

債権者代位権の優先的債権回収制度への転用(一)-最終的な給付の帰属者の優先的保護の法的保護の法的可能性-

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2009-02-10 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 平野, 裕之 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/1444

債権者代位権の優先的債権回収制度への転用（一）

——最終的な給付の帰属者の優先的保護の法的可能性——

平 野 裕 之

目 次

1 問題の提起及び序論的考察

- (1) 最終的な給付の帰属者の優先的債権回収制度の必要性
- (2) フランス法上直接訴権が認められている例
- (3) 債権者代位権の本質

2 直接訴権（ないし直接請求権）の一般論について

- (1) 債権者代位権と直接訴権
- (2) 直接訴権の構成と私見の優先的代位権
- (3) 優先的回収という観点からの直接請求権の分類

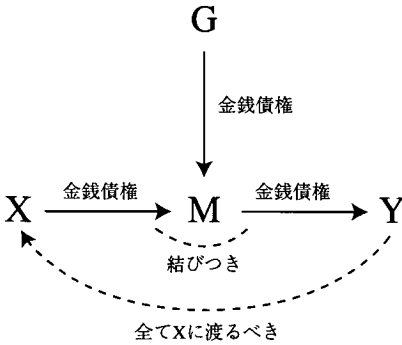
3 第三者の給付から排他的ないし優先的回収を認める制度

- (1) 法定の担保制度——積極的な優先的地位の実現 1
- (2) 物上代位——積極的な優先的地位の実現 2
- (3) 権利自体を移転させる制度——積極的な優先的地位の実現 3

- (4) 法律上の処分禁止——消極的な優先的地位の実現
 (5) 請求権を認めないまたは代弁済請求権しか認めない——消極的な優先的地位の実現? (以上本号)

1 問題の提起及び序論的考察

(1) 最終的な給付の帰属者の優先的債権回収制度の必要性



(a) 最終的な給付義務者からの優先的債権回収制度

X・Y間に契約関係はないが、種々の根拠により、Yが支払うべき金銭がXの債務者Mの他の債権者に分配されることなく、Xに排他的に帰属すべき場合が考えられる(図参照)。そのような場合について、現行法の下でもXのYからの優先的回収を保護する種々の制度が次のように認められている(詳しくは〔25〕以下に述べる)。

〔1〕 (ア) 消極的方法 先ず、MによってXに支払いがな

されるまでは、MやMの他の債権者がYから給付を受けられないようにして、消極的にXの優先的回収を実現しようとする制度がある。これも、以下のような種々のものが考

えられる。しかし、いずれも、次の積極的な方法の従たる手段として位置づけられるものにはすぎない。

① MのYに対する債権についての仕組み1——Xが満足を受けない限り債権を認めない。先ず、MのYに対する債権について、何らかの仕組みを施してXを優先させている制度がある。それが、MがXに支払って初めてMのYに対する債権が成立するという仕組みであり、自賠法一五条がこのような仕組みを用意している。これだと、Xが支払いを受ける前に、MがYから支払いを受けXに引き渡すことなく浪費をしまつたり、MのYに対する債権をMの他の債権者により横取りされる恐れはない。しかし、別に、XのYに対する直接の債権を認めないと、MのYに対する債権がないのでMが無資力の場合には結局、Yは支払を免れることになり不都合である。そのため、自賠法でも一六条一項で別に直接請求権を認めている。

② MのYに対する債権についての仕組み2——Mに対する制限。また、MがXに支払う前にMのYに対する債権の成立を認めたとしても、Yに対しMには支払ってはいけない義務を負わせたり(XにYに対する債権を認めるか、MがXに支払った後にのみ支払いを可能にするかが必要)、MにYに対する債権の処分を禁止したり、更には、MのYに対する債権を差押禁止としたりすることもある(35参照)。これだと、MのYに対する債権は、Xのためだけの責任財産になり、Xだけが行使できるものとなり、実質的な担保を認めるのに等しいことになる。

③ MのYに対する債権についての仕組み3——代弁済請求権に止める。更に、XがMから支払いを受ける前からMのYに対する債権を認めても、それはMがYに対して自分に支払うよう請求できるものではなく、Xに対して自分の代わりに支払うよう請求できる権利にすぎない、即ち代弁済請求権ないし免脱請求権にすぎないとする構成がある(六五〇条二項↓〔36〕)。また、商法六六七条についての学説)。これだと、MのYに対する債権はXにしか利益がない債権になり(②同様に、Mの他の債権者の責任財産にはならず、Xに担保を認めるに等しくなる)、第三者に譲渡したり、Mの他

の債権者が差し押さえたり代位行使しても意味がないことになる。

(イ) 積極的方法 ⁽²⁾ 　しかし、消極的方法だけでは、Xの優先的保護としては必ずしも十分とはいえず、XにYから積極的に優先的な回収ができることを可能とする制度が別に必要になる。これも以下のように種々の方法が考えられる。

① MのYに対する債権に法定の担保権の成立を認める　MのYに対する債権に対してXのMに対する債権に優先的な担保権の成立を認める例もある。それが、三二四条の転貸借の場合の転貸料債権への先取特権であり、三二〇条の公吏保証金の上の先取特権である。⁽¹⁾①②や③も既述のように、Xに排他的な行使を認めることになり担保に等しいことになるが、これは担保権と直截に構成するものである。

② XのYに対する直接の債権を認める　更には、XのYに対する直接の債権が認められることがある。Xの不動産をMが無断で自己の不動産としてYに賃貸してYが使用した場合、XがMに寄託した物をMがYに再寄託して、Yがこの寄託された物を滅失させたり盗難にあつた場合など、XからYへの不当利得返還請求権、不法行為による損害賠償請求権が認められる。この場合には、XがMのYに対する債権につき競合することはなく、Xは固有の債権をMの他の債権者に干渉されることなく行使することができる。しかし、MのYに対する債権をMが行使したり、Mの他の債権者が差押えたり代位行使することを排除するためには、別に説明が必要になる。

③ MのYに対する債権をXに移転する——MのYに対する債権からの回収　また、損害賠償者の代位(四三二条)や代債請求権(五三六条二項)のように、Xを優先させるためにMのYに対する債権をXに移転させて、Xに排他的な行使を認める制度もある。

④ 直接訴権を認める——MのYに対する債権からの回収？　フランス法に由来する直接訴権の構成について

の理解が一致しておらず、〔2〕③のようにMのYに対する債権をXに移転させる制度と理解する学説もあるが、MのYに対する債権とは別にXのYに対する直接の債権を認める制度であるとして〔2〕②のように理解する学説もあるので(↓〔17〕以下)、独立させておくが、六一三条のような直接訴権を認める制度もある。自賠法では、〔1〕①の消極的な保護の他に、一六条一項で被害者に保険会社に対するいわゆる直接請求権が認められている。

このように、XがMの他の債権者に優先してYから支払いを受けることを認める制度が(消極的な形か、積極的な形かの差はあれ)、現行法でもそれらを統一的に理解して位置づけているとは言えないとしても、ある程度は存在していることになる。したがって、問題となるのは、そのような制度が明文で用意されていないがXによるMの債権者を排しての回収が認められるべき場合に、これをどう実現するか、そして、それがどのような場合に認められるのかの限界づけのない基準作りである。また、Xの優先的回収の確保と、第三債務者Yの保護(物上代位のように)、また、Mから債権を譲り受けた者など第三者の取引安全の保護との関係についても考える必要がある。これまでは、そもそも問題意識がみられず、議論がある類型においても、転用物訴権にみられるように、〔2〕②のようにXのYに対する直接固有の債権を拡大して認められるかを問題としようという傾向が強い。その場合には、〔2〕②について述べたように、XにYに対する債権を認めるだけでは問題は解決しないため、MのYに対する債権をMの他の債権者が差し押さえた⁽²⁾り代位行使したのに対して優先することをあわせて考える必要がある。

しかし、〔2〕②のXのYに対する直接の不当利得返還請求権や不法行為による損害賠償請求権を認めることには限界があり、また、〔2〕③のようにMのYに対する債権をXに移転させる法理も、それが明文で認められている事例以外にXを優先的に保護するという趣旨からだけで拡大するのは困難であり、その一般化は躊躇せざるをえない⁽²⁾。そこで、本稿としては、XのMに対する債権、MのYに対する債権という構図に乗った上で、XがMのYに対する債

権から優先的に回収を可能とする方法を解釈論として考えてみたいと思つている。⁽³⁾

注

(1) これらも動産先取特権と構成され、金銭といふ物への先取特権とされている。このような構成は、法定果実が債権ではなく物の中に位置づけられていることにも見られる(八八条二項)。

(2) 不当利得の効果論としては、債権の取得が不当利得であると見られれば、不当利得返還請求権としてその債権の移転を求めることを認めるのは可能であろう(後述)。

(3) 但し、後に類型化するように、① Xに給付が排他的に帰属すべき場合と、② XにM他の債権者に優先させるのが政策的に好ましいという程度の場合とは、原理的に区別することは可能である。特に①については、この問題は担保法の問題に關連しその技術を使う可能性があるが、担保法が本質的な帰属先ではないということが出来る。

(b) ⁽³⁾ 優先的代位権の提案 XがMに対して金銭債権を有し、他方で、MがYに対して金銭債権を有している場合に、

すべての債権者はその債権額に依じて平等に扱われる債権者平等の原則というものがあるので、AとGが自由競争により事実上早い者勝ちで回収できる可能性があるが、両者の手続きが競合すると平等ということにならざるをえない。これを、(2)②のように別にXのYに対する直接の債権を認めたり、また、(2)③のようにMのYに対する債権をXに移転するということをしないで、実際にXが優先的に回収することを實現できる方法を考えようというのが、本稿の課題である。⁽¹⁾

結論を先に述べると、現行法の解釈としては、債権者代位権を転用して、特定債権の保全への転用とは別のいわば担保制度への転用として、すべての債権者が平等と認められる本来の債権者代位権とは別に、上のようなXに優先的行使を認める特殊な代位権といったものを認めることを提案したい。このような、代位権を本稿では優先的代位権

と称することにするが、その解釈上の可能性を探り、そして、その内容をつめていくことが本稿の課題である。⁽²⁾

なお、XからYに直接の債権を認める直接訴権（なお、後述〔21〕注2の完全直接訴権は内容的に先取特権と変わらない）と私見は、究極的には狙っているところは同じであり、私見を含めてXのYに対する直接の請求を認めるといふ点では共通している（確認までにいうと、私見ではあくまでもXからM、MからYへの債権しか認めない）。また、直接訴権の他に〔2〕②に述べたように転用物訴権なども含めて本稿の問題を論じる際に各所で広い意味で、直接の請求権が認められる場合を直接請求権という言葉で表示することにする（従って、直接訴権の上位概念として使うことにする）。

第三債務者及び第三者の取引安全の保護との関係につき、この優先的代位権は、担保権そのものではないので、当然にYに対して支払い禁止の効果、また、Mに対して処分や取立の禁止という効果は生じない。そして、他の債権者Gもこれを差し押さえたり代位行使することが可能である。しかし、Xがひとたび代位行使をすると、MもGもMのYに対する債権については手出しをすることができなくなり、また、Mは譲渡等の処分をすることができなくなり（相続も同様）、Xのみが行使できる結果、優先的・排他的に回収をすることができることになる（破産法上は別除権の規定を類推適用してよいか）。また、総債権のための責任財産保全のためではなく、債権回収そのものであるので、債務者Mの無資力要件は必要ではない。

なお、MのYに対する債権を代弁済請求権にすぎないと構成される場合（↓後述〔22〕）では、Xによる代位行使まではMの処分が可能だといってもそもそも譲渡は無益であり、また、他の債権者が代位行使したり差し押さえたりしても仕方がない。

注

(1) この問題は、一方で、財産法秩序の本質にかかわり、不当利得法などと連結する問題であるとともに、他方で、債権者平等

の原則、担保また担保物権とは何か、優先弁済権とは何か、債権の効力との関係をどう見るか、更に、債権の上の優先権ということ、第三債務者や第三者の保護との関係で公示の問題とも関わる非常に大きな問題である（なお、藤原正則「不当利得法と担保物権法の交錯」（平九）参照）。債権者平等の原則に対する法定の例外についても、立法の姿勢は各国でまちまちであり、ローマ法に忠実に比較的広く先取特権を認めるフランス法と、動産についてのみ限定的に法定質権というものを認めるにすぎないドイツ法との対立を見ても明らかである（我妻栄「新訂担保物権法」（昭四三）五〇頁以下、柚木馨・高木多喜夫「担保物権法」（第三版）（昭五七）四一頁以下参照）。

(2) 既に、拙稿「判批」「担保法の判例II」（平六）一〇六頁で、提唱はしておいたところである。

(c) ⁽⁴⁾ 転用先の債権者代位権について ところで、本稿でその規定を転用しようとしている債権者代位権（民法四二

三条）は、本来、金銭債務者の責任財産を保全するために債権者に認められた権利であると理解されている。⁽¹⁾ ところが、代位行使される債務者の権利が金銭債権である場合には、判例の運用上では、代位債権者が責任財産の保全を通り越して實際上債権回収ができることになっている。即ち、債権者代位権は、債権者の債権回収のための個別的、手段の一つとして実際には機能しているのである（債権者取消権が裁判所に取消判決を求める訴権であるのに対して、訴訟は不要である）。但し、複数の債権者による代位行使が競合した場合には、その競合した債権者は平等に扱われ、⁽²⁾ その意味で全ての債権者の平等は破産前には強制されることはなく自由競争に任されているが、破産前でも債権回収につき競合した債権者間では、債権者平等が貫かれざるをえないことになる。

