

研究ノート

代位(Subrogation)に関する一考察

—— 沿革的・比較法的考察(ローマ法・Pothier・Savigny・Buckland) ——

辻 博 明

- 1 はじめに —— 問題設定
- 2 代位制度の展開
 - 2.1 代位制度の黎明期 —— ローマ法における萌芽
 - 2.2 代位法理の不明確さとその要因
 - 2.3 準訴権(actiones utiles)の付与とその機能 —— 事務管理訴権との対比
 - 2.4 強制可能な譲渡, 擬制による譲渡へ —— ローマ法の展開と Savigny の主張
 - 2.5 イギリス法における代位法理 —— Buckland の分析
- 3 検 討 —— 沿革的・比較法的視点から
 - 3.1 近代の代位理論はどのような制度に由来するか
 - 3.2 訴権譲渡の利益(beneficium cedendarum actionum)と債権者の地位の承継(successio in locum creditoris)の相違点 —— 主体, 効果, 効果の発生方式
 - 3.3 代位の根拠付けの壁 —— Buckland による黙示の譲渡論等の分析
 - 3.4 準訴権(actiones utiles)の意義とその機能
 - 3.5 Savigny の主張の背景・根拠 —— 強制可能な譲渡, 擬制による譲渡の展開
 - 3.6 イギリス法における代位法理 —— その推移の概要・由来
- 4 むすび

1 はじめに —— 問題設定

「代位」という用語は、民法における規定において目にするのが少なくない(弁済者代位だけではない)。一般的に、代位とは、権利の主体または客体である地位に代わってすることを意味するとされる。代位は、確かに「元のものに代わる」という点においては共通した性質を有するが、それだけでは、その内包は依然として不透明である。しかも、代位という用語は、種々の場合に用いられており、代位の本質を理解し説明することは容易ではない。

実際、弁済による代位を例に挙げると、著者からの次のような学習上の助言が見られる。「弁済による代位を飛ばして進み、抵当権までの学習を終えたあとでこの部分を読むことを勧める。」とされる(内田貴・民法Ⅲ(第4版)85頁)。債権法・担保法の学習をほぼ終了後、

最後に挑戦しても難解な制度であることが窺える。

一方、フランス民法においては、弁済者代位制度はまとまった形で規定されている(1346条以下)。すなわち、債権が移転する「共通の原因である『弁済』」に着眼し、le paiement avec subrogation という1つのセクションにまとめて規定する方式がとられている。これに対して、ドイツ民法においては、「保証や連帯債務などの『個別領域』」において規定されている。これは、制度の法構造に違いがあり、その反映であることが窺える。やはり、一筋縄ではいかない制度である。

代位制度はローマ法に由来するといわれるが、その本質はベールに包まれている。そこで、本研究ノートにおいては、Bucklandの沿革的・比較法的分析を手掛かりに(Buckland, *Equity in Roman Law*, 1911(以下、Bucklandと引用。)), 代位制度の「起源」を探り、その後どのような「法理」に基づいて新たな制度が展開されたのかを沿革的・比較的に辿ってみることにする。現行法の解釈に対しても示唆が得られるのではないかと思われる。

2 代位制度の展開

2.1 代位制度の黎明期 —— ローマ法における萌芽

Bucklandによると、代位(subrogation)は、現代の規範が実際にどのような原則に基づくのかを確認することが非常に難しいため、やはり少々扱いにくい問題であるとされる。フランス法においては、この概念はかなり初期から存在しており、フランス民法(旧1251条)において、「法定代位(subrogation légale)」として4類型が明文化された((i)後順位担保権者及び一般債権者、(ii)抵当不動産の第三取得者、(iii)共同債務者(保証人・連帯債務者等)、(iiii)自己の金銭で相続債務を弁済した限定相続人が法定代位権者とされた(その後、(v)相続のため葬式費用を自己の金銭で弁済した者を追加。))。

フランスの研究者によると、この制度は本質的にローマ法に由来し、その名称及び観念は、「ローマ法の『諸制度』」の借用であるとされる。もっとも、ローマ法における制度とはほとんど関係がない部分が見られる。subrogatioは、憲法上よく知られた用語で、後任の官吏の選任を意味し、同僚の選任を意味することもあった。また、それは、Ulpianによって、制定法に補遺が付けられたことを示すためにも用いられた。

それが「私法」において登場するのは、ユスチニアヌス帝法の時代からである。もっとも、その時代においてさえ、それは今日における意味では用いられていないとされる。たとえば、ユスチニアヌス帝は、その法典において、諸般の理由により、遺言者が「証人」全員を一斉に立ち会わせることができない場合の取扱いについて述べている。遺言の作成・その追加がなされる際に、または終意処分が旧来の方式に則り厳粛になされる際に、必要でないことを行ってはならないとされる。もっとも、飲食料品や薬品のように、それらなしには遺言者の健康自体に危険を生じるような場合、遺言者または証人にとって過剰な負担を回避する必要がある場合がある。そのような場合、証人の1人が病に陥ったとしても、遺言は無効とはならないとされる。中断事由が終了したまたは排除された後、

