



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	イギリス原状回復法における弁済者の優先的保護（２・完）： 錯誤による弁済を中心に
Author(s)	橋本, 伸
Citation	北大法学論集, 65(6), 107-157
Issue Date	2015-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/58381
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol65no6_09.pdf



イギリス原状回復法における弁済者の優先的保護（二・完）

—— 錯誤による弁済を中心に ——

橋 本 伸

目 次

第一章 はじめに——問題の所在

第一節 導入

第二節 分析対象および叙述の構成

第二章 錯誤による弁済に基づく原状回復請求権の優先的保護——通説・判例による物的救済の正当化

第一節 錯誤による弁済の処理——Chase Manhattan Bank事件以前の議論状況

第二節 Chase Manhattan Bank事件の概要

第三節 物的救済の正当化一——所有権の帰属による正当化

第四節 物的救済の正当化二——柔軟な特定性判断による正当化

第一款 判例の概観——特定性の拡大

第二款 混和財産への追及

第三款 代償財産への追及

第五節 小括

第三章 通説の見解に対する批判と近時の実質論的アプローチ

第一節 通説の見解に対する批判

第二節 近時の実質論的アプローチ

第三節 取引関係アプローチから因果関係アプローチ（財産膨張理論）へ

第四節 小括

第四章 終わりに——日本法への示唆

（以上、六五巻五号）

（以上、本号）

第四節 物的救済の正当化二——柔軟な特定性判断による正当化

第三款 代償財産への追及

次に、 β 類型（代償財産への追及）についてみることにしよう。原財産の所有者が代償財産に追及することができるのは、代償財産が原財産の交換価値により取得されたことに求められていることは既に指摘した通りである。もともと、どの程度代償財産の取得と原財産の交換価値の使用との間に関連性を要求するかをめぐっては、通説的見解の中でも分かれている⁽¹⁷⁾。

また、先のように代償財産への追及が説明できるとしても、その効果（代償財産に対する物的権利⁽¹⁸⁾を原所有者に与えること）を踏まえると、そのような説明が説得的であるかは疑問の余地があり、それゆえ、より積極的な基礎づけを試みる見解もみられる⁽¹⁹⁾。そこで、以下では、これらの議論に一瞥を与えることにしたい。

（一）（代償財産への追及の要件） 代償財産への追及は、代償財産が原財産の交換価値それ自体により取得されることを必要

とするか、それとも代償財産が原財産の交換価値を含む受領者の責任財産一般により取得されたことをもって足りるか。この点をめぐっては、物的救済一般に関する議論においても、見解が分かれている⁽¹⁸⁾。その分かれ目は、「代償財産が原財産の交換価値により取得された」という先の説明をどのように法律構成するかという点に帰着する⁽¹⁹⁾。

すなわち、従来の学説は、大別すると、（i）代償財産が原財産の交換価値により取得された点に着目し、代償財産に原財産の交換価値が移転（transmission⁽¹⁸⁾）したと評価して、代償財産への追及を弁済者に認める立場と（ii）弁済者（原所有者）の承諾なしに受領者により原財産が不当に処分された点に着目し、弁済者の損失により、受領者が不当な利得を得ることを防止するために代償財産への追及を弁済者に認める立場⁽¹⁹⁾に分けることができる⁽¹⁹⁾。

両説について、代償財産への追及の要件との関係でみると、まず（i）説によれば、原財産と代償財産との間に取引関係（transactional link⁽¹⁸⁾）が存在するかが基準となる。すなわち、（ア）まず、追及可能か否かは、代償財産が原財産の交換価値それ自体を使用して取得されたか否かに依存し、そうでない場合には、取得された物に追及することはできない。（イ）次に、

原財産の交換価値により取得された代償財産は、特定物の形で体现されていることが必要であり、原財産の交換価値が債務の弁済に用いられた場合など、特定の代償財産が存在しない場合には、追及は否定されることになる。⁽¹⁵⁾要するに、この見解は、代償財産が原財産の交換価値により取得されたという点に着目し、原財産上の所有権の効力は、代償財産上にも継続(persistence)しているとして「擬制」するわけである。これに対し、(ii)説によれば、弁済者の損失と受領者の利得(代償財産の取得)との間に因果関係(causal link)が存在するか否かが基準となる。それゆえに、(i)説とは異なり、代償財産が厳密に原財産の交換価値それ自体を使用して取得された場合に限り、代償財産が原財産の交換価値を含む受領者の責任財産一般により取得された場合にも、追及は認められる。さらに、この見解の下では、特定の代償財産が存在する場合のみならず、特定の代償財産が存在しない場合(たとえば、債務の弁済などに用いられた場合)においてさえも、受領者の責任財産が弁済者の原財産の交換価値により増大している場合(=現存利得がある場合)には、物的救済が認められる余地がある(この点は、後述する財産膨張理論につながる)。

以上の対比によれば、(i)説から導かれる取引関係は、(ii)

説から導かれる因果関係よりも物的救済の成立を制限する傾向にある、といえよう。⁽¹⁶⁾

(二)(代償財産への追及の基礎づけ) 以上を踏まえると、金銭の特定性の問題は、イギリス法上では、原財産の物理的な特定の問題としてのみならず、原財産の交換価値の特定の問題にまで拡張されており、そして、原財産の交換価値が代償財産という形で特定性が維持されている限り、その法律構成については争いがみられるものの、原財産の所有者に代償財産への追及が認められるという点では一致している。

もともと、上記の議論は、イギリス法が特定性を広く解していることを説明(記述)するにとどまり、何ゆえイギリス法は原財産の所有者に原財産上の権利と同じ性質の権利を代償財産上に認めるのか、という問題に十分に応えているとはいえない。というのも、代償財産が原財産の交換価値により取得されたとしても、そこから論理必然的に、原財産の所有者に代償財産上の所有権(ないし物的権利)が認められるべきことを意味しないからである。⁽¹⁷⁾もともと、イギリス法においては、こうした問題は、すべて追及可能性の問題に還元されてきたために、従来、厳密な基礎づけが行われていなかった。⁽¹⁸⁾これに対し、近時、一

部の学説により、代償財産への追及（取引関係アプローチ）の基礎づけが（不十分ながらも）試みられている。⁽¹⁸⁾ 以下では、こうした議論を手掛かりとして、通説的見解の枠内における代償財産への追及の基礎づけとその限界を示したい。

(i) まず、この見解は、商事取引という文脈において債務者の破産（ないしそれに類似する状況）により回収できない債権が生じた場合に、どのような基準に従ってある取引債権者が他の取引債権者に優先して自己の債権を回収することができるかという問題に焦点を置きながら、この問題（代償財産への追及の問題）を検討する。そして、債権者間の優先劣後を決定する要素として、商事法全体に通底する「強い」寄与原理（contribution principle）という考え方を提示する。ここで、寄与原理とは、債務者の責任財産（estate）に対する事前の寄与度が大きい債権者ほど破産した債務者の財産の分配手続において、より優先的に債権を回収することができるの原理を指す。もともと、こうした寄与原理は追及原理を言い換えたものに過ぎない。それにもかかわらず、このような異なる概念を用いる理由は、追及概念よりも寄与概念の方が人々（とりわけ、一般の人々）の道徳的直観に訴えかけるからである、とさ

れる。⁽¹⁵⁾ 具体的にみると、代償財産への追及の条件として原財産と代償財産との間に取引関係が要求される理由——寄与原理によれば、単に債務者の責任財産一般に債権者が寄与を行うだけでは足りず、特定の財産の取得のために債権者が寄与を行っていることを要求する理由（強い寄与原理という）——は、このような場合には、寄与債権者が債務者の財産に対して近接性（proximity）を有し、そして、債権者が寄与した特定の財産が債務者の手元に存在するために、債権者の寄与度を評価することが容易であることに求められる。

要するに、この議論は、商事取引における取引債権者の優先的保護という一般的問題としてではあるものの、従来の追及原理のもとで論じられてきた問題を、一般の人々にとって直観的になじみやすい寄与原理の観点から捉え直すことにより代償財産への追及のより説得的な道徳的基礎づけを提供するものであると評されよう。

(ii) そして、この寄与原理によれば、弁済者の優先的な保護は、理論以前の道徳的直観（pretheoretical moral intuition）——すなわち、特定の財産を取得しまたは生産するために使用された資源（resource）を有する者は、そのように使用されな

かった資源を有する者よりもその特定の財産に対して強い請求権 (stronger claim) を取得するに値するという直観——に根拠づけられる。⁽¹³⁾ この見解は、Locke の所有権論にその道徳的根拠を求める⁽¹⁴⁾。Locke の説く「所有権論」は、およそ次のような内容である。

周知のように、Locke の議論は、各人が自分自身に対して自然権 (natural property right) を有し、その自然権は、身体、人格 (personality) として労働を含む、という前提から始まる。そして、各人は、資源に労働を投下することにより、それ以前に誰も主張していない (unclaimed) 資源 (＝無主物) に対する正当な権原 (entitlement) (＝所有権) を取得 (＝原始取得) することができる。というのは、各人が無主物に労働を混入すると、混入による産出物は、各人の労働を含み、いったん混入されると、その物は、その物に含まれる労働を奪うことなしには当該各人から奪われ得ないからである。要するに、Locke の議論は、①無主物に労働を投下し、そして、②産出物が発生し、その結果、③労働投下者はその産出物に対して特別の権原 (entitlement) (＝所有権) を取得する、ということである。

こうした Locke の所有権論は、(Locke 自身がそうした分析手法を採るかは別として) 従来 (i) 自己所有権に加えて、(ii)

同一化 (人格の拡張) (identification) (行為者は、労働という自己の所有物を対象物に混入することによってその人格を対象の中にまで拡張し、かくしてその対象を自分の身体の間ば拡張として所有する)、(iii) 功績 (労働は苦しくて辛いものだから労働した人はその苦勞に応じた財産を受けるに値する) などの理論以前の道徳的直観的な根拠により、正当化されてきた。

この見解は、こうした Locke の所有権論と寄与原理との類似性に着目し、そして、Locke の所有権論を債権者の優先的保護の根拠づけとして用いる⁽¹⁵⁾。

もっとも、こうした Locke の議論は、無主物に寄与した者の原始取得 (initial acquisition) ——これは非商事法の問題である——を根拠づける議論であることを踏まえると、そこから直截的に優先権ルール (これは、ゼロサムゲームであり、誰かが得をすれば、他の者が損をすることになる) ——これは商事法の問題である——の根拠を見出すことは困難である。しかし、この見解によれば、Locke の所有権概念の理解の仕方——言い換えると、所有権を「人」による特定の「物」の支配関係としての捉え方——は、人々の直観に訴えかけるものである、とされる。すなわち、学者は、今日、所有権という概念を「人々の間の権利と義務の束」として理解するのに対し、一般の人々は、

未だにそれを「人による物の支配関係」と考える傾向がある。

それゆえに、Lockeの所有権理論は、こうした一般の人々の直観に訴えかけるといふ点で、説得的である。そして、こうした所有権の理解（とりわけ、功績という点）によれば、寄与債権者は、債務者の分配可能財産を増大させたという点で、特別の保護を受ける地位に値するといえ、また債務者に行つた寄与が特定の財産の取得に繋がっている場合には、寄与債権者はその取得された特定の財産に対して優先的な保護が与えられる物的請求権の外観（appearance）を帯びた請求権を取得する⁽¹⁰⁾と解することが一般の人々の直観に一致する、と考えられる。

しかし、こうした直観による代償財産への追及の基礎づけは、十分とは言えない⁽¹¹⁾。その理由としては、第一に、寄与原理で用いられるLockeの所有権論それ自体は、（本稿とは直接関連しないものの）先住民の土地の侵略・征服という面を正当化する点で、理論的に大きな問題があり、支持できないことに加えて、第二に、（功績を優先的保護の根拠として用いるとしても）債務者の財産への寄与は、様々な方法（たとえば、役務の提供など）により行われており、債務者の破産時に寄与債権者の寄与が代償財産として残っているかどうかは偶然的な結果でしかなく、代償財産として残っている寄与債権者がそうではない寄

与債権者よりも優先的保護に値するとは必ずしもいえないこと（後述）⁽¹²⁾、などが挙げられる。

以上を踏まえると、この議論は、代償財産に対する追及の基礎づけとしては不十分であると言わざるを得ない。しかし、この議論は、実質論を意識的に回避して優先的保護を形式的に導こうとする伝統的通説の枠組みの限界を明らかにし、そして実質論の検討が不可避であることを示したという点では、意味があると思われる。そこで、後者の検討に入ることが必要であるが、その前に、本章の小括を最後に行っておくことにしよう。

第五節 小括

本章においては、まず、Chase Manhattan Bank 事件以前のイギリス法の議論状況を概観した（第一節）。ここでは、同事件以前のイギリスでは、錯誤による弁済者に優先的な保護を与えるかどうかについては十分に検討されてこなかったこと、そして、その原因がイギリス法上において長らく不当利得原理が欠如していたゆえに錯誤による弁済者の保護が限定的であったこと、しかし、その後、学説・判例は、こうした限定的解釈から脱却し、錯誤による弁済者に不当利得原理の観点から一般的

な返還請求権を認めるようになったこと、を紹介した。

次に「Chase Manhattan Bank 事件の概略を示した(第二節)。

ここでは、この事件の概要を示し、本判決の問題点を確認した上で、本判決を契機に、学説が錯誤による弁済者に対する優先的保護の根拠づけの議論、すなわち、何ゆえ弁済者は優先的な保護を与えられるのか、また、何ゆえ受領者の一般債権者は、その損失を甘受させられるのか、という問題に関心を移すに至ったこと、を紹介した。

さらに、同事件の錯誤による弁済者の優先的保護を根拠づけるために、イギリスの従来の判例および通説の見解(とりわけ Peter Birks)を概観した(第三節)。ここでは、弁済の基礎となる原因行為(契約)に瑕疵がある場合、原因行為の瑕疵が金銭所有権移転(譲渡)にどのように影響を及ぼすか、という観点から、イギリスの判例を概観した。その結果、判例は、弁済者が優先的保護に値するか否かという実質的判断に配慮しつつも、理屈としては、所有権が弁済者に帰属するか否かによって形式的に判断を下していること、さらに、通説の見解においても、立法府と司法府の権限に配慮して、このような形式的観点からの基礎づけが意識的に行われていること、を紹介した。

最後に、Chase Manhattan Bank 事件の結論の根拠づけとし

て残された課題として、物的救済の対象となる金銭の特定の可否という問題について概観した(第四節)。具体的には、第一に、イギリス法上の物的救済一般の局面において展開されてきた金銭の特定性判断に関するルールを確認するために、従来の判例の立場を概観した(第一款)。ここでは、イギリス法においては、特定性の問題は、従来、追及の問題として議論が展開されてきたこと、また、代償財産が(弁済者の)原財産の交換価値によって取得された場合——原財産と代償財産との間に取引関係がある場合——には、代償財産への追及が認められ、特定性は維持されること、さらに、弁済者の原財産と受領者の固有財産が混和した場合には、原財産の交換価値が混和財産という形で特定することができる限り、追及が認められ、特定性は維持されることなどの従来の判例のルールを確認した。また第二に、混和財産への追及について、コモン・ローとエクイティにおいて取り扱いに差異が生じる原因について概観した(第二款)。ここでは、金銭の真の所有権者の保護(静的安全)と通貨たる金銭の流通性確保(動的安全)という相対立する二つの要請の調整方法に関するコモン・ローとエクイティのアプローチ方法の差異を示した。さらに第三に、代償財産への追及について、その(道徳的)基礎づけとその限界について学説の議論を概観した

