

試論 先取り特権の概念による『価値のレイ・ビンディカチオ、騙取金による弁済、預金の帰属者、転用物訴権および直接訴権など』の構成(1)

ADACHI, Mikio / 安達, 三季生

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

Review of law and political sciences / 法学志林

(巻 / Volume)

110

(号 / Number)

3

(開始ページ / Start Page)

149

(終了ページ / End Page)

202

(発行年 / Year)

2013-02

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00008590>

試論 先取り特権の概念による『価値のレイ・ビンディ

カチオ、騙取金による弁済、預金の帰属者、転用物訴

権および直接訴権など』の構成（一）

安達 三季生

目次

序説 本稿執筆の経緯と目的、構成

第一章 総説的考察

一 先取り特権に関する私見の特色

二 補論 直接訴権その他

1 加賀山説の紹介と批判

2 鈴木敬也説の紹介と批判

3 平野裕之説の紹介と批判

第二章 各説 諸制度の先取り特権による構成

一 金銭の価値のレイ・ビンディカチオ

二 騙取金による弁済

三 誤振込と収納代行者を用いた振替

四 預金の帰属者と岩原説（以上本号）

五 転用物訴権

六 責任保険における被害者の保険者に対する直接請求権ならびに履行補助者責任と使用者責任

七 委任契約における先取り特権—購入委託と販売委託

八 転貸借における先取り特権

九 三面関係における直接請求権

十 他人物売買と直接請求権

補論 三者不当利得論のために

終わりに代えて

序説 本稿執筆の経緯と目的、構成

わたしは数年前から一昨年にかけて振込について論文を発表し（志林百六巻二号・三号・四号、百七巻一号および百九巻三号。なお法律時報二〇一〇年六月号にその概要を掲載している）またその後ひきつづいて口座振替について見解を纏めた（志林一〇九巻三号・四号）。その過程において、誤振込に関連して、また取立て代行機関を具えた口座振替に関連して、そこから生じる、ある重要な付随的な問題について「先取り特権の法理」を用いた構成によって解決することを試みた。それは具体的には、誤振込のときに振込依頼人は、受取人に対して不当利得返還請求権を行使するにあたって、受取人が銀行に対して取得する預金債権の上に先取り特権を行使し得るとする構成の試みであり、また口座振替のとき、銀行が代行機関に貸記をした後、受取人が代行機関に対して取得する資金引渡請求権の担保のために、他の債権者に優先して、代行機関が銀行に対して取得する預金債権を行使し得るとする試みであった。

このような先取り特権の法理を用いた構成については、とくに振込に関して前々稿「振込の全体的構造」でかなり詳しく説明したが、その後、これを根拠づけるための論証や援用すべき条文について、不十分な処が見つかったので、これを補充訂正するためには、——当初は、それにつづく口座振替論文の中で、補説の形で、とりあげることを考えたが——むしろあらためて別個の論文の形で論じたほうが望ましいと考えた。また先取り特権の法理による構成の試みは、かなり特異な考えかたであることを自覚することを契機として考察を重ねるうち、先取り特権の構成は、前記の二つの制度の他の、いくつかの制度についても広く採用し得るのではないかと考えるに至った。それらの制度は、これまで他の法理、例えば不当利得法理などの援用によって解決が試みられてきたが必ずしも成功したとは言えない

ような難解なケースであり、先取り特権法理による構成の試みがより望ましい解決を提供しうるのではないかと考へた。それらは後述するように、金銭の価値の返還請求権（価値のレイ・ビンディカチオ）、騙取金による弁済、預金の帰属者は誰か、いわゆる転用物訴権また間接代理の形式による商品販売あるいは購入の委託関係等であるが、これらの制度についての先取り特権による構成を——詳しく論じれば、それぞれが一編の論文になるような大きなテーマなので、ここでは——ごく簡単に問題を指摘する程度以上のことはなし得ないが、取り上げたい（第二章）。

右のような幾多の個別的問題の考察を進めるにあたっては、これと平行して、紐を縛うようなかたちで、その基礎にある一般的法理についての考察が試みられた。不完全ながらその考察をまとめたものを本稿の第一章総論的考察として掲げ、これに関する私見の特色を述べることにした。そして第二章では前記のような各論的諸問題を取上げることとした。

なお所謂直接訴権は、債権の上の先取り特権に近い関係にあるが、これを巡る優れた研究として、加賀山教授および鈴木祿也教授の研究がある。また平野裕之教授による「債権者代位権の転用による優先的債権回収制度の研究」もこれに連なる研究である。以上の研究の紹介と批判を第一章の二補論で述べる。これは間接的に、私見の特色をより明らかにする意味をもつであろう。

本稿で提示する諸制度の、先取り特権による構成は、それ自体としては、筆者の独特な考えによるものであるが、いうまでもなく先学の研究から得た示唆と教示によるところが多い。とりわけ四宮和夫教授の金銭価値のレイ・ビンディカチオの研究、岩原紳作教授の預金の帰属に関する研究、加賀山茂教授の直接訴権の研究、平野裕之教授の上記研究、さらに松岡久和教授によるベール（VolkerBair）の「価値追跡」理論の紹介と研究にあずかる処が大きかった。

謹んでお礼を申し上げます。

なおかえりみると、本稿で扱うテーマは、かなり大きなそれであり、大風呂敷を広げ過ぎていると評されるかもしれない。しかも非常に難解な問題たるを失わない。さらに筆者の見解は、ある意味では従来の、この問題に関連する諸学者の研究の総合をこころみたとはいえるが、他方では筆者の見解は、従来の諸学説の考えと異なる独自の立場に立ち、これを前面に押し出して記述するところが多い。

これらのことを自覚すると、本稿の論述は、資料的裏付けが必ずしも十分でなく、また本来は、もっと長い期間を用いて熟考を重ねた上で執筆し、発表すべきだったかも知れない。このことはとりわけ本稿第一章の一（私見の特色、そのうちでもその2で取上げた、先取り特権の成立についての法則ないし定式）についてあてはまる。しかし私の個人的な健康上の状況から、その余裕は与えられなかった。以上の諸事情が、本稿の表題に、敢えて「試論」の語を冠することにした所以である。

なお本稿の論述にあたっては、先学の方たちの所説から学ぶところが多いが、しかし同時に、筆者の立場からの忌憚らない批判を——とりわけ法解釈学方法論に関連して——させて頂いたところも少なくない。礼を失するところがあればお許しを得たい。ただし学問の世界では、法学でもそうであるが、学問を進歩させ、問題の把握を深めるために、相互批判が不可欠の方法であることを私は信じている。卑見に対しても卒直な批判をお願いする。

第一章 総説的考察

一 先取り特権に関する私見の特色

1 私見の特色の第一は、先取り特権の成立する目的物を「物」に限ることなく、債権を含む他の財産権にも成立することを確認したことである。もっとも従来も、例外的にはあるが、債権の上の先取り特権が全く認められていなかったわけではなかった。例えば民法においても、不動産賃貸借の先取り特権に関して、転貸借のなされたとき賃借人は賃借人に対する賃料債権の担保のために賃借人が転借人に対して取得する賃料債権の上に先取り特権が成立する(三一四条下段)、また商法八四二条は運送債権の担保のために「未だ受け取らざる運賃債権」の上に先取り特権が成立する旨を規定する。その他、物上代位の規定(三〇四条)の適用によって、先取り特権の設定された物の滅失、毀損の場合に、代償物としての第三者に対する損害賠償債権や保険金債権の上の先取り特権が成立することを認めている。しかしこれは例外的な場合と考えられ、原則は「物」についてののみ成立すると考えられた。したがって後に詳述するように、例えば物上代位によって生じる先取り特権の場合、債権それ自体の上の先取り特権が成立するというよりも、むしろ、先取り特権を有する債権者が第三債務者から取り立てた「物」の上に先取り特権が成立し、これを行使用とする考え方が支配してきたようである(詳しくは後述する)。

なお後に取り上げるフランスの直接訴権の考え方においても、ペールの「価値追求権」の考え方においても、先取り特権は主として「物」の上に成立するとの立場に立つようである。

2 第二の特色は、先取り特権の成立要件について、一定の具体的な法則を提示することを試みた点である。

ア 元来、先取り特権は、甲の乙に対する債権の発生と乙の財産權特に所有權の取得もしくは丙に対する債権の取得との間に、密接な関連性が認められるときに、その発生が認められる。このような極めて抽象的、一般的な命題を踏まえた上で、「債権者平等の原則に對する例外として、公益、公平または当事者の意思の推測等の政策的理由により、特殊の債権について優先的地位を認めるものである」とされ、「目的である債務者の財産の種類によって、一般の先取り特権、動産の先取り特権、不動産の先取り特権に分かれる」と説明される（有斐閣・新法律学辞典第三版）。しかし具体的に如何なる場合に如何なる先取り特権が発生するかは、もっぱら個別的な規定に委ねられている。

民法の先取り特権の規定は従来、制限列举的な規定として解されてきた。それはこの制度の歴史的沿革による。すなわちこの制度は「個々的にはローマ法およびフランス古法に淵源を有する制度であるが、フランス民法典は、これを統一的な担保物權として詳細に規定した。わが民法典はこれにならったものである。しかしこの制度は公示のない物權を認めることになるので、他の債権者を書する可能性が多い。このため、取引安全を促進しようとする近代法典は先取り特権に對して否定的であり、ドイツ・スイス民法は原則として先取り特権を認めず、若干の場合に法定質權または法定抵當權を認めるに過ぎない。」（有斐閣・民法学辞典・上巻・五十嵐清）。わが國の民法学がその影響を受けたとしても不思議ではない。

イ 筆者は先取り特権の規定の適用を、従来を考えより、より広く認めようとする志向から、これら諸規定の類推適用を提案し、ひいてはこれらに通じる法則性を（つまり既述しような、債務の発生と財産權の取得の間の重要な関連性という極く抽象的なものよりも、より具体性をもった法則性を）見出だそうと試みるに至った（後述参照）。もっともこれは、至難の技であり、せいぜいその手掛かりを得たといえるに過ぎない。それにしてもその際もっとも参考になったのは、松岡教授によって紹介されているヘルル Behr の見解である。

彼の見解は「価値の追求権」に関する一般的な理論を比較法研究を踏まえて提示することを旨とするといえようが、私の見るところでは、彼のいう価値の追求権とは、新しい衣裳を被せているが、結局は先取り特権を指すものにほかならないのではなからうか。

ドイツ・スイスの民法では既述のように、法定担保物権としての先取り特権制度は否定された。その結果、一般先取り特権は廃止された。しかし動産・不動産のそれについては、個別的な契約法の規定（貸借など）の中で同様な役割を果たすものとして、法定質権・法定抵当権が規定されている（實際上重要な差異としては、ここでは売買代金債権の担保のための目的物の上の先取り特権がみとめられていないことであろう）。なおフランスでも戦後一九五五年に民法典の先取り特権制度に改正が加えられ、公示の原則との調和が計られるに至ったとされる。それに対してわが国では戦後も改正は加えられないままであった。それについては、時代遅れとの批判も見られた（前記民事法学辞典）。

ところが近時、主として弱小債権者を保護するために、特別法による先取り特権の創設が続いていることが指摘されている。（前記・民事法学辞典）。それはわが国だけでなくドイツ・フランスなどの諸外国においても同様である。そのような特別法の制定の社会的背景として「一九世紀の自由主義が国家的干渉を意味する法定の優先弁済権を整理する方向をたどった後を受けて、二〇世紀の社会的法思想が弱小の債権者を保護するために国家による干渉を強化せんとする努力に対応するものである」と説明されている（柚木・高木「担保物権法・新版四四頁」）。その最近の状況については、平野前掲論文「債権者代位権の優先的債権回収制度への転用」（法学論叢七二巻二・三頁四五頁以下）に五頁に亘って中弁護士によって試みられた分類をより詳細に列挙・紹介されている。それら特別法は産業法に属するものが多く、また消費者保護の目的で損害賠償債権の履行確保のためのものが多い。

先述のペールの論文は——松岡教授の紹介によれば、ウイルブルグ Walter Wilburg が講演の形で発表した先駆的

研究を受け継ぎ発展させたものであるが（詳細は松岡『価値追跡説』の展開と限界』『法と民主主義の現代的課題』三三四頁以下参照）——以上のような社会的法思想を背景にした新しい状況に対応するため、とまではいえないまでも、それが一つのきっかけとなって、一旦廃止されたはずの先取り特権制度を再生させ、新しい活力を与えることを目指したものと見えるのではなからうか。

そのBertの論文は、松岡教授の紹介によれば、六〇〇頁を超える大著であるが、その主張の要旨は、その最後に邦文の形で示されている。以下に前掲・松岡『価値追跡説』の展開と限界』三三〇頁以下に訳出された文章をそのまま紹介しよう。

『財産権客体』が事実上（占有）あるいは物権法上（帰属割当）他人の財産に算入され、その者が客体そのものの、あるいは少なくとも価値による返還義務を（二当事者関係で）負う場合、原財産権者は（三当事者関係で）返還義務者の一般債権者に対し、常にこの財産権客体に関する優先権を有する。添附によってあるいは法律行為その他によりその代わりとして生じる経済上の代償物と交換によって原財産権客体が被る客体上の変化とは無関係に、この優先権は存続する。価値追跡のそのような優先は、原財産権者がその客体を受領者の責任財産とする目的で任意に受領者に帰属を割り当てた（信用を付与した）場合には考慮されない。価値追跡者に——客体上あるいは価値の上で——由来する財産権客体が返還義務者の下で、もはやその同一性を識別できない場合には、価値追跡権は消滅する」。

以上の命題の詳細については、同論文は具体的に、かつ比較法的な知見を論証の資料として論述がなされる。ここでこれを詳しく紹介することは勿論出来ない。ただ以上の要約の文章を読んだだけで、著者が先取り特権一般に通じる論述をしていることは明らかに理解できる。例えば物上代位の問題、また最後に挙げられている同一性の認識可能性の問題がそうである。また著者は先取り特権を債権者平等の原則に対する例外と考える従来、の考え方とは逆に、冒頭

