慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	間接代理（問屋）をめぐる責任財産及び直接訴権（２・完）：民事法の総合的考察
Sub Title	Le mandat indirect et l'action directe (2)
Author	平野, 裕之(Hirano, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2005
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.2 (2005. 3) ,p.67- 139
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20050315-0067

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(２・完)

――民事法の総合的考察――

平　野　裕　之

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
(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、物権の問屋の債権者からの委託者の保護(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　買入委託の場合(各論１)――目的物の所有権をめぐって
(1)　あるべき結論
(2)　判例の状況
(3)　学説の状況
(4)　残された問題点(以上まで１号)
４　販売委託の場合(各論２)――代金債権をめぐって
(1)　あるべき結論
(2)　問屋への代金支払後
(3)　問屋への代金支払前――代金債権についての委託者の権利
(4)　販売委託における委託者保護についての本稿の結論
(5)　その他の問題
第２章　間接代理(問屋)をめぐる直接訴権の諸問題
１　間接代理(問屋)の復委任の場合――委託者・復受任者間の直接請求権
(1)　問題の提起

慶應法学第２号（2005：３）

（2）　民法上の議論――準委任への類推適用の可否
（3）　商法552条２項による民法107条２項の準用――問屋の場合
（4）　本稿の立場
2　委託者の相手方に対するまた相手方の委託者に対する直接請求権（総論）
（1）　商法上の議論
（2）　民法上の議論――委託者の相手方への請求権
（3）　委託者の相手方への請求についての本稿の立場
3　民法650条２項の活用可能性――相手方の委託者への直接請求
（1）　民法650条２項の趣旨
（2）　650条２項の趣旨についての学説・判例の状況
（3）　相手方である債権者（売主）の委託者に対する権利行使
（4）　民法650条２項と相殺の可否――委任者・受任者間
第３章　本稿のまとめと両議論の応用可能性
（1）　本稿の結論
（2）　応用問題について――不当利得返還請求権について
（3）　損害賠償請求権について（以上、本号完結）

4　販売委託の場合（各論２）――代金債権をめぐって

（1）　あるべき結論

委託者がその所有する商品の販売を問屋（商法551条）に依頼し、問屋が自己の名で目的物を売却した場合、代理とは異なり、代金債権を取得するのは、所有者である委託者ではなく、売買契約上売主となっている問屋である。例えば、絵画の所有者が、絵画商に自分の絵画を店頭おいて販売することを依頼し、絵画商がこの絵画を顧客に販売したとしよう。もし代理権を付与したものであれば、商法504条により顕名をすることなく代理の効果が認められ、代金債権は委託者が取得するが、単に処分授権がされており、絵画商が代理意思なしに販売したのであれば、代金債権は絵画商に帰属することになる。

では、代金の支払いがされる前に、問屋（先の例でいえば絵画商）について破産手続きが開始した場合には、問屋に帰属している代金債権は破産財団に組

99）なお、販売委託問屋における所有権移転のプロセスについては明確ではないが、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

み入れられてしまうのであろうか[99]。また、問屋の債権者がこの代金債権を差し押さえてきた場合に、委託者はこれを阻止しえないのであろうか。買入委託については、既述のように特別規定が置かれていない立法も見受けられるが、販売委託については、次のように委託者を保護する特別規定がされているのが普通である。

(a) 大陸法規定　ドイツ商法392条２項は、「問屋が締結した行為に基づく債権は、譲渡前においても、委任者と問屋又はその債権者との間に於いては委託者の債権とみなす」と規定するのみであるが、学説にはこれを物権にも拡大適用しようとする考えがあると紹介されている[100]。フランス1955年５月20日のデクレ111条は、旧商法575条２項と同様であり、「販売取次における売買代金につき、問屋破産の場合、委託者はこれを取戻すことができる。」と規定する。スイス債務法425条２項は401条を問屋営業に準用しているが、401条は、「受任者が委託者の計算で、しかし、自己の名で相手方に対して取得した債権は、委託者が委託関係から生じる全債務を履行することによって、委託者に移転する。このことは、受任者破産の場合の破産財団についても又同じ。受任者破産の場合には、委託者は、委託関係から生じる全債務を履行することによって、受任者が委託者の計算で、自己の名で取得した動産を、留置権を留保して取得することができる」と規定している。

1960年のローマ私法統一国際教会の「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」24条は、販売委託の場合に、問屋が相手方

論文集36号（平７）77頁は、問屋が相手方との間で売買契約を締結すると同時に、委託品の所有権はいったん委託者から問屋に移転し、問屋から相手方に移転すると構成する。これにより、買入委託の場合にも段階的に移転するのと整合性が保てるという。

100）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。以下の本文におけるPECL以外の立法などの紹介、翻訳も同論文による。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。なお、現行フランス商法典には、本文に述べた条文は見当らない。

に対して取得した代金債権について、委託者は問屋の債権者に優先して行使することができる旨を規定する。また、ヨーロッパ契約法原則（PECL）は、３-302条で次のように規定する[101)]。

「仲介者が支払不能となった場合、または、仲介者が本人に対して基本的な不履行をした場合、または、履行期前に基本的な不履行が存在することが明らかになった場合には、

（a）　……省略……

（b）　第三者が仲介者に対して提起することができるあらゆる抗弁の提起を受けることを条件として、仲介者が本人に代わって取得した権利を本人は第三者に対して行使することができる。」

（b）　英米法の非顕名代理　　英米法では、代理についていわゆる非顕名主義が採用されており、隠れた本人が相手方に対して直接権利を取得し、問屋（代理人）の一般債権者は、問屋破産に際して、その請求の対象とすることができないといわれている[102)]。但し、買入委託の場合については、普通法上は問屋に帰属するが、衡平法上は、問屋の破産またはその債権者の強制執行に際して、その財産が一般財産から識別特定されていることを条件として保護されている[103)]。

（c）　あるべき結論について　　いずれにせよ、あるべき結論は委託者を問屋の債権者に対して保護すべきであるということで一致しているものと思われる。①元の財産が問屋の責任財産でなかったのであり、また、②代金が支払

101）ユルゲン・バセドウ編半田吉信ほか訳『ヨーロッパ統一契約法への道』（平14）所収の角田光隆訳による。

102）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頁による。

103）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頁による。鴻常夫「問屋」『演習商法(総則・商行為)』（昭51）236頁によれば、「英米法のundisclosed principalの場合のagentは大体わが国の問屋に相当するものであり、イギリスのfactorはまさにわが国の問屋にあたる」と評している。

われてしまえば特定性を失うが、支払われる前の代金債権(=代償)という形で委託者の財産として特定性が保たれているからである。このことは、あるべき立法論を検討することに役に立つのみならず、現行法の解釈論を行う際にも、あるべき指針を示すものとして有益である。

ところが、日本の商法にはこの点について明示的な規定は置かれていない。英米法のように商法504条で非顕名主義を採用したので、これで問題はすべて解決されたと考えてよいのであろうか。しかし、わが国では、代理と間接代理を明確に区別し「問屋」という制度を容認しているので、非顕名主義の採用で問題が解決されたということはいえないのである。そもそも、問屋(間接代理)の場合には、商法504条は適用されないことになる。せいぜい代理か問屋(間接代理)かが明確でない場合に、可能な限り代理と認定して商法504条をたてにして委託者を保護することが可能となるというだけにすぎない。

更に言えば、そもそも筆者は商法504条についても、その適用をごく例外的な場合に限定をし、事実上死文化させてよいと考えており(前稿)、商事代理でも、顕名がされなければ、代理人が代金債権を取得することになり、同じ問題が代理でも生じてくる。顕名されなかった代理の場合も含めて、この(1)の冒頭に上げた問題があてはまるのである(そして、これを解決できるという保障があるため、商法504条についての限定解釈を提案したのである)。明文規定のないわが民商法において、ここで扱っている問題がどう解決されるべきなのか、問屋への代金の支払の前後で分けて検討していこう。

なお、基本的には、商取引にかかわる問題は、契約(約款)によって規律されるので、適当な実定法規定がなくても実際上問題はないが、この問題は第三者にかかわる問題であり、委託者・問屋間では対処することができず、委託者・問屋間の契約条項にゆだねるわけにもいかない問題である。

(2) 問屋への代金支払後

代金が買主から問屋に支払われた後の委託者の保護について、ここで考察をしておきたい。問屋は受け取った代金を委託者に引き渡す必要があるが、委託

者に対する報酬債権があるので、それを差し引いて（相殺して）残額を引き渡すことになる。問屋に破産手続きが開始した場合には、委託者の債権は単なる金銭債権となり、問屋が自己の所有物を売却した代金が問屋の財産の中に含まれているとしても、債権者平等の原則に服することになってしまいそうである。この結論をどう回避するかが問題である。

（a） 金銭所有権を問題にする立場

（ア） 問屋の受領した金銭の所有者は委託者　　古い論稿であるが、問屋に委託保管中の物品は、問屋の破産の場合には、当然に、委託者においてその取戻権を行使しうるのと同様に、問屋が委託金を売却して得た代金は、委託者の計算に属するものであるから、「此の売上代金は、其儘、当然に、委託者の所有に帰属（……）、問屋は、委託者の為めに、其れを保管すること、委託品の場合と同一と解すべきである。」従って、問屋がこれを費消すれば業務上横領罪の問題が生じるという主張がされていた[104]。また、問屋の一般債権者が、問屋保管中の委託品を差し押さえた場合には、委託者は自己の所有権を主張して、異議を主張でき、問屋も異議を主張でき、また問屋の一般的誠実義務の１つとして、異議を申し立てるべきであるとも述べられている。

当時は金銭についても動産同様にその所有権を問題にし、即時取得さえ問題とされていた時代であり、「使途の定まりたる金銭の寄託ありたる場合には、其の所定の使途に使用せらるるまでは、該金額の所有権は寄託者に保留せらるるものと解すべき」として、受寄者の費消は横領罪を成立させるものと扱われていた[105]。この考えでは、確かに自分が債権者として受け取るものであるが、委託者との関係では、委託者に渡すべき代金であり、その受領と同時に金銭所有権が委託者に移転することになる。

104）西島弥太郎「問屋の法律関係」法学論叢35巻２号（昭11）241頁。

105）大判昭９・4・23刑集13巻７号63頁。なお、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）144頁によると、この金銭が問屋に属することは疑いのない点であるとされている。

戦後も、西原教授は、問屋が代金受領後に破産宣告を受けた場合にも、「その受領した金銭の所有権は、問屋および問屋の債権者に対する関係では、委託者に帰属するものと解すべきであろう」と述べている[106)]。特定されていることが当然の前提であろう。

（イ） 金銭所有権を問題にすることへの批判　　しかし、この立場に対しては、「その特定性を欠いて、委託者がそれを追跡できない金銭については、委託者に物権的（準物権的）保護を与えることは不可能である」とが批判されている[107)]。但し、上の論述は、特定性が認められる場合を当然の前提としていると思われるので、特定性が保たれている場合についてはあてはまらない。

したがって、買主から支払われた代金が特定性を保って、問屋の手元に残っている場合のみが問題である。そして、金銭についても動産と同様にその所有権を問題にする立場を前提にしたかつての議論は、いまや金銭所有権について「占有あるところ所有あり」と考えられている現在では[108)]、到底維持すること

106）西原寛一『商行為法』（昭35）267頁。

107）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）491頁。高島正夫『商法総則・商行為法（改訂版)』（昭57）255頁も、破産債権者となるだけという。

108）最判昭29・11・５刑集８巻11号1675頁は、「金銭は通常物としての個性を有せず、単なる価値そのものと考えるべきであり、価値は金銭の所在に随伴するものであるから、金銭の所有権は特段の事情のないかぎり金銭の占有の移転と共に移転するものと解すべきであつて、金銭の占有が移転した以上、たとえ、その占有移転の原由たる契約が法律上無効であつても、その金銭の所有権は占有と同時に相手方に移転するのであつて、ここに不当利得返還債権関係を生ずるに過ぎないものと解するを正当とするからである。」　最判昭39・1・24判時365号26頁、判タ160号66頁は、「金銭は、特別の場合を除いては、物としての個性を有せず、単なる価値そのものと考えるべきであり、価値は金銭の所在に随伴するものであるから、金銭の所有権者は、特段の事情のないかぎり、その占有者と一致すると解すべきであり、また金銭を現実に支配して占有する者は、それをいかなる理由によつて取得したか、またその占有を正当づける権利を有するか否かに拘わりなく、価値の帰属者即ち金銭の所有者とみるべきものである」とされている。金銭所有権については、能見義久「金銭の法律上の地位」『民法講座別巻１』（平２）101頁、吉岡幹夫『金銭債権の基本構造』参照。

はできない[109)]。もし、仮に金銭所有権そのものではないが、物権的な保護を考えるとしたならば、物権的価値返還請求権[110)]を問題にすることになろう。また、もし物権的価値返還請求を認めるならば、受領した代金が特定性を失いながらも、問屋の財産に混入し残存している場合にも、物権性の認められる優先的な、即ち他の問屋の債権者に先立って金銭の返還を受けられるという保護を委託者に認める余地がある。議論はほとんどなく、誤振込みなどの事例も含めて、金銭についてどこまで保護を認めるかという民法の一般論に解消されることになろう。本稿では、この問題については立ち入らないことにするが[111)]、このような可能性を分別管理義務と結び付けて認める三宅教授の考えを次に紹介しておこう。

(b)　分別管理義務を問題にする学説

（ア）　物権的権利の承認　　三宅教授は次のような委任者の保護を提案している。

「受任者が委任事務処理のために委任者から受取った金銭は、受任者が自己の財産に取込むことなく保管し、費用の支払に充てなければならないし、受任者が委任事務処理により相手方から受取った金銭は、受任者の名で受取った場

109）なお、間接代理の事例ではないが、建設共同体の事例で、「民法上の組合において、業務執行者たる組合員が自己の名において取得した財産は、組合の計算においてなされた場合であっても、格別の合意がない限り、先ずその者に帰属し、組合への移転行為によって初めて組合財産となるものと解される（民法671条、646条）。）「本件企業体においては、本件協定に則り、代表者を定め、請負代金は代表者が自己の名義をもって請求、受領（別口口座への振込）し、一旦、村本口座へ移し替えた後、代表者の経理機構によって精算の上、運営委員会の承認を得て分配する運用がなされてきた）。「右によると、本件代金は、別口口座へ振込まれたことにより、代表者に帰属したのであり、その半額が控訴会社に帰属したとか、その全額が代表者と控訴会社が共有する本件企業体の財産になったとはいえず、控訴会社は本件協定に基づく分配金請求権を有するに止まると認むべきである。」とした判決がある（大阪高判平９・12・３金法1554号78頁。最判平11・4・16金法1554号77頁が支持）。

110）物権的価値返還請求権については、四宮和夫「物権的価値返還請求権について」『四宮

合を含め、受任者が身代り即ち単なる通加点として受取るものであり、自己の財産と区別して委任者のために保管しかつ引渡さなくてはならない」。「受取った金額については、受任者は自己の財産に取込み自己のために消費してはならない義務を負い、このことが受任者の金銭引渡義務に、一般の金銭債務と異なる一種の特定性、特殊な物的性質を与える。受任者の金銭引渡義務は、物の引渡義務と同様に委任の人的関係を反映し浸透させ、特定の価値は委任者のものという物的性質を伴う」[112)]。

（イ） 取戻権および第三者との関係　　そして、三宅教授は、更に受任者が受領した金銭が第三者に引渡された場合についても、次のように述べている[113)]。

「委任者が、受任者の占有する金銭は、受任者の財産と区別して委任者のため保管される特定の価値（を表象する金銭）であることを証明すれば、受任者の債権者の差押に対し第三者異議の訴を提起することができ、また受任者の破産に際し取戻権を行使することができる」。また、受任者が自己のないし売買の代金にその受領した金銭を支払った場合に、「委任者が委任による受取金と代金として支払った金銭との通貨の同一性を立証する場合に」は、「少なくとも第三者が悪意で取得した場合には、委任者は第三者に対し646条１項に基づく本質的な所有物返還請求権（……）を、従ってその変形として191条による（同一通貨でなく同一金額の）価値返還請求をすることができる」。「委任者が価

和夫民法論集』（平２）97頁以下、広中俊雄『物権法（第二版）増補』（昭62）257頁以下参照。

111）結論的には、物の場合には盗まれたりした所有者、また、買入委託の委託者は取り戻すことができるのに、金銭を盗まれた被害者、また、販売委託の委託者には単なる債権者として債権者平等というのは不合理である。物権的価値返還請求権によるか否かは別として、その価値が現存している限り、被害者や委託者に他の債権者に対する優先的な保護を認めるべきである。

112）三宅正男『契約法（各論）下巻』（平元）964頁。

113）三宅正男『契約法（各論）下巻』（平元）967～８頁。

値の同一性を立証するに止まる場合」にも、第三者の悪意取得を要件とする価値返還請求権を認めるべきである。「そしてそれは、委任者の金銭引渡債権及び犯罪による被害金取戻請求権の、特殊な物的性質に基づく物的価値返還請求であり、所有物返還請求の変形ないし発展であって、703条にはなじまない」。

（c） 本稿の立場　　この問題は、民法304条の物上代位をめぐる議論と類似している。債権には効力が及んでいても、支払われて金銭になったならば特定性が失われるのでもはや価値的代位物とはいえない、物上代位の対象がなくなると考えていたかつての学説が支配していた議論の時代と同じ状態が、ここでは続いている。

（ア） 支払の有効性　　まず、そもそも相手方（買主）の支払が有効か否かを問題にすべきである。担保権が成立して第三債務者に対抗できれば、第三債務者による債務者への支払は無効であるのと同様に（無効とするのは酷なので差押えを必要とした）、民法646条２項により代金債権が問屋から委託者に当然に移転し、それを相手方（買主）に対抗できるのであれば、そもそも問屋への支払は無効である。しかし、そのような扱いは、物上代位におけると同様に相手方（買主）に酷である。そのため、次のように考えるべきである。

