

債権侵害に基づく損害賠償

西 牧 駒 蔵

目 次

第一章 序 論

第二章 債権侵害の不法行為の要件

第一節 類型的考察

第二節 第三者に対する弁済が特に有効とされ、債権が消滅した場合

第三節 債権の目的たる給付を侵害する場合

第一款 「事実行為」によって侵害する場合

第二款 取引行為によって侵害する場合

第四節 債務者の一般財産を減少させる場合

第一款 事実行為によって債務者の一般財産を減少させる行為

第二款 取引行為によって債務者の一般財産を減少させる行為

第三款 特定の担保に対する侵害による債権侵害

第三章 結語に代えて

注

第一章 序 論

債権侵害に基づく損害賠償責任（民七〇九条）が、戦前に判例通説で肯認された⁽¹⁾。問題は、いかなる具体的要件の下に不法行為の成立を認めるか、にあるといえる。判例上は、第三者と債務者との教唆または通謀を要するとしか読めず、それ以上は不明である。さらに、債権に排他性がなく、公示方法をそなえないために第三者にとって認識がむずかしいとの性質にどう対処するかが問題となるのである。

本稿は、債権侵害が不法行為となる要件について、現在の学説状況を整理することを目的とする。

第二章 債権侵害の不法行為の要件

第一節 類型的考察

一般に債権侵害は不法行為となるのか、という問題から、個々具体的場合にいかなる要件を具備すれば不法行為が成立するのかという問題に焦点が移行している。そこで、具体的考察方法には、現在類型的考察がとりあげられているので、ここでもそれを採用したい。類型的考察には、通説⁽³⁾、星野説⁽⁴⁾、平井説⁽⁵⁾、吉田説⁽⁶⁾、前田説⁽⁷⁾がある。ここでは、前田説の立場で、以下論述をすすめていく。

第二節 第三者に対する弁済が特に有効とされ、債権が消滅した場合⁽⁸⁾

債権者でないのに、債権の準占有者として（民四七八条）、または受取証書の持参人として（民四八〇条）、有効な弁済を受けて債権を消滅させた者や、無記名債権証書を横領して善意の第三者に取得させ（民八六条三項、一九二条）、債権者から債権を失わせた者などは、債権者に対して少なくとも不当利得の返還義務（民七〇三条、七〇四条）を負う。さらに、場合により（債権を取立てるよう債権者に委任され、債権証書と印鑑を預っていたのに、弁済を着服した場合など）、債務不履行による損害賠償義務（民四一六条）を負うが、さらに、故意（債権証書と印鑑を盗んだり、拾得したような場合）、または過失により（債務を取り立てて自分が消費してよいと誤信していた）そうした場合、不法行為として損害賠償義務を負うと解される。不当利得の返還請求権と不法行為による損害賠償請求権とは並存（競合）すると解してよい。⁽⁹⁾

この場合、債権の存在の認識と、それを消滅させるという認容が要件となる（債権を消滅させるという目的意思が必要である）。ただ、他人の債権を侵害するという認容（構成要件の故意）は、不要である。⁽¹⁰⁾ なお、この事例にあたる判例は、ほとんどない。⁽¹¹⁾

第三節 債権の目的たる給付を侵害する場合

第一款 「事実行為」によって侵害する場合⁽¹²⁾

たとえば、「与える債務」で、給付すべき特定物を第三者が毀滅するとか、「なす債務」で、第三者が債務者を死傷

説
論
させたり（企業損害）、違法に拘禁したりする場合である。⁽¹⁴⁾ いずれも、債務者の責に帰すべからざる事由により履行不能となり、債権は消滅する（四一五条）。

前者の「与える債務」の給付すべき特定物を第三者が毀滅する場合。債権が物の使用収益を内容とする場合と、物の所有権の移転等を内容とする場合、およびその他の場合に分けられる。⁽¹⁵⁾

(一) 目的物の使用収益を内容とする債権 不動産の賃借人は目的不動産を不法に占有する者に対し不法行為として損害賠償を請求できる。⁽¹⁶⁾ 不動産については、第三者の使用収益権の対象となることが多いので、賠償すべき損害の範囲にはいるといつてよく、⁽¹⁷⁾ また使用収益権を保護すべき要請もある。しかし、動産については、一般的にはそれらの事情がないので、債権の存在を知っていた場合に限り不法行為となると解されよう。

(二) 売買等目的物の所有権等を移転することを内容とする債権 目的物の滅失・毀損が債務者の責に帰すべからざる事由（第三者）による。危険負担の規定により（民五三四条）、売主の特定物引渡債務は消滅するが、買主（債権者）の代金支払債務は存続するので、買主を保護するために第三者に対する損害賠償請求権を認める必要があるから、不法行為の一般原則（第三者が債権の存在を知らなくてもそのことに過失のある場合も不法行為となる）⁽¹⁸⁾ を適用する。

もし、目的物の滅失・毀損が、第三者と債務者双方の責に帰すべき事由によつた場合（たとえば、第三者と債務者とが共同で毀損した場合）、売主も債務不履行による損害賠償責任を負うから、買主の保護はいちおうはかられている（債務者の無資力の危険はある）ので、特に第三者の主観的態様の悪い場合（債務不履行を教唆した場合や、債務者と通謀した場合のほか、債権の存在を知っていた場合（故意の場合））に限り不法行為となると通説ではいうであらう。しかし加害第三者に過失しかない場合に一方は不法行為に、他方は不法行為にならぬというのはおかしい。⁽¹⁹⁾ 両

