

信託における取戻権・第三者異議権の法原理的基礎

大阪大学大学院国際公共政策研究科教授 大久保 邦彦

目 次

- I はじめに
 - 1 問題の所在
 - 2 本稿の目的
- II 物権的帰属と責任法的帰属の区別
 - 1 Henckel の見解
 - 2 その他の学説
 - 3 各 論
 - 4 小 括
- III 優先権の法原理的基礎
 - 1 序 説
 - 2 債権者平等の原則
 - 3 優先権の法原理的基礎
- IV 信託における取戻権・第三者異議権の法原理的基礎
 - 1 ドイツ・オーストリア法
 - 2 日本法
- V おわりに

民法は、どのような基本思想や原理を前提としてできあがっているか。これを抽出し、確定することが、学説の仕事です。さらに、それらのさまざまな基本思想や原理が相互にどのような関係に立つか。具体的な条文がそれらの基本思想や原理とどのようにかかわっているか。その体系化こそが、学としての民法学の最大の課題です（山本敬三⁽¹⁾）。

私が高く評価するこの著作〔Franz Bydlinski『私法の体系と原理』⁽²⁾〕は、「純粹の」法理学者や方法論者にとっては、私法解釈学的で地に着きすぎている一方、個別の問題につき具体的な情報を求め実践的・理論的に活動する「普通の」私法解釈学者にとっては、地から離れすぎているため、虻蜂取らずにならないか懸念される（Ernst Kramer⁽³⁾）。

I はじめに

1 問題の所在

物権と債権を対置する民法体系を前提にすると、信託は種々の理解困難な法現象を引き起こす。信託の基本的構造については争いがあるが、信託法の条文を素直に読む限り、①信託財産に属する権利は委託者から受託者に完全に移転するが（信託2条3項）、②受託者は一定の目的に従い信託財産を管理する債権的拘束を受ける（信託3条）。そうであれば、受託者が信託財産に属する権利をその権限を越えて譲渡しても、受託者は完全な権利者なので譲受人はその権利を取得するはずである。しかし、信託法は、特別な帰責根拠が譲受人にあるときに、受益者にその行為の取

消権を認める(信託27条)。また、信託財産は受託者に帰属するにもかかわらず、受託者の債権者は一信託財産責任負担債務に係る債権(信託2条9項・21条)に基づく場合を除き一信託財産に強制執行をすることはできず(信託23条1項)、同項の規定に違反してされた強制執行に対して受託者または受益者⁽⁴⁾は第三者異議の訴え(民執38条)を提起することができる(信託23条5項)⁽⁵⁾。さらに、受託者が破産手続開始決定を受けても信託財産に属する財産は破産財団に属さず(信託25条1項)、受益者は取戻権を行使することができる(II 3(6)(b))。

かかる法現象を説明するために、法概念・法的構成のレベルでは、たとえば、「受益権は、基本的には信託財産に対する債権であるが、それとともに、信託財産(構成物)に対して物的相関関係をもつ物的権利である」という説が唱えられた(四宮)⁽⁶⁾。しかし、そのように受益権の法的性質を説明しても、上述の法現象自体、特にその法的効果を正当化することはできない。法原理による正当化は、取消権に関し「取引の安全」に言及される程度で⁽⁷⁾、不十分である。

イングランド法に関し、受託者の義務違反に対する受益者の物権的な救済手段を支える「法理」を探究する道垣内弘人も、エクイティ上の追及権の法理と擬制信託の法理を挙げるだけで、検討は法原理の層に及んでいない⁽⁸⁾。ドイツ法を参照して受託者の背信的処分を代理権濫用と比較する辻正美も、学説紹介の中で信義則や取引安全に言及する程度である⁽⁹⁾。

しかし、2008年に中田英幸『ドイツ信託法理』⁽¹⁰⁾が現れ、検討は法原理の層に及ぶことになった。そこで紹介されているCanarisの見解は、受託者が他人の物を扱っていることが一般的に知られている(周知性がある)場合に委託者の取戻権・第三者異議権を認める説であるが、信託原理などの法原理を意識的に投入して原理的・体系的な考察を加えてい

る。ただし、周知性を要件とするならば、委託者の取戻権・第三者異議権が認められる範囲は狭くなる。そのため、ドイツでは特定性原則に従う説や、直接性原則・公示原則・特定性原則を適用しない説が唱えられているが⁽¹¹⁾、同書の紹介による限り、その検討は法概念・法的構成のレベルに留まっている。また、同書において、日本法との関連づけは、十分になされていない。

2 本稿の目的

そこで本稿では、この問題に限らず法原理による基礎づけを意識的に行っているドイツ・オーストリア法を参照して、上述の法現象のうち、委託者の取戻権・第三者異議権を基礎づける法原理の探究を試みたい。

II 物権的帰属と責任法的帰属の区別

委託者の取戻権・第三者異議権の理解を困難にしているのは、「債務者に物権的に帰属する財産は、原則として責任法的にも債務者に帰属し、債務者の責任財産となる」という前提である。Henckelは、その前提に切り込み、所有権の諸機能を処分・使用・費消・用益・不使用・破壊・妨害排除・返還・妨害予防・責任負担に分け⁽¹²⁾、物権的帰属(dingliche Zuordnung)と責任法的帰属(haftungsrechtliche Zuordnung)とを区別している⁽¹³⁾。そこで考察の端緒として、Henckelに耳を傾けよう。

1 Henckelの見解

(1) 詐害行為取消権⁽¹⁴⁾

日本の法学研究者にとって、物権的帰属と責任法的帰属の区別が最も馴染み深いのは、詐害行為取消権に関する責任説であろう⁽¹⁵⁾。責任説によると、債務者による財産の譲渡が詐害行為として取り消された場合、その財産は取消相手方(受益者または転得者)に帰属したまま債務者の責任財産に回復され、債権

者は取消相手方に対する執行忍容判決に基づき、その財産に対し強制執行を行うことができる。剰余金は取消相手方に交付される。このように物権的帰属と責任法的帰属が分離したまま、債権が実現される。

(2) 担保目的物の第三取得者(BGB1121条)⁽¹⁶⁾

土地の従物が第三者に譲渡されても、差押え前に土地から搬出されていないときは、従物の上に抵当権の効力が存続する(BGB〔ドイツ民法〕1121条)のも、物権的帰属と責任法的帰属の分離の一例とされる。

(3) 売主の取戻権⁽¹⁷⁾

売主の取戻権についても、物権的帰属と責任法的帰属との分離が生じる。KO(ドイツ旧破産法)44条⁽¹⁸⁾は、代金未完済の買主が物品の所有者となったが直接占有を取得しない間に破産した場合にのみ適用される。売主が所有権を留保したときは一般の取戻権(KO43条)を行使できるため、売主の取戻権は必要ないからである⁽¹⁹⁾。KO44条の要件が充足されると、その物品は買主(破産者)に帰属したまま、破産手続開始と同時に破産者の責任財産から除外される。その結果、①破産管財人はその物品の処分権能を失うため、売主は破産管財人による換価の阻止を求めることができる。「取戻し」とは、物品の返還請求だけでなく、物品を破産債務に対する責任から免れさせる法的地位の主張のすべてを意味するので⁽²⁰⁾、換価の阻止も「取戻し」に含まれる。②通説たる債権説によると、取戻権が行使されても所有権は売主に復帰しないので⁽²¹⁾、責任負担以外の所有権の諸権能を売主が回復するためには、所有権の回復に向けられた債権的請求権が必要となる。この請求権は、取戻しに契約解除に類似する効力を認めることによって成立する⁽²²⁾。この請求権が実現されると所有権は売主に復帰する。

(4) 代償的取戻権⁽²³⁾

KO46条⁽²⁴⁾によると、取戻権の目的たる財産が譲渡された場合に、取戻権者は、一定の要件の下で⁽²⁵⁾、反対給付請求権の譲渡または反対給付物を請求できる。Henckelは、反対給付請求権・反対給付物は、破産財団の主体たる破産者に帰属するが、破産者の責任財産には帰属しないと説明する。この責任法的事態を実現するために、権利者には、反対給付請求権・反対給付物所有権の譲渡を求める請求権が必要となる。それが代償的取戻権である。代償的取戻権が実現されると、反対給付請求権・反対給付物は取戻権者に物権的にも帰属することになり、物権的帰属と責任法的帰属の分離が解消される。

2 その他の学説

Behrも物権的帰属が責任財産を広く決定することを認めるが、比較法的考察に基づき、物権的帰属(dingliche Zuordnung)と責任(Haftung)との必然的な結合を否定する⁽²⁶⁾。Behrは物権法的帰属(sachenrechtliche Zuordnung)と責任法的財産帰属(haftungsrechtliche Vermögenszugehörigkeit)とを区別し、返還義務者のもとにある財産客体の物権的帰属に関わらず、それが責任法的に価値追跡者の財産に属する場合に価値追跡権を認めるという構想を持っている⁽²⁷⁾。

Häsemeyerも物権的帰属と責任法的帰属がしばしば一致することを認めるが、倒産財団への責任法的帰属が物権的帰属を超えて拡張される場合として否認権が行使された場合を、逆に倒産財団の責任法的帰属が物権的帰属よりも縮小する場合として代償的取戻権が認められる場合を挙げる⁽²⁸⁾。

3 各論

次に、物権的帰属と責任法的帰属の分離が指摘されている諸制度⁽²⁹⁾について、各論的な考察を加える。

(1) 担保目的物の第三取得者 (BGB1121条)・
物上保証人

BGB1121条については、第三取得者が所有する従物が抵当権に服している状態の法律関係が問題となっている (物上保証も同様の関係である)。この場合、従物は確かに第三者 (譲受人) に物権的に帰属しているが、それに抵当権が及んでいるため、抵当権によって優先的に把握されている部分は第三者の責任財産から除かれる⁽³⁰⁾⁽³¹⁾。従物に着目すれば、物権 (所有権) の帰属と責任法的帰属が分離していると、言えなくもない。しかし、責任財産から除かれるのは、その部分に抵当権が及んでいるからであり、物権 (抵当権) の帰属が責任財産を決定する関係にある。したがって、これを物権的帰属と責任法的帰属が分離する例として挙げるのは、不適切であろう。

(2) 詐害行為取消権・否認権

詐害行為取消権に関する責任説は、物権的帰属と責任法的帰属とが分離する典型例である。Behr も、譲渡物が受益者 (譲受人) に帰属するにもかかわらず譲渡人 (債務者) の債権者の引き当てになる点に価値追跡の問題との類似性を見出しつつ、詐害行為取消の場合は債務者に帰属しない財産を責任財産に組み入れることが問題となっているのに対して、価値追跡の場合は返還義務者に帰属している財産の責任を排除することが中心にあるとして、両者の方向性の違いを指摘している⁽³²⁾。

