

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——*

水 津 太 郎

一 問題関心

- 1 所有者と担保権者の処遇の均衡
- 2 代償的取戻権の視点
- 3 代償的取戻権研究の現状

二 代償的取戻権研究の必要性

- 1 アンバランスの問題
- 2 代償的取戻権の系譜と比較
- 3 本稿の課題、方法および視点

三 権利の性質論——代償的「取戻権」なのか

- 1 議論状況
- 2 権利の性質に関する立法史
- 3 財団債権説と二元説に対する批判
- 4 独自の権利説の問題意識
- 5 「取戻権」構成の意義と構造

四 代償的取戻権と一般実体法上の請求権

1 議論状況

- 2 問いの二つのレベル
- 3 請求権強化説の根拠づけ
- 4 請求権強化説が提起する問題

五 代償的取戻権に基づく優先権

- 1 代位物に対する優先権の付与
- 2 優先権付与の構造Ⅰ——物権的帰属と責任的帰属
- 3 優先権付与の構造Ⅱ——一般実体法的優先権と執行法的優先権

六 代償的取戻権の位置づけ

- 1 衡平とルール
- 2 代償的取戻権の正当化
- 3 責任法的代位と物上代位

七 結 語

一 問題関心

1 所有者と担保権者の処遇の均衡

所有者が他人に自己の物を無権限で譲渡された場合、所有者はどのような救済を受けられるか。第三者に即時取得が成立する(民一九二条)など、第三者が有効に目的物の所有権を取得するときには、所有者は目的物の返還を第三者に請求することができない。この場合、所有者としては譲渡人に、譲渡と引き換えに取得した反対給付債権の移転またはその給付物の引渡しを、不当利得(民七〇三条、七〇四条)として請求していくことになる。もともと、所有者が、反対給付そのもの、つまり目的物の譲渡価値を請求できるのか、そうではなく、目的物の客観的価値しか請求できないのかについては争いがある。⁽¹⁾けれども、いずれにせよ、所有者が譲渡人に対して有する権利の性質が「債権」であると規定されることには変わりがない。たしかに、不当利得論の進展によって、この文脈での不当利得返還請求権は、侵害利得ないし帰属法的不当利得の一類型として、権利の継続効、物権的請求権の債権的補充などと把握され、これを財貨帰属法の論理と評価に服せしめるよう努められている。⁽²⁾しかし、それでも、所有者の権利がたんなる債権的請求権として法性決定される限り、所有権の保障は第三者との関係においてなお十分でないように思われる。このことは、所有者が無権限譲渡人に対して、不法行為に基づく損害賠償請求権を行使できる場合にも、同じようにあてはまる。

この問題は、担保権者の代位物への優先権をめぐる解釈論の議論枠組みに、大きな影響を及ぼしている。すなわち、民法は担保物権の物上代位(民三〇四条)を定めているところ、それ自体明文をもたない譲渡担保や所有権留保といった所有権移転ないし移転留保型担保(以下、所有権移転型担保とする)の物上代位の可否が争われている。とくに問題となっているのは、代位物が売却代金債権の場合である。この問題を直接取り扱った、最決平

成一年五月一七日民集五三卷五号八六三頁は、信用状発行銀行が、輸入商品を目的とする個別譲渡担保権に基づき、当該商品の売却代金債権に対して物上代位権を行使した事案で、「右の事実関係の下において」これを肯定した⁽³⁾。もっとも、このように譲渡担保権者の売却代金債権に対する物上代位を認めることに對しては、よく知られた道垣内弘人の批判がある⁽⁴⁾。「譲渡担保権者は所有権を譲り受けるという形式を自らの意思で選択し、かつ、外部的にもそのように公示しているのだから、少なくとも所有権者以上の権利を認められるべきではない」というのである。この批判に対する反論として、譲渡担保権者の担保権者としての地位を持ち出すのでは、批判者の問題意識に正面から応えたことにはならない。所有者の処遇を棚上げしたまま、さしあたり所有権移転型担保に物上代位を認めようというのでは、所有者と担保権者のあいだの評価矛盾の問題は解消されないからである。この観点からは、道垣内の批判の前提そのものに疑問を投げかける反論のほうがより重要であろう。それによれば、制限物権である担保物権に物上代位が認められるのに、全面的支配権である所有権になぜ物上代位が認められないのが問われる⁽⁶⁾。道垣内自身、信託財産の物上代位（信託一六条）の規律を引き合いに出しつつ、所有者の保護に薄い現行法の不備を問題視している⁽⁷⁾。道垣内の主張は、「通説の考え方を維持したままで」⁽⁸⁾は、譲渡担保権者の物上代位は認められないというものである。

しかし、以上の議論では、所有者の代位物に対する保護が十分でない、ということの意味がなお詰めて分析されていない点に問題があるように思われる。さきにみたとおり、他人の物の無権限譲渡の事例では、反対給付債権やその給付物は譲渡人に帰属し、所有者はこれを不当利得として返還請求することしかできない。そうすると、譲渡人が破産した場合には、所有者は一般の取戻権を有しない。その結果、所有者は破産債権者として、他の破産債権者との平等満足に服さざるをえないようにもみえる。実際、民法学においては、この意味で、所有者は「債権的保護」⁽⁹⁾しか受けられないとし、その保護の弱さを批判するものがある。

2 代償的取戻権の視点

けれども、この場合には破産法のなかで、特別な取戻権のひとつとして、代償的取戻権（破六四条）が用意されている。同条一項によれば、取戻権者は破産管財人に「反対給付の請求権の移転」を請求することができる。破産管財人は債権譲渡の意思表示をし、對抗要件を具備するために債務者に通知をしなければならぬ。破産管財人が任意にこれに応じないときには、意思表示と觀念の通知を命じる判決を取得することになる（民四一四条二項ただし書、民執一七四条⁽¹⁰⁾）。同条二項の明文によれば、破産手続開始前に、破産者が反対給付をすでに回収していたときには、給付物がたとえ特定性を保っていたとしても、この権利は認められない⁽¹¹⁾。しかし、破産者がまだ反対給付債権を回収していないのであれば、所有者は債権者との競合に晒されることなく、同債権を取り戻すことができる。

しかしながら、所有権移転型担保の物上代位の議論では、この権利の存在が十分に認識されていない。平成一年決定では、まさに譲渡担保設定者が破産した場合に、譲渡担保権者が売却代金債権に対して優先権を行使できるかが問題となっていた。その際に議論の枠組みを提供していたのは、所有者と譲渡担保権者の処遇の均衡の問題であった。このことはいまでも同様である。にもかかわらず、議論の際に代償的取戻権の制度が顧慮されることはない。もっぱら「物上代位」の可否という観点から問題が捉えられている。言い換えれば、所有者であれば「優先権」が認められないこと、そして譲渡担保権者に優先権を与えるには「物上代位」という方策しかないことが前提とされているのである。こうして学説は、所有権の構成の強調・物上代位の否定・破産における不保護と、担保的構成の強調・物上代位の肯定・破産における保護の、両系列に分かれることになる。

けれども、すでにみたように、所有者には破産法上、代償的取戻権が認められている。そうである以上、所有者の処遇との均衡という観点からは、譲渡担保権者にもそれと同種の権利が与えられないか、という視点から検

討することが求められるはずである。たしかに、譲渡担保権者には取戻権ではなく、別除権しか与えられないとみる考え方からすれば、そうした権利は援用できないようにも思われよう。しかし、倒産法の有力な学説は、代償的取戻権の規定を準用し、代償的「別除権」の法形象を認め、たとえば所有権留保の際に、留保売主の代償的別除権を肯定している。⁽¹³⁾ また、さきの事案では、譲渡担保設定者が処分授権の範囲内で目的物を売却していたという点で、他人物の無権限処分とは事案を異にしている。たしかに、代償的取戻権は不当処分の場合にしか認められないとする見解もあるが、しかし反対に、所有者は正当な処分によって取得された反対給付債権についても、その移転を請求できるとみる見解も有力に主張されている。⁽¹⁵⁾ さらに、不当利得の返還義務の範囲に関する民法上の争いを参考にとすると、代償的取戻権で取戻しが認められる範囲は、物の客観的価値に限られるのではないかと疑念もあるかもしれない。しかし、良し悪しは別として、倒産法学説は一般に、条文の文言どおり「反対給付の請求権」、対象は売却代金債権であるとみている。⁽¹⁶⁾ そうすると、平成一一年決定の事案では、譲渡担保権者に「優先権」を認めても、所有者との均衡は——この種のケースで代償的取戻権の適用があると考える限りにおいて——害されない。問いは、「優先権」付与の方策として、代償的取戻権ないし別除権を認めるべきか、物上代位を承認すべきか、というかたちで立て直されることになる。

3 代償的取戻権研究の現状

そうすると、代償的取戻権と物上代位では、なにがどのように異なるのが問題となる。しかし、この問いを考える以前に、そもそも代償的取戻権それ自体について、なお不明確な点が少なくない。たしかに、所有権移転型担保の物上代位とは異なり、問屋が破産した際の委託者の保護や、⁽¹⁷⁾（金銭所有論を含む）物権債権峻別論の限界の問題、なかでも債権的私的所有論⁽¹⁸⁾および価値追跡論⁽¹⁹⁾との関連において、代償的取戻権の規定がしばしば援用さ

れ、その射程が問題とされている。ここでは代償的取戻権のもつインパクトが十分に意識されているといっている。しかしながら、これらは民法学や商法学の観点からの検討である。その性格上当然のことであるが、代償的取戻権の構造や性質、要件効果に関する包括的な検討は倒産法学に委ねられている。

しかしながら、民法学者が指摘するように、⁽²⁰⁾倒産法学は一般に、この制度についてあまり関心をもっていない。戦中に現れた齋藤常三郎の論文⁽²¹⁾のほか、竹下守夫・野村秀敏の詳細な注釈⁽²²⁾があるだけで、本格的な研究はみあたらない。齋藤の論文と竹下・野村の注釈は、いずれもドイツの文献を渉猟し、それに依拠して議論を組み立てるとともに、するどい洞察を示している。しかし、それで研究が不要になったわけではない。このことを示すために、いまだ解決されていない重要な理論的な問題と、ドイツの法状況を概観しておこう。

なお、以下では、特段の指示をしない限り、代償的取戻権の対象を条文の文言どおり、「反対給付の請求権」ないし「反対給付」として取得された財産と指示することにする。⁽²³⁾

二 代償的取戻権研究の必要性

1 アンバランスの問題

日本の代償的取戻権は、現行破産法六四条に定められている。⁽²⁴⁾同条をめぐっては、「債権的」取戻権者にも代償的取戻権が認められるか、譲渡の有効性の要否、対象の特定性の意義とその内容、第二の（連鎖的）代償的取戻権の可否など、様々な問題が残されている。しかし、ここではとくに、次のアンバランスの問題を指摘していきたい。

第一に、破産前の譲渡と破産後の譲渡の不均衡が問題となる。破産管財人が破産手続開始後に取戻権の目的物

を譲渡した場合には、未回収の反対給付債権のみならず、回収された給付物についても特定性が保たれている限り、代償的取戻権が認められる（破六四条一項）。これに對して、債務者が手続開始前に目的物を譲渡していた場合には事情が異なる。この場合には代償的取戻権の目的は、未履行の反対給付債権と、手続開始後に回収された給付物に限られる。換言すれば、債務者が手続開始前に反対給付を回収していたときには、たとえ給付物が特定性を有していたとしても、取戻権者は保護されない（同二項反対解釈）。

破産の前に反対給付が債務者の財産に流入した場合の規律は、民法三〇四条の物上代位と、弁済される前に権利を行使しなければならないという限りで、——偶然にも——平仄がとれているとの評価も可能である。しかし、取戻権者の視点からみれば、この区別は不合理であるという見方もまたなりたちうるであろう。

二つ目の問いは、無権限ないし不当な譲渡と、有権限ないし正当な譲渡の關係である。無権限譲渡の事例に代償的取戻権が適用される点については争いがない。しかし、譲渡人が目的物の譲渡につき権限を有していた場合にも同条が適用されるかどうかについては、明文上明らかでない。この問題は、所有権移転型担保の物上代位のところですでに指摘したとおりである。そのほか、販売委託を受けた問屋が委託品の販売により取得した反対給付債権につき代償的取戻権が認められるか、という問題との關係でも議論されている。

第三に、個別執行と包括執行の不均衡が問題となる。ある目的物が債務者以外の者に属する場合、債務者が破産した際には、当該目的物の担い手は取戻権を行使することができる。同じように、そうした目的物が債権者によって差し押さえられたときには、第三者異議の訴えを提起することで強制執行の不許を求めることができる。そうだとしたら、取戻権の目的物の代位物について「代償的」取戻権が規定されている以上、これとパラレルに、当該代位物が債権者によって差し押さえられたときには、いわば「代償的『第三者異議の訴え』」が認められてしかるべきではないか。強制執行法と倒産法が責任法のレベルで共通の性格を有しているのなら、「倒産（包括

執行) 隔離」だけではなく、「(個別) 執行隔離」をも承認しないと、バランスがとれないのではないか。しかし、一見したところ、民事執行法には対応規定が存しない。

最後に、取戻権と別除権の処遇の均衡が問題となる。取戻権者に代償的取戻権が認められるのなら、これと同様に、別除権者にも代位物に対する「代償的『別除権』」の行使を許容すべきではないか。この問題は、所有権移転担保の代位物に対する優先権を考える際に、担保的構成をとる者にとつてとりわけ重要になる。しかし、やはりこれを認める明文の規定はない。

2 代償的取戻権の系譜と比較

このように、日本の規定には、不十分なように思われる点やなお検討すべき課題が少なくない。旧破産法(大正十一年(一九二二年)の九一条につき、改正破産法理由は、「本条ハ所謂代償的取戻権ニ付規定ス」として⁽²⁷⁾る。資料にはこれ以上書かれていない。そこで、「所謂」代償的ないし賠償的取戻権に関する当時の代表的な文献をみると、そこでは同権利の理解につき、ドイツ法学の影響が非常につよかったことがわかる。⁽²⁸⁾また、齋藤常三郎は、正当にも、旧破産法九一条を、ドイツ旧破産法(KO(一八九八年)の四六条と「同一の範囲」で、「代償的取戻権ないし賠償的取戻権(Ersatzanspruch)」を認めたものと分析している。⁽²⁹⁾以下に条文を掲げておこう。KO四六条が二つのルールを、項ではなく文で区別し、改行を設けていないのに対して、旧破産法九一条は両ルールを項のレベルで分けていることに注意されたい。

KO四六条 破産者が破産手続の開始前に、破産財団から取戻しを求めることができたはずの目的物を譲渡し、または、破産管財人が破産手続の開始後に、そのような譲渡をおこなった場合には、取戻権者は、未履行のときには、

反対給付に対する権利の譲渡を求めることができる。反対給付が、破産手続の開始後に破産財団に組み入れられたときには、取戻権者は財団からこれを請求することができる。

旧破産法九一条一項 破産者カ破産宣告前取戻権ノ目的タル財産ヲ譲渡シタル場合ニ於テハ取戻権者ハ反対給付ノ請求権ノ移転ヲ請求スルコトヲ得破産管財人カ取戻権ノ目的タル財産ヲ譲渡シタル場合亦同シ
二項 前項ノ場合ニ於テ破産管財人カ反対給付ヲ受ケタルトキハ取戻権者ハ破産管財人カ反対給付トシテ受ケタル財産ノ給付ヲ請求スルコトヲ得

日本法はこの旧破産法九一条を、新破産法（平成一六年（二〇〇四年））においても、実質的な内容を修正することなく維持している（破六四条⁽³⁰⁾）。しかし、ドイツでは、倒産法制を全面改正し、単一手続型を採用した新倒産法（InsO（一九九四年））を制定した際に、KO四六条を大幅に修正した。その後もはげしい議論が継続している⁽³¹⁾。まず、改正後の条文をみておこう。

InsO 四八条 債務者が倒産手続の開始前に、倒産財団から取戻しを求めることができたはずの目的物を無権限で譲渡し、または、倒産管財人が倒産手続の開始後に、無権限でそのような譲渡をおこなった場合には、取戻権者は、未履行のときには、反対給付に対する権利の譲渡を求めることができる。反対給付が、倒産財団において識別可能なかたちで存在している限りにおいて、取戻権者は財団からこれを請求することができる。

InsO 四八条は、識別可能性の要件を明文化する（二文「„soweit sie in der Masse unterscheidbar vorhanden ist“）とともに、第一と第二の問題を立法上解決した。第一の問題、倒産前の譲渡と倒産後の譲渡における処遇

の不均衡については、倒産前に譲渡がなされた場合でも、取戻権を行使できたはずの者は、未回収の反対給付債権のみならず、倒産前に債務者が回収を終えていた給付物の取戻しをも、識別可能である限り請求することができる(二文)。倒産前譲渡類型の目的物の範囲を、倒産後譲渡類型のそれに合わせて拡張することで、両者のバランスをとったわけである。理由書によれば、この拡張は、「代位の思想から (vom Surrogationsgedanken her) 正当化される。これは、ゲルハルトの著名な論文の主張をとりいれたものである。しかしながら、旧法の評価矛盾を解消するには、この方法が唯一の途であったわけではない。実際、政府草案の段階では、むしろまったく反対に、代償的取戻権を制限する方向でバランスをとるよう提案されていた。⁽³⁴⁾ すなわち、同草案によれば、代償的取戻権は、倒産前の譲渡の場合には、未履行の反対給付の債権を含めていっさい認められない。この場合には、取戻しを請求できたはずの者は、一般の不法行為による損害賠償請求権や不当利得返還請求権しか有していないから、他の債権者よりも優遇するにあたらぬ。代償的取戻権の適用は、倒産管財人が譲渡した事例に限定されるというわけである。興味深いことに、現在の通説は、むしろ政府草案の解決のほうが正当であったと評価している。⁽³⁵⁾ 第二の問いについては、明確な異論⁽³⁶⁾があつたにもかかわらず、それまでの判例通説にしたがい、処分はあくまで「無権限 (unberechtigt) (一文) のものに限られる」と明文で規定した。

これに対して、第三の問題については、ドイツでもこれまで散発的にしか議論はなされていなかった。いちおう否定説が前提とされていたとみることができる。⁽³⁷⁾ しかしながら、近時、この問題を詳細に分析・検討し、限定肯定説の立場から条文解釈上の細かな詰めにも配慮したクーンの論文が登場している。⁽³⁸⁾

最後の問いに関しては、ドイツでは古くから判例学説上、代償的取戻権規定の別除権に対する類推適用が認められてきた(「代償的別除権 (Ersatzabsonderung) 」。そこで、政府草案は「代償的取戻権のケースとパラレルに」この権利の策定を企図したが、成案にはならなかった。しかし、削除の理由は編集上のものにすぎない。理由書

では、代償的別除権を排除する趣旨ではなく、むしろ旧法と同様にこの権利を承認することが、「実用的な解決の途」であろうと説かれていた。⁽⁴⁰⁾ はたして現在でも、判例通説は代償的別除権の法形象を肯定している。たとえば、債務者が譲渡担保の目的動産を有効に善意の第三者に譲渡した場合や、債権譲渡担保の譲渡人が授権がないのに譲渡した債権を取り立てたところ、債務者が善意であったため弁済が有効になった場合などに適用があるとされている。⁽⁴¹⁾

齋藤の論文、竹下⁽⁴²⁾野村の注釈は、公刊時期の関係上、新倒産法の展開とそれをめぐる議論についてはもちろん参酌できていない。⁽⁴³⁾ しかしながら、両法の関係性にかんがみれば、ドイツ法の動向をフォローすることは、少なくとも問題の発見にとって有用であろう。もちろん、上記のような問題について、すでに日本で十分な検討がなされているのなら、それでよいという見方もありうる。しかし、いずれの問題についてもまだ立ち入った議論はなされていない。それどころか、第二の問題、譲渡の無権限性の要否を除いて、問題それ自体がまだきちんと共有されていないように思われる。⁽⁴⁴⁾

