

債権者代位権の優先的債権回収制度への転用(三)-最終的な給付の帰属者の優先的保護の法的可能性-

メタデータ	言語: jpn 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/10291/1453

【論 說】

債権者代位権の優先的債権回収制度への転用(三)

——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
- 2 直接訴権(ないし直接請求権)の一般論について
- 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(以上七二卷二・三号)
- 4 転用物訴権の議論を用いた具体的考察
- 5 責任保険における保険金請求権について(以上七二卷四・五号)
- 6 直接訴権の法理が認められている民法規定1——転貸借の六一三条
- 7 直接訴権の法理が認められている民法規定2——復代理の一〇七条二項(以上本号)

6 直接訴権の法理が認められている民法規定——転貸借の六一三条

(73)
(1) 六一三条の起草過程

(a) 旧民法について

(ア) はじめに 現行民法の六一三条一項は、適法な「転借人は貸貸人に対して直接に義務を負う」ものと規定されており、そこでの義務として起草者により考えられているものは、専ら賃料債務であるが、「義務」というだけであるので、賃料債務にその適用が制限されるものではない。起草者も、転借人が特約で自分の負担で賃借物の修理をすべき義務を負った場合に、その修理義務も直接貸貸人に対して負うものと説明しており、金銭債務に限定されるものではないと考えている(83)以下に詳しく述べる。

後述するように、六一三条一項がフランス民法の規定を参照したものであることは明らかであり、ドイツ民法には対応する規定はない。ところが不思議なことにフランス民法を多く参照したはずの旧民法では、これに対応する規定はなく、六一三条は現行民法において追加された規定である。しかし、後に述べるように、旧民法は直接訴権という制度の導入自体を否定していたのではなく、復代理における本人・復代理人間の直接訴権(88)以下)及び請負契約において下請人または請負人の労働者の注文者に対する直接訴権を認める規定が用意されていたのである。転貸借について直接訴権の規定が置かれなかった理由は明らかではないが、推測すれば転賃料債権に対して貸貸人に先取特権が認められており、直接訴権が認められている復代理や下請けの場合とは状況が異なり、この先取特権に基づく転賃

料債権の行使だけでよいと考えられた可能性がある。

そこで、現行民法三二四条に対応する旧民法の規定の起草過程から、転貸料についての貸貸人の保護がどのように考えられていたか、探ってみることにしたい。

(イ) ボアソナード草案とその展開

① ボアソナード草案　ボアソナード草案は、次のような規定を有していた。なお、Projet de CODE CIVIL pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire par M. Gve Boissonade, nouvelle édition, t. IV, 1891, p293 S 1 一五六条の私訳である。

ボアソナード草案一一五六条　「賃借権の譲渡または転貸の場合において、貸貸人の先取特権は貸貸場所に備え付けられた動産その他の物に及ぶ。貸貸人がその物が譲受人または転借人の所有に属することを知っていたとしても同様である。

前項の場合において、その先取特権は、一一三八条に従い、譲渡または転貸の対価として主たる賃借人が受くべき金額についても及ぶ。但し期限前の支払をもって貸貸人に対抗することができない。」

前掲書三〇六頁の理由説明によれば、転貸料に先取特権の効力が及ぶのは、それが貸貸人の所有物の果実であると同時に、一一三八条の物上代位の適用の結果であるということである。

② 法律取調委員会　このボアソナード草案をたたき台として旧民法の制定に向けて審議がされるが、法律取調委員会での審議では、次のような条文が審議に付される。

草案一一五六条　「賃借権ノ譲渡又ハ転貸ノ場合ニ於テハ貸貸人其貸貸シタル場所ニ備ヘ有ル動産及ビ其他ノ物ガ譲受人又ハ転借人ニ属スル事ヲ知ルト雖モ貸貸人ノ先取特権ハ是等ノ物ニ及ブ

此場合ニ於テ先取特権ハ亦第一一三八条〔筆者注―物上代位の規定〕ニ従ヒ讓渡又ハ転貸ノ代金トシテ主タル貸借人ノ受ク可キ金額ニ及ブ但前払ヲ以テ貸借人ニ對抗スル事ヲ得ズ

審議では第一項につき、「賃借権」を「賃貸借権」と修正すること、そして、「及び其他の物」という文言を削除すること、そして、「賃貸人」というのを「其」と直す字句修正が可決される（「法律取調委員会 民法草案債権担保編議事筆記」〔商事法務研究会 日本近代立法資料叢書10〕四〇―四一頁）。

③ 再調査案 再調査案では以下のように若干の修正がされるが、議論は全くされずそのまま議決される（「法律取調委員会 民法担保編再調査案議事筆記」〔商事法務研究会 日本近代立法資料叢書11〕八三頁）。

再調査案一一五六条 「賃借権ノ讓渡又ハ転貸ノ場合ニ於テハ貸借人ガ賃貸場所ニ備ヘ有ル動産物ノ讓受人又ハ転借人ニ属スルコトヲ知ルト雖モ其先取特権ハ是等ノ物ニ及ブ

此場合ニ於テ先取特権ハ第一一三八条ニ従ヒ讓渡又ハ転貸ノ代価トシテ主タル貸借人ノ受ク可キ金額ニ及ブ但前払ヲ以テ貸借人ニ對抗スルコトヲ得ズ

(ウ) 旧民法の規定については、次のように現行民法三二四条の原型となった規定がおかれている。

財産担保編一五〇条 「賃借権ノ讓渡又ハ転貸ノ場合ニ於テ貸借人ハ賃貸場所ニ備ヘ有ル動産ガ讓受人又ハ転借人ニ属スルコトヲ知ルト雖モ其先取特権ハ此等ノ物ニ及ブ

此場合ニ於テ先取特権ハ第一一三条〔筆者注―物上代位の規定〕ニ従ヒ讓渡又ハ転貸ノ代金トシテ主タル貸借人ノ受取ル可キ金額ニ及ブ但前払ヲ以テ貸借人ニ對抗スルコトヲ得ズ

フランスでは既述のように、初期には直接訴権を債権への先取特権でもって構成する学説があり、直接訴権と先取

特権との関係につき混乱があったところであるが、この規定をもって直接訴権の規定とは考えられまい。実際に、旧民法の本規定について起草の際の審議で直接訴権という説明は登場してこないし、また、本規定の註釈においても直接訴権への言及はない。

本条についての理由書の説明では、転貸料債権に対する先取特権につき、①それは自己の物の果実であるのみならず、②一三三条の物上代位の適用によるものであると説明がされており、草案の説明から全く変更はない。⁽²⁾

起草補助委員であった宮城浩蔵は、第一項について、「貸貸人の権利は一の物権なり其権利は貸貸場所に備へられたる動産を以て担保せらるるものなり故に賃借権が何人の手に移りたりととて之れが為めに其物権の消滅す可べき謂はれはなく且つ其担保権の消失すべき原由なきものと謂はざる可からざるなり」(原文カタカナ)と説明し、また、第二項については、その根拠を一三三条の物上代位の適用なりというだけである。⁽³⁾

注

- (1) 梅謙次郎『民法釈義卷之三』六五六頁。
 (2) CODE CIVIL de L'empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs, t. IV, 1891, p.175.
 (3) 宮城浩蔵『民法正義 債権担保編 第壹卷』(信山社 日本立法資料全集 別巻60) 七三二頁以下。

⁽⁷⁴⁾
 (b) 現行民法の起草過程 旧民法にはなかった六一三条が規定されることになった経緯については、現行三二四條の審議において三二四條の先取特権を制限する必要に迫られたからであることが加賀山教授により明らかにされている。この経緯については、既に加賀山教授による詳細な紹介があるので、⁽¹⁾簡単に紹介しておくに留め詳しくは加賀山論文に譲りたい。⁽²⁾

(ア) 三二四条(草案三一五条)の審議 明治二十七年一月二三日の法典調査会第三九回における、現行三二四条の原案である草案三一五条の審議において、転借人を保護する必要性が議論された(『法典調査会 民法議事速記録二』(商事法務研究会日本近代立法資料叢書2) 四三〇頁以下)。ちなみに、草案三一五条は次のような規定である。

草案三一五条 「貸借権ノ讓渡又ハ転貸ノ場合ニ於テハ貸借人ノ先取特権ハ讓受人又ハ転借人の動産並ニ讓渡人又ハ転貸人ノ受取ルベキ金額ニ及ブ

讓受人又ハ転借人ハ前払ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ズ」

草案三一五条の参照条文としては、旧民法担保編一五〇条(↓〔73〕〔ウ〕)の他、イタリア民法一九五八条三項が挙げられているだけである。起草を担当した穂積博士の説明によれば、本条は旧民法担保編一五〇条にわずかの修正をしただけの規定であり、第二項の「之ニ」というのは漠然なので、「貸借人ニ」と修正すること(これは旧民法通りに戻しただけである)が述べられる。

審議の際には、磯部四郎により、第二項に讓受人が入っているのはおかしいということと、「転借人ハ借賃ノ前払ヲ以テ貸借人ニ對抗スルコトヲ得ズ」とする修正案が提出され、これが可決される。そして、六一三条との関係で注目されるのは(転貸料債権への先取特権の問題ではないが)、転借人が貸借人には転借料を支払ったのに、貸借人が貸借人に賃料を支払っていないために、転借人が貸借人の債務につき自己の動産で責任を負わなければならないのは酷ではないかという長谷川喬委員の質問である。梅博士は(三二四条の起草者ではないが後の貸借の規定の起草者)、初めは前払でなくても貸借人の債権が残っている以上は、転借人の動産を差押えることができるかと答えるが、長谷川委員のそれは不都合ではないかという追及に対し、次のように返答することになる。

「其代はり貸借の所で斯う云う規定が出来やうと思ひます。転借人が若し自分の直接の貸借人即ち一般に云うと

始めの賃借人、其賃借人がまた家賃地代の引負ひがあると云う時には、自分の賃貸人に払わずして直接に始めの即ち原賃貸人に家賃地代を払ふことを得ると云う規定が先きに往つて出来なければならぬ。斯う云う規定が出来ますれば少しも不都合はなからうと思ひます」(原文カタカナ)。

このように、賃貸借の規定の所で、転借人が賃貸人に支払ができるようにして不利益を転借人が回避するようにすることが約束されたが、どのような規定が作られるかは議論が賃貸借の規定へと先送りされる。いずれにしても、三四条の審議過程からは、直接訴権との関係は何も説明がされていないに等しいといつてよいであらう。⁽³⁾

(イ) 六一三条(草案六一六条)の審議 法典調査会の明治二八年六月二一日の第九六回の審議では、『法典調査会民法議事速記録四』(商事法務研究会 日本近代立法資料叢書4)四〇四頁以下)、現行民法六一三条と全く同じ規定が審議にかけられ、この規定について、梅博士よりその趣旨として以下のように説明がされる。

第二項は旧民法財産編一三四条三項と同じであるが、第一項は旧民法にはなかつたが「必要であらうと考えます」。何故ならば、転借人は賃借人に対して義務を負うのみならず、賃貸人に対しても直接に義務を負うとしたほうが「万事便利であらう」し、また、外国にも同様の規定がある。また、借賃につき先取特権の行使ができるのであるから、「転借人は賃貸人に対して直接の義務を負うとした方が或はあの規定(筆者注——三一四条であらう)とも権衡を得やしないかと思ひます」(原文カタカナ)。

なお、既述の草案三二五条二項は、先取特権の問題ではないため、賃貸借の所に移した方がよいので本条一項後段に規定をしたものであり、この規定が可決されたならば整理の際に草案三二一条(先の草案三二五条)の末文は削除すると述べる。草案六一六条については、権利の側から規定したほうがよいかという議論がされるが、そのまま可決される。⁽⁴⁾ そのため、草案三一五条二項にあつた「讓受人又ハ転借人ハ前払ヲ以テ之ニ対抗スルコトヲ得ズ」という規定

は、『法律取調委員会民法草案議事筆記』（商事法務研究会 日本近代立法資料叢書15）によると、削除され六一六条を修正した六一二（現行六一三条）の一項後段に「此場合ニ於テハ借貨ノ前払ヲ以テ貸貸人ニ対抗スルコトヲ得ズ」と規定されることになる。直接訴権と転貸料債権への先取特権とが異なる制度であるならば、両方にこうした規定を置いておいて不思議ではないが、起草者が密接に関連した制度と理解していた証拠ということはいえるであらう。⁽⁵⁾

(ウ) 起草過程についての結論 審議の際には六一三条の規定が「直接訴権」の規定であるということとは明言されず、その意義についても単に便利というだけであるが（この便利といった説明が民法施行後の教科書の説明に受け継がれていく）、その後の本条の起草者梅博士の教科書でこれが直接訴権制度を導入したものであることが明言されることになる。しかし、一〇七条二項についてもそうであったが、現行民法の制定の際に直接訴権ということが起草者により十分に理解され、消化されていたかはなほ疑問といわざるをえない。そのため、金銭債権に限定されず、施行後の学説の解釈により種々の義務に拡大されていくことになる（83）以下）。

また、三一四条の転借人が支払った後にもその物につき先取特権を負担しなければならないということを制限するという点については、三一四条での先の議論との関連性は全く言及されていない。そして、起草者自身も、〔79〕に述べる併存説に立脚しているかのようであり（断言は避ける）、併存説では転借人が転借料を支払えば転貸料債権への先取特権はなくなるかもしれないが、賃貸人の賃借人に対する債権がある限り転借人の物についての先取特権が存続してしまふのであり、三一四条の制限は果し得ないのである。⁽⁶⁾

ところが、〔79〕に述べる移転説では三一四条の制限という趣旨が実現できるとして、後述のように加賀山教授は移転説を採用するのである。即ち、直接訴権は飽くまでも賃借人の転借人に対する転貸料債権を取得できる権限であり、賃借人が転借人に対して債権を有していることが前提になり、また、その債権に限界づけられるからである。こうし

て、賃貸人が転借人の物の上の先取特権を行使できるのは、三二二条で先取特権のついた賃借人の転借人に対する賃料債権を取得するからであり、直接訴権を前提とし、その帰結にすぎないことになる。しかし、このような、賃借人の債権が存在することを前提とするということは、私見の優先的ないし排他的代位権という構成でも可能であり、起草者の意思は明瞭ではないので、起草者の意思からはいずれの構成を是とすべきかは決定できないところである。

注

(1) 加賀山茂「民法六二二条の直接訴権〈action directe〉について」(一)「阪大法學一〇二号(昭五二)七二頁以下。

(2) ちなみに各国のこの問題に関する規定については、加賀山・前掲論文(一)「阪大法學一〇二号八三―八四頁に紹介がされている。それによると、例えばイタリア旧民法典では、転賃借契約の転借人の義務の範囲に限られること、また、前私をもって賃貸人に対抗できないことが明記されていた。なお、ドイツ民法では、このような規定はなく先取特権だけで対処するようであり、但し賃貸借契約終了による目的物の返還については、賃貸人に転借人に対する直接の返還請求権が認められ(BGB五五六条三項)、これは併存的債務引受と分析されているということである。

(3) 本条の担当ではないが起草委員の梅博士は、その『民法要義卷之二物権編』(有斐閣復刻版)三五一頁では、転借人の動産への先取特権につき、次のように述べるだけである。「此權利を賃貸人に与へたる理由は他なし。若し賃借人が其權利の讓渡又は賃借物の転賃を為さざれば、賃貸人は其動産に付て先取特権を有すべきものとするは其當を得ざればなり。況や賃貸人は往々賃借人の動産と転借人の動産とを識別することを能はざるに於てをや」(原文カタカナ)。

(4) 加賀山教授の分析によると、義務から規定したほうが転借人の義務の範囲に賃貸人の権利が制限されることを明らかにしやすいと起草者が考えていたことが、その理由とされている(加賀山・前掲論文(一)「阪大法學一〇二号八五頁)。

(5) 加賀山教授は、後述のように三二四条は直接訴権の制度と三二二条との帰結であるという。確かに、転借人の動産についてはそういえるし、また、転借人を自分の債務の範囲に限定する意図で六一三条一項が作られた経緯にも合致するが、転賃料債権の先取特権については三二二条から当然にでてくるものではないので、少なくともこれについての先取特権については直接訴権とは別個の制度と理解しておいてよいであろう。

(6) そのため、柚木馨・高木多喜夫「担保物権法(第三版)」(昭五七)六二頁は、「讓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特権を行使せられるものとするのは、酷にすぎる。賃貸人の保護は物上代位の範囲にこれを止むべかりしも

のであろう」と述べるのである。立法論としては、貸借権の譲渡代金債権や転貸料債権への先取特権に限定すべきであるという趣旨である。

(c) ⁽⁷⁵⁾ 民法制定後の理解 以上の起草過程からいえることは、六一三条の直接訴権の規定は、二つの意味があると

いうことである。

(ア) 三一四条の先取特権の制限 先ず、三一四条での議論を受けて六一三条が制定されたということから分かるように、貸借人の賃借人に対する債権のための先取特権を転借人の動産に拡大する三一四条の規定につき、転借人の債務の範囲内に限定をするという意味がある。

確かに六一三条の制定に際してはそのような意識があつたとはいえるであろうが、しかし、三一四条が六一三条でどう制限されたのかという点、この点は必ずしも明らかではない。加賀山教授は直接訴権を移転説で構成するため、賃借人は三二二条の先取特権を伴う賃借人の賃料債権を六一三条一項の直接訴権により取得でき、このことを三一四条は確認したにすぎないと位置づけることにより、転借人の責任の自分の債務への限定を動産についての先取特権についても説明しようとする。しかし、起草者がそのような理解を本當にしていたのかは疑問であり、寧ろ併存説によつていたとさえとれるところである。そして、併存説では、六一三条と三一四条は別個の制度ということになり、二つの保護が重畳するだけであり、六一三条が転借人の債務に制限されることが当然に三一四条の制限に結びつかないはずである。

(イ) 賃貸人の保護 更に直接訴権がその訴権を認められる賃貸人の保護になることは明らかであり、それが便利だと説明されているのである。しかし、転貸借の場合について三一四条で先取特権が認められているので、復代理

や下請けなどと異なり直接訴権の規定を置く意義は殆どない。これが旧民法で直接訴権規定が置かれなかった理由と推察されるが、いずれにせよ、先取特権に基づいて債権質同様に取立権を認めれば、直接訴権による必要性もないはずであり、その存在意義は非常に不明になる。

そして、六一三条については起草者の梅博士が直接訴権を認めたものであり、フランス民法における解釈に倣ったものであることをその教科書では明言していたにもかかわらず(但し起草過程では直接訴権という言葉は一度も口にしていな)、民法施行後の学説・判例は後述のようにこの規定に特に注目することなく、単に貸貸人保護のために直接の請求を認めた便宜的规定といった程度の理解しかしてこなかったところである。⁽¹⁾しかも、その貸貸人保護の本身、換言すれば直接の請求を認めることの法的意義が十分には解明されていなかった。直接訴権の法的意義については、一方で、同様に直接の請求を認める債権者代位権また債権に対する強制執行との関係、他方で、債権の優先的回収という担保目的からは、法定担保たる先取特権との関係で、その存在意義が解明される必要がある。起草者の理解については詳しくは後述することにして、要点を先ずここで確認しておこう。

① 先取特権との関係 後述するように、殆ど先取特権とは別に直接訴権を認める意義はない。このことは、次の代位権と先取特権との関係においても言えることであり、債権質同様に、先取特権に基づいて債権者が自己の名で取り立てをすることができ、かつ他の債権者を排除できるので、代位権にも直接訴権にもよることを必要としないのである。

② 債権者代位権との関係 債権者代位権との関係では、六一三条の直接訴権制度は二つほどの意義を有するであろう。①先ず、直接訴権では、債務者の無資力要件が不要である。②次に、債権者代位権という債務者の責任財産を、債権者のためにその代表として保全するという制度であるとすれば、本来ならば債務者への支払いまたは供託し

か請求できないことになるが、この制度は債権回収制度であるので自分への支払いを請求できることになる。但し、後者の点については、現在の判例によれば代位債権者は自分への支払いを請求できるので、特別の利点ということにはならない。また、差押えとの関係についても付言しておく、債権の差押えそして取立については、債務者の無資力という要件は不要となるが、債務名義が必要になり、六一三条はこれとの関係では債務名義なしに第三債務者からの取立を可能にするという意義があることになる。⁽²⁾

注

(1) 例えば、我妻栄「債権各論中巻一」(昭三二)四六二頁。

(2) 債権者代位権と債権の強制執行手続との関係については、磯村保「債権者代位権に基づく金銭債権の回収」磯村保他「民法トライアングル教室」(平一一)二〇七頁以下及びその引用文献参照。

76

(2) 直接訴権を認める根拠

(a) 六一三条の趣旨

(ア) 貸貸人保護の中身 右に見たように、六一三条は債権者代位権との関係、また債務名義が不要という点で債権の差押えとの関係につき、法的な存在意義を有しているものであるが、それに尽きるものであろうか。これまでの学説はこの点を明らかにすることなく、この程度の意義のみを想定していたということができよう。

起草者が直接訴権の規定ということを知りていたことは次に述べるが、民法施行後の学説にも、貸貸人保護の中身についてある程度説明を試みる者があつた。例えば、中島博士は、このような規定がないと、「転貸人(貸借人)が転