に掲げているような極く通常に見出だされるような広い範囲の場合について、原則として先取り特権の成立を認め、特別の事情のある場合に限り、例外的に債権者平等を適用しようとしている。それは前掲文後段でいう「価値追跡のそのような優先は……任意に受領者に帰属を割り当てた（信用を付与した）場合には考慮されない」とする文言にも現れていると思う。ちなみにここでいう、信用を付与した場合に該当するのは、消費貸借や通常の消費寄託の関係（普通預金には該当するが、当座預金には該当しないとされる）、あるいは売買による代金債権と目的物の関係である（ドイツでは、前述のとおり売買代金債権担保のための先取り特権に相当する法定質権や法定抵当権は認められていない）。そして従来の考え方とは逆に、債権者平等原則を理論上、例外的なものとして捉えるところから、大胆な推測であるが、先取り特権という名称自体がふさわしくないものとして、代わりに価値追求権の語を用いることになったのではあるまいか。

なお著者は、以上の提言をすべてドイツ法上認めらるべき解釈論として主張しているわけではない。ドイツ法の解釈として採用が阻まれる多くの問題点が指摘されている（松岡前掲「ペールの『価値追跡』について」龍法八九年二三卷一七九頁以下）。結局、解釈論としては、商法（旧）三九二条二項、破産法（旧）四六条の類推適用の形で解釈論として主張するものもあるが、多くは立法論として提示するに留める。従来の民法の体系に対する果敢な挑戦がただには受け入れられにくいこと自覚した控え目な態度といえようか。

Bahrの所論に対して松岡教授は全体として支持されている。

筆者も債権者平等の原則と先取り特権を根底から問い直す試みとして、とくに、わが国の先取り特権の規定を制限列举的に理解することなく、類推解釈によってその適用範囲を従来よりも広く解釈しようとする筆者の志向を後押しするものとして——個々の問題に関しては私の十分に理解の及ばないところもあるが、——基本的に支持したい。

ただし同教授が、その紹介論文の末尾でつけ加えられている Behr に対する批判は、私からは支持しがたい。それは同教授がドイツで Behr に直接会われた際に、「返還義務者の債権者が、価値追跡の目的物を擱取した場合、無条件に第三者異議が認められるとすれば、差押債権者の手続的利益が害されはしないか。この場合には、第三者異議の要件として、債務者の無資力を必要としないか」と疑問を提出したのに対して、Behr は、これを受け容れて「債務者に他に十分な財産があれば、価値追跡者の価値追跡の利益は顕在化せず、価値追跡問題の前提となる利益の競合が発生しない」との理由から、この質問を受け容れられた由である（松岡同前掲一九〇頁）。しかしここでいう価値追跡権を先取り特権と実質的に同じものと理解する私見の立場からは、この質問には否定的とならざるをえない。

たしかに抽象的に考えると、債務者に他に十分な財産があれば債権者が先取り特権を行使すべき直接的利益はなく、当該先取り特権が公示されていないことをも考慮すると、差押債権者の手続的利益を優先すべきだとも考えられなくもないが、「他に十分な財産があるかないか」の判断は必しも容易でない（最終的に并済を受けるまではわからない場合もあろう）。ことを考えると差押債権者の手続的利益よりも、先取り特権を有する債権者の実質的利益を優先させるべきではなからうか。

そしてこのように解することは、少くとも、明文の規定により動産あるいは債権の上に成立する先取り特権については、わが国の民法の先取り特権の規定の立法趣旨にも合致すると解すべきであらう。

ちなみに債務者の資力の有無が問題になる他の事例として、保証人に対する請求は、主たる債務者に十分な資力があるときは（具体的には催告、換索の抗弁権により）拒まれる（四五二条四五三条）という関係がある。この場合と価値追跡権の場合を比較して見ると、保証人の場合は、主たる債務者の有資力により、保証債務の履行自体を免れる。それに対して価値追跡権の場合には、債務者の有資力のときは（松岡教授の提案によると）差し押さえた他の一般債権者の手続的利益が保護される。具体的には、債務者の他の財産に改めて差し押さえることが不必要となる。このように保証人の場合は、保証債務の履行義務の存否という重大

な問題に関係するために、主たる債務者の資力の有無が重要な意味をもつ。それに対して価値追求権の場合は、執行手続きが容易か否かという比較的に小さい問題に関する。そのために結局のところ、債務者の資力に係わる差押え債権者の利益が無視され、債務者の資力の有無に関わらず、価値追跡権者による第三者異議が認められることとなるわけである。

ウ 筆者は先取特権の規定の適用を、従来の考えより、より広く認めようとする志向から、以上紹介したようなBeinの掲示する「価値追求」説を参考にしつつ、現行法体系の先取り特権制度を踏まえて、今のところ荒削りで不十分ながら一つの解釈論としての試見を提示しよう。

乙の甲に対する債務負担を生じる事実（意思的行為であると非意思的な事実を問わない）と同一の事実によって乙が財産権（所有権だけでなく、第三債務者丙に対する債権など）を取得するとき、甲は乙に対する債権担保のために当該財産権の上に先取り特権を取得する。これが通常の形であり、一般的原則である。ただしそれを妨げる特別の事情があるときはその限りではない。そのときは、債権者平等の原則に従う。売買契約を例にとって説明すると、売買契約にもとづいて財産権が甲から乙に移転したとき、乙の債務負担と同時に乙は財産権を取得するという関係が成立するから、わが民法では甲のために目的物の上に先取り特権が発生することが認められる。しかしドイツではこれが認められていない。その違いが生じる理由は、わが国では先述の本則にしたがって扱われるのに対して、ドイツでは、本則の適用を妨げる特別の事情があると考えるからである。つまり売買契約締結に当たって所有権留保契約をむすぶなどの方法を取ることができたはずなのに、これを敢えてしなかったのは、ペールの表現だと、買主主信用を与え、債権者平等の原則が適用されることを意欲したものとして扱い得ると考えられるからである。このようにして本則どりに扱うか、それとも特別事情があると認めて例外的に扱うかは、結局のところ価値判断の問題となり、立法者の意思によって左右される。

エ 消費貸借契約の場合、本則に従えば債権者は、目的物が別個に保管されて同一性を維持している限り、目的物の上に先取り特権を取得するはずである。しかし契約締結時、担保権を設定しうる余地があるのにこれを怠ったことは、債務者に信用を与え、債権者平等原則に服する意思があったとして扱うべきことになる。それに反して純粹に委託の意思で預金がなされたときは、同一性が保持されている限りは、債権者平等原則に服する意思が存しない場合として扱うべきである。いわゆる決済資金として預金された当座預金について、このことは当てはまる。それでは普通預金についてはどうか。普通預金は何時でも引き出すことができる点を考慮すると、当座預金と定期預金の中間に位置するものであるが、当座預金と異なって通常、利息つきであり、さらに無利息のときでも銀行に自由な処分権が与えられているのであるから、取引観念上、後者に近い性質をもち、債権者平等原則に服する意思があるものとして扱われるべきであろう。

ちなみに一方で、右に述べたような、銀行預金が普通預金のときと当座預金のときとで、異なった扱いがなされ、後者のほうが預金者の保護が厚くされるが、このことと、他方で、金融機関の破綻の際に預金保険機構によってなされる預金者の救済において以下のような異なった扱いがなされることは、広い意味では共通した経済的意味を持つ、といえよう。すなわち当座預金などのいわゆる決済性預金は預金保険機構によって全額の支払いがなされるが、その他の普通預金においては、一定額を限度とする（詳細は「預金保険法」によって規定されている。後に再論する）。

なお消費貸借の場合でも、貸し主の有効な意思によらないとき（騙取のときなど）、本則にしたがって、目的物に同一性がある限り、先取り特権が成立する。以上、消費貸借や委託、奪取について述べたところは、金銭の場合にとりわけ問題になる。これについての詳しい説明は後の章にゆずる。また前稿で扱った誤振り込みおよび口座振替えにおいて収納代行機関が定められている場合についても、以上述べた本則が（ここでは乙が取得する財産権は、債権であるが）そのまま当てはまることにについても後に詳論する。

オ 以上述べたように、本則として、乙が甲に債務を負うのと同一の事実によって乙が同時に財産権を取得したとき、甲は当該財産の上に先取り特権を取得するが、しかし先取り特権の発生はそのような場合に限られるわけではない。それ以外の場合でも、両者の間に特別の密接な関係があるときはこれが認められる。

その重要な場合として、a 甲が物を占有し、その上に留置権の成立している関係が存するときに、留置権者たる債権者の保護を一層強めるため、例えば旅店・宿泊の先取り特権三二七条、運輸の先取り特権三二八条がそうである。またb 甲の乙に対する債権の取得が乙の財産権取得と同時にないが、その間に因果関係があり、乙の債務の負担がなければ乙の財産取得もなかったであろう、という関係のあるとき、これに属する場合として、種苗または肥料供給のそれについての三三三条を、また農工業労役のそれについての三三四条を、さらに土地の貸し主が賃料債権確保のために、賃借人の占有にある果実につき三三三条、また物の賃借人が賃料債権担保のため、賃借人の転借人に対して有する転借賃料債権の上に取得する六一三条を挙げることができよう。以上のほかにも、両者に密接な関係があるとして、法が甲に先取り特権を認めた場合もあるが、ここでは深く立ち入らない。

以上の締めくくりとして、先取り特権の規定は全体として、必ずしも制限列举的な規定とみるべきではなく、場合によってはその類推適用を認めてよい。個々の規定に共通する一般的な法理を探究し、それにもとづいて類推適用を認めることは可能である。

3 私見の特色の第三として——前述したところと若干重複するが、——従来、学説・判例によって確立された「金銭の所有権はその占有者に帰属する」との法理を前提にした上で、騙取ないし奪取された金銭の原所有者甲は、占有者たる現在の所有者乙に対してまず債権的な金銭の返還請求権を取得する。それと同時に、その金銭が騙取者の

一般財産に混入しないで区別されて保管されているときは、その金銭は物としての性質を有し、原所有者はその物の上に、金銭の返還請求権の確保のために先取り特権を取得する（その理論的根拠は、2で前述した）。

分別された金銭が乙の名義で銀行に預金されたとき、預金債権の上に甲は先取り特権を取得する。これは物上代位の規定（三〇四条）の適用による。

以上、騙取金について述べたところは、委託された金銭を保管するときにもあてはまる。これについても2で前述した。

4 第四の特色として、すでに述べているように、先取り特権という構成を用いて、債権者甲、債務者乙、第三債務者丙の関係を説明していることである。その結果生じることの意味の一つとして、この構成は物権法定主義に反し、新たな物権を認めたことになるのではないかとの疑問が生じるかもしれない。これについては、すでに先取り特権の規定を制限的列挙主義にしたがって定めた規定と厳格に解するべきでないことを論じたところを援用したいが、さらに付け加えると、物権でも解釈という方法で事実上新しい物権が学説、判例上認められた例はすくなくない。例えば土地所有権の効力を定めた相隣関係の規定で、少なくとも当初は権利濫用法理を用いることによって所有権の行使の制限を根拠づけつつ（例えば大判昭和一〇・一〇・五民集一九六五頁—宇奈月温泉事件など）、実際には新しい相隣関係の法理を承認するに至っている。また仮登記担当制度も現在では明文の規定によって正式に法認されているが、かつては、法規の解釈によってこれに近い解決が導入された。

先取り特権の構成を用いることは、既存の民法体系への包摂を意味するとともに、先取り特権に関する幾多の既成の規定を適用ないし準用することによって、——ひいては権利質などの約定担保物権の規定を準用することによって——具体的な法律関係の処理を可能にするというメリットをもつ。それは前に紹介したベールの価値追求理論や後述

のフランスで用いられている直接訴権（これは物の上の、ではなく債権の上の、優先弁済権に関して問題になるが）による構成、あるいは後に取り上げる予定の平野教授による債権者代位権の転用（債権の上の優先弁済権に関する）という構成と比較したとき見出だされるメリットといえるのではないか。このことは前述1でとりあげた、私見の特色の第一点つまり、物の上の優先弁済権と債権の上のそれとをともに先取り特権という共通の構成で捉える点と結びつくことによって一層効力を發揮しようと思われる。

というのは、先取り特権はいうまでもなく法定担保物権であって、当事者（債権者と債務者）の間の合意によらず法律上当然に成立する。それに対して動産や債権の上の質権および不動産の上の質権や抵当権は当事者の合意によって成立する。しかしその効力の点では基本的に類似するからである。

5 もっとも法定担保物権としての先取り特権は、不動産上のそれが登記によって公示される例外を除いて、物の上の質権、債権の上の債権質権いずれも公示方法がないという特色を有する。このことは先取り特権に質権、債権質権の規定を類推適用するに当たって注意する必要がある。これに関連して、第三取得者に対する対効力を定めた三三三条と物上代位に関する三〇四条一項但書（物上代位によって生じる、債務者の受くべき金銭その他の物に対する先取特権行使のためには、その払い渡しまたは引き渡し前に差押えをなすことを要する）の規定も問題になる。

ア 三三三三条は「先取り特権は債務者がその動産を第三者に引き渡したる後はその動産につきこれを行うことを得ない」旨を定めている。この規定の立法趣旨について、一般に、先取り特権は「物の占有を要件とせず、かつ動産は占有以外に公示方法がないから、第三者はその動産に先取り特権が付着しているか否かを知らずしてこれを受け取るのを通常とし、したがってこのような第三者を保護し、取引の安全を図るを目的とする」（柚木・高木「新版・担保物権法七八頁」）と説明されている。しかし思うに、取引の安全を図ることが同条の目的ならば、第三取得者の善意無過失

