



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	無権限者による他人の物の処分と他人の債権の取立による不当利得（3）：自己の権利領域への無権利者による干渉に対する反動的請求
Author(s)	藤原, 正則
Description	論説
Citation	北大法学論集, 59(4), 25-79
Issue Date	2008-11-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/35180
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-4_p25-79.pdf



無権限者による他人の物の処分と 他人の債権の取立による不当利得（三）

——自己の権利領域への無権利者による干渉に対する反動的請求——

藤
原
正
則

目次
一．はじめに

二. ドイツ法の経緯と現在の状況

1. ドイツ民法典の制定の前後の議論

(1) 後期普通法下の不真正事務管理と不当利得

(2) 学説の議論

(3) ドイツ民法典の出発点

(4) フロインドの議論

2. 他人の物の無権限の処分

(1) ライヒ裁判所の判例

(2) 学説の動向

(a) ライヒ裁判所の判例以前から、BGB八一六条一項一文の適用、又は、類推適用を支持していた学説

(b) 判例に反対の学説

(c) 判例に賛成の学説

(3) 第二次世界大戦後の判例・学説による所有権保護の拡大

(a) 連邦通常裁判所によるライヒ裁判所の判例の継承と発展

(b) 学説による追認の一層の擬制化

2-1. 小括

3. 他人の債権の無権限の取立

(1) BGB八一六条二項の機能

(2) ライヒ裁判所の判例と初期の学説

(a) ライヒ裁判所の判例

(b) 初期の学説

(3) 連邦通常裁判所の判例と第二次世界大戦後の学説

(a) 連邦通常裁判所の判例

(以上、五九卷二号)

(以上、五九卷三号)

(b) 判例に反対の学説

(c) 判例を支持する学説

3-1. 小括

三、日本法の状況と問題の整理

1. 他人の物の無権限の処分

(1) はじめに

(2) 他人の物の処分に関する(裁)判例

(3) 他人の物の処分に関する学説

2. 他人の債権の無権限の取立

(1) 他人の債権の回収に関する(裁)判例

(2) 他人の債権の回収に関する学説

四、おわりに

(b) 初期の学説

既に見たように(二、1、(2)、民法典の制定前は、他人の債権の回収の追認が可能かは、事務管理の問題として、しばしば議論されていた。ただし、無権限者による他人の物の処分の追認とは異なり、他人の債権の回収の事例では、民法典制定後の学説では殆ど議論がなかった。例えば、一九四三年のシュタウディンガー・コメンタールでも、弁済が無効な場合も、BGB八一六条一項の場合と同様に、債権者は弁済を追認すれば、弁済は有効となり、BGB八一六条二項の適用の要件を具備するとされている。しかし、そこで引用されているのは、二つのコメンタール(RGRKomm.5; Planck III)と、文献(Oertmann, Korting)が二点だけである。そこで、以下では、エルトマンとケルティンゲの論考

(以上、本号)

を紹介する。

エルトマンは、上記の③判決の評釈で、ライヒ裁判所の判決理由には疑念を表明している。しかし、他方で、エルトマンは、BGB八一六条二項の適用により同じ結果に至るから、判決の結論には賛成だとしている。すなわち、債権者が給付を追認すれば、給付は有効となり、⁽¹³⁾ 同条の要件は具備される。債権者が弁済受領者に給付の返還を請求すれば、追認の意思は推認されるというのである。

ケルティングは、まず他人物の無権限処分を追認が可能という通説・判例を支持する。さらに、ケルティングによれば、BGB八一六条二項が適用されるのも、無権利者による処分のケースである。なぜなら、同条一項にいう無権利者が処分した「対象 (Gegenstand)」には、債権も含まれる。かつ、履行の目的で第三者に給付がされた場合に、無権利者の処分の追認を規定するBGB一八五条の適用を指示するBGB三六二条二項からは、弁済の受領は債権に関する処分だとみなされているからである。⁽¹⁴⁾

つまり、エルトマンとケルティングは、他人の物の処分の追認が可能なことを前提に、文言解釈により問題を肯定していると考えられる。以上の議論からは、民法典の制定以前の実質的な議論は一旦は忘却され、新たに立法されたBGBの規定の文言だけを根拠に追認の可能性が基礎づけられていると評することも許されるのではないかと考える。⁽¹⁵⁾

(3) 連邦通常裁判所の判例と第二次世界大戦後の学説

(a) 連邦通常裁判所の判例

①連邦通常裁判所一九五八年六月二六日判決 (WM1958, 1222)

「事実の概要」博労Aはベルギーの博労Bと、一九四八年一月二四日、二月一六日に、荷馬五〇〇匹をドイツに搬送し、反対にドイツの軍馬をベルギーに送ると合意した。以上の合意に関する所轄官庁の許可を受けた上で、ジョイント・エクスポート・インポート・エージェンシー（J E I A）有限会社は、一九四九年一月一八日に、ベルギーの馬匹の搬送に関して、合計二五万ドル＝八三万四二五〇マルクで売買契約をBと締結した。J E I Aの委託で、ドイツ全州銀行（B P L (die Bank deutscher Länder)¹⁶⁾）はブルッセルの銀行に、Bのために一〇九万六八七五ベルギーフラン＝二五万ドルの撤回権を放棄した信用状を開設し、Bはその満額を受領した。一九四九年の初めに、Bは五〇八匹の馬匹をベルギーから搬送した。一九四九年一月一八日の売買契約の四号で馬匹の受領者と定められていたAは、所轄官庁の許可も得た上で、国境で馬匹を受領し、Aによれば七四万四六〇一マルクで転売した。売却代金の一部を、AはAらが設立したJ有限会社がX銀行に有する一九九一九番口座に払い込んだ。

ところが、Aが信用状の支払いを怠った上に、催告に応じなかったため、一九五〇年六月二二日に地裁の差押命令および、差押質権の決定を得て、ドイツ全州銀行は、AのJ有限会社の持分、AのJ有限会社に対する請求権、および、一九九一九番口座を差し押さえた。第三債務者としては、J有限会社があげられていた。以上の差押に対する異議の訴えは提起されなかった。

一九五〇年二月五日に、Jは、ドイツ全州銀行の承継人としての被告に、一九九一九番口座からの引出のために、一九五〇年六月二二日の差押、差押質権との関係で、一〇万マルクの執行可能な債務承認を行った。さらに、一九五〇年二月一日に、Aは被告に対して、総計八三万四二五〇マルクの信用状の内、執行受諾文言を付した上で六〇万マルクの債務を承認した。

原告は、一九四七年二月一八日から一九四九年二月二三日まで、Aと婚姻関係にあった。婚姻の解消後、原告は

Aに対して扶養と共同経営していた会社の利益分配を原因とする債務名義を取得した。しかし、Aの事業報酬は一九九一年番口座に入金されており、原告の強制執行は功を奏さなかった。原告は、以上の財貨移転を詐害行為(Gläubigerbenachteiligung)として取消して、Jに合計一萬一〇〇〇マルク余の支払いを命じる判決が確定した。原告は、Jから三八〇一、七〇マルクの弁済を受けたが、一〇万七八五八、四五マルクの残債務があった。

一九五一年五月二日に原告は、X銀行を第三債務者とするJのX銀行の口座からの払い戻し請求権を差し押さえた。原告の差押の時点での一九九一年番口座のJの預金高は、一五万三四九〇、〇一マルクだった。X銀行によると、原告の差押えに先行して、以下のJの口座の差押えがあった。

一・会計金庫の一二万三九四〇マルクの差押。

二・ドイツ全州銀行の二三万七七五〇マルクの差押。

三・被告の三万六六、二七マルクの差押。

口座の一五万三四九〇、〇一マルクから、一九五一年八月又は九月に会計金庫が被告の同意を得て、三万マルクの弁済を受けた。残額一二万三四九〇、〇一マルクから、一九五一年九月二四日に被告は口座振替を得た。

原告は一番、原審で、被告に一〇万七八五八、四五マルクの支払いを求めた。理由は、原告の強制執行を免れるという債権者を害する目的で、J有限会社は一九九一年番口座から被告に払い戻させ、かつ、被告はJの意図を知っていたからである。さらに、予備的に、Jの口座の預金から被告に対してドイツ全州銀行の無効な差押えに基づいて支払われたが、その払い戻しは原告の差押えに対して効力がないことを理由に、不当利得を根拠に原告は二万八〇〇〇マルクの支払いを請求した。

被告は、Jの害意の存在を争った。一番・原審は、原告の訴を全て退けた。上告は一部認容され、一部は破棄差戻し

された。

「理由の概要」 原審は、上告理由で問題とされた、原告はBGB八一六条による不当利得に基づいて被告に二万八〇〇〇マルクの返還請求ができるかという問題を、以下の理由で退けた。

ドイツ全州銀行の承継人として被告は、Jの弁済を受領した。したがって、BGB八一六条二項は適用されない。一九九一九番口座の預金の払い戻しによって、原告が差し押さえたJのX銀行に対する債権を、被告が「処分」したとしても、せいぜいJとX銀行の不当利得返還請求が問題になるにすぎない。しかも、BGB八一六条一項二文という無償の処分は存在しないから、被告は原告に対して処分により取得したものの返還の義務を負わない。

これに対して、上告理由は、一九九一九番口座に関する限りは、一九五一年六月一日と九日の原告の仮差し押さえに先行する一九五〇年六月一六日のドイツ全州銀行の差し押えは有効ではない。差し押えの基礎となる実体法上の請求権は存在しない。被告の差し押えは、債務者Aに対する債務名義によるものであり、X銀行の口座の権利者であるJに対する債務名義に基づくものではない。したがって、被告は口座に対する権利を取得していない。反対に、時間的に遅れた原告の差し押えは有効である。X銀行は被告に弁済すべきではなかった。よって、X銀行は原告に対する債務から解放されてはいない。しかし、だからといって、BGB八一六条二項の適用が排除されるわけではない。なぜなら、銀行の被告に対する給付を原告は追認し（*genehmigen*）、自ら有効としている。したがって、被告は取得したものの返還義務を負うというのである。

I. 原告はBGB八一六条二項に基づいて被告に不適法な給付の受領の返還を請求している。原審の見解とは違って、以上の請求は、給付者が不適法に処分したか否かとは無関係である。重要なのは、第三債務者に対する債権を給付受領者が権利者の損失によって消滅させたのかということだけである。

1. 原告に不当利得返還請求権が帰属するか否かは、関係者の中の誰がX銀行のJの口座の債権を有効に差し押さえたかであり、差押による換価によって満足を受けられたかに係っている。時間的に先行するドイツ全州銀行の差押えが、原告に対して無効であり、給付が原告に対して効力を持つとされ、保全差押えの換価の可能性を失わせたなら、被告の口座からの受領は原告に対して不適法な給付受領となる。

その際に、X銀行が原告に対する支払い義務を免れず、債権の差押えゆえに義務を負っていたとしても、原告が無権利の被告に対する給付を追認して（BGB一八五条二項）原告に対して債権的効力を発生させた場合も、原告に対して有効な給付と同じだと考えることができる。なぜなら、以上のような方法で、原告には、第三債務者に対する差し押さえた債権の行使と、給付受領者に対する不当利得返還請求権の選択権があるからである（BGH, LM Nr. 6 zu §816 BGB m.Nachw.)。

原審の事実認定によれば、JのX銀行に対する債権の原告の差押えだけが有効なことが明白である。

・・・・・・・・・・

II.