このような制度を、冒頭に述べたようなX↓M債権とM↓Y債権との間に特別の結びつきがあり、XにM↓Y債権につきMの他の債権者に優先して代位行使をするという制度への転用が可能か、また、どのような場合に可能かを考えるためには、先ず転用先の債権者代位権を確認しておく必要がある。そのため、序論的考察で、債権者代位権につ

いてその転用可能性を探ることにしたい(↓〔10〕以下)。

注

(1) 債権者代位権の機能・性質などについての本格的な研究として、工藤祐蔵「債権者代位権の機能と構造(一)」南山法学一三卷二・三号(平元)一頁以下に詳しい。

(2) 債権者の一人が既にある債権について代位訴訟を提起している場合には、別の債権者が同一の債権について別に代位訴訟を提起することは、二重訴訟の禁止(民法一四二条)にあたり許されないとわれ、既に提起されている代位訴訟に共同訴訟参加(民法五二条)して、共同して債権の取立をするしかないといわれている。この場合の判決としては、訴訟に参加したすべての債権者の債権額に応じて比例配分して、割り付けて支払いを命じるべきであるといわれている(船越隆司「債権総論」(平一)二〇〇頁)。連帯債権的に、訴訟に参加した全債権者への支払いを命じて、強制執行の段階で調整するという形にはならない。

(d) ⁽⁵⁾ 直接訴権との関係 既に紹介がされているように、フランスにおいては債権者代位権とは異なる別の制度として、直接訴権(action directe)というものが⁽¹⁾あり、このような権利を持つ者に、対象となる権利について實際上優先

権が認められ一種の担保としての機能を持つものとなっている。そのため、このような制度は、本稿の観点からは非常に注目される場所である。しかし、直接訴権は債権者平等の原則を排する例外的制度である以上、法律規定によるのでなければ認められず、物上代位と同様に法律なければ直接訴権なしといわれている(しかし、これが正確ではないことは〔6〕に後述する)。

わが国では、このような直接訴権を規定したものと起草者が説明をしている規定として六一三条一項があるが、法律なければ直接訴権なしということで、規定がない場合については直接訴権を認めるのは不可能であろうか。結論を先取していうと、XのYに対する特別固有の債権を認めたり、MのYに対する債権をXに移転させるようなことは、特

別規定なしに解釈論として認めるのは困難である。筆者としては、先にも述べたように債権者代位権を転用した優先的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（直接訴権の排他権説によれば、それも直接訴権であるということになるが（↓〔19〕参照）、言葉の問題であり、とりあえずはXのYに対する直接の債権を認めるものだけを直接訴権といっておく）。債権者代位権の転用として、①すべての債権者が平等に行使ができるもの（強制執行の代用——無資力要件不要）、及び、②その代位行使される債権と特別な関係になり特に優先的に保護する必要がある債権の債権者が、優先的に行使することができる代位権（優先的代位権）とを認め、③その外に、特定債権の保全への転用を認めるので、債権者代位権の転用は三つに分類できることになる（↓〔11〕〔13〕参照）。

注

- (1) フランスにおける直接訴権のわが国への紹介としては、加賀山茂「民法六一三条の直接訴権 (action directe) について」(1) (2・完)「阪大法學」一〇二号、一〇三号(昭五一)、工藤祐巖「フランス法における直接訴権 (action directe) の根拠について」(一) (二) 未完「南山法學」二〇卷二号、二〇卷三・四号(平八)がある。なお、それ以前にも保険法上の直接訴権の紹介については、野田良之「フランスの保険法」(一) (四)「法協五六卷一号—四号(昭一三)、岩崎稜「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」(二) (四・完)「香川大学経済論叢三二完一号—四号(昭三三)、金澤理「保険と民事責任の法理」(昭四一) 一一〇頁以下、海野俊雄「被害者の直接請求権」『交通事故賠償の現状と課題』(昭五四) 三四六頁以下がある。責任保険における被害者の保護について、直接訴権の他に債権の上の先取特権という主張があったのは興味深く、また、後述のように実際にそのような立法もあり、それが直接訴権の根拠条文として発展していくのである（↓〔8〕参照）。

(2) フランス法上直接訴権が認められている例

^[6] 担保制度そのものとは構成せずに、最終的に給付が帰属すべき者に優先的回収を認める法理は、上にも述べたようにフランス法上の直接訴権というものが、フランス法でどのような場合に直接訴権が認められているのか、概説をしておくことにしたい。但し、フランス法の紹介は既に古く加賀山教授により行われており、また、最近工藤助教授により非常に詳細な紹介がされているので、ここでは本稿での参考にするために必要な説明にとどめておくことにしたい。⁽¹⁾

フランス法上、債権者代位権(直接訴権)に対して、間接訴権とか斜めの訴権といわれる。action indirecte ou oblique)は、^① 第三債務者が債務者への抗弁を対抗できること、及び、^② すべての債権者が平等に等しくその恩恵を受けられることから、代位行使をする債権者に大きな利益を与えることはないが(もちろん代位債権者が自分に支払うよう請求することとはできない)、この二つの点を回避できることに直接訴権の大きな意味があるといわれる。そして、直接訴権が認められると、上の^②の平等ということが排除されその債権者が優先的に行使できるために、「法律なければ先取特権なし」という二〇九三条の精神に反することになり、「法律なければ直接訴権なし」とさ⁽²⁾えいわれている。当初、このような直接訴権を認める民法の規定はわずかであったが、その後特別法で直接訴権を認める規定が増加しており、さらには近時では「契約結合 (groupe de contrats)」という概念の下に直接訴権が解釈上一般的に認められるかが問題になっている。

但し、直接訴権は統一の制度といえるものではなく、ただ一つの(種類の)直接訴権が存在するのではなく、いろいろな直接訴権が存在するのであるといわれているように、その歴史的沿革も機能も多様である。^①あるものは優先権

を与えるということが直接に目的とされ、先取特権や物上代位などの類似性が認められ、②あるものは、契約の連鎖がある場合に、契約関係にない第三者に契約責任の追及を認めるために認められたものである。⁽³⁾しかし、いずれにせよ、直接訴権として認められたために、少なくともその行使後は排他的な債権回収ができるようになるということ是否定できないところであり、その点ですべての直接訴権が担保的な機能をを持つことは疑いない。直接訴権が民法ないし法律規定により認められているものとして、以下のような場合をあげることができる。

注

- (1) (5) 注(1)の文献の他に、製造物責任での直接訴権については、浜上則雄「フランスにおける製造物責任の理論」(一)「民商六三卷六号、六四卷二号、三号(昭四六)、拙著「製造物責任の法理と法解釈」(平二)頁以下、拙稿「フランスにおける製造物責任」判タ六七三号(昭六三)五三頁以下、同「EC各国の製造物責任 フランス」『製造物責任体系I』(平一〇)四四一頁以下、野澤正充「契約の相対効と特定承継人の地位」(二)「民商一〇〇卷(平元)一〇〇頁以下がある。直接訴権についての、近時のフランスの文献としては、Janin, La notion d'action directe, 1991, LGDJがある。
- (2) 但し、実際には、判例が先行し法律がそれを追認する形で制定されていることは、工藤・前掲(5)注(1)論文の指摘するようにである。
- (3) これに関しては、フランス法においては、不法行為責任は契約責任が成立する場面においては排除されるという責任不競合の原則があるため、XがYに対して不法行為責任を追及することができないという、フランスに特殊な事情もある。

(a)⁽⁷⁾ 民法の規定により認められているもの 先ず、一八〇四年制定の民法自体により直接訴権が認められている場合として、以下のような規定がある。但し、いずれの直接訴権もフランス古法の時代には存在していなかったものといわれている。⁽¹⁾

- ① 賃貸借契約 一七五三条により、賃貸人には転借人に対する賃料の支払いについての直接訴権が認められて

いる。即ち、一七五三条一項は、「転借人は差押当時負担している転借料の限度で、所有者に対して義務を負う。但し転借人は前払をもって対抗できない」と規定する。この規定は、現在では直接訴権の規定と理解されているが、当初の趣旨はそのようなものではなく、パリ慣習法一六二条とオルレアン慣習法四〇八条との選択が問題になり、パリ慣習法を採用し、貸貸人が転借料を超えて債権差押えを実行することを禁止した点に意味があった。それが、「転借料の限度で」という文言である。即ち、起草者は直接の請求権を認めるということを考えてはいなかったのである。⁽²⁾

ところが、後世に至りこれは貸貸人に転借人に対する直接の請求権を認める規定と考えられるようになり、その請求できる額は、XのMに対する賃料額ではなく、MのYに対する賃料額に限られることになるという規定と位置づけられていく。また、この直接訴権は、判例により転借人の賃料以外のすべての権利に拡大がされている。

② 請負契約 一七九八条では、請負人の労働者は、その賃金の支払いのために、請負人が注文者に対して有する報酬債権について債権差押えを実行できるものと規定している。フランスにおいて、債権者代位権が要請された大きな原因が、債権に対する執行手続きの不備であったことはよく知られているところであるが、規定の不十分な債権に対する差押えを明文で認めただけの規定ともいえ、この規定についても起草者は特に直接の請求権を認める趣旨ではなかったものと評されている。⁽³⁾ この規定は、労働法典によってより拡大されて採用されている。また、労働法典は下請けの場合にも直接訴権を拡大している。

③ 委任契約 一九九四条では、委任契約において、復委任がされた場合に、委任者は復受任者に対して直接権利を行使できるものと規定されている。そして、反対に、規定にはないが、復受任者も委任者に対して、前払いや報酬についての請求権を持つものと判例により認められている。

しかし、この規定についても現在のような直接訴権を認めた規定と起草者は考えていたものではなく、受任者への

代位により説明されるものであったと評されている。⁽⁴⁾

注

- (1) 工藤・前掲(5)注(1)(二)三五頁。
- (2) 工藤・前掲(5)注(1)(二)三五—三六頁。
- (3) 工藤・前掲(5)注(1)(二)三六頁。
- (4) 工藤・前掲(5)注(1)(二)三六頁。

⁽⁸⁾ (b) 民法制定後の立法 民法制定後の立法には種々のものがあるが、重要なものとしては次の三つを指摘できる。⁽¹⁾

① 責任保険 一九三〇年七月一三日の法律、現在の保険法典一二四—三条によると、被害者はその損害賠償について、責任者と責任保険を締結している保険会社に対して、直接に保険金の支払請求権が認められる。⁽²⁾ そして、被害者は、請求権者が倒産しても、保険会社が支払うべき金額については排他的な権利を有しているため、その債権の確認についての手続きに服することはないものと解されている。

この規定の制定の背景としては、一九一三年五月二八日の法律により新設された二〇二条八号の補償金についての先取特権の規定に基づいて、被害者の保険会社に対する直接訴権を認める判決が一九二六年六月一四日の破毀院判決により認められ、これを追認するために保険法典一二四条の三が制定されたものであり、判例の創造物でありこの立法により初めて創造されたものではないといわれている。⁽³⁾

② 建売不動産の連鎖売買 一九六七年一月三日の法律により、一九四六条の一の第三項(現在は二項)が追加され、建築予定の不動産の売買が連続した場合に、買主に最初の売主に対して担保責任を追及する直接訴権が認められ

ている。これは、判例が既に認めていたところを明文で承認したものである。

③ 下請契約 一九七五年二月三十一日の法律一三三四号は、「直接訴権」と題して節を設けて、注文者に対する直接訴権を下請人に認めている。それは、下請け代金の支払いが一ヶ月遅滞した場合には、下請人は注文者に対して直接訴権が認められる(一二条)。この直接訴権は請負人が清算状態等にある場合でも認められる。

注

(1) その他の規定については、工藤・前掲〔5〕注(1)論文(二)に譲る。

(2) この立法について詳しくは、岩崎・前掲論文参照。〔5〕注(1)に掲げた論文参照。

(3) 工藤・前掲〔5〕注(1)論文(二)二八六頁。

⁹⁾ (c) わが国における対応規定 フランス法の規定に対応する規定をわが民法その他の法律で探してみると、以下のようにまとめることができる。

① 転貸借の場合 先ず、六二三条一項に賃貸人の転借人に対する直接訴権が規定されており、起草者もこれを「直接訴権」を認めた規定であることを明言している(後述)。規定上、賃料の支払いに限定されていないが、起草者の説明によると賃料の支払いと修繕義務が例にあげられていることは後述する通りである。

② 請負人の労働者 請負人の労働者の注文者に対する権利については、わが民法には規定がない。

③ 委任の復受任者への権利 これについては、委任契約についての規定ではないが、委任と代理が分離されたのを受けて総則の代理の規定に移されたものであるが、一〇三条二項の規定がある。それによれば、「復代理人は本人及び第三者に対して代理人と同一の権利義務を有す」と規定がされている。その内容は明確とは言い難いが、委

任者・受任者間と同じ関係が委任者と復受任者との間に認められるというものであり、フランス民法一九九四条との関係が認められよう。

この規定は、旧民法財産取得篇三三六条に由来するものであり、第一項は、「前条第一項及び第二項の場合に於て、委任者は復代人に対し其の管理に關する訴権を直接に行うことを得。又之に対し直接に責任を負担す。」と規定し、第二項は、「同条第三項の場合に於て、委任者は直接訴権と代理人の名を以てする間接訴権との間に選択権を有す。然れども直接訴権を行ひたるときは、其復代人の選任を許諾したるものと看做す」と規定していた。詳しいことは後述する。