3 本稿の課題、方法および視点

代償的取戻権については、日本ではあまり関心がもたれていない。裁判例が非常に少ない⁽⁴⁵⁾のも、このことを裏書きするものといえよう。しかし、以上のごく簡単な叙述からでも、この権利が理論上も実際上も重要な意義を有していること、しかしながらなお基本的な問題が多数残されていることは明らかであろう。もっとも、本稿では、代償的取戻権の諸問題を網羅的に取り上げることとはできない。本稿の課題は、これまでとくに論じられることの少なかった、代償的取戻権の性格、趣旨および構造の解明に限定される。アンバランスの問題を中心とするその余の問いの解決は、続稿に委ねることにしよう。つまり、本稿は、代償的取戻権の基礎理論に相当する問題

を検討することを目的とするものである。

この課題に取り組むために、本稿は、日本のみならず、ドイツの議論をも参照する。たしかに、一般論としては、ドイツの議論を日本法の解釈論にもちこむことには慎重でなければならない。しかしながら、すでにみたように、日本の規定と解釈は、ドイツ法および法学とつよい結びつきを有しているため、かの地の議論を同じレベルで参照しないと、そもそも問題の構造や主張の意味がうまく読み取れない。当面の問題との関係では、われわれは意識せずとも、ドイツと同じ土俵のうえにたつて議論しているのである。

続稿で明らかにするように、他の問題、とりわけアンバランスの問題については私法体系の基礎とする評価が日本とドイツでは大きく異なるため、ドイツの議論枠組みや個々の解決を日本に直接持ち込むのは適切でないように思われる。これに対して、本稿の課題、すなわち基礎理論の部分に関しては、問いのあり方が基本的に共通している。両国の論証それ自体の説得力を、対等に評価できるし、またそうすべき場合であるように思われる。

本論の考察の際にはおもに、一般実体法およびその原理との関係、代位物を求める「債権的」請求権に「取戻権」が認められることの意味、という角度から検討をくわえる。この作業によって、同じく代位物に対して「優先権」を付与する物上代位との異同も明らかになるであろう。そのためには、代償的取戻権の研究だけではなく、責任財産論、物権債権峻別論および代位論に関する研究の動向にも注意を払うことが必要となる。

三 権利の性質論——代償的「取戻権」なのか

1 議論状況

冒頭の事例では、所有者は自己の物を無権限で譲渡した者に対して、不当利得返還請求権や不法行為による損

害賠償請求権を有する。その後、譲渡人が破産した場合、一般原則によれば、所有者は破産債権者として処遇される（破二条五号）。しかしながら、これでは本来取戻権を行使できたはずの者が害される。他方で、破産手続開始後に、破産管財人が取戻権の目的物を譲渡した場合、明文がなければ、取戻権者は、破産財団による不当利得（破一四八条一項五号）や破産管財人による不法行為（同四号）により生じた請求権を、財団債権として行使することになるはずである。しかし、この種の財団債権であっても取戻権者の保護としては十分ではない。そもそも財団債権は取戻権のように法定財団から隔離された財産を独占的に取り戻すことができるものではないうえ、右掲の財団債権は共益性のつよい破産法一四八条一項一号、二号の費用請求権にも劣後するところ、財団不足の際には残存部分から、他の財団債権者と債権額の割合に応じた平等弁済しか受けることができないからである（破一五二条二項）。そこで、法は代償的な「取戻権」を認めることにした。このように同権利を取戻権として解釈することに、わが国で異論を唱えるものはみあたらない⁽⁴⁶⁾。

ドイツでも旧破産法時代にすでに、KO四六条につきこうした取戻権的解釈が一般になっていた⁽⁴⁵⁾。この解釈は現行倒産法のもとでも引き継がれている⁽⁴⁶⁾。しかしながら、このことは、かつては自明ではなかった。KO四六条が「取戻権（Aussonderung）」の章に配されていたにもかかわらず、代位物を求める権利が、「取戻権」であるかどうか争われていたのである。学説の状況は「雑多」であった⁽⁴⁷⁾が、権利の性質に着目すれば、財団債権説、取戻権説、独自の（*sui generis*）権利説に分けることができよう⁽⁴⁸⁾。

財団債権説にはとくに最初期の段階で支持者がみられた⁽⁴⁹⁾。代表的論者であるゾイフェルト⁽⁵⁰⁾によれば、「KO四六条から生じる請求権はKO五九条三号「財団の不当利得により生じた請求権」の意味での財産債権である。この請求権が取戻請求権の代わりに生じたという事情は、同請求権を他の不当利得請求権と異なって取り扱う根拠にはならない。とくに、この財団債務は他の財団債務に対して優先するものではない」。破産者や破産管財人の譲

渡にかかる未回収の反対給付債権の譲渡を求める権利も、破産管財人が取り立てた給付物の譲渡を求める権利も、いずれも財団債権であるとするのである。

他方で、取戻権説によれば、K O 四六条が定める右の権利は、「取戻権」であると性格規定される。したがって、取戻権を喪失した者は、破産債権者はもちろん、財団債権者との競合にも晒されることなく、独占的に所定の権利または物の譲渡を破産管財人に求めることができる。ヘルヴィッヒから、ホーホムートを経由して、グントラハにいたるまで、K O 四六条につき根本的な考察をおこなった者のうちの多くは、取戻権説に与していた。このことに対応して、イエーガーをはじめとする代表的なコンメンタールでも、取戻権構成が支配的な見解であった。⁽⁵⁴⁾

これに対して、独自の (*sui generis*) 権利説は、名称からわかるとおり一枚岩ではなかった。「独自」の捉え方によって様々に分かれる。⁽⁵⁵⁾ここではシュナイダーとブリュクナーに聞こう。⁽⁵⁶⁾かれらによれば、K O 四六条の権利は取戻権ではないが、しかし取戻権と同じように、財団債権にも優先してこれを行使することができる、特別な代償請求権である。この見解は、取戻権説の評価を正当とみつつも、取戻権としての性質決定を拒絶する点に特徴がある。

以上の見解は、いずれもK O 四六条に基づく権利の性質を一元的に捉えている。これに対して、権利の性質を一文と二文で区別して解釈する二元説も、とくに初期の段階で有力な学者から主張された。⁽⁵⁷⁾かれらは、未回収の反対給付債権（一文類型）については取戻権説に与する一方で、回収された給付物（二文類型）を求める請求権は財団債権であるとする。ここで注意すべきは、財団債権とされるのは二文が適用される場合に限られることである。言い換えれば、破産手続開始前に、反対給付債権が回収されたときには、取戻権者は破産債権者として処遇されるにすぎない。

日本でも、破産法草案から旧破産法が制定されるまでの間に、松岡義正がドイツの学説を検討しながら、財団債権説を主張していたのが注目に値する⁽⁵⁸⁾。他方で、同じ時期に、加藤正治は、取戻権者は「財団債権者」として給付を請求できるとしつつ、その「意味」は財団不足のときでも他の財団債権者に分配する必要はなく、「其反対給付ヲ独リ完全ニ請求シ得」る点にあると主張していた⁽⁵⁹⁾。名目を捨象すれば、「独自の権利説」にたつものと評することができよう。

もっとも、旧破産法の施行後には、取戻権説が当然の前提とされるようになった⁽⁶⁰⁾。そもそも論点として認識されていなかったようである。齋藤が戦中にこの問題と取り組み、おおむねホーホムートによりつつ取戻権説を支持した際に、検討の対象としたのはすべてドイツの学説であった⁽⁶¹⁾。もっとも、ドイツでも日本でも、今日ではこうした議論があったこと自体、忘れ去られている。それは、この問題が立法史と深くかかわっていたからである。問題の所在を明確にするために、立法史を概観・整理しておこう。

2 権利の性質に関する立法史

プロイセン破産法は、代償的取戻権に相当する規定について、複数の規定を設けていた。しかし、その構造はいたってシンプルである。同法は、破産前の譲渡であるか破産後の譲渡であるかを問わず、未回収の反対給付債権については、*„Vindikationsansprüche“*、すなわち取戻権を認める（二三条〔破産前の譲渡〕、二八条〔破産後の譲渡〕）が、破産後にこれが回収されたときには給付物を求める請求権は財団債権であると規定していた（四四条⁽⁶²⁾）。これに對して、破産手続の開始前に債務者が反対給付債権を回収していたときに、給付物を求める請求権を財団債権とする規定はない。したがって、取戻権構成はKO四六条、日本旧破産法九一条、現行破産法六四条の一文ないし一項類型、財団債権構成はそれらの二文ないし二項類型にびつたりと対応する。異なるのは、各類型別に

権利の性質が異なるとしていた点である。日本の破産法草案(明治三五年(一九〇二年))の七七条もプロイセン法に類するものであった。ただし、同条によれば、債務者が破産手続の開始前に反対給付債権を回収していたときにも、取戻権者は財団債権者として取り扱われる⁽⁶³⁾。

以上に対して、プロイセン破産法の諸規定を参考にしつつ作られた一八七七年破産法三八条、そして同条をそのまま受け継いだKO四六条は、同法とは異なる道を歩んだ。すなわち、両規定は「取戻権 (Aussonderung)」の章に配され、一文と二文の配列こそ、反対給付債権とその給付物の区別にしたがうものの、両者の権利の性格は等質である。請求の範囲については、破産前の譲渡と破産後の譲渡を区別し、前者の場合には債務者が手続開始前に反対給付債権を回収していたケースについては規律をおかず、このケースでは取戻権者は破産債権者として処遇されるところとしていた。⁽⁶⁴⁾日本の旧破産法九一条、現行破産法六四条のテキストが、これらと同一内容であることはすでに指摘したとおりである。⁽⁶⁵⁾

他方で、InsO四八条は、倒産管財人が譲渡した場合と同様に、取戻権者は、倒産手続開始前に債務者が回収した給付物についてもそれが識別可能である限り、その引渡しを求めることができるとしている。つまり、同条は、反対給付債権の回収の有無で権利の性質を区別しないだけでなく、代位物の範囲につき倒産前の譲渡と倒産後の譲渡の区別を消滅させている。この意味で、完全な一元化が実現されているとみることができよう。

3 財団債権説と二元説に対する批判

以上の歴史的経緯を踏まえると、ドイツで主張された、一見すると奇妙な二元説にもそれなりの理由があることがわかる。未回収の反対給付債権と回収された給付物で取扱いを区別し、前者を求める権利は取戻権であるが、後者は財団債権であるという解釈は、プロイセン破産法の伝統にしたがうものだからである。しかしながら、そ

れがK O四六条の解釈として正当であったかどうかは別問題である。批判者はこの点につき、一八七七年破産法に関する第二章案理由書の記述を引き合いに出している。⁽⁶⁶⁾それによれば、プロイセン破産法の区別は相当でなく、「すべての事例は同一の性格を有する」。⁽⁶⁷⁾したがって、一文と二文は統一的な性格を有するものと解される。

では、財団債権説についてはどうか。この解釈は、一見すると理由書の内容に沿ったもののようにも思われる。たとえば、手続開始後に取戻権の目的物が譲渡された場合には、「一般法原則に基づき生じた償還義務は財団債権である。財団が法上の原因なく利得したからである」とし、手続開始前の譲渡の際にも、債務者が破産前に反対給付を回収していたときを除いて、「同一の権利」を与えたという記述がある。⁽⁶⁸⁾しかしながら、他方で、理由書には取戻権説に有利なテキストもみられる。「衡平はここでも『破産後の譲渡だけでなく破産前の譲渡でも』売得金に対する債権が取戻権者に帰するものとみなすことを求めている」、「『いずれの場合も』取戻請求権の代償として、この章『取戻権』の章」に属する」。⁽⁶⁹⁾要するに、理由書の記述は二元説には不利な資料となるものの、一元説の内部、すなわち財団債権説か、取戻権説か、という点については叙述に明確を欠いている。⁽⁷⁰⁾

それはともかく、理由書の記述を離れても、二元説を解釈論として維持するのは困難であろう。未回収の反対給付債権とその給付物の処遇は、一つの法条に規定され、明文上その性質に差異は設けられていないからである。⁽⁷¹⁾また、全部にせよ一部にせよ、取戻権者の請求権を財団債権とみる立場は、規定を「取戻権」の章に配している法典の構成とうまく整合しない。⁽⁷²⁾さらに、取戻権としての性質は、請求権の目的がたんなる損害賠償・価格賠償ではなく、未回収の反対給付債権や識別可能な給付物に限定されていることに示されているともいえる。⁽⁷³⁾そのうえ、一元的財団債権説に対しては、債務者が破産前に目的物を譲渡した場合には、取戻権者が有する請求権を財団債権とみることはできない、という問題がある。⁽⁷⁴⁾すなわち、法律は財団債権として取り扱われるべき債権を限定列挙しているものと解されるから、当面の規定が、財団債権であることを明示せずに独立の財団債権を創設し

たとめるのは困難である。そうすると、同説の解釈を支えるには、財団債権の関連規定を手掛かりとするほかない。問題となりそうなのは、破産管財人の行為により生じた請求権や破産財団による不当利得に基づき生じた請求権の規定である。しかし、これらの規定はいずれも、破産手続開始後に生じた請求権を捕捉するものであり、手続開始前に請求権が発生した場合を対象とするものではない。すでにみたように、ゾイフェルトはこの場合に生じた不当利得返還請求権をも財団債権とみているが、これは先述の理由書の記述に引きずられたものであり、支持できない。⁽⁷⁵⁾

財団債権説と二元説に対するもつとも重要な批判であり、それと同時に取戻権説の基本的な根拠となるのは次の点であろう。⁽⁷⁶⁾ 理由書の文言には揺れがあるが、同条の目的が、原目的物の所有者の保護を完全なものとする点にあるのは明らかである。そうだとすると、財団債権による保護を与えただけでは十分でない。財団不足の際には、代位物が他の財団債権者の擱取に晒されてしまうからである。立法目的を実現するには、侵奪された権利と同一の強度をもった権利、すなわち取戻権を所有者に付与するのが最良と考えられる。

以上の議論をみると、日本において、旧破産法の施行後にこのような争いが生じなかった理由がよくわかる。すでにみたように、改正破産法理由は旧破産法九一条につき明確に、「所謂代償的取戻権」を規定したと説明し、⁽⁷⁷⁾ 政府委員池田寅二郎は「詰り物若シクハ其物ヨリ代ッテ出テ参リマシタ権利ナリ、物ナリヲ引取ルト云ウ事ヲ以テ、取戻ノ目的ヲナルベク達セシメヤウト云フ趣意」であると説明しているからである。⁽⁷⁸⁾ 同規定が実質改正なく現行破産法六四条に受け継がれていることは、すでに述べたとおりである。そうすると、日本法の解釈論において、取戻権説が前提とされてきたのは当然のこととみられる。破産法案案期には異論を唱えていた加藤正治が、旧破産法施行後には取戻権説にしたがって解説しているのも、このことの証左といえよう。⁽⁷⁹⁾ また、ドイツの現行倒産法の理由書も、InsO 四八条につき、KO 四六条と同じように代償的「取戻権」を定めたものであると明言

し、すでに言及したように、倒産前に債務者が反対給付を回収していた場合に同権利を拡張する文脈で、「代位思想」を引き合いに出している。旧破産法下で取戻権説がすでに定説にちかい状態であったことを捨象したとしても、今日の学説が取戻権説に異論をさしはさんでいないのは、解釈論としては当然のことであろう。

4 独自の権利説の問題意識

そうだとすると、残された学説、独自の権利説を検討する必要はもはやないようにも思われる。たしかに、この学説自体は、「正当ニアラス蓋シスカル見解ハ法律上何等ノ根拠ナキヲ以テナリ」⁽⁸⁰⁾として一蹴されるべきであろう。しかし、その問題意識は、現代においても一考に値する。取戻権者の請求権は財団債権者よりも優先されるべきであるが、これを「取戻権」と性格規定することはできない、と結論するにいたったのはなぜか。その際に懸念されていたのは、次の二つの問題である。

ひとつは、「取戻権」の構造と関連する。冒頭の事例を用いて説明しよう。このケースでは、原目的物の所有者は譲渡人に対して、反対給付債権の移転を求める債権的請求権しか有していない。一般の取戻権は、典型的には、所有者が、法定財団に属さない所有物を返還請求する場合に問題となる。たしかに、債権的請求権も一般の取戻権の基礎になることがある。たとえば、建物の転貸借の際に転借人が破産した場合には、転貸人も、転貸借終了にかかる「債権的」返還請求権に基づき、建物を取り戻すことができる。しかし、これは、建物が転借人に属していないからである。「『人的権利に基づく』取戻請求権の根拠は、取り戻さるべき目的物が取戻権者に属している点ではなく、財団に属さない目的物を、倒産債権者の擱取から防御する権利がこの者に与えられていることにある」⁽⁸¹⁾。これに対して、破産者に属する財産の交付を求める債権的請求権は、破産債権として処遇される。たとえば、破産の前に破産者から物を購入した者は、目的物の引渡請求権を破産債権として行使するほかない。

このことを表現するのに、「債権的請求権」にも、Herausgabenspruch（取戻請求権）と Verschaffungsanspruch（交付請求権）の二種⁽⁸²⁾があり、前者には取戻権が認められるが、後者は破産債権として取り扱われると説くのが一般である。

これを当面の事例についてみると、取戻権者の請求権の対象である反対給付債権は、あくまで破産者に属している。そうだとすると、取戻権者は、たしかに当該債権の譲渡を求める債権的請求権を有しているが、しかし右の一般原則によれば、同権利は交付請求権であり、これを取戻権の基礎とみることはできない。そもそも「債権譲渡」を求める「取戻権」なるものが語義矛盾である。「取戻請求権は、けっして債権譲渡を実現させるものではない」⁽⁸³⁾。というのは、取戻しが問題となるのは、債権が破産者に属しておらず、したがって取戻権者への債権譲渡⁽⁸³⁾が観念しえない場合だからである。

もうひとつは、識別可能性の要件とかわる⁽⁸⁴⁾。取戻権者をもつ代位物に対する請求権を取戻権と法性決定するなら、取戻権の原則が適用され、対象の識別可能性が求められることになる。しかし、これでは救済の範囲が狭くなってしまう。反対給付債権は通常金銭債権であるところ、破産管財人がこれを回収した場合には、取戻権者は、識別可能性の喪失によっていたては所定の請求をできなくなってしまうのではないか。しかし、これではなんのために破産後に回収された反対給付につき、取戻権者の権利を認めたのがわからなくなる。

以上のうち、まず後者の問題から検討しよう。取戻権としての法性決定は識別可能性の要件と結びつき不当である、という批判は妥当でない⁽⁸⁵⁾。KO 六四条のもとでもすでに、「識別可能性」は記述されない構成要件として判例通説によって要求されていた。これを受けて、InsO 四八条はこの要件を明文化している。そうだとすると、識別可能性の要件が、少なくとも規定の適用領域を、過渡に制約しているという認識は共有されていないことになろう。もちろん、この要件を杓子定規に適用すると、取戻権者の救済の範囲は狭められることになる。この問

題を克服するために、——対象が特定性を失った場合にも優先権を認めるところまでいくかどうかはともかく——識別可能性の緩和が検討されるべきであろう。⁽⁸⁷⁾この方向で検討していくほうが、一足飛びに明文にない独自の権利を作り出し、識別可能性の排除から出発するよりは適切であるように思われる。

では、前者についてはどうか。この批判に対しては、取戻権は「破産者に属さない」財産にしか問題とならない、という前提自体が誤っていると反論する。⁽⁸⁸⁾すなわち、この前提が通用するのは通常のケースの取戻権にとどまる。しかし、日独の相違を含めてあとで検討するように、利益状況が類似している、問屋が破産した場合の委託者の保護（HGB三九二条二項）のほか、運送中の物品に対する売主の取戻権（KO四四条〔現行倒産法では削除〕、信託との関連では、「破産者に属する」財産についても取戻権が認められている。そうだとすれば、破産財団に所属する財産を求める請求権であるというだけで、取戻権の性格が否定されると断じることとはできない。

