慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	債権者平等原則と価値追跡
Sub Title	Gläubigergleichbehandlung und Wertverfolgung
Author	Hoffmann, Jan Felix(Suizu, Taro) 水津, 太郎
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.8 (2018. 8) ,p.33- 68
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料 連続講演1
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180828-0033

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

資料

連続講演1

債権者平等原則と価値追跡

ヤン・フェリックス・ホフマン
水津太郎／訳

A はじめに
B 債権者平等原則の意義——ドイツにおけるこれまでの議論
Ⅰ 出発点
Ⅱ 社会の平和
Ⅲ ヘーゼマイヤーの補償責任説
1 債権者の「帰責性」
2 補償責任説に対する評価
Ⅳ 憲法上の平等原則
Ⅴ 私的自治による説明の試み
1 債権発生時にされた黙示の約定
2 債権者間の契約——責任財産の分配に関する債権者の仮定的意思
3 「無知のヴェールに覆われた」債権者の仮定的意思
Ⅵ 利益共同関係
Ⅶ 衡平
Ⅷ 純手続法的原理
C 優先主義の再構成と債権者平等原則の根拠
Ⅰ 優先主義の根拠
1 取引安全の保護の装置としての処分法上の優先主義
a) 債務法上の拘束と絶対的帰属
b) 義務の履行としての処分を受けることを必要とする実体法上の根拠
c) 検討結果の確認——倒産否認権
2 取引安全の保護による正当化
Ⅱ 実体法上の分配ルールとしての債権者平等原則
Ⅲ 手続法上の問題——個別強制執行において優先主義をとるべきか、平等主義をとるべきか

D　特権化の根拠としての価値追跡
　Ⅰ　価値追跡の理論の基本的な問題点
　Ⅱ　財団に不当利得が生じた場合との区別
　Ⅲ　ドイツ法における具体的なあらわれ
　　1　代償的取戻権――ドイツ倒産法四八条
　　2　費用償還請求権を担保するための留置権――ドイツ倒産法五一条二号
E　まとめ

A　はじめに

倒産の局面において、相対権と絶対権との区別が、実際上重要な意義を有することは明らかである。相対権者である債権者がその給付の履行を求めるときは、自分以外のすべての債権者と競合することとなる。他方、絶対的な法的地位を有する者は、倒産管財人に対し、自分の法的地位を主張し、これに対する侵害を除去するよう求めることができる。たとえば、動産の所有者は、取戻権を行使することで、自分の所有物である動産の返還を求めることができる。倒産法は、たんに民法に付属するだけの法領域ではない。むしろ、市民法としての財産法が、全体として整合性を保ったかたちで組み立てられているかどうかは、倒産法において明らかになる。

倒産法上の債権者平等原則を倒産法の出発点とすべきことについては、国際的にみても異論はない。[1] そして、所有者のように、絶対的な法的地位を有する者が、この原則に服さないことについても、争いはないといってよいであろう。つまり、一定の地位は、物権的なものとされ、これにより倒産に耐えることができるとされているのである。この規律を内在的に正当化する根拠は、所有者は、債権者として債務者と向き合うわけではないことにあると考えられる。[2] すなわち、所有者は、財産にかかる責任を実現するのではなく、財産に属する具体的に特定された対象について、侵害の除去を求める者である。そこで、各国の法秩序は、ある法的地位が絶対的なものであると評価されるために満たさなければならない要件を、対象の性質に応じて定めることとなる。具体的には、動産については、引渡しが要件とされ、不動産については、登記簿への登記が要件とされるであろう。債権については、債務者に対する通知が求められ、無体財産権については、登録簿への登録が求められよう。絶対的な法的地位は、債権者の存在を問題とせずに、一定の性質を有する対象ごとに統一的に定められた一般的

な要件を満たしたときに与えられる。

倒産法上の債権者平等原則は、相対的な法的地位と絶対的な法的地位との区別のあらわれとして、最も重要なものである。債権者平等原則が正当な理由もなく相対化されるならば、そのような区別、さらには民法上の所有権の概念を根本から揺るがしかねない。債権者平等原則と物権法とを全体として調和させるのは、簡単なことではない。たしかに、債権者平等原則が適切であることについては、基本的に意見が一致しているようにみえる。しかしながら、債権者が実際にどのように取り扱われているのかをみていくと、債権者の平等は、当面のケースについて正義を実現すべきであるという風潮のもとで、しばしばないがしろにされている。

一定の債権について特権を与える立法上の措置や学説上の理論のうち、よく知られたものは、価値追跡ないし価値増加の理論である。[3] この理論によれば、倒産債権者が、債務者に対し、最も広い意味で価値をもたらした場合において、その価値が倒産財団に残存しているときは、その倒産債権者は、所有者としての地位を有する要件を満たしていないにもかかわらず、他の債権者に対する特権を有するべきであるとされる。[4] この価値追跡について包括的な理論を提唱したのは、ヴィルブルク（*Wilburg*）である。しかしながら、ヴィルブルクの理論は、完成されなかった。これは、ヴィルブルクが、自分の理論について、確固とした基礎づけを与えることができなかったからであると考えられよう。[5] ヴィルブルクがとくに念頭に置いていたのは、次のケースである。[6] 盗人が、自分の盗んだ金銭で指輪を買った。この場合において、盗人の財産について倒産手続が開始されたときに、被害者である債権者は、その指輪の返還を求めることができるか。このケースでは、所有権に関する法律関係は明らかである。債権者は、かつては金銭の所有者であったものの、指輪については、その所有権を取得するために求められる物権法上の一般的な要件を満たしていない。[7] しかし、ヴィルブルクは、価値追跡の理論にもとづいて、この債権者に特権を与えることを試みる。価値追跡の理論は、物権法の存在意義について根本的な疑問を投げかけるものである。この理論は、次の理由から退けられなければならない。その理由は、価値追跡の理論を首尾一貫しようとすると、〔特権を与える範囲について〕際限がなくなってしまうことと、同理論は、これを正当化する価値を有していないことである。

本稿では、価値追跡の理論の問題点を検討するために、

BとCにおいて、債権者平等原則の意義を検討し、その価値を正当に評価することを試みる。この作業は、一定の債権について特権を与えることを正当化するために求められるべきものはなにかを明らかにするうえで、不可欠なものである。Dでは、価値追跡の理論にもとづいて特権を与えることが説得的であるかどうかについて、検討をおこなうこととする。その際には、とりわけ、価値追跡の理論に支えられているとされるドイツの制度を取り上げることとしよう。

B　債権者平等原則の意義——ドイツにおけるこれまでの議論

Ⅰ　出発点

ドイツ法において、ほぼ異論なく受け入れられているのは、次の前提である。それによれば、債権者平等原則は、優先主義の例外であるとされる。したがって、その例外を正当化することが求められることとなる。ドイツの個別強制執行法において優先主義がとられていることも、この前提のあらわれだとされる。優先主義は、一般に、自由の原則にもとづくものであるととらえられている。ここでいう自由の原則は、債務者の私的自治と、その債務者に対する各債権者の私的自治に対応するものである。[9] 勤勉な債権者は、債権者間の競争において、その債権にかかる債務の履行について報酬を受けるに値する。このような背景のもとで、債権者平等原則は、私的自治の例外であり、その正当化を必要とするものと考えられている。もっとも、今日にいたるまで、債権者平等原則を私的自治の例外と位置づけたうえで、その例外を正当化することに成功したものは、あらわれていない。

Ⅱ　社会の平和

債権者平等原則を正当化する根拠として、よく知られているのは、この原則が社会の平和に寄与するという考え方である。優先主義がとられるならば、債権者たちがわれさきにと債務者のところに殺到し、公共の安全を害する争いをするおそれが不可避的に生じることとなる。[10] このように考える者は、責任財産の分配について、秩序づけられた手続が必要であることを強調する。そのこと自体は、よく理解することができる。しかし、責任財産を分配する基準が問題となっているときに、債権者平等原則を正当化するものとして、社会の平和という視点が示されたとしても、議論はなにも進展しない。社会の平和を維持すべきであると

いうのは、責任財産が秩序づけられた手続のなかで、どのように分配されるべきであるかについて、その基準を導くものではないからである。[11] 社会の平和の維持という要請から導かれるのは、債権者が暴動を起こさないように、責任財産の分配が公正におこなわれるべきであるということに尽きると考えられる。

Ⅲ　ヘーゼマイヤーの補償責任説

1　債権者の「帰責性」

優先主義を実体法上の原則に位置づけたうえで、これを修正することを正当化する試みのなかで、これまでに示された最も野心的なものは、ヘーゼマイヤー（*Häsemeyer*）が補償責任というキーワードのもとで提示した理論である。[12] ヘーゼマイヤーは、債権者平等原則を、債権者たちは、実体法上、相互に補償責任を負担しているという考え方によって根拠づけている。ヘーゼマイヤーにとっても、債権者の平等というのは、「債権者に属する権利を制限する」ものであり、「債権を失わせるためにやむをえないもの」である。[13] すなわち、債権者たちは、平等な取扱いによって、本来自分に属すべき実体法上の権利を失うこととなる。ヘーゼマイヤーによれば、すべての債権者は、他の債権者から、債務者の財産状況に影響を与えたことについて、非難を受けなければならない立場にある。すべての債権者は、債務者が実質的に倒産におちいったことについて、「最も広い意味において〔……〕『帰責性』」を有する。この「帰責性」により、債権者たちを按分比例による満足に追いやることが正当化される。[14] 債権の額は、債務者が倒産したことに対し、それぞれの債権者がどのくらい影響を及ぼしたか、そして、それぞれの債権者がどの範囲で補償責任を負うべきかを説明するものである。債権者たちは、「破産財団から満足を受けることを、自分の破産債権をもって、相互に補償しなければならない。ここで債権者たちが負う責任は、〔その債権の額を超えては責任を負わないという意味で、〕有限責任の一種である」。[15] 一つひとつの法律関係が債務者にとって有用なものであったか、それとも、損失をもたらすものであったかをさかのぼって確かめることは、排除されるべきである。「なぜなら、のちに破産者となる債務者が、その法律関係に入ることを決定したことが重要だからである」。[16] そのような「遡及的検討」により、「後から原因を探求する」ことはできない。[17]

