

担保権存在条件としての『債権』(1)^{*}

—付従性の原則の一考察—

鳥 山 泰 志^{**}

- I はじめに
- II ドイツ法における通説的立場からの債権と担保権の理解
 - 1 ドイツ民法典制定前
 - 2 担保権成立の可否とその理論的根拠
 - 3 担保権存続の可否とその理論的根拠①
 - 被担保債権の消滅時効完成後の担保権存続の可否とその理論的根拠（以上本号）
 - 4 担保権存続の可否とその理論的根拠②
 - 無資力からの保護と付従性の原則の緩和
 - 5 担保権存続の可否とその理論的根拠③
 - 付従性の原則の根拠論と担保目的概念
- III ドイツ法における有力学説からの債権と担保権の関係の理解
- IV 日本法における付従性の原則の意義の検討
- V おわりに

I はじめに

1 問題の所在

(1) 最近の倒産と担保権をめぐる判例と学説

最判平成15・3・14民集57巻3号286頁¹⁾は、「破産終結決定がされて会社の人格が消滅した場合には、これにより会社の負担していた債務も消滅するものと

※ 本稿は、2003年1月に一橋大学に提出した同名の修士論文に加除・修正を施したものである。

※※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第3巻第1号2004年3月 ISSN 1347-0388

1) 本判決の評釈等として、古積健三郎・法セ584号117頁、田頭章一・法教276号90頁、松並重雄・ジュリ1254号222頁、片岡宏一郎・金法1687号4頁、吉岡伸一・銀法623号10頁、小磯武男・金法1692号37頁（以上2003年）、下村信江・判タ1136号（2004年）88頁がある。

解すべきであり」、当該債務の担保を引き受けた「保証人は、主債務についての消滅時効が会社の法人格の消滅後に完成したことを主張して時効の援用をすることはできないものと解するのが相当である」という。この判決によって結論的には、保証人による主債務についての消滅時効の援用が否定されたわけである。その前提には、法人の解散によるその負っていた主債務の消滅と、付従性の原則に忠実になるならばそこから生じるはずの保証債務の消滅の不発生がある。

平成15年判決に先立って、自然人たる主債務者が破産免責を受けた後における保証人による時効の援用を最判平成11・11・9民集53巻8号1403頁²⁾が否定していた。また、東京高判平成11・3・17金法1547号46頁³⁾は、破産手続の終結決定によって当該法人とその負っていた債務が消滅すると説示する一方で、当該債務を担保するために存した根抵当権自体が独自に消滅時効にかかるとした。これらの判決と破産免責を受けた債権についての詐害行為取消権の行使を否定した最判平成9・2・25判時1607号51頁⁴⁾が機縁となり、破産免責の効果と担保権の存続を肯定するための構成が近時改めて学説の側で考究されることとなったのは周知のところである。

破産免責の効果を債務の消滅とみる立場（債務消滅説）は、保証債務や物的担保権の存続を肯定する破産法366条の13を政策的な理由から付従性の原則の例外を定めた規定という⁵⁾。これに対して、破産免責の効果を債権のいわゆる自然債

-
- 2) 本判決の評釈としては、池田秀雄・銀法584号52頁、岩城謙二・法令ニュース35巻5号20頁、上原敏夫・平成11年度重判ジュリ1179号136頁、工藤祐巖・NBL698号71頁、佐藤鉄男・リマークス21号146頁、中田裕康・金法1588号29頁、奈良輝久・銀法579号72頁、野澤正充・法セ548号115頁、牧山市治・金法1585号12頁、松久三四彦・判時1715号187頁、水元宏典・法教237号146頁（以上2000年）、調査官解説として、豊澤佳弘『最高裁判所判例解説民事篇平成11年度（下）』（2002年）667頁がある。
 - 3) 本判決の評釈には、田高寛貴・判タ1009号（1999年）66頁、片岡宏一郎・判タ1016号（2000年）35頁がある。
 - 4) 本判決の判例評釈として、岡本岳・判タ978号56頁、潮見佳男・金法1524号22頁、原竹裕・金判1040号54頁（以上1998年）がある。
 - 5) 中田淳一『破産法・和議法』（1959年）249、268頁、兼子一『強制執行法・破産法』（1962年）267頁、宗田親彦『破産法概説【全訂版】』（1983年）375、397頁、伊藤眞『破産免責の再構成』同『債務者更生手続の研究』（1984年）21頁〔初出、判タ429号（1981年）8頁〕、小林秀之『破産から民法がみえる』（1997年）108頁など。

務ないし責任なき債務への転化とみる立場（責任消滅説）は、付従性の原則に反することなく同条の説明が可能であるとする⁶⁾。法人が解散した事例でいえば、債務消滅説は法人解散後にその法人格が消滅したとしても担保権の存続を肯定するのに不都合を感じない。これに対して、責任消滅説ではそのために、何らかの意味での債権の存在を認定する必要が生じる。その方策としては法人格の存続が提案されるのが一般的であり、法人が解散したとしても当該法人は残債務の主体たる範囲において権利能力を保持するといわれる⁷⁾。しかし、債務主体の存在を認定することが不確定なケースは、法人が解散した場合に限られない。債務者が自然人であって、その者が相続人なきまま死亡した場合もそれに該当する。そのため、責任消滅説にはかかる場合の解決をも可能にする論理を提供する責務が課される⁸⁾。

-
- 6) 我妻栄『新訂債権総論』(1964年)485頁、位野木益雄＝中田秀慧「破産法及び和議法の一部を改正する法律の解説」曹時4巻9号(1952年)543頁、谷口安平『倒産処理法〔二版〕』(1980年)340頁、354頁、松田二郎「会社更生法〔新版〕」(1976年)405頁、菅野佳夫「消滅時効制度をめぐる論点」判タ989号(1999年)62頁、田高・前注3)68頁、中田・前注2)32頁、金山直樹「破産免責・法人破産と民法理論」國井還暦『民法学の軌跡と展望』(2002年)518頁など。
- 7) 我妻・前注6)485頁、田高・前注3)68頁、金山・前注6)527頁以下など。これに対して、山野目章夫「倒産と債権の効力の実体的変動」別冊NBL60号(2000年)166頁は、同じく付従性の原則を維持しながら、債務が主体の存在を必然的に要求すると考えることが形式論理に拘泥するものであるとして、正面から債務の主体がない債権を肯定して保証債務等の存続を構成する。
- 8) 自然人が相続人なきまま死亡した場合には、相続財産法人(民法951条)が成立することで、かかる問題が生じないと明示的に述べて、検討対象として法人解散ケースを中心に据えれば足りるとする見方も確かにある(金山・前注6)536頁注27)。しかし通説は、かかる場合には債務者が負っていた債務は消滅すると解しているため(谷口安平＝久貴忠彦編『新版注釈民法』(1989年)735頁〔久貴忠彦〕)、この通説と付従性の原則を可及的に維持するという理解を前提にする限りでは、担保権の不消滅を導くことは極めて困難といわざるをえない(債務者が相続人なくして死亡した場合の保証人と物上保証人の地位を改めて検討する必要性を説く中田・前注2)32頁も、通説を前提にした場合の問題点を懸念してのことであろう)。これに対して通説とは一線を画した有力説もある。第一に、①相続人への債務の承継自体を否定する立場がそれである。すなわち、相続財産が清算目的のために特別財団を組成し、それが法人化することで、それ自体が債務を負担することになるため、相続人は債務を承継しないと考える考え方である(近藤英吉『相続法論(下)』(1938年)727頁。限定承認との関係でこの立場を採るものとして、川島武宜『民法(三)〔改訂増補版〕』(1955年)139頁以下)。この法人は、民法951条以下で定められているものとは異なる。民法で予定されている相続財産法人は、相続人不在の場合の死亡者の財産を管理清算するための主体である。これ

破産免責の効果をめぐる議論を考察の外におくならば、学説は、自然債務といった強制力のない債権の存在を担保権の存続にとって最低限欠くことのできない要素とするかどうかで対立していたといえる。最初の平成15年最高裁判決に話を戻せば、同判決は、このような学説状況を背景に、少なくとも保証債務に関して主債務の存否に顧みることなくそれが存続する可能性があることを最高裁が明確にした点でも意義を有する。

(2) 付従性の原則の例外を論じる過去の裁判例

もっとも、一定の場合における付従性の原則の例外の承認が判例法上明示されたのは、平成15年判決が初めてのことでない。法人の解散と保証債務の存続との関係でいえば、大判大正11・7・17民集1巻460頁⁹⁾ですでにそれが承認されていた。

「保証債務ハ従タル債務ナルヲ以テ主タル債務ノ消滅シタルトキ亦同時ニ消滅スル」ことを原則とする。しかし、「主タル債務者ノ人格消滅ニ因リ主タル債務ノ消滅スル場合ニモ亦保証債務ノ消滅スルモノト為スハ保証債務ヲ認メタル法律ノ精神ニ副ハサルモノト為ササルヘカラス。蓋シ保証人ハ主タル債務者カ其ノ債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其ノ履行ヲ為ス責ニ任スルモノナルニ、主タル債務者ノ人格消滅ノ為保証債務モ亦消滅スルモノト為サハ、……保証ノ利益ヲ全然失フコトナルヲ以テナリ（句読点筆者）」¹⁰⁾。ここでは、「法律ノ精神」から付従性の原則が妥当しない、つまりその例外が承認されるべきであるといわれている。

に対して、この立場は、相続人の存在が明らかな場合にも相続財産の法人化を承認する。言うなれば、民法所定の相続財産法人が存否の不明な相続人の人格を代表するのに対して、この説によって観念される法人は被相続人の人格を代表し続ける。この見解によれば、債務者たる自然人が相続人のいないまま死亡したとしても、その財産帰属主体が消滅することはない。そのとき死亡した債務者の負っていた債務を弁済するのに十分な財産が存在しないとしても、それは債務者が生存していたときに債務の弁済資力を有していなかった状態と何ら異ならず、債務が消滅する理由もないこととなる。また、②国庫に相続人としての地位を認める見解も債務者の不存在を否定する（四宮和夫「相続人の不存在」同『民法論集』（1990年）325頁以下（初出、『家族法大系Ⅶ』（1960年）150頁）。ドイツでは、ドイツ民法1936条がその旨を定めている。そのため相続人不存在による担保権消滅という問題が生じないが、このことはすでに立法時に意識されていた（後述のII 4(2)(i)参照）。

- 9) 同判決の評釈の中では、加藤正治・法学志林25巻1号（1923年）76頁、松本丞治・法協41巻6号（1923年）1156頁などが大審院の立場を支持する。

さらには、破産法326条2項および同法366条の13と同旨を定めていた会社更生法旧240条2項(新203条2項)の合憲性に関する判断を下した最高裁昭和45年6月10日大法廷判決¹⁰⁾がこう述べていた。

