

第三当事者論（一）

衣 斐 成 司

第一章 法的構成の諸問題

- 一 はじめに
- 二 法律的秒（以上 本号）
- 三 無償性
- 四 条件論

第一章 法律的構成の諸問題

一 はじめに

私的自治の原則，なかでも意思自治の原則は，当事者の意思の合致を出発点とし，有償且つ双務契約を本則とするなかで，とりわけ契約における健全な構成としての双務契約の貫徹が中心となって機能している。また，健全な契約法理に対する病理現象としての諸々の法律問題は，双務契約の貫徹の構成に従って，専ら契約当事者の責任追求に向けられる方途で解決される。これらの背景には，当事者の意思に行為の結果と責任とを結びつけて直截的に処理することが，求められている法問題の解決であるとの命題が恒常的に存在する。

そして，自然現象における原因と結果が特定の効果をもたらしていると同様に，法的世界でも，法的な効果と措定される特定の事象に対しては，それに対応する原因との結びつきが追求される。従って，ここでの因果性に基づく法的効果も，また同じく物理的な時間の継続のうちに存在することになる。これらの法的な事象に対して物理的な

事象を重ね併せる法律学的な構成の手法は、その法的効果の由来をも物理的自然的な時間の統一性に求めることになる。

たしかに、法の問題は一定の方向性を持った時間のなかで発生した不可逆的な出来事と把握されるが、その直線的な時間を超えた、すなわち時間の内部で循環する環状の流れに内在する法則に即して、法の問題の解決が求められるとき、はじめて法の世界での完璧な解決が生まれるといえる。すなわち、不可逆的で個別的な因果関係の追求は、単純に出来事の理解に終始するだけで、物理的な時間を超越した秩序と法則性を内在する構造との双方の理解には到達し得ないのである。従って、法の問題が時間に内在する法則性の発見に即して解釈されることを考えれば、時間における瞬間の区別を忌避したり畏れたりする対応は、必ずしも法の問題の解決の手法として適切とはいえない。もともと、原因と結果の関連で把握される法的効果において、各々の法的な結果も、また連続体の一環として必然的に時間に内在する流れのなかで求められるが、そのなかの二つの要素である原因と結果との間には、法的な構成が介在しても、実際には間隔といい得るほどのものは存在しないのである。

すなわち、無限に小さな時間のなかで連続して発生する法的効果の継起は、法的な構成のうちに捉らえられるものであって、直接的に現実の時間の世界に属するものではない。ことばを代えれば、無限に小さな時間の間隔のうちに、相前後して生じる法的効果が、自然的な時間の場合、あるいは場としての空間において相前後して生じると想定されるのである。このことは、また同時に、法的三段論法における大前提のなかに法規範の目的が適切に包摂かつ表現されていないことに起因して、法概念と事実概念との差異が明らかにならず、法規範が事実を内包していることを覆い隠すことになるのである。従って、自然的な秒という時間の単位のなかで、ある法的効果あるいはその原因と結果、または法規範への事実の包摂過程などが、存在する時間の場合で想定される無限に小さな時間の長さを意味するわけではない。

第三当事者論（一）

つまるところ、法の問題の解決に際して、われわれは多様な変化に直面しても、なお現象における内在性の認識が肝要であり、その認識に基づく法的な構成や解釈が、あるときには法的な当為や許容に該当することで、またときには立法者の意思に合致するものとして、正当化されるのである。従って、法における因果関係の問題を始めとして、一般に物理的で自然的な時間と法的な時間の相同関係を論ずるのは、概念用語としての時間の意味の誤解を招くにすぎない。

ところで、我々の生活事実関係がどのような法的規律に服するかは、当該共同体の意思決定に委ねられるのであり、法の効力は、理念の世界の領域に止まらず、現実の世界においても、その共同体に、すなわち当該社会に受入れられているか否かで決定される。つまり、我々の生活事実関係が法共同体として位置付けられ、そこで法が効力を持つのは、その法共同体がそれを承認し受入れなければならない。そうでなければ、法はその共同体に対して効力を持つものでもなく、一般的に有効ともいえない。従って、ある特定の生活事実関係が、どのような法的規律に服するかは、結局のところ、当該法共同体の判断に依存することになる。

わが民法では、当事者が多数存在する場合をどのように規定しようとするのか、必ずしも明らかではない。民法上では多数当事者の法律関係として、たとえば契約当事者の一方の当事者または他方の当事者が複数である場合として、不可分債務、連帯債務があり、さらに対立する当事者関係が複数存在する多面的な法律関係としての保証債務と債権譲渡がある。しかし、これらの原則は、なおいずれも意思自治の原則に基づく契約当事者間で法的な解決調整が可能であるとの前提に依存している。

他方で、民事の法律関係における第三者は、第三者のためにする契約とか第三債務者の概念に表象されるように、債権当事者の権利義務とは直接的な関係に立たないが、当該当事者のいずれかとの結びつきによって、法律関係の終了まで、債権当事者と共に関わりを持ち続ける。また、公示方法との関係で、第三者は対抗要件と結びつくが、たとえば虚偽表

