



Title	委任者間の利益相反と「債権の平等性」(1)
Author(s)	溝渕, 将章
Citation	阪大法学. 2025, 75(3), p. 1-47
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/102803
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

委任者間の利益相反と「債権の平等性」(1)

溝 渕 将 章

目次

第1章 問題の所在

第2章 ドイツ法の議論

第1節 ドイツ法の議論の概要と論説の順序

第2節 ドイツ法における利益擁護関係

第3節 ドイツ法における債権衝突と「履行における早い者勝ち原則」

I 権利衝突に関する普通法上の議論 (以上、本号)

II 18世紀および19世紀の立法例

III BGBの立法過程

IV デ・ボアの債権衝突理論

V 判例・学説のその後の展開

VI 本節のまとめ

第4節 利益擁護関係における Prior tempore potior iure 理論・平等取扱理論

第3章 日本法への示唆

第4章 結語

第1章 問題の所在

第1節 本稿の検討課題

現代社会では、委任契約の受任者、代理人、信託受託者、投資銀行のように、他人のために財産上の事務処理をする役務提供者が、経済活動上の重要な地位を占めている。これらの事務処理者は事業活動上、多様な利害関係を持つ多数の顧客（委任者、受益者等）と法律関係を形成するのを通例とする。その結果、事務処理者が、ある顧客の利益を追求することにより、他の顧客の利益を追求

できなくなったり、その利益を害してしまったりする場面に直面することがある。このように（自己と顧客の間ではなく）数人の顧客の間での利益相反に直面した場合、事務処理者は、私法上どのような行動をとることが許され、かつ、義務づけられるのであろうか。この法律問題は、これまで、金融機関の利益相反規制、会社法および信託法等の分野で個別に議論されてきた。これに対して、財産的な事務処理関係の全般に関する法律問題として同論点を把握し、検討を加えた研究はほとんど見当たらない。たしかに、問題となりうる事務処理者と顧客の間の法律関係は千差万別であり、かつ、顧客間で具体的にどのような利益が対立しているのかについても、状況は極めて多様である。「数人の委任者等の間での利益相反」として同問題を抽象的に捉え、一般的な規律を考察する研究がなかったのも、このような事情によるものであろう。しかし、いずれの問題状況においても、事務処理者が、①委ねられた事務の実行にあたり、顧客の利益のために最善を尽くすべき義務を、個々の顧客に対して別個に負っていること、②そうであるがゆえに、顧客間で利益が対立する場合に、いわば両者の板挟み状態に置かれてしまうこと、といった事情は通底している。そうであれば、各分野における議論の基礎となるような一般的な理論の枠組を考察することは、法秩序の体系性や整合性を維持する上で不可欠または有益であると考えられる。

本稿は、以上の問題意識のもとで、前記の法律問題について、個別分野における議論の基礎となりうる一般的な理論枠組を考察することを目的とする。この目的のためには、まず、日本法において具体的に何を検討対象とすべきかを見極める必要がある。そこで、はじめに、前記の各分野における議論を概観して、日本法における現在の理論状況を確認する。その上で本稿の具体的な検討課題を示すことにする。

第2節 日本法の理論状況

数人の委任者（または受益者等）の間での利益相反問題を扱った研究の代表例として、これまでの学説では、金融機関、信託受託者、そして、社債管理者を念頭に置いた議論がある。これらの事務処理者は、委任（または信託）の本

旨に従い、かつ、善管注意をもって委任（信託）事務を処理する義務を負う⁽¹⁾。また、学説では、事務処理者は、自己または第三者の利益と、委任者（受益者）の利益が相反するときは、委任者を不当に犠牲にして、自己または第三者の利益を図ってはならない義務を負うとする見解が支配的である（忠実義務、⁽²⁾誠実義務）。ここで、数人の委任者（受益者）の間で利益が相反する、特に、双方の利益を両立するかたちで満足させることが（事実上の理由から）困難または不可能であるとする。この場合、事務処理者は、一方の利益のために行なうことによって、他方の利益を害する、または十分に実現できない結果を招いてしまうことがある。これは、事務処理者による一方の委任者等に対する義務の履行が、他方への義務の履行の妨げになったり、同義務の履行を不可能にしたりすることを意味する⁽³⁾。事務処理者は、いずれの義務を履行しても、他方で義務違反の責任を追及されかねない、身動きのとれない状況に置かれうる。そこで、この場合に事務処理者は、私法上、どのような行動をとることを義務づけられ、どのような行動をとれば免責されるのかが議論されている⁽⁴⁾。

I 金融機関の利益相反をめぐる議論

銀行・証券会社等の金融機関は、金融市場における地位からして、多種多様な事業を併営し、かつ、多数の顧客と法律関係を形成する。このため、顧客間で利益が相反する場面に直面することが稀ではない。金融機関と顧客の間の法律関係（どの業務の顧客か）や、顧客間で具体的にどのような利益が相反しているかについても、問題類型は多様である⁽⁵⁾。他人のための財産的事務処理という観点からは、特に、金融機関が（準）委任契約に基づいて顧客に役務提供をする場面が重要である。この場面における顧客間の利益相反の問題は、金融機関による投資銀行業務の拡大とともに議論が活発になっている分野でもある⁽⁶⁾。具体的な問題状況として例えば、①同一の金融機関が、M&Aの買手側と、売手候補（買収対象）の双方のアドバイザーに就任する場面⁽⁷⁾、②同一の金融機関が、同一会社の社債管理者とシンジケートローンのエージェントに就任しているところ、社債権者⁽⁸⁾とシ・ローン貸主の間で利益が相反する場面、などが挙げられている⁽⁹⁾。この事例のように数人の委任者の利害が強く対立する場面では、

受任者たる金融機関が一方の利益にとって最善となる事務処理をすることが、他方のための最善の事務処理を実行する妨げになりうる⁽¹⁰⁾。金融機関は、双方に対する善管注意義務（または忠実義務）を、両立するかたちでは履行できない⁽¹¹⁾。

日本法では、このような場面の解決方法を直接に定めた私法上の条文は存在しない。学説上は、手続的な方法による解決を提唱する見解が一般的である。金融機関は、一方または双方の依頼を受任するときに、他の委任者や、同人に対する義務の存在、利益相反の可能性を開示した上で、事情によっては最善の事務処理ができない点につき委任者の同意を得ておく。これにより、一方または双方の委任者に対する自己の善管注意義務または忠実義務を限定的なものとしておく⁽¹²⁾。もっとも、同意による方法には、十分な情報開示がない状況で得た同意の有効性の問題や、そもそも、同意により善管注意義務懈怠の賠償責任を本当に免除してよいのかなど、疑問も呈されている⁽¹³⁾。

II 信託受託者の公平義務をめぐる議論

信託受託者は、信託の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって信託事務を処理する義務を負う（信託法29条）とともに、受益者に対する忠実義務を負う（信託法30条⁽¹⁴⁾）。この善管注意義務・忠実義務との関係で、ひとりの受託者に対して数人の受益者がおり、かつ、受益者の間で利益が相反している場合に、受託者はどのように行動すればよいのが問題となる。この問題に関しては、①同一の信託に数人の受益者がおり、その利益が相反している場面と、②同一の受託者が引き受けている、異なる信託の受益者の間で利益が相反している場面に分けて論じるのが通例である。

1 同一信託の数人の受益者の利益が相反している場合

例えば、同一の信託で優先受益者と劣後受益者がおり、その利益が相反する場合や、受益者連続型信託で収益受益者と元本受益者がおり、その利益が相反する場合である⁽¹⁵⁾。

この場面について、信託法33条は、受託者が、すべての受益者のために公平に職務を行うべきと定める（公平義務）。信託法33条は平成18年信託法改正に

より追加された条文であるが、それより前から学説では、受託者が公平義務を負うことが提唱されており⁽¹⁶⁾、また、特に担保付社債信託については受託者の公平義務が明文で規定されていた(担保付社債信託法旧68条)。受託者の公平義務の意義・内容については、平成18年改正の前後を通じて、学説上の議論がある。特に論点となっているのは、第1に、公平義務の法律上の性質は何か、第2に、公平義務により受託者は具体的にどのような行動を義務づけられるのか(「公平」の具体的意味・判断基準)という点である。

第1の点については、公平義務は理論上、①受託者の善管注意義務から導かれる(または、善管注意義務に属する)とする見解と⁽¹⁷⁾、②忠実義務から導かれる(または、忠実義務に属する)とする見解が対立する。日本の信託法研究で特に参照される英米法では、受託者の公平義務は忠実義務に属すると理解されており、平成18年信託法改正前の学説でも、同様に解する見解があった⁽¹⁹⁾。これに対して、平成18年信託法改正の立法者説明によれば、信託法33条の公平義務は、受託者の善管注意義務の一種と位置づけられている。同改正においては、受託者の忠実義務は、受託者(または受託者と利害関係のある第三者)と受益者の間で利益が相反する場合にのみ問題となる、との整理がされたためである⁽²⁰⁾。このように、第1の論点は、(立法者意思を尊重するならば)平成18年信託法改正によって一応の解決をみたといつてよい⁽²¹⁾。

第2の論点については、一般に、公平義務によって受託者は、等しいものを等しく取り扱うことが求められると説かれる⁽²²⁾。これによれば、まず、各受益者の権利が同一種類のものであるときは、受託者は、受益権の内容に従って受益者を平等に取り扱うことを要する。例えば、信託財産の収益を享受する同一種類の受益者が数人いれば、受託者は、受益権に比例するかたちで受益者に収益を配分すればよい。この場合は、特定の受益者への依怙臆買が禁止されるだけであり、それ以上格別の問題は生じない⁽²³⁾。

これに対して、受益者連続型信託のように、各受益者が異なる性質の受益権を持ち、それぞれにとって最善となる事務処理のあり方が両立しないものであるときは、より困難な問題が生じる⁽²⁴⁾。この場合、一方の受益者にとって最善の事務処理をすれば、必然的に他方の受益者を害する(少なくとも、他方受益者

にとっての最善の事務処理をできなくなる)ので、受託者のどのような行動をもって「公平」と評価するかが、問題になる。同論点については、学説上いまだ意見の帰一がみられないものの、概ね、以下のように説かれている。第1に、当該受託者にとって何が公平な行動かについて、信託行為（または信託設定者の意思）から判断基準・手がかりが導かれるときは、それに従う⁽²⁵⁾。次に、近年の学説では、受託者の裁量的判断を認める見解が増えている点も重要である。利益の相反する各受益者のためにどのような事務処理を行うかを受託者の裁量的判断に委ね、受託者がその裁量の範囲内で行動している限りは、全受益者に対して公平に行爲したと認める⁽²⁶⁾。ただし、受託者に与える裁量の程度については一致した見解がないようである⁽²⁷⁾。さらに、学説には、この点の判断を手続要件で代替させる見解もある。公平義務の具体的内容の特定は困難だから、例えば受益者の個別の合意を要求したり、受託者の行為が客観的にみて不相当なものでないかにつき独立の第三者からの証明を求めたりする手続要件に変容させて、受託者に過度の負担をかけないようにすべきだという⁽²⁸⁾。

2 異なる信託の受益者の間で利益が相反している場合

以上の問題状況と典型的に区別されるのが、同一の受託者が複数の信託を引き受けている場合において、各信託の受益者の間で利益が相反する場面である⁽²⁹⁾。学説で挙げられている例としては、①同一信託に数人の受益者を置く代わりに、もとから各々の受益者にひとつの信託契約が対応するよう信託を設計する場合⁽³⁰⁾、②担保付社債の受託者が、同時に同一委託会社の2以上の信託証書の受託会社になった場合において、両社債権者のために担保の追加の必要性を認めたものの、両社債権者の要請を満たすために担保となる物件が不足する場合等がある⁽³¹⁾。信託法33条は、ひとつの信託に数人の受益者がいる場面での公平を定めた条文だから、このような場面に同条は適用されない。もっとも、この場面でも受託者の公平義務を認める学説が平成18年信託法改正前から存在し⁽³³⁾、同改正後の学説でも、受託者は、信託法33条の枠外で公平義務を負うとされている。学説は、この場合の公平義務を、受託者の一般的忠実義務（信託法30条）から導く。忠実義務により受託者は自己または第三者の利益を優先させるのを禁止されると

ころ、特定の信託の受益者(A1)を有利に扱うことは、他の信託の受益者(A2)との関係では、第三者(A1)の利益を優先させることにあたるからである。⁽³⁴⁾

以上のように公平義務の存在そのものは異論なく認められているのに対して、公平の具体的意味、受託者が公平に行為したと判断される基準に関しては、1と同様にいまだ十分な理論が形成されていないようである。

Ⅲ 社債管理者の公平義務をめぐる議論

社債管理者に関しても、数人の社債権者の間で利益相反が生じる場合にどのように行為すればよいかについて、会社法上の議論がかつてから存在した。社債管理者は、会社法上の規定に基づき、社債権者に対して誠実義務⁽³⁵⁾、および公平義務を負う(会社法704条1項)。社債管理者の公平義務についても、同義務の射程および具体的内容に関して議論がある。

第1に、条文上の公平義務が及ぶ射程についてである。信託受託者に関する議論のときと同様に、社債権者の利益が相反する場面としては、①同一回(同一種類)の社債で数人の社債権者の利益が相反しているときと、②同一の社債管理者が、同一発行者の複数の社債の管理を引き受けている場合において、異なる回(異なる種類)の社債の社債権者の間で利益が相反しているときが、ある。会社法704条1項の公平義務が①に及ぶ点については争いがない。これに対して②の場面については、同項の公平義務がこの場合にも適用されるとする第1説と、②の場面は同項の定めるところではなく、この場合の公平義務は、むしろ誠実義務から導かれるとする第2説⁽³⁶⁾が対立している。信託受託者の公平義務に関する議論⁽³⁷⁾(②に相当する、異なる信託の受益者に対する公平義務は信託法33条ではなく、一般的忠実義務から導かれる)の影響を受けてか、近年の学説では第2説⁽³⁸⁾への支持が増えている。