保証及び物上保証は、債権者が債務者から「完全な満足をうけられない場合に備えることをその主要な目的とするものであり、会社が窮境に陥つた場合にこそ、その担保としての効用をはたすべきものである」。会社更生法旧240条2項は、「免責制度の目的および性質にかんがみ、会社債権者の犠牲と保証人等の負担する債務および責任の性質を実質的合理的に考量し、保証債務や担保権の附従性および連帯債務の連帯性に関する民法所定の原則の例外として、……更生計画が保証人等に対し影響を及ぼさないことを定めたものと解すべきである(傍点筆者)。」

この判決も、担保権が存続することを説明するために自然債務といった強制力を欠く債権に触れず、担保権の存続を例外現象として位置付けている。責任消滅説のように、何らかの債務の存在を前提にして付従性の原則を維持するという思考様式をとってはいない。最高裁が今に至るまで一貫してその判旨の字句通りに理解しているとするならば、最高裁は、仮に上記の平成9年と11年の判決で免責後の自然債務の存在を認めたとしても¹¹⁾、後者で自然債務の存在と結び付けて保証債務の存続を肯定したわけではないこととなる¹²⁾。以上のことから、判例法上、法人解散及び破産免責の場面で担保権の存続の可否を説明するために自然債務といった被担保債権の存否がその決め手とされたことはこれまで一度もないということもできる¹³⁾。

-
- 10) 民集24巻6号499頁。この事件に関しては、大村雅彦・別冊ジュリ新倒産判例百選(1990年)210頁を参照。
 - 11) 佐藤鉄男「破産免責と詐害行為取消権」白川古稀『民事紛争をめぐる法的諸問題』(1999年)602頁はこう評する。なお、水元・前注2)146頁。
 - 12) 自然債務と担保権の存続を結び付けない見解として、高橋眞「判批」銀法549号(1998年)8頁、松久・前注2)191頁。
 - 13) 下級審裁判例のほとんども自然債務を担保権の存在の基礎としていないといえる。大阪地決昭47・2・16判タ277号292頁は、主債務者たる法人が破産によって解散した事件で、大審院大正11年判決に従う。会社更生法旧240条2項で担保権に変容が生じない根拠として自然債務を挙げるものとしては、和歌山地判昭32・6・6判時115号16頁が一つ存在するに止まる。このほか、破産法366条の13や会社更生法旧240条2項に相当する規律が当然に妥当しない会社整理や任意整理で債務の免除があった場合において、それらの規定を任意整理または会社整理に準用ないし

(3) 付従性の原則を維持する理解の背景と問題点

確かに、付従性の原則が厳格に貫かれる法理ではないとの認識は一般に共有されるところである¹⁴⁾。最高裁の態度もその延長とみれば、その立場はあながち不当視されることはないはずである。例外を認めさえすれば、法人が解散した後に、ただ担保権の存続を肯定するためだけに強いてその法人格の存続を肯定する要求は生じない。それにもかかわらず、学説で多くの見解が強制力なき債権の存在を基礎に付従性の原則を維持することに努めるのはなぜか。

これは、第一に、担保権が存在し得るかどうかがこれまでしばしば自然債務の効力の問題の一つとして論じられてきたためによる。つまり、担保権の基礎となり得ることが給付保持力等と並ぶ自然債務の効力であるといわれることがある¹⁵⁾。

もう一つの理由として考えられるのが学説による同原則に対する評価である。付従性の原則が厳格に貫かれるのは法定担保物権に限られる。約定担保物権に適用される同原則は緩和され、債権なきところにも担保権は成立し得て、債権が消滅しても担保権が存続する場合もある、といわれる。ところが、そのような柔軟な付従性の原則を前提にする論者は同時に、担保の実行時に債権が存在することが付従性の最低限の要求であるとも述べる¹⁶⁾。その限りで消滅における付従性が

類推適用することの可否が問題になった先例群の存在を指摘しておかねばならない。これに数えられる裁判例も破産法366条の13や会社更生法旧240条2項に対する評価を加えているためによる。この先例群においても、それらの規定が付従性の原則に反し、例外規定であるといわれるのがほとんどである（東京地判昭51・8・26下民集27巻5＝8号552頁、札幌高判昭57・9・22判タ487号166頁、東京地判昭57・11・26判時1067号133頁、札幌高判昭61・3・31判タ603号89頁、東京地判平8・6・21判タ955号177頁。さらに東京地判平11・11・26判タ1040号292頁も同様の態度を採り、かつ、「付従性のない独立の債務」を論じる）。自然債務の存在に触れるのは、和議等の認可決定が確定したときには「債権そのものが消滅するということではなく、所謂自然債務になる。よって保証人や第三者が供した担保は和議等による影響を受けないのである」と説示する名古屋高判昭59・11・28判時1148号123頁だけである。なお任意整理に関して最高裁は、主債務につき免除のあった部分につき付従性を有しない独立の保証債務を保証人が負担すると述べたことがある（最判昭46・10・26民集25巻7号1019頁）。

14) 星野英一『民法概論Ⅱ』（1976年）345頁、内田貴『民法Ⅲ』（1996年）315頁。

15) 我妻・前注6）71頁。

16) 特に昭和46年に根抵当権が立法される前後においてたびたびみられた言及である（袖木馨＝高木多喜男『担保物権法〔三版〕』（1982年）9頁など）。ただし、かかる理解が示されることは現在あまりない（高木多喜男『担保物権法〔第三版〕』

固持されているため、このような学説の付従性観を前提にすると、終局的に被担保債権と切り離された担保権を説明することはできない。

反対に、最低限、自然債務等の存在を認めさえすれば、保証債務や物的担保権の存在を認めることができると断定できるだろうか。主債務が自然債務であれば、保証債務も自然債務になると解する方が自然であるとの批判が投げかけられている¹⁷⁾。自然債務による説明だから不具合が生じるというのならば、責任なき債務によって説明すればよいといえるだろうか。しかし、論理的には、責任なき債務に対する保証債務は、付従性の原則から保証債務も責任なき債務になると考えることもできる¹⁸⁾。責任消滅説の理解を推し進めるとしても、この問題の解決が必要となる。

2 検討範囲

本稿の検討課題は、保証債務または物的担保権の実行時において、それらによって担保されるべき債権の存在が必然的なのか、あるいは、責任消滅説のようにその必要があるとして、担保権の存続を肯定するには強制力なき債権で当然に足りるのかという点に限定される。したがって、実行時において債権が存する点では問題が生じない将来債権の担保、つまり根抵当や根保証の問題が直接の検討対象となることはない。

(1) 限定承認

対して、保証債務または物的担保権の実行時における債権の存在の要否を検討するには、免責や法人解散があった後の保証債務や物的担保権の存続だけを考察対象とするのでは不十分である。相続に際して限定承認が行われた場合もそれに含める必要がある。

(2002年) 92頁が今もそう述べる。また、鈴木祿弥『物権法講義〔初版〕』(1964年) 79頁は、抵当権の実行時において被担保債権を必要とする意味での消滅における付従性を「実行における付従性」と呼び、それを付従性の原則の「最後の一線」と表し、後に、付従性の原則とは実行における付従性のみを指すと述べるに至る(同書四版(1994年) 239頁)。なお、山野目章夫『物権法』(2002年) 174頁も、実行における付従性を消滅における付従性とは別の発現形態とする)。

17) 伊藤・前注5) 21頁、小林・前注5) 108頁など。

18) 潮見佳男『債権総論Ⅱ〔第二版〕』(2001年) 390頁。

現在は、相続人が限定承認をしたとしても、その責任の範囲が限定されるにすぎず、相続債務全額の承継が生じるとの結論に異論はみられない¹⁹⁾。そして、相続債務自体には限定承認による変更が加えられることはないため、当然に、担保権が限定承認による影響を何ら受けることはない、との考えが圧倒的多数の理解である²⁰⁾。

しかし、結論に違いはないとはいえ、過去においては責任なき債務以外の構成が提示されたこともあった。保証に関して、保証債務は主債務者の無資力によって履行がなされないことからの担保を債権者へ供与することにその目的があるとの理由から付従性の原則に反する限定承認の保証債務への影響不発生が論じられたことがある。つまり、限定承認と担保権の関係は、破産免責に関するそれと同一次元の問題として認識されていたのである²¹⁾。

(2) 消滅時効

また、被担保債権について消滅時効が完成した場合も本稿の検討対象に含めねばならない。この場合にも、被担保債権が自然債務として残存していると一般に理解されているから²²⁾、それと担保権の関係は破産免責がなされた場合のそれに類似するためによる。

-
- 19) 大判昭7・6・2民集11巻1099頁、中川善之助=泉久雄『相続法〔第四版〕』(2000年)401頁、谷口・=久貴・前注8)507頁〔小室直人〕。
 - 20) 我妻・前注6)485頁、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』(1992年)98頁、401頁、中川=泉・前注19)408頁、谷口=久貴・前注8)507頁など。しかし古くは、限定承認をした相続人は相続債務を相続財産の額の限度でのみ承継するとし、相続債務自体が制限されるため、当該債務を担保するために引き受けられていた担保権にも限定承認の効力が波及するとの見解があった(川名兼四郎「相続の単純、限定承認(二)」法協28巻12号(1910年)2107、2011頁以下)。もっとも、この債務と責任の範囲の一致を唱える立場からも、限定承認の効力が担保権に及ぶするのは法の不備であり、明文の例外規定がないためにそのような「不条理」な結果が生じることに譲歩せざるを得ないといわれていた(川名・2112頁)。加藤正治「債務と責任」法協33巻5号(1915年)784頁も、旧商法1030条の協譜契約について明文規定があることと比較して、「實際ノ必要」に反するとしながら、明文の規定がないことを理由に限定承認の結果が保証人に及ぶことを認めていた。
 - 21) 長島毅「死亡セル主タル債務者ノ相続人が為シタル限定承認ト保証人ノ債権者ニ対スル責任」法学新報28巻11号(1918年)95頁は、担保目的を根拠にして、旧商法1030条、1063条の類推適用を導く。鍛冶利一「保証債務附従性の適用なき場合につきて」新聞3202号(1930年)4頁も同旨を述べる。
 - 22) 我妻・前注6)70頁。

被担保債権の時効消滅の担保権への影響はこれまでもつばら、消滅時効の援用権者、つまり民法145条にいう「当事者」の範囲の問題として議論され²³⁾、援用を担保供与者に認める帰結で現在は一致しているといえる²⁴⁾。とはいえ、その結論の導出過程までも一致しているわけではない。

一方で、債務者について生じた時効の担保供与者による援用は、被担保債権の時効消滅と論理的にはそれに続く、付従性の原則に基づく担保権の消滅をもたらす。担保供与者による消滅時効の援用によるその解放は、被担保債権について生じた時効消滅の副次的効果であるとの考えがある²⁵⁾。他方で、時効の相対効を理由に担保供与者による被担保債権の時効の援用が当然に被担保債権を消滅させるわけではない。政策的な判断の結果として担保供与者による援用が肯定されているにすぎないとする見解もある²⁶⁾。

前者の立場から担保供与者による被担保債権の時効の援用を認めるならば、援用によって被担保債権が自然債務に転化し、それを担保権にも及ぼすことになる。援用によって被担保債権が自然債務になったから担保権もその本来の効力を喪失