詐害行為が取り消された場合に、ドイツ法において物権的帰属と責任法的帰属が分離したまま債権が実現されるのは、執行忍容訴訟という制度的裏付けがあるからである。否認権の場合は、破産管財人が財産を換価するために物権的帰属の回復が必要なので、詐害行為取消権につき責任説を採る者も、否認権についてはしばしば物権説を主張する⁽³³⁾。

責任説によると、詐害行為が取り消された後、逸出財産の現所有者 (受益者または転得

者) は、物上保証人類似の地位に立ち、物的有限責任を負うとされる⁽³⁴⁾。そして、日本の責任説では通例、取消債権者は受益者・転得者の債権者に対し逸出財産につき優先権を主張できるとされる⁽³⁵⁾。しかし、物上保証とは異なり、取消債権者には担保物権も価値追跡権も帰属しないため、取消債権者の優先権を認める根拠が問題となる⁽³⁶⁾。

(3) 売主の取戻権

売主の取戻権が認められる場合、売買の目的物は、物権的には破産者に帰属するが、責任法的には破産者に帰属しない (1(3))。

売主の取戻権については、物権に基づかない取戻権が責任法的帰属を決定するという関係にある。売主の取戻権はイギリス法の途中差止権 (right of stoppage in transitu) に由来する制度であるため、その法的性質を物権と債権を対置する大陸法概念で説明するのは困難であることが指摘されている⁽³⁷⁾。

売主に特別の取戻権を認める趣旨は、隔地売買の売主は、通常、先履行を強いられるという事実に求められているが⁽³⁸⁾、Henckel はそれにあまり説得力を認めず、おおよそ次のように述べる。売主に代金を支払うために買主には物品を転売できる必要があるが、その目的を達成するためには買主に処分権能を与えるだけで十分なところ、立法者は引渡証券制度を創設し⁽³⁹⁾、物品の直接占有を取得する前に買主に所有権を移転することを可能にした⁽⁴⁰⁾。売主の取戻権は、その代償として売主に与えられるものである、と⁽⁴¹⁾。

双方未履行の双務契約であれば、KO44条がなくても破産管財人は履行するか否かを選択できるが (KO17条⁽⁴²⁾)、ドイツ法によると、破産管財人は履行を選択すると残代金を全額支払わなければならないのに対して、不履行を選択すると売主は損害賠償請求権 (破産債権) を持つが物の返還を請求できない⁽⁴³⁾。したがって、KO44条には、破産管財人が不履行を選択したときに履行上の牽連関係を回

復させるという意義がある⁽⁴⁴⁾。

(4) 代償的取戻権

代償的取戻権が認められる場合、反対給付請求権・反対給付物は、物権的には破産者に帰属するが、責任法的には破産者に帰属しない。代償的取戻権が実現されると、反対給付請求権・反対給付物は取戻権者に物権的にも帰属することになり、物権的帰属と責任法的帰属の分離が解消される⁽⁴⁵⁾。

(5) 問屋

問屋が委託の実行として売買をした場合に、その売買により相手方に対して取得した債権は、物権的には委託者ではなく問屋に帰属するが、ドイツ法によると、その債権は、委託者と問屋債権者との間の関係においては委託者の債権とみなされる（HGB〔ドイツ商法〕392条⁽⁴⁶⁾2項）。その結果、委託者は、問屋債権者による差押えに対し第三者異議を主張することができ、問屋破産時には取戻権を行使できる。同条適用の要件は問屋契約の成立のみなので、問屋が商人であり、委託者のために自己の名における物品・有価証券の売買を業として引き受けたことは要件となるが⁽⁴⁷⁾（HGB383条）、問屋を業とすること⁽⁴⁷⁾や、問屋取引であることに関する問屋債権者の悪意・有過失は要件とならない⁽⁴⁸⁾。

日本商法552条2項には、ドイツ法とは異なり、委託者と問屋債権者との間の関係についての明示的な規律が欠けているが、判例は、株式の買入委託がなされた事案において、問屋破産時に委託者の取戻権を認めている⁽⁴⁹⁾。

(6) 信託

(a) ドイツ・オーストリア法

信託についても、物権的帰属と責任法的帰属の分離が見られる。ドイツ・オーストリア法には信託（Treuhand）についての制定法はないため、受託者破産時における委託者の取戻権がどのような事例において問題とされ

ているのかについて最初に確認しておく。

ドイツでは委託者が受益者を兼ねる信託が圧倒的多数であるため⁽⁵⁰⁾、以下の叙述ではそれのみを想定する。信託は、委託者のための信託（uneigennützige Treuhand）と受託者のための信託（eigennützige Treuhand）とに大別される⁽⁵¹⁾。前者の例として管理信託（Verwaltungstreuhand）を、後者の例として担保信託（Sicherheitstreuhand）を挙げることができる⁽⁵²⁾。担保信託は、銀行が信用供与の際、担保として財産を譲り受けるものであり、日本の譲渡担保にほぼ相当する⁽⁵³⁾。

担保信託については、受託者破産時に委託者は取戻権を有する。取戻しは債務者による債権消滅が要件となる。責任法的には担保目的物は委託者に帰属し、受託者には担保付債権が帰属する。したがって、委託者破産時には、受託者は取戻権ではなく別除権を持つ（InsO51条1号）⁽⁵⁴⁾。

管理信託の例としては、管理のために土地を信託譲渡した場合、隠れた取立委任裏書⁽⁵⁵⁾、信託口座等が挙げられる。倒産財団に属する財産に関する管理信託は、倒産手続開始によって終了し（InsO115-116条）、委託者には取戻権が認められる⁽⁵⁶⁾。

日本法では認められない担保信託を度外視すると、ドイツ・オーストリア法では主に、管理信託の終了時に、委託者が取戻権を持つ場面を想定して議論がなされている⁽⁵⁷⁾。このとき、取戻権の対象となる財産は、物権的には受託者に帰属するが、責任法的には委託者に帰属する⁽⁵⁸⁾。そして、取戻権が実現されると、その財産は物権的に委託者に帰属することになる。

(b) 日本法

受託者が破産した場合、信託財産は受託者の破産財団に属さず（信託25条1項）、受益者⁽⁵⁹⁾は取戻権を行使することができるが⁽⁶⁰⁾、取戻権に基づき受益者が財産の引渡しを請求

できるのは例外的な場合に限られる⁽⁶¹⁾。取戻権の主な内容としては、新受託者（または信託財産管理者〔信託59条3項〕）が信託事務の処理をすることができるに至るまで⁽⁶²⁾、破産管財人が信託財産に属する財産の処分をしようとするときに、破産管財人に対し、当該財産の処分をやめることを請求できるととどまる（信託60条5項）⁽⁶³⁾。このように、日本法では、受託者が破産しても信託が継続することを前提として、対象財産が信託財産から逸出するのを防止することが問題となっている⁽⁶⁴⁾。

加毛明によると、「信託は、受託者という1つの法人格の中に、信託財産（信託法2条3項）と固有財産（信託法2条8項）という複数の責任財産を作り出す法技術である」⁽⁶⁵⁾。この説明に従うと、信託財産に属する権利は、物権的には受託者に帰属し、責任法的にも受託者の信託財産に帰属する⁽⁶⁶⁾。そのため、物権的帰属と責任法的帰属とは分離しておらず、物権的帰属と責任法的帰属が同一主体の複数の財産に分割されている状態が現出している⁽⁶⁷⁾。

4 小 括

以上のように、物権的帰属と責任法的帰属と言っても、その現れ方はさまざまである。しかし、物権的帰属と責任法的帰属の区別自体は現象を記述するにすぎず、両者の区別を正当化するものではない⁽⁶⁸⁾。

Ⅲ 優先権の法原理的基礎

1 序 説

破産法において多くの優先権を認めることは、破産債権の配当に回される財産を減少させ、債務者の信用状態の判断を困難にするという帰結を招く。また、破産財団の価値が減少すると、破産債権に対する配当率が低下し、財団不足に基づく破産手続の申立棄却や廃止が頻発する。そのため、信用制度を確立し、

破産制度の破産を防ぐために、優先権をできるだけ排除することが一方で要請される⁽⁶⁹⁾。

他方、個人破産が主で免責制度がなかった時代には、債権者平等の原則は一部弁済を平等にする機能を果たすのみで、それによって生じた不正義は後の弁済で是正されえた。しかしその後、法人破産が重要となり、個人破産について免責制度が導入されると、破産法による配当は終局的なものとなる。そこで再度、正しい分配に価値が置かれることになり、各種の債権間での優先劣後関係を定める必要性が指摘されるようになった⁽⁷⁰⁾。

債権者平等の原則による分配を不当と感じさせる例としてよく挙げられるのが、誤振込みの直後、受取人につき破産手続が開始した事例である⁽⁷¹⁾。誤振込みがなされた場合、振込依頼人と受取人との間の原因関係の存否にかかわらず、受取人は銀行に対し預金債権を取得し、振込依頼人は受取人に対し不当利得返還請求権を取得する⁽⁷²⁾。その直後、受取人につき破産手続が開始すると、振込依頼人は、受取人のその他の債権者と同じく、比例弁済を受けることになる。かかる帰結は、債権回収の見込みを失っていた（誤振込みによって財団不足が解消され破産手続開始が可能になる場合もある）他の債権者にとっては棚ぼたであるのに対して、長年にわたって貯めた住宅資金を誤振込みしたような事例を想定すると、振込依頼人にとって極めて酷であろう。

以下では、債権者平等の原則と優先権の根拠について検討を加えることにするが、そこで紹介される学説の多くは、破産法において債権者平等の例外を認めることを志向するものである⁽⁷³⁾。

2 債権者平等の原則

(1) 意 義

「債権者平等」という概念は多義的であるが、中田裕康によると次の3つの意味がある⁽⁷⁴⁾。

①非排他性（可併存性）：債権は、物権とは異なり、同一内容のものであっても、同時に2つ以上存在することを妨げない。

②非優先性：債権は、その発生の前後によって優劣はなく、平等である。

③比例弁済原則：債務者の財産が複数の債権者の総債権を満足させるに足りない場合には、各債権者はその債権額の割合に応じて弁済される。

本稿では、①は考慮の外に置き、③の比例弁済原則に従わない優先的な債権がいかなる場合にいかなる根拠に基づき認められるか、つまり、②の原則の例外に主に着目する。

(2) 適用場面

「債権は、平等であって、発生の前後によって優劣はない」と言われるが⁽⁷⁵⁾、倒産手続外では、先に債権の満足を得た債権者が原則として（事後的に詐害行為取消権や否認権を行使されない限り）優先するので、自由競争の状態にある。したがって、比例弁済原則が妥当するのは、倒産手続（法制により執行手続⁽⁷⁶⁾）やそれに準ずる清算手続（例、限定承認〔日民929条〕、財産分離〔日民947条2項・950条2項〕）に限られる。日本破産法には、「同一順位において配当をすべき破産債権については、それぞれその債権の額の割合に応じて、配当をする」という規定がある（破194条2項）。

