

担保権存在条件としての『債権』(3・完)

—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3巻1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(以上3巻2号)
- 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(以上本号)

III ドイツ法における有力説からの債権と担保権の関係の理解

ドイツでは、付従性否定論者の代表者として利益法学者ヘックの名が挙げられる¹⁹⁰⁾。従来、ヘックとそれに続くリュプトウ(Lübtow)の説が日本で紹介されるとき、その理論を汲むことで将来債権の担保または根抵当を正当化することにその目的はあった。そのため、その紹介も多かれ少なかれ偏ったものである¹⁹¹⁾。しかし、ヘックが付従性を否定した主な理由は、倒産手続または相続人の責任限

【一橋法学】(一橋大学大学院法学研究科)第3巻第3号2004年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

190) Vgl. Medicus, a. a. O. (Fn. 35), S. 501; Baur/Stürner, a. a. O. (Fn. 37), §45 S. 513 Rn. 2; Westermann, Sachenrecht, 7. Aufl. 1998, §126 S. 890.

191) 田島順『担保物権法』(1934年)19頁がその代表といえよう。しかし、ヘック自身は自説によって将来債権担保を説明しておらず、単に、債権が発生する可能性が

定による債権の変容等が物的担保権に影響しないことを理論的に解明することになった。したがって、本稿においてもヘックの見解をあらためて扱う必要性がある。そこでまずは、ヘックの目的共同説をみていくこととなる。本来なら、ヘックの影響がみられる見解をその後に紹介すべきであろう。しかし、ヘックの説があまりにも有名なため、それ以前に現れていた、ヘックに類似する見解がその影に隠れている。本稿ではこれも取り上げる必要がある。そこで時的には前後するが、理解の便宜のために、ヘックの説を紹介した後にドイツ民法典制定前の見解、次いで、ドイツ民法典制定後のヘックに類似する説を概観し、それぞれヘック説との比較を行う。

1 ヘックの目的共同説とその影響

(1) ヘックの目的共同説

ヘックによって物的担保権 (Pfandrecht)¹⁹²⁾の付従性について説かれたその理解はおよそ次の通りである。

普通法学が依拠していたローマ法における付従性は、まだ法源における告示を超えた、一般的な結論を引き出すことのできる生産的な概念としては知られていなかった。付従性は普通法学で支配的であった概念法学の産物であり、生活の必要性から発するものではない。それにもかかわらず付従性は、普通法学説を支配するだけでなく、ドイツ民法典形成のための本質的な基礎とされた¹⁹³⁾。しかし、

あれば抵当権によって担保されるのに足りるとしかいっていない (Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930, S. 361)。ヘックにリュプトウの理論を加えて根抵当を解明しようとの試みとして浜上則雄「根抵当制度の立法上の基本問題」阪大法学54号 (1965年) 29頁がある。この他、ヘックとリュプトウを日本で紹介するものとしては、小杉茂雄「いわゆる非典型担保における「付従性」について (上)」判タ478号 (1982年) 24頁、田口勉「物的担保権の付従性と公信力」関東学園大学法学紀要1号 (1991年) 163頁がある。

192) 現行ドイツ民法典の用いる Pfandrecht という語は動産質および債権質の上位概念である質権を意味する。しかし、たとえばヴェスターマン (Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl. 1966, S. 631) のように、Pfandrecht という語を質権と、抵当権及び土地債務といった不動産担保権 (Grundpfandrecht) を総称する講学上の概念として用いる論者が見られる。ヘックにおいてもこのような広義の質権として Pfandrecht を用いており (Heck, a. a. O. (Fn. 191), S. 314)、そのためヘックが Pfandrecht という語を用いているときには物的担保権という訳語を当てておく。

193) Heck, a. a. O. (Fn. 191), S. 319 ff. u. 503 ff.

物的担保権を常に従属的な権利と扱うことは経済実態の誤認である。物的担保権と債権のいずれに価値の重きを置くかは場合による。したがって両者の間に主従の関係、つまり、物的担保権が債権に付従する関係を見るべきではない¹⁹⁴⁾。そもそも物的担保権が債権担保のために設定されるという表現¹⁹⁵⁾自体が誤っている。この誤解が物的担保権の付従性という誤認を惹起してしまっている。正しくは、ここでいわれる「債権」を、より世俗的な意味で理解する必要がある。債権者は給付を受領する期待が実現されることにこそ関心があるのである。よって債権そのものではなく、給付受領の期待の実現が中心に据えられるべきである。つまり、当事者の意図は、物的担保権によって債権を担保するというよりも、すでに債権によっても担保されている、給付の受領の期待(=要求形象(Gebotsgebild))という債権と当該物的担保権に共通の目的(gemeinsame Zweck)を物的担保権によっても担保することにあるのである¹⁹⁶⁾。

すなわち、ヘックの理解によれば、債務者に対する要求を正当化せしめる観念こそが、債権と担保権の二手段によって担保されるというのである。こうしてヘックは、彼が「依存ドグマ(Anlehndogma)¹⁹⁷⁾」と非難する付従性の原則に代えて、「目的共同関係(Zweckgemeinschaft)」を観念する。

債権者は、債権に物的担保権が設定されたとき、当然に一回しか給付を受領することはできないものの、債権と担保権という給付を受領するための二重の、競合する強制手段を手に入れる¹⁹⁸⁾。債権者が弁済その他の方法で満足を得た場合、債権及び担保権に共通の目的が達せられることによって(目的到達(Zweckerreichung))、両者は共にその存在理由を喪失する。その結果、債権及び担保権の両権利の消滅は同時に¹⁹⁹⁾発生する(消滅共同関係(Aufhebungsgemeinschaft))。

194) Heck, a. a. O. (Fn. 191), S. 328.

195) ヘックは「債権担保」あるいは「債権を担保するために」といった表現を目的公式(Zweckformel)と呼ぶ。

196) Heck, a. a. O. (Fn. 191), S. 326 ff.

197) Heck, a. a. O. (Fn. 191), S. 319 u. 321.

198) Heck, a. a. O. (Fn. 191), S. 327.

199) Heck, a. a. O. (Fn. 191), S. 328 f. これに対して通説の立場からは、債権の満足があった場合、一次的に消滅するのは債権だけであって、担保権の消滅は付従性の原則に基づく二次的な帰結であることになる(S. 326)。

また他方で、その共通の目的が達せられることのない限り、被担保債権が消滅し、あるいは抗弁によってその実現が阻止されるとしても、物的担保権がその影響を受けることはない。このような理解からこそ、付従性概念では説明できない、「典型的機能不全事例群 (typischen Versagensfällen)」が説明可能になる。

ここでヘックがいうところの典型的機能不全事例群とは、①債権が消滅時効にかかったときの物的担保権の存続 (民法旧223条1項)、②相続人の責任限定後の物的担保権の存続 (民法1137条1項2文、1211条1項2文)、③破産手続の係属中においても別除権による満足が可能であること (破産法47、48条)、最後に、④破産手続での強制和議の後の物的担保権の存続 (破産法193条2文)²⁰⁰⁾、以上四つの法で予定されている例外事例である²⁰¹⁾。

ヘックが付従性に代えて、目的共同関係を掲げた理由は、ヘック自身が度々被担保債権と物的担保権の間の関係を連帯債務相互の關係に準えていることから暗示される²⁰²⁾。目的共同関係とは、ドイツにおいて、そしてドイツ法の影響の下、日本においてもかなり古くから連帯債務の要件として挙げられてきたものの一つである²⁰³⁾。このことから明らかなように、ヘックは、被担保債権と物的担保権の関係を序列のない、つまり付従性のない連帯債務相互の關係に準じさせようとした。そして、連帯債務の絶対効を説明するために当時もっぱら用いられていた目

200) 強制和議について定める破産法193条2文と同じく、担保権が和議による影響を受けない旨を定める和議法82条2項をヘックが引き合いに出していない理由は、和議法が1935年に立法されたため、ヘックが目的共同説を説いた1930年当時にはまだ存在しなかったことにある。

201) Heck, a. a. O. (Fn. 191), S. 329. ヘックは非典型的機能不全事例も論じている。すなわち、抵当権が消滅した場合、民法1163条に基づき当該抵当権は所有者抵当権として存続する。このとき、債権が存在しないにもかかわらず、抵当権が存続していることになるが、これも目的共同関係から説明可能であるとする (S. 355 f.)。なおヘックは、消滅共同関係の他にも、随伴性を移転共同関係 (Wandergemeinschaft) として説明する (S. 331)。

202) Heck, a. a. O. (Fn. 191), S. 327, 330, 383, 385; vgl. Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, S. 532 f. Fn. 3; Westermann, a. a. O. (Fn. 192), S. 464 f.

203) 日本での連帯債務の目的共同の位置付けの変遷に関しては、西村信雄編『注釈民法(1)』(1965年) 51頁以下〔椿寿夫〕参照。現在のドイツでは目的共同の実践的意義は低いとされているが (Vgl. Staudinger/Noack, 1999, §421 BGB Rn. 17)、日本では連帯債務の相互保証性という観点から相対化される傾向にある (簡潔にこれをまとめるものとして、淡路剛久「連帯債務の一体性と相互保証性」ジュリ増刊・民法の争点Ⅱ (1985年) 54頁)。

的到達の理論を転用することで事態の解決を導くことができると考えた。すなわち、被担保債権と物的担保権のいずれによろうとも、債権者の満足があった場合には、その両者の同時消滅が生じるが、逆に債権者の満足がない限り、一方が消滅しても（消滅したのが債権であっても）、他方が存続することが説明可能になる、というのである²⁰⁴⁾。

では、このように付従性を否定された抵当権及び質権と、もともと付従性を有さないとされる土地債務はいかなる関係に立つのか。この点についてヘックは、抵当権と土地債務は、ほとんど完全に一致しており、両者の間には、被担保債権が登記簿に登録されるかどうかの違いがあるにすぎないという^{204a)}。

物的担保権と被担保債権の関係を連帯債務相互の関係に準じて扱うことによって物的担保権の付従性を否定したことは以上の通りである。これに対してヘックによっても保証債務の付従性は否定されていない²⁰⁵⁾。確かにヘックは、一方で保証債務と連帯債務の類似性（給付の一回性）を説く。しかし、保証債務は補助的債務（Hilfsschuld）であるとの理由から、保証債務の主債務に対する依存と劣後を説き、ここからその付従性を導く²⁰⁶⁾。

物的担保権の付従性を否定したヘックの出発点に戻ると、主債務者と保証人のいずれが資力を有するかは場合によるのだから、保証債務についても付従性を否定することはあり得ない話ではなさそうである。しかし、ヘックは、主従の関係がない連帯債務に準じさせることによって物的担保権の付従性を否定したのであるから、その論理を保証債務についても押し通したならば、保証債務は保証債務ではなく、連帯債務になってしまう。それは、保証制度を予定している法の完全なる無視である。このことからして、保証債務に付従性を認めたのは当然といえ

204) 債権者の満足による目的到達が広義の目的到達にあたり、この場合の目的到達とは道具概念にすぎないとされていることに関して、半田吉信「目的到達法理の史的発展（二）」千葉大学法経研究5号（1976年）76頁。また、同論文44頁ではヘックによる目的到達論の理解も簡潔に紹介されている。

204a) Heck, a. a. O. (Fn. 191), S. 412.

205) Vgl. Bekker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 43), S. 180 Fn. 1, u. S. 209.

206) Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S. 383 f.

ば当然の結果であり、驚くべきことではないかもしれない²⁰⁷⁾。

(2) 目的共同説への批判とその影響

この目的共同説をそのまま支持する論者はほとんど見られなかった。とはいえ、全く受け入れられなかったというわけでもない。債権と物的担保権の目的が共通であること自体を認める論者や、それに近い理解を示した者は幾人かいた。

目的共同説に対して最初に批判を加えたのがガドウ (Gadow) であった²⁰⁸⁾。ガドウは、必ずしも立法者が概念法学的に法を形成したわけではないといった様々な意見を述べるが、とりわけガドウにとって承服し難かったことは、目的共同説によって付従性が否定されたときの質権の性状である。すなわち、債権ではなく、ヘックのいうところの要求形象または共同目的に質権が付従することになると、実質的に独立した質権を認めることになる。しかしそうした土地債務に匹敵する質権は、需要がないことを理由に立法過程で明確に否定されている、という²⁰⁹⁾。

このようなガドウの見方に対する異論は見当たらない。しかし、ガドウが積極的に目的共同説を非難したのは質権について同説を採用することであった。そのため、ガドウの立場を前提にしてもなおも抵当権については別の理解をする余地があった。

たとえばヴィアッカー (Wieacker) も、ヘックと同じく、目的共同関係を論じる²¹⁰⁾。しかしヴィアッカーが目的共同関係を説くのは流通抵当権についてだけであり、質権、保全抵当権あるいは保証債務には通説と同じく付従性を認めていた²¹¹⁾。ヴィアッカーが流通抵当権に目的共同関係を受け入れたのは、抵当権の善意取得を説明するためであった。

ヴィアッカーによれば、流通抵当権の譲受人は、その譲受に際して、登記されている被担保債権が実際に存在するか否かを配慮する必要がない。それどころか

207) もっとも、ヘックを支持していた田島博士は、質権と抵当権に限らず、保証債務にまで目的共同説を主張される (田島順『債権法』(1940年)157頁参照)。これは、担保物権についてと同様に根保証を正当化するためによる。

208) Gadow, JbAkDR 1938, 111.

209) Gadow, a. a. O. (Fn. 208), S. 114 ff.

210) Wieacker, Bodenrecht, 1938, S. 189 ff.

211) Wieacker, a. a. O. (Fn. 210), S. 187 ff.

取引において抵当責任は、被担保債権の補助的責任というよりも、それと経済的に等価の、あるいはそれを上回る主たる責任と考えられている。そのため流通抵当権は債権に従属するのではない。ここに流通抵当権と債権の間の目的共同関係を是認する余地がある、とされる²¹²⁾。

その理解は、取引における債権と担保権の価値の評価を出発点としている点でヘックと共通する。しかし、質権、保全抵当権及び保証債務にあっては、それら担保権の価値が債権のそれを上回らないとの評価から、担保権の債権への従属、つまり付従性を維持した。ヴィアッカーは、ヘックと同じ論理を前提にしながら、担保権の価値の評価の違いからヘックと異なる結論を導いたのである。

ヴィアッカーに近い考えをニキッシュ (Nikisch) が示す。民法1138条において流通抵当権の付従性が厳格に貫徹されていないことの理由は、現行法が被担保債権を従たる価値と、抵当権を主たる価値と評価していることにある。流通抵当権と債権の間には目的共同関係が存在するのであって、流通抵当権は債権を伴わずに成立することはできないが、一度成立したならば、被担保債権を伴わない状態であっても、抵当権と債権に共通の目的が実現されることは可能であるという²¹³⁾。

ヴィアッカーとニキッシュが目的共同説を受け入れていたのだとしても、それは、このように流通抵当権に限定してのことであった。先に紹介した、付従性の原則の例外は大きく二つに分けることができるとのメディクスによる言及に照らすと (II 5(2)参照)、目的共同関係によってヘックは担保権の存続に関する例外群を説明しようとしていたのに対して、ヴィアッカーとニキッシュは抵当権に関する例外を説明しようとした点でそれぞれ理解は大きく異なる。

この他、ヴォルフ・ライザー (Wolff/Raiser) も抵当権と被担保債権が債権者

212) ヘック自身は、流通抵当権の善意取得に関する付従性の原則の例外を積極的に目的共同説から導こうとしているわけではない。単に債権のないところでの抵当権の取得を「依存ドグマの矛盾」と消極的に批判しているだけである (Heck, a. a. O. (Fn. 191), S. 345)。ヘックの目的共同説は、被担保債権と物的担保権の関係を連帯債務関係に準じさせることに本質があった。そこから直接に善意取得の可否を説明することは考えにくい以上、当然のことであろう。

213) Nikisch, *Bodenrecht*, 1949, S. 97 f.