民法646条２項により、問屋が取得した代金債権は、当然に委託者に移転する。しかし、問屋・委託者間の契約により、依然として問屋は自分の債権として行使、受領することができるよう授権がされているというべきである。従って、問屋への支払は民法646条２項にもかかわらず依然として有効である。たとえ委託者が問屋の受領権を失わせたとしても、民法646条２項の権利移転を相手方（買主）に対抗するためには、裁判所による通知（304条の差押え）が必要であるというべきである。

（イ） 支払後　　支払が有効な場合、金銭は抽象性があるので、その受け取った金銭の支払に拘泥する必要はなく、問屋は単に同額の金銭債務を負担しこれから報酬額を差し引いて残額を支払えばよいかのようである。しかし、信託財産であれば、分別管理されなければならず、金銭といえ同様であり、受託者の金銭とはなりながらも（金銭所有権は占有あるところに所有あり）、信託財

産とされ受託者の債権者は差押えができないことになる。問屋の場合には、信託とは異なるが、このような委託者の利益を考えれば分別管理すべきであり、ただ金銭自体の特定性を問題にする必要はなく、自分の口座に振り込まれた後にこれを委託者のための特別の口座に移したりしていれば、特定性は保たれているというべきである。

したがって、このように分別管理されていることを要件として、問屋の責任財産ではないということを委託者は主張することができるというべきである。買入れ委託の物とは異なり、金銭では占有あるところに所有が認められるので、委託者に金銭所有権が移転するということにはできない（代理占有しているというのは擬制的すぎよう）ので、この場合には、所有と責任財産関係の分離を直截に認めるしかない。いずれにしても、分別管理がされている場合にまで、問屋の責任財産とされてしまうことを認めるのは適切ではない。

(3)　問屋への代金支払前――代金債権についての委託者の権利

(a)　立法論として問題視しつつ否定する学説　　先ず、ドイツ商法392条２項のような規定がない以上は、問屋破産の場合に委託者保護に欠けると批判をし、解釈論として特に述べず委託者保護を認めない趣旨と思われる記述もあり[114)]、また、委託者が保護されないことを断言する記述がされることも少なくない。例えば、大橋博士は、明文がない以上「委託者に少し酷であっても」、破産財団に加えるしかないといい、「委託者は一方に問屋制度より生ずる利益を享受しているのであるから、他方にその弊害を受くる事も已むを得ぬのである」と断言する[115)]。

114）野村次夫・原田鹿太郎『商行為法』（昭12）154頁。

115）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）163頁。中村武『商行為法概論』（昭12）248頁、高島正夫『商法総則・商行為法（改訂版)』（昭57）255頁も同様。

なお、民法により、委託者は問屋に対して権利移転請求権を認められ（民法646条２項）、また、事前に問屋と委託者との契約において、問屋が権利を取得すると同時に委託者に権利が移転することを合意しておくことも有効と考えられているため、問屋の債権者の第三者性を否定しさえすれば、問屋が破産しようと、問屋の債権者が代金債権を差し押えようと委託者は安泰である。従って、問題は問屋の債務者の第三者性にかかっており、94条２項、177条など対抗関係では債権者も第三者性が肯定されており、もしここでも対抗要件を要求すれば、安泰というわけにはいかないことになる[116)]。

（b） 代償的取戻権による学説――商法552条２項にはよらない学説

（ア） 破産法の代償的取戻権肯定説　　販売委託で販売が実行されるまでは委託者の所有であり、問屋が破産しても委託者は目的物につき取戻権が認められること異論を聞かない。そのため、取戻権の対象である目的物が売却され代金債権に変更した場合にも、学説には当然に代償的取戻権（破産91条――新破産法64条）を行使しうるという主張もされている[117)]。しかし、この学説の結論は、商法552条２項に依拠するものではないことに注意を要する。

（イ） 破産法の代償的取戻権によることへの批判と肯定説からの反論

代償的取戻肯定説に向けられた批判をいくつか紹介していこう。

①先ず、代償的取戻権を委託者に認めることは、問屋の債権者の公信を保護

116）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）141頁は、「委託者は其移転を求むるの債権に付き他の債権者と平等の弁済を受くることを得るに過ぎざる」ものという。

117）商法552条２項による学説を否定して代償的取戻権を認める学説として、小町谷操三『商行為法論』223頁、田中誠二『新版商行為法（再全訂版）』（昭45）188頁、同・コンメンタール279頁、大森忠夫『商法総則商行為』247頁、大塚龍児「委託販売契約」『現代契約法大系第４巻』47～48頁、西原寛一『商行為法』（昭35）267頁、平出慶道『商法Ⅲ（商行為法）』（昭63）203頁。強制執行の場合の第三者異議については言及がなく、神崎克郎「証券売買委託社の法的地位(1)」神戸法学雑誌13巻４号（昭39）497頁注(2)は、これを第三者異議の訴えを認めない趣旨であろうと評価する。

し、外観を尊重することが最も重要であって、問屋と委託者との内部関係をもって外部に対抗できるのは正当ではないという批判がされている[118)]。しかし、それは代償的取戻権一般にあてはまるものであり、また、問屋の場合には外部から容易に予想ができるといった反論が可能である。

②次に、委託者に代償的取戻権を認めることは、買入の場合には取得した財産については取戻権が認められないのに、販売委託の場合の代金債権についてのみ委託者が代償的取戻権で保護されることは均衡を欠くことが指摘されている。しかし、買入委託の場合にも、商法552条２項を根拠に委託者を保護する立場では、買入・販売両委託とも委託者が保護されることになるので、このような批判はあたらないことになる。

③また、そもそもこのような場合に、委託者に代償的取戻権が認められるのかも疑問とされている。この批判は、代償的取戻権は自己の意思に反して取戻権を奪われた者に対する代償として与えられるものと理解して、「一般の取戻権を消滅させる原因となった処分を承認していた者には与えられないといわねばならない」と批判をするものである[119)]。これに対しては、破産法91条（現行64条）は処分の不当性を文言として要求していないこと、同条はドイツ破産法46条に由来するが、更にそれはプロイセン破産法25条に依拠していたという沿革から、また、不当利得の返還を基調とする代償的取戻権にあっては、買主が所有権を取得したのに代金債権は破産財団に属することになるというのは不当利得にほかならないことを理由として、処分の不当性は必要ではないと反論されている[120)]。

118）田中誠二『新版商行為法（再全訂版)』(昭45）174頁。高島正夫『商法総則・商行為法（改定版)』(昭57）255頁は、破産法91条により、委託者は代金債権の移転を求めることができるという。

119）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）492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」慶應大学大学院法学研究科論文集36号（平７）80頁も、委託者は単なる破産債権者にとどまることになるという。

120）大塚・前掲注91)論文48頁。

（ウ） 差押えの場合　　なお、強制執行については代償的取戻権に匹敵する規定はないが、代償的取戻権を認める立場では、同様の趣旨を強制執行にも及ぼして委託者を保護しようとしている（この問題についての判例はない）。即ち、販売前の委託商品について問屋の債権者が強制執行をしたならば、委託者は第三者異議の訴えを提起でき、そして、委託品販売代金債権については、代償的取戻権を類推適用し、第三者異議を認め、また、委任者は問屋の破産を申し立てて代償的取戻権を認めることもできると主張されている[121)]。

（c） 代償的取戻権によらずに取戻権を認める学説　　また、代償的取戻権によらずに、委託者を保護する学説も主張されている。なお、柳教授の所説は債権者以外の第三者への対抗のところであわせて紹介する。

（ア） 実質的に責任財産を考える学説

① 竹田博士の見解　　竹田博士は、商法552条２項について、代理は外部関係についての規定であり、問屋と委託者の内部関係にはあてはまらず、第三者特に問屋の債権者に委託者は自己の権利と主張ができないが、次のような解釈ができるとされている。

「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、所謂間接損害の場合と同様、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、其別除を求め得ると解すべきではないかと思う」[122)]。

② 大隅博士の見解　　大隅博士は、商法552条２項は委託者と問屋の内部関係の規定であり、問屋の債権者に権利主張はできないとして、現在の通説の

121）大塚龍児「委託販売契約」『現代契約法大系第４巻』48頁（このような手段では委託者の保護に欠けるとするときは、問屋の取得した債権の相対的帰属を認めるか、または、信託法16条の類推適用によるしかないという）。そうでなければ、商法552条２項により代金債権の相対的帰属を認めるか、または、問屋関係と信託関係との類似性から信託法16条の類推適用によるか、しかないともいわれる。

立場を支持していないが、問題は委託者と問屋の債権者のいずれを保護すべきかであり、問屋の「債権者は問屋が委託の実行としてなす売買により形式上取得する権利までも自己の債権の一般担保として期待すべきものではないといえるから、実質的な利益状態にもとづいて、委託者は問屋及びその債権者に対して実質上自己に属する権利につき取戻権を行使しうるものと解すべきであろう」という[123)]。

（イ） 商法552条２項による学説

① 商法552条２項の委託者・問屋間の効果だけでは十分ではない　商法552条２項による代理規定の準用により、問屋・委託者間では代理の効果が発生することが認められるのであるから、問屋の債権者の第三者性さえ否定すれば問題は解決されそうである。しかし、先にも述べたように、民法94条２項、177条などの対抗関係において、債権者も第三者として肯定されており、ここでも次のように述べて委託者の保護を否定する見解があった。

「問屋以外の第三者に対しては此主張を為すことを得ざるが故に、問屋が破産したる場合に於て第三者たる問屋の債権者に対しては問屋の債権を以て自己の債権なりと主張することを得ざ」る（傍点、引用者）、と[124)]。

そのため、一般債権者に第三者性が認められるのが原則であるため、商法552条２項だけでは問題解決にはならず、委託者保護のためにはもう一工夫が必要なる。

② 商法552条２項説１――対抗要件不要説　　先ず、問屋・委託者間の効

122）竹田省『商法総則・商行為法』（昭６、新青出版復刻版）138～139頁。

123）大隅健一郎『商行為法』（昭33）111頁。大隅健一郎述『商行為法講義案』（出版年不明）83頁では、ドイツ商法392条２項のような特別の立法がなければ取戻権は認められないと、否定説であった。

124）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） 142頁（552条２項によることを否定するだけで、結論としては既述のように取戻権を認める）。なお、一般債権者の法的地位については、片山直也「一般債権者の地位と『対抗』」法学研究55巻６号１頁以下参照。

果を法定の効果として、法定の効果であり対抗要件不要という構成により問題を解決しようとする考えは（松岡博士）、代金債権にも適用し、次のようにいう。

民法467条は債権譲渡に限られている。「従って法律の規定に因る場合は特別の手続を要せずして何人にも対抗し得るものと謂はねばならぬ。然らば販売委任の実行に因る代金債権に付ては、破産法91条を俟つ迄もなく、委託者は其の破産財団に属せざることを主張し得るのは当然なことになって来る」、と[125]。

③　商法552条２項説２（通説）――問屋債権者包含説　　また、商法552条２項の「問屋」には問屋の一般債権者も含むとし、問屋・委託者間の効果の中に取り込むことにより、委託者に取戻権を認めることが可能になる。これが現在の通説である[126]。

たとえば、すでに昭和の初期に岡野博士は、商法314条（現行552条）２項に依拠し、「売買契約に適用すれば代金請求の権利のみならず契約解除権、代金減額請求若くは損害賠償の請求権等（……）皆委託者の有たり委託者財産の一部を構成すべきものたり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」と述べている[127]。

なお、商法552条２項による代理規定の準用を根拠として、破産法91条（現行64条）により債権の移転を請求しうるという説明もされている[128]。しかし、この説も、最終的には、「販売委託の実行に因る代金債権に付ては、破産法第91条を俟つ迄もなく、委託者は其の破産財団に属せざることを主張し得るのは当然なことになって来る」ともいう（505頁）。

（ウ）　民法646条２項による学説　　他方で、民法646条２項により権利移転請求権があり、この行使により委託者が代金債権を取戻すということも考

125）松岡熊三郎『商法綱義（総則及商行為）』（昭17）505頁。
126）長谷川雄一『基本商法講義　商行為法』（昭和62）124頁など。
127）岡野敬次郎『商行為及保険法』（昭３）167～168頁。
128）松岡熊三郎『商法綱義（総則及商行為）』（昭17）504頁。

えられる。しかし、この構成については、債権譲渡についての民法467条の要件を充たさなければならないという問題点が指摘されている[129)]。三宅教授は、民法646条２項について意思主義からいって所有権の移転については特に移転を求める請求を問題にすることなく移転をし、この規定は債権について問題になるという意識の下で、先ず以下のように述べる（傍点、引用者)。

「委任者が相手方に対し委任を立証しても、買主等として債権を行使することはできない。委任者は先ず受任者に対して、相手方に対する譲渡通知、実は名義の移転を請求しなくてはならず、受任者はこれに応ずる義務を負う。646条２項の権利の移転とは、このように受任者が相手方から金銭その他の物を受取る以前の、債権譲渡通知であり、相手方から見れば受任者→委任者の権利移転と映るが、実は債権行使の資格ないし債権者名義の移転である」[130)]。

そして、三宅教授は更に次のように述べる（傍点、引用者)。

「問屋が委託者のために、販売した物品の代金債権及び買入れた物品の引渡債権は、真実の売主または買主である委託者の債権であり、ただ相手方との関係では問屋が債権行使の資格を有するに過ぎない（……)。従って問屋の債権者の差押や問屋の破産に際しては、委託者は第三者異議の訴権や取戻権を有する。これは委託の主張であり問屋→委託者の債権譲渡はないから、いわゆる債務者以外の第三者に対する対抗要件（467条２項）を必要としない。しかし委託者の第三者異議や取戻が認められても、委託者が相手方に対し代金債権等を行使するには、問屋から債権行使資格ないし債権者名義の移転を受けること、つまり問屋が相手方に債権譲渡を通知することが必要である。問屋（またはその破産管財人）は、この名義移転の請求に対し、費用償還債権等の弁済と引換の抗弁権」を有する[131)]。

129）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・手形法』（昭56）所収。引用はこちらによる）330頁。

130）三宅正男『契約法（各論）下巻』（平元）977頁。

131）三宅正男『契約法（各論）下巻』（平元）986頁。

(4)　販売委託における委託者保護についての本稿の結論

(a)　委託者保護についての本稿の立場

（ア）　問屋の債権者との関係　　先ず、結論としては販売委託についても委託者の保護を肯定すべきである。商法552条２項に依拠しない旧通説でも、販売委託において委託者の代償的取戻権を肯定したり、買入委託で所有権の委託者への移転そして占有改定による対抗要件の取得を認めれば、委託者の保護は可能であり、実益のない議論かもしれない。しかし、本稿では、民法646条２項を委託者保護のために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おり、民法646条２項により問屋の取得した代金債権について委託者に取戻権を肯定すべきであると考えている。

確かに民法646条２項を、単に権利移転請求権を認めただけの規定であるとすれば、移転が認められても民法467条２項の債権譲渡の対抗要件が充たされない限り、第三者である差押債権者や破産管財人には権利移転を対抗できないとされてしまいそうである。しかし、本稿のように、民法646条２項を委託者に取戻権を認め問屋の債権者に対する関係で特別の保護をした規定と理解すれば、委託者が自分の権利として取得したことを（また、民法646条２項の効果として、特別の意思表示なしに当然に委託者に移転すると考えるべき）、民法467条２項の要件を充たすことなく破産管財人や差押債権者に対抗できると考えるべきである。まさにそのような第三者への対抗力を認めた規定として、民法646条２項の意義を理解するわけである。

その結果、結論としては、委託者は債権者に対しては、問屋からの権利取得（当然に権利は問屋から委託者に移転し、委託契約の趣旨からして、委託者の権利となった代金債権を問屋が自己の名で取り立て・受領ができるだけ）を対抗でき、問屋破産の場合には自己の代金債権であり破産財団に属さないことを主張（物についての取戻権に匹敵する保護）でき、また、問屋の債権者が差し押さえた場合には、委託者は第三者異議（民事執行法38条）の訴えを提起することができることになる。

（イ）　買主との関係　　民法646条２項による委託者の保護は問屋の債

権者との関係における保護であり、第三者である問屋の相手方＝買主との関係は別に考える必要がある。確かに、仮に代金債権移転の買主への対抗を認めても、通常は代金の受領まで委託者から認められているので受領権限のある者への弁済となり、有効として保護されることになる。委託契約が終了した場合後は、問屋の受領権は消滅し、買主には民法478条の保護や供託による保護が与えられるが、委託者・問屋間の事情でありまた委託者があえてそのような関係を自ら作り出したのであり、買主に不利益を与えるのは適切ではない。

そのため、物上代位のように、債務者である買主に対しては特に厚い保護を認めてもよいと思われる。民法467条2項の対抗要件を充たすか、または、物上代位におけると同じ差押え（自分の債権であり、強制執行としての差押えは本来ならばありえない）をしなければ、買主には、自分が債権者であることを対抗できないというべきである。

（ウ） 問屋の報酬債権の保護　　残される問題は、問屋の委託者に対する報酬債権の保護をどうするかである。本稿としては、次のように考えたい。

問屋の取得した代金債権は、民法646条2項の効果として委託者に移転すると考えざるを得ないとしても、問屋は委託者との委託契約の趣旨からして、委託者に移転した代金債権を依然として自己の名で行使することができる。したがって、代金を受領して、相殺により差し引き残額のみを委託者に引き渡せばよい。問題は、委託者が自ら代金債権を行使したり、委託者の債権者が差し押さえたり、更には委託者について破産手続きが開始した場合である。その場合でも、委任契約が効力を保持するのであれば、依然として問屋が代金債権の行使ができることになるが、問屋に委託者に移転した代金債権について、自己の報酬債権の範囲内で直接訴権（排他的代位権）を認めることで問屋を保護することができる。問屋は報酬債権の回収のために、委託者の代金債権を必要な範囲で優先的に代位行使できることになる。