を、少なくとも無重過失を、要件とすべきであり、第三所得者の悪意・有過失を債権者が主張立証したときは、債権者はその物の上に先取り特権を行使し得ると解すべきであらう。同条の文言を条理に則して解釈すればそのような解釈が要求される。なおこのような解釈は、動産の上の先取り特権についてだけでなく、債権の上にそれについても妥当すべきである。先取り特権の設定されている債権が第三者に譲渡され、かつ譲渡人から第三債務者に譲渡の通知がなされると（これが物の場合の引き渡しに相当する）、第三取得者が悪意・重過失のときは債権者は先取り特権を失わぬ。 (三〇四条の物上代位の規定の解釈とも関連する。)

ちなみに道垣内教授は、三三三条について独特の説を主張される。それによると「先取り特権は、その設定者たる債務者にとって営業上、あるいは生活の継続に必要な物であることが多いから、債務者に処分権を与えるため」だとされる。しかしはたして、他の一般財産と比べて特別に扱うほど重要なものといえるか、疑問である。第三取得者の善意悪意を問わない同条の文言に忠実に沿った解釈ではあるが、荷担しえない。

(なお三三三条の立法趣旨に関して、第三者への譲渡によって、債務者は通常、買主たる第三者に対する代金債権を取得し、債権者は物上代位の規定(三三二条)によりこの上に先取り特権を取得するから、物の上の先取り特権が、引き渡し、払い渡しによって消滅しても債権者にとってとくに不利益にならない、と解する説も考えられる。たしかに売買による移転の場合には適合するが(も)とも三〇四条一項但書の制約を無視できない)、しかしたとえば贈与による移転や、債務の支払いに代えて移転のなされる場合にはあてはまらない。したがって十分な説明とならない。)

イ 物上代位に関する三〇四条一項但し書き「但し、先取り特権者はその払い渡しまたは引き渡し前に差押えを為すことを要す」は本来は、第三者に対する損害賠償債権などの代償物に変わったときに適用されるのが建て前であるが、これはこの制度の目的とされているところに照らしても、先取り特権が当初から物の上にでなく債権の上に成立した

ときにも適用されるべきであろう。同条の目的については一般に、「(代位の効果発生した代償物が金銭債権の場合について)もし金銭が支払われた後でもよいとすると、金銭が債務者の一般財産中に混入して見分けが付かなくなった場合でも権利を主張できることになり、結局債務者の一般財産から優先弁済を受けると同様になるであろう」(我妻・有泉・川井、民法一総則・物権法四〇三頁)と説明される。判例も「物上代位の対象である債権の特定性が保持されこれにより物上代位権の効力を保全せしめるとともに、他面第三者が不測の損害を被ることを防止するところにある」(最判昭五九・二・二一、最判昭六〇・七・一九)という。

以上述べたような通説の考えからすると、もし第三債務者丙が乙に支払った金銭が分別管理されていたとすると、その金銭の上に甲は先取り特権を行使しうることになるはずである。

しかし齟って考えてみると、以上のような考え方は、第三債務者から取り立てた物の上に先取り特権を認めようとする考え方であり、先取り特権は物についてのみ認められるとする固定観念に拘泥しているのではなからうか。筆者は、この規定の本来の沿革と離れるかもしれないが、また特異な見解と見られるであろうが、乙が丙に対して取得する債権の上には直接に、甲は先取り特権を取得するとの立場から——債権質権の設定と異なって乙から丙に対する通知を必要とせずに先取り特権が成立することに鑑み——丙を保護するための規定と解したい。すなわち甲あるいは甲以外の一般債権者たる甲ダッシュが当該債権を差し押さえることによって、丙は、乙にあらざる者が乙の丙に対する債権について取り立てる権利を有すること、したがって丙は、乙が有効な支払い受領者でないことを確実に知るに至る。したがってもしその以前に、丙がこのような事情を知ることなく乙に支払ったときは、その支払いは善意の支払いとして有効となり、丙は乙に対する債務を免れることができるかと解しうる。それでは甲もしくは甲ダッシュから差し押さえられた場合でなくても、丙が確実に、乙への支払が禁じられていることを知ることは有り得ないであろう

うか。筆者は、乙から丙に対して、甲が優先弁済権を有していることを、いいかえれば丙の乙への支払いが無効となることを通知したときも、同様に扱ふべきだと考える。ここで注意すべきことは、乙からの丙への通知であり、甲から丙への通知ではない。それはあたかも、債権質の設定の場合、設定者たる債務者から第三債務者丙に質権設定の通知をすることによって丙に対抗することができ、質権取得者たる債権者甲から丙に通知したのでは、丙に対抗できないのと同様である（もっとも両者を比較した場合、債権質権設定では、通常、乙が甲から融資を受けるという利益を得る代わりに、乙から丙への質権設定通知がなされるのであるが、他方、債権の上の先取り特権の設定では、すでに乙が甲に債務を負担しているのだから、乙が丙にその設定通知をなすメリットは、乙にとって通常は存在しない。したがってこれを促す動機付けに乏しい）。なお甲もしくは甲ダッシュからの差押えは、民事執行法一四五条により、甲から丙への単純な通知には認められていない、強い効力を有し、丙に、乙への支払いをなしえないことを確知させる効力を有することはいうまでもない。

ウ 以上のように、甲の乙に対する債権担保のための乙の丙に対する債権の上に先取り特権が成立する場合において、甲もしくは甲以外の債権者甲ダッシュによる当該債権の差押えや、乙が丙への通知のほかに、丙の乙への支払いを差止め、その支払いを無効とする方法はないだろうか。筆者は、甲から丙への単純な通知ではなく、甲の先取り特権の取得を証明する確実な書面（例えば公正証書による書面）を甲が丙に提示して、通知し、また弁済を請求することによつても、なし得ると解するべきだと考える。このことは民事訴訟法一五四条一項が「文書により先取り特権を有することを証明した」債権者甲は、配当要求して、差し押さえたほかの債権者甲ダッシュに優先して弁済を受けられる旨を定めていることと整合的と考えられる（いうまでもなく差し押さえた他の債権者に対して優先的に弁済を受け得ることは、他の債権者からの差押えがないときに、自ら丙に請求して弁済を受け得ることを前提にする）。

それでは甲が配当要求することなく丙から他の債権者甲ダッシュに弁済されたとき、あるいは丙が乙から頼まれて、乙に払う代わりに直接に甲ダッシュに支払ったときはどうか。原則として丙の甲ダッシュに対する弁済は有効となり、丙の乙に対する債務および乙の甲ダッシュに対する債務は消滅し、甲の乙に対する無担保の債権が残ることになると解すべきであろう。

もっともここでとくに銀行取引の場合、手形法四〇条三項の準用が問題となる。すなわち甲が甲ダッシュに優先して弁済を受けるとき地位にあること(言い換えれば甲ダッシュは弁済を受けるべき地位にないこと)を容易に証明しうることを知りながら、もしくは重過失によって知らずに、丙が甲ダッシュに弁済したときは、その弁済は無効となる(丙から乙に支払ったときも同様の問題を生じる)。その証明の仕方は具体的には、甲と乙の間の関係によって異なるのは当然である。例えば乙が甲から窃取した金銭を銀行に自己の名で預金したときについては、甲が警察に届け出て警察の調査が開始していることを丙が知らされていることが、また甲から頼まれて甲ダッシュが預かった金銭を丙銀行に甲ダッシュの名で預金したようなときは、甲と甲ダッシュの間の、然るべき方式を備えた寄託契約書(預かり証)などが丙に提示されることがその証明方法となる。

エ 終わりに付け加えると、以上の議論は、後に取上げる、完全直接訴権と不完全直接訴権(およびそれに伴う債権の上の先取り特権)の区別のうちの、不完全直接訴権の場合を想定する。完全直接訴権、例えば、自動車損害賠償保険法における、被害者の保険者に対する直接請求権のようなときには、被害者の加害者(すなわち保険契約者)に対する損害賠償請求権の発生と同時に、被害者の保険者に対する直接請求権が発生するとともに保険者の保険契約者への保険金支払いは禁じられ、その支払いは無効となり、他の債権者に優先して弁済を受けうるからである。

二 補論 直接訴権その他

1 加賀山説の紹介と批判

直接訴権 (action directe) とは元來フランス民法で認められた觀念である。從來わが国でもその紹介と研究が幾多の學者によつてなされてきたが、その代表的なものとして加賀山教授の紹介を引用すると、「直接訴権とは、制定法または判例によつて特に保護に値すると認められた債權者が、債權の弁済を得るために、その債權者と密接な關連を持つ債權者の第三債務者に対する債權を自己の名でかつ自己の權利として、第三債務者に対して行使しうる權利のことである」(民法六一三条の直接訴権 action directe について (一) 阪大法學一〇二号一九七七年八七頁)。

この觀念が私の考えている、債權の上の先取り特權と關連性が強いことは、容易に推察されようが、フランスでもこの制度の性質に關して、これを先取り特權の性質を有すると解する説が有力である(但し反對説もある。後述する)。ところで直接訴権に對立する觀念は間接訴権 action oblige であるが、これは債權者代位權を指すものとされる(同八八頁)。さて直接訴権に該當する具体的事例について説明すると、これは不完全直接訴権 (action directe imparfaite) と完全直接訴権 (action directe parfaite) に分かれる。前者の例として挙げられるのは

- 1 賃貸人の転借人に対する直接訴権(フ民法一七五三条)
- 2 建築工事の労働者の注文者に対する直接訴権(フ民法一九九四條)
- 3 委任者の復委任者に対する直接訴権(フ民法一九九四條)
- 4 勝訴当事者の代訴士の相手方當事者に対する直接訴権(フ民法一三三條)

後者の例として挙げられるのは、

1 事故の被害者の責任保険会社に対する直接訴権（一九三〇年三月三日の法律五三号）

2 為替手形の所持人の引受人または裏書人、振り出し人に対する直接訴権（フランス商法典二二六条二項（手形法二八条二項）一五一条（手形法四七条））

3 建物の承継所有権者の、不動産の建築売り主に対する直接訴権（民法二六四七条の一）

なお不完全直接訴権は「債権者の権利行使によって初めてその効果を生じるものであり、フランス民法典に根拠を置く伝統的な直接訴権がこれに属する。これに対し、完全直接訴権は債権の発生と同時にその効果が生じるものであり、保険法上の直接訴権がその典型である、とされる（同九〇頁）。

それぞれの効力の違いに関して、さらにつきのように説明される。不完全直接訴権の場合は、直接訴権行使の時初めて直接訴権の効力が生じるから、その時から第三債務者は中間債務者に弁済することが禁じられる。（一般的にいえば、その時以後中間債務者と第三債務者間に生じた事由を直接訴権行使者に対抗しうる。）しかし完全直接訴権の場合には、債権発生と同時に債務者に弁済することが禁じられる。（一般的にいえば、直接訴権発生後、前者に生じていた事由についても、直接訴権行使者に対抗できる。）

この違いの生じる理由を私の立場から捉えるならば、両者とも公示方法を伴わないことを前提にして、不完全直接訴権では、債権者が第三債務者に対して直接訴権を行使してはじめて第三債務者は直接訴権の存在を確実に知るに至るのが普通の場合である（なお私見では前述のように、行使の方法をやや広く解する）。そこでその前に第三債務者がなした行為は善意でなしたものとして扱われ、その弁済、契約解除、相殺などは有効になされたと思なされる。それに反して完全直接訴権の場合は、その具体的な事例からも明らかなように、債権の上の先取り特権の存在が債権発生当初から、第三債務者に確実に知られている場合である。

なお加賀山教授の直接訴権の効力についての説明は、丁寧で分りやすく書かれているが、看過できない疑問点がある。教授は直接訴権と先取り特権の差異を説明するにあたって、「先取り特権の場合は、先取り特権を持つ債権者は中間債務者の一般債権者だけではなく、第三債務者の一般債権者にも優先する。これに対して先取り特権を伴わない直接訴権の場合は、競合から排除されるのは中間債務者のすべての債権者であり、直接訴権を行使する債権者は、第三債務者のすべての債権者の競合にさらされるのである」として、注記で Ozian と Stans の直接訴権をとりあげた論文を援用されている（前掲九四頁）。しかしそのような理解の仕方は、その理由が詳らかではないが、明かに疑問である。右引用文の前段の部分によれば、先取り特権の成立する場合には、第三債務者に対する他の一般債権者に対する関係でも（中間債務者に対する一般債権者に対する関係のみでなく）優先弁済権を有することになる。しかし直接請求権行使者の有する先取り特権の対象となっているのは、中間債務者の第三債務者に対する債権のみであるはずである。第三債務者に対する一般債権者の債権に対してまでそれに優先する優先弁済権が生じるとするならば、そのような優先弁済権の根拠となるべき先取り特権は第三債務者の一般財産の上の先取り特権となるはずだが、このような一般財産の上の先取り特権を、明文の規定なしに認めることは無理である（但し明文の規定による完全直接訴権については、場合により解釈上これを認める趣旨と解しうる余地がある。例えば、わが国の自賠法が定められている、被害者の保険会社に対する直接訴権の場合、差押禁止債権とされている（自賠法七四条）趣旨を考慮すると、保険会社（第三債務者）に対する一般債権者に優先する効力を被害者に認める余地がある。（この問題については第二章各説で責任保険をとりあげる際に再論する）しかし例えば、貸貨の転借人に対する転貸貸料の直接請求権（六一三条）の場合、転借人の一般債権者の債権に優先する効力を、認めるべきであるまい。）

もっとも現実に起きることはまれであろうが、理論上起こりうるケースとして、中間債務者Mが第三債務者Yの一

般財産の上に（あるいは動産、不動産の上に）先取り特権を有する、それとともにMのYに対する債権が、XのMに対する債権の取り立てのための直接訴権の対象となる、という場合が考えられる。このときは、いうまでもなく直接請求権者Xは第三債務者Yに対する一般債権者に優先し、かつ中間債務者Mに対する一般債権者にも優先して弁済を受けることができるはずである。

