OM

KOMMISSIONÄRSAVTALET

I

AV

PHILLIPS HULT

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f4312

Sv. avd. Civilrätt. Ex. 2.

OM

KOMMISSIONÄRSAVTALET

I

AV

PHILLIPS HULT

HÖGSTA DOMSTOLEN
Biblioteket

STOCKHOLM 1936
KUNGL. BOKTRYCKERIET. P. A. NORSTEDT & SÖNER
353589

FÖRORD.

Kommissionsavtalet, vilket under långliga tider spelat en utomordentlig roll i handelns historia, har i nyare tid förlorat åtskilligt av sin forna betydelse. Särskilt gäller detta i fråga om den internationella handeln. Många faktorer hava bidragit härtill. Den väldiga utvecklingen av kommunikationerna, vilken möjliggjorts av den moderna tekniken, har kommit avstånden och därmed behovet av mellanhänder att i avsevärd mån försvinna. Bolagsväsendet och det därur framvuxna vittfamnande internationella trust- och kartellväsendet hava ytterligare minskat sagda behov. Och där det ändock alltjämt är för handen, hava nya juridiska former för den merkantila kommunikationen länderna emellan erbjudit sig, främst remboursavtalet och kreditkonsignationen.

Trots allt detta har emellertid kommissionsavtalet alltjämt ett icke ringa användningsområde, låt vara främst i inrikeshandeln. En god del av den egentliga varuomsättningen förmedlas fortfarande genom kommissionärer, och för en högst betydelsefull del av den övriga rättsliga samfärdseln, värdepappershandeln, är kommissionsavtalet den naturliga formen för utbytets förmedling. Även om kommissionsavtalets praktiska betydelse i rättslivet numera icke är, vad den en gång varit, är den sålunda av berörda skäl dock alltjämt tillräckligt stor, för att redan med hänsyn därtill en juridisk undersökning av de till detta avtal anknytande mera betydelsefulla rättsreglerna skall vara motiverad.

En sådan undersökning har varit syftet med de studier, vilkas resultat framlägges i detta arbete. Föremålet för dessa studier har emellertid varit begränsat till de genom kommissionärens avtal med tredje man (kommissionärsavtalet) uppkommande rättsförhållandena. En så begränsad undersökning har synts hava särskilt goda skäl för sig, i det den tager sikte på och är ägnad att skänka belysning åt ett flertal av obligationsrättens och sakrättens mest centrala spörsmål.

Å andra sidan kan man för visso också anföra skäl mot upptagandet av sagda ämne till rättsvetenskaplig behandling. Det utgör ett av rättsvetenskapens livligast ventilerade debattämnen. Och det har även, vad vårt land beträffar, för blott ett par decennier sedan blivit föremål för en ingående legislativ behandling, resulterande i en lag, som avser att lösa åtminstone de flesta hithörande praktiska frågorna. Av berörda vanskligheter har förf. vid sina här ifrågavarande studier ständigt haft en stark känsla och till följd därav även många gånger känt sig manad att låta den en gång valda uppgiften falla. Då denna likväl till sist fullföljts, så har det främst berott på att förf., i den mån studierna fortskridit, blivit allt mer övertygad om att den reglering av kommissionärsavtalets rättsverkningar den svenska kommissionslagen innehåller icke är alltigenom välgrundad och att de brister, som synas vidlåda den, bero på att lagstiftaren, i motsats till vad beträffande liknande utländska lagar är vanligt, givit i allt väsentligt gemensamma regler för de båda huvudtyperna av kommissionsförhållanden, civil kommission och handelskommission.

Till följd av nu berörda omständigheter framträder undersökningen i väsentliga delar som en ur den nyss antydda synpunkten företagen kritisk granskning av kommissionslagen. Detta gäller framför allt de tre första kapitlen, vari behandlas *dels* de genom kommissionärsavtalet uppkommande förpliktelserna gent emot tredje man, *dels* kommissionärens dispositionsmakt, *dels ock* frågan om innebörden av kommissionärens rättighetsförvärv. Med samma synpunkt, bland andra, för ögonen har förf. till sist även sökt besvara vissa spörsmål, vilka lagen icke upptagit till behandling, i första hand frågan om betydelsen av svek, ond tro och andra personliga omständigheter hos kommittenten, kommissionären eller tredje man samt till sist frågan om de skadeståndsanspråk gent emot tredje man, vilka vid dennes kontraktsbrott kunna grundas på kommissionärsavtalet.

Av skäl som nedan beröras måste arbetet tyvärr nu publiceras i ofullbordat skick, i det att det kapitel, vari den sist antydda frågan skall behandlas, ännu icke föreligger tryckfärdigt. Det är emellertid förf:s förhoppning att före hösten detta år kunna publicera också denna del av arbetet ävensom ett avslutande kapitel, innehållande en sammanfattning av undersökningens huvudresultat och de slutsatser, vilka därur må kunna dragas.

Arbetet, vilket har framgått ur förf:s föreläsningar vid Stockholms högskolas stats- och rättsvetenskapliga fakultet, framlägges som specimen för en professur i civilrätt och har till följd härav måst publiceras före viss dag. Den tid som stått förf. till buds för föreläsningarnas bearbetande i och för publicering har på grund härav tyvärr visat sig otillräcklig för en fullständig överarbetning. En följd härav har blivit, att vissa delar av framställningen tyngas av en vetenskaplig polemik, vilken måhända lämpligare bort hava sin plats i noterna. Särskilt gäller detta beträffande kap. 2. Det är emellertid förf:s förhoppning, att hans arbete även med de brister, vilka må vidlåda detsamma, skall bidraga till klargörandet av de frågor, vilka däri upptagits till diskussion.

Stockholm den 10 februari 1936.

Phillips Hult.

INNEHÅLLSÖVERSIKT.

Sid.

Inledning 1

De spörsmål, vilka skola tagas till behandling s. 1 — Den principiella synpunkten: är kommissionsinstitutet ett medelbart ställföreträdarskap? s. 2 — Huvudåsikter: allmän romanistisk doktrin s. 3 — SCHLOSSMANN s. 5 — MÜLLER-ERZBACH s. 8 — egen huvudsynpunkt s. 9.

Kap. I. Om de genom kommissionärsavtalet uppkommande obligatoriska förpliktelserna gent emot tredje man 13

Kommissionären principiellt ensam förpliktad s. 13 — annan åsikt (MÜLLER-ERZBACH): kommittenten direkt förpliktad mot tredje man s. 15 — fransk rätt s. 16 — engelsk rätt s. 17. — Frågan om tredje mans rätt till kommissionärens täckningsfordran mot kommittenten s. 27: — Kmsl § 56 st. 2; kritisk granskning av motiven för detta stadgande s. 28 — CHYDENIUS' åsikt s. 29 — preciserat ståndpunktstagande till och närmare utveckling av sagda åsikt s. 30 — LAMMS kritik av CHYDENIUS s. 36 — slutresultat: skillnad bör göras mellan civil kommission och handelskommission s. 37; — frågans ställning de lege lata s. 43; — detaljspörsmål: verkan av kommittentens frivilliga betalning till tredje man s. 45 — kan tredje man bevaka både i kommissionärens och kommittentens konkurs? s. 47 — kommittentens invändningsrätt s. 48. — Frågan om tredje mans rätt att vända sig mot kommittenten med yrkanden på grund av försäljningskommissionärs kontraktsbrott s. 48: — Kmsl § 56 st. 1: intet anspråk direkt mot kommittenten s. 48 — kritisk granskning av motsatta åsikter: MÜLLER-ERZBACH s. 49 — CHYDENIUS s. 51. — Frågan om tredje mans rätt till kommissionärens täckningsfordran s. 54.

Kap. II. Om kommissionärens dispositionsmakt 60

A. Förutsättningarna för tredje mans äganderättsförvärv, när kommissionärsavtal och kommissionsavtal överensstämma s. 60. — B. Motsvarande spörsmål, när kommissionären gått utöver sitt uppdrag eller handlat efter uppdragets upphörande s. 63: I. Är kommissionären fullmäktig? s. 63 — STANG s. 64 — WETTER s. 68 —

Sid.

SINDBALLE s. 72 — USSING s. 76 — slutsats: fullmäktigens behörighet att uppfatta som en av fullmaktsgivaren garanterad legitimation s. 77. — II. Frågan i vad mån vid kommissionärens rättshandlande finnes utrymme för dylik legitimation: a) Sakbesittningens egenskap av legitimationsmedel s. 79 — ståndpunktstagande till olika åsikter s. 80 — BENCKERT s. 81 — slutsats: skillnaden mellan civil kommission och handelskommission av betydelse s. 82 — närmare ang. förhållandet vid förvärv från verklig kommissionär s. 83 — från förment kommissionär s. 86. — b) Behörig förvärvstitel som legitimationsmedel s. 92: dansk-norsk doktrin s. 93 — frågans läge i svensk rätt s. 94 — särsk. ang. betydelsen av indossament å aktiebrev och liknande värdepapper s. 98 — slutsats: formellt giltigt förvärv utgör ej legitimationsmedel ens då det har formen av indossament å värdepapper s. 106 — särsk. ang. innebörden av proformaförklaring som legitimationsmedel s. 106. — III. Kmsl:s regler belysta genom resultaten av den företagna undersökningen s. 109.

Kap. III. Om innebörden av kommissionärens rättighetsförvärv 116

Översikt av spörsmålen s. 116.

I.

A. Frågan huruvida äganderätten till gods, som kommissionären inköper för kommittentens räkning, tillfaller kommissionären eller kommittenten: problemläget i utländsk rätt s. 117 — i svensk rätt s. 124. — I. Utgångspunkten för frågans besvarande enligt svensk rätt: det gäller en fråga om avtalsparternas (kommissionärens och tredje mans) typiska vederlagsförutsättningar s. 136 — slutsats: kommissionären förvärvar äganderätten, närmast, för sig själv s. 138. — Kritisk granskning av häremot stridande åsikter, nämligen: *att* kommissionären är fullmäktig (STANG) s. 138 — *att* avgörande för om kommittenten eller kommissionären förvärvar äganderätten är intressesynpunkten (IHERING, SCHLOSSMANN) s. 141 — *att* avgörande är kommissionärens inre vilja (BREMER) s. 144. — II. Frågan om förutsättningarna för äganderättens övergång från kommissionär till kommittent s. 158: avgörande är kommissionärens för kommittenten på bindande sätt tillkännagivna vilja s. 160 — regeln i Kmsl § 53 st. 2 belyst ur nyssnämnda principiella synpunkt s. 162: köp av viss utpekad sak s. 163 — inköp genom en i kommittentens tjänst anställd person s. 168 — inköp med förskotterade medel s. 169 — frågan om betydelsen av avvikelser från kommittentens order s. 170; — inköp i andra fall s. 174; — frågan om köpegodsets individualisering s. 174. — B. Betydelsen av den i det föregående utvecklade tolkningen av Kmsl § 53 st. 2 för: I. Frågan om kommissionärens ställning vid kommittentens avvisande av kommissionärsavtalet s. 180. — II. Frågan om kommissionärens stoppningsrätt s. 182. — III. Frågan om traditionsprincipens giltighet över huvud enl. svensk rätt s. 203.

Sid.

II.

Frågan vilkendera av parterna i kommissionsavtalet de genom kommissionärsavtalet grundlagda fordringsanspråken tillkomma s. 206. — A. Fordringsanspråken uppstå i kommissionärens person s. 206. — B. Förutsättningarna för kommittentens rättighetsförvärv: allmänna synpunkter s. 212. — I. Förhållandet till kommissionärens borgenärer; konkursfall: kommittentens separationsrätt s. 216 — särsk. ang. betalning som erlagts före konkursen och som hållits avskild s. 218 — som insatts å kommissionärens bankräkning s. 221; — kommittentens ställning då jämväl tredje man är i konkurs s. 225; — utmätningsfall s. 226. — II. Frågan om kommissionären har rätt att disponera över fordran mot tredje man genom förfoganden i förhållande till andra än gäldenären s. 227. — III. Kommissionärens säkerhetsrätt och indrivningsrätt s. 229: säkerhetsrätten s. 230; — indrivningsrätten s. 230; betydelsen av skillnaden mellan civil kommission och handelskommission s. 231 — slutsatser ang. frågan om fordringsrättens tillhörighet: betr. civil kommission s. 232, särsk. ang. betydelsen av kommissionärens säkerhetsrätt s. 237; — betr. handelskommission s. 243. — IV. Tredje mans rätt att bringa till kvittning motfordringar å kommissionären s. 245: frågan om betydelsen av skillnaden mellan civil kommission och handelskommission s. 245 — närmare ang. civil kommission s. 246 — ang. handelskommission s. 252. — C. Sammanfattande rättslig karakteristik av kommittentens resp. kommissionärens ställning s. 253.

Kap. IV. Om betydelsen av svek, ond tro och andra personliga omständigheter hos kommittenten, kommissionären eller tredje man 558

Översikt av spörsmålen s. 258. — A. Egentligt ställföreträdarskap. — B. Kommission: I. Ogiltighetsanledning m. m. betr. kommissionärens rättshandling s. 268. — II. Ogiltighetsanledning m. m. betr. kommittentens rättshandling s. 274. — III. Ogiltighetsanledning m. m. betr. tredje mans rättshandling s. 280: a) kommissionären i ond tro betr. det kritiska faktum men kommittenten i god tro s. 280 — b) kommissionären i god tro men kommittenten i ond tro s. 286.

FÖRKORTNINGAR.

AFZELIUS = AFZELIUS, I., Om cession av fordringar enligt svensk rätt, Upsala 1877.

ALMÉN = ALMÉN, T., Om köp och byte av lös egendom 2 uppl. I, II, Stockholm 1917, 1918 (därest icke 3 uppl. uttryckligen citeras).

ALMÉN, Avtal = ALMÉN, T., Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, Stockholm 1916.

ANSON = ANSON, W. R., Principles of the english law of contract ... 17th ed., Oxford 1929.

BENCKERTt = BENCKERT, K., Om exstinktiva förvärv av lös egendom i god tro enligt HB 11: 4 och 12: 4, Stockholm 1925.

BJÖRLING = BJÖRLING, C. G., Den svenska rättens exstinktiva laga fång till lösören på grund av god tro, Lund 1896.

BOISTEL = BOISTEL, A., Manuel de droit commercial, Paris 1887.

BOWSTEAD = BOWSTEAD, W., A digest of the law of agency, 2nd ed., London 1898.

BREMER = BREMER, I., Beitrag zur Lehre von dem Besitzerwerbe durch Stellvertreter (i Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, neue Folge, Bd 20).

CHYDENIUS = CHYDENIUS, J. W., Lärobok i finsk kontraktsrätt I, II, 2 omarb. uppl., Helsingfors 1925.

CURTI = CURTI, A., Englands Privat- und Handelsrecht Bd II, Handelsrecht, Berlin 1927.

DEUNTZER = DEUNTZER, J. H., Om Fuldmagt og dermed beslægtede Forhold, Kjøbenhavn 1872.

EBERSTEIN = EBERSTEIN, G., Rättsförvärv genom kommissionär (i SvJT 1918).

ENNECCERUS = ENNECCERUS, L., KIPP, Th. & WOLFF, M., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I: 1, 2, II: 1, Marburg 1923—24.

ESCHELSSON = ESCHELSSON, E., Om skuldebrev enligt svensk rätt, Uppsala 1912.

EVALDSEN = EVALDSEN, A. C., Bidrag til Læren om Fuldmagt og dermed beslægtede Retsforhold, Kjøbenhavn 1872.

FEHR = FEHR, M., Bidrag till läran om cession av fordran enligt svensk rätt (i TfR 1925).

GRÜNHUT = GRÜNHUT, C. S., Das Recht des Commissionshandels, Wien 1879.

HASSELROT = HASSELROT, B., Några spörsmål ang. försträckning, skuldebrev, förmånsrätt och kommission, Malmö 1925.

HASSELROT, Fullmakt = HASSELROT, B., Några spörsmål ang. fullmakt, Malmö 1927.

HASSELROT, Vindikationsrätt = HASSELROT, B., Några spörsmål ang. vindikationsrätt och arbetsbeting, Malmö 1926.

HASSLER = HASSLER, Å., Om ställföreträdarskap i rättegång enligt svensk rätt, Lund 1920.

JUNG = JUNG, E., Der Eigenthumsübergang beim Kommissionseinkauf ... (i Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd 47, N. F. Bd 32).

KÔERSNER = KÔERSNER, A., Ett och annat om handeln med värdepapper ... Stockholm 1916.

KRUSE resp. VINDING KRUSE = KRUSE, F. V., Ejendomsretten III, Kjøbenhavn 1930.

LANGEN = LANGEN, A., Eigentums-Erwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften ... Marburg 1900.

LASSEN, Alm. Del = LASSEN, J., Haandbog i Obligationsretten, almindelig Del, 3. Udg., Kjøbenhavn 1917.

LASSEN, Spec. Del = LASSEN, J., Haandbog i Obligationsretten, speciel Del, Kjøbenhavn 1897.

LENEL = LENEL, O., Stellvertretung und Vollmacht (i Ih. Jahrb. Bd 36, N. F. Bd 24).

LYON-CAEN & RENAULT, Manuel = LYON-CAEN, CH. & RENAULT, L., Manuel de droit commercial, 14e éd., Paris 1924.

LYON-CAEN & RENAULT, Traité = LYON-CAEN, CH. & RENAULT, L., Traité de droit commercial III, 4e éd., Paris 1906.

MÜLLER-ERZBACH = MÜLLER-ERZBACH, R., Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung ... Berlin 1905.

MÜLLER-ERZBACH i Grünhuts Z = MÜLLER-ERZBACH, R., Zur Lehre von der mittelbaren Stellvertretung (i Grünhuts Zeitschrift 1909).

NEUBECKER = NEUBECKER, K., Beiträge zur Lehre von der mittelbaren Stellvertretung (i Grünhuts Zeitschrift 1909).

NIAL = NIAL H., Om aktiebrev och andra aktierättsliga dokument, Stockholm 1929.

NUSSBAUM = NUSSBAUM, A., Tatsachen und Begriffe im deutschen Kommissionsrecht, Berlin 1917.

OSER = OSER, H., Das Obligationenrecht, Zürich 1915.

PARDESSUS = PARDESSUS, J.-M., Cours de droit commercial I, III, Brüssel 1842, 1845.

PETRI = PETRI, K., Zur Frage der Eigenthumsverhältnisse am Kommissionsgute (i AfCP Bd 111).

PLANCK = PLANCK, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch I, II, 4. Aufl., Berlin 1913, 1914.

PLANIOL & RIPERT = PLANIOL. M. & RIPERT, G., Traité pratique de droit civil français XI: 2, Paris 1932.

PLATOU = PLATOU, O., Forelæsninger over udvalgte emner af privatrettens almindelige del, Kristiania 1914.

POLLOCK = POLLOCK F., Principles of contract ... 3rd ed., London 1881.

PROCHOWNICK = Das bürgerliche Recht Englands, I, II. Kommentar ... von W. PROCHOWNICK, Berlin 1912, 1913.

RABENIUS = RABENIUS, N., Till läran om de materiella förutsättningarna för kvittning enligt svensk rätt (i TfR 1918).

ROSS = ROSS, A., Ejendomsret og Ejendomsovergang, København 1935.

SCHLOSSMANN = SCHLOSSMANN, S., Die Lehre von der Stellvertretung ... I, II, Leipzig 1900, 1902.

SCHMIDT-RIMPLER = SCHMIDT-RIMPLER, W., Das Kommissionsgeschäft (i Handbuch des gesamten Handelsrechts Bd 5, Abt. 1, Leipzig 1928).
SINDBALLE = SINDBALLE, K., Bemærkninger til et specielt Punkt i Læren om Fuldmagt (i UfR 1915).
STANG = STANG, F., Norsk formueret I, Kristiania 1911.
STAUB = STAUB, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. u. 13. Aufl., Leipzig 1927.
THALLER = THALLER, E., Traité élémentaire de droit commercial I, II ... 8e éd., Paris 1931.
TORP = TORP, C., Dansk Tingsret, 2. Udg., København 1905.
TRYGGER = TRYGGER, E., Om fullmakt såsom civilrättsligt institut, Upsala 1884.
VON TUHR = VON TUHR, A., Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd 2: 1, 2, Berlin & München 1914, 18, (i Bindings Syst. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft).
UNDÉN = UNDÉN, Ö., Svensk sakrätt I, Lund 1927.
USSING = USSING, H., Fuldmagt og Bemyndigelse (i TfR 1930).
USSING, Aftaler = USSING, H., Aftaler på Formuerettens Omraade ... København 1931.
WETTER = WETTER, F., Om trolöshet mot hufvudman, Uppsala 1907.
WRIGHT = WRIGHT, E. B., The law of principal and agent, 2nd ed., London 1901.

AfCP = Archiv für die civilistische Praxis.
AHGB = Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, 1861.
Avtl = Lagen den 11 juni 1915 om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
BGB = Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1896.
Code civ. = Code civil.
Code de comm. = Code de commerce.
d. mot. = Forslag til Lov om Kommission, Handelsagentur og Handelsrejsende, 1914.
DVVG = Deutsches Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, 1908.
FAL = Lag den 8 april 1927 om försäkringsavtal.
FJFT = Tidskrift, utg. av Juridiska föreningen i Finland.
HB = Handelsbalken i 1734 års lag.
HD = Högsta domstolen.
HGB = Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich, 1897.
HovR = Hovrätten.
Ih. Jahrb. = Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, hrsg. von Ihering.
JB = Jordabalken i 1734 års lag.
Kmsl = Lagen den 18 april 1914 om kommission, handelsagentur och handelsresande.
K. O. = Konkurs-Ordnung.
Köpl = Lag den 20 juni 1905 om köp och byte av lös egendom.
NJA = Nytt juridiskt arkiv utg. av Holm, Avd. I. Stockholm 1874—
NJA Avd II = Nytt juridiskt arkiv, utg. av Holm, Avd. II, Stockholm 1876—

n. mot.	= Utkast til lov om kommission, handelsagentur og handelsreisende, 1914.
NR	= Norsk retstidende.
N Rev	= Nedre justitierevisionen.
NT	= Naumanns tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning.
Prot.	= Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches ... hrsg. von Lutz, Th. II, III.)
RG	= Reichsgericht.
SA	= Juridiskt arkiv, utg. av Schmidt.
SO	= Bundesgesetz betr. die Ergänzung des Zivilgesetzbuches, V. Teil: Obligationenrecht (den schweiziska lagen om obligationsrätten).
SvJT	= Svensk Juristtidning.
sv. mot.	= Förslag till lag om kommission, handelsagentur och handelsresande, 1913.
SZ	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 1907.
TfR	= Tidsskrift for Rettsvidenskap.
UfR	= Ugeskrift for Retsvæsen.
UL	= Utsökningslagen, 1877.

INLEDNING.

Kommissionsavtalet utgör ett tjänsteavtal, närmare bestämt ett sysslomansavtal, varigenom en person, kommissionären, åtager sig »att för annans [kommittentens] räkning men i eget namn»[1] utföra rättshandlingar, vanligen att försälja eller inköpa varor, värdepapper eller annan lös egendom (kommission i egentlig mening) eller att ingå fraktavtal (spedition) eller att upptaga lån o. s. v. Genom detsamma grundlägges sålunda i första hand ett rättsförhållande mellan en uppdragsgivare och en uppdragstagare. Att detta rättsförhållande skall giva upphov till en mängd skilda rättsverkningar parterna emellan är naturligt. I Kmsl är det också i främsta rummet nämnda rättsförhållande och de därur härflytande rättsverkningarna, vilka blivit föremål för uppmärksamhet.

Då kommissionären har att utföra sitt uppdrag genom att i förhållande till en tredje man företaga en rättshandling — i det följande, där det endast skall bliva tal om uppdrag att ingå avtal, kallad kommissionärsavtalet — kan det emellertid icke undgås, att kommissionsuppdragets utförande giver upphov även till åtskilliga spörsmål angående relationen mellan å ena sidan denne tredje man och å andra sidan dels kommissionären, dels ock kommittenten. Sålunda uppkommer frågan, huruvida kommissionären eller kommittenten eller både den ene och den andre blir gent emot tredje man obligatoriskt förpliktad, huruvida vid försäljningskommission äganderätten till kommissionsgodset övergår till tredje man i god tro även när kommissionären överskridit sitt bemyndigande eller handlat efter uppdragets upphörande, huruvida de genom kommissionärsavtalet förvärvade rättigheterna, bl. a. äganderätten till inköpt gods eller rätten till köpeskillingen

[1] Kmsl 4 §.

för försålt gods, tillfalla kommissionären eller kommittenten, huruvida, när vid dylikt rättighetsförvärv det kommer an på god tro eller andra personliga omständigheter, kommissionärens eller kommittentens förhållande är avgörande, huruvida vid uteblivet eller otillfredsställande fullgörande av tredje mans förpliktelse rätten till skadestånd är att bedöma med hänsyn till kommissionärens eller kommittentens personliga förhållande o. s. v.

Dessa spörsmål ha av gammalt varit livligt omtvistade och kunna ännu icke sägas ha kommit till någon tillfredsställande lösning. Tvisten kan, med anslutning till en särskilt i den tyska litteraturen vanlig terminologi, helt allmänt sägas gälla frågan, huruvida kommissionsinstitutet kan ställas vid sidan av fullmaktsinstitutet och därmed jämställda arter av egentligt ställföreträdarskap såsom ett medelbart ställföreträdarskap.

Då frågan så formuleras, bör den emellertid måhända, för att icke debatten må nedsjunka till allenast en strid om ett blott terminologiskt spörsmål,[1] något närmare preciseras. Vad det gäller att klarlägga är, huruvida icke det likartade materiella ändamålet med de av en kommissionär resp. en fullmäktig företagna rättshandlingarna föranleder till likartade rättsliga verkningar, närmare bestämt huruvida icke den omständigheten, att det ekonomiska resultatet av kommissionärens rättshandling med tredje man ytterst skall komma uteslutande kommittenten till godo resp. falla honom till last, är ett faktum av den rättsliga betydelse, att det i större eller mindre utsträckning kan giva upphov till sådana rättsliga relationer mellan kommittent och tredje man, som bliva resultatet av en fullmäktigs rättshandlande för huvudmannens räkning.

I diskussionen om ifrågavarande spörsmål kunna ett flertal olika åskådningar särskiljas. Samtliga torde emellertid kunna inneslutas inom de gränser, vilka markeras av tre särskilda huvudåskådningar.

[1] Jmfr HASSLER s. 8. Enligt H. kan kommission, även om kommissionärens rättshandlande med tredje man gåve upphov till en omedelbar rättsverkan för kommittenten, icke betraktas som ställföreträdarskap. »Avvikande meningar och själva benämningen 'medelbart ställföreträdarskap' bero på en felaktig uppfattning av rättsverkans betydelse för en handlings rättsliga natur» framhåller H. Då emellertid H. vid definitionen av begreppet ställföreträdarskap (s. 5) utgått från att ställföreträdarens avsikt, att rättsverkan av hans handling skall träffa en annan än honom själv, måste ha kommit till uttryck i hans handling, d. v. s. att denne handlat »i annans namn», så är det tydligt, att H:s ovannämnda uttalande i själva verket blott innefattar ett terminologiskt ståndpunktstagande.

Såsom förhärskande torde alltjämt få anses den åskådning, vilken med utgångspunkt i allmän romanistisk doktrin[1] — enligt vilken två personers rättshandlande icke kan medföra några omedelbara juridiska verkningar för en utomstående tredje man — hävdar, att de rättsverkningar, vartill kommissionärens handlande i eget namn giver upphov, omedelbart träffa allenast denne själv, däremot icke hans huvudman.[2] Att kommissionären handlar i eget namn medför sålunda enligt denna åskådning naturligen i första hand den konsekvensen, att tredje man icke kan göra några rättigheter på grund av denna rättshandling gällande mot någon annan än kommissionären; kommissionären blir gent emot tredje man förpliktad, kommittenten däremot icke. Men därutöver blir av ett dylikt betraktelsesätt en följd, att kommittenten på grund av kommissionärens handlande i överensstämmelse med erhållet uppdrag icke kan erhålla någon omedelbar rätt gentemot tredje man utan allenast har ett i kommissionsavtalet grundat rättsanspråk gent emot kommissionären, att denne skall till honom avträda, vad han för kommittentens räkning förvärvat. Fasthåller man riktigt detta senare, borde därav ytterligare följa den konsekvensen, att kommittenten över huvud icke kunde göra gällande ens någon företrädesrätt till det som kommissionären för hans räkning förvärvat; vare sig detta utgöres av äganderätt eller annan sakrätt eller det är allenast en fordringsrätt, borde detsamma kunna tagas i anspråk av kommissionärens borgenärer såväl genom utmätning som i konkurs.

Denna åsikt innebär sålunda ett principiellt förnekande av att kommissionären i något hänseende kunde betraktas som verklig ställföreträdare. Klart kom denna ståndpunkt till synes exempelvis under förarbetena till BGB. I motiven till det till grund för denna lag liggande förslaget[3] heter det: »Die sogenannte mittelbare Stellvertretung ist juristisch betrachtet kein Fall der Vertretung. Das solchergestalt vorgenommene Rechtsgeschäft ist ausschliesslich ein Rechtsgeschäft des im eigenen Namen Handelnden. Einen Übergang (der Ansprüche auf den Vertretenen) kraft des Gesetzes ... positiv vorzuschreiben (Dresd. Entwurf Art. 90 Abs. 2 Zür. GB. S. 1027) fehlt es an zureichenden Gründen».

[1] Härom se t. ex. TRYGGER s. 23 ff.

[2] För svensk rätts del se t. ex. ALMÉN, Avtal s. 66, TRYGGER s. 15, AFZELIUS s. 41, sv. mot. s. 165, 167.

[3] Entwurf eines BGB I s. 223 f.

I enlighet härmed saknas ock varje regel om »medelbart ställföreträdarskap» i BGB.

Klart har den sålunda intagna ståndpunkten kommit till synes jämväl i reglerna om kommission i HGB (§ 392) och dessförinnan redan i AHGB (art. 360 st. 2). Samma grundåskådning har vidare kommit till uttryck i bl. a. schweizisk rätt (SO art. 401) och fransk rätt. Uppenbarligen har den ock varit i hög grad vägledande vid utformningen av de skandinaviska kommissionslagarna,[1] ehuru den därvid haft att kämpa med och stundom även blivit besegrad av en motsatt åsikt, som betonat ställföreträdarskapssynpunkten.

Onekligt är att den nu ifrågavarande principen innefattar en följdriktig tillämpning av allmänna obligationsrättsliga grundregler på kommissionsinstitutet och att skillnaden mellan ett handlande i eget namn och ett handlande i annans namn härigenom erhåller ett pregnant uttryck. Påtagligt är emellertid också, att densamma icke lämnar något egentligt utrymme för ett beaktande av den materiella överensstämmelsen mellan kommission och egentligt ställföreträdarskap. I verkligheten har man därför icke heller någonstädes kunnat genomföra en fullt konsekvent tillämpning av denna princip. Så snart nämligen det gällt frågan om den materiella rätten till sådant, som kommissionären för kommittentens räkning förvärvat, d. v. s. frågan till vilkenderas förmögenhet det sålunda förvärvade bör räknas, när kommissionärens borgenärer göra anspråk på tillgången ifråga genom utmätning eller i konkurs, så har man överallt funnit det omöjligt att godtaga den ovan sist berörda konsekvensen av den adopterade huvudprincipen och i stället i strid mot denna fasthållit, att rättigheterna ifråga redan i det ögonblick de förvärvas av kommissionären materiellt tillhöra kommittenten och icke kunna tagas i anspråk av kommissionärens borgenärer. Signifikativ är i detta hänseende särskilt den tyska rättens ställning. Den ifrågavarande principen har där genomförts mera konsekvent än i någon annan lagstiftning. Särskilt kommer detta till uttryck i HGB § 392 st. 2, som stadgar: »Forderungen aus einem Geschäfte, das der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen». Det oaktat göres dock i fortsättningen av samma lagrum ett

[1] Sv. mot. s. 165 m. fl. st.

klart avsteg från principen, i det där stadgas: »Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten». Här har styrkan hos de intressen, vilka genom den antagna principens följdriktiga tillämpning skulle lederas, framtvingat en korrektion av dess konsekvenser för ett särskilt fall.[1]

När det sålunda visar sig, att den av de faktiska förhållandena påkallade ordningen i denna huvudpunkt icke stämmer med den ifrågavarande principens logiska konsekvenser, är det ju helt naturligt, att försök gjorts att ersätta denna lära med en som bättre harmonierar med det faktiskt givna materiella rättsläget. Det till synes mest radikala av dessa försök har företagits av SCHLOSSMANN, som efter en ingående kritisk granskning av den härskande läran om ställföreträdarskap sammanfattar resultatet av sin kritik sålunda:[2] »II. Die Lehre von dem Bestehen zweier verschiedenen Arten von Stellvertretung, der direkten und der mittelbaren Vertretung, zwischen denen der Vertreter oder der Vertretene beliebig wählen können, deren Wirkungen sich nach deren Willen bestimmen, und die sich nach der äusseren Art des Auftretens des Vertreters und nach ihrer materiellen Wirkung unterscheiden sollen, ist falsch. Vielmehr entscheidet allein das objektive Recht nach objektiven Gesichtspunkten darüber, ob die Rechtswirkungen des Vertretergeschäftes unmittelbar den Vertretenen oder zunächst den Vertreter treffen, sowie ferner darüber, ob die Wirkungen des Vertretergeschäftes in dem einzelnen Falle gleichmässig in Ansehung des Vertretenen und des Vertreters, oder verschieden für jeden von beiden zu bestimmen seien. — III. Die Begriffe »Handeln in eigenem und in fremdem Namen» sind in der Fassung der herrschenden Lehre und der neueren Gesetzbücher, namentlich des HGB und des BGB, inhaltlos. — IV. Der Begriff der Vollmacht (Vertretungsmacht) beruht auf einer Tautologie.»

SCHLOSSMANNS lära har trots sin stora ensidighet en påtaglig

[1] Att märka är emellertid, att ifrågavarande undantagsregel allenast gäller handelskommission. Vad civil kommission beträffar, anses vid avsaknaden av uttryckligt lagbud den med hänsyn till den principiella utgångspunkten följdriktiga regeln gälla: kommittenten är icke skyddad gent emot kommissionärens borgenärer. Jmfr MÜLLER-ERZBACH, Grundsätze s. 26 not 1, NUSSBAUM s. 39 f. Annorlunda dock SCHMIDT-RIMPLER s. 611.

[2] I s. 379 f.

förtjänst däruti, att han såsom det rättsligt betydelsefulla för såväl omedelbart som medelbart ställföreträdarskap framhävt det likartade materiella ändamålet med mellanhandens rättshandling. En lika påtaglig överdrift utgör emellertid hans totala förnekande av att själva det sätt, varpå mellanhandens rättshandling företages, kan hava någon betydelse, liksom hans förnekande av fullmaktens självständiga rättsliga roll. Redan av SCHLOSSMANNS egen framställning inser man, att det icke är möjligt att med bortseende från nu berörda omständigheter motivera de olika rättsverkningar av mellanhandens rättshandlande, som i olika fall inträda, allenast med att de implicerade personernas intressen under givna förhållanden antaga en viss objektivt fastställbar karaktär, som komme än huvudmannens, än mellanhandens omedelbara berättigande och förpliktande att framstå som en mot den föreliggande intressesituationen svarande rationell ordning. Bevisföringen för den antydda satsen grundar SCHLOSSMANN uteslutande på två såsom exempel utvalda fall, å ena sidan ställningsfullmakt,[1] å andra sidan handelskommission.[2] I dessa båda fall är också den med vartdera av dem förknippade typiska intressesituationen lätt att påvisa. I de flesta övriga fall däremot kan någon sådan ensartad ekonomisk situation, som i och för sig kunde utgöra en tillräcklig motivering för rättsverkningar av ena eller andra slaget, icke påvisas, utan det blir nödvändigt att i stället taga hänsyn till huruvida mellanhanden handlat i eget eller huvudmannens namn, huruvida han haft fullmakt o. s. v. Detta måste ju också SCHLOSSMANN i själva verket medgiva,[3] och i verkligheten har han icke haft annat val än att till sist, trots sin kritik, falla tillbaka på reglerna om skillnaden mellan handlande i eget namn och handlande i annans namn samt om fullmakt såsom utslagsgivande.[4] Därmed har han ju också — ehuru han icke själv har

[1] II s. 308 ff.

[2] II s. 315 ff.

[3] II s. 326: »Zwischen den Gruppen von Vertretungsverhältnissen, in denen durch ihre durchschnittliche Gestaltung die Anordnung direkter und jenen, in denen aus der nämlichen Rücksicht die mittelbare Vertretungswirkung gerechtfertigt erschien, liegt die grosse Masse von Vertretungsverhältnissen, die eine auch nur annähernde Gleichmässigkeit der Sachlage, eine auch nur für den grossen Durchschnitt nachweisbare Konstanz in der Richtung der Interessen der Beteiligten nicht aufweisen, und in denen daher ein Anhalt für eine bestimmte, allen Beteiligten möglichst gleichmässig befriedigende typische Art der rechtlichen Behandlung nicht gegeben ist».

[4] II s. 329: »Wenn nun aber andererseits nicht angenommen werden kann, dass ein Moment, das fort und fort nicht nur in der Theorie, sondern auch in der

insett det — medgivit otillräckligheten av sin egen nyssnämnda lära.

Detsamma gäller SCHLOSSMANNS kritik av de konventionella begreppen »handla i eget namn» och »handla i annans namn». SCHLOSSMANN söker visserligen påvisa den »riktiga betydelsen» av dessa begrepp, d. v. s. vad ett handlande av ena eller andra slaget egentligen innebär, och framhäver därvid,[1] att betydelsen av ett handlande i annans namn uteslutande låge i att ställföreträdande mellanhanden genom ett dylikt handlande utesluter sig själv från att träffas av rättsverkningarna av den rättshandling han företagit. I betonandet av att detta vore den enda innebörden av dylikt handlande kunde nu vid första påseende en olikhet gent emot det vanliga föreställningssättet synas ligga. Detta är emellertid knappast fallet. SCHLOSSMANN betonar nämligen strax efteråt[2] i sin framställning för det första, att huvudmannens omedelbara förpliktande ur ett dylikt handlande av hans mellanhand beror därpå, att i modern rätt rättsplikterna gent emot tredje man alltid blott åligga a n t i n g e n mellanhanden e l l e r huvudmannen, och vidare,[3] att huvudmannens omedelbara berättigande i dessa fall förklaras av att ett avtal, varigenom mellanhanden fritoges från att träffas av rättsverkningarna utan att likväl dessa i stället träffade huvudmannen, vore »ein juristisches Nichts», ett avtal, som icke kunde förekomma i verkligheten. Innebörden härav är tydligen i korthet den, att eftersom mellanhanden gjort det klart för tredje man, att han själv (mellanhanden) skall stå helt utanför det rättsförhållande, som grundlägges genom hans rättshandlande, så måste detta, enär någon tredje möjlighet icke kan komma ifråga, i stället anknytas till huvudmannen, för vars räkning mellanhanden varit verksam. En dylik förklaring skiljer sig ju emellertid tydligen icke i något väsentligt hänseende från den gängse uppfattningen av ett handlande i annans namn. Även enligt den härskande uppfattningen sker naturligen mycket ofta utpekandet av huvudmannen som den egentliga motparten just på det indirekta vis, som

Rechtsprechung als ein für die Richtung der Rechtswirkung des Geschäftes wesentliches betont wird, der rechtlichen Bedeutung vollständig entbehre, so sind wir vor die Aufgabe gestellt, aus den als unrichtig erkannten Sätzen den in ihnen enthaltenen Kern von Wahrheit herauszulösen».

[1] II s. 329.
[2] II s. 333.
[3] II s. 335.

SCHLOSSMANN här antytt. Att så sker, d. v. s. att man icke blott av mellanhandens uttryckliga ord utan av samtliga föreliggande omständigheter sluter sig till hans vilja, är ju emellertid ingenting för dessa fall egendomligt; allmänt erkännes väl nämligen, att man kan sluta sig till en persons vilja även från s. k. facta concludentia (jmfr Köpl § 1).

Slutresultatet av SCHLOSSMANNS med så stor vidlyftighet och sådan skärpa i uttryckssätten genomförda kritik av härskande åskådning visar sig sålunda i denna huvudpunkt skäligen magert.

Även om sålunda SCHLOSSMANNS sammanförande av allt handlande för annans räkning till den gemensamma kategorien ställföreträdarskap ingalunda betyder, att enligt hans mening ett handlande för annans räkning i eget namn skall bedömas enligt samma grundsatser som ett dylikt handlande i annans namn, kommer dock hans kritik av det härskande formella betraktelsesättet och hans fasthållande av de materiella synpunkterna till synes i hans betonande av[1] att på vissa punkter »ein Einbruch der Vertretungstendenz in das System der sogenannten mittelbaren Stellvertretung» kan iakttagas. Såsom utslag av en dylik tendens anför han fr. a. regeln i HGB § 392 st. 2. om kommittentens rätt att separera en utestående kommissionsfordran i kommissionärens konkurs, samt vidare rättspraxis ställning[2] till frågan, vems intresse som är att lägga till grund vid utmätandet av tredje mans skadeståndsskyldighet på grund av uteblivet eller otillfredsställande fullgörande av hans genom avtalet med kommissionären åtagna förpliktelser.[3]

Den fulla konsekvensen av tanken, att ett rättshandlande i eget namn för annans räkning utgör en art av ställföreträdarskap, har emellertid först MÜLLER-ERZBACH dragit. Dennes lära utgör den tredje ovan åsyftade grundåskådningen. Enligt MÜLLER-ERZBACH uppkommer genom kommissionärens rättshandlande med tredje man för kommittentens räkning ett rättsförhållande direkt mellan tredje man och kommittenten, alldeles som då en fullmäktig företager en dylik rättshandling. Sin åsikt har MÜLLER-ERZBACH sammanfattat i följande satser:[4] »Nach m e i n e r Über-

[1] II s. 362 ff, 409 ff.
[2] Därom se nedan s. 291 ff.
[3] Jmfr ock II s. 413 ang. betydelsen av kommittentens subjektiva förhållande i andra fall.
[4] Grundsätze s. 9.

zeugung bedarf es einer unmittelbaren Rechtsbeziehung zwischen dem Interessenten und dem Dritten. Der Interessent selbst muss aus dem Aussenvertrage Rechte erwerben und zwar er allein, während dem Vermittler nur die Rolle eines Empfangsermächtigten zufällt. Gleichzeitig muss der Interessent auch in die Pflichten des Vertrages eintreten, so dass dem Dritten zwei Schuldner bereit stehen, der Vermittler und neben ihm der Interessent.»

Sin teoretiska grund har denna lära i MÜLLER-ERZBACHS uppfattning, att rättsverkningarna av ett avtal eller annat rättsärende böra fördomsfritt bestämmas ur ren »intressesynpunkt».[1] Redan med hänsyn till den utpräglat frirättsliga grunduppfattning, varifrån MÜLLER-ERZBACHS lära sålunda utgår, finnes anledning att ställa sig tvivlande till densamma.[2]

Särskilt anmärkningsvärd är för övrigt i denna lära satsen, att intressenten, kommittenten, vid sidan av kommissionären inträder i de genom den senares avtal grundade rättsplikterna. Därmed ha konsekvenserna av den åskådning, vilken jämställer kommissionär och fullmäktig såsom representanter för huvudmannen, dragits ut så långt det är möjligt. Eller rättare — än längre. En närmare granskning av denna åsikt torde nämligen visa, att icke heller den är hållbar. Till en dylik granskning skola vi återkomma i det följande. Redan här må dock uppmärksamheten fästas på den egendomliga konsekvens MÜLLER-ERZBACH måst draga av sin åsikt, i det han icke kunnat undgå att fastslå, att enligt densamma tredje man skulle erhålla två gäldenärer. För ett sådant resultat kan åtminstone icke anföras några materiella grunder, det är uteslutande en följd av att förf. sökt att pressa in kommissionsinstitutet i det egentliga ställföreträdarskapets form,[3] oaktat det skiljer sig från detta i själva kardinalpunkten.

Kan man nu sålunda redan vid en flyktig undersökning konstatera å ena sidan, att den traditionella uppfattningen av kommissionsinstitutet såsom artskilt från egentligt ställföreträdarskap

[1] Grundsätze s. 92 ff.

[2] Härom se HULT, Bidrag till läran om försäkring av tredje mans intresse s. 140 och i TfR 1931 s. 431.

[3] Såsom av det följande skall framgå saknas icke heller försök att med deduktioner ur fullmaktsreglerna ådagalägga, att kommissionären i själva verket i större eller mindre utsträckning faktiskt är fullmäktig; se nedan särskilt ang. STANGS lära s. 63 ff, 138 ff.

icke medger ett tillbörligt beaktande av den i flera punkter påtagliga materiella likheten mellan dessa rättsliga företeelser, å andra sidan att gränsen mellan kommission och egentligt ställföreträdarskap icke heller rimligen kan helt utplånas, så framstår det som en uppgift att undersöka d e l s i vad mån de för ställföreträdarskapet bestämmande synpunkterna också kräva beaktande vid bedömandet av de till kommissionsinstitutet knutna rättsverkningarna, d e l s o c k huruvida och i vad mån det är möjligt att inom ramen av erkända allmänna rättsgrundsatser finna utrymme för ett tillbörligt beaktande även av ifrågavarande synpunkter. Till lösandet av denna uppgift skola vi i det följande söka lämna några bidrag.

Härvid är det a priori sannolikt, att ställföreträdarskapssynpunkterna skola visa sig kräva beaktande med relativt mycket större styrka i vissa fall av kommission än i andra. Särskilt förtjänar ur denna synpunkt skillnaden mellan å ena sidan kommersiell kommission, handelskommission, och å andra sidan annan kommission, civil kommission, beaktande. Olikheterna mellan de faktiska förhållanden, som betinga gränsdragningen mellan dessa olika slag av kommission, äro i själva verket så betydande, att det med skäl kan ifrågasättas, huruvida icke de ännu alltjämt framträdande betydande meningsskiljaktigheterna beträffande kommissionsinstitutets bedömande till stor del finna sin förklaring i att man än har i sikte huvudsakligen handelskommission, än åter huvudsakligen civil kommission. Handelskommissionären utför regelmässigt en mångfald kommissionsuppdrag av mer eller mindre likartad beskaffenhet och uppträder vanligtvis ä n som försäljningskommissionär, ä n som inköpskommissionär samt bedriver oftast vid sidan av kommissionsrörelsen en mer eller mindre omfattande handelsrörelse med samma slags varor för egen räkning. Härmed sammanhänger att kommissionären på grund av handelsbruk m. m. kan äga en vidsträckt rätt till självinträde. Allt detta samverkar till att låta s a m b a n d e t mellan ett visst kommissionsuppdrag och det avtal med tredje man, vilket kommissionären sluter i och för uppdragets utförande, framstå såsom ganska tillfälligt. Ja, ofta är det över huvud icke möjligt att påvisa något dylikt samband, i det kommissionären för fullgörande av olika kunders uppdrag slutit avtal med en mängd olika personer utan att någon överensstämmelse mellan

objekten för avtalen å ena och andra sidan är för handen.[1] Ett sådant samband mellan en huvudmannens viljeförklaring och den viljeförklaring mellanhanden avgiver är ju emellertid just det för fullmaktsförhållandet karakteristiska; det får i fullmaktsfallen speciell pregnans genom att fullmäktigen avger sin viljeförklaring i huvudmannens namn, d. v. s. utpekar honom som den, vilken genom fullmäktigens rättshandling föres in som part i det genom denna rättshandling grundlagda obligatoriska förhållandet till tredje man. Förhåller det sig nu så som antytt, att i vissa fall av kommission de rent faktiska förhållandena utesluta eller försvåra möjligheten av att konstatera ett dylikt samband, måste man tydligen med skäl ifrågasätta, huruvida icke därmed i samma mån förutsättningarna för en tillämpning av fullmaktsregler saknas.

Annorlunda än vid handelskommission är åter förhållandet, när det gäller c i v i l kommission. I dylika fall framstår kommissionsuppdraget och kommissionärens avtal med tredje man såsom relativt isolerade tilldragelser, och någon svårighet att fastställa sambandet dem emellan är icke förhanden. Förutsättningarna för etablerandet av också en omedelbar rättslig relation mellan kommittent och tredje man äro därför så till vida för handen.

Då man på detta sätt fattar i sikte sannolikheten av att vid handelskommission förutsättningarna för en tillämpning av fullmaktsgrundsatser skola vara väsentligt mindre än förutsättningarna för en dylik tillämpning vid civil kommission, måste man emellertid också till sist redan här fästa uppmärksamheten på att de sålunda antydda omständigheterna huvudsakligen kunna antagas hava betydelse för de o b l i g a t o r i s k a rättsverkningarna av kommissionärens avtal och i övrigt för sådana rättsverkningar av detta avtal, för vilkas gestaltning dess obligatoriska rättsverkningar kunna hava prejudicerande betydelse. I andra hänseenden kunna de antydda förhållandena knappast väntas hava den nu berörda innebörden. Så t. ex. icke när det gäller frågan om den sakrättsliga verkan av en för kommittentens räkning företagen föryttring av kommissionsgodset. För detta fall — när således det kommer an på föryttrarens legitimation att till förvärvaren överföra äganderätt till visst huvudmannens gods — måste i tvivelaktiga fall det avgörande bliva den yttre ställning

[1] Jmfr Schlossmann II s. 320 f.

till godset kommissionären intager. Och i detta avseende framträder visserligen också en tydlig motsats mellan handelskommission och civil kommission, men i skenbar motsats till vad som fastslagits i förutnämnda fall är det här handelskommissionen, som erbjuder en tydlig parallell till fullmaktsförhållandena, medan däremot den civila kommissionen icke kan ställas på samma linje som dessa.

KAP. I.

Om de genom kommissionärsavtalet uppkommande obligatoriska förpliktelserna gent emot tredje man.

Av de rättsverkningar, vartill kommissionärens handlande i eget namn bör giva upphov, synes väl ingen a priori mera självklar än den, som innefattas i kommissionärens förpliktande i förhållande till tredje man. Att kommissionären, då han avtalar med tredje man, uppträder i eget namn, innebär ju, att han ställer sin egen person i förgrunden och gör det klart för tredje man, att det är till honom (kommissionären), som denne har att hålla sig för avtalets fullgörande. Att han för tredje man omtalar, att avtalet slutes för annans räkning, utesluter således icke, att han handlar i eget namn, så länge han icke givit till känna någon avsikt att grunda ett rättsförhållande direkt för dennes räkning.[1]

[1] Med denna innebörd av ett handlande i annans namn överensstämmer den regeln, att mellanhanden i n d u b i o antages hava handlat i eget namn. Uppehåller man icke den regeln, kan man, även om man principiellt avböjer ett omedelbart ansvar för huvudmannen, när mellanhanden handlat i eget namn, i verkligheten komma mycket nära den rakt motsatta ordningen. En illustration till detta utgör ett rättsfall i NR 1927 s. 846. I detta fall ansågs en osthandlare, som givit en uppköpare uppdrag att köpa ost för hans räkning, personligen ansvarig för köpeskillingen för inköpt ost, oaktat det icke styrkts, att mellanhanden uppträtt i hans namn. Avgörande betydelse tillmättes den omständigheten, a t t det var allmänt känt i bygden, där uppköpen skett, att mellanhanden var »svarandens man», a t t av uppdraget till mellanhanden e j f r a m g i c k, att han e j f i c k uppträda i svarandens namn samt a t t det var sannolikt, att han för käranden uppgivit, att han köpt för svaranden. De i detta rättsfall uttalade reglerna innebära ju faktiskt ett bejakande av huvudmannens ansvar i ett fall, då mellanhanden med hänsyn till den förhandenvarande tveksamheten angående naturen av hans rättshandling borde antagits hava handlat i eget namn. Den sålunda accepterade ordningen synes, särskilt med hänsyn till att man ej ens krävt någon bevisning om att mellanhanden haft b e h ö r i g h e t att uppträda såsom fullmäktig, minst sagt tvivelsam; rättsfallet går i själva verket på denna punkt längre än t. o. m. den engelska rätten, som eljest anses vara den, vilken gått längst i erkännandet av huvudmannens direkta ansvar för en i eget namn uppträdande mellanhands förbindelser (se närmare nedan s. 17 ff). Tvivelsmålen an-

Att kommissionären genom att handla i eget namn förpliktar sig själv är således otvivelaktigt. Närmast till hands ligger emellertid dessutom att sluta, att kommissionären genom dylikt handlande förpliktar a l l e n a s t sig själv, däremot icke kommittenten. Skulle av hans handling eller omständigheterna i övrigt framgå någon avsikt att förplikta kommittenten, måste man antaga, att han uteslutande uppträtt i dennes namn och själv önskat förbliva helt utanför. Att han skulle avsett att förplikta såväl sig själv som kommittenten ligger så långt utanför det ordinäras gränser, att det icke utan alldeles särskild anledning kan antagas.

För så vitt rättsverkningarna av kommissionärsavtalet skola härledas allenast ur de avtalande parternas resp. kommittentens avsikter, torde man knappast kunna komma utöver de nu anförda konsekvenserna. Rättsregeln angående tredje mans rättigheter

---

gående möjligheten att förena detta domstolsavgörande med gällande rätt skärpas för övrigt, då man i detsamma finner antytt, att överträdelser av huvudmannens instruktioner vore utan betydelse, enär de ej varit kända för käranden. Antoge man också, att mellanhanden haft behörighet att uppträda i uppdragsgivarens namn, så vore hans fullmakt dock allenast en muntlig fullmakt och sålunda Avtl 18 §, vilken står i direkt strid mot sagda antydan, tillämplig. — Jmfr NR 1925 s. 215. — Jmfr slutligen ock ett nyligen träffat avgörande i svensk rättspraxis, NJA 1935 s. 290, i vilket fall HD synes hava avlägsnat sig mycket långt från regeln, att en mellanhand in dubio antages hava handlat i eget namn. I målet var bland annat fråga om hemulsansvar för några i kommission försålda, med falska transporter försedda aktier. Talan mot uppdragsgivaren bifölls av underrätten (till vars mening sedermera NRev anslöt sig), men ogillades av HovR, enär det ansågs utrett, *dels* att uppdragsgivaren (vilken innehaft aktierna såsom pant), ehuru han icke vid uppdragets lämnande omnämnt, att försäljningen skulle ske för annans, nämligen pantsättarens, räkning, likväl senare samma dag givit meddelande därom, *dels ock* att i avräkningsnotorna såsom säljare angivits pantsättaren genom uppdragsgivaren. HD fastställde detta domslut men tillade ytterligare såsom domskäl, *att* aktierna, då kommissionären mottog uppdraget att sälja dem, voro hos honom av uppdragsgivaren belånade, *att* denne vid belåningen till kommissionären avgav försäkran, att han enligt skriftlig överenskommelse med ägaren av aktierna hade rätt att på sätt som skedde belåna dessa samt *att* med hänsyn härtill och de av HovR åberopade omständigheterna kommissionären måste hava förstått, att uppdragsgivaren avsåg, att uppdraget skulle vara lämnat icke i hans eget utan, såsom i avräkningsnotorna angivits, i den persons namn, vilken pantsatt aktierna hos kommissionärens uppdragsgivare. Trots de sålunda åberopade omständigheterna känner man sig dock knappast övertygad om att uppdragsgivaren genom dem på ett tillräckligt tydligt sätt klargjort för kommissionären, att denne, som aldrig stått i affärsförbindelse med den som hans motpart utpekade personen men däremot haft livlig affärsförbindelse med uppdragsgivaren, skulle erhålla icke den senare utan den förre till motpart; att man förmedlar en försäljning för att därmed samtidigt realisera en sin egen panträtt kan dock näppeligen i och för sig inverka på rättsförhållandet till köparen; jämför det fall, att en kommissionär realiserar kommissionsgodset enligt Kmsl 31 §. Åtminstone borde frågan om vad uppdragsgivaren givit till känna om sin avsikt i förevarande hänseende ansetts så tvivelaktig, att den ovan för tvivelaktiga fall hävdade huvudregeln bort komma i tillämpning.

bör således ur denna synpunkt följdriktigt erhålla det innehåll, som Kmsl, låt vara något tautologiskt, uttrycker genom sitt stadgande i 56 § 1 st.: »Genom avtal, som kommissionären, för kommittentens räkning men i eget namn, ingår med tredje man, förvärvar denne fordringsrätt allenast mot kommissionären och icke mot kommittenten».

Förfelat är därför varje försök att grunda ett kommittentens omedelbara förpliktande gentemot tredje man på någon analogi från motsvarande regel beträffande egentliga ställföreträdare, enkannerligen fullmäktige. Avvisas måste sålunda här även MÜLLER-ERZBACHS åsikt,[1] att beträffande kommission u p p d r a g e t i nu förevarande avseende skulle fylla samma funktion som fullmakten vid egentligt ställföreträdarskap och rent av motivera, att kommittenten, genom att han »Auftrag zu dem Eingriff in die Vermögenssphäre des Dritten gegeben hat», resp. därigenom »dass er diesen Eingriff genehmigt hat», bleve tredje mans huvudgäldenär, vid vars sida kommissionären stode som en accessoriskt men dock primärt förpliktad gäldenär. Att denna uppfattning icke är hållbar framträder klart i de av densamma följande konsekvenserna. Framför allt borde ju av denna åsikt följa, att kommittentens gent emot tredje man ådragna förpliktelser borde kunna utkrävas av denne oberoende av att kommittenten redan givit kommissionären däremot svarande täckning. En sådan rättsregel kan naturligen icke hävdas. I denna huvudpunkt har MÜLLER-ERZBACH därför också måst göra ett undantag från den av honom uppställda huvudregeln, vilket undantag han till yttermera visso just motiverar med att understryka den avgörande skillnaden mellan kommission och fullmakt, att den tredje man, som avtalar med en kommissionär, därvid handlar uteslutande i förlitande på kommissionären, däremot icke, såsom då han avtalar med en fullmäktig, i förlitande på kommittenten.[2] Har MÜLLER-ERZBACH så till vida ryggat tillbaka för konsekvenserna av den princip han hävdar, har han däremot i ett annat avseende helt anammat dessa konsekvenser, trots att de fullständigt sakna materiell motivering: utan någon invändning godtager han nämligen det av hans uppfattning följande resultatet, att tredje man, när han avtalat med en kommissionär, regelmässigt erhåller två gälde-

[1] S. 30. — Jmfr USSING s. 11 jmfd m. s. 7.
[2] S. 33.

närer, kommissionären och kommittenten.[1] Tillerkänner man tredje man ett direkt mot kommittenten riktat anspråk, kan detta resultat uppenbarligen icke undgås. Genom den modifikation av sin teori, som MÜLLER-ERZBACH[2] gör för sådana fall, då kommittenten redan till kommissionären erlagt vad denne har att prestera till tredje man, undgår han visserligen, även om han icke själv observerat detta, till någon del den sist påtalade egendomliga konsekvensen, men i övrigt är det icke möjligt att komma förbi denna. I den mån endera av gäldenärerna, kommissionären eller kommittenten, är fullt solvent, så att tredje man av honom erhåller allt vad han har att fordra, framträder det egendomliga i berörda konsekvens visserligen mindre; annorlunda däremot, när både kommissionären och kommittenten äro insolventa: i dylikt fall skulle resultatet bliva, att tredje man kunde bevaka sin fordran fullt ut i så väl kommissionärens som kommittentens konkurs. Någon materiell grund för ett dylikt resultat lär icke kunna påvisas, det är uteslutande en formell konsekvens av att tredje man, trots att han enligt avtalet med kommissionären skall hålla sig till denne vid utkrävandet av sina i avtalet grundade rättigheter, tillägges ett mot kommittenten riktat anspråk, grundat i en genom kommissionärsavtalet uppkommen rättslig relation mellan tredje man och kommittenten.

Såsom ett skäl för åsikten, att en kommissionär eller över huvud den, som för annans räkning ingår rättshandlingar i eget namn, därigenom gör eller åtminstone bör kunna göra huvudmannen omedelbart förpliktad mot medkontrahenten, har emellertid även åberopats, att en dylik ordning bäst skulle motsvara intresseläget i dylika förhållanden, och såsom belägg härför har man särskilt anfört den franska och den engelska rättens regler.[3]

Beträffande den franska rätten har man sålunda pekat på regeln om »action oblique» i Code civ. art. 1166 såsom ett exempel på att en kommittent kunde bliva förpliktad direkt gent emot tredje man. Stadgandet ifråga — vilket ansluter

[1] S. 32 f.

[2] S. 33: Intressenten blir befriad gent emot tredje man, »wenn er an den mittelbaren Stellvertreter, den berufenen Vermittler zwischen den beiden materiell beteiligten, leistet.»

[3] Se t. ex. MÜLLER-ERZBACH, Grundsätze s. 59 f och i GRÜNHUTS Z. s. 247 f; jmfr LASSEN, Alm. Del s. 204 not 111 och USSING, Aftaler s. 171 not 111.

till den i art. 1165 givna regeln, att avtal hava rättsverkan allenast mellan avtalsparterna och varken kunna skada eller, med undantag för verkliga tredjemansavtal, gagna tredje man — har följande lydelse: »Néamoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, a l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne». Den rätt att taga kommittenten i anspråk, som tredje man på grund av detta stadgande kan göra gällande, kan dock näppeligen åberopas till stöd för påståendet, att kommittenten är förpliktad i förhållande till tredje man. Denna rätt tillkommer tredje man vid sidan av kommissionärens övriga borgenärer; och när den utövas är det en kommissionärens fordran, som tredje man gör gällande.[1] Och vidare, än viktigare: om tredje man anställer dylik talan, så får han icke för egen räkning behålla utbytet av den fordran han indriver, utan detta tillfaller kommissionärens borgenärer i gemen: »Sans doute il [le tiers] peut atteindre celui-ci [le commettant] en exerçants les droits de son débiteur, par l'action oblique de l'art. 1166; mais cette action sera exercée par les syndics au nom de tous les créanciers du commissionnaire, ou, si elle avait été exercée par le tiers, son bénéfice devrait être versé dans la masse commune pour être partagée au marc le franc».[2] Denna begränsade innebörd av art. 1166 synes man allmänt förbise, då man åberopar den såsom ett exempel på kommissionärens rätt att taga kommittenten i anspråk.[3]

Såsom ett alldeles särskilt eklatant exempel på en rättsordning, som giver kommissionären en omedelbar fordringsrätt gent emot kommittenten, brukar man åberopa den engelska rättens regler om ställföreträdarskap.[4] Enligt dessa regler gäller nämligen, har man framhållit, att en huvudman, för vilkens räkning en mellanhand handlat i eget namn, kommer i omedelbart rätts-

[1] Detta framhåller ock NEUBECKER s. 59.

[2] Boistel nr 531 in fine; se ock Die Zivilgesetze der Gegenwart Bd 1 Frankreich, Mannheim, Berlin & Leipzig 1932, s. 361 f, särskilt Anm. IV.

[3] Jmfr dock LASSEN, Alm. Del s. 204 not 113, USSING, Aftaler s. 172 not 113.

[4] Den engelska rättens ifrågavarande regler åberopas såväl av SCHLOSSMANN I s. 362 f som av MÜLLER-ERZBACH, Grundsätze s. 31 not 2, 41 not 12 och 56 ff; jmfr ock LASSEN, Alm. Del s. 204 not 111 och likaså USSING, Aftaler s. 171 not 111. SCHLOSSMANN åberopar dem som ett bevis för sin tes om det oriktiga i att se det för kommissionären utmärkande i arten av det yttre uppträdandet. MÜLLER-ERZBACH åter ser i dem en ordning, som nästan i alla detaljer motsvarar den av honom utvecklade läran om det »medelbara ställföreträdarskapet», och pekar sålunda bland annat också på de regler, enligt vilka en agents handlande »i eget namn» gör principalen omedelbart förpliktad mot agentens medkontrahent.

förhållande till mellanhandens medkontrahent och blir gent emot denne icke blott berättigad utan, alternativt med mellanhanden, även förpliktad. Detta förhållande utgör, har man menat, det bästa exemplet på att en rättsordning, som utbildats utan tvånget av förutfattade åsikter och teoretiska konstruktioner, på grundvalen allenast av livets genom rättspraxis tillgodosedda faktiska behov, måste komma det bakom mellanhandens rättshandlande i eget namn dolda faktiska representationsförhållandet att slå igenom och skapa samma rättsverkningar som ett omedelbart ställföreträdande av huvudmannen.

Vid första påseende och om man tager del av den engelska rätten allenast i icke-engelska framställningar, kan densamma verkligen synas utgöra ett kraftigt stöd för den här kritiserade åsikten. Onekligt är nämligen att densamma erbjuder exempel på att ett handlande för annans räkning »i eget namn» medför omedelbara rättsverkningar för huvudmannen och bland dem även hans förpliktande gent emot tredje man. Med hänsyn härtill och då den engelska rätten på detta område i och för sig, tack vare eller kanske rättare i trots av sina egendomligheter, erbjuder stort intresse, skola vi här ägna densamma något större uppmärksamhet än vi eljest i regel kunna låta komma den utländska rätten till del.[1]

Den engelska rättens regler om ställföreträdare,[2] agents, skilja sig såsom nyss antytts i väsentliga hänseenden från den kontinentala rätten och enkannerligen från den av den tyska doktrinen under »gemeines Recht» utbildade moderna lära om ställföreträdarskap, vilken ligger till grund för de nyare kodifikationerna av civilrätten i Tyskland och Schweiz ävensom för den svenska och den övriga nordiska avtalsrätten. Den skillnad mellan egentligt ställföreträdarskap och »medelbart ställföreträdarskap», mellan handlande i annans namn och handlande i eget namn, som är av principiell betydelse för den moderna kontinentala och nordiska rätten,[3] saknar i engelsk rätt exakt

[1] Detta torde vara så mycket bättre motiverat, som någon verkligt klargörande icke-engelsk framställning av den engelska ställföreträdarskapsrätten, så vitt vi hava oss bekant, icke föreligger.

[2] Därom se fr. a. BOWSTEAD och WRIGHTS arbeten samt ANSON, s. 404 ff, POLLOCK, s. 107 ff och CURTI s. 27 ff, 121 ff.

[3] Grundläggande för denna äro fr. a. LABANDS avhandling i GOLDSCHMIDTS ZEITSCHRIFT Bd 10 s. 183 ff samt LENELS avhandling i IHERINGS JAHRBÜCHER Bd 36 s. 1 ff.

motsvarighet. Även i engelsk rätt känner man visserligen skillnaden mellan nämnda båda olika slag av handlande för annans räkning, d. v. s. skillnaden mellan ett handlande med tillkännagiven avsikt att binda en annan än sig själv och ett handlande för annans räkning utan tillkännagivande av sådan åsikt. Denna skillnad har emellertid i och för sig i engelsk rätt en helt annan och ringare betydelse än den har i kontinental och nordisk rätt. Detta kommer ock till synes redan i den allmänt brukade terminologien. Endast mera sällan finner man agenten betecknad såsom handlande »in the name of his principal» resp. »in his own name»;[1] man skiljer i stället mellan å ena sidan handlande »for a named principal», varmed ur här ifrågavarande synpunkt är att jämställa ett handlande »as agent for an unnamed principal», båda innefattande ett handlande »for a disclosed principal», d. v. s. med tillkännagivande av att en bakomstående huvudman skall bliva medkontrahentens motpart, och å andra sidan ett handlande »for an undisclosed principal», d. v. s. ett handlande utan tillkännagivande av någon bakomstående principals existens. Betydelsen av denna skillnad mellan agentens olika sätt att handla är huvudsakligen blott den, att han genom ett handlande av det sistnämnda slaget (for an undisclosed principal) ådrager sig själv personligt ansvar. Detta är emellertid en ansvarighet vid sidan av principalens. Om nämligen agentens medkontrahent uppdagar principalens existens kan han efter sitt val taga antingen agenten eller principalen i anspråk. Sedan tredje man i enlighet härmed en gång definitivt bestämt sig för att vända sig mot endera har han emellertid icke längre något anspråk på den andre; och icke heller kan han kräva principalen, därest han uppdagar dennes existens och vänder sig mot honom först sedan han redan fått dom på agenten eller sedan principalen i god tro betalat agenten.[2] De inskränkningar i principalens alternativa ansvarighet, som denne sålunda kan göra gällande, kunna emellertid icke fördölja, att han även i nu ifrågavarande fall är att betrakta som tredje mans motpart i det av agenten slutna avtalet. I enlighet härmed kan principalen också i detta fall själv göra rättigheterna ur detta avtal gällande mot tredje man.

---

[1] Se dock t. ex. BOWSTEAD s. 130, 244 etc., ANSON s. 404: ». . . where the agent contracts in his own name, without disclosing his principals existence».

[2] BOWSTEAD s. 279 ff, ANSON s. 429 ff.

Att ett handlande av en agent »in his own name, without disclosing his principals existence» har nu angivna innebörd betyder emellertid icke — såsom man dock allmänt och på ett för den engelska ställföreträdarskapsrättens förstående ytterst menligt sätt synes antaga[1] — att i denna rätt skulle saknas faktisk motsvarighet till ett sådant rättshandlande för annans räkning, som enligt kontinental och nordisk rätt är innebörden av ett handlande »i eget namn». En faktisk motsvarighet till ett »medelbart ställföreträdarskap» av sistnämnda slag föreligger i engelsk rätt, då en mellanhand handlar icke »as agent», »on behalf of his principal» utan »as principal party», »on his own account».[2] I enlighet härmed skiljer man mellan »employment to buy upon commission» och »employment to represent a buyer or seller»: »the one is commission agency, which is not agency in the strict sense of the word, the other is genuine agency».[3] Den som har uppdrag av det förra slaget, en »commission agent», är »employed not to establish privity of contract between his employer and other parties, but to buy or sell goods for him on the best possible

[1] Så t. ex. MÜLLER-ERZBACH, Grundsätze s. 31 not 2, 41 not 12, s. 56 ff (jmfr s. 30); SCHMIDT-RIMPLER s. 602: »unter die Kategorie der agency fällt mittelbare und unmittelbare Vertretung. So konnte hier das Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung nicht wohl zum Begriffsmerkmal eines besonderen Rechtsinstitutes werden. Vielmehr kennt das englische Recht als T y p u s auch im Handelsrecht nur den Gewerbetreibenden, der es übernimmt, schlechthin 'für' andere, sei es in eigenem, sei es in fremdem Namen, eben als agent für seinen principal, Geschäfte abzuschliessen.» Se ock s. a. a. s. 921 not 21, varest den engelska rättsutvecklingen förklaras med »dem Fehlen einer gedanklichen Scheidung von Vollmacht und Auftrag, deren Subtilität englischem Rechtsdenken widerstrebt»; samma mening uttalar PROCHOWNICH a. a. s. 701 och i anslutning till honom EBERSTEIN i SvJT 1918 s. 335 not 1; jmfr ock CURTI a. a. s. 27: »'Agent', Vertreter, im englischen Sinne schliesst in sich den Bewollmächtigten, Beauftragten, Mandatar, Vertreter, während der 'principal' Vollmachtgeber, Mandant, Vetretener sein kann.» Många flera uttalanden i samma riktning skulle kunna anföras. I själva verket ha vi ingenstädes påträffat ett erkännande av att kommissionsinstitutet har någon jämförbar rättslig motsvarighet i den engelska rätten. När från de nu anförda åsikterna avvikande uttalanden påträffas avser meningsskiljaktigheten regelmässigt allenast förklaringsgrunden till att den engelska rätten, såsom man antager, saknar detta institut. En sådan förklaringsgrund, avvikande från den nyss omtalade, är den, att agenten är, såsom anställd av principalen, avhängig av honom och underkastad honom; så ARUP, Studier i engelsk och tysk Handels-Historie, København 1907, se t. ex. s. 486—497; till ARUP ansluter sig NUSSBAUM, s. 2 f, som från denna sin utgångspunkt mycket riktigt gentemot SCHLOSSMANN och MÜLLER-ERZBACH framhåller det oberättigade däri, »die englische Rechtsprechung hier für die Dogmatik des deutschen Rechts heranzuziehen».

[2] Jmfr BOWSTEAD s. 130 (citatet återgivet nedan s. 123 not 1), som skiljer mellan en agents handlande »in his own name» och hans handlande »on his own behalf».

[3] ANSON s. 415.

terms, receiving a commission as the reward of his exertions».[1] Uppdrag av det senare slaget har åter exempelvis »the broker», vilken är att karakterisera som »an agent primarily to establish privity of contract between two parties».[2] Den uppgift en »commission agent» skall utföra kan i ekonomiskt hänseende vara av alldeles samma slag som den uppgift, vilken givits en »broker», exempelvis att köpa gods av visst slag, och båda dessa mellanhänder kunna utföra denna uppgift genom att sluta köpeavtal i sitt eget namn. Det rättsliga resultatet av deras handlande blir emellertid väsentligt olika, ty medan brokern, trots att han handlat i eget namn, ådrager principalen personlig ansvarighet för köpeskillingen enligt förut nämnda regler, kommer »the commission agent» att ensam få bära betalningsansvaret i förhållande till medkontrahenten.

Då skillnaden mellan en mellanhands handlande »as agent» och hans handlande »on his own account» enligt engelsk rätt har denna fundamentala betydelse, är det tydligen av vikt att framhäva de omständigheter, som avgöra huruvida ett handlande av ena eller andra slaget är för handen. Svaret på denna fråga ligger egentligen i det redan sagda. Av detta framgår sålunda till en början, att det som är avgörande för om en person handlat »as agent» icke är huruvida han utåt framträtt i sådan egenskap. Om så varit händelsen, skulle ett handlande »as agent» ganska nära motsvara ett handlande »i annans namn» enligt kontinental och nordisk uppfattning, d. v. s. med tillkännagiven avsikt att binda annan än sig själv; allenast den skillnaden skulle då varit för handen, att, i enlighet med förutnämnda regel i den engelska rätten, en agent kan uppträda såsom sådan utan att nämna huvudmannens namn och likväl icke ådraga sig själv personligt ansvar, i det han redan genom att uppträda i denna sin egenskap giver tillkänna, att hans principal skall bliva tredje mans motpart.[3] Att den avgörande omständigheten icke är att

[1] Anson s. 424. Jmfr Wright s. 189: »A commission agent ... is not a fiduciary agent, and the moneys he receives are his own».

[2] Anson s. 423.

[3] Att någon skall på detta sätt godtaga en för honom okänd person som sin motpart kan synas egendomligt. Förklaringsgrunden till att en dylik form av ställföreträdarskap utbildat sig i England ligger väl i de där förekommande många stora och ansedda mäklarfirmorna; förmodligen kommer väl en part att nöja sig med en »unnamed principal» allenast då avtalet slutits genom förmedling av en mäklarfirma, vars renommé synes kunden tillräckligt för att garantera honom att det ingångna avtalet skall komma att hållas av mäklarens principal. Regeln är för övrigt icke utan undantag; se Anson s. 428.

söka i ett dylikt handlande av mellanhanden finner man ju därav, att, såsom ock av det förut sagda framgår, principalen även i motsatt fall, d. v. s. när mellanhanden icke givit tillkänna sin egenskap av agent, kan bliva p a r t i det avtal denne sluter. ANSON anger grunden härtill i följande ord:[1] »If the agent acts on behalf of a principal whose existence he does not at the time disclose, the other contracting party, when he discovers *the true facts* (kurs. här), is entitled to elect whether he will treat principal or agent as the party with whom he dealt. The reason of this rule is plain. If A enters into a contract with X he is entitled at all events to the liability of the party whith whom he supposes himself to be contracting. If he subsequently discovers that X is *in fact the representative* (kurs. här) of M he is entitled to choose whether he will accept the actual state of things, and sue M as principal, or whether he will adhere to the supposed state of things upon which he entered into the contract, and continue to treat X as the principal party to it.» Huruvida någon är »in fact a representative», d. v. s. en »agent», beror på huruvida han har en »authority given by the principal to [him], enabling [him] to bind the former by acts done within the scope of that authority». Det avgörande är i enlighet härmed själva e x i s t e n s e n a v »t h e a g e n t ' s a u t h o r i t y». Då emellertid denna »authority» tillkommer agenten icke blott då han kan stödja densamma på en fullmaktsurkund eller eljest på något utåt framträdande legitimerande faktum utan redan därigenom, att den är »given to him», det må vara »by writing, words, or conduct», alltså bl. a. därmed, att han fått vad vi pläga kalla en »muntlig fullmakt», så innebär ju kravet på ett handlande »as agent» i själva verket icke något objektivt kännetecken på agentens handlande. Han må ha fördolt existensen av principalen och givit sig ut för att handla »on his own account», detta hindrar icke, att han faktiskt anses ha handlat »as agent», »on behalf of his principal». Så är det principiella kännetecknet på det verkliga ställföreträdarskapet[2] enligt engelsk rätt icke arten av mellan-

[1] ANSON s. 429.

[2] För det verkliga ställföreträdarskapets del, d. v. s. när mellanhanden faktiskt har behörighet att uppträda i huvudmannens namn och binda honom, utgör sålunda den engelska rätten ett belägg för SCHLOSSMANNS sats, att arten av det yttre uppträdandet är utan betydelse för frågan, vilka rättsverkningar som anknytas till mellanhandens handlande. Detta förhållande kan för visso utgöra en tankeställare vid diskussionen av fullmaktsinstitutet och grunden för detta; därtill

handens handlande[1] utan den blotta existensen av en särskild behörighet, en »authority to represent or act on behalf of another person», d. v. s. en behörighet att göra honom personligen ansvarig för en för hans räkning företagen rättshandling.[2]

Av vad slag denna »authority» skall vara, när det gäller ett försäljningsuppdrag, kan synas något oklart; är mellanhanden en s. k. »factor», d. v. s. »an agent to whom goods are consigned for the purpose of sale», eller är han över huvud »a mercantile

---

få vi kanske tillfälle återkomma i annat sammanhang. Det förfelade i SCHLOSSMANNS sats är emellertid det däri inneslutna påståendet, att arten av rättshandlandet över huvud vore utan rättslig betydelse, så att omedelbara rättsverkningar för huvudmannen, bland annat en rättsplikt för denne mot tredje man, kunde, trots att mellanhanden handlat i eget namn, uppkomma även oberoende av att denne saknat behörighet att binda huvudmannen. Ett sådant påstående är det SCHLOSSMANN i detta sammanhang framställer, då han gör gällande »dass nach verschiedenen Rechten (nach dem englischen, amerikanischen, schottischem Rechte) das Geschäft des Kommissionärs unmittelbare rechtliche Beziehungen zwischen dem Kommittenten und dem Dritten begründet». Att det är oriktigt framgår redan av det ovan sagda. Kommissionären är en person, som icke fått någon fullmakt av huvudmannen, d. v. s. som saknar behörighet att binda honom. Men en mellanhand, som saknar »authority to bind the principal», kan icke heller enligt engelsk rätt »unmittelbare rechtliche Beziehungen zwischen dem Kommittenten und dem Dritten begründe[n]»; se ytterligare nedan i texten.

[1] Helt har man naturligen icke kunnat frånkänna arten av rättshandlandet betydelse; för mellanhandens egen del är det ju, såsom av det föregående framgått, av största betydelse: endast om han har »expressly contracted as agent», låt vara för en »unnamed principal», kan han »drop out of the contract». Vad som härvid förutsättes är emellertid icke fullt klart. Å ena sidan säges det (ANSON s. 428) vara otillräckligt att till namnunderskriften foga t. ex. ordet »broker»; och i enlighet härmed göres gällande, att om någon handlar med en agent, som icke uppgiver principalens namn och som icke »by words» fritager sig från ansvar, kan han taga agenten i anspråk. Å andra sidan skall emellertid en motsatt regel läggas till grund, när vid fall av handlande för en icke blott »unnamed» utan »undisclosed principal» det gäller tredje mans rätt att göra invändningar grundade på hans personliga förhållande till agenten: dylik rätt frånkännes honom nämligen när han avtalat med »brokers, whom he knew to be in the habit of selling, sometimes as brokers for principals, and sometimes as principals on their own account» (ANSON s. 430); i detta fall antages agenten således ha handlat uteslutande å principalens vägnar, så snart tredje man hade anledning misstänka ett sådant förhållande.

[2] Denna grund för att principalen bindes, så snart hans agent uppträtt för hans räkning, synes emellertid i praxis icke alltid fasthållas fullt konsekvent, ty enligt flera prejudikat (se ANSON s. 430) bindes en »undisclosed principal» icke blott genom agentens handlande inom gränserna för hans verkliga behörighet, »actual authority», utan även därest denna överskridits men han dock hållit sig inom gränserna för »the authority usually conferred upon an agent of the character in question». Enligt dessa prejudikat skulle således grunden till principalens bundenhet vara den »ostensibel authority», som på grund av agentens ställning såsom sådan tillkomme honom. Detta åter strider ju mot själva utgångspunkten för deduktionen — att agenten handlat utan att antyda existensen av en bakomstående principal, d. v. s. utan att uppträda i egenskap av agent och sålunda även utan att framträda med någon »ostensibel authority». Ifrågavarande rättspraxis kritiseras ock av ANSON s. a. st.

agent having in the customary course of his business as such agent authority either to sell goods or to consign goods for the purpose of sale, or to buy goods or to raise money on the security of goods», så gäller enligt the Factors Act, 1889, att om agenten är »with the consent of the owner, in possession of goods or of the documents of title to goods», så kan han i förhållande till en tredje man i god tro disponera däröver på vad sätt som helst, som faller inom »the ordinary course of his business as a mercantile agent», även o b e r o e n d e a v att han saknar a u t h o r i t y; i andra fall av försäljningsuppdrag däremot måste väl fordras, att mellanhanden haft »authority» att ådraga principalen en säljares avtalsförpliktelser. Gäller det åter ett inköpsuppdrag, så förutsättes för mellanhandens handlande »as agent», att han har »authority to pledge his employer's credit to other parties». Saknar mellanhanden dylik »authority», så är han allenast en »commission agent», en person som »shall endeavour to procure certain goods and when procured sell them to [the employer], receiving not only the price at which the goods were purchased but a commission or reward for his exertions in procuring them».[1]

Sammanfatta vi nu resultatet av vår granskning av den engelska ställföreträdarskapsrätten, så kunna vi — och detta synes oss vara ett resultat av största intresse — fastställa oriktigheten av det i icke-engelska framställningar ständigt och jämt mötande påståendet, att distinktionen mellan uppdrag och fullmakt, mellan ett handlande för annans räkning utan behörighet att binda denne och ett sådant handlande med dylik behörighet, mellan ett handlande »i eget namn» och ett handlande »i annans namn» är främmande för den engelska rätten[2] och att denna rättsordning därför också saknar egentlig motsvarighet till kommissionsinstitutet.[3] Verkligheten är, a t t den engelska rättens regler om »agents» alla — med undantag blott i viss mån av stadgandena om »the factor», vilket undantag har sin särskilda

---

[1] ANSON s. 416.

[2] Se ovan s. 17 not 4.

[3] Så t. ex. SCHMIDT-RIMPLER s. 603: »Die für factor und broker sowie jeden anderen agent geltenden g e w o h n h e i t s r e c h t l i c h e n Normen finden in allen Fällen Anwendung, wenn jemand damit betraut ist, für eines anderen, sei es in dessen Namen oder nicht, zu handeln, so dass praktisch kein Sonderrecht für Kommissionsgeschäft besteht».

förklaring[1] — förutsätta, att agenten har en viss »a u t h o r i t y», d. v. s. en behörighet såsom fullmäktig, en fullmakt, a t t sålunda de för huvudmannen inträdande omedelbara rättsverkningar av en agents handlande i eget namn, vilka man vid framställandet av förutnämnda påstående har i sikte, a l l e n a s t inträda, d ä r e s t a g e n t e n f a k t i s k t h a r e n f u l l m a k t, som täcker dessa verkningar, och att därför slutligen i m o t s a t t fall rättsverkningarna av en mellanhands handlande i eget namn i c k e bliva de nyss antydda utan i princip desamma som enligt kontinental rätt, d. v. s. innefatta förpliktelser mot tredje man allenast för mellanhanden själv.

Faktiskt har därför också den engelska rätten verklig motsvarighet till den kontinentala rättens kommissionsinstitut.[2] En sådan utgör, såsom redan namnet antyder, the »commission

[1] Ang. dessa regler se nedan s. 84 not 2. De reglera ett fall av vad vi pläga kalla exstinktiva godtrosfång och avse sålunda att skydda den, som förvärvat gods från en factor i förlitande på hans »apparent ownership». I själva verket synas de, betraktade ur ställföreträdarskapssynpunkt, ganska väl kunna förlikas med den engelska rättens regler om »authority by conduct of the principal».

[2] Att detta ständigt och jämt förbises av icke-engelska förf. torde bero på — förutom svårigheten för icke-engelska jurister att tillägna sig den engelska rätten — den omständigheten, att uppmärksamheten kommit att inriktas på de i uttrycklig lag fastställda regler, som gälla den mellanhand, factorn, vilken i engelsk rätt närmast motsvarar den ena huvudtypen av kommissionärer i den kontinentala rättens mening, försäljningskommissionären, eller närmare bestämt en sådan försäljningskommissionär, som med kommittentens begivande fått kommissionsgodset i sin besittning. Beträffande denna typ av »agents» gäller nämligen dels enligt »common law and mercantile usage», att agenten har »authority to sell [goods] in his own name» (ANSON s. 421), d e l s o c k enligt the Factors act, 1889, sect. 2, att när agenten, »acting in the ordinary course of business of a mercantile agent», säljer till en godtroende, huvudmannen blir bunden av försäljningen, även om agenten saknade »authority» att företaga densamma: »any sale ... shall ... be as valid as if he were expressly authorised by the owner of the goods to make the same». Här har man alltså, vid sina försök att utforska den engelska rättens regler om kommissionärer, beträffande en typ av dylika mellanhänder funnit det uttryckligen uttalat, att han genom sitt handlande i eget namn binder huvudmannen oberoende av att han saknar »authority». Och då man så också funnit, att en »agent» i allmänhet genom att handla i eget namn binder huvudmannen ochådrager honom förpliktelser, har man utan vidare dragit slutsatsen, att enligt engelsk rätt en mellanhand, som handlar i eget namn, a l l t i d binder huvudmannen, så snart han hållit sig inom gränserna för sitt uppdrag. Därvid har man emellertid på ett ödesdigert sätt förbisett, d e l s att regeln om principalens förpliktande genom agentens handlande i eget namn har till förutsättning, att agenten har »authority to bind the principal», d. v. s. icke blott uppdrag att handla för hans räkning utan verklig fullmakt, om också allenast muntlig, att förplikta honom i förhållande till tredje man, d e l s o c k att nyssnämnda regel i the Factors act, 1889, framstår som ett undantag från denna grundsats, ett undantag avsett att fylla samma funktion som våra regler om exstinktiva godtrosfång. Beaktar man dessa omständigheter, kommer man ju i stället att finna den citerade regeln i the Factors act, 1889, ägnad att bekräfta riktigheten av den framställning vi givit av den engelska rätten om ställföreträdarskap.

agency». Till ytterligare bestyrkande av detta må anföras följande av ANSON[1] givna rättsliga karakteristik av detta institut: »Here we have a contract of sale[2] with a contract of employment added to it ... In such a case the seller procures and sells the goods not at the highest but at the lowest price at which they are obtainable: what he gains by the transaction is not a profit on the price of the goods but a payment by way of commission, which binds him to supply them according to the terms of the order or as cheaply as he can. — If a seller of goods warrants them to be of a certain quality he is liable to the buyer, on the non-fulfilment of the warranty, for the difference in value between the goods promised and those actually supplied. If a commission agent promises to procure goods of a certain quality and fails to do so, the measure of damages is the loss which his employer has actually sustained, not the profit which he might have made. A seller of goods with a warranty promises that they shall possess a certain quality. A commission agent only promises to do his best to obtain goods of such a quality for his employer. — And here the person employed has no authority to pledge his employers credit to other parties, but undertakes simply to obtain and supply the goods ordered on the best terms. Yet it would seem that he might not, without his employer's assent, supply the goods himself, even though they were the best obtainable and supplied at the lowest market price.[3] This is an implied term in his contract of employment.» Tilläggas må att ifrågavarande typ av medelbart ställföreträdarskap ingalunda heller är någon blott sällan förekommande. Den är framför allt den regelmässiga form, vari inköp för en »foreign principal» företagas;[4] beträffande uppdrag för en sådan huvudman uppställes nämligen i engelsk rätt en presumtion för att mellanhanden s a k n a r f u l l m a k t att binda

[1] S. 416.

[2] Intressant är i denna definition betonandet av det i kommissionsavtalet ingående momentet av försäljningsavtal. Av vår framställning i dess helhet torde framgå, att en sådan karakteristik av kommissionsavtalet, åtminstone så vitt handelskommissionen angår, enligt vår åsikt, med de modifikationer likvisst, vilka framgå av det nedan i texten följande, även är ett riktigt uttryck för vår rätts regler om detta avtal, trots att den därmed antydda synpunkten vid dessa reglers formulering onekligen vid flera tillfällen under lagens förberedande medvetet skjutits å sido (se t. ex. nedan s. 182 ff).

[3] Härmed kommer till uttryck, att det i detta avtal ingående »contract of sale» icke är ett vanligt köpeavtal utan får färg och innehåll av det därmed förknippade »contract of employment».

[4] Se ANSON s. a. st.

huvudmannen.[1] Även i den inom riket försiggående omsättningen finns emellertid utrymme för en »commission agency», såsom av det föregående framgår.

Med de nu angivna resultaten av vår exkurs på den engelska rättens område ha vi erhållit tillräckliga hållpunkter för ett bedömande av det ovan till granskning upptagna, på den engelska law of agency baserade argumentet för åsikten, att även en mellanhands rättshandlande i eget namn kan skapa omedelbara förpliktelser för huvudmannen gent emot tredje man. Av de redovisade resultaten framgår klart och tydligt, att sagda argument är grundat på ett förbiseende av att en mellanhands handlande i eget namn medför omedelbara rättsverkningar allenast när mellanhanden har — vad en kommissionär saknar — fullmakt (authority to bind the principal), a t t förty ett rättshandlande i eget namn u t a n »authority» i c k e medför de påstådda rättsverkningarna, a t t den engelska rätten i »the commission agent» har en mellanhand, vars rättshandlande är av sistnämnda slag, och a t t förty den engelska rätten i denna typ av mellanhänder har en fullständig motsvarighet till den kontinentala och nordiska rättens kommissionärer. Därmed torde ifrågavarande argument vara till fullo vederlagt. Och därmed torde också den åsikt, vars riktighet detta argument skulle bestyrka, kunna lämnas därhän.

Därmed är emellertid frågan om tredje mans rätt att taga kommittenten i anspråk ännu ingalunda uttömmande besvarad. Även om man förvägrar tredje man ett direkt mot kommittenten riktat anspråk, kan man med skäl ifrågasätta, om icke tredje man borde tillerkännas ett betalningsanspråk mot kommittenten i sådana fall, då denne ännu icke i förhållande till kommissionären likviderat dennes täckningskrav. Praktisk betydelse skulle en dylik regel hava fr. a. i sådana fall, då en inköpskommissionär, som på grund av iråkad konkurs icke kan fullgöra sin betalningsskyldighet i förhållande till tredje man, vid konkursens inträffande har utestående ett krav på täckning av kommittenten för den ifrågavarande affären; för dylikt fall skulle den ifrågasatta regeln innebära, att tredje man framför kommissionärens övriga borgenärer borde tillerkännas rätt att göra ifrågavarande täckningskrav för egen räkning gällande mot kommittenten.[2]

[1] Anson s. 425. Bowstead s. 283.

[2] Platou (s. 282 not 11) gör helt generellt gällande, att »hvor en Mand uden Mandat og uden Fuldmagt afslutter en Kontrakt i en Andens Navn, og det f. Ex.

I K m s l har emellertid den ifrågavarande grundsatsen icke vunnit erkännade. Uttryckligen stadgas nämligen i 56 § 2 st.: »Tredje man kan icke mot kommissionären eller hans borgenärer grunda någon rätt därå, att kommissionären av kommittenten har att fordra eller bekommit gods eller penningar till fullgörande av avtalet». Vilka skäl som motiverat denna lagstiftarens ståndpunkt är icke fullt klart. I de danska motiven[1] säges densamma vara en konsekvens av »den till Grund for Reglen i § 56, Iste Stykke liggende Betragtning», d. v. s. uppfattningen, att det icke finns någon »Grund til at give Tredjemand, som har taget Kommissionaeren som sin Skyldner, tillige en Ret mod Kommittenten». För så vitt kommissionärens handlande i eget namn verkligen hade till förutsättning, såsom de svenska motiven[2] uttala, att »kommissionären och tredje man varit eniga om att tredje man icke skall hava något att skaffa med den, för vars räkning kommissionären handlade», kunde en sådan slutsats som den nyss nämnda väl anses ofrånkomlig. Men en dylik innebörd kan knappast ett handlande i eget namn utan vidare anses äga. Klart framgår detta redan därav, att ett dylikt förhållande skulle komma i uppenbar strid med lagens egna regler, t. ex. regeln om kommittentens rätt att göra genom kommissionärens avtal grundade fordringar gällande mot tredje man.

Att det vid fastställandet av sagda stadgandes innehåll icke varit fråga om någon oeftergivlig konsekvens av att kommissionärsavtalet grundar ett obligatoriskt förhållande mellan tredje man

---

ved Kjøbekontrakten erhvervede Gods er modtaget af Sidstnævnte, saa hæfter denne efter Læren om versio in rem». I enlighet härmed hävdar P. beträffande kommission, att tredje man, därest han icke kan göra sin rätt gällande mot kommissionären, i stället kan taga kommittenten i anspråk i den mån denne blivit riktad. Såsom belägg för sin åsikt anför P. emellertid huvudsakligen, att ett förnekande av en dylik rätt för tredje man skulle föra till att om en kommissionär köper varor på kredit och överlämnar varorna till kommittenten utan att få betalt av denne samt sedan rymmer ur landet, kommittenten skulle bliva sittande med varorna utan förpliktelse att betala säljaren. Detta exempel är dock föga bevisande. I allmänhet lär det ju nämligen icke möta några större hinder för säljaren att trots gäldenärens rymning få både sin fordran fastslagen och utmätning därför verkställd, varvid eventuellt just gäldenärens fordran hos kommittenten kan utmätas. Bortsett från denna invändning mot P:s argumentation har emellertid hänvisningen till den romersk-rättsliga läran om »actio de in rem verso» sitt intresse såsom en erinran om att även i den mot ställföreträdarskapet så ogynnsamt stämda romerska rättsordningen hänsynen till tredje man åtminstone i det fallet ansågs icke kunna lämnas utan avseende, när »dominus» vid huvudprincipens tillämpning skulle bliva riktad på tredje mans bekostnad.

[1] S. 85.

[2] S. 166.

och kommissionären, icke mellan tredje man och kommittenten, framlyser ju också tydligt nog, trots nyssnämnda motivering, som en lagstiftarens egen åsikt i stadgandets formulering, då där säges, att tredje man icke mot kommissionären eller dennes borgenärer kan grunda någon rätt på där nämnda omständigheter. Därmed är ju tydligt medgivet, att beviljandet av ifrågavarande rätt för tredje man icke skulle utgöra något avsteg från regeln, att kommissionärsavtalet icke grundar något anspråk för tredje man mot kommittenten. Den förut antydda mera formella motiveringen för regeln i § 56 st. 2 har sålunda icke någon styrka.

Detsamma gäller emellertid även beträffande det materiella innehållet av den anförda argumentationen, d. v. s. påståendet, att det icke finns något skäl att giva tredje man, som enligt sitt avtals förutsättningar icke haft anledning att räkna med någon annan än kommissionären som gäldenär, något anspråk mot kommittenten. Detta sistnämnda påstående har fog för sig allenast så till vida, som någon rätt för tredje man mot kommittenten icke kan grundas endast på något den förres genom avtalet med kommissionären förvärvade rättsanspråk. Därmed är emellertid icke uteslutet, att likväl ett dylikt anspråk kunde med fullt fog tillerkännas tredje man. Det kan hända, att den reglering av kommissionsavtalets rättsverkningar i övrigt, som lagen genomför, låter ett dylikt rättsanspråk för tredje man framstå såsom en rationell och billig komplettering av den för kommissionsinstitutet i dess helhet genomförda ordningen.

Att en dylik rätt för tredje man bäst harmonierar med den svenska Kmsl:s allmänna regler i övrigt har Chydenius redan gjort gällande. »Varför», frågar han,[1] »skulle icke kommittenten, som, då han sålt genom kommissionär, omedelbart bliver fordringsägare gent emot tredje man, svara för priset, då han så köpt och blivit varans ägare samt betalningsskyldig gent emot kommissionären?»

Även om detta resonemang icke är alltigenom hållbart, synes det dock peka på en riktig synpunkt, då däri framhäves betydelsen för det här diskuterade spörsmålet av den ståndpunkt lagen intagit till frågan om äganderättens övergång till en inköpskommittent resp. fordringsrättens övergång till en försäljningskom-

[1] II s. 318.

mittent. Att utan vidare såsom CHYDENIUS lägga en analogi från de åsyftade lagreglerna till grund för avgörandet av vårt spörsmål är visserligen icke befogat. Begränsningar måste göras i två hänseenden: för det första kan en analogi icke komma i fråga beträffande andra fall än konkursfall; och för det andra saknar analogien över huvud tillämpning beträffande handelskommission. Såvitt emellertid sålunda återstående fall angår, d. v. s. när det är fråga om huruvida en tredje man i en civil kommissionärs konkurs bör äga separationsrätt beträffande sådana utestående fordringar, vilka äro avsedda att bereda kommissionären täckning av kommittenten, synes Kmsl:s regel i 56 § 2 st. knappast motiverad.

Den nämnda regeln innebär, att ehuru i visst fall äganderätten till inköpt gods, som vid kommissionärens konkurs finnes i dennes besittning, övergått till kommittenten och denne alltså kan separera godset i konkursen, så skall betalningen för detta av honom erläggas till konkursboet. Gods, som konstaterats icke tillhöra kommissionären och som därför separeras ur hans konkursbo, skall likväl betalas till honom, eller rättare — till konkursboet. Ehuru lagen eljest alltid vid fall av konkurs söker sörja för att konkursboet icke skall kunna tillägna sig viss egendom utan att prestera en därför avtalad ekvivalent,[1] tillägger den här boet rätt att indriva en fordran, som utgör betalning för viss egendom, vilken tredje man visserligen försålt till kommissionären men vilken denne det oaktat — enligt vad som står fast i och med att förvärvet från tredje man konstaterats vara ett förvärv för kommittentens räkning — icke kan göra något anspråk på för egen räkning och vilken han därför icke heller kan sägas hava presterat ur sin förmögenhet.[2]

Särskilt egendomligt synes detta, om man utgår från att regeln om kommittentens äganderättsförvärv innebär, att kommittenten förvärvar direkt från tredje man och att sålunda kommissionären aldrig varit ägare till godset ifråga.

Även om man emellertid, såsom vi finna naturligast,[3] utgår från att kommissionären genom det i hans eget namn avslutade

[1] Så t. ex. genom reglerna om säljarens stoppningsrätt.

[2] Samma synpunkt har redan EVALDSEN, s. 87 ff, upptagit och uttryckt genom satsen, att kommissionären »ikke kan have nogen almindelig Kreditorberettigelse over Kommittenten i Anledning af de ham paadragne Forpligtelser, men kun har Krav paa, at Kommittenten befrier ham for disse».

[3] Se nedan s. 137 ff.

avtalet med tredje man förvärvar äganderätten närmast för sig själv och att denna från honom omedelbart övergår till kommittenten, synes det föga motiverat att under alla omständigheter tillägga kommissionären eller hans konkursborgenärer en rätt att tillägna sig köpeskillingen för godset. Innebörden av sistnämnda uppfattning av frågan om kommittentens äganderättsförvärv är huvudsakligen, att kommittentens »omedelbara» äganderättsförvärv icke är av den absoluta natur, som rättsregeln i Kmsl § 53 st. 2 kan synas giva vid handen, utan dels i åtskilliga fall beroende av en efter kommissionärsavtalet följande särskild viljeyttring av kommissionären, dels även beroende av samma förutsättning med avseende å förvärvarens förmåga att fullgöra sina förpliktelser, vilken ligger till grund för reglerna om säljarens stoppningsrätt. Därmed är emellertid icke sagt att kommissionären i alla avseenden skall betraktas som kommittentens fångesman. Detta är långt ifrån fallet. Uppenbart är exempelvis, att meningen ingalunda är att tillägga kommissionären en säljares obligatoriska ansvar; ett sådant ansvar har han ju blott om han uttryckligen åtagit sig att stå »del credere». Någon nödvändighet att tillägga kommissonären en säljares obligatoriska rättigheter innebär det därför icke heller. Kommissionären bör visserligen kunna fordra, att kommittenten betalar köpeskillingen och att han betalar den till kommissionären;[1] men en särskild fråga synes det oaktat vara, vilken rätt till denna köpeskilling kommissionären kan påstå. Den omständigheten, att köpeskillingen utgör valuta för den äganderätt kommissionären förskaffat kommittenten och att denna äganderätt övergått till kommittenten via kommissionären synes icke i och för sig giva kommissionären något ovillkorligt krav på att för egen räkning få uppbära den ifrågavarande valutan. Man synes icke kunna bortse från att kommissionärens antagna äganderättsförvärv, så snart det står fast, att det varit ett förvärv för kommittentens räkning, dock aldrig kan giva kommissionären en sådan rätt till det förvärvade godset, att han kunde behålla det för egen räkning. Har kommissionären emellertid sålunda icke en sådan äganderätt till godset, att han kan inräkna detta i sin förmögenhet, kan man knappast heller på denna äganderätt grunda någon däremot

[1] Angående en åtminstone i visst avseende motsatt uppfattning hos EVALDSEN, s. 90 ff och DEUNTZER, s. 282, se närmare nedan s. 46 not 1.

svarande rätt till den köpeskillingsvaluta kommittenten har att prestera. Rätt till denna valuta har kommissionären i stället antingen därför, att han redan betalat tredje man priset för godset,[1] eller därför, att han ådragit sig en förpliktelse att betala detta. Hans fordran mot kommittenten är principiellt en fordran på betäckning, d. v. s. den innefattar för de fall, som här intressera oss, då tredje man icke redan erhållit betalning för godset, allenast ett anspråk på att bliva befriad från skulden till tredje man.[2] Men är detta anspråkets innehåll, så kan — om icke i visst fall särskilda omständigheter tillkomma, på grund av vilka detsamma modifieras[3] — med skäl ifrågasättas, huruvida kommissionären alls har någon rätt att för egen räkning uppbära köpeskillingen.[4] Så långt kan man väl dock till sist icke gå; en naturlig tolkning av kommissionsavtalet torde giva vid handen, att kommissionären normalt har en rätt att påfordra köpeskillingens erläggande till honom själv — icke sällan, ja, kanske i regel har han ju rent av en rätt att fordra förskottstäckning av kommittenten. I varje fall är en dylik rätt för kommissionären att fordra betalningens erläggande till honom själv otvivelaktigt för handen vid handelskommission.[5] Åtminstone den begränsningen av kommissionärens rätt måste emellertid följa av dess natur av täckningsfordran, att något anspråk att själv få uppbära beloppet icke kan tillkomma kommissionären, när det på grund av hans konstaterade insolvens är klart, att han icke själv är i stånd att gottgöra tredje man, och då följaktligen täckningsbeloppet, om kommissionären finge uppbära det för egen räkning, till kanske största delen skulle komma helt andra bland hans borgenärer än tredje man till godo. Några andra borgenärer än tredje man böra över huvud icke kunna göra anspråk på en kommissionärens täckningsfordran.[6]

[1] Kmsl § 30.

[2] Jmfr SCHMIDT-RIMPLER s. 816 ff, STAUB § 396 Anm. 12 och 20 samt fr. a. EVALDSEN s. 87 ff.

[3] Att sådana förekomma vid handelskommission se nedan s. 37 ff. Detta är något, som EVALDSEN, STAUB m. fl., vilka i den hittills diskuterade frågan hava den här hävdade uppfattningen, lämna helt obeaktat, med påföljd att de, trots sin riktiga utgångspunkt, för handelskommissionen, för vilken de huvudsakligen intressera sig, komma till ett enligt vår mening otillfredsställande resultat.

[4] Beträffande tysk rätt hävdar sålunda t. ex. SCHMIDT-RIMPLER s. a. st. liksom STAUB s. a. st., att i princip kommittenten efter sitt val kan betala till kommissionären eller tredje man men att kommissionären icke har något anspråk på betalning till sig själv.

[5] Jmfr SCHMIDT-RIMPLER s. 817.

[6] Så ock STAUB § 396 Anm. 20 samt EVALDSEN s. 87 ff, särskilt s. 92, 94. Annorlunda MÜLLER-ERZBACH Grundsätze s. 27 f, GRÜNHUT s. 332 f.

Är det nu sagda riktigt, så bör emellertid därav följa konsekvensen, att i dylika fall tredje man blir berättigad att utöva kommissionärens täckningsfordran gent emot kommittenten. Det vore ju icke rimligt att låta kommittentens ifrågavarande skuld bortfalla eller reduceras, därför att kommissionären icke alls eller endast delvis förmår gälda sin skuld till tredje man.[1] Rationellt är däremot att låta täckningsbeloppet komma det ändamål till godo, för vilket det är avsett. I kommissionärens konkurs bör därför hans täckningsfordran gent emot kommittenten separeras för tredje mans räkning.

Ett starkt stöd för den nu utvecklade uppfattningen erbjuder, såsom redan EVALDSEN[2] påpekat, en jämförelse med det fall, då en tredje man till en försäljningskommissionär i förskott erlagt köpeskillingen för vissa varor och denna köpeskilling sedan överförts till kommittenten men denne icke före kommissionärens konkurs hunnit leverera varorna. I dylikt fall synes det otvivelaktigt, att konkursboet icke kan göra någon rätt gällande till varorna, ty av Kmsl § 53 st. 1 följer, om också icke omedelbart så dock ex analogia, att äganderätten till varorna icke kan övergå på kommissionären eller hans konkursbo. Varorna förbli i kommittentens ägo till dess eventuellt tredje man förvärvat äganderätten till dem; kommissionären har ingen rätt till dem, för så vitt han icke inträder såsom köpare. Men kan konkursboet sålunda i detta fall icke tillgodogöra sig de varor det får i sin besittning och följaktligen icke heller tillgodogöra sig en fordran på erhållandet av varorna, så bör boet i det fall vi förut diskuterat icke heller kunna tillgodogöra sig den fordran på penningar, varom där är fråga. Principiellt skiljer sig det förra fallet icke från det senare, den enda skillnaden ligger däri, att gods är lättare att hålla avskilt än penningar, och att förty utsikterna för den principiella regelns faktiska realiserande i förstnämnda fall äro större än i de sist nämnda, varmed sammanhänger, att i de senare fallen den principiellt förhandenvarande plikten att hålla kommittentens tillhörigheter avskilda rent av kan bortfalla och på den grund ett undantag från den principiella regeln framstå som motiverat.[3]

[1] Jmfr nedan omtalade rättsfall i NJA 1878 s. 25.
[2] S. 92 in fine—94; jmfr DEUNTZER s. 282.
[3] Annorlunda på denna punkt EVALDSEN, s. 93, som icke fäster något avseende vid den handelskommissionärens regelmässigt tillkommande rätten att låta inflytande penningmedel gå in i hans egen kassa.