次に、公平の具体的意味、判断基準は何か、特に②の場面に関連して難しい問題となっている。発行回や発行条件が異なり、社債権者の利害関係が異なる場合には、何が公平な取扱いなのかが不明確だからである。この点について学説では、信託受託者のときと同様に、⁽⁴⁰⁾公平の判断を手続要件に変容させる見

解がある。社債管理者は、各社債権者への取扱いが合理的基準に基づいているという意味で公平にされたことの証明を要するとい⁽⁴¹⁾う。また、近年の学説では、社債管理者自らが実質的に利益相反状態にない場合は、ある程度広く社債管理者の裁量を認め、よほど不合理な決定でない限り責任を問うべきではないとする見解もある。社債管理者が特定の社債権者を優遇するインセンティブがない場合は、善管注意義務の問題として処理し、責任を緩和する趣旨である⁽⁴²⁾。

第3節 具体的な検討課題の設定

I 本稿が念頭に置く問題状況

第2節での議論からは、以下の点を指摘することができる。第1に、議論の対象となっているいずれの場面においても、単に数人の委任者（受益者）の利益が事実上相反しているだけではなく、その利益を保障する法律上の権利と権利、およびそれに対応する受任者（受託者）の義務と義務の間で、対立が生じている点である⁽⁴³⁾。受任者（受託者）は、一方の委任者（受益者）への義務を履行することにより、同じく自らが義務を負う他方の委任者（受益者）にとって最善の行動をとれなくなる。その結果として両者の義務の間で板挟みの状態に置かれることになり、困難な法律問題が生じるのである。

第2に、受任者（受託者）のどのような義務が対立するかについては多様な状況を想定しうが、基本的には、同一の受任者（受託者）が負担する数個の事務処理義務の間で対立が生じている、という点である（債権者の側からは、約定の給付を求める権利が対立していることとなる⁽⁴⁴⁾）。ある委任者（受益者）に対する事務処理義務を履行することにより、他の委任者（受益者）に対する事務処理義務を、（その者だけが委任者（受益者）であるときのように）履行できなくなる、というわけである。したがって、ここで問題となるのは、厳密には、数人の委任者（受益者）の「利益の相反」ではなく、同一の受任者（受託者）が、数人の委任者（受益者）に対して負う事務処理義務、および同義務にかかる「債権の衝突」である。

第3に、事務処理義務の発生原因との関係では、①同一の契約関係において受益者等が数人いるときと⁽⁴⁵⁾、②同一の受任者（受託者）が、数個の契約関係に

基づいて事務処理義務を引き受けており、双方の義務を両立するかたちで履行できないときの⁽⁴⁶⁾、2つの問題状況がある点である。このうち、①の場合には、数人の受益者等の存在が同一の契約において想定されているはずであり、受託者が個々の受益者等に対してどのように行為すればよいかは、通常は、当該契約に定められているか、または、契約解釈から明らかになる。①の場面を念頭に置いた信託法の学説が、信託行為（信託契約）や信託設定者の意思に第1次的な手がかりを求めるのも、この点を反映してのことであろう。これに対して、特に困難な法律問題を生じさせるのは②である。一般的には、ある契約において、他の契約の存在や他の契約上の債権者の存在は、直ちには想定されていない。したがって、②では、他の契約関係に基づく委任者（受益者）との関係で受任者（受託者）がどのように行為すべきかが、個々の契約で当然に定められているわけではない。この場合には、契約上の明示的な約定の外に、解決の手がかりを求める必要がある。

以上の諸点をふまえて、本稿は、特に次のような問題状況を考察対象とする。すなわち、受任者（受託者）が、それぞれ独立した契約に基づきA1とA2に事務処理義務を別個に負う場合において、A1への義務を履行すれば、A2への義務を（A2だけが委任者（受益者）であるときのように）履行できなくなる、という場面である（事務処理義務、または、同義務にかかる数個の債権の衝突⁽⁴⁷⁾）。

II 検討の方向性

以上で掲げた義務の板挟み状態を、私法上どのように解決すればよいのか。この点についてはまず、特に第2節Iでの議論にみられるように、個別の委任契約において他の契約や委任者の存在等を開示し、各委任者から事前に同意を得ておくという解決方法が考えられる。各委任者との明示的な合意によって、受任者が各委任者に対して負う義務の内容を相互に調整するわけである。しかし、同見解は、あくまで実務上有用な解決方法を提示しているにすぎず、理論的な解決を示しているわけではない⁽⁴⁸⁾。明示的合意のない場合に、受任者（受託者）が各委任者（受益者）に対してどのような義務を負うのか。理論的には、

まさにこの点についての任意法規（デフォルト・ルール）は何かを考えるべきである。⁽⁴⁹⁾

もちろん、問題となる具体的状況の多様性に鑑みれば、統一的な任意法規を求めることはできないし、各場面における任意法規を明らかにすることも容易ではない。しかし、いずれの場面においても、両立するかたちでは実現できない数個の債権の衝突が基本的に問題となっている以上、この任意法規は、債権の一般原則との関係で正当化されるものであることを要するはずである。そこで、本稿は、問題解決への序説的考察として、この任意法規と、債権の一般原則との関係を明らかにすることを課題とする。この点が、数人の委任者等の間での利益相反が問題となるすべての場面について、まず検討すべき事項だと考えるからである。以下でその意味を敷衍する。

Ⅲ 債権の平等性との関係

債権の一般原則について、日本法の学説は次のように説明する。債権は、債務者に対する請求力であって、債務者の自由意思に向けられる。このような債権の請求性・相対性という本質からして、債権は、同一内容のもの（厳密には、⁽⁵⁰⁾両立するかたちでは履行できないもの）であっても、同時に2個以上が併存することが可能である（債権の非排他性または併存可能性）。このような非排他性からは、さらに、債権の平等性（または非優先性）が導かれる。⁽⁵¹⁾併存する債権は、平等であって、債権成立の時間的前後を問わずに、互いに他の債権に優先しない。⁽⁵²⁾債務の履行は専ら債務者の自由意思に委ねられており、債務者から先に履行を受けた債権者が給付を保持できる。したがって、本来の給付をめぐる争いでは、先に履行を受けた者が優先する、早い者勝ちが原則となる。⁽⁵³⁾本来の給付を受けなかった債権者は、債務者に帰責事由がある限りにおいて金銭賠償を請求できるにとどまる。⁽⁵⁴⁾

事務処理の実行を求める各委任者（受益者）の権利が債権である以上、受任者（受託者）と委任者（受益者）の間の関係には、債権の平等性を前提とする以上の考え方がまずは妥当するはずである。これによれば、同一の受任者（受託者）に対する A1 と A2 の内容的に両立しない債権が併存するときは、①い

ずれへの事務処理義務を履行するか、つまり、本来の給付をどちらにするかの決定は、専ら受任者（受託者）の自由意思に委ねられる。②受任者（受託者）は、帰責事由があるときは、履行を受けなかった者に賠償責任を負う。

ところが、第2節で確認したとおり、本稿が問題とする場面において、このような解決方法を直接に提唱する見解はあまり見当たらない。例えば、信託法や会社法上の学説は、このような場面で受任者（受託者）の公平を要求する。何が受任者（受託者）の公平な行為かについては意見の統一をみないものの、学説では、受任者（受託者）の（限界のある）裁量的判断や、合理的基準を求める見解が多い。これによれば、①“債務者は、事務処理義務の履行にあたり、（限界のある）裁量性・合理性という行動基準に拘束されるかたちで、誰に、どのように履行するかを決定すべきことになる。完全な自由意思による判断は許されない。他方で、②“この行動基準を遵守する限りは、履行を受けなかった者に対して賠償責任を負わない。このように、公平義務による帰結は、債権の平等性から導かれる結論と異なっているように思われる。

それでは、本稿が問題とする場面の任意法規は、債権の平等性から導かれる前記の考え方によるべきなのか。あるいは、財産的事務処理関係の特性を考慮して、例えば「公平」のように、これとは異なる考え方によるべきなのか。⁽⁵⁶⁾後者の場合、その任意法規は、債権の平等性との関係でどのように正当化されるのか。これらの点を考察することが、本稿の具体的な課題である。考察にあたり本稿は、ドイツ法の議論を参考にする。その趣旨を、章を改めて説明しよう。

混乱を避けるために、以下の論説で用いる表現を確認しておく。まず、受任者や信託受託者等のように、事務処理義務を他人に対して負う者を包摂する表現として「事務処理者」という用語を用いる（事務処理者のうち、特定の種類の者のみを指すときは、受任者、受託者のように表記する）。次に、事務処理者が事務処理義務を負う相手、すなわち、事務処理義務にかかる債権を有する者を包摂する表現として「本人」という用語を用いる（ここでも、本人のうち、特定の種類の者のみを指すときは、委任者、委託者、受益者のように表記する）。さらに、（事務処理義務にかかる債権を含めて）A1の債権を実現させることが、同一債務者に対するA2の債権を（A2のみが債権者であるときのように）実現させることを妨げたり、A2

の債権の全部または一部の実現を不能にしたりする関係性・状況のことを、「債権衝突」と表現する⁽⁵⁷⁾（ただし、「債権衝突」という表現については、ドイツ法上、個別の論者が自ら定義を設定した上で議論を展開していることがある。そのような場面では、当該論者の定義に従う）。

第2章 ドイツ法の議論

第1節 ドイツ法の議論の概要と論説の順序

I 議論の概要

日本法と同様にドイツ法においても、同一の債務者が、両立するかたちで履行できない数個の債務を数人の債権者に負っている場合は、先に履行を受けた債権者が給付を保持でき、優先されることが原則とされている⁽⁵⁸⁾。他の債権者は、債務者に有責性がある限りにおいて賠償請求をできるにとどまる。ドイツではこの考え方が Präventionsprinzip と呼ばれ、債権衝突の場合における原則的な解決準則とされている（以下では、Präventionsprinzip のことを「履行における早い者勝ち原則」と表記する⁽⁵⁹⁾）。他方で、他人のための財産的事務処理関係における債権衝突の場面、例えば、問屋が数人の委託者に対して、両立するかたちで履行できない事務処理義務を負うときは、これと異なる解決準則が提唱されることがある。具体例に挙げられている問題状況をみてみよう。

事例1 問屋が、特定の物品を委託者1と委託者2のためにそれぞれ500単位購入する義務を別個に負っている。ところが、問屋に供給されるのは700単位のみであり、問屋は、双方の委託者に完全な満足を与えることができない。ここでは、数人の委託者が、同一の問屋に対して、同時には実現できない同一のこと（A）を求めている⁽⁶⁰⁾（対立する委託者が市場の同一の側にいる）。

事例2 同一の問屋が、委託者1のために特定の物品を可能な限り高値で売却する義務を負っており、同時に、委託者2のために当該物品を可能な限り廉価で購入する義務を負っている場合。この場面では、委託者1はA+を、委託者2はA-を求める権利をそれぞれ同一の問屋に有している。ここでも、問屋は、両立するかたちで履行できない数個の事務処理義務を、数人の委託者に対して同時に負う（対立す

る委託者が市場の異なる側⁽⁶¹⁾にいる)。

ドイツ法では前記の場面において、「履行における早い者勝ち原則」とは異なる解決が、平時実体法の理論として提唱されることがある。具体的には第1に、問屋と先に委託契約を締結した委託者を優先させる解決方法である。したがって、問屋は、先に委託を受けた委託者のために事務処理義務を履行することを要する⁽⁶²⁾。先に履行を受けた者ではなく、先に契約を締結して債権を取得した者を優先させる考え方である(以下では、先に債務者と契約を締結し、権利(債権)を取得した者を優先させる解決準則のことを、ドイツ法学説での表現に従い、Prior tempore potior iure⁽⁶³⁾理論と呼ぶ)。第2に、問屋は、各委託者に対して、権利に比例するかたちで平等に給付をすべきだとする考え方である⁽⁶⁴⁾(以下ではこの解決準則のことを、平等取扱理論と呼ぶ)。これらの解決準則によれば、問屋は、誰に本来の給付を得させるかを自己の自由意思により決定することはできない。また、委託者の一方が他方に(部分的に)優先することになり、問屋は、優先委託者のために事務処理をすることで免責される。このため、「履行における早い者勝ち原則」によるのとは異なる解決となる。さらに、近年の学説では、これらの解決準則が、問屋法にとどまらず、他人のための財産的事務処理を目的とする私法関係(ドイツ法では利益擁護関係と呼ばれる)の全般に妥当するとの主張もある。

以上の問題状況(事例1および2)は、これまで日本法で議論の対象とされてきた状況に直接相当するわけではないものの、他人のための財産的事務処理関係を検討対象としている点で共通している。のみならず、ドイツの学説上、前記の各解決準則が「履行における早い者勝ち原則」とは異質で、同原則を例外的に排除または修正するものであることが意識されている点⁽⁶⁵⁾、および、この排除または修正を正当化する根拠について議論がある点も注目される。このドイツ法の議論は、第1章第3節Ⅲで述べた本稿の検討課題を考える上でも、有益な示唆を与えると期待できる。そこで、本章では、利益擁護関係におけるPrior tempore potior iure理論および平等取扱理論に関するドイツ法の議論をみていく。

II 論説の順序

この目的のために、本章では、以下の3つの事柄を紹介・考察の対象とする。第1に、Prior tempore potior iure 理論および平等取扱理論が適用される射程との関係で、ドイツ法上の利益擁護関係とは何かという点である。学説上、同理論は、私法上の法律関係のなかでも、問屋等の利益擁護関係での債権衝突に適用されている。そこで、同理論の適用対象である利益擁護関係の意義、その他の法律関係との相違や特質をまず説明する（第2節）。

第2に、前記のとおり、Prior tempore potior iure 理論および平等取扱理論は、「履行における早い者勝ち原則」を排除または修正する理論と理解されている。それでは、これにより排除される「履行における早い者勝ち原則」とはどのような原則なのか。例外則を検討対象にする以上、原則の意義・内容を確認しておくことが必要である（第3節）。