1. BGB八一六条の意味で「権利者 (Berechtigter)」とは、無権利者の処分、つまり、本件では給付受領の権限があったが、処分により侵害を受けた者である (RGZ119, 337)。債権の場合は、原則として債権者、債権の差押では、取立権限があるのは差押質権者である。債権の差押えはあったが、債務者に対する取立が行われていない間は、BGB一二八一条の準用で債権者と差押質権者の双方に対してだけ給付することができる (RGZ104, 34; Warn.1921 Nr.294; RGZ108, 318, 320)。したがって、両者ともBGB八一六条二項の意味での共同の権利者である。債権者と差押質権者の権利を無視して、第三債務者が第三者に給付し、例外的に給付が有効なときは、両者とも無権利の第三者に対してB

GB 八一条二項により取得したものの返還を請求できる (Planck 4.Aufl., Ann. 4; Staudinger 10.Aufl., Ann. 7; Erman 2.Aufl., Ann. 2c §816 BGB)。

他方で、差押債権者の権利を無視して、第三債務者が債権者に弁済したときは、第三債務者の弁済は差押債権者に対して債務の弁済効を持たない (§432 BGB; RGZ 64, 28 も参照)。ただし、何らかの法的理由で、差押債権者が債務の履行を自分に効力のあるものと認めなければならないときは、既に取立前に自己と債権者に共同で給付を請求できる権利を侵害されたことになる。なぜなら、差押債権者が質権を換価できるようになれば即座に、差押債権者は共同で取り立てた債権から満足を受ける可能性を失うからである。

無権利者である第三者に対する給付が有効なときは、共同の債権の侵害は換価権の完全な喪失が帰結される。債権取立の決定の要件が完全に具備されたときも、差押債権は消滅しているから、債権の差押・取立は効力を持たない。第三者の給付が初めから差押債権者に対して有効だったときだけでなく、差押債権者が第三者に対する給付を後に追認したときにも、以上の法効果が発生する。

・ ・ ・

III. IV.

V. したがって、GB 八一条二項により、被告は原告の損失により取得したものの返還の義務を負う。ゆえに、X 銀行の I. の預金に対する原告の差押質権が被告への支払いにより侵害された限度で、原告の不当利得返還請求を全て退けた原判決は破棄される必要がある。以上の金額は、二万八〇〇〇マルク、及び、一九五一年九月二四日以後の遅延利息年四パーセントと、原告は計算している。・ ・ ・

先に見たように、ライヒ裁判所の判例は、債務者の無権利者への給付を債権者が追認して (GB 一八五条二項)、

自らBGB八一六条二項の要件を具備させた上で、無権利者に対して不当利得返還請求できるかという問題に対して、否定的又は懐疑的だった。ところが、(BGH, LM Nr. 6 zu § 816 BGB (筆者未見) を踏襲した) 本判決で、以上の可能性を簡単に肯定している。かつ、この判決は、その後も踏襲され、確定判例となっていく。以下では、そのような一連の判例を紹介することしよう。

② 連邦通常裁判所一九六六年一月十三日 (BB1967, 187)

「事実の概要」 K社が銀行（原告）に、他の特定の会社、その支店、代理人の倉庫に現在及び将来保管する自社の商品全てを、譲渡担保に供し、顧客に対する現在及び将来の債権を譲渡した。後に、K社は第二の譲渡担保権者に在庫商品を譲渡し、商品から発生する顧客に対する債権を「通知なしで債権譲渡」する方法で譲渡した。第二の譲渡担保権者は、商品の一部を譲渡担保設定者の名前で売却し、売買代金を受領した。原告は第二の譲渡担保権者（被告）に代金の返還を請求した。連邦通常裁判所は、最終的な結論は下さず、返還請求の可否に関して、以下のように説示した。

「理由の概要」 第二の譲渡担保権者が商品を譲渡担保設定者の名前で売却したときは、譲渡担保設定者だけが権利を取得し、それは設定者自身が商品を転売した場合と変わらない。債権の善意取得は存在しないから、商品の受領者に対する売却代金の債権者となるのは、（最初の）債権譲渡に基づく譲受人の銀行以外にはあり得ないと、連邦通常裁判所は判示する。その上で、連邦通常裁判所が説示するには、

「だからといって、このような場合に原告（銀行）が被告（第二の譲渡担保権者）に対して受領した売却代金の返還請求権を取得するか否かは、また別の問題である。控訴審（原審）は、被告がどのようにして債権を取り立てたかを認定していない。被告の行動様式は一樣ではない。

a) 被告がK社の名前で売買代金債権を取り立てた場合は、被告はK社の代理人であり、取立授権の付与を前提とすれば、取り立てられた金銭の所有権はK社に帰属する。その場合は、被告ではなくK社が、原告に譲渡された債権を侵害している。K社が被告に取得した代金を自由に使用させたか、被告がK社の名前で取り立てた金銭をK社に交付していない場合は、原告と被告の間の直接の法律関係が成立する余地はない。直接の利得移動は存在しないから、特に、被告は原告の損失によって利得したわけではない。場合によってはK社が原告に金銭を引き渡す義務を負い、被告に対する債務の弁済のために使用してはならないとしても、原告に被告に対する請求権を与えられるわけではない。被告が原告との関係で不法行為を犯し、損害賠償義務を負っているという状況も見あたらない。同様に、被告がK社と原告の間の法律関係の代理を行い、被告が信頼を裏切り、自己の利益を追求して原告に損害を与えたことで利得し、信義則上損害賠償義務を負うという事情も、原告は主張立証していない（BGHZ14, 313, 317を参照）。

b) 考え得るのが、被告が商品をK社の名前で売却したが、K社が倒産したために、債権譲渡を明らかにし、自己の名前で譲受人として債権の弁済を受けたことである。債権譲渡は効力がないから、買主は売買代金を真の債権者の原告に支払ってはならず、被告は他人、つまり、原告に帰属する債権を取立によって処分したことになる。しかし、被告がK社との間の債権譲渡を買主に通知した結果、BGB四〇九条が適用されるか、原告が被告に対して返還請求すること、被告の処分をBGB一八五条で追認したがゆえに（BGH Urt. v.25. Januar 1955-LM BGB §816 Nr.6）、買主が原告に対する債務から解放された可能性はある。その場合は、原告は被告に対して、BGB八一六条二項により取得したものの返還請求が可能である。原告は被告に、自己の名前で債権を取り立てる授権を与えていないから、被告は原告との関係で無権利者である。確かに、原告は、K社が通常の営業活動として商品を処分することを許していた。しかし、K社が売却代金債権を被告に譲渡したときは、この約定に反したこととなる。K社は売却代金を原告に対する債務の弁済

ではなく、他の信用供与者に対する債務の担保のために利用している。これは譲渡担保設定者に与えられている取立授権の範囲を逸脱している。本件では、例外的に、売買代金債権を他の信用供与者に譲渡し、譲受人が自分の名前で債権を回収して良いと、原告がK社に許可していたという事情は、当事者の主張からは見て取れない。仮に、原告とK社の間にそのような合意が存在したとしても、原告はまずは売却代金から満足を受ける予定だったはずだから、このような授権を原告がK社の破産の際に撤回していなかったかが問題となる。以上のような事情があれば、原告の請求には根拠がある」

本判決は、被告が（譲渡人K社の代理人として）K社の名前で債権の弁済を受領したときは、被告は債権の弁済受領をしていない。したがって、BGB八一六条二項の要件（「無権利者への給付」）がそもそも存在しない。他方で、被告が債権譲渡を債務者に通知すれば、BGB八一六条二項の要件が満足させられる可能性がある。つまり、弁済受領者たる被告への譲渡に優先する原告への債権譲渡を、債務者が知らない場合は、BGB四〇九条により債権者への弁済効を有するから、BGB八一六条二項が適用される。さらに、債権者が弁済を追認した場合も、同条の要件が具備されることになる」と判示している。つまり、無権利者への弁済の追認が可能ということを前提とするなら、至極当然の事理を判示したものである。

③連邦通常裁判所一九六九年十二月十八日判決（BGHZ53, 139）

【事実の概要】一九六五年六月二九日から一九六六年六月二〇日にわたって、請負人RがH株式会社から委託された高層建築に、原告は建築鋼材、鉄製品を供給した。原告の主張では、以上の給付は、原告の供給・支払約款に基づいて行われた。同約款では、引き渡した商品に対する所有権留保とその売却による債権の譲渡を定めていた。

他方で、被告銀行は、Rに多額の与信を与えていた。以上の与信の担保のために、一九六五年二月二二日、被告とRとは、予め印刷された模範契約で、RのH株式会社に対する「現在及び将来の債権」の「包括的譲渡」を行った。

H株式会社はRの請負代金を、Rが被告銀行に有する口座に払い込んだ。以上の口座に支払われた金銭の一部は、原告に帰属するというのが、原告の見解である。つまり、原告は、H株式会社の高層建築への材料として、Rに四万六一九六、一四マルクの資材を供給した。RのH株式会社に対する報酬請求権は、上記の金額の範囲では、供給契約に含まれる延長された所有権留保の方法で、原告に譲渡された。以上の限りで、被告は無権利者として、原告の債権を回収したというのである。その結果、原告は、一部請求として二万マルクの返還を求めて訴えを提起した。被告の反論の中心は、Hの支払った代金を、被告はRの債務の弁済として受領したということである。

第一審（ウルム地裁）は請求認容。原審（シュトゥットガルト高裁）は請求棄却。上告は棄却された。

「理由の概要」 「I. H株式会社は一部は原告に帰属する債権を被告に支払ったから、BGB八一六条二項の請求権が原告に帰属するかを、控訴審は検討している。控訴審は、RのH株式会社に対する債権は二万マルクの限りで延長された所有権留保の形で、有効に原告に譲渡されたと認定した。さらに、包括的債権譲渡は一九六五年二月二二日で、原告のH株式会社の建築工事への供給は一九六五年六月二九日に始まっているが、包括的債権譲渡は効力がなく、原告への譲渡が被告への包括的債権譲渡に優先することを、控訴審は当然の前提としている。控訴審も第一審も、被告への包括的債権譲渡は、包括譲渡契約書三号ゆえに効力がないと考えているようである。つまり、同号では、『供給者の供給条件（延長された所有権留保）により債権が既に第三者へ譲渡されているときは、例えば、後に担保権設定者が供給者に弁済して、担保権設定者が債権を取得すること停止条件として、銀行に債権が譲渡される』と規定している。

しかし、原告、被告のいずれへの譲渡が有効かを決定する必要はない。なぜなら、仮に原告への譲渡が有効だとし

も、他の理由で控訴審はBGB八一六条二項の適用を否定しており、その判断は適切だからである。

1. 控訴審の説示では、H株式会社は、被告に対してではなく、Rに「給付している」。被告は、H株式会社の給付した金額を、Rの支払場所 (Zahlungsort) として受領したにすぎない。Rに対する給付の根拠は、原告がRに授与し、かつ、撤回されていない取立授權である。つまり、H株式会社が直接Rに支払い、Rが被告の口座に支払ったのと、同じことである。H株式会社の支払いの一部は、Rの口座への振り込みによるものではない。つまり、RはHから三通の小切手 (合計一二万七六六三マルク)、及び、手形 (九万マルク) を受領し、これを被告に交付した。Rの債権を包括的債権譲渡に基づいて被告が請求したこと、又は、債権の譲渡を受けた事実をH株式会社に通知したなどという事実を、およそ原告が主張立証したことはないというのである。

以上の控訴審の認定に従えば、H株式会社の被告への給付という要件が存在せず、BGB八一六条二項は適用されないという、控訴審の見解は支持されるべきである。H株式会社が譲受人としての被告に給付するという意思があり、かつ、その意思を表明していたというなら、少なくともH株式会社が被告への債権譲渡を知っている必要があった。さらに、H株式会社は包括的債権譲渡の通知を受けていたと、被告が考えていた場合に限って、H株式会社の振込を、被告は包括的債権譲渡に基づく給付と考えることが可能だった。ところが、被告にせよRにせよ、当初は通知なしの債権譲渡をH株式会社に明らかにすることで、H株式会社が通知を受領したとは、原告は全く主張立証していない。つまり、Rから知らされた被告銀行のRの口座にH株式会社が給付したという以上の事実が認められないなら、その場合は、現実には、給付は被告ではなく、原告の与えた債権の取立授權に基づいてRに対して行われたことになる。だから、その場合は、被告は単にRの支払場所として活動していたにすぎない。そうすると、被告への給付は存在せず、BGB八一六条二項の要件は具備されていなく (BGH VIII ZR 177/64 vom 23. November 1966-BB1967, 187; KG WM1962, 1384; 北法59(4・38)1720

Flume, JZ1960, 637. 既²⁷ NJW1959, 913, 921で債権譲渡の通知があつた場合も、BGB八一六条二項の適用は否定され²⁸る。当裁判所は、同様の事例²⁹ (BGHZ32, 357, 360f)、被告銀行が有効に行われた債権譲渡を通知し、明示的に自己への弁済を債務者に指示したという点を重視した。控訴審判決と上告理由で引用されたBGHZ26, 185の当裁判所の判決は、控訴審が適切に説示するとおり、被告銀行が譲受人として取り立てた事例である。かつ、そこでは本件の争点は争われていない。

さらに、本件では、RはH株式会社から手形及び小切手を受領し、これを被告に交付したから、振込による支払い以上に、H株式会社の被告への給付があつたとは評価しがたいケースだという点にも注意すべきである。

2. 上告理由は、控訴審の認定に反対して、被告は譲受人として弁済を受けたと主張しているが、そうではない。

a) 上告理由は、一個の弁済を『二重効』に分裂させる、つまり、まず譲渡人（本件では、R.）に第三債務者（H株式会社）の債務が弁済され、同時に、銀行に譲渡された債権を銀行が取得したと考えるのは、『経済的、法的、かつ、思考法則上』不可能であると主張する。しかし、以上の考え方は妥当ではない。譲受人としてではなく、単なる弁済場所としての銀行に給付されたときは、真の債権者（本件では、原告）から与えられた取立授權に基づいて譲渡人が債権を取り立てたから、債権は弁済されたことになる。取立授權の効力により、原告は弁済が自己に対して効力があるのみならず必要があるのであって、BGB四〇八条一項に基づいて『無権利者』の被告に対する給付が原告に対して有効となるわけではない。

b) 上告理由は、被告は弁済を口座入金と同時に処分したから、『被告に払い込まれた弁済』をRが処分することは不可能であると指摘する。上告理由の主張が、払い込みはRの口座の借り方を減少させるにすぎないから、Rの処分の可能性を否定されるという考え方に基づいていることは明白である。そうすると、そもそもRの預金は存在しなかったの