この理論のもとでは、あらゆる種類の担保権も、倒産に耐える力を失うこととなる。債権者が与信の担保として担

保権の設定を受けたとしても、債務者が倒産したことについて、その債権者が「帰責性」を有しない、つまり、その債権者が「免責」されることとなるわけではない。公示された担保権が、倒産において、一定の範囲で尊重されるにすぎないというべきである。たしかに、債権者が自分の担保権を公示したからといって、その債権者の「帰責性」がなくなるわけではない。しかし、「公示を備えた担保権は、他の債権者に対して、少なくともある程度、その行動の指針を与える。そのため、破産者との間の法律行為により生じた被担保債権にかかる負担については、債権者平等原則をやわらげることが許されることとなる」[18]。

2　補償責任説に対する評価

債権者平等原則の意義に関するヘーゼマイヤーの試みは、私法の基礎にある評価や構造と一致しない。補償責任の理論の中核を占め、その鍵を握っているのは、債権者が債務者の財産に対して「影響力を行使した」という点である。そこで、債権者には、債務者が倒産したことについて、「帰責性」があるとされる。しかし、この債権者の「帰責性」は、私法上の根拠を欠いている。そのため、その内容も、はっきりとしない[19]。ここでは、責任を根拠づける民法上の「帰責性」を語ることができない。このことは、過失責任主義を持ち出すまでもない。なぜなら、債務者の財産関係の形成について「帰責性」を有するのは、基本的に、債務者その人ただ一人だからである。債務者の自己決定の自由が詐欺、錯誤その他の事由により害されていない限り、債務者が自分の財産についておこなったことについて、債権者が帰責性を有するとされる理由はない[20]。

ヘーゼマイヤーの理論では、債務者が倒産したことについて、それぞれの債権者がどのくらい「帰責性」を有しているのかを確かめるために、「遡及的検討」をすることはできないとされている。しかし、それがなぜできないのかは、明らかでない。ヘーゼマイヤーが遡及的検討の排除を正当化するために提示している根拠は、帰責性に関する考慮と、実用性に関する考慮との間を不安定に揺れ動いている。ヘーゼマイヤーは、先に引用したようなかたちで、債権者の帰責性をさかのぼって確かめない理由を説明している。その説明の基礎には、債務者が自分の財産についておこなったことを、債権者の責めに帰すことは許されない、という考え方があるようにみえる[21]。しかし、すでに述べたように、この説明を首尾一貫させるならば、債務者の倒産と債権者の帰責性との間は、完全に切り離されることにな

らざるをえないはずである。そうだとすると、債権者は、債務者が倒産したことについて、なんらの「帰責性」も有しないこととなる。ヘーゼマイヤーが債権者の帰責性について「遡及的検討」をすることを求めようとしなかったのは、そのような主張をしたら、実用に耐えられないと考えたからであろう。しかし、そうすると、今度は、伝統的な私法上の帰責性と責任のカテゴリーを破壊することとなってしまう。債務者が倒産したことについて、債権者一人ひとりにどのくらい帰責性があるのかを確定することができないときは、補償責任としての債権者平等原則を適用する根拠として、債権者の帰責性をもちだすことは、基本的に許されないはずだからである。

債務者の不法行為を理由として債権を取得した債権者を、債務者の不当利得を理由として債権を取得した債権者と比べるならば、債務者の財産に対して影響力を行使したことにもとづく「帰責性」という概念は、私法上正当化することができない集団的な帰責性を認めるものとして、それ自体説得力を失うこととなる。一方で、ヘーゼマイヤーは、私法上、債権者たちが按分比例による満足しか受けることができないことを正当化する根拠として、債務者が倒産したことについて、債権者たちが「最も広い意味での」[22]「帰責性」を有していたこと、それぞれの債権者「自身の行為の結果」[23]として、債務者が倒産したことを挙げている。しかし、債務者が債権者の法的地位を侵害したときは、このことはあてはまらない。他方で、この場合において、債権者が債務者の財産に対して影響力を行使したという主張には、内在的な批判をすることができる。すなわち、不当利得返還請求権については、債務者の財産に到達し、その財産に属することとなった利益をもって、債務者の財産に対して影響力を行使したということもできなくはない。しかしながら、不法行為に基づく損害賠償請求権については、そのような意味での影響力の行使はない。たとえば、債務者が債権者に属する物を損傷したときは、――そのような義務を債務者が負ったこと自体を除けば――そもそも債務者の財産になんらの影響も生じていない。この場合には、債務者の責任財産から財産が流れ出たわけでも、債務者の財産へと財産が流れ込んだわけでもない。「遡及的検討」を排除する考え方によっても、この問題点を解消することはできない。というのは、この場合には、そもそも債務者の財産に対する影響力がないため、その影響力が債務者にとって有利にはたらいたのか、それとも、不利にはたらいたのかをさかのぼって確かめることをしないとしても、意

味がないからである。

Ⅳ　憲法上の平等原則

一般的な考え方によれば、優先主義は、債務者の私的自治と、その債務者に対する各債権者の私的自治のあらわれであり、この私的自治が、債権者平等原則によって修正されると解されている。このような修正を、憲法上の平等原則（ドイツ基本法三条一項）に立ち返って正当化する試みも、よくおこなわれているところである。[24] しかし、憲法上の平等原則によって私法の領域における自己決定の自由を厳しく制約することが適切であるかどうかは、非常に疑わしい。[25] 憲法上の平等原則にさかのぼって私的自治の制約を正当化することは、伝統的な私法のドグマーティクとの決別を意味することとなる。

Ⅴ　私的自治による説明の試み

有力になってきているのは、債権者平等原則を私的自治によって正当化しようとする試みである。それによれば、債権者平等原則は、債権者の意思に対応するものである。したがって、債権者平等原則と、自由を基礎とする優先主義との間には、矛盾はないとされる。

1　債権発生時にされた黙示の約定

最もよく知られているのは、債権者の平等に対応する債権者の合意がされていること、つまり「〔責任財産の〕分配に関する黙示の約定」[26] がされていることから出発する見解である。それによれば、このような合意がされていることは、経済生活のなかでは、自分が債務者に対する唯一の与信者であると考える債権者はいないことから明らかになるとされる。しかしながら、意思理論の観点からは、この仮説は維持することができない。債権者たちは、それぞれの間では法律行為をしていない以上、債権者の平等に対応する取り決めは、最初から、債権者と債務者との間でのみ、交わされることとなるからである。さらに、債権者の平等に対応する意思表示がされているという仮定は、純粋なフィクションである。それぞれの債権者には、自分が満足を受ける権利の一部を放棄する理由はないであろう。そのため、それぞれの債権者は、自分以外の債権者が、そのような放棄を（黙示に）すると考えることはできないのである。最後に、この見解を首尾一貫するならば、債権者は、自分の満足を受ける権利が制限されることを明示的に拒絶することができるはずである。そのため、債権者平等原則に服するかどうかは、それぞれの債権者の意思に委ねられ

ることとなる。

2　債権者間の契約――責任財産の分配に関する債権者の仮定的意思

支持が広がってきているのは、債権者平等原則を、仮定的な債権者の意思によるものととらえる考え方である。[27] この考え方は、アメリカ合衆国における法の経済分析に関する研究[28]に依拠している。それによれば、債権者平等原則は、債権者間の契約（*creditors' bargain*）[29]にもとづいて説明される。すなわち、優先主義をとることで債務者の財産を散り散りにすることで得られるものは、コントロールをかけて債務者の財産を換価することで得られるものよりも、低いはずである。後者の方法を実現するために、債権者たちは、財産獲得競争（*race to the assets*）から一緒に降り、そのことと引き換えに、平等に満足を受ける権利を互いに認め合うこととした。しかし、そのような債権者間の合意は、明示にはされないのが通常だと考えられる。というのは、そのような明示の合意をするためには、「取引コストが高くつく」[30]からである。したがって、法律の定めを置くことが求められることとなるとされる。

しかし、仮定的意思にさかのぼって正当化することができるのは、任意法に限られる。したがって、この考え方によるならば、責任財産の分配をめぐる争いにおいて、次のような主張を債権者に許さざるをえなくなるはずである。すなわち、債権者の平等による配当しか得られないことは、自分の意思に合致しないから、その契約を締結するつもりはない、という主張である。債務者が実際に倒産した局面では、債権者は、自分の地位をより良くしようとするのが通常であろう。[31] そのため、この見解によれば、債権者平等原則は、通常であれば適用されない原則になってしまうと考えられる。

3　「無知のヴェールに覆われた」債権者の仮定的意思

ここで解決すべき問題は、強行的な責任財産の分配システムを、どのように位置づけるべきかという問題である。[32] この分配システムを変更することができるのは、団体としての債権者に限られる。このことを正当化するためには、債権者の仮定的意思として、倒産にいたる具体的な危機が生じた状況における意思に着目すべきではない。むしろ、ここで着目すべきなのは、債権者間の競争の幕が切って落とされた時点よりも、前の時点の意思である。この考え方を推し進めれば、ジョン・ロールズ（*John Rawls*）[33]がそ

の正義論において展開した、「無知のヴェールに覆われた（*under the veil of ignorance*）」状態において公正に利益を分配する規律はなにかが問題となる。[34] この方法で確定された規律は、自律的な契約を基礎とするものではなく、（私法上の観点からは）他律的な社会契約を基礎とするものである。しかし、この考え方によれば、問題は振出しに戻ることとなる。優先主義は、倒産の外においては、実質的にみて公正で、私的自治にかなうものだとされている。この優先主義にもとづく責任財産の分配の基準を、債務者が実質的に倒産におちいったときに、他律的に停止することがなぜ正当化されるのか。この出発点となった問題は、「無知のヴェールに覆われた」状態において利益を公正に分配する規律はなにかという問題と、同じであると考えられる。また、先に述べた経済学的な理由も、債権者平等原則を説得的に基礎づけるものではない。というのは、有害な財産獲得競争が生じるおそれに対処するための方法としては、効率的な包括執行手続を、次のようなかたちで設けることも考えられるからである。その手続では、債権者平等原則により責任財産が分配されるのではなく、包括執行法上の優先主義に従って、〔倒産手続開始の申立てや債権の届出をとおして〕より迅速に債権の実現を試みた順に責任財産が分配される。モーカル（*Mokal*）は、正当にも、次のような誤った推論にもとづく主張が広まっていることを問題視している。それは、〔倒産手続開始の効果として、債務者の全財産について〕差押えの効力を生じさせなければならないという理由から、優先主義は排除されるべきであるという結論を導く主張である。モーカルは、このような推論を、「イミュニティ／プライオリティ・ファラシー（*immunity/priority fallacy*）」と呼んでいる。[35]

