



Title	ドイツ法における請負人修理事例が日本法に与える示唆：転用物訴権の可否
Author(s)	平田, 健治
Citation	阪大法学. 2010, 60(3), p. 31-88
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/55249">https://doi.org/10.18910/55249</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# ドイツ法における請負人修理事例が日本法に与える示唆

## ——転用物訴権の可否——

平 田 健 治

はじめに

第一章 ドイツ民法の所有物返還請求における占有者の（いわゆる所有者占有者関係における）

費用償還請求権関連規定の立法過程

一 前史 部分草案

二 実体的内容

（一） 第一草案（第一委員会における第一読会草案）の段階

（二） 第一草案以降

三 権利行使方法

（一） 第一草案段階

（二） 第一草案以降

四 小 括

第二章 ドイツ判例における展開

第三章 日本法における議論

転用物訴権をめぐる議論は、周知のように、請負人が動産もしくは不動産の修理・改良にもつき取得した請負代金債権回収に関する二件の最高裁判決を中心としてなされている<sup>1)</sup>。ドイツにおいても、法的文脈や事実関係の差はかなり大きい<sup>2)</sup>が、第二章で紹介するように、類似の判例があり、そこでの結論としては、占有を保持する限りでの費用償還請求権付与、契約質権の善意取得の可能性の別途付与である。日本における議論<sup>3)</sup>は、ドイツにおける議論から示唆を受ける形で進められている側面が大きい。

とりわけ、請負人に注文者ではない所有者との関係で何らかの救済を与えるべきか、どのような形で与えるかをめぐって、争いがある。請負人は注文者に対して契約関係に立っていること、さらには注文者と所有者の間の契約関係の帰趨などをどう位置づけるかがからんでくる。

以下では、まず第一章で、ドイツの判例学説がこの問題領域に最も関係する規律として論じる、所有者が占有者に物の返還請求をした場合の費用償還請求権の立法過程を検討する。次いで、第二章で、請負人修理事例に関するドイツ判例を概観する。最後の第三章で、ドイツ法の議論を参照しつつ論ずる日本法学説を検討する。

## 第一章 ドイツ民法の所有物返還請求における占有者の（いわゆる

所有者占有者関係における）費用償還請求権関連規定の立法過程<sup>4)</sup>

### 一 前史 部分草案

占有者の費用償還に関する部分草案全体の内容は以下の通りである（丸括弧内は対応する第一草案）。部分草案

には各条を解説した理由書があり、通称第一委員会がこの部分草案を素材に審議し、第二草案を作成した。

## 一八五条

占有者には以下の限りで物に対して出捐された費用について反対請求権が与えられる、すなわち費用が必要的かもしくは所有者の個人的事情に従い判断されるべき利益に合致していること、費用により物の価値が上昇していること、その価値上昇が返還時になお存続していること。(↓九三六条一項)

反対請求権は、費用の償還、費用のために引き受けた債務からの解放、占有者が支払われるのが通常であるような行為の補償に及ぶ。

一八二条<sup>(5)</sup>の場合においては、この反対請求権は必要費に限定される。

善意者によって訴訟提起前に出捐された費用については、占有者が訴訟提起前に物から収取した利益が控除される。(↓九三六条一項)

## 一八六条 (↓九三九条、九四〇条)

動産の所持者の反対請求権は、所持者が物を譲渡者の所有権について善意で、その他の点では有効に取得した場合には、物の取得のために与えもしくは給付したものの償還にも拡張され、所持者が物を善意で質にとった場合には、所持者が物の受領と引換に質債務者に与えもしくは給付したものの償還に拡張される。

## 一八七条

物が所有者によって回復された占有者は、前主の費用を、前主が物をなお占有していれば、償還請求できたであろう態様で、前主の費用を主張することができる。(↓九三七条)

## 一八八条

所有者は、物を提供する所持者に対して、その引取を義務つけられるが、物の所有権を所持者に移転することによって所持者の反対請求権から解放される。

## 一八九条（↓九三八条）

所有者は、物の引取によって、それまでの所持者に対して、所持者が所有者に対して返還の際に示した反対請求権について義務つけられる。

動産の善意占有者、善意取得者、善意質権者は、動産の返還について、反対請求権の償還もしくは担保提供と引換にのみ義務つけられる。所有者の財産について破産が開始した場合には、物は管財人に返還されねばならないが、物の換価から反対請求権の優先弁済を受ける。（↓九四一条）

## 一九〇条

占有者の物と所有権変更なくして付合、混和した動産の返還請求権は、占有者の物から当該動産の分離を求めることに同時に向けられる。

分離の費用は、善意占有者に対しては、所有者の負担とする。

## 一九一条

占有者が自己から回復された物とともに、これと有体的には結合しているが所有権変更がないか、もしくは従物として結合している自己の物を、引渡の際にその所有権を留保せずして、引き渡した場合には、この物の所有権は、引渡とともに、占有者がこれにつき費用についての反対請求権にもとつき償還を得るか否かと無関係に、通常に移転と同様に、回復された物の所有者に移転する。

占有者が、引渡の際に、回復を求められた物と結合しており、償還を得ていない物について所有権を留保した場合には、その物を回復された物から分離し、分離によって回復された物に生じた損傷についての償還のうちに、除去する権利を有する。占有者は、所有者の要求により、結合している物が分離後に占有者にとって有する価値の償還と引換に、結合している物を所有者のもとにとどめる義務を負う。

現行ドイツ民法の関連規定は、九九四条から一〇〇三条までであるが、大別すると、占有者の費用償還請求権の実体的要件を定めた規定とその行使方法を定めた規定に分かれる。この点については、現行法そのものではないが、それに近い段階である、当時のライヒ議会において法案審議の参考に供されたと推測される覚え書き(Denkschrift)<sup>(7)</sup>があり、立法者の考えのこの段階での要約として参照できる内容を有しているので、ここに引用しておく(以下、条教には、現行法のものも併記した)。

すなわち、占有者が物に対して出捐した費用の償還を求める権利については、九七八条「現行法九九四条」は、現行法の多数と同様に(プロイセンラント法第一部第七章二四〇条以下、ザクセン民法三二二条以下)善意占有者と悪意占有者、必要費とその他の費用を区別する。善意占有者は訴訟係属前に出捐した必要費について、所有者から常に償還請求できる。しかし、公平と合目的性の理由から、通常の保存費用の償還は、占有者に収益がとどまる期間については否定される(九七八条一項二文「現行法九九四条一項二文」)。必要費以外については、本草案は、善意占有者には、訴訟係属までは、費用出捐が、所有者が物を再取得する時点でおおその費用によって物の価値が高められている限りで償還請求権を与える(九八〇条「現行法九九六条」)。悪意占有者(善意占有者も訴訟係属後

は同視されるが)には、これに対して、必要費についてのみ償還請求権が与えられ、しかも、事務管理の規定にもとづいてのみ与えられる(九七八条第二項「現行法九九四条第二項」)。したがって、悪意占有者は、必要費について、それが所有者の現実のもしくは推定的意思に一致し、または所有者によって追認される場合にのみ償還請求できる。そうでなければ、所有者は、自己が費用の結果として取得したものを、不当利得の規定に従って返還する義務のみを負う(六七〇条、六七一条「現行法六八三条、六八四条」参照)。

占有者は自ら出捐した費用の償還を請求しうるのみならず、自己がその権利承継者となった前占有者の費用についても、しかも、前占有者が物を返還したとすれば償還請求できたはずの範囲で、請求できる(九八三条一項「現行法九九九条一項」)。前占有者が所有者であったとすれば、占有者は前占有者から所有権を取得したであろうような要件が与えられれば、少なくとも、前占有者の償還請求権が占有者に移行することが正当化されるように思われる。他方では、九八三条二項「現行法九九九条二項」は占有者のために、所有者の償還義務を彼が所有権を取得する前に出捐された費用に拡張している。

所有者への考慮は、以下のことを要求する、すなわち、占有者には、自己の費用償還請求権の行使は、所有者が物を再取得するか又は費用出捐を追認するかした場合にのみ許されることである(九八五条一文「二〇〇一条一文」)。しかし、物の再取得後も、無条件な償還義務、特に現存価値上昇の考慮なく認められる必要費については、場合によっては、所有者に過度の負担を課することになる。そのような無条件な義務が正当化されるのは、所有者が占有者によって償還請求権の留保のもとに提供された物を受領したか、又は他の方法で費用出捐を承認(追認)した場合である。これに対し、占有者が物を留保なく返還した場合、又は所有者がそれ以外の方法で物を再取得した場合には、所有者は費用の承認までは、知らなかったかもしれない償還請求権から、物の返却によって解放

される権限が与えられることが公平に合致する（九八五条二文三文「現行法一〇〇一条二文三文」）。所有者の利益のために、さらに、占有者には、彼が物を返還した場合には、償還請求権の行使は、所有者が請求権の留保のもとで提供された物を受領するかその他の方法で費用を承認したのではない限り、短期除斥期間の間でのみ許される（九八六条「現行法一〇〇二条」）。

以上のように、実体面では、償還ルールは、善意悪意での区別を基礎に置きつつ、費用の分類、不当利得、事務管理が参照されている。また、費用出捐後の当事者の交代に対処するルールがある。手続面では、償還請求権の行使は所有者保護のために、所有者の物の再取得もしくは追認に依存させられていること、さらに、所有者による費用の広義での追認がない限り、物を再取得しても償還請求権の行使は短期除斥期間に服することや返還権による解放により所有者が保護されていることが重要である。

このように、占有者の費用償還請求権は、物の引渡前は留置権により消極的に保護されるが、返還した場合には、費用追認を得ない限り、短期除斥期間や所有者の返還権の制約を受ける。占有者からは、費用追認の可否を問う形で、物からの満足権を得る道が開かれているというのが、最終的な現民法の見取り図と言ってよい。

## 二 実体的内容

(一) 第一草案（第一委員会における第一読会草案）の段階<sup>⑧</sup>

### E I 九三六条

(TE一八五条一項↓) 占有者もしくは(他主) 占有者<sup>⑨</sup>は、自己が物に対して出捐した費用について、所有者が

物の再取得の結果として、費用により、前者の財産から利得した限りで、所有者から償還を請求できる。

(T E 一八五条四項↓) 九三〇条「現行法九九三条」によれば、返還義務が生じない限りでの、収取収益の純益が償還額から控除される。

(新設) 費用が、返還すべき物と別の物が本質的構成部分として結合している形をとる場合で、占有者もしくは他主占有者が所有者から少なくとも別の物が分離後に有するであろう価値の償還を受けない場合には、占有者等は、この別の物を収去する権利を有する。しかし占有者等は返還すべき物を自己の負担で原状回復せねばならない。

まず、費用について、その経済的效果が何らかの形で物的権利者の利益となるものと述べたあとで、定義規定がなくとも法適用における誤解はないと述べる。また、物の結合はそれが主物の本質的構成部分とならない限り、出捐者の権利が存続しているため、ここでいう費用には含まれないと説明する。

当時の現行諸法が概観されたあとで、本草案は、不当利得の観点で費用償還を扱うフランス法の原則に従うと述べる。財産変更が損失者の意思なくして生ずるといふ第一章案における不当利得規定の末尾に置かれた *condictio sine causa* (七四八条一項) の要件は満たされていると。ここでは、占有者の行為によるが、それは利益享受者の財産に何かが与えられた (*zugewendet*) ものではないからと。ここでは、占有者による費用出捐という事実によって、利益を得ている所有者に対する占有者の完全な請求権が根拠づけられており、(普通法のように) 所有者の返還請求権の単なる制約・条件づけではなく、返還請求する者と占有者の特別な関係により必要となる、*condictio sine causa* の補完と修正のみが規定されるべきであると。普通法では、償還義務を例外的優遇と見たため、悪意占有者や不法行為占有者に対して否定ないし制限することができたが、本草案の立場からは、かような制限は占

有者に対する私的刑罰 (Privatstrafe) である。<sup>(10)</sup>

普通法は、裁判官に義務者の個人的事情を考慮して償還義務を軽減もしくは排除する権限を与えていたが、そのような考慮は不当利得一般についても本事例についても本草案の立場からは正当化されない。<sup>(11)</sup> それは、利得が存在するか否かについて、個別利得者の全財産状態が考慮されるという形で正当化される。

