

Trust Sixty Foundation

法形式と法実質の調整に関する総合研究 I

トラス60研究叢書

平成10年3月

財団法人 トラス60

はしがき

本報告書は、「関西信託研究会」が、「財団法人トラスト60」から、1995（平成7）年度研究助成の決定を得て行った、「法形式と法実質の調整に関する総合研究」と題する研究の成果7編をとりまとめたものである。この課題についての研究期間は、1995（平成7）年4月から、1997（平成9）年10月であり、今回その成果をこのような形で公刊することができた。

振り返れば、この「関西信託研究会」は、故林良平先生（京都大学名誉教授）を代表者として結成された研究団体である。林先生は、民法全般にわたる広範な研究関心をお持ちであったが、信託法学会、金融法学会という金融法関係の両学会の理事長をおつとめになるなど、信託法、金融法の研究についても極めて強いご関心とご造詣をお持ちであった。その先生の、関西において信託研究の輪を広げようというご熱意の結果、この研究会が結成されたのである。そして、その最初の活動は、財団法人トラスト60の研究委託を受けてなされた、「財産管理における受託者及びそれに類する者の行動基準」と題する研究であった。1992年から1994年の2年間かなり頻繁に研究会を開き、知識を吸収し、研究を続け、同名の研究報告書を、トラスト60研究叢書として刊行することができた（1995年2月）。

本研究は、上記研究に引き続き企画、実行されたものである。

本研究課題において設定された共通のモチーフは以下のようなものである。すなわち、社会にみられるさまざまな関係を法からみて評価した実質と、その関係の法における表現型である形式とは必ずしも合致するとはかぎらない。前者を法実質、後者を法形式と呼べば、法実質と法形式が合致しない場合ということができ、このような場合にはその食い違いの調整がさまざまな形で行われることとなる。本研究は、第一に、法形式と法実質とが乖離しその調整が行われている具体的な法律問題を素材として取り上げ、そこではいかなる形で調整が行われているかを解明し、個別の問題に共通する調整の一般原則を探求し、第二に、それをもとにして、法形式と法実質の調整に関する一般理論を構築するのに必要な基礎作業を進めることを目標とした。

上記の目標を達成するため、研究メンバーはそれぞれ、法形式と法実質の調整が顕著に

みられる分野から個別テーマを選択し、その趣旨に沿った検討分析を行った。選択されたテーマ、及び検討分析の結果は、報告書に収められたとおりであるので、それを直接ご参照いただきたいが、7名のメンバーの多様な関心を反映する形で、テーマは、信託に直接関わるものから、物的担保、取り立てのためにする債権譲渡、さらには一般条項等々に及び、また、租税法的側面の検討から民法の解釈論を含む広範囲なものとなっている。また、比較法的な観点からの分析、また日本法の研究と多様である。

本研究では、最初に、各研究者が研究関心・研究分野にしたがって、研究課題の候補を選択し、それを研究会合に持ち寄り、相互に調整し、意見交換を行ったうえで、各研究者の研究課題を設定した。引き続き、各研究者が、それぞれの研究課題について、個別に研究を進め、その中間的な成果を、研究会合で報告し、共同で討議を行った。さらに、各研究者が、共同討議の内容をとりいれ、法形式と法実質の調整一般に通じる調整の手法と目的についても視野に入れた研究を進め、その研究の成果として、最後の半年間、本報告書の執筆を行った。最終段階で、報告書原稿草稿を、研究会合に持ち寄って、調整と意見交換を行った。

思い起こせば、本研究課題のための発足の研究会合は、1995年1月7日（土）夕刻、神戸三宮の神戸市勤労会館で開催された。林良平先生も出席され、新メンバーによる新たな研究課題についての爾後の研究会の展開を大変楽しみにしておられるご様子であった。我々も、この研究のシリーズでもそれまでと同様に、先生には、深い学識から極めて示唆に富む発言をいただき、いろいろお教をいただけるものと期待していた。しかし、1月17日（火）に当地方をおそった大地震で先生は被災されお宅を失い、また直後、健康を害され、東京の地において、同年6月23日ついに不帰の客とられたのである。かえすがえすも残念でならない。震災で延び延びになっていた、研究会の第一回会合が翌6月24日に計画されていたことも因縁めいた感慨のあるところである。

以上のような次第で、本研究報告書を故林良平先生の御霊前に献呈することをお許しいただきたい。

最後に、この研究につき多大のご支援をいただいた財団法人トラスト60にあらためて深甚の感謝の意を表したい。また、大阪まで度々足を運んで頂き、この研究会につきいろいろとご配慮いただいた財団の吉村（前副理事長）、村上副理事長はじめ役職員の方々にもあらためてお礼を申し上げる。なお、本研究課題のための研究会は、すべて、大阪にある

淀屋橋合同法律事務所の会議室をお借りして開催することができた。極めて快適な研究会を開催することができたことにつき、便宜を図っていただいた同法律事務所及び辻武司弁護士には記して感謝したい。

1997年12月 研究会メンバーと共に

神戸大学 安永 正昭

関西信託研究会の構成

代 表	安 永 正 昭	神戸大学教授
	早川眞一郎	名古屋大学助教授
	佐 藤 英 明	神戸大学助教授
	植 田 淳	神戸市外国語大学教授
	松 岡 久 和	神戸大学教授
	木 南 敦	京都大学教授
	山 田 誠 一	神戸大学教授

(順不同、所属等は1997年9月末現在)

目次

はしがき	安永正昭 (i)
信義則・権利濫用禁止法理による法形式と法実質の調整とその意義	安永正昭 (3)
「信託という名の相続」覚書	早川眞一郎 (23)
投資信託と課税	
——アメリカ法の紹介——	佐藤英明 (45)
イギリス法における信託の担保権創出機能	
——法形式と法実質の調整の一側面——	植田 淳 (75)
アメリカ法における追及の法理と特定性	
——違法な金銭混和事例を中心に——	松岡久和 (95)
証券決済制度における法の形式と法の実質	
——統一商法典第8編による扱いについて——	木南 敦 (131)
取立のためにする債権譲渡	山田誠一 (161)

信義則・権利濫用禁止法理による
法形式と法実質の調整とその意義

安永正昭

1 はじめに

(1) 「法形式と法実質の調整」という問題の1つとして、「信義則・権利濫用禁止法理による法形式と法実質の調整とその意義」という問題を検討する。

信義則・権利濫用禁止法理などの一般条項が適用されるべき場合というのは、形式的に法を適用した結果が、大なり小なり、あるべき実質的な権利義務状態、あるいは、あるべき法律状態と齟齬を生じる場合といえるであろう。

例えば、権利の行使が濫用にわたる場合であっても、形式に従って、それが権利の行使であるからとして、それに権利行使としての効果を与えると、実質的にみて、あるべき権利状態と齟齬をきたすことになるので、権利濫用禁止法理を適用することで、実質に即した法状態を導こうというのである。

以下では、どのような法形式と法実質との齟齬につき、一般条項がもちだされ、いかなる方法で、その乖離が克服・調整されているのかを検討する。前者が、いわば、一般条項の適用の要件論にあたり、後者が、適用の効果論にあたることになる。

この様な問題の性質上、結局、ある程度、一般条項適用の諸事例を紹介しなくてはならない(判例の紹介について、詳しくは、拙稿『新版注釈民法(1)』85頁以下、137頁以下〔有斐閣、1988年〕、同『注解判例民法1 a [民法総則]』26頁以下〔青林書院、1994年〕参照)。以下では、ある程度の分類・整理をして紹介し、そこでの調整のありかたの特質を検討したうえ、最後に、全体のまとめをする。

以下では、一般条項といってもとりあえず、権利濫用禁止法理についての裁判例を紹介した上、それを参考にしてこの問題についての検討を加えたい。

(2) あらかじめ、見通しを述べておくと、一般条項による調整は、大まかにみると、当該個別事例の解決にとってのみ意味があるものと、その種の事例群に適用されるべき規範そのものの限界を明確にする性質のものがある。前者ではあくまでもカズイステッシュなままで、規範の修正には結合しない。たとえば、給付額のほんのわずかな不足を理由として、それを本旨弁済でないとし債務不履行の責任を追及することを、信義則を適用して許さないとする判例がこれに該当する。しかし、後者のほうは、後に、規範の解釈による

軌道修正（契約関係では、契約解釈の形態をとることがある）、あるいは、立法による修正へとつながることがすくなくない。

その典型例として、例えば、担保である「代物弁済の予約」を例にあげることができよう。当初は、合意の形式どおり、不履行であれば対象目的物を「代物弁済」という処理がなされた。ついで、代物弁済される債権額に比し著しく高価なものを代物弁済に供させることを、暴利行為で公序良俗違反、無効とする判断がなされた（最判昭和27年11月20日民集第6巻10号1015頁。債務額の5倍程度の額の不動産の代物弁済予約のケース）。これは、一般条項（民法90条）により、法形式（不履行を条件とする所有権移転の合意）を法実質（貸金等債権の担保）に合わせる操作の1つといえよう。しかし、これは、一般条項の暫定的借用であり、従って、要件の面でも（形式と実質との開きが極めて大きくなった場合にのみ発動）、その適用の結果の面でも（全面的否定である）中途半端な解決となっている。ついで、この問題については、当該関係により適合的なルールが「契約の解釈」という手法によって獲得された（なお、かかる解決の根拠は信義則であろう）。すなわち、形式から所有権の移転につき何らの制限のない合意につき、その実質を考慮して、「担保の限度を超える範囲では清算」との規範的・修正的解釈がなされたのである（最判昭和42年11月16日民集21巻9号2430頁に始まり、最大判昭和49年10月23日民集28巻7号1473頁に至る）。その結果、代物弁済の予約という形式での「担保」においては、形式どおりの代物弁済の結果を獲得するためには、その法実質に合わせるため清算義務が課せられる、という一般的な規範が確立した（以上のところまでは、譲渡担保においても同様である）。ここで確立されたルールは、後に、「仮登記担保契約に関する法律」（昭和53年法律第78号）へと結実した。

2 権利濫用禁止法理適用の諸事例と適用の意義

以下では、一般条項である権利濫用禁止法理が適用された諸事例を紹介し、その適用の実際上の意義を分析検討する。

(1) 所有権に基づく使用収益行為などが権利濫用となる事例

(i) 具体例

このグループで重要なのはいわゆる近隣妨害についての事案である。被害者から、行為の差止、あるいは、損害賠償の請求がなされ、その判定に際して、所有者の行為が権利濫用に該当するかどうかの問題とされる。

①信玄公旗掛松事件判決（大判大正8年3月3日民録25輯356頁）

汽車の運行による煤煙で線路沿いにあった由緒ある松が枯れたので、その所有者が鉄道を運行する国に損害賠償を求めた事件である。被告（国）が正当な権利の行使であると反論したのに対し、大審院は、権利の行使といえども法律において認められた適當の範囲内においてこれをなすことを要し、故意または過失によりこの適當なる範囲を超越し失当なる方法で権利を行使し他人の権利を侵害した場合は不法行為が成立するという（なお、この判決では、「権利濫用」ということばは使用されていないが、権利濫用法理が用いられたものと一般に理解されている）。

なお、周知のごとく、今日の判例はかかる煤煙、騒音、汚水等の侵入による被害の救済には、受忍限度論を適用して直接不法行為成否の判断をしており、権利濫用の判断を介在させない。

②（第三小）判昭和47年6月27日（民集26巻5号1067頁）

建物建築で隣家の日照・通風を阻害するというかたちでの近隣妨害ケースについては、依然として権利濫用の判断を中間項として、不法行為の成立を認定している。判旨は、建築による日照通風の妨害はそれだけでただちに不法行為を成立させるわけではないが、「権利者の行為が社会的妥当性を欠き、これによって生じた損害が、社会生活上一般的に被害者において忍受するを相当とする程度を越えたと認められるときは、その権利の行使

は、社会観念上妥当な範囲を逸脱したものというべく、いわゆる権利の濫用にわたるものであって、違法性を帯び、不法行為の責任を生ぜしめるものといわなければならない」という。そして、当該事件について、被害の程度、住居地域という地域性、建築基準法に違反した建築物であり、さらに都知事の工事停止命令を無視し工事を強行したなどの事情から具体的に判断して、権利濫用とし違法性を認定し、不法行為責任を認めている。

③安濃津地判大正15年8月10日（法律新聞2648号11頁）

②と同じ判断基準をとるものである。隣地にある結核病院を追い出す目的で自己所有地上にその隣地境界に接して高い建物を建てるという所有権行使が、隣地の日照・通風を阻害し多大の損害を及ぼしたとして権利濫用、不法行為とされた。シカーネであり、典型的な権利濫用事例である。

④大判昭和13年6月28日（法律新聞4301号12頁）

地下水の利用に関し、養鱒業者がその事業のため自己の所有地内で新規に井戸を掘り多量の地下水を汲みあげたところ、これに隣接し、従前から地下水を庭園の池の水として利用し、料理屋を営んでいる者の井戸が涸渇してしまったという事案に対して、社会観念上認容すべき相当なる権利行使の程度を逸脱しており、これを所有権の濫用として不法行為が成立するとした。

⑤広島高判昭和33年8月9日（判例時報164号20頁）

自己の所有地上に杭、ブロック塀、鉄条柵等を設置する行為が、隣人等特定の者の通行等を事実上妨害する結果、権利濫用と判断され、その妨害物件の排除が命ぜられた。

⑥東京高判昭和38年9月11日（判例タイムズ154号60頁＝建築工事差止）、横浜地裁横須賀支判昭和54年2月26日（判例時報917号23頁＝損害賠償）

眺望利益の侵害で、権利濫用構成の下で、建築工事差止、または、損害賠償を認めた裁判例である。このようなケースでの認容裁判例は少ない。認められるためには、害意でもって、眺望を観光上の生命とする温泉旅館の眺望を阻害する行為など、特別の事情の存在が必要であろう。ここでは、権利行使の一般的な適法性と、眺望について、保護法益としての確立度の低さがいまって、権利濫用構成が必要とされるのである。

(ii) 法理援用の意義

法形式的には、所有権などの権利の行使は、それ自体適法である。しかし、当該事例に

における権利行使が、近隣権利者の権利を侵害するという個別具体的な法「実質」から見ると、この権利行使をそのまま適法であるとするわけにはいかない。この乖離を、権利行使の限界を超えると位置づけるために、つまり、民法206条の「法令の制限内」という私法内在的な限界を超えているとするために、権利行使が濫用になると判断している。

直接には、権利濫用禁止法理が当該「権利行使」の「違法性」を導く道具となっている。かかる判断を経た後、損害賠償なり妨害排除の前提である「違法性」が満たされたと判断する構造である。したがって、権利行使であっても、不法行為法上ないし物権的請求権法上の違法性を直接的に判断することができるとの解釈が確立してくると、権利濫用禁止法理の適用は必ずしも必要としなくなるという性格をもっている（一説では、「権利濫用」の法理が実は単なる不法行為に適用されている事例として「機能」分離されている〔幾代通『『権利濫用』について』名大法政1巻2号（1951年）〕）。なお、権利濫用の効果として損害賠償が認められた事例という評価が行われることがあるが、上に述べたように、「違法性」が導かれるというにとどまると考えるべきであろう。

ここにおける権利濫用禁止法理適用の機能は、あくまでも、当該個別事例における判断であって、適用を繰り返す結果、一般的な相隣関係法規範が産み出されるという性格のものではない。

（2） 権限なく他人の土地を占拠している者に対する所有者の明渡請求が権利濫用となる事例

（i） 具体例

次の(3)も、分類によれば、ここに入ってくるが、考慮すべきより重要な要素が別に存在するので、別に扱う。また、ここに挙げる⑩も別扱いすべき要素が濃い。

⑩宇奈月温泉事件判決（大判昭和10年10月5日民集15巻1481頁）

温泉源から旅館Yへの引湯管が他人A所有のガケ地を無断で通過しているとの事実に見つけ、Aからその土地を安価で取得した者Xがその高価な（時価の数十倍）買い取りをYに求め、これを拒否されるやYに対し所有権に基づく妨害排除を請求したのについて、これを権利濫用とした事件である。権利主張者Xの主観的悪質さ（シカーネ的）が考慮され、また、当事者双方の利害を客観的に比較してみると、侵害によるXの被害が僅少

なのに対し、引湯管の除去、新設は技術的に困難で、施工するとした場合Yの負担すべき費用も莫大であることを理由とする。

⑧大判昭和11年7月10日（民集15巻1481頁）

発電所用のトンネルが作られるに際して、それが他人の所有地の地底を無断で通過していたという事案で、排除が求められたのに対し、巨大な物資と労力の空費をきたし社会経済上の損失が少なくないという理由で原状回復は不能で、請求は権利濫用であるとする。

⑨大判昭和13年10月29日（民集17巻2057頁）

鉄道会社が、他人所有の土地（原野）を無断で埋立て、所有者の再三の中止要請を無視して、鉄道線路敷設工事を完成してしまったという事案で、所有者が原状回復請求をしたのに対し、原状を回復するのに巨額の費用がかかり、他方、当該土地は廉価で、原状回復しても格別の使用目的があるわけではないという、双方の利益を比較衡量したうえで、請求を権利濫用とした。

⑩最判昭和40年3月9日（民集19巻2号233頁）

日本国Yが米軍に板付基地として提供している土地のなかに、使用期限が切れ、国が使用権原なく占有している他人X所有の土地があり、Xが国Yにその土地の明渡を求めたのに対しこれを権利濫用とした。そう判断するに際し、最高裁は、土地の提供がYの日米安保条約上の義務としてなされており、また、Yがこの明渡義務を履行するならば多額の費用を要し、かつ、必ずや基地の使用に大きな不便と困難をおよぼすが、Xの側がこの明渡により得る利益はこれらと比較すると比較できないほど小さいからとした。

⑪東京地判昭和58年11月11日（判時1104号85頁）

越境建築物に対する隣地所有者による妨害排除請求のケースである。この類型は、上の一態様であるが、相隣関係に関わる越境建築ということで特色がある。すでに、東京地判昭和34年7月28日（判時203号13頁）は、越境部分が極めて僅少であり所有者の使用に何らの障害ともならないのに対し、この部分の収去は建物全体の効用を著しく低下させ、撤去費用も相当額に上ると推定される場合に、収去請求が濫用であるとしている。本判決も同趣旨の判断をしている。

なお、越境者が悪意、重過失でかかる越境建築をしているというような事例では、収去請求は権利濫用とはならないというべきであろう。参考となるのは、ドイツ民法である。その912条は相隣関係法的一条文としてこれを規定し、被侵害隣人の一定の受忍義務を定

めている。これを参考にすると、被侵害者の側で越境に対しその間に異議を述べていたかどうかとも考慮される要素となり得よう（東京高判昭和55年12月23日判時993号48頁）。

（ii）法理援用の意義

法形式と法実質の乖離という観点から、ここにおける法理援用の位置付けをすることはなかなか難しい。埋めるべき乖離というものが存在するかどうか慎重な検討を要する。法形式的には、正当な利用権限がない者に対する所有権者の明渡請求は本来認められるべきであり、特別な事情がない限り、例外があるべきではない。そこで、特別な事情であるが、それは、判決⑦における権利主張者における所有権に藉口する態度とか、判決⑩での相隣関係の存在であろうか。

⑦～⑩については、権利濫用禁止法理を使って、一種の強制調停がなされていると分析される。いわば、土地使用権が権利濫用を認める判決により強制的に「収用」された結果となる。ここでも、このような判決がいくら積み重なっても、権利の限界が移動するということはなく、権利濫用法理によりカズイスティッシュにのみ解決がなされるのであり、かつ、権利濫用法理によってのみ処理されうるものである。もっとも、所有者の側で妨害排除ができない（忍諾すべき）といっても、無権限の土地の占拠が適法となるわけではない。したがって、事後の法的処理については、検討を要する問題がある。原則としては、不法占拠状態であることを基礎に、権利行使を押しえられた所有者側の不当利得返還請求又は損害賠償請求で処理することになる（相隣関係法の償金請求的なもの）。侵害者側の申出により、便宜、賃借権が設定されたものと扱うことができるかどうかであるが、これは否定されよう（所有者側が申出できることは当然である）。

このうち判決⑩については、事情が少し異なる。単なる所有権侵害ではなく、相隣関係者間での利害調整という意味が前面にでてくるからである。権利濫用禁止法理の適用は、日本民法に欠落している相隣関係法における越境建築の場合の利害調整ルール形成に結びつく可能性がある。すなわち、ドイツ民法912条は、越境建築について、建築者に故意又は重大な過失なく、他方、越境された側も、事前ないし直ちに異議を申し出るようなことをしていないというのであれば、越境を受忍すべきであると規定している（但し、償金の支払義務が生ずる）。所有権に基づく妨害排除請求につき権利濫用禁止法理を適用した場合、これとほぼ同じ結論を得ることができ、およそ一般に越境建築についての相隣関係法

上の扱いについてのルールが補充・明確にされたと評価することができよう。実質的には、所有者に一定の限界があるのに、法形式的にはそれが明確ではない、そういう場合に、所有権の行使につき権利濫用禁止法理を適用することで、その限界を明確化するという意味をもっている、と位置付けることができよう。

(3) 対抗力なき借地人に対する土地の譲受人の明渡請求が権利濫用となる事例

(ii) 具体例

⑫最判昭和38年5月24日（民集17巻5号639頁）

⑬最判昭和43年9月3日（民集22巻9号1817頁）

⑭最判昭和52年3月31日（NBL142号38頁）

建物所有の目的で他人の所有地を賃借する者は、いわゆる「対抗要件」を具備しなければ、土地所有権の譲受人に賃借権を対抗できない（民605条、建物保護法1条、借地借家法31条）。賃借人は地上建物の保存登記を単独でなしえ、従って、比較的簡単にこれを実現することができるが、現実には建物登記がなされないままであることもある。この場合、土地の譲受人が明渡しを求めたならば賃借人は賃借権を対抗できずこれに応じなくてはならない。しかし、比較的多くの事例において、裁判所は、このような状況下での土地譲受人の明渡請求を権利の濫用としている。それらの事例に特徴的なのは、土地の譲受人が、賃借権の負担が付いていることを前提にかなり安い値段で土地所有権を取得しつつ、他方、賃借人に「対抗要件」がたまたま欠けていることを知り、これを奇貨として予想外の利益を得ようとして明渡しを請求している、という事情である。

(ii) 法理援用の意義

民法177条の物権変動の対抗問題における背信的悪意者排除論の展開と、機能的には、同じことが、ここにおける権利濫用法理援用においてなされている。177条では、客観的基準により対抗関係に立つとされる第三者（登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者）との関係では、原則、登記の有無により決着が図られる。登記をしていなければ物権変動を対抗できないのである。しかし、その間に、判例により、まず外在的に公序良俗則

によりこのルールには制限が加えられ（第一譲受人が登記を経由していないことを奇貨として、その者に対する復讐を図るため、二重に譲り受け登記を経由した行為を無効とした）、のち、内在的に、すでに当該不動産につき譲渡があった旨を知るいわゆる「背信的悪意者」については、その登記欠缺の主張を信義則で制限するとの法理（背信的悪意者排除法理）が形成されている。登記の有無のみを基準として決着をつけるという法の形式に対し、法意識の変化に伴って生まれたあるべき実質的法状態が異なるにいたり、その形式と実質の乖離を埋める法的な手段が、まず公序良俗則の適用であり、ついで信義則の適用であり、後者にいたって、「背信的悪意者排除法理」という新たな177条内在的判例法理が形成されることになったのである。

この問題性が民法605条等の関係でも同様に存在するということである。法形式的には、民法605条等によって、対抗要件欠缺の問題として、賃借人は第三者たる土地譲受人に借家の権利を主張できない。しかし、実質的には、第三者の範囲につき一定の制限が課せられるべきだとされた。その処理のための法的手段として、下級審では、177条におけると同様な背信的悪意者排除法理が、又は、この権利濫用禁止法理が展開されたが、最高裁は、この権利濫用禁止法理を援用するのである。なお、学説では、確立している背信的悪意者排除法理の援用が提案されている。ここでの権利濫用法理の適用は、その機能的な意味づけからすると、権利の新しい限界をつくりあげるべきその途中の過程で過渡的に利用されており、それが積み重ねられることにより結局権利そのものの範囲を限定するルールが形成されることになる場合であるということになる（鈴木「財産法における権利濫用の機能」法律時報30巻10号16頁参照）。

ところで、権利濫用禁止法理による場合には、調整の仕方が、背信的悪意者排除法理による場合と異なり、なお中途半端なままとなるおそれがある。すなわち、後者では、そもそもかかる譲渡人は第三者から除外され、その者に対しては借地権を対抗できるから、借地人は「対抗できる譲受人に対して」借地権関係の承継を主張できる。しかし、前者では、借地権の承継をただちに認め、借地権者の占有を適法とする結論を導くことは困難であるようにみえる。すなわち、権利濫用論の構造からすると、借地権者は借地権を対抗できないが、譲受人による明渡請求権の行使が権利濫用にあたるゆえ明渡を拒絶することができ、事実上土地の占有を継続しうるととどまり、これを借地権が承継された正当な権原による占有ということとはできない、ということになると思われるからである。この場合、

借地人はその使用の対価に相当するものを支払わないでよいというわけにはいかないから、何を根拠にいかなる額の支払を請求しうるのかが問題となる。ありうる一つの構成として、判決⑬は、譲受人は借地人に対して不法行為に基づく損害賠償を請求することができるという。すなわち、「特段の事情のない限り、……その土地占有が権原に基づく適法な占有となるものでないことはもちろん、その土地占有の違法性が阻却されるものでもないのである。したがって、対抗しうる権原を有することなく、右土地を占有していることが、……不法行為の要件としての違法性をおびると考えることは、……土地明渡請求が権利の濫用として許されないとしたら矛盾するものではない」という。しかし、これに対しては、当初から他人の土地を無権原で占拠するケースと、ここで問題とする従前は適法な権原による占有であったが、現在はそうでなくなっているケースとの差異を指摘しつつ、不法行為の要件を満たすかどうか、特に違法性が認められるのかについて内在的に有力な批判がある（星野英一「判例研究」法協87巻1号93頁、石田喜久夫「判批」民商60巻5号68頁）。

この最高裁判決以前において、下級審で用いられたものとして、第一に不当利得構成（横浜地判昭和26年2月27日下民集2巻3号296頁）、第二にこれを批判して、賃借権を対抗しうる場合と同様に賃借権を承継するとの構成がみられる（名古屋地判昭和36年10月6日判時279号21頁）。論文では後者の構成が多く支持されており（谷口知平「権利濫用の効果」末川古稀・権利の濫用上〔1962年〕114頁、古山宏「借地借家関係において権利濫用の法理が適用された場合における爾後の法律関係」判タ120号〔1961年〕1頁）、これらは今日の多数説である対抗問題における第三者の範囲の問題としての処理（背信的悪意者排除法理）を示唆しそれへの橋渡し役を果たしている。

私見では、前述のような基準で、借地権者の対抗力が欠けることを悪用するような譲受人は、登記欠缺を主張しうる正当な第三者といえず、借地権者はこれに対して対抗要件なくして、借地権を対抗することができるかと解する。ただ、そうすると、そのような場合は、譲受人としては賃料請求をすべきであるが、一方で明渡を求めながら、同時に予備的に自分が背信的悪意者であるゆえに対抗される場合のあることを認め、賃料請求をなすなどということはあまり期待できず、賃料相当の損害賠償または不当利得として争う場合に、それを裁判所で賃料請求と読みかえる必要があると思われる（なお、星野・前掲「判例研究」参照）。

(4) 留保所有権の濫用

(i) 具体例

⑮最判昭和50年2月28日(民集29巻2号193頁)など

売主が、売買契約における所有権留保の特約を、買主からの転売人に対して主張することが、一定の場合には権利濫用となり許されないという。すなわち、事案は、自動車がディーラーX、サブディーラーA、ユーザーYへと順次売却され、XA間で所有権留保の特約がある(「対抗要件」である自動車登録名義もX名義)というケースで、Aが代金債務の支払をしなないので、XがYに対し留保所有権に基づいて自動車の返還を求めたというものである。Xは、実質、担保権の実行をしたわけである。判決は、一方で、XがAに対しAの営業の通常の過程で他へ転売することを当然のこととして認めており、他方で、Yが所有権留保の事実を知らず、Aに対して代金を完済している場合には、Xの主張は権利濫用であり許されないという(同旨、最判昭和52年3月31日金法835号33頁、最判昭和57年12月17日判時1070号26頁。否定例として、最判昭和56年7月14日判時1018号77頁)。所有権留保が、エンド・ユーザーを相手方とする売買契約に付せられている場合には、第三者への転売、転貸が禁止されているが、ここでの所有権留保は、転売の承認のある場合(いわゆる流通過程における所有権留保)であり、登場する第三者の立場は、そうでない場合と比べると大きく異なっている。

(ii) 法理援用の意義

この事案では、法形式的には、物権たる所有権の留保であり、それからすると留保所有権は第三者に主張できるという性格のものである。また、第三者を保護することのできる法制度たる民法192条は、本件で問題とされている自動車のような「登録」をもって公示手段とする動産であって、既登録である場合には、適用されない(最判昭和62年4月24日判時1243号24頁)、第三者は善意取得による保護を受けることがおよそできないとされている。

法形式からは、以上のとおりであるが、ここでの所有権留保の経済的実質が所有権の形式を借りた担保であり、しかも、流通過程において利用されているというものである。そこには法的観点からも、法形式には内在しない、内容的にみて一定の限界がある。その限

界が、本判決により、とりあえず、「権利濫用禁止法理」を適用することでもって明確にされたということである。それはいずれ、それ自体、「流過程における所有権留保」という担保についての、「効力の及ぶ人的範囲」に関する規範定立に進むべき性質のものである。

ところで、ここにおいても、権利濫用禁止法理による方法では、最終的権利関係の調整については中途半端でありなお問題がある。上記転得者Yが当該自動車を自ら利用する限りにおいてはとりたてて顕在化はしない。しかし、Yがこの自動車を他へ処分しようと考える場合には、この構成による解決、すなわち、所有権はXにあり、Yに対する返還請求が濫用としてそれを止められているに過ぎないというままでは、具合が悪い。他へ譲渡したYが登録名義を移転するため、まずその名義のYへの移転をXに請求しても、それは認められず、したがって、例えばYが自動車を他へ転売したくともそれは不可能で、そのためには買主Aの不払残代金相当額を支払ってYが所有権かつ登録名義をまず取得することが必要となる。

しかし、このような結論は、Yが代金をすでにAに支払い済みであるので、事態に適合的でない。むしろ、所有権はYに移転しているとするのが妥当ではないか。そのほうが、Yの通常の期待、すなわちサブディーラーAの通常の営業経過に従って自動車を購入し代金を支払った以上所有権を取得したと考えること、に合致するし、また、効果の面での上記のような不都合を解消することができる。このような解決を可能とする構成として、黙示の処分授權構成がある。すなわち、この類型で特徴的であるXがAに対し、通常の営業過程での転売を容認している点をとらえて、これによりXがYに対し（Aの名前で）第三者に直接X所有の自動車を処分する権限を与えたもの（処分授權）とみて、取引の通常の経過によりAと第三者の間の処分行為が完了すると同時に所有権が第三者に移転したと構成する（その限りで所有権留保特約は内容的限界を画される）ものである（米倉明「判例研究」法協93巻8号1305頁、森井英雄「判批」民商73巻6号764頁、拙稿「判批」判例評論280号14頁など）。もっとも、この構成によると、権利濫用構成と異なり、Yの主観的要件は問題となくなるとおそれがある。YはXの所有権留保につき悪意であってもよいのか。しかし、処分授權という法律構成も、XY間の利得衡量の結果を正当化するためのものであるから、Yの側で、Xの当該自動車に対する所有権留保を知り、かつAの残代金債務をY自らが取得した当該自動車でお担保（物上保証）するとの明白な認識と

もに代金を完済したというような場合には、Xの所有権留保の主張を例外的に認めてよいと思われる。

(5) 消滅時効の援用と権利濫用

(i) 具体例

⑩消滅時効の援用が権利濫用となる場合

消滅時効の援用について、一定の事情（債務者の作為・不作為等により、債権者の請求権の行使、又は債権者による時効中断の手續が妨げられたような事情）がある場合には、信義則または権利濫用法理を適用して、時効の援用を制限するとの裁判例が少なくない。

国家賠償法上の損害賠償請求の消滅時効が問題とされた事案で、被告の職員が、補償交渉において、かりに時効期間が過ぎても誠意をもって対応することを言明し、原告もそれにより消滅時効の援用はないものと信じていたという事情ある場合について、東京地判昭和63年3月24日（判時1272号31頁）は、時効援用は権利の濫用であり許されないとした。予防接種ワクチン禍訴訟においても、被告国の行政姿勢の誤りに起因する被害者側の請求権行使の遅れ、あるいは被害の特質等を理由に、損害賠償請求ないし憲法29条3項に基づく正当な補償請求に対する国の消滅時効の援用が、権利濫用とされている（名古屋地判昭和60年10月31日判時1175号1頁、大阪地判昭和62年9月30日判時1255号45頁）。

最判昭和51年5月25日（民集30巻4号554頁）は農地の所有権移転についての知事の許可申請協力請求権についての消滅時効を扱ったものである。家督相続をした長男Yは、家庭裁判所における調停により、母Xに対し、その老後の生活保証と幼い子女（Yの妹ら）の扶養及び婚姻費用に充てる目的で、農地を贈与しその引渡をなしたが、これについては、所有権移転に伴う知事の許可を得ていなかった。20数年経過後、XがYに許可申請に協力を求めたところYが消滅時効を援用したのに対し、20数年来Xがこれを耕作し子女らの扶養及び婚姻等の諸費用を負担したこと、その間申請に協力を求めなかったのは、引渡が済み耕作がなされていたこと、贈与が母子間でなされていたことなどの事情が考慮されて、Yの時効援用は信義に反し権利濫用である、とする。名古屋高判昭和61年10月29日（判時1225号68頁）も、農地転用届出協力請求権の消滅時効援用のケースで、売主らが履行段階になって地価上昇による対価の見直しを求めてその協力を拒んだので買主がその手

続を履践できなかったこと、売主らがすでに売買代金全額を受領していることなどの事情を考慮して、売主が消滅時効を援用するのは、信義則に反し権利の濫用として許されないという。

(ii) 法理援用の意義

一種の強制調停の機能を持つものとして「権利濫用」の法理が利用される場合といえよう。法形式的には、時効の援用につき何ら障害がない。しかし、当該ケースの実質からして、援用による請求権の消滅が妥当視されないという場合である。権利濫用法理によりカズイスティックにのみ解決がなされるものである。

時効制度の組み立ては、援用・放棄という、時効援用権者の利益享受の「意思」にかかわらせている。この仕組みが、一般条項を適用することによる時効援用の制限を容易にしている面があるといえるのではないか。

(6) 解雇権の濫用

(i) 具体例

⑰最判昭和50年4月25日（民集29巻4号456頁）

判例は、使用者による解雇権行使の自由を前提としつつ、不当な解雇から労働者を保護する法的な構成として、権利濫用法理を援用する。「使用者の解雇権の行使も、それが客観的に合理的な理由を欠き社会通念上相当として是認することができない場合には、権利の濫用として無効になると解するのが相当である」とする。最判昭和52年1月31日（労働判例268号17頁）も、「普通解雇事由がある場合においても、使用者は常に解雇しうるものではなく、当該具体的な事情のもとにおいて、解雇に処することが著しく不合理であり、社会通念上相当なものとして是認することができないときには、当該解雇の意思表示は、解雇権の濫用として無効になる」として、合理性、相当性を欠く解雇を権利濫用としている。

(ii) 適用の意義

使用者による雇用契約の解約については、労働基準法はじめ、労働協約、就業規則など

により個別的な制約を受けているが、さらに、一般的に不当な解雇から労働者を保護することが必要であるとされる。その法的な構成については争いがあり、①社会法的な観点から出発して、労働契約における解雇の自由を否定し、解雇は「正当な事由」ある場合にのみ許されると解するもの、②解雇自由の原則（民6271）を否定しうる法的な根拠が充分ではないとして、解雇自由を前提としつつ一定の場合には解雇権の行使が権利濫用であると構成することで労働者の利益を守ろうというものが対立している。

判例は、後者に立っているが、形式的な「自由」は、実質的にあるべき雇用契約解約法と対立しており、従って形式的「自由」は制限されるべきことが認識されている。その乖離を埋める方法として「自由」の範囲を画する手立てとして権利濫用禁止法理が援用されているのである。権利濫用禁止法理は、ここでは、雇用契約法の展開から見ると、権利の新しい限界の成立過程において利用されており、いわば、権利濫用法理が新たな規範を創造する機能を果たしている一事例と評価することもできる。

3 まとめ

(1) 類型整理

以上、権利濫用禁止法理を適用することで、法形式と法実質との間の乖離の調整が図られている諸事例を概観し、それぞれの場合において、その乖離を埋めるについて権利濫用禁止法理の適用がいかなる作用を果たしているのかを検討してきた。権利濫用禁止法理の働きという観点からそれをまとめてみると、3ないし4のパターンがあることがわかる。すなわち、

第一は、ある者の権利の行使が不法行為を構成する、あるいはその権利行使を差し止めるとの結論を導き出すためには、当該権利行使行為が違法であることを言わなくてはならないが、その違法性を導きやすくするための触媒として、権利濫用禁止法理が援用されている場合である。まさに(1)で掲げた諸事例がそれである。権利の行使であるという面に着目する限りにおいては、それを違法とするために権利濫用禁止法理の援用が必要かつ有用であるが、他者の利益が侵害されている側面に目を移すと、この権利濫用禁止法理は、あるいは、登場せずすむということでもあり、その利用はその意味で経過的な性質があるということもできる。

第二は、双方の利害関係を総合的に考慮し、権利濫用禁止法理を適用することで、強制的に調停するという働きをする場合である。個別具体的に、当該権利行使を押しえるべき要請が高いので、権利濫用禁止法理を援用し、それを援用することによってのみ、形式と実質の乖離が調整できた事例である。前述の、(2)の一部、(5)の消滅時効の援用を押しえる場合がその例である。

第三は、権利濫用とされる当該「権利」の内容、範囲を明確にするという働きをしている場合である。(2)の越境建築のケース、(3)の605条等による対抗要件なき賃借人の保護の事例、(4)の流通過程における留保所有権の第三者効、さらに、(6)解雇権の濫用の事例である。

これにもさらに二つの場合があると考えられ、第一は、時代背景によって当初に設定された権利の限界線が動いた場合に、とりあえず権利濫用禁止法理で調整するものであり、

第二は、もともと選択された法形式とあるべき法実質との間にずれがありそれを解消するため、一般条項が持ち出されているものである。前者には、(3)の物件譲受人に対する賃借権の対抗、(6)の解雇権の濫用が、後者には、越境建築の例や、(4)の流通過程における所有権留保の例が該当するということができよう。

(2) 権利濫用禁止法理による調整の意義

法形式と法実質との間の調整をする道具として権利濫用禁止法理が使われ、それが一定の役割をこなしていることは今みてきたとおりであるが、最後に、調整の道具としての働き具合を評価してみよう。上に分類した第一、第二の作用については、適用場面がそもそもカズイスティッシュな解決で足る場合であるから、これはこれで相応な働きをしていると評価することができよう。しかし、第三の事例群については別の議論がなされなくてはならない。

ここで気がつく点は、権利濫用禁止法理を適用することで、たしかに、とりあえずは、なんとかその場しのぎはできるが、実質により即応した解決という観点からみるとその解決は中途半端であり、今後の当該法律関係を明確にするという意味では、より適当な、実質目標に即応できる安定した法理を形成するか、別のより適切な法律構成に乗り換える必要性があるということである。例えば、(2)の①越境建築のケースでは、相隣関係的に安定した調整を得るために、その叙述で示したような明文規範の定立が望まれる。また、(3)の605条の対抗要件なき賃借人の保護では、権利濫用禁止法理を適用しての解決は、事後的な当事者間での法律関係を継続的な不法占拠の容認という関係としてしまい妥当ではないように思われる。むしろ、民法177条で安定した判例法理となっている背信的悪意者排除論へもっていくのがより適切ではないかと考えられる。また、(4)の流通過程における留保所有権の第三者効については、これを、原則的に処分授權法理の適用により解決する、すなわち、第三者の所有権取得を原則化することがより適当であろう。また、解雇権の濫用についても、同様な意味から、権利濫用禁止法理での解決よりは、正当事由による解決の方がより安定的な解決が得られるのではないかとと思われる。

また、以上の議論ではとりあげなかったが、裁判例では、売主または請負メーカーが先履行義務を負っているが事後的に買主または注文主に信用不安が生じた場合について、売

主は、法文にはないが、信義則を適用して、「不安の抗弁権」なるものを提出できるときにされている（例えば、東京地判昭和58年3月3日判時1087号101頁）。しかし、信義則で処理するという事になれば以下のような中途半端な解決でしかない。すなわち、売主により事実上履行延期の抗弁がなされ、これに対し、買主が売主の債務不履行を指摘して損害賠償を求め、裁判となり、その上での判断として、始めて、売主は先履行義務を負ってはいるが、かかる買主に生じた事態からすると、履行延期の抗弁は、信義則の観点からして、いわゆる不安の抗弁として違法性を欠き、正当であると評価でき、売主は賠償義務を負わない、という処理である。これは、単線的な処理にとどまり、細かな事態適合的処理、たとえば、売主は買主に担保の提供を求めることができ、それがなされれば履行に応じなくてはならない等という解決の道、をとることは困難である。従って、信義則であっても権利濫用禁止法理と同様、実質に沿った法理という観点からは、過渡的なルールが形成できるにすぎないといえよう。ここに、一般条項による、法形式と法実質の調整に関する限界があることになる。

「信託という名の相続」覚書

早川眞一郎

1 はじめに——信託と信託以外の制度の比較検討という視角について

(1) 信託法（ないし信託法理）を私法体系全体のなかにどのように位置づけるかという問題は、一般に信託法研究の重要な課題のひとつであるが、とりわけ日本においては、この課題の持つ意味は大きい。日本においては、大陸法系に属する私法体系のもとにおいて、英米法系の系譜に連なる信託の法制度が古くから立法によって導入されたという特殊な状況が存在するからである。この特殊な状況をとらえて、「信託は英米法で育成された制度であり、大陸法系に属するわが私法のなかでは、水の上に浮ぶ油のように異質な存在である」⁽¹⁾という指摘がなされ、信託法理を私法体系全体から切り離して考えるという傾向がかねてから見られる。しかし、このような傾向に対しては、近時、道垣内弘人が批判を加え、「信託法を私法の一つとして位置づけ、民法を私法的一般法としてとらえる限りは、信託法理を、契約や法人といった他の法理——それは大陸法理に基づく——とまったく異質なものと考えすることはできないはずである。民法・商法と信託法とが一体となって形成する矛盾のない私法体系を構想することが必要ではないか」⁽²⁾と主張する。

筆者は、道垣内のこのような問題意識に共感を覚える。そして、今後の信託法研究の一つの重要な柱は、このような問題意識を念頭におきつつ、信託法と民法・商法との関係を具体的に明らかにしていくことにあると考える。このような作業は、すでに、道垣内自身をはじめとする信託法研究者によってさまざまな形で進められてきている。しかし、なお残された問題は膨大であるといつてよい。本稿では、このような作業へのささやかな貢献を目指して、信託と相続の関係について若干の考察を試みることにしたい。

(2) 信託と相続の関係の考察に入る前に、信託法とその他の私法との関係を考えるにあたってこれまで採られている視角について、やや巨視的な観点から整理をしておきたい。

ここでは、ある問題を処理するために信託という法的構成によることと、同じ問題を他の法的構成（たとえば、代理、委任契約、法人、会社等の、民法・商法上の法制度）によって処理することとの関係を、どのような視角・態度でとらえるべきかが問われる。このような視角・態度としては、単純化していえば、二つの相対立する傾向が存在するよう

に思われる。一方は、実質的に同一の問題の処理内容が、信託という法的構成を用いた場合と民商法上の法的構成による場合とで大きく異なることは疑問であり、むしろ、双方の法的構成が整合的に説明できるようにすべきであるという見解である。他方は、信託であればこそ可能になる処理というものがあるのであって、同様の結果を民商法上の法的構成によってもたらすように腐心する必要はなく、むしろ、民商法では困難な法的処理を信託という仕組みを活用することによって実現することを積極的に評価すべきであるという見解である。研究会の口頭報告においては、前者の見解を「『信託でできるなら』説」、後者の見解を「『信託ならうまくいく』説」と仮に呼んでみた。前者の見解は、信託によって可能になる法的結論は民商法上の制度によっても実現できるはずだという方向で検討をするものであり、後者の見解は、民商法上で難しい法的処理も信託を活用すれば実現できるという点に力点をおくものであるからである。現在の信託法研究者のなかでは、道垣内弘人が「信託でできるなら」説を、新井誠が「信託ならうまくいく」説を、それぞれ代表するように思われる。

以上の簡単な整理からもうかがわれるように、信託と信託以外の制度との関係をどのようにとらえるかは、法形式と法実質の調整という本研究会の総合テーマにきわめて密接な関連を有する問題であるといえよう。信託という法形式をとるか他の法形式をとるかによって、問題の実質的な処理結果がとりあえず異なってくるように見えるときに、どのような対応をすべきかが、そこでは問われているからである。

なお、右に示した「信託でできるなら」説と「信託ならうまくいく」説の考え方の対立という構図は、全体の見取り図を示すためにかなり単純化したものであって、たとえばそれぞれの代表として挙げた道垣内、新井のいずれの学説も、筆者の勝手なネーミングから連想されるような単純で気楽なものではもちろんなく、具体的な素材を用いて精緻で粘り強い検討をおこなっていることを念のために付け加えておく。

2 信託と相続

(1) 序

信託制度は財産の移転および管理に関する制度であるから、その規律する対象・事象は、ある自然人の財産がその人の死後にどのように取り扱われるかを規律する相続制度の対象領域と、完全に重なるわけではない。たとえば、法人が自己の財産につき、受託者も受益者もともに法人であるような信託を設定する場合のように、相続が問題とならないような信託も当然にありうる。

しかし、信託設定者・受託者・受益者のいずれかが自然人であるような信託においては、その自然人が死亡した場合の当該信託の取扱——すなわち相続との関係——をつねに念頭においておかなければならない。もっとも、信託関係者のいずれかが死亡した場合を網羅的にとりあげて、相続制度との関係を検討するという作業は、筆者の別稿(3)に譲り、本稿においては、本研究会のテーマである、法実質と法形式との関係という観点から特に重要であると思われる、信託設定者の死亡にともなう財産処理の局面を主として念頭におきながら考えることにしたい(4)。

(2) わが国における研究の状況

新井誠が、最近(1994年)の論文において、「信託法と相続法との関係については殆ど究明されていないのが我国における研究の現状ではなかろうか」(5)と指摘していることからもうかがわれるように、信託法と相続法の関係についての研究は、わが国においてこれまで必ずしも十分にはなされてこなかったといえよう。ただし、新井自身のこの論文も含めて、信託法と相続法との関係について言及する研究も最近になっていくつか見受けられ、また、信託法と相続法との関係に直接に論及するわけではないがこの点の検討に資するものと評価しうるいわば基礎的な研究もいくつか発表されてきている。以下では、これらの諸研究の成果のうち、本稿の扱う問題との関係で重要なものを取りあげて、わが国における研究の現状を簡単にまとめておくことにしよう。

