

---

---

論 説

---

---

# イギリスにおけるマーシャリング法理 についての一考察 (下)

中 田 裕 子

- 第 1 章 はじめに
- 第 2 章 マーシャリングの歴史と理論展開 (以上, 前号)
- 第 3 章 検 討
  - 第 1 節 判例及び学説の検討
    - 第 1 項 判例から導かれるマーシャリング法理適用の要件
    - 第 2 項 学説の整理
  - 第 2 節 他のエクイティ法理との比較
    - 第 1 項 検討するエクイティ法理
    - 第 2 項 特定履行との関係
    - 第 3 項 併合権との関係
    - 第 4 項 分担権との関係
    - 第 5 項 代位との関係
    - 第 6 項 小 括
  - 第 3 節 エクイティ上の救済の意義
    - 第 1 項 一般債権者の回収可能性への配慮
    - 第 2 項 エクイティ上の救済の特色
- 第 4 章 結びにかえて

## 第 3 章 検 討

### 第 1 節 判例及び学説の検討

#### 第 1 項 判例から導かれるマーシャリング法理適用の要件

前章において、マーシャリング法理が判例によっていかに発展してきたかについて、理論展開を中心に詳述した。そこで本章では、マーシャリング法

理の性質がどのように基礎づけられるのかについて、主に判例や学説で指摘されている他のエクイティ上の法理との関係や類似性、またはその異同を明らかにするにあたり、前提となるマーシャリング法理の要件について、概観することとする。

マーシャリング法理の適用に関しては、Aldrich v. Cooper 判決<sup>1)</sup>において Eldon 裁判官が打ち立てた以下の4つの要件が重要となると考えられてきた。

- (1) 二人かそれ以上の債権者が同一債務者に対して債権を有していること（同一債務者ルール）。
- (2) 一人の債権者が、2つ以上の担保目的物に対して実行を主張することができること（共同担保）。
- (3) 他の債権者（the singly-secured creditor）が1つの物件に対してしか担保権実行を主張できないのに対し、(2)の債権者がその物件を含んだ2つ以上の物件に主張できること。
- (4) 第三者に不利益を与えるような方法でマーシャリング法理は適用できない。

マーシャリング法理の適用要件として、大きくはこの4つの要件が指摘されているのであるが、特に(1)同一債務者ルールがマーシャリング法理においては重要とされる。同一債務者ルール（the same debtor rule）は、先順位担保権者、及び、後順位担保権者が同一債務者の担保権者でなければならないというルールである。そして、この担保権設定を受ける物件に関してはいずれも債務者の財産で、債務者の所有に属していなければならないのである。この同一債務者ルールはアイルランド、カナダ、オーストラリア、ニュージーランドなどの他のコモン・ロー諸国においても見られる。

単に、同一債務者ルールと言っても、その内容に関しては、さらに以下の3つが必要であるとされており<sup>2)</sup>、(1)物件については、先順位担保権者、後順位担保権者によって担保されており、その物件は、共通の債務者によって所有されていなければならない<sup>3)</sup>。(2)(1)における物件については、後

順位担保権者が先順位担保権についてマーシャリングの適用を主張するときに、存在していなければならない<sup>4)</sup>。(3) 先順位担保権者は、(1)の物件のそれぞれに対して、同等の権利を持っていなければならない<sup>5)</sup>。

このような要件が厳格に守られて、マーシャリング法理は適用されてきたが、近年の判例では、このような要件が少し緩和されて、マーシャリング法理を拡大適用する場面が見られる<sup>6)</sup>。

また、4つ目の要件である、第三者に対する損害という要件については、前述の *Aldrich v Cooper* 判決 や *Webb v Smith* 判決<sup>7)</sup>などの判例でも言及されており、「第三者に不利益 (prejudice) を与える場合にはマーシャリングは適用され得ない」と判示されている。これは、マーシャリングがエクイティ上の法理であるという点、さらには債務者財産の再分配を行う法理であるという点から導き出された要件であると考えられる。一方で、この要件で想定される第三者に誰が含まれるかという点が問題となる。Ali は、この第三者についてのカテゴリーを、「担保権を有する第三者」と、「譲受人たる第三者」の2つに分類して検討している<sup>8)</sup>。ただ、イギリスにおける最近の判例の傾向を見てみると、この第三者に関して、一般債権者を含めるような傾向が見られ<sup>9)</sup>、仮に一般債権者を含めるということになると、マーシャリング法理の元来の目的である後順位担保権者の保護とは整合性が取れなくなる。その一方で、元々存在するエクイティの正義・平衡の観点からの救済という意味では合致することとなる。この点については後述する。

## 第2項 学説の整理

次に、マーシャリング法理の性質を掘り下げる上で、まず学説上、その起源や性質についてどのように位置づけられているのか確認したい。マーシャリングの起源については、それをローマ法に求めるとする説がある<sup>10)</sup>。Story<sup>11)</sup>は、ローマ法にある代位 (subrogation or substitution) のような他の法制度の考え方が、イギリスのエクイティ裁判所に輸入され、組み込まれたものであると主張し、ローマ法における代理にマーシャリング法理の起源があり<sup>12)</sup>、17

世紀・18世紀におけるマーシャリング法理の初期の判例とされるものには依拠しないとしている<sup>13)</sup>。この主張はローマの法学者であった Paulus の例証に基づいている<sup>14)</sup>。Story の見解について、それを基に議論を展開するもの<sup>15)</sup>や、Story の見解からではマーシャリングの起源とするには不十分であると否定するものなど<sup>16)</sup>、この見解についての後の学説の評価は分かれている。

一方、Ali<sup>17)</sup>は、Story の見解について以下の3つの理由から反論し、マーシャリングの起源はイギリスもしくはコモン・ロー諸国の独自のものであり、17・18世紀の判例に依拠するものであると説いている<sup>18)</sup>。その理由として第一に、Paulus の例証で、ローマ法がマーシャリング法理に先行するという点がかたがたでないという点である。Ali は、ローマ法の他人に属する担保権を後順位抵当権者が代位するという構成が取られているという点は、ポストリアライゼーション理論に類似する点であると認めつつも、ローマ法が伝えられた時期は17世紀半ばであったという点から考えると、その影響は初期の判例に与えていてもよいはずであるのに、初期の判例の理論である強制理論に代位法による救済は合致しない。よって、その代位するという類似点から直ちにローマ法起源であると推論することはできないと主張する。第二に、初期におけるイギリスのマーシャリング法理の判例で、イギリス法以外で創造されたものであるという言葉はどこにも示されていない点を挙げる。第三に、他のコモン・ロー諸国、オーストラリア、カナダ、アイルランド、ニュージーランドそしてアメリカにおいても見られたマーシャリング法理がイギリスにおけるマーシャリング法理と一致している点を挙げている<sup>19)</sup>。

確かに、Story が指摘する通り、ローマ法とマーシャリングには類似点が存在する。しかし、マーシャリング法理が適用されるような場面、いわゆる共同抵当が設定された場合の先順位・後順位担保権者の利益調整方法は、各国に存在し、各々少なからず似通った点が存在している。ローマ法に類似点を見出せるという点をもって、直ちにマーシャリング法理がそれに由来していると結論づけることはできないだろう。確かに、先順位担保権者の担保権

の実行を制限することで後順位担保権者の保護を図ろうとする強制理論と、先順位担保権者の担保の実行を制限せず後順位担保権者の権利を拡大し先順位担保権者の担保権に代位することで後順位担保権者の保護を図ろうというポストリアライゼーション理論には救済手段において差があるのは確かであるが、これをマーシャリング法理から切り離して別の救済と位置づけた場合に、17・18世紀の強制理論の判例をどのように評価すべきかとの問題が残される<sup>20)</sup>。また、19世紀になって発展したポストリアライゼーション理論のその起源をローマ法の代位制度にあるとの説明には一定の説得力があるように見えるものの、Aliの反論にもある通り、ポストリアライゼーション理論がローマ法に由来している、ないし、輸入されたという記述の学説や判例は、現在、確認できていない。

このように、学説においてもこのマーシャリング法理の救済方法の差やその性質について説明できるものはない。したがって、このマーシャリング法理の起源がどこにあるのか、ローマ法の代理法に由来するのか、それともイギリス独自に発展した法理であるのかを決定づけることはできない。そこで、次節より、このマーシャリング法理が他のエクイティ法理と比較する中でどのカテゴリーと類似性を有し、また逆に異なっているのかを検討・分析する。