示においては善意の第三者は自ら公示方法となる。

このように民法における第三者 (der Dritte; third person) の概念は、双対または重畳 (dual) 債権当事者関係における第三者である。これに対して、ここにいう第三当事者 (third party) とは、複数 (plural) 当事者関係において問題となる概念である。すなわち、当事者が複数に亘って存在し、それらの当事者の法律関係が、三面あるいはそれ以上の多面となるので、従来からの対面した対立する二当事者の法概念に容易に解消されない場合を想定するのである。たとえば、代理・代表の法理、とくに直接代理制度、さらに名板貸人の責任、二重譲渡と対抗要件の関係、とくに不動産二重譲渡における背信的悪意者の問題、中間省略登記の問題、即時取得による所有権取得と即時取得の場面における所有権者による所有権の復帰的取得の問題⁽¹⁾、取得時効と登記の関係、転用物訴権の問題、たとえば不当利得における賃借物修理請負契約と修理事物所有者、または請負工事資材提供契約当事者と注文主との関係、さらに第三者のためにする契約、とくに生命保険契約当事者と被保険者、また指図ないしは振替、債務の引受、転貸借の関係などである。これらの諸関係においては、従来の当事者概念の該当者に止まらず、すべての当事者が、それぞれ原告ないしは被告の適格性を有する場合がある。また、これらの第三当事者の請求権は、自己固有の権利であり、他者の請求権の代位行使ではないことになる。

しかし、これらの第三当事者の事例の措定がなお不十分と解されるのは、たとえば、不当利得における終局的な目的が財貨の秩序維持ないしは調整と解されるなかで、利得の不当性とは、財貨の現実の不当な状態なのか、惹起させた行為者の態様に対する評価か、あるいは違法行為それ自体ではなく侵害利得行為への評価かが問われるように、法的な構成が、広義の法律の欠缺の場合において、みずから構成要件を作り出し、法的な効果を確実に生み出すに至っていないからである。

要するに、ある生活関係に対して法規範が適用され、その結果として

第三当事者論（一）

法的効果が必然的に生じる。そこには、立法者の意思に基づく原因と結果の因果関係が存在する。すなわち、法律的な因果性は、一定の事実が構成要件に該当すると論理必然的に法的効果を招来させることをいう。しかし、この法律的な因果性は、自然的な因果ではなく、立法者の意思に基づく法律的な因果性である。それにも拘らず法律的な因果関係は、その原因と結果との関係を科学的な事実の因果関係のもつ論理一貫性を背後に承けて、法的効果の正当性を論証していると見える。また、直観形式としての時間の観念は、古典的には外的な世界における延長する空間的な物質に関連するが、法的な効果としての法の命題としての当為や許容に関わるものではない。すなわち、因果性による正当化の理論は、法的な効果に対する価値判断との連携は本来ないのである。また、自然的な因果関係と同じように構成要件の該当性と法的効果の実現との関係を見る見解によれば、法規の適用によって得られる価値判断に従うだけで、これもまた法的な構成とは関係がないのである。しかしながら、法的な構成は、新たな認識の喚起ではないが、ある類型をもとに模写の技術をもって、その目的とする法的効果をもたらせるべく、法律の欠缺を理由として、ときには自ら構成要件を作り出す、たとえば、動産の所有権留保付売買における期待⁽²⁾あるいは不当利得における無償（性）の概念（§816 BGB）である。これらの法的な構成が、法律の枠内での拡張解釈に類比されるような段階に止まるのであれば、それは同種の実験を繰り返しているにすぎないことになり、得られた法的な効果は、実質的には、なお同一である。しかし、法共同体の内部の秩序の進化に伴って、法的な効果の多様性が求められるようになったとき、多様な法的構成が、新たに構成要件として機能するのである。

二 法律的秒（法論理的経緯）⁽³⁾

動産の所有権留保付売買において所有権留保付買主が、第三者との間で譲渡担保設定契約を結び、譲渡担保権者が当該動産に担保権を取得し

た後に、所有権留保付売主に代金を完済したとき、当該動産の所有権は、論理的な経過として所有権留保付買主から譲渡担保権者へと移転する（der Durchgangserwerb）と説明される。すなわち、これが法論理的取得（各別の当事者の取得）である。ここでは、二つの所有権取得という法的効果が無限に小さな時間の間隔に、売主から買主への経過的な所有権取得と買主からの譲渡担保権者への最終的な所有権取得が相次いで前後に生じていると説明される。すなわち、自然的な時間の瞬間に、二つの法的効果が相前後して生ずるものとする。従って、法的構成において一つの時間（瞬間）の内に二つの連続した法的効果の発生を認めるが、それは、連続する当事者の連関における最終取得者の有効な取得のための条件として設定されているのである。

まず、有償性を基本とする双務契約の理論からすれば、売主は、買主の代金の完済まで、当該動産の所有権を留保する。従って、所有権留保付売買での売主が関与しないままの買主による所有権の処分は、無権利者の処分に相当する。つぎに、所有権留保付売買では、買主は、目的物の引渡を受け、目的物に対して直接占有をなすが、なお他主占有者である。すなわち、当該目的物に対する完全な権利は所有権留保付売買では売主にある。ここに、単純な買主と所有権留保付売買での買主の差異が存在する。つまり、売主の完全な権利を、売主の同意の下ではじめて、買主は、自己ではなく他人の権利を処分することを許されるのである。従って、所有権留保付売買での代金の完済前の買主の処分は、本来買主の処分ではなくて、売主の行う処分の範疇に属する。要するに、代金の完済前の買主の第三者との関係に基づく処分は、当該当事者間で効力があっても、その効力を以て売主へ法的な効果を及ぼし得る根拠を直接的にも間接的にも持ち得ないのである。

しかしながら、所有権留保付売買での買主の地位は、買主が第三者との間で取引関係を成立させると、その地位を巡る事態を一変させることになり、そこに新たに法的な評価の対象が生み出される。すなわち、こ

第三当事者論（一）

こでの所有権の移転の条件は僅かに代金の完済に尽きる。従って、買主の地位は一つの取引上の財産として評価される。つまり、買主への当該目的物の引渡が完了し、目的物の占有の移転、利用権そして果実の收取権の取得などを見れば、双務契約での有償性の強調を取って求めないと、所有権留保付売買での法律行為の主要な部分はすでに完了していると言えるので、一般的な条件付法律行為とは区別される。さらに、物権行為の無因性を前提にすれば、物権譲渡の合意と引渡の完了とが存在し、所有権留保付売買での買主はすでに所有権者であり、その占有はすでに自主占有であると措定される。

