HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	多当事者間における不当利得法の一考察 : 注文主が動産所有者でない場合の請負人の法的地位
Author(s)	藤原, 正則
Citation	北大法学論集, 36(5-6), 145-258
Issue Date	1986-03-28
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16513
Type	bulletin (article)
File Information	36(5-6)_p145-258.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

多当事者間における不当利得法の一考察

——注文主が動産所有者でない場合の請負人の法的地位——

藤原正則

目次

一　はじめに
二　わが法と西ドイツ法との出発点の違い
(一)　わが法下の問題点
①　不当利得以外の請求
②　不当利得返還請求権
(二)　西ドイツ法の出発点
①　転用物訴権について
②　西ドイツ法の出発点
三　西ドイツの判例
(一)　RG の判例——請負人の担保権者的地位の無制限の保護
(二)　「信用の危険」による制限
(三)　「質権」による請負人の保護

四　西ドイツの学説
(一)　法定質権による請負人の保護
(二)　所有物返還請求の補充性
(三)　適法他主占有者の排除
(四)　契約の危険と二重の損害
(五)　(給付)不当利得の視点
(六)　費用支出者
(七)　請負人の先履行義務に即した保護

五　おわりに
(一)　西ドイツ法の検討から明らかにされたこと
(二)　わが法への示唆

一　はじめに

不当利得法は、他の法制度と異なった高次の正義・衡平の実現を目指すのではなく、かえって他の法制度の目的とする財貨移転及び財貨帰属の秩序を補充するにすぎない。以上のことは、近年わが国でも一般的な承認を得ている。[1][2]とすれば、不当利得法の適用を論ずるにあたっては、その補充すべき他の法制度の目指す一定の財貨秩序が具体的に検討され確定されていることが必要であろう。

しかし、利得移動が多当事者間にわたる場合には、これまで財貨の移転・帰属の秩序（契約法・所有権法）においてもその規律があまり問題とされず、かつ確固とした解決の与えられていなかった問題が伏在していることがある。更にこのような問題は、現代的な信用取引に多当事者が参入している場合にしばしば現われてくる。[3]本稿は、このような問題性を視野に置いて、以下のような事例に対する西ドイツ法下での法的処理の紹介、検討を通じて、わが法における多当事者間での不当利得法のあり方を考察する一視角を提供しようというものである。

まず、問題となる事例を要約して示そう。

注文主が請負人に動産の修理を依頼する。請負人は契約に基づいて、その動産の修理を完成する。しかし注文主は請負人に対して請負代金の支払を済ませる以前に無資力（或いは破産）に陥り、報酬請求権の行使は全く実効性がない。一方、注文主は請負に供した動産の（完全な所有者ではなく）所有権留保買主、譲渡担保権設定者、或いは単なる賃借人であった。注文主の無資力により残代金（被担保債権、賃料）の弁済を受けられなくなった所有権留保売主（譲渡担保権者、賃貸人）は、注文主との契約を解除し、更に請負人に対し動産の引渡を求める。請負人は（消極的に）動産の引渡を拒み得るか、及び（積極的に）請負契約の第三者たる所有権留保売主（譲渡担保権者、賃貸人）に対し自己の修理施行による財貨移動に対して求償を求め得るか。

さて、以上の設例から即座に想起されるのは、この事例に類似する事案を扱った最判昭和四五年七月一六日[4]の判例であろう。この判例の事案では、請負人は支払を受ける以前に目的物（ブルドーザー）を任意に注文主（賃借人）に返還し、第三者（賃貸人）は注文主から引渡を受けた。だから問題となったのは、修理施行という財貨移動が実質的に帰属するに至った（請負）契約の第三者たる賃貸人に対する請負人の積極的な求償の請求であった。右の最高裁判決は、具体的事案でこの請負人の代金相当額の請求を不当利得返還請求権として認容した。

このように直接の契約関係には立たないが、契約上の給付が実質的に帰属している第三者に対する給付者の不当利得返還請求は、転用物訴権（Versionsklage）と呼ばれる。[5] わが国の学説が転用物訴権論においてイメージするのは、右の最高裁判例及びその基礎となった具体的事案である。更に近時のわが国の学説は、請負人に積極的な求償を（不当利得として）認めた判例に対して批判的であるが、その出発点は西ドイツにおける不当利得法に関する利益衡量及び法律構成なのである。[6]

しかし、西ドイツでは本事案の解決の為に不当利得法の側面（だけ）から検討がなされている訳ではない。[7] 特に自動車の所有権留保売買、譲渡担保契約の盛行と共に、以上のような事案はしばしば判例でとりあげられた。後に紹介するように、この事案は不当利得法との関連で論じられることは稀であり、それ以外の法制度によって問題の解決がはかられている。すなわち、ドイツ民法典（以下、BGB）の起草者は、転用物訴権を峻拒しており、判例・学説もこの立法者の態度を尊重してきている。しかし、他方で判例・学説によれば、請負人は、占有者の費用償還請求権（Verwendungsanspruch des Besitzers—BGB §§994 ff）及び請負人の法定質権（gesetzliches Pfandrecht des Unternehmers—BGB §647）——判例は後者の適用を否定するが——によって、消極的に所有者からの返還請求を拒み積極的に自己の出捐の対価を得ることができる。すなわち、西ドイツ法下で本事例の処理の焦点となったのは、不当利得法上の利益衡量だけではなく、信用供与を目的とした動産の担保取引（Kreditsicherungsgeschäft）——所有権留保売買・譲渡担保契約（及び、賃貸借）——に参入した請負人に如何なる担保権を承認するか（Sicherung des Unternehmers）という問題であった。[8]

それでは、なぜ同様の事案の取扱いが日独両法で異なっているのか。更に、そのことがわが国の不当利得法のあり方にどのような示唆を与え得るのか。これらの問題に答えるには、本事案を請負人の担保権のあり方として処理する西ドイツ法の検討が必要なことはいうまでもない。しかし、それ以前に多当事者が関与する際のわが法と西ドイツ法の不当利得法の機能、および、本事案に関連する不当利得法以外の法制度のあり方は相当に異なっており、かつ、このことが、両者が同一の事案に対して、（適用される法制度及び結果についても）異なった処理を与える原因ともなっている。だから、具体的な事案の解決を目指す西ドイツの判例・学説を紹介・検討（三及び四）する前に、まず本事例に即して両者の不当利得法及びその他の法制度のあり方の違いをはっきりさせておくこと（二）が必要であろう。

(1) 例えば、ドイツ民法典（以下、BGB）の下では、売買契約が無効・取消となった後に売主が目的物を取り戻す手段は（所有権は買主に移転しているから）不当利得返還請求による他はない。わが法の下でも（故意・過失なく）他人の有体物を費消した者に対しては、所有者は（有体物所有権の代りに）不当利得返還請求によってその価値を請求する他はない。このように不当利得法は、他の法制度が本来目指している目的を実現する手段をとりあえず持ちあわせていない場合に、補完的に適用されるのである。決して他の法制度の目的とする以上の高次の正義、衡平の実現を目指すものではない。だから個々の不当利得返還請求権はその補完している他の法制度の性質によって具体的に性格づけられる。この性格によって不当利得返還請求権を類型化し、それぞれの類型にふさわしい要件・効果を与えていこうというのが、（西ドイツ及びその影響を受けたわが国の）不当利得法の類型論の主張である。この立場は、西ドイツでは一九五〇年代以後は通説的地位にあり、近時わが国においても一般的な承認を得つつある。類型論に関して、更に、後掲二注(23)を参照。

(2) ここでいう補充的な性格というのは、いわゆる不当利得の「補充性（Subsidiarität）」――他の請求権が成立しない場合にだけ、不当利得返還請求権が行使され得る。即ち不当利得と他の請求権の競合を認めない立場――ではない。このような立場は、かつて不当利得制度が衡平によって基礎づけられていた時代に――特にそれは、一般不当利得法（actio de in rem verso）が判例によってはじめて広範に認められたフランス法で――主張された。不当利得法が実際上制限なく適用となり、他の実定法制度の意味を掘りくずすからである。しかし、現在の類型論の下ではこのような不当利得観自体が揚棄され、不当利得返還請求権自体に明確な形式と限界が与えられている。補充性に関しては、浜上則雄「不当利得返還請求権の『補充性』」不当利得・事務管理の研究（谷口知平教授還暦記念）(3)（昭和47）一頁。

(3) 例えば、ローン提携販売を挙げることができよう。この取引においては、本来二つの契約（顧客・販売業者間の売買契約、及び顧客・金融機関間の消費貸借契約）は法的には別箇の独立したものである。しかし、売買契約が無効となった場合には、消費賃借も又（その結果として）無効とされる（二重欠缺、Doppelmange）。その際に、顧客は、金融機関から（顧客の指図により販売会社に支払った）貸金を不当利得として返還請求を受けるが、西ドイツの判例は（場合によっては）顧客に利得消滅の抗弁の主張を認めている。これについては、千葉恵美子「ローン提携販売の法的構造に関する一考察(一)～(三)」北大法学論集三〇巻二号三三三頁、同三号五一三頁、三四巻三・四合併号五六七頁（昭和54～58）を参照。(三)では、特に清算の局面での西ドイツの判例の紹介・検討が詳細である。学説では、顧客に金融機関の不当利得返還請求に対しても販売会社との間で生じた抗弁の主張を認めたり、返還請求自体を二重不当利得

(Doppelkondiktion) ――金融機関の不当利得返還請求の対象は顧客の販売会社に対する売買代金の不当利得返還請求であり、これによって販売会社の無資力・取立のリスクは実質的に金融機関に移される――と構成したりしている。例えば、Klaus Wilhelm Canaris, Der Bereicherungsausgleich in Dreipersonenverhältnis, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 779 ff, S. 838 f（山田幸二「日独における『不当利得法における三角関係』論の近況について――カナリス論文『三者間における利得の調整』の紹介をかねて」福島大学商学論集四六巻四号（昭和53）八二頁の紹介がある。）

以上のように、本来は指図として構成さるべき範型からローン提携販売の処理が外れるのは、別箇の契約（売買・消費貸借）から生じた複数の債権の依存性、従属性を認めたことに他ならない。複数の契約間の相互関連性という問題は、近年の信用取引においてしばしばみられ、かつ伝統的な契約法の世界では必ずしも充分に論じられてこなかったのである。このような視点については、Canaris, a. a. O. S. 838 f. 及び Detlef König, Ungerechtfertigte Bereicherung, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 2Bd., 1981, S. 1515 ff, S. 1579も、不当利得法における対第三者関係（Drittbeziehungen）の取扱いの方向性を論じたくだりでこのことを指摘している。ケーニッヒの鑑定意見及び法律案に関しては、拙稿「西ドイツ不当利得法の諸問題――デトレフ・ケーニッヒの法律案と鑑定意見の紹介を通じて――」法学志林八三巻二号（昭和60）三三頁、を参照。

(4) 民集二四巻七号九〇九頁。

(5) その際に、相手方との契約の有効・無効は問題とされない。但し、転用物訴権（Actio de in rem verso, Verwendungsklage）は時代・場所により様々に理解されてきた。これについては、ローマ法からドイツ民法典までは、於保不二雄「転用物訴権に就て」法学論叢三五巻二号（昭和11）七八頁、普通法については、磯村哲「不当利得・事務管理・転用物訴権の関係と分化(一)(二)」法学論叢五〇巻四号三二〇頁、同五・六号四四一頁（昭和19）。また、古典ローマ法におけるこの訴権の法社会学的記述は、吉野悟「ローマ法律家の判断モデルとその社会的合目的性」法社会学講座9（昭和48）一四六頁。近時の西ドイツの文献として、Berhald Kupisch, Die Versionsklage, 1965, Axel Brandi, Bereicherung aus fremden Vertrag, 1966.

(6) 例えば、四宮和夫、事務管理・不当利得・不当行為（上巻）（昭和56）二四二頁以下、好美清光「新しい不当利得法の動向について（上）（下）」判例タイムズ三八六号一五頁、三八七号二二頁（昭和56）、（下）二八頁以下。なおこの点については、後掲二注(22)(23)参照。

(7) 山田幸二「ドイツ民法典における不適法占有者の費用償還請求について」福島大学商学論集三七巻三号（昭和43）一頁は、主に一九六〇年代までのこの判例・学説を紹介し不当利得法との関連も示すが、その評価は必ずしも明らかではない。同、民商法雑誌六四巻四号（昭和46）六六八頁は前掲注(4)判例の評釈

であり、本事案が西ドイツにおいて占有者の費用償還請求権により解決されていることを紹介するが、その基本的な解決の視点は不当利得法上のそれ（信用の危険）であるとする、同六七五頁。

加藤雅信「類型化による一般不当利得法の再構成(6)」法学協会雑誌九三巻五号六二八頁（昭和51）も、転用物訴権論の一環として、本事案が西ドイツ法下では占有者の費用償還請求権により解決されていることを紹介する。しかしやはり、本事案は不当利得法上の利益衡量から外れるような利益状況の特殊性はないとし、両者で取扱いを異にするのは、不当であるとする、同六三四頁以下。

以上のような学説に対して、本事案に含まれる利益状況の特殊性を西ドイツにおける解決の根底にある利益衡量の検討によって示し、併せて（わが法での）多当事者間における不当利得法のあり方に示唆を与えるのが本稿の目的である。

(8) 勿論、ファイナンス・リース契約は別として一般に動産の賃貸借が担保取引と言えるかどうかについては、疑念を生じよう。しかし賃貸借契約の本体たる物の利用とその対価支払についてではなく、物の修理・保存が（民法六〇五条の原則とは反対に当事者間で）賃借人に移転される特約については、一種の担保契約と言える。後述一五四頁以下を参照。同様の特約がリース契約では原則となっているが、これが（リース債権がリース物権の価値保存によって担保される）担保的機能を果していることは、しばしば指摘されている。例えば、松田安正「リース契約」、ジュリスト八二八号（昭和60）一〇三頁、一〇六頁以下。

二　わが法と西ドイツ法との出発点の違い

(一)　わが法下の問題点

わが法においては、留置権（民法二九五条）が主張できる限りで、請負人は自己の契約相手方以外の第三者にも、契約相手方に対する請求権を主張して消極的に物の引渡を拒絶できる。[1] それにより、請負人と相手方（注文主）との間の契約内秩序（履行上の牽連関係）は保障され、更にその結果として両者の契約による財貨移動が第三者に移転すること（利得移動）も消極的に排除される。

しかし、請負人が支払を受けずに注文主に目的物を返還するか、或いは当初より注文主の下で作業して目的物の引渡が得られなかった場合には、留置権は問題にならない。それ故に、留置権が成立する場合も含めて次に問題となるのは、請負人が積極的に自己の出損の対価を得る手段であろう。これには前述したように転用物訴権の成否が問題となるが、それ以外の法制度による請求も考え得る。確かにわが法下では本事案はこれまで不当利得法の視点から検討されてきた。しかし、本稿の目的は、本事案の解決は西ドイツ法下では不当利得法以外の法制度により行われてきたことを紹介・検討し、これを通じて（わが国の）不当利得法への視点を提供することである。だから、まず不当利得法上の処理に先立って、他の法制度の検討から始めるのが適当であろう。ところで転用物訴権は、これを契約相手方（事務処理者）と第三者（転得者・本人）との事務処理関係に依拠せしめ、両者の事務処理関係から生じる（代弁済）請求権の範囲に限って給付者の第三者に対する請求を認める見解もある。歴史的にはこれは後期普通法下での学説の傾向であり、[2] その内の一人であるトゥール（Andreas von Tuhr）[3] の見解を承けて、わが国においても同様の主張がなされている。[4] しかし、本稿のテーマから、及びわが国では転用物訴権を不当利得の側面から考察する学説が多い点に鑑みて、この見解は不当利得法以外の法制度の下で言及することとする。

①　不当利得以外の請求

まず、請負人には動産保存の先取特権（民法三二一条）の行使が考えられよう。確かに動産保存の先取特権は注文主の「所有物」の上にだけ成立し、かつ善意取得の規定の準用（民法三一九条）はされない。しかしわが法は、所有権留保売主・譲渡担保権者の地位をその利用する法形式（所有権の留保・移転）によってではなく、その経済的機能に即して一種の担保権者として構成している。[5] その意

味で、注文主を「所有者」と考えて、先取特権の成立を論ずる余地はあろう。但し、このような議論の射程は、担保権者の排他的な目的物の価値の独占（いわゆる、マル取り）を排除する為のもので、競合する他の担保権者（先取特権者）との優劣は必ずしも明らかにされてはいない[6]。だから、仮に請負人の先取特権の成立が首肯されても、それは所有権留保売主・譲渡担保権者の（約定）担保権（更に、売主の場合には、動産売買の先取特権・民法三二二条）と競合することとなる。物権の優先的効力の一般原則がその成立の前後であるとすれば[7]請負人の先取特権は時間的に先行する担保権者に劣後することとなろう。更に注文主が破産した場合には、請負人の留置権は破産財団に対して主張できない（破産法九三条二項）[8]。それ故に請負人は留置権を保持している場合でも、最終的には第三者の約定担保権との競合にさらされよう。以上のように一個の動産の上に複数の担保権が交錯して成立する場合には、必ずしも明確に財貨秩序を規律するルールが与えられている訳ではない。更に注文主が賃借人である場合には注文主を「所有者」と考える余地はないから、請負人は先取特権も取得できない。だからこの場合に賃借人が破産すれば留置権の主張もできず、請負人は全く一般債権者と同列の地位に立つこととなる。

但し、注文主と第三者の間の契約関係に注目すれば、両者の間で動産修理という財貨移動に関しては請求権が存在する可能性もある。例えば注文主が賃借人なら、賃借人は賃貸人（第三者）に対して費用償還請求権（民法六〇八条）を持つ。しかし、賃借人の費用償還請求権は賃借人・賃貸人間の特約によって排除し得る[9]。次に、譲渡担保、所有権留保の場合には目的物の修理・保存は譲渡担保権設定者・所有権留保買主の責任とされている。目的物の使用についても、譲渡担保権設定者・所有権留保買主が賃借人ではなく、実質的な所有者と考えられるからである。それ故に、この場合には譲渡担保権設定者・所有権留保買主（注文主）から所有権留保売主・譲渡担保権者（第三者）に対する費用償還請求権は、そもそも成立しない。更に、単に請負人が注文主に対する報酬請求権で（仮に存在したとして）この費用償還請求権に代位するという構成では、注文主の他の一般債権者に対する優先権は確保されない。

その点を克服する為には次のような構成もあり得る。即ち、動産の修理施行という事務処理関係が、注文主・第三者間に考え得るとする。注文主・第三者間に修理施行という財貨移動に関する契約があればこの事務処理関係は委任であり、契約がない場合には事務管理であろう。このような法律関係に依拠して、事務処理者（注文主）は事務処理関係（動産修理）から生じた相手方（請負人）に負担した債務を、本人（第三者）に対して自己に代って弁済することを求

める請求権（代弁済請求権、民法六五〇条一項、七〇二条一項）を相手方（請負人）が直接に或いは代位して行使し得る、という提案がなされている。[10] 即ち、代弁済請求権は事務処理者が相手方に負う債務を本人に対して自分に代って弁済せよという請求であるから、他の一般債権者がこれを代位行使しても請求できるのは相手方に対して支払うことだけである。その限りで、請負人は他の一般債権者に優先して弁済を受けることができる。

しかし、この代弁済請求権も、本人（第三者）と事務処理者（注文主）間の決済の有無に依存している。だから、賃貸人（第三者）が賃借人（注文主）に支払ってしまったときには、代弁済請求権は存在しない。賃貸人・賃借人間で契約によってこのような請求権（具体的には費用償還請求権の排除の特約という形で）を封じておいた時も同様であろう。更に譲渡担保、所有権留保の場合には——目的物の使用についても賃貸借ではなく、譲渡担保権設定者・所有権留保買主（注文主）が実質的に所有者と考えるなら——このような事務処理関係は（少くとも当事者間では）成立し難い。

但し、以上のように動産の修理・保存の義務を賃借人（譲渡担保権設定者、所有権留保買主）に課する合意（特約）は、本当に合理的なものであろうか。譲渡担保・所有権留保の場合には、譲渡担保権設定者・所有権留保買主が実質的には所有者とみなされるなら、目的物の修理義務を負担することに合理性はある。[11] 即ち、目的物は最終的には譲渡担保権設定者・所有権留保買主に戻る（帰属する）ことが予定されており、かつ他方で目的物の価値の維持は譲渡担保権者及び所有権留保売主の担保権の目的ともなっているからである。また譲渡担保権設定者・所有権留保買主が目的物の修理・保存の義務を履行しない場合には、譲渡担保権者・所有権留保売主は損害賠償の請求ができようが、この請求も目的物によって担保され優先弁済を得ることができるからである。

しかし、賃貸借の場合には、特約によって修理義務を賃借人に課すことの合理性は、当事者間でも賃借人の一般債権者との関係でも相当に疑わしい。即ち、まず、このような特約の対価性が確保されているかどうかが問題である。賃借人が賃貸人に対して費用償還請求を免除した場合は勿論のこと——この場合は、債権者取消権の対象ともなり得よう——賃料が相場より安価であることの対価として修理義務が賃借人に課されるという特約についても同様にその対価性を疑問視する余地がある。というのもこの特約の対価性が確保されるのは、一定の（例えば、約定された）賃借期間が経過することを前提としてである。約定期間がほとんど経過せずに修理施行がなされて賃貸借契約が解除された場合には、賃貸人は実質的には修理代金の負担を免れたのと同様の結果となる。[12] 賃借人が賃貸借契約を

継続しようと考えていれば（これは同時に目的物を使用することが目標であるから）、まず修理義務を履行しようとするであろう。

他方で、賃借人が修理義務を履行せず（契約が解除され）賃貸人が損害賠償請求をしても、この請求は賃借人の他の一般債権者と同列の地位に立つものであり、なんら優先弁済をうけられないものであった。だから、同様の理由で賃貸人が賃借人に修理義務を課し、かつその対価を前払している可能性は、ほとんど想像できない。いずれにせよ修理費用を負担するつもりなら、賃貸人は（修理施行がなされたかどうかを確かめて）後払すればよいし、（賃借人が賃料を支払わない場合には）未払い賃料と修理費用を相殺する機会すらあったからである——そうすれば賃貸人は相殺によって賃料についても優先弁済権を得ることとなる。

更に、請負人の代弁済請求権の行使を考えれば、安価な賃料と引換に賃借人に修理義務を課すという特約は、一層不合理なものと考えられる。代弁済請求権の意味が事務処理によって負担した事務処理者の債務からの解放にあるという側面を重視して、本人は事務処理者（賃借人）に対する他の債権で相殺することはできない（判例はこのように考えている）と考えれば[13]、本来は賃貸人は未払い賃料と相殺はできなかったはずである。それ故に、この特約がなければ請負人が代弁済請求権を（直接にまたは代位して）行使した場合には、賃貸人はこの請求を拒み得なかった。だから賃貸人は特約によって、事前に修理費用と未払い賃料とを相殺して代弁済請求権の行使の機会を奪っていることとなる。以上のように考えれば、譲渡担保契約・所有権留保売買においても譲渡担保権設定者・所有権留保買主が目的物の修理義務を負うことも、当事者間では別として、この契約の第三者たる請負人との関係では合理性があるかどうかも疑問視する余地はあろう。というのは、やはり修理費用と被担保債権・売買代金は相殺されているからである。但し、この問題は——賃借物に先取特権が成立しないのとは別に——譲渡担保・所有権留保の場合には、請負人の目的物に対する（約定担保権との優劣は別として）先取特権の成立という形で法律関係にも反映されていた。

以上のように考えれば、本事案をめぐる不当利得以外の法律構成には次のような問題点があった。まず請負人は留置権を行使し得るが、注文主が破産すればこの留置権も効力を失い目的物を注文主に返還せねばならない。しかし目的物の占有の有無（及び返還しても）にかかわらず、注文主が所有権留保買主、譲渡担保権設定者である場合には目的物に対して先取特権を行使する余地がある。但し、この先取特権は第三者の担保権と競合し、かつこれに劣後する可能性が強い（或いはその優劣は未確定である）。請負人が先取特権を取得する余地がない場合（注文主が賃借人であるとき）も、注文主・

所有者の内部関係に依拠して求償を求める余地もある。この求償を請負人の注文主の所有者に対する代弁済請求権の（直接に或いは代位しての）行使と構成すれば、請負人は注文主の一般債権者に優先することもできる。しかし、代弁済請求権は、注文主・所有者間の決済に依存している。但し先に検討したように注文主が目的物の修理費用を負担する特約は、請負人との関係では、その合理性ははなはだ疑わしいものであった。

しかし、賃借人が目的物の修理費用を負担する特約を有効とし、請負人の動産保存の先取特権が約定担保権（譲渡担保・所有権留保）に劣後することを前提とすれば、請負人が積極的に自己の修理費用を担保する手段は、実質的に利得（修理施行）を保有する請負契約外の第三者（賃貸人、譲渡担保権者、所有権留保売主）に対する直接の不当利得返還請求権、即ちいわゆる転用物訴権の成立にかかっている。

② 不当利得返還請求権

伝統的な不当利得理論によれば、転用物訴権は利得と損失の「因果関係」の存否という形で議論される。前述したように、判例は（賃貸借の場合ではあるが）本事案において損失者（請負人）と利得者（第三者・賃貸人）間の利得移動に「直接の因果関係」の存在を認め、注文主の無資力により請負人の報酬請求権が実質的に無価値となった限度で請負人の第三者に対する不当利得返還請求権を認めた。

さて、ドイツ法において不当利得返還請求権の成立要件に「因果関係の直接性」が要求されたのは、本来は二つの契約関係の連鎖により第三者に財貨が移動した場合に、直接の契約相手方ではなく第三者に対しては直接の不当利得返還請求権（Durchgriffskondiktion）を行使できないという主張を表現する為であった。[14] というのも、物権変動において無因性をとるところでは、たとえ契約関係が無効となっても売主には目的物の所有権は戻ってこない。残るのは、買主に対する売買代金の請求であろうと不当利得であろうと、要するに債権にすぎない。当初より有体物所有権が介在せず契約により財貨移動がなされた場合（金銭、雇用・請負による労務等）についても同様である。だから給付（契約）関係の連鎖する場合に因果関係（の直接性）の存在を要求するのは、要するにこの債権を契約相手方ではなく第三者に対しては行使できないという至極妥当な主張を表現するものであった。[15] 即ち、契約の履行請求が相手方に対してしかできないこと（契約の相対性）は、契約の清算においても変りはないのである。以上の原理は、確かに物権変動において無因原則を採るところでは、全面的にあてはまる。

しかし、契約によって（給付されて）も、目的物から有体物所有権の性格が失われないところでは、即ちわが法の有因主義の下では、因果関係の直接性の目指す要請は別の原理によって与えられることとなる。例えば、動産（不動産）売買が二重に連続した場合に、第一の売買が無効・取消により消滅した時は、給付者は所有物返還請求権（或いは不当利得）により第三者（転得者）から売買目的物自体（或いは第三者が物を費消・転売した時にはその価値）を取戻し得ることに異論はない。この場合には、「因果関係（の直接性）」の予定していた、契約当事者間での契約関係の決済という要請は水泡に帰する。このことは、無因原則の採られる場合と比較すれば二つの結果を招来する。まず相手方と第三者間の契約関係（対価的牽連性）は破壊される。即ち第三者は相手方に支払った売買代金を取り戻すことなく、給付者に物を引渡す他はない。次に第三者が相手方に代金を未払いであれば、給付者は相手方の他の一般債権者に優先して弁済を受けることになる。この場合に第三者が自己の契約の効力を保持する機能は、わが法の下では公信力による善意者保護（善意取得、民法九四条二項の類推、或いは無効・取消の第三者に対する主張を制限する規定等）に委ねられている。

だからわが法の下で因果関係の存否について最も争われ（かつその議論を通じて因果関係論が形成され）てきたのは、文字通りには有体物「所有権」が考えられない騙取金銭による第三者への支払いであった。しかもこの場合にも金銭に有体物的保護を与えるという思考様式が反映されている。即ち、たとえ契約関係によって金銭が給付されても、金銭は完全に（有体物）所有権の性質を失わず、第三者に対しても一定の追求力が認められている。その際に判例は、金銭の移動が消費貸借によって給付されたのか、それとも預けておいたものを流用したのか（この場合には金銭の帰属についての合意はない）を区別せず、「騙取」と総称する。[16]というのも契約に瑕疵のある時には所有権の性格が残存する限りで（占有離脱物には第三者の側での善意取得が成立しないという差異が生ずる以外は）、そもそも契約によって所有権の移転について合意のあったことは決定的な意味を持たないからである。更に通説は、不当利得返還請求権の前提として、因果関係を直接の因果関係ではなく、これよりも広い（かつ実際上は限界のない）社会観念上の因果関係で足りるとして、原則として第三者に対しても追求力を容認する。[17]この請求を切断するのは、ただ第三者の側での「法律上の原因」である。[18]これは、物権変動における公信力とほぼ同様の機能を果している。即ち、判例は、第三者の「悪意・重過失」を条件として返還請求を認めるという立場を示している。[19]勿論、金銭を受領した第三者は、他の有体物を受領した物より、原「所有」者の追求をうける余地は少ない（と

考えるべき）であろう。但し、その程度はどの位か、より具体的な基準（及び、その法律構成）については争いがある[20][21]。しかし、いずれにせよ金銭の不当利得返還請求の場合にも、有体物所有権と同様にそれが不当利得返還請求であっても所有権的な側面が認められているのである。

ところが本事例の場合には、請負人の給付（修理施行）は労務であり、当初より有体物所有権は観念できない。このことから、本来は因果関係の（直接性の）ないことが、わが法においても障害なくあてはまるはずの事案である。そこで、西ドイツの不当利得における類型論[22]の影響をうけた近時のわが国の学説[23]からは、本事案で直接に第三者に対する請求（転用物訴権）を認めた昭和四五年の最高裁判例は、激しく批判されたのである。即ち、従来の通説は、（直接の）因果関係の本来果すべき役割を認識せず、社会観念上の因果関係を漠然と主張することにより、契約関係の履行・清算を契約相手方とだけですべしという要請を無に帰せしめ、更に転用物訴権までも承認する契機を与えた。これに従った最高裁判例も疑問である、というのである[24]。

（西ドイツ法の影響を受けた）わが国の類型論も、その類型化に様々の差異はあっても給付（による）不当利得とその他の方法による不当利得とを区別する点では共通である。前者には（主に）瑕疵ある契約の清算の機能が与えられ、後者に対しては（前者とは異なり）契約関係によらずして移動した財貨の回復の役目が割りあてられている。かつ、このような類型化によって、各々の不当利得類型の中に不当利得返還請求権の債権者及び債務者も同時に規定されている。給付不当利得返還請求権にあっては、契約（給付）当時者間（給付者・受領者間）で請求権が発生する。即ち、直接の因果関係の目指した契約の相対性の要請は、類型論の下では給付（契約）関係によって実現されるのである。

以上の理の妥当性は、しばしば西ドイツの学説を援用して裏づけられる。例えば、（西ドイツにおける不当利得法の類型論の創始者である）ケメラーは、転用物訴権に関して次のような説明を与える。給付者は契約して給付することによってそこから生ずる「契約の危険（Vertragsrisiko）」を負担する。即ち、給付者は契約上の履行請求であれ不当利得であれ契約相手方たる受領者に対してしか請求できない。契約を締結するにあたっては相手方の信用は調査し得るし、かつそうすべきであるからである[25]。このような「契約の危険」は給付者は取引の相手方が無資力な場合にも、相手方から実質的に契約上の給付が移転された第三者には追求できないこと、及び相手方の他の一般債権者に優先して弁済を受けるべきではないことも表明している[26]。

以上のような西ドイツ法下の転用物訴権を否定する論拠を考えるときに重要なのは、無因原則の存在である。無因原則は、給付者が自己の契約相手方以外の第三者に対して追求すること、即ち第三者に自己の契約の危機を移転することを、給付者が給付した段階で切断している。第三者の取引の安全は、給付者が給付したことによって守られている。だから給付不当利得返還請求権の折出によって以上の理は解明され、そこにあっては「契約の危険」が強調される。無因原則の存在は他方で契約相手方と第三者との関係を事務処理関係として構成すること（相手方・第三者間の請求権を給付者が行使すること――これを転用物訴権と言うかどうかは別として――）を妨げるものではない。しかしこの場合にも、第三者が自己の取引相手方（給付者にとっては受領者）との間で形成した対価関係は損われない。いずれにせよ、第三者は支払うべきものを支払うのだから。

これに対して無因原則を前提としない場合には、給付者からの請求に対して第三者は原則として自己の取引相手方との契約関係をひきあいに出すことすらできない。即ち、契約によって給付がなされたとしても、第三者に対する直接の不当利得返還請求権を排除することはできない。だから、わが法における不当利得返還請求権の切断は、直接の因果関係や給付不当利得によってではなく、契約によって移転した財貨が有体物所有権の性格を持たず、金銭債権として現われることに求められていると言っても過言ではない。本事例の場合にも請負人は注文主に対して給付したことによってではなく、有体物所有権の介在する余地のないことによって、第三者に対する不当利得返還請求権の主張は排除されているとも考え得るのである。

以上に述べたような視点を実際上も解釈論において主張している（と思われる）のが加藤（雅信）不当利得理論である。かつ加藤論文は、限られた範囲で転用物訴権をも承認している。[27] 加藤不当利得論は、西ドイツ法下における不当利得の類型化の方向性を意識的に退ける。[28] その上で不当利得法の機能を矯正法的不当利得と帰属法的不当利得（及び、両者の並存して成立する両性的不当利得）とに類型化する。前者は財貨移動を基礎づける法律関係（これは契約関係には限られない。実定法上のすべての財貨移動を基礎づける規定も含まれている。）が表見的には存在した場合であり、後者はこのような法律関係が表見的にも存在しなかった場合に発生する不当利得返還請求権である。以上の不当利得類型は、具体的な法律関係の存否によって不当利得返還請求権の成否を形式論理的に判断できる。[29] 更に以上のような不当利得類型の中には西ドイツ及びその影響の下にあるわが国の類型論とは異なり不当利得返還請求権の当事者規定は含まれていない。不当利得返還請求の当事者規定が（二当事者関

係とは異なり）問題となる三当事者関係に則して加藤論文は幾つかの事例を検討するが、これ等はいずれも財貨移動を基礎づける具体的な法律関係の存否によって不当利得返還請求権の成立が考え得るとされる。[30]

だから、このような加藤説の下で唯一の例外とされるのが転用物訴権である。即ち、加藤論文は、前掲最高裁判例を叩き台として転用物訴権について次のように考えている。転用物訴権は、以上の矯正法的不当利得の前提としたような財貨移転を基礎づける法律関係（即ち、請負契約及び賃貸借契約）が存在するにもかかわらずそのような法律関係の存在しない者の間で財貨の回復を認めるという点で不当利得法にとって異質なものである。

そこから、転用物訴権を承認すべき範囲は、形式的ではなく実質的考慮によって考えられるべきこととされるのである。実質的考慮とは、注文主の一般債権者・第三者・請負人の三者間の利益衡量である。即ち、第三者・注文主間で財貨移転の対価が具体的な（注文主の第三者に対する）請求権として存在する時は、この請求権は一般債権者の共同担保たるべきもので、請負人が直接に第三者に対して請求（転用物訴権）を行使して優先弁済を受けるいわれはない。次に、この財貨移動が注文主・第三者間で対価性を保って決済されている時は、既に支払いを済ませた第三者は請負人の請求によって「二重の経済的負担」を強いられることとなる。だから、転用物訴権は、注文主・第三者間で無償で財貨が移動し（この場合には注文主の第三者に対する請求権は存在しないから）注文主の一般債権者がこれを請求できない場合に、はじめて承認される。この場合には一般債権者の利益は害されないし、第三者の無償取得は請負人に対して保護される必要はないからである。同様の理は、ドイツ民法典八二二条も認めている、とされる。即ち、この規定は、無効な契約により給付されたものを受領者（利得債務者）が第三者に無償で譲渡し、これによって受領者の利得返還義務が（法律上も利得の消滅により）なくなった場合に、給付者（利得債権者）から第三者に対して直接の不当利得返還請求を例外的に認めるというものである。加藤説では、同条の要件と異なり契約が有効でかつ利得債務者が単に無資力である場合にも、利益状況は同じであるから直接の請求を認めるべきことに支障はない、とされる。[31]