(i) 遺留分

まず、信託による財産移転と相続法の定める遺留分（ないし強制相続分）との関係について。

信託という法形式によって実質的には相続に代わる財産承継がなされうるという点に着目すると、相続法の用意している規定を信託によってどこまで回避できることにするかが問題となる。そのなかでも重要なのは、相続法がいわば公序のために強行的な規定として定めているものであり、とりわけ、一定範囲の相続人に被相続人の意思のいかんにかかわらず最低限の財産承継を保障する規定——大陸法や日本法でいうところの遺留分の規定——との関係は、理論的にも実務的にも大きな問題となる。この点については、信託と相続との関係を論ずる論文の多くが言及しているが、正面から詳細に論じているのは、新井誠の「信託と強制相続分・遺留分を巡る問題」と題する論文⁽⁶⁾である。

この新井論文は、英国法における状況を、(英国における) 国際的な問題をも視野に入れて詳しく整理・分析し、そこから日本法への示唆を引き出している。新井論文は、「日本法上は遺言信託、生前信託ともに遺言自由の原則の範囲内でのみ機能しうるものであるから、相続法上の遺留分権を侵害できない」ことは認めつつも、遺留分制度があるために、遺産について(社会的に見れば) 適正な処理をすることが難しくなることがあることを指摘し⁽⁷⁾、信託制度の活用によって遺留分制度を柔軟に運用することを提言する⁽⁸⁾。

(ii) 後継遺贈と連続受益者

遺産の承継について被相続人が次のようにしたいと考えるとき、それを実現する法的手段があるかが問題になる。すなわち、被相続人の死亡に伴い、まず遺産(の財産的価値)を第1次的にはAに与えるが、一定の条件の成就や期限の到来によって、これをBに移転させる(さらに第3・第4の者への移転を考える場合もある)、ということができかねる。

このような目的は、相続法の分野においてはいわゆる後継遺贈の制度(ないしそれに準ずる制度)によって、信託法においてはいわゆる連続受益者の制度によって、それぞれ実現することが可能である。そこで、右の点を考えるには、この2つの制度のそれぞれについての検討、および両制度の関係についての検討が必要となる。

後継遺贈ないしそれに準ずる制度に関しては、日本法上の問題点につき稲垣明博の論文⁽⁹⁾が、また外国法につき佐藤義彦を代表者とするグループによる一連の比較法的な研究

(10)が公表されている。また、連続受益者の制度およびそれと後継遺贈との関係については、植田淳の論文(11)が公表されているほか、新井誠の編著書『高齢社会と信託』において詳しい言及(12)がなされている。

これらの研究が明らかにするように、日本の民法においては、後継遺贈を認める明文の規定はなく（この点で、ドイツ民法およびフランス民法が後継遺贈と実質的に同様の機能を営む制度を有するのと対照的である(13)）、解釈上もこれを認めないのがわが国の通説・判例である(14)。他方、連続受益者型の信託を設定することが許されれば、日本法においても、上記のような財産継承を実現することが可能になるはずである。このような連続受益者型の信託の設定が日本法上も可能であるかについては、上記の植田および新井の論稿がそれぞれ比較的詳しい検討を加え、両者ともに、死後相当の期間を越えて拘束（受益者の連続指定）することは禁じられるという留保はつけるものの、原則として連続受益者型信託の設定は可能であるという結論を提示している(15)。

（iii） 国際的な局面

人の死亡に伴う財産の承継をめぐる相続法と信託法との交錯は、もちろん一国の国内的な問題としても生じうるが、複数の国が何らかの形で関係するいわば国際的な局面においては、さらに複雑な問題として立ち現れてくる。典型的な例としては、たとえば次のようなものが考えられる。Aが死亡して、その相続に関する手続（遺産分割など）が甲国の裁判所で甲国法を準拠法として進められているときに、Aが生前に乙国において乙国信託法に基づいて設定した信託を、その相続に関する手続との関係でどのように扱うべきか。より具体的には、乙国法に基づくその信託は甲国においても信託として認められて、信託財産は遺産分割の対象にはならないのか、また、Aが生前に行った受託者への信託財産譲渡は甲国相続法上の相続財産算定や遺留分減殺に際して生前贈与と同様の扱いを受けるのか、などが問題となる。

このような国際的な局面に関しては、国際私法上の問題（準拠法選択）について概観した拙稿(16)があるほか、道垣内正人の詳細な論稿(17)が公表されている。道垣内論文は、相続の準拠法と信託の準拠法のそれぞれにつき、ハーグ国際私法会議の作成した条約をも参照しながら検討を加えたうえで、国際的な相続と信託との関係について、問題の所在を指摘し、ハーグ条約の関連する規定を整理し、さらに日本における解釈論を検討する。この道垣内論文は、国際的な局面における相続法と信託法との関係をめぐる問題点をきわめ

て明確な形で整理し、またかつて上記拙稿が示した考え方に対する的確な指摘を通じて、今後の検討課題をも明らかにしているように思われる。以下では、道垣内論文の整理・指摘を念頭におきつつ、項をあらためて、国際的な局面について少し考えてみたい。

(3) 国境を越える、信託と相続

(i) 筆者の前稿とそれに対する指摘

国際的な局面における信託と相続との交錯という問題の全体像については、上に言及した道垣内論文（および筆者の上記別稿）に委ねることとし、今後検討すべき課題を中心に問題点を整理しておこう。

問題の中心は、相続準拠法と信託準拠法とが異なる国の法律である場合に、両者の適用関係をどのように調整するかという点にある。この点につき、筆者はかつて上に引用した別稿（以下、「前稿」ということがある）において、次のように述べた。

「信託当事者の死亡にともなって生じる信託に関する問題は、基本的には信託の事項であると考えて信託準拠法を適用し、そのうえで相続準拠法をどのような場合にどのように参照・適用すべきかを考えていくのが適当なではなかろうか。これは次のような考慮による。信託制度は、その性質上（相当な期間にわたって継続することが多いことや、さらには委託者や受益者の死亡の際の財産の処遇を決める目的で利用されることが少なくないことなど）、通常当事者が死亡した場合の対応をも十分に考慮に入れて作成されている制度であって、その場合のための仕組みをいわば相続法の特則としてもっている制度であると考えられる。この点で、たとえば通常の契約関係から生じた債権債務関係においては当事者が死亡した場合にその処理が基本的に相続に委ねられるのと異なり、信託制度はそれ自身のなかに関係者が死亡した場合の処理方法（通常の相続とは別個のいわば一種の「相続制度」）を用意しているといえるのではないか。」⁽¹⁸⁾

これに対して、道垣内論文は、次のように指摘する。

「しかし、信託が相続法の特則となっていることは、一つの法秩序内〔で〕はあり得ても、信託の準拠法と相続の準拠法とが異なる場面において、信託の法理を優先させる根拠とはなり得ないのではあるまいか。上記引用文〔拙稿の上記引用部分〕で信

託の性質とされている委託者の死亡の際の財産の処遇をきめる目的で利用されるということこそ、信託制度をもたない相続準拠法の側からみると問題視されるのであって、そのような目的が達成できるように国際私法上配慮するとすることは、信託制度を知らない国が存在している国際社会のあるべき法秩序を形成すべき国際私法の趣旨に悖るのではあるまいか。むしろ、基本は相続法秩序であって、相続準拠法上信託が特例的に扱われている場合に、その信託が有効に成立しているかといった問題が信託の問題として別途準拠法が決定され、それによるというべきであろう。』⁽¹⁹⁾ ([]内は引用者による)

以下では、この道垣内論文による指摘を念頭において、より具体的に筆者自身の発想を吟味しつつ、あらためて少し考え直してみようと思う。

考察と説明の便宜のため、次のような2つの事例を用いる。事例1は、Sが、甲国において甲国の信託法に基づき、財産の一部をTに譲渡し、Tを受託者、Bを受益者とする信託を設定したというもの、事例2は、受益者をそれぞれ、Sの生存中はS自身、S死亡後はBとする以外は事例1と同様の事案である。

(ii) 受託者Tの死亡にともなう問題

はじめに、本稿の中心問題からはやや離れることになるが、受託者Tが死亡した場合に信託財産がTの相続の対象になるかという問題について考えてみよう。

まず、もしこれらの事例が甲国の純国内的な事案だとすると（つまり甲国の裁判所において問題となり、信託もTの相続もともに甲国法によって規律される場合）、信託財産がTの相続財産になってTの相続人に相続されるという事態はおよそ考えられない。甲国が信託という制度を認めている以上は、信託財産が受託者の固有財産からは独立しているという扱いを受け、受託者の相続財産に入らないことは当然だからである（日本の信託法には、第15条にその旨の規定がある）。

次に、これらの事例が国際的な事案であって、信託が甲国法、相続が乙国法によってそれぞれ規律されるとしよう（法廷地⁽²⁰⁾の国際私法によって、信託準拠法が甲国法、相続準拠法が乙国法とされた場合）。

このときに、相続準拠法たる乙国法に信託という制度があるとすると、結論的には、上記の甲国の純国内的な事案の場合と同様に、信託財産がTの相続財産になる事態は考えられない。ともに信託制度を有する甲国法、乙国法のいずれの法体系のもとにおいても、信

託財産は受託者の相続財産にはならないという法理があるはずであり、甲国法・乙国法のどちらが適用されるとしても、信託財産がTの相続の対象になることはないであろうからである。もっとも、この両国の法のいずれが適用されてこのような結論になるのかについては、上記の道垣内説と筆者の前稿の考え方とは、異なる論理によることになろう。道垣内説によれば、乙国法（相続準拠法）が信託財産というものは受託者の固有財産とは別個独立のものであって相続されないと定めていること、および、この事案では「信託財産」が甲国法（信託準拠法）によって信託財産であると認められることが、このような結論を導くと説明することになろう。これに対して、筆者の前稿の考え方によれば、Tの死亡にともなう信託財産の処理には信託準拠法たる甲国法が適用され、甲国法上、信託財産が受託者の相続財産になることはないと説明することになる。

それでは、相続準拠法たる乙国法に信託という制度がないとするとどうなるであろうか。信託制度を知らない乙国法においては、T名義の財産がT固有の財産とTを受託者とする信託財産とに分けられるわけではないので、乙国法によれば信託財産もTの相続財産になりそうである。

上記の道垣内説の考えによれば、おそらくこのような結論を肯定することになろう。同説の「基本は相続法秩序であって、相続準拠法上信託が特則的に扱われている場合に、その信託が有効に成立しているかといった問題が信託の問題として別途準拠法が決定され、それによるというべきであろう」（上記引用部分から）という考え方によれば、相続準拠法たる乙国法が信託制度を知らないため乙国法上信託がいわば相続の特則として認められていないようなときには、そもそも信託の準拠法が何かが問われることもなく、相続準拠法のみが適用されることになるものと考えられるからである⁽²¹⁾。もっとも、乙国法が、もし仮に、国内の制度としては信託を有しないにもかかわらず外国で設定された信託については乙国内でも一定程度の効力を認めるという立場をとっているとすると、信託財産がTの相続財産にはならないという結論になることも考えられる。たとえば、乙国が、ハーグ国際私法会議において1984年に採択された「信託の準拠法及び承認に関する条約」（以下、「ハーグ信託条約」という）⁽²²⁾の締約国になっている場合がその一例である。すなわち、乙国は、条約締約国として、条約の定める準拠法に基づいて設定された外国の信託を「承認」する義務があり、その承認の一つの内容として、受託者死亡時に信託財産が受託者の相続財産を構成しないことが条約上定められているため⁽²³⁾、乙国の国内法制のい

かんにかかわらず、信託財産はTの相続財産に含まれないという取扱がなされることになろう(24)。

さて、これに対して、筆者の前稿の考え方は、信託財産の扱いについては基本的に信託準拠法たる甲国法を適用するというものであるから、これによれば、信託財産はTの死亡に伴い甲国法にしたがって処理されることになり、信託制度を認める甲国法が信託財産をTの相続の対象にすることは信託制度の本質からいって考えられないので——より具体的に信託財産がTの死亡に伴ってどのように扱われるかは、甲国信託法の定めるところによるが——、信託財産はTの相続財産にはならないという結論が導かれることになる。

(iii) 信託設定者Sの死亡にともなう問題

次に、S（信託設定者）の死亡に伴う問題について。

上記の2つの事例が、もし甲国の純国内的な事案だとすると（甲国の裁判所において問題となり、本件信託もSの相続とともに甲国法によって規律される場合）、上述したような遺留分や後継遺贈（連続受益信託）などの問題は、当然ながらすべて甲国の法体系——甲国には、同国の信託法と相続法の適用関係につき、一定の秩序・規律方法が予定されているはずである——によって規律される。

さて、これらの事例が国際的な事案であって、信託が甲国法、Sの相続が乙国法によってそれぞれ規律されるとしよう（法廷地⁽²⁵⁾の国際私法によって、信託準拠法が甲国法、相続準拠法が乙国法とされた場合）。

(a) まず、乙国法（相続準拠法）の体系に信託という制度が存在していない場合を想定してみる。このとき、Sが生前に行った信託の設定行為は、Sの相続との関係でどのように評価され取り扱われることになるのであろうか。

(a-1) 上記の道垣内説の考え方に立つと、SからTへの譲渡（信託設定）につき、相続との関係において基本的な大枠を定めるのは相続準拠法であるので、乙国法がこの点に関してどのように定めているによって、この譲渡（信託設定）のとらえかたが決められることになろう。

同じく信託制度を知らない国といっても国によって相続に関する法の内容は区々であるので、乙国の相続法の具体的な内容がどのようなものかによって取扱は異なることになるが、可能性としては、おそらく次のような2つのものが考えられよう。第1は、信託設定のために行われたSからTへの譲渡が、信託制度を知らない乙国法上は一般的な譲渡とし

て扱われるというものである。この場合には、被相続人による一般的な生前譲渡についての乙国の相続法の規律が、このSからTへの譲渡についても適用されることになろう。たとえば、乙国法上の遺留分の算定や減殺請求に関しては、SからTに生前贈与がなされたものとして行われる等の処理が考えられる（もっとも、これも乙国相続法の具体的な内容によりけりであるが）。第2の可能性は、乙国法上は、信託設定が無視され、信託（残余）財産は依然としてSが所有していたものとして取り扱われるというものである。これは、信託財産がSの相続財産の一部として扱われるという方向での処理である。より具体的などのような取扱がなされうるかについては、なお慎重に検討しなければならないが、たとえば、次のように考えることが可能であろう。一方では、乙国法（相続準拠法）の適用にあたっては、信託設定を完全に無視する（Tへの所有権（名義）移転は無効であり、受益者Bは何らの利益も認められない）という取扱がありうるが、他方では、信託の設定そのものは認められないが、それを乙国法上の他の類似の制度にひきなおして、できるだけ信託設定の目的・趣旨が実現されるように解するという取扱もありえよう。この後者の取扱は、たとえば、上記の事例2（S自身を終身受益者、Bを残余財産受益者とする信託）において、乙国法上は、SからBへの遺贈ないし死因贈与があったものとして扱うというようなものである。また、事例1（信託設定当初からBを受益者とする他益信託の事例）についても、乙国法上は、Sの死亡時点でSからBへの遺贈・死因贈与があったものとして扱うことが考えられないではない⁽²⁶⁾。

なお、乙国法が、もし仮に、国内には信託制度がないにもかかわらず外国の信託には一定の効力を認めるという立場を採用しているとする、本件信託にもその「一定の効力」が認められることになる。たとえば、乙国が国内法としては信託制度を有していないが、ハーグ信託条約の締約国になっているとする、このような状況が生じ、乙国の法体系においては、条約の定める準拠法に基づいて設定された外国の信託が「信託として承認」されることになる（条約第11条（注23参照））。この「承認」がより具体的に何を意味するかは、条約の公式解説や条約に関する諸論稿を見ても必ずしも明らかではないが、少なくともTの固有財産とは別個独立の信託財産の存在は認められるはずであるから、乙国の相続法の適用にあたっては、そのような性格を持つ財産がSからTに譲渡されたものとして扱われることになろう。

(a-2) 道垣内説に立ったときには以上のような状況になるものと思われるが、これに対

して、筆者の前稿の考え方は、信託財産の帰趨が基本的には信託準拠法たる甲国法によって決せられるというものであるから、これによると、SからTへの信託設定の効力は甲国法に基づいていわばストレートに認めることになる。つまり、S死亡に際しての信託財産の処遇等も、原則として、信託準拠法たる甲国法の定めるところによる。いいかえれば、通常は、信託設定時に予定されていた方法にしたがって処理がなされることになる。もっとも、筆者の前稿の考え方も、信託に関しては相続準拠法たる乙国法の適用を全く排除するということまでを主張するものではなく、信託準拠法にしたがってなされる処理の結果がSの相続に関する相続準拠法の強行規定に触れるような場合には、相続準拠法が一定の範囲で適用されることを認める⁽²⁷⁾。たとえば、甲国法にしたがって信託財産を取り扱った結果、乙国法上の遺留分権利者の遺留分が侵害されるときには、乙国法の遺留分保護の規定が適用されることになる。

(b) つぎに、相続準拠法たる乙国法が信託制度を有している場合には、Sが生前に設定した信託は、Sの相続との関係でどのように取り扱われるであろうか。

上記の道垣内説の考え方に立つと、信託財産に関しても、相続との関係において基本的な大枠を定めるのは相続準拠法であるので、乙国法がこの点に関してどのように定めているかが問題となる。つまり、信託によってどれだけ通常の相続法の規律を回避したり排除したりできるかという点は、信託と相続との関係に関する乙国法上の定めが決定することになる⁽²⁸⁾。このような解決法によると、信託準拠法たる甲国法の信託法と相続準拠法たる乙国法の信託法とが内容的に同一ないし類似のものであるときには、とくに問題を生じないが、両国の信託法の内容が異なっているとき（たとえば、甲国法ではいわゆる信託宣言が認められるが乙国法では認められていないようなときなど）には、複雑な問題が生じる可能性がある。

他方、筆者の前稿の考え方によれば、乙国に信託制度がある場合にも、乙国法に信託制度がないとき（上記(a-2)）と同様、S死亡に際して信託財産は原則として信託準拠法たる甲国法の定めるところによって処理がなされることになる。また、Sの相続に関する乙国法（相続準拠法）の強行規定に触れるような場合に、乙国法が適用されることがあるのも(a-2)の場合と同様である。

(iv) 若干の考察

(a) いくつかの場合について道垣内論文の考え方と筆者の前稿の考え方とでそれぞれど

のような処理がなされるかを簡単に見てきたが、以上の対比を念頭におきながら、若干の整理・考察を試みる(29)。

(b) まず、ここでの問題を、信託準拠法がいかなる事項に適用されるのかという視点(信託準拠法の適用範囲の視点)から眺めてみよう。この視点から見ると、筆者が前稿において提唱しようとした考え方は、ある信託につき抵触法ルールによって信託準拠法が選ばれた場合には、その準拠法は信託の効力についても適用され、そしてその「効力」のなかには原則として信託関係者の死亡にともなう信託の取扱方法も入るという主張としてとらえ直すことができる。これに対して、道垣内説の考え方は、筆者の理解が正しければ、信託関係者の死亡にともなう信託財産の運命を規律するのは第1次的にはその死亡者の相続の準拠法であって、信託準拠法の適用範囲は原則としてそこには及ばない、というものである。

このような2つの考え方の違いは、いいかえれば、この問題に関連する単位法律関係の構成の仕方について相違である。筆者の前稿の考え方は、信託の効力をひとまとまりの単位として(30)、信託関係者の死亡にともなう信託の処遇もその単位法律関係に含まれる事項と考えようとするものである。道垣内説の考え方は、筆者のいう「信託の効力」のうち、少なくとも当事者死亡にともなう信託(財産)の処遇をひとまとまりの単位法律関係の外に出そうとするものであるととらえられよう。

さて、この違いについてどのように考えるべきか。考えるヒントを得るために、国際私法学において一般に《相続準拠法と個別財産準拠法との関係》として論じられる問題(31)と、ここでの問題とを対比させてみよう。相続準拠法と他の準拠法とが複雑に交錯するために両者の適用関係が論じられなければならないという点において、これらの2つの問題は類似しているからである。

筆者はかつて発表した国際相続に関するいくつかの論稿において、相続準拠法と個別財産準拠法との関係について、さまざまな角度から考察する機会を持った(32)。ここでその詳細を紹介する余裕はないが、筆者は、それらの考察の結果、おおまかな結論の方向としては、相続準拠法と個別財産準拠法が衝突する場面においては従来の一般的な考え方よりも相続準拠法をより重視すべきではないかという主張を述べた。死亡にともなう財産の処遇という問題に関する大枠・グランドデザインを形づくっているのは相続準拠法であるから、というのが、そのような主張の基礎にある認識であった。ところで、筆者のこの主

張・認識は、道垣内論文が本稿の問題について述べている「基本は相続法秩序である」という考え方⁽³³⁾と、ある意味ではきわめて共通するものである。それでは、筆者のように、相続準拠法と個別財産準拠法との関係においては相続準拠法の重視を説きつつ、相続準拠法と信託準拠法との関係においては信託準拠法を原則的な枠組としようとするに、矛盾はないであろうか。

この点については、慎重な検討が必要であるが、さしあたり次のように考える。個別財産準拠法は、ある物についての物権準拠法、ある債権についての債権準拠法のように、個々の財産の成立や効力を規律する準拠法であって、その財産が相続されるかという問題に関して、その財産自体の特性・特徴（たとえば、当該債権が一身専属性を有するかなど）を規定する。相続準拠法が個々の財産の特性・特徴を斟酌すると定めている場合において、その特性・特徴については個別財産準拠法がこれを定めるという意味で、個別財産準拠法も相続につき適用される。「個別準拠法は総括準拠法を破る」という法格言は、この場合には、ある財産の個別財産準拠法が、相続準拠法の枠組において相続対象から除外されるような性格をその財産に与えているときには、たとえ相続準拠法上はその財産と同種の財産が相続される性格を有するとされていても、その財産は相続されないということをいうにすぎないと解される。このように個別財産準拠法が個々の財産の特性・特徴を反映するという機能を営むのに対し、信託準拠法は信託財産そのものの特徴ではなく、信託設定という仕組みを反映するものである。そして、信託の仕組みの重要な部分を占めるのが当事者の死亡にともなう信託財産の取扱いであることを考えれば、信託準拠法の機能は、相続準拠法との競合・衝突という要素をさしあたり度外視した場合には、当事者死亡時の信託財産の取扱いの決定にも及ぶと考えるのが素直であろう。個別財産準拠法が、相続準拠法との競合・衝突という要素を度外視したとしても、当事者死亡時のその財産の取扱い（移転等）について依拠すべき枠組を示しているとはいえないのに比べて、この点が信託準拠法の特色であるととらえられる。つまり、個別準拠法と総括準拠法の対比という観点からは、信託準拠法は、個別準拠法というよりはむしろ、相続準拠法と同様、総括準拠法の性格を有するということができる。

このように考えることが許されれば、相続準拠法と個別財産準拠法との関係において相続準拠法を基本的な枠組として重視するということと、相続準拠法と信託準拠法との関係において信託準拠法を原則的な枠組と考えることとは、必ずしも矛盾するものではないと

いえよう。相続準拠法と信託準拠法とは、ともに財産移転（取扱）の仕組みについての枠組を決めており、いわば同一のレベルで競合する関係にあるに対し、相続準拠法と個別財産準拠法とは、それぞれ財産移転の枠組とその枠組のなかで移転する財産そのものの特性・特徴を定めるもので、異なるレベルでいわば補完しあう関係にあるからである。

(c) もっとも、かりに以上のようにいえるとしても、それは相続準拠法と信託準拠法とが同一レベルで競合するということが認められるというにすぎず、その競合において信託準拠法が優先的な地位を占めるべきだということが以上のことから当然に導かれるわけではもちろんない。なぜ信託準拠法が優先するのかを考えなければならない。この点については、必ずしも考えがまとまっていないため、詳しい検討は次の機会に譲らざるを得ないが、さしあたり次のように考えておきたい。

すでに述べたように、信託準拠法の適用範囲（および相続準拠法との適用関係）をどのようにとらえるかは、その信託準拠法を選ぶ抵触法ルールの内容の問題——つまり、各国の国際私法の解釈論ないし立法論の問題——である。信託準拠法をそもそも観念しないという抵触法ルールも十分にありうるくらいであるから、信託準拠法の適用範囲を狭く構成することも基本的にはもちろん各国の自由である。しかし、信託準拠法を選ぶ抵触法ルールを有するからには、その信託準拠法の適用範囲について自ずから最低限の線とでもいうべきもの（これを範囲に入れないのならば準拠法を選ぶ意味がないと考えられるようなもの）があるのではなかろうか。たとえば、受託者死亡の場合に信託財産が受託者の相続財産にはいるかという問題について信託準拠法が適用されないのでは、およそ信託準拠法を選ぶ意味がない。つまり、やや曖昧な表現ではあるが、信託にとって本質的な問題については信託準拠法を適用するというのが、国際私法に信託準拠法を選ぶルールを持つことの常識的な帰結であろう。問題は、何が信託にとって本質的かである。この点は意見が分かれよう。筆者は、信託設定者や受益者の死亡に際しての信託財産の取扱という点も、信託の本質的な要素であると考えたために、前稿では、これらの点にも基本的に信託準拠法が適用されるべきであるという見解を述べた。しかし、この点は信託にとってそれほど本質的ではない——あるいは、相続にとって本質的であるほどには信託にとって本質的ではない——という見解もありうる。上述の道垣内論文による指摘は、筆者の枠組でとらえ直せば、このような見解に近い前提に立つものと理解することができよう。このような見解の対立についてどのように考えるべきかはなお検討しなければならないが⁽³⁴⁾、筆者には、

現在のところ、信託設定者や受益者の死亡に際して信託財産の取扱についても原則として信託準拠法によるという設計の方が、そもそも信託準拠法を選ぶ抵触法ルールを持つということとより親和的であるように思われる。

3 おわりに

信託設定にあたって、信託関係者（とりわけ信託設定者）の死亡にともなう財産処理をも射程に入れた設計がなされているときには、信託制度が、通常は相続制度によって処理される事柄の一部について規律することがありうる。すなわち、「信託という名の相続」である。この場合に、信託がどこまで相続を代替しうるかが問われる。本稿では、この点に関して具体的にどのような問題があるのかを概観した後、国際的な局面における信託準拠法と相続準拠法との関係について若干の考察をおこなった。考察といっても、筆者がかつて前稿で主張しようとした内容を、やや異なる視角から整理し、表現を変えて少し詳しく再述したにとどまる。本来は、道垣内論文によって指摘・提起された問題を正面から考察すべきであるところ、今回の報告ではその余裕がなく、そのような考察の準備として自説についての若干の整理を試みるにとどめざるをえなかった。今後、ハーグ信託条約や各国での状況を参考にして信託準拠法と相続準拠法の適用関係に関する検討を進めることを手始めに、信託と相続の関係について広い視野から研究できれば、と考える。

〔注〕

- (1) 四宮和夫『信託法（新版）』（有斐閣、1989年）3頁（旧版はしがき）。
- (2) 道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996年）2頁。
- (3) 早川眞一郎「信託と相続の交錯」池原季雄編『国際信託の実務と法理論』（有斐閣、1990年）112頁。
- (4) この局面で問題となるのは、次のようなものである。委託者がもともと有していた財産は、通常は、委託者の死亡にともない相続制度によって相続人等に承継されることになるが、信託制度を利用することによって相続による場合とは異なる処理が受ける可能性があり、このように相続制度による場合と信託制度による場合とで——つまりどちらの法形式によるかによって——、どれだけ実質的に異なる処理がなされるのかということが問題となるのである。
- (5) 新井誠「信託と強制相続分・遺留分を巡る問題」國學院法学31巻4号1頁（1994年）2頁。
- (6) 新井・前掲注(5)。この新井論文は、先に引用したような「信託法と相続法との関係については殆ど究明されていないのが我国における研究の現状ではなかろうか」という現状認識にたち、「財産承継の多様なニーズに応えるためにも、筆者は信託法と相続法との関係をトータルに把握する必要があるのではないかと考えている。本稿は筆者が企図するそのような研究の手初めとして、とりわけ英国法の状況を検討し、この問題に関する日本法への示唆を得ようとするものである」（2頁）という狙いをもって執筆されたものである。
- (7) 新井論文は、「死亡時における実際の遺産が、生前贈与分を繰り入れて計算した概念上の遺産の四分の三もが、被相続人の意思に反して、裕福で十分な教育を受けた子供達によって相続されてしまうようなことになったり、立派に経営されている農地が同族会社を相続のためにわざわざ分割してしまわなければならないというようなことがあっていいものであろうか。硬直化した弾力性のない原則しか適用できないということになると兎角恣意的で気紛れな結果が出てしまうことになりがちである。」（前掲注(5)20～21頁）と指摘する。
- (8) 新井論文は、「我国の遺留分制度もかなり硬直的である。遺留分制度それ自体を否定してしまう必要はないけれども、それをより弾力的なものにするためには信託制度を介在させて、遺留分制度の趣旨に沿いつつ受益者を決定する権限を受託者に付与したり、受益者が遺留分回復請求権を行使した場合には受益権を剝奪する等のアレンジをしておくことも一案ではないだろうか。」（前掲注(5)21頁）と述べる。
- (9) 稲垣明博「いわゆる『後継ぎ遺贈』の効力」判タ662号40頁（1980年）。
- (10) 信託研究奨励論集第12号（1991年）に掲載された、以下の7論文。なお、同号42頁に、研究代表者佐藤義彦の序文が付されている。床谷文雄「ドイツの先位・後位相続制度について」（43頁以下）、右近健男「オーストリアにおける後位相続について」（57頁以下）、松倉耕作「スイス法における後位相続人の指定」（62頁以下）、大島俊之「フランス継伝処分法」（69頁以下）、同「イタリア継伝処分法」（88頁以下）、同「ケベック遺言信託法」（98頁以下）、同「ケベック継伝処分法」（118頁以下）。
- (11) 植田淳「わが国における連続受益者型信託——導入可能性に関する基礎的研究」信託180号

(1994年) 5頁。

- (12) 新井誠編著『高齢社会と信託』（有斐閣、1995年）の第4編「高齢社会における信託活用の意義」（新井執筆）（とくに、281～285頁）。
- (13) ドイツ民法2700条以下の先位相続人（Vorerbe）・後位相続人（Nacherbe）の制度、フランス民法1048条以下の信託的継伝処分（substitution fidéicommissaire）が、それぞれ後継遺贈と実質的に同様の機能を営む。新井・前掲注(12)300頁、床谷・前掲注(10)、大島・前掲注(10)（フランス継伝処分法）など参照。
- (14) 植田・前掲注(11) 8頁、新井・前掲(12)282頁など参照。
- (15) 植田・前掲注(11) 9～12頁、新井・前掲(12)282～285頁など参照。
- (16) 早川・前掲注(3)。
- (17) 道垣内正人「国際化の中の高齢化社会——国際的な相続と信託との関係」新井誠編著『高齢社会と信託』218頁（有斐閣、1995年）。
- (18) 早川・前掲注(3)124頁。
- (19) 道垣内・前掲注(17)233頁。
- (20) 厳密には、この事例でいう法廷地が、甲国か、乙国か、それとも第三国かによって場合を分けて考える必要があるが、ここでは、さしあたり、その点は問わないことにする。
- (21) もっとも、道垣内論文自身は、このような問題には直接には触れていない。本文のこの箇所に述べたことは、あくまでも筆者の推測である。
- (22) この条約については、アルフレッド・E・フォン・オーヴェルベック（道垣内正人訳）「信託の準拠法及び承認に関するハーグ条約についての報告書（翻訳）」信託153号4頁（1988年）、池原季雄編『国際信託の実務と法理論』（有斐閣、1990年）、高杉直「ハーグ信託条約における法選択規則の構造」民商法雑誌104巻5号59頁（1990年）など参照。
- (23) ハーグ信託条約11条には、条約加盟国が条約の定める準拠法に基づいて設定された外国の信託を承認することを定めた、次のような規定がある（ここでの問題との関係では、とくに、c号後段が重要である）。

第11条

前章によって定まる法律に従って設定された信託は、信託として承認される。

この承認とは、少なくとも、信託財産が独立の基金を構成すること、受託者が受託者としての資格で訴訟当事者になれること、及び受託者が受託者としての資格で公証人又は公的資格において行為するいかなる者の前にも出頭できることを意味する。

この承認は、特に、次のことを意味する。ただし信託の準拠法がその旨規定していないときはその限りではない。

- a 受託者個人の債権者は、信託財産を強制執行の対象とすることができないこと。
- b 信託財産は、受託者の支払不能又は破産の際に、受託者の財産の一部を構成するものではないこと。
- c 信託財産は受託者及びその配偶者の夫婦財産の一部を構成するものではなく、また、受託

者の死亡の際、受託者の相続財産の一部を構成するものでもないこと。

- d 受託者が、信託に違反して信託財産を自己の固有財産と分別管理せず又は信託財産を譲渡した場合には、信託財産の復旧を請求することができること。ただし、当該財産の所持人である第三者の権利及び義務は、法廷地の抵触法によって定まる法律に従って規律される。

(日本語訳は、池原編・前掲注(22)197頁以下〔道垣内正人訳〕による。)

- (24) もっとも、ハーグ信託条約第15条には、この条約は一定の事項につき強行規定の適用を妨げない旨の次のような規定があるため、この規定(c号に挙げられている相続に関する権利)との関係を検討する必要が一応ある。

第15条

この条約は、法廷地の抵触法によって定まる規定で、特に、次の事項に関するものの適用を妨げるものではない。ただし、その規定が任意に逸脱できる場合はこの限りではない。

- a 未成年者及び無能力者の保護
- b 婚姻の身分的効力及び財産的効力
- c 遺言によると否とを問わず、相続権、特に、配偶者等の遺留分
- d 所有権の移転及び担保物権
- e 支払不能の際の債権者の保護
- f その他、善意の第三者の保護

前項の規定により、信託が承認されない場合には、裁判所は、他の方法により信託の目的が達成されるように努めなければならない。

(日本語訳は、池原編・前掲注(22)202頁以下〔道垣内正人訳〕による。)

- (25) 注(20)の場合と同様に、厳密には、この事例でいう法廷地が、甲国か、乙国か、それとも第三国かによって場合を分けて考える必要があるが、ここでは、さしあたり、その点は問わないことにする。

- (26) なお、事例1については、この他に、SからBへの生前贈与があったものとして扱うという方法も考えられるが、これは、本文の「第2の可能性」の枠をはみ出し、いわば第3の可能性にあたるものであるので、ここでは省略する。

- (27) この点につき、筆者は前稿で上記の引用部分に続けて次のように述べた。

「以上のように考えて、信託準拠法が基本的には適用されると解しても、相続準拠法の適用の余地を否定することは妥当ではなからう。すなわち、相続準拠法は、本来、死亡者の相続の処理という問題の全体をカバーするはずなのであるから、当事者死亡にともなう信託関係の処理というこの問題についても、いわば大枠を規定しており、通常は信託準拠法が適用されるとしても、必要に応じて相続準拠法も適用されると考えるべきであろう。」(早川・前掲注(3)124頁)

- (28) 道垣内・前掲注(17)233頁は、「むしろ、基本は相続法秩序であって、相続準拠法上信託が特例的に扱われている場合に、その信託が有効に成立しているかといった問題が信託の問題として別途準拠法が決定され、それによるというべきであろう。」という。

- (29) なお、法廷地の実質法体系に信託制度が存在しないために国際私法上も信託の観念がなく、法廷

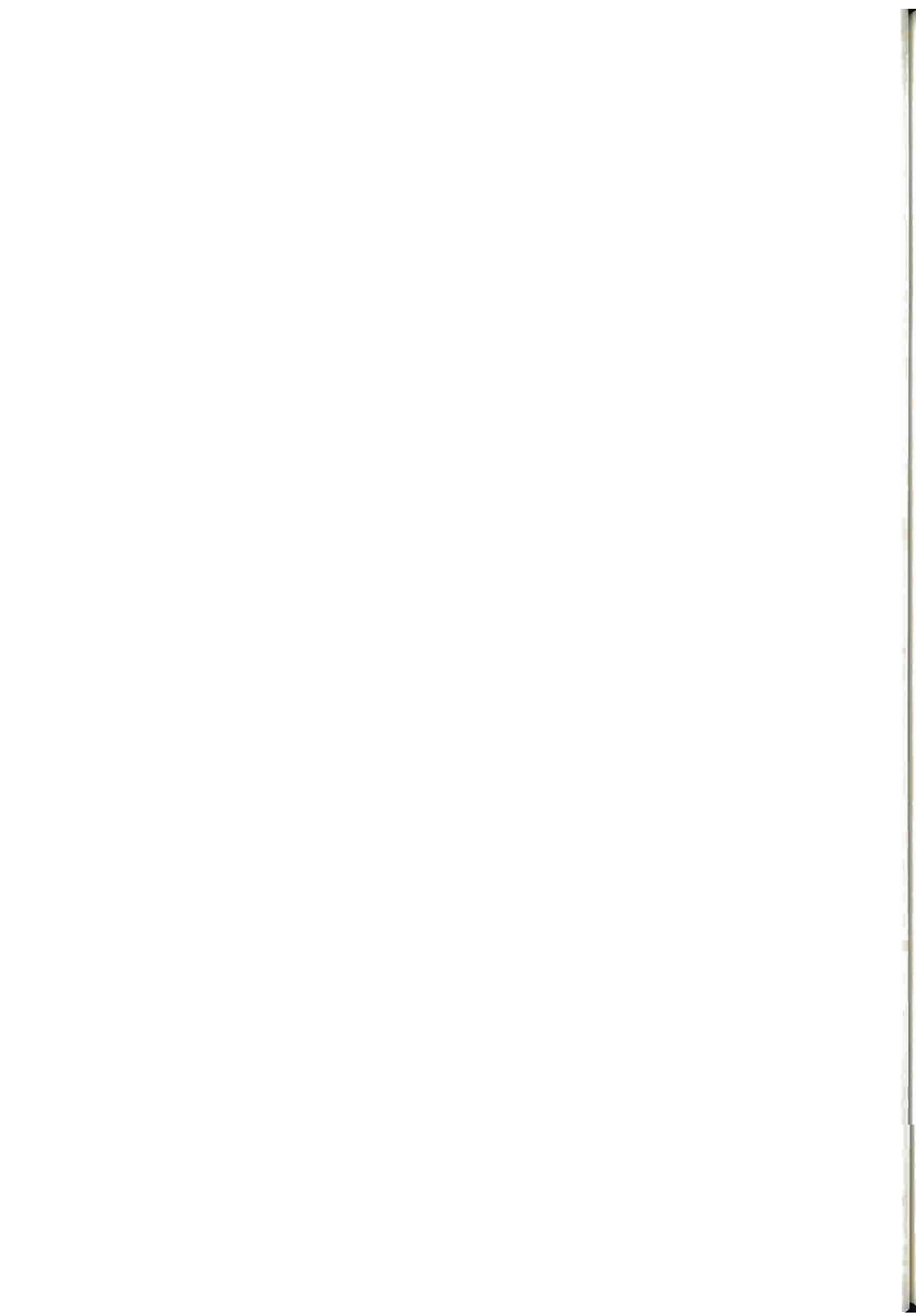
地においてそもそも信託準拠法というものの指定が行われないうちもありうる。信託の国際的な調和という観点からは、このような場合こそが大きな問題となるのであるが、この問題を視野に入れた検討はあらためて別稿において行うこととし、本稿においては、法廷地の実質法が信託制度を有しているか否かを問わず、法廷地の国際私法によって相続準拠法と信託準拠法の双方が指定されることを前提とする。また、法廷地の国際私法の内容によっては、信託準拠法として指定された国の法に信託制度がないという場合も論理的にはあり得なくはないが、ここでは、信託準拠法の実質法体系に信託制度が存在すること（これが通常の場合であり、信託制度がないような国の法を信託準拠法に指定する国際私法ルールがあるとすれば、その国際私法ルール自体が不適切なものであるということになろう）を前提とする。

- (30) もちろん、信託の効力のみではなく、たとえば信託の成立をそれと併せて一つの単位法律関係とし、そこに信託準拠法が適用されると考えることもできるし、むしろそちらのほうが通常であろう。しかし、ここではさしあたりその問題はおくことにする。ここでの文脈では、当事者死亡時の処理も含めた「効力」を少なくともひとまとまりの単位と考えるかどうかの問題であるからである。
- (31) この問題については、木棚照一「国際相続法における総括準拠法と個別準拠法」同『国際相続法の研究』302頁（有斐閣、1994年）、および、次注(32)の拙稿など参照。
- (32) 早川眞一郎「『相続財産の構成』の準拠法について」関西大学法学論集38巻2=3号325頁（1988年）、同「ハーグ準拠法諸条約と『相続財産の構成』」関西大学法学論集39巻4=5号173頁（1990年）、同「国際的な相続・遺産管理の一断面(上)(下)——外国人の遺産たるわが国の不動産の取引をめぐって——」ジュリスト1019号126頁、1020号131頁（1993年）など。
- (33) 道垣内・前掲注(17)233頁。
- (34) なお、この点について、水掛け論に陥らずに議論するためには「本質的」などという用語は避けなければならないであろう。

投資信託と課税

——アメリカ法の紹介——

佐藤英明



1 はじめに

アメリカ連邦所得税上は、投資信託は、「受託者に投資内容の変更権限がない場合」というきわめて限定的な例外を除けば、原則として法人課税の対象とされる。そしてこの原則に対する例外は、租税特別措置として個別の種類投資信託ごとに立法されてきた。有価証券等を投資の対象とする RIC、不動産を投資の対象とする REIT などがその例である。他方で、信託というスキーム（仕組み）は、近年、いわゆる資産の流動化の手法としても活用されるようになり、それに対応した特別措置が立法されるに至っている。不動産モーゲッジを投資対象とする REMIC がその例であるが、現実の経済の動きは、さらに新たな立法を必要としているとも言われている。

本稿では、このようなアメリカ法の現状を前に、近い将来にわが国においても投資信託や資産流動化の仕組みに関する租税立法が行なわれる可能性が大きいことを念頭に置きつつ、二つの点について簡単な概観を試みる。まず、第2章では、REITの要件のうち、それを非課税とする考え方の根幹に関わる、REITの受動性に関する規制の変遷を概観する。次に第3章では、REMICを中心として投資信託を含めた資産流動化の仕組みとその課税上の問題点について簡単な検討を行なう。

- * 本稿第2章は「REITにおける『受動性』規制の変遷」として神戸法学雑誌45巻3号に、また、第3章は「資産流動化と課税」として租税法研究24号に、それぞれ発表した論文を再録したものであることをお断りしておく。

2 REITにおける「受動性」規制の変遷

(1) はじめに～問題の所在

租税法上の特別措置として特定の集合的な投資信託等に対する法人課税を行わず、信託等を所得の「導管」として扱う場合には、二つの相反する要請のバランスをとる必要がある。その第一の要請とはまさにそのような特別措置を講ずる必要性そのものであり、そのような措置により一般の小口投資家に新たな税負担なしに投資の集積の利益を享受する機会を与えるとともに社会的に必要とされている資金需要に対応することである。その反対に置かれる要請は、法人課税の対象となる一般の会社等と特別措置の対象となる投資信託等との負担の公平の問題である。この問題は、もともとそのような特別措置を立法するか否かという場面で問題となるのみならず、どのような内容の特別措置を採用するかという場面においても、同様に問題となる。

アメリカ投資信託等は「受動的」なものに限るとしている。能動的に事業を行なうのではなく、小口の投資の集積した受動的な投資信託等だから法人課税を免れうるとするのである。この考え方は、おそらく、沿革的には、法人課税の対象とならない通常の信託と「団体 (association)」として法人課税の対象となる事業信託とを「事業目的」の有無を決め手として区別してきた点に由来し⁽¹⁾、それをある所で生じた所得を他の者にそのまま伝える「導管」のイメージが重なって強調されてきたものであろう。

しかし、完全に「受動的」なもの以外をすべて「能動的」と定義するのではなく、「受動的」という概念に一定の幅を持たせて解釈する場合には、「受動的」と「能動的」とを分ける基準は、政策的な判断の結果とならざるを得ない。そしてその判断基準の形成には、再び、前述した二つの要請——「投資の機会確保」と「法人課税の公平性の確保」——をどのように均衡させるかという判断が必然的に折り込まれる。なぜなら、「受動性」を強調すればするほど、投資信託等が許される行為は制限され、それに投資する小口投資家たちは直接投資の場合よりも不利に扱われることになる——それに伴って投資の魅力は薄れ、資金集めも困難になる——し、他方「受動性」を緩和すれば、法人税負担なしに投資信託等がなしうることの範囲は広がり、法人税負担を負って同様の取引を行なう通常

の会社等との間の不公平が大きくなるからである。

このような「受動性」の判断をめぐる相剋は内国歳入法典上規定されている不動産投資信託（REIT：Real Estate Investment Trust. 以下、REIT と呼ぶ）にその明らかな事例を探ることができる。この立法は、小口の投資家に通常は大口の投資家のみ可能であった有利性を提供し、かつ当時の不動産投資に対する資金需用の不足に対応することを目的としつつ、「不動産に関わる能動的な事業執行からの所得と対照的な、不動産投資からの明らかに受動的な所得」についてのみ法人課税を排除するという基本方針を強調していたのである(2)。

しかし、立法後の大きな流れとしては、有価証券等を対象とした投資信託の特別措置である規制的投資会社（J.R.C. Sec.851—855.以下、内国歳入法典の条文は条項番号のみで引用する）のアナロジーとしてきわめて受動的な組織として立法された REIT は(3)、その過度の受動性の要請が不動産投資の実情に合わないものとして批判され(4)、「受動性」の要請の枠組みは変えないままに、その行為の制限が徐々に緩和されてきたと見ることができる。ここで強調されている「不動産投資の実情」ないし「他の不動産業者が市場において行いうるのと同じこと」という点が、先に挙げた二つの要請のうちの前者が形を変えたものであるということはいふまでもない。

REIT の立法時にその「受動性」確保のための重要な手段として考えられていたのは、主として通常取引または事業の過程において顧客に販売するための資産の保有の禁止と、不動産の賃貸から収受する賃料についての三つの制限、すなわち、賃借人の利益や所得の一定割合を賃料とすることについての制限、REIT が不動産の賃貸に付随するサービス等を提供し、その対価も賃料に含めることについての制限、およびこれらの規定を潜脱することを防止するため、REIT が一定以上の株式等を保有している者を賃借人とし、その者から賃料を受け取ることについての制限である。以下では、そのうち、「適格賃料」に関する主要な制限二点と(5)、「販売用資産の保有」の問題を取り上げ、その規制の変遷を概観することとしたい(6)。

(2) 「適格賃料」

(i) 不動産賃貸に付随するサービス等の対価の問題

(a) 1976年改正前

周知のように、ある不動産投資会社等が内国歳入法典上の REIT であるためには、構成、資産保有、所得構成および所得分配に関するすべての要件を満たさなければならない (Sec. 856(a)(c))。それらの要件はどれも重要であるが、とりわけ、REIT は受動的な投資主体であるという基本的な概念を体現する中心的な要件は、REIT の所得の一定割合は受動的と考えられる種類の所得から成っていなければならないとする所得構成の要件であり (Sec. 856(a)(7)、(c)(2)(3)(4))、不動産投資信託たる REIT の場合、そのような適格な所得の中心は不動産からの賃料である。しかも、不動産の賃料として收受される金銭等が REIT の要件の判断において適格な賃料 (qualified rent) とされるためには、当初からいくつかの制約があった。したがって、この「適格賃料」に関する要件は、REIT の最重要の要件の一つであるといえる(7)。