なお加賀山教授は、直接訴権と先取り特権の差異に関してさらに次の点をあげる。すなわち先取り特権にはその先取り特権者に優先する先取り特権者が存在しうが、直接訴権の場合は中間債務者のすべての債権者を排除するといふ。しかし後者の場合、そもそもMのYに対する債権の上にXが直接訴権を行使するほかに、これと並んでXダツシユもMに対する別口の債権の確保のために、MのYに対する前記と同一の債権の上に担保物権を有することは有り得なくはないと思うが、そのときは、Xの行使する直接訴権は、Xが先取り特権を行使する場合に準じて、その優劣關係を決定すべきであろう。

直接訴権の法的性質に関しては、加賀山前掲および野田良之「フランスの責任保険法・法協五六卷三号四五頁以下」で詳細に紹介されている。ここでは従来主張された説として、第三者のためにする契約説、不完全指図説、留置義務説、債権者差押説、債権譲渡説、債権上の先取り特権説などが挙げられている。そして現在の有力説としては、権利併存説、排他説、移転説が紹介されている。先取り特権説を支持する私見の立場から注目されるのは、野田教授によるコメントである。それによれば、この説 *theorie du privilege* は古くからラベ J. E. Labbe の提唱に係るものであり、また一九一三年法は明文の規定を以てこれを認め、今もカピタン・ピカールの如き有力な学者の支持を受けている」そして注記において「マンゾー Mazeaud は旧版において先取り特権説を採られたが、新版においてこれを捨てた。その主な理由として「保険契約者が、賠償債務を履行する迄は此の者には保険金債権が生せず、被害者のみ此

の権利を有するから、存在せざる債権の上に先取特権が成立する理なし」という(野田前掲四六二頁)。もっとも野田教授自身は、この理由付けだけでは十分ではないとコメントされる。私の考えるに、保険契約者(中間債務者)は保険者(第三債務者)に対しては、被害者に損害賠償を支払うまでは何等債権を取得していないと断じるのは不当であり、むしろその段階においても、保険契約者は、保険者に対して、被害者に保険金を支払うことを請求しうる、と解しうるのではなからうか。そしてこの債権の上に先取り特権が成立しており、被害者は先取り特権の実行方法としてこの権利を代位行使することによって、被害者自身への直接の支払いを請求しうる、と解しうるのではなからうか。この問題については、後に転用物訴権を取り上げる際に再論する。

(追記) 岩崎教授はフランスにおける責任保険法の発展の歴史について詳細な研究を発表され、その中で現在の有力な学説としての先取特権説および留置義務説に関する議論をくわしく紹介されている(「フランスにおける責任保険成立過程および被害者の直接請求権」香川大学経済論集三十一巻四号四〇八頁)。これについてはあらためて後に二章五と六でとりあげる。

加賀山教授自身の見解としては、移転説を支持される。そしてこれを支持する学者として、田部芳博士、野津教授、浜上教授を挙げられる。この説は排他説 *droit de exclusivité* と対比しつつ説明されているが、排他説によると、「債務者の第三債務者に対する債権は存続するが、直接訴権の効力により、債務者は第三債務者に対して自己の名で権利行使する権限および弁済受領権を剝奪され、直接訴権者のみがこの権利を自己の名で行使する権限を取得すると主張する。それに対して、移転説はこれを批判し、「直接訴権者がこの権限を排他的にかつ自己の利益のために取得するにも拘らず、権利の帰属の点だけで中間債務者の債権の移転を認めないのは、かなり不自然である」という。そして「直接訴権に権利行使権限だけでなく、権利自体も移転すると考える方が素直であろう」(前掲一〇二頁)として、権利自体も直接訴権者に移転すると解する権利移転説が主張されるに至っているわけである。この移転説をめぐっては、

さらに若干の欠点が指摘され、また同時にその反論も主張されているが、ここでは詳細の説明は省略せざるを得ない。ここで私の問題関心からして指摘しておきたいこととして、排他説の内容は、実質的には先取り特権説の内容と全く変らないのではないかとということである。というのは、先取り特権においても、第三債務者に対する権利自体は中間債務者に帰属させつつ、その処分権についてはのみ先取り特権者（直接訴権行使者）に帰属させる点で、共通しているからである。この処分権を先取り特権と命名するか否かの差異に過ぎないのではなからうか。このように排他説と先取り特権説を同一のものと見ることができるとした上で、次のことを指摘しよう。先取り特権説（したがって排他説）と移転説との関係には、前稿で述べたような四宮教授の主張された、法発展に関するシェーマが当てはまることである（志林一〇七巻一号八四頁以下、同一〇九巻四号一五九頁以下参照）。つまり移転説はその具体的内容に則して見る限り、単純な権利移転ではなく、一定の目的を実現するための信託的譲渡なのであり、そしてここでいう一定の目的とは、債権担保という目的にはかならない。ところで四宮教授のシェーマによると、信託的譲渡は、信託目的の債権的保護の段階から物権的保護の段階へと進化し、最後には、信託目的に最も適合した新たな制度へと転化する。そしてここでいう「信託目的としての債権担保」に最も適合した新たな物権的保護制度こそ担保物権制度そのものであり、その一形態としての先取り特権である。ここでは権利（所有権あるいは債権）自体は債務者たる原権利者に残したままで、担保権という新たな形での排他的処分権を債権者が取得することになる。以上のような法的発展において見られる段階的差異として、排他説すなわち先取り特権説と移転説との間の関係を捉えるべきではなからうか。その際、両者の間の枝葉末節にわたる差異を論じることがあまり生産的な意味をもたないのではなからうか。（その発展は徐々に、少しずつ、従前の形式にこだわる立場から、形式よりも目的を重視する新しい立場へと変遷する。したがって移転説の内容も、どの発展段階での移転説であるかによって、その具体的な内容は異なってくるはずである。）

2 鈴木祿也説の紹介と批判

前述した加賀山説の立場は、フランス法の解釈をわが民法の解釈に積極的に生かそうとする立場といえようが、これに対して鈴木祿也教授は、これをわが国に取り入れるについては、具体的な利益衡量を行う結果として、より慎重であるべきことを主張する立場といつてよい（鈴木祿也「末川追悼論集」法と権利」一 民商法雑誌七八巻臨時増刊三〇二頁）。結論として、二つの債権、つまり中間債務者の第三債務者に対する債権と直接訴権行使者の中間債務者に対する債権の間に——被害者の保険者に対する直接請求権の場合のように——極めて強い牽連性ある場合でない、と認めべきでないとされる（前掲三三五頁）。同教授の説で重要な意味をもつのは、強い優位性と弱い優位性の観念である。強い優位性とは中間債務者Mの第三債務者Yに対する活動（例えば支払い請求、相殺）を封じて、直接訴権行使者Xが一般債権者Gに優先して弁済を受ける確実な地位を与えることを意味する。それに対して弱い優位性とは、XがMのYに対する活動を封じることができず、したがってYのMへの弁済や相殺が有効になるから、Xは結局Yに直接請求をなさないことになる。ここでいう強い優位性のある場合とは、フランス法でいう完全直接訴権を、また弱い優位性のある場合とは、同じく不完全直接訴権と同じものを指すと思われる。というのは、鈴木教授が、強い優位性のある場合および弱い優位性のある場合、の夫々の具体的事例——特にわが国で問題にされている事例——として挙げられているものは——前者については、保険金請求権の事例であり、後者については、a 後述する転用物訴権に関する事例、b Yから商品を購入したMが代金未払いのまま、これをXに転売し、MX間の特約にもとづき代金はXからYに交付された。XM間、MY間の売買契約がともに無効の場合、XはYに対して支払った代金の返還を求めうるか。c Xから商品販売の委託を受けたMは、これを自己の名においてYに売却し引き渡したが、代金受領前に破産した。XはYに対して代金の支払いを求めうるか、という事例だからである（なおb、cの事例についても本稿第二章で

取り上げる。

さて教授は特に問題になる場合として、Mの破産の場合に生じる問題をとりあげる。

教授によると、Mの破産のとき破産管財人にYが支払ってしまうと、MのYにたいする債権は破産財団の一部となり、Xはそこから優先弁済を受けることはできない。このようにYの意向次第により、Xの優先弁済権の運命が決まってしまうような不安定な法律状態の発生を広く認める必要はない、と主張される。またXとMの地位はYに対する関係において連帯債権者に近い関係にあり、不安定な関係だともいわれる(同三三三頁)。したがって教授は強い優位性をもつ直接訴権のみを認めるべきだとしつつ、これはXに優先弁済権を与える反面、他の一般債権者を劣後的地位におとしめることになる。しかもこのような劣後的地位におかれる一般債権者は、通常、社会的弱者であると指摘される。このような事情から、強い優位性は、両債権の間に極めて強い牽連関係のあるときのみ認めるべきだとされるわけである。

以上の所説に対して、私見によるコメントを述べよう。まず最初に指摘しておきたいこととして、強い優位性を有する直接訴権の性質は、すでに述べたように、(私見に従っていえば)先取り特権の成立の当初からYがその存在を確知しているか、確知していなければならないと見做されるときであり、優位性を有しない直接訴権は、Yが先取り特権の存在を確知するのは、Xあるいはその他の一般債権者XダッシュンによってMのYに対する債権につき、差押えの方法によって権利行使がなされたか、もしくはMからYに対して、Xが直接訴権を有することを通知したときなどに限られる。(先取り特権および直接訴権ではその公示の方法が無いことに注意せよ)このことを踏まえた上で、

第一に、強い優位性のない直接訴権においても、Mが破産したときは、Mの財産管理権は奪われ、Yもこれを確知したと見做されるから、差押えに準じた効力を生じる。したがってその後のYのMに対する支払いは無効となる(判

例も物上代位権に関して、この理を認める。最判昭和五九・二・二民集三八卷三三三頁。なお破産管財人はこのように、Yからの支払いを拒むのが本筋であるが、もしYからの支払いを受け取ったときは、破産財団に繰り入れず、これを直接にXに対する債務の優先弁済に充てるべき義務を負うと解すべきであろう。

第二に、鈴木説は、弱い優位性の場合、MとXがYに対して連帯債権者に類した関係に立ち、法律関係が不安定であるというが、Yに対して取り立てを請求しうる権利者はXのみであり、Mには取り立てを請求する権利は存しない、但しMを債権者と扱って支払、相殺をなせば、Yは免責され、その支払いや相殺は有効となるに過ぎないのではないか。それはあたかも指名債権譲渡において、債務者に対する對抗要件としての通知がなされていない段階で、譲渡人への支払いによって債務者は免責されるが、しかし譲渡人は積極的に取り立てる権利を有せず、譲受人が権利を取得し、ただしその権利行使には、債務者にたいする對抗要件たる譲渡人からの通知を備えていることが必要なのと同じではなからうか。

第三に、鈴木説では先取り特権を有する債権者が、普通、一般債権者と比べて、社会的に強い立場にある、というが、それは具体的にそれぞれの先取り特権について検討する必要があるが、おしなべてそのように断定することには疑問がある。

以上、要するに、私は、解釈によって直接訴権の成立する場合を（したがって私見の立場から言うと債権の上に先取り特権の成立する場合を）ゆるやかに解し、教授が挙げる前述のような、優位性のない直接訴権の諸事例についても、その成立を否定するのでなく、肯定すべきだと考える。勿論、一般論として、直接訴権（いいかえれば債権の上の先取り特権）をどの範囲まで認めるかについては、鈴木教授の所説のとおり、優先弁済を受ける債権者と劣後的な立場におかれる債権者との間の妥当な利益調整が要求されることはいうまでもない。

3 平野裕之説の紹介と批判

平野教授の論文「債権者代位権の優先的債権回収への転用―最終的な給付の帰属者の優先的保護の法的可能性一」、二、三（法律論叢七二巻三・三号、四号、六号。一九九九年、二〇〇〇年）およびそれに続けて発表された「間接代理」冒頭部をめぐる責任財産及び直接訴権一、二（慶応法学一、二号。二〇〇四、二〇〇五年）は、その狙いについて、「冒頭部分で「債権者代位権により、直接訴権の達しようとしたところを、一般論としてかつ解釈論として認めたい」（法律論叢七二巻二・三号一〇頁）と述べておられるように、フランスの直接訴権の制度に匹敵する保護をわが国においても取り入れる考えを支持し、さらに自説として債権者代位権（民法四二三条）の転用という構成を主張される。その際、前項で取り上げた、鈴木祿也教授の、わが国への導入についての慎重論について、十分考慮すべきだとして言及しつつも、フランスでは、先取り特権と同様に「法律なくして直接訴権なし」ということが言われたが、しかしそれにも拘らず、解釈によって直接訴権の適用が拡大されていった、という経緯があったことが指摘されていることが注目される（平野前掲三七頁注一）。

このような債権者代位権の転用という基本的立場から、わが民法上の具体的な問題としていわゆる転用物訴権、転貸借の規定、復代理の規定、さらに保険金請求権の規定、間接代理の規定、商法の問屋（商法五五一条）などをめぐる諸問題について、詳細、綿密に、それぞれの規定の沿革、学説、判例の推移が描かれており、その資料的価値からいっても敬服に値する。

しかし直接訴権について、債権の上の先取り特権として構成を試みる私見の立場から敢えて批判するならば、債権者代位権と直接訴権の間には、無視しえない基本的な差異があるのではなからうか。前掲加賀山論文ではフランス法での両者の関係について次のように説明している（前掲二号八八頁、九四頁）。要点を引用すると、「フランスの教科書