加藤説は、騙取金銭による不当利得の処理についても以上の転用物訴権論と同様の判断を示している。金銭騙取の事例においては、金銭には有体物所有権が考えられず、金銭債権一般の効力として問題を考えるべきであるというのが、加藤説の出発点である。そこで加藤説では、（これまで判例でとりあげられた）金銭騙取の不当利得は、すべて債権の第三者効たる債権者代位権、債権者取消権によ

り解決が与えられる。即ち、騙取者が利得者に対して（利得者の債務を弁済した結果生じた）求償権を持つ場合には、損失者はこれを代位行使できる。更に、騙取者が利得者に対する（自己の）債務を弁済した時にも取消権の要件にあたる場合もある、とされるのである。判例は損失者の不当利得返還請求の要件として、利得者の悪意・重過失あることを要求しているが、加藤説によればこれは単なる悪意ではなく騙取者との共謀による一部債権者への弁済であり、（近時の有力説の説く）[32]取消権の要件にあたるとされる。[33]判例をこのように読むことの当否は別として、損失者になんら優先権を認めないことは同様である。

転用物訴権においても、その成否は、債権者取消権、債権者代位権の機能との比較の下で行われた。

そこから（仮に、注文主の一般債権者に対して請負人に優先弁済権が認められるべきであるとすればという消極的な形で）注文主・第三者間の事務処理関係から生じた代弁済請求権の代位行使が提案されているにとどまる。本来、注文主の第三者に対する請求権は注文主の一般債権者の共同担保たるべきものだからである。[34]他方で、注文主が自己の第三者に対する債務を弁済したような場合、即ち、安価な賃料と見あった修理義務負担は問題なく請負人の介入を許さるべきではないとされた。まず第三者は二重の経済的負担を被るからであり、（仮に特約が少々は対価性を失していても）賃貸借契約等の複合的な契約の組み合わせによって財貨移動している時にはその対価性の判断は当事者（注文主・第三者）に委ねらるべきである、とされるからである。[35]

しかし、先に検討したように、このような特約の合理性には多くの疑問がある。更に、（金銭騙取の不当利得において加藤説が主張するように）本旨弁済ですら詐害行為となり得るのなら、このような特約もまた詐害行為であると言えるのではなかろうか。勿論このように考えても、加藤説の視点からは詐害行為にあたる場合も有るという点まではともかく、請負人に不当利得返還請求権を認める根拠は積極的には与えられない。

更に、加藤説で転用物訴権を認めらるべき唯一の場合とされたのは、無償で注文主・第三者間で財貨移動したときである。金銭騙取の事例ではこれとパラレルなのは、騙取者が第三者に騙取金銭を贈与した場合であろう。金銭騙取については（これまでの判例に明確な法律構成を与えることが目標とされているから）判例でとりあげられていないこの場合は論じられていない。しかし、本旨弁済ですら詐害行為である可能性があるなら、無償の譲渡は当然に詐害行為取消権の対象となろう。加藤説は、詐害行為取消権と異なり主観的要件（注文主の詐害の意思及び第三者の悪意）を前提とせず、単に

無償なだけで第三者に請求できる点に転用物訴権の意義を認めた。しかし、仮に詐害行為取消権の行使の要件が満足された場合の転用物訴権の成否はどうなるのであろうか。他の注文主の一般債権者の利益の為に、転用物訴権は背後に退くべきものであろうか。もしそうだとすれば、詐害行為取消権の成否については、転用物訴権を行使する訴訟のどのような局面でとりあげられるのであろうか。先に転用物訴権が行使されれば、事実上は取消権は行使され得なくなるであろう。とすれば、請負人或いは損失者に直接請求を独自に認める限り、他の一般債権者に優先する結果となるのは避けがたい。この優先はいたしかたないものなのか、それとも優先する根拠が与えられるべきものなのであろうか。

以上のような転用物訴権を否定する（或いは制限的に認める加藤説も含めて）近時の学説の妥当性、及びその本事案を取扱った最高裁への批判的態度について、どのように考えるべきであろうか。まずとりあえず本事案を扱った最高裁判決の具体的（な事件の解決としての）妥当性について述べておこう。先に賃借人に修理義務を課す特約の合理性について問題としたように、本事案でも賃貸借契約は短期間（二ヵ月位）で解除された。だから、注文主、第三者間の特約、つまり安価な賃料と修理義務の負担との間には対価性はない。岩城論稿は、この点から出発して、右特約はその前提となる事情が変更されて、合理性を失ったのだから民法六〇五条一項の原則（必要費の賃貸人負担）に戻り、この注文主の賃貸人に対する（必要費ないし不当利得の）請求権を請負人が代位して行使したと評価できる、としている。[36] 近時の学説の立場に立っても（請負人の請求を不当利得と構成できるかどうかを別として）この評価には賛同を得られる余地は有ろう。しかし、本事案には、これ以上の問題性が含まれていると考える。即ち、請負人の給付（修理施行）は目的物が「注文主の所有物」であれば先取特権の成立したことを考えれば全く物権的な保護を切断して考えられるのかという点、及び、第三者への利得移動（修理施行）はたとえ注文主との間で対価性を持っていたとしてもこれを無制限に請負人に対して主張できるのかという点である。前者について、わが法の下では契約により財貨移転の合意がなされ給付が完了した場合でも、そのことによって完全に給付者は所有権を失わず、契約が無効となったときは所有物返還請求権が行使され得る、或いは金銭の場合にも（それを「価値の上のレイ・ヴィンディカチオ」と構成するかどうかは別として）一定の追求力が認められるのである。不当利得における因果関係を「社会観念上の因果関係」と考え、原則として第三者への請求を認めた通説[37]は、その限りで事態を適確に捉えたものと言えよう。確かに、以上は、「有体物」的保護が考え得る事案に関してではある。しかし、請負人の

給付（修理施行）も先取特権が成立する契機を考えればその物権的な保護が完全に切断されているのであろうか。仮に、請負人の給付が労務だけではなく物をも含むものである（かつ契約が消滅した）時には、第三者の物に給付物が添附しても依然として原所有者による請求が考えられるであろうが、両者は全く別異に考えらるべきものであろうか。次に、以上の疑問とつきあわせてみれば、第三者の担保権の効力、及び賃貸人の特約の効力と、請負人の先取特権（賃貸物の上には先取特権は成立しないと考えられているが）との優劣は、どのように考えるべきであろうか。以上の疑問は、一応疑問という形で残しておき、後に西ドイツ法の検討を終った後に考えることとする。

ここまでの議論からは、次の点についてだけ確認しておきたい。まず、請負人が譲渡担保物、所有権留保物、及び賃借物に修理施行（労務を給付）した場合には、その権利が注文主の所有物に対して修理施行した場合よりも弱くなること（先取特権の不成立或いは担保権との競合）。更に、担保権と競合する場合でも、その優劣は不当利得以外の法制度において必ずしもはっきりと決定されてはいないこと。次に、不当利得においては、請負人の第三者に対する請求（転用物訴権）は、近時の学説によれば、全く認められないか極く限られた範囲でしか承認されないこと。但し、この学説は、請負人の給付から発生する請求権を全く一般の金銭債権と同様に考えており、かつその前提として請負人の先取特権の成立し得る局面（即ち、請負契約の注文主が所有権留保買主、譲渡担保権設定者であった時）との比較、及び顧慮を必ずしも充分に行ってはいないこと、である。

以上の点を確認した上で、西ドイツ法下の解決を検討するが、それ以前に、以下(二)では西ドイツ法のわが法との出発点（即ち前提とする法制度）の違いについて、概観しておくこととする。

(二) 西ドイツ法の出発点

先にも述べたように、西ドイツ法の下では本事案が不当利得法上の問題として取りあげられることは稀であり、その解決は他の法制度に焦点をあてて論じられている。とすれば、ここではまず本事案が不当利得法（或いは、転用物訴権）の問題として論じられない理由を明らかにしておく必要があろう。即ち、転用物訴権として考えられる範型から本事案が、どのように外れているから契約外の第三者に対する直接の請求が認められるのか。勿論、本事案を他の法制度によって解決する場合にもこのような取扱いを支持する利益衡量はそれぞれの具体的な制度に即してなされている。しかし、ここでは、以上の根拠を不当利得法上の議論の射程から明らかにしておくことが適当であろう。それ故に、以下では、（わが法下での本事案

の扱いを検討したときとは反対に）不当利得法（及び転用物訴権）に関する問題をまず整理しておくこととする。

① 転用物訴権について

転用物訴権を否定するドイツ民法典起草者の見解及び学説は（転用物訴権を承認しようという少数説も含めて）、既にわが国でも紹介されている。[38] ドイツ民法典の起草者は、普通法上の転用物訴権を明示的に拒絶した。だから先に述べたようにわが法でも受け継がれた、事務処理関係に即してこれを認めるというトゥールの提案[39]も含めて、自己の契約の相手方以外の（実質的には利得の移転した）第三者に対する直接の請求権は、全く認められないものとされたのである。[40] 民法典施行後に、不当利得返還請求権の一般条項であるBGB §812 によって転用物訴権を承認しようとした少数説は存在したが、通説はこれを因果関係の直接性の原則（Unmittelbarkeitsprinzip）によって退けた。[41] 更に近時の、類型論は、給付不当利得（Leistungskondiktion）と非給付不当利得（Nicht — Leistungskondiktion）の区別により、（文言自体からは、その意味内容の必ずしもはっきりとはしない）直接性の原則よりも、一義的明確さで（転用物訴権も含めて）多当事者における不当利得返還請求権のあり方に規律を与えるのである。

転用物訴権の事例においては、受領者が一度給付者との契約により取得したものを、再度契約によって第三者に移転している。この場合には、（旧来の衡平説の与える説明）例えば直接の財貨移動の要件は比較的わかり易い。しかし、いわゆる短縮された給付（abgekürzte Leistung）の——Aの指示によってBがCに給付した——場合には、Bの行為によって（事実上は）直接にCに財貨が移転している。この場合には（A・B或いはA・C間の契約が無効になった時に）BからCへ直接の財貨移動がなかったという説明はあまり説得力がない。[42]

類型論は、給付による不当利得と非給付不当利得の弁別、及び前者における「給付関係」の決定という方法によりこの問題を解明した。即ち、給付関係という規範的な概念の定立により自由に不当利得返還請求の当事者を決定するのである。そこでは、前述の短縮された給付の例におけるBの給付行為はBのAに対する従属性ゆえにAの指図によるAの給付とみなされ、BはAの給付媒介者（Leistungsmittler）とされるのである。即ち、給付関係はA・C間及びA・B間に生じ、B・C間には生じない。もっとも、このこと自体は、契約法及び物権法において履行補助者・占有機関なる概念が有るのと同様に特に実質的な意味のあることではない。問題は、どのような場合にBの行為がA・C間の関係においてAの行為とし

て以外は法的には無意味とされるのかという当事者間の従属性をうみ出す具体的な利益状況の解明である。[43]

さて以上のような給付関係は、給付概念（Leistungsbegriff）によって設定される。即ち、給付とは意識した目的指向的な（bewußt und zweckgericht）他人の財貨の増大と定義され、給付関係は給付（者）の目的設定にかからしめられるのである。[44] カナーリスは、このような（通説的）類型論の給付概念は事態の利益状況を明らかにしていないとして、実質的な評価基準を提出する。[45] メディクスの要約によれば、それは以下の三つである。

① 瑕疵ある原因関係のいずれの当事者も、相手方に対する自己の抗弁を保持できること。

② 他方で、いずれの当事者も自己の契約相手方が第三者との法律関係から引き出した抗弁からは守られていること（これは既に普通法下でも知られていた第三者の権利に基づく抗弁（exceptio ex iure tertii）は許されない、ということである）。

③ 無資力の危険は適当に分配さるべきである。即ち、いずれの当事者も、自分で相手方として選んだ者の無資力の危険を、かつそれだけを負担すべきである。[46]

しかし、以上の分析からは給付関係を導く規準は明らかとなっても、具体的にどのような事実関係に対して給付関係を設定すべきかは明らかではない。[47] 但し、給付関係の設定自体は、その給付関係当事者以外の者への不当利得返還請求の行使を排除していく。即ち、給付関係を認めることはその当事者以外との清算、及び履行請求を排除するのである。かつ、このことは、西ドイツ法下では契約によって有体物所有権が排除されること（無因性）により担保されていた。

だから、或る事実関係を給付関係と評価するにせよ、或る請求を転用物訴権と呼ぶにせよ、そこには、そのような事態を契約当事者間での清算に局限するという評価及び、給付者は完全に物権的権利から切断されているという事態が、含まれている。それ故に、このような要請は、給付関係をどのようなものと考えるにせよ、以上のような評価に反する結果が導き出される場合には、自ら別の解決が与えられる。即ち、給付概念を操作して清算関係を認めるにふさわしい当事者間にそれを創出するか、或いは給付者に他の（契約当事者以外にも請求の可能な）請求権を与える、即ちそのようなものと請求権を考えることである。前者のような給付概念の操作は、近時の西ドイツにおいて——主に判例によって——日常的に行われていることである。[48] 他方で、後者の場合にあたるのが、本事案である（と考えられる）。

さて、一応は本事例がそこに含まれるとされる転用物訴権は、給付者に物権的権利を観念する余地もなく、かつ給付者、受領者、第

三者の間にそれぞれに（給付者・受領者、受領者・第三者）給付関係を設定するという以外の扱いをする必要性は存在しない。かえってそれ以外の三当事者関係（例えば、先に示した広い意味での指図）のように財貨移動に関与する当事者を法的に他の当事者に従属させる契機がない程に、転用物訴権における各当事者は独立したものと考えられているからである。[49] それ故に現在では転用物訴権の問題は西ドイツ法下では既に解決済みであり、不当利得法における多当事者関係の中であまり論じられることはない。

転用物訴権論そのものを目的とするのではない本稿では、とりあえず以下の点を明らかにしておけば足りよう。

まず、何故に西ドイツ法下で本事例が不当利得法の下で扱われないのか。次に不当利得（乃至は転用物訴権）と本事例の関係はどのように考えられているか、である。

第一の問題については（表面的な理由であるが）次のように答えることができよう。請負人・注文主間の契約の有効性を前提としての請負人の第三者に対する不当利得返還請求は、確かに転用物訴権にあたる。これについては、右にみたように西ドイツ法下では既に解決済みである。他方で請負人・注文主間の契約が無効な場合は実際上問題となっていない。仮にその場合でも、転用物訴権を退けた判断はそのままにあてはまる。請負人の第三者に対する直接請求に関して問題となるとすれば、――無効な契約に基づいて受領したものが第三者に無償で譲渡されて、受領者の不当利得返還義務が利得の消滅（BGB §818 Ⅲ）により消失した場合に、給付者に補充的に第三者に対する直接の不当利得返還請求権を認める――BGB §822の適用であろう。しかし、この規定が受領者（注文主）が法律上も（利得消滅により）返還義務がなくなった場合にだけ適用され、単に無資力な場合に類推適用されないことについては、（若干の学説を除いては）通説、判例は一貫している。[50] だから契約が有効でかつ受領者が無資力な場合に、この規定を類推しようという（前掲、加藤論文のような）主張はない。

次に、第二の問題に関しては、その前提として明らかにしておくべき事情がある。西ドイツ法下では、当初より目的物の占有を取得しなかった請負人に関しては（判例・学説で問題とされることはないが）、仮に第三者に対する不当利得返還請求が考え得るとすれば、それは転用物訴権でありしかもこれについては全く認められていないことである。したがって問題となるのは、目的物の占有を取得した請負人による占有者の費用償還請求権（BGB §994 ff）及び請負人の法定質権（BGB §647）の主張なのである。結論を先取りするならば、このことの背後には担保制度に対するわが法との異なった態度がその前提となっている。即ち、（これは、三以下で論述すべ

きことではあるが）この問題の背景には請負人の請求権の担保（Sicherung des Unternehmers）という問題が、介在している。更に、その担保は、占有という動産取引における公示の要請と調和する限りで（例えば、わが法における先取特権とは異なり法定質権という形で）保護される、という考え方が表現されている。

もちろん請負人が占有を保持する場合にも、転用物訴権と費用償還請求権（及び、法定質権）との間に共通点が有ることは承認されている。しかし、この制度の機能が似ているから両者を同一に扱うべきであるという主張は比較的少なく、本事案の具体的な利益状況から請負人に一定の担保権者的な地位――契約相手方に対してだけではなく、第三者及び目的物に対しても請求できるという地位――を承認しようというのが、多数の学説及び判例の立場なのである。即ち、本事案において（目的物の占有を保持した）請負人は、第三者に対する費用償還請求権（及び法定質権）を取得している。このことは、先に述べた給付関係の設定規準に即して考えれば、次のことを意味する。転用物訴権の伝統的な取扱い（そこでは、三当事者はそれぞれ他の当事者に従属させられない程に独立したものとされている）ゆえに、本事例においても請負人の第三者に対する給付関係を設定することは不可能でもあり、かつ事態に即したものとされなかった。請負人は西ドイツ法の下での担保権制度に即して与えられる請求権を通じてだけ、直接に契約外の第三者（所有者）に対しても請求できるからである。しかし、具体的にこの請負人の担保権者的地位を論じ不当利得法上で顧慮される視点との関連を明らかにするには、西ドイツ法に固有の法制度及びその利益衡量を顧慮した上でなくてはならない。それ故に、この問題は本論（三以下）の論述の中で具体的に明らかにすべきものであろう。以上の問題の出発点として、まず西ドイツ法の議論の前提となっている法制度、及びそれに固有の問題を確認することとする。

② 西ドイツ法の出発点

既に述べたように、西ドイツ法下では目的物の占有を取得しない請負人の第三者に対する直接の請求が認められる余地はない。だから問題は、まず第三者（所有者）の請負人に向けた所有物返還請求に対する目的物の占有者たる請負人の抗弁という形で生じる。

即ち、伝統的な通説に依れば、所有物返還請求権は所有者（所有権留保売主、譲渡担保権者、賃貸人）・間接占有者（注文主）間の契約関係の終了と間接占有者（上級占有者）の占有権の消滅により基礎づけられる。この前提が満足されれば、直接占有者（下級占有者）たる請負人の占有は、その根拠を注文主との契約関係から引き出した債権的な占有権であるから、注文主の占有権と共に消滅する。[51]

さて、BGB §273 は、反対債権による留置権（Zurückbehaltungsrecht）を規定している。しかしBGB §273 の留置権はわが法の物権的留置権とは異なり債権的権利であるから、請負人が所有者からの返還請求を拒むには所有者に対して直接になんらかの請求権を持っていなくてはならない。[52] しかし、請負人と（契約関係の第三者たる）所有者との間には、契約による直接の債権は存在しない。契約外の債権も、不当利得については（成立しないことは）前述の通りである。

事務管理の適用も、否定されている。その理由は一応は、形式的に主観的、客観的な事務管理の要件にあてはまらないというものである。即ち、請負人は注文主との契約を履行し自己の債務を果す為に修理施行したのであり、「他人（第三者）の為」に行為した訳ではない。[53] 更に、請負人の修理施行が「他人（所有者）の事務」を遂行したかどうかも疑問である。注文主が所有権留保買主、譲渡担保権設定者の場合には、動産の修理保存は所有者の事務ではなく、売買契約及び譲渡担保により保存・修理を義務づけられた注文主の事務であると考えられる。[54] 但し、必ずしも以上のようにだけ考え得る訳ではない。それが誰の事務であるか、及び請負人の意思を全く逆に考えることも可能である。まず、少なくとも動産の修理施行そのものは、注文主（或いは請負人が契約によって負担した自己）の事務であると共に、所有者の事務であるとも考えることができる。更に、自己の契約上の義務を履行しようという請負人の意思は、同時に所有者の為に事務を遂行するという意思を排斥するものではないからである。だから結局は、事務管理制度の趣旨から、一般には契約による給付が第三者に帰属した場合に第三者に対する請求を認めるのはこの制度の課題ではないことを明らかにする他はない。[55] 但し、理由づけはともかく、結果的に判例・学説ともに本事例において事務管理の適用は認めていない。

そこで学説が提案するのは請負人の目的物に対して、或いは所有者に対して直接の請求を可能とする請負人の法定質権、或いは占有者の費用償還請求権による請求である。まずこの請求に関する規定を一括して掲げておくのが便宜であろう。

BGB §647　請負人は、それを作成又は修理の為に占有したときは、契約による自己の債権に関し、作成又は修理した注文主の動産に対し質権を持つ。

BGB §1257　法律行為により設定された質権に関する規定は、法律の規定によって成立した質権（kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht）に準用される。

BGB §985　所有者は物の占有者に対し、その返還を請求できる。

BGB §986 I　占有者または占有者に占有すべき権利（Recht

zum Besitz）を媒介した間接占有者が、所有者に対して占有すべき権利を持つときは、占有者は物の返還を拒むことができる。間接占有者が所有者に対して占有者に占有を譲渡する権限を持たないときは、所有者は占有者に対して間接占有者に物を返還することを請求できる。もし間接占有者が占有を引受けることができないか、またはそれを望まないときは、所有者自身に返還することを請求できる。

II（略）

BGB §994 I 占有者は所有者に対し、物に加えた必要費の償還を請求できる。

通常の保存費は、占有者が収益を取得している限りで、償還される必要はない。

II 占有者が訴訟係属の後、または九九〇条に規定された責任（悪意の占有者の責任――筆者注――）の発生後に必要費を支出したときは、所有者の償還義務は事務管理の規定により決定される。

BGB §996 必要費以外の費用は、それが訴訟係属以前または九九〇条に規定された責任の発生以前に支出され、かつ所有者が物を回復した当時その費用により物の価値の上昇が現存する限度で、占有者は償還を請求できる。

BGB §1000 占有者は償還さるべき費用の満足を受けるまでは、物の返還を拒むことができる。占有者が故意でした不法行為によって物を取得したときには、留置権を行使できない。

BGB §1001 占有者は、所有者が物を回復（wieder erlangen）または費用を承認（genehmigen）したときだけ、費用償還請求権を行使できる。所有者は費用の承認をすまるでは、回復した物を返還して請求を免れることができる。占有者が請求権を留保して提供した物を所有者が受領したときは、承認がなされたものとみなす。

BGB §1002 I 占有者が物を所有者に返還したときは、費用償還請求権は返還の時から一カ月、土地の場合は六カ月の経過により消滅する。但し、裁判上の主張があらかじめなされるか、または所有者が費用を承認したときは、この限りではない。

II（略）

BGB §1003 I 占有者は、償還として請求する金額を所有者に示して、占有者の決めた相当の期間内に費用を承認するかどうか表示するよう催告できる。費用の承認が適当な期間内になされなかったときは、右の期間の経過後占有者は質物売却の規定、土地の場合は不動産の強制執行の規定により、所有者から弁済を受けることができる。

まず請負人は法定質権を取得できれば、請負人は所有者からの返還請求権を拒絶できる（即ち、BGB §986 に言う「占有すべき権利（Recht zum Besitz）」を物権的権利によって基礎づけることができ

る）と共に、質権の規定（BGB §1228）により自己の報酬請求権（及びその他の損害賠償請求権）の満足を受けることができる。BGBが請負人の請求権の確保の為に認めたのは、この動産に関するBGB §647の法定質権及び不動産に関するBGB §648の保全抵当権であった。しかし、§647の法文により既に明らかなように、この規定は動産が注文主の所有物であることが前提となっている。そこでBGB §1257による契約質権（Vertragspfandrecht）の善意取得の規定（BGB §1207）の法定質権への準用が問題とされた。後に詳述するように、判例はこの準用を否定したが、学説の多数は善意取得を肯定している。

費用償還請求権の規定によっても、ほぼ法定質権が認められたと同様の結果となる。動産の修理施工は通常は必要費（或いは、有益費）にあたるからである。即ち、占有者（たる請負人）は、所有者からの返還請求に対して物を留置でき（§1000）、所有者が物を回復又は費用を承認（§1001）したときは費用の請求ができるが、それがなされない場合にも物を売却して弁済を受けることができる（§1003I→§1228）。

以上の規定の適用を通じて、判例及び学説は、請負人に対して担保権者的な保護を与える態度を示すのである。

（1）通説は、留置権成立の前提として債務者が物の所有者であることは必要はないと考える。我妻栄、新訂担保物権法（昭和49）三五頁、柚木・高木、担保物権法（新版）（昭和51）二五頁。

（2）この点については、前掲一、注(5)の文献を参照。

（3）Andreas von Tuhr, Actio de in rem verso, 1895. トゥールの学説については、後掲(39)を参照。

（4）三宅正男、「事務管理者の行為の本人に対する効力」、不当利得・事務管理の研究（谷口知平教授還暦記念）(1)（昭和45）三三八頁。

（5）例えば、鈴木禄弥、物権法講義（二訂版）（昭和50）二三八頁、二五一頁。それ故に、債務者（設定者・買主）が破産した場合には、債権者（担保権者・売主）は、取戻権（破産法八七条）によって目的物を取戻し得ず、別除権（同法九二条）による優先弁済を受けるにすぎないと考えられている。鈴木、同書二四二頁、二五三頁。柚木・高木、前掲注(1)著書六〇六頁、六一八頁。更に、債務者の一般債権者による執行に対しても第三者異議の訴（旧法五四九条、民事執行法三八条）ではなく、優先弁済請求の訴（旧法五六五条）によるべきものとされる。鈴木、同書二四一頁、二五三頁。柚木・高木、同書六〇五頁、六一八頁。（但し、この様な見解に立っても競売によっては満足が受けられないような場合には例外的に第三者異議の訴が許される、と考えられている。）優先弁済の訴訟が廃止された民事執

行法の下での処理については、井上治典、「第三者異議の訴え」、新堂・竹下編、基本判例からみた民事執行法（昭和58）九二頁を参照。

(6) 尾崎三芳、「先取特権制度の再検討2」、法律時報五三巻五号（昭和53）一〇〇頁は、動産売買の先取特権と譲渡担保権の優劣について、詳細な検討を行っている。

(7) 柚木・高木、前掲注(1)著書七五頁は、このように考える。但し、これは、動産売買の先取特権と抵当権につき、前者の優先を認めるという箇所においてである。

(8) 谷口安平、倒産処理法（昭和51）二二三―二二四頁「民法上の留置権が認められる場合には同時に特別の先取特権も認められることが多いので、実際上の支障はあまりないと言われるが、立法政策としては批判のあるところである。」とされる。

(9) 星野英一、民法概論Ⅳ（第二分冊、債権各論）（昭和51）二〇〇頁、二〇一頁。

(10) 三宅正男、前掲注(4)論文三五六―三六一頁は、代弁済請求権を相手方が直接に行使することを説く。加藤雅信前掲一注(7)論文、六五五頁以下は、代弁済請求権の代位行使を提案する。

(11) 柚木・高木、前掲注(1)著書六〇二―六〇三頁、譲渡担保権設定者は、目的物毀損によって目的物価格が被担保債権額以下となった時に、損害賠償義務を負うとする。この点からは修理義務が設定者にあることは前提とされている、と考えられる、六一五頁。半田正夫、民法講義3（担保物権）（昭和53）二七九頁、三一三頁。

(12) 前掲一注(4)判例に即して、この点を指摘するのは、岩城謙二「不当利得法理による債権の回収」ジュリストNo707（昭和55）二一六頁。この事案の具体的解決についても、判例に賛成する。

(13) 大判大正一四年九月八日民集四巻四八五頁、最判昭和四七年一二月二二日民集二六巻一〇号一九九一頁。但し、学説は、これに賛成する者、三宅正男、注釈民法(18)（昭和53）三六三頁よりも、反対に本人からの相殺を認める者が多い。我妻栄、債権各論、中巻二（昭和49）六八四頁、星野英一、前掲注（9）著書二八一頁等。

(14) Ernst von Caemerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, im Festschrift für Rabel 1, 1954, S. 333 ff＝Ges. Schriften 1, 1968, S. 209 ff（以下、Bereicherung として、かつ Ges. Schriften の頁で引用する）S. 248「それ（因果関係の直接性）は、少しは不器用なルール（Daumenregel）のような働きをしており、かつしばしばそのように批判されてきた。しかし、そのルールの機能は明らかである。（即ち）給付者は給付受領者にだけ処置することができる……。」

(15) 物権変動における無因性と因果関係については、川村泰啓、「不当利得における因果関係」、判例演習〔債権法2〕（昭和39）一二八頁、一三四―一三六頁。

(16) 最判昭和四二年三月三一日、民集二一巻二号四七五頁は、預っていた金銭の「騙取者」による流用（第三者に対する債務の弁済）である。かつ、本判例は、金銭騙取の事例と考えられている。

(17) 谷口知平、不当利得法の研究（昭和24）二三〇頁以下。松坂佐一、事務管理・不当利得（新版）（昭和50）八五―八六頁。我妻栄、債権各論下巻一（昭和49）九七七―九八〇頁。

(18) 我妻、前掲注(17)著書九七七頁。

(19) 最判昭和四九年九月二六日、民集二八巻六号一二四三頁。

(20) 金銭騙取事例の法律構成として最も特色のあるのは、次の二つの学説である。四宮和夫、「物権的価値返還請求権について」、私法学の新たな展開（我妻追悼記念）（昭和50）一八四頁、同、前掲一注（6）著書七七―七八頁、一九八頁は、返還請求権を価値のレイ・ヴィンディカチオ（ないし不当利得返還請求）として構成する。（但し、騙取者が第三者が他人に対して負う債務を弁済した場合――「四者不当利得」――には、原所有者は直接に第三者に対して返還請求できない。この場合には、騙取者の第三者に対して持つ求償権の代位行使、或いは債権者取消権による他人からの取戻しの余地が認め得るだけだ、とされる、同著書二四三―二四五頁。）

加藤雅信、類型化による一般不当利得法の再構成(15)、法学協会雑誌九八巻四号（昭和56）四九五頁は、金銭騙取の事例は基本的に、債権者代位権（第三者に対して騙取者の持つ求償権の代位行使）及び債権者取消権の行使によって解決さるべきものと主張する。即ち、判例、(前掲注(19))に言う第三者（受領者）が悪意・重過失の場合というのは、(近時の有力な学説が、本旨弁済の場合にも債務者と受領者の通謀が有れば債権者取消権の対象となると説く様に）第三者と騙取者の間に共謀の有ること、考えるべきであるされる、五〇六―五一〇頁。これに対しては、判例（前掲注(19)）で第三者が単に悪意で本旨弁済を受けた場合を詐害行為と呼ぶのは適当ではなく、かつ悪意の第三者に対し不当利得返還請求権を認めることの妥当性を指摘するのは、鈴木緑弥、債権法講義（昭和55）四六二頁。

(21) 金銭騙取の事例の取扱いについては、(事案の具体的な類型化の方向も含めて）様々の見解がある。かつ、結論に関しても微妙にニュアンスの違いがあり、その最大公約数についても明確な一線は認め難い。例えば、前掲注（16）判例の判例評釈であるが、明石三郎、民商法雑誌五七巻四号(昭和43)五八一頁は、第三者（受領者）は単に善意であるだけでは足りず、善意取得（そのものではなく、その趣旨）を援用するのが妥当であると主張する。このように考えれば、不当利得返還請求権の認められる余地は最も広くなろう。これに対して、加藤説（前掲注(20)参照）では、金銭騙取については不当利得法の適用の余地はなく、債権者取消権によって処理さるべきものと考えられるから、請求の認められる場合は最も狭くなるであろう。このような差異は、他の動産とは異なった金銭の追求力をどの程度に認めるかという評価の違いに起因する。好美清光、前掲一注（6）論文（下）三三頁は、前掲注（19）判決は、弁済受領者（第三者）の保護は同人の善意・無重過失を要件とすることで実務的な決着をつけたもの、であり、この方向は、英米法の善意有償取得者の保護及び占有離脱物でも金銭は善意・無重過失なら即時取得を認めるドイツ民法とも合致してお

り、今後も長く維持される、と評価している。その他、金銭騙取の事例に関する学説については、加藤雅信、注(20)論文中の文献を参照。

(22) 不当利得法における類型論はヴィルブルグ(Walter Wilburg) Die Lehre von der ungerechtfeitigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, 1934 に始まり、ケメラーの一連の論文、前掲注(14) Bereicherung, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, Ges. Schiften I, 1968, S. 370 ff, Bereicherungsansprüche und Drittbeziehungen, Ges. schritten I, 1968, S. 382 ff 等により、一九五〇年代以後の西ドイツの通説である。現在の西ドイツの代表的な債務法教科書、例えば、Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts II, Besorderer Teil, 12 Aufl, 1981, Esser-Weyers,Schuldrecht II, Besonderer Teil, 6 Aufl, 1984 等もこの立場に立って書かれている。類型論の基本的な方向性は、利得移動の具体的な不当性の根拠に即して不当利得返還請求権の要件及び効果を性格づけ類型化していこう、というものである。以上の類型論に関しては、既にわが国でも多くの紹介がある(後掲注(23)参照)。

(23) 西ドイツの不当利得における類型論の影響を受けたわが国の学説及びその紹介は、枚挙のいとまがないが、その中でも近時のもので特に西ドイツの不当利得論に忠実なものとしては、次のものを挙げることができよう。四宮和夫、前掲一注(6)著書、好美清光、前掲一注(6)論文、山田幸二「現代不当利得法の研究序説(一)―(七)」福島大学商学論集四九巻四号一頁、五〇巻一号八七頁、同三号八〇頁、五二巻一号六五頁、五三巻一号九四頁、同二号五一頁、同三号三六頁(昭和57―59)。

同様に西ドイツの類型論を継承しつつも、独自の不当利得理論を展開するものとして、川村(泰啓)論文及び加藤論文を挙げることができよう。前者は、商品交換法の構想の下に不当利得を類型化するものである。この川村理論の全体像を評価することは筆者の力量を超えるものであるが、当面の課題に即して、その骨格を次のように紹介することは許されるであろう。即ち、資本主義社会の法たる商品交換法の下では、人と人とは、私的所有(「所有」・「非所有」の関係――all or nothing の論理)の関係、及び契約(「交換」当事者の関係――give and take の論理)の関係に立つものとしてあらわれる。そしてこの二つは、主体的(行為主体への「過責」の契機による責任)な法的保護、及び没主体的(消極的に主体的な責任を含まない)な法的保護という二つの法的な権利保護の形式によって担保されている。不当利得法は、この二つの関係が没主体的に保護される局面を扱うのである。即ち、契約の裏としての給付利得制度、及び私的所有の裏としての他人の財貨からの利得である(過責の契機を含む悪意の不当利得法は、不法行為法の亜種)。その際に川村理論は、私的所有の対抗としての契約において双務性及び合意・有償の側面を強調するから――この点に川村理論の特色が有ると考える――、一方的給付(例えば恩給過払い)は給付利得ではなく私的所有の(没主体的な法的保護の)問題に還元される。更に、契約の世界では合意された交換条件の貫徹は相手

方の私的所有と抵触しない――だから、巻き戻しのレベルでも双務性は貫徹される――が、私的所有の世界では（私的所有が有体物或いは価値として残存していない限り）その回復は、相手方の私的所有と衝突する。だから私的所有の回復は、没主体的な保護たる不当利得返還請求によれば「現存利得」の返還として現われる。価値としても現存しない私的所有は、主体的責任（損害賠償）を介在しなくては保護されない。以上については、主に、商品交換法の体系Ⅰ（昭和57）参照。

このような方向性の下に、川村不当利得論文の多くは、衡平説による総体差額説（現実の財産の総額と利得移動が生じなかった場合の財産の総額の差を「利得」と考える――即ち、現存利得を不当利得であると考える立場）の批判へと向けられた。川村論文は、全体的な利得移動ではなく利得者の下で消滅して現存利得となる以前の、当初「取得されたもの」を不当利得の本体として捉え（これは、勿論、類型論に共通する態度である）、その具体的な利得移動の不当性の根拠（川村理論は商品交換法の体系の下にこれに給付利得、契約の世界――ここでは、双務契約の巻き戻しにおいて総体差額説を反対給付の控除によって利得の消滅に縫合した「差額説（Saldotheorie）」が批判の対象となる――及び他人の財貨による利得、私的所有の世界の論理に従って没主体的な法的保護という性格が与えられる）に即して利得移動に対して要件・効果が付与される（その他、他人の財貨による利得の亜種として「求償」及び「費用」が折出される）。このような骨格を持つ川村不当利得理論は、わが国の不当利得法理論に全体的・体系的な展望を与えたものであると言える。（勿論、川村理論の功績は以上の点にとどまるものではない。）その各論的展開については、以下の文献参照。川村泰啓、「『所有』関係の場で機能する不当利得制度(1)～(13)」判例評論一一七号、一二〇号、一二三～一三六号、一六八号、一二九号、一三七号、一三八号、一四〇号、一四二号、一四四号（昭和43―46）、同「返還さるべき利得の範囲(1)～(5)」判例評論五五号、五七号、六四号、六五号、六七号（昭和38～39）、同「一の中間的考察」判例評論七二号（昭和39）、同「不当利得返還請求権の諸類型(1)～(3)」判例評論七六―七八号（昭和40）、同「契約の無効・取消と不当利得」契約法大系Ⅶ一五四頁以下（昭和40）、同「不法原因給付制度と類型論」片山古稀記念・民事法学の諸相二五頁以下（昭和45）、同「不当利得における利得と損失」法学教室2二八頁以下（昭和38）。

加藤論文は、同論文が本事案に対する具体的な解釈論を提示する箇所で併せて言及する。後掲注(27)参照。

(24) 前掲一注(4)判例に言及する近時の学説は、これと同様の評価に立って、判例の理論構成及びその結論についても批判的である。例えば、土田哲也、香川大学経済論業四三巻六号（昭和48）一一六頁、山田幸二、前掲一注(7)判例評釈、加藤雅信、民法判例百選Ⅱ（債権）（昭和50）一五六頁は、本判例への批判的な評釈である。その他の学説は、四宮、前掲一注(6)著書、二四二頁、好美、前掲二注(6)論文（下）二八頁、広中俊雄、債権各論講義〔四版〕（昭和47）三八一頁以下が、はっきりと本

判例に反対している。

(25) von Caemerer, Bereicherung, S. 246.

