt, "res" im weiteren Sinne) in seinem Vermögen hat, und zwar in ungeschützter Weise, — sofern sie aus einem vom Gesetz nicht anerkannten Grunde aus dem Vermögen eines Anderen gekommen ist —, begründet zufolge des Gesetzes-....., für den Habenden die Verpflichtung zur Restitution (im weiterem Sinne). Dieses habere also ist die Thatsache, an welche das Gesetz die Obligation knüpft, die res ist die Grundlage der Verpflichtung.

この財 ("res") の返還が則ち分割訴權 (Teilungsklage)、並に費用償還訴權 (Verwendungsklage) の内容をなすものである。従つて、共有物分割訴權 (actio communi dividundo) は、不當利得返還訴權 (Kondiktion) に屬すべきものなりと見てゐる。先づ、分割訴權に對する彼の法理觀より詳述すべし。

(一) 分割訴權の法理に關するスタインレヒナーの見解

彼は、各共有者は夫々完全なる所有者にして、纔かに他の共有者との競合に依り制限を受くるものなりとの根本觀念より出で、分割訴權の法理を次の如く演繹してゐる (Steinlechner, § 31, II, S. 143, S. 149.)。各共有者は夫

他人の物を自己の物にしてゐる ("im Vermögen haben")。即ち、謂ゆる財の占有 (Haben der res) がある。素より、その占有は必ずしも不法 (sine causa) にはあらざるも、自己の財と他人の財との融合 ("Verwachsenein") 又は結合 ("Connexitat")、従つて生ずる財の束縛こそ不法である。斯かる束縛は所有權の本質に背馳する。而して、分割訴權は、この不法の束縛より解放せしめるものである。

(二) 費用償還訴權に關するスタインレヒナーの見解

彼は、前稿事務管理説の検討に於て掲げたる羅馬法の共有物分割訴權に關するパウルスの法源 (L. 19. § 2 D. comm. div. 10, 3) を引用して、物權的共同權利 (dingliche Mitberechtigung) の本質より費用償還訴權の根據が不當利得にあることを證明せんとしてゐる (Steinlechner, § 31, II, S. 151)。即ち、共同の原則 (Prinzip der Gemeinschaftlichkeit) に依るべき物權的共同權利に於ては總てのものは共同的であらねばならぬ (omnia communicari debere) から、共有者が共同の物に關して費用を支出しその結果總ての共有者の財産に利益を與へたる場合には、仲間の者はその各自の負擔すべき費用の割當額を限度として不當の利益を受けたるものであり、従つて其處には比例的償還を請求し得べき理由が生じてゐるとなすのである (Steinlechner, § 29 I S. 104)。尙、スタインレヒナーは之と同様の理由を以て、收得したる利益の分割に關する請求權、被りたる損害の填補請求權、並に使用の許容に關する請求權をも説明してゐる (Steinlechner, § 31 II S. 151)。

スタインレヒナーが、共同體の債務を不當利得に歸せんとする右の如き見解に對し、ヘックは之を次の如く反

駁してゐる (Heck, S. 559.)

(一) スタインレヒナーの分割訴権の法理觀に對する反駁

スタインレヒナーは、自己の物にする ("im Vermögen haben") てふ文言が有し又は有し得べき二様の意味を同時に併用して、分割訴権に對する獨斷論を支持してゐる。この文言に附せらるゝ普通の意味は、一の物が吾人の財産的利益に役立つ所があり、この事實關係あるがため、吾人の財産は斯かる關係なき場合よりも高く評價し得らるべき状態にあるを云ふ。而して、この意味に於ては、自己の物にするてふ文言は謂ゆる利得してゐる (locupletiorum esse) てふ意味に解することを得て、スタインレヒナーの見るが如く不當利得訴権の根據が與へられることになる。然し、この場合には、彼の論證せんとする分割訴権とは何等の牽連なきものである。

他方に於て、この同一の文言は尙他の意味にも解し得る。他人の利益に資すべき物に對し干渉し得るの關係があり、但しこの關係は同時に吾人の財産的利益を増すものにあらずして、從つて吾人の財産を評價するに當つては無關係なるものである。而して、この意味に於てはスタインレヒナーが解するが如く、共有者は他の仲間の財産價值を自己のものにしてゐると言ふことが出来る。何となれば、共有者は、共同體關係に依り他の仲間を束縛して、彼が單獨でその財産價值を實現せんことを欲するも之を妨げるからである。即ち、彼の論證せんとする分割訴権の根據が與へられる場合である。然し、この場合には各仲間はそれぞれの各自の財産の評価に際して、他人の財産價值の部分までも計算に容るゝことを得ない。果して然らば、利得してゐるとか、或は利得せられてゐる