そもそも、不動産に投資する「受動的」な信託の原イメージは、賃貸用不動産を所有し、それを比較的長期間の契約の下に賃貸して賃料を收受し、收受した賃料を投資家に分配するというものであろう(8)。その対極に、通常はごく短い期間不動産の一部(一室)を人的サービスとともに賃貸するホテル業がある(9)。しかし、賃貸用不動産は、通常一定程度の管理が必要であるし、商業用のビル等を考えれば明らかなように物件によっては単なる保守・管理を超えた何らかのサービスが必要とされる場合も多い。また、アメリカの場合は、居住用アパート等であっても家具付の場合も多い上、高級アパート等ではその他様々な人的サービスを行なうことが一般的な場合もあるようである。そのため、REIT の立法において、そのような実情と前述した受動的不動産投資信託の原イメージとをどのようにすり合わせるかという問題が生じた。

この点について法がもともと予定していたのは、REIT 本体は不動産を所有し、その賃料を收受しうるのみであるが、他方で REIT は第三者——独立契約者 (independent contractor) ——と契約し、建物の保守管理等その他の必要なサービスを行なわせるという枠組みである。この独立契約者は REIT との間で保有しうる資本持分等が規制され(10)、かつ REIT は独立契約者から何らの所得等を得ることができないという要件がある(1976年改正以前の Sec.856(d)(3))。これがいわゆる独立契約者ルールである(11)。この独立契約者と REIT とはいわゆる arm's length の関係になければならないと解釈されており(12)、さらに財務省規則では、独立契約者は、独立契約者は REIT の使用人等であって

はならないとされている (Reg. 1.856-4(b)(5)(i)(13)。この要件は REIT による資産の管理・運用に直接関わる点であることから、立法当時から活発に議論されてきた点であった(14)。

これらの要件は当初きわめて厳格に解されてきた。当時の財務省規則によれば、REIT が独立契約者を介して供与するサービス等は「不動産の賃貸のみに関連して通常供与されるサービス」であり、かつ、「賃料と一体として」対価が支払われる場合のみ、そのサービスの対価も適格賃料となるとされていた (1981年改正以前の財務省規則 (以下、改正前) Reg. 1.856-4(b)(3)(i)(c))。これにより、サービスの対価は三つのカテゴリーに分けられることになる。独立契約者を介して供給することが適法であり、かつ通常の賃料と一体となっているため適格賃料に算入されるもの、供給そのものの適格性は問わず通常の賃料とは別に請求されるために適格賃料に算入されないもの、および、通常の賃料と一体化しているが独立契約者を介しても供給が許されないタイプのサービスであるため適格賃料に算入されないものの三つである。なお、この最後のタイプにおいては、サービスの対価部分のみならず、一体として受け取った賃料全体が適格賃料とならないものとして扱われるとされていた(15)。

また、家具付のアパート等の場合、その賃貸自体が受取賃料全体を欠格させるものではないが、適格賃料となるのは不動産の賃料相当額のみであり、賃料が一体となっている場合には、不動産および家具等の時価の割合で按分することが要求されていた (改正前 Reg. 1.856-4(a))。

これらの制限により REIT は不動産賃貸市場において著しく不利な立場にあったのみならず、手続上も煩瑣な計算を強要されたり (家具付住宅の賃料の按分の場合)、一定のサービスの供給に関して法的に不安定な立場に立たされたりするなど、大きな問題が生じていた(16)。そこで、飽くまでも「受動性」の前提の枠内で、これらの問題に対処しようとする動きが現れ、それが1976年改正に結実することになる。

(b) 1976年改正

REIT に関する諸規定を、その基本的な枠組みはそのままにほぼ全面的に改正した1976年の改正とそれを受けた財務省規則の改正 (1981年確定) により、これらの点に関する状況は大きく変化した。

まず、「不動産の賃貸に関連して通常 (customarily) なされるサービスの対価は、分

離して表されるか否かを問わず適格賃料に算入されるものとされた (Sec. 856(d)(1)(B))。ただし、そのようなサービスが独立契約者を通して行なわれなければならない点には変更がない。そのように、独立契約者を通して行なわれれば適格賃料に算入しうる対価が得られるサービスの範囲は、上院の報告書とそれを受けた財務省規則により従来よりも緩やかに解されるようになった他、その基準として「当該建物が所在する地域の市場において同様のクラスの建物（高級アパートなど）の賃借人が受けているようなサービス」という基準が設けられた（改正後 Reg. 1.856-4(b)(1)）⁽¹⁷⁾。これにより、完全に明確になったとはいえないものの、かなりの程度、基準の不明確さは減少したと考えてよいであろう。なお、このような要件の緩和と同時に、適格なサービスとなるためには、それが賃借人に対して供与されるか、または、主として賃借人のために、賃借人の顧客な再賃借人に対して供与されることが必要であるという制限が新たに加えられ (Id.)、サービスが顧客以外の一般の者を対象とすることを強く警戒していることがうかがわれる点も特記する価値があると考えられる。

また、不動産の賃貸に付随する動産の賃貸料は、動産の賃貸料が全体の15パーセントを超えない限り、不動産の適格賃料に含まれることとされた (Sec. 856(d)(1)(C))。これにより、家具付アパート等賃貸の場合の問題はその多くが解消されたものと考えられる。

(c) 1986年改正

独立契約者によるサービスの供給というルールは1986年改正により一部変更された。それは、同改正により、511条に定める非課税団体が受け取った場合その団体の非関連事業課税所得とならない金額については独立契約者ルールを適用しないとされたことによる (Sec. 856(d)(2)(C))。これは、REIT について受動的な不動産の賃貸からの所得か能動的な取引または事業からの所得かの判断と、非課税団体について非関連の取引または事業からの所得であるか否かの判断とを同一の基準で行なおうとするものとされている⁽¹⁸⁾。この点に関する財務省規則が未発表のため、その内容はいまだ明確ではないが、非関連事業課税所得に関連する法律および財務省規則からすると、光熱の供給や出入口・階段・ロビー等の清掃および回収などが独立契約者を通さずに REIT 本体が行なうことができるサービスとなるとの解釈がなされている⁽¹⁹⁾。

(ii) 利益参加型賃料の適格性の問題

REITの受動性確保の観点から「適格賃料」に課されたもう一つの重要な制限は、賃料が賃借人の利益または所得の一定割合とされてはならないという要件である(1976年改正前Sec. 856(d)(1)。これはprofit participation ruleと呼ばれている。以下、「利益参加」という表現を用いる)。この制限の基本にある考え方は、企業の純益の一部を受け取りうる者は企業活動を行なうのと同じであるという考えだとされている(20)。これに対して、賃借人の総売上高の一定割合を賃料と定めた場合には適格とされる(1976年改正前Sec. 865(d)(1))。これは、そのような定め方は一般的な資料の定め方であるという考え方にもとづくものである(21)。

実務上はこの要件もきわめて厳しく解釈されており、賃料の定め方が固定部分と利益参加型式の部分とから成っている場合、現実に利益参加型の賃料が少しでも存在すれば、收受した賃金全体が適格賃料とはならないとされ、現実に利益参加型の部分がない場合のみ、固定部分を適格賃料とすると扱われている(改正前Reg. 1.856-4(b)(1)、改正後Reg. f.856-4(b)(3))。

ただし、そのような判断は建物全体ではなく、各賃借人ごとに行なうものとされており(22)、また、財務省規則においては、総売上高等の一定割合を賃料とする場合、デパート等であれば各階ごとに異なる割合を定める場合も認められているし、総売上高等の一定割合が定額を超えた部分のみを賃料と定めることも、その「定額」が賃借人の利益や所得の一定割合として定まるものでなく、また、その「割合」が賃貸借の期間を通じて変更されない固定の割合である場合には、適格賃料となるとしている(Reg. 1.856-4(b)(3))など、一定限度の緩和措置もとられている(23)。

これに対しては、総売上高の一定割合とするのと純益の一定割合とすることとの間には大差はないこと、また、その不動産を用いて行なう事業の純益もその不動産の価値のひとつの尺度となりうること等が主張され、地主が他人と共同事業をしている場合と単に土地を賃貸借している場合との区別を援用し、不動産の貸主が財産利用の実質的な対価を得ているか否かという観点から基準を設けるべきだという主張も見られた(24)。

これらの批判と、より本質的にはそのような契約ができないことによりREITが競争上不利だという認識に対応して、この規定は1976年および1986、88年の二回にわたり一部改正を受けた。これはどちらもREITの所有不動産が転貸される場合の規定である。

まず、1976年改正によると、REITが第一次賃借人（たとえばショッピングセンター経営会社）に、その売上高の一定割合を賃料とする条件で所有不動産（ショッピングセンターの土地建物）を賃貸し、第一次賃借人が当該不動産（個々の店舗）を第二次賃借人（小売事業主）がその不動産の利用から得る利益または所得の一定割合を賃貸料とするという条件で転貸した場合、従来はREITの受け取る賃料の全額が適格賃料とならないものとされていた（改正前 Reg. 1.856-4(b)(1)）こと⁽²⁵⁾を改め、REITの受取賃料中、第二次賃借人の利益または所得の一定割合に由来する部分のみを適格賃料から除くものとした（Sec. 856(b)(4)）。その理由は、実際にREITが受け取る賃料のうち、このルールの基本的な考えにしたがっても除かれるべきであるのはそのような部分のみであるし、また、REITは第一次賃借人と第二次賃借人との間で結ばれる契約の内容をコントロールすることが困難だからであるとされている⁽²⁶⁾。

こののち、さらに1986年に転貸の場合に大きな例外が認められた。1988年法によるこの部分の再改正後の現行規定によると、第一次賃借人が賃借財産を実質的に全部転貸して所得の実質的に全部を得ており、かつ、第一次賃借人が受け取る賃料がREITが直接受け取れば適格賃料となるものである場合には、REITは第一次賃借人との間で、賃料を第一次賃借人の純所得または利益の一定割合とすることが認められている（Sec. 856(d)(6)）。

これらの改正により転貸の場合に限定すれば利益参加型賃料を受受する可能性は大きくなったというものの、この場面においては、REITに本来要求されている（受動的）の観点からそのような賃料の收受を禁止するという原則は、いまだ有効に機能していると考えべきであろう⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾

（3） 販売用資産保有の問題

販売用の資産を保有し、その販売によって所得を得る行為は典型的に「能動的」な行為であると考えられることから、「受動的」とされるREITがそのような行為に従事することはその本質と相いれないものである。そのため、当初の立法はREITがそのような資産——「主として通常の取引または事業の過程において顧客に販売するための財産」——を保有することを禁じ、これに違反すればただちにREITとしての要件を欠格するも

のと定めていた(1976年改正 Sec. 856(a)(4))。しかし、この規定はその対象となる範囲について、それがそのような財産かどうかという点と「主として」という目的の点において、二重に不明確であったため、実務上、大きな問題となった⁽²⁹⁾。しかも、これは、この点に関する財務省規則が、その判断は「個々の事案のすべての事実と状況」によるとしているように、判例や通達においても個別の事案の事実が考慮される結果、一貫した基準が形成されにくいタイプの問題であった⁽³⁰⁾。このような不明確さに加え、この要件の違反は直ちに REIT の欠格を招くため、REIT はこの点につき敏感になり、その行動は過度に制約される傾向があった⁽³¹⁾。

この問題は、特に、立法当初重視されていなかったモーゲッジ REIT について大きな問題となった。なぜなら、不動産によって担保された金銭の貸付けは REIT に認められた取引であったが、この借主が支払い不能になり担保権を実行して REIT が不動産自体を取得した場合、REIT はこの不動産を売却することになるが、その売却に手間取っているとこの取得した不動産が保有を禁じられた資産にあたりとされる危険性があったのである。

このような問題に対処するため、1974年改正により foreclosed property (便宜上、執行財産と呼ぶ)に関する特則が設けられ、担保権の実行によって取得した執行財産は、取得後の2年間は売却益に対して通常の法人税の最高税率により税を払うことにより、その保有が禁じられた財産の保有とはされないこととされた(1974年改正後1976年改正前 Sec. 856(a)(4), (e))。さらに1976年改正では、そのような財産の保有自体を禁じる規定 (Sec. 856(a)(4)) が削除され——これによって特定の種類の財産の保有によりただちに欠格する危険性がなくなった——代わりに、「禁じられた取引」に対する100パーセント課税が定められた(1976年改正後 sec.857(b)(6))。すなわち、販売目的の資産保有自体は欠格事由とはならないが、その販売から得られた所得には100パーセントの税率で課税することとされたのである⁽³²⁾。

しかし、REIT に資産の販売を一切禁止することが適当ではない以上、これ以降、この点に関する規制は段々と緩和されている傾向にある。それは、1978年改正で、この禁じられた取引につきいわゆるセーフハーバーが設けられ、それが1986年改正によって事実上拡大されたことに如実に現れている⁽³³⁾。

1978年改正によって加えられた857条(b)(6)(c)は、(i) 当該資産の保有期間が4年

以上であり、(ii) 売却前4年以内のREITの支出で当該資産の取得費に含めうるものが当該資産の売却価格の20パーセントを超えず、(iii) (執行資産を除き) 当該課税年度に6回以上の資産の販売をしておらず、(iv) 土地やその改良物からなる資産の場合、賃貸所得を得るための4年以上当該資産を保有している場合は、その不動産の売却は禁じられた取引きに当たらないと規定していた。この改正の目的は、禁じられた取引きに当たらずに、REITが一定程度、自らの不動産投資の内容を変更することを可能にすることにあると説明されていた(34)。

この規定は1986年改正により、(ii)の要件が30パーセントとされた他、(iii)の要件は、(I) (執行資産を除き) 当該課税年度に8回以上の資産の販売をしていないか、または、(II) 当該課税年度に売却された資産の調整取得価額の合計が当該課税年度の最初にREITが保有している総資産の額の10パーセントを超えない場合は禁じられた取引きに当たらないとされ、さらに、(v) 当該課税年度に8回以上の資産の販売をしている場合には、当該資産に関する販売費用等の実質用等の実質的な全額が独立契約者を介して支出されていれば、やはり、回数の超過だけで禁じられた取引きに当たることはないとされている。この改正により、販売費用等を独立契約者を介して支出し、かつ、上記(iii)(II)にいう一定の金額を超えない限り、REITは一課税年度に何回でも資産を売却することが可能になったのである。

(4) 小 括

(i) REITの要件の一部に関する以上の概観は、われわれに二つの点を教えてくれる。

第一に、現在のREITは当初立法された時のイメージから大きくかけ離れた、一定程度「能動的」な投資主体として機能しうるものである、ということである。このことは、REITに関する限り、それが受動的な主体であるというテーゼはREITを法人課税を回避しうる投資主体として立法するためのレトリックに過ぎないことを示している。そもそも、受動的な投資信託であれば法人課税を免れうるという命題は、投資の変更権限等がない受動的な投資信託は法人課税の対象とするに足だけの法的主体性ないし経済的実質がないという判断に基礎を置いていたと考えられる。その意味で、この「受動性」という要件は絶対的なものであり、極論すれば能動性がゼロでなければ法人課税の対象となるとい

うことが前提となっていたのである(35)。

これに対して、REITにおける受動性はこの程度受動的であればまだ法人課税を免れても不公平とはいえない、という政策判断の結果であり、その意味で、「受動性」という概念に隠されているのは、本稿の冒頭で指摘したように、REITによる投資の保護と法人課税の公平のバランスをとるという考慮に他ならない(36)。

第二に、REITにおいてこのように「受動性」の概念が変容せざるを得なかった理由として、われわれは、不動産投資の特殊性という点に留意すべきであろう。約四半世紀も先行した「規制的投資会社 (RIC)」に比べ REIT においてこの問題が著しく顕在化した理由は、不動産投資が本質的に事業性を指向する性質を内在させているという点に求められるべきだからである(37)。事実、REIT における受動性の緩和の際には、所得要件等を通じた REIT の行為規制が不動産市場における競争上 REIT を不利な地位に置いていることが理由として挙げられてきたのである。

この問題は、REIT における「受託者 (trustee)」のなしうる活動内容の問題としても、早くから認識されていた(38)。すなわち、REIT の受託者はその所有する不動産の管理やそれに付随するサービスの提供は独立契約者を介してしか行ない得ないが、それは受託者の信託法上の信託的な義務 (fiduciary duty) ・権能を損なうものではなく、REIT 自体についての種々の決定・経営権限は受託者にあるとされてきた(39)。そして、課税実務が認めてきた受託者の権限は、「賃貸借の内容の決定、賃借人の選択、賃貸借契約の締結と更新、信託の財産に関連する租税、利息および保険を取り扱うこと」などを含むとされ、資本的支出や修繕についての支出の権限も有しているのである (改正前 Reg. 1.856 (b)(3)(d)、改正後 Reg. 1.4(b)(5)(ii))。まさに不動産賃貸業の中核的な活動である賃貸借に関連する事項に加え、資本的支出等を行ない得るとされたことから、土地を取得し、それを改良したりその上に賃貸用建物を設計・建築する契約を締結したりしうると解釈されたことを考え合わせると(40)、このような REIT が実際に単に受動的な「導管」であると考えることには無理がある。そして、もちろん、これらの権限を REIT から奪うことは、不動産業の本質からして考えられなかったのである(41)。

(ii) 以上の二点を前提として、これからのわが国における不動産投資信託に対する課税を構想する際に問題となるのは、第一に不動産投資のこのような事業性を指向する性質に

もかわらず、わが国においても集合的な不動産投資信託等と同じく導管扱いをすべきであるか否かという点であり、第二に、もしも第一の問いを肯定し、不動産投資信託に対する導管扱いを政策的に租税特別措置として行なう場合、次に、わが国においても REIT におけるのと同様の意味で「受動性」をその導管扱いの要件とすべきであるかという点である。

第一の問題は結局は政策判断の問題であり、本稿において答える問題ではない。ただし、わが国の現行法においては、かりに普通法人とまったく同様の事業を行なう事業信託が創設されてもそれに対して法人課税を行なうという一般原則が規定されていないため、実際には、問題は逆の形で、すなわち、集合的な不動産投資は法人とみなして課税すべきか、という形で生じる点には注意が必要である。この点については、わが国における法人課税のあり方を前提とする限り、理論的にはそのような事業信託に対しては法人課税を行なうということが前提とされるべきであると考えられる⁽⁴²⁾。

次に、事業的な信託に対する法人課税の可能性を前提としつつ、第一の問いを肯定する場合、第二の問いに肯定的に答えることにはかなりの疑問もありうる。REIT の経験に照らして明らかのように、本質的に能動的・事業的な性質を有する不動産投資信託を「受動性」という枠組みで縛ることは、結局は関連するどちらの政策的要請にも満足に答え得ないおそれが大きいからである。その場合には、むしろ、不動産投資信託が——「受動的」であって——法人と同様の活動を行なわないからではなく、同様の活動を行なうにもかかわらず、それを非課税とすべき政策的理由から、不動産投資信託に対する租税法上の制約を導くことを考えるべきであると思われる。

3 資産流動化と課税

(1) 序

(i) 問題の所在

小口の投資を集積して一個の大口の投資として運用することや、逆に、一個の大口の投資を多数の小口の投資に分割して市場で売却することは、アメリカにおいては不動産投資信託等の形ですでに長く行なわれてきたところであるが、1980年代以降、新たな経済的需要とそれに対応する法形式の開発により、このような資産の相対的な小口化、流動化はこれまでとは異なる局面を迎えているということが出来る。この新たな資産流動化の特徴としては、経済社会における資金需要と有利な投資先を必要とする投資家とを結び付けるための新たな「仕組み (structure)」の開発をあげることができ、その「仕組み」のあり方には、税制が大きな影響を与えてきたと考えられる。

本稿では、将来的にわが国における類似の問題の整理に役立てることを目的として、この新たな資産流動化のいくつかの「仕組み」を取り上げ、その基本的な構造とそれと課税との関わりについて、アメリカにおける状況の流れを概観する。

(ii) 新しい資産流動化の特徴

本稿が検討の対象とする新しい資産流動化の法的な観点からの最大の特徴は、そこで採用される様々な「仕組み」にあることは前述したが、その法的な構造の概観に入る前に、いわば、商品としてのこのような資産流動化の特徴として二点指摘しておきたい。

第一に、不動産投資信託などのこれまでの資産の流動化の手法において、専門家の手腕の利用可能性が投資の集積の重要な利点のひとつとして挙げられてきたことからわかるように、そこには「事業」ないし「事業主 (資産運用者) の手腕」への投資という性格が色濃く見られた。これに対して、新たな資産流動化の手法においては、資産はその運用主体とは切り離され、その資産のキャッシュ・フローのみに対する投資として構成されている。その意味で、これは、いわば純粋な「資産自体」への投資と考えることができる (43)。

第二に、不動産投資信託に代表されるこれまでの手法においては、投資家として一般の個人投資家のようなごく小口投資家までをも含みうるものと考えられていたのに対して、以下に述べるように、新たな資産流動化は資産の「小口化」といっても、その単位は相当程度大きく、投資家としては大口の機関投資家のみが考えられている点でも、両者は大きく相違するものと考えらるべきであろう(44)。

(2) 不動産モーゲッジの証券化と REMIC

(i) 不動産モーゲッジの証券化の流れ(45)

(a) fixed investment trust を利用した path-through 型の証券化の展開

すでに別稿で紹介したように(46)、1970年代後半から1980年代はじめにかけての短期金利の上昇により、各金融機関は自らが保有している住宅用不動産モーゲッジを他に売却することが急務となった。このとき最初に考えられたのが、fixed investment trust を利用した path-through 型の証券化であった。

この仕組みにおいては、原債権者が、通常は信託の形をとる発行体 (issuer) に原債権を移し、発行体はその原債権を信託財産とする受益権証券を発行して、投資家にそれを売却することが基本的な構造となる。この場合に、発行体が課税上法人として課税されることを防ぐためには、それが団体 (association) ではなく委託者課税信託 (grantor trust) として扱われるようにしておく必要がある。なぜなら、これもすでに別稿で述べたように(47)、1935年の Morrissey 事件判決以来、連邦歳入法上は事業信託も団体としてその所得に法人課税されることになり、その系として投資信託も、投資内容の変更権限が受託者がない場合を除いて事業信託として法人課税を受けることとされているからである。そこで、このような発行体は、一般に、この例外にあたるような、受託者が投資内容の変更権限を持たない fixed investment trust として構成されることになる。この仕組みの下では、受益権を買い受けた投資家は、委託者課税信託の委託者たる地位を有し、信託財産をそれぞれの受益権の割合に応じて直接所有するものとして課税を受けることになる。

しかし、別稿で紹介したように(48)、この方式は1984年に大きな壁に突き当たる。というのは、年金ファンド等の機関投資家が住宅用不動産モーゲッジの早期償還に伴うリスク

を嫌い、これに対応して上述の fixed investment trust たる発行体が異なる償還期日を持つ複数種の受益権を発行した場合には、新たに発表された財務省規則により、そのような投資信託は受益者に単なる受動的信託以上の利益を与える——後述する仮想損益の問題がある——ものとして、原則的に法人課税の対象とされることになったからである。そのため、発行体自身への法人課税を回避しながら、複数種類の証券を発行しうる仕組みの開発が求められることになった。

(b) pay-through 型 CMO による証券化の展開と問題点

次に案出されたのが、一般に pay-through 型と言われる仕組みである。この仕組みにおいては、発行体は原債権者から譲渡された原債権を引き当てとして（すなわち、予想される原債権のキャッシュ・フローに見合う形で）自分の債券を発行し、これを投資家に販売する。したがって、投資家が保有するのは、原債権によって担保された発行体に対する債権ということになる（これを CMO: Collateralized Mortgage Obligation と呼ぶ）。この場合、発行体は投資家に対する支払利子を損金に算入することができるので、ごく単純化すれば、原債務者から得られる利子をすべて投資家（発行体の債権者）に支払う限り発行体には法人課税の対象となる所得はなくなり、実質的には法人課税を回避することができる⁽⁴⁹⁾。なお、原債権者は発行体が発行する債券が高い格付けを得られるように、劣後部分の創出等様々な信用補完措置をとるのが一般的である。

さらに、原債権者が発行体の株式の多くを保有する親子会社の関係が存在すると、親会社の破産の効果が子会社である発行体にも及ぶ（バンクラブシー・リモートでない）危険があるし、また、発行体が財務諸表等において連結子会社とされると、原債権者は発行体が発行している多額の債務の計上を迫られるという租税法以外の分野での不都合がある一方で、発行体が原債権者の子会社でないと、両者は連結申告することができず、したがって、発行体に債権の利子支払い後の残余所得が発生した場合には、これが独立の課税対象となってしまうおそれがある。この問題を解決するため、多くの場合、発行体は、課税上パートナーシップとして扱われる信託（いわゆる owner trust）として構成され、原債権者は発行体の残存利益に対する権利（残余権）の半分以上を他の者に譲渡して、上述の不都合を回避することが行なわれる⁽⁵⁰⁾。

しかし、ここにも課税上の問題点が生じた⁽⁵¹⁾。すなわち、一定の場合、発行体の債券 (debt) は持分 (equity) として扱われる可能性があったのである⁽⁵²⁾。もしもそのように

判断されるなら、発行体が投資家に支払う債券の「利子」は、租税法上、持分に対する「配当」とされ、損金に算入することができなくなるため、発行体は実質的に法人課税を受けることになる。

このような課税を避けるために発行体が満たすべき条件は、実例の累積により段々と明らかになってきた。それによれば、投資家によって保有される発行体の CMO が債券として扱われるためには、

- (イ) 残余権に対応する実質的な資産が発行体に存在していること(53)。
- (ロ) 発行体が債券の繰上償還権や担保変更権を保有していること(54)。
- (ハ) 発行体が受け入れるキャッシュ・フローと、そこから支払われるキャッシュ・フローとが完全には一致していないこと(55)。

等の条件が必要であるとされる。これらはいわば、発行体の「債券」保有者たる投資家が真実に発行体の債権者であるとして課税関係が決定されるためには、発行体が投資家とは異なる独立の利益を有していることが必要だという IRS の考えを示すものと考えることができよう(56)。

ところが、この(イ)～(ハ)の条件を満たすと、CMO の経済的な効率性が大きく損なわれる恐れがあった(57)。なぜならば、第一に、残余権保有者が発行体に対して実質的な持分を保有していなければならないということは、発行体は受け入れた債権を全額売り切ることができないということを意味している。第二に、発行体が繰上償還権や担保変更権を有していることは発行される CMO のリスクを増大させ、CMO の価値を下げるし、それを避けるためには追加的な信用補完措置が必要となる。第三に、発行体のキャッシュ・フローの出入りが完全に一致しないということは、原債務者から支払いを受けた資金を発行体が投資家への支払いまでの期間自ら運用しなければならないということを意味し、一般に原債権の利率は資金を短期市場で運用する利率よりもかなり高いから、ここからも経済的非効率が生じる。

このような複雑に入り組んだ諸問題は、結局、立法を待たねば解決されえないものであった。

(ii) REMIC の仕組みと特徴

(i) で概観した問題状況から判明するように、当時、必要とされていたのは、複数種

類の受益権証券（典型的には fast-pay, slow-pay の債券）を発行しても法人課税されないモーゲッジ・プールの創設と、それへの——あるいはそれをめぐる——合理的な課税の確保だったといえることができる。これを果たすべく立法されたのが REMIC (Real Estate Mortgage Investment Conduit) であった。その基本的な特徴は、受動的性格を維持するための強度の規制と、合理的な課税の確保のための様々な措置、そして、それらと引き換えに、REMIC 本体は原則として課税されないという点にある。

この REMIC についても既に別稿で触れたことがあるので⁽⁵⁸⁾、全体の説明を反復することは避けるが、本稿の検討課題に関わる合理的な課税の確保のための措置としては、次の三点を指摘する必要がある。それは、第一に、原債権者が保有する不動産モーゲッジの含み益は REMIC の設立後、その利益権が売却される際に必ず課税されると定められたこと (Sec.860F(b))。第二に、REMIC が発行する受益権 (interest) の保有者につき、複数種発行される通常受益権 (regular interest——原則として固定金利のものに限る (Sec.860G(a)(1)(B)) は、課税上、原則として債券として扱われること (sec.860B(a))。第三に、一種類に限られる残余権 (residual interest) はパートナーシップの持分類似の課税が行なわれるとともに (Sec.860C(a))、それに関連して厳しい制限と課税の仕組みが設けられたこと、の三点である。

特に、この第三点、すなわち、残余権課税の問題こそが、複数種類の債券を発行するモーゲッジ・プールの最大の問題点であった。なぜならば、ここには、仮想損益 (phantom income ないし phantom loss) が生じうるからである⁽⁵⁹⁾。

叙述を単純にするために、発行体の受取利率を一定と考える。一方、この発行体は償還期限が異なる複数種類の債券を発行している。ここで、一般には償還期限が長い債券ほど高い利率とされているから、償還期限が短く、利率が低い債券が多いはじめの頃は、発行体の受取利子の額が支払利子の額を上回り、そこには見かけ上所得が発生する。しかし、それらの償還期限が短い債券が償還されていくにしたがって、発行体の年度ごとの支払利率の加重平均は上昇していき、ある時期以降は支払利子の額が受取利子の額を上回って、そこに見かけ上は損失が発生することになる。しかし、すべての原債務が支払われた時点で発行体の発行した債券もすべて元利あわせて償還され終わると予定されているならば、結局、発行体の活動を全体として見た場合には損益は発生しないはずである。換言すれば、理論上、当初の見かけ上の所得と後の見かけ上の損失は通算されてゼロになるべ

きものなのである。

そこで、見かけ上の所得が発生する期間中残余権が非課税団体等に保有され、見かけ上の損失が発生し始めた時点でこれが課税される法人等に譲渡されるというような形で、この仮想損益が新たなタックス・シェルターとして利用される可能性が懸念された。前述した財務省規則もこの点を念頭に置いたものと考えられる。

REMICの立法にあたってこの点にはきわめて深い注意が払われ、厳しい規制が行なわれている。第一に、REMICの課税所得が残余権から得られると考えられる基礎的利潤(base return)の額を超えている部分(excess inclusion)——これはphantom incomeの近似値を考慮することができる——は、純損失と通算するなどして課税対象から除かれることがなく、必ず課税対象となるものとされており(excess inclusion rule, Sec.860E(a))、第二に、この規制の実効性を高めるために、残余権の保有者に関する措置が設けられている。後者の内容としては、残余権を非課税団体等に移転した場合には、その移転した者に課税することとされていること(予想されるexcess inclusionの全額が課税標準とされ、最高法人税率で課税される(Sec.860E(e))、およびREMICは残余権が非課税団体等によって保有されることがないように、かつ、上述の移転者課税に必要な情報を得ることができるように、合理的な措置を取らねばならないとされていること(Sec.860D(a)(6))の二点が挙げられる(60)。

このような複雑な制限をもって、はじめて、REMICは資産流動化のための仕組みとして立法されえたのである。

また、REMICの立法については、もう一つ興味深い点を指摘しておく必要がある。それは、REMICと同時に課税モーゲッジ・プール(TMP: Taxable Mortgage Pool)の規定が設けられたことである。すなわち、REMICの立法以後は、REMICでないのにREMICと同様の活動をする組織体はTMPとされ、常に独立法人としてのみ課税されることとされた(Sec. 7701(i)(1))。その要件を詳しくみると、実質的にすべての資産が債権であり、債権の50パーセント以上が不動産モーゲッジにより担保されており、二種類以上の償還期限を持つ債券を発行していて、発行している債券の支払い条件が保有する債権への支払いと関係があるような発行体がREMICでないならば、TMPとして課税されることになる(Sec. 7701(i)(2))。

これにより、REMICの要件を満たさずに、これと同様の活動をすることは事実上不可

能となったわけであり、REMIC の立法は利用可能な合理的な手段を立法によって設けたのみならず、その手段の採用を強制するものとして理解されるべきであろう。

(3) 債権等の流動化と課税

(i) 問題状況

1986年の REMIC の立法により、住宅用を中心とした不動産モーゲッジの流動化をめぐる課税問題は一応の解決を見ることになるが、その少し前から、別の資産をめぐる同様の問題が生じてきていた。それは、各種の債権を種類ごとに集め、不動産モーゲッジの場合と同様の手法で流動化する、いわゆる ABS (Asset Backed Securities) が盛んになってきたことである(61)。ここでも住宅用不動産モーゲッジと同じく、同種の資産を大量に集めて大数の法則によりリスク管理ができる形での資産流動化が行なわれるようになった。具体的には、リボルビング払いのクレジットカード債権、自動車ローン債権、リース債権等がその主要な対象である(62)。REMIC となるためには実質的にすべての資産が不動産によって担保された適格モーゲッジが短期の資金運用である必要があるため、これらの債権には REMIC の適用がない。その結果、これらの ABS は REMIC 立法前の不動産モーゲッジの流動化の場合と同様の問題に直面している。特に、主として pay-through 型の流動化が行なわれる場合は、REMIC 以前の CMO と同様の問題——発行体に対する法人課税の可能性とその回避のための措置から生じる経済的非効率——があると考えられる(63)。そのため、REMIC と同様の課税の枠組みをこれらの場合にも適用しうるか否かが問題となるのである。

沿革的には、1986年の REMIC の立法当時は、不動産モーゲッジ以外にも同様の問題が生じる可能性は認識されており、ただ、当時は不動産モーゲッジの証券化がきわめて重要な考慮対象であったのに対して、その他の資産の流動化はまだ萌芽的であり、そのため、REMIC を立法して不動産モーゲッジの分野で資産流動化と課税について経験を積むべきであるとされた、という認識があり、いわば、問題は先送りされているともみることができる(64)。

(ii) 立法による解決の可能性

REMICのような課税の枠組みをこれらの債権の流動化に用いるか否かを検討する際に考えておく必要があるのは、不動産モーゲッジに担保された債権とここで問題となっている種類の債権との性格の違いであるが、その前提として、ここで扱われている債権の中にも色々な観点から見て、性格の異なるものが含まれている、という当然の認識が必要であろう。そこで、ここでは、特に問題を含むと思われるリボルビング払いのクレジットカード債権とリース債権を取り上げて簡単に検討してみる。

まず、リボルビング払いのクレジットカード債権については、その内容が相当程度流動的であるという点に特徴がある。すなわち、この債権はその性格上、短期間に内容が変化しうるし、また、原債権者が特定の口座を指定して発行体に譲渡等する形にすれば、原債務者がそのカードを使い続ける限り、将来に向かって債権が発生し続けることになる。そのため、このような債権の流動化を妨げないためには、一旦、発行体に譲渡された基礎となる債権の交換や追加出資、あるいは、新たに得られた債権残高に対応する証券の追加発行の権限などが原債権者ないし発行体に与えられる必要がある(65)。しかし、REMICの考え方は、発行体を原債権者から切り離し、かつ、それを完全に受動的な所得の導管として構成することにより、REMIC本体の非課税とそれをめぐる適正な課税関係の構築を行なおうとするものであるから、上述したような権限を原債権者や発行体に与えることと、発行体を租税法上、受動的な所得の導管として構成することが本質的に矛盾するおそれは否定できないと思われる(66)。

次にリース債権については、これを他の債権等と同列に論じることには二つの問題が指摘されている。第一に、リース債権は、発行体が発行する債権が原債権によってのみ担保されるという通常の債権流動化と構造が異なる。なぜなら、レバレッジド・リースの場合、リース会社にリース物件取得のための費用を貸し付ける法人はリース物件および将来のリース受益権(lease receivables)全体を担保とする。したがって、この法人がこのリース債権を発行体に譲渡してその流動化を試みる場合、発行体が発行する債権は、リース受益権のみではなく、最終的にはリース会社が所有するリース物件自体によって担保されることになるからである(67)。

第二に、オペレーティング・リースの受益権は将来収益を受け取る権利を化体しているものであるから、その取得価額は零とされる。したがって、これが発行体に譲渡される際には、将来発生するはずの所得の現在価値がそこで実現することになり、租税負担が繰り

上げられて発生する。このことは、このような資産流動化の経済性を大きく害することになるのである(68)。

各種債権の流動化の必要性を前提とすれば、ここで挙げたような問題点を法技術的にどのように解決するかが、今後の問題となると思われる(69)。

(4) 小 括～わが国における状況の展望

わが国における債権の流動化は従来なかったわけではないが、その目ざましい進展は昭和63年の住宅ローン債権信託の規制の緩和以降であると考えられ(70)、平成5年のいわゆる特定債権事業法の施行により新たな局面を迎えたということができよう(71)。

一方、これに対応する税制上の手当は決して十分ではない。特に、特定債権事業法施行以後は、同法が債権流動化として譲渡方式、匿名組合方式、任意組合方式、信託方式等の多くの方法を認めていることとの関係で、これらのそれぞれの方式による債権の流動化が行なわれた場合の課税のあり方をそれぞれ検討し、かつ、そこから課税の結果の差異が生じるのか、生じる場合にそれは合理的な差異かという横断的な検討が急がなければならない。しかし、そもそも、任意組合についてはこれまであまり例がなかったこともあってか、原則的な場合の課税関係についてすら十分な検討がなされているとは言えない状況であるし、信託については、これまでの強度の規制下の活動を前提にして現在の課税の枠組みができあがっていることを考えれば、これからの金融自由化の流れの中で、投資信託等の原則的な課税方法についても再検討されるべき点は少なくない(72)。

また、個別の問題としては、特定債権事業法の下でクレジット債権等が流動化される場合に、REMIC立法のひとつのきっかけとなった仮想損益発生の可能性とそれへの対処方法の検討も残された課題であり(73)、また、リース受益権の流動化については、前述したような所得が前倒しになって実現するのではないかという点も明らかではない。

金融資産の流動化という新たな流れに対し、税制がその阻害要因であってはならないことはもちろんであり、かつ、そのためには、課税方法を明らかにし、これらの取引に関わる人々の予測可能性を高めることは急務であるとともに、必要な場合に適正な課税をし、租税回避を防止するための措置を講じることの重要性もまた忘れてはならないと思われる。

〔注〕

(1) この点については、参照、佐藤英明「事業信託と法人の分類基準(上)(下)」ジュリスト998号114頁、1001号118頁。現行の財務省規則においても通常の信託が「財産を受益者のために保護保管する」ことを目的とするとされるのに対し(Reg.301.7701-4(b))、「団体」は「共同の利益(profit)のために事業を行なう目的」を有するとされる(Reg.301-7701-2(a)(2))。

(2) House Report No.2020 [H.R.12559], 1960-2 C.B.820.

後述するように、1986年改正により、REITの「受動性」は大きく緩和された。この改正に関連する立法府の報告書はREITに関する一般論として次のように述べている。

「議会は、REITの適格要件およびそれへの課税のいくつかは改正されるべきであると考えた。一般的に、それらの改正は、REITが取り引き等……を、通常行なわれている市場の条件と、受動的な不動産に関連する源泉から所得の多くを得て、その所得の大部分を持分権者に配分することを主要な目的とする主体であるというREITの一般的な要請の双方と折り合いをつけつつ行ないうるようにするために、それらの改正は必要とされる。」(Joint Committee on Taxation, General Explanation of the Tax Reform Act of 1986, 390.)「議会は、REITに導管扱いを許す根本的な目的は、小口の個々の投資家に、専門職業的に経営され、分散された不動産のポートフォリオに投資する機会を与えることにあったと考えた。」(Id. at 392.)

これらは比較的最近においても、この制度に関して議会在立法当初からの方針を引き継いでいることを示したものと考えてよいであろう。

(3) Cf. House Report, *supra* note 2, 820.

(4) 立法当時からREITの要件等が厳しすぎる点を指摘していたものとして、Roeder, Requirements for Qualification of Real Estate Investment Trusts, 20 NYU Inst. Fed. Tax. 631, 646 (1962). 反対、Rabinowitz, Real Estate Investment Trusts: Tax Problems of Equity Trusts, 31 NYU Inst. Fed. Tax. 1773, 1775 (1973).

(5) 適格賃料に関する三番目の制約は、REITが10パーセント以上の議決権付株式等を保有する者を賃借人とした場合、その者から受け取る賃料は適格賃料から除かれるというものである(Sec.856(d)(2)(B))。この判断については318条の株式の帰属の規定が修正適用される。この規定は立法当初以来特に大きな変更を受けていないので、本稿では検討の対象としない。

(6) 本稿で検討する点以外にも、REITに関する規定は多数の改正を経ている。立法以来の改正の概観としては、W.A. Kelley, Jr., Real Estate Investment Trusts Handbook, 4-6(1991). また、1960年当時の要件の概観としては、Roeder, *supra* note 4, Schlitt, Real Estate Investment Trusts: Title Company Viewpoint: Requirements, 20 NYU Int. Fed. Tax. 689 (1962).

(7) 立法当時からこの点を指摘するものとして、Kahn, Taxation of Real Estate Investment Trusts, 48 Va.L.Rev. 1011, 1028 (1962).

(8) ただし、これはそもそも不動産を保有しそれを賃貸することを目的とする、いわゆるエクイティREIT(equity REIT)について妥当するイメージであり、不動産によって担保されるモーゲッジに投資する、いわゆるモーゲッジREIT(mortgage REIT)に当てはまらない。Rubin, Limita-

tions of the management and operation of real estate investment trusts: powers of the trustee, permissible service to tenants, 20 NYU Inst. Fed. Tax. 671, n.5 at 672 (1961). 法は当初からモーゲッジ REIT の存在は認めつつも、主としてエクノティ REIT を念頭において規定を設けていたため、モーゲッジ REIT についての規定は著しく不備であった (Kahn, *supra* note 7, note 9 at 1031)。この点については後掲注(28)参照。

- (9) REIT に関する初期の法案は、「賃料」に含まれないものとして「ホテルのルームチャージ、飲食代金および人的サービス料」を挙げていた。Carroll, *Tax Policy for the Real Estate Investment Trusts*, 28 *Tax L. Rev.* 299, 324 (1973).
- (10) REIT 本体も、REIT の株式等の35パーセント以上を保有する者も、独立契約者の株式等の35パーセント以上を保有することができない。この35パーセントルールの適用については株式の帰属判定についての318条が修正適用される。ただし、この35パーセントという制限があまり厳しい制限でないことについては、Rabinowitz, *supra* note 4, 1782, cf. Carroll, *infra* n.27.
- (11) このルールが REIT の「受動性」確保のためであることについては、House Report, *supra* note 2, 823, Rabinowitz, *id.*, Parker, *REIT Trustees and the "Independent contractor"*, 48 *Va.L.Rev.* 1048, 1053 (1962).
- (12) この点は、REIT が独立契約者から利益を受け取り得ないことを根拠にこのように解釈されている。Kahn, *supra* note 7, 1031.
- (13) この点については反対が多い。Sexton, *Recent Developments in Real Estate Investment Trusts*, 21 *NYU Inst. Fed. Tax.* 769, 788 (1963)。また、Rubin, *supra* note 8, 680 も財務省規則のこの点には法律上の根拠はないとする。反対に、Roberts & Schapiro, 19 *NYU Inst. Fed. Tax.* 1947, 1961 は規則に賛成か。
- (14) Kahn, *supra* note 7, 1031, Sexton, *supra* note 13, 784.
- (15) Halpern, *Real Estate Investment Trusts and the Tax Reform Act to 1976*, 31 *Tax Law.* 329, 375 (1978), Kelley, *Real Estate Investment Trusts*, 32 *NYU Inst. Fed. Tax.* 1637, 1642 (1974).
- (16) Halpern, *supra* note 15, 375, 377. 家具付アパートにつきこの点を指摘するものとして、Rabinowitz, *supra* note 4, 1792. なお、この点についての改正の要請は、ABA 案 (23 *Tax Law.* 1008 (1970), 24 *Tax Law.* 937(1971)) にはなく、1973 年の NAREIT (National Association of Real Estate Investment Trust) の改正要望に由来する。Kelley, *id.* at 1654. いわば現場サイドからの要望が強かった点であると考えられることができる。
- (17) これに続いて、規則は、「水・暖房・電気および空調の供給、窓、公開された入口、出口、ロビーの清掃、一般的な維持、門衛の執行と清掃サービス、ゴミ回収およびエレベーターサービス、電話取次ぎサービス、付随的な倉庫、洗濯設備、警備員サービス、駐車場設備および水泳プール設備は多くの地方市場において特定のクラスの建物の賃借人に通常提供されているサービスの例である。」と述べている (改正後 Reg.1.856-4 (b) (1))。これに対して、改正前の規則は、「水……電話取次ぎサービス、係員のいない駐車場および警備員サービスは複数の占有者のある不動産の単なる賃貸に通常ないし必要的に行なわれうるまたは行なわれえない (状況による) サービスの例である。」と

述べていた（改正前 1.856-4(b)(3)(b)）。

- (18) Joint Committee Report, *supra* note 2, 391.
- (19) Kelley, *supra* note 6, 39-40.
- (20) Carroll, *supra* note 9, 330.
- (21) House Report, *supra* note 2, 823, Halpern, *supra* note 15, 386.
- (22) Rev. Rul. 72-353, 1972-2 C.B. 413.
- (23) ただし、あらゆる状況を勘案した結果、契約等が通常の事業慣行と一致するものではなく、実際には賃料を所得または利益にもとづかせる手段であると考えられる場合には適格賃料とはならない、という一般規定による制限も同時に付されている。Reg.1. 856-4-(b)(3)。
- (24) Carroll, *supra* note 9, 331.
- (25) 第一次賃借人から受け取る賃料や定額である場合は、当然、受け取る賃料の全額が適格賃料である。
- (26) Halpern, *supra* note 15, 386. 立法当時からこの点を指摘するものとして、Kahan, *supra* note 7, 1029.
- (27) 独立契約者ルールと利益参加型賃料ルールの双方を足し合わせると、実務上は出入り業者問題（concessionair problem）とも呼ぶべき問題が発生していたと指摘されている。たとえば、賃貸不動産の地下に駐車スペースが附属しており、そこに係員を配置して駐車場サービスを提供することが「通常」のサービスではないとされている場合、この駐車スペースを業者に賃貸してその利益の一定割合を賃料と定めることは利益参加型賃料ルールに抵触するし、独立契約者と契約してそのようなサービスを行なわせることは、それが独立契約者を介しても提供しえない「通常ではない」サービスであるとされると、定義上不可能であり、いずれにしてもこの不動産（居住用アパート・オフィスビル・ショッピングセンター等）の賃借人のためにこの駐車場を利用し、その駐車場サービスの対価を適格賃料に含める方法がないのである。

このような問題を解決するためには、独立契約者の独立性をより強くし（持株要件をより制限的にする）、各不動産に一名ずつ配置が必要とされる独立マネージャーの制度を設けるとともに、独立マネージャー・不動産の賃借人および REIT 間の契約にもとづく金銭のやりとりを自由にする（現在は REIT は独立契約者から所得等を受け取ることが禁止されている）ことが提案されていた。以上の点につき、Carroll, *supra* note 9, 337-340.

