

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(2・完)

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)

4

(開始ページ / Start Page)

217

(終了ページ / End Page)

270

(発行年 / Year)

2013-03

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00008851>

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（二・完）

安達 三季生

目次

序説 本稿執筆の経緯と目的、構成

第一章 総論的考察

一 先取り特権説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 鈴木瞭也説の紹介と批判

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（以上第一〇巻三号）

五 転用物訴権

六 保険金の直接請求権、履行補助者に対する直接請求権、使用者責任と七二五条三項

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（以上本号）

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・完）（安達）二二七

五 転用物訴権

(一) いわゆる転用物訴権に関して、わが国で問題にされている重要な判例として、昭和四五年の最高裁判例（昭和四五年七月一六日、民集二四巻七号九〇九頁）と平成七年の最高裁判例（平成七年九月一九日民集四九巻八号二八〇五頁）がある。後者は事実上、一定の重要な点において前者の判例を変更したものと考えられる。前者の事案は、念のために詳しく紹介すると、「請負人AはBの依頼によりBの持ち込んだブルドーザーを修理したが、請負代金の弁済を受けずにBにそれを返還した。ところがこのブルドーザーはBの所有ではなくBがCから賃借したものであった。無資力のためBが賃借料を支払わないので、Cは賃貸借契約を解除し、Bからブルドーザーを引き上げた。そこでAはCに対してブルドーザーの修理代金相当額を不当利得として返還請求した。但しBC間では、賃料が市場価格より安価に設定される見返りとして、修理代金はBが負担するという特約が結ばれていた。最高裁はこれを認容し、その理由として『本件ブルドーザー修理は、一面においてAに、これに要した財産および労務の提供に相当する損失を生ぜしめ、他面においてCに、右に相当する利得を生ぜしめたもので、Cの利得とAの損失のあいだに直接の因果関係ありとすることができるのであって、本件においてAのした給付（修理）を受領した者がCではなくてBであることは、右の損失および利得の間に直接の因果関係を認めることの妨げとなるものではない。ただ、右の修理はBの依頼によるものであり、したがってAはBに対して修理代金債権を有するから、AはCに対して右利得の返還請求権を有しないのを原則とする（自然損耗に対する修理の場合を含めて、その代金をBにおいて負担する旨の特約があるときは、BはCに対して不当利得返還請求権を有しない）が、Bの無資力のため、右修理代金債権の全部もしくは一部が無価値であるときは、その限度においてCの受けた利得は、Aの財産及労務に由来したものであるということができ、Aは右修理（損失）により

Cの受けた利得を、Bに対する修理代金債権が無価値である限度において不当利得としてCに対して返還を請求することができるものと解するのが相当である（修理費用をBにおいて負担するとの特約がBとCのあいだに存したとしても、AからCへの不当利得返還請求の妨げとなるものではない。J）。

後者の判例の事案は、前者のそれとかなり似ている。すなわち「請負人Aは雑居ビルの賃借人Bの依頼でビルを大改装した。ところがBから請負代金の一部の支払いを受けない間に賃借人CはBの無断転賃を理由にBとの賃貸借契約を解除し、Bは行方不明となった。AはCに対して残工事代金額相当額を不当利得として返還請求した。但しBC間では、BはCに対して、Bは賃貸借に当たって権利金の支払いを免除されるが賃借ビルの改装、修理はBが負担するという特約があった。最高裁はこれを棄却する。その理由は、『Aが建物賃借人Bとの契約に基づき右工事の修繕工事をしたところ、その後Bが無資力になったためにAのBに対する債権の全部もしくは一部が無価値である場合において、右建物の所有者Cが法律上の原因なくして修理工事に要した財産および労務の提供に相当する利益を受けたということが出来るのは、BとCの間の賃貸借契約を全体としてみて、Cが対価関係なしに右利益を受けた場合に限るものと解するのが相当である。ただしCがBとの間の賃貸借契約において何等かの形で右利益に相応する出損なし負担をしたときは、Cの受けた右利益は法律上の原因に基づくものというべきであり、AがCに対して右利益につき不当利得として返還を請求することができるのは、Cに二重の経済的負担を強いる結果になるからである。本件建物の所有者であるCがAのした本件工事によって受けた利益は、本件建物を営業用建物として賃貸するに際し、通常であれば賃借人から得ることができた権利金の支払いを免除したという負担に相当するものであって、法律上の原因なくして受けたものと言うことはできず……これは本件賃貸借契約がBの債務不履行を理由に解除されたことによって、異なるものではない。J）

(二) 以上紹介したいずれの判例においても、基本的に不当利得法理を適用し、AのCに対する不当利得が認められるか否かを問題にしている。具体的な点で兩判決に共通する点を挙げると、AのCに対する請求はBが無資力の場合に限られること(兩判例事案はいずれもBの無資力の場合である)、しかし異なる点は、BC間の関係において、前者の判例では、その間に修繕費をBが負担するとの特約があったときも(したがってB自身が修理したと仮定し、BがCに請求できないときも)AからCへの請求は認められる、とするののに対し、後者の判例では、BC間の契約において賃貸人Cは賃貸借契約においてBが改裝修理費を負担する代りに、Cは權利金を免除するという負担を受ける特約があった(したがってB自身が修繕したと仮定してもBはCに請求できない)から、AからCへの請求は認められないとする点である。

さて以上の判例は、単純化して言えば、AとBの契約に基づいてAが出損することによってCが利得を得た場合、AはCに対して不当利得返還請求をなしうるか、の問題だといえるだろう。さらにこれを基本的に肯定するとしたとき、これを認める要件としてBの無資力が要求されるか、またBC間の特約がいかなる意味を有するかが問題になる。この問題は従来、三者不当利得論の一環をなす問題と考えられてきたが、扱いに苦慮し、判例、学説においても様々に議論された。もっともその理論構成は別として、具体的な問題の解決自体については、前述平成七年最高裁判例の線ではば固まったといつてよく、学説も概ね支持に傾いているようである(藤原「不当利得法」三八四頁参照)。

しかし学説では、不当利得法理から見て是認できないとする立場も有力である(四宮「給付利得の当事者基準——三者不当利得の場合——」四宮論文集二四三頁以下、内田「民法Ⅱ債権法」など)。筆者は不当利得制度自体が内包する、衡平の理念による現行法制の不備を修正補充するという役割に鑑みて、不当利得請求の要件である、法律上の原因の有無の概念、

損失、利得、およびその間の因果関係の諸概念が、とかく弾力的に操作され、曖昧な基準となりがちであることを否めなと思う。利得を侵害利得と給付利得に分けるいわゆる類型論は、従来、不当利得理論につきまとうていた曖昧な基準を明確にするのに役立っていることは認めながらも、三者不当利得論においては、この類型論が果たして有効性を持つのか、疑問といわざるを得ない（拙稿「振込の全体的構造（三）」末尾、補論（二）参照）。以上のことを考慮すると、不当利得法理に頼らない、別の理論構成によって根拠づけることを考えてよいのではなからうか。

（三） このようにして不当利得法理によらない別の理論構成が主張されるに至っている。筆者自身の考えは、結論的にいえば、これを直接訴権に関連する問題として考察し、ここに先取り特権法理を導入しようというものである。この件については前に第一章補論で直接訴権を取り上げた際にすでに言及している。それは野田教授からの孫引きであるが、フランスでは、ラベ Labbe が直接訴権の性質について提唱した先取り特権説は広く支持され、「今もカピタン・ピカルなどの有力学者によって支持されている」と紹介されているが、但しマゾー Mazeud 教授は、その著書の旧判ではこの説を支持しながら、後にこれを捨てられた。その理由は、とくに直接訴権が問題になる責任保険における被害者の保険者に対する直接訴権の場合、被害者の加害者すなわち保険契約者に対する債権の成立する時、保険契約者の保険者に対する債権はまだ発生していない、したがって存在せざる債権の上に先取り特権が成立するはずがないというものであった（野田「フランスの責任保険法」三 法協五六巻三三三四頁）。これに対して筆者は前述したように、被害者が保険契約者に債権を取得するのに伴って、保険契約者は保険者に対して、被害者へ保険金を支払うよう請求しうる債権を取得し、その債権の上に先取り特権が成立すると解し得るのではないか、したがって先取り特権説を否定する理由にならないのではないかと疑問を述べた（第一章二 参照）。転用物訴権についても基本的にこのよ

うな考えから出発し得ると考える。もっともこれはあくまで出発点であって、一定の改変を付け加える必要がある。それについては後述する。

(四) ところでこの問題を本格的に検討する前に、いわば橋渡しのために、したがって一種の思考訓練として、前記最高裁判例を債権者代位権によって根拠づける試みを検討しよう。これは主として三宅正男教授および加藤雅信教授の提唱する説に近い。

債権者代位権が成立するためには、甲の乙に対する債権とともに乙の丙に対する債権が成立していることが必要である。前記平成七年最高裁判例の場合、甲の乙に対する債権は、建物修繕代金債権であるが、乙の丙に対する債権は、いかなるものか。仮に乙が甲に修繕代金を支払った後においては、(ここでは乙丙間の特約を除いて考えると)所有者丙が修繕によって得た利益の償還請求権であることは疑いないが、この事例の場合、まだ乙は甲に修繕代金を払っていないから、乙の丙に対する債権は成立していないわけである。ここで委任及び事務管理に関する民法六五〇条二項、および七〇二条二項がに着目される(三宅「事務管理者の行為の本人に対する効力」谷口遼磨(一)三三八頁以下)。この規定によって乙は丙に対して、丙が乙に代わって甲に修繕代金を支払うよう請求しうる旨の代弁済請求権を有する。そしてこの代弁済請求権について、甲は債権者代位権に基づき、代位行使しうることになる。このような代弁済請求権の代位行使という構成のメリットとして、甲は丙に対し、乙に代わって自己に直接支払えと請求できるから、したがって甲以外の債権者甲タッシュに事実上優先して弁済を受けることができる。また、乙の丙に対する代弁済請求については、甲乙間に予め締結された特約によって、弁済額が決まることになる。さらに債権者代位権という構成のために、債権者代位権制度の本来の趣旨から要求される債務者乙の無資力という要件とも適合する。そして以上のような

処理の仕方は、前出平成七年最高裁判例による解決とも一致する。

しかし以上のような構成にも疑問の余地がないわけではない。とくに問題になることを挙げよう。

第一に修繕が所有者丙の意思に反してなされたとき、乙は丙に対して代弁済請求権を有しない。したがって債権者代位権の構成は採用しえないとなりそうである。(このような事態の生じることが事実上稀ではあるにしても理論上の問題として無視しえない。)しかし丙の意思に反してなされたときでも、丙は現に有する利得の限度では利益の返還義務を負う(七〇二条三項)が、これについて代弁済請求から除外する必要はないのではないか。また、一般的にいつて、乙が甲に債務を弁済したとき乙が丙に求償権を取得するという関係は、委任や事務管理に相当する場合だけとは限らない。この問題についてはさらに次節で、いくつかのケースをあげて説明するが、これらすべての場合を含め得るような理論構成が望ましい。

第二に、甲の優先弁済権についてである。乙の丙に対する債権の内容は、たしかに代弁済請求権ではあるが、債権者平等の原則の本末の趣旨が、丙の乙への債務履行によって乙が受けるべき利益から、甲が独占的に満足を受けるべきでないとの趣旨だとすれば、代弁済請求権を行使したことによる利益を甲が独占することは許されないのではなからうか。代弁済の結果甲が得る利益を他の債権者に平等に分配すべきではなからうか。

第三に乙の無資力要件についてである。債権者代位権の制度は、前述したように、債権そのものを差し押さえるという体制が作られていなかった古い時代に設けられ、有体物への差押えを補充する二次的な機能を果たすものであった。このような理由から、有体物に対する差押えでは十分な満足を得られないときに、債権に対する差押えが初めて認められるということになっていたのであるまいか。そこから債務者の無資力要件が債権者代位権行使のための要件として登場したのではあるまいか。なお債務者の無資力要件は、第三債務者の保護のためのものでは決して無いこ

とを付け加えておきたい。ただし第三債務者丙はすでに弁済期の来ている債務なのであるから、それを債務者乙に直接払おうが、それとも債権者甲に払おうが、いずれにせよ自らの債務をそれによって免れることになるのであるから、第三債務者にとって、債務者の資力の有無は問題にならないからである。(また債権者代位権は、元来、總債権者のための共同担保の確保のための制度であった趣旨を考えると(もっとも実際の運用は、必ずしもそのようになっていないが)、債務者の無資力要件は、他の債権者の保護とはなんら関係がないはずである。)前掲最高裁判例が、貸借人(修繕依頼者)の無資力を要件としたのは、それが不当利得法理を適用し、賃借人に資力があれば、修繕者の損失は生じないとしたからであろう。しかし筆者は不当利得法理の適用によるのみでは解決の困難な問題と考えるわけである。(後述するように、乙の丙に対する債権の上に先取特権が成立すると解する立場では、乙の無資力は要件となりえない)

(五) 以上みたように、債権者代位権を用いた理論構成では不十分である。

筆者は、最終的見解をつぎのように提示したいと考える。甲の乙に対する債権の存続中に乙の丙に対する債権がまだ成立しておらず、乙が甲に弁済した後初めて乙の丙に対する債権(通常、求償権の形をとる)が発生する場合については、「仮に、乙が甲に支払ったとき乙が丙に対して取得するはずの債権(通常、求償権)を、現在(実際にはまだ乙から甲への支払がなされていない段階で)乙が丙に対して取得していると見做して、この債権の上に甲は乙に対する債権担保のために先取り特権を取得する」と。この構成によって、甲が直接に丙に対して請求し得ること、他の債権者甲タッシュに優先して弁済を受けることができること、また丙の甲への支払いが、丙の乙に対する支払いと乙の甲に対する支払いとの二つの意味を有すること、さらに丙から乙への支払いが無効であること、をすべてを説明できる。これらの効力は債権の上の先取り特権を認める通常の場合の効力と変らない。ただし厳密に言えば、本来は乙が甲に支払