(26) von Caemerer, a. a. O. S. 247は、仮に間接代理がある場合にだけ転用物訴権を認めたとしても（この場合には、相手方と第三者の契約関係は破壊されないが）、「給付者に自己の契約相手方が無資力な場合に間接代理された本人に対して破産法上の優先的直接請求（Durchgriff）を与えることは、ほとんど正当化され得ない。」と述べている。

(27) 加藤雅信　前掲注(20)論文五四七頁以下に、その不当利得論の全体像が筆者自身の手でもっとも整理された形で示されている。加藤論文の指向性は単に不当利得返還請求権の類型化にとどまらず、請求権競合の問題を視野に置くものであり、その全体像を評価することは筆者の能力を超えるものである。

但し（当面の問題との関連で）次のような指摘をすることは許されよう。加藤不当利得論の特徴は――通常は類型論と呼ばれているものとは反対に――要件・効果が類型の一定の内在的性格に即してではなく、具体的に関係づけられた法規定から与えられることである。それ故に、加藤類型論では――通常の不当利得類型論では非給付不当利得の一環である費用不当利得（Verwendungskondiktion）が――賃借人の費用償還請求権及び占有者の費用償還請求としてあらわれるときには、具体的な実定法規に指示されて、（契約関係の清算をも含む）矯正法的不当利得の一環とされる。（非占有者による費用支出は、恐らくは、事務管理規定に指示されるであろう。）勿論（具体的な法規定の性格から生ずる）具体的な効果は、両者において異なることはない。――民法典自体が一定の類型的構造を成しているからである。このことは、加藤論文でも不当利得法は実定法の箱庭という言葉で表現されている。同論文五六三頁。

以下に述べられる転用物訴権についても（先にも述べたように）類型論は契約の清算たる給付不当利得の性格から当事者を規定する。これに対して加藤説では（矯正法的不当利得の性格からではなく）実質的利益衡量から当事者が決定される。勿論、以上のような経過を経ても、契約関係の連鎖という性格を重視する限りで、両者の結論は異なったものとはならないのである。

(28) 加藤雅信「類型化による一般不当利得法の再構成(4)」法学協会雑誌九一巻九号（昭和49）一三六六頁、特に一四四九頁以下。

(29) 加藤雅信「類型化による一般不当利得法の再構成(5)」法学協会雑誌九二巻八号（昭和50）九一八頁以下、同、民法講義（昭和52）四〇頁以下。

(30) 加藤、「類型化による一般不当利得法の再構成(12)」法学協会雑誌九七巻二号一五九一頁以下。

(31) 加藤、前掲注(29)論文九三九頁以下。

(32) 例えば、奥田昌道、債権総論（上）（昭和57）三〇一頁。

(33) 加藤、前掲注(20)論文を参照。

但し、それが判例の読み方として妥当であるかどうかについては、疑問がある。前掲注(20)参照。

(34) 加藤、前掲注(29)論文、九四一頁以下。

(35) 加藤、前掲注(29)論文九四四頁。

(36) 岩城、前掲注(12)論文二一六頁。

(37) 前掲注(17)の文献を参照。

(38) 特に民法典施行後の学説（及び判例）については、谷口知平、前掲注（17）著書一六五頁以下。松坂佐一、不当利得論（昭和28）二〇三頁以下に詳細である。

(39) Andreas von Tuhr, Actio de in rem verso, 1895. トゥールの議論のほとんどは、ローマ法源に関するもので、筆者に咀嚼は不可能であった。そこで以下のトゥールの紹介及び評価は、前掲の一注(5)のブランディによった。ブランディは一九世紀パンデクテン法学の下で転用物訴権を認める見解を三つに分類している。即ち、相手方と第三者間の事務処理関係に注目して転用物訴権を構成する者（Regreßtheorie）、第三者の利得に注目する者（Bereicherungs-theorie）、及び両者の折衷的立場（Vermittelnder Standpunkt）である。トゥールの学説は（転用物訴権に関与する）三当事者関係の完全な解決を始めて与えた求償理論（Regreßtheorie）である、とブランディは評している、Brandi, a. a. O. S. 47 ff.

トゥールは、次のような（ローマ法源の）例を彼の考察の出発点とする。服従者（家子及び奴隷）が家長権力者の為に相手方に支払いをせず物を購入した。この取引によって、服従者は家長の利益において債務負担をした。服従者は家長に対して当然の求償請求（naturaler Erastzanspruch）――普通は委任及び事務管理に基づく――をえる。この求償請求権の特色は、それが積極的な財産価値の犠牲による有益費用償還請求（Aufwendungsersatzanspruch）ではなく、――そこにトゥールの考察のポイントがあるとブランディは言う――家長から家長の利益において負担した債務からの解放を求める、債務解放請求権（Liberationsanspruch）だという点にある。この当然の債務解放請求によって、転用物訴権とは全く独自に、服従者と契約した相手方が服従者の他の債権者に優先する純粋に事実上の地位が生ずる。というのは、債務解放請求権は服従者が債務を負担するに至った契約の相手方に対して支払うことをその目的とするものだからである。そして、この事実上の優先的地位を法的な地位に強める為に、家長に対し直接の請求を求めるのが、転用物訴権なのである。ブランディは、以上のようなトゥールの（法律）構成を、一見すると全く複雑であるが、非常な知的明晰さがあると評している、Brandi, a. a. O. S. 50.

(40) これは、わが国の学説でも度々言及されるが、まとまった形での紹介はない。以下では、その主要部分を翻訳しておくこととする。民法典の起草者は、事務管理（Geschäftsführung ohne Auftrag）の項目で転用物訴権をとりあげ、次のように述べている。「本草案は、既に不当利得（§743）及び事務管理に関する規定から明らかなように、普通法或いはプロイセン一般ラント法の意味での転用物訴権の規定を置かない。次のような場合にも、特別の規定は特に必要ではない。即ち、事務管理人が本人の為に本人の名前で第三者と法律行為を締結したが、本人の追認を得られない時、或いは、やはり事務管理人が自己の名前で第三者と法律行為を締結し、この取引によって本人が利得し

ている時である。前者の場合には、……第三者は、本人に対する不当利得返還請求を持つ。二番目の場合にも、本人に対する特別な不当利得返還請求権（普通法理論の意味での転用物訴権）を与える必要はない。……（事務管理人たる間接）代理人の債権者が代理人を訴えることができかつ代理人に支払い能力の有るときにも、特別な不当利得返還請求権を認める必要はない。このように考えれば、代理人を訴えることができないか、或いは代理人が無資力のときには、状況は異なっているようにもみえる。しかし、（このような考慮より）先に述べた実定法上の規定を置かない理由は、ずっと重要である。即ち、代理人が第三者との取引により受領した給付を本人に出捐したときは、本人が代理人に対価（例えば、委任反対訴権或いは事務管理反対訴権に基づいて）を支払う債務があればいずれにせよ本人は不当利得していない。この債務が履行されれば、（本人は）明らかに利得していないから、第三者は施す術がない。（本人と代理人の間の）対価を顧慮してこの債務が未だに履行されていない場合には、第三者に（本人に対して）自分に対して履行を求める権利を認めることは確かに可能であろう。しかし、この権利を適切に規律することには非常な困難が伴う。バイエルン草案七五〇条は、このような場合に第三者は代理人に対して彼の権利の譲渡を請求し得るとするが、このようなまにあわせは、代理人が破産した場合等に第三者には全く救済が与えられないという理由だけからも是認することはできない。（だから）例えば第三者は代理人の請求が未払いである限度で、その請求権を不当利得返還請求権として債権譲渡なしでも主張する権利を持つとする（参照、ドレスデン草案九条二項）方法だけが、（第三者に）救済を与えることになろう。しかし、これによって非常にこみいった不明確な関係が生じ、しかもそれは第三者に完全な救済を与えるものではない。だからどのような実定法上の規定もこの目的にはかなったものではなく、不充分なものであると考えざるを得まい。――もちろん結局は代理人によって第三者から受領したものが本人に贈与されることもあろう。しかしこのような場合にも、不当利得は問題とはならない。更に不当利得返還請求を認めるかどうかとは関係なく、該当する場合が特異であるというだけでその存在が疑わしい異常なものであろう。

だから本草案は不当利得法の要件とは独立した請求権を認めないのである。」Motive Ⅱ, S. 871-873.

ブランディはこのような民法典起草者の態度――転用物訴権を認める限界の画定の困難さを理由に転用物訴権を拒否した――は、十九世紀の学問上の成果、特に（事務処理関係に即して転用物訴権をかんがえる）トゥールの功績を正当に評価していない、としている、Brandi, a. a. O. S. 64.

(41) 前掲注(38) 文献を参照。

(42) 我妻栄、前掲注(17)著書四六九頁以下も、このような不明確さも理由の一つとして、ドイツの衡平説の因果関係に関する規準（例えば、直接の因果関係、利得を生ずる事実の単一性）を批判している。

更に、このような見解は、König, a. a. O. S. 1579 ff でも示されている。

(43) このような場合には、BがAの直接代理人及び使者である時には、何ら困難は生じない。BのAに対する従属性は完全で、BをAの給付媒介者とみなしうる。しかし、しばしば議論される三当事者関係（例えば、指図、第三者の為にする契約等）では、以上のような従属関係は場合によっては必ずしも完全ではない。

(44) この創始者は、Kötter, Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion, ACP153, S. 193 ff とされるが、ほとんどすべての類型論者もこの見解をとる。例えば、Larenz, a.a.O. S. 524 他。

(45) 山田幸二、前掲一注(3)文献参照。

(46) Medicus, Bürgerliches Recht, 10 Aufl. S. 323.

但しメディクスは、カナーリスの評価は類型論と矛盾するものではなく、通説もその概念形成の途上ではカナーリスの言う評価規準に導びかれてきたとする。A. a. O. S. 323.

(47) 四宮和夫「給付利得の当事者決定規準（一）（二）（三）」成城法学八号一頁、九号一頁、一〇号一頁（昭和55）では西ドイツ法を手懸りとして三当事者間の不当利得の一つ一つの事例についての詳細な検討がある。

(48) 近時の西ドイツ法下での給付概念の操作に関しては、和田隆夫「ドイツにおける不当利得法上の給付概念」判例タイムズNo 551 一六〇頁に詳細である。更にそこでは、不当利得法上の給付概念が一般債務法上のそれとは異なった技術的な概念であることも示されている。

(49) Alternatives Kommentar, Joerges, zu §812, Rdnr. 23 更に、Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 508 ff は転用物訴権（間接代理）を、不真正三角関係（unechte Dreieckverhältnisse）としてとりあげる。三当事者は、それぞれ独立したものと考えられているからである。

(50) 通説・判例は、BGB §822 を受領者が無資力（及び請求が実現不可能）な場合に類推適用することを拒絶している。その根拠は同条の文言――受領者が取得したものを第三者に無償で出捐したときは、これによって受領者の利得の返還義務が排除された限度で、第三者は自分が債権者から法律上の原因なくその出捐を受けたときに準じて返還の義務を負う――及び同条の立法史――同条は（必ずしも充分な討議を経た訳でもないが）意識的に受領者の利得の消滅を前提とするという形で、立法過程で制限が加えられた――である。この点については、Staudinger-Kommentar, Lorenz, zu §822 を参照。

他方で同文の類推適用を説く学説は古くから存在した（例えば、Kohler, Bürgezliches Recht Ⅱ, 1, 1906, S.466 f. その論拠は、何よりも――実際上は受領者の利得消滅よりも無資力の場合がずっと多くシリアスな問題であるのに――両者の扱いが全く異なっていることへの疑念である。更に無償取得者は保護される必要はないからである。近時 König（前掲一注(3)文献）も鑑定意見で、同様の立法案を示している、Köing a. a. O. S. 1583.

但し、以上の少数説もあくまでもBGB §822による請求を補充的に認めるだけであって、両者の並存は考えてはいない。

(51)(後に紹介するように)異なった説もあるが、通説・判例はこのように考える。例えば、Albert Zeuner, Zum Verhältnis zwischen Vindikation und Besitzrecht, im Festschrift für Felgenträger, 1969, S. 423 ff.

(52) わが法とは異なり、全く異論はない。

(53) 本事例に事務管理の適用を論ずる際には、必ずなされる理由づけであるが、例えば、Hellig, Das Zurückbehaltungsrecht des Werkunternehmers bei Verwendungen auf eine dem Besteller nicht gehorende Sache, BB 1969, S. 854 ff, S. 855.

(54) Hellig a. a. O. S. 855.

(55) 近時、事務管理法において(他人の為という主観的な要件はこの制度適用の規準ではなく、判例は事務の客観的性質、事務の帰属性からその適用を決定していると説く)独自の学説を提唱する、ヴォルシュレーガー(Christian Wollschläger)――その議論の骨格は、平田健二「事務管理法の機能の再検討(三)」民商法雑誌九〇巻一号(昭和59)三頁、三六頁以下に紹介されている――Die Geschaftsführung ohne Auftrag, 1976は、このような場合に事務管理法を適用するかどうかの規準は、「事務の他人性」によって決定さるべきものとする。というのは、この場合に事務管理を認めても本人は事務管理人、中間者のいづれに支払っても不利益は受けない――だから「本人の意思と利益」は問題にならない。更に事務管理人は、(自己の契約相手方たる)中間者ではなく――特に彼の資力の疑わしい時には――本人の為に仕事をしているかもしれない――だから、「他人の為」という要件によっても、事務管理の適用は排除されない。重要なのは、中間者の本人に対する請求を共同担保とする中間者の一般債権者の利益である。そして、このような利益は、契約上の清算を優先させるという実質的判断によるものであり、この要請を事務管理法に盛り込むのは――規範的な白紙の構成要件要素である――「他人の事務」という概念によるのである S. 204 –205。

三　西ドイツの判例

以下では法定質権に関する（裁）判例と共に、費用償還請求権により請負人の保護をはかる（裁）判例を紹介する。（裁）判例の紹介は――本事案の解決は請負人の担保権者的な地位に一定の限界と形式を与えるものであるという視点によって――三つの時期に分けて行う。簡単にこの三つの時期について概観しておけば、次の通りである。まずライヒ最高裁判所（以下、RG）は――現在の通説・判例と異なり――請負人の法定質権制度への顧慮なく（即ち、請負人が目的物の占有を保持しているか否かにかかわらず）BGB §§994 ff を適用した。多くの下級審もこれに従い、更に下級審では法定質権の善意取得も肯定された（一）。後に下級審及び連邦通常裁判所（BGH）は、一方で請負人が法定質権を取得する余地を否定したが、他方で請負人を BGB §§994 ff の適用によって保護する態度をも明らかにした。但しこの限度は法定質権の主張が許される場合と同様に、請負人の占有の保持を前提としている。BGH はこのような結論に、BGB §§994 ff の適用を所有者の所有物返還請求権の行使（Vindikationslage）と結びつけることにより到達した。この BGH の判例には、（物権法の体系的把握から）BGB §§994 ff は所有物返還請求権の行使を受ける不適法占有者にだけ適用されると説く（現在の通説的）学説と共に、一九五〇年代に至って通説的地位を占めた不当利得法における類型論の影響が看取される。即ち、この学説の説く債権法的発想、即ち「契約の危険（Vertragsrisiko）」――契約による請求は契約相手方だけを頼りにすべきであり、第三者にこの契約相手方の支払不能のリスクを負担させるべきではない――は BGH が請負人に費用償還請求を認めない場合に援用された。しかし BGH が請負人の請求を制限する際に明言するのは――支払を受けずに目的物を注文主に返還した時に請負人が負担したとされる――「信用の危険」である。（後に検討するが）この信用の危険は、BGB §§994 ff によってではなく法定質権制度に即して与えられた（二）。更にその後 BGH は、請負人が所有物返還請求権の行使（Vindikationslage）を受けても BGB §§994 ff を適用しないことによって請負人の請求権行使の前提を質権と同様に扱うという立場を明示したのである。即ち、請負人が修理施行後に目的物を一度注文主に返還したときには（質権が消滅するのと同様に）、たとえ請負人が再度目的物を取得して所有者からの返還請求を受けたときにも BGB §§994 ff は適用されない、とした。この根拠づけには BGB §§994 ff の解釈とともに質権の規定から引き出された「信用の危険」が基準となることが明示されている。更に、この間の判例の変

遷と不安定に対して実務は予防法学的対処をした。即ち、請負人は約款により注文主との間で目的物に質権を設定したのである。BGHは、この質権の善意取得を肯定することにより実務の対応をも追認した。法的質権ではなく契約質権の善意取得によって請負人は、担保権を得るに至ったのである（三）。

以上の判例は、請負人に法定質権と類似した一定の担保権者たる地位を与えることを目指している。以下では、判例の理論の変遷と共に、次のことに注意して判例を紹介していく。これまでの二における検討が明らかにしたように、不当利得法の視点からは請負人の第三者に対する直接請求に関しては次の点が問題であった。即ちこのような請求を認めることによって、請負人は注文主の一般債権者に対する優先弁済権を得、注文主と第三者間の契約関係（そこから生ずる抗弁の主張、なかんづく両者の修理施行に関する具体的な決済）を破壊する。即ち、これは「契約の危険」の視点である。他方で請負人の担保権者的地位が前提とされるなら、この「契約の危険」は基本的に問題とはならない。担保権者的地位の成立の前提とその行使の要件が（第三者の担保権の優劣と関連して、或いはそれとは無関係に）問題の焦点とさるべきものであろう。

(一) RGの判例
——請負人の担保権者的地位の無制限の保護

① RG 1931, 5, 9 (Gruchots Beiträge zur Erläuchterung des Deutschen Rechts 57, S. 997, Nr. 74)

（事案の概要） X（原告）は、二台の機関車をA（訴外会社）に賃貸した。この賃貸借契約によれば、賃借人Aは自己の費用で当該機関車を契約締結時の状態に維持する義務があった。Aは賃貸借期間中に、当該機関車の修理をY（被告）に依頼した。修理完成後AはYから機関車を取戻したが、更にYの下に寄託しておいた。その後Aの破産手続が開始されたが、賃貸借契約を継続する意思のないAの破産管財人の承諾により、XはYに機関車の返還を求めた。しかしYは、修理代金の支払まで引渡を拒絶した。そこでXはYの主張する請負代金6000マルクの担保の為、利息付ドイツ帝国債を銀行に供託し、その後両者の合意により機関車の返還を受けた。しかしXは供託された有価証券の返還を求めて、本訴に及んだ。

地方裁判所（以下LG）は、Xの訴を棄却した。高等裁判所（以下OLG）はLGの判決を一部変更したが、供託された証券の返還を5595. 25マルクについて認めず、Xは敗訴した。そこでXが上告した。

（判旨）上告棄却。まず控訴審の認定をうけて有価証券が物の代りをしYの占有下に物があるときと同様に判断さるべきであるとした上で、Xの請求につき次のように判示した。

「Xは占有しない所有者として、占有する非所有者たるYからBGB §985の物権的請求により返還請求できる。しかし、BGB §994によれば占有者は物に加えた必要費の償還を請求できる。（Yの修理は、必要費にあたる。）……確かにYは破産に陥った機械の貸借人たる訴外Aと結んだ請負契約に基づいて自己の仕事をした。しかしながら、この契約関係は所有者に対する必要費の償還を求める占有者の請求を妨げない。」

「（控訴審はYは善意の占有者ではないとして、BGB §994 II により、必要費を事務管理の範囲でだけ認めたが、）Yが賃貸借契約について、即ち仕事の注文主が所有者でなく賃借人であると知っていたか、或いは知るに至ったとしても、やはりYが善意占有者でないということにはならない。賃貸借契約によって賃借人は機械の修理を引受けたことに、争いはない。この契約によって必要な場合には修理を都合のよい請負人に任ねること及びその際に請負人の選択は自由であるという、賃借人の権利・義務は根拠づけられている。……修理目的でなされたYへの占有の引渡しは賃貸借契約により合意された所有者の意思と合致している。だから仮にこの賃貸借契約を知ったとしてもYの善意がどの程度損われるかは吟味さるべきではない。BGB §547により賃借人に帰属する賃貸人に対する必要費の償還請求が契約によって排除されているかどうか、及びYがこれを知っていたかどうかは、本判決に関しては全く重要ではない。というのは、前述したように、所有者Xに対する占有者Yの償還請求は、Xと賃借人間の契約関係とは関係のない法的に独自の、かつ直接に法規定と関連した請求だからである。」

「……Yは、自己に償還さるべき費用の満足を受けるまでは返還請求を拒絶できるというBGB §1000の規定も主張できる。」

「直接に又は委任により仲介された契約関係は、X・Y間には存在しない。それ故に、法律上の規定（BGB §§994, 1000）は特別の契約関係による合意に譲歩しなければならないという原則の適用される余地はない。」

本判決は、RG（及びそれに従う下級審）のBGB §§994 ff 適用の一般的原則を確立した。判例の紹介と重複するが、もう一度整理しておこう。即ち、請負人が注文主との間に報酬請求権を持つことは、請負人が占有者として請負契約の第三者たる所有者に対してBGB §§994 ff の請求権を行使することの妨げにはならない。その際、請負人はBGB §1000の留置権も行使できる。請負人と所有者間の直接の契約関係だけがこの請求権を排除し得るのである。

以上の一般論は、現在のBGHの判例・通説によっても支持されている。問題は、請負人が目的物を注文主に返還した場合である。後にBGHはこの場合には、請負人に所有者に対してBGB §§994 ffの請求を行使できないとした。但し、本件の事実関係の下では占有を保持しつづけた請負人は、やはり所有者に対して請求することができるであろう。

興味深いのは、本判決が注文主・所有者間の修理施行に関する（有償・無償は明らかではないが、恐らく有償であろう）決済は、第三者たる請負人には意味を持たないとしたことである。この特約は、当事者間でのみその効力を持ち請負人のBGB §§994 ffの請求を排斥しないのである。却ってこの特約の持つ別の側面、即ち目的物を請負に供する権限を所有者が注文主に与えたことが重要視される。勿論、判例はこの特約に表現された所有者の意思が、注文主に授権を与えたとまで認定している訳ではなかろう。[1] しかし、この特約によって請負人は適法に目的物の占有を取得できるから、目的物の所有関係への善意・悪意は問題とならないのである。更に、以上の理は請負人が両者の契約関係（目的物の所有関係及び修理施行の決済）を知っていたとしても、変らないとされる。このことは、RGが請負人の法定質権の善意取得という構成を考えていないか[2]（善意取得は所有関係への悪意により成立しない）、考えていても、これを顧慮していないことを示している。但し判例が、占有者たる請負人に独自の担保権者的地位を認めていることは、明らかであろう。かつ、この担保権者的地位は注文主・第三者間の決済とは無関係に主張できるのである。

②の判例では、（現在の通説からは批判されているが）請負人のこの地位を請負人が目的物を注文主に返還した場合にも認めている。

② RG 1933, 12, 19 (RGZ 142,417)

（事実の概要） ロッテルダム所在の商事会社Y（被告）は、売買契約に基づいて訴外会社Aに生の毛皮を引渡した。両者の契約ではYは商品の加工の形式や進行にかかわらず、支払がなされるまでは商品の所有権を留保することが定められていた。Aは毛皮の仕上げと加工の為に、本件毛皮をX（原告）と他の十一の会社に引渡した。Xは仕事の完了と共にAに毛皮を引渡したが、支払は受けていなかった。その後Aは支払停止となり清算に入ったので、Yは仕上げられ染色された毛皮を所有権留保に基づいて取戻した。一方Xと他の会社は、Aの破産財団から充分な満足を得られなかった。そこで他の会社からも債権譲渡を受けたXは、Yに対して毛皮の染色と仕上げの代金を求めて、BGB §§994, 996に基づいて（その他、A

がX及び他の会社に委託したことをYが追認したこと、並びに事務管理、不当利得をも根拠に挙げる）訴をおこした。

LG, OLG 共に（金額の多寡は別として）Xの請求を認めた。Yは上告したが、その理由は次の二点である。まず占有者（X）が非所有者（A）を所有者とみなすか、又はみなすに足る充分な理由のある場合には、非所有者への返還をBGB §1002 にいう所有者への返還と同一視すべきこと。（そして本件では、返還の際あらかじめ裁判上の請求がされずに §1002 の期間も徒過したので、Xの請求権は消滅すべきこととなる。）次にBGB §§994, 996 は、費用を支出した者が契約に基づいてその費用の求償を得るときは適用されないという点である。

（判旨）上告棄却。上告理由第一点を、次の理由で退けている。根拠は以下の二点である。まず、BGB §1001 及び §1002 の言う「回復」及び「返還」の解釈の整合性である。両条文は密接に関連しており、その文言も同一に解釈すべきである。BGB §1001 では所有者に非所有者を代置できない。というのも、非所有者による物の「回復」が認められれば、所有者は自分で物を回復し費用を確認する機会なくして、費用を引きうけることになるからである。更に、不都合はBGB §1002 でも生ずる。というのは、占有者が所有関係につき許され得る錯誤に陥った時でも、非所有者への「返還」によって §1002 の期間を徒過してしまう場合があるからである。だからBGB §§1001, 1002 の「回復」及び「返還」は必ず所有者によって（対して）なされなければならない。

上告理由第二点については次のように述べた「占有者が所有者と締結した契約に基づいて物に費用支出したときは、BGB §§994 ff は適用されず、占有者・所有者間で合意された債権法のルールにとってかわられる。しかしこのような考慮は BGB §§985 ff で規定されている所有者・占有者の法律関係には何等意味を持たない。」

「もし占有者が注文主たる第三者から弁済を受けたときは、所有者に対する償還請求は、即座に悪意の抗弁（Argisteinrede）によってしりぞけられる。」

上告理由第一点、即ちBGB §§1001, 1002 の解釈についてはここでは深入りはしない。[3] しかし、RG は請負人が物を注文主に引渡したことを重要視していない。本判例は、注文主への返還によっては §1002 の除斥期間は進行しないとすることで、請負人の請求（担保権者的地位）を目的物の占有とは無関係に認めたのである。この限りで判例の考えている請負人の権利は、目的物の占有と結びついた請負人の法定質権制度とは異質なものである。だから、判例は請負人の地位をBGB §§994 ff の認める占有者の権利に即してだけ考えているものと言えよう。以上の立場に立って、判例は請負人の注

文主に対する報酬請求権と所有者に対する費用償還請求権との事後的な調整を行っている。即ち、請負人は目的物を注文主に引渡すことにより自己の義務を履行して報酬請求をすることは何時でも可能であるが、その満足を受けた限りで、占有者の費用償還請求権は所有者の（悪意の）抗弁によって排斥され、二重の弁済を受けることはないのである。

さて、次に注文主・所有者間での契約関係についてみれば、本事案では注文主と所有者間では加工費用については決済がなされていなかったとも考えられる。だから判例はこの点に注目して（――注文主の一般債権者の利害を度外視すれば――請負人の担保権の有無とは無関係に）請負人の請求を認めたとも考え得る余地はある。しかし、③判例でRGは注文主・所有者間での決済がなされている場合にも請負人に請求を認めたのである。

③ RG 1933, 122 19 (Seuffert Archiv für Entscheidungen der deutschen Staaten, 88, Nr. 60, S. 119)

（事実の概要） Y（被告）は訴外織物業者Aと取次契約を締結した。この取次契約によれば、AはYの前払いした金でYの為に絹糸を購入し織り上げて染色して光沢をつける仕上げをする義務があった。商品の所有権は、加工の間Yに留保されていた。Aは彼が織り上げた絹糸の染色と光沢仕上げを、訴外G1・G2・G3会社に委託した。Aはその後に、破産した。当時G1・G2・G3はすでに加工した商品を一部Aに交付していたが、残余の完成品と未加工の原料を自己の占有下に留めていた。Yは自己の所有権に基づいて商品の返還を請求したが、G等はAに引渡しずみの絹糸につき15000マルク、いまだ自己の占有下にある完成品につき2476.58マルクの請求があることを理由に、返還を拒絶した。そこでYは、（G等が商品を引渡すかわりに）商品は管財人により売却され売得金は供託されるという協定を結んだ。X（原告）はG等から債権譲渡を受け、8000マルクの支払いを有益費用償還請求（BGB §996）によってYに請求した。

LGの最終判決では、保管契約によって供託された全員により破産開始時にまだG等の下にあった商品に対する請求2476.58マルクについては既に支払われていることが認められ、Yが勝訴した。残余の（既にAにG等が引渡していた商品の加工代金の）請求についても、一部判決によりXの訴は棄却された。この一部判決に対するXの控訴は、棄却された。そこでXが上告した。

（判旨） 破棄差戻。控訴審は、XがBGB §996の請求権をYに対して持っていたかどうかについて判断せず、請負人（占有者）が注文主（非所有者）に目的物を返還したことは所有者への返還に

等しく、BGB §1002 の期間の進行により（仮にあったとしても）請求は消滅したと考えた。

まず「……Xへの譲渡人（G等）が第三者との契約に基づいて（費用を支出して）おり、かつ第三者がYに対してその履行の義務を負っていても、そのことによってBGB §996 による費用償還請求をこの譲渡人がYに対して求めることは妨げられるものではない……。」とした。

だから「Xの上告の判断は、商品の譲渡人からAに引渡され、Aの破産した際にこれがAの下に有った場合に、譲渡人がXに対して費用償還請求ができるかどうかにかかっている。」「しかし、控訴審は §1002 の、占有者が譲渡人に物を返還したとき、という要件が、絹糸がXへの譲渡人がAに返還したことによって充足されているとした点で、法の解釈を誤っている。

この様な権利状態では、Xの請求を基礎づける（事実）、Yは絹糸を所有者として回復したのか、つまりYはAが返還を受けた後に何等かの方法で（絹糸を）自己の直接の保管に置いたのか（§1001）、ということだけが問題である。この様な方向では、事態は事実審によって明らかにされていない。」

本判決は、基本的に①、②判決と同様の立場に立っている。ただ（①とは異なり）請負人が物を注文主に返還しており（②とも異なって？）注文主・所有者間で（請負施行にあたる）財貨移動について決済がなされているという具体的な事実関係の下でも、請負人にBGB §§994 ff の請求が認められる、としたものである。

このように考えると、請負人の担保権者的地位は非常に強力なものとなる。請負人は注文主の一般債権者に優先することは勿論のこと、注文主・所有者間の決済も無視して、直接に請負契約の第三者たる所有者に求償を請求できるのである。かつこの請求は、注文主に目的物を引渡しても（BGB §1002 の期間は進行しないから）排除されない。（所有者による「回復」がその前提となるが——その請求が必要費、有益費の限りでは所有者は目的物を無資力な注文主から取戻すであろうから——）請負人は自己の報酬請求の限りで、実際上の制限なく所有者から求償を得られるのである。

以上の判例と同時期及び第二次世界大戦後しばらくの下級審判例の多くは、このRGの判例に従っていた。

次にはその内から、法定質権の善意取得について詳細に判示したツェレ高等裁判所の判例を紹介し、その他は注に譲ることとする。(4)(5)

④ OLG Celle 1953, 5, 22 (NJW 1953, 1470)

（事実の概要）X（原告）は二台の自動車を所有権留保の下で訴外会社Aに売却した。この自動車の修理を、AはY（被告）に依頼

した。この修理作業が自動車の保持と通常の管理に必要であったことを、Xは争っていない。修理終了の後、Yは一旦自動車をAに返還したが、請負代金の弁済を受けられない為又自己の占有下にとどめておいた。XはAとの売買契約を解除し、Yに自動車の返還を請求した。

LGはYの法定質権の取得は否定したが、費用償還の為の留置権の成立は肯定し、Xの請求を費用の償還と引き換えに認定した。そこで、Xが上訴した。

（判旨）控訴棄却。まず法定質権の善意取得が、首肯される。「（契約質権の規定を法定質権へ準用する）BGB §1257の解釈からは、決定的なことは何も導びかれない。商法典（HGB）§366の示す様に、法定質権の善意取得は原則的に許容される……。これに対して、法定質権と質権の違いは非常な意味を持つというのは、決して重要な視点ではない。理由書（以下Motive）Bol. Ⅲ, S. 404の詳述によれば、黙示の法律行為による質権成立の不明確さのかわりに法定質権の構成が選ばれた。……契約質権の場合は所有者と称する者による物の処分にあたるが、一方請負契約においては注文主は自分が所有者であることを前提としていない、とミュンツェルは指摘する。しかし、この点に決定的な意味を帰させる訳にはいかない。というのは法定質権の善意取得が明示的に許されている商法典の法定質権にも、（この指摘は）あてはまるからである。又ミュンツェルは、BGB §648の保全抵当（Sicherungshypothek）にも善意取得は成立しないことを指摘している。しかし……保全抵当の成立の要件は、請負人が契約と関連して占有を取得した質権の要件とは異なっている。……法定質権には法律行為により成立した質権に関する規定を間にあわせに引き出すことはどの点でも正当化されないという Motive Ⅲ, S. 797の詳論は、占有法定質権（gesetzliches Besitzpfandrecht）と占有のない法定質権（das besitzlose gesetzliche Pfandrecht）の違いには、言及していない。Motiveや議事録（以下Protokolle）では、どの箇所においても特別な意味で占有法定質権の善意取得が認識され論じられてはいない。対照的に賃貸人の占有のない法定質権については、詳細に論じられている。（そこで）少なくも補充の必要な欠缺が存在する。……その際に経済の進歩が請負人の取引保護の要請を強めていることも、考慮さるべきであろう。請負契約の規定は、第一義的に地域の限られた顧客の注文を受ける手工業者を考えに入れている。しかし自動車の出現以来、自動車の修理に従事する手工業者の場合は、特に顧客の範囲が非常に変更された。手工業者にとって地域が同じであり良く知っている注文主にかわり、その信用を知りもしないし又調査することもできない、街を素通りする顧客が出現した。この視点が、請負人の法定質