④ 責任保険 責任保険については、商法六六七条で、「賃借人其他他人の物を保管する者が、其支払うことあるべき損害賠償の爲め其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損害の填補を請求することを得」と直接訴権を認めた規定があるが、責任保険一般につき直接訴権を被害者に認める商法上の規定はない。なお、後述の原子力損害賠償法の規定も、直接訴権を認めているに等しいものである。

また、自賠法一六条一項も、例外として直接訴権を認めた規定である。「第三条の規定による保有者の損害賠償の責任が発生したときは、被害者は、政令で定めるところにより、保険会社に対し、保険金額の限度において、損害賠償額の支払をなすべきことを請求することができる」(一六条一項)としてゐる。⁽¹⁾更に、被保険者が被害者に損害賠償をすると、その限度でこの支払義務を保険会社は免れるとも規定している(一六条二項)。また、「被保険者は、被害者に対する損害賠償額について自己が支払をした限度においてのみ、保険会社に対して保険金の支払を請求することができる」にすぎない(二五条)。⁽²⁾しかし、フランスとは異なつて差押えが禁止されておらず(一八条は被害者の直接請求権の差押えを禁止したもの)、また、処分禁止についても規定がない。そのため、他の債権者が差押えをしたり、保険金請求権の譲渡を受ける可能性があるが、これを無意味ならしめたのが、一五条の規定であり、被害者が賠償を受けない限り

加害者または被保険者は保険金請求権を行使できないものとしたのである。

このように、一五条が被害者救済のために大きな機能を有するが、いわばそれは消極的なものにすぎず、一六条一項の直接請求権が積極的に被害者に権利行使を認めることによつてその保護を更に一步進めたものであり、この二つは車の両輪のようなものともいえるであろう。但し、直接請求権の法的性格については議論がある。⁽³⁾

ところが、任意の責任保険についてはフランスのような規定がないため、問題が残されることになる。被害者が民法の債権者代位権により行使した事例で、無資力要件を充たしていないとして代位行使が認められなかった判例が出されている(後述)。確かにこの判例後、保険約款の改定により直接の請求権を認める規定がおかれるようになっていく。しかし、実はここでの問題は単に直接の請求権を認めるということではなく、被害者に優先的権利を認めるというものであるため、直接の請求権を約款で認めただけでは足りないのである。

⑤ 下請け 下請契約の場合に、下請人に注文者に対して直接の請求権を認める規定はわが民法には存在しない。動産保存の先取特権は、三二一条だけ見ると債務者の所有物である必要はないようであるが、動産先取特権の基本規定である三二一条は「債務者の特定動産」と限定しており、三一九条により他人物についても拡大されない限り他人物については認められず、三二一条についてはこの例外は適用にならない。

注

(1) 一六条の規定については、いったん被保険者に支払って、これから被害者に支払われるというのは、「無用の回り道」であり、「加害者が、被害者に賠償金を支払う資力、信用がなかったり、被害者に対し賠償をする意思がなかったりしたときは、被害者はいつまでたっても損害賠償が受けられないことになる」(一五条があるので、先ず賠償をしないと保険金請求ができない)、また、「保険会社を前面の当事者としたことにより、賠償問題の迅速かつ円滑な解決に寄与することが期待される」などといったことが説明される(運輸省地域交通局自動車保障課監修『自動車損害賠償保障法の解説』(昭六二)一〇三頁—

○四頁)

(2) 一五条は、被保険者たる加害者が保険金を受け取つても、被害者に確実に支払う保証がなく、着服してしまい支払わないことも考えられるので、置かれた規定と説明されている(運輸省地域交通局自動車保障課監修・前掲書一〇二頁)。

(3) ①被保険者の請求権の代位行使であるとするもの、②自賠償保険の有する被害者保護機能を明文化したものとするもの、③本法が創造した全く新しい責任であるというものに分かれる(木宮高彦他「注釈自動車損害賠償保障法」(昭六二)一三三頁。詳しくは後述する)。私見の優先的代位権という構成では、ここでも優先的代位権の行使と構成したいところであるが、一五条の制限の関係で問題が残る。しかし、一五条は現実の支払請求を制限しただけであり、それ以前でも被害者に支払うよう代弁済請求権はあり、その代位行使とすることが考えられる(22)の②の代位権。

(3) 債権者代位権の本質

⁽¹⁰⁾ 本稿では債権者代位権を債権に対する優先権を実現する制度の転用先として考えているのであるが、転用先の債権者代位権のこのような転用の可能性について、先ず考察しておくことにする。これに關係しては、平井教授によりこれを責任財産の保全ではなく、包括的な担保権を定めた規定として位置づけようという提案がされているので、それとの關係を考察するために、債権者代位権の本質を確認しておくことにする。

⁽¹¹⁾ (a) 法定管理権説 通説的な理解は、債権者代位権を、債務者の財産關係について干渉する権限を法が特に認めただけのものであり、私的自治の原則に対する例外として法定の管理権を債権者に認めたとするものである。⁽¹⁾ このような立場から、これまで認められている転用または提唱されている転用は、次の二つである。なお、直接訴権への転用につ

いては、保険金請求権への代位について無資力要件を不要とできるかという観点から考察がされているが、これについては別に説明する。

① 特定債権の保全への転用 本来債権者代位権は債務者の財産を保全して、強制執行の準備の段階で金銭債権を確保しておくという制度と理解されている。しかし、債権が保全され債権の履行が確保されればよいと四二三条を拡大して、本来の責任財産の保全からはなれて、責任財産が保全されればすべての債権が保全されるので、本来の場合は総債権の保全の場合であるが、特定の債権だけを債務者の責任財産には関わりなく保全する場合に、判例・学説は債権者代位権の転用を認めている。⁽²⁾

この場合は、転用とはいえ、債権の保全という説明ができるので、それぞれの制度の内部で妥当な解決をはかるべきであるという反対もあるが、判例・通説とも容認しているところである。このようにして、責任財産の保全ということから、転用への一步は踏み出されている。

② 強制執行代用制度への転用 代位行使されるのが金銭債権以外の権利である場合には、強制執行とは競合せず債権者代位権しか考えられず、この場合には債務者の私的自治の尊重の要請からして、右の特定債権の保全の場合とは別として債務者の無資力要件は必要であり、これについては異論はない。ところが、代位行使されるのが金銭債権である場合には、代位権を行使するまでもなく、強制執行が可能である。そして、強制執行をするには債務者の無資力要件は不要である。ところが、強制執行には債権者に債務名義が必要であり、債権者代位権では債務名義が不要なので、債務名義のいらない簡易な債権回収方法として、代位権を使うことを提案する考えがある。⁽³⁾ これを認めても、誰も害されることがなければ、そして、強制執行では債務者の無資力要件は不要なので、それとのバランスからいっても無資力要件をこの場合にはずしてもよいであろう。

しかし、このような転用については、理論は通っているが、実際上の問題から懸念を表し賛成には躊躇をする学説が多いのが現状である。⁽⁴⁾ 先ず、これを認めると、折角の債権執行の手続きが死文と化すること、また、一人でも債権者がいると、勝手に債務者は自分の債権を取立られることになりこれは耐えられないことであり、また、第三債務者も支払ってよいものか迷うことになり第三債務者の保護も必要となることなどが懸念されるのである。

注

- (1) 川島武宜「債権法総則講義第一」(昭二四)五七頁、山中康雄「債権総論」(昭二八)一一一頁、於保不二雄「債権総論(新版)」(昭四七)一六二頁、奥田昌道「債権総論(増補版)」(平四)二五六頁、船越隆司「債権総論」(平一一)一八二頁。など
- (2) これについては、『注釈民法(10)』(昭六二)七三三頁以下(下森定)参照。
- (3) 天野弘「債権者代位権における無資力理論の再検討(上)(下)」判タ二八〇号、二八二号(昭四七)、同「債権者代位権行使の要件——債務者の無資力を要するか——」『民法の争点II(債権総論・債権各論)』(昭六〇)四六頁以下。花房教授の提案については、『16』で述べる。なお、小林秀之・角紀代恵「手続法から見た民法」(平五)一五六頁以下も参照。
- (4) 学説の状況については、多少古くなったが、下森定教授による、『注釈民法(10)』(昭六〇)七五一頁以下参照。

⁽¹²⁾
 (b) 平井教授の包括的担保権説 平井教授は、フランスでは代位権は代理人として総債権者のために行使されるにすぎず、代位債権者が優先するわけではなく、そのため実際に行使されることがないのに対して、わが国では、共同担保の保全維持という本来の目的から逸脱する運用がされておられ、むしろこれが代位権の重要な存在理由になっていることから、次のように包括担保権としての直接訴権を認める規定としようとしている。⁽¹⁾

「代位権とは、単に債務者に属する権利を共同担保の保全のために行使する権利ではなく、相手方に対し直接行使できる債権者固有の権利と解すべきことになる。」「このような解釈は、代位権をこれと正反対の権利、すなわちフラン

スにおける直接訴権(中略)と解することになる(中略)。しかし、フランスにおける直接訴権の制度は、それぞれの法律関係特有の理由にもつき各種の法律に規定されているのとどまり(中略)、統一的な法律制度というわけではない。そこで右のように代位権を直接訴権的に解するとしたら、その根拠を一般に債権者の有する共同担保に対する権利に求めるべきであつて、強いてこれを表現すれば、そのような権利を根拠とする包括的担保権的なもの(中略)と解すべきことにならう(二六一―二頁)。

しかし、それでは「きわめて強大な権利となつて差押に比べてはなはだしく均衡を失する解釈となる」(二六二頁)。そして、「代位権の包括担保権的性格にかんがみると」無資力要件はこれを堅持すべきであるという。但し、被保全債権が被代位債権「によつて担保される関係が密接であればあるほど、無資力要件はこれを要しないと考えるべきである」。「共同担保たる一般財産のうちの一つが特定され、その結果、包括担保権的性格が特定の財産への集中により失われるに至つた以上、一般的な無資力要件を課する意味がなくなつたと考えるべきだからである」。従つて、被害者に保険会社への保険金請求権の代位行使につき無資力要件を不要とすべきである(二六六頁)。

注

(1) 平井宜雄「債権総論(第二版)」(平六)。頁数は本文に表示する。

(13)

(c) 包括的担保権説の評価と私見 包括的担保権説に対しては、「共同担保と解すると、債権者代位権は、丁度、

債権質権者の直接取立権(三六七条一項)と同質のものになるが、共同担保であるのに何故に直接請求ができ、事実上優先満足を受けられるのか」不明であり、「要するに総財産が引当てになつていふ意味にすぎない」と評されている(1)。また、積極的に批判はしないまでも、今のところこれへの支持を表明する学説はないといつてよい。

先ず、債権者代位権を「担保」という点から光を当てたことは評価されるべきである。しかし、私見としては、すべての場合を担保的なものとしたところに躊躇を覚えるところであり、次のように、四二三条の債権者代位権を分けて考える。無資力要件の点も含めてあわせて説明をしよう。

① 本来の責任財産保全の場合 この場合には、債務者の私的自治の確保のために、無資力要件をはずすことはできない。また、保全された財産については、債権者平等の原則があてはまることになる。

② 「特定」の債権の保全のための転用 これに対して、金銭債権を含めて、その特定の債権が「保全」されるというだけの場合には、制度の転用であり、無資力要件は問題にならない。ともかく、以上までは「債権の保全」といったレベルの問題である。

③ 金銭債権の回収のための強制執行の代用としての転用 また、被代位債権が金銭債権の場合には、保全を問題にすることなく直ちにそれから取り立てて債権の「回収」をすることができ、これは強制執行が債務者の無資力要件を設定していないことから分かるように無資力は要件にならない。そこで、代位権をこのような簡易な債権回収方法として転用して不都合がなければ、それによる債権の回収のためには無資力要件は不要ということになる。問題は、そのような転用に何か不都合がないかであり、断定ははばかるところであるが、今のところとしては無資力要件を不要として、このような転用を認めてもよいと考えている。⁽³⁾

④ 直接訴権制度への転用 しかし、直接訴権は他の債権者を排除して優先的・排他的な債権回収を可能とするという意味で担保としての機能を持つものであり、すべての債権者が行使でき行使した債権者が事実上自由競争により優先的に債権回収ができるというのは、直接訴権の持つ担保の機能とは異なるものである。平井教授がいう、被保全債権と被代位債権との間に密接な関係がある場合が、ここでの対象であり、この場合には無資力要件を不要として

特別扱いをしようとしてはいるが、すべての債権者代位権を包括的担保権とし直接訴権としたのは適切ではないといわざるをえない。そして、本稿はこの直接訴権への転用の部分のみを特別に取り出して考察しようとするものである。⁽⁴⁾

なお、包括的担保権説が直接訴権そのものを認めることを断念して、代位権を転用することによろうとした点は、本稿と同じであり注目はされてよいが、直接訴権を規定した六一三条一項との関係など、そのいうところの包括的担保権ということの内容の解明は十分ではないきらいがある。

注

(1) 船越・(4)注(2)前掲書一八二頁。

(2) 担保とは債権の効力を強化するものであり、債権としてすべての金銭債権に共通して認められる効力を担保と位置づけるのは、疑問を免れない。責任財産の責任というのは、すべての債権者の平等な責任財産ということであり、担保というのは異なる。

(3) 拙著『債権総論第二版補正版』(平八)二六二頁。この点一つだけでも大きな論文の対象になる問題なので、詳しいことは述べない。また、別稿で詳しく論じたいと思っている。とりあえず、『注釈民法(10)』(昭六二)七四六頁以下(下森定)参照。