の満足に向けられた目的共同関係を形成するとの考えは適切であると述べて、ヘックに一定の理解を示している。しかし、だからといって、ヴォルフ・ライザーがヘックに従って付従性を否定することはなかった。「換価権と債権が異なる内容を有しており、また法律が、両者を同等ではなく——とりわけ帰属に関して見られるように——抵当権の上位に債権を位置付けているということは無視することはできない²¹⁴⁾」。つまり、ヘックの理解の正当さを認めながらも、その理解が物的担保権を債権と同視することにつながり、また、随伴性を定める規律に明らかなように法が付従性概念を前提にしている以上、ヘックの理解は不可能であるというのである。

ヴェスターマン (Westermann) もヴォルフ・ライザーと同様の態度をとった。しかし、ヴォルフ・ライザーがヘックの目的共同説を比較的好意をもって受け止めていたのと比べると、相当批判的である。すなわち、目的共同説は、債権と物的担保権が同一の内容ではないことを看過している。両者はそれぞれ履行請求権と受忍請求権という異なる次元のものである。仮に満足さるべき利益の同一性が何らかの目的共同関係を正当化するとしても、いかなる関係に両権利をそれぞれ位置付けるかは法律の問題である。そして、法体系並びにその文言は明確に、債権を権利の帰属先を決する権利、反対に、抵当権をその帰属先が決められる権利という関係に置いている。また、この法で承認されている抵当権と債権の関係は、担保が実行される場合だけでなく、一般的な事態の収束を迎える場合、つまり債務の履行が (任意に) なされる通常の場合をも想定する経済観念と合致している²¹⁵⁾。

目的共同説が広く支持されなかった²¹⁶⁾ 決定的な理由は、ヴォルフ・ライザーや

214) Wolf/Raiser, a. a. O. (Fn. 202), §132 S. 532 f. Fn. 3.

215) Westerman, a. a. O. (Fn. 192), §93 S. 464 f. u. 633.

216) ヘックを全面的に支持したのはキュフラー (Küchler, Die Sicherungsgrundschuld, 1939) が唯一であった。キュフラーは、ヘックの説いた目的共同説を基本的にそのまま前提にして、ヘックにおいてはまだ断片的であった土地債務に関する個別的事象を目的共同説から体系的に説明しようと試みる (S. 31 ff., 76 ff., 94 ff.)。キュフラーは、債権と土地債務に共通の目的を給付期待 (Leistungsanwartschaft) と呼ぶが (S. 57 ff.)、これもヘックによってすでに説かれていたところと重複する。キュフラーの他にも土地債務に関して、ヘックの目的共同説への共感を示す者としてはフーバーがいる (Ulrich Huber, Die Sicherungsgrund-

ヴェスターマンによる批判でも明らかのように、さらには、ヘック自身も認めていたように、立法者が付従性の原則を前提にして立法を行ったことにあったのであろう。ヘックの目的共同説が「典型的機能不全事例群」をいかに整合的に説明することができたとしても、それが解釈論の枠内にある理論とは言い難かったことが同説の採用を躊躇させたのである²¹⁷⁾。

ところで、本章の冒頭で述べたように、ヘックの目的共同説に類似する見解はドイツ民法典制定前においてすでにいくつか存在していた。付従性の原則も、当時は、現行ドイツ民法典の法文から導かれるものではなかった。法文の解釈として許されるかどうかという縛りがない中で、ヘックと同様の理解が呈せられていたことは、ヘックの理解の一面における真実を証するともいえる。そこで、ドイツ民法典制定前の議論状況を次に概観する。

2 ドイツ民法典制定前

普通法学説は、保証債務とは対照的に、質権 (Pfandrecht)²¹⁸⁾については、債務 (obligatio) がその存在条件であると理解して、比較的厳格な付従性を説いていた。このことは前述の通りである (特に注44) と該当本文参照)。しかし、このような理解によると、とりわけ、債権を不可欠な前提としないメクレンブルク抵当権などの近代立法の整合的な説明に困難が生じた²¹⁹⁾。このことは、とくに物的担保権についての付従性に懐疑的な態度を採ることの十分な誘因足り得た。当時においては、保証債務の消滅における付従性を否定する立場が一般的であったことは前章で述べた。ここでは、物的担保権の消滅における付従性を否定し、あるいは通説とは別様に理解していたビュッヘル (Büchel)、プリンツ (Brinz)、ショット (Schott) の三人の立場を紹介する。

schuld, 1965)。しかしフーバーの場合、キュフラーと異なり、あくまでも結論としてヘックが誤っておらず、またヘックの理解が従来の通説による理解と大差はないと消極的な賛意を示すにすぎない (S. 36)。

217) Vgl. Medicus, a. a. O. (Fn. 35), S. 502; Bekker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 43), S. 189 ff.

218) Pfandrecht を質権と訳すことについては注40) 参照。

219) 当時のドイツの不動産担保法の概観については、田中克志「プロイセンにおける投資抵当権成立史」民商75巻3号 (1976年) 425頁以下、松井宏典『抵当制度の基礎理論』(1997年) の特に54頁以下参照。

(1) ビュッヘルの物上債務説

ビュッヘルの出発点は、ローマ法源で質権が *rei obligatio* と呼ばれていた事実を正面から受け止めることにある。

質権に対するこの *obligatio*、つまり債権 (*Forderungsrecht*) との呼称は、一般には、ラテン語の特殊な言語の使用方法によるものとされる。しかし質権は実際に債務である。人的債務 (*personae obligatio*) と質権の区別は、義務主体が人か物 (あるいはそれに代わる権利) かによる。こう述べてビュッヘルは、質権を *rei obligatio* の字句通りに、物が負う債務、すなわち物上債務と理解する²²⁰⁾。

ビュッヘルを理解によれば、質物さえもが債務の主体足り得る。したがって、基本的にそれは保証人と同一の地位にある²²¹⁾。彼もまた、質権が付従性を有するとはいうが²²²⁾、しかし、その理解は、当時一般に保証債務について説かれたところに従う点で質権に関する通説と一線を画す。すなわち、保証債務は、成立において付従性を有するとしても消滅においてはそれが貫かれないというのが当時の多数の見解であった。ビュッヘルもそれと同じ立場にあり²²³⁾、その理解を質権にも貫く結果、質権の存続は被担保債権の運命に結び付けられておらず、質権は、債権者の満足によって債権が消滅しない限り存続すると述べる²²⁴⁾。

保証債務と連帯債務を判然と区別しないのが当時の理解であった。したがって、ビュッヘルは、質権をも債務と理解することで実質的に被担保債権と質権の間に連帯債務関係を見出したといえる。この点で、ビュッヘルの説は、目的共同関係

220) Büchel, Ueber die Natur des Pfandrecht, in ; *Civilrechtliche Erörterungen* Bd. 1, 2. Aufl., 1847, S. 120 ff. u. 144 ff. ビュッヘルは、質権が物上債務であり、人を主体とする債務と本質を同一にするというその理解を法源での言語使用以外に積極的に裏付ける根拠として、たとえば次のことをあげる。ローマ法では契約は、直ちに物の私法上の支配をもたらさず、さしあたって単なる債務関係を生じさせるところ、質権の成立も単なる契約による (S. 154 ff.)。占有意思 (*animus possidendi*) は所有意思 (*animus domini*) において存するとの見解を前提にするならば、質権者に所有意思はなく、したがって占有意思もないことになり、彼に占有を認めることはできない。質権者の占有は、債権に基づく占有、すなわち準占有 (*quasi possessio*) である (S. 159 ff.)。

221) Büchel, a. a. O. (Fn. 220), S. 154 ff.

222) Büchel, a. a. O. (Fn. 220), S. 154 ff.

223) Büchel, Ueber die Wirkung der Klagenverjährung, 1832, in ; *Civilrechtliche erörterungen in einer reihe einzelner Abhandlungen* Bd. 2, 1834, S. 52 Fn. 132.

224) Büchel, a. a. O. (Fn. 223), S. 51.

を媒介として被担保債権と物的担保権の間に連帯債務類似の関係を見出そうとしたヘックの説に先駆をなしていると評価することは許されよう²²⁵⁾。

さらにヘック説との関係でいえば、同説が物的担保権を債権と同視しているというのがヴォルフ・ライザーらによる批判の一つであったことも考察しておく必要がある。ピュッヘルが消滅における付従性を物的担保権について否定する前提が物的担保権を債権とみなすことにあったという事実は、ヘックに対するその非難の正当さを窺わせる。このことから、物的担保権に付従性を肯定するにしても、あるいは、否定するにしても、債権と物的担保権という基本的な法観念をめぐる考察が本稿の課題を解決するための要素であることが示される。本章の以下で検討する論者は皆、その「債権」についての理解にそれぞれ特徴があることを予め指摘しておく。

(2) プリンツの「債務と責任」理論

日本でも過去に度々指摘されたように、かつてドイツでゲルマニステンが盛んに論じた「債務と責任」理論の始祖は、ロマニステンのプリンツであった。プリンツは、obligatio に関して一般と異なる理解をし、そこから通説とは別様に付従性を位置付ける。プリンツの債務と責任理論及びその欠点については、多くの邦語文献で紹介されているため、ここでは多くを割愛し、本稿で要求される限りの概要を示すに留める²²⁶⁾。

プリンツは、obligatio が「債務」ではなく、「Haftung」、すなわち「責任」を意味するということから出発する²²⁷⁾。

obligatio は義務 (Pflicht) の観念を含まない。そしてその客体は、それぞれ物と人である。rei obligatio とは物の責任であり、それが物的質ならば、人の責任たる personae obligatio は一種の人質である²²⁸⁾。obligatio が物と人の質としての責任であるのに対して、給付強制 (Leistenmüssen) こそが債務の本質である。

225) Vgl. Mincke, a. a. O. (Fn. 43), S. 68 ff.

226) 数多くあるが、最も詳細なものとして、中田薫「獨佛中世法ニ於ケル債務ト代當責任トノ區別」法協29巻10号(1911年)1514頁以下、比較的近時のものとして、上山安敏「ゲルマン法における債務と責任の古典的理論について」法学論叢64巻2号(1958年)53頁以下を参照。

227) Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 2, 2. Aufl. 1879, §206 S. 1.

228) Brinz, Der Begriff obligatio, GrünhutsZ, Bd. 1, 1874, S. 13 ff. u. 26 f. ピュッヘルは

債務は、責任たる obligatio から結果的に発生するのであり、責任の一つの「段階と変化 (Phasen und Metamorphosen)」にすぎない。債務者が給付を強要されるのは、給付を懈怠したときに自己がその引当として羈束 (Gebundenheit) されることによるからに他ならない²²⁹⁾。そして、債権者の満足がその引当となっている人的または物的責任を消滅させるので、その場合の給付強制、すなわち債務はもはや発動しなくなる²³⁰⁾。

こうしてプリンツは、rei obligatio も personae obligatio も「責任」で一括する。そのいずれの責任も、「一つの幹からの枝葉である」という。rei obligatio は、特定の財産に限定された personae obligatio にすぎない²³¹⁾。

以上を前提に、rei obligatio と personae obligatio それぞれの責任の主従関係、すなわち付従性を否定する。人的な obligatio がない場面でも、あるいはそれが訴求不能なものであっても、質権が存在し得ることを述べるローマ法源は、満足がない限り、給付強制が発動し得て、obligatio、つまりは責任の存在が正当化されることを裏付ける。法源において obligatio ごとの付従関係が述べられることがあるのは、重要性に応じた結果であり (a potiori)、事実上のもの (de facto) にすぎない²³²⁾。いずれの責任も、給付のなかった場合の引当として存在するのであり、両者は、その存在目的 (Wofür) によって結び付けられてはいるが、直接的な相互関係を有していない²³³⁾。

rei obligatio、すなわち質権も債務であると理解していた。これと比べると、プリンツは、人的な obligatio を質権に接近させようとしている点で、発想を逆転させる。なお、ピュッヘルとプリンツの obligatio に関する理解を比較するものとして、中島玉吉「質権本質論」同『統民法論文集』(1922年)90頁以下〔初出、法協32巻3号(1914年)371頁〕がある。

229) Brinz, a. a. O. (Fn. 228), S. 26 u. 34 ff.; ders, a. a. O. (Fn. 227), §210 S. 9.

230) プリンツの説は、後のゲルマニステンによる債務と責任に関する史的な研究の結果と比べると、債務と責任を分離して考察する態度において共通するものの、債務を給付強制 (Leistenmüssen) と給付当為 (Leistensollen) のいずれにみるかにおいて異なった。すなわち、ゲルマニステンによって唱えられたところは次のことであった。債務は給付を行う義務にすぎず、元来的にそれだけでは債務の強制は不可能である。その強制を可能ならしめるのが責任であり、したがって責任こそが給付強制である (中田・前注226) 1526頁参照)。

231) Brinz, a. a. O. (Fn. 228), S. 26 f.

232) Brinz, a. a. O. (Fn. 228), S. 27; ders, a. a. O. (Fn. 227), §348 S. 842 ff.

233) Brinz, a. a. O. (Fn. 227), S. 841 ff.

プリンツの説が注目を集めたのは、「債務と責任」の分離を初めて行った点にあった。そのインパクトが大きかったためか、後述のショットを除いて、質権の付従性を否定した点について直接にプリンツの名を挙げて非難する論者は見当たらない。責任の観念を前面に推し進めて質権の付従性を否定した結果、質権の消長を被担保債権自体の運命ではなく、債権者の満足の有無で調整しようとした点にヘックの目的共同説との類似性を看取することは容易である。

(3) ショットの目的共同説

ショット²³⁴⁾は、プリンツが obligatio を責任とみなした点に一定の理解を示すが、しかし、全面的に賛同するわけではない。むしろ、一般的な立場と同じく、それを責任そのものと断じることには批判を加える²³⁵⁾。ショットの説は、プリンツが責任という形で提示した、obligatio の手段的側面を強調する点でプリンツ説に親和的であるものの、プリンツが付従性を否定した点に関して反対の立場に回る。その理解は、質権の付従性を否定する点ではなく、その付従する対象という点で通説と異なった。質権が付従するのは債務 (obligatio) そのものではなく、債務目的 (obligatorischen Zweck, Zweck der obligation) であるとする。具体的にはこうである。

質権の目的と債務の目的は共通で、質権が担保するものとは債務の実現である²³⁶⁾。そのため、質権はその目的を自ら内包するのではなく、自己の外部、すなわち被担保債権の目的において有する。質権に付従性が認められるのは、それ自体が目的を有し得ないことによる。質権は債務目的のためにだけ存在し、それを追求し、その目的と共に消滅する。それゆえに付従的な権利なのである²³⁷⁾。

そして、債務とは債務目的の一次的な保護手段であり、他方で質権は二次的な補助的手段である。この債務目的は、それが法的に承認することのできない状態にあるといえども、債務が発生するよりも前に存在し得る。また債務という手段が消滅しても、その目的が存続している限り、補助的手段である質権はなおも存

234) Schott, Ueber die accessorische Natur des Pfandrecht, JheringsJb. Bd. 15, 1877, S. 1.

