

Title	間接代理（問屋）をめぐる責任財産及び直接訴権(1)
Sub Title	Le mandat indirect et l' action directe (1)
Author	平野, 裕之(Hirano, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2004
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.1 (2004. 12) ,p.103- 163
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20041215-0103

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

間接代理(問屋)をめぐる 責任財産及び直接訴権(1)

平野 裕之

目次

序章 間接代理(問屋)と責任財産をめぐる原則・直接訴権

- (1) 前稿との関係
- (2) 間接代理をめぐる問題点の確認
- (3) 問題解決のための様々な法的構成の可能性
- (4) 本稿の構成

第1章 問屋の破産に対する委託者の保護

1 問屋が実行行為として取得した債権及び物権についての委託者の保護(総論)

- (1) 問題の提起
- (2) この問題についての一般論的考察

2 商法552条2項の沿革の確認

- (1) ロエスレル起草の旧商法
- (2) 現行商法
- (3) 本稿の大胆な推論

3 買入委託の場合(各論1)

- (1) あるべき結論
- (2) 判例の状況
- (3) 学説の状況
- (4) 本稿の立場
- (5) 残された問題点(以上まで本号)

序章 間接代理(問屋)と責任財産をめぐる原則・直接訴権

(1) 前稿との関係 **本稿の狙い** 本稿は、筆者の代理における顕名主義

についての前稿と直接訴権についての前稿の続編である。本稿のテーマについての詳しい問題提起をする前に、本テーマと前稿との関係について確認しておきたい。

(a) 代理の顕名主義についての前稿に残された問題　筆者は、前稿「代理における顕名主義について」では、立法論としても解釈論としても民法の顕名主義（民法100条）で統一すべきである旨を述べた¹⁾。その補強理由として、顕名がされなかった場合でも、間接代理（問屋²⁾）の法理を適用して適切に解決できることを示唆したが、具体的な法的構成の説明は控えた。本稿は、そこで宿題として残した間接代理（問屋）についての法理を論証しようとするものである。

(ア) 問屋の一般債権者の排除　商法学者の議論　先ず、問屋が委託の実行行為として取得した権利（販売委任の代金債権、買入委任の所有権）が問屋の責任財産とされることを阻止する権利を委託者に与える必要がある。しかし、これは、問屋の債権者による差押えまた破産管財人の権利行使を排斥する防御的な保護に過ぎず、所有権についてはその上で取戻し（引渡し）を受ければ十分であるが、販売委託の事例における問屋の相手方³⁾に対する代金債権については、さらに第三債務者である相手方への直接の権利行使を認める必要がある。これが次の課題であり、この検討の際には、問屋の報酬債権の保護を欠かすことはできない。

(イ) 代金債権についての問題　委託者の相手方への権利行使
(ア)に指摘したように、委託者が相手方に対して代金債権の直接権利行使を

1) 拙稿「代理における顕名主義について」法律論叢75巻2・3号（平14）1頁以下。

2) 商法は、取次をいわゆる相対的商行為とし（商法502条11号）、物品の販売を業とする者を「問屋」としていくつかの規定を設けて規律し（商法551条以下）、この規定をそれ以外の取次を業とする者に準用している（商法558条、準問屋）。

3) 取次委託契約からいうと「第三者」、実行行為からいうと「相手方」である。旧商法では「第三者」と表示されていたが、現行商法上の用語では「相手方」と称されている（民法の代理規定もこれと歩調をあわせて、旧民法の「第三者」から「相手方」に変更されている）。

可能とする法理を探求する必要がある。民法646条2項により、委託者は問屋が自己の名で取得した財産権の移転(移転の意思表示及び対抗要件具備)を求められることができる。しかし、問屋による財産権移転の意思表示が必要であり、また、債権の移転の意思表示があっても、相手方への対抗要件(467条1項)を具備しなければ相手方に対抗できない。そして、第三者対抗要件(467条2項)を具備しなければ第三者に対抗できないが、問屋の差押債権者や破産管財人に第三者性を認めたら、そもそも(ア)の問題が土台から崩れてしまう。これらの点を回避して委託者を保護することが課題である。

委託者の相手方また相手方から委託者への代金債権の直接の行使については、商法学者は、委託者・相手方との間には契約関係が成立していないので債権譲渡を受けない限り認められないことが当然視され、殆ど議論がされていない。ところが、この点については、直接の請求権という観点から、民法学者によって研究がされている⁴⁾。

(b) 直接訴権についての前稿の各論的問題　また、筆者は「債権者代位権の優先的債権回収制度への転用」と題して、直接訴権を日本法にどのような形で導入することができるかを検討する論稿を書いた⁵⁾。直接訴権が単に契約責任を拡大するだけのものではなく、直接の請求権を認めて中間者の債権者を排除することを可能とする有益な制度(担保的制度)であることは、フランスにおいて論証されており日本にも紹介がされている。間接代理(問屋)は直接訴権という観点からも興味あるテーマであり、本稿はこの未完の別稿の続稿でもある(正確に言えば、各論として連載を予定していたところを小出しに書いていく予定)。直接訴権という観点からは、間接代理(問屋)は、次の2つの問題を提供する。

(ア) 委託者・相手方間の直接訴権　販売委託における委託者から相

4) 柳勝司「受任者の名によって為された委任事務の実行をめぐる法律関係について(1)(2)完」法政論集82号(昭54)、83号(昭55)がある。

5) 拙稿「債権者代位権の優先的債権回収制度への転用(1)(2)(3)」法律論叢72巻2・3号(平11)、72巻4号(平11)、72巻6号(平12)。

手方への代金債権の直接訴権については（(a) は直接訴権の問題と競合する）買入委託の目的物所有権についてと統一的に説明できる理論構成が望ましく、直接訴権に拘泥する必要はない。しかし、相手方から委託者への直接訴権については、委託者と異なり相手方・問屋間には委任関係がないので、ここまで委託者と統一的な法理による必要はない。

（イ）間接代理の復委任の場合の直接訴権　また、蛇足となることを恐れるが、間接代理（問屋）において、問屋が更に別の者に再委託をした場合の、委託者と再委託を受けた問屋との間の直接訴権（相互的）についても、直接訴権研究の一貫として考えていこう。

（2）間接代理をめぐる問題点の確認　問屋についての商法学者の議論

ローマ法では代理制度は認められておらず、中世に至って取引の要請に基づいて代理制度が認められていくが、当初は現在の直接代理（いわゆる代理）と間接代理（問屋）とが明確に区別されていなかった。英米法では、このことが未だに尾を引いており、両者が必ずしも明確には区別されていないようであり、代理における非頭名主義の採用がこのような曖昧な状況を更に曖昧にしている（問屋（間接代理）という制度については、非頭名主義が採用されている英米法では、自己の名義する・他人の名義でするかとの区別が厳格ではなく、大陸法の問屋に正確に該当するものは見当たらないといわれている⁶⁾）。ところが、大陸法では、フランス商法典そしてドイツ商法典と問屋概念が認められるようになると、代理

6) 西原寛一『商行為法』（昭35）265頁注（5）。大塚龍児「問屋の委託実行行為により生ずる法律関係の観点から見たagencyの法理」『鈴木竹雄先生古稀記念 現代商法学の課題下』（昭50）1221頁の表現を借りれば、「英米法は（直接）代理（人）と区別される取次ないし問屋という独自の法律構成をもたず、（直接）代理も取次（間接代理）もともにagencyの法領域の中で取り扱われている」。直接代理・間接代理の区別自体古いものではなく、1609年のアントワープ都市法がイタリアの法学者の説に依拠して初めて明らかにし、フランス商法典が問屋なるものを初めて規定し、ドイツ旧商法典もこれに倣ってさらに詳細な規定を置いたといわれる。

と 間接代理とが区別されるようになり、代理であるが顕名がされていない場合は、代理の効果が認められない結果として間接代理と同様の法律関係が認められることになる。逆にいえば、他人が代理権を有しているのかそれとも自己の名でする授権⁷⁾のいずれの権限を持っているかにより両者は区別され、たとえ非顕名主義を採用したとしてもこの区別の意味は否定されることはない⁸⁾。

問屋では、委託者が出捐者でありながら、形式的な権利の帰属者は問屋になってしまい、問屋が破産した場合に、問題の権利(販売委託の場合には代金債権、買入委託の場合には目的物の所有権)は破産財団に組み入れられてしまうのか、それとも委託者に破産手続において何らかの特別の権利が認められるべきなのか、問題になることは周知のところである。

(a) 委託者保護の問題 商法上は後述の通り、委託者側の保護については詳しく議論がされている。どうして委託者保護が問題になるのか、代理形式がとられた場合との比較で問題を確認しておこう。

(ア)代理形式の場合

7) 来住野究「問屋営業における法律効果と経済的效果の牽連関係」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集36号(平7)69頁は、「問屋契約における委託者の効果意思として、経済的效果意思とでもいうべき抽象的な権限の問屋への授与を認めることができるのではないだろうか」と、「経済的效果帰属権限」というものを提唱する。そして、この権限を観念することにより、問屋の実行行為をめぐる法律関係を新たな角度から理論構成し、また、商法552条2項の適切な説明を可能とするものにしようとしている。財産管理権が代理権、授権に限らず、事実行為も含めて他人の事務に干渉する権限というものが想定できるのはその通りである。

8) わが国の商法は、非顕名主義を採用しながら(商法504条)間接代理といわれる問屋という制度を認めている。非顕名主義の下でも、問屋のように自分を当事者として契約がされた場合には、問屋自身に効果が帰属するのであり(商法552条1項)但し、商法522条2項の規定のため、相手方との関係では代理の効果は生じないが、問屋・委託者間では代理の効果が生じ、問屋につき不完全ながら相対的に問屋・委託者間では代理の効果が承認されている。商法552条2項の意味については後述する。

代金債権が問題になる場合 販売代理 代理の形で財産権が代理人により売却された場合、その代金債権は本人=委託者に帰属することになり、代理人が破産しても何も問題にならない。但し、代理人が代金の受領代理権まで与えられており、代金を受領した場合には、間接代理人（問屋）が代金を受領した場合と同様に問題になる。そのため、代金受領後は、代理・間接代理を問わず委任契約共通の問題になる⁹⁾。

所有権など財産権の取得が問題になる場合 買入代理 次に、代理人により代理形式で財産権を取得した場合には、目的財産は直接本人たる依頼者に契約当事者として帰属することになり、代理人が引渡しを受けても、代理人の財産=代理人の債権者の責任財産にはならない。従って、本人は所有権であれば所有者として取戻権（改正前破産法87条以下。改正破産法62条以下）が認められる。

もし問題が生じるとしたら、代理人が目的物を買入後、本人に無断で自分の財産として売却し、売主として代金債権を取得した場合である（代金が支払われてしまえば、と同じ）。この無断売買の代金債権は本人に帰属していた所有権の価値的代位物とでもいうべきものであり、支払前については本人=依頼者に特別の保護を考えてよく、代償的取戻権が認められる（改正前破産法91条、改正破産法64条）。

（イ）間接代理（問屋）形式の場合 ところが、代理形式とは異なり、間接代理（問屋）形式で取引がされた場合には先に述べた問題が出てくる。英米法では、代理・間接代理の区別が明確ではなく、非顕名主義を採用し、委託

9) 金銭については、特定物としての特別の保護は認められていないので、代理人の財産に混入してしまえば単なる金銭債権となり、代理人の財産に対して債権者平等の原則に従った権利主張ができるだけである。何らかの形で、代金が特定性を保っている場合にのみ、単なる金銭債権を超えて物権的効力を持つ請求権、いわゆる物権的価値返還請求権ということを議論する余地はある。しかし、問題があまりにも散漫になるので、この問題は原則として本稿では取り上げないことにしよう。

者・相手方との間に直接の法律関係を認めることにより、この問題が回避されているようである(前稿に譲る)。日本の商法でも非顕名主義が採用されているので(商法504条)同様に問題にならないのかということ、他方で、間接代理と代理を区別し非顕名主義の適用は飽くまでも代理の場合にその適用が制限されるので、状況は全く同じにはならない。間接代理(問屋)の場合には、代理についての非顕名主義は適用されず、問屋が契約当事者になることが認められているのである(商法552条1項が明確にこのことを認める)。そのため、以下のような問題が生じてくる。

代金債権が問題になる場合 販売委託 先ず、販売委託の場合に、受託者たる問屋が自己の名で販売することを認めるものであり、売主は問屋となるので¹⁰⁾、代金債権は委託者の所有権の価値的代位物であるのに問屋の債権者の責任財産になるのではないかと、といった疑問が出てくることになる。

所有権など財産権の取得が問題になる場合 買入委託 また、問屋が自己の名で財産権を取得した場合には、問屋に財産権が帰属してしまいその債権者の責任財産になるのではないかと、といった疑問が生じてくる。

このような問屋の事例については、経済的実質は相手方・委託者間の財貨の交換であるが、「経済的実質を重視しすぎれば、問屋制度の否定につながるから、それにも限界があり、また、政策的にみても、問屋の一般債権者保護の必要が常に委託者保護の必要に劣後するかも疑問という指摘がされていることにも¹¹⁾、われわれは耳を貸す必要がある。

(b) 相手方の代金債権保護の問題 相手方の保護が問題となるのは、相手方が売主となる買入委託の場合の代金債権の保護についてである。この問題については、商法上殆ど問題とされておらず、立法論的な課題がわずかに指摘

10) 但し、物権法理としては、代理権の授与に匹敵する目的物についての授權がされていることになる(処分授權。即時取得を問題にする必要なし)ため、所有権の移転は、委託者から相手方に移転することになる。従って、委託者・相手方は物権変動の当事者ということになる。

11) 岩崎稜「問屋」法学セミナー26巻9号(昭57)73頁。

されるだけである。

代理形式の場合　　先ず、代理形式の場合には、本人=委託者が買主となり代金債務を負担することになるので、代理人が倒産しても問題はない。本人が代理人に代金を渡していても、代理人が相手方に支払っていない以上は、本人の代金債務は残ったままであり、やはり問題は生じない。

間接代理（問屋）形式の場合　　これに対して、間接代理の場合には問題である。買入委託の本人には、(a)に見たような問題があり後述のようにその保護が模索され、確実に財産権を取得できるようにされていながら、相手方には、代金債権の債務者は受託者たる問屋であり依頼者から債権回収ができないというのは適切ではない。相手方の委託者への直接の支払請求を認めるべきであり、また、問屋との契約解除の場合にも委託者に民法545条1項但書の「第三者」性を認めずに目的物の取戻しを認めるべきであろう。前者の直接請求をどう構成するかを本稿では検討する。

(3) 問題解決のための様々な法的構成の可能性

(a) 責任財産の原則における修正　　先ず“財産権はその帰属する者に対する債権者の責任財産になる”という原則を修正して、委託者を保護すること

12) 最判32年12月19日民集11巻13号2278頁、最判昭48・3・27民集27巻2号376頁、最判昭52・8・9民集31巻4号742頁、判昭57・3・30金法992号38頁など。近時としても、例えば、東京高判平11・8・31（高民集52巻36頁、判時1684号39頁、金法1558号24頁、金判1075号3頁、東京高民時報50巻1～12号19頁は、預金者の認定における客観説ないし出捐者説により、マンション管理会社が自己名義で預金している積立金について、「区分所有者から徴収した管理の費用は、管理を行うべき管理組合に帰属するものである。管理組合法人が設立される以前の管理組合は、権利能力なき社団又は組合の性質を有するから、正確には総有的又は合有的に区分所有者全員に帰属することになる」と判示し、また、弁護士預かり金について、東京地判平14・3・15判時1799号103頁、金法1657号34頁も出捐者の預金と認定し、損害保険代理店の保険料専用口座についても、最判平15・2・21民集57巻2号95頁も保険代理店に帰属するものとしている。

が考えられる。なお、預金者の認定における出捐者説のように、契約法理を修正してそもそも問題となる権利を名義人に帰属させない処理も考えられる¹²⁾。しかし、預金者の出捐者説は法律行為法(契約法)としては異例であり、それは顕名なしに更には代理意思なしに、経済的実質に対応した代理の効果を認めることを意味するものであり、一般理論化に耐えるはずはなく、いわんや問屋への応用は無理であろう。