った後に乙の丙に対する求償権が成立すべきところを、その支払いの前に求償権が発生すると擬制する構成であるから、厳密に言えば、先取り特権構成に準じた構成と呼ぶべきかも知れない。

この定式は、現行法上明文の形で定められているものではないが、しかし民法四六四条と手形法三二条三項（および同法八条三文）の規定の基礎となっている法則である。四六四条は「連帯債務者又は不可分債務者の一人のために保証をなしたる者は、他の債務者に対してその負担部分のみに付き求償を有す」となっているが、例えば甲に対して乙、丙、丁が九〇万円の連帯債務を負っているとき、戊が、乙一人のために保証しているとき、仮に戊が乙に代わって、甲に九〇万円支払ったとすると、戊は、他の連帯債務者丙、丁に対してそれぞれの負担部分三〇万円の求償権を取得する。以上のような関係を前提にして、乙の保証人戊が甲に九〇万円支払ったとき、戊は乙に対する九〇万円の求償権を取得するとともに、丙と丁に対して、直接に、それぞれ三〇万円づつの求償権を取得する。この直接請求権の基礎となっているのが、前述した定式にほかならない。

次に、手形法三二条三項は、手形保証人に関する規定であるが「保証人が為替手形の支払いをなしたるときは保証せられたる者及びその者の為替手形上の債務者に対して為替手形より生ずる権利を取得す」と定める。約束手形に引き直して見ると、Aが約束手形の振出し人、Bが受取人かつ裏書人、Cが被裏書人で所持人、PがBのための手形保証人である場合において、仮にPが被保証人Bに代わって（手形と引き換えに）支払うと、PはBに対して求償権を取得する。その償還義務者たるBがこれに応じて、（手形と引き換えに）支払うと、BはAに対して手形金額を請求し得る。以上の関係を前提にして、手形法同条号は、所持人Cに支払った保証人Pは、Bに求償権を取得するとともに、直接に（Bを経ないで）Aに請求することができる旨を定めている。この直接請求権の基礎となっているのが、まさに前述した定式である。

いいかえれば、前掲二つの条項は前述の方式を具体化したものであり、前述の方式は一般的に承認されるべき普遍的な法則といふことができるのではなからうか。この定式は、他にも適用されうるいくつかの事例がある。これについては次項で取上げよう。

なおこの定式については、民法四六四条に関して、すでに拙著債権総論講義一七五頁で、また手形法三二条三項に関して、同じく拙著「手形・小切手法の民法的基礎」一一九頁および拙著「Allgemeine Theorie des Wechsel und Scheckrechts」s.93で論じていることを指摘しておきたい。もっともそこでは直接請求権の關係の成立について述べているだけで、先取特權の成立については論じていない（ただしこの点について念のために付説すると、債権者甲の第三債務者丙に対する直接請求権を認めることは、すでに第一章二で述べているように、甲の乙（中間債務者）に対する債権について、甲ダッシュ（乙）に対する甲以外の債権者）に優先して、乙の丙に対する債権から弁済を受け得る權利が甲に認められる、という意義を有する。したがって乙の丙に対する債権の上に甲のために先取り特權が認められることと実質的になんら異なることはない。単に「先取り特權」という名称を付するか否か、だけの差異に過ぎない。）。

(六) 因みに前述の定式を前述の最高裁判例の事案に適用するとどうなるかを考察しよう。昭和四五年判例の事案の場合、仮に、賃借人すなわち修理依頼者Bが修繕者Aに修理代金を支払ったとき、Bは所有者Cに対してその額について償還請求権を取得するか。事案では、予め修理費をBが負担する旨の特約がBとCの間で交わされていたのであるから、BからCへの求償権は成立しない。したがって結局、Aは、Bに対して修理代金の請求はできて、Cに対して直接請求することはできない。その際、Bの資力の有無は問題にする必要はない。次に平成七年の判例の場合、仮に、賃借人Bが修理者Aに修理代金を支払ったとすれば、元来はBはCに対して償還請求権を取得するはず

であるが、事案では、権利金が免除される代わりに、修繕代はBが負担するとの特約があったのであるから、結局、BからCへの求償権は成立しない。したがってこの関係を前提にして前掲の定式をあてはめると、結局、AからCに対し、直接に請求することはできない。ここでもBの資力の有無は問題とならない。

なお資力の有無を問わないとする私見の根拠については、第一章一イ末尾で、また騙取金による并済に関連して第二章二補説ウで詳しく述べた。

念のため、ここで簡単に述べるならば、一般に先取特権の成立については、債務者の無資力が要件とならないことと対応して理解すべきであるからである。

(七) 動産保存の先取り特権(三二〇条)が絡む事例について検討しよう。C所有の動産の質借人Bが目的物をAに頼んで修繕してもらったとしよう。このとき動産保存の先取り特権が問題になる。ここで仮に、BがAに修繕代金を支払ったとすると、それが保存費に相当する限り、BはCに対して、求償権を取得する。そしてこの求償権の満足を得るために目的物の上に動産保存の先取り特権(三二〇条)が成立する。この関係を前提にして、前述の定式を適用すれば、次のようになる。すなわち目的物の上の先取り特権によって担保された、BのCに対する債権それ自体の上に、AのBに対する修繕代金債権を担保するための先取り特権を、Aは取得する。ここでは先取り特権の上にさらに先取り特権が成立するといういわば先取り特権の二重構造の形が現れるが、不合理なものではなく、決して理解の困難な形ではない。なおAがBから頼まれて修繕した際に、目的物をB所有の物と誤信したとき、三一八条の適用により、Aは、Bに対する修繕代金債権の担保のために、その物の上に先取り特権を取得する。これをAが行使してBから債権の満足を得た場合については、BがCに求償するにあたって、その物の上の先取り特権はすでに消滅しているのであるから、これを再び行使することはできないのはいうまでもない。

六 保険金の直接請求権、履行補助者に対する直接請求権、使用者責任と七一五条三項

(一) 責任保険とは、被保険者が法律の規定もしくは契約により第三者に対して一定の給付をする責任を負うことになった場合に、その損害の填補を目的とする保険をいう、とされる。(有斐閣「新法律学辞典」)したがってその本来の趣旨からすると、保険契約者すなわち被保険者が被害者たる第三者に給付(損害賠償)をなした後に、その給付額に相当する額について保険者に対して保険給付を請求しうる、とするのが正当なはずである。けだし被害者が被保険者に対して損害賠償債権を取得したからといって直ちにこれを行使するとは限らず、したがって被保険者に直ちに保険金によって填補さるべき損害が発生したことにはならないし、また被害者が被保険者に対して損害賠償請求をなしたときでも、その後免除する余地も無い訳ではないからである。(もともと近時の通説は、被害者が被保険者に対して損害賠償請求をした時点において、被保険者の保険者に対する保険金請求権が発生すると解している(同上「新法律学辞典」参照。このように解する効果として、その時点で被害者は加害者すなわち被保険者に対する債権の満足を得るために、被保険者の保険者に対する保険金請求権を差し押さえることができ、また被保険者の無資力のときには債権者代位権を行使して保険者からの支払いを求めることも可能となる。)

しかしいづれにせよ第三者の側からいえば、第三者は加害者たる被保険者に請求しうるのみで、直接に保険者に請求することはできないとするのが建て前に則しているはずである。しかし一方で、被保険者が無資力で、保険者に資力のある場合を考え、また他方で、被害者の取得する損害賠償債権の発生と被保険者が保険者に対して取得する保険金請求権の発生との間に緊密な因果関係が存在することを考慮すると、被害者を保護するためには、被害者の保険者に対する直接請求権を認め、また被害者が他の一般債権者に優先して保険金の支払いを受け得る処置を講じることが

必要である。そしてこのような扱いは保険者と被保険者の間の保険契約の趣旨に逸脱してはいない、と言い得る。そこで商法六六七条は保管者の責任保険に関する直接請求権を規定し「賃借人その他他人の物を保管する者がその支払うことあるべき損害賠償のためその物を保険に付したるときは、所有者は保険者に対して直接にその損害の填補を請求することを得」と定める。このように他人の物を保管する者の損害賠償義務については、特別規定によって被害者たる所有者から保険者に対する直接請求権が認められ、また優先弁済権も認めている。それではこの規定を他人の物を保管する者についての責任保険以外の他の責任保険一般についても拡張して適用することが可能であるか。立法論としては拡張適用が必要であると認めるのが学説上有力であるが、解釈論としてこれを肯定すべきだとするのは、まだ通説とはいえないと思われる。

追記 利益衡量の見地からみて望まれた、右のような解決は、後にあらためて取上げる、最近の保険法の改正によって実現されるに至った。しかしその理論的根拠をいかに解し、いかに理論構成するかが、さらに論じられなければならないが、以下の説明はこれを明らかにするのに役立つであろう。

しかし筆者は前項の転用物訴権に関して述べたように、乙が甲に対する債務を支払ったときに、その効果として、乙が丙に対して償還請求権を取得するという法律関係があるときは、あたかも乙の甲に対する債務負担を生じると同一の事実によって乙が丙に対して債権を取得する場合に準じて扱うべきである、と考える。すなわち実際には乙が甲にまだ支払っていない段階において、あたかも支払いがなされたことによって求償権が発生していると同じく扱い、この求償権について、甲は直接にこれを行使することができる、と解する。そしてこのような甲の丙に対する直接請求権の根拠として先取り特権を援用する。すなわち甲は乙に対する債権の担保のために乙の丙に対する債権の上に先取り特権を取得するから、甲は丙に対して直接請求権を取得する、と解するわけである。

以上述べた定式を責任保険の場合に適用すると、第三者たる被害者が加害者たる被保険者に対して損害損害賠償債権を取得すると同時に、それが支払われたと看做され、その結果被保険者の保険者に対する保険金請求権が発生すると看做される。そして第三者たる被害者が被保険者に対して取得する賠償請求権の担保のために、被保険者が保険者に対して取得すると看做されるところの保険金給付請求権の上に先取り特権を取得する。その結果第三者たる被害者は保険者に直接請求権を取得し、また被害者は他の債権者に優先して弁済を受けることができる。そして責任保険の場合、保険者は第三者たる被害者が直接訴権を有することを当然に知っている、もしくは知り得べきであるから、いわゆる不完全直接訴権でなく、完全直接訴権が成立する。したがって保険者が被保険者に支払っても無効な支払いとなり、改めて被害者に直接支払う義務を免れることはできない。また直接請求権を行使する場合、その範囲は、一方で、被害者の被保険者に請求しうる限度で、また同時に被保険者が保険者に請求しうる限度に限られる。

追記2 前に一言した、最近の保険法の改正（平成二〇・六・六制定、平成二一・四・一施行）による被害者の保険者に対する直接請求権および先取特権の理論的根拠ないし理論構成を、右のように解することによって、被害者、保険契約者、保険者の三者間の具体的な法律関係の解明が容易になると思う。

なお自動車損害賠償責任保険や原子力損害賠償保険のように、法律によって強制加入とされる責任保険においては、それに対応して、加害者たる被保険者には無過失責任に近い責任が認められ、その保険者の給付すべき保険金額については法律で一定の額が定められている。また被害者の直接請求権を差押えることはできない、と定められている。差押え禁止規定は、それによって被害者が保険金額を現実を受け取ることを可能にする趣旨であるから、この趣旨からすると、保険者に対する被保険者以外の他の一般債権者からの、保険金に対する平等な弁済を求める申し入れを被害者は拒むことができる、と解すべきではなからうか。つまり被保険者に対する他の一般債権者、に対して優先弁済を受け得ることは、被保険者の保険者に対する請求権の上の先取り特権の効果として認められることはいうまでもないことであるが、それだけでなく、保険者に対する他の一般債権者に対しても優先弁済を受けることができるかと解しうる余地があるのではなからうか。なおこの点を特に指摘する理由は、通常の責任保険の場合には、被害

者たる第三者の保険者に対する直接請求権に関しては、被保険者に対する被害者以外の他の一般債権者からの配当要求については、これを拒み得るのは当然であるが、保険者に対する被保険者以外の他の一般債権者からの配当要求は拒むことはできない（というのは保険者に対する他の一般債権者に対して優先弁済権を主張しうる根拠としての一般先取り特権は認められていないからである）。以上の理を明らかにする必要があると考えたからである。

補論 しかし翻って考えると、一般論として、BのCに対する債権を差押禁止債権とすることは、それによってBに対する債権者たるAの犠牲においてBに現実弁済の利益を与えるものであるが、しかし他方、BのCに対する債権に一般の先取り特権を認めることは、それによってB以外の他の一般債権者たるBダッシュの犠牲においてBに優先弁済権を与え、十分な弁済の利益を与えようとするものである。このように両者はBに確実な弁済を与えようとする点では共通するが、しかしその方法については違いがある。Bに両方の利益を与えることはBの保護のためには望ましいことではあるが、一方だけが与えられ、他方は与えられないという解決は必ずしも背理であるとはいえない。実定法の規定でも、現にそのような事例は少なからず見出だされる。たとえば給料債権（および賞与や退職年金など）は原則としてその四分の三に相当する額が差押禁止債権であるが（民執法一五二条）、他方、雇人給料については、最後の六か月分について一般先取り特権が認められている（民三〇八条（追記）なおこの規定は、平成十五年に全文改正され、「雇関係の取得特権は、給与その他債務者と使用人らの間の雇関係に基づいて生じた債権について存する」と改められた）。このような事情を考慮すると、自賠法で被害者の保険会社に対する直接請求権について、これを差押禁止債権とする規定があるからといって、この債権が一般の先取特権によって保護されなければならないと解することは、立法論としてはともかく、現行法の解釈論としては、無理であろう。

