

Einrede des nichterfüllten Vertrages auf den Dritten

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/18591

契約当事者以外の者に対する同時履行の抗弁権——留置権との関連で——

尾 島 茂 樹

- 一 はじめに
 - 二 従来の考え方
 - 1 物権と債権の峻別
 - 2 債権の当事者間における効力、第三者に対する効力と物権
 - 3 同時履行の抗弁権と第三者に対する効力
 - 三 若干の検討
 - 1 契約当事者以外の者に対して主張できる同時履行の抗弁権の有用性——留置権との関連で——
 - 2 契約当事者以外の者に対して主張できる同時履行の抗弁権
 - 四 おわりに
- 一 はじめに

「双務契約当事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得」る（民法五三三條）。これは同時履行の抗弁権と呼ばれている。わが国の民法上、同時履行の抗弁権は双務契約の効力として規定されており、その根拠は当事者間の公平に求められる。

ところで、同時履行の抗弁権は契約法上（債権法上）の権利であるから、従来、それを契約当事者以外の者に

対して主張できないことは、当然のこととされてきた。しかし、極めて限定的な事実関係のもとではあるが、契約当事者以外の者からの請求に対して同時履行の抗弁権を主張し得る（のと同じ結果が生ずる）場合があることが、論じられている。¹ 本稿は、このような「同時履行の抗弁権の第三者効」の可能性・有用性という問題に限定して若干の検討を加え、拙ない試論を示すことを目的とする。²

二 従来の方え方

1 物権と債権の峻別

民法上の大原則として、物権と債権の峻別が行われ、³ それぞれの効力も明確に区別されている。すなわち、物権は物に対する直接支配権と観念されるのに対して、債権は人に対する請求権と観念される。そして、それを法律的にみるときは、例外があるものの、⁴ 排他性の有無が両者の根本的な差異であるとされる。これに対して、物権が絶対権ないし対世権であり、債権が相対権である、という対比については、正確でないとされる。このことは、次のように説明される。すなわち、①債権が特定人に対する権利であるということは、債権の内容については、利である、これに対する物権の特質は、物に対する直接の支配が対応している、②物権がすべての人に対する権利であるとは、物権の内容が法律上すべての人に対する関係において保護され、すべての人がこれを侵害してはならない義務を負うことを意味するのであって、このことを債権について対比すれば、債権者が債務者の給付を請求してこれを受領することが法律上すべての人に対する関係において保護されるかが問題なのであって、第三者の債権侵害の可能性を含めて考えれば、この限りにおいては、債権にも絶対性（対世的性質）が認められるというようにである。⁶ しかし、このことは、債権の内容の実現を第三者に対し主張できるということの意味するも

しては、物権は物に対する支配権だから、(結果として)物権の内容の実現をすべての人に主張できるが、債権は人に対する請求権だから、債権の内容の実現を請求できる相手方は、債務者に限られる、ということが、従来から当然の前提とされていたことは間違いない。

また、普通、物権の効力として、優先的効力と物上請求権(物権的請求権)があげられる。前者は、内容の衝突する物権相互間においては、その効力は物権成立の時の順序に従う(ただし、對抗要件制度による修正あり)という「物権相互間の優先的効力」と、債権の目的となっている物に物権が成立するときは、物権が優先する(ただし、登記制度、特別の法律・規定による修正あり)という「債権に優先する効力」に大別されるが、以下では「債権に優先する効力」が本稿の主題と関連している。⁶¹⁾

2 債権の当事者間における効力、第三者に対する効力と物権

債権を第三者に対し主張できない典型的な具体例としては、「貸したお金は貸した相手(保証人も含めた債務者)に対してのみ返還請求できる」という極めて単純なものが考えられるが、物権が絡む典型的な具体例としては、「売買は賃貸借を破る」が考えられる。すなわち、Aが自己所有の物をBに賃貸しているときに、AがCにその物の所有権を譲渡すると、Bの賃借権がCに対抗できない限り、Cの所有権に基づく請求(たとえば、物権的返還請求権)にBは応じなければならないというものである。これは、上述した、債権の相対性、及び物権の「債権に優先する効力」によるものである。すなわち、一方で、Bの賃借権は、対抗力を備えた不動産賃貸借権のような例外的場合を除き、債務者でないCに対して主張できず、他方で、Cの取得した所有権はBの賃借権に優先するのである。

しかしながら、「このことと、」《法諺》なにびとも、自己が有する以上の権利を他人へ譲渡することはできない

(Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam habet.)」との関係は、少し説明を要するようと思われる。当然、この法諺も、動産の即時取得、表見代理など、取引の安全が要求される場面では、道を譲らなければならぬ。しかし、前述した「売買は賃貸借を破る」の事例では、取引の安全は無関係ではないだろうか。具体的には、仮にCがBの貸借権について悪意であっても、「売買が賃貸借を破る」ことについて、原則として結論は変わらないはずである。そうだとすると、Bの有する貸借権とCの取得した所有権との関係について、少し説明を要するだろう。

ところで、先の例で、AがBに自己所有の物を賃貸しているとき、Aがその物に対して有している所有権はどのような状態にあるのだろうか。物権と債権の峻別論を前提とすると、仮にBの有している権利が地上権などの物権(制限物権)であれば、Aの所有権がその限りで制限され、物権的請求権そのものが発生しないと考えられる。⁽⁸⁾ それでは、Bの権利が貸借権という債権である場合には、地上権による場合と同じ意味でAの所有権が制限されていると考えられるのだろうか。Aが賃貸借関係に基づく返還請求(債権に基づく返還請求)を賃貸借契約の終了までできないことは当然として、Aが所有権に基づく返還請求(物権に基づく返還請求)を賃貸借契約の終了前にした場合、その請求は認められるのだろうか。⁽⁹⁾

この問題について、第一に、所有権に基づく物権的請求権そのものは、常に成立するとする考え方があり。すなわち貸借権が物権的請求権の成立そのものの障害となることはなく、ただそれに対する抗弁権を生ずるにすぎないと考えるのである。⁽¹⁰⁾ 第二に、占有者が占有すべき権利を有する場合には、物権的請求権は成立しないと考える方があり。⁽¹¹⁾ いずれの理由付けを採用しようとも、結論の妥当性からみて、このような結論自体に異論はないと考えられるが、その根拠とするところは、いまだ曖昧であるように思われる。すなわち、賃貸借の存在によって所有権に基づく物権的請求権が成立しない、あるいは賃貸借の存在によって抗弁権が生ずるのであれば、その