5 「取戻権」構成の意義と構造

さて、このようにして「取戻権」説が支持されるべきであるとしても、さきほど指摘したように、代償的取戻権は、「一般の」取戻権とは、伝統的な考え方に立つ限り——その意味は後述——、まったくといっていいほど構造を異にしている。すなわち、一般の取戻権は、一般実体法上破産者に「属しない」財産を求める物的または人的な請求権と関連づけられている。これに対して、代償的取戻権が基礎とするのは、破産者に所属する財産の交付を求める債権的請求権である。同権利は、『債権』に基づく返還請求権にも、一定の要件のもとに、『所有権』に基づく返還請求権に準じた法的保護⁽⁸⁹⁾を与えたものであり、その特殊性は「単純な交付請求権を取戻権に強化する」点にある。⁽⁹⁰⁾既述の批判にあったように、未回収の反対給付債権につき、取戻権者は、代償的「取戻権」の行使として、破産管財人にその「譲渡」——破産者の財産に属することを前提とする——を求めることが

できるとされているのは、この特徴的な構造を踏まえなければ理解できない。以上の意味で、代償的取戻権は一般に、「ルールに反する」⁽⁹¹⁾取戻権と呼ばれている。

しかしながら、ドイツでは、代償的取戻権は「取戻権の代償 (Aussonderungersatz)」ではなく、「真正な (代償的) 取戻権 (wahre (Ersatz-)Aussonderung)」であることが強調されている。⁽⁹²⁾これに対して、独自の権利説には、取戻権ではない、ということを経調する趣旨で、前者の呼称のほうが適切であるというものがある。⁽⁹³⁾これに対して、日本では、この種の議論はあまりなされていない。もっとも、ドイツの議論に影響を受けて、取戻権説にたちつつも「取戻権の代償」の名称を与えることに共感を示すものがある一方、取戻権説の立場から「取戻権ノ賠償」ではなく「賠償取戻権」であることをとくに強調するものがある。⁽⁹⁴⁾問題は、「真正な」取戻権という言葉に込められた意味である。ドイツでもこの点は錯綜しているが、文脈を踏まえれば次のように整理することができよう。

一つは、代償的取戻権の目的である反対給付債権およびその給付物は、財団不足の際にも、財団債権者の擱取に服することなく、取戻権者が独占的に手に入れることができる、ということを示す場合である。⁽⁹⁶⁾これは効果に着目したものといえよう。もう一つは、要件と関連する。すなわち、代償的取戻権は「真正な取戻権」である以上、目的物が個別に特定されており、識別可能でなければ、その行使は許されないというのである。⁽⁹⁷⁾

これに対して、「真正な」取戻権というのなら、一般の取戻権がすでに認められるはずであり、「特別の」取戻権としての代償的取戻権は不要になるのではないか、との疑念を提起するものがある。⁽⁹⁸⁾しかし、あとで詳しく述べるように、代償的取戻権の場合には「物上代位」とは異なり、一般の取戻権は問題とならない。同権利はまさに「特別の」取戻権として作用する。そうすると、構造という視点からは、取戻権説であっても、「真正な」取戻権性を強調するのは誤解を招きやすいということになるろう。

他方で、取戻権説からも、規定の趣旨を説明する場合に、取戻権の代償という言葉が使われることがある。
 「蓋し其の反対給付は取戻権の代償をなすからである」⁽⁹⁹⁾、といった場合がそうである。

四 代償的取戻権と一般実体法上の請求権

1 議論状況

日本では現在、代償的取戻権の法的性質につき議論がみられる。この問題がひろく知られるようになったのは、鈴木重勝⁽¹⁰⁰⁾の分析によるところが大きい。鈴木によれば、代償的取戻権の法的性質について、これを「法が特別に認めた権利」であるとみる見解と、「既存の権利を強化しているにすぎない」とみる見解が対立している。しかし、「どちらかといえば、前説が支持されると思う」というのは、同権利がなければ、反対給付債権やその給付物を直接取戻権者に移転させなければならない根拠はないからである。こうして鈴木によれば、同権利は「既存の実体権に基づく一般的な取戻権とは異なる」とされる。そこで引用されている羽田忠義は、より明確に、代償的取戻権は「取戻権者に反対給付請求権の移転、または反対給付として破産管財人が受けた財産の給付を請求することを可能にする破産法上とくに創設された権利」「給付請求権⁽¹⁰¹⁾」であるという。

これに対して、鈴木が反対説として挙げている竹下⁽¹⁰²⁾・野村によれば、「本条は新たな権利を創造したのではなく、取戻権者を保護するために既存の権利を強化しているにすぎない⁽¹⁰³⁾」。直接には引用されていないが、全体の引用文献からは、これがドイツの通説にしたがった記述であることは明らかである。イエーガー／レントによると、「KO四六条は、請求権の創造を意図するものではなく、もっぱら請求権を強化しようとするものである⁽¹⁰³⁾」。しかしながら、野村が単独執筆した新倒産法の注釈では、いずれかといえばこの学説が正しい、というように表

現があらためられている⁽¹⁰⁵⁾。新たな権利を創造した「というよりは」、既存の権利を強化したにすぎない、とされているのである。

竹下Ⅱ野村は改版の際に、反対説として鈴木説を引く一方で、自説にしたがうものとして、西澤宗英の見解を挙げている。西澤によると、この取戻権は「特別の取戻権を認めたものではなく、既存の権利を強化したものにすぎない⁽¹⁰⁶⁾」。これに対して、近時この問題につき論究した原強は、鈴木説に与し、「既存の取戻権からただちに導かれるものではなく、法原理的には法によって特別に認められた取戻権⁽¹⁰⁶⁾」であると述べている。

この論争については、「いずれの見解によっても実践的な違いはない」と評されることもある⁽¹⁰⁷⁾。実際、この問題を論点化した鈴木自身、「いずれであるかを決める実益はあまりない⁽¹⁰⁸⁾」としていた。その理由は、竹下Ⅱ野村説にいう「権利強化」自体も、法によつてはじめて認められることになるからであるという。齋藤がはっきりと代償的取戻権は「反対給付移転請求権……を取戻権として強化し且之を保護したもの⁽¹⁰⁹⁾」と書いているにもかかわらず、齋藤説が一般に鈴木説と同一内容のものと位置づけられているのも、両説の境界がいまいであると認識されていることを示しているように思われる。

けれども、この認識は正しいのであろうか。以上の議論においては、竹下Ⅱ野村が当初ドイツから引き継いだ問題関心が、違ったかたちでゆがめられ、その結果、二つのレベルの問題が区別されずに議論されているようにうつる。このことが、議論の実益を疑わしめ、また、どちらでもかまわないという態度を生み出しているように思われる。

2 問いの二つのレベル

まず、代償的取戻権が、法が特別に創設した権利であることについてはおおむね異論はないはずである。すで

に述べたとおり、代償的取戻権は取戻権者に、一般実体法上は破産者に「属する」とみられる財産につき、その「取戻し」を求める権利を認めるものだからである。一般の取戻権の原則からみれば、「法が特別に認めた権利」といふべきであるし、取戻権者の立場からいえば、原目的物上の取戻権を「強化」したものと捉えられることになる。そうすると、両説の争いは見方の違いに還元され、その優劣を論じる実益は、たしかなさそうである。

しかしながら、問題は、「創造」や「強化」の意味にある。次のように問いを立ててみよう。代償的取戻権の要件として、反対給付債権の移転や反対給付として履行された財産の給付を求める、民法・商法などの一般実体法上の請求権の存在が求められるか。この問いを肯定するなら、代償的取戻権の規定はそうした「既存の請求権」に取戻権限を付与することで、これを「強化」したものと捉えられることになる。これに対して、代償的取戻権の規定それ自体が、まさにそうした代位物の移転を求める「請求権」を「創造」し、それとともにこれに取戻権限を付与している、という見方もまたなりたちうる。後者の立場によれば、代償的取戻権の規定に対応する、反対給付債権やその給付物の移転を求める一般実体法上の請求権があるかどうかを探索・確定する必要はなくなる。他方で、前者の立場によれば、一般実体法上の請求権の存在が前提とされる。問いをこのように定式化するならば、強化説と創造説は相いれない。どちらでもよいとしてすまずことは許されない。推測されるように、ドイツで議論されてきたのは、まさにこのレベルの問題であった。

3 請求権強化説の根拠づけ

この問いについて、ドイツでは旧破産法時代から現行倒産法⁽¹¹⁾にいたるまで、代償的取戻権の規定は、既存の請求権を強化したもの（“Anspruchsverstärker”）であるとみる立場が支配的である。既存の請求権とは、“bürgerlich-rechtliche Ansprüche”を中心とする“materiellrechtliche Ansprüche”一般実体法上の請求権のことであ

る。

しかしながら、かつては異論を提起するものがあった。⁽¹³⁾ ヘルヴィツヒ⁽¹⁴⁾によれば、もし代償的取戻権が既存の請求権を強化したものであるのなら、立法者は、他人物の譲渡が民法上、反対給付に対する請求権を根拠づける範囲で、その返還を請求できると規定しなければならなかったはずである。しかし、実際にはそうではない。代償的取戻権の規定は、既存の請求権が破産法上どう処遇されるかだけではなく、請求権それ自体がいつ、どの範囲で生じるのかについても定めている。この限りで、代償的取戻権は、一般の取戻権とは異なるという。このヘルヴィツヒの論文は、一九〇〇年以前に書かれたものであり、その限りでは重要な意味を有していたとみることができる。というのは、当時においては物が無権限で処分された場合における所有者の保護のあり方が、各法領域においてばらばらであっただけでなく、普通法においても学説の対立がみられたからである。⁽¹⁵⁾ そうだとすると、代償的取戻権の規定が、全法領域に通用する統一的な規律として、無権限譲渡人が破産した場合において所有者のために、民法上の請求権の存否や範囲を問わず、反対給付債権の譲渡とその給付物の移転を他の債権者に優先して求める独立の請求権を創造したと解することにも、一定の合理性が認められよう。しかし、このことはドイツ民法典の施行後には妥当しない。⁽¹⁶⁾ BGB 八一六条一項が、他人物の無権限処分につき、所有者に明文で統一的な保護を与えたからである。

BGB 八一六条一項 無権利者が目的物の処分をおこなない、その処分が権利者に対して有効である場合には、無権利者は、処分によって取得したものを権利者に返還する義務を負う。処分が無償でなされたときには、処分によって法上の利益を直接受けている者が、同一の義務を負う。

請求権強化説の根拠としてはまず、一八七七年破産法に関する第二章案理由書の二つのフレーズが挙げられている。⁽¹¹⁷⁾ひとつはすでにみたものであり、破産管財人が取戻権の目的物を譲渡した場合につき、「破産財団に属していなかった物がもはや返還できない場合には、請求権は他の方法で破産財団から満足を受けることができる。一般法原則に基づき生じた償還義務は財団債権である。財団が法上の原因なく利得したからである」としている。⁽¹¹⁸⁾このテキストは財団債権説に有利な資料であるが、当面の問題との関連では、ここで「請求権」「一般法原則に基づき生じた償還義務」が前提とされている点が重要である。もうひとつは、破産者が手続開始前に反対給付を回収していた場合の規律である。「この場合には、反対給付に対する償還債権で満足しなければならぬ。この債権は破産債権にとどまる」。⁽¹¹⁹⁾取戻権が拒絶されたときには破産債権としての償還債権を行使するほかない、というのであるから、ここでも一般実体法上の請求権の存在から出発しているとみることができる。現行倒産法の理由書の記述は明確を欠くが、InsO 四八条はKO 四六条を引き継いだものであるとしている。⁽¹²⁰⁾これに対して、日本の改正破産法理由は、一般実体法との関係についてはとくに触れていない。⁽¹²¹⁾

もっとも、請求権創造説が支持されていないのは、それが理由書の記述と整合しないからだけではない。その決定的な根拠とみられるのは、「二重の特権論」⁽¹²²⁾とでも呼ぶべき次の議論である。すなわち、一般実体法が私人に請求権を付与していないのは、問題となる利益を保護に値しないと評価しているからである。にもかかわらず、債務者が倒産した場合に、倒産法がこれを請求権に格上げし、あまつさえ同請求権に取戻権限を付与して一般実体法上の請求権を有する他の債権者よりも優先させるならば、当該私人だけを特権的に取り扱うことになる。しかし、これでは公平に反する。したがって、「強化」の意味は次のように解されなければならない。「倒産法は、債権者が倒産の外では有しない請求権を創造するものではない。存在しない請求権は、InsO 四八条によって『強化』できないのである」。⁽¹²³⁾

日本ではかつて、このドイツの争いを正確に理解しつつも、B G B 八一六条のような規定がないことを根拠に、代償的取戻権は「破産法上直接ニ法律ノ規定ニ依リ之ヲ創設シタル特殊ノ取戻権ナリト解スルヲ正当トス」との見解があった⁽¹²⁾。しかし、B G B 八一六条のケースに関する直接の明文はなくとも、他人物の無権限処分の場合に民法七〇三条・七〇四条によって不当利得返還請求権が成立しうることにつき争いはない。逆に、そうした請求権が存しない場合に、破産法が独自に取戻請求権を生じさせるのならば、右にみた批判に晒されてしまうように思われる。

4 請求権強化説が提起する問題

このように、代償的取戻権の性格を既存の請求権の強化とみると、代償的取戻権に対応する一般実体法上の請求権を探索・確定することが重要な作業になる。

第一に問題となるのは、請求権の発生原因である。他人物の無権限処分から生じる不当利得返還請求権（B G B 八一六条一項の場合）が、代償的取戻権の基礎となることについては争いが無い。このことは、同条二項のケース、すなわち無権限者が他人の債権を取り立てた場合にもあてはまる。しかし、それ以外にどのような発生原因が考えられるのかについては、なお立ち入って検討する必要がある⁽¹³⁾。とりわけ、ドイツの現行倒産法の明文と異なり、有権限譲渡の際にも代償的取戻権を認める立場にとつては、この問いは重要になる。場合によってはそもそも代位物の移転を求める債権的請求権が存在しないことも、ありうるからである。第二に、請求権の範囲にも注意しなければならない。すでに述べたように日本では、返還義務の対象について不当利得法学ではげしく争われているにもかかわらず、代償的取戻権に関する学説ではこの議論をとくに参酌することなく、条文の文言どおり「反対給付」が目的物であることが前提とされている。しかし、請求権強化説から出発するのなら、民

法上の返還義務の対象の議論にも目を配らなければならないことになる。第三に、処分の有効性と請求権の関係が問題となる。他人の物の処分が所有者に対して効力を有さず、所有者が第三者に所有物を返還請求できる場合に、所有者は無権限処分者に対して不当利得返還請求なしうるか。追認の可否とその方法が問題となる。この問題は、代償的取戻権論の側からも議論されている⁽¹²⁵⁾。しかし、請求権強化説によるならば、それ以前に、不当利得法学における検討を参照しなければならぬであろう。一般実体法上、そもそも無権限処分者に対する請求権が発生しないのならば、代償的取戻権によって強化すべき対象が存しないことになるからである。

他方において、一般実体法上の請求権が認められさえすれば、それだけで当然に取戻権限が与えられるわけではもちろんない。代償的取戻権規定は、倒産法上の評価に照らして、取戻権限を付与すべき範囲を、「より狭く」限定している⁽¹²⁶⁾。たとえば、不当利得返還請求権は、目的物の識別が不可能になったときでも、価値賠償を求める請求権として存続しうるが、倒産法の見地からは、この場合には代償的取戻権を認めることはできないとみられている⁽¹²⁷⁾。

五 代償的取戻権に基づく優先権

1 代位物に対する優先権の付与

代償的取戻権は、取戻権者に代位物に対する「優先権」を認めるものである。そうすると、同じく代位物に優先権を付与する物上代位との関係が問題となりうる。日本の倒産法学においては、代償的取戻権の発想の源として「物上代位」を挙げるものがみられるが、一般論として、物上代位と代償的取戻権の性質や構造の違いに言及されるのはまれである⁽¹²⁸⁾。他方、ドイツの倒産法学では、代償的取戻権の解説の際に、物上代位との関係に触れる

のが通常である。かの地でも、代償的取戻権につき「物上代位 (dingliche Surrogation) の方法で」というものがある。⁽¹³²⁾しかし、この見解はまったく支持をえていない。⁽¹³³⁾代償的取戻権は、むしろ物上代位が適用されない局面で生じると理解されている。⁽¹³⁴⁾

この問題を検討する際には、代位論およびその視点に基づく代償的取戻権研究がまだ十分に進んでいない、という事情を考慮する必要がある。ドイツでは一般に、物上代位の研究の際には、その対概念として「債務法的 (または債権債務関係的) 代位 (schuldrechtliche (oder obligatorische) Surrogation)」が想定されてきた。⁽¹³⁵⁾代償的取戻権にはほとんど注意が払われてこなかったといつてよい。また、物上代位に関する諸規定が多種多様であるために、物上代位の概念それ自体について、すべてに適用する統一的な内容はみいだされていない。むしろ、異質なものを混同しないように、諸規定を構造と原理の観点から整理していく作業のほうが重要であると考えられる。⁽¹³⁶⁾日本でも、物上代位論の文脈で、代償的取戻権との関係につき立ち入って分析するものはみられない。くわえて、担保物権の物上代位に関心が集中していたため、私法全体、たとえば財産分離や信託財産の物上代位などを視野に入れた総合的な検討はかならずしも十分になされていない。⁽¹³⁷⁾いうまでもなく、ドイツと日本の概念構成は、とくに制定法の状況の相違に応じて異なったものでありうる。

そうすると、あるべき物上代位の包括的な概念規定から出発するのではなく、本問題を明らかにするのに必要な要素を抜き出して、これを起点に分析をおこなうのが相当であろう。それは、物上代位は一般に、原目的物上の帰属割当を、代位物上にそのまま維持する、という捉え方である。先取特権や抵当権はその目的物の代位物について「行使することができる」との民法三〇四条、三七二条の規定もこれに対応する。代位物は直接先取特権、抵当権の負担に帰せられるからである。では、当面の問題につき、物上代位が適用されるとどうなるだろうか。

冒頭の事例では、他人物の無権限譲渡のケースが問題となっていた。この場合、一般的な見方によれば、譲渡により生じた反対給付債権は譲渡人に帰属する。所有者は当該債権を——対象ないし範囲の問題はここではおく——不当利得として譲渡人に対して返還請求できるにすぎない。債権の担い手はあくまで譲渡人である。これに對して、もしここで物上代位が認められるならば、反対給付債権は譲渡人ではなく、所有者に直接帰属することになるであろう。というのは、原目的物は所有者に全面的に割り当てられていたからである。この帰属割当状態が、物上代位によって、代位物である反対給付債権上に引き継がれる。その結果、所有者が当該債権の担い手になるというわけである。⁽¹³⁸⁾

もっとも、この見方に対しては次のような疑問がわくかもしれない。所有者が債権者になるとみるのはおかしい。民法三〇四条、三七二条によれば、先取特権者、抵当権者は、債務者に属する債権上に自己の担保権を行使できるにとどまるはずだからである。けれども、この疑問は、代位の基本となる権利が担保物権、すなわち「他物権」であることを前提としている。たしかに、この場合には、担保物権者が債権の担い手になるというのは不当である。もしそうなるとしたら、代位権者が原目的物上に有していたよりも過大な権利を取得することになってしまうであろう。しかしながら、このことは、全面的な支配権である所有権にはあてはまらない。むしろ、民法三〇四条、三七二条からも読み取れる、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、という理解を首尾一貫させるならば、所有権に基づく物上代位は、代位目的債権の帰属を、原目的物におけるのと同じように、全面的に所有者に割り当てるものとみるのが相当であろう。そうではなく、所有者が債権上に他物権型の優先権しか有しないと解するのであれば、そうした過小な保護を正当化する特別な理由が必要になるものと思われる。つまり、所有者が債権者になる、という解釈は、原目的物上の権利と同一の性格の権利——過大でも過小でもない——を代位物上に維持させるものとして、民法三〇四条、三七二条の物上代位と同一の基礎か

ら導かれるものである。^(138a)