借人より借賃を得るも之を賃貸人に支払わざるときは賃貸人は独り損害を受け転賃人は他人の財産に依りて利得をなすの不都合を生ず」(原文カタカナ)るが故に、六一三の規定をおいたと説明し⁽¹⁾、また、村上博士は、賃借人が転賃人から賃料を受けてこれを賃貸人に支払うのは「往々無用の手数なるのみならず、賃借人が転賃人より受領したる借賃を更に賃貸人に支払わざるに因り独り賃貸人のみ損害を蒙るの不条理を生ずることなしとせず、此の不便を防ぎ且此の不条理を避くる為」(原文カタカナ)六一三条一項が規定されたものと説明をしている⁽²⁾。

しかし、その後、この賃貸人を賃借人の転賃人に対する転賃料から優先的に債権の回収を可能とするといった趣旨は、六一三条の説明では特に強調されることはなくなっていく。単に直接の請求を認めるのが便宜的であるといった程度の説明がされるに止まるようになってしまふ。

ところが、昭和五〇年代に入つて、現行法の解釈としては忘れられていた直接訴権という根拠づけが、先の加賀山教授の論文により発掘される。既述のように本規定は旧民法にはなく(転賃についての財産編一三四条にこのような規定はなかった)、現行民法の審議に際して浮上してきた規定である。フランス法を受け継いだ本来の趣旨によれば、六一三条は直接訴権を導入した規定であり、その意義は直接の請求権を認めた便宜的規定というものではなく、寧ろ賃貸人に賃借人に対する債権(金銭債権)につき賃借人の転賃人に対する債権から優先的な回収を可能にするという制度ということに意義があるのである。起草者がどれほど正確にその意義を理解していたかは明確ではなく、民法修正案理由書でも、六一三条(その当時の案では六一二条)につき次のような説明がされている程度である。

「本条一項は、転賃の場合に於ける賃貸人の利益を保護せるものなり」。「既に賃貸人の承諾ありとすれば之に与ふるに転賃人に対する直接の権利を以てするも可なり。本案三二一条(現三二四条)には既に賃貸人の先取特権は転賃人の動産及び転賃人の受くべき金額にも及ぶとせるを以て今一層之を拡張し、賃貸人と賃借人との間には直接の権利

關係を生ぜしむるも何の付加があらん。亦転借人にありても賃貸人に対する義務の範囲は唯自己が転貸借に因りて負担したるものに止まり、先きの賃貸借契約に因りて賃貸人の負担せる義務の如何に大なるも之に關係を有せざるなり」(原文カタカナ)⁽⁴⁾。

(イ) 賃貸人を優先的に保護する根拠　ところで、そのような賃貸人に優先権を認める規定であることは解明されたからよいとして、では、どうして優先的扱いがされるべきかという点についての説明をみていこう。これは直接訴権ないし同様の制度を一般的に認めていくことを解釈論として考ふる立場では、その認否の基準のために参考になるものである。この点につき、三二四条で賃貸人に借借人の転借人に対する賃料債権について直截に先取特権が認められているので、その趣旨と共通のものとなりえようが、六一三条につき起草者梅博士は、次のような説明をしている。賃貸人が借借人に対してしか権利を持たず、転借人に対して権利を持たないとするのは「時として不便なきに非ず。蓋し借借人は賃貸人に対して其義務を尽くさず、而も転借人は借借人に対して其義務を履行すること稀なりとせざるべし。此場合に於ては借借人唯り利益を専にして賃貸人は大に損害を被むるの虞あり、而して是れ豈に公平と謂うべけんや。是に於か本条は賃貸人に与ふるに転借人に対する直接の権利を以てせり」(原文カタカナ)⁽⁵⁾。

その後の学説は、六一三条の趣旨自体を十分理解していないため、説明がされることがないが、加賀山論文後の体系書を見ると三宅教授がこれと類似した説明をしていることは注目されよう。⁽⁶⁾但し、先取特権が認められるので、それとの関係、また、先取特権以外にこのような権利を認める意義については別の疑問が残らざるをえないこと先に指摘した通りである。⁽⁷⁾この点について詳しく次にみていこう。

注

(1) 中島玉吉『民法釈義卷二之下』(大五)六八五頁。また、松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎『帝国民法』(明治二九年)

正解第六巻債権(信山社日本立法資料全集別巻100)一一四七頁は、直接の関係がないとすると、往々にして賃貸人に不利益を来すことがあるので、このような権利を認めたと述べるだけである(直接訴権という言葉は使われていない)。

(2) 村上恭一『債権各論』(大三)五九七頁、横田秀雄『債権各論』(明四五)五二〇頁や大谷美隆『債権各論』(大三)一三三頁も同様である。横田博士は、転貸人―賃借人から賃料を受けておきながら、賃貸人には賃料を支払わないことがありえ、「賃貸人は自己」の所有物の使用収益を為さしむるの対価として其正当に領取すべき賃料を領取せざるに拘わらず、賃借人は他人の所有物を使用収益せしめ借賃を受取り不当に利得を為すの不公平なる結果を生ずるに至るべし」、また、賃貸人が転借人に自分に履行するよう請求する権利がないと「実際上きわめて不便にして其利益を十分に保護することを得ず」(原文カタカナ)ということをも、六一三条一項の根拠として挙げている。

(3) 加賀山茂『民法六一三条の直接訴権 action directe』(二)一〇一頁(一・完)『阪大法学』一〇二号、一〇三頁(昭五五)。また、座談会「民法を語る」②民法六一三条の直接訴権(上)『Law School』三〇号、三二頁(昭五六)も参照。その後、六一三条は直接請求権(訴権)を認め、債権者平等の原則を修正したものであることを体承書でも記述するものが現われている(三宅正男『契約法(各論)下巻』(平元)七八九頁)。しかし、多くの教科書は、加賀山論文の後もこの点につき詳しくは述べることはない。

(4) 広中俊雄編著『民法修正案(前三編)の理由書』五八七頁。

(5) 梅謙次郎『民法要義巻之三債権編』(有斐閣復刻版)六五六頁。

(6) 三宅正男『契約法(各論)下巻』(平元)七八九頁では、「賃借人が転借人に対して有する転借料や転借物の滅失毀損による損害賠償の債権は、賃借物自体またはその使用の対価ないし変形だから、これを賃借人の一般財産と区別して、賃貸人の債権に基づく先取りを認める根拠がある。」と説明される。

(7) なお、借地人が借地上の建物を賃貸する場合には、土地の転貸ではないとされているが、土地の使用分も建物の賃貸料には含まれているので、六一三条を類推適用する余地がある。

(7) 転貸料債権への先取特権について 民法は、六一三条の直接訴権の他に、三二四条で動産先取特権として、

転貸料につき賃貸人が先取特権を持つことを肯定している。しかし、転借料については、転借人の持ち込んだ動産へ

の先取特権とは異なり、債権に対して先取特権を認めるものである。⁽¹⁾ そのため、三一四条については、「本条の規定は其精神に於てやや第三〇四条に類する所ありと雖も亦大に其趣旨を異にせることは敢て蝶々を俟たざるべし」と言われている。⁽²⁾ なお、旧民法では、果実ということ及び物上代位の適用により説明されていたことは、既に述べた通りである(↓〔73〕)。

(ア) 転貸料への先取特権の根拠 三一四条の転借料への先取特権の根拠については、右に述べたように起草者は物上代位に類似するということを述べるだけであり、その後の学説も特にこの点についての詳しい説明をするものはない。

① 物上代位と同趣旨の制度とする理解 起草者梅は、物上代位の精神に類するといった程度の説明であったが、その後、「物上代位の思想の現われであるから、至当なものである」⁽³⁾、「物上代位(…)の理論を適用した結果であつて、三〇四条を拡張したものである」⁽⁴⁾、「三一四条後段は物上代位(三〇四条)の趣旨に基づく」⁽⁵⁾などと、物上代位と全く同じかのような説明がされるようになってゐる。その他、このような説明をする学説は多い。⁽⁶⁾

② 物上代位とは異なるという理解 これに対し、物上代位とは異なる制度であると位置づける学説もある。起草者の梅博士も三一四条の「規定は其精神に於て 第三〇四条に類する所ありと雖も亦大いに其趣旨を異にせることは敢て蝶々を俟たざるべし」(原文カタカナ)と述べていたが⁽⁷⁾、その後の学説としては少数ながら物上代位と異なるという学説がある。

例えば、山下教授は、この制度を物上代位と考えることはできない、「何となれば、物上代位は本来の客体が変形した場合に、その変形物の上に権利を行はしめる制度なるも、三一四条後段に所謂金額は賃借権の変形したものであり、その賃借権は先取特権の客体であつたものではないからである。立法の趣旨も亦物上代位に於けると同一ではない」

といふ⁽⁸⁾。しかし、次に述べるように、債権が先取特権の客体となり、その点で物上代位と同様に弁済によって消滅すべき債権であるので、払渡前に差押えの手続きをとらなければならないといふ。

以上に対し、直接訴権を移転説で構成し、三二二条は移転説と三二二条とによる当然の規定であるという立場から、加賀山教授は先の梅説明を引用しながら、「民法三二二条と、民法三〇四条の物上代位の制度とは、大いに趣旨を異にするものである」と評している⁽⁹⁾。

③ 直接訴権⇄移転説 六一三条の直接訴権につき移転説を採用する加賀山教授によれば、三二二条は六一三条につき移転説を採用すれば三二二条と結びついて当然の帰結ということになる。即ち、貸貸人による直接訴権の行使により貸借人の転借人に対する貸料債権は貸貸人に移転し、貸借人の有していた先取特権も担保の随伴性により貸貸人に移転することになる。従つて、「三二二条といふのは、直接訴権の理論からみれば、当然の規定である」とされる⁽¹⁰⁾。

④ 評価——優先的代位権説の立場から 先の①説も②説も(78)(イ)に述べる併存説の立場を前提として、六一三条と三二二条とは異なつた制度であると考えているのであるが、③説は三二二条に特別の制度としての意義を認めず、六一三条の直接訴権の帰結にすぎないと考えるわけである。同様の結論は、移転説のみならず私見の優先的代位権ないし排他的代位権説の立場でも導くことは可能である。しかし、③説では、転借人の動産の上の先取特権は説明できても、転貸料債権は直接訴権の対象になるといふのみでありこれへの先取特権は説明できないことになる。そもそも直接訴権は直截に担保権が説明できればそれにこしたことはないものであり、三二二条を転貸料債権に先取特権を認めた制度として、六一三条と競合するが別の制度と考えてよいと思われる。

(イ) 先取特権者の取立権の有無及び差押えの要否 物上代位の場合には、①債権質と同様に、物上代位をした先取権者は債権の取立権を有し、他方で、債務者は債権の受領権を制限され、第三債務者による債務者に対する支払い

は債権者に對抗できず、このような不利益を避けるために三〇四条一項但書で、そのような制限を第三債務者に知らしめる對抗要件として差押えが要件とされているのであるが（現在の判例である第三債務者保護説）、②これに対しては、物上代位が認められるからといって、当然に先取権者に取立権を認めて債務者の受領権を制限するという結論は認められないとして、反対する考えもある（〔78〕注5参照）。

三二四条の転貸料債権への先取特権については、この点は明らかとはいえない。物上代位と全く同じではないといふことは、起草者も認めているところであるが、差押えという要件の点に差を認めるのか不明である。いずれにせよ、条文中差押えが特に要件として掲げられていないというのは事実である。学説には、この点について言及しないものが多いが、これについてはこの規定を物上代位と同様の制度と考えるかで学説が別れてくる。⁽¹¹⁾

① 差押必要説 先ず、物上代位と同様の制度と理解するものは、差押えを必要とする。例えば、「貸貸人がこの先取特権を行使するには、三〇四条の趣旨からみてこれらの金額の払渡し前に差押えをすることを要すると解される」と述べられている。林教授も、「金銭が債務者（賃借人）に払い渡された後には特定性を失うから、先取特権は行使しえなくなると解さなければなるまい」と述べる。⁽¹³⁾ その他、古くから、差押えを要求する学説は多い。⁽¹⁴⁾ これは物上代位の議論における特権説また差押えの位置づけにおける特定性保持説の影響、特に後者の影響が大きいものといえるであらう。

他方で、物上代位とは異なる制度であるという学説も、「この場合に於ける先取特権の客体は、前述したるが如く一定の金額を受くべき債権であるから、其の払渡によつて客体の消滅を生ずるに至るが為め」、払渡前に差押えることが必要であるとしている。⁽¹⁵⁾

② 差押不要説 これに対し、差押えを要しないという考えもある。薬師寺博士は、次のように述べている。

差押えを必要とする学説は、「いったん其金額を払渡し他の金銭と混同したる後に到つて、先取特権を行はしむるは、他の債権者を害するからいけないと云うのである。然し債権が先取特権の物体たる場合には、理論上其債権の差押を為すことなしに、先取特権を行使し得るものである。故に物上代位の場合には、明文規定を設けて特に其例外を定めたものと解すべく、従つて例外規定を置かない此先取特権に付いては其行使に債権の差押を必要としないものと解さなければならぬ」(原文カタカナ)⁽¹⁶⁾。

この考えは、債権に先取特権の効果が及ぶときは、債権質と同様に当然に差押えを要することなく取立をすることが可能であり、特に三〇四条のような例外が規定されていない限りその通りになるという論理である。⁽¹⁷⁾しかし、債権質においては、物上代位における差押えでその代わりたらしめようとした第三債務者に対する對抗要件は、ちゃんと要求されているのである(三六四条一項による四六七条一項の準用)。

注

- (1) 富井政章、「民法原論第二巻物権」(明三九)三七〇頁、薬師寺志光「借地ニ因ル先取特権ヲ論ズ」、『横田博士還暦記念論文集』(大一一)四六頁など、古くからその金額を受ける債権が先取特権の目的であることが認められている。なお、旧民法では、債権担保編一五〇条二項で、貸借権の譲渡または転貸の場合に、「先取特権ハ第二三三條(一三三二條の誤りか)ニ從ヒ譲渡又ハ転貸ノ代価トシテ主タル賃借人ノ受取ル可キ金額ニ及ブ但前払ヲ以テ賃借人ニ對抗スルコトヲ得ズ」と規定がされていた。
- (2) 梅謙次郎、「民法要義卷之二物権編」(明四四年訂正増補改版の復刻版による)三五三頁。
- (3) 我妻栄、「新訂担保物権法(民法講義II)」(昭四三)八一頁。
- (4) 柚木馨・高木多喜夫、「担保物権法(第三版)」(昭五七)六二頁。
- (5) 川井健、「民法概論2物権」(平九)三〇〇頁(同「担保物権法」(昭五〇)三〇五頁も同じ)。高木多喜夫、「担保物権法(新版)」(平五)四三頁も、物上代位の法理に基づくものであり、三〇四条を拡張するものであるという。椿寿夫編「担保物権法」(平三)二九二頁(尾崎三芳)も、物上代位の理論を拡張したものと述べる。

- (6) 勝本正晃『担保物権法論』(昭一五)一九五頁は、「物上代位と同一の立法趣旨に基づくものである」と明言する。三階信三『全訂担保物権法』(初版・大四)一九三頁は「物上代位の規定と相似たり」といい、その理由として「讓受人又は転借人が讓渡人又は転貸人に対して支払うべき金額は貸借権又は貸借物の法律的分に因りて生じたる収益と見るを得べきが故なり」(原文カタカナ)と述べる。今泉孝太郎『物権法論』(昭四二)二五二頁も立法趣旨は物上代位と同様という。その他、石田文次郎『担保物権法下』七七八頁、横田秀雄『物権法』(明三八)六四五頁なども同様。
- (7) 梅謙次郎『民法要義卷之二物権編』(有斐閣復刻版)三三三頁。
- (8) 山下博章『担保物権法論』(昭三三)一三一頁。小池隆一『担保物権法論』(昭一二)一六四頁、小林俊三『担保物権法』(昭一四)八七頁も同旨である。
- (9) 加賀山・前掲論文(一)阪大法學一〇二号八〇頁注(36)。
- (10) 座談会「民法を語る」(民法六一三条の直接訴権(上))Law School三〇号(昭五六)一二六頁における加賀山教授の発言。
- (11) 三宅正男『契約法(各論)下巻』(平元)七九〇頁は、三三四条の転借料に対する先取特権は「直接訴権と同一の根拠に基づくものであり、貸借人が先取特権の実行として転借人に対する貸借人の債権を差押え、転借人に対し取立訴訟を行うことができ、また貸借人の破産の場合に別除権を行使できる以上、直接訴権を認める必要性は少ない」と述べており、これからすると、先取特権の実行としては、裁判外で取立をすることはできず、差押えをして取り立てる必要があると考えているようである。
- (12) 川井健『民法概論』(平九)三〇〇頁。なお、法典調査会の審議の中で、磯部四郎委員が、「受取ルべき金額」と云ふ以上は既に受取つて仕舞つたものには先取特権が及ばぬと云ふことになる」と述べている(『法典調査会民法議事速記録二』(商事法務研究会日本近代立法資料叢書)四三八頁)。
- (13) 林良平編集『注釈民法』(八)『昭四〇』一一八頁。なお、同じく、民法によって債権への先取特権が認められている例として、公吏保証金の先取特権(三三〇条)があるが、特定債権への先取特権ということで、その行使にあたっては、三〇四条の趣旨から払渡し前に差押えをすることが必要と考えられている(『注釈民法』(八)『昭四〇』一四二頁(甲斐進太郎)、川井健『担保物権法』(昭五〇)三〇七頁、伊藤進編著『法学ガイド 民法III(担保物権)』(昭六二)二七頁(伊藤進)など通説)。
- (14) 遊佐慶夫『民法概論物権篇』(大九)二八三頁、沼義雄『綜合日本民法別巻第三担保物権』(昭一三)七五頁、勝本正晃『担保物権法論』(昭一五)一九五、六頁。中島玉吉『民法釈義卷二ノ下』(大五)六八五頁、石田文次郎『担保物権法論下巻』(昭一二)七七八頁も、目的が債権であるので、払渡し前に差押えをすることが必要であるという。他方、横田秀雄『物権法論』(大一一〇)三二七頁は、三三四条の「金額は支払以前のものを意味し貸借人が其特権を保全する為めには第三〇四条の場

合と等しく差押の手續きを必要とする」と、「金額」が目的であることを強調する(同改版増補六四六頁も同じ)。なお、鳩山博士述「担保物権法」(年月日不明)八一―八二頁によると、鳩山博士も「之等の金額は貸借権の法律上の処分のため生じたる財産にして従て三〇九条(三〇四条の誤りであろう)の物上代位の趣旨に基きて之を以て先取特権の客体とせんなり」と述べている。

(15) 小池隆一「担保物権法論」(昭一二)一六四頁。山下博章「担保物権法論」(昭三)一三二頁も先の同旨を述べている。

(16) 薬師寺志光「借地ニ因ル先取特権ヲ論ズ」、『横田博士還暦記念論文集』(大一一)四九頁。

(17) 三浦信三「全訂担保物権法」(大四)一九三頁も差押えを解釈上は不要というが、三二四条は三〇四条の規定と性質を同じくするために(↓注(6))、立法論としては差押えを条件とすべきであるという。その他、遊佐慶夫「民法概論物権篇」(大九)四〇六頁も差押え不要説であり、また、田島順「担保物権法」(昭九)五九頁、今泉孝太郎「物権法論」(昭四二)二五二頁も差押不要説か。

(1) 転貸料債権をめぐって——六一三条の制度趣旨の考察を兼ねて

(a) ⁽⁷⁸⁾ 他の制度との関係——起草者梅博士の考えを中心として 賃料支払義務が六一三条一項の中心的な義務であるが、そこで規定する直接の義務、逆にいえば貸賃人の転借人に対する直接の権利については、起草者の梅博士が、六一三条一項の権利を「直接訴権」と称して、債権者代位権と先取特権との比較をしている。⁽¹⁾ この説明を中心に見ていくことにしたい。

(ア) 転借料に対する先取特権との関係 旧民法では転貸料につき先取特権が用意されているだけで、直接訴権

は認められていなかったため、ポアソナードによる両制度の関係についての説明は見当たらない。いずれにせよ、賃貸人の保護というのであれば、三二四条で賃貸人につき賃借人の転貸料につき先取特権が認められているので、別に

賃貸人のための権利を規定する必要性がないのではないかという疑問がある。⁽²⁾これについては、次のような点が指摘されている(六一三条と三二四条が別の制度かについては、⁽⁷⁷⁾(ア)に譲る)。

① 先ず、三二四条の規定は不動産の賃貸借についてのみ適用になるものであり、動産の場合には適用にならないことが指摘されている。

② 次に、果実をもって賃料とする場合には、三三〇条三項により、賃貸人よりも強力な先取特権者がいることから、六一三条一項の存在意義があると述べている。⁽³⁾

以上につき実際上大きな意味はなく、三一四条とは別に転貸料債権に直接訴権を認める意義は殆どないといつてよい。なお、逆に六一三条とは異なり、三一四条後段では、転貸借がされる前の賃料債権についても先取特権が認められるという利点が指摘されている。⁽⁴⁾