けれども、双務契約の有償性を勘案すれば、所有権の移転は代金の完済を停止条件とすることになり、この条件が成就しない以上直ちに買主が直截的に所有権者とはいえないであろう⁽⁴⁾。だが、たとえば、この停止条件付の所有権移転を前提にして、買主が、信用の基礎としてこれを第三者との間で処分する場合には、それは将来の自己の権利に対する処分、すなわち条件的先行処分（die Vorausverfügung）と位置付けなければならない。なお、この第三者との間で為された条件的先行処分、すなわち、所有権留保付買主の将来の自己の権利の処分によって、たとえば第三者の所有権取得は、当該買主の所有権取得に論理的に先行する部分を持っている。すなわち、時間的に先行する買主の所有権取得は、その条件的先行処分によって、論理的に第三者の所有権譲渡の構成要件に包摂されてしまうからである。

なお、これらの理論は、いずれも所有権留保付売買における買主には少なくともなんらかの物権者としての地位が認められることを前提にしている。ここに、単なる所有物引渡請求権ないしは債権的な所有権供与請求権とは違って、物権的な地位を与えられた期待が、法的な構成として、所有権留保付売買における買主に認められる。この期待は、権利として期待権（das Anwartschaftsrecht）と認められ、停止条件付所有権移転と結びつく法的効果であり、条件の成就により所有権取得へと至

るものである。この期待権をもって、当該買主が第三者との間で処分行為を行った場合に、その処分は、存在する権利、すなわち所有権留保付売買での留保された売主の所有権についての処分か、それとも、期待権と称される権利の処分かの問いを区別しない立場は、法的な構成としての期待権を過大に評価することになる。この立場に従えば、所有権留保付買主の期待権の処分を通じて、第三者は、完全な権利（所有権）を直接的に所有権留保付売主から取得する（*der Direkterwerb*）という結論に至る。すなわち、この場合の第三者、すなわち第二の取得者は、所有権留保付売主と直接に向合うことを前提に、所有権留保付買主を介さず、直接に当該売主から所有権を取得する。ここに、期待権は、一つの完結した処分の構成要件を構成することになる。

しかし、いわゆる期待権は、買主の固有の権利であって、それが完全な権利性を有するとしても、なお所有権留保付売買における買主の将来の自己の権利にすぎない。従って、所有権留保付売買における停止条件付所有権移転の条件が成否未定の間は、買主の処分行為は、無権利者のそれと何等変るところがないといえる。だが、買主の将来の自己の権利の処分と無権利者の処分との関係がなお問題として残る。すなわち、所有権留保付売買における停止条件付所有権移転の条件が成否未定の間とは、所有権自体の取得に向けられていて、期待権の取得ではない。また、期待権は、条件上の処分行為によって作られたものではない。しかし、期待権は、所有権の前段階として、条件成就によって所有権を取得するという法的に確実な法的地位であり、その譲渡性が認められる。この期待権の譲渡性から物権法の規定の適用が計られ、とくに所有権との類似性が引出される。さらに、ここでの条件的先行処分は、物権的合意の拘束力を有する場合であり、期待権の譲渡を通じて、所有権留保付買主が、所有権を条件的処分をすると、条件成就のとき、所有権留保付売主から直接的に論理的意味での通過的取得のための人格を介さず第二取得者へ所有権が移転すると解される。

第三当事者論（一）

従って、期待権は、その物権法上の譲渡性によって担保物権として成立し得るが、とくに譲渡担保権設定の段階では、権利としての期待権の譲渡か、当該目的物に対する譲渡担保の設定か、あるいは所有権の譲渡かが問われる。前者であれば、所有権留保付買主は、いわゆる期待権を譲渡することで、所有権を取得することがないままに、現実の権利者である譲渡担保権者の前権利者となり、後二者であれば、所有権留保付売買での売主の権利に対する侵害者となり、この意味で無権利者の処分となり、権利者の処分の追認が必要となる（§185 II BGB）。なお前者では、所有権留保付買主が代金の完済によって当該目的物の所有権を取得しなければ、論理的には次所有権者である譲渡担保権者に対する権利取得の構成要件該当の事実は発生しないのであるが、この譲渡担保権設定の段階で、権利としての期待権の譲渡が前提される場合には、所有権留保付買主が代金を完済しても、その買主が当該目的物の所有権を取得することを排斥するのは、期待権を譲渡したので、もはや改めて所有権を取得しないという、期待権と所有権との同一視の構成が存在するからである。この意味では、譲渡担保権者が取得したのは、当該目的物の所有権ではなく、単に期待権の移転かを問うこと自体が意味を持たず、期待権の処分はすでに所有権そのものの処分となる。このように期待権の理論は、すでに条件規定の問題ではなく、期待権の譲渡を通じて生じた第三者との関係を前提とする直接的な所有権移転と結びついてしまっている。ここでは、評価すべき事態と事実状態とが区別されることはない。つまり、期待権と所有権との結びつきが意図的になされていて、いわゆる期待権と所有権供与の請求権との区別がなされていない。すなわち、所有権留保付買主と譲渡担保権者との間の譲渡担保設定において、期待権の譲渡性が持込まれることによって、所有権留保付売買での売主（所有権者）の関与を排斥しても、なお当該譲渡担保権設定の効力が当該目的物に及ぶことが当然とされている。なお、期待権と同質とされる場合の所有権供与の請求権が、譲渡担保権設定に対して、生成途上の権利と