さて、そうであるとなると、物上代位が適用される場合において譲渡人が破産したときには、所有者は反対給付債権につき、「ルールに合した」取戻権、つまり一般の取戻権を有する。当該債権は破産者に属していないからである。所有者は反対給付債権を譲受人に対して直接、債権譲渡を受けることなく、破産手続とは無関係に請求することができる。他の債権者との競合は、帰属割当の変更によって回避される。これに対して、一般的な見方になつ場合にはこのことは妥当しない。反対給付債権の担い手は譲渡人であるから、譲渡人が破産したときには、一般原則によれば、当該債権は譲渡人の法定財団に組み込まれてしまはずだからである。このルールを破つて所有者に特別な取戻権を付与したのが、代償的取戻権の規定であるということになる。

以上を要するに、「物上代位のケースでは、代償的取戻権ではなく、InsO 四七条による取戻権「一般の取戻権」が生じる⁽¹³⁹⁾」。反対からいえば、「物上代位の一般原理を知らないから」⁽¹⁴⁰⁾代償的取戻権が求められるのである。

2 優先権付与の構造 I——物権的帰属と責任的帰属

こうしてみると、代位物に対して「優先権」を付与する手法には、大きく二つのものがあることがわかる。その構造を分析するには、まず第一に、「帰属」の概念につき、「物権的帰属 (dingliche Zuordnung)」と「責任的帰属 (Haftungszuordnung)」の区分⁽¹⁴¹⁾を導入するのが適切であるように思われる。すなわち、債務者に「物権的」に帰属する財産、債務者の所有権や債務者が担い手である債権は、原則として「責任的」にも債務者に帰属し、債務者の責任財産に組み込まれる。言い換えれば、債権者が債務者に対してある財産の交付を求める権利を有していたとしても、当該財産が債務者に物権的に帰属している限り、その財産は債務者の責任財産に帰属する。このように、物権的帰属と責任的帰属が原則として一致する、という考え方は、物権債権峻別論の一つのコロラ

り、すなわち「民法典における債務法と物権法の二元主義」が「責任財産の規定」に反映し、「二元的な責任構造」を形成するにいたったもの⁽¹²⁾とみることができ。

この概念を用いて、物上代位と代償的取戻権の相違をあらためて説明すると、次のようになるであろう。すなわち、物上代位は「物権的」帰属それ自体を變動させるものである。譲渡人が取得した反対給付債権は、原目的物の所有者に物権的に帰属する。したがって、譲渡人が破産したとしても、当該債権が破産財団に組み込まれることはない。ここでは「一般の」取戻権のルールが適用される。

これに対して、代償的取戻権が適用される場合には状況が異なる。反対給付債権の物権的帰属はあくまで譲渡人である。そうすると、譲渡人の破産の際には、当該債権は法定財団所属の財産となるはずである。代償的取戻権はこの場合に、「物権的」帰属に触れることなく「責任的」帰属のみを矯正し、当該債権を法定財団から隔離すること、単純な債権的請求権者に格下げされた原目的物の所有者に、取戻権を付与したものとみることができる。こうして、取戻権者により債権的請求権が行使されれば、破産管財人は債権譲渡によって、当該債権の「物権的」帰属を移転することになる。

物権的帰属と責任的帰属の一致という視点からみれば、物上代位はこれを修正するものではない。物上代位は物権的帰属そのものを變動させるからである。これに対して、代償的取戻権は責任法的観点から両者の結びつきを矯正するものである。このことを適切に表現するには、「責任法的代位 (haftungsrechtliche Surrogation)」⁽¹³⁾という概念を導入するのが適切であろう。この概念はヘンケルの着想に由来するものである。オリジナルの説明を聞こう。「反対給付に対する請求権と識別可能なかたちで現存する反対給付は、財団の担い手としての破産者に帰属するにもかかわらず、破産者の責任財産には組み込まれない。こうみれば、代償的取戻権は矛盾なく説明することができる。したがって、財団のうちにある反対給付にかかる債権の帰属や所有権は、破産者の責任財産に属

さない。この責任法的状況 (haftungsrechtliche Lage) を貫徹するために、権利者は、「一般の取戻権であれば譲渡や移転の請求は不要であるはずなのに」……債権の譲渡や財団中に識別可能なたちで現存する反対給付の所有権の移転を請求することを必要とするのである⁽¹⁴⁾」。

そうすると、代位物に対して「優先権」を付与する方式という視点からは、①物権的帰属を變動させる方法(物上代位)のほかに、②物権的帰属は動かさずに、責任財産の構成、つまり責任的帰属だけを變動させる方法(責任法的代位)があると分析することができる。より一般的な表現を用いれば、①は「帰属割当變動」型の優先権、②は「責任財産變動」型の優先権と呼ぶことになる⁽¹⁵⁾。

3 優先権付与の構造Ⅱ——一般実体法的優先権と執行法的優先権

もつとも、これだけでは、代償的取戻権の構造を十全に捉えたことにはならないように思われる。というのは、物権的帰属と責任的帰属のズレを認めるものとみられている制度は、代償的取戻権のほかにもあるからである。民法学の観点からはただちに、下森定と中野貞一郎が提唱した、詐害行為取消権に関する責任説が想起されよう。責任説によれば、詐害行為取消権が行使されても、債務者から逸出した財産の物権的帰属それ自体は変じられない。取消しによって無効になるのは、責任の消失、すなわち責任法的反射効だけである。こうして詐害行為取消権は、もっぱら責任的帰属と関連する制度として捉え直されることになる。責任説に対しては、「責任法的無効」といった構成が日本の実定法と整合しないとの問題が共有されているが、構造という視点からは、日本の破産法に同一の発想をもつ制度がすでに存在していることになる。また、ドイツでも、物権的帰属と責任的帰属の一致原則を見直そうとするものは、そうしたズレを認める制度として、代償的取戻権とともに、債権者取消や倒産否認における責任説を挙げるものがある。そのほか、売主の取戻権、問屋の委託者の権利、信託などが援用されて

いる。⁽¹⁴⁶⁾

このうち、詐害行為取消権・否認権に関する責任説は、代償的取戻権およびそのほかの制度とは方向性が異なる。というのは、前者は、債務者から物権的帰属が逸出しているところで、強制執行の準備・債権者平等原則の貫徹のために、責任的帰属の回復を試みるのに対して、後者では、物権的帰属が債務者にあるところで、強制執行の建前・債権者平等原則を修正するために、責任財産の構成が矯正されるからである。⁽¹⁴⁷⁾そして、後者のなかには、物権的帰属自体に影響を与えるものもある。そこで以下では、後者に属する制度、売主の取戻権、問屋の委託者の権利、信託を取り上げ、これらと代償的取戻権の異同を分析してみよう。

ドイツではときおり、代償的取戻権の特徴として、その作用の及ぶ範囲の制限が説かれている。イエーガー／レントによれば、「代償に対する請求権がK O 四六条「代償的取戻権」によって強化されるのは、もっぱら破産の領域に限られる。この範囲で、かつその限りにおいてのみ、請求権の本来の内容「それによれば取戻しが認められない」が変更されるのである」。⁽¹⁴⁸⁾デイクマンやガンターといった著名な論者も同種の説明を与えている。⁽¹⁴⁹⁾これは、債権者が代位物を差し押さえた場合に、原目的物の所有者は「代償的第三者異議の訴え」を提起できないことを含意するものである。そうすると、代償的取戻権は、もっぱら破産、ひろくいえば倒産⁽¹⁵⁰⁾においてしか効力をもたない権利ということになる。もっとも、最初に述べたように、現在では有力な反対説も登場してきている。それによれば、一定の要件のもとで、代位物に対する第三者異議の訴えが認められる。論者はこのように考えることによって、「債務法と物権法の間の境界線から外れる、執行法の内部での統一的な、さらなる区分が付け加わることになるであろう」⁽¹⁵¹⁾と述べている。しかし、この魅力的な言辞がいみじくも示しているように、この立場によっても、代償的取戻権は一般実体法上の権利ではない、ということには変わりがない。前説によれば、倒産、包括執行と、後説によれば個別執行を含むひろい意味での執行と結びつけられるが、いずれにせよ平時には問題

とならない執行法上の権利である。つまり、代償的取戻権に基づく優先権は、包括ないし個別執行のなかで、あくまでその範囲において効力を有する、「執行法的」な優先権として構想されているのである。

取戻権の作用が及ぶ範囲という点では、売主の取戻権についても同じことがあてはまる。破産法六三条に対応する規定は民事執行法には存しない。このことは、ドイツの旧破産法でも同様であった。しかし、現行倒産法はKO四四条を引き継いでいない。同条は「もはや実際上の意義を有しておらず、そのほか売主の地位を「買主の」破産手続が開始した場合に強化している点で、体系に反している」とされたからである。⁽¹⁵²⁾したがって、現在のドイツでは、取戻権に関する規定は、一般の取戻権(HGO四七条)と代償的取戻権(HGO四八条)の二条しか存しない。日本でも、売主の取戻権の規定の必要性はあまりないとみられている。⁽¹⁵³⁾

では、問屋の委託者の権利についてはどうか。興味深いのは、ドイツ商法の規定である。HGB三九二条二項は、問屋が締結した行為に基づく債権は、「債権譲渡がなされていなくても、委託者と問屋またはその債権者との関係においては、委託者の債権とみなす」としている。ここである「債権」には、委託の実行により取得された債権がすべて含まれ、販売委託の場合には代金債権、買入委託の際には引渡債権が典型例であるとされる。その「代位物」、すなわち前者では代金、後者では物品までこれに含まれるかどうかについては争いがある。そこで、「債権」に着目して分析すると、同条項の関係は、債権の担い手は問屋であるけれども、責任法的にみれば債権は委託者に割り当てられている、と捉えることが可能である。この意味では、代償的取戻権との類似を語ることができるようにも思われる。⁽¹⁵⁴⁾しかしながら、ここでは、——現行倒産法の明文によれば認められない、「有権限」譲渡が問題となっているほか——責任的帰属の矯正が一般実体法においてすでに実現されている点で、同権利とは顕著に異なる。その結果、問屋の債権者が委託の実行に基づく債権を差し押さえた場合には、委託者は第三者異議の訴えを提起し、強制執行の不許を求めることができる。そして、問屋が破産した場合には、委託者

には同債権につき一般の取戻権（HsO四七条）が認められるのである。委託品の売却代金債権についても、代償的取戻権（HsO四八条）による必要はない。代償的取戻権が「特別の」取戻権として明文上倒産の領域に規定されているにすぎず、個別執行の領域への拡張が解釈論上問題となっているのに対して、問屋の委託者の優先権は「一般実体法的」なものとして構築されているところ、第三者異議の訴えと「一般の」取戻権が、一般実体法の評価に照らして当然に認められているのである。

しかし、これだけであれば、「代償的第三者異議の訴え」が解釈論上認められれば、あとは規定の配置——一般実体法か執行・倒産法か——と構成——一般の取戻権ないし第三者異議の訴えか特別のそれか——の問題にすぎないともみられよう。けれども、HGB三九二条二項の作用はこうした「執行に対する保護」「執行特権」に汲みつくされるものではなく、それ以上に、部分的に「承継に対する保護」が与えられ、「問屋の債権者のための処分」もまた、委託者との関係で無効になることが強調されている⁽¹⁵⁶⁾。したがって、委託者は、問屋が委託の実行により取得した債権を、自己の債権者に対して履行に代えてまたは担保のために譲渡した場合には、これを無効とすることができる。この作用は、HGB三九二条二項の趣旨を貫徹したものであり、結論においては理解しやすい。しかし、構成に着目すれば、執行保護と承継保護の間には大きな違いがある。前者は責任的帰属の矯正によって対処できるが、後者はこの限りでない。問屋の債権処分権それ自体を——問屋の債権者のための処分に付き、委託者との関係においてではあるが——制約するものである以上、債権の責任的帰属が委託者にあるというだけでは説明困難なように思われる。この意味で、HGB三九二条二項は、ただしく「債権的権利の物権化」⁽¹⁵⁷⁾の一例と呼ばれなければならない。

他方で、日本法においては、HGB三九二条二項に対応する明文はない。そこで、問屋が破産した際に委託者をどのように保護すべきかという問題が、はげしく争われている⁽¹⁵⁸⁾。ここで詳しく検討する余裕はないが、本稿の

観点から特徴的な学説を位置づけければ、次のとおりである。商法五五二条二項にドイツ商法と同種の意味をもたせる見解によれば、右に述べたのと同じことが妥当しよう。同条項の「問屋ト委託者トノ間」とは内部関係を意味し、「いわゆる問屋は問屋自身の外その周囲にこれをめぐって存在する債権者群をも包含する」との解釈が代表的である。これに対して、民法法理で対処しようとするものもみられる。一の見解は、民法六四六条二項（商法五二二条二項により準用）の再解釈を試みる。これには、財産管理者の義務違反に対する救済方法のバランスという視点から出発する見解と、同条項を旧商法四七五条を承継した特別な委託者保護規定と解する見解がある。⁽¹⁰⁾前説は、委任者は「少なくとも受任者の他の債権者に対しては」対抗要件は不要ではないかとし、その理由として、「問題となつてゐる財産は、受任者の責任財産を構成していなかつた財産の代位物」である点を挙げている。後説⁽¹⁰⁾によると、委託者は「問屋の債権者に対しては」権利取得を対抗要件の具備なくして当然に対抗できるが、問屋から権利を譲り受けた者についてはこの限りでない。ただし、譲受人が問屋の債権者であつたときには、対抗要件は不要であるとされる。これらの見解は、委託者保護のために責任的帰属の矯正を志向したものとみることができるとも、後説がはつきりというように、問屋の債権者との関係とはいえ問屋の処分が禁じられるとみるならば、同時にまた、物権的帰属もその限りで制限されていると捉えることになる。民法の解釈に依拠する他の見解は、物権変動・債権譲渡に関する意思主義を起点に議論を組み立て、問屋が取得した所有権または債権につき、問屋・委託者の間の権利変動を觀念せず、したがって委託者は対抗要件の具備を要することなく、権利の取得を第三者に対抗できるとする。⁽¹⁰⁾ここで注目されるのは、問屋の債権者のみならず、問屋からの譲受人に対しても一般的に、対抗要件の具備が不要とされている点である。この限りで、この見解は、物権的帰属のレベルで問題を克服しようとするものと位置づけることができる。

以上の見解は、一般実体法の特別な解釈・理論を基礎としているが、それらに依拠しなくても、物権的帰属に

関する一般実体法の通常のルールによって、一定程度対処できるとされている。すなわち、買入委託の際には、あらかじめ所有権の移転と占有改定を合意しておけば、問屋が物品を取得すると同時に、委託者は所有権を取得し、かつ対抗要件を具備することができる。問屋に買入代金がすでに支払われている場合には、そうした合意が推定されよう。これに対して、販売委託の際には、一般実体法上の通常のルールによらずに、委託者を保護することが考えられている。すなわち、売却代金債権の帰属主体は原則どおり問屋である。しかし、委託者には執行法上の優先権が認められうる。代償的取戻権が有権限譲渡のケースにも適用されると解すれば、問屋が破産した場合には、当該債権は問屋の責任財産から隔離され、委託者はこれを取り戻すことができるからである。なお、判例は、買入委託の際に委託者が買入代金を問屋にすでに支払っていたケースで、「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」ことから、問屋が権利を委託者に移転しない間に破産したときにも、委託者は取戻権を行使しようとしている⁽¹⁶⁾。けれども、この判例に対しては、理論構成が不十分であるとの批判がつよい。

最後に、信託について検討しよう。ドイツには信託の一般的な制定法はなく、判例上物上代位が原則として認められていないなど、日本とは法状況が顕著に異なっている⁽¹⁶⁾。そこで、以下では日本法を念頭に検討をくわえる。信託財産は受託者に帰属しているが、一般実体法上すでに、受託者の固有財産とは別個独立なものとして取り扱われている（信託財産の独立性）。その典型的なあらわれとして、信託財産は受託者に帰属しているにもかかわらず、受託者の債権者はこれを差し押さえることはできず（信託二三条一項）、差押えがなされたときには受託者または受益者は第三者異議の訴えを提起できる（同五項、六項）。そして、受託者が破産した場合にも、信託財産は「破産財団に属しない」（信託二五条一項）。破産手続が開始されると、受託者の任務は終了し（信託五六条一項三号。なお、一項ただし書、四項）、選任された新受託者（信託六二条一項）などが破産管財人に対して一般の取戻権

を行使することになる。破産管財人は、新受託者などが信託事務を処理することができるにいたるまで、信託財産に属する財産を保管し、かつ信託事務の引継ぎに必要な行為をする義務を負い（信託六〇条四項）、破産管財人がこの義務に反して信託財産に属する財産の処分をしようとするときは、受益者は当該財産の処分に對して差止請求権を行使できる（同五項）。この権利も「破産法上は「一般の」取戻権の一種⁽¹⁰⁾」であると解されている。ここでは、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みることができる。そして、「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」もまた、「信託財産に属する」とされる（信託一六条一号）ことによって、代位物もまた受託者の固有財産から切り離された信託財産に直接割り当てられる。したがって、受託者が信託財産に属する財産を譲渡してえた対価についても、「一般の」取戻権が認められる。

本稿の視点から重要なのは、信託財産には法人格がないにもかかわらず、信託財産に「属する」財産と固有財産に「属する」財産が、一般実体法上独立のものとして構想されていることである。右の代位物の規律は「信託財産の物上代位性」と呼ばれているが、それは代位物の帰属主体に変更が生じるからではない。帰属主体が受託者であること自体には変わりがない。しかしながら、代位物が一般のルールに反して受託者の一般財産・固有財産ではなく信託財産に物権的に帰属せしめられ、その結果、原目的物と同じように「信託財産に属する」点を捉えて、「物上代位」と性格づけられている。

信託の機能としては、まずその「倒産隔離機能」が重要である。しかしながら、信託財産にはそれだけではなく、物権的帰属のあり方という視点からも興味深い規律がおかれている。現行信託法によれば、受託者が信託財産に属する財産を権限の範囲外で処分した場合、処分は有効であるが、相手方が権限外の行為であることにつき悪意であったか、知らなかったことにつき重過失があったときには、受益者はこれを取り消すことができる（信

託二七条）。受託者は信託財産に属する財産の担い手であるという出発点を重視すれば、信託によって処分権限自体が制約されることはなく、本来であれば受託者は固有財産のそれと同じように、自由にこれを処分することができるはずである。しかしながら、ここでは、どのように説明するかはともかく、受益者の取消権によって受託者の処分権限に一定の制約がかけられている。

六 代償的取戻権の位置づけ

1 衡平とルール

代償的取戻権の趣旨につき、日本では「公平」⁽¹⁶⁷⁾が挙げられることが多い。他方、ドイツでは、代償的取戻権は一般の取戻権の原則に反して認められる、という文脈で「衡平」⁽¹⁶⁸⁾が援用されている。日本の説明でも、このことは当然の前提になっているように思われる。しかし、ドイツでは近時、この見解をつよく批判するものがある。その問題関心を知るには、ゴットヴァルド／アドルフセンの定式から出発するのが有益であろう。代償的取戻権の規定は、従前の取戻権者に可能な限り完全に等価の代償を取得させるために、既存の債務法上の償還請求権に、「責任法上首尾一貫して——しかし構成上はルールに反して——」⁽¹⁶⁹⁾取戻権限を付与したものである。この説明を敷衍すれば次のようになる。責任財産は債務者に物権的に帰属する財産から構成される、という立場から出発すると、代償的取戻権は「ルールに反し」たものといわざるえない。この限りでは、衡平説と同様である。しかしながら、「責任法」という視点からみれば、同権利は法上首尾一貫したものと捉えることができる。

もともと、そこまでいうのならもう一步進んで、物権的帰属と責任的帰属の一致原則それ自体を疑い、責任法上独自の体系を構築することで、代償的取戻権を「構成」のうえでも、ルールに合した権利と位置づけることは