(4) なお、MのYに対する債権を代弁済請求権にすぎないものとすれば、この債権はXだけに排他的に担保にとっているようなものに等しく、Mの一般債権者の責任財産にはならないことになる。この場合に、XがMのYに対する代弁済請求権を代位行使することについては、無資力要件を不要とする考えがあるが、それも一種の転用である。これは、②の特定債権の保全のための転用ではなく、③と同じレベルの債権回収のための転用である。

2 直接訴権（なしい直接請求権）の一般論について

(1) 債権者代位権と直接訴権

(a) ^[14] 直接訴権の一般論としての承認　これまで、わが国では六一三条が直接訴権を認めた規定であり、わが民法でも直接訴権というものが存在することは解明されているが、一般論として直接訴権を主張する学説はない。この点に言及すること自体まれであり、また、直接訴権と直接請求権との区別も十分にはされておらず、例えば以下のよう⁽¹⁾な評価がされる程度である。

① 鈴木教授の評価　後述する教科書での記述との関係は明確ではないが、不当利得返還請求権などを含めてともかくXにYに対する直接の請求権を認めることを直接請求権と呼び、従って直接訴権よりも広い理解をした上で、これにつき次のような評価を下している。⁽²⁾

「M↓Y債権とX↓M債権との間に強い牽連性がある場合には——正面からM↓Y債権上の先取特権などを認める方式を避け——X↓Yの直接請求権の承認とM↓Y債権の行使の抑止という形で、Xに強い優位を与えるべきが本稿の問題なのである。このようにしてXに強い優位を付与することは、Xをめぐる微視的考察においては、たしかに、衡平に適する場合が多いかもしれないのである」。「しかし、破産制度さらには財産法全体の見地から巨視的に見るときは、上述の形でのXへの強い優先権の付与を、必ずしも手放しで歓迎することはできない。すなわち、牽連関係にある資産と債務とをペアーにして破産手続きからはずしてゆくとすると、まず、牽連関係の有無がそもそも程度問題で

あるため、どこに限界線を引くか、の難問を生ずる。その点を別としても、破産者の資産の各構成部分は、多くの場合、程度の差こそあれ、それぞれなんらかの債務と対応しており、もしかかる資産をつぎはぎにはずしてゆけば、結局、破産財団は実質のないものとなり、破産手続きはますます意義の乏しいものになってゆく。その結果は、上述のような形で優位を与えられることもなく、あらかじめ担保物権の設定をうける機会もなかった一般債権者——それは、通常、社会的弱者である——を犠牲に供するものであることが、忘れられてはならない。

以上のように述べた上で、最終的に、「それゆえ、対第三債務者の直接請求権の承認という形で特定の債権者への強い優位の賦与は、解釈論としても立法論としても、広範にはこれを認むべきではなく、責任保険の場合のように、二つの債権の間の牽連関係がきわめて強く、特定の債権者の満足を他の一般債権者の犠牲において図つても、それがむしろはつきりと衡平に適する場合にのみ、認むべきだ、ということにならう」とまとめている。

② 淡路教授の所説　しかし、直接訴権に好意的な学説の中でも、例えば淡路教授は、「解釈論による直接請求権の承認は必ずしも容易ではない」、自動車対人賠償責任保険につき保険約款が改定されて直接請求権が認められるようになった以上、金銭債権について無資力要件を不要とすべき場合が他にあるかは、「いまのところ消極的に考えざるを得」ないと評している。⁽³⁾

注

- (1) 以下に述べる学説の他に、工藤教授は、前掲〔5〕注(1)(一)南山法学二〇巻一五頁で、「フランス法における直接訴権の根拠を検討することで、わが国に直接訴権を一般的な形で安易に『輸入』しようとするものではない」と前置きしながらも、「フランス法の検討の結果を、債権者代位権の解釈論において何らかの形で活かすことは可能であり、許されるものと考えている」と述べている。いまだ、工藤説自体は公にされていないが、私見と同様に債権者代位権を通してこれをわが国でも実現しようとするようであり、自説の公表が待たれるところである。

- (2) 鈴木祿弥「いわゆる直接請求権の承認をめぐる利益衡量」『民商法雑誌七八卷臨時増刊号 法と権利Ⅰ』(昭五三) 三三四—三三五頁。
- (3) 淡路剛久「債権保全のための第三者に対する効力」法教一九一(平八) 五五頁。なお、加賀山教授は、六一三条の直接訴権を研究しているが、直接訴権の一般論としての導入については沈黙しており、「民法を語る」⑬民法六一三条の直接訴権(下)『Law School』二一(昭五六) 一二二頁によると、不動産の相次売買での中間登記請求権と消費者のメーカーに対する責任追及が考えられている程度のものである。

(b) 被保全債権と被代位債権との間に密接な関係がある場合について、そこで、直接訴権自体を一般論として主張することができないとしても、四二三条を借用してこれを実現できないかを次に検討してみよう。四二三条については、不法行為の被害者が、加害者の締結していた責任保険の保険会社への保険金請求権につき、債務者たる損害賠償義務者の無資力を要件とすることなく、代位権が認められるかが問題とされ、これをめぐって更に一般論として債権の間に密接な関連性がある場合には無資力要件を不要とできないかが議論されている(後述)。

① 平井教授の所説——代位権の借用 平井一雄教授は、債権者代位権の研究には、直接訴権との関係を考察することが必要であるものとして、次のように述べている。直接訴権は「性質としては、債権者代位権の特殊な形態ともみることが可能である。しかも、わが国の債権者代位権において判例・通説の認めるところと同じく、第三債務者に対して直接請求を許す結果、中間債務者のその他の債権者を競合から排除するという特色を有している。したがって、わが国においても、いわゆる本来型につき無資力要件を維持しながら、債権者をとくに保護すべき必要性の強い場合については、この直接訴権を参考にして無資力の要件を緩和するという解釈もなしえないではない」。

しかし、むしろ問題は債務者が無資力の場合の優先権の承認であるので、単に無資力要件をはずすというだけでは、

大きな意味はないことになる。無資力要件をはずすのみならず、無資力の場合に特定の債権者が優先的に回収できることを実現することこそが必要なのである。この優先権という点については、何も明らかにされていない。

② 鈴木教授の所説 後述の保険金請求権への被害者による代位については、保険金の特性から説明する学説もあるが、被代位債権と被保全債権との密接不可分の関連性ということを根拠として挙げる学説もあり(後述)、それはそのような事例を超えて一般化を許すものであり、そのような一般化を提示する学説として、鈴木教授の考えがあり、以下のように述べる。⁽²⁾「第三債務者から、債務者に支払われる金銭を債務者の他の債権者の容喙を排除して代位債権者に帰せしめるのが実質的關係に鑑みて妥当である事案では、債務者が資力があるときでも、代位権が成立する、と解する余地がある」。

いずれにしても、債務者Mの無資力要件をはずすということに主眼を置いており、債務者Mが無資力でも優先的回収を可能とするということには十分意識がされているとはいえない。

注

- (1) 平井一雄「債権者代位権」、『民法講座4 債権総論』(昭六〇)一三九頁。また、浦川道太郎「債権者代位権に関する一考察」『現代民法学の基本問題(中)』(昭五八)も次のように述べる。「転用型に関しては、それが直接請求権の承認されていない事案における間接訴権による代替的解決法としての機能をもっていることをより直視して、このようなわが国債権法に独自の運用法をさらにどの分野で活用できるかを積極的に探ってゆく必要が残されていると、思われるのである」と。
- (2) 鈴木祿弥「債権法講義(三訂版)」(平七)一一〇頁。なお、加藤雅信教授は、六五〇条二項の代弁請求権についての代位行使についての注においてであるが、「債権者代位権の適用範囲に関し、債権関係の連鎖がある場合の問題の処理に債権者代位権は適しているので、条文にない無資力要件を要求する必要はなく、広く債権者代位権の適用を認めてよいと考えている」と述べる(加藤雅信「財産法の体系と不当利得法の構造」(昭六二)八一四頁)。

(c) 花房教授による直接請求権説 この問題に関しては、異彩を放つ学説として、花房教授の学説が注目される。⁽¹⁶⁾
 花房教授によると、四二三条の代位権を債権者に債務者が第三債務者に対して有している債権と同じ内容の別の債権を認めて、第三債務者に対する直接の債権を認めるものとして構成する。ただ、この学説は、責任財産の保全のための本来の事例とは別に、そのような転用例を認めるというのではなく、四二三条の代位権をそのような権利と解釈をし直そうというのである。

この点で、学説の提唱方法としては政策的に適切なものではないため、現在に至るまで支持を見ないところである。その点は差し引いて評価するとしても、この学説には注目すべき点があることは否定しえない。その要点を指摘すると次のようである。

まず、債権者代位権を、債権者が債務者の権利を自己の権利として直接に弁済を受けられることを可能にするものであり、「債権の円滑なる満足のために第三債務者から直接に弁済をえさせようとするものである」といわれる（五九一—六〇頁）。そして、無資力要件については、「債務者の権利行使の成果の利用が弁済にあてられるものと客観的に判断されるときには、債務者がたとえ当該権利以外に財産を充分に有しその財産によってその債権者の権利を満足しうる場合であつても、代位権の行使は債務者の財産的自由を侵すことにはならないので、債務者の資力とは関係なく代位が認められる」（七一頁）。また、債務者の権利行使は、代位権の行使を妨げるものではない。「代位権は、第三債務者から直接に弁済を受けることのできる権利として、債務者の権利とは別個独立のものだからである」（八六頁）。

この考えの主張を、好意的に金銭債権の代位行使の場合を念頭においていると制限解釈をすれば、先の強制執行代用として代位権の転用を認める考えの一種ということになる。また、仮に保険金請求権の代位行使を専ら念頭においていると考え、直接訴権への転用を意図していると考えれば、⁽²⁾ 独立した債権を認める直接訴権の構成を代位権を転用

して認めるものと理解をすることもできる。そう考えれば、直接訴権そのものを債権者代位の名の下に実現することができる。そのように限定をしたとしても(本来の責任財産の保全や特定債権の保全では、あくまでも代位行使とする)、四二三条を転用して、全く構造の異なる制度として構成することが、法解釈として受け入れられるものかは疑問とせざるをえない。いずれにせよ、もしこのように限定的に評価をすれば、私見と狙っているところは同じであり、高く評価ができるが、構成の点で法解釈の政策論として妥当性に問題があったということになる。

注

(1) 花房一彦「債権者代位について」新潟大学商学論集一一—二二号(昭五四)五三頁以下。

(2) 花房一彦「債権者代位による責任保険金請求の訴訟(二)」新潟大学商学論集一四号(昭五六)四八頁参照。なお、同五〇頁では、立法論としては、被害者に責任保険の保険金請求権につき先取特権を認めることを提案し、そして差押えを必要とする。但し、それでも、差押前にMの他の債権者が代位行使をしよう可能性があるもので、一般債権者が代位行使できないようにする必要性があるとして、保険者は代位行使をする一般債権者には支払えないものとする。

(2) 直接訴権の構成と私見の優先的代位権説

^[17]
(a) 直接訴権の四つの命題 ところで、起草者により直接訴権を規定したと明言されている六一三条一項は直接

の債権を第三債務者に対して認めるものと考えられており、XのYに対する直接の債権を認める直接訴権をどのように法的に構成するかは問題として残される。直接訴権の法的構成については、加賀山教授によると次の四つの性質をいずれも矛盾なく説明できることが必要であるといわれている。⁽¹⁾

- ① 直接訴権の効力が生じるまでは、MのYに対する債権が存在していなければならない。
- ② 直接訴権の効力の発生後は、MはYに対する債権の処分権を失い、YもMに弁済することができなくなる。
- ③ 直接訴権を行使する債権者XがMから弁済を受けた場合は、Mは処分権を回復しYに対して権利を行使することができるとができる。
- ④ 直接訴権を行使するXがYから弁済を受けた場合は、MのYに対する債権も消滅する。
- 以下には、フランスでの学説を参考として、これに、既に説明したまたは後述するわが国の学説について付言していくことにしたい。

注

(1) 加賀山茂「民法六二三条の直接訴権 *action directe* について(一)」阪大法学一〇二号(昭五二)一〇〇頁。

⁽¹⁸⁾
 (b) 直接の権利を認めるものと構成すると 直接訴権は、単に直接の請求を可能にするというに止まらず、XのYに対する直接の債権を認めるものと構成するのが一般的な理解である。但し、これをどう根拠づけるかについては、次のように根拠が分かれることになる。

① 独自の権利を発生させる構成(併存説) 先ず、六二三条がわが国では問題となるが、これについては後述するように、貸借人Mの転借人に対する貸料債権とは別に、民法により貸借人Xの転借人Yに対する独自の貸料債権を与えたものと理解されている(後述)。また、花房教授は、四二三条の債権者代位権それ自体をこのような構成で説明をしようとしており、解釈論として、このような構成を四二三条を介して実現しようとするものといえる(↓〔16〕)。

この考えに対して、加賀山教授は、「第三債務者が直接訴権者に弁済して、直接訴権が消滅した場合、これと独立の関係にあるはずの中間債務者の第三債務者に対する債権がなぜ消滅するのか(第四点)は、この説では簡単には説明できない」、結局この説は「中間債務者の債権と全く同じ内容の独立した債権を直接訴権者が原始取得するという発想に不自然さがある上、第四点を説明できない」という難点があると批判をしている。⁽¹⁾