(イ) 転貸料債権への拘束——三一四条と六一三条 なお、これは先取特権との差異としては説明されていないが、債権に担保権の効力が及ぶとなると、第三債務者は債務者への支払いにつき拘束を受けるはずであるが、六一三条一項の直接訴権については、梅博士は次のように述べてこれを否定している。即ち、「本条の規定は、特に賃貸人に与ふるに転借人に対する直接訴権を以てしたるに過ぎずして、敢て賃借人の権利を奪いて之を賃貸人に与へたるに非ず。故に借賃前払の場合を除く外、賃借人は転借人に対して其義務の履行を求むることを得べく、而して転借人は其履行を拒むことを得ず。而して後日に至り若し賃貸人が転借人に対し其義務の履行を求むるときは転借人は既に賃借人に対し其履行を為したるに因り其義務を免れたりと答えて可なり」(原文カタカナ)⁽⁵⁾

また、前払を例外とする説明で次のように述べていることも注目されよう。

「転借人が賃借人に其借賃を支払ひたるときは其義務消滅するが故に更に賃貸人より請求を受くべきの理なし。而

して転借人が約定の時期（又は慣習上若くは法律上の時期、以下同じ、次条参照）に借賃を支払ひたる時は、固より此原則を適用すべしと雖も、前払即ち約定の時期前に為したる支払は之を貸貸人に対抗することを得ざるものとせり。是れ他なし既に本条に於て貸貸人に直接訴権を与へたる以上は、転借人は濫に其意思を以て貸貸人の権利を左右することを得べからず。殊に前払は往々にして貸貸人に損害を加ふる為め貸借人と転借人と通謀して之を為すことを以て特に之を貸貸人に対抗することを得ざるものとしたるなり」（原文カタカナ⁽⁶⁾）。

直接訴権につき移転説を採用する加賀山教授は、三一四条の転貸料への先取特権と六一三条の直接訴権の関係につき、債権が移転するのであるから貸借人が転借人に対して有する先取特権も担保の随伴性により移転するのが当然であり、また、先取特権であれば貸貸人が優先するというだけで貸借人の権利行使自体は否定されないが、直接訴権では貸借人は権利行使ができないという差異があるものといわれる。⁽⁷⁾

私見としてはこう考えたい。債権への先取特権により、第三債務者たる転借人は貸借人への支払を債権者（貸貸人）に対抗できないはずであるが、三〇四条の類推適用により先取特権を対抗するためには差押えが必要である。そして、直接訴権についても、これを私見では優先的代位権として構成するが、担保権ではないので貸借人への支払を無効とする効力を主張できないが、差押えをすることにより支払を排除でき、また、他の債権者を排除できることになる。

(ウ) 債権者代位権との関係 次に、債権者代位権との差異であるが、梅博士は「第四二三条の間接訴権に依れば貸貸人は自己の権利を行うに非ざるが故に」（原文カタカナ）、次のような差が生じると述べる。⁽⁸⁾

① 先ず、代位権の場合には、「其転借人より得たるものは己獨り之を専にすることを得ず。必ず貸借人の他の債権者と之を分たざることを得ず」（債権者平等の原則）。ところが、六一三条一項による場合には、「貸貸人は自己の権利を以て転借人に請求を為すが故に、是より得たるものは全く己の有に帰すべし」といわれる。

② また、直接の権利を認めるものであるため、転借人は賃借人（転貸人）に対抗することができる事由があつても、賃貸人には対抗することができないものといわれ、その例として、転借人が賃借人に対して債権を有していて相殺ができて、賃貸人の請求については相殺ができないという。

この記述からすると、明確には述べられていないわけではないが、債権者代位権は転借人の権利を代位行使するのであるのに対し、直接訴権の場合には自己の固有の権利を行使するものと理解しているようである。これは併存説ないし独立権利説を起草者が考えている一つの証拠にならう。しかし、この説明には疑問が残される。

先ず、①の点については、賃貸人に転借人に対する直接の債権を認めるので、賃借人の債権者はこれに干渉できないというのは、転用物訴権について述べたように理解ができる。しかし、それが、賃借人の債権者が賃借人の債権である転貸料債権の行使まで排除できるかは疑問であること、転用物訴権におけると同じである。また、②の点については、直接の権利を認めるため、転借人が賃借人に対する債権で賃貸人に対する債務と相殺ができない、即ち賃貸人と転借人との間に相殺適状があるわけではないので相殺ができないというだけで、転借人が賃借人に対して相殺をすることを否定する説明として十分といえるかは疑問の残るところである。そこには相殺適状が存在するからである（80）（ウ）に譲る）。

(エ) 三二四条との関係——転貸料以外への先取特権について 三二四条では不動産の転貸借がされた場合に、賃貸人が賃借人の転借人に対する貸料債権について直接に行使できることを規定しているが、この原案の三二五条の審議の際に、転借人が賃借人に転借料を支払ったのに、賃貸人が転借人の動産に先取特権を行使できることは不当なことが指摘され、起草者もその不当なことを認め、現行民法六一三条の審議の際に再審議をすることが合意されたことは既に述べた。その解決の方法としては、①転借人の動産に先取特権が及ぶことを認めた上で、直接訴権を賃貸人

に与えて、それによって転借人の動産の上の先取特権を解放するというもの、及び、②貸貸人の転借人に対する債権の範囲を転借人の債務の範囲に限定する方法であった。六一三条を制定して民法が採用したのは、②の方法であった。⁽⁹⁾

注

(1) 梅謙次郎『民法釈義卷之三』(有斐閣復刻版) 六五八―六五九頁。

(2) 三宅正男『契約法(各論)下巻』(平元) 七九〇頁は、先取特権が認められるので直接訴権を認める必要性は少ないと評する。三一四条の不動産賃貸人の先取特権は賃貸債権のみならず、「其不動産の借賃其他賃貸借関係より生じたる賃借人の債務」が被担保債権になっている。

(3) 起草者が先取特権に対して挙げている利点はこれだけであるから、転借料債権の上の先取特権に基づいて債権者たる賃貸人は、転借人から裁判外で取りたてることができるものと考えていると見てよいであろうか。

(4) 三浦信三『全訂担保物権法』(初版・大四) 一九二―三頁、勝本正晃『担保物権法論』(昭一五) 一九五頁、石田文次郎『担保物権法論下巻』(昭一一) 七―七頁。

(5) 梅謙次郎『民法釈義卷之三 債権編』(有斐閣復刻版) 六六〇頁。同五五九頁でこれに対する唯一の例外が前払の場合であるということが述べられている。なお、六一三条一項との関係で、転借人の支払いが有効であるとしても、三一四条との関係については疑問が残される。これは、三〇四条の物上代位同様に、起草者がその根元となるポアソナードの考えを十分に理解していたか不明であり、ここでも支払いを賃貸人に対抗できると考えていたのであろうか。

物上代位については、先取特権の効力が及び支払っても当然に無効なはずであるのを、第三債務者保護のために差押えという公示を要求したというポアソナードの意図が起草者に十分に理解されていたかは疑問の残るところである。そのため、物上代位についても、第三債務者保護説の根底をなす、債務者の第三債務者に対する受領権の制限につき、先取特権者は債権質権者とは異なり、第三債務者に対して直接取立権は与えられておらず、先取特権の実行手続きによることが前提とされているという理解がされ、従って差押があるまで三〇四条一項但書がなくても第三債務者の債務者への支払いは有効であるとして、第三債務者保護説を批判する学説がある(高橋眞「物上代位に基づく差押えの意義」銀行法務21五六九号(平一一)三七頁)。これによれば、三一四条も同様の解釈に服することにならうか。そうすると、先取特権者には四二三条とは異なり裁判外の直接取立権はなく、それは六一三条により初めて与えられることになる。

(6) 梅謙次郎『民法釈義卷之三』(有斐閣復刻版) 六五九―六六〇頁。

(7) 座談会「民法を語る⑬民法六一三条の直接訴権(上)」Law School三〇号(昭五六) 一二六頁、一二七頁における加賀山教授の発言。

(8) 梅謙次郎『民法釈義卷之三』 六五八頁。

(9) このあたりの状況につき詳しくは、加賀山・前掲論文(一) 阪大法学一〇二号七三以下参照。なお、篠塚昭次『新版注釈民法(15)』(平元) 二八八頁は、転借人の義務を、「連帯債務に準じた特殊な債務と考えられないだろうか」という。

⁽⁷⁹⁾ (b) 六一三条一項の権利の位置づけ フランスにおいては、直接訴権の根拠づけられない法的構成については議論

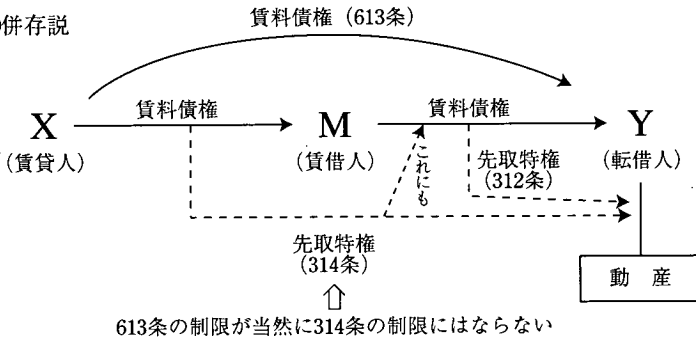
のあるところであるが(17)以下参照)、わが国では直接訴権という概念自体近時まで忘れられていたところであり、六一三条の法的構成については十分な議論は行われていない。学説については、以下のように分類できようか。

(ア) 直接固有の権利を認めたとする学説(併存説ないし独立権利説)

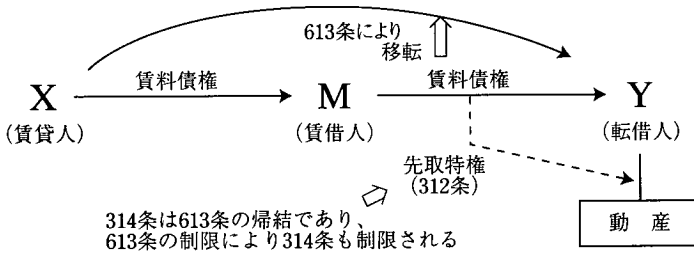
① 併存説の構成 先に述べたように、起草者は、六一三条一項を直接訴権を認めたものであり、それは賃貸人に転借人に対して賃貸人⇨転貸人の権利とは別の独自の、直接の権利を認めたものと理解をしている。⁽¹⁾即ち、賃貸人の賃借人に対する債権、賃貸人⇨転貸人の転借人に対する債権の他に賃貸人の転借人に対する債権を認めることになる。但し、賃貸人の転借人に対する債権は賃貸人の賃借人に対する債権のためのいわば従たる存在であり(弁済者代位に原債権という限界づけがあるように)、賃貸人の賃借人に対する債権と同額になる。これは、六一三条一項の「直接に義務を負う」という文言に合致するものであり、起草者がこのような意識であったことは、この文言からも窺われるところである。

賃貸人に対する、賃借人の義務と転借人の義務との関係については、この学説では併存的関係で二つの債権が存在す

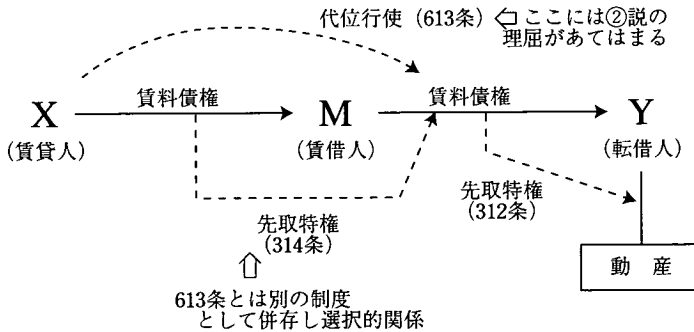
①併存説



②移転説



③排他権説 (私見)



ることになるが、次のように言われる。「貸借人と転借人とは各々貸借人に対し客観的に単一の目的を有する全部義務を負担するが」、「その間には主観的關係を欠き」、「然も、転借人の義務は貸借人が貸借契約に基づいて貸借人へ負する義務を法律上伝承するものであつて、貸借人の義務と転借人のそれとは別個独立のものでない」、「貸借人と転借人とは客観的に単一の目的を有する債務を負担するのであるから、二者のうち何れかの一方が目的を達するが如き全部給付を為すときは絶対的効力を生じ、他の者は義務を免れる」と。⁽²⁾

なお、責任保険の場合とは異なり、転貸借契約の構造や当事者の意思から直接請求権を導くということでは考えられておらず、また、そのような議論はされることはない。従つて、貸借人の権利は六一三条が定めた法定の権利ということになり、転借人の側からいうと、「法律上併存的債務引受の効力を与へ」たものと評されている。⁽³⁾

② 併存説への批判 加賀山教授は、通説たる併存説に対する疑問として、先ず、転借人が貸借人に支払うことによりどうして貸借人・貸借人間、貸借人⇕転貸人・転借人間の法律關係が消滅するのか、論理必然的には出てこないという。即ち、第三者の弁済により貸借人の貸借人に対する債務が消滅し、それによる求償権により転借人が貸借人の転貸料債権を受働債権とする相殺の効果が自動的に出てくるとでもいわなければならず、余りにも技巧的ではないかという疑問が提起されている。⁽⁴⁾

(イ) 貸借人の権利が移転するという構成（移転説） これに対して、加賀山教授は直接訴権の一般論として移転説を採用した上で（↓〔18〕）、六一三条についても移転説で根拠づけようとする。即ち、六一三条の直接訴権では、その要件が充たされ直接訴権が成立しても当然にその効力が生じるのではなく、いわゆる不完全直接訴権であり、その行使により初めて効力が生じるものとする。そして、その効力とは、「転貸借契約から生じる転借人に対する転貸人（貸借人）の請求権（もしくは権利の行使権限）は、貸借人に対する貸借人の権利の範囲で、付随的な権利（担保権）

を伴って貸貸人へ移転する。その結果、貸貸借契約に基づく貸貸人に対する貸借人の債務は、貸貸人が転借人に対して得た権利の範囲(重複部分)で連帯保証債務へ転化する、と解すべきである」と説明される。⁽⁵⁾そして、この立場では、「民法六二三条二項は決して当然の規定ではなく、不真正連帯債務を認めた、非常に意味のある規定であると言わなければならない」と評される。⁽⁶⁾

直接訴権の行使という要件については、この学説は特に差押えが必要であるということ述べていないので、裁判外の意思表示(債権移転をもたらす形成権の行使)でもよく、また、転借人への対抗要件は不要となるのであろうか。

(ウ) 優先的代位権説(排他権説)

私見としては、次の二つの理由から、優先的でないし排他的代位権で説明した

い。①まず、私見は一般論として四二三条で債権者代位権を優先的債権回収制度として転用することを認めるが、そこで直接の権利ではなく債務者の権利の代位行使と説明しながら、特別の規定がある場合には直接の権利というのは説明として適切かは疑問であること、②そして、何よりも、そもそも独立した直接の権利を認める必要があるか疑問であることである。なお、債務不履行責任か否かという責任の性質の問題につき、フランスでは直接訴権を認める大きな意義の一つではあるが、私見では大きな意味を認めないので、⁽⁷⁾ここでの最大のポイントは、債務者の他の債権者に対して問題となっている債務者の第三債務者に対する債権について優先権を与えるということである。

そのため、六一三条一項についても、私見では、起草者の考え、そして六一三条一項の文言には反することになるが、貸貸人に貸借人の転借人に対する債権について優先的に行使をする権利を認めたと構成することになる(但し、弱い優先的代位権⁽⁸⁾)。そうすると、金銭債権以外については、例えば用法違反の行為の停止請求権、契約終了後の目的物返還請求権につき、優先的代位権では説明ができなくなる。しかし、はたしてそのような権利について、六一三条の本来の趣旨を離れて直接の権利を認める必要があるかは疑問である。その場合には、四二三条の特定債権の保全

への転用として、債務者の無資力を要件としない代位行使を認めればよいし、それでは第三債務者が債務者に対抗できる事由を対抗されるので不都合がある場合には、所有者としての請求権を行使することを認めるなどにより対処することで解決できるのではないかと考えられる。

第三債務者たる転借人や譲受人などの第三者の保護との関係では、優先的地位の主張のために差押えが必要かという問題がある。物上代位ではないが、賃料債権への物上代位とのバランスから考えて、三―四―条では差押えがその効力を第三債務者に主張するためには必要であるといわれていることから、それとの関係で優先的地位権による場合も、差押えを必要とするのが適当であろう。

注

(1) 賃貸人の転賃の承諾の効果ではなく、賃貸人と転借人の間には契約関係は生ずることではなく、六一―三条一項の請求権は、「賃貸人の利益を保護するために民法がとくに認めたところの非法律行為的な効果であるから、転賃借の当事者がこれを排除する旨の特約をしても、それは無効である」といわれる(末川博「契約法下」(昭五〇)一一六―七頁)。

(2) 石田文次郎「債権各論」(昭二二)一四四頁など、なお、岩田新「債権法新講」(昭九)三七五頁は、「之れ法律が甲(賃貸人)に与えた権利であつて、甲が契約に加入するのでも、第三者の為にする契約でもない。寧ろ債権者の代位権(…)と同じ内容のものである」と述べるが、代位権とは異なり固有の権利を取得すると最終的には述べている。

なお、三宅正男「契約法(各論)下巻」(平元)七九八頁は、六一―三条一項は「無資力その他の理由で賃借人からの取立が困難である場合に、賃借人に対し賃料、賃貸物の返還遅滞・滅失毀損による損害賠償などの債権を有する賃借人を保護するために、転借人の賃借人に対する債務について、賃貸人に転借人に対する直接の請求権(訴権)を認める趣旨である」、「一般の代位訴権のほかに賃貸人の直接訴権を認め、賃貸人は賃借人に対する転借人の債務の履行を直接請求できる」と述べており、敢えて訴権と称しているが、この中身については明らかとは言い難い。何故直接の請求ができるのかの点について更に説明がほしいところであるが、この点はみあたらない。

(3) 我妻栄・廣瀬武文「賃貸借判例法(八)」二〇巻九号(昭一五)三八頁。なお、債務の側からいうと、賃借人と転借人とは不真正連帯債務または全部義務(大谷美隆「債権各論講義」(大一一)一三三頁は一種の全部義務という)の関係に立つこと

になる。そのことから、四四三条を準用して、弁済の事前事後の相互の通知を義務づけ、これにより質借人が質貸人に対して相殺ができる場合に相殺の利益を保護できるといわれる(鈴木祿弥『借地法下巻(改訂版)』(昭五五)一一九六頁)。私見の移転説では、同様の扱いができないが、第三者の弁済に類する関係に立つので、転借人の質借人に対する通知義務を認められることができるのではないかと思われる。

- (4) 加賀山茂「民法六一三条の直接訴権 *action directe*」(二・完)『阪大法学一〇三号(昭五二)一〇二頁。同「民法を語る」⑬民法六一三条の直接訴権(上)(下)』*Law School*三〇号、三二号(昭五六)での発言も同じ。これに対して、鈴木・前掲(14)注(2)論文三三六頁は、明文規定なしにこのような解釈が可能かは一抔の疑念はあがきわめて巧妙な解釈であると評している。但し、Yにその契約の相手方であるMへの支払いを封じてまで、Xに強い優位を与える必要があるかは、きわめて疑わしいと評している。

なお、①説と②説に共通の問題として、質貸人に対する転借人と質借人の債務の関係というものがある。これについては、いくつかの見解が明らかにされている。

- ① 不真正連帯債務的にとらえるもの 末弘巖太郎『債権各論』(六七)六一八頁は、「連帯債務の関係にあらずして、単に同一の目的を有する二箇の債務が存在するものに過ぎざるなり」(原文カタカナ)という。また、椿教授が、併存的債務引受けと位置づけることは〔82〕に述べる。

② 法定の保証債務説 以上に対して、加賀山教授の移転説に基づくと、本来ならば代物弁済や転付命令と同様に、質貸人の質借人に対する債権は消滅するはずであるが、質借人の債務を保証債務としてそのまま存続させるという構成がある。保証債務なので、転借人が支払えば質借人に求償ができ、転借人の質借人に対する債務と相殺をすることができることになる。これに対して、私見では、質貸人に対して転借人と質借人が債務を負うという説明をしないので、両債務の関係を問題にする必要はない。恐らく、加賀山説の最大のウイークポイントは、質貸人の質借人に対する債権の位置づけの点だと思われるが、私見ではこの点に問題はないことになる。

- (5) 座談会「民法を語る」⑬民法六一三条の直接訴権についで(下)『*Law School*三二号(昭五六)一〇九頁から一一〇頁の加賀山教授の発言。

- (6) 加賀山・前掲論文(二)『阪大法学一〇二号一〇八頁。

- (7) 拙稿「契約外の第三者と損害賠償責任」『玉田弘毅教授古希記念論文集 現代民法学の課題』(平九)参照。

- (8) なお、原質貸借につき質料債権に物上代位により抵当権の効力が及ぶ場合、抵当権者がこの優先的代位権を行使すること

ができることになる。

(c) 賃貸人の優先権の実現⁽⁸⁰⁾

(ア) 賃借人との競合——転借人の保護の問題も兼ねて

従来の学説は、六一三条につき賃貸人が直接に転借人

に賃料の支払いを請求できるのは便宜であるといった程度にしか理解をしていないものが多く、賃借人との競合（転借人からいうと債権者が二人になる）については言及しないのが殆どである。但し、来栖教授により、賃借人と賃貸人の

