

資 料

レオ・ラーペ著

担保物権および譲渡担保における

流担保の約定（一）

高 島 平 蔵
近 江 幸 治 記

目 次

序 論——研究の實際的意義

第一章 禁止の対象（流担保の約定）

第二章 禁止の目的（侵害の禁止か危険の禁止か？）

第三章 禁止の前提および効果……（以上本号）

第四章 禁止の範囲

第五章 禁止の歴史

訳 者 序

本翻訳の原著は、Leo Raape, Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung, Berlin (Verlag von Franz Vahlen) 1913 である。

物的担保法の領域における、現在にいたるまでのおびただしい研究成果にもかかわらず、流担保制度については、これまでの理論的な研究がほとんどおこなわれてこなかった。わが国では

担保物権および譲渡担保における流担保の約定（一）

皆無といってよいし、ドイツでも二、三を数える程度である。だが、このような業績の乏しさは、けっして流担保制度研究の必要性が小さいことを意味するものではない。そのことは、今日の権利移転型担保に対する法規制を考えただけでも、容易に理解されるところであろう。この担保型態は、物的担保制度の当面する困難な問題を象徴するものであるが、それは本来、流担保的效果を内在させた法的手段だったのであり、これについての法的構成の中心的作業は、まさしくこの流担保的效果の適切な処理というところにあったからである。それゆえ、従来等閑に付せられてきた流担保の理論的追究は、今後の物的担保法研究にとっても、きめわて重要な意義をもつものといわねばならない。

ラーベによって書かれた本書は、ドイツでの流担保に関する代表的文献である。これは、一九一三年に出版された約一〇〇頁のモノグラフィであるが、すでに六〇年以上を経た今日でも、これに優る研究は現われていない。

本書では、普通法学以来の歴史をふまえ、現行ドイツ民法典における流担保禁止条文についての詳細な解釈論が展開されている。ただラーベは、偉大な最後のパンデクテン法学者であるチーテルマンを師と仰ぎ、誇りをもってみずから後期パンデクテン法学者と称しているように、その方法には、概念法学的な

論理操作に依拠しているところが少なくない。本書のうちで随所にみいだされるこのような方法は、現在ではきびしい批判を免れないであろうが、これはまた、当時における法学の歴史的状况を反映するものとしてうけとられるべきであろう。しかし、本書において一貫して主張されている流担保についてのラーベの基本的な理解は、時代を超えて正當視されるべきものであって、訳者がここに、菲才をかえりみず、あえてこれを訳出し、本書をわが国に紹介しようとしたのは、まさしくこのことによるのである。

ラーベの学問的活動の詳細については省略するが、ラーベが、本書出版の前年に、ルートヴィヒ・ミッタイスのゼミナールでの研究成果として、ギリシャ担保法における流担保に関する著作、*Der Verfall des Griechischen Pfandes, besonders des Griechisch-Ägyptischen*, Halle 1912 を出版していることと、および *Archiv für die civilistische Praxis* の共同編集者であったことを付言しておく。

原著者の経歴を簡単に記せば、つぎのとおりである。レオ・ラーベは、一八七八年に生まれ、ボンで学位・教授資格を取得したのち、一九〇九年にハレ大学から助教として招かれた。一九一三年には、東京帝国大学から法律の教授として招聘されたが、そのための出航が第一次世界大戦の勃発によって妨げら

れ、不可能となった。一九一五年、ハレ大学正教授、一九二四年にはハムブルク大学に移り、一九三二年から三三年まで、同大学総長の地位にあり、また、同大学より名誉教授の称号を贈られ、一九六四年、八六歳の天寿を完うした。