Något omedelbart uttryck har ju den här hävdade åskådningen icke fått i Kmsl. Emot densamma talar tvärtom regeln i Kmsl § 56 st. 2. Utanför denna lag har emellertid de här förfäktade synpunkterna i ett viktigt fall, det som regleras i FAL § 95, vunnit beaktande. I detta lagrum, som avser ansvarighetsförsäkringens rättsverkningar, regleras försäkringshavarens rätt på grund av en dylik försäkring, sedan ett försäkringsfall inträffat, och i samband därmed bestämmes även den skadelidandes rättsställning. Det är här för försäkringshavarens del fråga om ett anspråk, som utgör ett typiskt exempel på en täckningsfordran — försäkringshavaren, som ådragit sig en skadeståndsskuld, skall erhålla ett sådant fordringsanspråk gentemot försäkringsgivaren, att han icke behöver minska sin egen förmögenhet för att betala skadeståndet. I enlighet härmed stadgas ock i 1 st., att försäkringshavaren icke är berättigad att på grund av försäkringen uppbära ersättning i vidare mån än han gottgjort den, som lidit skada, eller denne lämnat sitt samtycke. Redan härav följer, att rätten till försäkringsersättning icke kan utgöra en tillgång i försäkringshavarens konkurs, förrän denne träffat uppgörelse med den skadeståndsberättigade. Kan varken försäkringshavaren eller hans övriga borgenärer utöva fordringsrätten, innan den skadeståndsberättigade fått sitt skadestånd, synes emellertid det enda rimliga vara att i försäkringshavarens konkurs låta den skadeståndskrävande tredje mannen få utöva fordringsrätten mot försäkringsgivaren. Denna slutsats har lagen ock uttryckligen dragit i 95 § 3 st., där det stadgas, att den skadeståndsberättigade, där ej konkursboet till honom utbetalar ersättningsbeloppet, äger rätt att få försäkringshavarens anspråk mot försäkringsgivaren på sig överlåtet. Här har lagen således för ett synnerligen praktiskt fall av täckningsfordran givit en uttrycklig regel av just det innehåll, som vi för dylika fall funnit principiellt motiverat. Kan man också icke utan vidare utsträcka den i detta lagrum givna regeln ex analogia,[1] så kan man dock

[1] Emot ett analogiserande med stöd av FAL § 95 st. 1 och 3 kan redan för försäkringsrättens del åberopas, att så vitt angår återförsäkringsgivarens ansvarighet en rakt motsatt regel vunnit erkännande i rättspraxis. I ett rättsfall, NJA 1878 s. 25, har sålunda fastslagits, att den omständigheten, att en försäkringsgivare som kommit i konkurs icke förmår till fullo betala en efter ett försäkringsfall till ersättning berättigad försäkringstagare, icke utgör något hinder för försäkringsgivaren, därest han återförsäkrat den från den ifrågavarande försäkringshavaren övertagna risken, att av återförsäkringsgivaren utkräva en ersättning

åtminstone av densamma hämta ett kraftigt stöd icke blott för påståendet, att den i Kmsl § 56 st. 2 uttryckta regeln icke kan göra anspråk på någon allmängiltighet[1] utan även för det sakligt berättigade i den ovan i strid däremot hävdade regeln.

Ett ur Kmsl själv hämtat kraftigt stöd för uppfattningen, att kommissionärens borgenärer icke böra kunna tillgodogöra sig nu ifrågavarande täckningsfordringar, har man till sist onekligen i den omständigheten, att någon motsvarande rätt för borgenärerna att tillgodogöra sig en kommissionärs utestående fordringar å tredje man för gods, som han för kommittentens räkning försålt,

motsvarande hela den på denne enligt återförsäkringsavtalet belöpande andelen av den genom försäkringsfallet grundade ersättningsskyldigheten gent emot den primäre försäkringshavaren. I detta fall var visserligen icke fråga, huruvida den primäre försäkringshavaren kunde taga återförsäkringsgivaren i anspråk, men genom domsmotiveringen måste väl denna fråga anses nekande besvarad, då den i rättsfallet fastställda rätten för försäkringsgivarens konkursbo att av återförsäkringsgivaren fordra ersättning, motsvarande hela hans andel oavkortad, grundas på det skälet, att varken ifrågakommande lag eller återförsäkringsavtal föranledde därtill, att försäkringsgivarens rätt att fordra utbekommandet av ersättningen från återförsäkringsgivaren skulle vara beroende av huruvida försäkringsgivaren kunde visa, att han till sin försäkringstagare guldit den ersättning, varom vore fråga. Å andra sidan kan emellertid något skäl emot den ovan utvecklade uppfattningen angående behandlingen av egentliga täckningsanspråk i den täckningsberättigades konkurs icke härledas ur ifrågavarande rättsfall. Att en återförsäkrad försäkringsgivares konkursbo och icke den primäre försäkringshavaren tillägges rätten att uppbära ett återförsäkringsbelopp synes hava sin särskilda motivering i det syfte återförsäkringen skall fylla. Man synes icke kunna bortse från att denna försäkring utgör ett led i en annan försäkringsrörelse och framför allt skall bidraga till att giva denna rörelse nödig stabilitet. Då försäkringsrörelsen bygger på försäkringshavarnas ekonomiska solidaritet i fråga om inträffande skador, bör den konsekvent också bygga på dylik solidaritet i fråga om inflytande inkomster och icke minst i fråga om sådana inkomster, återförsäkringsersättningar, som inflyta på grund av åtgärder, vilka varit nödvändiga för att giva försäkringsrörelsen en fullt försäkringsmässig grund. En lämpligt avvägd återförsäkring är jämte en rättvis premiedebitering de medel försäkringsgivaren i samtliga försäkringshavares intresse måste anlita för att rörelsen skall göra skäl för namnet försäkring; återförsäkringsbeloppen böra därför på samma sätt som premiebeloppen komma samtliga försäkringshavare till godo; jmfr de i ovannämnda rättsfall av dissidenten i rådhusrätten angivna skälen för att försäkringsgivarens konkursbo borde tilläggas rätten att uppbära hela återförsäkringsersättningen: »... samt i överensstämmelse härmed återförsäkringarna borde anses hava haft till ändamål icke blott att underlätta bolaget Neptunus' fullgörande av dess betalningsskyldighet, för så vitt de försäkrade föremålen lede skada eller ginge förlorade, utan även att i allmänhet stärka bolagets betalningsförmåga och skydda bolagsdelägarne mot förlust ...».

[1] Sant är visserligen, att FAL § 95 ger tredje man en särskilt stark ställning, i det försäkringsgivaren genom stadgandet i 2 st. göres ansvarig i förhållande till tredje man för att någon utbetalning av ersättningsbeloppet till försäkringshavaren icke äger rum, förrän denne gjort upp med tredje man. Det oaktat fasthåller emellertid lagen vid den huvudsynpunkten, att den, som tagit ansvarighetsförsäkringen, den ansvarige, är försäkringshavare, d. v. s. berättigad till försäkringsersättningen, medan åter den skadelidande principiellt icke kan göra någon rätt gällande mot försäkringsgivaren; se motiven till lagen s. 191 f.

i c k e är för handen. Att det skulle finnas någon generell skillnad mellan å ena sidan tredje mans krav på köpeskillingen för gods, som en kommittent genom en kommissionär förvärvat från honom och å andra sidan en kommittents krav på köpeskillingen för gods, som han genom samma kommissionär försålt till en tredje man, en skillnad på grund varav köpeskillingen för godset i det förra fallet men icke i det senare borde komma kommissionärens konkursborgenärer till godo, är icke möjligt att inse.

Att en sådan skillnad är för handen, varigenom den svenska lagens regel sålunda kunde sakligt motiveras, har emellertid LAMM[1] gjort gällande. Emot CHYDENIUS framhåller han nämligen, att mellan de båda fallen skulle bestå »den avgörande skillnaden, att den som säljer till en inköpskommissionär, ju redan på grund av sitt avtal med denne upphör att vidare vara den, som godsets värdeväxlingar går ut över, medan försäljningskommittenten bär risken för och åtnjuter vinsten av dessa ända till dess kommissionären säljer godset till tredje mannen». Innebörden härav är väl den,[2] att tredje man redan genom avtalet med kommissionären utskiljer godset ur sin förmögenhet, medan detta för kommittentens del inträffar först genom försäljningen till tredje man, och att på grund härav i förra fallet tredje man icke räknar med annat än köpeskillingsfordran å kommissionären, medan åter i senare fallet kommittenten räknar med en dylik fordran å tredje man.

Att emellertid detta resonemang icke är bärkraftigt visar sig särskilt om man närmare analyserar detsamma med hänsyn till fall av handelskommission. Ty faktiskt är det väl så, att kommittenten i dylika fall knappast räknar med annat än en fordran å sin kommissionär, låt vara en redovisningsfordran. Redan den omständigheten, att risken för kvittning mellan tredje man och kommissionären i dylika fall är särskilt påtaglig, verkar i denna riktning. Än mer är så fallet på grund av kommissionärens indrivningsbefogenhet i dylika fall. Härtill kommer slutligen den omständigheten, att kommissionären kan vara berättigad till

[1] SvJT 1920 s. 84.

[2] Skulle meningen till äventyrs vara att, såsom ordalagen visserligen närmast antyda, låta den omständigheten i och för sig, huruvida den ene eller den andre bär den ekonomiska risken av försäljningen, få p o s i t i v betydelse för frågan, vem den ifrågavarande köpeskillingsfordran tillkommer, så är att anmärka, att i det nu debatterade fallet v a r k e n säljaren e l l e r kommissionären står dylik risk, varför synpunkten så fattad icke är möjlig att tillämpa.

självinträde, varigenom ju kommissionsförhållandet även rent formellt förvandlas till en affär uteslutande mellan kommittent och kommissionär, säljare och köpare. Såväl juridiskt som ekonomiskt har kommittenten på grund härav i dylika fall knappast större anledning än tredje man i förutnämnda fall att räkna med någon annan fordran än sin fordran å kommissionären; och särskilt försvinner varje skillnad, om man tager hänsyn till att tredje man, som säljer till en inköpskommissionär, ju mycket väl kan vara underkunnig om dennes egenskap av kommissionär och att på grund härav köpeskillingen i sista hand skall erläggas av köparens kommittent. Har lagen nu detta oaktat garderat kommittenten i de praktiskt betydelsefullaste fallen, kommissionärens konkurs, så finnes så till vida, d. v. s. ur den synpunkt LAMM antytt, icke mindre anledning att gardera också tredje man i motsvarande fall.

Är med det nu sagda LAMMS ovan relaterade argument vederlagt, så är därmed naturligen dock å andra sidan intet positivt skäl anfört för ett bejakande av frågan om tredje mans rätt att tillgodogöra sig kommissionärens fordran å kommittenten. Att söka grunden för avgörandet av denna fråga i arten och kvaliteten av tredje mans rätt lär över huvud icke vara möjligt. Vad det gäller är i stället, såsom redan förut betonats, att söka så gestalta rättsverkningarna, att de komma att motsvara det med kommissionen åsyftade resultatet, d. v. s. att finna en ordning, som, utan lederande av några berättigade intressen, med hänsyn till hela kommissionsförhållandets karaktär ter sig billig och rationell.

Ur denna synpunkt framträder ovan berörda hänsyn till ifrågavarande fordrans karaktär av täckningsfordran såsom i första hand principiellt avgörande. Ur samma synpunkt synes man emellertid hava skäl att vid frågans slutliga besvarande göra en bestämd åtskillnad mellan handelskommission och civil kommission. Man synes nämligen hava anledning fästa sig vid det ovan[1] antydda förhållandet, att det vid handelskommission, där kommissionären regelmässigt utför en mängd olika uppdrag åt olika kunder, i regel måste bliva en mycket vansklig sak att avgöra, huruvida en viss fordran verkligen härrör från en leverans av viss tredje mans gods; gods av samma slag kan för flera olika

[1] S. 10 f.

kommittenters räkning ha förvärvats från flera olika tredje män, och dessutom kan kommissionären ha förvärvat dylikt gods även för egen räkning. I själva verket torde vid handelskommission icke sällan sådant handelsbruk eller sådana omständigheter i övrigt föreligga, att lagens regel i 10 § 1 st., att kommissionsgods skall hållas avskilt från annat gods, försättes ur tillämpning. Såväl till tredje man som till kommittenten kommer kommissionären med andra ord icke sällan att leverera ur ett lager, bestående av sammanblandat gods.[1] Sambandet mellan visst gods och viss fordran upplöses sålunda genom de faktiska omständigheterna i högre eller lägre grad. Härmed sammanhänger det betydelsefulla förhållandet, att all valuta för i kommissionsrörelsen uppkommande fordringar, såväl köpeskillingsfordringar å tredje man som täckningsfordringar å kommittenter, inflyter i handelskommissionärens kassa utan att kommissionären har någon skyldighet att hålla sådan valuta avskild för de personers räkning, som därav skola erhålla sin gottgörelse. Någon regel härom innehåller Kmsl visserligen icke. I rättspraxis[2] har emeller-

[1] Vad särskilt värdepappershandeln angår, är det, såsom KÔERSNER s. 11 påpekar, mycket vanligt, att mäklarna bryta mot skyldigheten att hålla kommissionsgods avskilt: »Anledningarna härtill kunna vara fullt lojala. Sålunda kan det hända, att växling av papper sker, eller att en kommissionär finner det vara olämpligt att släppa ut ett papper, varå kommittentens namn finnes, enär det skulle störa kursen, om det komme till kännedom, att en viss person sålde, och att därför utbyte av papper sker. Eller det kan hända, att en kommissionär av rent praktiska skäl, t. ex. därför att en tidigare kommittents papper finnas i hans kassafack, medan han för tillfället har tillgängliga en senare kommittents, använder dessa och därmed fullgör ett visst uppdrag, som avser den förre kommittenten». Jmfr ock följande passus i en i NR 1920 s. 734 ff refererad dom: »Forsaavidt det fra dennes [svarandens] side er fremholdt, at det av appellantens aktieprotokol fremgaar, at 3 av de aktiebrever, der er anført som solgt til appellanten, var indkjøpt til en lavere kurs end 395 pct., finder man efter det foreliggende at man maatte gaa ud fra, at det forholder sig som av appellanten anført, at disse aktiebrever var indkjøpt for en anden kunde, og at der alene er foretat en betydningsløs ombytning av aktiebrevene».

[2] Angående rättspraxis se NJA 1907 s. 251, varav framgår, att handelskommissionär i förhållande till sin kommittent i c k e ansetts pliktig att hålla inflytande betalning för i kommission försålda varor avskild från egna medel; likaså NJA 1927 not. B nr 638; jmfr NJA 1928 s. 497. Vidare må anföras NJA 1911 s. 498 och 1912 s. 332, i vilka fall samma resultat fastslagits beträffande auktionsförrättare som stått del credere. Till motsatt resultat har HD kommit i två andra rättsfall, NJA 1915 s. 203 och 1916 s. 318. Dessa rättsfall motsäga dock icke de förra. I det förstnämnda gällde det ett kommissionsavtal, enligt vilket kommissionären u t t r y c k l i g e n f ö r p l i k t a t s i g att hålla influtna försäljningsmedel avskilda från egna kassor. Och i det andra ansågs t o l k n i n g e n av kommissionsavtalets bestämmelser angående redovisningsskyldigheten giva vid handen, att kommissionären varit pliktig att hålla för kommittentens räkning inflytande medel avskilda från sina egna; jmfr NJA 1935 s. 230. — Jfr ock LASSEN, Lærebog i Obligationsrettens specielle Del Udg. 4 s. 424 och KÔERSNER s. 12.

tid mycket tydligt kommit till synes, att domstolarna anse en handelskommissionär icke hava skyldighet att hålla valuta, som influtit för försålt kommissionsgods, avskild från sin egen förmögenhet, för så vitt icke omständigheterna i det särskilda fallet, exempelvis i kommissionsavtalet intagna bestämmelser om sättet för kommissionärens redovisning, giver motsatsen vid handen. Gäller det sålunda om dylik valuta, att handelskommissionären äger sammanblanda den med sin egen kassa, måste detsamma med ännu större skäl gälla om sådan täckningsvaluta, som han mottager från kommittenten.

Det sist sagda visar sin betydelse även då i ett särskilt fall någon tvekan om det faktiska sambandet emellan visst köp och viss täckningsfordran icke kan råda, såsom t. ex. om köpeuppdraget avsett visst bestämt gods. Det innebär ju, att kommissionären har frihet att begagna de medel, som på grund av uppdragets utförande inflyta från den ifrågavarande kommittenten, till att gälda vilken annan fordran som helst.[1] Komma nu de medel, som inflyta ur en täckningsfordran på grund av visst uppdrags utförande, till användning för betalning av någon annan fordran än den köpeskillingsfordran, som sammanhänger med det ifrågavarande uppdragets utförande, blir tydligen den ifrågavarande säljaren rent faktiskt hänvisad att hålla sig uteslutande till kommissionärens egen förmögenhet och kan naturligen intet invända häremot. Gäller detta innan kommissionären kommit i konkurs, så bör detsamma gälla även i konkursen. Det faktiska samband, som kan visas bestå mellan en viss täckningsfordran och inköp av visst gods, motsvaras icke av något rättsligt samband. Kommissionärens fordran mot kommittenten kommer på grund härav att förlora sin natur av verklig betäckningsfordran. Har kommissionären före konkursen kunnat fritt förfoga över all inflytande täckningsvaluta, så finns intet skäl, varför icke dylik valuta även i konkursen skulle kunna på motsvarande sätt fritt disponeras till förnöjande av hans borgenärer.[2] Att i det

[1] Häremot strider naturligen icke att, såsom GRÜNHUT s. 341 not 21 framhåller, en kommissionär, som har fordringar å en och samma kontrahent både för egen räkning och för en kommittent eller för flera kommittenters räkning, måste vid varje betalning i sina böcker anmärka, för vems räkning betalning skett; därom se vidare nedan s. 216 ff.

[2] Mot denna argumentation vill man kanske invända, att den är tillämplig även å det fall, då det gäller försäljningskommissionärs utestående köpeskillingsfordran å tredje man, i vilket fall lagen dock uttryckligen (i Kmsl § 57 st. 2) erkänt

särskilda fallet såsom oreglerade utestå dels en kommissionärens skuld för inköp av visst gods, dels en häremot svarande fordran å täckning av kommittenten, framstår i konkursen såsom något helt tillfälligt. Det kunde lika gärna ha förhållit sig både så, att säljaren ifråga redan fått betalt av helt andra medel, t. ex. ur de medel, som influtit ur en täckningsfordran å en annan kommittent, och så, att förstnämnda täckningsfordran influtit och det influtna använts till likviderande av en annan säljares fordran.

Det visar sig sålunda, att de vid handelskommission regelmässigt förhandenvarande förhållandena, som i högre eller lägre grad låta kommissionsuppdragens utförande åt båda sidorna, tredje mans såväl som kommittentens, framstå såsom kommissionärens egna affärer, förorsaka en upplösning av det materiella sambandet mellan de av kommissionären ådragna skulderna och de därmed sammanhängande täckningsfordringarna. Signifikativ för denna handelskommissionens karaktär är särskilt det förhållandet, att kommissionären icke sällan äger rätt till självinträde;[1] i den mån en dylik rätt begagnas, förvandlas ju kommissionsförhållandet praktiskt taget helt till ett vanligt affärsförhållande mellan kommissionär och kommittent.

Annorlunda förhåller det sig vid civil kommission. Om en person i eget namn efter annans uppdrag inköpt visst gods men ännu icke erhållit täckning från kommittenten, finnes i allmänhet icke någon svårighet att fastslå det faktiska sambandet mellan det på grund av uppdraget verkställda köpet och den utestående täckningsfordran. Och då i dylikt fall kommissionsuppdraget regelmässigt framstår som en enstaka händelse i kommissionärens verksamhet, finnes heller icke någonting, som är ägnat att upplösa nämnda samband. Den fordran på täckning kommissionären har å kommittenten bevarar denna sin karaktär av betäckningskrav, ty det förefinnes icke någon motsvarighet till handelskom-

kommittentens separationsrätt. Häremot må dock erinras, att en väsentlig skillnad mellan dessa fall och de ovan diskuterade är för handen, så snart kommissionären i förhållande till kommittenten är skyldig att omedelbart eller inom mycket kort frist r e d o v i s a inkasserade medel; i dylika fall erkänner lagen för övrigt icke heller någon rätt för kommissionären att sammanblanda inkasserade medel med sin egen förmögenhet. I andra fall åter synes berörda invändning svårare att avvisa; men det lär väl till sist bero på att regeln i Kmsl § 57 st. 2 i dessa fall faktiskt är mindre väl grundad.

[1] Angående det i värdepappershandeln vanliga förhållandet, att kommissionären självinträder, se KÔERSNER s. 26 in fine. Jmfr ock HGB § 400.

missionärens affärsrörelse, som kunde komma densamma att förlora denna sin karaktär. Om en civil kommissionär av sin kommittent erhåller medel i förskott för uppdragets fullgörande, är han i motsats till handelskommissionären skyldig att hålla dessa medel avskilda från sina egna. Någon materiell rätt att tillgodogöra sig dem har han ju icke, innan han fullgjort sitt uppdrag, och någon grund för en sådan kvasimateriell rätt som den handelskommissionären tillkommande, d. v. s. en rätt att låta dem inflyta i sin kassa, kan han icke åberopa. Särskilt klart framstår detta i sådana fall, då pengarna lämnats till honom för att han över huvud skulle bli i stånd att utföra sitt uppdrag. Men även i övrigt bör detsamma gälla.

Ett bestämt stöd härför lämna domstolarnas avgöranden i flera sådana mål, i vilka det gällt ansvar för förskingring eller trolöshet mot huvudman på grund av försäljningskommissionärs oförmåga att redovisa mottagna likvider. Avgörande för ansvarsfrågan har varit, huruvida kommissionären ansetts hava haft skyldighet att hålla de mottagna medlen avskilda för kommittenten. I ett dylikt fall,[1] då denna fråga besvarades nekande, anfördes såsom domskäl, att kommissionären »jämväl drivit annan handel». I ett annat fall,[2] då ansvarsfrågan likaså besvarades nekande, anfördes såsom skäl härför uttryckligen, att kommissionären, vilken icke var köpman, åtagit sig personligt ansvar för tredje mans betalningsskyldighet. Förstnämnda domskäl synes innefatta en direkt hänvisning till kommissionärens egenskap av h a n d e l s kommissionär.[3] Härmed har i det andra fallet jämställts kommissionärens åtagande av del credere-ansvar,[4] vari

[1] NJA 1907 s. 251; likaså NJA 1927 not B. nr 638; jmfr NJA 1928 s. 497.

[2] NJA 1912 s. 332; jmfr ock NJA 1911 s. 498, där situationen var alldeles likartad med läget i förstnämnda rättsfall.

[3] Jmfr HEIMER, Om förskingringsbrottet, Lund 1926, s. 205, vilken i det åberopade rättsfallet ser ett uttryck för den uppfattningen, att »handelsrörelsens storlek kan vara ett tolkningsdatum för frågan, om inkulpaten haft plikt att hålla penningarna avskilda från andra medel». Denna tolkning av rättsfallet är väl riktig så till vida, som omfattningen av kommissionärens rörelse enligt 1855 års KF ang. handelsböcker och handelsräkningar ansågs vara av betydelse för frågan om yrkesmässig och på den grund bokföringspliktig rörelse förelåg (se rättsfall i NJA 1888 s. 27) och därmed var avgörande för frågan om kommissionärens egenskap av köpman. Alldeles oberoende av huruvida kommissionären alls drivit någon handelsrörelse vid sidan om sin verksamhet såsom kommissionär, skulle väl emellertid domstolen kommit till samma resultat, därest d e n n a verksamhet i och för sig varit av yrkesmässig art.

[4] Måhända är denna tolkning av rättsfallet något för snäv; se närmare nästa not.

man tydligen velat se ett rättsfaktum, varigenom rättsförhållandet mellan kommittent och kommissionär kommit att grundas på en den förres tillit till den senare av samma slag som den, vilken utgör grunden för vanliga kreditförhållanden.[1] Även om man måste vara försiktig, då man drager en slutsats e contrario ur en domsmotivering, synas dock i båda dessa fall tillräckliga skäl för en sådan slutsats vara för handen; man synes sålunda ha anledning att antaga, att en civil försäljningskommissionär i regel är skyldig hålla influtna medel avskilda från sin egen förmögenhet. Saknar sålunda den civile försäljningskommissionären rätt att sammanblanda kommittentens medel med sina egna, bör väl emellertid en motsvarande regel gälla beträffande den civile inköpskommissionären. Har han icke rätt att för egen räkning behålla av kommittenten tillhandahållna medel eller kan han med andra ord icke påstå någon självständig grund, som motiverar hans eget förvärv av medlen ifråga, så kan han över huvud taget icke göra gällande någon rätt att låta dem smälta in i hans förmögenhet. Gäller detta beträffande medel, som kommissionären uppburit av kommittenten i förskott, bör det emellertid även gälla såväl i efterskott erlagda medel som fordran på betäckning. Är det klart, att äganderätten till de medel kommittenten har presterat eller kommer att prestera enligt parternas avsikt, såsom ovan gjorts gällande, skall tillfalla tredje man, så har kommissionären att genom medlens avskiljande sörja för att denna avsikt verkligen blir realiserad, ty allt som han icke äger behålla själv, måste han hålla avskilt.

Vad som sålunda måste antagas gälla om den civile inköpskommissionären själv, det måste också bliva bestämmande för hans borgenärers rättsställning. Bättre rätt än gäldenären kunna borgenärerna icke äga. Har kommissionären, när han gör konkurs, en täckningsfordran mot kommittenten, bör denna icke

[1] Denna uppfattning av del credere-ansvarets betydelse synes visserligen med skäl kunna ifrågasättas; jmfr beträffande dess betydelse för kommittentens indrivningsrätt sv. mot. s. 169 och nedan s. 221 f. Att kommissionären åtager sig dylikt ansvar synes i varje fall icke utan vidare böra tilläggas den betydelse, att kommittenten i gengäld givit efter på sin berättigade fordran, att de pengar, som verkligen inflyta, hållas avskilda för hans räkning. Omständigheterna i det särskilda fallet kunna emellertid motivera en dylik tolkning av del credere-åtagandet. En dylik särskild omständighet kan man i det citerade rättsfallet (NJA 1912 s. 332) onekligen med fog se i det förhållandet, att kommissionärens redovisning för de medel, som influtit vid den i målet ifrågavarande auktionen, icke skulle fullgöras förrän ett år efter auktionen.

ingå i konkursboet; i stället bör tredje man, såsom ovan anförts, tilläggas rätten att göra denna fordran gällande. Och har täckningsvalutan redan influtit till kommissionären men av honom hållits avskild på sådant sätt, att den verkligen kan identifieras, bör tredje man äga separera denna valuta ur konkursboet.

Den uppfattning, som nu utvecklats, har sin grund i principiella överväganden. I den mån positiva lagbud stå i strid mot densamma, måste den naturligen vika. Såsom ett dylikt lagbud kan onekligen Kmsl § 56 st. 2 synas framträda, då däri uttryckligen förklaras, att tredje man icke mot kommissionären eller hans borgenärer kan grunda någon rätt därå, att kommissionären av kommittenten har att fordra eller bekommit gods eller penningar till fullgörande av avtalet. Även inom det område denna rättsregel omspänner torde dock finnas utrymme för tillämpningen av den här hävdade regeln, i den mån nämligen kommissionären genom sin överenskommelse med kommittenten kan anses i förhållande till denne förpliktad att allenast för tredje mans förnöjande använda honom (kommissionären) tillsända medel eller medel, som han har att fordra.[1] Frågan är under vilka förhållanden en dylik förpliktelse för kommissionären kan anses föreligga. Att detta i regel icke kan vara fallet vid handelskommission, ha vi ovan sökt visa. Beträffande civila kommissionsförhållanden åter torde, om vad vi anfört angående sådana förhållanden är riktigt, en förpliktelse av berörda innebörd, trots ordalagen i Kmsl § 56 st. 2, in dubio böra antagas vara för handen. Berörda stadgande säger dock till sist icke något annat, än att den omständigheten i och för sig, att en täckningsfordran resp. täckningsvaluta föreligger, icke grundar någon rätt därtill för kommissionären.[2]

[1] Beträffande tolkningen av detta lagbud och motsvarande lagbud i den danska lagen må anmärkas, att man i Danmark synes mera benägen än i Sverige att giva utrymme åt den här såsom rationell hävdade ordningen. I de danska motiven till § 56 (s. 85) framhålles nämligen, att med ifrågavarande stadgande icke avses att förneka, att avtal mellan kommittenten och kommissionären om en bestämd användning av tillsända pengar eller varor äro bindande enligt allmänna regler och följaktligen också kunna komma tredje man till godo; vad som kan komma kommissionärens borgenärer till godo är enligt samma uttalande i motiven allenast »saadan Dækning, som Kommissionæren har fri Raadighed over». Hur långt detta medgivande sträcker sig beror ju på vad för »avtal» mellan kommissionär och kommittent man förutsätter, för att den förre skall förlora sin fria rådighet över en honom tillkommande täckningsfordran.

[2] Enligt LASSEN, Alm. Del s. 204 och USSING, Aftaler, s. 172 åter är numer på grund av Kmsl § 56 st. 2 allt tal om att tredje man skulle kunna fordra överlåtelse till

Kan man med hänsyn till Kmsl § 56 st. 2 hysa någon tvekan om i vad mån den här hävdade principiella regeln kan vinna tillämpning i kommissionsförhållanden, synes i varje fall någon tvekan om dess tillämplighet å likartade förhållanden utanför Kmsl:s tillämpningsområde icke böra vara för handen. Där icke regeln i Kmsl § 56 st. 2 står direkt hindrande i vägen, bör den ovan såsom principiellt riktigare hävdade regeln obetingat givas företräde framför en analogi från nämnda stadgande.[1] Såsom ett praktiskt fall kan nämnas det, då en person såsom mellanhand för en annans räkning men i eget namn ingår ett försträckningsavtal och tillför huvudmannen den såsom försträckning mottagna valutan, under det att denne förbundit sig att framdeles tillhandahålla mellanhanden medel för den ådragna skuldens förräntning och amortering.[2] Är i dylikt fall mellanhandens förmedling icke ett led i en av honom yrkesmässigt bedriven rörelse, bör i hans konkurs försträckningsgivaren, tredje man, enligt det ovan sagda kunna fordra att få göra täckningsfordran mot huvudmannen gällande för sin räkning.

Då enligt det nu sagda den här såsom rationell hävdade ordningen trots stadgandet i Kmsl § 56 st. 2 synes kunna hava en viss rättslig betydelse även de lege lata, må ytterligare några anmärkningar angående innebörden av den tredje man tillagda rätten anses motiverade.

Till en början må erinras om att huvudskälet för den här utvecklade åskådningen är det rent negativa, att konkursboet, som saknar materiell rätt till kommissionärens täckningsfordran, icke bör kunna tillgodogöra sig fordringsbeloppet på tredje mans bekostnad.[3] Av denna motivering följer emellertid tydligen, att

---

sig av kommissionärens täckningsfordran uteslutet. Att före Kmsl:s tillkomst en motsatt uppfattning framkommit i dansk doktrin, se LASSEN och USSING, s. a. st. samt d. mot. s. 85. Jmfr ock det i föregående not citerade yttrandet i de danska motiven.

[1] Motsatt uppfattning har LASSEN, Alm. Del s. 204 not 112, USSING, Aftaler s. 171 not 112.

[2] Fallet har varit synnerligen vanligt såsom ett led i Ivar Kreugers svindlerier.

[3] Denna argumentation drabbas tydligen icke av den invändning DEUNTZER (s. 279) riktar mot en liknande åsikt, då han med avseende å ett sådant fall, då både kommissionären och kommittenten gjort konkurs och den förres konkursbo antages giva blott 10 % till borgenärerna, den senares åter 50 %, yttrar: »Kunde det angivne Resultat — d. v. s. att enligt den kritiserade ordningen kommissionärens konkursbo kunde komma att göra en förtjänst på säljarens bekostnad, i det antagna fallet, om köpeskillingen varit 1,000 Rdl, uppgående till 400 Rdl —

den påstådda rätten för tredje man icke kan erkännas utanför konkursfallen,[1] eller därmed jämställda fall, då det kan konstateras, att ett dylikt obehörigt riktande[2] skulle komma att äga rum. Å andra sidan är det ju fr. a. i dessa fall, som en rätt för tredje man att hålla sig till kommittenten har praktisk betydelse.

I det nu sagda ligger också svaret på en annan fråga, nämligen den, huruvida kommittenten genom frivillig betalning direkt till

imidlertid anerkjendes som uretfærdigt og af denne Grund uantageligt, maatte detsamme statueres til Kommissionærens Fordel, naar det nu var hans Bo, som gav 50 %, og Kommittentens, som kun gav 10 %, eller naar Kommittenten alene var fallit, thi det er da i alt Fald ligesaa uretfærdigt at Kommissionæren skal tabe 400 Rdl eller hele Beløbet». Då detta fall av D. tages till jämförelse med det förut diskuterade, förbiser han tydligen, att i det fall, då det är kommittenten, som gör konkurs, eller hans konkursbo, som lämnar mindre utdelning än kommissionärens, någon sådan tillgång, varur kommissionären utan kränkning av andras berättigade intressen kunde erhålla täckning för sin fordran, över huvud icke är för handen. Kommissionärens förlust i de nu åsyftade fallen beror uteslutande på att han beviljat en insolvent kommittent kredit, den förlust åter, som i det förut diskuterade fallet enligt den kritiserade regeln komme att drabba tredje man, beror ytterst på att en för hans förnöjande egentligen avsedd tillgång icke kommer honom allena utan jämväl andra borgenärer till godo.

[1] Så ock EVALDSEN s. 100.

[2] Då här talas om ett »obehörigt riktande» så må framhållas, att argumentationen icke grundas på det nakna påståendet, att den vinst konkursborgenärerna i det debatterade fallet göra på tredje mans bekostnad är »obehörig». Om argumentationen haft denna innebörd, skulle den givetvis drabbats av den invändning LUNDSTEDT (i Obligationsbegreppet, D. 1 s. 168 not 2) riktar mot en sådan argumentation, som laborerar med begreppet »obehörig vinst», vilken argumentation enligt LUNDSTEDT alltid utgör allenast ett cirkelslut. För oss gör begreppet ifråga blott tjänst såsom en sammanfattande karakteristik av de sakskäl för den såsom rationell hävdade regeln, vilka i den föregående framställningen (s. 29 ff) andragits. Att härutöver för berörda åsikt påvisa några skäl, innefattande sådana psykologiska motiv för upprätthållandet av den hävdade rättsregeln, vilka LUNDSTEDT framhåller såsom särskilt betydelsefulla, har å andra sidan icke synts möjligt. LUNDSTEDT säger (s. a. st.), att »i allmänhet kan sägas, att vid de olika rättsregler, som man tror uppehållas till förekommande av 'obehörig vinst' ligger i bakgrunden ett hänsynstagande till det förhållande, att samfärdseln mellan människorna i det avseende, varom fråga är, skulle vinna genom den allmänna trygghetskänsla, som alstras och underhålles genom vetskapen om uppehållandet av ifrågavarande regel». Denna LUNDSTEDTS sats har säkerligen i åtskilliga fall giltighet. I åtskilliga andra fall torde det emellertid ur den allmänna samfärdselns synpunkt kunna sägas vara ganska likgiltigt, huruvida en viss regel eller dess motsats gäller. Ett sådant fall synes det här debatterade utgöra. Huruvida tredje man har eller icke har den rätt, för vilken här pläderats, kan knappast utgöra någon omständighet av betydelse för frågan om kommissionsinstitutets brukbarhet över huvud i omsättningens tjänst, d. v. s. någon omständighet, som någon av de i ett kommissionsförhållande implicerade tre parterna — kommittenten, kommissionären eller tredje man — någonsin toge i betraktande såsom ett motiv för sitt handlande. Såtillvida kan emellertid valet av rättsregel ha betydelse ur en allmännare synpunkt, som en rättsregel, sådan som den Kmsl innehåller, kan antagas sakna resonans hos folk i allmänhet och därmed bidraga att skapa en känsla av olust i förhållande till det såsom bristfälligt betraktade lagbudet. Och så till vida kan naturligen också den motsatta, här hävdade regeln sägas finna sin motivering i att den i stället skapar en »allmän trygghetskänsla».

tredje man kan likvidera sin skuld till kommissionären. En sådan möjlighet måste tydligtvis förnekas.[1] Förutsättningen för att kommittenten skall kunna betala direkt till tredje man är, att det konstateras, att tredje man eljest bleve helt eller delvis utan valuta. Själv har kommittenten ingen skuld till tredje man, och hans betalning till denne kan därför icke hava någon rättslig verkan under annan förutsättning, än att kommissionärens skuld till tredje man därigenom utplånas. Betalningen till tredje man får därför karaktären av en betalning för kommissionärens räkning. En dylik betalning av en negotiorum gestor behöver tydligen kommissionären icke låta gälla mot sig under annan förutsättning, än att den varit honom till nytta. Om exempelvis kommissionären å tredje man har motfordran, som han kunde begagna till kvittning, behöver han lika litet tåla kommittentens opåkallade inblandning i hans affärer, som om han redan själv hade betalat den ifrågavarande skulden till tredje man. Hur orimligt ett motsatt påstående är inser man särskilt tydligt, om man antager, att tredje man är insolvent och att kommittenten

[1] Motsatt uppfattning har STAUB § 396 Anm. 23; likaså DEUNTZER s. 282, trots att också han i huvudfrågan står på samma ståndpunkt som Kmsl; jmfr även EVALDSEN s. 91.[6]— DEUNTZER yttrar: »Kommissionæren synes at kunne sige at hans Forpligtelse mod Trediemand saavel formelt, som materielt hører til hans Rettssfære, og at Kommittenten derfor ikke vilkaarligt tør raade over dens Skjæbne. Men om dette end maa siges, kan det dog ikke forhindres, at Kommittenten faktisk bevirker samme Resultat; thi Kommissionæren kan kun fordre Godtgjørelse, naar Trediemand virkelig gjør sit Krav paa ham gjældende, og Kommittenten kan da betale Trediemand, ikke mod Kvittering af hans Fordring paa Kommissionæren, men for at undlade at gjøre sit Krav gjældende eller tage Ammeldelsen af sin Fordring tilbage». Felet i denna slutsats ligger i antagandet, att kommittenten genom en dylik opåkallad och för kommissionären menlig intervention i dennes rättsförhållande till tredje man skulle kunna frigöra sig själv från sin skuld till kommissionären. Något sådant kan emellertid, såsom ovan i texten framhålles, icke antagas. Kommissionärens fordran gent emot kommittenten kan visserligen, såsom vi ovan gjort gällande, sägas vara en täckningsfordran, men detta betyder icke, att den uppkommer först i och med att tredje man gör krav gällande mot kommissionären. Den uppstår i stället i och med att kommissionären i enlighet med kommissionsavtalet för kommittentens räkning från tredje man anskaffar det avsedda godset och därmed ådrager sig förpliktelsen att betala köpeskillingen, han må sedan likvidera denna sin skuld genom kontant betalning, genom kvittning, genom uppgörelse av något slag o. s. v. eller i enlighet med avtalsvillkoren uppskjuta likviden. Hur likviden till tredje man skall ske är det kommissionärens sak att avgöra, det enda, varav kommittenten kan hava något berättigat intresse, är att den sker, när tredje man med rätta påfordrar det. Kommittenten, vilken kommissionären förskaffat godset, har under alla förhållanden en skuld till kommissionären, och från denna skuld kan han icke befria sig genom betalning till tredje man, om icke denne eventuellt fått kommissionärens fordran på sig överlåten; men till en överlåtelse bör kommissionären icke kunna tvingas, när den strider emot hans intressen.

gottgjort honom genom kvittning med en egen »motfordran» å honom.[1]

Mera tvivelsam kan däremot tredje mans rättsställning synas, därest jämväl kommittenten, mot vilken han erhållit rätt att göra kommissionärens betäckningsfordran gällande, är insolvent, så att tredje man från honom blott kan erhålla partiell gottgörelse. Man kan framställa den frågan, huruvida tredje man i dylikt fall, oberoende av den (partiella) gottgörelse han erhållit av kommittenten, kan göra sin rätt gällande jämväl i kommissionärens konkurs. Klart är nu åtminstone, att han i c k e kan bevaka sin fordran fullt ut i båda konkurserna; i den mån han erhåller gottgörelse genom bevakningen i kommittentens konkurs, har han ju uppnått denna genom tillgodogörande av en kommissionärens tillgång och hans fordran mot denne måste därför åtminstone i samma mån minskas. Icke heller för vad som återstår bör han emellertid kunna göra någon rätt gällande i kommissionärens konkurs. Endast så långt det erfordras, på det att övriga borgenärer icke skola göra någon obehörig vinst på hans bekostnad, gör sig hänsynen till tredje man gällande, d. v. s. så snart han genom utövningen av fordringsrätten mot kommittenten erhåller m e r ä n han genom en bevakning av allenast sin fordran mot kommissionären skulle kunnat uppnå, bortfaller anledningen att i konkursen tillgodose honom.[2] Man kan emellertid icke stanna ens härvid. I motsats mot övriga konkursborgenärer, vilka icke erhållit full betalning för sin fordran, bör han icke heller efter konkursen kunna göra någon restfordran gällande mot kommissionären. Då fordran mot kommittenten ställes till tredje mans förfogande, har denne att välja mellan kommissionären och kommittenten. Föredrar han att vända sig mot den senare, måste han därvid anses hava avstått från sin fordran mot kommissionären.[3] Om icke detta antoges, skulle nämligen tredje man, genom att han vid avtalets in-

[1] Annorlunda EVALDSEN, s. 91, så till vida som han anser kommittenten kunna, trots kommissionärens motfordran å tredje man, gottgöra denne (eventuellt genom kvittning) och därmed frigöra sig från skulden till kommissionären, därest nämligen kommissionärens motfordran vid betalningstillfället icke är förfallen. Detta resultat synes dock föga rimligt åtminstone för det fall, att kommittenten åstadkommer uppgörelsen med tredje man, innan ännu dennes fordran mot kommissionären är förfallen. Även i övrigt synes det dock minst sagt tveksamt, huruvida kommittenten verkligen kan hava en dylik rätt att ingripa i kommissionärens affärsförhållanden.

[2] Så ock EVALDSEN s. 98.

[3] Jmfr EVALDSEN s. 97.

gående nöjt sig med att hava kommissionären till gäldenär, komma i bättre ställning, än om kommissionären uppträtt i kommittentens namn, d. v. s. tredje mans anspråk från början gått ut på att kommittenten skulle svara för skulden. Sitt val bör väl emellertid tredje man, på grund av de skäl, som motivera valrätten, icke behöva träffa, förrän det står klart, vilketdera alternativet som för honom är förmånligast; med hänsyn härtill bör han hava rätt att bevaka alternativt i båda konkurserna, d. v. s. att i båda konkurserna bevaka under det villkoret, att bevakningen i den särskilda konkursen förfaller, därest bevakningen i den andra konkursen medför bättre resultat.[1]

Beträffande innebörden av den här hävdade rätten för tredje man att taga kommittenten i anspråk må slutligen erinras, att vad tredje man kan göra gällande gentemot kommittenten är en kommissionärens fordran. Därav måste följa, att tredje mans rätt icke är bättre än kommissionärens. Om exempelvis kommittenten kan möta kommissionären med ett kvittningsanspråk, så kan han åberopa detta anspråk även gentemot tredje man.

Det hittills sagda har uteslutande gällt frågan om tredje mans rätt mot en inköpskommissionär och dennes kommittent. Med avseende å försäljningskommissionären uppkomma vissa likartade frågor beträffande tredje mans rätt, därest det till honom försålda godset avlämnas för sent eller är behäftat med fel eller brist eller finnes hava vid köpet tillhört annan än säljaren. Frågan är sålunda, huruvida de anspråk tredje man i dylika fall kan stödja på sitt köpeavtal kunna riktas icke blott mot medkontrahenten, kommissionären, utan även mot dennes kommittent.

Också vid denna frågas besvarande gäller det närmast att avgöra, huruvida tredje man kan erhålla något självständigt, direkt anspråk mot kommittenten. För detta avgörande lär också här Kmsl § 56 st. 1 vara bestämmande. Av detta stadgande måste anses klart framgå, att någon mot kommittenten riktad, självständig rätt icke tillkommer tredje man; ty då där ges regeln, att tredje man genom avtalet med kommissionären förvärvar fordringsrätt allenast mot denne och icke mot kommittenten, lär denna regel avse alla fordringsanspråk över huvud, som hava sin grund i det ingångna avtalet, vare sig de gå ut på fullgörande av

[1] Jmfr Evaldsen s. 98.

den avtalade prestationen eller dess ersättande med en skadeståndsprestation.

Att denna lagens reglering av nu förevarande spörsmål är välgrundad synes ganska klart. Åsikten att tredje man bör tillerkännas ett självständigt anspråk gent emot kommittenten saknar dock ingalunda förespråkare.

Ett särskilt intresse tilldrager sig här den av MÜLLER-ERZBACH i detta hänseende utvecklade kritiken så till vida, som densamma går ut på att visa, att en regel, varigenom tredje man frånkännes varje anspråk mot kommittenten, den egentliga intressenten, måste medföra orimliga konsekvenser. Av densamma skulle nämligen bliva en följd, menar MÜLLER-ERZBACH, att kommittenten utan påföljd av något slag skulle kunna genom culpöst eller rent av dolöst handlande omintetgöra kommissionärens möjlighet att fullgöra det med tredje man ingångna avtalet och därmed även tredje mans möjligheter att över huvud göra sina anspråk på grund av detta avtal gällande; om exempelvis kommittenten till någon person i god tro själv avyttrade det föremål, vars försäljning han uppdragit åt kommissionären, så bleve denne på grund av sålunda för hans del föreliggande efterföljande subjektiv omöjlighet befriad från den förpliktelse gent emot tredje man han iklätt sig genom att till denne försälja samma föremål, och någon möjlighet för tredje man att i stället efter överlåtelse av kommissionärens anspråk mot kommittenten taga denne i anspråk förelåge icke heller, alldenstund kommittenten hade någon skyldighet mot kommissionären allenast i den mån denne verkligen vore förpliktad gent emot tredje man.[1]

Huruvida denna argumentation har någon bärkraft beror tydligen i första hand på hållbarheten av påståendet, att kommissionärens förpliktelse mot tredje man i det anförda fallet bortfaller på grund av subjektiv omöjlighet.[2] Åtminstone för svensk rätts[3]

[1] MÜLLER-ERZBACH, Grundsätze s. 13—15 och i GRÜNHUTS Z. s. 237 ff.

[2] Jmfr BGB § 275 st. 2.

[3] Beträffande tysk rätt se NEUBECKER s. 43 ff. NEUBECKER avvisar M.-E:s åsikt och åberopar härvid — med fog enligt vår åsikt, med orätt enligt M.-E. i GRÜNHUTS Z. s. 239 — PLANCK's Kommentar zum BGB § 275. — Till M.-E:s resonemang ansluter sig däremot SCHMIDT-RIMPLER s. 907 f, som sålunda anser kommittentens dolösa omintetgörande av kommissionärens prestationsmöjlighet innefatta en kommissionären befriande efterföljande subjektiv omöjlighet. S.-R. söker dock, trots denna utgångspunkt, undgå den av M.-E. dragna slutsatsen genom att göra gällande, att kommissionären, trots bortfallandet av hans förpliktelse mot tredje man, lede en skada bestående däri, »dass er infolge des Verlustes seines Anspruches auf er-

del är emellertid ett sådant påstående knappast hållbart. Att en säljare skulle kunna fritaga sig från sin prestationsskyldighet av det skäl, att en person, som varit obligatoriskt förpliktad att tillhandahålla honom köpeobjektet, befunnits icke längre vilja eller icke förmå detta, torde icke kunna antagas. I själva verket synes köplagens hemulsstadgande (§ 59) vara om icke omedelbart så dock enligt sina grunder tillämpligt å förevarande fall, i det säljarens oförmåga att prestera godset otvivelaktigt beror på att detta »finnes hava vid köpet tillhört annan än säljaren».[1] Det som föreligger är sålunda knappast ett fall av efterföljande omöjlighet utan i stället ett fall av ursprunglig omöjlighet.[2] Att kommissionären haft rätt att fordra av kommittenten, att denne skall sätta honom i stånd att fullgöra det i enlighet med kommittentens uppdrag verkställda köpet, kan icke fördölja det faktum, att kommissionärens oförmåga att fullgöra sitt åtagande i förhållande till tredje man har sin grund i att han i eget namn, alltså i föregiven egenskap av ägare, sålt något, varöver han i verkligheten icke disponerat såsom ägare. Den garanti för ett obehindrat uppfyllande av köpeavtalet, vilken inneligger i en säljares åtagande gent emot köparen, kan icke rimligtvis bortfalla allenast därför, att denne med visst fog kunnat räkna med sin möjlighet att fullgöra avtalet.

Även om man emellertid med MÜLLER-ERZBACH ville uppfatta saken så, att säljaren v i d ingåendet av avtalet med tredje man haft faktisk möjlighet att fullgöra åtagandet mot denne men d ä r e f t e r utan egen skuld förlorat denna möjlighet, lärer resultatet i c k e kunna bliva något annat än det nyss antagna. Att icke varje fall av efterföljande subjektiv omöjlighet utgör anledning till den åtagna förpliktelsens bortfallande erkännes ju även av sådana lagar, vilka i likhet med BGB (§ 275 st. 2) uppställa en allmän huvudregel om efterföljande subjektiv omöjlighet såsom

---

füllende Befreiung nicht in der Lage ist, die von ihm eingegangene Verpflichtung zu erfüllen», en skada, för vilken han kunde kräva ersättning av kommittenten. Detta försök att bevisa en kommissionärens förmögenhetsskada innefattar dock uppenbarligen intet annat än en petitio principii och är sålunda helt förfelat.

[1] Se ALMÉN I 3 uppl. s. 304 (jmfr s. 303 not 34), som uppmärksammar det fall, att säljarens oförmåga att prestera godset beror på att tredje man gjort sin bättre rätt till detta gällande, innan avlämnande skett; se ock därstädes citerade dom av HD i NJA 1920 A n:r 162 med särskilt uttalande av justitierådet KÔERSNER; vidare LASSEN, Alm. Del s. 486 och USSING, Dansk Obligationsret, Almindelig Del, København 1935, s. 91.

[2] Detta bestrider MÜLLER-ERZBACH s. a. st.

befrielsegrund; trots en dylik huvudregel antages ju exempelvis en gäldenär oberoende av egen skuld bära ansvaret för en omöjlighet, som beror av culpa eller dolus hos någon av honom för förpliktelsens fullgörande anlitad medhjälpare (BGB § 278).[1] Samma skäl som motivera gäldenärens garanti för sina medhjälpare måste emellertid uppenbarligen anses göra sig gällande även i det nu diskuterade fallet. Ur tredje mans (köparens) synpunkt[2] — och det är dock av hänsyn till honom och nödvändigheten att i den allmänna omsättningens intresse upprätthålla tilltron till gjorda åtaganden, som säljarens garantiplikt statuerats — är anledningen att låta säljaren svara oberoende av culpa snarare större, då omöjligheten att fullgöra avtalet beror på att säljaren redan från början, såsom kommissionären, gjort sig beroende av en utomståendes medverkan vid avtalets fullgörande, än då omöjligheten beror på att han efter avtalets ingående för fullgörandet anlitat medhjälpare; ty kan säljaren över huvud anses garantera för något, så måste väl denna hans garanti framför allt gå ut på ett ansvar för att han har vad han ger sig ut för att ha: dispositionsrätt över köpeobjektet såsom ägare.[3]

Helt olika MÜLLER-ERZBACHS argumentation men knappast mera övertygande är den bevisning CHYDENIUS anfört till stöd för sin såsom kritik av den svenska kommissionslagens regel i 56 § framförda åsikt, att tredje man vid utkrävandet av skadestånd i nu förevarande fall kan vända sig »antingen mot kommissionären eller kommittenten eller båda».[4] Att CHYDENIUS härmed avser att tillägga tredje man en självständig rätt mot kommittenten torde

---

[1] Beträffande svensk rätt se ALMÉN I 3 uppl. s. 299 ff.

[2] Se nästa not in fine.

[3] Mot en analog tillämpning av BGB § 278 invänder MÜLLER-ERZBACH, Grundsätze s. 13 f, att kommissionären omöjligen kunde sägas betjäna sig av kommittenten för fullgörande av sitt åtagande i förhållande till tredje man, alldenstund förhållandet i verkligheten vore det rakt motsatta: att kommittenten anlitat kommissionären. Detta påpekande är visserligen i och för sig riktigt; och att sålunda BGB § 278 icke är omedelbart tillämplig å det diskuterade fallet är också riktigt. Detta utesluter ju emellertid icke, att en analogi från detta lagrum kan vara motiverad. Och mot en sådan analogi kan M.-E:s ovannämnda anmärkning i c k e anföras. Att kommissionären icke kan sägas »betjäna sig» av kommittenten är en omständighet, som uteslutande har avseende å det inbördes förhållandet kommissionär och kommittent emellan. I förhållande till tredje man, köparen, är det betydelsefulla det, att säljaren l i t a t t i l l u t o m s t å e n d e för förpliktelsens fullgörande, och d e t t a kan han uppenbarligen sägas göra icke blott då han överlämnar fullgörandet åt medhjälpare utan även då han för att över huvud bliva i stånd att fullgöra måste hava en utomståendes medverkan.

[4] II s. 315 f.

framgå redan av att tredje mans rätt mot kommittenten skulle tillkomma honom v i d s i d a n av rätten mot kommissionären och bestyrkes för övrigt av själva argumentationen. Denna utgår från det förhållandet, att tredje man, »där prisfordringen mot honom göres gällande av kommittenten, måste ... kunna invändningsvis mot detta krav yrka köpets återgång för fels skull, eller kontraktsvidrigheten av leverans, eller ersättning i följd av eviktion».[1] Härav drages utan vidare[2] slutsatsen, att samma yrkanden böra kunna direkt framställas av tredje man såsom k ä r a n d e i rättegång mot kommittenten. Hur denna slutsats skall kunna dragas ur de angivna premisserna är emellertid icke möjligt att inse. Att kommittenten, då han kräver tredje man på köpeskillingen för det av kommissionären försålda godset, måste tåla tredje mans invändningar om mora, fel eller brist i godset, eviktion o. s. v. är ju en följd uteslutande av det förhållandet, att den rätt han gör gällande emot tredje man är en ursprungligen av kommissionären förvärvad rätt och att han på den grund icke kan göra bättre rätt gällande än kommissionären själv kunnat. Att tredje man kan framställa ifrågavarande invändningar mot kommittenten är sålunda i överensstämmelse med allmänna regler om cession. Därav att någon har förvärvat en mer eller mindre värdelös rätt lärer emellertid icke kunna slutas, att han jämväl ådragit sig en självständig förpliktelse. Icke ens när den, som av ena parten i ett ömsesidigt rättsförhållande förvärvat hans fordringsrätt, därvid i förhållande till denne förbundit sig att svara för den till fordringsrätten svarande skulden, är det utan vidare givet, att andra parten i det ömsesidiga rättsförhållandet (cessus) kan framställa något anspråk mot övertagaren (cessionarien); huruvida han kan det, beror på omständigheterna i varje särskilt fall.[3]

[1] II s. 316.

[2] Inledningsvis underbygges denna slutsats visserligen genom reflexionen, att av tredje man icke kunde fordras, att han skall veta, om kommissionären eller kommittenten må av honom söka köpeskillingen. Denna ovisshet angående vem som är rätt borgenär är ju dock ingenting för nu ifrågavarande fall särskilt utmärkande, den kan ju tvärtom förekomma vid vilken cession av fordran som helst. Och den omständigheten i och för sig, att ovisshet tilläventyrs råder om till vilken person en gäldenär har att fullgöra sin egen prestation kan dock näppeligen föranleda några tvivelsmål beträffande frågan till vem denne har att hålla sig för att utfå en honom tillkommande motprestation. Då tvivelsmål yppa sig angående cession av fordringsanspråk tillkommande endera parten i ett ömsesidigt rättsförhållande, ha ju också dessa tvivelsmål alltid just uppkommit på den grund, att man måste utgå från att den till den cederade fordringen svarande gälden förblir hos cedenten och icke kommer cessionarien vid.

[3] Därom se Lassen, Alm. Del s. 690.

Så mycket mindre bör något dylikt anspråk kunna tillerkännas cessus, därest cessionarien, såsom i det fall vi nu diskutera mycket väl kan vara förhållandet, icke i förhållande till cedenten är förpliktad att svara för skulden till cessus[1] (kommittenten har kanske från början tillhandahållit kommissionären klanderfritt gods, vilket kommissionären vanvårdat). Och allra minst bör något sådant kunna komma ifråga, därest — såsom jämväl ofta nog just inträffar i det nu diskuterade fallet — den förpliktelse, varför cessionarien skulle få svara, vore icke den i utbyte mot hans egen fordran utlovade motprestationen utan ett skadeståndsanspråk, som till sitt belopp kunde stiga långt över beloppet av den förvärvade fordringsrätten.

Det nu sagda gäller tydligen alldeles oberoende av att kommittenten, därest tredje man på grund av fel häver avtalet med kommissionären, i och med hävningen automatiskt återfår äganderätten till köpeobjektet.[2] Det enda anspråk, som tredje man med åtminstone sken av fog skulle kunna grunda å äganderättens återfallande till kommittenten, vore väl en skyldighet för denne att till tredje man utgiva den köpeskilling för godset han tilläventyrs uppburit; ty att någon skadeståndsplikt för kommittenten skulle kunna grundas på ifrågavarande omständighet är tydligen fullkomligt uteslutet. Icke ens ett sådant krav mot kommittenten på återfående av köpeskillingen har ju emellertid minsta fog. Att tredje man icke kan hava något att fordra av kommittenten, därest denne aldrig uppburit något, är väl oomtvistligt. Men erkännes detta, så inses icke, huru den i förhållande till tredje man tillfälliga omständigheten, att kommittenten fått mottaga köpeskillingen, skulle kunna förändra tredje mans rättsställning. Köpeskillingen har kommittenten mottagit av kommissionären såsom redovisning för en av denne verkställd försäljning, och till honom måste han givetvis återbära den, därest det visar sig, att försäljningen går om intet på grund av någon omständighet, för vilken kommittenten i förhållande till kommissionären har ansvaret.

Icke ens om kommittenten direkt av tredje man uppburit köpeskillingen gäller något annat. Om kommittenten över huvud

[1] Se LASSEN, Alm. Del s. 579.

[2] Jämväl denna omständighet åberopar CHYDENIUS (s. 316) till stöd för sin åsikt.

är pliktig att återbetala något av vad han sålunda uppburit, så beror detta även då på att en avgörande förutsättning för hans anspråk gent emot kommissionären har brustit, och i så fall skall han återbetala till kommissionären. Klart framstår detta, om man med det nu diskuterade fallet jämför det, att köpeskillingen uppburits icke av kommittenten utan av någon fjärde person, till vilken den genom kommissionärens försäljning av kommissionsgodset uppkomna köpeskillingsfordran övergått genom en rättshandling, vars causa i c k e afficieras av att tredje man ryggar sitt köp. I dylikt fall lär ingen vilja påstå, att tredje man skulle kunna göra något krav på återbetalning gällande mot den, som uppburit köpeskillingen. Alldeles likartat är ju emellertid i själva verket förhållandet, när kommittenten gör betalningsrätten gällande mot tredje man. Att kommittenten eventuellt har en återbetalningsplikt i förhållande till kommissionären kan icke fördunkla sammanhanget, ty om en sådan plikt består eller icke, är något i förhållande till tredje man helt tillfälligt; avgörande därför är ju uteslutande förhållandet till kommissionären, och mycket möjligt är att den i förhållande till denne föreliggande återbetalningsplikten helt eller delvis kompenseras av ett motanspråk å honom, vilket har sin grund i samma omständigheter, som föranlett tredje man att häva köpet (kommissionären har kanske vanvårdat godset). Att äganderätten till det på grund av det uppkomna felet mer eller mindre värdelösa kommissionsgodset återgår till kommittenten kan ju uppenbarligen icke inverka på det nu berörda förhållandet; därpå lärer således icke heller kunna grundas någon slutsats om en rätt för tredje man att taga kommittenten i anspråk.

Måste man sålunda såsom ogrundad avvisa åsikten, att tredje man i nu diskuterade fall borde erhålla en direkt mot kommittenten riktad självständig rätt, återstår emellertid att undersöka, huruvida dock icke enligt en rationell ordning tredje man borde tillerkännas rätt gent emot kommissionären att påfordra överlåtelse av en denne eventuellt tillkommande täckningsfordran å kommittenten. Vid denna frågas besvarande synes man hava att tillämpa i huvudsak samma synpunkter, som ovan utvecklats beträffande motsvarande spörsmål med avseende å rätten till en utestående köpeskillingsfordran: dylik rätt borde principiellt tilläggas tredje man, när kommissionärens konkursbo, därest rätten

i stället tilllades detta, skulle obehörigen riktas på tredje mans bekostnad.

Vid tillämpning av en dylik princip har man emellertid här tydligen att skilja mellan olika fall. De anspråk kommissionären kan göra gällande mot kommittenten äro nämligen av olika innebörd allteftersom de hava sin grund i att tredje man av kommissionären återkräver, helt eller delvis, redan erlagd köpeskilling eller i att tredje man av honom fordrar skadestånd.

I förstnämnda fall äger tydligen den nyssnämnda principen i n g e n tillämpning. Om kommittenten måste till kommissionärens konkursbo återbära redan uppburen valuta för kommissionsgodset, så har kommissionärens ifrågavarande krav å kommittenten visserligen sin grund i att tredje man gjort sitt återbetalningsanspråk gällande mot kommissionären men beror dock ytterst på att kommittenten tidigare av kommissionären uppburit något, varpå han rätteligen icke haft något anspråk. Då den tillgång, som genom anspråket mot kommittenten kan tillföras boet, således helt motsvaras av att en tillgång tidigare utan fog frångått kommissionären, finnes tydligen i dylikt fall icke fog för något påstående, att boet, om det får tillgodogöra sig ifrågavarande tillgång, skulle obehörigen riktas; återbetalningen innefattar allenast ett återställande av status quo.

Annorlunda när det gäller verkliga ersättningsanspråk. I dylika fall har fordran å kommittenten u t e s l u t a n d e sin grund i att ett motsvarande krav riktas mot kommissionären, den är i än högre grad än inköpskommissionärens fordran på köpeskillingen en verklig betäckningsfordran. Den tillkommer icke kommissionären såsom resultatet av någon av honom företagen spekulation, d. v. s. ett efter egen fri viljebestämning företaget förvärv, för vilket han tagit risken och av vilket han förty bör uppbära frukterna; och icke heller tillkommer honom denna fordran på grund av någon benefik causa, som kunde göra dess tillgodonjutande utan vidare berättigat. Allenast därför, att han under sitt handlande i k o m m i t t e n t e n s i n t r e s s e ådragit sig en skadeståndsskuld, uppkommer för kommissionären ifrågavarande fordran å kommittenten, densamma står i ekonomiskt samband med ett k o m m i t t e n t e n s affärsföretag, icke med något kommissionärens. Ur materiell synpunkt synes därför icke heller i dessa fall finnas någon anledning att låta kommissio-

närens borgenärer tillgodonjuta fordringsrätten mot kommittenten, då detta skulle ske på bekostnad av den, för vars förnöjande densamma är avsedd. Ja, i själva verket är anledningen härtill i nu förevarande fall än mindre, än när det gäller en fordran på utestående köpeskilling, alldenstund ifrågavarande betäckningsfordran i motsats till köpeskillingsfordran grundar sig uteslutande på det faktum, att kommissionären ådragit sig en skuld, för vilken kommittenten är skyldig hålla honom s k a d e s l ö s. Endast därför att kommissionären är skyldig betala tredje man skadestånd, kan han fordra något av kommittenten; rimligt synes då också, att vad kommissionären för detta ändamål erhåller av kommittenten anses givet under det villkoret, att det skall disponeras uteslutande för det förutsatta ändamålet, d. v. s. — därest icke skadeståndet av kommissionären redan betalats till tredje man — allenast för detta skadestånds likvidering.

På grund av det nu sagda kunde det rent av ifrågasättas, huruvida kommittenten, när kommissionären råkat i konkurs, alls är skyldig utgiva något i vidare mån, än kommissionärens konkursbo verkligen gottgör tredje man. En slutsats i denna riktning vore emellertid förhastad. Kommittenten kan aldrig bliva fritagen från sin skyldighet att prestera täckning för kommissionärens hela skadeståndsskuld. Ty även om tredje mans rätt begränsas till ett anspråk på utdelning i konkursen och han genom dylik utdelning utfår blott en del av sin fordran, så fortbestår ju denna till återstående del e f t e r konkursens avslutande, och i den mån kommittenten icke presterat täckning för denna skuld till konkursboet, skulle han ju då hava att prestera sådan till kommissionären.[1]

Måste man sålunda fasthålla vid att kommittenten under alla förhållanden har en skuld till kommissionären, motsvarande dennes skadeståndsskuld till tredje man, synes ett irrationellt resultat icke kunna undgås på annat sätt än genom att tredje man tillägges rätt att i kommissionärens konkurs få fordringsrätten mot kommittenten på sig överlåten.

Med hänsyn till vad som tidigare anförts angående handelskommissionärens självständiga ställning och de konsekvenser, som därav dragits beträffande motsvarande spörsmål angående rätten till kommissionärens utestående köpeskillingsfordran, krä-

[1] Jmfr Deuntzer s. 274.

ves emellertid till sist beaktande av frågan, huruvida icke tillväventyrs skillnaden mellan handelskommission och civil kommission gör sig gällande på samma sätt även vid nu ifrågavarande spörsmål. Denna fråga torde emellertid här böra besvaras nekande. Framhållas må framför allt, att någon sådan ovisshet beträffande sambandet mellan kommissionärens skuld till tredje man och hans fordran å kommittenten, som kan uppkomma med avseende å en inköpskommissionärs rättsförhållanden, är helt utesluten med avseende å nu ifrågavarande skulder och fordringar; någon betäckningsfordran mot kommittenten uppstår ju över huvud icke, förrän ett dylikt samband blivit styrkt. I förhållandenas egen natur ligger också, att existensen av en fordran, avseende betäckning för en ådragen skadeståndsskuld, i c k e s å som förefintligheten av en fordran på utestående köpeskilling kan framstå som något tillfälligt; eftersom en dylik betäckningsfordran icke uppstår, förrän tredje man gör sitt anspråk gällande, finns det intet utrymme för sådana olikheter beträffande fr. a. avtalade kreditvillkor, att det kunde komma att framstå som en ren slump, att kommittenten icke redan guldit sin ifrågavarande skuld till kommissionären. De reella skälen för att göra skillnad mellan handelskommission och civil kommission äro sålunda här knappast för handen.

Framstår på grund av vad nu anförts en rätt för en skadeståndskrävande tredje man att i kommissionärens konkurs fordra överlåtelse av dennes täckningskrav gentemot kommittenten ur rationell synpunkt otvivelaktigt motiverad, återstår emellertid att avgöra, huruvida en dylik rätt kan förlikas med det förutnämnda stadgandet i Kmsl § 56 st. 2, enligt vilket tredje man icke mot kommissionären eller hans konkursbo kan grunda någon rätt däråå, att kommissionären av kommittenten har att fordra eller bekommit gods eller penningar till fullgörande av avtalet. Av intresse är härvid till en början att observera, att stadgandet allenast talar om vad kommissionären har att fordra eller bekommit av kommittenten »till fullgörande av avtalet». Dessa ordalag peka ju närmast på att stadgandet har i sikte allenast det köpeobjekt resp. den köpeskilling, som kommittenten har tillhandahållit eller skall tillhandahålla; återbetalandet av erhållen valuta för godset resp. utgivandet av ersättning för liden skada kan ju knappast sägas innefatta prestationer »till fullgörande» av kom-

missionärsavtalet. Ordalagen i stadgandet synas därför icke stå i vägen för en tolkning av detta i överensstämmelse med ovan utvecklade synpunkter. Icke heller kan ur motiven hämtas något omedelbart skäl emot en sådan tolkning. Vid sådant förhållande synes det motiverat att här, i stället för att sluta ex analogia, tillmäta avgörande betydelse åt den ovan såsom rationell utvecklade grundsatsen och sålunda fastställa, att kommissionärens täckningsfordran icke är någon sådan valuta »som Kommissionæren har fri Raadighed over», och att tredje man förty bör kunna i kommissionärens konkurs fordra att få för egen räkning utöva kommissionärens betäckningsfordran gent emot kommittenten.

Beträffande räckvidden av den sålunda hävdade regeln är till slut att påpeka, att den givna motiveringen för densamma icke heller här i och för sig kan föra längre än till att erkänna dylik rätt för tredje man i kommissionärens konkurs och därmed likställda fall.

Åtminstone beträffande ett av de här ifrågakommande fordringsanspråken, nämligen hemulsanspråket, kan emellertid ifrågasättas, om icke av andra skäl en dylik rätt att taga kommittenten i anspråk bör erkännas även utom kommissionärens konkurs. Beträffande en köpares hemulsanspråk råda som bekant olika meningar om huruvida detta kan göras gällande icke allenast mot säljaren utan jämväl mot dennes hemulsman samt hemulsmans hemulsman o. s. v.[1] Anses en dylik rätt att hålla sig till föregående hemulsmän tillkomma köparen, exempelvis på den grund att säljaren anses hava samtidigt med köpeobjektet överlåtit sitt eget hemulsanspråk, så skulle ju konsekvensen även för det fall, som här diskuteras, bliva den, att ett hemulsanspråk av tredje man skulle kunna göras gällande mot kommittenten även utan att säljarens insolvens blivit konstaterad. Ett dylikt hemulsanspråk lärer emellertid icke kunna finna stöd i svensk rätt. För ett fall, nämligen jordafång, har vår lag visserligen givit en regel om köparens rätt att leda hemulsansvar tillbaka till säljarens hemulsman och hemulsmans hemulsman o. s. v. I JB 11: 3 heter det ju: »Kunna fångesmän flere vara, som var av annan fångit hava; lede var till sin man lagligen ... Brister

[1] Beträffande denna fråga se LASSEN, Alm. Del s. 499 f med hänvisningar. LASSEN bestrider riktigheten av de åskådningar, enligt vilka köparen kan göra hemulsansvar gällande mot hemulsmans hemulsman.

för köparen hos nästa hemulsman; hava makt, att gå till den andra, tredje eller längre, dock i ordning efter varannan». Huruvida en motsvarande regel kan anses gälla beträffande köp av lös egendom är visserligen omtvistat. Enligt WINROTH[1] skulle en dylik rätt för köparen att leda hemulsansvar till tidigare fångesmän fordra särskilt lagstöd och i brist därpå icke kunna antagas. Häremot torde emellertid med fog kunna anföras, att de skäl, vilka kunna antagas hava motiverat regeln i JB 11: 3 och vilka måste överensstämma med de ovan utvecklade synpunkterna med avseende å tredje mans rätt att taga i anspråk kommissionärens betäckningsfordran å kommittenten, synas fullt ut tillämpliga även då köpeobjektet utgöres av lös egendom. Något skäl, varför en lösöresäljares konkursbo med större fog än en fastighetssäljares konkursbo skulle gagnera av den omständigheten, att konkursgäldenärens hemulsman i motsats till honom själv är solvent, kan icke inses. En analog tillämpning av regeln i JB 11: 3 å köp av lös egendom synes därför motiverad.[2] Därmed är emellertid rätten att leda hemulsanspråk tillbaka till föregående hemulsmän begränsad till det fall, att köparens egen hemulsman visas vara i n s o l v e n t; om någon utvidgning av tredje mans rätt att taga i anspråk kommissionärens betäckningsfordran å kommittenten kan således icke bliva tal.

---

[1] WINROTH, Köp av lös egendom s. 320.

[2] Mot antagandet att en köpare i säljarens konkurs kan fordra att få till sig överlåten konkursgäldenärens rätt mot sin hemulsman, åberopar LASSEN, Alm. Del s. 500 not 44 c, regeln i Kmsl § 56. Är vår ovan hävdande uppfattning av detta lagrum riktig, har emellertid detta LASSENS argument ingen styrka.

KAP. II.

Om kommissionärens dispositionsmakt.

Även de frågor, rörande innebörden och omfattningen av kommissionärens förmåga att disponera över kommissionsgods, vilka nu skola dryftas, kunna sägas liksom de hittills behandlade avse tredje mans rätt på grund av kommissionärsavtalet. Men medan dessa senare äro av obligationsrättslig natur, äro de, vilka nu tagas i sikte, av sakrättslig innebörd och avse förutsättningarna för tredje mans äganderättsförvärv.

Två huvudspörsmål kunna här urskiljas. Det ena är frågan, vad som förutsättes för tredje mans rättighetsförvärv, när detta alldeles överensstämmer med kommittentens till kommissionären givna uppdrag. Det andra är frågan, vad som förutsättes för tredje mans rättighetsförvärv, när kommissionären i sitt avtal med tredje man gått utöver sin befogenhet i förhållande till kommittenten, exempelvis sålt till för lågt pris, eller när han handlat alldeles utan befogenhet, i det kommittenten återkallat sitt uppdrag.

A. Av dessa spörsmål är det först nämnda praktiskt taget löst, och löst på ett tillfredsställande sätt, genom reglerna i HB 17: 2 och Kmsl § 53 st. 1, av vilka måste anses framgå, att kommissionären genom sin rättshandling överför huvudmannens rätt till tredje man utan att själv dessförinnan hava innehaft densamma, d. v. s. utan att huvudmannen behövt på honom överföra den rätt överlåtelsen avser.[1] Ifrågavarande spörsmål reducerar sig därför till en fråga om den teoretiska förklaringsgrunden till

[1] Detta antages vara fallet även enligt tysk rätt, som eljest så strängt fasthåller, att kommissionärsavtalet icke giver upphov till någon direkt rättslig relation mellan tredje man och kommittenten; se GRÜNHUT s. 428, STAUB § 383 Anm. 35 b och SCHMIDT-RIMPLER s. 922 med ytterligare hänvisningar s. a. st. i not 2.

tredje mans rättighetsförvärv. Den frågan har emellertid knappast någon självständig betydelse. Att den av kommissionären företagna rättshandlingen, i den mån den verkligen motsvarar huvudmannens vilja, får de åsyftade rättsverkningarna, d. v. s. överför den avsedda rättigheten direkt från huvudman till tredje man, kan ju egentligen icke behöva någon särskild förklaring; det är i och för sig förklaring nog, att den avsedda rättsförändringen fullständigt motsvarar samtliga implicerade personers vilja[1] och att några däremot stridande intressen icke stå i vägen.

Tredje mans förvärv blir sålunda i detta fall ett derivativt:[2] äganderätten övergår från kommittenten till tredje man alldeles som när mellanhanden handlat enligt fullmakt. Frågan, i vilket ögonblick äganderätten övergår, blir att bedöma enligt de regler, som gälla angående äganderättens övergång vid köp i allmänhet. Vad dessa regler än må innehålla med avseende å förutsättningarna för köparens rättsskydd gent emot säljarens borgenärer,[3] så kommer emellertid alltid kommittenten att i det diskuterade fallet bliva bunden i förhållande till tredje man redan genom kommissionärsavtalet, alltså oberoende av om det försålda godset traderats till tredje man eller icke. Härav följer, att kommittenten icke kan hava någon rätt att, sedan kommissionären avslutat ett avtal med tredje man, överensstämmande med kommittentens order, stoppa godset eller eljest hindra dess utgivande till tredje man.

Detta är emellertid säkerligen samma resultat, som man komme till, även om man måste utgå från att, i fall av verklig konflikt mellan tredje mans och kommittentens intressen, ett derivativt

[1] Jmfr WETTER s. 181 f, USSING s. 37 jmfd m. s. 9, LASSEN, Alm. Del s. 204 f, CHYDENIUS II s. 308.

[2] Också detta antages allmänt gälla även enligt tysk rätt; se t. ex. STAUB § 383 Anm. 35 b, SCHMIDT-RIMPLER s. 922 m. fl., till vilka den senare hänvisar. STANGS påstående s. 310 f, att tredje mans förvärv, även när det överensstämmer med kommissionsuppdraget, enligt tysk rätt grundas på satsen »Hand muss Hand wahren» och att till följd härav tredje man bleve ägare först i och med traditionen, måste sålunda anses oriktigt; och missvisande är därför ock hänvisningen hos STANG s. a. st. till STAUB § 383 Anm. 35.

[3] För vår del ansluta vi oss beträffande denna fråga till UNDÉNS mening, s. 190 f, att tredje man uppnår även sakrättsligt skydd redan i och med avtalet, i det lösöreköpsförordningen här varken enligt sin bokstav eller sitt syfte kan vara tillämplig. Samma uppfattning hävdas i själva verket av de flesta såsom giltig även enligt tysk rätt, i det man antager, att tradition från säljaren-kommissionären kan ersättas av constitutum possessorium; se STAUB § 383 Anm. 35 b och SCHMIDT-RIMPLER s. 923 m. fl., till vilka hänvisas hos SCHMIDT-RIMPLER s. a. st. not. 4; avvikande är möjligen GRÜNHUT s. 428.

förvärv från kommittenten icke hade stöd i lagen, utan tredje mans förvärv vunne skydd allenast enligt reglerna om exstinktiva förvärv.[1] Även om tredje man under dylik förutsättning, så länge han icke erhållit besittningen av det till honom försålda godset, tilläventyrs också i det fall vi nu diskutera — nämligen om äganderätten över huvud icke överginge förrän i och med tradition av godset — allenast kunde göra gällande ett obligatoriskt anspråk mot kommissionären och även om sålunda äganderätten till godset alltjämt vore kvar hos kommittenten, så skulle väl denne dock icke, för så vitt kommissionärsavtalet överensstämde[2] med kommissionsavtalet, hava någon rätt att vägra utlämna godset till tredje man[3]. Ty enligt kommissionärsavtalet vore kommissionären otvivelaktigt förpliktad gent emot tredje man, och enligt kommissionsavtalet vore kommittenten likaså otvivelaktigt gent emot kommissionären pliktig att hålla det försålda godset tillhanda, sedan det blivit i enlighet med sagda avtal försålt; kommissionären, som sålunda är obligatoriskt förpliktad att tillhandahålla tredje man godset, har ett obligatoriskt anspråk på kommittenten att för detta ändamål erhålla godset, och detta redan i kommissionsavtalet villkorligt grundade och genom kommissionärsavtalets avslutande aktualiserade anspråk bör tredje man kunna göra gällande mot kommittenten; ty har kommissionären till tredje man överlåtit äganderätten till godset, så måste han väl därmed anses ha överlåtit varje honom tillkommande anspråk på godset, alltså även nu ifrågavarande obligatoriska anspråk.

Vad nu sagts bekräftar vår uppfattning, att frågan om rättsgrunden för kommissionärens förvärv, när detta alldeles mot-

---

[1] Annorlunda STANG s. 311, som hävdar, att ett avvisande av representationsteorien medför konsekvensen, att kommittenten alltid kunde stoppa det av kommissionären försålda godset, så länge det icke kommit i tredje mans besittning; beträffande STANGS hänvisning i detta sammanhang till tysk rätt (se ovan s. 61 not 2).

[2] Annorlunda naturligen om kommissionärsavtalet icke överensstämmer med kommissionsavtalet. Att stoppningsrätt för kommittenten i dessa fall är för handen är emellertid en konsekvens av representationsteoriens avvisande, som näppeligen är besvärande. Endast dessa fall är det ock, som LASSEN, Spec. Del § 140 not 17 och EVALDSEN s. 42 f hava åsyftat. Detta synes STANG, s. a. st., i sin hänvisning till LASSEN och EVALDSEN hava förbisett; föga berättigad är f. ö. även STANGS hänvisning till TORP s. 396, alldenstund T. därstädes synes avse allenast de fall, då »ägaren av ett lösöreföremål genom skriftligt dokument har legitimerat en annan som dispositionsberättigad».

[3] Jmfr USSING s. 35.

svarar kommissionärens uppdrag, saknar självständig, reell betydelse. Endast om man betraktar sagda fråga i sammanhang med det andra förut berörda huvudspörsmålet — det som uppstår, då kommissionären överskridit sitt uppdrag eller handlat efter dess återkallande — får densamma någon gripbar innebörd. På detta andra huvudspörsmål koncentrerar sig därför intresset. Här gäller det i första hand vissa praktiska rättsfrågor angående förutsättningarna för tredje mans skydd, vilka frågors besvarande emellertid är beroende av ett ståndpunktstagande till frågan om rättsgrunden för tredje mans förvärv. Också dessa frågor, i varje fall de väsentligaste av dem, har nu visserligen Kmsl genom stadgandena i 54 och 55 §§ besvarat. Det svar lagen givit är emellertid sådant, att en principiell diskussion av de antydda spörsmålen, en diskussion sålunda, varigenom lagens regler ställas i kritisk belysning, alltjämt är av intresse. Vid en dylik diskussion kommer det först nämnda huvudspörsmålet också i betraktande.

B. Icke heller de nu åsyftade spörsmålen torde kunna nöjaktigt besvaras utan att man gör skillnad mellan olika slag av kommission, nämligen mellan handelskommission och civil kommission. Att denna skillnad så ofta blivit förbisedd torde vara den huvudsakliga förklaringen till att i den vetenskapliga debatten olika författare, allteftersom de företrädesvis eller uteslutande haft det ena eller det andra slaget av kommission i tankarna, kommit till inbördes skiljaktiga resultat. Frågeställningen har i allmänhet varit denna: övergår äganderätten till kommissionsgodset från kommittent till tredje man på grund av en kommittentens fullmakt för kommissionären? Eller är tredje mans rättsförvärv beroende på grundsatserna beträffande exstinktiva godtrosfång? Att det förra kan vara händelsen beträffande vissa förvärv, det senare åter beträffande andra, har man i allmänhet icke beaktat. Och när man beaktat det,[1] har gränsen knappast dragits på rationellt sätt.

I. Allmännast omfattad torde den uppfattningen vara, att kommissionären, då han förfogar över kommittentens gods, är att betrakta såsom handlande på grund av fullmakt. Särskilt har denna åsikt kommit till uttryck i dansk-norsk doktrin; något som väl finner sin förklaring i att dansk-norsk rätt endast i

[1] Se t. ex. WETTER s. 181.

mycket begränsad omfattning erkänner exstinktiva godtrosfång. Såsom representant för denna åskådning i senare tid kan framför allt STANG[1] anföras.

STANG utgår från det regelmässiga fallet, att kommittenten utrustat kommissionären med b e s i t t n i n g e n av godset, och framhåller, att kommittenten, i det han överlämnar kommissionsgodset till försäljningskommissionären, legitimerar honom såsom ägare, vilket åter innebär, att han ger honom en fullmakt att sälja godset på kommittentens vägnar. Kommissionärens disponerande över godset genom försäljning etc. får därför den verkan, att äganderätten omedelbart övergår från kommittenten till tredje man, och detta även när tredje man avtalat med en kommissionär, som därvid gått utöver sitt uppdrag eller handlat helt utan uppdrag, sedan detta återkallats.

Beträffande denna uppfattning har till en början USSING[2] erinrat, att den icke giver någon förklaring av grunden till äganderättens övergång i de vanligaste fallen, d. v. s. de, då kommissionären handlar inom gränserna för uppdraget. Att äganderätten i dylika fall övergår omedelbart från kommittent till tredje man lider ju intet tvivel; så måste vara fallet även när kommissionären förfogat över gods, som han i c k e har i sin besittning, d. v. s. i fall, när tredje man icke kan åberopa kommissionärens legitimation. I dessa senare fall räcker därför STANGS motivering icke till, menar USSING. — Denna invändning, vilken naturligen i och för sig är riktig, synes dock vara av mindre vikt. Ty mot densamma synes man från STANGS utgångspunkt kunna anföra, att i dylika fall alltid en muntlig fullmakt föreligger och att så till vida fullmaktsreglerna även i dessa fall bliva tillämpliga.

[1] S. 310—12, 344—46. — Samma uppfattning som hos STANG möter emellertid redan hos EVALDSEN, s. 35 ff. I polemik mot IHERING, LABAND m. fl., vilka betrakta kommissionsförhållandet som ett mandatsförhållande utan representation, hävdar EVALDSEN (s. 35), att det enda möjliga svaret på frågan om rättsgrunden för kommissionärens disponerande över kommissionsgodset är att han disponerar såsom kommittentens fullmäktige, på hans vägnar. Argumentationen är hos E. i det hela också densamma som hos STANG. Emot en dylik uppfattning uttalade sig åter DEUNTZER s. 269 med den i och för sig dock knappast träffande motiveringen, att kommissionen icke kunde innefatta fullmakt, eftersom syftet därmed icke vore att förplikta kommittenten i förhållande till tredje man. D., som sålunda ansåg en oinskränkt vindikationsrätt för kommittenten principiellt motiverad enligt dansk rätt, förbisåg emellertid tydligen, att det som i detta fall är avgörande för om ett fullmaktsförhållande kan anses föreligga, är frågan, huruvida kommittenten åstadkommit en f u l l m a k t s l e g i t i m a t i o n eller icke; därom se vidare nedan i texten s. 79 ff.

[2] TfR 1930 s. 34 not 92 och s. 37 vid not 94.

Mot STANGS uppfattning kan emellertid vidare göras den anmärkningen, att ett fullmaktsförhållande enligt övlig terminologi förutsätter ett rättshandlande i huvudmannens namn, d. v. s. med hänvisning till att det är till huvudmannen medkontrahenten har att hålla sig för avtalets fullgörande. Gör man gällande, att en fullmäktigs rättshandling medför samma rättsverkningar vare sig han handlar i eget namn eller i huvudmannens, så har man tydligen i och med detta utgått från ett helt annat fullmaktsbegrepp än det ordinära[1] och kan då icke heller vara berättigad att stödja några slutsatser på antagandet, att ett fall av fullmakt föreligger. Det kan nu visserligen synas, som om denna anmärkning här vore av en mera formell betydelse, i det förutsättningen om ett fullmäktigens handlande i huvudmannens namn har sin huvudsakliga innebörd så vitt angår de genom rättshandlandet åtagna förpliktelserna. I enlighet härmed framhåller också STANG,[2] att orsaken till att fullmaktsgivaren icke bleve part i rättsförhållandet, när rättshandlingen icke är företagen i hans namn, vore hänsynen till medkontrahentens intresse: därest den avtalande uppträtt i eget namn, vore det klart, att medkontrahenten hade rätt att betrakta honom som den andra parten i rättsförhållandet och hålla sig till honom; ett dennes meddelande efter det avtalet slutits, att han allenast uppträtt som fullmäktig, är verkningslöst. Längre än medkontrahentens intresse går behöver emellertid icke detta hinder sträcka sig, menar STANG, och på grund härav kunde således kommissionären bl. a., trots att han avtalade i eget namn, omedelbart överföra huvudmannens äganderätt till medkontrahenten, ty här stode medkontrahentens intresse icke i vägen.

Denna argumentation kan så tillvida synas träffande, som den hänvisning till sin huvudman en fullmäktig gör genom att handla i dennes namn givetvis mer eller mindre förflyktigas, när det gäller ett löfte om överförandet av äganderätt till ett visst objekt; vem som är ägare, kommissionären eller hans huvudman, är tredje man tämligen likgiltigt. Trots detta är det dock endast skenbart, som en dylik uppfattning har fog. Att den är oriktig visa sig, så snart man gör allvar av antagandet, att kommissionären i förevarande avseende uppträder som fullmäktig. Klart

[1] Jmfr EBERSTEIN s. 321 och USSING s. 34.

[2] S. 345; jmfr EVALDSEN s. 37.

visa sig sålunda bristerna i denna förklaring av kommissionärsavtalets innebörd i det fall, då kommissionären förfogar över huvudmannens tillhörigheter, trots att denne återkallat uppdraget. Om detta fall stadgas i Kmsl § 55: »Utan hinder därav, att kommissionärens uppdrag återkallats eller av annan anledning upphört och att han förty icke är berättigad att förfoga över gods, som av honom innehaves för kommittentens räkning, skall, där han ändock säljer eller annorledes förfogar över sådant gods, förfogandet gälla till förmån för tredje man, som vid sitt förvärv varken ägde eller borde äga kännedom om att uppdraget upphört och att i följd därav förfogandet var oberättigat.» Gentemot en medkontrahent i god tro kan således uppdragets återkallande icke åberopas. Annorlunda skulle tydligen bliva fallet, om man gjorde allvar av antagandet, att kommissionären uppträder på grund av fullmakt. Antager man, att kommissionären verkligen åberopat en påstådd fullmakt av huvudmannen, d. v. s. påstått, att han innehade godset på grund av en av dess ägare given fullmakt att avyttra detsamma, så skulle ju situationen vara den, att tredje man avtalat med en besittare av annans gods under det falska antagandet, att denne hade fullmakt av ägaren. Han skulle därmed få klart för sig, att någon annan än besittaren vore ägare, d. v. s. besittningen skulle förlora den verkan att legitimera besittaren såsom ägare, vilken den eljest regelmässigt har, och grunden för ett erkännande av den godtroende tredjemannens förvärv skulle därmed vara undanryckt. Ty säkerligen måste man med BENCKERT[1] antaga, att något godtrosförvärv i c k e kan erkännas, då förvärvet skett med stöd av en avhändelse, som obehörigen verkställts i föregiven egenskap av fullmäktig för annan. Åtminstone måste detta gälla beträffande förvärv av lösören.[2] De skäl BENCKERT här anfört synas fullt övertygande. Han framhåller, att det ej utgör något vedertaget bruk, att den, som i egenskap av fullmäktig avyttrar annan tillhöriga föremål, legitimerar sig allenast genom besittning av föremålet. Även om ett av fullmäktigen avyttrat föremål innehaves av fullmäktigen

[1] S. 264 ff; jmfr emellertid s. 261 f, varest BENCKERT beträffande HB 11: 4 och 12: 4 — utan att sedermera uttryckligen yttra sig om vilken betydelse han tillmäter sin ifrågavarande tolkning av dessa lagrum — uttalar den meningen, att historiska skäl närmast tala för att utsträcka sagda lagrums tillämplighet till förvärv från en förment fullmäktig eller kommissionär.

[2] Huruvida detsamma också gäller förfoganden över löpande skuldebrev och likartade handlingar kan däremot vara mera tvivelaktigt; därom se vidare nedan.

själv och av denne traderas till medkontrahenten, bör därför den senare, framhåller BENCKERT, om avlåtaren ej innehar en s. k. ställningsfullmakt, fordra bevis för fullmaktens existens antingen genom framläggandet av en fullmaktsurkund eller genom annan direkt till honom själv riktad fullmaktsförklaring av huvudmannen. Underlåter medkontrahenten detta och nöjer sig med en av den föregivna fullmäktigen själv lämnad uppgift om fullmaktens innehåll, måste detta — även i de fall, då den föregivna fullmäktigen sålunda förfogar över innehaft gods — anses ske på hans egen risk.[1]

I och för sig synes denna argumentation tillämplig även när objektet för förvärvet är ett löpande skuldebrev eller annan dylik handling. Beträffande dylika objekt torde emellertid den uppfattningen vara icke blott förhärskande i doktrinen utan även hava stöd i rättspraxis, att godtrosförvärv måste erkännas även när den, som obehörigen förfogat över papperet, givit sig ut för fullmäktig. Såsom ett skäl härför har man bl. a. åberopat,[2] att redan »rådande affärsbruk» skulle innebära, att man även i förevarande fall läte innehavet av skuldebrevet grunda presumtion om förfoganderätt. Från en dylik utgångspunkt leder tydligen redan den nyss anförda argumentationen till erkännandet av ett godtrosfång. För ett sådant resultat kan måhända ock med visst fog åberopas ordalydelsen av stadgandet i promulgationslagen till UL § 10 mom. 1, vilket stadgande enligt härskande uppfattning här är tillämpligt i stället för HB 11: 4 och 12: 4.[3] Ett bestämt stöd för ifrågavarande uppfattning utgör till sist även rättspraxis.[4]

Kan man av nu berörda skäl känna sig tveksam, huruvida icke från den här hävdade regeln bör göras ett undantag beträffande löpande skuldebrev och likartade handlingar, så nödgas man dock icke därav att uppgiva denna regel i övrigt; de skäl, som möjligen kunna föranleda dylikt undantag, hava ingen tillämpning med avseende å egentliga lösören.

[1] Annorlunda SINDBALLE s. 268; jmfr WETTER s. 176 ff. Om SINDBALLES och WETTERS uppfattning se vidare nedan s. 68 ff, 72 ff.

[2] Se Lagberedningens förslag till lag om skuldebrev m. m. 1935 s. 76.

[3] Angående frågan om godtrosfång av löpande skuldebrev har stöd i nämnda lagrum eller i HB 11: 4 och 12: 4, se emellertid BENCKERT s. 269; jmfr Lagberedningens förslag till lag om skuldebrev s. 75.

[4] Se fr. a. NJA 1911 s. 143 (plenimål) samt vidare NJA 1902 s. 209; jmfr ock NJA 1928 not. A nr 28, i vilket fall dock måhända blott är fråga om förhållandet till gäldenären. — Angående förstnämnda rättsfall se f. ö. BENCKERTS diskussion av de olika meningar, som däri kommo till synes, s. 267 ff.

Emot en sådan uppfattning, som den här hävdade, har emellertid ur principiell synpunkt gjorts även andra invändningar än de hittills berörda. Till en början kan här nämnas en av WETTER[1] utvecklad teori, vilken i sin principiella utgångspunkt visserligen ganska nära överrensstämmer med STANGS lära men vilken dock utvecklas efter en annan linje än STANGS och till följd härav i sina konsekvenser för mycket längre än denna. Även enligt WETTERS ifrågavarande teori är kommissionären att betrakta på samma sätt som kommittentens fullmäktige, men medan STANG fäst sig huvudsakligen vid den genom kommissionsgodsets b e s i t t n i n g för kommissionären uppkommande yttre legitimationen, har WETTER i stället framhävt den så att säga inre sidan av fullmakten, d. v. s. den fullmaktsgrund, som framträder med särskild tydlighet vid muntliga fullmakter[2] — »Bemyndigelsen», bemyndigandet — och i enlighet härmed pekat på kommittentens s a m t y c k e till kommissionsgodsets försäljning såsom en motsvarighet till fullmakten.[3]

WETTER är visserligen också av den här hävdade uppfattningen, att godtrosfång från en förment fullmäktig icke kunna godkännas, i det HB 11: 4 och 12: 4 endast avse det fall, att köparen trott sig i den med honom förhandlande besittaren se en självständig rättsägare, och icke det fall, då hans goda tro riktat sig därpå, att en å annans vägnar handlande person varit i detta avseende behörig. Något annat har, säger WETTER,[4] honom veterligen aldrig ifrågasatts. Ty antingen har här fullmakt i c k e funnits, och då hjälper tredje mans goda tro icke, eller h a r fullmakt med visst omfång i förhållande till tredje man funnits, och då blir tredje man i god tro derivativt och oinskränkt berättigad, låt vara att fullmäktigen handlat obehörigt, i det han överskridit sin av huvudmannen mottagna instruktion. I motsats till BENCKERT anser WETTER vidare detsamma gälla även beträffande förvärv från en förment kommissionär. Detta betyder likväl icke, att tredje man enligt WETTERS mening i de fall vi diskutera — då kommissionären handlat med överskridande av sitt uppdrag eller trots dess återkallande — skulle sakna skydd för sin goda

[1] S. 171 ff.

[2] § 18-fullmakter enligt USSINGS terminologi, d. v. s. de i Avtl § 18 avsedda fullmakterna.

[3] En med WETTERS i det väsentliga likartad åsikt har i dansk doktrin utvecklats av SINDBALLE s. 266 ff; därom se vidare nedan s. 72 ff.

[4] S. 176.

tro. Tvärtom tillerkänner honom WETTER ett dylikt skydd i synnerligen vid utsträckning.

Hans betraktelsesätt är följande.[1] Enligt allmänna avtalsregler kan en i eget namn företagen försäljning hava till föremål en annan person tillhörig sak. För ägaren till saken blir emellertid en dylik försäljning bindande antingen därigenom, att han efter skedd försäljning g o d k ä n n e r densamma såsom för sig förpliktande, eller på den grund, att han redan före försäljningen därtill givit sitt s a m t y c k e.[2] Godkännandet och det föregående samtycket till en annans handlande i eget namn bilda här fullkomliga motsvarigheter till ratihabitionen och fullmakten vid handlandet i annans namn, ja, dessa sistnämnda äro icke annat än en vid sidan av nu omhandlade godkännande och föregående samtycke stående art av vad man skulle kunna kalla godkännande och samtycke i vidsträckt mening.

Det »föregående samtycke», vilket WETTER här tillägger rättsmaktstiftande verkan för kommissionären och vilket enligt WETTER[3] har naturen av huvudmannens ensidiga, på rättseffekten, rättsöverföringen, riktade viljeförklaring, utgör tydligen i huvudsak allenast ett annat uttryck för den fullmaktsförklaring, vari STANG ser grunden till tredje mans rättsförvärv. Dock är det ännu något mera. Den rättsmakt WETTER anser kommissionären äga på grund av kommittentens föregående samtycke är vidsträcktare än den fullmakt STANG anser kommissionären inneha, i det nämligen denna rättsmakt i c k e förutsätter, att kommissionären har godset i sin besittning. Härtill kommer, att, även när sålunda fullmakten i c k e framträtt i något yttre faktum, som kan tjäna till bevis om den, WETTER anser huvudmannen bliva bunden oberoende av att mellanhanden överskridit sina instruktioner. Skälet härför vore det, att »kommittenten, som ger kommissionären makt att uppträda gent emot tredje man men icke vill lämna denne kännedom om huru långt kommissionären får gå exempelvis i prissänkning, måste i gengäld anses hava gjort tredje man oberoende av huruvida kommissionären följer sina instruktioner.[4]

[1] S. 177—179.
[2] Jmfr BGB § 185.
[3] S. 178, 179.
[4] S. 178; jmfr beträffande SINDBALLES likartade uppfattning framställningen nedan s. 72.

Enligt detta betraktelsesätt har man sålunda att ur själva kommissionsbemyndigandet utläsa en sådan kommittentens till tredje man riktade viljeförklaring, varigenom kommittenten alldeles som i en fullmakt uttalar, att han i förhållande till tredje man v i l l vara bunden av kommissionärens förfogande över kommittentens rätt. Att denna förklaring av det godtroende tredje man tillkommande rättsskyddet är grundad på en fiktion synes emellertid påtagligt.[1] Särskilt tydligt framträder det fiktiva i det föregående samtycke WETTER åberopar såsom förklaringsgrund, om man tager i betraktande det fall, då kommissionären förfogat över kommittentens rätt till kommissionsgodset utan att hava detta i sin besittning. I dylika fall finnes icke någon yttre omständighet, som kunde giva en hållpunkt för det antagandet, att kommittenten givit sitt samtycke till godsets avyttrande på andra villkor än de i kommissionärens uppdrag bestämda. Har kommittenten uppdragit åt kommissionären att sälja till 100 och inskränkt sig härtill, så söker man förgäves efter något faktum, som kunde anses indicera, att kommittenten skulle vilja godtaga även en försäljning till ett lägre pris. Det enda faktiska man har att hålla sig till för ett fastställande av kommittentens v i l j a är i dylikt fall hans förklaring till kommissionären, att han vill ha godset sålt till 100. Att så är fallet framträder allt skarpare ju mer det av kommissionären godtagna priset avviker från det av kommittenten bestämda; någon objektiv grund för att avgöra, huru stor avvikelse, som kunde anses ligga inom kommittentens vilja, finnes ej; skall han, därför att han givit uppdraget, anses ha utfäst sig att godtaga icke blott en försäljning till 99 utan även en försäljning till 98 eller till 90 eller till 50 o. s. v.? Endast så till vida skulle en viss gräns kunna fastställas, att ett »avhändande genom gåva eller försäljning av huvudsakligen benefik art»[2] komme att falla utanför kommittentens presumerade vilja.

[1] Så ock EBERSTEIN mot WETTER s. 322. Vad E. därstädes anför angående skillnaden mellan kommission och fullmakt synes dock icke alldeles klart. Skillnaden säges vara den, att fullmaktsgivaren i motsats till kommittenten »ofta äger ett verkligt intresse att kunna bindas även utanför gränserna för det mellan honom och fullmäktigen bestående uppdraget». Ett sådant intresse kan väl emellertid en kommittent också tänkas hava, ja, i själva verket har lagen genom regeln i Kmsl § 8 förutsatt, att han ofta har det. En bestämd skillnad i förevarande avseende mellan en fullmaktsgivare, som utfärdat en självständig fullmakt, och en kommittent ligger emellertid däri, att kommittentens ifrågavarande intresse i motsats till fullmaktsgivarens icke kommit till något uttryck utåt, varpå tredje man kan taga fasta.

[2] WETTER s. 179.

Skall man utan att hamna i fiktionen kunna komma fram till en skillnad mellan en mellanhands behörighet och hans befogenhet, måste det föreligga en yttre omständighet, som ur tredje mans synpunkt ger fog för ett antagande av en viss behörighet. Någon sådan omständighet har WETTER icke pekat på. Såsom en förutsättning för att de av honom utvecklade reglerna skola gälla anför han[1] visserligen, »att kommissionären i denna sin egenskap framträtt inför tredje man». Häruti kunde kanske vid första påseende synas ligga en sådan objektiv omständighet, som nyss antytts. Detta är emellertid ingalunda fallet. Att kommissionären framträder i denna sin egenskap betyder tydligen allenast att han skall hava uppträtt såsom förfogande över annans rätt. Trots att han handlat i eget namn, skall han ha klargjort eller skall det eljest ha framgått för medkontrahenten, att kommissionären själv icke är ägare till egendomen ifråga. Detta utgör emellertid icke någon omständighet, som kunde utgöra grundvalen för ett antagande beträffande omfattningen av kommissionärens behörighet. Tvärtom innebär det, att de nu diskuterade fallen äro att helt jämställa med ett rättshandlande på grund av muntlig fullmakt: kommissionären anger sig förfoga över annans egendom och kan till stöd för sitt förfogande icke åberopa annat än att godsets ägare givit honom uppdrag att avyttra detsamma. Beträffande dylika fall stadgas emellertid i Avtl § 11 st. 2, att rättshandling, som fullmäktigen med överskridande av sin befogenhet företagit, icke är gällande mot fullmaktsgivaren, ändå att tredje man var i god tro. Otvivelaktigt är således, att vår nuvarande lag icke godtagit den av WETTER förfäktade principen. Härutinnan överensstämmer lagen för övrigt med vad som gäller också i andra länder. Och vad särskilt kommissionsförhållanden angår, så vinner den nämnda grundsatsen i Avtl § 11 st. 2 bekräftelse genom de förutnämnda stadgandena angående godtrosfång från kommissionär i Kmsl §§ 54 och 55, vilka för godtroende tredje mans skyddande förutsätta, att kommissionären haft det försålda godset i sin besittning.

Uppenbarligen är också ifrågavarande grundsats rationellt motiverad. Skall en fullmaktsgivare bliva bunden i förhållande till tredje man, oaktat fullmäktigen överskridit sina instruktioner

[1] S. 181.

och sålunda handlat i strid med fullmaktsgivarens verkliga vilja, så måste skälet härför vara, att ett hänsynstagande till tredje man framstår motiverat och att det gör detta, enär tredje man i någon föreliggande yttre omständighet haft stöd för sitt antagande, att fullmäktigen var behörig. Fullmäktigen måste hava framstått såsom l e g i t i m e r a d att förfoga över den egendom, varom han avtalar. En sådan legitimation av yppersta beskaffenhet har naturligen en sådan mellanhand, som är utrustad med skriftlig fullmakt, d. v. s. en från ägaren härrörande skriftlig förklaring med syfte att för tredje man tjäna till bevis om mellanhandens behörighet att förfoga över egendomen. En sådan förklaring framträder såsom en legitimationsförklaring ex professo, direkt riktad till tredje man, och är på grund härav särskilt ägnad att väcka hans tillit. En legitimation, ehuru icke av samma slag, har också den, som fått annans gods i sin besittning under sådana förhållanden, att han framstår som dess ägare. Helt utan legitimation är däremot en fullmäktig, som allenast har muntlig fullmakt. En sådan fullmakt har icke stöd i något annat än fullmäktigens egen eventuella trovärdighet. Om tredje man i dylikt fall litar på fullmäktigens nakna uppgifter, måste han göra det på egen risk.