しての老舗権などと並んで担保権の対象となり得るかもまた問題である。

他方で、所有権留保付売買での買主の処分行為を無権利者の処分と位置付ける場合には、無権利者の処分に対するの本人の追認、その結果としての追完による治癒、遡及効などが問題となる。この場合でも、無権利者の処分が期待権のような物権的な権利の取得の構成要件と直接的に結びつくかは問題である。すなわち、まず所有権留保付売買での買主の処分が、無権利者としての処分か、所有権の期待に関する権利者としての処分かが問われると、その主導権は買主にあるとされる。だが、買主からの取得者の法的地位の保護の観点から期待権説に傾き、条件的な処分が期待権の取得と位置付けられ、条件の成就をもって、所有権の取得へと強化されると解される。この場合には、条件成就前にも拘わらず買主に財産的な地位が与えられている。すなわち、現実には代金の一部の支払いの完了に、その実際的な価値が認められ、加えるに実務界での広範な所有権留保付売買の普及と当該売買を前提にした譲渡担保権の設定の一般化の結果として、所有権留保付売買での買主は、権利者としての法的地位を取得している。従って、期待権の構成は、無権利者の処分が物権的な権利の取得と直結する構成要件と結びつくかの問題を回避しているのである。

なお、ドイツでの動向として、まず、一九三三年四月四日（RGZ140, 223ff.）の判決では、所有権留保付売買での買主が当該目的物に譲渡担保を設定した場合に、その処分行為は、単に無権利者の処分ではなく、また自己の有する以上の権利を譲渡することはできないのであるが、少なくとも所有権を取得するための権利を譲渡し得るものであるとされた。すなわち、所有権留保付買主が取得した条件付権利は、期待あるいは財産権として、譲渡可能であり、さらに担保権設定可能で、かつ破産での執行の対象となり得る。だが、物自体の条件的譲渡とは違って、期待

（権）の譲渡契約、この場合の譲渡担保設定契約の要件は、買主の残代金の支払のみである。つまり、ここでは買主の残代金の支払だけで、売

第三当事者論（一）

主の協力はなくてよい。だが、売買契約当事者間では、物権的な合意の成立、物の引渡は完了しているが、また売主は給付のために要求されることを提供しているが、買主の残代金の支払との関連で、売買契約当事者間には、なお債権関係が解消されていない。従って、買主から譲渡担保権者が直接に当該目的物の所有権を取得するためには、債権者である売主の承諾を必要とする。すなわち、期待は、物権法定主義との関係で、財産権であっても、物権ではなく、かつ直接的取得（第三当事者の取得）の場合としての譲渡担保権者が所有権留保付売買の目的物を所有権留保付買主の人格を介さずに直接取得する可能性は、当該売主、買主、そして譲渡担保権者の三者で約定された場合であるとされた。

つぎに、一九五三年五月二十一日（BGHZ10, 69ff.）の判決では、譲渡担保権設定者の停止条件付所有権は、条件の成就前では占有し得る何等かの物権ではなく、また条件成就に遡及効は認められない（§§158, 159 BGB）ので、当該目的物を占有し得る権利は、譲渡担保権設定契約の当事者間の債権関係から生ずるにすぎないとされた。また停止条件付移転の目的物は善意取得の対象となり得る。問題となる善意は、移転の合意の成立と引渡の時に善意であればよく、その後の条件成就の時には問われないとされた。

さらに、一九五六年二月二十二日（BGHZ20, 88ff.）の判決では、期待は、すでに完全な権利を取得する機会としての価値を持ち、信用その他の目的のためにそれ自体が利用される可能性を持つに至っている。この期待の譲渡可能性を完全な権利を保有する者の同意の有無に関連させることは、承認された期待の権能の持つ価値を減ずることになる。従って、期待を有する者の処分はもはや無権利者の処分ではない。すなわち、期待者の処分が直接に目的物に対する期待である場合に、また間接的に完全な権利に関する処分である場合にも無権利者の処分行為に該当するわけではない。つまり、この場合の権利者である所有権留保付売主は当該目的物を誰が取得するかに関係を持たないこと、また、期待（権

に基づき間接的に他人の権利を処分することを許された者は、完全な権利の取得者の同意の下に処分行為をするのと同等と判断されるのである。このような判断を導いたのは、一定の条件の下にある買主が占める地位と所有権留保付売買における買主の地位とが比較された結果である。すなわち、所有権がなお譲渡されていないが、所有権譲渡の請求権を持つ買主は、その請求権自体につき処分可能であり、かつそれを自己の利益のために利用することができる。だが、所有権留保付であっても、当該目的物の譲渡処分に従い、かつ引渡が完了している場合には、すでに売主が給付に必要な行為のすべてを履行したことになるので、留保付買主側の売主に対する所有権供与請求権は消滅してしまっている。従って、留保付買主は売主に対して最早にも請求できない。それゆえに、留保付買主は、その地位に由来する期待（権）を根拠に、当該所有権につき処分可能性を付与されるのである。

従って、期待権者が所有権者の同意の有無に関わりなく当該期待を第三者へ譲渡すると、期待に関わる条件の成就の時に、当該目的物は、中間に介在する所有権を留保された買主の財産（das Vermögen）を通して直接に取得者（第三当事者）の所有物となるのである。かくして、期待の取得者は条件の成就をもって完全な権利を直接的に取得することが認められた。その結果、譲渡担保権者は、譲渡担保設定者の債権者による強制執行に対して異議の訴えが可能であり（§771 ZPO）、当該債権者の差押は、条件成就の場合に、当該目的物については有効でなくなる。⁽⁵⁾