- 23) 半田吉信「保証債務と消滅時効」手研334号(1982年)110頁、花本広志「保証債務の「消滅における付従性」について」一橋論叢109巻1号(1993年)81頁。
- 24) 判例と学説の状況については、川島武宜編『注釈民法(5)』(1967年)46頁〔川井健〕、森田宏樹「時効援用権者の画定基準について(一)」曹時54巻6号(2002年)1593頁以下参照。
- 25) 保証人が時効の利益を受ける当事者として、主債務の消滅時効を援用することで主債務を消滅させることが可能で、「その結果として、保証債務が「消滅に関する付従性」により消滅したことをもって、保証人は保証債務から解放される」との言及(潮見・前注18)407頁)、あるいは、「被担保債権が消滅時効で消滅すれば、付従性により抵当権は当然に消滅する」との言及(高木・前注16)294頁)は、本文の理解に基づくものといえよう。
- 26) 保証に関して、主債務の時効消滅によって保証債務も当然に付従性に基づき消滅するのかという問題と保証人が主債務の時効を援用して保証債務の履行を拒絶することができるのかとの問題の区別の必要性を述べ、その問題を一つの政策的な価値判断または利益衡量の問題であり、論理的に結論を導くことのできる問題ではないとする立場がそれである(半田・前注23)110頁、花本・前注23)86頁。塚原朋一「主債務者の時効援用は絶対効か」金判826号(1989年)2頁も、時効の相対効を強調する)。また、物的担保権に関して、幾代通『民法総則〔第二版〕』(1984年)547頁注1が物上保証人によって被担保債権の消滅時効が援用されたときであっても、債権者が(無担保の)債権をなお保有することに変わりはないと説くのも時効の相対効が前提になっているといえよう。なお、森田・前注24)1616頁参照。

すると理解しているといえる。ならば、先の責任消滅説のように自然債務といった強制力なき債権さえ存在すれば担保権は完全な効力を具備して存在し得るという理解とここでの理解の間には抵触が生じうる。後者の立場は、付従性の原則や被担保債権の存否ではなく政策的な判断を担保供与者による援用肯定の決め手としており、破産免責に関する債務消滅説と基本的な発想が類似するといえる。債務消滅説も、担保権が従前通りに存続するかどうかを政策的判断に求めるからである。

(3) 担保権の成立

最後に、近時の学説における議論は、保証債務や物的担保権の存続をいかに構成するか、つまり消滅における付従性との調和に偏りがちであるようにも思えるが、成立における付従性との関係も無視できない。消滅における付従性と成立における付従性は共に、債権なきところに担保権は存し得ないという、根を同じくする理念から導かれるものである。ならば、成立あるいは消滅における付従性に関する問題の一方を解決する理論構成は、他方をも解決可能にする可能性が大きい。従来の学説が担保権の成立と存続の可否を一括し、自然債務の効力の一つとしてしか問題認識をしてこなかったのは、そのような考え方が根底にあったためによる。逆に、成立と存続に共通の担保権の存在事由を見出せないとするならば、担保権の成立と存続段階でそれぞれ担保権の存在の可否を判断する基準が異なることを合理的に説明することが必要となる。

担保権の成立に関しては、当事者の意思次第で担保権の成立が否定される自然債務があるといわれていることに注意を要する。たとえば、自然債務に原則的に担保権の成立が可能であるとしながら、当事者の合意に基づいて自然債務が生じるときには、当該事情に応じて、保証債務も自然債務として成立するか、または保証債務ないしは物的担保権までつけたことによって主たる債務が普通の債務と認定されるかのいずれかになり得るとされている²⁷⁾。つまり、原則的に自然債務には、当事者の意思という主観的要素に関係なく担保権の成立が肯定されるが、

27) 我妻・前注6) 71頁。徳義上の債務や消滅時効にかかった債務が具体例として挙げられることもある(奥田・前注20) 91頁、石田喜久夫『自然債務論序説』(1981年) 195頁)。

自然債務の種類によっては当事者の主観が決め手になると考えられている。しかし、このような理解によるならば疑義が生じ得る問題があることを指摘しておく。

過去、旧利息制限法違反の利息債権を被担保債権とする抵当権設定登記請求権の適法性が最高裁で争われ、これは否定された²⁸⁾。また、保証に関しては、主債務の利息が利息制限法所定の利率を超過していた場合、制限利率の範囲内での利息の保証は有効であるが、それを超過した分についての保証は無効であるとの大審院判決が下されている²⁹⁾。

旧利息制限法2条は制限超過利息について、単純に「無効」とするのではなく、「裁判上無効」と規定していたので、それが自然債務の存在を承認する規定のように理解されもしていた。しかし、これらの判決で争われた事案では、制限利率を超過する部分についての担保権の成立を否定するという結論に至るまでに保証人あるいは抵当権設定者の主観を問題にする必要があるか。およそそのような理解が呈せられることはないであろう。債務者自身が制限超過の事実を知っていたとしてもその債務から免れ得るならば、担保供与者がその事実を知っていたときであっても、その責任から解放されるというのは当然である。

確かに、制限超過利息債権が自然債務でないと考えれば問題は生じない。しかし、現行法下での解釈でも、制限超過利息債権も自然債務とする見解は少なくない³⁰⁾。この立場からは、保証人や抵当権設定者の主観の態様によっては、制限超過利息債権の担保も可能であるとの帰結に陥りやすいように思える。この疑問を解消するため、主観的要素が問題となる自然債務の類型やその理由が検討に付さねばならない。

以上の通り、本稿は、担保権が存在するための最低条件を考察の目的とする。従来の学説では自然債務の効力の派生的な一問題とされがちであったということはすでに述べた。本稿もまた、自然債務が存在するとされる場面を主要な検討対象とする。しかし、自然債務概念に関しては、それには多様なものが含まれるた

28) 最判昭30・7・15民集9巻9号1058頁。本判決の評釈としては、遠田新一・民商33巻6号(1956年)96頁、瀬川信久・法協95巻4号(1978年)797頁、森泉章『判例利息制限法〔二版〕』(1978年)884頁がある。

29) 大判大1・11・28民録18輯1010頁、大判大8・2・6民録25輯276頁。

30) 我妻・前注6) 70頁、加藤雅信「自然債務」法教277号(2003年)81頁。

めにそれを「有害無益」な概念とする見解がある³¹⁾。自然債務を否定的に理解する立場が存在する以上、担保権の存在を肯定するための条件を検討するには自然債務概念を当然の出発点とすることはできない。また、本稿は自然債務概念の有用性自体には関心をもたない。そこで本稿は、自然債務の効力というマクロな視点に立脚せず、自然債務概念に左右されることのない担保権の存在条件というミクロな問題設定を行うことで、従来の議論では明らかにされなかった点の解明を試みる。

3 比較対象としてのドイツ法の意義

ところで、現在の最高裁の立場に大きな影響を与えたと目される大正11年の大審院判決が付従性の原則の例外を認めた理由は何に求められるのか、との問いを立てるならば、その答えは比較的明瞭である。その判決は、大正11年というまさにドイツ法学説の継受の時代に下されたものであった。学説の側ではその判例を支持するにあたり、ドイツの法学者の見解が引用されたこともあり³²⁾、現にドイツではその当時から現在に至るまでいくつかの事例群において付従性の原則の例外が認められている。かかるドイツにおける理解は、日本法の構成としても十分に成立し得るとの評価がなされたこともあった³³⁾。そこで、本稿の課題の解決にはドイツ法における議論状況を知ることが不可欠なように思われる。また、自然債務や責任なき債務といった基礎的概念の多くをドイツ法に負っているという事実からもドイツ法を比較対象とすることの意義を認めることができよう。

そこで以下では、ドイツ法での債権と保証債務及び物的担保権の関係を検討し、そこから日本法への示唆を得たいと思う。さしあたってここでは、ドイツ法を素材とすることの許容性とその限界を確認する意味で、ドイツで説かれる付従性の原則を簡単に示しておく必要がある。

31) たとえば、川島武宜『債権法総則講義第一』(1949年)55頁。最近では、大久保邦彦「自然債務否定論」奥田還暦『民事法理論の諸問題(上)』(1993年)の特に321頁が自然債務の有用性を否定する。

32) 鍛冶・前注21)4頁が、デルンブルクの見解(後述Ⅱ4(2)(i)参照)を引き合いに出す。

33) 磯村哲「債務と責任」谷口知平=加藤一郎編『民法演習Ⅲ』(1958年)9頁。

日本法と同様に、現在のドイツ法でも付従性³⁴⁾の原則 (Grundsatz der Akzessorietät) が保証債務、質権、抵当権といった担保権に妥当することは、ほとんど異論をみない理解である。たとえばメディクス (Medicus) は、成立、消滅、帰属、範囲、貫徹における付従性を付従性の代表的な発現形態としてあげる³⁵⁾。

ドイツで付従性は、保証債務と他の人的担保、あるいは、質権及び抵当権と他の物的担保の区別の標準とされる。保証債務は付従性を帯びている点で、連帯債務や損害担保債務といった他の人的担保と異なる³⁶⁾。また、抵当権以外にも、不動産担保は土地債務によって行われることが可能であるところ (保全土地債務)、両者は付従性を具備するか否かで制度上の区別がなされる、といわれる³⁷⁾。つまり、付従性を有する担保権とは、質権、抵当権及び保証債務のみを指す。これら以外の担保権は付従性を有さない。したがって、譲渡担保権などの非典型担保にも付従性の原則は妥当しないとされる³⁸⁾。日本の通説は、非典型担保にも付従性

-
- 34) しばしドイツでは、担保権が債権に付従する状態を指して、あるいは「付従性」の代替語として、依存や依拠 (Anlehnung, Abhängigkeit) という言葉が用いられている。付従と依存は、同一の意味を指す語として用いられるのがほとんどの場合ではあるが、常に同じ意義で用いられているわけでもない (たとえば過去に遡れば、ライヒェルは、「付従性は依存性の特殊なケースにすぎない。…いかなる付従性も依存性であるが、しかし、いかなる依存性も付従性であるというわけではない。」と述べていた (Reichel, Die Schuldmitübernahme, 1909, S. 46 f.))。そこで本稿でも Anlehnung, Abhängigkeit の訳語としては「依存」や「依拠」という語をそのまま用いていく。
- 35) Medicus, JuS 1971, 497, 498 ff. 帰属における付従性は、日本での移転における付従性 (= 随伴性 (Mitlaufgebot)) に相当する。範囲における付従性は、保証債務等がその態様において主債務よりも重いことは許されず、また主債務の内容に変更が生じたときには保証債務等の内容もそれに応じて変更することを、貫徹における付従性は、債務者が有する抗弁権を保証人または物上保証人も援用することができることを意味するとされている。したがって、「日本での付従性の原則に関する一般的な理解と一致するといっても過言でないであろう (たとえば保証に関して、於保不二雄『債権総論 [新版]』(1972年) 254頁の列举と比較せよ)。
- 36) Staudinger/Horn, 1997, Vorbem. §765 ff. Rn. 18.
- 37) ドイツ民法1192条の規定が両制度の違いを明確にするとされる。同条は、「土地債務には抵当権に関する規定を準用する。但し、土地債務が債権を前提としないために別段の結果を生ずるときにはこの限りでない。」と定める。この規定からも明らかのように、抵当権は付従性によって債権と直接に結合せしめられているのに反して、土地債務は債権に結合せしめられることが必然的ではなく、付従性を有しない物権として制度化されている (Vgl. Baur/Sturmer, Sachenrecht, 17. Aufl., 1997, S. 398 f. u. 505)。
- 38) この点については注186) 参照。

