
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 (上)

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
 - 第 1 節 判例の流れ
 - 第 1 項 17 世紀におけるマーシャリング
 - 第 2 項 18 世紀におけるマーシャリング
 - 第 3 項 19 世紀・20 世紀におけるマーシャリング
 - 第 4 項 小 括
 - 第 2 節 強制理論 (coercion theory)
 - 第 1 項 内容と問題点
 - 第 2 項 後順位担保権者と先順位担保権者の地位と関係
 - 第 3 節 ポストリアライゼーション理論 (post-realisation theory)
 - 第 1 項 内容と問題点
 - 第 2 項 後順位担保権者の地位と担保権の拡大の意味
 - 第 4 節 現在のマーシャリング
 - 第 5 節 第 2 章の小括 (以上, 本号)
- 第 3 章 検 討
- 第 4 章 結びにかえて

第 1 章 はじめに

債務者が複数の財産を有している場合に、債権者が複数財産につき担保権の設定を受けることがある。また、そうした担保権者が複数いる場合には、担保権者間の利害調整が必要となる。英米法圏では、そのような場合に、

マーシャリング法理 (the doctrine of Marshalling) を適用することで利害調整を行ってきた。

マーシャリングとは、先順位の共同担保権者 (senior creditor) (以下、「先順位担保権者」とする) が一つの債権につき複数の物件に対して担保権を有しており、その物件の内の一つに対し後順位担保権者 (junior creditor) が担保権を有している場合に、先順位担保権者に対して、後順位担保権者の担保権が設定されていない物件、すなわち先順位担保権者しか担保権を有していない物件から先に実行させるように調整するものである。上記の方法の他にも、後順位担保権者が先順位担保権者の権利に代位することができるものや、後順位担保権者が先順位担保権者の担保権を序列化するもの等、方法がいくつか存在する。いずれの場合も、共同担保物件に関して先順位担保権者の実行の順序を規制することにより、先順位担保権者と後順位担保権者の利害を調整するという点では共通している。

マーシャリング法理は、契約や不法行為に対する救済といったコモン・ロー上の概念ではなく、公平 (fairness) や自然的正義 (natural justice) をその根拠とするエクイティ上の法理である。エクイティ裁判所は、実行の際に先順位担保権者が後順位担保権者の有する担保権を害することを許さず、または、後順位担保権者に対して、後順位担保権が害された程度において、先順位担保権にのみ属する債務者財産の先順位担保権者の地位に立つことを許すことによって、後順位担保権者の保護を図ってきた。

マーシャリングに関しては、イギリス、アメリカでの差異はほとんど認められないが、アメリカにおけるマーシャリングについて論じられる際には、二点留意しなければならない。第一に、アメリカでは破産のマーシャリング (the marshaling of assets in bankruptcy) と呼ばれる破産の領域にまで、マーシャリングの概念が広がっている点である。

第二に、アメリカにおける広義のマーシャリングは、マーシャリング・アセツ法則 (the doctrine of marshaling assets) と譲渡の逆順序の法則 (the inverse order of alienation doctrine) の両概念を含むということである。前者は、広義

のマーシャリングとの区別を図る意味で、二原資のルール（two funds rule）や二原資の法則（two funds doctrine）等の表現がなされることがある。これは前述のイギリスにおけるマーシャリングの定義に当てはまる法則で、イギリスとアメリカにおいて大差はない。後者の譲渡の逆順序の法則とは、複数の物件に、同一の債権を担保する共同抵当権が設定されている場合において、これらの物件の一つが譲渡されるか、次順位で担保権が設定された場合、またはその全部が別々にかつ異時に譲渡され、または次順位で担保権が設定された場合に適用される。先順位担保権者は譲渡されずに設定者に残った物件または後順位担保権が設定されなかった物件から先に自己の債権の満足を受けなければならない。ただし、それでも不十分である時は、既に譲渡されている物件から債権の満足を受けるのであるが、その場合に、譲渡がなされた逆の順序で、または、後順位担保権が設定されている場合には設定された順序の逆の順序で、その物件から満足を得なければならない。これは、元はイギリス由来であるとされているが、現在のイギリスでは見られず、その後アメリカで独自に発展した部分とされる。

イギリスのマーシャリング法理の起源は、16世紀まで遡るといわれている。それから主に17世紀から19世紀にかけてエクイティ裁判所で発展し、19世紀には既に法理として確立していた。しかし、マーシャリング法理の研究は、今まで日本国内ではほとんどされてきておらず¹⁾、イギリスにおいてもマーシャリングについて書かれた文献は多くはない。さらに、それらの文献の多くは、マーシャリングの要件や適用範囲について述べるにとどまっている。もちろん、要件について掘り下げることがその法理の性質や特質を述べる上で重要であるが、法理自体の性質や特質について書かれた文献はイギリスにおいてもほとんど見当たらない。むしろオーストラリアで盛んに研究されているのであるが²⁾、判例研究を中心とした歴史研究に終始するものが多い。

そこで、本稿においては、判例と学説の展開を追いながら、マーシャリング法理の特質について掘り下げる。マーシャリング法理は、コモン・ローと

エクイティという英米法の二つの流れの内、主にエクイティ裁判所で形成された法理の一つであり、本法理について検討することを通して、エクイティの救済の意義に関してもその一端を明らかにしたい。

第2章 マーシャリングの歴史と理論展開

第1節 判例の流れ

第1項 17世紀におけるマーシャリング

マーシャリングについて考える際には、まずこの法理がエクイティ裁判所においていかに形成、運用されてきたかを検討する必要がある。イギリスにおいてマーシャリングが判例上に現れ始めたのは16世紀頃のクック³⁾の時代であり、初めて確認された判決としては⁴⁾ Harbert's Case⁵⁾が挙げられることがある⁶⁾。ただし、この事件はイギリスにおいては分担権 (contribution) の先例として理解されている。イギリスでは譲渡の逆順序の法則が存在しない代わりに、分担権がそれに代わる役割を果たしてきた⁷⁾。特に、初期のイギリスの判例にはマーシャリングの事案とされているものの中でも、分担権に重点が置かれる事案が含まれることがあり⁸⁾、この Harbert's Case もその一つと言える。

担保権についてのマーシャリングが現れたのは、17世紀に大法官府裁判所 (Court of Chancery) でなされた二つの判例、Sir Ralph Bovey v. Skipwith⁹⁾ と Povey's Case¹⁰⁾ であるとされている¹¹⁾。両判決については、マーシャリングの起源について考える際に重要になるので、ここでは少し詳しく見ることとする。

前者 Bovey v Skipwith は、典型的なマーシャリングの事案とは異なるが¹²⁾、訴外債権者 Beddingfield は、債務者 Drake から彼の土地と牧師館 (Rectory, 以下、単に建物とする) に対し、債権を担保する目的で先順位 (第一順位) の担保権設定を受けた¹³⁾。原告 Bovey (以下、原告とする) は Beddingfield の担保権

設定後、同じく土地、建物につき第二順位で担保権設定を受け、被告 Skipwith（以下、被告とする）は先順位担保権の存在を知らずに建物に対してのみ第三順位の担保権の設定を受けることとなった。その後、被告は原告の担保権の存在に気づき、原告よりも先順位の担保権を有する Beddingfield から彼の持つ第一順位の担保権を買い受けた¹⁴⁾。この事案のマーシャリングに関する争点は、被告の担保権は建物にしか及んでいなかったにもかかわらず、後に Beddingfield の担保権を買い受けることで両物件に対して担保権が及ぶことになったのであるから、土地に関しての Beddingfield の担保権を利用すべきなのであろうかという点である¹⁵⁾。この判決は、Lord Keeper¹⁶⁾、Rainsford、Wyde の三人の多数意見と Lord Twisden、Wyndham の反対意見とに分かれているが、「被告のはじめに……持っていた権原 (Title) を保護する……。」という点では一致している。後に手にした Beddingfield の担保権ではなく、それを手にする前の建物に対してのみ持っていた担保権を保護することを判旨全体で述べている。ただし、反対意見は「……〔被告〕 Skipwith が Beddingfield の担保権によるもの〔金銭〕を受け取った後は、彼はもう土地からは受け取るべきではない¹⁷⁾」と述べている。

後者 Poye's Case の事実関係は、以下の通りである。A には 1500 ポンドの借金があり、その内 500 ポンドはモーゲージで担保されている。A は自分が死ぬ前に、債務の弁済のために受託者に対して全ての土地¹⁸⁾につきリース (lease)¹⁹⁾ (約 1200 ポンドの価値) を設定した。A の相続人は、A の死後、1400 ポンドでその土地を売った。Poye は 100 ポンドの一般債権者で、信託財産から自分の債権の満足を得るよう、相続人と受託者に対して訴訟を提起した。この事案では、モーゲージ債権者に先に債務の弁済を行ってしまうと、Poye のような他の一般債権者は債務の満足を得られない可能性があった。裁判所はこのような場合に、「両方の物件に対して主張することのできる債権者は、ひとつ〔の物件に対して〕しか主張できない他の人を害するような選択をすることは許されない²⁰⁾」と判断した。