Emot den uppfattning, som sålunda ligger till grund för vår lag, har SINDBALLE[1] gjort den invändningen, att den med den muntliga fullmakten alltid förbundna ovissheten, huruvida den åberopade fullmakten verkligen motsvarar fullmaktsgivarens verkliga vilja, lika väl kunde vara för handen även beträffande såväl en skriftlig fullmakt som en ställningsfullmakt. Beträffande skriftlig fullmakt framhåller SINDBALLE således bland annat, att det i många tillfällen måste te sig såsom övervägande sannolikt för tredje man, att befogenheten är snävare än fullmakten, varför det för tredje man måste vara lika osäkert som i fall av muntlig fullmakt, huruvida fullmaktsgivaren vill det av fullmäktigen lovade. Och beträffande ställningsfullmakt säger han: »Om de omtalte særlige Stillinger siges det ofte at de legitimerer Fuldmægtigen indenfor en vis Ramme at forpligte Fuldmagtsgiveren, idet Trediemand maa gaa ud fra, at Fuldmægtigen er berettiget til at handle som han gør. Heller ikke dette vil altid passe. Der er Grund til at tro, at Kommis'en i en Butik kan sælge Bu-

[1] S. 267.

tikkens Varer. Men til at tro at Kommis'en er berettiget til at sælge til de Priser han angiver har Kunden ikke anden Grund end den, at Kommis'en selv siger det. Det er jo her ret givet, at der foreligger en endog ganske fast Instruktion. Og dog gælder det utvivlsomt, at de av Kommis'en foretagne Salg er bindende for Principalen. Ogsaa i Prokuraforhold vil det efter Omstændighederne være givet, at Prokuristen har modtaget nærmere Instruktioner av sin Chef.» På grund av det sålunda anförda anser sig SINDBALLE kunna konstatera, att ovissheten, huruvida fullmaktsgivaren vill det av fullmäktigen lovade, kan vara lika stor och av alldeles samma art, vare sig det föreligger skriftlig fullmakt eller ställningsfullmakt eller det blott föreligger muntlig fullmakt. Påståendet om denna likhet mellan de olika slagen av fullmakt underbygges därpå ytterligare därigenom, att såsom en otvivelaktig rättsregel hävdas,[1] att det för fullmaktsgivarens bundenhet gent emot tredje man, när en fullmakt med självständig existens föreligger, är likgiltigt, huruvida tredje man är underkunnig om det faktum, varigenom dylik fullmakt kommer till uttryck. Likgiltigt skulle det sålunda vara, huruvida fullmäktigens ställning som prokurist varit tredje man bekant, likgiltigt också, huruvida en fullmäktig, som utrustats med skriftlig fullmakt, åberopat denna eller icke o. s. v. Och på grund av den överensstämmelse, som sålunda i nu nämnda hänseende vore för handen mellan muntlig fullmakt och övriga slag av fullmakt, drager SINDBALLE slutligen den konsekvensen, att även beträffande betydelsen av instruktionens överskridande borde gälla samma regler. Han säger sålunda:[2]

»Det Spørgsmaal kan nu stilles, om en Risikofordeling ikke vil være det rigtige i alle Tilfælde af muntlig Fuldmagt. Om mere end en Fordeling af Risikoen kan der ikke blive Tale. At lægge al Risiko paa Fuldmagtsgiveren gaar ikke an. Det vilde føre til urimlige Resultater, om en Bemyndigelse til at indgaa en ganske ubetydelig Retshandel skulde kunne bevirke, at Fuldmægtigen kunde forpligte Fuldmagtsgiveren i videste Omfang, idet Fordringen om Trediemands gode Tro blev den eneste Begrænsning.

Man tænke sig nu, at Bemyndigelsen gaar ud paa at afslutte en vis Handel efter bedste Skøn, og at Fuldmægtigen — uden at

[1] S. 269. Angående denna fråga se nedan s. 78 not 1.
[2] S. 269.

det er kendeligt for Trediemand — tilsidesætter sine Pligter i denne Henseende. Er Bemyndigelsen da ikke overskredet? Dog er det vel utvivlsomt, at Fuldmagtsgiveren bindes.

I andre Tilfælde kan Bemyndigelsen gaa ud paa at afslutte en vis Handel, hvis det ikke lykkes at afslutte en mere fordelagtig. Bemyndigelsen kan f. Eks. angaa Salg af en Ko; den skal til en Begyndelse holdes i 190 Kr., men maa dog nok sælges for 170. Sikkert bliver Ejeren bunden ved Handelen, hvis Fuldmægtigen begynder med at forlange 185 og sluttelig sælger Koen for 180 Kr.

Men man kan gaa videre. I det sidstnævnte Tilfælde vil det formentlig være rigtigt ogsaa at lade Handelen staa ved Magt, hvis Fuldmægtigen sælger Koen for 165 Kr. Bemyndigelsen er her en saadan, at det ikke vilde være stemmende med Fuldmagtsgiverens Interesse, om den i hele sit Omfang blev bekendt for Trediemand før Handelens Afslutning. Blev der udstedt skriftlig Fuldmagt, vilde den Del af Bemyndigelsen, der angaar Prisen, ikke kunne optages deri. Fuldmagtsgiveren vilde da blive bunden trods Overskridelsen. Men det synes da ikke uforsvarligt ogsaa at lade ham blive bunden, naar der ingen skriftlig Fuldmagt er udstedt.

Reglerne om skriftlig og mundtlig Fuldmagt kan da bringes i fuld indbyrdes Harmoni. Bemyndigelsen falder i to Dele. En Del kan optages i en skriftlig Fuldmagt; hvad enten nu en saadan udstedes eller ikke, kan det siges, at Fuldmægtigen for saa vidt kun er nuntius. Kun indenfor den derved givne Ramme kan han da ogsaa forpligte Fuldmagtsgiveren. Vil Fuldmagtsgiveren ikke løbe den saaledes bestæmte Risiko, maa han i det paagældende Forhold undlade at benytte Fuldmægtig.»

Likheten mellan detta resonemang och WETTERS argumentation är påtaglig. Då detsamma löper ut på ett bevis för att bundenheten även utanför gränserna för fullmäktigens uppdrag och befogenhet motsvarar fullmaktsgivarens v i l j a, eftersom, om han icke ville taga ifrågavarande risk, han finge lov att avstå från att nyttja fullmäktig, så kan häremot riktas samma invändning om det fiktiva i den sålunda presumerade fullmaktsviljan, som man kan rikta mot WETTERS åskådning.[1] Från dennes argumentation skiljer sig emellertid SINDBALLES så till vida, att SINDBALLE, såsom av det anförda framgår, vid sidan av fullmakts-

[1] Jmfr EBERSTEIN s. 322.

givarens presumerade vilja betonar tredje mans insikt angående beskaffenheten av denna fullmaktsvilja. Därmed ses den diskuterade frågan visserligen från den riktiga synpunkten, i det att hänsynen till tredje man tillmätes betydelse. Denna i och för sig riktiga synpunkt går emellertid återigen förlorad i och med att den fråga angående tredje mans insikt beträffande fullmaktsgivarens vilja, vilken av SINDBALLE ställes, avser den vilja fullmaktsgivaren givit uttryck åt i förhållande till fullmäktigen, icke den vilja han givit uttryck åt gent emot tredje man. På denna senare är det dock, som tredje mans rättsställning måste bero. Denna viljeyttring, som just är vad som skiljer de självständiga fullmakterna, skriftlig fullmakt, ställningsfullmakt o. s. v. från § 18-fullmakterna, suddas emellertid ut av SINDBALLE. Att möjligheten av inskränkande instruktioner, enligt vad tredje man väl inser, är för handen, ävensom att sådana instruktioner faktiskt givits fullmäktigen, kan dock icke rimligen betaga den till tredje man riktade fullmaktsförklaringen dess natur av ett adekvat uttryck för fullmaktsgivarens vilja. Vad fullmaktsgivaren genom fullmakten uttryckt är viljan att stå för vad fullmäktigen inom fullmaktens gränser sluter med tredje man. Fullmakten utsäger icke någonting och avser icke heller att utsäga något om fullmaktsgivarens speciella önskemål beträffande den tillämnade rättshandlingen av fullmäktigen; i stället innehåller fullmakten ett löfte av fullmaktsgivaren till tredje man om att inom en viss gräns svara för den rättshandling fullmaktsgivaren kan komma att företaga, oavsett huruvida denna kommer att motsvara de mera specificerade önskemål fullmaktsgivaren framfört till fullmäktigen. På denna förklaring har tredje man all anledning att taga fasta. Någon sådan viljeförklaring, något sådant löfte i förhållande till tredje man har den, som handlar genom § 18-fullmäktig, icke avgivit. Lika naturligt som det är att den, som avgivit ett sådant löfte, blir bunden av det, lika naturligt är det att den, som icke avgivit något sådant löfte, icke blir så bunden, som om han avgivit löftet. Att påstå att ovissheten, huruvida fullmaktsgivaren verkligen vill den företagna rättshandlingen, kan vara lika stor i det ena fallet som i det andra, är att förbise den fundamentala skillnaden dem emellan, att i ena fallet tredje man har en uttrycklig förklaring av fullmaktsgivarens ansvarighetsvilja att utgå från

och att bygga på, medan i andra fallet han blott har ett naket påstående av fullmäktigen om en sådan ansvarighetsvilja att hålla sig till. Ovedersägligen utgör denna skillnad rationell grund för en skiljaktig behandling av de båda fallen: den som icke haft något stöd för sitt antagande angående fullmäktigens behörighet, kan icke gärna pretendera att bliva så behandlad, som om han verkligen haft ett dylikt stöd. Det är med andra ord icke möjligt att vid en föryttring bortse från huruvida tredje mans medkontrahent, mellanhanden, framstått för tredje man såsom legitimerad att förfoga över det föryttrade godset eller icke.

Då här så starkt betonas, att fullmaktsgivarens fullmaktsförklaring har betydelse såsom l e g i t i m a t i o n s m e d e l, innefattar detta ett ställningstagande också mot en av USSING[1] framställd åsikt. USSING framhåller visserligen, att reglerna om fullmakt utan bemyndigande i huvudsak uppbäras av samma grund som en legitimationsregel och att den enda p r a k t i s k t betydelsefulla egendomligheten vid fullmaktslegitimationen vore, att man icke kan fordra b e v i s för att tredje man har handlat i tillit till legitimationen; men det oaktat stannar han vid att avvisa tanken, att fullmaktsgivarens bundenhet när fullmäktigen överskridit sin befogenhet kunde förklaras såsom utslag av en fullmäktigens legitimation. Härvid utgår USSING emellertid från att ett baserande av fullmaktsgivarens bundenhet i dylika fall på fullmäktigens »legitimation» skulle innebära, att man regelmässigt uppfattade bemyndigandet (uppdraget etc.) såsom den egentliga grunden för fullmakten och förklarade möjligheten av fullmaktsgivarens bundenhet, när fullmäktigen överskridit befogenheten, därmed, att då en legitimerande »skenfullmakt» förelåge. Ett sådant antagande komme åter i strid med Avtl, av vilken framginge, att genom en till tredje man riktad förklaring v e r k l i g fullmakt, icke allenast en skenfullmakt tillskapades.

Den skiljelinje mellan fullmakt och legitimation, som USSING sålunda uppdrager, synes emellertid icke fullt klar. Enligt vår tanke finnes det intet hinder för att med varandra förena uppfattningen av fullmakten såsom grundad genom en till tredje man riktad viljeförklaring och uppfattningen av fullmakten såsom innefattande ett legitimationsmedel för fullmäktigen. Allt beror på vilket innehåll man anser inneligga i den genom en för-

[1] S. 32 f.

klaring till tredje man grundade fullmakten. Anser man denna viljeförklaring innefatta ett uttryck för att fullmaktsgivaren vill den särskilda rättshandling, som fullmäktigen företager, kan det väl synas svårt att samtidigt tala om en fullmäktigens legitimation såsom grunden för fullmaktsgivarens bundenhet. En sådan uppfattning är dock icke den naturligaste; den innebär snarast, att man grundar fullmakten på en fiktion, ty fullmäktigen meddelade inskränkande instruktioner kunna ju tydligt ådagalägga, att vad fullmaktsgivaren önskar och sålunda i det nu angivna hänseendet vill är något annat än den rättshandling, som fullmäktigen faktiskt företagit. Naturligare är att i stället uppfatta den till tredje man riktade viljeförklaringen såsom ett löfte om att taga på sig rättsverkningarna av de rättshandlingar, som fullmäktigen inom fullmaktens gränser företager. Utgår man från denna uppfattning, möter det knappast någon svårighet att därmed förena legitimationssynpunkten. Fullmäktigens behörighet blir då att uppfatta som en av fullmaktsgivaren g a r a n t e r a d l e g i t i m a t i o n.

Uppfattar man saken på detta sätt, så blir därav en följd, att en rättshandling av en fullmäktig, som överskridit sin befogenhet, icke, även om fullmäktigen hållit sig inom sin behörighet, blir bindande för fullmaktsgivaren, om icke tredje man varit i god tro, och vidare icke heller, om icke därutöver det fullmäktigen legitimerande förhållandet varit tredje man bekant. I båda dessa avseenden hävdar också Ussing en motsatt uppfattning.

Sålunda framhåller han såsom något, vilket legitimationssynpunkten icke kan förklara, att fullmäktigens rättshandling har omedelbar verkan i de säregna tillfällen, då tredje man v e t, att fullmäktigen handlar u t a n b e m y n d i g a n d e, enär fullmaktsgivaren icke kunnat komma i förbindelse med honom. — Att fullmaktsgivaren verkligen bleve bunden under sådana förhållanden synes emellertid med skäl kunna betvivlas. Att giltig fullmakt kan föreligga utan att fullmäktigen själv erhållit något bemyndigande är visserligen sant, men att fullmakten i dylikt fall mer än i andra skulle kunna åberopas av tredje man oberoende av hans onda tro synes vara ett antagande, som helt saknar stöd i lagen. På ett sådant fall synes tvärtom stadgandet i Avtl § 20 angående betydelsen av att fullmäktigen erhållit order att icke begagna fullmakten vara ex analogia tillämpligt.

Mera tvivelsam kan frågan om beskaffenheten av den erforderliga tilliten till fullmakten synas. I detta hänseende gör USSING gällande, att tredje man kan åberopa fullmakten oberoende av huruvida han handlat i tillit till de förhållanden, som skapa fullmäktigens legitimation; även om dessa förhållanden, t. ex. existensen av en skriftlig fullmakt, varit tredje man obekanta, skulle de hava samma verkan beträffande fullmäktigens behörighet som i motsatt fall. — Icke heller detta påstående kan emellertid utan vidare godtagas såsom riktigt. Någon direkt hållpunkt för frågans avgörande erbjuder lagen icke, och olika meningar hava därför också kommit till synes.[1] Emellertid torde emot USSINGS uppfattning kunna anföras, att vare sig man utgår från legitimationssynpunkten eller från synpunkten av fullmakten såsom en till tredje man riktad, i och för sig rättsskapande yttring av fullmaktsgivarens vilja, ett berättigande av tredje man, även när han alldeles saknat kännedom om fullmakten, synes alldeles inadekvat i förhållande till den antagna grunden för fullmaktens rättsliga verkan. Skall den makt, vilken fullmakten innebär för fullmäktigen, få rättslig betydelse, måste den väl brukas, men brukad kan den knappast sägas bliva, om icke någon av parterna, vare sig fullmäktigen eller tredje man, tager fasta på densamma.

Till de nu återgivna argumenten har USSING slutligen ytterligare fogat det, att legitimationssynpunkten icke kunde föra till erkännadet av att en fullmakt kan vara oåterkallelig i förhållande till tredje man och därför bestå, även om tredje man vet, att befogenheten upphört. — Detta argument har väl dock, så omtvistad som frågan om möjligheten av oåterkallelig fullmakt samt om gränsen mellan dylik fullmakt och cession alltjämt är,

[1] Att vetskap om fullmaktens existens icke erfordras hävdas allmänt i dansk doktrin — USSING s. 22, SINDBALLE s. 269, LASSEN, Alm. Del § 23 not 26 — i anslutning till ett uttalande i motiven till det danska förslaget till Lov om Aftaler § 17; jmfr ALMÉN, Avtal s. 97 f, vilken icke tager någon bestämd ståndpunkt. Såsom skäl för den i dansk rätt hävdade åskådningen anföras fr. a. svårigheterna att i det särskilda fallet avgöra, huruvida vetskap om fullmakt förelegat, när detta bestrides av fullmaktsgivaren. Att dessa svårigheter kunna motivera beslutet att icke giva någon uttrycklig regel kan väl medgivas; däremot synas de knappast utgöra tillräcklig grund för att i ett fall, när någon bevissvårighet icke är för handen, icke tillämpa den principiellt riktiga regeln. Betydelsen av ifrågavarande bevisvanskligheter synes allenast böra vara den, att *bevisskyldigheten lägges på fullmaktsgivaren*, d. v. s. att tredje mans påstående om att han ägt kännedom om fullmakten tages för gott, tills oriktigheten därav bevisas.

knappast något större värde och må därför utan vidare lämnas därhän.[1]

II. Är den uppfattning av fullmaktens och fullmaktslegitimationens innebörd, som nu utvecklats, riktig, så hava vi därmed tillbakavisat alla sådana åskådningar angående grunden till äganderättens övergång från kommittent till tredje man, vilka, i likhet med WETTERS och SINDBALLES, taga sin utgångspunkt i en tolkning av kommittentens vilja med avseende på godsets föryttring genom kommissionären, d. v. s. en tolkning, varigenom fastslås, huruvida kommittenten velat eller icke velat just den av kommissionären företagna föryttringen i dess konkreta gestaltning genom de i kommissionärsavtalet avtalade villkoren beträffande köpeskilling m. m. Vi ha därvid sökt visa, att när en kommittents viljeförklaring med avseende å föryttringen av visst gods över huvud får betydelse för tredje mans rättsställning, så är grunden därtill dess beskaffenhet att i förhållande till tredje man *garantera ställföreträdarens legitimation*. I vad mån vid kommissionärens rättshandlande finnes utrymme för en *dylik* legitimation, blir det nu vår uppgift att undersöka i det följande.

Därmed är emellertid den uppgift vi förelägga oss endast delvis angiven. Föryttringslegitimation kan tillkomma icke blott den, som på grund av föreliggande omständigheter framstår såsom utrustad med en av ägaren given och garanterad behörighet, utan även och i första hand den, som på grund av föreliggande omständigheter framträder såsom själv ägare av godset i fråga. Med hänsyn härtill ha vi ock att i samband med förstnämnda fråga undersöka, i vad mån vid kommissionärens rättshandlande finnes utrymme för en legitimation av det senare slaget.

Såsom grund för en legitimation av ena eller andra slaget kunna a priori framför allt komma i fråga å ena sidan besittning av en sak, å andra sidan behörig förvärvstitel.

a) Främst kommer i betraktande *sakbesittningens egenskap av legitimationsmedel*. Att besittningen av en sak säges legitimera besittaren att förfoga över saken kan innebära mer eller mindre. Det kan innebära ett »erkännande av att besittningen rent faktiskt är ägnad att skänka

[1] Angående frågan om oåterkallelig fullmakt se BJÖRLING i Festskrift för Presidenten Berndt Julius Grotenfelt, 1929, med hänvisningar samt USSING s. 17 f och 30.

innehavaren ett sken av förfoganderätt»[1] och att man på grund härav i rättslivet faktiskt allmänt godtager besittningen såsom tillräckligt bevis för besittarens förfoganderätt, när icke omständigheterna mer eller mindre tydligt motsäga den av besittningen indicerade förfoganderätten. För så vitt man åberopar besittarens legitimation såsom grund för erkännandet av exstinktiva godtrosförvärv, kan det väl icke vara något annat än detta man avser.[2] Emellertid kan besittningens karakteriserande såsom legitimationsmedel även ha en vidsträcktare innebörd och innefatta ett erkännande icke blott av besittningens rent faktiska verkan såsom utvisande sannolik förfoganderätt utan även av »att rättsordningen vid besittningen knyter sådana rättsverkningar, att man i den ekonomiska samfärdseln kan förlita sig därpå, att innehavaren av en sak med laga verkan kan förfoga däröver.»[3] En sådan innebörd har besittningen enligt vår rätt, som bereder godtrosförvärvare rättsskydd även när förvärvarens fångesman saknat varje rättstitel, t. ex. själv stulit godset. Visserligen är det knappast befogat att tala om besittningens sålunda karakteriserade legitimerande verkan såsom grund för det utsträckta godtrosskydd vår rätt medgiver,[4] men riktigt är dock att på detta sätt sammanfattningsvis ange besittningens betydelse i förevarande hänseende enligt vår rätt.

Betraktar man nu sålunda besittningen såsom legitimation för besittaren att förfoga över det gods han innehar, synes emellertid dylik legitimerande verkan icke kunna tillkomma någon annan besittning än ägarbesittningen (och eventuellt pantbesittningen), d. v. s. en besittning, som icke, enligt vad för besittarens motpart är känt eller framstår sannolikt, har annan grund än äganderätt (resp. panträtt) till godset. Denna uppfattning är dock icke obestridd. I utländsk doktrin står mening mot mening.[5] Vissa författare betona, att anledningen till besittningens legi-

[1] Benckert s. 172; B. vill emellertid icke erkänna en legitimation av denna begränsade innebörd såsom möjlig grund för en rättsregel om exstinktiva godtrosfång, se a. a. s. 173. Med legitimation synes B. mena allenast motsvarigheten till vad vi ovan kallat garanterad legitimation. Varför icke en legitimation av angivna mindre kvalificerade beskaffenhet skulle kunna utgöra en tillräcklig grund för att med hänsyn till omsättningens intressen erkänna ett exstinktivt godtrosförvärv kunna vi dock icke inse.

[2] Jmfr emellertid Benckert s. a. st.

[3] Benckert s. 172.

[4] Annorlunda åter Benckert s. 173.

[5] Härom se Benckert s. 262 f.

timerande verkan är det förhållandet, att innehavet av gods utgör äganderättens och andra sakrätters normala uppenbarelseform, och frånkänna således besittningen legitimerande verkan, när av besittarens egna uppgifter eller omständigheterna i övrigt framgår, att han handlar för annans räkning. Andra författare göra gällande, att besittningens legitimationsverkan framträder även när besittaren säger sig innehava godset på grund av fullmakt eller uppdrag o. s. v. En förmedlande ståndpunkt har för svensk rätts del BENCKERT[1] intagit. Såsom ovan omtalats avvisar han tanken, att legitimation skulle föreligga för den, som innehar annans gods och påstår sig vara på grund av fullmakt berättigad förfoga över godset; anledningen är den, att man icke kan påvisa något allmänt bruk, att fullmäktige hänvisa till besittningen av fullmaktsgivarens gods såsom tillräcklig legitimation. Annorlunda är läget, menar BENCKERT, när det gäller förvärv från en kommissionär. »Den som i egenskap av kommissionär och sålunda i eget namn avyttrar föremål, som han har i sin besittning, legitimerar sig — i likhet med ägaren själv — i allmänhet endast genom sin besittning. Ej ens i sådana fall, då kommissionären öppet framträder som handlande för en namngiven huvudmans räkning, brukar han framlägga några bevis angående det honom givna bemyndigandet. Att vägra skydd enligt grundsatsen om godtrosförvärv åt den, som tillhandlar sig lös sak under den ursäktliga villfarelse, att avlåtaren som kommissionär ägt förfoga däröver, under det att sådant skydd otvivelaktigt tillkommer den förvärvare, som antagit avlåtaren vara ägare, skulle därför även leda till praktiskt stötande resultat. Den, som inköpt ett föremål i butiks- eller torghandel, skulle i sådant fall vara förhindrad att göra gällande ett godtrosförvärv allenast på den grund att säljaren felaktigt uppgivit sig innehava föremålet till försäljning i kommission. Den, som av en fondhandlare tillhandlat sig obligationer eller andra värdehandlingar av löpande natur, vilka på vanligt sätt försålts 'i kommission,' skulle vidare ej äga göra gällande ett godtrosförvärv, om säljaren handlat utan uppdrag, under det att en köpare av sådana värdehandlingar otvivelaktigt kan göra gällande ett sådant förvärv, om han med fog kunnat antaga dessa handlingar tillhöra säljaren själv. — Den som tillhandlat sig ett föremål under den ursäktliga villfarelse,

[1] S. 263 ff.

att avlåtaren på grund av ett kommissionsuppdrag ägt förfoga däröver för vederbörande rättsägares räkning, bör därför enligt min mening tillerkännas skydd enligt den i HB 11: 4 och 12: 4 fastslagna grundsatsen. Detta lärer visserligen kunna medföra undantag från den eljest gällande regel, att förvärv med stöd av denna grundsats äro av exstinktiv natur, men, som jag nedan skall söka visa, kan denna omständighet i allt fall ej åberopas som något avgörande argument mot den här uttalade uppfattningen.»

Denna BENCKERTS argumentation innehåller, såsom ovan utvecklats, säkerligen en riktig synpunkt, då däri tillmätes avgörande betydelse åt den omständigheten, hur en besittare av gods vid dess avyttrande brukar legitimera sig. Likväl synes BENCKERT med den distinktion han här gör icke träffa alldeles rätt, då han från nyssnämnda synpunkt finner det i och för sig avgörande, huruvida besittaren handlat i eget namn eller annans namn. Ett avgörande efter denna skiljelinje synes icke motsvara de nödvändiga konsekvenserna av den anförda sakliga motiveringen utan gå vida därutöver. Har besittningen alls någon legitimerande verkan, då en *såsom kommissionär framträdande* mellanhand är besittare, så lär det *icke* vara besittningen i och för sig eller ens i förening med den omständigheten, att besittaren handlar i eget namn, som utgör grund för legitimationen, utan denna stöder i dylikt fall på den *ställning* till godset kommissionären i *denna sin egenskap* intager. Det är icke utan vidare därför, att han *besitter* godset, utan därför, att han besitter det eller synes besitta det *såsom kommissionär*, som han framstår såsom legitimerad att förfoga över det. Härav måste emellertid dragas den synnerligen betydelsefulla konsekvensen, att någon speciell kommissionärslegitimation icke kan vara för handen för andra än *merkantila* kommissionärer, d. v. s. sådana, vilkas egenskap av kommissionärer framträder i en objektivt fastställbar yttre ställning av försäljare i eget namn,[1] något som kan vara fallet antingen på den grund, att vederbörande är yrkeskommissionär, eller redan på den grund,

[1] Att i detta avseende en skillnad är för handen mellan handelskommissionärer och civila kommissionärer har man allmänt förbisett; detta gäller även om den, som yttrat sig senast, ROSS s. 111, då han gör gällande, att det som skiljer kommission från annan »Betroelse» icke ligger i det »yttre» eller i en särskild legitimation som grundlag för en kvalificerad förväntan utan allenast i det »inre», d. v. s. i det mellan kommittent och kommissionär bestående, för tredje man som sådan osynliga rättsförhållandet.

att han är handlande och som sådan driver handel med just det slags varor, varom fråga är.

Även den legitimation, som tillkommer en dylik kommissionär, är emellertid av olika beskaffenhet i olika fall. Att detta blivit förbisett torde förklara åtskilligt av oklarheten i den hithörande diskussionen och det ofta motsägelsefulla i avgörandena både i doktrin och lagstiftning. En skillnad måste göras mellan de fall, då kommissionären förfogar över verkligt kommissionsgods, d. v. s. fr. a. till försäljning i kommission överlämnat gods men även för en kommittents räkning inköpt gods,[1] och de fall, då han förfogar över annat gods, exempelvis stulet, hittat, lånat eller deponerat gods.

Vad först de förra fallen angår, och bland dem till en början allenast försäljningskommission, så är det allenast fråga om betydelsen därav, att kommissionären handlat i strid med interna instruktioner eller efter upphörande av uppdraget. Om kommissionärens förfogande i dessa fall blir för kommittenten förbindande oavsett att det icke motsvarar kommissionärens befogenhet, så är grunden härtill i c k e en sådan genom sakbesittning grundad legitimation, som utgör bas för de exstinktiva förvärven, utan i stället en f u l l m a k t s l e g i t i m a t i o n, och förvärvet blir ett d e r i v a t i v t,[2] för godsets ägare i och med

[1] Om kommissionsgods av det senare slaget se särskilt nedan s. 89 f.

[2] Jmfr WETTER s. 181 f, som, enligt vad vi ovan anfört, anser alla godtrosförvärv från en kommissionär utan åtskillnad mellan handelskommissionärer och civila kommissionärer vara derivativa, för så vitt kommissionären framträtt i denna sin egenskap, men exstinktiva åter, om godtrosförvärvaren trott avlåtaren vara ägare. Samma uppfattning hävdar också UNDÉN s. 216 och 218. Mot densamma kan göras icke allenast den anmärkningen, att den förbiser den ovan framhävda skillnaden mellan handelskommission och civil kommission, utan dessutom den invändningen, att det synes egendomligt att under i övrigt likartade förhållanden behandla godtrosförvärvaren sämre — nämligen genom att göra honom beroende av rätter ägares lösningsrätt — om han trott på avlåtarens egenskap av ägare, än om han trott på hans egenskap av kommissionär. Att förvärvaren trott kommissionären vara ägare innebär ju, att kommittenten med avseende å kommissionärens legitimation uppnått just vad han avsett, och det kan omöjligen vara rimligt, att tredje man i detta fall skulle bliva sämre ställd, än om han insett den verkliga naturen av kommissionärens legitimation. Den som tror en handlande sälja sitt eget gods eller som icke närmare reflekterar över godsets tillhörighet, bör väl tvärtom anses hava en mera kvalificerad god tro än den, som tror handlanden sälja en annan persons gods; jmfr sv. mot. s. 162. Att man på denna punkt enligt den här kritiserade åskådningen kommit till ett icke godtagbart resultat bestyrker i sin mån nödvändigheten av att i förevarande avseende på sätt vi hävdat skilja mellan handelskommission och civil kommission. Beträffande godtrosförvärv från en civil kommissionär gäller nämligen också enligt vår uppfattning, att förvärvet, när förvärvaren tror avlåtaren vara ägare, blir exstinktivt och grundat på HB 11: 4 och 12: 4; i dylikt fall finnes nämligen intet

själva avtalet definitivt förbindande, icke ett blott exstinktivt, av tradition beroende och genom rätter ägares lösningsrätt begränsat förvärv. I de nu angivna fallen[1] är det nämligen verkligen befogat att tala om en fullmakt för kommissionären, närmare bestämt en s. k. ställningsfullmakt. Genom att i och för försäljning anförtro godsets besittning åt en person, som genom sin ställning av yrkesförsäljare utåt ter sig som behörig att avyttra det gods han har om händer, måste godsets ägare anses hava givit kommissionären en fullmakt av alldeles samma slag som den, vilken anses tillkomma varje biträde i en butik eller över huvud den, som sättes att omhänderhava en yrkesmässig försäljning. Om man sätter en person, biträdet, i en sådan relation till ett varulager, att han på grund av den ställning han erhåller framträder som bemyndigad att sälja varorna, eller om man i stället sätter vissa varor i relation till en person, yrkeskommissionären resp. egenhandlanden, vilken redan intager en ställning, varigenom han framstår som legitimerad att sälja sådana varor, som han har om händer, måste komma på ett ut. Läget är sålunda ett helt annat, än då godsets ägare för försäljning anförtrott detsamma åt en civil kommissionär. I dylikt fall finnes intet i kommissionärens ställning, som kan anses legitimera honom att försälja godset för annans räkning.[2]

i den yttre situationen, som mer än beträffande vilken besittningssituation som helst, t. ex. en depositaries, kunde indicera en fullmaktslegitimation. Å andra sidan innebär ju vår åsikt, att godtrosförvärv i dylikt fall rätteligen icke alls borde erkännas, därest kommissionären framträtt i denna sin egenskap.

[1] Jmfr STANGS, WETTERS och SINDBALLES ovan kritiserade uppfattning ävensom CHYDENIUS II s. 308 f. Även CHYDENIUS — vilken tidigare, i FJFT s. 86, hyllade en motsatt åsikt och allenast åberopade HB 11: 4 och 12: 4, anser numer liksom de tre förstnämnda förf. godtroende tredje man göra ett derivativt förvärv från kommissionären, grundat på en denne senares med fullmäktigens likartade behörighet. Till stöd härför åberopar han överensstämmelsen mellan kommission och den i HB 1: 8 omtalade ställningsfullmakten. Att en dylik överensstämmelse emellertid icke kan anses vara för handen beträffande civil kommission, har CH. lika litet som någon av övriga hithörande författare beaktat.

[2] Jmfr läget i engelsk rätt. Enligt särskild lagstiftning, The factors act, 1889, gäller att »where a 'mercantile agent' is, with the consent of the owner, in possession of goods or of the documents of title to goods, any sale, pledge, or other disposition made by him to a person acting in good faith and without notice of the agent's want of authority, in the ordinary course of his business as a mercantile agent, is as valid as if expressly authorized by the owner of the goods» (ANSON s. 422; The factors act, 1889, sect. 2; spärr. här). Genom att överlämna en sak i en mercantile agents besittning anses ägaren bekläda agenten med »apparent authority to sell», en legal behörighet för agenten, vilken behörighet genom nyssnämnda lag utvidgats till att omfatta även en »authority to pledge». Agenten får på grund härav en fullmakt slegitimation, en legitimation av samma slag som en ställningsfullmäktigs, vilket kommer

Det enda, varpå han kan stödja påståendet om sin behörighet att föryttra godset, är besittningen av detta, men besittningen kan i och för sig icke utgöra något stöd för dylik behörighet under annan förutsättning än att den framstår som ägarebesittning.[1] Så snart en civil kommissionär framträder s å s o m s å d a n, förlorar besittningen sin legitimerande verkan. Ty är det, såsom nyss i anslutning till BENCKERT framhölls, intet vedertaget bruk att den, som i egenskap av fullmäktig avyttrar annan tillhörigt föremål, legitimerar sig allenast genom besittning av föremålet, så kan säkerligen något sådant bruk icke heller konstateras beträffande nu ifrågavarande kommissionärer. Att mellanhanden handlar i eget namn är en omständighet, som knappast giver själva disponerandet över godset annan karaktär än ett disponerande i ägarens namn; dess betydelse, så vitt angår tredje mans anspråk på den utlovade prestationen, framträder uteslutande däri, att de obligatoriska förpliktelserna ur mellanhandens avtal träffa denne, icke hans huvudman. Att det är icke sin egen rätt utan en uppdragsgivares, som mellanhanden disponerar över, framträder lika oförtydbart i detta fall, som då han handlar i uppdragsgivarens namn, och behovet av bevis för behörigheten är sålunda icke heller mindre i det ena fallet än i det andra; att mellanhanden genom att handla i eget namn bl. a. åtagit sig ansvar för hemul[2]

till uttryck därigenom, att endast dispositioner, som falla inom området för »the ordinary course of business of a mercantile agent» binda principalen. Annorlunda om besittaren i c k e är en »mercantile agent»; den blotta besittningen av annans gods i och för sig, även om den kommit till stånd med ägarens samtycke, anses icke innefatta någon dylik »apparent authority to sell or pledge»; se ANSON s. 422 in fine, som uttryckligen förklarar, att »the mere possession of the goods of another, with the consent of the owner, does not of itself confer an apparent authority to sell or pledge them, where the possessor is not a 'mercantile agent'»; se ock WRIGHT s. 358, där det bl. a. heter: »Thus, if the principal entrusted furniture in a furnished house to a person who happened to be an auctioneer, but not in his capacity as auctioneer, and the auctioneer sold it at his auction-rooms to a third party, such third party would get no title to it. If the principal entrusted the furniture to the auctioneer q u å auctioneer, he would be bound by the auctioneer's acts so far as they came within the ordinary business of an auctioneer»; se ock samme förf. s. 372 f. — Angående engelsk rätt jmfr i övrigt EBERSTEIN s. 325 ff samt nedan s. 86 not. 1.

[1] Under dylik förutsättning utgör ju besittningen enligt svensk rätt grunden för ett e x s t i n k t i v t förvärv; annorlunda är i detta avseende läget i engelsk rätt, se nästföregående not, liksom i dansk-norsk rätt; jmfr de nedan citerade rättsfallen i UfR 1923 s. 1 och NR 1933 s. 1034.

[2] Jmfr emellertid BENCKERT, s. 264 not 316, vilken till motivering av den av honom i förevarande avseende hävdade skillnaden mellan förvärv från förment fullmäktig och förment kommissionär åberopar också den omständigheten, att fullmäktigen i motsats till kommissionären ådrager sin huvudman ansvar bl. a. för hemul eller fel i vara. Sagda omständighets betydelse ligger emellertid allenast

kan icke förändra saken, ty för så vitt fråga är om behörigheten att förfoga över godset, motsvaras denna kommissionärens förpliktelse av fullmäktigens ansvar för att han har den fullmakt han påstår sig hava.

Annorlunda än i de nu diskuterade fallen är, såsom redan antytts, situationen, när någon förfogat över annans gods i f ö r e g i v e n e g e n s k a p a v f ö r s ä l j n i n g s k o m m i s s i o n ä r, exempelvis sålt stulet, hittat, lånat eller deponerat gods, som han påstått sig hava mottagit till försäljning i kommission. Så till vida förete dessa fall vid jämförelse med de förut nämnda visserligen ingen olikhet, som också här, av samma skäl som nyss anförts, någon legitimation icke kan ifrågasättas tillkomma andra besittare än sådana, vilkas yrkesställning i förening med innehavet av godset kan indicera verklig kommissionärsbehörighet, alltså egenhandlare och yrkeskommissionärer. Frågan är således den, huruvida e n s med avseende å dylika besittare någon legitimation kan anses föreligga, som kunde utgöra tillräcklig tillitsbas för en tredje man i god tro.

Vid den frågans besvarande har man tydligen att utgå från att någon sådan f u l l m a k t s legitimation, som en verklig merkantil kommissionär har, kan en dylik förment kommissionär eller kvasikommissionär icke anses hava. Den ställning i förhållande till godset den förmente kommissionären eller kvasikommissionären i dylikt fall intager, har han i c k e uppnått genom något åtgörande av rätter ägare, varur en fullmaktsförklaring, ett g a r a n t e r a n d e av legitimationen kunde utläsas. Den fullmaktsställning besittaren tilläventyrs synes intaga är således falsk, och den skenbara fullmakten är såsom sådan utan betydelse.[1]

däri, att en legitimation genom den blotta besittningen av objektet för försäljningsavtalet, när det ifrågasättes, att någon annan än besittaren-mellanhanden skall hava att svara för de obligatoriska förpliktelserna ur avtalet, alldeles särskilt framstår otillräcklig. Detta förhållande talar ju emellertid icke emot att, redan när det gäller frågan om ägarens bundenhet över huvud av besittarens avtal, besittningen är otillräcklig såsom legitimation.

[1] Jmfr ovan, s. 84 not 2 citerade stadgande i the Factors act, 1889. Av detta framgår, att för godtrosförvärv enligt denna lag förutsättes, att agenten erhållit besittningen av det föryttrade godset »w i t h t h e c o n s e n t o f t h e o w n e r». Därmed uteslutas från godtrosskydd fr. a. sådana fall, då agenten på orättmätigt sätt förskaffat sig godsets besittning t. ex. genom stöld eller med stöld likartat bedrägeri, »larceny by trick», (däremot icke redan därigenom, att agenten gjort sig skyldig till mindre svårartat svek). Ytterligare förutsättes, ehuru det icke omedelbart framgår av stadgandets ordalydelse, att agenten erhållit besittningen »*q u å* m e r c a n t i l e a g e n t». Detta innebär, att från godtrosskydd uteslutas exempelvis sådana fall, då en mercantile agent, som jämväl bedriver lagerhus-

Mot detta resonemang vill man kanske invända, att i och med att man tillmäter avgörande betydelse åt avlåtarens legitimation man allenast låter det komma an på hur förhållandet ter sig utåt, för tredje man, och att ur denna synpunkt ingen skillnad vore för handen mellan det fall, att det gods, varom fråga är, verkligen varit satt till försäljning, och det fall, att godset varit exempelvis blott deponerat.[1] Om man gör en sådan invändning, förbiser man emellertid den ovan framhävda skillnaden mellan fullmaktslegitimation och okvalificerad besittningslegitimation, ägarlegitimation, att den förra i motsats till den senare utgör en garanterad legitimation. Den, som ger en fullmakt, är därmed direkt verksam för att åstadkomma en legitimation, och på samma sätt förhåller det sig med den, som lämnar gods till en yrkeskommissionär eller handlande för försäljning: han åsyftar, att godset skall framträda som en del av försäljarens eget lager och därigenom åstadkomma legitimation för honom. Rimligt är då ock, att han får bära konsekvenserna av vad han själv velat åstadkomma och att ett derivativt, på hans egen ifrågavarande viljeförklaring grundat förvärv kommer till stånd.[2] Annorlunda om någon blott lämnar gods t. ex. i och för tillfällig förvaring eller reparation el. dyl. hos en yrkeskommissionär eller handlande; då överensstämmer det ingalunda med hans, ägarens, vilja, att godset inordnas i besittarens för försäljning avsedda lager på sådant sätt, att det framstår som en del av lagret. Om man t. ex. lämnar en antik möbel till sakkunnig reparation i en antikvitetshandel, så avser man där-

---

rörelse el. dyl., mottagit gods allenast till förvaring; se WRIGHT s. 372 f. Dessa förutsättningar för att en mercantile agent skall anses äga behörighet att avyttra gods, som han har i sin besittning, överensstämma ju fullständigt med vad vi ovan utvecklat angående motsvarande fall. Tilläggas bör emellertid att man trots sist berörda regel icke kan stanna vid ett påstående, att godtrosskydd enligt engelsk rätt i förevarande fall allenast åtnjötes, därest godset i agentens besittning lämnats honom till försäljning (jmfr EBERSTEINS redogörelse för the Factors act s. 327). Bortsett från att redan enligt sagda lag även ett uppdrag »to pledge» är likställt med ett uppdrag »to sell», så anses oberoende av lagen ifråga ett godtrosförvärv böra erkännas i varje fall, då en person »authorize another to assume the apparent right of disposing of property in the ordinary course of trade»; se ANSON s. 405 jmfd m. s. 421—23; BOWSTEAD s. 274. Även detta överensstämmer emellertid med vår principiella uppfattning; se nedan s. 89 f.

[1] En sådan invändning gör t. ex. ROSS s. 110; jmfr EBERSTEIN s. 324.

[2] I engelsk rätt bringas denna grundsats till uttryck genom »the principle of estoppel», vilken innebär, att »a man is not permitted to resist an inference which a reasonable person would necessarily draw from his words or conduct (ANSON s. 405 f).

med, att möbeln skall föras till antikvitetshandlandens reparationsverkstad, men önskar ingalunda få möbeln uppställd bland de möbler, som äro till salu. Om besittaren likväl behandlar godset som sitt eget, är det han, som i strid mot ägarens vilja åstadkommer den legitimation han därigenom kommer att synas innehava; denna legitimation är då så långt ifrån av ägaren garanterad, att densamma tvärtom är falsk, och den bör därför icke medföra några andra konsekvenser för ägaren än dem, vilka eljest följa därav, att man låtit någon, vilken som helst, få godset i sin besittning. Om ett giltigt förvärv i dylikt fall likväl kommer till stånd, så sker det helt utan stöd i ägarens vilja, och det blir därför icke ett derivativt utan ett exstinktivt förvärv och bör vara beroende av förutsättningarna för ett sådant.[1]

---

[1] Jmfr ett rättsfall i NR 1933 s. 1034: En klippfiskfabrik som på sitt lager förvarade ett klippfiskparti, tillhörande en annan köpman, pantsatte detta hos en godtroende bank. Denna gjorde förgäves gällande, att pantsättaren genom sin besittning av partiet hade den erforderliga yttre legitimationen att disponera över detsamma. (I underrätten hade emellertid målet erhållit motsatt utgång, i det denna domstol ansåg grundsatsen i Kmsl §§ 54 och 55 vara tillämplig). — Beträffande dansk rätt jmfr ock ett rättsfall i UfR 1923 s. 1, i vilket fastslogs, att Kmsl:s bestämmelser om godtrosfång icke vore användbara å fall av pantsättning av annans gods ens då de pantsatta föremålen givits i »kreditkonsignation». Här synes man emellertid onekligen vid hävdandet av skillnaden mellan förfoganden över verkligt kommissionsgods och förfoganden över annat främmande gods hava skjutit över målet. Mellan kommission och »kreditkonsignation» finnes i det här relevanta avseendet ingen verklig skillnad; även den, som lämnar gods i kreditkonsignation, måste anses därmed hava velat garantera försäljarens föryttringslegitimation; jmfr nedan i texten. I senare rättsfall i dansk praxis har ock den i nyssnämnda rättsfall intagna ståndpunkten åter uppgivits; se t. ex. UfR 1924 s. 566: Läget var där det, att en pianofabrikant S. lämnat ett piano till försäljning hos en handlande K. under överenskommelse att S., när pianot blivit försålt, skulle erhålla ett bestämt pris av K. ävensom att S. skulle förbliva ägare av pianot, till dess äganderätten övergick till en eventuell köpare. K. avfattade senare ett köpeavtal med en fingerad köpare, i vilket avtal han förbehöll sig själv äganderätten till dess köpeskillingen till fullo erlagts, och överlät därpå sin rätt enligt detta kontrakt till N., varpå K. rymde. I detta fall fastslog domstolen, att pianot enligt grundsatsen i Kmsl § 54 st. 1 nu tillhörde N. Mellan sist berörda båda rättsfall är visserligen den skillnaden för handen, att det förra (liksom f. ö. också det norska) avsåg förfogande genom pantsättning, det senare förfogande genom föryttring, och med hänsyn till att en kommissionärs behörighet icke i och för sig kan anses omfatta även förfoganden av förstnämda slag, kunde man tilläventyrs redan häri vilja se det avgörande skälet för utgången av dessa mål. Detta vore dock knappast riktigt, ty i intetdera fallet hade godtrosförvärvaren någon annan tanke än att besittaren var ägare, och för dylika fall utesluta ju även den danska och den norska kommissionslagen all vindikationsrätt gent emot godtroende panthavare. Det avgörande måste därför i stället hava varit den omständigheten, att godset ifråga ansågs icke vara kommissionsgods eller därmed jämförbart gods. Då denna ståndpunkt med rätta uppgivits så vitt angår fall av föryttring av varor som lämnats i »kreditkonsignation», måste man väl anse ett därmed analogt avgörande även beträffande pantsättning av dylika varor motiverat. Ifrågasättas kan för övrigt, om man icke i dylika fall bör helt enkelt alldeles frånkänna ägande-

I överensstämmelse med det nu anförda har man ock att bedöma det fall, då en försäljningskommissionär förfogat över kommissionsgods icke genom föryttring utan genom pantsättning. Någon generell behörighet att pantsätta kommissionsgods kan en kommissionär enligt vår rätt[1] säkerligen icke anses hava. Har vid en pantsättning kommissionären framträtt i denna sin egenskap, så kan därför tredje man icke med framgång åberopa god tro beträffande kommissionärens behörighet i detta avseende; endast om tredje man helt saknat kännedom om godsets natur av kommissionsgods och sålunda trott pantsättaren vara ägare, bör han bliva skyddad i sitt förvärv, nämligen på grund av reglerna om exstinktiva godtrosförvärv.[2]

Alldeles likartat är förhållandet beträffande benefika förfoganden, blott att det är ännu säkrare än beträffande pantsättning, att förfogandet icke täckes av kommissionärens behörighet.

Härmed hava vi angivit den huvudgrundsats, som enligt vår tanke bör vara vägledande vid hithörande frågors bedömande. Vid denna grundsats tillämpning torde det emellertid vara nödvändigt att göra ytterligare en distinktion. Situationen kan, även då en person falskeligen ger sig ut för att vara kommissionär, vara sådan, att godsets ägare måste anses hava garanterat den föregivne kommissionärens behörighet. Det blir fallet, så snart ägaren tillåtit en yrkeskommissionär eller en handlande innehava godset på samma sätt, som om han disponerade det i sin rörelse.[3] Så t. ex. om ägaren utan att lämna någon försäljningsorder tillåter en sådan person att deponera godset i

---

rättsförbehållen giltighet; jmfr USSING s. 39 not 113 samt ur svensk rättspraxis med avseende å straffansvar för förskingring av gods, som förvärvats under äganderättsförbehåll, rättsfallen i NJA 1932 s. 564, 1933 s. 133 och 1935 s. 152. Jmfr vidare VINDING KRUSE s. 1374—81, och i UfR B 1935 s. 129 ff., ROSS s. 244 ff.

[1] Så ock CHYDENIUS II s. 309; jmfr sv. mot. s. 162. Likasom hos oss enligt tysk rätt; se t. ex. STAUB § 383 Anm. 35 b med hänvisning till rättspraxis. Annorlunda åter beträffande engelsk rätt enligt The factors act, 1889; se ovan s. 84 not 2.

[2] Angående Kmsl:s ställning till denna fråga se nedan. — Då dansk-norsk rätt saknar motsvarighet till våra regler om exstinktiva godtrosfång, borde väl konsekvensen blivit, att panthavaren enligt sagda rättsordning i förevarande fall alldeles borde sakna skydd för sitt förvärv. Så är emellertid icke fallet; både den danska och den norska lagen innehålla regler motsvarande stadgandet i 54 § 2 st. i vår Kmsl. Jmfr emellertid ovan citerade rättsfall i NR 1933 s. 1034 och UfR 1923 s. 1.

[3] Jmfr de ovan s. 88 not. 1 berörda fallen av »kreditkonsignation».

ett lagerhus i eget namn.[1] Endast mera sällan lär emellertid några dylika fall förekomma. Såsom ett hithörande praktiskt fall måste man väl emellertid betrakta det, då en inköpskommissionär förfogar över inköpt gods, som han innehar för kommittentens räkning. En dylik kommissionär har dock med kommittentens samtycke i förhållande till tredje man—säljaren stått såsom förvärvare av äganderätten och så vitt tredje man—köparen vet, kan kommissionären lika gärna ha köpt godset för egen räkning, ja, även i förhållande till kommittenten gäller det ofta nog, att det först efter kommissionärens förvärv genom en särskild åtgärd av denne, vanligen ett meddelande till kommittenten, avgöres, att godset skall tillhöra denne, icke kommissionären.[2] Naturligtvis kan man dock trots detta liksom alltid beträffande ställningsfullmakter hysa tvivel om huruvida en dylik fullmakt bör antagas vara given.[3]

Kan med sist berörda undantag besittningen under förut berörda omständigheter — avsaknad av försäljningsuppdrag — icke skänka ens nu ifrågavarande besittare, yrkeskommissionärer och handlande, någon fullmaktslegitimation, så är därmed dock icke sagt, att icke en legitimation för godsets besittare i dylikt fall likväl kan anses föreligga.[4] En viss legitimation måste besittningen i dylikt fall anses medföra, även när det blott är till synes, eventuellt efter sitt eget påstående, som besittaren innehar besitt-

[1] Detta var händelsen i ett ofta citerat engelskt rättsfall, Pickering v. Busk (se t. ex. ANSON s. 405): Käranden hade låtit en broker för hans räkning inköpa ett parti hampa, vilket i enlighet med kärandens önskan »was entered in the place of deposit in the broker's name». Brokern sålde därpå hampan, och det fastslogs, att »the conduct of the plaintiff gave him authority to do so». Motiveringen var den, att »if a person authorize another to assume the apparent right of disposing of property in the ordinary course of trade it must be presumed that the apparent authority is the real authority». Jmfr BOWSTEAD s. 274.

[2] Härom se närmare nedan i kap. III.

[3] Jmfr EBERSTEIN s. 329, som beträffande dylika fall anser allenast reglerna om exstinktiva godtrosfång vara principiellt tillämpliga och som sålunda kritiserar regeln i Kmsl § 54 st. 2. Jmfr ock beträffande tysk rätt STAUB § 383 Anm. 35 b, vilken vid förvärv från inköpskommissionär i motsats till vid förvärv från försäljningskommissionär kräver tradition till köparen, tydligen enär han anser allenast ett exstinktivt förvärv vara för handen. Annorlunda åter enligt engelsk rätt; se The factors act, 1889, s. 1: 1: »The expression 'mercantile agent' shall mean a mercantile agent having in the customary course of his business as such agent authority either to sell goods, or to consign goods for the purpose of sale, or to buy goods or to raise money on the security of goods».

[4] Annorlunda är läget tydligen enligt engelsk rätt, se ovan s. 86 not 1. Annorlunda likaså i dansk-norsk rätt; jmfr t. ex. ovannämnda rättsfall i UfR 1923 s. 1 och NR 1933 s. 1034.

ningen i egenskap av kommissionär. Påstår en yrkeskommissionär eller en handlande, att gods, som han innehar, lämnats honom till försäljning i kommission, är sannolikheten av detta påstående lika stor som sannolikheten av ett påstående, att godset är kommissionärens eget. Besittningen utgör i dylikt fall en legitimationsbas av samma natur som ägarbesittningen och kan därför erkännas som grundval för ett exstinktivt förvärv. Behovet av skydd för tredje man är också detsamma, som när eljest gods, vilket icke tillhör avlåtaren, förvärvas i god tro. Svårigheten att få äganderättsförhållandena utrönta är nämligen densamma som i sist antydda fall, och utkrävandet av materiell legitimation skulle alltför mycket hindra, ja, omöjliggöra en försäljning i kommission. För dessa fall, men också blott för dem — således icke vid förvärv från en föregiven civil kommissionär — slår således BENCKERTS förut anförda argumentation till.[1]

Vare sig det gäller förvärv från en verklig kommissionär, som överskridit sin behörighet eller handlat efter dess upphörande, eller det gäller förvärv från en förment kommissionär eller kvasikommissionär, blir således enligt vår tanke gränsen mellan merkantil kommission och civil kommission ur rationell synpunkt av avgörande betydelse.[2] Beträffande det närmare fixerandet av sagda gräns synes den i Kmsl § 4 angivna skillnaden mellan handelskommission och civil kommission kunna accepteras såsom tillfredsställande. Handelskommission är enligt detta stadgande för handen, därest kommissionären är köpman och det honom

[1] I själva verket kan det måhända ifrågasättas, huruvida BENCKERT själv anser den av honom, s. 263 f, framställda satsen hava den allmängiltighet, som framställningen i det hela synes vilja giva vid handen; man fäster sig vid den reservation, som ligger i orden: »Den som i egenskap av kommissionär ... legitimerar sig ... i allmänhet endast genom sin besittning» (spärr här); i samma riktning pekar ock vad B. anmärker angående undersökningens begränsning i not 323.

[2] Det resultat, vartill vi på denna punkt nått fram, överensstämmer på det allra närmaste med följande regel i HGB § 366 st. 1: »Veräussert oder verpfändet ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache, so finden die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugniss des Veräusserers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, betrifft» (spärr. här). I huvudsak överensstämmande är vidare den engelska rätten, se ovan s. 86 not 1. Anmärkas kan ock tendensen i dansk rätt att i diskussionen om förutsättningarna för erkännadet av exstinktiva godtrosförvärv betona »Forhandlersynspunktet»; se VINDING KRUSE i UfR 1933 B s. 181 ff samt E. MUNCH-PETERSEN, Overdragelser til Fyldestgørelse (1935) s. 33.

lämnade uppdraget avser försäljning eller inköp, som faller inom området för hans rörelse. Begreppet handelskommissionär är således anknutet till det legala köpmansbegreppet. Med köpman förstås åter »envar, som, enligt vad särskilt finnes stadgat, är pliktig att föra handelsböcker.» Dylik förpliktelse föreligger emellertid icke beträffande all slags handelsrörelse, nämligen icke »om någon idkar handel med varor genom kringföring eller från salustånd eller på annat liknande sätt och därvid vanligen icke biträdes av flera än make och barn under sexton år eller en annan person», d. v. s. bl. a. icke beträffande mindre omfattande torghandel.[1]

b) Kan legitimation att förfoga över annans gods tillkomma godsets faktiska besittare bl. a. på den grund, att han genom besittningen framträder såsom vore han godsets ägare, så föreligger tydligen all anledning att fråga, huruvida icke dylik legitimation kan tillkomma även den, som på annat sätt än genom godsets besittning utåt framträder såsom ägare till detsamma. Man kan fråga, huruvida icke envar, som kan åberopa en i och för sig behörig förvärvstitel, är legitimerad att med bindande verkan förfoga över godset, oavsett att hans eget förvärv av någon anledning kan bringas att återgå. Och vad särskilt kommissionsavtalet angår, kan man således fråga, huruvida icke kommittenten genom att utrusta kommissionären med en proformaförklaring om att kommissionären förvärvat äganderätt till kommissionsgodset gör kommissionären legitimerad att förfoga över detta. Sistnämnda fråga, vilken är den som nu närmast skall intressera oss, kan till en början synas tämligen enkel att besvara. Otvivelaktigt är ju att skydd för den goda tron är berett den, som förvärvat ett föremål från någon, vilken enligt en från rätter ägare härrörande, låt vara allenast simulerad skriftlig förklaring framträder såsom ägare till föremålet. Stöd härför erbjuder den uttryckliga regeln om simulerade rättshandlingar i Avtl 34 §. Därmed är vårt spörs-

[1] Jmfr ovan citerade stadgande i HGB § 366 st. 1. — Jmfr emellertid ock Benckert s. 263 f, särsk. not 312, som tydligen anser nämnda stadgande irrationellt, därför att det icke omfattar torghandeln. Med avseende härå torde emellertid måhända kunna anmärkas, att befogenheten av det vidsträcktare godtrosskydd, varom nu är fråga, så vitt angår torghandeln, synes kunna ifrågasättas med hänsyn till att torg- och marknadshandeln av gammalt är känd såsom en marknad, dit försäljare av orättfånget gods gärna söka sig. Huruvida torghandeln faller på ena eller andra sidan gränsen torde dock till sist icke spela någon alltför stor roll.

mål emellertid allenast delvis besvarat, ty detsamma innesluter också bl. a. frågorna, huruvida samma rättsregel gäller även, därest någon skriftlig proformaförklaring i c k e föreligger eller därest en dylik simulerad rättshandling företagits av en omyndig eller åvägabringats genom tvång eller svek etc. eller slutligen därest tredje man ägt kännedom om simulationen.

För dessa sistnämnda frågors bedömande torde det vara nödvändigt att fatta ståndpunkt till det förstnämnda allmännare spörsmålet angående betydelsen i legitimationshänseende av ett förvärv från rätter ägare, vilket av någon anledning kan bringas att återgå. Också detta är ett omstritt spörsmål. I dansk-norsk doktrin anses allmänt att den omständigheten, att fångesmannens fång kan bringas att återgå, icke övar någon inverkan på godtroende förvärvares rättsställning, för så vitt icke anledningen till återgången är en ogiltighetsanledning, som kan göras gällande även mot godtroende medkontrahent. Har någon exempelvis genom sådant tvång, som avses i Avtl 28 §, förmåtts att till annan överlåta visst föremål, kan förvärvaren således enligt denna uppfattning visserligen icke omintetgöra den tvungne överlåtarens invändning om tvånget genom att överlåta föremålet till en person i god tro, men har det övade tvånget allenast varit av den lindrigare beskaffenhet, som avses i 29 §, eller har mot honom övats svek, så kan invändning härom icke göras gällande mot en person, som i god tro förvärvat föremålet från den, vilken utövat tvånget eller sveket eller haft misstanke därom och mot vilken invändningen på grund härav i första hand riktar sig. Enligt den härskande uppfattningen[1] gäller denna regel vare sig den överlåtna rätten haft stöd i en skriftlig handling eller icke. Enligt en bl. a. av Torp[2] och Augdahl[3] hävdad mening åter gäller regeln allenast när en skriftlig handling utgör legitimationsbas; därest tredje mans fångesman icke har annat än ett muntligt avtal att

---

[1] Se t. ex. Vinding Kruse s. 1372 f med hänvisningar i noten å s. 1373 och samme förf. i UfR 1935 B. s. 126 samt vidare Almén, Avtal s. 148 not 16 med ytterligare hänvisningar. Den som senast uttalat sig är Ross. Vilken ståndpunkt Ross intager synes emellertid högst tveksamt; s. 103 ansluter han sig (beträffande sveksinvändningen) till den härskande åsikten, visserligen utan att åberopa densamma; s. 133 f utvecklar han en häremot rakt stridande mening.

[2] S. 255—57, 394—97. Se ock Ussing i Juridisk Forenings Aarbog 1933—34 s. 61 f (därom vidare nedan) samt Ross s. a. st.

[3] TfR 1921 s. 116 f; jmfr Nial s. 112 ff samt vidare nedan s. 98.

stödja sin rätt på kan således enligt denna uppfattning även invändningar om lindrigare tvång, svek etc. framställas mot tredje man i god tro. Denna senare uppfattning hämtar sitt stöd huvudsakligen ur en på 1798 och 1841 års författningar angående gjældsbrev m. m. fotad analogi samt ur en analogi från fullmaktsreglerna, den förra åter åberopar bl. a. en analogi från Avtl §§ 29—33.[1]

Även i svensk doktrin har en regel om skydd för godtroende förvärvare i nu diskuterade fall en förespråkare. I nära överensstämmelse med den nyssnämnda i Danmark och Norge härskande uppfattningen har WINROTH[2] gjort gällande, att om »genom singularfång någon i god tro förvärvat egendom eller rätt därtill av person, som vid tillfället hade formell åtkomst därtill, är, utan avseende å egendomens beskaffenhet, han fullt skyddad i sitt förvärv och oberörd därav, att på grund av återgångstalan eller annan mellankommande omständighet det för fångesmannens del fastställes bristande förfoganderätt över egendomen». Den

[1] I själva verket torde den härskande åsikten, bortsett från sådana fall, då tredje man förvärvat en skriftlig handling, som styrker existensen av den förvärvade rättigheten, hava i sikte allenast förvärv av saker och därvid förutsätta, att förvärvaren fått saken i sin besittning; jmfr VINDING KRUSE s. a. st., ROSS s. a. st. m. fl. Detta är nämligen det enda fall, där regeln i dansk-norsk rätt får praktisk betydelse, eftersom vad fordringsanspråk beträffar även skuldebrev och dylika handlingar, ställda till viss man enligt 1798 och 1841 års författningar, äro negotiabla och, med undantag för invändningen om förfalskning, även invindikabla. Att man genom att såsom en förutsättning för godtrosskydd beträffande förvärv av saker uppställa fordran på tradition förutsätter något som, för så vitt avgörandet söker stöd i en analogi från Avtl §§ 29—33, saknar all grund må redan här påpekas. I själva verket kunna sistnämnda lagbud icke här åberopas. Så vitt angår icke-negotiabla fordringar har också USSING uttalat, att något godtrosförvärv icke kan komma ifråga, varvid han även uttryckligen avvisat tanken, att Avtl §§ 29—33 skulle kunna analogivis tillämpas till skydd för omsättningsförvärvare i god tro; se Juridisk Forenings Aarbog 1933—34 s. 61 f: »Av Aftl. §§ 29—33 kan man ikke udlede noget om at de der nævnte Ugyldighedsgrunde fortabes overfor en Omsætningserhverver i god tro. — At Slutningen er urigtig, ses af, at de paagældende Indsigelser ikke fortabes, hvis det er en ikke-negotiabel Fordring, der overdrages til en Erhverver i god tro»; jmfr Aftaler s. 72 not 20. Emot USSING vidhåller VINDING KRUSE sin uppfattning i UfR 1935 B. s. 122 not 4, dock utan att anföra någon ny motivering; då VINDING KRUSE a. st. rent av åberopar USSING (Aftaler s. 71—72, 273—77) för sin åsikt ang. avsaknaden av vindikationsrätt gent emot förvärvare vars fångesmans fång vore ogiltigt t. ex. på grund av svek el. dyl. (Avtl §§ 29—33), är väl icke heller denna hänvisning alldeles riktig. U. säger s. 72 not 20, att frågan, huruvida exstinktivt förvärv i dylikt fall inträder, när det gäller lösören, icke är slutligt avgjord i dansk rättspraxis; och s. 273—74 är det tal om invändningar (beträffande icke uppfyllda villkor), vilka USSING uttryckligen förklarar icke vara jämställda med de nyss berörda.

[2] WINROTH, Köp av lös egendom, 1917, s. 325; jmfr Svensk civilrätt V (1909) 231 f.

allmänna rättsuppfattningen här i landet torde emellertid avvisa en regel av så vidsträckt innebörd.[1] Emot densamma kunna åtskilliga vägande skäl anföras. Särskilt måste den ingiva betänkligheter i sådana fall, då fångesmannens åtkomst är grundad allenast å ett muntligt avtal och godtrosförvärvaren således icke såsom vid ordinära exstinktiva godtrosfång har något yttre objektivt stöd för sin goda tro att åberopa. Att, såsom VINDING KRUSE[2] gör gällande, den kritiserade regeln nu »følger ... ligefrem af Grundsætningen i Aftl §§ 29, 30 og 31 ... idet der selvfølgelig ikke kan gøres Forskel paa den Tredjemand som er Løftemodtager i Forhold til Ejeren, og den, der er Løftemodtagerens Efterfølger i Retten», kan icke medgivas vara riktigt. Förutom vad som kan invändas mot ett sådant resonemang med stöd av vad som förekom under förarbetena till de åberopade lagrummen (varom vidare nedan), så måste mot detsamma hävdas, att principiella skäl verkligen motivera en sådan skillnad som VINDING KRUSE bestrider. Ty att löftesgivarens godtroende medkontrahent bibehålles i den rätt han enligt det till honom riktade löftet skall förvärva, det har dock sin sakliga motivering i hans tillit till detta av rättsägaren själv avgivna löfte, medan däremot den tredje man, som förvärvat från rättsägarens medkontrahent, enligt vår förutsättning icke kan stödja sin goda tro på annat än fångesmannens påstående, att han har den rätt han överlåter. Den förre kan gent emot sin medkontrahent åberopa en tillitsbas av yppersta slag: dennes eget löfte; den senare åter kan gent emot den vindicerande rättsägaren icke åberopa annat än en utomståendes overifierade påstående. Skillnaden mellan dessa fall är i själva verket av sådan art, att den ur saklig synpunkt motiverar ett skiljaktigt bedömande: att man skall kunna lita på medkontrahenters löften är en nödvändig förutsättning för det allmänna omsättnings- och kreditlivet, ingalunda är det däremot en dylik nödvändig förutsättning för rättslivet, att man också skall kunna lita på av intet verifierade påståenden om existensen av särskilda rättigheter; i det senare hänseendet har man möjlighet att knyta det erforderliga rättsskyddet för tredje man till andra omständigheter — fr. a. besittningen av rättsobjektet och even-

[1] Se ALMÉN, Avtal s. 148 f, BENCKERT s. 290 f, NIAL s. 112, Lagberedningens förslag till lag om skuldebrev m. m. (1935) § 27 (återgiven nedan s. 102 not 1. Jmfr f. ö. ock AUGDAHL a. a. s. 117.

[2] S. 1373; jmfr ock POPP-MADSEN i Juridisk Forenings Aarbog 1933—34 s. 61.

tuellt även innehav av särskilt skriftligt bevis angående rättigheten.[1]

Även om man emellertid med hänsyn till det nu anförda skulle begränsa den här kritiserade regeln till sådana fall, då godtroende förvärvares fångesman kan åberopa en från den vindicerande rättsägaren härrörande skriftlig handling till bevis för den rätt han överlåtit, så måste likväl regelns giltighet i svensk rätt bestridas. Huvudskälet härför är, såsom redan antytts, vad som förekom under förarbetena till Avtl. Såsom av motiven till lagen[2] inhämtas, hade man väl vid lagens förberedande sin uppmärksamhet riktad på frågan, huruvida ogiltigheten av en rättshandling, varigenom någon åtkommit fast eller lös egendom eller ock förvärvat skuldebrev eller annan handling, varå fordran eller annan rättighet grundas, kan åberopas gent emot tredje man, som i god tro fått egendomen eller handlingen till sig överlåten från förvärvaren. Att uppställa en allmän regel om skydd för godtrosförvärv av dylik beskaffenhet ansågs emellertid vara att gå för långt. Det heter härom i motiven: »Beträffande lösören förefinnes i svensk rätt intet praktiskt behov av en sådan regel, och beträffande fast egendom skulle det illa överensstämma med de hos oss gällande rättsgrundsatser, om rätten att tala å ett ogiltigt fång skulle utan vidare avskäras därigenom, att förvärvaren överläte egendomen till någon annan.[3] Ej heller när skuldebrev eller annan handling, som icke är av löpande egenskap, överlåtits till annan, synes det kunna försvaras att för andra fall än sådana, som i 35 § [= nuvarande 34 §] avses, betaga handlingens utfärdare rätt att mot förvärvaren göra samma invändningar i fråga om handlingens giltighet som mot hans företrädare.» Endast för ett enda fall gjordes i lagen, i enlighet med vad som i det citerade yttrandet förutsättes, ett avsteg från den intagna ståndpunkten: genom regeln i 34 § stadgades med avseende å simulerade rättshandlingar: »Har skuldebrev, kontrakt eller annan skriftlig handling upprät-

[1] Jmfr Ross' med vår här utvecklade uppfattning delvis likartade argumentation s. 133 f; R. åberopar till stöd för rätter ägares vindikationsrätt i förevarande fall, att vindikationsregeln där kan hava en aktsamhetsskärpande funktion av väsentligen annan betydelse än i de fall, som uttryckligen avses i Avtl §§ 29—33; en motsatt åsikt hävdar emellertid Ross s. 103, som ovan påpekats.

[2] S. 119. Likaså ALMÉN, Avtal s. 147—49.

[3] Att fastighetsköpare, som gjort sig skyldig till ocker (Avtl 31 § 1 st.), icke kan göra fastigheten oåtkomlig för säljaren genom att avyttra den till person i god tro, har fastslagits genom rättsfallet NJA 1932 s. 610.

tats för skens skull, må utan hinder därav fordran eller rättighet som den enligt handlingens innehåll berättigade på grund av densamma överlåtit å annan, göras gällande av förvärvaren, såframt denne var i god tro vid sitt förvärv». I detta fall föreligga ju också alldeles särskilda skäl att låta den, som avgivit den ogiltiga viljeförklaringen, vika för godtroende förvärvare, eftersom han med full insikt i förhållandena själv tillskapat det bevis för rättighetens existens, varpå förvärvaren stödjer sin goda tro. När nu emellertid lagens ifrågavarande regel begränsats till simulationsfallen och denna begränsning både är sakligt motiverad (av de ovan refererade skälen) och vid lagens tillkomst direkt åsyftad, så synes onekligen, så vitt övriga fall angår, en slutsats e contrario vara synnerligen starkt motiverad.[1] Att 34 § verkligen är ett undantagsstadgande framträder vidare också därigenom, att dess regel icke gäller ens alla simulerade rättshandlingar utan blott sådana, som kommit till uttryck i en skriftlig handling. Även ur en mera allmän synpunkt torde det för övrigt, trots den utpräglade tendens att skydda omsättnings- och kreditlivet, vilken kännetecknar hela avtalslagen, vara befogat att iakttaga största försiktighet, när det ifrågasättes, att på bekostnad av den, som avgivit en i och för sig ogiltig viljeförklaring, bereda godtrosförvärvare rättsskydd utanför de av lagen själv uppdragna gränserna. Regeln att en rättshandling, som tillkommit under tvång eller svek etc., icke skall vara förbindande, är dock huvudregeln, ehuruväl denna regel i många fall måste offras, när så är nödvändigt för att tillgodose omsättnings- och kreditlivets intressen.

Ur den sist angivna synpunkten kan naturligen betänkligheterna mot ett utsträckande av skyddet för godtroende förvärvare i vissa av de här diskuterade fallen synas avsevärt avtrubbade och de skäl, som tala för ett dylikt skydd, till följd härav synas taga överhanden; så beträffande skriftliga fordrings- och delägarbevis, exempelvis vissa skuldebrev, s. k. förlagsbevis, och aktier som, ehuru ställda till viss man, faktiskt hava karaktären av omsättningspapper. Frågan är emellertid, huruvida ifrågavarande hänsyn kan tillmätas betydelse annat än som en synpunkt de lege ferenda, d. v. s. huruvida man i de åsyftade fallen kan våga med stöd av de principer, varpå avtalslagen vilar, utsträcka dess regler

[1] Jmfr Almén s. a. st.

om skydd för den goda tron även till fång från en person, vars eget fång är ogiltigt.

Att ett sådant analogiserande är befogat har, så vitt angår godtrosförvärv av namnaktier[1], hävdats av NIAL, som härvid just utgått från ett övervägande av nyss antydda innebörd och från denna utgångspunkt sökt visa, att beträffande dylika förvärv förelåge samma skäl för erkännandet av godtrosskydd som beträffande förvärv från en av fullmäktig företrädd rättsägare.

I själva verket möter oss här frågan om överlåtelseförklaringens innebörd av legitimationsmedel i en ny aspekt: liksom ägarens traderande av en sak till annan i doktrinen stundom, såsom förut omtalats, anses innefatta ett befullmäktigande av besittaren att avyttra saken, antages här överlåtelsen av ett delägarbevis under vissa omständigheter innefatta en motsvarande fullmakt.

Enligt härskande uppfattning äro namnaktier enligt svensk rätt i vindikationshänseende närmast att jämställa med icke löpande skuldebrev och godtroende förvärvare således utsatt för risken att nödgas lämna aktien ifrån sig till vindicerande rättsägare. Endast beträffande namnaktier, som indosserats in blanco eller till innehavaren, har man i allmänhet erkänt godtrosfång till namnaktier. Emot denna åskådning, som NIAL frånkänner verkligt bärande skäl, hävdar han, att även ett fullständigt indossament å ett namnaktiebrev bör erkännas som tillräcklig grundval för ett godtrosfång.

I sin argumentation för denna sats ansluter NIAL till den förut berörda, i dansk-norsk doktrin ofta[2] utvecklade bevisföring, vilken syftar att ådagalägga en överlåtelseförklarings innebörd av fullmakt. Närmast åberopar NIAL en av AUGDAHL i anslutning till SCHEEL utformad tankegång. Enligt SCHEEL måste reglerna om fullmakt komma till användning, när fullmakten gives formen av en överlåtelseförklaring. Men härav skulle med nödvändighet följa, att när man givit en överlåtelseförklaring och avsikten varit icke det mindre, att bemyndiga adressaten till att företaga vissa förfoganden, men det större, att göra honom till ägare, kunde

[1] S. 112 ff. — Beträffande ifrågavarande spörsmål se i övrigt KÔERSNER, Om aktiebok nr 173 ff med talrika hänvisningar samt lagberedningens förslag till lag om skuldebrev m. m. (1935) s. 148 ff ävensom de arbeten, vilka nedan citeras.

[2] Se t. ex. TORP, s. a. st., USSING s. 38 ff, AUGDAHL TfR 1921 s. 116 f.

överlåtelseförklaringen icke hava mindre kraft att göra mottagarens förfoganden giltiga och bindande. Denna SCHEELS argumentation godtager nu NIAL i den utformning densamma erhållit av AUGDAHL,[1] då denne säger sig finna argumentationen bindande i sådana tillfällen, då överlåtelseförklaringen avgivits på ett sätt, som är beräknat och ägnat att legitimera mottagaren såsom ägare, vilket särskilt vore händelsen, när han fått »skjöte» å en fast egendom eller transportpåteckning på ett »gjældsbrev». »Detta resonemang», säger NIAL,[2] »leder följdriktigt fram till teorien om indossamentets riktning till senare förvärvare. Grunden till att en godtroende tredje man blir skyddad om en fullmäktig skulle överskrida sin instruktion eller om själva fullmakten skulla vara ogiltig anses nämligen just vara fullmaktens karaktär av en emot tredje man riktad förklaring, att fullmaktsgivaren vill vara bunden av vad fullmäktigen i överensstämmelse med fullmaktens innehåll företar. I enlighet därmed blir tredje man skyddad enligt avtalsrättens vanliga principer: de i avtalslagen §§ 29—33 omnämnda ogiltighetsinvändningarna bortfalla sålunda gent emot godtroende tredje man. Och denna förklaringens riktning mot tredje man kan också sägas återfinnas i indossamentet på ett för omsättning avsett papper. Väl är det sant att indossamentet icke behöver ha till huvudändamål att legitimera mottagaren att vidare förfoga över dokumentet. Det kan ju närmast avse att utgöra ett bevis gent emot dokumentets utställare eller endast ett bevis emot överlåtaren. Men när det är fråga om ett i omsättningslivet cirkulerande papper, måste dock en transport i den i omsättningen hävdvunna formen komma att utåt framstå som en föryttringslegitimation. Indossanten måste beräkna, att indossamentet kan komma och normalt kommer att användas just som legitimation vid senare omsättning av papperet. Vill han icke ta konsekvensen av att förvärvaren på sådant sätt blir legitimerad, kan han undvika indossament och blott ge förvärvaren ett särskilt bevis om överlåtelsen, men därmed finge han också räkna med att affären i motsvarande mån bleve mindre lockande för förvärvaren, som ju har intresse av speciell legitimation för senare överlåtelser.»

Denna argumentation med dess betonande av aktiernas karaktär

[1] S. a. st.
[2] S. 112.

av »i omsättningslivet cirkulerande papper» kan onekligen ur den i det föregående angivna synpunkten — hänsynen till det genom avtalslagens regler i så hög grad beaktade behovet av skydd för den redliga omsättningen — synas grundad på ett starkt sakskäl. Huruvida den är bärkraftig såsom en argumentation de lege lata[1] måste dock till sist bli beroende av, huruvida påståendet, att en överlåtelseförklaring innefattar en fullmakt eller en därmed analog förklaring, verkligen kan anses hållbart. Enligt vår tanke är så icke fallet. Särskilt tydligt framträder svagheten i detta led av argumentationen, om man tager i betraktande en överlåtelseförklaring beträffande lös sak. En dylik överlåtelseförklaring, betraktad såsom bevis om förvärvarens rätt att förfoga över godset, lider för det första av den bristen, att säljaren trots överlåtelsen, så länge köparen ej fått besittning av godset, kan vara befogad att utöva stoppningsrätt gent emot förvärvaren eller, än bättre, kan hava rätt att hålla godset inne, enligt 14 § köplagen, tills köpeskillingen gäldas kontant. Men vidare kan förvärvaren, även sedan han uppnått besittning, sakna rätt att förfoga över godset: förutom att det kan inträffa, att säljaren hävt avtalet med förvärvaren, så är det mycket möjligt att förvärvarens rätt att förfoga över godset är helt utesluten genom ett äganderättsförbehåll eller genom förbehåll om återköpsrätt för överlåtaren. Betraktad såsom bevis om de befogenheter med avseende å det överlåtna objektet överlåtaren avsett att tillägga förvärvaren är således en överlåtelseförklaring i och för sig av helt chimärisk betydelse. Alldeles omöjligt är det emellertid då även att ur en dylik överlåtelseförklaring och den därpå grundade »äganderätten» söka deducera fram en fullmakt för förvärvaren, d. v. s. en behörighet för honom att disponera över godset å överlåtarens vägnar, med den verkan att denne blir därav bunden. Omöjligt är detta framför allt — det följer omedelbart av det nyss sagda — om man betraktar saken ur överlåtarens synpunkt och försöker genom en tolkning av hans i överlåtelseförklaringen uttrycka vilja få fram ett dylikt bemyndigande för förvärvaren,

[1] Att den har skäl för sig de lege ferenda är otvivelaktigt. I själva verket tillgodoser emellertid ej ens en rättsregel av det innehåll NIAL hävdar de befogade krav, som här kunna ställas, eftersom den bl. a. icke skyddar mot förfalskningsinvändningen. Detta gör däremot det förslag till lagändring, som lagberedningen i sitt förslag till lag om skuldebrev m. m. (1935) nu framlagt; enligt detta förslag skulle namnaktier erhålla naturen av verkliga orderpapper; se berörda lagförslag s. 22 och 151.

vilket såsom ett mindre låge inneslutet i överlåtelseförklaringen såsom det större; detta är dock vad SCHEELS argumentation faktiskt går ut på. Omöjligt är det emellertid även, om man — såsom väl AUGDAHL och NIAL måste sägas göra — betraktar saken ur tredje mans synpunkt och söker fastställa, vad han skäligen kan räkna med för innebörd av överlåtelseförklaringen; de nyss påpekade möjliga inskränkningarna i förvärvarens förfoganderätt äro alltför näraliggande, för att icke en tredje man, som icke har annat än en skriftlig överlåtelseförklaring att hålla sig till, skulle vara skyldig att taga dem i beräkning vid ett övervägande av överlåtelseförklaringens möjliga innebörd.

Det nu sagda kan sammanfattas i den invändningen mot den kritiserade åskådningen, att dess anhängare, då de söka deducera fram en fullmaktsförklaring ur en naken överlåtelseförklaring, som enligt sitt syfte har en typisk karaktär av blott bevismedel mot förklaringens avgivare[1], icke skänka tillbörligt beaktande åt att fullmakten innefattar ett bemyndigande att handla å fullmaktsgivarens vägnar, d. v. s. att grunda ett rättsförhållande omedelbart mellan fullmaktsgivaren och tredje man. Så fattad har den nyss anförda kritiken sin tillämpning även å de fall, då överlåtelseförklaringen har naturen av en transport å ett fordrings- eller delägarbevis. Att en dylik transport kan innefatta en viss fullmakt skall visserligen icke bestridas. En sådan innebörd kan den ha i förhållande till den förpliktade, exempelvis gäldenären i ett försträckningsförhållande; att en överlåtelse för inkasso har denna innebörd torde numera allmänt medgivas. I dylikt fall gäller ju emellertid den suponerade fullmakten verkligen ett handlande å fullmaktsgivarens (borgenärens) vägnar, och detta handlande skall grundlägga rättsverkningar i ett rättsförhållande mellan honom och tredje man. I denna relation är det därför också onekligen fullt befogat att med avseende å eventuella ogiltighetsanledningar enligt Avtl §§ 29—33 beträffande transporten tillämpa de för fullmakt gällande grundsatserna och sålunda, även om det skulle gälla allenast en transport å ett icke löpande skuldebrev, antaga exstinktion av ogiltighets-

[1] Annorlunda är läget beträffande simulerade överlåtelser, d. v. s. när ägaren givit överlåtaren ett skriftligt bevis om överlåtelsen, vilket denne icke skall kunna åberopa inåt, mot ägaren, utan i stället, enligt avsikten med simulationen, utåt mot tredje man. I dylikt fall blir 34 § Avtl tillämplig; jmfr emellertid ett rättsfall ur dansk praxis, UfR 1921 s. 608, varom vidare nedan s. 107 not 2.

invändning i förhållande till godtroende gäldenär.[1] Därför att transporten i förhållande till gäldenären med fog kan anses som en fullmaktsförklaring, är det emellertid icke sagt, att den måste så betraktas i förhållande till en tredje man, som spekulerar på att övertaga papperet. Icke ens om transporten avser ett »i omsättningslivet cirkulerande papper», sådant som namnaktien, och har formen av ett indossament (till viss man) synes det befogat att i densamma inlägga en speciell, med en fullmaktsförklaring analog föryttringslegitimation i förhållande till tredje man. Ty vad indossanten avser med indossamentet är icke att för egen del komma i förbindelse med tredje man. Till tredje man har han icke hänvänt sig i vidare mån, än att han givit sin medkontrahent ett bevis om den företagna överlåtelsen, vilket denne vid en överlåtelse till tredje man kan hänvisa till för att styrka sin egen rätt. Men detta är ju intet annat än vad också den gör, som tecknar transport å ett icke löpande skuldebrev, utan att därför någon beträffande en dylik transport lär vilja påstå, att den innefattar en till tredje man riktad föryttringslegitimation och exstinguerar ogiltighetsinvändningar enligt 29—33 §§. Det synes med andra ord icke möjligt att förstå, huru ett indossament till viss man i högre grad än en i särskild handling innefattad överlåtelseförklaring skulle kunna anses riktad till tredje man. Det huvudskäl NIAL[2] anfört för sin åsikt, att så skulle vara fallet — att indossamentet måste komma »att utåt framstå som föryttringslegitimation», enär »indossanten måste beräkna, att indossamentet kan komma och normalt kommer att användas just som legitimation vid senare omsättning av papperet» — har sin tillämpning beträffande varje bevis om en rättighetsöverlåtelse, vilket en cedent sätter i händerna på cessionarien. Och då NIAL i fortsättningen argumenterar med påståendet, att förvärvet »bleve mindre lockande för förvärvaren», därest denne allenast erhölle ett särskilt bevis om överlåtelsen, icke indossament», så innefattar denna argumentation därför tydligen allenast ett cirkelslut, i det däri förutsättes,

[1] En härmed överensstämmande regel har också lagberedningen upptagit i sitt förslag till lag om skuldebrev m. m. § 30; se om skälen härför motiven s. 114 f. Längre har lagberedningen däremot icke gått; i 27 § stadgas således enligt förslaget uttryckligen: »Varder enkelt skuldebrev [= icke löpande skuldebrev] överlåtet, njute nye borgenären ej mot gäldenären bättre rätt än den överlåtaren ägde; dock gälle, i fråga om skuldebrev som upprättats för skens skull, vad därom är stadgat i lagen om avtal»; om skälen för detta stadgande se motiven s. 110.

[2] S. 113.

vad som skall bevisas, nämligen att en legitimation genom indossament till viss man verkligen har andra rättsverkningar — sc. »speciell legitimation för senare överlåtelser» — än en legitimation genom särskilt bevis.[1]

Att den nu diskuterade teorien om det fullständiga aktieindossamentets eller överhuvud en skriftlig överlåtelseförklarings innebörd av en till tredje man riktad kvasifullmakt icke är hållbar framträder till sist också i de konsekvenser, som följa av densamma. Antager man, att en överlåtares ogiltighetsinvändningar exstingueras i förhållande till godtroende förvärvare på den grund, att denne kan åberopa överlåtelseförklaringen såsom en till honom riktad kvasifullmakt, så måste detta innebära, att överlåtarens rätt genom ett derivativt förvärv övergår till tredje man och att överlåtelsen är definitiv i och med själva överlåtelseförklaringen, d. v. s. oberoende av huruvida förvärvaren erhållit besittning av rättsobjektet ifråga eller icke. En dylik konsekvens

[1] Samma cirkel i bevisföringen framträder även då NIAL till sist (s. 118) för att styrka sitt påstående, att det fullständiga indossamentet vid en tolkning — det vill väl säga en objektiv tolkning, en tolkning ur tredje mans synpunkt — måste framstå som innehållande en till tredje man riktad viljeförklaring, framhåller, att »även det fullständiga indossamentet betraktas f a k t i s k t i omsättningen som fullt betryggande legitimation och bör d ä r f ö r med samma rätt som blankoindossamentet anses riktat mot senare förvärvare» (spärr. här). Även om så vore, att en dylik uppfattning härskade i rättslivet, icke kan man väl av den omständigheten, att förvärvare av namnaktier sålunda f a k t i s k t tro sig vara skyddade mot invändningar om ogiltighet med avseende å företrädares fång, sluta något om att de verkligen också hava f o g för en dylik tro, eller närmare bestämt, att de skulle hava fog därför p å d e n g r u n d, att indossamentet framträder som en till dem riktad fullmaktsliknande förklaring och försäkran om att indossatarien är legitimerad att förfoga över aktien. För att en dylik tolkning av indossamentet skall vara befogad, måste väl vissa objektiva, av de berörda intressenternas, aktiespekulanternas, förmodanden oberoende omständigheter vara för handen, vilka giva en dylik innebörd av indossantens viljeförklaring vid handen. Vad utomstående hava för uppfattning, d. v. s. tro, angående innebörden av två medkontrahenters mellanhavande, kan näppeligen i o c h f ö r s i g hava någon betydelse för dettas innehåll. Allt kommer an på om deras tro är objektivt grundad, och det är just detta, som skall bevisas. Endast om den allmänna uppfattningen i handel och vandel har karaktären av ett handelsbruk eller annan sedvänja, kan den tillmätas betydelse. Men härför förutsättes att ifrågavarande allmänna uppfattning är av den art, att den regelmässigt manifesterar sig v i d u p p k l a r a n d e t a v här ifrågakommande k o n t r o v e r s e r, d. v. s. sedan de kretsar inom befolkningen det gäller fått klart för sig, att en tvistefråga föreligger. Så länge den allmänna uppfattningen blott är ett uttryck för okunnigheten om de rättsregler, som på grundval av speciella lagstadganden och allmänna rättsgrundsatser m. m. kunna fastställas för det ifrågavarande rättsförhållandet, ja, uttryck rent av för okunnighet om själva rättsfrågans existens och innebörd, så länge gäller satsen »iuris ignorantia nocet». Att ett handelsbruk eller annan sedvänja i nyss angivna mening här skulle kunna konstateras menar emellertid NIAL säkerligen icke, och icke heller torde någon annan göra det.

är emellertid åtminstone för svensk rätts del icke rimlig; är det beträffande godtroende förvärvares skydd, när det gäller typiska objekt för godtrosförvärv, såsom t. ex. löpande papper, en otvivelaktig förutsättning, att förvärvaren erhållit rättsobjektet i sin besittning, så kan det icke gärna i nu förevarande fall, när det är tvivelaktigt, huruvida över huvud ett tjänligt objekt för godtrosförvärv är för handen, i detta avseende fordras något mindre än besittning. Icke sällan göra nu också teoriens anhängare — så t. ex. NIAL[1] — här en reservation och förklara, att tredje mans rättsskydd också enligt deras uppfattning i de nu diskuterade fallen förutsätter tradition.[2] Därmed komma de emellertid uppenbart i konflikt med sin egen teori. NIAL har visserligen försökt lösa denna konflikt genom att förklara, att då legitimationen framträder icke som en fullmakt utan som en ägarlegitimation vore fullmaktsreglerna icke i alla avseenden tillämpliga; den som skapat legitimationen borde ej som en fullmaktsgivare bli o b l i g a t o r i s k t bunden mot senare förvärvare, enär en dylik bundenhet vore inadekvat i förhållande till legitimationen. En sådan förklaring kan dock näppeligen rädda teorien. Ty man måste fråga sig, vad det blir kvar av den suponerade, i överlåtelseförklaringen inneliggande »fullmakten», om densamma icke innebär behörighet för den bemyndigade att »obligatoriskt» binda »fullmaktsgivaren». En fullmakt, varigenom fullmaktsgivaren icke bindes »obligatoriskt» i förhållande till fullmäktigens medkontrahent, synes utgöra en contradictio in adjecto. Teorien resulterar sålunda i en olöslig motsägelse, då den på en gång å ena sidan vill se grunden för tredje mans rättsförvärv i en överlåtarens på ett dylikt förvärv riktade viljeförklaring, å andra sidan vill förneka överlåtarens bundenhet i förhållande till godtroende förvärvare, med mindre denne uppnått besittningen. I det förra avseendet utgår den från förutsättningarna för ett derivativt förvärv, i det senare avseendet från förutsättningarna för ett exstinktivt förvärv. Det ena måste emellertid med nödvändighet utesluta det andra.

Är det nu sagda riktigt, så finnes väl ingen annan möjlighet än att vid bedömandet av ett aktieindossament liksom av egentliga

[1] A. a. s. 113 not 407.

[2] Jmfr uppfattningen i dansk doktrin hos VINDING KRUSE, o. a. st., LASSEN, Alm. Del s. 92—93, 124—25, ROSS s. 103; jmfr ock AUGDAHL a. a. s. 116 (som talar om att en transportförklaring kan utgöra grunden för ett »exstinktivt» förvärv.) Annorlunda åter (och mera konsekvent) TORP s. 396.

utfästelser fästa avgörande vikt vid viljeförklaringens innehåll och sålunda antaga, att indossanten icke velat avskära sig från sin invändningsrätt i andra fall, än när han givit sin vilja i detta avseende fullt tydligt till känna genom att giva sin viljeförklaring den form, som eljest brukar tilläggas sådan innebörd, d. v. s. när han tecknat ett indossament till innehavaren eller, vad som måste betyda detsamma, ett indossament in blanco. Ett sådant ståndpunktstagande innebär visserligen också det, att man i ett indossament — nämligen ett sådant som nyss nämndes — ser en till tredje man riktad viljeförklaring, men denna viljeförklaring framstår enligt detta betraktelsesätt icke såsom en fingerad kvasi-fullmaktsförklaring, utan den har samma natur som den viljeförklaring, vilken innefattas i en till innehavaren riktad rättighetsgrundande utfästelse: genom att icke giva förklaringen adress till någon bestämd person ger den, som avger förklaringen, till känna för blivande förvärvare, att han icke fäster någon vikt vid medkontrahentens person, d. v. s. att han i förhållande till var och en, som vill göra hans överlåtelseförklaring gällande mot honom — med undantag naturligen för medkontrahenten — avstår från varje invändning, som har avseende å medkontrahenten och förhållandet till honom, för så vitt invändningen är av den art, att den över huvud kan exstingueras; en invändning om att den, som tecknat transporten å aktiebrevet, varit utsatt för råntvång eller varit omyndig eller på grund av sinnessjukdom eller dylikt förhållande saknat rättslig handlingsförmåga eller att transporten varit falsk,[1] kan således alltid göras gällande även mot godtroende förvärvare, invändningar enligt avtalslagen §§ 29—33 däremot icke och icke heller en invändning om att aktiebrevet efter transportens tecknande å detsamma utan undertecknarens vilja kommit ur hans besittning, exempelvis blivit honom frånstulet.[2]

[1] Så i rättsfallet NJA 1907 s. 275, i vilket vindikationsrätt medgavs; likaså i rättsfallet i NJA 1935 s. 290.

[2] Denna uppfattning torde överensstämma med den i svensk rätt härskande; se Benckert s. 200—202, Undén s. 222 f, Kôersner, Om aktiebok s. 116 ff; jmfr lagberedningens förutnämnda förslag s. 151. — Huruvida man, såsom Nial s. 115 gör gällande, ur Kôersners uttalanden a. st. får utläsa den meningen, att ett godtrosförvärv av blanco-indosserad namnaktie aldrig kunde riktas mot blankoindossanten själv, synes något tvivelaktigt. Vissa ordalag i Kôerners yttrande — »det är således allenast under förutsättning att denna transport, om den vore riktad till viss man, äger giltighet, som aktien kan börja användas som innehavarpapper» — kunna visserligen synas peka på en sådan mening. Redan den omständigheten, att Kôersner i det följande allenast uppmärksammar förfalskningsinvändningen ger emellertid anledning antaga, att det blott är denna invänd-

I dylika fall — d. v. s. vid indossament till innehavaren eller in blanco — har viljeförklaringen icke blott en riktning till tredje man utan måste på grund av sin form tilläggas det nu nämnda särskilda innehållet. Tydligt är, att förvärvet i dessa fall blir derivativt; det är indossantens rätt tredje man förvärvar; hade denne själv ingen rätt, hade han t. ex. stulit aktien och tecknat en falsk transport, kan tredje man icke heller göra någon rätt gällande mot rätter ägare. — Sedan en innehavare- eller blancotransport tecknats å en namnaktie, kan densamma emellertid också bliva föremål för ett exstinktivt godtrosförvärv. Detta blir händelsen, om aktien efter en dylik överlåtelse skulle förkomma för förvärvaren eller obehörigen avhändas honom samt efter ny överlåtelse komma i godtroende förvärvares hand; i dylikt fall blir förvärvaren skyddad oberoende av under vilka omständigheter aktien kommit ur rätter ägares besittning, alldeles som förvärvaren av egentliga löpande papper; i förhållandet mellan dem, som förvärva aktien efter innehavare- eller blancoindossamentet, måste densamma nämligen te sig alldeles så som ett verkligt löpande papper, och som ett sådant bör den väl då också i deras inbördes förhållande behandlas.

Resultatet av den nu företagna utredningen är således det, att teorien om det formellt giltiga förvärvets legitimerande kraft icke ens när det är fråga om sådana objekt som värdepapper och sådana förvärv, som grundas å indossament, kan erkännas såsom giltig i vår rätt.

För vårt egentliga huvudspörsmål — frågan hur en i en skriftlig handling pro forma verkställd överlåtelse av kommittentens gods till kommissionären skall bedömas — innebär detta, att endast en sådan förklaring av detta slag, som icke afficieras av någon annan ogiltighetsgrund än just den, att förklaringen blivit verkställd pro forma, kan legitimera adressaten såsom ägare. Har kommissionären exempelvis tillnarrat sig en dylik proforma-

---

ning han haft i sikte. Och denna uppfattning av hans yttrande kan man onekligen finna bestyrkt, då han längre fram närmare preciserar detta genom att framhålla, att blankotransporten, även betraktad såsom vanlig cession, är underkastad »den modifikationen, att då förvärvarens namn icke ifyllts, överlåtaren måste finna sig i att aktien gent emot honom betraktas som ett innehavarpapper» (spärr. här). — Jmfr i dansk rättspraxis rättsfallet i UfR 1928 s. 1132 (citerat av Ussing s. 38 not 108): namnteckning in blanco på baksidan av namnaktien, vilken, såsom icke fullt inbetald, ej fick fritt överlåtas, ansågs innefatta legitimation att disponera över aktien.

förklaring genom svek[1] och därpå under åberopande av sin föregivna egenskap av ägare avyttrat det i förklaringen avsedda godset till en godtroende, så bör denne i motsats till vad USSING synes göra gällande[2] icke kunna åberopa 34 § avtalslagen till sitt skyddande.

Ytterligare följer av det sagda den begränsningen av en proformaförklarings rättsverkningar, att dessa allenast kunna inträda för en godtroende. Den, som känner till att den föregivne ägaren i verkligheten icke är ägare, kan icke på ett avtal med honom grunda någon rätt mot rätter ägare. En motsatt uppfattning har dock även på denna punkt USSING[3] uttalat. Detta beror på att USSING, tydligen i nära anslutning till de nyss kritiserade åskådningarna, betraktar proformaförklaringen såsom innefattande en fullmakt. Här synes emellertid ett sådant antagande möta alldeles speciella vanskligheter. Har proformaförklaringen nå-

[1] Grunden till att godtroende förvärvare kan göra rätt gällande med stöd av simulerad skriftlig handling är ju bl. a. den, att rättsägarens intresse i dylikt fall framstår särskilt försvagat med hänsyn till att han själv avsiktligt tillskapat den handling, varpå tredje man förlitat sig; denna förutsättning brister emellertid, när rättsägaren genom svek förmåtts till handlingens upprättande.

[2] S. 41; jmfr ock s. 38 not 109. — USSING säger visserligen, att han a. st. allenast tänker på sådana fall, då tredje man vet (eller borde veta), att medkontrahenten icke är rättsinnehavare. Förmodligen innebär detta dock icke, att USSING beträffande nu förevarande fråga skulle döma annorlunda, då tredje man icke genomskådat simulationen. Utan någon invändning godtager U. nämligen (s. 38 not 109 och s. 41 not 120) det i UfR 1921 s. 608 refererade rättsfallet. I detta fall var situationen i korthet följande: En vagnmakare A., som *föregav sig hava köpare* till en begagnad bil, fick en sådan till sig överlåten av ägaren, S., tillika med en följesedel, vari S. angav priset, 8,000 kronor, som betalt. A. underpantsatte strax därpå bilen till P. för 5,500 kronor. Då P. icke fick betalt för sin fordran, sökte han täckning av S., och detta krav bifölls, enär S. hade legitimerat A. att råda över bilen. Enligt vår uppfattning är detta avgörande knappast riktigt. Den följesedel, som i detta fall skulle innefatta pantsättarens legitimation, utgjorde en simulerad rättshandling, vilken bilens ägare genom pantsättarens *svek* föranletts att företaga, och av de skäl vi ovan anfört bör invändning om svek i dylikt fall kunna göras gällande även mot godtroende tredje man. Måhända vill man emellertid göra gällande, att följesedeln i stället bör betraktas såsom en fullmakt och att till följd härav sveksinvändningen icke kunde göras gällande (jmfr USSING s. 41). Enligt vår uppfattning är en följesedel, även om den innehåller en anteckning om att köpeskillingen är betald, icke ägnad att uppfattas såsom en av säljaren utfärdad garantiförklaring om köparens oinskränkta dispositionsfrihet och att sålunda ersätta en verklig fullmakt; köparen har kanske betalat med växel och säljaren förbehållit sig äganderätten, till dess växeln blivit inlöst. Vet tredje man om att följesedelns innehåll allenast är ett sken, bör han därför säga sig, att den såsom fullmakt för pantsättning är av alltför bristfällig beskaffenhet. Det är gott och väl, att man vill skydda omsättningslivet, men denna strävan får icke gå ända därhän, att man utan något verkligt behov godtager legitimationsmedel av den mest prekära beskaffenhet; en dylik utveckling torde i alltför hög grad underlätta för bedragare och skälmar.

[3] S. 40.

gon verkan såsom proformaförklaring, så måste denna verkan bero på att förklaringen ingiver den, som tager del av densamma, tron på giltigheten av det skenbara förhållande, som däri vitsordas, d. v. s. i förutnämnda fall tron, att förklaringens adressat är ägare. I enlighet härmed förutsätter också regeln i Avtl § 34 om exstinktion av ifrågavarande ogiltighetsinvändning förvärv i god tro. Är förhållandet rakt motsatt det sålunda förutsatta, d. v. s. v e t tredje man, att den föregivne ägaren icke är ägare, så kan väl näppeligen proformaförklaringen s å s o m s å d a n åberopas till stöd för antagandet, att den föregivne ägaren i stället var på grund av fullmakt behörig att förfoga över objektet. En förklaring kan med andra ord icke på en gång vara b å d e proformaförklaring o c h fullmakt; det ena utesluter det andra. Har det faktum, som skulle utgöra grunden för föryttringsbefogenheten, avslöjats såsom ett sken, och ifrågasättes det, att detsamma det oaktat skall anses innefatta en föryttringsbehörighet, nämligen en behörighet att föryttra objektet ifråga icke i egenskap av ägare utan i egenskap av fullmäktig för den verklige ägaren, så måste otvivelaktigt erfordras s ä r s k i l d a omständigheter till stöd för detta antagande. Att sådana omständigheter k u n n a föreligga skall icke bestridas; proformaförklaringen kan hava givits sådant innehåll, att den trots sin ifrågavarande form verkligen ter sig såsom en fullmakt: man kan tänka sig, att objektets ägare givit icke blott en naken förklaring om överlåtelsen utan därtill fogat en förklaring om innehållet av de befogenheter, som skola tillkomma skenförvärvaren, innehållande ett uttryckligt konstaterande av hans rätt att avyttra saken. Om förklaringen i dylikt fall verkar som en fullmakt, så beror emellertid detta på att den enligt sitt innehåll, sådant detta förnuftigtvis måste tolkas, ä r en fullmakt. Trots vad Ussing helt allmänt gör gällande om proformaförklaringens natur av legitimationsmedel, är det också i själva verket blott fall av sist antydda slag, för vilka han vill uppehålla sin åskådning, det framgår klart, när han (låt vara i en not)[1] till sist skiljer mellan »rena proformaförklaringar» och sådana, som hava legitimerande verkan; avgörande är, säger han, normalt det objektiva: legitimationsverkan har en proformaförklaring allenast »naar Erklæringen efter Form og Indhold maa antages bestemt til at benyttes til Forevisning for Tredje-

[1] S. 40 not 116.

mand ved Dispositioner».[1] När tesen om proformaförklaringens legitimationsverkan så begränsas, finns i sak, d. v. s. med hänsyn till de därav följande konsekvenserna, intet att invända mot densamma; vad man då vill invända är emellertid i stället, att själva tesen berövats det innehåll den till synes ger sig ut för att hava. Får en dylik »proformaförklaring» den åsyftade rättsverkan i förhållande till en tredje man, som insett dess verkliga karaktär, så är det icke därför, att förklaringens adressat i enlighet med förklaringen framstår såsom ägare, utan därför, att han faktiskt är fullmäktig.

III. Härmed hava vi fört till slut vår undersökning av frågan om grunden till att en tredje man i god tro, som ingår avtal med en kommissionär, förvärvar rätt oberoende av att kommissionären överskridit sitt uppdrag eller handlat utan uppdrag, och vi kunna övergå till att undersöka, hur resultaten av vår undersökning förhålla sig till Kmsl:s regler.

Grunden till rättsförvärvet har i alla de analyserade fallen befunnits vara en kommissionärens legitimation. Denna legitimation har emellertid visat sig vara av olika beskaffenhet i olika fall.

I vissa fall utgöres den av en fullmaktslegitimation. Detta är händelsen vid förvärv från en handelskommissionär, som av kommittenten erhållit godset i sin besittning. Och det kan också vara händelsen beträffande sådana oegentliga proformaförklaringar, varom nyss varit tal. I dessa fall kommer ett derivativt förvärv till stånd, och förvärvaren bör sålunda då bliva skyddad oberoende av att tradition icke ägt rum samt är icke skyldig att avstå godset mot lösen. — Dessa resultat stämma helt överens med Kmsl:s regler i 54 och 55 §§, ty enligt dessa skyddas godtrosförvärvaren oberoende av besittning och äger, även om rätter ägare erbjuder sig att lösa godset, behålla detta.

Å andra sidan bör ett rättsskydd på ifrågavarande grund icke vinna erkännande under annan förutsättning, än att detsamma faller inom området för överlåtarens fullmakt. I de undantagsfall, när kommissionär kan stödja sin behörighet på en såsom faktisk fullmakt framträdande proforma-förklaring från kommittenten, kan

[1] Bedömd efter denna måttstock synes en följesedel med kvittering av köpeskillingen även enligt Ussings uppfattning böra frånkännas legitimerande verkan, därest dess egenskap av simulerad rättshandling genomskådats; jmfr ovan s. 107 not 2.

givetvis varje slags förfogande falla inom fullmaktens gränser, även t. ex. en gåva eller ett förfogande genom pantsättning. Annorlunda åter om förvärvaren allenast kan åberopa den kommissionärens ställningsfullmakt, som har sitt stöd däri, att denne i sin egenskap av handelskommissionär framträtt såsom besittare av godset; i dylikt fall bör ett förvärv genom gåva eller ett panträttsförvärv icke kunna göras gällande gent emot kommittenten, för så vitt icke någon annan grund för förvärvets skyddande än den åsyftade fullmakten kan göras gällande, d. v. s. för så vitt icke förutsättningarna för ett exstinktivt godtrosförvärv föreligga, något som tydligen kan vara händelsen allenast därest förvärvaren icke haft sig godsets egenskap av kommissionsgods bekant. — Med avseende å själva förutsättningarna för förvärvet torde denna sats överensstämma med Kmsl.[1] En skillnad i förhållande till denna synes emellertid vara för handen så till vida, som gåvotagaren enligt Kmsl, när hans förvärv är skyddat, icke behöver avstå godset mot lösen. Härutinnan har således Kmsl enligt vår mening gått för långt.

Sist nämnda fall står på linje med dem, då gods, som anförtrotts en merkantil kommissionär för annat ändamål än försäljning, t. ex. lånat eller deponerat gods o. s. v. eller gods, som kommissionären har i sin besittning utan någon som helst rättsgrund, av honom i föregiven egenskap av kommissionär obehörigen avyttras till en godtroende. Icke heller dylika förvärv böra i allmänhet vinna rättsskydd, för så vitt icke de regelmässiga förutsättningarna för exstinktiva godtrosförvärv äro uppfyllda. En särställning intaga dock de fall, då inköpskommissionär olovligen förfogat över inköpt gods. Dylika förfoganden utgöra grundval för ett derivativt förvärv. — Detta torde överensstämma med Kmsl, i det den grundläggande 54 § avser »gods som han [=kommissionären] innehar till försäljning» resp. »inköpt gods som av honom innehaves för kommittentens räkning», däremot sålunda bl. a. icke lånat eller deponerat gods, än mindre olovligen innehaft gods.[2]

I andra fall än de nu nämnda utgöres kommissionärens legitimation allenast av en ä g a r l e g i t i m a t i o n på grund av kommissionsgodsets besittning. Detta är fallet vid civil kommission. I dessa fall bör allenast ett exstinktivt förvärv komma till stånd, och

[1] Se sv. mot. s. 162.
[2] Jmfr EBERSTEIN s. 324 f.

förvärvaren borde i enlighet med den allmänna regeln om dylika förvärv icke åtnjuta rättsskydd, därest han icke erhållit godsets besittning, och han borde vara underkastad skyldighet att åter avstå godset mot lösen. Å andra sidan borde han, då kommissionären enligt den antagna förutsättningen framstår såsom ägare, kunna påfordra rättsskydd även beträffande godtrosförvärv genom gåva samt panträttsförvärv. — Beträffande dessa fall avvika resultaten av vår åskådning radikalt från Kmsl, i det enligt denna även ett godtrosförvärv från civil kommissionär inträder oberoende av tradition och utan skyldighet att avstå mot lösen. Därutinnan att även gåvofall samt fall av panträttsförvärv böra falla in under godtrosregeln överensstämmer åter lagen visserligen med vår åsikt, men beträffande förvärvets natur gäller vad ovan anförts med avseende å gåvor av handelskommissionär.