遺言作成に通常なお必要とされることを行い完全なものにされるべきある。それが短期間の中断事由の場合には、証人が戻ってくるのを待った上で、厳粛な行為を完了すべきである。中断事由は長期に及ぶ場合がある。特に、遺言者の健康につき特別の考慮を要する場合がそうである。証人が事故によって離脱した場合、その者を「他の者に代えて」行うことができるかが問題となる。その離脱中になされた内容が十分に報告され確認されるならば、新たに選任された証人は、他の証人とともに必要なことを行うべきであるとされた(Otto, Schilling, Sintenis, Das Corpus Iuris Civilis, Bd.5, 1832 (Neudruck 1984), SS.955-957 (以下, Otto と引用。))。

一方、Paul によると思われるものは、その意味においては近代におけるものとまだ少し隔たりがあるが、その用語法には変化がみられるとされる。すなわち、すでに3件の後見を引き受けている者がさらに後見を命じられた場合、その者はすでに後見を引き受けていることを理由に免責を主張することができると考えられる。しかし、その者が免責事由を主張する前に、先に引き受けている被後見人の1人が死亡した場合、免責主張は認められなくなり、そのとき直ちに、3番目の後見に「代わって」4番目の後見が設定されたものと取り扱われる。すなわち、4番目の後見は「法律上当然に」生じると解された(Otto, Bd.2, 1831, SS.950-952)。これは、今日のその用語法とかなり近いとされる(Buckland, pp.47-48)。

2.2 代位法理の不明確さとその要因

Bucklandによると、代位法理自体の由来について、なお不明確な点があるとされる。この法理が実際にどのような性質を有するかを見極めることが極めて困難だからである。代位が認められる場合と認められない場合を同時に説明できる法理を先例等から導き出すことは困難であるとする研究があるとされる。一方、フランス民法典においてはその定義がないとされる。もっとも、近代のフランスの研究においては、「代位は、第三者による弁済によって、または第三者によって提供された金銭による債務者の弁済によって消滅した債務が、その第三者のために、弁済額の限りにおいて、依然として存在するとみなされる法的擬制(juridical fiction)である。第三者は、債権者の諸権利に代位する。」と定義されているとされる。

しかし、それは、その準則がどのように作用するかを述べているに過ぎない。具体的事例におけるその準則の適用の有無を判断する手掛かりは、そこからは得られない。また、「法的擬制」とはどのような性質を有するかについては述べられてないとされる。もっとも、フランス民法の注釈者には、それは黙示の譲渡(implied assignment)に基づくものであるとの主張がある。この見解は、18世紀の法律家の主張に由来するとされる。Pothierの主張によると、代位は、債権者が弁済者に自己の権利等及び恩典を譲渡したものとみなされる法律の擬制(fiction of law)であるとされる。その内容は異なるところがあるが、ローマ法に基づく主張である。

さらに、代位の理論の不明確さは、ローマ法の分析から窺うことができる。Girardの考察によると、近代の代位法理は、訴権譲渡の利益(beneficium cedendarum actionum)と債権

者の地位の承継(successio in locum creditoris)というローマ法の2つの制度の融合に由来するとされる。訴権譲渡の利益によって、弁済した保証人への訴権譲渡は強制される。ただし、弁済者が実際に訴権を獲得しなければ、訴権譲渡は擬制されなかった。一方、Girardは、債権者の地位の承継の4つの場合について述べている。第1の場合は、債権者が自己の権利を承継する場合である。ローマ法によると、他の債権者が2つの合意日の間に非占有質権を獲得したとしても、更改による新契約を締結することによって、債権者は優先権を喪失しないとされる。第2の場合は、買主がその代金を第1順位者への弁済に充当した場合である。なお、Bucklandは、第1順位者への弁済にその金銭が充当されるべきだとする明示的な合意が必要であると解する。第3の場合は、質権等の負担を弁済し消滅させるための資金の融資者の場合である。このような資金の融資者は融資の際に質権を自ら設定しない限り、優先権を得ることがないところ、この場合に、優先権を確保できるかが問題となる。第4の場合は、金銭提供の権利(ius offerendae pecuniae)を有する場合である。すなわち、後順位質権者は先順位質権者に弁済することによってその者の地位につくとされる。以上から、Bucklandは、厳密には代位といえるローマ法における唯一の場合は、第2順位者が第1順位者に弁済する場合であるとする。この場合は、Orléansの慣習法において見られ、そこではsubrogationとよばれている。しかし、ローマ法には、黙示による訴権譲渡について言及されていない。この準則は、承継(successio)とよばれているとされる。

