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（四・完）：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(5), 1-57
Issue Date	2009-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/35637
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-5_p1-57.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

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（四・完）

――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、五九巻二号）

（以上、五九巻三号）

（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

（以上、五九巻四号）

（2）他人の物の処分に関する（裁）判例

（a）無権利者の処分の追認に関する判例

他人の物の無権限処分に関するわが国の判例の状況は錯綜している。しかも、三宅説も指摘するように、確かに、判例は無権限者の処分が権利者に対して有効か否かを、必ずしも判然とは区別していない。(4) かつ、原所有者の請求の根拠は、不法行為、又は、不当利得とされ、さらには、準事務管理を承認した判例もあるとされている。つまり、ドイツ民法のように、無権利者の処分が有効なら不当利得、無効の場合は権利者の追認を前提とする不当利得という明確な区別が行われてはいないということになる。

さらに、今ひとつ注意すべきは、無権利者の処分の追認の可能性それ自体は、学説でも一般に承認されており、かつ、判例も民一一六条の準用で無権限処分を「追認」できると明言している。ところが、そのような判例は、結論としては、追認による原権利者の無権限処分者に対する売却代金の請求の途を開いたものではなく、処分の相手方に対する原権利者の所有物返還請求、ないしは、損害賠償請求を封じたものである。

その最初は、①大判昭和一〇年九月一〇日民集一四巻一九号一七一七頁である。事案は、A、Y1、Y2他の共有の山林は、協議分割でAの単独所有とされたが、Aには従来の持分の登記だけがされていた。XはAから山林の譲渡を受けた。ところが、Y1、Y2は山林の立木を伐採して製炭事業を始めたので、Xは伐採の禁止と損害賠償を請求した。ところが、無権利者Bが山林の毛上をCに譲渡し、XはY1、Y2の侵害行為の最中にBの処分を承諾していた。原審は、毛上の所有権はCに移転したから、Xは伐採の禁止はできないとしたが、損害賠償請求を認容した。これに対して、大審院は、「原審ハ・・・Xノ代理人Bカ本件立木ヲ訴外Cに賣渡シX之ヲ追認シタルヲ以テ既ニ其ノ所有者ニアラストノY1、Y2の抗辨ヲ排斥スルニ當リBハ本人タルXノ為ニスルコトヲ示サスシテ直接表意者タル自己ノ法律上ノ効果ヲ生セシムヘキ趣旨ノ意思表示ヲ為シタルモノニシテXニ於テ之ヲ追認シタリトスルモ契約ノ時ニ遡リテ効力を生セシメルニ由ナキ旨ヲ判示シY1、Y2の抗辯ヲ排斥シタルト雖モ凡ソ他人ノ権利ヲ自己ノ名ニ於テ處分シタル場合ニ本人ハ後日其ノ處分ヲ追認シタルトキハ右ノ處分ハ本人ノ為メニ効力ヲ生スルコト夫ノ無権代理ノ追認ト擇フトコロ無シ蓋シ追認ハ代理行為ノ場合ニノミ限局セサル可カラスト云フカ如キハ寧ロ狭ニ失スルコトアルモ何等取引ノ圓滑ニ資スルトコロ無ケレハナリ而シテ此理ハ他人ノ権利ノ自己ニ属スルコトヲ以テ取引ノ重要ナル前提ト成セル場合ニマテ擴張スルヲ得ヘシ唯當該権利ヲ處分者本人ノ人ニ属スルコトヲ以テ取引ノ重要ナ前提ト成セル場合若シクハ詐欺カ問題トナル場合ハ此ノ方面ヨリ取引カ効力ヲ生セサルニ至ルハ多言ヲ竢タサルトコロナリ然ラハ則チ本件ノ場合ニ於テモXノ意

思ニシテ右Ｂノ為シタル意思表示ノ効力ヲ其ノ當時ニ遡リテ相手方トノ間ニ直接發生セシメントスルモノナルニ於テハ亦其ノ効力ヲ生スルコト表意者カ所謂本人ノ為ニスルコトヲ示シテ意思表示ヲ為シタル場合ト何等異ナル所ナキヲ以テ原判示ノ如キ説明ヲ以テハＹ１、Ｙ２ノ抗辯ハ之ヲ排斥シ得ヘキモノニアラス原判決ハ此ノ點ニ於テ審理不盡ノ瑕疵アルカ如シ」と判示して、破棄差戻している。

つまり、大審院は、無権代理の追認と他人の物の処分の追認の利益状況に変わりはない。したがって、権利者の追認により、無権限処分は処分時に遡って有効となると判示している。

さらに、以上の先例を最高裁が確認したのが、②最判昭和三七年八月一〇日（民集一六巻六号一七〇〇頁）である。事案は、ＡがＡの父親Ｘの所有する不動産に、Ｘに無断でＸからＡへの贈与を原因とする移転登記を行った上で、ＢのＹに対する債務の担保のために根抵当権を設定した。そこで、ＸがＹに対して根抵当権の登記の抹消を請求した。ただし、ＸはＹから新たに金銭を借り入れて二番抵当権を設定していた。第一審は、これによりＸは一番抵当のみならず二番抵当権の抹消を請求する意思だったとした。他方で、原審は、以上のＸによる抵当権の設定は、Ａの処分（抵当権設定）の追認だと認定した。Ｘの上告に対して最高裁は、「或る物件につき、なんら権利を有しない者が、これを自己の権利に属するものとして処分した場合において真実の権利者が後日これを追認したときは、無権代理行為の追認に関する民法一一六条の類推適用により、処分の時に遡って効力を生ずるものとするのを相当とする（前記①昭和一〇年大審院判決）。本件において原審が、挙示の証拠を総合して上告人（Ｘ）は、昭和三〇年六月頃に至り、その長男ＡがＸ所有の本件不動産につき、無断で所有権移転の手続および本件抵当権設定をしていることを知ったのであるが、その後遅くとも同年一二月中、被上告人（Ｙ）に対し、右抵当権は当初から有効に存在するものとすることを承認し、前記Ａのなした本件抵当権の設定を追認したことを認めた上、前記判示と同趣旨の見解のもとに、右不動産の所有者であるＸが

これを追認した以上、これにより、右抵当権の設定はXのために効力を生じたものと判断したのは正当である」とした。

ただし、権利者の追認を認めた以上の判例、および、その他の裁判例[5]は、無権限処分者は同時に権利者の財産に対する直接の侵害者であるが、処分者に対する権利者の不法行為、又は、不当利得の返還請求を認めたものではない。そうではなく、本来は無権利者の処分により権利取得しなかった第三者に対する権利者の請求を退けたものである。かつ、その限りでは、判決もいうように、無権代理の追認も無権限処分の追認でも、利害状況に全く変わりはないであろう。

以上の判例に言及する学説も、無権代理の追認と無権利者の（自分の名前での）処分の追認の利益状況の同一性を根拠に追認の可能性を肯定するか[6]、又は、（自分の名前で行為して他人効を発生させるという）授権概念を承認した上で、その追認（追完）を認めるというコンテクスト[7]で、追認による無権利者の処分の遡及的な有効を説くだけで[8]、追認を介しての権利者の無権利者への不当利得返還請求の余地にまで言及したものではない。

（b）不法行為を根拠とする判例

③大判明治四三年六月九日（刑録一六輯一一二五頁）

（事実の概要）Y1、Y2、Y3は共謀して、Xから土地を詐取し、同土地をA、Bに転売して登記も移転した。原判決は、Y1等にXに対する不法行為による（A、Bへの売買代金一五〇〇円の）損害賠償を認めた。これに対して、Y1等が、第三者A、Bが悪意の場合は、土地は返還不能ではないから、以上を認定せず損害賠償を認めたのは不当だと上告した。上告棄却。

（判決理由）「被害物件ノ轉得者ニ對シテ其物件ノ返還ヲ求メルト直チニ犯罪者ニ對シ損害賠償ヲ求メルトハ被害者ノ選擇ニ任スヘキモノニシテ必スシモ轉得者ヨリ被害物件ノ返還ヲ求メル能ワサル場合ニアラサレハ犯罪者ニ對シ損害

賠償ヲ命スル判決ニハ轉得者ノ善意ナルヤ否ヲ説示スルノ要ナキモノトス」

つまり、判決によれば、被害者（X）には現占有者（A、B）に返還請求するか、侵害者（Y1等）に対して損害賠償請求するかの選択権がある。したがって、所有権を失ったことが損害発生の前提であり、所有物返還請求できれば、不法行為は成立しないというわけではないというのである。ただし、XがY1等から損害賠償を受ければ、Aに対して損害賠償請求できないのは当然であろう。そうだとすれば、本判決は、X（権利者）は侵害者Y1等に損害賠償を請求することで、Y1等の無権限処分を追認したと理解できないわけではない。ただし、そうだとしても、Xの追認は直接の侵害者に対するものであり、ドイツ法での追認とは異なり、中間占有者の処分の追認ではないことには注意すべきであろう。

④大判大正八年一〇月三日（民録二五輯一七三七頁）

（事実の概要）YはXの所有地上のX所有の立木をAに売却し、Aは立木を伐採した。そこで、XがYに対して損害賠償を請求した。原審は、Yの不法行為を肯定した。Yが上告したが、上告棄却。

（判決理由）大審院もAは所有権を取得しないことを前提としている。その上で、「然レトモ上告人（Y）カ被上告人（X）ノ所有ニ属スル立木ヲAニ渡シタルハ他人ノ所有物ノ賈買ニシテXニ対シ所有権ヲ喪ワシムルノ効果ヲ生セサレバXノ所有権を侵害シタルモノト謂フ可カラス随テYハ賈買行為ニ因リ直チニ損害賠償ノ責メニ任セサルトモAカ立木ヲ伐採シタルハYカ之ヲ賈却シタルニ基因スルモノニシテ土地ノ所有者カ地上ノ立木ヲ自己ノ所有ナリトシテ賈却シタル場合ニハ立木カ賈主に属セサルコトヲ知ラサル買主ハ正當ニ其所有権ヲ取得シタルト信シ伐採スルコトアルヘキハ豫想セサル可ラサル所ナリ買主タルAカ本件立木ヲ伐採シタルハ之ヲYノ過失ニ帰セサルヘ可ラスヲ以テYハ其伐採ニ

因ル所有権ノ侵害ニ付キ不法行為者トシテ立木ノ所有者タルXニ對シ損害賠償ノ責ニ任セサル可カラス」

本判決は、一方で、YがX所有の立木をAに売却しても、Aは所有権を取得しないから、当然にはYはXの所有権侵害による不法行為責任は負わないとする。しかし、他方で、Aが所有権を取得すると信じて立木を伐採したのは、Yの過失によるから、YのXの所有権侵害の不法行為が成立すると判示している。[9] したがって、一方で、所有物返還請求と損害賠償請求の選択権を所有者に認めなかった点では、判決の変更であろう。しかし、他方で、侵害者に過失が有れば、所有者が所有権を失わずとも、所有権の侵害による不法行為の損害賠償請求が可能と解している。だから、実は④判決は、結果的には、侵害者の過失を前提として、所有者の選択権を認めたことになると考えるべきであろう。

⑤大判大正一五年五月二八日（民集五巻五八七頁）

（事実の概要）YはXの夫だったが、X所有の土地の登記をY名義に改め、第三者Aに売却して登記も移転した。そこで、XがYに対して土地所有権の価格に相当する損害賠償請求を求め、原審は認容した。Yが上告し、破棄差戻。

（判決理由）「登記セラレタル土地所有権ニ付キ所有者名義ノ文書ヲ偽造シテ自己ノ所有名義ニ移轉登記手続ヲ為シ更ニ之ヲ他人ニ賈買シテ其ノ登記ヲ為シタル者アリトスルモ土地所有者ハ之カ為其所有権ヲ喪失スルモノニアラスシテ自ラ物上請求権ヲ行使シテ其ノ登記名義ヲ自己ニ回復シ得ヘキモノナレハ右違法行為者ニ對シ登記名義ノ變動ニ因リ所有者ニ生シタル損害ニ付テハ之カ賠償ヲ請求シ得ルモ土地所有権ヲ喪失シタルトシテ所有権ノ價格ニ相當スル損害ノ賠償ヲ請求シ得ルモノニアラス然ルニ原審ハ上告人（Y）カ本件土地ノ所有者タル被上告人（X）名義ノ文章ヲ偽造シテ本件土地ノ所有名義ヲ登記簿上自己ニ移轉セシメ更ニ訴外人（A）ニ之ヲ賈買シテ其ノ登記手續ヲ為シタル事實ヲ認定シYハ最早Xヲシテ登記簿上ノ所有名義ヲ回復セシメ得サルモノナリトノ理由ニ依リ直ニ土地所有権ヲ喪失セシメタル場

合ト同様ニXハ本件土地ノ全價格ニ相當スル損害ヲ蒙リタルモノト判定シXノ本訴請求ヲ許容シタルハ不法ニシテ原判決中此ノ點ニ関スル部分ハ破棄ヲ免レス」

本判決は、明らかに③判決の変更であろう。YはXの土地を自己名義に改めて第三者Aに処分しているが、所有者XはAに対して所有物返還請求が可能だから、Yに対しては損害賠償請求できないと判示しているからである。確かに、不動産は動産とは異なり、その所在が不明ということはないし、通常は譲渡の過程での劣化も考えにくい。したがって、現占有者に対して所有物返還請求すれば足ると考えるのは、ある意味では当然であろう。

⑥大判昭和一三年七月一一日（大審院判決全集第五輯一九号六頁）

（事実の概要）XはAに発動機附帆船を賃貸していたが、YはX、Aに無断で窃取し、発動機は善意・無過失のBに売却し、船舶は沈没させた。そこで、XがYに対して不法行為に基づく損害賠償を請求し、原審はXの請求を認容した。Yが上告し、破棄差戻。