物の返還によって受領者に帰する利得額に着目する点は、なんら一般不当利得法からの離脱を含んでいない。利得はなるほど費用出捐の時点で生じているが、所有者にとって経済的意味を獲得するのは、所有者が物を再取得した時点であるから、この時点で費用の効果が存在しなければ、利得は消滅していることになる。ただ、利得者が利得の消滅を立証するのではなく、償還請求者が利得の存続を立証せねばならない点で異なる。<sup>(11a)</sup>

物を再取得する前に償還請求権を行使することの困難、すなわち判決時に償還額は確定していない点は、判決を制約的かつ条件付で書くことで解消されると。

本草案は、普通法に従い、善意占有者が果実返還義務を負わない場合には、その限りで償還額から控除される立場を採る。収益返還義務免除は公平に由来する例外規定だが、償還義務が成立する場合には不公平となるし、面倒な争いを切断する意味ももつ。

占有者の物の結合が本質的構成部分<sup>(1b)</sup>となる場合には、附合により所有権は移行し、利得償還義務が生ずるが、右記のルールの結果として、償還額は、結合物が分離後に有する価値の額にすら至らない場合がありうる。このような場合のために、附合の効果を制限し、占有者の原状回復義務を伴って、所有権の再変更をもたらす分離と収去が許されることが公平であると。<sup>(1c)</sup>

費用償還請求権は、(自主) 占有者 (Besitzer) と並んで、他主占有者 (Inhaber) にも与えられるが、後者につ

いては、個々の債権関係の特則が考慮されねばならない。

以上の説明をさらに要約しておく。

### 費用の定義

ここでは、一応の説明が与えられた上で定義規定は誤解がないから不要とする。附合との関連では、主物の本質的構成部分化を前提として費用に含まれるとする。

### 不当利得との関連

まず、草案は費用償還を不当利得の観点から扱うフランス法に従うことを宣言する。第一草案段階では、非債弁済規定から始まる構成であり、費用償還はそのような観点から、不当利得の節の末尾の九三八条が規定する、損失者の意思に基づかない利得を扱う *condictio sine causa* の一種と位置づけられる。占有者の行為にもとづくが、それは損失者の財産に出捐する (*zuwenden*) ものではないと説明される。それは、普通法と異なり、単なる返還請求権の制約や条件づけではなく、完全な請求権が与えられるとする。ただ、返還請求者と占有者の特別な関係から必要となる補完と修正が規定される必要があるとする。

### 占有者の種類と保護

普通法は償還を例外的保護と理解したので、悪意占有者や不法行為占有者に対して制限や否定ができたが、草案の不当利得の立場からはそのような制限は私法的制裁となるので許されないとする。

### 償還義務者の事情の考慮

普通法では裁判官の権限があったが、このような考慮は利得の存否判断においてなされるので、必要がないとす

る。

### 利得の算定

費用償還は完全な請求権であるが、利得は所有者の再取得時が基準であるから、それ以前での費用の効果消滅は利得も消滅させる。ただ、償還請求者が利得の存続を立証する必要があるとする。この要件からすると、所有者が再取得する前には利得額は確定しておらず、占有者が権利行使する困難が生ずるが、判決を条件的に書くことで解消される。

### 果実返還との関係

普通法に従い、善意占有者が果実返還義務を負わない場合にはその限りで償還額が控除される。公平と争いの回避がその趣旨である。

### 附合との関係

償還額が占有者の保護にならない場合に例外的に附合の効果を制限し、収去を認めることが公平である。

### 他主占有者

他主占有者にもここでの請求権が与えられるが、個々の債権関係における特則が考慮されねばならない。

(二) 第一草案以降における実体的内容<sup>(13)</sup>

九三六条に関し、第一読会(第一委員会)において、以下の三つの提案がなされた。

第一提案(二条文にする、収去権の部分を別条にして詳細化)(Achilles)<sup>(13a)</sup>

## 九三六条（↓E II 九〇八条）

占有者の費用を所有者は以下の限りで償還せねばならない。すなわち、それが必要的であったか、又は物の価値が物の返還時になお費用によって高められていた場合に。

物をその経済的現状において保持するために通常必要な費用については、占有者は、費用が必要であった時点において、占有者に収益がとどまる場合には、償還を請求できない。

悪意占有者は必要費のみを償還請求できる。同様の制限は、「九三〇条について1で提案されたもの」C条により収益返還義務を負う占有者の請求権について、費用が前記義務が生じたのちに出捐された場合についても妥当する。

## 九三六a条（↓E II 九一〇条）

占有者が物と別の物を本質的構成部分として結合させた場合、占有者はその構成部分を分離し、自己の物とすることができ。五一四条二項二文三文（編集者案）の規定は準用される。

分離権は以下の場合に排除される。

1. 結合が九三六条二項によれば償還が与えられない費用を含む場合
2. 分離が占有者にとって何ら利益 (Nutzen) を有しない場合
3. 所有者が、構成部分が分離後、占有者にとって有するであろう価値を償還する場合

## 第二提案 (Jacubezky)

第一提案の九三六条三項を以下のようにすること

費用が出捐された時点において、占有権原の欠缺が占有者に知られていたか、又は占有者に対する所有物返還請求が訴訟係属していた場合には、所有者は、価値増加が自己にとって利益がない限りで、価値増加償還の義務を負わない（又は償還義務の必要費への制限が維持される場合には、「……、費用が必要的であった限りで、償還が請求される。」）。

（のちに、提案した規定を第一草案の一項に付加することに変更した）

### 第三提案

第一提案の九三六条一項における「必要的であったか、又は」の語句を削除すること

本草案は、善意、悪意、必要費、それ以外の費用の間で区別をつけないが、第一提案は、必要費に関してのみ無制限な請求権を与え、悪意占有者には必要費についてのみ償還を認める。第三提案は、必要費についても物の返還時の価値増加に依存させようとする。第二提案は、悪意占有者にも、返還時の価値増加が所有者に利益となる場合には、必要費以外についても承認する。

第三提案は、家が返還時に倒壊していた場合にもそれが必要費に当たる場合には償還義務があるのは不公平だという考えにもとづく。第二提案は、悪意占有者の償還を必要費に限定することが妥当でないと考える。所有者が個々の費用についてもし問われたら承認したほうが問題で、価値増加の現存や費用の種類は問題ではないと。

また、必要費への限定は、債権法の個別特則と調和しないと。

委員会の多数意見は、以下の理由から、中間決議において、第二提案、第三提案を否決し、第一提案の九三六条

一項と三項を採用した（九三六a条については後出）。すなわち、善意占有者に関しては、草案と第一提案の間に実際上の相違はないが、必要費は出費の節約による利得という観点で常に償還義務を負うことを第一提案は表現しており、第三提案が意図するような、返還時に価値増加が存しない場合に必要費償還が否定されるような誤解<sup>14</sup>が排除される点で長所を有する。

悪意占有者については、第一提案のように、必要費のみを与えるのが正しい。もし、草案や第二提案のように、利得の観点に立つならば、所有者は悪意占有者の恣意にさらされるだろう。法の帰結は、悪意占有者にすべての償還を否定することだが、ただ公平の理由から、必要費についてのみ償還が与えられる。このように考えても、独自の規律である債権関係上の償還規定との不調和は生じない。

九三六条二項について検討された。草案は、収益の純益の控除であるが、第一提案は、通常の必要費である。草案の立場は、計算上の困難や実際の結果の不当さが指摘され、第一提案に沿って修正することが決議された。

第二読会（第二委員会）において、EⅡ九〇八条「現行法九九四条」について、一項に以下を付加する提案がなされた。

占有者が訴訟係属後又は九〇四条「現行法九九〇条」において定められている責任開始後に出捐した必要費については、その償還請求権は、事務管理規定に従って定められる。

悪意の時点から事務管理規定に服する点には異議がなかったが、訴訟係属後も同様とする点については、返還訴訟提起後も自己の占有の善意性についての信頼が揺るがない場合も多いから、他人の事務の処理者として扱う理由

がないという意見があった。

多数意見は、この提案を承認した。占有者が自己に占有権原がないことを知った時から、用益権者や質権者より広い範囲で償還請求はできない。同様のことが訴訟係属後にも妥当するのは、訴状送達によって占有者は自己に占有権原がないという可能性を考慮せねばならない。それにもかかわらず、占有を継続する場合、それは自己の危険でなすものであり、のちに返還の判決を受けた場合には、訴状送達の時点から他人の物を占有する者と同様に扱うのが公平にかなうと。<sup>(14a)</sup>

収益との差引計算に関する九三六条二項について、以下の提案があった。

所有者は占有者に対して、占有者が物の負担の支弁のために出捐した費用の償還をせねばならない。しかし、善意の占有者は、自己に収益がとどまる期間については、物の基本価値 (Stammwert) に対して課せられたと見うる特別な負担を支弁した限りでのみ償還を請求できる。

同時に、あとで出てくる九三七条、九三八条についての提案のうちの、九三七条から九三八 a 条をこの費用に拡張することも依頼された。

委員会はこの提案を承認した。この出費が必要的か、費用の概念に包摂できるか、などで疑いがありうるので、明示の規定を置く必要があると。

占有者の除去権に関する、前掲第一提案の九三六 a 条について、これを前提とする以下の諸提案が出された。

2. 三号の例外を削除し、二号を以下のようにする…

分離が占有者にとって何ら利益 (Interesse) を有さない場合

3. 二号の例外を以下のようにする：

分離が占有者にとって何ら利益のない場合、但し占有者が収去について別の利益を有する場合を除く

4. 九三六 a 条に以下を付加する (v. Mandry)：

返還すべき土地の本質的構成部分となった植栽や樹木には、本規定は適用されない

5. 4. は植栽や樹木は土地の価値の一部であり、所有者はそれらの除去から保護される必要があるという考慮にもとづくが、この考えを以下のように一般化する：

三号を、所有者に、償還の基準として、結合時の価値と分離時の価値の間で選択権を認める

審議は、九三六 a 条の変更なしの承認に至った。この提案は、草案と同様に占有者の権利を拡張しているが、五一四条の修正を考慮して、再取得した所有者は分離によって生じうる損害の担保が提供されるまでは、分離を拒否する。

提案の一項は満場一致で認められた。他方では、二項は長い検討を要した。

二項は三つの場合に収去権を制限するものであるが、三号の例外が提案<sup>2</sup>により争われた。すなわち、収去権は善意占有者のために与えられているのであり、占有者に自己利益がある限り収去権の制限はできるだけ少ない方がよい。二号の制約も、占有者に効用 (Nutzen) がなくとも、何らかの利害 (Interesse) があるならば、収去を許してよい。立像などでは、しばしば占有者の愛好価値 (Affektionsinteresse) が問題となる。別の者によっても、三号の削除は支持された。すなわち、分離後の価値の計算は困難をもたらすこと、もし無制約の収去権を与えるな

らば、若木の場合に、将来価値について交渉がもたらされるようになる。

4. の提案者は、逆に、植栽樹木の場合には、若木の植栽で出費以上の償還を得ることになり、収去は制限すべきであるという立場であり、提案5. は、この考えを一般化して、所有者に選択権を与えるものである。この選択権に対しては、不当に善意占有者に不利益を与えるもので、適用は悪意占有者に限定されるべきだと反論された。多数意見は提案2. に説得されなかった。これらの制限は現行法に対応するものであり、変更の必要は明らかではないと。又、これらの規定は所有物返還訴訟ではまれではないシカーネから所有者を守る意義を有する。国民経済的考慮からも収去はできるだけ制限すべきで、それに配慮することは立法の課題であり、占有者の利益は劣後すべきである。賃貸借における収去権の拡大は、契約関係を考慮せねばならないと。

以上によって、第一草案の構想は個々の点でかなりの変更をこうむった。それを列挙すれば以下の点になる。

利得一般から費用の区別と占有者の態様の区別の組み合わせへ変更された。これによって、悪意占有者は必要費のみが償還される。控除される果実（収益）の範囲の変更。純益から通常必要費へ。悪意占有者と訴訟係属占有者の必要費償還基準の事務管理への依拠。訴訟係属の場合に占有者の主観的態様が事務管理の要件を満たすか疑問が出されたが、訴状送達時から自己に占有権原がないかもしれないリスクを考慮しつつ行動すべきだという規範的観点から正当化された。物の負担を必要費とみなす規定の追加。収去権が排除される場合の詳細規定化。