また、ある者が質権等の負担を弁済し消滅させるための資金を融資した場合、または購入代金が債権者への弁済に充当されるとの条件付きで目的物を購入した場合、代位が認められる諸事情として、債権者の権利の黙示による譲渡の問題は存在しない。第1順位の質権者と弁済者との間に取引関係が存在する必要は全くないからであるとされる。実際、質権者が弁済者の存在を知っている必要はない。これは、明らかに譲渡理論の主張の障害となる。そこで、弁済によってその消滅した担保と同順位の新たな担保を債務者から獲得するとする構成が考えられた。しかし、この構成は、新債権者が元の債権者の権利を承継するとするローマ法の記述と矛盾する。また、たとえ新しい担保を得たとしても、それによって他のものに対する優先権を得られない(Buckland, pp.48-52)。

2.3 準訴権(actiones utiles)の付与とその機能 —— 事務管理訴権との対比

次に、代位という不明確で漠然とした概念に包摂されないが、言及に値する制度があるとされる。たとえば、金銭遺贈の支払が財産からなされたところ、その遺言がある原因によって無効であることが判明した場合、諸権利は実際には他の者に帰属する。この場合、厳密には実際の支払者のみが非債を理由にその金銭の返還を請求することができるとされるところ、初期の皇帝の意見書によって、その金銭が消費された遺産の本来の権利者にその回復請求を認める準訴権(actiones utiles)が与えられた。これは、衡平上の理由に基づく皇帝による仲裁であり、黙示による訴権の譲渡という概念に基づくものではないとされる。

ローマ法においては、共同後見人の1人は、他の共同後見人の負担部分を含む全額を弁済したとしても、訴権の譲渡を受けなければ、他の共同後見人に対して権利を有しなかつ

た(後述2.4)。しかし、このような場合でも、Pius, Severus, Caracalla帝によって、弁済した一同後見人に他の共同後見人に対する準訴権が認められた事例がある。Bucklandによると、準訴権は代位であり、黙示の譲渡ではないとされる。このような皇帝による準則が一般的なものであるかは明らかでないが、他にもその事例は見られる。Aは融資を受けたいと考えている。ところが、BはAの支払能力を疑っている。そこで、Bは、事実上Aに融資するために、Aの母に融資し、Aの母から担保を受け、さらに、Aの母がAに融資し、担保を受けた。しかし、実質上の保証であるAの母の担保は無効であると判断された。元老院によると、女による他人の債務の保証等(*intercessio*)は無効とされる。一方、Bは、Aからその母に与えられた担保について権利を有しない。これでは打開策が見いだせないところ、これらの準訴権がそうであるように、法務官(*Praetor*)は、人的訴権及びAからその母に与えられた担保をBに与えるべきであると述べる。Aの母が代わって融資を行った後に、BがAの母に金銭を提供したように事実関係が解されており、Bucklandは、それは一種の代位であるとする。

一方、ローマ法には、次のような興味深い準則がある。それは、「吾は、汝の債務を任意に弁済することによって、汝の債権者となる。」というものである。この準則は、一見して代位のような結果を多少もたらすが、代位とは本質的に異なるとされる。もしなんらかの類似点があるとすれば、優先権等の特権が先のようにして弁済された債務に全くなかった場合だけである。その場合、第三者は第1順位の債権者の優先権を獲得しないからである。しかし、その場合でさえも、代位は存在しない。その弁済者は、新たな訴権を事務管理(*negotiorum gestio*)の原則に基づいて獲得し、その訴権は管理者の行為の目的及び効果によりその制約を受けるとされる(Buckland, pp.52-55)。

2.4 強制可能な譲渡、擬制による譲渡へ —— ローマ法の展開と Savigny の主張

共同債務者の1人は、他の債務者の負担部分を弁済したとしても、他の債務者に対する求償権を有しない場合があった。ローマ法においては、このような場合、弁済者は、その訴権が自己に売却されたとみなされることによって、債権者から自己への訴権の譲渡を請求することが認められた。たとえば、公有地の共有者の1人が税(*tributum*)の全額を支払う場合、保証人が債権者に弁済する場合、共同保証人の1人が債権者に全額を弁済する場合、共同後見人(*contutores*)の1人が全額を弁済する場合である。しかし、これらの場合、訴権が実際に譲渡されなければ、求償権を有しない。これらは、法律による代位ではないとされる。

一方、Savignyは、訴権の譲渡が強制できるような場合には、訴権の譲渡が法律上あったとみなされるため、そのような場合には真正の代位があると解しているとされる(Savigny, *obligationenrecht*, §23)。しかし、Bucklandは、ローマ法の原文には、そのように解する手掛かりが存在せず、また、上記の事例の中には、そのような考え方をまさに否定するものがみられるとする。一般的な提案として支持されておらず、支配的見解は、いかなる場合にもそのような黙示による訴権の譲渡は存在しなかったとされる(Buckland, pp.53-54)。

2.5 イギリス法における代位法理 —— Buckland の分析

Buckland によると、イギリスにおいては、その事例の大部分において、権利の譲渡は黙示の譲渡によって根拠付けられているとされる。裁判所は、弁済した第三者がエクイティ上権限を有する譲渡がなされたとみなす。