② 第三者のためにする契約説 責任保険や連鎖的売買の瑕疵担保責任についての直接訴権について、フランスにおいて一部で支持がされた学説である。これによれば、Xが取得するのはMY間の契約でMがYに対して取得すべかりし債権ということになり、そもそもMの責任財産にならないので、Mによる処分ができないことも、Mの他の債権者による差し押さえができないことも説明は可能になる。しかし、意思の擬制であり、また、責任保険では被害者を被保険者とすることが無理と考えられている(但し、後述のように、この説を支持する学説もある)。

この構成だと、要約者には、契約上の権利としては第三者への履行を求める請求権しかないことになるので、Yに対してXとMの権利が併存することになるとしても、Mの権利はXに履行するよう請求するものであり、Xのみが受領できる結論となる。そのため、結論としては、次の代弁済請求権を認める考えと同じことになる。

③ 免脱請求権説(代弁済請求権説) これは、責任保険の直接訴権(直接請求権)について保険学者により主張されているものである。⁽²⁾ 保険事故発生後、被害者に損害賠償をすする前において被保険者が保険者に対して有するのは債務免脱請求権(代弁済請求権)にすぎず、被害者はその反射効として、保険者に対して直接請求権を取得する、保険者が被害者に損害填補を行うと責任保険契約の本旨に従った履行となり、被保険者の債務を免脱せしめる、被保険者が被害者に損害賠償をすると、この限度で保険者に対する保険金請求権を取得する、というものである。

この構造は、委任契約における六五〇条二項の代弁済請求権と同じである。そして、転用物訴権について、六

五〇条二項を類推適用して処理する考えがあること、後に述べる通りである(↓(42))。この理論でいけば、六五〇条二項でもその反射として、受任者と契約をした者に、委任者に対する直接請求権を認めるならば、六五〇条二項の類推適用を通して、直接訴権をわが国でも一般的に実現することも可能になる。

④ 債権移転説(法定移転説) しかし、加賀山教授は、直接訴権の一般論として、MのYに対する債権がXに移転するという構成が妥当であるとして、これにより六一三条も構成しようとしている。この考えでは、直接訴権者は債権の移転を受けることによりいわば代物弁済を受けたも同然になり、中間債務者に対する債権を失うことになり、それは不都合ではないかという疑問があるが、これには、「法は、第三債務者の資力を担保させるために、中間債務者を負担部分ゼロの不真正連帯債務者(連帯保証人)として留まらせているのである」という構成により答えている。結局、移転説では、「直接訴権の発生により、(1)中間債務者の第三債務者に対する債権は、直接訴権者へと移転すると同時に、(2)中間債務者の直接訴権者に対する債務は不真正連帯債務へと転化する」という。詳しくは、次のように述べたおり、重要なのでそのまま引用しよう。

「直接訴権の効力の発生の時(完全直接訴権の場合は債権発生の時、不完全直接訴権の場合は権利行使の時)に、中間債務者の第三債務者に対する債権は、直接訴権者に対する債権の限度で直接訴権者へ法律上当然に移転する。この時以降、中間債務者は右の債権の処分権および弁済受領権を失う。中間債務者と第三債務者との間で生じた事由(弁済・相殺・譲渡など)が直接訴権者に対抗できないのはこの理由に基づく。また中間債務者が債権を失っている以上、中間債務者の一般債権者、および、直接訴権の効力発生後の差押債権者および、破産債権者、対抗力を備えた債権の譲受人が直接訴権者と競合しえないのも当然である。また、直接訴権の発生後、中間債務者は、直接訴権者に対して、不真正連帯債務者として責任を負う。したがって、中間債務者が直接訴権者に弁済した場合、中間債務者は本来の債務

者としてではなく、負担部分ゼロの不真正連帯債務者として弁済したのであるから、民法五〇〇条に基づき、第三債務者に対して求償権を取得する。反対に、第三債務者が直接訴権者に弁済した場合は、第三債務者は本来の債務者として弁済したのであるから、代位の問題は生ぜず、中間債務者の不真正連帯債務も目的到達により消滅するのである。このように移転説(中間債務者の債権の直接訴権者への移転と、中間債務者の債務の不真正連帯債務への転化)により、直接訴権の法的性質は、すべて矛盾なく説明することができるのである。⁽³⁾

また、浜上教授も、一〇七条二項を直接訴権を認めた規定として、加賀山教授と全く同じ移転説を採用している。⁽⁴⁾確かに加賀山教授の移転説は説得的であり、これが理想的な説明かもしれない。しかし、六一三条のような明文規定のある場合の説明としてはこのような説明も可能であろうが、規定がない場合も包摂するような構成としては、これは解釈論の域を超えるものと批判される可能性があるであろう。また、四二三条をこのような構成に転用して一般論を主張するのも難しいといわざるをえない。

注

- (1) 加賀山・前掲〔17〕注(1)論文一〇一—一〇二頁。責任保険における直接請求権についての、野田良之「フランスの責任保険法」(二)法協五六卷三号四六八頁、田中誠二「新版保険法」二四四頁、伊沢修平「保険法」四一〇頁、大森忠「保険法」二二二頁以下などがある。いずれについても、詳しくは該当個所の説明で述べる。
- (2) 金澤理「保険と民事責任の法理」(昭四二)一三一頁はこの考えを魅力的であると評し、西島・前掲(二)四八頁以下は、この免脱請求権説を発展させた理論であると評している。
- (3) 加賀山・前掲論文一〇三以下。商法六六七条についてはこのような学説があることは、同一〇三頁を参照。但し、自賠法では一五条があるので、移転説で説明ができないのではないかという疑問がある。
- (4) 浜上則雄「生産物責任の涉外問題」(四)「判評二二三号」(昭)一〇〇頁、同「民法一〇七条の『直接訴権』について」Law School三三三号(昭五六)五二頁。

(c) 19
排他権説

これはフランスのコジアン⁽¹⁹⁾の学説として加賀山教授によって紹介されているが、「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、弁済受領権を剥奪され、直接訴権者のみが、この債権を自己の名で行使する権限を取得する（第二点の説明）と考えるものである。この説によれば、直接訴権は、中間債務者に帰属する債権についての排他的な権利行使権限に他ならず、中間債務者の債権以外に独立の権利が発生するわけではない」といわれるものである。⁽¹⁾

加賀山教授は、この説によると、「直接訴権の法的性質をすべて説明しうる」と評価しながらも、「中間債務者の権利行使権限が完全に剝奪されて、その代わりに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かかわらず、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」と述べ、移転説でも〔17〕の③及び④の点を説明できるならば、「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」と自説で締めくくっている。⁽²⁾ また、米倉教授も、この排他権説を「権利そのものではなくて、行使権限だけの移転という構成」は、「大変に技巧的」であると評している。⁽³⁾

私見は直接訴権と同様の結論を四二三条の転用で実現しようとする結果、この学説は非常に近いものになる。これが、直接訴権だとすれば、私見の四二三条を転用するものも直接訴権そのものを認めるものといふこととさえてできる。いずれにせよ、解釈論として一般化しようとするれば、政策的に裁判所に受け入れやすい一般規定による必要があり、私見としては加賀山教授の移転説は卓見だとは思いますが、次のようにこの構成に匹敵する考えを提唱したい。

注

- (1) 加賀山・前掲〔17〕注(1) 論文一〇二頁。
 (2) 加賀山・前掲〔17〕注(1) 論文一〇二頁。

(3) 「民法を語る③民法六一三条の直接訴権(下)」Law School三二号(昭五六)一一〇頁における米倉明発言。

(20)

(d) 代位権の転用として構成すると——優先的代位権 私見としては、四二三条の転用により直接訴権の狙って

いるところを実現することを考えている。そして、債務者Mが権利を行使することは妨げられないが、その権利行使がされていても、債権者Xは本来の債権者代位権とは異なり、代位行使をすることが可能であり、かつ、その場合に債権者の代位行使が優先し、これは債務者Mの他の金銭債権者Gとの関係についても同様になる。

この優先権という問題を考えるについては、その結論の妥当性の点に関して、①第三債務者の保護、②債権者平等の原則との関係、及び、③第三者の取引の安全保護との関係を考慮する必要がある。私見を述べる前に、優先権の実現についても二つのレベルでのしくみが考えられるので、既に「1」「2」に述べたところであるが確認しておこう。

(ア) 排他的ないし優先的回収の消極的保全 先ず、消極的に優先的立場を確保するだけのしくみが考えられる。これも、さらには次の二つを考えることができる。

① MのYに対する権利の否定 「9」に述べたように、自賠法一五条のように、保険者は被害者に現実には損害賠償をした後でないと、保険会社に保険金請求権を持たないと構成することができる。これであれば、Xが損害賠償を受けた後でないと、MのYに対する保険金請求権が成立しないので、保険金請求権をXがMの他の債権者に横取りされる危険性や、Yから支払いを受けたMがこれをXに引き渡さず消費してしまうことを回避することができる。しかし、XのYに対する直接の請求権を認めないと、XがMから損害賠償を受けられないまま放置されることになる。やはりこれは、積極的なしくみにあわせて用いられる補充的なものにすぎないというべきである。

② Mに代弁済請求権のみを認める また、MはXに損害賠償をしない限りはYに対して、自分に対して保険金

の支払いを求める請求権はないが、代弁済請求権は持っているという構成も考えられる。これによれば、MにはYに對して自分に支払うよう請求はできず、Xに支払うよう請求ができるだけであり（第三者のためにする契約の要約者の地位に類似する）、X以外の者に支払われることはなく、Mの他の債権者も代位行使や差し押さえしても仕方が無いことになり、Mの債権とはいえもはやMの一般財産から除外されXのみが排他的に給付を受けられ、Xに優先権が認められているのに等しいことになる。また、債権譲渡をしても意味がない。

そして、この構成だと、MのYに對する債権があるので、他の債権者には無意味な債権であるが、Xはこれを無資力要件をはずして代位行使できるとすれば、次の積極的な救済と等しい結論を導くことができる。しかし、①も②も、それを知らず支払ってYの支払いが無効になり、また、Mから債権譲渡を受けるなどした第三者の利益を害することになり、これらの利益保護との調整を考えなければならぬ。

(イ) 排他的ないし優先的回収の積極的実現 更には、直接訴権のように、XのYに對する直接の債権を認めることが考えられる。ところが、このための構成に問題が残ることは既にみたようであり、また、この構成と先の消極的しくみとは矛盾し選択関係になるのではなく、両者を組み合わせることは可能である。そのため、転用物訴権に見られるように、直接の請求権を認めればすむものではなく、さらに消極的しくみを組み合わせる必要がある。

(ウ) 私見の優先的代位権の二類型 私見では積極的実現につき優先的代位権という構成をとるが、消極的構成を結び付けるか否かで、優先的代位権も二つに分けることができる（厳密にいえば、優先的代位権は①だけということになるが）。

① 実際の代位行使が必要なもの 先ず、単にXが優先的に行使ができ、その行使があると他の債権者の権利行使は劣後させられるというだけのものが考えられる。即ち、第三者への譲渡や債権者Mへの支払いを禁止することは

できないが、ひとたびXが代位行使をすると、Xの権利行使が優先させられるものであり、先に他の債権者が差押えをしていても変わることはない。但し、Xによる差押え前にされたYのMへの弁済、MによるYに対する債権の譲渡や質権設定には対抗できない。

② 代弁済請求権というしくみを組み合わせるもの。更には、債務者にそのような構成となつてゐることが明らかであり、また、債権の優先的保護の要請が高い場合には、MのYに対する権利を代弁済請求権にすぎないと構成することも考えられる。これによれば、Xが代位行使をする前でも、Mの権利は代弁済請求権にすぎないのであるから、事実上Xだけが排他的に行使ができ、優先を問題にするまでもなく、Mからの給付については責任財産になつていないことになる。MによるYに対する債権の譲渡は有効であるが、全く第三者にとって意味はなく、また、YのMへの弁済は無効である(四八〇条の適用はある)。

なお、私見のように四二三条を根拠に一般的に直接訴権に匹敵する保護を実現しようとするについては、鈴木教授の先の躊躇(↓(14))を大いに留意する必要がある。しかし、Yから最終的にすべてXに行き着くべきである事例を考えれば、Mの債権者に責任財産として分散されるものではない場合のみに優先的代位権を認めることは、先取特権の趣旨から考えてもそう危惧すべきものとは思われない。いかなる場合にこれが認められるかが明確ではないが、もしこれを承認するのであれば判例の積み重ねによつて明確にしていくことが期待され、そして、転用の場合でいかなる場合にそれが認められるか判例の積み重ねによるしかないことは、特定債権への転用でも同様である。⁽¹⁾

注

(1) 先取特権に見られるように、いかなる場合に優先権を認めるべきかは微妙な政策的判断であるため、法律の明文規定を要する、即ち法律なければ先取特権なしという処理がされる。これとパラレルに、直接訴権についても、フランスでは法律な

ければ直接訴権なしということがいわれたことは既に(6)で見た。しかし、それにもかかわらずフランスでは解釈により直接訴権が拡大されていったのであり、判例による法創造に委ねてもよいと思われる。

(3) 優先的回収という観点からの直接請求権の分類

最後に以上のまとめもかねて、XのYに対する直接の請求権が認められる場合について、鈴木教授の分類を参考に
して分類をしていきたい。

⁽²¹⁾
(a) 鈴木教授による直接請求権の分類 鈴木教授は、本稿と同様の優先的回収制度としての機能に着目して、「直接請求権」を考察するが、ここでは債権の優先的回収という観点から、二つの種類が区別されている。⁽¹⁾