追記³

a 前に第一章二一の末尾近く、(追記)として簡単に取上げたように、岩崎稜教授(「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」)によれば、近時のフランスの責任保険に関して、被害者の保険者に対する直接請求権を基礎付ける有力な理論構成として先取り特権説と留置義務説が挙げられ、その優劣が論じられている。この問題は先取り特権説を採る私見の立場から見て重要な問題なので、やや詳しく紹介し、かつ論評しよう。先取り特権説に対する批判として、この立場は「保険契約者が保険金債権の権利者であり、かつ被害者が保険契約者のこの権利の上の先取り特権付き債権者であることを前提とする」。ただし「先取り特権の本体的効果は、債務者の財産に属する所の対象になる財貨上に、他の債権者に優先して、先取り特権者に彼の権利を行使させる事である。所論の場合、これは保険金が保険者から保険契約者に支払われたことを前提する。この点において、先取り特権説は二重の意味において成立不能である。第一に、保険者の支払った保険金は保険契約者の総財産に混同しきり個別不可能となる。この故にこそ、法律が保険者に保険金支払いを禁止するのだ。第二に、この保険者の留置義務により保険契約者の保険金債権が存在となるから、被害者は保険金入手のため先取り特権を利用することができない。」(以上の引用文の前段はMaxeud、後段はHebrandの著書からの引用である)。そして「民法二〇九五条の定義する所によれば、先取り特権とは債権の性質上、ある債権者が他の債権者に優先する権利である。また保険金に対して排他的権利をもつ被害者は他の債権者の競合も受けない……」。保険者の留置義務は被害者を彼が賠償を受ける時まで保険金債権者たらしめる。排他的債権者たる被害者にはいかなる競合も生じない。被害者が先取り特権者であるとの表現は、たかだか、この被害者に留保される排他的利益を特徴づける便宜上用いうるにすぎない(以上はBirnの著書からの引用である)。以上の引用文に続けて、岩崎教授は次のように結論づける。「要するに、先取り特権説は他の債権者を排除するという効果の面に捉われて、被害者の権利がこの効果を生じさせる機能構造の検討を怠った現象論である。……保険契約者の他の債権者は保険金債権につき全く権利をもたない。競合しえないのではなく、競合問題が生じないのである」と結ぶ(香川大学経済論叢、三一巻一四四一頁)。

b 同教授は先取り特権説(およびその他、第三者のためにする契約説、更改novation説、債権移転説などについても)を批判し、留置義務説が現在の通説・判例の採る処となった、としてこれについて次のように紹介される。「直接訴権の基礎に関する理論構成がすべて何等かの欠陥をもつ故、この問題は結局、法文を忠実かつ素直に解した留置義務(「obligation de rétention」)説がその抽象性ないし無内容性により最も無難なものと見られ、最近の多数説となった。判例もまたこれに従う」。この説は「保険契約者が賠償義務を履行するまで、保険者に被害者以外の者への支払いを禁止する」旨の一九三〇年法第五三条が規定する「保険

者の留置義務」から被害者の直接請求権を帰結するのであるが、この説の特徴に関する同教授自身の論評として「この説によれば、五三条は被害者に固有な法定直接請求権を創設したことになるが、その規定の間接性により、この権利の内容・構造は全くの白紙である。この点はまたこの説が通説化した原因の一でもあるが、その権利の内在的な究明は解釈に一任されている」とされる（前掲四一二頁）。

c さて以上に紹介したようなフランスにおける、先取り特権説に対する批判の内容は、本稿第一章二一の中段で取上げた Mazeaud の批判と基本的には異ならず、これを敷衍しただけともいえるが、いずれにせよ先取り特権説の純粹な形に対する批判としては全く正当である。しかし筆者の主張する先取り特権説に対する批判としては当たっていない。というのは筆者の説は、純粹な形での先取り特権説を要容したものであり、正確には「単・先取り特権説」というべき内容だからである。ただし私見で、仮りに被害者甲の保険契約者乙に対する賠償請求権の発生と同時に、それが履行されたと仮定したとき、その結果発生すべき乙の保険者丙に対する保険金請求権の上に、甲の乙に対する賠償請求権の担保のために、先取り特権が発生すると述べたが、現実には甲の乙に対する賠償請求権が発生していないのだから、現実には乙の丙に対する債権も発生しておらず、したがってその上の先取り特権も発生する余地はない（まさしくフランスの通説の批判するところである）。

しかし敢えて「仮りに……ならば」と提言するのは、通常の直接請求権の発生による先取り特権のケースとの関連性を明確に表現し、具体的な法律関係の処理について、通常の直接請求権の法律関係の処理に準じた処理の仕方を提供しうするためである。例えば、甲の丙に対する直接請求権の発生の前に、丙が乙に対して取得した抗弁事由をもって丙は甲の直接請求に対抗しうる。しかし甲の丙に対する直接請求権発生の後に丙が乙に対して取得した事由をもってしては、丙は甲の直接請求権に対抗しえない。この関係を推論するためには、「仮りに……」の論法が有益であり、必要である。具体的な事例としては、前に引用した、転用物訴権に関する判例の事案で問題になった、物の所有者たる賃貸人丙と賃借人乙の間で賃貸借契約にあたって締結された、修繕費用を乙が負担するとの特約の効果として、修繕者甲は賃貸人丙に対する直接権の行使が拒まれる関係を想定されたい。もっとも一般論としてここで注意すべきことは、自賠法で定める完全直接請求権の場合と普通の不完全直接請求権の場合とで、直接請求権者甲に対抗しうる、丙の乙に対する対抗事由の発生の時期が異なることである（第一章一五以後段、同一前段、第二章四二ア参照）。また細かいことであるが、ここで断っておきたいことを述べると、自賠法での直接請求権の場合、損害事故の発生の後に保険者丙が契約者乙に対して反対債権を取得しても、被害者甲の保険者丙に対する直接請求権の行使に対して相殺をもって対抗し得ないのはいうまでもないが、これと異なると、損害事故の発生の前に保険者丙が契約者乙に対して取得した反対債権ならば、本来は、直接請求

権者甲に相殺をもって對抗しうることになるはずである。しかしここで差押え禁止債権をもって受動債権となし得ないとの民法五一〇条が問題になる。自賠法による直接請求権は正しく差押え禁止債権であるから、これをもって受動債権となしえないわけである。

また先取り特権説によつてはじめて、被害者甲の保険者丙に対する直接請求権の行使に対して、丙は保険契約者乙の被害者甲に対する抗弁事由をもって對抗しうる理由も容易に説明し得る（債権質に準じて考えればよい。前述の留置義務説では説明が困難ではなからうか）。もっとも筆者の主張する「準・先取り特権説」の場合、前述のように、現実には乙の丙に対する保険金請求権が発生していない段階において、それが発生すると仮定し、その上に先取り特権を認めようとするのであるから、現実には合わない理論構成だと批判されるかもしれない。このような批判に対しては、そもそも理論構成というものは現実を説明するための手段であり、観念的な構成物であつて、いわば鏡に写った平面的な現実像そのものに拘る必要はない、と反論したい。

d 岩崎教授が指摘されるように「留置義務説」がフランスの通説・判例だとして（もっとも同教授は、若干の下級審判例においては、先取り特権説を採用するものもある旨を注の中で紹介される。前掲四二一頁注一参照）、同教授がこれに対するコメントとして述べられているように「この権利の内容、構造は全く白紙であり」「その権利の内在的な究明は解釈に一任されている」とするならば、このような説は、果たして「理論構成」の名に相応しいものといえるか、はなはだ疑問である。これは単に、法規の定めるところを言い換えただけではなからうか。理論構成といえるためには、多かれ少なかれ、所与の規定の内容について、それが民商法の体系のなかで如何なる地位を占め、他の法制度との如何なる関連性を有するかを、明らかにし、具体的な問題の処理あるいはその説明に有用な指針を与えるものでなければならぬと思う。「この権利の内容・構造は全く白紙」であつては、理論構成として無意味ではなからうか。もっとも、理論構成にも、妥当な正しいものとそうで無いもの、誤つたもの、とがあるのは当然である。前述したような理論構成の課題により良く応えるものが優れた理論構成である。

e 終わりに、わたしは理論構成が、単に見たままの現実像を平面的に模写するだけのものではなく、現実をより正しく説明するための手段としての観念的構成物であることを再度強調したい。この事は上記のような直接請求権における「準・先取り特権説」についてあてはまるだけでなく、筆者がかねてから主張している、指図、手形、小切手、振込み、債権譲渡における債務者の異議なき承諾などの構成原理としての、「仮定的債権譲渡における仮定的債務者の処分授權」の概念についてもあてはまるからである（もっとも翻つて考えると、既存の法制度も法概念も、その形成の当初においては、多かれ少なかれ、観念的構成物として成立した、というべきかも知れない）。

(二) 履行補助者の故意・過失について、債務者は債務不履行責任を負う。これは判例・学説において確立された準則である。債務者が債務不履行責任を果たして、損害賠償を支払った場合、債務者は履行補助者との間の関係に基づき、すなわち委任契約や寄託契約あるいは雇用契約に基づき償還を請求しうると解するべきであろう。そして前述したように、一般的法理として、乙が甲に対する債務を履行したときに、乙が丙に対する求償権を行使し得るという関係がある場合には、甲は乙に対する債権の満足を得るために、乙が甲に支払った場合に丙に対して取得するべき求償権の上に先取り特権を取得する。したがって甲は丙に対して直接請求権を取得し、また甲は、乙に対する甲以外の他の一般債権者に対して優先して弁済を受けることができる、と解すべきであろう。履行補助者の故意・過失による債務者の債務不履行責任に関する履行補助者自体の責任に関して、「履行補助者は債務を負わないから、責任を負わない」と説明する学説もあるが（平井宜雄「債権総論・二版」八八頁）、筆者は履行補助者たる丙自身の責任について、前述したところにもとづいて、乙の債務と丙の債務との二重の債務不履行責任が結合した結果成立する直接責任を負う、と表現し得ると思う。

(三) 被用者の故意・過失による不法行為によって使用者は不法行為責任を負うが、使用者が被害者に対して損害賠償を支払ったとき、使用者は被用者に対して求償権を行使し得る（七一五条三項）。ここでも被害者の被用者に対する直接請求権が問題になる。筆者は、履行補助者丙の故意・過失による債務者の債務不履行責任の場合と同様に、被用者に対して直接請求権が発生するし、そしてその前提として先取り特権が成立する、と解すべきだと考える。すなわち被害者甲は、乙に対する損害賠償請求権の満足を得るために、仮に使用者乙が被害者甲に賠償した場合に使用者乙が

被用者丙に対して取得すべき債務不履行にもとづく損害賠償請求権の金額に相当する額について、被用者丙から直接請求し、その支払金額について、甲以外の他の債権者に優先して弁済を受けることができる、と解すべきことになる。ここでも、使用者責任を負うべき使用者が無資力だが、被用者には資力があるような場合（実際には稀なケースであるが皆無とはいえない）を考えると、以上のような解決が妥当であることが明らかであろう。

七 委任契約における先取り特権——購入委託と販売委託

(一) 甲、乙間の委任契約に基づいて、乙が甲のために物品を購入するとき、あるいは物品を販売するとき、もし甲が乙に代理権を与えて、乙が甲の代理人として購入し、あるいは販売するならば、乙が購入した物の所有権は直接に甲に帰属し、あるいは乙が売却したとき発生する相手方丙に対する代金債権は直接に甲に帰属するから特別の問題は起きない。しかし乙がいわゆる間接代理人として、甲のために乙の名で取得した物の所有権は、一旦は乙の所有に帰属するとともに、乙は甲に対して所有権を移転すべき債務を負う。また同様に乙により乙の名で丙に売却されたときは、丙に対する代金債権は一旦は乙に帰属するとともに、甲に移転すべき債務を負う。右に述べたような乙による物（ここではさしあたって特に動産の場合を問題にする）の所有権の取得あるいは丙に対する代金債権の取得と、これらが甲に移転するまでの間の時点において、乙に対する他の債権者甲ダッシュが差し押さえた場合には、本来、甲は第三者異議の訴えによって対抗することはできないはずであり、またその間に乙が破産したときも同様に甲は取り戻し権をもって対抗することはできないはずである。そこでまず、このような差押えや破産の前に所有権あるいは代金債権が甲に移転したと考えることはできないか、言い換えれば乙が所有権や代金債権を取得すると同時にこれらの権利が甲に移転するとして扱うことができないかが問題となった（これに関しては、乙による所有権あるいは代金債権の取得と同時

に甲に権利が移転し、かつ動産所有権については、占有改定によって甲への移転の對抗要件も同時にそなわるとし、しかし丙に対する代金債権の移転については、對抗要件としての通知または債務者の承諾は欠かせない、とする説が有力に主張されている。

ついで、甲への権利の移転までの間にその物あるいは代金債権が差し押さえられたとしても、あるいはその間に乙の破産が開始したとしても、甲に、これに對抗しうる何等かの権利を与えるような法律構成ができないか、が問題となった。これらをめぐって学説上多くの様々な学説が主張された。詳細については、平野裕之教授の論文（平野「間接代理」「間屋」をめぐる責任財産および直接訴訟権一、Ⅱ 慶応法学一号、二号所収）を参照されたい。以下は私見による先取り特権の構成を述べよう。

(一) まず乙から甲への物の所有権の移転あるいは乙の丙に対する代金債権の甲への移転の時期については、乙の権利取得と同時に甲が乙から取得すると解することは無理であり、改めて乙と甲との間に移転を目的とした契約が締結されることが必要と解すべきだと考える。このことを前提とした上で、乙に権利がとどまっている段階の法律関係として、甲は乙に対して有する、権利の移転を求める債権の担保のために、乙が取得した物の所有権の上に、あるいは乙が取得した丙に対する代金債権の上に先取り特権を取得する。

その理論的根拠については、前に総説で述べた処と関連するが、甲と乙の間には物品購入あるいは販売の委任契約が結ばれており、したがって乙が購入した物、あるいは乙が丙に対して取得した代金債権は、乙が甲の委託を受けて甲のために預かっているのと同じ関係にあるといえるのではなからうか。そうだとすると、あたかも乙が甲から預かった金銭を乙自身の従来からの所有金銭と分別して管理しているとき、このときは前述のように、分別管理された金銭の所有権は占有者たる乙に帰属するが、甲はその上に先取り特権を取得すると同様に、甲の乙に対する債権担保のために、乙の所有するその物の上に、あるいは乙の取得した丙に対する代金債権の上に、甲は先取り特権を取得する

