

担保権存在条件としての『債権』(2)

—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（以上本号）
- 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

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

(1) 明文規定の正当化根拠

民法216条1項は、被担保債権の時効消滅後に物的担保権が従前通りに存続することを定めていた。これ以外にも、ドイツ法においては、被担保債権について生じた一定の事由の担保権への影響不発生を定める二つの規定群がある。日本法における限定承認に匹敵する、相続人の責任限定（民法1973条等）がなされたとしても担保供与者はその旨を抗弁できないとの民法768条1項2文、1137条1項2文、1211条1項2文と、倒産手続で債権が減免されたとしても担保権がその影響を受けることはないとの規定、すなわち、旧法下では破産法193条2文と和議

* 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2号2004年6月 ISSN 1347-0388

法82条2項、現行法では倒産法254条2項と同法301条2項がそれである。これらの明文規定が存在するために、いずれのケースにおいても帰結は明白である。しかし、その理論的根拠については、見解の完全な一致があるわけではない。

民法216条1項は、時効消滅後に被担保債権が一種の自然債務として存続していることから説明されるのが一般的であった。相続に際する責任限定後には責任なき債務が存続し、また、破産免責後には自然債務が存続すると一般に理解されている¹²⁰⁾。そのため、ここでの担保権と被担保債権の関係は、被担保債権が裁判上の強制力を具備しない状況下での担保権の存続という点で、被担保債権の時効消滅に際するそれらの関係と類似する。ここから、民法216条1項についてと同様、上の諸規定の理論的根拠を直接に、責任なき債務または自然債務の存続を求める理解が示されることは少なくない¹²¹⁾。それが通説であるといわれることもある¹²²⁾。

しかし、実際には上で列挙した諸規定は、付従性の原則に対する例外現象として説明される場合の方が多い。多数説はいずれの規定群についてもこう述べる。保証債務や物的担保権は債務者の無資力から債権者を保護するために存在する。かかる担保目的のために、債務者の財産状況の悪化に起因する事由は担保権に影響を及ぼすことはなく、その限りで付従性の原則は担保目的に後退し、その例外

120) 相続責任限定に関して、Larenz, a. a. O. (Fn. 66), §2 S. 23; Schlechtriem, a. a. O. (Fn. 67), S. 7. 倒産手続による債権の自然債務化については前注94)。

121) 特に相続に際する責任限定後の担保権の存続を責任なき債務の概念によって説明する立場は、ドイツ民法典制定から間もない1910年代に隆盛を極めた (Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.1, 1910, S. 112 f.; Endemann, Erbrecht, 1923, §41 S. 97; Schwerin, Schuld und Haftung, 1911, S. 32; Schreiber, Schuld und Haftung Bd. 1, 1914, S. 119 ff.; Buch, Schuld und Haftung, 1914, S. 51 f.; Kres, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, 1929, S. 549)。しかし、現在の債務法の体系書でこのような説明を行っている者としては、シュレヒトリームを確認できたに止まる (Schlechtriem, a. a. O. (Fn. 67), S. 7)。なお、債務と責任理論に関してはⅢ3(1)も参照。倒産手続で被担保債権が減免されても担保権が存続するということの根拠を自然債務に求めるものとして、RG JW 1916, 398 (Urt. v. 16. 12. 1915); Eickmann, a. a. O. (Fn. 90), §1137 BGB Rn. 24; Schmidt, a. a. O. (Fn. 94), §193 KO Anm. 4 a, §82 VerglO Anm. 3; Hess, Insolvenzordnung, 1999, §254 InsO Rn. 26 f. 河野正憲「更正計画の保証・担保に与える影響」銀法578号(2000年)9頁注8は、この立場が伝統的な見解であると評する。

122) Huber, a. a. O. (Fn. 94), §254 InsO Rn. 27 Fn. 25.

は正当化される¹²³⁾。このとき自然債務等の存否が言及されることはない。それどころか、自然債務という姿で存在する被担保債権が担保権の存続を肯定するのに積極的な根拠とはならないと断定されてさえている¹²⁴⁾。

ところで、ここで述べられている「担保目的」は、主債務の時効の保証人による援用を否定した〔2〕判決や民法216条1項に関する少数説によって、時効との関係で付従性の原則に例外を承認するための正当化根拠としても論じられていた。〔2〕判決や少数説は、担保権が債権者に担保を供与する時的な限界という観点からの担保制度の合目的な評価を付従性法理に優先させた。これと同様にここでも、無資力から債権者を保護するという担保権の制度目的が付従性の原則

123) 相続責任限定に関して、Seiler, a. a. O. (Fn. 68), Vorbem. §765 BGB. Rn. 3; Habersack, a. a. O. (Fn. 65), §768 BGB Rn. 7; Horn, a. a. O. (Fn. 36), §767 BGB Rn. 48; Eickmann, a. a. O. (Fn. 90), §1137 BGB Rn. 22; Staudinger/Wolfsteiner, 2002, §1137 BGB Rn. 5. 倒産手続による債権減免に関して、Larenz, Schuldrecht II, 12. Aufl. 1981, §64 S. 474; Habersack, a. a. O. (Fn. 65), §768 BGB Rn. 7; Horn, a. a. O. (Fn. 36), §767 BGB Rn. 48; Seiler, a. a. O. (Fn. 68), Vorbem. §765 BGB. Rn. 3; Eickmann/Flessner, 1999, §254 InsO Rn. 7. 比較的古い判例の立場はそれほど明確ではない。一方で、担保目的から例外として破産法193条の規定を説明するものがあり (RGZ 92, 121 [124] (Urt. v. 29. 1. 1918); 134, 126 [129 f.] (Urt. v. 5. 11. 1931); 148, 65 [67] (Urt. v. 20. 5. 1935); BGHZ 73, 94 [97] (Urt. v. 13. 12. 1978))、担保目的に加えて自然債務の存在に拠り所を求める判例もある (RGZ 153, 338 [342] (Urt. v. 14. 7. 1937))。さらには、自然債務のみを根拠とするものもある (BGHZ 31, 174 [180] (Urt. v. 17. 11. 1959); 57, 78 [84] (Urt. v. 22. 9. 1971))。結論から先にいえば、後に連邦通常裁判所は自然債務すら存在しないとされる事例で担保権の存続を承認するに至っているため、ことさら自然債務の存在を重視せず、担保目的から説明するのが今の判例の立場であると思われる (特に本節(2)(v)参照)。

124) z. B. Häsemeyer, a. a. O. (Fn. 94), S. 631 f. ところで、本文で列挙したもののほかにも、ごく最近に新設された民法1629a条を指摘する必要がある (1998年8月25日の未成年者の責任の限定に関する法律 (Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger, BGBl. I 2487))。ここ数年におけるドイツ親権法の改正を踏まえた邦訳である、岩志和一郎「ドイツ親権法規定」早稲田法学76巻4号 (2001年) 225頁参照。同条の立法趣旨に関しては、合田篤子「ドイツ法における未成年者責任限定法の制定・内容・問題点」六甲台論集49巻2号 (2002年) 45頁)。同条1項1文は、未成年者の間に法定代理等で生じた債務の責任が成年時において存在する財産の範囲に限られるとし、同項2文は、成年に到達して責任の限定を主張するときには相続による責任限定に関する規定が準用されると定める。そして3項は、1項の責任限定によっても、保証人や物的担保供与者等の責任に影響が生じないとする。この3項は、民法768条1項2文等と同様の規定とされる (Muscheler, WM 1998, 2271 [2284]; Staudinger/Coester, 2002, §1629 aBGB Rn. 39)。そのため、民法1629a条にもそこでの理解が妥当すると考えられているとみてよいであろう。

に優先されている。そこでさしあたって「担保目的」とは、付従性法理に一定の制限を見出すための担保制度の合目的的な評価、または、担保権の制度趣旨を指す概念と理解して論を進める¹²⁵⁾。

担保権の存続を命じる上記諸規定について、付従性の原則に束縛されず、債務者の無資力から債権者を保護するという担保権の制度意義を中心に据える上の理解は、今に始まったものではなく、ドイツ民法典制定時から一貫して説かれてきたものである。たとえば抵当権に関して理由書においては、債務者の財産状況とは無関係に債権者へ担保を供与するという目的を抵当権が有しているため、相続人が有する責任限定の抗弁権が物的請求権に対して主張されることは許されないという趣旨が述べられていた¹²⁶⁾。