235) Schott, a. a. O. (Fn. 234), S. 3.

236) Schott, a. a. O. (Fn. 234), S. 3.

237) Schott, a. a. O. (Fn. 234), S. 6 f.

続可能である²³⁸⁾。

こうしてショットは、目的の主従関係に付従性を承認しつつ、なおも将来債権のための質権設定が可能であることと²³⁹⁾、債務が消滅した後も質権が存続可能であること²⁴⁰⁾、さらにはメクレンブルク抵当権等で、債務が必然的に要求されていないことを説明しようとした²⁴¹⁾。

ショットの説は、被担保債権と物的担保権の目的が共通であり、物的担保権の消滅事由を目的到達とする点でヘックと発想の基礎を同じくしている²⁴²⁾。両者の

238) Schott, a. a. O. (Fn. 234), S. 5 ff.

239) Schott, a. a. O. (Fn. 234), S. 15 ff.

240) Schott, a. a. O. (Fn. 234), S. 32 ff.

241) Schott, a. a. O. (Fn. 234), S. 7 ff. u. 28 ff. ショットが以上の論理を説いていく前提として債務目的という概念を用いている理由を考える上では、ハルトマン (Hartmann, Die Obligation, 1875) の存在を無視できないであろう。ショットがその理論を公表した二年前にハルトマンが債務目的とその目的到達による債務の消滅を論じていた (ハルトマンの理論の詳細については、末川博「目的の到達に因る債権の消滅」京都法学会雑誌13巻8号122頁以下 (1918年) [同『民法に於ける特殊問題の研究 [二巻]』(1925年) 所収]、半田吉信「目的到達法理の史的発展 (一)」千葉大学法経研究4号 (1975年) 80頁以下を参照されたい)。ショットがハルトマンを意識していたことは、ショット自身がハルトマンの著書を取り上げている (Schott, a. a. O. (Fn. 234), S. 3 Fn. 5) ことから明らかである。ハルトマンによると、債務は財産的利益実現のための法的手段を付与するものであり、その内部に目的を包含する。その結果、債務はその完全な目的の到達によってその存在理由を失って消滅する、とされる。ショットが債務目的と質権の目的が共通のものであり、債務と質権のいずれもその目的を達するための手段であると述べているのは、ハルトマン理論の応用とも評価できよう。とはいえ、債務目的は債務に内在するとハルトマンが理解していたのに対し、ショットは、質権の目的としての債務目的は、それが法的性質を帯びる前においてもすでに存在し得ると考えた。この点で、ハルトマンを超え、またこのことが批判の対象となった。すなわち、カルロヴァ (Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, 1877, S. 37 f. Fn. 1) は、債務発生前における債務目的は、想像上のものにすぎないと非難し、また、ヴィントシャイトも、カルロヴァの見解を引用して、ショットの見解が疑問であるとして、これを受け入れなかった (Windscheid, a. a. O. (Fn. 41), §225 S. 675 Fn. 7)。こうしてショットの説は一般の支持を受けることはなかった。しかし、日本においてはこれを支持する見解が散見される (石田文次郎『財産法に於ける動的理論 [四版]』(1935年) 302頁以下 [初出、法学叢論19巻5号 (1928年) 31頁]、三瀧信三『担保物権法 (一四版)』(1925年) 325頁)。これもやはり、もっぱら根拠を肯定するための理論的根拠を求めてのことであった。

242) この意味で、ヘックや彼に連なるリュプトウ等の論者も、ショットと同じく、ハルトマンの見解の応用といえる。たとえばヘックの目的共同説と類似する、後述のリュプトウの見解を評してリンメルシュバッハーは、すでにハルトマンにおいて説かれた見解がリュプトウのような理解を想起させると述べている (Rimmel-

違いは、債務目的と共同目的のいずれの存続をもって物的担保権の存続を理由づけるかにあり、これがひいては——ショットにおいては形を変じたものであるとしても——付従性を承認するか、ヘックのように否定するかの原因となる。

ビュッヘル、プリンツ及びショットらの諸説とヘックの説を比較すると、債権者の満足の有無を物的担保権存続の可否の判断基準とする点に共通点を見出すことができる。中でもビュッヘルが質権と被担保債権の関係を実質的に連帯債務関係とみなしていた点は、ヘック説との類似性が際立っている。ビュッヘルとプリンツは、ヘックと同じく、少なくとも消滅における付従性を完全否定した。しかし、ショットも、ヘックと同じく目的の共通性や債権者の満足を強調しながら、債務目的の達成の有無というヘックとは一段違うレベルで債権者の満足の有無を判断した結果、一定限度で付従性を認めた。この点の意義は、本章の最後に再び

spacher, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess*, 1970, S. 89 Fn. 60)。本章で紹介する論者の多くは等しく手段と目的を強調する。ならば、ハルトマン理論を本稿での検討の中心に置くべきかもしれない。また、ハルトマンは、イェーリングの法における目的要素 (Jhering, *Der Zweck im Recht*, 1877) を債務に関して妥当せしめたと評されている (半田・前注241) 82頁注1。なお、リンメルシュパツハーもイェーリングの影響を受けている点について、奥田昌道『請求権概念の生成と展開』(1979年) 251頁)。さらに、ショットがハルトマンとイェーリングの影響に服しているとして、ヘックが (ショットを意識していたかどうかは不明であるが) 共通の「目的」というショットに類似した理論を唱えたのは、ヘックに対するイェーリングの影響の大きさからして (ヘックがイェーリングの『ローマ法の精神 (Geist des römischen Rechts)』を読んで法学の道に入ったことはよく知られているところである (たとえば津田利治『利益法学』(1985年) 1頁))、偶然のことではなかったのかもしれない。また、II章で紹介したように、通説が担保制度の「目的」から、担保権の存続を肯定するのも、イェーリング的な発想が根本にあると考えられる。さらに、本稿で詳細を論じることを予定していなかった非典型担保権の消長は常に担保目的によって支配されるといわれている。この意味でII章で提示した議論は、担保目的概念の断片にすぎない。しかし、全般的な担保目的を論じるにはいわゆるカウサ (causa) に関する理論を包括的に検討する必要がある (これに関して概説する最近のものとして、Ehmann, *Zur Causa-Lehre*, JZ 2003, 702)。いずれにせよ、場合によっては、イェーリング以前にまで遡る理論のドイツ法学全般への影響を含めて検討することは筆者の現在の力量を遥かに超える (給付義務という観点からのハルトマン以降の理論を扱うものとして潮見佳男『契約規範の構造と展開』(1991年) 18頁以下)。そのため本稿では、その影を気にしながらも、その理論の担保法への影響力を垣間見るに留めざるをえない。なお、(法) 社会学の立場から「目的」と制度の関係について論じるものとして、Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, 1968 (馬場靖夫訳『目的概念とシステム合理性』(1990年)) の存在を指摘しておく。

考察する。

3 受得権説と「債務と責任」理論

付従性否定論者としてヘックと並記されるのがリュプトウである²⁴³⁾。リュプトウもヘックのいう「典型的機能不全事例群」を引き合いに出して、通説による付従性の理解を非難する。リュプトウの見解は基本的発想の点でヘックと類似するものの、その構成は独特である。その理解の出発点は受得権 (Anrecht)²⁴⁴⁾という観念を認めることにある。日本でリュプトウが紹介されるとき、この受得権についての言及はあまり多くない。そのため、この受得権についての説明があらかじめ必要となる。

(1) シュライバーの受得権説と「債務と責任」理論

受得権なる観念を初めて言及したのはシュライバー (Schreiber)²⁴⁵⁾であった。もっともその影響力は後のシュタンペ (Stampe)²⁴⁶⁾ほど大きくなかった。シュライバーとシュタンペの違いは、受得権を債権と物権以外の第三の権利 (Subjektivrecht) として認めるか否かにある。

その提唱者であったシュライバーが受得権という語を用いたことには、もともと大きな意味がなかった。シュライバーは、「債務と責任」の関係を論じていく際にその術語を用いる意図をこう説明する。

債務の積極的側面、つまり、債権者からみた場合の「債務 (Schuld)」を「債

243) Lübtow, Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten, F. S. Lehman, Bd. 1, 1956, S. 328 ff.

244) リュプトウの用いる Anrecht に浜上・前注191) 34頁は「受得権」という訳語を当て、小杉・前注191) 26頁もこれに従っている。他方で、田口・前注191) 176頁はそれを「要求権」としている。受得権の訳語を当てた前者は、本文にあるように、Anrecht を最初に唱えたシュライバーの債務と責任に関する理解を日本で初めて紹介した石田・前注241) 333頁に倣ったことと思われる。他方で、Anrecht に「要求権」の訳語を当てたのは田口教授が最初ではなく、すでに奥田・前注242) 162頁があり、おそらくこれに田口教授が従われたものと思われる。本稿では受得権としておく。

245) Schreiber, a. a. O. (Fn. 121). なお、日本で、以下のシュライバーの理解に立脚するものとして石田・前注241) 329頁以下がある。

246) Stampe, Das Aufwertungsurteil des Reichsgerichts vom 28. 11. 1923 und mein eigener Kampf für das Recht der Darlehnsgläubiger, 1924.

権 (Forderung)』または「請求権 (Anspruch)」という語で表すことは混乱を惹起しかねない。そこで債権者側から見た場合の「Schuld」を受得権という語で代替し、「Schuld」、すなわち「債務」とは、債務者の側からみたものに限ることにする。そして、この受得権は債務者の負う責任によって引き当てられる、と述べるにすぎない。

ところで、債務と責任理論の大成者といわれるのはギールケである²⁴⁷⁾。ギールケによれば、債務とは法的当為 (rechtliche Sollen) であり、それぞれ債権者の受領当為 (Bekommensollen) と債務者の給付当為 (Leistensollen) から成るものだとされる。つまり、債権者の側からみた債務 (Gläubigerschuld) が受領当為、債務者の側からみた債務 (Schuldnerschuld) が給付当為として論じられていた²⁴⁸⁾。ギールケ以前から、受領当為と給付当為は区別されていたところであり、シュライバーの受得権は、ギールケらが用いた受領当為という観念に相当する²⁴⁹⁾。つまり、債務と責任理論においては、シュライバーが受得権という語を用いたこと自体にほとんど意味はない。むしろ、債務と責任理論の大成者とされるギールケと比べたとき、シュライバーが受得権または受領当為にギールケよりも大きな理論的意味を持たせていた点で両者の理解は異なる。

ギールケは、「債務者債務と債権者債務は、一方なくして他方は存在し得ない相関関係にある」²⁵⁰⁾。「なぜなら、いかなる法律関係も最終的には意思の担い手 (Willensträgern) 間の力関係 (Machtbeziehungen) であるため、対応する給付当為を伴わない受領当為を法律関係として観念することなどできないからである」²⁵¹⁾として、現行ドイツ法における債務者債務 (給付当為) と債権者債務 (受領当為) の区別に殊更の意義を認めようとしなない。

ギールケ以前のゲルマニステンは、ドイツでは古来、給付を行うべき者に限ら

247) Mitteis/Lieberich, Deutsches Privatrecht, 8. Aufl. 1978, §41 S. 123.

248) Gierke, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, 1910, S. 7 ff.

249) シュライバー自身も、自己の受得権概念が、債務と責任の区別をゲルマニステンの側で最初に唱えたアミーラによって観念される、債権者債務と基本的に一致するという (Schreiber, a. a. O. (Fn. 121), S. 47)。

250) Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 3, 1917, S. 11 Fn. 9.

251) Gierke, Schuldnachfolge und Haftung, FS. Martitz, 1911, S. 41.

ず給付を受領すべき者も「Schuldner (債務者)」と呼ばれていた事実から、言語学的に債権者の「債務」を発見した²⁵²⁾。ギールケは、その事実が現在の法秩序にもたらす影響を認めることに消極的な態度を採り、上の理解に至ったのである。

しかしシュライバーは、受得権と債務者債務または給付当為を比較して、前者を中心に据える。受得権が純粋な目的的要素 (Zweckmoment) であり、債務者債務や責任さらには保証債務や物的担保権などはそのための法的手段 (Rechtsbehelf) である。そして受得権が目的的要素であることから、それが手段を伴わずに存在する可能性がある一方で、目的の伴わない手段の存在を認めることが不合理である以上、受得権が消滅すると同時に受得権の実現に供せられていた手段は消滅する²⁵³⁾。

物的担保権や保証債務は受得権に資する法的手段であるとの理解からは、それらが付従する対象は、受領当為と給付当為の一体化している意味での「債務」ではなく、受得権であることになる。

このように債権者からみた債務を特に強調するシュライバーの理解は、債務と責任理論の中で突出したものではなかった。むしろ、ギールケの認識の方が少数であった²⁵⁴⁾。債権者からみた債務は、シュライバーの受得権という術語ではなく、債権者債務又は受領当為という語で度々強調され、歴史的なレベルにとどまらず、現行ドイツ法の解釈に積極的に用いられている。債務者のない債務が債務と責任理論の中では多くの者によって承認されていたのである²⁵⁵⁾。前章〔6〕判決で、主債務者たる法人の解散後に債務者なき債務の残存を理由として保証債務の存続

252) 中田・前注226) 1527頁以下参照。ドイツ語の Schuld und Haftung の語義一般を中心に解説するものとして、古田裕清「日本の法律用語とドイツ語(2)」白門51巻9号(1999年)43頁。

253) Schreiber, a. a. O. (Fn. 121), S. 46, 170, 175. ただし、同所でシュライバーは、それが理論上のものであり、結果的には債務なき受得権は存在しないともいう。同様の理解をするものとして、Buch, a. a. O. (Fn. 121), S. 16 ff.