(ア) 信託財産とする構成 問屋に財産権は帰属 財産の経済的実質と形式的な帰属との乖離が信託という形で行われる場合には、信託の法理により実質的帰属主体の保護は十分に図られることになる(少なくとも、権利の帰属に付いては)。即ち、形式的帰属主体である受託者の財産とは分別管理され、受託者の債権者の責任財産とはならない(信託16条)。財産権が所有権でも金銭債権でもよい。確かに、問屋についても、法律形式と実質との乖離という点、そして、それが当事者の合意に基づいて作られている点は、信託関係に近似する(後述のように信託法理の利用可能性を示唆する学説もないわけではない)。しかし、ここでは契約行為だけが委託されているのであり、それを超えて財産管理までが委託されているのではなく、信託と構成するのはいささか無理がある¹³⁾(預金者の認定において、このような信託法理を活用しようとする判例も散見される 注(14)参照)。従って、契約解釈として信託契約を認めることができるならば、信託財産という形での解決が可能になるが¹⁴⁾、問屋委託契約の契約解

13) 筆者は「ファイナンスリースと瑕疵担保責任」法律論叢62巻1号(平1)において、リース契約を信託契約と構成する可能性を認めたが、それはユーザーが財産を会計・税理事務をリース会社に所有者として行ってもらうためである。問屋の場合には、会計・税務がどうなるのかわからないが、最終的に委託者が目的物を取得するのであり、リース契約とは異なっている。

14) 預金者についても、客観説ないし出捐者説が採用される前の判例は、「右の預金債権は上述のようにいわゆる信託財産であってA〔預金名義人〕個人の財産には属しない」とされていた(最判昭和29・11・16判時41号11頁、大阪高判昭38・7・18金法350号6頁)。近時でも、最判平14・1・17民集56巻1号20頁では、公共工事前払い金について、信託契約を問題にし肯定している。なお、誤振込みの事例で

積としてはいささか擬制にすぎ、信託法理による可能性は大きくないといわざるをえない¹⁵⁾。

（イ）財産権を取得する権利を認める 問屋に財産権は帰属 次に、財産権のあるべき帰属先とは異なる者に財産権が帰属している場合に、あるべき帰属先にその財産権を排他的に取得できる権利を認めることにより、信託の法理に基づかずに、委託者が問屋の責任財産から排除することが考えられる。買入委託の場合、移転すべき財産権が所有権である場合には、問屋が所有権を取得すると同時に当然にその委託者への移転を認めることが可能となる。そして、物権行為の独自性を否定する限り、予め委託契約の中にそのような物権的意思表示が含まれており、買取後に問屋から改めて所有権を移転する物権行為をする必要はなく、また、占有改定を認めるならば、第三者にも対抗が可能になる（種類物の場合には特定が必要）。ところが、販売委託問屋の場合、代金債権では代金を受領して引き渡すのが委託の内容（取立てまで委託された事務処理）であろうが、この場合には民法646条2項による、移転請求権しか認められていない。しかし、④代金債権の相手方に対しては対抗要件を充たすことが必要であり、また、⑤問屋の債権者を第三者として肯定するならば、問題は解決されないことになる。また、たとえ問屋の債権者の第三者性を否定しても、問屋が財産権を移転する意思表示をしなければならぬはずである（これを回避す

は、信託というのも無理であり、また、出捐者の預金ともできず、振込みは有効とされ振込先の預金とされている（最判平8・4・26金判995号3頁）。

15) 四宮和夫「間接代理に関する一考察」『四宮和夫民法論集』92頁～93頁は、間接代理では相手方も間接代理人（問屋）だけを考えているが、信託の場合には、実質的には、信託財産という「特別財産」のために行為すると考えられるから、受託者たる資格を明らかにして行為するのがふさわしく、いな、第三者への追及権の存在を考えれば、そのように行うことが望ましいとさえ言えるとする。そして、結論としては、信託や間接代理で取戻権が認められるのは、その局面の利益状況によるのであり、間接代理に本人の取戻権を認めるからといってそれを信託だというのは早計であり、信託の中に間接代理（のある場合）を取り込むことはできないという（同95頁～96頁）

るため、後述の商法552条2項の理解が登場する)。本書は民法646条2項を活用しこれらの難点を克服しようとしている。

本稿が、民法646条2項を委託者保護のための特別規定と考えて、これらの難点を回避しようとしていることは後述する。

(ウ)破産法の原理による 代償的取戻権 後述するように、問屋に権利の帰属を認めながら経済的実質から、委託者に取戻権を認めるという主張がされている。問屋の責任財産から除外すべきなのはよいとしても、問屋に権利を帰属させたまま、どのように構成するのか。信託の場合に匹敵する法理を認めるのか、明確ではない。

また、破産法91条(改正破産法64条もほぼ同様)は、「(1)破産者が破産宣告前取戻権の目的たる財産を譲渡したる場合に於ては取戻権者は反対給付の請求権の移転を請求することを得。破産管財人が取戻権の目的たる財産を譲渡したる場合亦同じ。」「(2)前項の場合に於て破産管財人が反対給付を受けたるときは取戻権者は破産管財人が反対給付として受けたる財産の給付を請求することを得」と、いわゆる**代償的取戻権**を規定している¹⁶⁾。もし代償的取戻権を、問屋に財産権が帰属しているが、委託者がその意思表示により取得できる破産法上の特殊な形成権であると考えれば、その行使により委託者は代金債権を取得しました相手方にも権利行使が可能になろう(債務者及び第三者への対抗要件の問題は残る)。しかし、破産法上の取戻権は、そのようなものではなく、所有権でいえば、自分の所有物であるから破産財団から取り戻せるというものであり、その前提に取戻権者に既に所有権など実体法上権利が帰属していることが必要である。なお、問屋に権利が帰属していることを認めながら、経済的実体から問屋の責任財産ではないという主張を委託者に認める学説もあるが、法的な帰属を問屋にしたままでどうするのか明確ではない。

このように、取戻権は代償的取戻権といえども、委託者に権利自体が帰属し

16) 代償的取戻権については、齋藤常三郎「所謂代償的取戻権の原因及其の性質」法学論叢47巻4号1頁(昭17)があるだけで、その後本格的な研究はない。

ていることが前提となり、民法646条2項を活用しようという本稿では、646条2項の権利行使により委託者に権利が帰属する結果、委託者が取戻権を行使できると考えるので、この点の難点はない。

（エ）委託者・問屋間では問屋の財産ではないとする 委託者に財産権が帰属 もしこの点を、委託者・問屋間では委託者の財産であると構成することによって乗り越えようとしても（これを解釈により当然に導く立場と、商法552条2項の解釈による立場とがあることは後述する）、販売委託の場合の代金債権については問題が残される。債権は相対的権利であり、問屋に対して自分の債権だと主張できても、相手方との絶対的關係で自分の債権だと主張できなければ、委託者は結局代金債権の回収ができないからである。破産管財人または差押債権者を排除できても、その後、直接の関係を認めない以上、委託者から相手方への支払請求は認められないのである。

なお、本稿の立場では、民法646条2項の権利行使により、代金債権も問屋から委託者に移転するが、相手方にはその移転の対抗要件具備が必要となる（これも後述する）。

（b）債権者平等の原則レベルでの修正 この問題の解決は本来は責任財産レベルでの原則の修正があるべき姿であろう。しかし、それができない場合に、次善の策として財産権を問屋に帰属させたまま、委託者に優先的に目的財産権から弁済を受けられる権利を認めることにより、委託者を保護することも考えられる。

先取特権を認める 売買契約で、代金を支払っていないのに目的物を買主の債権者の責任財産とすることは適切ではなく、民法は契約解除とは別に動産売買先取特権というものを認めている。先取特権では、目的物またその代償に対して物上代位により優先弁済権が認められることになる。しかし、法律なければ先取特権なしといわれ、物権法定主義があるので法律規定なしに先取特権を拡大して認めることはできない。この構成では、実質的帰属主体そのものの債権や所有権となり、取戻権は認められないが、委託者には先取特権者として別除権が認められるだけであり、代金債権についてはよいが、買入委託の

目的物については目的物自体を取得することができないので救済としてはベストではない(取戻権を認めない学説にせめて別除権を認めようとして先取特権を委託者に認める学説があったこと、後述する)。

直接訴権(直接請求権) 日本民法にも直接訴権を導入した規定が若干あり(直接訴権についての前稿参照)、委託者に相手方に対する直接訴権を認めることも考えられる。この法理は、財産権の帰属というよりも、金銭の支払いが究極的な支払元から究極的な支払先に到達させる原理として機能しており、財産権としては金銭債権が問題になるものである。従って、目的たる財産権が金銭債権である場合についてしか、使えないことになり、所有権については別の法理に因らざるをえない。従って、委託者の保護については、直接訴権によらずに、問屋について販売委託・買入委託に共通した統一的法理によることが目指されるべきであろう(本稿は、民法646条2項により、委託者が相手方に対する代金債権の取得を認める)。

これに対して、相手方側の保護については、問題になるのは買入委託(相手方からいうと販売をした場合)の場合であり、直接訴権を検討する余地はある。委託者は問屋と委託関係があるが、相手方は問屋とそのような関係はないので、相手方の保護まで委託者の保護と統一の法理を考える必要はないであろう。従って、相手方保護については、問屋の法理に拘泥することなく救済法理を考えるべきである(本稿は、この点につき、民法650条2項を活用して相手方の保護を考える)。

(4) 本稿の構成 本稿では、以上に指摘した検討課題につき、間接代理(問屋)の委託者の、問屋が相手方との契約により取得した財産権(販売委託では代金債権、買入委託では買入れた財産権)をめぐる、問屋の債権者による差押や問屋が破産した場合についての保護(第1章)、間接代理(問屋)をめぐる直接訴権の問題(第2章)の順で検討し、最後に、ここでの研究成果の他の問題への応用可能性を探っていきたい(第3章)。問屋をめぐる法律関係については専ら商法学者により商法上の議論がされ(柳教授の注17論文が民法

学者による例外的研究）他方で、相手方の代金債権の保護については、民法上興味深い議論がある。本稿では、民法商法の垣根を越えて総合的に問題を検討していきたいと思っているが、商法の議論については思わぬ誤解・見落としがあることを恐れる。また、問屋の現代における中心である株式取引については別個に特別の考慮を要するが、これについては筆者の専門的知見の及ばぬところであり、特別の考察を避けている。専らここでの議論の財産法における応用可能性を探ることを目的としており、ご海容をお願いしたい。

第1章 問屋の破産に対する委託者の保護

1 問屋が実行行為として取得した債権及び物権についての委託者の保護（総論）

(1) 問題の提起 繰り返しになるが、問屋の事例では、相手方との売買の当事者となり、契約上の権利を取得し義務を負担するのは問屋であり、委託者ではない（商法552条1項）。その結果、買入委託の場合に、問屋が依頼された目的物を買入れたが委託者に引き渡す前に破産宣告を受けた場合、また、販売委任の場合に、委託物を販売したが支払いを受ける前に問屋が破産した場合（販売する前の破産、販売後代金受領後の倒産も問題とされている）、前者では目的物、後者では代金債権は問屋の破産財団に組み入れられ、問屋の一般債権者の責任財産とされてしまうかのようなのである。また、問屋の債権者がこれらの財産権を差し押さえた場合に、委託者は第三者異議を主張できず、一債権者として債権者平等の原則に従い責任財産ということを前提とした配当要求などができるだけに過ぎないかのようなのである。

この問題について、比較法的研究をした神崎教授によれば、問屋の実行行為から生じた債権、物権は、あらゆる人に対する関係で委託者に帰属するという法形式をとるかは違いがあるが、共通して問屋の一般債権者の擱取から委託者が保護されていると評されている¹⁷⁾。そして、わが国においてあるべき結論として次のように述べており、委託者保護の必要性があることは、現在では異論のないところといつてよい。

「問屋が実行行為によって取得する権利」の「反対給付は委託者の供出によるものであり、かつ、問屋の権利取得は移託者の計算と危険においてなされるのであって問屋は手数料の取得以外には、何らの法的利益をも持たない」「問屋の債権者は、問屋自身がその権利取得につき、委託者に対抗しうる利益を持たず、かつ、一時的に問屋にこぼれこんできたそのような権利について、その一般担保として期待すべきではないであろう。」「問屋営業と同じ利益状態に基礎を置き、同じ経済上の要請に奉仕する信託については……、受託者の一般債権者の信託財産への擱取が排除されている」(信託法16条1項)。「問屋営業においても右の信託法16条1項の立法根拠と同じ根拠、すなわち、委託者は問屋の取得した債権、物権につき法律上直接の財産が自己に移転されるべき(民646条2項)利益を有し、問屋はこれにつき担保権を有することがある以上に何らの利益も有しないのに反し、問屋の一般債権者は、単に問屋の総財産から弁済を受ける権利を有するにすぎないことから、問屋の一般債権者のこれらへの権

17) 神崎克郎「証券売買委託者の法的地位(1)」神戸法学雑誌13巻4号(昭39)501頁。石井照久・鴻常夫『商行為法下巻』(昭51)も、立法論として、販売委託の代金債権、買入委託の目的物所有権について、「問屋の債権者と委託者との間においては、委託者に属するものとみなす旨の明文の規定を設けることが適当である」と提案する。なお、問屋をめぐる法律関係を分析した論文としては、竹田省「問屋と委託者の関係に就て」京都法学会雑誌5巻12号(明43)、小栗栖国道「問屋が委託に基づき為したる売買の効果(一)(二・完)」法学論叢3巻2号、3号(大9)、鈴木竹雄「問屋に於ける委託者の地位(一)(二・完)」法協53巻1号、4号(昭10、同『商法研究1総論・手法』(昭56)所収。引用はこちらによる)、西島弥太郎「問屋の法律関係」法学論叢35巻2号(昭11)、大塚龍児「問屋の委託実行行為により生ずる法律関係の観点から見たagencyの法理」『鈴木竹雄先生古稀記念 現代商法学の課題下』(昭50)、柳勝司「受任者の名によって為された委任事務の実行をめぐる法律関係(1)(2)完」法政論集82号(昭和54)、83号(昭55)、大塚龍児「委託販売契約」『現代契約法大系第4巻』(昭60)、戸川成弘「株式売買委託者の法的地位」法政論集116号(昭62)、田中清「不完全代理について」秋田経済法科大学秋田短期大学論叢32号(昭63)、来住野究「問屋営業における法律効果と経済的效果の牽連関係」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集36号(平7)がある。

利への擱取は排除されるべきであろう」と¹⁸⁾。

(2) この問題についての一般論的考察 買入委託・販売委託に分けての考察を別にすることにして、まずは(1)に提起した問題についての学説の総論的分析しておこう。大まかな学説の流れは次のようである。当初は、立法論としては疑問であるがドイツ商法のように特別規定がない以上は、委託者の保護を否定せざるを得ないというのが一般的理解であった。その後、代金債権に先取特権を委託者に認める解釈を皮切りに、経済的実質に従い委託者に取戻権を認めるべきとの提案がされ、ついには商法552条2項の「問屋」に問屋の債権者を含むという条文解釈的武装も得て、委託者保護を肯定する学説が通説となっていく。

(a) 解釈論として委託者の保護を否定する学説 後述のドイツ商法368条(改正でその後392条になったよう)2項では販売委託の場合に代金債権について委託者を保護する特別規定があるが、日本の商法には同様の規定を欠く以上は、日本では委託者の保護は解釈論として無理であり、買入委託の場合はなおさらであるという理解が一般的であった。立法論としては妥当な結論ではないが、明文規定がない以上はやむを得ないものとするのである。

(ア) 戦前の学説 戦前の学説としては、この問題に言及さえないものも少なくないが¹⁹⁾、大橋、松本、田中(耕)、竹田、小町谷などの影響力のある学者により、委託者についての特別の保護を否定することが容認されていたことは注目してよい。比較的詳しい商行為法の体系書を取り上げると、例えば次のように述べられている。