本書の翻訳については、原著の出版元である Verlag Franz Vahlen GmbH の好意ある快諾をえた。ここに深い感謝の意を表する次第である。

序 論

今日のわが担保〔法〕(Pfand) は、法律上、形式に従えば売却担保 (Verkaufspfand) であり、目的に従えば保全担保である。だが、当事者は、しばしば、弁済なき場合には債権者が担保物を弁済の代りに受け取ってもよいことを約定しており——周知のように、かかる約定は lex commissoria (流担保) と呼ばれている——、その担保を流担保Ⅱ代償担保 (Verfall = Ersatzpfand) に変形しようとするのである。しかし、このような企てに対しては、法律が昔からくり返し反対してくる。最初にそれを行ったのは、lex commissoria を無効という罰を与えて禁止した、あの有名な Konstantin 皇帝の法律である。⁽¹⁾「そして、」時代の移り変わる中で、数えきれないほどの法律がその例に従ってきた。わがドイツ民法典及び新しいスイス法典⁽²⁾もま

担保物権および譲渡担保における流担保の約定 (一)

た——予期した通り——そうである。

さて、私が以下において、この lex commissoria の禁止をわが法律の立場から詳しく研究しようとしているとき、人は私に對して、一体何のために？ 死んでしまったものは平穩にさせておきなさい、と呼びかけるかも知れない——もちろんそのことは必ずしも正当であるというわけではないであろうが——。

というのは、法律の禁止にもかかわらず流担保の約定はたびたび現われるからであり、しかもそれどころか、私が尋ねた三人の裁判所執行官 (Gerichtsvollzieher) の意見を普遍化することが許されるならば、彼らのうちの一人だけがただ一度だけ法定の約定担保 (Vertragspfand) ——すなわち、質に入れられた腕時計——を競売する機会をもったにすぎなかったことからして、流担保の約定は頻繁に行われている〔と考えられる〕からである。勿論、そこにおいては、次のこと、すなわち、公的な質屋 (öffentliches Pfandhaus) においては担保物はその職員 (Beanter) によって競売に付されるということ、また、銀行に担保として提供された有価証券は一二三五条一二二一条に従い証券取引所 (Börse) において仲立人 (Makler) によって自由に売却されるということ、それゆえ、多くの場合——恐らく契約による担保の大部分——においては本来原則であると考えられ得る競売を裁判所執行官は一般に問題としていない

のだということ——また、「それは」書かれた法と生きた法とを区別することに寄与するのだが——、が考慮に入れられねばなるまい。がしかし、それにもかかわらず、この情報は私には驚くべきことであつた。また、読者にとつても多分そうであらう。この情報から推論し得ることは、国民は今日でもなおしばしば流担保を設定しており、且つ、流担保という大変古い觀念がなお依然として生きてゐるのだ、ということにはかならない。

しかし、そのことが正しいとするならば、この流担保を法的に研究することもまた正当である。なぜなら、流担保を無効とする法規定「の存在」だけではもとより何も解決していかないからである。その上更に、流担保の約定をそれと類似のしかもそれと異つた諸約定から区別すべき課題が追加される。そして、まさにこの重要且つ困難な区別は、我々の研究の主たる部分を占めるであらう。

従つて、我々の研究の實際的意義が認められるならば、既に早く普通法において *lex commissoria* に関する広範な研究——そのうちの二つに、確か *Meuten* とかいう人によつてなされた、三九を下らないテーゼを含んだ一六八八年からのライプツィヒの論争 (*Leipziger disputatio*) があつた——がなされてゐたこともまた理解されうであらう。しかし、読者を安心させるために、私は決してその極めて多数のテーゼに帰着する

つもりでないことをここで伝えておこう。一八四一年までの諸研究につき、*Warnkönig* は詳しく報告した。そして、それは大変詳細なので、読んでゐると私は所々で悪寒に襲われたが、しかし再びまた、「自分が」新しい法(「*BGB*」)の新しい分野における先駆者であるという心地よい感情が戻つてきた。因みに、*Warnkönig* 個人が *lex commissoria* につき自分でなしとげたことはゼロに等しい。*Bachofen* と *Derenburg* は「*Warnkönig* の研究を」新しい解釈学上の文献——これのみがここでは問題となるのだが——の中で *lex commissoria* に関する最も良いものであると言つた。しかし、彼らもまた、全体的には担保法にいそしんだみずからの諸著作においては、*lex commissoria* をついでに研究しているにすぎず、従つて、彼らは必ずしも、我々が *lex commissoria* につきその本来のモノグラフィーの中で慣れ親しんでいるほど以上に深くは研究してゐないのである。私は何度か彼らから離れなければならぬであらう。現行法に関しては、さきに指摘した通り、流担保の約定の研究は全くと言ってよいほどない。それ故、我々はこれまで、多くの教科書やコンメンタールの中に見られる、*Motive* に依拠した、従つてそれと全く相合した、多かれ少かれ簡単な論述、しかしとりわけ全く無体系な論述を頼りにしてきたのである。この間隙を埋めることに、恐らく私は成功する