## 三 権利行使方法

(一) 第一草案段階<sup>15)</sup>

## E I 九三七条

(T E 一八七条↓) 占有者は、前占有者によって出捐された費用について、占有者が前占有者の権利承継人となった限りで、前占有者が物の返還をせねばならなかったならば償還を請求しえたであろうと同じ範囲で、償還を所有者から請求できる。

## E I 九三八条

(T E 一八九条↓) 占有者又は他主占有者に、九三六条、九三七条に従い、与えられる請求権は、所有者が物を再取得することに条件づけられている。

占有者又は他主占有者は、この請求権について、留置権を有する。

返還が、同時のもしくは予め、請求権の告知なくしてなされた場合には、所有者の利得の有無・程度の判断については、所有者が請求権について認識した時又は請求権が訴訟係属した時が基準となる。告知の有効性のためには、請求権の範囲の挙示は必要ではない。

費用償還請求権の対象は、物の再取得の結果生じる利得であるから、九三八条一項「↓現行法一〇〇一条」において、償還請求権は条件付のものとして示されている。本草案は、普通法と異なり、占有者による物の返還の結果としての再取得のみならず、それ以外の方法で所有者の占有に至った場合にも償還請求権を発生させる。もっとも、所有者が費用出捐の事実を知らないことから生ずる問題はのちに述べる規定で解消される。

この請求権は法定条件に結びつけられており、浮動期間中は条件付権利が与えられる。占有者はその期間中、償還についての攻撃的手段を有しないが、物を権原に基づき占有でき、また提供は所有者を受領遅滞に陥らしめる（九四一条「現行法なし」）。

現在の占有者が、単に前占有者が所有者でなかったがゆえに、所有者とならなかった場合、費用出捐にもとづく請求権が移転する（九三七条「現行法九九九条一項」）ことが正当化される<sup>(16)</sup>。

これに対して、物が再取得される前に所有者が変更した場合、これは不動産の場合に考えうるが、この場合に償還義務の移転は不動産登記簿の公示性原則と調和しない。しかし、承継されないと明示規定を採用する必要はない。出捐時に所有者であった者に対するという費用償還請求権の人的方向は、本草案から十分明瞭だから<sup>(17)</sup>。

占有者が留置権の要件を満たしていることは、占有者に完全な請求権を付与することで肯定されるが、疑いを除くために規定を置く<sup>(18)</sup>（九三八条二項「現行法一〇〇〇条」）。本草案は、占有者に法定質権を与えるものではない。

所有者が償還請求権の発生を知らないで物を再取得した場合には、不当利得規定の類推適用により、非債弁済の善意受領者と同様の責めを負う<sup>(19)</sup>。すなわち、後発的悪意もしくは訴訟係属までは、利得の消滅によって解放される<sup>(20)</sup>。これに対し、償還請求権の存在について占有者が所有者に対して指示するか、所有者が再取得後その存在について認識したのちは、返還されるべき利得の対象は固定され、その後の消滅は考慮されない。

ここも箇条書きにまとめておく。

### 再取得の方法

普通法と異なり、占有者からの引渡による場合のみならず、それ以外の方法での所有者の占有取得も含む。

費用出捐時から所有者の再取得時までの状態

条件付権利。占有権原の取得。提供による所有者の受領遅滞化<sup>(20)</sup>。

前占有者の費用償還権の承継

理由書の説明によれば、前占有者と現占有者の間に所有権移転が意図されていたが、何らかの理由で前占有者が所有者ではなかった場合を想定する。その場合に、所有権は移転しないものの、少なくとも費用償還権を移転させることが妥当という。

所有者の変更

この場合に承継されるとすると不動産の公示性と矛盾するが、わざわざ不承継の注意規定を置く必要はない。出捐時に所有者であった者が償還義務者であるという人的性格は明瞭だからとする。

留置権

占有者には完全な請求権が与えられており、留置権の要件充足は明らかだが、疑いを避けるために規定を置く。費用出捐を知らない所有者の保護<sup>(21)</sup>

再取得時に善意の所有者は非債弁済の善意受領者と同様の責めを負うことで保護。悪意もしくは訴訟係属時から利得は固定される。

(一) 第一草案以降における権利行使方法<sup>(22)</sup>

以下の第一提案 (Achilles)<sup>(23a)</sup> が提出された。

## 九三八条

占有者は、九三六条、九三六b条、九三七条により自己に与えられる請求権を、物が占有者から所有者によって引き取られた場合にのみ行使できる。しかし、占有者には、この請求権について留置権が与えられる。

所有者に対する請求権は、この所有者が所有権を費用出捐後に取得したことによって排除されない。

この請求権は、占有者が物の所有者への返還後一ヶ月を経過する前に訴訟提起しない場合には、消滅する。但し、占有者が返還の際に請求権を留保した場合を除く。かような留保がない場合には、所有者は物の返還によって占有者に対する義務から解放されうる。

## 九三八a条

所有者が、占有者の九三六条、九三六b条、九三七条により与えられる請求権の満足と引換での物の引取を拒んだ場合、又は所有者が物を九三八条三項二文により返還した場合には、物の所有権は占有者に移転する。

所有者が、占有者により、償還額の提示のもと、設定されたしかるべき期間内に占有者の満足と引換に物の引取をしない場合、又は所有者が請求権を争い、占有者に対して物の引渡を求める訴訟を提起した場合には、引取の拒否と等しく扱われる。

まず、第一提案の九三八条二項が検討された。本草案によれば、占有者の費用償還請求権は、出捐時に所有者であった者に対してのみ妥当する。これに対して、第一提案によれば、出捐後に所有権を取得した者も償還義務を負う。本草案の立場の例外は、強制競売の場合のみである。また、別の者によって、第一提案の二項を以下のように

補完する提案が出された。

論

但し、取得が八三七条一項の基準によってなされ、かつ取得者が取得時に占有者による出捐を知らなかった場合を除く。

委員会は、この補完提案を拒否し、第一提案を採用した。以下の考慮がなされた。すなわち、草案によれば、所有者は所有権を他人に譲渡することによって、占有者から償還請求権の物的担保を奪い、しかもその他人は所有者として償還義務を負わない。第一提案は、償還請求権をいわば物に書き込まれた訴権とするわけだが、登記簿から明らかではない不動産の負担となるという問題がある。しかし、賃貸借でも同様であり、ここで不動産登記簿法の一般原則から離れることは可能である。補完提案のような制限は必要とは思われない。これに対して、強制競売の場合には、草案とともに、例外<sup>24)</sup>を設ける必要がある。

一項については異議がなかったが、ある者によって所有者が物を偶然再取得した場合には償還請求権は消滅するかが問われた。草案の立場によれば、その場合には占有者は所有者に対して占有の返還を求める利得返還請求権を行使でき、次に、留置権を行使することになりそうだ。所有者が自己の所有権を根拠として物を再取得することが重要だという点で委員会の一致を見たが、実際の処理は編集委員会にゆだねることとなった。

三項の除斥期間について、不動産については六ヶ月に伸張する修正提案が承認された。

最終編集において、除斥期間について、時効の進行停止に関する規定の準用規定「現行法一〇〇二条二項」が置かれた。

草案九三八条三項については、おおよそ九つの提案が提出された。

1. 先の第一提案の九三八条三項と九三八 a 条

2. a) 第一提案の二項を認めない、場合によっては以下を付加

取得が八三七条一項の基準に従いなされ、取得者が取得時に占有者の出捐について知らなかった場合を除く。

b) 九三八条三項二文と九三八 a 条を削除、場合によっては、九三八 a 条一項末尾を以下のようにする…

所有者の、返還を求める請求権は消滅する

3. (Wolfson) 九二八 a 条を削除、その代わりに

a) 九三九条二項を以下のように、九三八 a 条二項と同様にする

所有者が一項で言及された請求権の満足を拒否する場合には、物の所有権は占有者に移転する。——…以下は満足の拒否に等しい。

b) 九四〇条に以下を付加…

かつ、所有者がこの請求権について占有者の満足を拒否した場合には、質権が正当に存在するものとみなされる。

c) 九四一条を以下のように置き換える…

所有者が占有者に九三六条、九三六 b 条、九三七条により与えられた請求権について占有者の満足を拒否する場合、占有者には一一七〇条から一一七六条の規定により物を売却することで自己の請求権について弁済させる権利が与えられる。九三九条三項が適用される。

4. (Jacubeky) a) 九二八条一項を以下のように定める…

九三六条、九三六b条、九三七条により占有者に与えられる請求権は、以下の点に条件づけられている。すなわち、所有者が占有を取得するか、物の引取について遅滞にあること。所有者は九三六条において示された費用の償還について、物が占有の取得時、又は遅滞開始時に有する価値の限度で責めを負う。（物が出捐がなされた時点で、占有権原のない第三者の権利の負担があった場合、負担の価値は控除される。そのような権利がのちに生じた場合には、所有者はそのような権利の設定で得たものを占有者の請求権の満足に必要な限りで、不当利得返還規定に従い、返還せねばならない。）

b) 九三八条三項を以下の規定で置きかえる…

占有者の請求権は、占有者が、所有者が物の占有を取得してのち一ヶ月以内に、不動産の場合には六ヶ月以内に、訴訟提起しない場合には、消滅する。但し、占有者が物の引渡の際に請求権を留保した場合を除く。

所有者は自己の債務から以下によって解放されうる、所有権を占有者に移転することによって、占有を取得した場合には、占有者にその物を返還することによって。このように解放される権利は以下の場合には排除される、すなわち、所有者が占有者の請求権の留保のもとに物を受領した場合又は占有者が所有者の給付又は強制執行の方法で自己の請求権の一部満足を得た場合。

この提案は、のちに最後の項を以下のもので置きかえた…

所有者は自己の債務から以下のように解放されうる。すなわち、占有者の満足のために物を売却することを要求し、占有を取得している場合には、その物を占有者に返還することによって。売却は、動産の場合には動産質売却の規定により、不動産の場合には強制競売の規定により、なされるべきである。物が売却不可能と判

明した場合には、占有者に落札すべきである。占有者の請求権は消滅する。

このように解放される所有者の権利は、以下の場合に排除される、すなわち所有者が物を占有者の請求権の留保のもとに受領した場合。

5. (Planck) a) 九二八条の最後の文を以下のようにする

かような留保がない場合には、所有者は、物の返還によって、物の受領前の法的状態を回復することができ  
る。

b) 九三八 a 条..

占有者は、所有者に対して、費用償還額を示した上で、自ら設定した適当な期間内に、費用償還請求権の支払と引換に物を受領するか、物の公的競売を認めるよう要求できる。この期間内にいずれも起こらない場合には、物の所有権は占有者に移転し、占有者の費用償還請求権は消滅する。

所有者が競売の認容を選択した場合、占有者に、占有者の要求に従い、競売費用について担保を供さねばならない。このことが、占有者によって設定された適当な期間内になされない場合には、競売の許可は与えられなかったものとみなされる。

競売は、権限ある公務員又は公法上の競売人により実施されねばならない。売却金は物に代わる。

所有者が、一項の期間内に占有者の費用償還請求権を争う場合、二項の効果は、請求権の既判力を伴う確定ののちに、一項の要求が繰り返され、功を奏しなかった場合にはじめて生ずる。

提案者はこの提案をのちに以下のように変更した..