（判決理由）「然レトモ右認定事実ニ依レハ本件發動機ハ船體ト共ニ上告人（Y）カ被上告人（X）及Aニ無断ニテ奪取シ抑留ノ上処分シタルモノナルカ故ニ民法第一九三條ノ盜品ニ該當シ假令BカYヨリ買受ケ平穏公然善意無過失ニ之カ占有ヲ始メタル場合ト雖モXハ占有ヲ奪ハレタルトキヨリ二年内ハ其ノ回復ノ請求ヲ為シ得ヘクBハ直チニ發動機ノ所有権ヲ取得セスXハ其ノ所有権ヲ喪失セサルモノトス然ラハ原判決ハ右認定事実ノミニ基キBニ於テ發動機ヲ買得シタルコトニ因リ直ニXカ其ノ所有権ヲ喪失シYニ對シ其價額ニ相當スル損害賠償請求権ヲ取得シタモノトシ此前提ノ下ニ右ノ損害金及之ニ對スル右二年ノ経過前ニ屬スル昭和九年一二月二一日以降ノ遅延損害金ノ支拂ヲ命シタルハ理由不備ノ違法アルヲ免レス」

本判決は、上記⑤判決と同様の理を動産に関しても、明らかにしている。つまり、権利者が所有権を失うことのない場合は、故意の侵害者に対しても不法行為による損害賠償請求はできないと判示しているからである。以上から、大審院の判例は、権利者が所有物の回復が可能な場合は、故意・過失のある侵害者に対しても不法行為による損害賠償請求はできないと解していると考えることができよう。

（c）不当利得・事務管理を根拠とする判例

以上で紹介した不法行為の成否を問題にする判例とは異なり、不当利得に関する判例は、原所有者の所有権の有無で必ずしも問題を区別していない。したがって、以下では第三者が所有権を取得する可能性があっても、処分の有効・無効に言及していないものも含めて判例を紹介することとする。

⑦大判明治三八年一一月三〇日（民録一一輯一七三〇頁）

（事実の概要）XがAから担保として取り上げ、Yに寄託していたものを、Yの破産管財人Bが売却して破産財団に組み入れた。そこで、Xが売却代金を請求した。ところが、原審は、Yが売却代金を返還しないのは債務不履行で不当利得ではないとして請求を棄却した。そこで、Xが上告し、破棄差戻。

（判決理由）「原判決ニ引用アル第一審判決ノ事實ノ摘示竝ニ原審ノ口頭辯論書中ノ『控訴代理人（上告代理人）ハ事實關係ニ付原判決書ノ事實摘示通リ演述シ本件ノ物件ハ控訴人（X）カ『ハンブルグ』ニ於ケル『ホーエンドラブスケ』ヨリ抵當ニ取リタルモノニシテ之ヲ被控訴人（破産者Y）ニ單純ノ寄託ヲ為シタリ然ルニYノ破産管財人ニ之ヲ賣却シテ破産財團ニ組入レテXニ返還セス即チ不當ニ利得シ居ルモノナリ因テ本訴ニ及フ手形トハ毫モ關係ナシト述ヘタ

リ』トノ記載ニ徴スレハ上告人（X）カ原審ニ於テ請求ノ原因トシテ供述セシ法律關係存在セシト云フ外ニ出サルカ如シ若シ上告人ニ於テ第一ノ法律關係ヲ主張シタルモノナランカ元來委任法律關係ハ受任者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ終了スルモノナルヲ以テ破産者Y（『フランツ、ヘルブ』）ノ破産管財人ハ係爭物件ヲ保管シ且ツ賣却スルニ付キ法律上何等ノ原因ヲ有セサルヲ以テ其賣却ニ因リ破産財團カ得タル利益ハ之ヲ不當利得ト云ワサルヘカラス若シ又第二ノ法律關係ヲ主張シタルモノナランカ此場合ニ於テモ亦破産者カ上告人ノ為メニ係爭物件ヲ保管スル権利ハ破産宣告ノ結果トシテ當然破産管財人ニ移轉スルモノニアラス何トナレハ破産者ハ破産宣告ニ因リ自己ノ財産ヲ占有シ管理シ及ヒ處分スルノ權利ハ之ヲ喪失スルモ前顯權利ノ如キハ當然之ヲ喪失スルモノニアラサレハナリ従テYノ破産管財人カ本件係爭物件ヲ賣却シタル行為ハ法律上ノ原因ナキモノニシテ其賣却ニ因リ破産財團カ得タル利益ハ何等法律上ノ原因ヲ有セサルモノト云ハサルヘカラス」

本判決は、第三者の権利取得の有無を問題とせず、Yに処分権がないから、売却代金は不当利得となると判示している。つまり、不法行為に関する判例が損害の有無に注目したのとは異なり、不当利得では、損失の要件よりも、処分者の利得の不当性に注目していると考えることも可能であろう。

⑧大判大正四年三月一三日（民録二一輯三七一頁）

（事実の概要）Xはその所有する土地をAに預け、登記名義もAに変更していた。ところが、Aが死亡してYが相続し、Yの親権者Bが土地を売却して、売却代金をYの債務の弁済に充てた。そこで、Xが売却代金を不当利得返還請求し、原審は請求を認容した。Yが上告したが、上告棄却された。

（判決理由）判決は、親権者Bが親権に服する未成年者Yではなく、他人Xの財産を他人の財産と知って処分し、そ

の代金でYの債務を弁済したときも、その処分はYに効果帰属する。ゆえに、「親権者タル母カ子ノ為ニ其對価ヲ受領シタルトキハ其収益モ亦子ノ財産ニ帰属スヘキヲ以テ若シ本人タル其子カ右ノ行為ニ依リ他人ノ財産上ノ損害ニ於テ不當ニ利益ヲ獲得シタル場合ニハ其利益ノ存スル限度ニ於テ他人ニ對シ之レカ返還ヲ為スヘキ義務アルハ勿論ナリトスル」

本判決も、民九四条二項により第三者は権利取得する可能性があるケースであろうが、第三者の権利取得の態様には判決は言及していない。かつ、ここでも判決の注目するのは、処分者の利得の存在である。

⑨大判大正七年一二月一九日民録二四輯二三六七頁

（事実）X、Y共有の船舶がY名義に登録されていたため、YはXに無断で船舶を売却した。そこで、XがYに対して売却代金の半額を請求した。原審でXが勝訴し、Yが上告。上告棄却。

（判旨）事務管理を根拠に売却代金の返還義務を認めた原審に対して、上告理由は、Yは自己のために船舶を処分したのであり、事務管理の規定の適用の要件を欠くと主張した。「按スルニ共有者ノ一人甲カ他ノ共有者乙ノ同意ヲ得ルコトナク自己ノ持分ト共ニ擅ニ他ノ共有者ノ持分ヲ他ニ賣却スルノ行為ハ不法行為ヲ組成スルモノナルコト言ヲ竢タサル所ナルモ他ノ共有者乙カ後日其賣買行為ヲ承認シタルトキハ事務管理ノ法則ニ依リ乙ハ民法第七百一條第六百四十六條ノ規定ニ基キ甲カ乙ノ持分ヲ賣却シテ受取リタル代金ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ルヤ明カナリ」

以上の判決は、無権限処分者の処分を、権利者が承認（追認）したことを理由に、事務管理の規定を適用して処分者に売却代金の返還を命じている。それゆえ、本判決は、準事務管理を承認したものとも理解されている[10][11]。ただし、本判決でも、売却代金の返還が命じられたのは、中間占有者ではなく直接の侵害者である点には注意すべきであると考え

る。つまり、直接の無権限処分者は通常は故意であり、少なくとも過失は肯定でき、かつ、第三者が善意取得の要件を具備していれば、不法行為が成立するケースだからである。したがって、不法行為ではなく準事務管理の法理を承認しなければ、無権限処分者に対する売却代金の返還請求が認められなかった事例とはいえないとも評価できるからである。

⑩大判昭和一一年七月八日（民集一五巻一三五〇頁）

（事実の概要）Xの先代AとYは山林の共有者だった。Yは山林を二〇万円で買い受ける者があるとAを欺罔し、Xの持分四分の一の譲渡を受けた。その上で、山林を三七万五〇〇〇円で売却し、Aに五万円を交付した。そこで、Xが詐欺を理由に契約を取り消し、売却代金の四分の一から五万円を控除した額を不当利得返還請求した。

（判決理由）「仍テ按スルニ原審ハY（上告人）カX（被上告人）先代Aノ代理人Bヲ欺罔シテAノ有シタル本件山林ノ土地立木ノ四分ノ一ノ持分ヲ買受ケ其ノ立木ヲ金三十七萬五千圓ニテ第三者ニ賣却シ其ノ代金ヲ受領シタルコト及Xカ詐欺ニ因ル意思表示トシテ右持分ノ賣買契約ヲ取消シタルコトヲ認定シ右金額ノ四分ノ一ナル金九萬三千七百五十圓ハ即Yハ不當ニ利得シタルモノナリトシ右持分ノ賣買ニ因リXノ先代カ既ニ受領シタル金五萬圓ヲ之ヨリ控除シタル殘額金四萬三千七百五十圓ハ即之ヲYヨリXニ返還スヘキ義務アルモノナル旨判示シタルモノトス然レトモYヨリ更ニ買受ケタル第三者ハ善意ナリシモノトセハ詐欺ニ因ル右持分賣買ノ取消ハ之ヲ以テ右ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルカ故ニ一面ニ於テXハ轉賣サラレタル其ノ持分ヲ回復スルコト能ハサルノ損失アリ他ノ一面ニ於テYハ右ノ持分ヲモ第三者ニ賣却シテ得タル代金ノ利得アリテXニ對シ不當利得返還返還ノ義務ヲ負フヘキハ勿論ナリト雖其ノ額ハYノ受ケタル損失ノ額ヲ超過スヘキモノニ非ス而シテ其ノ損失ノ額ハ特別ノ事情ナキ限リ右持分ノ客觀的相當ノ價額ト一致スヘキモノナルモ第三者ニ對スル轉賣價額ハ必スシモ常ニ客觀的相當ノ價額ナリト謂フヲ得サルカ故ニ其ノ轉賣價額ニ依リ

テ直ニ右損失ノ額ヲ認定シ得ヘキモノニ非ス又Yハ其ノ轉賣ニ要シタル費用其ノ他ノ出捐アリタルトキハYノ利得ハ轉賣代金ヨリ之ヲ控除シタル殘額ニ過キサルモノト謂フヘク而モ原審認定ノ本件持分ノ客觀的相當ノ價額及ヒ右轉賣ノ費用等ニ付當事者ニ釋明セシムルコトモナク輒ク第三者ニ對スル前記賣却代金ノ四分ノ一ニ相當スル額ハ即右轉賣ニ係ル持分ニ因リテYノ不當利得シタル額タルト共ニ其ノ持分ノ回復不能ナルニ因リテXノ受ケタル損失ノ額ナルカ如ク認定シテ前記ノ如ク判示シタルハ審理不盡理由不備ノ違法アルト謂フノ他ナク」

以上の判決も、無権限処分の有効性を認定せず、当然に処分者の不当利得の返還義務を認めている。かつ、ここでも問題となっているのは、直接の侵害者である。ただし、処分者の売却代金が当然に所有者の損失ではなく、客観的な価値、転売の費用などを考慮して返還義務の範囲を定めるべきだと判示している。

⑪大判昭和一二年七月三日（民集一六巻一〇八九頁）

（事実の概要）X会社のパルプを従業員A等が窃取し、過失のある同種物品の販売業者Yに売却し、YはBに転売し、Bはパルプを費消した。そこで、XがYに転売代金相当額を不当利得返還請求した。

（判決理由）「Y（上告人）ノ轉賣ニ依リテ得タル利益ハX（同會社）ノ所有物件ヲ喪失セシメタルニ基因スルモノナレハYトA（井上駒恵）等ノ間ノ賣買ニ關係ナク別個ニ不当利得ヲ構成スルト謂フヘク」として、Yの転売代金を不当利得として返還すべきだと判示した。

本判決の事例では、現占有者Bはパルプを（原所有者の回復請求を受けないという意味では、）善意取得はしないが、パルプはBの下で消費され、原物返還が不可能となっている。さらに、Xが原物返還を請求できたときも、Bから代価弁償の請求を受けるケースである。いずれにせよ、判例はXが所有権を喪失したことを理由に、Yに対する不当利得返

還請求を肯定している。ただし、原物返還が不能で、無権限処分者Ｙには過失があったという事例である点には注意が必要だと考える。つまり、善意・無過失の中間処分者（占有者）に対して、しかも、原物返還が可能なときにまで、原所有者が不当利得返還請求できるかは不明だからである。もっとも、ここでも処分者の転売代金が利得であるとされている。

⑫昭和二六年一一月二七日（民集五巻一三号七七五頁）

（事実の概要）Ｘ会社から強奪した本件電気銅を、ＡはＢに売却し、その後ＢＣＤＥと転売された。Ｙは金物販売商Ｅから、電気銅を買い受けたが、その中に本件電気銅も混入していた。そこで、ＸがＹに対して民一九三条、一九四条で物の返還を請求した。ただし、Ｙは電気銅を既に工事に使用していた。原審で、Ｘは物の原物返還、又は、代価弁償と引替の原物返還、及び、原物返還が不能なら、物の客観的価値と代価の差額の返還を請求した。

他にも幾つかの争点はあるが、本稿の論点と関係する限りでは、原審は「そこで、Ｘ（控訴人）は民法第百九十四条に依って先ずＹ（被控訴会社）がＥに支払つた代金十六万六千六百九十九円と引換に本件物品の引渡を求めるというのである。然るに前記民法第百九十四条は被害者、善意占有者のいずれの利益のために制定されたかは多少議論のある所ではあるが、とも角被害者のために盗品の回復権を認めると共に善意占有者に対する代価の弁償義務を負わせ後者に不測の損害を被らせないようにしたことは間違のない所である。それ故被害者が盗品の回復即ちその占有の移転を受けようとする場合には、たとえその物の実際の価格が善意占有者の支払つた代価より低額であっても、該代価を弁償しなければ盗品を回復できない結果となる。従って被害者はこの場合盗品に多くの執着を持たぬ限り実価より高い占有者支払の代価を払ってまでも盗品を回復しないであろうし、これを回復すると否とは全く被害者の自由意思に一任されるので

ある。かように民法第百九十四条の法意を探求するとき、被害者の盗品回復請求権は当然盗品の存在ということが不可欠の一要件であるのが容易に了解され、若し回復請求の際盗品にして存在せんとせんか被害者には最早この回復請求権がなく占有者はその引渡義務を負わぬものといわねばならぬ。所がXが初めて当審で右規定に基いて盗品の回復を請求した当時既に本件物品が消費されて現存していなかったことは、弁論の全趣旨からXの認める所である。果たしてそうだとすれば諸規定に依る回復請求権の存在することを前提とするXの予備的請求はこれまた失当で、他の争点の判断を待つまでもなくこれを排斥せざるを得ない。」とした。そこで、Xが上告。上告棄却。