においては、通常、直接訴権は間接訴権（債権者代位権）の最後の箇所であつて扱われている。直接訴権は、第三債務者に対して権利行使をする点で、間接訴権と類似しているが、次のような特殊性を持っている。「直接訴権は、間接訴権（債権者代位権）の特殊形態とも言い得るのであり、原則として制定法が認めた特定の債権者の場合だけに与えられ、かつ、直接訴権が行使される相手方としての第三債務者も、直接訴権者の持つ債権と密接な関連を有する者に限定されている。しかしその反面、中間債務者の無資力要件は、保護されるべき債権者のために、かえって緩和されている」。「債権者代位権は債務者の財産を保全させ、その行使の結果は債務者の一般財産を増加させ、すべての債権者の利益となるものである。これに反して直接訴権は自己の利益のために自己の権利として行使する。すなわち、直接訴権によって、債権者は中間債務者のその他の債権者の競合を排除する」。

わが国の債権者代位権はフランス法を受け継ぐものであるが、その制定当時の差押え制度においては、差押えの対象となるのは有体物に限られ、債権そのものに対する差押えは認められていなかった。そのため差押えをしようとする債権者は、債務者に代わって第三債務者から取り立てて有体物の形に変えた上で、その有体物を差押えすることが必要であつた。この目的の実現のために、債権者代位権の制度が設けられた。しかしその後、ドイツ法では、債権そのものに対する差押えの制度が整備され、わが国でもこれに倣つて債権に対する差押えの制度が採用されると、債権者代位権の制度を用いる必要は基本的になくなった。そしてドイツでは、そのような理由から債権者代位権の制度自体を廃止するに至っている。しかしわが国では、従来どおり、債権者代位権の制度を存続することを認め、両者を併存させている。その主な理由は、債権者代位権の行使には、債務者に対する債務名義を要しないこと、取消権などの形成権の代位行使にも利用できることなどがある。なお、本来の目的での利用の場合でも、わが国では債権者が第三債務者から債務者に代わつて金銭を取り立てた場合、それを債務者に返還すべき義務があり、それと債務者に対する

債権が相殺され、結果として、他の債権者に優先して弁済をうけることが事実上可能となっている。いずれにせよ債権に対する差押え制度の採用により、債権者代位権の適用範囲は著しく狭まってきたといえる。ところがその後、判例によって、この制度本来の目的を越えてその利用が行なわれ、その適用範囲が拡張されるに至った。すなわちの特定債権そのものの実現のために用いることが認められ、したがって債務者の資力の有無を問わないこととされるに至っている。それが学問上、「債権者代位権の転用」と呼ばれている現象である（債権者代位権の性質一般に関する最新の文献として、森田修「債権回収法講義」二〇二一年、有斐閣、二〇頁以下がある）。

判例によって認められている具体的な事例は概説書に譲るが（拙著「債権総論講義」一〇三頁以下）、債権者代位権の転用を認めた判例の、判決理由において、四二三条が特定債権の保全のために行使されることを除外していないこと、債権者の保護のために同条の適用が必要であることを挙げる。学説の立場は当初、判例がこの制度の本来の趣旨に反しているとして、判例に反対したが、次第に支持するに至っている。その理由は、たしかに本来の制度の趣旨に反しているが、特定債権を保全するために必要な制度が他に確立していない現在の法状況のもとでは、とりあえず判例を支持する、というものである。それと同時に学説では、債権者代位権の転用によらずに、同様な結論を導き出せるような理論構成の開発がさまざまにこころみられている訳である（詳細は省略する）。実際に当面する問題の妥当な判断をより重視する実務と比べて、学説のより大きな使命は、体系的に整合性のある解決とその理論的根拠付けを提示することであろう。「転用」という表現はそもそも判例が自ら用いた表現でなく、学説が判例を批判的に捉えるに当たって用いた表現であり、学説自体がみずから提示する独自の理論構成（平野説もその一つといえよう）を「転用」という形で打ち出すのは、いかがなものであろうか。また転用は、他に適切な理論構成が見出せないときに、窮余の方法として行われると思われるが、直接訴権に関しては、これまで様々な理論構成が試みられている。それらと比べて

「債権者代位権の転用説」は（債権者代位権すなわち間接訴権と直接訴権とは、その命名に示されているとおり、元来、共通性を有することを考慮すると）安易な構成といえないであらうか。わたしは先取り特権構成を主張するが、それは債権の上の先取り特権と構成することによって、民法体系上の特殊な地位を明らかにし、かつ直接訴権をめぐる具体的な諸問題の解明が容易になると考えるからである。

なお平野教授が直接訴権の理論構成を巡る諸学説を紹介し、批判される箇所（平野前掲一九二頁以下）では、先取り特権説についての立ち入った紹介・批判が十分に行われていないのが残念である。物権法定主義への拘りが、先取り特権説に対する疎速な立ち位置に影響しているのかも知れないと推測される（前掲九六頁注一参照）。

第二章 各説 諸制度の先取り特権による構成

一 金銭の価値のレイ・ビンディカチオ

一 金銭の価値のレイ・ビンディカチオの議論はかつて、四宮博士によって提唱され（四宮和夫「物権的価値返還請求権について」四宮和夫民法論集所収。初出昭和五〇年）、支持者をあつめたが、最近では批判的に見る見解もある（例えば藤原正則「不当利得法」三七〇頁）。この説は、金銭の所有権はその占有者にあるという、近時の確立した判例・学説の立場を前提にした上で、金銭所有権を物の所有権の側面と価値の所有権の側面に分け、奪取されたり騙取された金銭は、それが分別管理されている限り、物の所有権は占有者に帰属するが、価値の所有権は原所有者に帰属していると主張する。このような構成の中心的な狙いは、原所有者に所有権に基づき返還請求権を与え、たとえば、その金銭

を債権取り立てのために差し押さえた債権者にたいする、原所有者からの第三者異議の訴えを認め、騙取者等の破産の場合に取戻権を認める点にある。またその金銭が意思にもとづかないで第三者に引き渡されたときも所有権に基づく返還請求権類似の請求権によって原所有者を保護しようとする。しかしこのように価値所有権なるものを、物の所有権と別個に観念し、それに第三者に対抗しうる、その意味で、新しい種類の物権的な権利を認めることは（なおこの説は金銭の価値所有権は、所有権の時効取得と同じく二十年で時効にかかるとする）、物権法定主義の原則にも反しており、容易には呑み込みにくい説との批判も生じうる。筆者の説では、金銭騙取と同時に、一方で被騙取者は騙取者にたいして金銭の返還を求める債権を取得し、他方で騙取者は分別管理された金銭の所有権を取得する。したがって前章で述べた一般法理を適用し、騙取された金銭の原所有者は現在の所有者たる騙取者等に債権（金銭の返還を求める債権）を取得するとともに、これを担保するために、分別管理された金銭の上に先取り特権を取得する（その限りで金銭は特定物としての性質を保持する）と解する。この先取り特権の効力として、原所有者は一般債権者に優先して弁済を受け（民事執行法一五四条）、また破産のときは別除権を行使しうる（破産法六五条）。分別管理された金銭が他の一般債権者に支払われてしまったときはどうか。四宮前掲論文は、この場合についての明確な論述が無い。（この問題を直接とりあげた判例として、後述の最高裁四九年の判決があるが、四宮論文はこれについての言及がない。その理由はおそらく、この論文の発表の時期が、上記判決の時期と重なったためかと推測される）。もっとも教授の主張される「帰属割当を変更する旨の価値所有権者の意思に基づかないで金銭の占有が移転した場合は『回復権』が発生する」とする一般的な基準を当てはめ、（その反対解釈からすると）回復権を否定する結論が導かれそうである（後に判例を肯定する所説を発表された。後述の追記を参照）。この場合、私立の立場からは、動産先取り特権の第三取得者に対する追及権を否定する民法三三三三条の適用が問題となる。ところで同条の立法の理由として「動産先取特権には公示の方法が備っていない。したがって

強力な物権的効力を与えることは妥当でないから」と説明されている。(柚木「担保物権法」六六頁)。しかし私は前述したように悪意・重過失のある第三取得者にまでこの適用することは条理に反すると考え、解釈によってこの規定の適用を制限すべきだと考える。またこのような悪意・重過失ある第三取得者に対して金銭の引渡しを——併済された金銭の特定性が維持されている限り——求めうる、そしてその金銭の上の先取り特権を行使しうると解すべきだと考える。これについては次節「贖取金による弁済」の箇所でも再論する。また民法三〇四条の物上代位の規定の適用に關しても、価値のレイ・ビンディカチオ説は、所有権の返還請求に擬した構成のために、後述のように、制限的に解しようとするが、先取り特権の構成をとる私見では、そのような制限的扱いは必要がない。

四宮説批判

ここで四宮説と私見の違いについて、やや立ち入って検討しよう。四宮説は金銭について価値のレイ・ビンディカチオを認める説と一般に理解されているが、厳密に読んでみるといろいろな修正が施されており、単純ではない。しかし四宮説の狙いは、奪取された、あるいは贖取された金銭が一般財産と別異に保管されている限り、所有権に基づく返還請求権に準じた物権的返還請求権によって保護されるべきだとの考えにある。四宮論文の「日本法の解釈」を扱った章の冒頭部分に「金銭は支払手段というその機能に則していえる価値であり、その価値を担う基底に則していえる物である。金銭は、本来、二面性をもっている物である。(中略)価値所有権者の意思に基づかないで、物としての金銭の占有が移った場合には、価値の帰属割当は変更されないのに、「物」の占有者は事実上価値を享受する、という変則的な事態が生じることになる。かような場合には、価値所有権を保護するために、他の財産が侵害された場合と同じように、適当な要件のもとに何らかの物権的効力をもってその復元がはからなければならない。この復元をはかる権利をかりに物権的価値回復権と呼ぶことにする」(四宮民法論集一一三頁)と説かれるところに明確に表されていると思う。しかしそれに続けて「この「回復権」は $r \cdot v \cdot v$ であるべきだろうか」との設問に自ら答えて「(さまざまな考察を加えた上で)……とすれば、価値所有権者に所有権が全面的に残って $r \cdot v \cdot v$ が与えられるというのでなく、金銭の所有権は価値所有権と物所有権とに分裂し、一方では占有者が物所有権を取得し、他方、価値所有権者はその復元を事実上の価値の回復とい

う形で、しかし、 $r \cdot v \cdot$ ほどには第三者に影響することのない物権的効力（準物権的効力とでもいうべきか）をもって、実現することができると考えればよいのではなからうか。もしこのように考えることができるとすれば、「回復権」は $r \cdot v \cdot$ そのものではないということにならう。ただし、それが価値所有権の実現に仕える権利として $r \cdot v \cdot$ 的機能をいとなむものであることは、否定し得ない。それは金銭の特質によって変容せしめられた $r \cdot v \cdot$ であるということもできよう（同書一三三頁）と基本的立場をのべた上で、具体的、各論的な問題点について考察が進められる（以上の引用文の最後の行に四宮説の核心が込められているといえよう）。

各論の問題の中で、ここでは、四宮説と筆者の説の違いがもっとも明瞭に現れている物上代位の問題を取り上げよう。

同教授は、まず一般的な方針として、「価値は種々の顕現形態を持ちうるので、どのような顕現形態への代位を認めるべきかが問題となる。一般的にいえば、価値所有権の実現のためには、これをひろく認めなければならない。……が他方、この「回復権」の $r \cdot v \cdot$ 的機能にかんがみ、 $r \cdot v \cdot$ の目的物が他の物に変形する場合に關するわが民法の取り扱い（ $r \cdot v \cdot$ としては代位を認めないという取り扱い）とのバランスをも考慮（以上傍点引用者）しなければならないので、「回復権」の及びうる範囲は、結局、金銭の特殊性の要求する最小限度まで後退することを余儀なくされよう。」（一一五頁）と指摘される。その上で

(a) 「兩替金」「回復権」は認められる。

(b) 「金銭が占有者のもとで占有者の金銭と混和した場合には、混和物に關して原所有者に割り当てられるべき共有持分を想定し、それに「回復権」の及ぶことを認めるべきである。ただし、自分の金銭の額の範囲で混和物のうえに「回復権」（実質的には優先弁済権）をもつ（英米法はこれを認める）と解しうるかは、疑問である（不当利得返還請求権としてなら認められる）。物権的効力を認める前提として、特定性の原則はやはり維持すべきだからである（傍点引用者）」以上の引用から明らかなように、四宮説では、結局のところ、物権的救済を否定し、優先弁済権をも否定する見解である。この点、私見においては、混和物の上の持分に關して、 X （原所有者）は、混和物の占有者にたいして、債権としての返還請求権を取得するとともに、その担保のために当該持分の上先に先取り特権を取得すると解する。

(c) 「帳簿上の金銭は現実に支払手段として機能し経済的には金銭と同視されているので、「回復権」が及ぶと解すべきである。」（中略）「回復権」がこれに及ぶということは X （原所有者）が預金債権者になるということでなく、對銀行關係では預金債権は Y （金銭占有取得者）に屬し、 X （原所有者）はそのうえに「回復権」をもつに過ぎない、と考えられる。」以上の引用文から察すると、 X （原所有者）は預金名義人である Y に対して、所有権に基づく返還請求権に類似した、銀行預金の移転を求める準物権

的請求権を取得する、ということをや四宮説は主張しようとするのであろうか。ちなみに先取り特権構成を主張する私見においては、Xは騙取金の返還を求める債権を騙取者Yに対して取得するとともに、これを担保するために、Y名義の銀行預金債権の上に先取り特権を取得しており、したがってYに対する一般債権者甲ダッシュに優先して、その預金からの優先弁済を受けることができることになる。

(d)「その他の権利や物」(その金銭による貸金債権やその金銭で買った物)への代位を認めることは適当でないであろう。「ちなみに先取り特権構成を採る私見では、四宮説と異なって、これらの物の上にも広く先取り特権の取得を認めるのが正当と考える。終わりに、四宮教授は「英米法におけるような優先弁済権による保護を認めるべきか」と問題を提起し、それに答えて「これを認める必要は、混和の場合や混和した金銭によって物を購入した場合にも生じる。ところが混和の場合に関して価格による「回復権」を否定し(前述b参照)、また一般の物への代位を否定すべきだ(前述d参照)とすれば、この問題はほとんど生じないわけである」とされる。そして「銀行口座で混和した場合だけが問題となるが、この場合も現金の混和の場合に準じて考えればよい」(一一六頁)とされる。