限りにおいて所有権（の効力）が何らかの形で「制限」されていると考えざるを得ないのであるが、物権である所有権（の効力）が債権である貸借権によっていかに「制限」されるのかを、理論的に説明しなければならぬのである。⁽¹²⁾

思うに、結局、このような場合、所有権の受けている「制限」が対人的なものにすぎないということが、強調されるべきである。このことは、所有権に基づく物権的請求権に対して「抗弁権が生ずる」に過ぎないと考えるときにはまったく問題がないが、「所有権に基づく物権的請求権が成立しない」と考えるときにはなじみにくいかもしれない。しかし物権的請求権が成立しないのはあくまで対人的なものであり、たとえば第三者が占有を奪ったような場合には、所有者にその第三者に対する物権的請求権が成立するのであるから、問題はないだろう。

以上の検討に鑑み、物権との対比という観点では、貸借権をはじめとする債権の存在からは、物権に基づく請求に対して対人的な請求権、あるいは対人的な抗弁権ないし抗弁が生ずると考えられているということができよう。そこで、そのような状況にある物権が第三者に譲渡された場合には、たとえば、「売買は貸借を破る」という状況が生ずることになるのである。

3 同時履行の抗弁権と第三者に対する効力

同時履行の抗弁権⁽¹³⁾は双務契約の効力として規定されているが、それが生ずる典型的な事例は、売買契約である。すなわち、Xがその所有の物をYに売り渡した場合を考えれば、Xの売主としての債務の履行（条文中では、財産権（所有権）移転債務。より具体的には、引渡債務。不動産であれば、それに加えて登記移転債務）と、Yの買主としての債務の履行（代金支払い債務）は、別に特約のない限り（民法五三三条但書など）、同時に履行されるべきことになる。また、このことは、Yがその所有の物をXに修理してもらったような場合の、Xの引渡債務

とYの代金支払い債務にも、同様にあてはまるとされる(同時履行の抗弁権の準用ないし類推適用)。この場合は、厳密な意味で双務契約の対価的關係にある債務ではないが(双務契約としてYの代金支払債務と対価的關係にあるXの債務は、「修理すること」であり、論理的にXの債務は先履行債務である。他方で、Yの代金支払い債務と同時履行関係にあるのは、Xの引渡債務である(民法六三三条)、同時履行の抗弁権に服していると考えられているのである。¹⁴⁾

以上のような事例では、同時履行の抗弁権のほかに、同時にX、xに留置権が発生する可能性がある(民法一九五条)。そして、このような場合に生ずる同時履行の抗弁権と留置権の競合の問題が議論されている。¹⁵⁾ 通説・判例によれば、同時履行の抗弁権と留置権の競合が肯定され、当事者は選択的主張が可能であるとされている。¹⁶⁾ として、通説によれば、YがZに目的物を転売し、あるいはYがzに目的物の所有権を移転したような場合には、Z、zの所有権に基づく引渡請求に対しては、X、xは、もはや同時履行の抗弁権を行使し得ず、留置権の主張をなし得るのみである(より正確には、X、xは、XY間、xY間で生じた留置権を、Z、zに対して主張することができる)¹⁷⁾とされてきた。このことは、一方で、同時履行の抗弁権が債権法上の権利であることから第三者に主張できないことが当然視され、他方で、留置権は物権であるから、第三者にも主張できるということ(これを当然の前提にしていたことによる)。¹⁸⁾

これとは異なり、少数説として、物権法上の権利たる留置権を一般法の問題として捉え、契約法上(債権法上)の権利たる同時履行の抗弁権を特別法の問題として捉えることにより、特別法は一般法に優先するから、両者の成立要件が満たされる場合には留置権は成立しないと考える方がある。この考え方によれば、目的物が転売されたような場合にのみ留置権の意義があることになる。¹⁹⁾ この考え方では、通説の考え方と比較して、同時履行の抗弁権と留置権の競合を否定するという点に差異があるにすぎない。

さらに、契約関係の問題として同時履行の抗弁権に服する場合には、後に目的物が転売されたような場合でも、同時履行の抗弁権の問題として扱うべきだとする見解がある。²⁰この考え方によれば、転売のケースにおいて、Zが譲り受けた権利はXに対する引渡請求権（引渡債権）であり、²¹この債権の請求権には同時履行の抗弁権が付着するから、XがYに対して有する同時履行の抗弁権をZに対しても主張できるとする。²²

三 若干の検討

1 契約当事者以外の者に対して主張できる同時履行の抗弁権の有用性——留置権との関連で——

現在、留置権の成立範囲について、いまだ曖昧な要素が残されている。すなわち、従来の留置権の成立に関する議論では、「牽連関係」の有無という要件によって留置権の成否が検討されてきたのであるが、結局、留置権を認めるべき場合には「牽連関係」ありとし、留置権を認めるべきでない場合には「牽連関係」なし、としてきたに過ぎないのではないだろうか。²³この意味では、留置権の成立要件たる「牽連関係」の基準として通説が主張する二基準、すなわち①債権が物自体から生じたものであること、または②債権が物の返還請求権と同一の法律関係または同一の生活関係から生じたものであること、²⁴が基準としては抽象的過ぎるという批判は正しいだろう。

特に、判例でもしばしば問題となる売買契約関係が絡む事例では、留置権の成立を認めると、對抗要件制度との衝突が不可避となる。²⁵このような事例について、判例は、①間接強制関係にない、あるいは②物自体を目的とする債権については牽連関係は認められないという理由で、留置権の成立を否定しているが、①については、当初から債務者以外の者の所有である物にも留置権の成立を認めることを説明できず（たとえば、第三者の所有物を修理に出したような場合）、②については、次に示すように、少なくとも当事者間では留置権を認めるだろう事

例について説明ができない。すなわち、たとえば、Y所有の土地についてY↓Xの売買契約が成立し、Xは代金を支払い、土地は既にXに引渡済みであったが、Yが期限までに登記を移転しない（履行遅滞）ので、Yの債務不履行によりXが契約を解除した場合に、通説は、代金返還請求権（損害賠償請求権）∥物自体を目的とする債権（及びその変形債権）を被担保債権とする留置権をXの占有する売買目的土地について認めるだろう。

