

平成 21 年 4 月 24 日現在

研究種目：若手研究（スタートアップ）
 研究期間：2007～2008
 課題番号：19830012
 研究課題名（和文） 抵当法理の基礎的研究

研究課題名（英文） A study of mortgage

研究代表者

氏名（ローマ字）：鳥山 泰志（TORIYAMA YASUSHI）
 所属機関・部局・職：千葉大学・法経学部・准教授
 研究者番号：10432056

研究成果の概要：①抵当権の私的実行の在り方を検討する上で、換価力は、有用性の高い法概念である。それは、日本においてかつては、抵当権と一般債権を区別するための基準として、実体法学で強く意識されてきた概念であった。だが、債務と責任論の導入や、執行法の改正を経て、その区別を見失ってしまった。②契約自由とそれに対する制限は、担保「物権法」の領域でもほとんど等しく妥当する。付従性は、担保取引の自由を阻害する法原理であった。そのため、民法典制定以来、その緩和が積極的に推奨されてきた。その結果、付従性は、緩やかな法原則であるにすぎないとの認識が一般化した。だが、それには担保供与者等を保護する意義があることが自覚される必要がある。

交付額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2007年度	1,320,000	0	1,320,000
2008年度	1,260,000	378,000	1,638,000
年度			
年度			
年度			
総計	2,580,000	378,000	2,958,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・民事法学

キーワード：抵当権、私的実行、換価力、付従性、ドイツ土地債務、スイス債務証券

1. 研究開始当初の背景

(1) 抵当権者の権利の実現のためには、裁判手続を経るのが原則である。だが、それでは、手間と費用がかかる。私的な換価を認めることで、それらを省き、かつより高値で抵

当不動産を売却することを可能にすることへの需要がある。その需要をみたす合理性は、少なからず認めることができるが、その法的根拠が必ずしも明らかでない。

(2) 抵当権は、設定から実行までの間に、様々な手間と費用がかかる。不動産担保取引の自由化によってその削減を行うことは、取引費用の低下をもたらす。これは、結果的に、債務者等にも利益になる。そこで、不動産担保取引の自由化の可能性が探られる必要がある。他方で、いくら取引費用を低下させることができるとしても、債務者等が享受してきた正当な保護を無に帰せしめることはできない。具体的にいかなる保護がいかなる法理によって果たされてきたか。この考察を併せて進める必要がある。

2. 研究の目的

(1) 抵当法における裁判外での紛争解決の在り方が明らかにされる必要がある。そのための基礎研究として、抵当権に実体法上、いかなる効力が認められているのかを検討する。

(2) 何を根拠に不動産担保取引の自由化を認めるのか。これを明らかにすることで、その限界を画する基準を明らかにする。

3. 研究の方法

(1) 競売法が創設された経緯や、それに影響を与えたドイツ法学説の内容と、その意義を明らかにする。また、競売法制定後の学説の展開を明らかにする。

(2) ドイツ法やスイス法で、いかなる法理をもって不動産担保取引の自由が正当化されているのか。何によってそれに制限が課せられているのかを明らかにする。

4. 研究成果

(1) 競売法制定期に意識されていたドイツ法学説は、その後、ドイツ少数説が日本で支持を集めたため、影をひそめることとなった。この結果、裁判外での抵当権の効力が意識されなくなった。

具体的には、民法典制定期には、抵当権や質権は、それに内在する売却権に基づいて実行されると考えられていた。競売手続によって実行されるといっても、それは、抵当権者等が売主となる私売の1種とされていた。抵当権の実行としての競売は、それが売却権に基づいてなされる点で、一般債権に基づく強制競売とは明らかに内容を異にするものと考えられていた。ゆえに、旧民事訴訟法とは別に、競売法が抵当権実行等のための手続を用意していた。