両判決に関しては、まず特筆すべき点は、マーシャリング法理の始まり

は、高順位担保権者の保護ではなく、一般債権者の保護から始まっているという点である。さらに、その後、後順位担保権者の有する担保権を保護するためにエクイティ上の救済を、かなり広く認めるものとなっている。一方で、先順位担保権者の担保権実行に関する自由選択権に関しては、それを大幅に制限する内容となっている。両判決に共通する点は、先順位担保権者が二つ(の物件)に対して請求できる場合において、後順位担保権者が請求することのできない方から裁判所によって強制的に実行させられている点で類似している。

17世紀は、上記二つの判例以外にも、後順位担保権者を保護する趣旨の判決²¹⁾がなされ、マーシャリング法理の発展において重要な役割を果たしている。とりわけ *Reeve v Reeve*²²⁾においては、分与産 (portion)²³⁾の権利を持っている人について、ある土地に関して何らかの権利(負担)を有する担保権者(債権者)と同等の地位があるとみなす旨が判示されている点で注目に値する。このことは、初期のマーシャリングの判例が遺贈に関するものがほとんどであった²⁴⁾こととも関連し、マーシャリングの援用権者の問題としても重要な判決であったといえよう。

次に、*Culpepper v Aston et contra*²⁵⁾では、Plumpsted に土地を保有していた A は、娘が 18 歳になるか結婚したときに 1000 ポンドを与え、息子には Plumpsted に保有する土地を与える。ただし、娘への 1000 ポンドは国王からの金銭から支払われ、上記の土地の利益から、A の債務が弁済されるという内容の遺言をした後に、上記土地を C と D に債務の弁済のために lease and lease の方法²⁶⁾で譲渡した。その後 A は死亡し、原告は相続人として、不動産の譲渡がなくても、A の債務の弁済は可能であったとして訴えを提起した。裁判所は、lease and lease による譲渡は、債務の弁済のためになされた譲渡であったので相続人が債務を弁済したら土地を回復できるというものであったと判断した。そして娘への 1000 ポンドの遺贈に関しては、遺言ではまず土地がこれを負担すべきとされていたが、動産がまずこれを負担し土地が負担すべきではないとされた。動産が負担するので十分であり、土地に

関しては取り消されたとされたのである。この点につき、佐久間は、「本判決は、不動産と動産を回収原資とする債権者（受遺者）と不動産の相続人がいる場合に、前者に対して不動産と動産のいずれを先に債務を負担すべきか」との点に対し「不動産と動産とで相続ないし遺贈の取り扱いが異なるという背景が存在したことによるが債権者（受遺者）が二個の回収原資（不動産と動産）を有する場合に、その負担をいずれが先に負うのが公平か……、遺言の趣旨、遺言の後の遺言者によってなされた遺産の譲渡の意味を審理しつつ検討されている。この点でマーシャリングの考え方の萌芽がみられる」²⁷⁾と考えている。

上記のような17世紀の主な判例に三つの共通点が挙げられる。第一に、債権者が同一債務者に対し、先順位で債務者の有する二つ(以上)の物件に担保権を設定し、その後別の人が、共同担保権が設定されている物件の内の一つに後順位で担保権（ないし、遺贈の事件においては何らかの土地に対する負担）を設定した場合には、後順位担保権者を保護するために、かなり広く一般的なエクイティ上の救済としてマーシャリング²⁸⁾を介在させることにより、後順位担保権者の担保権の保護を図っている点である。第二に、先順位担保権者による担保権実行の自由選択権を大幅に制限する、つまり実行の順序を強制することによって後順位担保権者の利益を保護しているという点、そして、第三に、これらの判決の考え方が後の18世紀の判例に受け継がれているという点である。

17世紀の判決において、既に、先順位の共同担保権者と後順位の単独担保権者間の利害の調整という考えが存在していたことは上記の通りであるが、その両者の利益の調整の方法として、イギリスの初期の判例に現れたのは先順位担保権者の担保権に後順位担保権者が代位するという方法とは全く違うものであった。マーシャリング法理という名称こそまだ使われず、法理と呼べる程の確立はされていなかったが、裁判所はエクイティ上の広い救済を与えることで、後順位担保権者の担保権が害されるのを防いだのである。その一方で、裁判所は優先権の保護という面にも留意し、先順位担保権者の

その優先権が害されないように工夫した。その結果、先順位担保権者の担保権実行の自由選択権を否定することで先順位担保権者の担保権の優位を守りつつ、後順位担保権者の担保権も保護するという方法で救済を行ったのである。このような17世紀の判例における考え方やその特徴は、後の18世紀の判例にも受け継がれることとなる。

第2項 18世紀におけるマーシャリング

18世紀に入りマーシャリングについてさまざまな判決が下された²⁹⁾。その中で、マーシャリングは、先順位担保権者に対して、より強制的な法理として発達していったのである。それが最も顕著に現れたのが、Lanoy v Duke and Duchess of Athol³⁰⁾で、この判決の中でHardwicke大法官は明確にマーシャリングについて述べているのである³¹⁾。

事実概要は以下の通りである。死亡した夫Lanoyの遺産に関して、Lanoyの妻(被告)と娘(原告)が争ったものである。Lanoyは、自分の死後、妻に対して寡婦財産権(dower)の代わりに毎年500ポンドの定期収入を支払うこと、さらに、女子が一人しか生まれなかった場合には、その子が婚姻したときに6000ポンド支払うこと³²⁾を遺言に附し、不動産及び動産(real and personal assets)を妻に遺贈した。Lanoyが死んだ後、子供は女子が一人しかいなかったため婚姻時に6000ポンドを支払わなければならなくなったが、上記の年500ポンドに関して不足が生じ始め、それが累積していたために、娘への6000ポンドの支払いが困難となったという事案である。この事案は複数の論点を含んでいるのだが、マーシャリング法理に関して、原告である娘が分与産(portion)を持っていることで債権者類似の地位に立つのか否かにつき、Hardwicke大法官が以下のように述べている。

「妻が自分の要求〔年500ポンドの支払いを指す〕の満足を受けるために、二つの物件、つまり不動産と動産に対して権利を有している。一方、原告はたった一つに対してしか権利を有していない。この場合に、二つ持っている債権者は、他の債権者が担保権〔権利〕を持っていない物件から先に満

足を受けるべきか否か……。考えてみると、二つの土地を有している人が、両物件について、ある人にモーゲージを設定し、そして後に、第二順位で別の人にモーゲージを設定する。後者は前者のモーゲージの存在について何の通知も受けていない。裁判所は、第二順位のモーゲージ権者を救済するために、二つの土地が別々の人に相続されていたとしても第一順位のモーゲージ権者のモーゲージを十分に満足させられるなら、第一順位のモーゲージ権者に対して第二順位のモーゲージがついていない方の物件から最初に満足を受けるように指示することができる。それは、第二順位のモーゲージのために〔第二順位のモーゲージが設定されている物件の〕残りを確保する (make room) ためである……。』³³⁾

つまり、裁判所は、先順位共同担保権者の有する債権が十分に満足を受けられる場合、後順位担保権者が担保している物件とは違う方の物件から先に実行するように先順位担保権者に指示することができるということである。このように後順位担保権者の担保権を保護することを目的として、先順位担保権者の担保権実行に関する自由選択権が制限されるという結果となるのである。この判決の意義は、17世紀においては黙示の要件として考えられていた、先順位担保権者の債権の満足、つまり先順位担保権者の担保権を傷つけないということを Hardwicke 大法官が明示的に認めたところにある。

Hardwicke 大法官は、王座裁判所 (King's Bench) の首席裁判官 (Lord Chief Justice of England) をした後に、大法官の職に20年間就き、エクイティの結晶化 (crystallization of equity)³⁴⁾に大いに貢献したとされる人物の一人として有名である。彼の時代にエクイティは法技術性が高まり、マーシャリングに関しても、彼がこの判決でマーシャリングについて明示的に述べ、さらにその条件の一つを判断したことで17世紀において個々の裁判官が出してきた判例が統一化され、またのちの判決に影響を与えたとされている。この Hardwicke 大法官が導き出したマーシャリングについての公式は、マーシャリングが定義される際に最も引用されることが多い³⁵⁾。