254) 上山安敏「「債務と責任」と自然債務(一)」法学論叢65巻3号(1959年)73頁注6。

255) アミーラは、ギールケの Schuld und Haftung の書評の中で、同書が債務と責任理論をおよそ完成させたと評しながら、ギールケが受領当為と給付当為の区別を認めようとしていなかった点について疑問を投げかけていた (Amira, ZRG, Bd. 31, 1910, S. 487)。たとえばシュヴェリンも、受領当為こそが第一次的なものであつ

を主張したシュナイダーもかかる論者の一人にすぎなかった。

(2) シュタンペの受得権説

シュライバーによる受得権の理解に対してシュタンペは、受得権を債権と物権に次ぐ第三の権利 (Subjektivrecht) として形成し、それまで「債権」が果たしてきた役割を承継させようとした²⁵⁶⁾。シュタンペの理解は具体的にはこうである。

民法656条、762条によると、婚姻仲立または博戯・賭事に基つき債権が生じることはない。それにもかかわらず、債権者が任意に満足を受けることは可能とされる。かかる満足は贈与ではなく、不当利得として返還されることも許されない。ここでは一般に自然債務の存在が論じられる。他方で、民法1137条2項と破産法193条2文では債権の全部または一部が消滅しているにもかかわらず、物的担保権が変容することはないと定められている。また、民法(旧)223条2項においては債権が消滅時効にかかったとしても物的担保権が消滅しないとされる。ここでも自然債務の存在が論じられる。しかし、自然債務が強制的に実現されることが許されないのならば、やはり物的担保権も強制的な実現が許されないとしなければ矛盾する。そこで観念されるのが受得権である²⁵⁷⁾。

受得権とは任意の満足の受領を可能にする権利である。民法656条、762条所定の事例では自然債務が存在するからというのではなく、受得権が存在するから債権者は任意の満足を受けることが可能となり、一度受領したものを返還する必要がなくなるのである。しかしそれに止まらず受得権は、通常、強制的な貫徹が行われることも可能である。受得権の強制的な貫徹のために法秩序は、請求権、扨取権、相殺権、留置権といった多くの手段を用意している。中でも相殺権と留置権が、相手方にも何らかの類の受得権が存在する場合にのみ機能する手段である

て、それにとって債務者の存在は不可欠でないことまで断言している (Schwerin, a. a. O. (Fn. 121), S. 7)。この他、受領当為または債権者債務を強調する論者として、Puntschart, ZfHK Bd. 71, 1912, S. 304 ff.; Schwind, JherJb. Bd. 68, 1919, S. 68 ff. 多くの者は、被担保債権の存在が必然とされていない土地債務に基づく給付を債権者が受領可能とされている点にその実益をみる (vgl. Lübtow, a. a. O. (Fn. 243), S. 338 ff. Fn. 48)。日本でこのような立場から債権を論じるものとして、岡松参太郎「債権の性質(二)」法学新報30巻8号(1920年)72頁がある。なお、上山・前注254)66頁は、ギールケがアミーラと歴史認識が異なっていたと指摘する。

256) Vgl. Lübtow, a. a. O. (Fn. 243), S. 330.

257) Stampe, a. a. O. (Fn. 246), S. 37 ff.

のに対して、請求権と担保権は一般的な貫徹手段である²⁵⁸⁾。

物的担保権は受得権の貫徹手段として、他の貫徹手段、つまり請求権が消滅したという理由で機能不全に陥ることが許されない。債権者の満足がないために受得権が残存する限り、一方の貫徹手段は、他方の貫徹手段が喪失したからといって否定されない。むしろこの場合にこそ、残存するもう一方の貫徹手段がその責務を果たす要請が高まる。以上のような理解の下で初めて、債権が全部または一部消滅しているとしても民法(旧)223条2項、1137条2項と破産法193条2文に基づき物的担保権にその影響が生じないという結論が説明可能になる²⁵⁹⁾。

(3) シュタンベ説のリュプトウによる展開

受得権を債権とは別の権利とするシュタンベの理解は、リュプトウによって展開される。

リュプトウは、受得権をそれ自体は強制権能を有さないものの、法秩序によって認められた、目的を受領し、かつ保持することを可能にする権利と定義し、債権と担保権をその強制的な実現手段と位置付ける²⁶⁰⁾。そしてこの受得権を婚姻仲立等に基づきなされた給付の返還が許されないことの根拠として挙げる。つまり、一般には自然債務として理解されているその「債権」を有する者は、実は受得権を有する。このとき、債権という強制手段を有しない反面、任意に給付が行われたときには、受得権が満足されたために、その返還請求は否定されるという²⁶¹⁾。

リュプトウによる受得権の定義は、シュタンベにほぼ完全に従ったものといえよう。もっとも、リュプトウによれば、受得権は特定人による行為を追及するものではなく、一定の受領を目的としているから、いかなる過程で受得されるかは大きな意味をなさず、ゆえにそれは相手方がいない場合にも存し得るとされる²⁶²⁾。

258) Stampe, a. a. O. (Fn. 246), S. 39 f.

259) Stampe, a. a. O. (Fn. 246), S. 40. このように、シュタンベは1924年にヘックに先駆けて既存の「ドグマ」では解決できない諸事例に対して、受得権という概念を構築することで統一的な説明をもたらそうとしていた。その諸事例がヘックによって「典型的機能不全事例群」として掲げられているものと基本的に一致している事実からは、そのヘックへの何らかの形での影響が推測される。

260) Lübtow, a. a. O. (Fn. 243), S. 330.

261) Lübtow, a. a. O. (Fn. 243), S. 332.

262) Lübtow, a. a. O. (Fn. 243), S. 330.

この点で、シュタンペの理解をさらに先に進めている。

また、債権と担保権を受得権の実現のための手段として把握する点でもシュタンペに類似する。リュプトウはこういう。債権と担保権という手段は並存し、同一の目的に資する。それらの手段は同時に存在し得るが、このことは必然的なことではない。保証が引き受けられていないか、あるいは質権または抵当権が設定されておらず、手段としては債権しか存在しない場合もある。他方で債権は存在せず、保証債務または物的担保権という手段しか存在しないという場合もあり得るのである²⁶³⁾。つまり、債権が消滅時効にかかって消滅し、あるいは、強制和議ないし和議によって減免を受けたとしても、そのことは一的手段である債権がその機能を喪失ないし縮小したことを意味するにすぎない。受得権という目的への影響はない。したがって担保権はその目的を達すべく従前通りに存続し得る²⁶⁴⁾。

シュタンペやヘックが担保権及び債権の二手段の並列性を明示的に強調していたのは物的担保権についてだけであった。リュプトウはそれを保証債務にまで拡張する点で、前二者と理解を異にしている²⁶⁵⁾。

以上のリュプトウの見解は、シュタンペを基本としながらも、目的の同一性を論じている点からしてヘックへの傾斜を看取できる。したがって、構成において異なるものの、その実質がヘックと同じであるとの評価は適当であろう²⁶⁶⁾。確かにリュプトウは、債権と担保権が受得権に付従するため、受得権が任意の満足を受けたときには、受得権の消滅に伴って債権と担保権も消滅すると述べており、付従性を完全に否定しないかのような言及を行う²⁶⁷⁾。しかし、債権と担保権の付従する対象を受得権にみて、手段としての両者の間に優先劣後を認めないことに

263) Lübtow, a. a. O. (Fn. 243), S. 331.

264) Lübtow, a. a. O. (Fn. 243), S. 334 f.

265) これ以外の差異としては、受得権をもって将来債権担保も説明している点を指摘しておく。すなわち、シュタンペ並びにヘックは、将来債権であっても物的担保の設定または保証の引受が可能であることまでも受得権あるいは目的共同関係によって説明しようとしてはいなかった。リュプトウは、「将来または条件付きの受得権は、現在直ちに受領することに向けられている現在の受得権と比べて全く劣ることはない」として、その問題をも受得権の承認によって解決しようとする(Lübtow, a. a. O. (Fn. 243), S. 348)。

266) Vgl. Medicus, a. a. O. (Fn. 35), S. 502.

267) Lübtow, a. a. O. (Fn. 243), S. 347.

よって²⁶⁸⁾、ヘックと同じく、担保権が付従する対象を債権にみる通説の理解からは大きく逸脱していく。

リュプトウの受得権説の学説への影響は、ヘックの目的共同説と同じく、素朴な感情として共感を得るに止まり、消極的な賛意が表せられるにすぎなかった²⁶⁹⁾。これは、リュプトウの受得権説に積極的な賛同を示すには大きな障壁があったことによる。それというのは、受得権説が伝統的な債権物権二分論に反していた点、換言すれば、受得権を債権の本質的内容ではなく、第三の権利と見た点である。リュプトウは、「受得権は債務法上の権利にも物権法上の権利にも属せず、これら両類型を超えた存在である」と高らかに述べていた²⁷⁰⁾。

268) Vgl. Lübtow, a. a. O. (Fn. 243), S. 347.

269) たとえば、かつてのラーレンツに代表されるように、債権の最低限の効力として、給付を受領し、保持する権限という意味での受得権の存在自体を認める論者が幾人かいただけである (Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 9. Aufl. 1968, S. 12 f., Fn. 4. リュプトウに好意的な論者として、Harder, Leistung an Erfüllung Statt, 1976, S. 135 ff.; Müller-Laube, Empfangszuständigkeit, 1978, S. 60 f.; Slapnicar, Das Anrecht, F.S. v. Lübtow, 1991, S. 148)。奥田・前注242) 162頁以下では、次のようにラーレンツが引き合いに出されている。「ラーレンツは、…裁判上の貫徹可能性を、彼の初版においては、請求権として捉えていた (初版 S. 10)。…これに対し、第二版では、彼は、このような請求権の理解を放棄し、請求権を、債権に準じて理解している。すなわち、請求権もまた、第一次的には、特定人に対し、特定の容態を求める要求権 (Anrecht) であり、訴および強制執行による貫徹可能性は、通常は、請求権の概念においてともに考えられるが、債権について述べられたと同じことが、請求権にも妥当するとされている (第二版 S. 13)」。そして続けて、「以上にみたような請求権の理解の変化が、何に由来するかは明らかにされていない」とされているが、実はここにリュプトウによるラーレンツへの影響があったのである。つまり、年代順にいうと、ラーレンツの Lehrbuch des Schuldrechts の初版が1953年に出版され、リュプトウの F.S. Lehmann 所収の論文が1956年に公表され、1957年の二版でラーレンツはリュプトウの同論文を引用するようになっていく。もっとも、ラーレンツによるリュプトウの受得権説への評価が加えられているのはその第九版までである。ラーレンツがリュプトウに対して一定の理解を示したのは、彼が自然債務概念を否定していた点に求められるのではなかろうか (前注66) 該当本文)。自然債務を否定することで、不当利得返還請求が否定される事例群の説明に困難が生じる。ここに受得権の観念をある程度容認する動機があったと考えられるのである。

270) Lübtow, a. a. O. (Fn. 243), S. 330. リュプトウに好意的な論者の中でもここで述べおく必要があると思われるのが、リュプトウの受得権説の難点を克服し、形を変えて発展させたリンメルシュパッハー (Rimmelspacher, a. a. O. (Fn. 242)) である。その理論はすでに日本において詳細に紹介されている (上山明弘「請求権と訴訟物」民訴法雑誌17号 (1971年) 208頁以下、奥田・前注242) 239頁以下など。また、第三者のためにする契約という観点から、リンメルシュパッハーの見解に

ここまで見てきたように、シュライバー説とシュタンペ及びリュプトウの説は、

再考の余地があるとするものとして、佐々木典子「債権および請求権の概念についての一考察(一・二)」法学論叢119巻2号(1985年)52頁、120巻2号(1986年)79頁がある)。しかし、日本ではリンメルシュパッハーへのリュプトウの影響についてこれまで言及されたことはない。そのため、訴訟法の領域や請求権に関連する事項は割愛せざるを得ないが、ごく簡単にその理解を確認し、リュプトウ説との比較を行う必要がある。リンメルシュパッハーはまず、次の点に着眼する。消滅時効が完成した後であっても、債権者は給付を受領し保持することが可能な地位にあること。第三者弁済があったとき、第三者はもともと義務者でないが、一度給付をしたならばその返還を請求できないこと。民法656条及び762条所定の自然債務を有する債権者も、給付を受領あるいは保持することの可能な地位にあること。これらのことから、いわば債権者の地位の最大公約数を求め、その結果、「法的地位(Rechtsposition)」を導く(S. 53 ff.)。この法的地位とは、義務的要素の欠けた、直接的に請求権の相手方に向けられていない、つまり、相手方の存在は不可欠でない、給付の受領や保持を正当化する履行の帰属点としての機能を有する。とはいえ、それが担保権の帰属点としての機能をも有することから正確には、権利者の有する価値に対する期待、つまり受領した価値を保持し、使用し、換価する権能と結び付いた取得の見込みを付与するものである(S. 55 ff. u. 103 f.)。そしてこの法的地位には、その確保と実現のために「法的手段」が用意されている。これに数えられるのが、裁判外で債務者に行為を要求する権能、その地位の裁判上の保護を要求する権能、義務者の財産を担保する権能といった攻撃的なものと、抗弁権、相殺権といった防御的なもの、あるいは不作為請求権、裁判外と裁判上の救済であるという(S. 113 ff.)。リンメルシュパッハーの見解の要点は、請求権の「法的地位」と「法的手段」という二要素への分化の徹底にある。かかる結論に至る過程においてリンメルシュパッハーは、リュプトウの理解を検討に付す。そして、このリュプトウの受得権説に対する評価が随分と好意的なのである。リンメルシュパッハーはいう。「このリュプトウによって詳細に理由づけられた受領及び保持のための権利とその権利の担保及び貫徹のための手段を機能的に区別することは、法的地位と保護手段を分ける本稿での提言と合致する。」受得権と法的地位の類似性は、そのいずれもがこれまで「債権(Forderung)」に留め置かれてきた機能の一部をそれらに担わせる点で一層際立つ(S. 89 f.)。そして担保権によって担保されているものとは何か、との問いの答えについてもある一点において異なるにすぎない。すなわち、通説がこれまでその答えとして用意してきた債権に代えてリュプトウは受得権と答えていたのに対して、自身はそれを法的地位にみる点で、唯一異なるだけである(S. 92)。この叙述とリュプトウの受得権説の最大の難点がリンメルシュパッハーをして「法的地位」を説かせた意図を推測させるであろう。リュプトウのいう受得権とは債権と物権のいずれの権利体系にも属さない、第三の権利であった。これに対してリンメルシュパッハーは、債権物権二分論の体系の破壊を巧妙に回避しつつ、リュプトウの受得権説を実質的に正当化するものとして「法的地位」を観念したのである(Vgl. Christoph Schmidt, Die sogenannte Akzessorietät der Bürgschaft, 2001, S. 79)。請求権概念をめぐる問題については断言できないが、少なくとも本稿の問題解決にとって、その実質が同じものとみなすことは許されよう。そのため、基本的にリュプトウについて述べたことがそのまま妥当するものとして、本稿がこれ以上リンメルシュパッハーを扱うことはない。

同じく受得権という観念を前提にし、それを目的的要素とみる点で共通するが、次の点で大きく異なる。

シュライバーのいう受得権は、債務と責任理論で一般に称された債権者債務または受領当為に匹敵するもので、債権に内在する観念であった。債権には目的と手段の両要素が並存すると考えられていたわけである。したがって、債権の内部に含まれるものに担保権が付従する以上、債権の担保権に対する主位的関係という意味での付従性を認めることはできる。

これに対してシュタンペとリュプトウのいう受得権は債権とは別の権利であり、彼らは債権を目的的要素を欠く手段そのものとみなした。手段という意味で債権と担保権の間に優劣はなく、実質的に付従性は否定される。この点で、シュタンペらの説は、ヘックの目的共同説やプリンツの見解に近い。確かに、物的担保権と債権を同視しているとのヘックへの批判は直接にシュタンペらの説に妥当しない。かかる同視が説の骨子だからである。しかし、それと引き換えに、同説には、既存の権利体系には存在しない目的的要素を証するという困難の克服が要求される。さらにリュプトウの理解によると、主債務も保証債務も手段として同一平面上にあることになり、保証債務の付従性も否定されることになる。しかし、それでは法で連帯債務と保証債務が別個に定められていることを整合的に説明し難い。この問題は、まさにヘックにおいて回避されていた。

ヘックやシュタンペらの説におけるこれらの難点は、シュタンペによって形を変えられた受得権の初期の姿、すなわち、シュライバーに代表される債務と責任理論にはなかった。これに直接に遡る見解が近時、ベッカー＝エベルハルトによって唱えられた。

(4) ベッカー＝エベルハルトの折衷説

ベッカー＝エベルハルトも、本章のこれまでの論者と同様、手段と目的の区別を強調する。しかしそれに加えて、前章で紹介した通説も取り込むことで折衷的な理解を示す。

担保権が担保するのは債権によって義務付けられている給付の期待である²⁷¹⁾。

271) Bekker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 43), S. 3 f.