の原則が妥当すると理解しているため³⁹⁾、この点で日独間の付従性の理解に差異がある。

以上の事情から、付従性の原則を問題とする本稿にとって、保証債務、質権及び抵当権をドイツ法の検討対象に限定するのが課題の解決に効率的であろう。そのため、ドイツ法における連帯債務や土地債務といった付従性を有さないとされる担保権についての全般的な言及を行うことはない。それらについては、保証債務等を相対化する上で最小限度欠くことのできないと思われる点にしか触れない。反対に、日本法に関する検討も、ドイツ法から直接的な示唆を得ることが可能な、先取特権や留置権を除いた、質権及び抵当権の典型担保物権と保証債務に控える。本稿で「担保権」という術語を用いる場合も、保証債務、質権及び抵当権の三つを念頭に置いてのものである。叙述は次のように進行する。

4 叙述の概観

あらかじめドイツ法での議論を検討し(Ⅱ・Ⅲ)、次いでそこから得た示唆を基礎に日本法の検討を行う(Ⅳ)。ドイツ法の検討に際してⅡ章ではドイツ通説の理解を検討していくが、最初にドイツ普通法学説を簡単に示す。それが現在に至るまでのドイツ法学説の基礎であるというだけでなく、とりわけ担保権制度についての理解が現在のそれと異なるという理由からも無視することはできない。その後、ドイツ民法典制定後の議論として、担保権成立の問題を検討する。そこでは、自然債務を被担保債権とする担保権の成否を概観する。その延長として、まずは一般に自然債務が存在すると理解されている状況下での担保権存続の可否を検討する。とはいえ、ここでは自然債務の存否が必ずしも担保権の存続のための要素とされていない。その理論状況の解明には、ドイツ民法典制定前後からの

39) 星野・前注14) 345頁、山野目・前注16) 174頁。

40) 当時 Pfandrecht は、占有質 (pignus) と非占有質 (hypotheca) の上位概念として捉えられていて、しばし占有質及び非占有質は、動産と不動産のいずれに対しても設定可能であった(占有質と非占有質の関係については、Kaser, Römische Privatrecht, 16. Aufl., 1992, §31 S. 142 (柴田光蔵訳『ローマ私法概説』(1979年) 245頁以下)、柚木=高木・前注16) 89頁、164頁以下で簡潔に紹介されている)。そのため、ドイツ民法典制定前の議論において Pfandrecht が用いられているときには、単に「質権」という訳語を当てておく。

議論と現在に至るまでの判例法理の展開を眺めることが必要である。

Ⅲ章では、ドイツ通説とは異なるアプローチから担保権の存続の可否の判断基準を提示する立場をそれぞれ紹介し、これに検討を加える。ここで通説と異なる立場とは、付従性の原則自体を否定する見解、あるいは付従性の原則の理解の態様において通説との開きがある見解を意味する。否定説の代表とされるのがヘック (Heck) である。そこで、ヘック説を紹介し、彼の前後に唱えられた説との比較を行っていくのが理解を容易にするであろう。ここで紹介する見解が付従性に関して体系的な理解を提供しようと試みていることからして、日本法の解釈にも得られるところは大きいと思われる。

Ⅱ ドイツ法における通説的立場からの債権と担保権の關係の理解

1 ドイツ民法典制定前

普通法学説では、質権 (Pfandrecht⁴¹⁾) に関しても⁴¹⁾、あるいは保証債務に関しても⁴²⁾、その属性として付従性は一般に承認される場所であった⁴³⁾。とりわけ質権の付従性は全般的に認められていた⁴⁴⁾。プフタ (Puchta) やイエーリング (Jhering) らは、被担保債権を質権にとっての必須条件 (conditio sine qua non)⁴⁵⁾ または存在条件 (Existenzialbedingung)⁴⁶⁾ であると称していたほどである。これに対して保証債務の付従性についての理解は、質権のそれと比べると、現在

41) Vgl. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, 14. Theil, 1843, § 864 S. 40; Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1860, §66 S. 514 f.; Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 1, 7. Aufl., 1863, §364 S. 799; Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes nach römischem Recht, 1873, S. 190; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 7. Aufl., 1891, §225 S. 673.

42) Vgl. Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, 1850, §6 S. 19 f.; Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, 1870, §8 S. 89 ff.; Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts, 1894, §5 S. 75 ff.

43) 質権と保証債務が共に付従性を具備していることの根拠として挙げられる法源が D. 46, 3, 43 (「債務が解放されたときには、常に付従物 (accessio)、たとえば保証債務、非占有質、占有質も解放される」) である (vgl. Mincke, Die Akzessorietät des Pfandrecht, 1987, S. 34; Bekker-Eberhard, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, 1993, §5 S. 127)。

のドイツや日本におけるものとは開きがある。とはいうものの、質権と保証債務のいずれについても被担保債権に対して付従する性質が承認されていたため、付従性の原則と自然債務 (obligatio naturalis) の均衡をいかにして図るかが当時においてすでに議論の対象となっていたことに違いはない。

(1) 質権

自然債務を被担保債権として質権が成立し、存続し得るということは、明確にこれを肯定する法源⁴⁷⁾が存在したために、永く自明視されていたようである⁴⁸⁾。しかし、議論は19世紀に入って動く。自然債務を被担保債権として質権が存在し得るとしても、かかる場合の質権と、通常の訴求可能な債務を担保するために設定された質権とは区別される必要があるとの見解がヴェーバー (Weber) 等によって展開された。

ヴェーバーを先駆とするこの立場は、質権に基づく訴権 (actio) を否定する。つまり、自然債務を担保するために質権が設定された場合、当該質権が占有質ならば、それになお留置的権能を承認することは可能である。自然債務を被担保債権とする質権も成立し得ることを述べる法源はこの意味で理解すれば説明できる。しかし、かかる場合の質物の強制的な換価は許されないとする⁴⁹⁾。

44) たとえばデルンブルクがその質権論で行った検討対象の限定にその傾向を明確に見て取ることができる。デルンブルクは、①質権が成立するための要件、②質権によって担保され得る被担保債権の範囲、③債権譲渡に伴う質権の移転性、④消滅に関する質権の債権との運命共有性について、その検討の必要性を述べる (Dernburg, a. a. O. (Fn. 41), §66 S. 514 f.)。それらはそれぞれ、成立、範囲、帰属、消滅における付従性としてメディクスが近年に列挙したものと重なる。メディクスが列挙したものの中でも、貫徹における付従性が欠けているようにも思える。しかし、デルンブルクは、被担保債権に対する抗弁権が質権に対していかなる影響を有するのかというその問題を①のいかなる債権のために質権が成立することが可能であるか、という観点の下に位置付けていたため、実質的にメディクスの分類と同じ理解にあったと言ってよいであろう (vgl. Mincke, a. a. O. (Fn. 43), S. 75)。メディクスの理解が日本の通説と類似している理由もデルンブルクに代表される学説の影響が日本法に大きかったという点に求めることができるのかもしい。

45) Puchta, Pandekten, 8. Aufl., 1856, §194 S. 297 f.

46) Jhering, JheringsJb., Bd. 10, 1871, S. 484.

47) D. 20, 1, 5 pr.; D. 20, 1, 14, 1.

48) Vgl. Weber, Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtliche Wirkung, 1811, §107 S. 463 f.

そう理解することの主な根拠は次のものである。第一に、主たる被担保債権よりも従たる質権が強力であることは付従性に反し概念矛盾である。第二に、自然債務について通常の効力を伴う質権の成立を認めたとすれば、法が被担保債権に訴権を否定した趣旨を無意味にする極めて簡易な脱法手段を承認することになってしまう⁵⁰⁾。

この訴権否定説に対して通説は、自然債務を被担保債権とする質権にも訴権を肯定する⁵¹⁾。その反論は概ね次のようなものである。

手段という観点において、質権が債権より強力であってはならないということは付従性から当然に導かれない。質権の意義は自然債務にこそ認められるべきである⁵²⁾。法が禁じているために自然債務に位置付けられているわけではない狭義の自然債務、すなわち、万民法によるならば完全な効力を有するはずの自然債務は、訴求可能な質権によって十分に担保され得る⁵³⁾。

自然債務に質権の成立を認めることによって概念矛盾が生じるかどうかはさておき、ここでは、肯定説の側から質権の成否に関する一つのメルクマールが提示

- 49) Weber, a. a. O. (Fn. 48), §107 S. 463 ff.; Glück, a. a. O. (Fn. 41), §864 S. 40 ff.; Holtius, Abhandlungen Civilistischen und Handelsrechtlichen Inhalts, 1852, S. 26 ff. したがって、この理解によれば、自然債務を被担保債権として非占有質が設定されたときには質権者には質権に基づく権能が何ら帰属しないこととなる。
- 50) この訴権否定説は、法源との整合性という観点で次のことを指摘する。すなわち、マケドーン元老院議決は家子を借主とする消費貸借を禁止する。これに反してなされた消費貸借に基づく家子の債務は自然債務であり、履行の強制は許されない(D. 14, 6, 1 pr. Vgl. Kaser, a. a. O. (Fn. 40), §39 S. 185 (邦訳320頁))。他方で、その家子が家長となった後に、かかる債務を被担保債権とする質権を設定したときには、家子は当該消費貸借が禁じられていることを主張することができないと法源(D. 14, 6, 9 pr.)が明確に述べている。自然債務を被担保債権とする質権が常に訴権を具備するならば、家子が家長になった後に質権を設定したという要件の意義を説明できなくなる。このほか、自然債務を被担保債権とする質権に留置的権能を認めることは、方式不備のために訴求が許されない利息の支払を貸主にその占有にある質物の留置で強制することを認める法源(C. 4, 32, 4)から裏付けられる、ともいう。
- 51) Thibaut, System des Pandektenrechts Bd. 2, 8. Aufl., 1834, §782 S. 302; Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts, Bd. 2, 1837, §205 S. 680; Puchta, a. a. O. (Fn. 45), §194 S. 298 Fn. d; Mühlenthal, Lehrbuch des Pandectenrechts, Bd. 2, 4. Aufl., 1844, §330 S. 262 f.; Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 1879, §366 S. 632 Anm. 1; Windscheid, a. a. O. (Fn. 41), §225 S. 675 f.
- 52) Dernburg, a. a. O. (Fn. 41), §72 S. 537 ff.