転借人に対する支払請求が競合した場合に、いずれの請求が優先するものなのか、また、賃借人の他の債権者と賃貸人の関係はどうなるのかという、本稿の着目している問題については、疑問が提起されている。これは、転借人が賃

借人に転借料を支払った場合にこれを賃貸人に対抗できるかという問題とは別であり（これについても併せて言及しておく）、賃貸人と賃借人の権利行使が競合した場合にどうなるのかという問題である。なお、この議論の実益を失わせて

いるのは、三一四条で別個に先取特権が認められているということであり、賃貸人が先取特権に基づいて賃借人の転賃料債権を行使する場合には、賃貸人が優先するのは当然ということである。そして、先取特権の場合には、転借人

が賃借人に支払っても賃貸人に対抗できないという不利益を受けるのは、三〇四条一項を类推適用して差押えを必要とするのが通説であることは既に述べた。そうすると、転賃料債権への先取特権が認められない動産の賃貸借の場合に、その議論の実益は限定せざるをえない。

① 権利併存説 a——平等説

先ず、賃貸人の六一三条一項による債権と賃借人の転賃借契約上の債権とを併存

的に認める通説では、この二つの権利の行使が競合しうることになり、その優劣が問題とされる。この立場では、転借人は賃借人・賃貸人の両者から支払を請求されたとしても、いわば連帯債権のようにいずれに支払ってもよいと考

えることにならうか。従つて、転借人が貸借人に支払つた後に、たとえ貸借人が貸借人に支払をしなくても、転借人は義務を果したことになるので貸借人に対して責任を負うことはないことになる。

② 権利併存説b——貸借人優先説　このように、この考えでは、両者の権利行使は平等の効力を持つことになるが、しかし、貸借人に支払わなければならない立場にある貸借人を、貸借人と平等に扱うのが妥当かは疑問が残るであろう。これは転用物訴権など直接の債権を認めることによつて問題を解決しようとする法理すべてについて当てはまる問題であり、ここでも貸借人の権利行使を優先することは、併存説でも可能である。

なお、連帯債権の関係というわけであるから、貸借人への支払は有効であることは平等説では疑いない。問題は、貸借人を優先させる立場をもし採用したとすれば、転借人による貸借人への支払の効力をどう考えるかである。折角の優先的立場が貸借人へ支払われることにより無にされるのも困るが、他方で転借人の立場も考えなければならぬ。そのため、裁判外での請求が競合した場合に貸借人に支払つても、それを貸借人に対抗できないとまでいうのは行き過ぎであろう。なお、差押があれば裁判所としては、貸借人に支払がなされるように扱うべきである。

③ 直接訴権説(移転説)　しかし、先の加賀山教授の移転説によれば、貸借人は転貸料債権の行使は当然には制限されず、支払を受ければそれは有効であるが、一度貸借人が直接訴権を行使する旨の意思表示をすれば、転貸料債権が貸借人に移転することになるので貸借人しかその行使はできないことになる。加賀山教授の見解によれば、直接訴権の行使は裁判外の意思表示によることになるので、裁判外において一度でも貸借人が転借人に対して自分への支払を請求すれば(四六七条一項のような要件を必要とせず)、その後転借人が貸借人へ転貸人に支払つてしまつても、その支払は無効となり貸借人に改めて支払をしなければならぬことになる。⁽³⁾

この立場に残される疑問は、先ず裁判外の貸借人の転借人に対する請求が、移転を求める意思表示と位置づけるこ

とにある。意思表示である以上そのような意思を貸貸人が有しそれを表示しなければならぬが、そのような意思が貸貸人にあるかは疑問であろう。それから次に、裁判外の権利行使により、当然に債権の移転を対抗でき貸借人への支払を無効とする効力を認めることが、実際に妥当なのかという疑問がある。確かに、不安ならば転借人には供託という手段があるが、不安に思いながらも貸借人に支払うことも少なくないと思われる。それを四七八条で救済するというのは、四七八条では無過失が要求されるので無理であろう。

④ 私見（優先的代位権説） 私見の優先的代位権という構成で直接訴権を説明する考えでは、当然には貸借人の受領権限が制限されることはなく、転借人の転貸人＝貸借人に対する支払は有効であるが、貸貸人の権利行使があつた後はこれが制限を受けると考えられる。そして、第三債務者たる転借人の保護のために、貸貸人の権利行使は三〇四条の趣旨を持つてきて差押えを要するといふべきである。従つて、裁判外の権利行使については、貸貸人と貸借人の権利行使が競合した場合には、転借人はいずれに支払つてもよいが、貸貸人が差し押えた後は貸貸人の権利行使が優先するといふべきである（差押え自体の効果でもある）。

(イ) 貸借人の債権者との関係 貸借人の債権者との関係は、三二四条により先取特権が認められており、貸借人が先取特権に基づいて転貸料債権を行使する場合には、貸借人の他の債権者に優先することは疑いない。従つて、議論の実益は殆どなく、三二四条が適用されない動産の転貸借の場合や物納の場合しか、六一三条の独立した実益は考えられないこと(ア)と同じである。六一三条につき、貸借人との関係では貸借人に対して貸貸人が優先することを起草者が考えていたことは既にみたが、貸借人の債権者との関係についてはどう考えるべきであろうか。

① 併存説 貸借人の債権者も貸借人の権利を行使するのであるから、(ア)の貸借人の権利行使と貸貸人の六一三条の権利行使が競合した場合と同じに考えてよいことにならう。平等説では平等になり、貸貸人優先説では、貸貸人

の権利行使がやはり優先されることになろう。

② 移転説

加賀山教授は貸貸人の優先的実現を次のように、先に述べた移転説により導くことを可能としている。

「貸貸人が直接訴権を行使することにより、転貸借から生ずる転貸人(賃借人)の転借人に対する権利(少なくとも権利の行使権限)は貸貸人へと移転する。したがって、その時以後、賃借人は転借人に対する権利の処分権限および転借人に請求する権限を奪われ、転借人も賃借人に対して有効に弁済することができなくなる(直接訴権の差押的効力)。すなわち、転借人は、直接訴権の行使後になした賃借人に対する弁済、更改、および、直接訴権の行使後に取得した賃借人に対する債権を自働債権(反対債権)として行った相殺(民法五一一条参照)などの抗弁をもって賃貸人に対抗できない⁽⁴⁾」。そのため、「民法六一三条の直接訴権を行使する賃貸人は、転借人に債務の履行を求めるに当たって、賃借人の債権者の競合を全く受けない。直接訴権の行使によって賃借人は転借人に対する権利(少なくとも権利の行使権限)を奪われているのであるから、賃借人の債権者が転借人に対して権利行使できず、競合から排除されることは当然である⁽⁵⁾」。

③ 優先的代位権(排他権説)

私見では、(ア)において賃借人の権利行使との関係におけると同様に考えることになる。即ち、賃貸人は賃借人の転借人に対する債権につき排他的に行使ができ、賃借人のみならず賃借人の債権者も排除することができる。但し、先取特権の場合とのバランスからいって、転借人の支払を無効とできるためには、支払前に差押えをすることが必要になる。

(ウ) 転借人による相殺

六一三条二項によると、転借人は前払いをもって賃貸人に対抗できないと規定されている。先に述べたように起草者によると、支払期日前になされた弁済は賃貸人を害するものとして、賃貸人に対抗できないものとしたものである(前払の意味の理解については議論があるがここでは省略する)。では、転借人が賃借人に対し

て反対債権を有すること、即ち相殺の抗弁はどうなるかみていくことにする。

① 併存説の立場では 先ず、併存説では、転借人に対して賃貸人と賃借人が債権を有することになり、相殺が問題になるのは賃借人・転借人間である。起草者梅博士は相殺を賃貸人には対抗できず、これが四二三条を利用するのは異なる点の一つと説明をしている。⁽⁶⁾ 疑問を提起しながらも、これに従うという説明がされてきた。⁽⁷⁾

しかし、これは相殺ができることをもって賃貸人に対して拒絶しうる理由にはならないというだけであるから、相殺をすることは妨げられず、転借人は賃借人に相殺をしてそれを賃貸人に主張できる（賃貸人の六一三条の権利も消滅している）といわれている。⁽⁸⁾ 従って、要するに相殺は妨げられないということである。

② 移転説の立場では 加賀山教授の移転説では、直接訴権を賃貸人が行使して転借料債権が移転した後は、その後に転借人が賃借人に対して取得した債権をもって相殺の抗弁を対抗することはできないという。⁽⁹⁾ 確かに相殺適状がなくなるが、債権譲渡と相殺の問題のように移転後も相殺が可能とされる可能性はあり、加賀山教授も直接訴権行使後に取得した債権による相殺だけを対抗できないと述べているのである。これからみると、直接訴権行使前に取得していた債権であれば、直接訴権行使後も相殺を対抗できるということになろうか。なお、先取特権についても差押えを対抗要件とすれば、差押えまでの相殺は有効ということになろう。

③ 優先的代位権説では（私見） 賃貸人が直接訴権を行使し転貸料債権を差し押えて初めて優先的効力が認められるのであり、それまでは転借人の賃借人への支払いは有効であり、第三者への譲渡により何等の制限のない債権を譲受人が取得できることになる。そのため、賃貸人による差し押えがあるまでは、転借人による相殺についても有効と認めるべきであろう。そもそも、三一四条により先取特権が認められているのであり、賃貸人が転貸料債権を差し押えたならば、先取特権を理由に相殺を否定することも可能である。

(エ) 第三者との関係 最後は、第三者との関係を考えていきたいが、差押債権者を第三者とは扱わない私見の

立場では、転貸料債権について譲渡を受けたり質権の設定を受けた第三者と賃貸人との関係だけを考えることになる。これに対し、差押え債権者を第三者と扱う通説・判例の立場では、(ウ)の問題はここに吸収され同様の扱いがされることになるが、殆ど議論がないといつてよい。また、先取特権については、三〇四条一項の差押えを第三債務者保護のための規定と理解する近時の判例の立場からいうと、差押えなしに第三者には対抗できることになる。

① 併存説 併存説では、賃借人が第三者に転貸料を譲渡し、競合する債権者が賃借人から譲受人に代わるだけで、(ア)の議論を適用することができるであろう。平等説では、両者の権利行使は平等であり、優先説では、権利行使が競合した場合には賃貸人の権利行使が優先されることになる。賃借人の場合には、平等説でも賃借人が平等に受けるべき金銭を賃貸人が差押えることにより、結局は全額受けることは可能であったが(具体的方法についてはおく)、第三者たる譲受人ではそれができないことになり、結果は重大である。但し、先取特権の行使ができるので問題はなではあろうが(但し三〇四条の差押えを第三者に対する対抗要件と位置づければ、第三者に先取特権を対抗できなくなる)。

② 移転説 移転説ではどうなるのか、この点については加賀山教授も明確に述べてはいない。移転説では、直接訴権の行使による債権の移転を第三者に対抗するための要件が問題になるであろう。この場合に、賃借人による通知を期待するわけにはいかないもので、賃貸人が何らかの手段をとることが必要になるが、第三者への公示の点は問題として残されている。それとも、法律による移転であり、対抗要件は不要と考えるのであろうか。

③ 優先的代位権(排他権説) 私見では、まずクリアしなければならない問題として、債権が譲渡され第三者に移転したならば、排他的な行使権限は消滅するのか、それとも担保物権のように追及するのか、という問題がある。債権者代位権はあくまでも債務者の権利を行使するものであり、第三者に移転してしまえばその詐害行為取消は

問題になるも、代位権は認められなくなるからである。もしこれを肯定すると、担保権といわないものの、実質は担保権を認めるのに等しいことになり詭弁になってしまう。

やはり代位権を転用し、また、直接訴権を優先的代位権ないし排他的代位権と構成すると、担保権そのものとは構成しえないことのネックはこの譲渡の場合には認めざるをえないことになる。従って、譲渡により六一三条の権利、私見では排他的行使権は認められなくなると言わざるをえない。立法論としてあるべき姿は法定の担保権ではあるが、それを補うものとして優先的代位権を位置づける限り、明文のある六一三条でも同様に解しなければならぬ。但し、辛いなことに、ここでは三一四条で先取特権が規定されているので、差押えを第三債務者保護のための要件と位置づける限り、それを第三者には対抗することができる。

注

- (1) 来栖三郎『契約法』(昭四九)三四九頁。
- (2) なお、三一四条との関係についていうと、転借人の動産については、賃貸人の三一四条による先取特権と賃借人の三二二条による先取特権とが競合することになるが、これについては賃貸人の先取特権が優先するという考えがある(吉田久『日本民法論物権編』(昭二八)二六八頁)。
- (3) 加賀山・民法を語る(③Law School三〇号)二九頁も、支払を賃貸人に対抗できないという。
- (4) 加賀山・前掲論文(二・完) 阪大法学一〇三号一〇四頁。
- (5) 加賀山・前掲論文(二・完) 阪大法学一〇三号一〇六頁。来栖三郎『契約法』(昭四九)三四九頁は、「賃貸人の転借人に対する賃料請求は、賃借人⇨転借人の債権者に競合されることがないのであるか」と疑問を投げかける。
- (6) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』(有斐閣復刻版)六五八〜六五九頁。
- (7) 星野英一『借地・借家法』(昭四四)三六九頁。
- (8) 鈴木祿弥『借地法下巻(改訂版)』(昭五五)一一九五頁。
- (9) 加賀山・前掲論文(二・完) 阪大法学一〇三号一〇四頁。これを直接訴権の差押的効力と称している。

(d) 無資力要件、催告・検索の抗弁権⁽⁸⁾

(ア) 無資力要件について 債権者代位権と異なり、六一三条の適用のためには中間債務者Mの無資力は直接訴権の要件とは考えられていない。確かに担保としての機能から考えれば、無資力の場合に威力を発揮することになるが、給付の最終的な帰属主体への直接の支払を認める制度であるので、別に無資力でなければならぬことはない。私見の立場では、六一三条は貸借人の権利の代位行使ということになるが、債権の優先的回収のための制度であり、また、転借人も貸借人に対する債務を免れるので、貸借人の無資力要件は不要と考える。

(イ) 催告・検索の抗弁権 先ず貸借人に請求するよう催告の抗弁権を認めるべきか否かについては、学説上対立がある。

① 抗弁権肯定説 篠塚教授は、「本条をそのまま適用すると、基本的貸貸借と転貸借との関係が混乱するおそれもある。そこで貸借人は、まず貸借人に請求し、貸借人の履行がないときに、はじめて転借人に請求できると解すべきではなからうか。その意味では、転借人には催告の抗弁権があるといえないだろうか」と述べる⁽¹⁾。

② 抗弁権否定説 しかし、星野教授は、通常は貸借人が支払わないから転借人に請求するのであり、また貸借人が行方不明の場合にはこの抗弁権もなく(四五二条)、このような抗弁権を認めても實際上殆ど意味がないし、また起草者もそのようなことを考えていなかったことから、反対される⁽²⁾。また、加賀山教授も、これらの適用がないことは、迅速な執行手続きという本質から導かれるものと評価され、これに反対をしている⁽³⁾。私見もこの否定説に賛成する。

注

(1) 篠塚昭次『新版注釈民法(15)』(平元)二八八頁。来栖三郎『契約法』(昭四九)三四九頁は、「貸借人が賃料を延滞していても賃借人は転借人に賃料の請求ができるのであろうか」と疑問を提起するだけで、いずれの立場かは明らかにしてい

ない。

- (2) 星野英一「借地・借家法」(昭四四)三七〇頁。鈴木祿弥「借地法下巻(改訂版)」(昭五五)一一九五頁もこれに賛成する。
 (3) 加賀山・前掲論文(二・完) 阪大法学一〇三号一〇〇頁。

(e) ⁽⁸²⁾ 直接訴権の認められる額

(ア) 転賃料の方が大きい場合 例えば、原賃貸借の賃料が一〇万円、転賃借の賃料が二〇万円である場合に、賃

貸人が転借人に請求できる額は、賃貸人の賃借人に対する債権額に限定されるものといわれている。賃借人の賃料債務は一〇万円ではないのに、賃借人の債権の分まで一〇万円も余計に取得できるのは不当な利得であるため、学説により承認されており、異論を聞かない。⁽¹⁾ 但し、例えば賃借人が四月分と五月分と計二〇万円を滞納している場合に、転借人の五月分の二〇万円の債務につき、六一三条の直接訴権の適用を認めてよいであろう。

(イ) 転賃料の方が小さい場合 これに対して、例えば、原賃貸借の賃料が一〇万円、転賃借の賃料が五万円の場合に、XがYに対して請求できる金額は、五万円かそれとも一〇万円であろうか。

① 制限説 六一三条が転借人が自分の債務を越えて責任を負わされることを制限する目的で制定されたことは、⁽⁷⁴⁾に説明をした。起草者梅博士も、賃借人の義務と転借人の義務の二重の制限があることを述べ、その理由として「転借人が適法に其権利を取得したる以上は其契約に因りて負担したる債務より多くの債務を負担すべき謂れなし」(原文カタカナ) ⁽²⁾と述べている。この点については、その後の学説も転借人の支払うべき義務を超えることはできないものと考えて、転借人の賃借人に対する債務五万円の範囲に限られると考えられている。⁽³⁾ フランス民法一七五三条が転借人を保護するために、その転賃料の範囲に責任を制限したものであること、そして、わが民法の六一三条一項も三

一四条の審議の際に転借人の責任を転借料に制限するために貸借の中に規定を置くことが約束され、その履行としておかれた規定であることを考えれば、規定からは明らかではないが、素直な理解である。

② 制限否定説　ところが、これに対して、椿教授は、一〇万円の支払請求を転借人Yに対してなしうると主張している。⁽⁴⁾そして、払われた転借人は貸借人に対して不当利得や事務管理で返還を請求でき、実際には次月以降の転借料と相殺することになるといふ。その理由としては、五万円に限定する必然性はなく、貸借人と転借人とは貸借人の賃料を限度として併存的債務引受の関係に立つことになるという。

私見では、貸借人の転借人に対する独立の債権を認めるのではなく、あくまでも貸借人の転借人に対する債権の貸借人による優先的行使を認めるものにはすぎないので、通説と同様に、貸借人は貸借人に対する債権の回収のために、貸借人の転借人に対する債権を優先的に行使しうるだけである。

注

(1) 起草者も当然のこととしてこの結論を認めている。なお、岡村玄治『債権各論』(大四)三六八頁は、「此場合に於ける転借人が貸借人に対して負担する借賃債務は貸借人が貸借人に対して負担する限度に於て、貸借人転借人連帯の債務にして負担部分は全部貸借人に在り。故に例えば貸借人が貸借人の債務を免除し又は貸借人の債務が時効に因り消滅したるときは転借人は貸借人に対しては債務を免れるものとす」といふ。

(2) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』(有斐閣復刻版)六五七頁。

(3) 末弘巖太郎『債権各論』(大七)六一七頁、横田秀雄『債権各論』(明四五)五二二頁、村上恭一『債権各論』(大三)五九八頁、鈴木祿弥『借地法下巻(改訂版)』(昭五五)一一九一頁など。

(4) 椿寿夫『賃借権の譲渡と転賃借(下)』法学セミナー二五六号(昭五一)八〇―八二頁。同『財産法判例研究』(昭五八)三一―八頁(初出民商三四卷六号)でも、制限を否定して、「むしろ原借人と転借人とは、賃料額については、各自が金額に引当て、右の場合には超過額について清算をする、とみる方が六一三条の適法転賃の取扱いとすつきりしないか」と述べている。

(2) ^[83] 保管義務及びその違反による損害賠償義務

六一三条一項は、転借人が賃貸人に対して直接に「義務」を負うというだけで、その義務については限定をしていないので、賃料債務が中心とはなるが、賃料債務また金銭債務に限定されることはないと考えられている。⁽¹⁾ 起草者は六一三条一項の適用については修繕義務を賃料支払義務以外の例として挙げてはいるが、むしろ賃借物をその帰責事由により毀損・滅失した場合の損害賠償義務がもつとも問題になるところであらう。

直接訴権が債権の優先的回収のための制度であり、先取特権とパラレルな機能を果すものであるとすれば、金銭債権以外についてこの制度を適用することができるのか、また、妥当なのかは疑問である。そこで、以下では賃料債務以外について六一三条の適用の可否を見ていくが、まず、保管義務としてその違反による損害賠償義務について考察することにした。なお、その場合の転借人の賃貸人に対する損害賠償義務の性質については問題が残される。これについては、二つの理解が可能である。

注

(1) 末弘厳太郎『債権各論』(六七)六一七頁、沼義雄『綜合日本民法論別巻第五債権各論下』(昭一八)五一頁は総ての義務とし、倉田卓次監修『要件事実の証明責任 契約法下巻』(平一〇)五〇一頁も、特に義務を限定しなければならない格別の理由はないという。