なお、上記の問題は、駐車場に関してはそのような駐車場サービスの提供は独立契約者を介してなしうる「通常のサービス」の範囲に含まれるとされたことから、現在では解消している（Joint Committee Report, *supra* n.2, 395）。しかし、論理的には他の種類のサービスについて生じる可能性のある問題であろう。

- (28) 先に指摘したように、法の規定はエクィティ REIT を中心としていたが、特に立法後のしばらくは実際にはモーゲッジ REIT の方が多かった（Rabinowitz, *supra* note 4, 1774, Roeder, *supra* note 4, 646）という事情もあり、モーゲッジ REIT に関する規定の不備は大きな問題となった。Cf. Kahn, *supra* note 7, 1027. 立法から現在まで、不動産の他家具等もモーゲッジの対象としてい

る場合については、財産省規則によって75パーセント所得要件に関し、利子の按分等について定められている（改正前 Reg.1.856-2(c)(3)(ii)、改正後 Reg.1.856-5(c)）。利益参加型利子については利益参加型賃料の考え方が類推されていたとされる（以上の点につき、Agger, *Tax Problems of Mortgage Real Estate Investment Trusts*, 31 NYU Inst. Fed. Tax. 1739 (1973)）。この問題は、結局、1976年法により856条(f) が立法され、それが1986年法および1988年法によって改正されて、利子も適利賃料の場合と同様の扱いがなされることにより解決された。

- (29) Carroll, *supra* note 9, note 38 at 314.
- (30) Kahn, *supra* note 7, 1023.
- (31) 賃貸用アパートを経営する REIT は、その居住者の便宜のために地階に自動販売機を設置することがこの条項違反になるかどうかきえ悩んだと言われる。Halpern, *supra* note 15, 3601
- (32) これらの規定についてはすでに簡単な紹介を試みたことがある。参照、佐藤英明「投資信託課税の日米比較(下)」*ジュリスト*1036号117頁、120頁。
- (33) この他、1978改正においては、禁じられた取引に関し、資産の保有期間、それに関する支出等の特則の他、譲渡価格が1万ドル以下の取引は無視する等の特則も設けられている。
- (34) Senate Report No.95-1263, 178 (1978-3 C.B. 476).
- (35) このことは、たとえば証券投資信託に対する法人課税の可否が争われた *Commissioner v. Chase National Bank*, 122 F.2d 540 (2d Cir. 1941), *Commissioner v. North American Bond Trust*, 122 F.2d 545 (2d Cir.1941) 等を見ると明らかである。これらの点については、参照、佐藤、前掲注(1)、*ジュリスト*1001号118頁。
- (36) これまでに紹介したように、REIT の市場における平等な競争力を重視する Carroll の場合、REIT の受動性とは、「賃借人の事項、保有資産の毎日の管理および保有資産に関して付随的に行なわれる事業に、過度に関わるようにならないこと」(Carroll, *supra* note 9, 341) とまで縮小的に考えられている点は興味深い。
- (37) 1960年当時、すでに、不動産を所有することはその経営および付随するサービス、すなわち能動的な活動と深く結びついていることが指摘されていた。Parker, *supra* note 11, 1051.
- (38) Cf. Parker, *supra* note 11, 1053-55.
- (39) そもそも、このような連邦租税法上の制約と各州法に定められた信託法上の義務とをどのように矛盾なく解決するかという点は、大きな問題であった。Parker, *supra* note 11, 1055.
- (40) Rev. Rul.7-353, 1967-2 C.B. 252.これらの点については、参照、Carroll, *supra* note 9, 340-341.
- (41) 主たる収益源である賃借人の選択は REIT の所得自体に関わる問題である。また、一般論としては不動産投資を認める以上、既存の建物の取得にその目的を限定することは当該不動産投資信託等を競争上著しく不利な立場に置き、かりに建物の建築を禁じても増改築・大規模修理等の問題が隣接して生じ、かつ、これらを全面的に禁じることは経済的にも望ましくない——極論すれば、通常なら大修理を施して新たに価値ある建物となるのに不動産投資信託が所有している場合には朽ちるに任せなければならないとされることになるから——ことを考え合わせると、これらの事業性の強い活動・取引は不動産投資信託等にも認められることになるであろう。

- (42) この場合、委託者ないし受益者と信託との間の取引きを、課税上、法人と株主との間の取引きとして扱わねばならないという、技術的には解決の困難な問題が生じる点は重要である。
- (43) 森岡健「米国における資産金融の証券化（セキュリティゼーション）について」信託165号110頁、11頁。
- (44) 森岡・前掲注(43)121頁。
- (45) 仕組みの簡単な紹介として、時友聡朗「信託を利用した資産流動化・証券化に関する一考察」信託法研究19号3頁、6頁、森岡・前掲注(43)129頁。詳細については、参照、T. Humphreys & R. Kreitman, Mortgage-Backed Securities, 305 以下、および、ABA, Section of Taxation, Committee on Financial Transactions, Subcommittee on Asset Securitization, Legislative Proposal to Expand the REMIC Provisions of the Code to Include Nonmortgage Assets, 46 Tax L.Rev. 299, 302-307 (1991)。
- (46) 佐藤・前掲注(33)、ジュリスト1035号161頁以下。
- (47) 何藤・前掲注(1)(投資信託については(下)119頁)。
- (48) 佐藤・前掲注(4)1035号162頁。
- (49) Humphreys & Kreitman, supra note 46 at 356.
- (50) Humphreys & Kreitman, supra note 46 at 359.
- (51) Humphreys & Kreitman, supra note 46 at 357 は、発行体が独立の法人課税を回避するためのポイントを、CMO が持分ではなく債務とされるようにすること、および、発行体が法人課税を受ける「複数種の受益権を発行する信託」とされないようにすること、の二点に整理している。後者の点は、形式上発行体が保有している不動産モーゲッジは実際には CMO 保有者に対して売却されたのではないか、という問題を派生させることになる (Id., cf. ABA, supra note 46 at 319)。
- (52) この問題については、参照、ABA, supra note 46 at 318.
- (53) Humphreys & Kreitman, supra note 46 at 357.
- (54) Humphreys & Kreitman, supra note 46 at 358.
- (55) Id.
- (56) Humphreys & Kreitman, supra note 46 at 357 は、このうち、(イ)が最も重要な要素であると指摘する。ただし、これらの事情は総合的に判断して、どの程度の資産が発行体に残存していればよいか等が決定されると言われている (note 16 at 357)。
- (57) 以下の議論は ABA, supra note 46 at 338 において、現在 REMIC の適用対象とならない債権等の流動化に関連して指摘されている点であるが、REMIC 立法以前の CMO にも同様に妥当するものと考えられる。
- (58) 佐藤・前掲注(33)、ジュリスト1036号117頁。
- (59) Humphreys & Kreitman, supra note 46 at 441, ABA, supra note 46 at notes 102, 103 at 327.
- (60) 直接に、非課税団体等が REMIC の残余権を保有できないと定めても、実際にはこれらの権利は形式的な名義によって保有されていることが多く、実効性が期待できなかったからである。Humphreys & Kreitman, supra note 46 at 429.

- (61) この点については、参照、森岡・前掲注(43)114頁以下、クレジットカード債権信託につき、大海徹「資産の流動化・証券化における信託の役割」信託法研究18号75頁以下。
- (62) ABA, supra note 46 at 333 以下は、これらを、固定金利の割賦払い債権等、変動金利の割賦払い債権等、およびリボ債権 (revolving receivables) に分けて説明している。
- (63) ABA, supra note 46 at 338. この場合、経験的には、発行体が法人課税を免れるためには、受け入れた総債権額の1.5~2パーセントを残しておく必要があると言われている (Id.)。
- (64) ABA, supra note 64 at 344.
- (65) ABA が提案する ASIC では、このような権限を発行体に認めることとされている (ABA, supra note 46 at 375-376)。現在の実務の取扱いについては、参照、森岡・前掲注(43)128頁。
- (66) この問題についてはアメリカの連邦歳入法典上の不動産投資信託 (REIT) をめぐる制度の変遷が、ある意味での参考例を提供する。別稿で指摘したように、本質的には受動的とはいえ活動をする主体を、それを非課税とする論理として受動的な所得の導管として制度上位置づけようとしたことが、この制度における様々な無理を生じさせ、数度にわたる改正を余儀なくさせた面は否めないのである (前章参照)。
- (67) ABA, supra note 46 at 348.
- (68) ABA, supra note 46 at 349. この二つの理由から、ABA 提案では、リース受益権に REMIC 的な課税枠組みを及ぼすことは避けるべきであると結論されている (Id. at 349, 374)。なお、REMIC 自体は他の方法を事実上許容しないという意味で排他的な構造を持っており (参照、TMP の立法)、ABA 提案もこの点を引継ぐことが前提になっている点には注意が必要である。
- (69) アメリカにおいては、REMIC の枠組みを債権の流動化に及ぼす方向での様々な立法提案が行なわれている。1991年にはすでに、上述の通り、ABA の租税部金融取引委員会資産流動化小委員会が「資産証券化投資導管措置」(ASIC: Asset Securitization Investment Conduit) についての立法提案を行なっているし (ABA, supra note 46)、近年では、1995年10月に、上院財政委員会で「金融資産証券化投資信託」(FASIT: Financial Asst Securitization Investment Trust) の提案が行なわれている。
- (70) わが国における債権流動化の簡単な概観については、参照、大用恭市「信託方式による一般資付債権の流動化」金融法務事情1341号12頁、林宏編・信託の時代 (新訂版) 123頁以下 (井田浩史、水野秀紀執筆部分)。
- (71) 特定債務事業法については、参照、持永哲志「特定債権等に係る事業の規制に関する法律の制定とその概要」金融法務事情1342号22頁。また、平成8年からわが国においても実際に発行体 (特別目的会社) を利用したりボロ債権のクレジットカード債権の小口販売が開始されることについては、参照、日経新聞平成8年4月19日朝刊1面。
- (72) 特に検討が急がれると思われるのは、個人に関して金融資産収益が総合課税の対象となる場合を視野に置いた、投資信託から損失が生じた場合の課税上の扱いであり、副次的には、投資信託自体への例外的な法人課税の可否と投資信託等を利用したタックス・シェルターへの対処も問題となる。これらの諸点については、別の機会に詳しく検討したい。

(73) わが国においても、たとえば住宅ローン債権信託などに関して、債権信託における受益権の複層化に一定の経験がある。参照、三菱信託銀行信託研究会編著・信託の法務と実務440頁以下〔井田浩史執筆部分〕。

イギリス法における信託の担保権創出機能
——法形式と法実質の調整の一側面——

植 田 淳

1 はじめに

「エクイティは、形式よりも意思に目を配る (Equity looks to the intent rather than to the form.)」という法格言⁽¹⁾が示す通り、イギリス法においては、法形式はコモン・ロー上の制度の形をとりつつ、法実質はエクイティ、とりわけ信託の法理が支配する場合が多い。日本法にあつては、法実質の部分が専ら利益衡量を中心とする解釈論によって解決されるのに対して、英米法のもとでは、法実質の部分は、権原帰属主体と利益帰属主体とを分裂させる信託の法理の適用によって解決される場合が多いのである。例えば、不動産の共有は、法形式のレベルではコモン・ロー上の共有 (joint tenancy) という形をとりつつ、法実質のレベルでは信託に基づく共有 (tenancy in common) である。また、法人格なき社団の財産関係についても、法形式は、コモン・ロー上、代表者の単独所有であるが、法実質のレベルでは、代表者は、構成員を受益者とする信託の受託者と扱われる。

もっとも、このことは、コモン・ロー上の制度イコール法形式、信託イコール法実質、ということの意味するのではない。むしろ、信託は法実質を実現するための形式媒介として機能していると言うべきである。この意味において、信託は、法実質創出機能をもつ、と言いうるのであろう。

そこで、本稿では、かかる信託の法実質創出機能の一側面としての信託の担保権創出機能について考察する。

2 問題の所在

かつて、メイトランド (F.W.Maitland) は、「エクイティは、これまで常に、受益者を無担保債権者の地位に転落させないよう努力してきた」と述べた⁽²⁾。このことばの意味するところは、「信託財産の独立性」と一般に呼ばれる原則の一部である。すなわち、信託においては、たとえ受託者が破産しても、信託財産は受託者の責任財産から除外され、受益者は当該財産に対して物権的権利を主張しうるという原則である。イギリス法のもとでは、信託違反の処分行為であることにつき善意の第三者が信託財産を有償で取得する場合を除いて、原則として、信託の受益者は信託財産を追及して物権的権利を主張することができる。したがって、例えば、受託者が支払不能となった場合、受益者は信託財産に対し、一般債権者に優先してその権利が保護される。この意味において、信託は一種の担保権創出機能を有すると言えるのである。

さらに、日本法では、原則として、金銭については、占有者が所有権を有するとされるから、金銭の返還請求権は債権にすぎない。これに対して、イギリス法では、追及権との関係から、特定の金銭に対する物権的権利が認められる。このことは、イギリス法における信託法理による救済力を著しく強化させる。

債務者の支払不能に直面した債権者が、正式な担保権をもたない場合に、契約などに基づいて自己が供給した金銭や商品（または、その転売代金）に対して、信託法に基づく物権的権利を主張することにより、無担保債権者となる不利益を回避しようという試みは、近年のいくつかの判例のなかに見られる。これらは、コモン・ロー上の法形式にもかかわらず、信託の法実質創出機能に依拠して、担保権という法実質を承認された例である。

以下では、このような判例のいくつかについて考察する。

3 復帰信託の担保権創出機能

(1) 判例

復帰信託による救済の例として、Barclays Bank Ltd. v. Quistclose Investments Ltd. (3)を挙げることができる。

A会社は、配当の宣言を行ったにもかかわらず、その後深刻な経営難に陥り、予定されていた配当金の支払いが困難になったため、X会社から配当金支払いを目的とする融資を受ける合意を得た。融資金は小切手でAに送られてきた。Aはこの小切手をY銀行宛に送付したが、その際、カバーリング・レターに小切手を別個の口座に入金するよう要求するとともに、当該資金は第三者の融資によって得られたものであることを明らかにし、その使途は配当金の支払いのためだけに限定する旨を記しておいた。その直後、Aは、ついに清算手続に入ったため、Yは当該配当金口座に入金されている預金債権と他の口座におけるAに対する当座貸越債権との相殺を主張した。これに対しXは、当該預金債権は信託財産に属するから相殺は無効であるとして、当該資金の返還を請求した。

Yは、XとAとの関係は人的な債権者・債務者の関係にすぎないから、Xに対する義務になんら拘束されることなく相殺は有効になしうると主張した。これに対しXは、当該資金はAの株主に対する配当金として支払われることを目的とした「第一次信託」として、さらにもし第一次信託の目的が成就されなかった場合はXに返還することを目的とする「第二次信託」としてAに与えられたものであり、第一次信託の目的通り株主に対して支払いがなされた場合にはじめてAの法的地位は受託者から契約上の債務者に転換されると主張した。貴族院は全員一致でXの主張を認めた。

(2) 融資目的の不成就と復帰信託

この事件で、まず問題となったのは、XとAとの間の取引が信託を発生させる行為と認められるかという点であった。貴族院は、XとAとの合意内容およびY銀行宛の手紙の内容等から当該融資がとくにAの配当金支払いだけを目的としてなされたものであるという

事実を認めた上で、かかる使途・目的が限定された融資取引は信託関係を発生させるとした。すなわち、この判決では先例として、Toovey v. Milne (4)を引用し、特定の目的を限定してなされた融資においては、その取引は黙示の信託的合意をもってなされたものと推定され、その目的が成就しなかった場合は、第二次的に資金の提供者を受益者とする信託に移行し、目的が成就したときにはじめて債権関係だけが残るとして、黙示の意思を根拠とする復帰信託の成立を認めた。

これに関連するいまひとつの争点は、一個の取引がコモン・ロー上の制度である契約とエクイティ上の制度である信託とを同時に発生させることは有りうるかという本質的問題であった。すなわち、XとAとの間の取引は融資であり、コモン・ロー上の債権を発生させるのだから、必然的に信託の合意は排除されるべきだ、というのがYの主張であった。貴族院は、一個の取引におけるコモン・ロー上の制度とエクイティ上の制度との並存を認めるか否かは、もっぱら法政策上の問題として判断されるべきであるとした上で、目的が成就すれば融資とし、目的が成就しない場合は信託とする旨の合意は、法的保護に値するとして、Yの主張を退けた。

この事件における最後の争点は、対抗問題としての認識の問題であった。XとAとの間に復帰信託が成立していることが認められたとしても、それによって当然にXがYに対して口座に入金されている資金の返還を請求しうるということにはならない。すなわち、Xが第三者の地位にあるYに、この復帰信託関係を対抗しうるかという問題が残る。受益者は、その信託財産が受託者の信託違反の処分行為によって第三者に譲渡されても、依然その財産に対し物的権利を主張でき、この第三者は法によって受託者と擬制される。しかし第三者が信託の存在につき善意であり、かつ有償で財産を取得した場合には、もはや受益者はこの第三者に対抗できない(5)。この法理は拡張され、第三者は買主でなくてもよく、また有償という意味も何らかの約因があればよいとされる(6)。

この事件で、控訴院は、Yは預金を払い戻すという約束を約因として提供する資金の譲受人の地位にあるから、信託について悪意でないかぎり信託には拘束されないとしている(7)。そして貴族院もこのリーズニングを支持しているように思われる。もっとも、両裁判所ともに、当該資金が信託的意図をもって第三者から提供されたものであることは、AがY宛に小切手を送付した際のカバーリング・レターの文言から明白であり、したがってYは悪意であったとの結論に達している。

この事件では、預金債権を信託財産としAを受託者とする復帰信託が成立していると同時に、この復帰信託の存在につき悪意のYを受託者とし、当該口座の金銭を信託財産とする擬制信託が成立すると構成されており、XのYに対する当該資金の返還請求権の根拠は、ここに求められる。

4 信託宣言の担保権創出機能

(1) 判例

売買契約に基づき支払われた金銭につき信託の成立が認められたケースとして、Re Kayford Ltd.⁽⁸⁾を見てみよう。

X会社は寝具などの通信販売業を営んでいた。顧客は商品の代金を小切手でXに送付した後、注文商品の配達を受けるというシステムになっていた。Xの仕入れ先であると同時に、融資先であった会社が経営難に陥ったため、X自体も連鎖倒産の危機に直面した。そこでXは、会計士の助言により、万一自社が倒産しても顧客に代金が返還されるようにとの目的で、まだ商品の配達を受けていない顧客の支払った代金を別の預金口座に入金するようにし、商品が配達されるたびごとに、この口座から代金相当額を引き出すようにした。その後Xは、ついに自発的清算を余儀なくされた。清算人が当該預金口座の預金は、Xの一般財産を構成するのか、それとも顧客を受益者とする信託財産として扱われるべきかの判断を求めたのがこの事件である。

(2) 信託宣言

イギリス法上、明示信託を発生させる方法としては、財産の受託者への移転による方法と、信託宣言による方法とがあるが、共通の要件として、いわゆる三大確定性が要求される。すなわち、

- ①信託を発生させる意思が明確であること。
- ②信託財産が確定していること。
- ③信託の目的（公益信託の場合）または受益者（私益信託の場合）が確定していること。

一般に明示信託の成立には信託財産が土地に関する場合を除き、方式は要求されない。したがって、本件のように人的財産を信託財産とする場合には、口頭、あるいは信託宣言の場合、信託を発生させる意思を推定させる行動で足りるとされる⁽⁹⁾。

高等法院は、信託の成立につき以上の点を認めた上で、本件については三大確定性の要件を満たしているから、顧客を受益者とする信託が有効に成立しているとした。とくに信託の意思の確定性については、必ずしも「信託」とか「信認」という文言が使用される必要はなく、実質的に見て信託を発生させる意思が明らかでありさえすればよいとした点は、実質主義をとる従来の判例の態度と同じである。

さらに、裁判所は傍論で、零細な会社債権者（顧客）を保護するために、同社がとったこのような措置は、適切かつ尊敬に値するものであり、こうした慣行が今後広く定着することを希望すると述べている。

しかし、この判決に対しては、学説の批判が強い⁽¹⁰⁾。すなわち、Xのとった措置が詐害優先（fraudulent preference）に該当するのではないかという批判である。1986年支払不能法（Insolvency Act）制定前の旧法下においては、1948年会社法320条1項は、1914年破産法の規定を会社に準用する旨規定し、解散会社の一般債権者の利益を保護するため、解散手続き開始6カ月以内になされた破産法上詐害優先に該当する一定の不当な財産権の処分行為や担保権設定行為を、会社についても詐害優先とみなし無効としていた。本件では、顧客のために別口座を設けるよう助言した会計士が清算人のひとりであったという特殊事情から、Xの行為が詐害優先に該当するとの主張が清算人の側からなされなかったこともあって、この判決ではこの点に関する分析がなされていない。

詐害優先に関する会社法および破産法（ないしは現行の支払不能法）の文言から信託宣言が詐害優先に該当するという点を、直接導き出すことは難しいとしても、実質的には特定の債権者への支払と同じ効果を持つことは否定できない⁽¹¹⁾。ただし、債務者が自己の一般財産からその一部を引き抜いて、これについて一部の債権者のために信託を宣言することが、詐害優先になるとしても、債務者が代金を受領する時点で既に信託が成立しているのであれば、おそらく詐害優先の問題は生じないであろう。受託行為は、実質的に見ても詐害行為に当たらないからである。しかし、本件のように当事者間に代金を信託財産として別口座に入金する旨の合意が存在しない場合は、顧客から送られてきた小切手をXが別口座に入金するという行為によって初めて信託が成立するのであって、Xが小切手を受領した時点では、信託はまだ完全には成立していない。したがって、小切手を受領と同時に信託が成立するためには、顧客とXとの間に代金を信託財産とする旨の合意が必要であろう⁽¹²⁾。

5 擬制信託の担保権創出機能

(1) 判例

次に、事実の錯誤により支払った金銭につき擬制信託 (constructive trust) の成立を認めた判例として、Chase Manhattan Bank N.A. v. Israel-British Bank (London) Ltd. (13)を見てみよう。

X銀行は事務員の過失に起因する事実の錯誤によって、Y銀行に約200万ドルを二重に支払った。しかし、Xが2回目に支払った資金の返還を受けないまま、Yは支払不能に陥った。Xが事実の錯誤によって支払った資金に対し、信託法上の物的権利を主張した。高等法院は、原告の主張を認め、2回目に支払った資金についてYを受益者とする擬制信託が成立するとして、Xの追及権を認めた。

(2) 財産追及の法理と信認関係

本件のような事実の錯誤による非債弁済については、コモン・ロー上の準契約に基づく金銭返還請求が可能であるが、本件のように債務者が支払不能の場合には、人的権利にすぎないコモン・ロー上のこうした請求権では、受けうる救済が不十分である。そこで、信託法上の物的権利のメリットが生きてくるのである。

イギリス法上、追及権には、コモン・ロー上の追及権とエクイティ上の追及権とがある。コモン・ロー上の追及権は財産が被告の財産と混和した場合には、原則として権利が消滅し、また受益権は追及権の基礎とならないといった限界をもつものに対して、エクイティ上の追及権は、より柔軟性に富みかつ強力である。すなわち、信託の受託者を含む信認関係の受託者 (fiduciary) が信託財産を違法に売却して得た金銭、あるいは、受託した金銭で購入した財産など、形を変えて連続するこうした財産に対し (もし値上がりしていればその価値も含めて)、依然受益者は受益権を主張しうる。また、受益者は選択的に人的請求権たるアカウント (account) によって受託者から価値相当分の利益を吐き出させることができる。

さらに、受認者が信託財産（またはその変形された財産）を受認者自身の固有財産と混和させても、依然受益者はその混和した財産に対し、信託財産が寄与した価値を限度としてエクイティ上の担保権 (equitable charge) を取得する(14)。混和した財産のどの部分が信託財産に属するかの挙証責任は受認者が負い、証明できない場合は、その部分は信託財産に属すると推定される(15)。

受認者が信託財産を第三者に違法に譲渡した場合も、前述のように第三者が善意有償である場合を除いて、受益者が依然この第三者の取得した財産に対し受益権を主張できる。また、この第三者がこの財産を変形・混和しても、もとの受認者に対すると同様の権利が認められる(16)。

このようなエクイティ上の追及権が認められるためには、一般に次の3つの要件が満たされなければならない(17)。

- ①財産が連続性を保っていること (traceable)。したがって、金銭の消費や物の滅失によって追及権も消滅する。
- ②最初に信認関係が存在すること。原告と被告の間に信認関係があるか、または、被告が取得した財産を最初に受託した者と原告との間に信認関係があることを要する。
- ③追及権の行使によって不当な結果が生じないこと。例えば、信託財産と知らずに金銭の贈与を受けた者が、この金銭で自己の家屋を改修したような場合、もし追及権の行使を認めると、受贈者は家屋の売却を余儀なくされて、不当な結果を招く。

この事件で問題となったのは、第2の要件である。信認関係とは、一方の当事者が他方に信任 (confidence) を置き、このことがエクイティによる法的保護の対象となるような関係である、と一応言える。しかしながら、イギリス判例法上、信認関係の定義や成立要件について一般的な定式化は未だかつて試みられたことがない。これは、信認関係の概念がコモン・ロー上の法律関係に対する信託法理の介入のための媒介項としての機能を果たしているがゆえに、裁判所の信託法理の弾力的運用を可能ならしめるために意図的に曖昧な概念にされてきたものと考えられる(18)。

ところで、事実の錯誤に基づく非債弁済として支払われた金銭に対し、エクイティ上の追及権が認められるか否かの問題は、この判決が出るまで一度もイギリスの裁判所によって判断されたことがなかった。アメリカでは、*Re Berry* (19)において事実の錯誤により支払われた金銭について信託法上の物的権利が認められている。アメリカでは、不当利得

(unjust enrichment) が存在する場合でかつ人的救済によって十分な救済が得られないときには、かなり幅広く擬制信託の成立を認めて追及を許すのに対して⁽²⁰⁾、イギリスの裁判所は、Re Diplock⁽²¹⁾に従って、依然、信認関係の存在をエクイティ上の追及権行使の要件とする立場をとっている。

本件においても、高等法院は信認関係の存在を要件とする従来の立場を維持しつつも、実質的にはこの要件の必要性を著しく緩和している。すなわち、原告と被告との関係は、二重払いがなされる以前においては信認関係である必要はないとした上で、非償弁済がなされた場合は、金銭の受領それ自体によって信認関係が発生すると説く。

有力な学説は、エクイティ上の追及権の要件として、信認関係の存在を要求すべきではないと主張する⁽²²⁾。例えば、盗まれた金銭には追及権が及ばないといった不均衡が生ずるだけでなく、信認関係の存在という要件に固執するあまり、裁判所は過度に技動的なリーズニングを強いられるとの指摘がある。ともあれ、信認関係の概念の弾力的解釈により、イギリス判例法はかなりアメリカの立場に接近してきたと言えよう。

6 エクイタブル・チャージの担保権創出機能

(1) 判例

所有権留保売買の買主が目的物を転売した代金につき、売主に信託法上の物的権利を認めた判例に、Aluminium Industrie Vaassen BV v. Romalpa Aluminium Ltd.⁽²³⁾がある。

X会社は、Y会社に対しアルミニウム・ホイルを販売したが、その売買契約の条項に、XはYに対して75日間の支払い猶予を与えること、および、代金完済までは、当該目的物の所有権をXが留保する旨規定されていた。その後Yは経営難に陥り、代金未払いのまま清算手続きに入った。Yの財産保全管理人は、当該アルミニウム・ホイルの転売代金を、彼の管理する預金口座に入金していた。Xが所有権留保売買の目的物の転売代金たるこの口座の資金に対して、エクイティ上の担保権 (equitable charge) を主張した。

控訴院はXの主張を認め、XとYの間には信託関係が発生しており、Yによる転売はY自身の計算でなされたものではなく、Xの計算でなされたものであるとして、当該転売代金に対しXは追及権を行使できると判示した。

Yは、契約条項の中の75日間の支払い猶予を与える旨の特約は、Yがその間自由に転売代金を使うことを認めるものであるから、信託勘定とは言えないと主張した。しかし、控訴院はこの主張を退け、所有権を売主に留保させるという当事者の意思は、売主をして一般債権者の地位に立たしめないことを目的としたものであって、Yは寄託 (bailment) における受寄者類似の地位にあるから、当事者間には信託関係が発生するとした。

(2) 所有権留保と信託関係

この判決においても、前節で見たと同様に、信託関係の弾力的解釈によって追及権の成立範囲の拡大がもたらされた。

この判決は、所有権留保売買の売主に、エクイティ上の追及権を認めたりーディング・ケースであるが、この判決で確立された法理がどの程度の適用範囲をもちうるかについては不明な点が多い。例えば、その後に出た控訴院の *Borden (U.K.) Ltd. v. Scottish*

Timber Products Ltd.⁽²⁴⁾においては、所有権留保売買といえども、その目的物が買主の生産過程において同一性を失う程度に加工・変形される場合には、明示の特約がない限り、もはや買主は受寄者または代理人の地位にあるとは言えないから、信託関係は発生せず、したがって売主にエクイティ上の追及権は認められないとされた。売主が目的物に加工を加えず転売する場合と、目的物を生産活動の原料とする場合とで、エクイティ上の追及権の成否が異なるという結果になった⁽²⁵⁾。

(3) 受認者による分別管理の意義

上に述べたように、Romalpa 事件において、所有権留保売買の買主が受認者と認められ、信託法理の適用を受けたのは、売主を一般債権者の地位に立たしめない旨の当事者の合意があったからである。かかる合意こそが信託法理適用の前提要件であったことは明らかである。しかし、この事案では、3および4で見た事案と同様に、受認者（または受託者）とされた当事者は、金銭を分別管理していたことに注意する必要がある。受認者による財産の分別管理は、信託法理の適用にあたって、いかなる意味を持つのであろうか。以下では、受認者の一種である代理人を例にあげて考察してみよう。

言うまでもなく、代理人は、信託受託者、会社の取締役、組合員などと並んで、信託関係における受認者の地位に立つ⁽²⁶⁾。代理人は、本人のために、法律行為を含む事務処理をなすことをその本質とするが、ある要件を満たす場合には、代理人は信託受託者にきわめて近似した扱いを受ける⁽²⁷⁾。すなわち、代理人が本人から単に事務処理の委託を受けたにとどまらず、本人の財産を支配する地位に立つ場合には、代理人は信託受託者と同一視され、後述のように信託受託者と同一の諸原則に服する⁽²⁸⁾。このような代理人は、しばしば「受託者的代理人」(fiduciary agent) と呼ばれる⁽²⁹⁾。

受託者的代理人は、エクイティ上、信託受託者と同一視されるから、信託受託者と同様に以下のような法理の適用を受ける。

- ①エクイティ上の財産追及の法理の適用を受ける。
- ②固有財産と本人の財産（信託財産）とを分別管理すべき義務を負う。
- ③本人の財産（信託財産）によって自ら利益を得てはならないという原則に服する。
- ④信託財産の独立性の原則の適用を受ける。

これらの点において、代理人は、信託受託者と何ら異なるところはない。

以上のことは、事務弁護士、会社の取締役、組合員、銀行など、その他の受託者（となりうる者）についても同様である。

では、いかなる要件を満たした場合に、代理人は、受託者的代理人、すなわち、信託受託者と同様の法理の適用を受ける代理人となるか。

要件の一部については、既に述べた。すなわち、第一の要件は、代理人が本人の財産を支配する地位にあることである。ここで言うところの「財産の支配」とは、本人の財産を事実上、処分しうる地位にあることを意味する⁽³⁰⁾。代理人は、必ずしも物理的に財産を支配していることを要しないし、処分に関して法的権限を授与されていることも要しない⁽³¹⁾。コモン・ロー上の権原の帰属の如何にかかわらず、ただエクイティ上本人に帰属する特定の財産を事実上処分しうる地位にあれば足りるのである。

受託者的代理人となるための、いまひとつの要件は、代理人が、単なる債務者（debtor）として財産を支配しているのではないこと、である。

例えば、銀行が顧客から金銭を預かって、通常の預金として預かった場合には、銀行は顧客に対して単なる債務者の地位に立つにすぎない。したがって、この金銭の運用によって得られた利益は銀行に帰属するし、銀行が倒産すれば、預金者は一般債権者の地位に立つ。このことは、代理人についても全く同様であって、単なる債務者として本人から金銭を預かった場合には、その金銭の運用益（例えば、預金利息など）は代理人に帰属するし、代理人が破産した場合には、本人は一般債権者の地位に立つ。

では、いかなる場合に代理人は単なる債務者ではなく、受託者的代理人として財産を支配していると言えるか。この点に関する判例の立場は、一般に、代理関係が契約に基づいて成立している場合には、当事者の合意内容によって、いずれであるかを決定する、というものである⁽³²⁾。Romalpa 事件において、買主が単なる債務者ではなく、信託の受託者と扱われたのも、まさに当事者の合意内容を根拠としてのことであった。

すなわち、当事者の合意によって、代理人が本人の財産を本人に代わって保有し、最終的には当該財産またはその変形物、および当該財産から生み出された果実等もふくめて本人に返還すべきものとされている場合には、かかる代理人は受託者的代理人とされ、信託法理の適用を受ける。これに対して、当事者の合意によって、代理人が財産を自己の物として使用することができ、その物から得られる果実等も代理人に帰属するものとされ、代

理人は単に同額・同量の物を本人に返還すれば足りるとされている場合には、かかる代理人は非受託者の代理人（すなわち、単なる債務者）にすぎない⁽³³⁾。

代理人が受託者の代理人であるか否かは、代理人と取引関係にある第三者にとっては重大な問題である。なぜなら、このような第三者が代理人の資力を判断する際に、その判断を誤らせる可能性があるからである。例えば、第三者が、特定の財産を代理人の固有財産であると信じて取引関係に入ったところ、実際にはその財産を代理人が受託者の代理人として保有しているような場合、当該財産は代理人の責任財産を構成しないことになる。

第三者に重大な影響を及ぼしうるこの差異が、代理関係の当事者の意思のみによって決定されることは、取引の安全の要請に反する。そこで、代理関係の当事者の意思を判断するに際して、イギリスの裁判所は、いくつかの外形的な要素を考慮に入れる。一般に、次の諸点が考慮される。

- ①代理関係を創設する契約書の文言⁽³⁴⁾。
- ②当事者の行動。とくに、分別管理の有無⁽³⁵⁾。
- ③商取引上の慣習⁽³⁶⁾。

このように、代理人による本人財産の固有財産からの分別管理は、当該代理人が受託者の代理人であることの判断の重要なメルクマールのひとつとされているのである。このことは、Henry v. Hammond⁽³⁷⁾におけるチャネル裁判官（Channell J.）の次のことばによって端的に表現されている。「（代理人が）金銭を受領する条件に基づいて、銀行などに分別管理し、分別管理した金銭をそれを託した者に交付すべきものとされている場合には、彼はその金銭の受託者なのであって、受益者たる者にそれを交付しなければならない。逆に、彼が分別管理義務を負わず、自己の金銭と混和し、それを自由に使用する権利を有し、返還を請求されたときには同額の金銭を交付すれば足りるとされる場合には、彼は金銭の受託者ではなく、単なる債務者にすぎないのである⁽³⁸⁾。」

以上のことから、イギリス法の下では、受託者が分別管理を行っているか否かが、当該受託者が信託法理の適用を受けるか否かの重要なメルクマールのひとつとなっているように思われる。本稿5(2)で述べたエクイティ上の追及権の成立要件との関連で言えば、そこでいうところの「信認関係」とは、本節にいう信託受託者と同一視される受託者と受益者との関係を指すと捉えるべきであろう。信認関係にも、理論上、いくつかのカテゴリーが存在することに注意すべきである⁽³⁹⁾。

7 むすび

以上見てきた四つの判例の共通点は、債務者の支払不能に直面した無担保債権者が自己の供給した金銭や商品（およびその転売代金）の上に信託法上の物権的権利を認められた、という点であった。コモン・ローの法形式から見れば、第1のケースは単なる融資契約であり、第2のケースは売買契約、第3のケースは準契約、そして第4のケースは所有権留保売買契約にすぎない。これらのコモン・ロー上の法律関係にエクイティが介入することにより、第1のケースでは復帰信託が、第2のケースでは明示信託が、第3のケースでは擬制信託が、そして第4のケースではエクイタブル・チャージがそれぞれ成立し、債権者は実質的に担保権を有すると同様の救済を受けることができた。すなわち、信託の担保権（法実質）創出機能が作用したのである。

これらの救済の鍵となったものは、それぞれ、復帰信託成立のための「当事者の黙示的意思」、信託宣言成立のための「信託を発生させるに足る行動」、そして追及権成立のための「信認関係」に対する裁判所の柔軟かつ弾力的な解釈態度であった。かかる判例の動向は注目に値する。しかし、倒産事件における信託法理の適用に対し制限的な態度をとる判例もあり、判例間の整合性について解明されなければならない問題点は多い⁽⁴⁰⁾。

また、有力な学説も、かかる判例に批判的である⁽⁴¹⁾。第一に、こうした信託法理の適用は、会社清算における債権者の平等的比例的満足の原則に著しく反するという点である。実質的には、この問題は受益権を主張する者と他の一般債権者との間の優劣の問題に帰着するからである。いまひとつの批判点は、かかる信託法上の権利が、多くの場合、公示を欠くために、第三者（とくに債務者の一般債権者）の保護に欠けるというものである。会社法上の登録事項となっている担保権については問題はないが、いわば会社財産の中に潜在するこうした「信託財産」は、第三者が知ることのできないものであり、第三者に会社の資力判断を誤らせる可能性がある。

イギリス法のもとでの信託の担保権創出機能に関する判例の動向には、今後も注目すべきであろう。

〔注〕

- (1) この法格言の詳細については、拙著『エクイティの法格言と基本原理』（晃洋書房、1996年）第9章参照。
- (2) F.W.Maitland, *Equity* (2nded.), p.220.
- (3) [1970] A.C.567.
- (4) (1819) 2B.&Ald.683.
- (5) *Pilcher v. Rawlins* (872) 7Ch.App.259.
- (6) *Cave v. Cave* (1880) 15Ch. D. 639; *Thorndike v. Hunt* (1857) 3De.G.& J.563.
- (7) [1969] 1All E.R.613 at 620.
- (8) [1975] 1W.L.R.279.
- (9) *Baker & Langan, Snell's Principles of Equity* (28thed.), p.125.
- (10) *Goodhart & Jones*, (1980) 43 *Modern Law Review* 489 at p.496.
- (11) *Id.* at pp.496-497.
- (12) *Id.* at p.497.
- (13) [1981] Ch. 105.
- (14) *Re Hallett's Estate* (1880) 13Ch. D. 696; *Re Tilley's Will Trusts* [1967] Ch. 1179. at 1189.
- (15) *Re Tilley's Will Trusts* [1967] Ch.1179.
- (16) *Re Diplock* [1948] Ch. 465.
- (17) *Baker & Langan*, *supra* note 9 at p. 301. ↓
- (18) 信託関係の意義については、拙著『英米法における信託関係の法理』（晃洋書房、1997年）第1章参照。
- (19) 147F. 208 (1906).
- (20) *Restatement of Restitution*, § 160.
- (21) [1948] Ch. 25.
- (22) *Goff & Jones, The Law of Restitution* (3rded.), pp.54-55; *Nathan & Marshall, Cases and Commentary on the Law of Trusts* (7thed.), p.468.
- (23) [1976] 1W.L.R.676.
- (24) [1981] Ch. 25.
- (25) *Pfeiffer v. Arbuthnot Factors Ltd.*[1988] 1W.L.R.150 も所有権留保売買の売主の追及権を否定したケースであるが、*Romalpa* 事件との整合性について疑問が多い。
- (26) *Kirkham v. Peel* (1880) 43 L.T.171, at 172.
- (27) L.S.Sealy, "Fiduciary Relationships" (1962) *Cambridge L.J.*69, at pp.74-75.
- (28) *Id.*
- (29) F.W.Maitland, *supra* note 2 at pp.230-232.
- (30) Sealy, *supra* note 27 at p.74.
- (31) *Id.*

- (32) *Id.*, at p.80.
- (33) *Id.*
- (34) *Reid-Newfoundland Co. v. Anglo-American Telegraph Co. Ltd* [1912] A.C.555.
- (35) *Henry v. Hannond* [1913] 2K.B.515.
- (36) *Id.*
- (37) [1913] 2K.B.515.
- (38) *Id.*, at 521.
- (39) 前掲注(18), 13-15頁参照。
- (40) 例えば、*Pfeiffer v. Arbutnot Factors Ltd.* [1988] 1 W.L.R.150.
- (41) *Goodhart & Jones*, *supra* note 10 at p.511.