この後に出された Attorney General v Tyndall³⁶⁾における Henley 裁判官

も、マーシャリングに関しては Hardwicke 大法官とほぼ同じ考えを述べており³⁷⁾、Henley 裁判官はマーシャリングについて次のように付け加えている。

「裁判所がマーシャリングを適用すべきか否か。……ある人が二つの物件に対して主張することができ、そして他の人がこれらの物件の内の一つに対して主張することができる場合に、裁判所は、二つの担保権を有している債権者に対して他の人が要求することのない方の物件について先に実行するようにさせる。これは、どの人に対しても都合が良い方法である……」³⁸⁾

この時代のマーシャリングは、先順位の共同担保権者による担保権実行の自由に関して、裁判所が後順位担保権者のいない方の物件から先に実行するように指示するという強制的な手段を用いることで、後順位担保権者の担保権の保護を図っている。また、Henley 裁判官も述べる通り、このようにマーシャリングを適用し、その担保権実行に対して強制的に介入したからといって、先順位、後順位担保権者の担保権自体が傷つくわけではなく、両者にとっては何ら不都合のない方法といえる。むしろ、後順位担保権者の担保権の保護や法的地位の安定性という観点からすると、先順位担保権者の実行の順序を強制することで、後順位担保権者は、どちらの物件が実行されるかで自らの債権の満足を受けられるか否かが変わるという不安定な地位から解放されるのである。

Hardwicke 大法官がマーシャリングについて判断した後の判例では、このようにおおよそ統一的な解釈がなされているのである。18 世紀におけるマーシャリングは、裁判所が先順位の共同担保権者に対して実行の順序を指示するという強制的な手段を用いることで後順位担保権者の保護を実現するというものであった³⁹⁾。

第 3 項 19 世紀・20 世紀におけるマーシャリング

19 世紀に入り、Hardwicke 大法官のマーシャリングの公式を受け、Trimmer

v Bayne⁴⁰⁾においては、「二つの物件に対して主張することができる者は、その者の選択で、一つにしか〔主張でき〕ない他の者を失望させて (disappoint) はならない。……これは、法の正当な要請である……」⁴¹⁾とし、Hardwicke 大法官のマーシャリングの公式はマーシャリングの一般原則 (general principle of marshalling) であると認めている⁴²⁾。また、19世紀はじめに Eldon 裁判官が、Aldrich v Cooper⁴³⁾において、Hardwicke 大法官のマーシャリングの公式を完全に採用した⁴⁴⁾。このことで、マーシャリングがエクイティ上の原則 (principle) として確立されたといえ、この判決はマーシャリングの発展において最も重要な判例であると位置づけられている⁴⁵⁾。

Eldon 裁判官は、前述 Attorney General v Tyndall⁴⁶⁾を引きながら、「ある当事者が二つの物件……を有しており、ある人がそのうちの一つのみ権利を持っている場合に、その人は、前者を他〔自分の担保権がついてない方の物件〕に対して主張するように強制する (compel) エクイティ上の権利 (right in equity) を有している。もし A が二つのモーゲージを有していて、B が一つのモーゲージを有している場合に、B の手が届かない〔方の物件に対する〕担保権を A に実行させるといふ B の権利は、それが自由土地保有権 (freehold) か 贍本土地保有権 (copyhold) かという状況には依らないと私は考える。」⁴⁷⁾と述べ、またこのマーシャリングの適用に関しては「財産だけに限らず他の事案にも適用され得る……」⁴⁸⁾と述べた。ここでは、一方の物件にしか権利を有しない者は、二つの物件に先順位担保権を有する者に対して実行の順序を「強制するエクイティ上の権利」を有するのだと明示している。

また、Eldon 裁判官は Kendall, Ex parte⁴⁹⁾においても、「もし A が二つの物件にかかる権利を有し、B が一つ〔の物件にかかる権利〕を有しており、両方が同一債務者に保有されているなら、A は彼が排他的に権利主張をすることができる方の物件から弁済を受けるべきである。……両者が同一人の債権者で、同一人物の財産である物件に対して権利を持っている場合にこの手続きが行われる」⁵⁰⁾とし、同一債務者に関する要件を強調している⁵¹⁾。

Aldrich v Cooper で Eldon 裁判官が、後順位担保権者が先順位担保権者の

行動を強制する (compel) と明示したことで、他の判決でもマーシャリングの一般的な原則としてその言葉が引用されるようになった。Averall v Wade⁵²⁾では、第三者が関係する事案であったためマーシャリングの適用自体は否定されたものの、そこでは「ある債権者が二つの土地に対して権利を有しており、もう片方が一つに対して権利を有している場合、後者は前者に対して共通しない方の物件から実行するようにする資格を有する」と定義している。このように、Hardwicke 大法官が打ち出したマーシャリングの公式は、Eldon 裁判官の時代より確立され、19 世紀前半においては判例上主流となっていた。この時代のマーシャリングは、先順位担保権者の行動を強制することから強制理論 (coercion theory) と呼ばれている。ただし、ここでは理論として確立したというよりは、方法として確立したとすべきである⁵³⁾。

19 世紀半ばになると先順位担保権者の担保権実行の自由に介入するという強制理論に対して疑問が生まれ始める。その議論に対抗するように Lawrance v Galsworthy⁵⁴⁾、The 'Arab'⁵⁵⁾などでは、新しい表現を用いて強制理論を擁護した⁵⁶⁾。Barnes v Racster⁵⁷⁾では、マーシャリングとして 18 世紀の Hardwicke 大法官、19 世紀の Eldon 裁判官らの言葉を引き、従来のマーシャリングの定義を用いつつ⁵⁸⁾、マーシャリングの意義を再検討したのである⁵⁹⁾。また、Webb v Smith⁶⁰⁾で、Cotton 裁判官が「二つの土地、甲 (Whiteacre) と乙 (Blackacre) がある人のモーゲージに服し、そしてそのうちの一つである乙が別の人のモーゲージに服している場合、乙が両者に……支払うのに十分でない場合に限り、最初のモーゲージ権者は甲から満足を受けるように強制される……。」⁶¹⁾と述べた。つまり、先順位担保権者は乙が十分に先順位担保権者及び後順位担保権者に対して支払える場合には先順位担保権者の自由選択権は制限されないとしたのである。この点につき、従来の判例は黙示には認めていたが、Cotton 裁判官は明示することで、先順位担保権者の自由選択権への介入は限られた場合であると強調し、強制理論を擁護したのである。

このような先順位担保権者の自由選択権を制限する強制理論が批判されるようになったため、担保権実行については先順位担保権者に自由に行わせ、

後順位担保権者が受けた損失については先順位担保権者の担保権に代位する形でそれを補償するという手段を用いるポストリアライゼーション理論 (post-realisation theory) が出現した。Wallis v Woodyear⁶²⁾では、先順位担保権者には「一番はじめに、彼の担保のどれでも実行してお金を得る権利がある……」⁶³⁾とされ、先順位担保権者は自由に実行する権利があると明示された。この判決が先順位担保権者の担保権について自由に選択できるということが示された初めての判決で、ポストリアライゼーション理論の始まりと考えられている⁶⁴⁾。20世紀に入ってもイギリスではこのような判例が続き、Manks v Whiteley⁶⁵⁾のParker裁判官は、「マーシャリングのエクイティ上の権利は、彼〔先順位担保権者〕が合っていると思う方法や順序で担保権を実行するの……を〔後順位担保権者によって〕決して妨げないよう……」⁶⁶⁾と述べている⁶⁷⁾。このような傾向はイギリスに限らず他のコモン・ロー諸国にも見られ、20世紀のオーストラリアの判例、Mir Bros Project Ltd v Lyons and others⁶⁸⁾やChase Corporation (Australia) Pty Ltd and another v North Sydney Brick and Tile Co Ltd and others⁶⁹⁾の両判決では、先順位担保権者が担保権実行した後、後順位担保権者が先順位担保権者の担保権に代位し、自分の担保権が満足を受ける必要の有る限度で回復することができると明確に述べられている。

第4項 小 括

本節では、マーシャリングの主な判例とその流れ、そして理論の展開について紹介した。

17世紀には先順位担保権者と後順位担保権者の利害調整という考えが既に存在し、先順位の共同担保権者に対して何らかの制限を加えることで後順位担保権者の担保権を保護しようという考えがあったことが分かる。しかし、まだ要件等は確定しておらず、ただ広く一般的に後順位担保権者を保護するエクイティ上の救済を与えるのみであった。