（第三款）。ここでは、イギリス法は、ある財産上の所有権の効力がその財産（原財産）のみならず、代償財産にも及ぶと解していることから明らかなように、金銭の特定性について、非常に柔軟な立場を採用していること、しかし、その理論的な基礎づけ（具体的には、*look*の所有権論によるそれ）は、必ずしも成功しているとはいえず、形式論によってのみ特定性の拡大を正当化しようとする通説的見解には限界があることを示した。

第三章 通説的見解に対する批判と近時の実質論的アプローチ

通説的見解によれば、錯誤による弁済者の優先的保護は、形式的な観点（所有権の帰属と対象物の特定性の要求）から根拠づけられることになる。しかし、こうした根拠づけに対しては、イギリス法において有力な批判が加えられており、近時、何ゆえ弁済者は優先的な保護が与えられるのか、また、何ゆえ受領者の他の一般債権者は、損失を甘受させられるのか、という実質的な観点から根拠づけようとする動きがみられる。本章は、この点を検討対象とする。

以下では、まず、近時の有力説からの伝統的通説による根拠

づけに対する批判内容を確認した上で（第一節）、近時の実質論的アプローチによる弁済者に対する優先的保護の根拠づけに関する議論を概観する（第二節）。その上で、最後に、実質論的アプローチの延長線上に登場した物的救済の前提として対象物の物理的な特定性要件を排除する財産膨張理論について概観する（第三節）。

第一節 通説的見解に対する批判

通説的見解に対する批判は、大別すると、弁済者に対する優先的保護の付与に賛成しつつも、アプローチ方法（形式的アプローチ）を批判するもの（一）と弁済者に対する優先的保護の付与自体を批判するもの（二）、に分けることができる。

（一）（アプローチ方法に対する批判）アプローチ方法に対する批判は、優先的保護の根拠を所有権の帰属に求めること（*a*）、および対象物の特定性の判断基準として取引関係を要求すること（*b*）に向けられている⁽¹⁰⁾。

（*a*）（所有権の帰属アプローチへの批判）まず前者からみると、

第一の批判は、弁済者に物的救済を認めることが受領者の他の一般債権者に及ぼす影響を無視していることに向けられている。エクイティ上の物的救済は、受領者が破産した場合には、弁済者に優先的保護を与えるが、それは同時に、受領者の他の一般債権者の引き当てとなる受領者の責任財産を減少させることになる。そのため、弁済者に物的救済を認めるかどうかの判断は、受領者の他の一般債権者の利益も考慮した上でなされる必要がある。ところが、形式主義アプローチは、問題を所有権の帰属に還元するため、こうした観点を欠いている、というのが第一の批判である。

もちろん、学説および判例も、受領者の一般債権者の利益に全く配慮していないわけではない。たとえば、通説的見解(Birks)が物的救済の前提として要求する所有的基礎という概念は、こうした受領者の一般債権者の利益に配慮して、物的救済が認められる範囲に現実性と予見可能性を与える最適な方法であると理解されている。⁽¹⁶⁾しかし、Birksは、所有的基礎の具体的な基準について何ら言及していない。⁽¹⁶⁾そのため、物的救済が認められる範囲は、恣意的になるとの批判がある。⁽¹⁶⁾また、「1」事件において、Browne-Wilkinson 卿は、弁済者に対する優先的保護が受領者の他の一般債権者に及ぼす影響を考慮して、

Chase Manhattan Bank 事件の射程に一定の制限を設けることを試みている。⁽¹⁶⁾ Browne-Wilkinson 卿によれば、Chase Manhattan Bank 事件は、受領者が弁済者の錯誤を認識していた事実であり、その意味で受領者が「良心」にもとづいて擬制信託に服するとの立場を示したものである。⁽¹⁶⁾ そうであるとすれば、以上とは反対に、受領者が錯誤について認識していない場合には、受領者は何ら「良心」に影響を受けないので、受領者は擬制信託に服さない。すなわち「Chase Manhattan Bank 事件の射程は、受領者が錯誤を認識していない場合には及ばない、⁽¹⁶⁾ というのである。しかし、こうした Browne-Wilkinson 卿の解釈に対しては、受領者が弁済者の錯誤を認識していたかどうかと、弁済者を受領者の他の一般債権者よりも優先すべきかどうかとは無関係であるため、受領者の認識を物的救済の条件(しかも、必要条件ではなく、十分条件)とすることに批判がある。⁽¹⁶⁾ それゆえに、判例・通説的見解による物的救済の制限は、十分な機能を果たしていないとされる。

第二の批判は、Chase Manhattan Bank 事件の帰結が、他の場面における弁済者に対する保護とバランスを欠くことに向けられている。⁽¹⁶⁾ 錯誤による弁済は、大別すると、弁済者自身の過失により惹起された場合(自発的錯誤による場合)と受領者(な

いし第三者）の不実表示を契機として惹起された場合（誘発的錯誤による場合）に分けられる。

後者の場合には、弁済者は、弁済の基礎となる原因行為（契約）とともに金銭の所有権移転（譲渡）も取り消すことができる。しかし、取り消されるまでは、契約および所有権移転は有効である。他方で、前者の場合（自発的な錯誤の場合）には取消しが認められず、また、弁済者は、基本的な錯誤（例えば、受領者の同一性の錯誤）にあたらない限り、無効を主張することができないにもかかわらず、Chase Manhattan Bank 事件の判決を踏まえると弁済時に当然に擬制信託が成立し、弁済者にエクイティ上の所有権が帰属することになる。このような違いは、とりわけ、受領者の担保権者との関係において、弁済者の保護に差異をもたらす。というのも、担保権設定前の段階で、所有権が弁済者に帰属するならば、当該財産は、受領者の責任財産を構成せず、担保の対象に含まれない（＝弁済者は、担保権者に優先する）ことになるからである。こうした帰結は、不実表示による錯誤の弁済者よりも自発的な錯誤による弁済者に手厚い保護を与えることになり、錯誤弁済の場面における取消しを不実表示の場面に限定した法の趣旨と矛盾することになる。

第三の批判は、何ゆえ Chase Manhattan Bank 事件の判決に

おいて、弁済者は、受領者に対して弁済した金銭それ自体の返還請求権を有し、他方で、受領者は、受領した金銭それ自体（the very money received）の返還債務を負うのかという点に向けている。⁽¹⁰⁾

錯誤による弁済により、弁済者の金銭所有権は原則として受領者に移転する。その結果として、弁済者が受領者に対して取得する権利は、原財産の価値相当額の返還請求権（人的請求権）となる。それにもかかわらず、Chase Manhattan Bank 事件では、弁済者は、弁済後も当該金銭に対してエクイティ上の所有権を保持することを理由に、弁済した金銭それ自体の返還請求権（物的請求権）が認められた。しかし、同事件においては、何ゆえ弁済者は対物的保護（優先的保護）を受けるのか、という問題については言及されていない。⁽¹¹⁾

こうした問題は、究極的には、弁済者に優先的な保護が与えられるべきかどうか、という価値判断に依存するものの、形式主義アプローチのもとでは、問題を所有権の帰属に還元することと終始し、このような根本的な価値判断の問題を度外視してしまっている。⁽¹²⁾

第四の批判は、たとえ英米法が擬制信託を承認しているとしても、擬制信託による優先的保護の根拠付けが不明確であるこ

とに向けられている。というのも、擬制信託による優先的保護を認めるアメリカ法においても、その根拠づけは、十分に成されているわけではないからである。⁽¹⁴⁾ たとえば、第一次原状回復リステイトメントによれば、錯誤による弁済者の擬制信託による優先的保護は、(i) 受領者の他の一般債権者が善意有償取得者にあたらないこと、さらに、(ii) 受領者の他の一般債権者が受領者たる債務者による財産の不法な取得により利得を得るべきではないこと、という点に根拠づけられるにすぎない。⁽¹⁵⁾ というのも、伝統的に、擬制信託の第一次的役割は、専ら抑止機能にあり——この点は、擬制信託が物的救済一般の救済手段(信託の受託者の信認義務違反から得た利益を吐き出させるための手段)として登場したことからも明らかである——、優先的保護機能は、擬制信託の賦課に伴う偶然の結果である、と解されてきたからである。⁽¹⁶⁾ しかし、明示信託の受託者と擬制信託の受託者は、負担する義務内容も異なり、また、擬制信託は、単に不当な利得を損失者に返還するための手段ではないことから、前者(明示信託)の場面において受益者に与えられる優先的保護が後者(擬制信託)の場面において損失者(受益者)に与えられる必然的理由はない、という批判がなされている。⁽¹⁸⁾

(β) (取引関係アプローチへの批判) 次に、後者についてみると、第一の批判は、形式主義アプローチの帰結が、弁済者に損失をもたらし反面、それによって受領者ないしその債権者が不当に利益を得ることを是認することに対して向けられている。⁽¹⁹⁾

形式主義アプローチが、代償財産に対する物的救済の前提として取引関係を要求することに対しては、次のような不都合が指摘されている。たとえば、金塊購入の代金を弁済したが、金塊の引き渡しを受けていなかった顧客が、破産した会社の資産に対して物的救済を求めることができるかどうかが争われた「5」事件では、弁済者である顧客達が自らの原財産と受領者が保持している特定財産(金棒)との代償関係(取引関係)を立証できず、エクイティ上の権利の対象物の特定性(同一識別性)要件が充足されなかったため、物的救済が認められなかった。その結果、弁済者が支払った代金は、受領者の他の債権者「5」事件では、浮動担保権者(銀行)の引き当てとなった。こうした帰結に対しては、弁済者の損失によって受領者(ないしその債権者)が不当な利得を得るものである、という批判がなされている。

また、同様の問題は、弁済者の損失により受領者が得た不当

な利益が、受領者の債務の弁済に用いられた場合にも生じる。

たとえば、BがAから奪取した一〇〇〇ポンドを、自己のCに対する債務一〇〇〇ポンドの弁済に用いた場合には、形式主義アプローチによれば、AからBへ移転した一〇〇〇ポンドの交換価値で取得された特定の代償財産がBのもとにとどまっておらず、エクイティ上の権利の対象物の特定性（同一識別性）要件が充足されないため、物的救済は認められないことになる。

しかし、BがCへ弁済する前に、一〇〇〇ポンドがすでに入金された自己の預金口座に預金し、その後、一〇〇〇ポンドを引き出してCに対して弁済した場合には、物的救済一般に関する判例の理解に従うと、混和資金から引き出された金銭は、返還義務者（B）自身の金銭であるとの推定を受ける。⁽⁸⁰⁾ それゆえに、Aは、引出後の残高資金上（および、その資金を使用して取得された代償財産）に自己の原財産の交換価値を特定することができると、物的救済が認められる。このような結論は、混和が先か弁済が先かという偶然的事情により不均衡な取扱いとなり、恣意的である、という批判がなされている。⁽⁸¹⁾ そのため、破産財団が弁済者の損失で得た利得により「膨張」していることを焦点に置き、全体としての受領者の財産に担保を認めるべきとの理論が提唱されている（「財産膨張理論」という）。

第二の批判は、第一の批判とは反対に、形式主義アプローチの帰結が受領者（ないしその債権者）に損失をもたらす反面、それによって弁済者が不当に利益を得ることを是認することに向けられている。⁽⁸²⁾ 形式主義アプローチは、取引関係さえあれば、弁済者に物的救済を認める。そのため、形式主義アプローチによれば、物的救済は、取引関係がある範囲で認められるが、その範囲内でありさえすれば、受領者が、弁済者の原財産以外に、自らの富（wealth）や努力（labour）を用いて新しい財産を産出したかどうかは考慮されない、という批判がなされている。また、取引関係が及ぶ範囲では、第三者の手元の原財産の交換価値により取得された代償財産に関して訴えることも（第三者が善意有償取得者でない限り）可能とされている。そのため、第三者が受領者から当該財産を取得する際に対価を支払っており、かつ受領者が破産した場合には、善意有償取得者ではない第三者（ないしその債権者）は、損失を被ることになる、という批判がなされている。

第三の批判は、先述したように原財産と代償財産との間に要求される取引関係がLockeの所有権論によつては基礎づけられないことに向けられている。⁽⁸³⁾ 取引関係アプローチ（強い寄与原理）によれば、寄与債権者が優先的保護を受けるには、債権

者が行った寄与が特定の財産の取得に結びついていることが要求される。しかし、多くの債権者は、債務者の総財産の増加に何らかの形で寄与しているとしても、特定財産の取得に寄与しているとは限らない。というのも、特定の財産の取得以外の形——具体的には、債務者の収益の発生に役立つ役務の提供や債務者が事業を継続するために債務を弁済などの形——で、債権者が寄与を行っていることもあるからである。強い寄与原理に従うと、このような場合には、債権者は優先的保護が与えられない。ところが、どのように財産が利用されるかは、専ら債権者の選択に依存するものであり、債権者にとっては、偶然の結果である。そうであるならば、寄与債権者の行為が特定財産の取得に結びついているか否かは、優先的保護を決する根拠にはならない、という批判がなされている。

第四の批判は、Chase Manhattan Bank 事件により、錯誤による弁済者に対して物的救済が認められたからといって、物的救済一般において承認されてきたこれらの金銭の特定性判断に関するルールが、錯誤による弁済者に対する物的救済の場面においても、同様に適用されるべきとはいえないことに向けられている。というのも、物的救済一般と錯誤による弁済の場面における物的救済とは、問題となる利益状況が異なるからであ

る。

具体的にみると、次の二点が問題となる。(i) まず、錯誤による弁済者は、信託の受益者のように優先的な保護が与えられる地位にいるとはいえないという点である。すなわち、一連の金銭の特定性ルールは、信託受益者を保護するために認められてきたものであり、⁽⁸⁾ 錯誤による弁済の場面に物的救済が用いられるとしても、直ちにこれらのルールが妥当するわけではない。(ii) また、錯誤による弁済の受領者は、信託の受託者と同じ程度に非難されるべき行為を行ったとはいえないという点である。すなわち、物的救済一般における金銭の特定ルールは、受託者の不正行為を根拠に導かれたものである。⁽⁹⁾ これに対し、錯誤による弁済の局面において物的救済として擬制信託が成立するとしても、受託者とされた受領者は、物的救済一般における受託者と異なり、当該財産が錯誤により弁済されたものであること——当該財産が擬制信託に服すること——を認識しているとは限らず、その財産を処分したとしても、必ずしも不正な行為を行ったとはいえず、同様に根拠づけることができない。それゆえに、これらの問題の評価次第で、錯誤による弁済者に対する優先的保護の問題は、大きく後退する可能性がある。ところが、形式論を重視する通説的見解は、これらの問題にんえ

ていない。

このように、形式主義アプローチ——すなわち、所有権の帰属アプローチおよび取引関係アプローチ——は、多くの問題があり、今日では貫徹することができない状況にある。それゆえに、近時の学説は、通説的見解の厳格さを批判し、柔軟かつ実質的妥当な観点から弁済者の優先的保護の正当化を志向する。

（二）（弁済者に優先的保護を与えること自体への批判）もつとも、こうした方向とは対照的に、原状回復請求権者に対して優先的保護を与えること自体に懸念を抱く見解もみられる。⁽¹⁸⁾それは、学説にとどまらず、近時の裁判例の中にも見出される。⁽¹⁹⁾弁済者に優先的保護を与えることに対しては、破産法上の基本原理——後述の同順位原則（*pari pass principle*）——に抵触することに批判が向けられている。

周知のように、破産法は、債務者の破産において生じる損失を一般債権者にどのように割り当てるかについて決定する役目を担う。この点について、長く使われてきた方法の一つが、一般債権者間においては避けることのできない損失は平等に負担しあうという原則（以下、「同順位原則」という）である（こ