アメリカ法における追及の法理と特定性
——違法な金銭混和事例を中心に——

松岡久和



1 はじめに

本稿は、客体の特定性の問題に重点を置いて、アメリカ法における追及（tracing。追跡とも訳される）の法理の概略を紹介・検討するものである。これを取り上げるのは次のような問題意識を出発点とする。

(1) 日本法やドイツ法など財産権を物産・債権の範疇に二分する法体系では、目的物が形を変えると、多くの場合、絶対性・優先性・排他性を持ったそのうえの物権は消滅して、相対的効力しかなく債権者平等に服する債権に転換する。時に、これは権利者にとってきわめて苛酷な帰結をもたらす。二つの例を挙げてみよう。

第一は、金銭騙取の場合である。金銭所有権は占有とともに移転する、といういわゆる「占有＝所有」理論により、金銭を騙取された被害者 X は、金銭所有権を失い、騙取者 M に対する損害賠償または不当利得返還を内容とする債権者となる。この結果、M に対して差押えがなされたり M が破産すると、たとえ騙取金が元のまま M の手元に存在していても、X は、原則として、M の債権者 G らと平等の立場で弁済を受けられるにとどまる。また、M が債務の弁済などのために騙取金を第三者 D に交付した場合、X は、原則として、D に対して権利主張することができない。

第二は、誤振込の場合である。X と A との間に取引上の原因関係がないのに、X が誤って、B 銀行に対し、C 銀行に口座を持つ A に宛てた振込を依頼した場合にも、最高裁判例によると C 銀行の口座に A の預金債権が成立する。X は金銭所有権を失い、A に対する不当利得債権者となる。この結果、A の預金債権に対して差押えがなされたり A が破産すると、たとえ A の預金残高が誤振込額を超えて存在していても、X は、原則として、A の債権者 G らと平等の立場で弁済を受けられるにとどまる。また、A が預金を引き出して使用した場合、その金銭の交付を受けた第三者 D に対しては、X は、原則として、権利を主張できない。

いずれの事例においても、X に所有権などの物権があれば受けうる保護が、X の権利が債権の形態を採ることにより否定される。私は、これを「物権から債権への格下げ」問題と呼んでいる。もちろん、債権形態であっても、M や A に十分な資力があれば、X は

少なくとも価値的には十分な救済が受けられる。したがって、問題の核心は、XがMやAの無資力危険を負担せざるを得ないことである。「物権から債権への格下げ」は、実質的な利益衡量に照らしてはたして妥当なのか。妥当な結論が違うとするなら、その結論を導く論理はどのように組み立てうるのか。これが私の根本的な問題意識である(1)。

(2) 判例・学説も、それぞれの問題への処方箋を用意してきたが、部分的なものにとどまっている。すなわち、まず、第一の金銭騙取事例においては、判例がXのYに対する直接的な不当利得返還請求権の成立の可能性を認め、学説の多くもこれを支持する。しかし、このような特殊な不当利得は、他の場合との調和を欠くとの批判があるし、Mの一般債権者Gとの関係ではXを救済できない。一部の学説は、物権的価値返還請求権の観念を構想し、物権的な保護をXに与えようとする。しかし、この考え方によっても、たとえば騙取金でMが善意の債権者に対して弁済を行ったときのように有体的な利益が存在しない場合には、Xの権利は債権的に構成されざるを得ず、「格下げ」問題が顔を出す。何より、権利の形態・形式次第であまりに救済内容が違いすぎ、その差異を十分に正当化できる実質的根拠が見いだしがたいのが問題である。Xの権利が債権と構成されざるをえない場合にも、一定の場合には優先的な回復を認めることができないか、が別の角度からの問題解決策として検討されるべきである(2)。

第二の誤振込事例においては、従来の下級審判決及び多数学説は、錯誤等を理由とする預金債権の不成立構成を採り、Aに対する無資力危険を負担するのはXではなく銀行だとした。XとGやDの利益を衡量すれば、この結論はきわめて妥当なようにも思われるが、預金債権の不成立という論理は、振込決済制度を揺るがすほどの波及効を持ち、目的に対して適合的な手段ではない。また、預金不成立説では、Aの無資力危険をXが負わないのはよいとしても、それをB銀行またはC銀行に転嫁するだけでよいのかとの疑問が残る。Aに対するXまたは銀行の権利を不当利得返還債権だとしたうえで、その優先権を認めて、権利者の無資力危険の負担そのものを制限すべきではないかというのが、金銭騙取事例と共通する問題として捉えられる(3)。

(3) ごく少数の学説ではあるが、日本法において、この問題を自覚的に捉え、侵害利得返還債権に対する一般的な優先権付与の可否を検討するものがある。ただ、騙取された金

銭が騙取者の固有財産と混和したり、返還義務者が返還すべき金銭を自己の債務の弁済に用いた場合には、元の価値は特定の物に化体していない。このような場合にまで、返還請求権者に優先権を認めるか否か、すなわち、優先権付与の要件として、客体の特定性（正確には、問題になっている特定の客体と元の財産の間に価値的な同一性が認められること）を必要とするかについては、見解が対立している。特定性必要説を採る四宮は、これを不要とする川村を批判し、「物権的権利の一般的特性（対象の特定性、権利と対象との物的関数関係）を欠くところに物権的保護を与えることになるので、無理ではなかろうか」と述べる(4)。

ドイツ・オーストリア法でも、たしかに異説の範疇に入るとは思われるが、価値追跡権 Wertverfolgung という構想の下に、客体の変形によってもその価値に対する支配的権利の存続を認める説がある。元の価値に由来する価値が現存し、権利者側に信用付与の要素を欠いている場合には、価値追跡権の優先を認めて良いというのである。ただ、ここでも、特定性要件の要否で考え方が対立し、必要説を主張するベールは不要説を採るヴィルブルクに反対している。すなわち、価値追跡の根拠は、ある客体が責任法上、返還請求権者に帰属していることであり、特定性なくして帰属を論じることができない。比較法研究の成果から見ても、いずこにおいても同一性の識別可能性が要件とされている、というのである(5)。

(4) 特定性を必要だとする四宮やベールはいずれも比較法的知見、とりわけ英米法における追及の法理に強い影響を受けている。イギリス法については、邦語文献でも追及の法理に論及するものがあるが(6)、アメリカ法については紹介も少ない。さらに、少し調べてみると、アメリカ法では、一時期、特定性要件を不要とする「財産膨張理論 swollen assets theory」を採った判例があったが、少数判例にとどまり現在ではほとんど支持されていないことがわかる。この理論をめぐる争いは、特定性問題の核心を突くもののように思われる。そこで、本稿は、財産膨張理論の紹介・検討を行い、その前提として追及の法理の概略を紹介する。ただ、追及の法理は信託法理に淵源を持つが、現在では、原状回復的救済の中の一つの救済方法と位置づけられており、広大な対象領域を持つ。これらすべての領域に論及するのは困難なので、本稿は、特定性の問題が最も厳しく問われる金銭の違法な混和の場合に焦点を当てて論じることとする。

2 追及の法理の概観

本節では、特定性の問題を検討する前提として、違法な行為によって財物が奪われた場合に、被害者（以下では便宜上返還権利者という表記で統一する）が追及によってどのような救済を受けられるかを概観する。

(1) エクイティ上の救済の中での追及⁽⁷⁾

(i) コモン・ロー上の救済とエクイティ上の救済

返還権利者には、コモン・ロー上の救済として動産占有回復訴訟 *replevin* や不動産占有回復訴訟 *ejectment* による原物の返還請求、不法行為に基づく損害賠償請求、準契約 *quasi-contract* による代金相当額返還請求のほか、エクイティ上の救済として、広く擬制信託 *constructive trust* やリーエン *equitable lien*、弁済者代位 *subrogation* などによる保護が考えられる⁽⁸⁾。コモン・ロー上の救済でも、返還権利者が権原を失わない盗難などの場合には、第三取得者からの返還をも請求できることになる（コモン・ロー上の追及という）。しかし、コモン・ロー上の救済のうち、不法行為や準契約などの救済では、原則として金銭支払請求権ないし返還請求権が発生するのみで、対第三者効すなわち優先権は与えられない⁽⁹⁾。これに対して、エクイティ上の救済では、しばしば返還権利者は対第三者効を伴う保護を受ける。

(ii) 擬制信託・リーエン・代位

まず、擬制信託では、他人の財産を違法に保持する者は、信託財産の受託者とみなされる結果、返還権利者は擬制信託上の受益者として、その財産そのものの返還（特定の原状回復 *specific restitution*）を請求でき、この権利は、返還義務を負う者の差押債権者・破産債権者よりも優先する。さらに、目的財産が善意・無過失・有償で取得した誠実な買主 *bona fide purchaser* に譲渡されない限り、第三取得者に対しても、返還を請求できるのである。次に、リーエンは、日本法ではほぼ先取特権に相当し、物自体の返還を内容とするものではなく、損失相当金額の返還請求権を担保する担保権としてその財産上の物的負担となるものである。リーエンも、返還義務者の差押債権者・破産債権者より優先する効

果をもたらすほか、目的財産が第三者に譲渡された場合にも、第三取得者が誠実な買主に該当しない限り、物的負担として承継される。リーエンは、擬制信託の特別な制限形態だといえる。第三に代位によっても優先的な救済が認められる。違法行為者が他人の財産を使用して自己の債権者に弁済を行った場合、その債権者が誠実な買主に該当すれば擬制信託やリーエンは消滅するが、返還権利者はその債権者に代位することができ、弁済を受けた債権者が担保権を持っていれば、それによって債務者に対する求償債権が担保されることになるのである。

(iii) 代償財産への追及

エクイティ上の救済において対第三者効を伴う保護を受けるのは、以上のように元の財産（以下原財産という）についてだけではなく、原財産の代わりに生じた財産（以下便宜上代償財産という。売得金・収益 proceed や生成物 product と表現される）についても同様である。原財産に成立した擬制信託やリーエンが代償財産についても存続するのである。これが狭義の追及の法理であり、第三取得者に対する追及と併せて、広義の追及の法理を構成する⁽¹⁰⁾。本稿のテーマである特定性は、主として、狭義の追及の法理で問題になる。狭義の追及の法理は、日本法の物上代位に近いが、代償財産そのものの返還請求ができる点で、はるかに広い。

たとえば、 Y_1 が X の金銭を横領し、それを使用して Y_2 から A 社株を購入したうえ、 A 社株をさらに Y_3 に売却したとする。 X が Y_2 から奪われた金銭を取り戻すのは、金銭の高度の流通性からきわめて困難である。しかし、奪われた金銭の代償財産である A 社株については、 Y_3 が誠実な買主に該当しない限り、 Y_3 から取り戻すことができる。 Y_3 からさらに A 社株を転得した者についても同様である。これと選択的に、 X は、 A 社株の代償財産である売却代金債権や代金が Y_1 の手元に特定の存在する限り、これに対しても優先権を主張できる。さらに、その代金を投じて購入された物（たとえば Y_1 が A 社株の売却代金で購入した自動車）にも追及が可能である。このように、原財産の権利者は、原財産との同一性が確認できる特定の財産（この例のように有体物に限らず銀行預金債権などでもよい）が存在する限り、人的・物的にどこまでも追及できる、とするのが圧倒的多数判例である。形態変化の回数や態様には理論上は制限がなく、制限はもっぱら立証の難易の問題に尽きる。

狭義の追及の法理は、元来は信託受託者に対する受益者の保護のためにイギリス判例法

において創造された。それは、信託財産を適法に別の財産に変えたケースを出発点とし、まず信託財産の無権限処分ケースへ拡張され、次いで違法処分の追認を介して違法処分ケース一般へ、さらに信認関係要件の希釈化へと続く。アメリカの判例法では、時として錯誤や契約違反に基づく原状回復との関係でも用いられる場合がある（注6参照）。

（2） 擬制信託とリーエンの選択⁽¹¹⁾

（i） 選択の自由

擬制信託によって特定の原状回復を求めるか、リーエンによって価値的な回復を求めるかは、原則として原告たる返還権利者が選択できる。代償財産の価値が原財産の価値を上回る場合には、返還権利者は代償財産の特定の原状回復を求めるであろうし、反対に下回る場合には、代償財産の特定の原状回復では損になるので、リーエンによる優先的な価値の回復に加えて、担保されない差額を一般債権者としての資格で返還請求することになる。

（ii） 損失額を超える特定の原状回復

代償財産の価値が原財産の価値を大きく超える場合、右の原則通りに返還権利者に損失額を超える回復を認めてよいか否かには争いがある。なお、原財産が違法行為者の固有財産と混和した場合には後述するので、ここでは原財産のみを用いて代償財産が取得されたという単純な場合を想定する。たとえば、金銭が違法に保険料支払に流用されたが保険事故がおきて巨額の保険金請求権が発生した場合や、他人の金銭を違法に使用して購入された株や土地が大幅に値上がりした場合である。

判例は、故意の違法行為の場合や故意がなくても信認義務の違反がある場合には、違法行為による利得保持を禁圧して違法行為への誘惑を根絶するというを根拠に、特定の原状回復を認めるものが多い。ここでは、さらに、代償財産取得行為に費やされた違法行為者の労力や才覚・手腕をどう評価するかが問題になりうるが、判例はかなり緩やかに特定性・同一性を肯定して、全部の特定の原状回復を認める。たとえば、預託された買付資金の一部を流用後欠損を穴埋めして綿花を買い付けた場合、スーパーの支配人が売上金を横領して土地を買った場合や、信託基金を流用してドラッグストアを運営し4年間に相当の売上金を得た場合、綿花や土地や売上金全部が代償財産として原財産との間で同一性を

持ち、追及できるとされている。違法行為による利得保持の禁圧のほか、違法行為者に賃金を支払う結果になるのはおかしいことも根拠に加えられる。ただ、パーマーは、違法行為者との関係では特定の原状回復を認めてもかまわないが、一般債権者が登場する支払不能の場面では、これらの者の利益のために救済をリーエンに限定すべきであり、常に特定の原状回復を認めるスコットや原状回復法リステートメントの立場(12)には、判例もほとんど従っていない、と指摘している(13)。

信託義務違反以外の過失違法行為者は、返還すべき財産から直接的に生じた利益については擬制受託者として全部返還義務を負うが、それ以外については、リーエンの負担のみを受けるにとどまる。

(3) 優先権の正当化根拠

返還権利者の優先的な保護の根拠として次のように整理できよう。①返還権利者の元々有していた権原が違法行為による財産形態の変化によって失われるのは不当であるから、同一性を識別できる特定の財産が存在する限り、その上のエクイティ上の権原こそが優先の根拠である。②返還義務者の一般債権者は、責任財産に対して物的な権利を持たず、誠実な買主の地位にない。③受託者の債権者が受託者の無資力危険を引き受けていたのに対し、受益者が引き受けていたのは受託者が誠実か否かという危険にすぎない。受益者は分別管理が適切になされていたならば、無資力の危険を負わなかったはずだからである。これに対して、違法行為者の一般債権者は、その無資力危険を引き受けている。

①②は利害の対立する当事者の有する権利の質の違いを示し、③は無資力危険の観点に①②のような権利構成の実質的な裏付けを求めるものといえよう。だが、これらの根拠のいずれかに力点を置くかは、論者によって相違がある。原状回復法リステートメントは、①②に力点を置き、エクイティ上の権原が存続する限り、特定の原状回復を広く認めようとする。これに対して、前述のような批判をするパーマーは、一般債権者の利益をも考慮し、返還権利者と一般債権者のいずれもが不当利得をしない限度で救済を認めるべきであるとして、リーエンによる救済を重視している。さらに、②③に重点を置けば、およそ一般債権者が返還権利者に由来する財産から配当を受けることは不当であり、特定の目的物上に返還権利者のエクイティ上の権原が存続するか否かを基準とするのは恣意的だとする

理解もありうる⁽¹⁴⁾。これは返還義務者の一般財産上にリーエンの成立を認める財産膨張理論（後述）のように、特定性要件を不要とする考え方につながる。

3 金銭の混和をめぐる諸問題

(1) 混和一般と金銭の混和⁽¹⁵⁾

前提となる典型的な状況は、他人の財産を横領するなど違法に取得した者が、それを自己の財産と混和し、それを使って代償財産を購入した場合である。返還権利者は、代償財産に対しても優先的な権利を主張できるか。できるとしてどの範囲で可能か。

違法行為者が奪った金銭以外の代替物を自己の物と混和させても、直ちに権原は失われず、混和物中に自らの動産が占める量的割合に基づいて共有持分権を有し、自らの動産の量について動産占有回復訴訟の形でコモン・ロー上その返還を求めるか、これと選択的に、自己の動産評価額の返還請求権を担保するため、混和財産全体にエクイティ上のリーエンを取得する。これに対して、金銭が混和されたり第三者に支払われた場合には、一般には、コモン・ロー上の権原に基づく保護は困難であり、コモン・ロー上の追及が認められる場合は非常に限られる。さらに、古くは「金銭に目印なし Money has no earmark」として同一性が全面否定され、エクイティ上の優先権も否定された。しかし、この立場はその後克服され、金銭の物的な同一性を問題にせず、返還権利者の金銭を含む混和資金あるいはそれを使用して取得された代償財産自体が特定性を保っている限り（この点の立証責任は基本的に返還権利者にある）、前節2で述べたような一般的な保護が認められる。混和しただけで返還権利者が不利に扱われる理由はないからである。

特定性・同一性が問題となる対象の範囲については見解が分かれる。現金及び銀行口座等を、現金類 cash items として、取引通念上一箇の混和財産と考える判例も多い。簿記・会計システムの複雑さ、銀行業務の慣習的取り扱い、取引の連続による現金の同一性確認の困難さ、口座間の頻繁な資金移動、無秩序な引出などの事情から、現金・手形小切手・銀行口座の間の区別を設けることは困難だからという理由である。この場合も、返還義務者の他の一般財産とは区別されており、後述する財産膨張理論のように全財産に対するリーエンを認めるのとは異なるとされる⁽¹⁶⁾。これに対して、このような拡張は、特定財産への追及という本来の法理からあまりに逸脱するとして、批判的な判例や見解も多い⁽¹⁷⁾。

混和の場合には、代償財産が損失を上回る場合以上に、回復されるべき範囲の問題が先鋭化する。すなわち、原財産だけが代償財産の購入資金として使用された場合には、いかに代償財産の価値が上昇しようと、代償財産は原財産の変形にすぎず、原権利者にのみ帰属すべきものである、との論理が採りやすい（もっとも、ここでも違法処分者の才能や労力などの評価の問題があり、これを強調すれば、ここでの財産混和の問題との連続性が浮かび上がる）。これに対して、混和財産は、返還権利者の原財産だけではなく返還義務者の固有財産の変形物でもあるから、返還権利者に代償財産全部の特定の原状回復を認めると、逆に返還義務者の財産を不当に取得する結果となり、返還義務者の一般債権者の利益とも正面から衝突する。

判例は、一般論としては、全混和財産の特定の原状回復の余地を認めている。すなわち、被告の違法な混和行为によって、混和財産中に返還権利者の原財産が占める割合を立証することが不可能ないし不合理なほど困難となっている場合には、立証責任が転換され、返還義務者が自己の財産割合を証明できなければ、代償財産全部が返還対象とされるのである。違法な行為による立証の困難を被害者に押しつけるのは公平でないとの判断である。実際に全混和財産の返還を認めた例も多数存在する。

しかし、パーマーやドブスは、全混和財産にリーエンが成立するだけなら問題がないが、特定の原状回復による混和財産（あるいはその代償財産）全体の回復は逆に被告や被告の一般債権者を犠牲にした原告の不当利得となるから、割合的・原状回復を図るのが妥当であると主張する。パーマーによれば、判例でも、返還権利者に有利な合理的概算によって割合的な救済を認めれば十分だとする傾向が有力であり、無体財産権の無断使用のケースでは、いっそう顕著になっている。初期の判例には、利益の分離が不可能だとして全収益返還義務を認めた例もあるが、脚本を無断で映画に使われた者に、概算を使用して映画の興行収入の5分の1のみの回復を認めた *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 309 U. S. 390(1939)以降、現在の著作権法や特許法もこの旨の条項を置く、と。

(2) 混和資金からの引き出しをめぐる2つの「推定」⁽¹⁸⁾

たとえば、Xの2,000ドルの金銭がYに横領されて、残高が1,000ドルあるYの銀行口座に預金されたとする。Xが、銀行預金債権あるいは預金の全額を使用して購入された

物に対して、3分の2の割合的な権利か、2,000ドルの返還債権を担保するリーエンを取
得できることは(1)で見たとおりである。しかし、混和財産やその代償財産の一部だけが
使用された場合には、追及はあっそう困難となる。上の例で、口座から引き出された1,
000ドルを使って株が購入された場合、返還権利者は、2,000ドルの銀行口座残高と1,000
ドル相当の株のいずれに、どの範囲で権利を主張できるか。誰の金銭が使用されたかを確
定することは不可能だから、厳密に考えると、原財産2,000ドルと口座残高ないし株の同
一性は否定されざるを得なくなるからである。ところが、判例は、一見矛盾する2つの
「推定」によって、返還権利者を保護している。

(i) 適法な固有財産使用の「推定」—混和資金の残額への追及の場合

これは、混和資金からの引き出しは、まずは返還義務者自身の金銭の適法な引き出しと
推定される、というものである。この「推定」は、イギリスの *Knatchbull v. Hallett* (In
re Hallett's Estate とも表記される)、13 Ch. Div. 696[1879]に由来し、靴の中で混和した
金銭を例にとって説明した裁判官の名にちなみジェッセルの靴のルールとも呼ばれ、アメ
リカ法でも定着している。上の例に当てはめれば、引き出された1,000ドルはY自身の預
金と推定されるから、Xは、残高2,000ドルの口座につき自己の権利を行使でき、さらに
それを使用して獲得された代償財産への追及（擬制信託による特定の原状回復かエクイテ
ィ上のリーエンによる）も可能となる。この「推定」は、とりわけ、先に引き出された金
銭が浪費や使途不明を理由に追及できない場合に、返還権利者の救済に役立つ。

このルールを返還権利者に不利に用いる少数判例もある。すなわち、返還義務者が自己
の固有財産部分を超えて混和財産を使用する場合には、処分行為の適法性は推定されず、
残存部分が返還権利者の財産であるとの推定もされないから、追及の要件が満たされな
い、とするのである（次述(ii)も参照）。しかし、このルールは返還権利者の救済を強化
するためのものであり、このような使用方法は妥当でない、と批判されている。

(ii) 信託財産使用の擬制—混和資金によって取得された代償財産への追及の場合

これは、混和資金からの引き出しによって代償財産が購入された場合、返還権利者は、
信託財産がそれに使用されたものとみなして、代償財産に追及することができるというも
のである。この擬制は、やはりイギリスの判例である *In re Oatway*, 2 Ch. Div. 356[1903]
に由来する。先の例では、Xは、購入された1,000ドルの株についても、奪われた金銭の
一部の変形物だとして、特定の原状回復を請求するか、その上にリーエンを主張すること

ができる。ここでジェッセルの鞆のルールを適用すれば、この株は Y 個人の財産だと「推定」されることになったはずであるが、判例はこれを採らず、これをも追及対象であると認めるのである。すなわち、この擬制は、とりわけ、混和資金の残額から後に引き出された金銭が追及できない場合に、返還権利者を救済するのに役立つ。

(iii) 両ルールへの批判—原状回復法リステートメントの立場

スコットと彼が編集責任者となった原状回復法リステートメントは、混和の場合の救済を、混和資金上の割合的持分権かりーエンに限定し、混和資金の一部を使用した代償財産全部の特定の原状回復を認めない。その理由はこうである。他人の金銭を横領したような故意の違法行為者について適法な引き出し行為を「推定」するのは経験則に反する擬制であり、善意の横領者についても両者の財産を均等に費消したと推定する方が自然である。この「推定」と同じ結論は、混和資金のうえに返還権利者がリーエンを取得するという構成でも可能である。リーエン構成では、リーエンは混和資金全体に及び、残高が奪われた金額を下回らない限り、引き出しによる影響を受けないのは当然だからである、という。

これに対し、パーマーは、こう反論している。ジェッセルの鞆のルールはたしかに擬制であるが、リーエン構成もまた望ましい結論を得るための擬制という性格を持つ。残った混和資金が奪われた金銭額以下であれば、全体の特定の原状回復を認めるのが、判例の大勢である。原状回復法リステートメントのように割合的な持分権しか認めない方法では、特定の原状回復もその割合に限定されてしまうが、これに従う判例はない。両ルールは矛盾するとの批判もあるが、前者は混和資金残額への追及を、後者は混和資金の一部を使用して獲得された代償財産への追及を認めるもので、機能する場面が異なる、と(19)。

(3) 中間最低残高ルールとその例外⁽²⁰⁾

混和資金からの引き出された金銭による用途が不明で追及できない場合、返還権利者は、ジェッセルの鞆のルールを使用して残存資金に対する優先権を主張することになるが、残存資金が追及不能の引き出しによっていったん被害金額を下回ればどうなるかが問題となる。判例の大勢は、返還権利者は、優先権を主張するために返還義務者の財産増加が現存していることを立証しなければならず、原則として、優先権は、混和と権利確定の間の中間最低残高に限定されるとする。財産増加が存続するとの推定は働かないのであ

る。先の例にそれと言え、使途不明の引き出しによって口座残高が1,500ドルに落ちれば、その後に Y がどこからか工面した金銭を口座に預託して残高が2,000ドル以上に回復しても、X の権利は1,500ドルに限定される。例外となるのは、混和資金が利益を生み出したか、返還義務者が欠損を補填する趣旨で自己の財産を預託した場合であるが、判例は、預託行為に欠損を填補する意思があるとの推定を行わず、明示又は黙示の補填意思を要するとしている。ただ、証券業者 stockbroker が顧客の株券を違法処分した場合は、連邦破産法（旧）60条にも取り入れられていた特別ルールとして、証券業者の所有する同種株式は、補填意思がなくても追及の対象となるとされていた。これは、立証困難による訴訟維持コストを軽減して顧客を救済する趣旨であるが、特定性要件を不要とするものと理解された。もっとも、その後、1970年に証券投資者保護法 Securities Investor Protection Act が制定され、証券投資者保護公社 Securities Investor Protection Corporation によって預金保険類似の保護が顧客に与えられるに至ったので、破産手続上の追及法理による優先権付与の必要性は低下し、1978年破産法は、証券業者の清算につき特別の規定を置くに至った（11 U. S. C. §§ 741-752）⁽²¹⁾。

（４） 複数の返還権利者の負担⁽²²⁾

複数の信託基金が混和された後に混和資金から使途不明の引き出しが行われ、返還権利者全員の権利を満足させる残高がない場合、どのように負担を分かつかが問題となる（なお、返還義務者の一般債権者がまったく弁済を受けられないのは当然の前提である）。引き出しの順序は預け入れの順序に対応するという Clayton's Case, 1 Mer. 572, 35 Eng. Rep. 781[1816]の「先入れ・先出し」の推定を使用して、先の信託者に損失を配分する少数判例もあるが、恣意的で不合理だと批判されている。損失は、フェアプレイや合理性に照らして、返還権利者が平等に負担するべきだとするのが多数判例である。

4 財産膨張理論をめぐる議論

(1) 財産膨張理論

以上に見てきたように、伝統的な追及の法理は、金銭その他の混和の事例で各種の推定や擬制を用いて要件を緩和し返還権利者の救済を図っているものの、原則として、原財産との同一性を確認できる特定の代償財産が返還義務者の下に存在していることを要件とし、特定性の立証を返還権利者に課している。

これに対して、恐慌と銀行破綻が頻発した19世紀末から1930年代にかけて（とりわけ大恐慌後の1930年代）、一般預金者など⁽²³⁾の救済を目的として一部の判例が財産膨張理論 swollen assets theory（財産増加理論 augmentation theory とも呼ばれる）を採用し、これを強力に支持する学説も登場した⁽²⁴⁾。財産膨張理論とは、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る。この理論にも細部には見解の相違があるが、共通する根拠は次のようなものである。すなわち、返還権利者の財産によって返還義務者の財産が膨張ないし増加した場合、返還権利者が返還義務者の一般債権者と並んで平等の弁済に甘んじなければならないとすれば、一般債権者は本来期待できない不当な利益を得ることになる、と。この理論の実際的な効用は、金銭が無担保債務の弁済に使用され⁽²⁵⁾、特定の代償財産が生じないときに特に顕著である。この場合にも、そのような弁済がなければ、返還義務者の固有財産がそのために使用されたはずであり、返還権利者の財産の使用によって返還義務者の財産は、そのような弁済がなかった場合より増えている、とされる。この理論は、一種の「出費の節約」論によって不当利得責任を構成するものとも理解しうる。

財産膨張理論の内部には、優先権の主張の要件をどう理解するかで3種のものがある⁽²⁶⁾。一つ目は、最も強力なもので、原財産が返還義務者に受領されたことだけを要件とし、原財産のその後の形態変化などは考慮する必要がないとする⁽²⁷⁾。二つ目は、原財産の受領に加えて、財産膨張状態が返還義務者の破産時にも続いていることの証明が要るが、特定財産への追及の証明までは不要とする⁽²⁸⁾。これらがいずれも実体法上の要件を

修正するものであるのに対して、従来の要件論を維持しながら、特定性のある財産が存在しないことの立証責任もしくは立証の必要を優先権を争う側に課することで、返還権利者救済を拡大しようとするものが第三の見解である⁽²⁹⁾。

財産膨張理論は、その後多数判例・学説に批判されて、今日ではほとんどこれを採用するものはないとされる。ただ、一定の場合に追及対象財産の特定性要件を廃して権利者に優先権を認める立法がかなりの州で行われ、統一商法典にも類似する規定が存在している⁽³⁰⁾。財産膨張理論の評価に際してもこの事実には留意する必要がある。

(2) 伝統的追及理論との対立点

伝統的追及理論⁽³¹⁾と財産膨張理論の対立点は多岐にわたる。私なりに主要なものを整理すると次のようになる。

(i) 誰と誰との利益対立か

財産膨張理論の支持者には、返還権利者の救済や詐欺的行為の防止を挙げる者がある⁽³²⁾。しかし、この場合の利害対立は、権利者と一般債権者の間にある。自己の違法行為によって利益を得てはならないとして、返還権利者と返還義務者の間で前者を厚く保護すべきであるとしても、一般債権者を犠牲にすべきでない⁽³³⁾。さらに、一般論としては、一般債権者は債務者の違法行為による利益を得ることで返還権利者を犠牲にすべきではない⁽³⁴⁾としても、少なくとも返還義務者が奪取した財産を浪費した場合には一般債権者は違法行為によって何らの利益をも得ておらず、この場合に追及を許せば、一般債権者が期待できる責任財産を奪うことになる⁽³⁵⁾。

(ii) 債務の弁済と財産増加の有無

返還義務者が奪取した財産を浪費していない場合には、抽象的には財産の増加があるように見える。しかし、返還義務者が奪取金銭で自己の債権者に対する債務を弁済した場合には、財産の増加の有無が争われる。たとえば、Gに2,000ドル、Yに3,000ドルの債務を負っているSには、1,000ドルの預金と1,000ドル相当の債券だけが責任財産として残っていたとする。Sが、Xから奪った1,000ドルの金銭を、引き出した預金1,000ドルと合わせてGに対する債務の弁済に充てたとしよう（以下ケース1と呼ぶ）。財産膨張理論は、Xの1,000ドルをGへの弁済に使用しなければ、Sは債券の売却代金を弁済に使用す

る必要があったのであり、Xの1,000ドルを使用した債務の弁済によって、債券の処分を免れ、1,000ドル分だけ財産が増加している。したがって、XはSの債券からYより優先して1,000ドルを回収できるべきである、とする。

通説は、弁済によってGに対する債務が消滅しても、SはXに対して1,000ドルの債務を負うことになるから、差し引きすると財産は増加していない、と批判する(36)。これに対して、もしSがXの財産を奪う違法な奪取行為をせず、自己の財産でGに対する債務を弁済していれば、Yはそもそもまったく弁済を得られなかったはずである。ところが、Xの優先権を否定すると、Yは、1,000ドルの債券をXと1:3で按分して750ドルの弁済を得られることになり、やはりXの犠牲で利得することになる、との反論がなされている(37)。

(iii) 一般債権者の利益

奪取した金銭による他の債務の弁済によって財産増加が増加しているか否か、という点に関する上記の対立は、一般債権者の利益をどう見ると密接に関連している。ケース1と類似の状況で、XがSから奪った1,000ドルを使用して株式を購入した。その後、Xが債券を売却し、売却代金と引き出した預金でGに対する債務を弁済した、としよう(以下ケース2と呼ぶ)。Xの金銭と同一性の認められる株式がSの下に特定財産の形で存在しているから、通説も、この場合、株式については、XがYに優先することを認める。Sが自己の固有財産によってGに対する債務を弁済したため、Yが期待できる弁済額が低減したことは考慮されない。奪取金銭で直接債務が弁済されたケース1とこのケース2で一般債権者の利益状況のどこが違うかが問題になる。

追及によって優先が認められる場合一般につき、一般債権者は「誠実な買主」ではなく破産者以上の権利を持たないと理由付けがなされることがあり(38)、これを財産膨張理論に援用する見解がある(39)。一般債権者の立場は顧慮に値しないという理由付けは、ケース1とケース2の区別を困難にし、財産膨張理論に有利に見える。ただ、一般的な「誠実な買主」論は、擬制信託による特定の原状回復とリーエンによる損失の価値的回復という救済の選択を問題にする文脈で語られている。この場合、一般債権者の利益を保護するため、損失以上の回復になる特定の原状回復を認めず、救済をリーエンに限定する見解が有力だが(前記2(3)参照)、この見解は上のような単純な理由付けを批判している(40)。

スコットは、一般債権者は違法行為によって獲得されたのではない財産(ケース1では残

った債券) に対して返還権利者と同等の強い利害関係を持つとして、返還権利者の優先を否定する(41)。タフトは、一般債権者は無資力状態の債務者の財産に対して信託的権利を有するから、偏頗弁済によって害されない利益を持つとし、日本法で詐害行為取消権に相当する立法例を指摘する。その限りで、タフトは、一般債権者に保護されるべき利益を認め債務者が無資力状態に陥る前に違法な奪取行為がなされ、その後に無資力となった場合にのみ、財産膨張理論が妥当すると主張する(42)。ローズは、ケース1相当の事例を挙げ、破産手続がなければYはGへの弁済を止めることはできず、弁済を受けられなかったはずである。Gへの弁済前にSが破産すれば、Xに優先権が認められて、Sの固有財産がGとYに平等に配当されるにすぎない、と論じ、財産膨張理論を一般的に支持している(43)。

(iv) 危険引受論

返還権利者が返還義務者の無資力危険を引き受けていないことが、一般債権者に対する優先の根拠の一つとして説かれる(前述2(3))。財産膨張理論の支持者は、これをケース1のような場合にも援用し、優先権を補強しようとしている(44)。しかし、そもそも、危険の引受がないことを優先権の根拠とする考え方に対し、原財産の権利者も鍵をかけるとか保険をかけるという自衛手段によって違法な財産侵害に対処する機会がないわけではない(45)。信託受託者や返還権利者に不注意や危険の引受が当てはまる場合であっても返還権利者の優先は認められており、これだけでは区別の基準とならない(46)。無資力危険を発生させる原因は不正行為であり、それについてはすべての当事者が危険を引き受けていると言える。とりわけ返還権利者の同意の下に返還義務者が財産を保持する場合には、危険引受理論は、一般債権者への損失の転嫁をほとんど正当化できない(47)、などの批判がある。

さらに、財産膨張理論との関係では、ケース1で優先権を認めれば、一般債権者は、自己の債務者が他人の財産を誤用する危険まで負わせられ不当であるとの指摘がある(48)。これと類似するが、スミスは、財産膨張理論が、個別財産上の権利を全財産に対するリーエンに転化させることを批判し、財産膨張理論では、無担保債権者を返還権利者に対する保証人的地位に置き、返還権利者は負担を負うことなく利益だけを享受することになってしまう、と批判している(49)。

(v) エクイティ全般

通説を代表する論者の一人であるスコットは、「平等こそ公平 equality is equity」という原則を出発点として強調し、この原則を否定して一定の者に優先権を認めるには、その者が特定財産の権原を保持していることが不可欠であると主張する(50)。対照的に、コヴィットやタフトは、返還義務者が返還権利者から奪った財産を一般財産から分別していたとすれば、従来の追及法理によって返還権利者の優先が認められていたはずであり、「エクイティはなされるべき結果をなされたものとみなす equity regards that as done which ought to be done」などの法格言が妥当するのであれば、優先権を認めてよいと主張する。タフトは、あわせて、エクイティが形式より実質を重視していることを強調している(51)。ローズは、エクイティが道徳・人道主義・合理的期待を法に反映することを重視しており、これが貸金債権を優先させる立法政策などに現れているとも指摘している(52)。

(vi) 追及権・優先の基礎としての権原

伝統的な見解は、信託には特定の対象が不可欠であることから、被害者にエクイティ上の権原が存在することが追及権やそれによる優先の根拠であるという権原理論に依拠している(53)。さらに、財産増加という観点は、伝統的判例も採用しているが、それは特定の財産増加を意味しており、財産膨張理論を採る少数判例の用語法は、これを離れて曖昧である(54)。特定の対象財産が存在しない場合には、返還義務者の別の財産は返還権利者のための擬制信託やリーエンに服するものではないから(55)、特定の原財産上の権原が、債務者の全財産上のリーエンに転化・拡張する理由がない(56)、という。

ただ、このような権原による追及権や優先の理由付けに対しては、通説的見解の内部にも反対があり、返還権利者の犠牲によって一般債権者が不当利得するのを避けるのに必要な範囲でのみ追及権や優先を認めれば足りるとする理解を主張する者が有力である(前記2(2)(3)参照)。このような不当利得理論を主張する見解は、破産時の財産増加を要件とする財産膨張理論に概して好意的である(57)。

(vii) 権原理論のもたらす結論の恣意性

財産膨張理論の支持者は、次のように、伝統的権原理論がもたらす結論が不公平で恣意的であると批判している。たとえば、伝統的理論では、いったん奪取金銭を自己の固有財産と混和した後に、混和資金から弁済に充てれば、ジェッセルの鞆のルールによって残存資金上の優先権が被害者に認められる。優先権は中間最低残高による制約以外の影響を受けない。これに対して、債務者が違法に奪取した金銭を直ちに他の債権者の債務の弁済に

充てれば被害者の優先権は認められない。混和が先か弁済が先かという偶然の事情による取扱いの不均衡は恣意的である(58)。また、伝統的理論では、銀行口座間の振替の依頼を受けた銀行が、依頼人口座からの引き落とし後、受取人口座への入金記帳前に破綻した場合には、帳簿上の操作だけがあって銀行の財産は増加していないとして、依頼人の優先権は否定される。しかし、依頼人がいったん自己の口座から払戻しを受け、その金銭を再び銀行に引き渡して受取人口座への払込を依頼したが、受領銀行が処理の実行前に破綻した場合には、右の金銭等が特定性を維持している限り、金銭等の受領による銀行財産の増加が肯定されて優先権が肯定される。この場合と口座振替処理は時間と手間が違うだけで同じ経済的意義を有するのに、結論の差異は恣意的で無意味である(59)、と。

ロジャーズは次のような例を引き合いに出して、不公平な状況が有体的な危険を物的な同一性と結びつける所有システム自体に内在するものであると指摘する。すなわち、トムがオズワルドとメアリの自動車を盗み、オズワルドの自動車をボートと交換し、メアリの自動車を売却して売得金を生活費に充てた。メアリの自動車を盗まなければ、オズワルドの自動車が売却されて売得金が生活費に充てられていたと考えられる場合、二つの盗難はボートの取得について等価的な原因であり、オズワルドだけが追及権によって優先するとの結論は一見不当に思える。しかし、オズワルドの自動車がボートと交換されずにトムの手元にある場合には、オズワルドの返還請求を否定する者はいない。この場合も、追及の場合も、優先の根拠は、オズワルドの所有物ないしそれと同じものと評価される財産がそこにあるということなのである、と(60)。

(viii) 他の法理との接合や整合性

財産膨張理論の支持者は、通説も、混和財産や現金類の扱いにおいて各種の不自然な擬制的操作を用いてまで優先権を認めているとか、損失を超える混和財産全部の返還を認める判例は厳格な追及理論を放棄し、財産膨張理論の基礎にある原理を一部採用していると主張する(61)。また、証券業者が顧客の株券を違法処分した場合(前掲3(3)末尾)には、判例・通説も、特定性要件を不要とし補填意思不推定の原則をも問題にせず顧客の優先権を認めているが、これは財産膨張理論の変種を容認しているのであり、理論的に一貫しない、と批判する(62)。

これに対して、通説と財産膨張理論の主たる相違が混和資産を構成する概念の違いだとしても(63)、混和資産や現金類の曖昧な拡張は論理的な歯止めがなく(64)、財産全部を不

可分の混和資産とみなすのは事実を反する擬制にすぎ(65)、などの批判が展開されている。

(ix) 財産膨張理論の有用性への批判

財産膨張理論の有用性にも、いくつかの批判がある。まず、違法行為がなければ返還義務者は固有財産を弁済に使用していたという証明はきわめて困難であり(66)、返還義務者の主観的な意図や選好によって因果関係が左右されてしまう(67)。また、違法行為がなければ返還義務者の固有財産の浪費もなかったという事例では、財産が存在していても返還義務者の財産の増加はなく、優先権を否定することになってしまい不当だ、とも言われる(68)。さらに、より重要な批判として、優先権争いの膨大なコストが一般債権者の損失となることが挙げられる(69)。

(3) 若干の考察

(i) 問題の焦点は、返還義務者の一般債権者と返還権利者の利益対立をどう調和させるかである。まず、奪われた財産が現存しない場合に返還権利者に優先権を与えることは一般債権者の利益を害する。返還権利者に本来帰属すべき物やその価値が偶々返還義務者の下にあり、優先的な返還請求を認めても返還義務者の本来あるべき責任財産状態に復帰するだけだ、というのが、優先権を根拠付ける最大の理由である。権利を侵害された不法行為被害者が、そのことだけで優先権を認められるわけでないのも、この点を理由とする。返還義務者が受領財産を浪費することで固有財産の出費が節約された場合、返還権利者と返還義務者の間で不当利得返還請求権ないし不法行為による損害賠償請求権が成立することはあっても、一般債権者との関係で優先権を認めれば、問題の財産価値が消滅する危険を一般債権者に転嫁することになる。一方、一般債権者には、詐害行為取消権や破産の場合の否認権によって確保される責任財産から、平等の弁済を期待できる利益が法的に保障されており、保護に値する利益が全くないとはいえない。このように考えれば、返還義務者の違法な財産取得のみを要件に優先権を与える強い財産膨張理論が支持されえないのは理解できる。日本法に引き直してみると、他人の財貨からの利得返還請求権につき、返還債務者に確定額の金銭債務が発生し、この債権額について優先権を認める川村提案は、同様に疑問である。

(ii) しかし、奪取金銭によって債務が弁済された場合には、財産膨張理論の方に説得力がある。債務の弁済は浪費とは異なり、返還義務者の財産が増加している。ケース1では、むしろ奪取金銭によるGへの偏頗弁済こそが前提問題とされなければならない。それが詐害行為取消権や否認権によって効力を否定されない限り、他の未払債権者Yは、期待できる弁済額がゼロに低減することを甘受せざるをえず、Yが750ドルの弁済を受けられるとすれば、まさしくXの犠牲によってSの財産を増加させているからである。

(iii) 危険の引受論についての通説側の反論は、必ずしも的を射ていない。引受が問題となっているのは、返還義務者の無資力の危険あって、代償財産を含む目的物ないしその価値の滅失の危険ではない。なるほど、義務違反による損失の危険は、浪費による目的物ないしその価値の消滅そのものについては妥当するかもしれない。しかし、奪取された財産が債務の弁済に充てられるなどして特定性を喪失しても、現に財産増加が存在する限度では、返還権利者にはそもそも負担すべき損失がない。この場合に追及による優先権を否定することは、無資力危険を引き受けていない返還権利者に危険を配分し、その犠牲の下に一般債権者に反射的利益を与えることに他ならない。たしかに、返還義務者の財産の中間最低残高が返還権利者の原財産価額を下回る場合や、同等な地位にある複数の返還権利者の権利を満足するに足りない場合には、満額の返還請求は認められず、その限りで返還権利者も無資力危険を負わされることになる。前者の場合には優先権は中間最低残高に限定され、後者の場合には返還権利者間で平等に負担を負うことになる（この意味で、返還権利者は負担を負うことなく利益のみを享受するというスミスの批判も妥当しない）。しかし、これらはいずれも財産増加が現存しなくなった限度で優先権の根拠が失われたことによる。

(iv) エクイティ全般の議論に深く立ち入る能力は私にはないので、その他の問題と合わせて、1・2コメントするにとどめたい。スコットの議論は、前提として返還権利者と一般債権者が平等な立場にあると見られるか否かに還元される。思うに、両者は、それぞれに由来する価値が現存するか否か、及び、返還義務者の財産の増加が無資力危険の引受によって媒介されているか否かの点で、決定的に異なり、この違いは、財産増加が原財産と同一性を確認できる特定の形で存在するか否かとは関係がない。

目的物が特定性を失った場合、返還義務者の他の財産を含む全財産上にリーエンが成立するとするのは理由がない、との批判があるが、これも決定的ではない。たしかに特定財産の信託から出発した追及の法理は、特定財産のエクイティ上の権原が受益者にあることを中核に置いていたのであるが、混和資金の扱いや「現金類」概念の使用によって特定性要件が判例の中で著しく緩和され、救済の法理として独自の領域を築きつつある。その帰結は不当利得理論の論者が指摘するように、権原理論では正当化できない。別の例を挙げてみよう。判例・通説によると、混和資金全体に成立する返還権利者のリーエンは、混和資金が最低中間残高を割り込まなければ、その一部の引出・浪費がなされても影響を受けない。しかし、権原理論を貫徹すれば、混和資金上のリーエンもそこからの引出・浪費によって割合的に減じられなければならないはずである⁽⁷⁰⁾。判例・通説を正当化するには、あるいは、担保物権の不可分性のような議論が可能かもしれない。しかし、そうだとすると、ここでは明らかに原財産の滅失の危険が混和資金全体に拡散し、結果的に返還義務者・一般債権者側に転嫁されており、権原を有する者が危険を負担するという論理は捨てられているのである。

問題を所有システムに内在するものと捉えるロジャーズの指摘は、なるほど複数の被害者間の「不公平」な取扱いに対する一定の正当化根拠となりえても、返還権利者と一般債権者との関係では妥当しない。ロジャーズ自身も認めるとおり、「所有物ないしそれと同じものと評価される財産がそこにある」ことが優先権の根拠であれば、問題は、特定性を欠く価値が「そこにある」場合を特定財産が存在する場合と同じように評価できるか否かであり、利益衡量上はそのように評価しうるのである。

(v) 財産膨張理論によれば「違法行為がなければ返還義務者が固有財産を弁済に使用していたという証明」が必要だとか、「返還義務者の主観的な意図や選好」が反証となるとの批判も疑問である。返還義務者による返還権利者の財産の受領と、それ以後訴訟時点まで返還義務者の財産が返還権利者の返還請求金額を下回らなければ、返還権利者に由来する価値の現存が推定されて良いように思われる。混和資金に関する判例は、右のような仮定的な証明や反証を問題にしていないから、財産膨張理論の場合にだけ特に証明を必要としたり反証を許す理由がないからである。また、返還権利者の原財産を奪取したこと自体が返還義務者の他の固有財産の浪費の原因となるという事例は想像しがたい。仮にそのよ

うな関係が存在しても、かような価値の喪失を返還権利者に転嫁する理由はなく、財産増加を肯定して優先権を認めうる。財産増加の判定は、没価値的な因果関係処理ないし算術計算ではなく、法的評価の問題である。

(vi) 優先権を争う訴訟上のコストがきわめて大きいのは、たしかに問題であり、追及権による優先をより広く認める財産膨張理論によれば、訴訟が増えて配当原資を減少させるかもしれない。しかし、財産膨張理論による結論が仮により正義に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。銀行預金保険や証券投資者保護制度のような立法的解決が望ましい方向であろうが、そうした立法的解決は、財産膨張理論の考え方の背後にある利益衡量にかなり依拠している。

5 まとめに代えて

(1) 日本法とは異質な法システムであるアメリカ法においても、問題の実質的な焦点は、返還義務者の一般債権者と返還権利者との利益対立をどう解決するかという点にある。財産膨張理論をめぐって展開されたこの点に関する議論の多くは、日本法とアメリカ法の法形式の違いを超えた共通のものとして、日本法の議論の中でも参考にすることができる。

これに対して、コモン・ローとエクイティの二元構造に由来する問題は、たしかに、直接的に参考にすることができない。しかし、アメリカ法の議論は、法形式と法実質の緊張関係とその超克の一つのありようとして大いに参考になると思われる。アメリカ法では、法形式を重んじるコモン・ロー上の救済の不足をエクイティによって修正する形で法形成が行われてきた。信託の発展はその例である。次いで、追及の法理など信託に関するエクイティの救済が次第にルール化・理論化され、それが擬制信託の発展によって狭義の信託以外に拡張され、さらに救済としての独自化の方向を進んでいる。そこでは再び、特定財産に結びついた・それ自体一つの法形式である信託法理に対して、関係当事者の利益衡量に基づいた法実質による挑戦と修正が試みられている。少なくともこの文脈では、法実質が法形式に依拠しつつこれを修正し、新たな法形式を創造する動きが見て取れる。

最近、道垣内は、主としてイギリス信託法の研究に基づき、日本の私法体系の中で孤立した制度として信託を捉えるのではなく、物権的救済法としての信託の性質に着目して、他の私法上の救済制度との均衡を考察し、そうした視点で信託を私法体系に整合的に位置づけるべきことを主張している⁽⁷¹⁾。道垣内の問題の捉え方は、法実質に重点を置く試みであり、私がアメリカ法の議論から参酌されるべきだと感じるのと同じものを体現している一例だと思われる。

(2) 財産膨張理論は、私の理解では、伝統的な追及理論からとうてい容認されえない異端ではなく、むしろ、伝統的追及理論の基礎にある実質重視の考え方をある意味で忠実に徹底する延長線上に位置する。法形式としての信託の鍵は目的財産の特定性にあり、財産膨張理論とこれを批判する判例・通説との分岐は、まさしくこうした伝統的な法形式の論

理に対する忠実度の差にあるように思われる。ただ、判例・通説も、とりわけ金銭について、物的な同一性を問題としておらず、アメリカ法を参照して物権的価値返還請求権説を唱える四宮が解釈論として提示する特定性よりも、はるかに緩やかに特定性を認めている。「混和財産」「現金類」の範囲の取り方次第では、財産膨張理論と紙一重といっても良い場合がある。ここでは、少なくとも、大陸法的な意味での「物権」形式による制約は取り払われている。たしかに、アメリカ法では財産権概念は有体物に限定されないから、日本法で問題となる物権と債権の境界線が、別の境界線にシフトしているだけだ、という見方も可能ではある。しかし、実質的な利益状況の共通性を考えれば、アメリカ法におけるこれらの議論は、物権的形式によらなければ対第三者効を持つ救済は与えられない、という思考様式を相対化する手がかりとなりうると思われる。

(3) 本稿は、違法な行為によって財産が奪われた場合を念頭に置いて議論を展開したが、返還義務者が錯誤弁済の受領者である場合に同様のことが言えるか否かは大きな問題である。錯誤弁済による場合には、そもそも擬制信託関係が成立するか否かが争われているし、財産膨張理論に限ってもその射程については見解が乏しく、しかも一致を見ない。本稿では、危険の引受の有無をめぐる議論でこれを検討してはいるが、ごく簡単に触れたにとどまる。追及理論の射程の問題の一環として、さらに立ち入った分析が次の課題となる。

〔注〕

- (1) 以上につき、詳しくは、松岡久和「債権的価値帰属権についての予備的考察——金銭を騙取された者の保護を中心に——」(1986年) 龍谷大学社会科学研究年報16号68頁以下、同「『価値追跡』説の展開と限界——物権から債権への『格下げ』問題の克服の試み——」(1989年) 龍谷大学法学部創設二十周年記念論文集『法と民主主義の現代的課題』322頁以下、同「ペールの『価値追跡』について」(1989年) 龍谷法学22巻2号1頁以下、同「受取人を誤記した誤振込による預金債権の成否」(1997年) 平成8年度重要判例解説73頁以下。
- (2) 最判昭和49年9月26日民集28巻6号1243頁。これを先導し通説を形成したものとして我妻栄『債権各論下巻一(民法講義V₄)』(1972年) 978頁以下。一方、物権的価値返還請求権説は四宮和夫「物権的価値返還請求権について——金銭の物権法な一側面——」(1975年) 我妻追悼『私法学の新たな展開』185頁以下が提唱する。これらについて詳しくは、松岡(前掲注1)「債権的価値帰属権についての予備的考察」78~88頁、同(前掲注1)「『価値追跡』説の展開と限界」339頁(ドイツにおける物権的価値返還請求権説への批判)を参照。
- (3) 最判平成8年4月26日民集50巻5号1267頁をめぐる学説の対立につき、松岡(前掲注1)「受取人を誤記した誤振込による預金債権の成否」を参照。
- (4) 川村泰啓「『所有』関係の場で機能する不当利得制度(13)」(1971年) 判評144号3頁以下、四宮和夫「事務管理・不当利得・不法行為(上)」(1981年) 187~188頁。引用箇所は四宮・同書188頁。道垣内私人『信託法理と私法体系』(1996年) 210頁以下も「物権的救済」という表現によって特定性原則を維持することを示唆している。
- (5) Walter Wilburg, Gläubigerordnung und Wertverfolgung, JBl. 1949, S. 29 ff; Volker Behr, Wertverfolgung, Rechtsvergleichende Überlegungen zur Abgrenzung kollidierender Gläubigerinteressen(1986) S.1 ff. 両者の対比として、松岡(前掲注1)「『価値追跡』説の展開と限界」特に特定性については343~344頁、後者の詳しい紹介として、松岡(前掲注1)「ペールの『価値追跡』について」、特に特定性については56~57頁を参照。
- (6) 最近のものとして、道垣内(前掲注4) 59~102頁が詳しい。植田淳「英米法における信認関係の法理」(1997年) 224~228頁もこれに触れている。アメリカ法がイギリス法から分岐したことから、両者は基本的には共通している。ただ、その後の発展の中で、擬制信託の成立に信認関係を要するか(アメリカ法は不要説、イギリス法は必要説)、擬制信託を不当利得という統一的な観念と関係付けるか否か(アメリカ法では肯定的な論者が多いが、イギリス法では一般化していない)など、両者には相違点も生じている。本稿の扱う財産膨張理論も、主としてアメリカ法の議論と言ってよい。なお、本稿の初稿脱稿後、Lionel D. Smith, The Law of Tracing(1997)を入手した。同書は、イギリス法を中心とするが、比較法的な手法をも取り入れ、追及の法理の諸問題を包括的に扱う400頁近い単行書である。本稿は、同書がアメリカ法の議論に触れている部分に限って取り入れることができた。それ以外の点については、追及の法理を全般的に紹介・検討する機会に譲る。
- (7) 以下この項につき、全体の優れた概観として、Dan B. Dobbs, Law of Remedies 2nd ed.(1993) § 4.2, 4.3(1)-(4) at pp. 383-408. 詳しくは、American Law Institute, Restatement of the Law of