ところが、競売法は、ごく短い期間の間に制定された法律であった。そのため、それには極めて不備が多かった。

そこで、有力な手続法学者は、競売法に十分な規定のない問題を旧民事訴訟法の規定を補充的に利用することで、解決しようと企てた。その方法として、売却権を否定することで、抵当権等の実行としての競売と、債権に基づく強制競売の同質性を示すことが試みられた(雉本朗造)。

あるいは、同質性を示すための理論的根拠として、たとえばこういわれていた。抵当権等が物的責任ならば、債権は人的責任である。いずれも責任という点で共通しており、強制執行手続は、その実現に奉仕する手段である以上、債権のみならず、抵当権の実行においても、旧民事訴訟法の法理が妥当して然るべきである(小野木常など)。

このような考え方の基礎は、ドイツの少数有力説によって唱えられたものであったが、日本では、極めて有力な実体法学者(末弘巖太郎や我妻栄など)からも共感を得た。

民事執行法が制定されることで、抵当権に基づく競売と債権の強制競売が同一の手続に基づいて行われるようになったこともあり、実体権としての売却権は、ほとんど実体法学説で意識されることがなくなった。

しかし、その売却権に相当する概念として換価力が論じられることは今なおある。この実体法上の概念としての換価力を、民法制定時の理解にさかのぼり、裁判外での競売を基礎づける抵当権及び質権の効力と理解するならば、つぎのように考えることを可能にする。

すなわち、抵当権及び質権には、換価力がある。そのため、それらは本来、裁判外でも行使しうる権利である。現行法下でも、354条が動産質権者の簡易の弁済充当を認め、あるいは債権質権者は366条に基づいて直接に客体たる債権を取り立てることができるのは、そのことを表す。逆に、349条に基づく流質の禁止は、裁判外での権利行使の実体法上の制限である。

確かに、政策的理由から、手続法が殊に抵当権について裁判外での権利行使を制限している。だが、これによって抵当権及び質権の実体的効力自体に影響は生じない。手続法がその制限を緩和し、抵当権及び質権が裁判外で行使されることは、本来の実体的権利内容に即した権利行使を可能にするにすぎない。裁判内での行使に限定することで実現されている保護が別の形で保障されている限り、私的な売却を制限する理由はない。

こう考えるならば、フランス民法新2458-2460条のような、より簡易な実行を日本法でも承認していくことが可能となろう。

現在、日本の担保物権法学は、手続法の内

容から抵当権や質権の実体的効力が探られる傾向にある。これには、以上の手続法学説からの実体法学に対するアンチテーゼの提唱の積み重ねが大きく影響している。だが、少なくとも、この傾向は、改められる必要がある。

(2) ドイツ及びスイスでは契約の自由と限界が物権との関連で論じられている。担保物権も物権であり、物権法定主義に服すると日本の通説からみれば、これは異常なことである。では、ドイツ法とスイス法は、いかなる論理によってそれらを論じているのか。

ドイツ法とスイス法においては、付従性なき権利が存在する。ドイツの土地債務(Grundschuld)と、スイスの債務証券(Schuldbrief)がそれである。いずれも、債権担保を唯一の目的とする権利ではない。だが、それを目的に利用することができる。その基礎には、無因性がある。これに、物権との関連で、契約自由が論じられる基礎がある。

すなわち、ドイツ土地債務の成立は、それがある債権を担保するために設定されたとしても、当該債権とは無関係である。被担保債権が弁済されたとしても、土地債務は消滅しない。単に設定者による不当利得返還請求の対象となりうるだけである。その可否は、当事者が、担保契約においてなした、土地債務に関する債権的な合意の目的が達せられたかどうかによって決せられる。また、その目的が達せられた(被担保債権の弁済があった)としても、土地債務は消滅するのではなく、不当利得の対象となりうるにすぎない。そのため、目的到達後に新たに当事者間で担保契約の合意がなされたならば、その土地債務を用いた債権担保を新たに行うことが可能となる。このとき新たに登記の変更等を行う必要はない。これが抵当権による担保であったならば、新たに担保する債権の内容を登記に反映させねばならない(したがって、公証人の関与等が必要となるため、取引費用は、割高なものとなる)。