ことになるはずである。なおここで念のために指摘しておく、委託された金銭あるいは物の権利を返還すべき債務、あるいは委託された、第三者に対する債権を移転すべき債務、について先取り特権による特別の保護が与えられる理由は、当事者の間の特別の信頼関係を保護するためであり、またここでは「同一の事実によって、乙が甲に対して債務を負担すると同時に乙が財産権を取得するとき、特別の事情のない限り、甲は乙に対する債権担保のために、乙が取得した財産権の上に先取り特権を取得する」という、一般的定式がそのままではまるケースだからである。

したがって乙から甲に所有権や代金債権が移転する前に乙の取得したその物や債権に対して、差押えがなされ、あるいは乙が破産したときも、甲は乙に対する債権の担保のために、その物の上の、あるいはその代金債権の上の先取り特権を主張し得る。したがってその効力として、差し押さえた一般債権者に対して優先弁済権を主張することができ（民事執行法二三条、一五四条一項）、また乙破産のときは別除権（破産法六五条二項）を行使して優先弁済を得ることができる。なお乙が物の所有権を取得したあと、これを第三者に譲渡して引き渡したとき、民法三三〇条を文字どおり適用すれば、先取り特権は消滅してしまうことになるが、わたしは、前述したように、条理にしたがった解釈として、悪意・重過失ある第三取得者に対しては先取り特権を主張しうると解する。第三者に対する債権が他に譲渡されたときもこれに準じて扱うべきだと考える。この点については第一章（一）5アでも述べた。また乙が代金債権を取得したときの先取り特権について言うと、甲は第三債務者丙に対して直接請求しうるが、この直接訴権はいわゆる不完全直接訴権であり、したがって丙は代金債権が差し押さえられたり、また乙からの通知によって乙への支払いが差止められていることを丙が知らされるまでは、丙は原則として乙を受領権のある債権者として扱うことができ、これに対する支払いは有効となる。これについても本稿第一章（一）5イ・ウで述べた。

以上述べた筆者の説においては、間接代理の形による、購入委託の場合と販売委託の場合の両方を、同じく先取り

特権の概念によって捉える点が、一つの重要な特色を示すものといえるのではなからうか。

(三) なお購入委託の場合に關してであるが、筆者の説と同様に、委託者の受託者(問屋)に対する債権担保のために、受託者の取得した物の上に先取り特権を認めようとする説が、かつて田中耕太郎博士によって主張されたことがある。このことを平野教授の論文によって知った(前掲慶応法学一号一五三頁)ので、紹介しよう。博士は、購入委託の場合について、問屋が破産したとき特別の規定がないことは委託者の利益に欠けるところがある、として「応急策」として、民法三二一条五号の定める、動産売買の規定、すなわち動産売り主は、代金債権のためにその動産の上に先取り特権を有する、との規定を類推適用して、委託者は問屋に対する債権の担保のために、問屋の取得した物の上に「先取り特権を有するものと解し得ずや」と説かれる(田中「商行為講義要領」昭和五年、一一六頁)。この説に対して、平野教授は、「これを支持する説は皆無である」と紹介し、またこの説は、民法の動産売買の先取り特権の規定の類推適用というけれど、売買における売り主のための規定を購入委託の場合の買い主のために類推適用するといふのでは、あまりにもかけ離れた事例の間の類推適用であつて無理があり、またこの説は、あらたな種類の先取り特権を認めようとするものであつて、物権法定主義に反する、と批判する(前掲一一四頁、一五三頁)。この批判の通り、たしかに代金債権のための先取り特権の規定を、購入委託に際しての、物の所有権の移転を求める債権のために類推適用するのは、類推の範圍を超えていると言えるだろう。しかし物権法定主義に反するからというだけでは決定的な反対の理由にはならないと考える。動産売買の規定の類推適用という形式的な理由でなく、前に述べたような、より深い考察に基づいて到達した、先取り特権の成立に關する一般的な法理に基づいて根拠づけることが可能ではなからうか。ともかく以上のような関連性において、筆者の先取り特権による構成の提案は、田中博士がかつて主張された学説を受け継ぐものであることを指摘したい。

八 転貸借における先取り特権

(一) 民法三二四条は、不動産賃貸人甲が賃借人乙に対して取得する賃料債権の担保のために、賃借人すなわち転貸人乙が転貸借によって取得する転借人丙に対して取得する転賃賃料債権の上に、先取り特権を取得する旨を定めている(さしあたってここでは同条が規定する、他の点については省略する)。他方、民法六一三条は、特に不動産賃貸借に限定することなく、転借人丙は賃貸人甲に対して直接に義務を負うと定め、また同条二項において、前項の規定は賃貸人甲が賃借人乙に対してその権利を行使することを妨げず、と規定する。以上の両規定の關係については、別の趣旨の規定と解する説もあるが、筆者は同一の趣旨の規定だと解する。つまり両規定ともに、賃貸人甲は乙に対する賃料債権の担保のために、乙が丙に対して取得する転賃賃料債権の上に先取り特権を有し、甲は丙に直接請求して、甲の乙に対する賃権の弁済にあて得る。その際、甲以外の乙に対する他の一般債権者甲ダッシュに優先して弁済を受けることができる。また前掲六一三条二項(賃貸人が賃借人に対してその権利を行使することを妨げないとする)も当然の規定と解し得る。以上のような、転貸借における直接請求権ないし優先弁済権の問題については、多くの学者が取上げて論じているのであるが、筆者の問題意識と同様な問題意識から詳細に論じた研究として、加賀山教授の論文(同「民法六一三条の直接訴権『action directe』について一・二」阪大法学一〇二・一〇三号所収)と平野教授の論文(同「債権者代位権の優先的債権回収制度への転用」三「法律論叢七」二巻六号所収)に着目しながら、議論を進めていこう。

(二) 民法三一四条は物上代位の理論を適用して設けられた規定と解するのが通説だといってよい(柚木前掲六三頁その他)。しかし有力な反対説もある。すなわち物上代位という以上は本来の客体が変形したものであることを要する

が、転借料債権はかような性質を有しない。というのは同条後段にいう金額は質借権の変形したものであるが、その質借権は先取り特権の客体だったものではないからである（例えば山下博章・担保物権法論、昭和三年一三一頁）。起草者の梅博士も「三一四条の規定はその精神において三〇四条（物上代位に関する規定）に類するところありといえども大いにその趣旨を異にする」旨述べている（梅「民法要義卷之二物権法」三五三頁）。

物上代位の趣旨による規定であるか否かの解釈の差異は、もし物上代位であれば「先取り特権者は払い渡し前に差し押さえる」ことが必要だとする三〇四条一項但書きが適用されるが、これを否定すれば、そのような制約に服さないことになる。加賀山教授は梅説を引用され、そしてこの見解に基づいて、三〇四条によらずに、質貸人甲が転借人丙に請求すると、丙はそのあと乙に弁済できなくなる、と解される。この立場から加賀山教授は以下のように説かれる。すなわち『「転借人は……質貸人から先に請求されれば質貸人に支払うべき義務がある」とする説が正しいのであって『質貸人甲からの直接請求を受けた転借人丙がこれを拒否したければ、すみやかに質借人乙に払ってしまえばよい』とする説（通説）は誤りである」と（引用者注。引き合いに出されている両説のうち前の説については水本説が、後の説については鈴木祿也説が引用されている）。

もっとも物上代位説を採らない立場にたちつつ、三〇四条一項但書きの適用を認める説も少なくないようである（平野前稿一二二頁参照）。債権の上の先取り特権も第三債務者が債務者に払ってしまえば消滅すべき関係にあるのだから、同条但書きの趣旨は物上代位によって債権が発生した場合でなくとも、債権の上に先取り特権が成立する場合にも同様にあつすべきだと、主張されるわけである。筆者も基本的にはこの立場を支持したい。ただし三〇四条一項但書きの解釈として、筆者の見解では、本稿第一章でも述べたように、この規定の趣旨は、第三債務者丙に対して、先取り特権が設定されているために債務者乙の当該債権に対する処分権は失われていること、したがって第三債務者丙から

債務者乙に弁済しても無効であること、を確実に知らせるための方法を定めたものである、と解する。このように解し得るとすれば、第三債務者丙に上述の事態を確実に知らせる方法として、債務者乙自身が第三債務者丙に通知するという方法があるのだから、これも差押えの通知とならんで、債務者乙の処分権を失わせる効力を生じさせ、その後になされた債務者丙の乙への弁済は無効とすべきだと考える。反対に、先取り特権を有する債権者甲から第三債務者丙に直接に単純な請求がなされても、丙にとっては甲は、これまで特別の關係のない、いわば赤の他人であるから、これは原則として、確実に乙の処分権の喪失を知らせる方法とは言えない。したがって第三債務者は原則として甲からの直接請求を拒んでよいことになる。もっとも第一章一末尾で述べたように、貸貸人甲が、甲乙間に貸貸借契約が締結されたことを確実に証明する証拠を転借人丙に提示し、それによって甲から丙への直接請求権が成立し、この受領権が失われたことを、通知して請求した場合には（乙目らが甲による先取り特権の取得を丙に通知したときに準じて）、それ以降の丙による乙への弁済は無効となると解してよいであろう。

終わりに重要なことを付け加える。以上述べたことは、転貸借契約が一回きりの契約であるときはそのままではまるが、継続的な貸貸借契約のときは、一定の補正が必要である。すなわち最初の転借料の支払い際して、差押や転貸人すなわち貸貸人からの通知がなされて、転借人が貸貸人に直接支払うべき立場にあることを知らされた後においては、（したがってその後の回からの転借料の支払いについては）その都度、差押えあるいは転貸人による通知は必要ではない。つまりその都度それがなされなくても転借人丙は、貸貸人甲に直接支払うべきことになる。

(三) 貸貸人の直接請求権あるいは先取り特権を有する債権者（貸貸人）甲の優先弁済権に関して述べよう。加賀山教授は、直接訴権の法的性質について、前述の通り、先取り特権説を採らず、移転説（乙の丙に対する債権が甲に移転

すると解する説)を採りつつ、先取り特権説を採ると、甲は、乙に対する一般債権者甲ダッシュに対して優先弁済を受け得るのみでなく、丙に対する一般債権者乙ダッシュにたいしても優先弁済を受け得ることになり、不当だと批判される。しかしこの批判は正当ではない(これについては総説でも論じたことがある。第一章二一参照)。また平野教授は、直接訴権について債権者代位権の転用による優先的弁済権の構成を主張される立場であるが、優先弁済権に関連して、梅博士の説を引用し、梅説によれば、四二三条の債権者代位権では債権者甲は他の債権者甲ダッシュに優先して弁済を受け得ないだけでなく第三債務者丙の乙に対する相殺の抗弁も対抗を受ける。それに対して六一三条の直接訴権のときは、甲は甲ダッシュに対して優先弁済を受け得るのみでなく、転借人丙が乙に対抗し得た相殺の抗弁を貸貸人甲に対抗しえなくなる、との説明を紹介しつつ、優先的代位権説(平野説)の立場からは「貸貸人による差押えがあるまでは、転借人による相殺についても有効と認めるべきだ」とされる。そして三一四条による先取り特権の場合も「貸貸人が転貸料債権を差し押さえたならば、先取り特権を理由に相殺を否定することも可能である」とされる(平野前掲二一八頁)。筆者は、どんな説を採った場合でも、前述のように転貸料債権の甲もしくは甲ダッシュによる差押や転貸人乙からの通知などがなされる前に生じた、丙の乙に対する抗弁事由は、その後においても貸貸人甲の直接請求に対して対抗しうるものと解すべきだと思う(したがって前述の梅博士の説明にも承服できない)。それは債権の上の先取り特権や債権質入れの場合に生じる同様な問題の処理と整合性をもたせることが必要だと考えるからである。

(四) 賃借物が滅失・毀損した場合、それが転借人丙の過失によるとき、賃貸人甲は六一三条の直接請求権に基づいて、丙に対し直接に損害賠償請求をなしうるか。まず取上げるべき前提問題として、目的物の滅失・毀損が転借人丙の過失によるときは、賃借人乙に過失がないときでも、履行補助者の過失による債務者責任に関する法理を適用し、

貸借人乙は貸貸人甲に対して損害賠償義務を負うかが問題となる。判例（大判昭四・六・一九民集八巻六七五頁その他多数）はこれを肯定する。それではこのように履行補助者の過失による債務者の責任の理論を採った場合、これを踏まえて、貸貸人の転借人に対する直接請求権を如何なる理論構成によって認めるか。まず筆者の説を述べれば、筆者はすでに本章五で述べたように、貸貸人は貸借人に対する損害賠償債権の担保のために、あたかも貸借人乙が貸貸人甲に損害賠償を支払ったときに生ずべき、貸借人すなわち転貸人乙が転借人丙に対して取得するはずの、債務不履行による損害賠償請求権の上に、先取り特権を取得すると解する。したがって貸貸人甲は、甲の乙に対する債権の範囲の限度において、かつ乙が丙に対して取得するべき債権の範囲において、転借人丙に対して、直接請求権を行使しうる。そして甲以外の他の債権者甲ダッシュに優先して弁済を受けることができると解する。

ちなみに加賀山説を紹介しよう。これは履行補助者責任の法理に反対し、これを導入しないでなされる理論構成であるが、これによれば、貸借人すなわち転貸人乙は過失のある丙に対して保管義務不履行による損害賠償請求権を取得する。また他方、甲の丙に対する直接訴権が成立するために必要な、甲の乙に対する債権は、「転借人の貸借物保管義務違反について貸借人が負うべき担保義務」だとされる。そして貸借人と転借人は不真正連帯債務を負う、とされる（加賀山前掲一一四頁）。また転借人が損害賠償をした場合には負担部分ゼロの不真正連帯債務を負う貸借人も免責される、とされる。しかし前に述べた筆者の説明のほうが簡明であり、理解が容易ではなからうか。

（五）なお転貸料金債権の上の先取り特権が、物上代位の適用によるか否か、の問題とも関連するが、物上代位の趣旨によらないと解する（私も支持する）立場をとるとき、たしかに貸貸料債権の成立と転貸料債権の成立の間には密接な関係が存在するが、しかし、一方の成立する原因となるのと同じの事実によって他方も同時に成立する、という