（判決理由）原審と同じく、本稿と関係する争点に関する判断は、「本件電気銅が現存しない事実は、原審において当事者間に争いがなかったのであるから、・・・。そして、原審は民法一九四条の解釈により占有物を回復するには、その物の現存することを前提とするところ、本件物品は現存しないのであるから、X（上告人）の請求は失当であるとしてこれを排斥したものであって、その判断は正当である」であった。

物の現存が民一九四条の回復請求権の前提だと、原審・最高裁は説くに止まる。しかし、原物返還が不能となっても、被害者は占有離脱物の回復を請求できる以上は、物の現在の価格と代価弁償の差額は回復請求権者に帰属するという考え方も十分に可能であろう。しかも、原物返還が不能となったのは、Yが工事に使用したからであり、Yは差額を利得しているといえるからである。しかも、原所有者の価値賠償の請求を排除すれば、民一九〇条の評価との抵触が問題になる。なぜなら、同条は物が滅失・損傷したときにも善意占有者の損害賠償義務を免除するが、現存利益の返還義務は負わせている。つまり、同条は占有者への物の価値自体の帰属を認めてはいないと考えられる。そうすると、判例は、原物返還が不当利得返還請求に変わった場合に、民一九四条の与える取引の安全を一層拡大したものといえよう。(12)

⑬高松高判昭和三七年六月二一日（高民集一五巻四号二九六頁）

（事実）Ｘ会社から従業員Ａが材木を窃取し、善意・無過失の材木販売商のＹに売却。Ｙは材木を製材して橋梁材、建築材として転売した。そこで、Ｙが材木を転売して回収が不可能となったとして、ＸはＹに対してＹの過失による不法行為に対する損害賠償請求、及び、材木の時価相当額を不当利得返還請求した。原審は、Ｙに過失はなく、かつ、Ｙの利得は購入価格と売却価格の差額であることを前提として、ＸはＹの売却価格を立証していない、ＡはＸの従業員であり、Ｘの請求は自己の選任・監督の過失をＹに転換するものであるとして、Ｘの請求を棄却した。Ｘが控訴したが、請求棄却。

（判旨）主な争点は、ＹがＡに支払った代金を不当利得から控除できるかであった。「しかしながら、不当利得制度は、実質的に不当な財産価値の移動を調整し、他の制度上の救済手段の欠陥を補って具体的な正義公平の実現を目的とするものである点に鑑みれば、不当利得の成否及び返還義務の範囲を定めるに当たっては、具体的な衡平を失わないようにしなければならない。このような見地に立って本件を考えると、不控除説に従うときには、Ｙ（被控訴人）は転売による利得全部をＸ（控訴人）に返還しなければならなくなり、その結果ＹはＡに支払つた代価分だけ損失を蒙ることになる。もっとも、この場合でもＹはＡに対し代金償還請求権を有するから、これの行使により右損失を補填できるとも考えられるが、之は抽象的に過ぎ本件のような場合（弁論の全趣旨からＡは無資力と認められる。）には、右償還請求権の行使によって損失を填補することは実際上不可能である。これに対し、ＸはＹから木材相当額の金銭の返還を受けられる結果、何らの損失もないこととなる。一方、控除説に従うときには、ＸはＹから返還を受けるべきものは実際上皆無或は極めて少額（本件においてはＹの転売価格を認めるに足る証拠はないが、前記Ｙ本人の供述によると、Ｙが本件木材の買入転売によって得た実質上の利益は極めて少額だったと認められる。）となり、その結果は、Ａに対する不法

行為に因る損害賠償請求権があるとはいえ、その実効を帰し難いことは前記Yの場合と同様であるから、木材相当額の損失を蒙ることになり、反面Yは損失を免れることになる。このように不控除説、控除説のいずれを採用するかにより、本件当事者の利害は正反対になることになるが、本件の場合においては、前認定のとおり、Yが本件木材を取得する当時においては全く善意・無過失であり、一方AはXの被用者であり、本件のような事態が生じた所以は、直接にはAが木材を盗み出したことであり、間接には使用者たるXのAに対する選任、監督上の不行届（過失）に基因したものということができる。そうすると、仮に不控除説によるときには、全く善意無過失であり何ら責められるべきところのないYが損失を受けることとなり、その原因につき間接にでも過失のあったものというべきXが損失の填補を受けることになり、不公平な結果となる。これに反し、控除説に従うときには、右のような実際上の矛盾、不公平はなくなり、不当利得制度の目的である具体的公平の理念に合致する結果となる。したがって、本件の場合においては、控除説に従うのが相当である。只、控除説に立場に立つときは、民法一九三条の規定により原物を返還する場合との権衡を失するように考えられるが、凡そ原物返還不能の場合においては全てその価値を返還すべきであるということはできず、現存利益の返還（例えば民法一九一条）ということもあり得るわけであり、又、民法一九三条はその意に反して占有を奪われた者を保護するための特殊な規定であり、もし取得者が盗品又は遺失物を同法一九四条のような条件の下に取得した場合には、回復者は代価を弁償しなければ物の占有を回復できないのであり（この場合は控除説と同一結果になる。本件におけるYの木材取得は、右一九四条の場合に近似している。）、これらの点を考え合わせると右一九三条の規定があるからといって、前記の結論を左右することはできない。（なお、原判決が引用している大審院判例（昭和一二年七月三日判決（前記⑤判決））は取得者に過失が認められる場合であるから、本件とは若干事案を異にし、必ずしも適切とはいえない。」

本件では、窃取された物を現在は誰が占有しているかは、必ずしも明らかではないようである。したがって、先に見たドイツ法の考え方では、まさに中間占有者Ｙの無権限処分を追認して、不当利得返還請求する実益があるケースのはずである。しかし、本判決では、善意・無過失の中間占有者Ｙに対する原所有者Ｘの不当利得返還請求は、中間占有者Ｙの買受価格と転売価格の差額だと解している（控除説）。かつ、控除説の合理性を、民一九四条の存在に求め、民一九三条の趣旨への抵触は、Ｙに盗品を売却したのがＸの被用者であり、Ｙへの物の売却がＸの選任・監督の過失に起因すること、及び、以上の事情と一九四条の評価との類似性によって回避できると解している。さらに、注目すべきは、本判決が、中間占有者に対する不当利得返還請求を認容した前記⑤判例に言及し、⑤では中間占有者に過失があり、事案を異にするといっている点である。つまり、本判決によれば、少なくとも（原）所有者の被用者が窃取した動産が売却された場合には、善意・無過失の中間占有者の不当利得を構成するのは転売代金と買受代金の差額であるということになる。かつ、その根拠は、民一九四条の趣旨に求められている。同条は、（原）所有者から返還請求を受けた現占有者に、現占有者に物を売却した売主から物の返還を求められた場合には、同時履行を請求できる既払代価の返還を、（原）所有者に対しても認める制度である。つまり、同条は物権的請求に対して、債権的な抗弁の主張を認めた規定である。以上と同様の評価は、中間占有者に対して（原）所有者が物の売却代金（客観的な市場価値）の返還を請求したときに、売得代金の控除を認めることで実現できる。しかし、本判決は、一九四条の適用の要件を欠く善意・無過失の中間占有者の責任に関して、対価控除説を採用することで、つまり、売却代金と買受代金の差額の返還だけを認めることで、取引の安全を拡大したものと理解できよう。

ただし、以上の理は、反面として、対価控除以上の取引の安全は与えられないと考えるなら、民一九四条の適用される現占有者は、物が滅失したときでも、物の客観的価値（市場価格）と買受代金の差額の返還義務を負うと解する余地

がある。ところが、それ以上に、取引の安全を拡大していたのが、本判決は言及していないが、上記の⑫判例の立場であった。さらに、近時も取引の安全を拡大する判例が現れている。

⑭最判平成一二年六月二七日（民集五四巻五号一七三七頁）

（事実の概要）Xは（登録の対象ではない）土木機械をAに盗取され、Aは機械を中古機械の販売業者Bに売却した。YはBの処分権限に善意・無過失で、Bから三〇〇万円で機械を買い受けた。XはYに機械の返還、及び、訴状送達の翌日から引渡済までの月額四五万円の使用利益相当額の支払いを請求した。第一審で敗訴したYは、機械を任意に返還した上で、反訴して、代価弁償と機械の引渡の翌日以後の年五分の遅延損害金の支払いを請求した。他方で、Xは、訴状送達の翌日から機械の引渡までの使用利益の返還を請求した。原審は、盗品の占有者は民一八九条二項で本件の訴え提起時から悪意の占有者とみなされると判示し、Xの訴提起以後のYの使用利益の返還、及び、Yの代価弁償と遅延利息の請求を認容した。Yが上告受理申立。一部破棄自判、一部棄却。

（判決理由）「盗品又は遺失物（以下『盗品等』という。）の被害者又は遺失主（以下『被害者等』という）が盗品等の占有者に対してその物の返還を求めたのに対し、占有者が民法一九四条に基づき支払った代価の弁償があるまでは盗品等の使用収益を行う権限を有すると解するのが相当である。けだし、民法一九四条は、盗品等を競売若しくは公の市場において又はその物と同種の物を販売する商人から買い受けた占有者が同法一九二条所定の要件を備えるときは、被害者等は占有者が支払った代価を弁償しなければその物を回復することはできないとすることによって、占有者と被害者等との保護の均衡を図った規定であるところ、被害者等の回復請求に対し占有者が民法一九四条に基づき盗品等の引渡しを拒む場合には、被害者等は、代価を弁償して盗品等を回復するか、盗品等の回復をあきらめるかを選択すること

ができるのに対し、占有者は、被害者等が盗品等の回復をあきらめた場合には盗品等の所有者として占有取得後の使用利益を享受し得ると解されるのに、被害者等が代価の弁償を選択した場合には代価弁償以前の使用利益を喪失するというのでは、占有者の地位が不安定になること甚だしく、両者の保護の均衡を図った同条の趣旨に反する結果となるからである。また、弁償される代価には利息は含まれないと解されるところ、それとの均衡上占有者の使用収益を認めることが公平に適うというべきである。」それ以外にも本判決は、Yは機械の返還後も代価弁償が可能（代価弁償は抗弁としてだけ主張できるとした大判昭和四年一二月一一日民集八巻九二三頁の判例変更）、及び、代価弁償債務の遅延損害金は物の引渡以後に発生すると判示している。

占有者に（原）所有者からの訴訟継続以後も使用利益の返還義務を免じた点には批判的な学説もある[13][14]。確かに、原審の説示するように、民一八九条二項の文言解釈からは、訴訟係属の後は占有者の悪意が擬制され、使用利益の返還義務を負うと考えるのが素直な解釈であろう。ところが、本判決は、まず占有者の地位の不安定を理由として、使用利益の返還義務を否定する。さらに、代価弁償に利息は含まれないことを理由として、被害者等の回復請求権者と占有者を、あたかも民五七五条が適用される売買契約の当事者のように考えている。しかし、前者は、（原）所有者に回復請求が認められる以上は、占有者の地位の不安定は決定的な理由にはならないであろう。他方で、占有者（買主）の代価弁償を、占有者の前主（売主）に対する債権的な請求を（原）所有者に対しても主張することを許したものだと考えると、後者には一定以上の説得力があると考える。なぜなら、占有者（他人物の買主）が前主（他人物の売主）に追奪担保責任を追及して、代金の利息を請求すれば、前主（売主）は占有者（買主）に対して使用利益の返還が請求できるはずである（最判昭和五一年二月一三日民集三〇巻一号一頁を参照）。他方で、代価弁償には利息は含まれないと解されている。従って、代価弁償を請求する占有者と物の回復を請求する（原）所有者の関係を、売買契約の当事者と類似すると考え

るなら、五七五条の類推も可能であろう。但し、代価弁償と物の回復の相互の給付の間には、売買契約の当事者間のような等価的な関係は存在しない。しかも、（原）所有者が回復を選択したような場合は、通常は物の価格は代価より高価であろう。そう考えると、五七五条の類推は不当だということになる。従って、上記の一連の判決（特に、⑫⑬）の方向性を推し進めて、一九四条の解釈として取引の安全を拡大したのが本判決であると理解すべきであろう。[15]

（d）小括

以上の他人物の無権限処分に関する（裁）判例は、その時期も異なり、間違いなく一貫した基準線が発見できるといえるかは若干疑わしい。しかし、判例の方向性には一応の一貫性があるとして、かつ、特に、最近の判例の傾向を考慮するなら、以下のように考えることも可能であろう。まず、所有者の無権限処分の追認を肯定した判例はあるが、その目的は処分の相手方である第三者に対する所有権に基づく請求権を排除するためであり、処分者に対する不当利得返還請求の前提としてではない（①②）。さらに、処分者に対する不当利得・不法行為の請求を認めた判例でも、所有者の追認に言及するものはない。その例外が、所有者の追認による事務管理の成立と、処分者に対する売却代金の返還請求を認めた判例（⑨）である。しかし、これとても、無権限処分は故意であり、かつ、処分は有効となる可能性があった事例である。したがって、善意・無過失の無権限処分の追認の事例とは、とても評価できない。さらに、無権限処分の有効・無効に言及しない判例の多くは、直接の侵害者に対する不当利得返還請求を肯定した事例である（⑦⑧⑩）。しかも、中間占有者（処分者）に対する不当利得返還請求を認めたのは、原物返還が不能で、中間占有者に過失があった事例である（⑪）。さらに、原物返還が不能となれば、民一九四条の回復請求権、不当利得返還請求のいずれも成立しないとした判例（⑫）、民一九三条の適用される事例で中間処分者の対価抗弁を認めた裁判例（⑬）、及び、民一九四条