できないか。この方向から衡平説を批判するのが、さきに挙げた批判的見解である。すなわち、ヘンケルによれば、「代償的取戻権の規定はもともとと体系に反するものでしかなく、もっぱら衡平の根拠からしか正当化されないとみなされていたため、この規定は狭く解釈されなければならないなどと説かれているが、これはつまるところ、財産責任の体系を不十分にしか顧慮できていないことに基づいている」⁽¹⁷⁰⁾。この考え方は債務者に帰属する財産はつねに債権者の債権の引当てになる、という理解から出発している。けれども、——本稿ではすでに詳しく検討したように——この「原則」には「例外」があり、権利の帰属は当然には責任の帰属を規定するものではない。つまり、「財産責任の体系」を顧慮すれば、代償的取戻権は体系整合的に捉えられるから、衡平を持ち出す必要はないのである。

しかしながら、衡平説に与するガンターは、この主張に対して次のように反論している。「『責任法的帰属』を持ち出しても、望まれた結論が記述されるにすぎず、それが根拠づけられるわけではない」⁽¹⁷¹⁾。実際、ヘンケル自身、右にみたように「財産責任の体系」でも物権的帰属が責任的帰属を規定するのが「原則」だと述べている。しかし、この考え方によれば、そうした「体系」のなかで例外を規定する根拠はなにかがあらためて問題となる。そうすると、ガンターのいうように、「衡平」を持ち出すこともあながち不当ではないであろう。

これに対して、ベールの「価値追跡」論のように、物権的帰属が責任財産の範囲を画する、という原則それ自体を退けるのであれば、ヘンケルの方向が支持されよう。しかしながら、ベールの立場に対しては、「原則を放棄すれば何の基準も残らない」⁽¹⁷²⁾、という問題がある。ベールは価値追跡の決定的な基準として、「信用付与の欠如」⁽¹⁷⁴⁾を挙げているが、この概念にはなお不明確な点が多い⁽¹⁷⁵⁾。ディークマンがベールの構想を評して、実体法上の基礎づけも、責任法上の帰属に関する問題点も、いずれもクリアにしていない「まったく疑わしい」試みであるとして切り捨てているのは、表現が辛辣にすぎるくらいはあるが、価値追跡の構想にはなお残された課題が少な

くないことを物語っているように思われる。⁽¹⁷⁾

2 代償的取戻権の正当化

本稿ではこれ以上、責任財産の構成の問題に立ち入ることはできない。重要なのは、代償的取戻権の正当化根拠そのものである。衡平説によれば、それが一般の取戻権のルールを変更する理由になるし、責任法の体系を構築する側からは、体系を構成する論拠のひとつに位置づけられることになる。もともと、代償的取戻権がどのようなにして正当化されるのか、という問題は、ドイツではすでに削除され、日本でも必要性が疑われている売主の取戻権とは異なっており、それほど困難なものではないように思われる。

すなわち、代償的取戻権が認められる反対給付に対する債権およびその給付物は、手続開始前に破産者が譲渡した場合には、権利者が取戻権を行使できるはずであった目的物の、手続開始後に破産管財人が譲渡した場合に、取戻権の目的物の、代わりのものである。取戻権の目的物はそもそも法定財団を構成していないから、債権者はこれを引当てとして期待することはできない。そうである以上、債権者はその代位物からも弁済を期待すべきではない。日本の改正破産法理由によれば、代償的取戻権の目的が「取戻権の目的たる財産」「の代償物」であることが示されている。⁽¹⁷⁸⁾ ドイツ旧破産法の理由書は、代償的取戻権は「取戻請求権の代償」⁽¹⁷⁹⁾ であるとし、現行ドイツ倒産法の理由書が、これを端的に「代位の思想から」基礎づけたのはすでに述べたとおりである。最初に見たように、代償的取戻権の適用範囲については争いがあるものの、それが肯定される限りでは、以上の論証が妥当するものとみることができる。

3 責任法的代位と物上代位

もつとも、このように代位の觀念を引き合いに出すのなら、他人物の無権限譲渡の場合には、「責任法的代位」ではなく、「物上代位」が認められるべきではないのか、との疑問が生じうる。これに付け加わるのは、担保物権に物上代位が規定されている以上、全面的支配権である所有権にもそれが肯定されてしかるべき、とのすでにみた問題提起である。この文脈では、信託財産の物上代位が認められていることも引き合いに出せるかもしれない。所有権は受託者に帰属しているのに、信託の目的、受益者の利益を図るために物上代位が認められる。しかし、本稿の分析を踏まえるならば、かならずしもそういうことはできない。

担保物権の物上代位の際には、物上代位が認められても、代位目的債権の担い手は債務者のままである。先取特権や抵当権が、同債権について「行使することができる」ようになるにすぎない（民三〇四条一項本文、三七二条）。しかも、払渡しまたは引渡し前の「差押え」（同ただし書）が要求されていることで、その趣旨の捉え方とはおかく、第三債務者がした弁済は有効になる。第三債務者以外の第三者がどこまで保護されるべきかについては⁽¹⁸¹⁾はげしい議論がある。判例によれば、抵当権者は、代位目的債権が譲渡された場合でも、なお物上代位権を行使することができる。⁽¹⁸²⁾ここに、「物権的」代位の特徴があらわれているとみることができよう。他方で、動産先取特権は、原目的物につき追及効が認められない（民三三三条）、この限りでいっそう弱い権利であるところ、これと平仄を合わすようにして、代位目的債権が譲渡された場合にはもはや追及できないとされている。⁽¹⁸³⁾なお、担保物権を「債権に付与された優先弁済権」と捉える立場によると、「担保物権の物上代位」は——可能かつ適切であるかどうかは別として、本稿の用語を用いれば——一般実体法上の責任法的代位として再構成されることになる⁽¹⁸⁴⁾。

信託財産の際には、所有権は受託者に移転するとともに、信託財産に法人格はないことから、物上代位の意味

は、取得した代位物を、受託者の固有財産ではなく、信託財産に直接割り当てる点に求められる（「信託財産に属する」〔信託一六条〕）。したがって、権利帰属主体は受託者のまま変わらない。ここでは、説明の仕方はどうあれ、受託者が権限の範囲外で信託財産を処分した場合でも処分は有効であり、受益者はすでにみた信託法二七条の要件を充足したときに、処分を取り消すことができるにすぎない。

では、所有権に物上代位が認められる場合はどうか。すでに検討したように、所有者が自己の物を他人に無権限で譲渡されたとき、もし物上代位が肯定されれば、反対給付債権は所有者に直接割り当てられるとみるのが素直である。譲渡人は完全な無権利者であるから、相手方から反対給付債権の弁済を受け、あるいはこれを第三者に譲渡などした場合にも、原則として無効になってしまう。法的取引に与える影響はいちじるしく大きい。

そうだとすれば、所有者の保護については物上代位とは違った途を選択することも十分に考えられる。平時の原則、物権的帰属は修正しない。すなわち、反対給付債権の担い手は譲渡人であり、したがって譲渡人が相手方から同債権を取り立て、あるいは他の第三者に処分したときには、原則として有効になる。こうして決済の安全、財の流通の円滑が確保される。しかし、譲渡人が破産したときには、代償的取戻権によって責任的帰属が矯正される。所有者は譲渡人に対する債権的請求権に基づき、現存する代位物を破産財団から隔離するよう破産管財人に請求することができる。現行法が採用しているのはこの途である。

以上のように捉えようと、所有権が全面的支配権だからといって、これに物上代位を認めるべきだとは当然にはいえない。というのは、まさにそうであるがゆえに、物上代位を認めると一般原則との抵触や法的取引に対する影響が、甚大になるからである。一般原則の観点に基づく説明を補足しておこう。物上代位は、原目的物の物権的帰属を代位物上に直接回復させるものである。したがって、その際には権利帰属の変動、他人効に関する原則との関係が多かれ少なかれ問題となる。すなわち、物上代位は、適用類型にもよるが、物権変動・債権譲渡法に

おける公示原則や代理法における顕名主義、さらに——代位物の発生原因である契約当事者の意思が無視されるという点で——法律行為法における私的自治と抵触するおそれがある。そして、この原則に反する度合いは、大雑把にいうと、物上代位により引き起こされる効果が強ければ強いほど、つまり代位のもととなる権利が強力であればあるほど大きくなり、所有権にいたって最大になる。所有者は自己の名も権利の取得も対外的に示すことなく債権の担い手となる。その際には譲渡契約当事者の意思も顧慮されない。そうであるとしたら、所有者の保護は代償的取戻権に委ね、代位物の責任的帰属を、債務者の破産の局面で矯正するにとどめる、という方法にもそれなりの合理性が認められるように思われる。こうした抑制的な作用の反面で、代償的取戻権の際には公示は問題とされておらず、識別可能性ないし特定性原則を充足していれば十分であるとみられていることが注目される。

こうした見方には、次の疑問ないし問題が提起されるであろう。一方では、所有権の物上代位の承認から出発しつつ、三〇四条一項ただし書を参照する、あるいは公示の具備を求めるなどして第三債務者その他の第三者の利益とのバランスを図る途や、物上代位の作用を縮減して、所有者には他物権型の優先権のみが付与されると解する途も考えられるのではないか。この「物権的」構成はもちろん十分検討に値しよう。⁽¹⁸⁴⁾しかしながら、所有者の代位物に対する権利を保護するためには、このように物権的帰属そのものに手を入れる方向だけが唯一のものではない。一般実体法と倒産法の全体を見渡すならば、現行法の体系は、所有者の保護をむしろ、危機的な状況において債権的請求権に取戻権限を付与する方法で図ろうとしているとみることができる。

けれども他方では、日本の代償的取戻権の規定では所有者の保護が不十分である、との疑問もありえよう。この問題に対応するには、すでにみたように、同種の権利を個別執行の局面でも認め、手続開始前に回収された給付物にもこれを拡張するほか、第二の代償的取戻権、すなわち代位物の代位物についても取戻しを認める⁽¹⁸⁵⁾、と

いった方策が考えられる。

七 結 語

本稿では、所有者と担保権者の処遇の均衡の問題やドイツにおける法改正の動向を概観することで、代償的取戻権研究の必要性と重要性を示す（一、二）とともに、基礎理論に属する諸問題について、おおむね次の点を明らかにした。

代償的取戻権は文字どおり「取戻権」ではあるが、一般の取戻権とは異なり、債務者に「属する」財産の交付を求める単純な債権的請求権に対して取戻権限を付与する点に特色がある（三）。他方で、原目的物の取戻権者に、そうした一般実体法上の請求権が付与されていない場合には、代償的取戻権は認められない。破産法が取戻権者のために独自に請求権を創造し、くわえてこれに取戻権限まで与えるならば、一般実体法上の請求権を有する他の債権者との関係において、かれを過渡に優遇することになってしまふからである。この意味で、代償的取戻権は既存の請求権を強化したものだといわなければならない（四）。代位物につき「優先権」を付与する方式という視点からみると、代償的取戻権は、物権的帰属そのものを変動させる物上代位（帰属割当変動型の優先権）とは異なり、物権的帰属は動かさずに、責任財産の構成、つまり責任的帰属だけを変動させる責任法的代位（責任財産変動型の優先権）であると捉えることができる。さらに、この「優先権」は、問屋の委託者の権利や信託といった、物権的帰属と責任的帰属のズレを認める他の制度とは異なり、一般実体法上の権利ではなく、明文によれば包括執行、解釈で拡張しても個別執行のなかでしか効力がはたらかない、執行法的な優先権として構想されている（五）。所有権は全面的な支配権であるが、まさにそうであるがゆえに、物権的帰属それ自体を変動さ

せると、一般原則との抵触や法的取引への影響が大きい。そこで、現行法の体系は、代位物に対する所有者の保護を、物上代位ではなく、代償的取戻権に委ねていると評価することができる(六)。

代償的取戻権に関しては、検討を要する各論的な問題がなお多数積み残されている(二)。本稿の考察を基礎としてこれらの問題に取り組むことが、今後の課題である。

* 本稿の執筆の際には、杉本和士准教授(千葉大学)をはじめ、様々な先生方より多数の有益なご教示をいただいた。ここに記してお礼申し上げる。いうまでもなく、本稿に残されているすべての誤りは、筆者の責に帰するものである。

(一) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為上巻(現代法律学全集一〇)』一九三—一九六頁および八二、八五頁(青林書院、一九八一年)、藤原正則『不当利得法(法律学の森)』一二三、一二七—二八頁(信山社、二〇〇二年)。判例は、売却代金の返還を認める傾向にある(近時では、最判平成一九年三月八日民集六一卷二四七九頁〔代替性ある物を売却した場合〕。平成一九年判決を契機とするものに、村田大樹「不当利得法における価値賠償請求権と返還目的物の価格変動」同法六〇卷二二五—二六六頁(二〇〇八年)、藤原正則「不当利得における価値賠償の算定基準時」藤岡康宏先生古稀記念『民法における古典と革新』三二—三四七頁(成文堂、二〇一一年)、多治川卓朗「売却処分と不当利得返還請求権の内容」関法六二卷二四七六—五二二頁(二〇一二年)。

(二) 川角由和「侵害利得請求権論の到達点と課題」ジュリ一四二八号一四—二二頁(二〇一一年)が、現状の優れた分析を提示する。

(三) その後、最決平成二二年二月二日民集六四卷八号一九九〇頁は、集合動産譲渡担保に基づく物上代位を一定の行使要件のもとで認めた。そこで問題となったのは共済金(損害保険金)債権に対する物上代位であるが、根拠づけとしては、「価値を担保として把握」という抽象命題が引き合いに出されている。

(四) 道垣内弘人『担保物権法(クリスタライズド民法)』二五四、二六一頁(三省堂、一九九〇年)。

(五) 初期のものとして、高木多喜男ほか「(シンポジウム)集合動産譲渡担保の再検討」金融法研究六号八三頁(米倉明発言)(一九九〇年)。その他の批判および批判に対する反論につき、道垣内弘人「最決平成一一年五月一七判

批 法協一二八卷一二号三三四一頁(二〇一一年)を参照。

(6) 松岡久和「最決平成一年五月一七日判批」法教二三三二号一一三頁(二〇〇〇年)。この批判の位置につき、水津太郎「所有権移転型担保に関する物上代位論の基礎—ドイツ法における dingliche Surrogation の制度目的の解明—」法政論究六〇号三九六頁、四一八頁注一五(二〇〇四年)。

(7) 道垣内弘人『信託法理と私法体系』二〇七頁(有斐閣、一九九六年)は、「追及権の法理」として物上代位を位置づけたうえで、担保物権に物上代位が認められている以上、所有者が代位物に対してなんらの優先権も有しないとするのは「アンバランス」であるとして、「所有者が代位物に対して物権的な権利を行使しうることは、民法典の論理内在的に認められていると理解すべきではないか」と説く。具体的な解釈論については、同・二〇八—二一一頁。

(8) 道垣内弘人『担保物権法(現代民法Ⅲ)』第三版』三〇九頁(有斐閣、二〇〇九年)。

(9) 道垣内・前掲注(7)信託法理と私法体系一九二、一九八—一九九、二〇七頁「引用は一九九頁」、同・前掲注(8)担保物権法(現代民法Ⅲ)二九九—三〇〇頁参照。受任者が委任者の財産を受任者の名で第三者に不当処分した場合や、賃借人が所有者として目的動産を第三者に売却した場合に、真の所有者である委任者あるいは賃貸人は反対給付債権上に優先権を有さず、他の債権者との競合に晒されてしまうという。ただし、道垣内がここで、相手方の破産の場面を射程に含めているのかどうかは明らかでない。相手方の債権者が反対給付債権を差し押さえた場合に限ってであれば、——通説を前提とする限り(後掲注(42)参照)——この説明は正当である。

(10) 伊藤眞『破産法・民事再生法(第二版)』三一九頁および注一九(有斐閣、二〇〇九年)などを参照。債権譲渡の通知に関しては、通知を命じる確定判決の謄本または正本を債務者に呈示または送付することにより、通知があったものとされる(大判昭和十五年二月二〇日民集一九卷二二五頁)。これに対して、山本和彦・中西正・笠井正俊・沖野眞己『水元宏典『倒産法概説(第二版)』一八八頁(沖野眞己)(弘文堂、二〇一〇年)は、「形成権という構成も考えられる」とする。

(11) 伊藤・前掲注(10)破産法・民事再生法三三〇頁。

(12) 会社更生につき、譲渡担保権者を更生担保権者に準じて処遇すべきとするものとして、最判昭和四一年四月二八日民集二〇卷四号九〇〇頁。

- (13) 竹下守夫編代『大コンメンタール破産法』六四条注釈〔野村秀敏〕二七二頁（青林書院、二〇〇七年）。同書の前身、竹下・野村・後掲注(22)注解〔初版〕四八三頁を引きつつこれを肯定するものとして、三上威彦「基本的所有権留保と破産手続（下）」判タ五三六号七三頁（一九八四年）。そのほか、霜島甲一『倒産法体系』二六六頁（勁草書房、一九九〇年）は、代償的別除権により物権的保護の延長を図る余地は「広く残されている」とする。
- (14) 野村・前掲注(13)大コンメ二七二頁。
- (15) 伊藤眞・岡正晶・田原睦夫・林道晴・松下淳一・森宏司『条解破産法』六四条注釈四四六頁（弘文堂、二〇一〇年）。そのほか、処分の不当性の要件を詳論しないものとして、中野貞一郎・道下徹編『基本法コンメンタール破産法（別冊法セ一五一号）（第二版）』九一条注釈（池尻郁夫）一四〇頁（日本評論社、一九九七年）など。
- (16) 伊藤・前掲注(10)破産法・民事再生法三二九頁。
- (17) この問題につき詳しくは、神崎克郎「証券売買委託者の法的地位（二）」神法一三卷四号四九二頁、四九八頁注八（一九六四年）「消極」、大塚龍兄「委託販売契約」遠藤浩・林良平・水元浩監『現代契約法体系第四卷』四六―四八頁（有斐閣、一九八五年）「積極」。
- (18) 川村泰啓「『所有』関係の場で機能する不当利得制度（二三）」判評一四四号一一〇―一一六頁（一九七一年）は、破産法の構成と破産法学の伝統的立場につき重要な問題を先駆的に提起したものであり、今日においても示唆に富む。
- (19) 松岡久和「『価値追跡』説の展開と限界」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』三三二―三三三頁（有斐閣、一九八九年）、同「ボールの『価値追跡』について」龍法二二卷二号一三三―一九六頁（一九八九年）。
- (20) 平野裕之「間接代理（問屋）をめぐる責任財産及び直接訴権（一）」慶應法学一号一一三頁注一六（二〇〇四年）。
- (21) 齋藤常三郎「所謂代償的取戻権の原因及其の性質」論叢四七卷四号四二五―四五一頁（一九四二年）、同「所謂代償的取戻権の成立要件」論叢四八卷一号一―三五頁（一九四三年）。
- (22) 齋藤秀夫・鈴木潔・麻上正信編『注解破産法（初版）』九一条注釈〔竹下守夫・野村秀敏〕四八〇―四八五頁（青林書院、一九八三年）が初出であり、齋藤秀夫・麻上正信編の改訂版五二三―五二八頁（一九九二年）、改訂第二版五二三―五二八頁（一九九四年）まで、共著の形式をとっていた。その後、齋藤秀夫・麻上正信・林屋礼二編の第

三版上巻六四二―六四七頁（一九九八年）では、野村の単独執筆となった。新破産法施行後に公刊された、新六四条に関する竹下守夫編代の野村・前掲注(13)大コメ二七一―二七四頁は、注解破産法時代の注釈を引き継ぐものであるが、ドイツ語論文の引用をすべて削除しており、典拠がみえにくくなっている。