者につき目的物の種類、加害者の職業・地位などに応じ判断し、今日では、物が第三者の債権の対象になっている場合も少なくないので、債権者の損害も賠償すべき損害の範囲にはいる（債権の侵害についても過失がある）とされる⁽²⁰⁾ことがかなりある。

(三)その他の場合 故意過失で、あることの対価を請求する債権の目的物を侵害してこれを得られなくした者に対しても、その所有者の有する損害賠償請求権を代位行使しうるが、直接に不法行為による損害賠償請求権を有するとされた事例がある。⁽²¹⁾ここでは、全くの第三者が目的物を侵害した場合（右の事例で、立木の買主が売主と通謀した場合や、全くの第三者が立木を伐採してしまった場合）を考えるべきで、これは（一）と同様に判断されるべきである。例外的債権であるから債権侵害について過失ありとされるのは少ないであろう。

後者の「なす債務」で第三者が債務者を死傷させたり（企業損害）、⁽²²⁾違法に拘禁したりする場合である。第三者が債務者に対して不法行為の賠償義務を負担することは当然である。債務者に対し行為を請求する債権（雇傭・請負・委任に基づく債権等）を有する者に対しても賠償義務が生ずる。⁽²³⁾

第三者が債務者を違法に拘禁する場合は、債務者自身も反対給付（賃金・報酬）債権を失う（民五三六条一項）から、彼自身についても人格権侵害による不法行為と債権侵害による不法行為の双方が考えられる。債権者についても、端的に債権侵害を理由とする不法行為損害賠償が適切である。⁽²⁴⁾債権の存在についての認識を要するとすべきである。⁽²⁵⁾

第三者が債務者を死傷させた場合はどうか。最近では、自動車事故にさいし、被害者が代表機関をしている企業や、被用者の使用者である企業の蒙った損害の賠償が認められるか否かが議論されているが、本問はこれと共通の問題である。⁽²⁶⁾企業損害に数多くの判例があるが、企業損害の賠償が認められることはそれ程多くない。企業損害の判例では、

この問題を債権侵害として取扱うのは少なく、大部分は「相当因果関係」ないし「損害」の有無の問題として論ずる。⁽²⁷⁾
 相当因果関係のメルクマールとして、(1)個人会社、(2)機関としての非代替性、(3)会社との経済的一体関係、が形成された。このメルクマールは、後に賠償責任を限定する機能をはたしたが、間接被害者(企業や第三者)は原則として保護されないとの判例の流れの出現に伴い上のメルクマールは例外的に請求主体が拡張されるための要件として把握され、さらに別の要件が付加され(たとえば損害発生の不可避性の要件)、企業損害の賠償が認められるのは、そう多くないのである。⁽²⁸⁾

学説の多数説は、⁽²⁹⁾損害賠償の範囲の問題から賠償請求権者の問題を切り離して、原則として間接被害者(企業や第三者)は賠償請求できない(原告適格がない)こと、⁽³⁰⁾反射損害のみ賠償請求でき(民四二二条)、請求権は直接被害者に集中すること、例外として(1)経済的同一性のある個人会社の場合及び(2)故意による債権侵害の場合があること、である。

多数説に対する批判は、わが民法にはドイツ民法のように原則として直接の被害者に生じた損害のみが賠償の対象となるとの規定がないことから、損害賠償の範囲の問題として捉えるほうが民法の構造に適するといふ。⁽³⁰⁾

「債権に公示性がないこと、⁽³¹⁾さらに債権そのものへの直接侵害と異なり、「間接侵害」(特定物や債務者への侵害によって、ひいては債権を侵害することになる)であることからして(したがって、賠償義務が拡大しすぎることに)配慮が必要である)、第三者において、債権の存在についての認識と、侵害の認容が必要である。……不法行為法の世界でいう「故意」、刑法の世界でいう「構成要件の故意」が必要なのである。この類型で過失でよいとすれば、たとえば交通事故(自賠法で過失を要件としないが、過失立証は容易であろう)や医療事故やその他の人身事故では、

被害者の債権者が、ワンサと加害者に訴訟を起こすことになり、したがって濫訴の弊を招くであろう。私はこのような場合、原則として故意を要求し、間接被害者、特に企業損害については、被疑者と企業が経済的同一体であるときのみ、過失の場合も救済を認めるべきであるという判例の立場がよいと考える（前田・民法Ⅵ「不法行為法」二八三頁）⁽³²⁾。

第二款 取引行為によって侵害する場合⁽³³⁾

与える債務では、二重売買、なす債務では二重雇用（引き抜きも含む）や二重演奏契約（同一時刻に異なる場所で行演する契約）などである。

（一）二重売買 この類型では、自由競争や債務者の主体性を考慮に入れると、単なる構成要件的故意（不法行為の故意―筆者）では足りず、債権侵害が主目的であることが必要である⁽³⁴⁾。なぜなら、債権の複数成立を法は容認し（これを違法とすることは資本主義自由経済を否定することになる）、しかも、債務者の自由意思によって、間接的に、結果として、債権侵害になるわけであるから、右のような意味での「害意」を必要とすると考える。法義務を余りに拡大して、不法行為の領域を拡げることには反対であり、この類型では、債務者への債務不履行責任（殆どの契約書では違反条項があり、それでいくことになるであろう）を追求すればよい⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾。