されていたという点に注目したい。つまり、訴権否定説は、全ての自然債務について訴権を具備する質権を否定していた。その一方で、訴権肯定説は、全ての自然債務について訴権を具備する質権を肯定しようとするわけではない。換言すれば、法が禁じるために自然債務とされる広義の自然債務についてまでも、訴権否定説と帰結を共にすることを否定しない。あくまで肯定説が訴権を具備する質権を肯定する際に念頭におく債権は、本来、通常の債権とされるはずの狭義の自然債務に限られていた。

(2) 保証債務

以上の質権と自然債務の関係をめぐる議論は、その成立における付従性と消滅における付従性という二面を区別して展開されたものではない。これに対して保証債務についてはその区別が行われていた。

確かに、一義的に述べる法源が複数存在していたこともあったためによろしくが⁵⁴⁾、自然債務について有効な保証債務は成立するとされ、このとき、一般に認められていた保証債務の成立の付従性との抵触は生じないとの考えが通常であった⁵⁵⁾。

しかし、消滅における付従性は当然視されず、むしろ、それを否定するのが支配的な見解であったと評されている⁵⁶⁾。保証債務は、付従性のために成立におい

53) Schilling, a. a. O. (Fn. 51), §205 S. 680 ; Dernburg, a. a. O. (Fn. 41), §72 S. 539 f. ; Vangerow, a. a. O. (Fn. 41), §364 S. 800 ff. 肯定説は、方式不備のために訴求不能な利息債務についても留置的権能を承認する法源は、自然債務を担保するための質権には留置的権能しか認められないということを当然に証しない。つまり、その法源は、留置的権能を殊更に肯定しているだけで、訴権を絶対に排除する趣旨のものとして理解する必然性はない、という (Francke, *Civilistische Abhandlungen*, 1826, S. 83 ; Dernburg, a. a. O. (Fn. 41), §72 S. 539 f.)。また、肯定説は、強制的に債権者が債務者の遺産を相続させられた場合であっても、セルヴィウス訴権 (actio Serviana) が依然として債権者に認められる旨を述べる法源 (D. 36, 1, 59pr.) を指摘する。セルヴィウス訴権とは、質物占有者からの占有の獲得または失われた占有の再取得を質権者に可能にする対物訴権である (vgl. Kaser, a. a. O. (Fn. 40), § 31 S. 147 f. (邦訳255頁))。かかる場合にセルヴィウス訴権が債権者に法源で認められている理由は、相続によって債務者の地位を債権者が承継したとしても、自然債務が存続し、それを担保するために質権が存続しているからである。つまり、この法源は、自然債務を被担保債権とする質権にも、留置的権能以外に、セルヴィウス訴権、すなわち、通常の質権の権能が付与されていることの証拠といえるとする。

54) D. 46, 1, 6, 2 ; 46, 1, 7 u. 16, 3.

て主債務を必要とするが、その一方で、主債務がなくとも存続し得る、との見解がギルターナー (Girtanner) らによって説かれた。彼らは、現在、消滅における付従性として説明されている保証債務の消長を、付従性ではなく、その共同連帯性 (Korrealität) から導いた⁵⁷⁾。

この立場からは、たとえば相続人なき主債務者が死亡した場合における保証債務の存続を述べる法源⁵⁸⁾は、連帯債務者の一人が死亡しても他の連帯債務者が解放されないのと同様の帰結として説明すれば足りる。主債務なき場面で保証債務の存続を肯定するこの説にあっては、保証債務存続の可否の判断には自然債務の存否が大きな比重を占めることはなかった。

もっとも、この理解に対する批判的な立場もあった。その一人であるデルンブルクは、相続財産法人が死者を代表しているために、主債務の消滅が生じていないという理由をもって上の法源を説明する⁵⁹⁾。この言及の前提には消滅における付従性があり、デルンブルクはその可及的な維持に努めていたのである。デルンブルクは、自然債務の存在が保証債務の存続にとっての要素とする⁶⁰⁾。

アルンツ (Arndts) も共同連帯性に批判的であった⁶¹⁾。アルンツは、主債務者の死亡と同時に保証債務も消滅してしまうのは法の精神に反するとの理由から、

55) Arndts, a. a. O. (Fn. 51), §350 S. 601; Dernburg, Pandekten, Bd. 2, 7. Aufl., 1903, § 78 S. 212; Mühlenbruch, a. a. O. (Fn. 51) §330 S. 262 f.; Savigny, Das Obligationenrecht Bd. 1, 1851, S. 49; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 7. Aufl., 1891, §477 S. 719 ff.; Geib, a. a. O. (Fn. 42), §5 S. 87 ff.; Hasenbalg, a. a. O. (Fn. 42), S. 137 ff.

56) Vgl. Samhaber, Zur Lehre von der Correobligation im römischen und heutigen Recht, 1861, §17 S. 170; Arndts, a. a. O. (Fn. 51), §350 S. 602 Fn. 4; ヴイントシャイトも保証に関して付従性という言葉を使うこと自体を避けていたといわれる (vgl. Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt, 1908, §5 S. 50)。

57) Girtanner, a. a. O. (Fn. 42), §38 S.495 ff.; Hasenbalg, a. a. O. (Fn. 42), §32 S. 632, 646; Geib, a. a. O. (Fn. 42), §6 S. 98 ff. 保証債務に共同連帯性も認められていた点は、石坂音四郎『日本民法第三編債権』(1913年) 976頁以下及び980頁注1、於保・前注35) 252頁、椿寿夫「連帯債務論序説」法学論叢62巻5号(1956年) 71頁で指摘されている。椿論文では、かかる保証債務の属性が「附従連帯」と称されている。

58) D. 46, 3, 95, 1; 16, 3, 14.

59) Dernburg, a. a. O. (Fn. 55), §82 S. 223 Fn.1.

60) Dernburg, a. a. O. (Fn. 55), §82 S. 223.

61) Arndts, a. a. O. (Fn. 51), §350 S. 602 Fn. 4.

その法源を例外として許容できると述べる⁶²⁾。その理解は、デルンブルクと同様に消滅における付従性を前提にしながら、積極的にそれを維持する必要はないとするものである。したがって緩やかな原則としての消滅における付従性を認めていたと評価できよう。

質権に関してと同様に、保証債務についても自然債務が担保権存在の基礎であるとの認識は少なからずあった。しかし、保証債務と連帯債務が連続した人的担保と考えられていたため、消滅における付従性自体が否定的にみられていた点は注意を要する。

2 担保権成立の可否とその理論的根拠

保証債務について一定の留保をおけば、自然債務が担保権の基礎足り得るとの理解がドイツ民法典制定前における一般的な理解であった。しかし、結論から先にいえば、現在のドイツの学説においては、むしろ反対の立場が優勢であるかのような議論が展開されている。つまり一般に、講学上、自然債務 (Naturalobligation) または不完全債務 (unvollkommene Verbindlichkeit) と称される債権⁶³⁾の存在は担保権の存在を肯定するには不十分であるとの原則論が立てられている。

形式的ではあるが、その論拠として挙げられているのが、民法765条1項、1113条1項又は1204条1項のそれぞれが、債務 (Verbindlichkeit) または債権 (Forderung) を担保することに保証債務、抵当権又は質権の意義があると定めている点である。つまり、それらの規定で用いられている債務や債権という言葉は、法上の債権に限られ、自然的なそれをも含んだものとして用いられていない

62) Arndts, a. a. O. (Fn. 51), §357 S. 619 Fn. 3.

63) メディクスによれば、しばしば、自然債務と不完全債務の概念はほとんど同義に用いられているとされる (Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1998, §3 S. 11 Rn. 24)。そこで本稿では、不完全債務という語を以下で用いない。

64) Soergel/Häuser, 1985, §762 BGB Rn. 5. ドイツでそのような理解が原則と考えられていることは、取引所法 (Börsengesetz, RGBl. [1908] I 215) の規定に関する学説の評価からもうかがえる。取引所法64条1項1文では、同法63条で禁じる先物取引によって債務が生じることはないとしながら、しかし、かかる行為は完全に無効な (nichtig) 行為ではない。なぜなら、同法64条2項によって、禁じられた先物取引に基づく給付物の不当利得返還請求が否定されているからである (Schwark, Börsengesetz, 2. Aufl., 1994, §64 Rn. 2)。禁じられた先物取引からは、

といわれる⁶⁴⁾。

しかし、その理解は原則論であって、これには多くの修正が加えられている。その議論状況を明らかにすることが本節の以後の課題となる。

(1) 自然債務を被担保債権とする担保権の成立に関する原則論

自然債務を担保するための担保権成立の可否及びその根拠が論じられるとき、その典型例とされるのが、自然債務の典型とされる婚姻仲立 (Heiratsvermittlung) 及び博戯 (Spiel)・賭事 (Wette) に基づく義務⁶⁵⁾と担保権の関係である。

法文の状況はというと、ドイツ民法典は、婚姻の仲立をしてその報酬の支払を約束することによって、あるいは、博戯・賭事によって債務が生じないとの定めをそれぞれ置いている (民法656条1項1文、762条1項1文)。その一方で、婚姻仲立等に基づく給付は、債務の不存在を理由にその返還請求を行うことができないとも規定する (民法656条1項2文、762条1項2文)。ここから、たとえばラーレンツ (Larenz) は、法は婚姻仲立等によって債権が発生しないことを予定しているのであって、自然債務を認める必要はないという⁶⁶⁾。しかし、自然債務の発生を肯定するのが伝統的な見解である⁶⁷⁾。

自然債務が発生する。そして、同条1項2文は、同項1文に基づく先物取引の無効 (Unwirksamkeit) が担保の設定にも及ぶとしている。ここから、自然債務を被担保債権とする担保権は完全な効力を伴って成立しないというのが法の態度であり、また、原則でもあるということが導かれる (RGZ 52, 362 [364] (Urt. v. 25. 10. 1902); Staudinger/Engel, 2002, §762 Rn. 11; Soergel/Habersack, 2001, §1204 Rn. 20)。他方で、先物取引能力なき当事者によって行なわれた先物取引は、同法53条に基づき禁じられてはいるが、無効 (Unwirksamkeit) な行為であると定められている。そのため、自然債務しか生じない。それにもかかわらず、同法54条は一定の要件下でのかかる自然債務の担保も可能であるとする。これは、実定法規範に起因する例外である (Planck/Flad, 1928, §1204 BGB Anm. 2 b; Staudinger/Wiegand, 2002, §1204 Rn. 15)。なお、1989年の改正法 (BGBl I 1412) によって、取引所法53条は変更を受け、54条は廃止された。そのため、現行法によると、先物取引能力なき者によって提供された担保は、常に不当利得法理に服し、返還請求の対象となる (Schwark, a. a. O., §54)。

- 65) 本稿では独立して取扱わないが、民法763条2項は、国の許可がない富くじまたは当たりくじの契約を、あるいは、民法764条1項は、定期取引を博戯に準じさせているため、これらの義務にも762条の規律する博戯または賭事に基づく義務について述べるのが妥当である。なお、民法764条の定期取引に該当する行為は、取引所法のために、商品取引所外での取引に限定されるといわれている (MünchKomm/Habersack, 1997, §764 BGB Rn. 5)。
- 66) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Aufl., 1987, §2 S. 20 f.