（b） 民法646条2項の再検討　　結論を先に述べてしまったが（また、買入委託については本稿(1)で述べた)、ここで詳しく民法646条2項について、沿革から掘り起こして検討をしていこう。

民法646条２項は、「受任者は、委任者のため自己の名で取得した権利を委任者に移転しなければならない」と規定している。既にみたように、ドイツ商法では代金債権に限って問屋の責任財産から排除すること、また、スイス債務法401条１項は、やはり代金債権に限定してであるが、受任者が自己の名で取得した債権は、委任者が委任関係から生ずるすべての義務を承認すると同時に委任者に移転する旨を定めている。フランス民法には代理を委任契約として規定するため同様の規定はなく、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いない（義務については規定があるが、後述するように保証債務の負担が念頭に置かれている）。この規定が登場してきたのは現行民法草案においてである。その由来はこれまで必ずしも明らかにされてきたとはいえない。この規定はどのような由来に基づき、どのような趣旨で作られたのであろうか。

広中俊雄編『民法修正案（前三編）の理由書』620頁（560頁）は、この段階では原案の645条であるが、原案645条の「第２項は既成法典の欠点を補充したのみ」というだけである[132)]。そうすると、旧民法にはなかった規定を補充したということは分かるが、この追加はどういう経過によって出てきたものであろうか。ドイツ民法の草案によるものであろうか。この点は全く説明がない。次に法典調査会での議論を見てみよう。

（ア） 法典調査会での議論

① 全体の説明　　法典調査会に提出された草案653条２項は「受任者カ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[133)]。このように販売委託の場合の債権に限定されていたのは、ドイツ商法また旧商法において販売委託の代金債権についてのみ特別規

132）梅謙次郎『民法要義　巻之三債権編』（大正元年版の有斐閣復刻版による）734頁は、「新民法に於ては委任を以て必ずしも代理を目的とするものとせざるが故に受任者が委任者の為めに為したる行為より生ずる権利は皆直ちに委任者に移転するものと為すべからず」という（原文カタカナ）。

定を有していたのと奇妙に対応しており興味深い。本条の原案を起草したのは富井博士であるが、ところが、本条の参照として旧民法財産取得編241条があげられている[134)](旧商法475条は挙げられていない。外国の法典も商法は挙げられていない)。旧民法財産取得編241条は次のような規定である。

「代理人ハ委任者ノ名ヲ以テ又ハ管理ニ関シ自己ノ名ヲ以テ受取リタル金額若クハ有価物ヲ委任者ニ返還スルコトヲ要ス又委任者カ正当ニ受取ルコトヲ得ス又ハ代理人ニ受取ルコトヲ託セサリシ金額若クハ有価物ト雖モ之ヲ受取リタルトキハ亦同シ然レトモ次節ニ従ヒテ委任者ヨリ受取ル可キ金額ヲ控除ス

代理人ハ自己ノ収取スルコトヲ怠リ又ハ自己ノ過失ニ因リテ滅失セシメタル金額若クハ有価物ノ価額ヲ前数条ニ依リテ負担スル損害賠償ト共ニ前項ノ返還中ニ附加ス」

これはほぼフランス民法1993条であり、委任を代理に限定しているフランス民法また旧民法に関しての規定であり、間接代理についての規定ではない。富井博士が「此条は取得編第241条に修正を加えた」というはじめの説明は、専ら第１項を念頭に置いているものであり、２項についての説明にはなっていないと思われる。２項については、富井博士は次のように説明している。

②　２項についての特別の説明　　「本案第２項の場合は即ち自分の名を以て債権を取得したと云うことで、是は其儘にほって置けば自分の債権に為りますから委任者に移転することが必要であります。当然法律上の『でひふーしょん』に依て委任者に移転すると云う主義もありますけれども、何うも夫れは関係がはっきりと極まらない。何うしても表面自分の債権に為っている物は矢張

133）明治28年７月８日配布の民法草案であり（『日本近代立法資料叢書13　民法第一議案』（商事法務研究会版）254頁)、これが法典調査会に提出されている（『日本近代立法資料叢書４　法典調査会民法議事速記録四』（商事法務研究会版）619頁)。

134）梅謙次郎『民法要義巻之三』（有斐閣復刻版）732頁も同様である。同734条では、２項は新しい民法では委任が代理に限定しないので、このような規定が置かれたことを説明する。その由来については沈黙している。

り正当の手続を履ん人の物にすべき物は人の物にするのが必要である夫れで斯う云う風に書き改めました。」[135]

「自分の名を以て債権を取得したと云うことで、是は其儘にほって置けば自分の債権に為ります」といっていることからも分かるように、委託者保護がそこでは考えられており、旧商法475条との連続性は明示されていないが、その問題意識は、商法における間接代理の問題意識が、民法に間接代理を含ませることになったためにはじめて出てきたものであり（非顕名主義を採用しているので、顕名をしなかったため代理人が債権を取得するということはない）、旧商法における問題意識が受け継がれているといえる。

③　修正案の提案と可決　　草案653条（現行646条）２項については、重岡薫五郎委員により、不動産を自分の名で取得した場合にも同様の義務を認めるべきであり、「債権」と限定していることがよくないと指摘される。これに対して、富井博士は、どこの国でもこのように（債権だけに限定する）書いているので気がつきませんでしたと、債権に限定したのは大意のあることではないことを述べ、「債権」を「権利」に修正する案に同意する。梅博士も、「何うも理屈は其方が宜しい。別段疑いはなかりそうには思いますが」と意見を述べ、「債権」を「権利」と変更することが議決される[136]。

（イ）　法典調査会での議論の評価　　起草委員の富井博士の説明また参照条文に旧商法が挙げられていないことからは、旧商法475条との連続性は明確ではない。恐らくは明確には連続性は意識されていないというのが正確であろう。しかし、スイス債務法を挙げていること、どこの国でもこのように（債権だけに限定する）書いているということを述べており比較法も意識されていること、また、委託者保護というその問題意識が示されていることから、その

135）『日本近代立法資料叢書４　法典調査会民法議事速記録四』（商事法務研究会版）619頁。
136）『日本近代立法資料叢書15　民法修正案』（商事法務研究会版）76頁では、652条２項（645条に修正されているが、最終的に646条になる）では、法典調査会での議決通り「債権」が「権利」に修正されており、このまま現行民法になる。

真意はまさに旧商法475条で実現しようとしていたところを引き継ぐものである。

このように明確には意識はされていなかったが、委任を広く法律行為を対象とし代理に限定しないことにしたため、間接代理をめぐる規定を取り込むことになり、旧商法475条で実現しようとした依頼者保護がここに実現されたのである。商法の起草また審議は、民法に引き続くものであり、たとえ問屋を明確に意識したものではなかったとしても、問屋の依頼者保護の規定が民法646条2項に置かれたので、商法にあえて屋上屋を重ねる規定また内容も微妙に異なる規定を置くのは適切ではないことから、旧商法475条を現行商法に盛り込むことをせず、商法552条2項でわざわざ当然のことである委任の規定の準用ということを強調したのではないかと思われる(商法552条2項については本稿(1)に述べた)。これは、商法の起草過程でも、民法646条2項の原案についての言及がないのであくまでも推測である。起草者が何ゆえ、この点についての民法の646条2項の新規定と旧商法475条との関係について明言を避けているのか、その意図は分からないが、このような連続性を肯定して始めて立法の穴埋めパズルがうまくつなぎ合わせることが可能になる。民法646条2項の意義を、このような観点から再評価することが可能であろう。

(ウ) 民法646条2項についての結論　このように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、現行民法は委任規定を代理に限定せず法律行為を行うことの委託がされればよいものとし代理に限定せず、間接代理を含む規定となったため、間接代理については民法にその規律がある程度は委ねられたと推測できる。旧商法475条が現行商法では姿を消し、商法552条2項が民法の委任規定の準用を――規定がなくても当然なのに――あえて明記したのは、このような趣旨を注意させるためのものであったといえる。そのために、原案は、旧商法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かと思われる。もしこの推測が正しければ、民法646条2項は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、買入委託にまで拡大したものであり、条文からは明確ではないがそのような趣旨からは次の

ように解されるべき規定となる[137]。

即ち、民法646条２項は、①先ず、買入委託の場合には目的物の所有権、販売委託の場合には、代金債権が、委託者・問屋の契約関係からして特別の意思表示なしに当然に問屋に移転すること、および、②委託者が、問屋経由で移転という形で取得した所有権や債権について、問屋の債権者に対しては対抗要件を充たすことなく対抗でき、問屋の破産に際しては、委託者は自分の所有物ないし債権であること主張でき、問屋の債権者による差押えに対しても第三者異議を主張できるということを規定するものと考えるべきである。

(5) その他の問題

(a) 問屋への代金支払前の相手方による相殺　販売委託の事例で、問屋が自己の名で委託商品を販売したが、問屋がその相手方である相手方に対して債務を負担している、相手方から言えば問屋に対して債権を有している場合に、相手方は両債権を相殺することができるであろうか（問屋からは委託者への受領物引渡義務、権利移転義務があるので相殺は許されない）。

① 肯定説　殆ど議論はないが、相殺を肯定する意見もある[138]。委託者に代償的取戻権を認めない立場では、委託者は問屋の債権者に対して保護されないのであるから、買主が相殺をする場合には問屋に対する債権者として自己の債権回収を図ろうとする場面となり、委託者が差し押さえるか、または、権利の移転を問屋から受けたことについて第三者対抗要件を具備するまでは、買主による相殺は有効とならざるを得ない。

② 否定説　大塚教授は、買主が問屋に対して有している債権を自働債権

137）学説は、物の買入れをもっぱら念頭において、委任契約の中に事前に取得した権利の移転の合意も含まれており、改めて移転の合意は必要ではないといったことが論じられているに過ぎない（我妻栄『債権各論中巻二』（昭37）680頁、来栖三郎『契約法』（昭49）520頁など）。

138）西島弥太郎「問屋の法律関係」法学論叢35巻２号（昭11）238頁以下、小町谷操三『商行為法論』（昭18）』222頁。

として、問屋の代金債権と相殺することは許されないものとする。「なぜなら、買主は自働債権をもつ範囲で受託者の債権者であり、受託者の債権者に対する関係で受働債権(代金債権)は委託者に帰属しており、当事者間における債権の対立という相殺の要件を欠くからである」という[139]。従って、受託者が代金債権を、自己の債権者に履行に代えてまたは担保として譲渡するときは、委託者はこれを無効とすることができるともいう。その理由は、「受託者の債権者との関係では、譲渡された債権は委託者のものだからである」と説明される[140]。

③　本稿の立場　　本稿の立場では、民法646条2項を、委託者を問屋の債権者に対して保護した規定と考えるため、債権の譲受人についてはその妥当範囲内ではなく第三者の取引の安全を優先する必要があり民法467条2項により規律せざるをえないが、問屋の債権者に対しては民法467条2項の対抗要件を要することなく委託者の権利取得を対抗できると考えてよい。そして、買主が相殺をしようとする場合には、第三者として保護されるべきものではなく、問屋に対する債権者としての立場で権利行使をするものであり、同様に民法646条2項による保護を委託者に認めてもよいと思われる。したがって、委託者は当然に自己の代金債権であることを、相手方である買主に対抗することができ、相殺ができないことを主張できることになる。

(b)　問屋の債権者以外の第三者との関係　　代金債権が一旦問屋に帰属し、委託者に移転することになるので、問屋から代金債権を譲り受けた者と委託者との二重譲渡類似の対抗関係になり、対抗問題で処理されることになるはずである。これに対して、柳教授は意思主義の立場から異論を提起しており、次に紹介しよう。

(ア)　柳教授の所説

①　問屋の債権者への権利主張　　まず問屋の債権者との関係について以下のようにいう。

---

139)大塚龍児「委託販売契約」『現代契約法大系第4巻』(昭60)49頁。

140)大塚龍児「委託販売契約」『現代契約法大系第4巻』(昭60)49頁。

「受任者の名によって債権が取得され、受任者が債権者であるかのように、債務者に対して債務の履行を求める資格を有する場合にも、取扱いは同一である。すなわち、意思主義の原則に基づき、委任者と受任者との間の関係においては、債務者に対する権利行使資格が受任者にあるとしても、債権は委任者に帰属し、従って、委任者と受任者の債権者との関係においても、委任者に債権は帰属する。しかし、もし、委任者が自己の存在を隠す意図を有するのであれば、委任者は債権の自己への帰属を主張できない。」「例えば問屋の委託者のように、自己を隠すための仮装行為を為す意思を有しない委任者は、受任者の債権者に対して、自己が債権者であることを主張でき、逆に、仮装の意思を有する委任者は、94条の適用又は類推適用により、善意の（受任者の）債権者に対しては、自己が債権者であることを主張できない。」[141)]

② 問屋の債権者以外の第三者への権利主張　柳教授は、次のように述べて物の買入委託の場合と同様に処理する。

「委任者の物を受任者に売却したかのような仮装をして、受任者の名によって売買がなされたとき、受任者が代金債権を第三者に売却・贈与した場合、善意の第三者は、94条２項の適用により保護される」と[142)]。そうでない限り、問屋からの債権譲受人に自己の債権であることを対抗できるというようである。

（イ） 本稿の立場　民法646条２項は、委託者を問屋の債権者から保護する制度であり、問屋から債権譲渡を受けた者の取引安全を害してまで委託者を保護する制度ではない。問屋からの代金債権の譲受人に対しては、委託者は問屋からの債権の移転について467条２項の対抗要件を充たさなければ、代金債権の取得を対抗できないというべきである。但し、悪意の譲受人は467条

141）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）368頁。フランス法の問屋と名義貸人（prête-nom）の区別から発想を得ているようである。

142）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）374頁

2項により保護されないと考える余地があり、もしそのように考えられるのであれば、委託者は譲受人の悪意を証明して対抗できることになる。

なお、債権者が代金債権を差し押さえた場合には、委託者は第三者異議の訴えができるが、債権者が差し押さえ取立てをしたりまたは転付命令を受けるのではなく、問屋の債権者が問屋から代金債権について、譲渡を受けたり取り立て委任を受けた場合には、どう考えるべきであろうか。民法646条2項は委託者を問屋の債権者から保護する規定であるが、取引の安全にはその保護は劣後することになるが、債権者でありながら譲渡を受けたり取り立て委任を受けているので、問題になろう。しかし、債権回収ないし担保のための譲渡・取立て委任は、裁判所を解さないだけであり、私的手続きをとれば民法646条2項を排除できるというのは適切ではない。やはり、これらの場合には、民法646条2項の趣旨からして、債権者が譲渡や取立て委任を受けても委託者は代金債権の取得を対抗できるというべきである。

第2章　間接代理(問屋)をめぐる直接訴権の諸問題

1．間接代理(問屋)の復委任の場合――委託者・復受任者間の直接請求権

(1) 問題の提起

(a)　民法の直接訴権の規定　　代理については、民法107条2項が本人・復代理人の間に直接訴権を認めていることは、別稿で紹介をした[143)]。この直接訴権による保護は、取立代理のように効果は本人に帰属しても、本人は代理人に対してしか委任契約上の受領した金員の引渡請求権はなく、契約関係にはない復代理人には同様の権利がないので、代理人が倒産した場合に本人を代理人の債権者から保護する必要があることに基づくものである（また、報酬債権についても、復代理人は本人に直接請求しえないので、代理人倒産の場合に同様の

143）拙稿「債権者代位権の優先的債権回収制度への転用(3)」法律論叢72巻6号（平12）

問題が復代理人にも生じる）。従って、このような中間者の債権者に対する委託者の保護は、代理に限定される議論ではない。実際に、民法には寄託契約に民法107条２項が準用されている（民法658条２項）。

ボアソナードの起草にかかる旧民法では、委任契約に直接訴権が認められていたが（財産取得編236条１項[144]）、委任＝代理に限定されており、間接代理については何も規定がされていない[145]。他方、ドイツ人ロエスラーの起草にかかる旧商法には直接訴権の規定は置かれておらず、旧商法も問屋の復委託の場合の、委託者の復受者である問屋に対する権利については何らの規定を置いていない。ここにも、民法と商法の不協和音が見られたところである。なお、請負契約についても下請けの事例についても直接訴権が認められていた（財産取得編285条２項、３項[146]）。

現行民法では、民法総則編を設けそこに代理を独立させ旧民法の委任規定の一部を代理に移動させ、民法107条２項もその１つであり、代理の場合には本人である委託者の復代理人への直接訴権（また、復代理人から本人への直接訴権も）は、現行法でも認められていることになる。問屋＝間接代理については、旧民法には規定がなく、旧商法の仲買契約の規定によるものとされそこに直接訴権が規定されていなかったが、現行民法では委任を代理に限定せず間接代理も民法によって規律することにしたものの、直接訴権を規定した民法107条２項は代理にその適用が制限されるため、依然として現行民法にも、間接代理の

144）旧民法財産取得編236条１項は次のような規定である。
「前条第１項及ヒ第２項ノ場合ニ於テ委任者ハ復代人ニ対シ其管理ニ関スル訴権ヲ直接ニ行フコトヲ得又之ニ対シ直接ニ責任ヲ負担ス」

145）旧民法財産取得編第229条は、「代理ハ当事者ノ一方カ其名ヲ以テ其利益ノ為メ或ル事ヲ行フコトヲ他ノ一方ニ委任スル契約ナリ」（１項）という規定に続けて、「代理人カ委任者ノ利益ノ為メニスルモ自己ノ名ヲ以テ事ヲ行フトキハ其契約ハ仲買契約ナリ」（２項）、「仲買契約ハ商法ヲ以テ之ヲ規定ス」（３項）という規定があった。このように、間接代理は、商法の規定により、民法には代理だけを規定するという棲み分けがされていたのである。