18) 神崎克郎「証券売買委託者の法的地位(1)」神戸法学雑誌13巻4号(昭39)502~503頁。注11)に引用の慎重論とは対照的である。

19) 見落としでなければ、飯島喬平『商行為論(大正5年度)』、青山衆司『商行為法』(大8)、川田敬三講述『商法総則編商行為編講義』(出版年不明 大正13年寄贈本)などは、殆どこの問題についての説明がされていない。

大橋光雄『商行為法講義』(昭7) 大橋博士は、販売委託を例にして、販売代金「債権は経済上は委託者に属していたのであるから、之を問屋に属するものとして破産財団に加えるのは少しく委託者に酷である」が、ドイツ商法のような「明文なき我国では委託者に少しく酷であっても終に破産財団に加える外はない」という(同書163頁)。

中村武『商行為法概論』(昭12) 中村博士も、「経済上の制度と法律上の形式との調和は問屋に関する法の悩みであるが、我商法の規定は未だ其悩みを十分に解決しているものとは謂はれない」(同書240頁)といい、内部関係においては、314条2項(=現552条2項)により直接に委託者本人に帰属し、委託の実行行為により取得した代金または目的物を問屋が処分横領すれば横領罪となるが、ドイツ商法392条のような規定がないので、問屋が破産した場合にはそり取得した債権・物権は破産財団に帰属し委託者は別除権を主張しえないという(同書245~246頁)。委託者に民法311条6号の類推適用により、委託者に問屋に対する売主の先取特権を認める考え、別除権を認めようとする考え(後述の田中耕太郎博士の提案)は採用できないという。その理由として、「これを許容すれば委託者以外に問屋に信用を与えた多数の債権者の与信を裏切り、問屋債権者の利益を害する虞がある」(傍点は筆者)、「委託者は問屋に信用を与えこれを利用し問屋制度による利益を享受する者なる以上、幾分企業上の危険を負担するも亦已むを得ぬところである」という(同書246頁)。

この否定説では、商法314条(現552条)2項の「問屋」には問屋の債権者は含まれないと考えることになる²⁰⁾。以上の説明から分かるように、否定説にも、立法論として疑問視しながら特別規定がない以上やむをえないというものと、問屋債権者の保護の必要性があり、他方で、問屋は代理形式も選択で

20) 松本蒸治『商行為法』(大3)177頁、田中耕太郎『商行為法講義』(昭13)114頁、竹田省『商行為法』(昭7・新青出版による復刻版による)138頁、小町谷操三『商行為法論』(昭18)223頁、志田鉦太郎『商行為法』(昭6)84頁、野村次夫・原田鹿次郎『商行為法』(昭12)153頁、椎津盛一『改訂商行為法』(大14)181頁注2などがこの立場。

きるのに取って問屋形式を選択したのであるから、問屋を利用した委託者の引き受けるべきリスクということを理由に積極的に否定説を根拠づける学説とに分かれることになる。

（イ）戦後の学説　戦後には否定説の勢力は次第に弱まってはいくものの、なおも有力な学説（田中誠二博士）が否定説を支持し続けていた。しかし、近時では否定説の主張は少数になってきている。

田中誠二博士は、後述のように商法552条2項を根拠にして委託者の保護を図る学説（商法552条2項説2）があるが、商法552条2項の「問屋」に、問屋の債権者を含めて理解することは、「文理上困難」とされ、実質的利益衡量についても、自己の名を表面に出さず、問屋の名で問屋の信用を利用して相手方と取引をすることを欲したものであり、問屋制度の利点を利用する以上は、問屋制度より生ずる危険ないし損害を負担することもやむをえないのであり、「むしろ、これを覚悟して問屋による取引を行うと解すべきである」ことなどが、理由として述べられている²¹⁾。大森博士も、販売委託の場合の代金債権や買入委託の場合の目的物の所有権は、委託者にこれらの権利を移転する前に問屋が破産した場合には、これらの権利は破産財団に属し、「委託者はこれらの権利の移転請求権者として他の破産債権者と平等の地位において弁済を受けるにすぎない」とされ、これは委託者にとり不利・不都合であるが、これを解消するためには立法措置が必要であると評されている²²⁾。

（ウ）否定説も全く委託者の救済を否定するわけではない　但し、否

21) 田中誠二『新版商行為法（再全訂版）』（昭45）186頁。田中誠二ほか『コンメンタール商行為法』（昭48）276頁以下（田中誠二）。

22) 大森忠雄『新版商法総則・商行為法』（昭56）241頁。その他に552条2項により委託者の保護を図ることに反対の学説として、注19)にかが桁もののほか、服部栄三『商行為法講義』（昭51）112頁。小室金之助『商法概説〔商法総則・商行為法〕』（昭54）157頁。岩本慧『全訂商法（総則商行為法）』（昭39）191頁、足立武雄『商行為法論』（昭48）142頁、高島正夫『商法総則・商行為法（改訂版）』（昭57）254頁など。

定説の考えが、委託者の保護を否定するものではないことは注意すべきである。保護としては特別規定がなくても可能であるということが、否定説を支える根拠の1つになっている(それぞれ後に詳しく説明する)。

買入委託の場合 買入委託の場合には(詳しくは後述)、売買契約実行前に委託者・問屋間で当然に問屋から委託者への所有権の移転を認めるので、目的物が特定されていれば占有改定により対抗要件を充たし、委託者に第三者異議の訴えまた取戻権を認められている²³⁾。

販売委託の場合 また、販売委託については、販売前の目的物について取戻権が認められるのであるから、販売し問屋に代金債権が成立する場合につき、商法552条2項を持ち出すまでもなく破産法91条(改正62条)の代償的取戻権を肯定する立場があり、委託者の保護としてはさほど不都合ではないことになる²⁴⁾。但し、商法522条2項に依拠せずに代償的取戻権が認められるかは議論のあるところである。

23) 田中誠二『新版商行為法(再全訂版)』(昭45)188~189頁、田中誠二ほか『コメンタール商行為法』(昭48)280頁(田中誠二)。

24) 田中誠二『新版商行為法(再全訂版)』(昭45)188頁、堀口巨「問屋の委託者の地位」『法学演習講座 商法総則・商行為』(昭52)303頁、砂田卓士『改訂商法総則商行為法講義』(昭50)293頁、窪田宏『商法総則・商行為法(商法講義)』(昭55)149頁、平出慶道『商法(商行為法)』(昭63)201頁以下(同『商行為法〔第二版〕』(平1)383頁以下も同様)は、買入委託の場合に、権利移転前に問屋が破産した場合には、目的物の権利は破産財団に属することを肯定するが(ただし、占有改定が認められれば別)、販売委託の場合には、代金債権について代償的取戻権を肯定する。販売委託、買入委託のいずれについても委託者の取戻権を否定する学説として、大橋光雄『商行為法講義』(昭10)160頁以下(なお、田中耕太郎113頁以下は取戻権は否定するが、販売委託の代金債権について売主の先取特権を類推適用により認める)。河内隆史「問屋と委託者の関係」『基本問題セミナー商法3 総則・商行為法』(平4)357頁は、特に通説に賛成もせず、委託者を一般に債権者よりも保護すべきかについて、基本的には立法的解決が必要であるといい、また、買入委託の場合に、問屋の一般財産と委託者のために保管している財産を明確に区別する措置が必要であるという(前掲論文357頁~358頁)。

この結果、法的構成に差はあるものの、(a)の否定説も特別の保護を否定するというだけで、(b)の肯定説と大きな差はない状態になっている²⁵⁾。

(b) 委託者の保護を肯定する学説 委託者を保護する明文規定がなくとも、問屋の破産から委託者を保護しようとする学説があり、これも次の2つの構成に分けられよう。なお、買入委託につき目的物に対して委託者に先取特権を認めようという大胆な学説もあるが、これは別に述べる。

(ア) 商法552条2項に依拠しない学説 実質的の所属による責任財産を判断する学説 先ず、形式的な財産権の帰属を離れて、実質的に責任財産か否かを判断しようという考えがある。後述の買入委託の事例についての最判昭43・7・11はこのような立場の判決といえようか。

三橋久美講述『商行為法』（発行年不明）148頁 問屋が「実行行為に依り取得せる権利は経済上に於て委託者の財産に属すべきものにして、取次業者と委託者との間に於ては取次業者が自ら権利者たることを主張し得ざるものとす。然るに破産管財人は破産者の有する権利の範囲内に於て破産者の権利を行使し得るに過ぎざるものなれば、従て破産管財人に於ても権利者たることを主張し得ざるが故に委託者は其権利が取次業者に属せざることを理由として財団より取戻すことを得るものとす」という。これは、物権についても同様であるという（149頁）。

竹田博士 竹田博士は、「利益の衡平なる分配を目的とする破産法の領域に於ても……、問屋に於ける法律的形式と経済的利益との分離は其まま通用せず、寧ろ実際の利益の帰属に従て其関係が定められ、委託者は問屋並に其債権者に対して、形式上は問屋の権利を、実質上は自己の権利として、其別除

25) そのため、近時また、かつての通説の立場を見直そうという提案がされるにいたっている（戸川成弘「株式売買委託者の法的地位」法政論集116号（昭62）168頁以下）。また、来住野究「問屋営業における法律効果と経済的效果の牽連関係」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集36号（平7）は、商法552条2項によらず、経済的效果帰属権限というものを提案し、それによる根拠づけを提案する。

26) 竹田省『商法総則・商行為法』（昭和6、新青社復刻版による）138頁。

を求め得ると解すべきではないかと思う」という²⁶⁾。

なお、大隅博士は、販売委託の代金債権については、後述のように「実質的な利益状況に基づいて」委託者に取戻権を認めており、このような立場といえよう。

(イ) 商法552条2項による学説

商法552条2項説1 対抗要件不要説 問屋・委託者間では、商法552条2項による代理規定の準用のため、物権・債権とも問屋による特別の意思表示なしに委託者に移転し(相手方 問屋 委託者という移転を認めるよう)、法律の規定による移転であるため当然に対抗できるという考えがある²⁷⁾。この構成では、問屋の債権者が第三者であるとしても、対抗要件が不要なので当然に対抗できることになる。

商法552条2項説2 問屋債権者包含説 他方で、商法552条(当初の商法では314条)2項の「問屋」に問屋の債権者を含めて委託者を保護する規定という理解もされており、これが現在では通説化しつつある²⁸⁾。

㉑ 岡野博士 岡野博士は、「問屋と委託者との間に於ける法律関係に付ては我商法は代理に関する規定を準用すべきを明定せるを以て(第314条第2項)問屋の相手方に対して得たる債権は委託者の債権なり。其債務も亦委託者の債務なり問屋が物権を取得したるときは是委託者が直接に物権を取得したるものと断定せざるを得ず……故に今問屋が破産の宣告を受けたるときは委託者は是等の権利に付ては所謂取戻権を有し破産手続に依らずして其権利を行うことを得るなり」という²⁹⁾。

27) 松岡熊三郎『商法綱要(総則及商行為)改訂版』(昭23)504頁。

28) なお、第三者に対しては問屋の権利義務と扱われるが、買入問屋が買い入れた物品を委託者に引き渡す前に盗難にあったり毀損された場合に、委託者は被害者として不法行為に基づく損害賠償請求権また物件の返還請求権が認められるとされており、不法行為者・不法占有者が商法552条2項との関係で第三者とは扱われないことが認められている(志田鉦太郎『商行為法』(昭6)84頁)。

29) 岡野敬次郎『商行為及び保険法』(昭3)167~168頁。烏賀陽然良『商行為法』(昭10)88頁は、商法314条(現行552条)2項を根拠に委託者の取戻権を認めるが、

⑥ 鈴木博士による提案　鈴木博士は、「問屋の取得せる権利は委託者対問屋ならびにその債権者間の関係においてはこれを委託者のものとして取り扱うべしとの点は、私は商法第314条2項〔現552条2項〕が問屋と委託者間の関係に代理の規定を準用している点を根拠として、これを肯定しようとする」と述べている。同条項の「問屋ト委託者トノ間」というのを、問屋対相手方の関係に対する内部関係を意味し、この問屋には問屋自身の外の周囲にこれをめぐって存在する債権者群をも包含するものと解しようとしている³⁰⁾。こうして、委託者に取戻、第三者異議を主張できると考えており、これが現在の通説といえる（判例には商法552条2項を援用して委託者を保護したものはない³¹⁾）。

⑦ 西原博士　また、西原博士も、「問屋が法律上の代理ではないとしても、少なくとも経済上の代理であり、そして商法がこれを制度として認めている以上、そこには一種の折衷的解決が必要になる」として、次のようにいう。

「問屋の債権者に対しては、これを問屋の人格の延長または問屋と一体をなすものと認めて、権利の主張を可能ならしめなければならない。」「債権者の一般担保となるべき債務者の財産については原則としてその実質的所属によるほかないのであるから、問屋の業態に即して委託者の具体的実質的な利益を尊重すべきであろう。」と³²⁾。

問屋に問屋の債権者が含まれるといった、条文解釈技術的な説明はしていない。

30) 鈴木竹雄「問屋関係における委託者の地位」同『商法研究』273～274頁。旧商法からの沿革も根拠としている。

31) 例えば、鴻常夫『問屋』『演習商法（総則・商行為法）』（昭51）241頁、服部栄三『商行為法講義』（昭51）111～112頁、神崎克郎『商法総則・商行為法通論（新訂版）』（平11）233頁、佐野彰「問屋の破産と委託者の取戻権」河本一郎編『判例と学説6 総則、商行為、手形』（昭53）124頁、田邊光政『商法総則・商行為法（第2版）』（平7）270頁など。松波仁一郎『改正日本商行為法』（大2）627頁以下は、「移転必要説」に対して、商法552条2項を根拠に「直接帰属説」を支持し、ドイツ商法では債権のみについて「別除権」が認められているが、わが国についてもそのように区別することはできないというのであるから、販売委託・買入委託のいずれの場合にも認めようとするようである。

商法552条2項が問屋・委託者間でいわば相対的に代理の効果を認めた規定と理解するのが通説・判例であり、問屋の債権者の第三者性を否定すれば、この解釈だけで問題解決である。しかし、民法94条2項、96条3項、177条の第三者について債権者(差押債権者)に第三者性を肯定するのが一般的な理解であり、このような解釈だけでは委託者を保護することはできない。しかし、商法552条2項は委託者を保護するための規定であり、「問屋」に問屋の債権者を含む解釈をすることによって、すなわち2つの意味を商法552条2項に持ち込むならば、委託者を保護することができる。この問題を詳細に検討しつつ商法552条2項説を支持したのが鈴木竹雄博士であり、次のような提案をした。

商法552条2項の「問屋と委託者との間」とは、「外部関係即ち問屋対相手方の関係に対する内部関係を意味し、所謂問屋は問屋自身の外其周囲に之を廻って存在する債権者群を包含する」と³³⁾。

④ この学説に対する批判 「問屋と委託者との間に於ては」代理に関する規定を準用するとのみ規定しているにすぎない商法552条2項の解釈として、本説のように考えるのは「なんとしても無理があるといわざるをえない」と評されている³⁴⁾。また、552条2項説によらなくても、ある程度委託者の保護を図ることはできるので(買入委託では当然の所有権の移転を認め占有改定による対抗要件具備を認め、販売委託では代償的取戻権を認める)、552条2項の「無理な拡張解釈をすべきではな」と批判されている³⁵⁾。ドイツ商法のような明文規定を設けることが望ましく、上のような解釈によらざるを得ないことの

32) 西原寛一『商行為法』(昭35)266頁。

33) 鈴木竹雄「問屋に於ける委託者の地位」同『商法研究』273頁以下。同『新版商行為法・保険法・海商法』(昭40)37頁も同様。

34) 藤原弘道「判批」民法雑誌60巻3号426頁。宗田親彦「判批」法学研究60巻3号106頁は、「一般債権者が当然に直接の相手方となるとみるのは飛躍あるいは擬制がつよすぎる」というが、「問屋」自身に準ずるものと扱って対抗を認めようとするだけであり、この批判はあたってはいないであろう。