Av det nu sagda framgår, att vi i åtskilliga avseenden finna Kmsl:s regler i 54 och 55 §§ mindre tillfredsställande. Man kan då hava anledning fråga efter anledningen till att Kmsl fått det här kritiserade innehållet. På den frågan torde något annat svar icke kunna givas, än att lagen i denna del fått sin prägel av den kompromiss mellan å ena sidan dansk-norsk, å andra sidan svensk rättsuppfattning, som måst föregå dess utformning.

Enligt svensk rätt erbjuda redan de på principen »Hand muss Hand wahren» utbildade reglerna om exstinktiva godtrosfång ett vidsträckt skydd även för förvärv från kommissionär, som handlat utan uppdrag eller med uppdragets överskridande. I dansk-norsk rätt åter saknas motsvarighet till denna rättsgrundsats, och för att förebygga de därav vållade olägenheterna i den rättsliga samfärdseln har man där allmänt opererat med tanken på besittningsövergången såsom innefattande fullmakt till föryttring för ägarens räkning.[1] Från en sådan utgångspunkt kommer man att i ett par hänseenden tillerkänna godtroende tredje man rättsskydd i vida större utsträckning än enligt de svenska reglerna om godtrosfång: även ett förvärv, som blott innefattar ett obligatoriskt eller ett ofullständigt sakrättsligt anspråk, kommer att skyddas, d. v. s. något krav på besittningsövergång från kommissionären till tredje man kan icke uppställas; och förvärvet blir derivativt, d. v. s. någon lösningsrätt för rätter ägare blir det icke

[1] Se ovan s. 93 f och 98 f.

tal om. I båda dessa hänseenden utformades reglerna i Kmsl i överensstämmelse med den dansk-norska uppfattningens konsekvenser. Då emellertid den svenska utgångspunkten icke helt uppgivits — vilket kommer till synes bl. a. däri, att godtrosskyddet kommer tredje man till godo oberoende av naturen av hans fång, d. v. s. även om detta är t. ex. en gåva från kommissionären — så har följden blivit, att reglerna medföra konsekvenser, vilka icke vare sig från den ena eller den andra utgångspunkten kunna logiskt och rationellt motiveras. Godtrosskyddets inträdande oberoende av tradition och såsom ett oinskränkt skydd ter sig från den svenska utgångspunkten omotiverat, i den mån icke en verklig ställningsfullmakt är för handen, alltså fr. a. vid civil kommission, skyddets utsträckande till gåva etc. måste åter ur dansk-norsk synpunkt synas fullkomligt inadekvat i förhållande till den behörighet, som en kommissionärs »fullmakt» kunde tänkas innefatta.

Såsom motivering för godtrosskyddets utsträckande även till fall, då försäljningskommissionär annorledes än genom försäljning olovligen förfogar över gods, som han innehar till försäljning, eller då inköpskommissionär utan att vara därtill berättigad förfogar över inköpt gods, som av honom innehas för kommittentens räkning, anföres i motiven[1]: »Lika litet som en försäljningskommissionär äger annorledes än genom försäljning förfoga över gods, som han har till salu, har i allmänhet en inköpskommissionär något bemyndigande att sälja eller annorledes förfoga över inköpt gods. Det skulle därför kunna ifrågasättas att för båda dessa fall låta det hava sitt förblivande vid de regler, som för närvarande gälla angående förvärv i god tro av lösa saker. Vid kommission föreligger dock alltid det särskilda förhållandet, att kommissionären är berättigad att handla i eget namn, då han köper eller säljer, och det synes därför kunna försvaras, att man tillämpar samma rättsregler, närhelst han förfogar över gods, som han innehar för kommittentens räkning».

Denna motivering synes något dunkel. Då däri såsom en betydelsefull rättsgrund framhålles, att kommissionären är »berättigad att handla i eget namn», så är det icke klart, huruvida därmed avses, vad kommissionären är »berättigad» till i förhållande till kommittenten eller vad han är »berättigad» till i förhållande till

[1] Sv. mot. s. 162 f.

tredje man. Vare sig det ena eller andra avses, är det emellertid svårt att inse, huru ett berättigande att för annans räkning uppträda i eget namn såsom säljare eller inköpare kan innefatta eller åberopas såsom grund för ett berättigande att i eget namn förfoga över annans gods genom gåva el. dyl. Ur tredje mans synpunkt kan den anförda omständigheten uppenbarligen icke åberopas; han kan, när han vill göra gällande ett anspråk mot kommittenten i strid med dennes vilja, icke gärna med fog åberopa annat än vad föreliggande y t t r e omständigheter giva fog för; och några sådana omständigheter, som kunde speciellt för kommissionärer mer än för övriga besittare indicera en behörighet att utan vederlag avstå kommissionsgodset, föreligga uppenbarligen icke.[1] Icke heller ur kommittentens synpunkt kan emellertid den ifrågavarande omständigheten tillerkännas någon betydelse; att kommissionären vidtagit anstalter för ett överlåtande av äganderätten mot full valuta kan i och för sig icke rimligen förringa hans anspråk på att icke behöva avstå från godset u t a n dylik valuta. Vare sig man lämnar sitt gods till förvaring eller till försäljning, måste man hava samma anspråk på att förtroendemannen skall hålla sig inom ramen för sin befogenhet; att befogenheten i ena fallet går längre än i det andra kan i och för sig icke tagas till intäkt för att ur kommittentens synpunkt ett överskridande av befogenheten i förstnämnda fall skulle förtjäna ett annat bedömande än ett motsvarande överskridande av befogenheten i sistnämnda fall; i ena som i andra fallet har ägaren samma anspråk på att icke bliva berövad den tillgång godset utgör.

Vad åter angår inköpskommissionärs förfogande över inköpt gods, är kommitténs argumentation mera befogad. I dylikt fall är det av ovan[2] anförda skäl, när det gäller h a n d e l s-kommissionärer, icke möjligt att i förevarande avseende göra någon skillnad mellan försäljningskommission och inköpskommission. Annorlunda åter också här, enligt vad vi ovan sökt visa, såvitt angår civil kommission.

Svårigheten att tillfredsställande motivera kommissionslagens godtrosregler har redan förut observerats av EBERSTEIN, som emellertid, efter en träffande kritik av dessa regler med hänsyn till

[1] Jmfr EBERSTEIN s. 329.
[2] S. 89 ff.

deras utsträckande till benefika förvärv och förvärv från inköpskommissionär,[1] i nära anslutning till motiven gör gällande,[2] att något annat betraktelsesätt icke synes kunna göras gällande såsom stöd för den positiva rättens ståndpunkt, än »att ett kommissionären givet uppdrag att sälja eller att köpa såsom förlänande honom en vidsträcktare befogenhet än övriga gemenligen honom givna uppdrag — annorledes däremot t. ex. ett uppdrag att bortskänka — också i högre grad än dessa bör försvaga rätte ägarens anspråk.» Icke heller i denna utformning är emellertid tankegången i ifrågavarande uttalande i motiven tillfredsställande. Utom vad redan anmärkts kan mot ett dylikt betraktelsesätt ytterligare anföras, att det kommer i strid med den syn på de exstinktiva godtrosfången, som hittills varit bestämmande för rättsutvecklingen på detta område i vårt land. Såsom under senare tid allt oftare[3] framhållits, är det icke möjligt att nå fram till en »rättvis» lösning av konflikten mellan rätter ägares och tredje mans anspråk genom deras avvägande gent emot varandra; och att vår rätt icke heller utgår från någon sådan intresseavvägning utan låter konflikten lösas med hänsyn till de av den allmänna omsättningen betingade kraven framträder däri, att rätter ägares vindikationsanspråk bortfaller i förhållande till godtroende förvärvare, vare sig ägaren frivilligt avstått besittningen av godset eller detta utan hans vilja kommit ur hans besittning. Har man nu i detta viktiga avseende — där dock ett beaktande av rätter ägares subjektiva förhållande onekligen ligger mycket nära till hands och även i de flesta länder brukar tillmätas betydelse — i vår rätt lämnat omständigheterna vid besittningens övergång utan beaktande, så synes det icke heller rimligt att i det mindre betydelsefulla hänseende motiven antytt tillmäta dessa omständigheter någon betydelse, ej ens en så begränsad som den Eberstein ifrågasatt. Hur man än vrider och vänder på saken, så torde någon tillfredsställande motivering av Kmsl:s godtrosregler icke kunna åstadkommas; de kunna endast förklaras såsom en olycklig kompromiss mellan å ena sidan dansk-norsk, å andra sidan svensk rättsåskådning, möjliggjord genom ett otillräckligt beaktande av skillnaden mellan merkantil kommission och civil

[1] Med avseende å förvärv från inköpskommissionär se dock vår ovan utvecklade delvis avvikande mening.

[2] S. 333 f.

[3] Se Benckert s. 164 ff, Undén s. 210; jmfr Eberstein själv s. 332.

kommission[1], mellan fullmaktslegitimation och okvalificerad besittningslegitimation, ägarlegitimation.

[1] Att icke heller EBERSTEIN till sist anser den av honom antydda förklaringen av Kmsl:s ifrågavarande regler verkligt tillfredsställande framgår av hans därtill anslutande uttalande: »Det speciella stödet för att tredje mans förvärv i vissa fall är fredat mot lösningsanspråk av rätter ägare, ter sig åter såsom mindre starkt grundat och torde böra ses från synpunkten att ifrågavarande stadganden i Kmsl äro att betrakta såsom uttryck för en tendens att utvidga gränserna för ett av lösningsanspråk icke graverat förvärv i god tro».

KAP. III.

Om innebörden av kommissionärens rättighetsförvärv.

De frågor, vilka i detta kapitel skola tagas till diskussion, innefatta två huvudspörsmål. Det ena är detta: vilkendera av parterna i kommissionsavtalet, kommissionären eller kommittenten, tillkommer äganderätten till det gods kommissionären inköper för kommittentens räkning? Det andra är detta: vilkendera av nämnda parter tillkommer ett genom kommissionärens avtal grundlagt fordringsanspråk? Det förra av dessa spörsmål uppkommer tydligen allenast vid inköpskommission, det senare åter är typiskt för försäljningskommission och har sin största praktiska betydelse beträffande rätten till köpeskillingen för gods, som kommissionären försålt för kommittentens räkning, men kan även uppkomma vid inköpskommission och avse exempelvis det i ett leveransavtal grundade anspråk på utbekommande av visst kvantum av en vara, vartill köparens rätt inskränker sig, innan visst gods blivit för hans räkning avskilt och avlämnat, eventuellt traderat, eller ock det skadeståndsanspråk, vartill försenat eller bristfälligt fullgörande kan giva upphov.[1]

Mellan dessa båda huvudspörsmål består helt naturligt ett ganska starkt samband. Särskilt måste detta vara fallet i en rättsordning, vilken, såsom den svenska, icke känner det abstrakta sakrättsliga avtalet utan låter de sakrättsliga verkningarna hänflyta ur samma avtal som de obligatoriska anspråken.[2] Icke desto mindre torde det vara lämpligast att särhålla det sakrättsliga spörs-

[1] Ang. detta senare spörsmål se närmare nedan kap. V s. 291 ff.

[2] Då här antages, att det abstrakta sakrättsliga avtalet i princip är för svensk rätt främmande, avses därmed icke att bestrida, att man i viss mån även enligt vår rätt kan konstatera, att ett köpeavtal verkar allenast obligatoriskt. Anmärkas kan ju i sådant hänseende för det första, att den obligatoriska bundenheten i förhållande till köparen är den regelmässiga totaleffekten av ett leveransavtal under

målet från det obligationsrättsliga. Det nyssnämnda sambandet dem emellan föranleder nämligen huvudsakligen allenast till en överensstämmelse i själva den principiella huvudsynpunkt, från vilken såväl det ena som det andra spörsmålet bör betraktas. Från den för båda spörsmålen gemensamma utgångspunkt, som härigenom vinnes, kan emellertid för intetdera av dem ett tillfyllestgörande svar utan vidare ernås. För ett framträngande till slutliga resultat fordras härutöver hänsynstagande till åtskilliga andra faktorer och dessa äro, såsom av den följande framställningen skall framgå, delvis av helt olika slag allteftersom det gäller det ena eller det andra spörsmålet.

I.

A. Frågan huruvida äganderätten till gods, som kommissionären inköper för kommittentens räkning, tillfaller den förre eller den senare, tillhör de inom den juridiska doktrinen livligast debatterade.[1] Särskilt har densamma varit ingående debatterad i den

hela tiden, intill dess visst gods avskilts för köparens räkning och avlämnats eller, såsom en riktning antager, intill dess tradition ägt rum (se UNDÉN s. 187 ff). Härutöver måste man emellertid giva BJÖRLING (SvJT 1918 s. 26 f) rätt i att också ett avtal om köp av bestämt gods kan komma att verka allenast obligatoriskt. Det blir fallet exempelvis därest det befinnes, att det försålda godset tillhörde någon annan än säljaren och på grund härav vindiceras från honom; ty i dylikt fall får köpet ingen annan rättsverkan än köparens, efter vad man åtminstone enligt svensk rätt (beträffande uppfattningen i finsk doktrin se de av BJÖRLING s. a. st. citerade förf., CHYDENIUS och SERLACHIUS) måste antaga, i köpeavtalet grundade hemulsanspråk. De nu berörda omständigheterna kunna emellertid icke hindra, att ett köpeavtal enligt vår rätt regelmässigt verkar icke allenast obligatoriskt utan även sakrättsligt. Icke heller föranledes emellertid ett annat bedömande av den omständigheten, att för sakrättsligt skydd emot säljarens borgenärer fordras tradition eller iakttagande av lösöreköpsförordningens formaliteter. Trots denna, visserligen synnerligen betydelsefulla inskränkning av köpeavtalets sakrättsliga verkningar kvarstår dock, såvitt angår speciesköp eller till avlämnande fullbordat leveransavtal, åtskilligt av dessa: köparen har vindikationsrätt gent emot icke godtroende innehavare resp. rätt att lösa egendomen från en godtroende, hans rätt är oberoende av preskriptionsreglerna, och han åtnjuter i straffrättsligt hänseende skydd för äganderätten (se UNDÉN s. 186 och 190). Tilläggas kan för övrigt beträffande förutsättningarna för det sakrättsliga skyddet mot borgenärerna, att det alltjämt måste anses vara en öppen fråga, huruvida verkligen traditionskravet är befogat med avseende å de rena omsättningsköp, vid vilka köpegodset i köparens intresse får förbliva hos säljaren någon tid efter avtalet, exempelvis för vidtagandet av någon mindre justering; därom se emellertid vidare nedan s. 203 ff.

[1] Angående den äldre litteraturen se t. ex. GRÜNHUT s. 440 ff (Anmerkung), varest dels vissa citat ur den äldre italienska handelsrättsliga litteraturen (CASAREGIS, STRACCHA) återgivas, dels anhängarna av vardera av de mot varandra' stridande huvudåsikterna i den äldre tyska litteraturen till stort antal uppräknas. Beträffande den yngre tyska litteraturen se t. ex. litteraturhänvisningarna hos PETRI s. 359 eller SCHMIDT-RIMPLER s. 925 ff.

tyska litteraturen, såväl den äldre, gemein-rättsliga, som den yngre. Till en avsevärd del har debatten rört sig om betydelsen i förevarande avseende av den i tysk rätt för äganderättsförvärv uppställda fordran på tradition av köpeobjektet. De meningsmotsättningar, som i denna debatt redan från början kommo till synes och vilka delvis kunna föras tillbaks på en redan i de romerska rättskällorna framträdande kontrovers mellan olika uppfattningar,[1] fortbestå alltjämt. Varken i AHGB resp. HGB eller i BGB intogs någon föreskrift, som löste stridsfrågorna, trots att de även under förarbetena till dessa lagar ingående diskuterades.[2] Förhärskande torde dock numera den uppfattningen vara, att kommissionären (åtminstone närmast) förvärvar äganderätten.[3] Med olika, mer eller mindre tvivelaktiga motiveringar konstrueras emellertid även från denna utgångspunkt under särskilda förutsättningar ett skydd för kommittenten gent emot kommissionärens borgenärer.[4]

[1] Angående diskussionen beträffande hithörande romersk-rättsliga källställen se t. ex. GRÜNHUT s. 430 not 6, 435 not 13 samt därstädes citerade författare ävensom fr. a. LENEL s. 55 ff.

[2] Angående diskussionen under förarbetena till AHGB se nedan s. 164 not 1.

[3] Se bl. a. hänvisningar hos SCHMIDT-RIMPLER s. 926 not 28 samt SCHMIDT-RIMPLER själv s. 925 ff, ävensom de nedan not 4 anförda författarna.

[4] Stundom göres gällande (så av VON TUHR II: 2 s. 350) att kommittentens äganderättsförvärv kunde stödjas på en analogi från regeln i BGB § 185, att icke-berättigad persons förfogande över en sak blir verksamt, om det sker med den berättigades samtycke; därom se vidare nedan s. 153 not. 2. Vanligen försöker man emellertid konstruera en (medelbar) tradition till kommittenten genom att bygga på BGB:s regel om constitutum possessorium (§ 930). Då emellertid denna endast sällan kan bliva omedelbart tillämplig, eftersom en sådan överenskommelse om att överlåtaren framdeles skall besitta för den nye ägarens räkning, som i detta stadgande förutsättes, endast ytterst sällan om ens någonsin lär förekomma i nu förevarande fall, har det för dem som söka sitt stöd i ett constitutum possessorium gällt — så ha i varje fall de flesta sett saken — att styrka möjligheten av ett s. k. anteciperat konstitut. Att en sådan överenskommelse kan ha den avsedda rättsverkan antager exempelvis ENNECCERUS, s. 560 f, 461 not 5, VON TUHR II: 1 s. 383 not 116, II:2 s. 349, Jh. J. 48 s. 47 ff, ävensom, ehuru med en viss reservation (: »dass der Kommissionär und Kommittent beim Besitzerwerb noch den Übereignungswillen haben») även SCHMIDT-RIMPLER s. 933; även i praxis synes denna åsikt hava trängt igenom, ehuruväl någon alldeles bestämd ståndpunkt hos RG icke lär kunna konstateras (se hänvisningar hos SCHMIDT-RIMPLER s. 933 not 52). Denna teori har att kämpa med två svårigheter, d e l s den som ligger i den tämligen hopplösa uppgiften att, för annat än vissa undantagsfall, se nedan s. 128 not 2, motivera de påstådda rättsverkningarna av ett på förhand överenskommet constitutum possessorium, d e l s den som möter när det gäller att ur kommissionsavtalet eller eljest ur förhållandet mellan detta avtals parter utläsa en överenskommelse om att kommissionären efter äganderättsförvärvet skall besitta det förvärvade objektet för kommittentens räkning i egenskap av depositarie eller panthavare eller dylikt. Varken det ena eller andra lär som regel lyckas utan att man tillgriper fiktioner. — Svårigheten att motivera kommittentens besittnings- och äganderättsförvärv genom ett anteciperat besittningskonstitut söker en annan, av SCHMIDT-

Samma principiella uppfattning, som härskar i tysk rätt, ligger även till grund för den schweiziska rättens regler i ämnet. Så-

RIMPLER s. 933 ff (redan före honom dock i huvudsak även av andra, fr. a. STAUB, § 383 Anm. 33) framställd teori undgå genom att ådagalägga, att även ett ordinärt constitutum possessorium, avtalat mellan kommissionär och kommittent e f t e r kommissionärens besittningstagande, kunde komma ifråga, icke blott så, att parterna (vilket mera sällan eller aldrig lär förekomma) genom utväxlandet av ömsesidiga viljeförklaringar bringa konstitutet till stånd, utan så, att kommissionären i egenskap av kommittentens ställföreträdare med stöd av BGB § 181 slöte ett dylikt avtal med sig själv i överensstämmelse med ett tidigare av kommittenten givet bemyndigande. Skillnaden mellan denna konstruktion och den, som bygger på det anteciperade besittningskonstitutet, sådant SCHMIDT-RIMPLER godtager detsamma, är dock vid närmare granskning mycket obetydlig. Bemyndigandet för kommissionären att genom avtal med sig själv åstadkomma ett medelbart besittningsförhållande för kommittenten skiljer sig ju i verkligheten icke från den på förhand träffade överenskommelsen, att kommissionären skall besitta för kommittentens räkning. Skillnaden är blott formell. Vare sig man uppfattar saken på ena eller andra sättet, blir det avgörande till sist, huruvida mellanhanden fullgör sitt åtagande, d. v. s. huruvida han efter sitt besittningstagande faktiskt besitter det objekt, varom fråga är, för kommittentens räkning eller icke. Och härvid måste samma omständigheter få betydelse, vare sig man anser det nödigt att gå den konstlade omvägen över mellanhandens överenskommelse med sig själv att fullgöra ett åliggande eller man blott ser till huruvida åliggandet faktiskt fullgöres eller icke: i båda fallen kommer det an på att kommissionären givit till känna sin avsikt att besitta för kommittentens räkning. Också finner man ju att SCHMIDT-RIMPLER, i överensstämmelse med den tanke, som uppbär hans förstnämnda reservation beträffande det anteciperade besittningskonstitutet, med avseende å det genom kommissionärens avtal med sig själv åstadkomna besittningskonstitutet kräver, att detta avtal verkligen framträder genom »irgend eine Kundgabe nach aussen hin» (annorlunda däremot STAUB a. st., varmed dock må jämföras Anm. 33a). Då SCHMIDT-RIMPLER i detta avseende förklarar det vara tillräckligt med att kommissionären »die erhaltenen Waren oder Wertpapiere in gesonderter Weise oder mit Bezeichnungen aufbewahrt, die sie als dem Kommittenten gehörig — nicht nur für ihn bestimmt — kennzeichnen», så finner man emellertid att också denna teori vilar på fiktioner, ty ett »avtal» med kommittenten, som icke kommit till uttryck på annat sätt än detta, utgör uppenbarligen icke något för kommissionären verkligen förpliktande avtal; den som t. ex. inlagt några aktier i ett kuvert med kommittentens namn på har icke givit uttryck åt någon förpliktande vilja, eftersom han när som helst kan omintetgöra det faktiska förhållande, varur man utläser hans vilja att förplikta sig, d. v. s., om uttrycket tillåtes, när som helst kan återkalla denna sin »viljeförklaring». (Jmfr LENELS i detta avseende träffande anmärkningar gentemot teorien om anteciperat constitutum possessorium, s. 69 ff; se ock PETRI s. 372 f, och de där citerade, LEONHARD, REGELSBERGER, samt WOLFF § 67 I 2). SCHMIDT-RIMPLERS ifrågavarande teori har sålunda knappats något företräde framför teorien om anteciperat besittningskonstitut. I ett avseende visar sig f. ö. den förra teorien t. o. m. gynnsammare än den senare för laborerandet med fiktioner. Även kraven på den föregående överenskommelsen med kommittenten, bemyndigandet för kommissionären att genom avtal med sig själv åstadkomma ett constitutum possessorium, fördunsta nämligen i fiktionernas värld, i det kommissionären i detta avseende enligt SCHMIDT-RIMPLER kan handla även som negotiorum gestor med efterföljande ratihabition av kommittenten och ratihabition äga rum genom att kommittenten framställer anspråk mot kommissionären! Att SCHMIDT-RIMPLER samtidigt som han uppställer dessa satser varnar för fiktioner förefaller onekligen vara att ställa stora anspråk — på fiktionerna. — Måhända kan man säga att en av PETRI framställd teori fyller dessa anspråk. Enligt densamma (s. 382 ff) är något särskilt constitutum possessorium icke erforderligt, ty redan genom lagens egna bestämmelser om kommissionärens

lunda stadgas i SO art. 401 beträffande »enkelt uppdrag»: Hat der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen Forderungsrechte gegen Dritte erworben, so gehen sie auf den Auftraggeber über, sobald dieser seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnisse nachgekommen ist. — Dieses gilt auch gegenüber der Masse, wenn der Beauftragte in Konkurs gefallen ist. — Ebenso kann der Auftraggeber im Konkurse des Beauftragten, unter Vorbehalt der Retentionsrechte desselben, die beweglichen Sachen herausverlangen, die dieser in eigenem Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers, zu Eigentum erworben hat.» Detta stadgande utgår uppenbarligen från att kommissionären regelmässigt förvärvar äganderätt för sig själv men bereder kommittenten, förutsatt att han först gottgör kommissionären dennes fordringar på grund av uppdragets utförande, separationsrätt i dennes konkurs. Därmed anses icke avgjort, att kommittenten även i övriga hänseenden intager en ägares ställning. Principiellt anses kommittentens äganderättsförvärv trots stadgandet i art. 401 beroende av, huruvida kommissionären handlat såsom kommittentens ställföreträdare. Detta anses vara en konsekvens av att schweizisk rätt (SZ art. 714 st. 1), liksom tysk, för äganderättsförvärv fordrar tradition till förvärvaren (resp. hans ställföreträdare). På grund härav kan, anser man, en

panträtt och hans plikt att till kommittenten utgiva, vad han för hans räkning förvärvat, tillskapades den medelbara besittning för kommittenten, som vore erforderlig men också tillräcklig för att göra denne till ägare. Denna teori har tydligen lämnat hela kärnfrågan i det behandlade problemet åsido, i det den intet säger om huru det skall avgöras, att viss sak eller vissa varor äro förvärvade för viss kommittent och icke för en annan kommittent eller för kommissionären själv; den förutsätter utan vidare, att kommissionärens plikt i förhållande till kommittenten och således kommittentens anspråk »koncentrerat» sig på en viss sak, medan själva problemet just består i att undersöka, hur detta sker. Helt blind för detta har förf. emellertid icke kunnat vara och man finner därför också, att han till sist (s. 385) kompletterar sin teori genom att falla tillbaks på partsviljan i kommissionärsavtalet: »Will der Dritte speciell den Kommissionär zum Eigentümer machen und der Kommissionär Eigentum für sich erwerben, so wird der Kommissionär Eigentümer; denn es handelt sich alsdann um Selbsteintritt des Kommissionärs . . .». Och han tillägger (s. 387): Die schwierige Frage [sic!], ob das von dem Kommissionär mit dem Dritten geschlossene Geschäft für Rechnung des Auftraggebers geschlossen ist oder für eigene Rechnung, um als Selbstkontrahent gegenüber dem Kommittenten eintreten zu können, wird sich in den meisten Fällen einfach lösen wenn man verlangt, dass bei Eigentumsübergang auf den Kommissionär besondere Umstände dargetan werden müssen, welche dies belegen». Med denna presumtion slår sig förf. till ro. Och så är allt gott och väl, menar han tydligen, utan att bekymra sig om att det verkliga problemet just är detta, som han täcker över med sin presumtion: kan man antaga att äganderätten in dubio övergår till kommittenten? Och vad är i så fall grunden härför? — Angående frågan om besittningsförvärv genom mellanhand se ytterligare nedan s. 128 not 2.

uppdragsgivare förvärva äganderätt allenast om uppdragstagaren vid sitt besittningstagande antingen mottagit saken i uppdragsgivarens namn, något som vid kommission anses enligt sakens natur uteslutet, eller vid avtalet med tredje man haft viljan att förvärva för uppdragsgivaren, denna vilja må ha framträtt utåt eller icke.[1]

Vilken ståndpunkt fransk rätt intager synes i viss mån tvivelaktigt. Säkert är visserligen, att äganderätten till gods, som en kommissionär köpt för kommittentens räkning, redan från köpslutet tillkommer kommittenten och att han således i kommissionärens konkurs är berättigad både att »réclamer directement la livraison au tiers vendeur, de telle sorte que les marchandises n'entrent pas dans l'actif de la faillite du commissionaire» och vidare att, »si elles avaient été livrées à celui-ci, . . . les revendiquer . . .».[2] Ovisst är emellertid, huruvida detta har sin rättsliga förklaring däri, att äganderätten övergår från tredje man, säljaren, direkt till kommittenten såsom vid fall av egentligt ställföreträdarskap, eller om äganderätten från kommissionären övergår till kommittenten i samma ögonblick, som den av kommissionären förvärvas. Förstnämnda åsikt synes närmast vara den vanliga i doktrinen[3]; något alldeles klart ståndpunktstagande till detta

[1] Sålunda OSER vid art. 401: »Ob also der Beauftragte direkt Eigentum erwerbe, hängt von dessen Willensmeinung beim Abschluss mit dem Drittkontrahenten ab, die nach aussen nicht hervortritt und daher den Auftraggeber in einer prekären Lage belässt.» — MÜLLER-ERZBACHS påstående (Grundsätze s. 58) att schweizisk rätt skulle erkänna kommittentens omedelbara berättigande är sålunda felaktigt, vilken betydelse man än inlägger i ett »omedelbart berättigande». — Ang. betydelsen av kommissionärens »inre vilja» se vidare nedan s. 144 ff.

[2] Någon uttrycklig regel av denna innebörd finns visserligen icke men avgörandet grundas på en analogi från Code de comm. art. 575 st. 2, som ger en kommittent separationsrätt (droit de revendication) i en försäljningskommissionärs konkurs beträffande ännu utestående fordringar å köpeskillingen för gods, som kommissionären sålt för kommittentens räkning; se LYON-CAEN & RENAULT, Traité nr 481, Manuel nr 488, BOISTEL nr 533, PARDESSUS nr 1277.

[3] Se LYON-CAEN & RENAULT, Traité nr 500, Manuel nr 496. På tal om inköpskommissionärens stoppningsrätt heter det, s. a. st.: Il est vrai qu'on ne saurait le fonder, en disant que le commissionnaire acheteur doit être considéré comme ayant revendu à son commettant les marchandises achetées par lui; ces marchandises passent directement du tiers vendeur au commettant, sans appartenir jamais au commissionnaire.» — Jmfr BOISTEL nr 532 som å ena sidan uttalar att »entre les parties, c'est à-dire dans les rapports du commissionnaire et du commettant, le résultat de l'opération est *transféré* (kurs. här) immédiatement, dès qu'elle est conclue, sur la tête du commettant», men som å andra sidan utlägger detta med följande ord: et elle n'a jamais résidé sur la tête du commissionnaire; c'est a b i n i t i o le commettant qui est devenu seul propriétaire des choses aquises, seul créancier des choses promises, et seul débiteur du tiers». Att märka är emellertid att BOISTEL endast talar om förhållandet mellan kommissionär och kommittent: »A l'égard des tiers, c'est le commissionnaire qui est acheteur ou vendeur; mais *inter partes* c'est le commettant qui a ces deux qualités.» — Jmfr ock PARDESSUS nr 563, 573 och 1277.

spörsmål, så preciserat som vi fattat det, ha vi dock endast undantagsvis[1] påträffat i den hithörande litteraturen. För den motsatta åsikten synas ock starka skäl kunna anföras. För densamma talar bl. a. den omständigheten, att den överensstämmer med den i fransk doktrin otvivelaktigt gängse uppfattningen, att kommissionärsavtalet, i den mån det ger upphov till obligatoriska rättigheter gentemot tredje man, föranleder ett rättsförhållande mellan denne och kommissionären, så att dessa rättigheter uppkomma i hans person.[2] Och med fog kan vidare såsom ett betydelsefullt skäl för samma åsikt åberopas det förhållandet, att kommissionären i förhållande till kommittenten enligt härskande uppfattning[3] tillerkännes stoppningsrätt (droit de revendication, Code de comm. art. 576).[4]

[1] Se det föregående not citerade yttrandet hos LYON-CAEN & RENAULT.

[2] Ifrågavarande uppfattning hyllas även av LYON-CAEN & RENAULT. Sedan till en början beträffande det fall, då kommissionären handlat i kommittentens namn, Traité nr 478, jmfr Manuel nr 486, regeln angivits vara den, att »tous les effects des actes accomplies par le commissionnaire se produisent *directement dans la personne du commettant*» (kurs. här), utvecklas, Traité nr 479, jmfr Manuel nr 487, regeln för det fall, att kommissionären handlat i eget namn, i följande ord: »Les choses se passent différemment quand le commissionnaire a agi *proprio nomine*. C'est *en sa personne* (kurs. här) que se produisent, en principe général, les effets des opérations: c'est lui qui devient le créancier ou le débiteur des tiers, tout comme s'il avait opéré pour son compte; c'est donc lui qui peut réclamer le paiement du prix ou *la livraison des marchandises*» (kurs. här). Denna princip får visserligen, framhålles det, icke överdrivas: »Il est exact à l'égard des tiers et toutes les fois que leur intérêt est en jeu; mais, dans les rapports entre le commettant et le commissionnaire, la vérité reprend son empire: ce qui est fait par le commissionnaire, est *réputé* (kurs. här) fait par le commettant. Pourvu que les tiers soient desintéressés dans la question et que le commissionnaire n'ait pas quelque intérêt legitime à ce qu'il en soit autrement, le commettant a donc le droit d'agir comme créancier, débiteur ou propriétaire. . .» Traité nr 481; i motsvarande yttrande i Manuel, nr 488, talas dock, mera konsekvent, icke längre om rätten för kommittenten att uppträda som »propriétaire». Denna rätt »d'agir comme ... propriétaire», vilken framträder såsom en rättighet för kommittenten allenast i hans förhållande till kommissionären men vilken i princip tillkommer denne senare, synes oss emellertid, betraktad såsom en kommittentens rättighet, icke kunna finna en logiskt tillfredsställande förklaring under annan förutsättning, än att den antages i samma ögonblick den förvärvas av kommissionären från h o n o m övergå till kommittenten. Då ett dylikt antagande också är det, som bäst stämmer med den franska rättens regler om »mandat prête-nom», synes man kunna ifrågasätta, om icke detsamma riktigare än det ovan citerade yttrandet av LYON-CAEN & RENAULT återger den franska rättens ståndpunkt. — Jmfr i övrigt beträffande kommittentens rätt till fordringsanspråken gentemot tredje man t. ex. PARDESSUS nr 1279, BOISTEL nr 532, THALLER nr 1131 ff.

[3] Se LYON-CAEN & RENAULT Traité nr 500, Manuel nr 496, PARDESSUS nr 563, 573; jmfr ock THALLER nr 1144. Annorlunda BOISTEL nr 535 in fine.

[4] Jmfr dock den motsatta uppfattningen hos LYON-CAEN & RENAULT ovan, not 2, citerade yttrande. Enligt den där utvecklade uppfattningen skulle kommissionärens stoppningsrätt grunda sig därpå, att kommissionären genom att betala köpeskillingen inträdde i säljarens alla rättigheter, bland dem stoppningsrätten; så ock PARDESSUS s. a. st. Denna uppfattning har emellertid av andra författare med skäl kritiserats; därom se närmare nedan s. 197 not 4.

Av ett särskilt intresse för vårt spörsmål är den engelska rätten, detta dock mindre med hänsyn till de regler, som där gälla om »commission agents», än med hänsyn till de regler, som gälla om »real agents». Beträffande de förra, som utgöra den juridiska motsvarigheten till den kontinentala rättens kommissionärer, kan det icke betvivlas, att mellanhanden själv genom ett köpeavtal med tredje man förvärvar äganderätt till det köpta godset. »The commission agency» är »a contract of sale with a contract of employment added to it». Att det är ett »contract of sale» måste ju emellertid innebära, att det är från »the commission agent», som principalen i dylikt fall förvärvar rätten till köpegodset. Att det är ett »contract of employment» betyder åter, att säljaren-agenten måste giva köparen-principalen hela fördelen av det köpeavtal han själv slutit till fullgörande av sin förbindelse. Och härav torde följa, att icke heller agentens borgenärer kunna taga godset i anspråk; agenten blir att betrakta såsom principalens trustee.[1] — Av större intresse för oss än detta är emellertid, som antytt, det förhållandet, att samma regel anses gälla även beträffande förvärv genom en verklig ställföreträdare, agent, för så vitt denne handlat i eget namn, »for an undisclosed principal». Detta är onekligen påfallande. Då enligt engelsk rätt, såsom i det föregående omtalats, även ett handlande av en agent »in his own name» antages giva upphov till en omedelbar rättslig relation mellan tredje man och principalen — »establish privity of contract between his principal and third parties» — kunde ju detta synas avskära varje tvivel om att principalen i och med själva avtalet, vilket enligt engelsk rätt har sakrättslig verkan, bleve ägare till sådant gods, som agenten köpt för hans räkning. Icke desto mindre finner man, att motsatsen anses gälla. »Where an agent by contracting personnally, renders himself liable for the price of goods bought on behalf of his principal, the property in the goods, as between the principal and agent, vests in the agent, and does not pass to the principal until he pays for the goods, or the agent intends that it shall pass, and the agent has the same rights with regard to the disposal of the goods and with regard to stopping them i n t r a n s i t u as he would have had if the relation between him and his principal had been that

[1] BOWSTEAD s. 130: »Where an agent who is employed to purchase property on behalf of his principal, purchases it in his own name or *on his own behalf* (kurs. här), and it is conveyed or transferred or otherwise made over to him, he becomes a trustee thereof for the principal.» Jmfr WRIGHT s. 226.

of seller and buyer».[1] Att agenten sålunda även i detta fall antages bliva ägare innebär emellertid icke heller här, att hans borgenärer skulle kunna taga godset i anspråk. Den äganderätt han förvärvar är den som tillkommer en trustee.[2]

Av vår nu företagna, låt vara ofullständiga översikt av främmande rätts ställning till vårt spörsmål har framgått, dels att man icke i någon av de granskade rättsordningarna sökt lösa detta spörsmål genom att uppställa en abstrakt regel om äganderättens övergång, dels ock att man i alla dessa rättsordningar, med undantag möjligen av den franska och med en viss reservation beträffande avvikande meningar i tysk rätt, förutsätter, att kommissionären genom avtalet med tredje man förvärvar äganderätt närmast för sig själv, men det oaktat i dem alla utan undantag anser kommittentens rätt till godset, åtminstone sedan han uppfyllt sina förpliktelser mot kommissionären, åtnjuta skydd mot dennes borgenärer, i varje fall sedan kommissionären kommit i konkurs.

Annorlunda är läget i flera avseenden i vår rätt. I Kmsl § 53 st. 2 uppställes den helt abstrakta regeln: »Till gods, som av kommissionären förvärvas för kommittentens räkning, bliver denne omedelbart ägare.»

Det kunde kanske synas, som om vårt spörsmål därmed vore utan behov av rättslig belysning. Regeln utsäger ju, att den av tredje man genom kommissionärsavtalet eller på grund av detta överlåtna äganderätten tillfaller icke kommissionären utan kommittenten och vidare att denna rätt tillfaller honom omedelbart.

Två spörsmål framträda dock trots detta. Det ena är detta: Är kommittentens förvärv »omedelbart» i den meningen, att äganderätten till honom övergår direkt från tredje man, eller är det »omedelbart» allenast i den bemärkelsen, att äganderätten tillfaller kommittenten i samma ögonblick den förvärvas av kommissionären, i det den från honom genast övergår till kommittenten? Det andra är detta: När kan gods, som en kommissionär förvärvar, anses vara förvärvat för en viss kommittents räkning?

Innan vi övergå att försöka besvara dessa spörsmål, torde några

---

[1] Bowstead s. 244 med hänvisningar till rättspraxis; jmfr Wright s. 299 ff.
[2] Bowstead s. 130 med hänvisningar till praxis (citatet återgivet ovan s. 123 not 1); jmfr Wright s. 226.

anmärkningar rörande den genom vår Kmsl:s regel företagna avgränsningen av hithörande frågekomplex och en diskussion av lagregelns sålunda fastslagna förutsättningar vara på sin plats.

Ställer man frågan, när enligt en bestämd rättsordning äganderätten till visst genom en mellanhand förvärvat gods övergår till mandanten, synes det a priori antagligt, att svaret på denna fråga skall vara beroende av vilken regel enligt sagda rättsordning över huvud gäller beträffande frågan, när äganderätten till försålda lösören övergår till köparen.[1] Därest nämligen, såsom t. ex. enligt schweizisk och tysk rätt, för överförandet av äganderätten från säljare till köpare förutsättes tradition av köpegodset, kommer uppenbarligen frågan om förutsättningarna för en kommittents äganderättsförvärv — och det vare sig det gäller ett omedelbart förvärv, exempelvis genom fullmäktig, eller ett medelbart[2] — att taga formen av en fråga om besittningstagande genom mellanhand. Därmed framstår såsom prejudicerande till besvarande det omstridda spörsmålet om besittningens innebörd. I första hand blir att avgöra, huruvida ett omedelbart fysiskt besittningstagande kan ersättas av ett allenast medelbart förhållande till godset av sådan rättslig innebörd, att den därigenom berättigades faktiska möjlighet att sätta sig i omedelbar besittning av godset kan anses garanterad. Och vid ett bejakande av denna fråga om möjligheten att ersätta fysisk tradition med constitutum possessorium eller likartat förhållande garanterande en medelbar besittning uppkommer vidare frågan, vad som förutsättes för förhandenvaron av ett giltigt besittningskonstitut eller eljest ifrågakommande detentionsförhållande. Förvärvar en kommittent, genom godsets traderande till mellanhanden, besittning, oberoende av tradentens eller besittningstagarens vilja, redan på den grund, att kommittenten i följd av causalförhållandet i det grundläggande obligatoriska avtalet framstår såsom obligatoriskt berättigad?[3] Bejakas denna fråga och utpekar i det särskilda fallet det obligatoriska avtalets causa mellanhanden som innehavare av det obligatoriska anspråket, uppstår såsom ett särskilt spörsmål den frågan, under vilka förutsättningar detta anspråk kan antagas

[1] Av annan mening EVALDSEN s. 54 not 2. Så ock sv. mot. s. 160, d. mot. s. 82; jmfr n. mot. s. 60; angående den under förarbetena till Kmsl sålunda adopterade åsikten se vidare i det följande.

[2] Jmfr LENEL s. 42 ff.

[3] Så t. ex. LENEL s. 58 ff.

övergå till kommittenten med resultat att han, till äventyrs redan vid traditionen till mellanhanden, får sin gent emot denne förhandenvarande rätt förstärkt med sakrättsligt skydd.[1] — Förkastas åter nämnda åsikt och tillmäter man i stället även för besittningsfrågan partsviljan avgörande betydelse, så uppstår till en början spörsmålet, vems vilja det härvid kommer an på: Är det tradentens och mellanhandens överensstämmande vilja?[2] Eller är det enbart tradentens?[3] Eller enbart mellanhandens?[4] Om härvid det första eller det andra alternativet bejakas och i enlighet därmed kommissionären antages regelmässigt förvärva äganderätten, uppstår ytterligare frågan vad som erfordras för äganderättstransporten från kommissionären till kommittenten, och härvid framträda nya tvivelsmål: Kan, såsom t. ex. några tyska författare[5] i anslutning till viss tysk domstolspraxis antaga, traditionen till kommittenten ersättas genom en mellan kommissionär och kommittent redan före traditionen till den förre träffad överenskommelse, att han skall besitta för den senares räkning (anteciperat constitutum possessorium)? Eller fordras det, såsom de flesta antaga,[6] en av kommissionären efter uppnådd omedelbar

[1] Enligt LENEL s. 90 kan något sådant antagas allenast beträffande besittningstagande genom tjänare och affärsbiträden och andra »ständige Wirtschaftsorgane und Detentionsgehülfen ihres Mandanten».

[2] Så t. ex. ENNECCERUS s. 460, SCHMIDT-RIMPLER s. 926 (som giver ytterligare hänvisningar s. a. st. not 28); jmfr SCHLOSSMANN s. 307 och 338 f; PETRI s. 364, 368 m. fl. st.; STAUB § 383 Anm. 31.

[3] Så DEUNTZER s. 255, som dock, då han gent emot BREMER förklarar tredje mans Overdragelsesvillie avgörande, icke beaktar, att det problem BREMER och övriga tyska författare diskutera är ett spörsmål rörande förutsättningarna för »Overdragelse» genom tradition, d. v. s. ett spörsmål rörande besittningens överförande från en till annan. — Jmfr ock t. ex. SCHMIDT-RIMPLER s. 931: »Hat also der Dritte den Willen zur Übereignung auf den K o m m i s s i o n ä r und will dieser, ohne es zu äussern, sich im Namen des Kommittenten einigen, so geht das Eigentum dennoch auf den Kommissionär über, da der nicht geäusserte Vertretungswille gleichgültig ist (§ 164 Abs. 2 BGB).»

[4] Så fr. a. BREMER i Zeitschrift für Civilrecht und Process hrsg. von VON LINDE N. F. Bd 20 s. 25 ff särskilt s. 75 ff; ett utförligt referat av BREMERS framställning förekommer i LENELS här citerade uppsats s. 44 ff. — Till BREMERS principiella åskådning ansluta sig t. ex. GRÜNHUT s. 431; JUNG s. 198; LANGEN s. 28 ff; SCHMIDT-RIMPLER s. 930 f, dock under förutsättning blott att tredje mans »Übereignungswille» är helt obestämd och att kommissionärens vilja, för så vitt han vill göra kommittenten till ägare, är »erkennbar»; OSER s. 736; EVALDSEN s. 64 (beträffande dennes åsikt se dock närmare nedan s. 145 not 2; CHYDENIUS s. 317.

[5] Så t. ex. ENNECCERUS s. a. st. och s. 461 not 5; VON TUHR 2: 1 s. 383 not 116, 2: 2 s. 349; PLANCK § 164 Anm. 5c, § 930 Anm. 3; jmfr SCHMIDT-RIMPLER s. 933.

[6] Emot rättsverkan av anteciperat constitutum possessorium uttala sig bl. a. LENEL s. 69; WOLFF (i ENNECCERUS Lehrbuch II: 2 § 67 I 2); PETRI s. 372 f, som ock nämner LEONHARD och REGELSBERGER; SCHMIDT-RIMPLER s. 933 (som i stället opererar med ett av kommissionären genom avtal med sig själv åstadkommet constitutum possessorium).

besittning eller samtidigt därmed till kommittenten avgiven viljeförklaring, varigenom kommissionären åtager sig att besitta för kommittentens räkning? Samma tvivelsmål kunna för övrigt yppa sig, även om det tredje av förstnämnda alternativ bejakas. Helt naturligt är detta, därest kommissionärens vilja vid förvärvet har gått ut på att han själv skall bliva ägare. Men även i motsatt fall finner man stundom[1] denna åsikts anhängare uppkasta frågan om förutsättningarna för att kommissionärens vilja (alltså hans vilja att förskaffa kommittenten äganderätten) skall kunna erhålla den tillämnade betydelsen, i det man trots denna utgångspunkt utgår från att kommittentens äganderättsförvärv förutsätter tradition till honom; och därmed framstår även i dylikt fall till besvarande frågan om möjligheten av ett anteciperat constitutum possessorium.

Helt annorlunda och väsentligt enklare gestaltar sig innebörden av vårt spörsmål i en rättsordning, som icke tillmäter traditionen avgörande betydelse för äganderättens övergång från säljaren till köparen utan låter de sakrättsliga verkningarna av en köpares äganderättsförvärv inträda i och med köpeavtalet. Från en sådan utgångspunkt får frågan, huruvida kommissionären eller kommittenten förvärvar äganderätten till gods, som den förre inköpt för den senares räkning, principiellt samma innebörd som frågan, huruvida kommissionären eller kommittenten förvärvar ett genom den förres avtal med tredje man grundlagt fordringsanspråk. I ena som andra fallet tager det ifrågavarande spörsmålet, på sätt i det följande skall närmare utvecklas, formen av en fråga om avtalsparternas typiska vederlagsförutsättningar. Och om på denna fråga måste ges svaret, att kommissionären på grund av sin vederlagsförutsättning måste betraktas som den omedelbart berättigade, uppstår visserligen som ett nytt spörsmål frågan, under vilka förutsättningar den av honom förvärvade äganderätten övergår vidare från honom till kommittenten, men vid detta spörsmåls besvarande kan man alldeles bortse från det faktum, att kommissionären har kommissionsgodset i sin besittning.

Huruvida enligt svensk rätt äganderätten vid omsättningsköp av lös egendom övergår i och med avtalet eller om därutöver fordras tradition eller därmed jämställda publicitetsåtgärder är ju allt-

[1] Så t. ex. SCHMIDT-RIMPLER s. 931; jmfr OSER s. 736.

jämt en omtvistad fråga.[1] Likväl äro vi vid diskussionen av regeln i Kmsl § 53 st. 2 befriade från de nyss antydda komplikationer, som regelmässigt uppkomma, när enligt en viss rättsordning traditionsregeln är gällande.[2] Regeln i Kmsl § 53 st. 2 utgår nämligen

[1] Därom se UNDÉN s. 144 och därstädes not 1 citerade arbeten.

[2] Skola vi likväl yttra några ord angående den så livligt debatterade frågan om besittningsförvärv genom ställföreträdare, så vilja vi till en början giva LENEL, vars i det hela synnerligen klargörande framställning vi vilja taga till utgångspunkt, rätt i den kritik han (s. 44 ff) riktat mot BREMERS lära, att kommissionärens inre vilja i förvärvsögonblicket vore avgörande för om kommissionären eller kommittenten förvärvade besittningen (och därmed äganderätten) till gods, som kommissionären inköpt för kommittentens räkning. Med denna inre vilja kan man icke laborera utan att hamna i fiktioner. Principiellt riktig synes vidare också LENELS sats, att en av kommissionären på förhand gentemot kommittenten åtagen obligatorisk förpliktelse att från tidpunkten för sitt eget besittningstagande förhålla sig såsom blott detentor för den senare icke kan ersätta en verklig tradition — »denn Verpflichtungen können gebrochen werden». Likväl måste vi till sist, om vi bedöma frågan ur tysk rätts synpunkt, finna kommissionärens vilja, nämligen hans på ett för honom förpliktande sätt tillkännagivna vilja, avgörande för kommittentens besittnings- och äganderättsförvärv, detta med hänsyn till att tysk rätt (BGB § 930) uttryckligen erkänner giltigheten av ett constitutum possessorium. Om man nämligen alls erkänner möjligheten av s. k. medelbar besittning, d. v. s. antager, att en persons omedelbara fysiska förhållande till visst objekt, på grund av hans genom andra omständigheter givna r ä t t s l i g a förhållande till en annan person, för denne senare i olika avseenden har samma rättsliga betydelse som hans egen omedelbara fysiska besittning, så har man därmed, så vitt vi förstå, faktiskt uppgivit den av LENEL med det citerade yttrandet antydda utgångspunkten för besittningsförhållandens bedömande — att existensen av besittningen är ett f a k t i s k t förhållande, som är oberoende av besittarens eller andra personers vilja — och kan icke komma ifrån att vid ett fastställande av de situationer, vilka innefatta »juridisk» besittning, man har att taga hänsyn till samma slags faktorer, som eljest kunna vara avgörande för existensen av olika förpliktelser. Understundom kunna dessa faktorer fastställas med samma grad av objektivitet som ett sådant fysiskt maktförhållande, vilket konstituerar den omedelbara besittningen; så när mellanhanden förvärvat besittningen på grund av ett rättsförhållande, vars causa oomtvistligt är riktad på den person, enligt vars uppdrag mellanhanden förvärvat besittningen, såsom t. ex. när han mottager i huvudmannens namn inköpt gods (jmfr LENEL s. 58 ff). I andra fall åter, d. v. s. när mellanhanden förvärvat besittningen på grund av ett till honom själv hänförligt causalförhållande, är det visserligen icke alltid möjligt att fastställa existensen av nyssnämnda för besittningsförhållandets innebörd avgörande faktorer med någon verklig objektiv visshet. Likväl är det icke möjligt att bortse från att också i dylika fall ett med det nyss nämnda alldeles analogt besittningsförhållande kan föreligga. Så t. ex., såsom LENEL själv anför (s. 80 ff), då tjänare eller andra »ständige Wirtschaftsorgane und Detentionsgehülfen ihres Mandanten» ingå rättshandlingar på huvudmannens uppdrag i eget namn (s. 90) och få en därvid förvärvad sak till sig traderad. Att dylika personer förvärva besittningen å huvudmannens vägnar, så att han genom mellanhandens besittningstagande av saken kommer i medelbar besittning av denna, förklaras nu visserligen av LENEL (s. 83, 92) därmed, att de äro »Wirtschaftsorgane», personer över vilka mandanten äger befalla. Vid närmare påseende befinnes emellertid denna, visserligen i och för sig med lätthet objektivt konstaterbara omständighet ingalunda vara till fyllest. För att mandanten skall erhålla den medelbara besittningen av en dylik persons förvärv förutsättes ytterligare, framhåller LENEL (s. 87), att detta förvärv faller inom mandatariens uppdrag och vidare att han vid besittningstagandet verkligen handlat »als Wirtschaftsorgane seines Herrn»: »es muss aus den Umständen, in einer für den Procurator dem Herrn

uppenbarligen ifrån att frågan om kommittentens äganderättsförvärv genom kommissionären är oberoende av frågan om tra-

gegenüber bindenden Weise, erkennbar geworden sein, dass er die Sache im Interesse des letzteren erwarb». Därmed synes, ehuru LENEL själv (s. 88 not 1) bestrider det, avgörandet komma att grundas på vad som kan konstateras angående mellanhandens a v s i k t med förvärvet, d. v. s. ytterst på hans v i l j a. I vissa fall, såsom då han förvärvar viss speciell, av mandanten utpekad sak, kan mellanhandens vilja vid eller efter besittningstagandet visserligen icke komma i betraktande såsom självständigt avgörande; vare sig han vill det eller icke kommer mellanhanden i dylikt fall efter traditionen att besitta för mandantens räkning, ty på grund av uppdragsavtalet är mellanhanden, i och med att den speciella saken av honom förvärvats, otvivelaktigt förpliktad att tillhandahålla densamma åt kommittenten, och när han besitter den, kan han därför icke rättsligen besitta den för egen räkning, utan han besitter den för mandanten, alldeles så som om han efter besittningstagandet genom en uttrycklig förklaring åtagit sig en förpliktelse i dylikt hänseende. Detta betyder dock närmare besett icke, att icke mellanhandens vilja också i dylikt fall ytterst vore avgörande för uppkomsten av mandantens medelbara besittning. Även i dylikt fall är det dock på grund av en sin egen viljeförklaring, avgiven vid ingåendet av uppdragsavtalet, som mellanhanden kommer att besitta för mandantens räkning. Gent emot denna viljeförklaring kan hans vid besittningstagandet eventuellt i motsatt riktning gående vilja lika litet som eljest en reservatio mentalis tillmätas betydelse. I dylika fall är det därför, förutsatt att man alls vill godtaga ett constitutum possessorium såsom likvärdigt med besittning, enligt vår åsikt, det må ytterligare anmärkas, befogat att erkänna möjligheten av ett anteciperat konstitut. Befogat kan detta dessutom av samma skäl vara också i det fall, att uppdraget icke avser en speciell sak utan »vertretbare Sachen», av vilka det stått mellanhanden fritt att också förvärva för egen del, förutsatt nämligen — såsom vi för vår del finna synnerligen rimligt beträffande tjänare och likställda »Wirtschaftsorgane», däremot icke beträffande exempelvis fritt handlande handelskommissionärer — att mellanhanden genom sitt åtagande i förhållande till huvudmannen är gentemot denne förpliktad att låta dennes intresse gå i första hand och sålunda är skyldig att förvärva för dennes räkning, innan han förvärvar för sig själv. Också i dylikt fall består för mellanhanden redan vid förvärvet en förpliktelse att låta detta gälla såsom förvärv för mandanten. Mellanhandens en gång förklarade vilja att låta nästa förvärv bli ett förvärv för dennes räkning har, kan man kanske säga, genom hans faktiska förvärvande av en viss sak av det slag hans förpliktelse avser fått ett konkret innehåll; eller kanske rättare: hans genom den en gång avgivna viljeförklaringen förhandenvarande abstrakta f ö r p l i k t e l s e har genom det faktiska förvärvet konkretiserats att avse viss sak, och gent emot den sålunda föreliggande förpliktelsen kan hans vid besittningstagandet eventuellt förhandenvarande vilja att bryta denna förpliktelse och i stället förvärva för egen räkning lika litet komma i betraktande som exempelvis en detentors plötsligt tillkännagivna avsikt att i c k e l ä n g r e besitta för ägarens räkning. Måste sålunda mellanhandens vilja vid eller efter besittningstagandet i dylika fall anses rättsligt irrelevant, nåste den åter i andra fall, även ur den synpunkt LENEL anlagt, med nödvändighet bliva bestämmande för uppkomsten av mandantens medelbara besittning. Så snart nämligen förvärvet avsett ett slag av objekt, vilket mellanhanden varit rättsligt befogad att, oberoende av eventuella uppdragsförpliktelser, förvärva även för egen del, beträffande vilket, såsom LENEL även med avseende å förutnämnda »Wirtschaftsorgane» antager, han i f ö r v ä r v s ö g o n b l i c k e t ägt v a l f r i h e t att bestämma förvärvet såsom sitt eget eller såsom en viss mandants, kan man ju icke komma ifrån att hans vilja vid träffandet av det nödvändiga v a l e t måste vara verksam i endera riktningen. LENEL erkänner ju också faktiskt detta, utan att emellertid uttryckligen medgiva att han gör något avsteg från sin teori, då han bland de »objektiva» omständigheter, som skola vara avgörande för vem som förvärvar besittningen, även medräknar de f ö r k l a r i n g a r, som mellanhanden tilläventyrs avgivit

ditionens betydelse för äganderättens övergång från säljare till köpare. Klart uttalas detta i motiven till detta stadgande, i vilka det heter[1]: »Syftet med förevarande paragraf har allenast varit att

vid förvärvet (s. 88). LENEL söker visserligen bemantla detta faktiska förhållande genom att (s. 88 not 1) yttra: »Es ist also auch hier nicht die innere, irgendwie erkennbar gewordene Absicht des Procurators, die die Entscheidung giebt. Nicht darauf kommt es an, wem der Procurator erwerben w o l l t e, sondern darauf, wem die objektive Sachlage, bei der freilich auch die Erklärungen des Procurators ihre Rolle spielen [sic!], als den Erwerber bezeichnet.» I själva verket innebär naturligen detta, att det är procuratorns av omständigheterna framgående och bestyrkta vilja, som är avgörande; eller rättare: hans på ett för honom förpliktande sätt, i en eller annan ordning tillkännagivna vilja. Så kommer således till sist, även från LENELS utgångspunkt, viljan hos mellanhanden att spela sin roll vid fixerandet av de situationer, som skola erkännas såsom rättsligen giltiga (medelbara) besittningsförhållanden. Därmed är emellertid också klart, att det icke är möjligt att hävda den gräns mellan olika i eget namn handlande mellanmän, som LENEL uppdragit, genom att såsom en undantagskategori avskilja nyssnämnda »ständige Wirtschaftsorgane». Är det över huvud befogat att antaga uppkomsten av medelbar besittning för en mandant genom hans mandataries handlande i eget namn, så måste det vara befogat att vid varje dylikt handlande av en mellanhand eftersöka en viljeförklaring av mellanhanden, som utvisar hans avsikt att förvärva för mandanten, och att på grund härav fastslå förefintligheten av en sådan förpliktelse för mellanhanden, varigenom hans besittningstagande av saken kvalificeras såsom ett besittningstagande för kommittentens räkning, grundläggande ett rättsligen giltigt constitutum possessorium. Att konstaterandet av en dylik, mellanhanden förpliktande vilja i andra fall än de nyssnämnda, av LENEL såsom undantagsfall betecknade, erbjuder särskilda vanskligheter är en sak för sig; detta förhållande kan icke förhindra, att mellanhandens vilja i de fall, då den kan konstateras, får tillämnad betydelse. I själva verket är detta också LENELS mening. Vad han vänder sig mot är, närmare besett, blott läran om betydelsen av en mellanhandens i n r e vilja samt läran om det a n t e c i p e r a d e besittningskonstitutet. Har mellanhanden e f t e r uppnådd omedelbar besittning, på ett för honom gent emot mandanten förpliktande sätt givit tillkänna sin avsikt att besitta för honom, exempelvis genom att giva underrättelse till honom om inköp av visst, i underrättelsen närmare betecknat gods, så anser LENEL mandanten därigenom förvärva besittning av godset, i det dessa åtgärder innefatta t r a d i t i o n från mellanhanden till mandanten genom ett v e r k l i g t constitutum possessorium (s. 69—71).

Beträffande vår härmed utvecklade uppfattning av de frågor, som röra besittningstagande genom mellanhand, vilja vi till sist ännu en gång anmärka, att densamma uteslutande avser läget i tysk rätt eller över huvud en rättsordning, vilken liksom denna visserligen anser den sakrättsliga verkan av köpeavtal om lös egendom förutsätta tradition men likväl medgiver traditionens ersättande med det synnerligen dubiösa besittningskonstitutet. För så vitt enligt vår rättsordning äganderättstransporten vid köp av lösören anses förutsätta något utöver själva avtalet, så är läget ett helt annat och har nyss utvecklade resonemang ingen tillämpning. Ty anses själva köpeavtalet sakna sakrättslig verkan, så kan grunden därtill icke vara någon annan än den, att lösöreköpsförordningen betraktas såsom tillämplig icke blott på säkerhetsöverlåtelser utan på överlåtelser överhuvud. Men därav följer då också, att äganderättstransporten regelmässigt förutsätter tradition och att således ett constitutum possessorium u t a n iakttagande av lösöreköpsförordningens formaliteter är utan verkan. På d e n n a väg kan man således hos oss, d ä r e s t nyssnämnda traditionsregel är gällande, i c k e komma fram till en regel om att kommittenten omedelbart förvärvar det av kommissionären för hans räkning inköpta godset.

[1] Sv. mot. s. 160.

fastslå, att kommissionären icke är ägare till kommissionsgods, som av honom innehaves, samt att äganderätten till sådant gods vid försäljningskommission övergår direkt från kommittenten till köparen och vid inköpskommission omedelbart från säljaren till kommittenten. Vid vilken tidpunkt äganderätten övergår från den ene till den andre är att bedöma enligt de för köp gällande rättsregler; här är endast platsen att uttala, att äganderätten vid försäljningskommission förblir hos kommittenten till dess den övergår till köparen och att vid inköpskommission kommittenten blir ägare i samma stund säljaren upphör att vara det.»

Vare sig nu den ståndpunkt lagstiftaren sålunda intagit är väl motiverad eller, såsom vi förmena och i det följande skola söka närmare utveckla, motsatsen är fallet, är det tydligt att själva lagbudet, sådant det utifrån denna utgångspunkt formulerats, även därutinnan binder lagtillämparen, att frågan om traditionens betydelse för äganderättsförvärvet vid fastställandet av regelns innebörd blir att lämna därhän; även om traditionsregeln är gällande, skall kommittenten förvärva äganderätt till det för hans räkning inköpta godset i samma ögonblick kommissionären förvärvat detta, d. v. s. i det ögonblick tredje mans äganderätt upphör, utan att man behöver efterforska, huruvida sedvanliga förutsättningar för äganderättsförvärv också äro uppfyllda i kommittentens person.

Står nu detta fast, så utesluter det dock icke, att lagstiftarens ifrågavarande utgångspunkt är värd att diskutera. Av intresse är en diskussion därav både de lege ferenda såsom berörande frågan, huruvida regeln i Kmsl § 53 st. 2 är förenlig med vår rätts allmänna regler om äganderättens övergång vid köp, och de lege lata genom den belysning den eventuellt kan skänka dessa omtvistade regler, för så vitt densamma nämligen visar sig väl förenlig med allenast en viss uppfattning av dessa reglers innebörd.

Antagandet att tradition till kommissionären vore tillräcklig för äganderättens överförande till kommittenten även under förutsättning att beträffande äganderättstransporten vid köp traditionsregeln vore gällande, utgår i själva verket från förutsättningen av ett bestämt svar å den här egentligen föreliggande huvudfrågan, nämligen från förutsättningen att ett kommissionärens eget förvärv, d. v. s. ett förvärv som, åtminstone närmast, berättigar denne själv, icke kan komma ifråga. Är det k l a r t, att en

mellanhand, som mottager visst gods, gör detta u t a n egen rätt, d. v. s. allenast å en kommittents vägnar, synes det visserligen, ur de synpunkter, från vilka traditionskravet uppställts, icke möta några betänkligheter att erkänna en dylik tradition såsom likvärdig med tradition till kommittenten själv.[1] Men om det som spörsmålet gäller just är frågan, huruvida icke mellanhanden förvärvar, åtminstone närmast, för sig själv, och sålunda också mottager besittningen av godset å egna vägnar, så kan man uppenbarligen icke utan vidare godtaga tradition till mellanhanden såsom en för äganderättens överförande till kommittenten tillräcklig besittningsövergång; ty h a r mellanhanden giltigen förvärvat äganderätten för egen del, om också blott för att överföra densamma vidare till kommittenten, så kan den sålunda förvärvade äganderätten icke tillkomma kommittenten, innan den övergått från kommissionären, och att en rättighetstransport från h o n o m skulle kunna försiggå under andra förutsättningar än dem, som gälla beträffande äganderättsförvärv i allmänhet, finnes icke minsta anledning att antaga.[2] För kommittentens förvärv skulle således i dylikt fall,[3] därest för äganderättstransporten vid köp kräv-

[1] Se t. ex. UNDÉN s. 73 och LENEL s. 58 samt ovan s. 128 not 2.

[2] I de länder, där traditionsregeln är gällande, exempelvis Schweiz och Tyskland, och där enligt härskande uppfattning kommissionären förvärvar äganderätten närmast för sig själv, finner man undantagslöst att de, som utgå från denna uppfattning, därmed ock anse det givet, att traditionskravet, därest icke motsatsen uttryckligen är stadgad, måste på något sätt uppfyllas även i kommittentens person för att äganderätten skall tillfalla honom; därom se för tysk rätt ovan s. 118 not 4, samt beträffande schweizisk rätt OSER s. 736. De åsikter man i enlighet härmed framställt för att motivera besittningens och därmed äganderättens övergång från kommissionären till kommittenten synas oss emellertid i stort sett (jämför vår framställning ovan s. 118 not 4) misslyckade eller åtminstone synnerligen tvivelaktiga. De bygga a n t i n g e n på analogier från de i sig högst dubiösa reglerna om constitutum possessorium (BGB § 930) och laborera därvid med det alldeles särskilt dubiösa anteciperade besittningskonstitutet (ENNECCERUS, VON TUHR, PLANCK, SCHMIDT-RIMPLER), e l l e r på regeln om representantens möjlighet att med sig själv sluta avtal för den representerades räkning (BGB § 181 sista p.) (STAUB, SCHMIDT-RIMPLER) e l l e r på en omedelbar analogi från regeln om det föregående samtyckets legitimerande verkan med avseende å en föryttring av annans egendom (BGB § 185 st. 1) (VON TUHR) e l l e r på än tvivelaktigare grunder (se t. ex. PETRIS konstruktionsförsök, ovan s. 118 not 4). — Alldeles bortsett från det i och för sig tvivelaktiga i dessa argument så är ju för svensk rätts del att märka, att traditionskravet hos oss ju har sitt stöd i lösöreköpsförordningen och att denna förordnings syfte just är att f r å n k ä n n a ett constitutum possessorium laga verkan, i det den anvisat publikationsförfarandet såsom enda medel till ersättning för en verklig tradition.

[3] Att däremot beträffande f ö r s ä l j n i n g s kommission någon tradition eller några åtgärder enligt lösöreköpsförordningen icke erfordras, när kommissionären försålt bestämt gods, som han har i sin besittning, synes obestridligt; se UNDÉN s. 190 f. Detta beror emellertid på den uttryckliga regeln i Kmsl § 53 st. 1

des tradition, följdriktigt krävas tradition från kommissionären till kommittenten. Detta är emellertid vad Kmsl § 53 st. 2 har till egentlig uppgift att förklara icke erforderligt.

Utgår man från att vid köp äganderättstransporten regelmässigt[1] förutsätter tradition, skulle man således icke kunna uppställa den ifrågavarande regeln utan att draga en fullständig parallell mellan kommission och fullmakt och i enlighet därmed förutsätta, att äganderätten övergår direkt från tredje man till kommittenten.[2] Huruvida en dylik parallell kan dragas framstår på grund härav från en dylik utgångspunkt som ett för lagregelns avfattning prejudicerande huvudspörsmål. Med hänsyn härtill kunde det kanske synas onödigt att vidare fullfölja undersökningen av detta stadgandes innebörd, i det man nämligen konstaterade, att lagstiftaren, som uttryckligen förklarat sig utgå från nyssnämnda utgångspunkt såsom åtminstone alternativt ifrågakommande, därmed också bejakat frågan om fullmaktssynpunktens tillämpning å kommissionsinstitutet.[3] För en sådan mening kunde man också synas hava så mycket bättre skäl, som i motiven uttryckligen

att gods, som lämnats kommissionären till försäljning, förbliver i kommittentens ägo, intill dess äganderätten övergår till tredje man. På grund av denna regel är det nämligen otvetydigt avgjort, att kommissionären själv aldrig har kommissionsgodset i sin ägo (jmfr HB 17: 2), och det kan därför aldrig bliva tal om några särskilda förutsättningar för att tredje man skall uppnå rättsskydd mot hans borgenärer. Annorlunda är läget vid kommittentens förvärv genom en inköpskommissionär. I dylikt fall är det icke utan vidare givet, att icke kommissionären förvärvar äganderätt till gods, som han inköper för kommittentens räkning; han har dock köpt det i eget namn. När sålunda det över huvud uppstår ett spörsmål, huruvida kommissionären eller kommittenten är ägare till visst gods i kommissionärens besittning, så synes det, så snart det icke av något särskilt skäl är klart, att kommittenten förvärvar d i r e k t från tredje man, icke kunna undgås, att vid sagda spörsmåls besvarande med bortseende från positiva lagbud, d. v. s. i den situation som förelåg före Kmsl:s tillkomst, alla omständigheter tagas i betraktande, som regelmässigt hava betydelse, när det gäller att avgöra, huruvida visst i en persons besittning befintligt föremål kan tagas i anspråk av hans borgenärer. Bland dessa omständigheter är emellertid onekligen frågan, huruvida lösöreköpsförordningens bestämmelser iakttagits, den allra viktigaste. Klart är ock till sist, att ur saklig synpunkt skälen att fordra iakttagande av dylika formaliteter äro lika starka (eller lika svaga), vare sig den, som gör anspråk på äganderätten, pekar på ett kommissionsavtal eller ett köpeavtal såsom grunden för äganderättsförvärvet; det är icke svårare att fingera det ena än det andra; därom se emellertid vidare nedan s. 203 ff.

[1] Att publicitetsåtgärder enligt 1845 års förordn. kunna ersätta traditionen anse vi oss, för korthetens skull, kunna underlåta att vid varje förekommande tillfälle upprepa.

[2] Detta är ock vad man gjort i n. mot s. 59 (citatet återgivet nedan s. 134 not. 1).

[3] Detta är tydligen t. ex. UNDÉNS mening, s. 143: »Dessa regler [i § 53 Kmsl] äro uttryck för det förhållandet, att kommissionären betraktas som allenast kommittentens representant.» Det är också STANGS mening (se nedan s. 138 ff) och uttalas vidare uttryckligen såsom den norska kommitténs åsikt (n. mot. s. 59).

uttalas, att syftet med förevarande paragraf varit att fastslå, att äganderätten till kommissionsgodset vid inköpskommission övergår »omedelbart från säljaren till kommittenten».[1]

Likväl kunna vi icke finna lagstiftarens sålunda indirekt eller direkt uttalade mening om stadgandets förutsättningar och innebörd bindande för lagtillämparen. Vad först beträffar den slutsats angående stadgandets innebörd, som skulle kunna dragas på grund av lagstiftarens nyssnämnda förutsättning med avseende å dess förhållande till en i svensk rätt tilläventyrs gällande traditionsregel beträffande äganderättstransporten vid köp, så måste framhållas, att en slutsats på denna grund icke kan vara förbindande i annat fall, än att en dylik traditionsregel f a k t i s k t är gällande; i motsatt fall behövs icke för motiveringen av kommittentens rättighetsförvärv något antagande, att äganderätten övergår d i r e k t från säljaren till honom. Att en slutsats, som baseras på en viss förutsättning, icke kan vara förbindande i annat fall, än när förutsättningen faktiskt kan visas vara för handen, synes emellertid uppenbart.

Vad åter angår kommitténs i motiven direkt tillkännagivna avsikt med lagbudets uppställande, så kan till en början anmärkas, att tvivel kan råda redan om den verkliga meningen med kommitténs yttrande. Påfallande är sålunda, att kommittén i c k e, såsom då det vid försäljningskommission är fråga om äganderättens övergång från kommittenten till köparen, säger att äganderätten skall övergå »direkt» från den ena till den andra utan allenast att den övergår »omedelbart» från säljaren till kommittenten. Att man här valt det dubbeltydiga ordet »omedelbart» framkallar, trots ordalagen i övrigt i det citerade yttrandet, den misstanken, att man icke velat taga ståndpunkt till frågan om den ifrågavarande äganderättstransportens konstruktion, d. v. s. dess rättsliga betydelse i alla olika avseenden, utan allenast velat uttala, att äganderätten tillfaller kommittenten i samma ögonblick den övergår från tredje man. Och att detta är den egentliga meningen med

[1] I de norska motiven (s. 59) uttalas uttryckligen den uppfattningen, att regeln i § 53 st. 2 borde lagfästas »da det synes at være bedst stemmende med kommissionsforholdets karakter av et fuldmagtsforhold». — I de danska motiven finnes intet liknande uttalande. Där (s. 82) säges regeln allenast avse att slå fast, »at Erhvervelsen for Kommittenten, der sker gennem Kommissionæren, indtræder i det Øjeblik, Godset vilde være blevet Kommissionærens, hvis han var optraadt for egen Regning.»

uttalandet synes man få bekräftat, då kommittén själv längre fram preciserar sin mening angående stadgandets innebörd därhän, att i detsamma »e n d a s t [är] platsen att uttala, att . . . vid inköpskommission kommittenten blir ägare i s a m m a s t u n d säljaren upphör att vara det» (spärr. här).[1]

Kommitténs mening må för övrigt till sist lämnas därhän. Tydligt är nämligen att i varje fall själva stadgandet icke innehåller något, som kunde giva vid handen såsom dess innebörd, att äganderätten verkligen överginge direkt från säljaren till kommittenten. I enlighet med det av kommittén i sist citerade yttrande angivna syftet med stadgandet säger detta allenast, att »till gods, som av kommissionären förvärvas för kommittentens räkning, bliver denne omedelbart ägare». Högst egendomligt skulle det också varit, om den svenska lagstiftaren här i den grad övervunnit sin obenägenhet att uppställa abstrakta rättsgrundsatser av allmän räckvidd, att han rent av — och det till och med utan att närmare diskutera denna sida av saken — givit en regel, vars direkta syfte vore att taga ståndpunkt till en utomordentligt omtvistad konstruktionsfråga. Något sådant kan man så mycket mindre antaga, som lagbudet härigenom skulle uttalat en grundsats — att ställföreträdarskapssynpunkten här vore tillämplig — vilken den svenska kommittén, så vitt angår de obligatoriska rättsverkningarna av kommissionärsavtalet, funnit sig böra ur den svenska rättens synpunkt avvisa[2] och som lagen själv också otvivelaktigt avvisar.[3]

Med hänsyn till det nu sagda måste man anses äga full frihet att vid tolkningen av regeln i Kmsl § 53 st. 2 söka fastställa dess innehåll på ett sådant sätt, som motsvarar såväl kommissionsinstitutets funktion och ändamål som allmänna förmögenhetsrättsliga principer. Ur denna synpunkt skola vi i det följande granska lagbudets innehåll. Uppenbarligen kommer på grund av det nyss anförda denna granskning i sin huvuddel att få formen av en kritisk undersökning av frågan om ställföreträdarskapssynpunktens tillämpning på förevarande fall.

---

[1] Sv. mot. s. 160; jmfr emellertid Förslag till lag om avtal s. 70 och ALMÉN, Avtal s. 66.

[2] Sv. mot. s. 167; jmfr ock Förslag till Lag om avtal s. 70 samt ALMÉN, Avtal s. 66.

[3] Se § 64 och vidare nedan s. 211 ff.

Med antagandet att sålunda Kmsl § 53 st. 2 icke, vare sig enligt sin ordalydelse eller på grund av lagstiftarens syfte med stadgandet, tvingar till antagandet, att kommittentens »omedelbara» förvärv är ett förvärv »direkt» från tredje man, är den ena utgångspunkten för denna undersökning angiven. En andra utgångspunkt för densamma utgör det genom nämnda stadgande otvivelaktigt fastslagna förhållandet, att — även om ett vanligt köpeavtal enligt vår rätt skulle sakna sakrättslig verkan — kommittenten förvärvar äganderätten till kommissionsgodset helt oberoende av någon tradition eller något traditionssurrogat.

I. Från dessa båda utgångspunkter blir vårt spörsmål, såsom redan i det föregående antytts, närmast att betrakta som en fråga om de avtalande båda parternas, kommissionärens och tredje mans, typiska vederlagsförutsättningar.

Ställer man ett dylikt spörsmål, d. v. s. frågar man vem som förvärvar ett mot en viss prestation svarande anspråk, synes emellertid någon annan berättigad a priori icke kunna komma ifråga än den, vars eget löfte om sagda prestation utgör det ifrågavarande anspråkets causa. Uppger man denna utgångspunkt, uppger man samtidigt den åsikt om de enskildas dispositionsfrihet, vilken av de flesta alltjämt torde vidhållas såsom grundvalen för den nuvarande förmögenhetsrätten.

Regelmässigt bör av vardera partens viljeförklaring framgå, vem den däri avsedda rätten skall tillkomma. Vanligtvis måste detta vara motparten i avtalet. Den som exempelvis i ett köpeavtal utlovar köpeskillingen gör naturligen i regel detta blott om han själv får köpegodset eller får löfte om detta. Detta äger sin omedelbara tillämpning även å det fall, när den med säljaren omedelbart förhandlande är en mellanhand, som uppträder i huvudmannens namn, exempelvis på grund av fullmakt. I dylikt fall är huvudmannen den egentlige motparten i köpeavtalet, och till honom är det säljaren överlåter äganderätten till köpegodset. Huvudmannen, som på grund av sin i fullmakten föreliggande viljeförklaring antages bliva omedelbart förpliktad gent emot säljaren, kan icke antagas vara villig att fullgöra denna förpliktelse under annan förutsättning, än att säljaren i sin tur avgiver en viljeförklaring, som huvudmannen kan åberopa såsom grundval för ett mot säljaren riktat anspråk på erhållandet av köpegodset; vilket kan uttryckas så, att säljaren avger en via fullmäktigen till

huvudmannen riktad förklaring, varigenom den förre ger uttryck åt sin vilja att tillägga den senare rätten till godset.[1]

Undantagsvis kan emellertid av parternas viljeförklaringar framgå, att någon helt utanför avtalet stående tredje man skall hava det anspråk, som eljest skulle tillkomma endera parten, exempelvis vid ett köpeavtal rätten till köpegodset. Härför kräves emellertid då, om vår förutsättning är riktig, att den ena parten betingat sig, att det anspråk, som svarar mot hans egen prestation, skall tillkomma tredje mannen och att motparten är enig i detta. I så fall föreligger ett »berättigande tredjemansavtal».[2] Icke ens i dylikt fall är det emellertid givet, att tredje mans rätt måste anses uppstå i hans egen person. Huruvida så är fallet eller om tredje man i stället härleder sin rätt från stipulanten utgör i själva verket alltjämt en av förmögenhetsrättens livligast omstridda frågor. Härpå skola vi dock icke lägga någon vikt utan utgå från möjligheten av att tredje man i dylikt fall gör ett direkt förvärv från stipulantens motpart.

Tillämpas de nu antydda grundsatserna på kommissionärsavtalet, så kan något annat resultat icke framkomma, än att kommissionären, med hänsyn till sitt löfte att gälda köpeskillingen, regelmässigt måste bliva omedelbart berättigad till det försålda godset. Kommissionärens betalningslöfte utgör causan för tredje mans löfte att överlåta äganderätten till köpegodset. Detta senare löfte måste därför vara ett löfte till kommissionären, varigenom denne erhåller ett rättsanspråk; ty utan att av tredje man erhålla något alls i gengäld för sitt betalningslöfte lärer väl kommissionären icke kunna förmodas avgiva detta, om det icke visas, att han haft en benefik avsikt i förhållande till tredje man. Antagandet att säljarens överlåtelseförklaring icke har annan innebörd, än att han uppgiver sitt äganderättsanspråk till förmån för den »verkligen berättigade»,[3] är föga rimligt, ty den »verkligen berättigade» är kanske en med vindikationsanspråk uppträdande »fjärdeman».

[1] Så ock EVALDSEN s. 4; jmfr SCHLOSSMANN II s. 329, 335.

[2] Frågan i vad mån svensk rätt erkänner sådana avtal hava vi här icke anledning att närmare undersöka. Klart är att några helt allmänna principiella skäl icke kunna åberopas mot deras erkännande. Mycket möjligt är däremot, att den svenska rättens gestaltning på särskilda områden av förmögenhetsrätten, exempelvis dess regler om gåva, visa sig stå hindrande i vägen för ett erkännande av tredjemansavtalet i andra än uttryckligen reglerade fall; jmfr bl. a. NJA 1926 s. 421.

[3] EVALDSEN s. 54.

Ett anspråk av något slag mot tredje man måste således kommissionären antagas ha förvärvat. Intet principiellt hinder kan nu visserligen, såsom redan antytts, anses ligga i vägen för, att kommissionären redan i köpeavtalet med tredje man *överenskommer* med denne, att detta anspråk skall bestå däri, att kommissionären får rätt fordra överförandet av äganderätten till en utomstående person, exempelvis kommittenten, och att verkan härav eventuellt också blir den, att kommittenten omedelbart förvärvar äganderätten från tredje man; i så fall utgör grunden för kommittentens förvärv kommissionärens och tredje mans sammanstämmande viljeförklaringar. En sådan överenskommelse mellan två avtalsparter ligger emellertid så långt utanför området för det regelmässiga, att man icke utan alldeles bestämda hållpunkter för fastställandet av en sådan modifikation av köpeavtalet kan antaga densamma vara av parterna åsyftad. In dubio måste därför antagas, att kommissionären, som köpt i eget namn, därigenom också för sig förvärvat själva den äganderätt, som köpet avser. Att han på grund av tidigare överenskommelse med en kommittent kan vara förpliktad att låta den förvärvade äganderätten komma denne till godo och att denna därför möjligen i samma ögonblick den förvärvas av kommissionären övergår till kommittenten, är en omständighet, vilken, eftersom den ligger helt utanför kommissionärens avtal med tredje man, icke kan hava något att betyda vid fastställandet av dess innebörd. Den skulle kunna vara ett *motiv* för kommissionären att giva detta avtal karaktären av ett berättigande tredjemansavtal och skulle sålunda kunna medelbart påverka detta avtals innehåll; någon omedelbar inverkan däråt kan det däremot icke hava.[1]

Emot uppfattningen att kommissionären genom sitt köpeavtal med tredje man förvärvar äganderätt (närmast) för sig själv har emellertid från olika håll och på olika grunder gjorts gällande, att en kommissionär även i andra fall än de förut nämnda kunde förvärva och regelmässigt också förvärvade äganderätten omedelbart för sin huvudman, d. v. s. så att den till honom överginge direkt från tredje man.

Enligt en främst av STANG[2] utvecklad åsikt skulle kommitten-

---

[1] Jmfr SCHLOSSMANN II s. 332.

[2] S. 310—312, 344—46, m. fl. st. — Samma uppfattning uttalas ock i n. mot. s. 59.

tens direkta förvärv av äganderätten rent av kunna stödjas på att kommissionären vore f u l l m ä k t i g och såsom sådan grundlade ett rättsförhållande omedelbart mellan tredje man och kommittenten. Såsom skäl för sin åsikt har STANG emellertid i huvudsak allenast anfört, att från hans utgångspunkt — att kommittenten måste bliva omedelbart berättigad i förhållande till tredje man — någon annan förklaring icke kunde finnas[1]; den enda som därutöver kunde komma ifråga vore läran om tredjemansavtalet, men härför förelåge i verkligheten icke någon betingelse, enär d e l s kommissionärens medkontrahent i regel icke vet något om att det är en kommittent med i spelet, d e l s de ifrågavarande rättsreglerna inte heller passade, i det de bl. a. skulle föra med sig, att kommissionären och hans medkontrahent när som helst kunde omintetgöra förhållandet och kommissionären t. o. m. skulle kunna helt uppgiva kommittentens krav gent emot tredje man, t. ex. den som köpt kommissionsgodset.[2] Någon positiv grund för i n k ö p s-kommissionärens suponerade fullmakt har STANG icke angivit; det enda han i detta avseende anfört är hans förut omtalade tes om den f ö r s ä l j n i n g s kommissionären på grund av kommissionsgodsets besittning tillkommande fullmakten att försälja godset.

De grunder, varpå STANGS lära sålunda vilar, äro uppenbart otillräckliga. Anmärkas må allenast, beträffande den först nämnda, att en nödfallsmotivering icke kan godtagas ens såsom sådan i annat fall, än när själva det förhållande som skall motiveras med nödvändighet måste antagas föreligga. Någon sådan nödvändighet föreligger ju emellertid alls icke beträffande den av STANG hävdade regeln.[3]

Emot åsikten, att kommittentens rättighetsförvärv kan ha sin grund i en fullmakt för kommissionären, kan i övrigt invändas, att

[1] STANGS åsikt framstår med hänsyn härtill närmast som ett försök att konstruera en av honom såsom under alla förhållanden gällande suponerad rättslig ordning. Den är emellertid dock mer än detta, ty man kan icke komma ifrån att förf. i själva verket avsett att angiva skälen varför en viss rättsregel, vars riktighet kan ifrågasättas, b ö r gälla; se särskilt s. 311.

[2] Detta senare har ju huvudsakligen sin betydelse vid försäljningskommission och borde kanske rätteligen utelämnas i detta sammanhang. STANGS argumentation avser nämligen kommissionärens rättighetsförvärv över huvud, alltså även rätten till de vid försäljning av kommissionsgods uppstående fordringarna. Då vi emellertid icke akta nödvändigt att vid den kommande särskilda behandlingen av de därmed sammanhängande spörsmålen ånyo upptaga den vetenskapliga principdiskussionen, har STANGS argument här anförts i hela sin omfattning.

[3] Beträffande försäljningskommissionärens suponerade fullmakt se ovan s. 63 ff.

densamma synes utgå från en något dunkel uppfattning av fullmaktens innebörd och av grunden till fullmaktsgivarens omedelbara rättighetsförvärv. Att någon har fullmakt för annan innebär ju, att han har makt att genom avtal med tredje man b i n d a fullmaktsgivaren och göra honom förpliktad att såsom tredje mans motpart fullgöra en betalning eller prestera visst gods o. s. v. I förhållande till fullmaktsgivarens härigenom åstadkomna förpliktande framstår, såsom i det föregående redan utvecklats,[1] hans berättigande såsom en följdverkan. Endast därför att tredje man icke kan uppnå den prestation han själv vill förskaffa sig från fullmaktsgivaren utan att till honom utlova motprestationen, får denne ett anspråk direkt gent emot tredje man. Saknas i en mellanhands »fullmakt» det primära, makten att förplikta huvudmannen, lär densamma icke heller kunna få den regelmässiga sekundära verkan, huvudmannens berättigande, och det är därför i själva verket meningslöst att i dylikt fall alls tala om någon fullmakt.[2]

[1] Ovan s. 136.

[2] Det nu sagda kan från en annan utgångspunkt uttryckas i den invändningen mot STANGS lära, att densamma i allt fall icke kan förenas med den fullmaktslära, som denne i anslutning till härskande nordisk doktrin utvecklat. Att en fullmakt kan medföra den rättsverkan, att fullmaktsgivaren blir berättigad och förpliktad på grund av fullmäktigens rättshandling i förhållande till tredje man, beror ju enligt denna lära på att fullmakten innefattar en till tredje man riktad viljeförklaring, som tillsammans med dennes och fullmäktigens motsvarande viljeförklaringar grundar ett rättsförhållande mellan fullmaktsgivaren och tredje man. Detta förhållande — att fullmakten utgör en till tredje man, icke tilläventyrs till fullmäktigen allena riktad viljeförklaring — betonar också STANG både i sin ursprungliga fullmaktsdefinition (s. 303) och på flera andra ställen. Har fullmakten denna innebörd, så måste den emellertid uppenbarligen för att få åsyftad verkan komma till tredje mans kännedom, d. v. s. åtminstone åberopas av fullmäktigen, direkt eller indirekt. Har så icke skett, har fullmäktigen tvärt om uppträtt i eget namn, d. v. s. utan att ens antyda någon avsikt att genom sitt rättshandlande grundlägga ett rättsförhållande allenast mellan tredje man och huvudmannen, så kan det, såsom STANG också själv mycket riktigt påpekar (s. 344 f), icke spela någon roll, att han faktiskt varit i besittning av en utav huvudmannen utfärdad fullmakt. Såvitt angår fullmäktigens makt att ådraga fullmaktsgivaren förpliktelser erkännes detta ock utan reservation av STANG (s. 345). Detsamma måste emellertid vara förhållandet med avseende å hans förmåga att grundlägga för fullmaktsgivaren uppkommande rättsanspråk gent emot tredje man. Ett motsatt antagande skulle ju innebära, att den i fullmakten innefattade viljeförklaringen i o c h f ö r s i g skulle hava den betydelsen, att den för sin upphovsman skapade en rätt gent emot en person, för vilken dess existens vore obekant. Särskilt egendomlig, ja, direkt stridande mot uttryckliga lagregler (Kmsl § 64) ter sig en dylik ordning med avseende å sålunda grundade fordringsanspråk gentemot tredje man. Men egendomlig är den även om det gäller transport av äganderätt. Till den del fullmakten i dylika fall skulle bliva av relevans eller, enligt STANGS antagande, över huvud föreligga, innefattade den ju icke mera än fullmaktsgivarens förklaring av hans vilja att bliva berättigad, en förklaring som, om ock åtminstone fiktivt riktad till tredje man, faktiskt icke

Det nu sagda kan ock uttryckas genom den invändningen mot STANGS lära, att densamma, i strid mot kontraktsfrihetens princip, lämnar de båda med varandra avtalande parternas, tredje mans och kommissionärens, syfte, vilja och faktiska handlande utan beaktande och grundar den utomstående kommittentens berättigande gent emot tredje man på en helt utanför det rättighetsgrundande kommissionärsavtalet liggande omständighet.

Samma invändning kan också riktas mot en annan, i tysk

blott icke nått denne utan ej ens i hans medvetande framstått som en möjlighet att räkna med. Att den under sådana förhållanden skulle kunna hava den verkan, att den grundlade ett rättsförhållande mellan tredje man och fullmaktsgivaren, innefattande en den senare tillkommande rätt gent emot den förre, återstår att förklara. STANGS antagande, att fullmakten kunde hava dylik verkan, synes så mycket egendomligare, som han beträffande möjligheten att till förklaring av kommittentens omedelbara berättigande tillgripa teorien om tredjemansavtalet bland annat just anför, att denna möjlighet vore utesluten, enär tredje man »jo som regel icke vet noget om, at der overhodet er nogen kommittent med i spillet.» Att här verkligen består en olöslig konflikt mellan STANGS åsikt om kommissionären såsom fullmäktig och hans åsikt om fullmakten såsom en till tredje man riktad viljeförklaring bekräftas också till sist, när STANG, trots sin på sistnämnda åsikt grundade ursprungliga fullmaktsdefinition, i en förklarande not (s. 303 not 1) förklarar ett fullmaktsförhållande föreligga överallt, varest en persons rättshandling stiftar rätt och plikt för en annan, så framt denna verkan kan utletas av en på förhand eller samtidigt företagen rättshandling av den andre. Med denna definition av fullmakten har ju STANG faktiskt frånfallit den av honom själv eljest så starkt betonade förutsättningen om en till tredje man riktad viljeförklaring. Anledningen härtill är emellertid allenast den, att STANG velat föra in kommissionärerna bland de egentliga representanterna, något som icke lyckats utan att nämnda begreppsbestämning först avskilts från fullmaktsbegreppet. Detta är i sin mån ägnat att bekräfta riktigheten av vår kritik av STANGS här berörda åsikt. Något i och för sig avgörande bevis emot densamma utgör det emellertid icke; det k u n d e ju hända, att den här åberopade härskande fullmaktsläran vore falsk och att fullmakten rätteligen borde definieras i enlighet med STANGS sist nämnda definition. Att den härskande fullmaktsläran är oriktig och stridande mot Avtl:s regler i 2 kap. har i själva verket USSING (i TfR 1930 s. 1 ff) gjort gällande. Huruvida USSINGS fullmaktslära — enligt vilken fullmaktens grund regelmässigt utgöres icke av någon till tredje man riktad viljeförklaring utan av den fullmäktigen givna befogenheten, Bemyndigelsen — är riktigare än den av honom kritiserade läran, kunna vi icke här undersöka. Det är i detta sammanhang tillräckligt att konstatera, att USSING i allt fall icke för nordisk rätt accepterar den i engelsk rätt gällande regeln, att en fullmäktig, även när han handlar i eget namn, kan ådraga sin fullmaktsgivare förpliktelser (se a. a. s. 35). Därav bör i enlighet med det ovan utvecklade resonemanget följa, att fullmakten, när fullmäktigen handlar i eget namn, över huvud icke giver upphov till något rättsförhållande mellan fullmaktsgivaren och tredje man, således icke heller medför några rättigheter för den förre gent emot den senare. USSINGS egen uppfattning på denna punkt är dock ingalunda klar. Trots det nu sagda och trots att USSING anser fullmaktens rättsverkningar åtminstone enligt reglerna i Avtl:s 2 kap. förutsätta ett handlande i fullmaktsgivarens namn (a. a. s. 34 not 1), opererar han (a. a. s. 42) med den oklara rättsfiguren »*Magt* (kurs. här) til at erhverve Rettigheder ... ikke blot som Fuldmægtig, jfr Aftl. § 10, men ogsaa ved Retshandler i eget navn, jfr Kmsl. § 53, 2°.» Antitesen »Fuldmægtig»/»i eget navn» synes dock till sist giva vid handen, att icke heller USSING vill grunda regeln i Kmsl § 53 st. 2 på kommissionärens fullmakt. Med USSING må på denna punkt ock VON TUHR II: 1 s. 350 jämföras.

doktrin mötande teori angående rättsgrunden för kommittentens förvärv, enligt vilken teori såväl denna som övriga rättsverkningar av kommissionärsavtalet till sin innebörd skola bestämmas av de särskilda i n t r e s s e n, vilka i dylika representationsförhållanden kunna påvisas hos de däri implicerade personerna. Från en dylik utgångspunkt kommer MÜLLER-ERZBACH till resultatet att kommittenten, för att såsom sig bör bliva skyddad i kommissionärens konkurs, bör erhålla ett direkt mot tredje man riktat anspråk och att sålunda också äganderätten till gods, som kommissionären förvärvat för kommittentens räkning, bör[1] övergå till denne direkt från tredje man. Från samma utgångspunkt kommer emellertid exempelvis IHERING[2] till rakt motsatt resultat: kommissionären måste bliva ägare, ty »er soll an der Sache Deckung haben wegen seiner Auslagen oder übernommenen Verpflichtungen.» Intresse står således emot intresse, skall det ena tillfredsställas genom att dess bärare tillerkännes äganderätten, måste det andra, för så vitt detsamma är beroende av samma rätt, offras. Skall frågan om effekten av kommissionärens rättighetsförvärv bedömas ur ifrågavarande synpunkt, kommer det således till sist an på en avvägning av de olika ifrågakommande intressenas tyngd. Även om man härvid icke tager hänsyn till att vardera pretendentens intresse in concreto kan växla från fall till fall, alltefter som antingen beloppet av den fordran, varför vederbörande söker täckning, eller behovet av säkerhet för densamma är större eller mindre,[3] utan man utgår från att allenast typiska intressen skola komma i betraktande, ter sig likväl avgörandet högst vanskligt; och ehuru ifrågavarande teori framträder med pretentionen att icke taga hänsyn till annat än rent objektiva, lätt konstaterbara faktorer, är det uppenbart, att man till sist dock kommer att helt sakna det objektiva stöd för avgörandet, som man eftersträvar. De i ett representationsförhållande implicerade tre personernas — huvudmannens, mellanhandens och tredje

[1] På denna punkt framställer sålunda MÜLLER-ERZBACH, s. 54—56, sin åsikt blott de lege ferenda (se s. 54 not 3).

[2] IHERING, Der Besitzwille, Jena 1889 s. 379 ff.

[3] En invändning i denna riktning framställer LENEL, s. 53 ff, gent emot IHERING. Regelmässigt avse väl dock intresseteoriens företrädare allenast typiska intressen; jmfr nedan ang. SCHLOSSMANN. Emellertid har även den motsatta åsikten anhängare. Att avgörandet skall bero på kommissionärens intresse av äganderättens förvärvande i varje särskilt fall hävdar exempelvis CHYDENIUS s. 317; denna förf. ansluter sig från denna utgångspunkt dock närmast till åsikten att kommissionärens vilja i varje särskilt fall är avgörande. — Jmfr SO art. 401.

mans — intressen ha icke en sådan gestaltning, att de alltid koncentrera sig hos en och densamme bland dessa personer, eller ens en sådan gestaltning, att de koncentrera sig antingen hos den ene eller den andre eller den tredje; om så vore fallet, skulle ju i själva verket något spörsmål alls icke kunna uppstå. Intressena ha över huvud icke ens för envar av dessa personer, tagen för sig, en sådan typisk gestaltning, som denna teori förutsätter.

Signifikativ är i detta avseende särskilt SCHLOSSMANNS utläggning av ifrågavarande teori.[1] Ingen har väl mera energiskt än denne sökt driva satsen, att intressesynpunkten bör vara allena vägledande vid fastställandet av de rättsverkningar, som uppstå på grund av en mellanhands rättshandling för huvudmannens räkning. Likväl har han — bortsett från några helt oväsentliga exempel[2] — icke kunnat anföra fler än två typer av mellanhänder, ställningsfullmäktigen och handelskommissionären, vilkas rättshandlande får de rättsföljder, som motsvara en för vardera fallet typisk intressesituation.[3] Mellan dessa båda grupptyper ligger, framhåller han själv,[4] »die grosse Masse von Vertretungsverhältnissen, die eine auch nur annähernde Gleichmässigkeit der Sachlage, eine auch nur für den grossen Durchschnitt nachweisbare Konstanz in der Richtung der Interessen der Beteiligten nicht aufweisen, und in denen daher ein Anhalt für eine bestimmte, alle Beteiligten möglichst gleichmässig befriedigende typische Art der rechtlichen Behandlung nicht gegeben ist». Konsekvensen härav från SCHLOSSMANNS utgångspunkt skulle tydligen närmast bliva den, att »eine auf Berücksichtigung der Sachlage im Einzelfalle beruhende individualisierende Beurteilung geboten erscheinen [würde]».[5] En sådan ordning skulle emellertid möta alltför stora svårigheter och därför måste här, framhåller SCHLOSSMANN,[6] en annan lättare genomförbar ordning träda i stället. Den urgerade principen visar sig således oanvändbar. Och så finns det till sist ingen annan utväg än att med fullständigt uppgivande av denna princip falla tillbaks på a v t a l s p a r t e r n a s v i l j a såsom avgörande moment; huruvida verkningarna av mellanhan-

[1] Se särskilt II s. 304—341.
[2] II s. 326.
[3] II s. 308—322.
[4] II s. 326 f.
[5] SCHLOSSMANN II s. 327.
[6] II s. 328.

dens avtal med tredje man skola träffa mellanhanden eller hans huvudman beror i alla andra än nyssnämnda fall också enligt SCHLOSSMANNS åsikt på huruvida mellanhanden handlat i eget namn eller i huvudmannens namn,[1] och detta i sin tur beror på huruvida mellanhanden med tredje man har eller icke har träffat överenskommelse om att han själv skall vara fri från avtalets rättsliga verkningar, en överenskommelse som även kan slutas tacite![2]

Så visar det sig således, hur man än vrider och vänder saken, att det avgörande slutligen ändå blir vad parterna i det avtal, vars rättsverkningar det gäller att fastställa, kunna antagas hava velat bestämma.

Vid diskussionen av möjligheterna att fixera dessa avtalsparters vilja i förevarande avseende eller att utfylla denna vilja möter man nu emellertid invändningen, att tredje mans vilja i detta avseende vore betydelselös, enär det vore honom likgiltigt, vem som förvärvar den rätt han överlåter, blott han själv får den honom tillförsäkrade köpeskillingen. På grund härav vore också mellanhandens för tredje man tillkännagivna vilja utan betydelse. Avgörande vore i stället mellanhandens av omständigheterna framgående inre vilja i förvärvsögonblicket, d. v. s. i det ögonblick äganderätten till det av mellanhanden för huvudmannen förvärvade godset övergår från tredje man. Ville mellanhanden i detta ögonblick förvärva för sig själv, så bleve han ägare, ville han förvärva för huvudmannen, så bleve denne ägare.

Denna, ursprungligen av BREMER[3] i anslutning till ett omstritt romerskrättsligt källställe[4] utvecklade åsikt har vunnit många instämmanden.[5] De konsekvenser man dragit från den därigenom

[1] SCHLOSSMANN II s. 329.

[2] SCHLOSSMANN II s. 337; jmfr ock s. 338 f.

[3] BREMER s. 75 ff.

[4] D. (41, 2) 1 § 20: »Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur. cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accommodarent, nobis non possunt adquirere. alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessione».

[5] Från den av BREMER utvecklade uppfattningen utgå bland andra: GRÜNHUT s. 428 ff, särsk. s. 430; JUNG s. 198 (angående GRÜNHUT och JUNG se vidare nedan s. 163 not 3); LANGEN s. 9 ff, 28 ff, 34 f, 45 f, 95 m. fl. st.; STAUB § 383 Anm. 33 (se närmare ovan s. 118 not 4); SCHMIDT-RIMPLER s. 925 ff (angående dennes åskådning se närmare ovan s. 118 not 4); OSER s. 736; CHYDENIUS II s. 317;

fixerade utgångspunkten ha emellertid varit mycket växlande. Vad särskilt angår frågan om inköpskommissionärens äganderättsförvärv har BREMER av sin tes dragit slutsatsen, att kommissionären regelmässigt förvärvar äganderätten för sig själv;[1] anledning att antaga en därpå riktad vilja hos kommissionären gåve bl. a. dennes behov av säkerhet för köpeskillingen m. m., risken att kommittenten avvisade det med tredje man ingångna avtalet samt slutligen den omständigheten, att det ofta nog förelåge inkongruens mellan det särskilda uppdraget och det för dess utförande verkställda inköpet. Andra författare komma från samma utgångspunkt till resultatet, att äganderätten regelmässigt förvärvas av kommittenten,[2] åter andra antaga att kommittenten

---

EVALDSEN s. 44 ff, särskilt s. 50, 64 (se närmare nedan not 2); EVALDSEN anger sig, s. 50 not 1, hava utformat sin åskådning utan föregående kännedom om BREMERS avhandling); jmfr ock DEUNTZER s. 253, som visserligen polemiserar mot BREMER (s. 262) men som till sist också han, genom att förutsätta ett inköp »i Henhold til Kommissionen», låter det komma an på kommissionärens avsikt med det särskilda inköpet; jmfr slutligen ock LASSEN, Spec. Del s. 751 f och 814—16, vilken i det hela upptagit och utvecklat DEUNTZERS lära och hos vilken det beträffande denna nyss anmärkta alldeles särskilt tydligt framträder (se särskilt s. 751 in fine; beträffande DEUNTZERS och LASSENS lära se i övrigt nedan s. 153 not 2).

[1] BREMER s. 92 ff; utförligt referat hos LENEL s. 47 f. — Samma åsikt utvecklar LANGEN s. 45—46, 105—107. I samma riktning dessutom t. ex. SCHMIDT-RIMPLER s. 926 (med ytterligare hänvisningar i not 28), STAUB § 383 Anm. 31, OSER s. 736.

[2] Så t. ex. EVALDSEN s. 5 f, 44 ff, särskilt s. 52, 54. EVALDSENS tillämpning av grundsatsen om kommissionärsviljans avgörande betydelse synes emellertid icke vara i alla delar fullt följdriktig. Hans utgångspunkt är densamma som BREMERS: att »Overdragelsesvilliens Virkekreds indskrænker sig til at begrunde Ophøret af Overdragerens Ret». Detta säges innebära att »dens Retning mod en anden Person... kun [er] en Begrændsning i Villien indenfor den angivne Virkekreds, idet Overdrageren kun overfor denne Person træder ud af sit Forhold til Tingen», och spörsmålet är därför, säger EVALDSEN: »overfor hvem opgiver Overdrageren sin Ret?» På denna fråga ges svaret: »Overfor den til Erhvervelsen berettigede» (s. 50), varmed förstås »den i Virkeligheden berettigede» (s. 54), »den ifølge samtlige foreliggende Omstændigheder berettigede» (s. 55). För så vitt den faktiska förvärvaren vore en annan än den »i Virkeligheden berettigede», förvärvade den senare äganderätten direkt från överlåtaren, i det den förre »erhverver som dennes [den i Virkeligheden berettigedes] Repræsentant (eller hvilket andet Udtryk der maatte findes mere passende)». Då emellertid EVALDSEN utan vidare utgår från att kommittenten är denne »i Virkeligheden berettigede», i det enligt reglerna för mandatet de genom uppdragets utförande förvärvade rättigheterna skola »tilkomme ham» (s. 60), så utgör den ifrågavarande argumentationen för kommittentens direkta förvärv av äganderätten uppenbarligen allenast ett cirkelslut. Man finner också till sist, att det ingalunda är så helt med den äganderätt kommittenten sålunda antages förvärva. Tredje mans »Overdragelsesvillie» har trots allt, säger EVALDSEN, en personlig riktning och närmare bestämt en riktning mot den faktiske förvärvaren, kommissionären (s. 55). Betydelsen härav vore den, att den sistnämnde bleve »legitimeret som Eier» (s. 57). Detta åter skulle innebära, att kommissionären vore att anse som ägare i förhållande till tredje man, intill dess legitimationen överfördes till kommittenten på någon av de vägar, varpå eljest en överlåtelse försiggår, d. v. s. genom tradition eller constitutum possessorium eller domstols

förvärvar äganderätten, när inköpsuppdraget avsett en speciell sak, medan kommissionären i övriga fall i regel förvärvar äganderätten för sig själv.[1] Ense äro emellertid alla dessa författare därom, att äganderätten övergår direkt från tredje man till kommittenten, därest en på denna effekt riktad vilja hos kommissionären kan i det särskilda fallet påvisas.