「悪意」と「害意」との限界を引くことはむづかしいであろう。二重売買につき、今日では、第二の買主が「背信的悪意者」の場合には第一の買主の登記の欠缺を主張しうる第三者（民一七七条）にあたらなくとするのが判例であるが「背信的悪意」とまでゆかないため、第一の買主が第二の買主に対抗できない場合でも、不法行為による損害賠償請求権だけは認めうる場合がある⁽³⁷⁾。

(二) 二重雇用 (引き抜きも含む)・二重演奏契約

通説は、二重売買の場合と同様に取り扱う。即ち、二重雇用・二重演奏契約も有効である。従って第三者が債権を取得した上でその履行を実現する場合には、それによって他人の債権を侵害することになってもその行為は原則として違法性を欠く。ただ、その債権の取得が詐欺・強迫に類する手段に訴えた場合や不正競争として排斥される場合にだけ、違法性を帯びる。⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾

(三) イギリスで債権侵害の類型として労働争議がある。組合の決定で被用者の自由意思に働きかけて、被用者が自己の意思で雇用契約を履行しないという点で二重雇用と同じ次元の問題である。^(39-a) 日本では判例が少ない。

債権者たる使用者は組合に損害賠償を請求しうるか。労働組合法八条がその賠償請求を否定している。免責規定を設けた。使用者たる債権者に対して、組合決定のストライキで被用者が履行しなかった場合、組合は債権者の債権を侵害することを主目的として (労働条件改善は付随目的で) ストライキを決定したときのみ、組合は賠償義務を負う。⁽⁴⁰⁾ 誰が責任主体になるかにつき、組合員個人が組合組織に埋没するような場合に限って、公害・薬害等における企業責任と同様に、組合自体の民法七〇九条の責任のみが問われる。⁽⁴¹⁾

労働争議により取引第三者がうけた損害の責任問題が、右に関連して生ずる。

まず第一に、労働争議が正当な場合それに基づく間接的損害のケースである。X社がY₁社より映画館を賃借して演劇映画その他の興業を営んでいたところ、Y₁とその労組Y₂組合との間で労働争議 (正当で、争議権の濫用でない) が行われ、配分送電停止通告もなされた。XはY₁Y₂に賃貸借契約に基づき電力供給義務を履行すべく仮処分を申請したケースである。組合は責任は否定された。⁽⁴²⁾ つまり、第三者は受忍義務を負うということに異議がなく、その根拠として、憲法二八条による争議権の保障がいわれている。⁽⁴³⁾ 争議行為が違法・不当なものである場合には、それが第三者取

引先に対する関係においても違法性を帯びるものと当然に見られるべきであるのかについて問題は残る。一般公衆の日常生活に深刻な影響を与えることに鑑みて争議行為を制限ないし禁ずる明文の法規があるとき、この法規に違反する争議行為は、第三者に対する関係においても違法性ありと認めらるべき可能性はかなり高くなる。⁽⁴⁴⁾ つまり、正当性のない一次的争議行為による間接的損害についても、学説は「保護法規違反」(労調法三六―三八条、スト規制法二条三条、公労法一七条、地公労法一一一条等)がない限り責任を否定する(多数説)。⁽⁴⁵⁾

第二に、争議行為者が意図的に第三者(二次的使用者)を害する場合(二次的争議行為)。A工場の指定業者として継続的に売買・請負等の契約を結び、原材料納入・工場内の修理運搬等を行ってきた $X_1 \sim X_{11}$ がY労組のピケに会い、工場への入構・チップの搬入が阻止されたため、被った損害(支払賃金、保険掛金、チップ搬入による利益)の賠償を求めたケース。⁽⁴⁶⁾ この争議行為の正当性ないし不法行為の成否の判断は、(1)争議行為の態様(争議目的ないし本来の労働争議との関連性・牽連性、物理的行為の有無、害意の有無等)、(2)第三者の地位(争議使用者との密接な関係の有無)、(3)第三者の契約の要保護性・被害の態様等を総合的に考慮する高度な政策的な決定である。(争議権保障の趣旨は、(1)(2)の考慮のレベルで配慮する)内部問題であることを理由にこの判断を行わない(正当性の有無を問わず、一律に責任を否定する)ことは疑問である。⁽⁴⁷⁾

四 競業禁止義務違反とくに守秘義務違反誘致の場合⁽⁴⁸⁾ 単なる引き抜きの場合には、被用者の転職の自由にも配慮する必要があるが、守秘義務違反の場合には、事情を異にし、今日における企業秘密の保護の重要性に留意すべきである。従って、被用者の利益との関係で義務内容の合理性の慎重なチェック⁽⁴⁹⁾を経たのであれば、原則として、義務違反を認識しつつ雇い入れた第三者は、不法行為責任(民七〇九条)を負う。

(d) 信任義務違反誘致の場合 委任契約ないし信任義務に違反して第三者と不正な取引を行う事例は、いくつあ
る。判例・通説で第三者の行為の悪性が強いとき責任が肯定される。不正競争の他類型（引き抜き型、条件付取引違
反型（後述）の場合）と異なり、債務者ないし第三者の行動自由の確保を特に考量する必要がないから、単に（委任）
契約違反を認識しておれば責任があると解する。⁽⁵¹⁾