(*locuplethorum esse odar fieri*) と云ふ事實は存在しない。即ち、分割訴權は不當利得訴權 (*conductio sine causa*) の根底を缺如してゐる。

II. スタインレヒナーの費用償還訴權の法理觀に對する反駁

スタインレヒナーは、費用償還訴權及びその他の訴權を共有物分割訴權より演繹して、且つ之を不當利得視してゐるのであるが、これは恐らく次の如き論據に依るものである。即ち、費用償還訴權の生ずる所以は、共同の原則より當然のこととなし、而もこの原則に従つて之に附従すべき状態と事實上の状態とを對比して、右の結論を得てゐるのである。然し、斯くの如き説明を以てすれば、一般に請求權にして遂に不當利得の事實に歸し得られざるものなし。果して然らば、先に共同海損不當利得説の檢討に際して論難したる不當利得觀は、恰もスタインレヒナーに依つて肯定せられたるが如きものとなる。(註)

彼の所説に對して斯くの如き觀察をなすは、彼が更に次の如き所見を抱懐せる所から見ても正當に裏書せらるべきものである。即ち、彼に依れば、共有物分割訴權が共有者相互間の關係に於ては、單獨所有の場合に於て所有者と第三者との間に生ずべき各種の訴權を代表し、之に準ぜられたるものなりと見てゐる (Stein echner, § 32, S. 152 ff.)。然し、斯くの如き準用は、兩者の間に於ける内容の同一性を前提とする。従つて、共有者間に生ずる分割訴權が第三者との間に生ずべき不當利得訴權に準ぜらるゝためには、兩訴權がその構造を等しうすることゝを要するのであるが、彼は先に論難したる不當利得觀と同様の見方を以て、之を肯定してゐるのである。

尙、費用償還請求權が不當利得訴權と相容れざることは、前者は費用支出の結果が有效なりしことを前提とせざるに不拘、後者は之を要求する所からも證せられる。

(註) 石津教授はその近著共同海損研究第一卷共同海損本質論(三四七頁脚註二九)に於て、この點に關する拙稿を論難せられてゐる處から見れば、恰もスタインレヒナーの不當利得觀を肯定せられたるが如き結果にはなるが、必ずしも然るを斷じ得ない。蓋し、教授はスタインレヒナーの所説を理解せられて、この點に關するヘックの不當利得排撃説を反駁せられたものでないから、兩者の争點に齟齬がある。唯、不當利得に謂ふところの利得概念の認識に差異あるのみである。

五

イヒーリングは、*Jahrbücher für die Dogmatik des heiligen römischen und deutschen Privatrechts*, X. Band. 2. Heft. に於て、*Die Reflexwirkung oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen* と云ふ論文を載せてゐる。而して、彼はこの論文に於て、不可分的利益共同體(untrennbare Interessengemeinschaft)に於ける費用償還訴權を特殊の法律制度として理解せんとしてゐる。彼に依れば、一の行爲は特定人に對してその目的々效果(Bestimmungsmässige Wirkung)を齎らすことの外に、殆んど常に第三者に對して反作用(Reflexwirkung, oder Rückwirkung)を伴ふものであり、この反作用には原則として法的效果の附與せられざるものなるが、それが利益共同體に於ては例外的に考慮せられる。反作用の能働者と受働者との關係に對し、法的效果が例外的に

附與せられる。その立法の根據は經濟的なるものであつて、共同觀念 (Gemeinsinn) を促進せしめんとするにある。若し費用償還訴權を認めざるに於ては、何人も共同の事務に對して費用を投ずるものななるべく、各人は相互に他人の行爲を期待するのみであらう。

右の如きイェーリングの觀察は、大體に於て肯綮に中れるものと評したい。されば、以下本稿に於ては、彼の提供したる根底の上に立つて、更にその完成に努力せんとするに過ぎないのである。尤も、個々の點に於ては必ずしもイェーリングの所説に従ひ得ざるものあり、特に次の三點に於て然りとする。

(一) 共同體關係に於ける費用償還訴權を以て、謂ゆる反作用の結果と見るは穩當でない。

(二) 利益共同體 (Interessengemeinschaft) なる用語よりも、利益結合體 (Interessenverbindung) なる用語を以て適切なるものとする。