しかし、破産財団に対する各種の債権は全面的に平等に扱われるわけではなく、非優先性は貫徹されていない。たとえば、日本法では、特別の先取特権・質権・抵当権を有する者はこれらの権利の目的である財産について別除権を有し（破2条9号・65条1項）、一定の債権は財団債権とされ（破2条7号・148-152条）、破産財団に属する財産につき一般の先取特権その他一般の優先権がある破産債権（優先的破産債権）は、他の破産債権に優先する（破98条1項）。他方で、他の破産債権に後れる劣後的破産債権も存在する（破

99条1項）。

(3) 比例弁済原則の法原理的基礎

破産法において、比例弁済原則が採用されている根拠はどこに求められるか。山木戸克己は、破産法の根拠を、「債務者の弁済能力が欠乏して総債権者に完全な弁済ができない場合には、各債権者は互いに競争して早く満足をえようとするため混乱を生じ、また債権者の中には満足を受けられない者が生じて不公平になる。そこで、債務者の弁済能力が不十分である場合に債務者の総財産をもって多数債権者の公平な満足をはかる制度が必要である」ことに求めている⁽⁷⁷⁾。つまり、比例弁済原則は、債権者・債務者の私的自治を制限して（破42条・78条・100条）、債権者間の不経済な競争を妨げ、債権者間の公平を図ることを目的としている。したがって、その法原理的基礎は、社会平和の維持（法的安定性）、経済的効率性、分配的正義に求められる⁽⁷⁸⁾。

以上に対して、Häsemeyerは、比例弁済原則を、次のような調整責任論（Theorie der Ausgleichshaftung）⁽⁷⁹⁾で基礎づけることを試みた。破産者に対する全債権者は、債務者との間で法律関係を設定したり債権を貫徹したりすることによって、債務者財産に影響を与えた結果として債務者の破産という事態を招いたため、それに対する責任を負う。比例弁済原則は、多額の債権のほうが債務者に与える影響が大きいから多額の削減を受けることで正当化される⁽⁸⁰⁾。しかし、調整責任論に対しては、比例弁済の要請は、競合債権者ではなく、破産管財人や債務者に向けられたものなので、比例弁済義務を債権者の責任から導くことはできない、各債権者が債務者財産に与えた影響はさまざまである（競合債権者がいないときに信用供与した者とそうでない者、信用供与者と損害賠償請求権者・不当利得返還請求権者。物的担保を有する債権者も債務者財産に影響を与えているが、比例弁済を免れる）等の批判を受けた⁽⁸¹⁾。

3 優先権の法原理的基礎

比例弁済原則は、債権者間で区別をする実質的根拠が存在しない限りにおいて妥当する。以下の諸要素が、優先権を基礎づける根拠となりうる⁽⁸²⁾。

(1) 価値追跡思想

(a) Wilburg の見解

価値追跡思想を初めて提唱したのは Wilburg である。彼は、II で物権的帰属と責任法的帰属とが分離する例として挙げたもののうち、売主の取戻権、代償的取戻権、問屋破産時の委託者の取戻権、受託者破産時の委託者の取戻権の基礎に、価値追跡思想の存在を認めている⁽⁸³⁾。

価値追跡思想とは、債権者から債務者の財産に到達した価値の返還または補償を目的とする請求権を有する債権者は、その価値から他の債権者に優先して満足を受ける権利（価値優先権）を有する、という考え方である。債権者に由来する価値は現実に債務者財産に存在しなければならないが、その形態は問われない。直接取得された客体でも、それと付合した物でも、譲渡の対価でも、出費の節約でも構わない。取得した価値が債務者財産に不利益を及ぼした場合には優先権が縮減される。債務者破産時、価値優先権は、価値が特定の物に化体しているときは取戻権や別除権のようにその物を目的とするが、そうでないときは財団債権のように財産全体を目的とする。債務者がその価値を他の債権者に弁済したときは詐害行為取消権によって、他の債権者がその価値に強制執行をしたときは第三者異議によって、債権者は価値優先権を主張できる。特定の物の上に価値優先権があっても債務者の有償処分権限は制限されない⁽⁸⁴⁾。破産回避のために金銭を貸し渡した直後に借主が破産した場合のように、信用供与があっても、貸主に由来する価値が借主の財産にあることが証明できれば、貸主の優先権が認められうる⁽⁸⁵⁾。

委託者は、受託者破産時に信託財産の取戻権を持ち、信託財産に対する執行時に第三者異議権を持つが、Wilburg は、信託財産は受託者が委託者から得た価値なので、取戻権は価値追跡思想によって基礎づけることができる。また、管理目的のみで譲渡された物や被担保債務の消滅にもかかわらず担保目的のみで譲渡された客体が、受託者の個人債権者の擱取の対象となるのは法感情に反するという Jaeger の指摘が援用されているので、管理信託と担保信託の両者が想定されている⁽⁸⁶⁾。

(b) Behr の見解

Wilburg から刺激を受けて、Behr は広範な比較法的考察を踏まえた上で、価値追跡について法原理的な考察を加えた。Behr によると、「財産客体が事実上（占有）または物権法上（帰属）他人の財産に組み入れられた場合において、その他人が（二者関係において）その客体または少なくともその価値の返還義務を負担するときは、財産の元の主体は（三者関係において）返還義務者の一般債権者との関係において、この財産客体につき常に優先権を持つ。この優先権は、元の客体が添付によって、または法律行為などにより生じた経済的代償への転換によって、いかなる客体的変化を受けたかにかかわらず存在する。財産の元の主体がその財産客体を責任財産への組入れを目的として自由意思により受領者に帰属させた（信用を供与した）場合には、このような価値追跡の優先権は問題にならない。価値追跡者に由来する一客体的または価値的—財産客体が返還義務者の下でもはや特定できない場合には、価値追跡権は終了する」⁽⁸⁷⁾。

Wilburg と Behr との相違として、次の2点を挙げうる⁽⁸⁸⁾。まず、Wilburg は信用供与者にも価値優先権の余地を認めるのに対して、信用供与者はリスクを意識的に引き受けたという理由で Behr は優先権を否定す

る⁽⁸⁹⁾。次に、Wilburgは現存する価値が返還義務者の下で特定性を保っていない場合にも価値優先権を認めるのに対して、Behrはそれを否定する⁽⁹⁰⁾。

(c) Bydlinskiの見解

Bydlinskiは、信託や売主の取戻権の基礎にある価値追跡思想を、「何人も不当に他人の財産からまたは他人の費用において利得してはならない」という不当利得の一般原理⁽⁹¹⁾から派生する下位原理と捉えている。物権的には債務者Sに帰属しているが、特定の債権者Gの財産に由来することが証明できる客体またはその代償が、Sに対する他の債権者Dのために換価された場合、経済的にはGの費用においてDが利得を受けたと言えるからである。しかし、その客体や代償は物権的にはSに帰属しており、DはSの財産から正当に利得しているので、不当利得の一般原理自体によってGの優先権を正当化することはできない。そのため、法的には非常に弱い原理たる価値追跡思想は、他の諸原理と協働して初めて信託の法律効果を正当化できるとする⁽⁹²⁾。

(2) 債権者の保護価値性 (Schutzwürdigkeit)

(a) 自由意思によるリスク引受けの有無

債務者に信用供与し意識的にリスクを引き受けた債権者の保護価値性は低い。たとえば、所有権を買主に譲渡したが売買代金を猶予した売主は、意識的にリスクを引き受けたため保護に値せず、目的物につき優先権を持たない。しかし、それは信用供与が瑕疵のない意思に基づく場合に限られるので、たとえば、売主が売買契約を錯誤・詐欺・強迫によって取り消したときは目的物の所有権を回復し、破産手続では取戻権を主張できる。また、応召義務を負う医師や職を変更できない労働者のように信用供与を強いられる者も、保護に値する⁽⁹³⁾。信用供与が意図されていないが事実上先給付がされる場合も、給付者は保

護に値する。侵害利得返還請求権者や損害賠償請求権者のように、意思に反してまたは意思を欠いて債権者にされた者も、意思によりリスクを引き受けていないので保護に値する⁽⁹⁴⁾。

以上を前提にしてKoziolは信託について、委託者は受託者に信用を供与していないが、意識的に物権的帰属を変更し債権的請求権で満足しているため、意思によるリスク引受けは委託者の保護価値性を否定するよう思えるが、受託者財産への包括的な組入れや責任機能の変更ではなく、処分可能性の容認のみを意図していることを考慮すべきだとする⁽⁹⁵⁾。これに対して、Gruberは、委託者には代理という他の構成も用意されていたにもかかわらず、完全権を移転することにより自由意思でリスクを引き受けたのだから、この理由は説得的でなく、信託の場合には他の場合と異なり私的自治による規律が危機状況において対外的効力を発揮する理由が説明されていないと批判する⁽⁹⁶⁾。

(b) 社会思想

相手方の資力を正しく評価できない少額債権者や、物的担保の設定を要求できない少額債権者については、社会思想に基づく保護が問題となる⁽⁹⁷⁾。「公的な目的を推進しようとする者は、公的な手段を投入しなければならない」とする論者もいるが⁽⁹⁸⁾、長期にわたる監護・養育が必要な子の保護を目的とする家族法の諸規律は最古のかつ今日でも最も重要な「社会法」である⁽⁹⁹⁾ことに鑑みても、私法から社会思想を排除するのは不適切であろう⁽¹⁰⁰⁾。日本法でも、社会政策的考慮に基づき⁽¹⁰¹⁾、倒産手続において少額債権が特別の取扱を受けることがある（民再155条、会更168条）。下請債権者や不法行為に基づく損害賠償請求権についても、社会的保護の必要という点で一般の取引債権者との区別が問題となっており⁽¹⁰²⁾、人身侵害や悪意不法行為による損害賠償請求権は、消滅時効（民167条・

724条の2)、相殺(民509条2号)、免責(破253条1項)に関して、優先的な取扱を受ける。

(c) 無償行為

受贈者のように無償で債権を取得した者は保護価値性が低く、破産財団の増加にも貢献していないので、劣後的取扱を受ける⁽¹⁰³⁾。

(3) 債務者財産全体に対する影響

Wilburgがすでに、債権者に由来する価値が債務者財産に不利益を及ぼした場合には価値優先権が縮減されると述べていたが((1)(a))、債権者財産に由来する利益のみを顧慮し不利益を顧慮しないのは一面的なので、債権者に由来する価値が債務者財産全体に対して与えた影響も顧慮する必要がある。Koziolは、債権者の優先権(価値追跡)が正当化されるのは、債務者財産にある価値が、債権者に由来することが明白であって、かつ債務者財産全体に消極的影響を及ぼしていないことが確実な場合に限られるとする。それゆえ、たとえば、盗んだ金で機械を購入し、その機械が長期間債務者の事業に投入され、損失をもたらす事業が継続されたときは、機械に対する擱取に際して賠償権利者(金を盗まれた者)を優先することは問題だとする⁽¹⁰⁴⁾。