以上の確認を経た後、Prior tempore potior iure 理論および平等取扱理論の具体的内容・正当化根拠に関する議論をみていく（第4節）。

第2節 ドイツ法における利益擁護関係

ドイツ法において、利益擁護関係とは、私法上の法律関係のうち、一方当事者（事務処理者）が専ら他方当事者（本人）の利益のために行為し、他方当事者の利益を自己の利益に優先させることを要する関係を指す。⁽⁶⁶⁾例えば、無償委任、有償事務処理、代理商、問屋、仲立人、弁護士、税理士、投資アドバイザー、そして会社機関等の法律関係が、利益擁護関係に含まれる。⁽⁶⁷⁾利益擁護関係は、英米法上の信託およびこれを基礎とする信認関係に類似する概念であるものの、⁽⁶⁸⁾その歴史的な発展の経緯には相違がある。⁽⁶⁹⁾英米法では、信託の内部的法律関係を基礎として、受託者の義務構造や義務違反の場合における受益者等の救済手段について信認法理が展開されてきた。⁽⁷⁰⁾これに対して、ドイツ信託法では伝統的に、信託の対外関係に関する考察が主流であったため、⁽⁷¹⁾内部関係上の受託者の義務構造を解明し、これを包括的な法理（信認法理）へと展開させるといった検討が、あまり行われてこなかった。しかしながら、ドイツ法においても、私法上の法律関係には、当事者が専ら他人の利益のために行為すべき

類型があること、および、同類型には、その他の類型とは異なる特性や義務構造があることが、比較的古くから認識されていた。まずは、この点からみていこう。

I 当事者の利益状況を基準とする法律関係の分類

このような認識の嚆矢となったのが、バイエルレの見解である⁽⁷²⁾。信託の対外関係に関する考察が主流であった20世紀前半のドイツ信託法において、バイエルレは、受託者が専ら本人の利益のためだけに行為するという当事者間の内部関係を、信託の本質と理解した⁽⁷⁴⁾。バイエルレによれば、私法上の法律関係（契約関係）は、当事者が置かれている利益状況を基準として、①双務契約（Synallagma）、②合有（Gesamthand）、および、③信託（Treuhand）の基本的3類型に分類される⁽⁷⁵⁾。その直後には、ヴェルディングーもこの分類を支持し、①を利益対立型（Interessengegensatz）の法的取引、②を利益共同体型（Interessengemeinschaft）の法的取引、③を利益擁護型（Interessenwahrung）の法的取引とする⁽⁷⁶⁾。

これらの見解の骨子はこうである。まず、①は、当事者の双方が、自己の利益を、法律上許される範囲において自ら追求する法律関係である。売買、交換、賃貸借のように、給付の交換を目的とする契約がこれに属する。同類型の契約では、当事者双方の利益が互いに対立しており、それぞれの利益は、契約上の合意によって調整される。各当事者は、基本的に自己の利益だけを追求し、他方への配慮は取引上の信義則が要求する範囲において行うのみでよい（利益対立型⁽⁷⁷⁾）。

次に、②は、当事者全員が共通の利益を有しており、かつ、同利益を共同で追求する法律関係である。この類型の代表例が、組合である。ここでは、契約内容である当事者の利益が等しい方向を向いており、当事者は自己の利益を追求することで、他の当事者の利益をも追求することになる（利益共同体型⁽⁷⁸⁾）。

最後に、③は、当事者の一方（事務処理者）が、専ら他方（本人）の利益のみを追求する法律関係である。ここでは、本人の利益の追求が契約内容となり、事務処理者は、自己の利益を本人の利益に劣後させることを要する。事務処理

者は、自己の行為により利他的に本人の利益を追求し、自己の行為の結果には与らない。本人の利得が、直ちに事務処理者の利得になることや、事務処理者の損失に帰することはない（利益擁護型⁽⁷⁹⁾）。

以上のように私法上の法律関係を、当事者の置かれている利益状況を基準にして分類すること、および、①から③の分類方法は、現在の学説上も広く支持されている⁽⁸⁰⁾。

II 利益擁護関係の特質——利益擁護義務の理論的根拠

前記の意味での利益擁護関係の代表例としては、無償委任（ドイツ民法典（以下ではBGBと表記する）662条以下）、有償事務処理（BGB675条以下。取次委託（問屋業務）もそのひとつである⁽⁸¹⁾）、および会社機関等が挙げられる⁽⁸²⁾。これらの法律関係において事務処理者は、委ねられた事務を、本人の利益のために注意を尽くして実行する義務を負う⁽⁸³⁾。のみならず、事務処理者は、本人の利益を完全に擁護するとともに、自己の利益を本人の犠牲において促進してはならない利益擁護義務を負う⁽⁸⁴⁾。利益擁護義務は、事務処理者が給付を具体的にどのようになすべきかを決定づけるものであり、かつ、利益擁護関係の特徴をなす。そこで、以下では、事務処理者が利益擁護義務を負う根拠に関するドイツ法の説明を確認する。これにより、利益対立型や利益共同体型の法律関係にはない利益擁護関係の特質を、明らかにできるからである⁽⁸⁵⁾。

1 本人の権利・法益への干渉権限または干渉可能性

利益擁護義務の理論的根拠として学説が挙げる第1の観点は、事務処理者が、本人の権利・法益に干渉する権限または可能性を有することである⁽⁸⁶⁾。本人は、自己の利益を擁護させるために、事務処理者を信頼し、自己の権利・法益に干渉する権限や地位を、事務処理者に付与する⁽⁸⁷⁾。このような干渉権限・干渉可能性は、事務処理者がこれを濫用して、本人の利益に不当な影響を及ぼす危険を生じさせる。そこで、法秩序は、干渉権限・干渉可能性に対する代償または対重として、事務処理者に利益擁護義務を負わせている。

2 法律関係が将来に向けて開かれていること・事務処理者の裁量

他方で、ドイツの学説は、本人の権利・法益への干渉権限・干渉可能性のみでは、事務処理者の利益擁護義務を基礎づける根拠として不十分だとしている。例えば賃貸借や消費貸借のように、利益対立型の関係でも、当事者の一方（貸主）が他方（借主）の利益に対して干渉可能性・影響力を持つことはある。しかし、ここでは、法律規定により他方当事者（借主）の利益が保護されており、一方当事者（貸主）が利益擁護義務を負うことはない。したがって、利益擁護義務を正当化するには、事務処理者の干渉可能性に加えて、干渉可能性から本人を保護するためには、信義則規定（BGB242条）等の法律規定だけでは不十分だとする事情の存在が必要になる。⁽⁸⁸⁾

そこで、学説が着目するのが、本人・事務処理者間における法律関係の構造、およびそれに基づく事務処理者の裁量である。⁽⁸⁹⁾利益擁護関係では、事務処理者が、本人の利益を適切に追求するために具体的にどのような行動をとるべきかが、契約時いまだ予測されないことが多い。このため、将来の諸事情の変化に応じて本人の利益を追求できるよう、事務処理者の行すべき給付を契約時に確定せず、その行動について事務処理者に裁量を与える必要がある（法律関係が将来に向けて開かれている⁽⁹⁰⁾）。事務処理者の裁量は、事務処理者による干渉権限・干渉可能性の濫用の危険性を、利益対立型の契約関係におけるそれよりも高くする。そこで、利益擁護関係では、裁量を伴う干渉権限・干渉可能性の代償として、事務処理者に利益擁護義務を課すことが必要になる。⁽⁹¹⁾

3 本人による利益領域の開放

以上の説明は、事務処理者側の視点（事務処理者の干渉権限、裁量）から利益擁護義務を基礎づけるものである。これに対して、近年では、本人側の観点から利益擁護義務を正当化する見解が、学説で提唱されている。利益擁護関係では本人の利益追求が契約内容となり、事務処理者は本人の利益のみを擁護するのだから、同関係の特質である利益擁護義務もまた、本人側の観点からこれを正当化すべきだという。⁽⁹²⁾

利益擁護関係において本人は、事務処理者に対し、例えば、自己の財産に変

動をきたす決定を委ねる、自己の情報や資源へのアクセスを許すなど、その利益領域を開放することを要する⁽⁹³⁾。他方で、利益擁護関係では、本人の利益を適切に追求し、合意された目的を達成するのに必要な一切の事項が契約開始時に明確に定められているわけではない。また、本人・事務処理者間でどのような利益相反が生じるか、そして、各状況下でどのような解決が適正かという点も、当初から予測できない。事務処理者の行為義務の内容を事前に詳細に確定しておくことができないのである。このような状況で本人が自己の利益領域を事務処理者に開放するには、特別な程度において事務処理者を信頼できることが必要である。そして、この「機能上必要な信頼」を事務処理者に与えるのは、本人が、事務処理者の忠実性（Loyalität）を（何の拘束力もなく）期待できるだけでなく、忠実性について法律上の保障を与えられている場合に限られる⁽⁹⁴⁾。この法律上の保障が、事務処理者の利益擁護義務である。このように、利益擁護義務の理論的根拠は、本人による自己の利益領域の開放に求められる。

Ⅲ 本節のまとめ

ドイツ法上の利益擁護関係とは、事務処理者が、専ら本人の利益のみを追求する法律関係である。同関係において事務処理者は、本人の利益のみを追求し、私益の追求を禁止される利益擁護義務を負う。利益擁護義務の理論的根拠をめぐる議論からは、利益擁護関係の特質として以下の点を指摘できる。第1に、同関係において事務処理者は、本人の権利・法益に干渉する権限や可能性を付与されている点である。第2に、同関係では、契約目的である本人の利益追求のために、事務処理者が具体的に何をすべきかが契約時には確定されず、事務処理者に裁量を与えられている点である。事務処理者の干渉権限・干渉可能性、および裁量は、（各々の関係で内容や程度に違いがあるものの）利益擁護関係を他類型、特に利益対立型の法律関係と区別する特質である。このように具体的な行為義務が契約上定まっていない状況では、事務処理者が権限を濫用して本人の利益を侵害する危険性が高い⁽⁹⁵⁾。そこで、事務処理者自らの利益追求を禁止することにより、本人の利益を保護する。

Prior tempore potior iure 理論・平等取扱理論の対象となるのは、以上のよ

うな特質を持った法律関係であることを、まず確認しておく。

第3節 ドイツ法における債権衝突と「履行における早い者勝ち原則」

本節では、債権衝突の原則的な解決準則とされる「履行における早い者勝ち原則」を確認していく。Prior tempore potior iure 理論または平等取扱理論の適用は、「履行における早い者勝ち原則」の例外的排除または修正を意味しており、例外則を理解するには、原則の意義の把握が不可欠だからである。この確認手法として、本稿は、債権衝突に関する普通法学以来の議論を通覧し、同議論のなかで「履行における早い者勝ち原則」が解決準則として確立する過程をみていく。これにより、同原則の理論的根拠を明らかにするとともに、同原則が債権衝突の解決準則として論理上必然的なものではなく、必要なときには例外則を許容する相対的原則であることを示す。

I 権利衝突に関する普通法学上の議論

BGB施行前において、権利（特に債権）の衝突をめぐる理論の発展に寄与したのが、普通法学の議論である。とりわけ、権利衝突の問題に関する体系的な議論は、19世紀前半のティボーの研究により先鞭がつけられ、19世紀半ば以降の普通法学によって発展した。はじめに、19世紀普通法学の議論の前提として、ティボーの研究が登場する前の理論状況、特に18世紀普通法学上の議論を簡単に確認しておこう。

1 議論の前史——例外法上の特権・個別特権の衝突をめぐる議論

18世紀普通法学では、債権（対人権）の衝突、さらには、より一般的に、ある権利の実現が他の権利の実現を妨げるという意味での権利の衝突は、議論の対象にされていない。そこで議論されていたのは、例外法上の特権相互の、または、個別特権相互の衝突の問題である。その意味で、権利衝突をめぐる18世紀普通法学の議論は、19世紀普通法学やBGB施行後の議論とは対象を異にする。

ローマ法上の法規には、一切の私人に適用がある原則法（または普通法 ius

commune) と、特定の人、物、行為にのみ適用され、原則法を修正する例外法 (ius singulare) がある。例外法に基づいて特定の人 (例えば、未成年者や女性) に付与される権利を、特権 (privilegium) と呼ぶ⁽⁹⁷⁾。また、例外法ではなく、君主の個別の命令に基づいて付与される特権がある (ドイツ法では、⁽⁹⁸⁾「狭義の特権」と呼ばれることがあるが、本稿では、個別特権と呼ぶ)。ローマ法には、等しい特権を持つ者の間で利益が対立する場面に関する複数の法文がある。18世紀普通法学では、これらの法文から抽象的な準則を導出することに議論の焦点があわせられた。

(1) 例外法上の特権の衝突

この問題について、18世紀普通法学が主な検討対象にしたのが、未成年者に付与された原状回復の特権に関する以下の法文である。⁽⁹⁹⁾

D. 4, 4, 11, 6 「未成年者が未成年者に対して原状回復を申請するときは、その申請は聴許されるべきか否かが問われる。ポンポニウス⁽¹⁰⁰⁾の書では単にこれを一般的に否定している。しかしながら、私は、法務官は両者のうちいずれが不利益を受けるかを考察しなければならないと考える。双方が不利益を被るとき、例えば、ある未成年者が未成年者に金銭を貸与し、後者がこれを喪失したときは、ポンポニウスによれば、金銭を借り受け、これを費消し、またはこれを喪失した者が、有利となる」。

D. 4, 4, 34 pr. 「25歳未満の者が未成年の家息に金銭を貸与したときは、その金銭を消費した受領者の法的地位がより有利である。ただし、借主が、争点決定 (litis contestation) の当時においてその貸借によって利得していると認められるときは、この限りでない」。

18世紀普通法学は、以上の法文を概ね次の意味で理解する。同法文では、未成年者が、同じく未成年者に対して原状回復を求めている。ここでは、等しく原状回復の特権 (後者の法文では、マケドニアヌス元老院議決⁽¹⁰²⁾の特権) を享受する、2人の未成年者の利益が対立している。著者ウルピアヌスおよび彼の引用するポンポニウス、ならびにパウルスは、貸主の原状回復を否定している。