しかしながら、裁判所がこのような譲渡がなされたと判断する諸般の事情は依然として明らかでないため、これはあまり有益ではないとされる。イギリス法においては、その理論は発展途上のものであり、体系化はまだなされていない。判例等は、実際、自然的正義(natural justice)という裁量の幅の広い思想に依拠している。黙示の譲渡という概念を用いることは都合がよいと考えられているが、それは暫定的なものである。少なくとも保証人の場合には、真の代位と同様であるが、明確な原則からそれを推論する試みはなされていないとされる(Buckland, pp.49-50,54)。

3 検 討 —— 沿革的・比較法的視点から

以上において、Buckland の分析を手掛かりに、代位制度の沿革及びその展開を比較法的に辿る試みを行った。その分析からも、代位法理の実体はなお不透明な部分があり、法律専門家においてさえ難解な制度であることが窺える。

そこで、本研究ノートにおいては、重要な問題点を再検討しその整理を試みることにする。なお、弁済による代位については、その沿革及び法的性質に関する大陸法の研究がある(寺田正春「弁済者代位制度論序説(1)－(3)」法雑20巻1－3号(以下、寺田研究と引用)。同研究は、保証人と連帯債務者の代位を中心とした本格的な制度史的研究とされる(奥田昌道・債権総論(増補版)538頁)(星野英一・民法概論Ⅲ(補訂版)263頁(参考文献として引用))。同研究と対比しつつ整理を試みることにする。

3.1 近代の代位理論はどのような制度に由来するか

先述のように(2.2)、近代の代位法理は、(a)訴権譲渡の利益(beneficium cedendarum actionum)と(b)債権者の地位の承継(successio in locum creditoris)というローマ法の2つの制度の「融合」に由来するとされる(この点は寺田研究・20巻2号27、30頁にも同様の分析が見られる)。

この点に関して若干敷衍すると、(b)債権者の地位の承継は、(a)訴権譲渡の利益と同様に、その請求権を必要としない債権者に対してのみ地位を取得する(両制度の「類似点」)。もっとも、(b)債権者の地位の承継は、請求する必要がなく、それが許容される場合には、「当然に」生じ、いずれにせよ債権者の権利及び訴権の承継ではないという点に特色(「相違点」)があるとされる(Geschichte und System des römischen Rechtes, (Manuel élémentaire de droit roman) von Paul Friedrich Girard, übersetzt und mit Zusätzen versehen von Robert von Mayr, 1908, S.853(→以下、Girard と引用))。両制度は、確かに類似する制度ではあるが、その源流が異なる。そのような2つの「異なる制度」が融合することによって人為的に形成された

ものである。この分析からも、代位理論の根底にある不明確さを窺うことができる。

3.2 訴権譲渡の利益 (beneficium cedendarum actionum) と債権者の地位の承継 (successio in locum creditoris) の相違点 —— 主体, 効果, 効果の発生方式

Buckland は、先述のように(2.2), (a)「訴権譲渡の利益」によって、弁済した保証人への訴権譲渡は強制される。ただし、弁済者が実際に訴権を獲得しなければ、訴権譲渡は擬制されなかったとする。そして、(b)「債権者の地位の承継」を「4つの場合」に分類している(Girardの類型化)。まず、(i)「債権者」が自己の権利を承継する場合があるとする。この場合、ローマ法によると、他の債権者が2つの合意日の間に非占有質権を獲得したとしても、「更改」による新契約を締結することによって、債権者は優先権を喪失しないとされる。次に、(ii)「買主」がその代金を第1順位者への弁済に充当した場合を挙げる(例えば、不動産の第三取得者)。さらに、(iii)ある者が質権等の負担を弁済し消滅させるための資金を「融資」する場合があるとする。このような資金の融資者は融資の際に質権を自ら設定しない限り、優先権を得ることがないところ、この場合に、優先権を確保できるかが問題となるとする。最後に、(iv)金銭提供の権利(ius offerendae pecuniae)を有する場合、「後順位質権者」は先順位質権者に弁済することによってその者の地位につくとする。

このように、この両制度(上記(a)(b))は、一見して非常によく似た制度であるが、その源流は異なる。それでは、具体的にどのような違いがあるのであろうか。その制度の「法的主体」、「効果」及び「効果の発生方式」を辿ると浮かび上がる。若干敷衍すると次の通りである(参照・Girard, SS.853-854)。

まず、訴権譲渡の利益(上記(a))においては、その法的主体は、「保証人・共同債務者・第三取得者等」である。債権者から請求を受けた者は、債権者の有する訴権及び権利等を自己に譲渡すべき旨を請求することができ、その「請求」によって、債権者の有する「訴権及び権利等」が移転するとされる。