Koziolによると、信託については、この両要件が充足される。信託財産は受託者の特別財産を形成し、受託者の固有財産に組み込まれず、受託者個人の利益追求のために用いられてはならないので、受託者の固有財産の展開に影響を与えないからである⁽¹⁰⁵⁾。しかし、Gruberは、かかる説明は信託財産の法的状態を記述しているにすぎず、信託財産がなぜ特別財産となるのかという問いに対して、委託者の価値追跡(取戻権・第三者異議権)の対象となっているからだと答えるとすれば、循環論法だと批判する⁽¹⁰⁶⁾。

(4) 信託原理・取引安全

Wilburgは公示を要件とせず価値優先権

を認める。その際、「現行法によると、人的信用は、外形的に債務者の財産だと見えるものを信託してはならない。信用供与者は、債務者が占有する物が実際にその占有者に属するかを知ることができないし、他にどれだけの債権者が自分と競合するかを知り同様にできない。人的信用は債務者の人柄に対する信用である」と述べて⁽¹⁰⁷⁾、価値優先権を知らずに信用を供与した債権者を害し信用取引の安全を害するという懸念を否定している⁽¹⁰⁸⁾。

しかし、公示がないことが、価値追跡に対して消極的に作用すると考える見解も有力である。たとえば、Koziolは、債務者財産にある価値が債権者に由来することが明白であってかつ債務者財産全体に消極的影響を及ぼしていないことが確実な場合であっても、受託者が不動産の登記簿上の所有者であったことや、信託関係を認識できなかったことにより、第三者が信託財産を受託者の固有財産と考えて信用供与をした場合には、価値追跡が否定されうるとする⁽¹⁰⁹⁾。

Canarisは、問屋破産時に委託者の取戻権を認めるHGB392条2項の規律を、民法と比較したときに、①(消費貸借の借主は自己の計算において行為しており、借主の行為の経済的効果は借主に帰属するのに対して)問屋は他人の計算において行為しており、実行行為の経済的効果は委託者に帰属すること、②間接代理人の債権者を保護するためには間接代理人のもとにある財産が責任財産から除外されうることについての公示が必要であるところ、そのことは(同じく他人〔委任者〕の計算において自己の名で行為する受任者とは異なり)問屋営業によって公示されているため、問屋のもとにある財産が問屋の責任財産に属するという債権者の信頼は保護されないことによって正当化する。そのため、制定法(HGB406条1項2文)の明示的規律に反して、公示が欠ける偶発問屋(Gelegenheitskommissionär)に対する

HGB392条2項の適用を、周知性が保障されている場合に限定する⁽¹¹⁰⁾。なお、問屋破産時に委託者の取戻権を認めた日本の判例も、「問屋は、その性質上、自己の名においてではあるが、他人のために物品の販売または買入をなすを業とするものであることにかんがみれば、問屋の債権者は問屋が委託の実行としてした売買により取得した権利についてまでも自己の債権の一般的担保として期待すべきではないといわなければならない」と述べている⁽¹¹¹⁾。

そして、オーストリアでは、間接代理人の地位に周知性があるか、相手方にそれが知られている場合に、HGB392条2項を適用する判例が現れた⁽¹¹²⁾。Gruberも、受託者が委託者のために行為する管理信託の場合において他人の計算における行為が公示されているときは、信託においてもHGB392条2項を類推して委託者の取戻権・第三者異議権を肯定することができ、受託者としての職務が明らかになっていれば公示があったとする⁽¹¹³⁾。しかし、ButschekはCanarisに批判を加え、オーストリア法については、公示を要件とせずHGB392条2項の管理信託への類推を認める⁽¹¹⁴⁾。

(5) 動的体系論による解決⁽¹¹⁵⁾

Koziolによると、以上の諸要素が協働することにより、比例弁済原則とは異なる効果が生じうる。協働する諸要素の強さにより、効果は段階づけられうる。たとえば、物権は諸要素の存否にかかわらず取戻権・別除権を基礎づける。信託や、場合により侵害利得に関しては、自由意思による信用供与がないので、債務者財産全体に消極的な影響を与えていなければ、債権者はその財産に価値追跡できる。破産債権についても、以下で述べるように、配当(率)の増減が問題となりうる⁽¹¹⁶⁾。

もっとも、Koziolによると、個々の要素のみでは、通例、優先権は基礎づけられない。たとえば、物の破壊による損害賠償請求権に

ついては、債権者の自由意思によるリスク引受けはないが、債務者財産に貢献していないため、通常破産債権として処遇される。それに対して、物の利用による侵害利得返還請求権については、債権者の自由意思によるリスク引受けがないことに加え、価値追跡思想による支えがあるので、債権者に優先権が与えられうる。また、破産者の生存に必要な医師の診療債権については、債権者の自由意思によるリスク引受けがあり、価値追跡も問題とならないけれども、保護価値が高いため、配当率の増加を考慮すべきである。同じく保護価値が高い緊急事務管理に基づく債権については、価値追跡も問題となりうるので、破産財団に現存する財産価値からの優先的満足が問題となる。社会思想に基づいて保護されるべき少額債権者については、配当率の増加が問題となる。他方で、破産財団の減少をもたらした者は、不利益をもたらすことが取引時に客観的に認識可能であれば、その減少に対応する債権部分について配当を受けることができない⁽¹¹⁷⁾。

IV 信託における取戻権・第三者異議権の法原理的基礎

1 ドイツ・オーストリア法

(1) 直接性原則

(a) ドイツ判例(直接性原則の採用)

ドイツには、一般信託法についての制定法はない。判例によると、財産が委託者から受託者に直接、譲渡された場合にのみ信託関係が設定され、委託者の取戻権・第三者異議権が認められる(直接性原則)。しかし、第三者から振込みがされる信託口座⁽¹¹⁸⁾や投資会社法の信託⁽¹¹⁹⁾については、直接性原則の例外が認められている⁽¹²⁰⁾。

Coingはドイツの判例を次のように分析している⁽¹²¹⁾。「この判決[RGZ84, 214⁽¹²²⁾]は、帝国裁判所が信託概念(後のいわゆる)『直接性原則』で限定した理由を明確に認識させ

る。直接性原則により、帝国裁判所は、信託を間接代理に対して画定しようとした。周知のとおり、ドイツ民法典は間接代理を知らない⁽¹²³⁾。ドイツ民法典は代理のために代理関係の開示を要求している。代理人が認識可能な形で本人の名で登場した場合にのみ、BGB164条により、代理人の意思表示の法的効力は本人に生じる。〔この事件において、本人の第三者異議を認めることは、間接代理人の行為の効力が本人に生じるという結論をもたらすが、〕その結論を帝国裁判所は回避したかった。そのために、信託においては、委託者から受託者への信託財産の譲渡の直接性を要求することが、帝国裁判所には正しい手段に思えた。というのは、それにより、受託者が（帝国裁判所の見解によれば間接代理人として）信託財産を第三者から取得した場合が除外されるからである。〕

(b) 特定性原則に従う説⁽¹²⁴⁾

Coing 自身は、イギリス法 (Assfalg⁽¹²⁵⁾) に倣い、直接性原則の代わりに特定性原則に従い、信託財産の同一性が一義的に確定されると取戻しが認められるとする⁽¹²⁶⁾。Walter も、信託財産の範囲の特定は取戻権主張のために必要な前提であり、特定性は書面による信託合意があればそれにより認められ、そうでないときは分別管理や受託者の記帳により徴表せられるとする⁽¹²⁷⁾。

(c) Canaris の批判⁽¹²⁸⁾

Canaris によると、委託者の取戻権・第三者異議権は「債権の物権化」の一局面であるが、物権的効力の承認は財産移転の直接性ではなく特定性 (Spezialität)・公示性 (Publizität) といった他の諸規準に依存しているため、直接性原則は体系的整合性を欠く。HGB392条2項や投資会社法の信託についても直接性原則は妥当していない。直接性原則の代わりに特定性 (Bestimmbarkeit) を要求する見解があるが、特定性は物権的効

力を認める前提なので、特定性だけで十分か否かが決定的な問いとなる。近時の学説は特定性で十分だとするが、Canaris は公示原則 (Publizitätsprinzip) も補充的に考慮すべきだとし、その論拠の1つとしてHGB392条2項を持ち出す。HGB392条2項の立法趣旨は①他人の計算における行為と②営業の周知性 (Offenkundigkeit) に求められていたが (Ⅲ3(4))、周知性原則の尊重が、直接性原則の最重要の目的である。判例は直接性原則によって信託と間接代理との間で明確な画定をしようとするが、間接代理の劣後的扱いは周知性原則によって正当化できるからである。それゆえ、直接性原則の本来の意味は、公示原則の間接的な顧慮にある⁽¹²⁹⁾。

(d) Bydlinski とオーストリア法⁽¹³⁰⁾

Bydlinski は、信託口座については直接性原則が維持されていないこと、信託財産が委託者から受託者に直接譲渡された場合と、受託者がある物を「信託財産」として委託者の計算と費用において第三者から取得した場合とで、区別をする理由がないとする。そして、オーストリアでは直接性原則は採用されていないが⁽¹³¹⁾、それには十分な理由があると言う。

Bydlinski は、価値追跡思想を「何人も不当に他人の財産からまたは他人の費用において利得してはならない」という不当利得の一般原理から派生する下位原理と捉えているが (Ⅲ3(1)(c))、価値追跡思想からは、委託者の費用による受託者の個人債権者の不当な優遇は、反論の余地のない経済的な意味で生じなければならないこと、つまり委託者の損失になるという中心的な要件を固持することが重要だとする。しかし、この要件は、信託財産が客体的に最初に委託者に属していた (直接性原則が妥当する) 場合だけでなく、受託者による取得前に委託者が受託者に代金を支払っていた場合、取得後に代金を支払った場合、代金支払義務を負担しかつ支払うことができ

る場合にも充足されるとする。しかし、委託者が支払うことができない場合は、この要件は充足されず、その財産は受託者の個人債権者の擱取に服する。「委託者」は第三者から取得された財産の代金を支払っていないので、それが差し押さえられても「委託者」に損失はない。このようにBydlinskiは、直接性原則を、価値追跡思想の要件である「委託者の損失」に回収する。

(e) 小 括

直接性原則を公示原則（信託原理）や価値追跡思想に還元できるならば、信託における取戻権・第三者異議権は、Ⅲ 3で優先権の法原理的基礎として検討した価値追跡思想、債権者の保護価値性、債務者財産全体に対する影響、信託原理・取引安全の協働作用の結果として正当化されうる。以下では、価値追跡思想、債権者の保護価値性、信託原理・取引安全につき、信託について問題となる点を補足しておく。