ほどの極めて密接な関係にあるとはいえない（なお賃貸不動産から得られる自然果実にもあてはまる）。しかし私の提示した一般的な先取り特権成立の定式からはずれているわけではない。私の立てた定式では、同一の事実によってこの債務発生とこの財産権取得が同時に成立する場合でなくとも、両者の間に実質的に、密接な関連性のあるときは、立法者の判断により先取り特権の成立の余地を認めるからである（総説一2才参照）。

(六) 従来、多くの論者によって次のように説かれるが、疑問がある。すなわち「先取り特権が（賃借権譲受人または）転借人の動産に及ぶとした（三二三条）のは、これらの場合には、賃借人の備え付けた動産がその建物に備え付けられたままで、（賃借権譲受人または）転借人に譲渡せられるのが通常であり、したがって（民法三二三条の適用により）賃貸人が先取り特権を行使し得なくなるのを防ぐとする趣旨であるけれども、（賃借権譲受人や）転借人が他人の債務のために自己の動産の上に先取り特権を行使せられるものとするのは酷に過ぎる（注、括弧内は賃借権譲渡に関するがここでは除外して考える）」（前掲拙木六三頁、同旨我妻「民法一総則・物権法」四〇七頁）と。しかし果たしてそうであらうか。というのは、賃借人すなわち転賃人は元来、転借人の持ち込んだ物の上に転賃賃料債権担保のために先取り特権を取得する。そして賃貸人甲は賃借人乙に対する賃料債権の担保のために、右の「丙の持ち込んだ物の上に行使し得る先取り特権付きの、乙、丙に対する、転賃賃料債権」の上に先取り特権を取得すると解するべきではなからうか。ここでは担保物権の随伴性の法理が適用される。そうだとすると、甲は、乙の丙に対する「丙の持ち込んだ物」の上の先取り特権付きの債権を乙に代わって行使して、その物の競落代金から乙以外の他の債権者乙ダッシュに優先して、丙に対する転賃賃料債権の額の限度で、乙に代わって優先弁済を受ける。そして優先弁済によって受けた弁済金から、あらためて、甲の乙に対する賃賃料金債権の満足を、甲以外の他の債権者甲ダッシュに優先して受けること

ができるのである（なおここでは競売手続きに関する民事執行法上の問題には触れない）。この限りで、丙の持ち込んだ物の上に、いわば間接的な形で、甲が乙に対する質料債権の担保のために先取り特権を行使することになる。そしてその結果は、転借人丙にとってとくに酷な結果とはならないはずである。以上のことを実際の数字で示そう。

甲の乙に対する質料債権額が一〇〇万円、乙の丙に対する転質料債権額が一五〇万円、丙の持ち込んだ物の価格が五〇万としよう。甲は乙に対する一〇〇万円の債権の満足のために、乙の丙に対する一五〇万円の債権、全額について請求し得る（これは受領の前段階としての請求である。ここで担保物権の不可分性の法理が適用される）。そして丙の持ち込んだ物から五〇万円を乙ダッシュに優先して乙に代わって受け取り、残りの一〇〇万円については、その他の丙の財産から、乙ダッシュと平等の割合で（例えば三割としよう）乙に代わって三〇万円を受け取る。そうすると、合計して八〇万円の額を乙に代わって受け取ることになる。その八〇万円について甲は他の債権者甲ダッシュに優先して弁済を受ける。しかし甲にはまだ二〇万円分の債権が満足を得ないで残っている。それについては、甲ダッシュと平等の割合で（例えば二割としよう）、乙の他の財産から弁済を受ける。すると四万円となるが、これと、さきほどの八〇万円との合計額八四万円が最終的に甲の受領する弁済額となる。

九 三面関係における直接請求権

(一) 鈴木敬也教授が、わが国で直接訴権が問題になっている事例の一つとして取上げている、三面関係におけるそれについて検討しよう（鈴木前掲「いわゆる直接請求権の承認をめぐる利益衡量」末川追悼記念論集所収）。

その事例とは「Yから商品を購入したMが、代金未払いのままで、これをXに転売し、M X間の特約に基づき代金はXからYに交付された。X M間およびM V間の売買契約がともに無効な場合、XはYに対して支払い代金の返還を

求め得るか」である。まずこの問題につき、我妻博士の見解を紹介しよう（我妻「債務各論」下巻二〇〇頁）。これによると、この場合は、Yの利得とXの損失の間に因果関係は原則として認められないから、 $X \rightarrow M$ 、 $M \rightarrow Y$ の二個の不当利得返還請求権を認めるほかなくして、 $X \rightarrow Y$ の直接請求権を否定する。

鈴木教授も直接訴権の適用を制限的に解する立場から、この説に同調されるようである。

筆者の意見を以下に述べよう。XがYに代金を支払うという一つの事実によって、同時に、XがMに（過って）支払い、かつMもYに（過って）支払うという、二重の意味が生じる。したがってその結果として、XはMに不当利得返還請求権を取得し、同時にMはYに不当利得返還請求権を取得すると言う二重の意味が生じる。このように、同一の事実によって乙が甲に対して債務を負担するのと同時に、乙が財産権を取得する、という関係があるときは、甲は乙に対する債権の担保のために乙の取得した財産権の上に先取り特権を取得する、という筆者の主張する方式を当てはめるならば、右事例において、XはMに対する不当利得返還請求権の担保のために、MのYに対する不当利得返還請求権の上に先取り特権を取得する。したがってXはYに直接請求権をもち、X以外の他の債権者Xダッシュに優先して弁済を受けることができる。

(二) 右の事例について、掘り下げて検討するためには、一般的な形で三面的法律関係を取上げることが必要だと考える。この問題はドイツでも、わが国でも、特に不当利得論の中で論じられることが多いが、極めて難解な問題である。さて筆者は、前稿で、振り込みを論じた際にその一端を取上げた（志林一〇六巻二号二六頁、同一〇九巻三号二九頁）。ここではごく簡単に論述しよう。

1 三者不当利得論で、その中心的地位を占めるのは、指図（Anweisung）である。独、仏、スイス諸国と異なり、

試験 先取り特権の概念による「価値のレイ・ビシタナナホ」騙取金による弁済、預金の勘定簿、転用物訴権および直接訴権などの構成（二・四）（安達二四七

わが民法典には指図の規定が設けられていないために、説明が容易でないのであるが、基本的なことをのみを、前稿の説明との重複を厭わず述べよう。ドイツでは指図は為替手形の原因債務と考慮されており、為替手形の説明の最初に指図の説明がなされていることを最初に指摘しておく。

さて甲（指図人）は指図証書を作成して乙（指図受取人）に交付する。指図証書には、丙（被指図人）に宛てて、乙に一定金額、例えば一〇万円を支払うよう指図する（委託する）旨の文言が記載されている。このような指図証書の交付がなされる原因として、通常、甲は乙に対して一〇万円の原因債務（対価関係上の原因債務）を負っており、その支払いのためになされる。乙が丙にこの証書を提示したとき、丙が指図引き受けの記載をなして乙に返還すれば、丙は乙に対して一〇万円の債務（ドイツでは無因債務）を負う。丙は後にこの債務を（支払い期日に）指図証書と引き換えに支払う。しかし丙は引き受けを経ないで支払い期日に直接に払うことも可能である。実際にはこのほうが多い。そして丙がこのような乙に、引き受けを経て、もしくは経ないで一〇万円を支払う原因は、予め甲は丙に資金を提供しており（あるいは代金債務などの債務を負担しており）、丙はその資金から乙に支払うのが普通である。例外的なケースとして、予め資金が提供されていないのに（通常は甲にたのまれて）丙が引き受け、乃至は支払うこともある（為替手形の場合の融通目的でなされる引き受けと同様である）。このときは丙は甲に償還請求権を取得する。あらかじめ資金が提供されているとき、丙が乙に支払うと、乙の甲に対する対価関係上の債務および丙の甲に対する資金関係上の債務は一挙に消滅する。

2 以上述べたような指図の法律関係を如何に説明するか。ドイツの通説は二重授權説（つまり甲の丙に対する支払授權と甲の乙に対する受領授權が結合したものと解する説）であるが、筆者は、甲から乙への指図証書の交付を、甲の丙に対する仮定的債権の乙への譲渡と解する。そして指図の引き受けは仮定的債務者たる丙によってなされる処分授權と

解する。また丙が引き受けを経ないで支払うときは、その支払いの前提として、黙示的になされる引き受けが含まれており、引き受けにより生じる債務が同時に支払われる、と解する（ドイツの通説は支払いを中心において指図の性質を考察するのに対して、筆者は引き受けを中心において考察する点に特色がある）。ドイツ民法一八五条の処分授權は、丙の權利を無權利者甲が勝手に乙に譲渡したとき、丙が承認（処分授權）とすると、乙は權利を取得すると定めるが、これと類似した関係において、前述の引き受けは、仮定的債務者の処分授權であり、その効果として乙は丙に対して現実的債權を取得する。ドイツ民法一八五条の処分授權は、權利の移転に関する授權であるのに対して、後者のそれは、權利の成立に関する点である点において差異があるが、基本的に共通した性質を有する。なお仮定的債權の譲渡という觀念は、かつて為替手形の振出の性質を説明するために、田中耕太郎博士によって初めて用いられた觀念であることを指摘しておこう（前掲拙著「手形・小切手法の一般理論」一〇頁參照）。また筆者の見解はドイツでも發表され、評価を得ていることも前述した。

指図について、以上のように理解することによって、指図を巡る法律關係を、債權譲渡に関する法理および処分授權に関する法理を用いて説明しうることになる（なお処分授權は、歴史的にも、現実的にも、代理權の授權と基本的に共通性を有している。したがってドイツでは、後者の規定が、前者についても多くの場合、準用しうると解されている。）。

3 指図引き受けにより生じる債務および支払は、原因關係から無因であるか？。まず丙の甲に対する資金關係上の債務が無効の場合を考えよう。被指図人丙は、通常、この債務が有効に存在すると信じて、その支払いのために引き受け、あるいは支払うのが普通である。したがってその無効な場合、有効と誤信して引き受け、支払いをなすときは重要な動機の錯誤による。したがって乙が引き受けあるいは支払いを受ける時に資金關係上の債務の無効を知り、もしくは重過失によって知らなかったときは、丙はこれを主張・立証してはじめてその無効を主張し得る（手形法一

七条の悪意の抗弁に相当する」と解する。その限りでのみ資金債務から有因的であり、原則は無因的である。次に、対価関係上の甲の乙に対する債務が無効のときはどうか？。ドイツでは物権行為の無因性の理論が適用されるから、準物権行為である、甲と乙の間の（仮定的）債権の譲渡は有効である。したがって乙は引き受けた丙に対して有効に債権を取得し、また丙の乙に対する支払いは有効である。このとき甲は乙に対する不当利得返還請求権を行使しうるのみである。しかしわが国では、また米国UCCでも、有因的とされる。したがって丙は乙に対して直接に引き受けあるいは支払いの無効を主張することができる（UCCでは振り込みのとき、対価関係上の債務が一定の無効事由があるときは、支払い銀行の同意を得て振り込み委託の撤回を撤回しうる、という形で、有因性を確保している（UCCA-212² 岩原「電子決済と法」二五〇頁、拙稿「振込の全体的構造」二）志林一〇六巻三頁五一頁）。

ところでドイツでは物権行為の無因性理論を採りながら、資金関係上の債務と対価関係上の債務がともに無効である場合には、例外的に丙は乙に対して直接に、引き受けあるいは支払い無効を主張し得るとする法理（いわゆる二重欠缺 Doppelmandel の法理）が認められ（後藤前掲一四五頁、なお岩原前掲は透視不当利得返還請求権 Durchgriffskondition として説明される。岩原前掲二九八頁三〇〇頁）、わが国でも為替手形において、かつてドイツ法にならってこれを認めた判例がある（大隈・河本「注釈手形法・小切手法」二一四頁）。もっとも近時のドイツの学説・判例は否定的に解する傾向が見られると紹介されている（後藤前掲、岩原前掲参照）。

4 以上指図について述べた処は、為替手形の振出についても、また振り込みについてもあてはまる。前掲拙著 *Allgemeine Theorie*、前掲「手形・小切手法の民法的基礎」、さらに前掲「振り込みの全体的構造」はこの考えに基づいて手形・小切手法、振込みを説明している。なお振込みを指図によって説明する近時の学説として、柴崎暁教授による「振込取引と指図の法理」(attonement 一〇号)がある。前掲拙稿「振込から口座振替へ」(志林一〇九巻三号

二三八頁以下)でこれを紹介している。

振り込みが指図に該当するか、の問題は振り込みの基礎理論に関わる重要な問題である。わたしもかつて前稿「振込の全体的構造」で詳しく述べた。指図と振り込みの間の重要な差異としてとりあげられているのは、1 指図では指図人から指図受取人に指図証券が交付され、被指図人が指図受取人に金銭その他の代替物を支払)ことを目的とする。2 それに対して、振り込みでは、依頼人から銀行に直接に振り込み委託がなされ、銀行が受取人に預金債務を負担することを目的とする。3 指図では被指図人による引き受けが認められるが、振り込みには引受けは認められていない。(以上、後藤「振込、振替の法理と支払取引」三四頁以下による)このほか4 振り込みでは、振り込み委託を受ける仕向け銀行のほかに被仕向け銀行が登場し、被仕向け銀行が受取人に預金債務を負う、という関係が認められる。しかし指図ではこれに類した関係は認められない(安達前掲志林一〇六巻二号二七頁)。