そこで、このような難点を回避するための一つの方策として、契約関係が存する場合には、すべて留置権の成立を否定し（この限りにおいて、留置権の成立範囲に関する問題を回避できる）、同時履行の抗弁権によることを考えられる。現に、契約関係が結んだ留置権の成立に関する従来の判例を検討すると、原則として、当事者間に同時履行の抗弁権が認められるべき場合に留置権が認められ（一部、次に述べるような「第三者に対抗する」場合も含む）、同時履行の抗弁権が認められない場合に留置権が否定されていると考えられるのである（次頁以下の別表参照。この趣旨に適合しない下級審判決は破棄されている）⁽²⁶⁾。そこで、契約関係が存する場合は留置権をすべて否定し、同時履行の抗弁権を認めよう。同時履行の抗弁権を契約当事者以外の者に対しても主張し得るものとすれば、留置権に関する通説・判例が抱える問題点、すなわち、留置権の成立範囲が極めて曖昧である、あるいは成立要件を理論的に首尾一貫してたてることができないという問題を、この限りにおいては回避することが可能であり、⁽²⁷⁾さらに、目的物の引渡を拒むことができるか否かの点においても違いがないのである。

2 契約当事者以外の者に対して主張できる同時履行の抗弁権

従来の考え方に従えば、仮に契約関係が存する場合には同時履行の抗弁権のみを認め、留置権の成立を否定する（競合を認めない）とすると、たとえば、甲↓乙↓丙と物が転々譲渡された場合に、乙が代金未払いであるにもかかわらず丙が甲に引渡を請求すると、甲はこれに応じざるを得なくなるのではないか、という疑問が生じよ

留置権の成立に関する大審院・最高裁の判決

番号	裁判所・判決年月日・掲載誌	留置権	留置権主張者－引渡・返還請求者	被担保債権 (債務者)
①	大判大9.10.16民録26-1530	×	対抗できない借地人－新地主	損害賠償請求権(前地主)
②	大判大11.8.21民集1-498	×	対抗できない借地人－新地主	土地を使用収益し得る債権(前地主)
④	最判昭34.9.3民集13-11-1357	×	不動産の譲渡担保権設定者－譲渡担保関係継続中の譲受人	損害賠償請求権(譲渡担保権者)
⑤	最判昭38.2.19裁判集(民事)64-473	○	解除された土地の売買の買主－売買契約解除後の売主からの譲受人	代金返還請求権(解除された売買の売主)
⑦	最判昭43.11.21民集22-12-2765	×	登記を得ていない建物二重譲受人－登記を得た二重譲受人	損害賠償請求権(売主)
⑧	最判昭47.11.16民集26-9-1619	○	土地建物の順次譲渡の第一売主－第二買主	残代金債権(第一買主＝第二売主)
⑩	最判昭51.6.17民集30-6-616	×	無効の売買の買主からの譲受人－無効の売買の売主	損害賠償債権(無効の売買の買主)
⑪	最判昭52.12.2金判541-11	×	換地処分によって貸借権を失った賃借人－仮換地処分を受けた新土地所有者	損害賠償請求権(換地処分を受けた土地の元の所有者＝元賃借人)
⑭	最判昭58.3.31民集37-2-152	○	代物弁済子約の弁済者－子約完結・所有権確定移転後の被代物弁済者からの買主(清算金支払未了について悪意)	清算金支払請求権(被代物弁済者)
⑱	最判昭62.7.10金法1180-36	×	土地の売買契約の売主－売買契約解除後の買主からの転買人の承継人(登記あり)	価格返還請求権(解除された売買の買主)

留置権の成立に関する主要な下級審判決・決定等

番号	裁判所・判決年月日・掲載誌	留置権	留置権主張者－引渡・返還請求者	被担保債権 (債務者)
③	東京高判昭24.7.14高民集2-2-124	○	取り消された売買の買主－取り消された売買の売主	不当利得返還債権(売主)
⑥	千葉地判昭38.6.17下民集14-6-1148	○	無断増築をした建物の使用借人－使用貸人	増築費の償還請求権(使用貸人)
⑨	東京高判昭49.7.19高民集27-3-293	×	自動車の所有権留保持約付売買の買主からの転買人－留保売主	代金不当利得返還請求権・損害賠償請求権(転売人)
⑫	東京高決昭56.4.28判時1004-62	×	抵当権の履行によって所有権を失った建物買主－競落人	有益費(競落人)
⑬	東京高決昭57.11.18判時1067-49	○	解除された土地建物の売買の買主－(解除前に設定された抵当権に基づく)同不動産の競落人	売買代金返還請求権(売主)
⑮	仙台高判昭59.8.31判タ539-346 (⑬の原審)	○		
⑯	大阪地判昭61.4.22判タ629-156	○	競落人に対抗できない建物転借人－競落人	占有者としての費用償還請求権(競落人)
⑰	東京高決昭61.11.6判タ644-135	×	登記を得ていない建物譲受人－抵当権に基づく競落人	損害賠償請求権(売主)
⑲	東京地執行処分平4.8.13判タ794-253	×	賃借権及び賃借地上の建物を土地所有者に売却した競売土地の賃借人－抵当権者	賃借権及び建物の売買代金(土地所有者)
㉑	東京地執行処分平4.9.3判タ796-233	×	土地建物の売主－買主から抵当権の設定を受けた者	売買代金清算金請求権(買主)

判例評釈等一覧表

(○印の番号は別表の判例番号に対応している)