## 6. (Planck) a) 九三八 a 条：

占有者は、所有者に対して、自ら償還額を提示した上で、自ら設定した適当な期間内に、物を償還と引換に引き取るよう要求できる。この期間内に支払がなされない場合には、占有者は自己の請求権について、物からの満足を請求する権限を有する。物が動産の場合には、動産質権の規定、物が不動産の場合には、不動産強制執行の規定が準用される。

所有者が一項において設定された期間内に占有者の請求権を争う場合には、占有者は物からの満足を請求できる権限を、請求権の既判力ある確定後、一項の要求を繰り返し、効がなかった場合にはじめて取得する。

b) あるいは、九三八条、九三八 a 条を以下の規定に代える…

占有者に九三六条、九三六 b 条、九三七条により与えられる請求権の額が、物が所有者への引渡時に有する価値を上回る場合には、後者の価値のみが占有者に償還されるにすぎない。(所有者には、自己の物の引渡請求権について、占有者には、自己の費用償還請求権について、留置権が与えられる。)所有者は、占有者の請求権から、物の所有権の占有者への移転によって、解放されうる。占有者の請求権は、費用出捐された物が、動産であれば引渡後一ヶ月以内に、不動産であれば、六ヶ月以内に、行使されなければ、消滅する。但し、占有者が引渡の際に請求権を留保した場合を除く。

結局、5. 6. の提案は撤回され、その代わりに以下が提案された…

7. (Planck) a) 九三八条 (編集委員会案) 一文の最後を以下のようにする…

所有者が物の占有を再取得した場合に

b) 提案 1. の九三八条の最後の文を以下の項で置きかえる：

所有者は、物が、(付着している権利を考慮して) 占有再取得の時点において有する価値を越えて責めを負わない。(所有者が出捐後、物に付着させた負担は考慮されない。) 所有者が占有再取得前に、遅滞に陥った場合には、遅滞に陥った時点が占有再取得の時点に代わる。

c) 提案 1. の九三八 a 条は、以下の規定を含むべきである：

所有者が物の引取を九三六条、九三六 a 条、九三七条により与えられる請求権について占有者を満足させることと引換にすることを拒否した場合には、占有者はこの請求権のために、動産の場合には、物の質権を取得し、不動産の場合には、不動産強制執行の規定により、物から請求権の満足を請求しうる。

引取の拒否と等しいものとして、所有者が占有者により償還額の提示の下に設定された適当な期間内に、物を占有者の満足と引換に引き取らない場合。(本規定は、占有者が遅滞にある場合には適用されない。)

所有者が、二項により設定された期間の経過前に占有者の請求権を争う場合、二項の効果は、所有者が、占有者の請求権の既判力ある確定のうちに、占有者によって新たに設定された期間内に物を引き取らない場合にはじめて生ずる。

8. 6. 主提案が 5. a) の付加とともに、会議において、再び採用された。

9. 提案 6. 7. について、提案 4. の提案者は提案 4. から取り出した以下の付加を提案した。すなわち、所有者にも占有者の権利の負担のある物の売却をする権利が与えられる。

提案 3.、4. は投票前に撤回された。最終投票は、以下の結果となった。提案 8. に従い、九三八条について

の提案6. が5. a)の付加とともに、9. で提案された付加の拒否の下で、採用された。

草案の立場では、占有者は留置権を有し、物を返還した場合には無制限に利得返還請求権を行使できる。返還の際の留保は、所有者の利得算定の基準時の意味しかない。しかし、所有者が物の引取を拒否する場合には、浮動状態が生じ、占有者は満足のための強制手段を有しない。提案2. は、ほぼこの草案の立場を維持しようとするものである。

それ以外の提案は、草案の立場を放棄し、この関係の終局的解決を可能にしようとするものである。第1提案は、遺失物発見の規定をモデルとし、引取拒否の場合に直ちに所有権が占有者に移転するものとした。これに対し、3.、4.、6.、7. の提案は、詳細では異なるものの、引取拒否の場合に、物の強制的売却によって解決を生み出そうとする。

審議では以下の点が強調された。この問題は比較的实际上の意義が小さく、できるだけ単純かつ率直な規定ぶりにするよう努力すべきであると。他方では、法の規律が、所有者に対してであれ、占有者に対してであれ、不当な過酷さに導いてはならないと。提案すべてに対して、この二つの観点から疑問が出され、ある提案は撤回に、ある提案は拒否に導いた。最終的に、提案6. が5 a)の付加とともに、相対的に最善の解決として決定された。

提案2. に対して、草案と同様に、所有者の引取拒否の際に生ずる浮動状態は、非常に困ったものであり、善意占有者に対する大きな過酷さを含んでいると。また、必要費について無条件に責めを負うというのも、所有者にとって過酷となりうると。

提案1. に対しては、遺失物発見とここでは全く状況が異なること、引取拒否が必ずしも償還拒否を意味しない

から、それだけで所有権の移転（喪失）を生じさせるのは行き過ぎであると。提案3.、4.、6.、7.の基礎にある考え、すなわち、償還について物からの満足を求めねばならないことは一致を見た。

所有者にも売却請求権を与えようとする提案9に対しては、質権の原則に反すると批判された。委員会の多数は、所有者の利害は返却権で考慮されているとして、採用しなかった。

物権を有する第三者に対しても、占有者は留置権を行使できるという考えが出され、多くの者によって支持されたが、特別規定が必要とまでは考えられなかった。<sup>22c)</sup>

提案4.の付加に対しては、質物売却と異なるルールを導入する必要はないとして、拒否された。

編集委員会の若干のメンバーによって、以下の提案がなされ、承認がなされた。<sup>22d)</sup> すなわち、九三八条と九三八a条について、今までの議論で修正されたものについて、さらに考えとその表現とのそごを緩和する試みである。

まず、留保の下で引き取られた場合には占有者に完全な請求権を与えるが、これは、結局当事者の合意にもとづいてであり、一般化するとすれば、所有者による費用の承認とし、留保の下での引取は、その一例と位置づけるべきである。次に、検討を依頼されていた、物を偶然再取得した場合の法的状態という論点については、物を留保なくして返還した場合と同じであると。すなわち、占有者は償還請求できるが、物の返還によってその義務から解放される。但し、留保なく返還した場合に結びつけられている短期除斥期間は、偶然の再取得の場合には及ばない。そうすると、二項の除斥期間内に行使されねばならないのは、留保なく返還した場合と、返還されたが所有者が費用を承認しない場合である。同様に、九三八a条における所有者への要求は、費用の承認の可否の意味にせねばならない。

以下に要約する。

費用支出後の所有者交代における義務承継の規定新設

所有権を譲渡することで償還義務を免れる不当性に対する対処。不動産登記の原則からはずれることは意識されるが、賃貸借の場合と対比し、例外を正当化する。

物を偶然再取得した場合の状態

占有者から再取得した場合との相違が意識され、最終的に、占有者が留保なく物を引き渡した場合の扱いと同視される。

請求権の短期除斥期間の規定新設

さらに、不動産については区別して伸張された。

所有者が物の引取を拒否した場合の処理

第一草案の立場では、浮動的状态は解消されないことになるが、物の強制的売却を通じての終局的解決が目指された。

占有者が償還請求を留保したか否かでの効果の差異

留保のもとで引き取られた場合には、除斥期間の適用なく無制限な償還請求権を取得する。これは、費用の承認の一場合と位置づけされた。他方、留保がなかった場合には、除斥期間の適用があり、又所有者の再度の返還による償還義務からの解放もある。

#### 四小 括

以上の事実から、おおよそ立法審議過程における態度の変化として、三つの点が指摘できよう。<sup>(23)</sup>

第一に、第一草案における利得の観点からの一元的把握から、費用の種類（必要費とその他の費用の区別）と占有者の主観的態様（善意、悪意、不法行為的）の組み合わせと、実際の考慮による多元化へ変化した。これによって、利得の観点が放棄されたというよりも、精緻化されたと評価すべきであろうか。部分草案段階から見ると、元に戻ったという側面もある。

第二に、当事者の変更規定の充実。当初は、前占有者の権利承継の規定のみであったが、実際の考慮から所有者交代の場合の規定が導入された。いずれも例外的規定であること、不動産法の原則に反することなどが意識されており、ここから全体の態度を逆推することや一般化には慎重であるべきだろう。<sup>(24)</sup> 第一草案理由書における費用償還請求権の人的性質の強調を考慮すると、出捐時所有者を被告適格者とする原則的立場が放棄されたと考えるべきではないだろう。のちに問題となる三当事者関係の規律は意識外であった。

第三に、所有者占有者間の償還をめぐる利害調整の精緻化。費用承認の可否の催告、換価権、除斥期間、返還権などの制度により所有者占有者の利益は巧みに調整されたように見えるが、実際の運用上の重さ、複雑さは否めないようだ。他方、このような交渉の諸段階で両者の行動に応じて変化するミクロ的動態的制度化により、費用償還における所有者占有者がそれぞれ本来有する実体権とはそもそも何かとらえにくくなっているのではないか。すなわち、第一草案の段階では、償還請求権は、所有者の再取得という条件付であったが、他方では完全な請求権と説明された。ところが、所有者が引取拒否の場合に浮動的状态が生ずるところから、強制的解決の方法が種々提案された。その結果、返還前は留置権のみであり、返還後は、所有者による費用承認がない限り、短期除斥期間と返

還権に服するため、そのような限界を伴うのでは、完全な請求権とはいえないこととなった。所有者の承認があつてはじめて完全な請求権といえるのである。このような処理の分化は、事実上、占有者の費用償還に関する実体権を分断してしまつたといえる。また、費用の種類がこのような分化に調整されているのか、審議の過程での微調整によつて生じた潜在的な不整合が最終的な全体調整によつて均ざれているか、という疑問（必要費が所有者の承認に依存してよいのか）も出しうるだろう。<sup>(25)</sup>

## 第二章 ドイツ判例における展開

以下に、問題に関連する主要な判例の内容を要約紹介しつつ、重要性に応じてコメントを付ける。

### ① ライヒ最高裁判所一九三三年二月一九日判決 (RGZ 142, 417)

オランダロッテルダムの被告Y会社はライプチヒの訴外A会社に毛皮を所有権留保で売却。Aは、原告X会社などに毛皮の加工を委託し、毛皮は原告に加工賃未払いのまま返却された。その後、A会社は倒産し、Xら加工会社は加工賃をAから得ることはできなくなった。Yは、Aが支払い停止をした直後に、所有権留保にもとづき、毛皮を回収した。そこで、Xは、Yに対して、(Aが同様に委託した他の会社の加工賃債権の譲渡も受けて)加工賃支払いを求めて提訴した。その根拠は、民法九九四条、九九六条、YがAX間の委託に与えた承認、事務管理、不当利得であつた。LGは約二万六二〇〇ライヒスマルクを認容。OLGは減額して認容。Yが上告したが棄却。

### 判決理由

1. 民法一〇〇二条（占有者から所有者へ返還した場合の短期除斥期間）の適用の可否

上告理由は、控訴審が一〇〇二条を適用しなかった点を非難する。控訴審は、一〇〇二条は所有者への引渡を前提とするが、本事案では、Xは、所有者Yではなく、Aに引き渡している。所有者の再取得は、占有者から所有者への引渡以外の態様で生じているから、一〇〇二条の適用はないと。上告理由は、さらに、占有者が、所有者と信じて結果的に非所有者に引き渡した場合も同視されるべきであると主張する。

しかし、控訴審の考えは支持されるべきである。一〇〇二条は立法過程から見ると一〇〇一条と緊密な関連に立っている。従って、解釈は関連づけてなされるべきである。一〇〇一条で真の所有者のみを念頭に置いていることは明らかである。もし、一〇〇一条に非所有者を読み込むとすれば、そこで規定されている、所有者の追認権や二文の返還権を非所有者に与えることになり、真の所有者の権利は害され、收拾がつかなくなる。一〇〇二条も同様であり、非所有者との関係で、短期除斥期間が開始したり、償還義務が成立するのはおかしい。

2. 占有者が第三者との請負契約にもとづいて費用出捐したことが、所有者に対する費用償還請求権を排除するか。上告理由はさらに、本事案では、そもそも九九四条、九九六条にもとづく請求権は成立し得ないと主張する。なぜならば、占有者が何らかの契約上の請求権を有する場合には、それが弁済されたか否かを問わず、この規定は適用されないと。九九四条以下は、占有者が所有者に対しても、自己に占有を与えた者に対しても、契約上の請求権を有しない場合にはじめて成立するからと。

確かに、占有者と所有者の間に契約があれば、九九四条以下は排除される。しかし、この考えを、占有者と第三者の間の契約に当てはめることはできない。そのような関係は所有者に対する九九四条以下の成立を妨げえない。もつとも、第三者から弁済を受けていれば、所有者から悪意の抗弁を出すことができるが、弁済されていない請求権の存在は、その限りで意味がない。従って、控訴審が、第三者からすでに弁済を受けている限りで請