このように指図と振り込みでは、少なくとも外形上、多くの差異が認められるが、それにもかかわらず基本的な性質において共通性がある。基本的に共通する点は、指図において、被指図人の指図受取人への支払いが、被指図人の指図人に対する支払いの意味と同時に指図人から受取人への支払いの意味との二つの意味を有するが、これと同じように、振り込みにおいて、銀行が指図受取人の口座に貸記すると、その効果として、銀行から振り込み依頼人への支払いの意味と振込み依頼人から受取人への支払いの意味と二つの意味を有する。しかも重要なことは、指図において被指図人の引き受けにより生じる債務は、またその支払いは、資金関係から無因的であり、したがって資金関係上の債務が無効でもその効力は有効である。もっとも対価関係からも無因であるか否かは問題の余地があり、ドイツ民法のように物権行為の無因性の建前を採るところでは、ここでも無因的に解することにならざるを得ないが、わが国のように物権行為の無因性の建前を採らないところでは、有因的に解することが要求されよう。

また私見の立場から重要な点であるが、指図において、指図人から被指図人に宛てた指図受取人への支払いの委託文句のある指図証券の交付は、被指図人を仮定的債務者とする仮定的債権譲渡契約の申し込みの意味を持つが、それと同じように、振り込みにおいて、債権者たる受取人が債務者たる振り込み依頼人に宛てて、〇〇銀行の口座に振り込むようにと申し込む行為は、〇〇銀行を仮定的債務者とする仮定的債権譲渡の申し込みの意味をもつ(その際、指図と振込とは、譲渡のイニシアチブを債務者が取るか、それとも債権者が取るか、の違いがある)。そして指図における、指図人から被指図人への支払い委託と、振り込みにおける、振り込み依頼人から銀行に宛てた、受取人の口座への貸記の委託とは同じ性質を持つことはいうまでもない。なお引き受け制度の有無の相違点や、さらに振り込みにおける仕向け銀行と被仕向け銀行のような関係が指図には存在しないという差異は、両者

の本質的な差異ではないことは前稿で詳しく述べている（志林一〇六巻二五三頁、一〇六巻三三二頁参照、後藤前掲三四頁、田辺光政「ドイツにおける振替取引」阪南法学一巻二九三頁）から、ここでは再論しない。

ちなみにドイツの通説は、振込みの性質について、これは指図そのものではないが、広義の指図に含まれるとか、指図の基礎を形づくる原理から成り立っていると解し、指図に関する規定は振込みに類推適用すべきだと解しているようである（安達、前稿志林一〇六巻二五三頁参照）。

最後に、以上のような検討から得られることの一つとして、本題からやや離れる嫌いはあるが、重要なことなので敢えて指摘しておく、四七四条で定める「第三者の弁済」の規定は、通常その事例としてあげられる物上保証人の弁済などの事例から考えると、保証人の弁済に類する規定であって、指図とは構造的に見て無縁であり、したがって指図に関する規定が類推適用される余地は全く無いといわなければならない。ただし、ここでは債権者と債務者の間に（指図や振り込みで認められるような）、第三者を仮定的債務者とする仮定的債権の譲渡ないしその申し込みと認められるような関係は存在しないからである。もっともわが国の民法では、おそらくは指図に関する規定が設けられていないために、本来は指図に相当する事実関係が、形式上「他人の債務の弁済（あるいは第三者のための契約）」に該当するとして實際上処理され、その際、本来の「他人の債務の弁済」に与えられるべき効果と異なる効果が与えられる、という状況が生じているのではなからうか。さらに判例・学説の実証的検討が必要であるが、とりあえず問題提起をしておきたい。

5 前に遡って、 $Y \cdot M \cdot X$ 間の売買契約の事例を指図の関係を踏まえて検討しよう。 X の M に対する代金債務は、指図における被指図人 X の指図人 M に対する資金関係上の債務として、また M の Y に対する代金債務は、指図における指図人 M の受取人 Y にたいする対価関係上の債務として捉えることができる。（冒頭の設例において、 MY 間には代金債務が存在するだけ記載されているが、通常のケースを考えると、 X の Y への支払いの前に、あらかじめ MY 間には、 Y が X から支払いを受けるべき旨の合意が、少くともそのための M から Y への申し込みが、なされていると考えるのが自然である。このような事実認定を前提にすれば、指図の法律関係を適用するのが自然だと思われる。換言すれば、振り込みに準じる法律関係として捉えるべきだといえる。さらに言い換えれば、四七四条に定める「第三者による弁済」のような単純な法律関係には該当しな

いというべきであろう。)そしてXとMの間の特約によってXがYに支払ったことは、被指図人が指図人からの指図(委託)によって指図された金額を指図受取人に支払った、という意味を有すると解し得る。このように解すると、ここで資金関係上の原因債務の無効と対価関係上の原因債務の無効という、指図における原因債務の二重欠缺の関係が見出だされることになる。そうだとすると、ドイツ法におけるように対価関係上の債務からの無因性理論を前提とした上で、原因債務の二重欠缺による、直接的不当利得返還請求権の法理を適用することによって、XのYに対する支払いの無効と、それに基づく、XのYに対する不当利得返還請求権の承認という結果が導かれることになる。このことを別の角度からいうならば、ドイツ法で有力な二重欠缺の法理自体の理論的根拠として、私の主張する、先取り特権の成立に関する、(あるいは直接訴権の成立に関する)定式を挙げることはあるまいか。

もっともこのように前掲の事例を指図に相当するとして解決を図る場合、物権行為の無因性の立場を採らないときには、二重欠缺の法理に頼ることなしに、YとMの間の(仮定的)債権譲渡の無効を直接の根拠として、XのYに対する直接請求権を否認することができる。もっともその際は、XのYへの支払いの無効を理由にYに対する返還請求権を否認するにあたっては、四七八条の定める債権の準占有者に対する弁済の規定による弁済者保護の利益を弁済者(被指図人X)がみずから放棄しうる、とする法理を援用することが必要である。この問題については前稿「振込みの全体的構造」で論じたので(志林一〇六巻三頁六四頁、同一〇八巻三頁一四頁)それに譲る。

(三) 1 さて冒頭の設例は、X M間の特約に基づいてXはMに対する代金債務をYに支払ったという関係であるから、これを(前述のように、XがMから指図されてYに支払ったと見るのでなく)XとMの間に第三者のためにする契約が結ばれ、それにもとづいてXはYに支払ったと見る余地があるかもしれない。もっとも第三者のためにする契約と解

し得るためには、XとMの間に、XがYに支払うべき債務を負うことを合意していることが必要である。したがって指図と見るべきか、それとも第三者のためにする契約と見るべきかは、微妙な事実認定の問題となる。鈴木祿也教授はこの点を問題にすることなく、設例のケースを第三者のためにする契約と認めて議論されている。その理由はあきらかではないが、おそらくわが国では指図についての明文の規定が設けられていないためかと思われる（ドイツではいうまでもなく、指図の規定と並んで第三者のためにする契約も規定されている）。

第三者のためにする契約と見た場合でも、XのYへの支払いによって、XのMに対する支払いの意味とMのYに対する支払いの意味との二つの意味が生じるから、XのMに対する債務が無効でかつMのYに対する債務も無効なときは、原因債務の二重欠缺を生じる。したがってXのYに対する直接請求権の問題が起こる。この限りでは、前述した指図の場合と同じである。しかし第三者のためにする契約では、諾約者たるXが受益者たるYに負担する債務について、要約者たるMに対する抗弁をもって対抗することができる（五三九条）。その限りにおいて、指図のときの引受人の受取人に対する債務が資金関係上の債務から無因的であるのと異り、有因的である。このことが三者不当利得との関係において如何なる影響をもたらすか。これについて以下、検討したい。もっともこれは簡単な問題ではない。

（第三者のためにする契約自体が極めて分りにくい制度であることについては、かつて来栖三郎博士が次のような指摘をされている。煩をいとわず紹介しよう。「第三者のためにする契約は、ドイツの学説史上『論理的不能』とか『法律学上の怪物』とかと呼ばれ、それがどういふ契約であるか理解しあぐんできた。そして今でもまだ明確にされているとはいえない。そのために、第三者のためにする契約の適用は不当に拡張され、何か説明に困り第三者のためにする契約という一寸うまく説明がつくように見える場合がやたらに第三者のためにする契約にふくませられ、ますます第三者のためにする契約とは何かが分らなくなってしまう」来栖「第三者のためにする契約」民商法雑誌三九卷四・五・六号創刊一五周年特集号『私法学論集下』五一二頁以下）。

2 そこでその解決の手掛かりとして、債権譲渡をめぐる三者不当利得の問題を検討しよう。というのは債権譲渡

では、債務者の譲渡人に対する抗弁は譲受人に対抗することができ、その意味で無因的ではなく有因的であり、その点で第三者のためにする契約と同じだからであり、またその法律関係は比較的に平明だからである。

甲の乙に対する債権が丙に譲渡され、甲から乙に譲渡通知された。乙は丙に弁済したが、その債権は実は無効であった。このとき乙は丙に対して不当利得返還請求権を行使し得るか？。それとも甲に対して返還請求権を行使し得るか？。これも三者不当利得論の問題の一つとしてドイツでもわが国でも争われている問題である（四宮「給付利得の当事者決定基準——三者不当利得の場合」『四宮和夫民法論集』一八〇頁二六頁、藤原正則「不当利得法」三四三頁以下）。ここでは筆者の見解のみを掲げよう。

まず債務者乙は譲受人丙に対して、乙が対抗し得た甲に対する抗弁を対抗し得る（四六八条二項）。したがって乙は丙に対して、譲渡された債権の無効を対抗することができ、乙の丙に対する債務の弁済は非債弁済に相当すると主張し、丙に対して不当利得返還請求権を行使することができる（七〇三条、七〇五条）。

しかし乙は、四六八条一項の異議を留めざる譲渡の承諾をなすことによって、丙に対する債務は有効な債務であった、したがって丙に対する弁済は有効な債務の弁済であったと主張し、甲に対して求償権を行使することもできると解し得る。ここで問題になる異議を留めない譲渡の承諾は、乙の丙に対する支払いの際の黙示的な前提としてなされることも可能であり、特に、乙が甲に対する債務が無効であることを知りながら丙に支払ったときは、黙示的な前提としての異議を留めない承諾がなされたと認めるべきである。したがってこの場合には七〇五条の規定（「債務ノ弁済トシテ給付ヲナシタル者カソノ当時債務ノ存在セザルコトヲ知りタルトキハ其ノ給付シタルモノノ返還ヲ請求スルヲ得ズ」）は適用されないと解されることになる。以上のような求償権の条文上の根拠としては、四六八条一項但書きを挙げることでできよう。同但書きは譲渡人に払い渡したものあるときは、これを取り返し得る旨を規定しているが、譲渡され

た債権が無効だった場合についても事実上、同様に扱うのが道理に適っているからである。

なお筆者は以上のような処理をなすべき法理論上の根拠として、前述したように、仮定的債権の譲渡と仮定的債務者の処分授權を考え、仮定的債務者に相当する乙の承諾は処分授權の意味を有すると考える。このような乙の承諾すなわち処分授權は譲渡の後に追認のかたちでなされるのが普通であるが、譲渡の前に事前の承諾というかたちでもなしうる。また乙の甲に対する求償権の根拠は、甲が乙に頼んで乙が承諾したときは委任に基づく求償権であり、頼まれないのに甲のために乙が承諾したときは、事務管理に基づく求償権であり、甲の意思に反する乙の承諾のときは、不当利得に基づく求償権と同じに扱われる（七〇二条二項）。（私見の詳細については、安達「存在しない債権の譲受人への弁済と所謂三者不当利得」森泉章他編『統一現代民法学の基本問題』第一法規一六九頁以下、基本的な問題については、安達「手形の小切手法の民法的基礎」三四頁以下参照。）

3 以上、債権譲渡を巡る三者不当利得の問題を説明したが、これを踏まえて、第三者のためにする契約を巡る三者不当利得の問題を考察しよう。端的に結論を述べよう。まず、債権譲渡の場合に債務者が譲渡人に対する抗弁を譲受人に対抗しうるのと同様に、第三者のためにする契約の諾約者が要約者に対抗しえた事由を受益者に対抗し得るという関係があること（五三九条）を考慮して、諾約者は受益者に対して債務の無効を主張しうる。しかし同時に（択一的に）無効な債権の債権譲渡のときの「債務者の異議を留めない譲渡の承諾」によって、債務者は譲受人に有効に債務を負担し、譲渡人に求償権を取得するのと同様に、第三者のためにする契約の場合にも、諾約者は、その契約の補償関係たる要約者に対する債務が無効なときでも、受益者に対して異議を留めずに承諾したとき（ここでも諾約者が要約者に対する債務の無効を知りつなしたときは、その默示的前提として異議なき承諾があったと認めるべきであろう）は、これに対して有効に債務を負担し、同時に要約者に求償権を取得する、と解してよいのではなからうか。その法理上の根

契として仮定的債務者の処分授權を直接に援用することはできないが、これに準じた扱いをする意味での「準用」ということにしたい。諾約者の要約者に対する求償権の根拠については、委任のとき、事務管理のとき、意思に反する事務管理のときと様々であり、その根拠の違いに応じて求償の範囲も異なる。

なお第三者のためにする契約における、要約者、諾約者間の補償関係上の債務が無効で、かつ要約者、受益者間の対価関係上の債務も無効なとき、(諾約者の受益者への弁済がそれ自体として有効なときでも)前述の法理の適用により、諾約者は受益者に直接請求権を取得する。この点も債権譲渡の場合と異なる処はない。

(四) 終わりに一つ付け加えると、私見は三者法律関係ないし三者不当利得論において、指図を基本において考察すべきことを主張するが、それとともに指図の法律関係を考察するにあたっては、被指図人の受取人に対する支払いを論じる前に、被指図人の引き受けにより生じる債務について、(とくにその無因的性質の根拠について)論じることが複雑難解な三者不当利得論を簡易かつ明確にするためには——絶対に必要であることを強調したい(前述したように指図引き受けを経ないでなされる弁済も、黙示的になされる引き受けにより、資金関係から無因の債務が発生し、同時にその支払いがなされると解すべきである)。このことはドイツでも、今も全く自覚されていないようであるが、わが国でも同様である。

わが国における指図に関する最近の研究として、前述のように、柴崎教授のフランスの指図を中心にした研究がある。

このほか最近の三者不当利得論の研究として注目すべきものとして、龍久範教授による「三角関係不当利得における事実上の受領者の保護(一)、(二)、(三)」がある(法学論叢一六三巻四号、一六四巻四号、一六六巻一号。私法七