だから、Rが処分できるものは何もないということになる。しかし、以上の事実は重要ではない。決定的なのは、Rが取立授權に基づいて請負代金債権を処分できたことであり、それゆえ、請負代金債権はRへの給付によって弁済されたという事実である。

c) H株式会社に包括的債権譲渡について被告が通知していた事実を、既に説示したように、原告は主張していない。……」

本判決でも、被告（銀行）が債務者の弁済を受領したか否かが争点となっている。本判決では、被告（無権利者）への債権譲渡を債務者は知らされたという事実を、原告（債権者）は主張立証していないとされている（加えて、債務者の弁済は、手形・小切手によるものだったという事情もある）。したがって、債務者は譲渡人に弁済したのであって、無権利者（被告）への給付は存在せず、BGB八一六条二項の要件は具備されない。但し、原告が以上の立証に成功すれば、弁済を追認して、BGB八一六条二項の請求が可能なのは当然の前提とされている。

さらに、本判決は、被告の金融機関に債権の譲渡人が有する口座に、債務者が払い込みを行った場合も、金融機関は「弁済場所 (Zahlungsstelle)」であるにすぎないと判示している。ちなみに、以上の延長された所有権留保により商品の供給者（所有権留保売主）に帰属するはずの転売代金債権が、金融機関に包括的に債権譲渡されるという問題は、BGB八一六条二項をめぐる典型的な問題である。その際に、本判決も判示するように、買主（債務者）が金融機関への債権譲渡（だけ）を知らされていれば、弁済は所有権留保売主（債権者）に対して有効となるが、債権者は金融機関に対してBGB八一六条二項により不当利得返還請求が可能となる。ところが、買主（債務者）が金融機関への債権譲渡の通知を受けていないときは、買主は所有権留保売主（譲渡人）に給付するから、所有権留保売主が口座を有する金融機関は単なる「支払場所 (Zahlungsort)」だということになる。その上で、以上の③判決のように、所有権留保売主の金

融機関に対する不当利得返還請求を認めないと、金融機関は交互計算（Kontokorrent）で所有権留保買主に対する与信を回収できる結果となる。しかし、口座を開設した受信者に対して、受信者に当該の口座に弁済受領を払い込ませるよう義務づける条項は、実は良俗違反（BGB一三八条¹⁸⁾）で無効な包括的債権譲渡（Globalzession）に他ならない。その結果、現在の判例理論では、金融機関は第三債務者の弁済を単なる弁済場所ではなくBGB八一六条二項の弁済受領者として受領したと解されている。¹⁹⁾

④連邦通常裁判所一九七二年四月六日判決（NJW1972, 1197）

「事実の概要」原告・被告はいずれも、放送機器・テレビ受像器の卸元であり、所有権留保で商品を販売している。

原告の商品の販売約款には、「・・・当方の供給した商品の売買は、当方の勘定で売却されたとみなされる。その譲渡は通知はされないが、以上の売却代金債権は当方に譲渡される。・・・当方の商品の売却代金が回収されたときは、当方に支払われる・・・」という条項（七号）があった。

被告は、電気・放送・テレビ受像器卸売普通取引約款を使用していたが、その中でも原告の約款に類似した条項があった。被告と取引していた小売商は、卸元への支払いを、分割払銀行から融資を受けて支払っていた。被告の使用していた約款の二号には、「買主の与信者からの売買代金に対する消費貸借の同意が与えられたときは、買主の売主に対する残代金の支払い義務は履行されたことになる。消費貸借の同意によって、買主は注文した物の所有権を取得する」と規定されていた。

消費貸借約款一号には、「・・・消費貸借の借主は、売主と共同で撤回権を放棄して、会社、又は、上記の契約を銀行に提出した者に消費貸借上の金銭を支払う旨を、与信者に対して指図する。以上により、消費貸借の借主の売主に対

する残代金債務は消滅する。」という条項があった。

原告と被告は、Wの小売商Cに商品を供給した。原告の主張では、一九六四年から一九六五年に自己の商品を一回にわたって、分割払いで供給した。その際に、締結されるべき分割払契約のために、被告の約款が使用された。Cは顧客の消費貸借の申込を被告に委ね、被告は分割払銀行に消費貸借を取り次いだ。その結果、被告は銀行から一万〇五二〇マルクの融資を受けることとなった。原告は不当利得、及び、不法行為を根拠に、被告に対して以上の金額の支払いを請求した。

地裁は請求を認容し、高裁は請求を棄却した。上告は認容され、破棄差戻された。

〔理由の概要〕「1. 被告は消費貸借の金銭を分割払契約に基づいて権利者として受領したという理由で、控訴審は原告のBGB八一六条二項による請求を否定した。被告に予め譲渡された顧客Cに対する代金債権は、一度も原告には譲渡されたことではないというのである。そうではなく、以上の請求権を満足させたのは、与信者による消費貸借である。買主の指図に基づいて買主と銀行の間で締結された消費貸借契約による金銭を受領し、自己の債務の履行とするという申込を、Cは被告に対して行ったにすぎない。以上の申込みを、被告は消費貸借の申込みを銀行に取り次ぐことで承諾した。ゆえに、消費貸借上の金銭を、原告が請求するいわれはない。原告には、Cと合意した約款の七号で、単にCの買主に対する残代金債権が譲渡されていただけで、買主の銀行に対する消費貸借上の請求権が譲渡されていたわけではないというのである。

2. 以上の控訴審の見解を争う上告理由は、結論として妥当である。

a) Cは原告にその約款に従って既に譲渡された残代金債権を今一度被告に譲渡したわけではないという、控訴審の認定は適切である。Cの売買約款と分割払いに融資した銀行の消費貸借約款からは、消費貸借と共に買主の残代金債務が

消滅したことは明らかである。初めから債権譲渡は存在しなかった。

b) 控訴審の認定のとおり、Cの顧客が受領した消費貸借による支払いの請求権は、原告には帰属していない。その際に、Cが自分への売主と買主に融資した銀行との間の取り決めで、金銭の支払い請求権を取得していたか否かは、認定の必要はない。仮にそのような請求権があっても、請求権が原告には移転することはない。原告がCと合意した取引約款に含まれる問題の約款の条項（七号）の意味は、顧客に対するCの残売買代金債権を予め譲渡することであり、金融機関に対する請求権を譲渡する趣旨ではないという控訴審の解釈には、十分な法的理由がある。

c) しかし、だからといって、原告のBGB八一六条二項による不当利得返還請求権に根拠がないわけではない。なぜなら、銀行から被告に支払われた貸付金は、一つ一つ正確に表示された特定の器具の売買代金の残債務の支払いに充てられている。そのことは、売買目的物の「注文証」が、その都度、顧客の分割払いへの融資の申込みと、同一の記入用紙で一括されており、両者が緊密に結びついていることから明らかである。しかも、以上の書式には、後に消費貸借の金額を銀行から自分に支払わせるための消費貸借の申込みを行った被告会社の名前が押印どころか印刷されていた。したがって、器具を販売したのは被告であり、その売買に対して融資したと、銀行は考えていたに違いはないであろう。被告と協働していた銀行も当然に知っていたとおり、被告はその商品を小売商には所有権留保なしでは販売しないから、その弁済のために銀行が融資する残売買代金の権利者は被告だけだと銀行は考えていた。事案の状況全体からは、以上と違った認定は考えられない。売買の目的物が被告ではなく、他の供給者が販売したものであり、売買代金が未払いの所有権留保の対象である限りで、売買代金債権は被告ではなく販売した供給者に譲渡されている。したがって、このようなケースでは、消費貸借を受けることで、被告は自己に帰属しない売買代金債権の給付を受領している。つまり、BGB八一六条二項の『無権利者』として被告は支払いを受けていることになる。

被告は自分の顧客へのCの単なる支払場所 (Zahlstelle) として活動していたわけではない (以上については、BGHZ53, 139, 141ff=NJW70, 464 (上記③判決) を参照)。契約相手方が指示した銀行口座に、自己に対する債権が予め譲渡されたなどとは知らず債務者が契約相手方が指示した銀行口座に給付した場合とは、本件は全く違っている。消費貸借の申込みの提出は、原則として弁済される債務の種類が分らない、手形・小切手を受領して交付することとは別物である。本件では、銀行は完全に特定された売買代金債権を直接被告に弁済しており、かつ、その債権は被告に帰属するか、少なくとも被告には取立権限があると、銀行は考えていた。

被告への支払いにより、本当に買主が残代金債務から解放されたか否かを、問題にする必要はない。そのことが原告手続の前提であるが、原告が売買代金債権の真の債権者なら、いずれにしても被告の弁済受領を売買代金債権の取立と見立てて、これを原告は追認することが可能である。本件の訴の提起は、原告の追認に他ならない (BGH, LMNr. 6 zu §816 und Nr. 18 zu §816 BGB/NJW1968, 1326; WM67, 395, 397 以上の限りでは、BGHZ47, 168=NJW67, 1223)。その結果、原告は銀行が被告に支払った金銭の返還請求権を取得することになる。

3. したがって、控訴審は維持できない。本件の焦点は、原告のいうように一四回の商品供給で、原告がCに器具を給付したか、その売却時に器具はCと原告の間の延長された所有権留保に服していたかである。以上が肯定されるなら、原告の被告に対する不当利得返還請求は基礎づけられることになる。・・・」

⑤連邦通常裁判所一九七四年三月七日判決 (NJW1974, 944)

『事実の概要』 不詳。

『理由の概要』「I. 1. 原告 (最初の譲受人) への債権譲渡が有効か否かを、原審は認定していない。原告の被告 (第

二の譲受人）に対するBGB八一六条二項による不当利得返還請求は、原告が譲渡を受けたP会社（第三債務者）に対する債権は従前と変わらず存続しているから、それだけで不当利得の返還請求は不可能だといふのである。債権譲渡後には、第三債務者は被告には何も支払っておらず、債務は弁済されていない。被告の行った勘定振替には、第三債務者は関与していない。確かに、後に勘定振替を聞き知った第三債務者は、口座の負担を異議なく受け入れてはいる。だから、それに反する主張がない限りは、勘定振替への第三債務者の沈黙は、被告に対する新たな債務による口座の負担を、例えば、消費貸借又は与信債務として受け入れたと解釈されるにすぎないといふのである。

2. しかし、上告には理由がある。本件では、BGB八一六条二項の不当利得返還請求の要件が具備されているからである。

a) 被告は、J社（譲渡人）の単なる支払場所として活動していたわけではない（以上については、BGHZ53, 139, 141ff.=NJW70, 464（上記③判決）を参照）。却って、被告の申立によれば、被告は自分への債権譲渡を、第三債務者に通知していた。それだけに止まらず、P社は通知を確認している。

だから、以上の『勘定振替』は、債権譲渡を受けた被告に対する第三債務者の給付を意味する。その際に、被告が勝手にP社の口座から差し引いたのか、或いは、その顧客の同意があったのかは、重要ではない。仮に、P社が貸方勘定を異議なく受け入れたとしても、P社が譲受人への給付を望み、かつ、それを実行したことに変わりはない。

P社は被告に対する新たな債務を負担したのであり、J社の債権とは無関係であるという控訴審の認定には、全く根拠がない。そのようなことを、P社は決して希望していなかった。被告も『勘定振替』を行おうなどと考えたこともない。却って、P社の預金口座が既に当座借越だったときは、被告に譲渡されたP社のJ社に対する債権の弁済を受けるために、被告はP社に新たな与信を行ってさへいる。だから、『勘定振替』は被告による債権の取立であり、BGB四

○七条、四〇八条の効力とは無関係に、原告はBGB一八五条二項で追認することが可能である。かつ、実際には本件の訴の提起により、追認している（確定判例、BGH, NJW72, 1197（上記④判決）及び、そこでの引証）。

b) . . . c) . . . 」

⑥連邦通常裁判所一九八二年一月一〇日判決 (BGHZ85, 267)

『事実の概要』原告は一九七八年七月七日の契約で、被告にK所在の「B」飲食店を賃貸した。B飲食店には付属住居が付いていた。店舗部分の賃料は、月額二五〇〇マルク、住居部分の賃料は月額四五〇マルクだった。賃貸借契約の期限は、一九八七年六月三〇日だった。賃貸借契約では、二条二項に「何らかの理由で賃貸物の引渡が遅延したときも、賃借人は特に解除、損害賠償請求権などの権利を取得しない」とされていた。同日、上記の賃貸借契約には、以下のような追加条項が加えられた。

「五条（賃貸物の補修の）変更と補完のために、賃貸人・賃借人は以下の合意を行う。

一・賃借物は瑕疵のない状態で完璧に補修され、賃貸時と同様の状態で賃貸借終了時に返還される必要がある。

二・賃借人は遅くとも一二ヶ月の経過するまでに信用のおける事業者に賃借物の補修を行わせる義務を負う。

三・以上の条項と異なった合意がない限り、賃貸借契約の全ての規定は七八年七月七日まで効力を有する。」

一九七八年八月一日の賃借物の引渡時には、従前の賃借人S₁夫婦は住居から退去していなかった。その後も、S₁夫婦は住居に居住したが、どのような合意がS₁夫婦と被告の間で結ばれたかに関しては争いがある。

被告は賃料支払を遅延し、無断で住居部分を転貸したという理由で、一九七九年四月六日付の書面で原告は被告との賃貸借契約を解除した。被告は解除の理由がないとして、退去しなかった。そこで、原告は賃借物からの退去と、一万