## 第2節 他のエクイティ法理との比較

### 第1項 検討するエクイティ法理

本項においては、マーシャリングの性質について掘り下げる<sup>21)</sup>。このマーシャリングの性質がどのような法理に基礎づけられるかを知ることによってこのマーシャリング自体の特質が分かり、さらには後順位担保権者がいかなる地位に立っているのか、エクイティ法理の救済がどのように機能するかを知ることができる。ここでは、他のエクイティ上の法理とマーシャリング法理との関係を探りながら、このマーシャリングが一体エクイティ上の救済手段の

内、どのカテゴリーに属するのか、どのような関係に立つのかについて検討したい。

そこで問題となるのが、ここで検討すべき他のエクイティ上の法理の抽出であるが、第2章ないし前節での検討を踏まえ、判例や学説で、関連があると指摘されてきた、特定履行 (specific performance)、併合権 (consolidation)、分担権 (contribution)、代位 (subrogation) の4つの法理を取り上げることにする。

## 第2項 特定履行との関係

エクイティ上の典型的救済方法の一つである特定履行 (specific performance)<sup>22)</sup> との関係でマーシャリング法理を検討する。イギリス外の判例において、マーシャリング法理を特定履行の一類型と解するものが存在し、マーシャリング法理の性質を特定履行に結び付けようとする議論がある。例えば、アイルランドでは、*Ker v Ker*<sup>23)</sup>において、「この法理の原理 (rationale) は何であろうか。私の意見では、それは特定履行である。」<sup>24)</sup>と明確に述べられている。また、オーストラリアの判決でも *Chase Corporation (Australia) Pty Ltd v North Sydney Brick and Tile Co Ltd*<sup>25)</sup>においても、特定履行の特殊類型としてのカテゴリーに含まれると言及されている<sup>26)</sup>。

そもそも特定履行による救済は、未履行の契約 (executory contracts) に関する場合と、より広い救済の場合の2種類存在すると言われている<sup>27)</sup>。前者は、契約が未履行の場合に裁判所が命令を発して履行させることを指し、後者は、契約の義務履行の場合に、利用することができるコモン・ロー上の救済が不適当な場合に、エクイティ裁判所の命令で義務の履行をさせる場合を指している。

ただし、この特定履行による救済が与えられる場合には、その条件として当事者間に何らかの契約ないし権利義務の関係が存在している必要がある。上記判例は、このような点を踏まえ、以下のようにマーシャリングを特定履行の一類型として構成している。つまり、先順位担保権者が先順位・後順位

の担保権が設定されている物件から実行してしまい、結果として後順位担保権者の担保権が害されてしまった場合に、先順位担保権者は自分が他の債務者財産に対して有する担保権について後順位担保権者が実行することを許可する義務を負っているとして、そのような義務を履行するように後順位担保権者が先順位担保権者の特定履行を求めるといのである。

しかしながら、前述の通り、マーチャリング法理が適用となる場合の先順位担保権者と後順位担保権者との間には契約は存在せず、もちろん、権利・義務関係も存在していない。先順位担保権者は、上記 *Ker v Ker* 判決で構成されているような後順位担保権者の実行に対して許可をする義務はそもそも負っておらず、後順位担保権者は、先順位担保権者の許可を得ずとも実行することができるのであり、先順位担保権者、後順位担保権者間には権利・義務関係が存在するような認定をすべきではないとして、マーチャリング法理を特定履行の一類型として基礎づけることには批判的なものもある。

### 第3項 併合権との関係

次に、併合権との関係において、学説上、併合権の特別適用の一例に過ぎないのではないかと主張がある。併合権とは、設定者の複数財産にモーゲージが設定されている場合に、モーゲージ権者がモーゲージの設定者に対して、それらの同時受戻しを主張し得るエクイティ上の権利を言う。モーゲージ権者が設定者による一部財産の受戻しを拒否することができる権利とも言い換えることが可能である<sup>28)</sup>。

併合権の要件として<sup>29)</sup>、(1) モーゲージ設定者の同意が存在すること、(2) 併合されるモーゲージは併合権が主張された時に存在していること、(3) 弁済期限 (law day) については全てのモーゲージにおいて過ぎていること、(4) 同一人がモーゲージの設定をしたこと、(5) ある時期に同一モーゲージ権者、同一設定者の関係が存在していた(している)こと、(6) 併合権行使時には、同一モーゲージ権者がモーゲージを有していること、が挙げられている。

この併合権に関してはコモン・ロー諸国の間でも扱いが異なる。イギリスについてはLPA 1925 §93に規定されている<sup>30)</sup>。LPA 1925 §93(1)は、前述の要件の(1)に当たるもので、この併合権に関しては当事者同士がモーゲージの証書で特約を明記していない限り、行使できないとされる<sup>31)</sup>。アイルランドでも、同様の状況である<sup>32)</sup>。一方、オーストラリアでは、New South Wales, Queensland, Victoria, Western Australiaの4つの州で法律により廃止され、また、ニュージーランドでも廃止されている<sup>33)</sup>。そして、カナダでは、併合権の扱いに関しては州ごとに異なり、アメリカに至っては併合権自体が存在していない<sup>34)</sup>。

併合権とは、もとは債権者が債務者に対して主張するもので、債務者が主張する受戻権に対抗するためのエクイティ上の救済手段ないし個別の権利とされているのである。このような権利がマーシャリングにどう基礎づけられるのかについて以下ではAshburnerの見解、及び、Aliの反論について検討することとする。

#### (1) Ashburnerの見解<sup>35)</sup>

Ashburnerは、マーシャリングは、エクイティ上の法理であるモーゲージの併合権の特別な適用例であり、マーシャリングは併合権に分類すると主張している<sup>36)</sup>。彼の見解は、譲渡等を通じて第三者に物件（もしくはエクイティ上の受戻権）が移転された場合の譲受人たる第三者との関係でのマーシャリングと併合権の類似性によって説明されるのである。彼は、Tittley v Davies判決<sup>37)</sup>を例に挙げ、以下のように説明する。

この併合権に関しては、マーシャリング同様に要件が満たされれば、モーゲージ権者は潜在的な併合権を有していることになる<sup>38)</sup>。そして、その併合権は債務者からの受戻しがある時に初めて併合権の行使としてその救済が現実化される。そして、このような潜在的な併合権は、モーゲージが設定されている物件が譲渡される際に既に存在していた場合には、潜在的な併合権を伴ったまま譲渡される。その譲渡が、単なるエクイティ上の受戻権の



みであったとしても相違はない<sup>38)</sup>。もしモーゲージ権者が譲渡以前に設定者に対して併合権を行使する資格を有しているのであれば、併合権はエクイティ上の受戻権を有している譲受人たる第三者に対しても併合権を行使し得るし<sup>39)</sup>、逆に、譲渡以前に設定者に対して併合権を行使する資格を有していなかったのであれば、後に条件が満たされたとしても、譲受人に対して併合権を行使し得ないのである<sup>40)</sup>。

次に、Ashburner は、先順位担保権者が別々の物件に対してモーゲージを設定していて、そのうちの一つに後順位担保権者がモーゲージを設定しているという典型的なマーシャリングの状況の場合を例に出し、後順位担保権者が先順位担保権者のモーゲージに対して受戻しをしたいという場合に、先順位担保権者は後順位担保権者に対して併合権を適用し得るとしている<sup>41)</sup>。それは、後順位担保権者が上記の要件を満たし、先順位担保権者のモーゲージに対して後順位担保権者が資格を得た場合には、先順位担保権者の担保権と後順位担保権者が元々有している担保権の両方をもってして、併合権を行使し得るのである。ただし、後順位担保権者が先順位担保権者のモーゲージを受戻す前に、先順位担保権のみ設定されているモーゲージに第二順位のモーゲージが設定されるか、その物件が第三者に譲渡された場合には、このような潜在的な併合権は消滅してしまうのである。また先ほどと同様に、第二順位のモーゲージが設定された後に、最初のモーゲージに服するエクイティ上の受戻権が譲渡された場合、既に条件が満たされ潜在的な併合権が存在すれば、モーゲージ権者は併合権を行使することができる。一方で、第二順位のモーゲージが設定される前に最初のモーゲージに服する財産のエクイティ上の受戻権が譲渡されたなら、後に条件が満たされたとしても、モーゲージ権者は併合権を有しない。

マーシャリングにおいては、先順位担保権者の担保権のみが設定されている方の物件が第三者に対して譲渡される場合において、つまり、担保権がないと契約上明示されている、ないし、潜在的なマーシャリングの権利が後順位担保権者にない場合、マーシャリングが否定される。それは、併合権にお