である。

英(一) I. 1 Cod. Th. de commissoria rescindenda 3, 2:

Imperator Constantinus Augustus ad populum. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa indemus recuperare quod dederunt. Dat. pridie Kal. Febr. Serdicae. Justinian 帝のこの規定をよめる第四の Codex I. 3 C. 8, 35 の中に取らんば、その「右の条文の」commissoriae と legis との間は pignorum という言葉を挿入しただけであった。それに就いては、Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 275 及び Costa, Bullettino di diritto Romano Bd. 14 S. 50 を参照。
(2) それら極めて古く (entlegenst) 諸法律を一部分書かたである通りに引用しつつは Warnkönig, ArchCivPr. Bd. 25 S. 420 ff. を参照。更に Motive Bd. 3 S. 820 の挙つたものの (Mugdan, Materialien zum BGB. Bd. 3 S. 456) を参照。

担保物権および譲渡担保における流担保の約定 (一)

(3) スイス民法典八一六条二項「債権者が弁済を受けるとき債権者に担保土地 (Grundpfand) の所有権を帰属せしめる約定は無効とする」。同法八九四条「債権者が弁済を受けるとき債権者に質物 (Pfandsache) の所有権を帰属せしめる約定は全て無効とする」。

(4) 誤解はないであらう。残念ながら、私には広範な且つ目的にかなった調査をする時間がな。

(5) Warnkönig, ArchCivPr. Bd. 24 S. 31.

(6) Warnkönig, a. a. O. S. 9 ff.

(7) Bachofen, Das Römische Pfandrecht, 1847, Bd. 1 S. 616 ff.

(8) H. Dernburg, Das Pfandrecht, 1864, Bd. 2 S. 273 ff.

第一章 禁止の対象 (流担保の約定)

一四九条及び一二九条に言う禁止の対象は、古くから lex commissoria と呼ばれてきた一定の種類⁽¹⁾の約定である。

この研究もそれから始まる。その約定とは、——かなり一般的に言われているように——弁済なき場合に担保物を弁済の目的で債権者に帰属せ (verfallen) しめることを内容とするものである。その場合、次の三点が論究されるべきである。⁽²⁾

I 担保物を流担保 (verfallen) とする「いふ」。それは様々

に考えられ得る。例えば、或いは担保物を物権的効果でもって債権者に帰属せしめ、或いは債権者に担保物譲渡の請求権のみを取得せしめる、等である。一二九条は賢明にもその二つの場合を並置しており、それ故、物権的な流担保の約定も債権的なそれも共に禁止しているのである。物権的な流担保の約定が禁止されるだけで、債権的な流担保の約定は禁止されないのだ、とする一九〇〇年まであちこちで主張された見解は、それによって排斥されたのである。抵当に入った土地の場合、直接的な「物権的な」流担保の約定が既に我が登記法により無効とされているので、一一四九条は債権的な流担保の約定についてのみ述べているもの、とする説についても、これ以上詳論される必要はない。

それ以外の区別は、法律上はそれ程明白に現われてはこない。当事者は、時に、弁済なき場合債権者が担保物を弁済として受け取る権利を有する、との約定をし、また時に、債権者の意思を顧慮することなしに担保物を弁済の代りとしてただちに帰属させることを約することがある。第一の場合、弁済なきとき債権者は債権と債権の代りの担保物の受領につき選択することができる。債権者が債権「の行使」を選ぶことに決定した場合、彼は——必要ならば——法律に規定された方法で担保物の競売を実行し、且つそれで不足なら債務者の残りの財産にか