ただし、前者の法文は、「両者のうちいずれが不利益を受けるか」を基準とし、受領した金銭を費消または喪失した借主を優先させている。後者の法文でも、金銭を費消した家息は返還を免れるが、現に利得している家息は返還を免れない。以上のことから、次の準則を導出できる。第1に、自己に生じる損害を回避するために権利を行使する者は、利益の取得または保持のために権利を行使する者に優先する。第2に、権利者双方の条件が等しいとき（「双方が不利益を被るとき」）は、特権者は、等しい特権を有する者に対して自己の特権を行使できない（*privilegiatus contra privilegiatum non utitur privilegio*）⁽¹⁰³⁾。

以上の準則（特に第2の準則）は、19世紀普通法学で批判を受けるが、すでに18世紀普通法学でも同準則に対する批判が存在した。例えば、18世紀後半の代表的な普通法学者グリュックは、前記の法文を次のように解釈する。前者の法文においてウルピアヌスとポンポニウスが意図しているのは、同法文の扱う場面でもいずれかの特権は常に行使されなければならない、そして、特権を行使できるのは、当該取引から損害を被った者だという原則である⁽¹⁰⁴⁾。後者の法文でパウルスが意味しているのも、同様のことである⁽¹⁰⁵⁾。また、双方の条件が同一のとき（貸主・借主ともに、自己の不利益を回避しようとするとき）は、借主が有利とされているが、これは、「被告が、原告よりも有利であると考えられる（D. 50, 17, 125）」ことの帰結にすぎない⁽¹⁰⁷⁾。さらに、グリュックは、そもそも、衝突する例外法上の特権が異なる時点で成立したときは、先に成立した権利が、後で成立した権利に優先するとの一般準則を提唱する（*Prior tempore potior iure* 理論）⁽¹⁰⁸⁾。

(2) 個別特権の衝突

次に、君主が与える個別特権の間での衝突についてである。この問題を例外法上の特権の衝突と区別し、詳細な検討を加えるのが、前記のグリュックの体系書である。グリュックは、この場面でも *Prior tempore potior iure* 理論が解決準則となり、前に付与された個別特権は、後で付与された個別特権に優先するとする。前の特権の権利者を、後の特権付与によって害すべきではないからである⁽¹⁰⁹⁾。

他方で、対立する個別特権が同時に成立した場合は、①君主が、その付与に際して、個別特権のいずれが優先するかを明示的に定めているときと、②明示的に定めていないときに、分けられる。①のときは、君主の定めに従う。⁽¹¹⁰⁾②のときは、一方の権利者が、他方の権利者の特権行使を妨げる理由は存在しない。このため、双方の権利者は自己の特権を、他方の特権を害しない範囲でのみ行使できる。⁽¹¹¹⁾

2 権利衝突に関するティボーの体系論

18世紀普通法学は、例外法上の特権相互、および個別特権相互の衝突を主な検討対象としていた。この状況のなかで議論の画期をなしたのが、ティボーの研究である。ティボーはローマ法文を検討対象としつつ、考察の射程を、原則法上の権利相互の衝突、および、原則法上の権利と例外法上の特権の衝突にまで拡大すべきだとし、権利衝突に関する体系的理論を構築した。⁽¹¹²⁾

ティボーによれば、第1に、衝突する権利のうち、一方の根拠が他方の根拠より一般的であるときは、「特殊が一般を廃する (Species generi derogat)」の原則に従い、後者が優先する。したがって、個別特権は例外法上の特権に、例外法上の特権は原則法上の権利に優先する。⁽¹¹³⁾

第2に、双方の権利に「一般・特別」の関係がない場合についてである。この場合において、衝突するのが個別特権と個別特権、または担保権と担保権であるときは、Prior tempore potior iure 理論に従い、成立時期が早い権利が優先する (C. 1, 19, 7; D. 20, 4, 12 pr.)⁽¹¹⁴⁾。これに対して、ティボーは、個別特権と担保権以外の場合には、D. 42, 5, 32を根拠に挙げて、Prior tempore potior iure 理論によって優劣を決定することはできないとする。⁽¹¹⁷⁾その上で、この場面については、①双方の権利者が、各々の権利を互いに向けて行使するときと、②双方の権利が、第三の客体に向けられているときを区別する。ティボーは、①を権利の直接的衝突と、②を権利の間接的衝突と呼び、個別に検討を加える。⁽¹¹⁸⁾

(1) 権利の直接的衝突

これは、18世紀普通法学が議論の対象にした場面、例えば、未成年者が、他の未成年者に原状回復を求める場合である。ティボーによれば、この場面では第1に、自己に生じる損害を回避するために権利を行使する者は、利益の取得または保持のために権利を行使する者に優先する (D. 4, 4, 34 pr.)⁽¹¹⁹⁾。

第2に、双方の権利者にそのような関係性がないときは、自己の権利に基づき要求できる状態にすでにある者が、優先する。ティボーは、このように解する根拠を、権利が衝突する場合は、自己の権利により与えられるものを占有している者が優先するというローマ法上の原則に求める。前記D. 4, 4, 11, 6は、同原則により説明がつく。この場面で借主は、いわば免責 (Freiheit) をすでに占有しており、権利が等しいときは占有状態の変更は不許とされるため、貸主は原状回復を求めえない。⁽¹²⁰⁾

第3に、いずれの権利者も占有状態にないときは、双方の権利者ともに自己の権利を行使できない。この原則は、事物の本質 (等しい力が等しい力を消滅させる物理法則と同様に、等しい権利は等しい権利を消滅させる) に基づくのみならず、ローマ法文にもその根拠を見出すことができる。例えば、「2人が互いに対して悪意で行為したときは、双方ともに互いに対して悪意の訴訟を提起することができない」とするD. 4, 3, 36がその例である。⁽¹²¹⁾

(2) 権利の間接的衝突

例えば、債務者破産の場合において、債権者全員の満足のために債務者財産が不足している場面である。⁽¹²²⁾ この場面でも、第1に、権利者の一方が、他方よりも先に権利の対象をすでに占有しているときは、占有者が優先する。例えば、ひとつの物が数人に売却または贈与されたときは、目的物の引渡しを先に受けた者が優先する (D. 39, 5, 12)⁽¹²³⁾。また、数人が同時にひとつの事件について訴訟受任者に指定されたときは、最初に訴訟をする者が、他の者に対して優先し、後に訴訟をする者は、前者が現に請求するものについては訴訟受任者とされない (D. 3, 3, 32)⁽¹²⁴⁾。さらに、債権者のうち、破産開始前に債務者から支払を受けた者に対し、他の債権者は返還請求ができない (D. 42, 8, 6, 7 ; D.⁽¹²⁵⁾

42, 8, 24)⁽¹²⁶⁾⁽¹²⁷⁾。

第2に、権利者のいずれも、権利の対象をいまだ占有していない場合である。この場合において、①権利の客体が可分のときは、客体が権利者の間で分割される。各権利者は、比例的に縮減した客体のみを受領できる。これに対して、②客体が不可分のときは、直接的衝突の第3の場面と同様に、いずれの権利者も自己の権利を行使できない⁽¹²⁸⁾（D. 28, 5, 42⁽¹²⁹⁾；D. 28, 5, 43⁽¹³⁰⁾⁽¹³¹⁾）。しかし、いずれかの権利が必ず行使されなければならないときは、籤引きで権利の優劣が決定される（D. 10, 2, 5⁽¹³²⁾；C. 6, 43, 3 pr.⁽¹³³⁾⁽¹³⁴⁾）。

3 ティボーの学説に対する批判

以上のようにティボーは、多様なローマ法文を根拠にして、権利衝突に関する体系的理論を構築した。同理論を要約すると、衝突する権利と権利の間に、「一般・特別」の関係がない場合は、(A)双方の権利が個別特権または担保権であるときを除き、権利成立の時間的前後は、優劣を決定する基準にならない。(B)権利の直接的衝突のときは、(α)損害を避けるために権利行使をする者は、利益を得るために権利行使をする者に優先する、(β)自己の権利で保障される状態にすでにある者が優先する、(γ)双方がその状態にないときは、双方とも権利を行使できない。(C)間接的衝突の場合は、(α)自己の権利により得られるものを先に得た者が優先する、(β)いずれもその状態になれば、権利の客体を分割・配分する、(γ)客体が不可分のときは、双方とも権利を行使できない、または籤引きで優劣を決定する。

ティボーの理論に対しては、援用されているローマ法文についての理解の誤りや、解決準則の内容そのものの不当性が、19世紀普通法学で指摘されている。特に早期の批判説として、フリッツの見解がある。フリッツは、権利の直接的衝突と間接的衝突という分類に依拠しつつも、真正な権利衝突を、「現に存在する数個の権利が数人に帰属し、かつ、それらの権利が行使において対立する」場合と定義する。このため、一方の権利が実際には存在しない場合や、数個の権利が同一客体の異なる部分に向けられている場合（例えば、同一物に対する所有権と役権）は、真正な意味での権利衝突ではない⁽¹³⁵⁾。フリッツの批判の

要点は、ティボーの援用するローマ法文の多くは、このような真正な意味での権利衝突に関連するものではないという点にある。

第1に、権利の直接的衝突に関する準則(B)(a)は、普通法では正当化されない。ティボーの挙げる根拠(D. 4, 4, 34 pr.)は、権利衝突に関する法文ではないからである。同法文が扱う場面では、原状回復の権利を有するのは貸主たる未成年者のみであり、借主に原状回復の権利は生じていないので、双方の権利が衝突しているわけではない。⁽¹³⁷⁾ また、準則(B)(β)はローマ法文上の根拠を有するものの(D. 50, 17, 125)、同準則が適用されない場合に双方の権利が行使できなくなるとする準則(B)(γ)は、不当である。自然の物理法則から法律上の権利の優劣を推論できるかは疑問であるし、また、ティボーが掲げるローマ法文から同準則を確実に導出できるわけではないからである。⁽¹³⁸⁾ むしろ、準則(B)(β)が適用されないときは、籤引きで決定すべきである。⁽¹³⁹⁾

第2に、権利の間接的衝突に関する準則についてである。フリッツは、準則(C)(a)が適用される例があることを認めつつも、一般的な準則としては、客体の分割による解決を支持する(D. 42, 8, 6, 7)。⁽¹⁴⁰⁾ 客体が不可分の場合には、権利行使を不許とする準則(C)(γ)ではなく、籤引きで決定をする。準則(C)(γ)は、ティボーの援用するローマ法文(D. 28, 5, 42; D. 28, 5, 43)からは導出されない⁽¹⁴¹⁾し、また、これによれば、給付義務を負う第三者が不当な利益を受けるからである。⁽¹⁴²⁾

4 19世紀普通法学における権利衝突理論

19世紀半ばから後半にかけての普通法学において、ティボーの学説は、権利衝突の問題を一般化して検討した先駆的研究と評価されるに至った。⁽¹⁴³⁾ 以後の普通法学(パンデクテン教科書)では、権利衝突に関する理論を、私権に関する総則的規律と位置づけて検討するのが通例となっている。もっとも、先のフリッツの批判でも示されているように、ティボーの学説が、そのままのかたちでこの時期の普通法学に受け入れられたわけではない。

まず、多数説は、権利の直接的衝突と間接的衝突という分類を、分類が流動

的で不明確であり、かつ実用上の意義に乏しいとして批判する⁽¹⁴⁴⁾。そして、権利の直接的衝突に含まれる事象を権利衝突理論から除外した上で、同分類に代えてより細密な権利衝突概念を構築している（(1)）。また、学説は、権利衝突の解決準則についても、ティボーの学説に批判的である。特に批判が向けられたのは、損害を避けるために権利行使をする者を優先させる準則、および、双方の権利者ともに権利行使ができなくなるとする準則である。いずれの準則も、根拠とされたローマ法文に対する解釈の誤りや、結論の不当性を理由にして、19世紀半ば以降の学説では受け入れられていない⁽¹⁴⁵⁾。他方で、自己の権利で得られるものを先に取得した者を優先させる準則（「履行における早い者勝ち原則」）、客体を分割させる準則（平等取扱理論）、籤引きで優劣を決定する準則については、多数説はこれを支持している（(2) 以下）。

以上の点を念頭に置いて、権利衝突概念、および権利衝突の解決準則について、19世紀半ば以降の普通法学をみていく。

（1）権利衝突理論の射程——権利衝突概念の精緻化

19世紀普通法学では、どのような事象を、権利衝突概念のもとに置くべきかについて議論があった。同議論は、形式的な性格のものであり、この点についての理解の相違が各事象の解決に直接影響するわけではない。しかし、同議論を通じて権利衝突概念のメルクマールが明確になり、権利衝突理論の全体像を把握しやすくなったことはたしかである。

19世紀普通法学の論者は、権利衝突概念を画定するメルクマールとして、概ね次の3つを挙げている。第1に、数個の権利が数人に現実に帰属し、その一方の満足が、他方の（少なくとも完全な範囲での）満足を妨げることである（①）。したがって、ひとつの権利が数人の当事者の誰に帰属するかが争われる場合は、権利衝突とは呼べない。また、一方の権利の存在が他方の権利の成立を妨げる場合も同様である⁽¹⁴⁶⁾。

第2に、対立する権利の内容が同一のものであることである（②）。したがって、ひとつの物に対して所有権と他人の物における権利（*ius in re aliena*）が存在する場合は、権利衝突ではない。双方の権利は内容を異にし、かつ、特

別な権利が一般的な権利に優先するので、後者が優先するからである。⁽¹⁴⁷⁾また、ひとつの物に対する対物権(物権)と、その物を間接的な客体とする対人権(債権)が対立するときも、権利衝突ではない。⁽¹⁴⁸⁾

第3に、対立する権利そのものの効力(強さ)が等しいことである(③)。このメルクマールによれば、法律の定めや権利の性質に基づいて、権利の間に優劣関係があるときは、権利衝突ではない。