そのような考えを18世紀になり、まとめ上げたのがHardwicke大法官で

あった。彼は、今まで曖昧であったこのマーシャリングについて定義し、マーシャリングの適用のための条件も提示した。先順位担保権者は同一債務者に対して、自分の債権を担保するために二つ（もしくは二つ以上）の物件に担保権を設定し、その後、その物件のいずれか一つに後順位担保権者が担保権を設定した場合に、先順位担保権者は、自分と後順位担保権者の両方が債権の引当てとする方の物件から実行することはできず、自分の担保権のみが及んでいる方の物件から実行するように強制される。ただし、それは先順位担保者の債権が十分に満足を受けることができる場合に限られる。またこの場合の両物件に関しては、相続で別人所有になっていても構わない、としたのである。この Hardwicke 大法官によるマーシャリングの公式は、後の判例に大きな影響力を持った。マーシャリングに関しては彼の判断に倣うようになり、これらの判例は後に強制理論 (coercion theory) と呼ばれ 17・18 世紀の特徴的なものであると位置づけられている。この時代のマーシャリングは、本来は、先順位担保権者が自由に行うことのできる行為をエクイティ裁判所が制限することで、後順位担保権者に有される担保権の保護を図ろうとしたのである。

このように 17 世紀に比べ、18 世紀においてマーシャリングは大きく発展した。その背景には、併合権 (consolidation)⁷⁰⁾の考えがマーシャリングに導入されたためであるとの見解を持つ者もいる。Ali は、「マーシャリングが大きく発展したのは Titley v Davies⁷¹⁾の貢献によるかもしれない⁷²⁾と述べる。この Titley v Davies は併合権の事案である。また、Ashburner は、Ali よりも一歩踏み込んで、併合権の法理とマーシャリングの法理は共通の基盤 (common ground) を有している⁷³⁾とし、後順位担保権者が先順位担保権をマーシャリングする権利は、全担保権を併合するという広い権利の中の単なる特別な事案の場合である⁷⁴⁾とする。つまり、Ashburner の見解に立つと、マーシャリングは併合権の一類型であるということになる。この併合権とマーシャリングについては第 3 章で詳述することとしここでは踏み込まないが、両者が指摘するように 18 世紀のマーシャリングの発展に関して併合権をはじめ

とする他のエクイティ上の法理が影響したという可能性は大いに考えられるのである。この *Titley v Davies* は前述の *Lanoy v Duke and Duchess of Athol* で意見を述べた *Hardwicke* 大法官が下した判決で、判決の意見も再び彼が書いている。彼はマーシャリングや併合権に限らず、エクイティ上のさまざまな法理をまとめ上げ、また発展させようと試みた。同じ時代に、また同じ *Hardwicke* 大法官により出された判決同士が、互いに影響を受けた可能性は十分にあり、その相互作用で大きく発展したとも考えられよう。

こうして 18 世紀で *Hardwicke* 大法官により公式としてまとめ上げられたマーシャリングの強制理論は、19 世紀に入り *Eldon* 裁判官の貢献もあり、マーシャリングの一般的原則として確立する。さらに、一步踏み込んで、ここでは後順位担保権者は先順位担保権者の実行の順序を強制するエクイティ上の権利を有すると述べている。しかし、先順位担保権者の担保権実行について介入する点から批判されるようになり、19 世紀半ばにはこの点を回避するためにポストリアライゼーション理論が出現した。このポストリアライゼーション理論は、先順位担保権者の担保権実行に関してはその自由に委ね、その後、後順位担保権者が被った損失につき、先順位担保権者の担保権に後順位担保権者が代位するのを許すことでその損失を補うものである。これは先順位担保権者の担保権実行の権利を侵害しないという点から、その後判例で支配的となり、イギリス以外の多くのコモン・ロー諸国でも採用されるようになった。次節からは、この強制理論とポストリアライゼーション理論に関してそれぞれ検討することとする。

第 2 節 強制理論 (coercion theory)

第 1 項 内容と問題点

本節では、17 世紀・18 世紀において判例では支配的見解であった強制理論について検討することとする。強制理論は、前述の通り、先順位共同担保権者の担保権に服する債務者財産について、その内の一つに後順位担保権者

が担保権を有しているという場合に、後順位担保権者の担保権がついていない方（つまり、先順位担保権者の担保権のみが及んでいる方）の物件から実行するように、先順位担保権者が本来は自由に担保権実行をすることができるところ、その実行の順序について強制するという機能を有していた。この強制理論は、先順位担保権者の担保権を傷つけることなく、後順位担保権者の担保権をも保護し得るとして17・18世紀では普及していた⁷⁵⁾。しかし、この強制理論は、19世紀の後半ともなると判例上見かけることはなくなり、歴史上の珍奇なもの（historical curiosity）とさえ評価されるようになった⁷⁶⁾。しかし、この強制理論が、近年再び見られるようになる。このように、強制理論が、一時、判例上現れなくなったのには、以下のような問題点が存在するからであった。

第一に、この理論は、先順位・後順位担保権者の両方の担保に服している財産ではなく、先順位担保権者の担保権のみが及んでいる財産から債務の回復をするように後順位担保権者が先順位担保権者に強いることを許可している。つまり、後順位担保権者を損なわせないように担保権実行を行うよう、先順位担保権者は後順位担保権者に要求されているのである。これは、実質的には先順位担保権者の地位を損ねるものである⁷⁷⁾との批判がなされている。本来、先順位担保権者は、債務者との関係で、法で定められた特別な者を除いては、最優先順位の債権者としての地位を有しており、債務者の他の債権者に先立って担保権を有している債務者財産から満足を得ることが可能である。しかしながら、このマーシャリングの強制理論が介在することにより、後順位担保権者が先順位担保権者を実行について強制することとなり、その意味で後順位担保権者が上位に立つこととなってしまっている。これは、先順位担保権者の最優先順位の債権者としての地位を明らかに害しているといえる。

第二に、このマーシャリングにおける強制理論は、法の一般原則（the general principles of English law⁷⁸⁾）に抵触するのではないかと批判される。ここでいう法の一般原則というのは、イギリスにおいて、担保権の実行は担保権

者の自由な行為でありこれを害することはできないという原則である。しかしながら、マーシャリングは、先順位担保権者の自由な担保権実行を妨げ、自由選択権を否定するものであり、先順位担保権者の持つ債務者に対する強い正法上の権利 (legal rights)⁷⁹⁾の行使を後順位担保権者のエクイティ上の権利 (right in equity) が妨げるものである。もちろん、先順位・後順位担保権者間で契約等を結ぶことでこの一般原則を排除することは可能であるが、先順位担保権者と契約関係にない後順位担保権者が権利を行使するこのマーシャリングの強制理論は、上記、法の一般原則とは矛盾するのである。

上記で指摘される問題点はいずれも、先順位担保権者と後順位担保権者との間の関係性という問題と関連していると考えられる。マーシャリングは債権者・債務者関係において見出されるわけではなく、担保権者間で見出されるものである⁸⁰⁾。そして、マーシャリングによる保護の利益を受けるのは、その債務者の財産に関して後順位で担保権を設定された者のみである⁸¹⁾。しかしながら、本章冒頭で述べたように、マーシャリングは契約から派生するわけではない。担保権者・債務者間においては契約関係が存在しているが、予め先順位・後順位担保権者間で契約して定めておく必要はなく、また、マーシャリングをする際にわざわざ契約を締結する必要もない。したがって、先順位・後順位担保権者間には互いに権利義務関係は存在していないのである。そうであるにもかかわらず、後順位担保権者は先順位担保権者の担保権実行を妨げる主張を行う「権利」を有し、かつ先順位担保権者はそれに伴う「義務」が発生しているように見えるのである。そこで、以下では、このマーシャリングの強制理論における先順位担保権者、後順位担保権者のそれぞれの地位について確認したい。

第2項 後順位担保権者と先順位担保権者の地位と関係

(1) 後順位担保権者

後順位担保権者は、前述の通り先順位担保権者と契約を結んでいるわけではないので、何ら権利義務関係にない。したがって、後順位担保権者は先順

位担保権者にとっては、利害関係人ではあっても、法的には何ら関係のない者 (stranger) なのである⁸²⁾。

もちろん、法律関係というのは契約以外からも発生する。先順位担保権者と後順位担保権者との間に契約以外の何らかの法律関係があり、そこから権利義務関係が成立しているとも考え得る。例えば、先順位担保権者は後順位担保権者の担保権がついている方の物件に関して、後順位担保権者のための受託者であると考えること⁸³⁾は可能であるかということについて⁸⁴⁾、オーストラリアのタスマニア最高裁の事案 Commonwealth Trading Bank v Colonial Mutual life Assurance Society Ltd⁸⁵⁾において Neasey 裁判官は、「……原告の主張として、第一順位モーゲージ権者が債権の満足を受けた後で、第二順位のモーゲージ権者が十分に弁済を受けられないという可能性がある場合に、先順位担保権者が実行した後すぐに後順位担保権のついている物件について先順位担保権者を後順位担保権者の受託者として十分に構成することができる……」⁸⁶⁾との原告の主張について、このような主張が本当に可能なのであろうかと否定的見解を示している⁸⁷⁾。