^[84]
(a) 保管義務自体につき六一三条の適用を認める 先ず、転借人は、賃貸人に対して、賃借人に対すると同様に

契約上負う善管注意義務を負担するものと考えられる学説が多い。六一三条一項が義務を限定していないことがその理由であるが、積極的な理由はあまり述べられておらず、「目的物の使用と不可分の関係に立つ保管義務を除外すべき実質的理由が存在しないからである」と説明される程度である⁽¹⁾。

いずれにせよ、この立場では、賃貸人に対して直接に保管義務を負担するため、この善管注意義務の違反による債務不履行責任も直接に負うことになる。そうすると、損害賠償義務の段階で、六一三条一項を持つてくる必要はないことになる⁽²⁾。しかし、普通は、保管義務及びその違反による損害賠償義務のいずれについても、六一三条を適用するという説明がされる⁽³⁾。

注

- (1) 我妻栄・廣瀬武文、「賃貸借判例法(八)」法律時報二〇卷五号(昭二五)三九頁。この他、保管義務に六一三条一項の適用を肯定するものとして、岡村玄治、「債権各論」(昭四)三七〇頁、同、「改訂債権法要論各論」(昭三四)一三四頁、沼義雄、「綜合日本民法論別巻第五債権各論下」(昭一八)五一頁、永田菊四郎、「新民法要義第三卷下債権各論」(昭三四)二二一頁、石田文次郎、「債権各論」(昭二二)一四五頁、田山輝明、「契約法(第三版)」(平五)一七五頁などがある。
- (2) 篠塚昭次、「新版注釈民法(15)」(平一)二九〇頁は、「賃貸人は、本条で、転借人になし、債務不履行を理由として、損害の賠償を請求することができる。また、不法行為の責任を負わせることも可能である」と述べているが、このような趣旨であろうか。
- (3) 我妻栄、「債権各論中巻一」(昭三二)四六二頁、近江幸治、「契約法」(平一一)一九二頁。なお、品川孝次、「契約法上巻」(昭六二)三三八頁は、使用方法が悪いために支払うべき損害賠償義務について六一三条の適用を肯定する。高島平蔵、「債権各論」(平一)一七六頁、本田純一、「債権各論」(平一一)一一〇頁も同様である。

(85)
(b) 損害賠償義務につき六一三条の適用を認める

(ア) 転貸人の損害賠償義務　しかし、六一三条の直接訴権を賃貸人に債権者平等の原則を修正して優先的回収

を可能とする制度と理解する立場では、「滅失毀損による損害賠償でなく使用・保管自体について、賃貸人が転借人に對して直接に差止や収去を請求できるという解釈は、法文上は可能であるが、上記解釈とは別の観点に立つことになつて」、「六一三条の趣旨・性格を漠然と無規定なものにするから、同条とは別に解釈上肯定すべき」であるといわれる。⁽¹⁾従つて、損害賠償それ自体を問題にすることになるが、その前提として、賃貸人に対する貸借人の損害賠償義務が肯定されることが必要になり、また、賃借人の転借人に対する損害賠償請求権が認められることが必要である。ところが、そうすると、どのようにして賃借人の賃貸人に対する損害賠償義務を根拠づけるかということが問題になる。

① 履行補助者論　これまでの学説・判例の議論は、転借人を賃借人の保管義務についての履行補助者と同視して、賃借人の過失がなくても損害賠償義務を認めるというものであつた⁽²⁾（その特殊類型として利用補助者と呼ばれる）。

② 担保責任説　これに對して、加賀山教授は、「転借人に過失があるが賃借人には過失がない場合、転借人の賃借物保管義務違反につき、賃借人に担保責任を認め、直接訴権の法理に從つて、賃借人と転借人の不真正連帯責任を認めるのが妥当であると解する」といふ⁽³⁾。その理由として述べるところは次のようである。

「賃料債務に関しては、賃借人は、自ら賃借物を使用していないにもかかわらず、転借人が転借料を支払わない場合でさえ、賃貸人に賃料を支払わなければならない。このように、転賃借契約においては、賃借人は転借人の支払を担保するということが契約内容として必然的に含まれていると解することができる。そして、この法理は、賃料債務だけでなく、賃借物の滅失・毀損の場合の其債務にも妥当すると考える」。

私見では、六一三条一項を優先的代位権（非他権説）によつて根拠づけるので、ここでも、金銭債務である保管義務違反による損害賠償義務を問題にすべきことになる。そうすると、賃借人が賃貸人に対して自分に過失がなくても、転

借人の行為について責任を負うことについては別に説明が必要になるが、この点は本稿の検討対象ではないので、いずれの立場がよいかは判断を避けておく。

(イ) 損害賠償請求権への直接訴権の適用　あとは、先の、直接固有の権利か、それとも貸借人の転借人に対する損害賠償請求権の貸借人への移転⁽⁴⁾の対立がここでもそのままではまることになる。そして、私見はここでも貸借人の転借人に対する損害賠償請求権の貸借人による優先的ないし排他的代位行使ということで説明すればよいと思われる。貸借人には所有権侵害という損害はないが、貸借人に対して損害賠償を義務づけられたことをもって損害とみることができらるであらう。⁽⁵⁾

なお、所有者たる貸借人の転借人に対する損害賠償請求権については、直接訴権を持ち出すまでもなく所有権侵害による不法行為に基づいて損害賠償請求権が認められるのであり、直接訴権の意義は少ないのではないかという疑問がある。これにつき、加賀山教授は、不法行為では失火責任法の免責があるため債務不履行責任による利益があり、また、転借人の責任を制限するためにも契約上の請求権に限定し、直接訴権のみを認め不法行為による損害賠償請求権を排除するということを主張している(契約責任と不法行為責任の競合を認めないフランス法では確かにそのようになる)。それによると、例えば貸借人の選任・監督の過失割合を二〇パーセント、転借人の過失割合を八〇パーセントとして、貸借人の転借人に対する債務不履行による損害賠償請求権は貸借人の過失相殺で二〇パーセント減額されることになる。貸借人はこの過失相殺により減額された損害賠償請求権につき直接訴権が認められるにすぎないというわけである。⁽⁶⁾

貸借人には貸借人及び転借人に全額損害賠償を請求でき、あとは貸借人・転借人間の内部関係で事後処理がされればよいということも考えられるが、加賀山教授はこれを否定するわけである。確かに直接訴権の趣旨からは直ちには導かれないとしても、貸借人を厚く保護する趣旨であれば、転借人よりも貸借人の保護を優先させることも考えられ

る。但し、賃貸人は賃借人には全額を損害賠償請求でき、それに加えて、転借人に対する損害賠償請求権を認めるといふ特別の保護を与えているのであるから、加賀山説でかまわないという反論もありえないではないであろう。このように迷うところであるが、敢えて不法行為による損害賠償請求権を排除する必要はないと思われるので、賃貸人には転借人に対して直接訴権（優先的代位権）による債務不履行に基づく損害賠償請求権と、固有の所有権侵害を理由とした不法行為による損害賠償請求権との選択を認めてもよいと考えたい。

注

- (1) 三宅正男『契約法（各論）上巻』（平元）七九〇頁。
- (2) 中舎寛樹「履行補助者と被用者」磯村保他『民法トライアル教室』（平一一）一九〇頁以下参照。
- (3) 加賀山・前掲論文（二・完）阪大法字一〇三号一一四頁。
- (4) 加賀山・前掲論文（二・完）阪大法字一〇三号一一二頁以下。
- (5) なお、六五〇条二項を活用して債権者を保護しようという考えでは、ここでも賃貸人が賃貸人に損害賠償を現実にするまでは、転借人に対して損害賠償請求権を取得せず、単に自分の代わりに賃貸人に対して損害賠償をするよう請求できるだけということも考えられる。そのような考察がされる以前のものであろうが、鈴木祿弥『借地法（下巻）』（昭四六）一一七九—一一八〇頁では、賠償前に賃借人の転借人への損害賠償請求権を認めている（改訂版も同じ）。移転説に立つ加賀山教授では、賃借人の権利はその構成の前提をなすので、この結論は当然に肯定される（加賀山・前掲論文（二・完）阪大法字一〇三号一一三頁）。
- (6) 加賀山・民法を語る②Law School三二号一一五—一一六頁発言。

〔86〕
(3) 賃借物の返還義務

賃貸借契約が終了しこれを転借人に対抗できる場合に、賃貸人は六一三条に基づいて転借人に対して自己への目的物の返還を請求できるかが問題とされている(ドイツ民法では返還請求権について、賃貸人に転借人に対する請求を認める規定があることは既に述べた↓〔74〕注(2))。但し、賃貸人が所有者である場合には、所有権に基づいて転借人に対して直接に返還請求権を有するため、他人物の賃貸借の場合か、契約上の請求権を排他的に適用して物権的請求権の競合を認めないといった考えでのみ、論じる意義のある問題である。

① 適用肯定説1(併存説) この点は議論されることは殆どないが、六一三条により賃貸人は転借人に対して自分への引渡を請求できると明言する学説がある。⁽¹⁾判例としても、大判大一四・一二・二六(新聞三五三三三号一三頁)は、六一三条一項に「所謂権利の内には、賃貸借が終了したる場合に、賃貸人より賃借人に対し物の返還を請求する権利の如きも亦包含し、従て賃貸人は此の場合物を占有する転借人に対し直接其の返還を請求するを得るは多言を要せず」(原文カタカナ)と述べている。

この立場では、賃借人⇨転賃人も契約上転借人に対して引渡請求権を有するため、転借人が直接賃貸人に引渡をしてしまった場合に、賃借人との関係で債務不履行にならないかが問題とされる(一〇七条一項についても同様の問題がある↓〔91〕④)。この点につき、大判昭二二・四・一九(民集一六卷五二四頁)は、次のように「転借人は賃貸人に目的物を返還すれば、賃借人⇨転賃人に対する返還義務も免れるものとしている。

「転賃借が終了するときは、転借人は賃借人に対し転借物返還義務を負担すべきは不知論なるも、賃貸借も亦既に終了せる場合には、転借人は賃貸人に対しても直接に転借物返還義務を負担すべく、賃貸人に対し其返還義務を履行

したるときは之に因りて転借人に対する返還義務をも免るべきは論を俟たず」(原文カタカナ)。

学説としても、「転借人が貸貸人の返還請求に依じて返還したときは、貸借人の転借人に対する返還請求権は、転借人の責めに帰すべからざる履行不能によって消滅すると解すべきである」というものがある。⁽²⁾

② 適用肯定説2 (移転説) この貸貸人と賃借人の返還請求権が競合することを前提とした学説に対して、加賀山教授はここでも移転説を直接訴権に適用して次のように述べる。

「貸貸人は賃借人に対して貸貸借約終了に基づく賃借物の返還請求権を有している。また、賃借人(転貸人)の転借人に対して転貸借終了に基づく転借物返還請求権を持つ。したがって、直接訴権の要件は充たされており、賃借人は転借人に対して六一三条に基づき直接に賃借物の返還を請求できる。この直接訴権の行使により、賃借人に対する転借人の返還請求権は貸貸人へ移転し、以後、賃借人は転借人に対して転借物の返還を請求する権限を失うと解すべきである。」⁽³⁾

移転説では貸貸人が賃借人の転借人に対する権利を取得できるということが直接訴権の意義であり、その観点からすると金銭債権に限定する必要もないということであろう。

③ 適用否定説 これに対し、六一三条の直接訴権の制度を債権者平等の原則を排除する制度であるとすれば、それは貸貸人の金銭債権についてのみ認めることになるはずである。フランスでは直接訴権は金銭債権について認められ、連鎖的売買において解除訴権が例外とされており、また、旧民法の起草過程でも、直接訴権の制度が債務者の他の債権者を排除するための制度であることが、ポアソナードにより述べられていたことはすでにみたところである。

このような観点から、三宅教授は、「貸貸借の終了に基づく賃借人の転借人に対する返還請求は、転貸借に関する貸貸人の承諾の有無にかかわらず、この請求の物的性質の問題である」と述べている。⁽⁴⁾ 私見としても、この立場に賛

成し、貸貸人には所有権に基づく直接の返還請求権を転借人に対して認めればよいと考える。他人物の場合には問題があるが、その場合には、債権者代位権の転用をもって処理すればよいであろう。

注

- (1) 近藤英吉『債権各論』(昭八)二二三頁、我妻栄・廣瀬武文『貸借借判例法(八)』法律時報二〇卷九号(昭一五)四〇頁、沼義雄『綜合日本民法論別巻第五債権各論下』(昭一八)五一頁、永田菊四郎『新民法要義第三卷下債権各論』(昭三四)二二一頁、石田文次郎『債権各論』(昭二二)一四五頁、我妻栄『債権各論上巻一』(昭三三)四六二頁、品川孝次『契約法上巻』(昭六二)三三八頁、高島平蔵『債権各論』(平元)一七六頁、田山輝明『契約法(第三版)』(平五)一七六頁、内田勝一『債権各論ノート』(平六)一一九頁、水本浩『契約法』(平七)二六八頁など。
- (2) 倉田卓次監修『要件事実の証明責任 契約法下巻』(平一〇)五〇一頁(並木茂)。
- (3) 加賀山・前掲論文(二) 阪大法學二〇三号一一七頁以下、二二八頁。同・民法を語る⑬ Law School 三二号二二〇頁の発言も同様。
- (4) 三宅正男『契約法(各論)下巻』(平元)七九〇頁。

(87)
(4) 転借人の貸貸人に対する直接訴権

本人・復代理人間についての一〇七条二項のように直接の権利義務といったように規定がされておらず、六一三条は貸貸人の転借人に対する権利のみを保護する規定になっている。起草者も、貸貸人からの直接訴権のみを認め、転借人のための貸貸人に対する直接訴権は明確に否定するつもりであった。⁽¹⁾

① 否定説 六一三条は転借人の義務に関する規定に過ぎず、権利に関しては規定が置かれていないので、転借人から貸貸人に対する直接の権利は認められないというのが、一般的な理解と⁽²⁾いってよい。確かに、修繕義務につい

ては、債権者代位権の特定債権の保全への転用により債務者たる貸借人の無資力要件を必要とすることなく、転借人に代位行使を認めることで解決できよう。しかし、転借人が修補をした場合の費用償還請求権については、転借人は貸借人から回収できないリスクを負うが、留置権の行使により貸借人の返還請求権にも対抗できることになり、不都合はないことなるか（また、賃貸借がその後も継続する限り、賃料債権との相殺によりいずれなくなる）。

但し、六一三条の適用を認めないとしても、転借人の賃貸人に対する直接の債権を全く認めないというわけではない。というのは、「但し、占有者としての一般原則（一九六条）に基づく償還請求権はある」といわれているからである。⁽³⁾

② 肯定説 岡村判事は、転借人には賃貸人に対して直接の権利は六一三条により認められることはないという通説に対して、既に古くから、次のように異論を唱えていた。

「賃借人は本来自ら修繕する権利を有しないのであって斯様な者に対して修繕を請求し得るものとするは穩当でないのみでなく転借人は直接賃貸人に対して通知義務を負うのであるから賃借人に対しては修繕の請求が出来ず直接賃貸人に対して請求し得るものと云わねばならぬ。即ち第六一・二条第一項の所謂権利が義務を包含する如く第六一・三条第一項に所謂義務を負うは権利の取得をも包含するものと解するのが穩当である」。⁽⁴⁾

これは具体的には修繕義務について述べているわけであるが、最後の一般論は六一三条一項の義務に権利を含ませることができ、賃貸人と転借人との間に直接の権利義務の関係を認めようとしており、それ以外の債権にも拡大の余地を残している。

また、篠塚教授は、修繕請求権についてだけであるが、賃料と対価関係に立っていることから、「賃貸人が、転借人に本条の賃料請求権を行使してきたときに、転借人は修繕が完了するまで、賃料の支払を拒絶し、または、さらにす

すんで、賃借人（転賃人）と賃貸人に催告したうえ、その不履行をまっつて、自分の費用で修繕し、賃借人に対する転賃料または賃貸人に対する賃料と、相殺することができるのではないか」と述べている。⁽⁵⁾

最も明確に六一三条の直接訴権の転賃人への拡大を肯定するのは、加賀山教授である。加賀山教授は、「転賃人に直接訴権を認めても、その内在的制約により、賃貸人が害されることは決してないのであるから、少なくとも、転賃人を保護する必要がある、賃貸借の終了が転賃人に対抗できない場合や民法六〇八条の費用償還請求権が問題となる場合には、転賃人にも直接訴権が認められるべきである」と考える⁽⁶⁾。

③ 私見（優先的代位権説） 私見としては、六一三条を離れて一般理論として四二三条を転用して優先的代位権を認めるので、敢えて六一三条に根拠づける必要はない。しかし、そのような一般論が認められない場合のために、六一三条を類推適用して、転賃人の賃貸人に対する直接訴権（優先的代位権）を認めてもよいであろう。

従って、転賃人が費用償還請求権については優先的代位権が行使できる。しかし、実際にはそれよりも賃料債権と相殺することが多くは必要にならう。しかし、相殺適状を要件とする相殺は賃借人と転賃人間だけでしか考えられず、それを賃貸人に対抗できるかが問題になるだけである（80）^(ウ)に詳しくは述べた。

先ず、直接訴権（優先的代位権）は担保権とは異なるので、賃貸人が差押えをしても五二一条により転賃人は相殺ができるということを防げられないはずである。しかし、賃貸人には転賃料債権への先取特権も認められるので、差押えによりそれが対抗できるようになった後は、転賃人は相殺もできなくなってしまう。しかし、この場合には、賃貸人から転賃人へ、転賃人から賃貸人へと相互に直接訴権が認められるのであるから、転賃人の相殺を賃貸人に対抗することを認めてよい。そして、賃借人は費用を転賃人に償還したことになるので、今度は賃借人が賃貸人に費用償還請求権をもって賃料と相殺することができる。可能であれば、一挙に全てを清算してしまうような相殺ができるのが

望ましいが、その説明は難しい。移転説では、賃貸人と転借人との間に相殺適状が成立するので一挙に清算できる相殺を説明できるが、そのためには双方とも直接訴権の意思表示をして両方とも移転が成立していないしなければならない。

注

- (1) 梅謙次郎『民法要義理卷之三債權編』六六一頁。六一三条(草案六一六条)の審議の際にも、梅博士は転借人には賃貸人に対する直接の権利を認めるつもりではないが、それが不都合ならば改めてもよいと述べるが、結局改められることなく原案通りに可決されている(法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会 民法議事速記録四』(商事法務研究会 日本近代立法資料叢書4)四〇六頁以下)。
- (2) 例えば、村上恭一『債權各論』(大正)五九七頁、鳩山秀夫『増訂日本債權法各論(下卷)』(大正三)四八一頁、磯谷幸四郎『債權法論(各論)下卷』(昭四)五六三頁、岩田新『債權法新論』(昭九)三七五頁、沼義雄『綜合日本民法論別卷第五債權各論下』(昭一八)五一頁、近藤英吉『債權各論』(昭八)一三三頁、勝本正晃『債權法概説(各論)』(昭二四)八九頁、石田文次郎『債權各論』(昭二三)一四五頁、我妻栄『債權各論中卷一』(昭三二)四六二頁、永田菊四郎『新民法要義第三卷下債權各論』(昭三四)二二一頁、中川善之助・打田駿一『契約』(昭二八)三七四頁、中川善之助・松嶋泰『改正借地法・借家法』(昭四二)二八三頁、石田穰『契約法』(昭五七)一三九頁、品川孝次『契約法上卷』(昭六一)三三九頁、水辺芳郎『債權各論』(平一〇)一九三頁。
- (3) 我妻栄『債權各論中卷一』(昭三二)四六二頁。
- (4) 岡村玄治『改訂債權法要論(各論)』(昭三四)一三四頁。同『債權各論』(昭四)三七一頁で同旨が主張されていた。
- (5) 篠塚・前掲書〔84〕注(2)二九〇―二九一頁。
- (6) 加賀山・前掲論文(二) 阪大法字一〇三号一三二頁。同『民法を語る』(Law School)三二一―三二〇頁での発言も同様であるが、賃貸人の義務が修繕義務といった為す債務であり、賃借人の他の債權者との関係が問題にならないことが強調されている。

7 直接訴権の法理が認められている民法規定?——復代理の一〇七条二項

(1) 一〇七条二項の位置づけ——起草過程

一〇七条二項は、「復代理人ハ本人ニ対シテ代理人ト同一ノ権利義務ヲ有ス」るものと規定をしている。この規定は、その文言だけをみると必ずしも意味が明確とは思われない。⁽¹⁾一〇七条二項は第三者との関係も規定しているため明確ではないが、この規定が直接訴権を規定したものであることは、昭和五〇年代になって浜上教授によって確認がされている。⁽²⁾

(a) 旧民法の規定 一〇七条二項が直接訴権についての規定であることは、その前身である旧民法財産取得編二二六条の規定を見れば明らかである。そこで、この規定の起草過程を確認しておこう。

(ア) ポアソナード草案以降 ポアソナード草案では、九三二条がその後の旧民法財産取得編二二六条になる規定であり、次のように規定がされていた (Projet de CODE CIVIL pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire t. III, 1891 p.940)。⁽³⁾

ポワソナード草案九三二条 「前条前二項の場合において、委任者は復代理人に対してその管理に関する訴権を直接に行使することができる。また委任者は、同様に復代理人に対して直接に義務を負う。

前条第三項の不適法な復代理の場合において、委任者は上記の直接訴権と受任者についての間接訴権との選択権を有する。但し、直接訴権の行使は、復代理の迫認をもたらす。」

(Dans les cas prévus aux deux premiers alinéas de l'article précédent, le mandant peut exercer directement contre le substitué les actions relatives à la gestion de celui-ci, et il est tenu directement envers lui au même titre.