35) 田中誠二ほか『コンメンタール商行為法』(昭48)277頁(田中誠二)。

技巧姓は、提案者自身が承認しているところである³⁶⁾。

（ウ）委任者に権利が帰属するという学説　柳教授は、民法学者としてこの問題について詳しい議論をしている唯一の学者であるが（しかも問屋に限定せず、名義貸の問題なども扱う）民法では物権変動も債権譲渡も意思主義を採用しており、委託者・問屋間での所有権移転や債権譲渡を問題せず、これらは委託者に帰属するとし、特に委任者と受任者との間で虚偽表示がない限り問屋の債権者は保護されないといった旨の議論をしている³⁷⁾。委託者・問屋間で委託者に権利が帰属するということを認めることについて、特に商法552条2項に依拠せず、「民法の解釈から論理的に導き出すことができる」という。問屋と委託者との契約の中に既に権利を移転させる旨の合意が含まれていると考えれば、それ以外にさらに権利を移転する行為は不要であるが、問屋・委託者間では権利移転さえないというのである。そして、問屋の義務は動産では引渡し、不動産では引渡し、移転登記、債権では譲渡通知といった行為を行う義務だけになり、民法646条2項の権利移転義務が問題になることはなく（株式の買入れ委託は例外）これらの義務は民法646条1項の物の引渡に準ずる義務であるという。

意思主義を貫徹すれば、問屋から委託者への権利移転行為の履行ということの問題にならないこと正にその通りであり、権利移転のための意思表示を要求していたこれまでの通説に対して反省を促した点は評価できる。但し、疑問がないわけではない。意思主義を貫徹しても、販売委託の代金債権では委託者に当然に帰属するというわけではないであろうし、また、買入委託の所有権でも相手方から委託者に直接移転するというわけではないであろう。もし一旦問屋に帰属するのだとすれば、問屋の債権者に対して委託者保護を優先する特別規定が必要であり、意思主義だというだけでは十分ではないように思われる。こ

36) 鈴木博士は、論文集収録に際しての〔追記〕では、自説を「強引とも思われる解釈」と評している。

37) 柳勝司「受任者の名によって為された委任事務の実行をめぐる法律関係(1)(2)完」法政論集82号（昭和54）、83号（昭55）

れを回避するために、柳教授は、委任関係にある当事者間では、所有権や債権の移転がないと明言するが³⁸⁾、意思主義を根拠にそこまでいうことができるのかは、代理法理との関係また商法552条1項との関係で問題が残る。

(工) 取戻権肯定説の中の法的構成の差異 以上のように委託者に取戻権を認める学説が通説といえるが、この肯定説も権利の帰属の点をめぐって2つに分けられよう。

委託者への帰属を認める学説 肯定説の商法552条2項説2では、委託者と問屋及び問屋の債権者の相対的な関係では、委託者の所有権・代金債権と構成するため、委託者の取戻権は認められる。しかし、代金債権については、相手方を含め絶対的法律関係で委託者の権利と構成するのではないので、委託者はそのままでは相手方に代金債権を行使できないことになる。なお、否定説でも、買入委託について占有改定を認め第三者対抗要件も具備していることになるので、すべての人との絶対的法律関係において委託者の者となり、委託者が取戻権を持つのは当然である。

問屋への帰属を認める 肯定説の実質的に責任財産ではないという構成をする学説では、問屋への権利帰属を認めながら、責任財産とはならないという主張ができるだけであるが、それは民法646条2項の権利移転請求権を対抗できるというのとどう異なるのであろうか。また、権利帰属はそのまま責任財産性だけ否定するにすぎないので、代金債権につき委託者から相手方への権利行使ができるのかという疑問があてはまる。なお、否定説でも代金債権につき代償的取戻権を認める学説では、代金債権自体は問屋に帰属することになるが、代償的取戻権を有するというのは、どういうことなのか、明らかではない。民法646条2項により権利移転請求権を委託者は問屋に対して持つのであり、それとどう異なるのであろうか。

(c) 商法552条2項の趣旨の確認の必要性 旧商法475条には、販売委託

38) 柳勝司「受任者の名によって為された委任事務の実行をめぐる法律関係(2)完」法政論集83号(昭55)355頁など。

の代金債権に限って委託者を保護する特別規定があった。現行商法には同様の趣旨を明言した規定はなくなっている。では、現行商法は旧商法の保護を否定したのであろうか。否定論者のいうように、委託者の保護を否定することは解釈論としてはやむを得ないというべきものなのであろうか。しかし、そのような変更は時代の流れに逆行するものであり、意図的に否定したということは考えられない。

商法552条2項は代理とは異なる間接代理に代理規定を準用するという理解しがたい規定であるのに、この規定を活用する学説が通説化しつつある。商法552条2項は一見すると趣旨が明確ではないが、この規定に問題を解く鍵が隠されているように思われる。そのため、これまでの説明と重複する部分があることを避けられないが、商法552条2項の沿革を確認し、商法552条2項説2のような解釈に耐える規定なのか起草過程に遡って検証してみよう。本書の立場はその成果を踏まえた上で述べることにしたい。

2 商法552条2項の沿革の確認

商法552条2項を委託者保護のための規定として活用しようとするのが現在の通説であるが、本来、商法552条2項がそのような解釈を可能とする規定であったのか、起草過程を探ってみよう。確かに文言からはストレートには商法552条2項を委託者保護のための特別規定とは読めないが、結論を先に述べておくと、規定の形式が異なるが、意外なことに、旧商法のドイツ商法と同様の保護を委託者に与える規定を承継した規定であったのである。

(1) **ロエスレル起草の旧商法**　ロエスレルの起草した商法草案534が、旧商法475条になる。筆者の見限り2つの草案及び起草趣旨の翻訳があり、先後は不明であるが、(b)のほうの内容的には旧商法規定により近いので、(b)のほうが後であると思われる。

(a) 『ロエスレル氏起稿 商法草案 契約之部第五冊』　『ロエスレル氏起稿 商法草案 契約之部第五冊』369頁以下は、旧商法475条になる草案534条を次のように規定している。

「仲買取引ヨリ生シタル要求権及ヒ義務ハ即チ仲買人ノ要求権及ヒ義務トス但仲買人退職シ又ハ弁償無力トナリタル時ハ其要求権ハ委任者直接ニ他ノ契約相手方ニ対シ執行スルコトヲ得」

この規定の説明として、以下のように述べている(原文カタカナ、句読点を追加)。

本人(=委託者)は仲買人に対して要求権(=債権)の譲渡を求めることができるのは当然である。「仲買人の支払資力を失いし時」、「本人の資格は分散債主の若き者に非ずして、仲買人に生ずる要求は本と我の計算を以て起りしなれば、則ち其实を云へば我に生ずるの要求たるが故に、之を施用するは即ち我権に出づるなり」(ドイツ商法368条を援用)。「故に其仲買人をして商品を売却せしめしなれば、若し買主にして未だ支払を為さざる限りは、直ちに之に対して要求を起すを得べし。或は又商品未だ売却に至らずして猶ほ仲買人の許に在りとせんが、本人又自から所有主と称して之が取り戻しを為すを得ること情理より之を見るに、他の一方より未済の代償を要求するに等しかるべきは論なきなり」(フランス商法575条を援用。以上369~370頁)。「之に反して他の一方に至ては本人に対して右の如きの権あらざるなり……仲買人にして倒産に至りし時に在ては復た然ること能はざるなり」(370頁)。

草案中の「仲買人退職シ」という意味は不明であり、説明にも何も言及がない。なお、「他の一方の本人に対する凡そ其仲買人に対し述べべきの故障は皆な之を述ぶるを得べく、且つ義務の殺除和解等をも用ふるを得べし。其故たる他の一方は仲買人の義務者を以て論ずるも、我に損することなきの限り又本人に対し義務者たるべきこと固より其所なるべければなり。」(371頁)とされており、相手方の問屋に対する代金債権につき、相手方の委託者に対する直接の請求権を認めることは否定されることが明言されている。

(b) ロエスレル氏起稿『商法草案上巻』における説明　　ロエスレル氏起稿『商法草案上巻』(新青出版による復刻もされている)776頁は次のように規定している(この段階では(a)と同じく草案534条)。

「仲買取引ヨリ生ジタル要求権及ビ義務ハ通例仲買人ノ要求権及ビ義務トス但要求権ハ仲買人之ヲ囑託者ニ譲渡シ又ハ支払能力ヲ失イタル時ハ囑託者直ニ他ノ契約相手方ニ対シコレヲ施用スルコトヲ得」。

(a)の「仲買人退職シ」が「仲買人之ヲ囑託者ニ譲渡シ」に変更されている。それ以外は翻訳の表現の修正に過ぎない。この規定の趣旨について、ロエスレルは以下のように説明をしている（原文カタカナ、句読点追加）。

「仲買人の支払能力を失いたる時は、委託者直接に其権利を施用するを得。蓋し委託者は倒産者に対する債主の若き者に非ずして、仲買人に属する要求権は本と自己の費用を以て起りしなれば、自ら之を施用するの権あるべきなり」（777頁。ドイツ商法368条を引用）。「故に其仲買人をして商品を売却せしめ、買主にして未だ支払を為さず或は其他弁了に至らざる時は、之に対して直接に要求を為すを得べし。又仲買人の許に存する自己之商品及之に就て未だ済了に至らざる代価に係りては、其所有主と称して他人に対し請求することを得ること、亦た同じく権宜に適するものと云うべし」（フランス商法581条を引用）（777～448頁）

「之に反して他の相手方に在ては、委託者に対して右の如きの権あらざるなり」「仲買人の倒産に至りし時に在ては復た然ること能わざるなり」（778頁）。

「仲買人は必ずしも委託者に対するの要求権を譲与するの義務あらざるなり」「要求権及義務に於る一部の直接関係は、代人の点よりして其当を得たりと云う可からざればなり」「其他此場合に於て直接に委託者に帰する要求権は法律上視て、仲買人の要求権と為して判定せざる可からず。故に他の相手の委託者に対するや凡其仲買人に対し述べべき故障（義務の殺除及和解等も共に）は皆な之を述ぶるを得べし。何となれば他の相手は仲買人に対する義務者を以て論ぜらるるを欲すに非ざれば、委託者に対するの義務者たるべきこと当然なればなり」（778頁）。

(a)(b)ほぼ内容は同じであり、この説明からは、次の2点に分かる。 先ず、草案534条はドイツ商法368条を導入した規定であり、販売委託の事例のみが念

頭に置かれていること。従って、買入委託の場合に委託者を特別に保護する規定はないことである。また、フランス商法575条のように(現行の対応規定は不明)相手方・委託者間に直接の請求権を一般的に認めるものではなく、相手方から委託者への直接の請求は認めるつもりではないことである。

(c) 商法第一読会 法律取調委員会における「商法第一読会」で、草案534条は口エスレルの草案の翻訳である「仲買取引ヨリ生シタル要求権及ヒ義務ハ通例仲買人ノ要求権才及ヒ義務トス但要求権ハ仲買人之ヲ囑託者ニ譲渡シ又ハ支払能力ヲ失ヒタル時ハ囑託者直に他ノ契約相手方ニ対シ之ヲ施用スルコトヲ得」という規定が提出され((b)の草案そのもの)、第一読会で「仲買取引ヨリ生シタル権利及ヒ義務ハ仲買人ノ権利及義務タルヲ通例トス然レトモ仲買人其権利ヲ委託者ニ譲渡シ又ハ支払資力ヲ失ヒタル時ハ委託者直ニ第三者ニ対シ権利ヲ主張スルコトヲ得」と表現の修正を受ける³⁹⁾。

(d) 旧商法

(ア) 旧商法の規定 これが旧商法では更に表現の修正を受けて、旧商法475条「仲買取引ヨリ生シタル債権及ヒ債務ハ仲買人ノ直接の債権及債務タルヲ通例トス然レドモ仲買人其債権ヲ委託者ニ譲渡シ又ハ支払能力ヲ失ヒタル上ハ委託者直ニ第三者ニ対シテ其債権ヲ主張スルコトヲ得」となっている(下線部が変更された点であり、表現の変更にとどまっている)。いずれにせよ、販売委託の場合の代金債権に対する委託者の保護しか規定されておらず、旧商法475条は口エスレルがドイツ商法368条(その後の改正で392条になる)を導入する規定であることを明らかにしていたところである。また、委託者の直接の請求権は、問屋が支払能力を失った場合でなければ認められないことになる。問屋が支払能力を失ったならば、当然に委託者の相手方に対する債権になってしまい、破産財団に組み入れられることなく、取戻権が認められることになる。

(イ) 学説による評価 この規定の趣旨については、当時の旧商法の

39) 『日本近代立法資料叢書17 法律取調委員会 商法第一読会議事筆記』商事法務版89頁。

教科書を見ると、次のようにほぼ口スレルの説明を受け売りするものである(いずれも原文カタカナ、句読点追加)。

井上操『日本商法〔明治23年〕講義』(信山社復刻版)133頁は、「委任者は自己の計算を以て仲買人に委任して為さしめたる取引より生じたる債権」について、「仲買人が支払を為すの資力なきに至りしとき、即ち例へば破産の処分を受けたるときの如き場合に於ては、仮令ひ其債権の譲渡を受けずと雖も、委任者に於て其取引を為したる他人に対し直接に債権の要求を為すことを得べし。是れ債権は素と委任者の計算を以て起りしものなれば、仲買人に於て之を要求し能はざるに至りしときは、委任者に於て之を要求するの権利あるは当然のことなり」と説明をする。岸本辰雄『商法〔明治23年〕正義第4巻』203頁も、この規定は「委任者を保護する為め機宜に出でたる規定」であり、「此債権たる元來委任者の費用を以て生ぜしものなれば、之を普通の債権と同視し委任者をして不便利なる原則に拘束せらしむ可からず」という。また、磯部四郎『商法〔明治23年〕釈義第1編第8章～第10章』(明23)2020頁も、「仲買人の有する債権は元來委任者の計算より成立したるものなるを以て、自ら之を請求するの権あるものと法定するは当然の事なり」という⁴⁰⁾。

(2) 現行商法

(a) 起草過程

(ア) 原案260条 商法草案260条は次のような規定であり、法典調査会「商法会議筆記」によると、旧商法475条に大体は該当すると説明されている。

法典調査会原案260条「問屋八他人ノ為メニ為シタル行為ニ因リ相手方ニ対シ自ラ権利ヲ得義務ヲ負フ。

40) 大塚龍児「委託販売契約」『現代契約法大系第4巻』(昭60)50頁は、この旧商法475条を高く評価する。

問屋ト委託トノ間ニ於テハ本章ノ規定ノ外委任及び代理ニ関スル規定ヲ準用ス」

現行552条「問屋ハ他人ノ為メニ為シタル販売又ハ買入ニ因リ相手方ニ対シテ自ラ権利ヲ得義務ヲ負フ。

問屋ト委託者トノ間ニ於テハ本章ノ規定ノ外委任及び代理ニ関スル規定ヲ準用ス」(下線は変更部分)

(イ) 法典調査会での議論(原文カタカナ、句読点追加) 土方氏からは、旧商法475条(記録に457条とあるのは、発言か筆記かいずれかの誤りであろう)よりも範囲が狭く、旧商法の方がよかったので修正をすることを提案する。これに対して、田部氏より、旧商法475条末段のような規定はないが、「其結果は同一に帰するを以て敢て修正するの必要あらざるべし何となれば本条第2項に於て代理の規定を準用したるを以てなり」と説明がされる。これに対して、土方氏は更に、本条の文章上は疑いが生じるので、旧商法475条末段のような趣旨を明らかにすべきであると反論をする。これに対して、田部氏は、第2項で「代理の規定を準用したれば疑なかるべし」と答える。しかし、土方氏は更に続けて、第2項で代理の規定が適用されるとなると、第1項で問屋と相手方の権利義務という趣旨が無視されてしまうと批判をするが、これに対して、梅謙次郎が次のように答える。