担保権は給付の実現に供せられており、担保権と債権の両者が同一の目的、すなわち債権者が——債権に基づこうとも、担保権の実行によろうとも——その期待する給付を獲得するという目的に供せられていることに疑問の余地はない。

こう述べて、担保権のみならず、債権をも給付実現のための手段と評価する点で、ヘックやリュプトウらによる理解に自己の見解が近似することを自ら認める²⁷²⁾。しかし他方で、債権と担保権が同順位の並列した関係にあるのではなく、債権が担保権に対して主位的な地位にあるともいう。

ヘックやリュプトウのように、債権と担保権を指導する要素（目的共同関係、受得権）が独立する必要はない。債権には当為要素（Sollenelement）と強制手段が内在していて、後者の強制要素（Zwangselement）は前者に対する手段として奉仕する地位にある。担保権が付従するのは後者をも含めた債権全体ではなく、前者と考えれば足りる²⁷³⁾。債権が倒産手続あるいは相続人の責任限定で変容を受けたとしても、消滅ないし減免が生じるのは責任といった債権の強制要素、すなわち手段だけであり、他方で目的である当為要素の変更はないのだから、第二の手段である担保権への影響は生じない。債権が消滅時効にかかり、債務者に給付拒絶権が発生した場合においても、依然としてその当為要素が存続していることから、担保権への影響が生じないという結論が導かれる²⁷⁴⁾。

ここでベッカー＝エベルハルトのいう「当為要素」とは、シュライバーのいう意味での受得権や受領当為とはほぼ同一のものといえる。というのも、ベッカー＝エベルハルト自身、リュプトウがロマンステンであるという制約から解放され、責任なき債務の観念を認めたならば、債権と物権以外の権利としての受得権を観念する必要がなかった旨を指摘しているからである²⁷⁵⁾。ベッカー＝エベルハルトの債務と責任理論への傾斜は明らかであり、彼がシュライバーのいう受得権や受領当為といった語をそのまま用いなかったのは、債務と責任論者のように、自然債務概念そのものを否定する意図がなかったためだけによるのであろう²⁷⁶⁾。

272) Bekker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 43), 201 ff.

273) Bekker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 43), S. 222 ff.

274) Bekker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 43), S. 224 f. u. 457 ff.

275) Bekker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 43), S. 219 ff.

276) このことは、ベッカー＝エベルハルトが、自然債務、責任なき債務、受得権、あ

ここまでならば、シュライバーや他の債務と責任学説によっていわれていたこととほとんど変わらない。ベッカー＝エベルハルト説の特徴は、担保権の存続の可否の判断基準に通説が説いていた担保目的を加えることに生じる。ベッカー＝エベルハルトは、法人の解散に伴う債権の消滅とその担保権への影響について、ベッターマンの見解²⁷⁷⁾を引用してこういう。

付従性の原則は、債権を担保するという担保目的を最善に実現することを目的としているにすぎない。この目的は、債権に基づき債権者が給付を受領する可能性を債権者のために高めることにあり、この目的が永続的に遂行される担保権の債権への依存をも技術的に要求するのである。もっとも、債権がもはや機能しなくなったからといって、まさに担保権が予防すべき債務者の無資力の場合においても付従性原理を厳格に貫徹することは付従性に対して上位にあるこの担保目的の原理に抵触することとなる。そこで、この場合において厳格な債権と担保権の結び付きに終わりをもたらすことは結局、付従性の基礎となっている原理の首尾一貫した実現以外の何ものでもない。したがって、倒産手続で債権が減免を受けた場合と同じように、債務者たる法人が無資力を理由に解散したときには、債権者の給付の期待を保護すべく、担保目的から担保権の存続が肯定される²⁷⁸⁾。反対に、ナチスによる収用といった政治的リスクは担保権によってカバーされることが予定されていない。そのようなケースでは、担保目的から担保権の存続を肯定することはできない²⁷⁹⁾。

こうして担保目的の原理を根拠として担保権の存続の可否を判断する点で、現在の通説への接近を見せる。それでもベッカー＝エベルハルトの説は、担保目的を理由に存続が認められたときの担保権の性状の認識について再び通説から離れる。

担保目的を理由に担保権の存続を肯定できるとしても、債権のいかなる拘束か

るいは債権者債務のいずれを担保権の付従する対象とするかという概念的な問題は有用ではないとして、あえてその特定を回避している (Bekker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 43), S. 460 f.) ことから推測される。

277) ベッターマンの見解、さらにそれがヴェスターカンプに由来するものであることについては前に述べた通りである (II 4 (2)(iv))。

278) Bekker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 43), S. 461 f. u. 474 ff.

279) Bekker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 43), S. 472 ff.

らも解放されている、独立した担保権の存在を導くことはできないし、導くべきでもない。とりわけ固有の給付表示 (Leistungsangabe) の存在しない質権についてはこれに異を唱える余地はない²⁸⁰⁾。債権が消滅したとしても、担保権によって担保されている債権者の給付を受領することへの期待は、依然として債権が失効していないかのように特定されることを要する。

4 本章のまとめと通説の再検討

(1) 本章のまとめ

ヘックの目的共同説は、目的と手段という視点から出発し、被担保債権と物的担保権の手段性を突き詰めた結果、両手段の主従関係、すなわち被担保債権への物的担保権の付従を否定するに至った。

このように、何らかの意味での手段性を前提にすることで、物的担保権の付従性を否定するという理解は、すでにドイツ民法典制定前にビュッヘルとプリンツによって説かれていた。これらの者とヘックは、付従性を否定した結果、物的担保権と被担保債権の関係を連帯債務相互の関係と同視して、目的の到達または債権者の満足の有無によって物的担保権の消長を調整しようとしていた。他方で、民法典制定前においては、被担保債権と物的担保権の間の目的の共通性を肯定する点で、ショットがヘックと同一の視座にあった。しかし、ショットは、物的担保権の付従する対象を債務目的に求めることで、その付従性を完全には否定していなかった。そのため、物的担保権の消長の調整は、目的到達または債権者の満足の有無といっても、より厳密には、債務 (目的) の満足の有無であることとなる。

ヘックに前後して、やはり目的と手段の区別を強調する見解がいくつかあった。シュライバーが債務と責任理論において最初に用いた受得権は、シュタンペ、リュプトウによって債権及び物権とは別の権利という姿に転じられた。シュタンペとリュプトウのような、過度の債権の手段性の強調は、既存の法理や法体系との矛盾をもたらす可能性が大きい。

280) ここには後述のミンケの価値付従性説 (4(2)(i)b) の影響がみられる。

これに対して、同じく手段と目的を強調しながら、シュライバーとベッカー＝エベルハルトは、保証債務も含めた担保権の被担保債権への付従を肯定していた。これは、被担保債権も手段であるとしながら、それに内在する目的的要素を担保権の付従対象と理解することによる。付従する対象を債権内部の目的的要素とする点では、シュライバーとベッカー＝エベルハルトはショットと共通する。しかし、ショットの説は、被担保債権の発生前においても債務目的が生じ得るとしていた点で、前二者と異なる。そのような債務目的が法的に承認されない存在であるということがドイツで同説が採用されるに至らなかった理由でもあり、その致命的な欠陥とされる（注241参照）。

シュライバーとベッカー＝エベルハルトの実質的な差異は、担保目的という通説の提示した基準も担保権の存続の可否を判断する決め手の一つとするかどうかに生じる。シュライバー説が債務と責任理論の一種であったという事実からは、シュライバー説とベッカー＝エベルハルト説の対立は、債務と責任理論による説明へのプラス α の要否という図式で評価できる。そのプラス α の判断基準の有無が、常に担保権の存続を導くか、場合によっては、存続の基礎を認めながら、それを否定する可能性を有するかどうかの違いを生む。

ドイツでは、被担保債権に同じ変容が生じたとしても、物的担保権と保証債務とで債権者に供与される保護の限界が度々異なった。しかし、判断基準を受領当為等の存否のみに求めるならば、かかる担保権存続の基礎がある限り、常に担保権の存続が肯定され、担保制度ごとの結論の差異を導くことはできない。ベッカー＝エベルハルトのように、担保目的との適合性を判断の要素に加えることで初めてかかる不都合の回避が可能となる²⁸¹⁾。担保権の存続を正当化するだけでなく、その否定をも導き得る理論構造の柔軟性を評価すべきであろう。

(2) 通説の再検討

最後に、前章で検討した通説的な立場からは、付従性の原則に例外を承認したときの担保権の性状が明らかでなかった。このことと、担保権が付従する対象を

281) たとえば、被担保債権の時効消滅による担保権への影響の有無に関せば、シュライバーのように、受得権または受領当為、あるいは責任なき債務の存続のみをもって物的担保権の存続を定める民法216条1項を説明すると、主債務が消滅時効にかかったとき、同じく受領当為が存続しているからには、保証債務の従前通り

考察し、ドイツ法全体の検討を結ぶことにする。

(i) 担保権の性状

a) 保証債務と連帯債務の連続性

連邦通常裁判所の判例によれば、付従性の原則の例外として生じる独立した保証債務とは、消滅における付従性といわゆる随伴性の失効したものをいうとされていた(Ⅱ 4(2)(vi)の [18] 判決参照)。その場合の保証債務の消長の調整は、(擬制すらされない)主債務の消長でないとするならば、一体、何によって行われるのか。これについては、ヘックの目的共同説やビュッヘルらの理解がこの疑問を解明するためのヒントを提供しているように思われる。

ヘックらは、付従性に代えて連帯債務法理に基づき質権と抵当権の消長を決定しようとしていた。これは、付従性以外には、連帯債務にみられる目的到達または債権者の満足の有無という基準しか担保権の消長を調整する役割を担う適性を有さないと考えたためによるといえる。ならば、付従性を欠くためにもはや主債務の存否に従って決せられることのなくなった独立した保証債務の消長は、連帯債務に準じさせることで解決可能であるといえるのではなからうか。

そもそもドイツ民法典制定前は、保証債務の消滅における付従性を認めない立場が多数であり、連帯債務の消滅事由が保証債務の消滅原因とされていた。民法典制定後、保証債務と連帯債務の区別をその付従性から確立したとされるヴェスターkampとライヒェルは、保証債務の付従性を担保目的から導くがゆえに、担保目的から付従性の原則が貫かれない場合を認めていた(Ⅱ 4(2)(ii))。原則が貫かれないとは、付従性による保証債務と連帯債務の区別の放棄を意味すると考えられることができる。これらは、保証債務と連帯債務の連続性に問題の解決の糸口を求める上の考え方を裏付ける事実である²⁸²⁾。

の存続、いいかえれば、保証人による主債務の消滅時効の援用の否定を導かざるを得ない。この結論は通説に反する。消滅時効完成後の被担保債権の準完全性による通説の正当化が疑わしいことはすでに述べたが(Ⅱ 3(2))、同様の疑問がシュライバーの理解では生じてしまうのである。また、受得権等と同義の「債務者なき債務」の観念をもってシュナイダーはナチスによる収用後の保証債務の存続を肯定していたが、その結論が現在一般に否定されていることもすでに述べた(Ⅱ 5(3))。

282) メディクスが付従性の原則の根拠を説くに際して、保証債務と連帯債務の比較を行っていたことも想起されたい(Ⅱ 5(2))。

b) 独立した物的担保権の許容性

このように考えることが許されるならば、保証債務について緩やかな法原理とされる付従性の原則に必ずしも固執する必然性はなく、通説に不都合はないといえる。問題は抵当権と質権といった物的担保権の取り扱いである。ところで、これらの付従性を全般的に否定した、ヘック説に対する批判には、物的担保権を債権と同視しているというものがあつた。通説のように物的担保権について付従性の原則に例外を承認すると付従性なき質権と抵当権が発生するはずであろうから、ヘックへのかかる批判は、通説にも妥当し得る。したがって、この疑問を解明しない限り、物的担保権について付従性の原則に例外を承認することもできなくなる。その考察には、近時に示されたミンケの分析が参考になる。その概要は次の通りである。

質権は、所有権や地役権等と同様に、物体権 (Substanzrecht) である。所有権が債権と異なり、将来の価値を付与することができないのと同様、質権もまた債権のその機能を当然に果たすことはできない。質権本体のみでは、その換価による債権者への一定額の給付をもたらすことはできないのである。それを超えて、債権のように質権に基づく一定額の給付が可能となるためには、それに基づく給付の内容が決められる必要がある。そのため質権は、債権と結び付けられることが必然的に要求される。その結合を行うのが付従性であり、質権のそれは常に要求される (価値付従性 (Wertakzessorietät))²⁸³⁾。

これに対して、抵当権の付従性は、質権のように必然的な要請ではなく、単に有用だから認められていると解する余地がある。これは、抵当権が被担保債権の存在を必ずしも前提にしない土地債務と同一扱いを受ける可能性があるためによる。

そもそも、民法典制定前においてメクレンブルク抵当権や所有権取得法は、土地債務を債権の伴わない抵当権として、抵当権を債権の伴う抵当権として、制度設計していた²⁸⁴⁾。つまり、土地債務と抵当権の違いはほとんどなかった。他方で質権は、普通法が適用されたままであつたために、債権への付従が要求される物

283) Mincke, a. a. O. (Fn. 43), S. 103, 118, 129.

284) Mincke, a. a. O. (Fn. 43), S. 158.