19世紀普通法学では、①を権利衝突のメルクマールとする点では異論をみない。争いがあるのは、②および③を、権利衝突概念のメルクマールとして必要とするかどうかである。権利衝突概念を最も狭く解する第1説は、①から③のすべてを権利衝突のメルクマールとして必要だとする(キールルブラ⁽¹⁴⁹⁾)。第2説は、①および②を必要だとするが、③は不要だとする(ウンガー⁽¹⁵⁰⁾)。権利衝突概念を最も広く解する第3説は、②および③を不要とし、権利衝突と呼ぶには①のみを充たしていればよいとする(ヴェヒターら⁽¹⁵¹⁾)。ただし、第2説・第3説の論者も、権利衝突のうち、権利の内容・効力が等しい類型があることを認め、同類型に関する解決準則を別途検討している点には、注意が必要である。⁽¹⁵²⁾

特に第1説による場合、対物権(物権)の間では権利衝突は生じないことになり、同説の意味する権利衝突は、等しい内容・効力を持った対人権(債権)が対立する場合に限られる(例えば、債務者破産の前に数人の債権者がおり、かつ、全債権を満足させるだけの財産が債務者にない場合や、二重売買で買主のいずれにも引渡しが行われていない場合等)。これは、BGB施行後の議論でいう債権衝突とほぼ同様の問題状況である。債権衝突を検討対象とする本稿ではこの点をふまえて、第1説の提唱する解決準則(および、第2説・第3説が、権利の内容・効力が等しい類型について提唱する解決準則)を次に紹介する。

(2) 「履行における早い者勝ち原則」

内容・効力の等しい権利(特に債権)が衝突する場合につき、19世紀普通法学は、「履行における早い者勝ち原則」をまず解決準則として挙げる。同準則によれば、自己の権利により得られるものを先に取得した者、つまり義務者から義務の履行を先に受けた者が、他の権利者に優先する。⁽¹⁵³⁾

(a) 「履行における早い者勝ち原則」の理論的根拠

普通法学者は、このように解する根拠を、等しい権利者の間では占有者が優先するとするローマ法上の原則⁽¹⁵⁴⁾に求めている⁽¹⁵⁵⁾。例えば、AとBが同一客体に関連して等しい権利を有する場合において、Aが先に客体の占有を取得しているとする。この場合においてBが客体の占有を奪うためには、Aの権利より効力の優先する権利が必要である。ところが、AとBの権利が等しい場合には、Bにその権利はない。それゆえ、結果的に、客体を先に占有したAが優先する。「履行における早い者勝ち原則」は、まずはこのように消極的な根拠によって正当化されている。

もっとも、普通法学者の多くは、ここで、「破産前に債務者から弁済を受けた債権者は、他の債権者に優先する」旨を定めるD. 42, 8, 6, 7; D. 42, 8, 24⁽¹⁵⁶⁾を根拠として同時に援用している。同法文は、そのように解する理由として、「自己の権利の実現に注意深かった者は優先されるべきであり、他の債権者は、権利行使に関する自己の怠慢の結果を引き受けるべき」旨を挙げている。同法文を援用する普通法学者もまた、「履行における早い者勝ち原則」を正当化する積極的根拠として、同様の理解を共有していたと推測される⁽¹⁵⁷⁾。

(b) 「履行における早い者勝ち原則」への批判

他方で、「履行における早い者勝ち原則」を解決準則としつつも、同原則の適用がもたらす結論の不当性を指摘し、同原則の適用範囲を限定すべきだとする主張が、19世紀後半に登場した。同学説は、本稿の問題意識との関係でも重要である。そこで以下では、同学説、すなわちトゥールの見解をみていく。

トゥールが問題視するのは、制限種類債務の場合において、制限種類物の一部が債務者の有責性によらず消滅した事案に、「履行における早い者勝ち原則」を適用することの不当性である⁽¹⁵⁸⁾。例えば、貨物船舶の船長が、総量400の積荷から、Aには100、Bにも100を引き渡すことを約束している場合において、航海中の事故により、船長の有責性なく200をこえる積荷が消滅したとする（残余物だけでは、AとBの双方の債権を完全に満足させることはできない）。この場面で「履行における早い者勝ち原則」を適用してAとBの優劣を決定する

と、一方の債権者を、全くの偶然によって他方の犠牲において優遇することになる。その他の事例（例えば、数人の債権者のうちのひとりが履行を受けた後で債務者が破産した場合）では、先に履行を受けた債権者が優先するのは、同人が権利実現に熱心だったという理由で正当化される。これに対して、ここで問題となる場面では、どの債権者に履行するかは、完全に債務者（船長）の判断に委ねられている。この事例での給付は、通常、AやBの請求や強制執行によるものではなく、船長が任意に行うものである。仮にAとBが異なる場所に居住しているならば、どの港に先着し、どちらに先に積荷100を給付するかは、専ら船長の判断によって決まる。この場合、積荷100の給付を受けなかった債権者は、自己の権利を熱心に追求することで他方に先んじる可能性を、全く与えられていない。そもそも、AとBは、自己の債権の危殆化を通常は知りうる状況にすらない。⁽¹⁵⁹⁾のみならず、ローマ法上も、「履行における早い者勝ち原則」の根拠とされた各法文は、同原則を一般的な規律として定めてはおらず、当該の個別事案との関係でのみ解決準則としているだけである。⁽¹⁶⁰⁾

そこで、トゥールは、前記の制限種類債務の事案では、AとBの債権を比例的に縮減させることが、最適な解決だとする。⁽¹⁶¹⁾客体の比例的な分割・配分による解決を図るべきだとするのである（この問題に関するドイツ法の展開は、第3節Vで詳述する）。

(3) 平等取扱理論および籤引きによる優劣決定

次に、19世紀普通法学者は、「履行における早い者勝ち原則」で優劣を決定できないとき、つまり、いずれの権利者も自己の権利により得られるものを取得していない場面では、①客体が可分のときは客体を比例的に分割して配分し（平等取扱理論）、②客体が不可分のときは籤引きで優劣を決定すべきだとする。⁽¹⁶²⁾

ただし、これらの準則が具体的にどのように適用されるかは、不明確である。双方の債権者に未履行の場面でも、その後債務者が債権者の一方に履行すれば、同人が「履行における早い者勝ち原則」により優先するはずだからである。この点につき、多数説が①の適用例に挙げるのは、債務者破産の場合に、各債権

者が債権額に応じて一部満足を受ける場面であり、⁽¹⁶³⁾根拠として援用されるローマ法文(D. 42, 8, 6, 7)も同様の問題状況を扱ったものである。このことからすれば、普通法学では、(先のトゥールのような見解を除けば)客体の比例的分割・配分による解決は、債務者破産前の平時実体法上の準則とは位置づけられていないと思われる。⁽¹⁶⁴⁾

②についても、事情は同様である。普通法学者が同準則の根拠として援用するローマ法文は、内容・効力の等しい数個の権利のうち、どの権利が優先するかに関するものではない。多数説も、籤引きによる優劣決定は、その適用範囲が相当に限定的だとしている。⁽¹⁶⁵⁾

(4) Prior tempore potior iure 理論

19世紀普通法学では、特定の場面で Prior tempore potior iure 理論を適用する見解もある。⁽¹⁶⁶⁾ただし、この見解は、債権衝突の解決準則として、同理論を一般的に適用するものではない。⁽¹⁶⁷⁾同理論の適用例に挙げられているのは、①内容の等しい個別特権の間では、先に成立した個別特権が優先する、②同一目的物に対する担保権の間では、先に成立した権利が優先するというものである。これは、一方の権利の存在が他方の権利の成立を妨げる場合であり、19世紀普通法学が念頭に置く権利(特に債権)衝突の概念に含まれない事例である。

他方で、一部の学説は、D. 19, 2, 26を援用して、債務関係にも Prior tempore potior iure 理論を適用する。同法文は以下のとおりである。

D. 19, 2, 26 「ある者が自己の労務を2人の雇用者に同時に約束したときは、この者は、先に彼を雇用した者を先に満足させなければならない」。

例えばデルンブルクは、⁽¹⁶⁸⁾同法文から、少なくとも労務提供を求める数個の債権については、先に債務者(労務提供者)と契約を締結した債権者(雇用者)が優先するとの準則を導出する。これによれば、債務者は第1雇用者の労務を優先させなければならない、第2雇用者に先に労務提供をすれば、それによって第1雇用者が受けた損害の賠償責任を負う。⁽¹⁶⁹⁾

5 小括

19世紀普通法学は、権利一般に関する総則的規律として権利衝突の理論を展開した。特にそのなかでも、権利の間接的衝突の場面、および、等しい内容・効力の権利がその行使において対立する場面を対象とした理論は、債権衝突理論の原点と評することができる。19世紀普通法学は、権利衝突の解決準則として「履行における早い者勝ち原則」を挙げ、その根拠を、占有者、または自己の権利実現に熱心であった者を優先させるローマ法文の考え方に求めている。

他方で、本稿との関係で注目されるのは、この時期の学説では、「履行における早い者勝ち原則」に対する批判がみられた点、および、同原則とは異なる解決準則が頻繁に主張された点である。後者の具体例としては、平等取扱理論、Prior tempore potior iure 理論、および、籤引きによる優劣決定がある。

- (1) 善良な管理者の注意は、受任者が委任事務を処理するにあたり尽くすべき注意の水準を示したものであるから、委任事務処理義務から独立した善管注意義務なるものが別途存在するわけではない（この点については道垣内弘人「善管注意義務をめぐって」法教305号37頁以下（2006年）を参照）。本稿でも、「善管注意義務」と表現するときは、善管注意を水準とする委任事務処理義務を意味するものとする。
- (2) 事務処理者の忠実義務は、会社法355条、704条1項、信託法30条のように、個別分野ごとに定められている。しかし、学説では、明文のない場合、特に、代理人や民商法上の受任者（また、学説によっては、より広く「他人の信頼を受けて財産を管理する各種の義務者」）にも忠実義務を負わせるべきことが主張されている。例えば、四宮和夫『民法総則（第4版補正版）』（1996年）236頁、道垣内弘人『信託法理と私法体系』（1996年）150頁以下（特に170頁以下）、岩藤美智子「ドイツ法における事務処理者の誠実義務」神戸48巻3号609頁以下（673頁）（1998年）、大村敦志「現代における委任契約」中田裕康・道垣内弘人編『金融取引と民法法理』（2000年）95頁以下（101頁以下。ただし、すべての委任契約に信託義務を課す必要はないとも強調する）。議論の概要については、山本豊編『新注釈民法（14）』（2018年）252頁以下（一木孝之）。
- (3) 森下哲朗「金融取引と利益相反についての基本的視座」金法1927号52頁以下（55頁）（2011年）。
- (4) 本節での学説紹介は、委任者等の間での利益相反が問題となる状況を網羅する

ものではないものの、同問題に関する日本法の理論状況を把握するのには足りるものとする。同一の受任者等 (agent) が、利害状況の異なる数人の主体 (principal) に対して義務を負う場合 (multiple principals) の調整が問題となる状況を概観するものとして、森田果「受託者の公平義務 (上) (下)」NBL780号35頁以下、781号54頁以下 ((上) 37頁以下) (2004年)。

- (5) 実務上の問題状況を示すものとして、例えば、利益相反研究会編『金融取引における利益相反〔総論編〕(別冊NBL125号)』(2009年) 3頁以下、浅田隆「金融取引における利益相反に関する実務的課題」金法1927号26頁以下 (2011年) 等。
- (6) なお、顧客間の利益相反の一場面として、金融機関がある顧客への情報提供を求められる場合において、同情報の提供が他の顧客に対する守秘義務違反となりうるときに、金融機関がどのように行動すればよいのか、という論点がある。同論点については、筆者はすでに別稿で検討したことがあるので、本稿では直接の検討対象としない。同論点については、溝渕将章「金融機関における利益相反と情報隔壁 (チャイニズウォール) の私法的効果 (1) ~ (3・完)」愛大221・222号1頁以下、223号33頁以下、224・225号1頁以下 (2020年)。
- (7) 「金融取引におけるフィデューシャリー」に関する法律問題研究会「金融取引の展開と信認の諸相」金融研究29巻4号179頁以下 (220頁) (2010年)、浅田・前掲注 (5) 29頁、森下 (2011年)・前掲注 (3) 57頁以下。利益相反研究会編・前掲注 (5) 115頁以下も参照。
- (8) なお、数人の社債権者の間で利益が相反する場合に関する議論は、第2節Ⅲで取り扱う。
- (9) 浅田・前掲注 (5) 30頁。例えば、債務者の業績悪化により社債権者とシ・ローン貸主のために担保設定が必要になったものの、債務者に (双方をともに満足させるだけの) 十分な物件がないような場合である。この場合、金融機関は、どちらのために担保設定をすべきかが問題となる。この他、森下哲朗『デジタル化・グローバル化時代の金融法』(2022年) 125頁以下も参照。
- (10) 浅田・前掲注 (5) 29頁。この場合に金融機関は、各々の利益にとって最善となる事務を両立するかたちで実行することができない。もちろん、「委任者の利益にとって最善となる事務処理」と「善管注意を水準とする事務処理」とは同義ではない。しかし、A1への義務を履行することで、A2に対する事務処理の水準が、A2のみが委任者であるときと比べて低下する。学説には、一般的に、ある義務の存在により他の義務が当然には免除・軽減されることはないとする考え方がある (森下 (2022年)・前掲注 (9) 112頁、171頁を参照)。仮にこの考え方に従うのであれば、ここでは、A2に対する善管注意義務違反が認められると思われる。従来の学説上も、例えば、「金融取引におけるフィデューシャリー」に

委任者間の利益相反と「債権の平等性」(1)

関する法律問題研究会・前掲注(7)220頁は、受任者たる金融機関にとって、委任契約「における善管注意義務の内容には、委任者の利益の最大化のために行動することが含まれる」とした上で、「顧客が相反する利益を持つ売り手と買い手であるときには、双方の利益を最大化するために行動することは構造的に不可能」だとする。