のような原則は、全ての倒産手続に妥当する⁽¹⁸⁾）。このような取扱いには、次の二点から正当化されてきた。

第一は、効率的（こ）での効率性（*efficiency*）は、カルドア・ヒックス基準——すなわち、ある社会選択が、他の誰かを不利に「*worse-off*」することなく別の誰かを有利に「*better-off*」できれば、効率性が高まるといえる——における効率性を指す⁽¹⁹⁾）な結果を導くという点である。破産制度は、破産により影響を受ける債権者全体への配当（*return*）を最大化することを目的とするものである。

その際に、同順位原則は、効率性を促進するものとみなされてきた。というのは、同順位原則は、（ア）「早いもの勝ち（*first come first served*）」という原理に比べ競争コストが安価であり、（イ）破産財団全体の価値を減少させることになったとしても、自らの債権のみ回収しようとする個々の債権者の誘因（*incentive*）を排除することができ、（ウ）裁判所も、債権者間の順位決定——すなわち、どの債権者に優先的地位を与えるか、あるいは劣後的地位を与えるかという判断——をすることが要求されないの、法的コストと手続的遅延を最小化することができる、と解されてきたからである。それゆえに、「同順位原理により保障された倒産処理の形式は、債権者の配当を最大化することに関心のある債権者によって同意されたルール」であ

るとみなされている⁽¹⁹²⁾。

第二は、公平 (fairness) な結果を導くという点である⁽¹⁹³⁾。このようなルールは、一般債権者間の平等な取り扱いを提供し、それにより、もつとも強くかつ迅速な者により勝利することになる権利の執行における競争を防止することができるといふ点で、公平なルールであるとみなされている。それゆえに、平等分配と正反対の結論を導く Chase Manhattan Bank 事件の解決は、破産法に「正当化されない不確実性 (uncertainty)」をもたらし、破産法の根本原理である「すべての無担保債権は平等に扱われる」との原理 (同順位原則) と矛盾する、という批判がなされている⁽¹⁹⁴⁾。さらに、弁済者に物的救済を認めることは、本来、同順位原則の適用が及ばない担保債権者にも影響を及ぼすとの批判がなされている。というのも、擬制信託の成立を認めると、破産リスクに対して自らを保護するために設定した浮動担保 (floating charge) の対象となる財産から、当該財産は除外されることになり、浮動担保債権者の期待を害することになるからである⁽¹⁹⁵⁾。

それゆえに、弁済者に対する物的救済による優先的保護の付与は、効率性および公平性に反する、という批判である⁽¹⁹⁶⁾。

第二節 近時の実質論的アプローチ

以上のように、形式主義アプローチに対しては、多くの批判が加えられている。そのため、近時の学説は、形式論から脱却し、いかなる場合に弁済者の原状回復請求権に優先的保護を与えるべきか、それは受領者の他の一般債権者との関係においても正当化されるのか、さらには、弁済者の原状回復請求権に優先的保護を与えることが破産法の効率性と公平性を害さないようにするためにはどうあるべきか、という実質論に踏み込んだ形で議論を展開するようになっていく⁽¹⁹⁷⁾。

まず弁済者と受領者との関係に着目した場合、原状回復請求の特徴は、(多くのケースにおいて) 受領者が弁済者の損失により利益を得たこと、すなわち、受領者の利益と弁済者の損失が一致する点にある。こうした観点からすると、原状回復請求は、不当利得がなければ当事者 (弁済者・受領者) が置かれていたであろう地位に戻す機能を有しており、この機能自体には特に問題はない。問題が生じるのは、弁済者と、受領者の他の一般債権者との関係に着目した場合である。というのも、弁済者に原状回復を認めることは、受領者の他の一般債権者の引き当てとなる受領者の責任財産を減らすことになるからである。

したがって、弁済者に物的救済を認めるとすれば、最初に問われなければならないのは、弁済者の原状回復請求権が受領者の他の一般債権者に優先する理由である。

錯誤による弁済者が受領者の他の一般債権者に優先して保護される理由としては、第一に、弁済者に物的救済を認めないならば、受領者の他の一般債権者が弁済者の損失で不当な利益（棚ぼた windfall）を得ることになること、第二に、受領者の破産リスクを弁済者に負担させるべきではないこと、第三に、弁済者に優先的保護を与えることが受領者の他の一般債権者にとっても効率的な結果を導くこと、が挙げられている。

（一）（実質的な根拠づけ）まず、第一の理由についてみると、弁済者の損失と受領者の利益が釣り合う不当利得の場面で弁済者に物的救済を認めることは、「すべてのその利害関係を持つ当事者（たとえば、弁済者、受領者、そして、受領者の債権者）を、受領者の利得がなければ彼らが享受していたであろう地位に戻す」ことではない。⁽¹⁹⁾ その意味では、受領者が得た利益は、もともと受領者の責任財産を構成するべきものではなく、仮にこれを受領者の責任財産に組み込むことは、一般債権者に棚ぼた的利益をもたらすことになる、というのである（こうした考

え方は、後述の追及に関する財産膨張理論の基礎になっている⁽²⁰⁾）。そのため、錯誤による弁済者に物的救済を認めることは、「弁済者と受領者の債権者間における矯正的正義を実現することになる」と説明される⁽²⁰⁾。

次に、第二の理由についてみると、たとえば、当事者間に契約関係が存在する場合には、当事者の一方は、取引の相手方（他方当事者）を自ら決定し、相手方の破産リスクに対して担保権の設定や保険により回避する手段や破産リスクを対価に反映させる手段を有している。それにもかかわらず、そのような機会（または手段）を利用しなかったのであれば、効率性（裁判所がこの問題を調整するよりも、そうした機会を有する者に破産リスクを課すほうが効率的である）および公平性（引き受けるべきリスクが明確にされたにもかかわらず、そのような機会を利用しないならば、責任を負担させられるのは公平である）の観点から、一方当事者は他方当事者の破産のリスクを引き受けたものとみなされることになる⁽²⁰⁾。しかし、錯誤弁済による原状回復の場面では、弁済者が担保権を設定する機会を有していないため、破産リスクを引き受けたとは言えない⁽²⁰⁾。そのため、契約によって受領者の破産リスクを引き受けた一般債権者よりも、そのようなリスクを引き受けない弁済者たる原状回復請求権者に優先

的な保護を与えるのには理由がある⁽²⁰⁾。

最後に、第三の理由についてみると、錯誤による弁済に伴う社会的コスト（具体的には、錯誤コスト〔取引コストや信頼コスト⁽²⁰⁾〕、錯誤回避コスト〔錯誤を発見するために被る事務コスト⁽²⁰⁾などの情報コスト〕のほか、管理コストが挙げられる）を誰が最小限にすることができるか（最安価損失回避戦略）という観点から、弁済者の優先的保護の適否が検討されている。まず、錯誤による弁済一般の文脈における戦略についてみると、⁽²¹⁾①弁済者に錯誤弁済を理由に原状回復を常に認めないという戦略（原状回復完全否定ルール）と②弁済者に錯誤弁済を理由に原状回復を常に認めるという戦略（原状回復完全肯定ルール）⁽²²⁾が考えられる。両者を対比すると、以下のとおりである。①の戦略（原状回復完全否定ルール）のもとでは、弁済者は錯誤による弁済を回避する強い誘因を持つ。すなわち、⁽ⁱ⁾弁済者は、受領者が受領した金銭を自発的に返還しないことを前提とすると、弁済者は錯誤による弁済を契機に弁済した金銭を喪失するリスクを負う。こうしたリスクを回避するためには、錯誤が発生することを事前に回避するための予防策（たとえば、情報コスト）が必要となる。また、⁽ⁱⁱ⁾このルールは、受領者に弁済者の錯誤を誘発する強い誘因を与えることから、弁済者はこれを回

避するための予防策が必要となる。いずれにせよ、これらの予防策は、社会的なコストを構成するものの、何らの社会的利益を生むものではない。他方で、受領者は、錯誤による移転を回避する誘因を持たない。というのも、このルールのもとでは、受領者は、たとえ受領した金銭に対して自己の権原（entitlement）を有さない状況下において処分したとしても何ら責任を負わないからである。これに対し、②の戦略（原状回復完全肯定ルール）のもとでは、受領者は、錯誤による弁済を回避する強い誘因を持つ。というのも、このルールのもとで、受領者が受け取った金銭を使用し、その後に、完全な原状回復を求められると、受領者は損失（たとえば、原状回復債務を履行するために金銭を調達するコストや取引コストなど）を被る。他方で、弁済者は、一見すると、錯誤による弁済を回避する誘因を持たないように見えるものの、実際には、回避する強い誘因を持つ。すなわち、弁済者は、このルールのもとでは、錯誤による弁済に基づき損失を被らないから、弁済前に自己の支払義務についての情報を入手する誘因を持たない。しかし、⁽ⁱ⁾弁済者は、受領者との交渉コストや訴訟コストのいずれかを埋め合わせるためにコストを被らなければならないという点、⁽ⁱⁱ⁾弁済者は、錯誤が発見されたときに受領者が無資力に陥っ

ているというリスクに直面するという点から、この場合においても錯誤による弁済を回避する強い誘因を持つ。

要するに、錯誤による弁済を回避する誘因は、①の戦略（原状回復完全否定ルール）のもとでは、弁済者のみ有するのに対し、②の戦略（原状回復完全肯定ルール）のもとでは、受領者のみならず弁済者も有するため、両者は高度な注意義務から解放されることにより、両者は無駄な社会的コストを負担しなくて済む。そのため、②の戦略は、（少なくとも①の戦略よりも）最安価損失回避戦略と一応いえる。もともと、以上は、錯誤による弁済一般の文脈において、原状回復を認めるというルールが支持されるべきであることを意味するものであり、ここから直ちに、受領者の他の一般債権者との関係で、弁済者に優先的な保護が与えられるべきであることを意味するものではない。

そこで、次に、錯誤弁済を契機として弁済者に受領者の他の一般債権者に対する優先的保護を与えることの適否についてみると、受領者が破産した場面において、弁済者に優先的な保護を与えないという戦略のもとでは、弁済者に原状回復を認めるという戦略を採用したとしても、弁済者は、受領者の破産リスクを考慮して、錯誤回避の誘因を持つ。もちろん、こうした帰結を回避するために、弁済者に優先的な保護を与えるという戦

略を採用することは、受領者の他の一般債権者の利益を考慮すると、受け入れがたい。しかし、こうした評価は事後的（ex post）な観点からのものであり、事前的（ex ante）な観点からみると、弁済者に優先的な保護を与えることは、弁済者と受領者の取引コストを低減し、受領者の責任財産の増加をもたらす、受領者の一般債権者にとっても有利（better off）な結果を導く。⁽²⁴⁾そのため、弁済者に優先的保護を与えるという戦略は、（事前の同意について）取引コストがかからないという状況において）関係当事者（弁済者、受領者、そして受領者の一般債権者）が事前に同意していたであろう最安価損失回避戦略である。⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾

それゆえに、実質論を重視する有力説は錯誤による弁済者が、効率性（第二および第三の理由）および公平性（第一および第二の理由）の観点から、優先的な保護に値する、と説明する。

（二）（留意点）もともと、これらの理由付け（とりわけ、第二のそれ）には、いくつかの留意すべき点がある。まず（ア）破産リスクを引き受けたかどうか（任意性）は、規範的に判断されなければいけないという点である。たとえば、破産リスクを引き受けたと評価される者には、そうしたリスクを認識して契

約関係に自ら入った者のみならず、重過失のある錯誤の弁済者や詐欺の被害者も含まれると解されており、一定の場合には、事実レベルでは認識を有していないといえるとしても、優先的保護が与えられないこともありうる。

また、(イ)(ア)とも関連するが、任意債権者が優先的保護に値しないのは、すべての任意債権者が債務者の破産リスクを適切に評価し、かつ、それに対し自らの権利を保護するための行動をとることができる地位に在るとの理解を前提とする。

しかし、現実問題としては、すべての任意債権者が常にこのような地位に在るとは限らない。たとえば、任意債権者が顧客たる債務者の資力状況を調査する際に伴うコストとその結果生じる利益を比較し、後者(利益)が前者(コスト)を超えることができる場合(たとえば、債権者がそのリスクを対価に反映させることで、リスクを分散させることができる地位に在る場合)には、こうした前提は妥当するといえる。他方、後者(利益)が前者(コスト)を超えることができない場合(たとえば、買主(債権者)が商品の引き渡を受ける前に代金(対価)を支払った場合など、債権者が破産リスクを分散させることができない地位に在る場合)には、こうした前提は妥当しない。⁽²⁸⁾それゆえに、債務者の破産リスクを評価し、それに対してリスクを分散する能力は個々の任

意債権者ごとに異なり、「任意債権者＝破産リスクを引き受けた」といえるかどうかは、個別の事案ごとに判断されなければならない。

いずれにせよ、以上の検討結果によれば、有力説は、実質的な観点から通説的見解と同様の帰結——弁済者たる原状回復請求権者は、優先的な保護が与えられる立場に在るという帰結——を導きつつも、通説的見解と異なり、弁済者たる原状回復請求権者に対する優先的な保護を絶対的なものと捉えるのではなく、個別の事案ごとに、弁済者の利益と受領者の他の一般債権者の利益を衡量して妥当な結論を導く余地を残している、ということは可能であろう。

第三節 取引関係アプローチから因果関係アプローチ (財産膨張理論)へ

もっとも、こうした実質的な観点から弁済者の優先的保護の問題にアプローチする見解の中には、弁済者が受領者の他の債権者と比較して、利益衡量上優先的な地位に立つといえるならば、錯誤による弁済者の原財産の交換価値が特定の代償財産に体现されて存続する必要はないとして、従来の特定性要件を放

棄し、受領者の責任財産における「価値増加」の存否（現存利得の存否）にのみ着目して、優先的保護の適否を決定することを志向する見解もみられる（財産膨張理論 [swollen asset theory] といふ）⁽²⁹⁾。

本節では、前節における実質的議論を踏まえ、いかなる場合に、弁済者は優先的保護を受けることができるかについて、具体的な検討を行うこととする。以下では、まず、財産膨張理論の概要を示した上で（一）、その理論の問題点を明らかにし（二）、その上で、イギリス法において財産膨張理論がどのように評価されているかについて概観する（三）。

（一）（財産膨張理論の概要） 財産膨張理論は、先述した追及の因果関係アプローチを基礎として、「追及対象たる代償財産の特定性を要件とせず、日本法における一般先取特権のように、返還義務者の全財産を目的とするリーエンの主張を認める理論」であり、もともとはアメリカ法にその萌芽を有する理論である⁽²⁰⁾。この理論によれば、弁済者が自己の原財産の交換価値が受領者の手元にある特定の財産に体现されていない場合（すなわち、代償財産がない場合）においても、原財産の交換価値が受領者の責任財産中に現存する限り（すなわち、財産増加があ

る限り）、弁済者は優先的な保護が認められる⁽²¹⁾。

この理論は、先述の実質的理由により基礎づけられる。すなわち、第一に、錯誤による弁済者が受領者の他の一般債権者と並んで平等の弁済を甘受しなければならぬとすれば、一般債権者は本来期待できない不当な利益を得ること、第二に、錯誤による弁済者は、受領者の破産リスクを負って受領者と取引していないこと、さらに第三に、錯誤による弁済者に優先的な保護を与えることは、受領者たる破産者の破産財団の最大化に資することである⁽²²⁾。