三三三〇、三七マルクの支払いを請求して訴を提起した。・・・

第一審は原告の請求を全て退けたが、控訴審は部分判決で退去の請求を退け（原告は上告したが、後に取り下げた）、二一六六、四三マルクの請求は認容した。上告は一部認容された。

『理由の概要』連邦通常裁判所は、従前の賃借人S.F.夫婦が退去せず、飲食店を引き渡すことができなかったから、（賃貸借契約二条二項は、原始的不能には適用されず）原告は賃料請求権を取得しないとされた。その後、住居の転賃借に關して判示し、

「反対に、住居が転貸されたのでない場合は、・・・S.F.夫婦が住居に止まることは、BGB五七条⁽²⁰⁾により原告に對して負担する使用の賠償を、S.F.夫婦が原告ではなく被告に支払う契機を取得したにすぎない。したがって、不適法な住居の使用の賠償の処分の追認が推認される原告の行為により、BGB八一六条二項により取得したものを被告は原告に返還する義務を負う。」・・・

本件では、被告と従前の賃借人S.F.夫婦との間に転賃借が成立していない場合は、被告がS.F.夫婦から受領した賃料は、住居の使用利益（賃料に代わる賠償）の無権利者による取立である。その際に、原告（債権者）が被告（無権利者）に返還請求すれば、弁済受領の追認（BGB一八五条二項）が推認され、BGB八一六条二項が適用されることになることとされている。

⑦連邦通常裁判所一九八六年五月一日判決（NW1986, 2130）

『事実の概要』被告は一九七八年から七九年にB合資会社のために壁・コンクリート工事を施工した。B社の破産手続が開始されたが、財産不足で拒否され、一九八二年に商業登記簿から抹消された。被告は、無限責任社員のHとK（原

告の叔父と父親）に残代金を請求した。被告はHに対する一万四〇〇〇マルクの代金債権の執行の決定を取得した。以上の債務名義に基づいて、被告は、被告の主張では、Hの原告に対する債権に基づき、原告の投資会社の口座を差押・転付した。そこで、投資会社は被告に一万四二三六、二一マルクを支払った。以前にB会社に勤務していた原告は、以上の請求権の差押は不適法だと主張している。そこで、原告は被告に対して、振り込まれた一万四二三六、二一マルクの返還を請求している。地裁及び高裁は請求を棄却した。上告は認容され、原判決は破棄・差戻された。

【理由の概要】「I. 原審は、投資銀行の支払いは原告の給付ではないから、原告にはBGB八一二条一項一文の請求権は帰属しないとした。以上の妥当性はさておき、それ以外の理由で、上告は認容できる。

II. 以上に加えて、原審は、原告はBGB八一六条二項の請求権も持たないという。口座からの支払いの基礎である差押・転付命令は、原告に対しては原因 (Causa) がなく、投資会社から被告への給付は有効ではないからである。投資会社が被告に支払っても、投資会社の原告に対する債務は消滅しないからである。つまり、被告に弁済しても、投資会社の原告に対する債務は存続するというのである。

以上を非難する上告理由には根拠がある。控訴審の見解とは異なり、原告の被告に対するBGB八一六条二項の請求権が排除されることはない。

1. 地裁の認定では、原告の投資会社の口座は原告の私的口座ではなく、B社の『隠れた取引口座』であった。したがって、原告に対して請求権の譲渡を請求できたのは、無限責任社員Hではなく、清算中のB社であった。したがって、Hの原告に対する請求権が、当然に存続し、差押可能だったわけではない。その結果、Hの原告に対する請求権を差し押さへ移転したと称する差押・転付命令は、効力がなく無に帰する。だから、口座残高の払い戻しの請求権は原告に帰属し、投資会社は無効な差押・転付命令に基づいて、無権利者に弁済したことになる。しかし、原告は被告に不当利得

返還請求し、本件の訴訟を提起しているから、投資会社からの被告の債権の取立を追認したことになり、投資会社の被告への給付は有効となっている（BGHZ85, 267=NJW1983, 446; NJW1972, 11971199; NJW1974, 944945; Lieb, in MünchKomm, 2.Aufl., §816 Rnr.63; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, §8 III 3を参照）。その結果、原告は被告に対して転付された金銭の返還を請求できる。

2. ただし、それを地裁が前提としているように、Hが原告に対して請求権の譲渡を請求できるなら、原告の不当利得返還請求は可能ではない。つまり、被告の差押・転付命令は、Hの請求権に及び、差押は有効に行われたことになる。その場合は、差押債権者〔質権者〕⁽²¹⁾として取立の請求権の移転を受けた被告に対する、投資会社の口座残高の支払いは正当である。かつ、被告が差し押さえたのが、投資会社の口座に対する原告の請求権の譲渡をHが原告に請求する権利であり、原告の口座に対する直接の請求権ではなかったことは、問題ではない（Stöber, Forderungspfändung, 7.Aufl., Rdnrn. 66, 67）。なぜなら、BGB一二八七条によれば、〔第三〕債権者の給付により差押質権者〔債権者〕は給付目的物に対する質権を取得するからである。以上の理は、債権の譲渡を求める請求権を差し押さえた場合にも当てはまる。かつ、譲渡されるべき債権の債権者（本件では、原告）が給付受領を後に追認しているから、そのことは、譲渡されるべき債権の債務者が行った『短縮された給付』による給付にもまったく同様⁽²³⁾に当てはまる。なぜなら、追認により消滅した債権の譲渡はもはや不可能となっているからである（BGB一二八八条二項を参照⁽²³⁾）。したがって、原告の被告に対するBGB八一六条二項の請求権の成否は、専らHが原告の投資会社の口座に対して請求権を有するか否に係っている。

B社の金銭が原告の口座に払い込まれていた場合は、Hの原告に対する請求権が信義則上（BGB二四二条）⁽²⁴⁾肯定されるべきであろう。なぜなら、会社債権者からの請求にさらされる社員の、（いまだ）残存する会社財産に対する求

償権が否定されることは、会社に対する忠実義務とは折り合わないからである。連邦通常裁判所の確定判例によれば、会社債権を満足させ、かつ、会社財産から満足を受けなかった社員は、他の社員に対してもその持分に応じて求償が可能である。以上の正義に基づいた社員の返還義務から、衡平の要請により、会社債権者の請求を受けた社員は、例外的に、第三者の下にある会社財産の捕捉が可能だということになる。以上の結果だけが利害状況に適合しているというべきである。そうでなければ、会社債務の責任を負わない第三者は、責任を負担する社員に対して正当な理由なく優遇されることになるからである。

3. . . . したがって、差戻審は、金銭の由来を認定すべきである。つまり、投資会社の原告の口座はB社の『隠れた取引口座』であり、B社の資金が流れ込んでいるかを検討する必要がある。それが肯定された場合は、この金銭がB社の債権者のために使用されるべきか、したがって、原告に対して口座残高の譲渡を求める差戻さえ可能な請求権がHに帰属していたどうか、検討されるべきである。」

⑧連邦通常裁判所一九八七年五月二六日判決 (NW1988, 495)

『事実の概要』一九六四年八月一日に当時未成年だった原告の婚姻前の姓Gの名前で、X銀行に定期預金の口座が作成された。定期預金の口座番号は、七〇五四一八一七五だった。口座開設後、原告の祖父Aの出捐で預金が行われた。預金通帳はDの乙通五の屋敷の書き物机に保管されていた。原告の母親は、この屋敷を賃貸した。ただし、当時は屋敷には祖父母が居住していた。原告の祖父Aに対する租税徴収手続きが行われ、屋敷が搜索を受けた際に、税務署員が原告名義の預金の番号をメモした。そこで、原告の祖母は、通帳を引き渡した。その後の銀行を第三債務者とする一九七六年一〇月八日の税務署の差押で、租税債務者Aの口座、預託口座、貸金庫はすべて、七〇五四一八一七五番の口座を

含めて差し押さえられた。その結果、一九八二年二月二日に、以上の口座の預金（一八万八四五〇マルク）は税務署に支払われた。そこで、原告は税務署に対して、一九八二年二月二日以後の利息を含めて、一八万八四五〇マルクの返還を請求した。

地裁、高裁は、請求を棄却した。上告は認容され、破棄差戻しされた。

〔理由の概要〕Ⅰ、原告の祖父Aが原告の婚姻前の姓Gの定期預金口座の債権者だったときは、控訴審のいうように、原告の請求には根拠はない。しかし、事実審の裁判官は、以上の事実を認定していない。

控訴審は、原告に債権が帰属していたときでも、請求は棄却されることになりはしないとみる。その場合は、被告の定期預金への差押は効力がなく、原告は銀行に対する債権を失っていないからである。

Ⅱ、しかし、そうであっても、結論は反対である。控訴審の見解とは違って、原告は不当利得を理由に被告に対する請求権を取得するからである。原告に対して効力を持たない銀行の被告に対する給付を、原告は追認して有効とすることが可能である。その場合は、原告は被告に対するBGB八一六条二項による請求権を取得する。

かつ、当裁判所は、控訴審と同じく、差押え時点での債権者は原告だったと考えている。・・・例外的に、第三債務者の銀行が免責される場合は考えうるが、本件ではそのような事実はない。・・・

3. 控訴審が原告のBGB八一六条二項の不当利得返還請求を論じていない点を上告理由が非難するのは正当である。

a) 以上の請求権の要件は、仮にはじめは原告が銀行に対する債権者だったとしても、第三債務者の銀行の無権利者の被告に対する給付が、権利者である原告に対して有効なことである。しかし、以上の第三債務者の無権利者への弁済の権利者に対する有効性と原告の債権の消滅効は、被告の不適法な差押・転付による債権の取立を、後に権利者として原告がBGB一八五条二項で追認することでもたらされている。以上のような追認が可能なことには、疑念がない

(Jieb, in: MünchKomm, 8816 Rdnr.63; Staudinger-Lorenz, BGB, 12.Aufl., 8816 Rdnr.32)。債務者が債務の履行を目的として無権利の第三者に給付したときには、BGB一八五条二項が適用されることをBGB三六二条二項は規定している。だから、同条では、無権利者による債権の取立は、債権の処分と同一視されている。

b) 本件では、第三債務者の銀行が債務の弁済のために差し押さえられた定期預金から給付していることに争いはない。第三債務者の給付と被告の弁済受領を、被告に対する請求と訴えの提起で原告は追認している。以上は、確定判例の立場でもある(BGH, NJW1986, 2430 (前掲⑦判決) および、そこでの引証)。原告がまずは被告に対する請求を考えて、被告に請求したとしても、全く問題はない。決定的なのは、本件での法律関係に関する説示が示すように、いまだ銀行、被告のいずれが債務者なのかが不確実なことであり、原告が被告だけに請求しようと考えたことは、訴えの提起によって確定することである。いずれにせよ、以上は上告理由から十分に読み取ることが可能である。本件の訴訟では、被告に対する効力のない給付を追認することを、原告、いずれにせよ訴訟代理人が考慮していることが、連邦通常裁判所(BGH, NJW1986, 2104(2106))の見解からも確認できる。

Ⅲ. 以上から、控訴審判決は破棄されるべきである。したがって、事実審の裁判官の検討すべきことは、差押時に原告の名義だった定期預金が、原告又は執行債務者のいずれに帰属していたのか、あるいは、場合によっては、原告は租税債務を負担する可能性があったのかである。

②から⑤の判決からも分かるように、BGB八一六条二項、一八五条二項の適用の可否は、しばしば延長された所有権留保と包括債権譲渡の競合をめぐる問題になっている。しかし、⑥から⑧は全く違った種類の紛争であり、事案類型は多様である。したがって、無権限者の取立の追認の可能なことは、確定判例であることが分かる。さらに、判例は、

債権者の無権利者に対する弁済受領した給付の返還請求、ないし、訴訟の提起を、無権利者への弁済の追認だと考えている（上記⑤⑧判決など参照）。

ただし、BGB八一六条二項、一八五条二項を適用する判例の根拠付けは、基本的に文言解釈である。つまり、上記の⑧判決がいうように、債務者が第三者に対して債務の履行の目的で給付したときは、BGB一八五条が適用されるところに規定しているBGB三六二条二項の文言がその根拠である。したがって、先に紹介した学説と同様に（二・三・（2）（b））、判例は、無権利者による他人の物の処分と無権利者の債権の取立とを同一視しているといえよう。²⁵

（b）判例に反対の学説

先に見たように、他人の物の無権限処分²⁶の追認の可否に関しては、民法典制定後にも多くの学説上の議論があつた。他方で、ライヒ裁判所の判例は、（当初は、BGB旧二八一条、後には）BGB八一六条一項一文、一八五条二項を適用して、権利者による売却代金の返還請求を早くから認めていた。反対に、他人の債権の回収の追認の可能性を、ライヒ裁判所の判例は当初は否定していた。それに対して、第二次世界大戦前の学説は、無権限処分の追認との連続性、及び、BGB三六二条二項の文言解釈から、他人の債権の回収の追認を比較的簡単に肯定していた。その後、他人の物の無権限処分の追認の肯定が、判例・学説上も定着した後は、連邦通常裁判所の判例も、学説に倣つて所問を肯定するようになっていた。ところが、そのような判例が確立されていく過程で、学説上の反論が現れ、現在でも肯定説と否定説が対立している。以下では、そのような学説を見ていくこととする。