(2) 価値追跡思想

信託において価値追跡思想に意義を認めるかについては、賛否が分かれている⁽¹³²⁾。しかし、取戻権・第三者異議権の対象となる財産は特定している必要があるため、大半の説は特定性原則に従っているところ⁽¹³³⁾、同原則は価値追跡が可能な財産の特定を問題にしている。したがって、価値追跡思想の作用を認めるのが自然である。

Gruberは、価値追跡は信託財産の倒産隔離効を記述することができるだけで説明することができないと批判する⁽¹³⁴⁾。彼自身は他人の計算における行為が公示されている場合に信託にHGB392条2項を類推するが（Ⅲ 3(4)）、同条項の法原理的基礎づけをしていない。その基礎づけの際に、価値追跡思想の投入が必要になる可能性がある。

ただし、価値追跡思想に意義を認める説においても、この原理は弱いものなので、信託

の効果を単独で基礎づけることはできないとされている⁽¹³⁵⁾。

(3) 債権者の保護価値性（信用供与）

信託において問題となるのは、特に、自由意思によるリスク引受けによって、取戻権・第三者異議権が否定されないかである。Behrは、信用供与の不存在が価値追跡権の要件となるという前提の下（Ⅲ 3(1)(b)）、「事務処理の遂行に事務処理者の所有権が原則的に不要な場合において、自由意思により所有権を譲渡した者は、その行為は一信用供与の意味においても一さらなるリスクの引受けとして解釈される危険に少なくともさらされる」と述べるが⁽¹³⁶⁾、信託については、受託者に対する信用供与の不存在の証明により価値追跡を認める⁽¹³⁷⁾。Bydlinskiはこれに疑問を呈し、信託の場合に限定的な信用供与を肯定する⁽¹³⁸⁾。しかし、いずれにせよ、委託者が受託者に対して財産を譲渡したという理由のみで取戻権・第三者異議権は否定されないので、独・奥の現行法（判例）を前提とする限り、取戻権・第三者異議権を否定するほど強度の自由意思によるリスク引受けは存在しないことになる。

なお、一般信託法に関する制定法を持つ法制においては、信託制度の利用に際して財産の譲渡等の処分が必要なので（日本信託法3条）、価値追跡を遮断するほどの自由意思によるリスク引受けはない、という説明も可能であろう⁽¹³⁹⁾。

(4) 信託原理・取引安全

信託原理・取引安全自体は委託者の取戻権・第三者異議権を否定する方向に作用しうるが、公示はその作用を阻止しうる（Ⅲ 3(4)）。したがって、委託者の取戻権・第三者異議権の要件として、どのような公示が要求されるかが問題となる。

この問題に関し、Canarisは、次の4つのテーゼを立てる⁽¹⁴⁰⁾。

①周知性が保障されている限り、直接性は問題にならない。このテーゼは、直接性原則が間接的に周知性原則と同一の目標に仕えている ((1)(c)) ことから導かれる。このテーゼにより、信託口座については、直接性原則に反していても、委託者の取戻権・第三者異議権が認められる。

②不動産法においては、周知性は登記によってのみ保障され⁽¹⁴¹⁾、直接性によって代替されることはない。

③不動産法以外では、周知性は原則として任意の仕方、特に受託者⁽¹⁴²⁾の営業または職業によって保障される。このテーゼにより、信託に関しても、占有だけでなく他の「自然的な外的事実」を公示の可能的担い手として承認することが、事態適合的であり体系に反しない。その際、受託者の営業または職業に大きな実際の意義が帰属する。

④不動産法以外では、周知性は直接性によって代替されるが、特定性のみによっては代替されない。それを認めると直接代理と間接代理が区別できなくなるからである。

Canaris に対して、Behr は、比較法によると、公示を価値追跡の要件とするのは国際標準ではなく、譲渡契約の際の物権的帰属に基づく価値追跡の典型的場合だけでなく、物権的帰属に依存しない価値追跡の大抵の場合にも、公示は要件とされていないことを指摘し⁽¹⁴³⁾、客体上の識別可能性ではなく経済上の識別可能性に基づく特定性原則に従う⁽¹⁴⁴⁾。Bydlinski も、特に③営業の周知性に関し、制定法の明示的規律に反する点 (Ⅲ 3(4)) や、信託の適用領域の狭隘化へと繋がる点に批判を加え⁽¹⁴⁵⁾、委託者の優先権が及ぶ財産を、委託者の財産に由来することが証明できる客体やその代償に限定することによって、取引安全に応じるべきだとする⁽¹⁴⁶⁾。

2 日本法

日本法によると、受託者が破産した場合、信託財産は受託者の破産財団に属さず、受益

者は取戻権を行使することができるが、取戻権に基づき受益者が財産の引渡しを請求できるのは例外的な場合に限られる。取戻権の主な内容は、新受託者が信託事務の処理をすることができるに至るまで、破産管財人が信託財産に属する財産の処分をしようとするときに、破産管財人に対し、当該財産の処分をやめることを請求できるとどまる (Ⅱ 3(6)(b))。

また、信託財産責任負担債務に係る債権に基づく場合を除き、信託財産に属する財産に対して強制執行がされたときは、受託者または受益者は、第三者異議を主張することができる (信託23条5項)。

したがって、日本法によると、(1)取戻権や第三者異議権の対象となる財産が信託財産に属しているか、(2)その財産が信託財産に属していることを第三者に対抗できるかが、問題となる。

(1) 信託財産の範囲

信託財産の範囲を定めているのは、信託法16条である。

まず、同条柱書により、「信託行為において信託財産に属すべきものと定められた財産」(当初信託財産⁽¹⁴⁷⁾)は、信託財産に属する。日本法では、ドイツ・オーストリア法とは異なり、委託者兼受益者への財産の引渡しは原則的に問題にならないので、価値追跡の起点は、委託者の財産ではなく、当初信託財産となる。したがって、委託者による信用供与が「取戻し」に対して消極的に作用する可能性 (1(3)) については、考慮する必要がない。

次に、同条1号により、「信託財産に属する財産の管理、処分、滅失、損傷その他の事由により受託者が得た財産」は、信託財産に属する。「信託財産の物上代位性」を規定していると解されていた⁽¹⁴⁸⁾旧信託法14条を現代語化した規定である。また、同条2号により、添付等 (信託17-19条) により信託財産に属することとなった財産⁽¹⁴⁹⁾、信託財産

に対する給付（信託226条3項・228条3項・254条2項）も、信託財産に属する。

同条1号・2号の帰結は、一般私法による帰結とほとんど異ならない。まず、一般私法によると、Xに属する財産の管理・処分・滅失・損傷その他の事由により生じた財産は、管理・処分が他人Yの名でなされた場合（後述）を除き、Xに帰属する。次に、同条2号・17条は、Xの所有物に添付があったと仮定した場合にXに帰属する財産（償金請求権〔民248条を含む〕が信託財産に属することを規定する⁽¹⁵⁰⁾。最後に、同条2号・226条3項・228条3項・254条2項は、物権的帰属が受託者の固有財産と信託財産に分割されていること（II 3(6)(b)）を前提とする注意規定であり⁽¹⁵¹⁾、給付物と（給付前の）給付請求権は、一般私法によっても給付の相手方に帰属する。

しかし、Xに属する財産の管理・処分が他人Yの名でなされた場合には、一般私法によると、その効果はXではなくYに帰属するが⁽¹⁵²⁾、信託法16条1号によると、信託財産に属する財産の管理・処分により受託者が得た財産は信託財産に属するという違いが生じる。受託者が、信託財産に属する財産を、信託のためにする意思を有して⁽¹⁵³⁾、①その権限内で売却した場合に代金債権が信託財産に属する理由は、受託者の「意思」と「権限」に求められる⁽¹⁵⁴⁾。「代理意思」と「代理権」が代理の要件とされる（民99条1項）のと同様である⁽¹⁵⁵⁾。②権限外で売却した場合にも、受益者が売買契約を取り消したとき（信託27条）を除き、代金債権は信託財産に属するが、その理由は「信託財産の物上代位性」に求められており⁽¹⁵⁶⁾、その基礎には価値追跡思想がある。Wilburgは債権者に由来する価値が譲渡の対価の形で債務者財産に存在する場合にも価値追跡思想により優先権を認め（III 3(1)(a)）、Behrも元の客体が法律行為により経済的代償へ転換しても優先権は存在するとしていた（III 3(1)(b)）。日本法では、代金債権

が信託財産に属するという形で、受託者の個人債権者に対する優先権が確保される。

しかるに、信託以外の場面で、X所有の動産が他人Yによって無権限で売却され、買主Zが即時取得した場合、Xは、Yに対する侵害利得や不法行為に基づく請求権を持つだけで、Zに対する代金債権を取得しない⁽¹⁵⁷⁾。この場合に価値追跡思想に基づき代金債権がXに帰属するならば、ZがYに代金を支払っても有効な弁済にならず⁽¹⁵⁸⁾、取引安全を害するからである⁽¹⁵⁹⁾。それに対して、信託においては、代金債権が信託財産に属するとしても債権者は受託者のままなので、買主が受託者に代金を支払えば有効な弁済となり、取引安全は害されない。信託財産への帰属を認めても債権者が交替せず取引安全を害しないことが、物上代位の基礎にある。

(2) 信託財産であることの対抗力

①登記・登録をしなければ権利の得喪・変更を第三者に対抗することができない財産（例、不動産・船舶・航空機・自動車）については、信託の登記（不登97条）・登録（船舶登記令35条1項、航空機登録令49条、自動車登録令61条）をしなければ、その財産が信託財産に属することを第三者に対抗することができない（信託14条）。②信託の登記・登録をすることができない財産（動産・金銭債権・現物有価証券・金銭）については、公示がなくてもその財産が信託財産に属することを第三者に対抗することができ、その財産が(i)特定性をもった状態で(ii)分別管理（信託34条1項2号）⁽¹⁶⁰⁾されていれば、取戻権や第三者異議を主張することができる⁽¹⁶¹⁾。

1の分析と対応させるならば、①の財産については、Canarisの②のテーゼ（1(4)）が登記・登録をすることができる動産に拡大適用されているのに対して、②の財産については、特定性だけで優先性を認めるCoing, Assfalg, Walter（1(1)(b)）やBydliniski（1(4)）に近い立場が採られている。

特定性だけで足りる法原理的基礎として、③信託財産として特定された財産が受託者の個人債権者の引き当てになるとすると、経済的には受益者（信託財産）の費用において受託者の個人債権者が利得を受けたと言えること（価値追跡思想〔Ⅲ 3(1)(c)〕）、④人的信用は（登記・登録されているものを除き）外形的に債務者の財産だと見えるものを信託してはならないこと⁽¹⁶²⁾（Ⅲ 3(4)）を援用することが考えられる。なお、受託者が信託銀行・信託会社等に限定されるならば、営業の周知性を公示に代替させる解釈（Canarisの③のテーゼ）も考えられるが⁽¹⁶³⁾、現行法によると、未成年者以外は誰でも受託者になれるので（信託7条）、かかる解釈は制定法に適合しない。