の解釈として（原）所有者の代価弁償の弁済提供までは占有者に使用利益の返還義務を免じた判例（⑭）を考慮すると、判例は民一八九条以下の規定の与える取引の安全を拡大しており、善意・無過失の中間占有者（処分者）に対する不当利得返還請求を無条件で認めるとは考えられない。他方で、大審院の判例は、無権限処分が無効な場合は、中間処分者に対する損害賠償を退け、占有者への所有物返還請求を指示している（⑤⑥）。このことを併せ考慮するなら、無権限処分者に対する不当利得返還請求を認めた判例の理解の可能性は、多義的であろう。第一は、そのことに判例は言及しないが、処分の有効性は当然の前提だという可能性である。第二は、不法行為の成否では、被害者の損害の発生が問題となる。ところが、大審院の判例もいうように、現占有者に対する所有物返還請求が可能なら、「損害」の要件が具備されない。しかし、他方で、処分者の利得に注目すれば、処分者は「事実上は売却代金を『利得』」している。だから、損害の要件を回避するために、不当利得返還請求が選択されたという可能性である。しかも、その背後には、少なくとも侵害者に故意・過失が存在する限りでは、他人の権利領域への干渉に対する反動的請求として、受領物の返還請求権を認めるべきだという評価が存在すると考えることも可能であろう。第三が、後述する三宅説の説くように、処分者に対する事務管理・不当利得による返還請求の要件としては、無権限処分の有効・無効は無関係だと、判例が考えている可能性である。つまり、権利者の所有物返還請求権の放棄（権利者の追認）を前提として、権利者は処分者に不当利得返還請求が可能だと解することである。ただし、第三の考え方では、権利者の追認は、直接の侵害者だけでなく、善意の中間占有者の処分に対しても可能であろう。しかし、上述したように、判例が不当利得返還請求を認めたのは、中間処分者に過失があるケースだったこと、加えて、民一九三条、一九四条の取引の安全を拡大する判例の傾向からは、善意の中間占有者に対する不当利得返還請求を無条件で認めるとは考えがたい。ただし、以上に関する結論は、無権限処分に関する学説と、他人の債権の回収についての判例・学説を検討した上で、再び考えてみることとしたい。

（3）他人の物の処分に関する学説

（a）不法行為に関する学説

他人の所有権を侵害する行為は、「他人の権利又は法律上保護される利益」（民七〇九条）の侵害の典型であろう。しかし、それが不法行為を構成するのは、第三者の善意取得、添付などにより他人に所有権を失わせる場合、及び、社会観念上回復が不可能な場合である。他方で、他人の所有物を自己の物として第三者に売却しても、法律上権利が失われない場合は、所有者は、物を取戻すまでの用益の阻害分や、登記名義を回復するに要する費用などを侵害者に賠償請求できるにすぎないと解されている[16]。したがって、物が現存して所有物返還請求権を行使して回復が可能な場合に不法行為を認めるのは無理であろう。しかも、仮に権利者の追認があっても、所有権の喪失は追認の効果であるから、不法行為を構成するとは考えがたい[17]。したがって、最近の学説が、無権利者の処分の無効な場合を特に取り上げていないのは、当然であると考えられる。

（b）事務管理・不当利得に関する学説

わが国の不当利得に関する学説で、権利者の追認の可否に言及するものは必ずしも多くはない。ただし、主にドイツ法を参照したと思われる学説は、例外なく権利者の追認による無権限処分者への不当利得返還請求を肯定している。かつ、無権利者の処分が権利者に対して有効でない場合を意識して議論しているのは、追認に言及する学説に限られるようである。

（ア）我妻説は、まず無権利者の処分が権利者に対して有効な場合は、権利者は無権利者に対して不当利得返還請求が可能だとする。その具体例として、判例自体は処分の有効性に言及していない⑦⑧の判決をあげている。さらに、無

権利者の処分が無効でも、権利者が追認して有効となった場合も同様であるとする。かつ、そこであげる具体例は、権利者は追認したから第三者に対して物権的請求権を行使できないとした判例である（①②）。その上で、処分が無効な場合も、追認による不当利得を認めるのがドイツの通説・判例だとして、ドイツ法を参照している。[18]

以上から考えると、我妻説では、ドイツ法と同様に、善意の中間占有者の処分の追認も可能であるかのようである。しかし、実際に我妻説の示す判例は、直接の侵害者に対する不当利得返還請求が問題となる場合であり、中間占有者に対する請求のケースではない。しかも、先に見た⑫⑭のように動産取引の安全を拡大する方向性が、民一九三条、一九四条で物の所有権に関して占有者取得説を主張した我妻説に由来することを考えると[19]、我妻説が善意の中間占有者の処分の追認を認めているとは考えにくい。

（イ）同様に、松坂説も無権利者の処分を権利者が追認し無権利者に不当利得返還請求することが可能だとする[20]。さらに、その例証として我妻説と同様に⑦⑧の判例をあげている[21]。かつ、我妻の該当部分とドイツの学説をあげている[22]。

（ウ）四宮説は、他人の物の処分による侵害利得の事例に多くの記述を充てている。すなわち、BがAの権利を無権限でCに処分した場合、Cの権利取得が不確定で、AがCに所有物返還請求を主張できるなら、そのままではAはBに客観的価値相当額の償還を請求できないはずである。しかし、AがBの処分行為を追完して所有権を放棄するなら、物の客観的価値を、Bが悪意・重過失なら売却代金自体の引渡を請求できる（選択的追完）、とされる。さらに、AのBに対する請求は、黙示の追完の意思表示である。ところが[23]、判例や近時の学説は、無条件に売却代金全体に対する不当利得認める傾向にあり疑問であるとも指摘している。その上で、（三宅説に賛成して）無権利者の処分の有効・無効は、権利者が客観的代金相当額を請求するには重要ではないとする[24]。しかし、他方で、処分者に悪意・重過失のない場合に代金全額の返還を認めるのは不当であると指摘している。

以上の四宮説を文字通り解すれば、所有者は善意の中間占有者の処分を追認（完）して客観的な価値賠償が可能であるようにも思われる。しかし、四宮説が具体例として示しているのは、Aの物を預かっていたBが無断でCに処分したが（契約は有効）、Cは所有権を取得しないというケースである。[25] 以上からは、四宮説も含めて学説は、直接の侵害者の無権限処分が無効な場合に、権利者の追認による不当利得返還請求を認めているに止まると考えるべきではなかろうか。先にも見たように、所有権を失わない場合は処分者の所有権自体の侵害という不法行為は成立しない。ところが、権利者が有効に追認できれば、所有権は失われ、不当利得の要件は具備されることになる。そうすると、いわば不当利得法が不法行為の損害の要件を補完したのと同様の結果となっていると考える。ただし、直接の侵害者には、多くは故意、少なくとも過失はある。したがって、ここでの不当利得は、不法行為の損害の要件を補完したものと考えるのが妥当であろう。特に動産取引の安全を考慮する民一九三条、一九四条の規定、及び、それを拡大する判例理論を考慮すると、善意の中間占有者の処分の追認を、以上の学説が想定しているとは考えにくい。他方で、⑪の判例の事例のように、中間占有者に過失があり、かつ、原物返還が不能な場合は、原物返還を不能とした最終占有者に対する不当利得返還請求の可否とは別に、中間占有者に対する不当利得は肯定されるであろう。さらに、学説の方向性からは、原物返還が可能な場合でも、故意・過失のある中間処分者に対しては、権利者の追認を介しての不当利得返還請求が可能であると考えることもできよう。

（エ）三宅説は、他人の物の無権限処分に関して、事務管理の角度から考察を加えている。まず三宅説は、事務管理の追認には、事務管理者に本人のためにする意思が必要であり、権利者が他人のした売却・取立を追認する場合とは区別すべきだとする。その上で、他人の財貨による不当利得として、他人の物を処分した者に対する権利者から売却代金の請求を構成する方法を考察する。その際に、ドイツ法を参照して、無効な無権限処分の追認による不当利得返還請求

を紹介する。ただし、三宅説の主張では、第三者が取引の安全の規定（例えば、善意取得）により権利取得するか否かは、権利者の処分者に対する取得物返還請求とは無関係である。つまり、第三者が権利取得したか否かを、権利者は主張・立証する必要はないとされる。[26] その上で、わが国の判例を検討して、第三者の権利取得の有効性を問題にせず、権利者の処分者に対する不当利得返還請求を認めていると指摘する。つまり、わが国の判例は、ドイツ法のように無権利者の処分の有効・無効で問題を区別していない。その理由は、物権行為主義を採るドイツ民法は第三者保護の規定を所有権取得の実体的規定と考えるから、無権利者の処分が権利者に対して有効な場合に始めて権利者の処分者に対する不当利得返還請求を認める。他方で、わが民法では、民九四条二項、九六条三項はもちろん、一九二条でさえも、善意の転得者に対する所有物返還請求権を制限する規定にすぎないから、第三者の権利取得の有効性は、権利者の処分者に対する不当利得返還請求の成否とは無関係である。だから、わが国の判例が、権利者が権利を喪失したことを損失とし、結局は第三者からの権利の回復の可否を問わず、権利の回復請求権の放棄となる可能性のある取得代金返還請求を認めるのは、観念（権利の喪失による損失の発生）と実際（権利者の返還請求の承認）の矛盾である。わが民法では、[27] 不当利得の要件の「損失」（民七〇三条）の中に、権利者（損失者）の第三者に対する請求権の放棄を含むと解する必要がある。かつ、その場合は、追認の意味は、権利者が第三者に対する所有物返還請求権および物の滅失・毀損による賠償請求権（民一九一条）を放棄（無権利者のした売買を追認）して無権利者の追奪担保責任[28]（代金全額の返還）を免れさせ、そのかわりに無権利者に対し取得代金の返還を請求することができるとする。従って、三宅説によれば、[29] 以上のような権利者の請求を事務管理と呼ぶか不当利得というかは言葉の問題にすぎないというのである。

以上の三宅説は、一面で極めて説得的で論理一環したものと考える。しかし、三宅説の主張に文字通り従えば、権利者（原）所有者）は善意・無過失の中間占有者に対しても、追奪担保責任を免しめ、売却代金を請求することが可能

ということになる。ところが、他面で、このような請求をわが国の判例が認めるとは、先に見てきた判例の傾向からは考えにくい。ただし、現に、判例が（原物返還不能のケースであるが）過失のある中間処分者に対する原所有者の不当利得返還請求を認めているように、過失のある中間占有者に対する不当利得返還請求は可能だと解する余地はあると考える。したがって、三宅説に倣って比喩的な表現を与えるなら、「損失」という不当利得の要件で、不法行為の「損害」の要件を補完した点が、三宅説の指摘する判例の観念と実際の矛盾に当たると考えたい。(30)

（c）小括

先に他人の物の処分に関する判例を検討した際に、判例の考え方として三つの可能性のあることを示唆した。そのことを明示的に示してはいないが、三宅説以外の学説が、無権利者の処分の追認の事例として想定しているのは、直接の侵害者に対する不当利得返還請求である。したがって、問題となっているのは処分者には（多くは故意）少なくとも過失がある事例であり、善意・無過失の中間占有者に対する不当利得返還請求を認める趣旨ではないと考える。そうすると、上述したように、意識してか否かは別として、不法行為による損害賠償請求で問題になる被害者の「損害」の要件を、不当利得では無権限処分者の「利得」の要件で補っているというのが、わが国の学説ではなかろうかと考える。

なお、筆者自身は、例えば、BがAの動産を窃取して、Cに売却し、CからD1（、D2、D3）Dnと転売された場合に、Aは中間処分者C、Dnの処分を追認して不当利得返還請求権を行使できると主張した。(31)その理由は、民一九四条の保護を受けられないCは、Aが現占有者（例えば、D1）に所有物返還請求すれば、（D1からの）追脱担保責任の追及による売買代金の返還義務を免れず、結局はBに対する追奪担保責任に指示される結果となるからである。しかし、以上の検討、すなわち、動産の取引安全に関するわが国とドイツ法の規定（評価）の違い、および、取引の安

全を重視する判例の方向性に鑑みて、以上の見解を再検討したいと考える（無権限者による他人の債権の回収と併せて、詳細は後述四．を参照）。

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

先に見たように、債権譲渡に対抗要件を要求しないドイツ法では、債務者の旧債権者に対する弁済が、非債権者への弁済の典型例であった。かつ、無権利者への債務者の弁済の事例は、しばしば発生している。他方で、わが国では債権譲渡には債務者への通知・承諾が対抗要件として要求されており、債権の帰属変更による非債権者への弁済という事態は発生しにくいといえる。そのゆえか、現在まで判例で問題となった事例は、債権の共同相続の事例に限られている。

⑮東京高判平成六年四月二四日（金法一三九二号四二頁）

（事実の概要）被相続人Ａは、Ｙ１信用組合、Ｙ２信用金庫に預金債権を有していた。ただし、預金の名義は、Ａの長男の嫁Ｘ１、孫Ｘ２、Ｘ３などとされていた。Ａの死後に、Ａの娘Ｙ３は、（韓国法により相続権のある）Ｘ１などの相続人に無断で、Ｙ１、Ｙ２から預金全額の払戻しを受けた。そこで、Ｘ１、Ｘ２、Ｘ３が、Ｙ１、Ｙ２に対しては預金の払戻し、Ｙ３に対しては不法行為を理由に弁済金相当額の損害賠償を請求した。

（判決理由）Ｙ１、Ｙ２のＹ３への弁済は準占有者への弁済とは認められなかった。したがって、Ｘ１等はＹ１、Ｙ２に対する預金債権を失うことはない。その上で、Ｙ３に対する請求に関しては、「債権について正当な権利者でない

者が弁済を受けたときは、その弁済が債権の準占有者に対する弁済に当たらない限り、債権が消滅せず存続する。しかし、この場合でも、正当な権利者がその権利の内容を実現するについて、裁判機関による判定を要することになるなど、さまざまな障害が生ずることになるのであり、また、債務者から現実に弁済を受けることが常に保証されているものではない。そのように債権の実現可能性が低下するのは、ひとえに正当な権利がないのに弁済を受けた弁済受領者の不法行為によるのである。そして、預金債権のような通常の金銭債権については、その債権の帰属等に争いがあって債権が不当に弁済された場合に、帰属等に争いのある当事者間で、当該弁済による金銭的利益の帰属を是正するように問題が解決されれば、弁済をした債務者に重ねて履行させる実質上の理由はなく、不当な弁済を受けた弁済受領者が受領額を正当な権利者に返還することよりも、弁済をした債務者をして重ねて履行させることを常に優先させるべき理由もない。不当な弁済を受けた弁済受領者が、正当な権利者の権利主張に対し、まず本来の債務者から弁済を受けるべきことを主張して自らの責任を免れることができるとするのは、特段の事情でもない限り、合理性を欠く。以上の点を総合考慮すると、金銭債権が不当に弁済された場合には、正当な権利者は、弁済が無効とされる結果として債権が消滅しないものとされるときでも、権利なくして弁済を受けた弁済受領者を相手方として、不当に弁済を受けた額に相当する損害賠償の請求をすることを妨げられないものと解すべきである。この結果は、債務者に弁済資力があるからといって、直ちに左右されるものではない。」と判示している。