(e) 条件付取引違反誘致（不正競争）の場合 Xが莓組合Aとの間に、昭和三四年産莓ジャム用原料莓について
の一手販売契約を結んだが、Yは、Xの一手販売権を知りつつ、昭和三四年五、六月の間に莓ジャム用原料莓をヘタ
取り換算一三二九貫一二〇匁以上を買い受けてXの権利を侵害したケースがある（責任否定）⁽⁵²⁾。営業上の付随的不作
為義務もある。⁽⁵³⁾

判例は、故意及び公序良俗違反があれば、不法行為責任を肯定している。⁽⁵⁴⁾

まず、被侵害契約が競争制限的契約である場合は、独禁法の規制にも鑑みて、その契約ないし効果（第三者への取
引制限的效果）の特殊性に注意を払う。他方、一手販売契約等の条件付取引は直ちに独禁法上違法とされず、事業規
模もそれ程大きければ、販売努力の見返りとしてある程度の保護を与えてよい。そこで単なる契約の認識で足りず、
さらに害意もしくはそれに準ずる不法性の存在を要する。⁽⁵⁵⁾

他方で、被侵害契約に前記の特殊性がない（単純不正競争型）場合は、契約保護の要請が強く、悪意（認識）で足
りる。⁽⁵⁷⁾

(七) 債権の二重譲渡 二重売買と同様に取扱う。⁽⁵⁸⁾

第四節 債務者の一般財産を減少させる場合（担保権侵害を除く）

第一款 事実行為によって債務者の一般財産を減少させる行為

第三者が、債務者の一般財産に属する財産を毀滅・窃取する場合、債務者が不法行為に基づく損害賠償を請求するか、現物の返還を求める。債権者からは、第三者の故意即ち、第三者が一般財産を事実行為により減少させ債務者が無資力となり、債権者に満足を与えることができないことを「認容」⁽⁵⁹⁾（構成要件的故意）していることが必要だとする⁽⁶⁰⁾。しかし、この場合債権者は、債務者の損害賠償請求権、或いは、返還請求権を債権者代位（民四二三条）で行使できるはずである。その結果、上述の「認容」の要件がはずされ、第三者が過失であっても責任を問われることになる。

次に、第三者が債務者を教唆し、または債務者と通謀して一般財産を減少させる場合。第三者が、債務者との右のような共同行為によって、虚偽の債権証書を作って差し押えたり、強制執行を免れるために財産の隠匿、損壊、仮装譲渡をする行為（刑九六条ノ二）である⁽⁶¹⁾。いずれも、債権の存在を認識し、一般財産を減少させると債務者は無資力となり、債権者に満足を与えることができないことを認容し、債務者と第三者との間に教唆・通謀・詐欺・強迫があるので、第三者の不法行為が成立する⁽⁶²⁾。

第二款 取引行為によって債務者の一般財産を減少させる行為

債務者の一財産に属する財産を、債務者から買い取るとか、代物弁済を受けるといふ場合である。

債務者の意思が介在し、さらに債務者の一般財産の減少は債権に対する侵害として間接的であること、一般財産を

回復する手段としては債権者取消権（民四二四条）が認められ、むづかしい問題である。⁽⁶³⁾

第三者自身が、債務者に対してすでに有している債権の弁済を受けることは、正当な権利の行使であって、詐害行為にならないだけでなく、不法行為にもならない。⁽⁶⁴⁾

債務者をしてその責任財産を贈与させ、もしくは廉価で売却させ、または責任財産中の債権を放棄させる行為について、不法行為成立可能性を判例は認める。⁽⁶⁶⁾ 債権者は、原則として債権者取消権（四二四条）の制度による救済にたより、ただし、第三者の行為が特に悪質な場合につき不法行為となると解する。⁽⁶⁷⁾ 或いは、行為の違法性が特に強い場合ともいえる。⁽⁶⁸⁾

第三款 特定の担保に対する侵害による債権侵害

担保物権の客体たる特定物を損壊し、競売手続を違法に妨害して遅延させ抵当不動産価格を下落せしめた場合である。⁽⁶⁹⁾

第三者が損壊した場合、客体の所有者が侵害者に対して損害賠償請求権を取得する場合は、担保物権者（債権者）には、原則として独自の損害賠償請求権を認める必要はなく、所有者の取得する賠償請求権の上に物上代位（三〇四条三七二条）して担保物権は保全される。⁽⁷⁰⁾

抵当権の登記を違法に抹消したり、質物に対する質権者の占有を違法に侵害して担保物権にとっての对抗要件ないしは存続要件に違法な干渉が加えられた場合、不法な登記手続による加害にあっては、担保物権（債権）侵害を要件に、目的物の占有侵害による加害にあっては、担保物権（債権）の侵害について故意があったことを要件に、それぞれ不法行為が成立する。⁽⁷¹⁾

第三章 結語に代えて

通説のドイツ法の影響のつよい立場と、それに対立するフランス法・イギリス法の影響のつよい立場とを、どう位置づけ調整していくべきか、大いに迷った。基本的には、通説の立場に立って、対立する立場に敬意を払ったといつてよい。吉田・前掲論文に通説の立場からの応答が、今後期待される。二重売買についての研究が進められ、あるいは、橋がわたされるかもしれない。(終)