このように、後順位担保権者は、先順位担保権者との関係上の権利を有してはならず、また先順位担保権者と後順位担保権者との間に法律関係は存在していないといえる。

(2) 先順位担保権者

先順位担保権者にとっての関心事は、自分が設定している担保権や自分が担保権を有する物件の価値についてであり、仮に先順位担保権者が後順位担保権者の利益について度外視した行動をとったとしても本来それは許容されるのである⁸⁸⁾。前述(1)後順位担保権者のところでも検討したように、先順位担保権者と後順位担保権者の間には法律関係が発生していないため、後順位担保権者の有無にかかわらず先順位担保権者は自由に行動できるはずなのである。しかし、先順位担保権者は、担保権実行という観点から二つの義務⁸⁹⁾を負うと考えられている⁹⁰⁾。第一は、公平誠実に行動する義務 (duty to

act in good faith)⁹¹⁾であり、もう一つが、公平な価格で得る義務 (duty to obtain a fair price)⁹²⁾である。これらの義務については債務者に対して負っているものであるが、後順位担保権者に対しても負っていると考えられるのであれば、先順位担保権者と後順位担保権者との間に権利義務類似の関係があり、それに基づいて後順位担保権者はマーシャリングを行っていると考えられるのである。

公平誠実に行動する義務については、通常、担保権から派生した債務者との間で問題となる義務である。マーシャリングにおける先順位担保権者の後順位担保権者も担保権を有している債務者財産から先に債権の満足を受けるという行為が、債務者に対して公平誠実に行動する義務に違反していると認定するのは難しい。この義務を後順位担保権者に対して負っていたと仮定しても、両者が債権の引当てとする物件から実行したからといってそれが公平誠実に行動する義務に違反したとは考え難い。この義務に関し、Cuckmere Brick Co Ltd and another v Mutual Finance Ltd⁹³⁾で Salmon 裁判官は、「彼の義務は債務者を騙さないということだけである」と述べている。つまり、積極的に相手方を害する行動をとったか否かが判断されるのであり、この場合の先順位担保権者の実行の順序をもってして、公平誠実に行動する義務に違反するとするのは不適切であると考えられる。

公平な価格で得る義務については、担保目的物の実行において、担保権者が公正な価格で得るように合理的な行いをしなければならないという義務である。むしろ後順位担保権者との間で問題となるのであればこちらであると考えられる。この義務は、その財産の実行に関わっている利害関係人全員に対して負う⁹⁴⁾と考えられているからである。前述の Cuckmere Brick Co Ltd and another v Mutual Finance Ltd⁹⁵⁾の Salmon 裁判官は、「モーゲージ権者は、売却を選んだ瞬間のモーゲージが設定された物件の公正な市場価格で得るという合理的な行動をとる義務に服している」⁹⁶⁾と述べ、さらに、「一旦〔自由に担保権実行できる〕権利が発生すると、モーゲージ権者は自分の目的に合わせて好きな時を選んで実行する資格が与えられる。それは、不都合な時

をさげたり、最も高い時期を待ったりすることはしなくてもよい。彼は好きな時にお金に換えることで担保権実行を行う資格を有している」⁹⁷⁾としている。これらの原則は、他の判例でも述べられている⁹⁸⁾。

しかし、この公正な価格で得る義務というのを、後順位担保権者の担保権がついていない方の物件から得させるという義務に結び付けることはできるのであろうか⁹⁹⁾。先順位担保権者は、自分が担保権を有している物件であるなら、どの財産からでも債権回収する適法上の利益を有しているのであり、先順位担保権者は担保権を有するそれぞれの物件につき、適切な時期に公正な市場価格での売却（実行）をすればよいだけなのである。

さらに、先順位担保権者には、担保権実行の前に担保権が設定されている物件の価値を保存する義務はない¹⁰⁰⁾。つまり、先順位担保権者は実行前には何ら義務を負っておらず、この公正な市場価格で得る義務が発生するのも担保権の実行時なのである。したがって、この義務とマーシャリングにおける強制理論を結び付けることはできない。強制理論における後順位担保権者が有する先順位担保権者の担保権実行をするように指示し、強制するという担保権実行の前に行使される権利だからである。

以上のように、先順位担保権者と後順位担保権者との間には公平な価格で得る義務が存在しているが、この義務と先順位担保権者のみ担保権を有する物件から実行するということとを結び付けることはできない。したがって、先順位担保権者が後順位担保権者により担保権実行を強制されるような権利・義務関係は存在しない。

このようにマーシャリングの強制理論は、その理論としての正確さを欠いていた。先順位担保権者と後順位担保権者との間には何ら権利義務関係が存在しないにもかかわらず、先順位担保権者に対して担保権の実行について指示することで、後順位担保権者の保護を図るという方法をとる強制理論は、明らかに法の一般原則に矛盾する結果となっていたために、当時の判例は支持していたものの少なからず反発があったのである¹⁰¹⁾。19世紀に入り、こ

の問題点を解決するために新しく別の方法が誕生するのである。

第3節 ポストリアライゼーション理論 (post-realisation theory)

第1項 内容と問題点

ポストリアライゼーション理論は、前述の通り、強制理論の問題点を回避するという形で19世紀半ばに判例上に出現し、現在ではイギリス、オーストラリア、ニュージーランド、カナダのコモン・ロー諸国で採用されている¹⁰²⁾。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は、先順位担保権に服する財産の実行について、先順位担保権者の自由選択権には介入せず、先順位担保権者は自分が担保権を有するどの物件からでも自由に実行できる。さらに、先順位担保権者が自分の債権の満足を受けた後に、後順位担保権者が受けた損失について、先順位担保権者の担保権に後順位担保権者が「アクセスできる」ようにすることで救済を行っている。

ポストリアライゼーション理論では、強制理論で問題となっていた点に関しては解決されている。強制理論での第一の問題点である先順位担保権者の地位についてであるが、ポストリアライゼーション理論においては、先順位担保権者の債務者に対する最優先順位の債権者という地位は害されない。強制理論においては、先順位担保権者は後順位担保権者により担保権実行の順序を強制されていたが、ポストリアライゼーション理論においては、先順位担保権者の担保権実行の結果としてマーシャリングが適用されるのであり、先順位担保権者の地位は害されないのである。次に、強制理論の第二の問題点である法の一般原則と矛盾するという点については、ポストリアライゼーション理論はまさにその点を回避するためにできた理論であり、先順位担保権者の担保権実行に関する権利には関与しないため法の一般原則との矛盾は生じない。

強制理論は、先順位担保権者が担保権を実行することを制限するこ

とで後順位担保権者の優先順位を保護しようとしていたが、ポストリアライゼーション理論においては、先順位担保権者の担保権実行によって害された後順位担保権者の担保権と、先順位担保権者の害されていない担保権を「交換する」¹⁰³⁾かのような認識で、後順位担保権者の優先順位を保護しようとしているのである。さらに、強制理論は事前の救済的手段との側面を有しており、ポストリアライゼーション理論は事後の救済的手段ともいうことができる。

このようにポストリアライゼーション理論を採用した場合には、強制理論で指摘されていた問題は起こらないが、先順位担保権者の担保権実行の結果として損失を受けた後順位担保権者の担保権について後順位担保権者が先順位担保権者の担保権に代位することとなる結果、まさに代位とマーシャリングの関係での問題点が指摘されている。

まず、マーシャリングにおける代位の性質はいかなるものであるのか。これは、単なる代位法 (the law of subrogation) の一種なのではないかという点である。この点については第3章で詳述するためここでは問題点のみ示しておくこととする。次に、後順位担保権者に代位をさせることで担保権の拡大を許してしまっているのではないかという点である。この点については、後順位担保権者と第三者（特に先順位担保権者のみ担保権のみが設定されていた物件に別の後順位担保権者〔第三者〕が現れた場合）に問題となろう。その点については、第4章で述べることとする。そこで、本節では、その前提となるポストリアライゼーション理論を採用した場合に、後順位担保権者の地位と担保権は拡大しているのかという点についてのみ確認しておくこととする。

第2項 後順位担保権者の地位と担保権の拡大の意味

ポストリアライゼーション理論を採用した際、先順位担保権者は自由に担保権実行を行うことができるが、先順位担保権者が先順位・後順位担保権者の担保権に服する方から実行した場合、その物件が十分に後順位担保権者の債権を満足させることができない限り、後順位担保権者の担保権は害される

結果となる。この場合に、後順位担保権者の債権はそれを担保していた物件を失うことで本来は一般債権となり、後順位担保権者の地位は一般債権者と同等の地位となる。そのような後順位担保権者の優先順位または優先的地位を保護するためにエクイティ上の救済としてマーシャリングを適用することで、後順位担保権者は先順位担保権者が他の物件に対して有していた担保権を得る地位に立つことになる。つまり、後順位担保権者は、マーシャリングを介することで再び債務者の担保権者として、債務者の優先的債権者の地位を手に入れることになる。