Dans les cas de substitution irrégulière prévus par le troisième alinéa au même article, le mandant a le choix entre l'action directe et l'action indirecte du chef du mandataire: mais l'exercice de la première emporte ratification de la substitution.)

この規定についてのボワソナードの説明はおおよそ次のとおりである (Projet de CODE CIVIL pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire t. III, 1881, p.960).⁽⁴⁾ 要旨であるのび「」で括弧しておくことにする。

「本条は、これと類似のフランス民法一九九四条二項を、補充の上採用したものである。何故補充をしなければならなかったかという、フランス民法の規定は、直接訴権を相互的なものとしては規定しておらず (委任者の直接訴権のみしか規定していない)」、また、不適法な復代理については疑問を残していたからである。既に、本理由書において、直接訴権と対置されるフランス民法一六六条に対応する間接訴権 (債権者代位権のこと) についてはかなり長く説明を施した。間接訴権では、債権者が債務者の権利を代わりに行使するものである。しかし、債務者の訴権を代位行使する債権者が一人だけということはまれであらう。他の債権者との競合を覚悟しなければならないのである。もし同様の事例において、債権者が債務者の訴権から発生した訴権を債権者の独自のものとして直接に行使できるとすると、このような他の債権者との競合を避けることができ、このような訴権による利益を受ける唯一の者となる。

本条のような事例においては、受任者が復受任者に対する権利を取得し、委任者はこれを代位行使できるのみかのようにである。前条前二項では、委任者に復受任者に対する直接訴権を認めた。しかし、本条二項では、復代理を否定することを放棄した場合のみ直接訴権の行使を認めた。これにつき、以下のような一般原則を導くことができる。

① 復代理が適法な場合 受任者は、第三者に任せるが、委任者のためそして委任者の名で行うものである。受任者は、決して自分の利益のために、復受任者に対する委任契約上の権利を取得するものではない。従って、受任者は委任者のために権利を取得するのであり、またこれは両面的であり、復受任者に対して義務を負うべきなものも委任者である。フランス民法では、委任者のみ直接訴権を規定しているが、それは一般原則の発現にすぎないものであり、フランス民法は言及はしていないものの、相互的で

あるものと考えらるべきである。

② 不適法な復代理の場合 復代理が不適法な場合には、受任者は委任者を代理して復受任者を選任しているとも、また、復受任者に対する権利を委任者のために取得しているものといふことができなくなる。受任者が復受任者に対し権利を有し、また義務を負ふことになる。委任者は間接訴権を行使できるだけとなる。しかし、委任者は常に追認をすることができ、復受任者に対して直接訴権を行使することにより、追認をなしたものと考えられる。また、復受任者による直接訴権の行使に対して、異議を留めることなく応じた場合にも、同様に追認を語ることができる。〕

この説明を見ることにより、本草案は直接訴権を規定したものであることが明らかになる。⁽⁵⁾そして、直接訴権の債権者代位権に対する意義としては、他の債権者の競合を排除できることにあることが分かる。また、どうして、直接の権利義務の関係を基礎づけられるかについては、代理人は究極的に自分の事務ではなく、本人の事務を依頼しているものであり、確かに形式的には本人・代理人間、代理人・復代理人間に委任契約があるだけであるが、しかし、代理人は究極的には本人の利益と負担の下で行動しているといふことを持ち出している。

(イ) 旧民法の起草過程

① 法律取調委員会 ホアソナード草案を土台にして旧民法の審議が行われるが、法律取調委員会第六四回(明治二十一年六月一二日)の審議に提出された草案は以下のようなものであった(「法律取調委員会民法草案財産編取得編議事筆記」(商事法務研究会 日本近代立法資料叢書9)三五六頁)。草案では九三二条である。

草案九三二条 「前条ノ初ノ二項ニ定メタル場合ニ於テ委任者ハ代人ノ管理ニ関スル訴権ヲ直接ニ其代人ニ対シテ行ウコトヲ得又同一ノ名義ニテ其代人ニ対シ直接ニ責ニ任ズ。

同条ノ第三項ニ定メタル反則代替ノ場合ニ於テ委任者ハ右直接訴権ト代理人ノ権利ヲ以テスル間接訴権トノ間ニ選択ヲ有ス然レドモ直接訴権ノ行用ハ代替ノ確認ヲ帶ブ」。

この草案はボアソナード草案のまさに直訳であり、訳もこなれたものとは言い難い。ボアソナードの起草した原文を読まなければその意味するところは、正確に伝わることはないであろう。この草案について、審議により表現が以下のように修正されることが議決される。点線をふった個所が表現の修正された個所である。

草案九三二条 「前条ノ初ノ二項ニ定メタル場合ニ於テ委任者ハ代人ノ管理ニ関スル訴権ヲ直接ニ其代人ニ対シテ行ウコトヲ得又同一ノ理由ニテ其代人ニ対シ直接ニ責ニ任ズ。

同条ノ第三項ニ定メタル反則代替ノ場合ニ於テ委任者ハ右直接訴権ト代理人ノ権利ヲ以テスル間接訴権トノ間ニ選択ヲ有ス然レドモ直接訴権ヲ行フタルトキハ代人ヲ確認シタルモノト看做ス。」

② 法律取調委員会再調査案 右のような修正が施されることが議決されたが、その後法律取調委員会において

再調査案として提出された草案は以下のようなものである（『法律取調委員会 民法草案財産取得編再調査案議事筆記』（商事法務研究会 日本近代立法資料集11）一七〇頁）。

再調査案原案九三二条 「前条第一項及び第二項ノ場合ニ於テ、委任者ハ下代人ニ対シ其管理ニ関スル訴権ヲ直接

ニ行ウ事ヲ得又之ニ対シ同一ノ名義ニテ直接ニ責任ヲ負担ス。

同条第三項ノ場合ニ於テ委任者ハ直接訴権ト代理人ノ名ヲ以テスル間接訴権トノ間ニ選択権ヲ有ス然レドモ直接訴権ヲ行フタルトキハ其下代人ノ選任ヲ許諾シタルモノト看做ス。」

審議では、「下代人」という文言を「復代人」と改めることにした他は、原案通りということで議決される。再調査案では以下のようになる（『民法再調査案』（商事法務研究会 日本近代立法資料叢書16）一一五―一一六頁）。点線部分が原案とは異なる個所であり、いずれも表現の修正だけである。

再調査案九三二条 「前条第一項及び第二項ノ場合ニ於テ委任者ハ復代人ニ対シ其管理ニ関スル訴権ヲ直接ニ行

ウコトヲ得又之ニ対シ同一ノ名義ニテ直接ニ責任ヲ負担ス。

同条第三項ノ場合ニ於テ委任者ハ直接訴権ト代理人ノ名ヲ以テスル間接訴権トノ間ニ選択権ヲ有ス然レドモ直接訴権ヲ行フタルトキハ其復代人ノ選任ヲ認諾シタルモノト看做ス。」

(ウ) 旧民法の規定 以上のようなボアソナード草案の翻訳の部分的な表現の修正を経て、旧民法財産取得編二三六条は次のように規定される。点線をふった箇所は、再調査案から更に修正をされた部分であり、復代人が復代理人と修正されるなどの表現のみの修正に止まっている。

財産取得編二三六条一項 「前条第一項及び第二項ノ場合ニ於テ委任者ハ復代人ニ対シ其管理ニ関スル訴権ヲ直接ニ行ウコトヲ得又之ニ対シ直接ニ責任ヲ負担ス。

同条第三項ノ場合ニ於テ委任者ハ直接訴権ト代理人ノ名ヲ以テスル間接訴権トノ間ニ選択権ヲ有ス然レドモ直接訴権ヲ行ヒタルトキハ其復代人ノ選任ヲ認諾シタルモノト看做ス。」

第一条は復代理人の選任が認められている場合について、委任者が復代理人（復受任者）に対して直接に訴権が認められることを規定し、表現は異なるが、復代理人から委任者に対しても同様であることが規定されている。この委任者の復代理人に対する直接の訴権は、第二項において「直接訴権」であることが明示され、「間接訴権」即ち代理人の復代理人に対する債権を代位行使する債権者代位権との選択が可能であるが、直接訴権を選択した場合には、復代理人の選任につき承諾したものと扱うことにしたものである。このように、規定の上からも、明らかに委任者と復受任者との間において相互の直接訴権が旧民法では認められていた。

① 理由書におけるボアソナードの説明 本条についてのCode civil de l'empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs t III, 1891, pp424 et s.の説明を見ると、殆どボアソナード草案における説明と同様である。財産

編三三九条の間接訴権即ち債権者代位権では、債権者は債務者の権利を債務者に代わって行使するにすぎず、債務者の他の債権者の競合を避け得ないが、債務者の行為により発生したものであるが自分に属する権利を直接に行使できるとすれば、債務者の他の債権者の競合を避けることができ、これが直接訴権であるといった、直接訴権の間接訴権に対する利点の説明が先ずされる。

そして、第一項が、適法に代理人は本人のために本人の名で復代理がされるのであり、それ故、代理人は本人としての権利を復代理人に対して取得することはなく、それは本人が取得し、他方で、反対に本人が復代理人に対して義務づけられる。第二項は、本人による復代理人への直接訴権の行使、即ち直接の権利行使が、違法な復代理の追認を意味するという規定であるといったことが述べられる。

こうみる限り、草案における復代理が本人の代理人として（『本人の名で』）復代理人を選任することであるといった理解が改められていないといえる。代理人の代理行為により本人・復代理人間に直接の委任契約の關係が成立する以上、両者の間に契約上の債権が成立するのは当たり前であり、直接訴権などという必要はない。このように、ポアンナードの説明が、折角の直接訴権の規定を誤解に陥れる原因となったことは否めないところである。

② 注釈書における解説　この旧民法財産取得編二二六条についての注釈を見ると、例えば次のように説明するものがある。先ず、適法な復代理人の（条文では復代人）場合には、「代理人は委任者の名義を以て委任者の為めに之を選任せしものと云う可く、此一事を以て代理人が委任者に対する義務は己に消散して代理人は其關係より離脱し而して委任者と復代理人との間に更に一個の代理關係の成立するものなり」（原文カタカナ）、そして、二項については、不適法な復代理人でも、本人が「認諾」即ち追認でき、追認すると適法な復代理人となることの当然の帰結であると説明する。⁽⁶⁾この説明を見る限り、復代理は代理人が本人を代理して委任をするものかのように考えられており、それ

ならば本人・復代理人間に直接の委任契約が成立するので、直接の権利関係が成立するのは当然である。

また、別の著書でも次のように概ね同旨の内容が詳しく説明されている。⁽⁷⁾

① 適法な復代理人の場合 「代理人が復代人を選任せしは、委任者の意思に従いたるものにして委任者自から之を選任せしに異ならず。即ち代理人は委任者の名義を以て委任者の為めに之を選任せしものと云う可く、此一事を以て委任者に対する義務は己に消散して代理人は其関係より離脱し、而して委任者と復代理人との間に更に一個の代理関係の成立するものなり。是を以て復代理人が代理(人?)として為せし管理の所為に對する訴権は委任者直接に之を行うことを得べく、復代理人に對する責任即ち管理に關する復代人の費用、立替金、損害の賠償及び代理の報酬等の責任は委任者直接に負担するものとす。之を約言すれば権利義務共に一個の代理人を介せずして双方の間に於ける直接の關係たるものなり」(原文カタカナ)。

② 不適法な復代理人の場合 この場合には「委任者を代表して委任者の為めに選任せしものと云うを得ず。即ち代理人が自己の意思に随い自ら復代人を選任したるものなれば其結果を委任者に転与す可きに非ず。故に此場合に於る委任者と復代人との關係を普通の原則より觀察すれば、委任者が自己の義務者たる代理人の名義を以てするに非ざれば其復義務者たる復代人を訴ふるの權なし。即ち代理人の名を以てする間接訴権あるに過ぎざるなり。然れども本条は此場合にも間接訴権と直接訴権とに付て選択權を有すと爲し委任者に直接訴権をも併せて許与せり。是れ他なし委任者は代理人の權限外に爲したる行為にても之を認諾するの權あるを以て其復代人の選任も勿論之を認諾することを得べく而して之を認諾するや其關係は第一の場合の如く当然直接と爲るに因る」(原文カタカナ)。

(エ) 旧民法の起草過程についての結論 旧民法財産取得編二三六条の原案たるボアソナード草案が、直接訴権

の根拠条文とされたフランス民法一九九四条二項に由来し、その不備を補ったものであったことは、ボアソナードの説明から明らかである。そのボアソナード草案が日本語に翻訳され、旧民法のたたき台とされ初めは直訳調で分りずらいものであったが、次第に審議を経るにつれ表現が改善されていき、先の旧民法の規定へと結実したものである。従つて、審議過程では表現の改善のみがされただけであり、内容的な変更はないのでこの規定が直接訴権を導入した規定であることは明らかである。

ところが、二三六条一項について、①適法な場合は、代理人が本人の名で復代理人に委任をするために本人・復代理人間に直接の権利義務の関係が発生し、②不適法な場合には受任者＝代理人が自己の名で委任するのであり、本人・復代理人間には直接の関係は生ぜず、復代理人と法律関係を有するのは受任者＝代理人であり原則として債権者代位権しか問題にはならないが、委任者は追認をして直接の法律関係を復代理人との間に作る事ができると考えていたものと、右の解説を見る限りでは考えられる。ポアソナードの考えていた直接訴権による債権者保護ということが無視され、代理という問題にすり替えられてしまったことが、後の現行民法の起草過程で直接訴権ということが十分に意識されなかった原因である。いずれにせよ、わが国の起草者また起草補助者はポワソナードの趣旨を十分に理解していなかったのではないかと疑われるところであり、それが現行民法における規定そしてその理解へとつながっていく原因であるといえよう。

注

- (1) そのため、通説は後述するように本人・代理人間の内部関係と同じ関係を本人・復代理人間に認めた規定と解するのに対して、一〇七条二項は一項の結果を注意的に規定したものにすぎないとして、反対する学説もある(薬師寺志光『改訂日本民法総論新講下巻』(昭四五)六七三頁)。
- (2) 浜上則雄「民法一〇七条の『直接訴権』について」Law School三三三号(昭五二)四七頁以下。なお、(93)に述べるように、林脇教授も起草過程を研究して、一〇七条二項が本来は直接訴権の規定であったことを明らかにしている。このような規定は、フランス民法一九九四条二項に規定があり、委任者・復受任者間に相互的に、直接訴権が肯定されている。この訴権の性質については議論があり、①直接訴権と位置づけるもの(Mazeaud, *L'action directe*, 1969, n° 62 et s.)、及び、③契約グループ論により説明するもの(Neret, *Le sous-contrat*, 1979, n° 295-296)に分かれる。この直接訴権は、委任者・受任者間、受任者・復受任者間という二重の制限があり、委任者は復受任者の直接訴権に対して、復受任者の過失を對抗することができるものといわれている。しかし、委任者は受任者への報酬の支払いをもって、復受任者に對抗できないものとされており、この点は委

任者が復委任を知らない場合に、とりわけ疑問があるものといわれている。

(3) 本文は私訳であるが、『ポアソナード氏起稿再閣修正民法草案註釋第三編下巻』(一七六頁のもの)と五五五頁のものがあ
る)によると次のように訳出されている。ちなみに再閣では条文は一四三二条となっている。

ポアソナード草案再閣一四三二条 「前条第一項第二項ニ予定シタル場合ニ於テハ委任者ハ直ニ代任代理人ニ対シ其管理
ニ関スル一切ノ訴権ヲ執行スルコトヲ得可シ而シテ委任者ハ亦直接ニ其代任代理人ニ対シ委任者タルノ義務ヲ負担スベシ
第三項ニ予定シタル不適法ノ代任代理ノ場合ニ於テハ委任者ハ間接訴権ト直接訴権トノ間選択権ヲ有ス然レモ直接ノ訴権ノ
執行ハ代任代理ノ追認ヲ惹起スベシ。」

なお、『ポアソナード氏起稿民法草案修正文』六八二―六八三頁では、次のようになっている。

一四三四条 「前条第一項第二項ニ予定シタル場合ニ於テ委任者ハ直ニ代任代理人ニ対シ其管理ニ関スル一切ノ訴権を執
行スルコトヲ得委任者モ亦直接ニ其代任代理人ニ対シ委任者タルノ義務ヲ負担ス」

第三項ニ予定シタル変則之代任代理ノ場合ニ於テハ委任者ハ間接ノ訴権ト直接ノ訴権トノ中選択権ヲ有ス然レモ直接ノ執
行ハ代任代理ノ追認ヲ帶有ス」

(4) 前掲書(注3)にポアソナードの説明が訳出されている。なお、司法省『ポアソナード氏起稿 再閣修正民法草案第二編第
三編摘要』三四六頁の用語索引によると、action directeは「直接の訴権」と訳され、条文としては復代理についての「一四
三二条と後述する下請人及び請負人の労働者の注文者に対する直接訴権についての「一四九〇条が掲げられているだけである。
従って、転貸借の場合の現行六一三条に対応する規定は旧民法にはなかったのである。下請人や請負人の労働者の直接訴権
の規定は現行民法には承継されなかったことは後に述べる。

(5) 司法省『ポアソナード氏起稿 再閣修正民法草案第二編第三編摘要』三一八頁の一四三二条の要旨は、「代理人他人ヲシテ
己レニ代ハラシメタル場合ニ於テ委任者ノ其代人ニ対スル直接ノ訴権及び其代人ノ委任者ニ対スル直接ノ訴権」というもの
であり、相互の直接訴権を規定するつもりであることが分かる。

(6) 梅謙次郎・吾孫子優・田代律雄『民法(明治29年)債権』(信山社日本近代立法資料叢書別巻21)二三三頁以下。復代理人
の本人に対する権利としては、管理に関する費用、立替金、損害賠償、報酬などを例として挙げる。

(7) 岸本辰雄『民法正義財産取得編巻之式』二三三頁以下。但し、磯部四郎『民法釈義財産取得編(中)』(信山社 日本立法
資料全集別巻)七七七頁では、「畢竟するに復代理人も亦委任者の為めに行爲するものに外ならず且つ復代理人に取りては代
理人に対するも委任者に対するも其責に任ずべきは唯一の結果なるが故に」(原文カタカナ)このような規定が置かれたもの

と説明しており、他の説明とは異なっている。

(b)^[89] 現行民法の起草過程 浜上教授の研究によると、以下のような経緯で現行一〇七条二項は制定されたことが明らかにされている。

(ア) 民法第一議案 「民法第一議案」(「商事法務研究会 日本近代立法資料叢書13」による)によると、甲第六号議案(明治二十七年三月二四日)では、旧民法財産取得編二三六条の規定が、次のように修正の上採用されている(一一一頁)。
ボアソナードに原案の作成が依頼されボアソナード草案はたたき台とされたといえ、日本人の起草補助者により諸立法を綿密に比較検討して苦勞をして作った旧民法の規定を簡単に見切りをつけることはありえないはずである。基本的には旧民法の規定が、ドイツ民法も内容的に参照されながらドイツ民法的配列に並べ替えられまた整理簡略化されたものの、多くが採用されていることは疑いのないところである。⁽¹⁾

甲第六号議案第一〇八条 「代理人ガ第一〇六条ノ規定ニ反シ又ハ本人ノ指名ニ依ラズシテ復理人ヲ選任シタル場合ニ於テ本人ガ復代人ニ対シテ直接ニ其權利ヲ行使シ又ハ義務ヲ履行シタルトキハ其選任ヲ追認シタルモノト看做ス」

甲第六号議案第一〇九条 「復代人ハ其権限内ノ行為ニ付キ本人ヲ代表ス」

この一〇八条については、旧民法財産取得編二三六条二項、フランス民法一九九四条二項が参照として掲げられている(その他にもオランダ民法、スイス債務法、モンテネグロ民法、スペイン民法も掲げられている)。そして、直接訴権の本来の財産取得編二三六条一項は、二三五条一項と共に一〇九条の参照条文として掲げられている。ボアソナードにより直接訴権を導入した基本規定であったのが、復代理人・本人間に、本人・代理人間と同じ関係が成立するというだけ

の規定と誤解されたことが、この一〇九条のような規定を作り出すことになったわけである。

(イ) 法典調査会 法典調査会民法議事速記録一(「商事法務研究会 日本近代立法資料叢書」八八頁以下による)によると、第二回(明治二七年四月一〇日)の期日に右に掲げた規定の審議がされている。