かっていく。反対に、担保物の受領を選んだ場合には、債権者は債務者にその旨の通知をなし、その結果として担保物は「債権者に」帰属し（*verfallen*）且つ債権は消滅する。債権者がその担保物を換価するか否か及びいかに換価するか、またその場合債権者はもとが取れるか否か、は債権者自身の問題である。

それに対し、第二の場合には債権者はかような選択権を有しない。すなわち、債務不履行が発生した瞬間に「担保物の」所有権は債権者に移転し、且つ他方彼の債権は消滅する。債権者がそれで満足するか否かは問うところではない。前の場合には流担保の効果が債権者の意思に基づいてのみ生じたが、ここではそれは、法律上当然に（*ipso iure*）、すなわち自動的に——債権者の意思なくしても、またその意思に反しても——生ずるのである。その対立関係を次のように捉えることができる。すなわち、流担保の約定は一方は債務者のみを拘束するもの（片務的流担保契約）であるが、他方は債権者をも拘束するもの（双務的流担保契約）である、と。或は次のようにも捉えることができる。すなわち、一方は当事者が自動的流担保（*Selbstverfall*）を約定しているが、他方は債権者の単なる流担保権（*Verfallrecht*）を約しているのだ、と。勿論、自動的流担保契約と流担保権契約という区別は、物権的流担保契約と債権的流担保契約というさきの区別とは何の関係も持たない。両者に殆ど

関係がないということは、条件に関する学説において条件が債権の効果か又は物権の効果かという問題と、該条件が法律上当然に成就するのか又は特別の意思表示によってのみ成就するかという問題とが、殆ど関係がないということと同じようなものである。

さて、問題は、法律がその双方の約定を禁止するのか、又はその一方若くは他方の約定のみを禁止するのか、ということである。我々は、*lex commissoria* が普通法において通常流担保権の約定としてのみ理解され、自動的流担保の約定としては理解されていなかったことをひとまず度外視し、ここでは、何のために法律の合目的性 (*Zweckmäßigkeit*) と条文とが「その禁止を」表明するのか、ということだけを問題とするが、この場合確かに、債権者は、債権と債権の代りの担保物とのいずれかを選択しなければならないときは、選択をする必要のないときよりも有利な立場にあり、またそれに相応して債務者は流担保権の約定をしたときは自動的担保の約定をしたときよりも悪い地位にある、ということが認められる。がしかし、そのことでは何も決まらないのである。むしろ決定的なことは、債務者は後者の場合でも依然として悪い立場にある、つまり法的保護を必要とするほど悪い立場におかれている、ということである。彼は、弁済しない場合は高価な担保物を失うとい

担保物権および譲渡担保における流担保の約定 (一)

う危険を冒している。今や、「債務者にとっては、」ただちに流担保とするか又は債権者が好む場合にのみ流担保とするか、はどうでもいいことである。債務者は、担保物「の所有権」を引き渡して不承不承流担保を約定した当時は、それを受け戻すことができることを望んでいたが、今や、その望みに欺かれた——人生にはよくあることだが——ことがわかった。法律はこの欺妄的な望みから債務者を保護しようとしているのである。更にもう一つの相違「点」が付け加えられる。「すなわち、」当事者が単なる流担保権「のみ」を約定した場合においては、債務者は、債権者がその権利を行使しないであろうという望みをもしかしたら抱いているのかも知れない「、ということである」。まさにこの望みとそれに結びついた失望とは、当事者が「自動的」流担保だけを約定し、流担保権を約定しなかった場合には、起こりえない。その場合には、さきの幻想は生ぜず、「また」債務者は弁済遅滞の場合に何が自分を待っているかを知っており、「そして、この場合の」約定は、他の約定「＝流担保権の約定」よりも確定的であり且つそれゆえにより危険が少ない「、ということになる」。しかし、そのような相違が存在するとするならば、それは全く重要でない点に関するものである。その相違があるからといって二つの約定の異った取扱いを正当化できるものでもないし、また、それができるにせよ、私