復委任については直接訴権を認める規定がないことになる。

しかし、代理だけに直接訴権を限定し、間接代理の復委託には直接訴権を認めない合理的理由はないといわざるをえない。旧民法と旧商法の不協和音が調整されないまま、現行民法に引き継がれてしまったことになる。これを解消するのは、立法者しかできず民法解釈として不可能と考える必要はない。意図せざる不合理な法の欠缺は、解釈により補充することが許されるであろう。

(b) 商法の関連規定　他方で、商法では、委託者・相手方間ではフランス法にならった直接訴権を導入しなかったことは後述するが、問屋の復委託についても直接訴権を認める規定は置かれていない。しかし、商法552条2項で、「問屋ト委託者トノ間ニ於テハ本章ノ規定ノ外委任及ヒ代理ニ関スル規定ヲ準用ス」と規定されているために、この規定を介して民法107条2項を問屋に準用する余地が残されている。

但し、商法552条2項を介して民法107条2項を準用するだけでは、民法では間接代理には民法107条2項は適用されず、他方で、商法上の問屋には適用されるということになってしまい、民商法における不合理的な差は完全には解消されないことになる。この結果は、どうみても不合理であり、民商法を統一する必要がある。本来、民法107条2項は旧民法の委任規定にあった規定であり、

146) 旧民法財産取得編第285条2項、3項は次のような規定である。

「請負人ガ下請負人ニ対シ負担スル金額ヲ弁済サセルトキハ、下請負人ハ自己ノ名ヲ以テ直接ニ注文者ニ対シ其注文者ノ猶ホ請負人ニ弁済ス可キ債務ノ限度ニ於テ訴ヲ起スコトヲ得。職工モ亦己レヲ雇ヒタル者カ賃銀ヲ弁済サセルトキハ注文者ニ対シテ右ト同一ノ権利ヲ有ス」

現行民法では、この規定は承継されていないが、請負人が破産した場合に、左官や大工や土方などが皆訴えてくることになり、「日本の慣習に背くからいかぬと云うことで止めました」と、その理由が説明されている(注135)文献749頁の梅発言)。再委託についても、当初の原案は107条2項を準用する規定を置いておらず、準用すべきか否か法典調査会で議論がされ、準用規定を置かない原案が一旦採用されたが、その後658条2項で準用規定が追加されている。

旧民法では代理と委任が区別されずに規定されていたのを、委任と代理規定をドイツ民法草案にならって分離しただけであり、寄託については準用規定を置いたが、代理以外の委任契約には適用を否定する趣旨は全くなかったといわざるをえない。もし代理に限定される代理独自の規定であれば、再寄託への準用は説明できなくなってしまう。また、そもそも民法107条２項はいわゆる直接訴権を定めた規定であることが見落とされてきたのであり、直接訴権の規定だとすれば代理か否かは区別する必然性はなくなるはずである。

従って、結論としては、準用規定の有無にかかわらず、民法107条２項の直接訴権の規定を広く間接代理、更には法律行為の委任に限らず広く準委任にも類推適用してよいと考えるが、以下には民法における議論と、商法における議論とに分けて考察をしていこう。

(2) 民法上の議論――準委任への類推適用の可否

商法552条２項についての商法学者の議論を離れて、代理以外の委任また準委任契約の復委任（これに関接代理の復委託が含まれる）について民法107条２項が適用（類推適用）されるか、学説の状況を眺めてみよう。殆どこの問題は言及されることはなく、議論は全く低調であるが、これも民法107条２項が直接訴権の規定であることが認識されていなかったためである。

① 適用否定説　　通説は、①復代理の場合には、復代理人の行為の効果が直接本人に帰属する以上、両者の間に直接の法律関係を認めるのが適切であるという考慮に基づいているが、代理を伴わない復委任ではこの前提が欠けていること、また、②委任者と復受任者との間に直接の法律関係を認めると法律関係が煩雑になることから、民法107条２項の準委任への類推適用を否定している[147)]。

147）鳩山秀夫『増訂日本債権法各論』（大13）616頁、磯谷幸次郎『債権法（各論）下巻』（昭４）672頁、三潴信三『契約法』（昭15）279頁、末川博『契約法（下）』（昭50）205頁、星野英一『民法概論Ⅳ』（昭51）276頁、松坂佐一『民法提要債権各論（第５版）』（平元）

② 適用肯定説（本稿の立場） しかし、民法107条２項の代理以外の委任ないし準委任への適用を肯定する学説もある（数的には少数説といえようか)。本書は肯定説を支持するが、その理由は、民法107条２項が代理特有の規定ではなく、直接訴権を認めた規定だからである。代理の場合であろうと間接代理であろうと、委任契約は依頼者Ａと受任者Ｂ、Ｂと再受任者Cと権利義務関係が分れ、ＡからＣ、ＣからＡへの直接の請求を認めることによりＢの一般債権者を排除できるようにする必要があること、変わらないからである。我妻教授が、肯定説を主張しその根拠として、107条２項は、「代理に伴う内部関係に関するものであって、ここに類推しなければ存在意義がないからである」というのは[148)]、このような趣旨と理解できよう。

(3) 商法552条２項による民法107条２項の準用――問屋の場合

商法552条２項については、すでに述べたように委託者保護のために活用することが検討されているが、代理規定の準用そのものとしては、民法107条２項の準用の可否が議論されている（判決文の下線部は引用者による)。

(a) 判例は適用否定説

① 大判明治40・6・21民録13輯696頁（運送取扱業の再委託の事例）改正前の条文番号である。

「運送取扱人は商法第321条第２項に依り問屋に関する規定を之に準用するを以て、同法第314条第１項に依り自己の名を以て委託者の為めに為したる取次行為に因り相手方に対し自ら権利を得義務を負ふものにして、自己と委託者の間に於ては同条第２項に依り委任及び代理に関する規定を準用するものとす。故に運送取扱人の為したる取次行為は<u>自己と委託者との間に在りては代理に関する規定を</u>

207頁、石田穣『民法Ⅴ(契約法)』(昭57）350頁、北川善太郎『債権各論［第３版］』(平15）89頁。

148）我妻栄『債権各論中二』(昭37）674頁。幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法（16)』(平元）229頁（中川高男）も肯定。

準用し委託者に対して直接に其効力を生じ、従て自己の名を以て取得したる権利は直に委託者に帰すべしと雖も、取次行為の相手方に対しては斯の如き効力を生することなし。即ち代理に関する規定は運送取扱契約の当事者間に之を準用するに止まり第三者との関係に於ては之を準用せざるを以て運送取扱人は委託者の為めに為したる取次行為の相手方に対しては自ら債権を取得し債務を負担するも委託者の代理人として然るにあらず。従て委託者は運送取扱人に対しては取次行為に因りて生ずる債権を主張することを得るも、取次行為の相手方其他の第三者に対しては運送取扱人より其債権の移転を受けたるに非ざる限りは直に自己の債権として之を行使することを得ざるものとす。本件に於て原院の確定したる所に依れば要するに上告人は訴外の運送取扱人と本件物品の運送取扱契約を為し其運送取扱人は直接に又は他の運送取扱人を経て訴外の運送人に運送を為さしめ運送取扱人たる被上告人は相次て運送に関係し即ち其使用人が物品を受取り陸揚の途中本件の損害を生したるものにして、上告人と被上告人との間には直接に契約の成立したる形跡なしと云ふに在り。而して上告人は本件請求の原因として其直接に契約したる訴外の運送取扱人より債権の移転を受けたることを主張したるものに非ざることは記録に徴し明白なれば、自己の債権の行使として直に被上告人に対し本件請求を為したるは到底失当たるを免れず」（原文カタカナ）

② 大判昭13・3・5民集17巻336頁（運送取扱業の再委託の事例）

「而して運送取扱人は各自己の名を以て物品運送の取次を為すを業とする者なるが故に、富海回漕店より運送取扱の委託を受けたる右被上告人等は同回漕店にのみ運送取扱上の義務を負担するも何等運送取扱契約の存せさる上告人に対し之が義務を負担するものに非すと謂はざるべからず（①判決を参照として引用）所論商法第322条は運送取扱契約に基く運送取扱人の責任を定めたる規定なるを以て、本件の如き運送取扱契約に関係なき上告人と右被上告人間を律すべきものに非ざるは勿論、運送取扱人は船荷証券所持人に対し該証券の定むる義務を負担するものに非さることは運送人の責任に関する商法第629条第334条の如き規定存せさるに徴し疑を容れさるところなり。然れば原審が右と同趣旨の理由の下に右被上告人等の上告人に対する本件損害賠償の義務を否定して上告人の請求を排斥したるは相当にして原判決には所論の如き違法なく論旨理由なし」（原文カタカナ）。

③　最判昭31・10・12民集10巻10号1260頁[149)]

【原審判決】「Ｘ控訴人は、Ａ訴外市場はXとの委託契約によって受託したものをさらにＹ被控訴人に再委託したものであるから、商法第552条により準用される民法第107条第２項により、Ｙは直接本人であるＸに対しその委託売上代金を支払うべき義務があると主張するのでこの点について検討するに、右訴外市場は問屋を業とする者であるから、原則として自ら自己の名をもって委託者のために委託の本旨に従い委託にかかる物品の販売をし、その計算の結果を委託者に帰せしめるべきものであるが、問屋と委託者との間においては委任及び代理の規定の準用があるから、民法復代理の規定（第104条第107条等）もその趣旨に反しない限り準用があるものと解すべく、従って委託者の許諾を得たとき又は已むを得ない事由があるときは、その受託事務を他の者に再委託することができるのである。ところで本件においては、Ａ市場が本件西瓜の販売をＹに再委託するについてＸの許諾を得たことはこれを認めるべきなんらの資料もないが、前認定のように本件西瓜がはじめA市場と同種の問屋であるＹに誤配され、Ｙも自己に委託された商品と誤解して運賃を立替支払の上これを引取りその一部分はすでに販売したという事情があり、かつその委託商品が季節に関係あり敏速に処分することを必要とする青果物であることをあわせ考えれば、右再委託は、取引上の行きちがいの結果を解決するためにやむを得ない処置であったと認められるから、やむを得ない事由があったものと解すべきである。従ってこれによりＹは直接Ｘに対し訴外市場と同一の権利義務を取得し、その販売によって得た代金中から報酬（手数料）及び立替金等自己の取得すべきものを控除した残額をＸに支払うべき義務あるものといわなければならない。」

【最高裁判旨】「しかしながら、問屋と委託者との法律関係はその本質は委任であり商法552条２項が両者の間に委任及び代理に関する規定を準用すると定めて

149)【判例評釈】加藤勝郎・商法（総則・商行為）判例百選〈第２版〉136頁、加美和照・企業会計９巻２号117頁、坂口光男・商法（総則・商行為）判例百選〈第３版〉136頁、神崎克郎・売買（動産）判例百選204頁、谷川久・法学協会雑誌76巻２号101頁、中西正明・民商法雑誌35巻４号98頁、島十四郎・商法（総則・商行為）判例百選164頁、平出慶道・北大法学会論集８巻１号～２号107頁。

いるのは、委任の規定を適用し、代理の規定を準用する趣旨であり、そして代理に関する規定中民法107条２項は、その本質が単なる委任であって代理権を伴わない問屋の性質に照らし再委託の場合にはこれを準用すべきでないと解するを相当とする。されば原判決が、その認定にかかる本件事実関係においてＸとＹとの間に民法107条２項の準用があるとしＹは直接Ｘに対し訴外市場と同一の権利義務を取得したものであるとの前提の下にＸの本訴請求を容れ、Ｙに対し主文記載の支払を命じたことは法律の解釈適用を誤った違法があるといわなければならない。」

（b） 学説の状況

（ア） 否定する学説　　学説は、②判決に賛成し[150]、また、③判決以後は、殆ど判例に賛成し、民法107条２項の準用を否定している[151]。それは、問屋は自己の名で契約を行うものであり、委託者・相手方間には直接の権利関係は成立しないのであり、復代理で本人・復代理人間に直接の権利関係が認められるのは代理だからであるという、すぐれて形式的な理由による。107条２

150）石井照久「判批」『判例民事法昭和13年度』21事件、大隅「判批」法学論叢39巻357頁、竹井「判批」民商８巻２号277頁、小町谷操三「判批」法学７巻1504頁（74頁）。小町谷操三「判批」法学７巻1506頁（76頁）は、直接の契約関係がなく、履行補助者にすぎないことを理由とする。

151）島十四郎「判批」『商法総則・商行為判例百選』165頁、谷川久「判批」法協76巻２号103頁（問屋は経済的効果のみを自己に帰属させることを目的とするものであり、民法107条２項を適用ないし準用したのでは、問屋本来の意味が失われるという）、中西正明「判批」民商35巻４号98頁以下（『最高裁民事判例批評(8)』459頁以下）、竹田廉「判批」277頁、神崎克郎「判批」『売買（動産）判例百選』205頁、加藤克郎「判批」137頁、坂口光男「判批」137頁、西原・前掲書188頁、田中誠二『新版商行為法（再全訂版）』（昭45）188頁、平手勇治「再委託を受けた問屋の委託者に対する代金支払宜」戸田修三ほか編『商取引法の基礎』（昭53）147頁、高島正夫『商法総則・商行為法（改定版）』（昭57）255頁、平手勇治「再委託を受けた問屋の委託者に対する代金支払義務」戸田修三・唐松寛編『商取引法の基礎』（昭53）147頁、平出慶道『商行為法（第二版）』（平元）388頁、田中誠二ほか『コンメンタール商行為法』（1973）276頁。

項が代理を離れた直接訴権の規定であるといった理解は、商法学者には微塵も見られない。

その結果、復受任者は最初の問屋の履行補助者であり、最初の委託者との間には法律関係は生ぜず、販売依託の場合には、最初の委託者は再委託を受けた問屋に直接代金を支払うよう請求できず、買入委託の場合には、最初の委託者に目的物を引き渡しても、自己に再委託した問屋に対する関係では免責されないといわれている[152)]。代理とは異なって、復受任者は復委任であることを知りえず、自己の委託者に履行すれば免責されるものとして行為をしているのであり、二重払いのリスクがあるともいわれている[153)]。しかし、この点は、民法107条2項において、判例が、復代理人が本人に目的物を引き渡せば、代理人に対する債務も消滅する(連帯債権のような関係)ことが認められることになり解決された問題である。

否定説では、委託者が第2次の問屋(復受任者)に対して権利行使をするためには、第1次の問屋の第2次の問屋に対する販売代金引渡請求権について債権譲渡を受けるか(問屋は取次契約に基づき債権譲渡の義務を負う)、または、債権者代位権の行使によるしかないことになる[154)]。

(イ) 適用肯定説 ②判決以前には、適用肯定説もわずかに主張されていた[155)]。しかし、これは商法321条(現552条)1項の規定と抵触すると批判される[156)]。商法学者の中にも、民法107条2項が、一般に受任者と再受任者との間を規律するフランス民法1994条に由来するのだとすれば、復代理に限るべきではないかもしれないという問題意識を示すものもあるが、結局は、「委

152)平出慶道『商法Ⅲ(商行為法)』(昭63)208頁。

153)神埼克郎「判批」『売買(動産)判例百選』205頁。

154)北村良一「判例解説」『最高裁判所判例解説民事編昭和31年度』180頁。

155)野津『新商法大要(上)』241頁、竹田「判批」京都法学5巻12号140頁、小栗栖「判批」法学論叢3巻2号126頁。森「判批」法学新報48巻1333頁。

156)小町谷操三「判批」法学7巻1506頁(76頁)。

任一般について常にかような特別の関係の成立を認めるべき実際上の必要はとぼしい」と評されている[157]。

(4) 本稿の立場

筆者は、民法107条２項は、いわゆる直接訴権を認めた規定と考えるため、その適用を代理の場合に限定する合理的理由はないと考える。寄託に準用されながら、代理以外の委任について規定が抜け落ちてしまったのは、起草者の過誤であり、旧民法に対して委任全体への適用を否定する積極的な意図はなく、間接代理更には間接代理を超えて準委任における復委任に直接訴権を認めなかったのは単なる見落としにすぎないといってよい（請負については、直接訴権を導入しなかった理由が法典調査会で説明されている。別稿でこの点は紹介する）。問屋についてわざわざ商法552条２項を持ち出すまでもなく、民法107条２項は、準用規定がなくても、商法上の問屋（また準問屋）か否かを問わず代理以外の委任ないし準委任契約の復委任の場合に類推適用がされてしかるべきである。

また、寄託契約には民法107条２項が準用されているため（658条２項）、再寄託については直接訴権をも認めることができるが、請負契約については、旧民法にあった直接訴権を認める規定が現行民法にはなくなってしまっている。しかし、再寄託に準用されているように、２つの契約が、親亀・小亀のように結びついている場合には、民法107条２項を類推適用することが許されるといってよい。それ以外の場面については、直接訴権を手がかりとなる具体的条文の類推適用と構成することなく、直裁に解釈上認めることは困難である。そのため、直接訴権を、直接の債権を認めるものではなく、特定の債権者にのみ排他的な代位行使を認める特殊な代位権と構成して民法423条の債権者代位権の規定の新たな転用として、民法423条を根拠に一般的に認めることができないかと考えている。

157）中西正明「判批」民商104頁。

２．委託者の相手方に対するまた相手方の委託者に対する直接請求権(総論)

(1)　商法上の議論

商法552条１項があるので、委託者と相手方（問屋の取引の相手方）との間には直接の法律関係は成立せず、債権の譲渡や引受けがされない限り委託者と相手方（買主ないし売主）は相互に直接の請求をなしえないというのが、商法学者による一般的理解である[158)]。また、商法552条２項については、委託者・問屋（更には問屋の債権者）間に限られ、問屋・相手方間には適用されないので、委託者から相手方、相手方から委託者への直接の請求も当然には認められないことになる。この点をどう考えるべきであろうか。

(a)　委託者の相手方(買主)への請求権

（ア）　販売委託の場合　　先ず、販売委託の場合の、委託者の相手方への直接の請求権を認めることについては、次のような疑問が提起されており、否定説が当然視されている。