被相続人に帰属していた預金債権は、相続と同時に相続分に応じて共同相続人間で分割債権となる。(32) 仮に、法定相続分と違った遺言があった場合でも、法定相続分に応じた預金の払戻しは、準占有者への弁済として有効とされる可能性がある。(33) しかし、本件では、X1等に帰属する債権のY3への弁済はそうではない。しかし、本判決は、無権限の弁済受領者（Y3）に不法行為による損害賠償を命じている。その理由は、（i）無権利者による弁済受領により、債

権者には事実上の不利益が発生する可能性がある。(ii) 無権限弁済受領による債務者の弁済資力の低下の可能性。(iii) 弁済過程の短縮（債権者→債務者、債務者→無権限の弁済受領者と、債権者→無権限の弁済受領者）。(iv) 不当な弁済を受けた無権限の弁済受領者の責任である。さらに、注目すべきは、同判決が、債務者の資力の有無には、債権者の弁済受領者への直接請求は依存しないと指摘していることである。つまり、無権限の弁済受領により、債権者が現実に不利益を受けるのは、債務者が弁済によって無資力となった場合である。しかし、その場合でも（又は、その場合にこそ）、債権者の弁済受領者に対する直接請求は認めるべきではなく、債権者代位権（民四二三条）に問題解決を委ねればよいと考えることも可能であろう[34]。しかも、無権利者に弁済された債権の債権者ならいざしらず、他の一般債権者が債務者の非債権者への弁済の事実を知る可能性は通常はないであろうから、債権者代位権の行使により債権者には事実上の優先権が与えられているともいえる。しかし、以上の可能性を、判決は明確に否定している。そうだとすると、無権利者への弁済により債権が消滅しない場合も、債権者の財産には損害が発生していると、本判決は考えていることになる。ただし、金融法務事情には、「本件では・・・債権が消滅しないで存続するので、正当な権利者に損害が生じていないとの評価が生まれる可能性があり、損害の有無の判断は、微妙な問題となる。・・・本判決の結論には異論はないであろうが、不法行為における損害とは何かという興味深い問題を採り上げた注目すべき判決である」というコメントが付されている[35]。事実として、本判決が指摘するのは、債権の帰属の侵害自体ではなく、無権利者による弁済受領によって、債権者に事実上の不利益が及ぶという点に限られている。

⑯最判平成一六年四月二〇日（判時一八五九号六一頁）

（事実の概要）被相続人Aは、三通の遺言を残して死亡した。訴外BはAの妻で既に死亡しており、X、Y、及び、

他の三人は、Aの子で法定の共同相続人だった。第一遺言は、Yに全財産を相続させる、第二遺言は、Bに、第三遺言は、Xに全財産を相続させるという内容だった。XはYに対して、Y名義の不動産の移転登記請求、及び、Yが払戻した預金相当額を不当利得として返還請求した。さらに、予備的請求として、Xの法定相続分に応じた不動産の持分の移転登記請求、及び、自己の相続分の預金債権相当額の不当利得の返還を請求した。原審は、第三遺言を無効とした上で、（したがって、第一遺言は第二遺言で取り消されたことになるが）予備的請求を遺産分割の請求として棄却した。X上告。一部棄却、一部破棄差し戻し。

（判決理由）最高裁は、不動産に関しては、法定相続分の移転登記を認容するとともに、預金債権については、「共同相続人の一人が、相続財産中の可分債権につき、法律上の権限なく自己の債権となった分以外の債権を行使した場合には、当該権利行使は、当該債権を取得した他の共同相続人の財産に対する侵害となるから、その侵害を受けた共同相続人は、その侵害をした共同相続人に対して不法行為に基づく損害賠償又は不当利得の返還を請求することができるものというべきである」と判示した。

本判決でも、債権者の弁済受領者に対する不法行為による損害賠償請求、及び、不当利得返還請求までも認容されたが、その理由は示されていない。判決は、「当該債権を取得した共同相続人の財産に対する侵害となる」と判示しているだけである。不当利得の成否に関して、より詳細な理由付けを行ったのが、本稿の冒頭で示した次の判例である。

⑰最判平成一六年一〇月二六日（判時一八八一号六四頁）

（事実の概要）XYは被相続人Aの子で相続分各々二分の一の共同相続人である。Yが金融機関（B、C）の預金の全額の弁済を受けたので、Xは預金の自己の共同相続分相当額をYに対して不当利得返還請求した。原審（仙台高裁秋

田支判平成一五年一二月二四日判タ一一五三号一五五頁）は、無権限者への弁済が準占有者への弁済に当たらず、債務者から弁済を受けられるにしても、弁済受領者が責任を免れるなら、権利者は準占有者への弁済に当たるか否かを判断した上で被告を選択せねばならず、債務者保護のための民四七八条が弁済受領者の保護に充てられるのは不合理である。債権者が債務者に弁済を請求し、債務者が弁済受領者から不当利得返還請求するのは迂遠で、債権者から弁済受領者に対する請求を認めれば、問題は一挙に解決される。したがって、弁済受領者が、正当な権利者からの不当利得返還請求に対して、債権の準占有者に対する弁済ではないから本来の債務者から弁済を受けるべきだとして自らの責任を免れることは、信義則上許されないと判示した。そこで、Yは、上告して、金融機関A、Bには過失があり有効な弁済とはならないから、Xは預金債権を有し、不当利得の要件である「損失」がないと抗弁した。上告棄却。

（判決理由）「（一）Y（上告人）は、本件金融機関からX（被上告人）相続分の預金について自ら受領権限があるものとして払戻しを受けておきながら、Xから提起された本件訴訟において、一転して、本件各金融機関に過失があるとして、自らが受けた上記払戻しが無効であるなどと主張するに至ったこと、（二）仮に、Yが、本件各金融機関がした上記払戻しの民法四七八条の弁済としての有効性を争って、Xの本訴請求の棄却を求めることができるとすると、Xは、本件各金融機関が上記払戻しを受けるに当たり善意無過失であったか否かという、自らが関与していない問題について判断した上で訴訟上の相手方を選択しなければならないということになるが、何ら非のないXがYとの関係でこのような訴訟上の負担を受忍しなければならない理由はないなどの諸点にかんがみると、Yが上記主張をして被上告人の本訴請求を争うことは、信義誠実の原則に反して許されないものというべきである」

本件では、債権者の弁済受領者に対する不当利得返還請求が問題となっている。原審は、（ⅰ）債権者が弁済が有効か否かという、債務者・弁済受領者の間の法律関係を判断する困難であること。（ⅱ）その結果、準占有者への弁済に

当たるか否かの評価が、債権者の弁済受領者への請求の阻害要因となりかねない不合理。(iii)債権者の直接請求を認めれば、弁済過程が短縮される。(iv)弁済受領者が債権者に対して、本来の債務者から弁済を受けるべきだと主張して責任を免れるのは、信義則上許されないと判示している。これに対して、最高裁は、主に、(i)と(iv)、特に、債務者には債権者として権利主張し、債権者には無権利者として返還を拒む弁済受領者の行為が、矛盾行為であり、信義則に反すると判示している。以上の原審・最高裁の説示それ自体は、極めて説得力に富むものであろう。しかし、債権は消滅せず存続してるから、債権者に「損失」はないという問題に正面から答えたものではない。ただし、以上からは、債務者が弁済受領者に対して非債弁済の不当利得の返還を請求している場合の、債権者の請求との競合などの問題を除けば、債権者は弁済受領者に不当利得返還請求できるというのが判例の立場だと考えることもできる。ところが、必ずしもそうでもないというのが、以下に紹介する最高裁判例の原審の考え方である。

⑱最高平成一七年七月一一日（判時一九一一号九七頁）

（事実の概要）被相続人Aは銀行Xに定期預金を有していた。Aの法定相続人は、Aの前夫Bとの子Cと、後夫Dとの子Y1、Y2である。Aの遺産には本件預金以外に不動産（土地）が存在した。Y2の依頼を受けた司法書士Eの問い合わせに、Cが金銭より土地が欲しいと言ったため、Y1、Y2は預金の全額を払戻した。ところが、Cは預金債権の三分の一を相続したとして、Xに当該金額と遅延利息を請求した。XはCに対しては準占有者への弁済、及び、CとY1、Y2間の（Cは預金ではなく、土地を取得する）遺産分割の一部の合意を主張した（甲事件）。しかし、他方で、Xは、Y1、Y2がCに帰属する預金相当額の帰任を不当利得したとして、金銭の返還と預金の払戻しの時点からの法定利息の支払いを求めて訴えを提起した（乙事件）。第一審（札幌地判平成一六年一月二八日）は、Xの過失ゆえに準

占有者への弁済（民四七八条）の成立は退けたが、CとＹ１、Ｙ２間の合意を認定して、甲事件、乙事件のいずれの請求も棄却した。原審（札幌高判平成一六年九月一〇日）もCとＹ１、Ｙ２間の合意の存在は認定せずCの請求を認容したが、XのＹ１、Ｙ２に対する請求は、「Xが、Ｙ１及びＹ２に対して、不当利得返還請求する場合には、Xに損失が生じている必要がある（民法七〇三条参照）。しかしながら、Xは、甲事件においてCの請求を争っており、CのXに対する本訴請求が確定し、現実にCに弁済した後でなければ、Xに現実の損失は生じていないことになる。そうすると、XのＹ１及びＹ２に対する請求は不当利得の要件を欠くことになり、主張自他失当であるといわざるを得ない」として請求棄却した。Xが甲事件、乙事件を上告受理申立したが、乙事件だけが上告受理された。一部上告棄却。一部破棄自判。

（判決理由）「前記事実認定によれば、Ｙ１等は、本件預金のうちCの法定相続分相当額の預金については、これを受領する権限がなかったにもかかわらず、払戻しを受けたものであり、また、この払戻しが債権の準占有者に対する弁済に当たることもできないというのである。そうすると、本件払戻しのうちCの法定相続分相当額の預金の払戻しは弁済としての効力がなく、Cは、本件預金債権のうち自己の法定相続分に相当する預金債権を失わないことになる。したがって、Xは、本件払戻しをしたことにより、本件預金のうちCの法定相続分に相当する金員の損失を被ったことは明らかである。そして、本件払戻しによりＹ１らがCの法定相続分に相当する金員を利得したこと、Ｙ１らの利得については法律上の原因が存在しないこともまた明らかである。したがって、Xは、Ｙ１らに対し、本件払戻しをした時点において、本件預金のうちCの法定相続分に相当する金員について、Ｙ１らに対する不当利得返還請求権を取得したものというべきである。

なお、前記事実関係によれば、Ｙ１らは、本件払戻しを受けた時点においては、本件預金のうちCの法定相続分相当

額の預金の受領権限を有しないことにつき悪意であったとまでは認められないものの、乙事件に係る訴状の送達を受けた日である平成一五年四月五日から悪意となったものと認めるのが相当である」

本判決は、債権者の無権限弁済受領者に対する不当利得返還請求権の成否が直接に問題となった事例ではない。しかし、本判決の原審は、無権利者Y1、Y2に弁済した債務者Xが損失を受けるのは、本来の債権者Cに弁済した後であると判示している。この思考図式は、債権者の弁済受領者に対する不当利得返還請求権には、より一層当てはまる。つまり、現実に自己の財産からの出捐があっても、債務者は二重弁済して始めて「損失」を受けるというなら、債権を失わず自己の財産から出捐していない債権者には、ますます「損失」はないといえるからである。ただし、本判決は、Xの損失を肯定して、Y1、Y2に対する不当利得返還請求権を認容している。(36)

以上の判例からは、判例は債権者の弁済受領者に対する直接請求を認める際に、債権者の「損害」又は「損失」を正面から肯定したわけではない。却って、無権利者への弁済が債権の消滅効を生じるか否かを債権者が判断する困難、弁済過程の短縮、及び、無権限の弁済受領者の矛盾行為を理由に、債権者の弁済受領者に対する不法行為ないし不当利得による請求を認めているといえよう。しかし、その背後に存在するのは、不当な弁済を受けた弁済受領者に対する非難である。かつ、弁済受領者への非難が直接請求につながるのは、他人の権利領域への干渉に対する、権利者の反動的請求が認められるべきだという評価であると考える。

（2）他人の債権の回収に関する学説

（a）不法行為に関する学説

債権の無権利者に対する弁済が、準占有者への弁済となる場合が、不法行為を構成することに異論はない。(37)他方で、

債権の弁済効がない場合が、不法行為となるかを論じた学説は存在しない。却って、第三者が債権証書を破棄したり債務者に返還した場合は、それだけでは債権は消滅しないから不法行為にはならないとされている[38]。つまり、債権が消滅しない場合は、不法行為ではないと解されている。

ただし、（先の平成６年東京高判例（⑮の金判のコメントが指示する）四宮説は、例えば、Ｙが詐欺でＸに目的物をＡに売却させ、さらに、Ｙ自身が転売して所有権を失わせた場合は、ＸはＡに対する代金請求権と、Ｙに対する損害賠償請求権を取得する。その場合に、損害賠償請求権が脱落しない理由は、二つの請求権を認めても義務者に酷ではない、権利者には二重の請求権を有する利点がある、権利者の二重弁済の恐れはないという理由をあげている[39]。もちろん、以上は、所有権の喪失という不法行為の成立に問題はない場合である。したがって、無権利者への弁済により債権が消滅しないときと、同一視することはできない。しかし、二つの請求権が併存する根拠は、ここでの問題にも当てはまる。つまり、他人の権利への侵害者（干渉者）に対して、本来の請求権以外に、付加的に権利者の反動的請求権を認めても不都合はないという意味では、両者で共通していると考えることも不可能ではないといえよう。

（ｂ）不当利得に関する学説

（ア）先述の平成一六年最判（最判平成一六年一〇月二六日判時一八八一号六四頁（⑰））以前にも、無権利者への弁済が債権の弁済効を有しない場合も、債権者は弁済を追認して有効な弁済とし、弁済受領者に対して不当利得返還請求できると解すべきだと、（学説には民四七八条に関するものと、不当利得に関するものがあるが）多くの学説は考えていた[40]。かつ、我妻説、澤井説は、明示的にＢＧＢの規定（ＢＧＢ三六二条二項、一八五条）とドイツの学説を指示している[41]。