① 直接請求権があることから事実上債権回収が容易になるだけの場合 六一三条一項の場合には、YがMに支払うのを禁止することも、Mの債権者GがMから取りたてるのを禁止することもできず、直接請求権がないとYがXに支払ってくれることを期待できないが、直接請求権が認められればYがXに支払ってくれることが期待でき、その限度でXが債権の回収が迅速にでき、事実上優先的に回収ができる可能性があるといったものにすぎないものであるという。

② Xの支払いが必ず確保されるもの これに対して、保険金請求権の場合には、Mは被害者Xに損害賠償をし
てからでないと、Yに保険金を請求することはできず、XはYに直接請求権を行使できるので、XはMかYから必ず

損害賠償を受けることができ、Mの他の債権者Gには邪魔されることはない。どう転んでも、Xが救済されるしくみになっている。

とりあえず、MのYに対する債権を基準に考えて、直接請求権につき、⁽²⁾①をXのMに対する債権と併存することから併存型と称し、②を、XがMから満足を受けて初めてMのYに対する債権が認められるということから満足型といっておく。②のような構成では、特に直接請求権を認めるまでもなく事実上、Xの救済が図られることになるが、Mに資力がないと意味がないことは既に述べた。

注

(1) 鈴木・前掲〔14〕注(2)論文三二六—七頁。

(2) なお、フランスにおける直接訴権には、①債権者の権利行使をまわってその効力が生じる不完全直接訴権と、②債権者の権利行使を待つまでもなく当然にその効力が生じる完全直接訴権とに分けられている (Cozian, *l'action directe*, 1969, pp. 77 et s. 参照)。

⁽²²⁾
(b) 優先的代位権の分類 既に(20)に簡単に述べたが、ここで以上の説明を総合して、私見の四二三条を転用した優先的代位権の整理を試みたい。

① 代位行使まではYがMに支払うと有効な場合 先ず、MがXに支払う前に既にMがYに対して自分に支払うよう請求する債権が成立していることが認められる類型が考えられる。次のように代位弁済請求権しか認めないと、YがMに支払っても無効であり、四七八条の保護が認められるだけであるが、第三債務者に債権の結びつきが明確ではなく、また、そのためにXの保護が次の類型ほど強く要請されない場合が、これに含まれると考えられようか。

恐らくは、ほとんどの場合がこの場合に該当することになり、この場合には、債務者Mが第三債務者Yから支払いを受けたのは有効であり、また、債務者MはYに対する債権を自由に譲渡することができる。その場合に、第三者は担保とは違うので何らの制限のない債権を取得できることになる。これらを制限するためには、物上代位とは異なり、第三債務者のみならず第三者の保護のためにXによる差押えが必要であり、これにより初めて支払禁止や譲渡禁止の効力が発生するのであり（その時から對抗できるようになるのではなく）、抵当権実行のための差押えと異なる保全的差押えともまた異なることになる。

② 代弁済請求権のみにする 次に、MはXに支払いをするまでは、Yに対して自分に支払うよう請求できる権利はなく、Xに自分に代わって支払うよう請求できる権利しかないと構成される場合には、敢えて優先的代位権を認めるまでもなく、この権利の代位行使を認めるだけでよい。⁽¹⁾ 何度も述べたように、この場合は、Yからの給付はXのみが取得できるものであり、Mの債権者の責任財産にはなっていないのである。そもそも同一債権への優先を問題にするまでもない。従って、この場合には、他の債権者は手出しができないのであるから、敢えて優先的代位権という必要はなく、普通の代位権（但し、債権回収制度への転用であり、無資力要件は不要である⁽²⁾）でも十分である。

そうすると、六五〇条二項の類推適用を一般化して、四二三条の無資力要件を不要とするだけでよく、優先的代位権などという法理は不要ではないかという疑問が考えられよう。しかし、MがYに対して代弁済請求権しかないとするとき、Yがそのことを知らずにMに支払っても無効であり、これによりYが不測の不利益を受けることになる可能性がある。確かに四七八条で保護すればよいということも考えられるが、正規の担保制度ではないのでそこまでしてXを保護することには躊躇を覚える。⁽³⁾ 従って、自賠法では規定があるが、規定がなくてもXに直接支払われることが、取引慣習などから要求されているような場合にも（任意保険の場合など）、この類型は例外的にのみ認めるべきであらう。

注

(1) 正規の担保である三・四・五・六条の場合の貸貸人の転貸料についての先取特権についても、転借人が貸借人＝転貸人に支払っても無効とするのは、たとえそれが転貸借と知っていたとしても酷である。転貸借の事実を知っているので四七八条の規定は使えないが、三〇・四〇条同様により債権者側から差押えを必要とすべきである。

(2) 六五〇条二項の代弁済請求権は、MがYに対して自分の代わりにXに支払うよう請求できるだけであるが、Xの受領権という観点から見ると、XはMに対する債権の受領権しかないもので、あくまでもYから代位弁済してもらい自分の債権の履行を第三者により受けただけのことになる。しかし、そうすると第三者の弁済としてYのMに対する求償権が発生しそうであるが、これを認めるわけにはいかない。寧ろ、代弁済請求権という表現には反するが、XにMのYに対する債権につき受領権を認めたものと解すべきである。このように、XのYに対する受領権ということから更に進めて、Xの保護のための規定であり、六五〇条二項からXのYに対する直接の請求権を解釈上当然に導き出すことも不可能ではない。実際に、責任保険については、免脱請求権にすぎないとして、そのことから当然に直接請求権を導こうという学説があることは、後述するところである。しかし、私見では、この代弁済請求権を四二・三・四三条を転用して代位行使をXにだけ認めるという結論を認めるので、このようなXのYに対する直接の債権を認める必要はない。

(3) 担保権ならば、債権質や抵当権の物上代位のように取立権が認められるが、この場合は、債権者代位権を使うのであるため、無資力要件を充たさないと取立できないのではないかと疑問がある。しかし、債権保全ではなく、債権回収（取立）のためであり、しかも実質的に担保制度の一種であると考えれば、Xに取立権を認めてよい。但し、解釈論としては、四二三・四二四条の転用として位置づけておくのが無難であろうか。

(c) 特別の法理なしに直接請求権が認められる場合——優先的代位権との競合

(ア) 問題となる類型 XのYに対する直接の請求権が、特別の法理の助けを借りることなく、損害賠償または不当利得の返還として認められる場合がある。その場合には、優先的代位を持ち出すまでもないようであるが、このような場合として考えられるのは、例えば次のような場合である。

① 損害賠償請求権の場合 例えば、Xがその所有物をMに寄託したが、MがYに再寄託をしたところ、Yの保管中にこの物が盗まれてしまったとする。この場合に、先ず、XのMに対する債務不履行を理由とする損害賠償請求権が成立する（YはMの履行補助者）。また、MにもYに対して債務不履行による損害賠償請求権が成立する。他方で、XはYに対して不法行為を理由に損害賠償請求権を取得する。

② 不当利得返還請求権の場合 例えば、Xの不動産をMが無断で自分の土地としてYに賃貸しYがこれに基づいてこの不動産を使用したとする。MはYに対して有効な債権上の債権として賃料債権を取得し、Xはそのことを不当利得としてMに対して不当利得返還請求権を取得する。ところが、他方で、Yの使用はXとの関係では正当化されないので、XのYに対する不当利得返還請求権も成立することになる（YがMに賃料を支払えば利得がなくなるので、XのYに対する不当利得返還請求権はなくなる）⁽¹⁾。

⁽²⁴⁾ (イ) 問題とその解決の方法 これらの場合には、確かにXのYに対する直接の請求権を認めるという点では、特に問題はない。しかし、この構成だと、XのYに対する債権とは別個のMのYに対する債権をMの債権者が差し押さえて行使をしていくという可能性を避けられない。直接訴権や優先的代位権では、Xが権利行使をしている以上はMのYに対する権利行使が制限されるので生じなかつた問題である。この場合の問題の解決方法としては次の二つの方法が考えられる。

① Xの権利行使を優先させる——Xに選択権を認める 先ず、Yに対するXの権利行使とMの権利行使とは、Xの権利行使の方が優先せられて然るべきであり、そのためMの債権者がMの権利を代位行使したり差し押さえて行使する場合も、同様の関係が認められるという構成が考えられる。これだと、XはYに対する直接の権利（それ自体に優先的効力が認められる）を行使すればよいのであり、Mの権利を優先的代位権で行使する必要はないが、かといってそ

れを否定する必要もないので、いずれかを選択することができるというべきである。

② 優先的代位権に一本化する 更には、X・M間・M・Y間の契約関係の規律が、XのYに対する直接の請求権を認めることにより破壊されるのが妥当ではない場合には、XのYに対する直接の権利を行使することを認めず、XはMのYに対する債権を代位行使することしか認められないという構成が考えられる。そして、Xには優先的代位権が認められるので、Mの他の債権者との関係の規律についてはそれで不都合はない。

これは、いずれか二者択一ではなく、問題となるケースごとに考えるべきであり、原則として①のように、直接の債権を優先的に行使するか、MのYに対する債権を優先的に代位行使するか、いずれかを選択することが許されるべきである。しかし、契約連鎖の場合に、X・Y間に契約規範による規律を受けない請求権を認めるのが妥当とは思われない場合に、②のように優先的代位権だけに制限する解決も考えられてしかるべきである。⁽²⁾

注

(1) これに対して、Xの動産をMがYに売却し、Yにつき即時取得が成立する場合には、X・Y間に不当利得の問題は生じないとするのが通説的理解である。そのためには、XはYに対してMの代金債権を優先的代位権で行使するか、不当利得返還請求として、MのYに対する債権を取得できるとするかしかならないことになる。

(2) 拙稿「契約外の第三者と損害賠償責任」『玉田弘毅先生古稀記念論文集 現代民法学の諸問題』(平一〇)八五頁以下、一九八頁以下の問題につき、このような構成により解決することも可能である。

3 第三者の給付から排他的ないし優先的回収を認める制度

(1) 法定の担保制度——積極的な優先的地位の実現¹

(a) 債権についての先取特権 本稿での考察は、要するにある債権についてその給付の最終的な帰属先である特定の債権者に法定の優先権を認めるものであり、法定担保権（先取特権）が直載に規定されていればそれにこしたことはない。ところが、先取特権は、一般の先取特権は別として、動産先取特権と不動産先取特権といった物に対する先取特権しか認められておらず、債権に対する先取特権は表題として存在していない。ただ解釈上二つの条文が債権に対する先取特権を認めている規定と理解されるにすぎない。

① 先ず、三三四条で不動産賃貸借の場合に、転貸がされたときの転貸借の賃料債権、及び、賃借権が譲渡された場合の代金債権について賃貸人が先取特権を取得することになる（その他に六一三条の直接訴権が認められているが、担保権が直載に規定されているので大きな意義はない）。但しこの場合も、動産に対する先取特権ということとで、「譲渡人又は転貸人が受くべき金額」という形で規定がされている。⁽¹⁾② また、三三〇条で公吏保証金の先取特権があり、これに類似する制度は多い。ここでは、今中弁護士の分類に従って、そのいくつかを列挙してみよう。⁽²⁾なお、先取特権については、第三債務者や第三者との利害関係の調整を考える必要があるが、これにつき物上代位に準じて三〇四条一項但書により差押えを必要とするということが考えられる（↓〔22〕注（1）参照）。

注

(1) 今中利昭「動産の先取特権の種類とその内容、効力」加藤一郎・林良平編『担保法大系第2巻』(昭六〇)四九〇頁以下。

なお、花房教授が、責任保険について、立法論として被害者に保険金請求権につき先取特権を提案していることは、〔15〕注(2)に紹介をした。

(2)

以下に述べるのは、XのMに対する損害賠償請求権があり、他方でMがYに対して信認金の還付請求権などを有するという事例であるが、MのYに対する債権を生じさせない制度もある。例えば、消費生活製品安全法によってSGマークの付された製品につき、製品安全協会が生産物責任保険を締結をして、その支払われる保険金を被害者に支払うという仕組みになっていて、個々の企業が保険会社Yに対して保険金請求権を持つのではない。但し、被害者が製品安全協会に対して支払いを求める債権があり、製品安全協会が保険金請求権を保険会社に対して持つというのであれば、同様の状況にMが製品安全協会になるというだけで生じる可能性がある。Mが製品安全協会ということで、実際に問題が生じることはないであろうが。

このように、第三者機関が被害者に支払いをなす場合としては、医薬品副作用被害救済制度や、また、法律に基づくことなく民間の機関が自主的に行っているものとして、BLマーク(責任保険)、STマーク(共済制度)、SFマーク(責任保険)、ポット・波のり基準合格マーク(共済制度)、液化石油ガス漏れ警報器検定合格証及び不完全燃焼警報器検査合格証(責任保険)、都市ガス用ガス漏れ警報器証票及び不完全燃焼警報器証票(責任保険)、HAPIマーク(責任保険)といった制度がある(『ハンドブック消費者』⁹⁸による)。

〔26〕

(b) 優先権の明文規定のあるもの1——供託を要するもの

① 鉱業法一一七条、一一八条 鉱業法上の被害者の損害賠償請求権の担保のために、鉱業権者、粗鉱権者は毎年一定額の金銭を供託する義務を負うが(一一七条)、被害者はこの「供託された金銭につき、他の債権者に優先して弁済を受ける権利を有する」(一一八条)。

② 水洗炭業に関する法律二二条、二二二条 同様に、水洗炭業者の被害者に対する損害賠償義務の履行を担保するために、同業者が供託した保証金に対する優先弁済権を認めている。