Vid ett ståndpunktstagande till BREMERS lära är till en början att märka, att densamma utgår från förutsättningen av den tyska rättens gestaltning av köpeavtalet, enligt vilken detta sönderfaller i två särskilda avtal, ett obligatoriskt verkande Kaufvertrag och ett sakrättsligt verkande Eigentumsübertragungsvertrag, vilket senare, rent abstrakta avtal innefattar utförandet av den i förstnämnda avtal åtagna prestationen genom det köpta godsets traderande till köparen. Från denna utgångspunkt blir det, såsom särskilt LANGEN[2] utförligt utvecklat, möjligt att tänka sig avslutandet av förstnämnda avtal i kommissionärens namn, medan trots detta sistnämnda avtal såsom ett fullt självständigt avslutas i kommittentens namn, med påföljd att äganderätten till köpegodset från tredje man övergår direkt till kommittenten.[3] Huruvida sistnämnda avtal av kommissionären avslutats i eget namn eller i kommittentens namn kan emellertid icke alltid avgöras med stöd av direkta uttalanden av kommissionären, och på grund härav blir det nödvändigt att av omständigheterna i varje särskilt fall utläsa kommissionärens avsikt i detta hänseende vid själva besittningstagandet. Giva dessa omständigheter vid handen, att kommissionären haft viljan att direkt tillföra kommittenten äganderätten, kan den omständigheten, att kommissionärens medkontrahent i samma hänseende måste antagas vara indifferent, icke utgöra något hinder för att utlägga dessa båda parters

dom (s. 60; jmfr ock s. 58). I denna »legitimation» döljer sig tydligen en motsägelse i EVALDSENS argumentation. En legitimation, som icke upphör förrän den verkligen berättigade eventuellt får dom emot den »legitimerade», är uppenbarligen något annat än en legitimation, och att trots denna styrka hos kommissionärens rättsställning betrakta kommittenten som ägare är att tillägga honom skenet av äganderätten i stället för rättighetens innehåll.

[1] Så GRÜNHUT s. 431, JUNG s. 204 ff, DERNBURG, Lehrbuch des preussischen Privatrechts Bd II § 185 Nr 12, ENDEMANN i Kritische Vierteljahrschrift Bd 22 s. 114; jmfr ock BREMER s. 94 f. — Emot GRÜNHUT bl. a. PETRI s. 385 (föga träffande), LANGEN s. 35 f; se ock nedan s. 162 not 3.

[2] S. 8 ff; jmfr ock GRÜNHUT s. 435.

[3] Detta synes DEUNTZER förbise, då han, s. 254, kritiserar vissa tyska författare, vilkas framställning säges lämna läsaren i tvivelsmål, »om Meningen er at Optræden som Kommissionær undertiden kan ske under saadanne særlige Omstændigheder, at den tillige indeholder en Stedfortrædelse for Kommittenten.»

överenskommelse i enlighet med innehållet av kommissionärens nyssnämnda vilja; medkontrahenten kan tvärtom, just med hänsyn till att saken icke alls berör hans intressen, så mycket hellre antagas hava även i detta avseende varit enig med kommissionären, vilket innehåll dennes vilja än må hava haft. — Så långt synes BREMERS teori väl förenlig med den tyska rätten. En förutsättning härför är emellertid — och därmed beröra vi en avgörande invändning mot teorien — att kommissionärens av omständigheterna framgående vilja verkligen har varit så fixerad, att den varit ägnad att tagas till utgångspunkt för tolkningen av hans överenskommelse med medkontrahenten. Att detta icke alltid är händelsen i och med att det kan på något sätt fastställas, att hans vilja vid förvärvet haft en viss riktning, skall framgå av det följande.[1]

I en rättsordning, vilken såsom den svenska icke känner något abstrakt »dinglicher Vertrag», är det icke lika lätt att tänka sig kommissionären beträffande ett och samma förvärv handlande i ett avseende (nämligen så vitt angår påtagandet av de obligatoriska förpliktelserna och förvärvet av det obligatoriska anspråket), i eget namn, i ett annat avseende (nämligen så vitt angår förvärvet av själva sakrätten, äganderätten), i kommittentens namn. Man kan visserligen mycket väl även under denna förutsättning tänka sig, att själva det ifrågavarande rättsliga resultatet åstadkommes, nämligen genom uttrycklig överenskommelse med medkontrahenten om dels själva köpet, dels den modifikationen i dess regelmässiga rättsverkningar, att en utomstående, kommittenten, skall bliva berättigad, d. v. s. genom att kommissionären avger särskilda förklaringar om att han vill både det ena och det andra, alltså sluter ett berättigande tredjemansavtal.[2] Man kan däremot svårligen tänka sig resultatet åstadkommas genom ett och samma handlande av kommissionären, ett handlande som på en gång vore ett handlande i eget namn och ett handlande i annans namn.[3] Redan härigenom visar sig i själva verket BREMERS teori oförenlig med vår rättsordning.

[1] Se nedan s. 149 ff.

[2] Även om en dylik överenskommelse är tänkbar, är den naturligen föga praktisk. Skulle kommissionären verkligen sluta ett tredjemansavtal, överenskommer han säkerligen med säljaren, att köpeobjektet skall överlämnas direkt till kommittenten. Om så sker bortfaller ju vårt problem.

[3] Under den ovan berörda förutsättningen är således DEUNTZERS ovan sid. 146 not. 3 återgivna anmärkning berättigad.

Även om man emellertid ville bortse från denna svårighet att förena ifrågavarande teori med tankegången i våra rättsregler om köpeavtalet, måste man likväl av andra skäl förkasta densamma.

Riktigt är visserligen i denna teori även från vår rätts synpunkt, att kommissionärens medkontrahent, överlåtaren, i allmänhet[1] icke har något självständigt intresse av vem som förvärvar äganderätten och att på grund härav tolkningen eller utfyllandet av parternas överenskommelse i denna del regelmässigt måste ske med hänsynstagande till vad överlåtarens motpart, kommissionären, kan antagas hava velat. Oriktigt är däremot antagandet, att kommissionärens i n r e v i l j a i och för sig skulle vara till fyllest för åstadkommandet av den rättsverkan, att äganderätten överginge direkt till kommittenten.

Mot Bremers åsikt har i denna del, särskilt av Lenel,[2] anförts, att den vilar på fiktion. Det vore, framhåller Lenel bland annat, endast i undantagsfall som kommissionären över huvud gjorde sig någon bestämd föreställning om, huruvida han förvärvade omedelbart för sig själv eller omedelbart för kommittenten; i de flesta fall åsyftade han därför varken det ena eller det andra. I verkligheten framginge det också, framhåller Lenel vidare,[3] även av Bremers egen framställning, att det för honom principiellt avgörande, trots framhävandet av kommissionärens inre vilja, vore de omständigheter, under vilka besittningstagandet av det köpta godset och därmed äganderättsförvärvet ägde rum; från dessa omständigheter slöte Bremer utan vidare till beskaffenheten av kommissionärens vilja utan att sedan fråga efter huruvida denna

[1] Att överlåtaren dock icke sällan verkligen har ett betydande intresse i vem som förvärvar det sålda godset kan man övertyga sig om genom att erinra sig den särskilt under krigstid men även under normalare förhållanden för en köpman ofta förhandenvarande risken, att vid återförsäljning till någon av säljaren blockerad avnämare själv bliva utsatt för blockad eller andra åtgärder från säljaren; se angående ett dylikt fall t. ex. N. R. 1920 s. 348. — Att tredje mans avsaknad av intresse med avseende å motpartens-äganderättsförvärvarens person icke är så vanlig, som det enligt Bremers teori antages, betonar särskilt von Tuhr, II: 2 s. 348 f utan att dock anföra något belägg härför. Redan av detta skäl ställer sig von Tuhr ock i princip avvisande till sagda teori. I verkligheten antager emellertid även han, trots detta, att kommittenten genom kommissionärens handlande i eget namn kan förvärva äganderätten direkt från tredje man. Grunden till en dylik ordning finner von Tuhr, a. a. s. 315, i en analogi från regeln i BGB § 185 om det föregående samtyckets betydelse vid föryttring av annan persons tillhörigheter; härom se ytterligare nedan s. 153 not 2 in fine.

[2] S. 46—49.

[3] S. 52.

icke likväl i det särskilda fallet faktiskt avvikit från den på nyssnämnda grund presumerade.

På denna invändning — vilken i vad den hänvisar till det vanskliga i ett försök att konstatera riktningen av kommissionärens vilja, givetvis innehåller ett i och för sig riktigt påpekande — vilja vi för vår del icke lägga någon större vikt. Att kommissionärens vilja i det särskilda fallet tilläventyrs är skäligen obestämd och att det därför gäller att med hänsynstagande till samtliga föreliggande omständigheter tolka eller rent av »utfylla» densamma, är i själva verket intet annat, än vad som ständigt och jämt måste ske med alla slags i rättslivet verkande avtal och viljeförklaringar. Klart är ock att vid denna tolkning och detta utfyllande av en viljeförklaring man mycket ofta måste taga sin tillflykt till ett skön över vad som kan anses genomsnittligt bäst stämmande med intresset hos en part, som avgivit en viljeförklaring av det slag, varom fråga är.[1] Icke heller detta gör det dock oberättigat att framhäva partsviljan såsom avgörande. Alltid gäller det nämligen dock att i första hand tillmäta betydelse åt vad parten i det särskilda fallet verkligen velat,[2] något som emellertid kan framgå icke blott av vad han i en eller annan form direkt uttalat just i det omsporda hänseendet utan även av vad han i övrigt kan ha uttalat eller företagit. Något annat lär icke heller BREMER ha velat göra gällande.[3]

Kan man av dessa skäl anse invändningen om fiktion i BREMERS teori tämligen betydelselös, måste man däremot tillmäta så mycket större betydelse åt en annan mot denna teori, likaså av LENEL,[4] framställd invändning. Alldeles oberoende av att det tilläventyrs på ett fullt oomtvistligt sätt kan fastställas, att kommissionären i förvärvsögonblicket haft viljan att förvärva för kommittenten, måste man nämligen frånkänna denna hans vilja den påstådda be-

---

[1] Angående tolkning och utfyllande av viljeförklaringar se närmare USSING, Aftaler s. 216 ff.

[2] Jmfr USSING s. a. a. s. 229 f.

[3] LENELS ifrågavarande påstående utgör otvivelaktigt en alltför tillspetsad formulering av hans ifrågavarande invändning. Något belägg för att icke BREMER skulle vilja göra allvar av sin åsikt om kommissionärsviljans avgörande betydelse torde man icke kunna hämta ur hans framställning; och säkert är att påståendet ifråga icke kan göras exempelvis med avseende å framställningen hos t. ex. BREMERS efterföljare LANGEN; se LANGEN s. 9 ff, 34 ff; jmfr även EVALDSEN s. 5 f.

[4] S. 50—52, 67—80. — Samma grunduppfattning kommer till synes även hos t. ex. IHERING i Ih. J. I s. 320, LABAND i Ih. J. X s. 439—43. Se ock angående förhandlingarna å Nürnbergkonferensen nedan s. 165 not 1.

tydelsen, för så vitt han behållit den för sig själv eller i varje fall varken yppat den för medkontrahenten eller givit den tillkänna på sådant sätt, att han därigenom kan anses ha bundit sig gent emot kommittenten. Om sålunda kommissionären icke givit sin vilja beträffande exempelvis vissa av honom i eget namn förvärvade värdepapper något annat uttryck, än att han genom en anteckning på ett löst pappersblad, vilket han förvarar i sitt skrivbord, eller på ett kuvert, i vilket han inlägger värdepapperen, betecknat dem såsom tillhöriga en hans kommittent, så utgör denna anteckning icke något, varav han kan bliva bunden; han kan i nästa ögonblick ändra mening och förinta anteckningen eller taga värdepapperen ur kuvertet utan att detta angår någon annan än honom själv. Som viljemanifestation av kommissionären är en dylik anteckning betydelselös, ty vad en person förklarar allenast i förhållande till sig själv betraktar ingen som bindande, och icke heller ger en dylik »viljeförklaring» den som avgivit densamma någon känsla av att bliva bunden.[1]

Denna argumentation synes bindande. Det är, när man erkänner dispositionsfriheten såsom grundläggande för förmögenhetsrätten, till sist icke viljan såsom sådan som tillägges rättslig betydelse utan i stället viljeförklaringen, viljeuttrycket, och i enlighet härmed kan man icke ens av sin uttalade vilja bindas i förhållande till viss person förrän densamma så y p p a t s f ö r h o n o m, att han blivit i tillfälle taga fasta på den. Tydligt kommer denna princip till uttryck i regeln i Avtl § 7, att ett anbud kan betagas sin eljest bindande verkan genom en återkallelse, så framt denna kommer anbudstagaren till handa, innan han tager del av anbudet eller samtidigt därmed. Vad i detta stadgande uttalas måste hava allmän räckvidd och äga motsvarande tillämpning å viljeförklaringar och andra viljeuttryck över huvud.[2]

[1] Lenel s. 50—52. — Lenel belyser sin framställning med en diskussion av åtskilliga rättsfall ur tysk praxis, se särsk. s. 71—80.

[2] Beträffande exempelvis en säljares »ensamma» avskiljande av visst gods för en köpares räkning se NJA 1914 s. 209, 1924 s. 543. Se ock Ross s. 294 ff, som emot en av Vinding Kruse, Ejendomsretten s. 1318 f, uttalad åsikt — att en ensidig (ensam) individualisering från säljarens sida är tillräcklig, därest densamma är företagen som »et naturligt led i en normal Handelsafslutning» — på ett övertygande sätt och med stöd bl. a. av en analys av engelsk, fransk och tysks rätts regler hävdar (s. 317, 320) att en, för äganderättens övergång säljare och köpare emellan, erforderlig individualisering av visst gods åstadkommes först genom att köparen mottager m e d d e l a n d e om individualiseringen eller när säljaren företagit de »o b j e k t i v e Opfyldelsesakter, som fra hans Side kræves til Levering», med andra ord först genom en för säljaren verkligen förbin-

Är sålunda ett visst uttryck för kommissionärens vilja med hänsyn till de omständigheter, under vilka det kommit till stånd, icke bindande för kommissionären gent emot kommittenten, så måste det i själva verket också betraktas som otjänligt att läggas

---

dande åtgärd. Ett, tyvärr dock icke närmare motiverat undantag från denna grundsats gör emellertid Ross (s. 329) beträffande bl. a. börspapper. — Beträffande Ross' framställning se ytterligare Vinding Kruses polemik i UfR 1935 B s. 143. — Frågan om verkan av »till annan eller andra personer icke riktade eller utgivna viljeyttringar», d. v. s. av »ensamma» viljeyttringar enligt ovan begagnade, danska terminologi, undersökes utförligt av Karlgren i »Studier i allmän avtalsrätt», Lund 1935, s. 51—119. Någon utförligare diskussion av K:s undersökning kunna vi här icke inlåta oss på. Vi konstatera, att K. utgår därifrån, att »i flertalet fall — — — den omständigheten, att det ifrågavarande handlandet icke till annan eller andra personer riktas eller utgives, [måste] föranleda slutsatsen, att subjektet över huvud saknar rättsverkningsvilja» och att redan därav måste följa — under alla förhållanden som regel med få undantag — »att handlandet icke är som viljeförklaring gällande» (s. 84). Närmare utför K. detta så: »Det är icke tillfyllest, att den handlande ger uttryck för sitt beslut, om han ej tillika avser (resp. kan av motparten uppfattas avse), att rättsverkningarna skola inträda direkt, så att utan någon hans ytterligare åtgärd avhändelse äger rum, bundenhet enligt hans förpliktelseåtagande uppkommer etc. Eljest är viljan ingen 'äkta' rättsverkningsvilja. Det rör sig då blott om något som subjektet 'ämnar' företaga. Det sagda gäller väl att märka, även om omständigheterna med största tänkbara tydlighet ge vid handen, att beslutet är definitivt, orygglig» (s. 86). Allt detta synes ju fullständigt överensstämma med vad vi ovan utvecklat. Avgörande blir tydligen ur den sålunda angivna synpunkten, huruvida den handlande räknar eller icke räknar med att bliva bunden genom ett »icke utgivet handlande» (s. 86). Enligt vår uppfattning måste man från en sådan utgångspunkt draga slutsatsen, att den handlande icke blir bunden genom sin handling, när det står i hans makt att när som helst omintetgöra dess yttre effekt; ty så länge han har denna möjlighet, kan han näppeligen själv räkna med att bliva bunden av sin handling. En motsatt uppfattning har emellertid Karlgren just för ett fall, som är likartat med de av oss diskuterade, givit uttryck åt. Karlgren har med andra ord icke stannat vid den av honom angivna huvudregeln utan ifrågasätter, att undantagsvis rättsverkan kan knytas jämväl till en »oäkta» rättsverkningsvilja, ett blott förberedande handlande å subjektets sida. Såsom ett exempel härpå anför han det fall att »A anmodar B att, mot viss ersättning, för A:s räkning inköpa ett antal aktier utan att begära annat svar på sin hänvändelse än att aktierna sedermera (inom viss föreskriven tid) till honom översändas»; om i dylikt fall B verkställer inköpet, torde, säger Karlgren, »B icke vara berättigad att, efter det aktierna stigit i värde, behålla dem för egen räkning, även om A, innan han vunnit kännedom om inköpet, underrättats om att B icke är villig efterkomma A:s anmodan (alltså underrättas om att B avböjer A:s ombud om ingående av ett uppdragsavtal)». Att B i dylikt fall skulle bliva bunden synes oss högst egendomligt. Karlgren medger själv, att här icke föreligger någon »äkta» rättsverkningsvilja hos B, men anför såsom skäl för sin åsikt, att »en sådan regel är påkallad ur synpunkten av att den möjliggör eller underlättar uppdragsavtals ingående i nu avsedd ordning»; en motsatt ordning skulle, menar Karlgren, giva B en möjlighet att spekulera på A:s bekostnad, en möjlighet som skulle »[motverka] benägenheten att på detta smidiga och för omsättningen gagneliga sätt anlita mellanhänder för avtals slutande» (s. 119). Detta skäl kunna vi dock icke finna övertygande. För det första måste betvivlas, att något behov av att kunna lita till ifrågavarande rätt för avtals slutande är för handen i andra fall än när det gäller uppdrag, som lämnas yrkeskommissionär av någon, varmed han redan står i affärsförbindelse. För dylika fall bereder emellertid redan Kmsl § 5 ett fullt tillräckligt skydd, i det där stadgas,

till grund för ett utfyllande av kommissionärens och tredje mans överenskommelse i sådan riktning, att p å d e n n a skulle kunna grundas ett kommittentens direkta förvärv. Kan det icke antagas, att kommissionären genom det ifrågavarande uttrycket av sin vilja velat binda sig direkt i förhållande till kommittenten — något som uppenbarligen egentligen är en fråga om hans vilja att disponera över ett honom tillkommande anspråk och därför ur vår synpunkt[1] hör närmare hemma i ett senare sammanhang[2] — så kan det lika litet antagas, att han velat, att sagda viljeuttryck skall läggas till grund vid tolkningen eller utfyllandet av hans överenskommelse med tredje man; ty därigenom skulle det ju faktiskt på indirekt väg i strid mot det gjorda antagandet ändå bliva bindande för kommissionären.

Av det sagda har framgått att svagheten i en teori, som tillmäter kommissionärens inre vilja avgörande betydelse, icke, såsom man så ofta gör gällande,[3] beror på de vid dess tillämpning

---

att dylik kommissionär, när han erhåller anmodan att utföra uppdrag om försäljning eller inköp, är pliktig att, om han icke vill utföra uppdraget, utan oskäligt uppehåll giva uppdragsgivaren meddelande därom, vid äventyr att han eljest anses hava antagit anbudet. Framför allt måste emellertid invändas, att den spekulationsmöjlighet KARLGREN påpekar på ett vida enklare och naturligare sätt än genom den av honom hävdade rättsregeln elimineras genom ett l ä m p l i g t a v p a s s a n d e a v a c c e p t f r i s t e n; ty den spekulationsmöjlighet B i det anförda exemplet har är ju icke någon annan än den, som står till buds för varje anbudstagare, i den mån acceptfristen icke tvingar till ett omgående svar.

[1] Jmfr ovan s. 136 ff.

[2] Se nedan s. 158 ff.

[3] Se t. ex. sv. mot. s. 159, n. mot. s. 59, d. mot. s. 82; LASSEN, Spec. Del s. 751, EVALDSEN s. 60 ff, DEUNTZER s. 215 f, 250 f, 264. — Se ock särskilt STAUB § 383 Anm. 11, som ingående diskuterar frågan, under vilka förutsättningar kommittenten i strid emot kommissionärens vilja kan göra anspråk på visst inköp för sin räkning. STAUB utgår härvid från att det avgörande är kommissionärens inre vilja vid avslutandet av köpet ifråga, till vilken man därför finge sluta sig med ledning av omständigheterna i varje särskilt fall. Det visar sig emellertid att detta kriterium även enligt STAUBS mening icke alltid duger. Tvivel uppstå nämligen, när det gäller frågan, huruvida kommissionären, trots att han redan avslutat ett uppdraget motsvarande köp, kan begagna sin rätt till s j ä l v i n t r ä d e; och för detta fall hävdar också STAUB att det måste komma an på, »ob er den Willen irgendwie an den Tag gelegt, insbesondere dem Kommittenten gegenüber geäussert hat.» Tager man nu i betraktande att enligt HGB § 400 kommissionären har rätt att själv inträda, så snart uppdraget avser inköp av antingen varor, som hava ett börs- eller marknadspris, eller värdepapper, så blir det tydligen icke mycket kvar av den av STAUB ursprungligen hävdade principen. — Jmfr för övrigt även DEUNTZER, s. 250 f, som också han vid kommissionärens s j ä l v i n t r ä d e fordrar, att »Kommissionærens Villie til at realisere Ordren har lagt sig for Dagen paa en udvortes Maade», t. ex. genom meddelande till kommittenten eller varornas avsändande, bokföringsåtgärder o. s. v., något som hade till följd att självinträdet ofta kunde betraktas såsom verkställt först i och med avsändandet av meddelande därom.

mötande svårigheterna att b e v i s a[1] huruvida kommissionärens vilja haft ena eller andra innehållet, utan ligger i förbiseendet av att kommissionären är en fritt handlande person, vilken ofta äger möjligheten att även för egen räkning förvärva gods av samma slag, som hans uppdrag avser, och vilken på den grund ännu i tiden efter ett visst förvärv kan inom vissa, låt vara trånga gränser, efter sin varierande vilja bestämma förvärvet såsom företaget för honom själv eller för kommittenten eller kanske för en viss bland flera kommittenter.[2] Att, såsom man stundom fram-

[1] En bevisfråga är det däremot, som uppkommer, när vid försäljningskommission man har att avgöra, huruvida viss av kommissionären företagen rättshandling skall anses företagen för kommittentens räkning eller icke. I dylika fall har man en fast utgångspunkt i det faktiska förhållandet, att visst av kommissionären omhänderhaft gods tillhört kommittenten. Från honom har äganderätten övergått direkt till köparen, tredje man, utan att någonsin tillkomma kommissionären, och det gäller därför allenast att kunna följa den väg v i s s t g o d s tagit från kommissionären till viss tredje man. Att detta, på grund av godsets sammanblandning med kommissionärens eget eller andra kommittenters, ofta är en omöjlighet är en annan sak. Har sådan sammanblandning skett, har kommittenten regelmässigt redan därigenom förlorat sin äganderätt.

[2] Oriktigt är det därför även att med en ursprungligen av AAGESEN (Bemerkninger om Rettigheder over Ting, s. 5 f) antydd, sedan av DEUNTZER, s. 263, framställd och därefter av LASSEN, Alm. del s. 3 f, 223 f, Spec. Del s. 746 ff, och USSING, Aftaler s. 202 f, m. fl. danska författare adopterad åskådning grunda ett kommittentens omedelbara förvärv helt generellt därpå, att kommissionärens »Erhvervelsesvillie» »overfor denne [Kommittenten] er... bunden» (Deuntzer a. st.) eller att kommissionären »bundet sin Erhvervsevne til Fordel for Kommittenten» (Lassen a. st.). Att kommissionärens förvärvsvilja eller förvärvsförmåga är så bunden låter sig visserligen, såsom av det följande skall framgå, med fog säga i vissa undantagsfall, exempelvis när kommissionsuppdraget avser en speciell, av kommittenten utpekad sak, eller när kommissionären är anställd i kommittentens tjänst. I allmänhet är emellertid, såsom LASSEN, Spec. Del s. 751, själv framhåller, kommissionärens förvärvsförmåga i c k e s å bunden till kommittentens fördel, att han icke k u n d e för egen räkning förvärva samma slags föremål, som uppdraget avser. Står det nu fast, att kommissionären, trots att han åtagit sig ett inköpsuppdrag beträffande visst slags varor, k a n inköpa och förvärva dylika varor även för egen räkning, så måste det onekligen förefalla icke blott missvisande utan i sak oriktigt att göra gällande, att kommissionärens förmåga att förvärva dessa varor vore b u n d e n till fördel för kommittenten; jmfr NEUBECKER s. 88 not 40 och s. 92 f. Beträffande intet d y l i k t inköp i o c h f ö r s i g kan kommittenten genom att hänvisa a l l e n a s t till kommissionsavtalet påstå någon dylik bundenhet. En bundenhet uppstår först sedan kommissionären beträffande viss särskild vara genom sina, regelmässigt efter inköpet vidtagna åtgärder åstadkommit densamma. DEUNTZER söker visserligen bevisa motsatsen genom att åberopa jämförelsen med ett vanligt arbetsavtal och anför därvid (s. a. st.): »... Eiendomsrettens Erhvervelse tilsigter derhos ikke at tjene hans [Kommissionærens] økonomiske Formaal; dens Overførelse til Kommittenten kommer ham ikke til Gode paa anden Maade, end fordi han derved afslutter et Arbeide, som han faaer Betaling for, og med denne hans Stilling stemmer det ikke at kræve nogen anden Villiesbestemmelse fra hans Side til Eiendomsrettens Overdragelse, end den, han allerede har lagt for Dagen ved gjennem sin *i Henhold til Kommissionen* (kurs. här) indgaaede Retshandel at tilveiebringe den Eventualitet nemlig sin Erhvervelse af Eiendomsretten, paa hvilken Kommittentens Tilegnelse er beregnet;» (jmfr även

s. 215 f). Detta argument kan dock icke vederlägga vår åsikt. Då DEUNTZER genom detsamma vill bevisa, att kommissionärens vilja är utan betydelse för kommittentens rätt till visst gods, förutsätter han, att godset är förvärvat genom ett avtal »i Henhold til Kommissionen». Därmed utgår han emellertid från en förutsättning, vilkens förhandenvaro just är beroende på det faktum, vars betydelse han förnekar; den fråga DEUNTZER diskuterar kan nämligen, såsom vi flera gånger antytt, lika gärna formuleras just som en fråga om förutsättningarna för att visst gods skall anses vara förvärvat »i Henhold til Kommissionen»; men ställer man den frågan, kan man icke undgå att finna kommissionärens avsikt, d. v. s. hans vilja, i nu förevarande fall avgörande. Ty enligt vår förutsättning — att kommissionären trots uppdraget kan förvärva för sig själv — kan han beträffande varje inköp, även om det alldeles motsvarar uppdraget, göra gällande, att det skett för hans egen räkning — detta medger för övrigt LASSEN uttryckligen, s. a. st. — och denna möjlighet har han kvar, så länge han icke in casu avstått från den genom att, på ett sätt som b i n d e r honom, giva till känna sin vilja att genom inköpet ifråga fullgöra sin uppdragsförpliktelse. Utan att kommissionären så bindes kan kommittenten icke heller förvärva någon äganderätt. Därmed är emellertid också sagt, att den kommissionärens viljeyttring, som sålunda erfordras för att han i förevarande avseende skall bliva bunden, tillsammans med hans i kommissionsavtalet åtagna obligatoriska förliktelse utgör grunden för kommittentens äganderättsförvärv; det ena momentet är lika nödvändigt som det andra. — Vad nu sagts gäller i det väsentliga även om LASSENS åsikt, sådan han preciserar den genom att framhålla, att i nu diskuterade fall »Bundetheden af hans [Kommissionærens] Kompetence [kun gaar] ud paa, at de Rettigheder der erhverves af ham ved den Forretning, som *kjendes at være foretagen for at udføre Kommissionen* (kurs. här) ere Kommittentens» och att »Kjendemærket paa den til Kommissionens Udførelse foretagne Forretning ofte allene [er] det, at d e n f r e m t r æ d e r s o m f o r e t a g e n a f K o m m i s s i o n æ r e n i d e n H e n s i g t a t v æ r e e n U d f ø r e l s e a f K o m m i s s i o n e n», Även LASSEN anser tydligen själva inköpet i o c h f ö r s i g tillföra kommittenten äganderätten och beaktar icke, att ett för förvärvet avgörande moment, den viljeyttring av kommissionären, varigenom hans förpliktelse i förhållande till kommittenten konkretiseras och får avseende på ett visst objekt, ligger helt utanför köpeavtalet och regelmässigt i tiden efter detta. Lassen fingerar således med avseende på ett visst köpeavtal en bundenhet för kommissionären, som i själva verket icke föreligger ens om detta avtal verkligen u r s p r u n g l i g e n slutits » i Hensigt at være en Udførelse af Kommissionen» utan som först föreligger därest denna »Hensigt» kommit till sådant uttryck i förhållande till kommittenten, att kommissionären d ä r i g e n o m blir bunden. Riktigare blir därför LASSENS tes om »Bundetheden af Kommissionærens Erhvervsevne» icke heller även om den förtydligas därhän, att kommissionären »paa Forhand har overdraget den Ret, han som Kommissionær maatte erhverve, til Kommittenten» (s. a. st.). En sådan förhandscession förklarar visserligen utmärkt kommittentens äganderättsförvärv i de ovan antydda undantagsfallen (om vilka skall bliva tal närmare nedan s. 162 ff.), och den utgör enligt vår åsikt, såsom vi i det följande skola närmare utveckla, den naturliga grunden till kommittentens rättighetsförvärv, när detta avser ett genom försäljning av hans gods uppkommet fordringsanspråk, men den kan av redan anförda skäl icke motivera kommittentens äganderättsförvärv i de fall, varom nu varit tal. Gent emot en invändning av HAGERUP (i T f R Bd 7 s. 68), att LASSENS tes om kommissionärens bundna förvärvsförmåga vore »en Aagesensk Talemaade, der intet oplyser og intet beviser» har emellertid LASSEN (Spec. Del s. 746 not 10) framhållit, att han ingalunda velat med sagda tes motivera kommittentens omedelbara rättighetsförvärv utan blott begagnat densamma som ett »Udtryck for Resultatet»; motiveringen för kommittentens rättighetsförvärv hade han i stället allenast funnit i »Kommissionsforholdets materielle Formaal». Även trots denna förklaring är det dock svårt att komma ifrån, att LASSENS ifrågavarande tes i det sammanhang, vari den förekommer, måste betraktas som ett försök att visa hur »resultatet», trots dess skenbara stridande mot allmänna rättsgrundsatser, kan förklaras, d. v. s. rättsligen motiveras, detta så

hållit,[1] kommissionärens vilja i förvärvsögonblicket kan framgå icke blott av föregående eller samtidiga faktiska omständigheter utan även av vad han företager efter förvärvet, är därför visserligen ett i och för sig riktigt men fullständigt betydelselöst påpekande. Allt beror på v a d dessa omständigheter giva vid handen beträffande kommissionärens med hänsyn till berörda förhållande ännu e f t e r förvärvet faktiskt fria vilja.

På nyssnämnda förbiseende beror också ett annat argument, varmed EVALDSEN[2] sökt bemöta dem, vilka avvisa åsikten om kommissionärens inre vilja såsom grunden för ett kommittentens omedelbara äganderättsförvärv. Enligt EVALDSEN skulle ett avvisande av sagda åsikt med den invändningen, att kommissionärens vilja icke framträder utåt, föra för långt, enär denna invändning, om den ägde giltighet med avseende å kommittentens äganderättsförvärv eller hans rättighetsförvärv över huvud, måste äga samma betydelse även med avseende å hans förpliktelser. När alltså tredje man (säljaren) gjort konkurs efter att hava mottagit ett förskott på köpesumman eller när varorna efter

mycket hellre som LASSENS ifrågavarande uppfattning av kommissionsförhållandet såsom naturligare än den romanistiska uppfattningen ställes upp emot denna. Att »Kommissionsforholdets materielle Formaal» skulle kunna åberopas såsom tillräcklig motivering för kommittentens omedelbara äganderättsförvärv kan för övrigt icke heller medges. Det »materiella ändamålet» är ju i detta fall intet annat än det resultat, det gäller att motivera. Det ifrågavarande omstridda resultatet kan ju emellertid icke utgöra sin egen motivering. Vad det gäller är att visa, hur det avsedda resultatet, kommittentens rättighetsförvärv, blir ett faktiskt resultat, d. v. s. att ur de givna utgångspunkterna förklara, huru det tekniska tillvägagångssätt, som i det särskilda fallet valts, kan leda till det avsedda målet (jmfr DEUNTZER s. 255 in fine). — Beträffande frågan, i vad mån kommissionärens förvärvsförmåga är bunden, se även EVALDSEN, s. 74 not 1 samt vidare LENEL, s. 68, vilken framhåller, att »ein Mandat wie jedes Obligationsverhältniss, nur relativ bindende Bedeutung hat — dem Mandanten gegenüber —, nicht aber die Erwerbsfreiheit des Mandatars nach aussen hin, d. h. absolut zu vinkuliren vermag.»

Kan man av nu angivna skäl icke godtaga teorien om »bundenheten av kommissionärens förvärvsförmåga» såsom grunden till kommittentens äganderättsförvärv, kan man naturligen av samma skäl än mindre acceptera VON TUHRS ovan omtalade åsikt, att kommittenten redan på grund av sitt *föregående samtycke* till att kommissionären förvärvade för hans räkning kunde (på grund av en analog tillämpning av stadgandet i BGB § 185 angående det föregående samtyckets betydelse vid förfoganden över annans egendom) bliva omedelbart och direkt berättigat (VON TUHR II: 1 s. 350). Huru allenast den omständigheten, att man icke har något emot att erhålla, till äventyrs kanske rent av önskar uppnå äganderätten till en av kommissionären förvärvad sak, skulle kunna ensam för sig förklara, att man verkligen erhölle äganderätten oberoende av att *kommissionären velat förvärva* saken *för egen räkning* och oberoende av att detta också *stått honom fullt fritt*, hava vi svårt att förstå.

[1] EVALDSEN s. 62 f, LANGEN s. 31.

[2] S. 60 ff, särsk. s. 63 f.

inköpet fallit i pris, skadats eller gått under,[1] skulle kommittenten kunna »overlade Kommissionæren den hele Forretning, idet han kan gjøre gjældende, at dennes Hensigt at udføre hans Ordre 'ikke er traadt udvortes frem'!»

Det påstående, varpå detta argument bygger, är delvis oriktigt, delvis riktigt. Oriktigt är det i vad det avser kommittentens ställning efter det en tredje man, som mottagit förskott, gjort konkurs. Förskottsbetalning, som inköpskommissionären utan kommittentens l o v erlagt till säljaren, är kommittenten icke pliktig återgälda med mindre avtalet varder i motsvarande mån fullgjort å säljarens sida.[2] Har kommissionären inhämtat sådant lov, föreligger emellertid icke längre det av EVALDSEN förutsatta fallet, ty i och med att lov begäres, framträder ju kommissionärens avsikt att förvärva för kommittenten på ett för den förre gent emot den senare förbindande sätt. — Oriktigt är det nämnda argumentet även i vad det bygger på ett efter kommissionärens inköp inträffande prisfall. Är kommissionären faktiskt i stånd att, i den ordning kommissionsavtalet förutsätter, förskaffa kommittenten äganderätten till just det eller det slags objekt uppdraget avser, lärer kommittenten icke kunna avvisa det av kommissionären slutna avtalet, under förklaring att kommissionären icke visat sig hava förvärvat objektet ifråga för kommittenten; att kommissionären i enlighet med en av honom till kommittenten inom den tid lagen förutsätter lämnad underrättelse om visst inköp faktiskt utför, vad kommittenten begärt, måste väl tagas som ett ovedersägligt bevis för att han vid sagda inköp handlat för kommittentens räkning;[3] för ett motsatt resultat kan i varje fall icke anföras något förnuftigt skäl. — Annorlunda om kommissionären faktiskt i c k e kan överlämna till kommittenten det eller det slags objekt, som i kommissionsavtalet förutsättes, men ifrågasätter, att kommittenten skall nöja sig med ett skadat objekt eller ett icke längre existerande objekt. Något sådant kan uppenbarligen icke begäras av kommittenten, för så vitt icke objektet skadats eller gått under, sedan detsamma otvivelaktigt

[1] I vad den avser frågan, vem som bär faran för godset, motsvarar EVALDSENS invändning ett bl. a. under förarbetena till AHGB av referenten å Nürnbergerkonferensen framställt argument för åsikten, att kommittenten förvärvar äganderätten direkt från tredje man; se Prot. s. 1456, GRÜNHUT s. 450.

[2] Denna regel, som uttryckligen uttalas i Kmsl § 30 st. 2, skulle väl in dubio gälla även oberoende av särskilt stadgande.

[3] Så t. ex. STAUB § 383 Anm. 11.

förvärvats för hans räkning,[1] exempelvis förolyckats efter det underrättelse om inköpet avsänts till kommittenten. Riktigt är därför regelmässigt[2] EVALDSENS påstående, att kommittenten i dylikt fall, om man utgår från den av EVALDSEN kritiserade, här förfäktade regeln, kan »overlade Kommissionæren den hele Forretning», i det han kan göra gällande, att kommissionären icke ådagalagt, att han inköpt det förolyckade godset för kommittentens räkning och icke tvärtom för sin egen eller en annan kommittents räkning. Detta resultat är emellertid så långt ifrån, såsom EVALDSEN menar, någon orimlighet, att detsamma tvärtom genom sin självfallenhet och billighet utgör den bästa bekräftelse på riktigheten av den här utvecklade åsikten. Högst orimligt skulle det nämligen synas oss, om en kommissionär, som förvärvat ett objekt av det slag, som hans förmedlingsverksamhet avser, i avsikt att behålla det för egen räkning men som omedelbart efter inköpet genom olyckshändelse förlorat det, skulle kunna efter inventering av sina inköpsuppdrag utvälja en för tillfället passande kommittent och göra honom betalningsskyldig genom att tillskriva honom, att det av honom önskade objektet blivit i enlighet med uppdraget inköpt men genom olyckshändelse gått under.

Man kan emellertid till sist fråga sig, om icke mot vår åsikt kan invändas, att enligt densamma kommittenten skulle kunna återkalla sitt uppdrag även därest återkallelsen komme kommissionären tillhanda efter avslutandet av ett för kommittentens räkning företaget inköp men före avsändandet av meddelandet om detta.[3] Ett sådant resultat vore uppenbart orimligt i förhållande till kommissionären och skulle således väga tungt emot vår åsikt. En dylik konsekvens kan dock näppeligen följa av denna. Att kommissionären bindes först genom meddelandet kan ju icke innebära, att han först genom avsändandet av detta hade utfört sitt uppdrag och slutit avtal för kommittentens räkning, utan det innebär, att kommissionären och därmed ock kommittenten bindes vid ett visst redan tidi-

[1] Detta torde ingen betvivla; se t. ex. DEUNTZER s. 266.

[2] Undantagsvis (exempelvis vid uppdrag att köpa visst bestämt föremål) kan, såsom av det följande skall framgå, redan från början full visshet föreligga om att visst inköp avsetts för kommittentens räkning. I dylika fall erhåller kommittenten otvivelaktigt äganderätt till objektet i samma ögonblick det förvärvas och får naturligen också vidkännas följderna av en efter inköpet inträffande olyckshändelse.

[3] Jmfr DEUNTZER s. 213.

gare faktiskt slutet avtal. Just i denna punkt skiljer sig kommissionsförhållandet från köpeavtalet liksom från det genom kommissionärens självinträde uppkommande förhållandet. Även om det är först kommissionärens egen viljeyttring, som avgör, att han nu faktiskt utfört uppdraget för kommittenten, så innebär dock denna viljeyttring å andra sidan, att han utfört uppdraget genom ett visst inköp och att därefter just detta inköp gäller såsom företaget för kommittenten. Häremot må icke invändas, att vi nyss antagit motsatsen gälla, när det av kommissionären inköpta objektet exempelvis gått under före avsändandet av meddelandet om inköpet. I detta senare fall brista förutsättningarna för att kommissionären skulle kunna binda sig själv och kommittenten vid inköpet ifråga. Detta bindande innebär faktiskt, såsom vi förut utvecklat, att kommissionären träffar ett val; men ett sådant måste givetvis för att få någon verkan träffas re integra; ett motsatt antagande skulle innebära, att man gåve kommissionären en otillbörlig möjlighet att övervältra egna förluster på sina kommittenter resp. övervältra kommittenten A:s förlust på kommittenten B o. s. v.

II. Med det nu sagda tro vi oss hava tillräckligt styrkt vår åsikt, att kommissionärens i eget namn för kommittentens räkning företagna inköp av visst gods icke utan att man uppgiver allmänt vedertagna principer i förmögenhetsrätten kan medföra ett kommittentens direkta förvärv av äganderätten till det inköpta godset.[1]

[1] Till samma resultat kommer DEUNTZER, s. 257 (jmfr ovan s. 153 not 2) som emellertid stöder detta resultat därpå, att »naar Kommissionæren optræder som saadan, altsaa i eget Navn overfor Sælgeren, kan denne ikke have anden Villie end at overdrage sin Eiendomsret til ham». Detta argument drabbas väl, såsom vi ovan medgivit, av BREMERS mot dem, som betona allenast överlåtarens vilja, riktade invändning, att dennes vilja i förevarande avseende regelmässigt är indifferent. Till den åsikt vi utvecklat närmar sig DEUNTZER emellertid genom att fortsätta: »Efter Forudsætningen erklærer Kommissionæren ikke til Sælgeren, at han vil erhverve Eiendomsretten for Kommittenten; hvis han desuagtet har denne Hensigt i Erhvervelsesøieblikket, er den dog som et rent indre Faktum betydningsløs med Hensyn til Retsvirkningen af Sælgerens Overdragelsesvillie.» — Vilken ståndpunkt LASSEN (jmfr ovan s. 152 not 2) intager kan möjligen, därest man endast fäster sig vid hans tes om »Bundetheden av Kommissionærens Erhvervsevne», synas något tvivelaktigt. Närmast kunde denna tes synas innebära, att kommittenten, eftersom kommissionären icke kan förvärva själv, genom hans rättshandling med tredje man erhölle äganderätten direkt från denne; (man jämföre förhållandet mellan herre och slav i romersk rätt). Detta är emellertid icke LASSENS mening. Innebörden av hans tes är den, att kommissionären »paa Forhand har overdraget den Ret, han som Kommissionær maatte erhverve, til Kommittenten» (Alm. Del s. 223). Detta måste ju innebära, att äganderätten förvärvas av kommissionären och från honom övergår till kommittenten.

Fasthåller man i enlighet härmed, att äganderätten till dylikt gods i stället tillfaller köparen, kommissionären, är därmed dock icke sagt, att icke kommittenten likväl kan förvärva samma äganderätt i det ögonblick den tillfaller kommissionären. En möjlighet härtill är alltid för handen lika visst som två förlopp kunna tänkas följa på varandra med så liten tidsskillnad, att denna även rent matematiskt reduceras till noll. Utgår man härifrån, gäller det nu närmast att avgöra, när betingelserna för ett sådant kommittentens rättighetsförvärv kunna anses föreligga.

Detta är, såsom redan förut antytts, ett särskilt problem även vid tillämpningen av stadgandet i Kmsl § 53 st. 2. Den däri uttalade regeln kan visserligen synas giva motsatsen vid handen, i det den uttryckligen utsäger, att äganderätten »omedelbart» övergår till kommittenten. Betyder detta icke, att äganderätten övergår direkt från tredje man till kommittenten, så bör det ju i stället innebära, att den övergår i samma ögonblick den enligt köpeavtalet tillfaller kommissionären. I verkligheten gömmer sig emellertid sagda problem i den förutsättning för äganderättens övergång, som i lagrummet angives genom att kommittentens förvärv, såsom självklart är, begränsas till »gods, som av kommissionären förvärvas för kommittentens räkning». Med hänsyn härtill uppstår nämligen frågan, under vilka förutsättningar visst gods, som kommissionären inköpt i eget namn, kan sägas vara förvärvat för kommittentens räkning. Och därmed uppdyker även i vår rätt, ehuru den kunde synas ha eliminerat detta spörsmål, just den fråga, som ständigt utgjort kärnpunkten i den hithörande debatten, i den mån denna tagit fasta på realia: vad för handlande å kommissionärens sida förutsättes, för att kommittentens i kommissionsavtalet avsedda rättighetsförvärv skall realiseras?

Redan i denna frågeställning är i själva verket svaret på den ställda frågan till en del involverat. Ställer man frågan på angivet sätt och utgår man således från att kommittentens rättighetsförvärv förutsätter ett visst bestämt handlande av kommissionären, så är därmed ju sagt, att detta rättighetsförvärv betingas av en på visst sätt kvalificerad yttring av kommissionärens v i l j a. I första hand förutsättes naturligen i sådant hänseende, att kommissionären över huvud företagit ett inköp. Men detta är

icke nog. En kommissionär är i regel[1] liksom alla andra rättssubjekt så till vida fri i sitt handlande,[2] att han kan göra inköp både för egen och för sin kommittents räkning, och har han flera kommittenter, kan han efter fritt skön genom inköp tillgodose vilken som helst av dessa i första hand. Det måste därför i dylikt fall, för att en viss person skall bliva berättigad, på något sätt kunna fastställas, att visst inköp skett just för den personens räkning. Och härvid kan på grund av nyss angivna omständighet icke bortses från att kommissionärens v i l j a blir en bestämmande faktor. Endast till en sak, som kommissionären a v s e t t till uppfyllandet av den honom gent emot kommittenten åliggande förpliktelsen, kan denne senare förvärva äganderätt.[3]

Emellertid är det icke, såsom BREMER och hans efterföljare antaga, kommissionärens i n r e vilja i ö g o n b l i c k e t f ö r f ö r v ä r v e t från tredje man, som blir avgörande; skälen för detta påstående äro desamma som ovan anförts mot BREMERS teori. Detta sammanhänger åter därmed, att kommissionärens vilja, även om den är av betydelse, ingalunda är ensam avgörande. Den primära förutsättningen för kommittentens rättighetsförvärv och den omständighet, på vilken huvudvikten ligger, är i verkligheten kommissionärens i förhållande till kommittenten åtagna f ö r p l i k t e l s e att förvärva för dennes räkning.[4] Förelåge icke denna omständighet, skulle äganderätten oberoende av

[1] Beträffande undantagen se nedan s. 162 ff.

[2] Angående en i dansk teori hävdad uppfattning, att kommissionären genom kommissionsavtalet b u n d i t s i n f ö r v ä r v s f ö r m å g a till kommittentens fördel och att detta utgör grunden till kommittentens omedelbara äganderättsförvärv, se ovan s. 153 not 2.

[3] Jmfr LASSEN. Spec. Del s. 751.

[4] Att detta är en avgörande omständighet kunna till sist icke heller de fördölja, vilka framhäva kommissionärens inre vilja såsom principiellt bestämmande. Redan BREMER själv — vilken, såsom redan ovan påpekats, helt naturligt måste konstatera, att en kommissionärens efter särskilt övervägande, på ett visst resultat koncentrerade inre vilja ofta saknas och att man förty måste sluta sig till kommissionärens inre vilja ur de föreliggande omständigheterna — tager särskilt hänsyn till den omständigheten, att kommissionären på grund av kommissionsavtalet är förpliktad att förhålla sig på visst sätt (BREMER s. 94—97, särsk. s. 96, LENEL s. 52). Detsamma gäller t. ex. LANGEN, som härom yttrar, s. 36 not 2: »Quilibet præsumitur bonus; § 15 I, 3, A.L.R. Irrig ist daher der zweite Einwand LEPAS a. a. O. gegen GRÜNHUT, das Bestehen einer Verpflichtung des Kommissionärs reiche nicht hin zur Begründung der Vermutung, dass er im einzelnen Falle nach Massgabe seiner Verpflichtung gehandelt habe oder habe handeln wollen. Treue und Glauben beherrschen den Handel doch nicht nur theoretisch, sondern auch thatsächlich, und so weit ist die Schlechtigkeit der Welt noch nicht fortgeschritten, dass die Vermutung gegen ein auftragsgemässes Handeln spricht. Vergl. Dernburg. P.P.R. Bd. I § 154 no 4».

kommissionärens inre vilja, ja, oberoende även av hans för någon utomstående tillkännagivna vilja förbliva hos kommissionären. I förhållande till nämnda omständighet har emellertid kommissionärens vilja betydelse så till vida, att den, i alla fall, när kommissionären lika väl kunnat förvärva för sig själv eller någon annan, utgör den omständighet, varav skall framgå, att det ifrågavarande äganderättsförvärvet av kommissionären *avsetts* till uppfyllande av den honom gent emot kommittenten åliggande förpliktelsen. En sådan betydelse kan emellertid icke gärna tillmätas kommissionärens vilja utan att densamma tillkännagivits eller eljest kommit till uttryck utåt och, än mer, kommit till uttryck på ett för kommissionären *förpliktande* sätt, d. v. s. i *förhållande till kommittenten*. Vad det gäller för kommissionären är ju nämligen — på grund av vår förutsättning att kommissionären kan förvärva antingen för sig själv eller någon annan — att träffa ett *val*. Ett val kan han emellertid icke anses hava faktiskt träffat, förrän han så bestämt sig, att han icke vidare kan ändra sitt beslut och välja på nytt. Denna möjlighet åter kan han icke förlora, förrän han på något sätt bundit sig i förhållande till den av valet intresserade, d. v. s. kommittenten. Det avgörande blir därför tydligen regelmässigt i nu åsyftade fall kommissionärens underrättelse till kommittenten om uppdragets utförande eller någon därmed likartad åtgärd. Oberoende av om kommissionären redan i förvärvsögonblicket eller, såsom tydligen ock är faktiskt möjligt, först senare fattat det beslut, som måste föregå en dylik avgörande viljeyttring, måste således själva denna viljeyttring falla i tiden *efter* förvärvet.

Detta resultat, som synes oss oavvisligt även ur vår lags synpunkt, har betydelse i två hänseenden. Det är för det första — eftersom det icke kan avvisas ens när lagen själv uttryckligen föreskriver, att kommittenten förvärvar omedelbart, utan tvärt om framkommer just vid en tolkning av denna regel — ägnat att bekräfta riktigheten av den i det föregående hävdade satsen, att kommittentens förvärv icke är »omedelbart» i den meningen, att kommittenten vore tredje mans omedelbare succedent i äganderätten. Och det är vidare ägnat att ställa den ifrågavarande regeln i Kmsl i kritisk belysning. Det visar nämligen, att lagstiftaren, då han förutsätter, att kommittenten förvärvar ome-

delbart, alltså i samma ögonblick som kommissionären, därest han förvärvat för egen räkning, skulle blivit ägare, på ett oberättigat sätt bortser från de faktiska förhållanden, under vilka kommittentens förvärv äger rum. Visserligen har lagstiftaren, genom att inskärpa kommissionärens plikt att underrätta kommittenten om ett för hans räkning slutet avtal[1], strävat att inskränka den tidsperiod, under vilken kommissionären har saken i sitt rättsliga herradöme, med möjlighet att bestämma att han behåller den själv eller att han avser den för kommittenten A eller kommittenten B etc. Men att helt eliminera denna kommissionärens valfrihet har ju icke varit möjligt.[2] Och därtill har man vid lagens författande försummat att taga hänsyn, med påföljd att densamma här framträder med en något för omfattande formulering. Endast undantagsvis är det — det skall framgå av det följande — möjligt att tillämpa lagbudet ifråga efter dess ordalydelse och fastställa, att kommittenten förvärvat äganderätten i samma ögonblick som tredje mans rätt upphörde.

Söker man att ur den synpunkt vi angivit närmare tolka den i Kmsl § 53 st. 2 givna regeln, måste man tydligen göra skillnad mellan olika fall.

Avgörande är i första hand huruvida uppdraget avsett inköp av en viss bestämd sak eller allenast en sak av visst slag.[3]

---

[1] Kmsl § 7, som dock icke uttalar något om när sådan underrättelse skall givas.

[2] Därtill skulle fordrats ett stadgande, varigenom kommissionären förpliktades att giva kommittenten underrättelse så snart han skrede till uppdragets utförande. Ett förslag i denna riktning framställdes också verkligen under förarbetena till AHGB (se Prot. s. 700), men blev naturligen förkastat.

[3] I denna del överensstämmer vår åsikt, åtminstone i själva resultatet, ganska nära med GRÜNHUTS ovan omtalade lära. Också enligt denna spelar skillnaden mellan speciesköp och genusköp en betydelsefull roll för frågan om kommittentens äganderättsförvärv, Sålunda antages äganderätten regelmässigt omedelbart övergå från tredje man till kommittenten, därest »der Commissionär über eine individuell bestimmte Waare (species), deren Einkauf ihm aufgetragen war, in eigenem Namen abgeschlossen, und die durch die Commission bezeichnete species tradirt erhalten [hat]» (s. 435), medan motsatsen däremot antages gälla, därest »der Commissionär den Auftrag erhalten hat, eine Quantität vertretbarer Sachen oder eine der Gattung nach bestimmte Sache (genus) einzukaufen» (s. 436). Närmare besett har emellertid den sålunda angivna distinktionen enligt GRÜNHUTS åsikt icke den avgörande betydelse vi tillägga densamma; att kommissionären förvärvat just det species hans uppdrag avsett medför enligt GRÜNHUTS åsikt icke nödvändigtvis konsekvensen, att äganderätten till detta species omedelbart övergår till kommittenten; och att uppdraget varit generellt bestämt hindrar å andra sidan icke, att kommittenten genom kommissionärens besittningstagande förvärvar direkt från tredje man. Detta sammanhänger med att GRÜNHUT,

Är det förra händelsen, synes det klart, att kommittenten (från kommissionären) förvärvar äganderätten till saken i och med

i enlighet med BREMERS ovan kritiserade teori, i själva verket tillägger kommissionärens inre vilja vid besittningstagandet avgörande betydelse. Det är, säger han, »eine durch Interpretation der insbesondere vom Commissionär vorgenommenen Handlungen zu lösende quaestio facti, ob der Commissionär Willens gewesen sei, in der einen oder anderen Art dem Committenten zum Besitze der Waare zu verhelfen, ob er den animus sibi possidendi oder alieno nomini possidendi gehabt habe» (s. 431). Från denna utgångspunkt medför den omständigheten, att kommissionären faktiskt förvärvat det objekt hans uppdrag avsett, en presumtion för att han förvärvat det för kommittentens räkning och omedelbart för honom (s. 435). Ur samma synpunkt bör emellertid även, trots att objektet för uppdraget varit generiskt bestämt, ett förvärvande av vissa med uppdraget överensstämmande föremål efter omständigheterna kunna medföra en liknande presumtion. Detta är väl ock GRÜNHUTS mening; det kommer an därpå, synes han mena (s. 437 jmfd m. s. 439), huruvida »von vornherein» en faktisk »Aussonderung für den Committenten» ägt rum eller icke. Allt beror dock till sist på kommissionärens vilja vid besittningstagandet. Fullt konsekvent från sin utgångspunkt drager därför GRÜNHUT ock den enligt vår mening till resultatet oriktiga slutsatsen, att kommissionären, om han så verkligen vill, även när hans uppdrag avsett en speciell sak, kan förvärva denna för egen räkning, med påföljd att kommittenten erhåller äganderätt till densamma först sedan den till honom traderats (s. 436); och fullt konsekvent drager han ock slutsatsen — även den enligt vår åsikt till resultatet oriktig — att kommittenten, även när det av honom givna uppdraget avser ett generiskt bestämt objekt, kan direkt från tredje man förvärva äganderätten till det gods kommissionären inköpt, i det man av kommissionärens åtgärder för godsets individualisering sluter sig till dennes på en dylik effekt riktade vilja vid besittningstagandet (s. 439). Det visar sig sålunda till sist, att GRÜNHUT med framhävandet av beskaffenheten av objektet för kommissionärens uppdrag egentligen avser beskaffenheten av det objekt denne efter sitt uppdrag tager i besittning och vidare att ifrågavarande faktum erhåller den påstådda betydelsen huvudsakligen därigenom, att vid detta besittningstagande förefintligheten av ett objekt motsvarande kommissionärens uppdrag, det må sedan utgöras av icke fungibla ting eller fungibla, species-ting eller genus-ting, utgör en förutsättning för att hans, av denna eller andra omständigheter framgående vilja att besitta alieno nomine skall bliva av relevans. Detta sammanhänger väl med en viss oklarhet i GRÜNHUTS framställning. Trots att han ursprungligen framhäver det fall, då avtalet avser »eine individuell bestimmte Sache (species)», ställer han till sist emot varandra å ena sidan detta fall, å andra sidan de fall, då uppdraget avser »eine Quantität vertretbarer Sachen oder eine der Gattung nach bestimmte Sache (genus)», d. v. s. generiskt bestämda ting eller över huvud något fungibelt ting. Till denna sista kategori borde ju emellertid vid ett konsekvent fullföljande av den ursprungliga tankegången föras även det fall, då uppdraget avsett ett icke fungibelt ting (exempelvis en segelbåt) men dock icke något särskilt sådant ting (segelbåten A.). GRÜNHUTS ifrågavarande indelning överensstämmer således, om vi rätt fattat innebörden av densamma, icke ens formellt med den indelning vi gjort gällande.

En med GRÜNHUTS lära i allt väsentligt överensstämmande åsikt har utvecklats av JUNG. Sedan också denne såsom i förevarande avseende betydelsefull framhävt skillnaden mellan speciesköp och genusköp genom att göra gällande, »dass der Kommittent das Eigenthum an der Spezies direkt erwirbt, d. h. in dem Augenblicke, in welchem der Kommissionär von dem Dritten Besitz erwirbt», preciserar han sin åsikt genom att fortsätta: »an der Spezies, d. i. an der spezialisirten Sache; also nicht nur dann, wenn die Auftragssache individuell bestimmt ist, sondern auch dann, wenn der bloss generell bestimmte Auftragsgegenstand doch im Moment, wo ihn der Kommissionär erwirbt, aus besonderen Umständen schon spezialisirt, individualisirt ist». (s. 184; jmfr ock s.

att kommissionären förvärvar den. I kommissionsavtalet har kommissionären givit löfte om att, så vitt möjligt, köpa just d e n n a sak för kommittentens räkning, och på grund av detta hans löfte föreligger otvivelaktigt redan vid inköpet med avseende å den ifrågavarande saken en förpliktelse av alldeles samma slag som den, vartill ett i detta ögonblick ingånget avtal om försäljning av saken till kommittenten skulle giva upphov.[1] Att

189 m. fl. st.). Här är ju den åsikt vi funnit GRÜNHUTS lära innebära direkt framhävd. Vad det för JUNG vid urgerandet av den ifrågavarande skillnaden mellan speciesköp och genusköp kommer an på är blott beskaffenheten av det vid besittningstagandet föreliggande objektet. Är detta sådant, att det k a n vara föremål för en kommissionärens med uppdraget överensstämmande vilja, så blir kommittenten genom kommissionärens besittningstagande direkt ägare av detsamma; föreligger först efter besittningstagandet ett på ifrågavarande sätt individualiserat objekt, innebär detta, att detsamma med äganderätt tillfallit kommissionären, från vilken detsamma emellertid i o c h m e d i n d i v i d u a l i s e r i n g e n, på grund av ett därigenom åstadkommet constitutum possessorium, övergår på kommittenten. Med avseende på denna åsikt äro otvivelaktigt alla ovan beträffande GRÜNHUTS lära gjorda erinringar särskilt befogade. Framhållas må blott att även JUNG till sist anser kommissionärens i n r e v i l j a vara avgörande. Visserligen ger han sig sken av att förneka detta, i det han gent emot GRÜNHUT anför: »Nicht einem distinkten Willen des Kommissionärs, die Sache für sich oder für den Andren zu besitzen, braucht man nachzugehen und Motive zu suchen für den letzteren; sondern in der Thatsache des Beauftragtseins in Bezug auf diese Waare, in dem Bewusstsein des Kommissionärs davon und in dem Mangel eines eigenen wirtschaftlichen Interesses des Kommissionärs am Kommissionsgut, erfüllt sich eben der Thatbestand der Vertretung im Besitz, des für einen anderen, nicht für sich Erwerbenwollens». (s. 198.) Innebörden härav är ju emellertid tydligen allenast den, att JUNG, på ett för övrigt inkonsekvent sätt, presumerar kommissionärens vilja att förvärva för kommittenten resp. att tradera till honom i och med »der Festlegung eines individuellen Gegenstandes für einen einzelnen Auftrag». JUNG utgår — givetvis helt oberättigat — från att kommissionären icke har något eget intresse i den förvärvade saken — »sein bei dieser Transaktion engagiertes Geschäftsinteresse geht nicht auf die Waare sondern auf seine Provision» — och härav sluter han: »es fehlt ihm ein Grund, sich selbst bei dem Besitzerwerb als Subjekt zu setzen». Detta förnekande av motiven för kommissionärens vilja att förvärva för egen räkning kan ju dock icke betyda något annat än ett presumerande av hans vilja att i s t ä l l e t förvärva för kommittenten. Man finner ock att JUNG till sist sammanfattar sin åsikt därhän, att han i den särskilda beskaffenheten av kommissionärens förhållande till den förvärvade saken, hans »Auftragsbewustsein», ser »die Erfordernisse [des] Vertretungswillens konkret erfüllt». — Beträffande GRÜNHUTS och JUNGS åsikt se även PETRIS mindre träffande anmärkning mot GRÜNHUT s. 385, vilken anmärkning tydligen utgår från den här antagna innebörden av GRÜNHUTS lära men förbiser det särskilda förhållande, som föreligger, då kommissionsuppdraget avser en särskild, av kommittenten utpekad sak; jmfr även LANG s. 35—37. — Angående en med vår åsikt i nu förevarande avseende helt överensstämmande mening, vilken kom till uttryck under förarbetena till AHGB, se vidare nedan nästa not. I denna del överensstämmer helt med vår åsikt även DEUNTZER s. 217 samt LASSEN, Spec. Del s. 751 och särskilt s. 815 f; (angående DEUNTZERS och LASSENS principiella åskådning se emellertid närmare ovan s. 153 not 2. — Jmfr till sist ock BREMER s. 95: »Bei dem Auftrag zum Erwerbe einer species ist vorzugsweise Stellvertretung anzunehmen«.

[1] Klart hävdades den här angivna distinktionens betydelse av en enstaka ledamot av Nürnbergkonferensen under förarbetena till AHGB. Den vann dock föga resonans. Till diskussion förelåg ett förslag — motsvarande art. 284 Abs. 1—2 i

det s. k. preussischer Entwurf — av följande lydelse: »Der Commissionär, welcher eine Einkaufscommission ausführt, erwirbt das Eigenthum des Guthes dem Committenten in dem Zeitpunkte, in welchem der Commissionär dasselbe erworben haben würde, wenn er das Geschäft für seine eigene Rechnung geschlossen hätte, jedoch geht das Eigenthum an vertretbaren Sachen erst dann auf den Committenten über, wenn sie mit hinreichender Bezeichnung ausgesondert oder an den Committenten abgesendet sind». Under diskussionen av detta förslag (Prot s. 698 ff, GRÜNHUT s. 442 ff) påyrkades en förändring, vilken innebar d e l s att en kommissionär, som utförde ett inköpsuppdrag, därigenom förvärvade äganderätten till köpeobjektet närmast för sig själv, dels ock att äganderätten skulle övergå till kommittenten »in dem Zeitpunkte... in welchem der Commissionär dem Committenten Anzeige über den Eigenthumserwerb erstattet hat». Detta förslag antogs med 10 röster mot 7. Härmed hade man kommit fram till den princip vi funnit vara den rationella: *att* kommittentens äganderättsförvärv är ett förvärv från kommissionären, *att* äganderätten till visst gods icke kan övergå till kommittenten förrän genom en handling av kommissionären i förhållande till honom kommissionärens förpliktelse verkligen fixerats vid visst gods, och *att* denna förutsättning för förvärvet regelmässigt realiseras genom kommissionärens meddelande om uppdragets utförande. Såsom motivering anfördes ock: »Es bedürfe allerdings einer besonderen Handlung des Commissionärs um das Eigenthum einer erkauften Waare auf den Committenten zu übertragen, weil sonst grosse Unsicherheit entstehen müsse, z. B. dann, wenn der Commissionär, was ihm unzweifelhaft gestattet sei, die vom Committenten gewünschten Waaren von seinem eigenen Lager entnehme. Diese besondere Handlung könne aber nicht blos in einem Kundgeben der Absicht liegen, dass der Commissionär für den Committenten erwerben wolle, denn es würde z. B. niemand zweifeln, dass der Commissionär, welcher eine Quantität Kaffee gekauft habe, um mit derselben den Bedarf des Committenten zu decken, über den erkauften Kaffee noch als über sein Eigenthum verfügen, ihn für sich behalten, anderweitig verwenden und dem Committenten anderen Kaffee kaufen dürfe. Die entscheidende Handlung könne man vielmehr nur in einer Anzeige des stattgehabten Eigenthumserwerbes an den Committenten finden, denn hierin liege allerdings eine entsprechende Traditionshandlung». (Prot. s. 701, GRÜNHUT s. 445). Under diskussionen om detta förslag framhölls av en ledamot, att det ursprungliga förslaget, när det beträffande andra än »vertretbare Sachen» tillade kommittenten äganderätten oberoende av varje särskild av kommissionären för hans förpliktelses fixerande vid visst objekt företagen handling, vore riktigt allenast »wenn er auf den Fall beschränkt würde, dass es sich um den Kauf einer speciellen Sache handle»; stadgandet borde därför i denna del avse »Commission zum Einkauf einer individuell bestimmten Sache», i sin återstående del åter avse »Kauf von Sachen i n g e n e r e» (Prot. s. 703, GRÜNHUT s. 445). Detta, med vår åsikt överensstämmande påpekande vann dock intet beaktande. Mot detsamma anfördes: »es handle sich hier nicht um den Gegensatz von g e n u s und s p e c i e s, sondern von vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen. Abs. I handle nicht nur von individuell bestimmten, sondern auch von generell bestimmten Sachen als Gegensatz zu vertretbaren, worin keineswegs ein Gegensatz zu individuell bestimmten Sachen gelegen sei, da man auch vertretbare Sachen als individuell bezeichnete kaufen könne». (s. a. st.) I enlighet härmed drog man ock nu slutsatsen att, v a r e s i g uppdraget avsåge »vertretbare» eller »nicht vertretbare Sachen», s a m m a rättsregel angående förutsättningarna för kommittentens äganderättsförvärv borde gälla. Resultatet blev därför tills vidare, att man, även när uppdraget avsåg »nicht vertretbare Sachen», ansåg det krav på »Anzeigeerstattung», vartill man tidigare kommit fram så vitt angick »vertretbare Sachen», böra utsträckas att gälla även när uppdraget avsåg »nicht vertretbare Sachen». Efter första läsningen förelåg därför ett förslag av följande lydelse: »Der Commissionär welcher eine Einkaufscommission ausführt, erwirbt das Eigenthum des Gutes zunächst für sich; jedoch geht das Eigenthum auf den Committenten in dem Zeitpunkte über, in welchem der Commissionär dem Committenten über den Eigenthumserwerb Anzeige erstattet». Under den andra läsningen återgick man först

kommissionären vid förvärvet ändrat vilja och nu önskar förvärva för egen räkning kan vid sådant förhållande icke hava mer att

till den i det ursprungliga förslaget uttryckta uppfattningen: äganderätten skulle principiellt anses övergå direkt till kommittenten, dock att härför beträffande »vertretbare Sachen» fordrades vissa handlingar av kommissionären utöver inköpet, i vilket avseende man nu alltjämt fasthöll vid — förutom kravet på »Aussonderung» — den under första läsningen framkomna uppfattningen angående nödvändigheten av särskild »Anzeige» till kommittenten. Ett förslag i denna riktning antogs med 10 röster mot 4. (Prot. s. 1198, GRÜNHUT s. 447). Emellertid anmärktes sedermera mot en dylik rättsregel, d e l s att den allenast borde gälla in dubio, d. v. s. så vitt kommissionären icke givit uttryck åt sin avsikt att förvärva för egen räkning, d e l s o c k att kravet på »Aussonderung» beträffande »vertretbare Sachen» vore obefogat, »wenn es einer Aussonderung gar nicht bedürfe um das Kaufobjekt von anderen zu unterscheiden». Dessa anmärkningar vunno vid votering allmän anslutning, och det beslöts på grund härav bl. a. i princip, att stadgandet, så vitt anginge »vertretbare Sachen» skulle gälla »vertretbare Sachen, welche mit anderen von gleichen Gattung und Art vermischt sind». Enigheten var dock icke så fullständig, som voteringen syntes giva vid handen. I själva verket framträdde nämligen nu åter den förutnämnda, av en enstaka ledamot hävdade uppfattningen om betydelsen av att ett inköpsuppdrag avsåge visst speciell av kommittenten utpekad sak, och det beslöts att en, tydligen på denna grund yppad, tvekan angående ordet »vertretbar» skulle hänvisas till redaktionsutskottet. Den av majoriteten angivna motiveringen härför var den, att »es sich hier nicht blos um vertretbare Sachen im streng rechtlichen Sinne, sondern auch um nicht vertretbare, aber dem Individuum nach noch nicht vollständig bestimmte Sachen handle; so seien z. B. Pferde gewiss keine vertretbare Sachen, gleichwohl aber trete die Bestimmung des Art. 312 Abs. 2 ein, wenn der Commissionär den Auftrag habe zwei Pferde einer bestimmten Race zu kaufen, und um noch einige andere gleichartige Aufträge auszuführen, 6 solcher Pferde kaufe; da aber andererseits die Bestimmung des Abs. 2 auch nicht so gefasst werden könne, als wenn sie sich ausschliesslich nur auf generell bestimmte Sachen bezöge, so sei es freilich am angemessensten zu sagen, dass Abs. 2 überall da eintrete wo es überhaupt noch einer Aussonderung bedürfe». (Prot. s. 1202, GRÜNHUT s. 448). Vad man sålunda beslutat innebar uppenbarligen, att äganderätten även till »vertretbare Sachen», som vid kommissionärens besittningstagande voro avskilda från såväl hans eget som andra kommittenters gods, kunde övergå direkt till kommittenten, oberoende av »Anzeige». Härigenom hade man tydligen lämnat ur sikte den ursprungliga argumentationen för uppställandet av kravet på »Anzeige» beträffande »vertretbare Sachen». Detta blev ödesdigert för förslaget. Sedan detsamma antagits, anmärktes vid ett senare sammanträde, tydligen med all rätt, emot detsamma, att den skillnad, som enligt detsamma gjordes mellan de fall, då äganderätten utan vidare överginge direkt till kommittenten, och de fall, då äganderätten först överginge till kommissionären och från honom efter »Anzeige» till kommittenten, vore inkonsekvent. På grund härav yrkades, att antingen kravet på »Anzeige» i sistnämnda fall skulle uppgivas eller ock samma krav uppställas även beträffande alla andra fall. Detta förslag vann nu bifall med 9 röster mot 2. Ville man nu alltjämt hålla fast vid principen om äganderättens övergång direkt till kommittenten, fanns således intet annat alternativ än att slopa kravet på Anzeige även beträffande »vertretbare Sachen». Denna konsekvens drog ock konferensens sekreterare i ett av honom i syfte att rädda nämnda princip utarbetat förslag. Ifrågavarande krav var emellertid tydligen för starkt grundat för att kunna helt uppgivas; sistnämnda förslag föll efter votering, varvid dock visserligen 8 röster avgåvos för, 9 emot detsamma. Även ett förslag att ånyo uppgiva principen om kommittentens direkta äganderättsförvärv föll emellertid. I detta dilemma — där man (d. v. s. majoriteten) ville själva principen men icke kunde enas om avgränsningen av dess tillämpningsområde — fanns tydligen endast en utväg: man beslöt, med 11 röster mot 9, att helt och hållet stryka det föreslagna stadgandet —

betyda än en reservatio mentalis.[1] En viss tvekan skulle däremot möjligen kunna uppstå, därest kommissionären i förhållande till två kommittenter åtagit sig att förvärva en och samma sak.[2] Skola båda kommittenterna förvärva äganderätt, alltså samäganderätt?[3] Eller skall den, vars uppdrag först accepterats av kommissionären, ha företräde? För vår del finna vi det klart, att enligt svensk rätt den sista frågan bör besvaras jakande, detta i enlighet med den grundsats, som allmänt antages gälla såväl beträffande tvesalu (HB 1: 5), då ingendera köparen fått besittningen, som beträffande motsvarande fall av lega (HB 13: 2).[4]

Helt annorlunda kan läget däremot vara, om uppdraget blott avsett inköp av en s a k a v v i s s t s l a g. Utan hinder av uppdraget äger kommissionären i dylikt fall regelmässigt frihet att förvärva samma slags saker för egen eller annans räkning. Även när kommissionären förvärvat en sak av det slag, som avses i ett uppdrag av en viss kommittent, A, föreligger därför med avseende å denna sak i ögonblicket för förvärvet i c k e någon sådan förpliktelse, som nyss nämndes; han kan, om han vill,

---

ett resultat av den ingående diskussionen, vilket var så mycket beklagligare, som man dock i början av förhandlingarna redan haft ett tillfredsställande resultat inom räckhåll och med ledning av den förutnämnda enstaka ledamotens yttrande skulle kunnat arbeta sig fram till en fullt klar och rationell distinktion mellan de fall, i vilka äganderätten borde anses övergå omedelbart till kommittenten, och övriga fall. Måhända förhindrades ett dylikt resultat i viss mån också därav, att man opererade i ena fallet med direkt, i andra fallet med medelbar äganderättstransport till kommittenten, i stället för att, såsom vi funnit det försvarligt, i båda fallen betrakta äganderättstransporten till kommittenten såsom medelbar, ehuru den i vissa fall försiggår i den meningen omedelbart, att äganderätten i samma ögonblick kommissionären förvärvar den tillfaller kommittenten.

[1] Jmfr ett rättsfall i UfR 1918 s. 858. En konsthandlande ansågs genom sitt uppträdande i förhållande till två utländska konstnärer, som å en konstsamlares vägnar hade hänvänt sig till honom, hava givit dem fog att tro, att han ville för deras huvudmans räkning inköpa en viss bestämd målning bland ett flertal sådana, vilka de båda konstnärerna tillsammans med honom hade besett. Konsthandlanden, som emellertid köpt målningen med avsikt att behålla den själv, dömdes att utleverera densamma mot det pris han själv betalat.

[2] Beträffande en härpå riktad invändning gentemot ett vid Nürnbergkonferensen föreliggande förslag se Prot. s. 698.

[3] Så skulle avgörandet falla, menar LASSEN, Spec. Del s. 817, därest allmänna rättsgrundsatser tillämpades. LASSEN anser emellertid, att här ett undantag från dessa måste göras, och träffar således avgörandet i enlighet med det andra alternativet. Jmfr LENEL s. 68.

[4] Vi ansluta oss till dem, vilka, trots ordet »behålle» i nämnda lagrum, anse detsamma förutsätta den situation, då ingendera köparen eller legotagaren fått besittning; se härom t. ex. BENCKERT s. 137 ff, och s. 208 not 102; UNDÉN s. 180 ff. — Att även vid överlåtelse av ännu icke existenta fordringar den tidigare överlåtelsen medför bättre rätt antager ock AFZELIUS, Om cession av fordringar enligt svensk rätt, s. 56.

behålla saken för egen räkning eller låta förvärvet av den gälla som utförande av ett likartat uppdrag av en annan kommittent.

Undantagsvis kan dock även i dessa fall förhållandet vara likartat med det förstnämnda fallet. Så måste framför allt anses vara händelsen, därest den person, som uppträtt såsom kommissionär, är en i kommittentens tjänst anställd person, som därvid utfört ett inom hans tjänst fallande uppdrag.[1] I anställningsavtalet måste nämligen regelmässigt anses ligga ett åtagande av den anställde att i alla till tjänsten hänförliga angelägenheter låta principalens intresse gå före egna, därmed eventuellt konkurrerande intressen. På grund av detta åtagande föreligger för den anställde redan i det ögonblick han förvärvar en sak av det slag hans uppdrag avser en förpliktelse med avseende å denna sak av samma slag som den, vilken åvilar honom, om han åtagit sig att förvärva en viss bestämd sak.[2]

Likartat kan förhållandet även oberoende av anställningsavtal vidare vara, om kommissionären i förhållande till kommittenten förbundit sig att uteslutande för hans räkning förvärva allt vad han kan komma över av en viss vara[3] eller i varje fall att icke för egen eller annans räkning förvärva något av samma vara. Ett praktiskt exempel härpå erbjuder det fall, då en fondkommissionär enligt lag om fondkommissionsrörelse och fondbörsverksamhet den 16 maj 1919 § 7 avgivit försäkran till bank- och fondinspektionen »att han icke skall för egen räkning idka handel med fondpapper, vare sig omedelbart eller med begagnande av annan persons namn, ej heller själv inträda såsom köpare av fondpapper, som han i egenskap av kommissionär åtagit sig att sälja, eller såsom säljare av fondpapper, som han i egenskap av kommissionär åtagit sig att köpa».

Slutligen kan såsom ett hithörande fall också nämnas det — och detta är väl det praktiskt betydelsefullaste fallet — då kommissionären förvärvar en sak av det slag hans uppdrag avser för

[1] Jmfr angående grunden för kommittentens förvärv genom tjänare och andra dylika hans makt underkastade »Wirtschaftsorgane» bl. a. LENEL s. 80 ff; NEUBECKER s. 62 f.

[2] Om sålunda, för att taga ett ofta begagnat ehuru icke särskilt praktiskt exempel, en husbonde sänder sin tjänare att köpa ett antal biljetter till en teaterföreställning, kan det icke betvivlas, att husbonden förvärvar äganderätt till de biljetter tjänaren inköper, detta även om tjänaren skulle ha betalat biljetterna med egna medel och även i övrigt framträtt såsom handlande allenast för egen räkning.

[3] Jmfr LASSEN Spec. Del s. 751.

pengar,[1] som förskotterats av kommittenten.[2] Kan det visas, att kommittentens medel verkligen kommit till användning för inköpet av en viss sak, och har kommissionären dessutom varit skyldig att hålla medlen avskilda och att sålunda använda dem uteslutande för ett dylikt inköp,[3] så har även med avseende å en under sådana omständigheter inköpt sak i förvärvsögonblicket förelegat en förpliktelse av förutnämnda slag, på grund varav äganderätten till saken i samma ögonblick övergår till kommittenten. — Praktisk betydelse får emellertid detta huvudsakligen blott vid civil kommission, ty vid handelskommission lär, om annat icke särskilt avtalats, någon skyldighet att hålla förskotterade medel avskilda icke föreligga.[4] Även om i ett dylikt fall det undantagsvis skulle kunna styrkas, att sådana medel kommit till användning för ett visst inköp, lär således denna omständighet i och för sig icke kunna åberopas såsom bevis för att äganderätten till det inköpta övergått till kommittenten, eftersom det icke utesluter, att kommissionären, såsom det stått honom fritt, använt medlen ifråga för att förvärva för egen del eller för någon annan kommittent. Detta kan vid konkurrens med kom-

[1] Att kommissionären erhållit pengar i förskott för uppdragets fullgörande kan däremot icke i och för sig hava någon betydelse. Av annan åsikt är emellertid CHYDENIUS, II s. 317. CHYDENIUS, som utgår från den ovan kritiserade åskådningen, att kommittentens äganderättsförvärv beror på huruvida »kommissionären kan anses hava handlat med vilja att omedelbart göra huvudmannen till egare», drager härav slutsatsen, att en kommissionär, som varken erhållit förskottsbetalning eller lovat kreditera kommittenten köpeskillingen för det gods han köpt för dennes räkning, själv behåller äganderätten till detta gods, till dess han får betalt. Denna åsikt, vilken vi icke påträffat annorstädes, sammanhänger uppenbarligen med CHYDENIUS' åsikt angående förutsättningarna för säljarens stoppningsrätt; därom se CHYDENIUS I s. 179 f; jmfr ALMÉN I s. 513 not 22 och s. 595. Den bestyrker i sin mån vanskligheten i varje försök att med utgångspunkt i kommissionärens inre vilja fastställa kommittentens rättsliga anspråk.

[2] Se angående uppfattningen om betydelsen av denna omständighet under förarbetena till AHGB Prot. s. 698, GRÜNHUT s. 443; även de, som ansågo kommissionären förvärva närmast för sig själv, voro sinnade att antaga ett motsatt resultat »in denjenigen Fällen, ... in welchen dem Commissionär im voraus Geld zum Einkauf einer bestimmten Sache übersendet... worden sei», detta således t. o.m. ehuru det gällde handelskommission. Jmfr ock LASSEN s. 751, BREMER s. 95. — Annorlunda DEUNTZER, s. 264 f, trots hans med vår tämligen överensstämmande grunduppfattning.

[3] Någon sådan förutsättning uppställer LASSEN (s. a. st.) icke. Häri framträder väl en konsekvens av hans här kritiserade grunduppfattning. Enligt LASSEN får nämligen den omständigheten, huruvida kommissionären använt egna eller kommittentens medel, betydelse egentligen därigenom, att den utgör ett indicium för huruvida ett visst inköp innefattar ett utförande av uppdraget eller icke, d. v. s. genom att ådagalägga riktningen av kommissionärens vilja vid inköpet; (se yttrandet a. a. s. 751 överst).

[4] Se ovan s. 38 f.

missionärens borgenärer synas hårt mot kommittenten. Om så är beror emellertid detta icke på den här hävdade principen för äganderättstransportens bedömande utan på nyssnämnda regel om handelskommissionärens rätt att i sin rörelse disponera över medel, som han mottager för sina kommittenters räkning. Dessutom är att märka, att förskott till en handelskommissionär i och för sig framstår såsom något anormalt. Att ifrågavarande rättsregel för anormala fall ger till synes obilliga resultat kan emellertid till sist icke heller läggas denna regel till last; det för förskottsgivaren menliga resultatet beror ytterst på att denne, genom att trots nämnda regel giva ett förskott, tagit en risk av samma slag som en försträckningsgivare.

En förutsättning för kommittentens äganderättsförvärv i de ovan nämnda undantagsfallen utom det sista torde regelmässigt vara, att det inköp, varom fråga är, så till vida överensstämmer med uppdraget, att det varit kommissionären möjligt att förvärva den inköpta saken på de i uppdraget fastställda villkoren med avseende å pris, kvalitet m. m. Har kommissionären för den vara han köpt måst bjuda ett pris, som överstiger en av kommittenten bestämd limit, eller har han, sedan det visat sig omöjligt att förvärva varor av den kvalitet, som kommittenten bestämt, köpt en vara av bättre eller sämre kvalitet, så kan kommittenten icke förvärva äganderätt till denna vara förr än han accepterat ett kommissionärens erbjudande av densamma. Detta är en omedelbar konsekvens därav, att i dylikt fall någon förpliktelse att för kommittenten förvärva den faktiskt inköpta varan överhuvud icke förelegat.[1]

Någon skarp gräns mellan dessa fall och de nyss nämnda, då plikt att förvärva har förelegat, kan dock visserligen icke uppdragas. Enligt Kmsl § 8 st. 1 kan nämligen en kommissionär hava plikt att avvika från kommittentens föreskrifter och förfara så som kommittentens intresse efter omständigheterna kräver, t. ex. inköpa en vara av annan kvalitet än den av kommittenten före-

[1] Så ock EVALDSEN s. 65 ff, DEUNTZER s. 266. Annorlunda däremot LASSEN, Spec. Del s. 750 not 28. LASSEN anser således kommissionären i förevarande fall skyldig att erbjuda kommittenten det förvärvade objektet såsom förvärvat enligt kommissionsavtalet. Häri framträder en annan konsekvens av LASSENS från vår avvikande grunduppfattning. LASSENS ifrågavarande uppfattning är nämligen en omedelbar följd av att han anser kommissionären genom kommissionsavtalet hava bundit sin förvärvsförmåga till kommittentens fördel. Jmfr emellertid vidare nedan s. 168 f angående inköp i dylika fall med kommittentens medel.

skrivna, och enligt st. 2 i samma paragraf har kommissionären samma förpliktelse även där kommittenten föreskrivit visst pris, vilket vid inköp ej får överskridas. I händelse detta stadgande är tillämpligt, när ett inköp skett i något av nu ifrågavarande undantagsfall, måste tydligen, eftersom också då redan vid själva inköpet en på köpeobjektet koncentrerad förpliktelse gent emot kommittenten förelegat, äganderätten omedelbart övergå till denne. Särskilt kan naturligen så bliva fallet, därest avvikelsen från ordern är mindre betydande. I vissa branscher torde emellertid på grund av handelsbruk även en mindre avvikelse från ordern vara kommissionären förbjuden; såsom ett, i detta sammanhang kanske dock mindre praktiskt exempel kan anföras värdepappershandeln, enligt vars handelsbruk såväl ett inköp över limitum som ett inköp av andra än beordrade, låt vara jämngoda, värdepapper är kommissionären förbjudet.

Anmärkas må i detta sammanhang till sist, att man givetvis icke såsom ett hinder för kommittentens äganderättsförvärv i nu ifrågavarande fall kan åberopa den omständigheten, att det inköp, varom fråga är, så till vida är orderstridigt, att kommissionären för den inköpta varan betalat ett i och för sig oskäligt högt pris eller att den vara han inköpt är av bristfällig beskaffenhet. Klart är således, att en kommissionär, som inköpt en viss av kommittenten utpekad sak men som för den betalat mer än som synes objektivt skäligt, det oaktat i och med själva inköpet förskaffar kommittenten äganderätten till saken. Och principiellt bör väl detsamma gälla även om — något som ju blott kan inträffa i de övriga båda åsyftade undantagsfallen — orderstridigheten ligger däri, att kommissionären köpt en dålig vara. I detta fall synes emellertid regelmässigt hela frågan om orderstridigheten ur nu ifrågavarande synpunkt komma att sakna relevans, i det densamma i allmänhet icke kommer att upprullas, förrän kommittenten redan faktiskt fått mottaga varan och således varje tvivel om hans äganderättsförvärv bortfallit.[1]

Annorlunda än i de nyss behandlade fallen synes ett medvetet orderstridigt förvärv böra bedömas i det fall, då den av kom-

[1] Jmfr Evaldsen s. 65 ff. Då Evaldsen såsom skäl för att orderstridighet av ifrågavarande slag icke bör tilläggas någon betydelse åberopar den omständigheten, att »disse Mangler ofte først ville blive opdagede, efter at Kommittenten allerede har gjort sin Ret gjældende i Boet», finna vi detta på grund av det i texten sist anförda knappast hava någon betydelse.

missionären förvärvade saken inköpts med sådana av kommittenten förskotterade medel, som kommissionären icke ägt använda för andra ändamål. Även om det också i ett dylikt fall — därest den sak uppdraget avser exempelvis icke kunnat erhållas för det av kommittenten limiterade priset — gäller, att kommissionären icke haft skyldighet att inköpa densamma, så kvarstår dock det faktum, att kommissionären, därest han likväl använder kommittentens pengar för inköpet, därmed blir skyldig att låta inköpet gälla såsom ett inköp för kommittentens räkning. Att denne, för att kunna tillägna sig saken, måste vidkännas hela det av kommissionären betalade priset och att han, om han i stället föredrager det, kan vägra att godtaga inköpet såsom ett behörigt utförande av uppdraget, är självklart men kan ju lika litet som den normalt föreliggande skyldigheten att gottgöra kommissionären hans utlägg för inköp, vilka godtagas, eller rätten att avvisa orderstridiga avtal stå hindrande i vägen för kommittentens äganderättsförvärv.

Föreligger för kommissionären i visst fall icke i själva förvärvsögonblicket någon sådan förpliktelse gent emot kommittenten, varom ovan varit tal, kan kommittenten icke förvärva äganderätt till den inköpta saken, förrän kommissionären genom sina, regelmässigt efter inköpet vidtagna åtgärder åstadkommit en sådan förpliktelse. Detta sker, om icke förr, när han underrättar kommittenten om inköpet.[1] I en dylik underrättelse ligger otvivelaktigt ett uttryck för kommittentens vilja att låta ett visst inköp gälla såsom ett inköp för kommittentens räkning.[2] Förpliktelsen uppkommer i sådant fall i och med att underrättelsens avsändes. Den är visserligen icke ovillkorlig förrän meddelandet om inköpet kommit till kommittentens kännedom utan att en nytt, beriktigande meddelande kommit honom till handa; ty grundsatsen i Avtl § 7 måste anses tillämplig även å ett dylikt meddelande, eftersom det, enligt vad vi ovan utrett,

---

[1] Underrättelsens betydelse i förevarande avseende framhåller ur sin synpunkt även LASSEN, Spec. Del s. 752. Annorlunda åter DEUNTZER s. 260; jmfr emellertid s. 264, samt s. 217, där en åskådning av samma innebörd som LASSENS kommer till synes; likaså EVALDSEN s. 64: »Underretning ... [har kun] Betydning som Bevisdatum.»

[2] Förfelad är därför DEUNTZERS invändning, s. 260, att det icke vore möjligt att inse, »hvorledes en Meddelelse om et Faktum, der ikke stifter Eiendomsret for Kommittenten, kan overføre den til ham».

faktiskt innefattar en viljeförklaring.[1] Att sålunda under någon mellantid kommissionärens bundenhet icke är alldeles ovillkorlig utesluter emellertid icke, att redan då en förpliktelse för kommissionären anses vara för handen.[2] Skulle kommissionären efter meddelandets avsändande men innan kommittenten tagit del av detsamma komma i konkurs, kan kommittenten alltså separera det aviserade godset, så framt han icke i tid erhållit även ett kontra-meddelande.

Bland övriga åtgärder av kommissionären, vilka för honom kunna grunda den i nu förevarande fall för äganderättens övergång erforderliga förpliktelsen gent emot kommittenten, kommer främst kommissionärens bokföring i betraktande.[3] Vad kommissionären antecknar i sina handelsböcker angående sitt mellanhavande med kommittenten kan han icke godtyckligt ändra,[4] och handelsböckerna kunna förty ock av tvistande parter åberopas såsom bevismedel, varvid de, därest båda parterna äro bokföringspliktiga, äga sådant vitsord, som i K. F. ang. handelsböcker och handelsräkningar den 4 maj 1855 närmare angives. En bokföringsåtgärd, varigenom kommissionären debiterat kommittenten priset för vissa varor, kan därför anses binda den förre gent emot den senare på ungefär samma sätt som ett direkt meddelande till honom; det är något, varpå kommittenten kan taga fasta liksom på ett dylikt meddelande.

[1] Den nu berörda konsekvensen av den här förfäktade åskådningen anför EVALDSEN, s. 64, som ett skäl emot densamma, i det han gör gällande, att ett stoppande av meddelandet om inköp för kommittentens räkning visserligen praktiskt kunde beröva kommittenten det nödvändiga beviset men vore utan rättslig betydelse, liksom även att kommissionärens konkursbo icke vore i stånd att genom en samtidigt med meddelandet inträffande telegrafisk återkallelse tillintetgöra effekten av detta. Argumentet har dock knappast någon beviskraft. Att konkursboet icke kan återkalla meddelandet synes visserligen naturligt, men detta beror väl därpå, att konkursboet över huvud icke, om icke återvinningsreglerna äro tillämpliga, förmår att emot konkursgäldenärens önskan omintetgöra verkan av dennes viljeförklaringar; åtminstone enligt svensk rätt anses exempelvis ett anbud hava giltighet oberoende av anbudsgivarens konkurs och icke kunna betagas sin rättsliga verkan, för så vitt icke återvinningstalan enligt konkurslagens regler kan anställas (se ALMÉN, Avtalslagen s. 46 f, 121). En helt annan sak är den möjlighet att återkalla en viljeförklaring, som tillkommer dess avgivare. En sådan möjlighet måste enligt den i Avtl § 7 uttalade grundsatsen vara för handen beträffande varje slags viljeförklaringar. Att den skulle saknas i nu förevarande fall är ett påstående, för vilket EVALDSEN icke anfört någon grund.

[2] Se ALMÉN, Avtalslagen s. 11 not 30.

[3] Att kommittentens bokföring har betydelse ur den i texten angivna synpunkten antager ock t. ex. LENEL s. 71, dock blott under förutsättning av en därigenom försiggående individualisering av godset. — Jmfr ock LASSEN Spec. Del s. 752, DEUNTZER s. 217 o. 260 f, STAUB § 383 Anm. 35.

[4] Se Bokföringslag den 31 maj 1929 § 5 st. 2.

Efter nu angivna synpunkter har man att avgöra, huruvida även andra åtgärder än de hittills nämnda kunna för kommissionären medföra en sådan förpliktelse med avseende å visst bestämt gods, att detsamma måste betraktas såsom inköpt för kommittentens räkning och på den grund tillfalla honom med äganderätt. Erinras må ytterligare allenast att, såsom vi redan ovan framhållit, sådana åtgärder, vilka på intet sätt rikta sig utåt, gent emot kommittenten, icke binda kommissionären.

Att han exempelvis på några i hans besittning befintliga värdepapper antecknat, att de tillhöra en viss person bland hans kommittenter, kan lika litet som eljest i allmänhet en »ensam» viljeförklaring[1] binda honom gent emot kommittenten och överföra äganderätten till värdepapperen å denne; det står i kommissionärens makt att när han vill utplåna anteckningen, intet styrker, att densamma är ett uttryck för ett slutgiltigt beslut, och icke heller blir kommittenten, när äganderätten förvägras honom, gäckad i någon berättigad förväntan. Icke heller bindes kommissionären genom att för tredje man tillkännagiva, att inköpet från honom sker för en viss kommittents räkning;[2] också ett dylikt tillkännagivande innefattar blott ett omtalande av kommissionärens, tredje man alldeles ovidkommande inre vilja.[3]

En förutsättning för att en kommittent i den ordning ovan angivits skall förvärva äganderätten till visst gods är naturligen till sist, att godset ifråga finnes så i n d i v i d u a l i s e r a t, att kommissionärens förpliktelse verkligen har avseende å ett visst species. Vad därtill kräves kan emellertid synas något tveksamt. Särskilt är så fallet, när det är fråga om ett inköp av generiskt bestämt gods eller värdepapper. A priori synes man kunna utgå från att äganderätten till visst gods[4] icke kan övergå till kommittenten utan att ett bestämt parti finnes för hans räkning avskilt. Den frågan kan emellertid till en början göras, huruvida ens detta är tillräckligt. Så vitt angår sådana fall, då kommissio-

[1] Se angående »ensamma viljeförklaringar» i allmänhet Ussing, Aftaler s. 45 samt Vinding Kruse s. 1308 f, Ross s. 294 ff, Karlgren, o. a. a. s. 51—119; se ock ovan s. 150 not 2.

[2] Till motsatt resultat kommer Deuntzer s. 216, som i ett dylikt meddelande finner ett avgörande bevisdatum. På denna punkt fr. a. framträder skillnaden mellan den uppfattning vi hävda och den, som utvecklats av Deuntzer och Lassen.

[3] Se angående viljeförklaringar i allmänhet Almén, Avtalslagen s. 205 f.

[4] För bekvämlighetens skull tala vi i det följande i allmänhet blott om »gods»; vad därom säges gäller emellertid regelmässigt även om värdepapper.

nären utfört sitt uppdrag genom självinträde, synes det nödvändigt att besvara denna fråga nekande. Ställer kommissionären sig själv såsom säljare, måste otvivelaktigt samma regler i detta hänseende gälla som beträffande leveransavtal i allmänhet: genom säljarens »ensamma» avskiljande av ett visst parti blir hans leveransskyldighet icke koncentrerad till detta, och någon äganderätt till detta parti kan köparen redan därför icke förvärva.[1] Först när avskiljandet skett under medverkan av köparen blir säljarens leveransplikt bunden vid det avskilda partiet.[2] Vad åter angår de fall, vilka här närmast intressera oss, då kommissionären för att utföra sitt uppdrag verkligen företager ett inköp från tredje man,[3] torde samma stränga krav icke kunna uppställas. Det torde vara tillräckligt, att ett sådant parti av visst gods, varom fråga är, faktiskt finnes i kommissionärens besittning avskilt för kommittentens räkning. Har exempelvis kommittenten fått underrättelse om att kommissionären utfört ett uppdrag att inköpa ett antal aktier av visst slag och finnes vid kommissionärens därefter inträffande konkurs i hans besittning en post aktier av ifrågavarande slag, till antalet motsvarande dem kommissionären enligt sitt meddelande inköpt och förvärvade icke alltför lång tid dessförinnan, torde kommittenten böra anses ha förvärvat äganderätt till dessa aktier, oberoende av att de sär-

[1] Annorlunda DEUNTZER, s. 250 f och 264, som anser avskiljande genom kommissionärens försorg tillräckligt, i det kommissionären därmed »har givet Tingene Karakter som et Udbytte af det ved hans Selvindtrædelse udførte Mandat»; jmfr beträffande köp i allmänhet även VINDING KRUSE s. 1308 f.

[2] Se NJA 1914 s. 209 samt UNDÉN s. 198 ff. Därmed att leveransplikten efter dylikt avskiljande kommer att gälla visst species är emellertid dock icke sagt, att äganderätten verkligen övergår; anses lösöreskköpsförordningen tillämplig även å omsättningsköp fordras därutöver antingen iakttagande av dess föreskrifter eller tradition, och till att förskaffa köparen besittningen anses en dylik åtgärd icke förslå, se NJA 1924 s. 543 och 1925 s. 453 samt UNDÉN a. st. — Angående förutsättningarna för en i förhållande till köparen bindande individualisering se ytterligare ROSS s. 294 ff.

[3] Även i dylikt fall skulle enligt GRÜNHUT, s. 434, därest kommittenten icke förvärvade direkt från tredje man, föreligga ett fall av självinträde. Om detta vore riktigt, skulle den ojämförligt största delen av alla kommissionsuppdrag utföras genom självinträde. Ett dylikt antagande strider ju fullständigt mot lagens eget innehåll, enligt vilket självinträde allenast kan förekomma i bestämda undantagsfall (se Kmsl § 40). I verkligheten består ju också med avseende på det faktiska läget i ena och andra fallet den bestämda skillnaden, att en kommissionär, som utför sitt uppdrag genom avtal med tredje man, även om han själv närmast förvärvar äganderätten, icke levererar det inköpta godset ur sitt lager utan tillför kommittenten äganderätten till gods, som tvärtom finnes avskilt från kommittentens lager och som på den grund kan identifieras såsom det gods kommissionären, t. ex. i meddelandet om uppdragets utförande, angivit såsom förvärvat för kommittentens räkning. — Emot GRÜNHUT och LANGEN s. 36 f.

skilda aktiernas nummer eller annan individualiserande beteckning icke meddelats kommittenten samtidigt med underrättelsen om inköpet.[1]

Detta kan icke anses strida mot den nyssnämnda beträffande leveransavtal gällande principen. En säljare, som slutit ett leveransavtal, har, så länge han icke tillsammans med köparen enat sig om att ett visst parti skall levereras, frihet att fullgöra leveransen med det gods han själv bestämmer. En kommissionär åter, som företagit ett visst inköp, vilket han bestämt till fullgörande av sitt uppdrag, är enligt Kmsl § 10 förpliktad att förskaffa kommittenten just det genom detta inköp förvärvade objektet och måste för detta ändamål hålla det avskilt från sin egen förmögenhet. I sistnämnda fall är alltså i och med själva inköpet, sedan detta genom någon av ovan angivna omständigheter kvalificerats såsom ett inköp för kommittentens räkning, föremålet för kommissionärens förpliktelse gent emot kommittenten fixerat. På grund härav bör det vara tillräckligt att detta föremål, när kommittenten gör sin rätt gällande, kan identifieras.

Icke heller i detta senare hänseende torde emellertid alltför stränga krav böra ställas. Vad det gäller att styrka är, att ett av kommissionären inköpt och i hans besittning befintligt visst parti av sådant gods, som kommittentens uppdrag avsett, utgör det parti kommissionären i sitt meddelande till kommittenten åsyftat. Någon fullkomlig visshet härom kan naturligen icke ernås, därest icke kommissionären i sagda meddelande lämnat tillräckliga uppgifter för det aviserade köpeobjektets identifiering. En sådan visshet är emellertid näppeligen erforderlig. Tillräckligt måste vara, att det objekt, varom fråga är, visas hava av kommissionären förvärvats genom ett inköp så kort tid före meddelandet till kommittenten, att kommissionärens däri aviserade utförande av sitt uppdrag i förhållande till sagda inköp framstår som ett behörigt fullgörande av uppdraget.[2] Särskilt måste en dylik bevisning anses tillfyllest, därest den styrkes av kommissionärens egen uppgift, att objektet ifråga är det han i sitt meddelande avsett, detta så mycket hellre som kommissionären, såsom nyss nämndes, är förpliktad att förskaffa kommittenten just det för

[1] Annorlunda Lenel s. 71.
[2] Jmfr Deuntzer s. 217.

hans räkning inköpta objektet och dettas utpekande således allenast innefattar ett n ö d v ä n d i g t moment vid fullgörandet av ifrågavarande rättsplikt.[1]

Det sagda utgår från förutsättningen, att i kommissionärens besittning finnes ett av honom förvärvat objekt, vilket till art och omfattning h e l t m o t s v a r a r kommittentens uppdrag. — Annorlunda torde emellertid förhållandet i motsatt fall icke heller böra bedömas, därest dock hos kommissionären finnes ett av honom under nyss angivna omständigheter förvärvat objekt, vilket motsvarar två eller flera kommittenters såsom fullgjorda aviserade uppdrag. Också i dylikt fall föreligger tillräcklig sannolikhet för att vad kommissionären sålunda inköpt är det gods han vid dessa kommittenters aviserande har avsett. Dessa böra därför erhålla äganderätt, närmare bestämt samäganderätt till ifrågavarande gods.[2] — Tveksammare kunde möjligen avgörandet synas, därest det inköp, varigenom godset ifråga förvärvats, delvis varit avsett för kommissionärens räkning. Icke heller i dylikt fall föreligger emellertid, närmare besett, så länge allt vad kommissionären genom sagda inköp förvärvat hålles avskilt från hans övriga förmögenhet, några andra svårigheter med avseende å identifieringen av objektet för kommittentens äganderätt, än de vi redan uppmärksammat; att sagda objekt, vilket också i dylikt fall identifieras genom sin proveniens, förefinnes sammanblandat med viss del av kommissionärens egen förmögenhet, föranleder allenast, att kommittenten i detta fall erhåller samäganderätt jämte kommissionären i det genom dennes ifrågavarande inköp förvärvade godset.[3]

Annorlunda måste däremot det fall bedömas, då sagda gods

---

[1] Jmfr Deuntzer s. 216.

[2] Så ock Staub § 383 Anm. 33 b. Annorlunda Grünhut s. 437 not 15 med den motivering, att ett dylikt resultat strede mot kommittentens vilja (jmfr en liknande invändning i annat sammanhang hos Deuntzer s. 263 f). Argumentet är dock knappast bevisande. Otvivelaktigt måste nämligen kommittentens vilja med avseende på kommissionärens förvärv så tolkas, att han vill ett resultat, samäganderättsförvärvet, som är nödvändigt för uppnåendet av slutresultatet, äganderättsförvärvet, vilket ju f. ö. i dylika fall helt enkelt åstadkommes genom en delning av godset. Till sist, även om man skulle varit tvungen att utgå från ett motsatt antagande, icke vore väl detta något hinder för uppkomsten av ett samäganderättsförhållande; att ett dylikt förhållande kan uppkomma även emot delägarnas vilja, exempelvis genom sammanblandning av två ägares tillhörigheter av visst slag när ingenderas framstår som huvudobjekt, torde allmänt erkännas.

[3] Så ock från sin utgångspunkt Petri s. 389. Samma resultat antager likaså Chydenius s. 318. — Annorlunda von Tuhr i Ih. Jahrb. Bd 48 s. 48 f.

efter inköpet sammanblandats med kommissionärens övriga förmögenhet. Det kunde visserligen synas, som om kommittenten också i dylikt fall, liksom det stundom anses kunna bliva händelsen, då en försäljningskommissionär sammanblandar kommittentens gods med sitt eget[1], borde kunna erhålla samäganderätt jämte kommissionären till det sammanblandade godset.[2] En dylik åsikt måste emellertid förutsätta, att den förmögenhetsmassa, vari godset efter sammanblandningen ingår, sedermera icke förändrats, utan då samäganderättsanspråket göres gällande är identisk med den vid tidpunkten för sammanblandningen förhandenvarande. Att denna förutsättning i verkligheten endast ytterst sällan skall kunna visas vara för handen är uppenbart. Regelmässigt måste därför antagas, att kommittenten — och det gäller enligt vår åsikt således även vid försäljningskommissionärens sammanblandning av kommissionsgodset med den egna förmögenheten[3] — förlorar möjligheten att göra något äganderättsanspråk gällande. Häruti framför allt visar sig betydelsen av det ovan såsom en förutsättning för kommittentens äganderättsförvärv angivna kravet på kommissionsgodsets individualisering.

B. Härmed ha vi slutfört vår tolkning av stadgandet i Kmsl § 53 st. 2. Måhända vill någon gent emot en sådan uppfattning, som vi därvid utvecklat, till sist invända, att densamma vore konstlad och ett utslag av en ovetenskaplig, doktrinaristisk konstruktionsjurisprudens;[4] och kanske vill man stödja en dylik invändning genom att framhålla, att det vore egendomligt och rent av självmotsägande att antaga, att äganderätten passerar genom kommissionärens rättssfär, samtidigt som man åtminstone för vissa fall antager, att den i samma ögonblick, vari den över huvud kunde tillkomma kommissionären, tillfaller kommittenten.