- ②我妻栄『判例民法(2)(大正11年度)』316頁以下(大正13年)
- ④我妻栄・法協78巻3号345頁以下(昭和36年)
真船孝允・曹時11巻12号76頁以下(昭和34年)('最判解民昭和34年度'所収)
柚木馨・民商42巻3号358頁以下(昭和35年)
- ⑦鈴木重信・曹時21巻7号1465頁以下(昭和44年)('最判解民昭和43年度下'所収)
伊藤高義・民商61巻3号121頁(昭和44年)
荒木新五『担保法の判例II』141頁以下(平成6年)
- ⑦⑩鈴木祿弥・判タ496号21頁以下(昭和58年)('物的担保の分化'所収)
- ⑧小倉顕・曹時25巻9号120頁以下(昭和48年)('最判解民昭和47年度'所収)
平井一雄・金判373号2頁(昭和48年)
平田浩・民商69巻6号127頁以下(昭和49年)
荒川重勝・判評182号15頁以下(昭和49年)
伊東乾=山下正彦・法学研究(慶応義塾大学)47巻2号237頁以下(昭和49年)
伊藤英樹・法学研究(愛知学院大学)17巻1・2号337頁以下(昭和49年)
下森定・法協92巻4号475頁(昭和50年)
田中整爾『新版・判例演習民法2物権』195頁以下(昭和57年)
中森宏『民事訴訟法判例百選(第2版)(別ジュリ76号)』224頁以下(昭和57年)
野村豊弘『担保法の判例II』122頁以下(平成6年)
- ⑨王義郎・ジュリ670号164頁以下(昭和53年)
河野玄逸『担保法の判例II』131頁以下(平成6年)
- ⑩藤原弘道・民商76巻5号75頁以下(昭和52年)
伊藤昌司・法時49巻2号98頁以下(昭和52年)
高木多喜男・ジュリ642号(昭和51年度重判)60頁以下(昭和52年)
米倉明・法協95巻2号420頁以下(昭和53年)
東條敏・曹時30巻3号134頁以下(昭和53年)('最判解民昭和51年度'所収)
高崎尚志『民法判例百選I(第2版)(別ジュリ77号)』182頁以下(昭和57年)
高崎尚志『民法判例百選I(第3版)(別ジュリ104号)』172頁以下(平成元年)
- ⑫清水元・判タ472号40頁以下(昭和57年)
- ⑬三宅正男・判評293号30頁以下(昭和58年)
副田隆重・判タ507号81頁以下(昭和58年)
- ⑭無署名・法時55巻7号178頁以下(昭和58年)
遠藤賢治・ジュリ796号89頁以下(昭和58年)
東法子・手研358号70頁以下(昭和58年)
鎌田薫・法セ351号50頁(昭和59年)
鈴木祿弥・判タ511号31頁以下(昭和59年)('物的担保の分化'所収)
遠藤賢治・季刊実務民事法4号192頁以下(昭和59年)
甲斐道太郎・民商91巻2号83頁以下(昭和59年)
平井一雄・金判683号47頁以下(昭和59年)
堀龍兒・判タ522号92頁以下(昭和59年)
相原東孝・ジュリ815号(昭和58年度重判)63頁以下(昭和59年)
関武志・帝京法学15巻1・2号181頁以下(昭和60年)
遠藤賢治・曹時40巻3号103頁以下(昭和63年)('最判解民昭和58年度'所収)
尾崎三芳『担保法の判例II』94頁以下(平成6年)
- ⑮本田純一・判タ543号116頁以下(昭和60年)
伊藤進・法時57巻6号121頁以下(昭和60年)('物的担保論'所収)
関武志・帝京法学15巻1・2号219頁以下(昭和60年)
- ⑯平井一雄・法時60巻6号90頁以下(昭和63年)
- ⑰牧山市治・金法1194号17頁以下(昭和63年)
平田春二・名経法学創刊号139頁以下(平成6年)
- ⑱角紀代恵・判タ809号57頁以下(平成5年)
内田勝一『担保法の判例II』147頁以下(平成6年)

う。このとき、所有権の転売の法的性質を前に示したような「引渡價権の譲渡」というように解せば、甲は丙に對して同時履行の抗弁権を主張できるといふ結論を容易に導くことができる。しかし、私には、必ずしもそのような前提を採用しなくとも、同様の結論を導くことができるように思われる。

すなわち、前に掲げた転売の例では、乙の所有権は甲から承継取得したものである。すなわち、目的物について、甲は前主であり、乙は後主である。したがって、乙の所有権は甲の所有権を前提とし、甲から承継移転を受ける必要がある。そして、所有権が甲から乙へ完全に移転するためには、乙は甲に代金を支払わなければならない。乙は、代金を支払わない限り、所有権を完全に甲から承継取得することはできない。したがって、代金を支払わない限り、所有権に基づく物権的請求権（引渡請求権）は、同時履行の抗弁権の存在ゆえに成立しないか、同時履行の抗弁権に服する。いいかえれば、乙の所有権は、甲が主張し得る同時履行の抗弁権によって「制限」されているのである。このことは、甲及び乙が売買契約の当事者であることから当然のことと考えられる。

そして、丙は、その物を乙から承継取得したのであるから、目的物について、乙は前主であり、丙は後主であるが、さらに丙にとっては甲も前主である。すなわち、丙の権利取得の前提となる権利を有していたのが甲であるから、丙は、間接的にはあるが、甲からも承継取得する必要がある。したがって、丙の所有権は、甲が主張し得る同時履行の抗弁権によって「制限」されているといえるのではなからうか。確かにこの「制限」は对人的なものであるが、この制限を受ける乙から所有権を譲り受けた丙はこの「制限」に服するといえるのではなからうか。すなわち、丙が甲に對して所有権に基づく物権的請求権（引渡請求権）を行使しようとしても、それは乙に對する甲の同時履行の抗弁権のゆえに成立しないか、あるいは乙に對する甲の同時履行の抗弁権に服するといえるのではなからうか。

このような結論を採用するに際して決定的なことは、甲と丙が同一目的物の前主・後主の関係にあることであ

る。この場合、民法一七七条に関する議論においても、甲は丙の登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有するものといえず、「第三者」には該当しないとされている。²⁹⁾すなわち、前所有者にすぎないような者は、(当事者に準じて)登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有するものではないとされているのだが、同様のことが同時履行の抗弁権の場合にも該当すると考えられる。要するに、前に掲げた転売の例では、甲と丙は前主・後主の関係にあるから、当事者に準ずる関係にあり、したがって乙に対する甲の同時履行の抗弁権は、丙に対しても主張できると考えられるのではなからうか。いいかえれば、丙が譲り受けた所有権は甲の所有権を前提としたものであり、その限りにおいて、「甲から移転されたものであることが丙の所有権にも影響を与えると考えることができるのである」³⁰⁾

以上の論述から明らかかとおり、私は、同時履行の抗弁権の対抗力について物権同様にすべての者に対して対抗できる、と主張しようとしているのではけっしてなく、厳密な意味での契約関係には立たないが、それと同視し得る者に対しては同時履行の抗弁権を対抗できるとする余地があるのではないか、という試論を主張しているのである。

なお、同時履行の抗弁権は「抗弁権」であるから、ある請求に対する「対抗手段」であり、積極的・攻撃的に行使される権利ではない。通常は、契約当事者間で問題となるが、以上にみたように、契約当事者に準ずる者からの請求に対しても同様に機能し、「対抗手段」とされる場合があつてよいと考える。³¹⁾

ところで、このような事例と、甲が乙から乙の所有物を賃借しており、乙↓丙の譲渡がなされた事例とは、明確に区別されなければならない。乙は、賃借関係が継続する限り、甲に対して返還請求権を行使できないが、先に検討したように、この「制限」は对人的なものに過ぎない。そして、甲と丙は前主・後主の関係にないから、純粹に甲の賃借権の対抗力の問題となる。丙は甲の権利(賃借権)を前提とすることなく、乙から制限のない所