(三) 費用償還訴權 (Verwendungsklage) は、常に必ずしも不可分的利益結合體 (untrennbare Interessenverbindung) の凡ゆる場合に認めらるゝものではなく、又反對に後者の法的作用 (rechtliche Tragweite) は必ずしも後者を以て完全に包擁し得るものでもない。而して、利益結合體は、必ずしも一般的に法的效果の備はれる事實 (ein allgemein mit Rechtswirkungen versahener Tatbestand) ではなく、單にその個々の場合に對して特に法的效果の許容せられたるに過ぎざるものであり、同様に強制共同體と雖も一元的に認められたる法律制度 (ein einheitliches Rechtsinstitut) ではなく、單に個別的に取扱はれてゐるに過ぎない。果して然らば、利益結合體

といひ或は強制共同體といふも、兩者何れも個々單獨に成立したる一群の事實 (eine Reihe selbständig gestalteter Tatbestände) 乃至は一群の法律制度の有する共通の要素 (gemeinsames moment) であり、その特質 (Typus) を表現したるに過ぎざるものである。

因に、ヘックの斯くの如き思想は、ゴールドシュミットのロード投荷法論に於ける思想傾向にも一致し (Goldschmidt, Zeitschrift 35, S. 53, 59) 彼の結論を誘導すべき基本觀念をなしてゐる。

右の三箇の難點の中、此處では特に第一の難點に就てのみ論證すべく、第二及び第三の難點に就ては以下の論述に於て漸次明瞭となるべし。

費用償還訴權を謂ゆる反作用と見ることに對しては、二箇の理由より之を排斥すべし。第一はゴールドシュミットが強調する如く、反作用なる概念の多義なることにある。第二は兩者の關係は決して直接的のものではなく、否寧ろ共同體關係に於ける反作用と費用償還請求權の條件とは相容れざるものである。先づ第一の理由より之を論證する。

(一) 反作用なる語は多くの意義を有する曖昧なるものである。

イエーリングは、反作用につき次の如く述べてゐる (Jhering a. a. O. S. 248)。

反作用トハ、法律ニ基キ又ハ行爲者若クハ權利者の意思ニ基キ、ソノ目的トスル固有ノ效果以外ニ、ソノ範圍ヲ越エテ第三者ニ現ハレル所ノ法律的乃至ハ經濟的事實デアル。

Die Rückwirkung, welche eine rechtliche oder ökonomische Tatsache über ihre eigentliche, durch das Gesetz, oder die Absicht des Handelnden oder Berechtigten gesetzte Wirkungssphäre hinaus über dritte Personen äussert bezeichne ich als Reflexwirkung.

又、同様に次の様にも言つてゐる (Jehring, a. a. O. S. 276.)

反作用ヲ定義スレバ、ソハ他人ノ行爲、状態、又ハ權利ニ因リ第三者ニ對シテ生ズル、但シソレ等ノ目的トセザリシ而モ避クルヲ得ザル結果デアアル。

Ich werde die Reflexwirkung als unabsichtliche und unabwendliche Folge fremder Handlung, Zustände, Rechte für dritte Personen definieren.

而して、彼は反作用の概念を形式的に規定すれば次の如きものなりと言つてゐる。(Jehring, a. a. O. S. 284.)

反作用トハ、或ル一人ノ者ニ生ジタル事實ガ特殊ノ關係ニ基キ、且ツ之ニ因リテノミ齎サレタル、第三者ニ對シテ經濟的ニ有利ナルカ又ハ不利ナル結果デアアル。

Die Reflexwirkung ist eine durch besondere Verhältnisse bedingte und ausschliesslich durch sie herbeigeführte ökonomisch vorteilhafte oder nachteilige Folge einer in der Person des Einen eingetretenen Tatsache für eine dritte Person.