En dylik invändning kan dock icke erkännas vara berättigad. Att äganderätten säges »passera genom kommissionärens rättssfär» eller att en rättighet över huvud säges »uppkomma för kommissionären», »uppstå i hans person» o. s. v. utgör ju icke uttryck för ett i verkligheten timande skeende utan allenast en kort, sammanfattande beskrivning av vissa rättsregler, vilka äro tillämpliga å vanliga, d. v. s. för egen räkning företagna förvärv i

[1] Se d. mot. s. 82; Deuntzer s. 267. Evaldsen s. 35.
[2] Jmfr d. mot. s. a. st.
[3] Så ock sv. mot. s. 159.
[4] Dylika invändningar hava framställts t. ex. av Evaldsen s. 54.

eget namn och vilka förmenas även beträffande förvärv i eget namn för annans räkning vara tillämpliga i princip, alltså i den mån icke de vid sagda förvärv föreliggande speciella omständigheterna göra detta uteslutet.

Till stor del måste nu visserligen dessa rättsregler i sistnämnda fall faktiskt av nyss antydda skäl komma att sakna praktisk tillämpning. Framför allt blir ju så händelsen med avseende å det viktigaste av de här mötande spörsmålen, frågan huruvida äganderätten kan tagas i anspråk av kommissionärens borgenärer, i vilket hänseende lagens regel, att äganderätten omedelbart övergår till kommittenten, har sin största betydelse och innebär, att kommittenten kan freda för hans räkning inköpt gods mot utmätning för kommissionärens gäld och separera det i hans konkurs. Icke ens i detta hänseende blir dock i själva verket den här hävdade principiella regeln utan praktisk betydelse, ty såsom den föregående framställningen givit vid handen är det icke möjligt att bortse från att trots sagda regel i Kmsl äganderätten till inköpt gods faktiskt ofta nog icke kan övergå till kommittenten förrän i en tidpunkt, som ligger mer eller mindre lång tid efter avtalet med tredje man och även efter den tidpunkt, då dennes äganderätt upphört; först i en dylik senare tidpunkt kommer nämligen i kanske flertalet fall att föreligga den för äganderättens övergång till kommittenten erforderliga vissheten om att godset ifråga av kommissionären verkligen inköpts för kommittenten; eller rättare: först då komma d e o m s t ä n d i g h e t e r, s o m t i l l s a m m a n s b e t i n g a kommittentens rättighetsförvärv, att s a m t l i g a föreligga. Uteslutet är således icke att man trots regeln i Kmsl § 53 st. 2 och trots att omständigheterna giva vid handen, att kommissionären ursprungligen avsett visst gods till fullgörande av visst inköpsuppdrag, måste giva hans borgenärer företräde till detta gods framför kommittenten. Skälet härför är då detta, att det vid den kritiska tidpunkten ännu icke på ett för kommissionären förbindande sätt definitivt fastslagits, att godset verkligen förvärvats för kommittentens räkning.

Visar sig sålunda den här hävdade principiella regeln, trots ordalagen i Kmsl § 53 st. 2, av betydelse till och med beträffande själva det kardinalspörsmål, på vilket en rättssats om äganderättens övergång huvudsakligen måste taga sikte, kan man med

skäl förvänta, att den skall visa sig betydelsefull även i andra hänseenden. Huru obenägen man än, och med rätta, må vara att härleda rättssatser beträffande två avtalsparters inbördes ställning ur ett avgörande vem äganderätten till det i avtalet avsedda objektet i visst ögonblick tillkommer[1], kan man dock svårligen komma ifrån att ett sådant avgörande, såsom en slutsats angående en omstridd rättighets proveniens, d. v. s. om att, två parter emellan, den ekonomiska makten över en sak överförts av den ena till den andra, i flera tillfällen måste träffas och bliva bestämmande för parternas rättsställning, i första hand i deras förhållande till varandra men i viss mån även i deras förhållande till tredje man. Att detta är fallet även beträffande de rättsförhållanden, vartill ett av en kommissionär ingånget avtal giver upphov, skall framgå av det följande.

Ett sådant fall, i vilket den här hävdade uppfattningen visar sin betydelse, föreligger, då kommittenten enligt Kmsl § 15 avvisar det av kommissionären slutna avtalet. Ett annat dylikt fall föreligger, då kommissionären enligt Kmsl § 37 utövar sin stoppningsrätt. Ytterligare kan här påpekas, att den omständigheten, att kommissionären och icke tredje man framstår som kommittentens fångesman, på ett väsentligt sätt, som nedan skall närmare utredas, berör förutsättningarna för erkännandet av ett kommittentens godtrosfång.

Slutligen är ock att erinra om de slutsatser, vilka man, såsom ovan[2] antytts, från den i enlighet med vår tolkning av Kmsl § 53 st. 2 fixerade utgångspunkten kan draga med avseende å frågan om traditionsprincipens giltighet över huvud i svensk rätt.

I. Vi skola till en början taga i betraktande det fall, då kommittenten enligt Kmsl § 15 avvisar avtalet, enär kommissionären vid dess ingående eller sedermera visat försumlighet vid fullgörandet av sitt uppdrag och därigenom väsentligt eftersatt kommittentens intresse eller handlat oredligt mot honom. Att ett av kommissionären ingånget avtal sålunda avvisas innebär enligt motiven till stadgandet, att kommittenten gör gällande, att detsamma »icke är att anse såsom ingånget i kraft av uppdraget och att kommittenten förty icke vill hava något med detta avtal att skaffa».[3] Då

[1] Därom se t. ex. ALMÉN I § 33 not 32 och § 39 not 21.
[2] s. 131.
[3] Sv. mot. s. 83.

kommissionären icke allenast på den grund, att kommittenten avvisar avtalet, kan undandraga sig sin däri åtagna förpliktelse i förhållande till tredje man, så blir »följden av att avtalet avvisas, att rättsverkningarna av detsamma drabba kommissionären på samma sätt, som om han hade ingått det för egen räkning».[1] Att »rättsverkningarna drabba» kommissionären måste ju emellertid innebära icke blott att kommissionären blir skyldig fullgöra avtalet i förhållande till tredje man utan även att han själv uppnår den av tredje man presterade valutan, äganderätten till köpegodset.[2] Detta åter synes icke kunna på rimligt sätt förklaras utan att man antager, att äganderätten, därest den enligt 53 § 2 st. omedelbart övergått till kommittenten, återfaller till kommissionären och i motsatt fall förbliver hos honom, i det, genom kommittentens avvisande av avtalet, förutsättningen för den av lagen stipulerade äganderättstransporten visar sig hava brustit och kommissionären således i förhållande till kommittenten kommit i samma läge, som om någon skyldighet för kommissionären att till kommittenten överföra resultatet av det för hans räkning ingångna köpeavtalet i det särskilda fallet icke förelegat. Man måste med andra ord antaga, att kommissionären genom avtalet med tredje man, oaktat detta varit ett avtal »för kommittentens räkning» (§ 53 st. 2), förvärvar äganderätten till köpeobjektet (närmast) för sig själv; ty kommittentens vägran att hava något att skaffa med det av kommissionären ingångna avtalet kan icke giva kommissionären en annan rätt på grund av detta avtal, än den avtalet redan i och för sig ger honom. I motiven till förevarande stadgande synes visserligen en annan, dock något oklar uppfattning framskymta, då avtalets avvisande säges innebära, att det »icke är att anse såsom ingånget i kraft av uppdraget». För så vitt man därmed har velat utsäga, att kommissionärens rättsställning efter avvisandet funne sin förklaring i att avtalet över huvud icke hade någon förbindelse med kommissionsuppdraget, icke vore något »kommissionärsavtal», måste emellertid uttalandet anses strida mot de faktiskt föreliggande förhållandena. Utgångspunkten är ju, att kommissionären avsett det av honom ingångna avtalet såsom ett fullgörande av vad honom enligt kommissionsuppdraget ålegat och att detta

[1] Sv. mot. s. a. st.

[2] Angående en motsatt uppfattning beträffande tysk rätt se STAUB § 397 Anm. 11, samt nedan s. 187 not 1.

fullgörande, om det icke avvisats av kommittenten, också kommit att medföra sedvanliga rättsverkningar. Att helt bortse härifrån vore lika orimligt som att beträffande ett hävande av ett köpeavtal på grund av väsentligt kontraktsbrott söka rättsgrunden för hävandet i att den icke kontraktsgilla varan icke vore levererad »i kraft av» köpeavtalet. Huruvida det av kommissionären ingångna avtalet med tredje man är ingånget »i kraft av» uppdraget eller icke är en av kommissionärens faktiska handlande beroende fråga, som icke kan influeras av kommittentens ställningstagande till detta handlande; kommittenten kan allenast — om med fog eller icke, det får eventuellt avgöras genom rättegång — göra gällande, att han icke vill godtaga avtalet ifråga såsom ett b e h ö r i g t fullgörande av kommissionärens i uppdraget grundade förpliktelse.[1]

II. Av det nu sagda har framgått, att den här utvecklade uppfattningen av Kmsl § 53 st. 2, och endast denna uppfattning, skänker en tillfredsställande förklaring av ett avvisandes effekt med avseende å äganderättsförhållandena kommittenten och kommissionären emellan.

Att en riktig uppfattning av det diskuterade principiella spörsmålet verkligen har största praktiska betydelse visar sig emellertid kanske främst i det fall, då kommittenten gör sig skyldig till dröjsmål med fullgörandet av honom gent emot kommissionären åliggande skyldigheter, något som ju kan inträffa i bl. a. även den vid ett avvisande uppkommande situationen, därest nämligen avvisandet i själva verket är obefogat.

Därom gäller för det första att kommissionären (enligt Kmsl § 36

[1] Måhända vill någon invända, att det vore en konstlad konstruktion att tala om att äganderätten först »övergår» till kommittenten för att vid hans avvisande »återgå» till kommissionären. Naturligare kunde synas att uppfatta regeln i Kmsl § 53 st. 2 så, att äganderätten till det av kommissionären för kommittentens räkning inköpta godset omedelbart övergår till den senare, d ä r e s t denne alls vill mottaga godset såsom behörig prestation av kommissionären. — Emot en sådan invändning må till en början åberopas vad redan i det föregående (s. 178 f) yttrats till motivering av själva det sätt att ställa frågorna, som här adopterats. I övrigt är att framhålla, att ifrågavarande invändning, även om den däri antydda uppfattningen av Kmsl § 53 st. 2 godtages, icke drabbar det här förda resonemanget; ty vad vi sagt är detta, att äganderätten, n ä r den över huvud övergår till kommittenten, övergår från k o m m i s s i o n ä r e n, och vad vi velat framhålla är således, att rättsverkningarna av två parters, kommissionärens och tredje mans, avtal med varandra icke kunna för den ena partens, kommissionärens, del vara beroende av en utanför avtalet stående persons, kommittentens, bedömande av huru sagda avtalspart fullgjort en honom gent emot den utomstående, kommittenten, åliggande uppdragsförpliktelse.

jmfd m. § 31) för de fordringsanspråk han på grund av uppdragets utförande kan göra gällande mot kommittenten har panträtt i kommissionsgodset, så länge han är i besittning av godset eller av konnossement eller sådan fraktsedel därå, att avsändaren icke utan företeende av densamma äger förfoga över godset. Men dessutom har kommissionären i dylika fall, även om han saknar besittning av nu angivet slag, möjlighet att, när dröjsmålet beror på kommittentens insolvens, söka sin säkerhet i godset, i det han enligt Kmsl § 37 har en stoppningsrätt, likartad med den som enligt köplagen §§ 39 och 41 tillkommer en säljare, när köparen kommit i konkurs eller eljest befunnits vara insolvent. Han är således i där angivna fall befogad att hindra godsets utgivande till kommittenten, när denne efter avtalets ingående blivit insolvent, resp. att återtaga detsamma från hans konkursbo, när boet mottagit godset efter det kommittenten kommit i konkurstillstånd. Beträffande denna stoppningsrätt, vilken liksom den legala panträtten tillkommer icke allenast en inköpskommissionär utan, enligt § 37 st. 2, jämväl en försäljningskommissionär, gäller att kommissionären, när han gjort bruk av sin ifrågavarande rätt, äger göra sin panträtt i godset gällande på det sätt, som enligt §§ 33 och 34 är stadgat beträffande realisationen av dylik panträtt. Detta skall enligt motiven till § 37[1] innebära, att stoppningsrättens utövande icke giver kommissionären någon annan befogenhet än att »låta till fordringens gäldande sälja godset» å offentlig auktion. Det heter i motiven: »Har inköpskommissionären gjort bruk av sin stoppningsrätt, äger han i olikhet mot en säljare icke behålla godset för egen räkning utan måste realisera det i den ordning 34 § föreskriver och är, om godset vid försäljningen skulle betinga ett pris, som överskjuter hans fordran, pliktig att till kommittenten redovisa överskottet. En erinran härom har, till undvikande av missförstånd, införts i sista punkten av paragrafens första stycke. Någon anledning att i detta avseende tillämpa olika rättsregler, när godset blivit försänt men av kommissionären stoppats på vägen och när han aldrig lämnat det ifrån sig, finnes säkerligen icke». Beträffande åter skälen för den ståndpunkt i sist antydda hänseende, vilken kommittén intog vid uppställandet av regeln i 36 § angående inköpskommissionärens

[1] S. 126. — Motsvarande yttranden förekomma såväl i de danska motiven till § 37, s. 67, som i de norska, s. 48.

legala panträtt, uttalas i motiven[1] följande: »Även i fråga om sättet för panträttens realisation gälla för inköpskommission samma regler som för försäljningskommission. Det är således icke inköpskommissionären tillåtet att behålla godset för egen räkning, om kommittenten icke betalar köpeskillingen eller vad kommissionären eljest har att fordra, utan kommissionären måste sälja godset å offentlig auktion och, om det därvid betingar ett pris, som överstiger hans fordran, redovisa överskottet till kommittenten. Det skulle enligt kommitténs tanke vara en oberättigad analogi från köplagens bestämmelser angående säljarens rätt att häva ett köpeavtal på grund av köparens underlåtenhet att erlägga köpeskillingen, om man läte kommittentens motsvarande underlåtenhet medföra den påföljden, att kommissionären finge häva kommissionsavtalet och för egen räkning övertaga den affär han avslutat för kommittenten. Även om kommissionären på grund av sin underlåtenhet att uppgiva säljarens namn eller av annan anledning är i förhållande till kommittenten ansvarig för det ingångna avtalets fullgörande, synes därur icke kunna härledas något anspråk att mot denne få göra gällande en säljares rättigheter.»

Enligt vår tanke beror den i dessa uttalanden förfäktade begränsningen av inköpskommissionärens rättigheter på ett misskännande av hans ställning, närmare bestämt hans genom det i eget namn slutna köpeavtalet med tredje man förvärvade ställning av ägare till det köpta godset.

Därmed skall naturligen icke antydas att, såsom stundom göres gällande,[2] det skulle bestå något samband mellan frågan om rätten att hindra utgivandet av försålt gods till köparen och frågan huruvida äganderätten till godset i visst ögonblick *övergått* till köparen eller icke. Det ena är en fråga om betydelsen av avtalets synallagmatiska natur, och den blir av betydelse, när köparen på grund av insolvens icke förmår fullgöra sin motprestation, det andra är en fråga om innebörden av, närmare bestämt styrkan hos en förvärvad rättighet, och den blir av betydelse, därest säljaren icke fullgjort sin prestation, när hans borgenärer, regelmässigt naturligen på grund av hans insolvens, vilja taga köpe-

[1] S. 124. — Något häremot svarande uttalande finnes icke vare sig i de danska eller i de norska motiven.

[2] Härom se ALMÉN I s. 595 och därstädes citerade förf.

objekt i anspråk. Intet hindrar att rättsordningen under i övrigt lika förhållanden bereder ifrågavarande rättsskydd än åt den ena parten, än åt den andra, allteftersom behov därav yppar sig på ena eller andra sidan. Ingalunda är det sålunda någon förutsättning för stoppningsrätts utövande mot en part, att äganderätten till det stoppade godset icke, i nyss antydda bemärkelse, övergått till honom.[1]

Icke heller består emellertid något samband mellan stoppningsrätten och äganderätten på det sätt, att stoppningsrätt icke skulle kunna tillkomma någon annan än den som äger (åtminstone villkorlig) äganderätt. Fullt rationellt är det tvärtom otvivelaktigt att, om så i övrigt anses motiverat, giva stoppningsrätt även åt en panthavare, även om han aldrig haft någon annan relation till saken än just panthavarens. Då lagen i den för nordisk rätt säregna regeln i Kmsl § 37 st. 2 giver även försäljningskommissionären stoppningsrätt, finnes därför ur nu ifrågavarande synpunkt intet att anmärka däremot.[2] I detta fall kan man emellertid med skäl tala om den singulära karaktären hos stoppningsrätten. En helt annan, mera självfallen natur har den stoppningsrätt, som en överlåtare av äganderätt utövar. Att en säljare kan förhindra utgivandet av en försåld vara till en köpare, som visat sig insolvent, är, såsom ALMÉN[3] med särskild energi framhållit, allenast ett »uttryck för allmänna rättsgrundsatser rörande följderna av köparens mora solvendi»; vad regeln om stoppningsrätt avser är ett fall av anteciperad mora solvendi. Säkerligen är det också riktigt att med ALMÉN antaga, att säljaren har denna befogenhet, även om äganderätten antages hava ovillkorligt övergått till köparen, därest[4] nämligen man därmed menar, att köparen utan att erlägga köpeskillingen skall kunna förvärva oantastbar äganderätt till köpeobjektet. Icke desto mindre måste man fasthålla, att stoppningsrätten i de regelmässiga fall, varom nu är tal, under alla förhållanden har ett s a m b a n d med den stoppandes äganderätt: det är denna rätt den skall bevara; äganderättstransporten till köparen har, trots att den till det yttre framstått såsom ovill-

[1] Vi ansluta oss här till den uppfattning ALMÉN hävdat, I s. 595; jmfr därstädes not 21 ff citerade författare.

[2] En annan sak är att regeln lär vara skäligen betydelselös.

[3] I s. 590 f.

[4] Denna reservation gör ALMÉN visserligen icke uttryckligen men den torde väl det oaktat motsvara hans uppfattning av stoppningsrättens innebörd; jmfr nästa not.

korlig, icke överfört någon alldeles absolut rätt, ty den har till sist varit beroende också av den för båda parterna självklara och därför icke uttalade förutsättningen, att icke köparens betalningslöfte visar sig vara mer eller mindre värdelöst redan innan köparen fått köpeobjektet i sin rådighet.[1]

Betraktar man stoppningsrätten på detta sätt, framstår densamma tydligen såsom en naturlig konsekvens av köpeavtalets synallagmatiska karaktär. De befogenheter den innesluter synas då icke vara några andra än de som böra tillkomma varje part i ett ömsesidigt rättsförhållande, när motparten befinnes icke kunna eller vilja fullgöra sin motprestation, nämligen, bortsett från skadeståndsrätten, en rätt att undanhålla den egna prestationen till dess att motprestationen eller säkerhet för dess erläggande erhålles samt en rätt att, om motpartens kontraktsbrott är väsentligt, häva avtalet.[2]

Är detta riktigt synas emellertid i ett kommissionsförhållande vid kommittentens mora solvendi samma befogenheter böra tillerkännas kommissionären. Försummar kommittenten sin skyldighet att gottgöra kommissionären köpeskillingen för det gods denne inköpt för kommittentens räkning eller provision etc., bör kommissionären med åberopande av att han är den, som genom avtalet med tredje man förvärvat äganderätten till godset, kunna göra gällande icke allenast en panträtt till säkerhet för fordringsanspråken mot kommittenten utan en rätt att helt förvägra kommittenten den rätt till godset denne enligt kommissionsavtalet eljest hade anspråk på. Också här föreligger en fråga om prestation och motprestation. Man har enligt vår mening att utgå från att kommissionären genom att köpa i eget namn och betala eller ådraga sig betalningsansvar för köpeskillingen bör, i enlighet med vad hans rättshandling i och för sig ger vid handen, förvärva en ägares ställning och kunna, i enlighet med kommissionsavtalets

[1] Jmfr ALMÉN I s. 591; ALMÉN betonar visserligen icke uttryckligen sambandet med säljarens äganderätt men måste väl ändock anses göra detta medelbart genom att hänvisa till parternas förutsättningar med avseende å »avhängighetsförhållandet mellan säljarens och köparens åligganden». Tvivelaktigt är dock måhända även huruvida ALMÉN avsett att hänvisa till parternas förutsättningar; jmfr a. st. not 2, där det säges, att säljarens stoppningsrätt »ofta anses ... vara en tillämpning av allmänna rättsgrundsatser rörande verkan därav, att någon förutsättning, under vilken en förpliktande viljeförklaring avgivits, brister, eller såsom en gengångare av den gamla läran om »clausula rebus sic stantibus». — Jmfr ytterligare bl. a. de av ALMÉN s. a. st. uppräknade förf.

[2] Av samma uppfattning DEUNTZER s. 235 f.

synallagmatiska karaktär, behålla denna ställning i den mån icke de i kommissionsavtalet reglerade förutsättningarna för den sålunda förvärvade äganderättens övergång å kommittenten slå till, detta alldeles bortsett från att lagen genom att stadga om äganderättens övergång velat skydda kommittenten i kommissionärens konkurs.

Det sagda utgår således från två förutsättningar: d e l s att det icke är a priori uteslutet, att kommissionärens avtal med tredje man grundar ett äganderättsförvärv för kommissionären, d e l s att kommissionsavtalet verkligen utgör ett synallagmatiskt avtal och att avhängighetsförhållandet mellan de å ömse sidor utfästa prestationerna omfattar icke allenast å ena sidan provisionen, å andra sidan avslutandet av avtalet med tredje man utan därutöver å kommittentens sida erläggandet av köpeskillingen och ersättning i övrigt för kommissionärens utgifter för uppdragets utförande, å kommissionärens sida utgivandet av det inköpta godset till kommittenten. Huvudvikten ligger på den senare förutsättningen. Kan den anses vara för handen, så är i själva verket samtidigt även frågan om förhandenvaron av förstnämnda förutsättning bejakad. Ty består ett avhängighetsförhållande av antytt slag redan på grund av innehållet av parternas avtal, så kan detta näppeligen förklaras utan att man antager, att kommissionären genom sitt köp av godset får samma makt över detta, som eljest tillkommer en köpare, d. v. s. en ägare.

Att kommissionsavtalet kunde grunda ett ömsesidighetsförhållande av den innebörd, som här antagits, har man icke sällan bestridit. Sålunda förnekas stundom redan, att kommittentens löfte att betala provision står i synallagmatiskt förhållande till någon annan del av kommissionärens åtagna förpliktelser än skyldigheten att för kommittentens räkning avsluta köpeavtalet med tredje man; förpliktelsen att utgiva det inköpta objektet skulle således icke vara beroende av kommittentens fullgörande av sin förpliktelse att betala provisionen.[1] Och i överensstäm-

[1] Så t. ex. STAUB, § 397 Anm. 11; annorlunda SCHMIDT-RIMPLER s. 847, 855. — STAUB motiverar sin sats därmed, att inköpskommissionären efter inköpet för kommittentens räkning vore allenast »Verwahrer» och såsom sådan förpliktad att förbliva »erfüllungsbereit». Om denna STAUBS motivering se vidare nedan i texten. För att exemplifiera sin sats anför STAUB följande: »Ein Beispiel bietet der Fall, wenn das auf Gefahr und für Rechnung des Kommittenten zum *Verkaufskommissionär* (kurs. här) reisende Kommissionsgut unterwegs verlohrengeht und dem Verkaufskommissionär deshalb ein Schadloshaltungsanspruch gegen den

melse härmed förnekas ytterligare att något synallagmatiskt förhållande kunde bestå mellan kommittentens förpliktelse att gälda köpeskillingen å ena sidan, och å den andra kommissionärens förpliktelse att utgiva det inköpta godset.[1]

För denna negativa ståndpunkt har någon utförligare motivering dock icke givits. Man har åberopat, att kommissionären efter inköpet i förhållande till kommittenten intoge ställningen av allenast »Verwahrer»,[2] och man har vidare hänvisat till att kommissionären i förhållande till kommittenten intoge en förtroende-

---

Frachtführer erwächst; er kann die Abtretung dieses Anspruchs nicht deshalb zurückhalten, weil der Kommittent mit Zahlung der Provision oder der Erstattung von Auslagen im Rückstande sich befindet». Detta exempel synes dock föga bevisande. Även antaget att det däri träffade avgörandet är i och för sig riktigt — motsatt uppfattning har dock gjorts gällande av en annan förf., KLAUSING, citerad av STAUB § 399 Anm. 3 — så måste mot exemplet erinras, att det däri hävdade avgörandet har sin förklaring i att försäljningskommissionären i detta fall icke har ens skymten av äganderätt eller ens någon panträtt till det ifrågavarande godset eller det därtill svarande skadeståndsanspråket och på den grund icke kan i detta fall göra gällande existensen av något synallagmatiskt förhållande eller över huvud något förhållande med avseende å ifrågavarande fordringsanspråk, som kunde berättiga honom att undanhålla kommittenten hans rätt. Redan frågan om innebörden av antagandet, att ifrågavarande skadeståndsanspråk »dem Verkaufskommissionär — — — erwächst», hör ju för övrigt till de vanskligaste inom hithörande del av rättsordningen, ja över huvud inom rättsvetenskapen, och ett därpå grundat exempel måste därför i själva sin utgångspunkt anses synnerligen tvivelaktigt; beträffande nu antydda spörsmål få vi hänvisa till kap. V, där vi skola göra ett, låt vara blygsamt försök att belysa detsamma.

[1] Se STAUB, s. a. st.; jmfr SCHMIDT-RIMPLER s. 846 ff, särsk. s. 848 f, 855 f. — STAUB driver i själva verket sin sats ända därhän, att han även vid kommittentens avvisande av kommissionärens med tredje man slutna avtal förklarar kommissionären förpliktad att »erfüllungsbereit bleiben»; han kan därför allenast deponera eller eventuellt försälja godset för kommittentens räkning, däremot icke vare sig stämma om förpliktande att mottaga godset eller häva avtalet och behålla godset för sig själv. Denna konsekvens är onekligen egendomlig och pekar väl i sin mån på oriktigheten av det antagande, varifrån den utgår. STAUB öppnar emellertid själv en utväg för dess undslippande: »Liegt in der Zurückweisung eine Kündigung des Vertrags, — — — so kann der Kommissionär frei über das Kommissionsgut verfügen», ja, då måste t. o. m. »ihm der Kommittent die Auslagen abzüglich des Kurswertes des von ihm freihändig verkauften Kommissionsgutes — — — ersetzen». Att kommissionären, om kommittenten förklarar, att han vill hava andra varor än dem han erhållit, skulle vara förpliktad att det oaktat fasthålla vid ett visst redan verkställt utförande av kommissionsavtalet men däremot icke vara förpliktad därtill, om kommittenten tillägger, att han över huvud icke vill hava några varor, synes oss svårförklarligt. Såvitt vi kunna förstå är kommissionären även enligt tysk rätt, om han vill fasthålla kommittenten vid kommissionsavtalet, även i sistnämnda fall förpliktad att iakttaga de former lagen anvisat vid kommittentens Annahme- eller Zahlungsverzug, i motsatt fall däremot vare sig kommittenten häver eller icke, ohindrad i sitt disponerande över kommissionsgodset. Vad åter beträffar frågan om ersättning för kostnader etc., torde i sistnämnda fall även enligt tysk rätt böra gälla detsamma som nedan i texten utvecklas beträffande svensk rätt; jmfr i detta avseende nedan s. 202 not 1 citerade yttrande av GRÜNHUT.

[2] Så STAUB, s. a. st.

ställning, som nödgade honom att till denne utgiva allt vad han för hans räkning förvärvade.[1] Intet av argumenten synes emellertid övertygande. Beträffande det förstnämnda vill man invända, att frågan just är, huruvida kommissionären i och med inköpet under alla förhållanden blir blott »Verwahrer», d. v. s. huruvida han icke tvärtom kan göra en ägares-överlåtares befogenheter mot en kontraktsbrytande avtalspart gällande.[2] Och beträffande det sistnämnda argumentet vill man i ungefärlig överensstämmelse härmed framhålla, att frågan är, huruvida icke genom kommittentens kontraktsbrott huvudförutsättningen för kommissionärens förpliktelser såsom kommittentens förtroendeman brustit, med påföljd att han i förhållande till denne står fri från dessa förpliktelser.[3]

---

[1] Så, enligt citat hos SCHMIDT-RIMPLER s. 856 not 33, t. ex. DÜRINGER-HACHENBURG, Kommentar zum HGB, sista uppl. § 398 Anm. 9; annorlunda i Aufl. 1.

[2] Verwahrer kan kommissionären ju icke bliva förrän han fullgjort sin huvudförpliktelse att tillhandahålla kommittenten det för hans räkning inköpta godset, och om d e n n a förpliktelse är det ju i själva verket, som hela frågan rör sig; jmfr SCHMIDT-RIMPLER s. 855.

[3] En förmedlande ståndpunkt intager SCHMIDT-RIMPLER s. 846 ff. I motsats till STAUB hävdar han, att kommittentens förpliktelse att betala provision står i synallagmatiskt förhållande icke blott till kommissionärens skyldighet att företaga ett inköp för kommittentens räkning, kommissionärens Abschlusstätigkeit, utan även i förhållande till hans skyldighet att till kommittenten överföra det sålunda förvärvade godset, kommissionärens Überführungstätigkeit. Annorlunda är däremot fallet, menar SCHMIDT-RIMPLER, beträffande kommittentens förpliktelse att ersätta kommissionären för hans utgifter. »Im Gegenseitigkeitsverhältniss stehen nur diejenigen Leistungen, um derentwillen der Vertrag jeweils vom Gegner des Leistenden geschlossen wird, die das Motiv des Abschlusses und damit der eigenen Verpflichtung des Gegners bilden». Kommissionärens enda motiv för att sluta kommissionsavtalet vore emellertid att förtjäna provisionen. »Der Auslagenersatz ist nur Beschränkung der von ihm versprochenen Leistung». Vad kommittenten åsyftade med kommissionsavtalet och på grund av sitt löfte att betala provisionen erhölle såsom kommissionärens motprestation vore nämligen visserligen icke allenast kommissionärens Abschlusstätigkeit utan därutöver själva resultatet av denna verksamhet, men detta resultat bestode i regel, menar SCHMIDT-RIMPLER, i uppkomsten av ett synallagmatiskt rättsförhållande — rätt att erhålla det inköpta godset mot skyldighet att betala köpeskillingen — och kommissionärens prestation utöver hans Abschlusstätigkeit komme därför att bestå i »Überführung des 'Erlangten abzüglich seiner Aufwendungen'». Ehuru SCHMIDT-RIMPLER sålunda synes från det synallagmatiska förhållandet mellan parterna i kommissionsavtalet avskära kommittentens löfte att betala kommissionären »Auslagenersatz», så återför han till sist dock även detta löfte till ett synallagmatiskt förhållande, ty »die Herausgabe des Erlangten braucht nur so zu erfolgen, als ob sie Gegenleistung für den Aufwendungsersatz wäre.» SCHMIDT-RIMPLERS bestridande av att kommittentens löfte att gälda »Auslagenersatz» stode i synallagmatiskt förhållande till kommissionärens prestation är därför endast skenbart. Även från sin egen uppfattning av ett synallagmatiskt förhållandes innebörd borde han i själva verket komma att bejaka förhandenvaron av ett dylikt förhållande mellan kommittentens skyldighet att prestera »Auslagenersatz» och kommis-

Fattar man i enlighet med det nu sagda vårt spörsmål som en fråga om kommissionsavtalets utfyllande i ett hänseende, vari uttryckliga eller eljest klara regler saknas, så torde ur de synpunkter, som i dylika fall böra anläggas,[1] i första hand kunna framhållas, att det för en enkel och naturlig uppfattning måste förefalla egendomligt att, såsom den kritiserade åsikten innebär, kommittenten, trots att det t. ex. på grund av hans konkurstillstånd står fast, att han icke kommer att fullgöra sina förpliktelser mot kommissionären, skulle kunna göra gällande några anspråk på grund av kommissionärens med tredje man ingångna avtal.[2] — Det faller vidare i ögonen, att en dylik ordning skulle medföra en egendomlig olikställighet parterna emellan. Om kommissionären vid fullgörandet av sin förpliktelse visar försumlighet, så att kommittentens intresse bliver väsentligen eftersatt, kan kommittenten avvisa det av kommissionären med tredje man ingångna avtalet, och under sådana förhållanden blir kommissionären definitivt ägare till köpegodset;[3] härigenom är sörjt för att kommittenten icke behöver fullgöra sin prestation, om icke kommissionären fullgör sin på ett för kommittenten godtagbart sätt. I denna relation kommer således kommissionärens ägarställning och avhängighetsförhållandet mellan parternas prestationer klart till synes. Annorlunda, enligt den kritiserade åskådningen, när det gäller kontraktsbrott å kommittentens sida: trots att denne,

---

sionärens avtalsenliga förpliktelse in toto. Ty även om kommissionärens ekonomiska motiv för överenskommelsen med kommittenten kan synas utgöras allenast av hans önskan att förtjäna provisionen, så måste dock kommittentens ifrågavarande motiv utgöras icke blott av hans önskan att kommissionären skall vara verksam för hans räkning genom en »Abschlusstätigkeit» eller därutöver av hans önskan att få en fordran på kommissionären, att denne skall till honom överföra »[das Erlangte] — — — abzüglich seiner Aufwendungen», utan i verkligheten av hans önskan att erhålla det av kommissionären inköpta godset. Men ett löfte härom kan kommittenten icke uppnå utan att utfästa sig att erlägga både provision och köpeskilling. Löftet om provisionen är i och för sig icke tillräckligt för att kommissionären skall åtaga sig att över huvud vara verksam för kommittentens räkning, ty finge han icke dessutom ersättning för sina utlägg för köpeskillingen m. m., skulle ju överenskommelsen för hans del vara alldeles orimlig; den senare delen av kommittentens prestation är i själva verket för kommissionären av ojämförligt mycket större betydelse än provisionen. Därför är det till sist, även när man ser saken från kommissionärens synpunkt, icke löftet om provisionen enbart utan detta löfte jämte löftet om kostnadsersättning, som faktiskt motiverar kommissionärens åtagande att låta ett visst blivande inköp bliva ett köp för kommittentens räkning.

[1] Därom se t. ex. Ussing, Aftaler s. 229 ff.

[2] Jmfr Deuntzer s. 221 och s. 235.

[3] Därom se ovan s. 180 ff.

redan innan kommissionären helt fullgjort sin prestation, ådagalagt sin oförmåga att fullgöra sin egen huvudförpliktelse, att gälda provision och köpeskilling, skulle han kunna göra gällande, att det av kommissionären ingångna avtalet med tredje man vore ingånget för hans (kommittentens) räkning och att han på grund därav förvärvat definitiv äganderätt till köpegodset, d. v. s. han skulle trots sitt kontraktsbrott kunna fasthålla kommissionären vid förpliktelsen att till honom överföra resultatet av avtalet med tredje man efter avdrag av vad kommissionären har att fordra. Någon grund för en sådan olikställighet är svår att finna. Varken genom ett av honom själv med tredje man slutet avtal eller genom ett av en fullmäktig förmedlat skulle kommittenten kunna uppnå en dylik fördelaktig ställning. Genom att påtaga sig kommissionsuppdraget har visserligen kommissionären tillförsäkrat kommittenten all valuta av de avtal kommissionären kommer att sluta för kommittentens räkning. Detsamma gäller ju emellertid också vid uppdrag förbundna med fullmakt utan att där medföra konsekvensen av det synallagmatiska förhållandets upplösning.

Särskilt irrationell synes konsekvensen av den här kritiserade åskådningen i fall av handelskommission. Att handelskommissionären åtager sig att mot ersättning genom en viss provision låta hela effekten av sitt avtal med tredje man komma kommittenten till godo har ju sin ekonomiska förklaringsgrund i den fördel det erbjuder för kommissionären att icke behöva basera sin verksamhet på det mera spekulativa moment, som är förbundet med inköp, innan efterfrågan visat sig vara för handen; kommissionären anskaffar varan först sedan kunden anmält sig. Under sådana omständigheter och under den därigenom givna förutsättningen, att han verkligen kan räkna med en säker betalning för den vara han anskaffar och en liten men säker förtjänst dessutom, är kommissionären sinnad att med det egentliga spekulationsmomentets överförande å kunden låta denne få fördelen av det bästa inköp han (kommissionären) kan uppnå. Ingalunda kan det väl däremot antagas, att han skulle vara sinnad till detsamma, d. v. s. att avstå från spekulationsvinsten å inköpta varor, även när det står fast, att kunden, kommittenten, icke kan fullgöra sina i enlighet med avtalets ursprungliga förutsättningar

b e g r ä n s a d e prestationer.[1] Varför skulle också en kommittent i ett kommissionsförhållande ensam bland alla förekommande avtalsparter kunna göra anspråk på en till honom utlovad prestation utan att själv fullgöra gjorda åtaganden?[2]

Anser man i enlighet med vad nu anförts en tolkning av Kmsl § 37 st. 1 i överensstämmelse med den i motiven uttalade åsikten föga svara mot de allmänna principer, som reglera andra avtalsförhållanden, så kan man till sist fråga sig, huruvida nämnda åsikt binder lagtillämparen eller icke. Enligt vår uppfattning är detta icke fallet. En kommissionär torde, trots att lagstiftaren uppenbarligen förutsatt något annat, i regel hava icke allenast den en panthavare enligt 36 § jmfd m. 31 och 34 §§ tillkommande rätten att försälja godset och redovisa eventuellt överskott eller, vid genusköp, rätten att realisera så mycket av godset, som erfordras

[1] Att kommissionären vid väsentligt kontraktsbrott å kommittentens sida bör kunna häva kommissionsavtalet och behålla det inköpta godset för egen räkning antager ock DEUNTZER s. 290.

[2] Man vill härpå måhända svara, att en rätt för kommissionären att på grund av kommittentens kontraktsbrott häva avtalet med denne och behålla det inköpta godset för egen räkning saknar större betydelse, enär, därest godset kan antagas representera något värde utöver den på detsamma vilande belastningen av kommissionärens legala panträtt, kommittenten eller hans konkursbo regelmässigt kommer att likvidera kommissionärens fordringar. Detta är naturligen sant men kan till sist dock icke här i högre grad än vid en köpares mora solvendi, beträffande vilken samma synpunkt kan göras gällande, motivera något avsteg från de grundsatser som förhållandets natur giver vid handen. Jmfr följ. yttrande av ALMÉN, I s. 462, till motivering av säljarens hävningsrätt vid köparens mora solvendi: »Det måste dock enligt vårt förmenande anses välbetänkt, att sådan rätt blivit säljaren tillerkänd, då han eljes skulle varit nödsakad att alltid realisera varan för köparens räkning och icke, utan att därigenom själv göra sig skyldig till kontraktsbrott, kunnat, om han funne sådant fördelaktigare, helt och hållet frånträda avtalet och förfoga över varan för egen räkning. Att en köpare, som åsidosatt sin huvudsakliga förpliktelse på grund av avtalet, skulle vara berättigad att på detta sätt avfordra säljaren ett slags redovisning för varans värde till utrönande av, huruvida icke till äventyrs genom dess återförsäljning influtit mera än den köpeskilling, som köparen utfäst men icke guldit, vore så vitt vi kunna finna, obilligt gent emot säljaren. En dylik ståndpunkt skulle ock hava inneburit en betänklig avvikelse från den genomgående principen i 1905 års lag, nämligen att väsentliga kontraktsbrott medföra hävningsrätt.» — Vad här säges om förhållandet mellan säljare och köpare synes i allt tillämpligt också på förhållandet mellan kommissionär och kommittent. Egendomligt är därför att ALMÉN såsom ledamot i den kommitté som utarbetade Kmsl hade en annan uppfattning (se ovan s. 183). Måhända finner ALMÉNS ståndpunktstagande sin förklaring i hans nedan s. 200 berörda åsikt, att med varje hävande av ett avtal bör kunna förenas anspråk på ersättning för liden skada. Något sådant anspråk bör nämligen, såsom nedan s. 199 ff. skall närmare utvecklas, på grund av Kmsl:s regler i 36 och 37 §§ jmfd m. 34 §, icke tillerkännas en kommissionär, som föredrager att helt träda tillbaka och för egen räkning behålla det inköpta godset. Utan att hålla frågan om rätten att behålla godset och frågan om rätten till skadestånd i sär torde det icke vara möjligt att komma till ett tillfredsställande resultat i diskussionen om kommissionärens ställning vid kommittentens kontraktsbrott.

för hans förnöjande, utan bör även hava rätten att behålla godset för egen del. Endast i ett visst undantagsfall bör hans rätt begränsas till den nämnda rätten att realisera såsom panthavare. En dylik begränsning är nämligen motiverad, när kommissionären i egenskap av handelskommissionär gör gällande panträtt för sådana fordringar, som ej sammanhänga med det speciella kommissionsuppdrag, enligt vilket det av honom stoppade godset förvärvats. Den säkerhetsrätt, som i sagda fall enligt Kmsl § 36 jmfd m. § 32 tillkommer handelskommissionären, är tydligen allenast en legal panträtt av samma slag som en försäljningskommissionärs panträtt, och om den gäller därför överhuvud icke vårt förut utvecklade resonemang.

Annorlunda är däremot tydligen läget i övriga hithörande fall. Är vår argumentation riktig tillkommer nämligen kommissionären då redan enligt sakens natur en längre gående säkerhetsrätt än den lagen stipulerat i 36 och 37 §§, och då sagda stadganden icke enligt sitt innehåll med nödvändighet framträda såsom avsedda att begränsa kommissionärens rätt utan tvärtom äro ämnade att tillägga kommissionären ett privilegium, kunna de knappast stå hindrande i vägen för en kommissionären tillkommande vidsträcktare rättighet,[1] detta så mycket mindre som ju, även vid hänsynstagande till den här förfäktade meningen, enligt vad redan[2] av det nyss angående handelskommissionärens ställning sagda framgår och av det, som nedan[3] kommer att utvecklas angående frågan om kommissionärens rätt till skadestånd, ytterligare skall bliva tydligt, sagda paragrafer ingalunda ens beträffande inköpskommissionären komma att sakna tillämpligt innehåll.

Att den här utvecklade åsikten är riktig synes så mycket hellre böra antagas, som den torde överensstämma med vad som gällde och ansågs gälla före tillkomsten av Kmsl. Anmärkningsvärt är således till en början, att medan man redan i en K. F. den 6 oktober 1848 hade ett uttryckligt stadgande angående en säkerhets-

[1] En liknande åsikt med avseende å läget i tysk rätt utvecklar SCHMIDT-RIMPLER s. 855 ff. Beträffande SCHMIDT-RIMPLERS uppfattning ang. det synallagmatiska förhållandet mellan kommittentens och kommissionärens särskilda prestationer se ovan s. 189 not 3 med hänvisningar.

[2] Vad särskilt 36 § angår kan ju f. ö. tillfogas, att den panträtt, som där tillägges inköpskommissionär, givetvis blir av självständig betydelse för såväl en handelskommissionär som en civil kommissionär i alla sådana fall, i vilka något hävningsberättigande, d. v. s. verkligt väsentligt kontraktsbrott å kommittentens sida, icke föreligger.

[3] S. 199 ff.

rätt för försäljningskommissionärer,[1] saknades motsvarande stadgande helt beträffande inköpskommissionärer.[2] Då anledningen härtill näppeligen kan ha varit den, att man ansett någon säkerhetsrätt icke böra tillkomma inköpskommissionären, måste man i stället antaga, att särskilt stadgande i denna del ansetts onödigt, enär inköpskommissionären redan på annan grund var skyddad. Härvid lär väl emellertid någon annan sådan grund icke kunna komma ifråga än den, att kommissionären såsom den, vilken genom handlande i eget namn förskaffade kommittenten godset, ägde en säkerhetsrätt i den befogenhet att retinera och stoppa godset, vilken på grund härav tillkom honom liksom en säljare.

Att denna uppfattning också kommit till uttryck i rättspraxis torde framgå av ett rättsfall, NJA 1911 not. A n:r 107, på vilket den svenska kommittén själv fäst uppmärksamheten. I detta fall blev det fastslaget, att en inköpskommissionär, som icke på utsatt dag erhållit betalning av sin kommittent för anskaffade aktier, varit berättigad att häva avtalet och bekomma skadestånd.[3] Såsom ett särskilt motiv att behandla inköps-

[1] Stadgandet hade följande lydelse:

»Har någon till försäljning emottagit varor samt på blivande köpeskilling lämnat förskott eller i och för uppdraget haft kostnad, njute för samma förskott och kostnad med ränta, därest förskottstagarens egendom till hans borgenärer avträdes, innan förskottet blivit guldet, betalning utur varorna med den rätt som i 17 kap. 3 § handelsbalken är tillagd innehavare av lös pant.

Lag samma vare, om förskottet är lämnat på grund av sådant konossement, som i sjölagen omtalas, ändå att varorna före konkursen ej kommit förskottsgivaren till handa; dock sker härigenom icke någon inskränkning i den rätt, som i 5 och 7 §§ av förstnämnda kapitel bestämmes för sjöfolks rätt, frakt och skeppslega, bilbrev och på bodmeri taget lån.»

[2] Jmfr läget i fransk rätt, som i varje fall enligt härskande åsikt (annorlunda däremot LYON-CAEN & RENAULT, Manuel nr 494) icke heller känner någon panträtt (privilège) för andra kommissionärer än försäljningskommissionärer, men däremot tillägger inköpskommissionären d e l s samma »droit de rétention», som anses tillkomma »toute personne qui, en vertu d'un contrat ou d'un quasi-contrat, est tenue de restituer une chose qu'elle detient, et à raison de laquelle elle est créancière de celui à qui la restitution doit être faite», d e l s o c k en »droit de revendication», d. v. s. stoppningsrätt; se vidare nedan s. 197 f. — Såsom i fransk rätt är läget ock enligt den schweiziska obligationsrätten, SO art. 434, som ger kommissionären en »Retentionsrecht», under vilket begrepp här, såsom OSER (s. 773) påpekar, man hänfört två skilda saker, nämligen d e l s beträffande kommissionsgods i en försäljningskommissionärs besittning en sakrättslig retentionsrätt i egentlig mening, d e l s beträffande t. ex. av inköpskommissionär inköpt gods en retineringsrätt av samma innebörd som ovannämnda franska »droit de rétention», d. v. s. en rätt av samma innehåll som den säljaren enligt Köpl § 14 tillkommande rätten att »hålla godset inne».

[3] Det heter i Hovr:s av HD fastställda dom: »a t t då i den av svrdn över ifrågavarande avtal $^{8}/_{2}$ 07 upprättade slutsedel icke upptagits namnet å den, av vilken svrdn inköpt berörda aktier, HovR:n funne svrdn hava varit jämlikt § 3 i K. K. ang. fondmäklare i Stockholm $^{8}/_{2}$ 01 personligen ansvarig för avtalets,

kommissionären i analogi med en säljare åberopades visserligen i domen uttryckligen den omständigheten, att kommissionären var personligen ansvarig för fullgörandet av tredje mans prestation. Detta förhållande torde emellertid icke utesluta, att samma resultat skulle ansetts motiverat även därest dylikt ansvar icke ålegat kommissionären. Onekligt är visserligen att likheten med ett köpeavtal i dylikt fall synes alldeles särskilt påtaglig; åtminstone när kommittenten gör kommissionärens ansvar gällande, skall väl denne, som då omedelbart tages i anspråk som vore han säljare, kunna göra gällande en säljares invändningar, åtminstone sådana som äro grundade i allmänna rättsprinciper.[1] Likvisst är det väl i förevarande fall till sist dock icke på förhandenvaron av dylikt ansvar det kommer an. Sådant ansvar i och för sig kan icke skänka kommissionären en sådan maktställning i förhållande till faktiskt för kommittentens räkning anskaffat kontraktsgillt gods, varpå det vid retinerings- och stoppningsrättens utövande kommer an; att kommissionären är personligen ansvarig innebär ju nämligen närmare besett allenast, att han, när kommittenten icke erhåller behörig prestation, blir skadeståndsskyldig även i vissa fall, då dylik ansvarighet under motsatt förutsättning icke skulle ålegat honom. Det här avgörande måste i stället i ena som andra fallet vara, att kommissionären genom att uppträda i eget namn förskaffat sig själv äganderätten och den makt över godset, som detta innebär, och att denna rätt d e f i n i t i v t övergår till kommittenten först i och med att denne antingen fullgör sina i kommissionsavtalet åtagna prestationer eller oberoende härav uppnår definitiv faktisk rådighet över godset.

För den åsikt som här förfäktats kan till sist också åberopas rättsuppfattningen i främmande rättssystem angående motsvarande spörsmål.

---

fullgörande; a t t vid sådant förhållande svrdn varit att anse såsom säljare av aktierna till [sökanden] och i anledning av dennes försummelse att å den i slutsedeln bestämda dag erlägga likvid svrdn jämlikt 28 § i lagen om köp och byte av lös egendom $^{20}/_{6}$ 05 varit berättigad att häva köpet och ägt att i enlighet med de i 30 § av samma lag angivna regler bekomma skadestånd — — —» — Angående frågan om rätten till skadestånd se emellertid nedan s. 199 ff.

[1] För detta fall antager även STAUB § 383 Anm. 26 trots sin ovan s. 187 not 1 berörda inställning till vårt spörsmål, att om kommittenten kommer i konkurs kommissionären, därest konkursförvaltaren icke inträder i avtalet, kan helt frånträda detta och själv förfoga över det inköpta godset.

Beträffande läget i tysk rätt[1] råder visserligen meningsskiljaktighet så till vida, att vissa författare, såsom här skett, bejaka, andra i strid häremot förneka förhandenvaron av ett synallagmatiskt förhållande mellan å ena sidan kommissionärens skyldighet att tillhandahålla det för kommittenten inköpta godset, å andra sidan kommittentens skyldighet att gälda d e l s provision,[2] d e l s inköpspriset för godset m. m.[3] De som ansluta sig till förstnämnda uppfattning tillägga i allmänhet[4] kommissionären vid kommittentens kontraktsbrott sedvanliga rättigheter, alltså även rätt att helt träda tillbaka och behålla godset för egen räkning.[5] De som åter ansluta sig till sistnämnda uppfattning draga därav slutsatsen, att kommissionären trots kommittentens mora solvendi »seinerseits erfüllungsbereit bleiben [muss].»[6] Icke desto mindre finner man, att också från denna utgångspunkt läget vid kommittentens konkurs åtminstone i vissa fall anses bliva ett annat: kommissionären kan retinera eller stoppa eller eventuellt från konkursmassan återkräva godset samt, i varje fall[7] därest uppdraget utförts genom självinträde eller under sådana omständigheter, att kommissionären blivit personligen ansvarig, enligt K. O. § 17 ställa konkursförvaltaren inför valet att för konkursmassans räkning inträda i kommissionsavtalet eller låta kommissionären bliva fri från sina förpliktelser enligt detta.[8] Så långt i begränsning av kommissio-

[1] Härom se bl. a. STAUB, § 397 Anm. 11, § 383 Anm. 25 och 26, § 396, Anm. 23; SCHMIDT-RIMPLER s. 846 ff med ytterligare hänvisningar särskilt s. 850 not 7, 856 not 33.

[2] Att avhängighetsförhållande råder emellan kommissionärens skyldighet att tillhandahålla det inköpta godset och kommittentens skyldighet att betala provision lär vara härskande mening; se SCHMIDT-RIMPLER s. 850 med hänvisningar i not 7. Samma åsikt utvecklar SCHMIDT-RIMPLER själv s. 847.

[3] Avhängighetsförhållande i denna omfattning antaga bland HGB:s kommentatorer (enligt citat hos SCHMIDT-RIMPLER s. 857 not 36) DÜRINGER-HACHENBURG § 384 Anm. 71, 398 Anm. 9 (dock utan att draga den av oss förutsatta konsekvensen därav), MAKOWER 383 Anm. 11 f, LEHMANN-RING § 384 Anm. 27, 389 Anm. 3. — Angående SCHMIDT-RIMPLERS uppfattning se ovan s. 189 not 3 och nedan s. 201 not 1.

[4] Inkonsekventa äro DÜRINGER-HACHENBURG, § 398 Anm. 9, som, trots att ett synallagmatiskt förhållande i vidsträcktaste omfattning anses föreligga, förvägra kommissionären rätten att häva och behålla kommissionsgodset för egen del;

[5] Så MAKOWER a. st., LEHMANN-RING a. st., SCHMIDT-RIMPLER s. 850.

[6] STAUB § 397 Anm. 11.

[7] Se nästa not.

[8] STAUB § 383 Anm. 26. STAUBS ståndpunkt är i själva verket något oklar. Å ena sidan begränsas (s. a. st.) i fall av kommittentens konkurs kommissionärens rätt att bringa stadgandet i K. O § 17 i tillämpning till de i texten angivna båda

närens rätt som den svenska kommittén går således icke ens denna meningsriktning.[1]

I schweizisk rätt gäller stadgandet i SO art. 434, vilket innebär, att en inköpskommissionär vid kommittentens mora solvendi har samma »Retentionsrecht» som en säljare i motsvarande fall (SO art. 83).[2] Att kommissionären har en dylik »Zurückbehaltungsrecht» innebär att »ein zweiseitiger Vertrag» anses föreligga, och därav följer bl. a. även, att kommissionären under de beträffande sådana avtal i art. 83 resp. 107[3] stadgade förutsättningarna kan »vom Vertrage zurücktreten».

I fransk rätt, där det är omtvistat, huruvida regeln i Code civil § 95, som handlar om kommissionärs säkerhetsrätt (privilège), avser även inköpskommission, antages även av dem, som tilllägga dessa kommissionärer ifrågavarande säkerhetsrätt, att kommissionären, förutom denna rätt, vid kommittentens konkurs har stoppningsrätt enligt Code de commerce art. 576 (droit de revendication). Detta grundas därpå, att kommissionären genom att betala tredje man, säljaren, köpeskillingen inträder i dennes rättigheter till följd av »subrogation légale.»[4] Men härav

---

fallen. Å andra sidan heter det helt allmänt i Anm. 23 till § 396: »Gerät der Kommittent in Konkurs, so ist das Kommissionsverhältniss aufgelöst, der Einkaufskommissionär kann, wenn der Vorschuss nicht geleistet ist, das Kommissionsgut für sich verwerten». Jmfr även § 383 Anm. 25. Här synes STAUB således vilja göra kommissionärens rätt till godset beroende av huruvida ersättning för köpeskillingen m. m. redan före konkursen blivit förskottsvis erlagd, medan däremot visserligen betalningen av provisionsfordringen lämnas utan avseende. Huru STAUBS olika uttalanden skola kunna bringas i samklang med varandra och med hans energiskt utvecklade grunduppfattning synes svårt att förstå.

[1] I själva verket torde den uppfattning som utvecklats i de nordiska kommitéernas motiv icke hava fullständig motsvarighet på något annat håll.

[2] Se OSER art 434 I b).

[3] Av de citerade stadgandena avser art. 83 den borgenären vid gäldenärens insolvens medgivna »Zurückbehaltungsrecht» jämte »Recht des Rücktritts vom Vertrage», art. 107 de vid egentlig gäldenärsmora medgivna rättigheterna att efter »Fristsetzung» antingen fordra »Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung» eller kräva »Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schaden» eller »vom Vertrage zurücktreten».

[4] Så bl. a. LYON-CAEN & RENAULT, Manuel nr 496, Traité nr 500. Likaså redan PARDESSUS nr 563, 573. Jmfr ock THALLER nr 1144. — Annorlunda BOISTEL nr 535. — Angående rättsgrunden för kommissionärens stoppningsrätt råder dock tvist i fransk doktrin; se LYON-CAEN, Traité nr 500 not 1. Uppfattningen att stoppnings-»rätten» tillfölle kommissionären på grund av »subrogation légale», innebär enligt vår terminologi, att denna rätt tillfaller honom på grund av den regressrätt, som tillkommer den, vilken på grund av ansvar för annans skuld fullgör hans förpliktelse. Emot denna uppfattning har med skäl gjorts gällande, att kommissionären, när han presterar betalning för det inköpta godset, icke fullgör någon k o m m i t t e n t e n s förpliktelse utan en allenast honom själv åliggande förpliktelse och att i följd härav någon »rätt» gent emot kommittenten,

måste ju följa, att kommissionären har samma rätt, som om han själv vore säljaren, således icke allenast en rätt att realisera godset för kommittentens räkning utan en rätt att behålla det för egen räkning.[1]

Till och med i engelsk rätt, där man för visso eljest minst skulle vänta det, finner man, såsom redan i det föregående[2] omtalats, att t. o. m. en agent, som vid köp för principalens räkning handlar i eget namn, därigenom förvärvar en ägares ställning med därav bl. a. följande stoppningsrätt och behåller denna ställning till dess principalen betalar köpeskillingen för köpegodset eller agenten definitivt överför sin rätt på principalen.

Antager man på grund av vad ovan anförts, att inköpskommissionären även enligt vår rätt, trots stadgandet i Kmsl 36 § och 37 § 1 st. sista p., vid kommittentens underlåtenhet att gälda köpeskillingen och provisionen har rätt att frånträda kommis-

vari kommissionären kunde inträda, icke är för handen. Denna anmärkning har LYON-CAEN & RENAULT sökt avfärda med påståendet, att man, då man gör denna invändning, glömmer, att rättsförhållandet mellan kommissionär och kommittent, så snart icke tredje mans intresse är att taga i betraktande, är att bedöma så, som om avtalet slutits mellan förstnämnda båda parter (Traité s. a. st.). Detta påstående övertygar dock icke. Det kan framför allt icke bevisa vad som skulle bevisas — att tredje man har en »rätt» gent emot kommittenten, i vilken kommissionären kunde inträda. I själva verket innebär det i stället att en helt annan grund för kommissionärens stoppningsrätt åberopas, den nämligen, som vi anse vara den riktiga: att kommittentens rätt till godset är beroende av samma förutsättning som en vanlig köpares, d. v. s. att det icke redan före traditionen till honom konstaterats, att han icke vill eller kan fullgöra sin motprestation till den som förskaffar honom godset. Häri ligger ock förklaringen till att regress(surrogations)-synpunkten är otillämplig. Då man ger en jämte annan obligatoriskt förpliktad gäldenär eller löftesman regressrätt gent emot medgäldenären eller huvudgäldenären, så innebär detta en utjämning av förhållandet mellan dessa parter i enlighet med de materiella grunder, enligt vilka deras inbördes förhållande bör vara ordnat; regressrätten avser därför inträdandet i ett verkligt positivt anspråk av något slag. Om något sådant är det ju emellertid icke tal, då man ifrågasätter, att kommissionären inträder i tredje mans stoppnings-»rätt»; stoppningsrätten innefattar icke något positivt anspråk, över huvud icke någon egentlig »rätt», utan bringar allenast till uttryck en viss förutsättning för tredje mans förpliktelse att prestera till kommissionären. — Tilläggas må till sist, att denna franska teori om grunden för kommissionärens stoppningsrätt, även om man kunde godtaga den, i allt fall icke kan motivera dylik rätt i annat fall än när kommissionären redan faktiskt har betalat köpeskillingen; dessförinnan föreligger ju icke något fullgörande av någon förpliktelse från hans sida. Uppenbart är emellertid, att de reella skälen för stoppningsrätten äro lika starka även om kommissionären vid den kritiska tidpunkten ännu har sin skuld i förhållande till tredje man kvar. Detta, liksom över huvud vad nyss anförts beträffande den franska surrogationsteorien, är onekligen i sin mån ägnat att bekräfta riktigheten av vår ovan utvecklade uppfattning av grunden till kommissionärens stoppningsrätt.

[1] Jmfr THALLER s. a. st., PARDESSUS s. a. st.

[2] Se ovan s. 123 och BOWSTEAD s. 244.

sionsavtalet och själv behålla det inköpta godset, så uppkommer till sist den frågan, huruvida ett sådant frånträdande utgör ett »hävande» av avtalet med den innebörd detta uttryck har i Köpl, d. v. s. ett förvägrande av naturalprestation, varmed yrkande på skadestånd, motsvarande den hävandes »positiva intresse» i avtalet, kan förenas. För vår del antaga vi, att en kommissionär, som häver avtalet genom att förklara sig för egen räkning behålla det för kommittenten inköpta godset, icke har något skadeståndsanspråk mot kommittenten på den grund, att godset vid den tidpunkt, då kommittentens dröjsmål inträdde, fallit i värde. Tvivelaktigt kunde det åter möjligen synas, huruvida han icke även i dylikt fall kan göra anspråk på ersättning för den provision, varom han genom avtalets hävande gått miste. En handelskommissionär är ju enligt Kmsl § 27 berättigad till provision å avtal, som han för kommittentens räkning ingår, »såframt avtalet varder å dennes sida fullgjort», ja, även i motsatt fall, där underlåtenheten beror av kommittenten eller viss därmed likställd händelse. Det kunde på grund härav synas som om kommissionären hade ett av avtalets vidare öden oberoende provisionsanspråk, så snart provisionen en gång intjänats. Likvisst lär, såsom av det följande skall framgå, motsatsen böra antagas, när kommissionären själv behåller det inköpta godset.

Fatta vi närmast allenast förstnämnda spörsmål i sikte, så kan till en början beträffande den teoretiska utgångspunkten för dess besvarande påpekas, att köplagens ståndpunktstagande till frågan om innebörden av ett »hävande» här icke med nödvändighet är avgörande. Att köplagen icke upptagit den såväl i den tyska lagstiftningen från och med AHGB (art. 354) som i den schweiziska obligationsrätten mötande distinktionen[1] mellan yrkande på »Erfüllung und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung», yrkande på »Schadenersatz wegen Nichterfüllung» och yrkande på »Rücktritt» är säkerligen lyckligt.[2] Detta omdöme synes emellertid hava obetingad giltighet allenast ur terminologisk synpunkt och på den grund, att köplagen faktiskt vid yrkanden på skadestånd till följd av prisfall också för säljarens del medger skadeståndets beräknande även på annat sätt än med ledning av den prisskillnad, som en i betryggande ordning

[1] Därom se ALMÉN I s. 284 ff, särsk. s. 285 not 157.
[2] Se ALMÉN s. a. st.

vidtagen försäljning, en försäljning för köparens räkning, ger vid handen.[1] Annorlunda blir förhållandet att bedöma, därest allenast sistnämnda väg för skadeståndets beräknande står säljaren till buds. I dylikt fall täcker den ifrågavarande distinktionen rättsreglernas innehåll och bringar till uttryck det faktum, att skadestånd tillkommer en säljare allenast när han så till vida fasthåller köpet, att godset säljes »för köparens räkning». Oriktigt synes det därför att bestrida distinktionens lämplighet på den grund ALMÉN åberopar, då han yttrar:[2] »Valet står i själva verket alltid mellan naturaluppfyllelse och hävande, och med vartdera av dessa alternativ kan ett ersättningsyrkande kombineras». De av ALMÉN angivna alternativen uttömma uppenbarligen icke de faktiska möjligheterna vid rättsreglernas inrättande, ty man kan, såsom nyss antytts, också bestämma, att skadestånd icke kan utkrävas, därest icke säljarens förlust konstaterats, sedan han fullgjort sin prestation och det presterade godset blivit av honom försålt i viss betryggande ordning för köparens räkning. En sådan ordning var det i själva verket, som adopterats i den lag, AHGB art. 354, varifrån den berörda distinktionen härstammar.[3]

Möjligheten att en part, som häver ett avtal och för egen räkning behåller den i avtalet avsedda prestationen, därmed berövar sig själv möjligheten att kräva skadestånd kan sålunda ingalunda a priori anses utesluten. Huruvida en part även vid förvägrandet av naturalprestation kan kräva skadestånd är i stället beroende på vad som beträffande varje särskilt slag av avtal kan utläsas ur lagens stadganden. För kommissionsavtalets del synas dessa regler i vår Kmsl giva vid handen, att skadestånd i dylikt fall icke bör kunna krävas. Att en omedelbar analogi från Köpl:s regler icke kan komma ifråga följer redan av det nyss sagda. För en sådan analogi måste särskilda skäl fordras. Sådana kunna emellertid så mycket mindre anföras, som Kmsl:s regler tydligt

[1] Köpl § 30.

[2] I s. 285 not 157 st. 2.

[3] I såväl BGB (§ 326) som SO (Art. 191 och 215) medgives däremot säljaren vid köparens mora solvendi rätt att fordra skadeersättning utan att för ersättningens bestämmande vara bunden av särskilda föreskrifter om hur godset skall säljas. I dessa lagar kan därför den ifrågavarande terminologien icke anses vara något adekvat uttryck för rättsreglernas faktiska innehåll. Förklarligt är därför, att tvekan rörande lagstiftningens innehåll yppat sig. Om de meningsskiljaktigheter, som i sådant avseende kommit till synes i tysk doktrin, se ALMÉN I s. 285 not 157 med hänvisningar.

giva vid handen, att kommissionären genom att realisera det inköpta såsom pant eller för att undslippa en alltför kostsam eller med olägenheter förbunden vård av detsamma icke skall kunna komma till sin rätt gent emot kommittenten utan att företaga försäljningen på ett särskilt för kommittenten betryggande sätt, nämligen på offentlig auktion. Detta framgår både av 36 och 37 §§ jmfd m. 34 §. I detta avseende lär det icke vara möjligt att bortse från stadgandena i dessa paragrafer. Ty en sak är att, såsom vi ovan gjort, enligt allmänna rättsgrundsatser tillerkänna en avtalspart en rättighet vid sidan av en annan, i ett lagbud uttryckligen reglerad rättighet, en annan sak är att utsträcka en rättighet av sistnämnda slag utöver den genom lagbudet uppdragna gränsen. Har lagen icke velat tillåta kommissionären att vid realiserandet av sin panträtt i kommissionsgodset försälja godset annorledes än på offentlig auktion, kan man givetvis över huvud icke tillstädja en försäljning »för kommittentens räkning» i annan form än denna, och än mindre kan det då komma ifråga att man utan försäljning skulle kunna konstatera i vad mån värdet av kommissionsgodset täcker kommissionärens fordran.

Är detta grunden till avsaknaden av skadeståndsrätt vid ett hävande, och förutsätter sålunda skadeståndsrätten, att en försäljning av kommissionsgodset på offentlig auktion för kommittentens räkning äger rum, så innebär emellertid detta tydligen icke allenast att en hävande kommissionär saknar rätt till ersättning för skada genom värdeförlust å godset utan även att han saknar rätt att fordra ersättning för förlorad provision såväl som andra med kommissionsavtalet sammanhängande fordringsanspråk.[1] Det ena som det andra förutsättes i lagen

[1] Av motsatt uppfattning beträffande tysk rätt är SCHMIDT-RIMPLER s. 856: »Er [der Kommissionär] kann also, so eigenartig es klingt, von der Herausgabepflicht zurücktreten oder wegen Nichterfüllung der Erstattungspflicht Schadenersatz verlangen. Die Folge davon ist, dass er das Geschäftsergebnis endgültig nicht zu überführen braucht und auf der anderen Seite keinen Aufwendungsersatz verlangen kann. Der Kommissionsvertrag als solcher wird durch diesen 'Rücktritt' nur mittelbar berührt, sofern die Überführung des Ergebnisses entfällt. Deshalb kann der Kommissionär hier die Provision verlangen: denn er ist vom Kommissionsvertrag nicht zurückgetreten und hat seinerseits das Geschäft in eigenem Namen für fremde Rechnung abgeschlossen; Voraussetzung ist, das dies Geschäft auch zur Ausführung gelangt ist, indem der Dritte an den Kommissionär geleistet hat. Dass durch den Rücktritt das Geschäft dem Kommittenten entzogen wird, fällt diesem zur Last». Denna konsekvens är tydligen en följd allenast av SCHMIDT-RIMPLERS särskilda uppfattning av avhängighetsförhållan-

även vid kommittentens kontraktsbrott, därest denne ännu icke erhållit besittning av kommissionsgodset, skola komma kommissionären till godo i första hand ur just detta gods genom dess försäljning för kommittentens räkning. Föredrager kommissionären att behålla kommissionsgodset, bör detta visserligen, såsom vi sökt visa, stå honom fritt, men därmed avstår han från a l l a anspråk på kommittenten.[1]

---

det mellan kommissionärens »Herausgabepflicht» och kommittentens »Erstattungspflicht»; sistnämnda förpliktelse står, menar SCHMIDT-RIMPLER, icke, såsom förpliktelsen att betala provision, i synallagmatiskt förhållande till kommissionärens verksamhetsplikt in toto utan allenast i förhållande till hans »Herausgabepflicht»; härom se närmare ovan s. 189 not 3. Det resultat SCHMIDT-RIMPLER på grund härav kommer till kan emellertid näppeligen förenas med HGB:s regler om kommissionärens rättigheter vid kommittentens kontraktsbrott. Även dessa regler (§ 389 beträffande Annahmeverzug, §§ 397 och 398 beträffande »Zahlungsverzug») avse uppenbarligen, liksom de mot dem närmast svarande reglerna i AHGB art. 374 och 375, att uttömmande — vilka fordringar å kommittenten det än må gälla (se § 397) — angiva kommissionärens möjligheter att »sich — — aus dem Gute befriedigen». Kommissionären kan med andra ord icke behålla godset och oberoende av huruvida detsamma genom en försäljning i den ordning dessa stadganden föreskriva kunnat lämna täckning även för provisionsfordringen göra denna gällande mot kommittenten; även provisionsfordringen hör till de fordringar, beträffande vilka man aktat nödigt att, även när kommissionären faktiskt är ägare av kommissionsgodset, föreskriva (§ 398), att kommissionären k a n skaffa sig täckning ur godset enligt de om p a n t r ä t t gällande reglerna. Att SCHMIDT-RIMPLER här gått för långt synes oss därför uppenbart. En riktig uppfattning av den tyska lagens regler torde icke avvika från den uppfattning, som här utvecklats med avseende å svensk rätt; jmfr i nästa not citerade yttrande av GRÜNHUT. Är SCHMIDT-RIMPLERS uppfattning till resultatet oriktig så är väl emellertid också hans ovannämnda utgångspunkt oriktig; även »die Erstattungspflicht» måste antagas stå i avhängighetsförhållande till kommissionärens verksamhetsplikt i n t o t o, alltså även till den del av hans förpliktelser, som består i skyldigheten att låta kommittenten komma i besittning av det inköpta godset; när kommissionären träder tillbaka från sistnämnda förpliktelse är det därför, i motsats till vad SCHMIDT-RIMPLER gör gällande, själva kommissionsavtalet, som han häver. Det motsatta antagandet medför ju, såsom citatet av SCHMIDT-RIMPLERS framställning ger vid handen, det egendomliga resultatet, att en kommissionär på ett och samma kommissionsavtal skulle kunna grunda rätt till provision både för ett första inköp, som kommittenten oberättigat vägrar likvidera, och för ett nytt inköp, som kommissionären därefter företager och som kommittenten eventuellt också oberättigat vägrar godtaga, o. s. v. in infinito, så länge någon giltig anledning för kommittenten att uppsäga kommissionsavtalet icke föreligger.

[1] Samma åsikt, som här utvecklats, är det väl GRÜNHUT giver uttryck åt, då han i sin kommentar till art. 374 och 375 i AHGB yttrar, s. 307 not 40: »Die Vorschrift des Art. 375 Hgb. kommt demnach zur Anwendung ohne Unterschied, ob das Commissionsgut im Eigenthum des Committenten oder des Commissionärs steht. Selbst wenn also der Commissionär das Eigenthum an dem Commissionsgute erworben, so hat er nicht das Recht zum einfachen Verkaufe wie ein anderer Eigenthümer, sondern ist bei dem Verkaufe, wenn er durch denselben seine Ansprüche gegen den im Verzuge befindlichen Kommittenten wegen Auslagen und Provision realisiren will, an die Formen des Art. 375 (310) gebunden, denn das Gut steht auf Rechnung und für Gefahr des Committenten. — — — Anders wenn er die für Rechung des Committenten gekauften Werthpapiere, deren Be-

Av det nu sagda följer ock, att om kommissionären, för att gardera sitt skadeståndsanspråk, beslutar sig för att välja utvägen att sälja godset på offentlig auktion för kommittentens räkning, så äger kommissionären icke av köpeskillingen behålla mer än vad som erfordras till täckande av hans fordringar. Under denna förutsättning och i denna del är således det ovan återgivna uttalandet i motiven till Kmsl §§ 36 och 37 angående dessa stadgandens innebörd riktigt.

Är det vi nu anfört angående innebörden av kommittentens avvisningsrätt och kommissionärens stoppningsrätt riktigt, så har därmed även riktigheten av vår ovan utvecklade uppfattning av stadgandet i Kmsl § 53 st. 2 vunnit ytterligare bekräftelse. Att märka är nämligen å ena sidan att vad vi i förstnämnda avseende anfört ingalunda stöder sig på vår tolkning av sistnämnda stadgande, å andra sidan åter att varje tolkning av detta stadgande, enligt vilken kommittenten, i motsats till vad vi antagit, förvärvar direkt från tredje man, lägger bestämda hinder i vägen för en riktig uppfattning av reglerna om kommittentens avvisningsrätt och kommissionärens stoppningsrätt. Därmed och med vad vi tidigare utvecklat angående kommittentens ställning i kommissionärens konkurs torde ock den praktiska betydelsen av vår tolkning av Kmsl § 53 st. 2 vara tillräckligt bevisad.

III. Det återstår härefter blott att uttryckligen draga de slutsatser beträffande frågan om traditionsprincipens giltighet över huvud i vår rätt, till vilka de vid tolkningen av berörda stadgande i Kmsl vunna resultaten, i överensstämmelse med vår föregående argumentation, giva anledning. Härvid hava vi nu att utgå från d e l s att, såsom vi i det föregående sökt bevisa, regeln i Kmsl § 53 st. 2, därest traditionsprincipen är gällande i vår rätt, icke kan uppställas utan att man antager, att kommittenten förvärvar d i r e k t från tredje man, d e l s att, såsom vi därefter sökt ådagalägga, sagda regel i Kmsl i själva verket måste innebära, att kommittenten i c k e förvärvar direkt från tredje man utan från kommissionären. Slutsatsen är sålunda den, att stadgandet i Kmsl § 53 st. 2 utgör ett skäl emot an-

sitz resp. Eigenthum er dem Committenten noch nicht übertragen hat, im eigenen Interesse verkauft, ohne von diesem Verkaufe dem Committenten gegenüber Gebrauch machen zu wollen; er ist dann an bestimmte Verkaufsformen nicht gebunden. R.O.H.G. Bd XIX N. 24 S. 81.»

tagandet av att traditionsprincipen bör anses äga allmän giltighet i svensk rätt.

Att traditionsprincipen frånkännes sådan giltighet framstår med hänsyn till regeln i Kmsl § 53 st. 2 även ur saklig synpunkt motiverat. Blir enligt denna regel en person, som genom kommissionär inköper visst gods, oberoende av tradition skyddad mot kommissionärens borgenärer, och det till och med oberoende av att han ännu icke till kommissionären erlagt någon del av köpeskillingen, så måste det synas egendomligt och inkonsekvent, att en person, som från samma kommissionär genom ett vanligt köp förvärvar visst gods men, sedan han kanske redan erlagt full betalning, kvarlämnar det hos säljaren t. ex. för en mindre justering eller för successiv leverans, skulle kunna av säljarens borgenärer berövas sin rätt till godset. Alldeles särskilt egendomligt måste detta resultat te sig, när man beaktar, att kommissionsavtalet i det särskilda fallet kan förete en högst betydande likhet med ett köpeavtal, i det kommittenten måhända bestämt en viss limit för priset och ytterligare överenskommit med kommissionären, att denne skall erhålla sin gottgörelse genom att själv få behålla det belopp, varmed sagda limit överskjuter det faktiska inköpspriset.[1] Om traditionsprincipen anses gällande beträffande vanliga köp, skulle alltså den tillfälliga omständigheten, att en köpman icke haft en viss av en kund efterfrågad vara på lager men utfäst sig att försöka anskaffa den för kundens räkning, kunna föranleda ett rättsskydd för kunden i köpmannens före den anskaffade sakens traderande inträffande konkurs, vilket denne icke skulle ernått, om varan, låt vara i ett skick, som krävde dess kvarblivande för en viss förändrings vidtagande, redan vid dess efterfrågande funnits på lager. Anmärkningsvärt är också huru liten skillnaden kan vara även mellan ett vanligt kommissionsavtal och vissa köpeavtal, nämligen sådana som ingås innan säljaren ännu förvärvat köpeobjektet (köp av res futurae; emptio spei, emptio rei speratae), t. ex. ett sådant, enligt vilket köparen förvärvar allt vad säljaren inom en viss tid kan komma att inköpa av ett visst varuslag. Beträffande köp av res futurae har det emellertid alltid ansetts särskilt

[1] Att även dylika avtal, trots att de stå köpeavtalet ytterst nära, skola eller i varje fall ofta kunna betraktas som verkliga kommissionsavtal, erkännes allmänt; se t. ex. sv. mot s. 70, 77, 159.

tveksamt, huruvida regeln om köpeavtalets sakrättsliga verkan, även om den i övrigt icke är bestridd, kan anses tillämplig.[1] Kan nu äganderätten anses övergå till köparen oberoende av tradition i de med dessa tveksamma fall så likartade nyssnämnda kommissionsfallen, böra betänkligheterna mot samma regels tillämpning å vanliga köp vara så mycket mindre.

Härmed anse vi oss hava fogat ett nytt skäl av icke obetydlig vikt till de ur lösöreköpsförordningens egna ordalag och rättspolitiska syfte hämtade argument, som redan förut anförts emot åsikten, att traditionsprincipen numer borde anses gälla i svensk rätt även beträffande rena omsättningsköp.[2] Någon förnuftig grund för att, trots nu anförda skäl, i förevarande avseende göra en skillnad mellan inköp genom kommissionär och andra köp lärer knappast kunna anföras. Såsom rationell grund för den här kritiserade åsikten har man[3] visserligen anfört d e l s svårigheten att vid lösöreköpsförordningens tillämpning skilja mellan sådana köp, vid vilka egendomen kvarlämnats hos säljaren i dennes intresse, och sådana, där köparens intresse varit bestämmande för godsets kvarblivande hos säljaren, d e l s o c k faran för simulationer i syfte att undgå lösöreköpsförordningens bestämmelser. Vad faran för simulationer angår, kan den uppenbarligen vara för handen även i de nu åsyftade kommissionsfallen utan att dock detta hindrat uppställandet av regeln i Kmsl § 53 st. 2. Och vad angår de åberopade praktikabilitetshänsynen, så kunna väl dessa icke föra längre än till en presumtionsregel: råder det någon tvekan om sanningen av köparens påstående angående anledningen till att köpegodset kvarlämnats hos säljaren, må man döma till köparens disfavör; men varför skall man, när det icke är nödvändigt och när det strider mot en hel rad viktiga skäl, döma på samma sätt, ehuru någon dylik tvekan icke är rådande? Kan det verkligen vara viktigare att skydda dem, som i förlitande på att en persons besittning är ett riktigt uttryck för hans egendomförhållanden bevilja honom personalkredit, än att skydda dem, som i förlitande på säljarens ärlighet och en rimlig lag på förhand betala en vara och av fullt

[1] Se ALMÉN I s. 8 not 20, s. 16.

[2] Se fr. a. ALMÉN I s. 23, HILLGÅRD, Bidrag till läran om säljarens stoppningsrätt, Lund 1923, s. 100 ff; jmfr däremot LUNDSTEDT, Om lösöreköp, Lund 1912, s. 102 ff.

[3] Se LUNDSTEDT a. a. s. 104, UNDÉN s. 176 f, SJÖGREN i TfR 1914 s. 309.

lojala skäl kvarlämna den hos säljaren?[1] Vi kunna för vår del omöjligen tro detta, och vi måste därför finna det högst olyckligt, om icke den tendens att utsträcka traditionsregeln till alla slags köp, vilken kommit till synes i några rättsfall,[2] bleve bruten. För denna åsikt anse vi oss hava så mycket bättre skäl, som lagstiftningen genom erkännandet av äganderättsförbehållen visat sig kunna på ett högst inkonsekvent sätt bortse från den nyss berörda vådan av att en person, som befinnes innehava värdefull egendom, i själva verket icke är ägare därav.

II.

Genom den ovan företagna diskussionen av frågan om kommittentens äganderättsförvärv ha vi vunnit en utgångspunkt för besvarandet av frågan, vilkendera parten i kommissionsavtalet, kommissionären eller kommittenten, de genom den förres avtal med tredje man grundlagda fordringsanspråken tillkomma. Svaret ger sig dock icke utan vidare; ty den sistberörda frågan kompliceras genom åtskilliga omständigheter, som i fråga om förvärv av äganderätt sakna motsvarighet. Skiljelinjerna mellan de olika åsikter, som av antydda skäl helt naturligt också framträtt med avseende å det nu åsyftade spörsmålet, markera därför visserligen främst de redan ovan uppmärksammade huvudåskådningarna men utvisa även åtskilliga, av nyss antydda särskilda omständigheter beroende meningsmotsättningar.

A. Härskande är väl också beträffande förevarande spörsmål åsikten, att kommissionären genom att handla i eget namn själv förvärvar de av hans rättshandling flytande rättigheterna.[3] De

[1] Angående skälen mot en traditionsregel se senast VINDING KRUSE i UfR 1935 B s. 136 ff. En försvarare har traditionsregeln fått i ROSS s. 138 ff; emot honom VINDING KRUSE s. a. st. Både ROSS och VINDING KRUSE diskutera utförligt utländsk, fr. a. engelsk, fransk och tysk rätts ställning. Härpå kunna vi här icke inlåta oss; i stället må här hänvisas till VINDING KRUSE s. a. st. såsom enligt vår åsikt klargörande.

[2] Se NJA 1925 s. 130; SvJT 1926 Rf s. 82; NJA 1924 s. 543; 1925 s. 543.

[3] Så i allmänhet tysk doktrin; se t. ex. GRÜNHUT s. 324 ff, STAUB § 392 Anm. 1, 5, 11, NEUBECKER s. 9 ff, SCHMIDT-RIMPLER s. 892 ff (med ytterligare hänvisningar); jmfr även MÜLLER-ERZBACH, Grundsätze s. 7 f, samt Handelsrecht s. 165 ff, vilken dock själv såsom principiellt riktig hävdar den motsatta uppfattningen. Såsom tysk doktrin även fransk; se t. ex. LYON-CAEN & RENAULT Manuel nr 487, Traité nr 478, PARDESSUS nr 1279, THALLER nr 1131 ff, BOISTEL nr 532. Likaså i dansk doktrin DEUNTZER s. 270, LASSEN, Alm. Del s. 223, Spec. Del s. 748; jmfr USSING, Aftaler s. 202 f (annorlunda åter EVALDSEN s. 72 ff, 78); i svensk doktrin AFZELIUS s. 41; sv. mot. s. 167, RABENIUS s. 340 ff.

slutsatser beträffande förutsättningarna för rättigheternas övergång till kommittenten, vilka dragas från denna utgångspunkt, äro emellertid mycket olika. Somliga hålla före, att kommittenten förvärvar rättigheterna först genom en formlig cession.[1] Andra anse, att rättigheterna i samma ögonblick de uppstå för kommissionären övergå till kommittenten på grund av en i kommissionsavtalet liggande förhandscession,[2] ännu andra hava åsikten, att det är kommissionären, som är rätt innehavare av rättigheterna, medan kommittenten äger en eventuell rätt till dessa.[3]

Även åsikten, att kommittenten förvärvar rättigheterna direkt från tredje man, har emellertid flera anhängare. De huvudskäl, som anförts för denna mening, äro också varierande. Än åberopas uteslutande, att en dylik ordning motsvarar den typiska intressesituationen,[4] än göres gällande, att kommissionären är fullmäktig,[5] än göres rättighetsförvärvet beroende av kommissionärens inre vilja i tidpunkten för rättigheternas uppkomst,[6] än anses kommittentens rättighetsförvärv (vad fordran å köpeskilling beträffar) utan vidare följa därav, att kommittenten varit det försålda godsets ägare.[7]

Från förstnämnda grunduppfattning utgå regelmässigt de bestämmelser i främmande rätt, som beröra vårt spörsmål. Det gäller exempelvis beträffande tysk rätt (HGB § 392), schweizisk rätt (SO art. 401), fransk rätt (Code de comm. art. 575)[8] och,

[1] Så tysk doktrin (se s. 206 not 3) i anslutning till HGB § 392. Jmfr ock DEUNTZER s. 270 f. Denna uppfattning var det väl ock, som hävdades av den svenska kommittén under lagens förberedande; se sv. mot. s. 167; jmfr RABENIUS s. a. st. — Enligt fransk rätt gäller att kommittenten med stöd av Code civ. art. 1166 kan utöva den s. k. action oblique (angående innebörden härav se ovan s. 16 f), varförutom kommittenten enligt samma lag art. 575 st. 2 (se nedan s. 208 not 1) i kommissionärens konkurs har separationsrätt beträffande utestående köpeskillingsfordran.

[2] LASSEN, Alm. Del s. a. st., Spec. Del s. a. st.; USSING, Aftaler s. a. st.; jmfr ock DEUNTZER s. 275.

[3] RABENIUS s. a. st.

[4] Så MÜLLER-ERZBACH, Grundsätze s. 9; jmfr ang. SCHLOSSMANNS åsikt ovan s. 5 ff.

[5] Så STANG s. 311.

[6] Så EVALDSEN s. 72 ff.

[7] Så CHYDENIUS II s. 309: Kommittenten »är fordringens ägare lika som han har varit godsets»; jmfr emellertid, beträffande handelskommissionär, som ej varit skyldig nämna sin medkontrahent, samme förf. s. 310.

[8] Enligt MÜLLER-ERZBACH, s. 59, skulle fransk rätt hava brutit mot principen, att kommissionären ensam blir fordringsberättigad gent emot tredje man, bl. a. så till vida, att lagen själv (Code civ. art. 1166) gåve kommittenten en »action oblique» gent emot tredje man. Detta argument är dock föga träffande. Till en början är att märka, att ett utövande av ifrågavarande rätt för kommittenten innebär,

trots vad man i allmänhet brukar påstå i motsatt riktning, i huvudsak även beträffande engelsk rätt.[1]

att det är en kommissionärens fordran, som göres gällande mot tredje man, (detta har redan NEUBECKER invänt mot MÜLLER-ERZBACH, se NEUBECKER s. 58). Denna rätt att taga fordran mot tredje man i anspråk tillkommer ju vidare icke heller kommittenten allena utan kommissionärens samtliga borgenärer. Och än viktigare: om den utövas, tillfaller utbytet av aktionen icke endast den, som anställt densamma, utan samtliga kommissionärens borgenärer, som göra anspråk därpå; därom se närmare ovan s. 16 f.

[1] HGB § 392, vilken helt överensstämmer med AHGB art. 368, har följande lydelse: »Forderungen aus einem Geschäfte, das der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen. — Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten and dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten». I AHGB (art. 360 st. 2) utvecklades den bakomliggande grundtanken med all skärpa ytterligare i följande stadgande: »Durch die Geschäfte, welche der Kommissionär mit Dritten schliesst, wird er allein berechtigt und verpflichtet. Zwischen dem Kommittenten und dem Dritten entstehen daraus keine Rechte und Pflichten». — Om möjligt ännu tydligare än den tyska lagen, ger den schweiziska sin ståndpunkt till känna genom följande regler i SO art. 401 st. 1—2: »Hat der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen Forderungsrechte gegen Dritte erworben, so gehen sie auf den Auftraggeber über, sobald dieser seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnisse nachgekommen ist. — Dieses gilt auch gegenüber der Masse, wenn der Beauftragte in Konkurs gefallen ist.» Den franska rättens ståndpunkt kommer till synes huvudsakligen i följande stadgande angående »revendication», d. v. s. separationsrätt i fall av konkurs (Code de comm. art. 575): »Pourront être également revendiquées, aussi longtemps qu'elles existent en nature, en tout ou en partie, les marchandises consignées au failli à titre de dépôt, ou pour être vendues pour le compte de propriétaire. — Pourra même être revendiqué le prix ou la partie du prix desdites marchandises qui n'aura été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le failli et l'acheteur». Detta stadgande uppfattas i fransk rätt allmänt som ett undantagsstadgande, varigenom ett ingrepp sker i den enligt sakens natur gällande huvudregeln, att rättsverkningarna av det avtal kommissionären sluter i eget namn »se produisent directement dans sa personne»; se t. ex. LYON-CAEN & RENAULT, Manuel nr 487 och 488, Traité nr 478 ff samt fr. a. THALLER nr 1131. — Vad den engelska rätten angår, framgår av vad ovan s. 20 ff anförts angående s. k. commission agents, att sådana med inköps- eller försäljningsuppdrag betrodda mellanhänder, vilka närmast motsvara den kontinentala rättens kommissionärer, d. v. s. vilka sakna »authority to bind the principal», själva bliva icke blott allena förpliktade utan även allena berättigade gentemot tredje man. Vad inköpskommission beträffar gäller sålunda, att kommittenten allenast erhåller ett mot mellanhanden riktat anspråk av samma art som en köpares med allenast den skillnad, som ligger däri, att agenten som säljare förbundit sig att låta kommittenten-köparen få hela fördelen av det gynnsammaste inköp agenten kan för sin förpliktelses fullgörande åstadkomma; se t. ex. ANSON s. 416, 424. Vad åter kommissionärer med försäljningsuppdrag beträffar må hänvisas till följande yttrande av WRIGHT s. 189: »A commission agent is not bound to keep separate accounts at his banker's, for he is not a fiduciary agent, and the moneys he receives are his own; by the custom of trade, he only is liable as debtor to his employer for the amounts received, and he often makes advances in anticipation of receiving the proceeds of sale. 'A commission agent is liable to the consignor of the goods for the amount received, and in the ordinary course of business he makes advances to the consignor, for which he charges interest and debits himself with the amount received when they are received, and credits himself with interest on the other side of the account; so that the real transaction between the parties is for the consigner to treat such consignee

Denna lagstiftningens så gott som fullständiga samstämmighet utgör väl i och för sig ett gott bevis för att nyssnämnda

as creditor for his advances and interest and to regard him as debtor for the amount received and interest'»; (spärr. här). Bland mellanhänder med uppdrag att i eget namn sälja annans gods har man emellertid att särskilja en särskild kategori, s. k. factors. En factor är »a mercantile agent whose ordinary course of business is to sell or dispose of goods, of which he is intrusted with the possession or control by his principal» (BOWSTEAD s. 4). Utmärkande för en sådan mellanhand är således, a t t han driver yrkesmässig förmedlingsverksamhet för bl. a. försäljning av lösöre och a t t han av uppdragsgivaren erhållit godset i sin besittning. En sådan mellanhand betraktas som en verklig agent, han har »authority», nämligen en av lagen själv given »authority to sell . . . in his own name . . . on the usual terms of credit, . . . receive the price and give a good discharge to the buyer» (ANSON s. 421). Härav kunde ju synas böra följa, att den genom godsets försäljning uppkomna köpeskillingsfordran tillföllе principalen direkt. Detta är dock icke fallet. Den tillfaller honom visserligen omedelbart, d. v. s. i samma ögonblick den uppstår, men icke så, som om han vore köparens motpart, utan så, som om han omedelbart övertagit den från factorn. Det heter härom i the Factors act, 1889, sect. 12 (3): »Nothing in this act shall prevent the owner of goods sold by an agent from recovering from the buyer the price agreed to be paid for the same, or any part of that price, subject to any right of set off on the part of the buyer against the agent». Detta uttryckes nu visserligen enligt engelsk rätt icke så, att köpeskillingsfordran uppstår i agentens, factorns, person och från honom övergår till principalen. Man ser icke saken från köparens, tredje mans, synpunkt utan från principalens. Liksom principalen, när hans agent haft »authority» att förplikta honom, d. v. s. ådraga honom obligatoriska förpliktelser, är jämte agenten, när denne handlat i eget namn, ansvarig gent emot tredje man, så betraktas tydligen principalen såsom från början alternativt berättigad. Utgår man nu i det speciella fallet från att principalen är den berättigade, så blir vid det närmare bestämmandet av hans rättsläge frågan icke den, från vem han fått sin rätt, utan den, huru beskaffad hans rätt är. Och härvid måste man taga hänsyn till tredje mans intresse. »It would be inconsistent with fair dealing that a latent principal should by his own act or commission lead a purchaser to rely upon a right of set off against the agent as the real seller, and should nevertheless be permitted to intervene and deprive the purchaser of that right at the very time when it had become necessary for his protection» (ANSON s. 430). Man åberopar med andra ord »the doctrine of estoppel», d. v. s. den grundsatsen, att »a man is not permitted to resist an inference which a reasonable person would necessarily draw from his words or conduct» (ANSON s. 405 f). I sak betyder detta tydligen intet annat, än att principalen förvärvar rätten så beskaffad, som den på grund av överenskommelsen med tredje man uppstår för agenten, och sådan denne av egen rätt, därest principalen icke intervenerade, skulle kunna göra den gällande, d. v. s. behäftad med de inskränkningar, villkor och förutsättningar, vilka bero av tredje mans berättigade anspråk. Men medan vi anse dessa tredje mans anspråk hava sin tillräckliga grund i den omständigheten, att han avtalat med en i eget namn uppträdande motpart, anser man enligt engelsk rätt nödvändigt att motivera dem med den bakomstående principalens förhållande. Detta kan onekligen understundom leda till egendomliga resultat. Då grunden till tredje mans rättsställning är denna, att principalen »causes [him] to believe the existence of a certain state of things and induces him to act on that belief so as to alter his own previous position» (ANSON s. 187), så följer därav konsekvensen, att tredje man, när han avtalat med en agent, som handlat i eget namn, måhända det oaktat icke kan gent emot principalen åberopa sitt förhållande till agenten. Det kan exempelvis inträffa, när han »dealt with brokers whom he knew to be in the habit of selling, sometimes as brokers for principals, and sometimes as principals on their own account». Beträffande ett dylikt fall har det således i engelsk praxis fastslagits, att »if he chooses to purchase without inquiry, he does so with notice that there

grunduppfattning är rationellt motiverad. Till styrkande av denna uppfattning kunna vi här i övrigt inskränka oss till att åberopa vad vi ovan[1] utvecklat angående motsvarande spörsmål beträffande kommittentens äganderättsförvärv. Utgångspunkten för ett bedömande av de avtalsslutande parternas rättsställning måste, såsom vi där hävdat, sökas i vad som kan fastställas angående deras typiska vederlagsförutsättningar.[2] Att den rättighet, varom fråga är, utgöres av ett fordringsanspråk i stället för en sakrätt, kan härvidlag icke hava något att betyda. I själva verket har vårt resonemang beträffande äganderättsförvärvet utgått från att detta förvärv med avseende å sina förutsättningar icke skiljer sig från förvärvet av ett obligatoriskt anspråk. För en huvudgrupp av hithörande fall, nämligen de, då den genom kommissionärens avtal med tredje man grundade rättigheten består i en fordran på prestation av visst slags gods enligt ett leveransavtal, har därför det beträffande frågan om äganderättens övergång i förevarande avseende anförda omedelbar tillämpning. Till dessa fall behöva vi följaktligen i det följande icke annat än tillfälligtvis återkomma.

---

may be a principal for whom the broker is acting as agent; and should that ultimately prove to be the fact, he has . . . no right to set off his indebtedness to the principal against debts owing to him by the agent» (ANSON s. 430 f.). Denna egendomliga konsekvens synes onekligen ägnad att ådagalägga nödvändigheten av att, såsom vi förmena vara det riktiga, taga sin utgångspunkt allenast i de båda i eget namn uppträdande parternas förhållande till varandra.

[1] S. 136 ff.

[2] Jmfr EVALDSEN s. 75 noten från s. 74; EVALDSENS där gjorda beriktigande av sin föregående framställning, i vilket beriktigande han framhåller, att rätten till fordran mot tredje man är »et Produkt af Vederlagsydelsen», synes något dunkelt. Från denna utgångspunkt drager han nämligen slutsatsen, att kommittenten, vars gods blivit försålt och därigenom utgör »Vederlagsydelsen», skall bliva direkt berättigad gent emot tredje man (jmfr s. 78); jmfr CHYDENIUS II s. 309 (yttrandet citerat ovan s. 207 not 7). Slutsatsen går emellertid tydligen för långt: av den angivna premissen kan endast slutas, att kommittenten skall hava fordringsrätten och skall hava den omedelbart men i c k e att han skall hava den såsom en f ö r h o n o m u p p k o m m e n fordran; jmfr f. ö. angående grunden till en fullmaktsgivares rättsförvärv EVALDSENS framställning s. 4, vilken knappast harmonierar med hans nu refererade åsikt beträffande kommittentens rättighetsförvärv. Till sist gör EVALDSEN ock, s. 76 ff, med hänsyn till förhållandet gent emot tredje man så väsentliga begränsningar i kommittentens rätt, att man måste ifrågasätta om icke EVALDSENS åsikt i verkligheten är den, att kommissionären är rätt borgenär; enligt EVALDSEN är nämligen icke allenast kommissionären »legitimerad» att göra fordringsrätten gällande gent emot tredje man, till dess kommittenten på något av de i omsättningen i detta hänseende erkända sätten — särskilt transport eller rättsligt avgörande — erhållit erforderlig legitimation, utan dessutom tredje man berättigad att kvitta med motfordringar mot kommissionären. Anledningen till oklarheten i EVALDSENS ståndpunkt är den, att han alldeles bortser från att det är kommissionären, som i avtalet med tredje man påtager sig hela a n s v a r e t för den utlovade »Ydelsen».

Även med avseende å övriga fall, d. v. s. de, då det gäller fordran på köpeskilling för gods, som en försäljningskommissionär avyttrat, måste emellertid samma synpunkt, vederlagssynpunkten, äga tillämpning. Visserligen skall i dessa fall kommissionären själv aldrig prestera vederlaget; det är kommittentens gods, som säljes och som presteras eller skall presteras.[1] Detta föranleder dock icke något annat bedömande, ty d e l s är det icke säkert, att kommittenten fullgör sin skyldighet att prestera godset, utan måhända blir kommissionären, i den mån detta är möjligt (d. v. s. vid leveransavtal), nödsakad att själv tillhandahålla detsamma och d e l s har ju kommissionären genom köpeavtalet även i övrigt åtagit sig hela det obligatoriska ansvaret enligt avtalet. Redan på grund härav måste man antaga, att han själv förvärvar anspråket på köpeskillingen.[2]

Härtill kommer emellertid den omständigheten, att samma ordning här påfordras även med hänsyn till tredje mans intresse. Hans anspråk på att kunna med libererande verkan fullgöra sin åtagna förpliktelse genom prestation till kommissionären kan visserligen icke åberopas härför, ty detta hans intresse blir fullt tillgodosett redan genom en legitimationsregel. Av betydelse är däremot hans anspråk på att liksom varje annan gäldenär kunna frigöra sig från sin förpliktelse genom kvittning på grund av motfordran hos den person, vilken för honom framstår såsom hans motpart i avtalet. En sådan kvittning förutsätter emellertid, att den fordran, mot vilken kvittningsinvändningen göres gällande, köpeskillingsfordran, åtminstone vid något tillfälle tidigare tillkommit gäldenären i det fordringsförhållande tredje man åberopar, d. v. s. kommissionären.[3] Att h e l t uppgiva kravet på

[1] Jmfr CHYDENIUS II s. 309 som av berörda omständighet utan vidare vill sluta, att kommittenten blir fordringsägare; likaså EVALDSEN s. 75 i noten (varom ovan s. 210 not 2).

[2] Detta förbiser tydligen CHYDENIUS s. a. st. liksom EVALDSEN s. a. st.

[3] Detta beaktar icke EVALDSEN; trots att han anser köpeskillingsfordran uppstå direkt för kommittenten, hävdar han, s. 77, såsom »selvfølgelig», att tredje man kan åberopa motfordringar å kommissionären till kvittning gent emot köpeskillingsfordran. Såsom motivering härför anför han emellertid allenast, att kommissionären måste anses l e g i t i m e r a d att mottaga betalning. Detta skäl kan emellertid tydligen icke föra längre än till erkännandet av att en genom överenskommelse med kommissionären företagen kvittning verkar libererande; i detta fall fullgör nämligen kvittningen allenast en betalningsfunktion. Det kan däremot icke åberopas som skäl för den rätt att t v å n g s v i s förskaffa sig betalning, som är kvittningsrättens viktigaste innebörd; betalning i annans egendom bör ingen borgenär hava rätt att påfordra med åberopande av det skälet a l l e n a, att hans gäldenär är legitimerad att förfoga över egendomen ifråga. — Ungefär

ömsesidighet beträffande de fordringar, som skola bringas till kvittning, kan ju icke rimligen komma ifråga, alldenstund det vore att uppgiva själva grunden för kvittningsreglerna, sådana dessa utbildats i vår rättsordning.[1]

Härmed ha vi även så vitt angår de obligatoriska rättigheterna avvisat tanken, att kommittenten kunde genom ett förvärv i sin egen person bliva d i r e k t berättigad gent emot tredje man. Att denna vår ståndpunkt också överensstämmer med vår rätt skall direkt och indirekt bestyrkas av den följande redogörelsen för Kmsl:s regler. Här skall av dessa såsom direkt betydelsefulla allenast påpekas kvittningsreglerna i 64 §. Enligt dessa kan nämligen tredje man, vare sig köpeskillingsfordran göres gällande av kommissionären eller kommittenten, till kvittning åberopa bl. a. vissa motfordringar å kommissionären. Är det kommissionären, som kräver, kan tredje man åberopa varje enligt de allmänna kvittningsreglerna kvittningsgill motfordran å denne, är det kommittenten, som kräver, kan tredje man åberopa varje motfordran å kommissionären, som uppkommit för tredje man å tid, då han varken insåg eller bort inse, att det var kommittenten, som ägde göra fordringsrätten mot honom gällande.

B. Utgår man nu från att den genom kommissionärens avtal med tredje man grundade fordringsrätten uppstår såsom en kommissionärens fordran, är därmed dock icke heller här avgjort, att icke den av kommissionären förvärvade rättigheten i samma ögonblick den uppkommer övergår till kommittenten. Huruvida så sker eller icke, vilket från vår utgångspunkt är ett spörsmål angående rättsförhållandet mellan kommissionären och

---

samma ståndpunkt som EVALDSEN intager också CHYDENIUS, som, ehuru han anser kommittenten »från början» vara fordringsägare, låter denne bliva underkastad alla invändningar, vartill tredje mans förhållande till kommissionären giver anledning. Såsom förklaring härtill åberopar CHYDENIUS allenast, att kommittenten icke velat framträda utan i stället velat låta sin rätt bero av kommissionärens person. Detta synes oss dock intet förklara om orsaken till att kommittenten det oaktat kan vara fordringsägare »från början».

[1] Härmed är således icke förnekat, att i en annan rättsordning kunna finnas kvittningsregler med en annan grund. Ett exempel härpå erbjuder ju den engelska rätten, för så vitt man där vill grunda tredje mans rätt att kvitta motfordringen å agenten gent emot principalen på estoppel-läran. Att en konsekvent tillämpning av denna lära i nu förevarande avseende leder till egendomliga resultat har emellertid framgått av det ovan s. 209 i noten sagda. Även om den till grund för estoppel-läran liggande synpunkten icke är okänd i vår rätt (man jämföre t. ex. den hos oss härskande fullmaktsläran), kan man därför säkert icke enligt dess regler så begränsa kvittningsrätten, som följden blir, därest denna skall grundas på den i sagda lära liggande skuldsynpunkten.

kommittenten, blir beroende på vad kommissionsavtalet kan anses innehålla i förevarande avseende. A priori kan härom icke sägas mera, än att den valuta, som uppnås genom försäljningen av kommittentens gods, skall tillkomma kommittenten. Detta kan emellertid ordnas antingen så, att han skall hava anspråk på den valuta in specie, fordran eller kontantbelopp, som kommissionären erhållit, eller så, att han nöjer sig med en fordran att av kommissionären få ett motsvarande kontant belopp, eller så, att han under vissa förutsättningar nöjer sig med en sådan fordran på kommissionären men, därest dessa förutsättningar brista, skall hava den av kommissionären förvärvade valutan in specie, eller slutligen så, att kommittenten får ännu någon annan ställning.

Ur den nu angivna synpunkten ter det sig tydligen såsom en näraliggande möjlighet, att olika slag av kommissionsförhållanden motivera olika regler, och därvid synes det a priori sannolikt, att framför allt skillnaden mellan civil kommission och handelskommission skall vara betydelsefull. Att sistnämnda omständighet är av väsentlig betydelse skall ock bekräftas av den följande framställningen.

Härmed hava vi i korthet angivit de principiella synpunkter, ur vilka man enligt vår åsikt bör betrakta frågan, vem de genom kommissionärsavtalet grundade fordringsanspråken tillkomma. Och därmed ha vi ock erhållit de erforderliga hållpunkterna för en tolkning och kritisk granskning av Kmsl:s hithörande regler.

Någon allmän regel angående ifrågavarande spörsmål, motsvarande den beträffande äganderättsförvärv i § 53 st. 2 givna, har Kmsl icke upptagit. Till grund för lagen ligger över huvud, enligt vad motiven[1] giva vid handen, icke någon viss teori beträffande sagda spörsmål. Med hänsyn till olikheterna mellan å ena sidan dansk-norsk, å andra sidan svensk uppfattning ansåg man lämpligast att i stället överlåta åt rättsvetenskapen att avgöra, huruvida den genom avtalet med tredje man förvärvade fordringsrätten bör anses vara kommittentens eller kommissionärens; och i överensstämmelse härmed upptog man i lagen allenast regler beträffande sådana hithörande särskilda frågor, vilka man på grund av deras praktiska betydelse önskade få besvarade. Även om man sålunda utgått från att de ifrågavarande lagreglerna stode

[1] Sv. mot s. 167, d. mot. s. 85, n. mot s. 62.

lika väl tillsammans med den ena som den andra grunduppfattningen, är det dock efter en granskning av dessa regler knappast möjligt att finna annat, än att motsatsen blivit händelsen. Redan förut[1] har påpekats, att lagreglerna i en väsentlig punkt strida mot uppfattningen, att rättigheterna ur kommissionärsavtalet direkt tillfalla kommittenten. Av det följande skall framgå, att de knappast heller kunna förlikas med uppfattningen, att kommissionären är rättigheternas innehavare.[2] Närmast synas de därför innebära, att rättigheterna, efter att hava uppstått såsom tillkommande kommissionären, från honom i samma ögonblick de uppstå övergå till kommittenten.[3] Icke heller en sådan konstruktion täcker emellertid helt de ifrågavarande reglernas innebörd.[4] I själva verket ha de olika huvudtyperna av kommissionsförhållanden, civil kommission och handelskommission, av ovan antydda skäl betingat så olika regler,[5] att någon invändningsfri enhetlig sammanfattning av desamma icke torde kunna åstadkommas.