教授は、以上を総括して「優先弁済権を否定することになった以上、いまままでかりに物権的価値回復権と称してきた「回復権」は実態にふさわしく、物権的価値返還請求権と呼び改めるべきであろう」と結論づけられる。

以上述べた処を要約しよう。四宮説と筆者の説とは騙取金の原所有者に物権的権利を与えようとする出発点においては共通しているが、その到達点においては、四宮説は所有権に基づく返還請求権になぞらえて、その内容を構成しようとする(前述したように時効消滅期間を二〇年とする)。そのために優先弁済権を否定される。しかし安達説においては、その内容は他物権たる担保物権としての先取り特権である(被担保債権の時効消滅にともなって消滅する)。したがってその効力は優先弁済権そのものである。ここにおいて両者は完全に袂をわかつことになる。また四宮説は、金銭が窃取されたり、騙取されたり、預かり金が不法に第三者に処分されたような、不法性がある金銭の占有移転があった場合のみを問題にするが、筆者の説では、不法性の無い金銭の占有移転、たとえば預かり金を不法領得の意思なしに自己名義で預金したような場合をも視野に入れる(前述第一章一、二参照)。またさらには、先取り特権の問題一般を視野に入れた一環として、分別保管された委託金銭の上の先取り特権の問題を扱う、要するに、より広い範囲の問題を視野に入れて考察するという点で異なっている、といえるのではなからうか。

二 騙取金による弁済

1 乙が甲から騙取した金銭により弁済を得た債権者Aに対して、被騙取者甲は不当利得返還請求権を行使しうるか。この問題について最高裁判例は、受領者が悪意・重過失のとき、行使し得るとした（最判昭和四九・九・二六民集二八巻六号二四三頁）。学説もこれを支持しているが、不当利得法理をもってなされるその理論的説明は必ずしも簡明、容易でない。しかし前述したように、騙取金が分別管理されている限り、被騙取者が騙取者に対して有する債権としての、金銭の返還請求権を担保するために、特定物としての性質を有する、分別管理された金銭の上に先取り特権を取得する、と解することによって、判例に則した解決を導きだすことが可能となる（具体的な問題の処理に関する両者の差異については後述する）。もっとも前述したように、第三取得者に対する対抗力（三三三三三）の問題を解釈上、如何にして克服するかは課題は残る。私は前述したように、条理にしたがった解釈を主張したい。

2 なおこのように、Aの悪意重過失のときは、三三三三三の規定にかかわらず甲の先取り特権は失われぬ、と解釈した場合、甲がその効力によってAから弁済を受ける手続きが問題となる。この問題を基本に立ち返って考察するために、仮に一般債権者Aが債務者乙との合意により、甲が先取り特権を有する乙所有の動産を、債権の弁済に代えて取得した場合を考えよう。前述のように、Aが悪意重過失のとき、甲の先取り特権は失われぬと解するときは、Aは、A所有物の上に甲が——乙に対する債権の担保のために——先取り特権を有する物上保証人となる。ここで甲がAの占有に移った当該動産から優先弁済を受けようとして、競売権を行使しうるか。その前提としては、甲がAからその物の引き渡しを受けて、これを執行官に引き渡す必要がある。ところが動産先取り特権の実行に関して、「執行官に目的物を提出するか、動産の占有者が差押を承諾することを証する文書を提出したときに限り、競売が開始す

る（民執法一八〇条現一九〇条）。したがって先取り特権者の占有下でない限り、事実上、競売は不可能である」とされる（高木「新版・担保物権法」四六頁）。しかし悪意重過失ある第三取得者に対する先取り特権の存在を認める限りは、その効力として競売権を認めるべきであり、そのために必要な権利として、引き渡し請求権を認めるべきである。立法の明らかな欠陥であり、条理による法規の補充を主張したい。

それでは乙所有の動産が代物弁済によってAに移転したのではなく、乙が分別管理された金銭でAに支払ったときはどうなるか。このときは、先取り特権者甲が、目的物を金銭に換えるために競売を申し立てる必要はなく、単にAから弁済を受けるだけで足りる。その限りでは、他の債権者に優先して弁済を受け得る優先弁済権としての先取り特権の直接的効力として（競売の前提としての物の引き渡し請求でなく）債権者甲は直接に、一般債権者Aに当該金銭の支払を求め、優先して弁済を受け得ると解してよいであろう（ただし前述のように民執法一八〇条（現一九〇条）の文言に厳格にこだわる立場からの反論は当然あり得る）。ここまでの結果は、前記最高裁昭和四九年九月二六日判決の結果と基本的に異ならない。しかしながら全く同一の結果になるわけではない。私見では、乙によってAに支払われた金銭について、甲がAから引き渡しを得て、自己の乙にたいする債権の優先弁済に充てたとき、甲の乙に対する債権は満足を得て消滅する一方、一旦消滅したはずのAの乙に対する債権は、復活することになる。というのは、Aの乙に対する債権は一旦は弁済によって消滅したはずであるが、弁済にあてられた金銭が甲によって取り上げられることによって弁済は無効となり、したがってAの乙に対する債権は復活するわけである。

また筆者の立場からは、甲がAに対して、Aが乙から受け取った金銭の引き渡しを求める際に、甲以外の他の債権者甲ダッシュからの配当要求があった場合、これを拒みうることは当然であるが、不当利得法理による解決の場合には、困難であり、配当要求に応じなければならぬはずであろう。もしそのように解しないとすれば、その根拠をい

かに説明するか、困難な問題ではなからうか。

3 なお騙取者乙が、騙取金で、丙のBに対する債務を弁済（第三者の弁済）したときを検討しよう。Bが弁済受領時に騙取金なることについて悪意・重過失のとき、私見によれば、当該金銭が分別管理されている限り、その上に甲は乙に対する債権の確保のために先取り特権を取得する。したがって甲が当該金銭から他の債権者に優先して弁済を受けることができる。このときその金額の範囲で、Bの丙からの弁済受領は無効となる。したがってBの丙に対する債権は復活する。この復活に応じて、乙の丙に対する求償権（乙が丙のためにした第三者の弁済の効果として生じたはずの求償権）も遡って消滅する。したがって、もし乙が丙にたいしてたまたま既に求償権を行使し、その支払いをうけていたときは、改めて返還しななければならない（非償弁済）。

補説

ア なお四宮教授は、前に指摘したように、かつて提示された自説すなわち「価値所有者の意思に基づかないで金銭の占有が移転した場合は、価値所有者の回復権が発生する」との所説（その反対解釈からすると、意思に基づく占有の移転のときは、回復権は発生しないことになる）を改説し、騙取金であることにつき悪意重過失で支払いを受けた一般債権者に対して、被騙取者は不当利得返還請求権を行使しようとした最高裁判昭和四十九年判決に賛成された（四宮「事務管理・不当利得・不法行為」一七八頁、一九八一年）。改説の理由は、1悪意重過失ある一般債権者は、保護の必要性を欠く、2有価証券の善意取得規定（商法五一九条、手形法一六条二項、小切手法二一条との権衡）3価値のビンディカチオに類似する信託受益者の追求権（信託法三一条但書後段）4昭和四十九年最高裁判決を挙げられる。改説に付いて、これを批判する学者もあるが（奥田・法律時報四九卷一〇号一〇九頁「民法の歩み」、稲本「民法II・物権法」一九八三年八二頁）、思うにこの改説は四宮説の根本にかかわるものではなく、むしろ四宮説の本来の立場からいっても、金銭の占有者に過ぎずして、その処分権を持たない騙取者が一般債権者に弁済するという行為は、無権限者の処分行為であるから、原則として無効となるはずであり、例外的に善意・無重過失の相手方すなわち弁済を受領した一般債権者は保護され、その弁済が有効となるわけである。この意味で改説は、むしろ四宮説の本来の趣旨によりよく適合した修正といえるであらう。

なお四宮改説の立場では、乙によってAに支払われた金銭が騙取金なることについてAが悪意もしくは重過失のあるとき、甲はAから当該金銭を物権的返還請求権によって返還請求しうるのであるから、甲以外の他の債権者甲ダッシュの配当要求を拒み得るはずである。また、その金銭が浪費などによって消滅したようなときは、物権的返還請求権も消滅するはずである。しかし甲がAから支払いを受け、その結果甲の乙に対する債権が満足を得て消滅したときは、Aの乙に対する、一旦弁済によって消滅したはずの債権は復活することになるはずである。したがって四宮改説は、具体的な問題の処理の点で、金銭の上に先取り特権の成立を認める私見の立場と共通するところが多いはずである。

イ ちなみに好美教授も、価値のビンディカチオの考え方を採ることによって——不当利得法理からでなく——判例のいう、悪意重過失により受領した一般債権者からの被騙取者の保護が図られる、と主張されている（好美「騙取金銭による弁済について」一橋論叢九五巻一—二頁）。

ウ なお加藤雅信教授（加藤「不当利得・事務管理」一六六頁）および、広中俊雄教授（広中「債権各論講義」四〇七頁）はともに価値のビンディカチオ説に対して基本的に好意的である。その具体的な内容はそれぞれ差異があるが、しかしいずれも詐害行為取消権に類する扱いが必要だとして、弁済をなす債務者の無資力を要求し、また弁済を受ける一般債権者の悪意重過失を要求するが、その際の悪意重過失とは、とりわけ加藤説においては、騙取金なることについてはなく、債務者の無資力についてである。したがって判例の解決とも、また四宮説の解決ともかなり異なった処理が主張されるわけである。念のため騙取金の上に先取り特権を認める私見では、詐害行為取消権とは全く異なった制度として扱うことになるから、債務者の資力の有無は問題にならず、したがって弁済を受領する一般債務者の悪意重過失は、騙取金なることについてのそれであって債務者（騙取者）の資力の有無についてのそれでないことはいままでもない。また被騙取者が取り返した金銭から優先弁済を受けることも先取り特権の効果として、当然である。

エ なお債務者すなわち騙取者の無資力を要求する説に対する私見による批判としては、前述第一章一—二頁末尾で述べたような、Barr.の所説への松岡教授の疑問に対する批判が、こゝでもあてはまる。

また騙取金による債務の弁済を被騙者が否認して優先弁済を受ける関係（先取り特権の法理が適用される関係）と、詐害行為取消権に関する次の関係、つまり債務者乙の無資力を知りつつ、一部債権者丙が、債務者乙と共謀して他の債権者甲に優先して弁済を受けた場合に、甲は詐害行為取消権によって乙の丙に対する弁済を否認して丙からその受領金額の返還を求め、自己の返済の宛てることができるという、判例・学説によって認められた関係（拙著「債権総論講義」一一二頁以下参照）とは、たがいに類似す

る。そのために、後者の関係において要求される、債務者の無資力要件を、前者の騙取金による弁済の関係においても、要求すべきだとする、前述のような見解が現れることになるのも無理からぬことかもしれない。しかしながら騙取金による弁済のケースでは、被騙取者が騙取者に対して取得する債権たる返還請求権（発生原因において特殊な債権）の満足を得るために、弁済を受領した他の一般債権者にかかってくるという関係であるのに対して、詐害行為取消権が適用されるケースでは、通常の発生原因により債権を取得した一般債権者が、不法に優先弁済を得たほかの債権者にかかってくる関係であり、このような債権の発生原因が異なることから（一般的にいえば、AがBに対する債権を取得すると同一の事実によってBが財産権を取得するという関係が認められ、その結果、先取り特権が成立する関係が認められるか、もしくはそうでないか、によって）上述のような、債務者の無資力要件とするか否か、の差異が導かれることにならざるを得ないわけである。

オ 以上述べたように、私見は、金を騙取された被騙取者は、その金銭の返還を求める債権の履行の確保のために、騙取金から弁済を得た一般債権者に対して、その者が弁済を得た当時、騙取金なることについて悪意、重過失があったときは、当該騙取金の上先取り特権を取得する、と解する。ところでこのような先取り特権を認めることに対して、鈴木緑也教授は、法律に規定のない、公示方法も備えていない先取り特権を認めるべきでない、と主張される（鈴木「債権法講義・四訂判、七六七頁」）この見解は、前に本稿第一章二で紹介した、直接訴権の適用範囲を制限的に解し、優先弁済権の成立を制限すべしとする同教授の見解と軌を一にすることはいうまでもない、もともと教授は騙取金に関する説明のところで、かつ、金銭のレイ・ペンディカチオを認める四宮説への批判的な言及に関連して、割注の形で次のように述べられる。「ただ、Y（つまり被騙取者）がその所有の金銭をX（つまり騙取者）に奪取された場合に限り、通説のようにYのXに対する損害賠償請求権を認めるだけでなしに、Xの他の債権者に優先する権利をYに与えるために、奪われた金銭につき、Yに所有権的なものの残存を説くことは、不可能ではあるまい」と説く。実際の具体的な妥当性を重んじる教授の立場から「所有権的なものの残存物」というような、曖昧な文学的表現を持ち出して、本来の主張を修正されるのであるが、しかし、より明確な理論的根拠付けが必要なのではなからうか。

カ また松岡教授は、被騙取者が騙取者に対する不当利得債権の満足を得るために、騙取金によって弁済を得た他の一般債権者から請求し得る、そしてその他の、まだ支払いを受けていない一般債権者にたいしても優先して弁済を受け得る、とされる。この解決を金銭価値のレイ・ペンディカチオによらない、新しい理論によって導こうとされる。この点では私見と共通する。もともとこれが具体的に如何なる内容の理論であるか、が問題である。教授が一九九九年に発表された論文「騙取金による債務の弁済」（関西信託研究会刊「法形式と法実質の調整に関する総合研究Ⅱ」所収）の段階では、このテーマに関して、判例、学説の詳細な研究