権善意取得の許容につながっている。」次に善意に関しても、「法定質権の成立は、Yが善意とみなされるかにかかっている。もしYが委任を受ける前に自動車の所有関係を自動車証（Kraftfahrzeugbrief 以下 KfzB）の調査によって知る義務があれば、彼には重過失の責任がある。しかし、KfzB には誰に自動車の使用許可がされるかは記載されるが、他方所有関係の記載は許容されていない。それ故、Yが注文主に KfzB を示させなかったことは、非難され得ない。」

更に費用償還請求について、「占有者たるYには、費用償還請求権も帰属する。……現下の事案では、Yは留置権ももつ。」とした。

本判決では、法定質権の善意取得が首肯されている。判決の出発点となるのは、法定質権に質権の規定を準用する BGB §1257（では立法者は占有法定質権については善意取得について論じられておらず）には補充の必要な欠缺が存在するというものであった。かつその補充は自動車修理業務という取引の要請に従ってなされるべきものとされた。確かに法定質権の善意取得だけが認められれば、その限りで問題解決は容易である。請負人は（法定）質権行使の要件に従って担保権を認められる。かつ、この場合には注文主・所有者間の決済も問題にはならない。しかし、本判決はこれと並行して BGB §§994 ff の請求をも認めている。この限りで（BGB §§994 ff の費用償還請求を請負人の目的物の所有関係に対する善意、及び目的物の占有の保持とかかわりなくこれを認容する RG の判例に従うなら）善意性と目的物の占有保持を条件とする法定質権の善意取得とのアンバランスが問題となるであろう。但し本事案の（請負人が目的物を一度注文主に引渡した後にあらためて取り戻したという点を度外視すれば）請負人が所有関係について善意で目的物を占有していた事実の下では、このことは顕在化してはいない。

更に、本判決は自動車修理業務という請負人の「取引の要請」を強調するが、同様に取引の要請は第三者たる所有者（賃貸人・譲渡担保権者・所有権留保売主）の側にも同様に存在する。はじめに述べたように一九五〇年代頃から、（一方で請負人の法定質権の善意取得を認める見解は通説的地位を占めてはいるが）、不当利得における類型論の影響もあって請負人が注文主と契約することにより契約の危険を負担したという点を強調する見解があらわれ始めた。請負人の取引の安全と契約の危険、及び他方で所有者の取引の要請、これ等はどのように調整されるのか。次に紹介する（裁）判例には、このような視点に対する考慮が明確に表現されている。

(二) 「信用の危険」による制限

BGH は最終的に目的物の占有保持を前提として請負人に第三者に対する請求を認める。しかもこれは、BGB §§994 ff が不適法占

有者にだけ適用されるという見解に依るものである。更に、BGHは法定質権の善意取得を認めない。しかし、これ以前に（BGHと異なって法定質権の善意取得を前提としつつも）契約の危険を正面から論じて、請負人の請求を制限するものが現われた。かつこの裁判例には、所有者の側の取引の安全についても説示されている。以下では、まずこの裁判例を紹介した後にBGHの判例をとりあげることとしよう。

⑤ LG Tübingen 1956, 10,10 (NJW 1957, 467)

（事実の概要） 不詳。

（判旨） 「請負人の報酬請求権及び改良の実行による債権の担保は、原則的に請負契約に関する規定にだけよる。請負人が請負契約により義務を負った作業の施工に関して改良すべき物の占有を取得した限りでも、常に彼はその占有を基礎づけた（法律）関係による請求権だけを持ち、BGB §§994 ff の所有者・占有者関係の規定によることはできない。この様な場合、請負人・注文主間の契約関係は所有者・占有者間の法定の債権関係に優先する。それ故に§631 による報酬請求権と同時に、請負人が§§994, 996 に基づく請求権を持つことはない。……注文主と所有者が同一の場合或いは請負人が同一だと考えた場合に、請負人は自己の改良した物に（法定）質権を持ち、他方彼が注文主は物の所有者ではないと知っていればこの担保が与えられない、という限りで請負人の法的地位は確かに異なってはいる。しかし、これについては、次のことが問題となろう。請負人がリスク避けること、委任を受ける前に他の形式で、例えば注文主の前払いに相当する給付に対してだけ改良の仕事を引受けるとか、又注文主の前払いが無理としても所有者を指示されたら所有者への費用引受によって債権の保証を受けるという形で身を守ることが、期待できないのか。信用取引と比較すれば、請負人にこの様な予防が要求されていることは理解し易い。消費貸借の貸主はこの様な担保の得られなかった時は、自ら借主の支払不能による損害を引き受けなくてはならない。法規によれば請負人は先履行義務があり、物の引渡によって始めて報酬請求権は弁済期となるがゆえに、広い意味で請負契約には信用取引が介在しており、先履行した部分について、請負人が注文主の支払不能の危険及び支払いの意欲に依存することは不当ではない。」

「近年取引される自動車の多くは、所有権留保によって売買される。（自動車を）引渡した商社が、何カ月もの間もしかすると一年以上も、買主に引渡の義務がありかつその保管には全く影響力を持たない（既に）引渡した自動車の修理について請求を受けるという危険にさらされるというのは経済的に耐え難いことであろう。」

「所有者はこの様な場合、確かに特別の反対給付なしにつまり無償で、請負人との関係において法律上の原因なしに請負人の給付を取得する。しかし、注文主の請負人への請負代金支払の義務は残っている。この様な場合に請負人に注文主だけを頼りにすることが期待されるとしたら、このことにはBGB §822に含まれた法思想だけが合致する。つまり、中間者（受領者）を通して無償で利得した者は、損失者が中間者に彼の財産の減少の補償を請求できない時にだけ返還の義務を負う、すなわち損失者が中間者に請求権を持っている時は、中間者を通じての無償の出損も返還される必要はない。」

本判決は、注文主との契約に基づいて占有を取得した請負人は所有者に対してBGB §§994 ffの請求権を持たないと判示した。この根拠は、法定質権の善意取得を前提としつつそれとの対比で、請負人が負担すべき注文主の支払不能の危険――これは請負人の先履行義務に根拠が求められる――によって与えられている。即ち、目的物の所有関係を知ったか、或いは知らずとも目的物の占有を手放した請負人は、契約関係の第三者たる所有者には請求できない。前者の場合は、先払い（及び所有者の保証）が請求できるし、後者の場合は（はっきりと示されてはいないが）注文主が所有者であったときにも報酬請求権を行使し得るにとどまり、何も担保権を要求することはできないからである。いずれの場合にも請負人は事態の認識及び通常取引上に要請される注意によって、このような危険を回避することができる、とされた。

他方で、所有者の側の取引の安全が論じられる。本判決は所有者よりも請負人の方が修理施行という財貨移動に関するリスクには接近していると考えているのであろう。更に、所有者の無償取得の可能性は、BGB §822の法意から全く問題とされていない。だから、請負人の法定質権の善意取得という具体的担保制度に即して請負人の契約の危険を説きBGB §§994 ffの適用を論じたのが本判決であると言えよう。

このような経過を経て、BGHは以下にみる一連の判例によって請負人の担保権者的地位をRGのそれよりも大幅に制限するのである。

⑥ BGH 1958, 5, 23 (BGHZ 27, 317)

（事実の概要） Y（被告）は自己所有のディーゼル機関車を訴外会社Aに賃貸したが、（この契約では）Aは賃貸借期間中修理費用を負担することが義務づけられていた。Aは機関車をX（原告）に修理に出したが、この修理は（機関車を再び使用に耐え得るようにする為の）必要費にあたる。Xは修理の後にAに機関車を返却し、支払の為に手形を受領した。手形が満期に至る前にAは破産し、破

産管財人は機関車をYに返却した。破産手続により自己の債権を回収できなかったXは、Yに支払を請求した。

LGは請求を認容したが、OLGは棄却した。そこでXが上告した。

（判旨）上告棄却。「当部も既に傍論ではあるが、未公刊の判例で……第三者に対して自己の費用の償還を求める契約上の請求権を持つ占有者には、BGB §§994 ff による所有者への請求権が帰属しないことを明言してきた。当部は、新たな検討によってこの見解に従う。前記……の判例がはっきりと示したようにBGB §987, §1003 の規定は原則として所有者と不適法占有者間の関係にだけ適用される。……法規定が占有すべき権利（Recht zum Besitz）に関して善意か悪意かによって効果を違えていることが、既に立法者が不適法占有者に即してだけこの規定を考え、適法占有者を規律しようとしていなかったことを示している。……これまで判例・学説で充分に顧慮されていなかったが、所有者から修理施行を委ねられた第三者から注文を受けた請負人は、第三者に対してだけでなく所有者に対しても適法占有者、しかも適法他主占有者である。……有効な契約に基づいて請負人として物を改良した者は、原則として彼に物を修理の為に引渡した注文主にだけこの作業によって彼に支払われる反対給付を請求できる。……ここではXの報酬請求が機関車の賃借人（A）と請負契約で正確に決められていたことは、決定的である。だから何故Xが請負人としての報酬請求権以外に、注文主が修理の為に与えられた物の所有者でないからといって、更に所有者に対して今一つの費用償還請求権が与えられるのか、全く理解し難い。もしそうなら注文主の所有しない物に仕事をした請負人は、注文主が所有者である時よりも有利になる。これは特に、仕事の代金が費用償還請求の額より安価であった場合に明らかである。この可能性は、RGの示した費用償還請求は悪意の抗弁によって退けられるという解決によっても、妥当な処理をはかることはできない……訴はこのような法的観点から正当に退けられたのだから、注文主が所有者に対して不適法でありそれ故に請負人が所有者との関係で不適法（占有者）であるときに、注文主の所有しない物に有効な契約に基づいて費用を支出した請負人にBGB §§994 ff の所有者に対する請求が否定されるかどうかについては、当部は立場を示す必要はない。」

「注文主から引渡された物を改良した請負人が、その物が注文主の所有でないときも、質権を善意取得するかどうかは、ここでは決定される必要はない。というのも、仮に質権が成立したとしても、それは機関車を自発的に注文主に引渡すことによって消滅しているからである。……注文主の支払い以前に物を引渡すことは、経済的には信用供与であり、信用を与えた者は注文主の（信用の）危険

を負担しなければならない。請負人がこの危険を回避するのは容易であった。請負人はこの危険を意識して引受けたなら、彼は自己の行動のし方から生じた不利益が帰されることに不平をもらすことはできない。」

本判決でBGHは、既に注文主に目的物を引渡しており所有者から返還請求を受けることのない適法他主占有者たる請負人には、BGB §§994 ff の請求権は帰属しないとした。判決の理由づけは、二つの点に集約できよう。一つは、BGB §§994 ff は不適法占有者にだけ適用されることであるが、本件での実質的な根拠となったのは、(適法他主占有者たる)請負人は報酬請求権を注文主に対して持っていることである。即ち注文主が所有者でない場合には、二人の債務者を持つことによって却って有利となる点である。この視点は、多くの不当利得法における類型論の説く「契約の危険」につながる。即ち、請負人は自己の契約の相手方たる注文主だけを頼りにせよということである。(本判例は見解を留保しているが)、仮に法定質権の善意取得を認めなければ、請負人には注文主に対する報酬請求権以外は認められないこととなる。

しかし、今一つ、判例はBGB §§994 ff の解釈とは別に、(法定質権制度との関連で)「信用の危険」を説いている。この信用の危険は先に紹介したLG Tübingen の判決と本判例を比較するとその性格が明らかとなる。LG Tübingen も信用取引との類比から「支払不能の危険」を説くが、これは法定質権の善意取得を前提としたものであった。だから、請負人が目的物の所有関係について善意である限りで「契約の危険」からは免れている。しかし、逆に悪意である請負人は「契約の危険」を負担すべきこととなろう。これに対してBGHは請負人が目的物を積極的に引渡した点に「信用の危険」を見るのである。(法定質権の善意取得を前提としなければ)とりあえずこの危険は、請負人の目的物の所有関係に関する善意・悪意とは無関係である。だから、請負人は注文主が所有者ではないと知っていても、この「信用の危険」を負担したことにはならない。

以上のように本判決は、「契約の危険」及び「信用の危険」という矛盾する契機を持った原理を内包するものであった。請負人が契約の危険から免れる前提として法定質権の善意取得を認めるなら、目的物の所有関係につき悪意であった請負人は「信用の危険」とどう関係するのか。また善意取得を認めないとすれば、注文主と契約しただけで負担する「契約の危険」は何故に引渡を基準とする「信用の危険」まで後退するのか。但し、本判決では請負人は目的物を注文主に引渡しており(質権は成立しないから)この矛盾は、いずれの形でも顕在化してない。

⑦ BGH 1960, 12, 21 (BGHZ 34, 122)

（事実の概要） 訴外運送人Bは、Y（被告）から中古のバスを買い受けた。Yはバスの所有権を留保したので、KfzBは交付しなかった。この売買契約は、中古車両とトレーラーの売買に関する約款に基づいていたが、その約款の条項には、「買主は所有権留保の期間内は、売買契約の目的物を通常の状態に保ち必要な修理の施行を即時行わせる義務を負う」という一項があった。バスは不慮の事故にあい、その修理の為にBはバスをXに引渡した。Bは売買代金も修理代金も、支払うことができなかった。Bが破産した後、その破産手続から満足を受けられなかったXは、Yに対してKfzBを請求した。Yは反訴により、バスの返還を請求した。

LGは請求を認容し、反訴を棄却した。控訴を棄却されたYは上告した。

（判旨） 上告棄却。（反訴に対して）「Yへの自動車の返還を求める反訴は、Yの所有権に基づいている。そこで8985による占有者に対する所有者の返還請求権が、問題となる。自動車がYによりBに自由意思で引渡され、Bの意思でXが直接占有するに至っても、Yに所有物返還請求権は帰属する。……反訴の決定はXがYに対して、間接占有者たるBがそれを持たないにもかかわらず、占有すべき権利を持つかどうかにかかっている。」

「控訴審はXが修理の為に自動車を占有したときに注文主の所有権につき善意であったかどうかを問題とせず請負人が法定質権を取得するとして、この問題（Xの占有すべき権利の存在）を肯定した。しかし、この見解は、法規に拠りどころがない。BGB 8647によれば、請負人は修理の目的で物を占有した時注文主との契約からの債権に対して、彼により修理された注文主の物に法定質権を取得する。しかしXによって修理された自動車は、決して注文主Bの所有物ではなく、つまり注文主の物ではない。」

このことを前提に、まず注文主の物権取得の期待権への質権取得の可能性が検討される。「たしかにBは留保買主として、自動車の所有権に期待権を取得した。……しかしXが期待権に請負人の質権を取得し得たか、そしてこの様な権利を取得したかは、不確かである。というのは本事案では注文主は所有者に自己の債務を履行しておらず、それ故Yには期待権に基づく法定質権を顧慮せず物の返還請求権が帰属するから、この様な権利は、Xに物の返還を拒絶する権利を与えない。」

「控訴審が依拠した、必要な場合は物を修理させるという所有者の占有者への授権は、控訴審の見解と反対に、一般的には注文者に属さない物への請負人の法定質権を成立させるには適当ではない。被授権者が自己の名前の法律行為により授権者の権利領域に影響を

与えることのできるという意味での、債務負担授権（Verpflichtungsermächtigung）という法制度は、ドイツ法には本来異質のものである。BGB §185 の領域で、処分行為への授権のみが認められる。……しかしこの様な授権は、それに応じて義務を負う所有者の意思を前提としている。原審の依拠した取引約款 Nr. III, 8 の規定からは、この様な意思は引き出されない。」

「法規に表現された準則にもかかわらず民法典の施行以来の完全に変化した関係に鑑みて、『注文主の物』という概念を広く解釈することを当事者の利益が命ずるという控訴審の見解は、その見解によって支持される解釈が BGB §647 の規定の文言と意味に合致しないことを無視している。というのも法規の用語法によれば『注文主の物』は前述したように注文主の所有物たる物であり彼の所有しない物であるとは考えられない。この法規の文言は立法者の意思にも合致する。……控訴審の見解とは逆に、利益状況からも法律に表現された立法者意思を無視する契機はない。というのは、更に説示されるように、注文主の所有しない物への請負人の法定質権成立が否定されても、請負人は自分の正当な利害の範囲では充分に保護されているからである。」

「控訴審の見解とは反対に、注文主に属さぬ物への請負人の法定質権の成立にはつながらぬ所有者の授権又は同意は、せいぜい、もし同意や授権がそこまでにわたるなら、注文主は請負人に修理に供した所有者の物に契約質権を有効に設定できることになるだけである。しかし本件では、この範囲の授権があったかどうかは、控訴審により確定されていない。」

「しかし上訴された判決は、結果的には正しい。X には修理施行によって BGB §§994 ff による費用償還の視点からの請求権が帰属し、この理由から自動車を Y に返還する義務はない。……当裁判所は、請負契約に基づき費用を支出した、所有者にも間接占有者（注文主）にも占有の適法な請負人は、注文主から支払いを受けずに自由意思で物を返還した時は、所有者に対して何等物権法上の請求権を持たないことを、明示している。しかし、ここで決定さるべき問題、請負人が修理した物を直接占有して所有者から物の返還請求を受けた時費用償還請求権が帰属するか、は未決定である。……本件では、事実関係が異なっている。注文主は Y に対してもはや占有すべき権利を持たず、そこで X も Y に占有すべき権利を持っていない。それ故現在は X は、所有者たる Y に対して不適法占有者であり、Y の所有物返還請求の訴を受ける。……所有物返還請求が行使されないから所有者への費用償還請求が排除される適法占有者は、そこで自己の労働を支出した第三者への請求に限定される。これに対して、注文主との契約関係から修理費用支払の請求権を持つという

理由で、不適法占有者は所有者から物の費用の求償を求めることが妨げられてはならない。」

「法規の文言からは、問題なのは費用を支出した者が事実として所有物返還請求の行使を受けているかであって、費用を支出したのが適法占有者の時であるか、所有物返還の行使を受けうる状態が始まってからかどうかは問題とならない。」「RGRK が……妥当にも述べている様に、適法他主占有者は善意の不適法占有者よりも、同じ状態で劣った扱いを受けてはならない。」

「それ故に、X は BGB §1000 により、Y より償還さるべき費用の満足を受けるまで、KfzB の返還を拒絶できる。」又、Y は費用を承認する意思のない事は明白であるから「この状況においては、X は（Y の）意思表示の期間を定めたり（費用の）確認を求めることなく、BGB §1003 の弁済権を行使できる。」

（本訴に対して）「X は、Y に KfzB の返還を請求できる。」

本判決において BGH は、請負人の担保権者的地位は、請負人が目的物を占有して所有者からの返還請求を受けるときには保障されることを明らかにした。即ち目的物を引渡さずに自己の占有下に置く請負人は、単に目的物を所有者に対して留置できるだけでなく、自己の出損した費用を所有者から請求できるのである。本判決に見るように、この請求は注文主・所有者間での修理費用の決済とはかかわりなく与えられる。

更に本判決は、以上のような請求を法定質権によらず、BGB §§994 ff の費用償還請求権によって基礎づけることをも明示した。確かに本判決は、法定質権の善意取得の余地については問題としていない。ただ本判決は注文主に目的物の修理施行を委ねるという特約に所有者の授権を見い出そうとする、控訴審の見解を退けたのである。即ち、債務負担の授権は認められないとしたのである。だから授権があったとしても（目的物を質入する等の）処分授権だけが問題となるにすぎないとした。更に、法定質権が注文主つまり所有債留保買主の期待権の上に成立する可能性も否定はしないが、この期待権そのものが注文主の債務不履行によって崩壊しているとしたのである。

しかし、他方で本判決は、所有物返還請求権の行使（Vindikationslage）と費用償還請求権を強固に結合させることにより、請負人に求償権を認めるのである。本判決及び前示⑥判決は、BGB §§994 ff の適用について次のように考えている。BGB §§ 985–1003 の規定は、所有者と不適法占有者の間に適用される。所有者ではない注文主と契約した請負人は、注文主と所有者の契約が有効な場合は、適法占有者である。他方で所有者・注文主間の契約が解除されれば、請負人は不適法占有者となり所有物返還請求権の行使

を受ける。以上を前提として、

注文主・所有者間の契約の解除以前に目的物を注文主に返還した請負人は適法占有者であり、所有物返還請求権の行使を受けない。だから請負人にはBGB §§ 994 ff の権利は帰属しない。——更に、注文主への引渡は注文主の信用の危険の負担であるから、契約上の請求にだけ満足すべきだとされる。

他方で目的物を占有して所有物返還請求権の行使を受ける請負人は、不適法占有者である。だからBGB §§ 994 ff の権利（費用償還請求権及びそれに基づく留置権並びに弁済権）が帰属する。不適法占有者となった請負人が、注文主・所有者間の契約解除以前に、即ち適法占有者であったときに費用を支出していても問題はない。適法占有者は善意の不適法占有者よりも同じ状況（即ち、請負人として目的物の修理施行した後に所有者から返還請求を受ける状況）で劣った扱いを受けてはならないからである。

以上に示された判例の論理は、BGG §§ 994 ff の適用を所有物返還請求権の行使と結合させるという点については、一応は首尾一貫している。但し、⑥判決が、一方で請負人が費用償還請求権を行使すれば二人の債務者を持ち有利になると説いた点（契約の危険）及び、目的物の引渡は注文主への信用供与にあたる（信用の危険）と説いた点との整合性は必ずしも明らかではない。本判決は、これ等の視点とは別に、適法他主占有者は善意の不適法占有者より同じ状況（所有物返還請求を受ける状況——Vindikationslage）で劣った扱いを受けてはならないと説くだけなのである。

以上のことから、請負人が目的物を占有して所有者からの返還請求を受けたときには、⑥判決に（矛盾する契機を含みつつも）並存した原理、即ち、信用の危険、契約の危険のうちの前者をBGHが選択したことは明らかになった。つまり請負人が請負契約による請求権を確保するには——換言すれば、担保権者的地位を保持するには——、請負契約の締結時に問題となる契約の危険ではなく、目的物の引渡にかかる信用の危険を認識して行動すれば良い。しかし、これによって「信用の危険」が何故に優先されるか及び、何故に目的物の引渡が信用供与にあたるかということは、必ずしも充分に説明されていない。（この点は、後に紹介する⑨判例に則して検討される。）この意味からは、BGHが契約締結時における（請負人の善意を前提とする）法定質権の善意取得の余地——これは、一定程度は契約の危険を緩和するものと言えるが——を否定するのは、むしろ当然のことかもしれない。以下の判例でBGHは、詳細な理由づけによって法定質権の善意取得を退けた。

⑧ BGH 1960, 12, 21 (BGH 34, 153)

（事実の概要）　不詳。

（判旨）　まず善意取得の規定（ＢＧＢ§1207）を請負人の法定質権に直接適用しようという見解が退けられる。「ＢＧＢ§1257と併せて§1207を直接適用することは、民法の領域では法定質権の成立には民法典の債務法中の要件だけによるべきものであるという法規の文言に決定的に反している。債務法の規定によれば、法定質権は原則として債務者の動産についてだけ成立する（参照、ＢＧＢ§§559、賃借人の物、§647、注文主の物、§704、旅客の物）。これに対応して、Motive（Ⅱ, 404, 405）は使用賃借人の質権を論じた箇所において、ただ使用賃借人の動産だけが使用賃借人の質権に服すべきであり転借人、賃借人の妻子の物は質権には服さないと述べて、持ちこまれた第三者の物に賃借人の質権が善意により成立することを明示的に退けている。

というのは（Motive の）四〇五頁が強調する様に、「手は手を守れ（"Hand wahre Hand"）」の原則は、決して法定質権には適用とならないからである。この根拠からは、以上の考慮は、不当にもそう考えられている様に、持ち込まれた物への使用賃借人の質権だけではなく、法定質権一般にも関連しているのである。この立法権の意思は法規において、即ちＢＧＢ§1257によって法律行為による質権に関する規定は法律によって成立した（kraft Gesetzes entstandenes）質権に準用されるとしてはっきり表現されている。だから、この規定は、既に成立した法定質権の内容についての基準となるのであって、その成立についてのものではない。」商法典は、§366 Ⅲでは、法定質権が善意取得され得ることを規定している。しかし「法典質権に善意の保護が生じるということから立法者が出発しているという見解は、民法の領域においては、HGB§366の規定を拠りどころにはできない。……HGB§366 Ⅲの規定は商法上の特別の準則が問題とされている。」

次に、類推適用も退けられる。「他の見解はＢＧＢ§1207を、法定質権に少なくとも類推して適用しようと考えている。もし請負人の質権が善意によって基礎づけ得るという見解の正当化に、請負人の質権は物の引渡と関係しており持ち込みにより基礎づけられる法典質権とは反対であるということが依りどころとされているなら、この思考過程には承服できない。物の占有状態の同一性は、全く外面的なものである。物が引渡されるか単に持ち込まれるかにより、立法者が民法典の法定質権に異なった意味を与えたとは考えられない。……善意による請負人の法定質権取得は、もちろん部分的には占有の引渡に含まれている権利外観に還元される。しかしこの思想も、（それだけでは）BGB§1207の類推適用にはつながらない。善意取得という法制度が、その実質的理由をあおいでいる権

利外観は、占有の移転つまり取得者の占有の取得ではなく、占有者が所有者であることを示す処分者の占有に基づいている。請負人は引渡された物にだけ質権を取得するということは、権利外観にとって無意味である。……そのうえに、質権者の占有は、善意取得に必要な要請の一つにすぎない。今ひとつ、両当事者は質権の成立について法律行為により合意しなくてはならない。この関連においてはじめて、善意は権利を根拠づける役割を果たす。」

このように、BGHは法定質権の善意取得の構成を退けた。BGHの以上の結論を導く為の根拠づけに関しては、後に（法定質権の善意取得を論ずる）学説の紹介の中で検討する。ここでは、次の点を確認しておこう。即ち、BGHは法定質権の善意取得を退けることによって、消極的な形でではあるが、請負人の権利を注文主との請負契約締結時の目的物の所有関係に対する注意義務（即ち、契約の危険）に即して考える立場を放棄することも明示したのである。

(三)　「質権」による請負人の保護

繰り返し述べたように、BGHの判例は、「契約の危険」――請負契約の相手方（注文主）の資力だけを頼りすべきであるという態度、即ちこの点からは請負人の担保権者的地位はせいぜい法定質権の善意取得により、契約締結時の請負人の態様に即して与えられる――ではなく、「信用の危険」――目的物の引渡時に対応する請負人の注意義務――によって、請負人の（契約外の第三者たる）所有者に対する請求を決定してきた。更に、この決定はBGB §§ 994 ff の費用償還請求権を認めること及び、法定質権の（善意）取得を認めないことで示されてきたのである。但し、以上の「信用の危険」は決して費用償還請求権に即して積極的には説明されていない。

次に紹介する二つの判例は、このBGHの態度を一層明確にしたものと言える。

⑨　BGH 1968, 12, 18 (BGH Z 51, 250)

（事実の概要）　訴外運送業者Sらは、トラックの調達の為にX（原告）と消費貸借契約を結び金員の貸与を受けた。その後SはXの為に譲渡担保契約を結びXにトラックの所有権を移転したが、その契約によればSはトラックを適切に修理する義務があった。Sはトラックを、何度もY（被告）の下で修理させた。一方でSはXに対する前記消費貸借の分割払いが、不可能となった。Yは本件トラックとその他の自動車の修理代金がSより回収できず、トラックを自己の下に取戻しておいた。Xは譲渡担保を根拠にYにトラックの返還を請求したが、YはSに対する請求により（§ 1000 の）物権的留置権のあることを主張して、引渡を拒んだ。

LGはYを敗訴させたが、OLGはYがトラックを戻す以前に、これを修理した請負代金の支払との引換給付による返還を認めた。Xは、上告した。

（判旨）　上告認容。「所有権留保買主又は賃借人の注文により自動車を修理した請負人がその修理代金を所有者から又は少なくとも自動車から得ることができるのか、更にできるとしてそれがどのような要件の下で可能なのかという問題は、判例及び多くの学説によって長く争われてきた。当部は一九六〇年一二月二一日の二つの判決（前述⑧及び⑦）でこの問題に対する態度を示した。前者では、当部は請負人は注文主の所有しない物に決定質権（BGB § 647）を善意取得しないことを明らかにした。後者では、このような場合には、請負人は修理施行時には所有者に対して適法占有者であっても後に所有物返還請求の生じることを前提として、BGB §§ 994 ff により償還請求及び留置権が認められる、とした。（この後者の判決の立場を一層広げて、控訴審はYはXの占有媒介者たるSに修理の度毎に物を返還して所有者Xが物を回復しているにもかかわらず、YがSから物を取り戻した後ではなく、それ以前に支出した費用に基づいて、YにBGB § 1000 の留置権を認めた。）当部の二つの判決、特に後者は、学説には異論がある。しかし、当部がこの判決を根本的に検討し直す必要はない。というのは、いずれにせよ、控訴審のようにこの判例の立場を広げて考えることは、できないからである。」

「BGB § 1000 の留置権は――§ 1003（の弁済権）があっても――BGB § 985 の請求に対する債権的な給付拒絶権（Leistungsverweigerungsrecht）にすぎない。だから、留置権は所有物返還請求権が消滅した時には、もう存続することはできない。Yが修理中又は修理後にXからBGB § 985 による所有物返還請求を受けたとしても、YがXの占有媒介者たるSに自動車を返還した時には、この所有物返還請求権は消滅する。所有物返還請求権が消滅するとともに、Yの（所有物返還請求に対して成立していた）留置権も消滅する。」

「以上のことは、本件では、既にBGB § 1002 から明らかになる。§ 1002 によれば、占有者が物を返還した後一カ月が経過すれば占有者の費用償還請求権は、占有者があらかじめ裁判上の請求をするか所有者が費用の承認をしなければ消滅する。確かに本件ではYは自動車を、所有者ではなくSに返還している。しかしSはXの同意によって占有を媒介しているから、Sへの返還はXへの返還に等しい。それ故に、自動車の返還から一カ月の経過によりそれまでにXが費用の承認をしない時は、YはXに対する請求権を失っている。」

「このことは別にしても、（占有者が新たに占有を取得する）以

前の占有期間に支出した費用によっては、原則的にBGB§1000の留置権は占有者に帰属しない。§1000によれば、所有者が費用を承認した場合を除けば、占有者は所有権が物を回復したときにだけ償還請求を行使できる。所有者が物を回復する以前には、占有者は留置権を行使することしかできない。(勿論)この留置権に基づいて§1003の要件下で物から弁済を受けることはできるが。だから、占有者は留置権、又は(§1001により)既に弁済期の到来した償還請求権のいづれか一方を持ち双方を同時には持たないことが、法規の出発点である。BGB§1003によれば所有者に対して既に弁済期の到来した請求権を持っている既に支出した費用により新たに占有者が留置権を持つというのは、このことと矛盾している。」

「BGHZ 34, 122と34, 153(前述⑦及び⑧)から明らかな様に、請負人が注文主に属さない物に善意により法定質権を取得するかという問題と、請負人が少なくもBGB§§994 ffによる権利を所有者に対し持つかという問題の間には密接な関連がある。請負人が法定質権を取得したとしても、本件の様な場合はBGB§§1253, 1257により、注文主への物の返還と共に法定質権は消滅する。同様のことは、少なくともBGB§1000の債権的留置権にもあてはまるべきである。以上のことは経済的にも意味がある。請負人が報酬支払い以前に注文主に自動車を返還したなら、請負人は返還によって注文主に信用を与えたのである。BGHZ 27, 317(前述⑥判例), 324ですでに当部が明言した様に、彼は自己の危険において返還したのである。彼はたとえ後に他の理由(新たな修理)で再び占有を取得したとしても、この信用供与ゆえに、注文主の所有しないものを頼りにすることはできない。」

結論から言えば、本判決は請負人が目的物を占有して所有物返還請求権の行使を受けるだけではなく、修理施行(費用支出)した後も目的物の占有を保持しつづけることが、請負人の担保権者的地位の条件であることを示した。

一応は、判旨は首尾一貫していると考えることはできる。即ち、本件では請負人は所有者からの返還請求権をうけてはいるが(Vindikationslageは発生しており、請負人は不適法占有者ではあるが)、費用支出に基づいて請負人の持っていた費用償還請求権及びそれに基づく留置権は既に消滅しているからである。というのも、所有者の占有媒介者たる注文主への返還の後に§1002の除斥期間は経過しているからである。

但し、次のような疑問も生じる。確かに占有媒介者たる注文主への返還は所有者への返還と同一視できる場合はあろう。しかし、この場合には注文主(占有媒介者)は費用を承認(§1001)する権利も持っているはずである。占有者が請求権を留保して目的物を注

文主に返還したときには、所有者の承認も擬制される（§ 1001）のであろうか。費用償還請求権の規定に忠実な解釈は、このことを首肯するであろう。仮にそうでないとすれば、他方で請負人が目的物を注文主に返還しても所有者に対する返還とみなされるべきではない。このように請負人の担保権者的地位を目的物の占有保持と無関係に認める態度は、先に紹介したRGの（②ノ③）判例で示されていた[6]。

それでは、このような§ 1001, § 1002に対するRGとBGHの態度の違いは、何に起因するのであろうか。ここで想起されるのは、前述⑥判決及び本判決が「信用の危険」を説き請負人の請求を制限する際に、法定質権制度に言及していることである。いずれも、請負人が法定質権を（善意）取得していたとしても、目的物を注文主に返還することによって質権は消滅している、としている。他方で先に述べたようにRGは、請負人の法定質権を顧慮してはいない。目的物を引渡すこと即ち「信用の危険」は、実は「信用の供与」というよりは担保（質権）の放棄なのである（これは、後に四で紹介するヤコブスの指摘するところである）。

以上のように請負人には担保権者的地位が与えられることを前提にしてこれまでのBGHの判決（⑥及び⑦）を検討すれば、判例は請負人の所有者に対する請求を決して「契約の危険」及び所有物返還請求権の行使（Vindikationslage）によって判断しているのではないことがはっきりする。⑥判決では請負人の請求を制限する根拠として「契約の危険」及び「信用の危険」が説かれた。しかし、この矛盾する原理のうち前者を⑦判決は、所有物返還請求権の行使（Vindikationslage）及び適法他主占有者は同じ状況で不適法占有者より劣った扱いを受けてはならない、という理由で退けた。本判決も言っているように⑦判決の適法占有者は同じ状況で不適法占有者より劣った扱いを受けてはならないという命題は、多くの学説から批判を受けた。BGB §§ 994 ff は占有者が費用支出時にも不適法であることがその適用の前提である、とされるである（この点は四で検討する）。しかし、BGHが本判決でも（⑦判決の見直しは必要がないとし、費用償還請求権と法定質権制度との関係を）言うように、請負人の権利は実は質権によって与えられている。費用償還請求権の規定（§§ 994 ff）が準用されたのは、「契約の危険」と請負人が関係していないことを導く為であった。即ち、「契約の危険」は契約相手方にだけ契約の履行・清算共に支払を求めるべきだとして、請負人に契約締結時において注文主の資力及び目的物の所有関係の調査義務を課する。この立場は、せいぜい請負人に（目的物あるいは第三者たる所有者への）求償権を認めるとしても、それは（目的物の所有関係への調査義務を前提とした）法定質権の善意取得に

しかつながらない。しかし、費用償還請求権によれば、請負人はこのような「契約の危険」から免れているからである。

BGH の立場が以上のようなものであるからには、他方で「質権」の善意取得においては請負人の善意に対して要求される調査義務は、これに即応して低いものとされなくてはならない。BGH は次の判例で、実務が判例の不安定[7]及び請負人の権利保護の不充分さ(これは以下の判例に即して示される)に対してした予防法学的処置——約款による目的物への契約質権の設定——を追認することで、この点への立場も明示した。

⑩ BGH 1977, 5, 4 (BGHZ 68, 323)