「本条第1項は問屋と相手方との関係を規定したるものにして、其関係は普通の売買と同一なり。然るに第2項は問屋と委託者との関係を規定したるものにして、此関係は本章規定の外は委任及び代理に関する規定を準用するを以て規定各其方面を異にする」と(393~394頁)。

なお、『商法修正案理由書』274頁の313条(現行313条)の説明は、意味不明である。本条は旧商法405条、457条、458条及び475条「を概括して之に修正を加えたるものなり」とし、相手方(相手方)に対して権利を取得し義務を負うのは問屋であること当然であるが、「是れ問屋と相手方との関係に止まり、問屋と委託者との間に於ける関係に付いて販売若くは買入の委託に基づく一種の委任契約上の関係を存すること疑いなし」、故に代理及び委任の規定を準用し

てその法律関係を決定すべきこと当然であり、このこと明らかにしたという。委任の規定の準用の説明にしかっていない。

（ウ）原案の趣旨のまとめ　この議論での起草委員の説明から分かることは、ドイツ商法368条（当時）を導入した旧商法475条を否定するつもりではなく、前段が現行商法552条1項、後段が同2項に受け継がれたということである⁴¹⁾。しかし、何故商法552条2項を「問屋と委託者との間に於ては本章の規定の外委任及び代理に関する規定を準用す」という形で規定したのかは不明である（本稿の推測は後述する）。委任の規定が適用されるのは、問屋（間接代理）が委任契約であるため当然でありわざわざ準用する必要はないというのが、一般的な説明であり、委任規定の準用に特に注目する見解はなく、代理規定の準用を活用できないかが議論の中心である（旧民法の代理（＝委任）の規定が、現行民法では代理と委任の箇所に分断されたので委任と代理が並列されているのかもしれない）。いずれにせよ、現行商法552条2項が旧商法457条と「其結果は同一に帰する」と起草者は考えていたとしても、文言はそのことを明らかにするものとしてはいささか曖昧であり、解釈によりどうにでもなるような規定である。また、旧商法を承継するのだとして、後述する商法552条2項説2に従ったとしても、次のように旧商法そのままではない。

先ず、旧商法では破産の場合に限定されていたが、現行商法ではそのような制限がない。次に、旧商法では、問屋の取得した債権だけに限定されていたが、現行商法ではそのような制限はなく、問屋が取得した財産権についても委託者が保護されることになる。以上は、委託者の保護が拡大された点である（旧商法どおりの規定にしなかった思わぬ利点である）。他方で、旧商法では、委託者が相手方に対する債権を直接に取得し、委託者が相手方に権利行使ができることまで明示されていたが、現行商法では、飽くまでも委託者・問屋間の効果

41) 鈴木竹雄「問屋関係における委託者の地位」同『商法研究』275頁は、旧商法475条後段の趣旨が商法552条2項の代理規定の準用という形式に変容されたと考え、沿革にも商法552条2項説2の根拠を求めている。

に過ぎず、委託者が相手方に直接の債権を取得するものなのかは明確ではない。

しかし、準用規定に委託者の保護を委ね、旧商法457条のような規定を明記しなかったのは何故であろうか。起草者が何も述べていないので推論するしかない。本稿の推論は、実は旧商法457条は民法の中に規定したため、同じ規定を繰り返す必要はないので準用にしたのではないかと、というものである。では、その民法の規定は何か。筆者は、それは民法646条2項ではないかと考えている。この点は(3)に譲るとして、次に現行商法552条2項をめぐる商法学者の理解について考察していこう。代理の準用ということの意味めぐって、次に述べるように理解が紛糾するのである(委任規定の準用は当然であるとして、何も論じられていないこと既に述べた)。

(b) 施行後の理解 商法552条2項については、代理の規定を準用するという趣旨、及び、準用される代理規定(特に107条2項の準用の可否)が問題にされている。については後述するので、この点だけ説明していこう。当初起草者の趣旨は忘れられ委託者の特別の保護は立法論であり認められないというのが一般的な理解となり、商法314条(現552条)2項は委託者と問屋の内部関係に限られるものとされたが、昭和にはいって、経済的実体から委託者保護を図る大胆な学説が登場する。その後、商法314条(現552条)2項の問屋に問屋の債権者を含むものとして委託者を保護する提案がされ、次第にこれが通説化するも、かつての否定説でも代償的取戻権や占有改定により第三者に所有権取得を対抗できるなどの処理により十分委託者が保護できるので、商法552条2項の文言からして無理な解釈として依然として反対するがも根強い。以下に時代の流れにも注意しながら説明をしていこう。

(ア) 委託者・問屋間での代理の(相対的?)直接効 施行後の商法314条(現552条)2項の理解については、旧商法475条末段のような規定はないが「其結果は同一に帰する」という起草趣旨は、委任及び代理規定の準用という形式を採用したがために十分に理解されず、法典調査会における梅謙次郎による「第2項は問屋と委託者との関係を規定したるもの」という説明が一人歩きしたかのような理解が行き渡ることになる⁴²⁾。

即ち、552条1項により、委託者の相手方に対する関係では代理の効果は発生せず、問屋・相手方間の契約関係になるが、委託者の問屋に対する関係では、相手方・委託者に直接の効果が取得すること、即ち、販売委託では問屋・委託者間では委託者の代金債権であること、買入委託では問屋・委託者間では相手方から委託者への財産権の移転があることを主張できると考えられる⁴³⁾。判例も、既出大判明治40・6・21民録13輯696頁が、552条2項により委託者・問屋間では委託者の所有であるとして、横領罪の成立を認めている⁴⁴⁾。しかし、問屋・委託者間では委託者の所有と扱われるという結論に学説上異論はないとしても、委託者が所有権を取得するプロセスは必ずしも明らかにされていない。

例えば、松波博士は、552条2項（当時は314条2項）を根拠に、「問屋の行為に因りて委託者は直ちに権利義務を取得することを知るべき。代理の本質及び効力が問屋が代理を為す場合にも存続し、唯相手方に対する関係に於てのみ、問屋を権利者又は義務者とするのみ。故に対相手方関係を除きては、問屋の行

42) 当初の教科書は明確ではない。例えば、山田生賢・柿崎欣吾・堀田正忠『商法講義下巻』（明32、信山社復刻版）843頁は、問屋と委託者間の関係については、一種の委任契約上の関係であるから、代理及び委任に関する規定を準用して法律関係を決定すべきは当然であるというだけで、趣旨不明である（商法修正案理由書の焼き移し）。

43) 青木徹二『商行為論』（明39）235～236頁。松本烝治講述『商法総則・会社・商行為編完』（出版年不明・大正12年寄贈）64頁は、この規定故に、「問屋と委託者間の関係に於ては問屋の為したる行為は直接に委託者に対して其効力を生ずるの理なり」とし、問屋が取得した債権は問屋・委託者間では委託者の債権、問屋の取得した物品も、問屋・委託者間では委託者の所有に帰するという。同様のいわば相対的代理効を承認する学説として、青木徹二『新商法釈義』（大4）369～370頁、志田鉦太郎『商行為法』（昭6）84頁、松岡熊三郎『商法綱義（総則及商行為）』（昭17）501頁、椎津盛一『改訂商行為法』（昭16）128頁、須賀喜三郎講述『商行為』（出版年不明）205頁。

44) 問屋・委託者間では、委託者の代金ないし目的物であり、問屋がこれを処分横領した場合には横領罪が成立するものとされている（大判大15・12・3刑集5巻570頁）。

為に因りて委託者は直ちに権利義務を取得し、問屋は最早之を移転することを要せざるものなり」という⁴⁵⁾。また、松本博士は、552条2項(当時は314条2項)を根拠に、「問屋と委託者との関係に於ては問屋の為したる行為は直接に委任者に対して其効力を生ずべし(民99)」といい、販売委託の場合に問屋の相手方に対する債権は、「問屋と委託者との間に於ては委託者の債権にして問屋の債権に非ず」、買入委託により問屋が取得した物は、「問屋と委託者との間の関係に於ては直接に委託者の所有に帰する」、「相手方が問屋に所有権を移転すべき意思表示を為したる場合に於て其効力が直接に委託者に及ぶは頗る奇異なる現象なれども此特別規定の結果として之を承認せざるを得ず」という⁴⁶⁾。問屋の債権者については明確に述べておらず、ドイツ商法とは異なるというだけであり、取戻権を認めない趣旨といえよう。

学説には、商法552条2項の効果として、販売委託の場合には委託者から問屋ないし相手方に所有権を移転させる特別の意思表示なしに相手方に所有権が移転し、買入委託の場合に、問屋から委託者への所有権を移転する特別の意思表示なしに委託者に移転するというだけで、そのプロセスを明確にしない説明が多い⁴⁷⁾。

(イ)代理規定の準用に疑問を提起する学説及び実益を疑う学説

疑問を提起する学説　しかし、代理規定の準用についてはこれを疑問視して、準用される代理規定を制限する学説も登場する。松本博士は次のように述べている。

問屋はいわゆる学理的に間接代理といわれるものであり、商法314条(現行552条)2項により問屋・委託者間に準用される代理規定は、民法104条、105条、107条2項、108条の数条に過ぎず、「其の他専ら相手方と本人との間の関

45) 松波仁一郎『改正日本商法』(明44)557頁(原文カタカナ、句読点を追加)。

46) 松本丞治『商行為法』(大3)179頁。

47) 例えば、青木徹二『商行為論』(明39)235~236頁。来住野究「問屋営業における法律効果と経済的効果の牽連関係」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集36号(平7)は、買入委託、販売委託共に、いったん問屋に移転することを認める。

係を定めたる規定は直接代理に固有なる規定にして之を間接代理たる問屋に準用すべきの限にあらず」⁴⁸⁾。

更には、大橋博士は、販売委託の代金債権をめぐる説明において、314条（現行552条）2項により「問屋と委託者との内部関係に於ては債権は委託者に属すると云う説があるも、問屋制度は代理制度とは根本的に異なる制度であって、前記の法条は誤りであり、代理の規定の準用の余地はあり得ない」とさえいう⁴⁹⁾（傍点は筆者）。

実益を疑う学説　問屋の債権者には効力が及ばない　このように、本来の趣旨であった委託者を保護する（＝旧商法475条末段のような規定はないが、「其結果は同一に帰する」という趣旨は忘れられてしまっていた。そして、一般債権者にも対抗問題などにおいて「第三者」性を認めることが一般的理解になったために、問屋の債権者には552条2項の効果は対抗しえないものと考えられる学説が一時通説化し（前述）、起草者の委託者保護という趣旨が没却されてしまうことになる。

例えば、田中耕太郎博士は、次のように第三者に対抗できないことを認め、第三者（相手方）に問屋の債権者が含まれることを当然視して、委託者の取戻権を否定する（ただし、先取特権を認めることは後述する）。

商法552条2項の代理の効果は、「問屋と委託者との関係に於て存するのみで、委託者と第三者との間に於ては存在せず」。「代理の規定を準用する実益那邊にありやを疑はしむるのである。蓋し代理の本質は行為の効果として本人が第三者に対し直接法律関係に立つ点にあるからである」⁵⁰⁾。

48) 松本丞治「問屋営業者と受託者との間に準用する民法代理の条文を列挙せよ」『法典質疑問答第5編商法総則・会社・商行為』（信山社復刻版）203頁。但し、松本丞治『商行為法』（大3）179頁では、商法552条2項の委託者・問屋間の権利取得の効果認め。

49) 大橋光雄『商行為法講義』（昭7。但し、昭和10年増訂再版による）163頁。

50) 田中耕太郎『商行為法講義』（昭13）114～115頁。野村次夫・原田鹿次郎『商行為法』（昭12）153頁が支持。

(ウ) 問屋破産の場合の委託者保護という本来の趣旨へ ところが、その後、商法552条2項の委託者保護という趣旨を再評価し、条文解釈として商法552条2項の「問屋」には問屋の債権者も含まれるといった提案がされ、これが次第に支持を集めていくことになる⁵¹⁾。商法552条2項の問屋に問屋の債権者を含める解釈に反対しながら、販売委託の代金債権について代償的取戻権を認めたり、解釈論として問屋の販売委託の代金債権、買入委託の取得財産は問屋の債権者の責任財産にならないという学説もあるが(結論的に差がないので、実益のない議論かのようになっている)、商法552条2項による学説が現在では通説といえようか。買入委託と販売委託とに分けて考察をしていこう。買入委託の事例については判例があるが、商法552条2項によらずに委託者の取戻権を認めている。

(エ) 権利変動のプロセスについて 相対的代理効?

相対的な代理効の肯定 相手方から委託者への権利移転 問屋・委託者間では委託者の所有、代金債権ということ、どう権利変動のプロセス的に説明をするのであろうか。実はこの点については、先に述べたように必ずしも商法学者の見解ははっきりしない。買入委託でいえば、問屋・委託者間では委託者所有という結論は承認され取戻権が認められるという結論は承認されている。取戻権という破産法上の特別の権利があるわけではなく、実体法の所有権があるから取戻しが認められるのであり、委託者の所有、委託者代金債権者ということは当然の前提である。ところが、委託者がどうその所有権、代金債権を取得したものと考えるのか、繰り返しになるが必ずしも明確ではないのである。

古い学説には、「相手方が問屋に所有権を移転すべき意思表示を為したる場

51) 近時の異説として、来住野野「問屋営業における法律効果と経済的効果の牽連関係」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集36号(平7)82頁以下は、商法552条2項を経済的効果帰属権限というものを提唱し、これにより根拠づけようとする。西本辰之助『商法』(出版年不明)336頁は、買入委託の場合に、目的物の所有権は問屋に帰属せずして直接に委託者に帰属するという。

合に於て其効力が直接に委託者に及ぶは頗る奇異なる現象なれども此特別規定の結果として之を承認せざるを得ず」（傍点筆者）と、明確に相対的な代理効を認めていた^{52）}。このように「奇異」ではあるが、意思表示に基づく効果ではなく法定の効果としてこれを容認していた。しかし、その後はこのような明言は見られなくなっている。

相対的代理効を疑問視する学説　相手方から問屋、問屋から委託者への権利移転　服部教授は、「同じ目的物の所有権が、問屋と相手方との間では問屋に帰属し、問屋と委託者との間では委託者に帰属するという結果を認めるのは疑問であろう。したがって、引渡があるまでは問屋の所有に属し、引渡によって所有権が問屋から委託者に移転すると見るべきである」という^{53）}。そして、田中誠二博士は、商法552条2項を、「買入委託の場合に、問屋の買入れた物品または債権が問屋から委託者への特別の譲渡行為なくして、問屋と委託者との間においては、委託者に帰属する」という趣旨であると理解している^{54）}。この理解では、所有権の移転は、相手方から問屋、問屋から委託者となり、後者につき特別に譲渡行為が不要とされるだけの規定として理解することになる。

しかし、この理解では代理とは全く異なりながら準用ということを容認するものであり、むしろこの理解のほうが無理がある。むしろ相対的法律関係は、民法94条2項や民法96条3項が適用される場合に認められるのであり、容認しえないものではない。所有権なしに取戻権はありえないのであり、相手方を害しなければ代理の効果を相対的に認めることは不合理だとは思われない。この結果、間接代理は外部的には代理ではないが、内部的には代理と等しいことに

52) 松本丞治『商行為法』（大3）179頁。柳川勝二・昌勝『改訂商行為法』（昭25）130頁が、552条2項の理由として、「蓋しその権利義務は取次人が自己の名義を以て取得したのであるが、委託者との関係においては委託者に代って取得したるものに外ならないからである」というのも興味深い。

53) 服部栄三『商行為法講義』（昭51）112頁。

54) 田中誠二ほか『コンメンタール商行為法』（昭48）279頁（田中誠二）。

なる。相手方および相手方からの二重譲受人には対抗できないが、間接代理においても内部的には代理の効果が生じることになる。では、この代理の効果はどこから生じるのであろうか。委託者・問屋間で問屋を契約当事者とする合意があるので、当事者の意思表示によるのではなく、経済的実体に適合させるために法が与えた効果、法定の効果というしかないであろうか。こうして、委託者を保護しようとした本来の趣旨が素直に実現できる。