ただし、債権者が追認した後の、債務者の弁済受領者に対する非債弁済の不当利得返還請求の存続に関して言及していたのは、澤井説、奥田説である。奥田説は、民四七八条が適用される場合、及び、債権者の承認（追認）があった場合も、債権の消滅効は不確定だが、債権者、債務者が同時に弁済受領者に請求した場合は、債権者の請求を優先せしめ、債務者の免責を認めれば良いであろうと、説いている。[42] さらに、澤井説は、債権者の承認（追認）を民四七九条に包摂するという解釈論を提示している。すなわち、民四七九条は、無権限の弁済受領に民四七八条が適用されないときでも、弁済が債権者の利益となった限度で債権は消滅するという規定である。以上の債権者の利益には、債権者の承認も含まれると解するのである。[43]

ちなみに、以上の学説は、債務者の無権利者への弁済が有効となる（民四七八条、四八〇条の適用される）場合と、無効の場合とを、判然と区別して議論しているわけではない。というのは、判例（大判大正七年一二月七日民録二四輯二三一〇頁）とは異なり、圧倒的多数の学説は、民四七八条が適用されうる場合でも、債権の弁済効は確定せず、債務者には債権者に対して民四七八条を抗弁するか、弁済受領者に非債務弁済の不当利得返還請求権を行使するかの選択権があると解している。[44][45] したがって、弁済受領者に対する債権者の請求と債務者の請求は、民四七八条の適用される場合にも競合する可能性があるからである。

以上のように、民四七八条に関する学説には、債権者と債務者の優劣を論じるものはあったが、不当利得に関する殆どの学説はこの点に言及していなかった。[46]

（イ）もっとも、債務者と債権者の競合が本格的に議論され始めたのは、冒頭の平成一六年最判（又は、それに先行する最判平成一六年四月二〇日判時一八五九号六一頁（前記（1）②））の結論を前提として、学説が議論を始めてからであろう。さらに、それらの学説は、平成一六年最判の説く「信義則」を重視するものと、債権者の追認があったと

考えるものに分かれる。以下では、まず、それらの学説を整理しておくこととする。

学説で、自分が債権者として弁済受領した弁済受領者が、債権者には損失がないと抗弁することが信義則に反するという最高裁の説示を重視するものの狙いは、当事者の請求の方向性によって、権利関係を確定させることである。例えば、潮見説は、債務者の弁済受領者への請求に対して、弁済受領者が民四七八条による免責を主張して、請求を拒むのは信義則違反だとする。さらに、債務者が弁済受領者に返還請求しながら、債権者に対して民四七八条の免責を主張することも信義則に反するとしている[47]。中舎説も、債権者が弁済受領者に対して不当利得返還請求をするなら、信義則から民四七八条の抗弁を放棄したものと考えるべきだとしている[48][49]。ただし、そのように解しても、債務者と債権者が同時に弁済受領者に請求した場合は、権利関係を確定させることは不可能であろう。したがって、やはり無権限弁済の帰属関係を考えておくことが必要であろう。

以上に関しては、債権者の追認を説く奥田説は、先述したように、債権者と債務者の同時の請求で債権者を優先させていた。債権者の承認（追認）が債務の弁済効を発生させる（民四七九条）と説く澤井説も同様であろう[50]。内田説も、債権者の承認（追認）によって弁済効は確定するとしている。

他方で、幾つかの学説では、債権者は弁済を追認しても、債務者に対する請求権を失わないと解されている。その典型が、山田（誠一）説である[51]。すなわち、山田説では、債権者の追認の後、債務者と弁済受領者とは不真正連帯債務の関係にあるとされる[52]。債務者への請求権は存続すると説くものでも、結果的に同様であろう。弁済受領者による給付と同時履行での債権者の追認の可能性を支持するものも、意識的に弁済効の確定を回避しているといえる[53]。さらに笠井説は、債権者の請求に対して債務者が債権者には損失がないという抗弁を信義則上主張できないから、債権者は損失を証明する必要はないとされると解している[54]。とすれば、笠井説でも、結論的には債権者の債務者への請求は可能と

考えることになろう。

（ウ）ドイツ法と対比した、以上のわが国の学説の議論の特徴は、無権利者に対する債務者の弁済（給付）の債権者への帰属性を疑問視しないことである。つまり、ドイツ法では、普通法の時代から、債務者が無権限者に弁済した債務と、債権者の債務者に対する債権との同一性はないとして、債権者の追認可能性を否定する学説があった（Zimmermann, Monroy）。最近の有力説であるロト（Roth）の見解も、債務者の弁済の意思決定の変更の可能性という側面から、債権者の追認は不可能だと指摘している。さらに、弁済受領者に返還請求するか、債権者に対して債権の消滅を主張するかという債務者の選択権の保護という観点は、わが国の学説では具体的に議論されていなかった。その結果、債権者の債務者の一般債権者との競合、及び、債務者の債権者に対する反対債権での相殺の利益は、必ずしも注目されていなかったといえる。さらに、ドイツ法の影響下に、債権者の追認を指示する学説以外は、債権者の「損害」、「損失」の存否に関して、必ずしも十分に考えていたのかは疑問視する余地もないわけではない。

（エ）それでは、以上をどう考えるかである。ドイツ法とわが国の学説の相違の根拠には、両者の不法行為と債権譲渡の制度の違いが関係していると考える。というのは、無権利者への弁済により債権が消滅する場合でも、債権者は弁済受領者に対して不法行為による損害賠償請求を認めないのが、ドイツの通説の立場である。その理由は、不法行為の一般条項であるＢＧＢ八二三条一項の保護する絶対権（及び、その他の権利）とは異なり、債権はその相対的な性質ゆえに、一般的に他人の法律関係に介入しないという義務を承認すれば、行為の自由が不当に制限されるからである(55)(56)。したがって、一般的に不法行為制度によって債権を保護するという考え方は存在しない。ただし、実際にそこで議論の焦点となっているのは、他人の債権の無権限の回収により債権の弁済効が発生する場合、つまり、債権の帰属侵害（Verletzung der Forderungszuständigkeit）のケースである。しかし、その場合には、侵害者に故意・過失のない場合

にも、債権者の弁済受領者に対する請求を認める必要がある。したがって、不法行為では不十分であり、かつ、その際には不当利得返還請求が用意されているから、不法行為によるサンクションが不可欠ではないというのである[57]。かつ、その際にドイツ法で想定されている債権の消滅効を伴う典型的な事例は、債権の二重譲渡で劣後する譲受人（新債権者）が債務者から弁済受領した（ＢＧＢ四〇七条の適用される）ケースであろう。その場合には、確かに、一般的には譲受人（弁済受領者）の過失を論ずることはできない。

他方で、わが国では債権譲渡で債務者に対する通知（又は、債務者の承諾）がない場合は、そもそも債務者に対しても債権の帰属を主張することができない。債務者への対抗要件が具備された場合は、第三者対抗要件で劣後する譲受人に対して債務者が弁済するという事態も考えにくい[58]。第三者対抗要件で優先する譲受人への弁済があった場合は、不法行為・不当利得の問題は発生しない。そうすると、わが国での無権利者への弁済が無効なケースは、通常は弁済受領者の故意・過失が前提であろう。加えて、わが国の不法行為の一般条項である民七〇九条では、「権利」及び（古くから「権利侵害から違法性へ」という方向性の下で）「法律上保護される利益」がサンクションの対象とされている。だから、初期の大審院の判例も、他人の物の処分のケースで、直接の侵害者に故意・過失があれば、第三者の権利取得の有無にかかわらず、不法行為の成立を認めていた（③④）。さらに、不当利得に関する学説は、所有権の侵害のケースで、例外なく故意・過失のあるであろう直接の侵害者の処分を追認して、所有者は侵害者に対して不当利得返還請求できると解している。つまり、不法行為の損害の発生を補完する機能を、所有者の追認が果たすと解している。反対に、善意・無過失の中間占有者の処分を追認して、所有者が不当利得返還請求することを、学説が一般的に承認するとは考えられない。他人の所有物を処分した直接の侵害者に対する所有者の不当利得返還請求では、判例も第三者に対する処分の有効性に言及していないことも参照に値すると思われる（⑦⑧（⑨）⑩）。つまり、わが国の判例・学説では、本体は侵

害者に故意・過失がある場合のサンクションの中心は、不法行為であり、不当利得はその補完的機能を果たしているといえる。それに加えて、不法行為による保護法益に関する寛容さが付加されれば、故意・過失により他人の債権を回収した者に対するサンクションを認めること自体には抵抗感はない。先に見た平成六年東京高判（⑮）、及び、平成一四年最判（⑯）が、損害の存在に言及せず、不法行為の成立を認めたことは、その現れであると評価することも可能であろう。以上からは、侵害者の故意・過失の存在を前提に、不法行為の要件である損害の発生を一応は度外視して、債権自体は債権者に帰属していることは間違いはないから、他人の権利領域への干渉に対するサンクションが問題となっているのが、他人の物の処分のみならず、債権の回収の事例だと考える。

ただし、そうだとすると、弁済受領者の行為態様が正面に現れ、債務者の弁済の帰属は背後に後退することとなる。もっとも、その場合でも、損害の要件を厳格に論ずるなら、不法行為の成立は否定されることになる（不法行為を否定した大審院の判例（⑤⑥）を参照）。他方で、侵害者の利得に注目すれば、侵害者が売却代金、又は、債務者の弁済を「利得」していることは間違いがない。残った問題は、所有者、又は、債権者の損失である。そこで、他人の物の処分に関する判例は、他人の物の処分による処分者の利得を問題にする。他人の債権の回収では、債権者の矛盾行為の信義則違背が問題にされ、「損失」の要件は具備されたとみなされる。しかも、他人の物の処分とは異なり、他人の債権の回収では、客観的価値と売却価格との乖離、つまり、（物の客観的価値＝損失としても）損失と利得の齟齬も存在しない。以上からは、他人の債権の回収では、加害者（侵害者）の故意・過失を前提として、不法行為の要件である「損害」を、不当利得の利得と損失で補ったのが判例の行き方だと評価することも許されると考える。ただし、そのことを通じて、わが国の判例・学説は、他人の権利領域への干渉に対する権利者の反動的請求を承認したことは間違いないであろう。つまり、侵害者の故意・過失を前提とした、誤想事務管理の承認に他ならないと考える。以上の検討を前提に、最後に、

ドイツ法との対比で、わが国の解釈論のあり方、及び、侵害利得による財貨保護のサンクションについて考察することとしたい。

（４）前掲一・注（17）三宅二八八頁。

（５）無権限処分の追認が問題になったのは、以下のような裁判例である。

②－１．大阪高判昭和三七年四月二三日（判時三〇二号一七頁）（事実の概要）父親Ａが子Ｘのために購入しＸ名義で登記した土地を、Ａが自己の土地としてＹに売却した。ただし、ＸによるＡの処分の追認が認定された。（判決理由）「そもそも無権代理行為の追認と他人の権利を自己の名において処分した行為の追認とは、本質において同一であるのみならず、取引の円滑を期する実際上の要請から云っても、追認を単に代理行為の場合のみに局限するのは偏狭に失し、他人の権利を自己のそれとして自己の名において処分した場合にまで拡張するのが相当であるから（前記①昭和一〇年大審院判決）、無権代理に関する民法の規定は本件のような非権利者の処分行為の追認にも類推適用されると解するのが相当である」

②－２．東京地判昭和四四年四月二四日（判時五六七号四〇頁）（事実の概要）息子Ａが印鑑などを盗用して、父親Ｘ１所有の土地と祖母Ｘ２所有の建物を自己名義に所有権移転登記を了し、債権者Ｂのために根抵当権を設定した。父親は抵当権の抹消をＣ弁護士に依頼したが、競売手続が開始されていたため、Ｃ弁護士は緊急措置として債権者Ｂから債権譲渡を受け、根抵当権の登記などの移転を受けることとした。他方で、税務署Ｙは、Ａに対する滞納処分として、土地建物を差し押さえた。Ｘ１、Ｘ２は、差押の取消を求めたが、Ｙは債権譲渡と根抵当権設定登記の移転がＡの無権限処分の追認に当たると主張した。（判決理由）「ある物件につき、なんら権利を有しない者が、これを自己の権利に属するものとして処分した場合において、真実の権利（ママ）が後日これを追認したときは、無権代理人の行為の追認に関する民法一一六条の類推適用により、処分の時に遡って効力を生ずるものと解するを相当とし（前記②昭和三八年最高裁判決）、本件において、Ｃ弁護士が原告（Ｘ）を代理してした前記行為は、ＡのしたＢに対する根抵当権の設定行為を追認したものと

解されるから、右根抵当権設定契約等は、Aがこれをした時点に遡って、Xについて効力を有すると解すべきである。

しかしながら、追認の効果は右の限度にとどまるものであって、これがため、本来Xの所有にかかる本件土地がAの所有となるものではないと解すべきである。けだし、右追認の意思表示は、XからAへの譲渡をも追認する意思は含んでいないものと解するを相当とするからである。たしかに、右追認の法理が、無権利者が他人の権利を自己の権利として処分した行為を有効ならしめるものであるため、無権利者の処分の前提である『自己のものとした』行為すなわち無権利者への移転をも有効とするのが一貫しているかのごとくであるが、権利を自己のものとする行為とこれを処分する行為とは理論上別個独立のものであり、本件の抵当権設定のような場合には、前者と切り離して後者のみを有効とすることは理論上なんらさしつかえないから、このような場合には、右追認の法理はあくまで権利者の意思に従い、権利者の追認した当該処分行為に限り、その効力を既往に遡らせるものにすぎないと解すべきものである。このことは、右法理が無権代理の追認に関する法理を、代理の形式はとらなくとも実質上これと同視すべき場合に類推して適用しようとするものであることからも肯認できるのである（なお、この場合、権利者たるXは、依然として本件土地の所有権を有するものであるから、Aに対してその登記名義の回復を求めることができるが、Bの根抵当権が有効に存在するため、抹消登記手続を請求することはできず、抹消にかわる移転登記手続を請求することになる）。」