「問屋は委託者に対して報酬・費用等の支払請求権を有し、これをもって委託者に対する売却代金の引渡債務と相殺し、または買入物品を留置しうる（商557条・51条）のであるから、もし、委託者が問屋の同意なしにその頭越しに直接相手方に対して権利を行使しうるものとすれば、問屋の利益が不当に害されることになる」、と[159)]。

このように、民法646条２項については、委託者は問屋に対して代金債権の移転を請求できるだけと考えるため、移転の対抗以前に、そもそも移転を受けるまでは、委託者は相手方買主に対して直接の権利を有していないため、直接訴権を認める規定がない限りは、委託者が買主に代金の支払を請求できるはずはないという理解になるのである。また、委託者と問屋との事前の合意で、問

158）松波仁一郎『改正日本商行為法』（大２）600頁、大森忠夫『新版商法総則・商行為法』（昭56）240頁、田邊光政『商法総則・商行為法（第二版)』（平７）270頁など。一般に当然視されている。

159）平出慶道『商行為法（第二版)』（平元）377頁。同『商法Ⅲ（商行為法)』（昭63）201頁も同様。

屋が代金債権を取得と同時に移転することを約束しておくことは可能であるが、相手方に対して権利移転を対抗するためには、民法467条１項の対抗要件が必要である。

（イ） 買入委託の場合　　買入委託の事例で、相手方が目的物を問屋に引き渡さない場合、委託者は特定物売買であれば、問屋から委託者に所有権が移転し、相手方は第三者でないことから対抗要件を要せずに、委託者は所有権取得を対抗できることになる。敢えて、問屋から引渡請求権の譲渡を受ける必要はない。相手方が問屋から代金の支払いを受けていない場合には、問屋の法律関係の特質からして、相手方は問屋の代金不払いを理由に同時履行の抗弁権を持って委託者の所有権に基づく引渡請求にも対抗できるだけである。

（b） 相手方の委託者への請求権　　相手方の委託者への請求権の問題は、これまでの委託者の問屋の債権者に対する保護の問題とはまったく別の問題である。買入委託の場合の売主の代金債権の保護のほか、販売代理の場合の、買主の目的物の引き渡しが遅滞したり、目的物に瑕疵があったりして損害賠償を請求する必要がある場合の損害賠償請求権の保護も問題になるが、代理ではなく直接の請求権がないのは当然というのが、一般的な理解であるといえよう。

既に、旧民法の起草段階でこの点についての問題意識はあったようであり、ロエスレルが問屋破産の場合に、委託者に相手方に対する直接の債権取得を認めるのに対して、フランス法（民法1116条）のように相手方から委託者への直接の請求権は認められない――すなわち、旧商法では認めない――ことを述べていた（相手方には委託者に対する同様の権利はなく、問屋が破産した場合には、保護されない）[160]。

現行商法の議論に目を転じても、何らの特別規定がないために、相手方は問屋の信用を信じて取引したものであり、問屋が倒産した場合に、直接に委託者

160）旧商法の教科書でも、岸本辰雄『商法〔明治23年〕正義第４巻』203頁は、後述の旧商法475条のコメントにおいて、逆の権利はなく、「仲買人の債務に至りては仮令仲買人が其支払資力を失うも第三者は直接に之を委任者に請求することを得ず」と説明している。

に権利を認めることについては何ら議論されることなく否定されている。買入委託の場合、委託者が問屋に代金を渡さず、問屋が相手方に代金の支払いができない場合にも相手方は委託者に代金の支払い請求ができないことになる。また、販売委託の場合、委託者が問屋に目的物を引き渡さず、問屋が相手方に引渡しができないとしても、相手方は委託者に対して目的物の引渡しを請求できないことになる。但し、特定物の場合には、処分授権により有効に相手方は所有権を取得できるので、相手方は委託者に対して所有権に基づいて目的物の引渡しを請求できることになり、問題は不特定物の事例である。

(c) 立法論について　商法学者中には、立法論として次のような提案をする者があることは注目すべきであろう。

「問屋の外部関係について、取次の経済的実質という……考え方が、問屋のなす売買契約の効果は問屋と第三者との間にのみ発生するという問屋制度の根本と矛盾しないのであれば、さらに進んで、一定の要件のもとに、第三者に対する問屋の債権を委託者自身が行使し、逆に、また、第三者も問屋に対する債権を委託者に対して行使することをみとめる余地がないかは十分考究に値いする。」1960年のローマ私法統一国際教会の「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」19条、20条はこのことを認めようとしており、「これが問屋制度自体の否認抹殺として反対すべきものか、あるいは英米のundisclosed principalの場合のagencyの法理との接近をも図る合理的な解決の方法であるのか、慎重に検討を要する問題である」[161)]。

161) 石井照久・鴻常夫『商行為法下巻』(昭51) 130〜131頁(鴻常夫「問屋」『演習商法(総則・商行為)改訂版』(昭51) 239頁。大塚・前掲論文(鈴木古稀)によれば、同条約案は栄便法の考え方を範としているとされる。委託者の第三者への直接の請求権(19条)、第三者の委託者への直接の請求権(20条)ともに、第三者の問屋に対する抗弁、委託者の問屋に対する抗弁を対抗できるが、委託者から、第三者からの請求があった語は新たな抗弁は認められない。また、この直接請求権は無制限ではなく、契約締結の際にagencyであることが分かったことが必要であり、この点においては、英米法のundisclosed principalとは本質的に異なるとも評されている(1246頁)。

ヨーロッパ契約法原則（PICC）3-303条は、委託者の保護に続けて、相手方の委託者に対する権利についても次のように規定をしている。

「仲介者が支払不能となった場合、または、仲介者が第三者に対して基本的な不履行をした場合、または、履行期前に基本的な不履行が存在することが明らかになった場合には、

（a）　……省略……

（b）　第三者は、仲介者が第三者に対して提起することができるあらゆる抗弁および本人が仲介者に対して定期することができるあらゆる抗弁の定期を受けることを条件として、第三者が仲介者に対して持っている権利を本人に対して行使することができる。」

（2）　民法上の議論――委託者の相手方への請求権

商法学者が、委託者の相手方への請求権を認めるためには、債権譲渡がされなければならないことを当然視していることは既に述べたが、民法上の議論としては殆ど議論がされていない。相手方（買主）としては、問屋と契約をしたと思っているのであり委託者が誰かは知りえないのであり、646条２項により委託者は権利の移転を受けることができるだけであり、また、権利の移転を相手方（買主）に対抗するためには、民法467条１項の対抗要件――問屋による上と通知または相手方（買主）による譲渡の承認――が必要になりそうである。先に述べた柳教授は、自説の立場でも当然には権利行使はできず、民法646条２項により権利の移転を受けかつ債権譲渡通知が必要だとするが、その理由は一般的な理解とは異なっている。次のように述べる。

「委任事務処理が受任者の名において行われた以上、債務者である実行行為の相手方は、債務の履行を求める資格を有しない委任者の請求に応ずる義務はなく、民法646条１項の受任者の委任者に対する物の引渡義務に準じた『債務の履行を求める資格』の移転義務が履行された（それは、受任者から相手方への、委任者を譲受人とする債権譲渡通知によって履行される。）後はじめて、実行行為の相手方は、委任者の直接の履行請求に応じなければならないだけである。」

「このように、『債務の履行を求める資格』が受任者にある以上、換言すれば、委任者を譲受人とする債権譲渡通知を受けていない以上、相手方は、受任者の請求に応じなければならない。すなわち、換言するならば、受任者の名で実行行為がなされている以上、受任者と実行行為の相手方との関係においては、受任者が債権者である。」[162)]

(3) 委託者の相手方への請求についての本稿の立場

相手方から委託者への権利行使については、民法650条2項の検討をかねて、次に詳しく考察をしていくことにして、ここでは、委託者の相手方に対する債権行使について考えていこう。

民法646条2項は、委託者を問屋の債権者に対して保護するものであり、相手方に対して当然に権利行使を可能とするものではない。したがって、当然に委託者が相手方＝買主に対する代金債権を取得するとしても、当然にその移転を相手方には対抗することはできないというべきである。また、たとえ移転を対抗できるとしても、問屋・委託者間の契約の趣旨からして、委託者に移転した代金債権を問屋は自己の名で行使する権限を有していると考えるべきであり、いずれにせよ相手方の問屋への代金支払いは有効である。

結局、委託者が相手方に権利行使ができるためには、問屋による権利移転の通知をしてもらうことが必要であるといわざるをえない。なお、買入委託についても、売主の債務不履行による損害賠償の問題があるので、引渡請求権についても委託者に当然に移転し（第三者の損害清算の法理を持ち出すまでもなく)、やはり委任契約の趣旨からして問屋が自己の名で損害賠償請求権を行使することができるというべきか。

162）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）379～380頁。同論文381頁以下をみると、専ら買入委託における物の引渡請求権や移転登記請求権を念頭において議論しているようである。

３．民法650条２項の活用可能性――相手方の委託者への直接請求

ところが、相手方（売主）の委託者への請求権の問題については、民法では650条２項において相手方の保護、委託者に対する権利行使が認められないか議論されている。とはいえ、多くの民法学者にとって問題意識さえ共有していないことが多い。いかに、民法650条２項について、その起草過程にまで遡って検証をしていこう。

（1）民法650条２項の趣旨

受任者（問屋）が委任事務処理のために相手方に対して債務を負担した場合に、例えば、例えば買入委託で代金債務を負担した場合について、民法650条２項は、受任者は委託者に対して相手方に代金を支払うよう請求できるものと規定している。これは、受任者の委託者に対する権利として規定がされているが、一番利害関係があるのは相手方であり、この規定はむしろ相手方を保護するための規定ではないかといった疑問が生じる[163)]。先ず、起草者の見解を探っていくことにしたい。

（a）　起草過程から

（ア）　旧民法　　民法649条及び650条に対応する規定は、旧民法では財産取得編245条である。旧民法は代理だけしか認めていなかったので[164)]、代理人が自ら債務を負担するという場面は創造できないのであるが、次のような規定があった。

163）責任保険における免脱請求権説の理論を持ってくれば、ここでも650条２項の反射として直接請求権を認める余地がある。

164）旧民法財産取得編第229条は、「代理ハ当事者ノ一方カ其名ヲ以テ其利益ノ為メ或ル事ヲ行フコトヲ他ノ一方ニ委任スル契約ナリ」（１項）と定義し、「代理人カ委任者ノ利益ノ為メニスルモ自己ノ名ヲ以テ事ヲ行フトキハ其契約ハ仲買契約ナリ」（２項）、「仲買契約ハ商法ヲ以テ之ヲ規定ス」（３項）と規定し、問屋は民法ではなく商法で規律することが予定されていた。

旧民法財産取得編245条

「委任者ハ代理人ニ対シテ左ノ義務ヲ負担ス

第１　代理人カ代理ノ履行ノ為メ支出シタル立替金又ハ正当ノ費用ノ弁償及ヒ其支出シタル日以来ノ法律上ノ利息ノ弁償

第２　合意シタル謝金ノ弁済

第３　代理人カ其管理ニ因リ又ハ其管理ヲ為スニ際シ自己ノ過失ニ非スシテ受ケタル損害ノ賠償但予見シタル損害ニシテ其全部又ハ一分ニ付キ特ニ謝金ヲ諾約スル理由ト為リタルモノハ此限ニ在ラス

第４　代理人カ其管理ニ因リテ負担シタル一身上ノ義務ノ解脱又ハ其賠償」

650条２項の前身となったのは、４号の「代理人カ其管理ニ因リテ負担シタル一身上ノ義務ノ解脱又ハ其賠償」の規定であり、「解脱」のみならず賠償を自分にすることを請求できることが明記されていた点が異なっている（損害賠償は当然なので現行民法では削除されたのであろう)。

ボアソナードは、代理人は問屋とは異なって本人の名で行動するので、自ら義務を負担することはないが、第三者が、少なくとも従として代理人が義務を負担しないと取引をしないということがありうるとして、このような規定を置いたことを説明している（Projet de code civil pour l ėmpire du japon accompagne′d ủn commentaire par M Gve BOISSONADE, p.978)。参照条文として、フランス民法1998条１項が掲げられているが、同条は代理人がした行為について本人が責任を負うことを規定した、現行民法でいえば99条に匹敵する条文である。

旧民法についての日本人による解説も同様であり、たとえば、岸本辰雄『民法正義財産取得編巻之弐』(信山社復刻版による）267頁は、代理人が義務を負担することはないが、第三者（相手方）が委任者よりも代理人に信用を置き、代理人に委任者の保証人となることを求めたり、代理人をして担保を供させるような場合がありうるので、このような規定が必要であることを説明する。

このように、旧民法財産取得編245条４項では、間接代理は考えられておらず、また、顕名をしなかったような場合も考えられてはおらず、代理人が本人

の債務について保証人になったような場合が考えられていたに過ぎない。

（イ） 現行民法　　法典調査会では民法650条２項の原案は657条２項であるが、「受任者カ必要ト認ムヘキ債務ヲ負担シタルトキハ委任者ハ之ニ代ハリテ其ノ弁済ヲ為スコトヲ要ス但シ其債務カ弁済期ニ在ラサルトキハ委任者ハ受任者ニ相当ノ担保ヲ供スルコトヲ要ス」と規定していた。

起草を担当した富井博士は、この草案657条２項に対する旧民法の規定は財産取得編245条４号であるが、「原文の書き方は少し不明瞭と思いましたから修正を致しました。『一身上の義務の解脱又は其賠償』文字も如何かと思うて本条の如く改め且つ不足と思いました点を補いました」（但書がその補充した部分である）、と説明をしている[165]。法典調査会での審議では、原案657条３項（現行650条３項）の損害賠償義務についての審議に集中し、その後、２項も議論されるが但書についての議論がされたに過ぎない[166]。梅博士は、650条１項の費用償還義務と「同一の理由に因り固より当然なる所なり」と説明するだけで、何も費用償還義務以上の特別の根拠を説明していない[167]。

ドイツ民法第一草案では、595条第３文前段で、受任者の債務解放請求権が規定され、期限の到来した金銭債務の場合には、履行に必要な金額の支払いを請求できるものと規定がされていた。第二草案では、601条２項で債務解放請求権と共に、履行期前の場合には、債務を解放することに代えて担保を供することができることが規定されている。ところが、現行ドイツ民法では、受任者の670条で費用の償還請求権が規定されているが、免脱請求権は規定の上では明記されていない。草案には存在していたのにどうなってしまったのであろうか。それは、257条前段において、「一定の目的で支出した費用を請求できる者が、その目的のため債務を負担した場合には、債務からの免脱を請求できる」

165）『日本近代立法資料叢書４　法典調査会民法議事速記録四』（商事法務研究会版）631頁。
166）『日本近代立法資料叢書４　法典調査会民法議事速記録四』（商事法務研究会版）655頁以下。
167）梅謙次郎『民法釈義巻之三』（有斐閣復刻版）747頁。

という一般規定をおいたために削除されたのである[168)]。フランス民法でも、1999条では、第1項で、費用の償還請求権と報酬請求権が規定とれているだけであり、第2項ではわが民法650条3項と同様の損害賠償義務が規定されているにすぎない。従って、明文で受任者の委任者に対する代弁済請求権ないし免脱請求権[169)]が規定されているわけではない。

起草過程からいえることは、旧民法では代理人が保証債務を負担した場合に本人は債務を履行して代理人の保証債務を解放する程度のことが考えられていたのが、現行民法では、間接代理も含まれるようになったため、ドイツ民法のような新たな規定が必要になり、650条2項が規定されたということである。形の上では、旧民法の規定を承継したかのように説明されているが、実質的には間接代理の導入に対応した新設規定といってよいであろう。要するにドイツ民法の免脱請求権を委任に限定して導入したものであり、ドイツ民法では草案が修正され一般規定が作られたが、日本民法では一般規定までは作られていない。

(2) 650条2項の趣旨についての学説・判例の状況

この民法650条2項の趣旨については、これまで学説上多くの議論がされてきたわけではなく、一般には次の(a)のような議論がされており、(b)のよう

168) 条文の訳は、三宅正男『契約法(各論)下巻』(平元)991頁による。また、同書993頁によると、この免脱請求権は、その内容の特殊性からして、譲渡も差押えもできないが、免責を受ける債権者への譲渡またこの債権者による差押えだけは可能であり、その場合には免責請求権は金銭支払いの請求権に転化し、また、債務者が破産した場合には、免脱請求権は金銭債権などに転化し破産財団に含まれるものといわれている。

169) 650条2項は代弁済のみを請求できるにすぎないものと規定がされているが、受任者の債務を免せしむるよう請求できる権利であり、代弁済に限られるものではなく、免脱請求権である(このことを明言するものとして、村上恭一『債権各論』(明45)639頁。また、三宅正男『契約法(各論)下巻』(平元)990頁は、461条の用語に従い免責請求権と述べるが、同趣旨である)。

な理解をするものは例外である。なお、民法650条２項の債権についても、強制執行は可能とされており[170]、他方で、その譲渡についてはあまり議論されていないないが、性質上できないという理解がある[171]。

（a）　便宜的規定説　　先ず、民法650条２項の代弁済請求権の性質について、「弁済自体を受任者に行わせることによって費用償還請求権を省略させることができれば便宜である。代弁済請求権はもっぱらこの便宜のために認められるもので、それ以上ではない」（傍点筆者）といわれる[172]。即ち、受任者は委任者に対して自分に支払うよう請求する権利があるが（その説明については次に述べる）、受任者が自分に支払ってもらって相手方に支払う手間を省き、いずれかの選択を受任者に認めたにすぎないと理解するものである。そして、そのような便宜的な処理が要求される理由については、古くから、受任者は委任者のために事務処理を行うものであり、委任者は受任者に損失を被らせないようにすることが必要であるといったことが説明されている[173]。この説明には、単なる省略という便宜規定以上のものが含まれている。