以上の例にあるように、ドイツ土地債務は、その無因性のために、担保内容を担保契約という債権法のレベルで決することができることに抵当権と比した場合の大きな特徴がある。付従性によって自由な担保取引を行うことが制限されない。むしろ、担保契約は、通常の契約と同様、契約自由の原則に服する。この結果、土地債務による担保は、その内容を当事者の自由な合意によって形成することが可能であり、多様な形での融資を可能にしている。

もっとも、契約自由と同じく、担保契約の

自由も、あくまで原則にすぎない。一般の契約と同様に、消費者保護の視点等からの制限に服する。あるいは、無因性のため、被担保債権がないにもかかわらず、土地債務が存続し続けるということも起きうる。判例は、その制限を命じているが、この意味でも契約自由は無制限に妥当しない。

スイス債務証券に関しても、ドイツ土地債務と同様の判例が積み重ねられている。すなわち、債務証券は、不動産担保付きの債権である。この債権は、消費貸借契約等によって生じる具体的なそれではなく、手形債権に相当する無因の債権である。債務証券が債権を担保するといっても、直接に担保するのは、この抽象的な債権である。抽象的な債権なき限り、債務証券は成立し得ない。この意味で債務証券は付従性を有するといわれることがある。だが、債務証券と、特定の消費貸借契約に基づく債権の間には直接的な関係はない。実質的に担保される債権が消滅しても、抽象的な債権が存する限り、債務証券に法的な影響は生じない。この意味で債務証券は無因の権利であるともいわれる。特定の消費貸借契約が債務証券に基づいて担保されるかどうかを決めるのが、ドイツ土地債務に関するのと同様、担保契約である。ここに、ドイツ土地債務に関するのと同様の担保内容の形成の自由と、その制限の法理が展開する根拠が見出されることとなる。

ドイツ法及びスイス法の検討からは、抵当権ならばその付従性のために問題とならない担保供与者等の保護が、土地債務や債務証券に限って問題となり、数多くの判例が積み重ねられていることが明らかとなる。特に土地債務に関する担保内容形成の自由に対する制限は、付従性代替法理と明言されることがある。裏を返せば、付従性には、担保供与者等を保護する意義があることが明らかとなる。ドイツ土地債務とスイス債務証券に関して展開されている、担保供与者を消費者保護的な視点から保護することと、過剰担保によって担保供与者及び後順位担保権者に不利益を被らせないための判例の努力は、翻って日本抵当権の付従性を無制限に緩和していくことに対する警笛となり、その限界となる基準を強く示唆する。

では、そもそも日本法で付従性を緩和する根拠はどこに求められるのか。これは、抵当法が合意による未必的な財貨の移転の秩序であるためによる。抵当権者と抵当不動産の所有者は、抵当権の設定に際して、被担保債権の不履行という停止条件のもとで、抵当不動産の売却代金を抵当権者に帰属させることを合意する。合意による財貨移転という点では、契約に基づき生じる債権と抵当権の間には違いがない。抵当権が物権であるとい

っても、合意によって生じる権利であるため、本来的にそれには、契約に基づき生じる債権と同様の、内容形成の自由を認める余地が存在する。付従性の緩和も、そのような内容形成の自由の1つと理解する。ここに、付従性を緩和する基礎がある。そして、緩和の限界は、ドイツ法に示唆されたところに従って、契約自由の法理の限界によって画することとなる。付従性に緩和を認めるとしても、契約法学説で展開されてきた消費者保護的な観点などからの自由の制限、すなわち、緩和の限界が考慮されねばならない。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計 1 件)

- ・ 鳥山 泰志 「抵当本質論の再考序説 (1)」
千葉大学法学論集 23 卷 4 号 pp. 1-pp. 80
2009 年、査読無

6. 研究組織

(1) 研究代表者

鳥山 泰志 (TORIYAMA YASUSHI)

千葉大学・法経学部・准教授

研究者番号：10432056

(2) 研究分担者

(3) 連携研究者