Restitution, Quasi-Contracts and Constructive Trusts(1937) §§ 1, 3, 160-179, Introductory Note to Chapter 13 at pp. 12-15, 17, 640-723, 816-817—以下では単に Restatement of Restitution と略記する；George E. Palmer, *The Law of Restitution* vol. 1(1978) §§ 1.4-1.5(a) (b), 2.1, 2.2, 2.14, 2.19 at pp. 16-24, 50-59, 175-186, 218-221；George T. Bogert, *Trust* 6th ed.(1987) §§ 77, 79-81, 158, 161, 164-165 at pp. 286-289, 291-295, 567-568, 577-579, 594-608；Austin Wakeman Scott and William Franklin Fratcher, *The Law of Trusts* 4th ed.(1989) vol. 5 §§ 461-464, 507-510, 513 at pp. 300-334, 554-590, 592-599—第4版の改訂を行ったフラッチャーは擬制信託に関してはスコットの見解を踏襲している。また、フラッチャーの死後刊行された Austin Wakeman Scott, William Franklin Fratcher and Mark L. Ascher, *The Law of Trusts* 1996 Supplement 4th ed.(1996)も、判例・学説の補充にとどまっている。そこで、本文中でも同書の記述はスコットの見解として紹介し、文献引用も 5 Scott on Trusts §***のように略記し、補訂版の頁は指示しない。なお、原状回復法ないし不当利得法が、アメリカでも一つの独立した分野だと十分認識されているわけではなく、判例から出発する通常の研究が困難なことにつき、Dobbs, *supra* at pp.377-378 note4を参照。本稿は、概観と理論的整理を主眼とするので、個々の判例ではなく、この注に掲げた5書や関連論文を指示するにとどめる。

- (8) 英米法は、コモン・ローとエクイティの二元的な裁判制度に即して発達した。いささか乱暴な言い方だが、形式を重視して法的安定性を尊重するコモン・ローと実質を重視して公平・正義を尊重するエクイティが緊張関係を保ちつつ発展してきたのである。両者は訴訟手続の改革による一元化によって基本的には融合したが、それぞれの発想や用語法は残っている。最近の教科書では、Robert N. Leavell, Jean C. Love, Grant S. Nelson and Candace S. Kovacic-Fleicher, *Equitable Remedies, Restitution and Damages, Cases and Materials* 5th ed.(1994) pp.2-13のまとめが要領良い。なお、かつては、エクイティ上の救済はコモン・ロー上の救済が不十分であることを要件とするとの判例が大勢を占めた。日本法における不当利得の補充性論を想起させる。しかし、現在では、双方の救済に必ずしも論理的序列があるわけではないとされている。1 Palmer, *supra* note7, § 1.6 at pp. 33-40.
- (9) コモン・ロー上の救済が保安官などによる直接的な差押えができる点で対物的手続であるのに対し、エクイティ上の救済は、違反者に対する法廷侮辱罪によって間接的に義務を強制する対人的手続であると言われる。Dobbs, *supra* note 7, § 4.1(3) at pp. 378-379. 効果としては逆に、コモン・ロー上の救済が、相対的・対人的・債権的效果にとどまることが多いのに対し、エクイティ上の救済は、絶対的・対物的・物権的效果が与えられる。日本で普通に見られる用語法は後者で、前者の手続の性格と逆になって紛らわしい。そこで、本稿では、対第三者効の有無と表現することにする。
- (10) 両者の適用される局面が異なることは一般的には意識されているが、まとめて tracing と呼ばれることも多く、両者を区別する用語法は確立していない。Smith, *supra* note 6, 6-10は、目的財産の形態が変化する場合を tracing、請求の相手が増える場合を following と呼び混乱を避けるべきだとする。
- (11) この項は、Restatement of Restitution, *supra* note(7), §§ 202, 203, 205 at pp.816-831, 836-837；

- 5 Scott on Trusts, supra note 7, §§ 507-508, 2,509, 511 at pp.554-569, 584-587, 590; 1 Palmer, supra note 7, §§ 2.12, 2.14, 2.20 at pp.163-166, 175-186, 221-225; Bogert, supra note 7, § 162 at p.582(緩やかな同一性認定をした判例の例示はこれによる); Dobbs, supra note 7, §§ 4.1(4), 4.3(2), 4.3(3), 4.5(3) at pp.379-380, 396, 402-404, 439-441のほか、Henry Monaghan, Constructive Trust and Equitable Lien: Status of the Conscious and the Innocent Wrongdoer in Equity (1960), 38 Detroit Law Journal 10-33による。
- (12) 5 Scott on Trusts, supra note 7, § 508 at pp.555-557; Restatement of Restitution, supra note 7, § 202 Comment c-e at pp.820-822. スコットは原状回復法リステートメントの報告担当者の一人である。Samuel Williston, The Right to Follow Trust Property When Confused with Other Property, 2 Harvard Law Review (1888) 28-39は、追及理論の創世紀の論文で、権原を追及の根拠として強調する。
- (13) 1 Palmer, supra note 7, § 2.14 at pp.183-186. なお、原財産だけが、生命保険料の支払や差押禁止財産の取得に用いられた場合、遺族の生活保障や家産保護などの法目的との関係で、代償財産全部の原状回復を認めてよいか否かが議論されている。ここでも権原理論による伝統的見解(スコットやボガート)は特定の原状回復を支持し、不当利得理論によってこれを修正する説(パーマーやドブス)はリーエンに限定する。1 Palmer, supra note 7, § 2.15に詳しい。なお、フラッチャーは、スコットの見解を踏襲してパーマーを批判し、パーマーの挙げる事例は財産の混和事例であり、違法行為者の労力・才能による利益だとの証明はない。横領金銭による株式投資が成功した場合、受益者に全収益の返還請求権を認めるべきで、違法行為者の債務の弁済にその利益が使われるべきでない、と主張する。5 Scott on Trusts, supra note 7, § 508 at p.557 note 3.
- (14) Dale A. Oesterle, Deficiencies of the Restitutionary Right to Trace Misappropriated Property in Equity and in UCC § 9-306 (1983), 68 Cornell Law Review 172-220は、財産膨張理論そのものではなく統一商法典の処理を是認するものだが、財産膨張理論に好意的である。同論文は、追及の法理は、被告の利得の範囲を適切に評価できず、事実と反する擬制を用い、偶然の事情によって権利者間に不当な区別を設け、さらに利害関係者に副作用をもたらすゆえに、このままの形で適用されるべき領域は狭い、と批判する。一方で、追及法理の弾力的な可能性は統一商法典第9編にも引き継がれており、過小評価すべきではなく、これを手がかりに不当利得一般や他の原状回復の救済の有効性をも再検討すべきである、と主張する。これに対して、同じく権利者間の不平等な取扱いを問題にしても(たとえば、違法行為抑止論への批判では共通)、Emily L. Sherwin, Constructive Trust in Bankruptcy (1989), 2 Illinois Law Review 297-365やSteven Walt and Emily L. Sherwin, Contribution Arguments in Commercial Law (1993), 42 Emory Law Journal 897-966は、伝統的追及理論を詳しく検証し、追及権者の優先には十分な根拠がないとして、これを極力抑制するという逆方向を志向する。
- (15) この頃は、Restatement of Restitution, supra note 7, §§ 209-210, 214 at pp.844-850, 864-866; 5 Scott on Trusts, supra note 7, §§ 515-516, 2, 520 at pp.605-618, 646-651; 1 Palmer, supra note 7, §§ 2.13, 2.16 at pp.166-175, 193-194; Dobbs, supra note 7, §§ 4.1(4), 6.1(3), 6.1(4) at pp.382, 599-602,

607のほか、Williston, *supra* note 12; James Barr Ames, *Following Misappropriated Property into its Product*(1906), 19 *Harvard Law Review* 511-522; Austin Wakeman Scott, *The Right to Follow Money Wrongfully Mingled With Other Money*(1913), 27 *Harvard Law Review* 125-138; Sylvan H. Hirsch, *Tracing Trust Funds — Modern Doctrines*(1936), 11 *Temple Law Quarterly* 11-27; Notes, *Priority in the Assets of a Bankrupt Fiduciary or Converter*(1937), 51 *Harvard Law Review* 143-148による。

- (16) たとえば *Erie Trust Company's Case*(No.1), 326 Pa. 198, 191 A. 613(1937)は、財産膨張理論を否定しつつ、比較的広く「現金類」を認める。
- (17) Wayne L. Townsend, *Constructive Trust and Bank Collections*(1930), 39 *Yale Law Review* 980-1012, 1001; 5A *Scott on Trusts*, *supra* note 7, §§ 541-543 at pp. 72-73, 75-76 note 3 & 4, 77-79.
- (18) この項は、*Restatement of Restitution*, *supra* note 7, §§ 210-211 at pp.845-855; 5 *Scott on Trusts*, *supra* note 7, §§ 517-518 at pp.618-641; 1 *Palmer*, *supra* note 7, §§ 2.16-2.17 at pp. 193-214; *Bogert*, *supra* note 7, § 162 at pp.585-589; *Dobbs*, *supra* note 7, § 6.1(4) at pp.601-605; *Ames*, *supra* note 15, 518-519 (スコットヤリステートメントの議論の先駆け) : *Scott*, *supra* note 15, 128-133; *Hirsch*, *supra* note 15, 15-20による。
- (19) 1 *Palmer*, *supra* note 7, §§ 2.16-2.17 at pp.202-214. 特に 210-212 頁は、口座からの引き出しと預け入れが連続的に生じる場合を具体的に例示して、リステートメントの結論の不当性を強調する。パーマーの指摘するように、圧倒的多数の判例は割合的原状回復に限定するリステートメントの立場を採用していない。銀行預金口座のように出し入れがきわめて頻繁な場合にはおよそ実践的ではあるまい。もっとも、James Steven Rogers, *Negotiability, Property and Identity*(1990), 12 *Cardozo Law Review* 471-508, 499-501のように、独自の見地から皮肉混じりにはあるが、口座中の盗難金銭がなお占める割合を決定するという点に関しては完全に正確な計算手順だとする評価もある。
- (20) この項は、*Restatement of Restitution*, *supra* note 7, §§ 212, 215(2) at pp.856-859, 866, 874-876; 5 *Scott on Trusts*, *supra* note 7, § 518.1, 521.6 at pp. 638-641, 671-675; 1 *Palmer*, *supra* note 7, § 2.16 at pp.199-201; *Bogert*, *supra* note 7, § 162 at pp. 585-586, 589-590; *Dobbs*, *supra* note 7, § 6.1(4) at pp.605-606による。Oesterle, *supra* note 14, 208のように、財産膨張理論に好意的な者は、中間最低残高ルールを、違法行為者に有利で根拠がないと批判する。逆に、*Dobbs*, *supra* note 7, § 6.1(4) at p.606は補填意思を基準に例外を認めることに批判的で、違法行為者の恣意的な選好を許す結果になるだけだし、無資力状態の場合には(偏頗弁済になるから)認めるべきでないとする。
- (21) 当時の議論として、Reuben Oppenheimer, *Rights and Obligations of Customers in Stockbrokerage Bankruptcy*(1924), 37 *Harvard Law Review* 860-887、証券投資家保護法や破産法の改正については、5 *Scott on Trusts*, *supra* note 7, §§ 520.1, 521.6 at pp.650-651, 674-675を参照。
- (22) この項は、*Restatement of Restitution*, *supra* note 7, § 213 at pp. 859-864; 5 *Scott on Trusts*, *supra* note 7, § 519 at pp.641-644; 1 *Palmer*, *supra* note 7, § 2.18 at pp.214-217; *Bogert*, *supra* note 7, § 162 at pp.587-588, 589-590; *Dobbs*, *supra* note 7, § 6.1(4) at pp.606-607による。

- (23) 預金は一般的には消費寄託であって、預金者は、エクイティ上の財産権を持たず、銀行に対する単なる債権者であり、追及による優先的な救済を受けられない。しかし、特定金銭や物を受託した銀行の信託義務違反が問題となる場合や、自行が絶望的な無資力状態 *hopelessly insolvent* に陥ったことを役員が知りながらその後に預金を受け入れた場合には、信託ないし擬制信託が成立し、追及権による優先的救済が与えられる。さらに、送金のための金銭の引渡や有価証券の取立依頼を行った後、関係銀行などが破綻した場合については、優先権を与えるべきか否か判例も分かれる。債務者と債権者が一対多の関係である銀行の破綻については、一対一の関係とは異なる複雑な問題が生じる。これにつき、特に、5 & 5A *Scott on Trusts*, *supra* note 7, §§ 523-551 at pp.677-692, 1-100 は緻密な分析を行っている。この他、追及法理と銀行取引を主題とするものに、Townsend, *supra* note 17; Wayne L. Townsend, *Tracing Technique in Bank Preference Cases* (1933), 7 *Cincinnati Law Review* 201-236; L. D. Covitt, *The Legal Effect of Insolvency on Bank Deposits* (1933), 81 *Pennsylvania Law Review* 390-407 がある。
- (24) 1920年代までの判例については、R. T. Kimbrough, *Annotation. Following or identifying trust funds in assets of insolvent bank* (1929), 82 *A. L. R.* 46-288, 52-84 が銀行破綻の事例を網羅的に収集している。Hirsch, *supra* note 15, 20-22 は1930年代前半には、財産膨張理論の判例の方が多数であるとの認識を示している。財産膨張理論を支持するものとして、Hirsch, *supra* note 15 のほか、Ames, *supra* note 15; Note, *Presumptions in Aid of the Cestui of a Money Trust After the Trustee's Insolvency* (1926), 26 *Columbia Law Review* 730-744; Varro H. Rhodes, Note, *Trusts — Tracing of Assets — Preference* (1932), 30 *Michigan Law Review* 441-451; Covitt, *supra* note 23; Kingsley A. Taft, *A Defense of a Limited Use of the Swollen Assets Theory Where Money Has Wrongfully Been Mingled with Other Money* (1939), 39 *Columbia Law Review* 172-190. See also Oesterle, *supra* note 14.
- (25) 違法に取得された金銭が担保付債務の弁済に使用された場合には、広く代位が認められるので、被害者は優先権を確保できる可能性が高いから、財産膨張理論による必要性は乏しい。
- (26) Smith, *supra* note 6, 310-311. 5 *Scott on Trusts*, *supra* note 7, § 521 at pp.653-654 は立証責任転換の場合を除いて前二者に分類している。
- (27) たとえば Rhodes, *supra* note 24, 451; Covitt, *supra* note 23, 406-407; Taft, *supra* note 24, 172-190, 177, 187 note 40 (ただしタフトは、違法な金銭奪取を行った当時返還義務者がすでに無資力状態であれば、奪取金銭による債務弁済では財産は増加していないとして、優先権を制限する)。
- (28) たとえば Ames, *supra* note 15, 521 (ただし特定の目的物なくして総財産の増加の証明はきわめて困難であるとする)。
- (29) たとえば、一般論としては一般財産への追及を認めている *Salzburger Bank v. Standard Oil Co.* (1931) 173 *Ga.* 722, 161 *S.E.* 584 では、金銭を混和した銀行が業務停止して破産したのがその翌日で、わずかの間に受領金が消失したとは考えられないこと、さらに、破産した銀行が信託された金銭と同額を他行小切手で振出しているとの事情があった。判決は、他行口座上の預金を受益者にエクイティ上譲渡したものとしていることから、実質的には証明責任の転換に拠っていると思われる。

る。see also Kimbrough, supra note 24, 77.

(30) 5A Scott on Trusts, supra note 7, § 552 at pp.100-104 に詳しい。取立のために証券を預託された銀行が取立後支払ないし送金前に破綻した場合について、銀行取立法 Bank Collection Code やそれを受ける UCC § 4-214 が紹介されている。他に、たとえば UCC § 9-306(4) (d) は無資力となる10日以内に受領された売得金は無担保債権者の利得となったと推定し、対抗力ある担保権者に、混和した現金や預金口座に対して優先権を主張することを認めつつ、その額を、手続開始前10日以内に債務者が受領した現金額を上限としている。この規定については、1 Palmer, supra note 7, § 2.16 note 10 at pp.197-198 ; Oesterle, supra note 14, 211-215 (好意的な評価) を参照。

なお、州法が優先権を認める場合に、連邦破産法との関係がどうなるかや、管財人の第三者性を認める連邦破産法544条のストロング・アーム・パワー Strong Arm Powers 条項が追及の法理を妨げるかなどについては、触れる余裕がない。とりあえず、Sherwin, supra note 14, 320-329, 361-364 を参照。

(31) Restatement of Restitution, supra note 7, § 215 at pp.866-874 ; 5 Scott on Trusts, supra note 7, §§ 521-521.5 at pp.658-671 ; 1 Palmer, supra note 7, § 2.14 at pp.183, 186 ; Bogert, supra note 7, § 162 at pp.583-585 ; Dobbs, supra note 7, § 6.1(4) at pp.600-601 ;ただし、伝統的な追及理論においても、本文2及び3で見たように、その論拠や細部の取扱いでは見解が対立する。

(32) Covitt, supra note 23, 406.

(33) Williston, supra note 12, 39 ; Ames supra note 15, 522 ; 1 Palmer, supra note 7, § 2.14 at p.183 (ただし損失を上回る収益剝奪との関係での議論) ; 5 Scott, on Trusts supra note 7, § 521 at p.657 ; Smith, supra note 6, 317(錯誤弁済によって一般債権者がしわ寄せを受ける理由はない)。

(34) Ames, supra note 15, 521 ; Covitt, supra note 23, 407.

(35) 5 Scott on Trusts, supra note 7, § 521 at p.653 ; Bogert, supra note 7, § 162 at p.584.

(36) Bogert, supra note 7, § 162 at p.583, 585 が設例を挙げ詳しく論じる。他に、1 Palmer, supra note 7, § 2.14 at pp.182 n. 35 ; 5 Scott on Trusts, supra note 7, § 521.2 at pp.663-664.

(37) Oesterle, supra note 14, 189-190 n. 33. 財産膨張理論に批判的なスミスもこの点では財産増加を肯定している。Smith, supra note 6, 316. なお本文の設例は筆者が作ったもので、これらの論者の説明は、もっと抽象的である。

(38) Scott, supra note 15, 126 ; Taft, supra note 24, 172 n. 1 ; Restatement of Restitution, supra note 7, § 202 Comment e at p. 822.

(39) Covitt, supra note 23, 407.

(40) 1 Palmer, supra note 7, § 2.14 at p. 184 n. 40 ;より一般的に不当利得の成否として問題にするのは Sherwin, supra note 14, 306 n. 41.

(41) 5A Scott on Trusts, supra note 7, § 540 at pp.71-72.

(42) Taft, supra note 24, 177-178.

(43) Rhodes, supra note 24, 450 n.31 (ただ、使用されている人物の記号 A・B・D・F を本稿のケースの1の G・Y・S・X に置き換えた)。

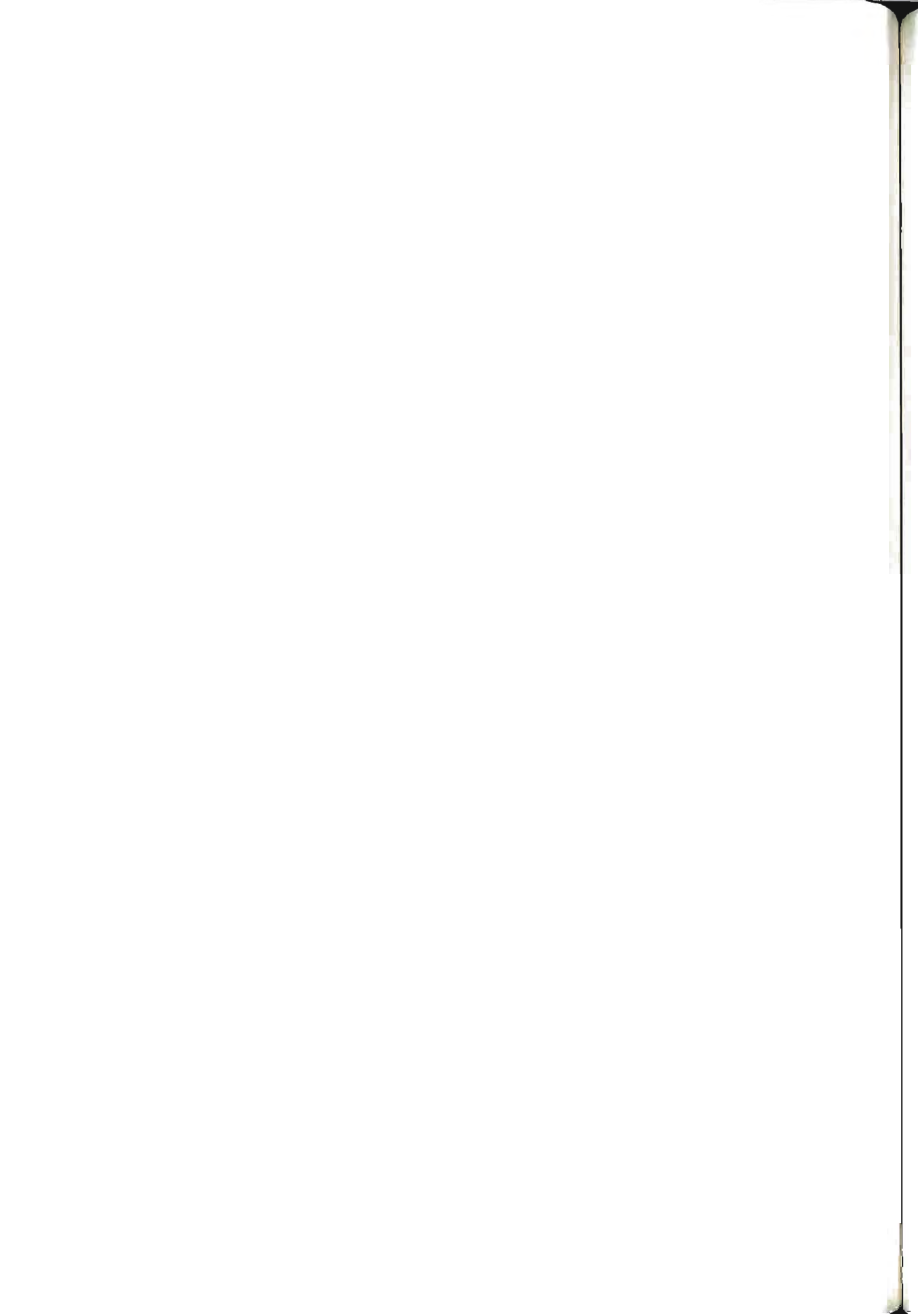
- (44) Rhodes, supra note 24, 451 ; Taft, supra note 24, 185.
- (45) Oesterle, supra note 14, 210.
- (46) Oesterle, supra note 14, 212 ; Rogers, supra note 19, 493 n.59. Sherwin, supra note 14, 337, 350-360 は、自発的意思によらない債権者と、契約上の意思による債権者の間の区切が流動的なものであると指摘する。
- (47) Smith, supra note 6, 313-314, 317. なお不法行為被害者にも危険引受の要素はないが、自己の権利がいかなる意味でも現存しない場合には、立法による解決は別として、優先権を認める余地がない。Smith, supra note 6, 309-310 がこの点を強調する。
- (48) Notes, supra note 15, 146.
- (49) Smith, supra note 6, 312, 315.
- (50) 5 & 5A Scott on Trusts, supra note 7, §§ 521, 538 at pp.657, 65.
- (51) Covitt, supra note 23, 407 ; Taft, supra note 24, 184, 189.
- (52) Rhodes, supra note 24, 445-447.
- (53) 注(50)のスコットのほか、Williston, supra note 12, 39 ; Townsend, supra note 17, 992, 1012 ; Townsend, supra note 23, 230-231 ; Dobbs, supra note 7, § 6.1(4) at p. 601.
- (54) Williston, supra note 12, 39 ; Kimbrough, supra note 24, 82. Smith, supra note 6, 318 は、特定の財産の存在が利得の現存を証明し、追及の根拠を示すとする。
- (55) Restatement of Resitution, supra note 7, § 215 Comment a at p.868.
- (56) Smith, supra note 6, 312-313.
- (57) Oesterle, supra note 14, 211 ; Sherwin, supra note 14, 334, 339, 364 (ただし別の観点で破産における追及理論そのものに批判的)。
- (58) Taft, supra note 24, 189.
- (59) Covitt, supra note 23, 406-407. Townsend, supra note 17, 1003-1004 は、口座振替型決済は引出・支払・再預金の省略であって、現金の預金と同じだと見てもかまわないとするが、特定性を要件とする通説によってこのような結論を導きうるかはきわめて疑問である。
- (60) Rogers, supra note 19, 487-491, 493-494 ; accord Walt and Sherwin, supra note 14, 926 n.83 ; Smith, supra note 6, 304. なお Smith, supra note 6, 311 はこのような「不平等原理」の存在自体を承認しつつ、財産膨張理論がその射程を理由なく拡大するものであるとして批判する。
- (61) Rhodes, supra note 24, 450 ; Taft, supra note 24, 174 n. 9, 175, 177 n. 13, 180, 182-184, 188. タフトは、適法行為推定(擬制)によっても一般債権者は同様に害されるのであり、財産膨張理論と差がないとし、むしろこれらの擬制が不要になる点が財産膨張理論の利点だとする。
- (62) Covitt, supra note 23, 398-406 (金銭ではより強く同一性や填補意思を問題にすべきでないとか、人的抗弁接続との関連で中間最低残高の制限自体が不当であるなども主張している)。株式仲買人に対する同種株式の追及権につき、Oesterle, supra note 14, 190 n.33 は、Restatement of Restitution, supra note 7, § 215(2) が財産膨張理論の変種に当たるこの場合の優先権を認めながら、その理由を挙げていないことを批判する。

- (63) Kimbrough, *supra* note 24, 81; Taft, *supra* note 24, 174 n. 9.
- (64) Townsend, *supra* note 17, 1001-1002; Townsend, *supra* note 23, 234-235. なお、Smith, *supra* note 6, 319 は、財産膨張理論によれば、弁済期徒過による利息未払いでさえ利得とされてしまうと批判するが、意思的な信用供与（無資力危険の引受）がないことを追及権や優先の根拠の一つと考える限り、誤解ないし杞憂であると思われる。
- (65) Smith, *supra* note 6, 311.
- (66) 5 Scott on Trusts, *supra* note 7, § 521 at p.654.
- (67) Sherwin, *supra* note 14, 333; Walt and Sherwin, *supra* note 14, 930; Smith, *supra* note 6, 316-318.
- (68) 5 Scott on Trusts, *supra* note 7, § 521 at p.654; Smith, *supra* note 6, 319.
- (69) 5A Scott, *supra* note 7, § 538 at pp.65-66. Sherwin, *supra* note 14, 333 n. 147, 365 も同旨であろう。スコットは、明確な限定による立法的解決がコスト最小化のために賢明だとし、連邦預金保険機構による預金者保護の解決により、銀行破綻の場合には、追及の問題の重要性が低下しているとする。
- (70) Rogers, *supra* note 19, 500 n.75 がこの旨を指摘している。
- (71) 道垣内・前掲注（4）書。

〔後記〕 本稿は林良平先生追悼論文集へ転載を予定している。

証券決済制度における法の形式と法の実質
——統一商法典第8編による扱いについて——

木 南 敦



1 はじめに

譲渡可能な債権、株式、信託受益権等の権利は、証券と呼ばれる紙片に表わされ、高度の流通性を帯び、その取引のため市場が存在する。アメリカ合衆国ではこの種の権利はセキユリティと呼ばれる。債券や株券等のセキユリティを表わす証券は流通証券と扱われ、セキユリティの譲渡には証券の交付が必要であり、証券に表わされた権利の善意取得制度が存在する⁽¹⁾。証券のあるセキユリティを売買すると、その当事者は売買契約締結後、締結した契約の内容を確認したうえ、証券を交付することが必要になる。セキユリティの取引で決済と呼ばれるのはこの証券の交付である。取引が活発に行なわれるほど、決済に伴う事務も増加する。決済事務の処理が遅れば取引に支障が生じる。決済事務の遅延は、投資家にも証券会社や銀行等の金融機関にも、決済事務は大きな負担となるばかりか、迅速な取引を阻害する要因になる。市場参加者は決済事務を軽減しそれに随伴する危険を回避する方法を考案し利用してきた。その一つが、交付する証券の数量と交付を受ける証券の数量を差引計算してから決済する方法である。

もう一つは、金融機関が顧客の保有するセキユリティの証券を保管する方法である。投資家が保有するセキユリティの証券を取引先の金融機関に預託すれば、金融機関と顧客である投資家の間で証券の現実の交付は不要になる。保管している証券の種類、数量と証券の交付は、金融機関が投資家のため証券を保管することを表わすため帳簿上の記帳として表現される。投資家がある証券を金融機関にある数量交付する場合、その数量分保管している証券の数量を減少させる記帳が行なわれ、金融機関が投資家にある証券をある数量交付する場合、その分保管している証券の数量を増加する記帳が行なわれる。市場に参加する金融機関は金融機関のため証券を保管する機関を設け、顧客の証券と自己の証券をこの保管機関に預託する。この際、金融機関は顧客全員から預かった証券をひとまとめにして預託する。保管機関は金融機関全部から預託される証券をひとまとめにして保管する。これで、金融機関の間で証券の現実の交付は不要になる。保管している証券の種類、数量と証券の交付は、保管機関が参加者のため証券を保管することを表わす帳簿上の記帳として表現される。証券毎に各金融機関が交付する数量または交付を受ける数量が決まれば、金融機関の勘定にその分減少させる記帳とその分増加させる記帳が行なわれる。このような

証券の保管にはセキュリティの市場の参加者からなる階層構造が見られる⁽²⁾。これにはセキュリティの取引に見られる投資家と金融機関の間の取引と金融機関相互間の取引という二通りの取引が反映する。この階層構造を上から順に見ると、第1層に保管機関、第2層にその参加者である金融機関、第3層にその金融機関に勘定を有する投資家または金融機関が現われる。第3層に金融機関が現われるとき、第4層にはこの金融機関に勘定を有する投資家が現われる⁽³⁾。

多数出回っている証券の一部がこのようにして保管機関に預託されることがある一方で、セキュリティを表わす証券がすべて当初から保管機関に預けられることもある。このようなセキュリティの取引では、取引の当事者が決済のため証券を現実に交付することはあり得ない。これは、セキュリティを表わす証券が一切発行されない場合も同様である⁽⁴⁾。いずれの場合でも、決済はもっぱら保管機関の勘定と金融機関の勘定における記帳によって行なわれる。投資家はセキュリティを保有するが、セキュリティを表わす証券を現実に所持することはない。投資家の保有するセキュリティの種類と数量は、金融機関が投資家のため保管する証券を表わすため開設する勘定の記帳に現われる。投資家は、セキュリティの発行者の帳簿上の記録によってセキュリティに権利を有する者であるとして特定されない。そのため、投資家は発行者と直接の関係を持たず、配当や分配等を発行者から直接受けることもない。発行者の帳簿上に権利を有する者として現われるのは、保管機関のノミニーに相当するストリートネームである。金融機関は、セキュリティから生じる支払と分配に関してセキュリティの発行者とセキュリティを媒介することになる⁽⁵⁾。このような保有形態はセキュリティの間接保有と呼ばれることがある。

以下間接保有という場合、保管機関がセキュリティを表わす証券をひとまとめにして保管し、金融機関も投資家も証券を占有しない状況を想定する。顧客は保有するセキュリティの証券を金融機関に預託し、金融機関は顧客全員の証券と自己の証券を保管機関または一層上に位置する金融機関に預託するとする。金融機関も保管機関も、顧客のため保管するセキュリティを表わすセキュリティ保有勘定を開設し、この勘定に記帳するとする。発行者の帳簿上権利を有する者として現われる者は、保管機関またはそのノミニーである。このように、間接保有されるセキュリティの取引の決済は、階層構造の中の位置する保管機関を含む金融機関が開設する勘定に記帳することによって行なわれる。

アメリカ合衆国において、統一商法典の中に間接保有されるセキュリティの決済を扱う

規定がある。統一商法典は、統一州法委員全国会議とアメリカン・ロー・インスティテュートが共同して、各州が同一の法律案を制定することによって州法の統一と改革を進めるため作成している法律案である。統一商法典第8編は1962年に改訂され、1994年に全面改訂を受けた(6)。1994年の第8編改訂は、間接保有されるセキュリティについて新しい規定の仕方を導入した。1997年1月現在、半数を超える州が1994年改訂第8編を法律として制定している(7)。

本稿は、1994年改訂第8編のセキュリティの間接保有に関する規定の内容を検討する。以下、2は、間接保有されるセキュリティの決済に関する1994年改訂前の第8編の規定を簡単に扱う。3は、1994年改訂第8編によるセキュリティの間接保有の取扱いを検討する。4は、1994年改訂第8編の構成の特色を述べてむすびとする。

2 1994年改訂前の第8編による扱い

1994年改訂前の第8編は、セキュリティの間接保有について規定するのに、流通証券の考え方に依拠して証券を物のように見て、証券からなる代替可能なものの集合(8)を想定し、その証券の集合に対して比例的に所有権が成立すると扱う物権法構成を使用する(9)。1977年改訂前の第8編によれば、証券の交付によってその時点で、取得者は、譲渡人がセキュリティに有した権利を取得する(10)。取得者には買主、質権者、受贈者などが含まれる(11)。証券の交付とは自発的な証券の占有の移転のことである(12)。交付を受けた取得者は証券を占有するから証券の所持人となる(13)。しかし、間接保有の場合、交付や所持人といっても、誰にも何も現実には交付されなかったのに交付があったといい、何も実際に所持していない者を所持人ということになる(14)。1977年の第8編改訂はこのような擬制を交えず、セキュリティの取得者への「譲渡」によってその時点で、取得者は、セキュリティの譲渡人がセキュリティに対して有した権利を取得すると規定する(15)。譲渡されるセキュリティに対する権利には質権とも呼ばれる担保権等のセキュリティに対する制限的権利が含まれるので、セキュリティに対する担保権は譲渡の方法によって設定される(16)。間接保有の場合には、金融機関(17)が、取得者に取得の確認を送付しかつ、記帳その他の方法によって、一階層上の金融機関の帳簿上の当該金融機関の勘定に表わされた証券の代替可能なものの集合を構成するかその一部である一定数量のセキュリティが取得者に帰属することを確認すると、取得者へのセキュリティの譲渡が生じるとされる(18)。このような取得者は善意取得者になり得ないとされる(19)。取得者は、その代替可能なものの集合に対して比例的に所有権を有することになる(20)。したがって、金融機関が同一種類の証券を複数の顧客のため保管し、そのような証券が同じ代替可能なものの集合の一部である場合、このような顧客はそれぞれ預託している証券の数量に比例してこの集合に対して所有権を有する。そのため、金融機関が倒産した場合、顧客は集団として証券の代替可能なものの集合に対して比例的に有する所有権の範囲で権利を確保することができる。代替可能なものの集合である証券の数が個々の顧客が比例的に有する所有権に応じた数量に満たない場合、不足は個々の顧客がそれぞれの所有権に比例して負担することになる(21)。第8編は保管機関に関して別の扱いを定める。保管機関は、第8編の用語では清算機関(22)

に当たる。証券が清算機関が開設した譲渡人（質権設定者）の勘定に表わされている場合に、証券の譲渡は、譲渡（質権設定）されるセキュリティの数量分だけ、譲渡人の勘定で減少させかつ譲受人の勘定で増加させる清算機関の帳簿上の適切な記帳の実行によって行なうことができる(23)。この場合には、取得者は善意取得者となり得るが(24)、取得者は証券の代替可能なものの集合に対して比例的に所有権を有することにならない(25)。

第8編の1977年改訂は、形式上、大幅な変更を加えたが、実質上、それまでのセキュリティの譲渡に関する法をほとんど変更していないと評される(26)。どのセキュリティも個別に特定可能な紙片に表わされ、その紙片はその所有者が占有していない場合でもだれかその所有者の直接または間接の代理人によって所持されているという擬制を放棄し始めたが始めただけに等しいというのである(27)。

第8編の採用する物権法構成は間接保有の現実には合わないことが指摘される(28)。第8編の規定を間接保有されるセキュリティに適用すること自体が困難な作業である(29)。ある代替可能なものの集合の中のセキュリティに対する権利が譲渡されたかを定めるのに第8編の規定を適用するには、当該代替可能なものの集合が存在してそれが何らかの形で特定されるだけでなく、それに対する以前の権利者の特定が必要である(30)。金融機関が、あるセキュリティをある数量購入し代金を支払った顧客Aのセキュリティ保有勘定に必要な記帳を終えた時点で、この金融機関が支配する当該セキュリティの代替可能なものの集合が全くなければ、顧客はこのセキュリティに対する権利を取得しないことになる。この金融機関が支配するセキュリティの代替可能なものの集合の数量は顧客Aの権利を満たすに足りていたが、その後この金融機関が同じセキュリティをある数量購入し代金を支払った顧客Bのセキュリティ保有勘定に必要な記帳を終えた時点ではこの代替可能なものの集合の数量は顧客A、B両方の権利を満たさないときには、顧客AとBは比例的に所有権を有するという事も可能であるが、顧客Bは第8編のもとではセキュリティに対する権利を譲渡されないということも可能である(31)。金融機関が支配する代替可能なものの集合であるかその一部であるセキュリティに対する権利を譲渡したまたはそれに対する担保権を設定する場合、その集合の数量が、このような取得者または担保権者のセキュリティに対する権利と、同じ集合に対して比例的に所有権を有する顧客のセキュリティに対する権利の両方を満たさない場合には、そもそも同一のセキュリティに対する権利を主張していることが確かめられた上で、権利の取得の前後関係と善意取得の有無によって、いずれが

優先するかという問題の答えに違いが生じる(32)。しかし現実には、代替可能なものの集合は活発な市場参加者でもある二以上の階層に位置する金融機関によって管理されるばかりか、一つの金融機関がある時点で複数の代替可能なものの集合を管理することもあり得る。さらに普通、決済は差引計算後行なわれる。そのため、記帳と会計によって、セキュリティを特定することが極めて困難である。そのうえ、金融機関と取引に入る者が、権利を有する対象である代替可能なものの集合の状態を確かめるにも、相容れない権利を主張する者の有無を確かめるにも、実効性のある手段は存在しない。しかし、第8編の物権法構成によれば、金融機関のセキュリティ保有の具体的状況によって、金融機関からセキュリティに対する権利を取得するという顧客その他の取得者が本当に権利を取得できるかが決まるため、同一の状況におかれた権利が非常に違った扱いを受けることがある。通常、先に権利を取得していた者がその後善意取得がなければ権利を有することは安心と確実さを提供するが、この物権法構成の特色はセキュリティの代替可能なものの集合が関する限りこれは空想であると評される(33)。

現実には、金融機関の勘定でセキュリティを保有する投資家は實際上、そのセキュリティの価値に相当する権利をその金融機関に対して有しかつ、金融機関がこのような権利と同種の他の権利すべてを満たすのに十分なセキュリティを保有するという合理的な期待を持つだけであると指摘される(34)。さらに、多数の階層の金融機関から構成される間接保有において、ある者の権利の状況を知っているのはその者の金融機関だけであり、各金融機関はその顧客とその顧客のポジションのみを知り、一階層上の金融機関の顧客は別の者にとり金融機関であるかも知れないが、この一階層上の金融機関には顧客である金融機関の顧客のことを知るべきがない。これも間接保有の現実である(35)。

3 1994年改訂第8編による間接保有の扱い

1994年の第8編の改訂は、セキュリティの間接保有の現実に適合した内容の規定を提供することを目標とする。1994年改訂第8編は、セキュリティを間接保有する者の権利を扱うためにセキュリティエンタイトルメント⁽³⁶⁾という用語を導入する。セキュリティエンタイトルメントは独特な権利である⁽³⁷⁾。それは、金融機関⁽³⁸⁾を通じてセキュリティを保有する者がその金融機関および、その金融機関が保有する財産に対して有する権利の束をいうために使用される⁽³⁹⁾。以下、間接保有を扱う1994年改訂第8編の内容を見ることにする。

(1) セキュリティエンタイトルメントという権利

(ア) セキュリティエンタイトルメント

セキュリティ保有勘定を通して金融資産を保有する者の権利がセキュリティエンタイトルメントである。ある者が金融機関を通してセキュリティを保有するとき、金融機関はその者のために勘定を開設する。セキュリティは1994年改訂第8編の定義によれば金融資産の一種である⁽⁴⁰⁾。金融機関が、ある者のため勘定を開設して、その者が金融資産を構成している権利を行使する権利があると扱うことを引き受ける合意に基づいて金融資産を貸方に記帳しまたはそうすることができる場合、その勘定がセキュリティ保有勘定である⁽⁴¹⁾。セキュリティ保有勘定があれば、1994年改訂第8編第5部が適用されることになる。セキュリティ保有勘定を有する者は、次のようにして金融機関に対してセキュリティエンタイトルメントを得る。

8-501条によれば、金融機関が、(a)ある金融資産がある者のセキュリティ保有勘定の貸方に記帳されたことを記帳によって示すか、(b)ある者からある金融資産を受取りまたはある者のためにある金融資産を取得しいずれの場合にもその者のセキュリティ保有勘定に貸方にするためその金融資産を受領するか、(c)その他の法、規則、ルールのもとである金融資産をある者のセキュリティ保有勘定の貸方に記帳する義務を負うと、その者はセキュリティエンタイトルメントを得る⁽⁴²⁾。この三つの条件のうち一つさえ満たされ

ば、その者は、金融機関自身がその金融資産を保有しなくとも、セキュリティエンタイトルメントを有する(43)。

金融機関は通常、ある者のため金融資産を保有すればその者のセキュリティ保有勘定にその金融資産が貸方に記帳されたことを記帳によって示すから、(a)が基本である。(b)は、金融機関がその顧客のセキュリティ保有勘定に貸方記帳することになる金融資産に関してセキュリティエンタイトルメントを得た場合も対象とする。(c)に当たる場合には金融機関は金融資産の持ち高をその顧客の勘定に記帳しているであろうから、極端な状況を除いて(a)の対象にもなる(44)。金融機関の記録上その金融機関に対してセキュリティエンタイトルメントを有する者であると扱われる者がエンタイトルメントホルダーである(45)。エンタイトルメントホルダーであれば、そのセキュリティエンタイトルメントの支配を有すると扱われる(46)。なお、金融機関が金融資産をある者のため保有しても、その金融資産がその者の名で登録され、その者の指図で支払われまたはその者に記名裏書されかつ、この金融機関に裏書されず白地裏書もされていない場合には、この者はこの金融資産に関してセキュリティエンタイトルメントを有すると扱われない(47)。セキュリティ保有勘定があるのは顧客と金融機関の間に限られない。セキュリティ保有勘定は、金融機関と一階層上の金融機関の間にも、金融機関と清算機関の間にもある。金融機関は一階層上の金融機関に対してセキュリティエンタイトルメントを有し、金融機関は清算機関に対してセキュリティエンタイトルメントを有することになる。

(イ) セキュリティエンタイトルメントという権利の内容

セキュリティエンタイトルメントは、金融機関自体に対する権利と、金融機関が保有する金融資産に対する権利からなる権利の束である(48)。1994年改訂第8編は、金融機関に対する権利を金融機関が負う義務から規定し、金融機関が保有する金融資産に対する権利は物権法構成を利用して金融機関が保有する金融資産に対する物権として規定する。金融機関に対する権利の内容は次の通りである。

(a) 金融機関は、ある金融資産に関してそのエンタイトルメントホルダーのためそれが生じさせたセキュリティエンタイトルメントの全部に相当する数量の当該金融資産を迅速に取得しかつ、そのあと維持する義務を負う(8-504条)(49)。

(b) 金融機関は、金融資産の発行者によって行なわれる支払または分配を得るために行動しかつ、受け取った支払と分配をそのエンタイトルメントホルダーに回さなければなら

ない(8-505条)(50)。

(c) 金融機関は、エンタイトルメントホルダーによって指示された場合、ある金融資産に関して権利を行使しなければならない(8-506条)(51)。

(d) 金融機関は、エンタイトルメントホルダーのセキュリティエンタイトルメントの対象になっている金融資産を譲渡する指示に従わなければならない(8-507条)(52)。

(e) 金融機関は、エンタイトルメントホルダーによるセキュリティエンタイトルメントを利用可能な別のセキュリティ保有の形態に変更する指示または、金融資産を別の金融機関にある当該エンタイトルメントホルダーのセキュリティ保有勘定に移転させるようにする指示に従わなければならない(8-508条)(53)。

8-504条によれば、金融機関は、それが生じさせたセキュリティエンタイトルメントの全部に対応する金融資産を迅速に取得し維持する義務を負う。ある金融機関に対するエンタイトルメントホルダーのセキュリティエンタイトルメントの対象である金融資産の総数量を取得し維持しなければならない。間接保有の場合、金融機関はこの義務ゆえに維持する金融資産を一階層上の金融機関の開設したセキュリティ保有勘定を通じて維持することになる(54)。8-503条は、金融機関がこの義務に従うことにより保有することになる金融資産に関するエンタイトルメントホルダーの権利を金融機関が保有する金融資産に対する物権として規定し、この物権の内容を次の通り定める。

(a) 金融機関がある金融資産に関するセキュリティエンタイトルメント全部を満たすために必要な限りで、金融機関が当該金融資産に保有する権利すべては、そのエンタイトルメントホルダー全部のために金融機関によって保有され、この金融機関のものでなく、金融機関の倒産時にそれが保有する金融資産がエンタイトルメントホルダーの権利とその金融資産に対して担保権を有する債権者の権利の両方を満たさないとき、そのような債権者の権利が優先すると扱われる場合を除いて、この金融機関の債権者の権利の対象とならない(55)。

(b) ある金融資産に関するエンタイトルメントホルダーの物権は、そのエンタイトルメントホルダーがセキュリティエンタイトルメントを取得した時点またはその金融機関がその金融資産に権利を取得した時点と関係なく、その金融機関が保有するその金融資産に対する権利すべてに対する比例的な物権である(56)。