Ⅵ　利益共同関係

さらに、債権者間にある「利益共同関係」によって、債権者平等原則を正当化することを試みる見解がある。この見解によれば、利益共同関係は、債権者たちがそのような関係を形成する意思を有していることから生じるのではなく、偶然の共有（*communio incidens*）[36] としてあらわれる。そのような偶然の共有が成立するのは、債務者の責任財産について、債権者たちが共同の権限を有しているからである。債権者たちは、平等の満足を得ることについて、「同一の方向に向けられた利益」を有する。この利益が、共同関係にあるものとして債権者たちを強制することを正当化するとされる。[37] しかしながら、この見解は、債権者平等原

則を基礎づけるものとしては適切でない。[38] 債権者たちが同一の方向に向けられた利益を有するのは、せいぜい、責任財産が適切に管理され、かつ換価されることについてくらいである。これに対し、責任財産を分配する基準については、債権者たちの利益は、むしろ激しく対立しているはずであろう。

Ⅶ　衡平

これまでに検討した正当化の試みは、いずれも難点を抱えるものであった。そこで考えられるのは、債権者平等原則を、衡平の原理によって説明することである。優先主義をとるならば、多数の債権者が、倒産した債務者のところに殺到することとなる。これは、まったく「耐えられない」事態だというわけである。[39] 英米法の文献では、しばしば、「イクォリティは、エクィティである」という言い回しが引かれている。[40] もっとも、このような主張は、実質的にみるならば、みずから提起した正当化の問題の難しさに耐えられず、お手上げになったというのと同じことである。優先主義にもとづく分配の原則を、責任財産の分配をめぐる争いが生じたときに「不衡平」なものであるとするならば、優先主義を、実体法上、私的自治によって正当化されたものと位置づけることはできないというべきだからである。

Ⅷ　純手続法的原理

最後に、債権者平等原則を、純粋に手続法上の原理としてとらえる可能性が残されている。[41] しかし、そのような原理では、実体法において基礎づけられた優先主義を排除することはできない。この見解は、その根拠として、債務者は、倒産手続が終了した後も、原則として、残債務について責任を負う（ドイツ倒産法二〇一条）ことを挙げている。しかし、この規律も、債権者平等原則が手続的な意味しか有しないことを示すものではない。手続が実体法から離れておこなわれるべきであることを、手続が終了した後も、実体権を実現する可能性が残されていることから正当化することはできない。責任財産の分配をめぐる争いを最終的におさめるときは、その分配の方式には、むしろ、実体法上の価値を認めるのが適切だと考えられる。また、倒産手続が終了した後も、残債務を負い続けるという論証は、倒産手続により法人格が消滅する法人の倒産については、不適切である。同じことは、自然人が倒産した場合において、免責手続がされたときにもいえる。[42] さらに、エルンスト

（*Ernst*）は、「すべての債権者を平等に取り扱う義務は、単純に、破産管財人がすべての債権者の利益を守らなければならないことから明らかになる」と述べている[43]。しかし、この説明も、簡潔にすぎるものである。優先主義にもとづいて債権者たちの私的自治を実現することが、すべての債権者の利益にならないとされる理由は、示されていないからである。

C　優先主義の再構成と債権者平等原則の根拠

これまでのドイツの議論では、優先主義は、私的自治のあらわれであると理解されてきた。しかしながら、この理解によると、債権者平等原則を十分に正当化することはできなかった。そこで、優先主義について根本的な考察をおこない、この建前を再構成することを試みることとする。そのためには、財の処分について優先主義がとられていることの背後に、どのような評価が据えられているのかを明らかにしなければならない[*訳注]。この作業は、債権者平等原則の根拠を明らかにし、その適用についての基礎を与えるものである[44]。

Ⅰ　優先主義の根拠

優先主義が適用されるのは、ある財の絶対的な帰属を変動させるために、債務法上の義務負担がおこなわれたときである。もっとも、その債務法上の義務にかかる債権を有する者が、絶対的な帰属そのものを得るためには、その義務が実現されなければならない。たとえば、債務者が金銭債務を負担したときは、債権者は、債務者の債務が発生しただけで、自動的に、債務者のところにある金銭の所有者になるわけではない。債権者が金銭の所有者となるためには、むしろ、債務者を義務づけることとは別に、義務の履行としての処分を受けることが求められる。このことが、優先的な地位を得るための要件となる。

1　取引安全の保護の装置としての処分法上の優先主義

a）債務法上の拘束と絶対的帰属

処分法上の優先主義は、義務の履行としての処分を受けることと結びつけられている。このことを正当化する根拠を明らかにするためには、債務者に対して財の絶対的な帰属の変動を義務づける債務法上の拘束に着目しなければならない。債務法上の義務負担の法的性質[45]に照らして考えれば、責任秩序における優先性を、義務の履行としての処分

を受けることと結びつけるのは、私的自治の観点からは当然のことではない。義務の履行としての処分を受けるためには、債務者の協力を要する。しかし、債務法上の拘束が生じているときは、債務者は、その債務法上の拘束によってすでに、債権者の「債権債務関係における意思の支配」[46]に服することとなる。債権者は、債務者の給付行為に対する支配権を取得する[47]。債務者は、債務を負担することで、自分の自由の一部を債権者に譲り渡している[48]。その後は、債権者は、「他人の意思を占有する」こととなる[49]。もっとも、債務者が金銭債務を負担した場合には、その金銭債務は、債務者の財産に属する金銭について、その絶対的帰属を移転することだけを目的とするものではない。むしろ、債務者は、必要があるときは、自分の財産を譲渡することで、金銭を調達しなければならない。債務者は、自分のすべての財産をもって責任を負うのである。この財産にかかる責任は、その基礎をすでに債務法上の拘束のなかに有している[50]。そのため、財産にかかる責任が生じるためには、特別な合意は不要だと考えられる[51]。債務者は、自分の財産について、自分の自由の一部を失うこととなる[52]。

契約当事者の観点からみれば、債務を履行しない債務者は、もはや自分に属していない自由を不当に行使しようとする者である。債務者は、自分の自由を私的自治によってすでに手放している。また、債務者が他律的に義務を負担するときは、債務者は、責任の要件が満たされることで、自分の自由を失っている。当事者間における自由のあり方を突き詰めて考えるならば、絶対的な帰属の変動が生じるかどうかは、債務が不履行におちいり、その債務にかかる債権を実現することができるかどうか、つまり、債務者が自分の自由を手放す意思を有しているかどうか、あるいは、責任法上、債務者の自由が他律的に取り上げられる条件を備えているかどうかによって判断されることとなるはずであろう。そして、優先主義を私的自治によって根拠づける立場を首尾一貫するならば、優先主義は、その根本において、債務法上の義務負担にかかる債務の履行期およびその実現可能性と結びつけられなければならないはずである。そうだとすると、財の絶対的な帰属の優劣は、債権の成立時期の先後によって決定されなければならないこととなる[53]。つまり、当事者間を拘束する債権債務関係上の義務を負担したことではなく、その義務の履行として、すべての人に対して効力を有する処分を受けたことによって優劣を確定することは、債務者の私的自治によっては、これを正当化することができない。このことは、一見しただけで明らか

である。債務者の自由は、債務法上の義務負担行為をおこなうこと、つまり、処分の原因を私的自治にもとづいて決定することで実現されている。

しかしながら、優先主義は、私的自治によって債務法上の拘束が発生するための要件を満たすことではなく、それとは別に、義務の履行としての処分を受けることと結びつけられるのが通常である。そのような処分をしないという自由は、もはや債務者に残されていない。このように特別な行為をすることによって順位を定めるルールは、債務者の私的自治によっては、正当化することができない。他の債権者に対して義務の履行としての処分をおこない、その者を優先させたときは、その処分を受けた債権者が、原則として、それ以外の弁済期が到来している債権者に優先する。この優劣を決定するルールは、債務者が劣後債権者との間で私的自治によって引き受けた拘束に反することを前提とするものである。

b）義務の履行としての処分を受けることを必要とする実体法上の根拠

責任法における順位の秩序は、債務法上の拘束ではなく、処分法上の優先主義にもとづいて定められる。このルールの意義を正確にとらえるためには、債務者に対する債権債務関係上の拘束と、債務者の財産に属する対象の絶対的な帰属との間を切り離すことについて、その根拠がどこにあるのかを明らかにしなければならない。そのためには、法秩序がなぜ、当事者間の関係と、すべての人に対する関係との間を区別し、債務法上の拘束にかかる義務の履行としての処分を受けることを求めているのかを明確にする必要がある。たしかに、債務者が債務を引き受けたことで、債務にかかる財産法上の自由を失ったときは、それと同時に絶対的な帰属を失うとすることも考えられないわけではない。このことを実現するためには、金銭債権の弁済期が到来し、その債権を実現することができるときは、その債権を有する者に対し、債務者の財産を目的とする担保権を自動的に割り当てる方法をとることになるだろう。この方法は、実際には、あらゆる金銭債権について、法律にもとづく真正な一般抵当権を成立させることを意味する。しかし、一般抵当権の概念は、時の経過とともに克服されたものである。ドイツ民法典が制定されたときに、立法者は、一般抵当権を導入することについて、はっきりと反対の立場をとっていた[54]。一般抵当権が導入されなかった理由は、債務者の私的自治を保護するためではない。むしろ、一般抵当権が拒絶されたのは、それが、「秩序の保たれた信用制度

にとって（……）有害であった」[55]からである。債権者は、優先権を得たいのであれば、債務者から安定した担保を取得することができるはずだとされる[56]。

強制執行においても、債務者が債権者の満足を受ける順位を定めることができないことは、明らかである。債務者に、債権者間の優劣を決定する自由が認められるはずはないからである。強制執行における債権者の順位は、債務者がどの債権者に満足を与えようとしているかではなく、どの債権者が強制執行をおこなったかによって定められている。

債権の成立時期の先後によって優劣を決定するルールは、取引の安全を根本的に害するものである。このことは、ドイツよりも、フランスにおいて明確に認識されている[57]。そのようなルールによって責任財産を分配するならば、とりわけ、債権者の順位を簡単に操作することができるようになるという問題が生じるとされる。なぜなら、債権債務の成立時期は、競合する債権者にとっては、つねに「ミステリアスな」性格を備えているからである[58]。債務者は、自分が特権を与えたいと考える債権者の債権について、その成立時期が実際の成立時期よりも前であったと主張することとなるであろう。