いては、潜在的な併合権が存在しない場合に併合権の主張が否定されるのと同様であろう。この共通点から、Ashburner は、マーシャリングと併合権が共通の基盤 (common ground) に立つものであるとし、マーシャリングが併合権と同一カテゴリーに属するとの見解を有しているのである。

## (2) Ali の見解<sup>42)</sup>

上記の Ashburner の意見に対して、Ali は、マーシャリング法理は併合権の類型には入らないと反論し、その理由として以下の五つを挙げている<sup>43)</sup>。

第一に、マーシャリング法理は、モーゲージに適用が限定されていない。この併合権に関しては、その対象はモーゲージに限定されており、他の担保権への適用はない。しかし、マーシャリング法理の適用はモーゲージの事案に多く見られはするものの、元来はそのような制限を設けることなく広く担保権に適用されている<sup>44)</sup>。第二に、マーシャリングの権利の発生が先順位担保権、後順位担保権の両方もしくはどちらかの受戻権の発生の日に依存しているわけではないということである。後順位担保権者のマーシャリングの権利は、先順位担保権者が後順位担保権者の担保権にも付された物件から満足を受け、後順位担保権者の担保権が害された場合に、発生するのであり、この点でも異なると指摘する。第三に、併合権の要件(4)とマーシャリング法理における同一債務者ルールとの差異について指摘する。併合権においてもマーシャリング法理と同様に、同じ設定者(同じ債務者)によって設定されることが要求されるのであるが、設定に関しては、別々の物件に対し、別々の時期に設定してよいとされる点から、マーシャリング法理で要求される同一債務者ルールよりも広いとされる。さらに第四に、モーゲージ権者の併合権は、エクイティ上の受戻権(元々同一設定者によりモーゲージが設定されていた全ての財産に係る受戻権)を統合した者に対して行使され得る。第五に、併合権に関しては法律で廃止された国があるにもかかわらず、それによってマーシャリングが全く影響を受けていないことから、マーシャリングと併合権との関係性はないのではないかと主張している。

このように、Aliの見解に立つと、マーシャリング法理と併合権では要件の違いやその射程範囲などに明確な違いが認められる点が強調され、マーシャリング法理と併合権の間にはエクイティ上の法理であるとの類似性は認められるものの、マーシャリング法理が併合権を基礎にしてできた法理であるとは考えられないとし、マーシャリング法理は併合権のカテゴリーに含められるべきではないと結論づけている。

では、上記二人の見解を踏まえた上で、マーシャリング法理と併合権との関係について、検討したい。このマーシャリング法理と併合権は、両法理とも一般債権者の犠牲の下で、担保権がほぼ無条件に拡大され得る<sup>45)</sup>という意味で大きな共通点を有するのであるが、Ashburnerの指摘通り、物件を譲渡する際に出てくる第三者との関係においてはほぼ同じ方法で両者の利益調整を行うのである。それは、ある要件の下で潜在的なエクイティ上の権利を有するに至り、その潜在的なエクイティ法理上の権利について第三者に追求することができるという点において類似していると言えよう。ただし、この類似性は、併合権とマーシャリング法理が同一に基礎づけられるということの証明にはならない。この類似性は、エクイティ法理全般、ないし、救済における潜在的なエクイティの性質から由来するものであり、両法理がエクイティ上の法理である以上は、その点において一致するはずなのである<sup>46)</sup>。

そして、このように譲渡が起こったような時に第三者が存在している場合でも、相違点がある。それは、2つの物件が同一人物に対して譲渡された場合である。この場合、マーシャリング法理であれば、マーシャリング法理の主張は否定されたままであるが、併合権の場合には、1つの物件が移転した場合には、否定されるが、両物件（のエクイティ上の受戻権）が同一人物のものとなった場合には、併合権が復活すると考えられており、この点は明らかに異なるのである。このように、マーシャリング法理と併合権に関してはこのような形式面における相違点が数多く存在する。

第一に、適用に関する射程範囲であるが、併合権はモーゲージにのみ適用され<sup>47)</sup>、一方で、マーシャリング法理に関してはモーゲージに限定されず

さまざまな担保権に適用され得る。併合権がモーゲージに限定される理由は、この権利が受戻権に対して行使される権利であるという性質を有しているためであり、受戻権自体が、他の担保権には見られないモーゲージ独自のものだからである。一方、マーシャリング法理に関しては、第2章の初期判例からも古くからその射程範囲はモーゲージだけに限られず、さまざまな担保権に対して、また、場合によっては担保権だけに限られず<sup>48)</sup>、分与産のような土地に対する何らかの負担を有する者にまで適用されてきたという経緯があり、この点においても大きく異なると言えるであろう。

第二に、要件についてであるが、マーシャリング法理の要件における最大の特徴である同一債務者ルールがこの併合権の要件にも存在する。しかし、併合権においてはマーシャリング法理と同じ同一債務者ルールを採用しているとは言えない。マーシャリングにおいては、前述の通り、同一債務者から複数の物件について設定を受けなければならないが、併合権においては設定時においては別人でも問題ないとされる<sup>49)</sup>。また、マーシャリング法理に関しては同一債務について、複数の物件に対して担保権を設定する必要があるが、併合権に関しては複数の債務について、複数の物件に対して担保権を設定することが可能である。ただし、併合権においては、これらの債務同士が何らかの関係を持っていなければならないとされている<sup>50)</sup>。マーシャリング法理と併合権における同一債務者ルールには共通点も認められるが、併合権の方が、同一債務者ルールの要件に関してはやや広いのである。

さらには、マーシャリング法理は自動的に適用されるものであるとされるが、併合権はその適用において自動的ではないと考えられている<sup>51)</sup>。

このように形式面が異なるだけでなく、その実質も明らかに異なっている。Ashburnerの示した類似点は確かに認められるものの、その類似点自体は、マーシャリングの核となる部分ではなく、むしろ周辺部に過ぎない。マーシャリング法理は、後順位担保権者の優先順位を保護する目的で、後順位担保権者を先順位担保権者の担保権に代位させることにその意義がある。一方、併合権に関しては、併合権を行使し債務者による一部払戻しを否定す

ることで、例えば甲乙物件の内、甲物件が値上がりし、乙物件の値段が下がってしまった場合に、甲物件のみを受戻すという債務者の反倫理的行動を禁じることをその目的としているのである。そのような目的からマーシャリング法理は先順位担保権者・後順位担保権者間の利益調整を図る目的で働き、併合権はエクイティ上の受戻権を有する者（主に債務者）と担保権者（債権者）間で担保権者に保護を与えるように作用する。以上の点からも、同一カテゴリーに属するとは考えられない。

#### 第4項 分担権との関係

まず、分担権 (right to contribute or contribution) は、分担の法則 (doctrine of contribution) と表現されることもあるが、この分担権とは、二人以上の複数の人が同一債務<sup>52)</sup>を負っており（共同で債務を負っている者を共同債務者<sup>53)</sup>と呼ぶ）、この共同債務者が平等に（比例して）その債務を分担 (contribute) している場合に、その共同債務者の内の一人が自分の負っている分担分より余分に支払いをしたなら、その過払い部分 (over-payment) について他の共同債務者に求償することが可能とすることを指す<sup>54)</sup>。この求償を主張する行為が分担権の行使そのものとされており、これを分担の法則と呼ぶのである<sup>55)</sup>。

この分担権も自然的正義の法則 (the principle of natural justice)<sup>56)</sup>を基礎とするエクイティ上の原則である<sup>57)</sup>ため、共同債務者間で予め契約や合意などをしておく必要はなく<sup>58)</sup>、分担額以上の金額を支払った場合に、求償する資格が与えられるのである。この分担権の目的<sup>59)</sup>は、債務の全負担を、他の人を排して一人の人に押し付けるのを防ぐことにある。つまり、債務について共同債務者間で公平、平等に負担させることをその目的としていると言い換えることができよう。この債務者間での公平を目的として機能する分担権の特別適用の一例が、債権者間の利益を調整するマーシャリング法理だということである。

そこで、マーシャリングとの関係を述べる上で問題となってくるのが以下の二点である<sup>60)</sup>。第一点は担保権が設定されていた場合である。これは、

分担権を行使しようとする者は、他の共同債務者によって与えられた共同債務について担保権の利益を享受する資格を有するというものである<sup>61)</sup>。つまり、共同債務者の内の一人が自分の分担額以上の金額の支払いを行った場合に、その過払い分の範囲において、他の共同債務者が債権者のために設定した担保権に対して自ら代位する資格が与えられるのである<sup>62)</sup>。もちろん、担保権を有する債権者は、都合の良い時に自由に担保権を実行する権利を奪われるわけではない。