そして、主債務が自然債務である以上、保証債務も自然債務になるというのが通説⁶⁸⁾の見解である。判例も、保証人の負う債務も自然債務であるから、それが強制力を具備することは許されない⁶⁹⁾。しかし、自然債務を担保するために保証を引き受けた者が任意に給付を行った場合、その給付されたものの返還が請求されることは許されない。とはいえ、給付を行う前であれば保証人は、主債務者と同じく、債務なき旨を主張することができる、とする⁷⁰⁾。

それら自然債務のために質権が設定された場合はどうか。質権が成立しないとの帰結に異論はみられない。質権が成立し得る債権とは、原則的に、通常の効力を有する債権でなければならないといわれている⁷¹⁾。強制力なき債務のために保証の引受があったときには、強制力なき保証債務が成立するとの論理によると、質権についても、法的な強制の不能な質権が成立するとの結論に至る方が自然であるように感じられる⁷²⁾。しかし、かかる換価権を伴わない質権は、質権としての本質を欠くため、そもそもその存在が否定されるといわれる⁷³⁾。

これに対して、自然債務を担保するために抵当権が設定された場合にも、質権と同じく、物権が全く生じないのかといえ、必ずしもそのようなことはない。抵当権は民法1163条1項1文及び1177条1項1文⁷⁴⁾に基づき、所有者土地債務

67) Vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1, 8. Aufl., 1995, §7 S. 123; Schlechtriem, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1997, S. 7 Rn. 11; Medicus, a. a. O. (Fn. 63), § 3 S. 11 f. Rn. 24. 本稿の課題から離れたドイツ法における自然債務に関する問題は、さしあたって石田・前注27)に委ねる。

68) Erman/Seiler, 2000, §765 BGB Rn. 3; MünchKomm/Pecher, 1980, §762 BGB Rn. 24; Palandt/Thomas, 1997, §765 BGB Rn. 8; Soergel/Mühl, 1985, §765 BGB Rn. 16; Engel, a. a. O. (Fn. 64), §762 BGB Rn. 11; Staudinger/Horn, 1997, §765 BGB Rn. 89; Palandt/Sprau, 2002, §762 BGB Rn. 5.

69) RGZ 38, 251 [252] (Urt. v. 10. 10. 1896); 47, 48 [52] (Urt. v. 25. 4. 1900); 140, 132 [136] (Urt. v. 16. 3. 1933); KG NJW 1956, 1481 (Urt. v. 19. 3. 1956).

70) RGZ 52, 39 (Urt. v. 18. 6. 1902). Vgl. RGZ 134, 126 [130] (Urt. v. 5. 11. 1931). 自然債務の観念を否定するラーレンツにあっては、当然に、ここでも自然債務として成立する保証債務の存在を認めていない (Larenz, a. a. O. (Fn. 66), S. 20 f.).

71) Flad, a. a. O. (Fn. 64), §1204 BGB Anm. 2 b; MünchKomm/Damrau, 1997, §1204 BGB Rn. 16; RGRK/Kregel, 1996, §1204 BGB Rn. 8; Habersack, a. a. O. (Fn. 64), §1204 BGB Rn. 20; Wiegand, a. a. O. (Fn. 64), §1204 BGB Rn. 16.

72) 実際にかつて19世紀初頭にヴェーバーによってそのような見解が提唱されていたことはすでに述べた。

73) Bekker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 43), §13 S. 323.

(Eigentumergrundschild)として土地所有者に帰することになるとされる⁷⁵⁾。つまり、確かに債権者に帰する抵当権という意味での物権は生じないが、物権が全く生じないというわけでもない。

保証債務は強制力なき債務として成立し、質権はそもそも成立することがなく、抵当権は担保権としては物権が成立しないとされる違いはある。しかし、債権者の下で本来の効力を有する担保権が自然債務には成立しない、という意味で説かれているところは共通する。生じている帰結の違いは、制度間の差異に起因するものであるにすぎない。そこで、以下で担保権の成立が肯定されるというときは、通常の債権を被担保債権としたときと同一の効力を有する担保権の成立が認められていることを意味し、その成立が否定されるというときは、その反対を意味することにする。保証債務が自然債務として成立し、あるいは抵当権が所有者土地債務として成立すると逐一述べることは避ける。

(2) 自然債務を被担保債権とする担保権の成立に関する個別的論点

比較的明確な論理によるため、婚姻仲立等に基づく自然債務について展開されている原則論の理解は容易である。しかし、その一方で有効に担保権の成立が認められる自然債務を区別する必要性も併せて主張されている⁷⁶⁾。そこで、ここまで紹介してきた「建前」がどの程度維持されているのかを確認する必要がある。

(i) 原則論の範囲にある自然債務

民法817条は、受領者が給付を受領することで法律の禁止または善良の風俗に反する場合、かかる給付の支払は法で強制されることが許されず、また、一度給付されたものの返還を強制することも許されないと定める。確かに、そのような給付の支払または返還義務を自然債務と解した場合の帰結と同条の定めは一致す

74) 民法1163条1項1文「抵当権の設定された債権が成立しなかったとき、抵当権は所有者に帰する。」同1177条1項1文「債権が所有者に属せずに抵当権が所有権と共に同一人に帰するとき、抵当権は土地債務に変更する。」

75) Habersack, a. a. O. (Fn. 65), §762 BGB Rn. 18; Engel, a. a. O. (Fn. 64), §762 BGB Rn. 11; Sprau, a. a. O. (Fn. 68), §762 BGB Fn. 5. Vgl. RGZ 68, 97 [103 f.] (Urt. v. 5. 2. 1908). ドイツにおける所有者土地債務に関しては、鈴木祿弥『抵当制度の研究』(1968年)の特に170頁参照。

76) Seiler, a. a. O. (Fn. 68), §765 BGB Rn. 3; Palandt/Bassenge, 1999, §1204 BGB Rn. 7; Kregel, a. a. O. (Fn. 71), §1204 BGB Rn. 8.

る。しかし現在、それらが自然債務と評価されているかといえば、むしろその反対の傾向にある。同条は、単に、当事者が法律または公序に反する活動を行っている場面において、国家によるその強制力発動が拒絶されるという結果から導かれる規定であるにすぎないといわれている⁷⁷⁾。

そのため、ここで自然債務を被担保債権とする担保権成立の可否の問題を検討すること自体が疑わしいと思えるかもしれない。しかし、かかる義務の担保の可否が現にドイツで論じられているため、一応紹介しておけば、当該給付の担保が許されないという帰結に異論は見当たらない。婚姻仲立等に基づく自然債務と同一扱いを受けていることは少なくない⁷⁸⁾。

(ii) 担保権成立の可否が争われている自然債務

多くの論者が、この原則論と、担保権の成立可能な自然債務との区別の必要性を唱えていることは前記の通りであるが、その限界事例となるのが徳義上の義務であり、見解の対立がある。

民法814条後段は、徳義上の義務に基づき給付を行った者は、その給付を返還請求することができないと定める。かかる徳義上の義務も自然債務と呼ばれている⁷⁹⁾。そして、この徳義上の義務については、担保権の成立を肯定する立場が多数説であるといわれる⁸⁰⁾。肯定説からは、かかる義務が当事者によって強化されることを否定する理由は何ら存在しないということや⁸¹⁾、あるいは、かかる自然債務は法的な保護に値するということが⁸²⁾その論拠として挙げられている。

しかし、これに対して否定説も相当数見受けられる⁸³⁾。ここで否定説にある者は、自然債務には担保権が成立しないとの命題から担保権の成立を否定するに止

77) Esser/Schmidt, a. a. O. (Fn. 67), §7 S. 123.

78) Ermann/Küchenhoff/Michalski, 2000, §1204 BGB Rn. 10 ; Bassenge, a. a. O. (Fn. 76), §1204 BGB Rn. 7 ; Kregel, a. a. O. (Fn. 71), §1204 BGB Rn. 8. 給付の履行を担保することは許されないが、給付のなされたものの返還を担保するために質権を設定することは可能であるとの見解もある (Wiegand, a. a. O. (Fn. 64), §1204 BGB Rn.18)。

79) Esser/Schmidt, a. a. O. (Fn. 67), §7 S. 123.

80) Vgl. Wiegand, a. a. O. (Fn. 64), §1204 BGB Rn. 17.

81) Küchenhoff/Michalski, a. a. O. (Fn. 78), §1204 BGB Rn. 10 ; Kregel, a. a. O. (Fn. 71), §1204 BGB Rn. 8.

82) Bassenge, a. a. O. (Fn. 76), §1204 BGB Rn. 7.

まっている⁸⁴⁾。

(iii) 担保権の成立が可能であることに見解の一致がある自然債務

一致して原則論に服せしめられていた婚姻仲立等に基づく義務とは対照的に、その修正が施されること、つまり担保権の成立を肯定することで異論がない自然債務も存在する。最も多くそれが論じられるのは消滅時効にかかった債権であり、次いで倒産手続に服して減免された債権である。

a) 消滅時効にかかった債権

現在のドイツにおける通説は、消滅時効にかかった債権は消滅せずに存続すると解している⁸⁵⁾。このとき債権は自然債務として存続し、その債権から請求権が完全に奪われることはない⁸⁶⁾。民法214条1項(旧222条1項)⁸⁷⁾における、債務者は消滅時効の成立後において給付を拒絶する権利を有するとの規定にあるように、給付拒絶の抗弁権が消滅時効の効果として債務者に付与されるにすぎない⁸⁸⁾。

そして担保権の成立との関係でいえば、消滅時効が完成しても、永続的な給付

83) Flad, a. a. O. (Fn. 64), §1204 BGB Anm. 2 b; Soergel/Mühl, 1989, 1204 BGB Rn. 22; Wiegand, a. a. O. (Fn. 64), §1204 BGB Rn. 17; Damrau, a. a. O. (Fn. 71), § 1204 BGB Rz. 16.

84) ここでの見解の対立は、徳義上の義務の概念そのものに理解の不一致があることにその一因を有するのではなかろうか。すなわち、否定説を主張する者も皆、後で別に扱っている倒産手続を経て自然債務になった債務を被担保債権とする担保権の成立を認めている。他方で、肯定説を主張する者の中には、倒産手続を経て自然債務となった債務を徳義上の義務と位置付ける者もいる (Staudinger/Lorenz, 1999, §814 BGB Rn. 22)。なお、強制和議で減免された債務を、担保権の成立と存続を可能にする自然債務と呼び、また、徳義上の義務に準じるものと位置付ける判例も存在する (BGHZ 57, 78 [84] (Urt. v. 22. 9. 1971))。

85) MünchKomm/Feldmann, 1993, §222 BGB Rn. 1, §223 BGB Rn. 1; Ermann/Hefermehl, 2000, §222 BGB Rn. 1, §223 BGB Rn. 1; RGRK/Johannsen, 1982, §223 BGB Rn. 1.

86) Ennecerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht Bd. 2, 1960, S. 1432 f.