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の下では、先順位・後順位担保権者の両担保権にも服している物件に対して実行した時点で、後順位担保権者は、先順位担保権者の担保権に対して要求するエクイティを得る¹⁰⁴⁾。この理論は、後順位担保権者に対して後順位担保権者が元々享受することがなかったはずの先順位担保権者の権利、つまり、新しい担保権を与えていると見ることも可能なのである¹⁰⁵⁾。この点に関しては、オーストラリアの判例 *Chase Corporation (Australia) Pty Ltd and another v North Sydney Brick and Tile Co Ltd and others*¹⁰⁶⁾ の Cohen 裁判官がマーシャリングは後順位担保権者に対して先順位担保権者の権利を与えるものではないとし、また、*Commonwealth Trading Bank v Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd*¹⁰⁷⁾ において Neasey 裁判官もこのような担保権の拡大説については否定している¹⁰⁸⁾。マーシャリングの法理は何か新しい権利を後順位担保権者に付与するようなものではないという点でこれらの判例は一致しているようである。

このように、ポストリアライゼーション理論は、先順位担保権者の担保権実行については関与しないという点から、強制理論で挙げられていた担保法の一般原則との抵触等の問題は起こらない。しかしながら、先順位担保権者が後順位担保権者の担保権を害する形で担保権実行を行った際に、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る。イギリスをはじめとするコモン・ロー諸国の多くはこのポストリアライゼーション理論を

採用しており、多くの国で、ポストアライゼーション理論が強制理論より好まれるのは、前述の担保法の一般的原則との抵触がないという点が理由であろうと考えられる。やはり、強い正法上の権利の行使を妨げることになる強制理論に対しては抵抗感が強いようである。

第4節 現在のマーシャリング

現在、イギリス及びオーストラリアでは、ポストアライゼーション理論のみを採用しているかについて疑問視されている¹⁰⁹⁾。前述の通り、イギリス及びオーストラリアではマーシャリングについてはポストアライゼーション理論が判例上も採用されていると考えられてきた。しかし近年、オーストラリアにおいては、前述の *Commonwealth Trading Bank v Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd*¹¹⁰⁾ (以下、CT Bank 事件とする)、イギリスにおいては、*Smit Tak International Zesleepen Bergingsbedrijf BV v Selco Salvage Ltd*¹¹¹⁾ (以下、Smit Tak 事件とする) と *Re Bank of Credit and Commerce International SA (no.8)*¹¹²⁾ (以下、BCCI 事件とする) の二つの事件に関しては、これまでのポストアライゼーション理論の流れとは異なる見解が出されており、これらをポストアライゼーション理論の中に位置づけるのは難しい¹¹³⁾。

ポストアライゼーション理論を採用しているはずのオーストラリアで、近年の判例とは違う傾向の判決が下された。Neasey 裁判官は、マーシャリング法理は、他の人が利用できる権利を他の当事者に与えるというエクイティ上の権利ではないとして、現代の救済方法には賛成できないと述べた¹¹⁴⁾。その後、イギリスでも Smit Tak 事件では強制理論を採用している。Warner 裁判官は今までの判例の展開を追った上でオーストラリアの CT Bank 事件の Neasey 裁判官の言葉を引きながら「裁判所は最初の者を拘束し (binding)、彼の物件から満足を受けるように強制することができるし、そして、するだろう……。マーシャリングは *Lanoy v Athol* の Hardwicke 大法官、*Re Kendall*

の Eldon 裁判官, Gibson v Marshall¹¹⁵⁾ の Romilly 裁判官そして Webb v Smith の Cotton 裁判官によって公式化されたものである¹¹⁶⁾と、初期の強制理論のマーシャリングに依拠していると明示した。また BCCI 事件の Hoffmann 裁判官は、マーシャリングは「同一債務者により債務を負っている二人以上の債権者間で働くエクイティの法理で、ある人は二つ以上の……物件に対して主張することができ、そしてもう一人は一つにのみ主張することができる。それ〔マーシャリング〕は、後者に対して、第一順位担保権者ではできる限り後者が主張できない方の……物件から満足を受けるように要求するエクイティを与えるものである。」¹¹⁷⁾とした。これは、明らかに強制理論の考え方である。

オーストラリアの CT Bank 事件以下のイギリスにおけるこれら二つの判決は現在のポストリアライゼーション理論とは異なり、むしろかなり初期の判例、17・18 世紀や 19 世紀前半のマーシャリングの考えに近い。だが、17・18 世紀と全く同じというわけではない。特にイギリスの両事件における Warner 裁判官, Hoffmann 裁判官は、少なくとも同じ考えに基づいており¹¹⁸⁾、マーシャリング法理が働くのは、後順位担保権者がマーシャリングを主張する「時」に依存しているとする。つまり、後順位担保権者が先順位担保権者の実行前にマーシャリングについて主張した場合には強制理論が適用され、先順位担保権者の実行後にマーシャリングについて主張した場合にはポストリアライゼーション理論を適用すべきであるとしたのである。そして、これら二つの判例、二人の裁判官の見解は、実行前に先順位担保権者の担保権実行を拘束する強制理論が主に主張されるべきで、ポストリアライゼーション理論は、むしろ後順位担保権者に損失が発生した際に補助的な手段として用いられるべきであるとする点で一致している。

上記、判例の考え方は、アメリカでのマーシャリング・アセット法則の考え方と似通っている。アメリカでは、先順位担保権者が実行する前に後順位担保権者が自分の優先順位を保存するために、先順位担保権者に対して自分の担保権が及んでいない方の物件から先に実行するように強制する (compel) こ

とができる¹¹⁹⁾。しかし、先順位担保権者が先に後順位担保権者も担保権を有する方の物件から実行してしまった場合に限り、先順位担保権者の権利に代位する (subrogate) ことができる¹²⁰⁾。アメリカにおいてもまずは実行前に先順位担保権者の担保権実行の順位を強制することが第一次的に行われ、先順位担保権者の実行で後順位担保権者が損失を受けた場合に限り、先順位担保権者の担保権への代位を許している。この点で、上記判例と類似しているといえよう。

では、現在の判例は、ポストリアライゼーション理論を捨て、先順位担保権者の実行前には強制理論を、先順位担保権者の実行後には後順位担保権者の担保権が害された場合は例外的にポストリアライゼーション理論を適用するというアメリカ型のマーシャリングが採用されるようになったのであろうか。その点については、後の第3章で検討する。

第5節 第2章の小括

本章においてはマーシャリング法理の判例上の展開を中心に、その形成過程及びその特徴について述べた。

マーシャリング法理は17世紀には、先順位担保権者と後順位担保権者の利害調整の必要から、後順位担保権者を保護することを目的として、エクイティ上の広く一般的な救済を与えるものであった。それが18世紀に入り、Hardwicke 大法官の下で、まとめ上げられ、同一債務者の物件について、先順位担保権者が二つ以上の物件に担保権を設定し、その後、後順位担保権者がその内の一つに担保権を設定した場合に、先順位担保権者は、後順位担保権者の担保権が及ばない方の物件から担保権を実行するように強制される。こうすることで、後順位担保権者の担保権の保護を図ろうとしたのである。そして、この考え方は19世紀に入るとさまざまな判例で踏襲され確立する。

しかし、この方法によるマーシャリングは、一般原則たる担保権者は自らの担保権につき自由に実行することができ、その行為は害されないとする原

則と矛盾する結果となった。そこで、19世紀半ばに入ると、この法の一般原則との抵触を回避するためにポストリアライゼーション理論が登場する。ポストリアライゼーション理論は、先順位担保権者の担保権実行の行為に対して一切介入をしない。先順位担保権者は自分が担保権を有するどの物件からでも先に実行することが可能である。こ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のみにマーシャリングが適用され、後順位担保権者は先順位担保権者が他の物件に有している担保権に対して代位し満足を受けることが許されたのである。こうすることで、強制理論で問題とされていた法の一般原則との抵触については回避された。

現在においては、イギリス及び多くのコモン・ロー諸国では、ポストリアライゼーション理論を採用しているのであるが、近年、一部の判例で、強制理論とポストリアライゼーション理論の両方を併用したものが出てきた。それらの判例は、基本的には強制理論を採用するものの、先順位担保権者が実行し、後順位担保権者の担保権が害された場合のみポストリアライゼーション理論を適用するという考えである。これは、アメリカにおけるマーシャリング・アセット法則にも似ている。このような判例傾向が続くか否かは現時点では分からないが、ここで注目すべきはマーシャリングにおいて判例上、強制理論に再び焦点が当てられているということである。