(23) さらに、本稿では、思考がまだ詰め切れていないため、以下の問題についてはこれを棚上げせざるをえないことを付言しておく。日本でもドイツでも、他人物の無権限処分のケースは代償的取戻権の典型的な適用例であるとみられている。同権利がこの場合を捕捉していることは条文上明白であるし、まさに当該事例において、取戻権者の救済の必要性が先鋭にあらわれるからである。不当利得法学の見地からは、このことは次のように説明されることになる。他人物の無権限処分により生じる不当利得返還請求権は、これを侵害利得の視点から捉えたとしても、一般実体法上はあくまで「債権」と規定されることになる。そうすると、所有者は代位物についても他の債権者との競合に晒されてしまう。しかし、これでは割当内容をもつ権利の典型である所有権の保障としては十分ではない。そこで、倒産実体法において当該債権的請求権に取戻権限を付与することでこれを強化したのが、代償的取戻権である。こうして、物を無権限で処分された所有者の救済は、民法と倒産実体法が協働することで図られている。しかしながら、ドイツでは近時、倒産法学の見地から不当利得法学に対し、返還義務の性格（多治川・前掲注(1)売却処分四九〇頁が指摘する第一ないし第二の論点）につきこれを代位物の返還ではなく、（客観的）価値の賠償と捉えるのであれば、右のケースに代償的取戻権を適用することができなくなってしまう、という問いが提起されている（Kuhn, *Ersatz-aussonderungsrecht* (Fn. 38), S. 166-167, 179 und S. 164）。具体的には次のとおりである。代償的取戻権は、代位物の存在、すなわち反対給付に対する請求権および給付物の返還に焦点を合わせる場合にしか認められない。この取戻権は、債務者の積極財産がそうした処分によって増加していることを前提としているからである。もちろん、処分者が対価を取得するのに特別な労力を費やした場合などにつき、返還義務の範囲に制限をくわえることは考えられる。そうしても、代位物としての性格は失われないであらう。しかしながら、出発点を代位物ではなく目的物の価値におくならば、代償的取戻権は認められない。価値賠償に対する請求権は、債務者の積極財産の増加を要件とするものではないからである。けれども、「そうすると、注釈書においてIno四八条「代償的取戻権」の代表例として挙げられているBGB八一六条一項「他人物の無権限処分による不当利得」は、代償的取戻権が基礎としうる請求権ではな

くなくてはしょう」(S. 166)。他方で、代位物の返還から出発してその範囲を制限する場合には、代償的取戻権もその限りにおいてしか認められない (S. 166)。代償的取戻権は既存の請求権を強化するものだからである。クーンの見方にしたがえば、返還義務の性格を価値賠償と捉える場合には、代償的取戻権は適用されない。そうすると、処分者が破産したときには、所有者は処分者の他の債権者とともに債権者平等原則に服することになってしまふ。この結論は、財貨帰属秩序の基礎にある評価とかならずしも整合しないように思われる。これに対して、代位原則の適用を觀念し、適用の際には「法律行為による代位物に関しては、目的物 (当初取得したもの) の客観的価格の限度においてのみ代位しうる」と解する (四宮・前掲注 (1) 事務管理・不当利得八二頁) ならば、その範囲で代償的取戻権の適用を肯定することができる。この場合には、「反対給付の請求権の移転を請求」 (破六四条一項) する方法が問題となりうるが、この点については同文言を縮小解釈し、反対給付債権の一部を譲渡の請求と構成することになるであろう。「目的物の客観的価格の限度において……代位物なる代金 (債権) の引渡を請求しうる」 (四宮・前掲注 (1) 事務管理・不当利得一九四—一九五頁 (選択的追完の処理としてこのような取扱いを主張する) というわけである。

(24) そのほか、民事再生法五二条二項と会社更生法六四条二項が本条を準用している。

(25) ただし、民法三〇四条の物上代位では、行使方法として「差押え」が求められているのに対し、代償的取戻権は差押えによる必要はなく、破産管財人に譲渡の意思表示と通知を求めれば足りる。霜島・前掲注 (13) 体系二四七頁。

(26) 司省編纂『改正破産法理由少年法理由合巻 (第四版)』三四頁 (中央社、一九二三年) と、池田寅二郎政府委員の発言 (法律新聞社編『改正破産法及和議法精義』三二五頁 (法律新聞社、一九二三年)) をみる限り、民法三〇四条一項ただし書との関係は意識されていない。それどころか、破産の前後で取扱いを区別する意図があつたのかどうかすら疑わしい。

(27) 司省編纂・前掲注 (26) 改正破産法理由三四頁。

(28) 松岡義正『破産法 (明治三二年「一八九九年」) 講義完 (復刻版)』 (日本立法資料全集別巻二二五) 一七五頁 (信山社出版、二〇〇二年)。「ドイツ旧破産法四六条の引用。ただし、後述するように、自説は財団債権説」、竹野竹三郎『破産法原論上巻』三九八頁 (巖松堂書店、一九二三年) [Kohler, Jaeger などに依拠した解説]、青木徹二『破産法説明』二一八頁 (巖松堂書店、一九二三年) 「代償的取戻権 (Ersatzaussonderungsrecht)」と云う」、井上直

- 三郎『破産法綱要第一卷〔増訂三版〕』五四頁（弘文堂書房、一九二七年）〔初版、一九二五年〕「ドイツ学説の参照」。
なお、加藤正治『破産法講義完（訂正増補一〇版）』（巖松堂書店・有斐閣書房、一九二二年）には、ドイツ法に関する
特段の引用はない。
- (29) 齋藤・前掲注(21)原因及其の性質四二九頁、同・前掲注(21)成立要件二頁。さらに、齋藤常三郎『比較破産法
論』三九二頁（有斐閣、一九四〇年）。
- (30) 小川秀樹編著『一問一答新しい破産法』一〇五頁（商事法務、二〇〇四年）参照。
- (31) 詳細は続稿で取り扱うため、解説および文献の引用は最小限度にとどめる。
- (32) Begründung des Rechtsausschuss, abgedruckt in: Bruno Maria Kübler/Hanns Prütting (Hrsg.), Das neue
Insolvenzrecht: InsO/EGInsO, RWS-Dokumentation, Bd. 18, 2. Aufl., Köln 2002, S. 214.
- (33) Walter GERHARDT, Der Surrogationsgedanke im Konkursrecht - dargestellt an der Ersatzaussonderung, in:
KTS 1990, S. 1-14.
- (34) § 55 RegE und Begründung dazu, abgedruckt in: Kübler/Prütting (Hrsg.), Das neue Insolvenzrecht (Fn. 32),
S. 213-214.
- (35) Albrecht DIECKMANN, Zur Reform des Ersatzaussonderungsrechts, in: Walter GERHARDT/Uwe DIEDERICHSEN/
Bruno RUMMELSPACHER/Jürgen COSTEDE (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April
1995, Wien/New York 1995, S. 95-123; ferner HÄSEMAYER, Insolvenzrecht⁴ (Fn. 46), Rn. 1119, S. 291.
- (36) Volker BEHR, Wertverfolgung: Rechtsvergleichende Überlegungen zur Abgrenzung kollidierender Gläubiger-
interessen. Arbeiten zur Rechtsvergleichung 133, Frankfurt a.M. 1986, S. 609-611. の点について、松岡・前掲注
(19)価値追跡一八二頁。
- (37) 後掲注(148)(149)参照。
- (38) Tomas KUHN, Ersatzaussonderungsrecht und Drittwiderspruchsklage, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht
55, Tübingen 2008. クーンによれば「第三者異議の訴えを InsO 四八条の取戻権〔代償的取戻権〕の規制領域にも認
めることがあかたう問題は——管見の及ぶ限りでは——そもそも立ち入っては検討されなかった」(S. 6)。

- (39) § 60 RegE und Begründung dazu, abgedruckt in: KÜBLER/PRÜTTING (Hrsg.), Das neue Insolvenzrecht (Fn. 32), S. 604.
- (40) Begründung des Rechtsausschuss, abgedruckt in: KÜBLER/PRÜTTING (Hrsg.), Das neue Insolvenzrecht (Fn. 32), S. 604.
- (41) Jaeger/HENCKEL, InsO (Fn. 46), § 48, Rn. 66, S. 1250-1252; MünchKomm/KIRCHHOF/LWOWSKI/STÜRKER, InsO² (Fn. 46), Vor § 88 49-52, Rn. 172, S. 1374.
- (41a) 注解破産法では、野村の単独執筆になってから、処分の不当性が新倒産法で明文化されたことが補筆されている(野村・前掲注(22)注解(第三版)六四四頁)。もっとも、——書物の性格と紙幅の制約からやむをえないが——当該事実には触れられていない。野村・前掲注(13)大コンメ二七二頁では、ドイツ法の記述全体が削除されている。
- (42) 第一の問題、破産前の譲渡と破産後の譲渡の不均衡について、問題の所在を示し、拡張方向——ドイツ新倒産法と同様——でバランスをとる方向を志向するのは、川村・前掲注(18)「所有」関係の場一一、一一五頁。そのほか、旧破産法九一条と同趣旨の旧会社更生法六六条につき、兼子一監・三ヶ月章ほか『条解会社更生法上』六六条注釈五七三頁(弘文堂、一九七三年)は、更生手続開始の前後によって結果が異なるものには問題がないわけではないが、「本二項の文言上、右のように解するほかない」としている。他方、加藤・前掲注(28)講義完二二二頁は、旧破産法の施行前に、制限方向——政府草案の立場——が正当である旨を主張していた。破産宣告前に譲渡された場合には、不当利得返還請求権は破産債権として取り扱われるという。ただし、旧破産法の施行後には、成文を解説するにとどめている(加藤・後掲注(60)要論二〇〇頁)。三つ目の問い、代償的第三者異議の訴えの可否については、名称はともかく実質的にこれを肯定する見解が、平時実体法学の観点から主張されている。一般に肯定するものとして、四宮・前掲注(1)事務管理・不当利得一八八頁、大塚・前掲注(17)委託販売四八頁など、債権者が無資力の場合につき、奥田昌道「民法学のあゆみ」法時四九卷一〇号一一〇頁(一九七七年)(資力の問題についてはさらに、松岡久和「債権的価値帰属権についての予備的考察」龍谷大学社会科学研究年報一六号八七頁(一九八六年)、同・前掲注(19)価値追跡一九〇頁も参照)、主観的態様によって区別し、差押債権者が悪意重過失である場合にこれを制限するのは、広中俊雄『物権法(現代法律学全集六)(第二版増補)』二二六頁(青林書林、一九八七年)。最後の問題、代償的別

除権につき、野村・前掲注(22)注解(第三版)六四四頁は、「わが国では論じられるところがない」としているが、現在でも立ち入った考察はなされていないようである。

(43) 裁判例については、各論的考察をおこなう統稿にて検討する。

(44) 菊井維大『破産法概要』八五頁(弘文堂、一九五二年)、小野木常『中野貞一郎』強制執行法・破産法講義(増補版)二三九頁(有斐閣、一九五七年)、中田淳一『破産法・和議法(法律学全集三七)』一二三頁(有斐閣、一九五九年)、兼子一『強制執行法・和議法(法律学講座双書)〔新版〕』二〇二頁(弘文堂、一九六四年)、山木戸克己『破産法(現代法律学全集二四)』一五九頁(青林書院新社、一九七四年)、谷口保平『倒産処理法(現代法学全集)〔第二版〕』二二五頁(筑摩書房、一九八〇年)、林屋礼二『破産法講話―破産手続の理論と実際』一〇二頁(信山社、一九九八年)、中島弘雅『体系倒産法Ⅰ(破産・特別清算)』四三六頁(中央経済社、二〇〇七年)、加藤哲夫『破産法(法律学講義シリーズ)〔第六版〕』二一八頁(弘文堂、二〇一二年)、伊藤・前掲注(10)破産法・民事再生法(三一九頁、注釈書では、池尻・前掲注(15)基本法一四〇頁、野村・前掲注(13)大コンメ二七一頁、伊藤ほか・前掲注(15)条解四六四頁。

(45) 後掲注(51)ならし後掲注(54)を参照。

(46) Ludwig HASEMEYER, Insolvenzrecht, 4. Aufl., Köln ua 2007, Rn. 11.19, S. 291; Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl., München 2010, § 41 [Peter GOTTWALD/Jens ADOLPHSEN], Rn. 2, S. 663; Othmar JAERNIG/Christian BERGER, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, Ein Studienbuch, München 2010, § 44, Rn. 19-20, S. 181-182; Ulrich FÖRSTER, Insolvenzrecht, Grundrisse des Rechts, 5. Aufl., München 2010, § 23, Rn. 364, S. 176; Reinhard BORK, Einführung in das Insolvenzrecht, JZ-Schriftenreihe, H. 5, 4. Aufl., Tübingen 2012, Rn. 244, S. 154; ferner Bruno M. KÜBLER/Hanns PRÜTTING/Reinhard BORK (Hrsg.), InsO: Kommentar zur Insolvenzordnung, Köln 2013, § 48 [Hanns PRÜTTING] [Stand: 1999], Rn. 3, S. 2; Wolfram HENCKEL/Walter GERHARDT (Hrsg.), Jaeger Insolvenzordnung: Großkommentar, Bd. 1, 1. Aufl., Berlin 2004, § 48 [Wolfram HENCKEL] [Stand: 2003], Rn. 3 aE., S. 1223; Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 1, 2. Aufl., München 2007, § 48 [Hans Gerhard GANTER], Rn. 2, S. 1301; Harald Hess, Insolvenzrecht: Großkommentar in drei Bänden, C.-F.-Müller-Wirtschaftsrecht, Bd. 1,

- Heidelberg ua 2007, § 48, Rn. 2, S. 1052; Wilhelm UHLENBRUCK/Heribert HIRTE/Heinz VALLENDER, Insolvenzordnung: Kommentar, 13. Aufl., München 2010, § 48 [Moritz BRINKMANN], Rn. 1, S. 845; Klaus WIMMER (Hrsg.), FK-InsO - Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 6. Aufl., Köln 2011, § 48 [Frank IMBERGER], Rn. 1, S. 570; Gerhart KREFT (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO), 6. Aufl., Heidelberg 2011, § 48 [Ise LOHMANN], Rn. 1, S. 482; Andreas SCHMIDT (Hrsg.), Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 3. Aufl., Hamburg 2009, § 48 [Olaf BÜCHER], Rn. 1, S. 603.
- (17) Harry HOCHMUTH, Die Ersatzaussonderung, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien 63, Leipzig 1931, S. 61.
- (18) Ulf GUNDLACH, Der Ersatzaussonderungsberechtigte, Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft 1638, Frankfurt a.M. ua. 1994, S. 22-31.
- (19) W. STIEGLITZ, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz und dem Württembergischen Ausführungsgesetze, Tübingen 1879, § 38, S. 242; Lothar SEUFFERT, Deutsches Konkursprozeßrecht, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Abt. 9, Teil 3, Leipzig 1899, § 17, S. 100; ferner vgl. Otto FHRN. VON VÖLDERNDORF, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz und dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens, Bd. 1, Erlangen 1884, § 38, S. 486-487, 490.
- (20) SEUFFERT, Deutsches Konkursprozeßrecht (Fn. 19), S. 100.
- (21) HELWIG, Erweiterung des Eigentumsschutzes durch persönliche Ansprüche, mit besonderer Beziehung auf § 38 (jetzt § 46) KO, in: AcP, Bd. 68 (1895), S. 217-253, 249.
- (22) HOCHMUTH, Die Ersatzaussonderung (Fn. 17), S. 73.
- (23) GUNDLACH, Der Ersatzaussonderungsberechtigte (Fn. 18), S. 37.
- (24) Friedrich LENT, Jaeger Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, Bd. 1, 8. Aufl., Berlin 1958, § 46, Rn. 4, S. 669; Georg KUHN/Wilhelm UHLENBRUCK, Konkursordnung: Kommentar, 11. Aufl., München 1994, § 46, Rn. 1, S. 783; Harald HESS, Kommentar zur Konkursordnung, 5. Aufl., Neuwig ua 1995, § 46, Rn. 1, S. 631; Joachim KILGER/

- Karsten SCHMIDT, Insolvenzgesetze - KO, VerglO, GesO, Beck'sche Kurzkommentare, Bd. 27, 17. Aufl., München 1997, § 46, Anm. 1, S. 255.
- (55) Friedrich OETIKER, Konkursrechtliche Probleme und neuere Konkursliteratur, in: ZZZ, Bd. 25 (1899), S. 1-79, 71-79; Johannes BRÜCKNER, Der § 46 der Konkursordnung, Leipzig 1904; Josef SCHNEIDER, Der sog. Ersatzaussonderungsanspruch im Konkurse, Neisse 1910; Georg DANKER, Die rechtliche Natur der Surrogationsansprüche des § 46 R.K.O., Würzburg 1921. 分析については GUNDLACH, Der Ersatzaussonderungsberechtigte (Fn. 48), S. 23-27 が優れている。
- (56) SCHNEIDER, Der sog. Ersatzaussonderungsanspruch (Fn. 55), S. 38-39 und BRÜCKNER, Der § 46 der Konkursordnung (Fn. 55), S. 38-40.
- (57) Otto von SARWEY, Die Konkurs-Ordnung für das Deutsche Reich vom 10. Februar 1877, Die Justizgebung des deutschen Reiches, 1. Abthlg., Bd. 1, Berlin 1879, § 38, Anm. 1, S. 254; Hermann FITTING, Das Reichs-Konkursrecht und Konkursverfahren, 2. Aufl., Berlin 1881, § 23, S. 204; Wilhelm ENDEMANN, Das deutsche Konkursverfahren: Systematisch dargestellt, Leipzig 1889, § 58, S. 348; Fritz SCHULZ, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, in: AcP, Bd. 105 (1909), S. 1-489, 404.
- (58) 松岡・前掲注(28)講義完一七五、一八〇頁。
- (59) 加藤・前掲注(28)講義完二二二頁。ただし、破産宣告前の取得はすべて不当利得による破産債権を構成するところ。
- (60) 竹野・前掲注(28)原論上巻三九八頁、青木・前掲注(28)説明二一八頁、井上・前掲注(28)網要第一卷五三頁、斎藤常三郎『日本破産法』二二〇頁(弘文堂、一九三三年)、金澤潔『破産法〔実体規定〕』一七四頁(厳松堂書店、一九三三年)、加藤正治『破産法要論(第一二版)』二〇〇頁(有斐閣、一九五四年)〔初版、一九三四年〕〔施行前の見解(前掲注(59)参照)を現行法の説明にあらためている〕。
- (61) 齋藤・前掲注(21)原因及其の性質四三五—四四一頁参照。
- (62) 条文訳については、齋藤・前掲注(21)原因及其の性質四三七—四三八頁参照。なお、プロイセン破産法二八条は、

取戻しの目的物が破産中に売却されたときは、代金未回収の範囲において、「売却代金の譲渡を求めることができる」としていた。ただし、これは売却代金債権が権利者に法上当然に移転することを定めたものではない。取戻権者は破産管財人に対して同債権の移転を請求するものとされている(同法三〇条)。

(63) 一項によれば、「取戻権者カ其権利ヲ行使シタル場合ニ於テ既ニ取戻権ノ目的物ノ譲渡アリタルトキハ反对給付トシテ受ケタルモノカ破産財団中ニ存スル場合ニ限り取戻権者ハ財団債権者トシテ其給付ヲ請求スルコトヲ得」。これに対し、加藤・前掲注(28)講義完二二二頁は、宣告前の取得と宣告後の取得を区別しない草案の態度を、「立法論トシテハ不当ナリ」とし、宣告前に反对給付が回収されていた場合を破産債権として規律する旧破産法の規定を、アンチテーゼとして引き合いに出していた。なお、二項によれば、「前項ノ場合ニ於テ譲受人カ未タ反对給付ヲ為ササルトキハ取戻権者ハ其反对給付ニ付キ当然譲渡人ニ代位ス」とされる。

(64) Motive, S. 186, in: Karl HAHN, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Febr. 1877, sowie zu dem Gesetze, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, vom 21. Juli 1879, Berlin 1881, S. 186. この理由書の翻訳として、荒木隆男「一八七四年ドイツ破産法案理由書(七)——取戻権」『亜法二六卷二号一八九—二一〇頁(一九九一年)』。判例通説も、破産前に債務者が反对給付を回収したときには、取戻権者は給付物を求める請求権を破産債権として行使するほかないとしていた。RGZ 94, 25; Jaeger/Lent, KO⁸ (Fn. 54), § 46, Rn. 12, S. 674. ㍻㍻㍻、既述のように、現行倒産法では、この場合にも——識別可能性が担保されている限り——代償的取戻権が認められる。