は、その異った取扱ひのために何が論拠として挙げられうるか、については何も知らないのである。右の、二つの約定を異って取扱うということは、私には全く根拠のないことであると思われる。

それについて、我々の法律はどのような態度をとっているであろうか？ 一二九条は次のように言う「質権者が弁済を受けざるか又は適当な時期に弁済を受けざるときは質権者に目的物の所有権を帰属せしめ又は之を移転せしめる約定は無効とする」。この表現は、疑いなく、その二つの約定を含むものである——もっとも、それでもやはり、語句にこだわろうとする人は、とりわけ「帰属する」(zufallen)という言葉を観察した場合、それは単なる流担保権の約定よりもむしろ自動的流担保の方を注視しているのだ、と言うにちがいないが——。従って、一二九条の条文は、普通法上支配的であつた見解を決して支持してはいないのである。

そのことを考慮すれば、一一四九条が「弁済の目的で土地の所有権の譲渡を要求する抵当権者の権利」について述べている事情には、それほど意味は含まれていない。法律が一一四九条において一二九条とは異つた規制をしようとしているのだとする見解は不条理であり、決して支持されるものではない。つまり、同様の ratio (理) はいずれの場合も同様の規制を必

要とするのである。それ故、表現上の相違は——かような相違があるとすれば——はじめから意図されているものではない。当然のことながら、我々は、次の二つの理由から一二九条の表現を優先させる。すなわち、第一に、さきに指摘した合目的性の考慮により、第二に、世間を憚る流担保約定は、土地について不可欠の公示的法律行為 (öffentliche Rechtsgeschäfte) の場合は、動産及び権利についてのその場合と比べ、確かにあるかにまれにしか現われないので、一二九条は「一一四九条よりも」より重要な条項であるという理由から。更に、若干のことを付け加える。一一四九条が「所有権の譲渡を請求する債権者の権利」と規定するが、それはこの表現形式においてはなるほど主として物権的効力を有する流担保とは反対のもの（「(債権的)流担保権」を念頭においていたのであり、そして、その時に行われているものとは違つたように表現することは実際には困難だったのである。

それ故、帰結は次の通りである。すなわち、自動的流担保の約定も流担保権の約定も、法律上は——一二九条においても一一四九条においても——無効である。更に、次の異議、すなわち、自動的流担保契約の内容によれば、債権者は弁済を受けざる場合には弁済の代りとして物を取得する権利を有するにすぎず、担保権者「として」の諸権利はこれを有しないのだ、と

いう異議に対して、簡単に防御しておこう。さて、その異議からは、「自動的流担保の場合は」当事者は一般に担保設定 (Verpfändung) を欲しているのではないのだ、という結論が導かれなものであろうか？「右の異議の言う」重大な時に実行できない担保とは債権者にとって一体何であるというのか？そして、結局は、担保 (Pfand) が存在しない場合には、「流担保の」禁止「法理」も適用を見ない「、ということになるはずである」——「従って右の異議の提起した」その問題は否定されるべきである。当事者、とりわけ債権者は、弁済期日までは担保 (Sicherheit) を欲するが、弁済「期日」後は弁済 (Befriedigung) を欲する。「担保」物は、最初は保全手段 (Sicherungsmitel) であるが、その後は弁済手段である。この保全目的 (Sicherungs-zweck) を見逃すならば、両当事者「の意図」を正當に判断することができない。債権者は、土地の場合にあっては、その担保目的を一般に抵当の形式でのみ又はそれと類似の形式でのみ (それについては、原著五八頁) 達成することができる。また、動産の場合にあっては、勿論質権設定 (Verpfändung) をしなくても、条件付譲渡が債権者に一定の担保 (Sicherheit) を与えるということによって「その担保目的を達成することができ」る。しかし、この譲渡は、単に弁済の目的のみならず担保 (Sicherheit) の目的でもなされるので、それ故特別の性質の譲

担保物権および譲渡担保における流担保の約定 (一)

渡、つまり譲渡担保であり、しかも条件付「譲渡担保」である。

ここ「条件付譲渡担保」においても、lex commissoria の禁止が担保「物権」 (Pfand) の場合と同様に適用されうることについては、後に詳論するところに委ねられている。そして、そこで詳論されることによって、上に述べたこともまたはじめて十分に明らかにされるであろう (原著五〇頁以下)。