イエローングの最初の定義からして、反作用に對立するものとして二種の作用が證せられる。法律に基き生ずる作用、並に行爲者若くは權利者の意思より生ずる作用これである。最後の定義からしても、亦反作用に對立す

るものは特殊の關係に基かざるものであつて、従つて法律の欲する所の作用と行爲者の目的とする所の作用の二つがこれである。果して然らば、その作用は唯一無二ではない。吾人が權利主體の立場、即ち大抵の場合に依つて言へば行爲者として考へる所の立場からする場合と、或は又立法者の立場から判斷する場合とに依り、その作用の意味は相違する。

行爲者の立場からする反作用は、行爲の動機をなさいりし效果であつて、ヘックは之を行爲の反作用 (Reflexwirkung der Tat) と稱してゐる (Heck, S. 562)。

法律に依つて規定せられたる效果の範圍 (Wirkungssphäre) につき、その概念は比較的明瞭でない。然し、その法律とは常に個々の法的規範 (Rechtsnorm) の意味に解すべし。然らざれば、數多の規範は當然數多の効果を發生せしむるから、概念の把握が殆んど不可能となる。而して、その唯一の規範から發生するものに於ても、その中の或るものには法的效果 (Rechtsfolge) が附與せられ、他のものには附與せられない。この場合に於て、後者即ち法的效果の伴はざるもの (wirkunglose Tatbestandsmomente) は、之をその規範の反作用と考へ得べし。然し、イエーリングは、反作用なる語を斯くの如き意味に於て用ゐてゐない。彼は、或る特定の法的規範が經濟的なる要素又は他の法的規範と結合して生ずる、但しその特定の規範の保護せんとしたる者の利益のためにはなく、他人の利益となつて作用するものを反作用と見てゐる。ヘックは先の行爲の反作用に對して、此の種のもを規範の反作用 (Reflexwirkung der Norm) と言ひてゐる。

此の二種の反作用は、恰も柵の両面の如く、一の行爲の効果として必ずしも同時に現はれるものではない。イーリングの掲げたる例に依れば、次の場合に於ては行爲の反作用のみがある。

(a) 階段の照明施設

アパート式高層建物内に居住する一家族が自己のために之を施設し、且つ自己の費用を以て之を維持するならば、その利益は同一建物内の他の居住者にも及ぶ。然し、この反作用は單なる事實としての性質 (factischer Art) しか有せざるものにして、法律的性質 (rechtlicher Art) のものにあらず (Jehring, a. a. O. S. 250.)。

(b) 堤防の築造

一の地主が河水の氾濫の危険を防止して自己の田地を保護せんため、堤防を築造したる場合には、その効果は隣地の所有者にも及ぶ。然し、この反作用も亦同様に單なる事實としての性質しか有せざるものである。(a. a. O. S. 250.)

(c) 取得時効の中断 (L. 5 D. de usurp. 41, 3.)

他人の物を占有する場合、之が虚権の所有者に依りて奪回せられ、取得時効が中断せらるゝならば、その効果は眞實の所有者にまで及ぶ。而して、この反作用は法律的性質のものである。(a. a. O. S. 263, Anm. 16.)

(d) 地役權不行使の中断 (L. 5 Quemed. serv. am. 8, 6.)

要役地の共有者、その善意の占有者、又はその用益權者が役權の不行使を中断したる場合には、その利益は要

役地の所有者にも及ぶ。而して、この反作用も亦法律的性質のものである。(a. a. O. S. 263, Anm. 11.)

(e) 鑿井、又は採光若くは眺望の妨害 (L. 25 D. de damn. inf. 39, 2.)

土地の所有者が地下深く鑿井して地下水を採り隣地の井水を涸濁せしむるも、或は建物を築造して隣家の採光又は眺望を害するも、これ單なる事實としての性質しか有せざも反作用にして、従つて羅馬法に依れば損害賠償を生ぜず (a. a. O. S. 266, Anm. 18.)°

その他、イエーリングの論文二百六十六頁註十九、及び二百七十一頁註二十一に掲げたる例も同様に行為の反作用のみに關するものである。然るに、次の場合に於ては規範の反作用のみがある。

(a) 出生、死亡、婚姻、並に相続

子の出生及び死亡はその子及び兩親の視族法上の關係を齎らすのみならず、その近親者のそれに影響する。婚姻は夫婦の法律關係を生ぜしめる以上に、羅馬法に従へば、妻の嫁資上の訴權 (Dotianspruch) には夫の財産に對する優先質權 (Privilegium) が認めらるゝため、從來夫の財産に對して債權を有したる者、殊にその質權者の利益にも影響する (船田博士著羅馬法二四四頁參照)。而して、相続の承認又は拒絕は、斯くの如き第二次的乃至は間接的利益に關係する所最も大なるものである。即ち、遺言に依つて相続人が指定せられたる場合、指定相続人が相続を承認するか拋棄するかは、彼に直接の利害關係を齎らすは勿論、その外に受遺者にも、補充相続人にも、及び法定相続人にも、更に指定相続人及び被相続人の債權者にも、間接の利害關係を及ぼすや言

を俟たな S (Jehring, a. a. O. S. 246.)