- (11) 森下(2011年)・前掲注(3)55頁も参照。
- (12) 利益相反研究会編・前掲注(5)66頁、94頁以下、123頁以下、浅田・前掲注(5)29頁以下、道垣内弘人「私法における利益相反行為の規律」金法1927号45頁以下(50頁以下)(2011年)、森下(2011年)・前掲注(3)57頁、森下(2022年)・前掲注(9)161頁、171頁。
- (13) 利益相反研究会編・前掲注(5)23頁以下、117頁以下、125頁、浅田・前掲注(5)29頁以下、道垣内(2011年)・前掲注(12)51頁、森下(2022年)・前掲注(9)161頁。
- (14) 信託における受託者の忠実義務の意味については、能見善久『現代信託法』(2004年)75頁以下、寺本昌広『逐条解説新しい信託法』(2007年)118頁、村松秀樹ほか『概説新信託法』(2008年)92頁、道垣内弘人『信託法(第2版)』(2022年)241頁以下、247頁。
- (15) 安永正昭「新信託法における公平義務」『信託及び資産の管理運用制度に関する法的規律のあり方(トラスト60研究叢書)』(2010年)1頁以下(9頁以下)、森田・前掲注(4)(上)35頁以下、佐久間毅『信託法をひもとく』(2019年)120頁以下、黒川健「受益者連続型信託における受託者の公平義務」判時2498号3頁以下(3頁)(2021年)。
- (16) 四宮和夫『信託法(新版)』(1989年)249頁。
- (17) 四宮・前掲注(16)248頁、能見(2004年)・前掲注(14)89頁。
- (18) 樋口範雄『アメリカ信託法ノートⅡ』(2003年)161頁、165頁、佐久間毅「アメリカ信託法第3次リステイトメントにおける受託者の公平義務」樋口範雄ほか『現代の信託法』(2018年)128頁以下(132頁)。英米法における公平義務に関する議論の詳細は、樋口・前掲書160頁以下、佐久間・前掲書128頁以下、溜箭将之・萬澤陽子監訳『フィデューシャリー法大全』(2024年)76頁以下、492頁以下。
- (19) 森田・前掲注(4)(下)55頁、57頁以下(ただし、同説は、公平義務は忠実義務から派生するものにすぎず、常に忠実義務と同様の処理(経営判断原則の不適用等)が要求されるわけではない点を指摘する)。その他、アメリカ法の文脈においてであるが、樋口・前掲注(18)165頁以下。
- (20) 寺本・前掲注(14)124頁、135頁、村松ほか・前掲注(14)90頁、106頁、安永・前掲注(15)6頁。この点については、道垣内(2022年)・前掲注(14)202

頁も参照。

- (21) 平成18年信託法改正後の学説で、公平義務が善管注意義務の性質を持つ点を強調する見解として、黒川・前掲注(15) 4頁。善管注意義務としての性格から、忠実義務の性格を持つとする場合に比べて、義務違反の有無が緩やかに判断されるとする。ただし、この点については、森田・前掲注(4)(下) 57頁以下が指摘するように、忠実義務と性質決定しても同様の結論を導きうる可能性はある。
- (22) 道垣内(2022年)・前掲注(14) 201頁。信託法33条の意味における「公平」とは、信託行為の定めなどに従って実質的に捉えられる概念である。したがって、信託行為において優先受益権と劣後受益権があるときは、その違いに従って異なる取扱いをすることが求められる。村松ほか・前掲注(14) 106頁以下、佐久間(2019年)・前掲注(15) 118頁以下。
- (23) 能見(2004年)・前掲注(14) 89頁、安永・前掲注(15) 9頁、黒川・前掲注(15) 4頁以下。この点については、森田・前掲注(4)(下) 54頁、56頁も参照。
- (24) 四宮・前掲注(16) 249頁、能見(2004年)・前掲注(14) 89頁、道垣内(2022年)・前掲注(14) 201頁。
- (25) 四宮・前掲注(16) 249頁、佐久間(2019年)・前掲注(15) 124頁以下、道垣内(2022年)・前掲注(14) 202頁。この点については、森田・前掲注(4)(下) 55頁以下も参照。また、アメリカ法の議論に関して、樋口・前掲注(18) 171頁、176頁。
- (26) 佐久間(2018年)・前掲注(18) 145頁、佐久間(2019年)・前掲注(15) 124頁、黒川・前掲注(15) 4頁、8頁以下。
- (27) 学説によれば、受託者は、自己の裁量を濫用または逸脱しない限りは、公平義務違反の責任を問われることはないものの、その裁量には、通常一定の限界があるとされるようである。なお、公平義務違反の成否についての判断基準を明確化させる研究として、黒川・前掲注(15) 8頁以下(特に11頁)がある。
- また、以上の点に関連して、信託行為の定めにより、受託者に限界のない絶対的な裁量を与えることができるかどうかについて、議論がある。能見(2004年)・前掲注(14) 92頁以下、黒川・前掲注(15) 11頁以下。
- (28) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(11)』(1989年) 435頁(江頭憲治郎)、森田・前掲注(4)(下) 56頁、58頁。ただし、森田の見解は、公平義務が問題になる場面を、①同じ種類の受益者間で問題になるとき、②異なる種類の受益者間であって、かつ、受託者に利益相反の要素が認められるとき、③異なる種類の受益者間であって、受託者に利益相反の要素がないときに分ける。その上で、③については(試論としつつも)経営判断原則のように受託者の広範な裁量を認めるべきとする。

- (29) 能見(2004年)・前掲注(14) 77頁以下、81頁以下は、このような場合を、忠実義務との抵触が問題となる一類型として挙げている。
- (30) 能見(2004年)・前掲注(14) 82頁以下、森田・前掲注(4)(上) 37頁、(下) 58頁。
- (31) 江頭・前掲注(28) 435頁。
- (32) 寺本・前掲注(14) 134頁、村松ほか・前掲注(14) 106頁、佐久間(2019年)・前掲注(15) 118頁。この点については、樋口・前掲注(18) 162頁も参照。
- (33) 森田・前掲注(4)(下) 58頁。
- (34) 道垣内(2022年)・前掲注(14) 250頁以下。
- (35) 社債管理者の誠実義務は、(受任者や信託受託者の)忠実義務に相当すると理解されている。神作裕之「社債管理会社の法的地位」鴻常夫先生古稀記念『現代企業立法の軌跡と展望』(1995年) 183頁以下(206頁)、上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(第2補巻)』(1996年) 171頁(神田秀樹)、森まどか『社債権者保護の法理』(2009年) 204頁、奥島孝康ほか編『新基本法コンメンタール会社法3(第3版)』(2025年) 173頁(森まどか)。
- (36) 森田・前掲注(4)(上) 38頁、森(2009年)・前掲注(35) 205頁、森(2025年)・前掲注(35) 173頁。
- (37) 学説の概要は、森(2009年)・前掲注(35) 205頁以下、森(2025年)・前掲注(35) 173頁以下。
- (38) 神田・前掲注(35) 171頁以下、神田秀樹「忠実義務の周辺」竹内昭夫先生追悼論文集『商事法の展望』(1998年) 303頁以下(308頁)、森(2009年)・前掲注(35) 206頁以下、森(2025年)・前掲注(35) 174頁、江頭憲治郎編『会社法コンメンタール(16) 社債』(2010年) 138頁以下(藤田友敬)。ここで誠実義務違反とされるのは、 n 回社債と $n+1$ 回社債の管理を引き受けている社債管理者が、 n 回社債権者を優遇することは、 $n+1$ 回社債権者との関係では、社債権者の犠牲により第三者(n 回社債権者)に利益を与えたことになるからである。
- (39) 神作・前掲注(35) 205頁、藤田・前掲注(38) 139頁。
- (40) この見解はもともと、担保付社債信託の受託会社の公平義務を念頭に置いて提唱されたものであり(江頭・前掲注(28) 435頁)、同見解が、社債管理者全般、信託受託者全般の公平義務についても参照されている。
- (41) 江頭・前掲注(28) 435頁、神作・前掲注(35) 205頁、森田・前掲注(4)(上) 38頁、藤田・前掲注(38) 139頁。
- (42) 森(2009年)・前掲注(35) 206頁以下、森(2025年)・前掲注(35) 174頁。他方で、同説は、社債管理者が、特定の社債権者の利益を図ることで利益を得る場合、または、特定の社債権者と一定の関係にあることから、その利益を図ること

が法律的・経済的に予測される場合を、本文で述べた場合とは区別する。これらの場合は、誠実義務違反の問題としてより厳格な基準で責任追及をするようである。ただし、この場合の具体的な判断基準は、明示されていない。この点については、高橋周史「社債管理者の利益相反問題」(2018年) 21頁も参照(同論文は北海道大学学術成果コレクションより入手した。<https://eprints.lib.hokudai.ac.jp/dspace/handle/2115/69385>)。

- (43) 利益相反に関する法的規律を考える際に、事務処理者が負っている法的義務の特定が重要である旨を強調するものとして、森下(2011年)・前掲注(3) 57頁、森下(2022年)・前掲注(9) 120頁以下。
- (44) 例えば、信託の事例では、信託財産の運用・投資の判断、その具体的運用・投資行為、その結果としての配分との関係で(黒川・前掲注(14) 4頁) 受益者と受益者の利益が相反することになる(公平義務が問題となる)が、これらの行為は、受託者の信託事務処理義務の内容を構成している(この点については、四宮・前掲注(16) 249頁、安永・前掲注(15) 8頁、13頁も参照)。これらの行為を、客観的にどのようにして、そして、主観的に誰の利益を意図してするかが、問題となる。
- (45) 第2節Ⅱ1、および、Ⅲ①で取り扱った場面。
- (46) 第2節Ⅰ、Ⅱ2、および、Ⅲ②で取り扱った場面。
- (47) なお、ここではA1とA2の関係には互換性があるものとする(A2への義務を履行することによっても、A1への義務を(A1だけが委任者(受益者)であるときのように)履行できなくなる)。
- (48) 事前合意による解決の問題点としては、第2節Ⅰの本文で述べた諸点の他、①合意がない場合(例えば、双方との契約締結後に利益相反が判明した場合)を解決できないこと、②合意の有効性について約款規制法上の問題が生じた場合には、合意がない場合の当事者間の法律関係(任意法規)との比較が必要になりうることなどが、考えられよう。この点については、溝渕・前掲注(6) (1) 22頁以下も参照。
- (49) 以下の論説では、「任意法規」という表現をデフォルト・ルールという意味で用いる。
- (50) 於保不二雄『債権総論(新版)』(1972年) 9頁、中田裕康「債権者平等の原則の意義」曹時54巻5号1283頁以下(1296頁)(2002年)。
- (51) 債権の非排他性、非優先性、および(特に執行・倒産段階での) 比例弁済原則の間の関係性については、中田(2002年)・前掲注(50) 1293頁以下、中田裕康『債権総論(第5版)』(2025年) 22頁、261頁以下。非排他性と非優先性は債権の本質から導かれ、非優先性は比例弁済原則の前提だとされる。

- (52) 於保・前掲注(50) 9頁、中田(2002年)・前掲注(50) 1292頁、1294頁以下、中田(2025年)・前掲注(51) 22頁、261頁以下、奥田昌道・佐々木茂美『新版債権総論(上巻)』(2020年) 28頁、磯村保編『新注釈民法(8)』(2022年) 18頁(潮見佳男)。
- (53) 鈴木禄弥『『債権者平等の原則』論序説』曹時30巻8号1181頁以下(1190頁、1194頁以下、1196頁以下)(1978年)、能見善久「物権法の基本原則」法教254号43頁以下(46頁)(2001年)、中田(2002年)・前掲注(50) 1294頁以下、奥田・佐々木・前掲注(52) 28頁。
- (54) このように、「債権の平等性」は、「平等」という言葉とは裏腹に、平時実体法上は、いち早く履行を受けた者が、給付をめぐる争いでは優先する早い者勝ちを帰結し、自由競争を保障する。債権者が各々の権利に応じて平等に弁済を受ける意味での「債権者平等の原則」(比例弁済原則)は、主に執行・倒産段階で実現される。鈴木・前掲注(53) 1198頁以下、能見(2001年)・前掲注(53) 46頁、中田(2002年)・前掲注(50) 1294頁以下。
- (55) 本文で述べた債権の平等性について、学説は、金銭債権や特定物の引渡し債権だけでなく、役務・労務の提供を目的とする債権をも念頭に置いて説明をしている。例えば、我妻榮・有泉亨補訂『新訂物権法』(1983年) 11頁、能見(2001年)・前掲注(53) 46頁、中田(2002年)・前掲注(50) 1294頁。
- (56) 信託法改正前の議論であるが、道垣内(1996年)・前掲注(2) 173頁は、公平義務は、信託受託者にとどまらず、すべての受任者の行動準則として承認すべきだとする。
- (57) 前掲注(47) で述べたように、ここでA1とA2の関係には互換性があるものとする。
- (58) Joachim Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, S.56; Martin Löhnig, Treuhand, 2006, S.349. なお、ドイツ法では、一番先に債務者に対して強制執行をした債権者は質権を取得し、他の一般債権者に先立って優先弁済を受ける(山田晟『ドイツ法律用語辞典(改訂増補版)』(1993年) 483頁)。したがって、執行段階においても早い者勝ちが原則となっている。
- (59) Präventionsprinzipを「優先主義」と訳すことも考えられるが、実体法上の問題を取り扱う本稿では、執行法上の優先主義との混同を避けるために、「履行における早い者勝ち原則」と訳す。Präventionsprinzipを「早い者勝ちの原則」と訳す例として、吉田邦彦『債権侵害論再考』(1991年) 496頁、551頁等。鈴木・前掲注(53) 1191頁も同様かと推測される。
- (60) Löhnig, a.a.O. (Fn.58), S.346f. より一般的に問題を捉えるものとして、Klaus J. Hopt, Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und