注

(1) 大判大正四年三月一〇日刑録二二輯二七九頁。事案は、立木の所有者から立木をなるべく高価に売却するよう委任された者が、買主の代理人と通謀して、実際の売値よりも安く売れたように装い、差額を着服したというもの。立木所有者が買主の代理人に対し損害賠償を請求し、大審院は容れた。

「権利トシテ法律ノ保護ヲ与フル以上ハ他人ヲシテ其權利關係ヲ侵害セシメサル對世的効力ヲ認ムルノ必要ナルコト明ニシテ其權利ノ物權タルト債權タルトニ依リテ之カ等差ヲ設クヘキ理由ナキモノト謂ハサルヘカラス……蓋シ第三者カ債務者ヲ教唆シ若クハ債務者ト共同シテ其債務ノ全部又ハ一部ノ履行ヲ不能ナラシメ以テ債權者ノ權利ノ行使ヲ妨ケ之ニ依リテ損害ヲ生セシメタル場合ニ於テハ債權者ハ右第三者ニ係リ不法行為ニ関スル一般ノ原則ニ依リ損害賠償ノ請求ヲナスコトヲ得ルモノトス」

(2) 債権侵害を初めて肯定したのは、末弘「第三者ノ債権侵害ハ不法行為トナルカ」法曹記事二四卷三号五号、「債権ノ排他性ニ就テ」法学志林一七卷一〇号一二号。通説の枠組を完成したのは、末川「權利侵害論」(債権侵害と權利濫用(末川博法律論文集Ⅱ)二六三頁以下に所収)、勝本・債権総論(上巻)、我妻・債權法(不法行為)現代法学全集三七卷、事務管理・不当利得・不法行為(新法学全集)、民法講義Ⅳ債権総論(九四)以下。

(3) 例えば、我妻・民法講義Ⅳ債権総論、奥田・債権総論「上」二二二頁。

- (4) 星野・民法概論Ⅲ(債権総論一二三頁)。
- (5) 平井・債権総論七八頁。
- (6) 吉田邦彦「第三者の債権侵害」に関する基礎的考察一〇九」法學協會雜誌一〇二卷九号、十一号、十二号、一〇三卷一号、二号、三号、七号、一〇四卷一号、七号。
- (7) 前田「第三者による債権侵害」類型論」判タNo六二二、二頁。
- (8) 星野・前掲一二六頁。
- (9) 星野・前掲一二七頁。外に、表見代理人として債権を処分した場合(奥田・二三四頁)。
- (10) 前田・前掲二頁。
- (11) 吉田・前掲論文一〇二卷十一号一六〇頁、四宮・判例コンメンタールⅥ事務管理・不当利得・不法行為一八六頁。
- (12) 吉田・前掲論文一〇四卷七号一一四頁。
- (13) 大判大正一一年八月七日刑四一〇頁(債権の目的たる山林を第三者が自分の物と偽って他人に売り買主をして伐採させた事案について不法行為の成立を認める)。
- (14) 大判大正一〇月一二日民録二四輯一九五四頁(芸妓の誘拐による抱主の被害の事件)。
- (15) 星野・前掲一二七頁。
- (16) 共に傍論、大判大正一〇年二月一七日民録三二二頁民二一事件我妻(土地の賃借人)、大判昭和六年五月一三日新聞三二七三号一五頁(土地の賃借人)。
- (17) 星野・前掲一二五頁は、「債権の存在を知らないでその目的を侵害した者をどう扱うべきかの問題は若干微妙である。これは、直接の被害者に発生した損害でなくそれ以外の者(間接被害者)と呼ばれるゆえんである)に発生した損害の問題であり、理論的にどこに位置づけるかにつき、種々の考え方がありうる。」「損害賠償の範囲の問題として捉えるほうが民法の構造に適すると思われる。しかし、過失はどの範囲の者に損害を与えないように注意する義務の違反かのアプローチとどちらがよいかは、なお検討を要する。」(一二六頁)とされる。
- (18) 前田・前掲二頁は、「債権そのものへの「直接侵害」と異なって、「間接侵害」(特定物や債務者への侵害によって、ひいては債権を侵害することになる)であることからして(したがって、賠償義務が拡大し過ぎることへの配慮が必要である)、第

三者において、債権の存在についての認識と、侵害の認容が必要であると考え」とする。つまり星野説は広く前田説は狭く民七〇九条の責任を認める。この点、奥田・前掲二三四頁は、「債権者に所有権が帰属している場合はその所有権侵害による不法行為が成立し、また、債務者に所有権が帰属している場合には、債務者が第三者に対して有する不法行為による損害賠償請求権の譲渡を求める（代償請求権）ことにより、債権者は救済される。」という。この説では、第三者が過失でも七〇九条の責任を負う。そして奥田・前掲二三四頁に「そのことは、債権侵害を理由とする不法行為の成立を妨げない。ただし、第三者に、債権の存在の認識を要する」という。なお、債権が特定物の利用を目的とする場合（賃借権）は、代償請求権のみでは不十分だから、端的に利用権侵害による不法行為の成立を認める（奥田・前掲二三四頁）。