(c) ある金融資産に関するエンタイトルメントホルダーの物権は、8-505条から8-508条

に基づくエンタイトルメントホルダーの権利の行使によってのみ金融機関に対して行使可能である(57)。

(d) この金融機関が倒産し、そのエンタイトルメントホルダー全員のある金融資産を対象とするセキュリティエンタイトルメントを満足するのに十分な金融資産に対する権利を持たず、その金融機関が8-504条の義務に違反してその金融資産またはそれに対する権利のある者に譲渡したとき、その金融資産に関するエンタイトルメントホルダーの物権は、その金融資産またはそれに対する権利の取得者が次のような保護を受けない場合に限り、このような取得者に対して行使できる(58)。取得者の保護とは、取得者が対価を与え、支配を得、かつ、その金融機関の8-504条の義務の違反に当たりその金融機関と共謀して行動しない場合、その金融資産の取得者に対する金融資産に関するエンタイトルメントホルダーの物権に基づく権利主張は、どのように構成されようとも提起することができないということである(59)。取得者がセキュリティエンタイトルメントに支配を取得するのは、取得者がエンタイトルメントホルダーになるか、金融機関がこの取得者が発する指示にそのセキュリティエンタイトルメントのエンタイトルメントホルダーによる同意を更に必要とすることなく従うとエンタイトルメントホルダーと金融機関と取得者が合意する場合である(60)。

通常の金融資産の取引の過程では、取得者は、対価を与えるし(61)、金融機関がその金融資産を取得者のセキュリティ保有勘定に貸方記帳することによってセキュリティエンタイトルメントを得てエンタイトルメントホルダーになり、それゆえセキュリティエンタイトルメントに支配を有する。取得者が金融機関と共謀するという認定を指示するのは極めて異例な状況である。通常、金融機関が金融資産に対する権利を譲渡した場合、エンタイトルメントホルダーはその金融資産に対する物権をもとにして、その金融機関から金融資産を取得した者からその金融資産自体またはその価値を取り戻すことはできない。したがって、取得者は、その金融資産に関するエンタイトルメントホルダーの物権に基づく権利主張から保護されることになる。

また、通常の金融資産の取引の過程では、ある者がある金融資産を取得し、その金融資産が金融機関のセキュリティ保有勘定の貸方に記帳されると、この取得者はこの金融機関に対してこの金融資産に関してセキュリティエンタイトルメントを得て、そのエンタイトルメントホルダーになる。ある者がこの金融資産に対する物権をもとにして、その金融資

産自体またはその価値を取り戻そうとする場合に、それは相容れない権利の主張として扱われる。相容れない権利というのは、ある者がある金融資産に対して物権を有しかつ、他の者がその金融資産を所持し譲渡しまたは取り引きするのはその者が持つ権利の侵害であるということである(62)。8-502条によれば、ある者が対価を与え、ある相容れない権利を知らず、8-501条に基づいてセキュリティエンタイトルメントを得るならば、この者に対し、その相容れない権利に基づく主張はどのように構成されようとも提起することが許されない(63)。普通、エンタイトルメントホルダーになった者は対価を与え、相容れない権利を知らないから(64)、そのセキュリティエンタイトルメントを生じさせた金融機関が8-504条に基づいて維持している金融資産に物権を有すると主張する者は、どのような構成によってもその金融資産自体またはその価値を取り戻すことができないことになる。

以上から、ある者が、金融機関がある金融資産をその勘定の貸方に記帳することによってその金融機関に対してその金融資産を対象とするセキュリティエンタイトルメントを得て、エンタイトルメントホルダーになると、原則としてその者は、それが権利を有するという金融資産から利益を受けるのに、この金融機関とそれが保有する金融資産のみを当てにすることになる(65)。金融機関の顧客は、その金融機関とその金融機関が保有する金融資産のみを当てにすることである(66)。金融機関に対してセキュリティエンタイトルメントを持つ顧客全員は、そのセキュリティエンタイトルメント全部を満たすために必要な限りで、その金融機関が保有するセキュリティエンタイトルメントの対象である金融資産に対して物権を有する。金融機関が自己の計算である金融資産を取得し、それから顧客がその金融資産を対象とするセキュリティエンタイトルメントを得た場合でも、この金融機関が保有するこの金融資産はまず、顧客のセキュリティエンタイトルメントを満たすのに充当される(67)。この金融機関が保有するこの金融資産全部を充てても顧客のセキュリティエンタイトルメントを満たさない場合、金融資産に対する担保権者の権利を別とすれば、この金融資産の不足から生じる損失は顧客の全体が比例的に負担することになる。これが、エンタイトルメントホルダーがセキュリティエンタイトルメントの対象である金融資産に物権を有するということである。

ある者が金融機関に開設するセキュリティ保有勘定のセキュリティ等の金融資産の持ち高にセキュリティエンタイトルメントと扱われる。セキュリティエンタイトルメントを有するエンタイトルメントホルダーがセキュリティ保有勘定に貸方記帳されている個々の金

融資産を譲渡する場合、金融機関に対してそのような譲渡の指示を発する(68)。これと別に、エンタイトルメントホルダーは、セキュリティエンタイトルメント自体を取引の対象とすることがある。これは、セキュリティエンタイトルメントを売買したり、セキュリティエンタイトルメントに対する担保権を設定する取引である。セキュリティエンタイトルメントまたはセキュリティエンタイトルメントに対する権利を取得した者は支配を有するが、必ずしもエンタイトルメントホルダーに当たるとは限らない。取得者が、エンタイトルメントホルダーと金融機関と取得者の三者の合意によって支配を有する場合がその例である。第8編は、このような取得者に金融資産に対する物権をもとにして相容れない権利を主張する者が現われる場合に、取得者を保護する。8-510条によれば、セキュリティエンタイトルメントまたはそれに対する権利をエンタイトルメントホルダーから取得した者が対価を与え、相容れない権利を知らずかつ支配を得る場合、この取得者に対して、金融資産またはセキュリティエンタイトルメントに基づく相容れない権利の主張はどのように構成されようとも提起することが許されない(69)。またあるエンタイトルメントホルダーからセキュリティエンタイトルメントまたはそれに対する権利を取得する者に対して、ある相容れない権利がそのエンタイトルメントホルダーに対して8-502条に基づいて提起することが許されない場合は、その取得者に対して、その相容れない権利を提起することができない(70)。

(2) 1994年改訂第9編における投資財産に対する担保権

セキュリティ保有勘定を通して保有されるセキュリティ等の金融資産は、1994年改訂第8編によればセキュリティエンタイトルメントとして扱われる。セキュリティ保有勘定の持ち高は担保物として利用される。第9編は、1994年第8編改訂と同時に改訂され、投資財産を担保物とする担保権に第9編の規定を適用する。第9編のいう投資財産にはセキュリティとセキュリティエンタイトルメントの他にセキュリティ保有勘定が含まれる(71)。これは、あるセキュリティ保有勘定にある個別の持ち高だけでなく持ち高の全部に対する担保権を設定する際、その勘定にあるセキュリティエンタイトルメント全部を記述する簡便な方法が提供する。セキュリティ保有勘定に対する担保権は、この勘定から生じる勘定を有する者の金融機関に対するこの他のすべての権利を対象とする(72)。

(ア) 担保権の発生と対抗要件

投資財産に対する担保権は、対価が与えられかつ、担保権設定者が担保物に権利を有しかつ、担保権者が合意にしたがって支配を有するか、それとも担保権設定者が担保物の記述を含む担保合意に署名する場合に発生する(73)。したがって、担保権者が支配を有しない場合、担保権の発生には文書による合意が必要になる。そのような文書である担保合意は担保物を記述する。担保物の記述には1994年改訂第8編の用語を正確に使用する必要はない(74)。たとえば、A株式会社の普通株式千株をセキュリティ保有勘定を通して保有する債務者が、担保物をA株式会社普通株式千株と記述する担保合意に署名した場合、この債務者の権利は第8編に依拠して表現すればA株式会社普通株式千株に対するセキュリティエンタイトルメントであるが、A株式会社普通株式千株という記述で十分である(75)。これは、登録における担保物の記述でも同様である(76)。

担保権の対抗要件は支配によっても登録によっても備えることができる(77)。特別に、担保権設定者がブローカーまたは金融機関である場合には、担保権は発生と同時に対抗要件を備え、金融機関が設定した担保権に関する登録は対抗要件の具備とその担保権の優先順位に関して一切効力を持たない(78)。また、金融機関が当事者である取引には特則がある。エンタイトルメントホルダーが、自らのセキュリティ保有勘定を開設している金融機関にそのセキュリティエンタイトルメントに対する担保権を設定する場合、その金融機関は支配を有するとされ(79)、それゆえこの担保権は対抗要件も備えることになる。セキュリティ保有勘定に対する担保権の発生または対抗要件の具備は、そのセキュリティ保有勘定にあるすべてのセキュリティエンタイトルメントに対する担保権の発生または対抗要件の具備を意味する(80)。

支配という考えは、同一の投資財産に対する担保権の間の優先順位の決定にも、担保権者とその他の権利者の優先順位の決定にも使用される。支配を有するとは一般に、セキュリティが保有される形態を与件として、取得者がその所有者の行動を更に必要とすることなく、その取得者が当該セキュリティを売却させることができる地位に立つため必要なすべての手順を踏むことであるといわれる(81)。セキュリティエンタイトルメントの場合、取得者がそのエンタイトルメントホルダーになるか、取得者とエンタイトルメントホルダーと金融機関の三者の間で金融機関が取得者が発する指示にエンタイトルメントホルダーによる同意を更に必要とすることなく従うと合意していると、この取得者はそのセキュリ

ティエンタイトルメントに支配を有する⁽⁸²⁾。金融機関は、セキュリティエンタイトルメントのエンタイトルメントホルダーが同意しなければ、このような合意を結ぶことは許されない⁽⁸³⁾。エンタイトルメントホルダーがセキュリティエンタイトルメントを入れ換え、金融機関に指図を発しまたはその他のセキュリティエンタイトルメントを扱う権利を有しても、金融機関からこのような合意を得た者は支配を有する⁽⁸⁴⁾。しかし、金融機関はエンタイトルメントホルダーの指示を受けても、このような合意を結ぶことを要しない⁽⁸⁵⁾。エンタイトルメントホルダーが自らのセキュリティ保有勘定を開設している金融機関にそのセキュリティエンタイトルメントに対する権利を譲渡する場合、その金融機関は支配を有すると扱われる⁽⁸⁶⁾。担保権者がセキュリティ保有勘定にあるすべてのセキュリティエンタイトルメントに対して支配を有する場合、その担保権者は当該セキュリティ保有勘定に対する支配を有する⁽⁸⁷⁾。

(3) 担保権相互間の優先順位

1994年改訂第9編は担保権相互間の優先順位を次のように定める⁽⁸⁸⁾。

- (a) 投資財産に対する支配を有する担保権者の担保権は、その投資財産に支配を有しない担保権者の担保権に優先する⁽⁸⁹⁾。
- (b) 支配を有する担保権者の競合する担保権は順位が等しい⁽⁹⁰⁾。
- (c) 担保権設定者が自らのセキュリティ保有勘定を開設している金融機関に設定したセキュリティエンタイトルメントまたはセキュリティ保有勘定に対する担保権は、その担保権設定者が別の担保権者に設定した担保権に優先する⁽⁹¹⁾。この場合、担保権設定者の金融機関である担保権者はエンタイトルメントホルダーである担保権設定者のセキュリティエンタイトルメントに支配を有すると扱われるから⁽⁹²⁾、別の担保権者が支配を有しないときは、支配を有する担保権者が支配を有しない担保権者に優先するという原則が適用される場面である。債務者が自らのセキュリティ保有勘定を開設している金融機関とこのような別の担保権者とに担保権を設定し、この別の担保権者が担保権設定者の金融機関と合意によって支配を得たが、この両者の担保権者がそれぞれ担保権の順位について何も定めない場合、両者の担保権は同一順位になるのではなく、担保権設定者の金融機関の担保権者が優先することになる⁽⁹³⁾。

(d) 支配によることなく対抗要件が備えられているブローカーまたは金融機関が設定した競合する担保権は順位が等しい(94)。

(e) その他の場合、競合する担保権間の優先順位は登録または対抗要件具備の先後によって定まる(95)。

以上の優先順位の規定のうち、支配を有する担保権者の担保権が優先するという原則は、担保権設定者の行動を更に必要とすることなく担保権物を処分することができる立場にある者は、債務者が別の者に競合する権利を与えていたかもしれないことを心配することなく、そのセキュリティを担保物として当てにすることができるべきであるという考え方に基づく(96)。第9編の1994年改訂前は、登録によってセキュリティに対する担保権の対抗要件を備えるということは許容されなかったが、1994年改訂第9編は登録という方法を導入した。しかし、セキュリティを取り引きする者は、これまで取引開始前に登録簿を調査することはなかったので、優先順位は支配を得るという通常の方法によって対抗要件を備える当事者が登録簿を調査するという前提に基づいていない。支配という方法を利用する担保権者は登録に全く影響されず、登録による対抗要件の具備は一般債権者や登録という方法に依拠する他の担保権者のみに効果がある(97)。

セキュリティエンタイトルメントに対する権利を取得した者の間の優先順位が、第9編の優先順位の規定の対象にならない場合、その優先順位を決める規定が1994年改訂第8編にある。8-510条によれば、セキュリティエンタイトルメントまたはそれに対する権利を対価を与えた取得した者は支配を有すると、セキュリティエンタイトルメントまたはそれに対する権利の取得者であるが支配を有しない者に対して優先する。支配を有する取得者は順位が等しいが、取得者である金融機関はそれ自体が別段の合意を結ばない限り、支配を有する競合する取得者に優先する(98)。この規定も、第9編の優先順位に関する規定と同じく、支配を有する権利者が支配を持たない権利者に優先するという原理に基づく。この規定はリポ取引から生じる競合する権利を扱うことを予定する。リポ取引において、リポ売主がりポ買主とセキュリティの売買契約を結び、同時に、その者からそのセキュリティを一定期間経過後、売買代金にその期間の利息に相当する金額を加えた金額で買い戻すことを約束する。この取引はセキュリティの売却と買戻という形式をとるが担保の付いた貸付または借入という機能を持つ。リポ取引には、リポ買主がりポ売主がセキュリティを手元で保管することを許す場合も、リポ買主がりポ売主にセキュリティを引き渡すよう求

め、自らの手元で保管しようとする場合もある。リポ取引がセキュリティの売買の決済としてセキュリティが譲渡されるか、金を返す義務を担保するための担保物としてセキュリティが譲渡されるかを決めたい区別するのは困難である。1994年改訂第8編は、売買か担保権かという性質決定上の区別を扱わない⁽⁹⁹⁾。8-510条は、リポ取引が第9編の適用される担保権であると性質を決定せず、競合する権利の間で同じ原則に基づく優先順位の規定を提供する⁽¹⁰⁰⁾。

(4) 担保権の例

証券会社に対する金融において、1994年改訂第9編は次のように作用する⁽¹⁰¹⁾。証券会社は、顧客の持ち高と自己の持ち高を有する。証券会社は規制上自己の固有の業務のため受ける融資に顧客のセキュリティを担保物とすることが許されず、顧客の同意がある場合に限り、その顧客に対する貸付の資金を得る融資の担保物として顧客のセキュリティを使用することができる⁽¹⁰²⁾。証券会社が融資に関してセキュリティを担保物とする方法の中に「現実の質入」と「質入合意」がある。現実の質入の場合、融資者は、清算機関の帳簿上、担保物のセキュリティを担保権設定者の勘定から融資者の勘定または融資者のため開設される特別の質勘定に、担保権者が清算機関に担保権者の勘定に戻すよう指示するまで移すことを要求する。質入合意は「交付合意」とも呼ばれる。質入合意の場合、担保権設定者は担保物であるセキュリティを自己の勘定に保持するが、担保物であるセキュリティを記述した合意書に署名し、その帳簿上にそのセキュリティが担保物になっていることを表わし、そのセキュリティを求めがあれば融資者の勘定に移すことを約束する。現実の質入は方式から見て売買と区別がつかない。1994年改訂第8編のもとでは、現実の質入によると融資者は支配を得て、それゆえ、その担保権は対抗要件を備え、担保権を設定した金融機関の顧客の権利を含めた競合する権利に優先する。質入合意は、金融機関があるセキュリティを自己の固有勘定でなく他人のため保有しそれが反映するように自己の帳簿に記帳するので、実質上金融機関と顧客の通常取引に等しい。質入合意を使用する担保権設定者は証券会社であるから、担保権は発生と同時に対抗要件を備えるが、担保権者は支配を有しない⁽¹⁰³⁾。

決済の過程における融資において、1994年改訂第9編は次のように作用する⁽¹⁰⁴⁾。清算

機関とその参加者である金融機関の間で、清算機関は、参加者と締結した合意に基づいて参加者に信用を供与すると、参加者が清算機関に担保物として提供するセキュリティまたは、決済の過程で参加者の勘定を通して参加者が譲渡しまたは参加者に譲渡される過程にあるセキュリティに担保権を有することがある。この場合、清算機関が支配を有すると扱われることによって、その担保権は対抗要件を備えかつ、優先順位を確保される。これは、金融機関とそれより一階層下の金融機関の間でも同じである。清算機関が借り入れる場合、担保物とされるセキュリティに関してそれが最も上位の階層に位置すれば、融資者が支配を得ることはできない。また、清算機関がそのようなセキュリティを別の金融機関のセキュリティ保有勘定を通して保有する場合でも、予め決まった決済時点に間に合うよう融資者が支配を得るのに必要な用意を完了できそうにない。いずれの場合も、金融機関である清算機関が担保権設定者である場合、担保権は発生時に対抗要件を備えることになる。

具体例によって担保権設定とその優先順位を見ることにしよう(105)。Aが金融機関Bにセキュリティ保有勘定を有する。銀行はAに融資するに当たり、Aからこのセキュリティ保有勘定に担保権の設定を受けるとする。銀行が対抗要件を備え、優先権を確保する最も安全な方策は次の二つの手順を踏むことである。第一に、金融機関Bとこのセキュリティ保有勘定に関して銀行の指示に従うという合意を結んでこの勘定に対する支配を得ることである。支配を得ることによって、対抗要件を備え、支配を有しない担保権者の担保権に優先することになる。第二に、金融機関Bが有する可能性がある担保権を銀行のこの担保権に劣後させるという合意を金融機関Bから得ることである。というのは、金融機関Bが有する可能性がある担保権は、担保設定者がその金融機関に設定したセキュリティ保有勘定に対する担保権であり、それはAが別の担保権者に設定した担保権に優先するから、この劣後合意がなければ、銀行の担保権はこれに優先しない。Aがこのセキュリティ保有勘定によって取引を続けることができれば、この取引から生じる金融機関Bに負う義務に関して金融機関Bは劣後に同意するとは考えられない。金融機関Bが銀行に支配を与える合意を結ばずまたは劣後に同意しなければ、銀行は融資しないか、Aが金融機関Bより協力してもらえそうな金融機関Cにセキュリティ保有勘定を移すことも考えられる。以上のような方法以外に、銀行は、競合する担保権を設定しないというCの約束または、セキュリティ保有勘定に一定額以上の担保価値を維持するというAの約束を信頼して、登録によつ

て担保権に対抗要件を備えることも考えられる。この場合、この担保権をそれ以降の差押債権者または破産管財人に優先させ、この登録が最初であることを調査によって確認することによってそれ以降に登録した担保権者の担保権にも優先させることができる。

(5) 担保権者とエンタイトルメントホルダーの間の優先順位

担保権者とエンタイトルメントホルダーの間の優先順位は、第9編でなく第8編が規定する。これを定める8-511条は、清算機関と清算機関以外の金融機関に分けて規定する。金融機関が清算機関である場合、担保権を有する債権者の権利がそのエンタイトルメントホルダーの権利に優先する⁽¹⁰⁶⁾。清算機関は、決済を完了する過程である参加者から支払を受けられないと、みずからその金額分の資金を借入し、当該参加者のセキュリティまたはそのような借入を担保するため清算機関の参加者が担保物として提供するセキュリティに担保権を設定してその借入を担保することがある。清算機関が決済を完了させるため必要な流動性を確保する借入先を得られるように、借入を受ける清算機関に融資する者の担保権が優先するよう扱うというのである⁽¹⁰⁷⁾。

清算機関以外の金融機関の場合は次の通りである。金融機関がある金融資産に対するエンタイトルメントホルダーへの義務とその金融資産に対する担保権を有する金融機関の債権者への義務の両方を満たすに足る当該金融資産を有しない場合、この債権者がその金融資産に対して支配を有しなければ、この債権者以外のエンタイトルメントホルダーがこの債権者に優先する⁽¹⁰⁸⁾。しかし、この債権者が支配を有するならば、この債権者がエンタイトルメントホルダーに優先する⁽¹⁰⁹⁾。支配を有しない担保権者の代表例は、質入合意を使用する融資者である。支配を有しない担保権者はその金融機関にセキュリティを支配させるので、実質上金融機関と顧客に等しい立場にあると見ることができる。こう見るならば、支配を有しない担保権者とエンタイトルメントホルダーは、金融機関の倒産時にセキュリティが両方の権利を満たさないならばセキュリティに対して比例的に物権を有すると扱うことも考えられる⁽¹¹⁰⁾。1994年改訂第8編は、起草委員会の多数を占めた委員の希望に基づいて、担保権者が支配を有しなければエンタイトルメントホルダーがそのような担保権者に優先すると規定する。多数を占めた委員は、この規定がエンタイトルメントホルダーの利益になると考えたといわれる⁽¹¹¹⁾。これに反対した少数派であった起草委員は概

して、支配を有しない担保権者とエンタイトルメントホルダーを同様に比例的に扱うという意見であったといわれる(112)。担保権を有する融資者が支配を得れば、エンタイトルメントホルダーはこの融資者の担保権に劣後するのであるから、支配を有しない融資者がこの扱いに対して支配を得るという反応を示すことになれば、エンタイトルメントホルダーの利益になるとは限らないと指摘される(113)。

金融機関の倒産時にセキュリティが顧客の権利を満たさないならば、顧客は証券投資家保護法によってセキュリティの不足から生じる損失から保護される(114)。金融機関が1934年証券取引所法にしたがってブローカーまたはディーラーとして登録しなければならないときには、証券投資家保護公社の構成員にならなければならない。証券投資家保護法は原則として、金融機関でない顧客は一顧客当たり50万ドルの損失まで保護される。この50万ドルの上限には10万ドルを超えない現金が含まれる。証券投資家保護法による保護を超えては、顧客は金融機関を思慮分別にしたがって選択して自己のセキュリティを保護することになる。いいかえれば、「あなたの金融機関はあなたの富にとり有害かもしれない」ということである(115)。

4 むすび

1994年改訂第8編は、金融機関の開設するセキュリティ保有勘定を通してセキュリティを保有する者は、その勘定に記帳されるセキュリティに関して金融機関に対してセキュリティエンタイトルメントを有すると扱う。金融機関にセキュリティ保有勘定を通してセキュリティを保有する顧客は金融機関に対してセキュリティエンタイトルメントを有し、この金融機関はそれより一階層上の金融機関に対してセキュリティエンタイトルメントを有し、エンタイトルメントホルダーとされる。セキュリティまたはセキュリティに対する権利の取得者はエンタイトルメントホルダーになるか別の方法で支配を有すると、セキュリティを自由に処分できる立場にある。そのセキュリティはそのエンタイトルメントホルダーの金融機関が一階層上の金融機関に持つセキュリティ保有勘定に貸方に記帳され、この金融機関は一階層上の金融機関に対するセキュリティエンタイトルメントを有しかつ支配を有し、それを自由に処分することができる立場にある。通常取引の過程でこの金融機関からセキュリティを取得する者が支配も得れば、この取得者からこのセキュリティ自体またはその価値を取り戻すことはできない。他方、通常取引の過程でこの金融機関に対するセキュリティエンタイトルメントを得た者は、そのセキュリティエンタイトルメントの対象であるセキュリティ自体またはその価値の返還を求められないことがない。

しかし、セキュリティエンタイトルメントを有することは、1994年改訂第8編にしたがって、金融機関に対して権利を有しかつ、セキュリティエンタイトルメントの対象であるセキュリティに対する物権を有することである。顧客は、セキュリティエンタイトルメントの対象であるセキュリティに対して第8編の規定にしたがって物権を有するから、顧客の金融機関に対する権利は預金の場合のように単なる債権ではない。顧客は、自らのセキュリティ保有勘定のある金融機関と、この金融機関が一階層上の金融機関にあるセキュリティ保有勘定を通して保有するセキュリティを当てにできる。このような扱いによれば、通常取引の過程でセキュリティまたはセキュリティに対する権利を取得すれば、それを確定的に取得したことになる。これは間接保有と活発な市場の取引という現実にも適合する。さらに、金融機関を通してセキュリティを保有する者に保有するセキュリティに危険を及ぼす原因は、その金融機関であるという現実にも適合する。1994年改訂第8編は正面

からこのように規定するのである。

[注]

- (1) See Grant Gilmore, *The Commercial Doctrine of Good Faith Purchase*, 63 *Yale L.J.* 1057, 1093-96 (1954).
- (2) このような階層構造については、木南敦「アメリカ合衆国におけるセキュリティの譲渡と担保権設定」金融研究10巻1号39頁、41-42頁（1991年）参照。
- (3) 第三層の金融機関の典型例は、全国規模の金融機関に勘定を有する地域的な金融機関である。合衆国財務省債が財務省の代理人である連邦準備銀行の帳簿の記帳によって発行される場合には、連邦準備銀行がそのために帳簿に勘定を開設する相手方は預金取扱機関に限られるため、このような財務省債の場合、第1層に連邦準備銀行、第2層に預金取扱機関、第3層に預金取扱機関に勘定を有するブローカー・ディーラー、第4層に投資家が現われる。Regulations Governing Book-Entry Treasury Bonds, Note and Bills, 61 *Fed. Reg.* 8420, 8421 n. 11 (1996).
- (4) このようなセキュリティの例が市場取引の対象になる合衆国財務省債である。1976年12月から、財務省はこのような財務省債を証券なしで連邦準備銀行の帳簿上で発行し始めた。1995年12月には、市場に出回っている三兆三千億ドルのこのような財務省債のうち99.7パーセントは、証券なしで連邦準備銀行の帳簿上で発行されていた。Id. at 8420.
- (5) 金融機関がこのように媒介することに着目して、1977年改訂第8編はそれを financial intermediary と呼んだ。注(17)参照。1994年改訂第8編はそれを securities intermediary と呼ぶ。注(38)参照。
- (6) 1962年第8編改訂は統一法典1962年公式条文に、1977年第8編改訂は統一商法典1978年公式条文に、1994年第8編改訂は統一商法典1994年公式条文に現われる。本稿は、1962年改訂前の第8編は1958年解説付公式条文によって、1962年改訂後の第8編は1972年解説付公式条文によって、1977年改訂第8編は1978年解説付公式条文によって、1994年改訂第8編は1994年解説付公式条文によって引用する。
- (7) 1994年改訂第8編の内容は、1997年1月1日より、財務省の代理人である連邦準備銀行の帳簿上で発行される市場取引の対象になる財務省債に関する財務省規則によって、この種の財務省債の譲渡に関する法として利用される。31 *C.F.R.* §§ 357.10, 357.11, Regulations Governing Book-Entry Treasury Bonds, Notes and Bills, 61 *Fed. Reg.* 43626, 43629-30 (1996).
- (8) 物またはセキュリティについて「代替可能な」ということは、ある物またはセキュリティの単位が性質上または取引の慣例上、それと別のいかなる同じ単位と等しいことを意味する。UCC § 1-201(17) (1978). 証券を代替可能な物の集合として保管することは、証券の「混蔵保管」ということになる。
- (9) 1994年改訂前の第8編の関連する規定について木南前掲注(2)参照。
- (10) UCC § 8-301(1) (1972). 1977年改訂前の第8編は、取得者が証券の現実の占有を取得する場合以外に取得者が証券を現実占有するのではなく、取得者のため取得者の指定する者が証券を現実占有するときにも交付が生じる場合を定めた。UCC § 8-313(1) (1972). 後者の場合に、取得者に帰属すると特定され得る個々別々の証券が存在することが必要であると指摘される。Martin J.

Aronstein, *The New/Old Law of Securities Transfer: Calling a "Spade" a "Heart, Diamond, Club or the Like"*, 12 *Cardozo L. Rev.* 429, 430 (1990). そのため、間接保有の場合「交付」は存在しないと見られる。

- (11) UCC § 1-201(1) (32), (33) (1978).
- (12) UCC § 1-201(14) (1972).
- (13) UCC § 1-201(20) (1972).
- (14) Aronstein, *supra* note 10, at 432.
- (15) UCC §§ 8-301(1), 8-313 (1978).
- (16) UCC §§ 8-301(2), 8-313 (1978). セキュリティに対する担保権は質権として知られ、担保権者が対価を与え、担保権設定者が担保権者に証券の占有を移転することによって、担保権が成立しかつ対抗要件を備えることになる。UCC §§ 9-203(1), 9-304(1) (1972). 1977年改訂前の担保権設定の規定は間接保有の場合に適合しないと見られた。See Aronstein, *supra* note 10, at 430-31. 1978年改訂第8編は間接保有を念頭に置いて、セキュリティに対する担保権を譲渡する方法を定める。この方法によってのみ担保権が担保権者に譲渡され、担保権は原則として対抗要件を備えることができる。UCC § 8-321(1), (2), (3) (1972). なお、担保権設定者が担保権の設定されるセキュリティを記述する担保契約に署名する場合、新たに対価が担保権者によって与えられた場合に、担保権の譲渡が発生する。UCC § 8-313(1)(i) (1978). しかし、このようにして生じた担保権はそのままでは、21日経過すると対抗要件を備えなくなる。UCC § 8-321(1) (1978). 質入合意による担保権はこの規定に依拠している。
- (17) 金融機関 (financial intermediary) とは、通常の事業の過程において顧客のためにセキュリティ保有勘定を管理しかつ、その資格で行動しているブローカー、銀行、清算機関その他の者である。UCC § 8-313(4) (1978).
- (18) UCC § 8-313(1)(d)(iii) (1978).
- (19) 1977年改訂前の第8編は、取得者は証券の所有者であるが所持人でないとした。UCC § 8-313(2) (1958); UCC § 8-313(2) (1972). ある証券が取得者に帰属すると特定すれば、金融機関は、取得者の代りに証券を占有すると見て、その取得者が所持人であるということが出来る。このように特定されないときには、金融機関が証券の所持人であるとされる。See Comment 3, UCC § 8-313 (1958); Official Comment 3, UCC § 8-313 (1972). この結果、取得者は証券の所持人でないから善意取得者は証券の所持人でないから善意取得者にならないことになる。Aronstein, *supra* note 10, at 430. 1977年改訂第8編はこれを結果から規定し、取得者は、保管機関以外の金融機関がその取得者のため保管するセキュリティの所有者であるが、セキュリティの善意取得者となり得ないとする。UCC § 8-313(2) (1978).
- (20) UCC § 8-313(2) (1972); UCC § 8-313(2) (1978).
- (21) Official Comment 4, UCC § 8-313 (1978).
- (23) UCC § 8-102(3) (1978). 清算機関に関する規定は1962年に追加された。
- (23) UCC § 8-320(1) (1972); UCC § 8-320(1) (1978).

- (24) 1977年改訂前は、この譲渡（質権設定）が証券の交付の効果を持ち、譲受人（質権者）は所持人であると規定されたため、善意取得者となり得た。UCC §§ 8-320(3), 8-313(1)(e) (1972)。1977年改訂第8編は、清算機関の帳簿上の取得者の勘定にこのような記帳が行なわれた時点でセキュリティの取得者への譲渡が生じるとし、取得者は善意取得者となり得るとする。UCC §§ 8-313(1)(g), 8-302(1)(c) (1978)。
- (25) UCC § 8-313(2) (1978)。
- (26) Aronstein, *supra* note 10, at 434-35. アロンスタインは、1977年改訂第8編の起草報告者である。
- (27) *Id.*
- (28) See Charles W. Mooney, Jr., *Beyond Negotiability: A New Model for Transfer and Pledge of Interests in Securities Controlled by Intermediaries*, 12 *Cardozo L. Rev.* 305 (1990)。
- (29) *Id.* at 349-50.
- (30) *Id.* at 350.
- (31) *Id.* at 336-37.
- (32) *Id.* at 366-68, 374-77.
- (33) *Id.* at 350-51.
- (34) Aronstein, *supra* note 10, at 435.
- (35) James Steven Rogers, *Policy Perspectives on Revised U.C.C. Article 8*, 43 *U.C.L.A. L. Rev.* 1431, 1455 (1996)。ロジャースは1994年改訂第8編の起草報告者であった。
- (36) UCC § 8-102(a)(17) (1994)。
- (37) Charles W. Mooney, Jr., Sandra M. Rocks, & Robert S. Schwartz, *An Introduction to the Revised U.C.C. Article 8 and Review of Other Recent Developments With Investment Securities*, 49 *Bus. Law.* 1891, 1894 (1994) (Mooney, Introduction)。
- (38) UCC § 8-102(a)(14) (1994)。金融機関とは、清算機関または、銀行またはブローカーを含む、他人のためセキュリティ保有勘定をその事業の通常のプロセスで開設しかつ、そのような資格で行動する者である。
- (39) Rogers, *supra* note 35, at 1451, 1456 (1996)。
- (40) UCC § 8-102(a)(7) (1994)。
- (41) UCC § 8-501(a) (1994)。
- (42) UCC § 8-501(b) (1994)。
- (43) UCC § 8-501(c) (1994)。
- (44) Official Comment 2, UCC § 8-501 (1994)。
- (45) UCC § 8-102(a)(7) (1994)。(b)または(c)によってセキュリティエンタイトルメントを取得する者も、エンタイトルメントホルダーである。
- (46) UCC § 8-106(d)(1) (1994)。
- (47) UCC § 8-501(d) (1994)。

- (48) Rogers, *supra* note 35, at 1450-51.
- (49) UCC § 8-504(a) (1994). 証券会社は SEC の規制によってこれに類する義務を負う。17 C.F.R. § 240.15c3-3 (1997). それゆえ、金融機関は、そのエンタイトルメントホルダーが別段の合意をしな
い限り、このように維持する義務を負う金融資産に対して担保権を設定することを許されない。
UCC § 8-504(b) (1994). 証券会社は SEC の規制によってこれに類する義務を負う。17 C.F.R. §
240.8c-1; 17 C.F.R. § 240.15c2-1 (1997).
- (50) UCC § 8-505 (1994).
- (51) UCC § 8-506 (1994).
- (52) UCC § 8-507 (1994). この指図は、エンタイトルメントホルダーがセキュリティエンタイトルメ
ントを有する金融資産の譲渡等を指示する金融機関に伝達される通知であり、エンタイトルメント
オーダーと呼ばれる。UCC § 8-102(8) (1994).
- (53) UCC § 8-508 (1994).
- (54) 金融機関は金融資産を直接維持することも、一以上の金融機関を通して維持することもできる。
UCC § 8-504(a) (1994). 金融資産という用語はそれが使用される文脈によって、権利自体または
ある者が権利を有することを証する手段を指し、後者にはセキュリティエンタイトルメントが含ま
れる。UCC § 8-102(a) (9) (1994).
- (55) UCC § 8-503(a) (1994).
- (56) UCC § 8-503(b) (1994).
- (57) UCC § 8-503(c) (1994).
- (58) UCC § 8-503(d) (1994).
- (59) UCC § 8-503(e) (1994).
- (60) UCC § 8-106(d) (1994).
- (61) 金融機関が金融資産を受取り、エンタイトルメントホルダーのため自らに対するセキュリティエ
ンタイトルメントを生じさせるとき、その金融機関は対価を与えた取得者である。金融機関がある
金融資産に対するセキュリティエンタイトルメントを別の金融機関から得たとき、そのセキュリ
ティエンタイトルメントを得た金融機関があるエンタイトルメントホルダーのため別にその金融資産
に対するセキュリティエンタイトルメントを生じさせるならば、その金融機関は得たセキュリ
ティエンタイトルメントを対価を与えて得たことになる。UCC § 8-116 (1994).
- (62) UCC § 8-102(a) (1) (1994).
- (63) UCC § 8-502 (1994).
- (64) ある者が相容れない権利を知っているとは次のような状態を意味する。第一に、相容れない権利
のを知っていることである。第二に、相容れない権利が存在するという意味のある可能性の存
在を示すに足る事実を知りつつ、意図してその相容れない権利の存在を証することになる情報を回
避することである。第三に、相容れない権利が存在するか否かを調査する義務を法律または規制に
よって負わされ、要求される調査を行なえば、その相容れない権利の存在を証されることにな
ることである。UCC § 8-105(a) (1994).

- (65) Mooney, Introduction, at 1895.
- (66) これに対応して、顧客のセキュリティエンタイトルメントを差し押さえるには、顧客がセキュリティ保有勘定を有する金融機関に対する令状によらなければならないとされる。UCC § 8-112(c) (1994).
- (67) Rogers, *supra* note 35, at 1518.
- (68) 金融機関は8-507条にしたがってこれに応じなければならない。
- (69) UCC § 8-510(a) (1994).
- (70) UCC § 8-510(b) (1994).
- (71) UCC § 9-115(1) (f) (1994).
- (72) Official Comment 4, UCC § 9-115 (1994).
- (73) UCC § 9-203(1) (1994).
- (47) UCC § 9-115(3) (1994).
- (75) Official Comment 4, UCC § 9-115 (1994).
- (76) UCC § 9-115(3) (1994).
- (77) UCC § 9-115(4) (a), (b) (1994).
- (78) UCC § 9-115(4) (c) (1994).
- (79) UCC § 8-106(e) (1994).
- (80) UCC § 9-115(2) (1994).
- (81) Official Comment 1, UCC § 8-106 (1994); Official Comment 7, UCC § 8-106 (1994).
- (82) UCC § 8-106(d) (1994).
- (83) UCC § 8-106(g) (1994).
- (84) UCC § 8-106(e) (1994).
- (85) UCC § 8-106(g) (1994).
- (86) UCC § 8-106(e) (1994).
- (87) UCC § 9-115(1) (e) (1994).
- (88) 当事者は順位を劣後させる合意を結ぶことができる。UCC § 9-316 (1972).
- (89) UCC § 9-115(5) (a) (1994).
- (90) UCC § 9-115(5) (b) (1994).
- (91) UCC § 9-115(5) (c) (1994).
- (92) UCC § 8-106(e) (1994).
- (93) Rogers, *supra* note 35, at 1476-77.
- (94) UCC § 9-115(5) (e) (1994).
- (95) UCC § 9-115(5) (f) (1994).
- (96) Official Comment 5, UCC § 9-115 (1994); Rogers, *supra* note 35, at 1484.
- (97) Official Comment 5, UCC § 9-115 (1994).
- (98) UCC § 8-510(c) (1994).

- (99) UCC Revised Article 8 prefatory note § III. C. 10 (1994); Rogers, *supra* note 35, at 1527.
- (100) Official Comment 4, UCC § 8-510 (1994).
- (101) Rogers, *supra* note 35, at 1525-26; Official Comment 6, UCC § 9-115 (1994).
- (102) UCC § 8-504(b) (1994).
- (103) 1994年改訂第8編による質入合意による担保権の扱いについて、Howard M. Darmstadter, *Revised Article 8 and the Agreement to Pledge*, 28 U.C.C. L. J. 202 (1995).
- (104) Official Comment 7, UCC § 9-115 (1994). このほか、ある者が金融資産を金融機関を通して買い、この取引で買主が取得の時点で金融機関に代金を支払う義務を負い、かつ、この金融機関が買主がこの代金を金融機関に支払う前にその金融資産を買主のセキュリティ保有勘定の貸方に記帳した場合、この金融機関はこの買主のセキュリティエンタイトルメントに対して買主の代金支払義務を担保する担保権を有する。この担保権の発生と実行のために担保合意は必要なく、担保権は自動的に対抗要件を備える。UCC § 9-116(1) (1994). この担保権は買主であるエンタイトルメントホルダーの設定した競合する担保権に優先する。UCC § 9-115(5)(a), (c) (1994).
- (105) See Mooney, *Introduction*, at 1898-99.
- (106) UCC § 8-511(c) (1994).
- (107) Official Comment 3, UCC § 8-511 (1994).
- (108) UCC § 8-511(a) (1994).
- (109) UCC § 8-511(b) (1994).
- (110) Mooney, *Introduction*, at 1902 n. 56; Rogers, *supra* note 35, at 1526.
- (111) Mooney, *Introduction*, at 1901.
- (112) *Id.* at 1902.
- (113) *Id.* at 1901-02.
- (114) 15 U.S.C. §§ 78aaa-lll (1988).
- (115) これはアロンスタインの言葉である。Mooney, *Introduction*, at 1895.