- Berufsrecht, ZGR 2004, 1 (14); Christoph Kumpan, Interessenkonflikte, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, S.884ff. (S.884); Christoph Kumpan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S.38ff.
- (61) Lohnig, a.a.O. (Fn.58), S.347. より一般的に問題を捉えるものとして、Hopt, a.a.O. (Fn.60), S.14f.; Kumpan (2009), a.a.O. (Fn.60), S.884; Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.38ff.
- (62) 詳細は後述するが、例えば、Lohnig, a.a.O. (Fn.58), S.383ff.; Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.462ff.
- (63) 「時において先んずる者は権利において（他の者よりも）強力である」という意味である（山田・前掲注（58）494頁）。
- (64) 詳細は後述するが、例えば、Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.475ff.
- (65) Lohnig, a.a.O. (Fn.58), S.349ff., S.398f.
- (66) Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.25, S.49.
- (67) Hopt, a.a.O. (Fn.60), S.5ff.; Kumpan (2009), a.a.O. (Fn.60), S.884.
- (68) Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.49.
- (69) Kumpan (2009), a.a.O. (Fn.60), S.885; Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.45f., S.48f.
- (70) 例えば、道垣内（1996年）・前掲注（2）19頁以下、59頁以下を参照。
- (71) この点については、岩藤・前掲注（2）634頁も参照。
- (72) Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.24, S.48f.
- (73) 同時期および普通法学時代のドイツ信託理論については、例えば、四宮和夫『信託の研究』（1965年）96頁以下、中田英幸『ドイツ信託法理』（2008年）39頁以下。
- (74) Franz Beyerle, Die Treuhand im Grundriss des deutschen Privatrechts, 1932, S.8, S.16, S.20. 同時期の理論状況については、Lohnig, a.a.O. (Fn.58), S.106ff.
- (75) Beyerle, a.a.O. (Fn.74), S.17.
- (76) Hans Würdinger, Gesellschaften, Bd.1, 1937, S.9ff.
- (77) Beyerle, a.a.O. (Fn.74), S.17; Würdinger, a.a.O. (Fn.76), S.10; Michael Martinek, Franchising, 1987, S.240; Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.24f.; Staudingers Kommentar zum BGB, 2017, Vorb. Zu §§ 662ff., Rn.24 (Martinek/Omlor).
- (78) Beyerle, a.a.O. (Fn.74), S.17f.; Würdinger, a.a.O. (Fn.76), S.11; Martinek, a.a.O. (Fn.77), S.240; Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.25; Staudinger/Martinek/Omlor, a.a.O. (Fn.77), Vorb. Zu §§ 662ff., Rn.25.
- (79) Beyerle, a.a.O. (Fn.74), S.18f.; Würdinger, a.a.O. (Fn.76), S.11f.; Martinek, a.a.O. (Fn.77), S.240f.; Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.25f.; Staudinger/Martinek/Omlor,
- 〔阪大法学〕75（3-38）538〔2025.9〕

a.a.O. (Fn.77), Vorb. Zu §§ 662ff., Rn.26.

- (80) Martinek, a.a.O. (Fn.77), S.239ff.; Marina Wellenhofer-Klein, Treupflichten im Handels-, Gesellschafts- und Arbeitsrecht, RabelsZ 64 (2000), 564 (583f.); Löhnig, a.a.O. (Fn.58), S.115ff., S.141f.; Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.23ff.; Staudinger/Martinek/Omlor, a. a. O. (Fn. 77), Vorb. Zu §§ 662ff., Rn. 23ff.; Münchener Kommentar zum BGB, Bd.7, 9.Aufl., 2024, Vor § 705, Rn.109 (Schäfer).
- (81) BGBにおける無償委任および有償事務処理の意義については、岩藤・前掲注(2) 616頁以下を参照。
- (82) Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.100ff.
- (83) Staudinger/Martinek/Omlor, a. a. O. (Fn. 77), § 662, Rn. 20; Münchener Kommentar zum BGB, Bd.6, 9.Aufl., 2023, § 662, Rn.60ff. (F. Schäfer), § 675, Rn.13 (Heermann); Münchener Kommentar zum HGB, Bd.5, 6.Aufl., 2025, HGB § 384, Rn.4, 12f. (Häuser); Noack/Servatius/Haas, GmbH-Gesetz, 24.Aufl., 2025, GmbHG § 37, Rn.3 (Beurskens).
- (84) Marcus Lutter, Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980), 84 (93); Martinek, a. a. O. (Fn. 77), S. 240, S.242; Andreas Cahn, Zur Treuepflicht im Arbeits- und Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag, 1998, S. 71ff. (S. 80); Holger Fleischer, Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter im Aktien- und GmbH-Recht, WM 2003, 1045 (1045); Hopt, a.a.O. (Fn.60), S.9ff.; Kumpan (2009), a.a.O. (Fn.60), S.885; Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S. 89, S. 122ff.; Staudinger/Martinek/Omlor, a. a. O. (Fn. 77), § 662, Rn. 25ff.; MüKoHGB/Häuser, a.a.O. (Fn.83), HGB § 384, Rn.21; Noack/Servatius/Haas/Beurskens, a.a.O. (Fn.83), GmbHG § 37, Rn.79f.
なお、会社法では、取締役等、会社機関の「誠実義務 (Treuepflicht)」と表現されるが、本稿では、会社機関の負う義務も含めて利益擁護義務と表現する。
この点については、Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.49.
- (85) ドイツ法における誠実義務 (利益擁護義務) について詳細な紹介・検討をする先行研究として、特に、岩藤・前掲注(2) 609頁以下、姜雪蓮「信認義務 (忠実義務) のドイツ法的構成」学習院大学大学院法学研究科法学論集22号99頁以下 (104頁以下) (2015年)。
- (86) Wolfgang Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 342f.; Joachim Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht, AcP 195 (1995), 221 (235ff.); Wellenhofer-Klein, a.a. O. (Fn.80), S.584f., S.594; Fleischer, a.a.O. (Fn.84), S.1046; Hopt, a.a.O. (Fn.60), S.19; Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.91f.

- (87) Löhnig, a.a.O. (Fn.58), S.117ff, S.160.
- (88) Cahn, a.a.O. (Fn.84), S.78; Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.92f.
- (89) 特にこの観点は、会社法上の誠実義務（Treuepflicht）との関係で主張されることが多い。Zöllner, a.a.O. (Fn.86), S.342f.; Lutter, a.a.O. (Fn.84), S.91ff.; Cahn, a.a.O. (Fn.84), S.78ff.; Wellenhofer-Klein, a.a.O. (Fn.80), S.585; Fleischer, a.a.O. (Fn.84), S.1049; Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.94f.
- (90) Lutter, a.a.O. (Fn.84), S.91ff.; Cahn, a.a.O. (Fn.84), S.79; Wellenhofer-Klein, a.a.O. (Fn.80), S.580f.; Löhnig, a.a.O. (Fn.58), S.196.
- (91) Cahn, a.a.O. (Fn.84), S.82.
- (92) Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.95.
- (93) Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.96f.
- (94) Kumpan (2014), a.a.O. (Fn.60), S.96.
- (95) この点については、岩藤・前掲注（2）632頁以下、636頁、642頁以下、647頁、653頁、672頁も参照。
- (96) 普通法学の議論を総括するものとして、Hans Otto de Boor, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, S.29ff.
- (97) 例外法および特権については、船田享二『ローマ法（全5巻）（改版）』（1968年～1972年）（第2巻）42頁以下も参照。
- (98) Gottlieb Hufeland, Pandectencompendium oder Lehrbuch des Civilrechts, Bd.1, 1807, S.41.
- (99) 本稿におけるローマ法文は、以下の文献に基づく私訳を示している。Otto/Schilling/Sintenis (Hrsg.), Das Corpus Juris Civilis, Bd.1-Bd.7, 1830. なお、訳文中の【】内の表記は、同書の注釈である。
- (100) 訳については春木一郎『ユースティーニアヌス帝學説彙纂プロータ』（1938年）458頁も参照。
- (101) 訳については春木・前掲注（100）474頁も参照。
- (102) マケドニアヌス元老院議決は、家息に対する金銭の貸付を禁止しており、家息に対する債権者の返還請求は、法務官により拒否されるとする（ゲオルク・クリンゲンベルク（瀧澤栄治訳）『ローマ債権法講義』（2001年）170頁以下）。この点については、船田・前掲注（97）（第1巻）299頁、（第3巻）95頁以下も参照。
- (103) Christian Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld, Bd.2, 2.Aufl., 1800, S.16f.; Hufeland (1807), a.a.O. (Fn.98), S.93; Gottlieb Hufeland, Ueber den eigenthümlichen Geist des Römischen Rechts im Allgemeinen und im Einzelnen mit Vergleichen neuer Gesetzgebungen, Bd.2, 2, 1817, S.36ff.; Anton Friedrich Justus Thibaut, Versuche über einzelne Theile

der Theorie des Rechts, Bd.2, 1817, S.242.

- (104) 例えば, Thibaut (1817), a.a.O. (Fn.103), S.243ff.; Carl Georg von Wächter, Pandekten, Bd.1, 1880, S.499f.; Joseph Unger, System des österreichischen Allgemeinen Privatrechts, Bd.1, 5.Aufl., 1892, S.629, S.632f.
- (105) Glück, a.a.O. (Fn.103), S.17.
- (106) Glück, a.a.O. (Fn.103), S.29.
- (107) Glück, a.a.O. (Fn.103), S.28.
- (108) Glück, a.a.O. (Fn.103), S. 27. 根拠法文として、グリュックは、N. 91, 1 を挙げる。同法文は、次のような事例を扱っている。A男が、B女と婚姻し、Bから嫁資を受領したところ、BはAとの子Cを残して死亡した。その後、Aは、Dと婚姻し、Dからも嫁資を受領して、死亡した。このとき、Cの嫁資請求と、Dの嫁資請求のいずれが優先するか。特に、嫁資請求に対するCの(それゆえBの)担保権は、Dの担保権に優先するかが問題になる。この問題は次のように解決されている。国庫の2個の債権のうちでは、より古い権利がより後で成立した権利に優先する。これと同様に、本件でも、嫁資の特権は、まず第1の妻に、それから第2の妻に与えられる。より古い嫁資、より古い担保権が、その効力および優先性を有する。なぜならば、時間が担保権を変更したり、破棄したりすることを我々は欲しないからである。
- (109) Glück, a.a.O. (Fn.103), S.19f. 根拠としてグリュックは、「他人の犠牲において恩典を付与することは、我々の慣習ではない (quod in cuiusquam iniuriam beneficia tribuere moris non fit)」とする法文 (C. 8, 49, 4) を挙げる。
- (110) Glück, a.a.O. (Fn.103), S.22.
- (111) Glück, a.a.O. (Fn.103), S.22.
- (112) Thibaut (1817), a.a.O. (Fn.103), S.249.
- (113) Thibaut (1817), a.a.O. (Fn.103), S.252f.; Anton Friedrich Justus Thibaut, System des Pandekten-Rechts, Bd.1, 8.Aufl., 1834, S.69f.
- (114) C. 1, 19, 7 「法律の言明に反して不正に得られた指令が一切の裁判官によって破棄されるべきことを、我々は命令する。指令は、第三者の不利益とならず、請願者自らの利益となるか、または、違反者の赦免を宣言する事柄を含んでいるのでなければならない」。
- なお、本法文については、船田・前掲注(97)(第1巻)422頁。
- (115) D. 20, 4, 12 pr. 「最初に抵当を受領した債権者は、それを占有しており、かつ、他の債権者が抵当訴権による回収請求を行ったときは、以下の抗弁を用いることができる。私に対して、その物が質または抵当としてすでに以前に拘束されていなければ、と。これに対して、他の者が占有し、第1の債権者が抵当訴権を

行使する場合において、前者が、物が自己に拘束されることが約定されなかったならば、と抗弁したときは、第1の債権者は、前記の方法で再抗弁をすることができる。しかし、第2債権者が他の占有者に対して訴訟を提起する場合は、彼は何にも妨げられず、抵当を付与されうる。ただし、第1の債権者は、彼に対して訴訟を提起するのであれば、彼から物を取り上げうるであろう」。(訳については京都大学西洋法史研究会「ユスティニアヌス帝学説彙纂第20巻邦訳(3)」論叢64巻2号1頁以下(9頁)(1958年)、吉原達也訳「ユスティニアヌス帝『学説彙纂』第20巻邦訳(2・完)」広法34巻1号163頁以下(165頁)(2010年)も参照)

なお、本法文については、船田・前掲注(97)(第3巻)684頁。ローマ法における抵当・質に関しては、船田・前掲注(97)(第3巻)668頁以下、674頁以下。

(116) Thibaut (1817), a.a.O. (Fn.103), S.254. 同旨の見解として、Hufeland (1807), a.a.O. (Fn.98), S.92; Hufeland (1817), a.a.O. (Fn.103), S.26f.

(117) Thibaut (1834), a.a.O. (Fn.113), S.70.

D. 42, 5, 32 「優先権は、時間に従ってではなく、事物に従って判断される。優先権が同一の法律原因を有するときは、時間の相違がこれらの間にあるとしても、等しい請求を享受する」。

(118) Thibaut (1817), a.a.O. (Fn.103), S.255f.; Thibaut (1834), a.a.O. (Fn.113), S.70.

(119) Thibaut (1817), a.a.O. (Fn.103), S.256; Thibaut (1834), a.a.O. (Fn.113), S.70.

(120) Thibaut (1817), a.a.O. (Fn.103), S.248f., S.256; Thibaut (1834), a.a.O. (Fn.113), S.70. ティボーによれば、同法文からは、「例外法上の特権により与えられるものを占有する者に対し、他の者が、等しく例外法上の特権を行使する場合は、前者が占有者として優先する」という原則しか導かれない。

(121) Thibaut (1817), a.a.O. (Fn.103), S.256ff.; Thibaut (1834), a.a.O. (Fn.113), S.70. 同法文の訳については春木・前掲注(100)439頁も参照。

(122) BGB施行後の学説によれば、ティボーは、債権衝突を、権利の間接的衝突の事例と位置づけていたとされる。de Boor, a.a.O. (Fn.96), S.31.