（ア）他人の債権の取立の追認の可能性に対して、第二次世界大戦後に最初に疑義を唱えたのは、ワイマール（Wilhelm Waimar）であつた。ワイマールは、無権利者（譲渡人）への弁済が債権者に対して効力を有する場合（例

えば、B G B 四〇七条一項）に、債務者は弁済受領者（譲渡人）に対して非債弁済の不当利得返還請求が可能かという問題から議論を始める。その結論は、B G B 四〇七条一項の趣旨は債務者の保護だから、弁済により自動的に債権が消滅するわけではなく、債務者の抗弁が必要である。したがって、債務者は同条の保護を拒否して、弁済受領者（譲渡人）に対して非債弁済の不当利得の返還請求が可能である。特に、債務者が債権者（譲受人）に対して反対債権を取得したときは、債務者は自己の債務と相殺が可能である。その結果、債権者（譲受人）が破産したときは、債務者は自己の債権の完全な満足を得られることとなる。加えて、以上のような特別な保護が必要ではない場合にも、債務者には債務者保護の規定を抗弁するか否かの選択権が与えられてしかるべきだというのがワイマールの結論である。ただし、問題は、追認（B G B 三六二条二項、一八五条二項）による債権者（譲受人）の弁済受領者（譲渡人）に対する不当利得返還請求と、債務者の不当利得返還請求が競合したときである。しかし、弁済を有効とする規定の目的は債務者の保護だから、債務者が優先すると解すべきであるというのが、ワイマールの主張の骨格である。⁽²⁶⁾つまり、ワイマールは、債務者の選択権を前提に、その地位を脅かすような債権者の追認の可能性に反対している。

（イ）加えて、エーエマン（Horst Ehemann）も、債権者の追認により債務者の選択権が失われる可能性に対して疑問を提示している。第一に、債務者の債権者以外の者への弁済が有効となるのは、B G B 四〇七条、四〇八条の規定が適用される場合である。この場合は、債務者に弁済受領者に不当利得返還請求するか、債権者に弁済効を主張するかの選択権がある。債権者は追認して、債務者の選択権を奪うことはできない。第二に、債権者からの事前の取立授權（B G B 一三八条）⁽²⁷⁾が与えられた場合も、債権は消滅する。債権者の追認はまったく必要ではない。かつ、譲受人から旧債権者が取立授權を付与された場合に比べて、債権譲渡を知らず善意で旧債権者（譲渡人）に弁済した債務者の保護が劣化するのとは妥当ではない。したがって、債権者の追認は許されないと解すべきである。他方で、無権利者への弁済に

よって債務が消滅しない場合は、話が違ってくる。エーエマンの考え方では、確かに、真実の債権者の同意を前提とするが、給付と一体となった弁済目的の合意により、給付者が弁済受領者が債権者だと誤信した場合にも、弁済目的は達成されるからである。ただし、債務者が弁済する以前に取立授權が付与されていなかった場合には、債権者が追認する以前は、債務者は目的の合意を撤回できると解すべきである。そうでなければ、債権者は追認により債務者の保護を奪うことが可能だからであるというのである。⁽²⁸⁾

(ウ) さらに、エッサー (Josef Esser) は、無権限者の他人物の処分とは異なり、無権限の弁済受領の追認に対して疑問であるとしている。その理由は、本来は債権者は債務者に対して履行請求できるにすぎないはずなのに、弁済受領者への不当利得返還請求が可能なら、債務者が破産した場合に、債権者は一種の優先弁済権を取得することになるからである。したがって、エッサーは、判例は一般的に追認を肯定するが、債務者破産の場合だけでも、追認を認めないことが妥当であると指摘していた。⁽²⁹⁾

(エ) 以上の指摘を受けて、本格的な反対論を展開したが、ロト (Wulf-Henning Roth) であり、ロトの論証は、現在でも判例に反対する学説の骨格となっている。⁽³⁰⁾ そこで、以下では、ロトの議論を丁寧にトレースしていくこととしたい。

ロトの議論の出発点は、BGB八一六条一項一文の場合には、取引の安全のための規定が無権限者の処分を有効としている。したがって、利益を受ける者に選択権はなく、処分の有効性は強行的に発生する。他方で、BGB八一六条二項では、弁済の有効性は債務者の保護を目的とするから、(通説では) 債務者には債権者に弁済して、弁済受領者に不当利得返還請求するという選択の余地も認められている。ところが、債権者が追認すれば、債務者は選択権を奪われることとなる。それゆえ、ワイマール、エーエマンは、債務者の選択権が債権者の追認に優先すると説く。しかし、その

主張は当然の理のようではあるが、実はBGB四〇七条の規定の目的の誤解である。というのは、同条、及び、無権利者への弁済を有効とする規定の目的は、二重弁済の危険からの債務者の保護である。その出発点は、債権者は債務者にだけ給付を請求でき、債務者は債権者にだけ弁済できるということである（一般原則）。ただし、債務者が四〇七条の効果を抗弁すれば、弁済は債権者に対して有効となる（例外）。しかし、債務者が抗弁しなければ、問題は一般原則に戻ることはなる。そうすると、債権者は一般原則の範囲内で追認が可能か否かが、検討される必要がある。仮に、債権者の追認が許されるなら、債務者の選択権は一般原則からの逸脱だから、債権者が追認しない限りで、債務者は選択権を行使できるにすぎないはずである。したがって、債権者の追認権の排除は、強行規定ではない債務者保護の規定から基礎付けることはできない。つまり、債務者の弁済受領者に対する非債弁済の不当利得が、追認による債権者の弁済受領者への不当利得返還請求権に優先するとはいえない。そうすると、決定的なのは、債権者が無権利者への弁済を追認できるかという問題である。

以上の検討の出発点は、BGB八一六条一項一文の対象は物権行為（das dingliche Geschäft）であり、BGB八一六条二項では履行行為（Erfüllung）だということである。したがって、BGB八一六条一項一文が関係するのは、専ら「処分行為（Verfügungsgeschäft）」であり、債権的関係（das schuldrechtliche Verhältnis）とは無縁である。だから、権利者の追認により給付者の意思決定が変更されるわけでもなく、給付に法律上の原因が与えられるものでもない。

他方で、BGB八一六条二項は、処分行為とは無関係である。追認を与える債権者は、債務者の給付すべきものの所有者（Inhaber des vom Schuldner zu Leistenden）ではないからである。債権者の追認が関係するのは、履行とだけである。問題なのは、無権利の第三者が履行として給付を受領することができるかだけである。

BGB八一六条二項でも、BGB八一六条一項一文と同様に、追認は債務者の弁済の決定には影響を及ぼさない。以

上は、「給付 (Leistung)」を「意識した他人の財貨の増加 (eine bewußte vorgenommene Vermögensmehrung bei anderen)」と理解する、最近の判例・学説の給付概念の帰結である。つまり、給付は、他人の財貨の増大、及び、財貨移動と結合した一定の目的の追及という、二重の目的性 (doppelte Finalität) を有している。つまり、弁済の決定 (Tilgungsbestimmung) には必ず具体的な債権関係が基礎となっている。だから、債権それ自体に対する給付というのは観念できず、(債権譲渡があった場合は) 債務者と譲受人との関係でだけ給付が行われる。債権の自称占有者に対する給付では、占有者から乖離して想定された債権への給付が行われるわけではない。したがって、債権者でない者への給付を、単なる債権の帰属、つまり、処分権の問題に還元することはできない。ところが、通説・判例は、BGB 八六条二項に BGB 八一条一項一文を類推して、債務の履行である給付受領の追認の可能性を肯定している。

したがって、そもそも BGB 八一条二項の追認の効力自体が問題である。BGB 八一条二項でも BGB 八一条一項一文と同じく、追認の時点から無権限者が権利者になるわけではない。処分は無権限者の処分に止まる。追認により、処分が最初から有効だったかのようにみなされるだけである。第三者の給付受領を履行として権利者が追認したときは、無権限者が債務者が考えたとおりの債権者になるわけではない。追認が関係するのは、債権譲渡ではなく、法効果に関しては、真実の債権者に対して行われるべき給付の受領に対する授權 (Ermächtigung) である。したがって、追認 (Genehmigung) の効果は事前の同意 (vorherige Zustimmung) 以上のもではなく、事前の同意の場合も、債権の譲渡ではなく、給付受領への授權である。以上の授權の効力は、履行自体を実現するのではなく、BGB 三六二条二項、一八五条二項により有効な履行となる可能性を発生させるにすぎない。

だから、決定的なのは債務者の弁済意思だとすれば、以下の事例は区別してしかるべきである。まず (債権者を知っていることが前提だが) 債務者が真実の債権者に弁済しようと考え、かつ、無権限の第三者が受領権原があると誤信し

たときは、BGB三六二条二項により、追認は有効な履行を実現させる。なぜなら、この場合は、現実に存在する債権関係に給付を帰属させようと、債務者は考えているからである。ところが、この場合にこそ、BGB八一六条二項の要件（文言）ゆえに、追認の可能性は排除される。なぜなら、同条の前提は、債務者が無権利者に弁済することを望んだことだからである。BGB八一六条二項での追認が関係するのは、債務者が真実の債権者ではなく非債権者の第三者に給付しようと望んだ場合である。債権者の追認が第三者への出捐を債権者の弁済受領とする効力を発生させるなら、債務者が第三者に弁済しようと望んでいても、第三者に対する弁済は不可能となる。以上の場合の給付は、本当は存在しない、想像上の債権関係の履行である。確かに、債権者の追認で、債権者と思われた第三者の他に、少なくともその法効果に関しては、有効な受領権限（受領権原）が発生する。しかし、そのことで、債務者の給付の方向性、つまり、弁済の決定が変わるものでもない。したがって、追認はそもそも行われなかった給付と関係しているから、給付の受領の追認は空虚なものである。だから、どう転んでも、債務者は給付の不当利得返還請求が可能である。その結論は、BGB八一六条二項の局面では、およそ追認は不可能だということである。つまり、債務者が真実の債権者に弁済しようと考え、第三者の弁済受領の権原を誤信したときは、同条の要件は充足されない。反対に、債務者が非権利者に弁済しようと考えたときは、債権者と思われた第三者に弁済しようと考えたのであり、弁済受領権限があると考えた者に債権者のために弁済したのではないからである。³¹⁾

以上の一見奇妙な結論は、無効な行為を有効とする規定やBGB八一六条一項と二項が異なっていることだけではなく、BGB八一六条二項の場合の追認と有効性を定める規定の違いに由来する。無権利者への弁済を有効とする規定は、債務者に対しては無権利の第三者を債権者とするが、真実の債権者に対しては債務者の給付を有効なものとする効力を発生させる。あたかも債権関係が第三者との間に存在したかのように、債務者は扱われる。しかし、以上の擬制的な債

権関係は、二つの観点で現実存在した債権関係に依存している。まず債権関係は真実の債権者に対する関係では有効でなければならない。その場合は、擬制的な債権関係は現実存在する債権関係に従うことになる。第三者が債務者に対して真実の債権者とされる限りで、有効な弁済の要件が備わっていることになる。有効な履行があった場合は、債務者が給付した擬制的な債権関係は、債務者に対する関係では給付の保有の法律上の原因となる。

そこで、BGB八一六条二項の場合の追認は、債務者との関係で第三者を真実の債権者とする規定と同様の効力を持つ必要がある。しかし、それを実現できるのは、債権譲渡だけであり、既に論じたように、単に受領権限（受領権原）を創出するにすぎない追認によつては、以上の効果は実現されない。

以上が、ロトの主な論証であるが、そこでの結論は該当する規定の評価にも合致しているとも、ロトは主張する。すなわち、BGB八一六条一項一文の場合には、無権利者の処分が有効か否かを、権利者は確認しがたい。しかし、BGB八一六条二項では、債務者に請求すれば事態は即座に判明する。さらに、BGB八一六条一項一文では、無権利者の処分が無効でも、現在の占有者を発見し、所有物返還請求権を行使するのが困難な場合がある。このような事態に対処するためにこそ、判例・通説は、無権限処分の追認を許している。反対に、BGB八一六条二項では、債務者の所在ははっきりしており、問題状況は異なっている。

さらに、債権者は債務者にだけ請求できるという結論は、利害状況にも合致している。債権者は債務者の無資力の危険を負担すべきであり、その理は、債権譲渡の場合も変わらない。だから、債権者は追認して債務者以外の者に請求できると考えるべきではない。債権者にとって追認が意味があるのは、債務者が無資力の場合である。しかし、その場合は、債務者の弁済受領者に対する非弁弁済の不当利得返還請求権を差押さえれば足る。債務者が破産した場合に、追認による直接請求が可能なら、債務者の他の債権者の利益を害することになる。債権者が破産した場合は、債務者は相殺