体権と考えられていた。いかえれば質権は、抵当権と土地債務とは異なる制度として扱われていたのである。そのため、民法典制定段階での位置付けに際して抵当権は、独自に債権と同様の機能を果たし得る土地債務と同一扱いを受ける余地があった。最終的に民法典は、少なくとも形式的には、抵当権を質権と同一次元の制度として取扱ったが、しかし、この問題の解決は、「学説の責務」とされたままであり、今日においても、満足のいく理論的視座は提供されていない。土地債務と同様、抵当権が所有権といった物体権ではなく、債権と同じ役割を独自に果たし得る権利であるならば、その給付内容を決定するためにあえて債権と結合せしめられる必然性はない。抵当権が付従性を帯びているとされるのは、有用だからにすぎない²⁸⁵⁾。

ミンケ説の当否はさておき²⁸⁶⁾、質権と抵当権及び土地債務に関する歴史的検証はここでの課題に重要な視点を提供する。それは、すでにヘックによって示唆されていたところであるが、付従性を有する抵当権と付従性を有さない土地債務の間には制度的な断絶というよりも、保証債務と連帯債務の関係のような連続性があるということである。より一般的に、付従性を有する担保権とそうでない担保権の間には歴然とした差はないともいえよう。

この認識の下では、被担保債権が法人の収用によって消滅したときにおいては当該債務を担保するために存した抵当権が旧抵当権者に帰する土地債務に変容するとの〔9〕ライヒ裁判所によるかつての理解は、それなりの合理性を有していたといえる。こう考えるならば、保証債務に対する連帯債務のように、抵当権には土地債務が制度的に用意されているため、独立した抵当権を認めることも不可

285) Mincke, a. a. O. (Fn. 43), S. 201 ff. ミンケは、そのように有用だから認められているにすぎない付従性を「担保付従性 (Sicherungsakzessorietät)」とよぶ。

286) 質権が債権と結合する必要性をミンケが説くことに対する批判は、それを直接に付従性の根拠としている点にある。ミンケは質権が物体権だから質権の付従性は必然的要請であるとするが、しかし、付従性は、質権が債権担保のために存在するという担保目的から要求されるのであって、それが物体権である質権については顕著になっているにすぎない。ミンケは、根拠と帰結を逆に見ている。ミンケによる理解によるならば、同じく物体権である譲渡担保についても付従性が必然的に要求されるはずである、といわれる (Bekker-Eberhard, a. a. O., (Fn. 43), S. 53 ff.)。仮に質権の付従性が価値付従性として、必然的なものであり、質権以外の担保権の付従性である担保付従性が有益だから認められているとしよう。問題は、いかなる点にその有益性を求められるかに生じる。しかし、ミンケにおいては、これが論じられていない。

能ではないのかもしれない²⁸⁷⁾。

しかし質権については、ミンケが指摘するように、土地債務に匹敵する権利、つまり、付従性を有さない動産担保がドイツ法においても制度上予定されていない。ちょうどガドウのヘックに対する批判の趣旨も、目的共同説によると、立法過程で否定された、独立した質権を実質的に認めることになるというものであり、同説による抵当権の理解に対して非難するものではなかった。独立した質権が認められないならば、付従性の原則に例外を承認する基礎を欠く。そのため、通説のように付従性の原則を放棄する態度は質権に限っては疑問が残るといわざるを得ない。

(ii) 担保権の付従する「債権」

上で示したように、付従性を有する担保権とそうでない担保権の違いは相対的なものにすぎないと考えるならば、付従性の有無によって両者が区別されるとしても、付従性を有する担保権の命運も究極的には、付従性のない担保権の命運を決めるもの、すなわち債権者の満足の有無が掌握していると断ずることは不当視できない。担保権の付従性を前提にした結果、その「目的」達成あるいは債権者の満足またはその期待の実現の有無による担保権の消長の判断が直接に債権の有無それ自体によって行われているといえる。もっともその「目的」は債権に内在するものと考えなければ、付従性を有する担保権が法で予定されていることとの矛盾が生じる。このことはシュライバー及びベッカー＝エベルハルトと本章でのその他の論者との対比から示される。

一旦、付従性の垣根を取り払って担保権全般の消長を支配するものを「目的」と理解したならば、付従性を有する担保権の付従対象たる「債権」が「手段」、すなわち強制力等を伴っている必然性はなくなる。具体的には、債務と責任理論の中で提示された責任なき債務がここでいう「債権」または「目的」に該当する。普通法学説や現在の学説によっても担保権の成立と存続が肯定される一部の自然

287) 抵当権と土地債務が連続した制度であることは、無効な債権について抵当権が設定された場合や有効に設定された抵当権の被担保債権が弁済された一定の場合、それぞれ土地債務が生じるとされていることにも見出すことができるであろう (Vgl. Baur/Stürner, a. a. O. (Fn. 37), S. 428, 488)。

債務も同様である。特に自然債務の存在から直接に担保権の存在が肯定されるとき、実際には、自然債務の存在に化体された、債権者が満足を受けていない状態、すなわち、債権の「目的」がいまだに果たされていないことが根本的な担保権の存在の基礎となっているのである。「債権」が責任なき債務と自然債務のいずれであるかという問題設定は有用でない。

担保権の付従対象である「債権」に債権者と債務者の双方が存在するのが通常であるとしても、その消長を掌る根本が「目的」であるとの考えからは、「目的」を代表する「債権」にとって債務者の存在は要素とならない。このことは、連帯債務者の一人が法人格を喪失し、その債務が消滅したとされても、他の連帯債務に影響が生じないことを説明するのに困難が生じないことから例証される。

そのような債務主体を欠く「債権」がかつてゲルマニステンによって、債権者債務、受領当為、受得権と呼ばれていたことはすでに述べた。理解の合理性は、自然債務の起源とされる奴隷の債務について有効な保証と質が成立すると述べるローマ法源²⁸⁸⁾と比較しても示唆される。すなわち、奴隷は市民権なき者、今でいうところの一種の権利能力なき者であるから、債務主体なき者の債務の存在が認められ、かつ、その「債権」が担保権の基礎足り得ると考えられていたと評価することは不可能ではない。また、債務者の地位を債権者が相続により承継したときであっても、質権の訴権が存続するというローマ法源も存在していた (D. 36, 1, 59 pr. 前注53参照)。これを普通法学説は、自然債務の存続から説明していた^{288a)}。ここでも、債務を負う主体は重要視されていなかった。自然債務の給付保持力にとって要素として評価されていたのは、債権者が給付を受領することの正当性だけであったのである。

もっとも、ここでいう「目的」には強弱があることを認めねばならない。一般に「目的」の一類型として数えることのできる自然債務の中でも、担保権の成立が肯定されるものとそうでないものがあつた。担保権の成立に関しては、発生原因から法が債権者を積極的に保護しようとしないう「債権」と、一定の事由のため

288) D. 12, 6, 13 pr. Vgl. Kaser, a. a. O. (Fn. 40), §33 S. 155 f.

288a) Vgl. Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, 1864, §172, S. 577.

に事後的に被担保債権による保護を拒絶するにいたった「債権」に二分し、後者に該当する自然債務について担保権の成立を肯定すれば足りることはすでに述べた(Ⅱ2(3))。そして後者の自然債務が担保権の存続の基礎にもなる「目的」であることを否定する理由はない。

本来、債権が通常効力あるものとして発生している限り、その内部にある、法的な保護に値する「目的」が債権の強制力等の事後的な失効によって保護に値しないものに転化することはない。ゆえに、「目的」を実現する手段である保証債務や物的担保権はその実現のために成立及び存続することが可能である。これに対して、当初から法的保護に値しない「目的」が担保権の設定によって強化されることは許されない。脱法手段を容認することになるからである。付従性の原則からは「目的」の要保護性の強弱が導かれると考えれば、強制力なき「債権」を被担保債権としたときに付従性の原則から担保権に強制力が付与されない場合とそれが付与される場合の双方を導くことに矛盾は生じない。

こう理解したとき、存続に関して述べられる、独立した担保権を認める意義は没却する。債権が消滅したと考えられている場面でも、実際には従前から担保権が付従していた「目的」以外の「手段」部分が消滅しているにすぎない。「目的」は残存しており、それに担保権が相変わらず付従しているのだから、担保権の性状に変容は生じていないことになるからである。

一部の自然債務が担保権の成立と存続の基礎として認められている現状からは、ドイツ法における担保権が付従する最小の対象は、ここでいう「目的」を化体する、強制力と債務主体の必然でない「債権」と理解するのが妥当であろう。だからといって、担保権の存続の可否を判断するにはなおも通説の担保目的概念が有用である。このことは、シュライバーとベッカー＝エベルハルトの両説の比較において示したので繰り返さない。

Ⅳ 日本法における付従性の原則の意義の検討

1 総論的考察

ドイツの通説は、担保権の存続に関して一定の場合において担保目的から付従性の原則に例外を承認し、その結果、不明な点がなおも残るが、独立した担保権

を認めていた。保証債務と抵当権についてはかかる理解の余地があるが、質権については疑わしい。日本法においては、既存の法体系の理解を維持する限り、抵当権についてもそのような理解は難しい。

(1) 担保権の性状

(i) 保証債務と連帯債務の連続性

保証債務の存続を肯定するためにその独立性を認めることは不可能ではない。一つの可能性として、次のように考えることができる。

保証債務と連帯債務は、両者が債権担保に供せられる点でその目的を共通しており、両者の本質的な違いは、付従性の有無に求められる²⁸⁹⁾。保証債務はその担保性が前面に押し出され、債権担保に資することにしかその目的を有さないために、主債務が存在しない場面での保証債務の意義はない。その結果、付従性の原則が表面化し、連帯債務との違いが浮き彫りになる²⁹⁰⁾。これが一般的な理解である。

つまり、債権担保という目的、すなわち担保目的から保証債務の付従性の原則が導かれている。ならば、同原則はその担保目的が要求される限りでしか維持されなければならないはずであり、債権が現在の体系的理解からは消滅したものと理解せざるを得ない場合には、原則に例外を認めることを選択肢に数えねばならない。保証債務よりも担保性の弱い連帯債務ならば生じないであろう事由からの保護を、「担保手段としての合理性」で優っている²⁹¹⁾はずの保証債務では債権者に付与することができないというのであれば、それは制度矛盾だからである。

保証制度が債権者を保護すべき危険の典型は、主債務者の無資力である。よって少なくとも、主債務者の無資力に起因する事由は保証債務の担保権としての存続に影響を及ぼさないとドイツ通説と同様の一般論を立てることは可能である。また、ナチスによる立法等の様々な限界事例を通して構築されたドイツの担保目的法理に対しては付従性概念が恣意的に操作されているとの批判²⁹²⁾はあたらぬ。

289) 我妻・前注6) 449頁など。

290) 於保・前注35) 255頁。

291) 平井宜雄『債権総論〔第二版〕』(1994年) 327頁。

292) 山野日・前注7) 161頁。また同162頁は、松久・前注2) 191頁のような、会社の破産の事例では破産法366条の13の類推適用を行うべきとの提案に対して、その類推の基礎をなす本質的類似性の証明を欠くとの批判を加える。しかし、自然人が破

保証債務の独立を承認するだけの制度上の許容性も存在する。このことは、他の債務の存否とは直接の関係なしに、独自に消長し得る連帯債務や不可分債務が制度的に予定されていることから明らかである。付従性放棄の結果、保証債務がそれら付従性を有さない人的担保に一定限度で準じる扱いを受けることになると理解しさえすれば、法体系上の不都合は生じない²⁹³⁾²⁹⁴⁾。

保証の担保目的から、付従性による主債務への従属という運命から解放されて純然たる保証債務ではなくなるとしても、それが何らかの人的担保権として存続可能であることに違いはない²⁹⁵⁾。主債務が自然債務として存在するのか、それとも全く存在しないのかといった問題が直接に保証債務の存続の可否の判断に影響

産免責を受けた場面と債務超過等を理由として法人が解散した場面との間には、破産免責と法人解散のいずれもが債務者の無資力に起因する事由であるという点に本質的類似性を見出すことができる。もっとも、コーピングは、戦争の損害によって社会一般が経済的困窮にある場合には、主債務者の無資力に起因する抗弁を保証人が援用する余地があるとしていた(Ⅱ 4(2)(iv)b)。この意味で、本文の一般論さえも、必ずしも普遍的なものと断じることはできない。

293) 椿寿夫「判批」リマックス10号(1995年)21頁は、判例通説のように連帯債務の独立性と保証債務の付従性を両極分化的に対置させてきたことに再考の余地があるとす。筆者もこの問題提起に共感を覚える。もちろん、独立した保証債務が連帯債務そのものになると述べることはできない。本文で示した論理によるならば、連帯債務よりも保証債務が懦弱な担保力しか有さないことが否定されるのみであり、逆に、担保としての合理性が求められる限りで、連帯債務よりも、独立した保証債務が高い担保力を依然として具備する可能性を否定することはできない。

294) 保証債務が独立したときには、何を基準に保証債務の内容を決定するのかとの批判がある(金山・前注6)506頁)。しかし、一つの連帯債務が消滅しても、満足の事由が生じない限り、他の連帯債務が存続し、その給付内容を独自に決することができるのと同様、独立した保証債務も独自にその内容を決定できると考えることは不可能でない。また、独立した保証債務を承認することに対しては、不当利得法理との整合性の欠如が指摘されている(金山・前注6)505頁、山野目・前注7)161頁)。保証人以外の第三者によって弁済があったとき、独立した保証債務を認める説においては主債務の消滅が前提になっているからには、主債務と、それに続く保証債務の消滅を観念できないのではないのかという。しかし、独立した保証債務を承認することで不当利得が問題となるならば、たとえば相続人なき連帯債務者の一人が死亡した場合の第三者弁済によっても不当利得の問題が生じるはずである。しかし、そのような疑問が呈せられることはないであろう。失効した債務に対して弁済がなされたとしても、現に存在する債務のための第三者弁済があったと考えれば足りる。もちろん、場合によっては現に存する債務のためならば第三者が弁済する意思を有さなかったという場合も想定されるが、ここでの問題と領域を異にするというべきである。

を及ぼすことはない²⁹⁶。自然債務の存在の認定は、債権者がいまだに満足に至っていないとの判断結果をもたらす事実の一つにすぎない。

このような理解からは、保証債務の存続が問題となり得る一連のケースには統一的な説明が加えられる。つまり、破産免責や和議、法人の破産による解散は、いずれも債務者の無資力に起因する事件であり、その事由が保証人の責任に影響を及ぼすことはない。限定承認がなされた場合も相続人なき主債務者が死亡した場合も同様である²⁹⁷。

以上のように考えるならば、主債務なきところで保証債務の存続を肯定する最高裁や破産免責との関係で提唱された債務消滅説の理解に必ずしも不都合はない。むしろ問題は、主債務者の無資力に起因して債権が消滅し、または減免されたとき以外のいかなる場合に付従性の原則に顧みることなく担保目的から保証債務の存続を肯定できるかに生じる。換言すれば、保証制度がいかなる担保目的を有するかが問題となる。しかしこれを本稿は具体的に答えることができない。ここまでの言及の基礎が連帯債務と保証債務の連続性を積極的に推し進めることにあるためによる。