第二点は、免除 (exoneration) との関係である<sup>63)</sup>。もし、共同債務者のある者が、その共同債務の支払いを担保するため、二つ以上の物件<sup>64)</sup>に対して担保権を設定し、その後そのうちの一つが第三者 (譲受人) に譲渡された場合、その物件に関しては他の共同債務者が分担権を主張することはできない<sup>65)</sup>。そして、もし、債権者が譲渡された物件に対して担保権実行をした場合、譲受人たる第三者は免除される資格を得ることになる。

この免除権 (right of exoneration) が行使できる第三者 (譲渡人) に関しては、有償、無償いずれの譲受人でも構わないとされる<sup>66)</sup>。もちろん、譲渡の際に担保権 (負担) も引き受けるということが契約上明示されている場合には、この財産に対し分担権の主張は可能であるし、逆に第三者は免除権を行使することはできない。

この複数の財産が全て譲渡された場合は、全ての財産に対して分担権の主張は可能であり、譲受人たる第三者は免除権の主張が否定される。ただし、有償の譲受人たる第三者で、かつ、譲渡の際に担保権を排すると明示されていた場合には、自分より後に物件の譲渡を受けた第三者で、その者が無償の譲受人、もしくは、譲渡の際に担保権の存在を知っている場合には免除権を主張することができる<sup>67)</sup>。

このように、分担権に関しては、共同債務者の内の一人が多く支払った場合に、共同債務者によって共同債権者に対して与えられた担保権にアクセスすることが許される。これは、マーシャリングにおいて後順位担保権者が先順位担保権者の担保権にアクセスすることが許されるという点と似ている。

また、譲渡された後に分担権の主張が第三者によって否定されてしまうという点に関しても、マーシャリングにおいて先順位担保権のみ担保権が設定されている物件が譲渡された場合に第三者にマーシャリングが否定されるという点と類似している。では、このような類似点について判例ではどのように捉えられているのか。

ここでは、分担権とマーシャリングの類似点とその関係について述べられた、オーストラリア、及び、ニュージーランドの判決について概観する。まず、オーストラリアの *Brown v Cork*<sup>68)</sup> において、Oliver 裁判官は、共同保証人の能力に関して、「債務の共有分よりも多く支払った共同保証人は、その者と（他の）共同保証人との間でマーシャリングが行われた (marshalled) 担保権を有する資格がある」<sup>69)</sup> とした。裁判所は、自分の負担分以上の支払いをした共同保証人に対して、その過払い分につき、債権者の担保権に代位することを許した。この事案はマーシャリングの事案であるが、ここで適用されているのは明らかに分担の法則（分担権）である。Oliver 裁判官は、このような共同保証人の事案において、マーシャリングが適用されることについて苦言を呈している<sup>70)</sup>。さらに、比較的最近の判例である *Re Butlers Wharf Ltd*<sup>71)</sup> においても実質的には分担権が適用されている。

次に、ニュージーランドでは、オーストラリアの判例よりさらに一步踏み込んで、*National Bank of New Zealand Ltd v Caldesia Promotions Ltd and Jenkins Roberts & Associates Ltd*<sup>72)</sup> においては、*Barnes v Racster*<sup>73)</sup> や *Bugden v Bignold*<sup>74)</sup> 等で行われてきた分配の法則は、マーシャリングというよりも分担権である、と述べられている。このような考え方については、*National Bank of New Zealand Ltd v Caldesia Promotions Ltd and Jenkins Roberts & Associates Ltd* で初めて考え出されたものではない<sup>75)</sup>。しかし、従来のマーシャリングとして扱われてきた判例に対して、分担権の法理であったと判例上言及した点が特筆される。

マーシャリングと分担権は関連している<sup>76)</sup> と Story は考えている。その根拠として、いずれも債務の負担の分配を基礎とした法則であるという点を挙



げている<sup>77)</sup>。そして、分担権の場合には、共同債務者が自分の負担分よりも多く払いすぎた時に、共同債務者により、債権者に対して与えられた担保権にアクセスすることが許され、マーシャリングの場合には、先順位担保権者の実行の結果、後順位担保権者の担保権が害された時には、先順位担保権者の担保権にアクセスすることが許されるという点を指摘する。また、分担権は、移転により第三者が免除権を行使することでその主張は否定され、マーシャリングは、移転により第三者に主張することが同じく否定されてしまうという点でも共通している。このような点を重視して、マーシャリングと分担権は同一のカテゴリーに入ると考えられている。

一方、Ali は、このような共通点があったとしても、分担権とマーシャリングは全く別の法理であると主張する<sup>78)</sup>。理由としては、両法理の目的が異なることを挙げ、分担権は、共同債務者間の平等な債務負担を実現することをその目的としていることに対して、マーシャリングは、後順位担保権者の一般債権者に対する優先的地位の保護をその目的としている点でそもそも異なっているとみる。このように、マーシャリング法理と分担権の法理の目的が異なるため、債務の負担という点においても違いが現れる。分担権は、同一債務において債務者間で平等に負担するように分配されるのであるが、マーシャリング法理における債権者間の分配の方法は、債権回収について担保権者を優先的に取り扱い、一般債権者の回収可能性を否定しかねない方法での救済を与えるのである。

確かに、代位という手段を用いて、損失を回復するという手法で救済を図るマーシャリング及び分担権は共通していると言える。また、譲渡による第三者が出現すると、第三者保護の要請からこれら両法理が否定されている点についても共通していると言えよう。しかし、前者に関しては、そもそも、その損失についての性質も異なると言える。分担権は、故意か過失か否かは関係なく、自らが多く支払ったことによる損失であり、マーシャリングにおいては、先順位担保権者がたまたま後順位担保権者の担保権も設定されている方の物件から実行したがために受けた損失である。さらに、分担権に関し



ではこのように債務の分担が不公平になった場合に公平にする目的で働くのに対し、マーシャリングに関しては損失を受けたことで後順位担保権者が一般債権者と同等の地位となるのを防ぎ、担保権者としての優先的地位を確保する目的で働くのである。

さらに、これらの法理が別のものであるということは、ニュージーランドの判決である *Barnes v Racster*<sup>79)</sup> や *Bugden v Bignold*<sup>80)</sup> で、分担の法理であったと述べたことにより逆に明らかになったとも考えられるのである。つまり、もし、マーシャリングと分担権が同一カテゴリーの法理であるとするならば、わざわざ、上記判例にいずれの法理が適用されていたかについて述べる必要性はない。それをわざわざ指摘し、両者を区別したということは、両法理が別物であると逆に証明したことにもなる。

このように、マーシャリング法理と分担権は、共通点のある法理であるが、同一カテゴリー、または、共通の基盤を有するものであるとは言えない。

#### 第5項 代位との関係

マーシャリング法理のポストリアライゼーション理論では、後順位担保権者が先順位担保権者の担保権に代位するという方法による救済であるため、マーシャリング法理が別個の独自の法理ではなく、代位法 (the law of subrogation<sup>81)</sup>) の一類型ではないかと主張されることもある。ここでは代位法とマーシャリング法理との関係について検討する。

マーシャリング法理は、先順位担保権者が先順位担保権者、後順位担保権者の担保権が付された物件から先に担保権の実行を行った際、後順位担保権者の担保権が害された範囲において、先順位担保権者の地位に据えることで、後順位担保権者の優先順位を目的とした救済手段として用いられる。このことについては、判例でも、「先順位担保権者の有する担保権に代位する<sup>83)</sup> ことでその担保権を保護する」<sup>83)</sup> と、明確に「代位」という言葉が用いられているのである。まずは、このマーシャリングにおける「代位」を利用するという点につき、後順位担保権者の地位を中心に改めて確認したい。

先順位担保権者が、両方の担保権が付されている財産から満足を受けた場合で、担保権の一部ないし全部が害される。つまり、先順位担保権者の実行の結果により、後順位担保権者が満足を得られない部分については優先的な地位を失うため、その範囲において、後順位担保権者は一般債権者と同等の地位になってしまう。そのような後順位担保権者に対して、優先的地位を再び確保させる手段として、代位が利用される。後順位担保権者は、満足を受けられなかった範囲で、先順位担保権者の担保権のみが設定されている物件の先順位担保権者と同等の地位に据えられる。つまり、代位を介在させることで、一旦、先順位担保権者の実行により担保されなくなってしまった債権が再び担保され、一般債権者と同等の地位にいた後順位担保権者は、債務者に対する他の債権者より優先的な担保権者としての地位を再び取り戻すことができるようになるのである。