して反対債権の満足を受けられる。ところが、債権者が追認して債権を消滅させれば、債務者は相殺の対象を失うことになるのである。

以上のロトの考察は、無権限弁済受領の追認の問題性を包括的に検討したものといえる。ロトの検討は多岐にわたるが、その要点は、①債務者の弁済に対して債権者は物権的権利を持たないから、追認に物権的効果はない。②したがって、弁済の効果帰属を決定するのは、債務者の意思決定である。ところが、債務者の意思決定を変更する効力を、債権者の追認は持たない。結論として、弁済の追認は不可能である。③以上の論証の帰結は、債権者が追認により、(債務者が破産した場合に)債務者の一般債権者に優先して弁済を受けるのは不当、債権者に対する反対債権で相殺するという債務者の利益が奪われるべきではないという評価にも合致するということになる。以上の③は、既に先述の(ア)(イ)(ウ)の論者も説いている。他方で、①②の論拠を併せると、想起されるのは、債権の同一性がないから、追認の対象は存在しないという、普通法下での論拠である。その理を、弁済の効果帰属についての債務者の意思決定という側面から論じたのが、ロトの議論だと考えることもできよう。

(オ)さらに、幾つかの有力な学説が、追認の可能性を否定している。例えば、ロイター(Dieter Reuter)とマルティネック(Michael Martinek)である。すなわち、ロイター／マルティネックは、弁済に不可欠な債務者の弁済の決定を、権利者に帰属する債権への弁済に変更することはできない。BGB三六二条一項、一八五条二項は債務者の弁済意思の補充としては不十分であり、債務者の単なる出捐を給付代として債権者に帰属させる効力を有さない。だから、債務者が弁済を取り消したときは、非権利者への弁済は存在せず、BGB八一六条二項の効果を発生させるには、債権者の追認では不十分であると、まずは、ロトの論証を支持する。その上で、債務者破産の場合の、追認を介した債権者の優先弁済権、及び、弁済受領者に返還請求するか、弁済の有効性を主張するかという、債務者の選択権が奪われることの不

当性を説いている。かつ、その際に、判例を支持する学説に対する批判も示されている。債務者破産の場合に債権者は追認して優先弁済権を取得することには疑問がある。だから、ヴェスターマン (Harm Peter Westermann) のように破産財団は否認権以外で財団の財産を増加することはできないと指摘するだけでは不十分である。さらに、破産法は債権者の追認を禁じていないから、追認は可能であるとリープ (Manfred Lieb) は主張するが、追認の可否を決定しているのは、BGB 八一条二項自体の解釈である。債務者の選択権の保護の余地を、リープは疑問視しているが、不当である。債務者の選択権は、債務者保護の規定の当然の帰結である。だから、債務者が選択権を放棄したときに限って、債権者の追認が許されるべきであるというのが、ロイター／マルティネックの見解である。⁽³²⁾

(カ) ヴェルナー・ロレンツ (Werner Lorenz) などの学説も、債権者の追認が、債務者破産の場合の債権者の優先弁済権を帰結すること、及び、債務者の選択権が失われることを根拠に、債権者の追認の可能性に反対している。⁽³³⁾ さらに、一九八〇年代のドイツでの債権法改正の一環として、不当利得法に関する鑑定意見と法律案を提出したケーニッヒ (Detlef König) も、先述の無権限者による物の処分が無効な場合には、所有者は（客観的な）価値賠償と同時に履行で処分を追認できるという法律案を出しているが、無権限者への弁済では、債務者の一般債権者への優先を不当と評価している。⁽³⁵⁾

(c) 判例を支持する学説

(ア) 先に紹介した学説以外でも、エネクツェルス・レーマン (Enneccerus/Lehmann) は、BGB 八一条二項では、この問題には言及していないが、弁済受領者 (Erfüllungsempfänger) の項目では、BGB 一八五条、三六二条二項により、債権者の追認によって無権限者への弁済は有効となるとしている。さらに、その後に、債権が消滅するもう一つの

ケースとして、無権利の弁済受領者が債権者に給付を返還したか、債権者の債権者に交付し、かつ、債権者の債権者が独自の給付受領の利益を有しないときをあげている。つまり、債務は消滅するか、悪意の抗弁で効力を失うというのが、普通法の伝統であり、民法典でも同様に解すべきだといふのである。その理由は、債権者が弁済受領を拒む利益が全くないので、これを拒絶することは、信義則に反するからだといふ⁽³⁶⁾。ただし、このことは、債権者が現実に弁済の利益を得ているにもかかわらず、債務者に弁済を請求するのは不当だということに尽きる。したがって、やはり、債権者の追認の可能な根拠を実質的に論じたものとはいえないであらう。

他方で、判例が定着する以前から、実質的な理由付けを示して、債権者の追認の許容性を説いていたのが、フォン・ケメラー (Ernst von Caemmerer) であつた。⁽³⁷⁾ すなわち、権利者 (債権者) は、BGB 三六二条二項、一八五条により、弁済の有効性を主張できない債務者に請求するか、無権限の弁済受領者に請求するかを選択権を持つ。債権者は債務者に対して債権を有しているから、弁済受領者は債権者の損失で利得していないのではないかという疑念は、今日では克服されている。他人に帰属するはずのものを受領したという客観的要件が具備されれば、不当利得返還請求権は成立する。かつ、以上の債権者の選択権は、事理に則した結果をもたらす。特に、債務者が弁済の有効性を主張できるか否かが不確かな場合、さらに、債権者が弁済受領者に返還請求する方が技術的に単純な場合、とりわけ、債務者が弁済により無資力となった場合である。以上の場合に、アメリカの回復法リステイトメントは、債務者の返還請求を禁じている。しかし、ドイツ法では、債務者の破産管財人が非債弁済の返還請求により破産財団の財産を増加させることを優先させる余地はあるといふのである。つまり、ケメラーの議論は、主に債権者の利益からの議論であるが、その問題点も既に認識していたと評価できる。⁽³⁸⁾

(イ) とところで、そもそもBGB 三六二条二項は、履行の目的で第三者に給付したときは、BGB 一八五条が準用さ

れると規定しているから、文言解釈からは債権者の追認は可能なはずである。判例の考え方も、基本的には文言解釈だったことは既に見たとおりである。加えて、債務者が無資力の場合を別にすれば、債権者の弁済受領者への返還請求は、弁済過程を短縮することは間違いがない。さらに、債権者が無資力の場合を除けば、債務者の反対債権での相殺の可能性も決定的な論拠とはいえない。したがって、判例を支持する学説の議論の中心は、以上の二つの場合の債権者の優先権と、債務者の選択権の重要性の評価に向けられている。

（ウ）リープは、次のように説いている。まず、BGB三六二条二項は、無制限に債権者の追認を許している。債権者が弁済受領者に直接請求するためだけに追認するのは許されないというのは、十分な理由にはならない。BGB八一六条一項では、追認は不可能とはいえない。債権者の破産法上の優先権の付与は不当だというのは、不当利得に固有の問題ではなく、破産法の問題である。破産法が債権者の追認を禁止していないなら、それを不当利得法が修正する必要はない。だから、問題になるのは、債務者の選択権が奪われることくらいである。その帰結は、債務者が弁済受領者に返還請求する意思がない場合に限って追認が可能だということになる。しかし、BGB四〇七条の基礎となる評価に基づく債務者の選択権がそれほどまでに保護に値するかは、疑わしい。⁽³⁹⁾⁽⁴⁰⁾

（エ）カナリス（Claus-Wilhelm Canaris）の見解は、次のようなものである。債権者の追認が現実の問題となる事例は、（合資会社への債務を）合資会社の無限責任社員、（有限会社への債務を）有限会社の一人社員などに支払った場合、債権の譲渡人・譲受人間での請求である。このようなケースでは、債権者の追認を認めることが、利益状況に合致しており、法規定の文言（BGB三六二条二項、一八五条二項）にも忠実である。しかも、二回の給付を一回に短縮しても、債務者の利害とは無関係である。債務者が破産した場合は、破産後の追認は破産財団に対して効力がない。その根拠は、相殺の禁止（破産法旧五五一条二号⁽⁴¹⁾）の類推である。さらに、債務者が債権者に対して反対債権を有する

ときは、債権者の追認は債務者の利益を害する。しかし、だからといって、追認を一般的に禁じる必要はない。債務者は自己の弁済の決定 (Tilgungsbestimmung) を、BGB 一九条 (錯誤による法律行為の取消)⁴² により取消することが可能だからである。なぜなら、債権者の錯誤は、当然に一九条一項で取消事由となるはずだし、少なくとも相手方の債権の受領権は同条二項の取引にとって重要な「人の性質」に当たるからである。その結果、債務者の弁済行為は、追認可能な行為ではなくなる。加えて、実は、反対説の主張とは違って、些末な問題だが、債務者の取消により、債権者が追認によって債務者の選択権を奪うという事態も回避されるというのである。⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾

(オ) 加えて、債務者が弁済受領者に返還請求し、債権者に対する債務を負担すると意思表示することを留保した上で、債権者の追認は可能となると、ヴェスターマンは指摘している。⁽⁴⁵⁾ 他方で、債権者の破産の際の優先権については、債務者の弁済は破産以前に債務者の財産から分離されており、破産後も債権者の追認を封じるのは不当であるという見解もある。⁽⁴⁶⁾ ちなみに、最近のヨーロッパ統一法の試みの一環として提示されたフォン・バル (Christian von Bar) の研究グループの提案では、追認以前に債務者が破産していた場合の評価は各国の破産法に委ねるとしながら、債権者の追認の規定をおいている。⁽⁴⁷⁾

3-1. 小括

(1) 以上で紹介したように、民法典制定前後のライヒ裁判所の判例は、債権者の追認を認めていなかった。その理由は、債権者は債権を失わず損失がないから、不当利得の要件は充足されないこと。事務管理に関しても、同様であること。および、債務者の弁済したものに対して、債権者は物権的な追及権はないことであった (さらに、民法典以前のプ

ロイセンの上級裁判所の判例の立場も不安定であった。反対に、学説は民法典制定以前の学説とは異なり、BGB八一六条一項では、無権利者の処分を所有者が追認できると解されることとの連続性で、無権利者の弁済受領の追認を承認するものが多かった。

（2）その後、連邦通常裁判所の判例は、BGB三六二条二項、一八五条二項の文言に忠実に、無権利者への弁済の債権者による追認を肯定している。債務者の債権者に対する反対債権での相殺、および、債務者破産の場合の債権者の事実上の優先弁済権を、一応は考慮の外におくなら、以上の請求は事態に則した解決であろう。すなわち、ケメラの説くように、無権利者への弁済が債権者に対して有効か否かは、債権者には容易に判明しない。したがって、債権者にとっては、弁済受領者への返還請求は簡明である。しかも、弁済受領者から債務者へ、債務者から債権者へという弁済過程は、弁済受領者から債権者へと短縮されるからである。

（3）ところが、その後の学説には、債権者の追認の可能性を否定するものも多い。その論拠は、債務者は債権者に弁済して、無権利者に返還請求するか、弁済の有効性を主張するかを選択権を持つはずである。その際に、債権者に対する反対債権があれば、債務者は相殺して債権の満足を受けることができる。ところが、債権者の追認で、債務者の選択権が奪われるのは不当である。加えて、債務者が破産した場合は、債権者は追認によって債務者の他の債権者に優先して満足を受けるが不当だということ。さらに、理論的な批判としては、弁済の帰属の決定は債務者に属するものである。したがって、債権者には追認の余地はないというものであった。

以上に対して、判例を支持する学説は、債務者は無権利者に弁済しても債権の消滅を主張できる可能性があるに止まり、その選択権は債権者の追認を排除するものではないと考える（例えば、リープ）。ただし、カナリスは、債務者は弁済の決定を錯誤で取り消す可能性を提案するから、債権者の追認と債務者の取消は競合関係に立つことになる。つ

まり、カナリスは、両者を折衷していると考えられる。さらに、ヴェスターマンは、債務者の決定を債権者の追認に優先させている。すなわち、以上の問題は、債務者の選択権の評価に帰することになる。

もう一つの論点の債権者の破産上の優先権に関しては、破産前に債務者の財産から逸出しているから、債権者の追認に問題はないと考えるもの、それを破産法の課題と割り切るもの（リープ）、債務者の破産後の債権者の追認を認めないもの（カナリス）と反応は多様である。したがって、以上は破産法の評価をどう考えるかに係っているというのが、ドイツでの議論の分かれ目であろう。

他方で、弁済の意思決定は債務者にだけ帰属するかに関しては、余り議論はない。しかし、以上の議論を展開した口は、BGB三六二条二項の文言に忠実に、弁済（Erfüllung）の追認の可否を論じている。だから、弁済に関する債務者の意思決定（Tilgungsbestimmung）を債権者は変更できるかが問題の焦点となり、それは不可能だという結論は、一定以上の説得力を有している。しかし、他方で、BGB八一六条一文の場合とパラレルに考えれば、無権利者の弁済受領行為を処分行為に類似すると解して、これを追認する余地も考えられないではない。そうすると、このような債権者の追認は、他人の権利領域への干渉により取得したものの引渡を権利者が請求するという意味で、無権限処分の追認と同様に、普通法下で議論された不真正事務管理の復活に他ならない。ところが、普通法下で議論があったように、他人の債権の取立では債権の自己同一性が問題となる。有体物と違って、給付されたものは、権利者（債権者）に排他的に帰属しているわけではないからである。ロトの議論は、以上の問題を弁済の決定という側面から論じたと考ええることも可能であろう。したがって、結果的に不真正事務管理の復活を認めるにせよ、他人の物の無権限処分の場合より、他人の債権の取立の追認では、自己の権利領域への他人の干渉に対する反動的請求を、より一層拡張して承認していることになる。