(123) D. 39, 5, 12 「贈与で義務を負った者は、ビウス帝の指令に従って、給付できる限りにおいて【身分相應の生計を害することなく】訴えられる。しかし、彼が債権者に対して義務を負っているものについては、差し引かれるべきである。しかし、同一の法律原因に基づいて【つまり、贈与によって】ある者が第三者に対して義務づけられているものは、差し引かれてはならない」。

(124) D. 3, 3, 32 「数人が同時に事件の全部についての訴訟受任者に指定されたときは、最初に訴訟をする者は、他の者に対して優先する地位に立つ。したがって、後に訴訟する者は、前者が現に請求するものについては訴訟受任者ではない」。

(訳については春木・前掲注(100)325頁も参照)

- (125) D. 42, 8, 6, 7 「以下の点に注意すべきである。すなわち、自らが要求すべきであった金銭を、債務者の財産が差し押さえられる前に取り立てた者は、債務者に支払能力がないことを知っていたとしても、この告示を懸念する必要はない。ユリアヌスはこのように述べ、そして、このことは正当と認めるべきである。なぜならば、この者は、自らの最善のために注意をしていたからである。しかしながら、財産の差押後にその債権を取り立てた者は、巻き添えとなり、他の債権者と等しい取扱いを受けるべきである。差押えの後には、一切の債権者は等しい地位に置かれるので、この者は、他の債権者から何かを奪うことを許されないからである（以下省略）」。
- (126) D. 42, 8, 24 「被後見人がその父の相続人となり、債権者のひとりに対して支払をして、父の相続を放棄したところ、父の遺産に対して破産手続が開始された。ここで債権者が受領したものは、同人が他の債権者よりも有利にならないようにするために、返還されるべきであるか。債権者が金銭を鼯鼠によって取得したのか否かによって、区別をすべきである。これが、後見人の側の鼯鼠によってそうされていた場合【つまり、弁済期未到来の間に債権者のひとりにそうされたとき】は、債権者は、他の債権者が得ることができるものと同一の分け前に、再度置かれるべきである。しかし、この債権者が、自己の債権を正当にも取り立てていたのに対して、他の債権者が取立てを怠っており、その間に財産が、死亡【家畜等の死亡のこと】によるのであれ、動産の盗難によるのであれ、不動産の荒廃によるのであれ、悪化したならば、債権者は受領したものを返還しなくてよい。他の債権者は、このことを、自己の怠慢の結果として引き受けるべきだからである。したがって、私の債務者が、彼の財産に破産手続が開始された時点で、私に金銭を支払ったときは、私は、この金銭を訴えによって再度奪われるのであろうか。ここでは、彼が私にそれを申し入れたのか、または、私が彼の意思に反してそれを強制したのかによって区別をすべきである。後者の場合には、返還請求は成立するが、私が債務者に強制したのではない場合には、成立しない【合理性、すぐ前に述べられている決定、および、後に続く文章からすれば、ここでは正反対の結論が導かれるはずであろう】。私のみが、注意深かったのである。私は、自分の状況をよりよくした。市民法は、注意深い者にとって最善となる。それゆえ、私が受領したものを、私が再度奪われることはない」。
- (127) Thibaut (1817), a.a.O. (Fn.103), S.260f.; Thibaut (1834), a.a.O. (Fn.113), S.70. 同旨の見解として、Hufeland (1807), a.a.O. (Fn.98), S.93; Hufeland (1817), a.a.O. (Fn.103), S.47f.
- (128) Thibaut (1817), a.a.O. (Fn.103), S.261; Thibaut (1834), a.a.O. (Fn.113), S.70.
- (129) D. 28, 5, 42 「支払能力のない者が、2人のアポロニウスという名の奴隷が自

由になるとし、自己の相続人に指名した。ここで、そのうちの一方が、遺言の開封前に死亡したときは、生存者が自由になり、単独で必要的相続人になることは不当ではない。しかし、双方ともに生きていれば、2人以上の必要的相続人の指名を禁止するアエリア・センチア法に従い、この指名は無効となる」。

- (130) D. 28, 5, 43 「なぜならば、彼らは、互いに妨げとなるからである」。
 - (131) Thibaut (1817), a.a.O. (Fn.103), S.261f.; Thibaut (1834), a.a.O. (Fn.113), S.70.
 - (132) D. 10, 2, 5 「相続証書がある場合は、審判人は、その証書が最大の相続分を持つ相続人の手もとにとどまり（他の相続人はその写しを作成することができる）、かつ、それが必要な時には直ちに引き渡されることの保証が立てられるように、配慮すべきである。全相続人の相続分が等しく、かつ、証書が誰に保管されるべきかについて合意が得られないときは、相続人が籤引きを行うか、全員の合意もしくは多数決によって証書の保管を委ねる友人を選任するか、または、証書を神殿に寄託するかしなければならない」。
 - (133) C. 6, 43, 3 pr. 「遺言者が、2人、3人、またはそれ以上の者に対して、ひとりの奴隷またはその他の1個の物の選択を認めた場合、または、奴隷またはその他の物の選択がたしかにひとりの受遺者のみに遺贈されたものの、同人が選択の前に死亡して数人の相続人がいる場合については、数人の受遺者または受遺者の相続人の間で争いが生じ、各々が異なる奴隷または物を選択することを欲しているときに、どのようなことを認めるべきかについて、古い法学者の間には複数の見解があった。これら一切の場合においては、我々がここで命令するように、運が決定的となり、争う者の間では、籤引きが採用される。これに基づいて、籤引きによって優先権を得た者は選択の権利を有し、その他の者は、自らに属する持分の価値を与えられるべきである（以下省略）」。
 - (134) Thibaut (1817), a.a.O. (Fn.103), S.263; Thibaut (1834), a.a.O. (Fn.113), S.70f. 同旨の見解として、Hufeland (1807), a.a.O. (Fn.98), S.93; Hufeland (1817), a.a.O. (Fn.103), S.48ff., S.51.
 - (135) Johann Adam Fritz, Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu v. Wening-Ingenheims Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, Bd.1, 1833, S.58; Wening-Ingenheim/Fritz, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, nach Heise's Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behufe von Pandekten-Vorlesungen, Bd.1, 5.Aufl., 1837, S.87.
 - (136) Wening-Ingenheim/Fritz, a.a.O. (Fn.135), S.86.
 - (137) Fritz, a.a.O. (Fn.135), S.64; Wening-Ingenheim/Fritz, a.a.O. (Fn.135), S.88. 同様の批判として、Unger, a.a.O. (Fn.104), S.629.
 - (138) Fritz, a.a.O. (Fn.135), S.66f. たしかに、ティボーの援用する D. 4, 3, 36 によれ
- (阪大法学) 75 (3-44) 544 [2025. 9]

ば、双方悪意の事例では、両当事者ともに自己の権利（悪意の訴権 *actio de dolo*）を行使できなくなる。しかし、ローマ法文には、双方悪意が取引（売買）の無効をきたす旨を定めるものもあり（D. 18, 1, 57, 3）、ここでは、ティボーの提唱する準則（双方の悪意の訴権がともに存在しないのと同じの状態になるので、取引の効力が維持される）と反対の結果になっている。

D. 18, 1, 57, 3 「買主および売主の双方が、家の全部または一部が焼失したことを知っていた場合は、契約は無効となる。なぜならば、悪意が互いに消滅させあい、かつ、善意から生じる訴訟は、双方の悪意を根拠とできないからである」。

(139) Fritz, a.a.O. (Fn.135), S.65.

(140) Wening-Ingenheim/Fritz, a.a.O. (Fn.135), S.88.

(141) Fritz, a.a.O. (Fn.135), S.69. 同様の批判として、Wächter, a.a.O. (Fn.104), S.499; Unger, a.a.O. (Fn.104), S.632. アエリア・センチア法は、支払能力のない者は奴隷を自由にできないことを原則としつつ、同人がひとりの奴隷を遺言で自由にし、かつ、自己の必要的相続人に指定することを、例外則として承認している。このため、被相続人が2人の奴隷を自由にする遺言をした場合には、この例外則は適用されず、むしろ、アエリア・センチア法上の原則が適用される。D. 28, 5, 42は、さらにこの場合であっても、2人の奴隷のうち的一方が遺言開封前に死亡した場合には例外則の適用を認め、生存奴隷が自由になることを承認したものである。したがって、同法文のうち、奴隷双方が生存している場合に関する部分は、アエリア・センチア法上の前記原則を確認するものにすぎず、双方の奴隷の権利衝突について定めたものではない（同法によれば、この場合には、いずれの奴隷も権利を取得しえないから）。なお、アエリア・センチア法については、船田・前掲注（97）（第2巻）125頁以下も参照。

(142) Fritz, a.a.O. (Fn.135), S.68f.

(143) Fritz, a.a.O. (Fn.135), S.59; Unger, a.a.O. (Fn.104), S.621; de Boor, a.a.O. (Fn.96), S.30.

(144) Unger, a.a.O. (Fn.104), S.629.

(145) Wächter, a. a. O. (Fn. 104), S. 499f.; Unger, a. a. O. (Fn. 104), S. 629; Ferdinand Regelsberger, Pandekten, Bd.1, 1893, S.233; Heinrich Dernburg, Pandekten, Bd.1, 5.Aufl., 1896, S.94f.

(146) Unger, a.a.O. (Fn.104), S.624.

(147) Eduard Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems, Bd.1, 2.Aufl., 1853, S.486f.

(148) Johann Friedrich Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, Bd.1, 1839, S.235f.;

Böcking, a.a.O. (Fn.147), S.488; Unger, a.a.O. (Fn.104), S.625f. 例えば、所有者Aが、Bのために賃借権を設定した物をCに譲渡した場合。この場合、同一物についてBの賃借権とCの所有権が対立することになる。しかし、両者は権利の内容・性質を異にするため、この場合は、権利衝突ではない。ここでは、Cの所有権が優先する。

- (149) Kierulff, a.a.O. (Fn.148), S.230; Böcking, a.a.O. (Fn.147), S.488.
- (150) Unger, a.a.O. (Fn.104), S.625.
- (151) Wächter, a.a.O. (Fn.104), S.498f.; Regelsberger, a.a.O. (Fn.145), S.232; Dernburg, a.a.O. (Fn.145), S.94.
- (152) ウンガーやヴェヒターの想定する事例も含めて「権利衝突」と呼ぶことは認めつつも、権利の強さが等しい事例を特に「狭義の権利衝突」と呼んで、格別に取り扱うべきと強調する見解もある。Ernst Immanuel Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd.1, 1886, S.73.
- (153) Kierulff, a.a.O. (Fn.148), S.236f.; Christian Friedrich Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, Bd. 1, 3. Aufl., 1839, S.324; Böcking, a.a.O. (Fn. 147), S. 488; Wächter, a.a.O. (Fn.104), S.491; Bekker, a.a.O. (Fn.152), S.74; Unger, a.a.O. (Fn.104), S.629f.; Regelsberger, a.a.O. (Fn.145), S.233; Dernburg, a.a.O. (Fn.145), S.95.
- (154) 根拠に挙げられている法文として、例えば、D. 50, 17, 126, 2 (利得について2人で争われているときには、占有者の状況が、よりよい) ; D. 50, 17, 128 pr. (等しい状況にある場合には、占有者がより有利であるとみられなければならない) がある。(同法文の訳については田中周友「ローマ法に於ける法原則の研究」甲法11巻4号505頁以下(530頁)(1971年)も参照)
- (155) Kierulff, a.a.O. (Fn.148), S.236; Wächter, a.a.O. (Fn.104), S.491; Unger, a.a.O. (Fn. 104), S.629f.; Regelsberger, a.a.O. (Fn.145), S.233. この点については、Andreas von Tuhr, Der Nothstand im Civilrecht, 1888, S.18 も参照。
- (156) Kierulff, a.a.O. (Fn.148), S.236; Böcking, a.a.O. (Fn.147), S.489; Bekker, a.a.O. (Fn. 152), S.74; Unger, a.a.O. (Fn.104), S.630; Regelsberger, a.a.O. (Fn.145), S.233.
- (157) なお、義務者から任意の履行がない場合については、①先に有効な判決を獲得した者が優先するとする説(D. 9, 4, 14 pr. : D. 15, 1, 10)と、②先に差押えをした者が優先するとする説(D. 20, 4, 10)がある(Bekker, a.a.O. (Fn.152), S.74)。
- (158) v. Tuhr, a.a.O. (Fn.155), S.17f.
- (159) v. Tuhr, a.a.O. (Fn.155), S.18f.
- (160) v. Tuhr, a.a.O. (Fn.155), S.19f.
- (161) v. Tuhr, a.a.O. (Fn.155), S.19.
- (162) Kierulff, a.a.O. (Fn.148), S.239f.; Mühlenbruch, a.a.O. (Fn.153), S.324; Wächter, a.a.

O. (Fn.104), S.491; Unger, aa.O. (Fn.104), S.631f.

(163) Kierulff, aa.O. (Fn.148), S.239; Wächter, aa.O. (Fn.104), S.491; Unger, aa.O. (Fn.104), S.631; Dernburg, aa.O. (Fn.145), S.96.

(164) この点に関しては、Thibaut (1817), aa.O. (Fn.103), S.261 も参照。

(165) 例えば、以下の法文が挙げられている。D. 5, 1, 14 (不動産分割の訴訟等において、数人の当事者が法廷に申立てをした場合に、誰を原告とするかを籤引きで決定する。この点については、船田・前掲注 (97) (第5巻) 126頁も参照) ; D. 10, 2, 5 (相続分の等しい数人の相続人の誰が、相続証書を保管するかを籤引きで決定する) ; C. 6, 43, 3 pr. (遺言により付与された選択権が、数人の受遺者の誰に帰属するかを、籤引きで決定する)。この点については、Böcking, aa.O. (Fn.147), S.490; Bekker, aa.O. (Fn.152), S.75 も参照。

(166) Kierulff, aa.O. (Fn.148), S.232ff.; Mühlenbruch, aa.O. (Fn.153), S.324; Unger, aa.O. (Fn.104), S.627f., S.633.

(167) Wächter, aa.O. (Fn.104), S.491.

(168) Dernburg, aa.O. (Fn.145), S.95f.

(169) ただし、同法文については、債権衝突の解決準則を定めたものではないとする指摘もある。同法文は、同時に遂行できない労務を債務者が数人に約束した場合において、債務者は、約束した順番でそれぞれの雇用者に労務を提供すべき旨を定めたものである。したがって、同法文は、権利衝突を念頭に置いたものではなく、数人の債権者間で満足を受ける順番を規律したものにすぎないという。Kierulff, aa.O. (Fn.148), S.233; Böcking, aa.O. (Fn.147), S.487; Unger, aa.O. (Fn.104), S.627f.