求額を減額したことは正しい。

要点…注文者に対する請求と所有者に対する請求の並存を認め、注文者からの救済が望めない場合に、所有者から請求する道を認めた。一〇〇一条と一〇〇二条の関連性にもとづき、両条での所有者は、真の所有者を指すと述べている。しかし、立法過程からは、占有者から所有者への引渡以外の占有取得の場合でも、一〇〇二条の除斥期間が妥当するとされているから、この点からXの請求は消滅していたといえなかったか。もっとも、法の文言上は、再取得（一〇〇一条）と返還（一〇〇二条）が区別されている。立法者の意図と条文の文言の間のそごが生じていると言うべきか。

② 連邦通常裁判所一九五八年五月二三日判決 (BGHZ 27, 317)

被告会社Yは自己が所有するディーゼル機関車をH会社に賃貸した。両者間では賃貸中の修理費用はHが負担するものと合意された。Hは蒸気機関車を使用可能にさせるため原告Xに修理させたが、部品の交換が何度も必要であった。修理が終わる都度、蒸気機関車はHに返還された。Hは支払のためにXに手形を手交したが、最初の手形が満期になる前に、Hは破産した。Hの破産管財人によって機関車はYに返還された。Hの破産手続には参加しなかったXは、Yに対して二通の請求書の支払を求めて提訴した。LGは認容。OLGは棄却。上告は棄却された。

判決理由

従来の判例学説は、RGZ 142, 417 [前掲①判決] に依拠して、占有者の第三者との契約は九九四条以下の適用を妨げないという考えであった。しかし、この考えは、近時の学説において異論を生じさせている。本件控訴審以

外にも、それに従う下級審判決がある。当部もすでに傍論として同旨を語っていたが、ここに新たな検討の下で新たな考えに従うことにする。

九八七条以下は原則として所有者と不適法占有者の間に適用される。本件での請負人は、第三者との関係のみならず、所有者との関係でも、適法占有者であり、しかも適法他主占有者である。請負人として有効な契約に基づき物を修理した者は、その注文者からのみ反対給付を請求できるだけであり、それと並んでさらに、その者が所有者でないからといって、所有者に対する費用償還請求権が与えられる理由がない。もしそうだとすれば、請負人は、注文者が所有者である場合よりも、有利な地位に置かれることになろう。請負代金よりも費用額が大きい場合はなおさらである。

請負人が任意に注文者に物を返却した場合に、質権もしくは留置権を所有者に対して主張できるかも（上記の理由により棄却される以上）判断する必要がない。質権については、注文者への任意の返却で消滅するし、留置権も同様である。報酬支払前に物を注文者に引き渡すことは、経済的には、注文者に対する信用付与であり、この危険は、危険を開いた者が負わねばならない。

#### 要点…

所有者占有者関係が不適法占有者に関するものであることが確認され、本件ではいずれの者に対しても、適法占有者であり、従って所有者に対してそもそも償還請求権を有しないとす。また、注文者が所有者である場合と対比し、たまたま所有者でなかったから、契約債権に加えて、所有者に対する請求ができるとすれば、より有利な地位に置かれるがそれは不当とする。質権、留置権については、いずれにせよ、返還で消滅していることを確認して

③ 連邦通常裁判所一九六〇年十二月二一日判決 (BGHZ 34, 122)

運送業者Bは被告Yから中古の小型バスを購入し、決済のために手形を手交した。Yは所有権留保を設定し、そのため自動車登録証をBに渡さなかった。両者の契約の基礎には中古車売買約款があり、「買主は、所有権留保が継続する間、目的物を整備し、必要な修理を直ちに実行する義務を負う。」とあった。先の手形はBによって支払われなかった。Bは事故を起こし、原告Xに修理を依頼した。原告の請求書はBにより支払われなかった。Bが破産してから、XはYに対して、車から満足を受けるために、自動車登録証の引渡を請求したが、Yは拒否した。Xが提訴。Yもバスの返還を求めて反訴提起。LGは本訴を認容、反訴を棄却。Yの控訴、上告ともに効なし。

判決理由

反訴について

1. Yの反訴請求は、九八五条にもとづくが、Yが任意に車をBに引き渡し、BがさらにXに引き渡したとしても、妨げとはならない。占有者が所有者に対して占有権原を取得するところの契約関係にもとづく返還請求権に対して、所有権にもとづく返還請求権は劣後するとするライザの見解には当部は従わない。九八五条により請求された占有者に、契約に基づく返還請求の場合と同様の法的地位を与える九八六条からは、両返還請求権は並存することが明らかである。Yは、Xに対して請求するために、BのXに対する請負契約にもとづく返還請求権を譲渡させ、Yが譲受人としてその返還請求権を申し立てる場合に、Xがこれに対してBとの請負契約における自己の抗弁権を対抗できると(ライザのように)言う必要はなく、Yには、Xに対する九八五条にもとづく物権的返還

請求権が直接与えられる。

BはYに対する義務を履行していないため、YはBから車の返還請求ができる以上、反訴は、間接占有者としてのBに権原が失われているにもかかわらず、XがYに対して占有権原を有するかにかかっている。

2. 控訴審は、原告が、占有取得の際に注文者が所有者と信じたか否かにかかわらず、請負人の法定質権を取得するとした。しかし、六四七条は、質権成立の要件として、注文者の所有物であることを要求しているため、控訴審の考えは根拠を有しない。

所有権取得の期待権も物の修理に関する義務授権も本件事案には適さない。又、六四七条を民法典施行後の状況の変化に対応させ、非所有者の場合をも含め広く解釈する考えも適さない。ここでは、あくまで契約債権の債務者に対する作用が考えられており、しかも意思ではなく法規自体からその根拠を取り出している。

3. 所有者の授権や同意は、法定質権の成立には導かず、せいぜい契約上の質権設定権限を注文者に与える基礎となり得るが、本件の事案がそこまでの内容を有したとの立証はない。

4. 当部が同日付の別判決 BGHZ 34, 153 [後掲④判決] で述べたように、法定質権の善意取得は不可能である。

5. しかし、控訴審判決は別の理由から正しい。すなわち、Xは九九四条以下の請求権を有し、この根拠ゆえに返還請求に応ずる義務を負わないからである。

a) 九九四条以下という費用に、損傷した自動車の回復に必要な修理も含まれる。

b) BGHZ 27, 317 [前掲②判決] の事案は、占有者が所有者に対しても注文者に対しても、占有権原を有する場合に、注文者に任意に物を返還した場合に、所有者に対して費用償還請求権を有しないとするものであった。この判決では、本件事案のように、占有者がなお直接占有を有し、所有者が物の返還請求をする場合について

判断するものではなかった。

c) 前記の判決の核心思想は、九八七条以下は、不適法占有者と所有者の間のみ適用されるといふものであった。前記の事案では、占有者は物の返還時までずっと適法他主占有者であり、ヴィンディカチオ状態は一度も成立しなかった。

d) 本件では、事態は全く異なる。BはXの占有中に破産に陥り、XYそれぞれに対する義務を履行できる状態ではなくなり、Yは所有権留保を行使した。これによって買主としてのBはYに対する占有権原を失い、Xも失うことになる。Xは所有者としてのYに対して不適法他主占有者となり、Yの所有物返還請求権にさらされる。そこで、Xが不適法他主占有者として九九四条以下により費用償還請求をなしうるかが問題となる。

e) Xが請負契約に基づいて修理代金債権を有することは、かような請求の妨げとならない。占有者が第三者に対する債権を有する場合には、所有者の責任を認めないミュンツェルの見解には従えない。この見解は、占有者と所有者の法定債権関係だけが存在する場合には認めるが、請負人が他人との債権的義務にもとづいて修理した場合には否定するのであるが、上記の法規の文言や意味と調和しない。

f) また、シェーンフェルトの見解と異なり、Xがなお占有権原を有していた時点で費用出捐したことは、妨げとならない。占有者が適法時に出捐したか、不適法占有者となったのちに出捐したかは重要ではない。適法他主占有者は善意不適法他主占有者よりも同様の状況下で、不利な地位に置かれてはならない。重要なのは、占有者が費用償還請求権を行使する時点で、ヴィンディカチオ状態が存在することである。このような法規の實質的正当化は、所有者が物を回復することにより、占有者が占有中に出捐した費用を享受することにある。

g) Xは一〇〇〇条の留置権を行使できる。

h) さらに、Yは費用の承認を拒絶しているから、一〇〇三条にもとづく満足権を行使でき、この権利はXに質権者と同様の地位を与え、占有権原となるから、判決は引換給付ではなく、棄却となる。

本訴について

Xは満足権を取得し、換価権限を取得するから、九五二条の意味での書面と見うる自動車登録証の引渡を請求でき。  
また、

要点…

所有権留保が行使された（売買契約の解除）のちの占有者を不適法他主占有者と性質づけ、所有者に対する占有者の償還請求権を肯定した。さらに、適法占有期間中に出捐した費用についても、請求時に不法化していれば、行使可能とする。また、所有者の引取拒絶によって一〇〇三条の満足権を取得し、その限りで占有権原を取得する。このような構成によって、B G Hは、譲渡担保や所有権留保などの担保権が実行されたために占有権原を喪失した他主占有者（請負人）の請負代金債権回収を九九四条以下を適用することで保護することに決断した。確かに、このような占有者に九九四条以下の費用償還請求権を与えるためには、その要件を、償還請求ないし返還請求時の無権原に緩和せざるを得ないだろう。しかし、所有者占有者関係（E B V）の典型的事態が、所有者と無権原自主占有者が対峙する二当事者間でのそれであることは立法過程上否定しがたい。B G Hは、一定の文脈での救済目的のために、すなわち注文者の物に所有権移転ないし留保形式をとる担保権が設定されており、その後結局その担保権実行の結果、注文者の所有から完全に離れてしまった場合の請負人の未回収リスクの担保権者への転嫁<sup>26</sup>のために、一般的制度の要件を緩和した。その目的は確かに信用取引の普及に対応した請負人の救済であり、それなりに肯定

できるものであるが、その副作用（E・B・V適用要件の一般的弛緩、転用物訴権の一般的承認の恐れ<sup>(27)</sup>）を十分意識していたとは言えない。つまり、救済の方法を誤っていた。むしろ、学説は、本判決が否定した諸構成（物権的請求権の補充性<sup>(28)</sup>、請負人の法定質権の善意取得<sup>(29)</sup>、期待権<sup>(30)</sup>、義務授權ないし同意<sup>(31)</sup>）ないし評価（契約債権の優先<sup>(32)</sup>、出捐時の不適法性）の中に、より妥当なものがあると議論した。

注文者に対して有する請負代金債権のみに限定する方向と、請負人を保護する方向とがあり得る。前者には、質権の善意取得を介して所有者にも請求できるとするものから、所有者自身の意思から負担の根拠を導くもの、などがある。後者の構成も多様である。転用物訴権排除の評価を明示に出すか否かはともかく、注文者との契約関係に限定しようとする思考、契約関係の優先思考は多かれ少なかれ、この評価を前提とするだろう。その方法は、物権的請求権の補充性、不当利得類型論における給付利得の優先性（侵害利得の補充性）、給付と費用概念の操作的峻別<sup>(33)</sup>などがある。

#### ④ 連邦通常裁判所一九六〇年二月二日判決（BGHZ 34, 153）

##### 判決理由

法定質権の善意取得の問題は、判例学説において肯定説が優勢であるが、当部はライヒ最高裁判所の判例に従う。一二〇七条と一二五七条の直接適用にはその文言が反対する。法は、法定質権の成立には、もっぱら債権編の規定を基準とするからである。すなわち、法定質権は、通常、債務者、具体的には、賃借人や注文者が所有する物に關してのみ成立することは理由書が語るところである。一二五七条は、法定質権の成立には關わらない。商法三六六条もその根拠とならない。商法の特則から民法の質権への推論は許されない。

## 要点

請負人の法定質権規定は注文者が非所有者である場合には適用されず、その善意取得も認められない。

### ⑤ 連邦通常裁判所一九六八年二月一八日判決 (BGHZ 51, 250)

原告Xは運送業者Aにトラック調達の資金として約五万一〇〇〇マルクの消費貸借を分割払い手形と引換に与えた。Aはその担保としてトラックをXに譲渡担保に供した。契約において、Aは車の保守の義務を負った。Aは被告Yに何度か修理をさせ、その未払い代金がかさんでいた。A Y間の紛争によりYはAから車を回収した。XはYに対して譲渡担保にもとづき引渡を訴求した。LGは請求を認容。Yは控訴審ではAに対する代金債権にもとづく物権的留置権のみを援用した。OLGは、原判決を変更して、残債権の支払との引換給付判決を出した。Xの上告はLG判決の回復となった。