（4）ところで、無権利者の処分の追認と無権利者への弁済の追認との違いは、前者では、給付対象が権利者に物権的に帰属しているが、後者では、給付対象は債務者の財産に由来するからだと考えることもできる。弁済の対象が権利者に排他的に帰属していれば、債務者が免責される可能性はあっても、権利者の弁済受領者に対する所有物返還請求を排除するのは、弁済受領者の善意取得以外あり得ない。したがって、債務者（及び、その債権者）との関係で、権利者の弁済受領者に対する返還請求を遮断する理由はないからである。だから、他人の債権の取立が、金銭債権を念頭に議論されていることに注目すべきであろう。弁済の対象が特定物（で、所有権が債権者に移転していた）なら、債権者は無権限の弁済受領者に対して所有物返還請求（又は、不当利得返還請求）が可能である。要するに、問題は物権法のレベルで解決されることとなる。しかし、不特定物を目的とする債権の取立の場合は、債権の消滅する場合を除けば、債権自体の侵害は観念できない。債権の給付の目的に対しては、債権者の追及は考えられないからである。無権利者への金銭債務の弁済は、その典型例であろう。例外的に、給付の目的に債権者が物権的権利を有する場合は、物権の帰属が問題となり、無権利者による他人物の処分の可能性が問題となるにすぎない。

ところが、給付目的物の排他的帰属を一応は考慮の外において、他人の権利領域への干渉への反動という側面から問題を考えても、他人の物の無権限処分も、他人の債権の無権限の取立も、同様に無権利者の取得したものに対する権利者の返還請求という共通項で括ることが可能となる。だから、無権利者への弁済を、債務者の弁済行為ではなく、無権利者の弁済受領行為の追認という角度から考えれば、その追認は法技術的には可能と考える余地はある。しかし、他人の物の処分の追認の場合は、物は権利者に排他的に帰属していた。したがって、処分者が処分の相手方に対して返還請求権を有している場合でも、処分者の債権者と権利者の競合は問題にならない。ところが、無権利者への弁済の場合は、債務者の他の債権者に対する債権者の優先権に合理性があるのかが問題となる。以上の問題の解決は、債務者の選択権

と追認の競合という問題と共に、本稿の末尾で、わが国の解釈論と併せて考えることとする。

- (11) Staudinger/Seiler, 10.Aufl., 1943, §816 Rn.10.
- (12) ただし、八一六条二項の適用を否定したライヒ裁判所とは別に、肯定した裁判例 (Dresden OLG, 15) があるが、筆者は未見である。Staudinger/Seuffert, 10.11.Aufl., 1975, 816, Rn.10aを参照。
- (13) Paul Oertmann, Amn zu 2., JW1926, S.981ff.
- (14) Ehrhart Kötting, Ist auch im Falle des §816 Abs.2 BGB. der §185BGB. anwendbar?, JW1934, S.1329.
- (15) 以上のようなドイツ法の解釈態度に関しては、例えば、不当利得の解釈論に則してその問題性を指摘している、前掲二・1・注(3) König, aaO, S.16の記述「民法典が普通法・地方法の伝統から成立したことを、もはやよく考えてはみないというのが、ドイツの私法の解釈態度である。解釈は法規の文言から始まり、歴史的位相は視野の外におかれる。その結果、立法作業の経緯に関する資料、特に、基本的な立法者の草案、第一次委員会の重要な討議資料は意識的に秘密にされることになる」を参照。
- (16) 第二次世界対戦終了と同時に、ドイツの中央銀行だったドイツ・ライヒスバンク (Deutsche Reichsbank) は解体されたが、一九四八年三月一日に西側占領地域 (旧西ドイツ地域) に発券銀行としてドイツ全州銀行 (Bank deutscher Länder) が設立された。その後、一九五八年八月一日にドイツ連邦銀行 (Deutsche Bundesbank) として、改組・改称された。
- (17) BGB一二八一条 債権者は質権者と債権者に共同でだけ給付することができ。質権者、債権者のいずれも、共同での給付を請求できる。いずれも、給付に代えて、債務の目的物を両者のために供託することを請求するか、目的物が供託に適さない場合は、裁判所の選任した保管人に交付することを請求できる。
- (18) BGB一三八条(1) 良俗に違反する法律行為は、無効である。
- (19) 上に、他人の窮状、無経験、判断能力の欠如、又は、著しい意思の薄弱に乗じて、自身又は第三者に対して財産上の利益の給付を約せたり与えさせる法律行為は、その財産上の利益が給付と著しく不均衡であるときは、無効である。
- (20) 以上の問題に関しては、例えば、前掲二・3・注(6) Münch/Lieb, §816Rn.61; Staudinger/Stephan Lorenz, 2007,

§816, Rn.33を参照。

- (20) B G B 旧五七条（一）使用賃借人が使用賃貸関係終了後に賃借物を返還しないときは、使用賃貸人は、その不法占有期間について賠償として約定賃料を請求することができる。場所に関する使用賃貸関係の場合には、使用賃貸人は、それに代わって比較できる場所について通常支払われる賃料を賠償として請求することができる。その他の損害の主張は、妨げない。

（二）前項の規定にもかかわらず、住居の使用賃貸人は、使用賃借人の責めに帰すべき事由により返還が行われていないときに限り、その他の損害を主張することができる。事情により補償することが公平である限りにおいてのみ、損害は、賠償しなければならない。使用賃借人が告知したときは、第一文の規定は適用しない。

（三）民事訴訟法第七二一条又は第七四九 a 条が住居の使用賃借人に明渡期間を与えるときは、使用賃借人は、使用賃貸関係の終了から明渡期間経過までの期間について、その他の損害の賠償義務を負わない。

（四）第二項又は第三項と異なる合意で使用賃借人に不利益となるものは、その効力を生じない。

以上は、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂・一九九五年）一二八頁「尾崎三芳」による。

B G B 新五四六 a 条（1）使用賃借人が使用賃借終了後に賃借物を返還しないときは、使用賃借人が止まっている期間、賃借人は賠償として賃料又は同種の賃借物の地域での通常の賃料を請求できる。

（2）それ以上の損害に対する請求は妨げられない。

- (21) ドイツ法では、債務名義による差押えによって、差押質権（Pfandungspfandrecht）が成立する。したがって、ドイツ法で債権を差押ええると、わが国で取立権能のみならず、転付命令を受けたのと同様に、差押債権者は優先弁済権を取得する。例えば、Harry Westermann, Harm Westermann, u. a. Sachenrecht 77 Aufl., Müller, 1998, §126 II 1(S.891), §133 II (S.936f.)を参照。そこで、本文では、差押質権としたり、差押・転付、又は、債権の移転と訳しておいた。

- (22) B G B 一二八七条 債務者が一二八一条、一二八二条の規定に則して給付したときは、給付により債権者は給付の目的物を取得し、質権者は目的物に質権を取得する。給付が不動産の所有権の譲渡を目的とするときは、質権者は保全抵当権を取得する。給付が船舶又は船舶建造物の所有権の譲渡を目的とするときは、質権者は船舶抵当権を取得する。

- (23) B G B 一二八八条（1）一二八一条の規定に則して金銭債権を取り立てたときは、質権者の利益を害さない限度で、質

権者と債権者は、被後見人の金銭投資に関する規定に従って利息付きで投資し、かつ、質権者に質権を設定するために、質権者と債権者は協力する義務を負う。

(2) 取立が一二八二条の規定に則して行われたときは、取り立てた金銭が質権者に対する弁済に充てられた限度で、質権者の質権は債権者から弁済されたものとみなされる。

(24) B G B 二四二条 取引の慣行を顧慮して信義誠実が要求するように、債務者は給付を行なう義務を負う。

(25) なお、無権利者の弁済受領の追認に関する判例として、BGHZ55, 34 (Urt. v. 12.11.1970); BGHZ55, 34 (Urt. v. 12.5.1971) があげられることもあるが、直接の判示事項ではないので本稿では紹介を省略する。

(26) Wilhelm Weimar, Zweifragen bei Leistung eines ggläubigen Schuldners an den Zedenten, JZ1966, S.461f.

(27) B G B 一三八条 事前の同意(承認)は、同意の基礎となる法律関係から異なつたことが生じない限り、法律行為の実行までは撤回が可能である。

(28) Horst Ehemann, Die Funktion der Zweckvereinbarung bei Erfüllung, JZ1968, S.549ff., S.553.

(29) Josef Esser, Schuldrecht, Bd.2, Besonderer Teil, 4.Aufl., 1971, §104 II 2.b) (S.371f.)

(30) Wulf-Henning Roth, Ist eine Genehmigung bei §816 II BGB möglich?, JZ1972, S.150ff.

(31) 以上のロトの論証を、ハルム・ヴェスターマンは、「よくも概念的に考えたものだ」と評している。 Harm Peter Westermann/Ermann, 10.Aufl., 2000, §816, Rn.17.

(32) 前掲Ⅰ・ 2. 注(58) Reuter / Martinek, aaO., S.353ff.

(33) 前掲Ⅰ・ 2. 注(58) Satudinger/Lorenz, §816, Rn.32.

(34) 前掲Ⅰ・ 2. 注(58) Koppensteiner/Kramer, aaO., S.100f.; Reeb, aaO., S.79; Loewenheim, aaO., S.96; Peter Schlechtriem, Güterschutz durch Eingriffskondiktion, in Ungerechtfertigte Bereicherung Grundlage, Tendenz, Perspektiven (Symposium der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg zum Gedanken an Professor Dr. iur. Detlef König), Carl Winter, 1984, S.57ff., S.76.; Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. IV, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 1976, §543a (S.661).

Josef Esser, Hans-Leo Weyers, Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, Müller, 1984, S.410f. は、少なくとも債務者が破産

した場合は、債権者の追認を制限すべきだとする。

- (35) Detlef König, Ungerechtfertigte Bereicherung, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bundesminister der Justiz, Bd. II, S.1515ff, S.1563.

法律案二条の一「要件・効果」(二)他人の同意なく、他人の所有権、その他の権利、または財産的価値のある法財産を、処分、費消、使用、付合、混和、加工、またはその他の方法で侵害した者は、権利者に通常の価値を賠償する義務を負う。無効な処分がなされたときは、権利者は侵害者から、追認（民法一八五条二項二文）と引換で価値賠償を請求できる。

(二)（省略）

法律案二条の二「非権利者への弁済」給付が無権利者になされ、それが権利者に対して有効なときは、無権利者は給付されたものを権利者に返還する義務を負う。

以上のケーニッヒの鑑定意見と法律案に関しては、藤原正則「西ドイツ不当利得法の諸問題」『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』（日本評論社・一九八八年）三九一頁以下を参照。

- (36) 前掲二・2・注(48) Enneccerus/Lehmann, aaO., §61, IV (S.247f.)

- (37) 前掲二・2・注(36) von Caemmerer, aaO., S.269f.

- (38) 前掲二・2・注(36) von Caemmerer, aaO., S.270.

- (39) 前掲注二・3・(6) Münch/Lieb, aaO., §816 Rn.63.

- (40) 債務者の選択権が債権者の追認を排除するほどに広汎ではないという評価を、Günter Christian Schwarz/Manfred Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2.Aufl., Vahlen, 2006, S.210も支持している。

- (41) ドイツ破産法旧五五条（相殺の禁止）

以下の場合には、破産手続での相殺は許されない。

一・（省略）

二・破産手続の開始前に破産者に対して債務を負っていた者が、たとえ破産宣告の開始前に債権を他の債権者が取得していた場合でも、破産宣告の開始後に破産者に対してその債権を取得したとき。

三・（省略）

(42) BGB一一九条(一) 意思表示に際してその内容について錯誤した者、又は、その内容の意思表示をする意思が全くなかった者は、表意者が事情を知っており、かつ、事態を合理的に評価したなら、その意思表示をしなかったらうと認められるときは、その意思表示を取消することができる。

(二) 取引上重要とみなされる、人又は物の性質に関する錯誤も、意思表示の内容の錯誤に当たる。

(43) 前掲二・2・注(58) Larenz/Canaris, aO., S.186f.

(44) ただし、前掲注(40) Schwarz/Wandt, aO., S.210は、弁済の決定の錯誤が、意思表示の錯誤か性状の錯誤かは不明であると指摘している。

(45) 前掲注(31) Westermann, aO., §816 Rn.17.

(46) Hans Josef Wieling, Bereicherungsrecht, 4.Aufl., Springer, 2007, S.65.