つまり、両債務に連続性を認めることは、主債務の消滅に伴って付従性の原則から保証債務の消滅が導かれる場面と連帯債務に関して絶対効が支配する場面(民法434条乃至439条)をほとんど同一視することを意味する。主債務の存否とは無関係に保証債務の存続を肯定する場面と連帯債務に関する相対効が支配する

295) 民法449条は、保証人において知れた主債務者の能力の制限によって主債務が取り消されたときには、同一の目的を有する独立の債務を負担したものと推定する。梅謙次郎『民法要義 巻之三〔6版〕』(1899年)143頁は、そのような独立した債務を負担する者が、「真ノ保証人」ではないとする。また、於保・前注35) 260頁は、かかる債務を一種の損害担保債務と呼ぶ。同条におけるように、保証という形で合意された債務が、絶対的に付従する債務でなければならない要請はない。

296) したがって、破産免責後に自然債務が存するのかどうかという問題は、保証債務の存続の可否とは完全に切断され、破産法学説にそのまま委ねられることになる(同旨、松久・前注2) 191頁)。

297) これらの場合において実際に保証人の責任が問題となるのは、死亡した主債務者においてその債務を償還するのに十分な遺産がないときである。そのため主債務者の無資力に起因する事由が保証債務に影響しない場合の一つと位置付けることができる。

場面（民法440条）についても同様である²⁹⁸⁾。連帯債務の絶対効と相対効の範囲は立法政策的な視点が関与するために各国で区々であり、日本法はドイツ法よりもフランス法に近いといわれる²⁹⁹⁾。ならば、ドイツにおける保証債務の問題しか検討していない本稿は、上の問題に答える資格がない。具体的な帰結を断定することはできないが、それでも、連帯債務に関する時効の絶対効が法政策上認められているものとの一般の理解に準じて、保証人による主債務の消滅時効の援用が可能とされる結論も理論上当然に導かれるものではなく、政策的な判断の結果であると述べることは許されるであろう。付従性の原則から直ちにその帰結を導く理解には賛成することができない。

(ii) 独立した物的担保権の許容性

物的担保権については、保証債務についてこれまで述べてきたのと同様の理解をすることは困難である。付従性を有さない物的担保制度を日本法が予定しておらず、かつ、物的担保権に基づく物上保証人の責任が債務なき責任とされるためによる。

日本法は、連帯債務に匹敵する付従性なき物的担保権を用意していない。つまり、ライヒ裁判所によって述べられたように、抵当権が土地債務に転じて存続すると考える制度的基盤を欠く。債権に付従しない物的担保権の是認は物権法定主義違背を意味し、よほどの合理的な理由がない限り、これを肯定することはできない。

破産免責等の結果、債権が存在しない場合、または、その訴求力等が失効した場合には、当然に物上保証人が損害担保契約を債権者と締結したことになるとして、物上損害担保債務を肯定する見解がある³⁰⁰⁾。しかし、この見解の支持には躊躇を覚える。

物上保証の引受があった物件について、所有権の移転があった場合を想定する

298) 於保・前注35) 229頁も、連帯債務の絶対効からの帰結を保証債務の付従性の原則から導かれる帰結と実質的に同視する可能性、さらに、人的担保制度としての両制度の比較検討の必要性を指摘する。このことはメディクスの法簡素化説（II 5 (2)）でも示唆されていた。

299) 於保・前注35) 230頁。

300) 片岡・前注3) 39頁以下。

ならば、その理解の不当さが自ずと明らかとなる。このとき所有権の移転を受けた第三者は、あわせて損害担保債務の引受をも行わなければならなくなってしまう。さもないければ、かかる第三者の下に物件の所有権が移った後に生じた債務者の破産免責等に際して物上保証の存続を肯定できない。しかし、そのような債務の引受を当然に認める根拠は想定し難い。

では、物上保証の引受時ではなく、破産免責等のあった時点での損害担保債務の引受を擬制すればよいのか³⁰¹⁾。しかし今度は物的担保権が従前有していた順位の喪失が問題となりかねない³⁰²⁾。

そもそも、物上保証人が損害担保債務をも負っていると擬制する理解は、常に物的責任を負う者に債務を負わせることと同一の結果をもたらす。したがって、物的担保権が債務なき責任であるとの理解に反対を述べることになる。物的担保権が債務なき責任であるとの認識が圧倒的通説であり、また、これを今直ちに否定することのできない本稿は、通説に従った立論を行っていかざるを得ない。そしてその認識が、保証債務との決定的な差異を生む。

保証債務は債務である以上、付従性に基づく主債務によるその内容の決定は必然的なものとはいえない。一個の連帯債務が、それ単独でその内容を決定できるのと同様に、保証債務も本来的にはそれ自体による内容決定は完全に否定されない(別個債務性)。付従性が前提とされた結果、一般に保証債務自らによる内容決定機能の放棄が求められるのである。とはいえ、それまで内容を決定していた主債務が一定の事由によって欠落し、他方で、保証債務の存続の要求が依然として存在するときには、保証債務が独自にその内容を決定するに至ると考えることは不可能ではない。これに対して、物的担保権設定者の負う責任の内容は物的担保権そのものからは決せられない。

確かに、物的担保権は設定契約において、それに基づく換価可能額が被担保債権と完全に一致せしめられる必要はない。被担保債権の範囲内であれば設定契約によってその限度額を決定することができる。その意味では、物的担保権内部で

301) 堀内仁「私的整理と保証債務」金判679号(1983年)150頁がそのような理解を提示する。

302) 同旨、吉原省三「判批」金法1095号(1985年)5頁。

その換価可能額を決定することは可能であるといえるかもしれない。しかし、その設定後、被担保債権の一部が履行されたなどの場合においては、換価によって債権者が受領することのできる売得金の限度は、設定契約そのものから引き出すことはできない。換価可能条件（抵当権の実行可能時など）も同様である。

保証人は、保証の引受に基づく責任だけでなく、債務自体を負担しているため、その負うべき責任は、自己の債務からも決定することができるのに対して、物上保証人は、債務を負っておらず、ゆえにその責任の内容を決定する基準は、常に責任の外部に求めざるを得ない。さもないと、責任に債務の機能を果たさせることになってしまう。少なくとも、債務と責任を分離する理論の下での物的担保権の付従性は、その責任内容を外部、すなわち債権から決定するという不可欠な作用を果たしているのである。この意味で、換価実行時に被担保債権の存在が付従性の最低限の要求であるとの、かつて頻繁に説かれた理解が再評価されるべきように思われる³⁰³⁾。

そして、ここで問われるのは、内容決定という被担保債権の責務を担う最小の単位である。では、それを何に求めることが可能か。ドイツ法の検討の最後に述べたことが妥当する。

(2) 担保権の付従する「債権」

保証債務も含め、担保権の付従する対象とは、被担保債権に内在する「目的」である。債権者が満足を受けるという「目的」が果たされていないことが、その「目的」の実現のために提供された担保権の存在の根本的な基礎である。それさえあれば、担保権が存在するための基礎は満たされるのであり、逆に、「目的」の（一部）達成は、担保権の（一部）消滅をもたらす³⁰⁴⁾。

303) もっとも、加賀山茂「『債権に付与された優先弁済権』としての担保物権」國井還暦（2002年）291頁のように、物的担保権の物権性を否定したならば本文におけるように理解する必然性はないことになる。

304) 目的の到達から担保権の消滅を説明したとしても、本稿は本文でいう「目的」を目的到達論において論じられるそれと全く同視しているわけではない。もともと本稿は目的到達論について多くを論じることを予定していなかったことは前述の通りであるが（前注242）参照）、誤解を避けるために確認しておけば、ここでいう「目的」は、担保権の消長ないし存否を決定することだけを意味しない。それに限らず、債権の履行時期や場所といった内容をも具現し、担保権についてのそれらをも決する。

保証債務と連帯債務の区別は相対的なもので、前者の付従性は必然でないとの本稿の立場にとって、そもそも保証債務に付従性が認められている理由が問題となる。本稿では、付従性を認めなければそれと連帯債務の間に差異がなくなってしまうからと答えるに控えざるを得ない。それを越えた回答のためには、本格的な制度間比較並びに全般的な付従性の根拠論に触れなければならない³⁰⁵⁾。

独立した保証債務の許容性があることは上で述べた通りではある。しかし、保証債務の付従する対象も「目的」であるから、本稿の理解によれば、保証債務が独立したといわれる場面でも、実際には、以前からの「目的」に付従し続けていることになる。したがって本稿の課題を解決するために独立した保証債務を認める理由はない。

自然債務や責任なき債務がここでいう「目的」に相当する代表例ではあるが、受領当為、債権者債務または受得権といった術語で表される債務者なき債務がその本体である³⁰⁶⁾。他方で、自然債務の存在が認定されさえすれば、その「目的」の存在を肯定することが可能と断定することはできない。担保権の成立及び存続を可能にする「目的」であるというためには、債権が少なくとも当初は強制力あ

305) 日本での付従性の原則的理解は、ドイツにおける古典的な理解にあることだけを指摘しておく(Ⅱ5参照)。

306) 以上の記述は、筆者が法人の解散や相続人なき自然人の死亡に際して、当然に主体が消滅すると考えていることを意味しない。担保権の存続とは別の理由からその存続が観念されるべき理由があるならば、当然に主体の存続が認められるべきであろう。私見は、担保権を存在させるためだけに債権の存続を肯定するという擬制を避けた結果である。法人に関していえば、法人が解散することで債務が消滅するのは、権利能力を喪失した結果、債務の主体を欠くに至るからだといわれる。しかし、権利能力なき社団についていわれたように、権利能力の存在は債務の存在にとっての絶対の要素ではない(星野英一「いわゆる「権利能力なき社団」について」同『民法論集〔一卷〕』(1970年)227頁〔初出、法協84巻9号(1967年)1125頁〕。また、破産法学説では、一度法人が解散し、その旨が登記されたとしても、配当財産が後に発見されたならば、その権利能力が復活するともいわれる(伊藤眞『破産法〔全訂第三版補訂版〕』(2001年)432頁注101)。これらに、法人解散後の債務存続の契機を見出すことはできよう。とはいえ、これまで権利能力なき社団に権利義務の主体性が承認されてきたのは、社団としての実体が認められるときに限られていた。この意味で、かつてのドイツにおけるシュスに(Ⅱ4(2)(iii)参照)、また、日本では我妻博士に代表されるような、残債務の主体となる限りで法人の権利能力の存続を肯定する立場には、社団としての実体がない場面でも権利義務の帰属主体を観念できるのかという問題の論証が課される。

るものとして発生している必要がある。逆に、通常の効力あるものとして生じた債権の「目的」の法的保護の必要性は並存していた「手段」が後に欠落したとしても変容しないため、その実現に向けた担保権の成立と存続は可能である。

以下、本稿はこれまで述べてきた意味での「目的」を、叙述の便宜上、受領当為の術語で呼ぶ。ただしこれは、ドイツの債務と責任理論においてそれが、債権に内在し、債務者の存在を前提にしない観念としての一般的な呼称であったことに倣ってのことにすぎない。

受領当為は、担保権の存在を一方向的に肯定する論拠であることに注意を要する。確かに受領当為がある限り、担保権が存在する基礎は満たされる。原則的に当事者の主観を問題とする必要性はない。だからといって、受領当為ある場合に常に担保権の存在を認めることが結論的に不合理なときも考え得る。ドイツ法においては、主債務が政治的な理由によって収用されたときの保証債務の存続がそのような場合の一例であった。日本では生じたことはないが、かかる場合も想定するならば、担保権の存続の可否を判断するのにドイツの通説が論じていた担保目的との適合性、つまり制度趣旨を勘案することも要求するのが理論上は適切である³⁰⁷⁾。独立した保証債務を認める契機であった担保目的という法政策的な視点は、以上の理解にとって担保権の存続を否定する論理として、つまり付従性の原則を貫く積極的な論拠としてそのまま用いられる。

ここで担保目的という評価基準を認めたとしても、それはあくまでも担保権の存続の可否を判断する基準であって、成否の基準となることはない。存続の可否をめぐるのは、将来生じ得る不確定な出来事からどれだけの担保が債権者に付与されるべきかという視点からの考察が加えられる余地がある。これに対して、成立の局面ではかかる出来事が発生した後に担保の供与がなされるからには、存続の可否についてなされる評価を経る必要がないためによる。したがって、I章では成立における付従性と消滅における付従性に関わる問題の一方を解決する理論

307) 受領当為、すなわち債務者なき債務を認める点で本稿の理解は、破産免責後の主体消滅を肯定する山野目教授に接近するが、山野目教授の主体消滅説との違いは、私見が担保目的を特に強調することにある。

は、他方をも解決する理論である可能性が大きいと述べたが、その予測は担保権の存続の可否を判断するのに担保目的との適合性を考慮に入れる私見によっては否定されることとなる。

受領当為を担保権が存在するための基礎とする理解の障害は、不当利得との関係でいわば「債務者なき債務」を現行法体系においても法的に実在するものとして認めることができるかどうかにかんじて生じる³⁰⁸⁾。先に奴隷の債務に関してローマ法では一種の債務者なき債務が認められていたと述べた。筆者は現段階においてそれを債務者なき債務の法的な存在、つまり、債務者なき債務の履行が不当利得返還請求を封じることを普遍的に証する事実の一つと考えている。しかし、近代法は全ての者に法人格を認めるのだから、そのような前近代的な事実は、現行法体系における積極的な証拠にならないともいえる³⁰⁹⁾。近代法における権利主体と権利の関係あるいは不当利得法理の論証を予定していなかった本稿は、この点で私見が試論の域を出ないことを認めざるを得ない。

ここまでを要約すればこうなる。受領当為の有無が担保権の存在の基礎である。これが担保権の成立の可否を決する唯一の基準であり、その存続の可否を決する第一の基準でもある。ただし存続に関しては、担保目的からそれが否定される場合もある。以下では、この抽象論を事例ごとに検証していく。ただし、担保目的との適合性の有無は法政策的な判断を要することは本節の(i)で述べた通りである。そのため、具体的な帰結を断定することは控え、理論的枠組の提示に止める。

308) 山野目・前注7) 171頁が、主体なき「自然債務」を論じる目的も、不当利得法理との抵触を回避することにある。

309) 山野目・前注7) 169頁注30は、主体のない債務が強度の技巧性を持つものという。これは、破産免責と破産者の更生を念頭においた考察からの言及である。しかし、そのような考慮をせず、単純に担保権の存在条件のみを考究するならば、主体のない債務は、むしろ、前近代的で、技術的側面の少ない、ごくごく素朴な法観念であり、それを現行法体系でも認めることができるのが最初に問われることになる。なお、山野目論文の同注は、佐々木・前注270) 論文を引用し、債権者の受給する地位が債権の要素であることを強調する。佐々木教授は、リンメルシュパッハーを支持しておられるが、注270) で示したように、リンメルシュパッハーの見解はシュライバーの受得権、つまり債務と責任学説の受領当為に遡ることができることを指摘しておく。シュライバーの系譜にある論者が皆、自然債務以外の観念で不当利得の不発生を説明していたことは前述の通りである。