① 草案一〇八条について 一〇八条については、本条の起草を担当した富井政章博士の説明によると、「本条は取得編三三六条(二三六条の誤りであろう)に依つたものであります、唯既成法典には直接訴権を行う場合がある、如何にも斯う裁判所に皆出なければならぬと云うやうに聞こえます、で訴権と云う語を用いずして唯広く権利を行ふと云ふ方が宜からうと考えたのであります、又権利を行ふに限つたことではない義務を履行するに由ても矢張り同じ効果を生ぜねばならぬものと思ふたのであります、唯だ夫れ支けを申して置きます」(八八頁・原文カタカナ)と説明されている。なお、「其権利ヲ行使シ」という意味が不明であるという質問に対しては、富井博士は、「其本人としての権利と云う積りであります」と答えている。このようにして、旧民法における訴権という用語はとらないことにしたため、直接訴権という言葉が使えないことになり、それが直接訴権という独立の概念ないし制度をばやかした一つの原因でもあるといつてよい。

審議では、いくつかの修正案が出される。先ず、山田喜之助による本条削除の提案がされる。その理由は、要するに本条は本人の追認を規定したものであり、本人の追認について特にこの場合にだけ規定を置く必要はないということにある。これに対し、富井博士は、本人と復代理人間には何等の関係がないが、本人が復代理人に対し権利を行使したり義務を履行したりすると、追認が認められ直接の関係が生じると答え、梅博士が更に補足をする。即ち、この一〇八条の追認は第三者との関係についてのものではなく、復代理人との関係について直接の関係を生じさせるものであり、一一五条の無権代理の追認とは異なるといった趣旨の説明をしている。結局、この全面削除の提案には賛成

が得られないで終わる。

更に、土方寧により、二つの修正案が出される。それは、「又ハ本人ノ指名ニ依ラズシテ」という文言の削除と、「本人ガ復代理人」というのを「本人ガ復代理人又ハ相手方」と変更し、追認を復代理人に対してのみならず復代理人と契約をした相手方たる第三者に対してもよいというように修正をする案である。しかし、決をとるが賛成少数で修正案は否決される。また、本野一郎により「第一〇六条ノ規定又ハ本人ノ指名ニ反シテ」という表現の修正をする案も出されるが、これも賛成少数で否決される。

② 一〇九条については、富井博士により、「本条に付いては疑いは起るまいと思ひましたけれども、或は異議が生ずるかも知れぬと思ひましたから出した訳であります」と説明するだけであり、単に復代理人も本人の代理人であり、代理関係に関しては本人・代理人と同じ関係に立つといった程度の理解しかされていないことが分かる。審議でも、「代表」という表現の点について質問が出されるにすぎない（前掲書九六頁）。

(ウ) 民法整理案 民法整理案では（「法典調査会民法整理案」（商事法務研究会日本近代立法資料叢書14）第二回で審議されているが明治二七年の日付が線を引かれており正確な日付は不明）、一〇八条は一条繰り上がって一〇七条になり、表現に修正が施されるが（点線の部分。対応条文の変更の他は、復代人を復代理人に変更しただけ）、ここでの修正として注目されるのは、一〇八条に括弧書がついてはいるが二項が追加され、旧民法財産取得編二三六条一項の原則規定を復活させたかのように思える点である。

民法整理案一〇七条 「代理人ガ第一〇五条ノ規定ニ反シ又ハ本人ノ指名ニ依ラズシテ復代理人を選任シタル場合ニ於テ本人ガ復代理人ニ対シテ直接ニ其権利ヲ行使シ又ハ義務ヲ履行シタルトキハ其選任ヲ追認シタルモノト看

做ス

一〇八条 復代理人ハ其権限内ニ付キ本人ヲ代表ス

(復代理人ハ本人ニ対シテ代理人ト同一ノ権利義務ヲ有ス)

(エ) 民法整理会

民法整理会では、一〇八条二項の追加の点が審議される(『法典調査会民法整理会議事速記録』(商事

事務研究会 日本近代立法資料集¹⁴)による)。審議は第二回(明治二十七年二月一八日)において行われ、先ず富井博士から、この追加の理由についての説明が以下のようにされている。

「是れは不足を補つたので別に新規のことを入れたのではない。復代理人が復復代理人を選任すると云う場合に一〇五条乃至一〇七条の規定は無論適用せられるものであると考へる又次の一〇九条の規定も適用されにやならぬと考へる。然るに是等の箇条には只代理人とある、實際は疑は起りますまいと思ひますが文字の上から疑が起ると思ひます。夫故此一項を置く必要があらうと思ひます」(原文カタカナ、傍点筆者)。

この説明から分かるように、この一〇八条二項は、旧民法財産取得編二三六条一項を復活させ、直接訴権制度を認めるという意識はないといつてよいであらう。このことは、富井博士が、質疑の中で、「本人に対して同一の権利義務を有すと言へば一〇五条の場合に復代理人を選任することが出来る。選任した時には一〇六条の義務があるぞと云うことは同一の義務を有すと云うことになる」(四七頁・原文カタカナ)と述べていることから分かる。この規定については、削除という案も出されるがそれは否決されている。

(オ) 法律取調委員会 法律取調委員会による第二号(明治二十九年一月配布)によると、『法律取調委員会 民法草案議

事筆記』(商事事務研究会 日本近代立法資料集¹⁵)によると、次のようなきわめて重要な修正がされる。

第一〇七条 「復代理人ハ其権限内ニ付キ本人ヲ代表ス

復代理人ハ本人及び第三者ニ対シテ代理人ト同一ノ権利義務ヲ有ス」

このようにして、先の一〇八条二項が財産取得編二三六条一項を復活させたものではないとすると、旧民法における本人復代理人間における直接訴権を認める原則規定が全く消滅してしまったことになる。そうすると、後述の請負契約における直接訴権の規定が現行民法では脱落してしまったのと同様に、ここで一〇七条まで削除することによって全く消えてしまったかのようである。

(カ) 民法修正案理由書 ところが、民法修正案理由書では、右の途中で追加された一〇七条二項につき、次のように財産取得編二三六条を承継した規定ということが明言されることになる。⁽²⁾

「本条は財産取得編第二、三、六条に該当するものにして、原文第一項は其一部は本案に採りたる主義の結果として其適用を生ぜず。亦一部は次条の規定ある為め其必要なきに因り之を設くる必要あるべきに因り本条に之を採用せり。但直接訴権なるの語は、起訴を要する如く聞え穩当ならざるを以て直接に權利を行使しと改めたり。亦追認の効果を生ずるは本人が復代理人に対して權利を行使する場合のみに在らず。之に対して義務を履行したる場合に於ても亦同一の結果を生ぜざるべからざるが故に、又は義務を履行したるときに数字を加えたり」(原文カタカナ、傍点筆者)。

最初の一〇七条二項の追加の趣旨はそうではなかったものと先のように推察され、これは推測にしかすぎないが、その後の審議の際に財産取得編二三六条一項を承継する規定として一〇七条二項を位置づけることに気がつかれ、この規定を直截に規定した以上、元の一〇七条は規定する必要がないと考えられたのではないかと思われる。いずれにせよ、確かに理由書の説明では「直接訴権」という表現が用いられてはいるが、それがどのような意味なのか十分理解していたかは疑問であり、復代理人は代理人が本人を代理して選任するため本人と直接の契約関係があるというような意識しかなかった可能性がある。

なお、その後の修正案としては、先の原因一〇八条を削除し、原因一〇七条の一項と二項とを合体させ、「復代理人

ハ其権限内ノ行為ニ付キ本人ヲ代表ス復代理人ハ本人及び第三者ニ対シテ代理人ト同一ノ権利義務ヲ有ス」とする修正案も作られたようである。しかし、結局は、一〇七条一項と二項に分離され、財産取得編二三六条一項を承継したと説明される規定が一〇七条二項として残されることになる。

民法修正案理由書(未定稿本)によれば、一〇七条につき以下のように説明がされている。⁽³⁾

「本条の規定は代理人と復代理人と其名称を異にする為め或いは疑義の生ずるあらんことを恐れ之を設けたるものとす。既成法典は取得編第二三六条第一項に於て復代理人は本人に対して代理人と同一の権利義務を有することを規定したりと雖も、復代理人が其権限内の行為に付き本人を代表すること及び第三者に対して代理人と同一の権利義務を有することを規定せず。是れ蓋し取得編第二三六条第一項は本人と復代理人との間に於ける関係のみを規定せんとしたるが為めなる可しと雖も、本案に於ては代理人の行為に依りて本人と第三者との間又代理人と第三者との間に如何なる関係を生ず可きやを規定したるを以て、復代理人に付きても亦た此等の関係を生ず可きことを明らかにしたるなり」(原文カタカナ)。

この説明によると、起草者は旧民法財産取得編二三六条一項を「復代理人は本人に対して代理人と同一の権利義務を有することを規定した」にすぎない規定といった程度に理解していたため、こういった規定になったものであり、そのため、第三者との関係などまでが追加されたということが分かる。しかし、起草者が正確にその内容を理解していたかは別として、ともかく一〇七条二項が旧民法財産取得編二三六条一項に由来する規定であるという意識で規定を作ったことは明らかである。

(キ) その後の起草委員による説明と起草過程についての評価

① 梅及び富井博士による説明 この規定につき、梅博士は、一〇七条一項は代理関係についての規定であり、同

条二項は権利義務の關係についての規定であり、純理からいへば本人と復代理人との間には何等の権利義務の關係はないはずであるが、「是れ頗る實際に不便なるのみならず代理人が復代理人を選任することを得る場合に於ては是れ亦其権限内の行為なるが故に本人に代わりて之を選任したるものといわざることを得ず」(原文カタカナ)、故に一〇七条二項により本人と復代理人との間に権利義務の關係を認めたと説明をしている。⁽⁴⁾

他方で、本条の起草担当者たる富井博士は、一〇七条二項が直接訴権の規定であることを明言している。即ち、「復代理人は代理人に償還の資力なき場合に於て、其総債権者と対等の地位に立ち損害を被る危険ある」ため、「特別の規定を必要とした」のであり、「双方互に自己の名義を以て委任上の権利を行うことを得べし。即ち普通に所謂直接訴権を認めたるものなり(取二三六条、仏一九九四条二項ノ瑞債三九七条三項)」、と。⁽⁵⁾

② 現行民法の起草過程についての評価 審議途中で追加された一〇七条二項につき、旧民法における直接訴権を規定した財産取得編二三六条一項を表現を修正して採用した規定といった意識を有していたことは、右にみた説明から明らかといつてよいであろう。しかし、旧民法の直接訴権という意味を十分理解していたかは何度も繰り返すが甚だ疑問である。代理の問題に解消し、復代理人代理人が本人の代理人として選任したもの、即ち本人と直接の契約關係が成立するといった程度の理解であつた可能性があることこれも何度も述べたところである。

このような意識で作られたが、旧民法財産編二三六条一項の血を引く一〇七条二項をどう位置づけるべきか悩むところである。復代理人につき、代理人が自己の名で選んだ者であり、本人と直接の契約關係はなく、本人・代理人の委任契約關係、代理人・副代理人の委任契約關係があるだけであり、しかし権限については復代理人は本人を代理するものであるというにすぎないと理解すれば、起草者の理解は誤りであることになり、一〇七条二項の位置づけを再検討する必要がある。そうすると、旧民法の規定に遡つてその存在意義を発掘すべきであり、これを直接訴権を認め

た規定と理解してよいであろう。私見では一般論として、四二三条を直接訴権に転用するが、そのような大胆な解釈は裁判所により認められない可能性が高いので、一〇七条二項をこのように位置づけておくことは、その類推適用による拡大も視野にいれば大きな意義があるものと思われる。

注

- (1) なお、加藤雅信「日本民法史の比較法的承譜」同編集代表『民法学説百年史』(平一一)二九頁以下参照。
- (2) 浜上・前掲〔88〕注(2)論文四八頁による。
- (3) 広中俊雄編著『民法修正案(前三編)の理由書』一〇一頁による。
- (4) 梅謙次郎『訂正増補民法要義巻之一総則編』(明四四)二七四頁。
- (5) 富井政章『民法原論第一巻』(大一一)五一〇頁。

⁽⁹⁰⁾

(b) その後の学説による理解

① 直接訴権という説明 一〇七条二項が、直接訴権(action directe)を認めた規定であることは、初期のうちは例えば鳩山博士や岡松博士も認めていたところであり、フランス民法一九九四条二項が援用されていた⁽¹⁾。また、近藤教授も、「本条二項は転貸の場合における民法六一三条と同様に、本人と復代理人との間にも本人と代理人との間に於けると同一の法律関係が発生すべきことを規定し、復代理人は直接本人に対して其の権利を行使し得ると同時に(例えば、報酬請求権、費用前払請求権)、本人も亦直接に復代理人の責任を問ふことを得るものとしたのである。尤も之等の関係が復代理人と代理人との間の内部関係により制限せらるることは勿論である」(原文カタカナ)と述べている⁽²⁾。これは、その表現からみて、旧民法財産取得編二三六条を意識していることは明らかであり、一〇七条二項がその改正条文であることを認識した上でのものといつてよい。また、六一三条と同趣旨の制度として理解していることから

みても、直接訴権といった特別の制度であることを認めているものといつてよい。しかし、旧民法との繋がりは忘れられていき、次第にこのような記述は体系書から姿を消していく。

② 便宜的規定という説明　ところで、一〇七条二項の規定の意義については、一般には便宜的な規定と理解がされている。例えば鳩山博士は次のように説明をしていた。

「純論理より言えば本人復代理人間には何等直接の権利義務の関係無く、唯復代理人が本人を代理することを得る法律上の地位在るに過ぎず、然れども法律は此の如く本人復代理人間に直接の権利義務の関係を認めざるときは復代理人をして代理行為を実行せしむるに不便なりとし」(原文カタカナ)て、一〇七条二項のような規定が設けられた⁽³⁾。

同様の立法趣旨を説明する学説は多い。例えば、「本人は、復代理人の代理行為によって、代理人の代理行為による同様の利害を受けるから、復代理人に対しても、代理人に対すると同様の内部関係を成立させることは、本人にも復代理人にも便宜である⁽⁴⁾」、「本人は代理人と同様に、復代理人もまた代理行為の法的効果をうけ、同様の利害関係をうけるから、両者を同一の権利義務の関係に立たせるのが、本人にも復代理人にとつても便宜であるから⁽⁵⁾」などとは同様の趣旨が述べられている⁽⁶⁾。

③ 一〇七条一項の確認規定という理解　右の通説に反対して、薬師寺教授は、「一〇七条二項は同条一項の結果を注意的に明示したものである。即ち復代理人が本人のための代理権者たる結果として、復代理人は本人及び第三者に対し代理権者としての注意義務を有すべきことを明言したに止まり復代理人が本人に対し代理人の本人に対すると同一の内部関係を有する趣旨を規定するものではない⁽⁷⁾」という。復代理人が注意義務を軽減されるのに、本人との関係で善管注意義務を負わされたり、復代理人が無報酬なのに本人に対して報酬を請求できるのは不当であり、一〇七条二項の文字からいって、「復代理人は本人及び第三者に対し代理人と同一の代理関係を有すると解するのが自然で

さえある」といふ。⁽⁸⁾

④ 代理人の義務について当然の規定とする説明 これに対して、近時、船越教授は、確かにある面、特に復代理人の権利に関しては政策的に規定がおかれたものといえるが、復代理人の義務については理論的に当然に認められるものであると考えている。即ち、「他人の契約関係に履行代行者として取り込まれた者はその契約上の義務を従属的立場において承認し、承継しなければならないものと解すべきものである」と述べている(例として通知義務を挙げる)。そして、このような一般法理を一〇七条二項が特に政策的に認めたものではなく、当然に理論上認められるものと考えることにより、下請人の法的地位の説明をきわめて容易ならしめるといふ。⁽⁹⁾

注

(1) 鳩山秀夫『註釈民法全書第二巻法律行為乃至時効』三二二頁。但し、同『増訂改版日本民法総論』(昭二)四四一頁ではそのような記述は見当たらない。岡松参太郎『註釈民法理由総則編』(明二九)二三九頁も、「復代理人は本人に対し直接訴権即ち直接に自己の名を以てする権利を行うことを得。間接訴権即ち代理人が本人と対する権利に依るを要せず。本人より復代理人に対するも亦同じ」と述べている。

(2) 近藤英吉『註釈日本民法(総則篇)』(昭七)四〇五頁。

(3) 鳩山秀夫『註釈民法全書第二巻法律行為乃至時効』三一頁。このように、そうでないと相互に不便だからという説明をする学説は多い。例えば、田島順『民法総則』(昭一三)三九九頁、吉田久『日本民法論総則篇』(昭二五)二五九頁など。

(4) 我妻栄『新訂民法総則』(昭四〇)三五七頁。このように、復代理人の行為の効果が直接本人に及ぶことを根拠として説明する学説も多い。例えば、石田文次郎『現行民法総論』(昭五)四〇六頁、小出廉二『民法教室総則篇』(昭三五)二四〇頁、於保編『註釈民法(4)』(昭四二)七一頁(大田武男)など。これに対し、中島玉吉『民法註義卷一』(明四四)六〇七頁はこのように批判する。

(5) 石本雅男『民法総則(改訂版)』(昭三七)三〇五頁。

(6) その他に、このように直接の関係を認めないと不便であると説明するものに、斎藤常三郎『日本民法講義総則』(昭三)二二

一五頁、川島武宜『民法総則』（昭四〇）四一〇頁、松坂佐一『民法提要総則（第三版増訂）』（昭七）二六九頁、槇悌次『民法総則講義』（昭六二）一五九頁など。

(7) 薬師寺志光『改訂日本民法総論新講下巻』（昭四五）六七三頁。

(8) 薬師寺・前掲書六七三頁以下、六七六頁。岩田新『民法総則新論』（昭一六）五三二―五三三頁も同旨か。

(9) 船越隆司『民法総則』（平九）二〇三―四頁。なお、同二〇四頁では、代理人が復代理人に対してみずから報酬の支払いを約していた場合には、復代理人は本人に対する報酬請求権を代理人に対して放棄する表示をしているものと考えられるという。また、四宮和夫『能見義久『民法総則第五版』（平一一）二七〇―二七一頁は、代理人の受領物の引渡義務に関して、「いずれの義務も、結局は、本人Aに受領物を帰属させるという同一の目的を有するものだからである」と述べており、このような観点と共通するところである。

(2) 復代理の場合 1——委任者（本人）の債権の保護

(a) ^[91] 目的物の引渡請求権 復代理人が受領した金銭などについて、一〇七条二項の規定により、本人に対して引渡義務を負うことは学説により承認されている。⁽¹⁾ 目的物の引渡義務をめぐっては、これまでは次の二つが議論されてきた。

(ア) 復代理人の代理人に対する引渡義務 先ず、復代理人が例えば債権の取立を依頼され金銭を受領している場合、本人は一〇七条二項により復代理人にその引渡を請求できるのはよいとして、代理人も引渡を請求できるのが問題になる。代理人と復代理人との間には委任契約があり、代理人には復代理人に対する委任契約に基づく引渡請求権があるので、自分が本人に履行するためにも必要なもので、これを肯定するのが普通の理解であるといえようか。この点につき、学説の中には代理人は請求ができないという考えもある。⁽²⁾

(イ) 復代理人が本人に引き渡した場合 一〇七条二項により、復代理人は本人と代理人の両者に対して目的物の引渡義務を負うことになる。この場合に、本人に直接に渡せば、代理人も本人に対する義務を免れるので代理人に対する義務も免れると考えてよいが、代理人に渡した場合には、本人に対する義務も当然に免れるのであろうか。後者の場合には、本人が代理人から引渡を受けられるか分らないのであり、実際に本人に渡らなかつた場合に争いが起きることになる。

最判昭五一・四・九(民集三〇卷三号二〇八頁) これについては、最判昭五一・四・九(民集三〇卷三号二〇八頁)の判決があり、事案は以下のものである。目的物とはいうが、代理して受領した保険金の引渡請求の事例であり、金銭債権が問題になっているものといえる。

自賠法により保険金請求権を取得した被害者Xが、保険金の請求と受領とをAに依頼し、Aは白紙委任状などをBに行使し、Bは更にそれをYに交付し、Yが保険金を受領した。約半額はXが受領したが、残額については受領をしていないため、XがYに対して残額二六万円と弁護士費用の支払いを求めて訴えを提起した。これに対して、Yは賠償金を全額Cに引き渡し、CはこれをBに引き渡しているの、自分はXに賠償金を引き渡す義務はないと争う。

第一審判決は、X・Y間の委任契約の存在を否定し、Xの請求は理由がないとして退けている。そこで、Xが一〇七条二項を根拠に控訴をする。控訴審は、一〇七条二項により、Xと代理人と同じ法律関係がX・Yに生じたというべきであり、Yが委任事務処理に際して金印を受領した場合には、XはYに対してだけその引き渡しを請求できるものというべきものであり、YはBにそれを交付したか否かを問わず、Xに対して右金印を引き渡すべき義務があるとして、Xを勝訴させた。これに対して、Yが上告をし、最高裁は次のように判示してYの上告を受けいれている。