つまり、債務者が複数の処分の優劣を定めることについては、私的自治の高い価値を与えることができない。この意味において、複数の処分の優劣を定めることは、債務の履行期の先後やその実現可能性を定めることとは異なるのである。

c）検討結果の確認――倒産否認権

ここでの検討によれば、優先主義は、実体的に正当な責任財産の分配を保障するものではない。この理解は、倒産否認権によって確認されている[59]。債務者の財産がすべての債権者を満足させるために十分でなくなり、債務者が実質的に倒産におちいった後は、債務者がした処分は、原則として、倒産否認に服することとなる。債務者と債権者は、倒産手続の外で、責任財産の分配について交渉する自由を有しない。倒産否認権は、一般に、この考え方によって理解することができる。債務者が実質的に倒産におちいると、すべての債権者が完全な満足を受けることはできなくなる。したがって、優先主義では、債権者の平等を達成することができない。そこで、優先主義は、倒産否認によって根本的な制限を受けることとなる。

2　取引安全の保護による正当化

処分法上の優先主義は、債務者の私的自治のあらわれではなく、取引の安全を保護する装置である。この理解に立つならば、そのような装置を設けることがどのようにして正当化されるのか、という疑問に答えなければならない。一般的な考え方によれば、優先主義を実体法上正当化する価値は、債務者の私的自治に求められる――本稿によれば、これは誤った考え方である――だけではない。すなわち、債権者が自分の優先的地位を確保する権利、つまり、債権者の自律も挙げられている。[60]

この債権者の自律という観点は、これまでの検討から得られた知見に照らすことで、次のように具体化することができる。すなわち、すべての人に対する優先を、当事者間の法状況に反して得ようとする債権者の自由は、取引安全の保護の装置とかみ合うことで実現される、ということである。

債権者の自律という言い回しは、次のことを暗示している。すなわち、債権者の自律は、本来的に自由の価値を有しており、立法者がこれに介入するときは、その介入について、私法上、正当化が求められるということである。[61] 債権者の自由を支える機能が、取引安全の保護の装置に与えられるというのは、正しい見方だと考えられる。[62] 取引安全の保護は、取引の参加者に対し、自己決定にもとづいて法律行為をおこなうために必要な、最小限の保護を提供すべきものである。この最小限の保護を下回るときは、（債権者の）自律が制限されているということができる。他方、取引安全の保護は、自己目的ではなく、それ自体によっては正当化されない。したがって、必要とされる保護を上回るときは、保護に値しないと評価される取引参加者の自由のために、〔それ以外の取引参加者の〕自由が不当に制限される。このように、必要不可欠な最小限の保護と私法上許される最大限の保護との両極端の間で、立法者は、私法上の規範を定立することとなる。この範囲内にある限り、正当化が求められる（債権者の）自律の制限は、問題とならない。そのため、処分法上の優先主義を、債権者の自律と同じものとしてひとくくりにするのは、いきすぎである。債権者の自律と、処分法上の優先主義とがぴったり一致するのは、強行的に必要とされる最小限の取引安全の保護が問題となるときに限られる。したがって、債権者の自律の観点からみても、処分法上の優先主義には、自由の価値が認められないか、認められたとしても、マージナルなものにすぎないのである。

Ⅱ　実体法上の分配ルールとしての債権者平等原則

処分法上の優先主義は、財の分配を実質的に正当化する価値を有しない。優先主義の根拠を、債務者の私的自治や債権者の私的自治に求めることもできない。そして、〔債権の成立時期の先後によって債権の優劣を決定する〕債務法上の優先主義をとることも、取引安全の保護の観点からは、望ましくない。そうだとすると、債権者平等原則がどのようなものかということは、おのずと明らかになる。すなわち、債権者平等原則は、責任財産の分配を実質的に正当化する価値を有する、受け皿としての原理である。債権者平等原則とは異なる分配ルールが実体法上命じられていないときに、すべての実体法上の分配のルールのなかで考えられる最後のものが、債権者平等原則である。この原則は、責任財産の分配をめぐる争いを解決するために残された、唯一の分配の基準を示している。この意味では、すでに検討した平等原則による正当化の試み[63]や、衡平による正当化の試みは、その方向性としては、正当なものであったと考えられる。しかしながら、平等原則や衡平は、それらとは異なる私法上の評価にもとづく分配ルールが欠けているときに考慮されるにとどまる。また、債権者平等原則が実体法上の受け皿ルールであることは、ドイツにおいて、すでに以前から主張されていた[64]。しかし、そのような考え方も、優先主義と債権者平等原則との衝突をどのように克服するかという問題を解決するものではなかった。債権者の平等が（必要不可欠なものとして）肯定的に受け入れられるのは、それ以外の分配の可能性が望ましくないからである。債権者平等原則は、正義にかなった分配の素朴な方式として、少なくとも、受け皿として考えられるそれ以外の分配手続、つまり、たんなる偶然によって分配されるくじ引き主義よりも、実体法上優れていることを主張することができる。

受け皿ルールとしての債権者平等原則という考え方は、倒産法において、さまざまな特権を作り出すことに道を開くものではないことを、強調しておかなければならない。平等というのは、正義がいきつく究極の姿であろう。そうだとすると、それには、実体法上の価値が認められると考えられる。この正義にかなった分配の素朴な方式から、自由に離れることは許されない。また、事実上、責任財産の大部分がさまざまな特権によりもっていかれているというだけで、債権者平等原則の規範的価値について疑問を投げかける[65]のは、正当でない。

特権を与えるための根拠は、私法上の性質を有するもの

でなければならない。特権を与えるための根拠については、非常に多様なものが考えられる。そのため、そこから同種の基本思想をとりだすことは、できないであろう。[66] 責任財産が十分でないときは、その責任財産は、すべて債権者たちの引き当てとなる。債務者は、それぞれの債権者に対して、それぞれ債務を負担しているからである。この場合には、責任財産の分配をめぐる私法上の争いを解決することが必要となる。この解決は、もっぱら私法上の基準によらなければならない。したがって、私法上、債権者たちの引き当てとなる債務者の財産を、公益である公共の福祉を実現するために用いることは、ただちにはできない。責任財産を分配するときに、ある債権者に特権を与えることは、公益によっては正当化することができない。むしろ、公共の福祉を理由とする介入に対し、私権の主体に属する個人の自由を防御することが重要である。債務者の倒産は、「例外的な状況」であるから、公法上の特別な犠牲を債権者に要求するための、都合のよいきっかけとなりかねない。しかしながら、責任財産の分配をめぐる争いが生じていることそれ自体は、そうした特別な犠牲の要求を正当化するものではない。〔一九九四年に制定された〕ドイツ倒産法の立法者も、根本において、この考え方に従っていた。すなわち、ドイツ倒産法の立法者によれば、「一つひとつの事例について、社会的保護の必要性がどのくらいあるかによって債権者をグループに分け、特権のカタログを作ることは、不可能」である。「あらゆる特権のカタログは、結局は恣意的なものである」。[67] このことを、ヘーゼマイヤーは、次のようなかたちで簡潔明瞭に表現している。「公的な目的を追求しようとする者は、公的な手段を用いなければならない」。このヘーゼマイヤーの考え方には、全面的に同意すべきであると考えられる。[68]

Ⅲ　手続法上の問題——個別強制執行において優先主義をとるべきか、平等主義をとるべきか

ここで示された結論によれば、優先主義は、責任財産の分配を実質的に正当化する価値を有しない。そうだとすると、個別強制執行法において、責任財産を分配する正当な基準はなにか、という問題が生じる。よく知られているように、ドイツ法は、この問題について、フランス法とは異なる立場から出発している。フランス個別強制執行法は、少なくともその一部において、債権者の平等を実現しようと試みている。[69] もっとも、フランス法を、債権者平等原則にもとづいた個別強制執行法を考えるためのモデルとみる

のは、実際には適切でない。一方で、フランス民法典二四一二条による裁判上の抵当権（*hypothèque judiciaire*）は、優先主義を実現するものとして、むかしから、債権者平等原則の適用をいちじるしく制限してきた。比較法研究では、この事実がしばしば看過されている。他方で、債権者平等原則は、近時おこなわれた強制執行法の改正によって、さらに弱められることとなった。こんにちでは、フランス民事執行法典L二一一—二条一項による一般的な債権の差押え（*saisi-attribution*〔帰属差押え〕）について、優先主義が適用されている。

次のことを確認しておくべきである。すなわち、倒産手続が、すべての債務者に開始することができるものとして用意されているときは、個別強制執行において優先主義をとるべきか、平等主義をとるべきかという問題は、たんにどちらが合目的的であるかという問題にすぎない。たとえば、ドイツ法においては、個別強制執行法上の執行行為にもとづいて行為がされた場合でも、債務者が執行の時点ですでに実質的に倒産におちいっていたときは、その行為は、倒産否認権によって大幅にくつがえされる。結局のところ、ドイツ法においても、債権者平等原則は、個別強制執行法においても貫かれているわけである。[70] もっとも、ドイツ法においては、債権者平等原則を個別強制執行法に適用するためには、倒産手続が開始されることが求められる。

個別強制執行法を債権者平等原則にもとづいて組み立てるためには、よりコストがかかることも、否定することができない。[71] まず、個別強制執行手続に参加していない債権者たちに参加の機会を与えるために、公示がされなければならない。そうしないと、それらの債権者たちを配当から完全に排除することを、正当化することができないからである。さらに、執行名義を有しない債権者にも、個別強制執行手続に参加するための資格を認めなければならない。場合によっては、執行名義を有しない債権者に対して競合する債権者が異議を述べたときに備えて、そのような異議の訴えにかかる判決手続を個別強制執行手続に接続しておく必要があろう。このようにして、個別強制執行手続は、全体として、「ミニチュア破産（Konkurs en miniature）」[72] のようなものにならざるをえなくなる。

しかし、「ミニチュア破産」のような個別強制執行手続を作る場合には、手続コストが問題となる。このコストは、責任財産を実質的に正当なかたちで分配することを保障するためにかかるものである。これに対し、現行のドイツ民事法秩序は、個別強制執行については、より単純なシステ