一方、債権者の地位の承継(上記(b))においては、その請求は「必要ではない」。まず、上記・類型(i)の場合、その法的主体は「債権者」である。「法律上当然に」、更改前の質権の「順位」を承継するとされる(同旨・Dernburg, Pandekten, Bd.1.7. Aufl., 1902, S.854。)(これに対して、「質権」が承継されるとする有力説がある(Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.1.9. Aufl., 1906, S.1173。))。上記・類型(ii)の場合、その法的主体は目的物の「買主」である。この場合、承継するのは質権ではなく、「所有権」であるとされる。上記・類型(iii)の場合、その法的主体は「融資者」である。弁済を受けた質権者の順位で「質権」を受けるとされる(争点・順位の承継か)。上記・類型(iv)の場合、その法的主体は主として「後順位質権者」である。この場合、先順位質権者が有する目的物の「占有権」「売却権」を承継するとされる(確かに、後順位質権者が承継する場合が中心であるが、先順位者が弁済することによってその地位を確保する場合もあるとされる。後順位の占有質権者が目的物の荒廃を放置するおそれがある場合、売却権がない先順位質権者がその地位を承継して権利を行使する場合、後順位者が提供の権利(ius offerendi)を主張することを阻止するために、先順位者がそれを行使する場合であるとされる

79 代位(Subrogation)に関する一考察

(Girard,S854,n.3))。

一方、従来の研究には、債権者の地位の承継は、「①第三者が不動産上に設定された先順位担保権に代位することを債務者と約した上で、後者にその負担する債務の弁済資金を融資し、債務者がこれをもって弁済した場合に、この第三者(『融資者』)が先順位担保権に代位すること」、「②『後順位質権者』が先順位質権者に弁済した場合(ius offerendi pecunioe)に前者が後者に代位することをいう。」とし(「2類型」(ただし、担保目的物の取得代金を担保権者に弁済した「買主」も含まれるとする(Gaudmet)と「3類型」))、「一定の条件の下で被担保債権を弁済した者が、担保目的物に対して債権者がもっている『優先権』を取得する」とする分析がある(寺田研究・法雑20巻2号27, 30-31頁)。

このように、債権者の地位の承継とよばれる制度の内包は、法的主体・効果の異なるものから構成されている。そのもととなった萌芽的な制度は、ローマ法では統一性がなく散在している。萌芽的制度の類型化は、その後長い時間をかけて形成されていく。少なくとも、ドイツ普通法においては、上記・「4類型」に基づいて分析することが一般化していたことが窺える(上記・Dernburg,Windscheidその他)。

3.3 代位の根拠付けの壁 —— Buckland による黙示の譲渡論等の分析

弁済等によって被担保債権が消滅すると、質権等の担保も附従性によって消滅する。それでは、被担保債権が消滅しても、それらが完全に消滅しない場合があるか、もしあるとすれば、それはどのような場合か。そこに残る最大の壁は、その「根拠付け」であった。

先述のように(2.2)、近代のフランスの研究においては、「代位は、第三者による弁済によって、または第三者によって提供された金銭による債務者の弁済によって消滅した債務が、その第三者のために、弁済額の限りにおいて、依然として『存在するとみなされる』法的擬制(juridical fiction)である。第三者は、債権者の諸権利に代位する。」と定義されるとされる。しかし、それは、その準則がどのように作用するかを述べているに過ぎない。具体的事例におけるその準則の適用の有無を判断する手掛かりは、そこからは得られない。また、法的擬制とはどのような性質を有するのかについて述べられてないとされる。

フランス民法の注釈者には、それは「黙示の譲渡」に基づくものであるとの主張があるとされる。しかし、Bucklandの分析によると、(i)ローマ法には、黙示による訴権譲渡について言及されていないとされる。(ii)ある者が質権等の負担を弁済し消滅させるための資金を融資した場合、または購入代金が債権者への弁済に充当されるとの条件付きで目的物を購入した場合、代位が認められる諸事情として、債権者の権利の黙示による譲渡の問題は存在しない。第1順位の質権者と弁済者との間に「取引関係が存在する必要は全くない」からであるとされる。実際、質権者が弁済者の存在を「知っている必要はない」。これは、明らかに譲渡理論の主張の障害となるとされる。

次に、弁済によってその消滅した担保と同順位の新たな担保を「債務者」から獲得するとする構成が考えられた。しかし、この構成は、(i)新債権者が元の債権者の権利を承継するとするローマ法の記述と矛盾する。また、(ii)たとえ新しい担保を得たとしても、それに

よって他のものに対する「優先権」を得られないとされる(先述2.2)。

3.4 準訴権(actiones utiles)の意義とその機能

Buckland は、代位という概念に包摂されないとしつつ、準訴権(actiones utiles)は言及に値する制度であると位置付けている(先述2.3)。それでは、準訴権とはどのような訴権か、実際に準訴権はどのような機能を有したのであろうか。また、Bucklandによると、皇帝の意見書に基づいて準訴権が与えられた場合があるとされる。皇帝の意見書はどのような意義を有したのであろうか。