そして、一九六一年四月十日（BGHZ35, 85ff.）の判決は、前掲の判決をむしろ否定し、かつ従来判決や学説を継承するものではない。だが、その傍論において、期待について要約している。それによれば、従来の期待を、明確に期待権と呼称し、その期待権は、期待権者の財産の一部であり、しかも所有権と同じものである。従って、所有権留保付買主は、その法的地位を、たとえ代金の完済前でも、所有権者と同じよ

第三当事者論（一）

うに利用することができる。つまり、所有権に適用される法規は、また所有権留保付買主の期待権にも適用される。すなわち、所有権留保付買主は、当該売主の同意なくして、期待権をもって所有権の譲渡に関わる規定に従った処分行為が可能なのである。まさに、期待権は、所有権の前段階そのものであり、所有権と本質を同じくするが、量的に不足するに過ぎないのである。⁽⁶⁾

以上のように、諸判決の推移からも概観できるのは、実務界の要請に従って、動産の譲渡担保権設定の需要に後押しされて、期待権は、他の担保権に関わる優先性の原則による競合を避けることを意図として、所有権に擬えられた。そのため、自立した期待権が、直接的な取得権として生じてきた。しかし、この期待権の譲渡が、なんらの理由もなくして必然的に直接的な取得と結びつくのは間違っている。むしろ、直接的な取得の要請が先行して、それに呼応するように期待権が法的に構成されたのである。また、期待権が所有権に擬えられることによって、本質的には無権利者の処分が、無効行為の転換の法理を介して、期待権の譲渡へと変質されることで、はじめて可能となったにすぎない。さらに、既述の判決（vgl., BGHZ20, 88ff.）の理由に見られるように、通常の買主と所有権留保付売買での買主の地位に伴う権能の差異を解消するために持込まれた期待権の譲渡という構成が、もはや売主に対して請求するものがないことを奇貨として、売主の所有権に擬えられた買主の期待権が直接的に取得者である譲渡担保権者へと移転することを導き出しているのである。従って、期待権の譲渡が直接的な取得を理由付けているとはいえないのである。

その後の判決にも期待（権）の文言が用いられている。しかし、期待権は物権そのもの、すなわち所有権か否かの性質論が当初は前提となっていたが、次第に、担保物権としての期待権自体の効力を巡って論じられるようになった。一九七九年十月二四日（BGHZ75,221ff.）の判決では、動産の所有権留保付買主が当該所有権取得の期待権を第三者（期

待権の第二取得者)へ譲渡した場合に、その第三者の承諾なくして、当該所有権留保付売買の当事者が、約定によって当該期待権で担保されている残代金債権に加えて、新しくその他の債権をも担保するとの事後的処分を通じて拡張した場合には、所有権留保付買主の行為は、無権利者の処分に該当し、たとえ売主との約定を理由としても有効とはならない。もともと、所有権留保付売買に由来する期待権について、まず代金債権の存在の善意は保護されないので、期待権の善意取得は成立しないし、また期待権が第三者へ譲渡されても、売主の解除あるいは取消によって期待権は消滅する。そして、期待権は、動産取引の規定に従って譲渡された結果、すでに前段階の所有権と位置付けられたときでも、債権行為に依存した結果に基づく権利として存在するにすぎない。しかし、期待権が所有権留保付売買に依存するものであっても、期待権の第二取得者である第三者は、たとえば残代金債権に加えて、新しくその他の債権をも担保するという買主の処分を介しての事後的な期待権への侵害的な行為に拘束されるものではない。すなわち、所有権留保に別の債権の担保を加えるという買主の第三者への不利益な処分行為は、期待権の内容を変更する法律行為であり、期待権の譲渡後の買主の行為は、契約の自由の濫用として無効に類するものであり、無権利者の行為であり、第三者の承諾が無ければ有効とはならない。この事例は、あたかも根抵当権の極度額の変更の場合(民398の5条)に類似して、利害関係人である譲渡担保権者の承諾を要することになる。これらの関係は、非占有質(たとえば動産抵当)の型で、所有権留保付売主が先順位非占有質権者であり、買主の譲渡担保権者が後順位非占有質権者となる。

つぎに、一九八六年十月十日(BGHZ92, 280ff.)の判決では、所有権留保付売買での売主は、買主を介さずに直接に第三者へ所有権を移転する方法、すなわち期待権を取得した譲渡担保権者へ当該目的物を直接移転することも可能であると前提された。すなわち、第三者のためにする契約を通じて、第三者へ給付することは可能であるが、この事例では、

第三当事者論（一）

所有権留保付買主の債権者の不動産担保権（従物も抵当権の効力（§1120 BGB）に服する）から逃れる目的で用いられているところに問題がある。従前の判決（BGHZ35, 85ff.）では、譲渡担保権による財産権の取得に対して、すでに存在する不動産担保権の優位性が承認されているが、ここでは、譲渡担保権者がたとえ期待権の強化によって所有権を取得した場合でも、譲渡担保権者は、買主の期待権に基づいて所有権の取得ではなく、直接に売主から所有権を取得したことになるので、買主が売主との約定で、期待権を廃棄して、不動産担保権を及び得ないものにしたかは問題ではないことになる。すなわち、所有権留保付買主の留保付所有権から譲渡担保権者の譲渡担保権による所有権へと移行する以前の段階での、期待権の譲渡でも、残代金債権の譲渡でもなく、本来の売主の手元にあった所有権を、買主の承諾の下に直接に、譲渡担保権者が手に入れるのである。このような手法は、損害の有無はともかく、その態様には違法性はみられないとされた。すなわち、所有権留保付売買の残代金を融資した第三者による期待権の廃棄の場合に、当該売買目的物を不動産の従物に加算するとき、それに相当する利益が融資によって現実に支払われているので、直接的には不動産担保権者への侵害とはならないのである。なお、動産の所有権取得を指向する期待権は、担保権の対象となり、かつ所有権そのものにかかなり近付いているが、しかし所有権に比べるとなお法益の小さな権利にすぎないので、権利の質権の保護をうけることはなく、それは物の質権の保護に相当するとの前提の上で、権利の質権では、質権者の承諾の下で質権を廃棄することができる（§1276 I BGB）が、この権利の質権を保護する規定を、不動産担保権の場合における不動産従物の取得に向けられた期待権に適用することはできないとされた。