(事実の概要) 訴外Fが銀行Y(被告)に譲渡担保に供し、そのKfzBをYに交付していた乗用車の交換モーターの取りつけをFの委任によってX(原告)は引きうけた。Fが署名した書式用紙の表面には、裏面に印刷された「自動車とその部品への労務の施工に関する約款」("Bedingungen für die Ausführung von Arbeiten an Kraftfahrzeugen und denen Teilen")への指示がなされていた。その約款の Nr. VII には、「受任者は委任契約により生じた債権につき、委任契約により自己の占有した目的物に、留置権並びに契約質権を持つ」と記載されていた。Xは仕事を完了し、代金5316.98マルクを請求した。Fは自動車を取りにこず又代金も支払わなかった。更にFは記載された住所では、発見できなかった。そこでXは、再び交換モーターを取り外した。取り付けと取り外しの費用は、1126.14マルクであった。XはYにKfzBの返還と自動車の換価の受忍を求め、予備的に本件自動車の返還と引換に、1126.14マルクの支払いを請求した。Yは、訴の棄却を求めた。

LG とOLG はXの訴を棄却した。Xが上告した。

(判旨) 請求認容。(控訴審は、XがFにKfzBの呈示を求めなかったことから、Xの契約質権の善意取得を否定した。)「この(控訴審の)見解には従えない。KfzBは自動車の所有者ではなく保持者(Inhaber)が記載されているから、それによって自動車の所有関係の解明は与えられない。」「BGHが中古自動車の所有権取得をしようとする者に求める要件を、質権の取得についても要求する必要はない。

自動車の売却と修理委任及びその他の仕事の間では、善意(取得)の効果について重大な相違が生じる。というのは、自動車の売却の場合は証書の引渡なしに善意取得が可能なら、所有者は所有権を失う。質権の設定の場合には、彼は所有権を失わずただ質権の負担を負わされるにすぎない。原則として自動車はその価値を増大しているから、修理又は自動車に支出された労務が所有者に帰属すること

により、この負担はバランスがとれている。」

「更に修理工場主が契約質権を善意取得する為にKfzBを呈示させる必要があるという要請は、実際上貫徹できない。KfzBはそこに印刷された前文によれば『重要な証拠として、注意深く、必ず自動車の外に保管さるべきである』とされる。」「証書を持って運転することは、前文に表現された証書の保全目的に矛盾する。証書はすぐにしまい込める程に携帯に便利ではないから、証書がしばしば、少なくもうっかりして自動車に残されることは避けられない。これは、自動車修理工場主や工場の不実な使用人が証書を引渡して自動車を善意者に有効に売却できる、という結果につながる。工場主がKfzBを呈示させた時だけ自動車に契約質権を善意取得できるとすれば、このことはハジンガーが妥当にも述べた様に、ひどい『修理業務の麻痺』につながる。」

「工場主がBGB § 273の留置権を持つことは、少しも彼を助けない。というのは、彼は自分の修理工場の場所をふさぐだけの自動車の保持を望まないからである。BGHの判例によるBGB § 1003の弁済権も、まさに本事案の示す様に彼を充分には保護しない。というのは、彼の請求が支払われない為、工場主が自動車に取り付けた例えば交換モーターの様な非同体的構成部分を再び取り外した時は、自動車の修理はBGB § 1003の意味での費用ではないからである。」

「更に占有者によるBGB § 1003に従った費用償還請求の主張は、所有物返還請求の行使（Vindikationslage）が前提とされる。それにもかかわらず本件の様な場合は、所有物返還請求権の行使は必ずしもされない。というのは自動車の譲渡担保権者が銀行に支払を続けている限りで、所有物返還請求権の行使は行われないからである。最後に、質権に基づく物の換価は、BGB § 1003による換価よりも簡易である。BGB § 1003の場合は、所有者が費用償還請求を争う時は、物の換価の前に裁判所による費用の額の確定が必要である。これに対し、BGB § 1233によれば、質物換価について債務名義は必要ではない。」

「だから、KfzBを注文主たる自動車の占有者に呈示させなければ、自動車修理工場主は契約によって合意された質権を善意取得できないという見解を採ることはできない。却って工場主は（積極的に）委任者が自動車の所有者ではないと考える契機のない場合には、KfzBを見なくても契約質権を善意取得できる。」

本判決は、先にBGHが退けた法定質権の取得を契約質権の善意取得という形で認容した。

本判決は（若干の反対は有るが）[8]多くの学説の支持（積極的とまでは言えないが少なくとも追認）を受けている。[9][10]

本判決の意義は、次の二点にあると思われる。まず第一に、（所

有者・注文主間の契約関係が消滅して不適法となった請負人に与えられる）BGB §§ 994 ff の費用償還請求権、及び（請負人が適法である時の抗弁である）BGB § 273 の留置権による請負人の保護の不充分さを、「質権」によって請負人に認められる権利との比較から説いていることである。請負人には本来は法定質権が認められるべきであるという前提がなければ、この比較は意味を持たない。この点からも、BGH が法定質権制度に即して請負人の権利を考えていることが再度確認されよう。第二に、本判決は、売買契約とは異なり請負人が注文主が所有者ではないことを知る契機が積極的に与えられなければ、請負人の善意は損われないとした。このように善意性を容易に認定することの意味は、既に検討した通り「契約の危険」を請負人には負担させないという考慮に基づいたものである。

但し、以上の判例の態度には、判例の認める請負人保護の限界も又示されている。というのは、請負人が積極的に注文主が目的物の所有者ではないことを知っていたときには質権は善意取得されないからである。

このことを手懸りとして、判例の認める請負人の担保権者的地位を検討すれば次のように考えることもできる。一方で判例は、BGB §§ 994 ff によって請負人の目的物の所有関係の善意・悪意を問わず求償を認めるが、それは目的物に対する出捐が最終的に所有者の「利得（?）」となる限りにおいてである。というのも、目的物の修理に費した材料及び労務は「費用（Verwendung）」を構成するが、この修理を復元するような労務（及びその結果）は「費用」ではないからである。他方で、請負人は契約質権の善意取得により「費用」に限らず所有者の利得（?）とはならなくてもすべての支出の求償を受ける。しかし、これは少なくも請負人が積極的には目的物の所有関係に関して悪意ではないことを前提としたものであった。だから判例は、請負人の出損が全く所有者に利益（利得?）をもたらさない場合には、一定の「契約の危険」――（再三指摘する通り）契約の相手方だけを頼りにせよという要請は質権の善意取得に即しては目的物の所有関係に関する善意性の要求となる――によって、請負人・所有者間の利害調整を行ったものとも言えよう。

以上のような判例の検討から、本稿の出発点に即して考えれば次のことが明らかとなった。RG も BGH も共に判例は請負人に対して担保権者的地位を与え、かつこの地位は第三者（の担保権）に優先することを前提としている。だから、請負人が注文主との「契約の危険」を負担せず（請負契約の）第三者たる所有者に、かつ注文主の一般債権者に優先して弁済を受けることが首肯された。更に注文主と（第三者たる）所有者との間で修理施行について決済がなされていることも請求の障害とはならなかった。但し、RG と BGH

の違いは、後者が請負人の法定質権制度を顧慮するのに対して前者はそうではないという点である。だからRGは（請負人の目的物の）占有の保持と関係なく請負人の請求を認めた。他方BGHは法定質権の（善意）取得を認めなかった為にやはり、この担保権者的地位はBGB §§ 994 ff の費用償還請求権によって与えられた。しかし、この費用償還請求権の制限は法定質権制度に即して目的物の引渡（信用の危険）によってなされたのである。

次には、（主に以上の判例の評価をめぐって展開された）学説を検討することにより請負人の担保権者的地位をめぐる様々の視点を明らかにすることとしよう。

（1） 後に紹介する⑦判例の控訴審は、この所有者の施理施行への同意によって、請負人の法定質権が成立するとした。学説も同様の見解を採るものがある。これについては、後述四・(一)を参照。

（2） 当時は、請負人の法定質権の善意取得という構成はあまり注目されていなかった。

（3） この点は、後に紹介する⑨判例に即して検討する。

（4） 以下の三つの裁判例である。

①OLG Stein 1927, 3, 23 (Leipziger Zeitschrift für Deutsches Rechts 1927, 1490)

（事実の概要）X（原告）はY（被告）に対し、YがXの原料から製作した洋服の返還を請求した。しかし、Yはその原料がXの所有物とは知らず第三者より加工の為に受領し、一部はすでに第三者に返還していた。

（判旨）「費用償還請求権は、BGB § 1002 の意味で消滅していない。……§ 1002 の適用には、占有の放棄が直接に所有者の為に行われる必要がある。」

②LG Bonn 1955, 3, 18 (NJW 1956, 215)

（事実の概要）訴外HはY（被告）との間で継続する契約関係から生じる債権の担保の為に、Yに自己所有の自動車を譲渡担保に供した。その契約によれば、Hは自動車の占有を自己の下に留め、運転できるよう保持する義務があった。Hは自動車の修理を、X（原告）に依頼した。Hは修理費用完済の前に自動車を取り戻したので、XはHに強制執行したが、その執行は効果をあげなかった。その間にYはHに対する債権満足の為、譲渡担保契約を実行して自動車の所有権を取得した。XはBGB § 994 を根拠に、未回収の修理代金をYに請求した。（Xは、譲渡担保実行の後にはじめて当該契約を聞き知ったのである。）

区裁判所（以下AG）は、Xの請求を認容した。Yは上訴したが、請求は棄却された。

（判旨）「当裁判所は、最上級審で展開され近時支持されている§ 994 の適用は費用の支出を第三者との契約に基づいてし

たという理由で拒絶されないという見解を支持する。」「§1002の期間は占有者から直接所有者に物が返還された時から経過する、というのが一致した見解である。」

③LG Duisburg 1955, 7, 6 (MDR 1956, 33)

（事実の概要）Y（被告）は、所有権留保の下で機関車を訴外Tに売却した。Tはその修理代金の一部を支払わなかったので、（機関車を修理した）請負人Xは残代金をYに請求した。AGは修理費を必要費にあたるとして、請求認容した。Yは上訴したが、棄却された。

（判旨）「占有者がたとえば請負人として第三者に契約上の請求権を持っていることは、BGB§994以下で規定された所有者・占有者間の法律関係を排除する理由にはならない。」「請負人が第三者から債権の満足を受けたときは、費用償還の請求は悪意の抗弁の対抗をうける。」

(5) 但し、次のような判例もあった。

OLG Köln 1956, 9, 19 (NJW 1957, 224)

（事実の概要）訴外Bは直接の占有を自己の下に保持するという条件で、トラックをY（被告）に譲渡担保に供した。Bは X（原告）にトラックを修理させ、修理完成後Xより返還を受けたが、代金は一部未払いであった。Xは残代金の支払を真の所有者Yに請求した。

LGは、Xの請求を棄却した。上訴も棄却された。

（判旨）「確かに現下の事案の様に契約上の請求権を第三者に対して持っている時も、占有者に所有者に対する費用償還請求権は排除されない。」と説示して、RGの判例を踏襲している。しかし以下の説示はRGとは異なった立場に立っている。「しかし、XはYが物を回復した時か費用を承認した時だけ、請求権を持っている。」「物の回復は、所有者しかできない。例外として所有者の指示に完全に服従している占有媒介者への返還は、所有者への返還である。しかし本件でBは、これにあたらない。」そこで「回復は、直接占有者から所有者へ一行為によって、直接になされなくてはならない。」又仮に費用償還請求の前提（所有者の回復）が成立しているとしても、「本件では、Xは自分の意思で返還している。もしXの主張に従うなら、Yは回復しているから、その限りでXの権利も（除斥期間の経過によって）消滅している。」

本判決は、通常（BGHによっても多くの学説によっても）RGの立場を踏襲する裁判例として分類されている。しかし先に述べた様にRGは注文主に物が返還されることを、所有者への返還にも所有者による回復ともみなしていない。さらには所有者に直接物が返還されることを、費用償還請求行使の前提とも考えていない。注文主を通してでも所有者が回復すれば、請負人は請求権を行使し得るとしている。その意味では、実質的には後に紹介するBGH⑥の判例を先取りしているとも言える。

事実、ライザーは後に紹介するBGH⑥の判決の評釈でそのように考えている、Raiser, Verwendungsansprüche des Werkunternehmers, JZ 1958, S. 681 ff, S. 681, Anm. 3. 本裁判例の評釈で、BGHと同様にBGB§§994 ff の費用償還請求権が不

適法占有者にしか適用されないことを理由としてではあるが、結果的に本判決を支持しているのは、Hoche, N J W, 1957, S. 468 及び同様の立場で本判決に言及しているのは、Gürich, Verwendungsansprüche des Unternehmers, JZ, 1957, S. 429 ff.

(6) このことは、R G に反対してB G B §§ 994 ff は不適法占有者にしか主張できないと考えた者も認めていた。例えば、Hoche (前掲注(5)) A. a. O.。更に、これは通説でもある。例えば、Palandt, Bassenge, zu § 1001, Anm. 2, Soergel-Mühl zu §1001, Rz. 2.

(7) この判決の後にも、次のような裁判例もある。L G Berlin 1972, 11, 15 (N J W 1973, 630)

(事実の概要) 原告 (X) は、自動車の譲渡担保権者であった。担保権設定者は、事故にあった自動車の修理を被告 (Y) にさせたが、その代金を支払わなかった。そこで譲渡担保権の存在を知らなかったYは、自動車を競売にかけその売得金の一部を返済にあてた。Xは不当利得によってYから売得金の返還を請求した。A G は請求を認容したので、Yが上訴した。

(判旨) 控訴棄却。判決は、まず、Yは法定質権の善意取得はしないとして、YのB G B §§ 994 ff の請求に対しても次のように言った。「Yが依拠するB G H (⑦) 判例は、本件とは関係がない。……この判例によれば、適法占有者を費用償還請求権に関して善意の不適法占有者より劣って取扱ってはならないという正義の要請のある場合には、BGB §§ 994 ff の規定は例外的に適法占有者にも適用となる。(しかし) Yは、何故に例外的に第三者たる注文主の請負契約からの請求に指示されることが不当であるかについて、何の事実も主張していない。控訴審の手紙でYの主張した事実、即ち注文主は任意に支払わないというのは、このような事情にはあたらない。」として、Yは法律上の原因なく利得した、とした。

(8) Picker, Formularmäßige Pfandrechtsbestellung-Enteignung vertragsunbeteiligter Dritter? N J W 1978, 1417 f., S. 1417 は、このような約款の条項は法の潜脱ぐになるとして、判例を批判する。

(9) 例えば、Gerd Müller, Der Schutz des Werkunternehmers bei Insolvenz des Bestellers-Eine Stellungnahme zu B G H Z 68, 323 ff-Vers R, 1981, S 499 ff, S. 505 は、判例の結論も理由づけも説得的ではないが、費用償還請求による救済がVindikations lage を前提としていることの不充分さから本判決は理解できるとしている。

(10) § 647 の改正にあてられた、債権法改正に関する鑑定意見も、この判例を前提として議論をすすめる。後述四(一)参照。

四　西ドイツの学説

以上にみたように、判例はBGB§§994ffの適用により請負人に——所有者に対して目的物を留置し、弁済をも受ける——一定の担保権者的地位を認めるが、その担保権者的地位の根拠について積極的に解明を与えているわけではない。判例の議論の焦点は、請負人が（一定の限度で）法定質権に類似した担保権者的地位にあることを前提として、請求の要件を確定することにしぼられていた。確かにこの一連の判例の検討から、判例は、BGB§§994ffに基づく請負人の請求権を除々に制限してきたこと、かつその制限は請負人の目的物の占有保持と結びついた（判例のいう）信用の危険、乃至は信用供与によって消極的に与えられたことは、明らかとなった。更にこのような制限は、請負人の法定質権制度の顧慮の下に行なわれてきた。しかし、判例においては、我々が出発点において問題とした不当利得法上の議論で顧慮される利益衡量の視点、即ち、請負人の契約相手方たる注文主の一般債権者の利害及び請負契約の第三者たる所有者と注文主との間の決済については、直接には検討がなされていなかったのである。

これに対して、学説は、請負人に担保権者的地位を認める根拠を、不当利得法で取り上げられる視点をも顧慮して検討している。勿論、以上のような利益衡量は、先にも述べたように直接には不当利得法上の問題としてではなく、占有者の費用償還請求権及び請負人の法定質権の適用をめぐって議論されている。その際に、学説の大多数は請負人に以上二つのうちいずれかの制度によって請負契約の第三者たる所有者に対する請求を認めている。だから、一方で判例とは逆にBGB§§994ffの費用償還請求権による請負人の請求に反対する学説も、他方では法定質権によって請負人を救済するものがほとんどである。但し、請負人の法定質権の善意取得によって問題を解決しようという学説では、請負人の担保権者たる地位の存在が所与の前提とされている為に、請負人と第三者の間の利害調整はあまり顧慮されない。この場合の議論の焦点は、多くは動産担保制度のあり方に向けられている（勿論、動産担保制度は、実質的には転用物訴権と非常に密接に関連してはいるが）。だから本事案の実質的な利益衡量の視点は、主にBGB §§994ffの適用をめぐる学説間の議論の過程で明らかとなってきたのである。

さて、BGB§§994ffを適用して請負人の請求を認めようとするBGHの立場に反対する学説は、その批判の出発点とする視座も様々であり、かつその議論の射程も一様ではない。大まかには、それらの議論はBGB§§994ffの物権法上の体系的位置づけからのものと、

それ以外の視点からのものとに分けることができるが、その内でも後者に属する議論は、特に我々にとって有益な視点を提供する。というのも、これ等の視点は、畢竟いずれも不当利得法上の議論において顧慮されている視点と共通の基礎を持つものと言えるからである。このような議論に対して、BGHの立場に従って請負人にBGB§§994ffの請求を認める（多数の）学説の反論の中から、本事案の特殊性及び請負人の保護の必要性が明らかにされてきたのである。

以下では、次の順序で学説を紹介し、検討する。まず、法定質権により請負人に所有者に対する請求を認める三つの構成を概観する(一)。この内でも、請負人に修理施行をゆだねることへの所有者の同意――学説はこの所有者の意思表示に注文主への処分授権を認める――による請負人の法定質権取得を説く学説に、我々は、注文主・所有者間の（修理施行の）決済の効力を請負人に対しては相対化する視点を見ることができるであろう。次に、BGB§§994ffを適用せず（通説・判例とは異なり）所有者の（注文主及び）請負人に対する所有物返還請求を排除することにより、本事案を解決することを説く、ルードヴィッヒ・ライザーの説を紹介する(二)。その後に、請負人によるBGB§§994ffの請求に反対する学説をみる。まず、BGB§§994ffは物権法上の体系的地位からは（本事案における請負人のような）適法他主所有者には帰属しないとする学説を紹介する(三)。しかる後に、特に不当利得法上の視点を顧慮した二つの学説を紹介する。前者は、経済的視点――請負人の契約の危険、及び所有者と注文主の決済の評価――を重点的に論じたホルスト・ミュラーの説である(四)。更に請負人の請求権――注文主に対する契約上の報酬請求乃至は給付不当利得返還請求権と所有者に対するBGB§§994ffの費用償還請求権――の関係に焦点をあてて（直接に本事案の解決を詳しく）論じた学説を紹介する(五)。その後に、以上のような学説の展開を背景に、BGB§§994ffの言う費用を支出した者（Verwender）の中に問題解決を求める、カイザースの学説(六)、及び、請負人の先履行義務に即した保護という視点からBGHの行き方に独自の評価を与える、ヤコブスの説(七)を紹介する。

(一)法定質権による請負人の保護

本来は、民法典が動産に関して請負人の債権担保の為に用意した法制度は、動産修理の請負人の法定質権（BGB§647）である。給付の対象が有体物である製造物供給契約の場合には、請負人は目的物の所有権を留保してその限りで自己の債権を担保することができる。しかし請負契約による給付の対象が労務か、あるいは有体物で

あってもそれが注文主の物に添附してしまうときには、このような保護は考えられない。しかし、注文主に対して同時履行を拒むだけでは、請負人の保護は充分ではない。というのも、請負契約においては注文主の報酬支払は、仕事の完成及び目的物の引渡と同時履行とされているが、引渡の時点では請負人は既に給付を完了しており、(労務の場合は勿論)その給付は注文主以外には転売不可能(あるいは分離不可能)だからである。そこで民法典は、請負人が請負の目的物の占有を取得した場合には、注文主の物の上に法定質権が成立することを認めた(1)。

このように、請負目的物の占有と結びついてだけ請負人に担保権を与えようという態度は、ドイツ法が法定担保権に関して公示原則を重視したという事情に由来している。すなわち、ドイツ民法典は、債務者の財産一般や不動産に対する先取特権の制度を(わが法とは異なって)認めなかった。不動産に対しては、法定担保権は登記を前提とする抵当権として(保全抵当権、BGB§648)、動産については個々の契約類型に即して一定の空間支配を前提に法定「質権」を認めた(2)。

学説は請負人に認められる動産修理の法定質権を通じて問題を解決しようとするが、その構成は三つに分けることができる。そのうちで最も多くの賛同を得ているのが、法定質権の善意取得の構成である。他の二つは、目的物の所有関係に対する請負人の善意を前提とせず法定質権の成立を認める。

①法定質権の善意取得

学説の大多数は、請負人による法定質権の善意取得に賛同する(3)。但し、先にも紹介したようにBGHはこれを退けており、その際に民法典の立法者は賃貸人の法定質権(BGB§590)に即してであるが、法定質権の善意取得を明示的に拒絶し、かつこのことはBGB§1257の法文にも示されていると判示した。

しかし、法定質権に善意取得を認める学説においては、法定質権成立の前提である債権者による目的物支配の性質の違いは、善意取得の成否に重要な差異をもたらす。即ち、民法典の法定質権の要求する物の空間的支配は、債権者による目的物の占有取得(Besitzpfandrecht)——BGB§647請負人——及び債権者の支配領域への持ち込み(Einbringungspfandrecht)——BGB§590賃貸人、§704旅店主——である。後者においては、債権者は目的物の占有を取得しない。しかし、前者では請負人は目的物の占有を取得している。だから、前者では契約質権(が善意取得されるの)と同様に、法定質権についても債務者(注文主)の目的物の占有及び債権者(請負人)の占有取得が善意取得の前提たる権利外観を満足させる、と

考えるのである。(4)

更に商法典の法定質権では法文上善意取得が認められていることも、この法定質権への契約質権の善意取得の類推を正当化するものとされている。即ちHGB §366 Ⅲは、商法典の法定質権（HGB§397問屋、§410運送取扱人、§420運送人、§440倉庫業者）――以上の商法典の法定質権はすべて占有質権である――は善意取得が可能であると規定している。この商法典の規定は――契約相手方との質権設定という処分行為とは無関係に――、民法典も含めて一般に占有法定質権の善意取得が可能であることを明らかにしたものであるとされる。(5)更に不特定多数の相手方と契約することを前提に債権担保を目指した商法典上の法定質権の要請は、動産（特に、自動車）を修理した請負人についても同様にあてはまる。先に紹介したツェレ地方裁判所も善意取得を肯定するにあたって――当初は狭い範囲の顧客を相手としてきた請負人の担保をBGB§647は考えていたのに対して現在では顧客の範囲は拡大されたとして、法文の根底となる取引の事情の変化から――請負人に関しても以上の債権の担保の要請を重視していた。

これに対して先に見たBGHの判例及びこれに賛成する学説の論拠は次のようなものである。第一に商法典の規定（HGB§366）は一八六一年のドイツ一般商法典§306の規定をそのままにうけたものであり、商法典の規定は民法典の規定よりも旧い。だから、この規定は、はっきりと法定質権の善意取得の余地を退けた民法典の規定（BGB§1257）に対する一般原則とはならない。(6)第二に、それによって法定質権の善意取得が可能となるとされる、注文主の占有及び請負人の占有取得は、善意取得にとって必要な条件ではあっても充分なものではなく単に外形的に似ているにすぎない。何故なら、占有の移転という事実は、善意取得の前提となる処分行為ではないからである。(7)更にかつては学説は、仮に法定質権の善意取得の余地を認めても、請負人の目的物の所有関係に関する善意は――特に自動車証等の提示が善意取得の要件とされる場合には――実際上は疑わしいという点を強調した。(8)

だから以上の議論の理論的な問題点は、質権設定という意思表示の欠けた請負契約においても、目的物の占有の引渡が（処分の）意思表示に比されるべき性格を持っているか、という点に帰着する。この問題については、所有者の同意による法定質権の成立を認める学説――ここでも同様に占有移転は、処分行為の性格を持つか、が問題となる――の紹介（③）の中で検討する。他方で善意取得の実際上の難点は、請負人の善意性の存在であった。しかし、先に見たように（前示三の⑩）判例は、請負人の約款による契約質権の善意取得を――しかも売却の場合と異なり修理請負契約においては善意

性を容易に認めて——首肯した。それ故に法定質権の善意取得は契約質権によってではあるが、——以上の理論的問題（処分行為）も実際上の難点（善意性）をも回避して——実務上は結果的に認められたと同様なのである。

近時公刊された「債権法改正に関する鑑定意見書」も、先に紹介したBGHの⑩判例を前提として、請負人の善意性の要件をゆるめ、次のような法律案を呈示している。[9]

新六四七条・一項　請負人は、作成又は修理の為にその占有を取得したときには、自己の債権に関し、作成又は修理した動産に対し質権を持つ。但し請負人が占有を取得した時に所有者が作成又は修理に同意していなかったことを知るときはこの限りではない。

二項　質権は、この質権以前に物に成立した担保権に優先する。前項二文は担保権者の為に準用される。

三項　九三五条（善意取得に関する占有離脱物の特則）は準用される。[10]

以上の法律案によれば、請負人は積極的に——目的物の所有関係ではなく所有者が目的物の修理を禁じていたことについて——悪意でさえなければ、法定質権を取得するのである。但し、三項からも明らかなように、この規定はノーマルな取引関係の存在を前提としており、盗品・遺失物の場合には——BGB§§994ffの費用償還請求権とは異なって——請負人は法定質権を取得しない。以上の法案の態度は、動産をめぐる信用取引に参入した請負人の地位を実際上の判例の取扱いに即して直截に表現したものと言えよう。

②期待権への法定質権の取得

請負人に法定質権の取得を認める第二の構成は、——学説及び判例がこれを認め、かつ請負人の目的物の所有関係に対する善意は問題にはならないという利点がありながらも、後に述べるような様々の弱点ゆえにその実効性の少ない——注文主の目的物取得の物権的期待権（Anwartschaftsrecht）の上に請負人の法定質権が成立すると説く学説である。この見解は、ルードヴッヒ・ライザー（Rudwig Raiser）によって提唱された。[11] ライザーは、所有権留保売買によって購入されたものは所有者の財産であると共に物権的期待権ゆえに期待権者（たる買主）の財産であるという認識[12]から出発する。だから、本事例においても、例えば所有権留保買主たる注文主は、目的物に対して所有権取得の物権的期待権を持っている。その期待権の上に請負人は法定質権を取得する。注文主が所有者に弁済しない時には、請負人はBGB§268（第三者の弁済）の準用により残余売買代金を売主に支払い売主の解除を封じることができる。これによって請負人は完全に期待権者の所有物となった物の上に制限のない法

定質権を取得することができる[13]のである。

しかし、この構成は請負人に充分な満足を与えることはできない。まず目的物への物権的期待権の成立の可能性が問題である。即ち、注文主が目的物を単に賃借しているにすぎないときには、そもそも注文主は物権取得の期待権を持たないから、期待権への法定質権取得は問題とはならない。注文主が譲渡担保権者の場合でも物権的期待権を持つかどうかについては、異論がある[14]。更に、実際的な難点としては、買主が売主に対する債務をほとんど弁済していない場合には、請負人は期待権を所有権に昇格させる為には多額の出費を覚悟しなければならない。その為もあってかこの構成は、判例（前述⑥）では（本事案の問題としては）請負人が注文主の債務を弁済しておらずその成立の前提の欠けているという消極的な形で取り上げられたにすぎない。

以上の構成の利点及び弱点は、請負人が注文主・所有者間の債権関係に依存しかつその限りで自己の法定質権の成立を主張し得ることにあろう。一方で請負人は、自己の契約相手方（注文主）が第三者（所有者）との間で形成した法律関係――所有権留保売買による注文主の債務の存在――に拘束される。だから請負人は法定質権を取得する為には、この法律関係（第三者に対する債務）から契約相手方（注文主）を解放しなくてはならない。法定質権の善意取得のように、相手方と第三者間の法律関係から独立して権利を取得し、両者の関係を切断してしまうことはできない。しかし、他方で請負人は、両者の関係を清算する限りで自己の契約相手方との契約関係（請負契約）に基づく権利（法定質権）を取得することができる。かつこの権利は――善意取得の構成とは異なって――目的物の所有関係に関する善意には依存しない。言い換えれば第三者の所有権も請負人の法定質権の成立を――期待権の上の権利という間接的な形でではあるが――切断することはできない。それによって請負人は――（注文主の債務を所有者に対して弁済して）法定質権行使により自己の債権を回収できる限りで――注文主の一般債権者に優先して弁済を受けることになる。

以上のように、自己の契約相手方が第三者と形成した法律関係により拘束されるというライザーの基本的な態度は（期得権の上に質権を取得するという）請負人の法定質権に対する構成だけでなく、後に見るように（二）第三者の所有権に対しても貫かれている。そこでは、第三者の所有権も注文主・請負人間の具体的な法律関係に拘束される、とされているのである。

③所有者の同意による法定質権の成立

法定質権の取得によって請負人を保護しようとする第三の見解

は、所有者の同意（Einwilligung）により――請負人の善意とは関係なく――法定質権が成立すると主張する学説である。先にも紹介したようにこの構成は下級審（前示⑦判例の控訴審、OLGHamm）が採用したが、BGH（前示⑦判例）は退けたものであった。

しかし、この構成は近時に至っても主張され続けている。[15] 例えば、メディクス（Dieter Medicus）は（注文主・所有者間の契約が所有権留保売買である場合を例にあげて）次のように言う。「売主が、契約によって、自動車の修理が必要となったときはそれを施行させるべきことを買主に義務づけたときには、売主はその契約によって、請負人の法定質権が§647により成立する局面を創設することに同意している。この状況は（売主の）法律行為により創出されたのだから、（無効の処分行為の追認を規定した）§§183, 185が準用されることは自明の理である。そのときには、法定質権は善意（取得）によってではなく、質入に類似した修理の為の（自動車の）引渡が所有者の同意により保障されるが故に取得される。」[16]

さて、BGB§185は処分授権（Verfügungsermächtigung）に関する規定であり、債務負担授権（Verpflichtungsermächtigung）に関する規定ではない。だから、BGB§185の適用の前提には、本来は処分行為――注文主・請負人による契約質権の設定の意思表示――が必要である。勿論、所有者がこのような処分行為への授権を注文主に与えることは可能ではある。しかし、注文主に自動車の修理を義務づけるという所有者の意思表示からは、即座にこのような処分授権を引き出すことはできない。

それ故に、本事案に§185を適用することの問題点は、次の二つである。即ち、第一に所有者が注文主に対して処分授権を附与した意思の有無、仮に所有者による授権が認められるとしても、これは債務負担の意思ではないかということ（先にみたBGHの判例も、債務負担授権という法制度は認められないこと、及び処分授権は認定できないとした）。第二は、処分行為ではない請負契約の締結に§185が適用できるのか、ということである。

そこで、§185の準用が説かれる。その際にこの準用の拠りどころとなるのは、所有者の同意の下で請負契約の為に目的物が注文主から請負人に引渡されることは一種の処分行為である、という視点である。（この点をもっともはっきりと主張する）ライザーは、次のように言う。「占有移転を伴う債権関係においては、物の引渡はそもそも処分行為の性質を持つ。勿論、引渡（自体）は法律行為ではないが、所有者が自ら引渡するか或いは所有者の同意の下で直接占有者によって引渡されたときは、やはり法律行為に類似した意思による行為であり、所有者を物権的に拘束し、新たな占有者に対する所有物返還請求権を排除する。請負人の法定質権は占有者たる請

負人の地位を第三者にも対抗できる完全な権利へと強化するが、それでも法定質権は占有と請負契約には拘束されている。このように考えれば、請負人に占有移転することへの所有者の同意に§185を準用することは許されるしかつ必要でもある。」[17]

他方で占有移転にライザーと同様の――所有物返還請求を排除するに至るまでの――物権的な拘束力を認めない者も、具体的な利益状況から、所有者による処分授権の附与を認めないのは妥当ではないとする。というのも、そうでなければ所有者は間に注文主を介在させることにより目的物に法定質権を成立させることなく請負人に修理させることができるからである。[18] 更にこのような所有者の授権は――自分で修理代金を支払う（債務負担）のではなく、目的物の負担（質権の成立）に関するものであるから――債務負担授権ではなく処分授権である、とも主張される。[19] 次に、注文主・請負人間で契約質権設定のような処分行為がなされなくても、以上のような利益状況から――両当事者の合意の有無にかかわらず成立する――法定質権は成立する、とされる。[20]

但し、通説的学説は、以上の見解に対して否定的である。まず通説は請負契約による目的物の占有移転への所有者の同意には（賃貸借契約の場合には格別）所有者を物権的に拘束する処分の要素は認めない。[21] だから、所有者の同意からは、処分授権ではなく単に注文主が請負契約を締結（し物を請負人に引渡）することしか引き出され得ないのである。この同意は、通常は所有者は自分では修理費用を支払わず、注文主に負担を負わせる意思であるとされる。[22] 更に通説は、（仮に所有者の処分授権が認められたとしても）§185の適用には反対である。法定質権は（処分行為という）意思表示から独立に法律によって成立するものだからである。[23]

以上の、所有者の同意により法定質権が成立することを認める学説は、次の点で示唆的である。即ち、この学説は、所有者・注文主間の特約の効力を正面から問題にする。所有者が注文主に修理代金の負担を課した特約は、この特約の当事者ではない請負人に対しては決定的な意味を持たない。（その効力は、所有者・注文主間だけで認められるであろう。）却って、その特約の効力は請負人に対しては、所有者の負担を認める根拠とされる。確かに以上の学説も、債務負担授権は認めない。[24] しかし、具体的な利益状況から、所有者の処分授権を認定して法定質権の成立を認め、所有者に支払の義務を課す。だから、実際上は債務負担授権を認めた上で、請負人の所有者に対する請求を法定質権制度によって――例えば、目的物の占有を失うことで法定質権は消滅する――限定したものと評価することもできよう。

(二) 所有物返還請求権の補充性

ライザーは、一方で法定質権の善意取得を退けている。[25] 更に、請負人にBGB§994ffの請求権の行使も認めない。しかし、他方でいわゆる「所有物返還請求権の補充性（Subsidiarität der Vindikation）」の理論によって——所有者の返還請求を排除することで——本事案の処理に独自の解決を示している。さて、ライザーが直接に本事案の処理を目指して書いたのは、三つの論文である。その内の一つは法定質権の善意取得を否定したものであり、他の二つは彼の理論からBGHの二つの判例（前述⑥及び⑦）に批判的な検討を加えたものである。[26] 但し、これ等はいずれも彼の「所有物返還請求権の補充性」の理論を前提としている。その骨格となるべき理論は、次のようなものである。[27]

ライザーは、——債権関係によっては所有物返還請求権は排除されないとする——通説・判例とは異なって、占有移転をともなう債権関係は所有物返還請求権を排除すると考える。ライザーによれば、自己の物を賃貸借や寄託の為に引渡した所有者は、それによって単に債権関係を創り出したものではなく、所有者としての自己の法的地位も変更している。[28] そのことによって、所有者が占有者に対して占有移転を招いた債権関係に拘束されているところでは、所有物返還請求権は排除される。[29] 所有物返還請求権が成立するのは、債権関係が無効となった場合だけである。これに対して、契約で合意された占有移転関係の期間が終了したとき、及び債務関係が債務不履行によって解除されたときには、債務関係はそれによっては終了せず依然として所有物返還請求は排除される。所有者が目的物の返還を求めるには、契約上の請求権による他はない。[30]