ムを構築している。そこでは、実質的な倒産におちいっているかどうか、という責任財産を分配するうえで重要な事情が無視されている。しかし、この単純なシステムは、個別強制執行手続において責任財産が分配された場合において、それが不当であるときは、その分配の結果が、事情によっては、倒産手続においてふたたび修正を受けるかたちで補完されている。このような手続は、個別強制執行手続と倒産手続とを全体としてとらえれば、「ミニチュア破産」における責任財産の分配よりも、多くのコストを要するものである。したがって、現行のドイツの執行システムは、その基本構想において、不当ではないものの、合目的的でもないと考えられる[73]。もっとも、この非効率性は、度を超えて大きいというわけではない。なぜなら、多くのコストがかかるといっても、それは、個別強制執行において得られた換価金が、倒産手続において責任財産に戻され、新たに分配されることとなるというにすぎないからである。

他方、「ミニチュア破産」の構想についても、批判的なコメントをつけておかなければならない。これまでに「ミニチュア破産」のような個別強制執行手続を導入した法秩序は、しだいにその手続を単純化する傾向にある。たとえば、フランスにおいて最近おこなわれた改正では、手続に参加するための資格として、債権者に対し、執行名義を厳しく求めることとした。フランス民事執行法典L二二一―一条は、動産が差し押さえられた場合（*saisie-vente*〔売却差押え〕）において、その動産の換価金の分配を受けるときは、執行名義が必要であることを明文で定めている。債権を差し押さえる場合（帰属差押え）には、フランス民事執行法典L二一一―一条により、執行名義が必要とされることとなった。裁判上の抵当権については、その成立要件として、そもそも執行名義である裁判が求められる。強制競売（*saisie-immobilière*〔不動産の差押え〕）についても、フランス民事執行法典L三一一―二条により、執行名義を有する債権者だけが執行手続に参加することができる。さらに、フランス執行法においては、競合する債権者に対し、執行手続に参加する機会を与えるための執行行為の公示が、十分にされていないと評価することができる。このように個別強制執行手続を単純化するのであれば、それによる責任財産の分配の結果を、個別強制執行手続に続いておこなわれる倒産手続において、ふたたび修正することが求められるはずである。しかしながら、フランス法においては、一方で、あらゆる債務者が、どの倒産手続についても利用資格をもっているというわけではない（フランス商法典六

三一―二条一項)。他方で、執行行為にもとづく行為のうちのいくつかは、倒産否認の対象から除かれている。[74] したがって、個別執行と包括執行との双方に目配りをするならば、フランス法は、むしろ、ドイツ法よりも、債権者の平等からいっそう遠ざかっていると考えられる。

D　特権化の根拠としての価値追跡

これまでの考察によって、債権者平等原則の根拠を明らかにすることができた。これにより、価値追跡の理論と取り組む準備がととのっている。そこで、この理論が、一定の債権について私法上の特権を与えるための適切な根拠を示しているかどうかについて、検討をおこなうこととする。

I　価値追跡の理論の基本的な問題点

価値追跡の理論が用いる論証方法は、次のようなものである。ある債権者が債務者の財産に価値をもたらした場合において、その価値が債務者の財産に残っているときは、そのことを理由として、その債権者に特権が与えられなければならない。その債権者は、他の債権者と比べて、その価値について、物権のような密接な関係を有しているわけではない。それにもかかわらず、その債権者は、特権を受けられるとすべきであるとされる。本稿の冒頭でみたように、ヴィルブルクは、盗人が自分の盗んだ金銭で指輪を取得した事例を挙げていた。この事例では、債権者は、その指輪の所有者ではないにもかかわらず、特権的に、指輪の返還を求めることができるとされる。価値追跡の理論が適用される範囲は、このような事例にとどまらない。たとえば、被用者の給料債権について特権を与えることも、この理論によって根拠づけられるとされる。被用者は、自分の労務を提供することで、債務者である使用者の財産の価値を増加させたと考えられるからである。[75]

価値追跡の理論にもとづいて一定の債権について特権を与えることには、次の問題がある。一方で、価値の追跡には、際限がない。この理論を支持する主たる論者の一部は、信用付与の意思を有しなかった債権者についてのみ、特権を与えようとしている。しかし、この制限を受け入れたときですら、特権が与えられる範囲は、見とおすことができないほど広くなる。[76] 被用者や不当利得返還請求権者のほかに、担保を受けるための十分な交渉力を有しない供給者や請負人も、特権が与えられる主体となるであろう。また、配偶者間の扶養料請求権にも、特権が与えられるかもしれ

ない。債権者である一方配偶者が、債務者である他方配偶者のために家事をすることで、その他方配偶者が経済活動をおこなうために不可欠な時間的リソースを与えたときは、そのように解されるはずであろう。さらに、国家も、国庫に属する債権について特権を受けるために、価値増加の理論を引き合いに出すことができるかもしれない。国家の行政事務（教育の充実やインフラストラクチャーの整備など）によって債務者が恩恵を受けたときは、その債務者の財産の価値は、増加する。そうだとすると、国庫に属する債権についても、特権が与えられることとなるであろう。

もっとも、価値追跡の理論によると、特権を与える範囲に際限がなくなってしまうということは、それだけでは、その理論の内容が望ましくないことを意味しない。価値増加の考え方は、実質的にみると、次の発想から出発している。それによれば、債務者の財産に価値をもたらしている債権者は、そのような価値をもたらしていない債権者よりも、保護に値するとされる。しかし、なぜそうであるべきなのかは、まったく論証されていない。価値の増加にもとづいて特権を与えることを支持する者は、この特権を認めることで、歴史的に生成されてきた債務法と物権法との区別を、その区別が有している目的論上の意義を検討することなく、あっさりと無視しているようにみえる。たとえば、民法の観点からは、不当利得返還請求権者が損害賠償請求権者よりも保護に値するというのは、承認することができない。盗人によって金銭を盗まれた所有者は、その盗人がその金銭により指輪を買ったときは、その盗人がその金銭を浪費したときよりも保護に値するというのは、民法の観点からは承認することができないのである。不当利得法と損害賠償法は、私法秩序において互いに補完しあって私権を保護するものである。[77] 債権者の立場からみれば、むしろ反対に、自分の権利が侵害されたというだけで、特別な保護の必要性を根拠づけることができるはずであろう。債務者の財産の価値が増加することがあったとしても、そのことにもとづいて特権を与えることはできない。なぜなら、その債権者は、他の債権者と比べて、その増加した価値について、物権のような密接な関係を有しているわけではないからである。スワドリング（*Swadling*）は、その主張の文脈は異なるものの、適切な疑問を投げかけている。スワドリングによれば、すべての債権者は、次のようにいうことができることとなる。[78] すなわち、債務者は、自分に対する支払の義務を果たしていない以上、これにより、債務者の財産は増加している、と。この意味において増加した

価値も、債務者の財産に残っているからである。

Ⅱ　財団に不当利得が生じた場合との区別

価値の増加にもとづいて特権を与えることも、事情によっては、一般原則によって正当化することができる。このことは、はっきりとさせておかなければならない。そのような特権として考えることができるのは、財団債権者に与えられる特権、つまり、倒産手続が倒産債権者の利益のためにおこなわれることを中核の根拠として正当化される特権である。したがって、この特権が与えられるためには、倒産管財人の行為によって倒産財団に影響が生じた場合において、その倒産財団に対する影響がその倒産管財人の行為に帰すことができるものであることが求められる。[79] 倒産管財人が、権限を有しないにもかかわらず、ある債権者の財産を用いて倒産財団の価値を増加させたとするならば、その債権者は、財団債権を取得し、これを特権的に行使することができる（ドイツについて、ドイツ倒産法五五条一項三号）。指輪事例において、倒産管財人が盗人と同じような行為をしたならば、被害者である債権者には、財団債権が認められる。したがって、倒産管財人によって自分の財産を倒産財団の価値を増加させるために用いられた債権者は、一般原則により、特権を受けることができる。他方、この特権は、倒産管財人によって損害を与えられた債権者にも与えられる。この限りで、損害賠償請求権も、不当利得返還請求権とバランスがとれたかたちで、特権化されている（ドイツについて、ドイツ倒産法五五条一項一号）。

Ⅲ　ドイツ法における具体的なあらわれ

管見の及ぶ限りでは、各国の法秩序のなかで、価値追跡の構想を首尾一貫したかたちで追求し、その考え方にもとづいてルールを定めているものはない。むしろ、価値追跡の構想は、一定の債権者について特権を認めるために、断片的に用いられることのほうが多いようである。もっとも、そのような特権は、内容的にみて批判の余地があるだけでなく、恣意性を免れないものである。なぜなら、特権を受けることができるのは、一定の債権者に限られており、その債権者と同じように、債務者の財産の価値を増加させたことを主張することができるはずの他の債権者は、特権の主体から外されているからである。

ドイツの法秩序を例として、[80] 価値の増加という考え方にもとづいて与えられた特権が、どのようなかたちであらわれるのかを示すこととしよう。そのような特権は、いずれ

も、債権者平等原則から離れることを正当化することができず、特権を与える範囲が恣意的に定められていると考えられるものである。価値の増加という考え方にもとづいて整序される以下の特権は、立法論としては、いずれも排除されるべきであろう。

被用者の特権と国庫の特権については、詳しくは立ち入らない。一方で、ドイツにおいて被用者と国庫に与えられていた特権は、倒産法の改正によって、大幅[81]に排除され、ところどころで確認することができるにすぎない。他方で、被用者の特権は、とりわけ、その者について特別な社会的保護を与える必要性があることから正当化されている。また、国庫の特権について、これを正当化するために挙げられてきたのは、公共の福祉である。いずれにせよ、価値の増加という考え方は、ドイツにおいては、議論の中心を占めるものではなかった。

1　代償的取戻権――ドイツ倒産法四八条

ドイツ法における価値追跡の理論のあらわれとして、最もよく知られているのは、ドイツ倒産法四八条による代償的取戻権であろう。ドイツ法によれば、取戻しを求めることができたはずの対象が、倒産手続の開始前に債務者によって無権限で譲渡された場合には、取戻権者は、その譲渡により得られた反対給付を取り戻すことができる。このことは、倒産管財人がその対象を無権限で譲渡した場合にも、同じようにあてはまる。具体的には、取戻権者は、その譲渡により得られた反対給付がまだ取り立てられていないときは、反対給付に対する権利を譲渡するよう求めることができる。また、その譲渡により得られた反対給付がすでに取り立てられているときは、その反対給付が倒産財団のなかに識別可能なかたちで存在している限りで、その返還を求めることができる。かつて所有者であった者は、代償的取戻権によって、自分が絶対権を有していない倒産財団に属する対象について、取戻しをすることが許されるわけである。ドイツの立法者は、このようなケースについて物上代位を定めることに反対し、代償的取戻権を与えるにとどめた。ヴィルブルクは、金銭が盗まれた後、その金銭によって指輪が買われた例を挙げていた。この例が実際に問題となったならば、解釈論としては、ドイツ倒産法四八条により、その指輪は、金銭を盗まれた者に返還されなければならないこととなるであろう。