有権を取得できるのであり、この事例では、「売買は賃貸借を破る」ことになる。

四 おわりに

留置権に関する議論を検討すると、当事者間に契約関係が存するときには、事実上、同時履行の抗弁権、あるいはそれに準ずるものが認められる場合に限って、留置権が認められていると考えられる。従来 of の考え方では、同時履行の抗弁権を契約当事者以外の者に主張することができないとされてきたため、当然のごとく留置権の問題とされてきた事例は、実は、契約当事者以外の者にも主張できる同時履行の抗弁権を認めることにより、同時履行の抗弁権の問題の事例として扱うことができ、これにより、従来、極めて曖昧であった留置権の「牽連関係」に関する議論を、この限りで明確にできるものと考ええる。

以上述べたところは、はじめに述べたとおり、課題を「同時履行の抗弁権の第三者効」という問題に限定し、その可能性・有用性を検討するに留まり、いまだ試論のスタートラインに過ぎない。しかしながら、このような考え方が、現在までの留置権、及び同時履行の抗弁権に関する議論に何らかの寄与を与えることができればと思う。

- (1) 三宅正男「契約法(総論)」(昭和五三年・青林書院新社) 五四頁以下、同「判批」判評二九三号三〇頁以下(昭和五八年)、鈴木祿弥「最近担保法判例雑考(八)」判タ五一号三四頁(昭和五九年)、同「留置権の内容とその効力」加藤一郎、林良平編「担保法大系2」(昭和六〇年・金融財政事情研究会) 八二頁(上記)論文は、同「物的担保制度の分化」(平成四年・創文社) 所収、同「物権法講義(三訂版)」(昭和六〇年・創文社) 二九六頁以下、同「物権法講義(四訂版)」(平成六年・創文社) 三二二頁参照。

なお、同時履行の抗弁権の成立に関し、一般に、双務契約上の相対立する債務が一個の双務契約から生じたものである限り、反対給付の債務者が第三者であろうとも差し支えないと考えられているが、そこで想定されているのは、相続・債権譲渡・債務引受などにより債権・債務が同一性を失わないで移転した場合であり、本稿で問題とする状況とは異なる。注(18)参照。

また、割賦販売法三〇条の四が想定するような場合においても、同時履行の抗弁権が第三者に対抗される関係が生ずるが、問題を異にするため、本稿では取り扱わない。

(2) したがって、同時履行の抗弁権や、一定の場面でそれと同様の機能を果たす留置権について包括的な検討を加えるのではなく、一定の目的のもとでの結論について、従来の枠組みの範囲内における一つの可能性を示すに留まる。そこで、同時履行の抗弁権の本来の適用場面ではない履行拒絶を「契約上の履行拒絶権」として構成し、類似の結論を導く、清水元「留置権」概念の再構成(一)(二)(三)(四)完(東北学一七号一頁以下、二四号八七頁以下、二五号一頁以下、二六号三五頁以下(昭和五六年一六〇年))のような考え方そのものは、検討の対象外とする。

(3) 物権と債権の峻別論、特にドイツの議論については、赤松秀岳「物権概念の『柔軟化』について」同法三六卷一一二号一三二頁以下(昭和五九年)、同「ドイツにおける物権・債権峻別論の展開」私法四九号一四七頁(昭和六二年)、さらに、同「物権・債権峻別論とその周辺」平成元年・成文堂(一部は、前記の論文を原型とする)参照。

(4) 我妻栄(有泉亭補訂)「新訂物権法」(昭和五八年・岩波書店)一六頁以下参照。

(5) たとえば、我妻栄「新訂債権総論」(昭和三九年・岩波書店)八頁参照。

(6) 我妻・前掲注(5)八頁以下参照。

(7) 我妻(有泉補訂)・前掲注(4)一八頁以下。

(8) 貸借関係終了後の物権的返還請求権と貸借借終了に基づく返還請求権の関係については、加藤雅信「物権的請求権と契約上の請求権、不当利得返還請求権」星野英一編集代表「民法講座別巻2」(平成二年・有斐閣)一七六頁以下参照。

(9) 川島武宜「新版所有権法の理論」(昭和六二年・岩波書店)一一五頁参照。なお、この議論は、請求権競合を前提としている。

(10) 同前・一一四頁以下。ただし、物権的請求権が特定人との具体的関係である点から、貸借権のような債権の存在は物権的請求権の成立そのものを妨げるとなす方向へ傾くであろうとされ、次に本文に示すような第二の考え方への移行可能性が示されている。

(11) 近時の通説といえよう。我妻(有泉補訂)・前掲注(4)二二三頁、四宮和夫「請求権競合論」(昭和五三年・一粒社)一三六頁以下など参照。四宮・前掲本注一三六頁は、「わが国の近時の学説は、占有者が占有すべき権利を有する場合には、(イ)所有

権に基づく返還請求権 (rei vindicatio) —— 筆者注) は成立しない、と解しており、ドイツでも、ドイツ民法九八六条一項の「引渡を拒絶することができる」を「抗弁」(抗弁権ではない)と解してわが国の学説と同じような考え方を採るものが、有力になりつつある。貸借の場合を例にとつていえば、貸借人が貸借借付中賃借人に対して「返還」を有しないと考えることには、ほとんど問題がないのである」とする。貸借の存在により、「抗弁権」でなく「抗弁」が生ずると解することにより、物権的請求権の成立自体を否定するのである。

(12) なお、奥田昌道「所有権と占有者と法律関係の一考察(一)」法叢七九卷三号一頁以下(昭和四一年)、同「請求権概念について」法叢八二卷二二三四号三五頁以下(昭和四三年)参照。

(13) 同時履行の抗弁権については、柚木肇「同時履行の抗弁権」総合判例研究叢書民法(2)(昭和三年有斐閣)一一一頁以下、椿寿夫「同時履行の抗弁権」契約法大系刊行委員会編「契約法大系I(契約総論)」(昭和七年有斐閣)二二七頁以下、広中俊雄「同時履行の關係はどういう場合に認められるのか」幾代通II鈴木禄弥II広中俊雄編「民法の基礎知識I」(昭和九年有斐閣)一一三頁以下、椿寿夫「詐欺による取消と同時履行の抗弁権・留置権」奥田昌道ほか編「民法学3」(昭和五年有斐閣)二二二頁以下、斐閣「一頁以下、神崎克郎「同時履行の抗弁権の適用範囲」奥田昌道ほか編「民法学5」(昭和五年有斐閣)二二二頁以下、石川利夫「同時履行の抗弁権」森島昭夫編「判例と学説3 民法II(債権)」(昭和五年日本評論社)一三九頁以下など参照。さらに、注(15)に掲げた文献参照。