87) 2002年発効のドイツ債務法現代化法は、旧222条と現行214条の間では、消滅時効の「完成 (Vollendung)」が「成立 (Eintritt)」へと、「義務者 (Verpflichtete)」が「債務者 (Schuldner)」へとといったように表現についてのわずかな変更をもたらしたにすぎない。実質的な変容点については、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(2003年) 55頁以下参照。

88) 石田・前注27) 60頁以下で普通法學説以来の消滅時効に関する議論が紹介されている。特に67頁以下で、現行ドイツ民法典で消滅時効完成の効果が債務者への給付拒絶権付与にあるといわれるようになった過程が簡明にまとめられている。

拒絶権という瑕疵の付着を除けば、債権は依然として完全な効力を有する。そのため、かかる債権を担保するための担保権も強制可能な担保権として成立する⁸⁹⁾。消滅時効にかかった債権を担保するために新たに物的担保が供せられた場合において、担保供与者が消滅時効完成の事実を知らなかったとしても、その返還を請求することが許されないとの規定(214条2項2文、旧222条2項2文)は、債権が存続していることからの首尾一貫した帰結であり、ここに付従性の原則との抵触はない、と説明されている⁹⁰⁾。ここで債権がほぼ完全な状態であること、つまり債権の準完全性が述べられているのは、婚姻仲立等に基づく典型的な自然債務と区別するためであろう。

物的担保権と異なり、保証については明文の規律がない。そのため、保証債務の成立の可否は解釈に委ねられることとなる。この点、他の自然債務と異なり消滅時効にかかった債権を担保するために保証の引受は可能であると端的に述べるに止まるものが目立つ⁹¹⁾。しかし、その理由として、物的担保権についてと同様、債権の準完全性が述べられることもある⁹²⁾。

b) 倒産手続で減免された債権

消滅時効にかかった債権とほぼ同じ扱いを受けているのが倒産手続で減免された債権である⁹³⁾。債権が倒産手続で減免を受けた場合、これは自然債務に転化す

89) Mühl, a. a. O. (Fn. 83), §1204 BGB Rn. 22.

90) Esser/Schmidt, a. a. O. (Fn. 67), §7 S. 124; Büllow, Recht derreditsicherheiten, 6. Aufl., 2003, S. 159 Rn. 533; MünchKomm/Eickman, 1997, §1137 BGB Rn. 23; Feldmann, a. a. O. (Fn. 85), §222 BGB Rn. 1.

91) Seiler, a. a. O. (Fn. 68), §765 BGB Rn. 3; Thomas, a. a. O. (Fn. 68), §765 BGB Rn. 8. これに対して、民法214条2項2文が保証にも類推適用されるのか、つまり、消滅時効完成の事実を知らずに保証の引受が行われた場合、主債務者に帰属する消滅時効の抗弁権を保証人が援用することができるのか否かという観点から、保証引受時に主債務時効消滅の事実を保証人が認識している必要があるとする立場もある(Staudinger/Frank Peters, 2001, §222 Rn. 36)。もっとも、その理解でも引受時に保証人が消滅時効完成の事実を認識していさえいれば、消滅時効にかかった債権といえども保証の引受が許されることに違いはない。婚姻仲立に起因する自然債務に関しては、その事実を保証人が知っていたかどうかという主観的な要素が問題にされることなく、訴求力がない保証債務が成立するといわれていることと比べても、消滅時効にかかった債権が他の自然債務と区別されていることは明らかである。

92) Vgl. Horn, a. a. O. (Fn. 36), §765 BGB Rn. 89.

るといふ帰結で見解はほぼ一致している⁹⁴⁾。そして、その自然債務を被担保債権とする担保権の成立が可能であるという結論も一致して説かれるところである。しかし、その論拠は、消滅時効にかかった債権と比べると、そう明確なものではない。

判例においては、単純に自然債務の存在のみを担保権成立の理論的根拠にみているものがある⁹⁵⁾。しかし、自然債務に担保権の成立を否定する原則論に対して、その修正を正当化する論拠は示されていない。

学説の側から提示されている最も明快な論拠は、倒産手続で減免された債権の消滅時効にかかった債権との同一視によるものである。すなわち、倒産手続で債権が変容しても担保権が成立し得るのは、減免手続が債権の消滅ではなく債務者への永続的な履行拒絶の抗弁権の付与をもたらすにすぎないからであるとの説明がそれである⁹⁶⁾。

その意図するところは明確ではないが、この説よりも多くみられるのが、消滅時効にかかった債権と倒産手続において変容を受けた債権との類似性を論じる見解である⁹⁷⁾。ここで同一性ではなく、類似性を述べるのは、消滅時効の効力とは異なり、明文の規定で給付拒絶権の付与が定められていないからであろう⁹⁸⁾。い

93) 債権の減免手続を定める規定には旧法下では破産法 (Konkursordnung) の173条以下の強制和議 (Zwangsvergleich) と和議法 (Vergleichsordnung) の和議 (Vergleich) があつた。これらの手続は1994年に倒産法 (Insolvenzordnung) が公布されるに至つて、同法の217条以下の倒産計画 (Insolvenzplan) の手続に統廃合された。また、その改正に伴い、新たに破産免責制度が導入されている (倒産法286条以下)。

94) RG JW 1909, 361 (Urt. v. 29. 4. 1909); RGZ 78, 71 [77] (Urt. v. 6. 12. 1911); 153, 342 (Urt. 8. 2. 1937); BGH WM 1968, 39 [40] (Urt. v. 30. 10. 1967); BGHZ 118, 70 [76] (Urt. v. 9. 4. 1992); Häsemeyer, Insolvenzrecht, 1992, S. 631; Kuhn/Uhlenbruck, 1994, §193 KO Rn. 8; Kilger/Schmidt, 1997, §193 KO Rn. 4, §82 VerglO Rn. 3; MünchKomm/Huber, 2002, §254 InsO Rn. 5; Eickmann/Landfermann, 1999, §301 InsO Rn. 1.

95) BGHZ 31, 174 [180] (Urt. v. 17. 11. 1959); 57, 78 [84] (Urt. v. 22. 9. 1971).

96) Mühl, a. a. O. (Fn. 83), §1204 BGB Rn. 22.

97) Damrau, a. a. O. (Fn. 71), §1204 BGB Rn. 18; Wiegand, a. a. O. (Fn. 64), §1204 BGB Rn. 17. 自然債務の観念を前提にしないラーレンツも、消滅時効にかかった債権と倒産手続でその効力を一部失つた債権が類似する関係にあるという (Larenz, a. a. O. (Fn. 66), §2 S. 20)。

98) むしろ、破産法196条と197条では、通常ならば「免除」と訳出すべきである「Er-

かなる点で類似しているのが明らかにされていないため、その正当化根拠は曖昧に感じられる。

(3) 担保権の成立に関するまとめと検討

ここまでのことから、次のことが確認された。

自然債務への担保権成立の可否が論じられるとき、確かに自然債務に担保権が成立することはできないとの原則論が説かれている。しかし、これが絶対的に貫かれることはない。担保権の成立可能な自然債務も存在するというのもあわせて説かれている。結局、自然債務ごとに担保権の成立の可否が判断されている状況にある。原則論は、積極的な担保権の成立否定の論拠の提示を省くための道具として用いられているだけであり、その有用性は疑わしい⁹⁹⁾。

担保権の成立を肯定する際の判断基準を振り返ってみると、徳義上の義務や倒産手続で減免された債権についてみられたように、曖昧な根拠が目立つ。保護に値するといわれていたが、他の自然債務と比べ、どの点で保護に値するかは述べられない。しかし、普通法学説における議論との比較から次の考えに至ることは可能である。

普通法学説時代と現在の通説の理解とで、自然債務を被担保債権とする担保権の成否に関する原則論がドイツ民法典制定の前後で逆転している。これは、当然のことながら、想定する自然債務が違う¹⁰⁰⁾ことによる。

ドイツ民法典制定前の通説が自然債務の典型としたのは、狭義のそれであり、本来、通常の債権と同様の保護に値するが、実定法の不備により自然債務に位置付けられるものであった。これに対して、現在の通説が自然債務の典型とするのは、婚姻仲立等に基づくそれであり、積極的な法的保護に値しないと法で明言さ

lass]という文言が用いられていたことから、強制和議の効力を、給付拒絶権の付与というよりも、債権の消滅と解することに傾きさえもする。実際に文言に忠実な解釈をしようとする理解が、たとえば後述のヴェスターカンプの言及にあらわれている(後注133)参照)。

99) たとえば、エンネクツェルス・レーマンは、「とりわけ消滅時効にかかった債務といった自然債務であっても完全な効力を具備する保証がなされることは可能であるが、しかし博戯、賭事、あるいは定期取引及び婚姻仲介に基づく債務のための保証は許されない」として、本文で示した原則論と例外を反対に理解している(Enneccerus/Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15. Aufl. 1958, §192 S. 790)。

100) Vgl. Fuchs, *FS. Medicus*, 1999, S. 123 [129 f.]。

れているものである。前者は、典型を法的な保護に値するものに求め、後者はその反対に求める。ここに原則論の逆転の理由があるといえよう。

看過してはならないのが、いずれの通説によっても、本来ならば通常の債権とされるべき自然債務について担保権の成立が認められている点である。つまり、発生原因からは自然債務に分類されないものに担保権の成立が肯定されている点で共通する。このことから、発生原因のために自然債務とされないもの、つまり、発生の当初は通常の債権であったが、事後的に強制力を失ったために自然債務となったものについては担保権の成立が認められ、婚姻仲立といった発生原因からして自然債務とされるものについてはそれが認められないと二分する仮説を立てることは容易である。もっとも、その理論的な説明は、担保権の存続の局面を検討する必要があるので、ここでは控える。

3 担保権存続の可否とその理論的根拠①——被担保債権の消滅時効完成後の担保権存続の可否とその理論的根拠

物的担保権については、既存の抵当権や質権が被担保債権の消滅時効完成の影響を受けないとの明文規定があるために（民法216条1項、旧223条1項¹⁰¹⁾、その結論に疑義が生じることはない¹⁰²⁾。物的担保権設定者は債務者に帰する抗弁権を援用できると定められていることから（民法1121条1項1文、1137条1項1文）、時効の援用を許さないその規定は例外規定を意味することとなる。保証に関しても、主債務者に帰する抗弁権の保証人による援用を認める規定は存在するものの（民法768条1項1文）、主債務が消滅時効に服した場合におけるその保証債務への影響の有無を定める規定はない。そのため、その影響の有無の判断は解釈に委ねられる。

101) 民法旧223条と現行216条の違いも、本稿との関係でいえば、若干の文言の変更があるだけである。

102) 以下本文で、担保権の存続が肯定されるというとき、被担保債権の変容の影響により担保権者が一定の不利益を受けないことを意味する。逆に、担保権の存続が否定されるというとき、このことは、担保供与者の側が何らかの抗弁によって、担保の実現を阻止することが可能であることも含めていう。

(1) ドイツ民法典制定時

ドイツ民法典制定時の関心は、被担保債権の時効消滅で生じる担保権への影響を明確にすることにしかなかった。

理由書は、保証について、保証人も主債務につき生じた消滅時効を援用することができる¹⁰³⁾と明言していた。これは、民法768条1項1文の抗弁規律からの帰結とされている¹⁰³⁾。

かかる抗弁規律が物的担保権には妥当しないことを定める民法旧223条1項に対する理由書での評価は、「債権が消滅するけれども担保権だけは残ると解しよう¹⁰⁴⁾と、或いは、担保権の基礎たるに必要な範囲内で債権が残ると解しよう¹⁰⁴⁾と、それは単なる理論構成の問題として学説に委ねて構わない」というものであり、その法的根拠の断定は回避されていた¹⁰⁴⁾。念頭に置かれていたのは、物的担保の設定を受けた権利者には、請求権の時効消滅を顧慮することなく、担保物からの満足を受ける権能が付与されるべきである、という政策的な判断の結果を明らかにすることだけであった。

保証債務についてみられたように、少なくとも当時は、付従性の原則の貫徹が被担保債権の時効消滅の影響を担保権に及ぼす可能性があると考えられていた。そして、物的担保権がその影響を受けないとの定めは、望まれる帰結が附従性の原則に抵触する可能性を合目的な理由から意識的に黙殺した結果であったといえよう。

(2) 通説による正当化根拠——債権の準完全性とその限界

こうして民法旧223条1項の正当化根拠の提出を委ねられた学説は、現在、物的担保権の成立についてと同じことを論じるのが通常である。すなわち、債権が消滅時効にかかった場合、給付拒絶権が債務者に付与されるにすぎず、その他の点で当該債権は通常の効力を有する。ここに付従性の原則との抵触はない、という¹⁰⁵⁾。その一方で圧倒的通説は、付従性の原則から主債務の時効消滅の影響が保証債務に及ぶことを肯定する¹⁰⁶⁾。

103) Motive I, S. 344.