四号にその要約が発表されている。

ア 教授は、ドイツにおける今時の三者不当利得論を（その中で特に重要な指図、第三者のためにする契約および無効な債権の譲渡についてのそれを）詳細に紹介しつつ、最後にドイツの学説を参考にしつつ、自説を述べられる。教授は指図については、その支払い指図が直接的になされる形である振り込み委託を取り上げ、特に、振込み依頼人が無能力者である場合および振り込み委託が撤回された場合を検討される。ここで詳しく紹介する余裕はないが、ドイツの学説が多岐にわかれており、取上げられている学者は、指図に関して、ヴァルブルグ、ケッター、エッサー、ラーレンツ、カナリス、ロイター、ソロモン、クレービッツシュ、リープ、フルーメ（以上一〇名）、第三者のためにする契約については、エッサー、カナリス、リープ、デルナー、クレービッツシュ、ハディング（以上六名）、譲渡債権が存在する場合に関しては、シュブラウ、クレービッツシュ、リープ、カナリス、ラーレンツ、ロイター、ヴェスターマン、フルーメ、ロイター（以上九名）の名があげられているが、甲論乙駁、それぞれが各様の説を主張し、百花繚乱の趣を呈している。しかし思うに、これだけ学説がわかれていることの重要な理由は、少なくともその一つは、三者不当利得の類型論で用いられている概念が曖昧であり多義的であることに由来し（この点については、後掲拙稿一号八八頁以下に紹介している）、後藤教授、四宮教授、藤原教授による、ドイツ三者不当利得論への疑問を引用したい）、また根本的には、それぞれの制度の構造の把握が不正確ないし実体に則しないところから由来しているのではなからうか。そのような疑問を抱かざるを得ない（拙稿「振り込みの全体的構造」四章第三章二、志林一〇七巻一号八八頁以下の「三者不当利得批判」参照）。

イ 瀧教授は自説として、ドイツでも一部の学者によって主張されている説を取り入れて、第三者弁済説を主張されている。その結果、「支払い委託に有効性がないにもかかわらず、支払人Aが受領者Bに支払った場合、支払い委託に基づく支払いは、対価関係における事務処理給付と評価されうるので、対価関係が有効であれば第三者弁済の効果が生じ、AのCに対する不当利得返還請求権は遮断される。」次に、第三者のためにする契約の場合については、A B間の「契約に瑕疵があったにもかかわらずAが受益者Cに支払った場合に限り、対価関係が有効であれば、第三者弁済の効力が生じ、AのCに対する不当利得返還請求権が遮断される。」また譲渡債権が存在しなかったにもかかわらず債務者Aが譲受人Cに支払った場合、ここでも「第三者のためにする契約と同様、A B間およびA C間では対価関係は問題にならないため、原則としてAのCに対する支払いに対価関係における事務処理給付を認めることはできず、AのCに対する不当利得返還請求権が成立する」（瀧前掲法学論叢二六六巻三二五五頁）。

ウ 以上の所説に私なりのコメントを加えよう。

a 同教授が三者不当利得論のなかでとくに指図（その一形態としての振り込み）、存在しない債権の譲渡、第三者のためにする

契約に関するそれを取上げていることには私も異論はない。私見でも前述した通り、この三者には、その基本的な構造において共通性があるからである。

bしかし私見では、第三者の弁済の制度は、形式上、保証や債務引受けと同じく、三者不当利得の範疇に含まれるけれども、構造的には全く異なった制度である（前記三者には、（仮定的）債権の譲渡と債務者の弁済という基本的な構造上の共通性がある。本稿本章九節（二）四末尾参照）したがって同教授が上記三個の制度を、第三者の弁済の概念によって捉えようとされるのには賛成できない。その具体的な処理についても賛成できない。また保証や債務引受けなどをも含む、全体として一つのまとまった体系としての三者不当利得論を構想することは（前掲法学論叢一六六巻一号一五五頁）、果たしてどれだけの積極的意味があるか疑問に思う。

c教授は論文の末尾の箇所において、前記の三つの制度について、AのCに対する給付に基づいて不当利得返還請求権が認められるかを中心に論じ、AのBに対する不当利得返還請求権、およびBのCに対するその検討は不十分であった旨をこわっておられる（前掲一五六頁）。この点についても、bでの所説と関連して、敢えてコメントすると、それぞれの制度は、その一側面のみでなく、すべての側面を合わせた、全体としての構造を明らかにすることが重要であり、その際、不当利得関係はそれぞれの側面に必然的に付随して生じる問題であるから、これらをも含めた全体としての構造を正しく把握することが重要ではなかろうか。

dなお同教授が取上げられている、振り込みについて、振込み依頼人が無能力者のとき、さらには一般に意思表示における瑕疵があるときについての私見は、拙稿「振り込みの全体的構造」二章四節三志林一〇六巻四号一四一頁以下で、また振込委託の撤回については、同巻同号一一三頁以下で詳論している。

十 他人物売買と直接請求権

(一) 1 従来、ほとんど議論されてこなかったと思うが、他人物売買に関しても、直接請求権が問題になり得るの
でここで取りあげよう。もっともこの問題は従来、むしろ三者不当利得論に関連して取上げられた。

以下、具体的な設例によって議論していきたい。ここで取り上げるものは、二〇一一年の私法学会のシンポジウムで取上げられた「不当利得法の現状と展望」の報告者の一人であり、第三者不当利得論の分野を担当された藤原正則教授が——松岡久和教授ほかの数名の他の報告者の論文とならんで——予めシンポジウムの準備のためにジュリストで発表された「不当利得法の対第三者関係」と題する論文の中で言及されている判例である（ジュリストNO一四二八号三三頁 教授は、この判例が直接的には侵害不当利得に関するものであるが、三者不当利得にも関連することになったうえで引用される。）。

2 そのまま引用すると「例えばAから窃取した動産を、BがCに、CがDに売却した場合に、原物返還の可否とは別に、判例はAのBに対する不当利得返還請求（侵害利得）を認める（大判大正七・一二・一九民録二四輯二三六七頁（根拠は事務管理）、大判昭和二一・七・八民集一五巻一三五〇頁など）。他方で、判例が原物返還の可否を問わず、直接の侵害者Bではなく中間処分者C・DへのAの侵害利得の請求を認めるのかは不明である。しかし、例えば、Dが動産を消費したため原物返還不能なら、民法一九三条のケースで、判例は直接の侵害者Bではない中間処分者Cに対する不当利得返還請求権を認めている（大判昭和二一・七・三民集一六巻一〇八九頁（CがBに支払った対価の控除も否定）。以下略」

(一) 1 以上の引用箇所では、A B C Dの四者が登場しているが、説明をわかりやすくするため、まずA B Cの三者が登場する場合、つまりAから動産を窃取したBが、Cに売却した場合を先に取上げよう。この場合、Cが善意無過失でも、一九三条によりAは二年間はCから対価無しに所有権に基づき返還請求権を行使しうる。それではB C間

の売買契約の効力はどうか。Cは契約を解除し、Bに対する代金債務を免れることができる。したがって代金をまだ払っていないければ、その支払いを拒み得るし、すでに支払っているときは、不当利得にもとづき返還請求しうる（このほかに損害賠償請求権も問題になる）。

（この解除は一応は履行遅滞による解除であり、催告した上で解除することになるが、事実上、債務者たるBがAから所有権を取得する蓋然性は極めて少ないことを考慮すると、履行不能による解除に限り無効に近いといえよう。またB・C間の売買契約は、Cが盗品なることを知らなかった場合には、要素の錯誤により、無効となる、と解し得る余地があるのではなからうか。このように見てくるとB・C間の売買契約は有効に成立していると解しても限り無く無効に近く、したがってBのCに対する代金債権の実質的な有効性の程度は極めて弱いといえよう）

2 しかしながらここで、もし、所有者たるAが無権利者Bのなした処分すなわちCへの売却を追認したなら、これはドイツ民法一八五条で定める処分授權に相当し、BのCへの処分は有効となり、Cは有効に所有権を取得する。わが民法にはドイツ民法一八五項に相当する明文の規定は設けられていないが、判例・学説上、無権代理の追認に準じた行為として同様の効果が認められている（冒頭事例のように、甲が乙に損害賠償請求、もしくは不当利益返還請求すると、その黙示的前提として、甲の乙に対する追認の意思表示を認めるべきであらう）。したがってこのときは、Aは所有権を失うとともに、窃取者Bに対して目的物の時価に相当する損害賠償をもしくは不当利得返還を請求しうる（BがCに、時価を超える額で売却していたときに、賠償額について、時価を基準にすべきか、それとも売却額を基準にすべきか、の問題がある。後述する）。他方、B・C間の売買契約は有効となり、Cが代金を支払っていたときはBはそのまま代金を取得しえ、まだ支払っていないときは、Cはあらためて支払いの義務を負う。このようにAが追認することによって、その効果として、一方でAはBに対して不法行為による損害賠償債権をもしくは不当利得返還請求権を取得する（三年の時効により消滅すれば、不当利得返還請求権のみを取得する）とともに、他方で、BはCに対して確定的に有効となった代金債

権を取得する。この関係に先取り特権の発生に関する前掲の定式（本稿第一章総説参照）をあてはめるならば、AはBに対する債権の担保のために、（BのCに対する代金債権がまだ支払われていないとき）BのCに対する代金債権の上に先取り特権を取得し、AのCに対する直接請求権が認められることになる。なおBのCに対する代金債権の担保のために、目的動産の上に先取り特権が成立する（三二一条）。したがってAがBに対する債権の担保のために、BのCに対する債権の上に先取り特権を取得するという場合のBのCに対する債権は、動産先取り特権によって担保された債権であることを忘れてはならない。以上の結果、Aは他の債権者Aダッシュに優先して、またCに対するB以外の他の債権者Bダッシュにも（当該動産に関しては）優先して弁済を受けられることになる（この関係を具体的な数字を挙げて説明することは省略するが、前述の本節八末尾で取上げた、転貸借に関係する直接訴権ないし先取り特権の説明の際の、数字をあげての説明と基本的に同様であることを指摘しておきたい）。

3 このような結果が果たして利益衡量の点からみたととき妥当な解決となりうるか？。このことを念のため吟味してみよう。もしBのCに対する債権の上に先取り特権が成立しないとすれば、Bが無資力だが、Cに資力があるとき、Aの保護に欠ける（Aが追認しなければ、Aは直接にCから動産所有権の返還を請求しえることを考えよ）。Aが追認したときに、AはBにかかつていけるほかに直接Cへも請求しうることによって、追認のされなかったときに近い保護がAに与えられることになる。Aに先取り特権を与えることによって不利を受けるのは、他の債権者Aダッシュであるが、Aが追認しなかった場合のAダッシュの地位と比較してみれば（このときはAダッシュはBの一般財産にしかかれない）、Aダッシュに特別な不利益を負わせることにならない。結局、実質的にも、当事者の間の利益の調整として妥当な解決といえるであろう。このことは、後に述べる（五）の即時取得によるCの取得果取得の場合、一層重要な意味をもつ。

(三) ここであらためてA B C Dの四者が登場するケースを検討しよう。

1 前掲の判例の事案に則して説明しよう。Aから動産を窃取したBがCに売却し、CがDに売却し、Dが占有しているが、CもDもまだ代金を支払っていないとする。C、Dが善意無過失のときでも二年間は、Aは一九三条の適用により、所有権を失わず、Dに対して所有権に基づく返還請求権を取得する。DはCとの契約を解除して代金債務を免れ、またCもBとの契約を解除して代金債務を免れる。

ところがAが無権利者Bの処分を追認したとする。その効果として、Bの処分は有効となり、B C間、C D間の売買契約は確定的に有効となり、CおよびDの代金債務は確定的に存続し、Aは所有権を失い、Dが所有権者となる。

他方、Aの追認の効果として、AはBに対して不法行為に基づく損害賠償請求権をもしくは不当利得返還請求権を取得し、時価相当額について賠償請求しうる(時効によって不法行為損害賠償請求権が消滅したときは、不当利得返還請求権のみを取得する。なおBのCに対する売買代金額が時価を上まわるときAのBに対する請求額は時価を基準にするか、それとも代金額を基準にするかについては、後述二末尾参照)。そしてAのBに対する債権的請求権の担保のためにAはBのCに対する代金債権の上に先取り特権を取得する。同様に、BのCに対する代金債権担保のために、BはCのDに対する代金債権の上に先取り特権を取得する。さらに、CのDに対する債権担保のためにCは動産先取り特権を取得する。これらの先取り特権は重疊的な形を保ちつつ存在するから、結局、AはBに対する損害賠償債権あるいは不当利得返還請求権の満足を得るために、それぞれの債権者Aダッシュ、Bダッシュ、Cダッシュに優先して弁済を受けることができることとなる。具体的な数字をあげての説明は省略する。

2 前掲の事例において、所有者Aが中間者たるCのDに対する処分を追認したときはどうか。C D間の売買契約

は確定的に有効となり、Aは所有権を失い、Dが所有権を取得する。Cは確定的にDに対して代金債権を取得する。他方、Aの追認の効果として、AはCに対して損害賠償債権もしくは不当利得返還請求権を取得する。これらの債権的請求権の担保のために、Aは、CがDに対して有する代金債権の上に先取り特権を取得する。CのDに対する代金債権の担保のためにCはDの取得した動産の上に動産先取り特権を取得する。これらの先取り特権が重疊的な形を保って存在することは、前に述べた処と変わらない。

なおこのときB・C間の売買契約の運命はどうかを説明しよう。この契約は履行不能を理由にCによって解除され、CのBに対する代金債務および動産所有権をCに取得させるべきBのCに対する債務は、遡って消滅する。その結果CがBに代金(例えば六〇万円)を払っていた場合はその返還を請求しうる(五四五条一項の原状回復義務)。それと同時に、BはCに対して五四五条三項の損害賠償義務を負う。その結果、目的物の時価が一〇〇万円と仮定すると、(CはAに一〇〇万円の賠償義務を負うという損害を被ることを考慮すると)もしCがBに六〇万円の代金債務を全額まだ支払っていないときは、BはCに一〇〇万円全額について賠償義務を負う。また六〇万円の代金がすでに支払われていたときは、原状回復義務の六〇万円の返還義務によってカバーされない限りの四〇万円についてBはCに損害賠償義務を負う。