しかし、筆者としてはこれが最善の理解だとは思っていない。次に本稿の大胆な推論に基づく提案をしてみたい。

(3) 本稿の大胆な推論 旧商法475条と民法646条2項の連続性

(a) むしろ委任規定の準用に注目すべき 何度も述べたように、以上まで述べてきた委託者保護をめぐるのは、商法552条2項の委任規定の準用という点についてはまったく注目されてこなかった。即ち、問屋への委託契約は委任契約であり委任契約が適用されるのは当然であり、準用などというのは無駄な言及だと評されている。しかし、敢えて委任規定を準用すると強調したのには理由があるのではないか、民法の委任規定に問題を解く鍵は隠されていないのであろうか。本稿としては、民法646条2項の準用に注目したい。以下に考察しよう。

民法646条2項は、「受任者は、委任者のために自己の名で取得した権利は委任者に移転しなければならない」と規定している。単に受任者の義務を規定しただけの規定であり、受任者は受領後は現物を引き渡す義務を負い(同条1項)受領前は権利自体を移転する義務を負うというだけの当然の規定かのように、さっと読み流してしまうかもしれない。しかし、筆者としては問題を解く鍵はこの条文の中に隠されているのではないかと考えている。その理由はこうである。

フランス民法には委任契約は代理の場合に限定されているために、民法646条2項と同様の規定はなく、旧民法も委任を「代理」と規定しており、間接代理について規定を置いておらず、やはり現行民法646条2項と同様の規定は見

当たらない。民法646条2項は、旧民法も含めて民法の制定過程としては現行民法草案において初めて姿を現した規定であり、旧民法の欠点を補充するために追加されたと説明がされている。問題はその草案であり、草案の規定を見てみよう。

法典調査会に提出された草案653条2項は「受任者力委任者ノ為メニ自己ノ名ヲ以テ取得シタル債権ハ之ヲ委任者ニ移転スルコトヲ要ス」と規定していた。販売委託の場合の債権に限定されていたのである。このように債権（おそらく代金債権）への限定は、ドイツ商法またそれを承継した旧商法475条において販売委託の代金債権についてのみ特別規定を有していたのと奇妙に対応している（物権については意思主義だから敢えて規定しなかつただけという反論もあり得よう）。この草案が、法典調査会の議論において、不動産を自己の名で取得した場合も含ませる必要があるとの提案がされ、現行規定のようにすべての「権利」を対象とする内容に変更がされてしまったのである（起草過程については後述する）。

(b) 民法646条2項の再評価 結論だけいっておこう。これは飽くまでも推測に過ぎないが、旧民法の代理だけの規定から、現行民法は、委任契約を代理形式に限らず法律行為を行うものとして間接代理を含む一般規定に変更したため、民法に間接代理の場合の委託者保護を任せるつもりでなかったのではないと思われる（梅と富井は商法と民法の起草の両者を担当している⁵⁵⁾）。そのために、草案は旧商法475条と同様に代金債権についての委託者保護という草案規定になったのではないだろうか。そして民法に代金債権の取戻しを認める646条2項を規定したので（委託者の権利としてではなく、1項にあわせて受任者の義務という形にされてしまった）、特に商法に特別規定を置く必要はなくなり、商法552条2項で民法の委任規定を準用するだけに留めたのではないだろうか。こう考えると、民法646条2項はフランス民法にも旧民法にもない由来の不明

55) それは問屋の場合だけが委任者保護の要請が限定されるものではなく、公示の点では異論があろうが、民商法で差を設けない妥当な解決であったと思われる。

な規定であったが、実は旧商法475条を承継した規定ではないかと考えたくなる。もしこれが正しければ、旧商法同様に販売委託の代金債権だけの保護であったのを、法典調査会の議論で買入委託にまで拡大してしまったのであり、買入委託にまで委託者保護を拡大すべきかという商法学者の議論が素通りされてしまったが、今としてはそれが結論としても妥当であったと評価してよいこと、次に述べる。

いずれにせよ、これまでの商法552条2項の議論が、代理規定の準用に着目し、問屋・委託者間の相対的な代理効かのように読んだり、ピントが合っていないにかしっくりしない感じがあったが、上記のように考えれば立法の流れのパズルをぴったり埋め合わせることができる。民法646条2項は委託者を特別に保護するための取戻権の規定であり、代理とは異なり売買契約は問屋・相手方の間に成立し(商法552条1項)、問屋の代金債権、所有権とされながらも、委託者は問屋の責任財産から取り戻すことができるのである。相対的な代理効といった問題は回避できる。

そして、このような沿革からは、民法646条2項を委託者保護のための特別規定として再構成することが許されよう。その際に、商法552条2項説2の趣旨を民法646条2項で実現でき、このような委託者保護規定ということからは、問屋が破産しても問屋の責任財産(破産財団)から取り戻せ、また問屋の債権者の差押えを民法646条2項の取戻権を行使して排除できるというべきであろう。そして、敢えて問屋(破産の場合には破産管財人)による譲渡の意思表示は不要であり、委託者の一方的意思表示により移転の効果を生じさせることができ、ただ代金債権の移転を相手方(第三者)に対抗するためには何らかの通知が必要となると考えるべきである(後述)。

3 買入委託の場合(各論1) 目的物の所有権をめぐる

(1) **あるべき結論は** 委託者が問屋に商品の買入を依頼し、問屋が自己の名で相手方から商品を購入した場合、売買契約の当事者は委託者ではなく問屋であるため(商法552条1項)、問屋が所有者となり問屋が破産した場合には破

産財団に組み入れられてしまうのであろうか。

(a) 委託者を保護するかについて立法は確立されていない スウェーデン取次法は、買入委託品については、委託者が直接所有者となる（53条2項）問屋と委託者の間の意思表示は不要であり、他方で、問屋の債権は法定質権で保護されている。ドイツ商法は、販売委託の場合には委託者を保護する規定を置いているが、買入委託の場合には特別規定がないことは何度も述べたが、がには買入委託に拡大するものがある⁵⁶⁾。1960年のローマ私法統一国際協会の「国際関係における有体動産の売買の取次に関する統一法を定める条約案」22条は、問屋に引き渡された物品について、委託者は自己に引き渡された場合と同様の権利を主張しうるが、問屋の債権者との関係は除く旨明記されている（この条約は成立していない）。従って、販売委託の場合しか委託者が保護されず、ドイツ商法と同じである。

(b) わが国ではどうあるべきか わが国においても、結論としては、「私的取引の衡平を考慮するとき、実質的対価関係は委託者と特定第三者との間にあるのであるから、破産処理の法律の擬制としての破産財団の中に委託者の権利を含ましめて、その犠牲に供することは理由のないことであろう」と評されている⁵⁷⁾。(a)に述べたように委託者を保護しない立法などもあるが、わが国の商法学者は、現在では立法論としては委託者を保護する必要があることについて異論がない、ということができようか。

問題は、委託者の保護と問屋の債権者の保護のいずれを優先するかであるが、問屋の債権者の公信の保護については、「問屋は業として他人のために物品を買い入れる者であり、その占有する財産の全部が必ずしも責任財産を構成するものではないことは外部から認識可能であると考えれば、公示の点を緩和して

56) 神崎克郎「証券売買委託者の法的地位(1)」神戸法学雑誌13巻4号（昭39）499頁の翻訳による。なお、ドイツ商法392条1項は、問屋が取得した代金債権について、委託者はその譲渡を受けない限り、第三者（相手方）に対して主張することができないものと規定されている。

57) 後藤巖「判批」八幡大学法律研究所報3号191頁（法的な根拠づけはしていない）。

考えることも可能かもしれない〔信託法10条1項参照〕とも評されている⁵⁸⁾。いずれの評価も正当なものといえよう(注(11)の指摘を認識した上で)。

(2) 判例の状況

(a) 委託者の保護を否定する判決 問屋の債権者に第三者性を認めて、委託者が権利取得に付いて対抗要件を具備していないことを理由に、委託者の保護を否定した判決がある。

長崎控訴院判決裁判年月日不明新聞653号14頁(不動産) 委任者XのためにAが不動産を買い入れこれを自己の名に移転登記をしたが、Aの債権者Yがこれを差し押さえたため、Xが第三者異議の訴えを提起した事例で、次のように判示されている(原文カタカナ、句読点追加)。

「凡そ契約の効力は特別の規定なき限りは当事者間に限らるるものにして、民法第646条第2項の如きも又此趣旨に基きたる規定に外ならず。而して本件の事實は、委託者たるXは、Aの名を仮りて自己に所有権を獲得せんとし、受任者たるAも又Xをして直接所有権を獲得せしむるの意思を有したる者なるも、是唯XとAとの間の関係に止まり、売買の当事者はAとBの兩名なること勿論なれば、本件不動産の所有権はA X間の意思如何に拘らず、Aに移転したるものと論壇せざるを得ず。……Xの地位は獲得したる所有権の登記を為さざるものに外ならざるを以て、Yの意思の如何を問はず、其所有権をYに対抗し得ざるものなり」。

長野地判判決年月日不明新聞1003号25頁(動産か?) この判決は、所有権移転の意思表示自体も、次のように否定している(原文カタカナ、句読点追加)。事案は不明である。

「此れ場合(=代理ではない場合)に於て、委任者をして其の権利者たらしむ

58) 岡庭幹司「判批」111頁。渋谷達紀「判批」264頁も、問屋名義の財産について公信は成立しないという。

るに、更に受任者より之が権利の移転を為すことを要す。其の移転の手續なくして、直ちに其権利が委任者に属すると云うことを能はざるや敢て論を待たず。」本件では、AからXに対して何ら所有権移転の意思表示ありたることを認めるに足るべき事実なしとする。

東京控判大6・5・28新聞1278号27頁（ の控訴審判決） の控訴審であるが、次のように判示する（原文カタカナ、句読点追加）。

「乙が甲の代理人として買入の商行為を為したるときは其買入をなすに際し売主に対し本人たる甲の為にすることを示したると否とに拘らず売買契約の効力は直接売主と甲との間に生ずべく、随て乙が売主より物の引渡を受くるに於ては甲が直接売主より引渡を受けたと同一の効果を生じ、乙より未だ甲に引渡さる以前と雖其所有権は当然甲に帰属すべきも、之に反し乙が単に甲より買入の委託を受けるに止り代理権を附与せられたる者に非ざるときは、乙より甲に対し移転を為さざる限り甲は尚ほ其所有権を取得するに由なきものとす」

(b) 取戻権の余地を認めた判決

大判大7・4・29民録24輯785頁（動産） 次のように判示している（原文カタカナ、句読点追加）。

「代理人が自己の名に於て法律行為を為したる場合は、民法に規定する所の直接代理に非ずして学者の所謂間接代理なれば、本人に対し直接に効力を生ぜざること勿論にして、第三者に対する関係に於て該行為の効果は代理人に帰属すと雖も、本人に対する関係は代理に外ならざるを以て代理人は之を本人に帰属せしめざる可からず。而して之を本人に帰属せしむる為め意思表示は必ずしも其効果が代理人に帰属したる後に於てするを要せざるが故に、当事者が予め其意思表示を為したる如き場合は、其効果の代理人に帰属すると同時に転じて本人に帰属することあり得べきは理の当然なり。」

「覚弥が払下及び引渡を受くと同時に本訴木材が上告人の所有及び占有に帰すべき事由あるに於ては、覚弥が払下及び引渡を受けたことに付争なき本件に

於ては、該木材は既に上告人の所有及び占有に帰したるものと為さざる可からざれば、右事由の有無は本訴請求の当否に影響する重要な点なり然るに原院が此点に関し何等判断説明する所なきは審理不尽若くは理由不備の不法あるものにして原判決は破毀を免かれず」⁵⁹⁾

(c) 取戻権を認める判決 最判昭43・7・11民集22巻7号1462頁(株式)⁶⁰⁾
証券会社AにXが株式の買入委託をしたが、事情がありAはXの諒解を得た上で、買入委託を受けた株式をA名義に裏書をなし名義書換手続きをとった。その後、Aは破産宣告を受け、Yが破産管財人に選任された。そのため、Xが本件株券の所有者であるとして、取戻権に基づいて株券の裏書と引渡しをYに対して求めた。

(ア) 控訴審判決 第1審判決は、Xの請求を認容するが、控訴審判決(広島高裁松江支判昭39・10・30)は、次のようにXの請求を退ける。

「さて、自己の名を以て他人のために物品(有価証券を含む)の売買を業とす

59) 鳩山秀夫「判批」『民法研究第1巻』342頁は、對抗要件が必要な場合には、第三者からの受任者への、また、受任者から委任者への移転の對抗要件が必要であるが、本件では受任者から委任者への当然の移転の予めの意思表示があり、かつ、占有改定があるので、委任者が第三者に対抗できる所有権を取得したものと解するを正当とする。

60) 岡庭幹司「判批」『倒産判例百選 第3版』110頁、遠藤功「判批」『新倒産判例百選』112頁、栗山忍「判批」『ジュリスト408号67頁、栗山忍「判例解説」法曹時報20巻10号166頁、後藤巖「判批」八幡大学法律研究所報3号179頁、宗田親彦「判批」法学研究43巻2号103頁、渋谷達紀「判批」『ジュリスト増刊号232頁、渋谷達紀「判批」法学協会雑誌86巻10号108頁、石田満「判批」『ジュリスト433号94頁、大塚竜児「判批」『商法(総則・商行為)』166頁、大塚龍児「判批」『商法(総則・商行為)判例百選 第2版』140頁、同「判批」『倒産判例百選』100頁、同「判批」『商法(総則・商行為)判例百選 第2版』140頁、同「判批」『商法(総則・商行為)判例百選 第3版』140頁、藤原弘道「判批」『民商法雑誌60巻3号85頁。

る者は問屋である。問屋と委託者の間の関係においては代理に関する規定の準用があるので問屋のなした売買の効力は直接委託者に対して生じ（商法第552条第2項、民法第99条）委託者は問屋に対してその権利を主張できるけれども、本来問屋は当該売買より生ずる権利義務の主体であるから、委託者が第三者に対してその権利を主張するためには問屋からその権利の移転を受けなければならないものと解する。そして記名株式の譲渡は株券の裏書によるか又はいわゆる譲渡証書の交付に依るべきものとされている（商法第205条第1項）ので、問屋が問屋契約に基き記名株式を買入した後破産した場合において、委託者はその破産宣告前に右方式による株式の譲渡を受けていない限り破産財団につき取戻権を行使し得ず、既に交付した資金について一般債権者として権利を行使し得るに過ぎないものと解する。」

（イ）最高裁判決　最高裁は、Xの上告を受け入れ、次のように述べて控訴審判決を破棄・差し戻している。

「問屋が委託の実行として売買をした場合に、右売買によりその相手方に対して権利を取得するものは、問屋であって委託者ではない。しかし、その権利は委託者の計算において取得されたもので、これにつき実質的利益を有する者は委託者であり、かつ、問屋は、その性質上、自己の名においてではあるが、他人のために物品の販売または買入をなすを業とするものであることにかんがみれば、問屋の債権者は問屋が委託の実行としてした売買により取得した権利についてまでも自己の債権の一般的担保として期待すべきではないといわなければならない。されば、問屋が前記権利を取得した後これを委託者に移転しない間に破産した場合においては、委託者は右権利につき取戻権を行使しうるものと解するのが相当である。しかるところ、原審の確定するところによれば、Xは……A証券株式会社に本件株式の買入委託をなしその代金として31万円を預託し、A証券は、右委託に基づき……訴外B証券株式会社から本件株式を買い入れこれを保管中……破産宣告を受けるにいたつたというのであり、右の事実によれば、委託者たるXは、Yに対し、本件株式につき取戻権を行使しうるものと解するのが相当である。よつて、右と判断を異にし、原判示の理由のもとに上告人は本件株式につき取戻権を行使しえないとした原審の判断、および右の前提に立ちX主張の代償請求を排斥した原審の判断は違法であり、原判決はこの点において破棄を免れない。」⁶¹⁾