[後記] 本稿と内容がほぼ等しい原稿が、『現代における物権法と債権法の交錯』（近刊、有斐閣）に所収される予定である。

取立てのためにする債権譲渡

山 田 誠 一

1 はじめに

(1) 検討課題

債権譲渡は、債権を売買するために行なわれることがある。このとき、売主が買主に債権を移転し、買主が売主に代金を支払う（民法555条）。売主と買主との間の売買契約が、同時に、債権譲渡の合意であると解することができる⁽¹⁾。また、債権は、譲渡担保の目的で、譲渡されることもある。被担保債権の履行期が、譲渡担保の目的となった債権の履行期より早く到来するものである場合、被担保債権の履行期に被担保債権が弁済されれば、担保権設定者（譲渡人）は、担保権者（譲受人）から譲渡担保の目的となった債権を取り戻すことができ、被担保債権の履行期に被担保債権が弁済されなければ、担保権者は担保を実行することができ、同時に、譲渡担保の目的となった債権の評価額が被担保債権額を上回るときは、清算義務を負うことになると考えられる⁽²⁾。これに対して、被担保債権の履行期が、譲渡担保の目的となった債権の履行期と同時に到来するものである場合、担保権者（譲受人）は、自ら、譲渡担保の目的となった債権の取立てを、その債務者に対して行い、それを、被担保債権に充当することができ、同時に、譲渡担保の目的となった債権の額が被担保債権の額を上回るときは、清算義務を負うことになると考えられる。

さらに、債権を売買するためでもなく、譲渡担保の目的でもなく、債権取立てのために、債権譲渡が行なわれることがある⁽³⁾。すなわち、譲受人が、譲渡人のために、譲渡された債権の取立てを、その債務者に対して行なうというものである。このような債権取立てのための債権譲渡は、現実には、さまざまな経済的意図の下で、行なわれると考えられる⁽⁴⁾が、単純化するならば、譲受人から譲渡人に対し、債権の売買の代金が支払われることがなく、また、譲受人が譲渡人に対して有する債権に充当されることもないものと理解することができる⁽⁵⁾。その結果、譲受人によって、譲渡された債権の取立てが行なわれた後、それが金銭債権であれば、その取り立てた金銭は、譲受人から譲渡人に支払われる（引き渡される）ことになる。そのような債権譲渡において、譲渡人と譲受人とは、それぞれ、どのような法的地位に立つのかを、本稿では、検討することにする。

(2) 問題状況

特定債権等に係る事業の規制に関する法律（平成4年6月5日法律77号）（以下、「特定債権事業規制法」という）は、債権流動化のために行なう債権譲渡に関して、以下のよう な規律を定めている。すなわち、譲渡人（特定事業者）が、債権（特定債権）の譲渡に係る計画を通商産業大臣に提出し、その譲渡人（特定事業者）が譲渡しようとする当該債権（特定債権）の取立てについて、当該譲受人（特定債権等譲受業者）から委託を受けていることに適合する旨の確認を受けることができ（6条）(6)、その確認を受けた譲渡人（特定事業者）は、当該計画に従って譲受人（特定債権等譲受業者）に債権（特定債権）を譲渡したときは、その旨の公告をすることができ（7条1項）、その公告がされたときは、当該債権（特定債権）の債務者に対して民法467条の規定による確定日付のある証書による通知があったものとみなし、この場合においては、当該公告の日付をもって確定日付とし（7条2項）、さらに、譲渡人（特定事業者）または譲受人（特定債権等譲受業者）は、その譲渡し、または譲り受けた債権（特定債権）について公告により対抗要件が備えられたときは、当該債権（当該特定債権）について当該譲受人（特定事業者）に取立てを委託する契約の解除を行なうことができない（9条1項）(7)。このように、特定債権事業規制法は、公告により債務者対抗要件および第三者対抗要件を備えることができる債権譲渡については、原則として、譲渡人が譲受人からの債権の取立てについての委託を受けていることを条件としているのである(8)。したがって、そこには、取立てのためにする債権譲渡の法律関係と隣接する法律関係があるということが出来る(9)。

同じく、債権流動化のために行なう債権譲渡については、「債権譲渡法制研究会報告書」が、以下のような立法提言を行なっている。すなわち、債権流動化のための対抗要件に関する包括的特別法では、第三者対抗要件について、「登録制度を採用し、一定の事項を登録すれば、債務者以外の第三者に対抗することができることとし、民法上の第三者対抗要件である確定日付ある証書による通知または承諾と競合した場合においては、その通知または承諾と、特別法上の第三者対抗要件である登録の先後によって決する」こととし(10)、債務者対抗要件について、「包括的特別法の適用を受ける債権の譲渡は、債務者に対する通知または承諾がなければ債務者に対抗することができ」ず、「すなわち、債務者は通知または承諾がないうちは原債権者に弁済することができ、原債権者に支払えば免責

を受け」、「この場合の通知または承諾は、確定日付ある証書をもってすることを要しない」こととし、債務者は、右の「通知を受けるまでに譲渡人に対して生じた抗弁事由を譲受人に対抗することができるものとする」(11)というものである。このように提言される包括的特別法では、債権譲渡があり、登録により第三者対抗要件のみが備えられた場合、譲渡人が、債権の取立てを、債務者に対して行なうことになる(12)。ここにも、取立てのためにする債権譲渡の法律関係と隣接する法律関係があるということができる。

特定債権事業規制法による債権譲渡においても、提言される包括的特別法による債権譲渡においても、原則として、譲渡人によって、譲渡された債権の取立てが行なわれた後、それが金銭債権であれば、その取り立てた金銭は、譲渡人から譲受人に支払われる(引き渡される)。そのような債権譲渡において、譲渡人と譲受人とは、それぞれ、どのような法的地位に立つのかは、取立てのためにする債権譲渡において、譲渡人と譲受人とは、それぞれ、どのような法的地位に立つのかという本稿の研究課題と隣接し、あるいは、密接に関連するものであると思われる。なぜならば、債務者は、譲受人に対する債権を自働債権として相殺をすることができるのか、譲渡人に対する債権を自働債権として相殺をすることができるのかという問題、相殺、更改、免除、期限の猶予など債権の内容を変更し、消滅させることができるのは、譲渡人であるのか譲受人であるのかという問題、譲渡された債権を差押えすることができるのは、譲渡人の債権者であるのか譲受人の債権者であるのかという問題は、いずれも、取立てのためにする債権譲渡において問題となるとともに、特定債権事業規制法による債権譲渡や提言される包括的特別法による債権譲渡においても問題になるからである。

2 これまでの議論

(1) 「取立てのためにする債権譲渡」の位置づけ・理由・分類・課題

取立てのためにする債権譲渡については、以下のような位置づけが与えられている(13)。債権者は、自ら債権を取り立てることができる。また、債権者は、自ら債権を取り立てる手間を省くために、第三者に債権取立ての代理権のみを与え、第三者(代理人)が、債権者(本人)の名で、債権の取立てをすることができる。さらに、債権者は、同じ目的のために、第三者に債権を譲渡し取立てを依頼し、第三者(譲受人)が、自己の名で、債権の取立てをすることもできる。この第三者に債権を譲渡し取立てを依頼することが、取立てのためにする債権譲渡である。

第三者に債権取立ての代理権のみを与える方法ではなく、取立てのためにする債権譲渡をする方法を採用する理由としては、「譲受人自身の名で取り立てることが便宜なので、譲渡の手段に訴えるのである」とされている(14)。

このような取立てのためにする債権譲渡は、一般に二つのタイプに分類される。第一は、債権を譲渡人に譲渡し、譲受人をして、取立てのためにのみ行使する債務を負担させるもの(信託的な債権譲渡の場合とよばれる)であり、第二は、債権の帰属には変更を生ぜず、譲受人に自己の名で債権を取り立てる権限(自分の名で他人の権利を行使する権限)だけを与えるもの(取立権限の授与の場合とよばれる)である(15)。

取立てのためにする債権譲渡については、次のような課題がある。ひとつは、効果に関する。信託的な債権譲渡と取立権限授与のそれぞれについて、当事者間、対第三者間の法律関係はどのようなものかという問題である(16)。いまひとつは、要件に関する。取立てのためにする債権譲渡が行なわれた場合、その二つのタイプのいずれにあたるかとするかの判断基準であり、当事者の意思が明らかでない場合、すなわち、原則を、信託的な債権譲渡と取立権限授与のいずれとするかという問題である(17)。

(2) 「取立てのためにする債権譲渡」の効果

取立を目的とする債権譲渡においては（信託的な債権譲渡の場合）、「譲受人は、取立の目的の範囲内で行使する債務を負うだけで、対外的には、債権はこの者に帰属する」と解されている(18)。したがって、①譲受人がする免除は有効であり、譲受人は第三者に有効に譲渡することができ、②譲渡人は、処分権限を失うとともに、債権を行使する権限を失い、③債務者は、譲渡の通知後に譲渡人に対して取得した反対債権で相殺をすることができず（民法468条2項）、④譲渡人は理由なく債権譲渡を解除することができないと解されている(19)。

これに対して、取立権限のみを与えたときは（取立権限の授与の場合）、「債権はなお譲渡人に帰属」と解されている(20)。したがって、①譲受人（権限の授与を受けた者）は、自己の名で訴えを提起することができるが、取立権限を第三者に譲渡することができず、②譲渡人（権限を授与した債権者）がする免除は有効であり、処分権限を保有するとともに、債権を行使する権限を失わず、③債務者は、権限授与の通知を受けた後の譲渡人（権限を授与した債権者）に対して取得した反対債権で相殺することができ、④譲渡人（権限を授与した債権者）は、いつでも、取立権限を撤回することができる」と解されている(21)。

(3) 当事者の意思が明らかでない場合、取立てのためにする債権譲渡を、信託的な債権譲渡と取立権限の授与のいずれと解するか

取立てのための債権譲渡は、原則として、信託的な債権譲渡であると解するべきであるという考え方が、一般的である(22)。このような考え方は、以下のような理由を挙げている。すなわち、「今日の複雑な取引関係においては、譲受人は、譲り受けた債権について、少なくとも事実上自分の利益を有するのが常であって、全く譲渡人の利益のためという事例はむしろ例外である」とし、譲受人の利益については、「当事者は、その債権が果たして完全に弁済されるかどうか不明な場合、従ってその経済的価値を確定的に評価しえない場合に、取立のために譲渡するということが稀ではない。そのような場合には、譲受人は

まず取り立て、弁済を得た上で、それを自分の譲渡人に対する債権の弁済に充当し、その他譲受人の利益に処分する」とする(23)。これに対して、原則として、取立権限の授与であると解するべきであるとする考え方は、次のような理由を挙げている。すなわち、「取立目的のためにする債権譲渡の目的は、債権者がみずからの名において、債務者に履行を求めることを避け、第三者をして、その者の名において、債務者に請求せしめるところにあり、かかる目的の実現のために、債権譲渡の方法を借用するものである。したがって、譲渡人が、債権の実体的支配者であり、かかる実態に即して、法律構成をなし、法的効果を付与すべきである」とする(24)。

(4) 裁判例

大審院大正15年7月20日判決民集5巻636頁は、取立てのためにする債権譲渡には、信託的な債権譲渡と、取立権限の授与との二つのタイプが含まれることを明らかにした(25)。すなわち、「取立ノ為ニ債権ヲ譲渡」された場合には、「当事者間ニ債権譲渡ノ意思アル」場合と、「当事者ノ目的カ債権ノ取立ヲ為スニ存スル以上」、当事者の意思は「単ニ譲受人ニ同人ノ名ヲ以テ債権ヲ行使スルノ権能ヲ授与」するにある場合とがあるというものである。前者が、信託的な債権譲渡の場合にあたり、後者が、取立権限の授与の場合にあたりと考えられる。そのうえで、本判決は、当事者の意思が明らかでない場合、取立権限の授与の場合であると解するべきであるとした。さらに、取立権限の授与の場合においては、「債務者カ譲渡ノ通知ヲ受ケタル後ト雖譲渡人ニ対シ相殺ヲ對抗シ得ヘキ事由ヲ生シタルトキハ譲受人ニ対シテモ之ニ依リ相殺ヲ主張シ得ヘキモノ」と解するべきであるとした。その理由は、取立権限の授与の場合、「譲受人カ譲受ニ係ル債権ヲ行使スルニ当リテモ譲渡人ハ尚其債権ニ付処分権ヲ」失わないというものである。

続けて、大審院昭和2年4月5日判決民集6巻193頁は、前掲大判大正15年7月20日を、基本的に、踏襲した。すなわち、「取立ノ目的ヲ以テスル債権譲渡」の場合には、「債権其ノモノノ移転ヲ来ス」場合と、債権の「移転ヲ来サスシテ他ノ法律関係ヲ生スルニ」過ぎない場合とがあるというものである。さらに、本判決は、当事者の意思が明らかでない場合は、譲受人の名をもって債権を行使する権能を授与する場合であると解するべきであるとした。これは、取立権限の授与の場合にあたりと考えられる。そのうえで、取立権限の

授与の場合は、「譲渡人ノ許諾ナキ限り更ニ第三者ニ対シテ其ノ債権ヲ譲渡シ又ハ同シク取立ノ目的ヲ以テ」自己の名において債権の取立てをする「権能ヲ授与スルコト能ワサルモノ」と解するべきであるとした。

これらに対して、大審院昭和9年8月7日判決民集13巻1588頁は、取立のためにする債権譲渡は、信託的な債権譲渡であるとした。すなわち、「取立ノ目的ヲ以テ債権カ譲渡セラレタルトキハ受託者ハ委託者ニ対シ其ノ目的ノ範囲ヲ超越シテ債権ヲ行使スルコトヲ得サル義務ヲ負担スヘキモ譲渡セラレタル債権自体ハ委託者ヨリ受託者ニ移転スルモノトス」という見解を示した。このような譲渡は、信託的な債権譲渡にあたると思われる。そのうえで、「受託者ニシテ債務者ニ対シ債務免除ノ意思ヲ表示シタリトセハ其ノ行為ハ固ヨリ取立ノ目的ノ範囲ヲ超越セルモノト謂フヘキカ故ニ委託者ニ対シテハ損害賠償ノ責ニ任スヘシト雖其ノ免除ノ意思表示ハ即チ債権者ニ依リテ為サレタル有効ノ行為ニシテ債務者カ右ノ意思表示ヲ受クル当時債権譲渡ノ目的カ取立ノ為カルコトノ情ヲ知レルト否ニ拘ラス之ニ因リテ其ノ債務ヲ免レ得ルモノト謂ワサルヘカラス」という見解を示した。

以上からは、取立てのためにする債権譲渡には、信託的な債権譲渡と、取立権限の授与との二つのタイプが含まれ⁽²⁶⁾、信託的な債権譲渡の場合は、譲受人は免除をすることができ⁽²⁷⁾、取立権限の授与の場合は、譲渡の通知の後に譲渡人に生じた事由をもって債務者は相殺をすることができ⁽²⁸⁾、譲受人は、第三者に対して債権を譲渡することができず、取立権限を授与することができない⁽²⁹⁾という判例の準則を明らかにすることができ。そして、取立てのためにする債権譲渡が、信託的な債権譲渡と、取立権限の授与との二つのタイプのいずれであるか明らかでない場合は、取立権限の授与を推定するという判例の準則も明らかにすることができる⁽³⁰⁾。

3 検討

(1) 債権者が有する法的地位の分析

債権者が債務者に対して債権を有する場合、債権者が有する法的地位を分析的に検討するならば、以下のように、多様な内容を含むものとなる。ここでは、債権者が債務者に対して有する債権が、金銭債権である場合について、検討を行なうこととする。

第一に、債務者が債務の内容である額の金銭の支払いを債権者にすれば、債権は消滅する⁽³¹⁾。すなわち、債権者に対する金銭の支払いが、弁済として評価されるのである。債権者以外の第三者に対する金銭の支払いは、原則として、弁済として評価されず、したがって、原則として、債権は消滅しない。この弁済に関連することとして、弁済の提供がある。債務者が、債権者に対して弁済の提供を行なうと、債務者は債務不履行責任を免れる(民法492条)が、債務者以外の第三者に対して債務の内容である額の金銭の支払いの提供をしても、原則として、弁済の提供として評価されず、したがって、原則として、債務者は債務不履行責任を免れない。

第二に、債権者が債務者から債務の内容である額の金銭の支払いを受領すれば、債権者には、その金銭の保持が認められる⁽³²⁾。債務者から金銭の支払いを受領した者が、債権者でない場合は、その金銭の保持は認められない。なぜならば、金銭の受領は、法律上の原因のない利益と評価され、その返還義務を、債務者に対して負う(民法703条)。したがって、債権者が金銭の保持を認められるということは、債権者による金銭の受領が、法律上の原因のある利益と評価されることを意味する。

第三に、弁済期が到来した後は、債権者は債務者を被告として、債務の内容である額の金銭の支払いを求めて訴えを提起すると、裁判所は、債務者に債権者への金銭の支払いを命ずる⁽³³⁾。また、債務名義を有する債権者は、裁判所または執行官に対して、強制執行の申立てをすると、裁判所または執行官は、強制執行を行なう(民事執行法22条(債務名義)、2条(申立て、執行機関)、43条(不動産執行)、112条(船舶執行)、122条(動産執行)、143条(財産権執行))⁽³⁴⁾。債権者以外の第三者が債務者を被告として訴えを提起すると、裁判所は、原告の請求を棄却する。また、債権者以外の第三者が、強制執行の申立

てをすると、その申立ては却下される。債権者が債務者を被告としてする訴えの提起は、債権の消滅時効を中断し（民法147条1号）、また、債権者の申立てによる強制執行の開始は、債権の消滅時効を中断する（民法147条2号）。債権者以外の第三者による訴えの提起や債権者以外の第三者の申立てによる強制執行の開始は、債権の消滅時効を中断しない。

第四に、債権者が債務者に対してする請求、すなわち、催告は、消滅時効を中断し（民法147条1号、153条（6ヵ月内に、訴えの提起等を要する））、期限の定めのない債権の場合、債務者に履行遅滞の責任を課す（民法412条3項）。債権者以外の第三者が債務者に対してする請求は、消滅時効を中断せず、債務者に履行遅滞の責任を課さない。

第五に、債権者は、債務者に対して、債務免除をすることができる。債務免除は、債権者の単独行為で行なわれ、債務免除により、債権は消滅する（民法519条）。債権者以外の第三者は、債務者に対して、債務免除をすることができない。債権者以外の第三者が債務を免除する旨の意思表示をしても、債権は消滅しない。また、債務者が債権者に対して金銭債権を有している場合は、ふたつの債権について共に弁済期が到来した後、債権者または債務者は、ふたつの債権を対当額で相殺することができる。相殺は、債権者または債務者の単独行為で行なわれ、相殺により、ふたつの債権は、対当額で消滅する（民法505条、506条）。債権者以外の第三者は、原則として、相殺をすることができず、債権者以外の第三者が相殺をする旨の意思表示をしても、ふたつの債権は消滅しない。

第六に、債権者は、譲受人になろうとする者に、自己が有する債権を譲渡することができる。債務者対抗要件および第三者対抗要件を備えた場合（民法467条）、譲受人は、債務者に対して、譲受人が有していた地位を主張することができる。債権者以外の第三者は、譲受人になろうとする者に、債権を譲渡することはできない。債権者以外の第三者が、債権の売買契約を締結した場合、その売買契約は有効であるが、その売買契約にもとづいて、債権の譲渡は生じない。その売買契約にもとづいて、売主が、債権者から債権を取得して、買主に移転する義務を負うことになる（民法560条）。

（2） 受領権限の授与

債権者A債務者Bの債権について、AがCに受領権限を与えた場合の法律関係は、以下のように考えることができる。

第一に、①BのAに対する給付と受領は、弁済であり、債権は消滅し⁽³⁵⁾、②BのCに対する給付と受領も、弁済であり、債権は消滅する。弁済の提供については、①BのAに対する提供は、弁済の提供となり、②BのCに対する提供も弁済の提供となる。しかし、AのCに対する受領権限の授与が排他的であり、履行方法の定めとなるならば、BのAに対する提供は、弁済の提供とはならない可能性がある。ただし、その場合も、Aが受領をすれば、弁済であり、債権は消滅する。

第二に、①AがBから債務の内容である額の金銭の支払いを受領すれば、BはAに対して不当利得返還を請求することはできず、②CがBから債務の内容である額の金銭の支払いを受領すれば、BはCに対して不当利得返還を請求することができない。前者においては、Aの給付保持力が、Aの利益の法律上の原因となり、後者においては、Aの給付保持力とCの受領権限とが、Cの利益の法律上の原因となる。

第三に、弁済期が到来した後は、①AがBを被告として、債務の内容である額の金銭の支払いを求めて訴えを提起すると、裁判所は、BにAへの金銭の支払いを命ずるが、②CがBを被告として、債務の内容である額の金銭の支払いを求めて訴えを提起すると、裁判所は、Cの訴えを棄却する。後者においては、Cが有する権限が受領権限であり、取立権限ではないからである⁽³⁶⁾。また、①債務名義を有するAは、裁判所または執行官に対して、強制執行の申立てをすると、裁判所または執行官は、強制執行を行なうが、②Aを債権者とする債務名義をもって、Cが、裁判所または執行官に対して、強制執行の申立てをすると、その申立ては却下される。

第四に、①AがBに対してする請求、すなわち、催告は、消滅時効を中断し、期限の定めのない債権の場合、Bに履行遅滞の責任を課すが、②CがBに対してする請求、すなわち、催告は、消滅時効を中断せず、期限の定めのない債権の場合、Bに履行遅滞の責任を課さないように思われる。ただし、後者の場合、受領権限に、請求（意思の通知）についての代理が付随している場合も考えられ、そのような場合には、請求は、消滅時効を中断し、Bに履行遅滞の責任を課す。

第五に、①Aは、Bに対して、債務免除をすることができるが、②Cは、Bに対して、債務免除をすることができない。また、①AがBに対して金銭債権を有している場合は、ふたつの債権について共に弁済期が到来した後、AまたはBは、ふたつの債権を対当額で相殺することができるが、②CがBに対して金銭債権を有している場合は、ふたつの債権

について共に弁済期が到来した後であっても、CもBも、ふたつの債権を対当額で相殺することができない。

第六に、①Aは、譲受人になろうとする者に、自己が有する債権を譲渡することができるが、②Cは、譲受人になろうとする者に、Aが債権者である債権を譲渡することができない。

(3) 取立権限の授与

債権者A債務者Bの債権について、AがCに取立権限を与えた場合の法律関係は、以下のように考えることができる。

第一に、①BのAに対する給付と受領は、弁済であり、債権は消滅し⁽³⁷⁾、②BのCに対する給付と受領も、弁済であり、債権は消滅する。弁済の提供については、①BのAに対する提供は、弁済の提供となり、②BのCに対する提供も弁済の提供となる。しかし、AのCに対する受領権限の授与が排他的であり、履行方法の定めとなるならば、BのAに対する提供は、弁済の提供とはならない可能性がある。ただし、その場合も、Aが受領をすれば、弁済であり、債権は消滅する。この点については、受領権限の授与の場合と、取立権限の授与の場合とは共通する。

第二に、①AがBから債務の内容である額の金銭の支払いを受領すれば、BはAに対して不当利得返還を請求することはできず、②CがBから債務の内容である額の金銭の支払いを受領すれば、BはCに対して不当利得返還を請求することができない。前者においては、Aの給付保持力が、Aの利益の法律上の原因となり、後者においては、Aの給付保持力とCの取立権限とが、Cの利益の法律上の原因となる。この点については、受領権限の授与の場合と、取立権限の授与の場合とは共通する。

第三に、弁済期が到来した後は、②CがBを被告として、債務の内容である額の金銭の支払いを求めて訴えを提起すると、裁判所は、BにCへの支払を命じ、①AがBを被告として、債務の内容である額の金銭の支払いを求めて訴えを提起すると、裁判所は、BにAへの金銭の支払いを命ずると考えてよいように思われる。ただし、前者については、債権者がAである債権について、Cが、Bに対してCに支払うよう求めるものであるため、任意的訴訟担当であり、弁護士代理の原則（民事訴訟法54条）や訴訟信託の禁止（信託法11

条)との関係で、許されるかという検討を必要とする(38)。また、前者について認められる場合、後者を併せて認めると、債務者の利益が害されないかも問題となる。前者について認められるならば、この点について、受領権限の授与の場合と、取立権限の授与の場合とは異なるものとなる。

第四に、①AがBに対してする請求、すなわち、催告は、消滅時効を中断し、期限の定めのない債権の場合、Bに履行遅滞の責任を課し、②CがBに対してする請求、すなわち、催告も、消滅時効を中断し、期限の定めのない債権の場合、Bに履行遅滞の責任を課す。この点について、受領権限の授与の場合と、取立権限の授与の場合とは異なるものとなる。

第五に、①Aは、Bに対して、債務免除をすることができるが、②Cは、Bに対して債務免除をすることができない。また、①AがBに対して金銭債権を有している場合は、ふたつの債権について共に弁済期が到来した後、AまたはBは、ふたつの債権を対当額で相殺することができるが、②CがBに対して金銭債権を有している場合は、ふたつの債権について共に弁済期が到来した後であっても、CとBも、ふたつの債権を対当額で相殺することができない。この点については、受領権限の授与の場合と、取立権限の授与の場合とは共通する。

第六に、①Aは、譲受人になろうとする者に、自己が有する債権を譲渡することができるが、②Cは、譲受人になろうとする者に、Aが債権者である債権を譲渡することができない。この点については、受領権限の授与の場合と、取立権限の授与の場合とは共通する。

(4) 信託的な債権譲渡をどのように考えるべきか

債権者A債務者Bの債権について、AがCに債権譲渡をし、対抗要件を備えた場合の法律関係は、Cが債権者となり、Aは債権者ではなくなるというものである。債権を売買するために債権譲渡が行なわれる場合は、Cが債権者となり、Aは債権者ではなくなるという法律関係が実現することと、当事者の意図とは一致する。しかし、譲渡担保の目的であったり、債権取立てのために、債権譲渡が行なわれる場合は、Cが債権者となり、Aは債権者ではなくなるという法律関係とともに、担保という目的を反映した法律関係、あるいは

は、債権の取立てという目的を反映した法律関係を実現することが当事者の意図であって、単に、Cが債権者となり、Aは債権者ではなくなるという法律関係が実現することでは、当事者の意図と一致しない。信託的な債権譲渡⁽³⁹⁾とは、債権の取立てのためにする債権譲渡において、Cが債権者となり、Aは債権者ではなくなるという法律関係とともに、債権の取立てという目的を反映した法律関係を実現しようとする法形式であるということが出来る。

そして、そのような信託的な債権譲渡によって実現される債権の取立てという目的を反映した法律関係としては、受託者が信託の本旨に反してした信託財産の処分について、相手方が悪意または重過失の場合は、受益者がその処分を取り消すことができるという規律(信託法31条)を、重要視すべきである⁽⁴⁰⁾。すなわち、譲受人が、取立て目的に反してした処分について、相手方が悪意または重過失であれば、譲受人は、取り消すことができるということである⁽⁴¹⁾。具体的には、債務者が取立てのためにする債権譲渡であることについて知り、または、重大な過失によって知らなかった場合には、譲受人がする債務の免除、譲受人または債務者がする債務者が譲受人に対して有する反対債権との相殺を、譲受人は取り消すことができ、また、第三者が取立てのためにする債権譲渡であることについて知り、または、重大な過失によって知らなかった場合には、譲受人が第三者に対してする債権の譲渡を、譲渡人は取り消すことができると解するべきである。このような基本的な考え方に立つと、具体的な法律関係は、以下のように考えることができる⁽⁴²⁾。

第一に、②BのCに対する給付と受領は、弁済であり、債権は消滅するが、①BのAに対する給付と受領は、弁済ではなく、債権は消滅しない。弁済の提供については、②BのCに対する提供も弁済の提供となるが、①BのAに対する提供は、弁済の提供とならない。取立権限の授与の場合と、信託的な債権譲渡の場合とは異なる。

第二に、②CがBから債務の内容である額の金銭の支払を受領すれば、BはCに対して不当利得返還を請求することができないが、①AがBから債務の内容である額の金銭の支払いを受領すれば、BはAに対して不当利得返還を請求することができる。取立権限の授与の場合と、信託的な債権譲渡の場合とは異なる。

第三に、弁済期が到来した後は、②CがBを被告として、債務の内容である額の金銭の支払いを求めて訴えを提起すると、裁判所は、BにCへの支払を命じ、①AがBを被告として、債務の内容である額の金銭の支払いを求めて訴えを提起すると、裁判所は、Aの請

求を棄却する。取立権限の授与の場合と、信託的な債権譲渡の場合とは異なる。

第四に、②CがBに対してする請求、すなわち、催告は、消滅時効を中断し、期限の定めのない債権の場合、Bに履行遅滞の責任を課すが、①AがBに対してする請求、すなわち、催告は、消滅時効を中断せず、期限の定めのない債権の場合、Bに履行遅滞の責任を課さない。取立権限の授与の場合と、信託的な債権譲渡の場合とは異なる。

第五に、②Cは、Bに対して債務免除をすることができるが、①Aは、Bに対して、債務免除をすることができない。また、②CがBに対して金銭債権を有している場合は、ふたつの債権について共に弁済期が到来した後、CまたはBは、ふたつの債権を対当額で相殺することができるが、①AがBに対して金銭債権を有している場合は、ふたつの債権について共に弁済期が到来した後であっても、AもBも、ふたつの債権を対当額で相殺することができない。取立権限の授与の場合と、信託的な債権譲渡の場合とは異なる。しかし、既に述べたように、Bが悪意または重過失である場合には、Aは、債務免除や相殺を取り消すことができると考えるべきである（信託法31条）。

第六に、②Cは、譲受人になろうとする者に、Aが債権者である債権を譲渡することができるが、①Aは、譲受人になろうとする者に、自己が有する債権を譲渡することができない。取立権限の授与の場合と、信託的な債権譲渡の場合とは異なる。しかし、既に述べたように、譲受人になろうとする者が悪意または重過失である場合には、Aは、Cからの債権譲渡を取り消すことができると考えるべきである（信託法31条）。

（5） 残された問題——取立権限の授与の場合の法形式と法実質

以上のように考えることができるならば、信託的な債権譲渡は、当事者の債権譲渡の合意と、取立て目的で債権譲渡をする旨の合意があれば成立し、債権譲渡の対抗要件を備えることで、債権譲渡としての対抗力をもつことになる。したがって、債務者との法律関係、および、第三者との法律関係については、原則として、譲渡人は債権者ではなく、譲受人が債権者であるという法律関係が実現するが、例外的に、取立て目的に反した譲受人の行為については、相手方である債務者または第三者が悪意または重過失の場合、譲渡人が取消をすることができるということになる。

これに対して、取立権限の授与については、困難な問題が残されている⁽⁴³⁾。すなわ

ち、取立権限の授与という法実質を過不足なく表現する法形式が存在するかどうか問題となるからであり、債権者の債権を、取立権限を授与された者が自己の名で取り立てることを可能とする法形式は、債権譲渡以外にはないように思われるからである。そして、債権譲渡という法形式と、取立権限の授与という法実質との乖離は、端的に、譲渡人と譲受人のいずれが、債務免除をすることができ、第三者に譲渡することができ、債務者が譲渡人に対する反対債権と債務者が譲受人に対して有する反対債権のいずれと相殺をすることができるかという問題を生じさせるのである(44)。

そして、残された課題は、取立権限の授与という法実質と債権譲渡という法形式の調整を試みる前に、取立権限の授与という法実質を承認する必要性が、現在果たしてあるのかどうかを問うことではないかと思われる。信託的な債権譲渡という法形式とは別に、債権譲渡という法形式を用いざるを得ず、しかも、譲渡人が債権者であるという取立権限の授与という法実質の意義は何かという問いである。

〔注〕

- (1) 物の売買契約と所有権移転の合意（民法178条）との関係と、共通すると考えることができる。
物の売買契約と所有移転の合意（民法176条）との関係については、「物権の変動を生ずる意思表示と債権の発生を生ずる意思表示とが全く同一形式でこれを識別すべき外形的なものないわが民法の下では、両者を区別する必要はない。意思表示の効果意思の内容に従って当事者の欲した効果を認めれば充分である。特定物の売買契約等においては右の効果意思には、観念的には、債権を発生させる意思と所有権を移転する意思とが結合して含まれていると認められる場合が多いであろうが、いずれにしても物権と債権の二つの効果を生ずる場合には意思表示も二つなければならない、といわなければならないものではない」とする我妻栄・有泉亨補訂『新訂物権法』57頁（1983年）を参照。
- (2) 物の譲渡担保についての法律関係と、基本的には、共通すると考えられる。物の譲渡担保については、担保の実行前の取戻しに関して、「被担保債権が弁済その他の事由で消滅すれば、譲渡担保権も消滅する（消滅に関する付従性）。譲渡質では、設定者は目的物の引渡を請求しえ、不動産譲渡担保では設定者は登記名義の移転を請求しうる。なお返還請求権は、譲渡担保設定契約の効力として生ずると考えればよいが、同時に、譲渡担保権消滅によって回復した完全なる所有権の効力としても生ずる」こと（高木多喜男『担保物権法（新版）』354頁（1993年）参照）、および、担保の実行にともなう清算義務に関して、「譲渡担保権の実行により権利者は、被担保債権の範囲内で、目的価値を所有権取得により手中に収めるのであり、目的物価額と債権額の差額は、設定者に返還しなければならない」こと（高木・前掲336頁）参照。
- (3) 代物弁済（民法482条）として、債権譲渡が行なわれることも考えられる。すなわち、例えば、債務の内容が金銭の支払であるとき、金銭を支払うことにかえて、金銭債権を譲渡することである。
- (4) 「債権を譲渡するには、何らかの原因がある。対価をえて（売買として）、無償で（贈与として）、譲受人に対する自己の債務を担保するために（譲渡担保として）、その他いろいろの場合がありうる。このことも動産や不動産の譲渡と全く同様である。従って、債権を目的とする売買・贈与などの契約と債権を移転すること自体を内容とする債権譲渡（契約）との関係は、動産・不動産を移転する契約とその動産・不動産の売買・贈与を目的とする契約との関係と全く同一である」とする我妻栄『新訂債権総論』520頁（1964年）、および、「債権譲渡は種々の経済目的のためになされる。債権を一財貨として売買・贈与の目的をもって譲渡するのが普通であるが、他の債権を担保する目的をもって譲り渡したり（売渡担保または譲渡担保）、債権の取立ての目的をもって債権を譲渡することがある。もっとも、訴訟行為をなさしめることを主たる目的として債権を譲り渡すことは許されない（信託法11条）」とする於保不二雄『債権総論（新版）』298-297頁（1972年）参照（奥田昌道『債権総論（増補版）』425頁（1992年）も参照）。
- (5) 現実の事案における債権譲渡について、債権の売買であるか、譲渡担保目的であるか、債権の取立てのためのものであるかの判定は、容易ではない。いずれにしても、債務者から債務者に金銭が支払われ、譲受人から譲渡人にも金銭が支払われるが、原則的には、後者が前者に先行すると、売

買代金の支払が貸付金の支払であり、後者が前者に遅れると、取立金の支払（引渡し）であると解することができるように思われるが、金銭の支払の先後関係のみが決め手になるものではないように思われる。特に、清算義務の問題や充当の問題がある譲渡担保目的での債権譲渡と、債権取立てのための債権譲渡については、場合によっては、同時に両者の性格を有するものでありうるように思われる。

- (6) 計画が適合する旨の確認は、取立てについて委託を受けていること（3号）とともに、当該特定債権の譲渡の総額が当該特定事業実施のために必要な限度を超えるものでないこと（1号）、および、その特定債権の譲渡の総額が当該特定事業者の財産の状況に照らして過大なものでないこと（2号）について、行なわれる。
- (7) ただし、正当な理由がある場合は、この限りでない（同条同項但書）。その場合、譲受人（特定債権等譲受業者）は、取立てを委託する契約の解除により当該譲渡人（特定事業者）の受領の権限をもって当該債権（特定債権）の債務者に対抗することができない（ただし、当該債務者がその弁済受領の権限の消滅を知り、または過失により知らなかったときは、この限りでない）（同条2項）。
- (8) 譲渡人が譲受人から債権の取立てについての委託を受けていることが条件とされる趣旨は、「本条（6条）の確認を受けた特定事業者は、法第7条の公告を利用できることとなるが、」 「公告では、譲渡された特定債権の債務者は、一般に自己に対する債権が譲渡されたことを確知することは困難である。この場合、債務者は、債権譲渡の事実を知らないため、当然、従来どおり、特定事業者に弁済しようとするが、この場合に特定事業者が、弁済受領権限がないにもかかわらずこれを弁済として受領したときは、当該債務者は、弁済を受ける正当な権利者である特定債権等譲受業者からも弁済を請求されるおそれがあるという二重弁済の危険性がある。そこで、こうした債務者の二重弁済の危険性を回避するため、本号において、特定事業者は譲渡しようとする特定債権の取立てについて、当該特定債権等譲受業者から委託を受けることを義務付けることにより、特定事業者に対して特定債権の弁済について受領権限を付与するとともに、法第9条により、この取立てを委託する契約の解除の禁止規定を設け、債務者保護を図っている」（通商産業省産業政策局取引信用室編『特定債権法の解説』32-33頁（1995年））というものである。
- (9) この法律関係については、ふたつのアプローチの方法が考えられる。第一は、債権流動化のための債権譲渡とは完全に独立した問題として、AからBへの債権の取立ての委託がなされた場合、その法律関係はどのようなものとなるかというアプローチである。債権取立てのための債権譲渡を、債権の取立ての委託と対比するならば、債権取立てのための債権譲渡の譲渡人をAに、債権取立てのための債権譲渡の譲受人をBにすることができる（ただし、この場合、債権流動化のための譲渡の譲受人がAであり、債権流動化のための譲渡の譲渡人がBであることに注意を払わなければならない）。第二のアプローチは、債権流動化のための債権譲渡と、債権の取立ての委託とを総合した視点から、債権譲渡とその譲受人から譲渡人への債権の取立ての委託が同時に行なわれた場合、その法律関係はどのようなものとなるかというアプローチである。
- (10) 「債権譲渡法制研究会報告書」（平9.4.25.債権譲渡法制研究会）金融法務事情1484号61頁（1992

年)。

- (11) 債権譲渡法制研究会・前掲注(10)61頁。
- (12) 民法が定める指名債権譲渡の對抗要件は、債務者對抗要件が、債務者への通知または債務者の承諾であり(467条1項)、第三者對抗要件が、確定日付ある証書による債務者への通知または債務者の承諾である(同条2項)。したがって、第三者對抗要件が備わるときは、常に、債務者對抗要件が備わることになる(二重譲渡の場合について、山田誠一「資産流動化における債権譲渡の對抗要件」金融法務事情1448号14頁(1996年)参照)。これに対して、提言される包括的特別法では、債務者對抗要件と第三者對抗要件とが、相互に異なり重ならないため、第三者對抗要件が備わるときであっても、債務者對抗要件が備わらないという可能性が生ずることになる(「もし債務者の関与を切り離す對抗要件を創設するとすれば、債務者を保護するための方策を別に用意しなければならず、そのため、競合する譲受人間の優先関係の問題と、債務者は誰に弁済すれば免責されるかという問題は、別個の基準によって解決されなければならない」とする丸山健「債権流動化と民事財産法の対応(下)」NBL592号45頁(1996年)参照)。
- (13) 我妻・前掲注(4)440頁参照。「債権の取立事務を他人に委託するにあたっては、当該債権の取立権限のみをその他人に授与すれば足りるわけであるが、現実には、しばしば、取立の目的をもって債権譲渡がなされる」とし、「取立のための債権譲渡の場合とは、その当事者すなわち譲渡人・譲受人の間では取立目的のための譲渡であることがはっきりしている場合である」とする奥田・前掲457-458頁も参照。
- (14) 我妻・前掲注(4)550頁。
- (15) 我妻・前掲注(4)445-551頁(まず、判例は、譲受人自身の名で取り立てるため、譲渡の手段に訴える場合の「法律関係には二つの型があるという」とし、判例は、「そのいずれの場合にも有効だ」とし)とすうえて、「この判例の根本的な態度は正当と思う」とする)参照。取立てのためにする債権譲渡の場合における「債権の帰属、両当事者間での権限の分配については、理論上は次のような諸態様が考えられよう」とすうえて、「取立権限の授与にとどまる場合」で、「当事者の意思は取立権限の授与にあり、その目的のために便宜上債権形式をとったにすぎず、真実債権を譲渡する意思は欠如しており、したがって、譲受人は取立権限を取得するも、債権は取得しない」タイプと、「当事者は債権自体をも譲受人に移転させる意思をもって譲渡が行なわれた場合」で、「債権のいわゆる信託的譲渡の場合であって、債権自体は譲受人に移転するが、譲受人は取立目的の範囲内でのみ制約を受ける」タイプを挙げる奥田・前掲注(4)458-459頁、および、「取立目的をもってなされる債権譲渡につき、判例は二つの場合を分かっている」として、「その一つは単に取立権能のみを授与する場合であり、他は債権を信託的に譲り渡す場合である」とする於保・前掲注(4)297頁参照。
- (16) 奥田・前掲注(4)457頁は、「譲渡人・譲受人間の内部関係はともかくとして、債務者その他の第三者との関係では通常の債権譲渡と全く同一に扱うのか、それとも、形式は譲渡であっても実質は取立権限の授与にすぎないとして実質に重きを置いた処理をすべきであるのか、その場合、かかる事情を知らない債務者ないし第三者の保護をいかにかはるべきか、等の問題が生ずる」とする。ま

た、我妻・前掲注(4)552頁は、問題は、「取立権限の授与の場合に債務者その他の第三者の利益をいかに考慮すべきかである」とする。

- (17) 我妻・前掲注(4)552頁は、「問題は、実際に行われる取立のための譲渡につき、当事者の意思が明瞭でないときにいずれと推定すべきか」であるとする。
- (18) 我妻・前掲注(4)552頁参照。奥田・前掲注(4)458頁(「譲受人は取立目的の範囲内でのみ債権を行使する制約を受ける」とし、その制約の法的性質として、「譲受人は譲渡人に対して単に取立権限をこえて債権を行使してはならないという債務を負担するが、法的権限としては債権者としてのすべての権利を行使しうるものと解される場合」を挙げる)も参照。また、於保・前掲注(4)297頁は、「譲受人は譲渡人に対し目的の範囲をこえて債権を行使してはならない債務を負担するが、譲渡された債権は譲渡人から譲受人に移転する。したがって、譲受人は、対外関係においては債権者としてすべての権利を行使することができる」とする。
- (19) 我妻・前掲注(4)552頁は、判例理論として示したうえで、このような判例理論は正当であるとする。於保・前掲注(4)297頁は、「譲受人が債務者に対してなした債務の免除は有効であって、債務者が信託目的を知っていたと否にかかわらず、債務は消滅する。もっとも、譲受人の免除行為は取立の目的をこえるから、譲受人は譲渡人に対して損害賠償の責に任じなければならない」とする。これに対して、奥田・前掲注(4)461頁は、「取立のための債権譲渡であることを知らない(善意・無過失の)債務者・第三者(差押債権者・転得者)に対しては単純な債権譲渡と同じ効果を認むべき」とし(取立権限の授与の場合と差異はない)、また、「譲受人が取立目的の範囲を超えて債権を行使したり、処分した場合(背信的処分行為)、そのことにつき悪意または重過失ある債務者または第三者との関係でかかる処分行為の効力をいかにすべきか」について、「信託法31条は背信的処分行為の取消を受益者に認めている」とする。
- (20) 我妻・前掲注(4)551頁参照。奥田・前掲注(4)458頁は、「債権は依然、譲渡人に帰属しており、譲渡人のみが債権者である」とする。「真の意味の債権譲渡ではなく、いわゆる譲受人は債権そのものを取得しないで、ただ自己の名において債権の取立をする権能を取得するにすぎない」とする於保・前掲注(4)297頁も参照。
- (21) 我妻・前掲注(4)551・552頁は、判例理論として示したうえで、このような判例理論は正当であるとする。於保・前掲注(4)297頁も参照。これに対して、奥田・前掲注(4)461頁は、「取立のための債権譲渡であることを知らない(善意・無過失の)債務者・第三者(差押債権者・転得者)に対しては単純な債権譲渡と同じ効果を認むべき」とし(信託的な債権譲渡の場合と差異はない)、また、「譲受人が取立目的の範囲を超えて債権を行使したり、処分した場合(背信的処分行為)、そのことにつき悪意または重過失ある債務者または第三者との関係でかかる効力をいかにすべきか」について、「処分行為の効力を」生じないとする。
- (22) 我妻・前掲注(4)553頁、および、於保・前掲注(4)298頁(いずれも、判例は、取立のための債権譲渡は、原則として、取立権限の授与であると理解し、判例に反対する)。これに対し、林良平(安永正昭補訂)=石田喜久夫=高木多喜男『債権総論(第三版)』527頁(1996年)(高木)は、「取立目的をもってする債権譲渡は、特別の事情がないかぎり原則として、取立権限の授与であると解

するのが正当である」とする。これらに対して、奥田・前掲注(4)461頁は、「両説の差異はそれほど大きいものではない」とする。

- (23) 我妻・前掲注(4)553頁。
- (24) 林(安永)=石田=高木・前掲注(22)527-528頁(高木)(ただし、同時に、当事者以外の債務者およびその他の第三者は、「取立目的であることを知らず、債権譲渡の外形を信ずるのが通常であり、かかる者の保護を考慮すべきことが必要である」とする)。
- (25) 本判決より以前は、取立てのためにする債権譲渡には、信託的な債権譲渡と、取立権限の授与との二つのタイプが含まれるという考え方は、明らかではない。ただし、取立のためにする債権譲渡は、有効であるという見解を示したものがある。大審院明治41年12月7日判決民録14輯1268頁は、取立のためにする債権譲渡は、外部の関係は純然たる債権譲渡であり、内部の関係は譲渡の目的が取立にあり、このような信託行為は、内部におけると外部に対すると関係を異にし、法律上無効ではないという見解を示した。また、大審院明治42年10月26日判決民録15輯803頁は、債権譲渡について、譲受人が債務者から金銭を取り立てたときは、その金銭を譲渡人に払い渡すべき内部関係があり、権利を移転する意思をもって行なったとき、その債権譲渡は有効であるという見解を示した。さらに、大審院大正元年10月18日判決民録18輯879頁は、債権を譲渡する真意があり、その譲渡は特定の目的を有し其目的を達する範囲内において効力を生ぜしめようとする場合、その譲渡は有効であり、その効力は特定の目的のために制限されるとの一般的な見解を示し、そのうえで、債権の取立てを目的として債権を譲渡するというような目的を超越するところの効力を生ずべき法律行為を行なったときは、信託行為と称し、有効であるとの見解を示した(前掲大判明治41年12月7日を引用する)。そして、信託的な債権譲渡と、取立権限の授与との二つのタイプを区別せずに、取立てのためにする債権譲渡について、前掲大審院大正元年10月18日判決は、債権の取立てを目的として債権を譲渡した場合において譲受人はこれにより債権を取得するが取立て以外に債権の行使または処分をすることができないという見解を示し、また、大審院大正6年12月8日判決民録23輯2066頁は、取立てのためにする債権譲渡においては、譲受人は債務者に対して、債権者として取立ての権利を行使することができるものの、譲渡人が自ら債権を取り立てまたはこれを免除することを拒む権利がないという見解を示した。
- (26) 前掲大判大正15年7月20日、および、前掲大判昭和2年4月5日。
- (27) 前掲大判昭和9年8月7日。
- (28) 前掲大判大正15年7月20日。
- (29) 前掲大判昭和2年4月5日。
- (30) 前掲大判大正15年7月20日、および、前掲大判昭和2年4月5日。前掲大判昭和9年8月7日は、信託的な債権譲渡を推定すべきであるとするものではないと考えるべきである。
- (31) このことを、具体的に定める民法の規定はないが、民法の規定の前提となっていると理解することができる。我妻・前掲注(4)213頁は、「弁済は債務の内容たる給付を実現させる債務者その他の者の行為である。これによって債権はその目的を達して消滅する」とし、奥田・前掲注(4)487頁は、「弁済とは、債務者または第三者のなす給付行為により債権が満足させられること(目的を達

すること)をいう。これによって債権は消滅する」とする。

- (32) このことを、具体的に定める民法の規定はないが、民法の規定の前提となっていると理解することができる。我妻・前掲注(4)64頁は、債権とは、「債務者に対する関係においては、債務者が任意に給付をしたときこれを受領することが法律的に是認され、非債弁済としてその返還を請求されることのない点に最少限度の法律的な効果がある」とし、奥田・前掲注(4)73頁は、「債権の本来的・第一次的効力は、債務者に対し給付を請求すること(請求力)にあり、かつ債務者のなす給付を受領し、これを保持しうる点にある(給付受領権・給付保持力)」とする。
- (33) 訴えの提起に着目すると、債権者には、債務者に金銭の支払いを求める訴訟の訴えの利益が認められ、また、当事者適格が認められる。しかし、裁判所によって債権の成立や原告への帰属が認められず、または、債権の消滅があったと判断された場合には、請求棄却となり、当事者適格がないとされたり、訴えの利益がないとされたりするのはない。したがって、「現在の給付の訴えであることだけで、本案判決を求める利益がある」とされ(新堂幸司『民事訴訟法(第二版補正版)』177頁(1990年)、また、「給付の訴えにおいては、訴訟物たる給付請求権を自らもつと主張する者に原告となる適格が」あるとされる(新堂・前掲191頁)。
- (34) 我妻・前掲注(4)64頁は、「現行法の下では、債権者は、原則として、任意に給付しない債務者を強制して給付」「をなさせしめるために、国家の権力的助力—給付の命令(判決)及びその命令の強制的実現(強制執行)—を受けることができる」とし、奥田・前掲注(4)76頁は、「債務者が債権者の履行請求に応じて履行請求に応じて履行をしない場合には、債権者には、債権内容実現のためにさらに強力な手段が用意されていなければならない。それは、強制履行であって、414条がこれを規定し、手続として民事執行法の定めるところによる」とする。
- (35) BのAに対する給付と受領は、弁済であり、債権は消滅することを前提としたうえで、代理受領を承認しつつ、Aに対して弁済したBは、代理受領として、受領権限を与えられたCの財産上の利益を侵害することになり、不法行為にもとづく損害賠償責任を負うことがあるという見解を示したいわゆる代理受領に関する最判昭和61年11月20日判時1219号63頁を参照。
- (36) 「受領委任にとどまる場合には、取立権は存しない」とする高木・前掲注(2)322頁参照。
- (37) 奥田・前掲注(4)458頁は、「債務者の利益のためになされた取立てのための債権譲渡(例、譲受人は取り立てた金員を譲渡人に対して有する債権の弁済に充当しうるような場合)」で、取立権限の授与にとどまる場合について、「譲渡人は譲受人の権利行使を妨げるような一切の行為をなさない。ただし、債権人は譲受人に対してかような義務(不作為義務)を負うにとどまると解すべきか、取立権限・処分権限自体が譲渡人から剥奪されるものと解すべきかは困難な問題である」とする。ただし、取立権の存する取立委任型では、債権者(A)に弁済しても、債権の消滅を、取立権限を授与された者(C)に主張することができず、したがって、Cは債務者(B)に対して取立権を行使しうるとする高木・前掲注(2)322頁がある。
- (38) 新堂・前掲注(33)196-198頁、123-127頁(1990年)参照。
- (39) 譲渡人が委託者であり受益者であって、譲受人が受託者である信託と構成することになる。譲渡人から譲受人に債権を譲渡し(財産権の移転)、譲受人をして、取立ての目的(一定の目的)にし

たがい、債権の管理または処分（財産の管理または処分）なきしめるものである（信託法1条参照）。

(40) 奥田・前掲注(4)461頁参照。

(41) 四宮和夫『信託法（新版）』252-259頁（1989年）参照。

(42) 四宮・前掲注(41)12-13頁は、取立てのためにする債権譲渡について、「(1)譲受人に対する債権の担保のために、したがって譲受人の利益のためになされた場合は、譲渡担保の一種と考えられる。(2)取り立てた債権の目的物を譲受人がさらに管理しまたは第三者に処分することが予定されている場合には、譲渡人の処分権の競合を認めるべきではないから、信託法上の信託と解すべきである。(3)それ以外の場合には、譲渡人のために債権の満足ないし金銭化が実現されればよいのだから、譲渡人にも取立ないし処分の権能の残存する「授権」と形式的資格授与の結合と解するのが、当事者の意思に適合しよう」とする。奥田・前掲注(4)458頁は、信託的な債権譲渡について、「(a)譲受人は譲渡人に対して単に取立権限をこえて債権を行使してはならないという債務を負担するが、法的権限としては債権者としてのすべての権利を行使しうるものと解される場合」と「(b)譲受人は債権の主体でありながら取立権限のみを有するものとされ、逆に譲渡人は債権自体は有しないが債権者としての一切の権限を有するものと解される場合（法律構成としては、一旦債権を譲渡しながら、処分権限・行使権限を自らに移譲せしめたものとする）」とがあるとする。

(43) 奥田・前掲注(4)58頁は、取立権限の授与について、一方で、「(a)譲渡人の利益のためであるときは、譲渡人は通常の債権者としての一切の行為—取立、免除、和解のほか第三者への譲渡もなしうる」としつつ、「取立のための譲渡であることを知らない債務者または第三者に対する関係は、民法94条2項の一場合として処理し、譲渡当事者は譲受人に債権が移転していないことを主張しえない」とし、他方で、「(b)譲受人に利益のためになされた取立のための債権譲渡においては、譲渡人は譲受人の権利行使を妨げるような一切の行為をなしえない」とする。

(44) 林(安永)=石田=高木・前掲注(22)528頁（高木）は、取立権限の授与という法実質を優先させて法律関係を規律したうえで、取立権限の授与の場合であることを知らず、債権譲渡という法形式を信じた債務者および第三者については、民法94条2項の類推適用によって、保護を与えるべきであるとする。

(禁無断転載)

(非売品)

平成10年3月20日印刷

平成10年3月20日発行

法形式と法実質の調整に
関する総合研究(Ⅰ)

報 告 書

発 行 ©財団法人 トラスト60

東京都中央区八重洲2-3-1

住友信託銀行八重洲ビル内

Tel. 03-3286-8100 (代表)

印刷：(株) ディグ