財産膨張理論は、取引関係アプローチと比較すると、弁済者の利益と受領者の他の一般債権者の利益のバランスを柔軟に調整することを可能にするという利点を有する⁽²³⁾。というのも、取引関係の存在を要求しないため、このアプローチのもとで生じる不都合な結果——すなわち、弁済者に損失をもたらす反面、それによって受領者が不当に利益を得ることを是認するという結果、および受領者に損失をもたらす反面、それによって弁済者が不当に利得を得ることを是認するという結果（先述）——は、財産膨張理論のもとでは生じないからである。

要するに、財産膨張理論は、弁済者の損失により受領者の責任財産の増加が認められる限り、その利得が物理的な特定の物

として存在しているか否かにかかわらず、原財産の(抽象的な)価値に対して直接に物的権利を認めることにより弁済者に優先的保護を認めつつ、受領者の他の一般債権者の利益にも配慮して、弁済者の優先的保護を現存利得の存否に依存させることに⁽²⁶⁾より、関係当事者全体(弁済者、受領者、受領者の一般債権者)の利益調整を可能にする理論である。それゆえに、原財産が債務の弁済に用いられた場合にも、受領者の手元に現存価値がある限り、弁済者に優先的保護を認めることができる。

(二)(財産膨張理論の問題点) こうした財産膨張理論は、もともとアメリカにおいて一九世紀末から一九三〇年代——とりわけ大恐慌後の一九三〇年代——にかけて、一般預金者などの救済を目的として発展し、支持されてきた理論であった。⁽²⁷⁾しかし、この理論は、その後、判例・学説から様々な批判が加えられたために、今日、アメリカでは支持されていない。

具体的にみると、第一の批判は、錯誤による弁済により受領者が原状回復債務を負うことを理由に、受領者の財産増加があると評価することが困難であることに向けられている。⁽²⁸⁾たとえば、①Aは、債権者BおよびCに対してそれぞれ二〇〇ポンドおよび三〇〇ポンドの債務を負う。②Aの手元には、一〇

〇〇ポンドの預金と一〇〇〇ポンド相当の債権しか存在しない。③その後、Dは、錯誤によりAに一〇〇〇ポンドを支払った。④このような状況のもとで、AがBに対して一〇〇〇ポンド(Dの錯誤による弁済により受領した一〇〇〇ポンド)を弁済し、その後、破産したとする。形式的にみると、AがBに債務を弁済することにより、Aの消極財産が減少することにより、財産増加を肯定することができる。しかし、AはDに対して返還債務(原状回復債務)を負うことから、差し引きすると財産は増加していないとみることもできる。それゆえに、受領者が錯誤による弁済により取得した金銭を用いて他の債権者に弁済した場合には、それによって受領者の責任財産の増加があるとはいえない、という点に批判が向けられている。

第二の批判は、錯誤による弁済を契機に受領者の他の一般債権者が損失を被ることに向けられている。⁽²⁹⁾(上記の例を前提とすると)弁済者DがAの手元に残っている一〇〇〇ポンド相当の債権に対して物的救済が認められると、錯誤による弁済がなかったときと比較して、受領者の他の一般債権者の利益を害することになるというのである。⁽³⁰⁾そのため、財産膨張理論に対しては、受領者の他の一般債権者の関わりのない錯誤による弁済によって、他の一般債権者にこのような負担を強いるべきでは

ない、という点に批判が向けられている。⁽²¹⁾

第三の批判は、正味の現存利得の存否を評価する際の困難性に向けられている。先述したように、財産膨張理論によれば、物的救済の可否は、受領者の財産において原財産の（抽象的な）価値が現存していること——現存利得の存否——に依存する。

このような現存利得の存否について、アメリカの裁判所は、受領者の主観的な意思（具体的には、銀行〔受領者〕が預金者〔弁済者〕の預金がなくとも他の債権者に対して債務を弁済する意思を有したか否かという点）を基準に判断した。すなわち、現存利得は、錯誤による弁済がなかったとしても、受領者が債務を弁済する意思を有していれば、認められるのに対し、受領者がそのような意思を有していなければ、認められない、ということである。

ところが、このような受領者の主観的な意思を判断することは、弁済者および裁判所にとって困難であり、また、仮に可能であるとしてもかなりのコストがかかるという点に批判が向けられている。⁽²²⁾ それゆえに、アメリカにおいては、財産膨張理論は、今日では主張されておらず、実質的な利益状況に配慮しつつも、物理的な特定性要件を要求する取引関係アプローチが支持されている。

（三）（イギリス法における財産膨張理論の評価）もつとも、こうした批判に対しては、近時、イギリスの学説の一部において、再反論が加えられており、そうした動向は、財産膨張理論を再検討する余地が残されていることを示唆する。そこで、最後に、イギリス法において財産膨張理論は、どのように評価されているかについて概観する。

財産膨張理論に関する評価は、イギリスにおいては、実質論を主張する見解が少数にとどまっていることもあり、明確とはいえないものの、大別すると、（ α ）実質的な利益衡量に配慮しつつも、特定性要件を要求し、財産膨張理論に消極的な評価を下す見解（特定性必要説）と（ β ）特定性要件を排除する財産膨張理論に積極的な評価を下す見解（特定性不要説）とに分かれている。

（ α ）（特定性必要説）まず前者の見解は、先述の財産膨張理論の問題点を踏まえ、このような理論のイギリス法への導入に否定的態度を示す。⁽²³⁾ その上で、アメリカ法の通説的な立場と同様に、従来の取引関係アプローチを次善の解決策（second-best solution）——完全な正義は実現しないが、現行法制度の制約のもとで最もそれに近い結論を導くことができる手段という意

味——としてではあるものの、支持する⁽²⁵⁾。この見解は、完全な正義の実現よりも、適用の容易さ（すなわち、客観的かつ機械的に適用可能である点）を重視する。

もつとも、取引関係アプローチに向けられている批判（厳密には弁済者の損失と受領者の現実の利得が一致しないという点）を踏まえて、次のような修正が加えられている⁽²⁶⁾。すなわち、受領者の一般債権者との関係では、弁済者の優先的保護の範囲を弁済額に制限することにより（受領者の手元に存在する代償財産が弁済額を超過する場合には、優先的保護の範囲は弁済額に限る）、また、受領者から取得した善意有償取得者ではない第三者（ないしその債権者）との関係では、第三者が当該財産を取得する際に被ったコストを弁済額から控除した額に弁済者の優先的保護の範囲を制限することにより、関係当事者の利益に配慮する。さらに、取引関係アプローチも、受領者の財産が問題の利得により増大していることにより正当化されるという側面を持つことから、因果関係アプローチにおいて考慮される要素（たとえば、「a」弁済の受領から破産までの期間や「b」受領者の破産原因⁽²⁸⁾）も弁済者の優先的保護を否定する要素として考慮する。もつとも、債務の弁済に原財産が用いられた場合は、限界事例として、追及を否定する⁽²⁹⁾。

（β）（特定性不要性）これに対し、後者の見解（特定性不要説）は、財産膨張理論に向けられている批判を踏まつつも、このような理論のイギリス法への導入に積極的態度を示す⁽³⁰⁾。この見解は、前者の見解と比較し、手続的な容易さを求めるよりも、完全な正義の実現を重視する。もつとも、財産膨張理論に対して向けられてきた批判（本節（二）参照）に対しては、以下のように反論する。すなわち、第一の批判（錯誤による弁済により受領者の財産増加があると評価することは困難であるという批判）に対しては、債務の弁済は、受領者の財産の正味の総額に影響を及ぼさない利得の浪費とは区別されるべきであり、このような批判は、的外れであると反論する⁽³¹⁾。

また第二の批判（受領者の他の一般債権者に損害を及ぼすという批判）に対しては、受領者の他の一般債権者に損失が生じる場面を具体的に特定し、個別的に対応することにより、受領者の他の一般債権者の利益を不当に害することなく、弁済者に優先的保護を与えることができる、と反論する⁽³²⁾。この見解によれば、財産膨張理論は、受領者の他の一般債権者に不当な損失をもたらしているようにみえるが、実際には、そのような結果は、財産膨張理論によりもたらされるものではない。敷衍していえば、次のとおりである。例えば、本節（二）の例を少し変

えて、①から③の状況下において）債務者Aが一般債権者Bにのみ二〇〇〇ポンド（自己の固有財産一〇〇〇ポンド〔預金〕とDの錯誤による弁済により受領した二〇〇〇ポンド）を弁済した後に、破産したとする。このような状況において、弁済者Dに物的救済が認められ、Dは優先的な保護を受けることができるのに対し、受領者の他の一般債権者Cは、何ら配当を受けることができない（B:C:D=1:0:1）。他方、物的救済が否定されると、DとCは、同順位原則のもとでAの残りの責任財産（二〇〇〇万ポンド）について按分配当（B:C:D=4:3:1）⁽²³⁾を受ける（財産膨張理論が受領者の他の一般債権者に不当な損失を与えるというのはこのためである）。しかし、Cの利益状況がDによる錯誤弁済がなく、AがBにAの固有財産のみで二〇〇ポンド弁済した場合も変わらない（B:C=1:0）。問題の本質は、Aが破産間近の状況において、一部の債権者（B）にのみ優先的に弁済したことにある。

要するに、錯誤による弁済があった場合となかった場合を比較し、受領者の他の一般債権者が損失を被るのは、（ア）受領者が、錯誤弁済による金銭を受領しなかったならば、受領者に債務を弁済する意思がなかった場合であり、かつ、（イ）受領者が一部の債権者のみに弁済し、当該弁済行為が詐害行為でない

し否認の対象にならない場合のみである、ということである。⁽²⁴⁾それゆえに、このような状況についてのみ、Dに対する物的救済を否定すればよく、一律に財産膨張理論を否定する理由はない、というのがこの見解の主張するところである。

さらに第三の批判（現存利得を決定する際に、受領者の主観性を判断することは困難であるという批判）に対しては、次のように反論する。（i）まず、破産者は、破産手続において破産債権者間の分配の争いに直接的な利益を持たないことから、破産手続に非協力的であるかもしれないが、破産手続においては、管財人は、破産財団（分配の対象となる破産者の財産）の確定作業に際して、破産者に情報の提供を要求しうることを踏まえると（一九八六年破産法二三五条、三三三条）、受領者の意思の判断は、懸念に値しない、という。⁽²⁵⁾また、（ii）たとえば、このような批判が妥当なとしても、それならば、従来の財産膨張理論が前提としてきた主観的な基準（受領者が弁済する意思があったか否かにより判断する）を放棄し、客観的な基準（受領者が弁済することが可能か否かにより判断する）により財産増加を決定すればよい、とする。⁽²⁶⁾要するに、受領者が自分自身の財産から債務を弁済することが客観的に可能ならば、現存利得（＝財産増加）は認められ、他方、客観的に可能でないなら

ば、現存利得は認められない、ということである。というのも、

受領者（債務者）の他の一般債権者は、債務者の弁済行為が詐害行為でないし否認にあたらない限度で、受領者（債務者）が債務を弁済するために固有の財産を使用し、そして、その反射的效果として、他の一般債権者の債権を弁済するために利用可能な財産が、その分、減ることになるというリスクを当然に負担している。それゆえに、このような場面（受領者が自己の債務を弁済することができ、かつ、当該弁済行為が詐害行為に当たらない場面）において、弁済者に優先的な保護を与えたとしても受領者の他の一般債権者に不当な損失を及ぼしたとはいえないからである。

以上の学説の議論を踏まえると、財産膨張理論をめぐるイギリスの学説の分かれ目は、次の点をいかに評価するかという点に帰着する。すなわち、第一に、理念的な問題として、完全な正義の実現を目指すか、それとも、（完全な正義を犠牲にしても）より適用のし易さを求めるか、という点、また、第二に、実際のな問題としては、受領者が原財産により債務を弁済した場合に、弁済者に優先的な保護を与えるかどうかという点である。

第四節 小括

上記では、実質的観点から、原状回復請求権の優先的な保護の基礎づけを試みた。

まず、実質的観点から、通説的見解による錯誤による弁済者に対する優先的保護の基礎づけの問題点を概観した（第一節）。ここでは、実質的観点からみると、通説的見解のアプローチ方法（所有権の帰属を重視し、かつ、取引関係という擬制を用いて特定性を拡大しようとする方法）は、完全な正義の実現を果たすことができないという問題点が指摘されていること、また、同様の観点からみると、弁済者に優先的保護を認めること自体が、破産法の基本原理（同順位原則）と抵触する可能性があること、を紹介した。

次に、このような通説的見解の問題点を踏まえ、弁済者に対する優先的保護を実質的に基礎づけようとする近時の学説を概観した（第二節）。ここでは、弁済者の優先的保護の根拠は、第一に、弁済者に優先的保護を認めないと、受領者の債権者が弁済者の損失で棚ぼた的利得を得ることになること、第二に、受領者の破産リスクを錯誤による弁済者に負担させるべきでないこと、第三に、弁済者に優先的保護を認めることこそが受領

者の債権者にとつても効率的な帰結（＝破産財団の最大化）を導くこと、という三点に求められることを紹介した。

最後に、以上の実質的観点から、エクイティ上の権利の対象物として要求されてきた特定性は、受領者の手元に現存価値があることをもって足りるとする財産膨張理論を概観した（第三節）。ここでは、第一に、財産膨張理論を概観し、第二に、その理論に内在する問題点（受領者の他の一般債権者に損害を及ぼす可能性、現存利得の立証の困難性等）を示した。その上で、この理論に向けられている批判に対してイギリス法において再反論する見解が登場しており、再検討の余地があることを踏まえ、第三に、イギリス法においてこの理論がどのように評価されているかについて、二つの見解を検討した。第一の見解は、財産膨張理論の批判をアメリカ法と同様に、回避困難なものにとらえて、取引関係アプローチを次善の解決策として受け入れようとする立場である。他方、第二の見解は、財産膨張理論に対する批判が、反論可能であることを踏まえ、その理論を放棄するのではなく、修正した上で再構成しようとする立場である。もっとも、両説の実質的な対立点は、受領者が原財産により債務を弁済した場合に、弁済者に優先的保護を認めるかどうかという点に尽きる。

第四章 終わりに——日本法への示唆

以上、本稿では、イギリス原状回復法において最も困難な問題といわれる物的原状回復——すなわち、原状回復請求権に対して対物的ないし対世的な保護を与えること——の適否に関するイギリスの判例・学説の議論を概観した。最後にこれまでできたところをもう一度確認し（一）、それがわが国の議論に如何なる示唆を提供しうるかについて若干言及し（二）、検討を終えることにしたい。

（一）まず、これまでみてきたことをもう一度確認するために、以下では、本稿の目的を再述べた上で（*a*）、イギリス法の議論の対立点が如何なる点にあるかについて確認する（*b*）。

（*a*）本稿の目的は、鈴木禄弥の債権者平等の原則の理解——すなわち、債権者平等の原則は、優先的地位が付与されない残リカスの債権についてのみに適用される原則にすぎないという理解——を出発点として、いまだにこの原則に検討すべき余地が残されていることを明らかにすることであった。

具体的には、不当利得返還請求権を取り上げた。たとえば、

錯誤に基づいて弁済者Aから受領者Bへの金銭が交付された後にBが破産した場合、錯誤無効を主張するAは、不当利得返還請求権として扱われ、債権者平等の原則のもとで、優先的な保護が与えられない一般債権者としての地位に服することになる。しかし、こうした帰結は、①Bの他の債権者が、法律上の原因のない給付を行ったAの財により増大した責任財産によって、本来ならば引き当てとすることができない給付分から回収することを認める結果として、Bの他の債権者に「棚ぼた的」利益を与えることになり、また、②金銭かそれ以外の物かという客体の違いによりAの地位に大きな差異を生むことになる。