そこで以下では、ドイツ民法典制定時から現在に至るまでの理解の変遷を時系列に沿ってみていくことで、ここでの担保目的構成を解明していく。ドイツにおいては、かかる構成の妥当範囲が議論の中心であったことから、ここでもその視点を機軸にする。

(2) 担保目的による担保権存続の史的変遷

(i) ドイツ民法典制定時

相続人の責任が制限された場合と倒産手続で債権が減免された場合以外にも、担保目的を理由に担保権の存続が認められるべき場合があるのではないのか、との疑問は、すでに第二委員会で呈せられていた。主債務者を相続した者に帰することとなった責任限定の抗弁権を保証人が援用することは許されないとの現行民法768条1項2文を一般化しようとの提案がそれにあたる。つまり、そこで設ける規定の主たる適用事例が相続人の責任限定がなされた場合であるとしても、それに限らず、保証人は債務者の無資力に起因する抗弁権全般を援用できないとの

125) 担保目的概念に関する詳細は、5節で述べる。後注242)も参照。

126) Motive III, S. 701. この他、質権が存続するという帰結は、抵当権に関してと同様の評価に基づくものであり、その結論を明文化するのが合目的的であると述べられている (Motive III, S. 815)。これに対して保証に関しては、保証債務が存続するという帰結の正当性に対して疑問の余地がないとだけ述べられている (Motive II, S. 663)。もっとも、抵当権の存続を述べる箇所 (Motive III, S. 701)、それと保証債務の存続が同一扱いされているため、保証債務について別段の理由が考えられていたわけではなかった。

定めに代えるべきであると提言されていた¹²⁷⁾。

しかしこの修正案は、主債務者に相続人がいない場合であっても国庫が相続人になることから（民法1964条以下）、相続人の責任限定があった場合以外に債務者の無資力が問題となることは極めて稀であるとの理由で却下された。つまり、ドイツ法においては、相続人不存在による主債務の消滅と、それに伴う保証債務の消滅という不都合は付従性の原則との関係で生じることはない。そのため、かかる修正の必要性は感じられなかった。当時すでに、破産法193条2文に相当する規定が存在していたという事実も規定を一般化する要求に反していた¹²⁸⁾。

こうして立法段階において、修正案で示された理解は明確に否定された。それにもかかわらず、ドイツ民法典制定後なおも、債務者の無資力に起因する抗弁権全般を保証人は援用することが許されないとして、破産法193条2文と民法768条1項2文等の規定を例示規定として扱うべきとの意見がデルンプルクによって唱えられた¹²⁹⁾。しかし、その見解に一定の実益を見出したエンネクツェルスさえも、デルンプルクを積極的に支持するまでに至らなかった¹³⁰⁾。

(ii) ヴェスターカンプとライヒェル

ドイツ民法典制定から十年余りの時期においてヴェスターカンプも、エンネクツェルスと同様、明文で定められていない付従性の原則の例外は認められないと明言していた。もっとも、絶対に否定されるわけでもないという態度を示してもいた。ヴェスターカンプの理解は、同時期のライヒェルと並んで、付従性の観点から保証債務と連帯債務の区別を確立したと評されるため¹³¹⁾、やや詳細に紹介し

127) Protokolle, S. 2510.

128) Vgl. Reinicke, MDR 1952, 708. ドイツ民法典に先立って1877年2月10日に制定された破産法（RGBl. I 351）の178条2文は、強制和議が確定したとしても、「破産者の共同債務者及び保証人に対する債権者の権利は、その効力を妨げられない」と定めていた。

129) Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens, 1915, §287 S. 426.

130) Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Abt. 2, 6-8. Aufl., 1912, §412 S. 532 Fn. 19. エンネクツェルスは、デルンプルク説による実益の例として、贈与者の困窮の抗弁権が贈与の履行を保証した保証人によっても主張されることを封じる可能性を挙げる。

131) Ehmman, Die Gesamtschuld, 1972, S. 333 Fn. 53.

よう。

ヴェスターkampは、当時の通説が、婚姻仲立等によって生じた自然債務のために有効な保証債務が成立することを否定する一方で、破産法193条2文について自然債務の存続を理由に完全な効力を有する保証債務の存続を肯定していた態度を背理と評する。自然債務全般に訴求可能な保証債務の存在を肯定するか、あるいはそれを否定するかのいずれかでなければならぬとして、通説の態度を激しく非難する。そしてヴェスターkampは、後者を選択し、自然債務全般に訴求可能な保証債務は原則的に否定されるべきであり¹³²⁾、強制和議の後に自然債務が残存するとしても、その意味での付従性の原則に例外を承認する必要があると考える¹³³⁾。ヴェスターkampによるその例外の正当化は次のように試みられる。

長期に渡る取引においては常に信用に反する事情が生じる危険が伴う。法は、かかる与信者の危険を除去し、それを他者に転嫁する手段を用意する必要がある。物的担保も人的担保もかかる目的に資さねばならず、保証は後者の主たるものである。そして担保権は、担保対象の消滅に伴ってその責務を失う。付従性の原則は、保証債務が債権担保のためにのみ存在するという担保目的法理が表出したものに他ならない。他方で、付従性の原則の例外とされるものもこの担保目的の枠内にある。つまり、付従性の原則の例外は、その原理よりも高次にある、債務者の給付不能からの担保を債権者に付与するという担保目的の原理に完全に適合するために破られた結果にすぎない¹³⁴⁾。

つまりヴェスターkampによれば、保証が、債権担保のための制度だから、通常、債権なきところでその存在意義はなく、付従性の原則が導れるが、しかし同時に、債権担保のための制度であるがゆえに、一定の場合、付従性の原則は貫か

132) Westerkamp, a. a. O. (Fn. 56), S. 82 ff. ただし、ヴェスターkampも、消滅時効にかかった債権が自然債務であるとしても、給付拒絶の抗弁権が当該債権に付着するにすぎず、その意味では他の自然債務と異なり、自然債務ではない保証債務が存在する余地があると自ら認めている (Westerkamp, a. a. O. (Fn. 56), S. 84 ff.)。

133) ヴェスターkamp自身は、強制和議によって債務が免除 (Erläss) されるのだから (破産法196条、197条)、その後には自然債務さえも存続しないと理解している。この意味で、ヴェスターkampは、債権が全く存在しないところでの担保権存続の理論的正当化を試みた先駆けでもあった。

134) Westerkamp, a. a. O. (Fn. 56), S. 134 ff.

れないとされる。付従性の原則と破産法193条2文にあるその例外のいずれもが担保目的から導かれるというのである。

また、ヴェスターカンプは、担保目的の原理によって説明される法定の付従性の原則の例外が法の定めを超えたケースに類推適用されるとするならば、それは破産法193条2文によっても破られていないその原理の範囲内に留め置かれねばならないともいう。その一方で、ヴェスターカンプ自身は破産法193条2文所定の場合以外において付従性の原則を破る必要性は見当たらないと断言する¹³⁵⁾。

ライヒェルもまた、担保目的に一般法理性を見出すヴェスターカンプの見解に賛同した¹³⁶⁾。こうして、普通法学説が連帯債務と保証債務の連続性を承認することに傾いていたのに対して、付従性の有無から保証債務と他の人的担保の境界を確立したはずのヴェスターカンプとライヒェルの二人が共に、債務者の無資力から債権者の保護が要求される場面で付従性の原則を貫くことを差し控えていた。

以上のように、ドイツ民法典制定後から間もない時期においては、デルンブルクのように広く担保目的から付従性の原則に例外を認める立場もあったものの、他方でヴェスターカンプのように、——拡張の可能性を示唆していたとはいえ——付従性の原則の例外を法定のものに限る者もいた。

デルンブルクがどこまでを想定して、広く付従性の原則に例外を承認しようとしていたのかは言明されていない。少なくとも問題が顕在化していなかった当時においては、担保目的による構成は、明文規定による付従性の原則の例外を説明するためにしか機能していなかった。しかし、実際には現在に至るまでに裁判上、ドイツ民法典制定前後には想定されなかった問題が数多く生じる。明文規定がな

135) Westerkamp, a. a. O. (Fn. 56), S. 135 ff.