(65) ただし、日本では、破産前の回収の事案でも、取戻権者は不当利得返還請求権を財団債権(破一四八条一項五号)として行使できるとする有力見解がある。山木戸・前掲注(44)破産法一五九頁、林屋・前掲注(44)講話一〇二頁、加藤・前掲注(44)破産法二一八頁など。しかし、通説は、同請求権は破産手続開始前に発生したものである以上、財団債権にはならないとしている。野村・前掲注(13)大コンメ二七二頁、伊藤ほか・前掲注(15)条解四六五頁、中島・前掲注(44)体系四三八頁注四一、伊藤・前掲注(10)破産法・民事再生法三三〇頁。この問題については、旧法との関係を含め、本間靖樹「代償的取戻権」山本克己・山本和彦・瀬戸英雄編『新破産法の理論と実務』三五三頁(判例タイムズ社、二〇〇八年)。

- (96) SCHNEIDER, Der sog. Ersatzaussonderungsanspruch (Fn. 55), S. 31; GUNDLACH, Der Ersatzaussonderungs-berechtigte (Fn. 48), S. 31-32.
- (97) Motive, S. 187, in: HAHN, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung (Fn. 64), S. 183.
- (98) Motive, S. 185-186, in: HAHN, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung (Fn. 64), S. 182-183.
- (99) Motive, S. 186, in: HAHN, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung (Fn. 64), S. 183.
- (100) Vgl. SCHNEIDER, Der sog. Ersatzaussonderungsanspruch (Fn. 55), S. 31-32; HOCHMUTH, Die Ersatzaussonderung (Fn. 47), S. 66-67; GUNDLACH, Der Ersatzaussonderungsberechtigte (Fn. 48), S. 20-21.
- (101) GUNDLACH, Der Ersatzaussonderungsberechtigte (Fn. 48), S. 32; Jaeger/LENT, KO⁸ (Fn. 54), § 46, Rn. 4, S. 669; 齋藤・前掲注(21)原因及其の性質四三三頁。
- (102) HOCHMUTH, Die Ersatzaussonderung (Fn. 47), S. 70; Jaeger/LENT, KO⁸ (Fn. 54), § 46, Rn. 4, S. 669.
- (103) HOCHMUTH, Die Ersatzaussonderung (Fn. 47), S. 70; GUNDLACH, Der Ersatzaussonderungsberechtigte (Fn. 48), S. 36-37; Jaeger/LENT, KO⁸ (Fn. 54), § 46, Rn. 4, S. 669.
- (104) SCHNEIDER, Der sog. Ersatzaussonderungsanspruch (Fn. 55), S. 27-28; HOCHMUTH, Die Ersatzaussonderung (Fn. 47), S. 67; GUNDLACH, Der Ersatzaussonderungsberechtigte (Fn. 48), S. 34, vgl. auch S. 32; 齋藤・前掲注(21)原因及其の性質四三三頁。
- (105) 下の点は、HOCHMUTH, Die Ersatzaussonderung (Fn. 47), S. 67 Fn. 1, 44; VON VÖLDERNDORFF, Die Konkursordnung (Fn. 49), § 38, S. 486-487, 490 以下、財団債権説に分類やれつる (GUNDLACH, Der Ersatzaussonderungs-berechtigte (Fn. 48), S. 22)。しかし、フェルデルンドルフは本文に述べた問題を考慮して、破産管財人が手続開始後に取戻権の目的物を譲渡した場合に限って、取戻権者は財団債権者になるとみている。他方で、破産者が手続開始前にそうした目的物を譲渡していた場合には、—— 反対給付が未回収のケースについては明確な叙述を欠く (S. 38, S. 489) が、一般に—— 取戻権者は破産債権者として処遇されるところとみているものと思われる。しかし、かりにそうであるなら、フェルデルンドルフにも二元説に対するのと同様の批判が妥当しよう。KO 四六条は、権利の性質を統一的なものとして把握しているとみられるからである。

- (76) HOCHMUTH, Die Ersatzaussonderung (Fn. 47), S. 71; GUNDLACH, Der Ersatzaussonderungsberechtigte (Fn. 48), S. 37; Jaeger/Lent, KO⁸ (Fn. 54), §46, Anm. 1, S. 667, Anm. 4, S. 669.
- (77) 司法省編纂・前掲注(26)改正破産法理由三四頁。
- (78) 法律新聞社編・前掲注(26)改正破産法及和議法精義三二五頁。
- (79) 前掲注(60)参照。
- (80) 松岡・前掲注(28)講義完一七六頁は、ドイツの学説を評してこのようにいう。
- (81) Jaeger/HENCKEL, InsO (Fn. 46), § 47, Rn. 15, S. 1142 「原典では強調文」。
- (82) 三ヶ月章「特定物引渡訴訟における占有承継人の地位」同『民事訴訟法研究第一巻』二九一—三〇一頁(有斐閣、一九六二年)〔初出、一九六一年〕、同『民事執行法(法律学講座双書)一四七頁(弘文堂、一九八一年)によって、日本でもひろく知られるようになった区別である。もっとも、三ヶ月によれば、「背後に物権を担う債権的請求権」、すなわち物権的請求権と競合しうる関係にたつ債権的請求権が、「取戻請求権」であるとされる。しかし、そうすると、本文に挙げた転貸人の事例のように、債務者の責任財産に属さない目的物の返還を、目的物上に物権を有しない者が債権に基づき請求する場合に取戻権が認められていることを、うまく説明できない。同じように三ヶ月の定式の狭さを批判するものとして、中野貞一郎『民事執行法(現代法律学全集二三)〔増補新訂六版〕』三三二頁注一七(青林書院、二〇一〇年)。本文では、ドイツの現在の一般的な理解にしたがっている。Vgl. Jaeger/HENCKEL, InsO (Fn. 46), § 47, Rn. 15, S. 1142.
- (83) SCHNEIDER, Der sog. Ersatzaussonderungsanspruch (Fn. 55), S. 38, ferner S. 36-37. Vgl. auch OETIKER, Konkursrechtliche Probleme (Fn. 55), S. 72; BRÜCKNER, Der § 46 der Konkursordnung (Fn. 55), S. 38-39; DANKER, Die rechtliche Natur (Fn. 55), S. 55.
- (84) OETIKER, Konkursrechtliche Probleme (Fn. 55), S. 72; SCHNEIDER, Der sog. Ersatzaussonderungsanspruch (Fn. 55), S. 37.
- (85) GUNDLACH, Der Ersatzaussonderungsberechtigte (Fn. 48), S. 34.
- (86) この問題については、松岡久和「アメリカ法における追及の法理と特定性」林良平先生献呈『現代におけ

- る物権法と債権法の交錯』三五七—三九四頁（有斐閣、一九九八年）。
- (87) Vor allem vgl. Ulf GUNDLACH, Die „Unterscheidbarkeit“ im Aussonderungsrecht, in: DZWIR 1998, S. 12-19.
- (88) HOCHWUTH, Die Ersatzaussonderung (Fn. 47), S. 68, 72; GUNDLACH, Der Ersatzaussonderungsberechtigte (Fn. 48), S. 33, 35.
- (89) 川村・前掲注(8)「所有」関係の場合——頁。
- (90) Jaeger/LENT, KO⁸ (Fn. 54), § 46, Anm. 1, S. 667.
- (91) Statt vieler Jaeger/LENT, KO⁸ (Fn. 54), § 46, Anm. 1, S. 667 und Anm. 4, S. 669.
- (92) Jaeger/LENT, KO⁸ (Fn. 54), § 46, Anm. 4, S. 669; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze¹⁷ (Fn. 54), § 46, Anm. 1, S. 255; MünchKomm/GANTER, InsO² (Fn. 46), § 48, Rn. 5, S. 1302; HESS, InsO (Fn. 46), § 48, Rn. 12, S. 1053; Gottwald/GOTTWALD/ADOLPHSEN, InsO⁴ (Fn. 46), § 41, Rn. 3, S. 663; Krefz/LOHMANN, InsO⁶ (Fn. 46), § 48, Rn. 1, S. 482.
- (93) SCHNEIDER, Der sog. Ersatzaussonderungsanspruch (Fn. 55), S. 38; DANKER, Die rechtliche Natur (Fn. 55), S. 58.
- (94) 齋藤・前掲注(2)原因及其の性質四四—頁。
- (95) 竹野・前掲注(28)原論上巻四〇〇頁。
- (96) Jaeger/LENT, KO⁸ (Fn. 54), § 46, Rn. 4, S. 669; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze¹⁷ (Fn. 54), § 46, Anm. 1, S. 255. 竹野・前掲注(28)原論上巻四〇〇頁はJaegerにしたがふ。
- (97) HESS, InsO (Fn. 46), § 48, Rn. 12, S. 1053; Gottwald/GOTTWALD/ADOLPHSEN, InsO⁴ (Fn. 46), § 41, Rn. 3, S. 663; Krefz/LOHMANN, InsO⁶ (Fn. 46), § 48, Rn. 1, S. 482.
- (98) MünchKomm/GANTER, InsO² (Fn. 46), § 48, Rn. 5, S. 1302; ferner DERS., Ersatzaussonderung und Ersatzabsonderung (Fn. 134), S. 2.
- (99) 加藤・前掲注(60)要論二〇〇頁。
- (100) 旧破産法九一条を準用する旧和議法五条に関し、麻上正信＝谷口安平編『注解和議法（注解民事手続法1）』五条注釈（鈴木重勝）四九頁（青林書院、一九八五年）。改訂版・一九九三年も同様（四九頁）。
- (101) 羽田忠義『現代破産法』二四七—二四八頁（商事法務研究会、一九八二年）。

- (102) 竹下＝野村・前掲注(22)注解四八〇―四八一頁から、同・前掲注(22)注解〔改訂第二版〕五三二頁まで、同様の記述。
- (103) Jaeger/Lent, KO⁸ (Fn. 54), § 46, Anm. 3, S. 668.
- (104) 野村・前掲注(13)大コメニ二七二頁。なお、野村・前掲注(22)注解上巻〔第三版〕六四二頁、同・取戻権前注五六五頁は、旧版の見解をそのまま維持したうえで、反対説によると、代償的取戻権の例外的性格が曖昧になり、適用範囲が不当に拡張されるおそれが生じると批判していた。
- (105) 旧破産法九一条と同趣旨の旧会社更生法六六条につき、宮脇幸彦＝井関浩＝山口和男編『注解会社更生法(注解民事手続法二)』六六条注釈〔西澤宗英〕二二二頁(青林書院、一九八六年)。
- (106) 現行破産法六四条を準用する民事再生法五二条の注釈として、園尾隆司＝小林秀之編『条解民事再生法(第三版)』五二条注釈〔原強〕一六三頁注一、一二七頁(弘文堂、二〇一三年)。そのほか、原強「更生手続における特別の取戻権とその行使」判タ八六六号二二〇頁(一九九五年)。
- (107) 栗田陸雄「代償的取戻権」判タ八三〇号二二頁(一九九四年)。
- (108) 鈴木・前掲注(100)注解和議法四九頁、同・前掲注(100)注解和議法〔改訂版〕四九頁。
- (109) 齋藤・前掲注(21)原因及其の性質四四一頁。
- (110) 栗田・前掲注(107)代償的取戻権二二頁、原・前掲注(106)更生手続二二〇頁。
- (111) RGZ 115, 262, 264; BGH NJW 1995, 2783, 2787; Jaeger/Lent, KO⁸ (Fn. 54), § 46, Anm. 3, S. 668; Kuhn/Uhlenbruck, KO¹¹ (Fn. 54), § 46, Rn. 2, S. 784; Hess, KO⁵ (Fn. 54), § 46, Rn. 1, S. 631; Kluge/Schmidt, Insolvenzgesetze¹⁷ (Fn. 54), § 46, Anm. 1, S. 255; Hess, InsO (Fn. 46), § 48, Rn. 12, S. 1053.
- (112) Häsemeyer, Insolvenzrecht⁴ (Fn. 46), Rn. 11.20, S. 292 Fn. 72; Kübler/Prütting/Bork/Prütting, InsO (Fn. 46), § 48, Rn. 4, S. 2; Jaeger/Henckel, InsO (Fn. 46), § 48, Rn. 3, S. 1223; MünchKomm/Ganter, InsO² (Fn. 46), § 48, Rn. 7, S. 1303, Rn. 43 a, S. 1314; Hess, InsO (Fn. 46), § 48, Rn. 3, S. 1052; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO¹³ (Fn. 46), § 48, Rn. 1, S. 845; Gottwald/Gottwald/Adolphsen, InsO⁴ (Fn. 46), § 41, Rn. 2, S. 663; FK-InsO/Imberger, InsO (Fn. 46), § 48, Rn. 2, S. 570.

- (113) HELLWIG, Erweiterung des Eigentumsschutzes (Fn. 51), S. 240-241; ENDEMANN, Das deutsche Konkursverfahren (Fn. 57), § 58, S. 347; Felix Sieburg, Das Aussonderungsrecht mit Ausschluß des Verfolgungsrechts, Borna-Leipzig 1906, S. 48; Paul MARKOWITZ, Erweiterungen und Beschränkungen des Aussonderungsrechtes: §§ 46 und 45 der Konkurs-Ordnung, Breslau 1909, S. 6-7.
- (114) HELLWIG, Erweiterung des Eigentumsschutzes (Fn. 51), S. 221, 241.
- (115) この問題については、議論の前提をも踏まえた緻密な分析として、藤原・後掲注(127)無権限者(一)五七四—五八六頁。
- (116) HOCHMUTH, Die Ersatzaussonderung (Fn. 47), S. 26.
- (117) GUNDLACH, Der Ersatzaussonderungsberechtigte (Fn. 48), S. 39; KUHN, Ersatzaussonderungsrecht (Fn. 38), S. 10-11. *「この問題については理由書から答へを待ち出せようだった」*。
sonderung (Fn. 47), S. 26 *「彼」* の問題については理由書から答へを待ち出せようだった。
- (118) Motive, S. 185, in: HAHN, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung (Fn. 64), S. 182.
- (119) Motive, S. 186, in: HAHN, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung (Fn. 64), S. 183.
- (120) Begründung des Rechtsausschuss, abgedruckt in: KÜBLER/PRÜTTING (Hrsg.), Das neue Insolvenzrecht (Fn. 32), S. 214.
- (121) 司法院編纂・前掲注(26)改正破産法理由三四頁。
- (122) HOCHMUTH, Die Ersatzaussonderung (Fn. 47), S. 26-27; GUNDLACH, Der Ersatzaussonderungsberechtigte (Fn. 48), S. 40; KUHN, Ersatzaussonderungsrecht (Fn. 38), S. 10.
- (123) MünchKomm/GANTER, InsO² (Fn. 46), § 48, Rn. 43a, S. 1314.
- (124) 竹野・前掲注(28)原論上巻三九九頁。
- (125) この問題に関してはドイツでもこれまで立ち入った検討がおこなわれていなかったが、現在では KUHN, Ersatzaussonderungsrecht (Fn. 38), Teil I によって徹底的に分析されている。
- (126) 野村・前掲注(13)大コメン二七二頁、伊藤ほか・前掲注(15)条解四六四—四六五頁。

- (127) この問題については、藤原正則「無権限者による他人の物の処分と他人の債権の取立による不当利得（一）（四・完）——自己の権利領域への無権利者による干渉に対する反動的請求——」北法五九卷二四三—一〇〇頁、三号一〇七—一六六頁、四号二五—七九頁、五号一—五七頁（二〇〇八—二〇〇九年）。
- (128) Kuhn, Ersatzaussonderungsrecht (Fn. 38), S. 15.
- (129) この文脈では、前掲注(23)の問題を参照。
- (130) 竹内康二「破産と取戻権」麻上正信監『新版破産法——実務と理論の問題点——（金融商事判例別冊二号）』二二三頁（経済法令研究会、一九九〇年）参照。
- (131) 齋藤・前掲注(21)原因及其の性質四四〇頁は、Hochmuthに依拠して説明しているが、時代の制約から、物上代位との関係ははっきりしていない。日本法との関係で要件、効果、行使手続を比較するのは、霜島・前掲注(13)体系二六六頁。
- (132) InsO 四八条(二)文(二)号、Axel BREUTGAM/Jürgen BLERSCH/Hans-W. GOETSCH, Berliner Kommentare: Insolvenzrecht, Bd. 1, Berlin 2002, § 48 [Axel BREUTGAM] (Stand: 2000), Rn. 18, S. 6.
- (133) HARDER, Insolvenzzrechtliche Surrogation (Fn. 134), S. 80 Fn. 207 以下に「監り」を断つていふ。
- (134) GERHARDT, Der Surrogationsgedanke (Fn. 33), S. 4; DIECKMANN, Zur Reform des Ersatzaussonderungsrechts (Fn. 35), S. 100 Fn. 20; Sirko HARDER, Insolvenzzrechtliche Surrogation, Beiträge zum Insolvenzrecht 27, Köln 2002, S. 80 und S. 4; Hans Gerhard GANTER, Zweifelsfragen bei der Ersatzaussonderung und Ersatzabsonderung, in: NZI 2005, S. 1-9, 2; DERS., Der Surrogationsgedanke bei der Aus- und Absonderung, in: NZI 2008, S. 583-588, 587 und Jaeger/LENT, KO⁸ (Fn. 54), § 46, Anm. 4, S. 669-670; KUHN/UHLENBRÜCK, KO¹¹ (Fn. 54), § 46, Rn. 11, S. 792; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze¹⁷ (Fn. 54), § 46, Anm. 2, S. 255-256 sowie Kübler/Prütting/Bork/Prütting, InsO (Fn. 46), § 48, Rn. 5, S. 3 und Rn. 17, S. 5-6; MünchKommGANTER, InsO² (Fn. 46), § 48, Rn. 10, S.1305; Hess, InsO (Fn. 46), § 48, Rn. 11, S. 1053; Uhlenbruck/BRINKMANN, InsO¹³ (Fn. 46), § 48, Rn. 21, S. 851; Gottwald/GOTTWALD/ADOLPHSEN, InsO⁴ (Fn. 46), § 41, Rn. 8, S. 66-4; FK-InsO/IMBERGER, InsO (Fn. 46), § 48, Rn. 5, S. 570; Krefz/LOHMANN, InsO⁶ (Fn. 46), § 48, Rn. 1, S. 482; HambKommBüCHLER, InsO³ (Fn. 46), § 48, Rn. 5, S. 604.