### 判決理由

留保買主もしくは賃借人の注文により車を修理した請負人が修理代金について所有者に向かえるかが争われてきた。当部は、BGHZ 34,153 [前掲④判決]において、注文者の所有物ではない場合には、請負人は法定質権を善意取得しないとしたが、BGHZ 34, 122 [前掲③判決]ではそのような場合に、九九四条以下にもとづく償還請求権と留置権を認め、しかも請負人の費用出捐時に権原を有していても、のちにヴィンディカチオ状態が生ずれば、このような権利が認められるとした。

本件でのOLG判決は、これをさらに推し進めて、所有者が注文者を介して再取得していたかにも依存しないとした。

しかし、一〇〇〇条の留置権は債権的な給付拒絶権であり、Yが修理時もしくは修理後にXの返還請求権にさらされた場合、この請求権は、Yが間接占有者としてのAに返還することでその都度消滅する。同時にその都度Yの留置権も消滅する。Yが修理のために物を再取得した場合には、Xのために新たに返還請求権が生ずるが、これは以前のものと同一ではなく、従って、これに対して以前の留置権が復活するわけではない。控訴審は正當にも、Xの新たな返還請求権に対して新たな留置権を取得するかの観点で検討しているが、それは以前の占有期間に由来する費用償還請求権を含んでいた。この点は否定されねばならない。

その理由は一〇〇二条から出てくる。この規定は、提訴もしくは承認がない限り、所有者への返還後一箇月で費用償還請求権は消滅するという内容であるが、YはAへの返還により、直接占有者Xへの返還もしたことになり、最後の修理についてもすでに請求権は消滅している。したがって、費用償還請求権がない以上、一〇〇〇条の留置権も成立しない。

その点を措くとしても、Yには一〇〇〇条にもとづく留置権は与えられない。法典全体からすると、占有者には、留置権もしくは完全な請求権が与えられるが、両者が並存することはない。占有者がすでに一〇〇一条により完全な請求権を有するところの、以前の費用についても留置権を認めることは、これに矛盾することになる。さらに、一〇〇一条から一〇〇三条の関連から見ると、立法者は占有関係終了後の費用償還請求権は迅速に処理されるものとしている。占有者が以前の占有期間に由来する費用にもとづき新たに留置権に依拠できるとすれば、この点にも矛盾する。

もし、請負人が質権を有する場合には、一二五三条、一二五七条により物の注文者への返還により質権は消滅する。このことは、一〇〇〇条にもとづく債権的留置権について一層妥当せねばならない。このことだけが経済的に

も理屈に合う。報酬支払前に請負人が注文者に車を返還する場合、彼は注文者にこれにより信用を与える。しかも自己の危険において。それゆえに、物が別の理由で再取得されても、この信用ゆえに、注文者に属さない物に再びかかることはできない。

要点…

一〇〇二条の返還が間接占有の取得で足りるか否かは立法過程からは明らかではないが（おそらく否定的か）、本判決は、占有者から直接占有者への返還で同時に所有者への返還が成立したと見た（前掲①判決で再取得と返還を区別したから、このような解釈が必要となった。両者を同視していれば、この問題は生じない）。占有者が占有を再取得した場合に、被担保債権がどこまで及ぶかも立法過程では明らかではないが、本判決は、以前の占有期間に由来する費用については含まれないとした。いずれも占有者の費用償還を制約する方向での解釈である。傍証として、民法の規定が占有終了後の償還について迅速処理を意図していることも挙げる。付随的に、物の返還に信用の供与を見る。

⑥ 連邦通常裁判所一九七七年五月四日判決 (BGHZ 68, 323)<sup>34)</sup>

Fは自己の自家用車に交換用モータを取り付けることを原告Xに委託したが、その車は、被告銀行Yに譲渡担保に供されており、自動車登録証も引き渡されていた。委託用紙の表面には、裏面の約款に対して指示があり、そこには、請負人には請負代金債権について自己の占有下の物について留置権と約定質権が与えられることが明記されていた。Xは修理を完了したが、Fは車を引き取らず、代金約五三二七マルクも支払わなかった。申告された住所

による所在の確認もできなかった。Xは交換用モータを再び取り外した。設置と取り外しの費用は約一二六マルクであった。XはYに対して自動車登録証の引渡と自動車の換価の忍容を求めて提訴。予備的に、車の引渡と引換に約一二六マルクの支払を求めた。L G、O L Gはともに請求を棄却したが、上告は効を奏した。

### 判決理由

控訴審は以下のように判断した。XはFが車の所有者であることを確認すべきであった、特に自動車登録証の提示を求めるべきであったのに、していないから、善意とはいえず、約定質権を取得しえない。予備的請求についても、いったん出捐された費用が元に戻されたのだから、そもそも支払請求ができないと。

上告は、Xが車の占有取得の際に自動車登録証の提示を求めなかったとしても、善意であると主張した。

控訴審は、重過失の存在について一般的に語っているのみであるから、上告審は本案における存在について検討する。

当部は繰り返し、中古車購入について、買主は少なくとも自動車登録証の交付をさせた場合にのみ善意であると見なせると判断してきた。疑いがある場合には、さらに最終保有者として記載されている者への問いあわせ義務が生ずると。

自動車の約定質権について同様の原則が妥当するか否かについては、まだ最上級審レベルでは判断がない。

ライヒ最高裁判所は二件でこの問題を扱っている。すなわち、所有権留保された車を買主に引き渡すことから生ずるリスクは売主が負担すべきであり、請負人の善意は肯定される。他方、新車の場合には、請負人は所有権留保の可能性を考慮すべきであり、所有権関係や売買契約書の調査をすべきである。

しかし、一九三四年に自動車登録証が導入されてのちは、これがもつぱらの基準となる。

自動車登録証の検査なくして請負人が質権を善意取得できるかについては、近時争いがある。一方では、自動車登録証もしくはその他の方法で注文者の所有を確認すべきとする考え、他方では、特別の事情がある場合にのみそのような確認が必要とする考えがある。

控訴審は、Xが自動車登録証を提示させねばならなかったかどうかで、善意性を決定する。しかし、これには従えない。

自動車登録証には、所有者ではなく、保有者が記載されるのであり、所有権関係の推論を許さないが、他方では、所有権留保ないし譲渡担保の場合に、証書を保持するか交付させるのが常であり、証券の占有は、所有権の法的確認ではないが、事実上の推定は働く。

しかし、連邦通常裁判所が中古車売買について設定する善意性の基準をここでそのまま採用することはできない。両者では効果の点で大きな相違がある。売買では所有権を失うが、質権の場合にはその負担のみであり、しかも所有者はそこから利益を受けることで調整される。従って、質権の場合には善意性についてより低い基準が妥当である。

さらに、約定質権を善意取得するために、自動車登録証の提示が必要だと考えると、それは実務上ほとんど実行不可能な事情が加わる。

自動車登録証の提示が注文の際に常に必要だとすれば、事故を想定していつも携帯せざるをえなくなり、置き忘れることも生じよう。その結果、不誠実な請負人が証書とともに処分してしまうリスクも生ずる。このようなことは、修理作業の麻痺をもたらす。

利益状況も、不審な点がない限り、提示させなくとも、請負人は善意たりうると考えることを支持する。

## 要点…

約定質権の善意取得における善意要件の判断方法が問題となり、多様な考慮の上、不審な点がない限り、注文者に自動車登録証を提示させなくても、請負人は善意たりうるとした。

## 第二章 日本法における議論

日本での議論は、最高裁の二判決を中心として論じられている。すなわち、最判昭和四五年七月一日が当時の学説の影響を受けて、原告である請負人と注文者、注文者と所有者それぞれの関係に対する考慮なくして、単純に請負人から所有者に対する不当利得返還請求を認めたが、それに対する学説の批判に応じる形で、最判平成七年九月一九日は、注文者と所有者の間の契約関係を考慮した上で、その可否を判断する、より制限的な立場に転じた。

これらは、それぞれ、動産修理、不動産改修という事案であったが、いずれも対象である物は、所有者が回収したものの紛争であり、請負人がなお占有をしていれば、請負代金債権について、留置権が問題となるところであった。

第二章で見た、ドイツの判例は、当初は、所有者が修理動産を回収した事案で、単純に請負人から所有者に対して、九九四条以下の費用償還請求を認めたが(①判決)、戦後、まず、その立場を否定した上で(②判決)(傍論で、注文者への返却は、質権や留置権の消滅をもたらずが、同時に信用の付与であると説明された)、なお請負人が動産を占有している事案で、九九四条以下の費用償還請求を認め(③判決)、返却が繰り返された場合にはその都度消滅するとされた(⑤判決)。他方では、請負人の「法定」質権の善意取得を否定した(④判決)が、のちに、「契約」(約定)質権の善意取得は認めた(⑥判決)。

このように、ドイツの判例では、これらが民法諸規定の妥当な解釈であるか、結論は妥当か、をめぐって学説が多々批判するところではあるが、それはともかく判例の結論としては、占有の保持の有無が九九四条以下の費用償還請求についても、(契約ないし法定) 質権についても、重要な基準であり、ドイツ民法典に内在する評価の反映だと理解していると一応言える。

すなわち、九九四条以下の費用償還請求が認められるとしても、任意の返還は請求権自体の短期除斥期間の進行を開始させ(一〇〇二条)、質権では、任意の返却は質権を消滅させる(一二五二条)からである。

このようなドイツの判例を参照しつつ議論する日本の学説を見てみよう。

まず、藤原説<sup>(35)</sup>である。彼は、ドイツ判例を以下のようにまとめる。ヤコブスの分析を参照しつつ、請負人の保護の基礎を、請負契約における請負人の先履行義務に求める。所有者の返還請求権の行使によって、請負人の出捐は、給付関係と費用支出関係に分裂し、後者との関係では、第三者たる所有者にも主張すべき一種の物権的権利としてあらわれる。しかし、それは無制限ではなく、動産取引における物権取引に即して制限され、占有の放棄によって失われる。さらに、この点は以下のようにも表現される。このような請負人の保護は、不当利得法のルールを通じてではなく、他の法形式、すなわち占有と結びついた「法定質権」として実現された。しかし、日本法では、このような占有による制限は、少なくとも法定担保権一般のあり方からは与えられないとする。そこで、第三者が受領者に対価を支払っていても、積極的に給付者・受領者間の権利移転の不完全さについて知っていれば、請負人は不当利得返還請求を第三者に対しても主張できると結論づける。

これに対して、疑問を呈したのが清水説<sup>(36)</sup>である。彼は、ドイツ法とりわけ学説を参照した上で、請負人の保護は信用危険の観点から否定されるべきとする。占有していることから、担保権付与を越えて、償還義務を肯定するこ

とは飛躍があるとす。日本法の文脈では、留置権の善意取得を肯定することで対処すべきとする。

これに対して、藤原氏は、ドイツ判例・学説における九九四条以下の費用償還請求の適用は、不当利得の構造による制約、法定質権の評価ののちの窮余の一策であり、不当利得請求を否定する理由とはならないと反論する。<sup>(37)</sup>

これに対して、清水氏は、ドイツ法が不当利得ではなく費用償還として扱ってきたのは、一定の合理性ある解決の契機（たとえば利得債務債権者の側の善意悪意による区別、増加分における利得の推定）がそこに含まれていたからではないかと再反論する。

議論がややかみ合っていないようにも思えるが、そのずれを解きほぐすことに一定の意味がありそうである。藤原氏が、ドイツ法の帰結を占有による制限下での保護とまとめつつも、日本法ではそのような契機がないから一般化できる<sup>(39)</sup>という論理をたどるのに対し、清水氏は、ドイツ法学説から信用危険、転用物訴権否定の評価を引き出し、占有の例外的扱いを日本法では留置権の善意取得の提唱に結びつける。