(19) 星野・前掲一二八頁。

(20) 星野・前掲一二八頁。

(21) 大判大正一一年八月七日刑集四〇〇頁判民五五事件中川。事案は、甲が乙のために担当した行政訴訟の成功報酬として土地と立木をもらう約束をしたが、乙がこれを他の者に売って伐採させた場合に、甲から乙に対する損害賠償請求権を否定した原判決を破棄差戻した。

(22) 星野・前掲一二九頁。

(23) 企業損害とは、第三者が債務者を殺傷もしくは監禁することによって、債務者から労務の受くべき債権者の債権を消滅せしめて損害を与える場合である。幾代・不法行為六九頁。

(24) 第三者が芸妓を誘拐して芸妓稼業契約に基づく債務の履行を不能ならしめた場合に、不法行為の成立を認めた事例。注(4)参照。

(25) 奥田・前掲二三四頁。

(26) 星野・前掲一二九頁。なお、会社が受傷のために就労できない被用者に対して賃金・補償を肩代りのに支給した場合には賠償者の代位（民四二二条）の法理から第三者に求償しうることは判例上認められている（最判昭和三六年一月二四日民集一五卷一号三五頁）（労基七九条に基づき遺族補償を行った事例）。民四九九条、七〇二条一項によるのも類似している。この場合も、企業自体の損害として民七〇九条に基づき請求することも妨げない。吉田・前掲論文法協一〇四卷七号九五頁。

(27) 会社の社長が交通事故にあい半年入院した間に、収益が減少した場合、減収と事故との相当因果関係を認めるか否かで、損

害賠償を認定するのである。最判昭和四三年一月一五日民集二二卷一二号二六一四頁。

(28) 吉田・前掲論文、法協一〇四卷七号九一頁。

(29) 倉田判事、好見教授、西原教授、徳本(伸)教授、潮海教授、安田判事。文献は吉田・前掲論文 法協一〇四卷七号九五頁

注(一二二)参照。

(30) 星野・前掲一二五―六頁。

(31) 奥田・前掲二三一頁。

(32) 前田・前掲二頁、幾代・前掲六九頁。

(33) 債務者の自由意思に働きかける、という広い意味である。前田・前掲二頁。

(34) 前田・前掲二頁。最判昭和三〇年五月三〇日民集九卷六号七七四頁の「第二の買主の悪意だけでは足りない」ということの意味をこのように解される。たとえば債権者に恨みをいだいて事業(この場合契約)を妨害してやろうと考へ侵害した場合である。

(35) 前田・前掲二三頁。奥田・前掲二三五頁「共謀性がなく、ただ、債務者の自由意思に働きかけることにより、事実上、債務者の債務不履行を誘発するに至った場合には、自由競争の建前から不法行為をもって論じることが困難な場合が多い。……これらの場合(二重譲渡や引き抜き行為―筆者注) 第三者の行為の違法性を肯定するには慎重でなければならない。債権にはいわゆる排他性がなく、同一内容の給付を目的とする債権が時間的に相前後して成立しうる上、それらは相互に優先しえない。そして、いずれを履行するかは債務者の自由意思に委ねられており、いずれの債権も対等の立場で適法に債務の履行を求めうる立場にあるからである」通説は、この類型の債権侵害成立要件に、主観的要件(故意||債権の存在とその侵害される事実の認識、及び債務者教唆か通謀)と、客観的要件(侵害行為の違法性||公序良俗違反)とをあげる。第二の譲受人が第一の譲受人に対する登記移転義務を引き受けている場合(最高判昭和三〇年五月三一日民七七四頁)、第二の譲受人が単に第一の譲受人を不当に苦しめる目的で売主と共謀して譲り受けた場合(最高判昭和三十六年四月二七日民九〇一頁)が客観的要件もありとされる(我妻・新訂債権総論七八―八〇頁)。

(36) 吉田・前掲論文(法協一〇四卷七号一二頁以下)で、二重譲渡における第二買主は、第一契約について悪意である(認識がある)ならば、第一買主に対して不法行為責任を負う、もっとも取引安全の見地から(登記制度の趣旨にも配慮して)右の悪