104) Motive I, S. 344 f. 鍵括弧内は、我妻栄「抵当不動産の第三取得者の時効援用権」同『民法研究Ⅱ』(1966年)208頁〔初出、民商3巻1号(1936年)1頁〕。

物的担保権について説かれる債権がほぼ完全な状態にあるという準完全性の論理は、担保権の種類に鑑みるものでないから、保証債務にも妥当するはずである。ならば、主債務の時効消滅が保証債務に影響を及ぼさないと結論が導かれるのも必要と思われる。付従性の原則に従った結果として被担保債権の時効消滅による担保権への影響の発生と不発生 of いずれをも導くこの態度には通説による同原則の恣意的な操作を感じざるを得ない¹⁰⁷⁾。

(3) 判例法理と少数説

連邦通常裁判所も結論的には基本的に、保証人が主債務の消滅時効の抗弁権を援用できるとの立場にある¹⁰⁸⁾。もっとも、近時、民法旧223条1項との関係で新たな動きがみられたので、その概略を示そう。〔1〕1980年3月12日判決では、端的にその帰結を述べるだけである¹⁰⁹⁾。しかし、連邦通常裁判所は、〔2〕1993年1月21日の同日に下した二つの判決で、結論的にはその援用を否定する¹¹⁰⁾。

いずれの事件でも、建築請負人の瑕疵担保責任の保証が1979年制定の建設請負約款17条8号¹¹¹⁾に基づき行われ、請負人に対する注文者の瑕疵担保請求権が消滅時効にかかった後の保証債務の強制的な履行の可否が争われた。約款17条8号は、

-
- 105) Büllow, a. a. O. (Fn. 90), S. 159 Rn. 533; Feldmann, a. a. O. (Fn. 85), §223 BGB Rn. 1; Hefermehl, a. a. O. (Fn. 85), §223 BGB Rn. 1; Eickmann, a. a. O. (Fn. 90), §1137 BGB Rn. 23.
- 106) Mühl, a. a. O. (Fn. 68), §768 BGB Rn. 6; Horn, a. a. O. (Fn. 36), §765 Rn. 89. 主債務の時効消滅と保証債務に関する過去の議論に関しては、花本・前注23) 82頁以下ですすでに紹介されている。
- 107) Schuch, Der Einfluß der Forderungsverjährung auf dingliche Sicherungsrechte, 2002, S. 42 f. 本文と同旨を我妻・前注104) 209頁がすでに指摘している。ところで我妻博士によれば、ドイツ法において、そのような取り扱いが正当化される根拠は、登記による公示にあるとされる(民法902条1項は、登記された権利に基づく請求権は消滅時効にかからないと定めている)。しかし、登記によって公示されない質権も、被担保債権の時効消滅による影響を受けないとされているのだから、そのような理解は適切でない。
- 108) ライヒ裁判所による判断としては、RGZ 34, 153 [158] (Urt. v. 18. 10. 1894) がある。
- 109) BGHZ 76, 222 [225]. この判決は、それを前提に、保証人に対する訴訟が係属していたとしても、その間に完成した主債務の消滅時効を保証人は援用できるとさえ述べる(花本・前注23) 89頁参照)。
- 110) BGHZ 121, 168; 121, 173.
- 111) 建設請負規定のB部(Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B)が、普通建設請負契約約款をなしている。この点に関しては、栗田哲夫「建設工事契約におけるスライド条項(1)」判タ473号(1982年)25頁注3参照。

「注文者は、合意した時点までに、遅くとも瑕疵担保責任の消滅時効期間の満了の時より後には、実行されていない担保を返還することを要する。ただし、その時点までにその瑕疵担保請求がいまだ履行されていないとき、注文者は担保の相当部分の留置が許される」と定めていた。この「ただし」以下の文言は、瑕疵担保請求権の消滅時効完成後には、担保の留置しか許されず、その換価ないし実行は許されない旨を定めたものと解釈する余地があるところ、連邦通常裁判所はそれを否定した。

すなわち連邦通常裁判所は、注文者による瑕疵担保請求に対して請負人によるその履行を保証した者は、瑕疵担保請求権の消滅時効完成前に注文者が瑕疵担保請求の基礎となる告知 (Anzeige) を行っている限り、後にその消滅時効が完成したとしても、瑕疵担保請求権が時効消滅している旨を主張できないという。

その根拠として一方で、民法旧223条1項の趣旨に反することをあげる¹¹²⁾。他方で、保証人には主債務者の防御手段が帰属するとの原則はその担保目的 (Sicherungszweck) に限界を見出す。そのため瑕疵担保請求権の保証を引き受けた者は、注文者をまさに保護すべき事態において法的な防御を行うことが禁じられる、とも説示する¹¹³⁾。

つまり、連邦通常裁判所は、建設請負約款が使用された上で、注文者に担保の供与がなされたときは、民法旧223条1項で定めるのと同様に、主債務たる瑕疵担保請求権が時効消滅しても、担保の留置に限定されず、換価又は実行をする権能が注文者に認められる。とりわけ保証人がその主債務の時効を援用することが許されないのは、瑕疵担保請求権の時効消滅からも注文者を保護することに担保供与の目的があるためによる、という。

この説示は、物的担保権が時効に煩わされない担保を債権者に供与することにその目的を有すると、かつて民法旧223条制定時に説かれていたことが保証債務全般に妥当するかの印象をもたらす。そのため、後にかかる理解の当否が争われることになる。連邦通常裁判所は、〔3〕1998年1月28日判決¹¹⁴⁾で、民法旧223条

112) BGHZ 121, 168 [173].

113) BGHZ 121, 173 [177].

114) BGHZ 138, 49.

1項の保証債務への適用の否定と〔2〕二判決の射程を明示する。

民法旧223条1項は、それが例外的な性格を有し、保証債務をその適用対象として列挙していないからその保証債務への適用はない。〔2〕判決は、建設請負約款17条8号の特殊な規律に起因するもので、その約款の定めに匹敵する、つまりは、民法768条を修正する定めが、債権者と債務者間の契約においても、保証契約においても見出されないならば、その判例に準じた扱いが当然に行われるものではない¹¹⁵⁾。

この判決によって、民法旧223条1項が物的担保権に限定された例外規定であり、保証人による主債務の消滅時効の援用は原則的に肯定されることが明らかにされた。また、それに続く〔4〕1998年11月5日判決は、〔1〕判決のように保証人による主債務の時効消滅の援用を付従性の原則から説明する¹¹⁶⁾。

以上の諸判決からは、被担保債権が消滅時効に服したときには付従性の原則からその影響が担保権にも及ぶというのが原則であり、物的担保権に典型的にみられるようにその帰結が妥当しないのは例外現象である、との連邦通常裁判所の理解がうかがえる。そうならば、物的担保権に関して付従性の原則からの逸脱を認めない通説とは明らかに反する立場にあることとなる。

学説においては、少数説がそのような理解をこう表明している。物的担保権が被担保債権の時効消滅の影響を受けないのは、付従性の原則の例外である。そのとき付従性の原則は担保目的から破られる。担保権が被担保債権の時効消滅に煩わされない担保を付与することにその目的を有すると評価される限りで、付従性の原則を維持することの要請はなくなるのである¹¹⁷⁾。

この立場からは、物的担保権と保証債務とで帰結の差異が生じるのは、永続的な担保という目的が前者について見出され、後者については一般にそうでないためによることとなろう。制度趣旨を重視するこの見解は、物的担保権について立法時に意識された付従性の原則との抵触可能性を正面から認める。したがって、

115) BGHZ 138, 53 f.

116) BGH NJW 1999, 278 [279].

117) Gernhuber, Bürgerliches Recht, 3. Aufl., 1991, §26 S. 242; Medicus, a. a. O. (Fn. 35), S. 500; Wiegand, a. a. O. (Fn. 64), §1211 Rn. 11.

ある意味、立法趣旨に忠実な理解といえる¹¹⁸⁾。さらに、この立場ならば、物的担保権に限らず、〔2〕判決で争われた事例のように保証債務についても、付従性の原則によって導かれるはずの主債務の時効消滅による保証債務への影響を担保目的との適合性という観点から封じることが当然には否定されない。現に、〔2〕判決は付従性の原則の妥当しない場合を担保目的から認めていた。

とはいうものの、連邦通常裁判所が少数説の立場にあると断言することは困難である。それは〔5〕2000年2月17日判決¹¹⁹⁾が次の言及を行なっているためによる。「(旧223条を中心とした)諸規定は、被担保請求権の消滅時効に関係なく債権者がすでに手にしている物的担保の換価を行うことができることを定めることに核心がある。その基礎には、消滅時効の完成が消滅時効にかかった請求権を除去するわけではないということがあ」り、それらの規定は単に、民法旧222条1項が「債務者に永続的な給付拒絶権を付与するにすぎない」ためによるという。

この判旨の後半部分はまさに通説が付従性の原則との抵触を否定するために説くところであった。その一方で、前半部分は少数説が強調する制度趣旨である。連邦通常裁判所が通説と同じ理解にあるのかどうかは必ずしも明らかでない。しかし、いずれにせよ、連邦通常裁判所が物的担保権存続の根拠の一つとして立法時に説かれた制度趣旨を今なお論じている点は注目される。(以下次号)

118) OLG Hamm NJW-RR 1995, 939 (Urt. v. 24. 2. 1995) も、民法旧223条1項を立法者の意思に遡って、例外規定であるとし、付従性の原則に従った結果として、保証人に主債務の消滅時効の援用を認めている。

119) NJW 2000, 1331.