136) Reichel, a. a. O. (Fn. 34), S. 85 f. ライヒェルがヴェスターカンプの説を支持する限界は、担保目的法理によって正当化されるべき付従性の原則の例外の範囲においてあらわれる。つまり、ヴェスターカンプが付従性の原則の例外を破産法193条所定の場合にしか認めなかったのに対して、ライヒェルは、それを相続人の責任限定の事案にまで承認すべきであるとする (S. 86 Fn. 1) 一点で、両者の見解は異なる。ヴェスターカンプは、民法768条1項2文について、遺産管理又は遺産破産が命じられた場合、遺産と相続人固有の財産の融合は生じず、相続人というよりも、相続財産が主債務者であり、その定めは、表面的な例外にすぎないとするエルトマンの見解 (Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1899, §768 S. 495) に従っていた (Westerkamp, a. a. O. (Fn. 56), §7 S. 87 ff.)。

い場面で付従性の原則に例外を承認することの可否が争われた事件の多くでは、法人解散後の保証債務存続の可否が問われた。これがドイツ判例法上最初に問題となるのはナチス政権時代の全権委任法と関連する立法に起因する。まずはその一連の判例とそれに対する学説の態度、次いでその後の判例と学説の推移を示す。

(iii) ナチス政権期の判例と学説

a) 1935年5月20日ライヒ裁判所判決

法人の解散と担保権の帰趨が最初に問題となったのは、〔6〕1935年5月20日ライヒ裁判所判決¹³⁷⁾である。この判決では、登録済社団の負う債務の連帯保証が引き受けられた後に、主債務者たる社団がマルクス主義を信奉する社団であるとして、1933年2月28日の国家保護のための帝国大統領令 (Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat [RGBl. I 83])¹³⁸⁾に基づき解散せしめられ、社団が有していた財産が、1933年5月26日の共産主義者の財産収用に関する法律 (Gesetz über die Einziehung kommunistischen Vermögens [RGBl. I 293]) 以下、共産主義者財産収用法という¹³⁹⁾、並びに1933年7月14日の国家反逆者の財産収用に関する法律 (Gesetz über die Einziehung volks- und staatsfeindlichen Vermögens [RGBl. I 479])¹⁴⁰⁾に基づき収用された事案で、保証債務の消滅が肯定された。その理由は次の通りである。

共産主義者財産収用法に基づき財産が収用されても、国庫がその承継人となり、債務を承継するわけではない。したがって債務者が存在しないため、主債務の存在を肯定することはできない。付従性は保証債務の本質をなす。付従性を欠き、主債務が消滅しているにもかかわらず存続する債務はもはや保証債務とは呼べない。破産における強制和議等が保証人の義務に影響を及ぼさないことは法定の例外であって主債務者の支払不能から債権者を保護するという保証の目的から説明

137) RGZ 148, 65.

138) 1条及び前文は、国家を危険に晒す暴力行為が共産主義者によって行われることの防止を目的として、憲法上の権利である良心の自由や集団結社の自由などを制限することができる旨と定める。

139) 同法は、国家反逆者の斡旋で共産主義者の企てに供せられる財産を永久に奪うことを目的として制定された (前文)。

140) 同法は、共産主義者財産収用法がドイツ社会民主党並びにその助成組織又は代替組織等に属する財産にも適用される旨を定める。

される。当該目的は本件においては考慮されない。

このようにライヒ裁判所は、財産主体である法人の取用による解散は、当該法人の消滅とその負っていた債務の消滅をもたらす。主債務の消滅は、保証債務の付従性から保証債務の消滅をももたらす、という形式的な論理で事案を処理した。付従性の原則は、法定の例外によってのみ破られると述べている点も注目される。

学説の側で〔6〕判決と反対の結論を主張する者としては、シュナイダー(Schneider)がいた¹⁴¹⁾。その根拠の中でも特記すべきことが「債務者なき債務」によって〔6〕判決と反対の結論に至ろうとしていたことである。すなわち、債務(Schuld)とは法的な当為(rechtliche Sollen)に他ならない。この当為が債務者の消滅に伴って消滅に至られねばならないとする理由は存在しない、という¹⁴²⁾。

本判決の結論を支持する論者にはホッヘ(Hoche)とシュリューター(Schlüter)がいたが、その理由とするところは大分違う。

ホッヘによれば、保証人は、取引の相手方たる法人がマルクス主義を信奉する団体であり、それが国家の政策に反する存在であることを知っているならば、その団体が解散せしめられる危険を保証人自ら負担するのは当然であるし、万が一そのような国家による努力を知らずに取引を行ったというのならば、全体の利益のためにその危険を負うべきである、とされる。ホッヘがこれ以外に〔6〕判決を支持する理由として挙げる根拠は、ライヒ裁判所と同様に、形式的なものに終始する¹⁴³⁾。

これに対してシュリューターは、同じく〔6〕判決を結論的には支持するものの、判示において考慮するに値しないといわれた担保目的と、それから保証債務の存続を肯定し得る場合を検討の中心に置く¹⁴⁴⁾。先に紹介したデルンブルクの見解(4(2)(i)参照)を引用してこう述べる。

民法768条1項2文や破産法193条2文にあるように、主債務者が経済的な財産

141) Herbert Schneider, JW 1935, 2625 ff.

142) 債務者なき債務の観念は、債務と責任理論の中で、度々言及されていたところであり、シュナイダーに特有の理解ではない(後述Ⅲ3(1)参照)。

143) Hoche, JW 1935, 2627 f.

144) Hans Schlüter, JW 1935, 3282 f.

状況の悪化に陥ることから債権者を保護することにこそ保証の担保目的はある。主債務者が法人であり、破産に陥ったことを理由とする解散も、その無資力に起因するものに他ならず、担保機能という観点から、保証債務の付従性が後退することは自明である。他方で、本件のように法人の解散が無資力に起因しないときは、法人の消滅に伴いその債務並びに保証債務も消滅する。

シュリユーターの理解は、破産法193条2文等が例外規定であり、これらを担保目的から肯定する点では、〔6〕判決と同じである。その特徴は、明文規定なきところでも、担保権存続の余地があるとする点にある。

b) 1937年2月8日ライヒ裁判所判決

このように〔6〕判決をその理由も含めて全面的に支持していたのはホッヘだけであった。しかし、ここで注目したいのはシュナイダーとシュリユーターの違いである。両者は、その到達した結論において異なるだけでなく、付従性の原則に対する評価も異なる。つまりシュナイダーは付従性の原則を可及的に維持する解釈態度を採り、シュリユーターはその反対である。シュリユーターが破産法193条2文等を例外規定と考えるのに対して、シュナイダーはそうは考えない。この両者の理解は下級審判決においてそれぞれ支持される。

〔7〕1936年2月18日ミュンヘン上級地方裁判所判決¹⁴⁵⁾が、〔6〕と同様の事案で、シュナイダーを支持して保証人の責任を肯定した。また、〔8〕1936年3月19日ベルリン上級地方裁判所判決¹⁴⁶⁾が、収用ではなく、主債務者たる法人が破産を理由に解散した事案で、シュリユーターの理解に基づき保証債務の存続を導いた。それでも〔9〕1937年2月8日ライヒ裁判所判決¹⁴⁷⁾は、〔6〕判決と同様の事案で、それと同種の判決を下す。その論拠はおおよそこうである。

破産法193条2文等の規定は、保証が債務者の財産不足に際して債権者を担保するという担保目的だけからではなく、わが法秩序によれば責任なき債務又は自然債務が存続していることから正当化される。しかし、債務者なき債務の概念は、ちょうど民法241条が債権者と債務者の両者を債務関係において想定してい

145) JW 1936, 2007.

146) JW 1936, 2342.

147) RGZ 153, 338.