「民法一〇七条二項の規定に基づいて本人復代理人間に直接の権利義務が生じた場合であっても、右の規定は、復代理人の代理行為も代理人の代理行為と同一の効果を生じるところから、契約関係のない本人復代理人間にも直接の権利義務の関係を生じさせることが便宜であるとの趣旨に出たものであるにすぎず、この規定のゆえに、本人又は復代理人がそれぞれ代理人と締結している委任契約に基づいて有している権利義務に消長をきたすべき理由はないから、復代理人が委任事務を処理するに当たり金銭等を受領したときは、復代理人は、特別の事情がないかぎり、本人に対して受領物を引渡す義務を負うほか、代理人に対してもこれを引渡す義務を負い、もし復代理人においてこれを代理人に引渡したときは、代理人に対する受領物引渡義務は消滅し、それとともに、本人に対す

る受領物引渡義務もまた消滅するものと解するのが相当である。そして、以上の理は、復代理人がさらに適法に復代理人を選任した場合についても妥当するものといふべきである。

本判決が「特別の事情がないかぎり」と限定した点については評価がされており、例えば林脇教授は、「復代理人は、たとえば代理人が困窮している（引渡を受けた代理人が費消する、或はそれを代理人自身の他への債務の弁済に充てるであろう）ことを知りながらこれに引渡したような場合には、復代理人の代理人に対する履行とはなっても、本人に対する関係で注意義務に違反することになる場合がある」と述べられている。⁽³⁾

(ウ) 直接訴権説からの再検討

便宜的規定説では、林脇教授が先に述べているように、代理人が費消するなどの危険があることを知りながら復代理人が代理人に渡したなどの特別の事情がない限り、復代理人は責任を免れることになり、これが先の判例の立場である。

これに対して、一〇七条二項を直接訴権を認めた規定と理解する立場からは、結論がかなり異なってくる。浜上教授は、先の判例を高く評価しながらも、「直接訴権」まで認めるものとはまでは解釈をしていないように思われるとして、直接訴権の理論を適用することを提案する。その直接訴権の内容については、加賀山教授の移転説と全く同様である。先の事案でいうと、Xの直接訴権の行使により、BのYに対する引渡請求権はXに移転し、その後は、YはBに引渡してもXに対抗することはできず、弁済の他、更改、相殺（直接訴権行使後に取得した債権による相殺が禁止されるだけで、それ以前からの債権による相殺は認める）などをXに対抗できなくなるといふ。⁽⁴⁾

こうして、本人XをBの他の債権者に優先して保護することを肯定し、「もし、XがYに対してYがBに対して賠償金の引渡しをする以前に、自分に賠償金を直接に引き渡すよう『直接訴権』を行使していたとしたら、Yは、Bに対

する賠償金の引渡しをもってXに対抗することができず、XのYに対する『直接訴権』の行使に対して、さらに賠償金の引渡しをしなければならなかったと解される」と述べる⁽⁵⁾（先の事案にあわせて原文の乙をBに変更した）。このことの根拠としては、次のように述べる⁽⁶⁾。

「そこまで、本人の利益を考慮することの方が、代理制度の趣旨にも、よりよく合致すると考えられるからである。けだし、代理の制度は、代理人の行為によってもあたかも本人自身が行為したのと同じの法律効果が生ずるところにその特色があるからである。むしろ、民法一〇七条二項の規定がないと、本人の地位は、不当に害されるのである」

(エ) 私見（優先的代位権説）によるとどうなるか 私見としては、次のように目的物の引渡義務についても、金銭とそれ以外の物で次のように分けて考えたい。

① 金銭以外について 私見では一〇七条二項の直接訴権の制度は（私見ではこれを優先的ないし排他的代位権で構成するが）、金銭債権を保護する制度であると考えるので、金銭以外の目的物の引渡請求権については、この規定による必要はない。但し、この場合も、目的物を債務者たる代理人の債権者の一般責任財産とすべきではなく、他の債権者がその物を責任財産として差し押さえるのを未然に防止するためにも、本人が引き渡しを復代理人に請求した後は、代理人もその債権者も引き渡しを請求できなくなると考える必要があるようにも思われる。しかし、本人への所有権の移転を認めれば第三者異議を主張できるし、また、復代理人の保護も考えるべきであるので、やはり金銭債権同様に差押えがあるまでは代理人への引渡をもって本人に対抗することができるというべきである。

いずれにせよ、経済的実体に適合させるために、例えばリース取引では買主たるリース業者の買主たる権利が賃借人たるユーザーに移転するといった特約がされるが、代理人の復代理人に対する権利を移転させてしまうといたこととは妥当ではない。また、六五〇条二項を類推適用して本人への引渡のみしか請求しえないとして、第三者のために

する契約における要約者のような権利に制限するのも、自分が引渡を受けて本人に引き渡す必要性もあるのであるから、適切とはいえない。

もちろん引渡義務の不履行による損害賠償義務については、金銭債務になるので一〇七条二項を適用してよく、次に述べる金銭の場合と同じ扱いになる。

② 金銭について 復代理人が受領したのが金銭である場合については、金銭債権の問題として金銭債権を保護する一〇七条二項の規定を適用してよい。そうすると、私見は直接訴権を排他的ないし優先的な代位権で構成するので、あくまでも代理人の復代理人に対する金銭債権を本人が代位行使するにすぎないことになり、復代理人が代理人に履行をしその債務が消滅すれば、代位行使の対象がなくなることになる。その意味で、先の最判は結論として支持しうるところである。

そして、復代理人を保護するために、本人が代理人の復代理人に対するこの金銭債権を差押えた後に初めて復代理人の代理人への弁済が対抗できなくなるものと扱われるべきである。そうすると、結局差押えが必要でありあまり意味がないかのようであるが、この制度の意義は代理人の他の債権者を排除できるという点にあり、差押えによりその債権は本人のみが排他的に行使ができるにすぎないことになる（本人の債権の範囲内のことであり、それを超える残額については他の債権者が行使である）。従つて、浜上教授の主張は卓見ではあるが、意思表示だけで移転をし復代理人に対抗できてしまうというのは、復代理人保護という観点からは抵抗感がある。

注

- (1) 大判昭一〇・八・一〇新聞三八八二号一三頁。川島武宜『民法総則』（昭四〇）四一〇頁、松坂佐一『民法提要民法総則』（第三版・増訂）（昭五七）二六八頁。

(2) 我妻栄、「新訂民法総則」(昭四〇)三五八頁。

(3) 林脇とし子「復代理人の地位に関する一考察」法学研究五一卷三号(昭五三)二二頁。

(4) 浜上・前掲〔88〕注(1)論文五二頁。直接訴権の一般論をここに適用して、以下のようにも述べている。「直接訴権」の行使によって、復代理人に対する復委任上の権利は、本人に移転する。つまり、「直接訴権」の行使によって本人は代理人の権利を取得し、代理人は権利を失なうのであるから、代理人は法定の代物弁済として完全に債務を免れるはずである。しかし、民法は本人を保護するため、本人が現実には復代理人から弁済を受けるまでは、代理人を完全には免責せず、代理人に連帯責任を課していると考えるべきである。もっとも、本人が復代理人の選任監督に過失があるときは、その限りで、代理人の連帯責任は、一部連帯になると解すべきであると思われる」と(五一―五三頁)。

(5) 浜上・前掲〔88〕注(2)論文五二頁。その前提として、「Yは、『直接訴権』の行使後になした乙に対する弁済、更改、および『直接訴権』の行使後に取得した乙に対する債権を自働債権(反対債権)とする相殺などの抗弁をもって、Xに対抗することはできないのである」と述べている。

(6) 浜上・前掲〔88〕注(2)論文五二頁。

⁽⁹²⁾
 (b) 損害賠償請求権など 六一三条一項におけると同様に、保管義務とその違反による損害賠償義務についてと同様の議論を、ここでも考えることができる。

(ア) 善管注意義務 一〇七条二項の解釈として、復代理人が本人に対して善管注意義務を負うことは、学説により承認されている。⁽¹⁾しかし、金銭債権の保護ということからは、善管注意義務につき一〇七条二項を適用することには躊躇せざるをえない。とはいえ、報告義務や本人が復代理人に直接指示をしうるなど、直接の法律関係を認められれば都合がよいことは否定できない。そのため、起草者が考えていたように、なるべく代理人が本人を代理して、第三者を本人の代理人に選任するもの、即ち厳密な意味にいう復代理人ではなく本人と直接の契約関係が認められるものとするか、または、本人のためにする第三者のためにする契約と認めるべきである。その結果、一〇七条二項の適

用の余地は狭められるが、それで特に不都合があるわけではない。

(イ) 損害賠償義務　復代理人の債務不履行の場合には、代理人は履行補助者として一〇五条の要件を充たせば本人に対して債務不履行責任を負うことになるが、そのことを損害として代理人は復代理人に対して債務不履行責任を追及できることになる。そして、損害を生じさせた張本人である復代理人と損害を受けた本人との関係については、一〇七条二項を適用することになるが、六一三条一項同様に問題がある(83)参照)。損害賠償責任の法的性質にかかわってくる問題である。

① 併存説　先ず、直接訴権の併存説では、それは代理人の復代理人に対する契約上の権利と同じ権利を認めようとするものであると考えれば、その責任は、不法行為責任ではなく、敢えて直接の請求権を肯定しようというのであるから債務不履行責任ということになるか。また、六一三条で述べたように、善管注意義務自体を本人・復代理人間に認めれば、その不履行による責任ということ、復代理人の本人に対する債務の不履行責任ということになる。なお、善管注意義務自体に一〇七条二項を適用すると、代理人が免責される場合でも、復代理人の本人に対する債務不履行責任を肯定することは不可能ではないことになる。

② 移転説　移転説では、浜上教授はこの点については言及していないが、先ずは代理人の復代理人に対する債務不履行責任の成立を認め、それが本人の直接訴権の行使の意思表示により本人に移転するということになる。そうすると、いずれにせよ、本人の復代理人に対する損害賠償請求権も、債務不履行責任に基づくものということになる。但し、この考えでは、代理人が免責される場合には、復代理人に対する損害賠償請求権を取得しないので、直接訴権は認められないことになりそうである。その場合には、本人の復代理人に対する損害賠償請求権は、一〇七条二項によることなく不法行為に基づくものということになるか。

③ 優先的代位権説(排他権説)

私見では明文の規定がある場合ない場合とも、直接訴権を優先的代位権ないし排他的代位権で根拠づけることになる。ここでも六一三条一項同様、復代理人は本人に対して義務を負うと規定する一〇七条二項の文言には反することになるが、敢えてこの批判は甘受せざるをえない。代位行使であると構成するため、代理人が免責される場合には、一〇七条二項によることはできないことになるが、その場合には、本人に対する復代理人の直接の損害賠償義務を問題にすればよく、その内容が問題になるだけである。⁽²⁾ また、代理人が本人に対して責任を負う場合でも、同様に復代理人の本人に対する損害賠償義務を認めることは可能である。

なお、委任ではなく寄託契約の場合には、問題があり、どちらか一方の契約上の責任が制限されていたり免責されている場合に、不法行為責任でいってその制限を無にできるかという問題があるが、ここでは両責任が成立する場合についての優先的代位権の話に限定するものであり、理論は同様になる。

注

- (1) 遊佐慶夫『新訂民法概論総則篇』(大二三)三七八頁、沼義雄『綜合日本民法別巻第一民法総論下』(昭一一)一七二頁、田島順『民法総則』(昭一二)三九九頁、我妻栄『新訂民法総則』(昭四〇)三五七頁、石田稔『民法総則』(平四)四一五頁、須永醇『新訂民法総則要論』(平九)一二三頁など。

- (2) 拙稿「契約外の第三者と損害賠償責任」、『玉田弘毅教授古希記念論文現代民法学の課題』(平九)二一九頁以下参照。

⁽⁹²⁾
 (3) 復代理の場合? — 復代理人の債権

例えば、復代理人が委任事務処理のために立替払いをしたりして、費用償還請求権を持っていたり、代理関係及び

復代理関係ともに報酬が支払われる有償委任契約である場合に、復代理人が本人に対して、直接費用償還請求権や報酬請求権を有することは、一〇七条二項は復代理人の本人に対する義務だけの規定ではないので、これは肯定される。⁽¹⁾ 私見では、復代理人への本人の債権同様に優先的代位権により構成をすることになる。

また、委任契約が有償委任である場合には、復代理人が代理人たる自己への委任者に対して報酬債権を有する場合には、復代理人には、代理人が本人に対して有する報酬債権につき直接訴権が認められることになる。但し、当然のことながら、代理人の報酬のほう小さい場合には、六一三条一項におけると同様に(↓82)(1)その限度でしか復代理人は本人に報酬請求ができないことになる。⁽²⁾

注

(1) 我妻栄『新訂民法総則』(昭四〇)三五八頁、須永醇『新訂民法総則要論』(平九)二二三頁。

(2) 石田文次郎『現行民法総論』(昭五)四〇七頁注(一)、近藤英吉『註釈日本民法(総則篇)』(昭九)四〇五頁、田島順『民法総則』(昭一三)三九九頁、石田穰『民法総則』(平四)四一五頁など。

(4) 代理以外の委任関係にも適用されるか

⁽⁹³⁾ 委託販売において、受任者が自己の名で第三者に商品を売却した場合に、委任者の第三者たる買主に対する関係については後述することにし、ここではその問題とは別に、例えばXが商品の委託販売をMに依頼し、Mが更にその商品の販売をYに再委託をした場合に、委託者の再受託者に対する関係について見ていくことにする。代理を伴う委任関係についての一〇七条二項の規定が、代理を伴わない委任契約更には準委任契約に類推適用できるかという問題と

して議論がされている(なお、再寄託については、六五八条二項により一〇七条二項が準用されている)。

周知のように、旧民法は代理と委任とを区別していなかったが、現行民法では、代理は総則に規定をし、他方で委任契約は代理関係に限定せず法律行為を行うことを委任する場合であればよく自己の名で契約をする場合も包含するものとし、また、準委任として法律行為以外の事務の処理も委任に準じて扱われることになっている。旧民法の委任関係の規定は総則の代理の個所と契約法の委任契約の個所にはらされ、一〇七条二項は代理の中に整理された規定の一つである。その結果、一〇七条二項は代理についての規定であるので、代理以外の委任契約には適用されないことになる。

① 類推適用肯定説 後述の最判昭三一・一〇・一二の原判決は、「問屋と委託者との間においては委任及び代理の規定の準用があるから、民法復代理の規定(第一〇四条、第一〇七条等)もその趣旨に反しない限り準用があるものと解すべきであるとして、委託者と再受託者間は委託者と受託者間と同一の権利義務を取得し、再受託者はその販売によって得た代金の中から報酬(手数料)及び立替金等自己の取得すべきものを控除した残額を委託者に支払うべき義務があるものと判示している。これが、最高裁により破棄されることは次に述べるようである。

学説としては、我妻博士が、「けだし、この規定は、代理に伴う内部関係に関するものであって、ここに類推しなけば存在意義がないものだからである」として、代理以外の委任関係への類推適用を肯定しているだけである。⁽²⁾

② 類推適用否定説 学説には、一〇七条二項は同条一項を前提としていることから、そのように限定をするものが殆どである。例えば、鳩山博士は、「受任者は委任者の名に於て復委任を為すものにあらざるが故に其法律効果が直接に委任者に帰属すべき理由なく、委任者が復委任者に対して所謂直接訴権を有すべき理論上の根拠なし。第一〇七条第二項は此理論に異りたる特別規定に外ならざるが故に之を単純なる復委任に類推適用するは正当なりということ

を得ず。委任者は唯第四二三条に依りて復受任者に対し事務処理を請求し得るに過ぎざるものとす」といわれている。⁽³⁾ 戦後の学説を見ても同様であり、例えば一〇七条二項について研究をした林脇教授はこの点について次のように述べて否定説を支持している。即ち、「これが生ずるのは、代理権を伴う受任者によつて復委任がなされた結果、本人と復受任者との間に代理関係が生ずるならば（復受任者は同時に復代理人となる）、同じ本人と復代理人との間に直接の権利義務の関係を認めることが適當であるとすることに基づく」と。⁽⁴⁾ しかし、このように述べながらも、更に次のようにいつている点は注目してよいであろう。

「本人と復代理人との間の直接の権利義務の關係は、初め本人の復代理人に対する直接訴権として規定された」。「事務処理上復代理人が受取つた金銭その他の物について、契約關係にしたがえば、本人は復代理人に対し直接引渡の請求ができない。この引渡について、復代理人は代理人に、代理人は本人に対してその義務を負っているから、本人から直接復代理人に引渡の請求を認める方が、たとえば代理人破産の場合にも本人の危険が防げる。このようにして本人から復代理人に対する直接請求だけを認めると、復代理人から本人に引渡がなされ代理人も本人に対する引渡義務を免れる結果、復代理人が代理人に対して持つ権利（たとえば報酬請求権）の実効が挙げられなくなるおそれが生ずるので、反対に、復代理人から本人に、復代理人が代理人に対してもつている権利の直接請求も認めることとなった。これが一般的に本人と復代理人との間の直接の権利義務の発生となつたものと思われる」。⁽⁵⁾

こうして、この制度が「直接訴権」の制度であること、そして、その趣旨が債権者たる本人また復受任者の保護にあることが意識されているのである。それにもかかわらず、代理ということに拘泥して、代理以外への拡大が否定されるのである。

判例としても、一〇七条二項の類推適用を肯定した原判決を破棄した最判昭三一・一〇・一二（民集一〇卷一〇号

一二六〇頁)があるが、商法五五二条二項は問屋と委託者との関係につき、委任の規定を適用し、代理の規定を準用する趣旨であり、代理に関する規定中民法一〇七条二項は、「その本質が単なる委任であつて代理権を伴わない問屋の性質に照らし再委託の場合にはこれを準用すべきでない」というだけであり、詳しい理由は述べていない。⁽⁶⁾この判決の調査官解説は、一〇四条、一〇五条の類推適用は認めるが、一〇七条二項の類推適用は否定すべき結論を支持し、次のように述べる。

「第一次の委任と第二次の委任とは別個独立の契約であり、委任者と第二次の受任者との間には契約関係はないのであるから、両者の間に直接の権利義務の発生しないことは契約理論上当然の帰結である。民法一〇七条二項は復代理人の代理行為の効果が法律上直接本人について生じる事実に対応せしめた特別規定と解すべきであるから、かかる法律関係のない単なる復委任の場合にはこれを類推適用すべき根拠を欠くわけである。単なる委任関係あるにすぎない問屋の場合にも同様に解すべきである。⁽⁷⁾」

この立場では、委任者の保護は、受任者が復受任者に対して有する販売代金引渡請求権について債権譲渡を受けることになるが、この点については当然に代金債権が移転するかといった問題があり、後述するところに譲る。

③ 考察 一〇七条二項の立法趣旨を、通説のように代理の場合に復代理人の行為により直接その効果を本人が受けるために、内部関係についても本人・代理人と同様の関係を認めるのが便宜であると理解するならば、直接本人に効果を帰属させない場合にはその適用の余地がないことになる。しかし、委託販売のように処分授權の場合には、物権的效果は本人に帰属すること同じであり、例外を認めないわけにはいくまい。それは別としても、一〇七条二項を単にそのような便宜的な意義に止まらず、本人または復代理人の債権の保護にもあるとすれば、この趣旨がなくてはならないのは代理の場合には限らないことになる(六五八条二項で寄託に準用されている)。

例えば、Xがその所有物の売却をMに依頼したが、MがXの承認を得てYに売却を再委任した、Yがその名でその物を売却し代金を受け取ったという場合にも、一〇七条二項は類推適用されてよい。私見では、四二三条を転用して優先的地位権を一般論として認めるが、これが裁判所により受け入れられない可能性が高いので、一〇七条二項を類推適用により拡大しておくことは無意味ではない。

注

- (1) 最判昭三一・一〇・一二民集一〇卷一〇号一二六〇頁の参考として掲げられている第二審判決(一二七〇頁以下)。
 (2) 我妻栄『債権各論中巻二』(昭三七)六七四頁。幾代通・広中俊雄編『新版註釈民法(16)』(平元)一二九頁(中川高男)がこれに賛成をする。
 (3) 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論(下巻)』(大二三)六一七頁。他に代理以外への適用を否定するものとして、中村萬吉『債権法各論』(大二三)四二七頁、磯谷幸次郎『債権法論(各論)下巻』(昭四)六七二頁、沼義雄『綜合日本民法論別巻第五債権各論下』(昭一八)一四六―七頁、三藩信三『契約法』(昭一五)二七九頁、永田菊四郎『新民法要義第三卷下債権各論』(昭三四)二六七頁、末川博『契約法下』(昭五〇)二〇五頁、星野英一『民法概論IV』(昭五一)二七六頁、石田稔『民法V(契約法)』(昭五七)三三〇頁など。
 (4) 林脇とし子『復代理人の地位に関する一考察』法学研究五一卷三号(昭五三)一九頁。
 (5) 林脇・前掲注(4)論文一九―二〇頁。
 (6) これに賛成するものとして、水本浩編『注解法律学全集10民法I(総則(2))』(平七)八七頁(大島和夫)など。
 (7) 北村良一『最高裁判例解説』『最高裁判所判例解説民事編昭和三十一年度』(昭三三)一八〇頁。