V おわりに

取戻権は、ドイツ・オーストリア法では、信託の終了時に財産を委託者兼受益者に引き渡すことを目的とするのに対して、日本法では、信託の継続を前提として信託財産からの財産の逸出を防止することを目的とする。このように独・奥と日本とで取戻権の内容が異なるため、優先権を基礎づける法原理が機能する場面や仕方も異なる。まず、取戻権に対して消極的に作用する委託者による信用供与は、委託者への引渡しが問題とならない日本法においては、機能の余地がなかった。また、日本法では、信託の登記・登録をすることができない財産については、特定性があれば、公示がなくてもその財産が信託財産に属することを第三者に対抗することができるため、受託者の個人債権者の信託保護は軽視されていた。このように価値追跡思想は、日本信託法では独・奥よりも強い法原理として機能している。そして、かかる帰結は一般私法（例、誤振込みの事例〔Ⅲ 1〕⁽¹⁶⁴⁾）にも影響を及ぼす可能性がある。

残された課題は多い。まず、信託の登記・

登録ができる財産とそうでない財産との間で公示の要否について違いがあったが、その理由を説明する必要がある⁽¹⁶⁵⁾。次に、信託財産の範囲に関わる取消権（信託27条）の検討が必要である。また、受託者の相手方の信託保護規定（信託21条1項6号イかつこ書・22条1項ただし書）や、限定責任信託の公示等の規律（信託216条・219条・220条・232条）については、取戻権・第三者異議権の要件との整合性が気になるところである⁽¹⁶⁶⁾。しかし、紙数も尽きたため、これらの検討は将来に委ねたい。

【注】

- (1) 山本敬三『民法の基礎から学ぶ民法改正』〔岩波書店・2017〕35頁。
- (2) Franz Bydliniski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996（以下 System）。
- (3) Ernst Kramer, Laudatio für Franz Bydliniski, JBl 2001, S.711.
- (4) 旧信託法16条2項では、委託者も第三者異議の訴えを提起することができた（道垣内弘人編著『条解信託法』〔弘文堂・2017〕115頁〔加毛明〕）。
- (5) 『条解信託法』114頁〔加毛〕。信託行為の定めがある場合などには、委託者も第三者異議の訴えを提起することができる（信託145条2項1号・260条1項前段）。
- (6) 四宮和夫『信託法〔新版〕』〔有斐閣・1989〕80頁。
- (7) 四宮『信託法〔新版〕』252頁。
- (8) 道垣内弘人『信託法理と私法体系』〔有斐閣・1996〕69頁以下。道垣内弘人『信託法（現代民法別巻）』〔有斐閣・2017〕も同じである。
- (9) 辻正美「受託者の背信的処分の効力について(1)―ドイツ法を中心として―」法学論叢103巻1号〔1978〕67-70頁。
- (10) 中田英幸『ドイツ信託法理―日本信託法との比較―』〔東北大学出版会・2008〕。Canarisの見解は、同124-126

- 頁、151-157頁、170頁、173-174頁で紹介されている。ドイツ・オーストリア法には、信託についての制定法は存在しないが、両国の判例は、信託財産は形式的には受託者に帰属するが経済的には委託者に帰属するという理由で、委託者の取戻権・第三者異議権を基礎づけている (Michael Gruber, Die Treuhand im der Zwangsvollstreckung, JBl 2001, S.208)。
- (11) 中田『ドイツ信託法理』158-164頁。
- (12) Wolfram Henckel, Grenzen der Vermögenshaftung, Jus 1985, S.837. Henckelは他の論文で請求権の諸機能も分けており (Wolfram Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1961. その紹介として、奥田昌道『請求権概念の生成と展開』〔創文社・1979〕360頁以下)、かかる方法論は彼の十八番である。
- (13) 水津太郎「代償的取戻権の意義と代位の法理—責任法的代位の構造と評価—」法学研究86巻8号〔2013〕64頁以下。
- (14) Henckel, Jus 1985, SS.841-842.
- (15) 責任説については、中野貞一郎「債権者取消訴訟と強制執行」『訴訟関係と訴訟行為』〔弘文堂・1961〕172頁以下、下森定『詐害行為取消権の研究—下森定著作集I—』〔信山社・2014〕3-18頁、71-75頁を参照。なお、2017年の債権法改正により、日本では責任説は否定された (潮見佳男『新債権総論I』〔信山社・2017〕738-739頁)。
- (16) Henckel, Jus 1985, S.842. BGB1121条は、比喩的表現で有名な「分離物が抵当不動産の上に存在し、登記により公示に包まれている限りにおいてだけその上の抵当権の効力を第三者に対抗しうる」という主張のために援用されている条文である (我妻栄『新訂担保物権法 (民法講義Ⅲ)』〔岩波書店・1968〕268頁)。
- (17) Henckel, Jus 1985, SS.837-840.
- (18) 日本破産法63条に相当する。同条は再生手続・更生手続にも準用される (民再52条2項、会更64条2項)。売主の取戻権は、現行ドイツ倒産法 (InsO) では廃止された (水津・前掲注 (13) 68頁)。
- (19) Jaeger-Lent, Konkursordnung, 8.Aufl., 1958, § 44 Anm. 2も同説。それに対して、日本の多数説は、所有権が売主に残っている場合にも売主の取戻権の行使を認める (斎藤秀夫ほか編『注解破産法〔第3版〕上巻』〔青林書院・1998〕633-634頁 [野村秀敏])。
- (20) 山本和彦ほか著『倒産法概説〔第2版補訂版)』〔弘文堂・2015〕180-181頁 [沖野眞已]。
- (21) Jaeger-Lent, KO, § 44 Anm. 8; 中野貞一郎「売主の取戻権」『強制執行・破産の研究』〔有斐閣・1971〕329頁。
- (22) 売買契約の解除により、日本法では所有権は売主に復帰するが、物権行為の独自性・無因性を認めるドイツ法では所有権を売主に返還する義務を買主が負う (中野『強制執行・破産の研究』332-334頁)。
- (23) Henckel, Jus 1985, SS.840-841.
- (24) 日本破産法64条に相当する。同条は再生手続・更生手続にも準用される (民再52条2項、会更64条2項)。
- (25) InsO48条の要件は、KO46条・日本破産法64条とは異なる (水津・前掲注 (13) 38-42頁)。
- (26) Volker Behr, Wertverfolgung: Rechtsvergleichende Überlegungen zur Abgrenzung kollidierender Gläubigerinteressen, 1986, SS.10-15, SS.440-441, SS.481-520. その紹介として、①松岡久和「べールの『価値追跡』について」龍谷法学22巻2号〔1989〕1頁、②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—」『法と民主主義の現代的課

- 題』〔有斐閣・1989〕322頁がある。なお、単に Zuordnung というときは物権的帰属を意味する。松岡は「帰属割当」と訳している (②347頁注 (12))。
- (27) Behr, Wertverfolgung, S.555, SS.578-579.
- (28) Ludwig Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl., 2007, RN 1.15.
- (29) 水津・前掲注 (13) 66-67頁。
- (30) 奥田昌道編『新版注釈民法(10) I 債権(1)』〔有斐閣・2003〕396-397頁 [潮見佳男]、中田裕康『債権総論〔第4版〕』〔岩波書店・2020〕77-78頁、潮見『新債権総論 I』635頁。なお、別除権の目的財産は破産財団に属する (破2条9号)。
- (31) 第三者は譲渡人の債務につき物的有限責任を負うが、この場合の「責任」は、債権の擱取力に直接対応するものではなく、担保目的物が担保権の対象となっている状態を意味する (奥田昌道編『法学講義民法4債権総論』〔悠々社・2007〕69-70頁 [大久保邦彦])。
- (32) Behr, Wertverfolgung, S.394, Anm.266. Bydlinski, System, S.341も同旨。Gabriele Koziol/Helmut Koziol, Wilburgs Thesen zu „Gläubigerordnung und Wertverfolgung“, in: Jabloner (Hrsg), FS 150 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft, 2017, SS.210-215も参照。
- (33) 中野『訴訟関係と訴訟行為』176-189頁。
- (34) パウルスにつき、中野『訴訟関係と訴訟行為』183頁。日本法につき、奥田昌道編『新版注釈民法(10) II 債権(1)』〔有斐閣・2011〕804頁 [下森定]、潮見『新債権総論 I』737頁。
- (35) 中野『訴訟関係と訴訟行為』193頁、潮見『新債権総論 I』738頁。
- (36) 『新版注釈民法(10) II』953頁 [下森]、下森『詐害行為取消権の研究』90-91頁。ドイツ判例によると、取消債権者は、取消相手方の破産時には取戻権を有しないが、取消相手方の債権者の差押えに対しては第三者異議権を持つ (Henckel, Jus 1985, S.842)。Bydlinski, System, S.341は、取消債権者は、債務者の破産時に物権的な優先権を有しない以上、取消相手方の破産時にも物権的な優先権を享受しないとする。
- (37) 中野『強制執行・破産の研究』321頁、330頁。イングランドのエクイティに由来する信託 (Trust) についても、同様の問題が生じている。
- (38) Jaeger-Lent, KO, § 44 Anm. 2. 日本法については、竹下守夫編集代表『大コンメンタール破産法』〔青林書院・2007〕266頁 [野村秀敏]。
- (39) 引渡証券の引渡しは物品の引渡しと同一の効力を有する。引渡証券の一種である船荷証券につき、日本商法763条。
- (40) ドイツ法では、動産所有権の譲渡には、所有権移転の合意のほか、動産の引渡しが必要である (BGB929-931条)。
- (41) Henckel, Jus 1985, S.837. 信託についても、信託制度創設の代償として、委託者に取戻権・第三者異議権を与えるべきだという正当化がありうる。
- (42) 日本破産法53条に相当する。
- (43) Jaeger-Lent, KO, § 44 Anm. 1-2.
- (44) 中田淳一『破産法・和議法』〔有斐閣・1959〕121-122頁も、物品の発送によって一旦失った事実的支配を売主に取り戻させることによって、売買契約を双方未履行の状態に復帰させ、売主・買主の両者にとってフェアな条件を回復させる点に、この制度の根本趣旨を認めている。
- (45) 水津・前掲注 (13) 65頁。
- (46) HGB392条
- ①委託者は、問屋が締結した法律行為に基づく債権を、譲渡後に初めて債務者に対して主張することができる。
- ②しかし、かかる債権は、それが譲渡さ