注

- 1) イギリスのマーシャリング法理について書かれたものとしては、佐久間弘道『共同抵当の理論と実務』（金融財政事情研究会、1995）、島内龍起『共同抵当論』（東洋出版印刷、1969）があるが、これ以外にまとまった研究はほとんどされていない。
- 2) R. Meagher, W. Gummow, J. Lehane, *Equity Doctrines and Remedies* (Butterworths 1992).
- 3) Sir Edward Coke (Lord Coke) を指す。日本ではコークと表記される場合もある。
- 4) 前掲・佐久間（注1）217, 231頁。
- 5) Harbert's Case (1584) 3 Co Rep 11b.
- 6) 前掲・佐久間（注1）231頁：この判決の評価に関しては、マーシャリングというよりむしろ譲渡の逆順序の法則（the inverse order of alienation doctrine）の起源であるとされている。

- 7) 前掲・佐久間(注1) 214-215頁。
- 8) 17世紀初期の判決で *Morgan v. Seymour* [1637-38] 13 Car 1, f.438, 1 Chan Rep 119 も実際は分担求償の事案である。
- 9) *Sir Ralph Bovey v. Skipwith* [1671] 1 Ch Cas 201, also see *Boeve v Skipwith* [1679] 2 Chan Rep 142, 21 ER 640.
- 10) *Poyve's Case* [1680] 2 Free 51.
- 11) P. Ali, *Marshalling of Securities* (Oxford University Press 1999), at 12.
- 12) *Sir Ralph Bovey v. Skipwith*, *supra* note 9, at 201.
- 13) 担保権の種類は security としか書かれておらず判別できないが、建物と土地に対して担保権が設定されていることから mortgage である可能性が高い。
- 14) この事案は、被告の Beddingfield の担保権買受につきその有効性について争われた事案であろうと推測できるが、その点につき明記されていない。
- 15) 本件においては、連結権 (Tacking or right of Tacking) の主張は許されない。連結権とは、後順位の担保物権を先順位の担保物権 (通常第一順位) に結合させ、中間順位の担保物権に優先する順位を得ることであり、もともと第一順位の担保権を有しているものが追加融資の際に中間担保権者を挟んで後順位で同一物件に対し担保権を得た場合に主張されるので (現在は Law of Property Act 1925, 94 条 1 項において規定されている)、旧法下の本件においても、Tacking は主張できない。
- 16) Lord Keeper (of the Great Seal) とは、国璽を管理する役職にある者を指す。
- 17) *Sir Ralph Bovey v. Skipwith*, *supra* note 9, at 202. []内は筆者補足。
- 18) 判決文中に二つの物件 (double fund) という言葉が出てくるので、おそらく物件が二つあったと考えられる。
- 19) Lease (リース) とは、不動産(賃)貸借(権) : landlord (不動産貸主) が自己の有する estate (不動産権) より長くない期間の定めのある estate を tenant (保有者) に設定することをいう。
- 20) (1680) 2 Free 51, at 52. []内は筆者補足。
- 21) See *William Vanbrough v William Cock and His Wife and Peter Drybutter* [1671] 1 Chan Cas 200.
- 22) *Reeve v Reeve* [1683] 1 Vern Cas 219, 23 ER 426. この事案は以下の通りである。Reeve が前妻との間の娘に対して Bickerton にある土地に分与産 (portion) のため、3000 ポンドのチャージ (charge, 負担) を設定した。その後、二人目の妻に、チャージの通知をせずに、Bickerton の土地の半分に寡婦給与財産権 (jointure) を設定した。その後遺言で「……3000 ポンドに関して妻に通知し、Bickerton での土地の寡婦給与財産権の代わりに Yorkshire の他の土地を妻に遺贈 (devise) する」と述べて、その後亡くなった。そこで二番目の妻及び相続人は遺言の内容 (Yorkshire の土地の遺贈) を拒否し、この前妻の娘に対する 3000 ポンドの分与産のためのチャー

ジが無効であり、妻の寡婦給与財産権に付着する不正なものであると主張し訴えた。裁判所は、「原告〔二番目の妻たち〕は、彼女〔前妻の娘〕の分与産が発生するまでは、寡婦給与財産権の範囲になるように Bickerton の……土地と同じ価値を持つ Yorkshire にある……土地を保有すべきである」(〔 〕内は筆者補足)とした。この判決においては、分与産 (portion) を有している人が債権者と同様の地位に立つものとみなされている。その点につき後の *Lanoy v Duke and Duchess of Athol* [1742] 2 Atk 444, 26 ER 668 で、Hardwicke 大法官はその判決の中で先例としての拘束性を認めている。

- 23) Portion (分与産) 特に親が長男以外の子供に承継させる財産を指すことが多い。生前贈与、遺贈、あるいは信託を利用した settlement (継承的財産設定) により、ある年齢に達したときや婚姻時に一定額を与えるといった形でなされる。
- 24) See *Masters v Masters* [1717] 1 P Wms 421, *Tipping v Tipping* [1721] 1 P Wms 729.
- 25) *Culpepper v Aston et econtra* [1682] 2 Ch Cas 115, 22 ER 873.
- 26) Lease and lease 方式とは、譲受人への lease (定期不動産権設定) と、権利放棄証書による譲渡人 (定期不動産権設定者) の復帰権放棄を、同一取引行為で行う方式による不動産譲渡。
- 27) 前掲・佐久間 (注 1) 218 頁。
- 28) P. Ali, *supra* note 11, at 12.
- 29) (1) *Carter v Barnadiston* [1718] 1 P Wms 506, (2) *Finch v Winchelsea* [1718] 1 P Wms 399, (3) *Clifton v Burst* [1720] 1 P Wms 679, (4) *Galton v Hancock* [1743] 2 Atk 428. これらの内、(1)(3)(4)に関しては、一般債権者のマーシャリングに関する事案。
- 30) *Lanoy v Duke and Duchess of Athol* [1742] 2 Atk 444, 26 ER 668.
- 31) See *Commonwealth Trading Bank v. Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd* [1970] 26 FLR 338, at 343.
- 32) つまり、この部分は分与権 (portion) を意味する。事実部分では明記されていないが、Hardwicke 大法官の意見の中では分与産 (portion) として明示されている。
- 33) *Lanoy v Duke and Duchess of Athol*, *supra* note 30, at 446. ()内は筆者補足。
- 34) 田中英夫『英米法総論 上』(東京大学出版会, 1980) 145 頁を参照。エクイティの結晶化前のこの時代、エクイティ裁判所は費用と時間がかかりすぎるとの批判が多くなされていた。実際、この *Lanoy v Duke and Duchess of Athol*, *supra* note 30, でも、Hardwicke 大法官は、「原告が未成年であったのに、現在成年してしまっている」として、この審理の長さについて苦言を呈している。
- 35) H. Waldock, *The Law of Mortgages* (Sweet & Maxwell 1950) at 285–296; G. Dal Pont, D. Chalmers, *Equity and Trusts in Australia and New Zealand* (LBC 1996) at

- 263–264; W. Strachan, “The Marshalling of Mortgages” 22 LQR 307 (1906) at 307–308; E. Hopkins, *Handbook of the Law of Real Property* (West 1896), at 204; E. Cousins, *The Law of Mortgages* (Sweet & Maxwell 1989), at 434–435.
- 36) *Attorney General v Tyndall* [1764] Amb 614.
- 37) P. Ali, *supra* note 11, at 13. Ali もここでの Henley 裁判官の意見は Hardwicke 大法官と同意見であると考えている。
- 38) *Attorney General v Tyndall*, *supra* note 36, at 615–616.
- 39) 前掲・佐久間(注1) 222 頁。この点につき、佐久間は、Hardwicke 大法官の言葉を Y「の債権は、A の全ての遺産〔不動産及び動産〕から回収し得るのに対して、X の債権は、Y の毎年の 500 ポンド宛の収入に依存するものであった。したがって、Y の債権は 2 個の物件を引当てとし、X のそれは、そのうちの 1 個のみを引当てとすることになる、そこで、大法官は、X と Y が共に引当てとする物件を処分後に、不足が生じたときは、X は Y のみが引当てとする物件に対して、Y に代位し得る権利を認めたものといえる。このことは、X が引当てとしない物件から先に、Y の債権が弁済されるべきとする考えに基づくものといえることができ」と解釈をしている。佐久間はこの判例自体をポストリアライゼーション理論の判例との考えに立っているものと考えられる。なお、引用部分について、佐久間は A を亡くなった Lanoy, 妻を Y, 娘を X と置き替えている。また引用文中、〔〕内は筆者補足。
- 40) *Trimmer v Bayne* [1803] 9 Ves 209.
- 41) *Ibid.*, at 211. 〔〕内は筆者補足。
- 42) *Ibid.*, at 209–210.
- 43) *Aldrich v Cooper* [1803] 8 Ves Jun 382, 32 ER 402, 34 ER 1020.
- 44) Eldon 裁判官はこの判決の冒頭で「Lord Hardwicke の言葉を受けて、この判例の原則を理解する義務 (duty) が私にあるように感じている」と述べ、このマーシャリングについての規範となる言葉を定立させようとしている。
- 45) 前掲・佐久間(注1) 224 頁。
- 46) *Attorney General v Tyndall*, *supra* note 38.
- 47) *Ibid.*, at 388. 〔〕内は筆者補足。
- 48) *Ibid.*, at 388.
- 49) *Kendall, Ex parte* [1811] 17 Ves 514.
- 50) *Ibid.*, at 520. 〔〕内は筆者補足。
- 51) Hardwicke 大法官「相続により別人に所有された場合」については同一人所有とみなすとしているので、Eldon 裁判官の本判決の言葉と矛盾するわけではない。
- 52) *Averall v Wade* [1835] L&G temp Sugden 252.
- 53) ただし、一般的に強制理論と呼ばれているため、本稿では強制理論とする。
- 54) *Lawrance v Galsworthy* [1857] 3 Jur (NS) 1049, 1050. 「第二順位のモーゲージ権