ることから明らかなように、現行民法典に馴染まない。財団の配当の後に債務の償却がなされないまま遺産破産(Nachlasskonkurs)が解止した場合は、確かに責任は存在しないが、相続人が債務者の法人格を存続させているために債務者も存在しないというわけではない。これに対して、法人の法人格が共産主義者財産収用法に基づく収用によって完全に根絶されたときには、当該法人に対して債権者が有していた債権は消滅し、それに伴い保証債務も消滅する。法人が破産によって解散した場合でも保証債務の存続を肯定できるのは、法人の財産が事後的に確認されることで清算のために復活する法的な可能性が存在し¹⁴⁸⁾、債務者の法人格は完全に消滅していないためによる。

本判決において注目されるのは、保証債務の存続を肯定するための正当化根拠として、その担保目的のみが引き合いに出されているわけではないことである。〔6〕判決は、破産法193条等の規定を担保目的のみから説明していた。これに対して本判決は、それらの規定は強制和議または和議があっても減免されるのが責任であって債務ではないことによるのであり、責任なき債務あるいは自然債務の観念からも説明できるとしている。確かに保証の担保目的という視点を否定してはいないが、しかし必然的な説明方法でもないとみている。

さらに本判決は興味深い説示を行っている。すなわち、共産主義者財産収用法3条は、「収用対象上に存する権利は消滅する。ただし、土地の収用によっても、土地上に存する権利はその影響を受けない。(以下略)」と定めていた。但書の適用によって、収用された法人所有の土地上にその債務を担保するために設定されていた抵当権は収用の影響を受けない。そのため、収用による法人格並びにその債務の消滅と抵当権の存続をいかに整合的に説明するかが一つの問題であった¹⁴⁹⁾。この点、ライヒ裁判所は、抵当権が影響を受けないとは抵当権が従前の債権者に帰する土地債務に転換することを意味すると述べる¹⁵⁰⁾。つまり、同法3条を、担保権自体は変更するものの、債権者に不利益は生じない趣旨をいうものとして解

148) 法人財産がなおも存在する限り解散後にもその法人格が存続するということは、かなり以前から認められてきた (RGZ 41, 93[95](Urt. v. 5. 5. 1898))。

149) むしろ同条の定めにシュナイダーや後述のシュスは、収用があった場合における債務存続の根拠を見出していた。

150) RGZ 153, 342.

積したわけである。

本判決が下されてもなおも学説から異論が唱えられた。シュス (Süß) がその代表であり、ライヒ裁判所と反対の帰結を次のように導こうとする¹⁵¹⁾。

自然人の相続開始に際しては、責任限定によって債務の責任が制限されることはあるものの、債務の当然承継が生じる。つまり法人格の消滅は債務の消滅原因ではない。このことは法人の消滅についても同様である。民法49条2項は清算目的のために必要とする限り、法人が清算の終了まで存続すると定めている。ライヒ裁判所も、純粹に合目的な理由から、会社財産が全く存在しなくなるまで解散した会社を権利の主体とみなしている。つまり、株式会社が破産によって解散し、あるいは債務超過のためにその商業登記が抹消されたとしても、事後的に財産の存在が確認されたならば、その債務者としての法人格は消滅しないという。しかし、その財産には積極財産に限らず、消極財産も数えられるべきである。したがって積極財産と消極財産が清算されていない限り法人の法人格は存続するというべきである。この場合には、法人の責任なき債務が存続する。よって社団の解散によっても債務が消滅しないことから、付従性が完全に維持された下で保証債務の存続が肯定される¹⁵²⁾。

(iv) 契約救済手続に関する判例とその影響

a) 1952年7月3日連邦通常裁判所判決

このようにライヒ裁判所の考え方は、当時の下級審裁判所や学説の一部に承服し難いものとみなされた。判例と下級審裁判所及び学説の対立状況はしばらく続く。これが顕著となるのが次の契約救済手続に関する判例である。

ドイツでは戦争の混乱を回復するために、裁判官による契約の改訂、つまり契約救済に関する法令が制定され続けた¹⁵³⁾。契約救済に関する統一的な法律である1952年の契約救済法の1条4項は、物権で担保されている元本債権は、物的担保権が債務の引当となっている限度で減額されてはならないと定めていた。契約救

151) Süß, ZAKDR 1937, 335 ff.

152) 以上のシュス理解が、我妻博士をはじめとする日本での責任消滅説と重複することは言うまでもない。この他、シュッツもまた、国家が収用を行う目的は、債権者を害することにあるのではないとの理由から、二つのライヒ裁判所判決を批判している (Schütz, ZAKDR 1938, 155 [156 f.])。

済手続を定める法令は数多くあったが、そのほとんどが物的担保権への影響不発生を明文で定めていた。そのため判例法上問題となったのは、明文規定を欠く保証債務についてだけであった。これが争われた、〔10〕1952年7月3日連邦通常裁判所判決¹⁵⁴⁾の事案は次の通りである。

戦争による財産喪失を被った主債務者が、契約救済手続を申し立てた。同手続がいまだ終結に至らない間に、債権者が保証人に対して即時の保証債務全額の履行を求めたのに対して、保証人は、契約救済で付与される主債務の猶予又は減額を民法767条1項1文に基づき援用する余地が生じ得ることを理由に、同手続の終了を待つことを求めた。連邦通常裁判所は次の理由から保証人の主張を認めた。

主債務者の無資力がその責任に影響する場合には概して、保証人がその無資力を援用することはできないという一般原則は存在しない。そのような理解は、立法過程で否定されている¹⁵⁵⁾。法はかかる担保目的と付従性の調整をすでに終えており、民法767条1項2文や破産法193条2文あるいは和議法82条2項におけるように明示的な例外が定められていない限り、担保目的を理由とする付従性の原則に例外を認めることはできないところ、契約救済法は、契約救済手続において主債務に生じた猶予または減額の保証債務への効果を明文の規律で定めていない。立法者は付従性の原則に変更をもたらすことを予定していなかったと解すべきである。

連邦通常裁判所によれば、担保目的を理由に付従性の原則に例外を認めるべき場合はある。しかし、例外規定なき場面で担保目的を理由とする同原則の例外を

153) 第一次世界大戦開始直後からドイツにおいては、とりわけ住居貸借や信用取引の領域で契約救済に関する法令が幾度にも渡って制定された。第二次大戦終結前の包括的な立法としては、1939年の契約救済令(Vertragshilfeverordnung [RGBl. I 2329])があった。それによっても第二次大戦終結直後の混乱を回復するには不十分であったため、イギリスやアメリカ等のそれぞれの占領地域でその不備を補うべく立法が行われもした。1952年には、断片的に立法され続け、見通しがつかないものになったという理由から、それまでの契約救済諸法規を廃止し、手続を一本化するために、契約救済法(Vertragshilfegesetz [BGBl. I 198])が制定された(以上、Saage, Vertragshilfegesetz, 1952, S. 1 ff.)。契約救済諸法規と和議法との関係を概説するものとして、齋藤常三郎(中野貞一郎補訂)『現代外國法典叢書 独逸民事訴訟法Ⅳ(和議法)〔復刻版〕』(1956年)244頁。

154) BGHZ 6, 385.

155) (i)参照。

認めることはできない。契約救済法においてはかかる例外規定が存しないことから、担保目的を理由とする付従性の原則の後退は許されないというのである。

b) 学説の反対とその影響

このような理解に対する学説の賛同はみられない。むしろ、〔10〕判決と同様の事案において、それに先駆け、実質的に担保目的を理由に保証債務の存続を肯定していた〔11〕1947年5月24日シュトゥットガルト上級地方裁判所決定¹⁵⁶⁾を支持すべきとの見解ばかりであった。同決定をコーイング (Coing)¹⁵⁷⁾はこう評して支持していた。

保証は、主債務者の経済状況の悪化に際して債権者を保護することにその経済的意義を有するのであるから、主債務者の個人的な困窮に起因する主債務者のための債務緩和の影響が保証人にも及ぶとするのは不合理である。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限って、保証人は、主債務者と同様に債権者とその損害を分担すべく、保証債務も減額されるべき旨を主張することができるのである。契約救済手続の対象である債務者の個人的困窮という事由については、その影響が保証債務に及ぶことはない。

〔10〕判決に対する学説による反対は、基本的にコーイングと同様の論調によるものである。ラインニッケ (Reinicke) は次のように説く¹⁵⁸⁾。確かに債務者の無資力に基づく抗弁権全般を保証人について排除すべきとの提案は、第二委員会で却下されている。しかし、この申出が却下されたのは、その提案によって予定される規律の必要性が存しないという理由によったにすぎない。破産法193条2文と民法768条1項2文以外の事例を立法者は予期していなかった。破産手続等で主債務の負担が軽減されても保証人の責任に影響が生じないことの理由は、かかる場合においては保証債務の担保目的が付従性の原則に優先することにある。保証債務がその実効力を期待されるときにおいて保証人がその全部あるいは一部の責任から解放されるというのならば、保証制度はその意義を失ってしまう。債務者がその経済的困窮のために契約救済を付与された場合と上記の諸規定の場合の

156) HEZ 1, 96.

157) Coing, NJW 1951, 384 ff.