170）大判昭４・9・26民集８巻10号750頁。債務者の財産に差押えをして、差押金銭または得得金を債権者に引き渡すことなく第三者に引き渡すという方法をとれるものという。

171）兼子一「判批」『判例民事法昭和四年度』311頁は、「かかる費用前払請求権、又は未だ第三者に弁済をし若くは失効を受けない以前に認められる求償権が譲渡し得るかは頗る疑問ではあるが、寧ろ此の請求権は委任事務処理の為の資金であり委託者の信頼を保護する上から、其目的上譲渡不能のものと考うべきで」あるという。注２に述べたように、ドイツにおける解釈は、このような免脱請求権は譲渡ができないものと考えられている。三宅正男『契約法（各論）下巻』（平元）992頁は、この代弁済請求権は、受任者の債権として譲渡、差押、相殺の目的となるものではないと述べる。三宅教授の見解については、詳しく後述する。

172）『民法コンメンタール(14)契約４』（平元）1114頁（稲本洋之助）。伊東秀郎「判批」民商69巻１号（昭48）154頁など同旨。

173）村上恭一『債権各論』（明45）638頁、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（下巻）』（大13）623頁、磯谷幸四郎『債権法論（各論）下巻』（昭４）683頁、沼義雄『綜合日本民法論別巻第五債権各論下』（昭18）142頁、永田菊四郎『新民法要義第三巻下（債権各論）』（昭34）270頁。

この立場では、受任者は代弁済請求権によることなく、自分への支払いを費用償還請求権を行使することも求めることも可能であり、また、それが実際の取引の要請にも合致し[174]、民法650条２項はこのような請求権を否定する趣旨ではないことになる。費用償還請求権自体を認める根拠づけとしては、次の３つが可能である。

①　民法649条による　　先ず、民法650条１項の文言通りに、未だ支払いをしていない限り民法650条１項の費用償還請求権は認められないと考えながら、民法649条により委任者に対する受任者の前払請求権を認めることも可能である。この問題について言及する学説は、民法649条の適用を肯定し民法650条２項との選択を肯定している[175]。例えば、稲本教授は次のように述べる。

「既に債務が弁済期にあり、かつ、その負担が委任事務の処理にとって客観的に必要と判断される限り、費用前払請求と代弁済請求とは選択的関係に立ち、そのいずれを行使してもよい。また、そのいずれも行使しないで弁済をし、その費用の償還を求めることができることはいうまでもない」、と[176]。

174）伊東秀郎「判批」民商69巻１号（昭48）154頁参照。①受任者としては、自己の信用上も自ら支払いたいと思うはずであり、また、②第三者としても、委任者に支払ってもらうよりも、相手方たる受任者に支払ってもらうほうが安心であり、間違いも起こらないと思われ、③そしてなによりも、受任者の請求に対して、委任者が第三者に直接支払うといって拒絶できるというのは非常識であり、これは信頼関係を基調とする委任関係の本質に反するといわれている。

175）我妻栄『債権各論中巻二』（昭37）683頁。委任者が代弁済をしようとする場合に、受任者が民法649条の費用前払請求権を行使して、資金を自分に支払うよう請求することは信義則に反し許されないと評されている。兼子一「判批」『判民事法昭和四年度』310頁、幾代通・広中俊雄編集『新版注釈民法(16)』（平元）275頁（明石三郎）も同旨。判例としては、後述の委任者による相殺を否定した判例はこの点につき明示的な判断は示していないが、受任者からの相殺を認めた福岡高判昭27・12・24高民集５巻13号690頁は、649条の趣旨から、代弁済を請求する代わりに、自ら弁済するために必要な資金の支払いを委任者に請求することができると述べている。

176）『民法コンメンタール(14)契約４』（平元）1115頁（稲本洋之助）。

②　民法650条１項による　　次に、民法650条１項では、「費用を支出したときは」と規定されているが、不法行為でいうと他人に債務を負担しただけでも損失になり損害賠償請求権が認められるので、文言を拡大して債務の負担だけでも費用償還請求権を認めるべきであるという説明も可能になる。このような考えでは、受任者は、民法650条１項により自分に支払いをなすことを請求してもよいし、650条２項で自分が債権者に支払う手間を省略して代弁済を請求してもよいことになる。但し、このような学説を直截に主張する者はない。

ただ伊東判事は、代弁済請求権の他に受任者自身に支払えと要求する請求権、これを債務弁済請求権と呼び、これを民法649条の費用前払請求権によることに反対し、以下のように述べる[177)]。

民法649条をもって「受任者が委任事務を処理に着手する事前においても、その必要費の前払を求めうることを特に明示した規定であると解するならば、委任事務の処理に着手した後のことに関するこの債務弁済資金請求権は、委任の性質、民法649条、950条１項を類推して認められる権利であるということにもなる」。

③　民法650条２項による　　右の伊東判事と同時期に書かれた平井教授による判例評釈も、民法649条による学説に反対をして自説を提示するが、伊東判事とは異なり民法650条２項から弁済資金請求権を認めようとする。次のようである[178)]。

「委任の規定の成立史を重視し、649条と650条との右の差異を前提として解釈論を立てるならば、649条の費用前払請求権とは別に、受任者は650条２項によって代弁済請求権のほかに、650条１項の要件の下に債務弁済にあてる費用を直接に自己に引渡すことを請求できる権利（いわば弁済資金請求権）を与えられていると解すべきものと思われる。言いかえれば、650条２項は、広く受

177）伊東秀郎「判批」民商69巻１号（昭48）153頁。
178）平井宜雄「判批」法協91巻４号（昭49）154頁。

任者が負担した債務を免れることを請求できる旨を定めた規定であって、代弁済請求を債務を免がれるための方法の一つとして規定したにすぎず、これ以外に同条により「必要ト認ムヘキ債務」の弁済資金請求権を与えられていると解するのである」

(b) 相手方保護規定説　三宅教授は、民法650条2項を免責請求権として理解している[179]。即ち、後述のように第三者たる受任者の債権者の委任者への直接請求権を認め、受任者の破産からその債権者たる第三者を保護しようとしている。詳しくは後述するところに譲る。

(c) 本稿の立場　筆者としては、後述する三宅教授の見解に賛成したい。確かに起草者は費用償還請求権の延長くらいにしか考えておらず、三宅教授の理解は起草者の思惑をはるかに生えるものである。しかし、このような場合に、債権者平等の原則を形式的に貫徹してしまって、受任者の債権者が受任者の委任者に対する費用償還請求権に対して平等の権利を与えてよいのか疑問である。第三者である売主の代金債権保護という、起草者の意識していなかった問題が、この規定を活用することによって解決できることは注目してよいし、そのような活用を否定する必要はない。そこで、先ず私見を簡単に述べておくと次のようになる。

① 確かに費用前払請求権の亜種である　先ず、民法650条2項は649条の費用前払請求権の一種であるという通説的理解これは承認してよい。支払いのための費用を前払いさせるのではなく、その手間を省略するために直接に第三者たる債権者に支払うなどして、自分の債務を消滅させるよう請求する権利であり、その意味で便宜的規定である。

② 選択的競合ではない　しかし、単なる便宜規定に過ぎず、649条の費用前払請求権の他に代位弁済請求権を認め、選択できるようにしたにすぎないと考えるべきではない。起草者の意思に合致するかは別として、敢えて別個に

179) 三宅正男『契約法(各論)下巻』(平元)990頁。

規定が置かれており、民法649条の適用は排除されると考えたい。その理由は、第三者たる債権者の保護である。受任者に費用前払請求権だけしか認めなければ、受任者の他の債権者と第三者たる債権者は平等になってしまうが、民法650条２項の免脱請求権では、第三者たる債権者のみが委任者の給付から利益を受けうるにすぎないことになり、第三者たる債権者が排他的に債権回収できることになる。このような利益は反射的な利益にすぎないものではなく、むしろそのような利益保護を民法650条２項は目的としていると考えるべきであることにある。そうすると、その意味である第三者たる債権者の保護を奪う可能性のある民法649条の権利は否定されるべきである。

なお、英米法では、信認関係として信託法理を適用し、信託財産の独立性で問題を解決しているようである[180)]。

(3) 相手方である債権者（売主）の委託者に対する権利行使

(a) 債権者代位権の転用による方法――無資力要件不要説　民法650条２項が単なる便宜規定にすぎないと理解する通説の立場からすれば、この規定により第三者たる債権者が特に保護されるものではないことになる。そのため、民法650条２項は第三者たる債権者に委任者に対する直接の債権を認める規定ではないことになる[181)]。

民法650条２項の代弁済請求権につき、受任者に委託者に対して代弁済請求権しか認めなければ通常の代位権でも第三者は十分に保護されることになる。というのは、受任者（問屋）の委託者に対する債権を受任者の他の債権者が差

180）植田淳『英米法における信認関係の法理』（平９）７頁。問屋または代理人が破産すると、本来ならば本人は一般債権者として権利行使ができるにすぎないはずであるが、信託の受任者の場合には、信託財産たる金銭は受託者の責任財産を構成せず、一般債権者に優先して救済を受けることができることになるが、これを適用するわけである。

181）東京地判大14・6・22新聞2440号15頁は、650条２項は「管理人本人間及債権官憲を規定したるものにして、第三者が直接本人に対し請求し得べきことを規定したるものに非ず」と述べる。

し押さえたり代位行使をしたりしても、結局第三者に対して受任者の代わりに支払うよう請求できるだけであり、どうころんでも第三者にしか支払いがされないことになるからである。そうすれば、誰も受任者のこの委託者に対する代弁済請求権は手をつけることはなく、実質的に受託者の責任財産から除外されているも同然ということになる。

① 加藤雅信教授の見解　加藤雅信教授は、この代弁済請求権の第三者たる債権者による代位行使には無資力要件を不要として転用を肯定することを主張していたが[182]、近時事務管理の事例について民法650条２項を活用することが積極的に主張されている。

先ず、事務管理者が自分の名で契約をした場合に、民法702条２項により650条２項が準用され、相手方が民法423条の債権者代位権によってこの代位弁済請求権を代位行使でき、「結果として、債務が本人にとって有益な場合にのみ、直接の請求が可能になる」とし、この場合には「当初契約とその代弁済請求権には内容的な連関があるので、この場合には〔債務者の無資力要件を不要として――筆者追加〕債権者代位権を認めるべきである」という。そして、事務管理者が本人の名で契約をした場合にも、相手方が117条の類推適用により事務管理者に履行請求を選択すれば、それに基づいて代弁済請求権の代位行使が同様に考えられるという[183]。

② 代弁済請求権以外の権利はどうなるか　しかし、この構成では、第三者たる債権者の保護は充分ではない。というのは、先に述べたように、民法650条２項の代弁済請求権とは別に649条の費用前払請求権または民法650条１

182）加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』（昭61）814頁注(14)。

183）加藤雅信『事務管理・不当利得』（平11）37～38頁。これは、本稿のような問題意識もあってのこととは思うが、このように考えることにより、事務管理主に代理権を認めて直接の法律関係を本人と第三者との関係に認めるかという議論につき、二者択一ではなく、直接請求権を認めることが妥当な場合にのみ直接が認められるという柔軟な解決を可能にしようという問題意識によるものである（同書39頁）。

項または２項を根拠として直接の支払請求権も選択的に認めるならば、受任者がそれを行使したり、または、そちらのほうを受任者の他の債権者が目をつけて差押えて行使してきたり、更には、受任者が無資力である一番問題となる場合において、他の債権者がこれを代位行使することが考えられる。もし、第三者たる債権者の保護を貫こうというのであれば民法649条の適用などによる直接の請求権は排除されると考えなければならないはずである。おそらくは、当然に排除されることはなく、代位行使が第三債務者に通知されることを要件とすることになろうか。

なお、三宅教授は、この考えに対して、「しかし代弁済請求権を受任者の相手方が代位行使するのは、受任者の一般債権者が債権者代位権に基づいて受任者の一般財産に属する権利を代位行使するのとは、全く性質を異にしている」と評し[184)]、次に述べる自説を主張している。

（b）　債務解放（または免責）請求権説（三宅説）

①　事務管理における説明　　三宅教授は、先ず事務管理についての議論において、民法702条２項で準用される民法650条２項の規定につき、転用物訴権の根拠を債務解放請求権に求めるドイツのTuhrの見解をすぐれたものと評価し、これをわが国において民法650条２項の代弁済請求権を根拠として採用できないかを検討している。おおむね次のようである[185)]。

「この請求権の内容には正確には債務解放に限られ、650条２項のゆるやかな表現を請求権の内容規定と受け取り債権者への弁済にまで及んではならず、反面、債務解放という独自の内容ゆえに相殺や差押に対して事務処理者のために当然確保されなければならないと考える」（358～359頁）。「このように、差押や相殺を免れて事務管理者のために確保され、しかも事務管理者が本人に訴求するときには『債務解放』という中間的なものにとどまらねばならないこの代

184）三宅正男『契約法（各論）下巻』（平元）994頁。

185）三宅正男「事務管理者の行為の本人に対する効力」『谷口知平先生還暦記念　事務管理・不当利得の研究（一）』（昭45）。

弁済→債務解放請求権は、結局は相手方たる債権者のためにある、と私は考える」(359～360頁)。「相手方たる債権者が債務解放請求権を、一般の債権者の立場で差し押さえたり代位行使するのではなくて、ある意味で『押える』、つまりこの請求権の限度内で、彼が事務処理者に対して有する債権に基づく請求権を直接本人に対して行為する、という形も認めてよい」。「事務処理者が本来の債務者であるから彼が無資力の場合などに直接請求の実益が大きいのだが、これを直接請求の要件とする必要はない」(360頁)。

この考えは、無資力要件をはずして代位行使を認め、そして、事務管理者の本人に対する債権は本人からの相殺も、事務管理者の他の債権者による差し押さえもできないとするものであるから、本稿の観点からは非常に注目されるところである。また、代弁済請求権を債務解放請求権と表現を変えて、これを根拠に(代弁済請求権の代位行使によることなく)相手方の本人に対する直接の請求権を認める点も注目されよう。

② 契約各論における説明　三宅教授はその後、体系書でもこの点を民法650条2項の解釈論をめぐって詳しく述べており、難解な点もあるので、なるべくそのままを引用する形で、以下には紹介をしたい。

「救済手段としては、受任者がこれを利用するだけでなく、受任者の契約の相手方、即ち代弁済を受けるべき当の債権視野がこれを利用し、代弁済請求権の範囲の枠内で、委任社に対し直接に金銭の支払等を請求することを、受任者に対する本筋の請求に付加して(頂上的に)認めるならば、受任者が無資力となった場合に実益がある」。「契約成立の法理により、自己の名で契約した受任者が相手方に対し債務を負うが、内実は委任者が契約の当事者であり、それゆえ受任者の代弁済請求権が認められる。「受任者の負担した債務について、相手方が内実の債務者である委任者に直接請求するためには、受任者の代弁済請求権を介しその枠内でなければならない。そしてそのためには代弁済請求権を、受任者の債権であるかのように、譲受けまたは差押さえる必要はなく、相手方が受任者に通知した上で委任者に対し裁判上または裁判外で直接の請求をすれば、その後に受任者が代弁済請求権を放棄し、または委任者から弁済資金を受

領するなどにより、代弁済請求権が消滅してもこれを相手方に対抗することができない」。なお、「受任者の債務は、相手方が委任者に直接請求をしても、委任者が相手方に弁済するまでは消滅せず、相手方は同時に受任者及び委任者に対し弁済を請求できる」[186)]。

また、次のようにも付け加えている。「本文に述べた解釈は、契約上の債権に基づく請求は債務者に対してのみ許されるという原則に反し、安易に第三者に対する請求を認めると非難されるかもしれない。しかし受任者が自己の名で実は委任者のために契約をするのは、契約当事者に関する名実の不一致ないし仮装であるから、契約の相手方が、受任者に対する本筋の請求に付加して、委任の内部関係に立入り代弁済請求権の枠内で、内実の契約当事者である委任者に直接請求することを認める理由がある。この場合受任者・委任者の関係は委任即ち身代りという特殊な関係である」、と。そして、転用物訴権を認める判例を「契約上の債権に基づく請求の原則に反する」と批判をし、自説のように解釈をすべきであるという[187)]。

③　神崎教授の見解　　神埼教授は、商法504条について英米法を参考にして議論し、商事代理においても顕名主義を貫いても不都合はないということの説明として、次のように述べる[188)]。

「委任においては、委任者は受任者に対して何らの経済的負担をかけず、また損失を被むらせないようにする義務を負担する」。「代理人が本人のためにすることを明らかにせずに行為した場合に代理の顕名主義が妥当するなら、その

186）三宅正男『契約法（各論）下巻』（平元）992～３頁。

187）三宅正男『契約法（各論）下巻』（平元）994頁。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）384頁は、三宅説を支持、実行行為の相手方のみが受任者の委任者に対する代位弁済請求権を直接行使でき、受任者の一般債権者は行使できないという。

188）神崎克郎「商事代理における非顕名主義」神戸法学雑誌15巻２号（昭40）294頁以下、338～９頁。

場合の本人と代理人間にも右のことは当然に妥当する。これらの義務のうち、第三者の代理人に対する履行請求権の段階で問題となるのは、費用前払義務及び責任解除義務である。この本人の責任解除義務に対応する、代理人の、本人に対する第三者への債務への債務の弁済を求める債権は、その権利行使が代理人の意思にまかされねばならぬ一身専属権ではないし、また特に差押を許さぬ権利ではないので、代理人の債権者としての第三者は、代理人が本人に対して有するこの責任解除権を民法423条によって代位行使することができる。一般には、債権者代位権行使に当っては、債権者は、債務者の権利を行使するのであるから、その行使の効果も債務者に帰属し、そこから得られたものは、総債権者の共同担保となり、代位権行使債権者は他の一般債権者に優先しうるものではないが、この場合の代理人が本人に対して有する責任解除権は、その行使によって代理人の財産が積極的に増加せず、代理人の相手方である第三者の財産増加を結果するものであるから、第三者による代位行使に於いても、代理人の債権者の共同担保の積極的増加ということはなく、第三者は、結果的にはそこから優先的満足を得ることができる。そこで、代理人の責任解除権を目的とする債権者代位権の行使によって得る第三者の利益は、代理任の破産によってその内容に変更のあるものではない」。「代理人が破産し、第三者への債務弁済費用として本人が前払した財産が代理人の一般債権者の平等満足のために使用され、第三者への債務弁済に完全に使用される可能性が喪失した場合には、本人、代理人間に費用前払のために必要な財産的信頼関係は崩壊してしまっているのであり、代理人(その破産管財人)は、本人に対して責任解除権、必要支出費用の償還請求権のみを有し、もはや弁済費用前払請求権を有しないとみてよいであろう」。