(ウ) 本判決の評価 調査官解説によれば、「要は本件のような場合に、問屋の債権者と委託者Xのいずれを保護するのが公平の原則に適合するのかの観点から結論を導き出すべきものと思われる」とした上で、本件では委託者であるXを保護するのが公平の理念に合致すると判断したものと解せられると評している⁶²⁾。いずれにせよ、本判決に対しては、結論はよいとしても法的構成が不十分というのが一致した評価といえようか⁶³⁾。即ち、有力説である商法552条2項による解決を避けているが、商法552条2項によることに反対する学説からは、これは「そのような解釈の無理であることを自認したからに外ならないと思われる」と評されている⁶⁴⁾。また、「取戻権の行使とは、取戻権という破産法上の特別の権利を行使することではなく、「所有権その他の権利にもとづいて、財産が破産者したがって破産財団に属しないことを主張することにほかならない。」「取戻の目的となる財産について一定の実体的権利を有しないかぎり、その取戻しを請求することはできず、たんに利益衡量上取戻しを認めることが妥当であるというだけではたりないのである」と批判されている⁶⁵⁾。

61) その後、最判昭43・12・12民集22巻13号2943頁、最判昭43・12・12金法533号32頁が同趣旨を認めている。

62) 栗山忍「判例解説」『最高裁判所判例解説民事編昭和43年度(上)』535頁。

63) 藤原弘道「判批」民商法雑誌60巻3号425頁(91頁)は、「本判決の理論構成はきわめて不十分、というよりもむしろ、利益衡量のみがむき出しの形で全面にあらわれて、それを法律的に理由づけるための理論構成が全く欠如している」と評さざるをえない」という。また、事例の特殊性としても、Xの新株引受権を確保するために、当事者の合意により被裏書人欄にA会社名を記載し、A会社名義に名義書換がされているのであり、いったんXの所有に帰した本件株券をA会社に再び信託的に譲渡されたものとみるか、それとも、そのような形式を用いて本件株券をA会社に預託したにすぎないのか、また、信託的に譲渡した場合にXに取戻権が認められるのか、などが本件の問題点であり、これらの事実関係を一切捨象してしまっても評している。

64) 田中誠二『新版商行為法(再全訂版)』(昭45)188~189頁。

65) 藤原弘道「判批」民商法雑誌60巻3号424頁。

(3) 学説の状況

(a) 別除権及び取戻権原則否定説 間接代理では、契約当事者は相手方と問屋でありその間に効果が帰属するだけなので、売却代金のみならず、買入物品についても、委託者は別除権を行うことはできないという学説がある⁶⁶⁾。立法論としては問題であるが、特別規定がない限り、買入物品は破産財団に取り込まれてしまふことになり、解釈論としてはやむを得ないといわれている⁶⁷⁾。

(ア) 特別の保護規定がなくても不都合なし 但し、この立場は商法552条2項による特別の保護を否定するというだけであり、委託者の保護を全く否定するというものではないことを注意すべきである。

特約による直接の移転 問屋委託者間の特約により相手方から直接に委託者に所有権を移転する合意をしておくことは可能であり、その場合に対抗要件たる引渡しは占有改定でも可能であるから、問屋が買い入れた物品を他の資産と分離して保管し、爾後委託者のために占有する外観をとったときには、委託者は問屋の債権者に対してその所有権を主張することができ、問屋の債権者により矯正執行を受ければ異議を申し立てることができ、また、問屋破産の場合には取戻権を行使しようといわれている⁶⁸⁾。

しかし、このような特約により解決しようという構成は「了解し難い」とわ

66) 大橋光雄『商行為法講義』(昭7。但し昭和10年増訂再版による)165頁、中村武『商行為法概論』(昭12)248頁、野村次夫・原田鹿太郎『商行為法』(昭12)155頁、高島正夫『商法総則・商行為法(改訂版)』(昭57)254頁など。

67) 松本丞治『商行為法』179頁(松本丞治講述『商法総則・会社・商行為編完』(出版年不明・大正12年寄贈)65頁も同様)、岡野敬次郎『商行為及び保険法』(昭3)169頁以下、田中耕太郎『商行為法講義要綱』(昭13)115頁、小町谷操三『商行為法論』(昭13)223頁、田中誠二『新版商行為法〔再版全訂版〕』(昭45)185頁、大森忠夫『商法総則商行為』(昭43)247頁、藤原弘道「判批」民商60巻3号425頁。

68) 田中誠二『新版商行為法再版〔全訂版〕』(昭45)は、相手方、問屋及び委託者の間の合意で、相手方から特約に委託者に所有権が移転することを問題にする。このような、相手方から委託者への直接の移転の特約を認める学説は多い。例えば、服部栄三『商行為法講義』(昭53)112頁など。

れる。即ち、「すでにして『第三者のためにする契約』の第三者として委託者がその氏名を現わす位ならば、寧ろ直接代理の本人となりて氏名を現わす方を便宜とすべく、委託者の氏名を現わさず、従って時には『かくれたる代理』又は『間接代理』などと称さるる所の問屋制度を利用する必要はないからである」と、批判される⁶⁹⁾。

問屋・相手方の所有権移転の意思表示は不要 また、問屋から委託者に所有権が移転されるとしても、そのための特別の意思表示は不要なこと⁷⁰⁾、また、特定性がある限り占有改定が認められ第三者に対抗できることから、不都合がないといわれていること、既に述べたとおりである⁷¹⁾。

平出教授は、基本的には委託者の利益は問屋の債権者の利益に優先して保護されるべきであるが、これにより債権者が不当に不利益を受けないように、問屋の一般財産との区別が明らかにされなければならないとして、次のようにいう⁷²⁾。

69) 大橋光雄『商行為法講義』(昭7。但し昭和10年増訂再販による)165頁。

70) あらかじめ問屋・委託者間で所有権移転の特約の合意があることを必要と考えていると見られる記述もある(高島正夫『商法総則・商行為法(改訂版)』(昭57)254頁)。高島教授は、「民法の一般原則により問屋と委託者の間にあらかじめ所有権移転の合意があり、かつ、委託者が対抗要件(動産の場合は占有改定でよい)を備えた場合、いいかえれば問屋が買い入れた物品を他の資産と文理して保管し、その後は委託者のために占有する外観をとったときは、委託者は問屋の債権者に対しても所有権を主張することができる。」問屋が強制執行を受けた場合には第三者異議、問屋が破産した場合には取戻権が認められる、という

71) 来住野野「問屋営業における法律効果と経済的効果の牽連関係」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集36号(平7)77頁は、問屋が相手方から所有権を取得すると同時に、委託者から与えられた経済的効果帰属権限の行使の効果として、所有権は当然に委託者に移転するといひ、また、同論文80頁は、受領した目的物は問屋契約の当初から委託者に引き渡すべきことが予定されているので、先行的占有改定の合意がなくても、問屋が相手方から目的物を受領すると同時に、当然に占有改定が成立するという。

72) 平出慶道『商法(商行為法)』(昭63)205頁。そのため、所有権移転を占有改定で行う場合には、委託者のために分別保管をするかまたは特定して記帳しなけ

「問屋がそれぞれの委託者のために保管している買入物品を委託者の表示等により特定して、その他の財産との区別がなされているときは、問屋が委託者へその買入物品の所有権移転手続を個別に行う前であっても、委託者は、問屋の債権者に対して、その買入物品について権利を主張し、取戻権または第三者異議の主張が認められるが、かかる区別がなされていないときは、委託者は買入物品について実質的権利者として具体的利益を有するとしても、債権者に対して取戻権または第三者異議を主張しえないものと解すべきであろう。」

自己契約という提案　先の最判昭43・7・11の評釈において、藤原氏も、「間接代理人（問屋）の自己契約による権利移転」、即ち、「相手方との売買の結果、買入物品の所有権はまず間接代理人に帰属することになるが、間接代理人はただちに、委託者との自己契約（民108条）により買入物品の所有権を本人（委託者）に移転することができる」という。但し、このような自己契約の成立を認めるためには、外部からの認識の可能ななんらかの行為が必要になり、権利移転の対象となる物品を他から文理特定して保管したり、これを特定して記帳したりすることが必要であり、これをする前に問屋が破産した場合には、本人は買い入れ物品につき取戻権を行使できない。そこで、先行的所有権移転・先行的占有改定の方法が認められる限り、委託の実行として買い入れられた物品の所有権は、別段の行為を要しないで直ちに本人に移転することになる⁷³⁾。

(イ) 本説への批判　しかし、当然の所有権の移転を認めることに對

ればその効力は認められないという。同『商行為法（第二版）』（平1）385頁も同じ。

73) 藤原弘道「判批」民商法雑誌60巻3号427頁（93頁）。大塚龍児「判批」『商法（総則・商行為）判例百選 第3版』141頁も、昭和43年判決のむき出しの利益衡量ではなく、委託者が所有権を取得したことを基礎として取戻権を認めてもよかったのではないだろうか、と評する。

しては、次のように擬制であるという批判がされている。

先行的所有権移転または先行的占有改定の合意があれば所有権移転を認めることも可能であろうが、「そのような合意がなされていない場合がまさに問題なのであって、このような場合にもできるだけ委託者を保護しようとする、当然何らかの擬制が必要となる。しかしながら委託の実行行為によって取得された物品が特定されたからといって、ただちに権利移転の自己契約がされたとみるのは、擬制が過ぎると考えられる」⁷⁴⁾。

なお、物権行為の独自性を肯定すれば当然であるが、学説には引渡しまで所有権は移転していないということを前提とする理解がある。判例にも同様の判決がある⁷⁵⁾。

(b) 別除権肯定説 田中耕太郎博士は、買入委託の事例につき、「特別規定なく、問屋破産の場合に於て委託者の利益の保護に欠くる所がある。私は応急策として物品販売の委託を為したる委託者は民法第311条第6号の類推に依り問屋に対し売主の先取特権を有するものと解し得ずやと考える」と主張している⁷⁶⁾。

しかし、これを支持する学説は皆無である。買入委託の依頼者に「売主」の先取特権を認めるというのは、類推適用の域を超えているように思われる。売買契約における債権と目的物との牽連関係はここには認められないのである。ただし、販売委託の場合には、類推適用により売主の先取特権を問屋に対して認めて、問屋の相手方への代金債権に物上代位を肯定することは全く不可能ではないと思われる。

(c) 取戻権肯定説 学説には委託者に破産法上の取戻権を認める考えが多く(現在では通説)その根拠づけは必ずしも一致はしていない。なお、意思主義により説明する柳教授の考えがあるが、債権者以外の第三者との法律関係

74) 加藤徹「判批」民商法雑誌61巻5号71頁。

75) 既述の東京控判大6・5・28新聞1278号27頁である。

76) 田中耕太郎『商行為講義要領』(昭5)116頁。

のところでまとめて取り上げることとする。

（ア）実質的利益の帰属による学説　次の商法552条2項説2が提唱されるまでは、(a)(b)いずれかの学説による保護が考えられるだけであり、占有改定を認めることで第三者への対抗も認められるので、實際上不都合はなかったであろうが、解釈上特別規定なしに委託者に取戻権を認めようとする提案が竹田博士によってなされている。

竹田博士は、商法314条（現行552条）2項では委託者・問屋間の相対的な関係で委託者所有という効果しか認められず、「結局、完全に第三者に対する関係に於ても所有者たるためには、委託者は、相対関係に於てはすでに所有者に非ざる問屋に対して、さらに所有権の移転を求めねばならぬという訳の解らぬ関係になってしまう」といい、次のように述べる。

「故に此場合も、債権と同じく一旦は問屋が所有者となり、唯だ問屋破産の場合には、実質的利益の帰属に従い、法律的形式が実質的に修正されると解すべきではないかと思う」と⁷⁷⁾。

（イ）商法552条2項説1　対抗要件不要説　松岡博士は、先に述べたように、商法552条2項を法定の権利取得と構成し、法定の権利変動であり対抗要件なしに第三者に対抗することを認める。物権について次のように述べる。

「此の場合も債権の場合と同様第552条第2項に依る代理の規定の準用に因り委託者と問屋の間に於て委託者に移転したる物品の所有権は、譲渡の場合の如き（民法178条）引渡を俟たずして何人にも対抗し得るものであるが故に、委託者は当然に其の破産財団に属せざることを主張し得る」⁷⁸⁾、と。

（ウ）商法552条2項説2　債権者包含説　岡野博士は、552条2項により、「買入問屋が委託の執行として相手方より物品を取得したるときは其物品の占有権及び所有権は委託者との関係に於ては委託者に帰するものと謂はざるべからず」という⁷⁹⁾。それとどう異なるのか必ずしも明確ではないが、

77) 竹田省『商法総則・商行為法』（昭6、新青出版復刻版）141頁。

78) 松岡熊三郎『商法綱要（総則及商行為）改訂版』（昭23）505～506頁。

松岡博士は、売却代金債権と同様に、552条2項による「代理の規定の準用に因り委託者と問屋の間に於て委託者に移転したる物品の所有権は、譲渡の場合の如き(民法178条)引渡を俟たずして何人にも対抗し得るものであるが故に、委託者は当然に其の破産財団に属せざることを主張し得る」という⁸⁰⁾。

商法552条2項説を本格的に展開したのは鈴木竹雄博士である。鈴木博士教授は、ドイツ商法392条が「問屋の締結せる行為より生じたる債権を委託者が債務者に対して行使するには其譲渡を受くることを要す」(1項)、「然れども債権は、譲渡せられざる場合に於ても、委託者及び問屋又は其の債権者の間に於ては委託者の債権と看做さるる」(2項)と規定しているのを正当として、同様の結論を解釈論としてわが国でも主張する。次のようである⁸¹⁾。

外部関係については、受託者たる行為者のみが相手方に対して権利義務を取得するが、行為者が取得したこの権利義務は実質的には本人のものである。これを行為者は本人に引き渡さなければならないが、この関係は常に債権関係的なものに止まらしめるべきではない。本人の利益からすれば、行為者の取得した債権は取得と同時に、本人の債権と扱われるべきである。「蓋し行為者の此の債権が本人の費用と危険とに於て取得されたに拘らず、其の間行為者の債権者の強制執行を受け或は行為者の破産に因りて破産財団に属せしめられるならば、此れ本人の利益を全く無にするに至るべき故である」。従って、「行為者が取得せる債権は、本人対行為者並に其の債権者間の関係に於ては、本人のものとして取扱ふことを妥当と」する。

79) 岡野敬次郎『商行為及保険法』(昭3)169頁。古い時代に商法552条2項を根拠とする主張をしていたものとして、水口吉蔵『商行為法論』(大9)388頁。断言はできないが、水口博士がこの学説の最初の提唱者かもしれない。

80) 松岡熊三郎『商法綱要(総則及商行為)改訂版』(昭23)505~506頁。

81) 鈴木竹雄「問屋に於ける委託者の地位」同『商法研究 商法総論・手形小切手』273頁以下。石井照久・鴻常夫『商行為法(下)』(昭51)118頁以下、西原寛一『商行為法』(昭35)266頁も同旨。552条2項の「問屋」に問屋の債権者を含める学説として、他に田邊光政『商法総則・商行為法(第二版)』(平7)272頁など。

戦後は、田中誠二博士などの反対説もあるが、商法552条2項説は通説化しつつある⁸²⁾。現在、商法552条2項を根拠に、委託者に第三者異議の訴えや取戻権の行使を認める学説が多い。この学説に対して判例、商法552条2項の「問屋」には問屋の債権者も含まれるという学説に対しては、ドイツ商法392条2項のような明文規定があるわけではなく、無理があると批判されている⁸³⁾。

(ウ) 実質的所属による責任財産を判断する学説 先の最判昭43・7・11は問屋の責任財産ではないということは何らの条文解釈上の説明なしに認めているが、同様の主張は既に学説に見られるところである。即ち、所有権は問屋に帰属するが(552条2項による学説は、委託者に帰属することまで認める)問屋の一般債権者の責任財産を構成しないとして、委託者の取戻権を肯定する学説がある⁸⁴⁾。