Vissa för båda slagen av kommission gemensamma grunddrag i lagens regler kunna emellertid fixeras. Till en början kan påpe-

[1] Ovan s. 211 f.

[2] Så ock HASSELROT, s. 198, som från denna utgångspunkt sluter till att i saknad av positivt lagbud kommittenten materiellt sett bör betraktas som den verkliga fordringsägaren.

[3] Så t. ex. LASSEN, Alm. Del s. 226, Spec. Del s. 748 f.

[4] Så ock USSING, Aftaler s. 206.

[5] En skillnad i förevarande avseende mellan olika slag av kommission gör också CHYDENIUS, II s. 309 f, i det han hävdar, att kommittenten visserligen regelmässigt bleve fordringsägare men att kommissionären dock erhölle fordringsrätten, därest han dels vore handelskommissionär, dels ock vore fritagen från skyldigheten att nämna medkontrahenten. Genom att sålunda peka på betydelsen av den särskilda naturen av den indrivningsbefogenhet, som regelmässigt tillkommer en handelskommissionär, har CHYDENIUS enligt vår åsikt framhållit en omständighet, som är av principiell betydelse. Likväl kommer CHYDENIUS enligt vår åsikt ingalunda fram till någon tillfredsställande lösning av spörsmålet, vem fordringsrätten mot tredje man tillhör. Orsakerna härtill äro två. Dels förenklar han spörsmålet alltför mycket genom att betrakta indrivningsbefogenheten såsom proban på vem fordringsrätten tillkommer. Följden härav är att han icke tillerkänner kommittenten någon separationsrätt i en handelskommissionärs konkurs, därest icke handelskommissionären varit skyldig att nämna medkontrahentens namn och att finna sig i att kommittenten själv gör fordran gällande; ty har kommissionären en gång fått indrivningsbefogenhet, så bevarar han denna befogenhet, menar CHYDENIUS, även om han gör konkurs. Härigenom kommer CHYDENIUS emellertid i strid med både vad sakens egen natur kräver och vad all hithörande lagstiftning (så vitt bekant) stadgar. Dels antager han vidare, att kommissionären regelmässigt saknar rätt att mot kommittentens vilja indriva fordran mot tredje man. Detta hans antagande har avseende å kommission över huvud, alltså även handelskommission. Även därigenom kommer han emellertid i strid mot vad de faktiska förhållandena kräva och vad lagstiftningen i olika länder föreskriver.

kas, att, även trots att lagen icke beträffande fordringsrätterna givit något till Kmsl § 53 st. 2 svarande stadgande, samma princip, som där kommit till uttryck beträffande äganderättsförvärv, måste äga tillämpning å förvärv av obligatoriska rättigheter. Är det så, att äganderätten omedelbart övergår till kommittenten, synes konsekvensen fordra, att även en fordringsrätt skall göra det. En dylik analogi är visserligen icke alltigenom hållbar — man kan bl. a. icke bortse från den olikheten mellan äganderätt och fordringsrätt, att den senare i motsats till den förra positivt riktar sig mot en viss bestämd person; denna olikhet måste i flera hänseenden medföra olika regler beträffande dessa olika slag av rättigheter även i nu förvarande fall. Analogien kan sålunda icke genomföras längre, än fordringsrättens likhet med äganderätten verkligen sträcker sig, men så långt bör den kunna genomföras.[1] Att äganderätten övergår omedelbart till kommittenten innebär, dels att kommissionären själv icke äger vidare förfoga över objektet ifråga genom överlåtelser eller upplåtelser i förhållande till tredje man, dels ock att kommissionärens borgenärer icke kunna taga objektet i anspråk. I dessa båda hänseenden erbjuder fordringsrätten såsom en tillgång i fordringshavarens förmögenhet full motsvarighet till äganderätten, och så till vida är därför en analogi från regeln om äganderättens övergång fullt befogad. Ur ovan angivna synpunkt är en sådan analogi ock i lika mån rationellt motiverad i alla kommissionsförhållanden; vare sig kommittenten hänvänt sig till en civil kommissionär eller till en handelskommissionär, måste man, om icke förhållandena in casu motivera motsatsen, antaga, att han icke velat inrymma kommissionären en sådan makt över den erhållna valutan, att denna skulle kunna tagas i anspråk för kommissionärens räkning på kommittentens bekostnad.[2] Av det följande skall också framgå, att i båda de angivna hänseendena med stadgandet i Kmsl § 53 st. 2 angående äganderättens övergång helt likartade regler gälla även beträffande fordringsrätten mot tredje man.

[1] Jmfr Fehr i TfR 1925 s. 152.

[2] Av motsatt åsikt, så vitt angår fall, »där handelskommissionär icke varit skyldig för kommittenten nämna sin medkontrahent», är såsom ovan (s. 214 not 5) omtalats Chydenius II s. 310, vilken från denna utgångspunkt kritiserar den svenska Kmsl:s regler i 57 §. Chydenius tolkar kommittentens avstående från indrivningsbefogenheten såsom innefattande ett fullständigt avstående av själva fordran mot tredje man. Något verkligt skäl för en dylik tolkning har emellertid Chydenius icke anfört.

I. Vad först angår förhållandet till kommissionärens borgenärer, har lagen själv, i 57, 60 och 61 §§, givit uttryckliga stadganden, enligt vilka kommittenten kan göra anspråk på den genom kommissionärens avtal grundade fordringsrätten och skydda densamma såväl i kommissionärens konkurs som vid utmätning för hans gäld.

Beträffande fall av konkurs framgår sålunda av §§ 57 och 60, att kommittenten icke har allenast en fordringsrätt mot kommissionären, för vilken han vore hänvisad till att söka utdelning i konkursen — han har i stället, vad bättre är, rätt till själva den fordran å tredje man, vilken kommissionären för hans räkning förvärvat, och denna fordran kan han sålunda, därest den ännu utestår ogulden, själv indriva, d. v. s. han har beträffande den separationsrätt i konkursen.[1] Skulle fordringsbeloppet, när kommittenten gör sin rätt gällande, redan hava betalats till konkursförvaltaren, blir denne (enligt 60 § 2 st.) skyldig att redovisa det influtna till kommittenten. Detta gäller om allt, som efter konkursens inträffande inbetalas till konkursboet, icke blott sådant, som inflyter efter det kommittenten[2] gjort sin rätt gällande. Att konkursförvaltaren sålunda är redovisningsskyldig innebär naturligen icke, att kommittentens rätt i dylikt fall skulle inskränka sig till en personlig fordran å konkursförvaltaren. Denne är ju konkursboets representant och mottager beloppet i denna sin egenskap. Skulle han icke kunna utgiva beloppet, i det han förskingrat detsamma eller sammanblandat det med konkursboets tillgångar, blir kommittenten konkursboets borgenär.[3]

Icke sällan kunna tvivel råda därom, huruvida fordringsrätten mot tredje man är ogulden eller icke. I allmänhet bör det framgå av tredje mans eller kommissionärens bokföring. Kommissionärens böcker böra givetvis vara så förda, att av dem klart framgår dels hur hans olika fordringar uppkommit, d. v. s.

[1] Härutinnan överensstämmer lagen med tidigare rättspraxis; se SA Bd 31 s. 57 och NJA 1903 not A nr 140 och (beträffande auktionsförrättares fordringar) 1888 s. 378 och 1889 s. 147.

[2] Denna ståndpunkt intog rättspraxis redan före Kmsl:s tillkomst oberoende av särskilt lagstöd; se NJA 1889 s. 147; jmfr emellertid även NJA 1888 s. 378, i vilket fall visserligen separationsrätt (beträffande utestående auktionsfordringar i en avliden auktionsförrättares urarvakonkurs) medgavs men blott beträffande sådana fordringar, som voro oguldna vid eller guldits efter den tidpunkt, då kommittenten framställt begäran om att själv få indriva fordringarna. — Likasom här DEUNTZER s. 272.

[3] Jmfr DEUNTZER s. 272.

om de uppkommit genom försäljning av hans eget gods eller en viss kommittents gods, d e l s huruvida viss betalning, som influtit, avsett den ena eller andra fordrans likviderande. Särskilt när kommissionären haft flera fordringar mot samma tredje man, kan avgörandet dock bliva tveksamt. I första hand blir i dylikt fall bestämmande, vad gäldenären kan ha tillkännagivit angående sin avsikt med betalningen.[1] Har han ingenting sagt, anses vid avsaknad av uttryckliga regler[2] borgenären kunna i allmänhet avräkna såsom han finner för sig lämpligast.[3] Vissa begränsningar i borgenärens valrätt måste dock antagas. Klart är, att avräkning icke kan göras å icke förfallen gäld, därest förfallen gäld samtidigt är för handen.[4] Naturligt är ock, att vid kontokurantförhållanden avräkning sker först å den äldsta gälden,[5] en regel, som givetvis särskilt i merkantila kommissionsförhållanden blir av betydelse. Slutligen måste antagas, att borgenärens valrätt är underkastad en viss begränsning även i tredje mans intresse.[6] Detta är i kommissionsförhållanden av största betydelse. Har borgenären, kommissionären, redan utövat sin valrätt, när kommittenten gör sitt anspråk gällande, får visserligen kommittenten finna sig i den avräkning, som därigenom kommit till stånd. Härför krävs emellertid, att kommissionären givit gäldenären, tredje man, meddelande om, huru avräkning skett, exempelvis i utfärdat

[1] Se HB 9: 5, där det heter: »Haver någon av samma man fått flera lån än ett, och förbundit sig att för det ena giva större ränta, och för det andra mindre, eller ingen; där må skuldenär avräkna det, som betalas, å vilketdera lån han helst vill; dock ej förr än förfallodagen inne är . . .» Att regeln i detta lagrum hänförts till ett par särskilt angivna fall lär icke innefatta någon begränsning av dess räckvidd; jmfr Lagberedningens förslag till handelsbalk och utsökningsbalk m. m. 1850 HB 3: 28 samt motiven härtill s. 18.

[2] Uttryckliga regler av annat innehåll ger t. ex. BGB § 366, Code civ. art. 1256, SO art. 87.

[3] Så Lassen, Alm. Del s. 704 f. I den svenska litteraturen synes frågan föga uppmärksammad; se dock Nehrman, Inledning till then swenska jurisprudentiam civilem, Lund 1729, s. 361 (såsom ovan i texten). Något avgörande ur rättspraxis är oss icke bekant. — Jmfr Deuntzer s. 221, som beträffande avräkning i kommissionsförhållanden, när tredje man icke tillkännagivit, huruvida visst av honom erlagt belopp är avsett att utgöra betalning för en kommissionärens egen fordran eller en kommissionsfordran, hävdar att en pro rata-fördelning bör äga rum. En uttrycklig regel av sådant innehåll ger ock (enligt vad Grünhut s. 341 not 21 upplyser) såväl spansk som portugisisk handelsrätt. Utan lagstöd lär den väl emellertid icke kunna antagas böra gälla.

[4] Jmfr det citerade stadgandet i HB 9: 5; vidare Lassen s. a. st. och Nehrman s. a. st.; BGB § 366 st. 2, Code civ. art. 1256 st. 1.

[5] Så Lassen s. a. st.; jmfr BGB § 366 st. 2, Code civ. art. 1256 st. 2, SO art. 87 st. 1.

[6] Så Lassen, Alm. Del s. 706.

kvitto angivit betalningen vara mottagen såsom likvid för viss gäld.[1] Har kommissionären icke på detta sätt vid den nämnda tidpunkten utövat sin valrätt, så har han visserligen denna rätt kvar, men han kan icke utöva den till kommittentens skada. Valrätten är en befogenhet i förhållande till gäldenären, tredje man; i förhållande till kommittenten åter kan den icke utövas i strid med principen, att fordran å tredje man i materiellt hänseende är icke kommissionärens utan kommittentens.

Skulle fordringsbeloppet efter det kommissionären kommit i konkurs hava betalats till denne själv i stället för konkursförvaltaren, lär betalningen enligt konkursrättsliga regler (jmfr Konkursl. § 22) icke verka liberérande för tredje man, för så vitt icke det erlagda beloppet av kommissionären överlämnats till konkursboet.[2] Då sålunda fordran mot tredje man alltjämt finnes kvar kan kommittenten givetvis även i dylikt fall göra den gällande mot honom.[3]

Om åter fordringsbeloppet redan före konkursen betalats till gäldenären, finnes i allmänhet icke någon möjlighet för kommittenten att göra någon företrädesrätt i kommissionärens konkurs gällande; han får i regel en vanlig konkursborgenärs ställning och måste således nöja sig med utdelning i konkursen. Tveksamt kan emellertid vara, huruvida detta gäller också i ett sådant fall, då kommissionären hållit den influtna valutan avskild för kommittentens räkning. Denna fråga, till vilken lagen icke tagit ståndpunkt, synes böra besvaras i enlighet med de ovan beträffande kommittentens äganderättsförvärv utvecklade grundsatserna.[4] En tillämp-

[1] Angående betydelsen av dylikt kvitto jmfr Code civ. art. 1255, SO art. 86 st. 2.

[2] Detta gäller enligt svensk rätt oberoende av om tredje man äger kunskap om konkursen eller icke. Annorlunda enligt dansk rätt, i det enligt den danska konkurslagen rättshandlingar med konkursgäldenären, som företagits i ovetskap om konkursen, innan densamma blivit behörigen kungjord, hava full rättsverkan; se d. mot. s. 88.

[3] Jmfr GRÜNHUT s. 341 f, vilken beträffande AHGB synes hävda en motsatt regel.

[4] Jmfr DEUNTZER s. 269 f och SCHMIDT-RIMPLER s. 916. Den senare vill göra en skillnad mellan dem, vilka voro kommissionärens borgenärer redan vid fordringsbeloppets inbetalande till kommissionären, och dem, vilka blivit dennes borgenärer först efter denna tidpunkt. Beträffande den förra borgenärskategorien skulle avgörandet vara beroende av samma omständigheter, som äro bestämmande vid besvarandet av frågan, vem som förvärvar äganderätten till inköpt gods (se ovan s. 118 not 4). Beträffande den senare kategorien åter skulle gälla att någon rätt till det inbetalade beloppet för dessa borgenärer över huvud icke kunde komma ifråga; orsaken härtill vore den, att »ihnen gegenüber die Forderung nicht als solche des Kommissionärs gegolten [hat]». Värdet av denna distinktion

ning av dessa grundsatser torde leda till att beloppet tillfaller kommittenten med äganderätt.

Otvivelaktigt synes detta åtminstone för det fall, då beloppet uppburits av en civil kommissionär. En sådan kommissionär har, bortsett från honom eventuellt tillkommande panträtt, icke någon självständig rätt att indriva en dylik fordran[1]; när han indriver densamma, handlar han uteslutande för kommittentens räkning och blir på grund härav förpliktad att hålla det indrivna beloppet avskilt för honom. Kan ett i kommissionärens besittning befintligt penningbelopp verkligen identifieras såsom just den valuta kommissionären uppburit för kommittentens gods, så består sålunda för kommissionären med avseende å detta speciella belopp en skyldighet att utgiva detsamma till kommittenten, och detta bör i enlighet med nyss åberopade grundsatser vara tillräckligt för att överföra äganderätten med avseende å detta belopp till kommittenten.

Annorlunda kunde saken synas förhålla sig när beloppet uppburits av en handelskommissionär. En sådan kommissionär har en självständig indrivningsrätt, och han är förty icke heller utan vidare pliktig att hålla det influtna beloppet avskilt från sin förmögenhet. Det kunde därför synas ligga närmast till hands att förvägra kommittenten äganderätten till ett i kommissionärens besittning befintligt och såsom valuta för kommittentens gods identifierbart belopp, för så vitt icke kommissionären antingen i kommissionsavtalet åtagit sig att hålla influtna belopp avskilda eller efter beloppets mottagande genom någon i förhållande till kommittenten vidtagen åtgärd förbundit sig att hålla det influtna beloppet in specie honom tillhanda.[2] En dylik slutsats vore dock

synes dock minst sagt något tvivelaktigt. Står det över huvud fast, att ett visst belopp härrör ur en fordran, som kommissionären icke ägt tillgodogöra sig för egen räkning, och håller man före, att på denna grund en viss borgenär icke äger tillgodogöra sig beloppet, så måste väl detta gälla också alla andra borgenärer; ty att borgenären ifråga icke får någon rätt till beloppet måste ju bero på att han icke kan taga i anspråk någon annan rätt än den gäldenären, kommissionären, verkligen har; men bättre rätt än gäldenären själv lär väl icke heller någon annan av hans borgenärer kunna göra gällande.

[1] Därom se närmare nedan s. 231 f.

[2] Jmfr LENEL s. 50—52. LENEL refererar där ett rättsfall, avdömt av RG (Entscheidungen in Civilsachen Bd 24 s. 307 ff), av i huvudsak följande innebörd. Till en försäljningskommissionär överlämnades en post aktier för försäljning. Kommissionären sålde aktierna per ultimo, men avled före leveransdagen. Arvingarna, som undersökt hans ekonomiska ställning, funno honom vara insolvent. För att icke behöva omedelbart tillkännagiva insolvensen men ändå förbli utan ansvar för den avlidnes förbindelser, fullgjorde de omedelbart efter leveransdagen

knappast berättigad. Kommittenten bör även i nu ifrågavarande fall, så snart ett visst belopp kan identifieras såsom valuta för honom tillhörigt gods, kunna i kommissionärens konkurs separera detsamma. Kommissionärens självständiga rätt att indriva beloppet och den därav beroende rätten att låta det inflyta i hans egen kassa upphöra i och med konkursens inträffande.[1] Vad kommissionären vid denna tidpunkt faktiskt icke låtit inflyta i sin egen kassa, kan han icke längre hava rätt att inräkna i denna. Allt vad som verkligen kan identifieras såsom valuta för kommittentens gods har denne enligt grundtanken i 57, 60 och 61 §§ anspråk på.[2]

---

det av kommissionären ingångna försäljningsavtalet och överlämnade aktierna till köparen mot kontant betalning samt inlade det mottagna beloppet i ett kuvert med påskrift: »Herrn W. Günther [der Name des Kommittenten] 10683 Mark. Erlös für am 21. Juli cr. verkaufte ... Aktien à 69 Prozent geliefert am 1. August 1887». RG tillät i detta fall kommittenten att separera beloppet ur kommissionärens konkursbo; såsom motivering härför anfördes, att kommittenten blivit ägare till beloppet, enär arvingarna uppenbarligen haft viljan att förvärva besittningen av detsamma för honom. Detta avgörande kritiseras av LENEL. Såsom skäl härför anför han, att en sådan påskrift å ett kuvert, innehållande pengar, som i detta fall förekommit, icke kunde vara för kommissionären eller dennes arvingar förbindande, enär de när som helst kunde utplåna densamma, och sålunda efter sitt behag kunde göra än den ene, än den andre kommittenten till ägare av beloppet eller ock låta det inflyta i den egna kassan. Detta resonemang kunna vi emellertid, trots vår tidigare anslutning till LENELS huvudsynpunkt, icke finna träffande. I förevarande fall är det icke påskriften på kuvertet eller över huvud någon beträffande penningbeloppet efter dess mottagande avgiven viljeförklaring av kommissionären, som skapar en sådan förpliktelse för kommissionären, varigenom kommittenten kan göra anspråk på detta som sin egendom. En dylik förpliktelse föreligger redan på grund av kommissionärens åtagande i kommissionsavtalet, på samma sätt som när detta går ut på förvärv av en särskild, utpekad sak. Denna förpliktelse, vilken kommissionären icke kan utplåna genom att sedermera ändra sin vilja, går ut på att valutan in specie för kommittentens gods skall tillfalla kommittenten, under förutsättning att den är för handen, när kommittenten vid kommissionärens konkurs gör anspråk på den. Vad som är tvivelaktigt i det diskuterade fallet är därför icke, huruvida en dylik förpliktelse med avseende på en av kommissionären för kommittentens gods uppburen valuta är för handen, utan i stället allenast, huruvida denna valuta alltjämt är in specie för handen. I detta avseende erkänner nu LENEL, att »was die Einsiegelung des Geldes und die Anschrift angeht, so kann diese allerdings erheblich dann werden, wenn es sich lediglich um die Kennbarmachung ohnedies schon vorhandenen Eigenthums handelt» (s. 51). När ett dylikt avskiljande av penningbeloppet har en sådan betydelse, så har det emellertid tydligen samma betydelse, när det gäller att fixera objektet för en förpliktelse, vars innebörd just går ut på att tillföra kommittenten äganderätten; härom se i övrigt närmare ovan s. 174 ff. Jmfr ock ett rättsfall, meddelat i NJA 1903 not. A nr 140.

[1] Icke heller här är således den tidpunkt avgörande, vid vilken kommittenten framställer begäran om att själv få indriva; jmfr NJA 1889 s. 147, samt 1903 not. A nr 140.

[2] Jmfr RG:s dom i det ovan s. 219 not 2 refererade rättsfallet samt NJA 1903 not. A nr 140. I sistnämnda rättsfall ålades sysslomannen i en kommissionärs konkurs att till en kommittent redovisa icke allenast för vissa vid konkursens

Självklart är emellertid, att det, så vitt angår influtna penningbelopp, oftast skall vara ytterst svårt att styrka beloppets identitet med valutan för visst gods. Väsentligt större äro utsikterna härför, när valutan består i värdepapper, exempelvis en växel eller en check eller dylikt. Ett mellanfall åter är för handen, när ett mottaget penningbelopp insatts på kommissionärens bankräkning. Att insättningen som sådan, d. v. s. penningvalutans omvandling i en fordran, icke berör kommittentens rätt, när han skulle kunna göra anspråk på själva det insatta beloppet, synes tydligt. Härför kan åberopas icke allenast en analogi från nu ifrågavarande stadganden i Kmsl utan även ett direkt eller i varje fall enligt sin grundtanke tillämpligt lagbud, nämligen 194 § i konkurslagen, som bl. a. avser utestående fordringar, vilka utgöra valuta för annan person än konkursgäldenären tillhörigt gods, vilket av denne föryttrats.[1] Icke heller torde en sådan insättning emellertid utan vidare, därför att kommissionären haft även andra medel innestående å kontot, kunna betraktas som en sammanblandning av det insatta beloppet med egna medel. Åtminstone därest i tiden mellan beloppets insättande och konkursens inträffande något uttag å bankräkningen icke skett, synes det befogat att tillerkänna kommittenten rätt till en mot insättningen svarande fordran å banken. Härför kunna åberopas samma skäl, som ovan utvecklats beträffande motsvarande åsikt med avseende å betydelsen av kommissionärens sammanblandning av eget gods och kommissionsgods.[2] Vidare kan hänvisas till ett par avgöranden i dansk och norsk rättspraxis.[3] Tvivelak-

inträffande utestående fordringar och vad av sagda fordringar influtit efter konkursens början utan även för till kommissionären influtna penningmedel, vilka uppburits före sistnämnda tidpunkt; som motivering härför anfördes i HovR:s av HD:s majoritet fastställda dom, att fordringarna blivit särskilt bokförda och de influtna penningmedlen avskilda från kommissionärens övriga tillgångar.

[1] Jmfr den enligt engelsk rätt gällande ordningen, enligt vilken, »where an agent misapplies the money or property of his principal, the principal is entitled, as against the agent and his trustee in bancruptcy and creditors, to the proceeds of such money or property, of whatsoever nature they may be, provided that they can be clearly traced». (BOWSTEAD s. 344; jmfr s. 345.) Om denna regel se vidare nedan s. 224 not 1.

[2] Ovan s. 177.

[3] Se UfR 1926 s. 320 noten: En ryss, A., hade av en norrman i Moskva, K., köpt ett belopp i svenska kronor för att denne skulle låta insätta detsamma i en svensk bank i A:s namn, och K. lämnade i anledning härav beloppet till en tredje person. Oaktat denne icke kunde få beloppet insatt på A:s namn utan insatte det på K:s namn tillsammans med ett annat belopp, antogs beloppet, sedan detsamma efter K:s död uttagits ur banken, tillkomma A:s rättsinnehavare som separatist i K:s dödsbo; jmfr UfR 1926 s. 319. — Se vidare NR 1930 s. 463: Det

tigare är det däremot, om samma regel kan antagas gälla även när under den nyss angivna tiden uttag å bankräkningen ägt rum.[1] Genom ett dylikt uttag kan kommissionären synas hava förfogat över en sammanblandad förmögenhetsmassa, och man kunde tyckas sakna objektiv grund för ett avgörande, huruvida icke därigenom också en del av det för kommittentens räkning uppburna, i banken insatta beloppet blivit disponerat. Om kommittenten i ett visst ögonblick tillerkännes separationsrätt med avseende å en viss del av det å bankräkningen innestående beloppet, bör emellertid å andra sidan denna hans fordran å banken icke kunna h e l t försvinna blott därför, att senare ett mindre uttag å bankräkningen äger rum. På sin höjd kan en reduktion av hans fordran synas böra ske. I brist på en objektiv grund för en dylik reduktion har man stundom antagit,[2] att en dylik fordringshavare borde få vidkännas ett avdrag, motsvarande hela det ifrågavarande uttaget; uteslutet vore icke, har man då menat, att det uttagna beloppet »tagits» just av denne fordringshavares tillgodohavande. Ett sådant betraktelsesätt kunna vi dock icke finna välgrundat. Det kan, sedan insättning i banken ägt rum och banken förvärvat äganderätt till de insatta penningarna, icke

---

norska finansdepartementet ansågs berättigat i förhållande till en »lendsmands» insolventa dödsbo att vindicera ett belopp, som insatts å ett bankkonto genom överlåtelse till banken av en skattskyldig persons check å ett visst skattebelopp, oaktat kontot löd på »Lendsmandskontoret» och på samma konto även skett andra insättningar, som icke gällde uppbörd för statens räkning. I detta fall rådde emellertid stark dissens. En stark minoritet (3 domstolsledamöter), liksom även Overrettens majoritet, ogillade separationskravet. Såsom skäl härför anfördes, att departementets representant, statsfogden, som under vikariat för »lendsmanden» mottagit checken och endosserat densamma på banken, icke hade varit »kreditor efter checken eller eier av den» och att checkfordringen måste »forutsettes ikke lengere at eksistere». Då minoriteten sålunda bl. a. åberopade, att departementets representant icke förvärvat äganderätt till checken, innebär detta tydligen, att staten icke skulle kunnat göra anspråk på checken, även om denna vid »lendsmandens» konkurs funnits kvar hos honom oinlöst. En sådan konsekvens synes emellertid knappast rimlig, varför den ifrågavarande premissen för minoritetens votum icke kan anses hållbar. Den strider ju för övrigt också mot den synpunkt, som minoriteten vid sidan därav själv antyder genom att lägga vikt vid att checkfordringen icke längre existerar. Minoritetens argumentation synes därför knappast slå till.

[1] Detta var fallet i det i föregående not citerade norska rättsfallet, NR 1930 s. 463. På grund härav blev där även majoriteten splittrad. Två av domstolens ledamöter, vilka dikterade domen, antogo separationsanspråket böra minskas med hela det belopp som uttagits efter insättningen av det omstridda checkbeloppet. Två ledamöter ville åter utdöma hela beloppet, oberoende av ifrågavarande uttag.

[2] Detta var den ståndpunkt, som blev bestämmande för utgången av det ovannämnda norska rättsfallet (NR 1930 s. 463).

längre vara fråga om varifrån ett av banken utbetalat belopp »tages». Den situation, som är för handen, är enligt våra premisser den, att komissionären genom insättningarna i banken förvärvar däremot svarande fordringar mot banken, en för varje insättning. I förhållande till banken sammansmälta visserligen dessa fordringar faktiskt till en enda fordran, tillgodohavandet å bankräkningen, ty någon anledning att särhålla dem finns regelmässigt icke. Varje uttag kommer därför att framstå som en minskning av räkningshavarens samlade tillgodohavande. Juridiskt är det emellertid möjligt att särhålla de mot varje insättning svarande fordringsbeloppen såsom särskilda fordringar på samma sätt som i andra kontokurantförhållanden. När det gäller förhållandet mellan kommissionären och kommittenten måste av förut angivna skäl ett sådant särhållande företagas.[1] Naturligast synes därför att lägga till grund för avgörandet en analogi från de förut[2] berörda regler, som kunna antagas gälla beträffande avräkning av erlagd betalning å särskilda, vid sidan av varandra bestående fordringar. I enlighet härmed bör, eftersom det gäller ett kontokurantförhållande, en utbetalning avräknas i första hand å de äldsta fordringarna, d. v. s. de äldsta insättningarna. Så länge efter insättningen av ett kommittenten tillkommande belopp icke uttagits mera, än som täckes av det å bankräkningen vid denna insättning innestående beloppet, bör kommittentens rätt vara helt oberörd; för varje därutöver uttaget belopp minskas åter kommittentens fordran i motsvarande mån.

Längre än så torde man däremot, om det här anlagda betraktelsesättet är riktigt, icke kunna komma. En insättning av kommissionärens egna medel, vilken företagits efter insättningen av kommittentens medel, har ingen inverkan å storleken av den senares tillgodohavande. Åtminstone därest insättningen skett först sedan kommittentens tillgodohavande till någon del konsumerats, måste denna begränsning gälla. Att den måste gälla, därest sagda tillgodohavande helt konsumerats, synes nämligen otvivelaktigt; men då bör den omstän-

[1] Detta var det väl, som de båda domstolsledamöter, vilka i det ovan flera gånger omtalade norska rättsfallet ville utdöma hela checkbeloppet, åsyftade, då de motiverade sin dom därmed, att staten genom sin representant, statsfogden, blivit ägare till den ifrågavarande checken och att »statens eiendomsrett til checken blev ved dennes anbringelse i banken ombyttet med eiendomsrett til den tilsvarende fordring paa banken».

[2] Ovan s. 217 f.

digheten, att något ringa belopp därav återstår, näppeligen kunna komma detsamma att återigen svälla ut. Och mest konsekvent synes det vara att betrakta saken på samma sätt, även om insättningen skedde, innan kommittentens ifrågavarande tillgodohavande erfarit någon reduktion.[1]

Anmärkas må till sist, att den omständigheten, att tredje man redan före konkursens början presterat viss valuta och att kommittenten kan taga denna i anspråk, ingalunda alltid utesluter, att icke kommittenten kan vända sig också mot tredje man. Om valutan bestått exempelvis i värdepapper, check, växel eller dylikt är det ju icke utan vidare givet, att tredje man blir liberérad; blir exempelvis en av tredje man utställd och av kommissionären mottagen check icke infriad, har kommissionären sin fordran å checkutställaren kvar, och denna kan följaktligen även tagas i anspråk av kommittenten.

Att kommissionären står del credere, d. v. s. åtagit sig personligt ansvar för tredje mans fullgörande av sin betalningsförpliktelse, medför ingen inskränkning i kommittentens rätt att taga fordran å tredje man i anspråk;[2] om så vore fallet, skulle kommittentens ifrågavarande rätt vara värdelös i de allra flesta fall av handelskommission, nämligen så snart kommissionären icke uppgivit tredje mans namn, ty en underlåtenhet att för kommittenten namngiva medkontrahenten medför enligt Kmsl § 14 alltid del credere-ansvar för kommissionären.[3] Detta kan så mycket mindre antagas, som behovet av lagregeln ifråga just i dessa fall

[1] Jmfr emellertid uppfattningen angående motsvarande spörsmål i engelsk rätt. Till belysning av den engelska rättens ovan s. 221 not 1 berörda regel om principalens rätt »to follow property into hands of third persons» anför BOWSTEAD (s. 345) följande exempel: »Money is paid to a broker by his principal for application in a particular way. The broker pays the money into his own account at a bank, and becomes bankrupt before applying it as directed. The principal is entitled to the money, as against the broker's trustee in bankruptcy. If, in such a case, the agent has drawn on the account, the principal has a charge on the balance in the banker's hands, the amounts so drawn beeing deemed to be drawn out of the agents own moneys, whenever they were paid in. Where the moneys of several principals have been paid into the account, their charges have priority in the inverse order of the payments, the balance beeing deemed to consist of the trust moneys most recently paid in» [spärr. här]. Den sist uttalade regeln, angående prioriteten mellan olika principaler, stämmer tydligen med den ovan hävdade åskådningen; annorlunda däremot den genom de spärrade orden angivna rättsregeln.

[2] Så ock sv. mot. s. 169.

[3] Jmfr CHYDENIUS' ovan s. 214 not 5 refererade åsikt ang. betydelsen av att handelskommissionär icke är skyldig nämna medkontrahentens namn.

är som störst. Icke ens om kommissionärens ansvar i förhållande till kommittenten kommit till uttryck på det sätt, att kommissionären givit kommittenten växel, check, skuldebrev eller dylikt för förbindelsens infriande, kan i regel[1] något annat antagas gälla; kommittenten kan således oberoende härav, därest förbindelsen ifråga icke inlöses, taga i anspråk fordran å tredje man, för så vitt den ännu utestår ogulden.[2] Än mindre kan naturligen den omständigheten, att tredje man, när han står i kontokurantförhållande till kommissionären, krediterat denne för köpeskillingsfordringen, medföra att kommittenten förlorade möjligheten att taga tredje man i anspråk; först sedan verkligen en kvittning genom kontokurantförhållandets reglering ägt rum,[3] upphör kommittentens separationsrätt.[4] Beträffande ordningen för avräkning i dylika förhållanden, när kommissionären krediterats såväl för egna fordringar som för kommissionsfordringar, lära väl vanliga regler angående avräkning i kontokurantförhållanden böra tillämpas, d. v. s. in dubio tidigare uppkomna fordringar avräknas före senare.[5]

Beträffande kommittentens ställning i kommissionärens konkurs kan man till sist fråga, huruvida kommittenten på det sätt kan a v s t å från att utöva den honom av lagen tillförsäkrade rätten gent emot tredje man, att han förklarar sig, trots att kommissionären gjort konkurs, föredraga att hålla sig uteslutande till honom.[6] En sådan möjlighet skulle ju erbjuda en fördel för kommittenten i alla sådana fall, då jämväl tredje man kommit i konkurs och hans bo kan beräknas lämna mindre utdelning än kommissionärens. En sådan valrätt står emellertid icke kommittenten till buds. I berörda fall blir han, därest icke kommissionären

---

[1] Omständigheterna i det särskilda fallet kunna naturligen giva vid handen, att kommittenten tagit en kommissionärens skuldförbindelse av ifrågavarande slag såsom full valuta för sin fordran, men in dubio kan detta icke antagas vara fallet; jmfr GRÜNHUT s. 342.

[2] Till stöd härför kan åberopas ett danskt rättsfall, UfR 1931 s. 488: Köpesumman för ett parti varor, vilken en bank fått i uppdrag att inkassera för säljaren och vilken icke ingått till banken, innan den inställde betalningarna, ansågs tillkomma säljaren; att säljaren för beloppet fått en check av banken, vilken icke blev infriad, ansågs icke överföra rätten till köpesumman till banken.

[3] Beträffande ordningen för en avräkning se ovan s. 216 ff.

[4] Jmfr Code de comm. art. 575 st. 2 (återgiven ovan s. 208 not 1) ävensombeträffande tysk rätt GRÜNHUT s. 343.

[5] Se ovan s. 217.

[6] Frågan har varit aktuell i fransk rättspraxis; se LYON-CAEN & RENAULT, Traité nr 507; jmfr DEUNTZER s. 275 f.

står del credere, nödsakad att hålla sig till den valuta, som fordran å tredje man eller den därtill svarande utdelningen i tredje mans konkurs representerar. Också häruti visar det sig, att kommittenten är tredje mans borgenär.

Samma grundsats, som kommit till uttryck i de nu behandlade reglerna angående betydelsen av kommissionärens konkurs, uppbär ock lagens regel angående kommittentens rättsställning vid utmätning för kommissionärens gäld. Enligt 61 § gäller därom, att fordran mot tredje man på grund av avtal, som kommissionären slutit för kommittentens räkning, icke må tagas i mät för kommissionärens gäld, med mindre denne fullgjort vad tredje man enligt avtalet åligger eller på grund av sin panträtt enligt 35 eller 36 § äger förfoga över fordringen. Också genom detta stadgande bringas till klart uttryck, att fordran mot tredje man principiellt är kommittentens,[1] ingår i hans förmögenhet, icke i kommissionärens. Att kommissionären eventuellt har en säkerhetsrätt i fordringen enligt 35 eller 36 § medför härutinnan ingen annan inskränkning än den, som följer av varje pantsättning av en fordran. Visserligen kan denna kommissionärens rätt föranleda, att kommittenten, när kommissionärens borgenärer taga hans ifrågavarande rätt i anspråk, går fordran mot tredje man helt förlustig, men så vitt möjligt skall dock i enlighet med UL § 68 kommittentens fordran även vid utmätning i dylikt fall skyddas. Större del av fordran, än vad som kan beräknas erfordras för att bereda kommissionären full betalning för hans fordran, bör således icke utmätas.[2]

Beträffande kommittentens ställning i utmätningsfall kan i övrigt hänvisas till det ovan beträffande konkursfall anförda, vilket här i allo äger motsvarande tillämpning.

[1] Annorlunda RABENIUS i TfR 1918 s. 341.

[2] Så ock sv. mot s. 177 för sådana fall, då fordran mot tredje man icke grundas å skriftlig handling. Att fordran grundas å skriftlig handling synes oss dock icke i och för sig föranleda något annat bedömande. Även i dylikt fall är det ju möjligt att utmäta allenast visst belopp av fordran; jmfr NJA 1897 s. 220. Endast om handlingen är av löpande beskaffenhet, synes den i motiven antydda uppfattningen vara grundad. — Angående de vanskligheter som kunna vara förbundna med en utmätning av fordran mot tredje man för kommittentens gäld, när kommissionären har legal panträtt i fordran, se Lagrådets yttrande beträffande 31 och 32 §§, NJA Avd. II s. 228 ff. De av lagrådet framställda erinringarna mot det ursprungligen föreslagna stadgandet i 32 § avsågo visserligen en däri föreslagen legal panträtt till säkerhet för även andra fordringar än kommissionsfordringar men hava i viss mån praktisk betydelse även sedan panträtten erhöll den mera begränsade omfattning den nu har enligt sagda paragrafer; särskilt kan så bliva fallet när kommissionären åberopar panträtt enligt 32 §.

II. I överensstämmelse med den princip, enligt vilken lagen besvarat frågan om kommissionärens borgenärers rätt att disponera över fordran mot tredje man, bör man, såsom ovan redan antytts, också besvara frågan om kommissionärens egen rätt att disponera över denna fordran genom förfoganden i förhållande till andra personer än tredje man. Dylik rätt att avyttra fordringsrätten bör icke tillkomma kommissionären.

Ett sådant avyttrande ter sig ur kommittentens synpunkt ändamålslöst, ja, måste regelmässigt antagas äventyra hans rätt, i det kommissionären i allmänhet icke lär företaga detsamma utan att hava en mer eller mindre osäker ekonomisk ställning. Något lojalt motiv, på grund varav kommissionären på förhand skulle kunna betinga sig en dylik rätt, kan icke heller gärna anföras. Och att cessionariens intresse icke kan göra sig självständigt gällande behöver icke särskilt framhållas; mer än vad kommissionären har, kan cessionarien icke förvärva.

Riktigheten av denna slutsats bekräftas indirekt av lagens stadgande om kommissionärens säkerhetsrätt i 35 och 36 §§. Enligt dessa stadganden har försäljnings- resp. inköpskommissionär tillerkänts rätt att genom försäljning eller annorledes förfoga över fordringsrätten, »så vitt det erfordras för gäldande av sådan fordran hos kommittenten, för vilken han skulle haft panträtt i godset, om detta funnits i behåll.» Då lagen aktat nödigt att för detta fall uttryckligen tillerkänna kommissionären förfoganderätt, måste väl härav e contrario slutas, att i andra fall dylik förfoganderätt icke tillkommer honom.[1]

Skulle kommissionären, trots avsaknaden av förfoganderätt, avyttra fordran mot tredje man, har detta förfogande ingen inverkan å kommittentens rätt. Utan vidare givet är detta, för så vitt

[1] Missvisande är därför RABENIUS' påstående (s. 341), att kommissionären, enär han vore »rätt fordringsägare», ägde »genom cession ... förfoga över fordringen». Ett slags »cession», om man så vill uttrycka saken, kan visserligen komma till stånd men, såsom RABENIUS mycket riktigt själv framhåller, allenast på det sätt, att cessionariens rätt blir underkastad »de inskränkningar, som följa av kommissionsförhållandet». Dessa inskränkningar äro ju emellertid av fundamental art: de innebära, att fordran materiellt tillkommer kommittenten; vad kommissionären kan överlåta är därför i verkligheten icke själva den ifrågavarande fordringsrätten utan allenast den mer eller mindre prekära befogenhet att disponera över fordran genom dess indrivande, som lagen i viss utsträckning tillerkänt kommissionären. Detta innebär tydligen, att den rätt kommissionären i förevarande avseende har är densamma som en inkassofullmäktigs rätt att sätta annan i sitt ställe. Själva fordringsrätten kan kommissionären överlåta allenast i de i 35 och 36 §§ avsedda fallen.

cessionarien varit i ond tro.[1] Annorlunda blir förhållandet emellertid icke heller, om cessionarien varit i god tro.[2] Att cessionarien icke ägt kännedom om fordrans egenskap av kommissionsfordran kan icke spela någon roll; läget är detsamma som vid en dubbelcession: fordringsrätten har redan från början övergått till kommittenten, och kommissionären har därför vid sitt förfogande icke någon fordran kvar att överlåta.[3] Frågan kan endast vara, huruvida kommissionären kan anses legitimerad att i förhållande till person i god tro förfoga över fordringsrätten.[4] Även den frågan måste emellertid regelmässigt besvaras nekande. I kommissionärens ställning eller förhållande till fordringsrätten finnes intet, varigenom han mera än någon annan, i vars person en viss cederad fordran uppstått, kunde framstå såsom trots cessionen behörig att förfoga över densamma. Icke ens om kommissionären är handelskommissionär föreligger någon dylik omständighet. Endast om till bevis om fordringsrätten utfärdats ett löpande skuldebrev eller annan dylik handling, gäller något annat; i så fall har kommissionären såsom besittare av fordringsbeviset den

---

[1] Jmfr GRÜNHUT s. 336 not 17 in fine. — En motsatt uppfattning utvecklar, vid tolkningen av HGB § 392 st. 2, SCHMIDT-RIMPLER s. 913.

[2] Så uttryckligen n. mot. till § 61 s. 64. — Annorlunda däremot t. ex. GRÜNHUT s. a. st. och SCHMIDT-RIMPLER s. a. st. samt EVALDSEN s. 77 noten från s. 76; EVALDSEN åberopar för sin åsikt, att cessionarien före cessionen eller strax efteråt kan hava förhört sig hos gäldenären t. ex. därom, huruvida denne erkänner fordran, och härigenom hava erfarit, att denne avtalat med kommissionären, vid vilket förhållande det icke borde kunna invändas mot cessionarien, att gäldenären i stället kontraherat med en annan, kommittenten. Detta argument slår dock icke till. Om så varit, att gäldenären v e r k l i g e n kontraherat med kommittenten, så kunde väl effekten härav icke beröras av gäldenärens, vid detta antagande felaktiga uppgift, att han kontraherat med kommissionären själv. Vad det gäller är emellertid — om man fasthåller vid kommissionärens egenskap av verklig medkontrahent — huruvida icke fordran vid tidpunkten för kommissionärens obefogade avyttring av densamma så övergått från honom till kommittenten, att kommissionären i c k e l ä n g r e är rätt fordringshavare. Besvaras denna fråga jakande, så kan det icke spela någon roll, att cessionarien fått den i och för sig riktiga upplysningen, att fordringsrätten uppkommit som en kommissionärens fordran, ty detta kan ju icke innefatta någon garanti för att den a l l t j ä m t tillkommer honom. Att det gäller en kommissionsfordran gör icke saken annorlunda. Vetskapen om denna egenskap hos fordringsrätten bör ju tvärtom medföra insikten om att densamma rätteligen icke tillkommer kommissionären utan kommittenten, d. v. s. försätta cessionarien i ond tro. Icke heller kan mot kommittenten åberopas, att kommissionären alltjämt varit legitimerad att utöva fordringsrätten gentemot g ä l d e n ä r e n; denna legitimation framstår ju utåt icke annorlunda än en uttryckligen till inkassering begränsad fullmakt, en fullmakt som givetvis icke kan åberopas som legitimation för andra förfoganden än just inkassering.

[3] Jmfr AFZELIUS s. 55 f.

[4] Jmfr ang. EVALDSENS ståndpunkt ovan not 2.

varje innehavare av ett dylikt bevis tillkommande legitimationen i förhållande till utomstående.

III. Den ställning kommittenten i hittills berörda avseenden intager synes innebära, att han är rätt innehavare av fordringsrätten mot tredje man. Detta åter måste innebära, att fordringsrätten i och med sin uppkomst övergått på kommittenten. Kommissionären är med andra ord, på samma sätt som han skulle bliva genom en formlig cession, på grund av kommissionsavtalet förpliktad att låta fordringsrätten gälla såsom en kommittentens fordran.

Föreligger en dylik förpliktelse för kommissionären, så finns ju i allmänhet ur de ovan beträffande äganderättsförvärv berörda synpunkterna icke heller några betänkligheter mot att erkänna kommittentens förvärv; någon ovisshet om vilket objekt förpliktelsen avser föreligger nämligen icke här, så länge den genom försäljningen av kommittentens gods uppkomna fordringsrätten fortbestår gent emot tredje man. En annan sak är, att kommittenten, därigenom att hans gods av kommissionären sammanblandas med dennes eget eller andra kommittenters, redan innan det blivit försålt kan hava förlorat äganderätten till detsamma och i stället automatiskt blivit fordringsberättigad gent emot kommissionären.

Emot kommittentens intresse att utan konkurrens med kommissionären och hans borgenärer få tillgodonjuta kommissionsfordringen står emellertid kommissionärens lika berättigade intresse att icke behöva släppa ifrån sig den genom hans avtal med tredje man erhållna valutan utan att dessförinnan erhålla gottgörelse för sina utlägg och sin fordran på provision m. m. Detta intresse tillgodoses ju så vitt angår fordran enligt leveransavtal redan genom den kommissionären enligt förut[1] diskuterade regler tillkommande stoppningsrätten, en rätt, som kan utövas till och med om kommittentens fordringsrätt skulle övergått i äganderätt till visst objekt. Även så vitt angår fordran på köpeskilling för försålt gods, skulle väl måhända allmänna rättsgrundsatser angående synallagmatiska rättsförhållanden kunna åberopas för att tillerkänna kommissionären en i huvudsak motsvarande säkerhetsrätt, nämligen en rätt att undanhålla kommittenten resultatet av det för hans räkning utförda arbetet, fordran å tredje

[1] Ovan s. 182 ff.

man, därest kommittenten icke fullgör sina avtalsenliga förpliktelser, d. v. s. i första hand en rätt att förvägra en sådan överlåtelseförklaring, som är erforderlig för att kommittenten skall bliva legitimerad att utöva fordringsrätten, och i andra hand en härav följande faktisk behörighet att själv indriva fordringsrätten och att göra sig betäckt ur det inkasserade beloppet.

Vid en sådan ordning har lagen emellertid icke stannat.[1] Enligt Kmsl §§ 35 och 36 äger kommissionären, så vitt det erfordras för gäldande av sådan fordran, för vilken han skulle haft panträtt i godset, om detta funnits i behåll, rätt att, sedan nämnda fordran förfallit till betalning, »genom försäljning eller annorledes» förfoga över fordringsrätten mot tredje man. Detta synes innebära, att kommissionären har ett slags panträtt i nämnda fordran. Sådan panträtt tillkommer såväl en civil kommissionär som en handelskommissionär. Den förres panträtt är emellertid icke så vidsträckt som den senares kan vara. En civil kommissionär har panträtt allenast i sådan fordran, som sammanhänger med det särskilda kommissionsuppdrag, på grund av vilket kommissionären har fordran mot kommittenten (Kmsl § 31), handelskommissionären åter har, därest kommittenten är köpman, panträtt jämväl för fordran, som grundar sig å annat kommissionsuppdrag för dennes rörelse (Kmsl § 32). För andra fordringar än sådana, som grunda sig på kommissionsuppdrag, har varken civil kommissionär eller handelskommissionär någon panträtt.

Den nu berörda säkerhetsrätten innebär onekligen en väsentlig inskränkning i kommittentens rätt att förfoga över fordran mot tredje man. I och för sig utgör den dock intet hinder mot att betrakta kommittenten som rätt borgenär.[2] Enligt Kmsl är emellertid kommittentens rätt att gent emot tredje man förfoga över fordran mot denne underkastad även andra inskränkningar, och dessa äro delvis av den natur, att det kan synas tveksamt, huruvida kommittenten verkligen är fordringsrättens innehavare.

Här gör sig emellertid skillnaden mellan civil kommission och handelskommission på ett avgörande sätt gällande. Ur den ovan

---

[1] Åtminstone så vitt angår civil kommission skulle väl dock en så begränsad säkerhetsrätt varit till fyllest; jmfr lagrådets anmärkning beträffande 35 § (NJA Avd. II s. 237 f).

[2] Att en fordringshavare upplåter panträtt i sin fordran berövar honom icke egenskapen av borgenär; se Undén, Om panträtt i rättigheter, 2 uppl., Lund 1923 s. 155 ff med ytterligare hänvisningar.

antydda synpunkten, d. v. s. med hänsyn till vad parterna i överensstämmelse med sina intressen kunna antagas hava enat sig om, framstår det såsom naturligt, att handelskommissionären skall erhålla en ställning i förhållande till kommittenten av väsentligt mera självständig natur än den civile kommissionärens. Handelskommissionären såsom självständig yrkesidkare bör vara tillförsäkrad befogenhet att ensam indriva fordran mot tredje man, den civile kommissionären åter såsom en tillfälligtvis fungerande ombudsman bör icke kunna hindra kommittenten att själv göra fordran gällande.

För handelskommissionärens utrustande med en exklusiv indrivningsbefogenhet tala till en början dennes speciella intressen. Redan med hänsyn till hans känsla för sitt anseende såsom affärsman ter det sig otillbörligt, att kommittenten skulle kunna blanda sig in i hans affärsrörelse, trots att kommissionären icke genom ådagalagd oförmåga att indriva fordran eller att likvidera redan förfallna fordringar eller dylikt givit anledning till en sådan inblandning. Viktigare är emellertid, att en dylik opåkallad inblandning även kan skada kommissionärens ekonomiska intresse, dels därigenom att han genom att tvingas yppa sina medkontrahenters namn utsättes för risken att hans uppdragsgivare i framtiden vända sig direkt till dessa,[1] dels även därigenom, att en tvungen överlåtelse av vad som ter sig som hans affärsfordringar, om den förekommer i större utsträckning, kan framkalla oberättigade och för honom skadliga rykten om att han vore insolvent.[2]

Med detta handelskommissionärens intresse harmonierar ock, såsom vi nedan skola närmare utveckla, såväl tredje mans som kommittentens intresse.

För den civile kommissionärens del åter ha de nu utvecklade synpunkterna ingen betydelse. Att en sådan kommissionär, sedan han utfört ett enstaka försäljningsuppdrag, måste låta kommittenten själv indriva köpeskillingen, kan varken skada kommissionärens anseende eller ekonomi. Icke heller kan tredje man göra gällande något befogat intresse i kommissionärens förblivande i borgenärsställning. Ur ingenderas synpunkt ter sig förhållandet i dylikt fall annorlunda, än om kommissionären handlat såsom fullmäktig.

---

[1] Denna synpunkt betonas särskilt i motiven, se t. ex. sv. mot. s. 167, jmfr s. 65.

[2] Jmfr Lagen om kommission ... utg. av E. Gadde, 2 uppl. ombesörjd av R. Eklund (1925) s. 119.

I överensstämmelse med dessa synpunkter äro ock Kmsl:s regler angående indrivningsbefogenheten utformade.

Beträffande civil kommission gäller således enligt 57 §, att kommittenten, under vissa i 58 § stadgade villkor, när helst han vill, äger göra fordringsrätten gällande mot tredje man. Villkoren äro två. Det ena är, att kommittenten, när han vill göra fordran gällande, skall därom tillsäga kommissionären eller, därest denne blivit försatt i konkurs, konkursförvaltningen. Det andra villkoret är uppställt för det fall, att kommissionären har sådan fordran å kommittenten, att han enligt 35 eller 36 § äger förfoga över fordringen mot tredje man, och detta villkor innebär, att kommittenten i dylikt fall måste gälda ifrågavarande fordran eller ställa säkerhet för den.

Beträffande handelskommission åter gäller enligt samma paragraf, att kommittenten endast i vissa undantagsfall har rätt att göra fordringsrätten gällande mot tredje man. Sådan rätt har han nämligen allenast, s å f r a m t vad tredje man åligger icke blivit i rätt tid fullgjort e l l e r kommissionären brustit i sin redovisningsplikt e l l e r handlat oredligt mot kommittenten e l l e r o c k blivit försatt i konkurs. I övrigt är kommittentens indrivningsrätt även i dessa fall beroende av samma villkor som i fall av civil kommission.

I alla andra fall än sådana, då kommittenten enligt dessa regler äger göra fordringsrätten gällande mot tredje man, d. v. s. vad handelskommission beträffar som regel, har enligt 60 § kommissionären ensam befogenhet att göra fordringsrätten gällande. Skulle kommissionären komma i konkurs, övergår befogenheten till konkursförvaltningen. Och lagen tillägger, att fordringsrätten må av kommissionären eller konkursförvaltningen utövas utan hinder därav, att kommissionsuppdraget återkallats eller annorledes upphört.

Huru stämma dessa regler angående befogenheten att göra fordran mot tredje man gällande överens med de slutsatser beträffande fordringsrättens tillhörighet, vilka vi ansett oss kunna draga ur de förut uppmärksammade stadgandena? Svaret på den frågan synes bliva olika allteftersom det är fråga om civil kommission eller handelskommission.

Vad först civil kommission angår, synes man med fog kunna hävda, att även enligt nu ifrågavarande regler kommittenten fram-

står såsom den egentlige fordringshavaren och att kommissionärens befogenhet allenast innefattar en legitimation att göra kommittentens fordran gällande gent emot tredje man. De i 58 § uppställda villkoren för kommittentens rätt att själv utöva sin fordran äro icke av den art, att de kunna jäva denna uppfattning av reglernas egentliga innebörd. Det villkor, som ligger i fordran på att kommissionären skall tillsägas angående kommittentents önskan att själv utöva fordringsrätten, är tvärtom alldeles särskilt ägnat att stryka under, att fordran icke blott materiellt utan även rent formellt är kommittentens; denne behöver icke såsom t. ex. enligt HGB § 392 någon formlig cession från kommissionären för att få oinskränkt makt över fordringsrätten, utan det räcker med en underrättelse till denne. Endast så länge kommissionären icke fått veta om kommittentens önskan att själv utöva fordringsrätten, tillkommer denna befogenhet kommissionären. Det beträffande kommissionärens säkerhetsrätt uppställda villkoret åter pekar visserligen på att kommissionären kan hava en starkare ställning än såsom blott legitimerad att göra kommittentens rätt gällande. När kommissionären har dylik säkerhetsrätt, är det en honom själv tillkommande rätt han kan göra gällande, och han har sålunda icke blott en formell utan en materiell legitimation i förhållande till tredje man. I och för sig[1] bör emellertid, såsom redan ovan framhållits, icke heller den omständigheten, att kommissionären har en sådan rätt över fordran mot tredje man, utesluta, att denna fordran alltjämt dock är kommittentens; att någon har exempelvis panträtt i annans fordran anses icke betaga pantsättaren ställningen såsom borgenär.[2]

Att den civile kommissionärens indrivningsbefogenhet i och för sig icke är något annat än en legitimation synes ock klart bekräftas av regeln i 63 § och den härtill svarande regeln om tredje mans kvittningsrätt i 64 §.

Förstnämnda stadgande tager sikte på det fall, att kommittenten icke äger göra gällande fordran mot tredje man, och ger härom den regeln, att om tredje man i dylikt fall erlägger betalning eller avlämnar gods till kommittenten, så är han ändock pliktig

---

[1] Angående betydelsen av ifrågavarande omständighet se emellertid närmare nedan s. 137 ff.

[2] Se Undén, Om panträtt i rättigheter 2 uppl., Lund 1923 s. 155 ff.

att fullgöra avtalet till kommissionären, så vitt det ej visas, att kommissionären icke lider någon skada därigenom, att betalningen erlagts eller godset avlämnats omedelbart till kommittenten. Låt vara att bevisbördans fördelning i dylika fall måhända skall kunna medföra, att tredje man, trots att han presterat till en materiellt berättigad kommittent, blir ålagd prestera även till kommissionären — tydligt är dock, att stadgandet innefattar en principiell begränsning av den rättsliga makt, som innefattas i kommissionärens befogenhet att göra fordran gällande: icke under alla förhållanden kan denna befogenhet göras gällande som en rättighet utan allenast så vitt dess åsidosättande vållar kommissionären skada. Vid bedömandet av om kommissionären lidit skada, synes man emellertid icke rimligen kunna taga hänsyn till andra fall än dem, då kommissionären kunnat motsätta sig kommittentens egen önskan att själv göra fordran gällande. Härtill har emellertid kommissionären rätt allenast när han hos kommittenten har fordran av sådan beskaffenhet, att han enligt 35 eller 36 § äger, där fordringen är förfallen, för dess gäldande förfoga över fordringsrätten mot tredje man. Utan beaktande måste man åter lämna sådana fall, då kommissionären allenast har en med det speciella kommissionsuppdraget icke sammanhängande fordran å kommittenten, d. v. s. en fordran, vilken icke är förbunden med sådan säkerhetsrätt, som 35 och 36 §§ avse, men vilken kommissionären, därest han faktiskt blivit i tillfälle att indriva kommittentens fordran och tillgodogöra sig den erhållna valutan,[1] vid sin redovisning skulle kunnat begagna till kvittning mot kommittenten.[2]

Med den nu berörda regeln om verkan av betalning till kommittenten överensstämmer helt regeln i 64 § om tredje mans rätt att vid krav av kommissionären till kvittning åberopa en motfordran å kommittenten. Sådan motfordran får tredje man an-

[1] Annorlunda i sådana fall, då den av kommissionären uppburna valutan för fordran mot tredje man alltjämt föreligger individualiserad, t. ex. i form av en utav tredje man utställd check el. dyl.; därom se ovan s. 218 ff.

[2] En motsatt åsikt uttalas visserligen i motiven till 63 §, sv. mot. s. 180; likaså egendomligt nog även i d. mot. s. 89 och n. mot. s. 65. Särskilt tydligt är uttalandet i d. mot. Då vi emellertid omöjligen kunna inse, huru någon kan lida skada i rättslig mening genom att icke bliva i tillfälle utöva en befogenhet, vilken när som helst kan berövas honom, kunna vi icke känna oss övertygade om riktigheten av den i motiven uttalade åsikten. Riktig är denna visserligen i de betydelsefullaste fallen, nämligen vid handelskommission, varom vidare nedan; oriktig måste den däremot vara beträffande det nu diskuterade fallet, civil kommission.

vända till kvittning i den mån han visar att kommissionären icke skulle lida någon s k a d a genom sådan kvittning. Också denna regel måste tolkas i överensstämmelse med vad ovan utvecklats beträffande 63 §.[1]

Det finns emellertid en omständighet, som möjligen kunde synas tala emot den nu utvecklade uppfattningen. I Kmsl § 58 st. 2 stadgas nämligen, att om kommissionären eller konkursförvaltningen, när kommissionär kommit i konkurs, hellre än att låta kommittenten göra fordringsrätten gällande mot tredje man vill själv fullgöra, vad denne enligt avtalet åligger, må fordringsrätten icke göras gällande av kommittenten. Man kan fråga sig, om icke detta innebär, att kommissionären, när han sålunda själv i stället för tredje man fullgör dennes förpliktelse, kan bringa till kvittning i förhållande till kommittenten även andra fordringar å denne än sådana, beträffande vilka han kan göra gällande den i 35 o. 36 §§ medgivna förfoganderätten över fordringen å tredje man.[2] Om detta vore stadgandets innebörd, skulle tydligen en betalning direkt till kommittenten, i fall när denne saknade indrivningsbefogenhet, alltid kunna medföra skada för kommissionären så snart denne, därest han själv fått indriva ford-

[1] Oftast är det givetvis just i denna form — genom invändning att kommittenten blivit gottgjord genom kvittning — som den här diskuterade frågan kommer till rättsligt bedömande. I denna form har den ock redan tidigt blivit föremål för avgörande i rättspraxis i överensstämmelse med den nu i Kmsl fastslagna principen; sålunda i rättsfall i SA Bd 26 s. 572 och NJA 1875 s. 319, 1880 s. 254 och 1885 s. 132, samtliga avseende kvittningsinvändningar mot krav på grund av försäljning å auktion. Anmärkas må att intet av dessa rättsfall (annorlunda måhända det i NJA 1898 not. A nr 241 anmärkta rättsfall, vilket gällde betalning till kommittenten, vilket rättsfall vi icke närmare granskat) motsäger den ovan utvecklade åsikten angående innebörden av Kmsl:s ifrågavarande regler; i samtliga dessa fall hade nämligen auktionsförrättaren-kommissionären gottgjort sin huvudman hela auktionssumman, och den skada, varmed en kvittning av ifrågavarande slag hotade honom, var sålunda just av det slag vi förutsatt. Tilläggas må för övrigt att auktionsförrättare i regel äro att jämställa med handelskommissionärer och att kommissionären vid handelskommission såsom nedan närmare utvecklas, intager en helt annan ställning än vid civil kommission.

[2] Detta synes vara den i motiven uttalade uppfattningen; se sv. mot. s. 176 där, för det fall, att konkursförvaltningen indriver fordran mot tredje man, uttalas, att konkursförvaltningen vid sin redovisning äger avräkna — förutom sådana fordringar hos kommittenten, för vilka denne skulle varit pliktig att erlägga betalning eller ställa säkerhet, om han gjort anspråk på att själv få indriva fordringen — även andra fordringar å kommittenten, som kommissionären kan hava; jmfr emellertid d. mot. till § 60 s. 88, som i sist antydda hänseende allenast uttala, att meningen med regeln, att konkursboet skall utgiva det från tredje man mottagna till kommissionären, »naturligvis ikke [varit] ... at udelukke den Boet efter gældende Ret tilkommende Adgang til at gøre Modkrav gældende overfor de det paahvilende Massekrav»; jmfr ock n. mot. till § 60 s. 64, som allenast tala om konkursboets rätt att avräkna de i 35 och 36 §§ avsedda motfordringarna.

ringen, skulle gentemot kommittenten ägt kvittningsrätt för någon motfordran, av vilket slag denna än vore; och indrivningsbefogenheten skulle således på grund av en omvändning av det ovan utvecklade argumentet verkligen innefatta en självständig r ä t t för kommissionären.

Den sålunda antydda innebörden kan emellertid ifrågavarande stadgande näppeligen hava. För det första tala i viss mån själva ordalagen däremot, i det förutsättningen för att kommissionären resp. konkursförvaltningen skall kunna motsätta sig kommittentens begäran att få indriva fordran å tredje man säges vara, att kommissionären, resp. förvaltningen, skall »själv f u l l g ö r a, vad denne [tredje man] e n l i g t a v t a l e t åligger». Viktigare är emellertid, att den ifrågasatta innebörden av 2 st. tydligen skulle stå i strid med 1 st. i samma paragraf, enligt vilket av en kommittent, som själv vill göra fordringen å tredje man gällande, icke kan fordras kommissionärens förnöjande i vidare mån, än så vitt angår fordran, för vilken kommissionären, om godset funnits i behåll, skulle haft panträtt i detta. Kan kommissionären sålunda enligt huvudregeln i 1 st. icke gent emot kommittentens krav på att själv få indriva fordran å tredje man åberopa några andra motfordringar å kommittenten än de nu nämnda, bör han resp. förvaltningen i hans konkurs icke heller kunna bereda sig möjlighet därtill genom att påkalla tillämpning av 2 st.; kunde han det, vore 1 st. meningslöst, åtminstone i alla fall när fordran består i ett anspråk på penningprestation.[1]

Innefattar en civil kommissionärs befogenhet att göra fordran mot tredje man gällande — i den mån kommissionären icke har

[1] Förutsättningen för det diskuterade spörsmålet är tydligen att kommittenten är insolvent men ännu icke kommit i konkurs, när kommissionären resp. förvaltningen i hans konkurs påyrkar tillämpning av § 58 st. 2. Har konkurs redan inträffat, när sådant yrkande framställes, synes det uteslutet, att det skulle kunna bifallas. Jmfr AFZELIUS s. 34 not 1, som beträffande en inkassomandataries rättsställning uttalar, att mandatarien, sedan mandanten kommit i konkurs, gent emot dennes redovisningskrav väl kan yrka kvittning för en motfordran, därest han inkasserat mandantens fordran och u p p b u r i t b e l o p p e t f ö r e k o n k u r s e n, men däremot, därest han först efter konkursen fått fordringsbeloppet i sin hand, icke kan använda detsamma för att täcka sin egen fordran i konkursen. Jmfr ock rättsfallen i NJA 1881 s. 519 och 1889 s. 41, av vilka framgå, att man åtminstone icke tillåtit kvittning i huvudmannens konkurs (i vidare mån än som motsvarat utdelning i konkursen) för motfordringar, som en auktionsförrättare gjort gällande gent emot yrkande på redovisning av försäljningssumman för konkursgäldenären tillhörig egendom, som försålts å auktion, vilken ä g t r u m e f t e r k o n k u r s e n; kvittningsyrkandet har sålunda i dessa fall ogillats, när själva fordran å tredje man u p p s t å t t först efter nämnda kritiska tidpunkt. Härvid lär man dock icke kunna stanna.

säkerhetsrätt i fordran enligt 35 eller 36 § — allenast en legitimation att utöva kommittentens rätt, så bör denna kommissionärens legitimation upphöra, så snart tredje man erhåller vetskap eller skälig misstanke om att densamma enligt kommittentens önskan icke vidare skall gälla. Med avseende å frågan om upphörandet av kommissionärens legitimation i förhållande till tredje man är emellertid att märka stadgandet i Kmsl § 62, enligt vilket till kommissionären för det ingångna avtalets fullgörande erlagd prestation, betalning eller leverans, verkar för tredje man libererande »med mindre han, när han fullgjorde [avtalet], insåg eller bort inse, att det var kommittenten, som ägde mot honom göra gällande fordringsrätten på grund av avtalet.» Formuleringen av detta stadgande[1] synes innebära, att en civil kommissionärs legitimation upphör först i och med att denne icke allenast insett eller bort inse, att kommittenten tillsagt kommissionären om sin önskan att själv utöva fordringsrätten, utan även insett eller bort inse, att kommissionären över huvud icke ägt eller numer icke längre äger något motkrav å kommittenten, för vilket han kunde påyrka säkerhetsrätt i kommissionsfordringen.

Här möter oss en regel, vilken torde utgöra en av huvudanledningarna till meningsskiljaktigheterna beträffande frågan, vem som är tredje mans borgenär. Vår genom hittills uppmärksammade regler vunna utgångspunkt är den, att fordran mot tredje man tillhör kommittenten, till vilken den, i samma ögonblick den uppstår, övergår från kommissionären. Detta är emellertid icke hela sanningen. Den rättsliga situationen kompliceras därigenom, att kommissionären trots denna rättighetsövergång bevarar den rättsliga makt över fordringsrätten, som är innebörden av hans säkerhetsrätt enligt 35 och 36 §.

[1] Motsvarande lagrum i såväl den danska som den norska lagen är något annorlunda formulerat. Dessa båda lagar säga icke såsom den svenska, att legitimationen fortbestår med mindre tredje man har den i lagrummet angivna insikten om kommittentens indrivningsrätt utan allenast, att legitimation icke är för handen så framt tredje man, då prestationen fullgjordes, insåg eller borde insett, att det var kommittenten, som ägde göra fordrinsrätten gällande. I såväl d. mot. som n. mot. utlägges emellertid ifrågavarande lagrum i full överensstämmelse med det svenska. Det heter sålunda i d. mot. s. 89, att tredje mans kunskap om att kommittenten tillsagt kommissionären om sin önskan att göra fordran gällande är »uden Betydning saalænge han hverken ved eller bør vide, at de materielle Betingelser efter §§ 57 og 58 foreligge». Och i n. mot. s. 65 säges, att tredje mans goda tro uteslutes först när »han vet eller bør vite om, at alle betingelser efter §§ 57 och 58 foreligger for kommittentens ret til at gjøre fordringen gjældende». — Jmfr sv. mot. s. 179.

Vid sidan av den legitimation, som tillkommer kommissionären såsom sådan, d. v. s. på den grund, att han förvärvat fordringsrätten i eget namn, står sålunda den befogenhet att uppbära fordringsbeloppet, vilken kan tillkomma kommissionären, enär han har nyssnämnda säkerhetsrätt. Vore detta en säkerhetsrätt av alldeles samma slag som en konventionell panträtt, skulle kommissionären tydligen icke hava någon legitimation att utöva fordringsrätten, såvida han icke kunde s t y r k a, att säkerhetsrätten i det särskilda fallet verkligen tillkomme honom. Något sådant kan emellertid icke fordras här. Kommissionärens ifrågavarande säkerhetsrätt har sin egentliga grund däri, att han kan förvägra kommittenten formell legitimation och sålunda själv såsom ursprunglig borgenär förbliva formellt legitimerad; skulle kommissionären i förhållande till tredje man nödgas styrka existensen av den fordran mot kommittenten, varpå hans anspråk på säkerhetsrätt grundas, skulle denna rätt knappast hava synnerligt värde för honom. Ehuru sålunda den kommissionären s å s o m s å d a n tillkommande legitimationen, så snart dennes egenskap av civil kommissionär är eller bör vara för tredje man känd, bringas till upphörande redan i och med att krav mot honom framställes av kommittenten, förblir dock kommissionären s å s o m r ä t t i g h e t s h a v a r e enligt 35 eller 36 § alltjämt legitimerad och därmed legitimerad såsom innehavare av fordran mot tredje man.

Är grunden för kommissionärens behörighet att även emot kommittentens vilja göra fordringsrätten gällande den nu angivna, synes emellertid denna legitimation med hänsyn härtill böra i ett avseende antagas vara begränsad. En tredje man, som har eller bör ha vetskap både om att hans motpart är civil kommissionär och om att kommittenten önskar själv uppbära fordringsbeloppet, bör icke kunna med liberérande verkan betala till kommissionären utan att denne verkligen åtminstone p å s t å r sig hava säkerhetsrätt i fordran i fråga och sålunda gör gällande legitimation på denna grund. För en sådan slutsats synes man för övrigt också kunna åberopa själva lagbudet i 62 §, i det tredje man i dylikt fall, när kommissionären varken har eller påstått sig hava fordran mot kommittenten, b o r d e hava såsom normalt omsorgsfull man sökt skaffa sig klarhet om huru därmed förhåller sig. Ett visst stöd har denna slutsats även i dansk rättspraxis.[1] — Icke ens här-

[1] Se UfR 1920 s. 22: En furagehandlande, som vid köpet av ett parti majs fick för sig uppgivet, att säljaren hade majsen från en lanthandlande, och som

vid kan man emellertid stanna. Möjligt är nämligen också, att kommittenten redan genom sitt krav mot tredje man och vad därvid upplyses kan försätta denne i ond tro med avseende å kommissionärens eventuellt påstådda säkerhetsrätt.

Eftersom emellertid enligt nu angivna regler kommissionären är a priori legitimerad att göra fordran mot tredje man gällande, kan tredje man, även om kommittenten är innehavare av denna fordran, icke med trygghet prestera till honom utan att hava förvissat sig om att han är materiellt legitimerad att utöva fordringsrätten. Kräver kommittenten tredje man, är det emellertid för denne ett intresse att kunna med libererande verkan fullgöra sin prestation utan att behöva på egen risk pröva, huruvida kommittentens påstående, att han äger göra fordran gällande, är med sanningen överensstämmande. Härtill har lagen tagit hänsyn genom regeln i Kmsl § 59 st. 2. Gör kommittenten fordran gällande utan att förete skriftligt erkännande av kommissionären, att han är därtill befogad,[1] åligger det enligt nämnda stadgande kommittenten att ställa betryggande säkerhet för vad tredje man sedermera kan finnas skyldig utgiva till kommissionären. Skulle kommittenten icke fullgöra detta villkor, är sålunda tredje man icke skyldig betala till honom.

Den frågan kan då ställas, huruvida han i dylikt fall utan vidare är berättigad att i stället betala till kommissionären. Härom har lagen icke uttalat sig. Enligt motiven till 62 §[2] har man utgått från att denna paragraf, när densamma gör kommissionärens legitimation beroende av vad tredje man inser eller bör inse angående rätten att göra fordran gällande, överensstämmer med allmänna regler om cession,[3] och man har icke närmare undersökt, vilka

några dagar efter leveransen mottog faktura på denna, ansågs icke frigjord genom betalning till kommissionären. Här ansågs alltså redan den omständigheten i och för sig, att tredje man erhållit vetskap om kommittentens avsikt att indriva fordran, utesluta kommissionärens legitimation.

[1] Sådant erkännande är kommissionären, när kommittenten fullgjort sina förpliktelser mot honom, skyldig att giva kommittenten (Kmsl § 59 st. 1).

[2] Sv. mot. s. 179, d. mot. s. 82, n. mot. s. 65.

[3] Riktigheten av denna utgångspunkt bestrides av FEHR, TfR 1925 s. 145 ff såväl de lege lata med hänsyn till rättstillståndet före Kmsl:s tillkomst som de lege ferenda. Enligt FEHRS åsikt bör cedentens legitimation såsom borgenär icke utan vidare upphöra ens om gäldenären har säker kännedom om cessionen utan först när denuntiation ägt rum genom meddelande från cessionarien eller cedenten eller därigenom, att cessus faktiskt behandlat cessionarien som rätt borgenär; först genom denuntiation i nyssnämnda bemärkelse kunde över huvud fordringsrätten övergå från cedenten till cessionarien, menar FEHR. Huvudargumentet för FEHRS åsikt är det, att en regel om skyldighet för gäldenären att, när han har

konsekvenser som följa därav, att gäldenären, tredje man, när kommissionären kräver, tvingas taga ståndpunkt till frågan, vad

kännedom om cessionen, iakttaga cessionariens intresse, skulle innebära, att gäldenärens ställning genom en cession bleve försämrad, i det honom i strid med vanliga rättsgrundsatser skulle åvälvas en n y förpliktelse, nämligen att taga hänsyn till cessionarien (s. 172). Denna förpliktelse skulle till sist komma att löpa ut på en skyldighet att vid kännedom om försiggången cession hänvända sig till cessionarien för erhållande av erforderlig bekräftelse och säkerhet (s. 195 f). Utan att gäldenärens kännedom om cessionen vore icke allenast tillförlitlig utan betryggande (s. 189), kunde han nämligen icke anses förpliktad att betrakta någon annan än cedenten som borgenär. Gäldenären måste vid betalning till den nye borgenären hava visshet om, att han »icke vidare kan ha något att frukta av ett krav från cedentens sida». En sådan betryggande kännedom kunde emellertid gäldenären i allmänhet icke vinna utan att antingen från gäldenären eller borgenären erhålla meddelande om cessionen. Även om gäldenären hade en oberoende av denuntiation vunnen säker och betryggande kännedom, bleve för övrigt till sist hans rättsställning likväl försämrad i sådana fall, »då frågan om borgenärens person ej till förfallodagen klargjorts» (s. 197), i det, enligt vad Fehr vid avsaknaden av uttryckliga regler antager, gäldenären i dylika fall saknar möjlighet att trots ovissheten om borgenärens person göra sig fri genom att betala; han kunde nämligen, då t. ex. flera pretendenter uppträdde som fordringsägare (i motsats till vad t. ex. Afzelius, s. 58, gjort gällande), varken kräva säkerhet eller deponera. — Beträffande denna bevisning för Fehrs tes är att märka, att sistnämnda argument, vilket onekligen, i den mån det motsvarade verkliga förhållandet, vore det i och för sig tyngst vägande, numer saknar giltighet, sedan vi erhållit en särskild lag angående gälds betalning genom penningars nedsättande i allmänt förvar. Enligt denna lag § 1 äger gäldenären fullgöra betalningen av sin skuld genom att för borgenärens räkning nedsätta fordringsbeloppet hos överexekutor bl. a. i det fall, »där gäldenären ej vet eller bör veta, vem som är borgenär, så ock där ovisshet råder om vem av två eller flera som är rätt borgenär, samt gäldenären icke skäligen kan anses pliktig att på eget äventyr bedöma, till vilken av dem betalningen skall erläggas». Därmed förlorar Fehrs sistnämnda argument sin betydelse; så ock Lagberedningen i motiven till dess förslag till lag om skuldebrev s. 114. Mot det argument åter, som grundas på nödvändigheten för gäldenären att erhålla icke blott säker utan betryggande kännedom om cessionarien och som löper ut på att gäldenären, även när han har den allra säkraste och mest betryggande vetskap om cessionen (två samstämmiga vittnen), kan bliva tvungen hänvända sig till borgenären, måste väl invändas, att det synes svårt att förstå, varför icke gäldenären, om hans kännedom verkligen är betryggande, skulle kunna slå sig till ro därmed och betala till den person, vars egenskap av borgenär han enligt den antagna förutsättningen kan styrka. I och med en betalning till cessionarien uppnås ju vad av denuntiation Fehr anser erforderligt. Att gäldenären på egen risk måste bedöma, huruvida vetskapen om cessionen är betryggande (jmfr ock s. 209 f), är åter intet annat, än vad som även enligt Fehrs åsikt måste krävas av honom, även därest den nye borgenären själv verkligen på förhand denuntierar; även i dylikt fall ankommer det på gäldenären att av borgenären utkräva betryggande bevisning om cessionen (s. 183 f), ty cessionarien måste bliva säkrad genom denuntiationen, »sådan han [gäldenären] nu påfordrat, att den skall vara» (s. 210). Skulle förhållandena vara sådana, att någon ovisshet över huvud vore rådande, kunde väl för övrigt gäldenären icke sägas hava säker och betryggande visshet om cessionen. — Medgives detta, så återstår emellertid att bedöma gäldenärens ställning, när han vid betalning till cedenten visserligen icke ägt sådan säker och betryggande kännedom, som nyss nämnts, men b o r t inse, att cession ägt rum. I detta fall inrymmes ju även den situationen, att gäldenären varit i ovisshet om, vem som är rätt borgenär, och bedömt föreliggande fakta objektivt felaktigt samt till följd härav erlagt betalning till cedenten. Åtminstone med avseende å en dylik situation kunde det nu synas hårt att låta

han (tredje man) trots bristfälligheten av föreliggande bevisgrunder i förevarande avseende b ö r inse. Uteslutet är nu givetvis icke, att tredje man, trots att kommittenten icke förebringar skriftligt erkännande av kommissionären, bör inse, att kommittenten är den, som äger göra fordran gällande, och att tredje man således icke kan betala till kommissionären.[1] Den nyss ställda frågan måste således besvaras nekande; någon visshet för att betalning till kommissionären verkar libererande har tredje man i det angivna fallet icke.

Med hänsyn härtill kan man till sist fråga, huruvida tredje man över huvud kan vara s k y l d i g att prestera till kommissionären, när denne kräver men kommittenten, enligt vad tredje man vet, själv vill göra fordran gällande. Icke heller härom har lagen

---

gäldenären taga risken av det felaktiga bedömandet, och följaktligen kunde här FEHRS argument mot den i Kmsl:s motiv uttalade och till grund för denna lag liggande åsikten synas berättigat. Icke heller i denna del har emellertid denna argumentation längre någon verklig styrka, eftersom ju den förutnämnda lagen om gälds betalning genom deposition även i nu ifrågavarande fall lämnar en gäldenär möjlighet att utan egen risk frigöra sig från sin förpliktelse. Också i dessa fall har sålunda en gäldenär, som har vissa skäl att antaga, att en cession försiggått men som icke har eller utan ringa besvär kan förskaffa sig en för honom betryggande visshet härom, möjlighet att genom nedsättande av fordringsbeloppet undslippa risken av att avgöra, vem som är rätt borgenär. Vid sådant förhållande synes den av FEHR kritiserade regeln icke längre behöva väcka de av FEHR anförda betänkligheterna. Dess betydelse är allenast den, att den f ö r h i n d r a r betalning t i l l c e d e n t e n så snart gäldenären är i ond tro. Och detta synes rimligt. Med vetskap om cessionen, om den också ej är betryggande, bör gäldenären icke, vare sig proprio motu eller efter cedentens krav, kunna betala till h o n o m; i stället får han deponera. Men tillmäter man gäldenärens onda tro allenast denna betydelse, finnes knappast längre något skäl, varför man icke skulle låta det avgörande bliva ond tro i objektiv bemärkelse och sålunda taga hänsyn även till vad gäldenären b o r t inse. För en sådan regel kan bl. a. åberopas, att den på det närmaste överensstämmer med Avtl:s bestämmelser om fullmakt (§§ 11 st. 1 och 20); detta synes FEHR icke beakta, se s. 177. I verkligheten får för övrigt en regel om att hänsyn skall tagas icke blott till vad gäldenären insett utan även till vad han b o r t inse betydelse huvudsakligen såsom en med vanliga bevisningsgrundsatser överensstämmande och så till vida städse, oberoende av alla lagbud gällande presumtionsregel; när omständigheterna äro sådana, att gäldenären bort äga kännedom om cessionen, kan man regelmässigt utgå från att han faktiskt haft sådan kännedom; jmfr FEHR s. 175. Såsom materiell regel innebär den ifrågavarande satsen härutöver, att gäldenären icke kan till sin ursäkt åberopa, att han äger mindre än normal omdömesförmåga. Också detta är emellertid, vad civilrätten angår, en rationell princip, vilken även på andra områden allt mera börjat genomtränga denna del av rättsordningen. — Angående det här diskuterade spörsmålet se ock det, sedan ovanstående skrivits, i NJA 1935 s. 373 publicerade rättsfallet, i vilket fastslogs, att betalning till cedenten, när gäldenären på grund av meddelande från cessionarien och övriga föreliggande omständigheter »hade skälig anledning att räkna med att fordringsrätten övergått å [annan]», icke verkade libererande.

[1] Jmfr sv. mot. s. 174.

uttalat sig. I motiven till 60 §[1] uttalas emellertid den åsikten, att tredje man, när fordringsrätten göres gällande av kommissionären, aldrig är berättigad att av honom fordra någon säkerhet för att icke kommittenten sedermera skall framkomma med anspråk på grund av samma avtal.[2] För vår del tro vi dock, att en analogi från 59 § här är befogad. Tredje man bör i den angivna situationen lika litet när kommissionären kräver som när kommittenten gör det kunna tvingas att på egen risk pröva, huruvida legitimation tillkommer kommissionären eller icke. Den prövning av rättsförhållandet mellan kommissionär och kommittent, från vilken lagen genom 59 § velat fritaga tredje man, kan icke få på denna omväg åter läggas på honom. Antager man, att det vore möjligt, skulle lagen genom regeln i 59 § — för så vitt man icke, i motsats till vad vi ansett rimligt,[3] anser kommissionären vid kommittentens försummelse att ställa säkerhet o b e t i n g a t legitimerad — hava stannat på halva vägen och i verkligheten i 59 § givit ett skäligen betydelselöst stadgande. För en analogi från sistnämnda paragraf synas därför goda skäl föreligga. Tilläggas må emellertid, att frågan för närvarande så till vida har mindre betydelse, som en gäldenär numer enligt K.F. 1927 om gälds betalning genom penningars nedsättande i allmänt förvar äger möjlighet att genom

[1] Sv. mot. s. 175. Något motsvarande uttalande synes icke förekomma vare sig i d. mot. eller n. mot. — Av samma uppfattning som sv. mot. är ock Fehr, se a. a. s. 207 f; även Hasselrot (s. 207) ansluter sig till uttalandet i motiven, dock utan att närmare diskutera detsamma.

[2] Till stöd för denna åsikt anföres, s. a. st., att en rätt att fordra säkerhet vore obehövlig, enär tredje man genom betalning till kommissionären alltid bleve libererad, för så vitt icke betalningen erlagts »i ond tro». När emellertid »ond tro» kan vara för handen, så snart kommissionären förbisett något som han b o r t beakta eller felaktigt bedömt föreliggande fakta, kan man ju icke komma ifrån, att samma behov av säkerhet föreligger här, som när kommittenten kräver. Den risk för tredje man, som föreligger, är i båda fallen densamma: å ena sidan faran att fullgöra till en icke berättigad, å andra sidan faran att genom vägrad prestation utsätta sig för morapåföljder (jmfr kommitténs egen beskrivning [sv. mot. s. 174] av det rättsläge man tagit hänsyn till vid uppställandet av regeln i 59 §); och den faktiska situation kommissionären har att bedöma är likaså i båda fallen alldeles densamma. — De skäl Fehr anfört emot kommitténs påstående, att 62 § i Kmsl överensstämmer med allmänna rättsgrundsatser beträffande cession, vinna vid ett beaktande av det nu påpekade förhållandet mellan 59 och 62 § onekligen i styrka. Endast om man utgår från att allenast verklig kännedom om cessionen avskär gäldenärens rätt att betala till cedenten, är det nämligen möjligt godtaga kommitténs påstående, att en 59 § motsvarande regel icke vore behövlig, när kommissionären själv kräver. Tilläggas kan, att kommittén just genom att uppställa 59 § faktiskt medgivit det berättigade i de synpunkter Fehr framhållit. Att hela frågan numer dock har mindre betydelse, ha vi ovan påpekat.

[3] Jmfr sv. mot. s. 174.

dylikt nedsättande fullgöra sin betalningsskyldighet bl. a. i det fall, »där ovisshet råder om vem av två eller flera, som är rätt borgenär, samt gäldenären icke skäligen kan anses pliktig att på eget äventyr bedöma, till vilken av dem betalningen skall erläggas.» Denna bestämmelse måste otvivelaktigt anses tillämplig i det nu ifrågavarande fallet.[1] Onekligt är, att 59 § därmed förlorat mycket av sin självständiga betydelse.

Av en helt annan innebörd än den civile kommissionärens befogenhet att göra fordran mot tredje man gällande är handelskommissionärens motsvarande befogenhet. Denna senare innefattar en rättslig makt, som kommittenten icke utan vidare kan beröva kommissionären. Så länge icke kommittenten på grund av kommissionärens konstaterade oförmåga att fullgöra sina förpliktelser eller annan dylik orsak kan antagas bliva lidande vid prestation till kommissionären, skall denne, alldeles bortsett från honom möjligen tillkommande säkerhetsrätt, icke kunna hindras att utöva fordran mot tredje man, såsom vore det hans egen. Lagen har med andra ord beträffande handelskommissionären givit en regel, varigenom dennes intresse att kunna förhindra prestation till kommittenten skyddas icke blott när genom dylik prestation en kommissionärens särskilda rätt över fordran enligt 35 eller 36 §[2] skulle lederas utan över huvud, när betalning till kommittenten på något sätt kunde vara till kommissionärens skada, exempelvis genom att eludera hans möjlighet att vid uppgörelse med kommittenten bringa till kvittning en motfordran å denne, för vilken säkerhets-

[1] Att stadgandet för sin tillämplighet förutsätter, att situationen skall vara sådan, att gäldenären »icke skäligen bör anses pliktig att på eget äventyr bedöma», till vilken av pretendenterna han bör betala, innebär enligt motiven till detta stadgande (s. 15) allenast, att detsamma icke kan tillämpas med avseende å ett betalningsanspråk, som »är så uppenbart obefogat, att det utan vidare måste lämnas ur räkningen».

[2] Den praktiska betydelsen av dylika fordringar såsom hinder mot kommittentens indrivningsanspråk framträder allenast i kommissionärens konkurs och därmed enligt 57 § 2 st. jämställda fall. Att, såsom skett i motiven (sv. mot. s. 172) och såsom HASSELROT, s. 204 i anslutning därtill gör, framhålla dessa fordringsanspråk såsom ett vid handelskommission föreliggande specifikt hinder för kommittentens indrivningsbefogenhet synes därför något missvisande; HASSELROTS uttalande är för övrigt direkt felaktigt, eftersom han citerar motiven utan att observera den begränsning av handelskommissionärs panträtt, som på lagrådets hemställan skedde i lagen, enligt vilken sagda panträtt, även när handelskommissionärens kommittent är köpman, icke avser andra fordringar »i och för deras rörelse» än kommissionsfordringar, nämligen — utöver fordran sammanhängande med det särskilda uppdrag, vilket givit upphov till den fordringsrätt, vari säkerhetsrätt göres gällande — jämväl fordran, som grundar sig å annat kommissionsuppdrag för kommittentens rörelse.

rätt enligt 35 eller 36 § icke åtnjutes.[1] Den handelskommissionären tillförsäkrade befogenheten att indriva fordran mot tredje man innebär icke blott en legitimation utan en verklig r ä t t för kommissionären.

Man kan emellertid också här liksom beträffande civil kommission fråga sig, huruvida sådan kvittningsrätt, varom nyss varit tal, är för handen, även när kommissionären är i konkurs och konkursförvaltningen begagnar den i 58 § 2 st. medgivna befogenheten att själv fullgöra tredje mans förpliktelse. Frågan är med andra ord, huruvida konkursförvaltningen kan avvisa kommittentens anspråk att få själv indriva fordran mot tredje man blott för att vid sin redovisning till kommittenten bliva i tillfälle att kvittningsvis avräkna även andra motfordringar å honom än kommissionsfordringar. Den frågan synes mera tveksam än motsvarande fråga vid civil kommission. Å ena sidan synes det gälla också beträffande handelskommission, att lagen näppeligen genom stadgandet i 58 § 2 st. kan ha velat utsträcka den i 1 st. av samma paragraf normerade rätten för kommissionären att skydda sina motfordringar å kommittenten. Å andra sidan har emellertid handelskommissionärens indrivningsbefogenhet regelmässigt — nämligen så snart icke konkurs eller därmed jämställd händelse enligt 57 § inträffat — faktiskt enligt de till kommmissionärens skydd givna reglerna i 57 och 58 §§ den omfattningen, att kommissionären vid sin redovisning till kommittenten kan kvittningsvis avdraga alla slags motfordringar. Ett medgivande av den nu ifrågavarande kvittningsrätten, även då konkursförvaltningen själv »fullgör» enligt 58 § 2 st., skulle därför i verkligheten i c k e innefatta någon utvidgning av den handelskommissionären eljest tillkommande kvittningsrätten. En dylik kvittningsrätt synes av detta skäl här böra antagas tillkomma konkursförvaltningen; den är en naturlig konsekvens av den självständiga karaktär handelskommissionärens indrivningsbefogenhet erhållit i lagen.[2]

Mot sagda befogenhet svarar ock handelskommissionärens legitimation enligt 62 §. Även efter inträffandet av alla förutsätt-

---

[1] Beträffande handelskommission är således det ovan s. 234 not 2 åsyftade uttalandet i sv. mot. s. 180 befogat.

[2] En viss gräns har emellertid kvittningsrätten också i detta fall, i det densamma icke kan göras gällande gent emot en huvudfordran, som avser redovisning för en försäljning, vilken ägt rum efter det kommittenten gjort konkurs; jmfr ovan s. 236 not 1 anmärkta rättsfall i NJA 1881 s. 519 och 1889 s. 41; se ock sv. mot. s. 176.

ningar för kommittentens rätt att själv göra fordran mot tredje man gällande förblir handelskommissionären i förhållande till tredje man legitimerad att utöva fordringsrätten, så länge tredje man icke insett eller bort inse, att alla dessa förutsättningar i det särskilda fallet äro uppfyllda. Är denna regel av ovan anförda skäl motiverad redan så vitt angår civil kommission, måste den beträffande handelskommission, med hänsyn till handelskommissionärens nyss berörda självständiga ställning, vara det i så mycket högre grad.

IV- De hittills uppmärksammade reglerna i Kmsl angående kommissionärens och kommittentens förhållande till tredje man markera tydligen en väsentlig skillnad mellan civil kommission och handelskommission. I civila kommissionsförhållanden framträder kommittentens egenskap av fordringshavare väsentligt tydligare än i merkantila kommissionsförhållanden. Med hänsyn härtill ligger det ock synnerligen nära till hands att antaga, att skillnaden mellan dessa båda huvudslag av kommission skall visa sig vara av motsvarande betydelse, när det gäller den inom nu ifrågavarande komplex av spörsmål ännu återstående frågan angående tredje mans rätt att gent emot fordran å honom bringa till kvittning motfordringar å kommissionären.

I lagens regler härom, Kmsl § 64, kommer emellertid någon skillnad mellan olika slag av kommission icke till synes. Enligt 64 § 1 st. gäller det helt generellt, att tredje man, när kommissionären gör bruk av sin rätt att av honom kräva betalning för sålt gods, äger till kvittning åberopa motfordran å kommissionären utan hinder därav, att tredje man vid avtalets ingående eller, där fordringen för honom uppkommit senare, vid den tidpunkt visste, att kommissionären, när han ingick avtalet, handlade för annans räkning. Och enligt 64 § 2 st. gäller, likaså generellt, att tredje man, när kommittenten gör gällande fordringsrätten mot honom, äger kvittningsrätt för bl. a. motfordringar mot kommissionären, som uppkommit för tredje man å tid, då han varken insåg eller bort inse, att det var kommittenten, som ägde göra fordringsrätten mot honom gällande.

I dessa regler tages tydligen ingen hänsyn till att fordran mot tredje man redan i och med sin uppkomst måste anses övergå på kommittenten. I stället har man fäst avgörande vikt därvid, att kommissionären är den, som i första hand äger göra fordran gäl-

lande, och härvid har den väsentliga skillnaden mellan den civile kommissionärens och handelskommissionärens indrivningsbefogenhet icke tillmätts någon betydelse.

Därmed synes man emellertid, så vitt civil kommission angår, ha gjort så stora avsteg både från vad som ter sig som en rationell ordning och från vad som torde böra följa som en konsekvens av lagens reglering i övrigt av hithörande förhållanden, att det föreligger ett bestämt skäl att ifrågasätta, huruvida en så vidsträckt kvittningsrätt, som den lagrummet synes giva vid handen, verkligen kan under alla förhållanden godtagas.

Utgår man från, såsom man beträffande civil kommission, enligt vad vi ovan sökt visa, är befogad till, att fordran mot tredje man i och med sin uppkomst tillfaller kommittenten och att kommissionärens indrivningsbefogenhet innefattar allenast en legitimation att göra fordran gällande, synes därav böra följa, att tredje man åtminstone icke kan kvitta med motfordringar å kommissionären, vilka han förvärvat efter avtalets ingående, sedan han insett eller bort inse, att motparten var kommissionär för annan.[1] Dylik insikt bör även medföra insikt om att kommittenten är den materiellt fordringsberättigade, och i enlighet med vad som gäller vid cession borde därför senare förvärvade motfordringar icke vara kvittningsgilla. Att kommissionären är l e g i t i m e r a d att göra fordran gällande borde lika litet spela någon roll som den omständigheten, att en fordringshavare överlåter sin fordran å annan för inkasso, i vilket fall gäldenären givetvis icke kan till kvittning åberopa några motfordringar å inkassomandatarien.[2]

Såsom ett skäl för den i 64 § stipulerade vidsträckta kvittningsrätten för tredje man har man emellertid anfört, att densamma skulle överensstämma med de grundsatser, som gjort sig gällande i lagen beträffande tredje mans rätt att erlägga betalning till kommissionären med frigörande verkan i förhållande till kom-

[1] Denna uppfattning var före Kmsl:s tillkomst härskande i dansk rättspraxis, efter vad det vill synas även så vitt fråga var om handelskommission; se d. mot. s. 89, LASSEN, Alm. Del s. 744 med hänvisning bl. a. till följande rättsfall: UfR 1879 s. 389, 1873 s. 535, 1883 s. 404. Annorlunda emellertid EVALDSEN s. 84 och DEUNTZER s. 274 f, vilka båda antaga, att tredje man har kvittningsrätt för motfordringar, som han förvärvat före erhållen kännedom om att kommittenten av kommissionären erhållit legitimation såsom fordringshavare. — Beträffande nuvarande dansk rättspraxis se nedan s. 250 not 3.

[2] Se FEHR s. 192 not 56 och det rättsfall, vartill där hänvisas, NJA 1912 s. 256 (just.r. DYBERG och SVEDELIUS).

mittenten. Sådan rätt förefinnes enligt 62 §, framhålles det i motiven[1], även om köparen vet, att kommissionären vid avtalets ingående handlade för kommittentens räkning och att hans ekonomiska ställning redan då var eller sedermera blivit vacklande; och liksom betalning, vilken erlagts till kommissionären i ovetskap om upphörandet av dennes indrivningsbefogenhet, kan åberopas mot kommittenten, borde motfordran mot kommissionären, som uppkommit å en tidpunkt, då tredje man ännu hade fog att anse kommissionären berättigad att kräva betalning av honom, även kunna åberopas gent emot kommittenten.[2]

Detta argument synes emellertid icke fullt övertygande. Den åberopade analogien med tredje mans frigörande genom betalning är visserligen invändningsfri så vitt angår kvittning med motfordran, som redan är för handen vid avtalet med kommissionären. I dylikt fall stå fordran och motfordran emot varandra i de båda avtalsparternas personer; och kvittningen fullgör i dylikt fall allenast en betalningsfunktion, den ersätter en betalning från kommissionären och en därpå följande betalning från tredje man. Annorlunda när det gäller kvittning med motfordringar, som tredje man förvärvat e f t e r avtalet med kommissionären och med vetskap om att dennes fordran mot honom är en kommissionsfordran, materiellt tillkommande kommittenten. I dylikt fall har motfordran uppkommit först sedan fordran mot tredje man från kommissionären övergått till kommittenten, och därom bör tredje man, med hänsyn till lagens regler om rättsförhållandet mellan kommissionär och kommittent samt tredje man, äga vetskap. Redan ur formell synpunkt synas därför förutsättningarna för tredje mans kvittningsrätt brista. Härtill kommer, att en kvittning under dessa omständigheter icke, såsom i motiven genom åberopandet av 62 §:s legitimationsregel antydes, allenast fullgör en betalningsfunktion; den fungerar dessutom som ett medel för tredje man att t i l l t v i n g a s i g[3] betalning för sina fordringar

[1] Sv. mot. s. 181.
[2] Sv. mot. s. 182.
[3] Denna synpunkt har redan påpekats av RABENIUS s. 343 not 2. RABENIUS framhåller först, i likhet med motiven, överensstämmelsen mellan lagens ifrågavarande kvittningsregler och reglerna om tredje mans rätt att med för sig befriande verkan betala till kommissionären eller kommittenten. Därefter yttrar han: »Däremot hade man möjligen kunnat tänka sig, att den andra funktionen hos kvittningsrätten, nämligen att bereda kvittningsborgenären en (prioriterad) uppfyllelse av genfordringen, skulle hava varit ägnad att i ett visst avseende inskränka

å kommissionären. På grund härav brister den åberopade analogien från 62 §; ty till förnöjande av kommissionärens borgenärer på kommittentens bekostnad skall kommittentens fordran icke få tjäna, det har lagen tydligt givit till känna i 57, 58 och 61 §§, och den principen finnes, åtminstone vad civil kommission[1] angår, icke heller i förhållande till tredje man, när han uppträder som borgenär, något skäl att övergiva.

Särskilt tydligt är detta, om den motfordran, som tredje man åberopar, är en sådan, vilken han fått till sig överlåten.[2] Kan den ursprunglige borgenären icke taga kommittentens fordran mot tredje man i anspråk för att bereda sig betalning för sin fordran, bör icke heller efter en transport av sagda fordran något sådant vara möjligt; men möjligt blir det ju genom att kvittning medgives.[3]

---

tredje mans kvittningsrätt i förhållande till hans befogenhet att betala. Detta gäller nämligen om tredje mans rätt att kvitta med fordran hos kommissionären. Det skulle kunna ifrågasättas, om denna kvittningsrätt står i överensstämmelse med den åskådning, som uppbär exempelvis det till kommittentens skydd givna stadgandet (61 §) angående förbud mot utmätning av kommissionärens fordran hos tredje man. Ty genom kvittning erhåller ju denne tvångsuppfyllelse i den egendom (hans egen skuld), i vilken en kommissionärens borgenär icke kan vinna utmätning». RABENIUS finner emellertid till sist lagens ståndpunkt dock försvarlig, ty den står, säger han, »i överensstämmelse med den sannolikt gällande svenska rättsuppfattning, att den omständigheten, att huvudfordran som sådan är fredad för utmätning, icke utgör hinder mot kvittning». Detta skäl synes emellertid föga övertygande. Om kvittning mot en icke utmätningsbar huvudfordran medgives, så är detta en inskränkning i förhållande till en viss borgenär i det fordringshavaren mot hans borgenärer i övrigt tillförsäkrade rättsskyddet; om åter kvittning med motfordringar å kommissionären medges trots den i 61 § uttryckta grundsatsen, så är detta ett ingrepp i en utomstående borgenärs rätt, ty 61 § talar icke om någon utmätningsfrihet till förmån för kommissionären, kvittningsborgenärens gäldenär, utan slår fast, att fordran mot tredje man, kvittningsborgenären, tillkommer en helt annan person än den, gent emot vilken kvittning yrkas.

[1] I tysk rätt har beträffande handelskommission med stöd av HGB § 392 st. 2 en liknande synpunkt gjorts gällande av COSACK, Handelsrecht, 9 Aufl. s. 187 (annorlunda i senare upplagor) samt av SCHMIDT-RIMPLER s. 911 f: endast sådana fordringar, som sammanhänga med det speciella kommissionsavtalet, äger tredje man enligt dessa förf. bringa till kvittning gent emot kommissionärens i samma avtal grundade fordringsrätt. Den motsatta uppfattningen är emellertid härskande (se hänvisningarna hos SCHMIDT-RIMPLER s. 912 not 58).

[2] Särskilt för detta fall gjorde sig också på många håll betänkligheter mot lagens kvittningsregel gällande. Dessa betänkligheter avfärdades emellertid med att de avsåge ett missförhållande, som icke vore för kommission egendomligt utan vore naturligt förbundet med de allmänna kvittningsreglerna över huvud. Sistnämnda påpekande var enligt vår mening visserligen i och för sig riktigt men innehöll icke hela sanningen, ty vid kommissionsförhållanden tillkommer dock det faktum, att kvittningen i förevarande fall icke blott såsom i vanliga fall går ut över oprioriterade borgenärer utan går ut över en borgenär, som rätteligen skulle hava s e p a r a t i o n s r ä t t.

[3] RABENIUS, s. a. st. vill med hänsyn härtill inskränka kvittningsrätten så, att kvittningsrätt uteslutes, därest tredje man blivit innehavare av motfordringen

Även med avseende å motfordringar mot kommissionären, som uppkommit genom rättshandlingar mellan honom och tredje man, äger emellertill samma synpunkt tillämpning. Fordran mot tredje man är en kommittentens tillgång, och den får icke berövas honom genom att användas till tvångslikvid för några skulder, som kommissionären efter fordrans uppkomst kan för egen räkning hava iklätt sig. En sak är att vid ett köp från en kommissionär uppställa villkoret, att denne först gäldar sin skuld till köparen eller, vilket under sådana förhållanden är det enda praktiska, att köpeskillingen skall gäldas genom kvittning med köparens skuld; en annan sak åter är att efter ett köp från en kommissionär, och sedan genom detta en fordran för en säljarens kommittent uppstått, med insikt härom bevilja kommissionären kredit i förlitande på att kunna bereda sig valuta för en sålunda uppkommen fordran ur den tillgång för kommittenten, som den genom kommissionärens försäljning av kommissionsgodset uppkomna fordran utgör. Det förra är en nödvändig konsekvens av att kommissionärsavtalet är en affär mellan tredje man och kommissionären; något sådant kan däremot icke påstås om en ordning av det senare slaget.

Finner man sålunda en uteslutande efter ordalydelsen genomförd tillämpning av 64 §:s kvittningsregler medföra irrationella och mot lagens övriga regler stridande konsekvenser, måste man fråga sig, huruvida icke lagrummet trots sin ordalydelse kan lämna rum för en tolkning, varigenom berörda konsekvenser kunna undvikas. I själva verket torde den frågan kunna bejakas. Man synes, med hänsyn till vad ovan anförts, hava skäl att ansluta sig till den åsikt, som av den danska lagkommittén[1] uttalats i följande ord: »Skulde det Tilfælde forekomme, at en Tredjemand ved, at Kommissionæren kun er beføjet til at gøre Fordringen gældende i den Forstand, at han kan inddrive den, men at han ikke har naagen Ret til at raade over de indbetalte Penge, vil det af Begrundelsen for Reglen følge, at Fordringer, som Tredjemand under saadan Viden har erhvervet paa Kommissionæren, ikke kunne

först genom en transport, vilken företagits i kollusion med en borgenär, som ej kan vinna utmätning. Att skilja dessa fall från dem, då kollusion icke skulle vara för handen, torde väl emellertid vara praktiskt omöjligt. Vill man utesluta kollusionsfallen, lär man vara tvungen att giva undantagsregeln den mera generella omfattning vi hävdat.

[1] D. mot. s. 90. Härtill ansluter sig LASSEN, Alm. Del s. 744, vid sin utläggning av ifrågavarande »maaske noget betænkelige Regel».

benyttes af ham til Modregning.» Erkänner man, att detta är riktigt, så torde man ock böra medgiva, att kvittningsrätt, även trots vad som uttalades i motsatt riktning under förarbetena,[1] principiellt bör vara utesluten beträffande alla motfordringar å en civil kommissionär, som förvärvats efter uppkomsten av den genom kommissionärsavtalet grundade huvudfordringen med insikt (eller därmed jämställd misstanke) om gäldenärens egenskap av civil kommissionär. Beträffande civil kommission lär man nämligen, såsom vi ovan[2] sökt påvisa, böra antaga, att kommissionären in dubio är förpliktad att hålla mottagen valuta avskild från sin egen förmögenhet, d. v. s. att ett sådant fall är för handen, då kommissionären saknar rätt att råda över inkasserade pengar.[3]

Om man sålunda beträffande civil kommission hävdar, att tredje man principiellt bör sakna kvittningsrätt beträffande nu ifrågavarande motfordringar mot kommissionären och att kvittningsregeln i 64 § i enlighet härmed måste vidkännas en inskränkning, så måste man emellertid samtidig göra klart, att detta icke innebär, att tredje man under ifrågavarande förhållanden alltid skulle sakna dylik kvittningsrätt. Saken kompliceras också här genom den kommissionären tillagda säkerhetsrätten enligt 35 §.