158) Reinicke, MDR 1952, 708 ff.

利益状況は同一である。

ヤウエルニツヒ (Jauernig) も、契約救済法には立法の不備があるとして、担保目的という一般原理から付従性の原則が後退し、保証債務は存続すると説く¹⁵⁹⁾。

ベッターマン (Bettermann) は次のように考える¹⁶⁰⁾。連邦通常裁判所は付従性と担保目的を相対立する原理として理解しているが、しかし、かつてヴェスターキャンプやライヒェルが認めたように、両者は調和するものである。保証債務の付従性はその根拠を法政策的な観点に有することから、法政策的な理由によってその限界も生じる。担保目的が要求する限りで保証債務は付従性を帯びるし、反対にその付従性の制限が生じるのである¹⁶¹⁾。

こうして、[10] 判決における判旨とは反対に、概して保証人は、主債務者の無資力に基づく事由を援用することはできないという一般原理が存在するとの理解が学説のことごとくによって承認された。少なくとも [10] 判決以前の学説において明文規定なき場面で、担保目的を担保権存続の正当化根拠としていたのはシュリユーターだけであった。これに対して、[10] 判決が下されたことで、学説が一様に明文規定なきところでの例外を承認するようになった。そのきっかけという意味で、[10] 判決はドイツ法における重要な転換点と評価できよう¹⁶²⁾。

さしあたって学説の影響は下級審判決において現れる。[12] 1954年11月2日ベルリン上級地方裁判所判決¹⁶³⁾がそれである。同判決では、1949年8月21日のド

159) Jauernig, NJW 1953, 1207 ff.

160) Bettermann, NJW 1953, 1817 f.

161) この他にパウアーも、債務者の無資力に起因する措置があった場合には、付従性の原則に担保目的が優先することが認められねばならないとしていた (Baur, JZ 1953, 30 [31])。

162) ライヒ裁判所や連邦通常裁判所が明文規定なき場面で付従性の原則に例外を認めなかった理由の一つとして、当時の例外規定全般に対する硬直的な理解を無視することはできない。すなわち、ライヒ裁判所は、学説による数多くの批判に反して、「singularia non sunt extendenda (例外規定は制限解釈をすべきで、その類推適用は許されない)」の公式を固持していた (Heck, AcP 112, 186 ff.)。したがって、民法768条1項2文等が例外規定であるとして、それを他の事例に類推適用することは、当時の解釈態度からの逸脱を意味していた。連邦通常裁判所は、BGHZ 2, 300 [306] (Beschl. v. 20. 6. 1951) で、例外規定の類推適用を認めたが、時的にはそれに後れる [10] 判決は、そのような解釈がなおも抑制的にしか行われなかった結果とみることができるかもしれない。

163) NJW 1955, 1152=WM 1955, 1388.

イツマルク貸借対照表法 (D-Markbilanzgesetz [WiGBL.279])¹⁶⁴⁾で義務づけられた資本状態の新規の届出がなかったために同法80条に基づき法律上解散したものとみなされることとなった法人の債務について引き受けられていた保証債務の存続の可否が争われた。

ベルリン上級地方裁判所は、1934年10月9日の会社と団体の解散及び抹消に関する法 (Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften [RGBl. I 914] 以下、解散及び抹消法という) 2条3項¹⁶⁵⁾が命じるように、事後的に財産の存在が確認されたときには、清算に必要な限りで法人格が認められる必要があるから、主債務者たる有限会社は、その商業登記の抹消によって当然には法人格を喪失することはない。しかしながら本件では、かかる財産の存在が確認されないことから、財産不存在を理由に当該法人が消滅している、と述べる。その上で本判決は、担保目的を引き合いに出して、保証債務の存続を肯定した。ここでは、その担保目的が一般法理と呼ばれている。そのため、ヤウエルニツヒヤベッターマン (遡ればヴェスターキャンプ及びライヒェル)らの影響は明らかである。

(v) 連邦通常裁判所による付従性の原則の放棄①

a) 1956年6月20日連邦通常裁判所判決

〔6〕判決以来の、付従性の原則の例外は明文規定がなければ許されないとの〔10〕判決の立場に対しては、学説が一様に反対した。その結果、担保目的に一般法理性を見出すのが多数説の採るところとなり¹⁶⁶⁾、また下級審でもそのような

164) 同法は、西ドイツにおける1948年の通貨改革に伴うライヒスマルクでなされていた会社の資本関係の転換、並びに、大戦による経済的な影響を受けた企業の資産関係の新たな確定を目的として制定された (大隅健一郎ほか『現代外國法典叢書 独逸商法Ⅲ [復刻版]』(1956年) 645頁以下参照。なお、資産評価の実態を紹介するものとして、相沢幸悦『大ドイツ経済圏の台頭』(1991年) 63頁以下がある)。同法80条は、1950年12月31日までに一定の資本関係の新たな届出をしなかった会社の解散を命じる。

165) 2条1項「財産を有しない株式会社、合資会社または有限会社の登記は、…職権によってこれを抹消することができる；この抹消によって会社は、これを解散したものとみなす。」、同条3項「抹消の後において分配さるべき財産の存在が明らかとなった場合、利害関係人の申立てに基づき、裁判所は清算人を任命する。」なお、同法は、1994年10月5日の倒産法施行法により廃止され、そこで予定されていた手続は、非訟事件手続法 (FGG) 141a 条に移行された。

傾向は益々強くなった¹⁶⁷⁾。この事態を連邦通常裁判所も無視することができず、〔12〕判決の上告審である、〔13〕1956年6月20日連邦通常裁判所判決¹⁶⁸⁾は、〔12〕ベルリン上級地方裁判所の理解を適切と評するに至る。〔13〕判決は、〔12〕判決を追認するだけで連邦通常裁判所自身による詳細な説示を加えてはいない。しかし、主債務なき場面で保証債務が存続する可能性を連邦通常裁判所が認め、それまでの判例と一線を画するようになった点での〔13〕判決の意義は大

- 166) たとえばエンネクツェルス・レーマン (Enneccerus/Lehmann, a. a. O. (Fn. 99), S. 801) も、「保証人は、主債務者の法人格が完全に消滅した場合にも解放される；けれども、法人の解散がその財産不足に起因する事由によって生じたときにはその債務から解放されない」と述べて、シュリユーターの見解を引用しているが、そのような記述は14版まで存在しなかった。それどころかエンネクツェルス単著の時代においては、シュリユーターの支持するデルンブルクに明確に反対していた ((i)参照)。
- 167) 本文で示した判決の他にも、保証債務の存続の可否が問題となった事例群が〔13〕判決の前後に存在する。すなわち、第二次大戦後、かつてドイツの領土とされた地域に存した会社がドイツの周辺国によって接収され、当該会社の負っていた債務が消滅したときに、当該債務を担保するために引き受けられていた保証債務がその影響を受けるのかどうか問題となった。ポーランドに所在した株式会社の国有化に関して、①LG Berlin-West, NJW 1951, 238 (Urt. v. 1. 12. 1950) は、担保目的を理由に保証債務の存続を肯定した。しかし、②KG WM 1958, 1343 (Urt. v. 12. 7. 1958) は、ソ連占領地区で国有化された株式会社の債務を担保していた保証債務の消滅を命じた。この②判決は、結論において①判決と異なるが、担保目的による保証債務の存続という可能性そのものは否定していなかった点に注意を要する。会社の法人格が消滅することで主債務が消滅したとしても、その法人格喪失原因が無資力にあるときは、保証の担保目的から保証人は主債務の不存在を援用することはできないとしながら、ソ連占領地区でなされた会社の国有化はその場合に該当しないと、保証債務の存続を否定した。ここでは、本文で示した〔6〕判決に対するシュリユーターの立場との一致をみることができる。しかし、②判決の上告審である③連邦通常裁判所判決 (BGHZ 31, 168 [Urt. v. 12. 11. 1959]) は、全く異なる視点から保証債務の存続を肯定する。ソ連占領地域における会社の国有化は、補償の伴わない収用に相当するものであるとして、属地主義 (Territorialitätgrundsatz) と公序 (ordre public) を理由に、ドイツ国内においてはかかる措置が行われなかったものとみなされるべきである。国有化された会社の債務も消滅していないことになるから、保証債務も存続する、という。つまり③判決は、ここでの問題を国際私法上のものと位置付けることで事案を解決した。なお、主債務者自体は存続しているが、それに対する債権がフランスに接収された場合の保証債務の存続を③判決と同一の理由から肯定する判決が存在する一方で (BGHZ 32, 97 [Urt. v. 25. 2. 1960])、近時においては逆に、公序を理由に保証債務の履行を不要とする判決もある (BGHZ 104, 240 [Urt. v. 28. 4. 1988])。
- 168) WM 1956, 1209.