先述のように、代位という不明確で漠然とした概念に包摂されないが、言及に値する制度があるとされる。たとえば、金銭遺贈の支払が財産からなされたところ、その遺言がある原因によって「無効」であることが判明した場合、諸権利は他の者に帰属する。この場合、厳密には実際の支払者のみが非債を理由にその金銭の返還を請求することができるとされるところ、初期の「皇帝の意見書」によって、その金銭が消費された遺産の本来の権利者にその回復請求を認める「準訴権」が与えられたとされる。

また、共同後見人の1人は、他の共同後見人の負担部分を含む全額を弁済したとしても、訴権の譲渡を受けなければ、他の共同後見人に対して権利を有しなかった。しかし、このような場合でも、Pius, Severus, Caracalla 帝によって、弁済した一共同後見人に他の共同後見人に対する「準訴権」が認められる事例があったとされる。このような事例は他にも見られるとし、Buckland は、それは一種の代位であるとする。ただし、事務管理訴権は、代位のような結果を多少もたすが、代位とは本質的に異なるとされる(先述2.3)。

このように、ローマ法において、準訴権という訴権が用いられたようであるが、準訴権とはどのような意義・機能を有したのであろうか。従来の研究によると、訴権の実体的視点から、訴権は本来訴権(actio directa)と「準訴権」に分類できるとされる。これは、新たに作られる訴権が現存の訴権を模倣した場合に、模倣された訴権と「模倣した訴権」に分類するものである。擬制訴権は準訴権の一種であるとされる。例えば、市民法で認められた法律訴権によって訴えるには少し要件を「欠く」場合または「不適當」なものが付加されている場合に、必要なものを補充または不必要なものを削除して、法律訴権にあてはまるとみなすときがそうであるとされる(原田慶吉・ローマ法(改訂)397-398頁、参照・船田享二・ローマ法(改版)第5巻242頁)。

Buckland は、上記のように、準訴権が認められた事例として、共同後見人の場合を挙げる。共同後見人は原則として相互に求償することができなかつたため、訴権の譲渡がその求償手段として利用された。ところが、問題は、訴権の譲渡を受けられなかった場合における対応である。この点を中心に、共同後見の場合を敷衍すると、次の通りである。

まず、(i)汝の過失ではなく、共同後見人の過失によって、汝のみが汝の被後見人のために支払をする旨の判決を受けた場合、汝が申し渡しにしたがって支払をすれば直ちに、共同後見人に対する訴権を汝に「譲渡」するよう被後見人に「請求」することができるとされる(Otto, Bd.5, S.857)。

それでは、訴権の譲渡を受けられなかったときはどうか。例えば、(ii)ある後見人が他の後見人の行為または共通の事務に基づいて判決を受け給付を行ったところ、その者に他の後見人に対する訴権が「譲渡されなかった」場合、Pius等の皇帝によって、その後見人に共同後見人に対する準訴権が与えられたとされる(Otto, Bd.2, S.964)。このように、後見人が訴権の譲渡を受けられず求償の要件を「欠く」場合に、準訴権は特に重要な役割を有したことが窺える。

なお、元首である「皇帝の意見書」に基づく場合、皇帝の意見書には権威があるため、その権威によって公にされた解釈は紛争において尊重され、「法源」としての地位が高まったと考えられる。

3.5 Savignyの主張の背景・根拠 —— 強制可能な譲渡、擬制による譲渡の展開

Savignyによると、債権者の訴権を移転する方法にはどのようなものがあるとされたか。それらの移転方法にはどのような問題があるとされたか。そこで、Savignyは、どのような移転方法を提言したか。その提言の背景・根拠はなにか。

先述のように、共同債務者(例・保証人等)の1人は、他の債務者の負担部分を弁済したとしても、他の債務者に対する求償権を有しない場合があった。ローマ法においては、このような場合、弁済者は、その訴権が自己に売却されたとみなされることによって、債権者から自己への訴権の譲渡を請求することが認められた。一方、Savignyは、訴権の譲渡が強制できるような場合には、訴権の譲渡が法律上あったとみなされるとし、そのような場合には真正の代位があると解しているとされる(Bucklandの分析)(先述2.4)。

それでは、Savignyは、自説を展開する前提として、債権者の訴権を移転する方法にはどのようなものがあると考えていたか。この点について、Savignyによると、その訴権の移転を「3つの段階」に分けて、すなわち、(i)債権者の完全に「任意な行為」、(ii)「強制可能な行為」、(iii)「擬制による行為」の3段階において分析されている(Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen Römischen Rechts, Bd.1,1851,S.239(以下、Savignyと引用。)) (なお、この3段階による訴権の移転方法の概要の分析は、寺田研究・法雑20巻3号13-14頁にある)。

Savignyの主張を敷衍すると、まず、(i)弁済を受ける債権者がその訴権を債務者に譲渡することは認められているとされる(「任意的譲渡(Freiwillige Cession)」。しかし、任意による訴権の移転は、債権者個人の「意思」によるため、債務者にとって確実なものではなく不十分であるとされる(Savigny, SS.239-240)。