- れていないときでも、委託者と問屋またはその債権者との間の関係においては、委託者の債権であるとみなされる。
- 2項の立法趣旨については、中田『ドイツ信託法理』69-71頁を参照。
- (47) ただし、Canarisは反対(Ⅲ3(4))。
- (48) Behr, Wertverfolgung, SS.313-315。
- (49) 最判昭和43・7・11民集22巻7号1462頁。
- (50) 四宮和夫「間接代理に関する一考察—信託との関係を中心として—」『四宮和夫民法論集』〔弘文堂・1990〕79頁、吉永一行「ドイツ判例法における信託成立要件としての『直接性原則』—わが国における信託法理の射程についての研究序説—」産大法学40巻3・4号〔2007〕189頁。
- (51) eigennützige Treuhandを直訳すれば「自益信託」となるが、委託者が受益者を兼ねる場合に「自益信託」と呼ぶ日本法とは意味が異なる。eigennützige Treuhandは日本法では認められない(信託2条1項かっこ書・8条・163条2号)。「信託は、受託者が信託財産の名義主体でありながら、名義主体であることの利益は受益者に帰属し、そのような形で名義(権利主体)と受益とが分属する点が、その特色であり、また信託の制度の基礎をなす」からである(『条解信託法』681頁〔沖野眞已〕。旧信託法の起草者意思については、加毛明「受託者破産時における信託財産の処遇(1)—二つの「信託」概念の交錯」法協124巻2号〔2007〕140頁以下を参照)。日本法の「自益信託」はドイツ語では「一方的信託(einseitige Treuhand)」と呼ばれる(新井誠『財産管理制度と民法・信託法』〔有斐閣・1990〕91頁)。
- (52) Siebertの信託理論につき、中田『ドイツ信託法理』85-88頁。
- (53) ドイツ法において信託が有している実際の機能については、新井『財産管理制度と民法・信託法』86頁以下を参照。
- (54) Jaeger-Lent, KO, §43 Anm.39, 41a; Häsemeyer, Insolvenzrecht, RN 11.16; Karsten Schmidt/Thole InsO §47 Rn.86。なお、委託者破産時に担保信託は終了しない(Häsemeyer, Insolvenzrecht, RN 20.79)。
- (55) ドイツ法については、中田『ドイツ信託法理』48-55頁、60-63頁、日本法については、同15-16頁、加毛「受託者破産時における信託財産の処遇(1)」法協124巻2号188-189頁を参照。
- (56) Häsemeyer, Insolvenzrecht, RN 11.15b; Staudinger/Wiegand (2017) Anh zu §929ff Rn 330。
- (57) 加毛明「受託者破産時における信託財産の処遇」私法70号〔2008〕127頁も参照。
- (58) Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I, 12.Aufl., 2002, SS.195-196; Karsten Schmidt/Thole InsO §47 Rn.81。
- (59) 信託行為の定めがある場合などには、委託者も差止請求権を行使できる(信託145条2項12号・260条1項前段、『条解信託法』390頁〔山下純司〕)。
- (60) 新井誠『信託法〔第4版〕』〔有斐閣・2014〕350頁。
- (61) 加毛明「信託と破産(1)—信託財産の破産と受託者の破産に関する解釈論上の諸問題」NBL1053号〔2015〕15頁注(40)。
- (62) 受託者破産の場合、原則として受託者の任務は終了する(信託56条1項3号・1項柱書ただし書)。新受託者が就任したときは、新受託者は、前受託者の任務が終了した時に、その時に存する信託に関する権利義務を前受託者から承継したものとみなされる(信託75条1項)。
- (63) 沖野眞已「公共工事請負前払金と信託—最高裁平成14年1月17日判決の再検討—」平井宜雄先生古稀記念『民法学における法と政策』〔有斐閣・2007〕374-376頁、加毛「受託者破産時における信託財

- 産の処遇(2)』法協124巻11号〔2007〕7-9頁、21-22頁、25頁、38頁、『条解信託法』129-130頁〔加毛〕、道垣内『信託法』273-274頁。
- (64) かかる理解に至るまでの経緯については、加毛「受託者破産時における信託財産の処遇(1)(2)」法協124巻2号102頁以下、11号1-42頁、簡単には、同「受託者破産時における信託財産の処遇」私法70号124-125頁を参照。
- (65) 加毛「信託と破産(1)」NBL1053号4頁。『条解信託法』112頁〔加毛〕も同旨。
- (66) 信託法では、受益債権に係る債務について、「受託者は、信託財産に属する財産のみをもってその履行の責任を負う」と表現されているが(信託21条2項1号)、この表現は、受託者が債務者であり、信託財産のみが責任財産となることを前提にしている。
- (67) 水津・前掲注(13)72頁は、「責任法的観点に基づく一致原則の矯正が、一般実体法上の『特別財産』の形成によって実現されている」という。
- (68) Walter Gerhardt, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, 1969, SS.269-270は、Henckel(II1)よりも前に、所有権の個別の諸機能に照準を合わせ、処分的に受託者に帰属する物が責任法的には委託者に帰属するという理由で委託者の取戻権を正当化していたが、Gruber, JBl 2001, S.209, Anm.209は、かかる説明を記述的だと批判する。
- (69) 中西正「破産法における『債権者平等原則』の検討—公平の原則と優先権排除の原則」伊藤眞先生古稀祝賀論文集『民事手続の現代的使命』〔有斐閣・2015〕973頁。
- (70) Wolfgang Brehm, Der Bereicherungsanspruch im Insolvenzverfahren, Gedanken zum Gleichbehandlungsgrundsatz, in: Festschrift für Wolfgang Jelinek zum 60. Geburtstag, 2002, SS.26-27.
- (71) Brehm, a.a.O., S.16; Patrik Eismann Der Bereicherungsanspruch im Insolvenzverfahren, 2005, SS.2-3.
- (72) 最判平成8・4・26民集50巻5号1267頁。この事件では、受取人の債権者による預金債権の差押えに対し、振込依頼人が第三者異議の訴えを提起したところ、第1審・控訴審はそれを認容したが、最高裁はそれを棄却した。
- (73) Behr, Wertverfolgung, SS.5-8; Helmut Koziol, Zur Abschwächung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Konkursverfahren, in: Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag, 1992, S.267.
- (74) 中田裕康「債権者平等の原則の意義—債権者の平等と債権の平等性—」曹時54巻5号〔2002〕10頁。
- (75) 於保不二雄『債権総論〔新版〕』〔有斐閣・1972〕9頁。
- (76) 三ヶ月章『民事執行法』〔弘文堂・1981〕205-214頁。
- (77) 山木戸克己『破産法』〔青林書院新社・1974〕3頁。
- (78) Helmut Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung, 1991, SS.16-17(以下 Gläubigeranfechtung); Koziol, Festschrift für Wesener, SS.268-269; Bydliński, System, SS.299-302. 日本での議論については、中田・前掲注(74)4頁を、ドイツでの議論については、ヤン・フェリックス・ホフマン著(水津太郎訳)「債権者平等原則と価値追跡」法学研究91巻8号〔2018〕36-44頁も参照。
- (79) ホフマン・前掲注(78)37頁では、「補償責任説」と訳されている。比例弁済原則は verteilende Gerechtigkeit(分配的正義)ではなく ausgleichende

- Gerechtigkeit (調整的正義) に基づく、債務者財産に与えた影響を ausgleichen (調整) する、という文脈で用いられている概念なので、本稿では「調整責任論」と訳しておく。
- (80) Häsemeyer, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, SS.516ff.; ders, Insolvenzrecht, 2007, RN2.33.
- (81) Koziol, Gläubigeranfechtung, S.16; Brehm, a.a.O., S.25. ホフマン・前掲注(78) 38-40頁も参照。
- (82) 3の基本的な構想は、Walter Wilburg, Gläubigerordnung und Wertverfolgung, JBl 1949, S.30と Koziol, FS für Wesener, SS.269ff. に従っている。優先主義の根拠に関するホフマン・前掲注(78) 44頁以下も参照。本文で紹介するもの以外に、優先権付与の機能を、取引の継続を前提とした状況下におけるモニタリングの分担による効率性の改善に見る研究がある(森田果『金融取引における情報と法』〔商事法務・2009〕第1章、信託については127-138頁)。
- (83) Wilburg, JBl 1949, SS.31-32.
- (84) Wilburg, JBl 1949, SS.29-30.
- (85) Wilburg, JBl 1949, S.33.
- (86) Wilburg, JBl 1949, SS.31-32.
- (87) Behr, Wertverfolgung, SS.579-580.
- (88) 両者の対立については、松岡・前掲注(26) ①56-57頁、②331-333頁、ガブリエーレ・コツィオール「価値追跡と信託」法学論叢180巻5・6号〔2017〕612-613頁も参照。
- (89) Behr, Wertverfolgung, SS.492ff., S.578.
- (90) Behr, Wertverfolgung, SS.553-559.
- (91) Bydlinski, System, S.235. なお、橋本佳幸 = 大久保邦彦 = 小池泰『LEGAL QUEST 民法V 事務管理・不当利得・不法行為〔第2版〕』〔有斐閣・2020〕16頁以下〔大久保〕の不当利得原理の説明は、基本的に Bydlinski, System, SS.233ff. に依拠している。
- (92) Bydlinski, System, SS.343-348.
- (93) 日本では、雇用関係や葬式費用の先取特権が認められている(民308条・309条。破101条も参照)。
- (94) Koziol, FS für Wesener, SS.272-274.
- (95) Koziol, FS für Wesener, S.273.
- (96) Gruber, JBl 2001, S.212.
- (97) Walter Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, Rede, gehalten bei der Inauguration als Rector magnificus der Karl-Franzens-Universität in Graz am 22. November 1950, S.8.
- (98) Häsemeyer, Insolvenzrecht, RN 2.19. ホフマン・前掲注(78) 49-50頁もそれを支持する。
- (99) Bydlinski, System, S.361.
- (100) 大久保邦彦「消費者法の体系的独立性」神戸学院法学31巻4号〔2002〕1553-1568頁も参照。
- (101) 松田二郎『会社更生法』〔有斐閣・1960〕171頁。
- (102) 伊藤眞『破産法・民事再生法〔第4版〕』〔有斐閣・2018〕22頁。
- (103) Koziol, FS für Wesener, S.272. 加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』〔有斐閣・1986〕729-731頁も参照。ドイツでは、無償行為に基づく債権は、以前は破産手続において主張できなかったが(KO63条4号)、現在は劣後的破産債権とされている(InsO39条1項4号)。
- (104) Koziol, FS für Wesener, SS.274-275.
- (105) Koziol, FS für Wesener, S.275.
- (106) Gruber, JBl 2001, SS.211-212.
- (107) Behr, Wertverfolgung, SS.462-471も、占有物が占有者の所有に属するという債権者の信頼が保護されない理由を詳述する(松岡・前掲注(26) ②342-343頁も参照)。信用金庫が中小企業を相手に貸出取引をする場合において、財務諸表類