Beträffande de invändningar, varmed en gäldenär kan möta ett krav av den, som innehar fordringen mot honom med panträtt, gälla vanliga regler om gäldenärs rätt till invändningar mot en cessionarie.[4] Gäldenären kan följaktligen också möta panthavarens krav med invändning om kvittning med motfordringar mot denne. Denna kvittningsrätt anses visserligen såsom naturligt är hava en gräns så till vida, att kvittning ej kan ske gent emot

[1] Det säges i de sv. mot. s. 181 f, att bestämmelserna i 64 § ansetts nödvändiga, »enär den meningen icke saknar anhängare, att kvittningsrätten åtminstone vid civil kommission skulle vara betingad av att köparen icke kände till medkontrahentens egenskap av kommissionär».

[2] S. 40 ff.

[3] För riktigheten av denna åsikt kan även åberopas ett avgörande i dansk rättspraxis, UfR 1919 s. 421: Direktören för ett aktiebolag hade köpt ett parti kol av en fru, och den firma, för vilken hon sålt kolen, indrev köpesumman i enlighet med Kmsl § 57. Direktören ville därvid kvitta med en till honom av aktiebolaget överlåten motfordran mot frun men detta nekades honom, enär han icke visat förhandenvaron av den i Kmsl 64 § upptagna betingelsen för kvittningsrätten »at han har faaet dette Krav overdraget forinden han vidste eller burde vide, at F o r d r i n g e n for Kulleveransen t i l k o m Citanterne» (spärr. här). Domen lägger sålunda vikt vid kvittningsborgenärens goda tro med avseende å huvudfordringens tillhörighet, icke hans goda tro med avseende å rätten att göra fordran gällande.

[4] Undén, Om panträtt i rättigheter s. 185, Lassen, Alm. Del s. 736.

belopp, som ej omfattas av panthavarens indrivningsrätt[1] men anses å andra sidan, något som visserligen förefaller mera tvivelaktigt,[2] inom denna gräns kunna genomföras fullt ut, d. v. s. även i den mån den pantsatta fordringens belopp överskjuter den fordran, för vilken panträtten utgör säkerhet.[3]

Gäller detta om kvittningsrätten gent emot den, som indriver en fordran på grund av panträtt i denna, måste detsamma gälla om kvittningsrätten gent emot en kommissionär, som har säkerhetsrätt enligt 35 § i fordran mot tredje man. Då emellertid existensen av en dylik säkerhetsrätt icke framträder utåt utan densamma är kommissionären helt generellt tillförsäkrad genom den honom tillagda exklusiva indrivningslegitimationen, kan man uppenbarligen icke här, såsom när det är fråga om konventionell panträtt, göra kvittningsrätten beroende av att säkerhetsrätten ifråga styrkes; det måste vara nog, att kommissionären påstår sig hava sådan fordran å kommittenten, för vilken säkerhetsrätt kan göras gällande. Medger man detta, måste man måhända gå ännu ett steg vidare och även medge, att ett dylikt påstående in dubio ligger däri, att kommissionären gör fordran gällande. Här måste emellertid gränsen dragas. Påstår kommissionären, att han i c k e har någon sådan fordran mot kommittenten, för vilken han kunde göra säkerhetsrätt gällande, bör kvittningsrätt för nu ifrågavarande fordringar icke medgivas tredje man. Skälet härför är det, att i dylikt fall k o m m i t t e n t e n s j ä l v, när han vill, kan göra fordran mot tredje man gällande; och gör han det, synes det otvivelaktigt, att någon grund för tredje mans anspråk på att få kvitta med motfordringar mot kommissionären icke är för handen, ty i dylikt fall är det ju oomtvistligt, att någon sådan säkerhetsrätt, som kunde motivera dylik kvittningsrätt, icke vidare tillkommer kommissionären. Den möjligheten åter, att dylik säkerhetsrätt skulle kunnat göras gällande av kommissionären på ett tidigare stadium, kan härvid icke spela någon roll. En dylik säkerhetsrätt har tredje man icke haft någon anledning att räkna med. Ur hans synpunkt är situationen fullt analog med den, som föreligger för en vanlig gäldenär, därest hans borgenär, efter att hava upplåtit panträtt i eller cederat fordringsrätten, utan att

[1] Rabenius s. 360 not. 4.

[2] Jmfr Lassen s. a. st.: »naar en Person har en begrænset Ret over en Fordringsret, betegnes Fordringsretten i det følgende f o r s a a v i d t (kurs. här) som hans».

[3] Så Eschelsson, Om skuldebrev s. 186—187, Rabenius s. a. st.

någon denuntiation mellankommit, likviderar pantskulden eller erhåller återtransport å fordran; och att gäldenären i dylikt fall icke kan till kvittning åberopa motfordringar å panthavaren eller cessionarien, vilka förvärvats utan kunskap om pantsättningen eller cessionen, torde vara härskande åsikt.[1]

Helt annorlunda än vid civil kommission är läget vid handelskommission.[2] I kommissionsförhållanden av sistnämnda slag synas Kmsl:s kvittningsregler hava en tillfredsställande motivering i arten av den kommissionären tillagda rätten över fordran mot tredje man; denna rätt överensstämmer i väsentliga stycken så nära med en verklig fordringsrätt, att det redan därför förefaller motiverat att även i kvittningshänseende betrakta dess innehavare, kommissionären, som rätt borgenär. En sådan ordning är här dessutom rationellt motiverad av hänsyn till tredje mans intresse. Den som gör affärer med en handelskommissionär har, även när medkontrahentens egenskap av kommissionär är för honom känd, all anledning att utgå från att affärsförhållandet icke skall erhålla annan karaktär, än om medkontrahenten icke varit kommissionär. Han måste på grund av sakens egen natur och lagens med hänsyn därtill givna regler förutsätta, att det genom avtalet med kommissionären grundlagda rättsförhållandet normalt skall avvecklas uteslutande genom transaktioner mellan honom och kommissionären. Även om tredje man vet, att vad han köpt är kommissionsgods och att köpeskillingen materiellt skall komma en kommittent till godo, har han dock allt fog för att betrakta kommittenten såsom en tillsvidare alldeles utomstående person, vilt ken genom att överlämna försäljningen till en självständig, i egenamn uppträdande yrkesidkare, frivilligt begränsat sitt intresse till ett mot kommissionären riktat redovisningsanspråk, ett anspråk som först därest förutsättningarna för den ifrågavarande

---

[1] Se TRYGGER, Kommentar till utsökningslagen s. 549, FEHR a. a. s. 190 ff. Annorlunda däremot ESCHELSSON a. a. s. 179 not 3, som dock utförligt och träffande bemötes av FEHR s. a. st. Praxis giver, såsom FEHR framhåller, ingen avgörande ledning; jmfr NJA 1875 s. 512 och 1912 s. 256.

[2] Jmfr dock NJA 1894 s. 582. Enligt ordalagen i HD:s dom i detta rättsfall, vilket gällde ett fall av handelskommission, skulle vid avsaknad av uttrycklig regel rent av även med avseende å sådan kommission böra gälla, att kvittningsrätten vore beroende av god tro med avseende å huvudfordringens tillhörighet; (det heter i domen: »... alltså och då [svaranden] vid tid, då han erhållit underrättelse, att [käranden] vore ägare till majspartiet, ägde motfordran ...). Anmärkas må emellertid att den ovan diskuterade frågan icke var ställd på sin spets i detta rättsfall.

begränsningen av detsamma brista, exempelvis genom att kommissionären gör konkurs, sväller ut, i det kommissionärens indrivningsbefogenhet bortfaller och kommittenten inträder i den aktiva utövningen av själva fordringsrätten gent emot tredje man. Att kommittenten förblir utanför, är i själva verket den naturliga förutsättning, varpå all såsom affärsrörelse anlagd kommissionshandel nödvändigt måste bygga. Den som gör inköp från en handelskommissionär måste kunna utgå från att han icke därigenom kommer i sämre rättsligt läge, än om han köper av en egenhandlare. I ena som andra fallet måste ett kontokurantförhållande mellan de avtalande parterna kunna komma till stånd, därest de ömsevis åtaga sig förpliktelser mot varandra. Vore motsatsen fallet, skulle handelskommissionen näppeligen kunna spela någon praktisk roll såsom ett särskilt institut vid sidan av civil kommission.[1]

Uteslutet är emellertid icke, att kommissionären och kommittenten kunna giva sitt inbördes förhållande en annan karaktär än den nu angivna. Det kan sålunda bl. a. förekomma, att kommissionären åtager sig att hålla all för försålda kommissionsvaror influten valuta avskild från sin egen förmögenhet.[2] Är detta fallet, blir frågan om kvittningsrätten att bedöma i analogi med de beträffande civil kommission utvecklade reglerna; därest tredje man, när han förvärvar motfordran, icke allenast känner till motpartens egenskap av kommissionär utan dessutom vet om att förhållandet mellan denne och hans kommittent har den nyss angivna karaktären, bör han icke tillerkännas kvittningsrätt för sin motfordran, för så vitt icke kommissionären på grund av den honom tillkommande säkerhetsrätten enligt 35 § gör kommittentens fordran gällande mot tredje man.

C. Det återstår oss att försöka sammanfatta de nu angivna reglerna i en kortfattad rättslig karakteristik av kommittentens resp. kommissionärens ställning till den genom kommissionärsavtalet grundade fordringsrätten, d. v. s. att besvara frågan, vilkendera av dessa parter som är fordringsrättens innehavare.

På den frågan synes nu kunna givas svaret, att kommittenten, vare sig det gäller civil kommission eller handelskommission,

[1] Av nu anförda skäl synes den ovan s. 248 not 1 omtalade uppfattningen hos Cosack och Schmidt-Rimpler angående omfattningen enligt tysk rätt av tredje mans kvittningsrätt gent emot handelskommissionären icke sakligt grundad.

[2] Se NJA 1915 s. 203 och 1916 s. 318.

blir innehavare av fordringsrätten i samma ögonblick den uppstår;[1] endast genom ett sådant antagande kan man förklara, att kommissionärens borgenärer icke kunna tillgodogöra sig fordringsrätten och att icke heller kommissionären själv har någon rätt att såsom fordringshavare disponera över denna genom överlåtelse el. dyl. i förhållande till utomstående samt att betalning till kommittenten resp. kvittning med motfordran mot honom verkar liberererande i den mån förut genomgångna regler giva vid handen.

Emellertid kan kommittentens ställning genom detta svar ingalunda anses tillräckligt exakt bestämd. Både beträffande civila kommissionsförhållanden och, än mer, beträffande merkantila måste räckvidden av det givna svaret närmare angivas.

Vad först civila kommissionsförhållanden angår kan detta på ett i huvudsak tillfredsställande sätt ske redan genom ett framhållande av att kommittentens ställning såsom fordringshavare är densamma som en cessionaries: fordran uppstår som en kommissionärens fordringsrätt, men från honom övergår den omedelbart till kommittenten;[2] därmed angives att denne kan mötas med alla invändningar, som bero därav, att fordringsrätten ursprungligen uppstått i kommissionärens person, bland dem också kvittningsinvändningen i den omfattning som framgår av vår ovan utvecklade tolkning av Kmsl § 64. Ytterligare måste emellertid tilläggas, att kommittentens ställning skiljer sig från en vanlig cessionaries därigenom, att kommissionären efter fordringsrättens övergång till kommittenten icke allenast bevarar den legitimation såsom fordringshavare, vilken tillkommer en vanlig cedent, så länge cessus är i god tro beträffande hans egen-

[1] Så ock Lassen, se närmare nedan not 2, Hasselrot s. 198, Chydenius II s. 309 f, se dock närmare ovan s. 214 not 5; jmfr Ussing, Aftaler s. 206.

[2] Jmfr Lassen, Alm. Del s. 226, Spec. Del s. 748 f. Lassen, som i sin konstruktion icke skiljer mellan civil kommission och handelskommission, sammanfattar f. a. st. Kmsl:s hithörande regler därhän att den av kommissionären på kommittentens vägnar förvärvade rätten är kommittentens, att kommissionären har en säkerhetsrätt över den, att kommissionären har en inom vissa gränser oåterkallelig »Beføjelse» att råda över den i förhållande till gäldenären samt att kommittenten tills vidare saknar medan kommissionären tills vidare har legitimation i förhållande till gäldenären; jmfr Ussings kritiska anmärkning (Aftaler s. 206) beträffande oklarheten av den av Lassen suponerade »Beføjelsen» att råda över fordran. Oklarheten i denna del av Lassens konstruktion beror liksom bristerna i andra hithörande konstruktioner tydligen bl. a. på underlåtenheten att skilja civil kommission från handelskommission. I övrigt sammanhänger berörda oklarhet med svårigheten att klart definiera en rationellt grundad skillnad mellan å ena sidan oåterkallelig fullmakt att göra en fordran gällande, å andra sidan cession av fordran.

skap av fordringshavare, utan förblir legitimerad att uppbära fordringsbeloppet även efter nämnda tidpunkt — d. v. s. efter det tredje man erhållit vetskap om hans egenskap av kommissionär — så länge tredje man icke vet eller bör veta om kommittentens önskan att själv indriva sin fordran eller i varje fall icke vet eller bör veta om att kommissionären icke kan göra någon säkerhetsrätt enligt 35 eller 36 § gällande.

I fråga om handelskommission åter äro de erforderliga korrektionerna i den ovan givna bestämningen av kommittentens ställning väsentligt större. Även i dylik kommission är kommittenten visserligen av ovan angivna skäl fordringshavare, men trots detta saknar han normalt icke blott legitimation utan över huvud all rätt att göra sin fordran gällande — denna rätt tillkommer i stället kommissionären, som i enlighet därmed, efter att hava indrivit fordringen, även kan låta det indrivna beloppet inflyta i sin kassa — och vidare måste kommittenten finna sig i att tredje man bringar till kvittning även motfordringar å kommissionären, vilka tredje man förvärvat efter vunnen kunskap om medkontrahentens egenskap av kommissionär, d. v. s. med kännedom om kommittentens egenskap av fordringshavare i ovan angivna bemärkelse. Ingendera av dessa begränsningar i kommittentens rätt torde kunna förklaras utan att även kommissionären erkännes vara fordringshavare. Resultatet härav blir sålunda att både kommittenten och kommissionären äro innehavare av fordran mot tredje man: kommissionären framstår som fordringshavare i förhållande till tredje man—medkontrahenten, kommittenten framstår såsom fordringshavare i alla övriga relationer, alltså främst i förhållande till kommissionären men dessutom i förhållande till alla andra »tredje män» än kommissionärens medkontrahent.[1]

Är då icke ett sådant resultat orimligt?[2] Kan en fordringsrätt i vissa relationer tillkomma en person, i andra relationer en annan? På dessa frågor torde man utan större tvekan kunna svara, att en dylik uppfattning av fordringsrätten, eftersom den motsvarar faktiskt givna och rationellt motiverade rättsregler, måste

[1] Detta resultat överensstämmer tydligen på det allra närmaste med det ovan berörda stadgandet beträffande merkantil kommission i HGB § 392.

[2] Ett sådant omdöme har ofta nog fällts om stadgandet i HGB § 392. Endemann betecknade det rent av som »ein juristisches Monstrum» (cit. från Müller-Erzbach, Grundsätze s. 56).

vara rimlig. Den innebär visserligen, om man så vill, en funktionell tudelning av fordringsrätten,[1] men detta är ju i och för sig ingenting märkvärdigare än exempelvis den funktionella tudelning[2] av äganderätten, varmed all modern sakrättsjuridik är fullt förtrogen och vilken framträder särskilt markant med avseende å s. k. äganderättsförbehåll vid försäljning av lösa saker.[3] Liksom efter en dylik försäljning såväl säljaren som köparen måste anses hava äganderätt till köpeobjektet, i det vardera har en relativ, av den andras rätt modifierad (villkorad) äganderätt, så kan ock såväl kommissionären som kommittenten anses hava vardera en relativ,[4] av den andres rätt modifierad (villkorad) fordringsrätt. En viss person, avbetalningsköparen resp. kommissionären, har visserligen förvärvat den rätt, varom fråga är, äganderätten resp. fordringsrätten, med de befogenheter denna innebär. Icke alla dessa befogenheter kan han emellertid utöva i full frihet. Betraktad som en tillgång i förmögenheten, d. v. s. med avseende å möjligheten att genom realisation av rättigheten tillgodogöra sig dess värde, ingår denna rättighet icke allenast i den sålunda befogades förmögenhet utan jämväl i en annan persons, avbetalningssäljarens resp. kommittentens. För att den skall tillfalla helt den ene eller helt den andre måste ett visst villkor uppfyllas resp. brista: om avbetalningsköparen erlägger hela köpeskillingen blir han ensam ägare, brister han i fullgörandet av detta villkor träder säljarens äganderätt i förgrunden; om kommissionären sörjer för att kommittenten (från tredje man eller från kommissionären själv resp. hans konkursbo) erhåller vad han enligt kommissionsavtalet

---

[1] Jmfr RABENIUS s. 340, som överväger möjligheten av att antaga ett dylikt betraktelsesätt men förklarar, att det måste övergivas, då man i rättssystemet i övrigt icke kunde finna hållpunkter därför. Enligt RABENIUS bör förhållandet i stället betraktas så, »att det är kommissionären, som är rätt innehavare av fordran», medan åter »kommittenten äger en e v e n t u e l l rätt till denna». Beträffande denna konstruktion jmfr ock USSINGS kritiska anmärkning (Aftaler s. 206).

[2] Eller rättare (eftersom det icke gäller ett särhållande av blott två utan flera olika funktioner): funktionella sönderdelande överhuvud; jmfr bl. a. UNDÉN s. 144 ff, VINDING KRUSE, Ejendomsretten i det hela samt UfR 1935 B s. 113—15, ROSS s. 1 ff.

[3] Jmfr däremot RABENIUS s. a. st.

[4] Mot en dylik uppfattning uttalar sig CHYDENIUS II s. 307. CHYDENIUS anser att enligt finsk rätt kommittenten bör betraktas som fordringshavare, för så vitt icke handelskommission föreligger och kommissionären icke varit skyldig för kommittenten nämna sin medkontrahent, i vilket fall kommittenten finge anses ha avstått sin fordringsrätt; beträffande denna uppfattning se närmare ovan s. 214 not 5.

har att fordra, kan kommissionären själv helt för egen räkning disponera över fordringsrätten mot tredje man, men i motsatt fall träder kommittentens rätt över fordran ifråga i förgrunden och lägger hinder i vägen för ett dylikt disponerande.

Mot det begrepp, relativ rätt över en fordran, varmed vi här operera, vill man emellertid måhända till sist invända, att det samma, begagnat för att karakterisera handelskommissionärens resp. hans kommittents rättsställning, är föga upplysande och vägledande. Riktigheten av en dylik invändning vilja vi icke bestrida. Några omedelbara slutsatser angående dessa båda parters rättsställning kunna för visso icke dragas från allenast en dylik bestämning av denna. Häri ligger emellertid å andra sidan också fördelen av en dylik karakteristik av ifrågavarande rättsförhållanden, ty av den förledes man åtminstone icke till några sådana falska slutsatser, som nödvändigt måste bliva följden, om man gör gällande, att endera av sagda parter, man må utpeka kommissionären eller kommittenten, ensam är innehavare av fordran mot tredje man. Är detta ett blygsamt resultat, så torde det å andra sidan dock stå i bästa överensstämmelse med den moderna rättsvetenskapens uppfattning av sin egen uppgift. Vår huvuduppgift har varit att analysera de här föreliggande rättsreglerna. Och i detta avseende ha vi uppnått ett viktigt resultat. Ty huvudresultatet av vår undersökning är att vi också med avseende å nu diskuterade spörsmål konstaterat en bestämd skillnad mellan rättsverkningarna av en civil kommission och en handelskommission.

KAP. IV.

Om betydelsen av svek, ond tro och andra perliga omständigheter hos kommittenten, kommissionären eller tredje man.

Det komplex av frågor vi här skola taga till behandling omfattar de spörsmål, vilka uppstå, då man på kommissionsinstitutet har att tillämpa reglerna om rättshandlingars ogiltighet samt övriga regler, enligt vilka avtalsparts goda tro beträffande visst kritiskt faktum eller hans personliga omständigheter i övrigt äro avgörande för hans rättsställning.

Tvivelsmål yppa sig här för det första med avseende å en av kommissionären till tredje man avgiven viljeförklaring, d. v. s. en kommittenten (medelbart) förpliktande rättshandling: i dylika fall gäller det bland annat att avgöra betydelsen av att kommissionärens viljeförklaring i följd av felskrivning eller annat misstag å hans sida fått annat innehåll än åsyftat varit eller att han avgivit sin viljeförklaring på grund av error in motivis (t. ex. okunnighet om fel i godset, som han inköpt) eller att kommissionären vid viljeförklaringens avgivande varit påverkad av tvång eller svikligt förfarande av tredje man; och härtill ansluta sig motsvarande frågor, då misstag enligt Avtl 32 § eller error in motivis förelupit å kommittentens sida eller då svikligt förfarande eller dylikt gentemot honom kan läggas tredje man eller kommissionären till last.

Liknande tvivelsmål uppstå vidare när det gäller rättsverkan av en viljeförklaring, som tredje man avgivit till kommissionären, d. v. s. en kommittenten (medelbart) berättigande rättshandling: av stor praktisk betydelse är det i dylika fall att avgöra, huruvida kravet på god tro, när rättshandlingens rätts-

verkan är därav beroende, alltså vid förekomsten av ogiltighetsanledning eller vid bristande förfoganderätt hos tredje man, avser kommissionären eller kommittenten eller såväl den ene som den andre; och på samma sätt uppkommer frågan om betydelsen av att svikligt förfarande eller dylikt i förhållande till tredje man ligger kommissionären resp. kommittenten till last.

Att man vid besvarandet av de nu berörda, i Kmsl helt förbigångna frågorna icke kan undgå att taga alldeles särskild hänsyn till att kommissionären handlar för kommittentens räkning synes a priori antagligt. Söker man besvara dem med allenast den synpunkten för ögonen, att, i motsats till vad fallet är vid egentligt ställföreträdarskap, mellanhandens rättshandlande lägger grunden till rättsliga relationer allenast mellan tredje man och kommissionär resp. kommissionär och kommittent, så kunna, såsom särskilt MÜLLER-ERZBACH[1] med styrka framhävt, orimliga konsekvenser icke undgås.[2] Även om man icke på grund härav med MÜLLER-ERZBACH kan sluta, att en rationell rättslig ordning beträffande ifrågavarande förhållanden förutsätter antagandet av att även kommissionärsavtalet liksom fullmäktigens avtal med tredje man grundlägger ett omedelbart rättsförhållande mellan tredje man och kommittenten, måste man dock antaga, att samma grundsatser, som äro tillämpliga beträffande egentligt ställföreträdarskap, åtminstone i viss utsträckning bliva tillämpliga även i nu förevarande fall. Med hänsyn härtill är det nödvändigt att till en början söka vinna klarhet om vilka rättsgrundsatser, som i förevarande avseende kunna antagas gälla beträffande egentligt ställföreträdarskap.

---

[1] Grundsätze s. 15—21, 39 f, GRÜNHUTS Z s. 234—240. — Jmfr SCHLOSSMANN II s. 413 jmfd m. s. 269 f inkl. not 1 s. 270 samt SCHMIDT-RIMPLER s. 608. —

[2] Vad M.-E:s framställning angår, är det dock en särskild fråga, huruvida tysk rätt verkligen, såsom M.-E. gör gällande, följdriktigt måste framtvinga en sådan inställning till dessa spörsmål, att dessa konsekvenser måste dragas. På denna punkt icke minst synes M.-E:s framställning lida av en stark överdrift. Sant är, att den formella skillnaden mellan kommission och verkligt ställföreträdarskap i den tyska rätten är starkare markerad än i någon annan rättsordning. Detta förhållande synes dock icke utesluta möjligheten av att taga den här erforderliga hänsynen till det föreliggande materiella rättsläget, d. v. s. till det faktum, att kommissionären liksom fullmäktigen är en mellanhand, som handlar i huvudmannens intresse. De därav beroende rättsgrundsatserna hava i själva verket, såsom av det följande skall framgå, icke något omedelbart samband med ställföreträdarskapet i och för sig utan äro av en långt allmännare räckvidd. I den mån desamma kommit till uttryck i BGB (§§ 165, 166), så vitt ställföreträdarskapet angår, böra de därför kunna i givna fall ex analogia utvidgas; härom se SCHMIDT-RIMPLER s. 608 ff.

A. Redan i detta avseende yppa sig vissa tvivelsmål. Detta gäller dock mindre de fall, då det är fråga om en av fullmäktigen för fullmaktsgivaren grundlagd rättslig förpliktelse. Är man på det klara med, att för förpliktelsens uppkomst fordras två giltiga viljeförklaringar, dels fullmäktigens rättshandling, dels huvudmannens fullmaktsförklaring, och avvisar man således tanken, att huvudmannens vilja på något egendomligt sätt vore verksam även i den av fullmäktigen avgivna viljeförklaringen, så synes det därmed också givet, att lagens ogiltighetsregler bliva att tillämpa på vardera av dessa viljeförklaringar för sig. Beträffande såväl den ena som den andra kommer det således principiellt an på huruvida tredje man insett eller bort inse förelupet misstag, huruvida han själv övat eller varit i ond tro med avseende å ett av annan mot viljeförklaringens avgivare övat tvång eller svek o. s. v. Utan vidare givet är detta åtminstone såvitt angår fullmäktigens viljeförklaring,[1] vilken ju otvivelaktigt är riktad till tredje man; men också beträffande fullmaktsgivarens viljeförklaring, fullmakten, måste detsamma gälla[2], alldenstund också den, åtminstone enligt den uppfattning, vilken ligger till grund för avtalslagen, är att betrakta såsom riktad till tredje man.

I det sagda ligger emellertid också, att vid ogiltighetsspörsmålets prövning vardera viljeförklaringen är att bedöma ensam för sig.[3] Om fullmäktigen vid avgivandet av sin viljeförklaring exempelvis handlat på grund av en i och för sig relevant error in motivis (han har t. ex. misstagit sig beträffande någon väsentlig egenskap hos en sak, som han köpt), så spelar det principiellt ingen roll, att huvudmannen tillfälligtvis ägt riktig kännedom angående omständigheten ifråga. Förutom det redan anförda skälet härför — att det gäller förutsättningen för giltigheten av en viljeförklaring, som fullmäktigen avgivit till tredje man — kan man med Lassen[4] ytterligare anföra det skälet, att huvudmannen icke rimligen kan antagas vilja vara bunden, om icke fullmäktigen själv, därest han handlat i egen person, skulle

---

[1] Se bland andra Trygger s. 169 f, Almén, Avtal s. 144, 243, Ussing, Aftaler s. 165, Lassen, Alm. Del s. 200, Deuntzer s. 28, Stang s. 464, Platou s. 260 f.

[2] Se Trygger s. 166 ff, Almén s. a. st., Ussing, Aftaler s. 149, Lassen s. a. st. Stang s. a. st.

[3] Jmfr Trygger s. 122 ff, Deuntzer s. 28.

[4] Alm. Del s. 200.

varit det. Härav följer emellertid tydligen en begränsning av den ifrågavarande regelns räckvidd. I den mån dylik kunskap hos huvudmannen i förening med i övrigt föreliggande omständigheter utvisar, att den omständighet, varom fullmäktigen misstagit sig, för huvudmannen saknar betydelse och på den grund jämväl är irrelevant såsom förutsättning för fullmäktigens rättshandling, kan man icke lämna huvudmannens kunskap om sagda omständighet obeaktad;[1] så t. ex. om huvudmannen med kännedom eller misstanke om den ifrågavarande egenskapen hos saken uppdragit åt fullmäktigen att köpa just den; i dylikt fall blir fullmäktigens rättshandling trots dennes misstag giltig, för så vitt icke misstaget föranleder, att fullmäktigen utfäster högre köpeskilling eller andra för säljaren förmånligare köpevillkor, än han eljest skulle gjort.

Gäller det åter en ogiltighetsanledning med avseende å fullmaktsgivarens viljeförklaring, så är dess verkan städse helt oberoende av fullmäktigens goda eller onda tro: är fullmäktigen i god tro men tredje man icke, så inträder ogiltighet, och är förhållandet det motsatta, d. v. s. fullmäktigen i ond tro men tredje man icke, så blir rättshandlingen giltig. Fullmäktigen är i dylikt fall icke »den gent emot vilken rättshandlingen företogs», detta måste fasthållas även så vitt angår § 18-fullmakter, eljest skulle man beträffande sistnämnda slag av fullmakter icke kunna undgå den orimliga konsekvensen, att exempelvis en fullmakt, som på grund av fullmaktsgivarens misstag fått annat innehåll, än vad som åsyftats, därest fullmäktigen vore i god tro, skulle kunna göras gällande mot fullmaktsgivaren t. o. m. av en tredje man,

[1] Deuntzer s. 29, Trygger s. 170, Chydenius II s. 255, Stang s. 464, Platou s. 261. Jmfr ang. samma ståndpunkt i den romerska rätten Schlossmann II s. 269 f. — Av motsatt uppfattning är Lassen, s. 200 (jmfr Ussing Aftaler s. 165 not 85), som anför: At Fuldmagtsgiveren ved Fuldmagtens Meddelelse vilde den af Fuldmægtigen senere indgaaede Kontrakt uden den af Fuldmægtigens Løfte fremgaaende Forudsætning, er, naar dette ikke særligt er tilkjendegivet Tredjemand, uden Betydning. Tredjemand kan f. Eks. ikke paaberaabe sig, at Fuldmagtsgiveren, da han meddelte Fuldmagten, vilde kjøbe den omkontraherede Ting, uanset at den led af en vis Mangel, naar det af Fuldmægtigens Løfte fremgaar, at denne kun vil kjøbe under Forudsætning af at Manglen ikke er til Stede.» Detta Lassens argument kan dock icke anses övertygande. Det strider tydligen mot den huvudsynpunkt han själv åberopar, då han lägger vikt vid vad huvudmannen rimligen kan antagas vilja eller icke vilja. Tillerkänner man betydelse åt en ogiltighetsanledning i fullmäktigens person med hänsyn till att fullmaktsgivaren under ifrågavarande förhållande ej kan antagas vilja vara bunden, så måste man väl, när denna hänsyn icke gör sig gällande, komma till det motsatta resultatet.

vilken av fullmaktsgivaren själv erhållit meddelande om det förelupna misstaget.[1]

Vad nu sagts angående betydelsen av fullmäktigens personliga omständigheter fordrar emellertid i ett avseende en korrigerande komplettering. Allmänt erkännes nämligen, att omyndighet hos en fullmäktig, i motsats till vad som kunde synas framgå av huvudregeln, icke utgör något hinder för den rättsliga verkan av hans rättshandling. Omyndigheten är en omständighet, som i enlighet med därom givna regler skall utesluta giltigheten av en rättshandling, varigenom den omyndige skulle ådragas rättsliga förpliktelser, direkt eller indirekt. För så vitt den omyndiges rättshandling icke ger upphov till dylika förpliktelser för honom själv, finnes ingen anledning att frånkänna den rättsverkan. Något hinder att begagna en omyndig såsom fullmäktig finns därför icke heller.[2]

Vanskligare att avgöra än de nu berörda frågorna äro motsvarande spörsmål, så vitt angår en t i l l fullmäktigen avgiven viljeförklaring. Här möter till en början frågan, vilken betydelse man, när huvudmannen är i god tro, bör tillmäta fullmäktigens onda tro beträffande en ogiltighetsanledning — tvång, svek, misstag etc. — eller annan kritisk omständighet, såsom tredje mans bristande förfoganderätt över det gods han avyttrat genom avtal med fullmäktigen, med vilka fall naturligen äro att jämställa sådana, då fullmäktigen själv övat tvång eller svek etc. mot tredje man. Frågan har i svensk litteratur särskilt diskuterats med hänsyn till fall av exstinktiva godtrosfång. Enligt en av ett par författare[3] uttalat åsikt skulle i dylika fall — för så vitt icke fullmakten haft en mera omfattande beskaffenhet — rättshandlingen bliva giltig. Den motsatta åsikten är dock den allmänna[4] och säkerligen även den riktiga. Såsom rationell grund för densamma har man,[5] så vitt angår nyssnämnda fall (exstinktiva godtrosfång), åberopat bl. a. den omständigheten, att den mot-

[1] Jmfr Ussing s. 19.

[2] Trygger s. 165, Lassen, Alm. Del s. 201, Ussing, Aftaler s. 165, Stang s. 312, Platou s. 258 f, Chydenius s. 253.

[3] Björling s. 36 och 169, Hasselrot, Vindikationsrätten s. 54 f. — Björlings åsikt överensstämmer med en av Dernburg förfäktad principiell åskådning; se citat hos den av Björling citerade Randa, Das Eigenthumsrecht — — — H. 1, Leipzig 1884, s. 325 not 68; emot Dernburg Randa a. st.

[4] Almén, Avtal s. 243, Benckert s. 282 f, Undén s. 234, Förslag till lag om avtal — — — 1914 s. 166.

[5] Benckert s. a. st.

satta åsikten, godtrosförvärvs erkännande, skulle kunna leda till praktiskt stötande resultat, i det ett godtrosförvärv skulle kunna inträda, ehuru de yttre omständigheterna vid förvärvet givit påtaglig anledning till misstankar. Ytterligare har man[1] framhållit, att bristande ärlighet och omdöme hos en fullmäktig i allmänhet går ut över huvudmannen och att den skärpning i godtrosregeln, som ligger i att man, även då huvudmannen är i god tro, fordrar god tro hos fullmäktigen, icke kan skada den allmänna omsättningens intressen. Dessa argument synas tillsammans innefatta ett fullständigt beaktande av de materiella[2] skäl, som vid godtrosförvärven böra komma i betraktande. Av särskilt intresse är det först nämnda. Däri har hänsyn tagits till ett moment i godtroskravet, varigenom rätter ägares intresse tillgodoses: då för att god tro skall anses föreligga kräves, att vederbörande varken haft eller bort hava insikt om det kritiska faktum, så utsäges därmed, att rättsförlust för rätter ägare icke bör inträda utan att vid den rättshandel, varom fråga är, den aktsamhet och omsorg iakttagits, som man har anspråk på att en bonus paterfamilias i dylika fall skall iakttaga. Godtroskravet innefattar således icke blott ett negativt moment — frånvaron av »svek» — utan även ett positivt — presterandet av tillbörlig aktsamhet[3] — och det krav, som innefattas i detta senare moment, kan en förvärvare icke rimligen få eludera genom att anlita en mellanhand, som sätter detsamma åsido. Då nu härtill kommer, att, såsom redan anförts, icke något ur allmän synpunkt verkligt beaktansvärt skyddsbehov föreligger i dessa fall, synes den slutsatsen fullt motiverad, att ond tro hos en fullmäktig prejudicerar huvudmannens rätt. Denna åsikt, vilken överensstämmer med de regler, som hävdas i utländsk litteratur[4] och lagstiftning,[5] stödes

[1] UNDÉN s. a. st.

[2] BENCKERT s. a. st. påpekar ytterligare, med fullt fog, att den rätter ägare åliggande skyldigheten att bevisa ond tro hos förvärvaren, om den motsatta regeln gällde, skulle kunna bliva oskäligt betungande.

[3] Denna synpunkt framhålles, i ett annat sammanhang, särskilt klart av NIAL, SvJT 1933 s. 63 i följande ord: »Att man nu som förutsättning för rättsskyddet uppställer kravet på god tro kan väl sägas bero på följande två synpunkter: För det första anser man behov av skydd, skyddsvärdighet, endast föreligga ifråga om godtroende. Och för det andra vill rättsordningen genom kravet på god tro — vari ju ligger att vederbörande icke heller får ha 'bort inse' — *frammana aktsamhet och omsorg i rättshandeln* (kurs här).»

[4] Se BENCKERT s. 283 not 390.

[5] BGB 166 § 1 st; beträffande dansk rätt se LASSEN, Alm. Del s. 220 med hänvisningar i not 32; beträffande schweizisk rätt: OSER s. 148; beträffande engelsk

ock såväl av uttalanden i avtalslagens motiv[1] som av ett par rättsfall.[2] Och den har otvivelaktigt tillämpning icke blott i de nu närmast avsedda fallen, då det gäller frågan om ond eller god tro beträffande fångesmannens rätt till det gods han föryttrat, utan även då det gäller den därmed i förevarande avseende alldeles likartade frågan om ond eller god tro beträffande viss ogiltighetsanledning med avseende å tredje mans viljeförklaring.[3]

Till den nu berörda frågan ansluter sig ett motsvarande spörsmål med avseende å det fall, då fullmäktigen befinner sig i god tro beträffande visst kritiskt faktum — ogiltighetsanledning; bristande förfoganderätt — men huvudmannen är i ond tro. Den härskande åsikten[4] torde såsom riktig godkänna den tyska civillagens regel angående detta fall (BGB § 166): »Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntniss oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht. — Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft ertheilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntniss des Vertreters berufen. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen musste, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht». Endast när en fullmaktsgivare i ond tro anlitat en fullmäktig i syfte att undgå en invändning om sin egen onda tro eller i allt fall under sådana omständigheter, att det skulle strida mot tro och heder att göra rättshandlingen gällande, skall med andra ord dylik invändning kunna riktas mot honom. Till de fall, då mot fullmaktsgivaren kan åberopas, att han haft vetskap om eller skäl att misstänka visst

rätt: ANSON s. 432—435, BOWSTEAD s. 300—302, WRIGHT s. 348 ff; beträffande fransk rätt: PLANIOL & RIPERT s. 860. — Jmfr emellertid EVALDSEN s. 15 f.

[1] O. a. st.

[2] NJA 1910 s. 364, 1917 s. 599.

[3] Denna senare fråga var det de i föregående not citerade rättsfallen avsågo. — En motsatt åsikt har emellertid EVALDSEN (s. 15 f) uttalat. Enligt E. skulle således exempelvis en försäkringsgivare, när en försäkringstagare på grund av uppdrag försäkrat en fartygsägares intresse i visst fartyg, vara bunden av avtalet, även om försäkringstagaren vetat om att fartyget vid avtalets slutande redan förlist, blott fartygsägaren vore i god tro vid sagda tidpunkt; det enda försäkringsgivaren på grund av försäkringstagarens vetskap kunde göra gällande vore ett utomobligatoriskt skadeståndsanspråk gent emot försäkringstagaren!

[4] Jmfr TRYGGER s. 129 f, ALMÉN s. 243 f, BENCKERT s. 283, UNDÉN s. 234, PLATOU s. 259 ff, CHYDENIUS II s. 255; jmfr STANG s. 463.

kritiskt faktum, torde på grund härav praktiskt taget alla sådana fall höra, då han är i ond tro beträffande viss ogiltighetsanledning. Av praktisk betydelse blir den ifrågavarande regeln på grund härav huvudsakligen i de fall, då det är fråga om ett exstinktivt godtrosförvärv. Till dessa fall inskränkes därför det närmast följande resonemanget.

I strid mot den nyss angivna åsikten har icke sällan gjorts gällande, att en fullmaktsgivares kunskap resp. misstanke även i sistnämnda fall skulle kunna prejudicera hans rätt oberoende av om fullmäktigen handlat »nacht bestimmten Weisungen» eller icke. Till en dylik åsikt synes bland andra även LASSEN[1] ansluta sig, då han uttalar, att »de omtalte Kjendsgjerninger [Viden og Mangel paa god Tro] maa — — — antages *i Almindelighed* (kurs. här) ogsaa at udelukke Løftets Gyldighed naar de foreligge hos Fuldmagtsgiveren». Såsom skäl härför anföres av LASSEN huvudsakligen, att »Fuldmægtigen ved sin Optræden kun forfølger Fuldmagtsgiverens Interesser» och att »Fuldmagtsgiveren ikke bør være bedre stillet ved at benytte Fuldmægtig end ved at optræde selv».

Huruvida detta argument har någon verklig bärkraft för andra fall än de förut berörda, då ett utnyttjande av fullmäktigens rättshandling trots fullmaktsgiverens »vetskap» skulle innefatta ett svikligt eller mot tro och heder stridande förfarande gent emot tredje man, synes dock tvivelaktigt. Har fullmäktigen varit i god tro och har fullmaktsgivaren visserligen haft kännedom om det kritiska faktum, som förmenas utgöra hinder för rättighetsförvärvet, men har han icke tillika ägt kännedom om den speciella rättshandling, varom det är fråga, så synes i själva verket båda de förut berörda, i godtrosbegreppet innefattade rekvisiten vara satisfierade: då den som företagit rättshandlingen, fullmäktigen, varit i god tro, så har vid rättshandlingstillfället det positiva krav på den aktsamhet och omsorg gent emot tredje man, som efter en objektiv måttstock kan uppställas, faktiskt blivit av den med tredje man rättshandlande uppfyllt; tredje man blir

[1] Alm. Del s. 221. Samma åsikt uttalar USSING, Aftaler s. 200; jmfr ock DEUNTZER s. 29 f; likaså HASSELROT, Vindikationsrätten s. 54 not 2; jmfr ock ALMÉN och UNDÉN o. a. st., vilkas uttalanden dock knappast torde avse att taga ståndpunkt till den här diskuterade frågan; jmfr vidare BENCKERT s. a. st., vilken synes vilja avfärda frågan med att kravet på god tro hos huvudmannen »endast för den händelse huvudmannen vid tiden för avtalets ingående ägt närmare kännedom om avtalets innehåll lärer — — — erhålla real betydelse»; jmfr RANDA, a. a. s. 324 f.

i detta avseende, om fullmaktsgivarens rättsförvärv erkännes, icke sämre ställd, än om fullmäktigen hade förvärvat för egen räkning. Och då fullmaktsgivaren icke givit fullmäktigen anvisning om att företaga just den speciella rättshandling, t. ex. att köpa just den sak, varom det är fråga, eller haft vetskap om dennes avsikt att företaga rättshandlingen, så kan något »svek» å fullmaktsgivarens sida icke påstås vara för handen; han bör i förevarande hänseende icke kunna bedömas annorlunda än t. ex. en person, som förvärvar en lös sak från någon, vilken för egen räkning förut förvärvat densamma genom ett exstinktivt godtrosfång. För erkännandet av ett giltigt förvärv i förevarande fall torde slutligen också kunna åberopas det syfte — att underlätta den allmänna omsättningen — som enligt allmän åsikt uppbär reglerna om de exstinktiva godtrosförvärven. Klart är till en början, såsom TRYGGER[1] framhållit, att »allmänna rörelsens krav [icke skulle] kunna anses tillfredsställda, om t. ex. sedan en disponent ingått att köpeavtal med tredje man, denne kunde genom bevis att han varit i en väsentlig villfarelse få avtalet upphävt, därest han underrättat huvudmannen om sin villfarelse, innan denne fått kännedom om avtalets innehåll». Detta erkännes emellertid också av dem, som hylla den här kritiserade åsikten.[2] Förutsättningarna för giltigheten av den gent emot fullmäktigen företagna rättshandlingen måste nämligen bedömas med hänsyn till förhållandena i den tidpunkt, då denna rättshandling enligt avtalsrättens regler skall bliva för den, som företagit densamma, bindande, d. v. s. senast det ögonblick, då viljeförklaringens mottagare, i detta fall fullmäktigen, tagit del av densamma. Det exempel TRYGGER anfört har således icke någon omedelbar beviskraft. Förändras nu exemplet så, att huvudmannen antages hava haft kännedom om ogiltighetsanledningen redan på en tidigare tidpunkt, torde exemplet icke kunna anbringas på något praktiskt fall, i vilket icke fullmaktsgivaren vore i en verklig »ond tro», d. v. s. handlat med dolus eller under sådana omständigheter, att det skulle strida mot tro och heder att göra rättshandlingen gällande mot tredje man. Detta innebär nu emellertid blott, att, såsom ovan redan påpekats, problemet försvinner, så vitt det ifrågasatta hindret för huvudmannens rättighetsförvärv utgöres av en ogiltighetsan-

[1] S. 129.
[2] Se LASSEN, Alm. Del s. 221 not 34, USSING, Aftaler s. 201 not 96.

ledning. Såvitt angår sådana fall, då huvudmannens vetskap avser tredje mans bristande förfoganderätt över det föremål fullmäktigen förvärvat från honom, är emellertid problemet en realitet. Och för dessa fall torde det med skäl kunna påstås, att ett erkännande av ett exstinktivt godtrosfång ur den allmänna omsättningens synpunkt är ungefär lika väl motiverat som erkännandet av de obestridda exstinktiva förvärven. Onekligen skulle nämligen den av fullmäktige, speciellt sådana med generalfullmakt, förmedlade omsättningen väsentligt brista i säkerhetshänseende och därigenom avsevärt försvåras, därest mot en huvudman i de nu åsyftade fallen skulle kunna riktas en vindikationstalan beträffande sådant gods, som hans fullmäktig, kanske för mycket lång tid sedan, i god tro förvärvat för hans räkning utan att fullmaktsgivaren haft en aning om från vem förvärvet skett, d. v. s., om man så vill, utan att han haft anledning misstänka sin egen onda tro.

Av det nu sagda har framgått, att enligt den här hävdade meningen huvudmannens vetskap om visst kritiskt faktum bör komma honom till skada, icke blott när fullmäktigen handlat »nach bestimmten Weisungen» utan även i motsatt fall, därest huvudmannen vid tidpunkten för rättshandlingens företagande ägt v e t s k a p ej allenast om det kritiska faktum utan också om fullmäktigens avsikt att företaga just den ifrågavarande rättshandlingen. Icke heller i sistnämnda fall kan nämligen det nyssnämnda motivet för beredandet av skydd åt den goda tron — den allmänna omsättningens underlättande och säkrande — göra sig gällande; ett erkännande av huvudmannens rätt gent emot tredje man skulle nämligen framstå såsom stridande mot tro och heder.[1]

---

[1] I själva verket torde väl också dessa fall kunna anses ex analogia innefattade även i en sådan rättsregel, som den i BGB § 166 st. 2 uttalade, trots att denna allenast talar om det fall, att fullmäktigen handlar »nach bestimmten Weisungen». Likväl har i tysk rätt för ett särskilt fall, nämligen vid försäkring med antedaterad polis, under uttryckligt åberopande av att den nyssnämnda regeln i BGB icke vore tillräcklig, givits ett särskilt stadgande med syfte att utsträcka den i sagda lagrum i BGB uttalade rättsgrundsatsen även till vissa sådana fall, varom nyss förut varit tal, nämligen till sådana, då en huvudman, som haft kunskap om försäkringsfallets inträffande före avtalets slutande, väl icke givit några särskilda anvisningar med avseende å avtalet men haft vetskap om en fullmäktigs (eller eventuellt en negotiorum gestors) avsikt att för hans räkning sluta detsamma. Beträffande detta fall uttalas sålunda (i DVVG § 2 st. 2), att det kommer an på »nicht nur die Kenntnis des Vertreters sondern auch die des Vertretenen». Att den ifrågavarande regeln skulle vara nödvändig av det för densamma angivna skälet kan emellertid, såsom av det nyss sagda framgått, knappast medgivas; väl kan den däremot sägas hava visst fog för sig med hänsyn till de i de

B. Med den nu givna framställningen av de beträffande fullmaktsförhållanden tillämpliga reglerna angående betydelsen av olika på ett avtals bedömande inverkande personliga omständigheters förhandenvaro hos fullmäktigen resp. fullmaktsgivaren torde utgångspunkten för en diskussion av motsvarande rättsförhållanden beträffande kommission vara vunnen.

I. Vad först angår hithörande spörsmål med avseende å kommissionärens rättshandling, d. v. s. en av honom avgiven viljeförklaring, varigenom en förpliktelse mot tredje man grundlägges, så kan den omständigheten, att kommissionärens rättshandling företages i hans eget namn, näppeligen ifrågasättas medföra något avsteg från den förut för fullmaktsfallen utvecklade satsen, att ogiltighetsanledning regelmässigt har eller saknar rättslig verkan oberoende av om huvudmannen varit kunnig om det kritiska faktum eller icke.[1] Äger den regeln giltighet för sådana fall, då mellanhanden genom sin rättshandling omedelbart förpliktat allenast huvudmannen, så bör den i själva verket med så mycket större skäl gälla, när mellanhanden omedelbart allenast förpliktat sig själv. Egentlig praktisk innebörd får denna fråga huvudsakligen blott för ett enda fall, nämligen då det gäller verkan av fel i gods, som en kommissionär inköpt för kommittentens räkning, Endast för detta fall kan nämligen uppstå en sådan diskrepans mellan mellanhandens och huvudmannens psykiska inställning i förhållande till den företagna rättshandlingen, att något problem uppstår; består anledningen till den ifrågasatta ogiltigheten däri, att tredje man varit i ond tro beträffande ett misstag enligt 32 § Avtl eller själv övat eller varit i ond tro beträffande ett mot medkontrahenten (mellanhanden) övat svek eller tvång etc. finnes ju intet utrymme för en diskussion angående huvudmannens förhållande. Annorlunda i det nyssnämnda fallet — fel i köpegodset. Att frå-

---

åsyftade fallen mötande bevisvanskligheterna. Med hänsyn till dessa kan det nämligen i *dessa* fall vara befogat att bortse från möjligheten av att försäkringshavaren, huvudmannen, varit fullständigt okunnig om att en ställföreträdare för honom slutit försäkring å ett objekt, som enligt hans vetskap redan lidit skada eller gått under. I andra fall framträda emellertid inga motsvarande vanskligheter, och i dem bör därför den sakenliga regeln genomföras helt ut. Jmfr emellertid LASSEN, som (Alm. Del s. 221 not 33a) fäster uppmärksamheten på det ifrågavarande stadgandet i DVVG § 2 st. 2 och som synes vilja åberopa detsamma som ett belägg för att man icke kan stanna vid den i BGB 166 § 2 st. uttalade regeln; att stadgandet icke kan åberopas för LASSENS mening torde dock framgå av det ovan anförda.

[1] Jmfr SCHMIDT-RIMPLER s. 613.

gan där uppkommer beror på att, trots att fallet kan rubriceras som en fråga om error in motivis, det dock till sist icke gäller ett ogiltighetsfall utan en fråga om tolkningen av ett avtal med hänsyn till samtliga föreliggande omständigheter, bland dem även huvudmannens förhållande; vad det gäller är frågan om mot tredje man kan göras gällande rätt att häva avtalet resp. rätt till prissänkning enligt Köpl § 42 ff.

För detta fall har nu CHYDENIUS framfört en mening rakt motsatt den här nyss hävdade. Efter att ha utvecklat sin förut omtalade åsikt, att tredje man bör hava rätt att »omedelbart söka kommittenten», anför han:[1] »Men då bör även dennes vetskap hava samma betydelse som köpares eller rekvirents. Och varför skulle i själva verket den, som genom kommissionär köpt en sak, om han icke känt dess fel, ej äga talan därom, eller, å andra sidan, om han men icke kommissionären känt felet, kunna mot säljarens krav invända, att det var hemligt. Kommissionärens vetskap om fel m. m. har således sin betydelse endast för hans rätt och kommittentens åter för hans». Av citatet framgår, att CHYDENIUS' däri utvecklade mening beträffande vårt nu förevarande spörsmål sammanhänger med hans ovan[2] kritiserade åsikt, att kommissionärens rättshandling grundlägger ett rättsförhållande omedelbart mellan tredje man och kommittenten. Är vår kritik av denna åskådning riktig, faller redan därmed det enda skäl för sin nu ifrågavarande åsikt, som CHYDENIUS anfört. Men även i motsatt fall finnes knappast fog för densamma. Alldeles klart synes detta för det första så vitt angår CHYDENIUS' påstående, att kommittenten bör kunna föra talan om fel, som varit okända för honom men icke för kommissionären. Även där såsom vid fullmaktsförhållanden huvudmannen blir genom mellanhandens rättshandling omedelbart berättigad och förpliktad, erkännes allmänt åtminstone, att i fall av nu förevarande slag den genom mellanhandens rättshandling grundlagda rätten alltid är beroende av mellanhandens förhållande;[3] invändningar som av tredje man kunna riktas mot honom kunna också alltid riktas mot huvudmannen som utövare av nämnda rätt. Så mycket mer måste detsamma gälla i kommissionsförhållanden, där huvudmannens rätt är bero-

[1] CHYDENIUS II s. 318.
[2] S. 51 ff.
[3] Se ovan s. 260 vid not 1 ävensom därstädes citerade lagbud och författare.

ende av att i första hand en rätt uppstått för kommissionären;[1] någon annan rättsställning över huvud, än den mellanhande npå grund av sin rättshandling skulle kunna uppnå för egen del, kan denna rättshandling icke heller rimligtvis grunda för huvudmannen; så till vida gäller obetingat regeln om huvudmannens ansvar för sina medhjälpare.[2] Häremot kan icke heller invändas, såsom CHYDENIUS synes påstå, att en rätt för kommittenten att tala å fel vore något, som allenast berörde tredje mans rättsställning i förhållande till honom, däremot icke tredje mans rättsställning i förhållande till kommissionären. Tanken i en dylik invändning går fel, ty den innebär icke blott, såsom CHYDENIUS[3] synes förmena, att huvudmannen för sin del även gent emot tredje man kan vägra att erkänna det ingångna avtalet, d. v. s. att han skulle kunna för sin del häva detsamma, utan dessutom att kommittenten skulle kunna tillägna sig en rätt till köpegodset på andra villkor än de av kommissionären med godsets ägare vid dess avhändande överenskomna, nämligen mot en enligt Köpl 42 eller 43 §§ reducerad köpeskilling.[4] Att tredje man hänvisas till kommissionären är för honom en dålig tröst; det framträder särskilt vid kontantköp och vid sådana kreditköp, då säljaren, på grund av kommissionärens insolvens, skulle kunna utöva stoppningsrätt, ty i dylika fall skulle tredje man naturligen icke till kommissio-

---

[1] Så ock LASSEN, Alm. Del s. 226. — Jmfr beträffande samma fråga i romersk rätt SCHLOSSMANN II s. 270 *not* 1, som hävdar att när den i eget namn uppträdande mellanhanden känt till felet men huvudmannen däremot saknat vetskap om detta, mellanhanden och därmed huvudmannen saknar actio redhibitoria, en grundsats som enligt SCHLOSSMANN följde a fortiori därav, att en dylik regel vore gällande beträffande förvärv genom slavar, vilkas förvärv i och för sig grundade en omedelbar rätt för huvudmannen. Beträffande frågan om möjligheten av en actio quanti minoris uttalar sig icke SCHLOSSMANN, men vad han anför beträffande actio redhibitoria är direkt tillämpligt även å sistnämnda fråga.

[2] Undantag måste dock i vissa fall göras med hänsyn till möjligheten av ett exstinktivt godtrosfång å kommittentens sida; därom se nedan. Detta undantag berör emellertid uppenbarligen icke i minsta mån den här förda argumentationen.

[3] II s. 319: »Hvardera bör för sin egen del åberopa varas fel eller kontraktsvidrighet vid äventyr att köpet eller leveransen annars *gäller* (kurs. här) mot honom». Se vidare noten samma sida: »Att samma rättsärende kan vara gent emot kommissionären eller kommittenten *ogiltigt* (kurs. här) men *giltigt* (kurs. här) emot den andre af dem är ej oantagligt».

[4] På grund härav skulle nu ifrågavarande del av vårt spörsmål egentligen höra till en senare del av vår framställning. Redigast torde emellertid vara att icke utbryta denna detalj ur sammanhanget med frågan om förutsättningarna för avtalets hävande.

nären avstå godset utan att först erhålla h e l a den avtalade köpeskillingen.[1]

Det återstår att betrakta det fall, då kommissionären icke haft vetskap om felet men däremot kommittenten haft sakens beskaffenhet sig bekant. Också i detta fall synes det omöjligt att godtaga CHYDENIUS' åsikt, att huvudmannen på grund av sin vetskap alltid bleve utan vidare bunden[2] av kommissionärens avtal med tredje man. Även om man icke heller här kan utan inskränkning erkänna riktigheten av LASSENS förutnämnda beträffande fullmaktsfall utvecklade, rakt motsatta åsikt,[3] så måste man dock framhålla, att, i d e n m å n den av LASSEN hävdade regeln är giltig beträffande fullmaktsfallen, måste den så mycket säkrare hava giltighet även i kommissionsfall. Kan huvudmannens vetskap om det kritiska faktum, då mellanhanden handlar direkt för honom, icke utesluta hans rätt att göra den invändning, vartill fullmäktigens error in motivis i och för sig berättigar, så kan uppenbarligen dylik vetskap hos honom så mycket mindre tänkas utesluta vare sig kommissionärens rätt att med avseende å den förpliktelse han omedelbart ådragit allenast sig själv göra dylik invändning eller kommittentens rätt att göra samma invändning gällande för det fall, att han antages bliva gent emot tredje man förpliktad. Som principiell huvudregel kan därför av samma skäl som ovan[4] anförts beträffande fullmaktsfallen fastställas, att kommittentens vetskap om köpegodsets beskaffenhet icke utesluter kommissionärens eller, om kommittenten bleve gent emot tredje man förpliktad, ens kommittentens rätt att mot tredje man göra invändning om ett för kommissionären fördolt fel i godset. Å andra sidan måste denna huvudregel i kommissionsfallen vidkännas samma undantag som i fullmaktsfallen. Emot LASSEN, som av nyssnämnda skäl måste anse sin ifrågavarande lärosats a fortiori tillämplig i kommissionsfall, måste således invändas, att

[1] CHYDENIUS II s. 319 not 1 åberopar för sin åsikt MÜLLER-ERZBACHS redogörelse för den engelska ställföreträdarskapsrättens hithörande regler. Dock med orätt. Ty otvivelaktigt gäller enligt engelsk rätt, att »the knowledge of the agent is the knowledge of the principal»: det framgår f. ö. även av den åberopade redogörelsen hos MÜLLER-ERZBACH s. 58; se i övrigt ANSON s. 434, BOWSTEAD s. 300 ff.

[2] Förutsatt alltså att huvudmannen överhuvud kunde bliva bunden gent emot tredje man, något som vi av ovan i kap. 2 utvecklade skäl dock bestrida.

[3] Se ovan s. 260 f.

[4] S. 260.

kommittentens vetskap om felet måste utesluta kommissionärens rätt att häva eller påyrka prisminskning i sådana fall, då kommissionären inköpt den ifrågavarande felaktiga saken efter kommittentens speciella anvisning och utan att överskrida den limit denne satt eller det högsta pris, som kan anses objektivt skäligt.[1] Att verkligen kommissionärens invändningsrätt i dylika fall uteslutes måste framhållas även gent emot CHYDENIUS,[2] som här allenast anser kommittentens rättsställning beröras. Skälet för denna ordning är detsamma som i fullmaktsfallen: mellanhandens förutsättning — att saken är felfri — kan i dessa fall icke tillerkännas relevans, den har icke haft verkligt avgörande betydelse, ty hade saken kommit på tal vid avtalsförhandlingarna och kommissionären inhämtat erforderliga informationer, så skulle han trots felet hos saken köpt denna för kommittentens räkning.[3] På grund härav måste åtminstone hävningsrätt anses utesluten. Beträffande frågan om prisminskning kan naturligen alltid tvekan uppstå, huruvida icke ändå förutsättningen så till vida verkat avgörande, att kommissionären med kännedom om felet aldrig skulle köpt saken till det pris han nu bjudit. Detta är emellertid samma vansklighet, som alltid är förbunden med varje försök att genom tolkning fastställa betydelsen av en viss förutsättning, vars bristande icke skall föranleda avtalets ogiltighet utan blott dess modifierande. Denna vansklighet kan således icke i och för sig motsäga riktigheten av det här förda resonemanget. Faktiskt kommer den sannolikt att tvärtom

[1] Att enligt romersk rätt en i eget namn uppträdande mellanhand saknade actio redhibitoria, därest väl han själv men icke huvudmannen saknat vetskap om fel i det gods mellanhanden inköpt för huvudmannens räkning, hävdar SCHLOSSMANN II s. 269 f. Enligt SCHLOSSMANN är förklaringen härtill den, »dass dem Vertreter die Ansprüche nur um des Herrn willen gegeben werden, dieser aber, wenn er selbst die Mängel der in seinem speziellen Auftrage gekauften Sache kannte, selbst dem sie kennenden Verkäufer gegenüber keinen Schutz verdient» (spärr här). De spärrade orden torde antyda en begränsning i den ifrågavarande rättsregeln, motsvarande den, vilken ovan hävdats. Beträffande frågan, huruvida mellanhanden i förevarande fall kan göra gällande någon actio quanti minoris, uttalar sig icke SCHLOSSMANN uttryckligen, men av det nedan citerade exemplet torde framgå, att han anser även den frågan böra besvaras nekande.

[2] CHYDENIUS II s. 318 f anser kommittentens vetskap om fel etc. allenast hava betydelse för hans rättsställning, d. v. s. allenast i den mån det gäller hans eget ansvar i förhållande till tredje man; en så begränsad betydelse av kommittentens vetskap skulle, såsom av det följande framgår, rent av lämna kommittenten dörren öppen för bedrägliga manipulationer.

[3] Egentlig praktisk betydelse har naturligen det nu diskuterade förhållandet huvudsakligen vid civil kommission. Även vid handelskommission kan det emellertid förekomma.

verka till befästande av den här hävdade undantagsregeln, i det nämligen ifrågavarande vansklighet alltid måste komma att medföra obenägenhet att tillerkänna avgörande betydelse åt kommissionärens ifrågavarande förutsättning, så snart icke det kan göras antagligt, att det pris denne med riktig kännedom om godsets beskaffenhet skulle bjudit väsentligt understigit det faktiskt avtalade.

Tilläggas må att den här hävdade undantagsregeln även så vitt angår den nu berörda frågan om prisminskning stundom framstår sakligt motiverad av alldeles samma skäl som med avseende å möjligheten att häva ävensom att, såsom särskilt SCHLOSSMANN[1] påpekat, en motsatt regel skulle kunna medföra orimliga konsekvenser: »Wenn jemand z. B. eine Sache kaufen wollte, die der Eigentümer trotz der dem kauflustigen bekannten und von ihm selbst eingestandenen Mängel nur um einen diesem zu hohen Preise hergeben wollte, so brauchte er nur einen anderen, den er über den Fehler nicht aufklärt, mit dem Kauf für den verlangten Preis zu beauftragen, und war sicher, hinterher mittels der actio quanti minoris des Vertreters die gewünschte Preisermässigung sich verschaffen zu können.»[2]

Ehuru av det hittills sagda framgår, att beträffande nu diskuterade spörsmål samma synpunkter, som anläggas å fullmaktsförhållanden, hava tillämplighet även i kommissionsförhållanden, kan dock därav icke slutas, att någon fullständig kongruens skulle vara för handen ens beträffande alla hithörande spörsmål med avseende å kommissionärens rättshandling. I vissa hänseenden måste den omständigheten, att kommissionären i motsats till fullmäktigen handlar i eget namn, d. v. s. förpliktar sig själv, få avgörande betydelse. Så måste exempelvis bli fallet, därest kommissionären är omyndig eller eljest saknar rättslig handlingsförmåga. Medan en fullmäktigs omyndighet icke utesluter den rättsliga verkan av hans för huvudmannen företagna rättshandling, måste motsatsen bliva händelsen, när en kommissionär företager en dylik rättshandling,[3] för så vitt nämligen densamma innefattar åtagandet av en förpliktelse mot tredje man. En omyndig kommissionär kan icke förplikta sig själv, och hans rättshandling måste

[1] II s. 272.

[2] Se även övriga av SCHLOSSMANN a. st. anförda exempel.

[3] Motsatt åsikt hos LASSEN Alm. Del s. 226; USSING, Aftaler (s. 202—206) synes däremot icke hava upptagit denna LASSENS åsikt.

därför bliva alltigenom ogiltig, för så vitt icke hans förmyndare godkänner densamma; att kommittenten förklarar sig beredd att påtaga sig skulden till tredje man kan naturligen icke föranleda att avtalet, sedan kommissionärens omyndighet blivit uppenbar, skulle bliva giltigt; någon annan gäldenär än han förutsatt behöver tredje man icke godtaga.

II. Vända vi härefter uppmärksamheten till de fall, då en ogiltighetsanledning, misstag, svek etc., är för handen med avseende å kommittentens rättshandling, d. v. s. hans uppdrag till kommissionären, så möta närmast vissa omstridda spörsmål, vilka uppstå därest kommissionären är i god tro. Av praktisk betydelse äro huvudsakligen två fall, dels det då kommittentens viljeförklaring i följd av felskrivning eller annat misstag fått annat innehåll än åsyftat varit — han har t. ex. avsett att uppdraga åt kommissionären att köpa 100 kg. av en vara men uppdraget har på grund av felskrivning kommit att lyda å 1000 kg. —, dels det då kommittenten vid viljeförklaringens avgivande varit vilseledd genom svikligt förfarande av någon annan än kommissionären. Med avseende å dessa båda spörsmål har särskilt MÜLLER-ERZBACH[1] energiskt gjort gällande, att härskande uppfattning av kommissionsinstitutet måste leda till det resultat, att kommittenten i båda fallen bleve avskuren från rätten att göra invändning om ogiltighet gent emot tredje man, vare sig denne vore i god eller ond tro. Detta resultat, vilket MÜLLER-ERZBACH i båda fallen finner i högsta grad otillfredsställande, anför han också såsom ett av de starkaste bevisen för riktigheten av hans tes om nödvändigheten av att erkänna uppkomsten av ett omedelbart rättsförhållande mellan kommittenten och tredje man. Beviset är dock i verkligheten synnerligen bristfälligt. Riktigt är det visserligen, att invändningar om misstag eller svikligt förfarande icke kunna göras gällande mot en tredje man i god tro. Detta är emellertid ett resultat, som står i bästa överensstämmelse med allmänna grundsatser på ogiltighetslärans område. Alldeles oriktigt är åter påståendet, att ifrågavarande invändning icke skulle kunna göras gällande mot en tredje man i ond tro, enkannerligen en tredje man, som själv övat svek mot kommittenten.

Beträffande förstnämnda spörsmål kan åtminstone i svensk

[1] Grundsätze s. 17—21, GRÜNHUTS Z. s. 234—36; mot M.-E. vänder sig NEUBECKER s. 46 ff; jmfr ock SCHMIDT-RIMPLER s. 613 ff.

rätt, som hyllar tillitsgrundsatsen, ingen tvekan råda. Har kommissionären varit i god tro beträffande ett förelupet misstag av kommittenten eller beträffande ett mot denne av någon utomstående övat svek, så följer av regeln i 32 resp. 30 § Avtl, att misstaget resp. sveket icke kan åberopas mot kommissionären. Då denne utför uppdraget, handlar han i överensstämmelse med ett för hans del giltigen bestående bemyndigande och fullständigt uteslutet är således, att det avtal han därvid sluter med en godtroende tredje man skulle kunna ryggas under åberopande av kommittentens misstag eller mot honom övat svek.

Det sagda innebär i själva verket, att för vår rätts del det av MÜLLER-ERZBACH antydda konfliktläget över huvud icke kan uppkomma. Även där, såsom enligt tysk rätt,[1] utgångsläget så till vida är ett annat, att invändning om misstag kan göras gällande även mot medkontrahent i god tro (i förevarande fall således mot kommissionären) med påföljd att en konflikt verkligen kan uppkomma mellan kommittentens intresse att slippa ifrån avtalet med kommissionären och dennes intresse att erhålla täckning av kommittenten för sina mot tredje man åtagna förpliktelser, måste likväl hävdas, att en sådan ordning, som MÜLLER-ERZBACH påstår vara den enda rationella, är långt ifrån rationell. En alltför besvärande osäkerhet i kommissionshandeln, ja, i all handel över huvud, skulle tydligen bliva följden, om en person, som avtalat med en kommissionär, utan att kanske ens känna denna medkontrahentens egenskap, skulle kunna utsättas för att plötsligt en helt utomstående, en medkontrahentens kommittent, skulle kunna uppträda och på grund av ett sitt misstag eller liknande anledning omintetgöra hela avtalet. Häremot kan icke åberopas, att varje »Anfechtung» enligt den tyska lagen kommer som en osäkerhet vållande överraskning för den godtroende medkontrahenten;[2] ty det är dock den avgörande skillnaden mellan de ordinära fallen och de, som nu diskuteras, att i sistnämnda fall varje möjlighet för den avtalande parten att genom frågor till motparten o. s. v. undanröja eventuella missförstånd är fullständigt utesluten.[3] Icke ens från en utgångspunkt

[1] Se BGB §§ 119 och 122.

[2] Så MÜLLER-ERZBACH, Grundsätze s. 18, GRÜNHUTS Z. s. 235.

[3] MÜLLER-ERZBACH avfärdar (i GRÜNHUTS Z. s. 235; jmfr Grundzüge s. 20) denna invändning därmed, att det enligt gällande regler om »Anfechtung» på grund av misstag över huvud icke komme an på »dass ein Irrtum erkennbar

i en rättsordning på viljeteoriens grund kan således MÜLLER-ERZBACHS kritik i denna del tagas till intäkt för ett krav på erkännandet av ett omedelbart rättsförhållande mellan kommittent och tredje man.

Tveksammare än de nu diskuterade fallen kunna de synas, i vilka det gäller frågan, huruvida invändning om ogiltighet på grund av kommittentens misstag kan riktas mot en tredje man, som är i ond tro, eller den mera praktiska frågan, huruvida ogiltighetsinvändning kan riktas mot en tredje man, som själv genom sitt svek förmått kommittenten att giva kommissionären det uppdrag, på grund av vilket denne slutit avtalet med tredje man. Det kunde vid första påseende synas, som om man här med MÜLLER-ERZBACH — och enligt svensk rätt rent av med till synes ännu större skäl än enligt tysk rätt — måste förneka möjligheten av att ogiltigförklara kommissionärens rättshandling med tredje man: kommissionären har icke misstagit sig, mot honom har något svek icke övats, varken 32 eller 30 § Avtl kan således av honom åberopas gent emot tredje man. Kommittentens misstag eller det mot denne övade sveket kan å andra sidan icke av honom göras gällande mot den godtroende kommis-

---

ist», och han fortsätter: »Man kann sich auf einen Irrtum berufen, den der andere Teil gar nicht bemerken konnte und mit dem er gar nicht hat rechnen können. Ja, dies ist gerade der Regelfall. Konnte nämlich der andere den Irrtum erkennen, so erhält er überhaupt keinen Ersatz dafür, dass er die Anfechtung dulden muss, § 122 BGB». Argumentet slår dock knappast till. Även om man i det särskilda fallet måste tåla ogiltighetsinvändningen trots sin goda tro, så har man dock under vanliga förhållanden alltid en möjlighet att genom sin försiktighet (genom frågor till medkontrahenten etc.) få det riktiga förhållandet klarlagt, varigenom en mängd konfliktsfall kunna röjas ur vägen. Det är denna möjlighet, som skulle saknas i de fall, som fölle under den av MÜLLER-ERZBACH hävdade regeln. Detta är åtminstone i viss mån en skillnad även gent emot de fall, då tredje man avtalat med en fullmäktig. På grund härav lär man här icke heller kunna åberopa någon analogi från regeln i BGB § 179 st. 2 angående en fullmäktigs ansvar, då han handlat utan vetskap om sin bristande behörighet (ansvar för det negativa kontraktsintresset). Detta senare invändes mot SCHMIDT-RIMPLER s. 615. SCHMIDT-RIMPLER framhåller, att kommissionären, då han ingår avtalet med tredje man, alldeles såsom fullmäktigen avger sin viljeförklaring allenast för att åstadkomma en »för kommittenten bestämd» rättseffekt, och att till följd härav han hade samma intresse som fullmäktigen att, när detta syfte icke nåddes, slippa ifrån avtalet genom att ersätta tredje man för det negativa kontraktsintresset. Likheten med fullmaktsfallet synes oss dock skäligen ringa, alldenstund den tredje man, som avtalar med en kommissionär, icke kan veta någonting om den av SCHMIDT-RIMPLER antydda förutsättningen för medkontrahentens viljeförklaring. Vad som i detta fall föreligger är med andra ord, såsom NEUBECKER framhållit, allenast en error in motivis; vad SCHMIDT-RIMPLER anför s. 617 f kan lika litet som MÜLLER-ERZBACHS polemik mot NEUBECKER i GRÜNHUTS Z. s. 236 övertyga om motsatsen.

sionären. Kan kommissionären icke rygga sin rättshandling med tredje man, så kan emellertid kommittenten icke heller undgå att gent emot kommissionären (direkt) och till följd därav även (indirekt) gent emot tredje man svara för den till tredje man utlovade prestationen.[1] Ett sådant rättstillstånd vore uppenbarligen högst otillfredsställande och i hög grad ägnat att framkalla tvivelsmål med avseende å giltigheten av de kommissionsrättsliga regler, som utgöra dess logiska premisser.

Den frågan måste därför ställas: kan verkligen icke kommissionären rygga rättshandlingen med tredje man under åberopande av kommittentens misstag resp. det mot honom övade sveket? Enligt vår mening är det otvivelaktigt, att kommissionären kan göra en dylik invändning. Skälet är i första hand, att under angivna förhållanden en relevant förutsättning för kommissionärens avtal har befunnits oriktig.[2] Då kommissionären sluter avtalet med tredje man, utgår han givetvis från att han handlar i överensstämmelse med uppdragsgivarerns vilja, och denna förutsättning är för hans rättshandling a v g ö r a n d e; hade han haft vetskap om att denna förutsättning faktiskt är oriktig, skulle han aldrig slutit avtalet med tredje man. Härom har tredje man enligt vår förutsättning full insikt. Att en avtalsförutsättning under sådana förhållanden måste anses relevant torde i själva verket allmänt medgivas.[3] Att kommissionären, då han slöt avtalet, icke varit medveten om densamma, d. v. s. icke särskilt reflekterat över möjligheten av en inkongruens mellan kommittentens verkliga och hans till kommissionären uttryckta vilja, kan i dessa fall än mindre, än när det gäller »bristande» förutsättningar, hava någon betydelse.[4] I själva

[1] Så Müller-Erzbach, Grundsätze s. 18 f, Grünhuts Z. s. 234 f.

[2] Jmfr Schmidt-Rimpler s. 618, vilken anser k o m m i t t e n t e n hava en »Anfechtungsrecht» g e n t e m o t k o m m i s s i o n ä r e n, i följd varav denne — på grund av samma skäl som Schmidt-Rimpler åberopar beträffande det förut diskuterade fallet av misstag å kommittentens sida (se ovan s. 275 not 3) — kunde göra gällande, att någon rättseffekt av hans avtal med tredje man icke heller för hans del kunde inträda. Mot denna åsikt torde med fog kunna göras gällande, att båda de premisser, varifrån den utgår, äro lika dubiösa: den förra står, som Schmidt-Rimpler själv konstaterar, i strid med BGB § 123 st. 2; den senare åter innefattar i själva verket, såsom ovan (s. 275 not 3) påvisats, ett antagande att en ren error in motivis kunde göras gällande mot en medkontrahent. — Jmfr ock Müller-Erzbach s. a. st., vilken rent av anser k o m m i t t e n t e n böra hava självständig rätt att få kommissionärens avtal med t r e d j e m a n ogiltigförklarat.

[3] Se Ussing, Aftaler s. 111.

[4] Jmfr Ussing, Aftaler s. 252.

verket äro förhållandena för övrigt i vårt fall sådana — särskilt tydligt är detta, när tredje man genom sitt svek mot kommittenten är orsaken till kommissionärens oriktiga förutsättning — att det rent av skulle strida mot tro och heder, om tredje man ville göra den gent emot kommissionären företagna rättshandlingen gällande. 33 § Avtl torde sålunda kunna åberopas av kommissionären. Särskilt tydligt framstår detta, om man jämför de nu ifrågavarande fallen med motsvarande fall i fullmaktsförhållanden. Är tredje man i ond tro beträffande någon ogiltighetsanledning med avseende å fullmakten eller har han rent av övat svek mot fullmaktsgivaren, så kan han otvivelaktigt mötas med en ogiltighetsinvändning, även om fullmäktigen varit i god tro. Detta är i dessa fall en omedelbar konsekvens av att fullmakten är att anse såsom riktad till tredje man.[1] En liknande grund för ogiltigheten kan emellertid sägas vara för handen även i de här diskuterade fallen, då det är en kommissionär, med vilken tredje man avtalat. Mellan dessa fall och de nyssnämnda fullmaktsfallen finns i det nu berörda avseendet ingen verklig skillnad. Särskilt klart är detta, om man tager till jämförelse den muntliga fullmakten (§ 18-fullmakten). Då tredje man enligt vår förutsättning är i ond tro, så vet han, att han avtalar med en kommissionär. Liksom då han avtalar med en § 18-fullmäktig, kan han därför också sägas hava insikt i ett förhållande, som karakteriseras därav, att en kommittent via en mellanhand söker förbindelse med tredje man, d. v. s. att kommittenten vill genom mellanhanden åstadkomma ett åtagande mot tredje man, för vilket kommittenten skall hava att svara. När tredje man insett detta, skulle det emellertid uppenbarligen strida mot tro och heder, om han ville göra rättshandlingen gällande mot kommissionären och därigenom göra kommittenten ansvarig för den.[2]

---

[1] Se ovan s. 261.

[2] Jmfr USSING s. 19, vilken visserligen avvisar uppfattningen av fullmakten, enkannerligen § 18—fullmakten, såsom en till tredje man riktad viljeförklaring men som det oaktat även för § 18—fullmaktens del hävdar den regeln, »at Tredjemands Retserhvervelse udelukkes ved hans onde Tro, hvor Bemyndigelsen kun bestaar paa Grund af Fuldmægtigens gode Tro». Såsom skäl för en dylik regel anför USSING fr. a.: »Bemyndigelse og Fuldmagt gives jo normalt kun for at muliggøre en bedre Varetagelse af Bemyndigerens (Fuldmagtsgiverens) Interesser, ikke fordi den Bemyndigede (Fuldmægtigen) har nogen retlig relevant Interesse i Bemyndigelsen. — Derfor har Bemyndigeren ogsaa som Regel fri Adgang til ved Tilbagekaldelse at hindre den Bemyndigede i yderligere Brug af

Av de spörsmål, som kunna uppstå, då en ogiltighetsanledning med avseende å kommittentens rättshandling är för handen, återstå härefter de, vilka avse sådana fall, då kommissionären är i ond tro men tredje man i god tro. Något större intresse erbjuda dock knappast dessa spörsmål. Vad först försäljningskommission angår, synes det klart, att en tredje man i god tro förvärvar rätt till kommittentens av kommissionären försålda gods, allenast därest de reguljära förutsättningarna för ett godtrosfång äro för handen, d. v. s. om tredje man får i sin besittning dylikt gods, som kommissionären innehaft, varvid emellertid med avseende å det fall, då tredje man har sig medkontrahentens egenskap av kommissionär bekant, gäller vad ovan[1] i kap. 2 därom anförts, d. v. s. att godtrosfång bör inträda allenast vid förvärv från handelskommissionär. Om tillämpning av Kmsl:s regler i 54 och 55 §§ kan det däremot enligt vår mening icke bliva tal i dessa fall, eftersom det uppdragsavtal, på grund varav kommissionären innehar godset, icke är mot kommittenten gällande.[2] — Vad åter angår inköpskommission, så är det utan vidare uppenbart, att tredje man icke på sin goda tro kan grunda något anspråk, som kunde göras gällande mot kommittenten. Något annat lär väl emellertid icke ifrågasättas ens av dem, vilka äro benägna att tillerkänna tredje man ett direkt mot kommittenten riktat anspråk. Uppdraget till kommissionären är ju här exklusiv grund för rättsverkningarna gent emot

---

Bemyndigelsen. — Men dette ejendommelige Forhold medfører naturligt at Retsordenen benytter ethvert forsvarligt Middel til at formindske den Risiko, som Fuldmagtsinstituttet rummer for, at Fuldmagtsgiveren skal rammes af Retsvirkninger, der er i Strid med hans Vilje. Og et af de forsvarlige Midler er netop at nægte den ondtroende Tredjemand Ret til at paaberaabe sig Fuldmagten.» Då denna motivering löper ut på att medgivandet av ogiltighetsinvändningen i dylika fall är ett »försvarligt» medel att tillvarataga fullmaktsgivarens intresse gent emot tredje man, kan den väl synas rent formellt innefatta ett cirkelslut, men i sak överensstämmer motiveringen tydligen ganska nära med den här ovan givna, alldenstund det avgörande är påpekandet, att tredje man med hänsyn till sitt subjektiva förhållande icke förtjänar skydd på bekostnad av fullmaktsgivarens motstridande intresse. — Jmfr även NEUBECKER s. 48—50. NEUBECKER anser också kommissionären hava en »Anfechtungsrecht» gent emot tredje man, som genom svek förmått kommittenten att giva kommissionären uppdraget, och anför såsom skäl härför, att sveket i själva verket måste anses utövat mot kommissionären genom kommittenten såsom »betrogenes Täuschungswerkzeug». Också denna tankegång överensstämmer i viss mån med den vi ovan utvecklat. — Jmfr emellertid även SCHMIDT-RIMPLER s. 618 not 44, vilken vänder sig mot NEUBECKER.

[1] S. 90 f.

[2] Jmfr ovan s. 86.

kommittenten, vare sig de antagas uppstå direkt eller indirekt; är intet giltigt uppdrag för handen, lära således några dylika rättsverkningar icke heller kunna inträda.[1]

III. Det återstår ännu att söka besvara de spörsmål, som hava avseende å förutsättningarna för att en av tredje man till kommissionären avgiven, tredje man förpliktande viljeförklaring skall erhålla rättslig verkan. Det gäller här d e l s frågan om betydelsen av kommissionärens resp. kommittentens onda tro beträffande en med avseende å tredje mans viljeförklaring förhandenvarande ogiltighetsanledning, d e l s motsvarande fråga beträffande tredje mans bristande förfoganderätt över gods, som han försålt till kommissionären.

a) Närmast skola vi granska de spörsmål, som uppstå, då kommissionären är i ond tro beträffande det kritiska faktum, medan kommittenten däremot är i god tro. A priori kunde det här synas ligga nära till hands att uppställa samma regel, som hävdats beträffande motsvarande fullmaktsfall, d. v. s. antaga, att kommissionärens onda tro under alla omständigheter prejudicerar kommittentens rätt.[2] De, som utgå från att kommissionären genom sin rättshandling med tredje man grundlägger ett omedelbart rättsförhållande mellan honom och kommittenten, lära väl icke heller kunna undgå att på kommissionsfallen tillämpa samma regel, som gäller för fullmaktsfallen.[3] En sådan ordning skulle emellertid i vissa hithörande fall framstå som föga rationell, det skall framgå av det följande. I själva verket är dess utgångspunkt icke heller lagens; enligt Kmsl uppstå de rättigheter, som grunda sig å tredje mans till kommissionären avgivna viljeförklaring, omedelbart i kommissionärens person för att, förr eller senare, från honom övergå till kommittenten. Detta gäller otvivelaktigt beträffande obligatoriska rättsanspråk. Även beträffande sakrättsförvärv lär emellertid förhållandet, såsom vi ovan[4] sökt visa, böra uppfattas på samma sätt. Även från denna utgångspunkt kommer man nu visserligen närmast till det resultatet, att kommissionärens onda tro förhindrar kommittentens rättighetsför-

[1] Detta fall överensstämmer således med fall av ogiltighetsanledning med avseende å § 18-fullmakt; därom se Ussing s. 12 f, Stang s. 464.

[2] Detta synes vara Schmidt-Rimplers mening (s. 612). Denne diskuterar dock icke denna fråga mera ingående.

[3] Jmfr von Tuhr II: 1 s. 350 not 104.

[4] S. 117 ff.

värv. Obetingat gäller detta tydligen beträffande förvärv av varje obligatorisk rättighet, d. v. s. en rätt att av tredje man fordra en prestation. Vad tredje man på grund av någon ogiltighetsanledning icke är skyldig att prestera i förhållande till sin medkontrahent, det är han ej heller skyldig att prestera till någon annan, alltså ej heller till medkontrahentens uppdragsgivare, även om denne är i god tro, det ha vi vid diskussionen av 34 § avtalslagen sökt ådagalägga redan i det föregående.[1] Av det därvid sagda har framgått, att ej ens ett upptagande av det ogiltiga löftet i en skriftlig handling bereder godtroende förvärvare rättsskydd, så vida icke ogiltighetsanledningen består i simulation. Tvekan måste däremot uppstå, när det blir fråga om förutsättningarna för den rättsliga verkan av ett sakrättsförvärv, d. v. s. fr. a. en äganderättsöverlåtelse. Fasthåller man vid att, även så vitt angår äganderättsförvärv, den förvärvade rättigheten närmast övergår till kommissionären, ehuru den från honom omedelbart övergår till kommittenten, så föreligger i varje fall den logiska premissen för en diskussion angående möjligheten av ett kommittentens godtrosförvärv.[2] Klart är visserligen, att i detta fall, lika litet som när det gäller obligatoriska rättsanspråk, något derivativt förvärv kan ifrågakomma; kommissionären har enligt vår förutsättning icke förvärvat någon rätt, som han kunde överföra på kommittenten. Men frågan är: kan icke det oaktat kommittenten på grund av sin goda tro bliva skyddad i sitt genom kommissionären förmedlade förvärv, nämligen genom ett exstinktivt godtrosfång och naturligen under villkor att övriga förutsättningar för ett sådant fång, fr. a. sakens traderande till kommittenten, äro för handen?

Därmed överföres vårt spörsmål till en fråga om beskaffenheten av kommittentens rättstitel vid ett av kommissionären förmedlat förvärv. Utgöres kommittentens rättstitel allenast av hans överenskommelse med kommissionären och dennes uppfyllelse av däri åtagna förpliktelser, såsom vid ett vanligt köpeavtal mellan säljare och köpare; eller måste man ytterligare taga hänsyn till att

[1] S. 96 f.

[2] Jmfr VON TUHR s. 349 not 98, vilken av den omständigheten, att äganderätten antages övergå till kommittenten från kommissionären, utan vidare drager slutsatsen, att kommittent i god tro blir skyddad såväl gent emot vindicerande rätter ägare som mot den ogiltighetsinvändningar åberopande tredje mannen.

förvärvet skett via kommissionären och att kommissionären förvärvar icke för egen räkning utan för kommittentens såsom vid förvärv genom fullmäktig, samt på den grund såsom kommittentens rättstitel betrakta kommissionärens förvärv i förening med hans och kommittentens överenskommelse? Bejakas den förra frågan, synes en tillämpning av reglerna om exstinktiva godtrosfång indicerad; bejakas den senare frågan, synes en analog tillämpning av de beträffande fullmaktsförhållanden gällande reglerna påkallad. I förra fallet skulle kommittenten bliva skyddad, i det senare fallet däremot icke.

Beträffande den nu angivna frågeställningen kunde måhända den erinringen synas påkallad, att man, genom att utgå från att äganderätten till godset övergår till kommittenten via kommissionären, på ett olämpligt sätt lagt en viss uppfattning i en i och för sig tämligen betydelselös konstruktionsfråga till grund för viktiga materiellträttsliga avgöranden. En dylik erinran har dock intet fog. Den skulle vara befogad, om man på grund av sagda premiss utan vidare ville sluta, att kommittenten, eftersom han förvärvar *från kommissionären*, kan åberopa en giltig rättstitel för ett exstinktivt godtrosfång.[1] Den fråga, som ovan framställts, innebär ju emellertid tvärtom just att innebörden av kommittentens rättighetsförvärv ställes under debatt och skall avgöras med beaktande av alla föreliggande omständigheter, bland andra den, att förvärvet även kan framstå som ett, av kommissionären förmedlat, förvärv *från tredje man*. Frågan blir således, huruvida någotdera av de angivna momenten i det rättsliga skeende, varigenom saken tillförts kommittenten, har betydelse framför det andra, närmare bestämt sådan betydelse, att det ensamt bör läggas till grund för det rättsliga avgörandet.

Vid denna frågas besvarande torde det vara lämpligt att skilja mellan å ena sidan de fall, då det gäller betydelsen av kommissionärens onda tro beträffande någon ogiltighetsanledning med avseende å tredje mans rättshandling, och å andra sidan de fall, då det gäller hans onda tro beträffande tredje mans bristande förfoganderätt. Eftersom det bl. a. gäller innebörden av kommissionärens rättshandling med tredje man, är det i varje fall icke utan vidare givet, att icke ett olika bedömande av dessa båda fall kan vara motiverat. Det kan ifrågasättas, att sagda rättshandling i

[1] Så synes VON TUHR (s. 349 not 98) göra; jmfr samme förf. s. 350 not 104.

de fall, när frågan just gäller betydelsen av dess ogiltighet, måste tillmätas större vikt, än när frågan gäller betydelsen av att tredje man genom en i och för sig giltig rättshandling oberättigat förfogat över annans egendom. Det torde därför också vara lämpligast att först upptaga till behandling den sist nämnda frågan.

Frågan huruvida ett exstinktivt godtrosfång kan erkännas, när väl kommittenten men icke kommissionären varit i god tro, är säkerligen en av de vanskligaste bland de frågor, som kunna anknytas till kommissionärsavtalet. Något omedelbart stöd för dess besvarande erbjuder lagen icke. Icke heller synes den ha kommit till bedömande i rättspraxis. Och i litteraturen har av nordiska författare så vitt bekant allenast UNDÉN uttalat sig. Enligt UNDÉN,[1] som emellertid icke heller han ägnat frågan större uppmärksamhet, skulle god tro hos kommissionären alltid erfordras för uteslutandet av rätter ägares vindikationsrätt,[2] god tro hos kommittenten skulle aldrig vara tillfyllest. Frågan skulle således vara att besvara i överensstämmelse med den beträffande fullmaktsfall av UNDÉN[3] antagna regeln. Att ett sådant avgörande i vissa fall har goda skäl för sig skall icke bestridas. Säkert är emellertid, att i vissa andra fall allenast ett motsatt avgörande kan anses ur saklig synpunkt motiverat — och det är ju med hänsyn till vad »sakens natur» kräver, d. v. s. med hänsyn till vad som kan anses rationellt, som vårt spörsmål i brist på andra hållpunkter måste avgöras. Ser man frågan ur denna synpunkt, måste man säkerligen här liksom i så många andra fall beakta den skillnad, som är för handen mellan civil kommission och handelskommission.

---

[1] S. 234 f.

[2] Det synes icke uteslutet, att här hos UNDÉN föreligger ett tryckfel. Yttrandet lyder sålunda: »Vad nu sagts kan däremot icke anses gälla beträffande förvärv av inköpskommissionär för kommittentens räkning. God tro hos kommissionären får här anses tillfyllest och erforderlig.» Man kan ifrågasätta, huruvida icke »kommissionären» är ett tryckfel för »kommittenten». Endast om uttalandet ändras på antytt sätt, synes detsamma kunna sägas giva uttryck åt den motsats i förhållande till den av UNDÉN hävdade regeln beträffande fullmaktsfall, vilken inledningsorden i yttrandet närmast låta framstå såsom åsyftad; det är dock huvudsakligen och närmast betydelsen av fullmäktigens onda tro, som UNDÉN diskuterar för fullmaktsförhållandenas del, och då han i detta avseende förklarat god tro erforderlig, så måste han väl, när han säger, att vad han därom yttrat icke gäller kommissionsförhållanden, hava velat hävda, att god tro hos kommissionären icke är erforderlig blott kommittenten är i god tro, något som å andra sidan alltid måste fordras.

[3] S. 234.

Vid civil kommission, där det blott gäller utförandet av enstaka uppdrag för en viss kommittents räkning, framträder överensstämmelsen med egentlig representation tydligt. Kommissionärens förvärv framträder i dessa fall på ett omisskänneligt sätt som ett förvärv uteslutande för en viss kommittents räkning. Tillämpningen av regeln, att äganderätten omedelbart övergår till kommittenten, erbjuder regelmässigt inga svårigheter. Och detsamma gäller motsvarande regel beträffande fordringsanspråk; vill kommittenten i förhållande till tredje man framträda såsom den genom kommissionärsavtalet berättigade, står detta honom fritt, han behöver endast tillsäga kommissionären härom. Allt utpekar kommittenten som herre över den genom kommissionärsavtalet grundade rätten. Att han förvärvat denna genom förmedling av en mellanhand, som uppträtt i eget namn, betyder ur hans synpunkt allenast den skillnaden gentemot ett förvärv genom fullmäktig, att han gjort förvärvet utan att därigenom ådraga sig någon betalningsskyldighet direkt gent emot tredje man. Detta är emellertid en omständighet, som måste sakna all betydelse för hans rättsställning i det hänseende, varom nu är tal. Liksom en fullmaktsgivare bör därför en kommittent i dessa fall gå sin rätt förlustig, när mellanhanden är i ond tro.

Helt annorlunda förhåller det sig vid förvärv genom handelskommissionär. För den, som förvärvar genom handelskommissionär, ter sig förvärvet snarast som ett förvärv från kommissionären, icke som ett förvärv från en tredje man. En handelskommissionär förvärvar regelmässigt för ett flertal olika kommittenters räkning. Huruvida ett visst förvärv sker för den enes eller den andres eller kanske för egen räkning är ofta vanskligt att avgöra. Regeln om äganderättens omedelbara övergång till kommittenten blir därför vansklig att tillämpa. Ofta framgår det först av mer eller mindre lång tid efter förvärvet vidtagna åtgärder (underrättelse till kommittenten, bokföring etc.), att ett visst förvärv av kommissionären avses för en viss kommittent.[1] Relationen mellan kommittenten och tredje man, i den mån någon sådan relation över huvud kan anses uppstå, får på grund av dessa omständigheter ett drag av tillfällighet. Detta drag hos handelskommissionen förstärkes ytterligare därigenom, att en dylik kommissionär ofta nog kan hava rätt till självinträde, varigenom

[1] Härom se ovan s. 172 f.

uppdragsförhållandet även rent formellt förvandlas till ett vanligt avtalsförhållande mellan säljare och köpare; icke sällan lär det väl f. ö., särskilt inom värdepappershandeln, förekomma, att en kommissionär utför inköpsuppdrag genom att leverera av sitt eget gods utan att uttryckligen, såsom lagen föreskriver, tillkännagiva sitt självinträde.[1] På grund av dessa omständigheter kommer tredje man ur kommittentens synpunkt att träda i skymundan, och i stället kommer kommissionären att framstå som kommittentens fångesman. I samma riktning verkar med synnerlig styrka ytterligare den regeln, att en handelskommissionär icke ens är skyldig att uppgiva namnet på den tredje man, med vilken han avtalat, varmed överensstämmer att, så vitt angår de genom kommissionärsavtalet grundlagda fordringsanspråken, det är kommissionären, som i regelmässiga fall har exklusiv förfoganderätt förhållande till tredje man.[2] Allt detta motverkar uppkomsten av en rättslig relation mellan tredje man och kommittenten och föranleder, att kommissionären skjutes emellan dem såsom varderas egentlige motpart. För kommittenten ter det sig således alldeles så, som om kommissionären själv varit säljare, och med hänsyn härtill synes det då också motiverat att liksom vid vanliga försäljningsavtal skydda honom, när han är i god tro. I själva verket är också behovet av sådant skydd här alldeles detsamma som vid vanliga försäljningsavtal, ja, ännu mycket större, ty den nyss berörda regeln angående kommissionärens rätt att fördölja tredje mans namn innebär ju, att här regelmässigt icke finnes minsta möjlighet för kommittenten att komma tredje mans bristande förfoganderätt på spåren.

Är det på grund av nu anförda skäl befogat att erkänna godtrosfång vid handelskommission men förneka dylika fång vid civil kommission, så måste emellertid den sålunda angivna gränslinjen i ett avseende korrigeras. För så vitt en handelskommissionär handlar efter bestämda order, d. v. s. med bestämd anvisning att köpa just det objekt, varom fråga är, så måste kommittenten tydligen i enlighet med den anförda argumentationen behandlas på samma sätt, som om han givit uppdraget åt en civil kommissionär.

Är man övertygad om att i nu angiven utsträckning ett rättsskydd för kommittentens goda tro i de hittills diskuterade fallen

[1] Se ovan s. 38 not. 1.
[2] Se närmare ovan s. 232 ff.

har fog för sig, kan man likväl såsom förut redan antytts känna sig tveksam, huruvida ett dylikt rättsskydd är motiverat även i de fall, då den goda tron åberopas gent emot tredje mans invändning om att en ogiltighetsanledning med avseende å hans till kommissionären avgivna viljeförklaring är för handen. När det gäller förhållandet till tredje man är det a priori icke lika lätt som i förutnämnda fall att bortse från att kommissionärens förvärv är ett förvärv från tredje man för kommittentens räkning; det är dock ett förvärv från tredje man, som kommittenten åsyftat genom att anlita kommissionären. Likvisst tala väl till sist dock samma skäl som i de nyss diskuterade fallen också här, så vitt angår handelskommission, för erkännandet av ett kommittentens godtrosförvärv[1]. Även om den, som anlitar en handelskommissionär, därmed automatiskt tager i beräkning, att hans eget förvärv skall komma till stånd genom ett kommissionärens förvärv från en tredje man, så är dock av ovan angivna skäl denne tredje man för kommittenten en fjärranstående person. Det är i stället kommissionären, som för kommittenten framstår som den egentlige fångesmannen; endast till honom har han i regelmässiga fall att hålla sig; och eftersom tredje man oftast är och förblir för kommittenten helt okänd, har denne i regel icke ens någon möjlighet att genom att träda i förbindelse med tredje man komma anledningen till ogiltigheten av hans rättshandling på spåren. Förutsättningarna för erkännandet av ett kommittentens godtrosfång äro sålunda vid närmare påseende helt överensstämmande med förutsättningarna för ett dylikt förvärvs erkännande i de närmast förut diskuterade fallen av bristande förfoganderätt hos tredje man. Om ett godtrosförvärv erkännes i sistnämnda fall, så är det ett exstinktivt förvärv från kommissionären som därmed erkännes; och för erkännandet av ett sådant förvärv, därest förutsättningarna i övrigt äro för handen, kan tydligen den omständigheten, att kommissionärens rättshandling med tredje man varit ogiltig, icke utgöra något hinder.

b) Till sist återstår att besvara frågan, huruvida kommittentens goda tro är en nödvändig förutsättning för att tredje mans till kommissionären avgivna viljeförklaring skall medföra rättslig verkan. Också här gäller det två huvudspörsmål. Det ena upp-

[1] Annorlunda SCHMIDT-RIMPLER s. 612, 613.

kommer, då tredje man saknat förfoganderätt över det föremål han avyttrat till kommissionären. Det andra uppstår, då tredje man gör gällande, att en ogiltighetsanledning föreligger, exempelvis att kommissionären försålt en aktie för kommittentens räkning, om vilken kommittenten känt till att den var värdelös, eller att tredje man med kommittentens vetskap blivit av någon annan än kommissionären svikligen förledd att sälja en aktie o. s. v.

Beträffande förstnämnda spörsmål har UNDÉN[1] som förut nämnts uttalat, att god tro hos kommissionären skulle vara till fyllest. Detta synes dock knappast rimligt. Uppenbart är i varje fall, att man måste fasthålla den motsatta regeln för det fall, då kommissionären handlat efter kommittentens speciella anvisning, d. v. s. när kommittenten haft dolus. Att en ondtroende skulle kunna få avsiktligt gömma sig bakom en godtroende kan omöjligen antagas.[2] Har den satsen giltighet beträffande fullmaktsfall — och det lär ingen bestrida[3] — så måste den hava giltighet även beträffande kommissionsfall; kan man exempelvis icke genom att för inköp av en viss aktiepost anlita en godtroende fullmäktig förskaffa sig äganderätten till aktierna, när man vet, att säljarens äganderätt är omtvistad och denna slutligen frändömes honom, så finnes ingen grund för att tillägga ett dylikt köp annan rättsverkan blott därför att huvudmannen tillsagt mellanhanden att uppträda i eget namn.[4] Här får sålunda den omständigheten, att kommissionärens inköp, ehuru ett köp i hans eget namn, är ett

---

[1] S. 234; ifrågasättas kan emellertid, såsom ovan påpekats, huruvida icke uttalandet genom ett tryckfel fått ett innehåll rakt motsatt det egentligen åsyftade.

[2] Enligt MÜLLER-ERZBACH, Grundsätze s. 15 f skulle man i tysk rätt stå maktlös mot ett dylikt förfarande i kommissionsförhållanden. Såsom skäl för denna åsikt åberopar M.-E. dels avsaknaden för kommissionsförhållandenas del av ett stadgande motsvarande det i BGB 166 § beträffande fullmaktsfall givna, (om detta stadgande se ovan s. 264) dels ock ordalydelsen av BGB 123 §. Emot M.-E., som på denna punkt lär företräda den härskande åsikten, hävdar emellertid SCHMIDT-RIMPLER s. 613, att en analog tillämpning av BGB 166 § å kommissionsförhållanden är indicerad samt att BGB 123 § är »falsch gefasst», varför en extensiv tolkning av dess regel är motiverad. — Såsom här Förslag till lag om försäkringsavtal m. m. (1925) s. 80 not 1 samt, närmast beträffande fullmakt, TRYGGER s. 129 f och 170. Jmfr ock 1891 års sjölag § 241 i dess lydelse före år 1928. Samma ståndpunkt intager också engelsk rätt beträffande »agents» över huvud, alltså även beträffande en sådan »agent» som handlar i eget namn; se ANSON s. 433, BOWSTEAD s. 300—302, 312, 328—329, WRIGHT s. 348 ff.

[3] Icke heller UNDÉN bestrider det, se s. 234.

[4] Vill man hava fallet riktigt renodlat kan man ju tänka sig att aktierna såväl av fullmäktigen som av kommissionären betalats kontant med pengar, som huvudmannen förskotterat.

inköp för kommittentens räkning, av en hans (medelbara) representant, omedelbar betydelse beträffande rättsverkningarna av köpet.

Därest dolus hos kommittenten i c k e varit för handen, föreligger emellertid här samma anledning som beträffande fullmaktsfall att anse vetskap om säljarens bristande förfoganderätt vara utan betydelse[1]; så t. ex. om en kommittent, som givit en kommissionär i uppdrag att i öppna marknaden inköpa ett antal aktier av visst slag, sedan kommissionären utfört sitt uppdrag upptäcker, att de levererade aktierna försålts av en person, vars äganderätt kommittenten men icke kommissionären redan vid lämnandet av uppdraget visste vara omtvistad och vilken sedermera även frändömes rätten till aktierna.

Betydelsefullare än detta undantag från den här hävdade huvudregeln är emellertid ett annat. Eftersom sagda regel har sin motivering i nödvändigheten av att förhindra, att kommittenten gagnerar genom sitt svek, är det icke nödvändigt att uppehålla den i vidare mån, än detta påkallas av hänsynen till kommittentens ifrågavarande förhållande. Detta blir av betydelse, när regelns tillämpning skulle gå ut över kommissionären. Som regel kan i ifrågavarande fall naturligen icke heller kommissionären göra gällande någon rätt till det för kommittenten inköpte godset; har han förskaffat kommittenten godset men måste denne på grund av sin onda tro avstå det till vindicerande rätter ägare, så får kommissionären för sina utlägg hålla sig till kommittenten. Annorlunda emellertid om kommissionären, när rätter ägare gör sin rätt gällande, alltjämt har godset i besittning. För sina med kommissionsuppdraget sammanhängande utlägg m. m., eventuellt också — om han är handelskommissionär och kommittenten köpman — för andra kommissionsfordringar har i regelmässiga fall kommissionären enligt Kmsl 36 § jmfd m. 31 resp. 32 § panträtt i det för kommittentens räkning inköpta godset, och denna panträtt bör han, när han är i god tro, kunna åberopa även mot vindicerande rätter ägare.[2] Klart synes detta vara åtminstone i den mån panträtten har sin grund däri, att kommissionären betalat säljaren köpeskillingen för godset; i detta hänseende kan han, eftersom han dock köpt godset i eget namn och därigenom

[1] Därom se ovan s. 265 ff. Jmfr SCHMIDT-RIMPLER s. 612.
[2] Jmfr SCHMIDT-RIMPLER s. 613.

förvärvat äganderätten, åtminstone närmast, för sig själv, med skäl åberopa, att han icke bör komma i sämre ställning, än om han köpt godset med avsikt att behålla det för egen räkning. Tvivelaktigare kan det åter vara, huruvida han även kan göra sin legala panträtt gällande, i den mån denna avser andra kommissionsfordringar. Om man emellertid antager — och därtill synes man, som BENCKERT[1] utvecklat, hava allt fog — att en försäljningskommissionär i god tro gent emot vindicerande rätter ägare kan åberopa sin legala panträtt enligt 31 och 32 §§, så lärer detsamma böra erkännas med avseende å en inköpskommissionärs legala panträtt enligt 36 §. Måhända har en analog tillämpning av godtrosreglerna i dylikt fall en tillräcklig grund redan i den omständigheten, att kommissionärens fångesman genom försäljningen av godset förfogat över detta som en ägare.[2] Härtill kan emellertid läggas att inköpskommissionären, sedan han i god tro förvärvat godset för kommittentens räkning, har samma skäl att anse sig innehava ett k o m m i t t e n t e n tillhörigt förmögenhetsobjekt, som om han mottagit ett sådant direkt från denne;[3] hans goda tro är i själva verket så mycket bättre grundad, som han ju själv inköpt godset. Övervägande skäl torde med hänsyn härtill kunna sägas tala för en analog tillämpning av reglerna för godtrosförvärv.[4]

Är det riktigt att kommittentens rätt i den mån nu angivits prejudiceras genom hans onda tro (dolus) med avseende å tredje mans bristande förfoganderätt, även om kommissionären varit i god tro, så måste givetvis a fortiori gälla, att hans rätt prejudiceras i det fall, att han är i ond tro med avseende å någon ogiltighetsanledning beträffande tredje mans viljeförklaring. Och såsom redan ovan beträffande fullmaktsförhållanden påpekats, måste i fall av ifrågavarande slag kommittentens vetskap om ogiltighetsanledningen alltid innefatta dolus, varför någon sådan modifikation av huvudregeln, som ovan beträffande tredje mans bristande förfoganderätt hävdats för icke dolösa fall, här icke

[1] S. 217.

[2] Jmfr BENCKERT s. 217 not 136 jmfd m. s. 216 f.

[3] Särskilt om man utgår från det fall, att kommissionären efter inköpet erhållit uppdrag att åter realisera det inköpta godset, framstår likheten med reguljär försäljningskommission påtaglig. Att försäljningsuppdraget i och för sig skulle kunna inverka på kommissionärens ställning kan emellertid icke antagas.

[4] Att en legal panträtt enligt Kmsl 36 § »rent principiellt [kan] stiftas enligt reglerna för godtrosförvärv» antager också BENCKERT s. 217 not 136.

kommer ifråga. Tilläggas må till sist, att något spörsmål, huruvida kommissionären på grund av sin goda tro kan göra säkerhetsrätt enligt 36 § gällande, här icke uppkommer, i det tredje man, därest han gör gällande avtalets ogiltighet, för att återfå den valuta han själv presterat eller i övrigt bliva fri från sin förpliktelse måste till kommissionären återställa, vad han kan hava bekommit av denne, köpeskilling eller kommissionsgods.