(14) 同時履行の抗弁権については解釈によってその適用範囲が広がる傾向にある(たとえば、我妻栄「債権各論上」(昭和二九年岩波書店)八九頁以下、松坂佐一「民法提要債権各論(第五版)」(平成五年有斐閣)三七頁以下など参照)。ただし、その適用範囲について争いが無いわけではない(三宅・前掲注(一)「契約法(総論)」五三頁以下)。

(15) 留置権と同時履行の抗弁権の關係が論じられる際には、古くは、両者の形式的な異同の検討に重点が置かれ、その後、両者の競合・非競合がおもな論点とされ、効果の観点から議論がなされている(富井政章「双務契約ニ於ケル同時履行ノ抗弁権ト留置権トノ關係」法曹記事一六卷一七頁以下(明治三九年)、西川一男「留置権、同時履行ノ抗弁権及相殺権ノ異同」新報一九卷八号九四頁以下(明治四二年)、三浦信三「同時履行ノ原則ト留置権」法律評論二卷一六号八八七頁以下(大正二年)、末弘敬太郎「債権各論」(大正七年有斐閣)一三五頁以下、神戸寅次郎「同時履行論(二)」法協三九卷九号一五一九頁以下(大正一〇年)、薬師寺志光「留置権關係と契約關係との抗争」志林三七卷六号一頁以下(昭和一〇年)、鳩山秀夫「増訂日本債權法各論上」(大正一三年・岩波書店)一一五頁、椿・前掲注(13)「同時履行の抗弁権」二二七頁以下、林寿三「同時履行の抗弁権と留置権の異同」判例時報編集部「民法基本問題二五〇講II債権」(昭和四四年一粒社)二九四頁以下、白羽祐三「留置権・同

三井物産株式會社「不審鑑定」谷口知平教授追記念發起人編「不当利得・事務管理の研究(一)」(昭和四五年・有斐閣)九七頁以下、大坪稔「留置権と同時履行の抗弁権」森泉章編集代表「現代民法学の基本問題(上)」(昭和五八年・第一法規)三九三頁以下、鈴木・前掲注(一)「留置権の内容とその効力」八〇三頁以下、尾崎三芳「同時履行の抗弁権との關係」伊藤進編著「法学ガイド5民法III(担保物権)」(昭和六二年・日本評論社)三六頁以下、相原東孝「留置権と同時履行の抗弁権との異同を述べよ」遠藤浩川井健川西原道雄編「演習民法(総則物権)」(平成元年・青林書院)五〇八頁以下など参照。すなわち、同時履行の抗弁権のほかに留置権を残しておくことの意義があるか否かという問題を両者の効果の差異の観点から議論してきたのである。

また、留置権・同時履行の抗弁権の立法過程の議論、及び比較法的考察については、薬師寺志光「留置権論」(昭和一〇年・三省堂)、清水元「留置権論」への「視角」早稲田法学会誌二五卷二二九頁以下(昭和五一年)、同「不履行抗弁と留置権の區別について」法研論集(早大院)一三三九三頁以下(昭和五一年)、同「留置権の對抗力について」法研論集(早大院)一四号八七頁以下(昭和五一年)、同・前掲注(2)、同「留置権」基本問題セミナー民法「総則・物権法」二八二頁以下(昭和六二年)、篠塚昭次川井健編「譲渡物権法・担保物権法」(昭和五七年・青林書院新社)一七五頁以下(清水元執筆)、関武志「留置権の對抗力に関する一考察」上法二七卷三三〇三頁以下(昭和五九年)、同「動産修理の請負人と留置権(上)(中)(下)」判評三六五号二頁以下、三六六号二頁以下、三六七号一頁以下(平成元年)、同「留置権を對抗しうる第三者の範囲」私法五二号二二八頁以下(平成二年)、同「物から受けた損害の賠償請求権」と留置権の主張」森泉章刊行委員代表「民法と著作権法の諸問題」一八九頁以下(平成五年)、同「物の引渡拒絶に関する一考察」法政理論二七卷二二八頁以下、二八卷一頁以下(平成六年・七年)、田中清「履行拒絶論(一)(二)(三)」名法七五号一四五頁以下、八〇号三三五頁以下、八一号二七二頁以下(昭和五三年・五四年)、同「留置権の適用領域に関する立法史的考察」秋田二二〇三頁以下(昭和五六年)、同「留置権及び同時履行の抗弁権の不可分性」朝日法学論集一〇号二二九頁以下(平成五年)など参照。

(16) 前注の両者の競合に関する文献参照。さらに、我妻栄「新訂担保物権法」(昭和四三年・岩波書店)二〇頁以下、東京高判昭和四四年七月一日高民集二卷二二四頁、最判昭和四八年六月一日民集七卷六号六二九頁。ただし、この理論的根拠は必ずしも明確でないといわれる(白羽・前掲注(15)九八頁)。

(17) このことは、古くは自覚的に意識されていなかったが、近時、明確に指摘するものとして、道垣内弘人「担保物権法」(平成二年・三省堂)一四頁以下。道垣内助教教授は、従来、「牽連關係」という要件の中で議論されてきた、成立した留置権の効力及び物的範囲、及び留置権を對抗し得る第三者の範囲(人的範囲)の問題を明確に区別すべきことを主張される。

(18) 我妻・前掲注(14) 八八頁以下、清水元「留置権」(平成七年・一粒社) 一頁以下、八六頁以下など。もつとも、一個の双務契約から生じた債権としての同一性を失わない限りにおいて、同時履行の抗弁権を主張することは可能である。

(19) 鈴木祿弥「物権法講義」(昭和三九年・創文社) 一二八頁以下、同「物権法講義(改訂版)」(昭和四七年・創文社) 三〇七頁以下、同「物権法講義(二訂版)」(昭和五四年・創文社) 二七〇頁以下。

(20) 三宅・前掲注(1)「判批」三〇頁以下、鈴木・前掲注(1)判夕五一―一三三四頁、同・前掲注(1)「物権法講義(三訂版)」二九六頁以下、同・前掲注(1)「物権法講義(四訂版)」三四〇頁以下。

(21) 鈴木・前掲注(1)「留置権の内容とその効力」八二―三頁、三宅正男「契約法(各論)上」(昭和五八年・青林書院新社) 五九頁、特に七五頁以下、さらに三宅正男「売買による所有権移転の考え方(一)―(四・完)」判時九九六号三頁以下、九九九号三頁以下、一〇〇二号八頁以下、一〇〇九号六頁以下、一〇一〇二号八頁以下、一〇一五号七頁以下、一〇一九号九頁以下、一〇二二号三頁以下、一〇二六号一〇頁以下、一〇二九号九頁以下、一〇三三三号九頁以下、一〇三六号七頁以下、一〇三九号九頁以下、一〇四二号三頁以下(昭和五六年―五七年) 参照(なお、甲斐道太郎「民法学のあゆみ」三宅正男「売買による所有権移転の考え方」判例時報九九六一―一〇四二号(一九八一―八二年)」。法時五五卷七号一六三頁以下(昭和五八年) 参照。また、留置権との関係について、三宅・前掲注(1)「判批」三三二頁以下参照。