イギリス、カナダ及びアイルランドの判例で、マーシャリングが代位法と関連する等と言及されたものは筆者が調べた限りでは見られないのであるが、オーストラリアとニュージーランドの判例においては、その点に関して若干ではあるが言及されている。Commonwealth Trading Bank v Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd<sup>84)</sup>で、Neasey 裁判官が「マーシャリングは一種の代位 (a kind of subrogation) である」<sup>85)</sup>と述べている。その他にも、Sarge Pty Ltd v Cazihaven Homes Pty Ltd<sup>86)</sup>や、ニュージーランドの National Bank of New Zealand Ltd v Caldesia Promotions Ltd and Jenkins Roberts and Associates Ltd<sup>87)</sup>判決において言及されている。しかし、オーストラリア、ニュージーランドのいずれの判例も、マーシャリングが代位の一類型 (a form of subrogation) とまでは述べておらず、判例におけるマーシャリングの認識は代位法のカテゴリーに含まれるとまではされていないようである。

また、学説でマーシャリングを明らかに代位法の一つであると捉えているものがある<sup>88)</sup>。マーシャリングは、先順位担保権者の担保権を取り上げてそれを行行使することで利益を一般債権者から後順位担保権者に移すものであ

り、一方、代位においては、代位しようとする人が、第三者に対する代位される人の権利を取り上げ、それを行使することで、代位権を行使した人に対してその利益を移すというものである。このように、マーシャリングも代位法も利益を再分配するという意味で同じ性質を持つと理由づけるのである<sup>89)</sup>。

では、果たしてマーシャリング法理での代位は、代位法のカテゴリーに属するのか否かについて検討することとする。代位に関しては、学説によって異なるが、一般的に7つのカテゴリーがあるとされる<sup>90)</sup>。それは、保証人 (sureties)、保険 (insurance)、為替手形 (bills of exchange)、委託・受託者間取引 (trading trust and receivers)、売主のリーエン (vendor's lien)、担保権 (prior securities)、権限外の借用 (ultra vires borrowing) である。

まず、この7つのカテゴリーの内の一つに、マーシャリングが含まれるか否かを確認したい。最初の保証人、保険、為替手形、委託・受任者間取引、売主のリーエン、担保権の6つのカテゴリーに関しては、マーシャリングは含まれないと考えられる。これらは、代位する側と代位される側に何らかの約因 (consideration) もしくは、弁済が行われたことが必要である<sup>91)</sup>。しかし、前述の通り、先順位担保権者・後順位担保権者間には約因 (契約) は存在せず、後順位担保権者が先順位担保権者の弁済を行ったわけでもない。先順位担保権者・後順位担保権者間には権利義務関係は存在しないのである。したがって、マーシャリングがこの6つのカテゴリーの内のいずれにも入ることはない。

次に、7つ目の権限外の借用<sup>92)</sup>に関しては、権限外の行為は無効になることから、代位する者とされる者との間に権利義務関係は存在しないにもかかわらず、代位できるというものである。しかしこのカテゴリーにおける代位は、誰かに移転してしまった権利に対し、その権利に代位することで、被った損失を修復しようとするものである<sup>93)</sup>。一方、マーシャリングに関しては、先順位担保権者の担保権実行により被った損失について、元々、先順位担保権者が有していた担保権に対して代位してそれを行使することで被った

損失を回復するものである<sup>94)</sup>。したがって、このカテゴリーにおける代位にマーシャリングにおける代位が含まれるとは考えられない。

さらに、学説の中には、上記の7つのカテゴリーにおいて、委託・受託者取引ではなく、マーシャリングを挙げるもの<sup>95)</sup>や、7つ以外にマーシャリングのカテゴリーが存在すると考えているもの<sup>96)</sup>など、代位のカテゴリーの一つとして、新たにマーシャリングというカテゴリーを創設する学説がある。しかし、それは要件との関係で反論できよう。つまり、マーシャリングにおける主要な要件である、同一債務者ルールが、代位のいずれのカテゴリーにおいても妥当しない。代位法においては、そもそも、既存の債権・債務者関係に依存していないので、同一債務者ルールの要請はないと考えられる。したがって、代位の一つのカテゴリーとしてマーシャリングを創設するとしたら、他のカテゴリーと比較して異質なものであると言わざるを得ない。

そもそも代位の性質は、不当に奪われた利益を元に戻すという不当利得法 (the law of restitution) の中で見出される<sup>97)</sup>。この考えについては、Banque Financiere de la Cite v Parc (Battersea) Ltd<sup>98)</sup>において、代位は、不当利得の返還請求をその目的としており、不当利得法の中で見出されると判示されたことに依拠する。つまり、代位は、不当利得 (unjust enrichment) があつた場合に、元に戻すこと (不当利得の返還) をその救済の目的としているのである。このような不当利得の場合の代位による原状回復のシステムとマーシャリングにおける代位を検討することは、その性質を考える上で有益なアプローチであると思われる<sup>99)</sup>。

不当利得に関する要件<sup>100)</sup>は、(1) A (代位法を行使しようとする人) が奪われた利益が存在すること。(2) B (その権利はAに代位されるもの) か C (第三者はAが自身で代位する権利は、行使可能であるというものに対する第三者) かのいずれかが、(1)における利得を受けていること。(3) Aが(1)の利益から奪われたこと、及び、その利益がBかCに利益を得させたことを証明する必要はない。それらはBかCのいずれかによって利益が持たれていることでAが不当であるということを証明しさえすればよい。

(3)に関しては、証明の問題であるので、ここでは、(1)(2)の要件が問題となる。

(1)の要件に関しては、マーシャリングにおいては先順位担保権者が後順位担保権者の担保権にも服している方の物件から実行した結果、後順位担保権者は担保権が害され、一般債権者と同等の地位に立つことで、不利益を被る（利益が奪われる）。つまり、先順位担保権者が、先順位担保権者の担保権にのみ服する物件から実行した場合と、先順位・後順位担保権者の両担保権が付された物件から実行した場合とで、後順位担保権者が債権回収できる金額が異なる場合に後順位担保権者は利益が奪われたと言えよう<sup>101)</sup>。

(2)の要件に関しては、誰が利得を得たか、である。まず、先順位担保権者について、先順位担保権者は、自らの担保権を実行した結果、利益を得てはいるが、そこで得た利得は、要件(1)における利得ではない。つまり、先順位担保権者は後順位担保権者の利益を奪ったわけではなく、自分の持つ担保権については自由に選択し、その権利を正当に行使しただけであり、後順位担保権者の利益を奪ったとは言えない。次に、債務者についても利益を受けていない。債務者財産については変動がなく、後順位担保権者の担保権が害されたことでの利益は得ていない。利益を受けたとすれば、一般債権者であると言えよう<sup>102)</sup>。後順位担保権者の担保権が害され、後順位担保権者が一般債権者と同等の地位についた場合には、優先順位を持つ債権者が先に債権回収を行わない分、債務者の他の一般債権者は自らの債権の満足を受けられ、そこに利得が発生していると言えるからである。

しかし、一般債権者はマーシャリングを主張する相手方にはなれないので、マーシャリングを行使することはできないのである。したがって、この不当利得法の要件をマーシャリングにあてはめると、マーシャリングが主張できなくなるのであり、不当利得法とマーシャリングは性質的には異なるものであることが分かる。以上から、マーシャリングは代位法や不当利得法とはその性質の上で相容れない法理であることが分かる<sup>103)</sup>。

## 第6項 小 括

このように、マーシャリングは他のエクイティ上の法理のいずれにも属することはない。併合権や分担権と類似、共通点が認められるものの、そもそもその法理も持つ目的や要件などの違いから同一のカテゴリーに入る法理であるとは認められないし、特定履行とマーシャリングに関してはかなり異質のものと言える。さらには、明らかに代位を利用しているにもかかわらず、代位とマーシャリングはその要件の上でも、その性質的な面でも異なるといえ、マーシャリングは代位とも区別される、独自の性質を有した法理であると考えられる。

したがって、マーシャリングの性質を説明する際に、他のエクイティ上の法理の性質から論じることはできない。また、上記エクイティ上の法理の性質からでは、マーシャリングにおけるポストリアライゼーション理論については説明できたとしても、強制理論については説明し難いのである。強制理論及びポストリアライゼーション理論のいずれもマーシャリング法理なのであり、これら理論をまとめる統一的な性質がマーシャリングには存在するはずなのである。