すでに指摘したように、価値の増加にもとづいて特権を与えるときは、その問題点として、特権を与える範囲につ

いて、恣意的な限界が引かれやすいことが挙げられる。このことは、ドイツ倒産法四八条について、具体的に説明することができる。ドイツ倒産法四八条は、同条にもとづく特権を、価値の増加が生み出された場合のすべてではなく、その原因を、取戻権の対象が無権限で譲渡されたケースに限定している。しかし、たとえば、他人の物が賃貸されたケースについて同条が適用されない理由は、明らかでない。[82] 他人の物を賃貸した者も、その物から無権限で収益を収取したときは、その物について取戻権を有する所有者の法的地位を侵害している。このことは、他人の物を無権限で譲渡した者と同じであると考えられる。取戻権を有する所有者からみれば、過去において収益することができた可能性は、回復することができないかたちで失われているからである。

ある物が加工された場合において、ドイツ民法典九五〇条一項一文により、加工者が加工物について所有権を原始取得した結果、その物の所有者が自分の所有権を失ったとする。この場合において、その所有者が取得する債権については、特権は与えられていない。その後、加工物が有償で譲渡されたときですら、その「反対給付」について代償的取戻しをすることはできないとされている。[83]

このように、ドイツ倒産法四八条の適用範囲は、理解することができないかたちで恣意的に限界づけられている。このことは、〔他人の〕所有物が担保に供された場合において、それが〔善意取得等により〕有効とされたときにもあてはまる。この場合において、被担保債権にかかる借入金が「反対給付」として倒産財団のなかに識別可能なかたちで存在しているときは、代償的取戻しをすることができる。これに対し、もともとあった債務が担保されたとき、つまり、担保の設定により新たな財産が債務者の財産に流れ込んでいないときは、この特権は認められないとされている。[84]

2　費用償還請求権を担保するための留置権——ドイツ倒産法五一条二号

さらに、倒産財団に属する動産について留置権を有する債権者には、ドイツ倒産法五一条二号にもとづいて特権が与えられる。ドイツ倒産法における原則によれば、双務契約に基礎を有しない留置権は、倒産に耐えることができない。[85] 留置権は、倒産において、その効力を有しない。なぜなら、留置権は、財産にかかる責任を実現することを〔間接的に〕強制するための手段にすぎないからである。留置

権を行使する債権者は、給付をするよう債務者に圧力をかけるために、留置権をもって〔自分が負担する〕最も広い意味での債務〔物権的請求権にかかる義務も含む〕の履行を拒絶する。[86] したがって、ドイツ倒産法五一条二号にもとづく特権は、限定的な例外に位置づけられる。

このように、ドイツ倒産法五一条二号は、倒産財団に属する物を目的とする留置権を、例外として、倒産に耐えることができるものとしている。その要件は、債権者が、物を扱うために支出した費用にかかる債権を担保するために、留置権を行使することである。倒産財団は、価値が増加したことで利益を受けている。そこで、特権を与える根拠として、価値の増加を挙げるものがある。[87] 倒産財団の価値が増加しているにもかかわらず、そのためにかかった費用を埋め合わせないことは、ずるがしこいことだとされている。[88]

しかし、ドイツ倒産法五一条二号においても、価値の増加の考え方を適用するにあたって、その限界が恣意的に引かれている。まず、この特権が与えられるのは、動産に限定される。[89] また、この特権は、債権者が現に物を占有していることを要件としている。物が事実上、倒産財団に組み込まれているときは、価値が増加していることはより明白であるにもかかわらず、そのような要件が設けられているのである。さらに、通説は、倒産手続の開始前に費用が支出されたのか、それとも、倒産手続の開始後に費用が支出されたのかによって、区別を設けようとしている。[90] しかし、この区別も、不当であるというべきである。そのうえ、価値の増加にもとづく特権は、損害賠償請求権者のためには役立たない。したがって、そのような特権は、つねに恣意性を免れない。このことは、ドイツ倒産法五一条二号においても明らかになる。たしかに、ドイツ民法は、物によって損害を受けた債権者に、その物についての留置権を与えている（ドイツ民法典二七三条二項）。しかし、この留置権については、ドイツ倒産法五一条二号による特権は、与えられていないのである。

E　まとめ

1　ドイツの議論は、次の前提から出発している。それによれば、優先主義は、私的自治にもとづいて財の分配をおこなう原則であるとされる。そうすると、債権者平等原則は、私的自治を侵害するものだということとなる。したがって、その侵害を正当化することが求められる。

2　債権者平等原則は、私的自治を侵害するものであると

いう理解から出発する限り、この原則を民法上の根拠にもとづいて正当化するのは困難である。これまでの試みは、いずれも成功していない。

3　ドイツの議論は、その前提が誤っていることを認めなければならない。すなわち、優先主義には、私的自治という高い価値を与えることができない。取引に参加する者の自由は、債権債務の発生によって実現されている。優先性を債権の成立時期によって定めることは、取引の安全を過度に侵害することとなるであろう。したがって、優先主義では、その優先性を得るために、債務者を義務づけることとは別に、義務の履行としての処分を受けることが要件とされている。このように特別な行為が要件とされているのは、私的自治のあらわれとしてではなく、取引の安全を保護するためである。

4　優先主義は、財の分配を実質的に正当化する価値を有しない。したがって、債権者平等原則こそが、実体法上の分配原理であるとみることができる。債権者平等原則は、受け皿としての原理であり、特権を与える私法上の根拠がないときに適用される。

5　債権者平等原則は、実質的にみて公正なものであると考えられる。この原則にもとづいて執行システムを組み立てるにあたっては、次の二つの可能性がある。一つは、個別強制執行手続は、優先主義に従ってごく単純なものとしつつ、それによる責任財産の分配の結果を、個別強制執行手続に続いて開始される倒産手続のなかで、倒産否認権によって大幅にくつがえす余地を認めるものである。ドイツは、このシステムを採用している。もう一つは、個別強制執行手続を「ミニチュア破産」のように組み立てておいて、それによる責任財産の分配の結果を、個別強制執行手続に続いて開始される倒産手続のなかでも維持するものである。後者のシステムのほうが、前者のシステムよりも、合目的的な解決を示していると考えられる。

6　価値追跡の理論によっては、債権者平等原則の例外を正当化することはできない。一方で、この考え方に従えば、〔特権を与える範囲について〕際限がなくなる。他方で、この考え方は、損害賠償請求権よりも不当利得返還請求権のほうが、民法上保護に値することを前提としている。しかし、このような前提は、認めることができない。したがって、価値を増加させている債権者が、それ以外の債権者よりも、債務者の責任財産について優先する地位にあるとはいえない。

〔訳者解題〕

二〇一八年三月、フライブルク大学から、ヤン・フェリックス・ホフマン教授（Prof. Dr. Jan Felix Hoffmann）を招聘し、連続講演会を開催した。第一講演「債権者平等原則と価値追跡」は、三月六日（火）に、慶應義塾大学三田キャンパスでおこない、第二講演「債権の衝突―二重売買及びその他の財の分配をめぐる紛争―」は、同月七日（水）に、早稲田大学早稲田キャンパスでおこなった。これらの講演では、物権と債権との区別や平等主義と優先主義との対立といった民法、民事執行法および倒産法上の基本問題について、ホフマン教授独自の視点から鋭い洞察が示されている。そこで、本号と次号において、それぞれの講演をもとにした論文の翻訳を順に公刊することとした。

ホフマン教授は、ハイデルベルク大学で法学を学んだ後、二〇一一年に同大学から博士号を授与され、二〇一四年にロレーヌ大学で在外研究をおこない、二〇一五年にハイデルベルク大学で大学教授資格を取得した。二〇一六年一〇月以降、フライブルク大学教授として、民法および民事訴訟法の講座を担当するとともに、ドイツおよび外国民事訴訟法研究所の所長を務めている。主要著作としては、博士論文である Zession und Rechtszuweisung, Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 5, Tübingen 2012 と、教授資格取得論文である Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung, Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 13, Tübingen 2016 がある。

ホフマン教授の講演会は、JSPS科研費 26245011 の助成を受けて開催されたものである。吉田克己教授（早稲田大学）、秋山靖浩教授（早稲田大学）、藤巻梓教授（国士舘大学）、根本尚徳准教授（北海道大学）には、講演会の準備から開催にいたるまで、多大なご教示とご助力を賜った。また、翻訳にあたっては、とりわけフランス民事執行法および倒産法について、杉本和士教授（法政大学）より、貴重なご指摘をいただいた。ここに記してお礼申し上げる。最後に、ご講演いただいたホフマン教授に対し、心より感謝の意を表したい。

（1） たとえば、*Keay/Walton*, Company, Financial and Insolvency Law Review 1999, S. 84, 85（「各国の倒産法のなかで最も重要な原理」）を参照。

（2） 詳しくは、*J. F. Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung, 2016, S. 232 ff.

（3） この理論を主張する代表的な文献として、*Behr*, Wertverfolgung, 1986, passim; *Brehm*, in: Simotta（Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Jelinek zum 60. Geburtstag, 2002, S. 15 f.; *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 343 ff.; *Koziol*, in: Klingenberg/Rainer/

Stiegler (Hrsg.), Festschrift für Gunter Wesener zum 60 Geburtstag, 1992, S. 270 ff.; *Wilburg*, Juristische Blätter 1949, S. 29 ff.

（4） 価値追跡の理論については、その明白な端緒をすでに、*Labbé*, Revue critique de législation et de jurisprudence 1876, S. 571 ff., 665 ff. のなかにみいだすことができる。ラベによれば、ある債権者が自分の資力をもって他人の契約を履行したときは、その債権者には、つねに特権が与えられるべきであるとされる。すなわち、その債権者は、出捐により利益を受けた者に属する契約上の債権について、特権を行使することができることとなる。ラベの理論は、その実質をみると、価値追跡が問題となる状況において、特権の作用として直接訴権（*action directe*）を与えることを正当化しようとしたものである。ラベの試みを取り上げるものとして、たとえば、*Ghestin/Jamin/Billiau*, Les effets du contrat, 3. Aufl. 2001, Rn. 1139.