者は……第一順位のモーゲージ権者に対して第二順位のモーゲージの手が届かない物件からの回収を主張するよう強制する権利を有する」。

- 55) *The 'Arab'* [1859] 5 Jur (NS) 417, at 417. 「……裁判所は前者〔先順位担保権者〕に後順位担保権者が弁済を受けられるような担保権を選択するように強制するだろう……」〔 〕内は筆者補足。
- 56) これらの判決の他にも、*Flint v Howard* [1893] 2 Ch 54, *Gibson v Seagrim* [1855] 20 Beav 614 等も強制理論について今までとは少し違った表現をしている。
- 57) *Barnes v Racster* [1842] 1 Y & C Ch Cas 401, 62 ER 944.
- 58) *Ibid.*, at 404–405.
- 59) *See Gibson v Seagrim* [1855] 20 Beav 614, at 616, *Averall v Wade* [1835] L & G temp Sugden 252 から *Barnes v Racster* [1842], *supra* note 57 で採用されているルールは（表現方法は違っても）同一のものであるとされる。
- 60) *Webb v Smith* [1855] 30 Ch D 192.
- 61) *Ibid.*, at 200.
- 62) *Wallis v Woodyear* [1855] 2 Jur (NS) 179.
- 63) *Ibid.*, at 180.
- 64) *See Smit Tak International Zesleepen Bergingsbedrijf BV v Selco Salvage Ltd* [1988] 2 Ll Rep 398, at 406.
- 65) *Manks v Whiteley* [1911] 2 Ch D 448. 原告名については Manx と表記されることもある。
- 66) *Ibid.*, at 466. []内は筆者補足。
- 67) *See P. Ali, supra* note 11, at 46. Ali は、この判例はイギリスの裁判所がポストリアライゼーション理論に対して好意的であると表しているものだと考えている。
- 68) *Mir Bros Project Ltd v Lyons and others* [1977] 2 NSWLR 192.
- 69) *Chase Corporation (Australia) Pty Ltd and another v North Sydney Brick and Tile Co Ltd and others* [1994] 12 ACLC 997.
- 70) 併合権とは、エクイティ上の法理であり、担保権者が同一債務者の複数の物件につき担保権を有しているときに、債務者の一部受戻権を否定する権利をいう。
- 71) *Titley v Davies* [1743] 2Y & CCC 399. 後順位担保権者が、先順位・後順位の担保権を併合するという能力 (ability) に関する判例である。
- 72) P. Ali, *supra* note 11, at 14.
- 73) W. Ashburner, *Principles of Equity* (Butterworths 1902) at 300–301.
- 74) *Ibid.*, at 300–304.
- 75) P. Ali, *supra* note 11, at 17–18. Ali は、17 世紀・18 世紀の数少ない判例は強制的救済としての機能を有すると評価している。
- 76) *Ibid.*, at 39.

- 77) *Ibid.*, at 40–41.
- 78) *Ibid.*, at 41.
- 79) この場合、コモン・ロー上の権利を意味する。legal interest と同意。
- 80) *See Paley v Field* [1806] 12 Ves 435.
- 81) 債務者がマーシャリングを主張することはできない。
- 82) P. Ali, *supra* note 11, at 41.
- 83) 擬制信託 (constructive trust) のような構成をとること。
- 84) *See Meagher, Gummow, Lehane, supra* note 2, at 311–312, para 1105.
- 85) *Commonwealth Trading Bank v. Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd* [1970] 26 FLR 338.
- 86) *Ibid.*, at 350.
- 87) *See* P. Ali, *supra* note 11, at 41: Ali は、「Neasey 裁判官は〔この先順位担保権者を受託者として構成するという〕いかなる概念も拒絶している」(〔 〕内は筆者補足)とまでいい切っているが、Neasey 裁判官は拒絶する (reject) とまではいっていない。
- 88) A. Berg, ‘Duties of a Mortgagee and a Receiver’ [1993] JBL 213.
- 89) *See Cuckmere Brick Co Ltd and another v Mutual Finance Ltd* [1971] Ch 949 Salmon LJ は、この二つの義務について、単独の義務 (mortgagee’s solo obligation) で「公正誠実に行動する義務」の中に公正な価格で得る義務も含まれると考えている。
- 90) P. Ali, *supra* note 11, at 42–43.
- 91) *Ibid.*, at 43.
- 92) *Ibid.*, at 43–44.
- 93) *Cuckmere Brick Co Ltd and another v Mutual Finance Ltd, supra* note 89.
- 94) *Jarrett v Barclays Bank Ltd* [1947] Ch 187.
- 95) *Cuckmere Brick Co Ltd and another v Mutual Finance Ltd, supra* note 89.
- 96) *Ibid.*, at 966 and 968–969. 二度同じ意味の言葉が繰り返し述べられ強調されている。
- 97) *Ibid.*, at 965. []内は筆者補足。
- 98) *See Palk v Mortgage Services Funding plc* [1993] Ch 330, *Parker Tweedale v Dunbar Bank plc* [1991] Ch 12, *AIB Finance Ltd v Debtor* [1998] 2 ALL ER 929, *China and South Sea Bank Ltd v Tan* [1997] 4 ALL ER 677.
- 99) P. Ali, *supra* note 11, at 45. Ali はその点について、担保権者に担保権に服する財産を公正な値段で手に入れるという先順位担保権者の義務を、どちらの財産を先に実行するかを指示することを後順位担保権者に許す権利に変化させることは大変難しいと述べる。
- 100) *AIB Finance Ltd v Debtor, supra* note 98, at 936.

- 101) P. Ali, *supra* note 11, at 40–42.
- 102) *Ibid.*, at 50 n 37. アイルランドは、強制理論とポストリアライゼーション理論の両方を支持しているとされている。
- 103) *Ibid.*, at 49.
- 104) See C. Mitchell, *The Law of Subrogation* (Oxford University Express 1994) at 143–144.
- 105) See Meagher, Gummow, Lehane, *supra* note 2, at 318–319.
- 106) *Chase Corporation (Australia) Pty Ltd and another v North Sydney Brick and Tile Co Ltd and others*, *supra* note 69, at 1010.
- 107) *Commonwealth Trading Bank v Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd*, *supra* note 31.
- 108) *Ibid.*, at 341–343.
- 109) P. Ali, *supra* note 11, at 51.
- 110) *Commonwealth Trading Bank v Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd*, *supra* note 31.
- 111) *Smit Tak International Zesleepen Bergingsbedrijf BV v Selco Salvage Ltd*, *supra* note 64.
- 112) *Re Bank of Credit and Commerce International SA (no. 8)* [1998] 1 BCLC 68.
- 113) P. Ali, *supra* note 11, at 52.
- 114) *Commonwealth Trading Bank v Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd*, *supra* note 31, at 343.
- 115) *Gibson v Seagrim* [1855] 20 Beav 614. 被告 Seagrim に関しては、Marshall と表記されている場合がある。
- 116) *Smit Tak International Zesleepen Bergingsbedrijf BV v Selco Salvage Ltd*, *supra* note 64, at 406–407.
- 117) *Re Bank of Credit and Commerce International SA (no. 8)*, *supra* note 112, at 81. 判決最後の 11 の部分を引用（〔 〕内は筆者補足）。
- 118) *Ibid.*, at 80–81.
- 119) J. Shalhoub, ‘Marshalling: Equitable Rights of Holders of Junior Interests’ [1986] 38 Rutgers Law Review 287, at 289.
- 120) C. Buschmann, ‘Determination of superior equities in cases of marshaling and subrogation’ [1927] 2 Indiana LJ 589, at 592–593.

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