## 第3節 エクイティ上の救済の意義

### 第1項 一般債権者の回収可能性への配慮

マーシャリングの理論は、判例上、強制理論からポストリアライゼーション理論へ、そして、現在においては、強制理論及びポストリアライゼーション理論を併用した形を用いて運用がなされている。そして、これらは手段こそ異なるものの同一の法理であるから、その法理自体の性質・特質は同じであるはずなのである。強制理論は、後順位担保権者の担保権を保護するために、先順位担保権者に対して後順位担保権者の担保権が付されている方の物件から実行するように強制するもので、ポストリアライゼーション理論は、先順位担保権者による自由な実行の結果、後順位担保権も付されている物件

の方から実行することで後順位担保権が害された場合に、先順位担保権者の担保権に代位するというものである。この差は、強制理論を事前救済の形で、ポストリアライゼーション理論を事前救済の形でという単純な方程式で適用されているわけではない。そもそも、大きな批判を受け一旦消えていたはずの強制理論を復活させている点からも、他の理由があると考えられる。

ここで検討したいのは、担保権者以外の債権者（無担保債権者たる一般債権者）の存在についてである。今まで検討したように、要件においては他のエクイティ上の法理と違い、厳しい同一債務者ルールが採用されている。さらには、マーシャリングは第三者の不利益がないことという点を要件に加えることで、無関係な者（stranger）である第三者へ損害がないように適用されている。これらの要件から導ける点は、マーシャリング法理においては、債務者財産の再分配が徹底されているということである。

また、第2章で検討した通り、ポストリアライゼーション理論は別の見方をすれば後順位担保権者の担保権を拡大するという解釈を取ることでもできる。この拡大された担保権によって、一般債権者の債権回収可能性は低くなるを得ない。一方で、強制理論を用いた場合、先順位担保権の方から裁判所が強制的に先順位担保権者の担保権を害さない範囲での実行を強制した場合でも不足額が生じた時には後順位担保権が付されている物件からも回収される。つまり、強制理論を採用した場合よりもポストリアライゼーション理論を採用した場合の方が後順位担保権者をより厚く保護する傾向ないし可能性があり、代位した場合には、債務者財産の再分配（redistribution of the debtor's assets）に影響を与える可能性がある。このようなマーシャリング法理が適用され後順位担保権者が代位するということは、債務者財産がその債務者及び担保者間で、どのように分配されるべきか、その手段や順序に関して再び設定し直すことを意味するのである。もちろん、債務者の財産の総額に対して影響を与えることはないが、マーシャリングによる債務者財産の再分配の結果、特に一般債権者に最も影響を与えることとなる。

このマーシャリング法理、特にポストリアライゼーション理論の適用前で



あれば後順位担保権者が一般債権者の地位のままであることになるので、一般債権者として他の一般債権者と同様に分配されることになるが、マーシャリングが適用され代位がなされると後順位担保権者として優先的に満足を受けられることになる。後順位担保権者が再び担保権者として優先的地位を得るということは、その一方で、一般債権者の利益が犠牲となるということを意味する。

最近になっての強制理論の復活の傾向は、こういった一般債権者の存在が考えられる。例えば、BCCI (No.8) 判決<sup>104)</sup>は、国際商業信用銀行の破産事案であるが、この判決ではかなり多くの無担保債権者が存在していた。ここでは、マーシャリング法理の適用自体は否定されているが、判決内で述べられている定義は強制理論に基づくマーシャリングの定義であり、このような事案には強制理論を適用するつもりであったことが読み取れる。また、最新の判例である *Highbury Pension Fund Management v Zirfin Investments* 判決<sup>105)</sup>では、マーシャリング法理を債権者間の取り決め（契約）で、適用除外することができる旨が判示されているが、その際に担保権者同士ではなく、債権者全員での取り決め（契約）が必要である点が指摘されている。裁判所は、マーシャリング法理の適用を拡大してきているが、その場合のマーシャリングの適用を見ると、先順位・後順位担保権者の利益調整としての法理というよりは、債務者財産の公平な分配のための債権者のための法理としての側面が強調されてきているように思われる。

## 第2項 エクイティ上の救済の特色

Story は、マーシャリング法理がエクイティ上の法理であり、その根拠は自然的正義に求められる<sup>106)</sup>という点を強調する。Story の言葉を借りると、「ある人の不当さ、気まぐれや軽率さにより他人を傷つけることを許さない」<sup>107)</sup>とする自然的正義の要請が、マーシャリングにおいても働く<sup>108)</sup>と考えられるのである。このように自然的正義の法則 (the principle of natural justice) を発展させて解釈することで、マーシャリングの性質を捉えようとしているのであ



る<sup>109)</sup>。そこで、Storyも指摘している自然的正義の要請という点を重視して、ここで、マーシャリング法理の性質を考えてみたい。

改めて問いたいのは、マーシャリング法理がなぜ後順位担保権者の保護を目的としているのかという点である。つまり、債務者財産の再分配に関し、債務者と債権者の関係に立つのは後順位担保権者だけでなく、一般債権者も債権者であるにもかかわらず、その一般債権者は、マーシャリングを主張することはできない。同じ債権・債務者関係にある後順位担保権者はマーシャリングが主張でき、一般債権者はマーシャリングが主張できないのである。つまり、エクイティ裁判所は、担保権の存在を理由に、後順位担保権者が有するであろう一般債権者より優先されるはずであるとの期待利益を、正義・公平の観点から保護し、後順位担保権者を救済してきたと言える。

一方で、上記で示した通り、近年になり、裁判所は事案に応じて柔軟に対応を変化させてきた。後順位担保権者の担保権の保護を第一に掲げながらも、一般債権者への配慮という点から、強制理論を適用する場面も同時に見られるようになった。この強制理論であるが、現在においてもそれほど批判が妥当するかについて疑問の余地がある。第2章で示した通り、強制理論は、先順位担保権者の担保権実行の順序を裁判所が強制するものであるが、その際に、権利・義務関係のない担保権者間にあたかも義務が生じているようだと批判があった。もちろんエクイティ法理が権利・義務関係自体を創設するということはないが、例えば信託における信認義務 (fiduciary duty)<sup>110)</sup>のように、権利・義務関係ないし約因を基礎とする契約関係のない二者間に、義務を発生させるようなエクイティ上の救済は存在する。コモン・ロー上の契約ないし約因に基礎づけられないところに、義務を発生させるという手段でエクイティの救済を与えることについては、信託の発展とともに、広く受け入れられてきているように思われる。

一般債権者を第三者としてマーシャリング法理の適用を否定した判決は現在のところ見られないが、その代わりに、一般債権者の存在に配慮した判例が見られるようになり、元来の後順位担保権者の担保権の保護だけではな

く、債務者財産の公平な分配といった側面が強調されているようである。このような債権者全体の利益に配慮するといった態度は、エクイティの救済としての本質であるとも言えよう。

## 第4章 結びにかえて

本稿では、イギリスにおけるマーシャリング法理に関して、その性質・特質及びどのように基礎づけられるかについて、判例・学説、さらには他のエクイティ上の法理を比較検討しながらエクイティ法理の救済について検討した。

第2章では、初期の判例において、マーシャリング法理は強制理論、つまり、後順位担保権者は自分の担保権が害されないように、先順位担保権者に対して後順位担保権者の担保権には服さず、先順位担保権者の担保権にのみ服する方の物件から担保権を実行するように強制することで、後順位担保権者の担保権を保護していた点を示した。しかし、そのような手段は、担保法の一般原則に反するという理由で批判され、19世紀半ばからは、判例上、ポストリアライゼーション理論が出現し始めた。このポストリアライゼーション理論の下では、先順位担保権者はその担保権実行の自由選択権は害されず自由に実行することができる。そして、その実行の結果として後順位担保権者の担保権が害された場合には、後順位担保権者は先順位担保権者の担保権に代位することが許され、その損失部分を回復することが許された。このように、両理論においては後順位担保権者に与えられる救済の方法が大きく異なる。これらの理論の共通点としては、後順位担保権者の担保権、優先的地位の保護という点を挙げるができる。したがって、マーシャリング法理は、担保権者としての後順位担保権者の優先的地位の保護を行っている。

続く第3章では、マーシャリングにおける要件に関して、マーシャリングの本質を探る前提として、確認した。また、この第三者への不利益という要

件に関しては、マーシャリングが公平・自然的正義をその根拠とするエクイティ上の法理であるという点が強調された要件であるとも言い換えることができる。このように、マーシャリングにおける要件を再検討することで、マーシャリングの適用が債務者財産の再分配にのみ影響を及ぼすものである点が分かった。