(22) 鈴木教授は、転売のケースに加えて(鈴木・前掲注(1)判夕五一―一三三四頁) 修理目的物の譲渡のケースについても明確に本文に述べたような考え方を採られる(鈴木・前掲注(1)「物権法講義(四訂版)」三四二頁など)。三宅教授は、転売のケースについておもに述べられているが(三宅正男「契約法(各論)上」前掲注(21) 七五頁以下、同・前掲注(1)「判批」三三二頁以下)、修理のケースについても、本文に述べたような考え方を採られるかのようである(三宅・前掲注(1)「判批」三三二頁以下参照)。

(23) 多くの文献が指摘する。たとえば、椿舜夫「留置権と牽連関係」柚木馨ほか編「判例演習物権法(増補版)」(昭和三八年・有斐閣) 一六九頁以下、道垣内・前掲注(17) 一八頁参照。留置権の「牽連関係」については、通説が形成される以前の文献として、富井政章「留置権ノ本質」法協三五卷一―一七頁以下(明治四〇年)、同「訂正民法原論二物権」(大正二二年・有斐閣) 三〇二頁以下、梅謙次郎「訂正増補民法要義卷之二物権編」(明治四四年・有斐閣書房) 三〇一頁以下、三浦信三「留置権者ノ債権ト占有トノ牽連」法律評論三卷一五号二〇三頁以下(大正三年)、同「物権法提要下」(昭和三年・有斐閣) 一頁以下、川名兼四郎「物権法要論」(大正四年・金刺芳流堂) 一八一頁以下、中島玉吉「民法釈義卷之二下」(大正五年・金刺芳流堂) 五八七頁以下、同「留置権ノ性質ニ就テ」同「民法論文集」(大正一一年・金刺芳流堂) 四九四頁以下、近藤英吉「物権法論」(昭和九年・

- 弘文堂書房) 一二九頁以下、田島晴、「担保物権法」(昭和九年・弘文堂書房) 二七頁以下、薬師寺・前掲注(15)、「留置権論」七五頁以下、同、「総合判例研究叢書民法」(19)「(昭和三八年・有斐閣) 一頁以下、石田文次郎、「担保物権法論下」(昭和一年・有斐閣) 六二九頁以下、勝本正晃、「担保物権法上」(昭和二年・有斐閣) 八二頁以下、同、「担保物権法」(昭和三〇年・評論社) 五〇頁以下など参照。また、これらの議論をまとめたものとして、林良平編、「注釈民法」(8) 物権(3)「(昭和四〇年・有斐閣) 二二頁以下(田中整爾執筆)、尾崎三芳「債権と物との牽連性」伊藤編著・前掲注(15) 三八頁以下参照。さらに、留置権に関する総合判例研究の近時の集大成として、清水元・前掲注(18) 参照。現在の通説として、我妻栄、「担保物権法」(昭和一年・岩波書店) 二二三頁以下、同・前掲注(16) 二八頁以下、柚木馨、「担保物権法」(昭和三年・有斐閣) 一七頁以下、同、「担保物権法(新版)」(昭和四八年・有斐閣) 一九頁以下、柚木馨、「担保物権法(第三版)」(昭和五七年・有斐閣) 二〇頁以下、川井健、「担保物権法」(昭和五〇年・青林書院新社) 二八五頁以下など参照。さらに、通説に対する批判としては、先に注(15)に掲げた立法史的・比較法的検討による諸論文のほか、我妻栄編著、「判例コンメンタールIII」(昭和四三年・日本評論社) 三頁以下(三藤邦彦執筆)、高木多喜男ほか、「民法講義3担保物権(改訂版)」(昭和五五年・有斐閣) 一五頁以下(曾田厚執筆)、高木多喜男、「担保物権法(新版)」(平成五年・有斐閣) 一八頁以下、道垣内・前掲注(17) 一四頁以下など参照。

(24) たとえば、我妻・前掲注(16) 二八頁参照。

(25) 川村泰啓、「商品交換法の体系I」(昭和四七年・勁草書房) 二三九頁。

(26) 近時の総合判例研究として、清水・前掲注(18)、「留置権」二八頁以下、六七頁以下参照。

(27) 以上のような法律構成の有用性は、留置権の成立範囲の曖昧さを回避するのにとどまらず、中間省略登記請求権に関する議論においても一定の意味があるものと思われる。すなわち、中間省略登記請求権(中間省略登記については、既になされてしまった中間省略登記が有効か、対抗力を有するかという問題(中間省略登記の効力の問題)と、中間省略登記を請求することができるかという問題(中間省略登記請求権の問題)に区別することができる(幾代通(徳本伸一補訂)「不動産登記法(第四版)」(平成六年・有斐閣) 四八四頁など)。ここで扱うのは、後者の問題である) に関する一部の考え方にも根拠を与えようと考えられるのである。確かに物の引渡請求権と登記請求権はそもそも性質の違うものであるから、無条件で同列に扱うことはできない。しかし、少なくとも、次のようにいうことは許されるのではないだろうか(念のため付言すれば、私はここで中間省略登記請求権「そのものを論じようとするのではない。なお、少しだけ付言しておけば、従来の登記請求権に関する議論は、「登記請求権の有無」の問題と、「登記請求権の障害事由の有無」の問題を混乱しながら論じているように思われる。本稿では、後にもみるように、試みに、この二つの問題を区別している。この点については、登記請求権の本質に関する議論を踏まえる必要があり、本稿では