- 意の認定は慎重になされるべきである、とする。そして、第一契約につき悪意の第二買主は民法一七七条の「第三者」に当たらない、たとえそれができないとしても、第一買主に不法行為法上の保護を与える（第一買主の懈怠の程度が大きいとき過失相殺民七二二条二項・我妻・前掲八二頁）とする（法協一〇四卷七号二二頁）。平井・前掲八三頁「契約関係存在の認識の必要」。
- (37) 星野・前掲一二七頁、有泉享「民法一七七条と悪意の第三者」法協五六卷八号九三頁、舟橋・物権法一八六頁。二重譲渡事例に民法四二四条の拡張適用をして第一買主保護をはかる説、磯村保「二重売買と債権侵害(一)」神法三五卷二号。批判吉田・前掲論文（法協一〇四卷七号一九頁）。
- (38) 我妻・前掲（二〇一）、前田・前掲二頁（二重売買と同じく、単なる構成要件の故意では足りず、債権侵害が主目的であることを要する。つまり、害意を要する。債権者に恨みを抱いて事業を妨害してやろうと考へ侵害する場合である）、奥田・前掲二三五頁、幾代・前掲七〇頁（他人の債権を侵害する故意ではなお足りず、その行為の態様が保護法規定反しない良俗違反と評価される程度のものであることを要する）。
- (39) 吉田・前掲論文（法協一〇四卷七号四六頁以下）は、（不正競争防止法による規制は充分でないため、不法行為法上の保護が望まれる。単なる引き抜きの場合、被用者の転職の自由にも配慮する必要がある、債務者（被用者）の意思に反するものではない限りは、悪意では足りず害意もしくは特別事情（計画的行為）を要する。競業禁止義務違反とくに守秘義務違反誘致の場合、企業秘密保護の重要性にも留意し、被用者の利益との関係で義務内容の合理性の慎重なチェックを経たのであれば、原則として、義務違反を認識しつつ雇い入れた第三者は不法行為責任を負う）という。
- (39-a)(40) 前田・前掲三頁、吉田・前掲論文（法協一〇四卷七号六三頁）（労組法八条のレベルで違法と認められるならば、原則として不法行為は成立する）。
- (41) 吉田・前掲論文（法協一〇四卷七号六四頁）。イギリスで、組合幹部の個人責任が問われることもある。吉田・前掲論文（法協同頁）。
- (42) 大阪地決昭和二三年六月二四日労資一号一五二頁「労働者又は組合に対し損害賠償又は争議行為の停止の請求権を有せず第三者に対する不法行為乃至債権侵害を構成しないと解するを正当とし」。
- (43) 浅井清信「争議行為と第三者の損害」労働法体系3争議行為二〇〇—二〇一頁、外尾健一「争議行為と第三者」新労働法講座4労働争議三二二頁、長淵満男「争議行為と第三者」現代労働法講座5、三四三頁、三四四—三四五頁、など参照。

幾代・前掲七〇頁は、他人の債権を侵害する故意ではなお足りず、その行為の態様が保護法規定違反ないし良俗違反と評価される程度のものであることを要する、一般的に正当な争議行為であれば、第三取引先に対する関係においても不法行為責任を問われることはないのが原則である。争議行為が特定の取引先に損害を与える意図で行なわれたような場合、不法行為責任を免れない（外尾「労働団体法」五二六頁）、とする。吉田・前掲論文法協一〇四卷七号六四頁は、原則として賛成だが、争議権の保護が直ちに第三者の損害受忍義務に結びつかぬ、とする。

(44) 幾代・前掲七〇頁注（一五）。

(45) 外尾・「争議行為と第三者」新労働法講座 4（三一四頁）、久保・労働法二六三頁、長淵・前掲三五二頁等。

吉田・前掲論文法協一〇四卷七号六五頁は、原則として不法行為責任が生ずると解し、因果関係ないし損害賠償の範囲の観点からの制約を受けるに止まる、とする。

(46) 札幌地室蘭支判昭和四三年二月二九日労民集一九卷一号二九五頁（王子製紙苦小牧工場事件）本件Yの行為は企業の内部問題としての争議行為であり、労組または組合員は、使用者とならんで直接第三者に対し責任を負わない、という。

(47) 吉田・前掲論文（法協一〇四卷七号六五頁）。

(48) 守密義務違反誘致のケース・大阪高判昭和五八年三月三日判時一〇八四号一二二頁NBL二九一号五二頁、事案は、X社は趣味雑貨商品（輸入掛軸等）を通信販売し、Y₁は取締役であったが、住居費用負担をめぐりXの代表者と対立し、その在任中Y₂社を設立し、X社の被用者Aに同社営業上の秘密資料・得意先名簿を持ち出させて、Y₂社は、入手した名簿を不当に利用して酷似するカタログを送付して、Xと同様の趣味雑貨品の通信販売をした。Y₁の忠実義務違反、守密義務違反誘致による不法行為責任、Y₂社に不競法一条一号二号の責任と、不法行為責任（民七一五条）を認めた。

(49) 民九〇条違反かどうかが問われる。広島高判昭和三年八月二八日高民集一〇卷六号三六六頁、判時一二二号一六頁（事案は、百貨店で婦人服生地の販売をするX社にYが就職するに際し、退職後も同百貨店内の服生地部に限り他の商店には就職しない旨の誓約がなされたが、その後Yは合意解雇され、半月後には同階の一軒おいた隣の婦人服生地販売業者A商店に勤めたという事例。Xは、誓約に基づく仮処分を申請したところ、その職が特別の知識・技能・経験を要しない低い地位にあり、解雇されれば生活に困難をきたす弱者であるYに対する本件誓約は、その生活権を脅かし個人の自由を拘束する虞が十分であり、公序良俗違反であるとした）。