既に見てきたように、ドイツ判例の態度は、基本的に、九九四条以下の費用償還請求権制度に含まれる規範的評価を、それが歴史的解釈としてすみずみまで正当かどうかはともかく、体现している。さらに、それは、他主占有者の、所有者の返還請求下での、保護のあり方、ヤコブス流に表現すれば、質権でも費用償還でもなくその結合としての保護（請負人の善意、効果としての増加価値、占有が保持されるかぎりでの保護存続）である。すなわち、単なる請求権付与ではなく、かなり弱められた保護である。

藤原氏は、請負人の保護を占有の存続に依存させるドイツ法判例の解決はドイツ法特有の事情ゆえであり、むしろ占有の有無を問わない、新規の請求権付与があるべき方向だとされるようである。しかし、清水氏が示唆するように、学説も判例も、法定質権の善意取得のように本来の代金債権への担保付与であれ、九九四条以下の費用償還

請求の新規付与によるのであれ、いずれも制度上、占有の存続に権利行使を、担保権（対抗力）の即時喪失が権利自体の行使期間の経過による消滅により、多かれ少なかれ依存させており、その程度に薄められた保護で（契約質権や債務負担授權などの、関係当事者の自律に還元できる解決が尽きる場面では）十分とする評価が基礎にあるからではないだろうか。清水氏は不当利得と費用償還の差を強調するが、そのみならず、いやそれ以上に（ドイツ法の）費用償還請求権制度あるいは質権制度が内在させる、占有保持からの制限づけが「一定の合理性ある解決の契機」として最も重要な観点ではないだろうか。ケメラ<sup>40</sup>がこの点に転用物訴権排除の例外扱いの契機を見たように。この評価を日本法の文脈に移し替えれば、清水氏のように留置権の善意取得のような、既存債権への担保権付与か、判例のように、注文者所有者間の事情を取り込む形で新規請求権の効力を制約するという方向になるのではあるまいか。所有者の主観的態様は詐害行為取消権などの別の制度で考慮すればよい。結局、藤原氏の主張は、ドイツ法の判例にも学説にも存在しない評価を、一見それらに依拠する形で引き出しているという批判が可能である。また、法定担保権の機能的構造（占有保持による公示の要請）が日独で根本的に異なるとはとうてい思えない<sup>41</sup>。

清水説も藤原説と同様にドイツにおける請負人の修理事例の議論を参照して、自説を展開している。もともと、そこから導き出す結論は異なり、藤原説が請負人の所有者に対する侵害利得請求を認めるのに対して、清水説はそのような結論に抑制的である。彼の出发点は、留置権の視角である。一九八八年の論文では、この問題を一般不当利得法における転用物訴権排除の評価から判断し、信用危険の負担の観点から、原則として否定すべきであるとし、仮に認められるとしても、所有者の第三者への対価負担は利得の縮減事由として働くべきとする。占有に対する信頼保護は請求権付与ではなく、担保（日本法では留置権）付与で十分とする。結論として、日本法の民法一九六条は費用償還が不当利得法の一般原則に従って正当化される場合にのみ与えられると。続く一九九三年の論文では、

この点を藤原説からの批判も踏まえ敷衍する。

閑説は、物の負担という発想から逆に、日本民法典は、費用償還請求権と留置権をセットで承認したものととらえるが、清水説からは、無媒介の利得調整を認める危険が指摘される<sup>43</sup>。

なお、ドイツ法の立法過程から示唆されるように、占有者の費用償還請求権は、基本的には不当利得の性質を有し、ただ具体的な実定化された文脈では、それに個々の法秩序の文脈から由来する修正と変容が加えられていると理解すべきである。同様に、転用物訴権も、契約にもとづく利益が第三者に事実上流入していると評価される場合にそれを法的にも救済の根拠として考慮するか否かの視点であり、既存の契約関係を考慮しつつなされる多当事者間での利益調整において必須の視点であるが、「第三者の一般財産に流入している」という事実自体がそれだけで何らかの法的評価をもたらすわけではない。契約的保護の延長をそこに見うるか、逆に限界を見うるかをめぐって、判例学説が種々考察してきたわけである。あくまで一「視点」と見るべきである。いずれも一般不当利得法の観点から制御されると考えるのが、法体系の評価矛盾を生み出さないためにも必要である。それらの用語や制度はそれぞれの法的文脈において展開過程も歴史も異なるため、一見相互排斥的な制度と映る場合があるが、一般不当利得法の観点から整序されるべきものであろう。

最後に、無償取得者への例外的追及の規定としての、ドイツ民法八二六条一項二文（非権利者の有効な処分による無償取得者<sup>44</sup>）、八二二条（不当利得債務者からの無償取得者<sup>45</sup>）について言及したい。前者は、もともと物権法で、登記の公信力、動産の善意取得による取得者の保護とそれらに対応する原所有者の所有権喪失の場面で、無償取得者に対する不当利得請求権の原所有者への付与という形で原所有者を保護する規定がのちに同趣旨のものとして統合され不当利得に編入されたものである。注目すべきこととして、無償取得者の不当利得責任は第一委員会におけ

る部分草案審議の段階で、不動産<sup>(46)</sup>についても、動産<sup>(47)</sup>についても否定されていながら、第二委員会における第一草案審議の段階で、まず不動産について、公信用力による保護は有償取得に限定する提案、さらに無償取得者の不当利得責任を規定する提案がなされた。これに対して、委員会は、最初の提案を可否同数、議長決定で否決し、後者を採用した。<sup>(48)</sup>のちに、動産についても同様の規定を置くことが提案され、採用された。<sup>(49)</sup>これらの判断がいかに微妙なものであったかを物語る。

(1) 最判昭和四五年七月一六日民集二四卷七号九〇九頁、最判平成七年九月一九日民集四九卷八号二八〇五頁。結論としては、不当利得を請負人と注文者、注文者と所有者の関係を考慮して肯定する、すなわち本来の注文者からの未回収部分を注文者所有者間の契約合意のフィルタが許す限りで所有者に転嫁可能とする。

(2) 日本では最高裁の二件とも賃貸借における賃借人が注文者であるが、東地判昭和五九年二月二七日判時一一七二号七四頁は所有権留保の事案である。ドイツでは譲渡担保や所有権留保などの信用取引における債務者が注文者の事案が多い。

(3) 藤原正剛氏の一連の業績(「多当事者間における不当利得法の一考察——注文主が動産所有者でない場合の請負人の法的地位——」北大法学論集三六卷五・六号(一九八六)、「わが国における「転用物訴権」のあり方——東京地判昭和五九年二月二七日を契機として——」北海学園大学法学研究二四卷一号、二号(一九九〇)、「建築請負人の債権担保に関する考察——スイス法、ドイツ法を手掛りに、転用物(Verzinsung)の視角から——」(一九九六)、以上の三編をまとめた『不当利得法と担保物権法の交錯』(一九九七)「書評として、拙稿・民商一一七卷三号(一九九七)一四八頁以下)、清水元氏の一連の業績(「費用償還請求権についての基礎的考察——三者関係を中心として——」民商九七卷六号(一九八八)一頁以下、九八卷一号(一九八八)四九頁以下、「わが国における「転用物訴権」論の現状と課題」高島古稀『民法学の新たな展開』(一九九三)六一五頁以下、関武志氏の一連の業績(「動産修理の請負人と留置権」判評三六五号、三六六号、三六七号(一九八九)、『留置権の研究』(二〇〇一)の第二編)。

(4) ドイツ民法編纂に関する各資料については、石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』(一九九九)(以下「前掲石

部（で引用）末尾の「ドイツ民法典編纂資料一覽」（兒玉寛、大中有信）における解題が貴重である。前掲石部ix頁によると、理由書の作成は、各編担当助手の手になり、部分草案理由書と第一委員会の議事録から抜粋要約されたものであり、第一委員会総会の校閲と承認を得ていないという事情がある。

(5) 占有者が悪意の場合。

(6) ライヒ議会提出案 (Reichstagsvorlage [Mugdan 2, 271 R.] )。

(7) Mugdan, Bd. III S. 979. 前掲石部xi頁によれば、帝国議会での審議が多岐にわたって停滞するのを回避するため、意識的に簡単にまとめた趣旨説明書を付するにとどめることを連邦参議院司法委員会が承認したことにより作成されたのがこの「帝国司法庁覚書」である。

(8) Mugdan, Bd. III S. 229. 第一委員会から現行法に至る審議の過程は、Jakobs/Schubert, Beratung, Sachenrecht I (1983), S. 811-847. に詳しく、やや煩瑣となるので、基本はMugdanで引用し、特に言及すべき箇所を補充的にJakobs/Schubertから引用する。

(9) 第一草案に存在した自主占有者 (Besitzer) と他主占有者 (Inhaber) の用語上の区別は、占有概念の抽象化 (Mugdan, Bd. III, S. 962 (Denkschrift S. 106)) により第二草案以降はなくなる。

(10) 部分草案一八五条三項が悪意占有者に有益費償還を否定していたが、第一委員会の審議において、この項の削除がされたことを受ける (Jakobs/Schubert, Beratung, S. 813)。

(11) 部分草案一八五条一項は、有益費償還の一要件として、所有者の個人的事情に応じて判断されるべき所有者の利益にかなっていることという制約を課していたが、第一委員会の審議において Planck の提案を受けて修正された (Jakobs/Schubert, Beratung, S. 813)。なお、部分草案理由書には、必要費の理解に二説あることを紹介した上で、必要費の場合にも成果存続が所有者に物が返還された時点を基準に判断され、補強された建物が焼失したことや、他人の占有下で死んだ馬がそれ以前に治療行為を受けたことは問題とならないと述べる (Schubert, Vorlagen Sachenrecht I, S. 1056f.)。

(11a) Mugdan, Bd. III, S. 230 に見える「の立証責任に言及したくだり」は、Jakobs/Schubert, Beratung, S. 813 に存在しない。他方、Jakobs/Schubert, Beratung, Schuldrecht III S. 781 は、第一委員会議事録において「受領者が利得消滅の立証義務を負う」ことを確認した点を紹介する。

- (11b) 収去権を本質的構成部分に限り、所有権移転した物に限定する方針確認 (Jakobs/Schubert, *Berating*, S. 814) に関する。この方針は、総則の物の規定での方針決定 (Jakobs/Schubert, *Berating*, *Allgemeiner Teil*, Teilband 1, S. 436) に由来する。
- (12) 第二草案九三六条三項は、第一委員会における v. Weber の提案が修正を伴い承認されたことを受ける (Jakobs/Schubert, *Berating*, S. 814f.)。他方、所有権変更のない場合を扱う部分草案一九〇条、一九一条は削除された (Jakobs/Schubert, *Berating*, S. 836f.)。この変更については、拙稿・「物の結合体についての規律とその分類基準 (二)」民商一〇四卷三二号一六頁以下参照。
- (13) Mugdan, Bd. III S. 680ff.; Jakobs/Schubert, *Berating*, S. 822ff.
- (13a) 帝国司法庁準備委員会決議草案 (EIRIA) (この位置づけについては、前掲石部ix-x頁、四二頁以下) 九三六条、九三六 a 条を受ける (Jakobs/Schubert, *Berating*, S. 820)。Achilles はその構成メンバーの一人とされている。
- (14) おそらく、部分草案理由書が述べるところはこの誤解に対応し、そうだとすれば、この時点で、必要費理解の転換が生じたと言わざるを得ない。事務管理における費用償還規定との関連で興味ある論点を提供する。
- (14a) Mugdan, Bd. III S. 682; ちなみに、部分草案は、悪意占有者と訴訟係属後の占有者の物の保管責任について、事務管理規定に依拠させ (一一一条、一一二条)、他方では、費用償還については、占有者の事務管理意思の充足性を検討した上で依拠を断念しうる (Schubert, *Vorlagen* S. 1032 ff.; 1051 ff.)。このような規律の基礎がある、当時の事務管理法の二元的把握 (事務管理直接訴権と反対訴権の非対称的構成) については、拙稿・「求償利得における、他人の事務処理活動に対するコントロール原理としての事務管理法理の位置づけ」阪大法字五七卷四号六四頁以下参照。事務管理依拠の規定は、第一委員会の審議において、訴訟の帰趨の不確かさなどの理由で拒否され (Jakobs/Schubert, *Berating*, S. 782)、「客観的注意義務に置きかえられ、現在の九八九条、九九〇条に至る。
- (15) Mugdan, Bd. III S. 231 ff. 部分草案一一八八条、一一八九条から、第一草案九三八条、九四一条への転換は連続してない。部分草案一一八八条、一一八九条の改正提案 (v. Mandy, Planck, Kurbaum) が出され、それに続き、まず改正の方針が五つにまとめられた (Jakobs/Schubert, *Berating*, S. 831-835)。この方針を反映した編集暫定原案 (VorZust) (この草案の位置づけについては、前掲石部viix頁参照) 十条、十一条が出され、ここでも若干の原則的確認をしている