③ 信託業法七条、八条 信託業者は信託義務の違反により受益者に生じることあるべき損害の担保として、国債の供託が義務づけられており（七条）、「受益者は信託会社が前条の規定に依りて供託したる国債に付他の債権者に先立ちて弁済を受くるの権利を有す」るものとされている（八条）。

(27)
(c) 優先権の明文規定のあるもの2——預託または積み立てを要するもの

① 商品取引所法三八条五項 商品取引所の会員は、取引所に対して会員信託金を預託しなければならないが（三八条一項）、会員に取引を委託した者は、「その委託により生じた債権に關し」その会員の信託金について、「他の債権者に先立つて弁済を受ける権利を有する」（三八条五項）。また、取引所は特別担保金を会員に預託させることができ（八四条の二）、会員は「商品市場における売買取引に基づく債務の不履行による債権に關し」、会員信託金及び売買証拠金から弁済を受けなお不足がある場合に、この特別担保金について、「他の債権者に先立つて弁済を受ける権利を有する」とされる（八四条の二第二項）。

① 証券取引法九七条 証券取引所の会員は、証券取引所に対して会員信託金を預託する義務を負い（九七条一項）、この信託金につき、「会員に対して有価証券市場における売買取引の委託をした者は、その委託に因り生じた債権に關し、当該会員の会員信託金について、他の債権者に先立ち、弁済を受ける権利がある」（九七条四項）。

② 証券取引法三八条、四一条 上と同様の規定であり、会員が商品取引所に預託した信託金につき優先弁済権を認める。

③ 卸売市場法二六条 卸売業者は、市場開設者に保証金を預託した後でなければ、中央卸売市場における卸売りを開始してはならず（卸売市場法二六条一項）、保証金は国債証券、地方債証券その他農林水産省令で定める有価証券

で行わなければならない(同二六条二項)。そして、この卸売業者のこの保証金につき、次の二つの優先権が規定されている。

先ず、「開設者は、中央卸売市場につき卸売業者から收受する使用料、保管料及び手数料に関し、当該卸売業者が預託した第一項の保証金について、他の債権者に先だつて弁済を受け、権利を有する」(同二六条三項)。「卸売業者に對して中央卸売市場における卸売のための販売又は販売の委託をした者は、当該販売又は販売の委託による債権に關し、当該卸売業者が預託した第一項の保証金について、他の債権者に先だつて弁済を受け、権利を有する」(同二六条四項)。第三項の優先権が第四項の優先権に優先する(同二六条五項)。

④ 保険業法三二条、三三条 生命保険につき、被保険者のために積み立てた金額につき、保険会社が主務大臣の命令により供託した財産の上に「他の債権者に先ちて弁済を受くるの権利を有す」(三三条)、また、総財産について一般先取特権も認められている(三二条)。

⑤ 原子力損害賠償法八条、九条 九条一項は、「被害者は、損害賠償請求権に關し、責任保険契約の保険金について、他の債権者に優先して弁済を受ける権利を有する」と規定している。これは直接請求権を認めた規定と理解することもできるが、先取特権の規定とみるのが素直であろう。そもそも、〔21〕注(2)に述べた完全直接訴権なるものは、債権についての先取特権に等しいものであり、この規定に關連しては、更に次のような規定がおかれている(自賠法一五条と同様の規定)。

「被保険者は、被害者に対する損害賠償額について、自己が支払った限度又は被害者の承諾があつた限度においてのみ、保険者に対して保険金の支払いを請求することができる」(九条二項)。また、「責任保険契約の保険金請求権は、これを譲り渡し、担保に供し、又は差押さえることができない。ただし、被害者が損害賠償請求権に關し差押さえる

場合は、この限りでない。この規定を見ると、フランスにおける直接訴権と全く内容的には同様であり、直接の請求権という形で規定がされていないが、直接訴権の優先権の内容が明記されているという形式が異なるだけである。債権に対する先取特権の場合に、債権質と同様に、直接の取立権限を認めるならば、完全直接訴権は債権に対する先取特権そのものとさえいつてよいであろう。⁽¹⁾

以上の優先権があることが明記されている場合については、特に先取特権という明示がなくても、先取特権が目的たる財産につき「他の債権者に先ちて自己の債権の弁済を受ける権利」であるので（民法三〇三条）、これを先取特権と構成してかまわないであろう。学説としても、先取特権の性質を有するか否か疑問のあるものも含まれているが、機能的には民法三二〇条の先取特権と同様であると評価されている。⁽²⁾

注

(1) 甲斐道太郎『注釈民法(8)』(昭四〇)一四五頁、尾崎三芳「特別法による先取特権」『金融担保法講座IV質権・留置権・先取特権・保証』(昭六一)二六七頁。

(2) その意味で、ここでは先取特権と構成し、先取特権の効力として債権者XにYからの取立権を認めるとするのが妥当であろう。

(d) 優先権の明文規定がないもの⁽²⁸⁾

① 宅地建物取引業法二五ないし三〇条 宅地建物取引業法では、二五条で宅地建物取引業者に営業保証金の供託を義務づけ、その還付請求権について、「宅地建物取引業者と宅地建物取引業に関し取引をした者は、その取引により生じた債権に関し、宅地建物取引業者が供託をした営業保証金について、その債権の弁済を受ける権利を有する」ものと

規定をしている(二七条一項)。これは、優先権という形で規定がされていないが、還付請求権者が限定されており、それ以外の債権者には還付請求権がないので、結局は排他的にそこに規定された債権者が支払いを受けられることになる。

② 割賦販売法一六ないし二二条の二 許可割賦販売業者は、割賦販売法一六条により営業保証金、一八条の三により前受金保証金を供託することを義務づけられているが、この保証金について、「許可割賦販売業者と前払式割賦販売の契約を締結した者は、その契約によって生じた債権に関し」、「その債権の弁済を受ける権利を有する」ものとされている(二二条)。これも優先権が規定されていないが、そもそも還付請求権を持つ者が法律で限定されており、そこに挙げられた債権者しか行使できないのであるから、結局は優先どころか排他的に行使できるものである。

④ 原子力損害賠償法一三条 原子力損害賠償法には後述する請求権保険の規定の他に、原子力事業者が被害者に対して負う損害賠償義務を担保するために、原子力事業者が法務局に供託した金銭、有価証券に、「被害者は、損害賠償請求権に関し」、「その債権の弁済を受ける権利を有する」と規定されている。これは、「損害賠償請求権に関し」と限定されていて、一般債権ではだめなので、結局は優先権が認められるのと等しいことになる。

④ 旅行業法七条ないし一一條、一七条ないし二八条の二 旅行者が事業開始のために営業保証金を供託しなければならぬが(旅行業法七条一項)、「旅行者又は当該旅行者を所属旅行者とする旅行者代理業者と旅行業務に関し取引をした者は、その取引によつて生じた債権に関し、当該旅行者が供託している営業保証金について、その債権の弁済を受ける権利を有する」(同一七条一項)。また、「前項の場合において、当該旅行者又は旅行者代理業者と旅行業務に関し取引をした旅行者は、旅行者以外の同項の権利を有する者に先立ちその債権の弁済を受ける権利を有する」(同一七条二項)。

これらについては、優先権の明文規定はなくても、「債権者保護のために供託されたものであるから、優先権あるも

のと解すべきである」といわれている。⁽¹⁾

注

(1) 今中・前掲〔25〕注(1)論文四九一頁。

(2) 物上代位——積極的な優先的地位の実現²

⁽²⁹⁾ また、物上代位も債権に対する法定の債権質のようなものであるが、これは物上保証人所有の不動産でもよく、被担保債権と対象となる債権との密接な関係に基づく権利ではない。但し、動産売買先取特権でいうと、XのMに対する代金債権のために、その目的物に先取特権を有し、MがYに転売して引渡をしてしまった場合にはその転売代金債権につき物上代位により先取特権の効力が認められることになるため、本稿の視点を実現することが可能になり、この場合には取えて優先的代位権を持つてくる必要はない。

ところで、この法理自体、中世には存在しておらず、物的代位という別個の法理から発展したものである。⁽¹⁾しかし、それ以前に先取特権、質権、抵当権の成立が必要なため、このような法理を債権に対する優先権の実現のための一般法理とすることには適さない。なお、逆に物上代位の事例についても、物上代位という制度によらずに優先的代位権という処理も不可能ではないのである。そうすれば、価値権といった議論から脱却できる。⁽²⁾

注

(1) 高橋智也「抵当権の物上代位に関する一考察(一)」「(三・完)」東京都立大学法学会雑誌三八巻二号、三九巻一号、二号

(平一〇一—) 参照。

(2) 但し、第三者への対抗を考えれば、抵当権登記だけで対抗を認める物上代位のほうが適切であろう。いずれにせよ、担保制度そのものの延長である物上代位制度と、本稿の優先的代位権は別の制度である。

(3) 権利自体を移転させる制度——積極的な優先的地位の実現³

(a)³⁰ 意思表示による権利取得 MがYに対して、例えば契約上取得すべき債権をXに与えて、その責任財産から排除し、Xに排他的な回収に使うことを認める方法としては、XM間の合意によることが考えられる。そのような意思表示として、第三者のためにする契約や債権譲渡が考えられるが、⁽¹⁾法定の制度として転用するためには、そのような意思表示が黙示的にされているとでもいうしかない。しかし、それが意思表示の擬制であることは明らかであり、そのような擬制は何らかの法理を直截に説明できるようになるまでの暫定的な説明にとどまるべきものであり、ここに説明として適切かは疑問である。⁽²⁾

注

(1) フランスにおいて、製造物責任の事例における直接訴権の根拠づけにつき、第三者のためにする契約や債権譲渡という説明が学説によりされたことについて、⁽⁶⁾注(1)の文献を参照。

(2) なお、XにMに対する債権を自働債権とし、MのYに対する債権を受働債権として相殺をすることを認め(代位弁済的相殺)、XのYに対する求償権の取得また五〇一条の弁済者代位を認める方法も考えられる。判例はこれを認めておらず(大判昭八・一二・五民集一二巻二八一頁)、また、技巧的過ぎるのでここでは取り上げないことにした。

(b) 賠償者の代位 四二二条に規定する損害賠償者の代位は、当然に「代位」すると規定がされているが、この代位というのは損害賠償を受けた債権者の権利が当然に移転するものと考えられる。従つて、なんらの意思表示を要することなく、当然に債権者がもつていた権利が移転するものである。このような制度はフランス民法にも旧民法にもなく、現行民法でドイツ民法草案を参考にして設けられた規定である（なお、不法行為責任にも類推適用が肯定される）。例えば、XがMから寄託を受けた物をYによつて盗まれたり、滅失されて、XがMに損害賠償義務を負いその賠償をしたとする。この場合に、XがMに損害賠償をしたのに、Mが依然としてYに対する損害賠償請求権や物権的返還請求権（というよりもその根拠である所有権）を持つのは不当な利得となるため、これをXに移転せしめたものである。所有権自体を移転させることは本稿の考察の対象となつてゐる事例とは異なるが、損害賠償請求権については、本稿の検討対象に類似した状況になる。

というのは、もしXがMに損害賠償をしたのに、MがYに対して損害賠償請求権を有し続けるのは、Xに対して反対に不当利得ということになる。そのため、XがMに対して不当利得返還請求権をもつことになるが、Mが無資力の場合には、MがYに対して持つ損害賠償請求権はMの債権者の平等になつてしまい、Xの犠牲においてMの他の債権者が利益を受けることになつてしまふ。四二二条はこのようなMの無資力の危険をXに免れしめることを存在理由とした制度といわれている。即ち、単に二重の利得を防ぐのだけであれば、不当利得返還請求権がXに認められるので、わざわざ規定を設けることは不要であつたのであり、このようにXのMに対する債権保護ということこそが四二二条の存在意義といふことになる。このように考えると、直接訴権の法的構成における移転説のような構成を、しかもXの意思表示を要することなく当然に認めるに匹敵する制度ということになり、優先的回収を確保した制度といふことができる。⁽²⁾

しかし、Yに対してXとMとが全部義務を負担しそれが競合しているだけであり、そのいずれかが損害賠償をした場合に他方に両者の過失割合に応じた求償を認めればよいのであり、全面的な代位を認めるのが妥当かは疑問である。その意味で、損害賠償請求権については、四二二条の適用を否定し求償権に一本化してしまえば、債権については保険金請求権くらいしか残されないことになる。

注

- (1) これは、梅謙次郎『民法釈義卷之三』(明三〇)七六頁で考えられていたところである。詳しくは、『注釈民法(10)債権(1)』(昭六二)七一七頁(能見義久)参照。
- (2) 問題になるのは、第三債務者に匹敵するYの保護である。Yは、XがMに損害賠償をした後はXに、その前はMに損害賠償をした後には特にYに知らせることなく当然に対抗できるものと考えるのが通説である(能見・前掲七二三頁参照。近時のものとしては、奥田昌道『債権総論(増補版)』(平四)二二七頁、前田達明『口述債権総論(第三版)』(平五)二一九頁、近江幸治『債権法総論』(平六)二一九頁、潮見佳男『債権総論』(平六)二四二頁、林良平ほか『債権総論(第三版)』(平八)一六三頁、船越隆司『債権総論』(平一一)一六三頁)。これによれば、Yの保護は四七八条で図るしかないことになる。これに対して、四六七条を類推適用すべきであるという主張もある(近藤英吉・柚木馨ほか『注釈日本民法(債権編総則)上』(昭九)一三三頁、中島玉吉『民法釈義卷三』(大一一〇)六二〇頁、小池隆一『債権法総論』(昭二九)一〇八頁)。