- (50) 大判判大正四年三月一〇日刑二七九頁（事案は、甲からその所有山林を高価に売却するよう委任されたABC三人が、買主Dの代理人乙と通謀して、実際の売買値段より安く売れたように装い、差額を四人で着服したので、甲から四人を背任とその加功として告訴し、附帯私訴で、乙に対し甲のABCに対する委任契約上の債権（善管注意をもって委任事務を処理させる債権・民六四四条）を侵害する不法行為を理由に損害賠償を請求。第三者が債務者を教唆し若くは債務者と共同してその債務の全部又は一部の履行を不能ならしめたときは不法行為は成立する―破棄差戻。注（1）参照。
- (51) 吉田・前掲論文（法協一〇四卷七号五一頁）。
- (52) 東京地判昭和三五年五月二四日判時二二六号三八頁（現在の取引は自由競争を建前としている……認識があるだけでは、法を超えた道義の立場からする非難は別として、他に特別の事情のない限り法律上これを違法な取引といえない……不法行為にならない）。
- (53) 営業場所変更後は、商号を使用しない旨の特約（大判昭和八年七月八日新聞三五八六号一一頁）、シーリング製作のライセンス契約（ノウハウの守秘義務）（東京高決昭和四一年九月五日下午民集一七卷九二一〇号七六九頁）。
- 諸外国で再販価格指定、排他的特約店契約が問題になる。日本で独禁法上、不当な拘束条件付取引としての不公正な取引方法（二条九項四号）に該当するかが問われる。再販価格指定は審決・判決例で違法である。一定物品に適用除外がある。排他的特約店契約の違法性は、学説上分かれている。多数説は、直ちに非難はできないが、大規模事業者が多数の排他的特約店を擁する場合は違法とする。吉田・前掲論文（法協一〇四卷七号三七―三八頁）。
- (54) 東京地判昭和五六年五月二六日判時一〇二〇号六四頁（床材の一手販売・請負ケース）。
- (55) 原則有効、今村・独占禁止法（法律学全集一二〇頁、新版一三七―一三八頁）。
- (56) 吉田・前掲論文（法協一〇四卷七号三九頁）。
- (57) 吉田・前掲論文（法協一〇四卷七号四〇頁）、訪問販売同業者間の競争のケース（名古屋地判昭和五五年一月二一日判時一〇一四号九二頁）。
- (58) 前田・前掲三頁。
- (59) 前田・前掲三頁。
- (60) 大判大正四年三月二〇日民三九五頁（事案は、債権者Xが債務者Aの住所に行って仮差押をしようとしたら、第三者Yがす

でAと通謀して虚偽の債権証書を作り、Aの動産を仮差押していたので目的を達せられなかったが、判旨は傍論として債権といえども、第三者が故意過失により違法に之を侵害したときは不法行為の責がある、但し本事案では、乙の差押えたのはAから他の者に担保として譲渡された動産で、Xの債権を害しないからYに責任はない。

(61) 大判大正五年一月二日民二二五〇頁(家資分散の際に債務者と通謀して債務者の唯一の財産を隠匿した行為は不法行為になる)。

(62) 前田・前掲三頁、吉田・前掲論文(法協一〇四卷七号九八頁)。我妻・新訂債権総論〔一〇四〕。

(63) 大判昭和八年三月一日新聞三五三一号二頁(事案は、Aは強制執行を免れるためにY社を設立し、これに自己の営業上の店舗・器具・商品等を包括的に無償譲渡し、他方自己の債権者を害することを知りつつY社の代表者として譲り受けたため、Aに対して手形債権を有していたX(他の債権者は和解・時効により消滅しているようである)が損害をこうむったので、XはYに対して不法行為による損害賠償を請求した。大審院は、第一に、我法制上債権侵害による不法行為が認められたのは、「債権ノ全部又ハ一部ヲ喪失(消滅)セシメタル場合」(帰属侵害、引渡目的物の破毀等)に限られ、本件の如き責任財産減少の場合は、「債権其モノノ存続又ハ其法律上の効力ニハ何等直接ノ影響ヲ及ホサル」こと、第二に、このような場合には、民四二四条によるべきであり、「他ニ適切ナル救済方法存セサル」ことを述べて、Xの上告を棄却した。吉田・前掲論文(法協一〇二卷一一号一四六頁注四五)。

(64) 詐害行為になるとする説もある。下森定「債権者取消権」・民法学4八債権総論の重要問題V一五四頁。

(64-a) 下森定・前掲書同頁参照。

(65) 幾代・前掲七七頁。

(66) 大判昭和十八年一月一日民集二二卷一二三八頁判民六九事件川島(事案は、Y₁(未成年者)は家督相続したが、その不動産が贈与・売買を理由にY₂、Y₄に所有権移転されたため、これは実母Y₂の親権濫用によるものとして登記抹消を求めているところ、その後裁判外の和解によりY₁は右請求を放棄したために、Y₁の手形債権者Xが賠償請求した。下級審ではY₁の責任しか認めなかったが、大審院は、本件放棄はY₂、Y₄らが、通謀・教唆して、第三者Xの権利行使を阻害して損害を与える目的の手段となされており、Y₁が無資力になった以上、Y₂らは債権侵害の不法行為責任を負うとする)。吉田・前掲論文(法協一〇四卷七号一〇六頁)、幾代・前掲七七頁。

(67) 星野・前掲一三〇頁、我妻・前掲(一〇四)、吉田・前掲論文(法協一〇四卷七号九八頁)は、害意及び不法行為(共謀・詐欺・強迫)という。幾代・前掲七七頁は、債権侵害の故意をもって、しかし、詐害行為の受益者または転得者の立場に立たずに、教唆その他積極的に債務者等に働きかけて詐害行為をなさしめた第三者については不法行為成立の可能性を認める余地がある、とする。

(68) 我妻・前掲八一頁。平井・前掲八三頁。

(69) 大判昭和十一年四月一三日民集一五卷六三〇頁。

(70) 幾代・前掲七四頁。目的物の所有者が加害者であれば、所有者に担保物権侵害についての過失、もし加功した第三者がいれば第三者に故意を要する。

(71) 幾代・前掲七四―七五頁。