（5） ヴィルブルクは、自分のテーゼを基礎づけるために、「包括的な比較法研究をまもなく公刊する」と予告していた（*Wilburg*, JBl. 1949 (Fn. 3), S. 29 Fn. *）。しかし、実際には、この予告が実現されることはなかった。その理由については、想像することしかできない。もっとも、ヴィルブルクは、ビドリンスキー（*Bydlinski*）に対し、次のように語っていたとされる（*derselbe*, Juristische Blätter 1991, S. 777 re. Sp.）。すなわち、自分は、予告していた浩瀚なモノグラフィーをほぼ完成させていた。ところが、その原稿を「失くして」しまった、と。

（6） *Wilburg*, JBl. 1949 (Fn. 3), S. 29.

（7） この場合において、物上代位を認める法秩序があるかもしれない。しかし、そのような法秩序は、だれもが満たさなければならない伝統的な所有権の取得の要件を、物上代位によって所有権を取得する者に対しては、求めないこととなる。この意味において、物上代位というものは、隠れた特権を与えるための手段の一つに位置づけられる。

（8） ドイツ法について、動産に対する金銭債権の強制執行（ドイツ民事訴訟法八〇四条三項）を参照。

（9） *Klinck*, Die Grundlagen der besonderen Insolvenzanfechtung, 2011, S. 68 ff.; *Neuner*, Archiv für die civilistische Praxis 203 (2003), S. 56; *Häsemeyer*, in: Huber/Jayme (Hrsg.), Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag, 1992, S. 153, 154 を参照。

（10） *Pape*, in: Uhlenbruck (Hrsg.), Insolvenzordnung, 14. Aufl. 2015, § 1 InsO, Rn. 1. さらに、Hahn (Hrsg.), Die gesammten Materialien zur Konkursordnung, 1881, S. 115 および *Koziol*, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung, 1991, S. 16 f. も参照。

（11） *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 2.14, 2.17 も参照。

（12） クーゼマイヤーの構想を肯定的に受け入れるものとして、たとえば、*Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, S. 241 ff.; *Windel*, Juristische Ausbildung 2002, S. 230, 232.

（13） *Häsemeyer*, Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen 1982, S. 523.

（14） *Häsemeyer*, KTS 1982（Fn. 13）, S. 517; *derselbe*, Insolvenzrecht（Fn. 11）, Rn. 2.26.

（15） *Häsemeyer*, KTS 1982（Fn. 13）, S. 528（原典のなかで強調されている部分も、引用では、強調を省いている）。さらに、*denselben*, Insolvenzrecht, Rn. 2.33 を参照。

（16） *Häsemeyer*, KTS 1982（Fn. 13）, S. 517.

（17） *Häsemeyer*, Insolvenzrecht（Fn. 11）, Rn. 2.26.

（18） *Häsemeyer*, KTS 1982（Fn. 13）, S. 518 f., 571.

（19） *Guski*, Sittenwidrigkeit und Gläubigerbenachteiligung, 2007, S. 122; *Klinck*, Insolvenzanfechtung（Fn. 9）, S. 63; *Dorndorf*, Kreditsicherungsrecht und Wirtschaftsordnung, 1986, S. 44 も参照。

（20） *Berger*, Zeitschrift für Zivilprozess 121（2008）, S. 414; *Brehm*, FS Jelinek（Fn. 3）, S. 25 f.; *Dorndorf*, Kreditsicherungsrecht（Fn. 19）, S. 43 f.; *Foerste*, Insolvenzrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 11; *Klinck*, Insolvenzanfechtung（Fn. 9）, S. 59 f.; *Koziol*, Gläubigeranfechtung（Fn. 10）, S. 16; *von Wilmowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, 1996, S. 143 も参照。

（21） たとえば、*Häsemeyer*, Insolvenzrecht（Fn. 11）, Rn. 2.27（「債務者の私的自治」）を参照。

（22） *Häsemeyer*, KTS 1982（Fn. 13）, S. 517.

（23） *Häsemeyer*, KTS 1982（Fn. 13）, S. 531.

（24） *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht, 12. Aufl. 1990, Rn. 6.2; *Grothe*, KTS Zeitschrift für Insolvenzrecht 2001, S. 218; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 464; *Henckel*, in: Jaeger（Begr.）, Insolvenzordnung, 2008, § 130 InsO, Rn. 7; *Piekenbrock*, Zeitschrift für Zivilprozess 122（2009）, S. 74; *Raiser*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 111（1948）, S. 80.

（25） 多くの文献のなかでも、*Lobinger*, in: Isensee（Hrsg.）, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 102, 114 ff. を参照。同所では、他の文献も挙げられている。

（26） *Berges*, in: Einhundert Jahre Konkursordnung, Festschrift, 1977, S. 363, 373 を参照。

（27） *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, 1999, S. 19 ff.; *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, S. 52, 64; *von Wilmowsky*,

Kreditsicherungsrecht (Fn. 20), S. 261; *Chr. Paulus*, KTS Zeitschrift für Insolvenzrecht 2000, S. 239 f.; *derselbe*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1985, S. 1432 ff.

(28) *Jackson*, The Logic and Limits of Bankruptcy Law, Neudruck 2011, S. 3 ff.; *denselben*, The Yale Law Journal, Vol. 91 (1982), S. 857 ff.; *Baird*, The Journal of Legal Studies, Vol. 15 (1986), S. 127 f., 135 を参照。

(29) *Jackson*, 91 Yale L. J. (1982) (Fn. 28), S. 857 ff.; *Baird*, 15 J. Leg. Stud. (1986) (Fn. 28), S. 127 f., 135.

(30) *Thole*, Gläubigerschutz (Fn. 27), S. 54.

(31) *Finch*, Corporate Insolvency Law, 2. Aufl. 2009, S. 35 ff. に示された批判も参照。

(32) このことについては、*Jackson*, Bankruptcy Law (Fn. 28), S. 17; *denselben*, 91 Yale L. J. (1982) (Fn. 28), S. 866 を参照。

(33) *Rawls*, A Theory of Justice, 1999, Kap. 24, S. 118 ff.

(34) 明示的にこのように説くのは、*Jackson*, Bankruptcy Law (Fn. 28), S. 17 Fn. 22 である。

(35) *Mokal*, Cambridge Law Journal, Vol. 60 (2001), S. 581, 592 f. モーカルと類似の見解に立つのは、*Garrido*, International Insolvency Review 1995, S. 26 (「ジャクソン〔*Jackson*〕の理論は、……債権者間で利益をどのように分配すべきかについては、なにも語るところがない」)。

(36) Hahn, Materialien IV (Fn. 10), S. 47 も参照。

(37) *Gottwald*, in: Habscheid u.a. (Hrsg.), Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger, Bern, 1989, S. 195, 196.

(38) このことを指摘するものとして、*Guski*, Sittenwidrigkeit (Fn. 19), S. 123 Fn. 75; *Häsemeyer*, KTS 1982 (Fn. 13), S. 523; *Klinck,* Insolvenzanfechtung (Fn. 9), S. 56; *Koziol*, FS Wesener (Fn. 3), S. 268 f.; *denselben*, Gläubigeranfechtung (Fn. 10), S. 16; *Thole*, Gläubigerschutz (Fn. 27), S. 64; *Windel*, Jura 2002 (Fn. 12), S. 232 li. Sp.

(39) *Guski*, Sittenwidrigkeit (Fn. 19), S. 125 ff.; *Siebert*, Das Prioritätsprinzip in der Einzelzwangsvollstreckung, 1988, S. 95; *Welbers*, Vollstreckungsrechtliches Prioritätsprinzip und verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz, 1991, S. 180; *Wiórek*, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, 2005, S. 88 ff.

(40) *Seligson*, Vanderbildt Law Review, Vol. 15 (1961), S. 115. また、*Keay/Walton*, Insolvency Law, 3. Aufl. 2012, Rn. 30.2 も参照。

(41) *Berger,* ZZP 121 (2008) (Fn. 20), S. 414 f.

(42) *Brehm*, FS Jelinek (Fn. 3), S. 27 も参照。

(43) *Ernst*, Schweizerische Juristen Zeitung 106 (2010), S. 389, 394.

（＊訳注）著者によれば、ドイツでは、処分法上の優先主義と、強制執行法上の優先主義との関係は、次のように理解されているということである。すなわち、多数説によれば、強制執行法上の優先主義は、処分法上の優先主義から、論理的に導き出されるものであるととらえられる。強制執行がされるのは、債務不履行におちいった債務者の意思を代替するためである。債務者は、強制執行により、処分をするよう強制される。つまり、強制執行により、処分法上の優先主義が強制的に適用されることとなる。所有権の取得を目的とする債権を例にとれば、その債権にかかる債務者は、処分をするか、処分を強制執行により強制されるかのいずれか一方の地位に立たされる。これに対し、金銭債権については、事情は、やや複雑になる。処分法上の優先主義を金銭債権に適用することは、金銭債務者が金銭債権者に金銭を譲渡したときに、その金銭債権者が優先することを意味するはずである。しかし、金銭がみつからないときは、金銭債権者は、金銭債務者の財産に属する他の対象を換価することができる。強制執行法上の優先主義によると、金銭債権者は、その対象について差押質権を取得する。この権利により、金銭債権者は、自己の順位を保全することができる。もっとも、差押質権の制度は、処分法上の優先主義から直接導き出すことができるものではない。そこで、通説は、この制度を、次の論理により正当化している。すなわち、金銭債務者は、その対象を質入れすることができたはずである。質入れは、処分法上の優先主義に服する。金銭債権者が、このことを強制執行により強制したときに取得するのが、差押質権であるとする。

（44）詳しくは、*J. F. Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung（Fn. 2）, S. 10 ff.

（45）このことについて、詳しくは、*J. F. Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 95 ff.

（46）Mugdan（Hrsg.）, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, 1899, S. 506.

（47）*von Gierke*, Deutsches Privatrecht, Band 3, 1917, § 175, S. 55 f.; *Oertmann*, Archiv für die civilistische Praxis 123（1925）, S. 147 f.; *Seckel*, in: Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50 Jährigen Dienstjubiläum von Richard Koch, Berlin, 1903, S. 205 f.; zuvor bereits *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band 1, 1840, § 53, S. 338 ff.; *derselbe*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts Band 1, 1851, § 2, S. 4 ff.