そして、一九九二年二月一二日（BGHZ117, 200ff.）の判決では、家具美術商に店舗倉庫が使用賃貸された場合に、使用賃貸人には当該賃借人が持込んだ動産に対して質権を有する（§559 BGB, Vgl., 民311

条)が、この質権は、賃借人が有する倉庫商品の現在及び将来に亘る所有権に譲渡担保権が設定された場合にも、その優先順位は何等変更されない。ここでは、賃貸借の開始によって成立している質権とその後店舗に搬入される商品への譲渡担保権との優先は明らかである。それは期待権が所有権かそれとも期待権であるに過ぎないかではなく、権利一般の成立の前後の問題として扱われている。

要するに、有償性かつ双務契約を以て契約の基本とする場合に、動産所有権留保付売買における売主と所有権留保付買主に対する譲渡担保権者と、さらに買主の不動産担保権者は、共により勤勉なる債権者として把握されるべき競合関係にあるといえる。すなわち、とくに所有権留保付売主が勤勉な債権者でなければ、たとえば、登記・登録可能な動産ならば登記・登録、それが可能でないものには、ネーム・プレート、刻印などの実施を怠れば、当該動産の引渡は、前掲（一九七九年十月二四日（BGHZ75, 221ff.））判決のいう期待権の善意取得の是非の事例ではなく、所有権留保付買主への単純な委託占有物に相当するので、常に善意取得の対象となる。また、不動産担保権に対しては、従物として担保権の範囲に組込まれることを避けるには、附合における規定（民242条但書）の趣旨に従って、附合を生じさせないような対抗要件を当該動産に付与すべきである。およそ、期待（権）について、物権的合意（Einigung）と引渡が行われ物権行為が完了したことを強調するならば、解除条件付所有権移転と解し、有因行為における有償性の原理を以てするならば、停止条件付所有権移転とすればよく、いずれも当該条件付所有権の取得になお債権的な拘束を受けていることは否定できない。

他方での、法的構成としての法律的秒、すなわち、期待権をもって語られる所有権の移転の経緯は、所有権留保付売買の買主である譲渡担保権設定者の中間的な所有権取得（in die Person）を経過して、次の瞬間の後に、譲渡担保権者の所有権取得がより論理的であるとされる。これが、法論理的取得（各別の当事者の取得）である。また、この法的

第三当事者論（一）

構成は、自己代理あるいは双方代理において人格（die Person）の分離の忌避に対応して、瞬間を分解し区別することも厭わないことにも現われている。

この法論理的取得を前提にすれば、所有権留保付買主の債権者が差押あるいは強制執行を行った場合に、譲渡担保権と差押あるいは強制執行との競合問題が生じて（しかし、現実是对抗要件の具備による判定で処理されるべきであるが）、より正確な法的評価としての利益衡量が計られる可能性を含むのである。これに対して、期待権の譲渡の構成は、この種の問題を回避するために挿入されたことになる。

結局のところ、法的構成物としての期待権も法律的秒ないしは法論理的経緯も、一定の事例に対して、法律の欠缺を旗印にした、新規の構成要件の実現と法的効果の導入とを結びつけるための手段であり、かつ特定の法的思考を強制する構想である。

- (1) Ewald, O., Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, Jherings Jahrbücher 76. Band, 1926, S.233ff., 占有者である無権利者の処分行為が何等かの理由により解消された場合に、当該目的物の所有権は所有権者と占有者のいずれに返還されるのか、その事例として、相続財産のなかに他人が所有する動産が混入していたが、被相続人の書類から第三者へ譲渡されるべきと解して、当該第三者へ引き渡したが、後に被相続人によって当該契約が取消されていることを知って、相続人は第三者にその返還を求めた場合。同じ事例のうち、被相続人が当該動産を盗んでいたが、相続人はそのことを知らず、十年後に善意で第三者が取得した場合。偽造された遺言に基づいて自己の名前が相続証書に記入されていたので、相続証書を正しいものと信じて、友人に相続財産を贈与したが、友人の亡恩行為ゆえに贈与を撤回した場合。債務者に属する動産に質権を設定したが、履行遅滞を理由に競売の申立てがなされたが、債権者は執行官に競売によらない売却を申立て、それに応じた第三者が当該動産の引渡を受けたが、当該目的物に瑕疵を見付けた第三者は解除をなし直ちに債権者に返還した場合。譲渡担保設定契約がなされたが、当該目的物は債務者の物ではなかった、その後債務が弁済され、目的物を債権者から取戻した場合。譲渡担保の目的物を債権の満期前に第三者へ勝手に譲渡したが、後にそれを取戻して占

有している債権者の場合。動産の売却処分を授権されて第三者へ譲渡したが、解約可能の期間前に第三者が解除し、目的物を返還した場合。行為無能力者の不動産を譲渡させ、登記まで得た後に、第三者へ譲渡したが、自ら高価で買戻し、第三者から自己へ登記を移転させた場合。これらは、無権利者からの譲渡行為が、善意取得、権利者の事前、事後の同意、授権行為、信託の権利などによって有効と見られる場合を含む事例であり、所有権の復帰的な移転に何人が請求権者かが問題となる。これとの関連で転々とした所有権移転登記の連続の後に、原因関係が存在しないことを理由に、所有権登記を元の所有権者に復帰させる場合に、個別の抹消登記によるのではなく、最終の登記取得者からの移転登記をもって当初の所有権者へと還帰させる方式は、単純に経済的な観点にのみ依存するのではなく、すぐれて時間論理のもとでの修正であると解される。