本稿は、こうした帰結の妥当性に疑問を提起し、不当利得返還請求権に優先的な保護を与えることが、利得者、受領者、受領者の債権者にどのような影響・結果をもたらすか、また、その影響・結果をもたらすことが妥当か、という視点から、イギリスの物的原状回復に関する議論を参照しつつ、原状回復における弁済者の優先的保護の基礎づけに関する議論を検討した。⁽⁴⁸⁾

(β) 本稿の検討結果によれば、イギリス法における物的原状回復に関する議論は、①何ゆえ錯誤による弁済者が受領者の他の一般債権者に比較して、優先的保護を受けるに値するか、ま

た、②何ゆえ受領者の他の一般債権者が損失を甘受させられるのか、という観点から論じられていること、そして、イギリスの学説は、こうした問題を、究極的には、(i)破産債権者全体の利益の最大化の要請(分配的正義の実現)と(ii)個々の原状回復請求権者の個別的正義の実現の要請(矯正的正義の実現)をどのように調整するかという枠組みの中で議論していること、が明らかになった。

こうした観点から、イギリスの学説(通説的見解と有力説(特定性を必要とする見解(第三章第三節(三)(a)の見解)は有力説Iとし、特定性を不要とする見解(第三章第三節(三)(β)の見解)は有力説IIとする))をみると、以下のように位置づけることができる。

まず、通説的見解(形式主義アプローチ+対象物の特定性要求)は、もっぱら(ii)の要請を重視する。この見解のもとでは、弁済者の優先的保護の根拠は、金銭所有権移転の原因行為に瑕疵がある場合には、譲渡行為も影響を受け(「有因」、金銭所有権が、弁済者に觀念上帰属すること、そして、弁済者は、受領者の責任財産を構成しない自己の所有物(原財産のみならず代償財産を含む)を取り戻したに過ぎないことに求められる。他方で、受領者の他の一般債権者は、債務者(受領者)固有の

財産しか債権の引き当てとすることはできないことから、損失負担の問題は生じない。もっとも、この見解は、何ゆえ弁済者が優先的な保護に値するののかという点について検討していないため、受領者の他の一般債権者の利益に対する配慮を欠き、また、弁済者に物的原状回復を広く認めるとの批判が加えられている。そのため、この見解は、(ii)の要請のみ（取引関係アプローチの不十分性を踏まえると完全とはいえないが）実現し、(i)の要請を欠くことになる。

次に、有力説Ⅰ（実質論的アプローチ＋対象物の特定性要求）は、(i) (ii) 双方の要請に配慮しつつも、どちらかといえは(i)の要請を重視するようにみえる。この見解のもとでは、弁済者の優先的保護の問題について、効率性と公平性を踏まえた実質的な観点から検討が行われる。弁済者の優先的保護の根拠は、第一に、弁済者に優先的保護を認めないならば、受領者の他の一般債権者が弁済者の損失で不当な利益（棚ぼた）を得ることになること、第二に、受領者の破産リスクを弁済者に負担させるべきではないこと、が挙げられる。他方で、受領者の他の一般債権者の損失負担の根拠は、第一に、受領者の破産リスクを引き受けていること（契約上の債権者の場合）、第二に、受領者の責任財産の増加に寄与していないこと（交通事故の被害者などの不法行為上の債権者の場合）、第三に、弁済者に優先的保護を与えることこそが受領者の債権者全体にとっても利益を生むこと、が挙げられる。この見解のもとでは、弁済者の利益と受領者の他の一般債権者、さらには、債権者全体の利益を考慮することにより、問題解決をはかることが可能となる（この点は次の有力説Ⅱも同旨）。

もっとも、この見解は、立証の問題および訴訟コストを考慮して、通説的見解と同様に、対象物の物理的な（代償財産を含む広い意味での）特定性を要求するため、債務の弁済などに原財産が用いられた場合には、弁済者に優先的な保護を認めない。そのため、この見解は、(i) (ii) 双方の要請に比べつつも、どちらかといえは(i)の要請に傾いているように思われる。

最後に、有力説Ⅱ（実質論的アプローチ＋対象物の特定性不要）は、(i) (ii) 双方の要請の完全な調和を志向するようにみえる。この見解は、有力説Ⅰの実質的な根拠づけをさらに徹底し、物的救済の対象物の特定性を物理的な特定の問題としてではなく、（抽象的な）現存価値の特定の問題として捉え、そして、（抽象的な）価値に対して直接的に物的権利の成立を認めることを提唱する。この見解によれば、債務の弁済などに原財産が用いられた場合にも、受領者の責任財産に現存価値が存

在することを根拠に、弁済者に優先的な保護を与えることができる、(i) (ii) 双方の要請を調和することができるように思われる。

以上を踏まえると、従来のイギリス法の議論は、破産という場面において、原状回復法の規範目的（矯正的正義の実現）と破産法の規範目的（分配的正義の実現）をどのように調整するか、さらに、それを現行法の枠内でどのように実現するかという点で評価が分かれているといえよう。

(二) 次に、以上のイギリス法の検討結果から、わが国の議論に如何なる示唆を提供しうるか、について検討を加えることにしたい。以下では、まず、わが国において金銭の所有権者が錯誤弁済を契機に一般債権者に格下げられる原因を示した上で（a）、イギリス法の検討結果が日本法に示唆する点を明らかにし（b）、最後に、今後の課題と債権者平等の原則について簡単に言及することにした（c）。

(a) わが国において錯誤による弁済者が一般債権者としての保護を甘受させられるのは、従来の民法学における以下の理解に起因する。

第一に、所有権は、「特定之物（有体物）」に対する権利である（民法八五条）という理解である。すなわち、所有権は、特定の物に対する直接の支配権であることから、金銭を含むすべての物に対して所有権が成立するためには、「特定之物（有体物）」の存在が嚴格に要求されてきた。⁽²⁰⁾ こうした理解は、次の第二の理由と結びつくことによって、上記の帰結をもたらした。

第二に、金銭所有権は、占有とともに移転するという理解である。すなわち、所有権の客体が金銭の場合には、いったん引き渡しを受けた者（受領者）の財産に混入すると、金銭の性質上、引き渡した者の金銭と受領者の金銭を区別することが困難になり、引き渡した者の金銭の特定性は失われることになる。第一の理解（所有権は特定之物に対する支配権であるという理解）を踏まえると、特定性を失った金銭に対する所有権を観念することは困難になり、その反射的效果として、原所有者は、当該金銭に対する所有権を喪失することになる。従来、金銭所有権が原因関係の如何を問わずに占有とともに移転すると解されてきたのは、このためであった。⁽²¹⁾

第三は、わが民法学における伝統的な物権・債権峻別論——物権と債権を概念上の論理構成を異にするものと捉え、ここからその法的効力の違いを形式論理的に導くという理解——で

ある。⁽⁵¹⁾ 第二の理解（金銭の「占有＝所有」理論）の帰結として、金銭の法的保護は、物権の形態から債権の形態に格下げられることになった。すなわち、物権は、一定の物を直接に支配して利益を受ける排他的な権利であり、債権は、特定人に対して特定の給付行為を請求する権利である。物権の有体物に対する直接的支配は、対世的効力をもち、物権的請求権によってそれが担保され、排他性の帰結として、優先的効力を付与されている。他方、債権は、相対的な権利であって債務者の給付行為を介して間接的に実現されるにとどまり、給付された結果も対世的に保護されるとは限らない。債権は、最終的には債務者の責任財産によって担保されるが、債務者の責任財産に対してすべての債権者は債権の種類・成立時期にかかわらず原則として平等な地位にある（債権者平等の原則）。⁽⁵²⁾ こうした物権・債権峻別論の帰結として、錯誤による弁済者は、錯誤無効の主張が認められたとしても、債権者平等の原則（按分配当）に服する債権的請求権（不当利得返還請求権）を取得するに留まった。

第四に、（第三の立場（物権・債権峻別論）を採らないとしても）錯誤による弁済者に優先的保護を認めることは、公示なき物権を認めことになり、他の一般債権者の利益を害するという理解である。従来 of 学説は、第三の理解（物権・債権峻別論）

に対して、様々な文脈（たとえば、不動産賃借権に基づく妨害排除請求や債権侵害論など）において、相対化のために批判的な検討が加えられてきた。⁽⁵³⁾ これらの議論に共通することは、物権・債権という概念から論理的に法的帰結を導くのではなく、いかなる権利にいかなる法的保護を与えることが妥当であるか、という観点から問題にアプローチするという視点である。⁽⁵⁴⁾ もっとも、こうした帰納的なアプローチ方法が破産における優先的保護という本稿の問題にも及ぶかどうかについては、従来、あまり明確に議論されておらず（むしろ、ここでは伝統的な峻別論の理解のほうが強いように思われる）、また、こうしたアプローチ方法が及ぶと理解すると思われる一部の学説においてさえも、錯誤による弁済者の不当利得返還請求権に優先的保護を与えることが公示なき物権を認めことになり、他の一般債権者の利益を害することを根拠として、反対の立場が示されていた。⁽⁵⁵⁾

（β）他方、本稿におけるイギリス法の検討結果は、わが国におけるこうした硬直的な理解に再検討すべき余地が残されていることを示唆する。

まず第一の点（所有権は、「特定の物〔有体物〕」に対する権利

であるという理解）についてみると、イギリス法の通説的見解および有力説Ⅰは、わが国と同様に、所有権の客体が特定の物であるとの理解を前提としつつ、金銭の特定性の範囲を拡張し、原財産のみならず、その代償財産の特定をもって足りると解する。これに対し、有力説Ⅱは、物理的な特定の物の存在を要求せず、（抽象的な）価値に対して直接に物的権利の成立を認めようとする。

こうした理解は、ある物（原財産）の上に認められる所有権の効力が、その物のみならず、代償財産、さらには、（抽象的な）現存価値にまで及び続けることを示す。もちろん、こうした理解は、直ちには、日本法にあてはまるものではない。しかし、金銭と金銭以外の物に差異を認める従来の日本法の解釈は、受領者の他の債権者に棚ぼた的利益を与えることになった。こうした帰結を回避するための手段として、金銭の特定性に再検討を加える余地はあり、イギリス法の議論は、そうした可能性を示唆する。たとえば、原財産の代償財産がある場合には、価値としての同一性を保っている限り、また、原財産の代償財産が存在しないが、原財産の交換価値により受領者の責任財産が増大している場合には、原財産の交換価値が現存している限り、特定性を認めることができるのではないかと思われる。⁽²⁸⁾

次に、第二の点（金銭所有権は、占有とともに移転するという理解）についてみると、イギリス法においては、金銭所有権は、金銭の流通性確保の要請に配慮しつつも、真の所有権者の保護の要請に応える取扱いがなされている。すなわち、原所有者と受領者の間では、真の所有権者の保護の要請を重視し、金銭の占有が受領者に移転し、受領者の固有の財産に混入したとしても、原因関係の如何により原所有者に金銭所有権が復帰する余地を認める。他方で、受領者から譲り受けた転得者（善意有償取得者に限る）が登場した場面では、金銭の流通性確保の要請を重視し、「占有＝所有」理論により、転得者を保護する。こうした理解は、わが国の金銭の取り扱い——すなわち、金銭の流通性の維持の要請（動的安全）を強調し、広く「占有＝所有」理論を認める取り扱い——の特殊性をクロースアップさせるといえる。⁽²⁹⁾

さらに、第三の点（物権と債権は峻別され、両者は異なる法的保護を受けるという理解）についてみると、イギリスの通説的見解は、問題となっている権利が人的権利か物的権利かを決定し、こうした権利の性質から弁済者の優先的保護の適否を演繹的に決定する。これに対し、有力説（ⅠおよびⅡ）は、弁済者と受領者の他の一般債権者との間の利益衡量を踏まえた上で、実質

的な観点から弁済者の優先的保護の適否を決定する。両説は、究極的には、権利が救済手段を決定するのか、それとも救済手段から権利が決定されるか、というアプローチ方法の違いにある。

わが国の従来議論は、権利の性質（物権・債権）から演繹的に救済手段（優先的保護の適否）を導くとのアプローチ方法によるものであり、イギリスの通説的見解の理解と通底する。しかし、こうしたアプローチ方法に対しては、前述したように批判が加えられており、ある権利に優先的な保護を与えることが適切かどうかは、紛争となつて関係当事者間の社会関係・利益状態の差違を踏まえた上で決定されるべきものであり、権利の性質から演繹的に導かれるものではない。⁽³⁰⁾

他方、イギリス法における有力説の議論は、破産における優先的保護という問題に対しても上記のような帰納的なアプローチ方法が及びうることを示唆するものであり、実質的な利益状況の共通性を踏まえると、こうした観点からの検討はわが国においてももつと積極的に行われるべきであると考え（その意味で、鈴木の見解は、結論としては否定するものの、こうした視点を提供する嚆矢といえる）。

最後に、第四の点（一般債権者の利益を侵害するという点）に

つてみると、こうした理解に対しては、優先的保護は、価値の取戻しによる「あるべき責任財産」への復帰を意味するにすぎず、他の債権者は、本来期待し得ない増加分を失うだけであつて、権利を不当に害されたとはいえず、上記の批判はあてはまらないという反論が既にみられるものの、本稿の検討結果は、（不十分ながらも）錯誤による弁済者に優先的な保護を与えることこそが、結果的に受領者の他の一般債権者にとつても利益になるのではないかという視点からのヨリ積極的な根拠づけの可能性を示した。

以上の第三および第四の点を踏まえると、錯誤による弁済者に優先的保護を与えるべきかどうかは、個々の当事者への救済手段を受領者の債権者全体の利益の最大化の要請（（一）（ β ）（i）の要請）と弁済者の個別的正義の実現の要請（（二）（ β ）（ii）の要請）の調和を目指しながら、事実ごとに適切な利益衡量判断に基づき決定されるべきであろう（そのため、本稿の立場は、錯誤による弁済者が常に優先的な保護を受けるに値すると主張するものではない）。

（γ）ところで、こう述べると、日本法とイギリス法は、「氷炭相容れない」ものではなく、日本法も子細に検討するといく

つかの、本稿に紹介・検討したイギリス法のメインストリームに相通ずる法理が偏在する点も確かである。例えば、①価値の上のレイ・ヴィンディカティオという有力説（四宮、広中）、②三者間の不当利得（例えば、金銭騙取弁済や転用物訴権など）において対第三者効に好意的な伝統的な判例、③近時の動産売買の先取特権の物上代位論などがそうであるように、物に付着した債権は、わが国でも第三者への追及を認める。

吉田邦彦は、批判法学的な法理分析として同じ問題群のなかに相克・拮抗する法理が「差延」的に存在することを指摘しているが、イギリス法に關すると、「錯誤による弁済者の保護」の問題群もそれであることがわかる。そして、同法の考察を承けつつ、わが国で周縁化されている諸法理に光を当てて、その本格的な検討（それらのわが民法学における位置づけ、ないし従来の民法学の体系の批判的検討）を行うことが求められているのではなからうか。

最後に、鈴木は、債権者平等の原則を前述の如き割り切って捉える反面で、次のようにも述べることに留意されたい。

「社会における事態というものには、相互に近似してはいなくても、一つはAで、もう一つはA+△という風に微細な差異

があり、これをきちんと認知することが法学者の任務である」としつつも、他方では、「社会における一つ一つの事態に正確に対応する効果を与えることこそが本当の公平だと考えると、厳密に公平を実現することはコストと時間との関係で殆ど不可能」であり、「厳密には要件に微妙な差異△があっても、それを無視して、一定の範囲の事態を一律にAと扱って、Bという効果を与えることが、社会のやむを得ざる要請である」とし、むしろ「どの程度の、どのような差異ならばこれを無視して捨象して扱うかを決することこそが、社会の要請への適応であり」、「法学者の任務」である⁽²⁶⁾。