その余裕がない。この問題については、今後の検討、議論に譲りたい。また、「債権者代位権の転用」の議論も、原則としてここでは考察の対象としない。すなわち、登記請求権をかなり広く認め、仮に、いまある物権に基づいて登記請求権が発生するという考え方を前提としよう。それでも判例は、中間省略登記請求権については、一般的に消極的である。ただし、登記権利者・登記義務者と中間者の合意があれば、このような合意を有効として、直接の登記請求権を肯定する（大判大正五年九月二日民録二二輯一七〇二頁、大判大正八年五月一六日民録二五輯七七六頁、最判昭和四〇年九月二日民集一九卷六号一五六〇頁など）。他方、通説は、基本的に判例の見解を支持すると考えられるが、これに対し、保護に値する利益が中間者にない場合には、登記権利者・登記義務者の合意のみで中間省略登記請求権を認めるべきだとの有力な見解がある（幾代通「登記請求権」〔昭和五四年・有斐閣〕三七頁以下、特に五四頁参照（この部分は、「登記請求権における実体法と手続法（四）」として、民商五六巻四号〔昭和四二年〕に発表されたものである）。ただし、いわゆる実体法説によっても、中間省略請求権を否定する見解も有力である（たとえば、於保不二雄「登記請求権」岡山大学法経学會雑誌四号二五頁以下〔昭和二八年〕、同「物権法（七）」〔昭和四一年・有斐閣〕九七頁参照）。このような見解によっても、甲↓乙↓丙と不動産の所有権が移転したとき、丙が所有者であることを理由として甲に甲↓丙の移転登記を請求し、かつ中間者乙の同意があっても、甲の合意がなければ、丙の登記請求は認められない（反対、速藤浩「中間省略の登記」石田喜久夫編「判例と学説 2・民法 I（総則・物権）」〔昭和五二年・日本評論社〕一九三頁以下）ことになるが、一步すすんで、甲は丙の請求を拒否することはできないが、また代金の全部を受け取っていないとか、乙との間に第三者に転売しない特約があるなど、実体法上移転登記を拒否する正当な事由がある場合にだけ、甲は丙の請求を拒否できるとする考え方も想定できる（我妻〔有泉補訂〕前掲（4）一四一頁参照）。すなわち、登記義務者である甲が中間省略登記に合意しない場合において甲が合意しない理由としては、いまだ中間者である乙が代金を支払っていないなど、甲が乙に対する同時履行の抗弁権を有していることが考えられる。そこで、理論的には、代金の支払いを受けていない甲は、その完済と引換にのみ登記に應ずる旨の抗弁を丙に対し主張できる（山野目章夫「中間省略登記」法七四八号八六頁〔平成七年〕）ことになるはずである。しかし、同時履行の抗弁権に関する従来の考え方に従えば、甲は乙に対して同時履行の抗弁権を主張することはできて、丙に対して主張することはできないので、甲が丙に対し抗弁を主張できる理論的根拠が明確でない（同前）。この点に関しても、本文に述べるような、契約当事者以外に対して主張できる同時履行の抗弁権を認めれば、先にみたような一部的見解で採用されている結論についての理論的根拠が明かとなるといえる。中間省略登記請求権については、とりあえず、於保・前掲本注「登記請求権」二五頁以下、柚木馨「判例物権法総論」〔昭和三〇年・有斐閣〕一七三頁以下、谷口知平「中間省略登記と中間者の同意の要否」判評三七号七頁以下〔昭和三六年〕、於保・前掲本注「物権法（上）」八六頁以下、幾代通「登

- 記請求権」谷口知平¹¹加藤一郎編、新民法演習2（物権）（昭和四二年・有斐閣）七三頁以下、甲斐道太郎「中間省略登記」法七一九九号一〇一頁以下（昭和四七年）、石田喜久夫「中間省略登記請求について」民研一八四号二一頁以下（昭和四七年）（同）「物権変動論」（昭和五四年・有斐閣）所収、遠藤・前掲本注一九三頁以下、高木多喜男「中間省略登記のできる場合」幾代通ほか編「不動産登記講座一総論（I）」（昭和五一年・日本評論社）九一頁以下、幾代・前掲本注「登記請求権」三七頁以下、安達三季生「登記請求権に関する試論」加藤一郎編「民法学の歴史と課題」（昭和五七年・東京大学出版会）一三〇頁以下、吉野衛「登記請求権」田中康久編「不動産登記制度と実務上の諸問題（上）」（昭和六二年・テイハン）一五一頁以下など参照。また、債権者代位権の転用と中間省略登記の関係につき、椿券夫「債権者代位権とその転用（七）」（一〇・完）法セ二七〇号六八頁以下、二七一号六二頁以下、二七二号四八頁以下、二七五号六一頁以下（昭和五二年）参照。
- (28) 所有権の転売を「引渡債権の譲渡」と捉える考え方は、現在では、かなり特殊な考え方であろう。ここでは、この考え方の当否については検討を控え、この考え方を採らなくとも、同様の結論を導くことが可能であることを示そうと思う。
- (29) 最判昭和三九年二月一日判タ一六〇号七一頁。
- (30) 関・前掲注（15）「物の引渡拒絶に関する一考察（二・完）」三四頁以下は、このような考えかたに反対するが、留置権の成立範囲の明確化という目的から、一定の必要が生じれば、許されるのではないかと思う。
- (31) 清水元「留置権の不可分性について」東北学四七号五四頁（平成七年）は、順次売買がなされたような場合について、「同時履行の抗弁権の対抗力は、第三者が抗弁権の存在を知っているかどうかにかからせるべきではないだろうか」とするが、理由は述べられていない。また、清水前掲注（18）「留置権」一〇〇頁は、「わが国の民法の構成は同時履行の抗弁権と留置権の二本立てにしたこと、学説上、前者が拡大して捉えられていること（たとえば、双方の債務が厳密な対価関係にない場合でも民法五三三条の適用が肯定されていること）、留置権が有体物引渡拒絶権能という限定的な役割を果たさせられていること」等を顧慮し、「第三者への抗弁権主張の可能性も——相手方がこれを知り、あるいは知り得べきであった場合を別として——原則として否定されるべきものと考える」とする。
- (32) 関・前掲注（15）「物の引渡拒絶に関する一考察（二・完）」二八頁以下は、相互に同時履行の関係に立たないため民法五三三条が立脚する公平性の原理が及ぶ場合というべきでない、とする。たしかに、この場合、同時履行の抗弁権を主張される側は債務者ではないので、逆に、目的物が引き渡されるのと同時に代金を支払う、という関係にたない。しかしながら、この場合は、引渡請求に対する「対抗手段」たることが重要なのではないかと思う。
- (33) 理論構成は異なるが、このことを強調するものとして、三宅・前掲注（1）「契約法（総論）」五七頁。

〔謝辞〕本稿の構想段階で、金沢大学法学部の同僚である神橋一彦助教（行政法担当）との議論が、私の稚拙な発想を整理するのに非常に有益であった。また、金沢大学法学部民事法研究会においても、出席者から貴重な一批判をいただいた。記して謝意を表したい。ただし、本稿に関するすべての責任が著者に帰せられることはいうまでもないことである。