(b) 未成年者の地役権の不行使に關する特權

或る未成年者と予とは共同して土地を所有す。その土地には地役権が附屬してゐるが、之を權利不行使 (non-usus) の法定期間を通じて行使せざりしものとせよ。然らば、その地役権は消滅せるや如何。羅馬法に依れば、未成年者の故に消滅せず (L. 10 pr. Quenamdm. serv. am. 8. 6.)。即ち、未成年者の特權は、その法律的性質を有する反作用に依り、成年者たる予にもその利益を均霑せしむ (a. a. O. S. 250.)。

(c) 觀望地役權 (Aussichtsgerechtigkeit)

予は丙の所有地に觀望地役權を有す。而して、予がこの地役權を有效に保持する限り、予と同一の地點に土地を所有する乙は、予と同一の利益を享受する。尤も、乙の利益は單なる事實としての性質しか有せざる反作用に基くものであるから、彼は丙に對して何等の權利なきや言ふを俟たな S (a. a. O. S. 250.)。

(d) 引水地役權 (L. 2 D. de rivis 43, 21.)

乙は甲の土地に對し、其所に水道を設定せしむべき地役權を有す。而して、その水道の有蓋或は無蓋に就ては何等協定なく、從つて甲に於て任意であつたとする。甲は當初之を無蓋にて設定したるため、乙は此所に家禽を游泳せしむるの利益を待たりとせよ。この利益は反作用である。唯、問題は當初無蓋にて設定せられたる水道を、後に至つて有蓋となし得るやにある。ラベオ (Labeo) は之を否認したるも、パウルス (Paulus) は之を肯

定してゐる。惟ふに、前説は單純に事實としての性質しか有せざる反作用を權利として混同したる謬見にして、従つて後説以て正しきものとす (a. a. O. S. 252)。

(e) 保證人に對する不請求の合意 (pactum de non petendo) (L. 27 § 1, § 3 D de pactis 2, 14.)

一般に第三者の利益のためにする契約に於て、その第三者の受くる利益は、單なる事實としての反作用に過ぎなす (a. a. O. S. 252)。従つて、債權者と債務者との間に成立する、保證人に對する不請求の合意に於ても、保證人はこの利益を權利として主張し得ざる筈である (L. 23 D de pactis 2, 14)。換言すれば、この合意ありたるにも拘らず、債權者が之を無視して保證人に請求するならば、保證人はこの合意を援用して抗辯し得ざる理である。然し、債務者が豫め保證人に對し違約金等を以て不請求を保證したるが如き場合には、保證人の抗辯權を認むるを以て債務者の利益に適する。されば、羅馬法に於ても、この意味に於て保證人に對する反作用を法律的性質のものとして承認したるが如くである (a. a. O. S. 289 u. s. w)。

右の如き規範の反作用のみの例の中にて、(d)の引水地役權の場合に於ては、その反作用は第三者に對する効果ではない。家禽游泳の利益は地役權者に生じたる反作用であるから、イエーリングの意味に於ける反作用の場合にはなす (Heck, S. 562)。

斯くの如く、謂ゆる反作用の意味は多義である。斯かる曖昧なる用語を以て立論の根據となすことは、論旨を不徹底ならしめる。又、往々にして誤謬の結論に導く危険がある。イエーリングは、行爲者の反作用の認識に

關する錯誤は、法律行為の效力に影響なきことを述べてゐる (Jehring, a. a. O. S. 309)。然し、ヘックに依れば、これは錯誤が行為の反作用にのみ關する場合、又は規範の反作用とも牽連する場合に限るべきものである。イエーリングの二三の例證も、總てこの兩場合であるに過ぎない。即ち、錯誤が規範の反作用にのみ關する場合は必ずしも然りと云ふを得ない (Heck S. 563)。前掲の規範の反作用のみの例の中、例へば (e) の保證人に對する不請求の合意に於て、債務者が保證人の人に關して (in Persona Fidejussoris) 錯誤に陥り、或は保證人の存在せざるに拘らず存在せるものと信じて、債權者と右の合意 (Pactum in personam fidejussoris) を締結したるが如きとき如何。法律行為の緣由に關する錯誤に過ぎざるものとして、この合意の無効又は取消を認めざるは不穩當なるべし。イエーリングも、羅馬法の解釋として、斯くの如き場合に於ける取消を認めてゐる (Jehring, a. a. O. S. 260)。