以上のことを本事案の解決に即して考えると、次のようになる。即ち、所有者、注文主間の契約が解除されたときにも、所有者は請負人に対して所有物返還請求権を行使することはできない。他方で請負人は所有物返還請求権の行使を受けない適法占有者であるから、(BGB§985の)所有物返還請求の副次的効果である(BGB§994ffの)占有者の費用償還請求権を行使できない。だから物を返還した場合には、請負人は注文主に対して契約上の請求権を行使することしかできない。[31] 所有者が目的物を占有する請負人から物を取り戻すには、請負人に対する注文主の契約上の返還請求権を譲り受け、これを請負人に行使する他はない。この所有者からの請求に対しては、請負人は注文主との契約から生じた抗弁（同時履行の抗弁権、留置権）を主張できる。[32] このような回り道を通じて、請負人は所有者に対しては請求権を持たないが、注文主との契約関係の主張によって請負代金の満足を受ける。

ライザーの見解でも（目的物を返還した適法占有者たる請負人にBGB§§994ffの適用を認めない）BGHの⑥判例は、その結論においては正しい。しかし、ライザーに従えば所有物返還請求を受けず適法占有者である請負人を、当初より不適法占有者であった場合と同一視してBGB§§994ffを適用するBGHの⑦判例は、その理論構成以上にその実際的効果が批判される。即ち、請負人の所有者に対する直接の（費用償還）請求により、請負人・注文主及び注文主・所有者間の法律関係（内的秩序）が破壊されるからである。[33]

しかし本事案の解決に即して考えれば、所有物返還請求権及び占有の適法性をめぐる理論的な問題を別にすれば[34]、その結論はBGHとライザーの学説との間に（ライザーの批判にもかかわらず）左程は大きな違いはない。というのは、ライザー説によれば結局は所有者は目的物を取戻す為には、請負人の報酬請求権を満足させねばならず、かつ通常は（修理費用たる）必要費・有益費と報酬請求権は等しいからである。他方でライザー説の実際的な難点をメディクスは指摘している。例えば所有権留保買主が請負契約による返還請求権を売主に譲渡しない前に破産したとき（そしてまさにこれが問題の場合である）は、買主の返還請求権は破産財団に帰属する。これに対して、売主・買主間の（契約の）解除による請求権は破産法§69により、単なる按分比例に甘んずる金銭債権に転化する。（更に）破産管財人が請負人から自動車を（請負代金を支払って）取り戻さないときは、どのようにして売主は自動車を取り戻すのか。[35][36]

所有物返還請求権の補充性を主張するライザーの学説のドイツ民法体系の中での全体的評価は、筆者の能力の限りではない。[37]但し、ライザーは全く請負人に独自の担保権者的地位を考えない点から出発して――前述したように、ライザーは買主の期得権の上に法定質権の成立を唱えるが、これもあくまでも売主・買主間の契約関係の下にであった――、占有移転に表現された法律関係から請負人の要保護性を承認している。

(三) 適法他主占有者の排除

先にみたようにBGHは、BGB§§994ffを（Vindikationslageの生じた）不適法占有者（nicht berechtigter Besitzer）にだけ適用する。この点は、学説上も異論はない。しかし、BGHが（占有を取得し）費用支出した時には適法でも後に不適法となった占有者（nicht mehr berechtigter Besitzer）にも――適法他主占有者は同じ状況で不適法占有者よりも劣った扱いを受けてはならない、として――BGB§§994ffを適用（準用）する点は、学説によって批判されている。勿論、多くの学説はこの準用を支持するし、他の学説も（以上の(一)・(二)で紹介したような構成によって）請負人を保護する。

しかし、BGB§§994ffの適用に反対し、かつ請負人に注文主に対する報酬請求権だけを認める見解の典型は、ミュンツェルの説に見ることができる。ミュンツェルは請負人が法定質権を善意取得することに対しても反対である。[38] かつ、この点をも請負人にBGB§§994ffの請求権を認めないことの理由にもしている。というのは、ミュンツェルは、法定質権の善意取得を認めないという決定――これを、彼は、請負人は契約の第三者たる所有者に対する請求はできないという評価と同一視する――を前提に、BGB§§994ffの適用に反対するからである。このことから、ミュンツェルは、BGB§§994ffの請求を請負人に認めることの不都合として次のような点を挙げる。まず、法定質権の善意取得が認められなければ、請負人は所有者に対しては請求できないのに、BGB§§994ffの費用償還請求権によって同様の請求が認められるのは矛盾している。更に、BGB§§994ffの請求を認めることの不合理はこれだけにはとどまらない。何故なら、たとえ善意取得者が認められたとしても、法定質権は目的物の占有を失なえば――請負人が目的物を注文主に引渡せば――消滅するのに、(RGによれば) BGB§§994ffの費用償還請求権は消滅しない。この請求権は、三〇年(で、消滅時効にかかるまで)主張し得る。[39] 即ち、BGB§§994ffによれば、請負人は法定質権制度に反して保護を受けるばかりか、その保護は一層広範に及ぶとされるのである。但し、先に検討したBGHの立場はBGB§§994ffの適用により、実は法定質権類似の担保権者的地位を請負人に認めるものであった。更にBGHによれば、BGB§§994ffの請求権は注文主への目的物の返還により消滅するから、ミュンツェルの指摘は、BGB§§994ffの適用に反対する決定的な論拠とはならない。しかし、ミュンツェルが請負人の所有者に対する費用償還請求権の行使に反対する主な理由は、BGB§§994ffの物権法上の地位から与えられる。

ミュンツェルはBGB§§985ff(及び§§994ff)の規定の体系的な理解から請負人はBGB§§994ffの請求権を持たないことを明らかにしようとする。その際にミュンツェルは、BGB§§985―1007の所有物返還請求権及びこれに関連した請求権を定めた部分は、民法典の中でも最も失敗したものの一つであるとする。[40] かつこの原因は、立法過程に胚胎していたとされる。そこで、ミュンツェルは立法過程の検討から始める。

彼は、それを次のように説明する。民法典の第一次草案(E1)には、二つの異なった占有概念があったが、それは占有者が事実上の支配と所有の意思を併せ持つ(今日でいえば)自主占有(Eigenbesitz)たる「占有(Besitz)」と物に対する事実上の支配である「保持(Inhabung)」である。但し後者は占有保護は受けるが保持者(Inhaber)は他人の為に占有しているか否かとは無関係である。

即ち保持者は他主占有者とは同一ではなかった。さて、第一次草案は、所有物返還請求の項（EI§§929—945）の規定は占有者にも保持者にも適用されると考えていた。というのは、保持者はそれだけでは単に事実上の支配をするだけで所有者に対しては占有すべき権利を持たないからである。但し、EI§942では所有物返還請求に対する抗弁は次のように規定された。「物の返還請求は、占有者または保持者が、物についての（物権的）権利に基づいてまたは所有者に対して持つ債権に基づいて物を保有することができるときには、排除される。」即ち、草案はこの抗弁をEinwandと構成したから、そもそも所有物返還請求権は適法他主占有者に対しては成立しない。だから第一次草案は、適法他主占有者については所有物返還請求の附随的効果（損害賠償及び収益返還）も返還請求をうける占有者の反対請求（たる費用償還請求）についても規定を置かなかった。他主占有者・所有者間は両者の間の具体的な契約関係によって定められるべきものだったからである。

ところが、第二次委員会では第一次草案の二つの占有概念は放棄され、単なる事実上の支配を前提として占有（Besitz）の概念だけが認められた。所有の意思を持って占有する者は自主占有者（Eigenbsitzer）——として占有者の下位概念——とされたのである。更に（現行民法典では§985の所有物返還請求を定めた）EI§929の後に（現行§986の）「占有者は、所有者に対して、物を占有することが適法なときには返還請求権を拒み得る。」が二項として附加された。この提案が受け入れられたのは（先に挙げた）EI§942と内容的に異ならないと考えられていたからである。但し、ここでは占有者の抗弁はEinredeとして、即ち単なる履行拒絶権とした規定された。このような占有概念の一般化（及び、そもそも所有物返還請求権が成立しなかった適法他主占有者に対しても抗弁を規定したこと）によって、適法他主占有者にも所有物返還請求の副次的請求（損害賠償、収益返還及び反対請求たる費用償還）が適用となるかのような外観が与えられたにすぎない[41]。だから、本来、適用他主占有者にはその善意、悪意にかかわらずBGB§§994ffの請求権は帰属しない、とミュンツェルは言う[42]。

だから、ミュンツェルによれば、適法他主占有者は——間接占有者を通して物の引渡をうけた場合でも——BGB§§994ffによる費用償還請求権は持たない。更に、このことは、所有物返還請求が債権関係によって排除されるか否かという問題とも関わりはない。というのは、適法他主占有者と所有者の間の関係は、両者の間の特定の債権関係によってだけ決定されるべきだからである、とされる。

以上のような視点に立って、ミュンツェルは、後に偶然に不適法となり所有物返還請求権の行使を受けた適法他主占有者に

BGB§§994ffを適用するBGHの態度を、次のような理由から批判する。まず第一に、判例の態度はBGB§§987ffの法規定のルールに反している。というのは、BGB§§987ffは、所有物返還請求の付随的効果（所有者の損害賠償請求及び収益返還請求）及び反対請求（占有者の費用償還請求）の成立を、占有者の善意・悪意（及び所有物返還請求の訴訟係属）にかからしめている。占有者の善意・悪意の決定には、請求の基礎となる事実の生じた時点（損害賠償は加害時、収益返還は収得時、費用償還は支出時）が手懸りとなる。占有者が収益の収得或いは加害の時点で善意であり、後に悪意となったからといって収益の返還義務や損害賠償義務が生じる訳ではない。同様に、費用支出時に費用償還請求権を持っていなかった適法他主占有者は、後に不適法となり所有物返還請求が行使されたことによってその権利状態も変化しない。[43] 第二に、（以上のような法的な疑問は別としても）BGHの立場からは、請負人がBGB§§994ffの請求権を持つか否かには、偶然性の要素がつきまとう。例えば、注文主たる所有権留保買主が所有権留保売主に代金の支払をせず、契約が解除されれば、その偶然的な事情によって不適法占有者となった請負人はBGB§§994ffの請求権を持つ。第三に、請負人が自動車その他の動産を自分の修理工場に持ち込んで修理して占有を取得したのか、又は動かすことのできない動産や土地に費用支出したのか——これも偶然性の要素がつきまとうが——によって請負人の請求権の存否が左右されるのも不合理である。[44] 更に、（先にも紹介した、他の論文で述べられた問題点）費用償還請求権を請負人に認めるのは法定質権の取得を迂回して承認することであり不合理であるということも、再び強調される。[45]

多数の（BGHを結果的には支持する）学説も、ミュンツェルの指摘する通り、費用支出時に適法であり後に不適法となった他主占有者にBGB§§994ffを適用することが必ずしも法規定には合致していないことは認めている。しかし、次のような利益衡量からBGB§§994ffを準用することに賛成するのである。例えば、クラフト（Kraft）は、次のように言う。占有者（請負人）が費用を支出した物を返還する必要がない限りでは、占有者の利益を（注文主に対する請求以外に）追加的に所有者に対する直接の請求によって保障する必要は全くない。つまり、彼に占有を委ねた第三者の法律関係からの請求が、彼を充分に保護している。しかし、突然しかも多くは占有者がそれを知らずかつそれに対する影響力も持たない理由から占有者が所有物返還請求権の行使を受けたとき、即ち（他方では）所有者が物への費用より生じた価値の増大を自己のものとする可能性を持ったときには、利益状況は全く異なっている。[46] 以上のように、BGHに賛成する見解によれば、占有者（請負人）が不適法と

なったという偶然性は、却ってBGB§994ffを適（準）用することの根拠とされる。但し、請負人が目的物を占有したかどうかという偶然性によって請求を認めることの合理性は、以上のような見解からは必ずしも積極的には与えられない。我々は以前に三において、判例が占有を（少なくとも費用償還請求権を制限する消極的な根拠としては）法定質権に即して理解していることを明らかにした――ヤコブス（後述(七)）は、請負人の先履行義務及び法定質権に即して積極的に占有の意味を明らかにしている。但し、このような見解もやはり占有に担保的機能を見い出す。その典型的な例をケメラー[47]をひきあいに出して請負人の契約の危険を強調するミュラー（後述(四)）、及び以上に紹介したミュンツェルに反論する、フィルシング（Firsching）の見解にみることができよう。彼は、次のように言う。ケメラーが全く妥当にも言っているように、ここではBGB§994ffのルールは自然な直観（natürliche Anschauung）を表現している。即ち、占有した物に給付した債権者は物を担保（Sicherheit）と考え、契約相手方だけでなく、所有物返還請求権を行使し得る契約外の所有者にも請求権を主張し得る[48]。

(四) 契約の危険と二重の損害

ホルスト・ミュラーは、RGの三つの判例（前述①②③）を叩き台としてBGB§994ffの適用を論じている。それ故彼の見解は現在のBGHの判例に対応するものでもなく、かつBGB§994ffの適用について必ずしも体系的で一貫した解釈論を呈示するものでもない。しかし、他方で彼の出発点は後の学説にも継承されており[49]、彼の提示する視点はこの問題を論ずる際に必ず顧慮されている。

ミュラーは、まずRGの判例に反対する学説としてホッヘ（Hoche）及び[50]（先に紹介した）ミュンツェルの見解を検討する。ホッヘは、（現在のBGH及び通説と同様に）BGB§994ffは不適法占有者にだけ適用されるという点、及び（法定質権の善意取得を認めることを前提として）BGB§994ffの請求を認めなくても善意の請負人は法定質権によって充分に保護されるという点から、（請負人の占有の適法・不適法を区別せずBGB§994ffの請求を認める）RGを批判する。ミュンツェルについては（ミュラーがとりあげるのは）、法定質権の善意取得が不可能なことを前提として請負人に費用償還請求権を認めるのは予盾しているという指摘である。ミュラーは、まずホッヘの言う第一の命題は理由づけが不充分で説得力を欠くとする。更に請負人に法定質権（の善意取得）が認められるかどうかと費用償還請求権のあり方とは別の問題であるとする。というのは問題となっているのは、前者では請負人の注文主に対する請求権であり、後者では所有者自身に対する請求権である。更に前者では注文

主に対する債権故に第三者（所有者）の物から所有者及び注文者に優先して弁済を受ける権利が、後者では所有者に対する独自の請求権に基づいて目的物を留置（BGB§1000）し換価する権利（BGB§1003）が問題とされているからである。[51]

しかし、ミュラーによれば、この後者の問題に対する解答は、BGBからは得られないとされる。というのは、BGBの規定は所有者・占有者関係を二当事者を前提として考えているからである。そこでこのような法の欠缺した（三当事者関係の）領域では、法律家は経済的な問題から出発しなくてはならない、とされる。その際に彼は、請負人が注文主の下で修理施行をして目的物を占有していないときと、自己の工場で修理して占有を取得しているときとで、法的な評価に差異が生ずるのは妥当ではない、とする。いずれの場合にも、労務の給付（されたという事実）も（そこで支出された）価値についても（費用が支出されたという点では）状況は同じだからである。[52]そこで、ミュラーは請負人の目的物の占有の有無とは関係なく費用償還請求権の問題を解決しようとする。だからミュラーの言う経済的問題とは――（先に示したように）費用償還請求権では請負人の所有者に対する独自の請求権が問題となるから――、（注文主の一般債権者を別とする）請負人及び所有者が注文主と結んだ具体的な契約関係をめぐる利益衡量である。

ミュラーは、まず前記①判例（契約によりその修理義務を負った賃借人が機関車を請負人に修理施行させた）の例に即して問題を考察する。その際に原則的には、請負人は所有者の物を保存・改良する為に自己の財貨を犠牲としており、この補償なくして所有者の財貨が増大するのは不当である――無償の財貨移動は不当である――ということが出発点とされる。[53]しかし、他方で彼は請負人及び所有者（賃貸人）は注文主（賃借人）と契約することで注文主の「信用の危険（Kreditrisiko）」と関係していることを指摘し、この財貨移動を契約の危険の観点から評価するのである。

ミュラーは、まず請負人については次のように考えている。（本来は）請負人は注文主だけが自分の債務者であること、つまり注文主の信用状態を知っていたということから出発している。[54]ところが、請負人に所有者に対する直接の請求を認めるRGの判例によれば、次のような結果となる。即ち、注文主に支払い能力があっても所有者は注文主の為に請負人に対して前払をする必要が生じ、他方で注文主が無資力のときには請負人・注文主間の請負契約から生じた（注文主の）信用の危険（Kreditrisiko）が所有者に移転される。しかしいずれの事態についても、所有者・注文主間の賃貸借契約の締結時にも注文主・請負人間の請負契約の締結の際にも予期されていなかった。[55]他方で、所有者（賃貸人）について、ミュラーは次のよう

に言う。所有者は修理義務を（契約によって）明示的に賃借人（注文主）に移転した。この修理義務に応じて賃料が低く定められていることは、想像できよう。所有者の商人にふさわしい計算に基づいてこのような契約が結ばれた。（ところが）注文主が破産したときには、RG の見解に従えば所有者は二重の損害を被る。恐らく所有者は賃料債権について損失をうけるであろう。これは、所有者が計算に入れていた（賃貸借契約を結んだが故の）彼の当然の信用の危険である。しかし、更に所有者は賃貸借契約中の合意に反して注文主（賃借人）の請負人に対する債務をも支払わなくてはならない。このことは、所有者は計算していなかった。だから賃貸借契約の中で修理義務を注文主（賃借人）に課しそれに応じて安価な賃料を合意した――これが最も重要なのだが――ことはどんな意味があったのかを所有者が問題にするのは妥当である。[56]

請負人・所有者それぞれの信用の危険への関与について以上のように考察した上で、ミュラーは請負人が行使し得る実定法上の権利について次のように考える。まず、彼は、請負人は仕事を引き受けるときいずれにせよ目的物を担保として取得したと考えた、とする。しかし、仮にこの請負人の信頼が無制限な保護に値するとしても、この信頼は（請負人の所有者に対する独自の費用償還請求権を認めるべきことにはならず）請負人は注文主に対する請求権故に所有者の物を頼りにできるということにしかならない。だから、一応は請負人は目的物を弁済を促す手段（Druckmittel）として利用し（留置権）、自分の為に換価できる（質権、換価弁済権）、とされる。請負人に法定質権の善意取得を認めれば、以上の権利は即座に認められる。しかし法定質権は、（先にミュラーが目指したように同様の利益状況にある請負人が目的物を占有しない場合及び BGB§994ff の適用が問題となる他の場合も含めて）すべての場合の解決を与えることはできない――ミュラーは、第一に請負人が善意でない場合、第二に費用支出した占有者が賃借人、受託者の場合、第三に目的物が占有離脱物の場合、第四に請負人が注文主の下で修理施行した場合、第五に土地に費用支出した場合には、法定質権は役に立たないとする。だから、ミュラーは法定質権を除いて請負人の権利を考える。BGB§1003の認める換価弁済権は、現にその成否が問題となっているBGB§994ffの費用償還請求権の成立を前提とするから、残るのは、留置権（BGB§273）及び同時履行の抗弁権（BGB§320）である。しかしいずれも、契約外の第三者に対する主張はできない。だから、担保として期待した物が契約相手方のものであるかどうかという危険は、たとえ彼が善意であっても債権者――ここでは請負人――に負担させられている。仮に、この危険に対して保護を与えようと法律が考えているなら、請負人には質権

が与えられるであろう、とされる。[57]

以上のようにミュラーは、請負人は仮に目的物の占有を保持していても（法定質権の善意取得以上に）目的物を担保として利用することはできないと考える。以上のことを前提としてミュラーは当初の出発点、即ち、無償の利得移動は回復されるべきである――これは不当利得法の視点である、とミュラーは言う――に戻って次のように考える。まず請負人が目的物が注文主の物ではないと知っていたときには、一種の第三者の為にする契約が締結されたのだから、請負人は注文主に対してだけしか請求できない。請負人が注文主が目的物の所有者であると考えていたとしても、結果は同様である。何故なら、所有者は利得していないし、請負人は損失していないからである。というのは、所有者が注文主（賃借人）に修理義務を課したときには、これは賃料（が安価とされる等）に何等かの形で反映されている。だから、所有者のプラス・マイナスは対応している。他方で請負人も注文主に対する債権を取得しており、その債権は事実上無価値であるにすぎない。そこでミュラーは、所有者（賃貸人）が注文主（賃借人）に安価な賃料と引換に注文主に修理義務を移転した特約を根拠として、次のように言う。この場合には、確かに直接に所有者・請負人間ではないが、間接に所有者・注文主（修理義務を移転する特約）及び注文主・請負人間（請負契約）で特別に形成された関係によって、利得（修理施行）のバランスは実現されている。ここで成立した正常な連鎖を断ち切って、普通は請負人が負担すべき危険を他に移転させる契機はない。[58]

以上のようにして、ミュラーは、RGの①判例は誤っていると結論づけるのである。この理は、②・③判例についても変らない。②の所有権留保売買でも目的物の修理義務は買主に移されており、③の取次契約でも所有者は前払しているからである。[59]

他方で、所有者・注文主間でも修理施行という財貨稼動について契約上の合意がない場合には、ミュラーは次のように考えている。まず、注文主が修理費用を所有者に対して請求できかつ留置権を持つ限りで、注文主は所有者に対して占有すべき権利を持ち、従って請負人も占有すべき権利を持つ。[60] しかし、やはり請負人が直接に所有者に対して請求することはできない。請負人は注文主に対して請求権を持っており、同様に、信用の危険を移転する理由はないからである。[61]

以上のミュラーの説に対する学説の批判は、二つの点で示唆に富んでいる。即ち、請負人・所有者双方の契約の危険への接近のあり方、及び注文主・所有者間の（修理費用負担の）特約への批判的視点である。まず、ミュラーに依れば、請負人は契約の危険を回避する為には、請負目的物の所有関係を精査した上で、注文主が所有者

ではない場合には、注文主に対して先払又は担保供与を求めることが要求されよう。しかし、一体このようなことは可能であろうか。[62] 例えば、ケーブルは次のように言う。支払い能力や修理の必要な自動車の所有関係の照会は、多くのまさに支払い能力のある顧客に不快感をひきおこす。[63] 更に、ヘリングも、営業上の配慮と利益を求める努力故に、請負人は普通は修理すべき物の所有者は誰であるかという質問はしないが、一般的にこの請負人を「投機的な請負人」と見なして、彼の保護の必要を否定するのは正当ではない、[64] と言う。

他方で、注文主と契約した所有者は、本来は契約の危険から安全なのか。両者の間での（修理費用負担の）合意の実効性についても問題とされなくてはならない。ケーブルは、例えば、所有権留保売主、譲渡担保権者が目的の修理費用を相手方（買主、設定者）に負わせる特約の効果について、次のように言う。実際に所有者の立っている担保権者としての地位を考えれば、本来は所有者が決して修理の危険（Reparaturrisiko）に対しては安全ではないことがはっきりする。確かに所有権留保・譲渡担保は、たいていは取引関係から生じた所有者の債権をすべてカバーすることになっている。しかしこの物的担保の経済的価値は、物の存在（自体）及び物の経済的価値によって左右される。それ故担保手段の実効性は、注文主の側の債権的な修理義務の履行にかかっている。この債権的取決自体は、担保されていない。所有者はこの限りで、（請負人）同様に注文主の契約への忠誠と支払い能力を信頼している。[65] 但し、所有者は注文主から修理費用の負担の合意を（賃貸借における特約、及び所有権留保売買、譲渡担保契約の形で）取りつけた点で、漫然としていた訳ではなく、勤勉な債権者であると言えるかもしれない。しかし、この特約の合理性自体も問題とされる。即ち、しばしばこのような特約は相手方の資力のあやしい場合に結ばれる、と言われている。しかし、他方で、担保取引においても競争は存在するからこのような特約の対価性は確保されている、とも考えられよう。だからこの特約の当事者間では確かに対価性は確保されているかもしれない（更に、我々が二においてみた加藤説のように、少なくともその当事者間における合理性を第三者が判断すべきものでもなかろう）。しかし問題は、まさにこの合意の第三者に対する効力である。先に検討した所有者の同意により法定質権の成立を認める学説（一③）は、正面からこの点を問題としていた。

(五) (給付) 不当利得の視点

これまでにみた学説は、(法定質権に関するものを除いて) 請負人の権利をBGB§994ffに即して考えてきた。即ち、占有者の所有者に対する費用償還請求権の枠内でその当否を考えてきたのであ

る。しかし、不当利得法における類型論が通説的地位を占めてきて以来、契約上の請求（及び清算）は契約当事者（注文人・請負人）間だけで決済されるべきである、という見解が優勢となってきた。本事案の処理に関しても、この視点を強調し（かつこの不当利得法上の原則だけで）問題を処理しようとする典型的な見解を、本事案の処理に直接に言及した次の二人に見ることができる。[66]

例えば、フォジキス（Dimopoulos Vosikis）は、（所有物返還請求権の副次的効果を規定した）BGB§§987—1003は実質的には決して独立した新たな規定のグループではなく、BGB§§812ff及びBGB§§823ff（の不当利得及び不法行為）の基本原則を補完及び修飾の為に単に繰り返しているにすぎないから、契約の意味もBGB§§987—1003の規定がそれをはっきり排除しない限り、BGB§§812ff及びBGB§§823ffの場合と異なった評価がなされるべきではない、[67]とする。そこから請負人が注文主との契約に基づいて費用支出したことは、次のように評価される。（請負人たる）占有者は、自己の債務履行という意味と目的において費用を支出した。このような場合には、「意識した目的指向的な（zweckgerichtete bewußte）契約相手方（注文主）の財貨の増大」が請負人によりなされたのであり、即ち財貨移動は「給付（Leistung）」によっている。[68]このような財貨移動の回復は、（注文主・請負人間及び、注文主・所有者間の）給付不当利得（Leistungskondiktion）だけによりなされるべきである。だから（請負人・所有者間で）BGB§§994ffは適用されない。[69]

フォジキスは、以上のような議論の前提として、「契約（関係）の優先（Vorrang des Vertrages）」を根拠とする。[70]その上で、彼は消極的に、BGB§§994ffにあたる本事案の特殊性は、損失者（請負人）が占有者であるということだけであり、特に請負人が物を占有するか、注文主の下で修理施行するかは全く偶然であるから、不当利得法の場合と同様の処理がなされるべきだ[71]とするのである。

今一人、ヴォルフ（Manfred Wolf）も同様の視点から請負人の請求権を評価するが、彼も「費用（Verwendung）」と「給付（Leistung）」の区別から以上のことを主張するのである。ヴォルフの論文は、直接にはBGHのとる二つの命題——費用とは、物を本質的に変更することのない、物に帰属した財産上の支出という（狭い）費用概念、及びBGB§§994ffは不当利得法の適用を排除するというルール一般——の批判を目指したものであるが[72]、後者との関連で本事案の処理にも言及する。ヴォルフは、まず、二当事者間での費用償還請求権と給付不当利得の関係について、次のように「費用」と「給付」を区別することから始める。彼によれば、「給付（Leistung）」と「費用（Verwendung）」の違いは、それを出捐する者の意思の方向性（Willensrichtung）による。[73]その際（勿論）ヴォルフは、（通説的

な類型論に従って）「給付（Leistung）」は、意識した目的指向的な他人の財貨の増大（bewußte und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens）とする。[74] これに対して、費用を支出した自主占有者は――善意及び重過失の場合には勿論のこと、たとえ悪意であっても結果的にそうなることを意識しているだけで――他人の財貨を増大させるという意思は持っていない、即ち給付してはいない。だから、彼は、他主占有者だけが、他人の財貨を増大させるという意思で給付する[75]ということを出発点とする。

ヴォルフはこの両者（給付及び費用）が異なって取扱われなくてはならない（即ち、後者にだけBGB§§994ffは適用される）として、次のように例示してこのことを論ずる。まず、Aが請負人Bと自分の土地に倉庫を建てる契約を結んだ（「給付」契約）。しかし、その仕事完成前に無資力となったAは、Bとその土地の賃貸借契約を結び「給付」契約上の報酬請求の支払にあてることにした（「占有」契約）。「占有」契約が無効となっても請負人が報酬を請求できるのと同様に、「給付」契約が（取消されて）無効となっても、占有者である請負人にはBGB§§994ffの請求は帰属しない（契約が有効の場合は請負人は適法占有者であるから勿論、BGB§§994ffの請求権は持たない）。請負人には給付不当利得が帰属するのであって、BGB§§994ffの費用償還請求権の規定の制限（特に請求の要件たる§§1001ff――所有者の費用の承認及び回復――更に求償の範囲を有益費に限った§996）が課せられてはならない。更に、給付が「占有」契約の内容となっている場合も同様である。即ち所有者が新築の家を画家に賃貸し、画家がしっくいを塗ることを賃料の一部にあてた。賃貸借契約が無効となったときは、所有者が使用の対価を価値賠償請求ができるのと同様に画家は労務の価値賠償を請求できる。この場合にも§996が適用されて画家は重過失があるから有益費用を請求できないとされてはならない。更に、以上の場合に共通して、BGB§§994ffだけにあてはまる収去権（Wegnahmerecht）の規定が、「給付」契約に適用さるべきでないことが、指摘される。[76]

このようにして、ヴォルフは、給付のある場合に§§994ffが適用される不都合を説く。このような両者の取扱いの違いは、やはり両者の意思の方向性ゆえに妥当である、とされる。即ち、ヴォルフは次のように言う。給付者は、給付により債務を免れるかまたはその他の給付目的を達成する為に、他人の財貨の増大に向けて努力する。例えば債務が全く存在しない為に給付目的の達成が不可能なら、給付者は受領者の財貨の増大をも望まない。（他方で）費用の場合においては、（事態は）異なっている。占有者は所有者の財貨の増大を望んではいないから、自己の財貨価値を犠牲にしてはいない。彼にとっては、自己の財貨の犠牲が物に帰属し、それによって物を障

害なく自己の意図通りに使用できることが重要である。物を占有しそれに対応して利用の意思がある限りで、財貨の喪失ゆえに彼に償還請求権を与えることは不当ではない。（それ故に）給付不当利得と費用償還請求を規律する規定は、給付と費用の異なった目的性（Finalität）に合致している。目的性の異なっていることが給付不当利得返還請求か費用償還請求かを決定する基準となる。[77]以上の（二当事者関係における両者の）区別は、そのまま三当事者関係にもあてはまる、とされる。この場合にも、請負人の修理施行は「費用」ではなく「給付」だからである。[78]即ち、ヴォルフは次のように言う。所有権留保買主との契約の基づいて引渡を受けた自動車を修理した請負人は、契約による自分の債務を履行し、その履行に対して報酬を得る為に給付した。これとは反対に、占有者として物を障害なく自分の意図通りに使用する為に請負人は自動車を修理したのではない。（それ故に）請負人は意識して自己の契約相手方の為に「給付した」のだから、請負人がその給付の請求は契約相手方だけしか頼りにできないことも妥当とされる。[79]

だからヴォルフは、判例はこのような場合に所有物返還請求の行使（Vindikationslage）にかからしめてBGB§§994ffの適用を認め、請負人に目的物を担保とみなすことを認めるが、このVindikationslageと§§994ffの適用を結びつける態度は妥当ではない、とする。即ち、三当事者関係において、所有物返還請求が行使されても§§994ffの主張できない場合もあるし、本事案の場合も請負人は注文主だけではなく第三者（たる所有者）に対しても請求権を行使でき（適法占有者として注文主に対する留置権しか主張できないときよりも）却って有利となるからである。[80]更に、ヴォルフは、所有物返還請求が与える所有者の保護は双務契約による相対的な占有者の保護に優先するから、請負人の占有は相対的な効力を持つにすぎない担保としての占有を失う他の占有者（例えば、盗品の買主）以上に保護される必要はない、[81]とする。[82]

以上のようなヴォルフの学説の骨子は、（契約相手方に対する請求だけを認めた）給付不当利得により、契約関係にある場合にBGB§§994ffの適用を排除することである。ところで、費用は、（BGBの用語法に従っても）通常は客観的な概念と考えられており、ヴォルフのように主観的な意味は附与されていない。[83]更に、ケーブルは、次のような例を挙げてヴォルフによる給付と費用の区別は明確になされ得ない、と批判する。即ち、所有者が家を手工業者に賃貸し、その賃貸借契約により家の保存・改良の仕事が手工業者に課せられていた。賃借人（たる手工業者）は、まず自己利用の為に（そして）次には契約上の債務ゆえに物の価値を増大させる。この場合には（ヴォルフの言うような意思の方向性からは）明確な区別は貫き通

せない。[84] ケーブルの以上のような批判はおいても、ヴォルフの主張には給付関係の優先という（給付不当利得の）思想があらわれている。ヴォルフの主張は、帰するところ、出損は、給付とみなされ、当事者間以外での決済は全く認められないこととなる。

(六) 費用支出者

カイザース（Kaysers）は、本事案の解決の為にまとまった著作を書いている。[85] 彼の議論は、彼の著作以前に書かれた論文を詳細に検討しており、そのすべてをここで紹介することはできない。しかし、一般に注目されているのは、彼が「費用支出者（Verwender）」の概念を問い直すことによって請負人がBGB§§994ffの費用償還請求権を持たない（即ち請負人は費用支出者ではない）とする議論である。他方でカイザースは請負人は法定質権を善意取得しないとする判例の立場――カイザース自身は、本当は善意取得を首肯するのが自然だと言うが――[86]を前提として議論を進めている。だから、ここでは、カイザースの出発点を概観した後に「費用支出者」に関するカイザースの考察、及び費用償還請求権も法定質権も共に認められない場合に請負人にどのような請求が認められるかという、カイザースの提案を中心に、彼の議論を紹介することにしよう。

カイザースは、まず請負人が適法占有者であるかまたは（当初より或いは後に）不適法占有者である（となった）かによってBGB§§994ffの費用償還請求権の適用の可否を決定する判例及び通説の態度を批判する。そしてこのようにして請負人に契約相手方以外に対する附加的な請求を認めるのは、その結果は（所有者・注文主間の契約関係の解除によって請求が成立するという）偶然性に左右されており、かつその正当化の根拠は最終的にはただ衡平と利益状況に求めるしかない、とする。[87] 更にカイザースは（ミュンツェル、ミュラーと同様に）請負人の目的物の占有の有無（自分の工場で修理するか或いは注文主の下で修理するか）によって彼の請求を判断するのは妥当ではない、すなわち「占有」というメルクマールだけから問題を解決することはできない、と考える。[88]

そこから、カイザースはおよそ契約に基づいて給付した占有者（たる請負人）は、自分の契約相手方（注文主）以外の第三者に対して附加的な請求（zusätzlicher Anspruch）ができるか、ということを問題にする。これをカイザースは（これまでの学説・判例でBGB§§994ffの請求権に即してとりあげられた論点を手懸りに）幾つかの視点から詳細に検討する。その内でもカイザースは特にホルスト・ミュラーによって提出された視点を重要視する。即ち、請負人に所有者に対する請求を認めれば注文主・所有者間での修理施行

に関する決済（両者の対価的関係が）が損なわれるという点と共に先履行義務のある請負人の契約の危険（を第三者たる所有者に移転することの不都合）を説く。そして、このような難点から、本事案の解決を所有者・占有者関係（からの請求）だけに求めることはできない、とする。[89]

そこでまずカイザースは、所有者・占有者関係ではなく、民法典の起草者が転用物訴権(actio de in rem verso utilis)を拒絶し不当利得返還請求権(condictio)を第三者に行使することを制限した態度に、このような附加的請求（費用償還請求権）を制限する手懸りを求める。[90] しかし、そこからカイザースは次のように考える。たしかに、民法典の起草者は債権的な請求権を契約相手方にだけ制限することを明示していた。かつ、そのことを、転用物訴権及び不当利得返還請求権について、表明している。しかし（BGB§§994ff の費用償還請求権は転用物訴権及び不当利得返還請求権とは異なった制度であり）立法者は費用償還請求に即して直接には契約相手方以外への請求を認めないという態度を表明していない。[91] 勿論、立法者は（目的物が上級占有者たる間接占有者から直接占有者に引渡された場合の所有者と直接占有者の関係を定めた BGB§986, 991 に[92]みるように）所有者・占有者関係で（二当事者関係だけではなく）三当事者関係の規律も考えていた。だから、民法典の立法者が BGB§994ff で転用物訴権を他の形（費用償還請求権）で認めていなかったかどうかは、はっきりしない。[93]