(47) ヨーロッパ不当利得法原則(二〇〇六年二月二七日の改訂版)

4・一〇五条 無権利者に対する債務の弁済の追認

(一) 債務者が第三者に対して弁済して免責を得ようとしたときは、債権者は弁済を追認できる。

(二) 追認により債務者に対する債権者の権利は、弁済の限度で消滅するが、以下の効果を有する。(a) 債務者に対する請求権を債権者が失ったことは、第三者の利益に帰属しうる。また、(b) 債権者と第三者の間では、追認は債権者の債務者に対する請求権を消滅させる効力を持たない。

(三) 本条は、金銭債務以外の債務にも準用される。

(四) 債権者の追認以前に債務者の破産または清算手続が開始されていたときは、本条の適用の可否は各国法が決定する。

なお、以上の法案とそれに関する解説は、藤原正則「ヨーロッパ統一不当利得法の動向」ペーター・シュレヒトリム編・半田吉信他訳『ヨーロッパ債務法の変遷』(信山社・二〇〇七年)二二三頁以下を参照。条文の翻訳は、三八五頁以下、三八七頁。

三. 日本法の状況と問題の整理

1. 他人の物の無権限の処分

（1）はじめに

以下で、わが国の判例・学説を検討する前に指摘しておいたほうが良いと考えるのは、二^二で紹介したドイツ法の行き方は、当然のことながら、決して比較法的に見て一般的なものではないことである。例えば、（わが国と同様にフランス民法に由来する）民法が占有離脱物の返還請求に関して、（金銭と有価証券では占有離脱物も善意取得が可能という規定を持つ他は）^一わが国と類似した規定を持つ、スイス法の判例は、盗品の中間取得者の処分を追認して、原所有者が売却代金を請求する可能性を全く問題にしてい^三ない。ここでは、まず当該の判例を紹介しておく。

スイス連邦裁判所一九四五年三月一日判決（BGFT I 90）

【事実の概要】原告アイゼンフットは、染色工場の所有者だった。従業員のフック、コラーは、一九四二年五月から七月の間に、亜麻仁油などの動産を窃取した。シュトラッサーも共犯、及び、盗品故買犯として関与し、科学製品商の被告ホークシュトラールに盗品を売却した。盗品は被告から転売された。

犯罪捜査は盗品故買の嫌疑をかけられた被告にも及んだが、被告が盗品の出所を知っていたとは証明できなかったため無罪となったが、被告の嫌疑は完全には晴れず、捜査費用の一部が負担させられた。他の関与者には、自由刑と原告への賠償が命じられている。原告は被告に八〇〇〇スイス・フランの賠償を請求したが、原審（チューリッヒ州商事裁

判断)は請求を棄却したので、原告は上告した。上告棄却。

〔理由の概要〕「1. 被告の行為は、その善意を疑わせるものである。というのは、捜査手続きの最初には、被告は盗品の由来を沈黙していた。しかし、原審は、被告の沈黙は、盗品故買ではなく、戦時経済法規違反への恐れゆえだと評価した。シュトラッサーは、このような商品を入手できると被告を唆したというのである。その結果、被告は悪意でなかったという、原審の判断は支持できる。」

2. スイス民法(ZGB)九三四条によれば、占有離脱物の前占有者は、善意の占有者に対しても動産の回復請求権を行使できる。しかも、被告は代価弁償を条件とせず、盗品の返還の義務を負うはずだった。というのは、同条二項によれば、盗品を商人から買得した者だけが、代価弁償が請求できるからである。つまり、被告の転売によって、始めてその要件が充足されたことになる。かつ、その際には、占有者は代価弁償まで留置権(Retentionsrecht)を行使できる。前占有者が無償で返還を受けるのは、占有者が無償で占有取得したか、善意占有者ではなかった場合に限られる。

3. 盗品を占有していない被告には、ZGB九三四条の追及権(Verfolgungsrecht)を行使することはできない。そこで、原告は被告に、確かに物ではなく金銭の支払いを請求している。問題は、善意の中間占有者である被告が、このような給付義務を負うのかである。以前に連邦裁判所が、この問題を決定したことはない。学説は分かれている。一方は、善意の中間占有者は全く責任を負わないと解する(Ostertag, zu Art.938 N.15 und 16)。他方は、中間占有者の取得した売却益(Erlös)は動産の代償だと解する(Eugen Huber, Erläuterung zum Vorentwurf, Art.980B982, 2, Ausgabe II 393は、そのように見える)。さらに、善意の中間占有者も自己の財産の増加の返還義務を負うべきであり(Homberger, zu Art.938 N.12)、少なくとも、無償で物を取得した場合にはそうだという見解がある(Wieland, zu Art.938 N.12)。

4. ZGB九三四条は、占有離脱物が転売された場合の物権的代償に関しては何も定めていない。占有離脱物の占有者に、五年以内は全ての取得者に対する回復請求が認められると規定されているなら、それは、占有者は現在の占有者だけを相手にすべきだということに他ならない。現在の占有者に請求する代わりに、中間占有者に対してその取得した売却代金を請求できるという規定は存在しない。このような権利は、回復請求権の性質からも帰結され得ない。回復請求権は、占有離脱物の占有の回復を目的とするものである。回復請求権は、財産の補償ではなく、単に物の返還を請求する権利である。

BGB九三四条の追及権者に有利な一般的な代償原則（*Sorrogationsprinzip*）を定めた規定を、ZGBは持ち合わせていない。したがって、個々の規定がそれを定めた場合にだけ、代償請求は可能である。……（個々の規定を検討して、一般化は不可能であるとされる）……本件での原告の請求を基礎づけるには、第三者に対する売却代金が動産に取って代わるといふ、広い代償原則のような法的根拠が必要である。このような原則は、以上で論じたように、スイス法では特定の局面でだけ認められており、そのいずれも本件には当てはまらない。回復請求権者が善意の占有者に対して未払いの代金を請求できるという、例えば、チリやアルゼンチンのような外国法の代償準則は、ZGBには無縁である。九三四条の秩序とは折り合わない。

5. 本訴で、不当利得の返還請求が可能かを、問題にする必要はない。原理的に不当利得返還請求は無理である。被告が物を転売したからといって、不当利得返還請求の余地が排除されるわけではない。財貨の増大という利得の要件は存在する。転売の場合は、利得は売却代金として存続しており、かつ、被告が有償で物を取得したときは、転売の増加価格が利得となりうる。しかし、被告にそのような利得があったとしても、原告は利得の返還請求権を有しない。

ZGB九八三条によれば、善意の中間占有者は、使用、賃貸、又は、それ以外の収益、又は、全部又は一部の費消の

場合でも、物からの利益を受けることを保護されている。したがって、その結果、被告の下に利得が現存するか否かは、無関係である。原告は、売却益を請求することもできない。ZGB九三四条一項の原則的なケースでは、現在の占有者の物の取得の対価は、回復請求権者にとって無意味である。したがって、物から取得した増加価格によって、回復請求権者の損失において発生した中間占有者の利得を問題にすることは不可能である。本件のように、被告が物を転売して、九三四条二項により、回復請求権が制限されたときは（上記2.）、とにかくも、原告の支出すべき代価弁償に、被告が取得した売却益は含まれている。もちろん、常にそうだというわけではないが。被告がそのような利益を上げた場合でも、商品は何度も占有者を変えており、中間では安価に取引されており、贈与された場合もある。しかし、いずれにしても、ZGB九三四条二項は、その売却益の範囲でも、以前の占有者に対する補償請求権を、回復請求権者に認めているわけではない。原告からの代価弁償の請求は、盗人から補償を得ないにもかかわらず、追奪担保責任を負担する危険を負わない限りでは、その限りで被告に利益をもたらしている。しかし、追奪担保責任は初めから排除されている可能性もある。それ以外では、担保責任は回復請求権者の原告とは無関係である。原告からの代価弁償請求が被告にもたすかもしれない利益は、それが利得といえるものであっても、不当な利得とはいえない。最後に、現在の占有者ではなく以前の占有者を原告の事務管理者とみなして、事務管理の観点から、利得、それどころか原告の「損失(Entreichung)」を考慮せずに利得の返還の義務を認めるようなことに(Art.423 OR, von Tuhr OR S.402) ZGB九三四条二項が根拠を提供するものではない。反対に、ZGB九三四条、九三八条からは、唯一規定がおかれた回復請求権を被告が行使できなくなつてからは、原告には被告に対する請求権は全く帰属しないということである。

ZGB九三四条一項、二項がそれに倣った規定であるフランス民法二七九条、二二八〇条に関して、詳細な理由は付されていないが、フランスの破産院は最近の判例で同様の結論に至っている(Dalloz 1931 I 129; 同じ箇所の、

R. Svatier の批判も参照。他方、M. Second は、判決に賛成している。: Sirey 1931 I 273)。以上とは違った評価をする BGB 八一条、八二条に関して、⁽¹⁾ 見解を表明する必要はない。

現在の占有者が物を他の物と付合・混和させて返還不能としたときの、現在の占有者の不当利得返還義務に関しては、見解を留保する（ZGB 七二七条三項を参照）。不法行為責任ではなく許されうる錯誤により、法律上の原因なく直接に原告の財貨を侵害した中間占有者が、原告に対して不当利得返還請求権（あるいは、事務管理）を基礎づける法律関係に立つか否かに関しても同様である。本件の当事者に関しては、以上のような法律関係は全く存在する余地はない。被告は物を第三者から買い受けている。回復請求権を除けば、被告と原告の間には何等の法律関係は成立しない。」

以上のように、判例は、盗品を買い受け、転売した商人である被告（中間占有者）に対する原所有者の不当利得返還請求を退けている。その理由として、原所有者の回復請求権は現在の占有者に対してだけ行使することが可能である。従前の善意の中間占有者に対しては、原所有者は何も請求できない。その根拠は、占有離脱物に対する回復請求権だけを定めたスイス民法の考え方であるとされている。さらに、フランスの破産院は同旨であり、それとは異なった評価を採用しているドイツ民法（BGB 八一条、八二条）⁽²⁾ に言及する必要はないとも指摘している（ちなみに、本判決は、しばしばドイツの比較法の文献でも指示されている）。以上のスイス法の立場からは、（当初はドイツ法でも争いのあった）権利者がその処分を追認して、善意の中間占有者に対して、売却代金の返還を請求する余地は存在しないことになる。かつ、以上のスイス法の考え方は、少なくともドイツ法との対比では、スイス民法と類似した規定を持つわが国には参照するに値すると思われる。⁽³⁾ 以下では、このような事情を考慮して、わが国の判例を見ていくこととする。

(1) 以下では、関係するスイス民法 (Schweizerisches Zivilgesetzbuch) の規定を示しておく。

ZGB 九三三条 善意で物の所有権又は制限物権の譲渡を受けた者は、売却者に譲渡の権限が全く委ねられていなかっ
たときも、その権利取得は保護される。

ZGB 九三四条 (一) 窃取、遺失、又は、その他の占有離脱により占有を失った占有者は、五年以内はいかなる取得者
に対しても、物の回復を請求できる。

(二) 動産が公の競売、市場、又は、同種の物を販売する商人から取得されたときは、最初の取得者及びそれ以後の取
得者に対しては、取得者が支払った代価を弁償しなければ物の回復を請求できない。

(三) それ以外では、返還に関しては、善意占有者の請求権に関する規定が適用される。

ZGB 九三五条 それが意思に反して占有離脱したときでも、金銭及び有価証券は、善意の占有者に対して回復請求す
ることはできない。

ZGB 九三六条 (一) 占有者が悪意で物を取得したときは、従前の占有者は何時でもその返還を請求できる。

(二) ただし、従前の占有者が善意で取得したのではないときは、後の占有者に対して回復を請求できない。

ZGB 九三八条 (一) 物を善意で占有した者は、取得したと考えた権利に則して使用収益した限りで、権利者に対して
補償の責を負わない。

(二) その際に物が滅失、又は、損傷したときも、占有者は賠償の義務を負わない。

ZGB 九三九条 (一) 権利者が物の引渡を請求したときは、善意の占有者は必要費と有益費の償還を請求し、費用の償
還まで物の引渡を拒むことができる。

(二) それ以外の費用に関しては、占有者は補償を請求できないが、費用の償還がされないときは、物の返還の前に支
出した費用を、物自体を損傷しないときは、収去することができる。

(三) 占有者が収取した果実は、費用償還と相殺される。

(2) 例として、Konrad Zweigert / Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Mohr, 1996, S.546; Peter Schlechtriem,
Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, II, Mohr, 2001, S.117.

(3) もっとも、スイス法でも学説の間では、第三者が善意取得しない場合にも、所有者の無権限処分者に対する不当利得返

還請求が可能か否かに関しては見解の対立があるようである。例えば、前掲注（2） Schlechtriem, aaO., S.117, Anm.178, Anm. 179を参照。

ただし、以上のコンテキストで、筆者が参照したのは、上記の判例も引用する、Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 4.Bd., Das Sachenrecht, Besitz und Grundbuch, A.Homberger, Schultheß, 1938, Art.938, Nr.12^{たか、ネ、}では、まず表見相続人の返還義務が説かれ、その後、有償の中間占有者（処分者）も転売益（買得代金と売却代金の差額）の返還が命じられるべきだとされている。

※本稿は、平成一九年度～平成二一年度科学研究費補助金（基盤研究（C））（研究代表・藤原正則）、（財）全国銀行学術振興財団二〇〇六年度研究助成、及び、早稲田大学二一世紀COEの成果の一部である。