だけで返済能力等を量るのが難しいときは、経営者の人柄、地域社会での立場や評判、親戚の状況、交友関係なども、融資取引を行うかどうか判断する上で、重要な情報になるとする荒井一久「地域金融機関の課題—主として信用金庫を中心に」吉野直行＝藤田康範編『中小企業金融と金融環境の変化』〔慶應義塾大学出版会・2007〕35頁も、財産よりも人に対する信用の重要性を強調する点で、発想が類似している。

- (108) Wilburg, JBl 1949, S.30.
- (109) Koziol, FS für Wesener, S.275. ただし、Koziol/Koziol, a.a.O., SS.212-215では、第三者の信頼保護は軽視されている。
- (110) Claus-Wilhelm Canaris, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag I, 1978, SS.405-408. Behr, Wertverfolgung, SS.315-316; Gruber, JBl 2001, SS.216-217; 神作裕之「受益者の取戻権に関する一考察—問屋関係との比較を中心に—」『実定信託法研究ノート』〔トラスト60・1996〕80-81頁も参照。
- (111) 最判昭和43・7・11民集22巻7号1462頁。
- (112) OGH19.6.1986, 7 Ob 561/86, JBl 1986, 652. ただし、間接代理人の取引銀行からの相殺を否定した事例である。なお、ドイツ商法典がオーストリアにも導入されたという歴史的経緯に基づき、独・奥のHGB392条は同文である。その後、2005年改正により、オーストリア商法典は、企業法典 Unternehmensgesetzbuch (UGB) と称されることになったが、UGB392条も同文のままである。
- (113) Gruber, JBl 2001, SS.217-219. Anm.115で Butschek を批判する。
- (114) Christian Butschek, Die Rechtsstellung des Treugebers bei der uneigennützigen Treuhand, JBl 1991, SS.366-371.
- (115) 動的体系論については、山本敬三「民法における動的システム論の検討」法学論叢138巻1・2・3号〔1995〕208頁以下および大久保邦彦「動的体系論と原理理論の関係に関する一考察」神戸学院法学31巻2号〔2001〕541頁以下を参照。
- (116) Koziol, FS für Wesener, SS.276-277.
- (117) Koziol, FS für Wesener, SS.276-277.
- (118) 口座権利者が自己の名義で他人のために保管・管理すべき金銭が入金される口座。信託口座については、神作裕之「欧州信託法基本原理と信託財産の独立性」新井誠編『欧州信託法の基本原理』〔有斐閣・2003〕75-77頁、中田『ドイツ信託法理』102-127頁を参照。
- (119) 投資会社法による信託制度については、神作・前掲注(118)77-79頁、中田『ドイツ信託法理』127-137頁を参照。
- (120) 直接性原則の詳細については、四宮『四宮和夫民法論集』81頁以下、吉永・前掲注(50)177頁以下、中田『ドイツ信託法理』63-68頁を参照。
- (121) Helmut Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973, SS.45-46.
- (122) 原告が信託の成立を前提に第三者異議の訴えを提起した事例。帝国裁判所は直接性原則により信託の成立を否定し、第三者異議を斥けた。この判決については、吉永・前掲注(50)199頁以下で紹介・分析がされている。
- (123) ドイツ民法典の立法過程において、委任法にHGB392条2項に対応する規定を設けることが審議されたが、否決されたという経緯がある(吉永・前掲注(50)202頁、中田『ドイツ信託法理』68-71頁、加毛「受託者破産時における信託財産の処遇(3)」法協125巻12号〔2008〕15-18頁)。
- (124) 特定性原則に従う説の詳細は、中田『ドイツ信託法理』158-163頁を参照。

- (125) Dieter Assfalg, Die Behandlung von Treugut im Konkurse des Treuhänders, 1960. その詳細な紹介として、四宮和夫「アスファルク『受託者の破産における信託財産の取扱い』」立教法学 8号〔1966〕205頁以下がある。
- (126) Coing, a.a.O., S.179.
- (127) Gerhard Walter, Das Unmittelbarkeitsprinzip bei der fiduziarischen Treuhand, 1974, SS.150-153.
- (128) Canaris の批判については、吉永・前掲注(50) 230-231頁、中田『ドイツ信託法理』151-157頁に紹介がある。
- (129) Canaris, FS Flume I, SS.411-412. この論文については、赤松秀岳『物権・債権峻別論とその周辺—二十世紀ドイツにおける展開を中心に—』〔成文堂・1989〕171頁以下に紹介がある。Gruber, JBl 2001, SS.220-221も同旨。
- (130) Bydlinski, System, SS.346-347.
- (131) OGH15.11.1989, 3 Ob 82/89. 直接性原則は、物上代位の禁止を含意する(吉永・前掲注(50) 203-208頁、236頁、中田『ドイツ信託法理』64-65頁)。実際、直接性原則が採用されていないオーストリアでは、物上代位は禁止されていない(Schwimann/Apathy, ABGB V, 2.Aufl., 1997, § 1002 Rz.10; Behr, Wertverfolgung, S.333)。
- (132) オーストリア法の状況については、Koziol/Koziol, a.a.O., SS.200-204を参照。
- (133) 中田『ドイツ信託法理』164頁は、特定性原則を適用しない説として Wolfgang Wiegand, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, AcP 190, SS.112ff. を挙げるが、Staudinger/Wiegand (2017) Anhz zu §§ 929ff Rn 95ff. によると、同原則は「個別の物についてのみ物権を設定・譲渡できる」ことを意味しており、Coing らとはその意味が異なっている。
- また、「保護に値する第三者の利益またはより高い価値を持つ一般の利益によって阻止されない限り、当事者意思と形成の自由が物権の自律性に優先する」という自身の立場(SS.134-135)から、信託の画定基準としての直接性原則を特定性原則で代替する説を批判しているのであり(Anm.58)、対象財産の特定は当然の前提とされている。
- (134) Gruber, JBl 2001, S.212.
- (135) III 3(5), Bydlinski, System, SS.347-348.
- (136) Behr, Wertverfolgung, S.496.
- (137) Behr, Wertverfolgung, S.603. Koziol も結論同旨(III 3(5))。
- (138) Bydlinski, System, S.343, Anm.371.
- (139) 売主の取戻権に関する注(41)とそれに対応する本文を参照。
- (140) Canaris, FS Flume I, SS.413-419.
- (141) 現在のドイツ判例では、再譲渡の仮登記が要求される(Häsemeyer, Insolvenzrecht, RN 11.15a)。
- (142) 原文(FS Flume I, S.416. Ders, Gesammelte Schriften III, 2012, S.192も同じ)では Treugebers となっているが、Treuhanders の誤植であろう(中田『ドイツ信託法理』154頁注(562))。
- (143) Behr, Wertverfolgung, SS.535-547, SS.604-605.
- (144) Behr, Wertverfolgung, SS.553-559, S.604.
- (145) Bydlinski, System, S.340.
- (146) Bydlinski, System, SS.347-348. Assfalg (S.338, Anm.367) や Behr (S.337, Anm.366; S.343, Anm.371) が引用されている。
- (147) 道垣内『信託法』110頁。ただし、能見善久=道垣内弘人編『信託法セミナー(1)信託の設定・信託財産』〔有斐閣・2013〕183-184頁。
- (148) 新井『信託法〔第4版〕』370-371頁、『条解信託法』86頁〔角紀代恵〕。「物上代位

- は原目的物上の帰属割当を代位物上に継続させるものである」(水津・前掲注(13) 63頁)。
- (149) その詳細については、道垣内『信託法』102-108頁を参照。
- (150) 信託法18条が民法の特則か否かについては議論がある(『信託法セミナー(1)』184-197頁)。岸本雄次郎『信託制度と預り資産の倒産隔離』〔日本評論社・2007〕264-265頁は、特則と見ない。
- (151) 道垣内『信託法』109頁。
- (152) XとYの共有物につき、YがXの持分を無権限処分した後、Xが追認した場合に関する異説として、吉谷晋「数量的な財産の分別管理義務違反からの救済について」『信託取引と民法法理』〔有斐閣・2003〕159-160頁。
- (153) 信託財産に属する財産の処分については、受託者が信託のためにする意思を有しない場合を考えにくいので(道垣内『信託法』77頁。信託31条1項1号・4項も参照)、考察の対象外とする。
- (154) 道垣内『信託法』101頁。
- (155) 道垣内弘人「ほろは着ててもこころの錦(その1)」法学教室346号〔2009〕86-88頁。
- (156) 水津太郎「代位物に対する優先権の付与—目的物が売却された場合における所有者・担保権者の処遇—」私法76号〔2014〕151-154頁。
- (157) ただし、代金債権が弁済される前にYが破産すると、Xには代償の取戻権(破64条)が帰属する。したがって、売主破産時には、信託の場合と法律構成は異なるが、価値追跡思想に基づきXに優先権が与えられる(水津・前掲注(156) 148-150頁、153-155頁)。水津は、代償的「第三者異議の訴え」も認める。
- (158) ただし、民法478条が適用される余地はある。
- (159) 水津・前掲注(13) 77-78頁。
- (160) 分別管理については、岸本・前掲注(150) 232-267頁を参照。
- (161) 深山雅也「信託取引と倒産手続の交錯」『信託と倒産』実務研究会『信託と倒産』〔商事法務・2008〕58-61頁、道垣内『信託法』139-140頁、188-190頁。最判平成14・1・17民集56巻1号20頁は、「本件預金は、仲田建設〔受託者〕の一般財産から分別管理され、特定性をもって保管されており、これにつき登記、登録の方法がないから、委託者である愛知県は、第三者に対しても、本件預金が信託財産であることを対抗することができる」と述べる。
- (162) 日本法においても、指図証券(民520条の5)・記名式所持人払証券(民520条の15)・無記名証券(民520条の20)を除き、債権の即時取得は認められないし、動産差押えだけで即時取得は成立しない。
- (163) 植田淳「有価証券の信託公示の省略と信託財産の独立性—信託法3条2項と16条の関係について—」信託193号〔1998〕26-27頁は、1998年信託業法改正前に、有価証券につき信託の表示(旧信託法3条2項)を省略できる理由として、信託銀行が保有する有価証券の中に信託財産たる有価証券が大量に含まれていることは周知の事実であるから、受託者の一般債権者は信託財産たる有価証券を受託者個人の責任財産として期待すべきでないと述べていた。
- (164) 日本の判例・学説については、窪田充見編『新注釈民法(45)債権(8)』〔有斐閣・2017年〕152-153頁〔藤原正則〕を参照。
- (165) 四宮は、信託の公示が必要な財産についても、本来的には公示とかわりなく取戻権・第三者異議権を認めるべきことを説いていた(四宮『信託法〔新版)』171頁、183頁、185頁。四宮『四宮和夫民法論集』90頁、93頁注(3)も参照)。
- (166) たとえば、道垣内『信託法』80頁は、

信託法22条1項ただし書2号につき、「相殺という簡易な決済方法に対する相手方

の期待はとくに保護に値すると考えられた例外」だと説明する。

(おおくほ・くにひこ)