を試み、その最後に、自説に関して、これは四宮教授の主張する物権的価値返還請求権とは異なり、「物権形式に依拠せず不当利得債権そのものに、一定の場合、優先的効力を認める見解である」としつつ、その方向性について、川村泰啓教授の説を受け継ぎ、発展させたものと述べるものの、その具体的な内容については「物権債権の区別、債権者平等原則という一般に共有されている前提に対して、根本的な再編を迫る内容をもつが、その主張が（執行法も含めて）全法体系の中で無理なく貫徹できることは、まだ十分実証されていない」（前掲書一一五頁）として、極めて漠然としたかたちで、将来の研究への展望を述べるところととまる。

恐らく本稿第一章一・二イで取上げた、同教授によるロビの所説の紹介と研究は、松岡説の具体的内容が、これを起点として明らかになる第一歩と見ることができるとはなからうか。私はロビの説を手掛かりに、わたしなりにこの問題に挑戦して、その結果、先取り特権の成立に関する一般法理を打ち出し、騙取金による弁済も、この法理の一環をなすものとして、この問題を捉えた次第である。わたしの試みが、同教授の今後の研究に資するところがあれば幸いである。

三 誤振込と収納代行者を用いた振替

(一) 誤振込について

1 誤振込のときに生じる問題とは、次のような問題である。振込依頼人甲は受取人乙に債務（対価関係上の原因債務）を負っていないのに、負っていると誤信して、銀行Aに振込依頼した。そのためAは乙の口座に貸記した。このとき乙はAに対して有効に預金債権を取得するか、が問題となる。これを肯定し、有効に預金債権が成立するとしたとき、依頼人甲は受取人乙にたいして不当利得返還請求権を取得するが、このとき乙に対する一般債権者甲ダッシュが乙のAに対する預金債権を差し押さえたときで、依頼人甲はこれに対抗して第三者異議の訴えを起こしたとき、これが認められるか、これがまさに最判平成八・四・二六民集五〇巻五号一二六七頁で争われた問題である。最高裁は下級審判決を破棄・自判し、預金債権の有効な成立を認めるとともに、第三者異議の訴えを棄却した。簡単に判決理由を紹介すると、まず第一の点について「振込は銀行間及び銀行店舗間の送金手続きを通して安全・安価・迅速に資

金を移動する手段であつて、多数かつ多額の資金移動を円滑に処理するため、その仲介に当たる銀行が各資金移動の原因となる法律関係の存否・内容に関知することなくこれを遂行する仕組みがとられているからである」として振込制度の目的を根拠とする。そして第二点については、振込によって受取人が振込金額相当の預金債権を取得したときは「振込依頼人は、受取人に対し、右同額の不当利得返還請求権を取得することがあるにとどまり、右預金債権の譲渡を妨げる権利を取得しうるわけではない」と判示する。これは従前の下級審判例の流れに真つ向から反するもので、多くの学者の注目を集めた。岩原教授は、第一段の貸記が有効に成立するかの問題についても、第二段の第三者異議の訴えの可否の問題についても、判旨に反対されている（後述のように森田広樹教授はいずれにも賛成される。私は岩原教授とともにいずれにも反対説を主張している）。

（第一段の問題については、岩原教授は、UCCの「振込委託の撤回」に関する規定を援用しつつ、わが国での解釈としては、主に利益考量的理由から反対されるが、私は、基本的に債権譲渡に関する法理を援用する。つまり甲の乙に対する債務の弁済のために甲のAに対する債権が譲渡されたてAが乙に支払ったとき、善意のAの弁済は四七八条の定める債権の単占有者に対する弁済者保護の規定により、その弁済は有効となるが、しかしAが敢えて無効を主張したときは——その際、譲渡人甲の同意を要するかは問題であるが、前に論じたこともあるので（志林一〇八巻三号一四頁）ここでは深くは立ち入らない——その弁済は無効となる。この法理を誤振込の場合に援用すると——振込についてはAに相当する銀行の善意悪意は問題とならないが、これについてもここでは深くは立ち入らない——誤振込における銀行Aは自ら貸記の無効を主張することもできる。しかし原則どうり有効を主張し得るのはいずれでもない。さらに岩原教授と同様に、手形法四〇条三項の準用も問題になり得る、と考える。したがって受取人の無権利を容易に証明するに足る証拠の存在をAが知り、もしくは重過失によって知らずにAが貸記したときは、Aの同意の有無に拘わらず、貸記は無効となるから、依頼人甲の側からでもその無効を主張し得る。詳しくは志林一〇六巻三号五〇頁以下、同一〇八巻三号一七頁以下参照）。

いずれにせよ、第一段の問題として、貸記が有効で、乙のAに対する預金債権が有効になる余地は（私見の立場か

らも十分に)存する。そしてこれが有効であることを前提にして、第二段の問題が登場することになるわけである。

2 第二段の問題つまり依頼人による第三者異議の訴えが認められるかの問題について、岩原教授は、判示に反対する根拠に関して「この問題は、騙取金もしくは横領した金銭による債務の弁済を受けた債権者は、悪意または重過失があった場合、不当利得返還債務を負うという、最高裁判例(最判昭和四九・九・二六民集二八巻六号二二四三頁)との関連で考える」として「受取人の債権者が弁済を受けた場合、当該債務者は誤振込によって資金を失った振込依頼人に対して不当利得返還義務を負うとすれば、当該債権の差押え・取立てを認めた上でそれを不当利得返還させるよりは、差押えに対する振込依頼人の第三者異議を認めてよい」とされる(岩原「電子決済と法」三四七頁)。しかし私は、騙取金の事案では、騙取金を受領した者が不当利得返還義務を負う要件として、その悪意・重過失が問題になるのに對して、誤振込の場合に騙取金の受領者に対応するはずの一般債権者については、その悪意・重過失は問題とならないことを考えると、両者の間の利益状況には大きな違いがある。したがって騙取金による弁済の判例を援用することは適当ではない、として岩原説を批判した(志林一〇六巻六号七八頁)。

この批判についてはここで改めて若干訂正しておきたい。誤振込について後述するような先取り特権説を採る私見の立場においては、騙取金の事案においても、結論だけを述べると、先取り特権の構成——後に詳しく述べるが、要するに、騙取金を被騙取者に返還すべき債務の担保のために、物としての分別管理された金銭の上に、先取り特権が成立することを認める構成——を採ることによって、解決が容易に導かれ、少なくとも問題の解明に資する。その際、弁済を受領する債権者の悪意・重過失が要求される理由も明らかになる、と考える。その意味で岩原説が誤振込の問題について、騙取金による弁済の判例を援用したのは決して不当ではない、と考える。また付け加えると前稿では、岩原説に対する、もう一つの批判として、「振込受取人による預金債権の受領とこれに対応する騙取金による弁済を受領する一般債権者の受領とは、その不当性では共通するが、その質において重要な差異がある」と指摘した。しかしこの両者を比較することは無意味であったことを反省し、この部分を削除する。

なお筆者自身は右判例につき第三者異議の訴えを是認するための根拠として(私見の立場に立って、現行法に則して正

確にいえば、それと同じ意味を有する民事執行法一三三条で定める「優先弁済を求める請求」の根拠として、依頼人は、受取人に対する債権としての不当利得返還請求権を担保するため、受取人の銀行に対する預金債権の上に法定担保物権としての先取り特権を取得する、と解し得る、と主張した。

そして前稿では、それを根拠づけるために、民法の先取り特権に関する若干の規定を援用し、その類推適用を主張したのであるが、その論証は、その後の考察の結果極めて不十分であることが判明したので、本稿の前半の総論部分で修正しかつ補充した。その際、フランスの直接訴権に関する議論やドイツのペールの提案なども考慮に入れ、広い範囲での先取り特権制度の適用を主張するに至った。ここでは繰り返さないが、要点のみ述べると、筆者の主張する定式は「乙の甲に対する債務の負担を生じたのと同じ事実（法律行為や事実行為）によって乙が法的権利（物権、債権など）を取得したとき、その適用を否定すべき特別の事情のない限り、原則として、甲は乙に対する債権の担保のために、乙が取得した法的権利の上に先取り特権を取得する」というものである。これをペールの試みたように、各類型ごとに分けて検討することが必要であるが、本稿後段の各論的考察の部分では、その主要な場合を取上げて検討した次第である。

また岩原教授は別の論文（前掲「預金の帰属」江頭遐曆記念論集「企業法の理論」下）でも、この判例を扱っているが、そこでは「誤振り込みにおいて、依頼人と受取人の間の原因関係が無効な場合、受取人が、銀行に対する関係での預金帰属者である」とされる。そしてこのように、だれが帰属者かを相対的に捉えるとともに、依頼人に物権的権利を認めようとする。筆者の構成においても、依頼人は受取人に対して債権的な返還請求権を有し、その担保のために受取人の銀行に対する預金債権の上に先取り特権をもつ、と解するのであるから、私見は岩原説と基本的に一致する。もっともここで敢えて問題を提起すると、右の岩原論文は元来、預金の帰属を問題にしたものであり、基本的には、金銭を預かった者が、委託されたその金銭を銀行に預金したケースであるのに対して、右の判例の事案は、金銭所有者の有効な意思によらずに、金銭が移動した場合であり、まさしく騙取した金銭を扱ったケースである。結果的には両者とも同様に扱われるにしても（第一章で述べたように）、元来、異なった類型に属することを指

摘しておきたい。

3 森田広樹教授は判旨に賛成されるが、その理由は注目に値する。同教授は、『仮に反対の立場をとりつつ第三者異議を認めるとすれば、その理論的根拠として、依頼人に預金債権の上の先取り特権を認める説が考えられよう』、としながらも、自ら提起したこの説に反対される。その理由としては、依頼人が預金債権を差し押さえたときに受取人に対する他の一般債権者も差し押さえた場合の執行法上の解決が明確にされていない、などの問題点が残されている現状などを考慮すると「振込依頼人は、受取人の預金債権のうち誤振込に相当する金額について、先取り特権に準じた優先権を有するものとして扱ふ解釈が、判例によって明確に認められるのであれば、クリアすることがおおよそ不可能とはいえない。しかし個別事件に関する判例の蓄積によってこのような解釈が確立するまでに生じるであろう混乱を考えると、実際には望ましい解決方法とはいえないように思われる」(森田広樹「誤振込をめぐる法律関係の分析」前掲中田、道垣内編「金融取引と民法法理」一八九頁)。なお山口敬介教授も別の誤振込事件に関する最高裁判例の評釈で、上述の森田説に賛成される。(法協一二七卷二号五四三頁)。その際、森田説を引用するとともに、一種の利益較量論をも付け加えられる点が興味を引く。やや長文ながら引用しよう。「甲名義の口座印鑑などを窃取した乙が、それを利用して甲の口座の預金債権を原資とする振込を丙に対してするという事案(①とする)が一方で存在する。他方で、同じ場面で乙が振込でなく払戻をする事案(②とする)がある。②の場合、預金債務を負う銀行に民法四七八条の過失が認められなければ、甲は預金債権を失い、その金銭的価値(利得)は乙に移転する。そして、甲は乙に不当利得債権を有するだけであり、乙の他の債権者に対して優先権を持たない。他方①の場合も、振込の際に仕向け銀行に民法四七八条の過失が認められなければ甲は預金債権を失い、その金銭的価値(利得)が移転して丙に対する不当利得債権を取得する。このように預金債権を失い、不当利得返還請求権が残る点は全く同じであるに関わらず、①の場合

には不当利得を得た丙に対する預金債権について甲が優先権を持つとすれば、それは、乙の選択する騙取手段により、不当利得債権者甲の権利内容が変わることを意味する。しかし、乙が振込という制度を利用した場合には預金債権を失った甲の権利が強化されることを説明することは難しい」。

以上の見解に対する私見の立場からする批判は、①のケースにおいて、乙が甲名義の銀行預金から不法に払戻を受けた金銭が乙の固有の金銭と分別管理された状態である限り、その金銭は物としての性質を有している（その所有権は占有者たる乙に帰属する）。そして一方で甲は乙に対して金銭の返還債権を取得するが、他方でその金銭は乙が甲から騙取した金銭に相当するから、甲は乙に対する債権の担保のために、その物としての、乙所有の金銭の上に先取り特権を取得する。

なお乙がその金銭を他の銀行に乙名義で預金したとき（つまり②の場合）、物上代位の規定の適用により、預金債権の上に先取り特権を取得する。このように解すれば①の場合と②の場合とは理論的にも同じ法理が適用されることになる。

なお乙が不法に払戻を受けた金銭で、乙に対する他の一般債権者に弁済したときについては、当該一般債権者が悪意者であるときは、この者に先取り特権を主張しうるか、が問題となる。これについてはすでに述べた。

私は先取り特権による構成を否定する前述森田説に対しては、もし法条の形式的な適用による具体的な問題の解決が社会的衡平の見地から見て妥当でなく、振込依頼人を救済する必要があるならば、解釈によって救済の途を探究すべきであり、あらゆる問題を一挙にして解決できるような理論構成がただちに見つからないからと言って解釈による救済を断念し、専らその解決を立法に俟つというのでは、解釈の果たすべき任務の放棄にならないか、その際、とりわけ学説が解釈において果たすべき先導的任務を放棄することにならないか。立法によって直ちに解決することが期

待しえない実情を考えると、解釈による必要な救済を与えずに放置することこそが、取引社会に混乱を招くことにならないであろうかと考える。多かれ少なかれ試行錯誤を免れないにしても解釈の営為の集積の中から、立法のための有益な資料も見出だされるのではなからうか。