（48）このことは、すでに、*Grotius*, De iure belli ac pacis, 1625 により説かれている。引用にあたっては、Walter

Schätzel, Vom Recht des Krieges und des Friedens, 1950, 2. Buch 11. Kap. IV. 1., S. 237 によるドイツ語訳を参照した。

(49) *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, 1797, zitiert nach: Gesammelte Schriften, herausgegeben von der Königlichen Preußischen Akademie der Wissenschaften, Band VI, 1907, S. 248. このことについて、詳しくは、*Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 32 ff.

(50) *Kress*, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, 1929, § 22 2. A. c), S. 541; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 2 IV., S. 23 f.; *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz, 2007 S. 155 ff. und öfter; *F. Schulz*, Archiv für die civilistische Praxis 105 (1909), S. 227 ff.

(51) *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung (Fn. 50), S. 151 を参照。

(52) *G. Paulus*, Archiv für die civilistische Praxis 155 (1956), S. 314 f. によれば、債務者の処分権は、「独特の方法で」制約を受けるとされる。また、「人的に債務を負う者は、自己に属する現在及び将来のすべての動産及び不動産をもって、自己の約務を果たす義務を負う」（フランス民法典二二八四条）も参照。

(53) *Boulanger*, Revue trimestrielle de droit civil 1935, S. 545, 546 f.; *Starck*, La semaine juridique 1954 I, 1180, Nr. 48 f.; *Vareilles-Sommières*, Revue critique de législation et de jurisprudence 1905, S. 528 ff. も参照。さらに、*Stobbe*, Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses, 1888, S. 11 f. によれば、中世南ドイツ法は、借用証の日付が古い者に対し、優先権を与えていたとされる。また、*Brissaud*, Le créancier « premier saisissant » dans l'ancien droit français, 1972, S. 42 および *Plesnila*, La situation faite au premier saisissant en droit français et étranger, 1909, S. 4 は、プルターニュとノルマンディーの中世法も、中世南ドイツ法と同じ状況であったと述べている。

(54) *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung (Fn. 50), S. 166 f. も参照。

(55) *Henckel*, in: Bökelmann/Henckel/Jahr (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag, 1975, S. 237, 238. また、*Heck*, Grundriß des Sachenrechts. 1930, § 77 5., S. 320 f.; *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung (Fn. 50), S. 312 も参照。さらに、*Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Buch Sachenrecht, 1880, zitiert nach Schubert, Werner (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Sachenrecht, Band 2, 1982, S. 429 によれば、「ローマ法に起源を

有する与信にかかる一般抵当権が有害であることは、現在では、詳しく根拠づけるまでもない。一般抵当権の制度に問題があることは、古くから知られている。この法制度を民法典に採用することを求める者をみつけだすのは、困難であろう」。これと同旨を述べるのは、Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 3, 1899, S. 333 f. そのほか、Hahn, Materialien IV (Fn. 10), S. 39 によれば、一般抵当権を廃止することは、「経済の発展」に対応するものだとされる。

(56) *Adams*, Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte, 1980, S. 42 f.; *Stadler*, Archiv für die civilistische Praxis 189 (1989), S. 430; *Stürner*, Zeitschrift für Zivilprozess 94 (1981), S. 270; *Welbers*, Prioritätsprinzip (Fn. 39), S. 177 ～参照。

(57) *Boulanger*, RTD civ. 1935 (Fn. 53), S. 546 f.; *Starck*, JCP 1954 I (Fn. 53), 1180, Nr. 48 f.（「約定の密行的性格」）; *Vareilles-Sommières*, Rev. crit. 1905 (Fn. 53), S. 528 ff.（同文献は、債権の成立時期の先後によって優劣を決定するルールを排除しないと、債権者たちが「最も残酷な不意打ちの犠牲」になることをおそれている）参照。

(58) *Vareilles-Sommières*, Rev. crit. 1905 (Fn. 53), S. 528 ff.

(59) 倒産否認権について、詳しくは、*J. F. Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung (Fn. 2), S. 50 ff.

(60) Gaul/*Schilken*/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 50 Rn. 88 を参照。

(61) *Klinck*, Insolvenzanfechtung (Fn. 9), S. 114 f. und passim によれば、債権者は、ドイツ基本法一四条〔所有権の保障〕によって保護されるとすら説かれている。

(62) このことについては、文脈は異なるものの、*Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 64, 336 を参照。

(63) *Knütel*, in: Haarmeyer/Hirte/Kirchhof/Graf von Westphalen (Hrsg.), Festschrift für Gerhart Kreft zum 65. Geburtstag, 2004, S. 3（「正義の中核は平等である」）～参照。

(64) たとえば、*Behr*, Wertverfolgung (Fn. 3), S. 518; *Klinck*, Insolvenzanfechtung (Fn. 9), S. 66; *Koziol*, FS Wesener (Fn. 3), S. 269; *Wilburg*, JBl. 1949 (Fn. 3), S. 30 li. Sp.; *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht (Fn. 24), Rn. 5.37 f. を参照。

(65) このように主張するのは、*Mokal*, 60 Cambr. L. J. (2001) (Fn. 35), S. 581 ff. 同旨のものとして、*Westbrook*, Texas Law Review, Vol. 82 (2004), S. 795, 823（「例外は、この原則を証明するのではなく、この原則を吸収してし

まうのである」)。

(66) 同一の結論をとるものとして、*Piekenbrock*, ZZP 122 (2009) (Fn. 24), S. 74 も参照。

(67) Bundestag Drucksachen 12/2443, S. 90 li. Sp.

(68) *Häsemeyer*, Insolvenzrecht (Fn. 11), Rn. 2.19.

(69) フランス個別強制執行法について、詳しくは、*J. F. Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung (Fn. 2), S. 159 ff., 452 ff.

(70) 詳しくは、*J. F. Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung (Fn. 2), S. 123 ff.

(71) 詳しくは、*J. F. Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung (Fn. 2), S. 466 ff.

(72) *Blomeyer*, in: Rapports et procès verbaux du IV Congrès Internationale d'Athènes pour la procédure civile du mois de septembre 1967, 1972, S. 554, 558 を参照。

(73) 個別強制執行法上の優先主義を批判するものとして、すでに、フリッツ・バウア（鈴木正裕訳）「金銭執行における優先主義と平等主義」民訴一五号（一九六九年）一頁。もっとも、この論文において展開されたバウア（*Baur*）の主張は、ドイツ語では公刊されなかったため、ドイツの議論には影響を及ぼさなかった。バウアの主張は、*Matsumoto*, in: Bruns/Kern/Münch/Piekenbrock/Stadler/Tsikrikas (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 2013, S. 1679 ff. により、近時になってはじめて、ドイツ語の公刊物として知られるようになった。

(74) 動産執行（売却差押え）について、たとえば、*Donnier*, Voies d'exécution et procédures de distribution, 8. Aufl. 2008, Nr. 1707.

(75) Hahn, Materialien IV (Fn. 10), S. 248.

(76) *Rouland*, La qualité de la créance, 2007, S. 131 f., 140 は、フランス法の文脈において、正当にも、次のように述べている。すなわち、ローランによれば、価値の増加を理由として特権を与えることを承認すると、どちらも望ましくない二者択一、つまり、「特権を与える債権が分別なく増えるか、それとも、〔特権を与える債権を〕恣意的に選別するか」のどちらかにいたらざるをえなくなるとされる。

(77) 基本文献として、*Picker*, in: Heldrich/Prölss/Koller u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band 1, 2007, S. 1001, 1016 ff.

(78) *Swadling*, Legal Studies, Vol. 28 (2008), S. 506, 527. アメリカ法において、「財産膨張理論（*swollen asset theory*）」を批判するものとして、*Dagan*, American Bankruptcy Law Journal, Vol. 78 (2004), S. 247, 268 ff. も参照。

(79) 詳しくは、*J. F. Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung (Fn. 2), S. 331 ff.

(80) フランスにおいても、価値の増加を理由として、一定の特権を正当化することが試みられている。たとえば、*Aynès/Crocq*, Droit des sûretés, 10. Aufl. 2016, Nr. 601. とりわけ、物の保存のために支出された費用にかかる特権（フランス民法典二三三二条三号）を正当化する根拠として、価値の増加が指摘されている。

(81) 現在も残されている国庫の特権については、*J. F. Hoffmann*, KTS Zeitschrift für Insolvenzrecht 2017, S. 17, 24 f.

(82) たとえば、*Ganter*, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2013, § 48 InsO, Rn. 19; Jaeger/*Henckel* (Fn. 24), § 48 InsO, Rn. 27.

(83) BGH, Neue Juristische Wochenschrift 1989, S. 3213; Jaeger/*Henckel* (Fn. 24), § 48 InsO, Rn. 9.

(84) Jaeger/*Henckel* (Fn. 24), § 48 InsO, Rn. 68.

(85) Hahn, Materialien IV (Fn. 10), S. 204 ff.; BGH, Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 2002, S. 380, 381 f.; BGH, Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 2005, S. 157, 160; BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2009, S. 1414; BGH, Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 2013, S. 158, 159 Rn. 9; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht (Fn. 11), Rn. 18.20; *Wilhelm*, Juristen Zeitung 1995, S. 574 re. Sp. を参照。

(86) *J. F. Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung (Fn. 45), S. 144 m. N. りの文脈では、BGH, Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 2002, S. 380, 381 f.; BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2009, S. 1414; BGH, Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 2013, S. 158, 159 Rn. 9; MüKo/*Ganter* (Fn. 82), § 51 InsO, Rn. 242; *Mossler*, Bereicherung aus Leistung und Gegenleistung, 2006, S. 22 ff. も参照。

(87) MüKo/*Ganter* (Fn. 82), § 51 InsO, Rn. 10.

(88) Hahn, Materialien IV (Fn. 10), S. 205.

(89) ドイツ倒産法四九条およびドイツ強制競売・強制管理法一〇条は、不動産については、ドイツ倒産法五一条二号に相当する特権を定めていない。ここでは、取引の安全を保護するために、不動産物権について適用される登記主義が貫徹されているわけである。*Johow*, Vorentwurf Sachenrecht/2 (Fn. 55), S. 434.

(90) MüKo/*Ganter*, § 51 InsO (Fn. 82), Rn. 218 参照。