(c) 本稿の立場　三宅教授の隠れた委任、実質的契約当事者という説明から、免責請求権の枠内で直接の契約関係にない相手方が委任者に対して直接請求を認めるという法理も一考の余地はある。そして、三宅教授は、委任契約に限らず賃借人が目的物の修理を第三者に依頼したような場合も視野に入れ、転用物訴権の分野をこの法理で規律しようとしている[189)]。代理ならば直接の

契約関係が生じていたはずである。他方で、自己の名で契約をした場合には、その利益を受ける者と第三者との間に契約関係は発生しないが、経済的実質的には契約関係に匹敵する状況、給付の出捐者が第三者、その利益の享受者が委任者（反対給付につき同じ）といった関係があるため、一般法理として直接請求を認める提案をしているのである。

しかし、直接請求の根拠が明確とは言い難く、受任者の免脱請求権を行使するというのではないようであり、これは三宅教授が債権者代位権による学説を批判していることから明らかである。直接の契約関係がない者の間にどのように直接の請求権を認めるか、これが本稿の各所で紹介した学説が苦労している法的問題点であり、そのところの説明がもうすこしほしいところである。そこで、私見としては、債務者たる委任者の保護も考えて、次のようにこの点につき考えている。

①　受任者の相手方たる債権者を保護すべき　　先ず、結論的には相手方たる債権者を受任者の他の債権者に対し、委託者が支払う給付につき優先的に保護がされるべきこと、先に述べたとおりである。問題はその実現方法である。

②　委託者の保護　　問屋に民法649条の前払請求権はなく、免脱請求権しかないとすると不都合である。というのは、それでは、受任者は相手方のためにする契約の要約者と同様の関係になり、受任者は相手方に支払うよう請求できるだけであり、その給付につき受領権を持つのは相手方たる債権者だけということになるからである（この受領権の根拠は次に述べる）。委託者が受任者に支払っても、その支払いは無効であり相手方から支払いを請求したらこれに応じなければならないことになるのである。しかし、仮令事情を知っていたとしても、委任者が受任者に支払うのは有効として保護すべきである。そこで、民法649条は当然に発生が阻止されるのではなく、相手方が委託者に支払いを請求して初めて（差押えまでは不要というべきか）、受任者によるその行使が制限されるというべきである。

189）三宅正男『契約法（各論）下巻』（平元）801頁注１。

③　相手方の権利行使　　最後に残される問題は、直接の債権を持たない相手方が委託者にどうして支払いを請求ができ、また、それがどうして受任者の他の債権者に優先するのかという点である。ここでは、民法423条の直接訴権への転用を考えるまでもなく、免脱請求権の代位行使を認めれば十分である。免脱請求権は他の債権者が代位行使したり差し押さても意味がなく、その結果相手方のみが排他的に給付を受けられることになる。受任者が無資力の場合に意義があるのであるが、無資力要件も不要と考えてよいであろう。

なお、この権利を相手方が行使するまでは、民法649条の費用前払請求権があり、こちらについては第三者に譲渡することも、また、問屋の債権者がこの債権を差し押さえたり代位行使することも可能であるが、相手方が免脱請求権を代位行使すると、民法649条の権利は制限され、排他的に相手方が回収できることは害されない。そして、第三者は、費用前払請求権という事情を知った上で譲渡を受けたり、差押えなどをするはずであるので、取引の安全は害されることはなく、また、公示のない担保ということへの批判も当たらないのではないかと思われる。

(4)　民法650条２項と相殺の可否――委任者・受任者間

以上の問題の応用として、民法650条２項をめぐって最も議論されている問題である相殺の可否について、ここで言及をしておくことにする。

(a)　便宜規定説　　先ず、民法650条２項を便宜規定とのみ考える立場では、以下のようになる。

(ア)　受任者からの相殺(肯定)　　民法650条２項の代弁済請求権の債権者たる受任者からの相殺については、最高裁判例はないが、福岡高判昭27・12・24(高民集５巻13号690頁)で、相殺が肯定されている。

それによると、受任者は代弁済請求権の他に弁済資金を自分に支払うよう請求することができ、そして、委任者が受任者に弁済資金を支払った後に、「受任者がその資金を以て相手方に対する債務を弁済するか否かは委任者の権利義務に何等の影響も与えるものではない。なぜならば相手方に対する債務はもと

もと受任者の債務であって委任者は債務者ではないからである。されば委任者より支払われた資金の処分は受任者の自由であって、その資金の支払を求める債権を受任者が如何に処分するかも受任者の自由である。従ってその債権は委任者の受任者に対する金銭債権と相殺するに適するものといわなければならない」とされている。

学説は、次のように委任者からの相殺を肯定すると同時に、受任者からの相殺も肯定している。例えば、我妻博士は、肯定する理由として、「けだし、受任者は、委任事務処理のための費用を相殺によって清算し、負担した債務は自分の負担で信義則よりしようとするものであって、委任者にも第三者（相手方たる債権者）にも何等の不利益を及ぼさないからである」、と述べる[190)]。

（イ） 委任者からの相殺（肯定・否定に分れる）

i） 委任者による相殺を否定する判例　　これに対し、民法650条２項の代弁済請求権の債務者である委任者からの相殺については、大判大14・9・８民集４巻458頁、最判昭47・12・22民集26巻10号1991頁により、相殺が否定されている[191)]。この両判決はその理由づけの点で異なっている。前者の理由は次のようである。

【大判大14・9・８民集４巻458頁の判旨】　先ず、形式的な理由としては、①650条２項の「権利は一定の金額の支払を目的とする権利に外ならざること洵にに所論の如しと雖、該権利は畢竟受任者が委任事務処理の必要上負担したる債務の免脱を請求するものにして、自己に対して一定金額の支払を請求する権利に非ざるを以て、其の権利の性質上委任者が受任者に対して有する一定の金銭債権と相殺を為すに適せざるものと解するを相当とす。蓋相殺は同種の目的を有する債

190）我妻栄『債権各論中巻二』（昭37）684頁。石田穣『契約法』（昭57）356頁も同旨。

191）相殺を否定する大審院の判決を支持する学説として、勝本正晃『債権法概説（各論）』（昭24）136頁、近藤英吉『債権法各論』（昭８）143頁、中村武『債権発生原因論』635頁、沼義雄『綜合日本民法論別巻第五債権各論下』（昭18）142頁、永田菊四郎『新民法要義第三巻下（債権各論）』（昭34）270頁。

権が互に対立する場合に於て其の給付を交換するの労煩を避くると共に対立する債権者の保護の公平を期するものなるを以て、相殺を為すには双方の債権者が互に自己に対して給付を為すことを請求し得る権利を有し、相殺に依り給付を交換したると同一の結果を生じ互に債権の目的を達するを得るものなることを要する」という。そして、実質的な理由としては、②もし相殺を肯定すると、「相殺に依りて其の双方の債権は対等額に於て消滅すべしといえども、受任者が委任事務処理の必要上負担したる自己の債務は依然として消滅することなきを以て、其の債務の免脱を請求するに外ならざる受任者の代弁済を請求する権利は結局相殺に依りては豪も其の目的を達することを得ざる」こと、そして、③「未だ発生せざる将来の費用償還請求権を以て相殺に供すると同一の結果を惹起し、相殺が双方の債務の対立と其弁済期の到来を要件とする趣旨に背悖するに至る」ことを挙げる(原文カタカナ)。

これに対して、後者の最判昭47・12・22では、上記判決に対する学説の批判が多くされたことを考慮してであろうが、より詳細に理由が示されており次のようである。

【最判昭47・12・22民集26巻10号1991頁の判旨】　「受任者の有するこの代弁済請求権は、通常の金銭債権とは異なる目的を有するものであって、委任者が受任者に対して有する金銭債権と同種の目的を有する権利ということはできない。したがって、委任者が受任者に対する既存の債権をもって受任者の代弁済請求権と相殺することは、同法505条1項の相殺の要件を欠くものとして許されない」。「前記相殺が許されるものとすれば、受任者は、第三者に対する弁済のための資金の調達を要することになり、かかる相殺によっては、受任者の債務免脱の目的はなんら果されないわけである。」「しかるに、前述のような相殺を許すとすれば、受任者に自己資金をもってする費用の立替払を強要する結果となり、各法条〔649条及び650条2項〕を設けた趣旨が完うされないことになる。」また、仮に相殺を許すならば、「それは、既存債権を自働とし、未だ発生しない将来の費用償還請求権を受働債権とする相殺を許すのと同一の結果を認めることになり、相殺が双方の債務の対立とその弁済期の到来を要件とする趣旨に反するものといわな

ければならない。このことは、要するに、同条２項前段の代弁済請求権は、通常の金銭債権とはその目的を異にしているがためにほかならないからである」。

本判決については、色川裁判官による反対意見が付されており、この判決の調査官解説は、本判決と相殺を肯定する少数意見との間には、「受任者の保護と相殺制度のもつ公平との利益衡量がなされていることを看過することはできない」と評している[192)]。また、多数意見のように受任者の保護を優先させるならば、民法649条の前払請求権との相殺も否定することが理論を一環することになるが、大審院判決では、金銭給付を目的ではないことが理由とされており、この点は両判決において差が生じる余地が残されるといわれている[193)]。

ii）　委任者による相殺を肯定する学説　　学説上は相殺を肯定する学説が多数を占めるようになり、そのような流れの中で、次の三宅教授により改めて否定説が提起されたのである。いずれにせよ、現在の通説は、相殺を肯定すべきであるという[194)]。但し、その理由の説明としては、次の２つのものに分けることができようか。

①　民法650条１項の費用償還請求権と変わらないこと　　先ず、「実質的に

192）この反対意見によると、民法650条２項は民法650条１項を「補完するもの」であり、また、民法649条により民法650条２項によらずに自ら支払いを委任者から受けた支払うことも選択できるが、「650条２項は、その煩労をはぶき、受任者が、受任者に対して、直接第三者に債務の弁済をするよう請求できるという便宜な方法を設けたものであり、要するに649条及び650条１項のバイパスたるに止まる」ものであり、そのため、「代弁済請求権は、形式こそ特殊であるが、費用償還請求権や費用前払請求権と別異の目的・機能を有するものではない」として、相殺を肯定する。また、賃金債権や不法行為債権の相殺禁止のように、受任者を特に保護すべき合理的理由はなく、また、「第三者は本来受任者を相手方として取引をしたのであるから、受任者が無資力となったために債権の回収ができなくなったとしても、けだしやむをえないものがある」、更に、未だ発生しない将来の費用償還請求権との相殺を認めるのと同一の結果になるということについても、委任者が自己の利益を放棄して相殺することはできる。このようにして、「実質上、費用前払請求権との相殺とも見ることができ」、そのことからも相殺を否定する理由はないという。

みれば、こり代弁済をなすべき義務は、……立費用償還請求権と本質を同じくし、委任者は受任者に給付をして、それをもって第三者に弁済をさしてもよいのでだから、委任者は受任者に対する債権とこの受任者の請求権とを相殺しても差し支えない」という説明がある[195)]。実施的に、民法650条１項の費用償還請求権と変わらないというのが、相殺を認める理由となる。

②　民法649条の前払請求権も並存していること　　次に、受任者に委任者に対して、代弁済請求権の他に自分への支払請求権を認めて、それとの実質的同質性から説明する学説もある。例えば、我妻博士は、先にみたように、民法650条２項は649条と競合することから、次のように述べて委任者による相殺を肯定している[196)]。

「受任者の委任者に対する代弁済請求権は、費用前払請求権を排斥しないものとすると、代弁済請求権は、委任者と受任者の内部関係においては、費用前払請求権と異ならない実質をもつことになるから、委任者は、すでに事務を処理して債務を負担した受任者から代弁済請求を受けたときは――あたかも費用の前払請求を受けたときと同様に――受任者に対する反対債権で相殺することができると解すべきである」。

また、伊東判事は、先の最判昭47・12・22の評釈において、受任者は委任者に自己への支払いを求め、これに対して委任者が相殺を主張したものであり、訴訟物は債務弁済資金請求権であり（前述の伊東判事の説明の個所参照)、他の権利である代弁済請求権を是認したのは、訴訟法上の誤りとし、もし訴訟物として債務弁済請求権を認容していたならば、相殺という問題は起こらなかった

193）小倉顕「調査官解説」『最高裁判所判例解説民事編昭和47年度』398頁。

194）例えば、水本浩『契約法』（平７）340頁、石田穣『契約法』（昭57）356頁、幾代通・広中俊雄編集『新版注釈民法(16)』（平元）275頁（明石三郎)、林良平他『債権総論〔第三版〕』（平８）335頁（石田喜久夫)。

195）末川博『契約法下（各論)』（昭50）210頁。

196）我妻栄『債権各論中巻二』（昭37）684頁。

と評しているが[197]、判決の理由についても、以下のように退けている[198]。

①「委任者と受任者との関係においては、両者は経済的には同一の権利としても妨げない関係にあり、しかも債務弁済資金の支払請求権が相殺に適する権利であることについては異論がなかろうから、代弁済請求権についても、相殺を許すべきものと解する」、と述べている。

②また、受任者の債務免脱という目的が達せられないという理由については、「相殺に寄り受任者の委任者に対する債務は消滅するのであるから、相殺を認めても、受任者には差引計算上なんらの不利益はない。」

③更には、相手方たる債権者の立場についても、次のようにこれを考慮する必要はないという。相手方たる債権者は「もともと受任者の資力と信用に期待してこれと取引した者であるから、取引外の者である委任者が相殺することにより文句を言える筋合いでなく、かりに、受任者が無資力となって、第三者が受任者からの弁済を期待できなくなったとしても、それは、自己の眼がね違いとして諦めるべき立場にある。のみならず、受任者が無資力の場合、委任者から、受任者に代位して、委任者に対し債務弁済資金請求権を講師できるわけであるが、その代位行使については、委任者から、受任者に対する債権を自働債権とする相殺をもって対抗される地位にあるのであるから、代弁済請求権に対する前記の相殺を認めたとしても相手方の立場が格別不利になるものということはできない」。

平井教授も同判決の評釈において、民法650条２項により弁済資金請求権が受任者には認められるという立場から、「代弁済資金請求権を行使した場合には、予備的に弁済資金請求権の行使があったとみて釈明により又は釈明しなくても弁済資金を支払うべき旨を裁判所は判決できることになり、それを受働債権とする相殺ももちろん可能となる」という[199]。

197）平井宜雄「判批」法協91巻４号（昭49）156頁も同様の評価をする。
198）伊東秀郎「判批」民商69巻１号（昭48）155頁以下。

(b) 相手方保護規定説　これに対して、民法650条2項を相手方たる債権者を保護する規定であると考える立場では、委任者・受任者のいずれからの相殺も禁止すべきことになる。相殺肯定説は、相手方たる債権者は受任者と契約をしたのであり、「第三者としてはもともと受任者から債務の支払いを受けると思っていたのであるからやはり不利益を蒙らない」[200]と説明がされるが、この点はどう反論するのであろうか。

この問題の実質は、肯定説がいうように、受任者に委任者に対する支払請求権を認めるならば、この受任者の委任者の債権につき、相手方＝売主の代金債権についても債権者平等の原則を貫くか否かという問題である。買い付けの依頼であれば、その商品を取得する委任者から拠出される給付は、すべてその商品の売主である相手方に与えるべきでないのであろうか。まさにこのような思想で、相手方たる債権者を保護する規定として、民法650条2項を位置づける以上、委任者と受任者の利益の問題ではないので、いずれからの相殺も否定すべきである。

三宅教授がこのような立場であり、先に述べたような立場から、受任者・委任者いずれからの相殺も否定している。その理由はそれぞれにつき、次のようである[201]。

① 委任者からの相殺　これについては、記述の最判の説明で充分であるが、実質的理由を細くすれば、「受任者が委任者との関係において『費用の立替払を強要』される結果となることは、特約がない限り許されない」という。

② 委任者からの相殺　これも同種目的という相殺の要件を欠くから許されないが、実質的理由を細くすると、「委任者は受任者に負担債務の免責を得させれば充分であり、弁済資金の支払(……)のみならず相殺による委任者の債権の消滅も、強制されるべきではない」と述べる。

---

199) 平井宜雄「判批」法協91巻4号(昭49)154頁。
200) 石田穣『契約法』(昭57)356頁。
201) 三宅正男『契約法(各論)下巻』(平元)992頁。

そして、三宅教授は、免責請求権を介しての直接請求という理論を認め、そのためには譲渡または差押さえを要せず、本筋の請求に付加し重畳的に直接請求を認めてよいという。そして、隠れた委任の場合には、「受任者の相手方は、隠された委任を主張・立証し、契約当事者の名実不一致に基づき内実の当事者である委任者に対し直接請求をするのだから、委任者はこれに対し、相手方に対する債権で相殺することはできるが、受任者に対する委任関係外の債権では相殺を対抗できない。特に受任者破産の場合には、相手方も破産債権者となるが、それは免責請求権を含まない受任者の一般財産＝破産財団に対する本筋の請求についてであり、それに付加して相手方は破産手続外で、免責請求権の枠内で委任者に対し直接請求をすることができる。要するに受任者の名で実は委任者のために負担した債務は、免責請求権の枠内では、委任者に対する直接請求により、受任者が委任者を代理したときと同じになる」という[202)]。