- (Jakobs/Schubert, Beratung, S. 838f.)。この二条文がそれぞれ、第一草案九三八条、九四一条「後者は後に削除」のルーツであり、この段階で既に表現等もほぼ対応している。
- (16) この規定の前身である部分草案一八七条について、部分草案理由書は、費用償還の要件は前主の占有の態様を基準とする<sup>16)</sup>こと、一般原則から導き出せるかもしれないが、疑いを残さないために明文を置くこと、ここで移転されるものが物権か債権かは字説にゆたねる<sup>17)</sup>と述べ<sup>18)</sup> (Schubert, Vorlagen Sachenrecht I, S. 1065.)。物の所有権譲渡において所有権が移転しなかった場合を念頭に置く<sup>19)</sup> (Jakobs/Schubert, Beratung, S. 828f.)。
- (17) Mugdan, Bd. III S. 232; Jakobs/Schubert, Beratung, S. 829。この点は、部分草案から第一草案への移行に際して、転用物訴権拒否の立場に転換した点と関連づけて理解されるべきであろう。
- (18) Mugdan, Bd. III S. 232; Jakobs/Schubert, Beratung, S. 834。部分草案一八九条二項一文が動産の善意占有者に限定してついた点を変更した旨確認しつつ<sup>20)</sup>。部分草案理由書では、<sup>21)</sup>留置者に物権 (ein dingliches Recht) が与えられるのではないが、物に対する権利 (ein Recht an der Sache) が与えられると述べている (Schubert, Vorlagen Sachenrecht I, S. 1071.)。なお、部分草案は、包括的かつ適用の際に疑いを残さないような関連性の要件を定立することが困難として、留置権の一般的規定を断念してつたが、第一委員会において異議が出され、現行の二七三条、二七四条につながった (Jakobs/Schubert, Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I (1978), S. 201.)。
- (19) Mugdan, Bd. III S. 233。部分草案理由書は、通常の場合と並んで、占有者が費用償還を告知しなかった場合、占有者の意思なくして占有が失われ所有者のもとに至った場合について、それぞれ、非償弁済と不当利得を示唆している (Schubert, Vorlagen Sachenrecht I, S. 1068f.)。
- (19a) Mugdan, Bd. III S. 233; Jakobs/Schubert, Beratung, S. 835。
- (20) Jakobs/Schubert, Beratung, S. 834。
- (21) Jakobs/Schubert, Beratung, S. 835。
- (22) Mugdan, Bd. III S. 685f.; Jakobs/Schubert, Beratung, S. 841ff。
- (22a) 帝国司法庁準備委員会の議論を受け<sup>22)</sup> (Jakobs/Schubert, Beratung, S. 839f.)。
- (22b) 不動産強制競売法に、占有者は物的債権者や競落人に対しては自己の費用償還請求を行使できない旨の規定が設けら

れたことを指す (Mugdan, Bd. III, S. 686; Jakobs/Schubert, Beratung, S. 830)。

(22c) 現在の解釈では、留置権が債権的請求権のみならず、物権的請求権に対しても行使できることは異論がない (RG, JW 19, 242; BGHZ 64, 122)。ただ、その作用を占有権原と見るか (判例と多数説)、単なる抗弁 (少数説) と見るかで争いがある。

(22d) これにより、第二委員会決議 (EI-VorlZust) 九三八条、九三八 a 条が、編集会議決議 (EI-ZustRedKom) 九三八条、九三八 a 条に再編成され、第二章案九一二条、九一四条につながる (Jakobs/Schubert, Beratung, S. 845 f.)。各決議の一般的位置づけについては、前掲石部 x—xi 頁参照。

(23) 全体としての素描として、拙稿・「所有者・占有者関係における他主占有者の位置づけ」阪大法学五三卷三・四号八二四頁以下も参照。

(24) ちなみに、部分草案の段階で事務管理の節の末尾 (二四五条) に存在し、第一草案理由書では不採用の理由のみが付されている転用物訴権は、部分草案理由書では、事務管理者の本人のためにする意思が契約相手方に認識可能であり、そのような状況の下での契約給付の本人の利益のための利用を本人の利得責任の根拠と説明する。

(25) 以上の点については、Dinopoulos-Vosikis, (1966) S. 192ff. と問題意識を共有する。彼の分析はやや歴史性を無視する部分もあるが、九九九条以下の手続的規定が九九六条の有益費とは整合するが、九九四条の必要費とは整合しないこと、その不整合は第一委員会から第二委員会への移行の際の規定の新設や変更により生じたが、その不整合が意識されず、解消されなかったことを指摘する。

(26) Köhl, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, (1971), S. 342 は、利得の調整ではなく、中間者の破産リスクの配分問題と見るべきだとする。Jakobs, JurA 1970, 713f. は、請負人の先給付義務にふさわしい構成として、質権による解決は一方では強力すぎ、他方では弱すぎるとして採らず、また費用償還はあくまで注文者や所有者に返還した場合の問題として採らず、ここでの問題は、所有者の利得回避ではなく、請負人の請負契約と結合している先給付義務のリスクをできるだけ低減させることであり、民法一〇〇三条の満足権に類似したものを、注文者の権原に関する善意の要件の下で成立し、物に付加された価値についてのみ担保し、注文者が所有者への返還によって消滅するようものを提案する。言い換えれば、非常に制約された担保として構成するのである。Verse, Verwendungen im

Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (1999) S. 142 は、非占有者や返還後の元占有者には転用物訴権排除の評価が妥当と見做し、例外的な占有者の保護として、学説の、請負人の法定質権の善意取得による解決を、フランス法の物権的留置権による解決に類似するものとして支持する。

(27) 転用物訴権は、部分草案が事務管理の節の末尾で承認していたが、第一草案はその理由書において、不当利得、事務管理、代理制度などとの関連を意識しつつ、それらとの並存の必要性や構成の複雑性を考慮し、不採用に踏み切る（審議内容は、Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse III (1983) S. 162.）。部分草案が想定する場面は、中間者が間接代理人である場合であるが、転用物訴権の本来の範囲は、契約給付の、「本人の一般財産」(res)への利益としての流入 (versio in rem) に根拠を求めるものであり、その契約給付の形態が、物への価値付加の場合にも先の否定的評価が同様に妥当するかは一つの問題である。本稿が扱う請負人の修理事例はまさにそのような場面であるが、仮にその点（否定的評価の例外的扱い）を認めても、例外的扱いをどのように実現するかはまた別の問題である。

(28) ライザの見解の本稿とのかかわりでの重要な点は、契約無効の場合と異なり、約定期間の満了や解除の場合には、巻き戻し関係に入り、ヴィンディカチオは相変わらず排除されたままで、所有者の保護は契約上の返還請求権が奉仕すると主張するところであり（Raiser, FS für M. Wolff (1952) S. 121 (140)）、そのことは、直接占有者が間接占有者から権原を得てくる場合も含む（Raiser, JZ 1958, 681 (683) 1. Spalte; JZ 1961, 529 (531)）。

(29) 多くの学説。

(30) Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961.

(31) Medicus, Bürgerliches Recht, 17. Aufl. (1996) S. 421.

(32) 給付と費用の概念的区別に依拠するものなど構成は多様。

(33) Manfred Wolf, AcP 166 (1966), 188（費用出捐の目的を問う、財産犠牲性が物の占有ゆえにのみなされたといえる場合にのみ真の費用 (Verwendung) が存在したがって給付関係が並存する場合には財産犠牲の目的は契約相手方に向けられ、そちらが優先する）。Kaysers, Der Verwendungsanspruch des Besitzers bei vertraglichen Leistungen (1968) S. 117ff. は、占有補助者、間接占有者、加工者などの例から、費用出捐における帰責原理を導出し、費用出捐実行者ではなく費用

出捐をコントロールする者に当該費用は帰責され、請負契約がある場合には、費用は、請負人ではなく、注文者に帰責され、従って請負人は法的意味において費用出捐者ではないとする。だから、所有者に対して費用償還請求権を有しえないというのが結論である。このような操作を通じて契約関係の優先を図るわけである。

(34) これ以後の連邦通常裁判所の判決として、一九八三年五月一日判決 (BGHZ 87, 274)、一九八七年二月二五日判決 (BGHZ 100, 95) がある。

(35) 「交錯」二二五、一三二七頁。

(36) 「基礎(2)」一五九頁以下。

(37) 「交錯」一九一頁注一一。

(38) 「高島古稀」六六五頁注五。

(39) 「交錯」一八二頁(「Xの目的物の占有放棄というXの請求の制限を捨象すれば」「法定質権制度の要求する公示の要請を別とすれば」)

(40) v. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, FS für Rabel, Bd. I (1954) S. 371.

(41) 以上の点は、筆者が既に藤原正則『不当利得法と担保物権法の交錯』(平九)の書評(民商法雑誌一一七卷二号一四八頁以下、特に一五二頁上段)で述べたこととほぼ対応するが、そこでの検討をドイツ法の素材に即してさらに敷衍したものが本稿といえる。この点に関する反論は、藤原『不当利得法』四〇三頁注一〇九の指摘にもかかわらず、未だなされていらないと思われる。転用物訴権に関する私見は、民商一一五卷六号一八八頁以下、奥田ほか編『判例講義民法Ⅱ債権』[補訂版]一一八〇頁以下、遠藤ほか編『ローススクール演習講座①民事法Ⅰ』一三七頁以下、特に一四七頁、千葉ほか編『Law Practice 民法Ⅱ債権編』一二七頁以下を参照。

藤原説は、さらに、契約関係が当初より無効もしくは存在しない場合(金銭騙取の場合も含む)、取消し・解除により無効化する場合と転用物訴権の場合の合わせて三つの場合に連続性を見る一般法理へと展開され、カナリスの信頼保護と接合されていくのであるが、カナリス説は転用物訴権排除の評価を前提としてくるから(Larenz/Canaris, S. 136, 140)、その限りで異なる。

(42) 「研究」三二八頁、三三三頁。

- (43) 「高島古稀」六六五頁以下。
- (44) 不動産については、TE-SachR § 196 → EI § 839 → EII § 812、動産については、TE-SachR § 196 → EI § 880 → EII § 850 と推移する。いずれも、第二草案の段階で、無償取得者への不当利得追及が付加され、第二草案の修正段階で、この一規定が統合される。
- ちなみに、盗難等の場合には動産の善意取得は成立しないが、その場合の善意買受者を買受代金返還について留置権を与之保護する買受請求権 (Lösungsanspruch) は、TE-SachR § 186 → EI § 939 に存在したが、第二委員会が削除された。買受請求権自体は、元々は、善意取得一般が否定されていた際の買受人の次善の保護の制度であったが、部分草案から第一草案への移行段階で、善意取得の成立が、金銭や有価証券などの場合の例外的な位置づけから、一般化されたため、例外的不成立の場合の次善的保護へと意味合いが変化した (この経緯について、Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, 1966, S. 149)。所有者の放棄権を定めた部分草案一八八条の後の削除 (45) の点と関係する。
- (45) 第二委員会における第二草案の修正の段階で提案され、承認された (Jakobs/Schubert, Beratung Schuldrecht III (1983) § 822 S. 871f.)。
- (46) Jakobs/Schubert, Beratung Schuldrecht III (1983) § 816 S. 861 (12).
- (47) Jakobs/Schubert, Beratung Schuldrecht III (1983) § 816 S. 863 (3). 無償取得がいつこの程度生じたか、基準時の現存利得をどう判定するか、について疑問が出された。
- (48) Jakobs/Schubert, Beratung Schuldrecht III (1983) § 816 S. 869.
- (49) Jakobs/Schubert, Beratung Schuldrecht III (1983) § 816 S. 870.