仮に目的物の時価が一〇〇万円、CのBに対する代金債務が一二〇万円だったと仮定し、同時に代金全額が支払い済みだったと仮定すると、CはAに一〇〇万円の賠償義務を負うとともにBにたいして一二〇万円の返還を求める債権を取得する。

3 もっと前記事例の場合について、CがDに対して時価の一〇〇万円を超える一三〇万円の代金債権を取得したとき、AはCに対して時価の一〇〇万円ではなく、一三〇万円の損害賠償請求権もしくは不当利得返還請求権を取得することができないのか、が問題となりうる。それは従来、その根拠とともに争われた。AがCに一三〇万円を請求し得るとする説の根拠として、事務管理を援用する説がある、しかし事務管理の成立のためには他人のためにする意思をもって他人の事務を管理することが要件となるから疑問である。また無権代理の追認に準じて捉え、無権代理を追認したとき、本人が相手方にたいして有権代理のときの相手方と同様な権利を取得する(一一六条)との法理を援用する説もあるが、しかし——たしかに無権代理の追認と無権利者の処分の追認とは類似するところはあるが——両者の本質的な違いを考慮すると、同一には扱えないと思われる。したがって一三〇万円を請求しうるとする説の根拠としては、英米法で認められる擬制信託 constructive trust の法理を援用するよりほかの方法は無いであろう、

しかしこれはわが民法の解釈として容易ではない。以上の問題については、藤原「不当利得法」二二七頁およびそこに引用されている諸学者の諸説とくに松坂説、我妻説の詳細、精緻な論考を参照されたい。

(四) これまで一九三条が適用される窃取動産について述べてきたが、一九二条が適用される通常の事案についても基本的に同様のことがあてはまる。極く簡単に説明すると、ここでは善意無過失の買受人(BあるいはC)は所有権を即時取得し、そうでないとき(悪意有過失のとき)は所有権を取得しえない。しかしこのときも原所有者Aが無権利者の処分を追認することによってAは所有権を失い、代わりに損害賠償債権もしくは不当利得返還請求権を取得し、現転得者CあるいはDが所有権を取得する。なおCあるいはDの代金債務の運命について上述したところと基本的に違はない。

売買の目的物が不動産のときは、代金債権の先取り特権について、登記がその効力の保存のために必要要件となる点で特殊性がある(三四〇条)。

最後に念のため確認しておく、これまで述べてきた、損害賠償債権あるいは不当利得返還請求権の担保のために成立する、代金債権の上の先取り特権ないし直接訴権の關係は、いわゆる弱い効力をもった直接訴権の關係である(この觀念については、本稿第一章総説二一で述べた)。したがって第一章一五で述べたような、第三債務者の保護が重要な問題になる。具体的な説明は、ここでは省略する。

補論——三者不当利得論のために

本稿で試みた騙取金による弁済、転用物訴権、誤振込に関連する第三者異議の訴えなどの問題は従来、不当利得法

に關係する問題として議論された。わたしはこれらを先取り特権の構成によって解決を導くことを提案し、それによつて妥當な解決が得られることを論証しようとしているわけである。このような試みが法学的に如何なる意味を持つ試みであるか、についてまことに大胆で、向こう見ずな意見と受け取られることを承知の上で敢えて私見の一端を述べてみよう。

わたしは振込の全体的構造を論じた前稿の末尾において「三者不当利得批判」と題する文章を掲載した。そこで述べたことは要するに、ドイツの三者不当利得論の中では、指図 (Anweisung) や振込をめぐるそれが、重要なかつ中核的な地位を占める。ドイツ法の影響を受けているわが国でも基本的には同様の状況にある。しかし三者不当利得論に關する議論は、前稿で指摘したように、極めて錯綜しており難解である（このことを指摘する、後藤教授、四宮教授、藤原教授の文章を前稿で引用した（志林一〇七巻一号八九頁）なお同趣旨のことを本稿第二章九末尾で、瀧教授の所説に対する批判に關連して述べている）。何ゆえに指図や振込をめぐる三者不当利得論が難解であるか、その所以について次のように考える。そもそも不当利得制度は、本来、財産移転を正當に調整し、正義衡平をはかる目的から、実定法上、具体的に定められている諸制度、諸規定の欠陥や不足を補充するものであるとされる。（追記。もっとも例外的に、古くは、不当利得法理の適用によって導き出された結論を、それ自体一つの実定法上の規定として明文化されることもある。その典型的な例が七〇五条の非償弁済の規定である。このことに着目するならば、不当利得法の全体の体系は、歴史的に關連性をもつ、二つの不当利得の分野が重疊したものといえるかもしれない。）したがって特定の制度に關する実定法上の具体的な諸規定をコインの表面とすれば、不当利得はコインの裏面であり、両面が表裏一体となつて具体的な制度の全体が確立する。したがって裏面としての不当利得の具体的内容は、表の面の規定の在り方に対応して決められる。表の面に欠陥、不足が少なければ、裏面の不当利得の働く範圍は、それだけ狭くなる。また表面とし

ての制度は多様であるから、それに応じて裏面としての不当利得も多様なものとなる。戦後とくに強調されるに至った不当利得の類型的把握の重要性の理由はこのことから当然に導かれるはずである（加藤雅信教授の主張される「箱庭説」ないしは「法体系投影理論」は、類型論の一つの到達点といえるのではなからうか）。

ところでここでいう、表の面にある諸制度としては、当該制度に関する確立された、指導的な学説による理論構成も含まれる。以上のことを考慮すると、三者不当利得論が混迷し、難解であること、また振込制度の説明の中で多用される不当利得に関する説明が分かりにくいことの大きな理由は、三者不当利得論の中核にある指図や振込の理論の欠陥に由来するのではなからうか。つまり従来の通説であった指図に関する二重授權説やドイツ法に特有な無因債務概念による構成に由来するのではなからうか。このような疑問を抱かざるを得ない。

前稿ではこのようなことを指摘したのであったが、本稿での問題の扱いが前稿の指摘と如何に結び付くか。わたしが前項で述べた不当利得に関する立場に立つて考察するならば、次のように言うことができる。

従来、騙取金による弁済や転用物訴訟の問題がコインの裏面としての不当利得法理によって処理しようと試みられてきたのは、表面の側に位するべきはずの制度が欠落していた——もしくはその存在が見えにくくなっていった——ためではなからうか。法律上の原因の有無および損失と利益の間の因果関係の有無に拘る限り、不当利得論の枠の中で解決を計ろうとしても、またそのうちでも精緻な三者不当利得論を駆使して解決を図ろうとしても、所詮解決の困難な問題として残るのではなからうか。全く新しい発想によって、表の制度に相当するものを発見するよう試みる必要があるのではなからうか。私が提案したいと考える先取り特権による理論構成の試みは、そのような性質をもった試みの一つと考えている。

終わりに代えて

曲がりなりにも本稿を書き終えた現在、ここに至るまでの、私のささやかな研究の跡を振り返ることは、本稿の意図する処を理解していただくためにも役に立つかも知れない。

学生時代までさかのぼって考えると、私にとって法律学の勉強は、社会人になるために必要な準備であり、学問的な関心をもつまでには至らなかった。ただ当時、大塚久雄、丸山真男両教授らと並んで、近代主義学者として注目されていた、川島武宜教授の法社会学には興味を抱いていた。大学二年生のとき、川島教授の課外ゼミナルで、「オイゲン・エアリッヒの『法社会学の基礎付け』 Grundlegung を読む」にも参加させて頂いた（もっとも先生のご病気のためまもなく中止された）。卒業も近くなったとき、偶然の機会から特別研究生に採用して頂くことになり、司法研修所への入所を辞退して、大学院で米栖先生を指導教授に民法を研究することになった。最初の論文をまとめるにあたって、研究テーマの選択に悩んだが、当時、占領軍の指導のもと推進されていた、（戦後改革の重要な柱の一つであった）農地改革の源流を探る研究に到達した。農地改革が単に外圧によるものでなく、社会の中から自発的に生まれた改革の流れを受け継ぐことを明らかにしたかった。大正中期から盛んになった小作争議を背景にして、小作立法事業が試みられたが、その挫折の末に実定法として制定されたのが大正一四年の小作調停法であった。この制定と施行過程に焦点をあてて、小作争議と小作立法に関係する無数の資料を読み、整理した上で、「小作調停法」にまとめたが、ここで法の社会的形成の実例を明らかにし、とくに手続き法を通して実体法が形成される一つの具体的な過程をあきらかにし得たと思う（後に勸業書房の「近代法発達史」口座第六巻に収録された）。

法政大学に就任して、債権総論の講義を担当するようになってから、法解釈学の論文を本格的に手掛けることになったが、私にとっては無意識的に当初の法社会学的研究から学んだスタイルが用いられたと思う。それは何よりも、種々雑多な事象の中から共通する法則性を抽出する営為であった。法解釈学のテーマで当初選んだのは、他に立法例のない、指名債権譲渡における債務者の異議を留めぬ譲渡の承諾（四六八条一項）であった。これはドイツの指図（Anweisung）法や手形法の中心的課題である、抗弁切断の法理を含むものである。そこで指図、手形・小切手法の領域にも踏み込んで研究することが必要であった。わが国やドイ

ツの学説を研究する過程で、田中耕太郎博士の、為替手形の振出の性質に関する理論の中で「仮定的債権譲渡」の觀念に遭遇した。今まで誰も考え付かなかったこの独創的觀念に、私はドイツ民法一八五条で定める処分授權の觀念を結合することによって、「仮定的債務者の処分授權」の觀念に想到した。この觀念を基本的概念として捉えることによって、債権譲渡における異議なき承諾、指図（Anweisung）（以上第一類型）ドイツ商法典の定める商人指図証券、商人債務証券、持参人私債券、（以上、第二類型）手形・小切手（以上、第三類型）を総合的に構成することが可能となった（後には振込、口座振替（第一類型の変型）にも及んだ）。この論文は幸いにも当時の私法学会理事だった鈴木竹雄博士に注目していただき、その勧めで私法学会民商法合同部会で発表させて頂くことになった。その後、ドイツ留学の期間を利用してドイツの出版社から著書（「手形・小切手法の一般理論」）を出版することができた。これがドイツの法学界で、私の期待した以上に高い評価を勝ちえたことは前にも述べた。

さて本稿で民・商法上の諸問題を扱って、先取り特権の觀念によって統一的形成を試みたのであるが、ここでもまず、諸制度に共通する法則性を発見することを目指した（ここでも前述のような研究生生活の当初に試みた法社会学研究の手法が生かされていると思う）。その上で、既存の法体系との整合性の論証を試み、この営為があらためて諸制度に共通する法則性の再検討へと導いた。このような試行錯誤の過程が繰り返されることによって、より好ましい理論構成へと到達する。その際、立法論としての提言と、解釈論としての提言との関係を如何に捉えるべきか、について考察を重ねたが、私の提言は、立法論をも視野に入れつつも、最終的には現行法規を前提にした解釈論としての提言である。なお法解釈学方法論についての私見に関しては、今から十年ほど前に、すなわち振込に関する研究を始める前に、債権譲渡の對抗要件としての通知・承諾の性質に関して、池田真朗教授との間で数回にわたって交わした論争的論文の中で開陳していることを付記しておきたい（拙稿「池田・安達論争を振り返って」志林九七巻三号二〇〇〇年、「池田・安達論争の総括と反省」志林九八巻三号二〇〇一年参照）。

本稿の研究を進めるに当たっては、おおくの先学の諸先生の研究からの御教示に預かったことは「はしがき」で述べたとおりである。あらためてお礼を申し上げる。

3 なお本稿の各説の中で、問屋による購入委託を扱った処で、かつて、田中耕太郎博士が先取り特権による構成を主張されたことを平野教授の論文を通して知り得た。抗弁切断の法理に関して重要な教示を得、その後の長い研究期間をとおして、私が大きな影響を受けた恩人にここで再びめぐりあうことができたことは、この上ない喜びであった。

ちなみに田中博士については、若い研究者、学者に、その偉大な業績が知られていないかもしれないので一言する。同博士の業績は、立花隆「天皇と東大(下)」文芸春秋社、二〇〇五年、第六四章で活写されているが、戦前、戦中、戦後に及ぶ。まず、戦前、東京帝国大学教授として商法学の新たな体系化を試みて商法学の權威としての地位を確立した。ついで、商法学を初めとする実体法法学の業績を基礎に、法哲学、国際法、比較法学、の学識を総合して、大著「世界法の理論」を構築された。カトリックの信仰に裏付けられた普遍主義が執筆の基調となっている。これは当時の偏狭な愛国主義の時流のために容易に受け入れられなかったが、国際的には、これによって世界的な学者としての高い評価が与えられた。戦中、いわゆる平賀爾学事件の処理に法学部長として指導的に関与され、軍部、右翼の攻撃から学問の独立性を保持するのに貢献された。戦後、文部省の教育行政に関与され、文部大臣として、戦後教育体制の骨格づくりに寄与された。その後さらに二代目の最高裁判所長官として、戦後裁判制度の確立に貢献された。さらに戦後はじめてのわが国を代表する国際司法裁判所裁判官となられた。このように、戦後の変革の時代をリードして偉業を達成された博士の出発点となった法学の研究には、その後の華々しい業績が生み出されるための萌芽が秘められているといえるのではなからうか、その一端にふれることができたことは筆者の大きな幸いと感じている。

終わりに、本稿の作成に当たっては、前稿「振込から口座振替へ」のときと同様に、体調不良のため外出もままならない私を助け、資料の収集のために全面的に協力してくれ、またしばしば自分の見解を固めるために必要な議論の相手になってくれた、日本政策金融公庫の伊勢丈夫氏に深甚の感謝の意を表したい。