きい¹⁶⁹⁾。

b) 1967年9月29日連邦通常裁判所判決

これまでは、もっぱら保証債務の存続の可否が争点とされてきた。これに対して、〔14〕1967年9月29日連邦通常裁判所判決¹⁷⁰⁾は抵当権の存続の可否を扱う。

1956年8月17日の連邦憲法裁判所判決¹⁷¹⁾で、ドイツ共産党が解散せしめられ、1951年3月12日の連邦憲法裁判所法 (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht [BGBl.I 243]) 46条3項2文¹⁷²⁾に基づき、その財産が公用目的で連邦共和国に収用された。債務者たる有限会社の土地もドイツ共産党の財産の一部であるとして収用され、その商業登記は解散及び抹消法2条に基づき抹消された。抵当権者が当該土地への強制執行を申し立てて執行命令を得たのに対して、その強制執行が違法執行である旨の確認を求めて連邦共和国が提訴した。

本事案で連邦通常裁判所は、被担保債権の存否を抵当権存続の可否の判断基準としない。むしろ、連邦憲法裁判所法46条3項2文に基づく収用の意義から、結論的には抵当権の存続を肯定する。すなわち、連邦憲法裁判所法46条3項2文に基づき命じられた収用は、他の一般的な収用とは異なり、その対象が個別的では

169) 〔13〕判決で連邦通常裁判所は、保証債務の存続を肯定するにあたって、その帰結は、法人の解散によってその債務が消滅しているのかどうかを決することに左右されない、との態度を表明している。つまり、財産が事後的に確認されることで、法人に法人格が承認されたときには、当然に保証債務の存続は肯定される。反対に、法人が消滅しているとしても、〔12〕判決が述べたように、無資力に起因する主債務の変容は、保証債務に及ばないことから、保証債務の存続は肯定される。いずれにせよ、存続が肯定されるからには、主債務の存否の判断、つまりは、法人の解散によってその負っていた債務が消滅するの可否か、あるいは、残余財産が有るの可否かの判断は不要である、との立場を明らかにする。連邦通常裁判所は、今に至るまで法人の残余財産の有無を確定しない態度を採り続けるが、その最初は、本判決であった。本稿は、解散によって消滅したと仮定した場合の判断しか以下で扱っていない点に注意していただきたい。

170) BGHZ 48, 303.

171) BVerfGE 5, 85. この判決自体は邦語文献で数多く紹介されている。手近なものとして、影山日出弥「政党の違憲性の決定」別冊ジュリ・ドイツ判例百選 (1969年) 12頁、樋口陽一「自由な民主的基本秩序の保障と政党の禁止」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(1996年) 320頁参照。

172) 当時の連邦通常裁判所法46条の規定は、申立てに従って、政党が違憲であることを連邦通常裁判所が確定し (1項)、当該政党が解散することとなったとき (3項1文)、連邦通常裁判所は、さらに当該政党の財産を連邦または州のために公用目的で収用することができる (3項2文) というものであった。

なく、総財産にかかわるものである。この特殊性ゆえに、他の一般的な収用が消滅を命じているとしても、ここでは、抵当権の存続が肯定される。

本判決では、存続を肯定するに際して担保目的が顧みられていない。これまで担保目的による理由付けは、債務者の無資力に起因して債務が消滅した場合において付従性の原則を破るために用いられてきた。これに対して、本件では、法人の解散原因が破産でなかったために、そもそも担保目的から抵当権存続を導き難かったことにその理由があったと思われる。

ところで、本判決が下された後に施行された1964年8月5日の結社法 (Ver-einsgesetz [BGBl. I 593]) 12条3項は、収用された目的物に対して第三者が有する不動産担保権は収用の影響を受けない旨を定め、1967年7月24日の政党法 (Parteiengesetz [BGBl. I 773]) 32条5項は、結社法12条3項を準用する。そのため本判決は、結社法や政党法が施行されるまでに限って生じる可能性のあった例外的な事件であった。同じく収用が問題となったとしても、〔6〕〔9〕判決が保証債務の存続を否定したのに対し、ここでは抵当権の存続を肯定している点に注意を要する。ナチス時代の立法や契約救済諸法規においても、あるいは、本判決の後に施行された結社法と政党法においても、本判決の帰結と同様に、第三者の不動産上の権利が害されないことが認められていた。ドイツ法で物的担保権、とくに抵当権が保証債務に比し優遇されていることは、被担保債権の時効消滅について定める民法216条1項に特殊なことではない。本判決は法政策上、物的担保制度が保証制度よりも幅広くリスクをカバーする制度として評価されていることを象徴しているといえよう。

c) 1981年11月25日連邦通常裁判所判決

ここまでの判例では、担保目的を理由に付従性の原則に例外を認めることの可否がもっぱら争われてきた。しかし、例外を認めたときの担保権の性状について語られることはほとんどなかった。ナチスによる収用で、法人とその負っていた債務が消滅したとき、抵当権が土地債務として存続するとの説示が〔9〕判決で行われているぐらいである。これが保証債務に関して最初に論じられたのが

173) BGHZ 82, 323.

[15] 1981年11月25日連邦通常裁判所判決¹⁷³⁾である。この〔15〕判決では、有限会社の債務が連帯保証されていたが、会社が破産し、その後、債権者が当該連帯保証債務を譲渡した事案で、保証債務の存続とその譲渡の可否が争われた。連邦通常裁判所はこう判断する。

保証債務はその付従性のために主債務の消滅に伴って消滅する。これは、主債務が主債務者の消滅を原因として消滅した場合も同様である。他方で、仮に主債務者が消滅しているとして、その消滅が無資力に起因する場合、保証債務が主債務に依存するという付従性の原則は、主債務者の支払不能に対する担保を債権者に付与するという保証の目的と衝突する。破産法193条2文等は、債権者の利益のために保証の担保目的が保証の主債務への依存に優先することを指し、付従性の限界を表す。それら諸規定においては、まさに保証人による主債務者の無資力の援用が否定されている。そのため、保証債務の付従性は、本件におけるように主債務が主債務者の無資力を原因として消滅した場合、あるいはそれが縮減した場合において後退する必要がある。したがって保証人はその全額において責任を負い続ける。このとき保証人の責任はもはや主債務の存在に依拠しなくなる。同人の保証責任はあえて主債務の擬制を要することはない。むしろ、保証人に対する債権は、付従性が機能しないために付従的な権利から独立した請求権に変容する。本来、保証人に対する債権は原則的に、非独立的な従たる権利であるために、主債権の譲渡という形によらずに譲渡することは不可能であるが、本件におけるように主債務の消滅並びに付従性の失効の後には、保証人に対する債権は独立的な請求権として、それ単独で譲渡されることが可能になる。

本判決は、主債務の主体消滅による保証債務の原則的消滅を述べることで、〔6〕〔9〕判決を原則に位置付け、その維持を装う。しかし、いくつかの点で判例の変更があったことを明らかにしている。〔6〕(並びに〔10〕)判決は、付従性の原則の例外を法定のものに限っていた。本判決はその立場を放棄することを〔13〕判決以上に明白にしている。また、〔9〕判決は、担保権の存続は担保目的から説明するのが必然的ではなく、自然債務や責任なき債務の概念でも説明できるとし、反対に債務を負担する者なき場面で担保権を存続させることはできないと明言していた。主債務がなくとも保証債務の存続を認める限りで本判決がライ

と裁判所の理解を放棄していることは明らかである。

(vi) 連邦通常裁判所による付従性の原則の放棄②

[15] 判決は、判例法上確定したものといっていいほど、下級審においてを含め、たびたび引用されている¹⁷⁴⁾。そこでは独立した保証債務が論じられたが、それが完全に主債務の存在と無関係な存在なのかは、なおも不明瞭なままとされた。学説ももっぱら付従性の原則に例外を承認するという結論の支持に終始¹⁷⁵⁾、その性質を明確に論じるものはほとんど確認されない。付従性を維持するためだけに、譲渡の客体として主債務を擬制することに意味はないが、保証債務の内容を決するために主債務を擬制することは考察の手助けになるとのシュミットによる言及が確認された程度である¹⁷⁶⁾。この問題は、近時、法人の解散後に保証人が主債務の消滅時効を援用できるのか、という形であらわれた。