(二) 口座振替について 口座振替で取立て代行機関丙が介在しているときの法律関係を説明しよう。ここでも出捐行為は銀行Aが代行機関丙に貸記をなすことである。その効果として、一方で丙がAに預金債権を取得するという効果が生じる。他方でAによる貸記の効果として、Aの振替依頼人甲に対する求償権が発生するとともに(甲が受取人乙に対して対価関係上の債務を負っているという通常の場合を前提すると)前述のように(「振込から口座振替へ」(二・完) 志林一〇九卷四号一五二頁)、甲は期待したとりに乙に対する債務を免れる。換言すれば、乙は甲に対する原因債権を失うという損失を被る。そこで損失を被った乙は、Aに対する預金債権(財産権)を取得した丙に対して不当利得債権を取得する。(正確には、予めなされた当事者間の合意(一種の委任契約)の効果として生じる受任者の受取物引渡義務(六四六条)の性質を有するべきかも知れない)このようにして、結局、Aの出捐行為としてのAから丙への貸記によって、一方で丙はAに預金債権を取得し、他方で同時に、乙は丙に対して不当利得債権を取得するという関係を生じる。そこでここでも乙は丙に対する不当利得債権の担保のために、丙のAに対する預金債権の上に先取り特権を取得する。ちなみに同じく代行機関のおかれた口座振替のときで、たまたま甲の乙に対する原因債務が存在しなかった誤振替のケースを考えると、ここで結論のみ指摘すると、(乙でなく)甲が丙に対して取得する不当利得債権の担保のために、丙がAに対して取得した預金債権の上に先取り特権を取得することになる。

なお本稿で、前に述べたように、振込ないし振替の場合の「出捐」の意味について、前稿とやや異った意味で用いているが、その理由は何かかを考えると、先取り特権法理によって諸問題を説明しようとする私見について、当初前稿で誤振り込みや収納代行者

による振替えを論じた当時は、「誰が出捐者か」に関して——甲の出捐により乙が財産権を取得したときに、出捐者のために先取り特権が成立すると解したために——これを重要な問題と考えた。そのため、やや無理な議論を行った。しかし現在、先取り特権を「乙が債務を負担するのと同じの事実によって乙が財産権を取得したとき、原則として先取り特権が成立する」と考え、この定式を適用して先取り特権の成立を認めようとする立場をとっているから、「出捐者は誰か」の問題は重要性を失ったといえる。とりわけ誤振り込みや収納代行者による振替えのように、多数の当事者が登場する場合については、特にそうである。

なお念のため付説すると、ここでとりあげる預金者認定が問題になるのは、前にも述べたように、金融機関に預け入れた者が他人から資金の保管を委託され、自己の名で預け入れた場合である。他人から債権の取立てを委託された者が取立てた金額を別個に保管して自己の名で預金する場合も勿論これに含まれる。したがって他人から消費貸借によって借り入れた者や通常の消費寄託によって預け入れた者が自己の名で普通預金したときは、その預金の帰属者は当該消費貸借の借主、消費寄託の受寄者であるが、金融機関は自由な運用を委ねられているのだから、消費貸借の貸主や消費寄託の寄託者は先取特権を取得しない。これに対して当座預金のときは、受寄者たる金融機関は、もっぱら手形や小切手などの支払あるいは口座振替などのために預かるものであり、金融機関が自己の利益のために運用する性質のものでないから、純然たる委任にもとづく預かり金である。したがってその当座預金債権の上にも先取特権は成立することとなる。

ちなみに普通預金と決済性預金としての当座預金との間における、先取特権成立の可能性の有無に関する差異に実質的に対応する関係として——ともに広く預金者保護の問題に属する点では共通する——、預金保険機構による預金引出の保障額の差異がある。すなわち普通預金の場合の保障額は、一つの金融機関について一千万円の限度があるが、当座預金の場合の保障額は無制限と定められている。

なお前節でとりあげた騙取金について、その上に先取特権が成立し、従ってまた騙取金を騙取者の名で預金したとき、この預金債権の上に先取特権が成立する旨を述べた。従ってその限りで騙取金の預け入れと保管委託金の預け入れとは同様な扱いを受けるわけである。

四 預金の帰属者と岩原説

1 普通預金の帰属者認定に関して、近時、重要な最高裁判例が現れた（最判平成二五・二・二二民集五七巻二号九五頁、

試験 先取り特権の概念による「預金のレイ・ビシメカチオ、騙取金による弁済、預金の帰属者、信用物証および直接訴訟などの構成（一）（安達）一九七

平成一五・六・一二民集五七卷六号五六三頁。この判例はともに、簡単にいうと騙取金の問題でなく、他人から預かった金銭を預かり人が自己の名義で銀行の普通預金に預け入れた事例である。この判例に対して極めて多くの実務家・学者が論評している。これは、銀行預金の帰属者の認定に関して、従来いわゆる客観説（預金の資金の出捐者を帰属者とする）が判例・学説上支配的であったのに対して、前記判例は、ごく大雑把に言ってこれを否定し、預金契約の当事者、ないしはその名義人を重視する立場（主観説）を採用した。もっとも客観説は無記名の定期預金のケースだったが、前記判例は普通預金のケースであり、また前記判例の理解の仕方については意見の対立もある（福井章代「預金債権の帰属について」判例タイムズ№一二二三号三九頁参照）。しかしこの判例をめぐって多くの学者がこぞって議論した問題は、近時の判例のように主観説を採った場合、一般債権者が銀行預金を差し押さえたとき、あるいは預金名義人たる預金者の破産のときに、預金の実質的な出捐者の利益を如何にして護るべきか（預金債権を預金名義人の責任財産に含ましめない解決を如何にして導き出すことができるか）、であった。ここで信託法理を活用できないかが議論され、擬制信託説も主張されている。（濫谷彰久「預金口座と信託法理」一五七頁以下。もっとも新井誠教授は、平成一五年の三つの最高裁判例の事案は擬制信託のケースに該当しない。推定信託と呼ぶべき場合に相当すると説く（新井誠「信託法三版」一九一頁）わたしはこの問題を解決する構成として、次の構成を主張したい。金銭の出捐者は、それが分別管理されている限り、その返還請求権（債権）を担保するために、物としての性質を有する金銭の上に、その金銭の返還を請求する債権を担保するために、先取り特権を取得する（なおいうまでもなく、金銭保管を委託して引き渡すと、一方で返還を求める債権が発生し、他方で、保管者は金銭所有権を取得する。この関係に基づいて先取り特権が発生する（第二章二エ参照）。そしてその金銭が銀行に普通預金や定期貯金として預け入れられたとき、物上代位の規定（三〇四条）により、預金債権の上に先取り特権が発生する。このようにして実質的な出捐者（上記判例では被騙取者ではなくて、金銭の保管を委託した者）が預

金の名義人にたいして有する債権としての返還請求権を担保するために、預金債権の上に先取り特権を取得することになる。

2 岩原教授は預金の帰属者は誰かの問題について、独自の説を主張される（前掲「預金の帰属」四三三頁）。相対的構成説と呼ぶべきもので、「預金者概念につき、金融機関が預金契約の当事者としての地位を主張する場合には原則として契約法的アプローチ、それ以外の場合、例えば第三者との間で預金の帰属が問題になる場合等には、物権法的アプローチという相対的構成を採ることが妥当」だとされる。この説では、預金契約の名義人にしたがって決まる預金者に対する一般債権者が預金債権を差し押さえたようなときは、預金の帰属者は預金名義人ではなくて実質的な預金の出捐者となるから、この者による第三者異議の訴が是認されることになる。なおこの説は従来判例の採っていた客観説と新しく採用された主観説を統一しようとする立場と言えよう。ちなみにこの説は（従来判例が「横領の目的で預金する場合」を除いて客観説を採る旨留保していたのに対して）横領目的でなされたか否かを問わない、とされている。わたしの主張する、前述の先取り特権構成においても、実際問題の処理について、おそらく岩原説と同様の解決を導くことになる。以下、より具体的に説明しよう。

ア 岩原説の立場からは「金融機関は契約法的アプローチに基づき預金契約上の地位を主張できるため……預入行為者を預金契約の相手方すなわち預金者として扱えば足りる」（それに対して客観説だとあくまで出捐者が預金者となる。）筆者の説でも、金融機関に差押通知や預入行為者の側からの通知がない限り、（たとい資金の出資者と自称する者からの、預金者は自分だから預金契約者に支払わないようにとの単純な申し入れがあっても原則としては）契約の相手方を預金者として扱えば足りる。それはあたかも甲の乙に対する債権担保のために乙の丙に対する債権に質権を設定するに当たって（乙から丙に通知するのではなく）甲から丙に通知する場合と同様に、原則として、それだけでは丙は確実に甲のための質

権の設定を認識したとはいえないから、丙は依然として乙を通常の債権者として扱って乙に支払ってよいのが原則であると同様である。そして教授も、おそらく同様の趣旨から、この点が、岩原説が従来の説と異なる点だと強調して、次のように説く。すなわち客観説だと、金融機関が預金契約の締結時に、預金行為者を預金契約の相手方（当事者）と過失なく認識しても、預金払戻時に本来の預金者（資金の出捐者）から、自分が本来の預金者だから預金行為者には払い戻さないように、という申し入れがあると、預金行為者に払い戻すと悪意や過失を問われる可能性が高くなる。これに対し、岩原説のような相対的構成では、そのような申し入れがあった後にも、金融機関としては、契約の相手方である預金行為者を預金者として扱って払戻を行えば原則として免責される、と述べられる（以上、前掲四八四頁）。

イ ただし同教授は、それに続けて、その場合でも、手形法四〇条三項の類推適用の余地があるとして、出捐者が金融機関に十分な証拠資料を提出して、出捐者が物権的権利の帰属者であることを主張・立証して、預入行為者やその差押債権者に対する支払を、金融機関が拒絶できるようにしたが、それでも金融機関が預入行為者やその債権者に払い戻すことは、金融機関に悪意、重過失があったとされるから、不法行為に当たると考えられる（前掲四八四頁）と説く。そしてこれらの場合について客観説だと、預金者を資金提供者と見た上で、金融機関が預入行為者に支払うとき、四七八条を適用し、その善意、無過失のとき——その立証責任は金融機関にある——にのみ、金融機関の支払いは例外的に有効となる（前掲四八四頁）。以上の点について、筆者の説も岩原説と一致するはずである。

ウ 前述したように、従来の客観説が、その妥当範囲を横領目的で預金契約者が預金した場合に限っていたのに対して、岩原説では、このような区別なしに一律に相対的構成説を採る。その点、筆者の立場でもこれと同じく、そのような区別はしない。ただし念のために指摘しておく、第一章後段で述べたように、まず消費貸借契約に基づいて資

金を得た借り主がその資金を用いて銀行に預金したときは、その自由な処分を委ねられているのだから、預金者はいうまでも無く借り主であり預金契約者である。自由な処分を委ねられることなしに、金銭を他人から預かり、それを自己の名で預金にした場合にのみ客観説は成り立つのであるが、岩原説の相対的構成説もこの点は同様に、他人から預かった金銭を預金した場合についてのみ相対説が主張されているはずである。その上で、他人から金銭を預かった者が横領目的で預金した場合については、そのような意図なしに預金した場合と区別して扱おうとするのが従来の客観説であり、そのような区別を認めるべきでないとするのが、岩原説である。私見の立場からは、他人から預かった金銭を横領目的で自己の名で預金したときは、いわゆる騙取金を自己の名で預金した場合に準じて扱えばよい。そしてこの場合にも結果的には、預金債権の上に、原所有者つまり資金の出捐者に相当する者が、預金名義人に対して取得する金銭の返還を求める債権の担保のために、先取り特権を取得する。もっとも私見の立場から厳密に言えば、純然たる委託による預かり金を自己の名で預金したときと、騙取金を自己の名で預金したときとは、第一章後段で述べたように、類型としては異なる類型に属する。この点、岩原教授はこの論文の中で、前述第二章三でとりあげた平成八年の最高裁の誤振り込み判例についても言及し、振り込み依頼人が金銭出捐者で受取人は預金契約者だとした上で相対的構成説を適用される（前掲論文四六八頁）。しかし筆者の立場からは、受取人は騙取者に相当し、この者に対する依頼人の不当利得返還請求権の担保のために、受取人の預金債権の上に先取り特権が成立すると解することになる。

エ さて岩原教授の相対的構成説のなかで用いられる「物権法的権利」あるいは「物権法的帰属移転」という観念を如何に「法律構成」するかについて、教授は「以上のような物権法的な資金の移転行為という概念は、従来論じられたことがなく、物権行為概念を採らないわが国において受け入れられるか分らないが、」と述べて様々な検討を試

みられているが、明確な回答を出すに至っていない（前掲四七〇頁参照）。筆者は同教授の説く、資金拠出者の物権法的権利とは、まさに先取り特権に該当すると考えるわけである。先取り特権と解するときに、念のためここで簡単に述べておくと、前述したように、これは法定担保物権であり、債権質に類似するが、当事者の合意によらないで成立する点において違いがあり、また公示方法が無いのが特色である。債務者から第三債務者への通知なくして成立したがって第三債務者が先取り特権の設定を知らずに債務者に支払う事態を生じ、その際の第三債務者を保護しなければならぬ。そのために第三債務者に対するその債権が、一般債権者を含む債権者によって差し押さえられたとき、あるいは債務者から第三債務者へ通知がなされたときでない限り、第三債務者は、債務者に支払ったときは、原則として有効な弁済として扱う必要がある（但し手形法四〇条三項が類推適用される余地はある）。そして念のため付け加えると、有効な弁済とされると、その結果、第三債務者の債務者に対する債務は消滅するから、その上の先取り特権が消滅するのは当然であり、債権者は無担保の債権者となる。それに反して、前述のような理由で第三債務者の債務者に対する支払いが無効となるとき、債権者は先取り特権が存続するものとして、第三債務者からあらためて取り立て、他の債権者に優先して弁済を受けられる。そして二重に支払わされる結果になる第三債務者は、債務者に一旦支払ったものを不当利得を理由に返還請求しうる。