こうした鈴木 of 理解に従うと、優先的な地位が付与されている債権以外（「残りカス」の債権）は、たとえ実質的な観点からみるとその取扱いに疑問の余地が残されているとしても、社会全体のコスト——本稿においては債権者全体のコスト（二）（β）の（i）の要請——を考慮に入れると、一律に債権者平等の原則に服することが「社会のやむを得ざる要請」であることになる。しかし、わが国における近年の不当利得返還請求権が問題となる社会的事件を目の当たりにしたとき、われわれはこうした帰結を「社会のやむを得ざる要請」であるとして受

け入れることができるのであろうか。この点については、再考する余地があるように思われる。⁽²⁰⁾そして、イギリス法の議論(特に、有力説のそれ)は、原状回復請求権を当然に一般債権とするのではなく、優先的な保護を受けることができる権利であるとした上で、弁済者の利益と受領者の他の一般債権者の利益を衡量することにより、具体的に妥当な帰結を導こうとする姿勢を示しており、わが国の従来の議論を再考する際に、重要な手がかりを提供するものといえよう。⁽²¹⁾

以上、本稿は、鈴木のアプローチ方法(機能的な分析手法)に示唆を得つつ、イギリス法における錯誤弁済者の優先的保護の議論を参照することにより、わが国の不当利得返還請求権に優先的保護を与える余地があることを示し、債権者平等の原則に再検討を加えた。もともと、この原則の再検討を完成させるためには、本稿で取り上げた場面以外の問題群(例えば、売買契約における買主破産の局面における売主保護の問題、さらには三者間の不当利得の問題など)についても子細に検討した上で、それらの横断的な考察をするという作業が不可欠であろう。しかし、そのような作業は、今後の課題として、ひとまず本稿を終えることとしたい。

⁽¹³⁷⁾ 代償財産に対する権利の性質については、比較法的に差異がみられる。すなわち、イギリス法では、上記のように物的権利(所有権)の成立を認めるのに対し、大陸法(ドイツ法、日本法)では、特定物債権の成立を認めるのとどまっている。もともと、Hackerによれば、両者の差異は、受領者の破産という局面においては、大きくないとされる。というのも、大陸法においては、特定の代償財産が存在する限りにおいては、原所有者は、破産法上の代償的取戻権の制度により、優先的保護が与えられており、特定の代償財産の存在を要求するイギリス法と実質的に大きな差異はないからである(以上について、Hacker, *supra* note 22 Ch.8を参照)。

⁽¹³⁸⁾ なお、イギリス法において、これらの議論は、私法体系内において原状回復法をいかに位置づけるかという文脈で、議論が展開されている。敷衍して言えば、次のとおりである。イギリス法——少なくともイギリス原状回復法——研究者の多くは、規範的議論(法はどうあるべきかを問う議論(例えば、道具主義的アプローチなど))よりも、記述的議論(現にある法(とりわけ、判例法)をどのように体系的に整合性をもつて説明するかを問う議論)への関心が強い(Biggsはその代表である)。このような立場の論者は、法的効果(response)とそれを導く事件ないし要件(event)を分類化することによつ

て私法を体系化することを志向する。代償財産への追及の法律構成をめぐる議論は、分類上、不当利得という事件ないし要件が property 的な保護（効果）を導くものと位置づけることがあるか否かという文脈において展開されてきたものである。

- (139) こうした問題は、とりわけ、コモン・ローにおいて生じた。というのも、コモン・ローには、意思による移転の場合を除き、代償財産に対する物的権利を創設する理論的構造がなかったためである (Fox, *supra* note 57, at 55-6)。

- (140) David Hayton, *Equity's Identification Rules*, in: PETER BIRKS ED., LAUNDERING AND TRACING (Oxford U.P., 1995) 1. See also, Peter Millet, *Proprietary Restitution* in: SIMON DEGELING & JAMES EDELMAN EDS., EQUITY IN COMMERCIAL LAW (Australasia Law Book Co., 2005) 309, at 314-7; Virgo, *supra* note 23, at 569. 判例は、近時、物的救済一般の局面で、(一) 説の立場を採用した (Foskett v. McKeown, [2001] 1 A.C. 102. なお、同判決については、小山泰史「制定法の規定に基づくプロセス (proceeds) への追及権 (statutory tracing) —— エクイティ上の追及権 (equitable tracing) の法理との関係」立命二九八号 [二〇〇四] 一七四頁以下も参照)。

- (141) Peter Birks, *Property and Unjust Enrichment*.

Categorical Truths, [1997] NZL. Rev. 623, at 661. See also, SMITH, *supra* note 51, at 300 ; do., *Tracing*, in: ANDREW BURROWS & ALAN RODGER ED., MAPPING THE LAW: ESSAYS IN MEMORY OF PETER BIRKS (Oxford U.P., 2006) 138- ; BURROWS, *supra* note 56, at 118.

- (142) 要するに、(一) 説によれば、原財産上の所有権の効力は代償財産に及んでいと理解されるのに対し、(二) 説によれば、原財産上の所有権の効力は代償財産には及ばないものの、そのような帰結が受領者に不当な利得をもたらすとし、これを防止するために原状回復請求権の効果として代償財産に対する追及を認めるとする。

- (143) Smith, *supra* note 18, at 298-9.

- (144) その例として、先述の「[12] 事件 (過振りの状況にある銀行口座に振り込まれた事案) であり、[5] 事件においても同様の見解が示されている」。

- (145) Andrew Burrows, *The Relationship between Unjust Enrichment and Property: Some Unresolved Issues*, in: DEGELING ET AL. EDS., *supra* note 91, at 345.

- (146) もともと、常にそうなるとは限らなう。逆の場合 (二) 説のほうが (一) 説よりも物的救済が制限される場合もある (Smith, *supra* note 18, at 299 n. 63)。

- (147) さらに、代償財産に対する所有権の成立を弁済者に認めるとは、受領者の他の債権者にとって不公平となる

ったこともあるからである。SMITH, *supra* note 51, at 303—参照。

(148) Rotherham によれば、追及法理は、問題の複雑さを覆い隠す一種の「レトリック」的な機能、すなわち、先述した追及の取引関係アプローチが「所有権を再分配する (redistribute) 救済手段を承認することと所有権の不可侵性を保持することの間の緊張関係」を緩和し、そして、新たな所有権の確立という現実を覆い隠して、司法府が既存の所有権を執行しているという体裁を作ることにより司法府と立法府の権限に配慮する機能を担ったとされる (ROTHERHAM, *supra* note 57, at 1)。

(149) Walt & Sherwin, *supra* note 63, at 898—; SMITH, *supra* note 51, at 303—も参照。

(150) なお、ここで取り上げる Walt & Sherwin の論文は、直接にはアメリカ法を対象とするものであり、イギリス法を対象とするものではない。それにもかかわらず、ここで取り上げる理由は、これらの議論がイギリス法にも基本的に妥当するものであり、参照に値すると考えたからである。

(151) Walt & Sherwin, *supra* note 63, at 899.

(152) *Id.* at 925.

(153) *Id.* at 931 (それゆえに、債務者の特定の財産の取得に寄与を行っていない債権者に損失をもたらすことは、

理論以前の道徳的直観からの帰結である、ということになる)。

(154) なお、Walt & Sherwin の論文は、Locke に加えて、Hegel の所有権論も取り上げるが、ここでは取り扱わない。

(155) JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, BOOK II (1690) (P. Laslett ed., Cambridge U.P., 1960) Chap. V § 8 27-32 (ジョン・ロック著「加藤節訳」『完訳 統治二論』[岩波書店、二〇一〇]三二四頁以下)。なお、Locke の所有権論一般に関しては、森村進『財産権の理論』(弘文堂、一九九五)参照。

(156) 寄与原理を Locke の所有権論の定式 (上記①～③) に即して述べると、①債務者の責任財産 (estate) に寄与する、そして、②責任財産の価値が増加する、その結果、③寄与債権者は、その財産に対して特別の権原を有する、ということになる。

(157) Walt & Sherwin, *supra* note 63, at 924.

(158) *Id.* at 948.

(159) なお、規範的な議論において道徳的直観に訴えること自体は、問題ないと考ええる。問題は、「その直観がどの程度説得力があるか、そしてそれが他の説得力ある直観と矛盾しないか、その帰結が受け入れられるか」である (森村進『自由はどこまで可能か(講談社現代新書)』(講

談社、二〇〇一）七五頁参照）。

- (160) 吉田邦彦『所有法（物権法）・担保物権法講義録』（信山社、二〇一〇）三二頁以下の指摘参照。

- (161) Walt & Sherwin, *supra* note 63, at 943.

- (162) 所有権の帰属と特定性により弁済者の優先的保護を導く通説的見解によれば、受領者の債権者は、善意有償取得者にあたらないう限り、保護されないことを意味する。しかし、このような解決は、all or nothing 的な処理になり、柔軟性を欠くように思われる。

- (163) MITCHELL ET AL., *supra* note 22, at 808.

- (164) Birksによれば、「原告（弁済者）が破産した被告（受領者）に対して物的権利を主張する」ことができるならば、彼に生ずる利益が一般債権者のすべてのクラスに危険となり、かつ損害をもたらすことは、明白である。このため、そのような物的権利は、たやすく与えられてはならないし、そして確実性と正確性をもって捉えられなければならない」と述べられるに過ぎない（Birks, *supra* note 19, (AN INTRODUCTION TO THE LAW OF RESTITUTION) at 378. 「」内は引用者による）。

- (165) MITCHELL ET AL., *supra* note 22, at 808. というのも、本稿の検討で明らかとなったように、形式主義アプローチは、原因行為に瑕疵がある場合には、広く物的原状回復を承認することになり、まったく物的救済を限定する

役割を担っていくからである（Gerard McCormack, *Restitution, Policy and Insolvency*, in: FRANCIS ROSE ED., *supra* note 57, at 266）。

- (166) [1996] A.C. 699 at 715.

- (167) BEN MCFARLANE, STRUCTURE OF PROPERTY LAW (Hart Publishing, 2008) 306 ㉔㉕。

- (168) William Swadling, *The Law of Property* in: PETER BIRKS AND FRANCIS ROSE EDS., LESSONS OF THE SWAPS LITIGATION (Mansfield Press, 2000) 262-3.

- (169) CALMAN, *supra* note 23 (PROPRIETARY RIGHTS IN INSOLVENCY), at 137-.

- (170) Smith, *supra* note 18, at 293.

- (171) VIRGO, *supra* note 49, at 296.

- (172) Smith, *supra* note 18, at 298.

- (173) 例えは、Mitchell, *supra* note 22, at 808（形式主義アプローチでは、原状回復請求権に優先的保護を与えるべきか否かという根本的問題は、棚上げされていると述べる）。

- (174) 例えは、DAGAN, *supra* note 59, at 272（任意債権者（＝契約に基づく債権者）に対する優先的保護は認めつつも、不法行為の被害者との関係では原状回復請求権者の優先的保護は正当化できないとする）。もっとも、第三次原状回復リステイトメントは、従来の立場を基本的に維持

している。その理由は、Dugganによれば、「錯誤による弁済のケースにおいて擬制信託の利用可能性が長く安定しており、そして、裁判所がその基礎にある政策的問題を再考するには遅すぎる」という点にあり、それゆえに、ここでも積極的な根拠づけがなされているわけではなくとされる (Duggan, *supra* note 58, at 1246)。Lusina Ho, *Proprietary Remedies for Unjust Enrichment: Demystifying the Constructive Trust and Analysing Intentions*, in: CHARLES MITCHELL & WILLIAM SWADLING EDs., *THE RESTATMENT THIRD: RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT: CRITICAL AND COMPARATIVE ESSAYS* (Hart Publishing, 2013) 210 も同旨 (擬制信託という用語が実質的問題〔何ゆえある者が他の債権者に優先して弁済を受けることができるのかという問題〕を巧みに回避するものであると指摘する)。

(175) 第一次原状回復リステイトメント二〇二条 コメント参照。

(176) George L. Gretton, *Constructive Trust: I・II*, 1 EDIN. L. REV. 281-316, 408-419, at 410 (1996)。なお、擬制信託の利益吐き出し機能については、田中英夫『英米法のなとぞ』(有斐閣、一九八六)一二八頁以下も参照。

(177) 例えば、擬制信託を課せられる利得者(受託者)は、自己の固有財産と損失者の財産の分別管理義務を負うに

すぎず、本来の信託の受託者が負う忠実義務などを負わない。

(178) この点は、イギリス法においても同様の認識が示されている (Lonrho Plc v. Fayed (No.2), [1992] 1 WLR 1, at 12 [Millet 判事は、「擬制信託が生じるすべての状況において、コモン・ロー上の所有者が必然的に、すべての信託義務および明示信託の障害に服すると想定する』とは誤りである』と述べた))。

(179) Evans, *supra* note 111, at 492. ROTHERHAM, *supra* note 57, at 111.

(180) Knatchbull v. Hallett, 13 Ch.Div. 696 (1879)。Knatchbull の鞆のルールといわれる (松岡・前掲注 (16) 三七二頁参照)。

(181) 松岡・前掲注 (16) 三七三頁以下。

(182) ROTHERHAM, *supra* note 57, at 112; JAFFEY②, *supra* note 111, at 164.

(183) Walt & Sherwin, *supra* note 63, at 950.

(184) 信託の受益者に優先的保護が認められる根拠に関して、森田果「組織法の中の信託——Henry Hansmann & Reinier Kraakman, The Essential Role of Organizational Law をめぐって」『トラスト六〇研究叢書 変革期における信託法』(トラスト六〇、二〇〇六) (同『金融取引における情報と法』〔商事法務、二〇〇九〕第三章所収)

を参照されたい。

(185) 小山泰史・前掲注(140)七九頁。

(186) 例えは、Swadling, *supra* note 168; do., *supra* note 91 が挙げられる。

(187) 例えは、先述の「1」事件および「5」事件。判例の状況については、HACKER, *supra* note 22, at 208-が詳しい。

(188) 例えは、一九八六年倒産法三二八条三項は以下のよう規定する(訳は筆者による。ただし、本条の翻訳にあたっては、小山泰史『流動財産担保論』(成文堂、二〇〇九)一三八頁の同法一七五条の翻訳に負うところが大きい)。

「(三) 優先的債権や次節が適用される債権以外の債権は、債権相互間で平等に順位づけられ、そして優先的債権が弁済された後、完全に弁済されなければならない。ただし、破産財団がそれら全ての満足に不足する場合にそれらの間で等しい割合で縮減される。」

これと同旨の規定は、同法一〇七条などにもみられる。

(189) 同順位原則一般の内容については、CALMAN, *supra* note 23 (PROPRIETARY RIGHTS IN INSOLVENCY), Ch.1 参照。

(190) カルドア＝ヒックス基準一般については、奥野正寛＝鈴木興太郎『ミクロ経済学Ⅱ』(岩波書店、一九八八)三三四頁以下参照。

(191) Vanessa Finch & Sarah Worthington, *The Pari*

Passu Principle and Ranking Restitutionary Rights, in: FRANCIS ROSE ED., *supra* note 57, at 2-; Sarah Worthington, *Proprietary Remedies and Insolvency Policy: The Need for a New Approach*, in: LOUKAS MISTELIS ET AL. EDS., *COMMERCIAL LAW: PERSPECTIVES AND PRACTICE* (Butterworths, 2006) 191.