- (2) たとえば、期待権の条件付き譲渡という理論構成が、期待権それ自体の譲渡可能性とその効果に関する法規とを導出することは、概念法学の手法そのものである。すなわち、概念法学とは、法的構成を通じて手に入れた理論的な産物を、具体的に個別の事例に当てはめて、なおも利益衡量と称して解決を計るところに生じる。従って、法論理的取得（各別の当事者の取得）か期待権による直接的な取得かの選択ではなく、また、いずれを選択しても、当事者を売主と買主とに固定化する結果になるので、これらの特定の当事者を目指した法的構成から離れたところの立場から、当事者を措定して利益衡量をおこなわなければならない。Vgl., Reinicke, G. Zur Dogmatik des Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung, NJW 1964, S.20., なお, Vgl., v. Tuhr, A., Der Allg. Teil des Deutsch. Bürgerlichen Recht, 2. Band, 1. Hälfte, 1957, S.386f., Tuhr が、追認との対比で、追完に関連して「権利が取得者へ移行する」という表現を用いるのは、処分者が権利の主体とならないこと、すなわち、処分者は権利を処分するが、しかし、権利の主体に至らないことを意味する。これは期待権の譲渡による直接的な取得を前提とすることに連なる。

Kupisch, B., Durchgangserwerb oder Direkterwerb?, JZ, 1976, S.417ff., Kupisch は、この種の事例での利益衡量は、譲渡担保権と差押債権者との間で行われるべきとする。この解決のために、直接的取得の理論が持込まれてはならない。まず、差押債権者に対して、譲渡担保権者の所有権の取得の方法は、所有権留保付買主との間で、当該目的物について譲渡のための物権的合意と占有改定による占有媒介関係の合意との二つが、現実に当該差押よりも前に、いち早く実現している。これにより、結果として譲渡担保権者である原告の所有権に何等の負担もない所有権の取得を認めることになる。

第三当事者論（一）

しかし、この問題は対抗要件の具備の問題と認識される。すなわち、譲渡担保権者といえども、当該目的物に刻印あるいは打印することによって、対抗要件をより確実なものとする努力がなされている。このような譲渡担保権者が勤勉な債権者の範疇に入ることになる。動産の即時取得における判例の立場（最判昭和三五年二月十一日民集十四卷二号一六八頁）は、譲渡担保権の善意取得にも妥当するが、前述のようなより確実にされた対抗要件の方便がつねに優先されるべきである。なお、直接的取得か法論理的取得かについては、時間的な問題の処理と論理の経過の説明との問題であり、これを恣に対立させる必要性はなく、また事例の解決を択一的に迫る結果が生じるだけである。たとえば、破産の場合に、代位の概念による責任財産として当然買主側に組入れるべきかの問題が生ずる。Vgl., Marotzke, W., Die logische Sekunde-ein Nullum mit Dauerwirkung?, AcP 191. Band, S.177ff., insb., S.196ff., さらに、同一の債権について差押通知と確定日付のある譲渡通知との第三債務者への到達の先後関係が不明である場合は、差押債権者と債権譲受人とは、合計額が供託金を超過する場合には、第三債務者が供託した金額を案分した額の供託金還付請求権をそれぞれ分割取得するとした判決がある。最判平成五年三月三十日民集四十七卷四号三三三四頁。

- (3) Wieacker, F., Die juristische Sekunde, 1962, in: Klene juristische Schriften (1988), S.77-101., Wieacker は、間接代理での代理人の自己代理による所有権取得を法律的秒で説明しようとしている。しかし、間接代理の伝統的な説明によれば、代理人は、最終的に本人の所有権取得のために、相手方からまず自己自身が所有権を取得し、その後、本人のために自己代理によって所有権を取得させるのである。従って、当初から二つの取得行為が前提になっているので、法律的な秒の説明としては的確ではない。その説明は、中間者である間接代理人のために、順次相次ぐ二つの構成要件の実現に必要な論理的な時間が設定されたか、あるいは、間接代理人自身の所有権取得の理由付けのために附加されたにすぎない。逆に、直接代理にあっては、代理人が、本人の名を顕示して、相手方と取引行為を行うが、その効果は、直接本人に帰属する。すなわち、代理人が一瞬たりとも自己に取引行為の効果を引き寄せないで、それを直接本人へ帰属させるのである。ここに第三当事者の観点を導入すると、直接代理は、相手方、代理人、本人の三者の合同行為と解される。この第三当事者の観点の場合にのみ、法律的な秒を必要としないのは、法論理的取得（各別の当事者の取得）の要件が、すでに事前に合同行為によって解明されているからである。なお、従来の法律が予定していない場合であるが、行為当事者の間に生じた法的効果が、当該当事者を超えて別人格に直接帰属する場合の

直接的取得（第三当事者の取得）には、法律的な秒ないしは空間を必要としないが、それは、法論理的な経緯を意図的に回避する手段の結果によって生じたのである。後出の一九三三年四月四日（RGZ140,223ff.）のドイツの判例によれば、期待権の譲渡について、所有権留保付売買での売主、買主、そして譲渡担保権者の三者の間に約定があれば可能であるとしている。また、不動産登記における中間省略登記がその例である。なお、法律的秒もしくは論理的秒とは、構成要件該当性と法的効果とを結びつける、すなわち、法論理的取得（各別の当事者の取得）である法論理的経緯を強調するための構成である。その法律的秒は、二つの法的効果の間に無限に小さな時間の間隔を設定するのであり、Wieacker は「単に考えられる時間の長さ」としている。自然的な時間の小さな単位の秒を前提にした、法律的な秒ということばは現象の理解を妨げている。もともと、法律的との用語に対して自然的な秒という時間の単位を転用することは必要ではない。