(32)

(c) 代償請求権

五三六条二項但書により、債権者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合について、危険

負担の債権者主義により代金を失った債権者は、債務者がそれにより受けた「利益」の償還請求権を持つものと規定されている。債務者が第三者に対して債権を持つ場合については、意思表示を待つまでもなく損害賠償者の代位のように当然に移転することになる。¹⁾これを代償請求権というが、この法理も、究極的な給付義務者から、最終的なその

帰属先に、MまたMの債権者に横取りされることなく給付を全部取得できるようにしたものとすることができる。なお、このような制度はフランス民法で一三〇三条で認められているが、これは無用の規定という批判が強い。というのは、買主は売買契約により所有者になり、第三者に対して所有者として損害賠償請求権を持つのは代償請求権を問題にするまでもなく買主ということになり、他方で、保険金請求権についても移転登記など必要とすることなく所有者に支払われることになるので、やはり買主が保険金請求権を持つことになるからである。

ところで、この制度は、債権者は代金債権を失ったが、債務者が利得をしていけば不当利得になるので不当利得返還請求権をもち、その救済の一つの方法にすぎないとすることもできる。そうであれば、代償請求権は、単に不当利得を返還させるというだけであれば、Mが免責される場合にだけ認められることになる（その場合に、XにMの他の債権者に対して優先的回収を認めるというところに意義がある）。従って、五三六条二項は、危険負担の債権者主義の場合に類推適用が可能なこととどまることになる。しかし、ドイツ民法では、二八一条で債務者の帰責事由による場合で損害賠償義務が認められる場合についても、代償請求権が認められている⁽²⁾。むしろ、代償請求権という制度は、不当利得制度でも損害賠償制度でもなく、本来の給付に代えて代償を引き渡す制度と考えるべきである。

このように、本来の履行に代えて代物弁済ではないが、債権者が代位物の取得を認めることで満足することを認める制度と考えれば、債務者の責めに帰すべき履行不能であり、XにMに対して不当利得返還請求権ではなく損害賠償請求権が成立する場合でも、代償請求権を認めてもよいであろう⁽³⁾。従って、XはMに対する損害賠償請求権と代償請求権との選択ができることになる。このように考えれば、代償請求権は、五三六条二項の場合に限定する必要はなく、解釈として履行不能の場合一般に認められるべきである。

注

(1) 代償請求権については、浜上則雄「代償請求権について(上)(中)(下)」Law School三九号、四二号、四二号(昭五六一五七)、及び、田中宏治「民法五三六条二項但書類推適用論の批判的検討」阪大法学四八卷一号(平一〇)一六九頁以下参照。岡村玄治「改訂債権法総論」(大二三)一〇〇頁が、代償請求権を否定する唯一の見解である。それによれば、明文のない代償請求権を取って認める必要はなく、不法行為または不当利得の法理で解決することができるといわれている。

(2) 浜上・前掲注(1)論文参照。

(3) 判例も、最判昭四一・一二・三三民集二〇卷一〇号二二二頁では、債務者に帰責事由がない事例であるが、「一般に履行不能を生ぜしめたのと同じの原因によって、債務者が履行の目的物の代償と考えられる利益を取得した場合には、公平の觀念にもとづき、債権者において債務者に対し、右履行不能により債権者が蒙りたる損害の限度において、その利益の償還を請求する権利を認めるのが相当であり、民法五三六条二項但書の規定は、この法理のあらわれである」といい、この一般論では帰責事由がない場合に限定していない。債務者が履行不能につき帰責事由があり損害賠償義務を負う場合に、いかなるMの第三者Yに対する債権につきXを優先させてよいかは検討の余地が残される。一番問題になるのは、二重譲渡の場合の、第二売買に先に移転登記がされた場合の第一買主に対する代金債権である。これについても、XをMの他の債権者に優先させてよいと考えるべきであろう。

浜上・前掲注(1)論文も、代償請求権は不当利得とも損害賠償制度とも異なる制度と位置づけ、債務者が損害賠償責任を負う場合にも認め、また、田中・前掲注(1)論文も、代償請求権の根拠を危険負担以外に求めようとしている(但し、積極的な根拠づけについては留保)。

⁽³³⁾
(d) 受任者の権利移転義務 委任契約の受任者は、委任者のために自己の名で取得した権利を委任者に移転する

ことを要するものとされている(六四六条二項)。専ら所有権の取得が念頭に置かれているといつてよいが、売却委任の場合などで代金債権も考えられないわけではない。そして、その場合、例えばXがMに商品の売却を以来し、Mが自己の名でYに売却をした場合、XのMに対する代金額分の支払請求権、MのYに対する代金債権だけであれば、M

のYに対する債権につきMの他の債権者と平等になつてしまつが、この権利によりMの財産であるYに対する代金債権をXが排他的に取得できることになる。⁽¹⁾従つて、この規定も、XをMの他の債権者の介入から保護し、優先的回収を認める規定といふことができる。また、介入権が商法上規定されている(五五五条一項)。

[31]、[33]のように、債権間に結びつきがある場合に、債権者に債務者のその債権につき優先的回収を認めることは、民法でも各所に示されているが、その具体化の方法については各場合に依じて種々の方法が取られており、これらを一本化する必要はない。それぞれの事例に適法的な法理が使えらるればそれによるべきであり、以上のような場合に、本稿で優先的代位権というものを提案するからといつて、優先的代位権で統一的に構成する必要はない。むしろ、優先的代位権は、各事例に応じた独自の制度が用意されていない場合の、あくまでも補充的な制度にすぎないといふべきである。また、既存の規定で一般化をすることも考えられないが、私見としては優先的代位権による構成が妥当であると考えられる。この受任者の移転義務も、委任ないしそれに類似する規定更には次の不当利得のような場合に拡大ができるのが限度であらう。

注

(1) それを確保するための説明が必要になるが、鈴木竹雄教授は、委託者Xと受託者M及びその債権者Gとの内部関係では、託者の債権として扱うという構成を導く(鈴木竹雄「問屋に於ける委託者の地位(二・完)」法協五三巻四号六三八頁以下)。これによれば、その債権を譲り受けたりした第三者は保護されるが、Mの債権者についてはMの責任財産ではないこととなる。受託者と契約をした第三債務者Yの保護については別に考える必要があるが、これらにつき詳しくは後述する。

(e) ⁽³⁴⁾ 不当利得返還請求権 不当利得制度によりXのYに対する直接の債権を認める場合も、以下の二つに分けることができる。⁽¹⁾

① Mによる債権の取得がXに対して不当利得になる場合(移転型)

先ず、例えば、Xの動産をMがYに売却

し、Yが即時取得により保護される場合、XはMに対して損害賠償請求権の他に、MはYに対して代金債権を取得するため代金を不当利得していることになり、不当利得返還請求権も認められる。そして、代金の支払いをいまだ受けていない場合には、不当利得返還請求権として、代金債権の移転を受けることができると考えられる。そうすると、XがMに不当利得返還請求権を持ち、MがYに対して代金債権を持つという関係になり、両債権には密接な関係があるので、この場合に不当利得返還請求権によりXが直接MのYに対して代金債権を取得できるということになれば、そもそも優先的代位権を問題にするまでもない。

② XのYに対する直接の不当利得返還請求権が問題になる場合(併存型)

また、後述する転用物訴権や無効

な契約の連鎖の場合のように、直接の不当利得返還請求権を認めるかという議論については、 $X \downarrow M$ 債権、 $M \downarrow Y$ 債権もあるので、直接の不当利得返還請求権(かつ、Mの他の債権者に優先 \downarrow (1)①参照)によるのが妥当か、優先的代位権によるのがよいかという選択の関係になる。

こうみてくると、①のように不当利得返還請求権により、そもそも債務者Mの第三債務者Yに対する特定の債権の取得ができる場合には、その債権は責任財産から除外されXが排他的に行使できることになる。他方で、②の併存型の場合には、優先的代位権による余地が残され、転用物訴権については〔37〕以下で考察する。

注

(1)

三者間にわたって不当利得が問題とされる事例では、YからXがMを飛び越して利得を直接吐き出させるということで、結局Yからの優先的回収が意図されているものといえる。それを、本稿では敢えて不当利得制度によることなく、 $X M \cdot M Y$ とバラバラにしなから債権のつながりから優先的代位権により、結論としては同様にXのYからの排他的回収を認めようというものである。従って、本稿の研究には、不当利得法といずれを是とするかという観点も落とすわけにはいかない。

(4) 法律上の処分禁止——消極的な優先的地位の実現¹

⁽³⁵⁾ 担保権など優先権をXのために認める規定がなくても、MがYに対する債権を処分したり、Mの他の債権者が差し押さえたりすることを禁止するように規定がされておけば、Yがちゃんとした機関である限りXへの支払いは確実である。Yが任意に支払うものと信頼ができるようであれば、あえて担保という構成は不要である。そのような規定として、例えば原子力損害の賠償に関する法律九条三項があり、以下のように規定をしている。

「責任保険契約の保険金請求権は、これを譲り渡し、担保に供し、又は差押さえることができない。ただし、被害者が損害賠償請求権に關し差し押さえる場合はこの限りでない」。

但し、既に九条一項により、被害者は被保険者が受けるべき保険金の上に先取特権を有することが規定されているので、これは当然の帰結である(↓(27))。これも、債権に対する先取特権と直截に規定せず、受けるべき保険金とあくまでも物にこだわった規定をしているため疑問になるため、右のような規定が置かれたと考えることもできる。

なお、直接訴権ないし直接請求権にこのような制限を当然に認めて被害者保護をより完全ならしめることがあり、直接訴権を行使した後にそのような効果が認められる通常の直接訴権に対して、このようなはじめから処分禁止の効力が認められる場合を完全直接訴権ということは既に述べた(21)注(1)¹。

注

(1) なお、XY間の合意でMへのYの支払いを禁止する代理受領という慣行があるが(この合意があっても、YがXに対して

支払い義務を負うものではないことは、最判昭六一・一一・二〇判時二一九号六三頁、判夕六二一九号一三四頁で認められている)、その場合にはXY間で究極的な給付がされるべきであるという実質的關係は不要であり、また、当事者の合意がなければならぬので、本稿の観点から除外する。

(5) 請求権を認めないまたは代弁済請求権しか認めない——消極的な優先的地位の実現?

⁽³⁶⁾

また、XにYからMに支払われるべきところから優先的な回収を確保するための消極的なしくみとして、更に次の二つの構成も考えられる。

① MがXに支払うまでYの自分への支払請求権を認めない 自賠法一五条では、MはXに賠償をするまでYに対して保険金請求権を持たないものと規定している。このようにして、Xが支払いを受ける前に、Mの他の債権者がMのYに対する債権を差押えたり、Mが支払いを受けながらXに支払わなかったり、Mが債権を第三者に譲渡するということが防げることになる。(35)の処分禁止よりも徹底したXの保護を実現できる。

しかし、これだとMに支払能力がない限り、Yは支払いをしなくてすむという不都合がある。Xの保護のためには、別にXのYに対する直接の債権を認めないと不十分である。その意味で、直接訴権を認める場合の、その回収の確保のための補充的な制度としてのみ機能する仕組みということができる。

② 代弁済請求権のみを認める しかし、MがXに支払いをするまでYに何も請求権がないというのは、MがXに支払いをしていない限りYが誰からも請求を受けないことになるので適切ではない。そこで、MはXに対して支払

うようYに請求できるということは認めてよい。このように、代弁済請求権は、本来の請求権を否定してXの保護をはかりながら、Mにも請求権が残されることを認める規定であるといえよう。

こう考えると、六五〇条二項の委任の受任者に対する代弁済請求権も再考の余地がある。即ち、六五〇条二項は、委任者Yから受任者Mが支払いを受け、それを第三者Xに支払うのを省略したというだけの規定ではないことになる。Xに未だ支払っていない段階で六五〇条一項同様にMのYに対する費用償還請求権を認めてしまうと、XとMの他の債権者Gらが、MのYに対する費用償還請求権について平等になってしまいが、それを否定しXが優先的に支払いを受けられることを確保したものと見える。また、MがYから受領しながら、Xに支払いをなさないということ防止する意味もある。MにはXに支払うまでYに対する費用償還請求権はなく、代弁済請求権しかないとしておけば、どころんでもXが排他的に支払いを受けられることになる。⁽¹⁾

そして、この場合はXのみが行使できるという特殊な場合であるので、債権者代位権を修正して債務者の無資力要件を不要とすれば、積極的な実現も可能になること既述の通りである(↓〔22〕)。

注

- (1) この観点からいえば、YがMに対して金銭債権を有する場合に、YがMのYに対する代弁済請求権を受働債権として相殺することを禁止したのは(大判大一四・九・八民集四卷四五八頁、最判昭四七・一一・二二民集二六卷一〇号一九九一頁、理由は別であるが妥当であるということになる。三宅正男「事務管理の行為の本人に対する効力」『不当利得・事務管理の研究』(昭四五)三五九頁は、六五〇条二項を債務解放請求権と位置づけて、委任者側からのみならず受任者からの相殺も否定しており、Mに対して委任事務処理としてなされた契約により債権を取得したXの保護が六五〇条二項の趣旨であり妥当である(拙著(↓〔13注(3)〕一一五頁では、肯定説に賛成をしたが、修正をする)。これまでの学説は、XはそもそもMからの支払を考えていたのであるから不都合はないとして、YからMへの相殺を認めており(石田穰『契約法』(昭五七)三五六頁など)、Xの保護ということを考えていない。