②－3．札幌地判昭和四七年一一月二九日（判時七〇〇号一一三頁）（事実の概要）X会社がYに対して、Yの委託による小豆の買付による差損金と委託手数料を請求し、かつ、予備的に、仮に以上の買付がXの社員Aの手張り行為でも、YはAの背任に荷担したとして損害賠償を請求した。（判決理由）「一般取引について名義を盗用された本人がその事実を知りながらその取引行為を追認する旨の意思表示をしたときは、相手方および第三者の信頼を害することがない限り、その取引は当初から本人について有効であったものと解すべきである。けだし、この点につきわが民法上に明文はないものの、無効な行為について非遡及的追認を認める民法一一九条但書および無権代理について第三者の権利を害しない範囲での遡及的追認を認める同法一一六条の規定を類推すれば、一般に無効な行為についても第三者の権利を害しない限度で遡及的追認を認むべく、この理は本人自ら無効な行為をした場合に限らず、第三者が本人名義を冒用して相手方と取引をし、相手方が本人との間に取引が成立したと信じている場合に本人がこれらの事実を知りながら取引行為を承認する場合にも拡張して適用すべきものといえるからである。

よってＹが本件建玉の委託を事後的に明示黙示に追認したか否かについて判断するに、Ｘが訴外ＡのＹ名義による本件手張り行為の存在を知りかつＸから本件建玉の買付報告書の送付を受けながらＸに対し委託の否認を申し出るなどの処置をとらなかったことは前認定のとおりであるが、右の事実のみをもってしては委託を黙示に追認したものというに十分ではなく、・・」

（6）民一一六条の類推として、他人物売買の追認可能性を説くものは、石田穣『民法総則』（悠々社・一九九二年）四五二頁、内田貴『民法Ⅰ（第四版）』（東大出版・二〇〇八年）二九四頁、河上正二『民法総則講義』（日評・二〇〇七年）四二一頁以下、四五七頁以下など。

（7）授権概念を前提に、無権利者の処分の追認（追完）を説くのが、於保不二雄『財産管理論序説』（有信堂・一九五四年）、四宮和夫『民法総則（第三版）』（弘文堂・一九八二年）二三六頁以下、辻正美『民法総則』（成文堂・一九九九年）三一二頁、川井健『民法概論１民法総則（第二版）』（有斐閣・二〇〇〇年）二五五頁、三二〇頁、山本敬三『民法講義Ⅰ（第二版）』（有斐閣・二〇〇五年）三〇八頁。

（8）以上の追認（追完）と授権概念に関しては、特に、伊藤進『授権・追完・表見代理理論（私法研究 第一巻）』（成文堂・一九八九年）を参照。ただし、後述する我妻説、松坂説は、所有者の追認により無権限処分者に対する不当利得返還請求が可能となるというコンテクストで、以上の判例を引用している（後述）。

（9）我妻栄編『体系民法判例Ⅵ（事務管理・不当利得・不法行為）』（有斐閣・一九六八年）［四宮和夫］五九〇頁は、以上の④判決から大審院は判例変更して、所有者の選択権を否定したと理解している。

（10）例えば、鳩山秀夫『増訂・日本債権法各論（下巻）』（岩波書店・一九二四年）七八〇頁註二、前掲一・注（1）四宮四三頁、四五頁注(四)、澤井裕『事務管理・不当利得・不法行為［第三版］』（有斐閣・二〇〇一年）二二頁などを参照。

（11）準事務管理の肯定・否定に関する学説の状況については、好美清光「準事務管理の再評価」『不当利得・事務管理の研究（三）（谷口知平教授還暦記念）』（有斐閣・一九七三年）三七一頁以下、谷口知平・甲斐道太郎編『新注釈民法（一八）』（有斐閣・一九九一年）三二一頁［平田春二］を参照。

（12）本判決に対して、柚木馨『判例物権法總論』（有斐閣・一九五五年）三六一頁は、単に当然極まる結論であるとしている。川島武宜・川井健『新版注釈民法（七）』［好美清光］（有斐閣・二〇〇七年）二〇七頁もほぼ同旨。

他方で、舟橋醇一『物権法』（有斐閣・一九六〇年）二五七頁は、「一九三条が現物の存在を前提とすることは、同条の文字、および一九四条により代価弁償を定めたことからも、知ることができるから、一九三条を受けた一九四条についても、同様に解すべく、したがって、判旨は当然だとされるわけである。ただし、もし同判決の事案で、目的物たる電気銅が架空用電線に変形していても、なお特定性ないし同一性を保持しているようであったなら（原審は、変形により『消費』されたといっているけれども、上告論旨は、同一性を失わないと主張している）、目的物は変形して現存するものと解し、一九三条・一九四条を適用すべきであろう」と指摘する。鈴木禄弥「即時取得」『総合判例研究叢書　民法（六）』（有斐閣・一九五七年）五九頁以下、一三〇頁も、一九三条の適用を極力狭く解すべきことから賛成できるとする。しかし、他方で、物が転売されて現存する場合は、転買者が原所有者から返還請求を受けると、転売者は転買者から追奪担保責任の追及を受けるのと比較すると疑問の余地があると指摘している。

他方で、小池隆一『日本物権法論』（清水書店・一九三一年）は、損害賠償の義務を負うと解している。ただし、それでは、善意・無過失の占有者は責任を免れることになろう。

(13) 例えば、好美清光「判批」民商一二四巻四・五号七二三頁以下、池田恒男「民法判例レビュー」判タ一〇四六号六七頁以下など。ただし、前掲注（12）好美二二六頁では、「代価弁償には代価支払後の利息を含まない、と解されていることと関連させて理解されるべきであろう」と判例にある程度は親和的な理解を示している。

(14) 占有者の果実の返還義務に関しては、特に、花本広志「物から生じる収益と不当利得（一）（二）（三）」判タ七〇五号四五頁以下、七〇七号三九頁以下、七〇八条三四頁以下が決定的である。より簡単には、前掲一・注（2）藤原一三八頁以下を参照。

(15) 本稿は、本判決は善意占有者の取引の安全を拡大した、いわば判例による法発展であると考える。判例に賛成する学説としては、鳥谷部茂「判評」判時一七三四号一六一頁以下（判評五〇五号七頁以下）、一六四頁、中井美雄「判批」リマークス二三号二二頁以下、二五頁などを参照。

さらに、一九三条、一九四条での原所有者帰属説と善意者帰属説に関しては、前掲注（12）好美一九九頁以下を参照。本稿は、前掲一・注（2）藤原一九四頁注（206）で論じたように、鈴木（録弥）説を支持したい。

(16) 加藤一郎『不法行為（増補版）』（有斐閣・一九七四年）一〇七頁を参照。幾代道『不法行為』（筑摩書房・一九七七年）

六六頁注（一）、幾代道・徳本伸一補訂『不法行為』（有斐閣・一九九三年）六七頁注（一）は、加藤の記述に依拠している。四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（中）』（青林書院・一九八三年）三一二頁には、社会観念上回復を不能ならしめる行為も所有権侵害という記述がある。前掲注（10）澤井一五四頁も同旨。

(17) 例えば、潮見佳男『不法行為法』（信山社・一九九九年）、窪田充見『不法行為法』（有斐閣・二〇〇七年）には、処分が権利者に対して効力がない場合に関する記述は存在しない。吉村良一『不法行為法（第三版）』（有斐閣・二〇〇五年）四七頁の記述も極めて簡単である。

(18) 前掲一・注（1）我妻［一五〇八］

(19) 我妻栄『物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店・一九五二年）［二一三］以下、我妻栄・有泉亨補訂『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店・一九八三年）［二一三］以下を参照。

(20) 前掲一・注（1）松坂一五二頁。

(21) 前掲一・注（1）松坂一五六頁注（二）。

(22) 前掲一・注（1）松坂一五六頁注（三）。

(23) 前掲一・注（1）四宮一九三頁以下。

(24) 前掲一・注（1）四宮一九五頁注（二）。

(25) 前掲一・注（1）四宮一九四頁注（一）。

(26) 前掲一・注(17)三宅二八二頁以下。ちなみに、ここでの三宅説の後期普通法から現在に至るまでのドイツ法の紹介は、実に簡にして要を極めたものと考える。

(27) 前掲一・注(17)三宅二八八頁以下。

(28) 前掲一・注(17)三宅二九一頁。

(29) 前掲一・注(17)三宅二八八頁。以上の三宅説に対して、四宮説は、追認（完）による不当利得の承認という法律構成、および、わが国の判例の観察に関しては全面的に支持している。しかし、他方で、善意の利得者に対して客観的な価値賠償ではなく売却代金全部の請求を認める点には反対している。

(30) ちなみに、即断に過ぎる可能性もあるが、三宅説の事務管理理論には、普通法期のドイツの学説の検討を基礎としてい

る部分があると考える。というのは、本稿の対象以外でも、三宅説は転用物訴権でも、フォン・トゥール（von. Tuhr）の法律構成に依拠した解釈論を唱えている。以上に関しては、三宅正夫「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（三）』谷口知平教授還暦記念（有斐閣・一九七二年）三三八頁以下、前掲一・注（17）三宅三〇二頁以下。さらに、フォン・トゥールの転用物訴権論に関しては、平田健治「フォン・トゥールの『転用物訴権』論について（一）（二）」法政理論二〇巻三号一頁以下、二〇巻四号一〇二頁以下を参照。

(31) 前掲一・注（2）藤原二一六頁。

(32) 最判昭和二九年四月八日民集八巻四号八一九頁。ただし、学説には遺産共有の性質も含めて異論が多い。以上に関しては、例えば、中川善之助・泉久夫『相続法（第四版）』（有斐閣・二〇〇〇年）二三〇頁以下を参照。

(33) その旨を判示した、東京地裁平成七年一一月三〇日判時一五七八号七一頁を参照。

(34) 筆者にはフランス法の調査能力はないが、Peter Schlechtriem, Restituton und Bereicherungsausgleich in Europa, Ⅱ, Mohr, 2001, S.178f. によれば、フランス法では債権者の弁済受領者に対する返還請求が（判例が発展させた）一般不当利得で認められているようであるが、一部の学説は債権者代位権を優先させ、かつ、それが本来の請求のあり方だと解しているとされている。

(35) 金法一三九二号四三頁。

(36) 本判決に関する筆者の考え方は、藤原正則「判批」リマークス三四号三八頁以下を参照。

(37) 前掲注（16）加藤一一八頁、幾代六八頁、幾代・徳本六九頁、注（10）澤井一五五頁、注（17）吉村四九頁など。

(38) 前掲注（16）加藤一一八頁以下。

(39) 前掲注（16）四宮四四〇頁。

(40) 民四七八条に関する学説は、例えば、前掲一・注（3）澤井八一頁以下、奥田五一〇頁、内田五七頁など。不当利得に関する学説としては、前掲一・注（1）我妻［一五四六］、松坂一六五頁、四宮一九九頁、前掲一・注（2）藤原二三〇頁。

(41) 前掲一・注（1）我妻［一五四六］、前掲一・注（3）澤井一一〇頁。前掲一・注（1）四宮一九九頁もＢＧＢ三六二条二項を指示している。

(42) 前掲一・注（3）奥田五一〇頁。

(43) 前掲一・注（3）澤井八一頁以下、一一〇頁以下。
(44) 例えば、前掲一・注（3）澤井八一頁以下、奥田五一〇頁以下、平井一九九頁、内田五七頁、潮見佳男『債権総論（第三版）』（信山社・二〇〇五年）二四二頁以下など。
(45) 反対に弁済効の確定を説くのが於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣・一九八三年）三五八頁、北川善太郎『債権総論（第二版）』（有斐閣・一九九六年）九四頁。
(46) 但し、前掲一・注（2）藤原は、債務者の一般債権者が債務者の弁済受領者に対する非債弁済の不当利得を差押さえた場合の不都合を考慮するが、債権者の非債弁済の不当利得は偶然の産物だから、債権者が優先すると解している。つまり、弁済受領者の財産に弁済が混入することで、債務者の財産から分離されたと解していることになる。
(47) 潮見佳男『プラクティス民法・債権総論（第三版）』（信山社・二〇〇七年）三一七頁以下。
(48) 中舎寛樹「判批」金法一七八〇号七頁以下、九頁以下。
(49) ただし、最近の学説で、以上の最高裁判例の信義則の用い方が、恣意的だと指摘するものがある。廣峰正子「民事判例研究」法時八〇巻三号一〇三頁以下、一〇六頁。さらに、廣峰正子・宮本幸祐「信義則による主張制限と禁反言の原則」神戸学院法学三七巻二号一四五頁以下も参照。
(50) 前掲一・注（3）内田五七頁。
(51) 山田誠一「判批」『平成一六年度重要判例解説』ジュリ一二九一号八六頁以下、八七頁。
(52) 角田美穂子「判批」法セ六〇三号一二〇頁、小野秀誠「判批」金法一七四八号七頁以下、一〇頁。
(53) 藤原正則「判批」民商一三二巻一号一一二頁以下、一一七頁、岡孝「判批」リマークス三二号六頁以下、九頁。
(54) 笠井修「判批」ひろば五八巻一〇号五三頁以下、五六頁。
(55) 例えば、Münch/Mertens, 3.Aufl.(1997), §823, Rn.131を参照。圧倒的な通説だとされている。さらに、E・ドイチュ／H・－J・アーレンス（浦川道太郎訳）『ドイツ不法行為法』（日本評論社・二〇〇八年）一二九頁も参照。
(56) 反対説が、例えば、前掲二・2・注（58）Larenz/Canaris, aaO., S.397ff. カナーリスは、債権をその他の権利として承認する少数説に理があるとする。その理由は、債権は財産権の対象として債権者だけに帰属し、その意味で、割当内容と排他的機能を有している。通説は、債権はＢＧＢ八一六条二項で十分に保護されており、八二三条一項の適用の必要はな

いという。しかし、この論証には、実用的な根拠付けに典型的な二重の弱点があるとする。まず、体系的整合性に欠け、反対の例証を示されればたちまち破綻する。例えば、有限会社の取締役が、ＢＧＢ四〇七条で債権者に対して有効に他人の債権を回収したが、ＢＧＢ八一六条二項の請求権は有限会社が無資力で無意味だった場合である。その際に、取締役に不法行為によりＢＧＢ八二三条一項で損害賠償請求できないというのは理解できない。他人の債権の回収でも、他人の物を処分した場合と、利益状況は重要な部分で変わりはない。特に、有体物の所有権の侵害とは異なり、債権は公示性に欠けるというのは決定的ではない。特に、例えば、取締役が、所有権留保された動産を処分したことで、ＢＧＢ八二三条一項で損害賠償義務を負い、延長された所有権留保で譲渡された転売代金債権を回収しても、不法行為責任を負わないということになり、不合理であるというのである。