かくしてカイザースは、占有者（請負人）は契約相手方（注文主）に対して給付することによって BGB§§994ff の意味で「費用(Verwendung)」を支出したと言えるかどうかに問題解決の鍵があるとするのである。そこでカイザースは、これまで「費用」の概念に即してなされた様々の議論を検討するが、[94] そこでなされている議論を掘り下げる為には費用についての「帰責（Zurechnung）」の視点に依る他はない、とする。

それでは「帰責」とは何か。カイザースは次のように言う。ある行為またはある状態は、事実上その過程を遂行した（den Vorgang ausführen）者ではなくそれをコントロールした（den Vorgang steuern）者に帰責される（zugerechnet werden）という法思想は民法典の様々の箇所で示されている。[95] カイザースは、それを幾つかの場合に即して検証する。例えば、BGB§855の規定するように他人の為に事実上の支配を行う占有補助者（Besitzdiener）は対外的には占有者ではない。このような占有の帰責は、占有者と占有補助者の間の内部的な従属関係によって決定されている。更にカイザースは、間接占有者をも例にあげるが、[96] より重要なのは加工（Verarbeitung）における帰責の原理（Zurechnungsprinzip）である。

カイザースは（加工のより弱められた形式である）費用にも、加工における帰責がそのままあてはまるとするからである。カイザースは加工の規定（BGB§950 I――一個又は複数の材料を加工又は改造して新しい動産を作成した（herstellen）者は、新しい動産の所有権を取得する。但し、加工又は改造の価値が材料の価値よりもはなはだしく低いときはこの限りでない）においては、帰責の思想は立法者意思からも明らかとなる、とする。即ち、彼は次のように言う。（民法典の）第一次草案（erster Entwurf）の§893では「作成した（herstellt）」という文言の後に「又は作成させた（oder herstellen läßt）」が附加されたが、第二次委員会（zweite Komission）は、これは当然のことであるとして退けた。だから、カイザースは、立法者は同条では作成者（Hersteller）を物を委託した者、つまり加工させ、指示を与え、提供された労務に報酬を支払った者と考えており、言い換えれば、作成者は、作成の過程を経済的なリスクを引き受けることによってコントロールした者である、とする。このような解釈は学説・判例にも支持されている。[97] このように加工においては、請負契約又は雇用契約に基づいて自ら作成させた者（注文主・雇主）が加工者とされる。

費用においても、同様の原理があてはまる。両者は、物に対して直接に事実上の作用を及ぼす点で共通しており（これに対して物の「占有」という事実は――占有を取得せずとも費用支出はできるから――決定的な意味を持たないとされる）異なっているのは加工では新物の作成が要件とされるのに対して費用では物の同一性は損われないというだけである。そこから、カイザースは、次のように言う。加工のより弱められた形式である費用の場合にも、事情は少しも変らない。求償権のあるのは、自ら費用を支出した者である他に、費用を支出させた者である。費用を支出させた者は、例えば請負人に物を修理し改良し完全にし美化することを義務づけた注文主である。ここでは、注文主が（費用支出の）過程をコントロールし、作業の範囲を決定し、請負人の仕事に対して支払をしたのである。つまり一言で言えば、ここでは本当は注文主が費用を支出したのであって、請負人が費用を支出したのではない。雇用契約によってなされた給付が物に帰属したときも、やはり同じである。雇主は被用者に指示を与え監督し、報酬を支払う。それ故に民法典の（言っている）意味で費用を支出したのは、雇主であって、事実上は物の変更をひきおこしていても（それをした）被用者ではない。[98] 更に、このことは――費用（Verwendung）が物に帰属した支出であるのに対し――物に帰属しない出損である、支出（Aufwendung）にもあてはまる。だから、被用者も請負人も、他人と契約して仕事をした場合には、法的な意味では支出すらしていない。

以上のように、請負人は費用支出者ではなく、注文主が費用支出者とされる。そこで、カイザースは、請負人は適法占有者であっても不適法占有者であっても所有者に対してBGB§§994ffの費用償還請求権を持たず、注文主に対する報酬請求権を行使するにとどまるべきだ、と考える。[92] 即ち、（以上の検討のように）法規は資力のない相手方と契約したというリスクを請負人から取り除かないからである。

このようにして、カイザースは「費用支出者（Verwender）」を帰責の概念によって分折することに問題の解決を求め、請負人にBGB§§994ffによる直接の所有者に対する請求を認めなかった。しかし、彼は、請負人は次のような請求を目的物の占有の有無（及び占有の適法・不適法）とは関りなく行使できるとする。即ち（雇主及び）注文主が第三者に対して、（雇用及び請負契約に基づいて被用者・請負人に）負担した債務からの解放をBGB§257によって請求できる場合には、請負人はこの注文主の第三者に対する解放請求権（Liberationsforderung）を差押えるか債権譲渡させることにより、注文主の他の一般債権者に優先して弁済を受けることができる。というのも、解放請求権は（請負人以外の）注文主の他の債権者が差押えても、解放請求権によって求めることができるのは、注文主が債務を負っている請負人に支払えということだけだからである。この限りでは請負人の優先弁済権は保障されている。しかし、他方で、注文主が破産する以前に解放請求権を差押（又は、譲渡を受け）ておかなければ、事態は異なってくる。確かにカイザースは、判例・通説のように解放請求権は請求権者（注文主）の破産と共に一般的な金銭債権になる、[93] とは考えない。彼は、通説・判例のような考え方は、結果の妥当性だけを根拠とした解放請求権の性格にそぐわない恣意的な解釈であり、これに従うことはできない、とする。[94] しかし、他方でカイザースは注文主の破産管財人が債務解放の義務のある所有者と、請負人に支払う代りに全額（又はそれよりも低い額）を破産財団に支払うという合意をすることができるとするからである。だから、請負人は破産開始以前に以上の処置をとらなくてはならない。それ以外では、彼は、按分比例の弁済に甘んずる。[95]

カイザースは、以上のように解放請求の可能な限りで請負人が保護されるだけで充分であり、かつこのような見解は、トゥール（及び彼に従う学説）が普通法上で転用物訴権によって認めた提案と同じであるとする。[96]

以上のカイザースの費用支出者（Verwender）に関する考察には賛成する者もある。[97] 更に、カイザースの（解放請求権の差押及び債権譲渡という）具体的な提案は、BGB§§994ffの請求を首肯するか否かとは別に認められるであろう。しかし、通説は、請負人もまた

費用支出者と考えている。彼に対する代表的な反論を、ケーブルの次のような主張にみることができよう。即ち、ケーブルは、(加工・費用に関して)請負人及び被用者を同一視することに疑念を発し、所有者ではない注文主と契約した請負人には(被用者とは異なった)独自の利害があることを主張して、次のように言う。雇用契約による従属した被用者の状況と、所有者と契約した独立の請負人の状況は、重要な点で一致している。両者ともに彼等の労働の成果が物権法に定められた秩序によっては否定されていることの妥当な経済的埋めあわせを、報酬請求債権が担保されることによって得ている。(他方で)確かに三当事者関係で費用を支出した請負人には請負による給付に対して契約上の報酬は与えられる。しかし、§§994ff に依らねば請負人は自己の報酬請求について前二者と同じ位の地位にはない。というのも、請負契約では、請負人は物への法定質権を取得する。加工した従属労働者は、たしかに物については物権的権利は持たないが、使用者の破産の時は破産法 §61 Nr.1 で報酬請求権ゆえに優先的債権者の地位を得る。これに対して所有者と契約せず費用支出した請負人は、質権の担保も、破産法上の優先権の保証も得ない[105]。以上のケーブルによる反論も、やはり(暗黙の内に)請負人の担保権者的地位を(法定質権を引合に出すことで)前提としている[106]。

(七)請負人の先履行義務に即した保護

ヤコブスは前記⑨判例を契機に、「(注文主の)無資力に対する請負人の保護」という論文を書いている[107]。彼がそこで問題解決の為に提案した具体的な法律構成はあまり注目されていないが[108]、他方で、何故に請負人が担保権者的地位を持つのか即ち請負人の要保護性に関する彼の説明は積極的な評価を受けている[109]。

ヤコブスは、まず⑨判決の判決理由を検討することから出発する。その際にヤコブスに依れば⑨判決に先行する BGH の二判決の論理は予盾していたとされる。即ち、一方で⑦判決は所有物返還請求を受けることが請負人の第三者への費用償還請求権行使の前提であるとし、他方で⑥判決は注文主への目的物の引渡が請負人が注文主の無資力の危険を負担することにつながるとしている。ところが⑨判決の事案では、請負人は目的物を注文主に引渡しているが(再びこれを取戻して)所有物返還請求を受けているからである[110]。

以上のことを前提として、ヤコブスは⑨判決を検討する。彼に依れば、判決理由は三点である。まず第一に、請負人は注文主に目的物を返還することによって BGB§§994ff の費用償還請求権を取得するが、一ヵ月の経過によってこの権利は消滅する(従って §1000

の留置権も失う)。即ち、注文主への目的物の返還は、所有者への返還に等しいとされる。しかし、ヤコブスによれば、注文主(への返還)が所有者(への返還)と同一視され得るのは、注文主が所有者の占有媒介人として所有者の為に目的物を回復(即ち受領して保持)したときだけであり(本件のように)少なくとも請負人に目的物を再度返還した場合にはあてはまらないとされる。そこで(判然としないのであまり注目されない)第二の理由――第一の理由だけでは不充分であるとBGHも考えていたであろう、とヤコブスは言う――が持ち出される。即ち、請負人は(物を占有している時に持っている)留置権と(物の返還が前提となる)費用償還請求権を同時に行使できない、というものである。しかし、これも注文主が請負人に目的物を返還したことを無視して、注文主への返還によって所有者が物を回復したと考えたときにだけ成立する議論である、とされる。そこでヤコブスは、最後の第三の理由に注目すべきだ、と言う。これは、質権に関するBGB§1253――質権は質物の返還によって消滅する――の類推適用である。かつこの類推適用は、二つの論拠によっている。即ち、物権である質権に関する規定は、債権にすぎない留置権にもあてはまる。及び注文主への目的物の返還により請負人は自己の危険において注文主に信用供与したという命題である。しかし、以上のいずれも所有物返還請求を受けているにもかかわらず請負人が費用償還請求権を持たないことの理由とはならない。というのも、占有者の費用償還請負求権に関する§§1000, 1001のルールに依れば、目的物の占有を保持するか再び占有を取得したときには留置権が、所有者が物を回復したときには費用償還請求権が請負人に帰属すべきものだからである。だから債権より強力な物権に通用することは当然に債権にも通用するという思考図式によって、この費用償還請求権のルールが曲げられてはならない[11]とヤコブスは、この論拠を批判する。

そこで、判例の最終的な論拠は、請負人が支払を受けずに注文主に目的物を引渡した場合には、請負人は注文主に「信用供与(Kreditgewährung)」したということである。しかしヤコブスは、この論拠は、これまで判例のとってきた態度――請負人は法定質権(の善意取得)によってではなく、費用償還請求権によってその権利を守られる――とは矛盾している上に、不合理であると考える。というのはまず、BGB§§994ff の費用償還請求権のルールからは引渡が信用供与であることは示されない。更に、請負契約においては、請負人の仕事の完成と注文主の反対給付は同時履行の関係に立たない。それ故に、請負人は引渡以前に――既に自己の支出を完了した仕事の完成(修理施行)の時から――、注文主に対して信用供与しているからである[12]。そこでヤコブスは、BGHの挙げる論拠はすべ

てその結論を支えるものではないが、結論は目的物を返還すれば、請負人は保護されないというところに落ちつくとする。この結論は、実は費用償還請求権の規定ではなく（判例が表向きは否定した）法定質権制度――質権は目的物の引渡によって消滅する――に即して与えられている。だから、この立場は通説の説く法定質権の善意取得の構成とその結果は、左程異なっていない。そこでヤコブスは、このような判例の立場を「擬似質権的解決（Quasipfandrechtslösung）」と呼んでいる。[43]

以上を出発点として、ヤコブスは請負人が保護さるべき根拠及びその方法を説くのであるが、（先に述べたように）重要なのは前者である。ヤコブスは（既に紹介した、ミュンツェル、カイザースが言うように）請負人は注文主の無資力に対して保護に値しないという見解は、請負契約の独自の性格を顧慮していないとする。即ち、請負人の保護は請負契約の特性に根ざしているのである。ヤコブスは次のように言う。「請負契約においては――一般に他の賃約（locatio conductio）の亜種、雇用、用益賃貸借、使用賃貸借においても――一方の契約当事者は他方に信用を供与することは避け難い。というのは、この契約類型の性質上、現実の同時履行は不可能で、必ず一方当事者が先履行しなくてはならない。請負契約においては注文主が信用供与して請負人の仕事完成前に支払うか、或いは請負人がまず仕事を完成してしかる後に注文主から対価が得られるかどうか注意しなくてはならない。法規はこの二つの可能性の内の後者をルールとした。そのことは、請負人に彼の先履行と結びつけた信用の危険を回避する、事態の本質から生じる可能性があるからこそ、事理にかなっている（と言える）。即ち、請負人は確かに仕事の完成によって給付した。しかし彼が給付の対価たる報酬を受けない間は、この給付、完成した仕事は本来彼のものでなくてはならない。……この価値上昇こそが、彼の財産である。だからそれは現行の物権法によっても物権的な効力で請負人の下にとどまるのである。このことは、注文主の所有する物の場合には仕事の完成によって生ずる。つまり現行法では§647の質権及び請負人の登記によって§648の請求が認められる保全抵当権によって以上のことがおこるのである。この質権は、請負人に義務づけられた先履行と対になっており、かつ先履行故にこそ質権も正当化されるのである。だから、質権がこのように請負人の先履行義務にふさわしい帰結であり、代価支払い前は仕事が請負人の下に物権的効力をもってとどまる形式（From）であるとすれば、その材料（Stoff）が注文主のものであろうと第三者のものであろうと、請負人の担保に関しては原則として違った扱いをする理由はない。即ち、請負人が物に施工した価値上昇、つまり彼の仕事を、無償で第三者たる物の所有者に引渡す必

要はなかろう。請負人は仕事の完成と共に注文主に給付したのであるから支払も注文主だけを頼りにしなくてはならないと主張する者は、請負人の給付は先履行であり、かつ担保のない信用を与えようと思わない者は、決して担保なくして先履行しないだろうということを見落している。[114]」

だから、ヤコブスにとっては請負人が担保権者的地位にあることは、請負人の先履行義務の当然の帰結なのであり、問題はこの担保権者的地位のあり方と限界なのである。まずヤコブスは法定質権による請負人の保護を批判する。その理由は一方では、法定質権の成立を認めれば実際に支出された額ではなく注文主と請負人の間で合意された報酬を（契約相手方でない）所有者が支払う義務を負う点で請負人の保護は広きに失する。他方で、法定質権の善意取得及び所有者の同意による成立は、それぞれ請負人の過失があるとき及び所有者が明示的に求償を拒絶しているときは排除され、その点で保護が狭いとするからである。[115]だから、彼は請負人が注文主が請負契約を締結する権利があると信じた限りで、BGB§1000の留置権と§1003の弁済権とを併せて付与することが、請負人にふさわしい担保権のあり方であるとする。かつ、これはBGB§647の思想が他の形式で実現されたものであり、判例もそのように読むべきであるとするのである。[116]

以上のヤコブスの説は、BGHによるBGB§§994ff.の適用の意味を、積極的に請負人の占者の意義を明らかにし、かつ西ドイツ法の下での担保制度のあり方に即して解明したものであると言うことができよう。

(1) Esser-Weyers, a.a.O. S. 254ff.他、請負人の法定質権制度の意義はこのように説明される。更に指摘しておきたいのは、わが法下の先取特権制度と異なってBGBの法定質権は一括してではなく、個々の契約類型（使用賃貸借、請負等）毎に規定されている。だから、請負人の法定質権（及び不動産の場合の保全抵当権）は、わが法のごとく法定動産担保権一般ではなく、請負人の担保（Sicherung des Unternehmers）として観念することが容易である。

(2) 現在の西ドイツ法下での法定担保権制度の問題をわが法下の先取特権制度の顧慮の下に紹介・検討しているのは、尾崎三芳「現代ドイツにおける法定担保権の動向――法技術的特徴の折出に向けて――」早稲田大学大学院法研論集二一号一〇九頁（昭和55）。

(3) 枚挙のいとまはないが、例えば、Westermann, Sachenrecht, 5 Aufl. S.656, S. 662ff, Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 11Aufl. S. 550 ff等。

(4) 例えば、Westermann a. a. O.S. 662f.

(5) 例えば、Baur, a. a. O.S. 552 更に、商法典の法定質権と請負人の法定質権の必要の共通性が、契約によって質権者に先履行義務が課されること（とそれにみあった担保権の附与）に求められている、A. a. O.S550.

(6) このことを個々の法定質権の立法史から詳細に跡づけているのが、Henke, Gutgläubige Erwerb gesetzlicher Besitzpfandrecht? ——Zum BGH-Urteil vom 21, 12, 1960 (BGH, 34, 153) , ACP161, S. 1ff.

(7) Henke a. a. O.S. 22, f, Raiser 後掲注 (15) 論文S.285.

(8) 現在では、（売買契約とは異なって請負人の法定質権については善意性を容易に認める前述⑩判例を前提として）あまり学説は強調しないが、例えば、Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, B. T. Bd Ⅱ, 11Aufl. S.257 等はこの点を強調した。

(9) Hans-Leo Weyers, Werkvertrag, Gutachten und Vorschläge zur Uberarbeitung des Schuldrechts, 2 Bd. 1981, S. 1115ff, S. 1179f は、請負人の優先弁済権は即座に肯定するが、それを全く善意性と切り離せるかに関して疑問とする。

(10) Weyers, a.a.O.S. 1192.

(11) Rudwig Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961.

(12) Raiser, a.a.O.S. 98.

(13) Raiser, a.a.O.S. 99、ライザーはここでは賃貸人の法定質権の賃借人が所有権留保で購入したものへの成立を例にとっているが、説明の便宜の為に請負人と置き換えた。

(14) 例えば、A. Reich, Funktionsanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung, ACP 169, S247ff, S. 264 は、疑問視する。これに対して、Baur. a.a.O.S. 568 は、譲渡担保権が債権担保の目的でなされている限りで、期待権の成立を肯定する。

(15) 同様の見解を示す者としては Stöber, Das Unterehmerpfandrecht an bestellerfremden Sachen, NJW 1958, S.821ff, Westermann a.a.O.S. 163, Beutler, NJW 1957, S. 1560 等。

Raiser はまずこの構成を、BGB§185 は法律行為にだけあてられたもので（質権の設定という意思表示のない）法定質権には適用されない、として退けた（Raiser, 前掲三注 (5) 論文S. 682)。しかし、後の論文では、所有者が明示的に支払を拒絶する意思が有る場合以外には、処分授権によって法定質権は成立し得るとしている。但し、具体的に本事案のような場合には質権の成立に懐疑的である、Raiser, Zum gutgläubige Erwerb gesetzlicher Besitzpfandrechte, JZ 1961, S. 285ff, S.286.

(16) Medicus, a.a.O.S. 286f.

(17) Raiser, a.a.O.S. 286.

(18) Medicus, a.a.O.S. 287, Stöber a.a.O.S. 822.

(19) Medicus, a.a.O.S. 287, Raiser, a.a.O.S 286.

(20) Medicus a. a. O. S. 287, Stöber a.a.O.S. 822. 更にメディクスは、法定質権制度の由来——通常は黙示の質入がなされる典型例を（法律関係の明確化の為に）法定質権として規定した——をこの類推の根拠として挙げる。

(21) 処分（Verfügung）は、直接に権利を喪失させるか或いは権利の内容を変更する行為であって、所有者にとっては所者権そのものの譲渡及び他物権の設定の意思表示である。

だから単なる占有の移転は所有者を、その占者移転を基礎づけた債権契約そのものの履行については別として、直接に拘束する訳ではない。そこで（所有者の）所者物返還請求権に対抗できるのは、（直接占有者の）占有ではなく、契約によって基礎づけられた占有すべき権利である。——この点に関しては、後述二一六頁以下参照。

但し、例外的に賃貸借については、占有移転に処分行為的な性格が有ることは認められている。BGB§§571, 577——賃借人が占有取得の後に賃借権が譲渡（又は負担）をうけた場合に、譲渡人（権利者）は所有者に代位する——の場合には、占有移転は所有者をも物権的に拘束し、§185 の準用は認められると考えられている。即ち、ここでは占有移転は通常はその（契約）当事者間だけで効力のある債権関係が所有者をも直接に拘束する。

しかし、この場合のように請負契約による占有移転には、同様の効力は認められていない。以上の点を最もはっきりと批判するのは、Riemenschneider, Sicherung des Werkunternehmers, 1967, S. 186 ff.

(22) Raiser, a.a.O.S. 286, Kraft, Verwendungsanspruch des Werkunternehmers gegen den Eigentümer der reparierten Sache, NJW 1963, S. 1849 ff, S. 1850.

(23) 前掲注(15)参照。

(24) 西ドイツ法下における債務負担授権については、例えば、Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Ⅱ, 1965, S. 905ff. フルーメは、債務負担授権という概念自体を考えることは可能だとするが、次の理由からこれを退ける。まず、実定法上この制度がないこと。更に、債務負担授権を認めることによって直接代理・間接代理間の区別が無に帰するが、これは法律関係の明確さという点からも（立法論としても）望ましくないからである。

(25) Raiser, 前掲注（15）論文。

(26) Raiser, Die Subsidiarität der Vindikation und ihrer Nebenfolgen, JZ 1961, S. 529ff, S.536 及び前掲二注(5)論文。

(27) Raiser, Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz, im Festschrift für Martin Wolff, 1952, S. 123ff.

(28) Raiser, a.a.O.S. 139.

(29) Raiser, a.a.O.S. 141.

(30) Raiser, a.a.O.S. 140.

(31) Raiser 前掲二注（5）論文 a.a.O.S. 684.

(32) Raiser, a.a.O.S. 684.

(33) Raiser 前掲注(26)論文 a.a.O.S. 530.

(34) この点に関しては、Zeuner 前掲二注(51)論文を参照。

(35) Medicus, a.a.O.S.286.

(36) これに対して Peter Schwedtner, Noch einmal: Der Verwendungsanspruch des Werkunternehmers bei Reparatur einer be-

stellerfremden Sachen, JuS 1970, S64ff, S.64（これは、前示三⑨判決の評訳として書かれた）は、破産法§46の代償的取戻権を所有者が行使することによってこの問題が解決できるとする。

(37) このライザーの注(27)論文には、奥田昌道、「所有者と占有者の法律関係(1)」法学論双七九巻三号一頁（昭和41）の詳細な紹介及び評価がなされている。更にライザー説も含めて、西ドイツ法下の所有物返還請求の性格については、伊藤高義、物権明返還請求権序論（昭和46）六一頁以下が詳しく紹介・検討している。

(38) Karl Münzel, Die Rechte des Werkunternehmers gegen den Eigentümer aus Aufträgen von Nichteigentümern, MDR 1952, S. 643ff 彼はこの中で、（主に）法定質権の善意取得（及び費用償還請求、不当利得）に即して請負人の所有者に対する請求を検討している。

(39) Münzel, Ansprüche des Unternehmers auf Verwendungsersatz gegen den Eigentümer?, NJW 1961, S. 1377ff. S.1377.

(40) ミュンツェルと同様の見解を様々の論者が表明している。例えば、Imlau, Verwendungsersatzanspruch des unrechtmäßige Fremdbesitzers gegen Eigentümer, MDR 1957, S263ff, S268, Raiser 前掲注(26)論文、a.a.O.S, 529.

(41) Müntzel, a.a.O.S. 1377ff.

(42) Müntzel, a.a.O.S. 1379.

(43) Müntzel, a.a.O.S. 1379.

(44) Müntzel, a.a.O.S. 1380.

(45) Müntzel, a.a.O.S. 1380.

(46) Kraft, a.a.O. S.1852.

(47) ケメラー（前掲、二注(14)論文）a.a.O.S.246ff は、ここで民法典の立法者が転用物訴権を退けるのは、健全な（gesund）思想である。とした後に、やはりこの（契約の危険の）思想が制限されることは正当である、として、本事例における費用償還請求及び法実質権の善意取得の例を挙げる。

(48) Karl Firschirg, Der Verwendungsanspruch des Unternehmers gegen den Eigentümer, ACP 162, S440ff S.452.

(49) 後に紹介する、カイザースである。後掲注(85)参照。

(50) Hoche, Palandt, Vorbemerkung 1 vor §994.

(51) Horst Müller, Verwendungsanspruch und Kreditrisiko, im Festschrift für Friedrich Lent, 1957, S. 179ff, S. 180f.

(52) Müller, a.a.O.S. 181.

(53) Müller, a.a.O.S. 181.

(54) Müller, a.a.O.S. 185.

(55) Müller, a.a.O.S. 184.

(56) Müller, a.a.O.S. 184–185.

(57) Müller, a.a.O.S. 185–186.

(58) Müller, a.a.O.S. 187.

(59) Müller, a.a.O.S. 189–190.

(60) Müller, a.a.O.S. 188.

(61) Müller, a.a.O.S. 187.

(62) 多くの学説が、このように主張するが、例えば、Grassmann, Rechte des Werkunternehmers gegenüber dem Sicherungseigentümer aus Zustandsetzng von Kraftfahrzeugen, MDR, 1953, S.199ff, S.121, Helling, a.a.O.S.855, Stöber, a.a.O.S.821.

(63) Ursula Köbl, Die Eigettümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, 1971, S. 343.

(64) Helling, a.a.O.S. 856.

(65) Köbl, a.a.O.S. 344.

(66) この問題は、BGB§§987ff——ここでは善意の占有者には損害賠償及び収益返還義務が免ぜられ、(§§987—993)、他方で、占有者の費用支出による利得の押しつけ(Aufdrängung)の防止がはかられている。(§§994ff)——と他の請求権(契約上の請求、不当利得返還請求権、不法行為による損害賠償)との競合という形で議論される——西ドイツ法下での収益返還義務と給付不当利得との関係については、山田幸二「物の使用・収益と不当利得——民法一八九条と七〇三条との関係を中心として——(一)(二)」民商法雑誌七九巻一号一頁、二号二〇三頁(昭和53)がある——。

当面の問題に即して言えば、——所有物返還請求権が成立(Vindikationslage)して適用となる——他主占有者による§§994ff の費用償還請求権と他の請求権との関係が問題となる。学説(及び判例)は、(費用支出自体が契約に基づいている)請負人(及びその他の仕事を目的とする契約)と賃借人(及び他の目的物の利用を目的とする契約)に分けて論じる。後者では、通説(及び判例)は(二当事者関係でも、転貸借のような三当事者関係でも)BGB§§994ff を費用支出時に不適法である場合には(占有者の表見上の賃借権に即して制限して)適用する。

前者の場合には、二当事者関係では(契約が無効となっても)BGB§§994ff は適用されない。これについては異論がない(前示三の判決も、契約相手方への請求権は BGB§§994ff の適用を排除する、とする)。これに対して、三当事者関係では(これまでにもみたように)争いがある。

不当利得法上の処理を強調する者は、契約が無効となっても(請負人の所有者に対する不当利得返還請求権が問題とならないことは言うまでもないが)注文主・請負人間での(給付)不当利得返還請求権と BGB§§994ff の費用償還請求権の競合の視点から後者を排除し、これを所有者にも及ぼすのである。以上の点に関する学説状況については、Staudinger, Gursky, Vorbemerkung zu §§994—1003, Rdnr 23ff.

(67) Dimopoulos Vosikis, Die bereicherungs-und deliktsrechtlicher Elemente der §§987—1003 BGB, 1966, S. 286.

(68) Vosikis, a.a.O.S.289.

(69) Vosikis, a.a.O.S.291.

(70) Vosikis, a.a.O.S.289 請負人・注文主間の契約関係(及びそれに基づいた給付不当利得法上の処理)の優先である。

(71) Vosikis, a.a.O.S.291.

(72) Manfred Wolf, Die Verwendungsansprüche des Besitzers im

Ansprcchssystem, ACP 166, S189ff.

ヴォルフの論文は、この二つの命題を示したBGH41, 157の判例――この判例及びそれの従った費用概念を定立したBGHZ10, 171は、平田健二「ドイツ法における賃借人の費用償還請求(一)」法学論双一〇九巻五号（昭和56）五七頁に詳しく紹介されている――を契機に、BGB§§994ff の請求と他の請求権との競合を検討する為に書かれたものである。

(73) Wolf, a.a.O.S. 209.
(74) Wolf, a.a.O.S. 206.
(75) Wolf, a.a.O.S. 207.
(76) Wolf, a.a.O.S. 207f.
(77) Wolf, a.a.O.S. 209.
(78) Wolf, a.a.O.S. 223.
(79) Wolf, a.a.O.S. 223.
(80) Wolf, a.a.O.S. 225.
(81) Wolf, a.a.O.S. 225.
(82) この他にもヴォルフは、BGB の立法者が転用物請権を退けた態度も尊重されるべきだ、とする A.a.O.S. 225f.
(83) このことを指摘するのは、例えば、Medicus a.a.O.S. 438.
(84) Köbl, a.a.O.S. 330.
(85) Kayers, Der Verwendungsersatzanspruch des Besitzers bei vertraglichen Leistungen, 1968.
(86) Kaysers, a.a.O.S. 16.
(87) Kaysers, a.a.O.S. 24ff.
(88) Kaysers, a.a.O.S. 37ff.
(89) Kaysers, a.a.O.S. 51ff. その他に列挙的に挙げれば、カイザースが呈示するのは、主に次のような論点である。費用償還請求権と請負契約により合意された報酬請求権の額の違い（学説は後者を前者の範囲に限定するが、その根拠は明らかにされていない、とする）。費用償還請求権によれば必要費（修理費用）は現存しなくても求償できる。本来民法典が請負人の請求権担保の為に与えたのは法定質権であるが――かつ本来法定質権は注文主の物にしか成立しないが――、この法定質権の善意取得が認められた場合以上に費用償還請求権は（善意・悪意にかかわらず）請負人に求償を認める。（注文主が所有者に対して費用支出の求償権を持つときは）注文主の請求権と請負人の請求権の調整がつかない。というのも§§994ff の請求権は直接に所有者に向けられており BGB§257（債務解放請求権）のように注文主・所有者間の請求権に依存していないから。更に、請負人に§§994ff の請求権を認めなくても、その為に（自動車）修理業務に支障をきたし停滞することもない、とされる。
(90) Kaysers, a.a.O.S. 78ff.
(91) カイザースは、転用物訴権の歴史を概観し（特にそれを事務処理関係に即して制限する努力）せいぜい費用償還請求は一種の転用物訴権としか言えないとし、更に不当利得返還請求権とBGB§§994ff の請求の要件・効果（例えば、必要費の取扱いの違い）から、両者は同一でないとする、Kaysers a.a.O.S.77ff,

S. 109.

(92) §986 は、前示の二の②を参照、§991 は、この場合の上級占有者（間接占有者）の責任を定めた規定である。

(93) Kaysers, a.a.O.S.110.

(94) Kaysers, a.a.O.S.111ff. カイザースが検討するのは、（言語上の表現は異なっても）それが「給付」である場合には「費用（Verwendung）」ではないとするものである。それを列挙的にあげれば、次のようになる。（契約によって）反対給付を得ることを目的としてなされたものは費用ではない。費用が物の利用の為に物と関係づけてなされたか（sachbezogen）或いは、対価を得る為になされたか（entgeltbezogen）による区別。費用の支出が（主に）他人の利益の為に支出されたか否か。出捐が物の所有者の財貨の増大を目指していないときにだけが費用である。費用は義務なくして自由に提供される必要がある。費用は、他人の計算の為になされてはならない。

(95) Kaysers, a.a.O.S. 117.

(96) Kaysers, a.a.O.S. 117ff.

(97) Kaysers, a.a.O.S. 119ff.

(98) Kaysers, a.a.O.S. 125ff.

(99) Kaysers, a.a.O.S. 127ff.

(100) 例えば、Münchener Kommentar, Keller, zu§257, Rdnr. 9.

(101) Kaysers, a.a.O.S.140 Anm, 2[a].

(102) Kaysers, a.a.O.S. 143ff.

(103) Kaysers, a.a.O.S. 144.

(104) 例えば、Medicus, a.a.O.S.285, Staudinger, Grunsky, zu §994ff, Rdnr10ff.

(105) Köbl, a.a.O.S. 333f.

(106) 更に、Hans Berg, Der Verwendungsanspruch des Werkunternehmers bei Reparatur einer bestellerfremden Sachen—BGHZ 51, 250, JuS, 1970, S 12ff も「帰責」について、次のような理由から反対している。まず、占有補助者・間接占有者は本問題とどのような関係があるのか明らかでない。更に加工の規定も物権の帰属秩序と所有者との間の不当利得の調整を目指している。これに対して§§994ff は（占有者とは契約関係に立たない）所有者と占有者間の債権的関係を問題にしているのではない。だから債権的な関係（に立つ当事者間のルール）から引き出された、帰責は本問題には全く意味を持たない、A.a.O.S. 14.

(107) H. H. Jacobs, Der Schutz des Werkunternehmers gegen die Insolvenz des Bestellers, JurA 1970, S.697ff.

(108) 例えば Medicus, a.a.O.S. 287 は、法律構成（の努力）をあまりに早く切りあげている、と評している。

(109) Köbl, a.a.O.S. 349, Fn.148 a. Gerd Müller, a.a.O. S.501 等。

(110) Jacobs, a.a.O.S. 697–698.

(111) Jacobs, a.a.O.S. 699–701.

(112) Jacobs, a.a.O.S. 701–702.

(113) Jacobs, a.a.O.S. 703.

(114) Jacobs, a.a.O.S. 704.

(115) Jacobs, a.a.O.S. 706–709.
(116) Jacobs, a.a.O.S. 712.