神崎教授 このような考えを、戦後詳細に論証したのは神崎教授であり、次のように主張をしている。

82) 松岡熊三郎『商法綱義(総則及商行為)』(昭17)505頁、西原寛一『商行為法』(昭35)267頁、服部栄三『商法総則・商行為法』(昭53)254頁、長谷川雄一『基本商法講義 商行為法』(昭和62)124頁、神埼克郎「商法総則・商行為法通論(新訂版)」(平11)233頁(権利が「経済的には委託者に帰属している」ことを理由として、また、条文上は、商法552条2項はこのような権利を認める趣旨であるとして肯定)など。長谷川雄一『基本商法講義 商行為法』(昭62)124頁は、「問屋破産の場合、問屋の債権者に対し、委託者は内部関係において自己に帰属する権利の主張をすることができる」として、取戻権を肯定する。

83) 藤原弘道「判批」民商法雑誌60巻3号425頁(91頁)、宗田親彦「判批」法学研究43巻2号364頁(106頁)も、結論には賛成するが、飛躍あるいは擬制が強いという。

84) 神埼克郎「証券売買委託者の法的地位(1)」神戸法学13巻4号522頁以下。西島彌太郎「問屋の基本的法律関係」法学論叢35巻2号218頁、242頁も同旨、西原寛一『商行為法』(昭35)265頁以下、大隅建一郎『商行為法』(昭33)110頁以下、石井照久『改訂商法』56頁以下、石田満「判批」判例評論121号120頁以下、後藤巖「判批」八幡大学法律研究所報3号179頁以下。青木英夫『商法総則・商行為法』(昭58)183頁も、「利益の衡平な分配を目的とする破産法の趣旨から考えて、その実質的利益の帰属に従って問題の解決を計るべきである」として、委託者の取戻権を肯定する。

先ず結論として、「問屋が、委託者の計算で取得した権利は、問屋に帰属するが、委託者への譲渡前においては、当然実行行為に起因しない、問屋に対する一般債権の責任財産を構成しない」と述べる。その理由として、「形式的には、かかる差押禁止財産は当事者間の合意で恣意的に作られるものではないこと(制度的なもの)、比較法的にも、ドイツ商法(HGB)392条2項の解釈、スイス債務法(OR)401条3項の解釈も同じであること、わが実定法上も信託法16条は信託財産につき受託者の債権者の差押を排斥するが、それは受託者(信託者)の債権者の差押を許すものではないが、右の規定が例外的なものとしても、貨物移転の経路として一時的に問屋名義の財産が生じる問屋関係については右規定を類推しうることを挙げる。そして、結論的に3つにまとめている。

「1 問屋は、実行行為によって誰に対する関係でもその行為から生じる権利の主体となる。委託者は、それを移転すべき権利を問屋に対してもつが、問屋がその義務に反して権利を他に処分すれば、委託者はそれを追及しえない。

2 委託者がその権利主体となるためには、問屋からの権利移転を必要とするが、そのためには、問屋との間の先行的権利移転契約、問屋の委託者の代理人とする権利移転の自己契約(民108条)によってもよい。

3 問屋の取得した債権及び買入取次品が、問屋の一般財産から識別特定される限り、問屋の一般債権者の強制執行、破産に際して、委託者は、第三者異議の訴えないし取戻権によって保護される。また、問屋の債権者は、取次実行行為に基因しない債権を自働債権として、問屋が委託者の計算で取得した債権と相殺しえない。」

その他、学説には、「問屋が委託者の計算で取得した権利は、第三者(問屋債権者をも含む)に対する関係では問屋に帰属するが、ただ、当該実行行為にもとづかない、問屋に対する債権の一般担保を構成するものではない」と構成し、最判昭43・12・12を評価する意見がある⁸⁵⁾。また、信託との比較を行った四宮教授も、実質的な利益衡量からは、問屋の一般債権者に対する関係でも

85) 加藤徹「判批」民商法61巻5号800頁。

本人を保護すべきであり、「債権者の一般的担保となるべき債務者の財産の範囲の画定は、原則として、その経済的実質の所属によるべきであるから、本人に権利の名義が帰属しないということは、取戻権等を認める妨げとはならない」として、本人の取戻権を肯定している⁸⁶⁾。

宗田教授 破産法の専門家による見解として、宗田教授は、552条2項の「問屋」に問屋の債権者を含めることに反対をしながら、委託者の取戻権を次のように肯定する。

売買契約の買主には取戻権が認められず、賃貸借の賃貸人や寄託の寄託者には取戻権が認められているが、売買契約における買主の破産に対する買主の地位とは異なって、問屋の場合には破産するのは問屋であり、破産者が交換価値を把握し破産者の債権者もそこに交換価値を認めるのが常態であるとはいえない。「問屋の債権者は、問屋が買入委託により購入した問屋の手元にある物件は、問屋営業の実体を考えると、買入委託により買い入れた、つまり他人のために買い入れたことを知っているであろうし、このことは外形上も判別が可能である（帳簿その他より）と考えられる。そうであれば、そこに問屋の債権者は共同他の目的として買入物件を評価しないのである。つまり委託者は取戻権を認められてよいのである」⁸⁷⁾。

(4) 本稿の立場

86) 四宮和夫「間接代理に関する一考察」『四宮和夫民法論集』91頁。商法552条2項も、本人の取戻権を肯定する手掛かりになるという。なお、追及権については、信託における追及権の根拠は、信託財産の目的拘束、その反射としての受益権の物件の性格であったが、そのような条件の乏しい間接代理の場合には信託と同じような本人の追及権を認めるのは無理だという（同92頁）。なお、上村達男「代理・取次・媒介」奥島孝康編『争点ノート商法』（平1）は、破産も起きていない段階では問屋の権利としておいた方が便宜であるとして、552条2項の「問屋」に問屋の債権者まで一般的に含ませる解釈に反対し、「買入物品は単に問屋の一般債権者の責任財産を構成しないとすれば足りる」という見解を支持する。

87) 宗田親彦「判批」法学研究43巻2号106頁。

本稿は、委託者保護のために民法646条2項を委託者に取戻権を認めた規定として、その活用を図ろうとしていることは既に述べた(2(3))。しかし、買入委託の場合の大抵の事例は、否定説もいうように、占有改定による対抗要件具備により、委託者が所有者となりかつ対抗要件を充たすので所有権に基づく取戻権が認められ、従って民法646条2項の取戻権はあえて必要にはならない(株式のような場合が例外であり、また、一方的意思表示によって移転することなく、移転手続を履践するよう請求するために民法646条2項が必要になる)。ただし、そのためには特定が必要になるが、民法646条2項の取戻権の行使のためには特定は必要ではなく、分離特定して引き渡すよう請求できることになる。専ら民法646条2項が威力を発揮し、また、委託者の相手方への権利行使が問題になるのは、販売委託の事例であり、買入委託についてはこの程度に留めておこう。

(5) 残された問題点

(a) 間接損害について 問屋の相手方が売買契約の履行をしない場合に、損害を受けるのは委託者であって問屋ではない。そのため、契約当事者たる問屋には損害がなく、従って損害賠償請求権が認められないかのようである。この点について、ドイツ商法には間接損害の法理が認められており、わが国においても同様の法理によって解決をしようという学説がある。

間接損害の法理を肯定する学説 間接損害の法理を認める学説が少なくない。

中村武博士は、「複合した法律的形式が1つの終局的経済的利益到達の手段となり、或は互に経済的に連結を有する数個の法律関係が経済的に共同な価値に向けられる場合に於ては、請求者は其共同利益者或は終局的利益者の利益に対する損害賠償をも、自己の名に於て自己に給付請求する権能を認められねばならぬ」という⁸⁸⁾。

長谷川教授は、「売買の効果は内部関係において委託者に帰属し、ただその

88) 中村武『商行為法概論』(昭12)243頁。

権利の対外的主張が抑止されるとともに、問屋が、その利益を代表して対外的関係において権利を主張し、そしてその効果を内部関係において委託者に帰属すべきものである。したがって、問屋は、委託者の損害を自己の損害として対外的において権利の主張をすべきであり、相手方は、委託者の利益と問屋自身の利益を分離して、問屋に実際に損害を生じないことを理由として、損害賠償を拒むことはできない」と述べている⁸⁹⁾。

後に見たように、委託者の権利移転義務と問屋の相手方に対する引渡請求権との間に密接な結びつきを認め、未引渡しの場合には排他的な代位行使を認めるならば、実質的に委託者の相手方に対する引渡請求権となり、間接損害を肯定してよいであろう。但し、416条2項の特別損害については、相手方の予見可能性が必要であり、相手方が問屋関係また委託者の特別事情を知っていることが必要になり、不都合はないであろう。

委託者に損害賠償義務を負ったことを問屋の損害と構成する学説 他方で、問屋には商法上履行担保責任があるため、「履行責任の発生したる事を以て自己に損害が生じたりと主張し得るから、敢えて間接損害の法理を借りる必要のない場合が多いであろう」と述べる学説がある⁹⁰⁾。しかし、「問屋は自己の責に帰すべからざる事由（相手方の不履行）による不履行に対しては損害を賠償する義務はなく、相手方に対しては委託者は直接賠償請求権を持たない⁹¹⁾」というのが一般的な理解といえようか。

89) 長谷川雄一『基本商法講義 商行為法』(昭62)126~127頁。問屋が自己の名で委託者の損害についても相手方に賠償請求できるというものとして、大隈健一郎『商行為法』(昭33)110頁(実質的な利益時様態にもとづいてドイツ法における同じ結論を認めるのが至当)というだけで、法的な根拠づけなし) 石井照久・鴻常夫『商法 商行為法(下)』(昭51)130頁、増田政章『商法総則・商行為法』(昭56)224頁。

90) 中村武『商行為法概論』(昭12)244頁。大橋光雄『商行為法講義』(昭7)162頁も同様。

91) 中村武『商行為法概論』(昭12)243頁。

信託法理による学説 更には、「委託者と問屋との間に成立している取次契約は、通常は、相手方の債務不履行によって委託者に損害が生じたときは、その損害賠償の請求を問屋の名においておこなうことをも委託されていると介される。したがって、問屋は相手方に対して委託者の損害の賠償を信託的に請求しうるものと解すべきであろう」という提案もされている⁹²⁾。相手方や問屋に不利益を強いることにもならないし、訴訟信託禁止(信託11条)にふれるものでもないと付け加えられている。

肯定説が問屋の実質関係に適合し妥当であるが、信託と構成する必要があるかは疑問なしとはしない。やはり問屋という本質から、問屋が委託者の債権を自己の名で行使することを認めるという(a)説が妥当であると思われる。この損害賠償請求権に関して、委託者が相手方に直接行使をすることについての問題は、代金債権についてと同じであり後述する。

(b) 問屋の債権者以外の第三者との関係 問屋の債権者、破産管財人と委託者との関係については以上までに検討してきたが、目的物の譲受人など取引関係に立ったそれ以外の第三者との関係について、最後に言及しておこう。この問題については議論されること自体少なく⁹³⁾、問屋の債権者に対しては委託者保護が優先されても、それ以外の第三者との関係は対抗関係として処理されることが当然視されているように見える。

(ア) 柳教授の所説 柳教授はこの問題についても詳しく検討しており、既述のように意思主義を貫いて、委託者・問屋間に所有権や債権の移転はなく、物や金銭の引渡し、不動産の移転登記、債権の譲渡通知をなすべき義務しかなく、民法646条2項の適用の余地はなく(権利移転のための特別の行為を必要とする株式の買入委託は別)、これらの義務は646条1項の物の引渡義務に準

92) 平出慶道『商法 (商行為法)』(昭63)200頁。同『商行為法〔第二版)』(平1)377頁も同様。

93) 柳勝司「受任者の名によって為された委任事務の実行をめぐる法律関係(1)(2)完」法政論集82号(昭和54)、83号(昭55)は、この問題にまで詳しく言及した論文である。

ずる義務にすぎないとする。そして、動産と不動産に分けて次のように説明をする（代金債権については、次の販売委託において説明をする）。

動産について

④ 問屋の債権者への権利主張 柳教授の考えによれば、意思主義をとる民法の下では、「委任者〔委託者〕と受任者〔問屋〕との間の関係においては委任者が動産の所有者であり、従って、委任者と受任者の債権者との関係においても、委任者が所有者である」という。このようにそもそも問屋から委託者への物権変動がないとするため、問屋の権利外観に対する信頼保護しか問題にならないことになり、「委託者と問屋との関係に仮装行為は存在しないので、94条2項の適用及び類推適用は問題とならない。そこで、委託者は、問屋の債権者に対して、委託の目的である動産について所有権を主張できることになる」という⁹⁴⁾。言及はないが、192条において差押債権者は保護されないということは当然の前提であろう⁹⁵⁾。

⑤ 問屋の債権者以外の第三者への権利主張 受任者からの譲受人と委任者は178条の対抗関係には立たず、仮装行為があれば94条の適用または類推適用の関係に立つという。問屋営業は仮装行為ではないので、94条の適用または類推適用はないが、善意・無過失の第三者に対しては、192条により委託者は権利主張ができないという。

不動産について

⑥ 問屋の債権者に対する権利主張 柳教授は動産と同様の処理を不動産にも適用する。即ち、「意思主義の下では委任の当事者間において所有権の移転は生じないと解する以上、受任者の差押さ債権者と委任者とが177条の対抗関係に立たないことは当然であり、むしろ、実質的に問題となっているのは、虚偽表示として民法94条2項の適用があるか否かである。」という。従って、

94) 柳勝司「受任者の名によって為された委任事務の実行をめぐる法律関係(2)完」法政論集83号（昭55）367～368頁。

95) 柳勝司「受任者の名によって為された委任事務の実行をめぐる法律関係(2)完」法政論集83号（昭55）373～374頁。

虚偽表示とみられる場合には、94条2項で差押債権者は保護されるという⁹⁶⁾。逆に言えば、94条2項によるために、問屋の債権者が悪意で差し押さえた場合には対抗できることになるという。

⑥ 問屋の債権者以外の第三者への権利主張 この問題についても、柳教授は「意思主義の立場からは、委任者と受任者からの譲受人との間の関係には177条は適用されない」が、民法94条2項の類推適用のためには、「委任者が取引主体として現れることを拒み受任者の名義で買受けを委託したことを類推適用の前提とする」という⁹⁷⁾。

(イ) 本稿の立場 筆者は差押債権者の第三者性には疑問を持っているが、そのことはおいて考えよう。まず、商法552条1項との関係で、やはり売買契約は相手方と問屋の間に成立し、売買契約の効果としての所有権の移転は相手方から問屋ということにならざるを得ない。そして、問屋から委託者らに所有権が移転するといわざるを得ない。この点で柳教授の見解は発想を全く異にするので、同じ土俵では議論ができない。通説の考えに立つ限り、第三者に対して委託者を保護する特別規定がない限り、問屋から委託者への所有権移転は対抗できないし、また、所有権が移転していない場合には第三者を排除しうる特別の権利の付与が必要である。本稿では、民法646条2項をその特別の権利付与規定と考えているが(既述)、しかし、その沿革からしてまた結果の妥当性からして、委託者保護を優先すべき相手方は問屋債権者のみに限定すべきである。従って、買主などの取引関係に入った第三者については、取引の安全保護という特別の考慮が必要なので、対抗関係により処理されるべきである⁹⁸⁾。

96) 柳勝司「受任者の名によって為された委任事務の実行をめぐる法律関係(2)完」法政論集83号(昭55)363~364頁。

97) 柳勝司「受任者の名によって為された委任事務の実行をめぐる法律関係(2)完」法政論集83号(昭55)373頁。

98) なお、筆者は、177条については悪意者排除論であり、178条についても悪意者を排除し、また、占有改定だけでは十分ではなく、第三者が保護されるためには現実の占有取得を権利保護要件として要求する。そのため、結論は柳説と異なるわけではない。