一方で、[16] 1988年6月29日ビュルツブルクラント裁判所判決¹⁷⁷⁾は、有限会社が破産によって解散し、それに伴って保証債務が独立するとしても、債務者の消滅という事情が保証人の法的地位を阻害することは許されないことを理由に、法人解散後に完成した主債務の消滅時効の援用を保証人に認めた。この判決の立場では、消滅したはずの主債務と保証債務の関係は完全には切断されていないことになる。

他方で、[17] 1998年7月13日ベルリン上級地方裁判所判決¹⁷⁸⁾も、有限会社が破産により解散した事案で、[15] 判決に従って独立した保証債務の存続を肯定する。その上で、主債務者たる法人の解散前に主債務の消滅時効が完成していたならば、法人解散という事態が既存の保証人の法的地位を覆すことは許されないものの、その後主債務の消滅時効が完成した場合においては、もはや存在しない主債務の消滅時効の進行を観念できないし、たとえ仮定的な主債務の消滅時効

174) LG Lübeck, GmbHR 1992, 539 (Urt. v. 26. 4. 1991); OLG Schleswig NJW-RR 1993, 754 [755] (Urt. v. 1. 10. 1992) など。このほか、別種の事案ではあるが、BGH WM 2002, 2278 [2279] (Urt. v. 1. 10. 2002) でも、[15] 判決が確認されている。

175) z. B. Larenz/Canalis, Schuldrecht II/2, 13. Aufl., 1994, S. 12; Habersack, a. a. O. (Fn. 65), §765 BGB Rn. 51; Horn, a. a. O. (Fn. 36), §767 Rn. 49 ff.

176) Karsten Schmidt, ZIP 1982, 297.

177) WM 1989, 405.

178) NJW-RR 1999, 1206 [1207].

の進行が認められるとしても、付従性が否定されている以上、保証人においてそれを援用することは許されないという。とくに独立した保証債務がいかなる性質を有するか、との観点からいえば本判決は、〔15〕判決でいわれている保証債務の独立とはかつての主債務からの完全な絶縁を意味し、それゆえ、一般に付従性の原則から肯定されている主債務の消滅時効の援用はもはや問題となり得ない、と理解したわけである。

この下級審裁判所の対立を背景に、〔18〕2003年1月28日の連邦通常裁判所判決¹⁷⁹⁾は、有限会社が破産によって解散した事案で、〔15〕判決を踏襲し、主債務の擬制されない独立した保証債務の存続を前提にした上で、〔17〕判決ではなく、〔16〕判決を支持する。

その判旨に曰く、〔15〕判決における意味での独立した保証債務とは、概念的には、主債務とのあらゆる関係を喪失したものを意味しない。民法765条によれば、主債務の成立と消滅において、すなわちその存否において保証債務は付従性を有する。保証債務が独立することによって主債務との関係が断ち切られるのはこの意味での付従性であり、主債務の消滅に保証債務が従う必要がなくなるにすぎない。付従性の失効は、保証債務の独立した債務約束への変更を意味しない。依然としてその担保的性格は維持されたままであるからである。他方で民法767条及び768条から導かれる、保証債務の内容に関する付従性は維持される。したがって、担保目的から主債務者の無資力に起因する抗弁権の援用が一般に禁じられることを除き、依然として主債務者の抗弁権を援用することが保証人には許される。主債務の時効消滅は主債務者の無資力に由来するものではないため、保証人によるその援用は否定されない。

この判決の出現によって明らかとなったのは、保証人の法的地位を害さない程度に付従性の原則が維持される。その原則が否定されるのは、消滅における付従性と〔15〕判決で説かれた移転におけるそれに限られるということである。

確かにこの判決では、主債務の時効の援用を可能にする根拠として、債権の実在(していたこと)が一般に消滅時効援用の要件とされていないことも挙げられ

179) NJW 2003, 1250.

ているため¹⁸⁰⁾、本件で主債務が存在しないことによる問題が直接に生じることはない。しかし、たとえば消滅したはずの主債務が弁済を受けたときのその保証債務への影響の有無という問題までも、そのような理解の下で生じないのかがどうか明らかとならない。本判決も主債務の擬制を否定してはいるが、シュミットのようにそれを通じずに、保証債務の内容を決定する方途はなお不明である。この意味で独立した保証債務の性質は明らかとされていない。

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的概念

担保権の存続の正当化は、自然債務といった強制力なき債権の存在から付従性の原則を維持する構成と、担保目的からその例外を肯定する構成の二つがあった。とりわけ相続人の責任限定がなされた場合と法人が破産を原因として解散した場合については、付従性の原則に例外を承認するのが圧倒的多数の立場であった。

ドイツで付従性は厳格な法原理とみなされていない。メディクスによれば付従性の原則の主な例外は、担保権全般の存続に関するものと抵当権に関するものに二分できるとされる¹⁸¹⁾。しかし翻って、そのように不完全な法理であるにもかかわらず、なぜ、現行法体系において付従性の原則が今なお要求されているのか。実は、この付従性の原則の根拠の理解の仕方によって、担保目的という概念に込められる意味合いが変わる。以下では付従性の原則の根拠論を概観し、担保目的の概念の輪郭を明らかにするが、これをもって、これまで扱ってきた担保権の存続を肯定するための理論的根拠に関するまとめに代える。

(1) 伝統的な見解

ヴェスターキャンプや次章のヘックの言及にあるように、付従性の原則は、担保

180) 連邦通常裁判所が本文の帰結を正当化する上で挙げる実質的根拠については、別稿で論じた(拙稿「最判平15・3・14 判批」一橋論叢132巻1号(2004年)43頁以下)。

181) Medicus, a. a. O. (Fn. 35), S. 501. メディクスは、後者の主な例として、民法1138条が抵当権の善意取得を認めていることなどをあげる。民法1138条によれば、流通抵当権の譲渡に際して、被担保債権が存在しなかった等の場合に、抵当権の善意取得に必要な限りで債権が擬制される。実際には債権が存在しないところでの抵当権の存続を認めるのだから、擬制によって付従性の原則が維持されているとしても、実質的にここでは付従性の原則に対する抵触が存在するというのである。

権が債権担保を目的とすること、つまり担保目的から導かれるというのが伝統的な理解である。このような理解からは、ヴェスターキャンプがかつて指摘したように、付従性の原則は担保目的から導かれ、また、担保目的から制限されるとの論理になる。現在でも、そのような理解がごく一般的であるのかもしれない。たとえば、保証債務の担保目的は逆説的に保証債務の独立化をもたらすといわれることがある¹⁸²⁾。しかし、近時は議論の様相が若干変わってきている。

(2) 法簡素化説

メディクスは、付従性の原則の根拠をその法簡素化機能に求める。

被担保債権と付従性を有する担保権は債権者に一回限りの満足をもたらすという同一の目的に供せられている。この点は連帯債務と同様である。しかし、付従性を具備する担保権に関しては法でその目的が達せられるべき条件が定められていない。これは、原則的に、主たる債務関係に関する規定を従たる担保関係に転用すれば足りることによる。その転用が付従性の原則によって遂行されているのである。この限りで、付従性の原則とは法技術上の簡素化 (Vereinfachung) を意味する¹⁸³⁾。

メディクスもまた、担保権の存続に関する例外を、硬直的な付従性の原則の貫徹が信用手段としての担保権の機能に反してはならないとして、担保目的から説明している¹⁸⁴⁾。メディクスにとって付従性の原則は、法を可及的に簡明なものにするという立法上の技術にすぎない。したがって、簡素化の要求に上回る要請がある限りで、その例外を明文で定めることは不当なことではない。その要請の有無が担保目的から判断されるのである。

自身による直接の言及はないが、メディクスが連帯債務に触れているので¹⁸⁵⁾、その趣旨を考えておきたい。連帯債務相互間の関係については、一つの連帯債務の消長が他のそれに影響を及ぼすかどうか絶対効と相対効を定める規律 (民法422条から425条) によって明文化されている。そこでの絶対効とは、ある関係に

182) Esser/Weyers, Schuldrecht Bd. 2/1, 8. Aufl. 1998, §40 S. 350.