五　おわりに

――多当事者間における不当利得法への一視角――

さて以下では、まず本稿の出発点をふりかえり、その上でこれまでの西ドイツ法の検討から明らかにされたことを整理する（一）。しかる後に、わが法において転用物訴権の例として挙げられていた裁判例の評価に立脚して、転用物訴権に即してわが法下での多当事者間における不当利得法のあり方に、一視点を提供したい（二）。

(一)　西ドイツ法の検討から明らかにされたこと

本稿の出発点は、わが法において転用物訴権の範型とされた事例に対する妥当な解決をめぐって展開されたわが法下での近時の学説のあり方に対しての疑問であった。これ等の学説の出発点となったのは、西ドイツの不当利得法における類型論であった。確かに類型論の言う給付不当利得の視点から本事例を考えれば――注文主（貨借人）・所有者（賃貸人）間に代理関係が存在する等の場合以外には――、請負人（給付者）は自己の契約相手方である

注文主（受領者）に対する請求に甘んずる他はなく、契約外の第三者たる所有者（貸貸人）に直接請求する契機はない。せいぜい請負人は、――注文主・所有者間の修理施行という財貨移動が未決済の場合に――注文主（事務処理者）の所有者（本人）に対する代弁済請求権を（直接に又は代位して）行使する余地が考えられるにすぎない。

そこで本稿は、まず本事例を注文主が賃借人である場合だけではなく――注文主が、所有権留保買主及び譲渡担保権設定者の場合も含めて――一般化した設例に置き直した。その上で、（不当利得法以外の法制度を含めて）わが法下の本事案の解決につき検討した。そこからうき出されてきた問題点は、とりわけ次の様なものであった。まず、請負人が目的物に、（譲渡担保権及び所有権留保売買の場合には）先取特権を取得する余地が考えられる。しかし、この先取特権と第三者の担保権（留保所有権及び譲渡担保権）の間には明確な優先関係は決定されていない。次に、（特に、注文主・第三者間を一種の事務処理関係と構成し、請負人の代弁済請求権を考えれば）注文主・第三者間での修理費用を注文主が負担するという特約の効力にも疑問がある。更に、わが法の下で対第三者関係の一環としてとりあげられる金銭騙取の不当利得の事例の処理においては、第三者に対する一定の追求も認められている。だから、以上の見地からは、請負人が全く注文主に対する請求（及び、注文主・第三者間の決済に依存しての請求）に甘んずるべきかは、疑問とする余地がない訳ではない。

他方で、同様の問題――非所有者からの注文により動産を修理した請負人の地位――は、西ドイツでは不当利得――そこでは、第三者に対する請求は原則として認められない――ではなく請負人の担保権の問題として議論されている。実は、この動産信用取引をめぐる請負人と第三者の担保権の優劣という事態は、わが法下でも共通に看取されたものであった。

以上の出発点から我々は、西ドイツの法状況を検討した。判例は――RG から BGH に至るまでその限界づけは様々ではあるが――一貫して請負人の担保権者的地位を問題としてきた。更にこの担保権者的地位の限界づけは、BGB§994ff の占有者の費用償還請求権を適用しながらも、法定質権制度――目的物の注文主への引渡は、注文主への「信用供与」であり、担保権の放棄である――の評価によって与えられた。

他方で学説は、請負人の BGB§994ff による請求権及び法定質権の成立を（注文主の一般債権者の利害及び所有者と注文主の決済をも含めた）より広い視点から検討している。かつこの学説の示しているのは、やはり請負人が担保権者的地位にあること――

即ち注文主の他の一般債権者に優先して弁済をうけ、かつ注文主と第三者との間の決済の効力はその下では意味を持たない――であった。

結果的に請負人の保護を認める学説は、大別すれば四つに分類できよう。一つは、BGHと同様にBGB§994ffの規定の適用（或いは、準用）により、請負人の所有者に対する請求を認め、かつそれを請負人が目的物を注文主に引渡したことによって制限しようとするものである。この見解には、その法律構成に対して様々の批判があった。しかし、その結論は多くの学説の支持を受けている。更に、先に紹介したヤコブスは、以上のような判断の（理由づけではなく）結論の妥当性を請負人の先履行義務に即して明らかにした。即ち、請負人は先履行義務を負っており、当初より同時履行関係は保障されていないが故に、自己の給付の対象に対し物権的権利を取得する。かつその物権的権利は、民法典が請負契約の為に予定した法定質権制度に即して――目的物の占有保持を前提として――行使し得る、というのである。このヤコブスの説明は、ヤコブスの採る法律構成とは別に、多くの支持を受けている。

学説の多数が支持する法定質権の善意取得という第三の方法も、この意味で法定質権制度の中に先履行義務に対応する請負人の保護が内包されている。三番目のライザーの学説（所有物返還請求権の補充性）も、結論においては、BGHの立場とほぼ同様になる。四番目の注文主・所有者間の修理費用注文主負担の特約に所有者の処分授権を読み込み請負人の法定質権の取得を認める学説は、注文主・所有者間の目的物の占有移転を基礎づけた特定の法律関係に法定質権制度を接合したものと言える。この見解では注文主・所有者間の（修理施行に関する）決済の特約は第三者たる請負人に対しては効力を認められず、却って両者の特約によって所有者は修理費用を負担する。即ち、この見解は本事案の処理に際しては実際上は債務負担授権を認めた上で、相手方（請負人）の請求を法定質権制度に即して制限したものとも言えよう。

他方で、以上のように請負人に担保権者的地位を認めない見解（カイザース）も、注文主・所有者間の事務処理関係に注目して、やはり請負人に他の一般債権者に対しては――代弁済請求権の差押という形で――事実上の優先権を与えている。

以上のような、請負人に担保権者的地位を認める西ドイツの学説及び判例の議論からは、次のように考えることができよう。

一般に商品交換においては、双務契約の両当事者は同時履行関係に立つことが保障されている。この履行上の牽連関係は、一方の給付が他方の給付の担保となることにその意義が認められている。しかし、双務契約におけるこの対価的給付は、原則として両当事者間

でしか主張できない。単なる契約（給付）関係の連鎖は、契約相手方（注文主）を超えて第三者（所有者）に請求を求めることを正当化するものではない。請負人の所有者に対する求償権を否定する学説、契約の危険の指摘はまさにこのことを示している。物権の帰属秩序においてもこの理が貫徹されることを示したのが、カイザースの帰責の原理の指摘による費用支出者の認定であった。更にこのことは、不当利得法上の処理と対比することによっても明らかとなる。給付関係が履行上の牽連関係に立つのと同様に、清算関係（不当利得）も給付関係の中でなされてなくてはならないからである。費用と給付を区別して、請負人の請求を給付関係に服せしめる見解は、このことを明らかにしている。例外的に第三者たる所有者が注文主と同様に請負人に対して債務を負担するのは、所有者が注文主との独自の合意に基づいて新たに債務者として登場することによる。所有者の同意による法定質権の成立を認める見解は、このようなものとして理解することもできよう。しかし請負契約においては、双方の給付が互いに相手方の担保となっているという意味での同時履行関係は、当初より保障されていない。すなわち（典型的有償双務契約としての）売買における様には、両当事者の同時履行は貫徹され得ない。先に述べたようにヤコブスによれば、請負人の所有者に対する求償の内的正当性の根拠は請負人の先履行義務にあった。このことは、引渡を契機として、契約の相手方との間では一応保障されているかにみえる同時履行が、第三者たる所有者の返還請求の行使によって崩壊することにより顕在化する。すなわち請負人の給付はいまだ引渡されないことにより注文主とは同時履行の関係に立つが所有者との関係では物に帰属しており既に給付済みなのである。注文主との二当事者関係においては給付関係において統一され顕在化しない（それ故所有者と契約すれば異論なくBGB§994ffは排除される）請負人の出捐が、三当事者においては（注文主に対する）給付関係と（所有者に対する）費用支出の関係に分裂することの内的根拠は、この点に求められよう。請負人の先履行義務に対応した保護は、この局面において契約の当事者間での清算という要請を離れて、第三者たる所有者にも主張さるべき一種の物権的権利としてあらわれる。即ち、請負人はいまだに自己の出損を保有することが認められるべきだからである。

但し西ドイツ法下では、自己の出損の保有を第三者に対しても主張できる物権的効力は、決して無制限に主張できる訳ではない。かつその制限は動産取引における物権取引に即して与えられていると言える。

即ち、BGB§994ffによって請負人の所有者に対する直接の（費用償還）請求を認める見解も請負人の占有保持をその条件としてい

るが、決してその占有保持の要件はBGB§994ff.によってではなく法定質権制度に即して与えられたものであったからである。法定質権の（善意）取得を説く見解ではもっとこの点ははっきりしている。請負人は修理施行及び占有取得によって新たに物権を取得し、占有の放棄によって法定質権を失った（担保放棄した）のである。つまり、西ドイツ法下では請負人は修理施行（労務及び材料の給付）により目的物に対して一種の担保権を取得し、かつその担保権は、所有者（賃貸人、譲渡担保権者、所有権留保売主）の権利に対して優先することが示されていた。

これに対して、わが法下では（先に二・㈠）において検討したように、請負人の担保権（動産保存の先取得権――これは「質権」と異なり占有は必要ではない）と譲渡担保権者・所有権留保売主の権利との間には必ずしも明確な順位は決定されていなかった。更に請負人の修理施行の対象が賃借物である場合には、修理施行という具体的な財貨移動をめぐる三当事者間の利益状況は（譲渡担保権、所有権留保売買の場合と）同じであるにもかかわらず、（請負人の先取特権は善意取得され得ないという理由、及び賃貸人・賃借人間の特約の効力を絶対視して）請負人の請求は全く認められる契機は見い出されなかった。他方で請負人の所有者に対する不当利得返還請求は、西ドイツ法下での不当利得法の類型論に依拠する学説によって否定された。即ち、西ドイツにおいては不当利得とは別のルートで請負人には担保権者的地位が認められているにもかかわらずこれを顧慮することなく――請負人の給付が労務であって有体物所有権よる保護は考えられなかったことから――西ドイツ法下の給付不当利得の視点――債権者平等の原則、第三者の取引の安全――が無媒介に持ち込まれた。

以上のように考えれば、本来は本事案の解決は（動産をめぐって交錯する信用取引の中での）法定担保権のあり方として議論されるのが妥当な取り扱いであったようにも思われる。[1] 本来は、少なくとも譲渡担保権及び所有権留保の際の扱いとの比較を通じて、本事案においても先取特権のあり方が論じられてもよかったであろう（現に、先に挙げた昭和四五年の最判の原審では原告は動産保存の先取特権の主張をしている）。勿論その際には、様々の問題点が生じよう。動産先取特権は（目的物の所有権を取得した）第三者に目的物が引渡されることによって消滅する。[2] 譲渡担保権、所有権留保においては譲渡担保権設定者及び所有権留保買主を所有者と考えることによって先取特権の成立が考えられた。だから（担保権の実行による）目的物の引渡は、第三者の権利取得と考え得るか。逆に、請負人が目的物を占有している場合には問題なく先取特権は成立するのか。更に以上の理は、賃貸借の場合にも同様に考え得るのか、等々であ

る。しかし、以上の問題を論ずるには、わが法における法定担保権のあり方全体を視野に入れておかなくてはならない。しかし、これまでに見たように、西ドイツ法下でも不当利得法のルート――そこでは、契約外の第三者に対する不当利得返還請求（転用物訴権）は全く認められていない――を通じてではなく、他の法形式によって請負人の担保権者的地位は西ドイツ法に固有の評価――請負人の担保権は占有と結びついてだけ法定「質権」として保護される――によって認められ、かつ制限された。即ち、その限りでだけ請負人には自己の出損したものに対する保有力が認められているからである。しかし、わが法の下では請負人の担保権者的地位を認める上で、以上のような目的物の占有による制限は（少なくとも法定担保権一般のあり方からは）与えられない。そこで、以下では請負人に担保権者的地位が承認され得ることを前提として、わが法下の不当利得法の視点から請負人の請求のあり方を考える。併せて、転用物訴権の場合に即してわが国における不当利得法のあり方に対して一試論を提供したい。

(二) わが法への示唆

①転用物訴権に関する裁判例

以下の考察の出発点として、まずわが国において従来から転用物訴権として議論されてきた裁判例について考えてみよう。（不完全な調査によるものではあるが）これまで転用物訴権を論じたとされているものは、本稿の出発点において問題とした最高裁判例を除いて、次のような裁判例であった。

㈠ 東京簡判昭和三〇年一〇月一六日（下民集六巻一〇号二一九四頁）

（事実の概要） 訴外MはY（被告）より建物を貸借してキャバレーを営業していたが、X（原告）と請負契約を結び、Xは賃借建物の修理・改造を施行してMに引渡した。その後にMは請負代金をXに完済せずに営業を廃止した。一方で、M・Y間の賃貸借契約では「営業の諸経費、公租公課、店内施設及びその改造等の諸費用は一切Mの負担において支弁し、営業上の損益はすべてMの収支となり、Yは何等営業上の危険を負担せず終始定額の収益を得ることを契約の本体とする」とされていた。

（判旨） M・Y間に代理等の関係のないことを認定してXの請負代金の支払の請求は退けた。更に、不当利得についても、Xは請負契約によりMに対し債権を有しており、Xは工事施行により何等の損失を受けていず、事実上Mの支払不能（又は債務不履行）により損失が生じているだけであり（工事による価値増加で）Yが利益を受けたために生じたのではない、として退けた。

㈠　東京簡判昭和三三年六月三〇日（判例時報一六一号二二頁）

（事実の概要）　MはYより変電所工事を請負い、その一部のブロック積み工事をXに下請した。Xはその工事を完成させたが代金全額の支払を受けなかった為、ブロック建築物はMに引渡さなかった。一方、Yは残りの工事を、他の請負人に注文し完成させた。

（判旨）　ブロック建築物は、敷地・建物への附合によってYの所有となったことが認定された。その上でXのYに対する不当利得返還請求を、次の理由により認めた。XはMに工事を引渡さず、ブロック建築物の所有権を持っていた。他方ではYはブロック建築物がXの所有であることを知っていながら（悪意で）他に請負わせて工事を完成させブロック建築物の所有権を取得した。

㈡　東京地判昭和四五年六月一五日（判例時報六一〇号六二頁）

（事実の概要）　Yはビルの建築工事をMに請負わせ、Mはその工事の一部である鉄骨骨組をXに下請に出した。Xは工事を完成させたがMが代金を支払わないので引渡さずにいたところ、Yは他に請負わせて工事を続行しビルを完成させた。

（判旨）　鉄骨骨組は附合によりYに帰属したことを前提に、XのYに対する不当利得返還請求を認めた。その理由は、Xが引渡をせず鉄骨工事の所有権を持っていたこと、及び、YはXから無断でX所有の工事部分に手をつけてはならないと通告を受けたにもかかわらず、直接Yと契約関係にないXの通告に従う必要がないと考えて、Mと清算した上で所有権を取得したからである。

㈢　東京地判昭和五六年四月八日（判例時報一〇一九号一〇一頁）

（事実の概要）　店舗の賃借人MはXに店舗の新装工事を請負わせた。Xは工事を完成後引渡したが代金完済まで店舗内の製作物の所有権を留保した。Mは倒産し、賃貸人Yと賃貸借契約を合意解除してXの製作物を引渡した。その後Yは新たに賃貸借契約を訴外Aと結ぶにあたり（附合によってYに帰属したものの外の）製作物をAに売却し、Aは善意取得した。

（判旨）　XのYに対する不当利得返還請求権が認められた。その理由は、Yは本件製造物につき（附合又は売却により）利得したが、利得を保有する特段の事情（をYが主張・立証すること）がなければ、この利得は法律上の原因を欠いている、からである。

以上の裁判例では、すべて不動産に関する請負契約が介在している。更に、請負人の請求が認められたのは、仕事を引渡せず、（或いは目的物の所有権を留保して）所有権を保持していた、とされた場合である。更に、利得者の側の主観的事情が顧慮される。即ち、YはX・Mの代金未払（又はXの所有権）に関して悪意であったことである。㈢判決のYが主張・立証すべき特段の事情も、善意性に関する点であろう（と考えられる。）これに対して、不当利得返還

請求を退けた㋐の事例では、XはMに仕事を引渡している。

（これまでわが法においては）以上と類似した問題は請負契約における所有権の帰属、という形で議論されてきた。即ち、土地に建物は附合しないことを前提として、請負人が主たる材料を提供する場合には請負人が新たに建物の所有権を取得するか、或いは注文主が所有権を取得するかという問題である。判例は一貫して請負人取得説をとり例外的に（特約の存在あるいは代金の支払のあるときには）注文主が所有権を原始的に取得するとしていることは、周知の通りである。近時の学説では注文主の原始的取得説が優勢（のよう）であるが、請負人取得説の論拠は請負人の先履行義務に即応して請負人の目的物の所有権取得による債権の担保に重点がある。[3]

更に以上の注文主・請負人間の所有権取得の関係は、元請人・下請人間でも変らないと考えられている。だから、請負人は請負目的物自体の所有権を保持できれば、その限りで自己の債権を担保することは可能である。しかし、以上にあげた事案では、すべて第三者に対しては添附により所有権自体も移動しているとされた。更に、注文主の所有しない建物に仕事をしても、不動産保存の先取特権（民法三二六条）及び不動産工事の先取特権（同三二七条）は成立しない。だから、所有権、或いは先取特権という形では保護されなかった請負人の権利（自己の出損の保有力）は、再び不当利得（転用物訴権）という形で顕在化してくるのである。

ところで、わが法においては新築建物の所有権は（引渡がなされない間は）代価が支払われない限りは、請負人にとどまるのが原則である（と判例は考えている）。

だから、先にあげた裁判例が、少なくとも所有権という形で残っていた請負人の権利の喪失に対する補償を第三者に対しても認めたのは、当然のことではなかろうか。添附は所有権の帰属について決定するだけで、添附当事者間の不当利得返還請求権については法律上の原因とはならないからである。重要なのは、以上の裁判例が、第三者が注文主との間で決済したということによっては、第三者は請負人の不当利得返還請求を排除することはできないとしていることである。更に、第三者の態様は、（動産の即時取得とは異なって）目的物の所有権に対する善意につきるものではない可能性もあろう。

②多当事者関係をめぐる不当利得のあり方への一視角

以上の考察を前提として、わが法における多当事者間での不当利得法のあり方を考える上で想起されるのは、三宅正男教授の指摘である。三宅教授は、先に本稿の出発点とした事例の解決の為の法律

構成に即して言及したように、転用物訴権を事務処理関係の一環としてとらえる。即ち、転用物訴権に中間者（事務処理者）が利得者（本人）に対して持つ代弁済請求権を損失者（中間者の相手方たる債権者）が直接に本人に対して（転用物訴権として）行使するという構成を与える。その上で、三宅教授はこのような直接請求について次のように言う。「……判例が、一転して右のような構成の債権者自身の弁済請求を認める可能性はあるだろうか。それは、すでにみたように、判例が債権者のために本人に対する直接請求を認めようとする別のルート、すなわち不当利得返還請求権を、しかも不当利得構成を採るドイツの学説のように事務処理関係に接近する枠づけの努力を無用視するかのような形で容認する不当利得論が、今後いかなる動向をたどるかと不可分の関係にある。[4]」それでは、転用物訴権（及び、第三者に対する不当利得返還請求権一般）を限界づける方向は、三宅説――第三者に対する直接の請求は、代弁済請求権に限って認められるが故に事務処理関係者・本人間の決済に制肘される、つまり両者の対価的関係は損われることはない――以外の方法で、不当利得返還請求権そのものの中に見い出すことは不可能なのであろうか。

わが国の近時の学説は（本稿の出発点においてとりあげたように）、西ドイツの不当利得法の類型論に従って、第三者に対する不当利得返還請求権の制限を、給付不当利得とその他の方法による不当利得の折出によって与えようとしている。（繰りかえせば）給付不当利得――たとえ無効・取消となっても契約関係による財貨移動の回復――は契約当事者間でだけ問題としうる、というのである。それ故に、契約によって自己の財貨移転を基礎づけた者（給付者）は、自己の契約相手方（受領者）からの取得者（第三者）に対して不当利得返還請求権を行使することはできないことになる。

しかしながらこのような方向性は、はたして対第三者関係において本当に有効性を持ち得るのであろうか。わが法においては有体物所有権が問題となる限りでは、およそ契約により物が給付されたということによっては、第三者に対する返還請求を排除することはできない。契約が無効となったときには、給付者たる原所有者は、契約相手方たる受領者だけではなく転得者たる第三者にも所有物返還請求権を行使することができる。だから「給付」という事態の中に返還請求権を契約相手方にだけ制限するという原理は内包されておらず、このことは現物返還が不可能となって所有物返還請求にかわって不当利得による価値賠償が問題となってもなんら変化はない（はずのものである）。

例えば、Xが売買契約に基づいてAに材木を引渡し、Aは請負契

約に基づいてYの建物を修理し材木を取りつけた（附合させた）。X・A間の売買契約が無効となった場合、XはYに対してどのような請求が可能か。確かにX・Aの財貨移動は契約によってなされ（「給付」され）ている。だから、給付不当利得による処理ではX・A間の清算だけが許される。更に、Xは、（附合によって、材木の有体物所有権は存続しないから）Yに対して所有物返還請求権は行使できない。しかし、物権変動において有因主義を採るわが法の下では、やはりXにはYに対して（失われた所有権の代償としての）不当利得返還請求権が与えられるであろう。だが（西ドイツ法下の類型論の影響をうけた）わが国の学説には、X・A間の給付関係によって不当利得返還請求権の当事者を決定し、XはAに対する請求が認められるだけだとするものもある。(5)

しかしながら、西ドイツ法下でこのような当事者決定ができるのは、Xの給付は（物権変動の無因性の下では）X・A間で契約により給付されたということによって、Xの所有権の復帰が排除されていたからである。それでは、Xの所有権が排除されていないときにはどうなるのか。そのような事態は、物権変動において無因主義をとる西ドイツ法下でも例外的に生じることがある。すなわち、先に挙げた事例でXが所有権を留保してAに材木を売却した場合である。Xによる所有権留保がなされていれば、（Xに売買代金を支払うまでは）Aは処分権は与えられていない。それ故に（附合によって目的物の所有権を失った）Xは、Yに（侵害）不当利得返還請求権を行使することができるはずである。しかし、同様の事実関係の下で判例（BGHZ56, 228）は、XのYに対する不当利得返還請求権をしりぞけた。このような添附による所有権移動と不当利得返還請求権の関係については、西ドイツ法では「侵害不当利得の補充性（Subsidiarität der Eingriffskondiktion）」というテーマで論じられている。即ち、（多くの類型論の立場に立つ）学説はX・Yの侵害不当利得はX・A或いはA・Y間の給付関係に対して補充的であるとして、X・Y間の侵害不当利得をしりぞけようとする——即ち、XはAに対する給付不当利得を行使し得るにとどまる。（この問題に深入りすることは避けたいが）しかし、結局はこのような議論は、いずれも充分に説得的な説明を提供することに成功していない。(6)

そこで、近時の学説は、以上のような「侵害不当利得の補充性」の議論に満足せず、第三者たる転得者の権利取得に焦点をあてて問題を考える。その中でも、例えば、リープ（Manfred Lieb）は先に挙げた判例（BGHZ56, 228）に即して次のように論ずる。(7)

まずリープは、侵害不当利得の補充性を主張する議論の根底には、次のような思想があるとする。即ち、物を自ら給付——たとえそれ

が（所有権ではなく）占有移転を目指すものであっても――によって取引に供した者は、その取引から生じた危険を負担すべきであって、侵害不当利得によって直接に第三者に請求することはできない、というものである。

リープは一見もっともなこの議論も、不当利得法の規定とは折り合わないとする。というのは、無権限で処分された物を第三者が善意取得したときにだけ、原所有者からの第三者に対する侵害不当利得の行使は排除される（BGB§816, S 1）というのが、不当利得法上の原則だからである。他方で、添附に関する規定（BGB§§946ff）は決して取得の法律上の原因を与えるものではない。更に、以上に関しては転用物訴権を否定した考慮はあてはまらない。というのは、（利得）債権者が中間者に対して完全な権利移転（vollständige Rechtsübertragung）をしたときにだけ第三者は不当利得返還請求からまぬがれる、というのが転用物訴権排除の意味だからである。

それ故に中間者（A）に完全な権利移転が行われていなかった本件では、YはAの給付によってではなく直接Xから法律上の規定によって権利を取得した。Yの所有権取得の前提は、Aの処分権に対する善意性と有償の取引なのであるとリープは言う。

そこで、リープは、Y・A間の契約関係にだけ注目する（BGHの）議論は、少なくとも延長された所有権留保（verlängertes Eigentumsvorbehalt）――Aの処分権の有無はXに対する代金の支払に依存する――を認める限り妥当ではないとする。だから、リープは、以上の問題は不当利得法上の問題ではなく、延長された所有権留保にどのような保護を与えるかという点にかかっている、とする。即ち、処分権を売主が自由に条件にかからしめることが許されるのであれば、第三者の取得は善意取得（BGB§932ff）の規定を準用するしかない、とする。

だから、原則として原所有者からの「完全な権利移転」を語ることのできないわが法では、たとえ契約によって「給付」がなされた場合でも、第三者に対する不当利得返還請求権を排除することはできない。

更に、給付不当利得及びその他の方法での不当利得の区別からは、以上のように請求の相手方を確定できないだけでなく、請求の内容についても決定することはできない。例えば、給付不当利得と侵害不当利得の違いとして、第三取得者の対価控除の可否がとりあげられる。これはしばしば、Xの使用人BがX所有の材木を盗みYに売却し、Yはこれを転売したという事例（高松高判、昭和三七年六月二十一日、高民集一五巻四号二九六頁）に即して議論されている。裁判例（同、高松高判）は、善意・無過失であるYとBの監督が不充分であったXとの過責を衡量して、XのYに対する（材木の転売

代金相当額の）不当利得返還請求権から、Yの（材木の売買代金として）Bに支払った代金（対価）を控除した。これに対して類型論の立場に立つ学説は、Xの不当利得返還請求権は（所有物返還請求権の代償たる）侵害不当利得であるから、対価控除を認めるのは妥当ではないと批判する[8]（Xの使用者責任、民法七一五条、を追求することによりYは損害――これは対価には限られない――を相殺することができる、と主張される）[9]。

しかし、侵害不当利得から引き出される考慮（第三取得者の対価の不控除）は、契約によって有体物が給付された場合にも同様にあてはまる。というのも、先に挙げた建物への材木取りつけの例でも、XのYに対する不当利得返還請求権に対してYはAに支払った請負代金（対価）を控除することはできない。YはAに対する追奪担保に依る他はない。それでは、第三取得者たるYは、Xの返還請求に対してはどのように保護されるのか。Yは、A（B）・X間の財貨移動が、売買契約によって（給付が）なされようが、無権限で処分されようが、新たな権利取得（即時取得、及びその他の公信力を認めた諸規定）によってXからの請求を切断できるのである。即ち、西ドイツ法では「給付不当利得」――無因原則にもとづくX・A間の契約関係――によって給付者・受領者間で与えられていた転得者の保護は、わが法では受領者・転得者間（A・Y間）で与えられているのである。かつ、このような転得者の保護は目的物の種類（動産は占有によって、登録のある動産、不動産は、登録及び登記によって）及び、財貨移転の瑕疵に応じて（例えば、盗品・遺失物は善意取得できない、詐欺による取消は第三者に対しては主張できない、等々）、カズイスティッシュに判断されるのである。

さて、以上は、たとえ形は不当利得返還請求としてあらわれたとしても当初は財貨が有体物所有権の形をとる場合であった。（更に――文字通りの有体物所有権を語ることのできない――金銭（騙取）についても第三者に対する追求が認められ、これを排除するには同様に第三者の態様が顧慮されることは既に述べた通りである。）しかし本稿の出発点とした事例（動産に対する修理施行）は、せいぜい先取特権の成立を問題とし得るにすぎない事案であった。更に、転用物訴権の事例とされた裁判例（不動産の請負）でも請負人が請負目的物の所有権を取得し得るかどうかは、疑問の余地がない訳ではない。だから、以上のような場合には、原権利者を完全に契約法秩序の枠に服せしめて、給付関係に指示することも考えられないではない。

しかし、必ずしも契約関係によってだけ清算を行うことが妥当な訳ではない。第三者が原権利者の不当利得返還請求を排除する方法は、給付者・受領者間で請求を切断するだけでなく、受領者・第三

者間で考えることも可能なのである。[10] 現に、、有体物所有権が給付されているときには、わが法の下では、そのように考える他はなかった。文字通り有体物所有権を語ることができない場合にも同様に実質的な財貨移動に注目して原則として第三者に対する不当利得返還請求を排除しなくとも、第三者は受領者との関係によって自己の財貨取得を基礎づけることはできる。このような視点に立って、(主に、本稿の課題とした事案及び転用物訴権を扱った裁判例を念頭に)[11] 不当利得返還請求権の排除の方法を考えれば、次の二つの可能性がある。

第一は、およそ第三者が自己の受領したものに対価を支払っていれば、そのことによって不当利得返還請求権は排除されるとする立場(これによれば、例外的に第三者の無償取得の場合にだけ直接の不当利得返還請求を考えることができる)。第二は、第三者に対価を支払った上に給付者・受領者間の財貨移動の不完全さについての善意性が要求される立場である。

前者の方向性には、次のような前提がある。即ち、およそ有体物所有権がそのままの形で問題とならず、給付者の請求が金銭債権に転化した場合には(たとえ、所有権が添附によって失われたとしても)、第三者には一切の追求を認めるべきではない、というものである。とすればこの立場では第三者に対する請求は(第三者の無償取得に対する不当利得返還請求権を例外として)、債権の第三者効(債権者取消権、債権者代位権)の問題としてだけ考えることができる。わが国の不当利得法において、まさにこのことを明示しているのが、加藤説——無償取得の場合だけ転用物訴権を認め、金銭騙取の不当利得を債権者代位権、債権者取消権の問題に解消する——の立場であった。加藤説は(給付不当利得とその他の方法による不当利得という)類型論の立場を排斥した上で、独自の利益衡量からこのような結論を引き出していることは、先に(二)検討した通りである。だから加藤説は、本稿の出発点となった事案においても、結果的には給付者(請負人)が受領者(注文主)にだけしか請求できないことを根拠づける為に、(注文主の一般債権者の利害を別とすれば)第三者と受領者間の決済を決定的な視点とした。

他方で、第二の立場は、先に転用物訴権の事例としてとりあげた裁判例(及び、金銭騙取の事例での判例)によって示されている。即ち第三者が受領者に対価を支払ってはいても、積極的に給付者・受領者間の権利移転の不完全さについて知っていれば、不当利得返還請求は第三者に対しても行使し得る。本稿の出発点とした事案においても、第三者たる賃貸人は賃借人との特約によって請負人が修理施行し通常は、請負人が先取特権を取得するであろう可能性を計算に入れていた。更に賃借人の賃料不払いによって賃貸借契約は解

除されるに至っている。以上の点（第三者の給付者・受領者間の財貨移動の不完全さへの悪意の可能性）からは、従来の判断の立場によれば、請負人が直接に第三者に対して不当利得返還請求を認め得る余地はあったのではなかろうか。[12]

（1）契約当事者間での決済という要請を認めつつも、様々の信用の交錯の中で転用物訴権を認めていく契機のあることを特に指摘しているものとして、関口晃「不当利得法における因果関係」不当利得・事務管理の研究(3)（昭和47）二五頁、八五頁、及び鈴木禄弥「いわゆる直接請求権の承認をめぐる利益衡量」民商法雑誌七八巻臨時増刊号(1)三二三頁、三三四頁以下。

（2）これに対して、賃貸人等への引渡によっては、先取特権は消滅しない。例えば西原道雄、注釈民法(8)（昭和40）二〇九頁以下。

（3）以下の問題については、坂本武憲「請負契約による所有権の移転」民法講座5、契約（昭和60）四三九頁、及びそこに引用されている文献を参照。

（4）三宅正男、前掲二注(4)論文三六〇頁。

（5）好美清光、前掲一注（6）論文（下）は、X・A間の契約関係によって当事者を決定し、XはAに対する給付不当利得に指示されるとする。これに対して、四宮和夫、前掲一注（6）著書二四〇頁以下は、（給付関係に対する所有権の優位を理由として）XのYに対する侵害不当利得の成立を認める。

（6）以上の「補充性」をめぐる西ドイツ法下の議論及びその意義については、広瀬克臣「三角関係における不当利得法(一)」比較法雑誌一五巻一号（昭和55）一頁、山田幸二「不当利得における『三角関係』について」福島大学商学論集四二巻一号（昭和48）一〇四頁を参照。四宮和夫、前掲一注（6）著書一三七頁は、侵害利得の補充性は不要な概念であると指摘する。これが機能するのは、所有物返還請求権が考えられない場合、及び第三者の善意取得が成立した場合で、ことさら侵害利得の補充性を持ち出す必要がないとするからである。

（7）以下は、Münchener-Kommentar, Lieb zu§812, Rdnr. 239ff. 同様の見解をとる者として、Medicus, a. a. O. S.363, Huber, Bereicherungsanspruch beim Bau auf fremden Boden, JuS 1970, S. 342ff, S. 346, Jacobs, Die Verlängerung des Eigentumsvorbehalts und der Abtretung der Weiteraußerung – BGHZ56, 228, JuS 1973, 152ff 特にヤコブズは、所有権留保との関係をはっきりと指摘している。

（8）例えば、好美清光、前掲一注（6）論文（下）三〇頁以下。

（9）但し、このことは類型論をとらずとも衡平説の立場でも同様の構成は可能である。現に類型論によらず同様の提案がなされている。中馬義直「盗品、遺失物等の売買に伴う不当利得の返還――『現存利益』の概念に関連して――」不当利得・事務管

理の研究(1)（昭和45）一六頁。類型論の視点からは、対価不控除は論理必然的に生じてくるが、衡平説においては対価控除も可能であるというにすぎない。

(10) Detlef König, Der Bereicheuungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragsleistung nach französischcen Recht, 1967 は、フランス法下での第三者に対する不当利得返還請求のあり方を論じたものである。この論文の最後でケーニッヒがフランス法について述べていることは、非常に印象的である。まずケーニッヒは、ドイツ法下では契約そのものによって給付の法律上の原因は与えられ第三者に対する請求は認められないのに、フランス法では、逆に第三者の契約相手方（中間者）に対する権利関係が、財貨取得の正原因（causa légitime）とされる、と両者を比較する A.a.O.S. 138.その上で「フランスでは、すべての財貨移動が不当であることが所与のものとされ、どの場合に正原因が例外的に補償請求を排除するかということだけが問題とされる。（そもそも）何故に第三者に対する不当利得返還請求が与えられるかという問題は、全くフランスの法律家の目には入らない。」と言う、A.a.O.S.139.だからフランス法では、第三者の保護という視点から問題が論じられているとする。但し、ケーニッヒは、以上のようなフランス法は第三者に対する不当利得返還請求権の充分に説得的な限界づけに成功していないと評価し、ドイツ法の契約の当事者間でだけ清算を認める方法――そこでは誰に給付したかということだけが問題となる――の方が優れているとする A.a.O.S.140.

(11) だから以下の検討は、わが法の下でも例外的に財貨支出が無因と構成され得るような場合（例えば、指図）は、念頭においていない。

(12) 以上のように考えた時に問題となるのが、契約が有効であるにもかかわらず、給付者に請求を認めることの是非である。即ち、四宮和夫、前掲一注(6)著書二四二頁が強調する視点である。これに対して加藤雅信、前掲二注(29)論文九四八頁、及び好美清光、前掲一注(6)論文（下）二八頁以下は契約が無効であっても利益状況は変らないとする（その上で第三者が無償取得した場合には、第三者に対する不当利得返還請求を認める）。

以上に関しては、次のように考えたい。本来は相手方との契約によって完全な権利移転がなされている場合には、不当利得法は問題とならないはずである。現に西ドイツ法では、契約が無効の（かつ更に第三者が無償取得した）場合以外第三者に対する不当利得返還請求は問題とならない、前掲二注(50)参照。しかし、わが法では、有因的な物権変動にも見られるように、契約による財貨保有は完全なものとは言えない。相手方が対価の支払を済ませていないときには、給付者は相手方に物を預けたと同様の状態にあると言ってもよいのではないか（例えば、売買先取特権の存在及びそれにもとづく物上代位等も認められるのは、このような思考様式のあらわれであると考えられる）。だから相手方から第三者への財貨移動は、いわば給付者の権利を侵害したとも考え得るのである。そこから目的物の帰属

性がなんらかの意味で給付者に残存していることを前提として、契約の有効な場合にも第三者に対する請求が考えられるのではなかろうか。以上のような視点からのわが法における不当利得返還請求のあり方全般に関しての検討は、今後の課題としたい。

Eine Betrachtung über das Bereicherungsrecht im Mehrpersonenverhätnis

—— Die Sicherung des Werkunternehmers bei Aufträgen von Nichteigentümer ——

Masanori FUJIWARA*

Inhaltsverzeichnis:

Ⅰ. Einleitung

Ⅱ. Der Unterschied zwischen dem japanischen Recht und dem deutschen Recht

(1) Die Probleme im japanischen Recht

① Ansprüche des Werkunternehmers außer dem Bereicherungs anspruch

② Bereicherungsanspruch —— als Ausangspunkt

(2) Die Probleme im deutschen Recht

① Die Versionsklage

② Die Sicherung des Werkunternehmers

Ⅲ. Die Rechtsprechung in Deutschland

(1) Der unbeschränkte Schutz der Sicherung des Werkunternehmers

(2) Die Beschränkung durch Kreditrisiko des Werkunternehmers

(3) Der Schutz des Werkunternehmers durch das Pfandrecht

Ⅳ. Die Literatur in Deutschland

(1) Die Sicherung des Werkunternehmers durch das gesetzliche Pfandrecht

(2) Die Subsidiarität der Vindikation

(3) Die Ausschluß rechtmäßigen fremden Besitzers

(4) Die Kreditrisiko und der doppelte Schaden

(5) Die Leistungskondiktion

(6) Der Verwender

(7) Der Schutz des Werkunternehmers entsprechend seiner Vor-

*Doktorand an der juristischen Fakultät der Universität Hokkaido

leistungspflicht
V. Schluß
(1) Die Zusammenfassung des deutschen Rechts
(2) Der Vergleich