(192) *Id.* at 3- (その理由として、各債権者は、同順位原理を戦略コストを下げ、破産財団を増やし、そして効率的な管理を提供するものとしてみることを挙げる)。CALMAN, *supra* note 23 (PROPRIETARY RIGHTS IN INSOLVENCY), at 40-も同旨(同順位原則が完全な正義(perfect justice)を提供するものではなく、合理的に公平であり、かつ分かりやすい[そして、それゆえに費用対効果のよい]方法で、債権者間で債務者の財産の分配を可能にするものである、と指摘する)。

(193) Finch & Worthington, *supra* note 191, at 3; Calman, *supra* note 57, at 169 (「平等な公平[equality is equity]」であるという格言が実践でよく作用する方法である、と指摘する)。

(194) Jones, *supra* note 101, at 275. また、イギリスの判例は、同順位原則を重視しており(例えは、British Eagle International Airlines v. Compagnie Nationale Air

France, [1975] 2 All E.R. 390 [House of Lords]（破産において債権者の権利を増加させる旨の契約は、同順位原則に反して無効であると述べた）、原状回復請求権に優先的な保護を付与することは、こうした流れに反するともいえる。

(195) ROTHERHAM, *supra* note 57, at 40. 同様のもの、浮動担保権者は、エクイティ上の権利 (equitable interest) を取得するものでしかなく、担保財産がコモン・ロー上では、所有者により所持されている場合には、善意有償取得の抗弁が適用されない。しかも、当該権利は、担保権実行後に初めて取得するため、それ以前のエクイティ上の物的権利（擬制信託等を含む）に劣後することになるためである (*Id.* at 77)。

(196) このような対立は、破産法の規範目的と原状回復法の規範目的が異なることに起因するものである。すなわち、破産法は、破産財団（破産債権者全体の利益）の最大化（＝分配的正義）を実現することを目的とするのに対し、原状回復法は、錯誤による弁済者などの個人の正義（＝矯正的正義）を実現することを目的とする (Duggan, *supra* note 58, at 1246)。¹⁹⁷ こうした目的の違いは、物的原状回復の局面において、拮抗関係を生む。というのも、前者（破産法）の目的を強調すると、一部の債権者にとって不正義な結果をもたらすことになり、また、後者（原

状回復法）の目的を強調すると、多数の債権者集団への配当を減らすことになるからである。それゆえに、近時の学説は、このような局面において、両者の「適切な折り合」 (trade-off) を「つける」ことを志向する (Duggan, *id.* at 1269)。

(197) 例えは、Sarah Worthington, *Proprietary, Obligation and Insolvency Policy: Cutting the Gordian Knot* (2005) JOURNAL OF INTERNATIONAL BANKING AND FINANCIAL LAW 100は、次のように述べる。「所有権〔物的権利〕と債務〔人的権利〕の区分は、もはや債権者が債務者の破産において優先的保護に値するか否かを決定するための最善の方法を提供するものではない」。なお、イギリス法における人的権利と物的権利の峻別については、Roy Goode, *Ownership and Obligation in Commercial Transactions* 103 L.Q.R. 433, at 436-437 (1987)。その相対化に関し、Sarah Worthington, *The Disappearing Divide Between Property and Obligation: The Impact of Aligning Legal Analysis and Commercial Expectation*, in: DEGELING & EDELMAN EDS., *supra* note 140, 93; do. EQUITY (2nd ed.) (Oxford U.P., 2006) Ch.3が詳しい。

(198) 例えは、Rotherhamは、次のように述べる。「我々が物的救済法を理論化したいならば、直接の文脈で生じる政策的問題 (policy issues) に取り組む準備をしなければ

ればならぬ」(ROTHERHAM, *supra* note 57, at 325)。なお、このような実質論を踏まえて議論する見解は、アメリカ法からの影響を強く受けている。もっとも、アメリカ法とイギリス法においては、議論の質が異なることに注意を要する。すなわち、アメリカ法においては、錯誤による弁済者は当然に優先的保護が与えられるという前提から出発し、それに対する批判を踏まえ、優先的保護を制限する理論として実質論は間接的に用いられている。これに対して、イギリス法においては、アメリカ法のような前提の存否は明確ではなく、弁済者に対する優先的保護の根拠づけのために実質論が直接的に用いられている(このような差異は、Swadling, *supra* note 91, at 368 が強調している点である)。

- (199) ROTHERHAM, *supra* note 57, at 80; Finch & Worthington, *supra* note 191, at 16 (不当な利得を体现する財産に関して、原状回復請求権者に優先的保護を与えることは、第三者に積極的な不公平を及ぼさない旨指摘する)。

- (200) Jones, *supra* note 101, at 276.

- (201) ROTHERHAM, *supra* note 57, at 81. 同様の理解は、アメリカ法学者 Emily Sherwin の見解に基づくものである。Sherwin によれば、擬制信託は、弁済者の損失による受領者の不当な利得がなければ受領者の破産財団を構成しなかった財産を取り除くにすぎない。そして、利得

と損失の対応関係は、「公正 (fairness) と矯正的正義」の観点から、原状回復請求の「強い訴え (strong appeal)」を説明する、とされる (Emily Sherwin, *Constructive Trusts in Bankruptcy* (1989) U.I.L. L. Rev. 297, at 330-4)。これに対して、矯正的正義からの物的救済の正当化に反対するものとして、Smith, *supra* note 18, at 282 (矯正的正義は、不正義により妨害された受領者が弁済者に不正義を矯正するという債務を創設するにすぎず、第三者に影響を及ぼす権利の創設を説明することはできない旨指摘する) がある。

- (202) ROTHERHAM, *supra* note 57, at 82. 同趣旨として、Burrows, *supra* note 23, at 424-5; Finch & Worthington, *supra* note 191, at 9 (契約上の債権者は、債務者の破産リスクを低減するために債務者の行動を監視し、そして、債務者の破産リスクに対して自分自身を保護するための条件やその他の行為を交渉する立場に在ると指摘する)。
- (203) Jones, *supra* note 101, at 276; Finch & Worthington, *Id.* at 8-9.

- (204) これは、優先的保護の根拠を非任意性 (involuntariness) に求めるものである。

- (205) この第三の理由は、第一及び第二の理由の下では第三者の取引の安全が考慮されないとの批判(例えば、Ho, *supra* note 174, at 214)に対する反論と評されよう。

- (206) 錯誤を回避するために、過剰な事務手続きを踏むことにより、取引が遅延し、それにより、本来よりも取引量が減ることによるコストを指す。
- (207) 錯誤による弁済ではないと信頼した上で、弁済により支払われた金銭を含む自己の金銭を処分したことにより被るコストを指す。
- (208) 錯誤弁済を回避するために、二重、三重のチェックをするために雇う従業員のコストを指す。
- (209) 錯誤による弁済により支払った金銭を回復するまでに被る様々なコスト（弁護士費用や訴訟費用等）を指す。
- (210) こうした視点を提供するものとしては、Anthony Dugan, *Constructive Trust from a Law and Economics Perspective*, 55 U. T. L. J. 217, at 238- (2005) が挙げられる。なお、以下の Dugan の議論は、Chase Manhattan Bank 事件の結論を結論付けることを主たる目的としており、そのため受領者が「悪意」の場面を念頭に議論を行っていることに留意されたい (Dugan, *id.* at 237 note 78)。
- (211) 錯誤弁済一般に関する以下の記述は、Dugan のほか、J. Beatson & W. Bishop, *Mistaken Payments in the Law of Restitution*, 36 U.T.L.J. 149 (1986); republished in: JACK BEATSON, *THE USE AND ABUSE OF UNJUST ENRICHMENT: ESSAYS ON THE LAW OF RESTITUTION* (Clarendon Press, 1991) 137-; Peter K. Huber, *Mistaken Transfers and Profitable Infringement on Property Rights: A Economic Analysis*, 49 LOU. L. REV. 71, at 78- (1988) を参照。錯誤に関する法と経済分析については、既にわが国でも先行業績が存在する。例えば、わが国でもよく取り上げられる Anthony T. Kronman (do., *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*, 7 J. LEGAL STUD. 1 (1978)) にて、紹介・検討を加えるものとして、林田清明「錯誤の経済分析 (I) (II・完) —— A.T. クロンマン諸説とわが国錯誤法」大分大学経済論集三五巻一号 (一九八三) 九〇頁、同二号 (一九八三) 一二三頁以下、同「共通錯誤・経済分析の試み」大分大学経済論集三五巻五号 (一九八四) 二六〇頁以下、樋口範雄「契約法目的——危険負担と錯誤を例として」法セ三九六号 (一九八七) 四六頁以下、吉田邦彦「情報利用・流通の民事法的規制——情報法学の基礎理論序説」ジュリ一一二六号 (一九九八) 同『民法解釈と揺れ動く所有論』〔有斐閣、二〇〇〇〕四六五頁以下所収）などがある。
- しかし、従来の議論は、受領者に資力がある場面を念頭に議論しており、無資力の場面については立ち入った検討を加えていなかったように思われる。
- (212) Huber, *id.* at 79-; Beatson & Bishop, *id.* at 142-.
- (213) もっとも、受領者が常に原状回復責任を負うと解する

と、受領者の損害回避コストが高くなり、非効率な帰結を導く可能性がある。このような状況を改善するためには、受領者が金銭を消費したとしても、一定の場合（善意の場合など）には、受領者の免責を認めるといったルールを導入することが必要となる。しかし、ここでの議論は、Chase Manhattan Bank 事件の局面（すなわち、受領者が悪意の場面）が念頭に置かれていることから（前掲注（210）参照）、ここではこの点は扱わない。善意の場面で生じる問題については、Huber, *id.* at 82 を参照されたい。

- (214) なお、地位変更の抗弁が、物的原状回復にも及ぶことについては、Peter Birks, *Trusts Raised to Reverse Unjust Enrichment: The Westdeutsche Case*, [1996] R.L.R. 3, at 25 を参照。

- (215) Finch and Worthington, *supra* note 191, at 89 も同趣旨（自発的な錯誤による弁済者の場面では、弁済者に原状回復法による救済を与えるかどうかを問うことが必要である。そのうえで、錯誤による弁済者に原状回復による救済を与えるならば、公平性および効率性の観点から、弁済者に受領者の破産における不当な損失を強いる理由はないとして、当然に優先的な保護を与えると主張する。）。
- (216) もっとも、こうした理解に対しては、ただちに、感覚的に、弁済者に優先的な保護を与えないほうが受領者の他

の一般債権者にとっては利益が大きいのではないかと、この批判が予想される。しかし、この点 Duggan, *supra* note 212 には言及はなく、自明のように考えているようにみえる。というのも、本文の第一の理由づけから、受領者の他の一般債権者が利益を得ることは認められるべきではないと考えているため。

- (217) 物的救済は、「原告（弁済者）がリスクを文字とおり引き受けたために否定されるのではなく、彼ら（弁済者）」はそのようなリスクに対して自らを保護することをしなかった点で過失があったために否定される」(ROTHERHAM, *supra* note 57, at 83)。

- (218) ROTHERHAM, *id.* at 84-5.

- (219) Gretton, *supra* note 176, at 413（原状回復請求権が優先的な保護に値するならば、対象物の特定性の有無により結論において差異を生むべきではないとする）。Evans, *supra* note 111, at 475（現存利得が受領者の手元で特定物として体現されているか否かではなく、弁済者が受領者の一般債権者に対して優先的な保護に値するか否かで決定すべきであるとして、特定性要件を不要とする）。

- (220) 松岡・前掲注（16）三七七頁。財産膨張理論に関して、Smith, *supra* note (51), at 310 ～；Evans, *supra* note 111, at 492 ～；JAFEEY①, *supra* note 111, at 296 ～；JAFEEY②, *supra* note 111, Ch.6 の記述に負うところがた

き。

(221) Evans, *id.* at 492. それゆえに、この理論によれば、浪費された場合には、現存利得が消滅するため、物的救済は否定されることになる。

(222) 例えは、ROTHERHAM, *supra* note 57, at 111は、次のように述べる。「弁済者の損失により不当に取得された利得が受領者の破産において分配のために利用可能な財産の膨張を生んだという事実は、弁済者に優先的な地位を与える説得的な根拠を提供する」。

(223) もっとも、イギリスの文献の中では、先の第三の点について明示的に言及するものは見られないが、おそらく妥当すると考えられる。

(224) JAFFEY②, *supra* note 111, at 167, 172-3.

(225) JAFFEY①, *supra* note 111, at 298; JAFFEY②, *id.* at 172, 84. それゆえに、この理論は、伝統的な所有権概念(特定の物を対象とする権利であるとの理解)を否定することになる。

(226) これは地位変更の抗弁を物的請求にも適用することの意味する(JAFFEY②, *id.* at 166.)。

(227) 松岡・前掲注(16) 二七七頁。Evans, *supra* note 111, at 495-。

(228) Evans, *id.* at 496.

(229) *Id.* 497.

(230) 具体的には、次のとおりである。Dの物的救済を肯定した場合には、Dへの配当額は、 $\frac{1000 \text{ ポンド}}{250 \text{ ポンド} + 1000 \text{ ポンド}}$ となるのに対し、Bへの配当額は、 $\frac{250 \text{ ポンド}}{250 \text{ ポンド} + 1000 \text{ ポンド}}$ (Aの責任財産) $\times$ $\frac{1000 \text{ ポンド}}{250 \text{ ポンド} + 1000 \text{ ポンド}}$ (Bの残りの債権額) $\div$ $\frac{4000 \text{ ポンド}}{1000 \text{ ポンド} + 1000 \text{ ポンド}}$ (Aの総債務額)、Cへの配当額は、 $\frac{750 \text{ ポンド}}{1000 \text{ ポンド} + 1000 \text{ ポンド} + 3000 \text{ ポンド}}$ (Cの債権額) $\div$ $\frac{4000 \text{ ポンド}}{1000 \text{ ポンド} + 1000 \text{ ポンド}}$ となる。

他方、Dの物的救済を否定した場合には、Dへの配当額は、 $\frac{4000 \text{ ポンド}}{2000 \text{ ポンド} + 1000 \text{ ポンド}}$ (Aの責任財産) $\times$ $\frac{1000 \text{ ポンド}}{2000 \text{ ポンド} + 1000 \text{ ポンド}}$ (Dの債権額) $\div$ $\frac{5000 \text{ ポンド}}{2000 \text{ ポンド} + 1000 \text{ ポンド}}$ (Aの総債務額) となるのに対し、Bへの配当額は、 $\frac{4000 \text{ ポンド}}{2000 \text{ ポンド} + 1000 \text{ ポンド}}$ (Bの残りの債権額) $\div$ $\frac{5000 \text{ ポンド}}{2000 \text{ ポンド} + 1000 \text{ ポンド}}$ (Cへの配当額は、 $\frac{2000 \text{ ポンド}}{2000 \text{ ポンド} + 1000 \text{ ポンド} + 3000 \text{ ポンド}}$ (Cの債権額) $\div$ $\frac{5000 \text{ ポンド}}{2000 \text{ ポンド} + 1000 \text{ ポンド}}$ となる。

(231) SMITH, *supra* note 51, at 317.