(57) 例えば、Dieter Medicus, Schuldrecht, Besonderer Teil, 12.Aufl., Beck.2004, Rn.812 (S.391f.) を参照。

(58) ただし、譲渡特例法による債権譲渡では、話が違ってくる。例えば、ＡがＢに譲渡特例法によりＳに対する債権を譲渡して登録し、その後に民法の債権譲渡の方法でＣに債権譲渡し、確定日付のある証書で債務者Ｓに通知したとする。その場合、Ｃは債権の帰属ではＢに劣後するが、ＳのＣに対する弁済は有効である。したがって、ここでは劣後譲受人に対する弁済が容易に発生するが、債務者との関係では無権利者に対する弁済の事例ではない。もっとも、その意味で債権は消滅するから、損失の要件が問題になることはない。

四．おわりに

1．他人の物の無権限の処分

ここでのドイツ法とわが国との最も大きな違いは、わが国では占有離脱物の回復請求権は二年の期間制限に服すこと

（民一九三条）、及び、競売以外にも、公の市場、同種の物を販売する商人から取得した場合は、（原）所有者の回復請求に対して占有者の代価弁償（対価抗弁）を認めていること（民一九四条）であろう。反対に、ドイツ法では占有離脱物でも有価証券・金銭では常に、及び、通常の動産でも公の競売による取得では善意取得が認められる反面、それ以外では、所有者の無条件での回復請求が許されていた。

確かに、ドイツ法でも民法典の立法段階では、誤想事務管理を否定していた。かつ、理由書も無権限処分を追認して、無権利者に対して取得物の引渡を請求することも明示的に退けていた。ところが、無権限処分が無効な場合も、動産が発見できない場合、及び、回復しても物が劣化している場合は、善意取得があった場合と比較して、却って、所有者は不利な地位に立たされる。その結果、判例・学説は、善意・無過失の中間占有者の処分を追認して、不当利得返還請求が可能という一種の法形成を実現している。仮に、所有者が現占有者から物を回復した場合は、中間占有者もその後主からの追奪担保責任の追及を受けることは間違いがない。したがって、所有者からの不当利得返還請求は、いわば追奪担保責任の代償として合理化が可能である。しかも、判例は所有者の中間占有者に対する請求を追認と解し、かつ、追認の効果は確定すると考えるが、学説は、中間占有者の無資力の危険を所有者に負担させないために、条件付追認、売却代金の返還と同時履行の追認を提案している。いわば債権的請求権による所有権保護の完全化が実現されているといえる。以上は、（誤想）事務管理に関する民法典の立法者意思には反するが、ＢＧＢの善意取得の規定の与える所有権保護からは逸脱しているとはいえない、一種の法形成（Rechtsfortbildung）の結果であろう。

他方で、わが国では、第三者が有効に権利取得しない限り、損害の要件を欠くから、所有者は直接の侵害者に対しても損害賠償請求できないというのが、大審院の判例だった。不法行為に関する学説も、この点を特に問題にしてはいない。他方で、不当利得に関する判例は、第三者の権利取得の有効性には言及せず、直接の侵害者に対する不当利得返還

請求を容認している。所有者の追認と（準）事務管理を根拠として（ではあるが）、処分者に故意・過失がある場合に、所有者の売却代金の引渡を認めた判例がある。さらに、判例は、目的物が滅失した場合に、過失のある中間占有者に対する不当利得返還請求権を認容している。学説も、直接の侵害者の処分が無効でも、無権限処分を追認して、所有者は不当利得返還請求が可能と解している。以上からは、処分者に故意・過失がある場合は、判例・学説は不当利得返還請求を肯定しているといえよう。つまり、不法行為の損害の発生の要件を補完しているのが、不当利得法だということになる。

他方で、善意・無過失の中間占有者に対する不当利得の返還請求を認めた判例は見あたらない。加えて、原物返還不能の場合は、民一九四条の回復請求権のみならず、不当利得の返還請求も認めないのが、判例の立場であった。さらに、盗品の善意・無過失の中間占有者に対する不当利得返還請求で、中間処分者の対価控除の抗弁を認めた裁判例、民一九四条の解釈として（原）所有者からの回復請求後も代価弁償の弁済提供までは使用利益の返還義務を免除した判例がある。このような判例は、民一九三条、一九四条の与える取引の安全を拡大する方向性を指向している。したがって、ドイツ法のように、善意・無過失の中間占有者の処分の追認による不当利得の返還請求とは、判例の考え方は無縁であろう。以上は、民一九三条、一九四条が与える取引の安全と所有権保護をどう調整するかという問題であり、その具体化は、本来は、将来の判例・学説の課題であろう。ただし、ここで試論を提示すれば、以下のようになる。

他人の物を無権限で処分した直接の侵害者は、処分の有効・無効と無関係に所有者に対して不当利得返還義務を負うべきであろう。直接の侵害者には、多くは故意、少なくとも過失があるからである。つまり、何度も繰り返したように、ここでは不当利得は不法行為の損害の要件を補完していることになる。かつ、以上の理は、中間処分者に過失がある場合も同様に解することが可能であろう。その際に、損害の発生を厳格に解するなら、所有者の追認を認めるべきことに

なろう。他方で、善意・無過失の中間占有者に対しては、原則として不当利得返還請求は不可能だと考える。

さらに、物が滅失した場合、現占有者に不当利得返還請求できるかが、問題となる。民一九三条の回復請求を受ける現占有者に対しては、原物返還に代わる不当利得返還請求が可能か否かで解釈が分かれる可能性がある。しかし、民一九四条の適用される場合に、物の客観的価値と代価弁償の差額の価値賠償も認めなかった判例（⑫）の方向性を尊重するなら、不当利得返還請求は否定され、過失のある（中間）処分者、多くの場合は直接の処分者への請求が指示されることになる。このように解すると、民一九三条、一九四条の与える取引の安全は、より完全なものとなる。

他方で、民一九四条が適用され、かつ、原物返還が不能でも、現占有者は物の客観的価値と代価弁償の差額の返還義務を負うと解する余地もある。そうすると、民一九三条が適用されるときは、原物返還が不能でも、回復請求権は価値賠償請求として存続すると解するのは当然であろう。その結果、現占有者は、物の客観的な価値賠償義務を負い、前主に対して追奪担保責任を追及することとなる。その際に、前主が善意・無過失でも、物の客観的価値と代金との差額は信頼利益として損害賠償の請求が可能であろう。他方で、（原）所有者は過失のある中間占有者、又は、直接の侵害者に現占有者に弁償した代価を損害賠償請求することになる。(1)

結論として、侵害利得は所有権の継続的効果（Rechtsfortwirkung）であり、所有権保護を目的とするが、その具体化は所有権保護と取引の安全に関する物権法上の法規定の評価に依存しているということになる。(2)

2．他人の債権の無権限の取立

他人の所有権の侵害とは異なり、他人の債権の取立では、ドイツ法とわが国でも共通の議論が可能な要素が多い。し

かも、他人の債権の取立では、不法行為又は不当利得による債権者の請求の相手方は、直接の侵害者に限られる。したがって、ここでは、善意・無過失の中間処分者に対する不当利得返還請求権が行使されるという恐れもない。そうすると、他人の物の処分とは異なり、一般的に債権者の追認を認めることも十分に可能であろう。しかし、侵害の対象となった所有権では、有体物所有権は排他的に所有者に帰属している。ところが、無権利者への弁済は、債務者の財産に由来する。したがって、債務者の給付の債権者への排他的帰属を観念することはできない。その結果、債務者の一般債権者との競合、債務者の債権者に対する反対債権での相殺の利益が問題となる。この限りで、ドイツ法とわが国で問題の所在は同じである。

以上を前提に、わが国での解釈論を考えたい。ここでの問題も、侵害者（弁済受領者）の他人の権利領域への干渉に対する権利者の反動的請求の可否である。ただし、他人の物の処分とは異なり、ドイツ法でも債権者の追認の可否に対する評価が分かれていたように、「債務者の弁済」が債権者の権利領域に属するかが問題である。その理由は、確かに、当該の債権は債権者に帰属してはいるが、債務者の給付は債務者の財産に由来するからである。それゆえ、債務者の給付は債務者に帰属すると考えて、債権者の弁済受領者に対する不法行為による損害賠償、及び、不当利得の返還請求を否定することも可能であろう。その場合は、債権の存続ゆえに、損害、又は、損失がないと解することになる。そうなると、債務者が無資力の場合は、債権者は債務者の非債弁済の不当利得の返還請求権を代位行使すべきことになろう（民四二三条）。先述したように、債権者にとって最もシリアスな局面は、債務者が無資力のケースである。しかも、通常は当該の債権の債権者以外の一般債権者は、債務者の無権利者への弁済を知る可能性は低い。したがって、以上の可能性でも、債権者は十分に権利保護を与えられていると考える余地もある。しかし、反対に、債権者の弁済受領者に対する請求は可能だと考えることも十分に可能だと解したい。その際に、判例のように弁済受領者の信義則違背を理由とせ

ず、損失の要件を厳格に解するなら、債権者の弁済、又は、弁済受領の追認を観念する他はないであろう。[3] さらに、民四七九条によれば、債権者が利益を受けた限度で、債権の弁済効が発生する。同条の趣旨は、目的の達成による債権の消滅であろう。そこで、澤井説は、債権者は債務者に対しては債権を放棄して、弁済受領者に返還請求できる。つまり、債権者の承認（追認）を、債権者が利益を受けた場合と解している。基本的には、以上の澤井説を支持したいが、問題は債務者（及び、債務者の弁済受領者に対する非債弁済の不当利得返還請求権を差押さえた、債務者の一般債権者）との競合である。[4] その際に、追認した債権者が、債務者に優先する、つまり、債務の弁済効が確定すると解する理由はないと考える。しかも、債権者の追認が終局的なら、債権者は弁済受領者の無資力の危険を負担する結果となる。それゆえ、債権者は弁済受領者の返還義務の履行と同時履行での追認が可能であると解したい。他方で、弁済受領者の債権者への弁済までは、債務者は反対債権で債権者に相殺を主張すること、及び、弁済受領者に対する不当利得返還を請求することが可能である。つまり、債権者と債務者は競合関係に立つ。[5] ドイツの学説も、債務者は弁済を錯誤で取消し、弁済受領者に対して不当利得返還請求が可能だと、債権者の追認と債務者の取消の競合を説く学説（Canaris）、及び、弁済受領者が債務者に返還しないことを留保しての債権者の追認を主張する学説（Harm Peter Westermann）があった。要するに、債権者の弁済受領者に対する返還請求が可能だとしても、債権者の優先を基礎づける根拠は見あたらない。したがって、自己の権利領域への干渉に対する反動的請求を構想するにしても、権利者（債権者）に優先権を与えることはできない。以上の限りで、無権利者による他人の債権の取立の事例では、他人の物の無権限処分とは異なり、ドイツ法とわが国とでより共通の議論が可能だということになる。その意味では、無権利者への弁済のケースでは、権利保護の補完である侵害利得は、取引の安全の制度の異なる有体物、特に、動産の無権限処分とは、その様相を異にすることになるというのが、本稿の検討の結果である。

（1）さらに、民一九三条が適用され原物返還が可能なケースについては、民一九四条に関する最判平成一二年六月二七日（民集五四巻五号一七三七頁）の射程は及ばないから、以上のいずれの可能性を選択しても、占有者は訴訟係属以後の使用利益の返還義務を負うはずである。

（2）本来は、以上の解釈には、ドイツ法ではなく、民一九二条から一九四条の母法であるフランス法を参照すべきであろう。しかし、筆者にはフランス法の調査能力がない。そこで、前掲三・注（34）Schlechtriem, aaO., S.122ff. のフランス法に関する記述を紹介しておく。つまり、シュレヒトリームは、フランス法の動産の善意取得の規定は、代価弁償を認める点で、ドイツ法より取引の安全を保護しているとする。その上で、当初は不動産の処分の事例で、所有者の売得金の返還請求を認めたが、動産では侵害者に対する損害賠償、又は、占有者に対する所有物返還請求を指示した。かつ、既に一八七四年に破棄院は中間処分者に対する売却代金を所有物返還請求権の代償として請求することを拒否し、不法行為による損害賠償請求権を指示している。同判決は判例による一般不当利得法の承認の以前のものだが、後にも破棄院は同判決を確認している。かつ、判例は、中間処分者の利得は所有者の処分権限の侵害ではなく、売得金であり、かつ、前主との契約が売得金の正権限（juste titre）だと解している。他方で、過失を前提として、不法行為による損害賠償請求は認めている。かつ、最近の判例では、不当利得は問題とせず、専ら不法行為の成否が問われている。以上は、法理論ではなく、所有権保護より取引の安全を優先するフランス民法の二二七九条一項、二二八〇条の帰結であると評価している。

（3）弁済の追認、弁済受領の追認のいずれも、論理的には可能であろう。但し、ロトの説くように、債務者の無権限者への弁済は、存在しない債権への弁済であり、債権者の債権ではないから追認できないと考えるなら、後者を選択することになる。かつ、「給付の追認」を定めるＢＧＢ三六二条二項のような規定は、わが国には存在しないから、このことに問題はないと考える。

（4）仮に、債権者が優先すると考えるなら、無権限の弁済受領者への弁済によって、弁済（給付物）は債務者の財産から分離されたと考えることになる。しかし、その場合でも、債務者が弁済受領者に非債弁済の不当利得を返還請求できることは否定できないから、少なくとも債権者の追認までは、債権者に給付物が排他的に帰属すると考えることは不可能であろう。

（5）前掲一・1．注（2）藤原二三〇頁では、債権者は債務者の弁済を追認して、弁済受領者に不当利得返還請求できる。

かつ、債務者の一般債権者が債務者の弁済受領者に対する非債弁済の不当利得は偶然の産物ゆえ、差押債権者は債務者の他の財産に執行すればよいと解していた。つまり、無権利者への弁済給付により、給付物は債務者の財産から分離されたと考えていた。しかし、本文のように、私見を改説することとする。

※本稿は、平成一九年度～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）全国銀行学術研究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。