そこで次に、(ii)訴権の譲渡が強制可能であると認めることができれば、債権者の意思に左右されることはなく、その譲渡による求償の根拠付けはより安定したものとなるとされる(「強制可能な譲渡(Erzwingbare Cession)」。もし何らの不利益や危険が債権者自身に生じないにもかかわらず、債権者がその訴権の譲渡を「拒絶」しようとするならば、それは悪意とみなされ、債務者は「悪意の抗弁(doli exceptio)」を行使することが認められた。その結果、この悪意の抗弁は、債務者が訴権の譲渡を債権者に間接的に「強制」する法的手段としての機能を有することになる(Savigny, SS.240-243)。確かにこの抗弁は弁済の条件とし

て強制する手段となる場合があるが、実際に訴権が譲渡されなかった場合には、求償権を根拠付けることができなかった。金額貸与の委任の場合とは異なり、債権者は保証人に対して訴権を保存し譲渡する義務を契約していない。また、債権者が訴権譲渡の義務を負うとしても、それは単に衡平(equité)上の義務にすぎず、債権者は訴権の譲渡を拒否する利益がないため譲渡に応ずるにすぎなかった。したがって、債権者は、「自己の有する限りで」訴権を譲渡すれば足り、たとえ訴権を保存せず譲渡できなかったとしても、責めを負うことはなかった(拙稿「担保保存義務に関する一考察——沿革的・比較法的考察(1)」岡法61巻1号33頁(例・保証契約(fideiussio)の場合))。

(iii)そこで、Savignyは「擬制による譲渡(fingierte Cession)」という新たな提言を行っている。Savignyは、その提言の前提として、まず古い手続の概要とその手続がかかえる問題を分析している。古い手続によると、訴権の譲渡は、通常、元の権利者がその譲受人をその法律上の紛争の「代理人(Procurator)」に指名することによって生じた。つまり、書面による「委任」によって、その旨が法務官または少なくとも裁判官の前で示されることを要した。すなわち、譲受人は、他人の名義(alieno nomine)で訴えることになるが、実際には自己の利益のためにその訴えられた目的物を保有することになり、自己の利益のために訴訟代理人(procurator in rem suam)と呼ばれた。この譲渡は、自己の利益のための委任(mandatum in rem suam)であった。

ところが、上記のように、その手続が煩雑で長期間を要するため、様々な疑念を生じた。例えば、(i)全ての当事者にとって「無用な労力」「過剰な手続」を要するため、相手方が訴訟または抗弁によることを辞さない場合、譲受人にとって負担が増した。さらに、(ii)その委任と争点決定の間において、譲渡人が相続人なしに「死亡」し、上記の書面による訴訟の形式で譲渡人の名前を記載して手続を進行することができない場合、さらに深刻な問題を生じた。

一方、現場においては、上記のような過剰な回り道をせずに、「自己の名で」訴えを直接行うことが、「準訴権」(上記3.4)の方式によって認められるようになる。Savignyは、そこには、あたかも訴権の譲渡が生じているとする着想があるとし、「擬制による譲渡」が認められるべきであると主張する。

そうだとすると、擬制による譲渡がどの時点で適用されるかが問題となる。この点について、Savignyは、その譲渡が主張される時点とする主張があるが、擬制による譲渡は、権利者が我々の法準則を信頼して譲渡の請求を怠った場合、その現実の譲渡を強制することができた時点とする(Savigny, SS.243-251)。この解釈によると、その譲渡がこの時点において一旦発生すれば、その後生じる事由によって消滅することはない。

3.6 イギリス法における代位法理——その推移の概要・由来

Subrogaion(代位)とは、イギリス法及びコモンウェルスの法において、どのような意味で用いられているのであろうか。代位とは、当事者の一方が相手方の第三者に対する権利を自己の利益のために実現できるように、相手方の地位に立つ手続であるとされる。そし

75 代位(Subrogation)に関する一考察

て、代位には、「法定代位(legal subrogation)」と「契約による代位(contractual subrogation)」があるとされる(Mitchell, *The Law of Subrogation*, 1994, pp.3,173(以下, Mitchellと引用。))。その議論は、法定代位の根拠付けを中心に展開されている。

先述(2.5)のように、Bucklandによると、イギリスにおいては、その事例の大部分において、権利の譲渡は黙示の譲渡によって根拠付けられているとされる。裁判所は、弁済した第三者がエクイティ上権限を有する譲渡がなされたときとみなす。しかしながら、裁判所がこのような譲渡がなされたかと判断する諸般の事情は依然として明らかでないため、これはあまり有益ではないとされる。イギリス法においては、その理論は発展途上のものであり、体系化はまだなされていないとされる。それはなぜか。判例等は、実際、「自然的正義(natural justice)」という裁量の幅の広い思想に依拠しているとされる(1910年頃までの分析)。それでは、その後どのような展開が見られたのであろうか。