さらに、マーシャリングの要件や学説での議論を元にして、マーシャリングが他のエクイティ上の法理のいずれかのカテゴリーに分類され、基礎づけられないかという視点から検討した。仮に、いずれかの法理と同一の法理であれば、その法理からのマーシャリングの本質や基礎を導き出せる可能性があるからである。しかし、その要件、目的、射程範囲等の違い等から、マーシャリング法理は明らかに他のエクイティ上の法理とは相容れない、また代位を利用するにもかかわらず、代位法にも含まれないということが分かった。そこで、自然的正義を発展して解釈し、そして後順位担保権者は、債務者にとっての債権者であり、同時に担保権設定者にとっての担保権者であるという地位に改めて注目することで、マーシャリングの本質について検討した。後順位担保権者は、債権者という地位と担保権者という地位の両方を有する者で、担保権の存在ゆえに、一般債権者に先立って弁済を受けることができるのであり、そのような期待利益を有している。一旦、このような期待利益が生まれると、それは、自然的正義の下でマーシャリング法理によって保護されると考えられるのである。一方で、近年は、一般債権者の回収可能性に配慮したように見受けられる判例も見られるようになり、これは従来の担保権者間の利益調整という目的からはやや外れるが、公平・自然的正義の観点から債務者財産の公平な分配を図るというのはエクイティの本来的性質ないし救済方法の一つであると言えよう。

したがって、イギリスにおけるマーシャリング法理は、強制理論ないしポストアライゼーション理論と呼ばれる手段にしたがった2種類の救済手段を事案に応じて適応しているところ、エクイティ法理の公平・自然的正義に照らしながら、いずれも後順位担保権者の担保権者たる地位に基づく期待利

益の保護を目的としつつ、債務者財産の公平な分配を目指し機能していると考えられる。

本稿ではアメリカのマーシャリングの議論に関しては一部しか取り扱わなかったが、マーシャリングの本質について考えるのであれば、アメリカのマーシャリング法理とイギリスのマーシャリング法理とを比較検討することで、さらにその本質について掘り下げる事が可能であると考えられる。現在のアメリカにおけるマーシャリングは、イギリスや他のコモン・ロー諸国におけるマーシャリングとは別に、独自の発展をしているのである。もし、そのような差がありながらも、イギリス、アメリカの両方のマーシャリング法理に同一性が見出せるのであれば、マーシャリングについての本質や性質について考える上でも意義のあることである。この点に関しては、今後の課題としたい。

#### 注

- 1) *Aldrich v Cooper* [1803] 8 Ves Jun 382, at 395.
- 2) H. Waldock, *The Law of Mortgages* (Sweet & Maxwell 1950), at 296–297 and 299; P. Ali, *Marshalling of Securities* (Oxford University Press 1999), at 121–122.
- 3) *Kendall* [1811] 17 Ves 514. さらに、*Webb v Smith* [1885] 30 Ch D 192 においては、この要件で述べられる物件につき、裁判所の支配に服していることという要件が付け加えられたが、後に、裁判所に申立てをしなくてもマーシャリング法理は適用されるため、マーシャリングにとって不可欠な要素とは言えないと否定される。See *Gibbs v Ougier* [1806] 12 Ves 413.
- 4) *Re The State Fire Insurance Company* [1863] 32 LJ Ch 300.
- 5) *The 'Priscilla'* [1859] Lush 1.
- 6) See *Highbury Pension Fund Management v Zirfin Investments* [2013] All ER 336, *Szepietowski v National Crime Agency* [2013] UKSC 65. ただし、後者では、マーシャリング法理の適用自体は否定されている。
- 7) *Webb v Smith* [1885] 30 Ch D 192.
- 8) P. Ali, *supra* note 2, at 179–200.
- 9) See *Re Bank of Credit and Commerce International SA (No. 8)* [1998] AC 214.
- 10) J. Story and T. Taylor, *Commentaries on Equity Jurisprudence: Founded on Story* (Nabu Press 2010). これのもと、M. Bigelow, *Story's Equity Jurisprudence* 13<sup>th</sup> ed. (Little, Brown & Co 1886) であるが、現在においてはマーシャリングの起源がロー

マ法にあるとの記述は見当たらない。See § 429-434, § 807-854.

- 11) See M. Bigelow, *supra* note 10, vol. 1.
- 12) *Ibid.*, at 645, para 635.
- 13) *Ibid.*, at 645, paras 635-636. Story は、現在のイギリスにおけるマーシャリングとローマ法のシステムには違いがあることを指摘しながらも、この2つの物件の事件（2つの物件に抵当権や担保権が設定されている事件）はイギリス私法の中で理解されないとしている。
- 14) J. Story and T. Taylor, *supra* note 10, at 645, para 635. Digestにある“Plane, cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate quam superiori exsolvit”という考えによるとする。上記、ラテン語部分についての英訳（T. Mommsen, P. Kruger & A. Watson, *The Digest of Justinian*, 1985, Penn, at 594）“of course, when the third pays the first, he takes the place of the first as regards the amount paid.”
- 15) M. Lachman, “*Marshaling assets in Bankruptcy: recent innovations in the doctrine*” (1985) 6 *Cardozo Law Review* 671, at 671 n1. 根拠として、J. Story, *Commentaries on Equity Jurisprudence* 14<sup>th</sup> ed. (Fred B Rothman & Co 1918), § 853-871 の「マーシャリング法理は、ローマ法、私法から由来しており、17世紀中頃にイギリス法に持ち込まれた」という部分を引用。
- 16) B. MacDougall, “*Marshalling and Personal Property Security Acts: Doing Unto Others...*” (1994) 28 *UBC Law Review*, at 91 n1 「マーシャリングの起源が何かとということを正確に知る方法はない。」としつつも、Storyの見解には否定的である。
- 17) P. Ali, *supra* note 2, at 16.
- 18) *Ibid.*, at 16-17.
- 19) ここで、スコットランドでもマーシャリングが認識されたという事実が、この主張に反論することにはならないと Ali は述べる（See P. Ali, *supra* note 2, at 17 n27）。スコットランド法がローマ法の特徴を多く有しているのは確かであるが、その一方でイギリス法の影響もかなり大きく受けている。スコットランドで認識されたからといって直ちにローマ法由来であるとの推論はできないとしている。
- 20) Storyの記述の中には、17・18世紀の判例に関する位置づけについての記述が一切ない。
- 21) See Meagher, Gummow, Lehane, *Equity Doctrines and Remedies* (Butterworths 1992), at 324, para 1138. マーシャリングの基礎に関しては検討されてきたが、決定打となるものはなかった。See also G. Dal Pont and D. Chalmers, *Equity and Trusts in Australia and New Zealand* (LBC 1996), at 264-265.
- 22) Meagher, Gummow, Lehane, *supra* note 21, Chapter 20.
- 23) *Ker v Ker* [1869] 4 *IR Eq* 15, at 30-31.

- 24) *Ibid.*, at 30–31.
- 25) *Chase Corporation (Australia) Pty Ltd v North Sydney Brick and Tile Co Ltd* [1994] 12 ACLC 997.
- 26) ただし、オーストラリアではこのような考え方が推し進められているわけではなく、アイルランドでも、判例でさらにこの議論を進めようとする動きがあるわけではない。
- 27) Meagher, Gummow, Lehane, *supra* note 21, at 496–497, paras 2002–2003.
- 28) この場合のモーゲージに関しては、コモン・ロー上のモーゲージ、エクイティ上のモーゲージを問わず、不動産、動産のいずれに設定されているモーゲージであってもよいとされている。
- 29) See E. Cousins, *The Law of Mortgage* (Sweet & Maxwell 1989), at 428–429; H. Waldock, *supra* note 2, at 284–295; 国生一彦『現代イギリス不動産法』（商事法務研究会, 1990）314–316頁；西垣剛『英国不動産法』（信山社出版, 1997）390–391頁。併合権の要件については、完全には統一されておらず、上記文献から共通する6つの要件を選んだ。
- 30) section 93 of The Law of Property Act 1925
- (1) A mortgagor seeking to redeem any one mortgage is entitled to do so without paying any money due under any separate mortgage made by him, or by any person through whom he claims, solely on property other than that comprised in the mortgage which he seeks to redeem.
- This subsection applies only if and as far as a contrary intention is not expressed in the mortgage deeds or one of them.
- (2) This section does not apply where all the mortgages were made before the first day of January, eighteen hundred and eighty-two.
- (3) Save as aforesaid nothing in this Act, in reference to mortgages, affects any right of consolidation or renders inoperative a stipulation in relation to any mortgage made before or after the commencement of this Act reserving a right to consolidate.
- 31) ただし、建築組合 (Building Society) や金融機関の書式では、この要件が適用除外である旨が明記される (‘section 93 of the Law of Property Act 1925 shall not apply to this security’)。前掲・国生 (注 30) 373–374 頁の資料 21 のモーゲージ証書参照。
- 32) See section 17 of The Conveyancing Act 1881.
- 33) P. Ali, *supra* note 2, at 82–83.
- 34) *Ibid.*, at 83.
- 35) W. Ashburner, *Principles of Equity* (Butterworth 1902), at 286–289.
- 36) *Ibid.*, at 300.