- (4) Flume, W., Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 1965, S.731ff., insb., S.735ff., u. Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP 161, S.385ff., insb., S.407f., Flume は、期待の譲渡性を認め、また期待それ自体は担保可能であるが、期待を理由とする第三者に対する損害賠償請求権は問題としている。他方、期待権は物権で所有権の断片であるとする判例によれば、第三者に対して所有権に基づく各種の保護請求権が認められることになる。なお期待権を所有権の一部と見ない見解によれば、第三者に対する不法行為請求権は債権である。さらに、代金の完済前に契約が解除もしくは取消されたときに、所有権留保付売主は、第三者に対して買主の下へ返還させるか、自己への返還を請求できるかについては、この段階では、なお未解決である。

これに対して、Blomeyer は所有権留保付売買での買主が所有権者であることを明言する。それが所有権留保付売買での当事者の目的にも合致するからである。Blomeyer, A., Studien zur Bedingungslehre, 1938/9, 1. Teil u. 2. Teil, S.172f., u. Eigentumsvorbehalt und gutgläubiger Erwerb, AcP 153. Band, S.239, insb., S.248f., u. Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP 162. Band, S.193, Vgl., Lempenau, G., Direkterwerb oder Durchgangserwerb bei Übertagung künftiger Rechte, 1968, S.69ff., によれば、期待権の論理的展開に反して、多様な物権相互間の優先順位は、その権利が時において先に成立するか、そしてその当該目的物に対して何人が善意取得するかとの二つの基準によって定まることを指摘する。

- (5) BGHZ20, 88ff., なお、所有権留保付売買での買主への債権者による差押は、当該目的物の所有権の差押か、期待権の差押か、物ないしは所有

第三当事者論（一）

権の差押による期待権の差押かが問われる。これらの場合に、当該目的物の留保付売主の所有権を前提にすると、買主の債権者による目的物への差押は、売主への権利侵害であり、その権利の領域への侵入は権限がないので、違法性を帯びる。そこで、売主の所有権と直接関連しない、期待の差押、権利の差押（§ 857ZPO）、（die Doppelpfändung）、その他の財産権への強制執行などは可能となる。しかし、期待そのものが担保される一方、代金の完済による条件の成就の結果、期待とその担保権も消滅すると解釈することはできない。結局のところ、結果として期待の担保は当該目的物そのものの担保としなければならない。このように物の差押に対する売主の異議の訴え、それを避けるための権利の差押、すなわち期待権の差押、そして代金完済による期待権の消滅、その担保権も消滅という一連の連鎖の切断は、期待権をそれ自体として利用し（担保化も含む）、譲渡し得るとの構成から出発して、結果として、期待権の所有権との類同性へと必然的かつ論理的に帰結する。そのため、期待権には、物権法の規定の適用に止まらず、強制執行および物の差押の規定の適用などに亘ることになる。そのため、期待権に対する所有権との同質性の認識が、譲渡担保権者の当該目的物の所有権取得を導くので、買主の債権者の差押は効力がないことになる。

- (6) BGHZ35, 88ff., この事例では、土地所有権者が、所有権留保付売買で購入した従物につき、その代金の完済前に譲渡担保設定契約を行った。これに対して土地抵当権者が土地について強制執行を行い、かつ従物（§ 1120 BGB）を抵当権の下に押収した。この場合に、譲渡担保権者が原告となって異議の訴えを提起し、かつ従物の所有権が代金の最終部分の支払を以て直接に自己に帰属するので、当該従物は抵当権の及ぶ目的物に該当しないと主張したが、認められなかった。その理由は、譲渡担保権の目的物が所有権留保付売買によるので、当該目的物の所有権者は売主であり、他方買主は、当該目的物に関わる期待権を譲渡することができるだけである。従って、この期待権は、抵当権における従物と同じ扱いを受ける対象に過ぎず、不動産担保権に服するのである。また、残代金の支払がなされても、結果は同じである。不動産担保権設定の後に設定者の債務者から所有権の譲渡を受けても、当該目的物に担保権は及び、取得者は担保権付のものを取得するに止まるのである。さらに、法律は、所有権留保付売買での買主を介さずに売主から直接に取得することを予定していない。だが、期待権の譲渡を認める見解によれば、代金の最終部分の支払によって、期待権を有する譲渡担保権者は、所有権留保付売主から所有権を直接取得することが前提となっている。これは、期待権の譲渡を通じて留保付買主が、所有権者である売主の同意もしくは承諾なくして、当該所有権に関する条

件的先行処分を行うことを認めることになる。しかし、買主は、期待権の譲渡を通じて、間接的に完全な権利、すなわち所有権を処分するが、また同時に当該目的物が従物として担保権の評価の対象であることを認識していたといえる。この直接的取得による理論の導入を認めると、当該目的物は抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲に属さなくなり、従って、譲渡担保権者の異議の訴えは認められることになる。これは、明らかに期待権に対する過剰な構成が誤った判断を惹起させた結果であって、認められるものではないとされた。なお、この場合でも、附加一体物に該当するかの問題ではなく、抵当権の効力が当該目的物に及ぶときには、譲渡担保権者は、ネームプレートの設置、目的物への刻印、打印、もしくは占有改定から現実の占有など、考え得る可能な方法で抵当権と対抗できる手段を取るべきである。この場合に、当該売主と買主の関係ならばともかく、当該売買関係に第三者が関連したときは、期待権が理由となるのではなく、対抗要件の具備がその関係を解決することになる。