裁判所は、これまで多くの重要な事例(1889年以降の主な判例)において、第三者は、第1次的に責めを負う債務者に代わって弁済することによって、債権者が有する権利及び担保が消滅するとしても、債権者が有した担保を自己のために存続させる「意思」を有したとの推定を行う権限があるとみなすことによって、代位を根拠付けているとされる。担保を存続させる意思があったものと「仮定」した結果、その法的根拠が「曖昧」になったとされる(Mitchell, pp.12-15)(なお、アメリカ法においても、代位の適用はエクイティ及び各事例の諸事情によるため、代位がなされる全ての事例に適用可能な「一般的準則を形成することは困難である」とされる。連邦法またはその他の法、当事者間の合意の有無が関係するとされる(Eisenberg, *Debtor-Creditor Law*, Volume 4, 1993, 19.03[C] (以下, Eisenbergと引用。))。)

もっとも、判例から「統一性」のある代位のモデルを推論する必要性が迫っているとの主張があるとされる。しかし、裁判所が代位の法理を特定の事例に適用するかどうかの判断は、全く「経験」に頼っている。条理及び「正義(justice)」によるのではなく、それ以上に緻密な原則を示すことは不可能であるとの主張がある(Mitchell, pp.4)。

代位は、確かに、当事者の一方が相手方の第三者に対する権利を自己の利益のために実現できるように、相手方の地位に立つ手続であるとされる(上記)。もっとも、イギリス法においては、不当な利得の返還を根拠付ける救済が「各領域」において個別に形成されてきており、代位も、そのようにして形成された救済の1つであるとされる(Mitchell, p.3)(他には擬制信託・lien等がある)。その形成の背景・判例による形成過程は、大陸法と同じではないことが窺える。

それでは、代位はどのように機能しているのであろうか。2つの異なる種類の代位があるとされる。具体的には、(i)その一つが、存在する法的権利を一方当事者から他方当事者に譲渡する機能を有し、「保険者」の代位があるとされる。保険者は、被保険者への填補に基づいて、第三者たる不法行為者に対して被保険者の地位に代位することが正当化される。被保険者が保険者と第三者の両者からその損害を回復し、不当に利得することを防ぐことができる。 (ii)これに対して、消滅した法的権利の効力を回復させ、それらを一方当事者から他方当事者へ譲渡する機能を有する場合があるとされる。その場合の代表例が、

「保証人」の代位である。(ii)の場合、弁済によって「消滅」したはずの権利を「回復」させ存在することの根拠付け(上記)が問題となる(Mitchell, pp.4-7)(なお、現在のアメリカ法における代位が最も密接に関係するのは「保証」であるとされる(Eisenberg, 19.02, 19.03[C][2][c][D][1][a]))。

最後に、Bucklandによると、イギリス法において、代位制度は、エクイティ上の概念の中で最も古いものの一つとは思われないとされる。少なくとも、その創造的行為による概念及び名称は、「フランス法」から借用したものである可能性が高いとされる(Buckland, p.47)(なお、代位の起源はローマ法にあり、代位法理はイギリスのエクイティ裁判所において確立された後、アメリカ合衆国に導入されたとされる(Eisenberg, 19.02))。

4 むすび

以上において、Bucklandの沿革的・比較法的分析を手掛かりに、代位制度の起源及びその法理の展開過程を辿ってみた。代位制度の本質はベールに包まれている部分があること、代位が認められる場合における原理部分の体系化が容易でないことが窺える。

代位制度は、沿革的考察から窺えるように、「『複数』かつ『異質』の制度が融合することによって(先述3.1.3.2)、しかも、その後長い年月をかけて各法系において展開されており、他の法制度と比較しても、法律家による極めてクリエイティブな性質を有する制度である(先述3.3～3.6)。

Bucklandによると、Pothierは、望ましい準則を論理的に根拠付けることができなかつたため、「倫理的」な問題にまで踏み込んで代位の原則を根拠付けようとしているとされる(Buckland, p.54)。すなわち、Pothierは、債権者の訴権譲渡の義務は、衡平の原則に基づくとし、「我々は、全ての人を『愛する義務』を負う。なんらの犠牲なしに人にもものを与えることができる場合、人の利益のためにそれを与える義務を負う。」と説明した(Pothier, *Traité des obligations*, n° 556(en (Œuvres de Pothier par Bugnet t.II, 2 ed., 1861))。代位理論の形成に主要な役割を果たしたPothierでさえ、論理的な根拠付けに腐心していることが窺える。

最後に、沿革的・比較法的には、代位は、フランス法系といわれる「弁済による代位」だけでなく、「保険者の代位」「労災補償と代位」など様々な代位が各法系において展開されていることが窺える。なお、わが国における「共同抵当における代位」に関する規定(392条2項)は、フランス民法ではなく、旧イタリア民法(2011条1項)に由来し、衡平の原則から代位を認める条文を置いたとされる(なお、同条を参照して、ボアソナードが民法草案1256条を起草したとされる。)(拙稿「担保保存義務に関する一考察——判例・学説の推移(9)」岡法58巻3号55頁以下))。