以下に於ては、反作用を行為の反作用の意味に限定して、尙論難を續くべし。

イエーリングの反作用の理論が渾沌として難澁なることは、彼の如き天才が次の如き矛盾を爲せることから想像出来る。彼はその反作用論二百六十二頁に於て、單なる事實としての性質しか有せざる反作用と雖も、共同體の構成の場合には、費用償還請求權の生ずべきことを述べてゐる。然るに、同二百五十頁に於ては、反作用が單なる事實としての性質しか有せざる場合には法的意味なきものとなし、前述したる堤防築造の例を以て之を實證せんとしてゐる。即ち、先に共同海損事務管理設の檢討に際し論評したるが如く、治水のため堤防を築造し隣地

の所有者にも同様の利益を與ふる場合、獨逸に於ける二大羅馬法學者イエーリング及びウインドシャイドは、之を以て法的效果の伴はざる、或は少くとも自己に充分なる報償を得たる場合には費用償還請求權の生ずべからざる、他人の利益を擁護したる場合となしてゐる。然し、ヘックに依れば、之こそ眞に不當なる例證であり、且つ羅馬法の斯くの如き解釋が行はれたるがため、延いては近代法學の發達に如何に大なる障害をなしたるかを知るべきである。蓋し、近代に於ける獨逸の法制下に於ては、堤防條例に依り、事實上斯かる場合に費用償還請求權を許容し、唯豫め一定の手續を採らしめてゐる (Heck, S. 563)。

イエーリングは、單なる事實としての反作用の他の例として、前述の階段の照明施設を擧げてゐる。然るに、彼は別の稿に於ては、アパート式建物に居住する者が自己のために、共同の階段を修理するならば、費用償還請求權の許容を是認してゐる (Jehring, Jahrbücher B. 23 S. 155 ff.)。これ、自家撞着である。蓋し、自己のためにする階段の照明施設に依りて他人の受くる利益が、單純なる事實的反作用であるが故を以て費用の分擔を認めぬものならば、階段の修理に於ても亦同様ならざるべからず。更に、ダンス營業の深夜に於ける安眠の妨害も、同様に單純なる事實的反作用であらねばならぬ。而も、イエーリングは正當に之に對する法の干渉を提唱してゐる。

要するに、一般的に見て、共同體關係に於ては、謂ゆる事實的反作用が法律的反作用よりも一層重要視すべきことを知るべきである。

(二) 費用償還訴權は、必ずしも反作用に依存するものにあらず。

反作用を以て共同體の原理を説明せんとすれば、又新なる疑義を生ずる。

イエーリングの見る所に依れば、共同體に於ける利益の増進は、總て利己的動機から行はれるものであり、その有益なる反作用の結果として生ずる。従つて、之に費用償還訴權を認めるのは、共同體の構成の場合に限られたる例外 (exceptioneller Regressanspruch) であるとす (Jehring, a. a. O. S. 331)。然し、費用償還訴權は必ずしも反作用の存在を前提とするものではない。先に事務管理説の検討に際しても述べたるが如く、不可分的に結合したる利益 (untrennbar verbundene Interessen) の場合に於て、行爲者が自己のために處置するものなるか、或は他人のために處理するかは、普通之を區別するを得ない。故に、費用償還訴權の大抵の場合に於て、謂ゆる反作用が存在するや否やは不明である。

又、行爲者が何等かの事情からして他人の利益の存在を意識しなかつた場合、例へば共有物を自己單獨の所有物なりと信じて費用を投じたる場合には、明かに反作用が存在する。而も、少くとも羅馬法に従へば、費用償還訴權が否認せられる (L. 14 § 1 D. communi divid. 10, 3. L. 29 pr. eodem)。これに反して、費用の支出が何等の効果齎さなかつた場合には、明かに反作用は存在しない。而も、費用償還訴權は、羅馬法に於ても依然として認めせられる (Brinkman, Actio communi dividundo und Actio negotiorum gestorum S. 36)。

要するに、反作用は行爲者の意慾せざりし他人の利益の増進である。然し、行爲者に求償を許すの期待を持た

しむることに依つて、意識的にも他人の利益の擁護を爲さしめることが出来る。然らば、共同利益の増進は反作用に依つて他人の利益が擁護せらるゝ場合に於てはあらずして、寧ろ意識的にこれが擁護せらるゝ、従つて反作用の生ぜざる場合に於てある。故に、費用償還訴権は、反作用に許容せられたる法的效果として理解せらるべきものでない。(未完)