（c）　本稿の立場　私見としても、民法650条２項については、委任者・受任者間での相殺はいずれからについても否定すべきであることは、民法650条２項が相手方たる債権者を保護するための規定であり相殺を認めるとそれが害されること、また、免脱請求権であり受任者には受領権・自己への支払を請求できないことから明確であると思われるが、問題は前払請求権との相殺をどうするかである。弁済に関しては、弁済者の保護という観点から、いわば民法478条の機能を持たせるために、民法649条の前払請求権の成立は否定しなかったが、この前払請求権は受領を正当化するだけの効力しか有し得ず、相殺については相手方の委託者への直接請求前であっても認められないというべきである。そうすれば、相手方である債権者が免脱請求権を代位行使することを要することなく、前払請求権についての相殺はできないというべきである。

202）三宅正男『契約法（各論）下巻』（平元）993～４頁。

第3章　本稿のまとめと両議論の応用可能性

(1)　本稿の結論

間接代理（問屋）をめぐる、問屋破産に対する委託者また相手方の保護についての本稿の結論をまとめ、その応用可能性について言及しつつ、あわせて関連問題についての言及をしておこう。

(a)　復委任の場合――元受託者の破産からの保護　　復代理についての民法107条2項は、直接訴権を認める規定であり、代理人破産の場合に、契約上は代理人に対する債権を持つに過ぎない本人または復代理人を保護する規定である。このような、元委任・復委任ないし元請契約・下請契約類似の関係がある場合に、中間者が破産した場合に、委託者ないし復委託者の中間者（元受託者）に対する債権を保護する必要性があることは、代理の場合にだけ限定されるものではない。民法も再寄託については、民法107条2項を準用しており(658条2項)、下請負の場合には旧民法には直接訴権の規定があった。民法107条2項は、元請契約・下請契約類似の関係がある場合について直接訴権が認められることを規定した基本規定と考えて、準用規定がなくてもこれを類似の事例に類推適用により拡大することが許されると思われる（それを超えた直接訴権は、別稿に述べたように民法423条の類推適用によるしかない)。

(b)　相手方の問屋の破産に対する保護――相手方の債権の保護　　本稿の対象の間接代理（問屋）に話しを戻すと、相手方（特に売主、買主も損害賠償義務が問題になる）の問屋に対する債権の保護については、民法650条2項により図ることを考えている。すなわち、民法650条2項に基づいて、受任者（問屋）は相手方に支払いをするまでは委託者に対して自分への支払請求権はなく、未払いの段階では、相手方に支払うよう請求できるだけである。したがって、受託者（問屋）のほかの債権者は、この委託者への債権を差し押さえたり、代位行使しても無益であり（結局、相手方への支払いしか請求できないため)、結局は相手方が委託者から全面的に、すなわち受任者の債権者に横取りされることなく債権回収ができることになる。但し、民法649条の費用前払請求権もある

が、相手方＝売主は、委託者に直接請求することを要件として、その行使を阻止できるというべきである。

そして、このような排他的債権回収が問題になるのは、受任者が破産したような場合であるが、相手方については受任者の無資力要件を問題にすることなく、受任者の代位弁済請求権を代位行使できるものと考えるべきである。このようにして、相手方のみが排他的に受任者の委託者に対する権利を代位行使できることになり、直接訴権に類似した権利状況が実現できることになる。当然のことながら、相手方は自分への支払いを、委託者に対して請求することができる。

このような構成による保護、即ち金銭それ自体は未だ自分が支払いをするまでは認めず、それ以前にはなんらの権利も認めないのではなく代位弁済請求権を認めるという民法650条２項の構成は、後述するように、転用物訴権が問題となるような事例における、費用償還請求権、また、履行補助者（代行者）の過失が債務不履行の原因となっている場合の、債務者の履行補助者に対する損害賠償請求権などに応用することが考えられる（民法650条２項を、委任契約を超えて一般規定化する）。

（c）　委託者の問屋の破産に対する保護　　以下のように、間接代理の場合には、商法上の問屋の場合に限らず、民法646条２項により委託者が保護されるべきであり、また、この結論は、代理において顕名がされなかったために間接代理と結果的に同様の法律関係になる場合にも及ぼすことができる。

（ア）　買入委託の場合　　旧商法の委託者保護規定を承継・拡大した民法646条２項により、問屋の債権者に対して、委託者が保護されるものと考えるべきである。すなわち、民法646条２項は、その沿革からして、単に委託者は問屋が自己の名で取得した権利についてそれを取得できるというのみならず、問屋の債権者に対しては権利取得を当然に対抗できるものと認めた規定と理解することができる。従って、買入委託の場合には、特別の意思表示を必要とすることなく、委託者に問屋が自己の名で取得した物の所有権は民法646条２項の効果として当然に委託者に移転し、かつ、その取得について対抗要件を具備

することは必要ではないと考えるべきである。問屋が破産した場合には、委託者は取戻権が認められ、また、問屋の債権者が差し押さえた場合には、委託者は第三者異議の訴えをすることができることになる。

このような事例は、間接代理(問屋)による買入委託以外には考えられず、その応用可能性を考える必要はないであろう。

(イ) 販売委託の場合　販売委託の場合にも、民法646条2項により、問屋が自己の名で取得した代金債権について、問屋の債権者に対して委託者は保護されるというべきである。すなわち、買入委託におけると同様に、特別の意思表示を要することなく、代金債権は民法646条2項の効果により当然に委託者に移転し、かつ、問屋の債権者には移転についての対抗要件を必要とすることなく、権利取得を当然に対抗できると考えられる。問屋が破産した場合には、委託者には問屋の取得した代金債権について取戻権が認められ、また、問屋の債権者が差し押さえた場合には、委託者は第三者異議の訴えをすることができること、買入委託におけるとまったく同様である。

民法646条2項の権利移転をめぐる規定の類推適用が問題になるのは、所有者と売主との間に契約関係がない場合であるが(他人物を無断で売却した場合)、その場合には、不当利得返還法理により代金債権について権利の移転を実現できるので、あえて類推適用を問題にする必要はない。不当利得の場合には、民法646条2項のような問屋の債権者に対する特別の対抗を認めることはできないかのようである。しかし、そもそも元の財産が責任財産でなかった場合に、それが依然として代金債権という形で特定されているのにも拘らず、債権者に棚ぼた的利益を与える必要がないことは同じであり、民法646条2項も破産法の代償取戻権も同趣旨の規定であり、そもそも不当利得返還請求の中に同様の趣旨が含まれているので、売主の債権者に不当利得返還請求による権利移転を対抗できるということも考えられる(詳しくは、次の(2)の応用で説明する)。

(d) 問屋から権利を取得した者の取引安全保護との関係　しかし、民法646条2項も民法650条2項も、問屋ないし受託者の債権者を排除するだけであり、問屋から問題の権利を譲り受けた第三者については、別に考察する必要

がある。

（ア） 民法107条２項について　　直接訴権は担保権が認められるに匹敵した権利状況となるため、公示なしに当然に直接訴権を、取引の安全に対して優先させるわけにはいかない。したがって、善意の第三者には、民法117条２項の制限を当然には対抗することはできず、第三者を排除するために第三者が民法467条２項の対抗要件を充たす前に、委託者ないし復代理などの復受任者が問題の債権を差し押さえる必要がある。復委託関係を知っている第三者には、悪意の第三者として対抗を認めてもよいであろう。

（イ） 民法646条２項について　　次に、民法646条２項についても、いわば相手方に担保権を認めるにも等しい状況になるため、なんらの公示なしに第三者の取引安全を害するわけにはいかない。しかし、いまだ売主である相手方に受託者が代金の支払いをしていないことを知っている第三者に対しては、未払いであり民法650条２項の権利しか認められないことを対抗できるというべきである。そうすると、受託者が代金既払いであり民法650条１項の償還請求権があるものと信じて債権譲渡を受けた場合のみが、取引安全保護が問題になるが、その点を確認しないで債権を取得した過失ある第三者も保護に値しないものと思われ、民法650条２項についてはほとんど第三者の取引安全保護は問題にならないといわざるを得ない。

（ウ） 民法646条２項について１――買入委託　　買入委託の場合に、問屋が買い入れた物については、債権者に対しては委託者は当然に権利取得を対抗できるが、第三者に対しては別である。また、対抗できるとしても、動産については、民法192条の即時取得が可能なので、いずれにせよ善意無過失の第三者に対しては、委託者は自分の所有物であることを主張できないことになる。

（エ） 民法646条２項について２――販売委託　　販売委託の場合に、問屋が取得した買主に対する代金債権は、問屋の債権者との関係では、委託者に当然に移転したことを対抗できるが、問屋からの譲受人には対抗できない。但し、譲受人が悪意の場合には、対抗を認めることも考えられる。

(2) 応用問題について――不当利得返還請求権について

(a) 代償的取戻権に代わるもの――他人物売買の事例

(ア) 問題の提起　例えば、ＡはＢにその所有の絵画を保管のために預けたが、Ｂがこの絵画をＣに売却してしまい、Ｃにつき即時取得（192条）の要件が充たされているものの、Ｃが未だ代金を支払っていないとしよう[203]。

ＡはＢに対して所有権侵害による不法行為を理由に損害賠償請求権を取得するが、ＡはＢに対する無担保債権者の１人にすぎないことになる。従って、ＡのＢの責任財産についてＢの他の債権者と平等の保護を受けるにすぎないことになる。そうすると、ＢのＣに対する代金債権は一般財産ということで、Ｂが無資力状態であれば（Ａが所有権を取り戻すために詐害行為取消権を認めることは、転用というのは別として無理であろう）Ｂの他の債権者とＡとは平等になってしまう。しかし、Ｃから払われる代金はＢの債権者に横取りされることなくＡにすべて支払われるべきである。

(イ) 問題の解決方法　問屋の事例とは異なって、所有者と売主との間に販売を委託する契約関係があるわけではないので、民法646条２項を類推適用することは困難であろう（また、所有権についての物上代位という提案も魅力的ではあるが、とりあえず検討からはずしておく)。しかし、所有者の保護を図ることを断念する必要はない。

① 破産の場面　先ず、Ｂの破産に対しては、破産法91条（改正法62条）の代償的取戻権を認める余地がある。但し、代償である代金債権自体が当然に所有者に帰属し、破産財団に含まれないというのではなく、物の財産が破産財団に帰属していなかったので、その代償である代金債権（損害賠償請求権ならば所有者に帰属する）も破産財団に帰属するのは適切ではないので、権利帰属

203）代金が支払われている場合にも、その利益が特定され残っていることを証明できるのであれば、先取特権の趣旨からいっても、不当利得返還請求権について特別の優先的保護を与えることも不可能ではないと思われる。物権的価値返還請求権と構成するかは措く。

を矯正する形成権が認められるべきである。その趣旨は、問屋における民法646条２項と同じであり、契約上は所有権がなくても売主に代金債権は帰属せざるを得ないが、所有者の形成権行使による代金債権取得につき売主の債権者には当然に対抗できると考える余地もある。

② 差押えの場面　ところが、差押えの場面については、破産の場面とは異なって代償的取戻権についての規定がない。しかし、売主の所有物ではなく、売主の責任財産として期待できなかったのに、代金債権になったら形式的に売主に帰属するがために、売主の債権者が棚ぼた的な利益を受けるというのは適切ではない。そのため、所有者を保護するために、所有権についての物上代位という構成も考えらるが、私見としては次のように不当利得制度を活用できないかと考えている[204)]。

先ず、Ｂが所有者でもないのに代金債権を取得していることそれ自体を不当利得として、ＡのＢに対する不当利得返還請求権を認めることができよう。そして、その場合には、代金債権を有することがＢの不当な利得と考えるので、代金債権をＡが不当利得の返還請求権（移転請求権ないし代償取戻権）として取得できるという処理も考えられる。

③ 第三者の取引安全との関係　そもそも責任財産として期待できなかった債権者の場合とは異なり、代金債権を譲り受けた第三者については、その取引の安全を保護する必要がある。従って、第三者が債権譲渡の第三者対抗要件を充たす前に、所有者が代金債権を差し押さえることが必要であろう（所有権の物上代位を認める考えも同様になろうか）。

（b） 代弁済請求権に代わるもの――賃借物の修理の事例　いわゆる転用物訴権の問題について、賃借人の賃貸人に対する費用償還請求権を、実際に

204）なお、所有者の売主に対する不当利得返還請求権と、売主の代金債権の関係からして、直接訴権を認めることも考えられ、民法107条２項を類推適用するのは無理なので、民法423条の債権者代位権の規定を転用して、排他的代位権である直接訴権を一般論として実現する方法によるしかない。

費用を支出するまでは民法650条２項と同様に代位弁済請求権に止めることで、民法650条２項において説明しようとしたと同じ結論を実現しようとする学説があることは、別稿で紹介した。基本的には、これに賛成し、本稿で述べた結論を応用して考えるべきである。既に別稿で説明をしたので省略する[205)]。

(3) 損害賠償請求権について

(a) 問題の提起　例えば、Aがその所有の絵画をBにレンタルし、Bはこの絵画の運送をCに依頼したが、Cの従業員が運送中に事故を起こし絵画は焼失してしまったという例で、Aの保護について考えてみよう[206)]。

先ず、この場合には、Aが所有権侵害を理由として、直接に不法行為を理由に（債務不履行責任は無理か）Cに対して損害賠償を請求できる。また、AはBに対して債務不履行を理由に損害賠償請求権を取得する（CはBの履行補助者)。ここまではよい。問題はBのCに対する損害賠償請求権についてである。BはAに対して損害賠償を義務づけられたことを損害として、BのCに対する債務不履行による損害賠償請求権を認めると、次のような問題が生じることになる。

Bが無資力状態にある場合に、Bの他の債権者とAとは、BのCに対する損害賠償請求権につき平等になってしまう。AのCに対する損害賠償請求権の行使と、BのCに対する損害賠償請求権のBの債権者による行使とが競合した場合にも、どう扱われるのか、といった問題がある。結論としては、Bは通過点に過ぎず、Cから払われるべき金額はすべてAにわたるべきことが要求されよう。もしこの結論に反対をして債権者平等の原則を貫くといのであれば別であるが、この結論を是認するならば、問題はそれをどのように実現するかである。

205）拙稿「債権者代位権の優先的債権回収制度への転用(2)」法律論叢72巻４号（平７）参照。

206）なお、絵画の価格が100万円であるが、BC間の運送契約において、損害賠償の限度額が100万円と約定されていた場合については、AのCに対する直接の損害賠償請求権についてもこの契約法上の規律が適用されるか否かは問題がある。

（b）　損害賠償をする前のＢにＣに対する損害賠償請求権の可否　　先ず、自賠法15条のように、ＢはＡに損害賠償をして初めてＣに対する損害賠償請求権を取得すると構成すれば、Ａが賠償を受けずにＢのＣに対する損害賠償請求権をＢの他の債権者に横取りされることはなくなる。しかし、このような場合には、特に議論がされることなく、損害賠償義務を負担したことだけで損害の発生を認めて、ＢのＣに対する損害賠償請求権を認めるのがこれまでなんとなく考えられてきた理解であると思われ、これを否定することには次のような疑問が考えられよう。

①　Ｂの保護の必要性　　先ず、ＢがＡに損害賠償をするための資金を得るために、ＢがＣから損害賠償を得ておく必要性があるという反論が考えられる。しかし、Ａの保護の必要性があり、またＢの保護については次に述べるように代弁済請求権を認めれば十分であり、逆にいえばＢのＣに対する請求権を一切認めないというものではないと反論ができよう。

②　Ｃが不当に免責されないか　また、Ｂが無資力であれば結局Ｃは損害賠償をしなくてよいことになってしまい、不都合ではないかという疑問がある。これについては、次のいずれかの考えによって補完をするならばＣが不当に免責されるという批判はかわすことができる。

（c）　Ａを保護する補完的法理　このようにして、Ａが損害賠償を受けるまでＢのＣに対する損害賠償請求権を認めないというだけでは根本的解決にならないことになり、Ａを保護するための何らかの補完法理が要求されることになる[207]。

①　代弁済請求権（免脱請求権）を認める　　先ず、ＢはＡに損害賠償をするまでは、Ｃに対する損害賠償請求権とは別に、ＢはＣに対して自分に代わってＡに損害賠償をして自分を免責させるよう請求する権利があると考えられる。

207）事例は異なるが、不法行為の被害者に対して治療をした医療機関の債権、治療費を融資した債権について、次のように代位権によることを判示した判決がある（大判昭16・2・12民集16巻46頁）。

民法650条２項の趣旨を相手方たる債権者の保護にあるとすれば、その類推適用による拡大も不可能ではあるまい。そして、ＡがＢの代弁済請求権を代位行使して、Ｃに自分への支払を請求した後には、ＢのＣに対する損害賠償請求権は制限されること、逆にいえばそれまではＣのＢへの支払が有効なこと、民法650条２項について述べたのと同じである。

②　直接請求権による処理　　更には、より直截にＡのＣに対する損害賠償請求権を認めれば、ＡはＢＣのいずれからも損害賠償を受けられることになり、また、Ｂの他の債権者に横取りされないことが保証される。ＡのＣに対する損害賠償請求権は、不法行為（709条）を理由に認めることは容易であろう。

なお、この立場でも、ＢがＡに損害賠償をする前にＢのＣに対する損害賠償請求権を認めることと調和させながら、妥当な解決をある程度実現することができる。というのは、もしＣに対するＢの損害賠償請求権とＡの損害賠償請求権の行使が競合した場合には（Ｂの損害賠償請求権はBの債権者が差し押さえるなどして行使をしよう)、ＢはＡに損害賠償をすべき地位にあることからＡの権利行使を優先させるということができ、また、ＡのＣへの損害賠償請求があるまでは、ＣのＢに対する弁済を有効として保護することができることになる。