183) Medicus, a. a. O. (Fn. 35), S. 498.

184) Medicus, a. a. O. (Fn. 35), S. 500.

185) Medicus, a. a. O. (Fn. 35), S. 497.

生じた事由が別の関係に及ぶことをいうのであるから、その状態を付従性の原則からの帰結と等視しうる。そして、民法典は、連帯債務の消長については個別的な規律をわざわざ置いたが、その一方で、保証債務については法がその回避に成功した。このようにメディクスが考えているならば、彼によって付従性の原則の例外規定は連帯債務の相対効を定める規律と同視されているともいえよう¹⁸⁶⁾。

(3) 保護利益調整説

現在盛んに説かれているのが、付従性の原則を前提にした規定を債権者と保証人または物的担保権設定者の間の利益の調整結果とする立場である。

付従性の原則から導かれるのは担保供与者の保護である。付従性の原則と担保目的は緊張関係にある。債権者の側での担保の利益のために、または担保権の経済的意義から付従性の原則は制限され得る¹⁸⁷⁾。付従性の原則は、担保供与者が負

186) なお、付従性の意義を法の簡素化にしか求めないメディクスの態度は、非典型担保の叙述にもあらわれている。土地債務や譲渡担保は、法では信用担保のためだけの手段として予定されているわけではない。したがってそれらについては法で付従性の原則が命じられることはない。とはいえ、それらが担保として用いられるとき、契約法理と不当利得法理によって被担保債権との結合が要求される。合意によって担保権の実行が許される条件が決定され、弁済等で債権者に委ねられた担保権がその者の手に留めおかれる理由がなくなったならば、担保供与者に不当利得返還請求が認められることになる。メディクスは、このように付従性に類似した、契約法理と不当利得法理によって遂行される機能を付従性の代用(Akzessorietätersatz)と呼んでいる(Medicus, a. a. O. (Fn. 35), S. 503)。他方で、1981年9月23日の連邦通常裁判所判決には、債権譲渡担保が債権に依存するとの説示がある(BGH NJW 1982, 275)。この判決は、学説によって拒絶された(Vgl. Lwoski, Das Recht der Kreditsicherung, 8. Aufl. 2000, S. 45 f. Rn. 22)。なお、後に連邦通常裁判所は、所有権譲渡担保が付従性を具備しない担保権であると述べている(BGH WM 1984, 357 [359] (Urt. v. 2. 2. 1984))。メディクスを支持する者として、シュヴァルトツがいる(Schwarz, WM 1998, 116 [118])。また、ビューローも付従性を法技術と評価している(Büllow, Jura 1995, 198 [201])。

187) 保証債務の付従性に関して言及されることが多い(Haading/Häuser/Welter, Bürgschaft und Garantie, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd. 3, 1983, S. 571 [630]; Kühn/Rotthege, NJW 1983, 1293 [1235 ff.]; Bähr, NJW 1983, 1473 [1474]; Lettl, WM 2000, 1316 ff.; Horn, a. a. O. (Fn. 36), § 767 Rn. 48 ff.)。ハーバーザックが、質権や抵当権も含めて、包括的に、このような理解を示している(Habersack, JZ 1997, 857 [862 f.])。連邦通常裁判所によっても、この種の説示が行われている。保証債務の主債務への依存は、通常の場合において主債務者に認められる、不当な請求を受けることからの保護を保証人にもたらず(BGH WM 1987, 367[369](Urt. v. 11. 12. 1986))。抗弁規律は、保証の担保目的に反しない限りで、主債務者に帰する抗弁権全てを保証人に付与する(BGHZ 107, 210[214](Urt. v. 20. 4. 1989))、といわれる。

うべきリスクを限界付けることにある、といわれる¹⁸⁸⁾。

つまり、付従性の原則が貫徹されればされるほど、担保供与者の保護に厚くなる。他方で、担保供与者の保護を無制限に実施することは許されない。担保権は本来的には、担保権者に便宜をもたらす法制度である。そこで、その保護が担保権者のために制限される場合、すなわち付従性の原則に例外が承認される場合が想定される。その指標こそが担保目的である、というのである。

この立場の特徴は、すでにシュリューターが示唆していたところであるが、それが債務者の無資力からの保護といった担保目的から付従性の原則に例外を承認して担保権の存続を肯定するだけでなく、付従性の原則を貫徹する論理をも提供する点にある。つまり、たとえば〔6〕判決の事案に関して現在の学説は、政治的リスクを負担することに保証の担保目的がないのだから、保証人の保護が優先されて付従性の原則が貫徹されるという¹⁸⁹⁾。原則が貫徹される理由までも説明することでその恣意的な操作を排除しようとするその姿勢は注目に値する。

(4) 学説の比較と検討

近時のこれらの立場をヴェスターキャンプを代表とする伝統的な立場と比較した場合、両者の違いは、伝統的な立場が付従性の原則の根拠を担保権が債権担保のために存するという意味での担保目的に求めていたのに対して、近時の見解はそれに求めない点に生じる。担保権が債権担保のために存するという事情から、前者は付従性の原則とその例外の双方を、後者は例外のみを導く。担保目的は、伝

188) Schlechtriem, Schuldrecht Besonderer Teil, 5. Aufl. 1998, S. 255 Rn. 545 u. S. 261 ff. Rn. 553 ff.

189) z. B. Horn, a. a. O. (Fn. 36), Vorbem. §765 Rn. 142 ff. u. 185 f. このような理解からは、メディクスがいうところの付従性の原則の例外についてのもう一つの事例群も比較的合理的に説明することができるであろう。同じく付従性を有するとされる質権と抵当権の間にも、その担保力には強弱がある。流通抵当権の善意取得が、そのことを示す典型例である。流通抵当権がもともと流通性の高い、つまり、担保権者の保護に厚いことを要請する制度であることから担保供与者の保護の後退、すなわち付従性の原則の例外が導かれる (Habersack, a. a. O. (Fn. 187), S. 864)。ところで、この保護利益調整説と法簡素化説は互いを排除する関係にはない。なぜなら、付従性の原則に基づき、担保供与者を原則的に保護することが可及的に法を簡素化するというその利益と一致し、他方で担保権の債権担保という本来の意義のために、必要に応じて、債権者の保護を重視し、その限りで、法の複雑化は許されるといったように、付従性の原則の機能を並列的に眺めることも不可能ではないからである (vgl. Habersack, a. a. O. (Fn. 187), S. 862)。

統的な見解にあっては付従性の原則と調和するのに対して、近時の見解では、それと対立関係にある。このように例外の正当化根拠を担保目的に求める点では共通するとしても、担保目的概念の理解は、付従性の原則の根拠論との関連で論者によって差異がある。

また、ヴェスターキャンプが例外を導くために担保目的を論じたとき、そこでいう担保目的とは、債務者の無資力からの保護という目的に限定した意味合いを持っていた。この理解によると、被担保債権が消滅時効にかかった事案で担保目的から担保権の存続を説明することはできない。〔2〕判決や民法216条1項に関する少数説のように、その場合にも担保目的から付従性の原則に例外を承認するには、以上で示してきた近時の学説のように担保権の制度趣旨をより実質的に評価する姿勢が必要となる。近時の説が担保権存続の正当化根拠として挙げる担保目的は、債務者の無資力からの債権者保護に限定されないから、先の違憲政党の財産収用があった事例で抵当権の存続を認めた〔14〕判決すら担保目的から説明することが可能になる。

このように、ドイツで担保目的という制度趣旨から担保権の存続が説かれるとき、付従性の原則の根拠を何に求めるか、あるいは、その制度趣旨の評価に際して時的な側面をも考慮に入れるか等で論者によって担保目的概念の理解は異なる。いずれの立場が正当かはなおも考察を要するが、さしあたって、付従性の原則を緩やかに理解する根拠については一応、合理的な説明がなされているといえる。しかし、それは例外を認めるべき契機の判断の合理性である。例外を認めることによる法体系上の矛盾の有無が意識された議論ではない。保証債務について〔15〕判決で承認された「独立した保証債務」の性格はなおも不明確なままであった。付従性の原則に例外を承認した結果生じる独立した担保権の態様がいかなるものか、さらにそれが法体系上、許される存在なのかといった疑問が説明されない限り、同原則の例外を承認することはできない。この疑問の解明には、担保権の存続を体系的に考察する次章の有力説の検討を経る必要がある。

(以下次号)