(157) Dieter STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtsersatz: Ein Beitrag zur „dinglichen Surrogation“ im Privatrecht, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht 73, Bielefeld 1972, S. 24-31; Manfred Wolf, Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation, in: JUS 1975, S. 643-710; Joachim GERNHUBER, Art. Surrogationen, in: Bürgerliches Recht: Ein systematisches Repetitorium für Fortgeschrittene, 3. Aufl., Jus-Schriftenreihe, H. 87, München 1991, S. 469, 470; Dagmar COESTER-WALTJEN, Die dingliche Surrogation, in: Jura 1996, S. 26, 27の「すなわち、日本におけるドイツ物上代位論の研究にも、つよい影響を及ぼしている。新田宗吉「物上代位に関する一考察(一)」(五・完)——抵当権の物上代位を中心として」明学二五号一—六七頁、二六号一四五—一八七頁、二八号八三—一三六頁、三〇号三二—七四頁、三二号一五七—一九八頁(一九八〇—一九八四年)、斎藤和夫「『抵当権の物上代位』の法構造——ドイツ法上の「元物型」物上代位における『支払異議』の機能の解明——」法律学科篇『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集』二七七—三二三頁(慶應義塾大学法学部、一九九一年)、水津太郎「ドイツ法における物上代位の理論的基礎(一)」(四・完)「法研八〇巻三号二—一六八頁、四号四五—九四頁、五号二五—五九頁、六号三三—七三頁(二〇〇七年)。

(136) 水津・前掲注(135)理論的基礎(二)五四—五九頁を参照。

(137) 民法上の代位の体系化の試みとして、水津太郎「代位と多角的法律関係——包括的・体系的考察——」椿寿夫「中舎寛樹編『多角的法律関係の研究』一八〇—一九五頁(日本評論社、二〇一二年)〔初出、二〇〇九年〕。物上代位については、今尾真「所有権移転型担保に基づく物上代位について——フランス法における物的代位 subrogation réelle 概念を手がかりとして」私法六五号一七〇—一七七頁(二〇〇三年)の類型論も参照。

(138) 他人物の無権限譲渡の場合にも、物上代位——論者の用語によれば「複数の法的代償」——の適用可能性を認めるものとして、STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtsersatz (Fn. 135), S. 217-218, 222, 223の点については、水津・前掲注(6)所有権移転型担保四〇四頁参照。シュトラウフは同所では、「所有権」に焦点を合わせ、譲渡人が代位物として取得した所有権は、原目的物の所有者に直接帰属するとしている。「債権」が代位物である場合につき、S. 213は「債権上の所有権」は否定されるが、「債権の帰属」を語ることができるところから、「従前の所有者の地位を規定するのに困難はない。所有者が債権的権利の担い手になる」と述べている。ただし、シュトラウフによれば、譲渡人が破産し

場合には、「一般の取戻権ではなく」代償的取戻権が適用される。条文の文言が一義的である以上、解釈論としてこれを克服することはできないからであるとする。しかし、そうすると、平時における実体権の所在と、破産における取扱いに不合理な齟齬が生じてしまう。破産にいたると、代位物が突然無権限譲渡人に帰属し、取戻権者はその回復を、代償的取戻権をとおして求めていかなければならなくなるのだろうか。代償的取戻権の規定との関係の問題視する、Wolff, Prinzipien und Anwendungsbereich (Fn. 135), S. 646 Fn. 25 の指摘も同旨とみられる。もともと、ヴォルフの論旨は、所有権に基づく物上代位を破産法上も貫徹すべきというものではない。むしろまったく反対に、所有権には物上代位は認められないとしてシュトラウフの基本構想を論難している。その基礎にあるのは、物上代位はとりわけ代理法の顕名主義に反するという理解である。物上代位が適用されれば、顕名がなされていないにもかかわらず、債権が所有者に直接帰属することになってしまうからである。そのほか、取引の安全、譲渡人の債権者の信頼保護が強調されている。詳しくは、水津・前掲注(6)所有権移転型担保四〇七—四〇九頁および注四三、四一二頁、同・前掲注(135)理論的基礎(三)二六—二七頁注二八・一二九、(四・完)三七—三九頁を参照。

(138a) そもそも歴史的・比較法的にみれば、民法三〇四条、三七二条のタイプの物上代位のほうがむしろイレギュラーなものであることも、あわせて付言しておこう。物上代位は中世ローマ法学に由来する法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》を源とし、その典型的な適用例は特別財産、なかでも相続回復請求権であるとみられてきた(この点につき詳しくは、水津太郎「一九世紀前期・ドイツ普通法学における法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》について——支配的見解に対するハッセとミュレンブルッフの批判——」法政論究六四号二〇三—二三八頁(二〇〇五年)、同「一九世紀中期・ドイツ普通法学における法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》について——キールッフの反論とヴェヒターの検討を中心として——」法研八〇巻一二号二〇五—二三六頁(二〇〇七年)、同「一九世紀後期・ドイツ普通法学における法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》について(一)(二・完)——現代ドイツにおける物上代位論の歴史として——」法研八一巻四号二九—七六頁、五号三三—八六頁(二〇〇八年)。このイメージは現在のドイツでも通用している。BGB二〇一九条によれば、表見相続人が相続財産所属の財産を売却した場合には、《代価は物の地位を襲い》、売却代金債権は相続財産に直接帰属し、当該債権の担い手は真正相続人になる(代償的取戻権との関係も含め、後掲注(139)を参照)。かの地において所有権に基づ

く物上代位を肯定する見解も、否定する見解も、いずれも所有者が債権者になるという解釈を議論の前提としている（前掲注（138）参照）のは、この意味において自然なことである。以上の事情はもちろん、日本法には直接あてはまらない。特別財産の物上代位につき明文に乏しく、相続回復請求権においても規定をもたないからである。しかし、民法三〇四条、三七二条の構成を相対化するには十分であろう。そして、本文でみたように、こうした解釈は理論的にも首尾一貫したものとみる事ができる。

(139) GANTER, Der Surrogationsgedanke (Fn. 134), S. 587. 一般には、物上代位に関する諸規定を挙げて、この場合には代償的取戻権ではなく、一般の取戻権が問題となるというように説明されている。たとえば、Jaege/Lent, KO⁹⁰ (Fn. 54), § 46, Anm. 4, S. 669-670 は、物上代位の典型例である、相続回復請求権における物上代位（BGB 二〇一九条〔日本には対応する明文の規定はない〕）を例に挙げて、次のように解説している。表見相続人が遺産に所属する財産を売却し、所有権を譲渡した場合、売却代金債権は同条の物上代位によって直接相続財産の構成要素となる。その後、表見相続人が破産したときには、同債権は破産者に属さない財産として、一般の取戻権のルールに服する。代償的取戻権は適用されない。真正相続人は売却代金債権を、直接に（債権譲渡を受けることなく）、買主に請求することができるからである。この場合には、善意で表見相続人に弁済した買主は保護される（同条二項〔詳しくは、新田・前掲注（135）物上代位（一）二六—三三頁を参照〕）。なお、日本法との関係では、取戻権ではなく「別除権」（InsO 四九条以下）が問題となる場合の処理も気にかかるであろう。この場合においても、物上代位と（解釈上認められる）代償的別除権の関係は、物上代位と代償的取戻権の関係と同じように捉えられると解されている。すなわち、「制定法で規定されていない代償的別除権は、代償的取戻権と同じように、物上代位の法思想に基づくものではない。物上代位が存するならば、反対にすんで、代償的別除権は排除される」（GANTER, Ersatzaussonderung und Ersatzabsonderung (Fn. 134), S. 8; ferner vgl. Ulf GUNDLACH/Volkhard FRENZEL/Nikolaus SCHMIDT, Die Anwendbarkeit des 48 InsO auf Veräußerungen durch den Insolvenzschuldner, in: DZWIR 2001, S. 441-445, 445）。このことは所有権に基づく物上代位の際に、所有者には他物権型の優先権しか与えられないと考える場合において、当該権利を破産法上「別除権」と構成するときにも、同じようにあてはまるであろう。誤解を招かないように論旨を確認しておく、本節における問題関心は、「物上代位」によって「物権」の構成をとおして優先権が確保され、「一般の」取戻

権ないし別除権が適用されるのか、そうではなく「代償的」取戻権ないし別除権で処理されるのか、という点にある。この限りでは、取戻権か別除権かという点は大きな問題ではない。所有権に基づく物上代位の効果を詳論したのは、叙述の便宜のためである。

(140) KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze¹⁷ (Fn. 54), § 46, Anm. 1, S. 255.

(141) HÄSEMEYER, Insolvenzrecht¹⁸ (Fn. 46), Rn. 1.15, S. 19-20. この区別はよく、ヘンケルの著名な論文¹⁹ Wolfram HENCKEL, Grenzen der Vermögenshaftung, in: JUS 1985, S. 836-842 に由来する。ヘーゼマイヤーは「責任法的帰属 (haftungsrechtliche Zuordnung)」と呼んでいるが、ヘンケルは「責任的帰属」とした。ヘンケルは互換的に用いている²⁰。

(142) Patrik EISMANN, Der Bereicherungsanspruch im Insolvenzverfahren: Zum Grundsatz gleichmäßiger Befriedigung in der Insolvenz unter Berücksichtigung des Verhältnisses von Zuordnung und Haftung, Schriften zum deutschen, europäischen und vergleichenden Zivil-, Handels- und Prozessrecht 225, Bielefeld 2005, S. 18, 20-21, 97-98, 107. 関連文献は同所を参照。

(143) GERHARDT, Der Surrogationsgedanke (Fn. 33), S. 3, 6; Kübler/Prütting/Bork/Prütting, InsO (Fn. 46), § 48, Rn. 4, S. 2; Jaeger/HENCKEL, InsO (Fn. 46), § 48, Rn. 7, S. 1225 以下。重要な論客をはじめ、代償的取戻権研究の第一人者のひとりであるガンターが「責任法的代位」の概念を積極的にとりあげている (GANTER, Der Surrogationsgedanke (Fn. 134), S. 584, 587 以下)。DERS., Ersatzaussonderung und Ersatzabsouderung (Fn. 134), S. 3, MünchKomm/GANTER, InsO² (Fn. 46), § 48, Rn. 4, S. 1302)。現在では、この概念は所与のものとして用いられる²¹。Hess, InsO (Fn. 46), § 48, Rn. 3, S. 1052; Uhlenbruck/BRINKMANN, InsO¹³ (Fn. 46), § 48, Rn. 1, S. 845; Gottwald/GOTTWALD/ADOLPHSEN, InsO⁴ (Fn. 46), § 41, Rn. 2, S. 663; HambKomm/BÜCHLER, InsO³ (Fn. 46), § 48, Rn. 1, S. 603.

(144) HENCKEL, Grenzen der Vermögenshaftung (Fn. 141), S. 840-841. なお、Jaeger/HENCKEL, InsO (Fn. 46), § 48, Rn. 5, S. 1224 も参照。

(145) 金銭所有論を例にとれば、物権的価値返還請求権説 (四宮) は①、債権的私的所有説 (川村)、債権的価値帰属権説 (松岡) は②に位置づけられる。このうち①の学説は、金銭所有権に関する「占有≡所有権」説を克服するため

に提唱されたものであり、この意味において、金銭という特殊な財と結びつけられている。これに対して、代位論は、客体の性格を問わずに問題となる。一般原則によれば、金銭に限らずおおよそ財が交替した場合において、物権から債権への格下げが生じうるからである。②の両説は、この場合も射程に収めている。

- (146) HENCKEL, Grenzen der Vermögenshaftung (Fn. 141), S. 840; Jaeger/HENCKEL, InsO (Fn. 46), § 48, Rn. 5, S. 1224; BEHR, Wertverfolgung (Fn. 36), S. 599-611 (松岡・前掲注(6)) 価値追跡一八一—一八二頁) ; EISMANN, Der Bereicherungsanspruch im Insolvenzverfahren (Fn. 142), S. 97-107 が挙げているものを総合した。

- (147) 倒産否認と代償的取戻権を素材に、効果の方向性の違いを示すのは、HASEMEYER, Insolvenzrecht⁴ (Fn. 46), Rn. 1.15, S. 20. また、債権者取消権と信託の対比において、前者は後者と異なり、債務者の破産の際に、債務者の他の債権者との関係で物権のような優先権を有しないとするものに、Franz BYDLINSKI, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien/New York 1996, S. 341.

- (148) Jaeger/LENT, KO⁸ (Fn. 54), § 46, Anm. 4, S. 670.

- (149) DIECKMANN, Zur Reform des Ersatzaussonderungsrechts (Fn. 35), S. 111; GANTER, Ersatzaussonderung und Ersatzabsonderung (Fn. 134), S. 3; MünchKomm/GANTER, InsO² (Fn. 46), § 48, Rn. 7, S. 1313.

- (150) 前掲注(24)参照。

- (151) KUHN, Ersatzaussonderungsrecht (Fn. 38), S. 8.

- (152) Begründung zum RegE, in: KÜBLER/PRÜTTING (Hrsg), Das neue Insolvenzrecht (Fn. 32), S. 202.

- (153) 野村・前掲注(13)大コシメ・六三条注釈二六六頁、伊藤ほか・前掲注(15)条解・六三条注釈四六〇頁。

- (154) ドイツ法については、鈴木竹雄「問屋関係における委託者の地位」同『商法研究Ⅰ』二四六—二五〇頁(有斐閣、一九八一年)〔初出、一九三五年〕、神崎・前掲注(17)証券売買委託者四九九、五一〇—五一六頁、大塚・前掲注(17)委託販売四四—五一頁およびそれらの引用文献を参照。

- (155) 取戻権説の立場から、HGB三九二条二項と代償的取戻権の類似性を強調するものとして、HOCHMUTH, Die Ersatzaussonderung (Fn. 47), S. 72-73; GÜNDLACH, Der Ersatzaussonderungsberechtigte (Fn. 48), S. 35-36. すべい、一八七七年破産法に関する第二章案理由書が、「問屋営業についてドイツ商法典〔ADHGB三六八条〕は、草案の

「代償的取戻権に関する」観念を原理に高めたのである」と評していた。Motive, S. 186, in: HAHN, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung (Fn. 64), S. 183.

- (156) Claus-Wilhelm CANARIS, Handelsrecht: Ein Studienbuch, 24. Aufl., München 2006, § 30, Rn. 71, S. 473, Rn. 75, S. 474.

- (157) Claus-Wilhelm CANARIS, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Bd. 1, Köln 1978, S. 371-427, 408, jetzt in: Jörg NEUNER/Hans Christoph GRIGOLEIT, Claus-Wilhelm Canaris: Gesammelte Schriften, Bd. 3, Berlin/Boston 2012, S. 139-205, 183 [引用は論文の題名にもなっている。強調は水津]。この論文全体の紹介として、赤松秀岳「カナリス『債権の物権化』」同『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』一七一—一九二頁(成文堂、一九八九年)〔初出、一九八三年〕。

- (158) 議論状況については、大塚龍児「問屋の破産と委託者の取戻権」『商法の争点Ⅱ(ジュリ増刊・法学の争点シリーズⅣⅡ)』一三八—一三九頁(有斐閣、一九九一年)、同「最判昭和四三年七月二一日判批」江頭憲治郎Ⅱ山下友信編『商法(総則・商行為)判例百選(第五版)(別冊ジュリ一九四号)』一七四—一七五頁(有斐閣、二〇〇八年)のほか、平野・前掲注(20)間接代理(問屋)(一)一〇三—一六三頁、同・後掲注(161)間接代理(問屋)(二・完 六七—一三九頁)。

- (159) 鈴木・前掲注(154)問屋関係二七四頁。ただし、鈴木は、とくに留保なく、債権の譲受人は「完全なる権利取得」が認められるとしている(二六七頁)。これに対して、ドイツ法を参照しながら、債権の譲受人が問屋の債権者である場合も同様に考えるのか、との疑問を呈するものとして、大塚・前掲注(17)委託販売五二頁注一〇二。

- (160) 道垣内・前掲注(7)信託法理と私法体系二〇八—二一〇頁。同論文はおもに不当処分ケースを取り扱うが、後掲最判昭和四三年七月二一日を引き合いに出している(二一〇頁)ことからわかるように、正当処分、問屋営業も射程に収めている。

- (161) 平野裕之「間接代理(問屋)をめぐる責任財産及び直接訴権(二・完)」慶應法学二二一—二三四頁(二〇〇五年)。なお、譲受人が問屋の債権者であったケースの例外は、販売委託の実行によって取得された代金債権が債権回収ないし担保のために譲渡された場合について述べられたものであり(九三頁)、買入委託の実行によって取得

された物品の所有権につき同様の譲渡がおこなわれた場合の処理に関しては触れられていない（同・前掲注(20)間接代理（問屋）（一）一六三頁参照）。

(162) 柳勝司「受任者の名によって為された委任の実行をめぐる法律関係について」同『委任による代理（名城大学法学会選書一〇）』一八二—一八三頁、一八九頁（成文堂、二〇一二年）〔初出、一九八〇年〕、三宅正男『契約法（各論）下巻（現代法律学全集九）』九七—一九七三、九八三—九八六頁（青林書院、一九八八年）。

(163) もっとも、叙述が明確なのは譲渡対象が所有権のケースであり、債権が第三者に譲渡された場合についてははっきりとは述べられていない。柳・前掲注(162)委任による代理一八九頁、三宅・前掲注(162)契約法各論九八三、九八六頁参照。

(164) 最判昭和四三年七月一日民集二二巻七号一四六二頁。

(165) ドイツ信託法については多数の研究があるが、近時の一般的なものとして、加毛明「受託者破産時における信託財産の処遇（三）（四）——二つの『信託』概念の交錯——」法協一二五巻一六五—一三四頁、一二号二六四五—二六九〇頁（二〇〇八年）、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、二〇〇八年）のほか、とくに本稿と関連するのは、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——」産法四〇巻三—四号合併号一七—二四七頁（二〇〇七年）。なお、ドイツ法上、受託者が信託財産に属する財産を不当に譲渡した場合には代償的取戻権が認められると説かれている。Jaeger/HENCKEL, *InsO* (Fn. 46), § 48, Rn. 58, S. 1247. そうすると、ドイツにおける信託財産の代位物の規律を捉えるためには、直接性原則の是非・物上代位の肯否のみならず、代償的取戻権の規律にも目を配らなければならないことになる。

(166) 伊藤ほか・前掲注(15)条解・六二条注釈四四七頁。

(167) 中田・前掲注(44)破産法一二二頁、谷口・前掲注(44)倒産処理法二二五頁、加藤・前掲注(44)破産法二二八頁、池尻・前掲注(15)基本法一四〇頁、野村・前掲注(13)大コンメ二七一頁。

(168) 以下に強調すべきは、MünchKomm/GANTER, *InsO*² (Fn. 46), § 48, Rn. 1, S. 1301. *so und*, vgl. Jaeger/LENT, *KO*³ (Fn. 54), § 46, Anm. 1, S. 667.

- (169) Gottwald/GOTTWALD/ADOLPHSEN, Inso⁴ (Fn. 46), § 41, Rn. 2, S. 663.
- (170) Jaeger/HENCKEL, Inso (Fn. 46), § 48, Rn. 5, S. 1224, vgl. HENCKEL, Grenzen der Vermögenshaftung (Fn. 141), S. 836, 840.
- (171) MünchKomm/GANTER, Inso² (Fn. 46), § 48, Rn. 4a, S. 1302.
- (172) BEHR, Wertverfolgung (Fn. 36), insbes. S. 519-520, 577; 松岡・前掲注(19) 価値追跡 一六八、一七七頁。
- (173) 松岡・前掲注(19) 価値追跡 一八六頁。問題点と克服の方向を丁寧検討している。
- (174) BEHR, Wertverfolgung (Fn. 36), insbes. S. 578; 松岡・前掲注(19) 価値追跡 一七七頁。
- (175) 松岡・前掲注(19) 価値追跡 一九二頁および BYDLINSKI, System und Prinzipien (Fn. 147), S. 343-344 Fn. 371.
- (176) DIECKMANN, Zur Reform des Ersatzsonderungsrechts (Fn. 35), S. 95 Fn. 2.
- (177) この点については別稿で検討を予定している。
- (178) 司法省編纂・前掲注(26) 改正破産法理由三四頁。
- (179) Motive, S. 186, in: HAHN, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung (Fn. 64), S. 183.
- (180) Begründung des Rechtsausschuss, abgedruckt in: KÜBLER/PRÜTTING (Hrsg.), Das neue Insolvenzrecht (Fn. 32), S. 214.
- (181) 賃料債権につき、最判平成一〇年一月三〇日民集五二卷一十一頁。
- (182) 最判平成一七年二月二二日民集五九卷二号三二四頁。ただし、この判決は「差押え」の趣旨の解釈から結論を導いている。
- (183) 加賀山茂「『債権に付与された優先弁済権』としての担保物権 債権以外に別個の担保物権が存在するわけではなく」國井和郎先生還暦記念『民法学の軌跡と展望』二九一—三二四頁(日本評論社、二〇〇二年)、同『担保法(現代民法)』(信山社、二〇〇九年)。
- (184) もっとも、最判平成二三年一〇月一八日民集六五卷七号二八九九頁は、他人物の販売委託契約につき、物の所有者がこれを追認したとしても、所有者は販売代金の引渡請求権を取得できないとし、そう解さないと「受託者が無権利者に対して有していた抗弁を主張することができなくなるなど、受託者に不測の不利を与える」ことになってし

まうという。この判決の射程は他人物売買にも及ぶとみられている（中島基至「最判平成二三年一〇月一八日判解」曹時六五卷六号一三七八頁（二〇一三年））。この考え方によれば、所有者が追認によって物上代位を発動させ、他人物契約に基づく債権を取得する方法は、否定されることになろう。

(185) この問題については、現在では、Kuhn, Ersatzanspruch (Fn. 38), S. 147-162 m.w.N.

〔付記〕 本稿は、平成二五年度科学研究費補助金（若手研究(B)：課題番号 22730092）の助成を受けた研究成果の一部である。