2 各論的考察①——消滅時効にかかった「債権」

受領当為がある場合とは、少なくとも発生段階では被担保「債権」が通常の効力あるものとして生じ、その満足が果たされていないときである。被担保債権が消滅時効にかかった場合もそれに該当する。時効による債権の効力縮減は、債権者が満足を得ることを否定するために生じた現象ではないため、債権者が受給すべき地位に変更が生じることはない。このことは、民法508条が消滅時効にかかった債権を自働債権とする相殺を認めている点に示される。したがって、被担保債権が時効消滅したとしても、担保権が成立し、あるいは、存続する基礎があることになる。

確かに、受領当為の有無のみから、被担保債権が消滅時効にかかった場合において担保供与者の責任に何ら影響が生じないとするのは、担保供与者に被担保債権の消滅時効の援用を認める通説の結論に明らかに反する。とはいえ、存続の可否を判断するには担保目的との適合性という政策的判断も経る。保証債務や物的担保権が被担保債権の時効消滅に煩わされることなき担保の供与にその制度の意義がないとの評価が下されたならば、被担保債権について生じた消滅時効の援用を担保供与者に許し、通説と同じ帰結に至ることはできる。その結論は付従性の原則から直接に導かれるわけではない。前提として付従性の原則を貫徹すべきか否かの政策的な評価を経る必要がある。したがって、私見はI章でその帰結を政策的判断の結果とする理解に接近する³¹⁰⁾。

消滅時効にかかった被担保債権のために担保権が成立し得ることは、受領当為の存在から導かれる。ところで、学説の一部からは当事者の意思が成否の決め手

310) 保証人に援用を認め、他方で物上保証人にこれを否定するのは、理論の矛盾ともいわれることもあるが(我妻・前注104)204頁)、これは付従性の原則から当然のこのように援用可能の帰結を導こうとする理解に起因する。しかし、保証と物上保証とで制度が異なるのだから、同じく付従性を具備する担保権だとしても、同一の帰結に至らねばならないとする必然性はない。物上保証人による時効援用は積極的な評価を受けていないが(柚木馨=高木多喜男編『新版注釈民法(9)〔補訂版〕』(2001年)657頁〔柚木馨=小脇一海〕)、本稿の論理によるならば、ドイツ法におけるように、保証債務と物的担保権の間に債権者の保護の厚薄を認めることも不可能ではない。なお、ここでいう法政策的な判断は、一般の理解と同じく、民法145条にいう「当事者」に含まれる者の範囲の画定において行われることとなる。

の一つとして挙げられていた。この要件の加重の意義を考慮しておく必要がある。結論からいえば、当事者の意思は担保権の成否を判断するのに問題となり得る。しかし、これは、時効制度の特殊性に由来するものであり、その理由も担保供与者が第三者と債務者自身のいずれであるのかによって異なる。

担保供与者が債務者以外の第三者である場合において、当事者の意思が問題となるのは次の理由による。消滅時効が債務者によって援用された債権について訴求力ある保証債務や有効な物的担保権の成立を認めるとき、消滅時効にかかった債務に関してさらに消滅時効が進行すると考えない限り、被担保債権について進行する消滅時効の利益を保証人や物上保証人が享受する可能性はない。とりわけ債務が既に消滅時効にかかっているという事実を保証人や物上保証人が覚知していなかった場合を想定したならば、かかる帰結はその者らにとって酷である。他方で、被担保債権が消滅時効にかかった後に担保の供与がなされた場合において、保証人らが被担保債権の時効を直ちに主張することができるというのも不合理である。そこで、受領当為の存在をもって消滅時効の援用された債務に有効な保証債務や物的担保権が成立し得る基礎を認めるとしても、保証人らが主債務の消滅時効を主張して即時にその責任から免れることを防ぐために、担保されるべき債務についてすでに生じている時効の利益の放棄（民法146条）が保証人らによって行われていることがその成立要件として追加される。そして放棄の前提となるのが担保供与者による消滅時効完成の事実の認識であるため、結果的に、担保権の成立にとって担保供与者がそれを知っていることが要求される。

次に、物的担保供与者が債務者本人である場合はどうか。物的担保権が成立する基礎については担保供与者が第三者であった場合に関して述べたことが妥当なのであるが、債務者の主観的態様の問題はさしあたって消滅時効の中断の有無に関して生じる。つまり、債務者による担保の供与は、債務の承認（民法147条）に該当するといわれる³¹¹⁾。時効の完成した後であっても、債務者がその事実を知らずに債務の承認を行った場合には、信義則上、その援用を行うことはできない³¹²⁾。つまり、消滅時効の援用について停止条件説を前提にした結果、債務者

311) 川島・前注24) 127頁〔川井健〕。

312) 最大判昭41・4・20民集20巻4号702頁。

が消滅時効の完成を知らずに物的担保権を設定した場合において、それが有効に成立し得ることは、時効中断のために被担保債権が消滅時効に服していない帰結からして当然のことである。そもそもここでは、消滅時効完成後の物的担保権設定の問題が生じない。消滅時効完成後において債務者供与の物的担保権の成否が問題となりうるのは、債務者が時効の利益を放棄した場合（民法146条の反対解釈）に限られる。債務者が時効利益の放棄の意思表示を行っている以上、常に債務者は消滅時効完成の事実を知っていることとなる。

3 各論的考察②——限定承認・倒産手続・法人格喪失によって減免または失効した「債権」

被担保債権が限定承認または倒産手続で変容し、あるいは、債務者である自然人ないし法人が権利能力を喪失した場合の債権の効力縮減または失効も、債権者が満足を得ることを否定するために生じた現象でない。受領当為の存在が認められ、よって、これらの場合にも担保権が成立し、存続する基礎が認められる。

時効と異なり、その成立に関して当事者の主観が問題となる事情は見当たらない。したがって、ここでは本来通りに担保供与者の意思を問題とすることなく担保権の成立が受領当為の存在のみをもって肯定される。

上の各出来事が生じたとしても担保権がその影響を受けずに存続し得ることは、その場合においても受領当為に変容は生じないことと、担保権存続という帰結が担保目的に適合すること、すなわち担保権が本来的に債務者の無資力からの保護の供与にその制度意義を有することから肯定される。

4 各論的考察③——発生の当初から強制の不能な「債権」

ここまでは、当事者の意思によらずに被担保債権の効力縮減または失効があった場合を扱ってきた。これと異なり、被担保債権の強制力等の欠缺が事後的で、かつ、法律に基づく場合以外のケースもある。

その場合の一つとして最初に、発生の当初から強制の不能な「債権」を扱う。いうまでもないが、発生の段階で強制不能なのだから担保権の成立に関する問題しか生じず、事後的な強制力の欠缺等に起因する存続の可否は問題とならない。

発生の当初から強制不能な「債権」を担保権の成立を可能にする受領当為の一つと認めることは許されない。受領当為は、被担保債権が少なくとも当初は強制力ある通常の「債権」として発生している必要がある場合に認められるからである。発生原因からして法的な保護が付与されない「債権」については、その保護の懦弱さが付従性の原則から導かれ、通常の効力を有する担保権の成立は許されない。物的担保権にとって、換価が必然的な機能であるから、強制できない物的担保権を認めることができない以上、その成立は完全に否定される。これに対して保証債務は、それが債権であることから、同じく強制の不能な債権として成立する可能性はある。受領当為の有無のみを担保権成立の基準とする本稿の立場からは、仮に被担保債権が強制不能であることを担保供与者が知っていながら、あえて担保を供与したとしても、その結論に違いが生じることはない。

学説では、不法原因給付の支払または返還債務が自然債務と認定される場合がある。それが自然債務とされる限りで、保証債務が自然債務として成立することを認めることはできる。他方で、それらの強制が許されない理由を自然債務の存在ではなく、法による関与の拒否の反射的結果にすぎないとする立場もある³¹³⁾。この見解に立つならば、当該「債権」を担保するために引き受けられた保証債務が自然債務として成立することすら否定されることになる。制限超過の利息債務についても以上のことが妥当する。

5 各論的考察④——不訴求（不執行）の合意がなされた「債権」

最後に不訴求の合意のなされた債務について検討する。

不訴求の合意のなされた「債権」は、発生の当初から強制不能な「債権」と異なり、発生原因自体には不備がない。たとえ当該「債権」の発生と同時に不訴求の合意がなされたのだとしても、観念的には、完全な「債権」が発生した後にその訴求力が減じられたと理解することができるからには、当然に受領当為の存在を認定し、当該「債権」を担保権の基礎と認めることができそうではある。しかし、たとえば限定承認によって「債権」が失効した場合と異なり、その失効が当

313) 奥田・前注20) 93頁。

事者の合意に起因するため、受領当為の存在が当然に肯定されるわけではない。

当事者の意思の関与しない、法律に基づく債権の効力縮減または失効は、債権者が満足を得ることを否定するために生じるわけではない。そのため、当該債権以外の法的手段一切が否定されることもない。これに対して、不訴求の合意は、それが法的手段一切の放棄を意図して行われたと解釈される場合もある。その場合には、有効な担保権の基礎としての受領当為を認めることはできない。

具体的にはこうである。訴求可能な保証債務や有効な物的責任を承認することは、保証人等から債権者が満足を受けたときに、債務者がその保証人等による訴求力ある求償を受けることを意味する。合意が可及的に債務者に生じる応訴の負担をなくす趣旨でなされているとしよう。ならば、債務者が受ける求償による応訴の負担をも否定されるべく、訴求可能な保証債務または有効な物的担保権を許さない必要がある。反対に、その合意がさしあたり債権者と債務者間でのみの訴訟を回避する目的でしかなされていないとするならば、債務者に将来生じ得る求償による応訴の負担を顧みる必要はない。したがって、訴求可能な保証債務または有効な物的担保権を認めてもよい。

つまり、不訴求の合意がなされたとき、債権者と債務者は多かれ少なかれ債務者が訴訟手続で煩わされない旨を合意するが、その合意の趣旨によっては法的な保護の期待度の軽重が変わり、受領当為の存否の判断も変わる。学説の一部は担保権の成否を当事者の意思に左右させていたが、当事者の意思はここでは債権者と債務者の合意の趣旨を解明するために問題となり得るにすぎないのである。

ここまで述べてきたことは、いわゆる不執行の特約がなされた場合にも妥当する。不訴求の合意と不執行の合意は、債権がそれぞれ自然債務となるのか、それとも責任なき債務となるのかに違いが現れるとされる³¹⁴⁾。理論的にそう区別可能であるとしても、現実はその区別を常に行うことができるのかは疑問である。自然債務や責任なき債務が受領当為の一つの代表的な姿であるにすぎないとの私見にとって、両者の間に担保権の成立と存続の可否に関する明白な差異を見出す理

314) 不訴求の合意がなされた債務に関する保証債務は自然債務になるが、不執行の合意がなされた債務につき引き受けられた保証債務は訴求力を有するといわれることもある(古館清吾「判批」金法1061号(1984年)16頁)。

由はない。

倒産法的には会社整理や任意整理で債権が「免除」された事案にもここまで述べてきたことと同様のことが妥当する。債権者が「免除」された「債権」から派生する手段に基づく満足のみを放棄する意思を有していただいだけであるならば、当該「債権」のために担保権が成立及び存続する可能性を見出すことは可能であるし、そうではなく、将来の給付の受領を全く予定せず、あるいはいかなる法的手段による満足をも放棄する意思を表示したというならば、担保権の存在の基礎である受領当為を肯定することはできない。

V おわりに

冒頭部分で述べた通り、本稿は、自然債務の効力全般という巨視的な観点に立脚せず、純粋に担保権が存在するための最低条件を考察してきた。その結果、存在条件の一つとして、受領当為の有無を数えるに至った。これは、自然債務概念を認めるべきかどうかの問いには答えることができない筆者が、自然債務や責任なき債務といった「債権」の概念を用いることなく本稿の課題の解決を説明するための便宜的な概念である。

受領当為の定義を繰り返せば、これは、一般に自然債務の範疇に置かれるものだとしても、発生の当初から自然債務に位置付けられていない「債権」をいう。事後的に債権の強制力が欠落しても債権者の法的保護の必要性に変容は生じないため、かかる「債権」は、担保権の存在を肯定するのに十分な基礎足りうる³¹⁵⁾。このような考え方は、主債務が自然債務のときは保証債務も自然債務であるはずだという見方や、あたかも自然債務が存在しさえすれば有効な担保権が存在しう

315) 本稿のタイトルにある担保権の「存在条件」とは、イエーリングの言葉を借りたものである(Ⅱ1参照)。今一度、イエーリングの「強制なき Recht (法/権利)は燃えない火」という別の言葉(Jhering, a. a. O. (Fn. 242) §8 S. 321)を借りるならば、強制可能な Rechtとして成立した債権は、その強制力を失ってそれ自体は燃えていないように見えるとしても、担保権の設定によって再燃し、あるいは、担保権とともに燃え続けることは可能である、ということになろう。イエーリングの言葉は、道徳と慣習という規範(Normen)を Rechtと明確に区別する必要性を説く際に発せられたものであった。慣習については措くとして、私見は、イエーリングの言葉の趣旨を本稿の課題に即して具体化したものにすぎないかもしれない。

るとする見解とは、それぞれ一線を画した解決を示すことができるであろう。

また、受領当為は、債務の主体を必ずしも要しない。自然債務との関係でいえば、従来、その代表的な効力である給付保持力は、もっぱら任意弁済との関連で述べられてきた。そのため、自然債務についても、弁済を実行することが予期される、債務主体の存在が当然のことと考えられてきた。しかし、自然債務はあくまで自然的な債務であり、「法の設定した統一的画一的基準」³¹⁶⁾に合致している必然性はない。その基準の充足を——そもそも実態が不明確な——自然債務に求めることは、解釈態度として不自然であるように感じられる。給付の保持それ自体にとって、論理上、欠くことを観念し難いのは給付を受領する主体だけである。

さらに付け加えるならば、現在、通常の債権についても、その本質を行為請求権とする伝統的な体系思考の転換が盛んに唱えられている。そこでの議論は、債権者利益（契約利益）の保障を中心に据え、債権（契約内容）の強制的な実現と、実現がなかったときの救済の手段を再構成する³¹⁷⁾。本稿もまた、実現されるべき債権者の期待を従来の見解よりも強調するものであり、手段として考察してきた対象が担保権であった点で異なるにすぎない。目指す方向は同じであり、今後問われるのは、実現手段相互の関係であろう。

最後に、担保権の存続に関しては、法政策的な評価を経る必要を述べたが、それを具体的な問題の解決に結びつけることはできず、あるいは、物的担保権が債務なき責任であることを立論の前提にするといったように、検討の不十分さは自覚しているところである。これらの問題解決を今後の課題の一つと確認して本稿を閉じたい。

316) 石田・前注27) 187頁。

317) 奥田昌道編『新版注釈民法(10) I』(2003年) 8頁〔潮見佳男〕参照。