(232) SMITH, *id.* at 317 (このような意思による制限を追及に課すことは、「すべての事後取引のために破産者の意思というパンドラの箱を開くことになる」と述べる)。

(233) SMITH, *id.* at 333. 契約関係にある当事者の一方に担保の取得を要求するのはそのためである (ROTHERHAM, *supra* note 57, at 83)。

(234) イギリスの判例の中には、財産膨張理論を認めたもの

もみられるが (Space Investments Ltd v. Canadian Imperial Bank of Commerce, [1986] 1 W.L.R. 1072, at 1074 [per Lord Templeman])、現在におつては明確に否定されている (例えば、先述 [5] 事件 [at 107-110 [per Lord Mustill)])。

(235) 例えは、ROTHERHAM, *supra* note 57, at 113 (因果関係の立証が困難である) を根拠に財産膨張理論に反対する (2)。SMITH, *supra* note 51, at 310-11; Burrows, *supra* note 23 の同旨。

(236) 以下の記述は、ROTHERHAM, *id.* at 113-4 に負つ。

(237) 利得が破産において分配のために利用可能なまま存続しているか否かは、時間の経過とともに証明困難になるとの合理的な推定に基づく。ROTHERHAM, *id.* at 114。

(238) 受領者の破産の原因が受領者に責めの帰すべき事由 (例えば、浪費) によるものかそれ以外の事由 (例えば、大規模な不法行為訴訟や自然災害) かを現存利得の判断要素とする。というのも、後者の場合には、そのような偶然的事情がなければ、利得が残っていると推定することができる点で、前者の場合よりも、弁済者が優先的保護を受ける正当な根拠になるからとされる。Id. at 114。

(239) Id. at 123. もつとも、問題の金銭で後払い債務が弁済された場合には、この債務と引き換えに取得された財産が特定の存在している限り、それに対して追及できる

と解する立場もみられる (遡及追及 [backward tracing] とする) (SMITH, *supra* note 51, at 146-152; 松岡・前掲注 (16) 三八八頁注 (26) 参照)。これに対し、Rotherham は以下のように指摘する。取引行為アプローチは、債務の弁済の局面で機能しないことから、「不完全な正義 (imperfect justice)」を導くとしても、他方で、債務の代償物に追及を認めることが常に「望ましい結果 (good thing)」を導くとは限らない。というのも、そのような結果は、受領者が、錯誤による弁済を受けなくても、別の財産を使って債務を弁済する意思があつた場合のみ妥当するものであるからである (ROTHERHAM, *id.* at 123)。

(240) 例えは、Evans, *supra* note 111 のほか、JAFFEY⁽²⁾, *supra* note 111, Ch6 の肯定的である。

(241) Evans, *id.* at 496。

(242) Id. at 499。

(243) 具体的には、次のとおりである。D の物的救済を否定した場合には、D への配当額は、五〇〇〇ポンド (二〇〇〇ポンド [A の責任財産] × 一〇〇〇ポンド [D の債権額] ÷ 四〇〇〇ポンド [A の総債務額]) となるのに対し、C への配当額は、一五〇〇ポンド (二〇〇〇ポンド × 三〇〇〇ポンド [C の債権] ÷ 四〇〇〇ポンド) となる。

(244) 以上の Evans の反論は、Kingsley A. Tait, *A Defense*

of a Limited Use of the Swollen Assets Theory Where Money Has Wrongful Been Mingled with Other Money, 39 COLUM. L. REV. 172 (1939) に負うものである。しかし、*Taft* の議論自体には立ち入らない。

(245) Evans, *supra* note 111, at 502. なお、このような事実の立証責任は、受領者の他の債権者に負担せるのは過酷であるとして、弁済者が負担するべきとされる (Evans, *id.* at 494)。

(246) *Id.* at 503.

(247) このような視角は、法解釈の実践的性格——すなわち、「法の解釈は、必ず、一定の利益・価値を保護し実現する」という機能・意味を持っている——を重視するものである (星野・前掲注 (8) 六頁)。

(248) こうした問題は、さらに手続法のレベルにおいて、第一に、民事執行法三八条の解釈として不当利得返還請求権に第三者異議の訴えを認めることができるか、さらに、第二に、破産法六二条の解釈として不当利得返還請求権者が取戻権（さらに、六四条の代償的取戻権）の基礎になりうるか、という観点から検討することも必要である (川地・前掲注 (15) 一五七頁参照)。しかし、その前提として実体法（民法）レベルでの議論を行うことが不可欠であり、本稿はそのための準備作業である。

(249) 川島・前掲書注 (7) 一五七頁、我妻・前掲書注 (7)

一一頁、星野英一『民法概論Ⅱ（物権・担保物権）』（良書普及会、一九七六）一五頁、鈴木②・前掲書注 (5) 四頁。

(250) 神田・前掲注 (11) 五—六頁。

(251) 赤松秀岳『物権・債権峻別論とその周辺』（成文堂、一九八九）一頁参照。物権・債権峻別論を提唱する見解としては、例えば、末弘巖太郎『物権法上巻』（一粒社、一九二二）一五—二〇頁、我妻栄『物権法』（岩波書店、一九五二）九—一〇頁、一七—二二頁、末川博『物権法』（日本評論社、一九五六）三一頁、川島武宜『民法Ⅰ総論・物権』（有斐閣、一九六〇）九八—九頁が挙げられる。

(252) 物権と債権の区別に関する記述は、松岡・前掲注 (14) 六八頁以下参照。

(253) 物権・債権峻別論に対しては、一九七〇年代以降、次のような懐疑論が提起されてきた。すなわち、第一に、先述したように、わが民法典には、物権と債権の中間的権利——例えば、不動産賃借権や仮登記された買主の債権、留置権、先取特権など——が少なくないという懐疑論（鈴木禄弥「物権と債権のわけ方」水本浩『篠塚昭次『民法を学ぶ』（有斐閣、一九七二）同「物権法の研究」『創文社、一九七六』一〇三頁以下所収。以下、引用は後者による。）であり、第二に、「直接性」「排他性」「不可侵性」「絶対性」「優先権」等々の基本概念の内容と関

係に対する懷疑論（星野・前掲書注（249）三・一〇頁、広中俊雄『物権法上巻』（青林書院、一九七二）九頁）である（瀨川信久「物権・債権二分論の意義と射程」ジュリ一二二九号（二〇〇二）一〇七頁参照）。そのため、今日では、こうした峻別論にこだわる見解（加藤雅信「物権・債権峻別論の基本構造」ジュリ一二二九号（二〇〇二）六五頁以下）は例外的であり（吉田邦彦・前掲書注（160）二二頁の指摘に負う）、学説の多くは、両者の区別を原則論として維持しつつも、柔軟に例外を許容する方向、あるいは、両者の区別を相対化していくという方向に向かっている（前者につき、赤松・前掲書注（251）一頁。後者につき、樋口範雄「英米法から見た『物権』と『債権』」ジュリ一二二九号（二〇〇二）七七頁以下、太田勝造「所有制度の創発と物権・債権の区別についての覚書」ジュリ一二二九号（二〇〇二）九五頁以下参照）。

(254) 鈴木②・前掲書注（5）のほか、星野・前掲書注（249）一〇頁（ある権利（例えば、賃借権といった包括的な意味での）が物権か、債権かを論じてあまり意味がなく、その権利から具体的にどのような権利（例えば、妨害排除請求権といった具体的な権利）が生ずるか、生じさせるのが妥当かを、個別的に判断するのがよい」と述べる。圏点は引用者による）。

(255) 例えば、藤原・前掲書注（5）二七五頁以下は、伝統

的にわが国では物権の「公示」への要請が英米法と比較して、厳格に解されてきたことを根拠に、このような取り扱い（優先的保護）に否定的な立場を示す。もともと、近時、このような「公示」への要請に対しては、公示されていなくてもなお価値の独占を認める強い理由があれば、この原則が排除されることがあり得ると解する見解（森田果「お前のものは俺のもの——優先権付与の理論的構造（一）」（三・完）」NBL八七五号二九頁、八七六号三三頁、八七七頁三九頁（二〇〇八）（同・前掲書注（184）第四章所収。特に、一〇一頁以下）も登場している。以上については、道垣内弘人「さみしがりの信託法——かわいいふりしてあの子（その一）（その二）」法教三三四号八〇頁、三三五号七〇頁（二〇〇八）、特に「その二」七四頁以下も参照）。

(256) 例えば、鈴木は、まず、物権・債権峻別論に対して次のように批判を提起する。すなわち、「現実には存在する権利には、物権・債権のいずれとも軽々には断言できないようなものが少なくないが、また「効力の一つの面では物権というにふさわしいが、他の面では債権というにふさわしい権利も少なからず存在する」として、このような中間的権利については、物権・債権の峻別から演繹的に帰結を導くことはできず、個別の効力ごとに検討することが必要であるとの立場を示す。具体的には、「まず、

関係者の利害を普遍的に衡量して、妥当性の見地から排他性賦与の可否を決し、例えば排他性をみとむべしとの結論が出されたならば、そのことを説明するために、『当該の権利は、排他性の点については物権（的）である』と表現すればよい』と述べる（鈴木・前掲注（253）一〇四頁以下）。もつともここでは、錯誤弁済を契機とする不当利得返還請求権が上記のような中間的な権利にあたるのか、あるいは、破産における優先的効力についても上記のような帰納的なアプローチ方法が及ぶかについては判然としない。しかし、鈴木は、物権的価値返還請求権の議論の文脈において、次のように述べる。すなわち、

「甲が一〇〇〇万円を乙により詐取された場合ないし横領された場合のように、一〇〇〇万円の引渡しがともかくも甲の意思に基づいてなされた場合にも、この見解（物権的価値返還請求権を提唱する見解）を適用するとすれば、甲に、乙の一般財産上のきわめて強力な一般先取特権を付与するのと同じ結果を招来させ、乙の他の一般債権者を害するおそれがある。この場合には、被詐取者ないし被横領者甲を乙の一般債権者以上に保護すべき理由はないから、やはり、甲には乙に対する損害賠償ないし不当利得返還の請求権が与えられるのみである、と解すべきであろう」（鈴木②・前掲書注（5）四四九～五〇頁。

〔一〕内および圏点は引用者による）。ここで注目すべき

点は、不当利得返還請求権に優先的保護が与えられない理由が、物権・債権峻別の演繹的帰結から導かれるのではなく、あくまで「乙の他の一般債権者を害するおそれ」があるという利益衡量を踏まえた結果に求められている点であり、従って、以上の叙述は、鈴木の帰納的なアプローチ方法が優先的効力の問題にも及びうる余地があることを示唆するものである。本稿は、このような鈴木の帰納的なアプローチ方法に示唆を得つつも、鈴木とは反対の方向——すなわち、他の一般債権者を害するおそれがないことを示すことにより、不当利得返還請求権に優先的保護を与える方向——を志向するものである（松岡・前掲注（14）もこうした方向に位置づけることができる）。

⁽²⁵⁷⁾ 近時の有力説は、特定性の原則について物権一般と担保物権とにおいて、意識的に区別して論じる（星野・前掲書注（249）一五頁以下、二四〇頁以下、鈴木②・前掲書注（5）四五〇～一頁）。例えば、鈴木は、以下のよう論じる。まず、前者（物権一般の特定性）についてみると、「債権は、特定物について（特定物債権）のみならず、不特定物についても成立しうる（不特定物債権）のに反して、物権は、もっぱら特定物の上にしか成立しえない」として、この意味での「特定性の原則という語は、物権は物に対する直接の支配権であるから、その対象が特定されていなければならず、物権者は特定物に對

してのみ、その支配を及ぼしうる」として、特定性の意味を厳格に捉える。これに対し、後者（担保物権の特定性）についてみると、ここでの特定性は、「一般債権者の利益保護と設定者の経済活動の自由の保障」のために、要求されるものであるとしつつも、「民法典所定の普通の抵当権自体についても、抵当権設定後の抵当目的物の各部分の新陳代謝が認められている」ことから、厳格には維持されていない。そのため、「一般債権者や設定者の保護が十分に配慮されさえすれば、特定性の原則に執着する必要はない」として、特定性の意味を柔軟に捉える。このように鈴木は、特定性の意味を物権一般の文脈と担保物権の文脈において異なる理解を示したが、こうした理解は、破産における優先的効力が問題となる文脈とそれ以外の文脈において特定性を区別する余地があることを示唆する。本稿において取り上げた錯誤弁済者の金銭所有権の優先的保護という問題との関係でみると、金銭の特定性は受領者が無資力である場合のみ問題となる。というのも、（錯誤による弁済者の）受領者に資力がある限り、弁済者は、債権的請求権（不当利得返還請求権）による保護をもって満足することができる。そのため、平常時においては、金銭の特定性は問題とならない。他方、受領者が無資力である場合には、こうした保護では不十分であり、金銭の特定性の問題が顕在化する。

従来、こうした文脈においても特定性が要求されてきたのは、おそらくは特定性がある場合には、「一般債権者や設定者の保護が十分に配慮され」ることになるからであった。これに対し、鈴木指摘は、特定性がある場合は、こうした配慮がなされる一局面に過ぎず、特定性がない場合においても、こうした配慮を図ることが可能な場面が存在し、そしてそのような場面においては、特定性は要求されないと解釈する余地があることを示唆する。こうした理解によれば、問題は、どのような場面において受領者やその一般債権者の利益に影響を及ぼさないかという点に帰着する。イギリス法の近時の有力説の議論は、こうした観点から検討されているといえよう。

(258) 松岡・前掲注(16) 三八四―五頁も同旨。

(259) なお、この点、金銭の占有＝所有理論は、もともと例外を認めない厳格なものではないことは、例えば、この見解のもととなったドイツの少数学説(少数説)が、無効な法律行為に基づきA(弁済者)から金銭を受領したB(受領者)が破産した場合にも、Aに取戻権を認めていたこと(しかも、金銭の特殊性から金銭を特定しなくともよいとされていたこと)からも明らかであろう(能見・前掲注(10) 一二頁以下参照)。

(260) 星野・前掲注(247) 一六頁。

(261) 松岡久和「報告に対するコメント②」『民訴雑誌四九号

（二〇〇三）一四五頁。

（262）例えば、転用物訴権を広く認めるものとしては、最判昭和四五年七月一六日民集二四卷七号九〇九頁（いわゆるブルドーザー事件）がある。もともと、その後、最判平成七年九月一九日民集四九卷八号二八〇五号は、従来の立場に制限を課した。

（263）現在の判例は、先取特権者の優先権を強化するために、物上代位の要件である「払渡し又は引渡し前の差押え」（民法三〇四条一項但書）を柔軟に解釈する（最判昭和五九年二月二日民集三八卷三三三頁など）。

（264）吉田邦彦「アメリカにおける批判法思想の展開とわが民法学の行方（一）（二・完）」民商一一九卷二二三頁、同三三三頁（一九九八）（同『民法解釈と揺れ動く所有論』〔有斐閣、二〇〇〇〕第二章所収。特に、八六頁以下）。また本法理との関係では、同・前掲書注（160）二〇〇一頁の分析は、示唆的である。

（265）鈴木祿弥「一民法学者の放浪記」北法五五卷六号（二〇〇五）二五六頁（吉田邦彦編『民法学の羅針盤——激動の時代への先進の教訓』〔信山社、二〇一一〕所収）。

（266）その顕著な例として、二〇〇七年のNOVAの倒産時の受講生徒の授業料の返還請求権の問題が挙げられる。

（267）例えば、松岡・前掲注（16）三八七頁は、「財産膨張理論による結論が仮に正義により合致するのであれば、

コストを理由に正当な請求自体を制限するのは本末転倒である」と指摘しており、同様の問題意識ではないかと思われる。

（268）わが国の不当利得法学者は、ドイツ法学の影響を強く受けており、英米の原状回復法は、こうしたわが国の従来の議論を相対化する上で、今後さらに検討されるべきであると思われる（吉田邦彦『不法行為法講義録』〔信山社、二〇〇八〕二六一―二頁も同旨を説く）。