- 37) *Titley v Davies* [1743] 2 Y&C Ch Cas 399. See Ashburner, *supra* note 36, at 286.
- 38) See *Harter v Colman* [1882] 19 Ch D 630.
- 39) *Pope v Onslow* [1692] 2 Vern 286, *Jones v Smith* [1794] 2 Ves Jun 372.
- 40) *Cracknall v Janson* [1879] 11 Ch D 1.
- 41) See W. Ashburner, *supra* note 36, at 300–306.
- 42) P. Ali, *supra* note 2, at 87–88.
- 43) *Ibid.*, at 87.
- 44) モーゲージ以外への適用に関しては、第2章で説明した。また、17世紀の判例 *Bovey v Skipwith* [1671] 1 Ch Cas 201 の時から判例で確認されている。
- 45) H. Waldock, *supra* note 2, at 284.
- 46) See M Neave and M Weinberg, “*The Nature and Function of Equities*” (1979) 6 U Tas L R 24 and 115.
- 47) H. Waldock, *supra* note 2, at 759; E. Cousins, *supra* note 30, at 427; Fisher and Lightwood, *Law of Mortgage 11<sup>th</sup> ed.* (Butterworths 2002), at 759.
- 48) See Rory Derham, “*Set-off Against an Assignee: The Relevance of Marshalling, Contribution and Subrogation*” (1991) 107 The Law Quarterly Review 126, at 127.
- 49) H. Waldock, *supra* note 2, at 284–288.
- 50) *Ibid.*, at 284.
- 51) See *Griffith v Pound* [1890] 45 Ch D 553.
- 52) 共同債務という。Common liability, co-ordinate liability や common burden などと表現されることが多い。
- 53) co-obligators と表現される。
- 54) E. Cousins, *supra* note 30, at 438; G. Dal Pont and D. Chalmers, *supra* note 21, at 257; Meagher, Gummow, Lehane, *supra* note 21, at 286, para 1001.
- 55) この原則は旧称分担の原則とも呼ばれる。
- 56) G. Dal Pont and D. Chalmers, *supra* note 21, at 256.
- 57) Meagher, Gummow, Lehane, *supra* note 21, at 256–257.
- 58) G. Dal Pont and D. Chalmers, *supra* note 21, at 257.
- 59) Meagher, Gummow, Lehane, *supra* note 21, at 258–259.
- 60) *Ibid.*, at 302–303, paras 1028–1030.
- 61) *Ibid.*, at 302, para 1028.
- 62) *Aldrich v Cooper*, *supra* note 1, *Chatterton v Maclean* [1951] 1 All ER 761 at 766–767, see Meagher, Gummow, Lehane, *supra* note 21, at 302–303, para 1029 and 404–305.
- 63) E. Cousins, *supra* note 30, at 438–439.
- 64) これら物件は同一所有者に属している必要はない。See E. Cousins, *supra* note 30,

at 438.

- 65) *See Waring v Ward* [1802] 7 Ves 322.
- 66) *Ker v Ker*, *supra* note 23.
- 67) *Averall v Wade* [1835] L&G temp Sugd 252, *Ker v Ker*, *supra* note 23.
- 68) *Brown v Cork* [1985] BCLC 363.
- 69) *Ibid.*, at 373. [ ]内は筆者補足。
- 70) *Ibid.*, at 374.
- 71) *Re Butlers Wharf Ltd* [1995] 5 BCLC 43.
- 72) *National Bank of New Zealand Ltd v Caldesia Promotions Ltd and Jenkins Roberts & Associates Ltd* [1996] 3 NALR 467.
- 73) *Barnes v Racster* [1842] 1 Y & C Ch Cas 401.
- 74) *Bugden v Bignold* [1843] 2 Y & C Ch Cas 377.
- 75) R. Derham, “*Set-off Against an Assignee: The Relevance of Marshalling, Contribution and Subrogation*” (1991) 107 *The Law Quarterly Review* 126.
- 76) J. Story and T. Taylor, *supra* note 10, at 637 § 633.
- 77) *Ibid.*, at 637 § 633.
- 78) P. Ali, *supra* note 2, at 93–94.
- 79) *Barnes v Racster*, *supra* note 74.
- 80) *Bugden v Bignold*, *supra* note 75.
- 81) 代位に関しては、substitution と subrogation の両方の単語が用いられることがあり、多くの場合、両者にはほとんど違いはない。ただし、厳密に言うとは、前者は第三者に対して他の人の権利を自分自身の利益のために行使する場合の手続き (process) に用いられ、後者は第三者に対して他人の行為を代位する場合に契約によって与えられる権利の場合に用いる。このような違いはあるものの、これらの意味を強調して用いられることはまれで、マーシャリングに関する判例においても同じ判決文の中に両方の表現が用いられるものもあった。See C. Mitchell, “*The law of subrogation*” (1992) LMCLQ (Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly) 484, at 484, C. Mitchell, *The Law of Subrogation* (Oxford University Press 1994), at 3.
- 82) 多くの場合は subrogate という言葉が用いられている (強調は筆者)。
- 83) *See Wallis v Woodyear* [1855] 2 Jur (NS) 179, *Manks v Whiteley* [1911] 2 Ch D 448.
- 84) *Commonwealth Trading Bank v Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd* [1970] 26 FLR 338.
- 85) *Ibid.*, at 350.
- 86) *Sarge Pty Ltd v Cazihaven Homes Pty Ltd* [1994] 34 NSWLR 658.
- 87) *National Bank of New Zealand Ltd v Caldesia Promotions Ltd and Jenkins Roberts*



*and Associates Ltd* [1996] 3 NZLR 467.

- 88) C. Langdell, *A Brief survey of equity jurisdiction: being a series of articles reprinted from the Harvard Law Review* (Nabu Press 2010), at 263 and 281, § 905 and § 946. このほか Langdell も同様の意見であるがほとんど分析がなされていないため、どのような理由で代位法の一類型とみなしているかが不明である。
- 89) *Ibid.*, at 263.
- 90) See Lord Goff and G. Jones, *The Law of Restitution 7<sup>th</sup> ed.* (Sweet & Maxwell 2007), Chapter 13. 分け方に関しては学説により若干異なる。
- 91) Meagher, Gummow, Lehane, *supra* note 21, at 268, para 917; C. Mitchell, *supra* note 82 (1994), at 67.
- 92) Meagher, Gummow, Lehane, *supra* note 21, at 267–271, paras 915–923.
- 93) *Ibid.*, at 267.
- 94) P. Ali, *supra* note 2, at 69.
- 95) Meagher, Gummow, Lehane, *supra* note 21, at 907, para 905.
- 96) C. Langdell, *supra* note 89, at 15.
- 97) C. Mitchell, *supra* note 82 (1994), at 8.
- 98) *Banque Financiere de la Cite v Parc (Battersea) Ltd* [1998] 1 All ER 737.
- 99) See P. Ali, *supra* note 2, at 70–75.
- 100) See R Grantham and C Rickett, “Disgorgement for Unjust Enrichment?” (2003) 62 CLJ 159; C Rotherham, “The Conceptual Structure of Restitution For Wrongs” (2007) 66 CLJ 172.
- 101) P. Ali, *supra* note 2, at 73.
- 102) *Ibid.*, at 74–75.
- 103) *Ibid.*, at 75.
- 104) *Re Bank of Credit and Commerce International SA (No. 8)*, *supra* note 9.
- 105) *Highbury Pension Fund Management v Zirfin Investments* [2014] 1 All ER 737.
- 106) J. Story and T. Taylor, *supra* note 14, at 639 § 633.
- 107) *Ibid.*, at 640–642.
- 108) See *Chase Corporation (Australia) Pty Ltd v North Sydney Brick and Tile Co Ltd* [1994] 12 ACLC 997. Cohen 裁判官により同様の意見が述べられている。
- 109) J. Story and T. Taylor, *supra* note 14, at 640–642.
- 110) 信託義務とは、財産の処分・管理を行う信託受託者が受益者の利益に配慮するためのエクイティ上の義務を示す。

〔付 記〕 本稿は、2017 年度南山大学パツへ研究奨励金 I-A-2 の研究成果の一部である。