II 流担保契約はその本質からすれば条件付「契約」である。すなわち、それは、「債権者が弁済を受けざるか又は適当な時期に弁済を受けざる」という条件の下で締結されるものである。通常、一部分のみの弁済は、弁済しないことと同列に置かれている。まさにこの条件の中に、流担保契約に特有な危険の基礎が存在するのである。そして、その危険性ということからのみ、「流担保」契約の禁止「法理」は理解されうべきものである。債務者は或る一つの場合のために——但し、彼はそのような場合が発生するとは思っておらず、またその発生を好まないが——担保物を失うことを予め承諾するが、後になった今は、この期待に裏切られるのである。期待したり待ちこがれたりするとバカを見る (Hoffen und Harren macht manchen zum Narren)——それが、我が禁止「法理」の本来的なモットーである。なるほど、それは随意条件——この条件の下で債務者は「担保物を」手離すのである——にすぎないが、しかし、随意

条件であるというのは単に理念上のことでしかなく、現実はそのうちではない。つまり、現実においては、債務者が恣意で流担保の条件の成就を重視しないということは殆どありえないのである。それだから、債務者は、自分がしっかり手もとに保持しておこうとしたものを失うのである。債務者は、債務のほんのわずかな部分しか残っていない場合でも、また、ちょうど弁済期日には現金 (flüssige Mittel) を持っていないが、必ずその翌日には資産を現金化しうる場合であっても、或は事情によっては、弁済することを単に忘れてしまった場合であっても、約定の条項によってその担保物を失うのである。

それ故、流担保約定を有害なものとせしめているのがこの条件であるとすれば、そこから、この条件とは無関係の契約は *lex commissoria* ではなく、従ってその禁止下におかれるものではない、ということが導かれる。この推論は、今やなお個々の処理されるべきである。

まず第一に、我々は、条件の付かない *datio in solutum* (代物弁済) は疑いなく許されるものと考えてよい。一般に次の様な例が挙げられる。債務者が或る日債権者の許に行き、次の様に弁明する。すなわち、「私は弁済期までにはまだ二ヶ月あるのだが、その時の支払能力は確実に今日よりも悪くなると思うので、あなたが担保物を取得することで私の債務が免除される

ことを提案する」と。債権者がこの提案を受け入れた場合、一体それを許されえないものだと言明しようとする人がいるであろうか？ この場合、禁止の理由 (*ratio*) は全く存在しないし、また、債務者は危険を冒してはいない。それ故、債務者は保護も必要としないのである。債務者が害される可能性はある。しかし、この可能性は、あらゆる法律行為の場合に、つまり、あらゆる売買、あらゆる代物弁済としての引渡の場合に存在することであり、それを防ぐ手立てはない。 *lex commissoria* に特有の危険が、どの場合でも脅かしているとは限らないのである。

周知のように、債務者が債権者に目的物——つまり、ここでは担保物——を売却し、同時にその売買代金債権と債務との相殺を約定する、という場合は、一般に、 *datio in solutum* と区別されている。この法律行為は、 *datio in solutum* と同じく、一二九条の禁止に抵触するものではない。ついだが、 *datio in solutum* の「ケース」においては、相殺 (*Kompensation*) 約定と結びついた売買以外の何物にも出会わなかったし、また現在でもそうである。⁽⁵⁾

しかし、債務者が債権者にいつでも——つまり、弁済期前でもなお——担保物を債務の全部又は一部が消滅するという効力を伴って取得せしめる、とする権利を与えることについても、何も言うべきことがない。ここにおいても、弁済しないという

条件とそれに結びついた危険とは存在していない。なぜなら、ここでも、債務者は決定的に「担保物を」手離している——債権者がまだ決定的には「それを」受け取ってはいない場合でも——からである。土地の場合には、抵当権者は土地の譲渡請求権をしかも土地登記簿への仮登記によって保全することができる。つまりこの場合には、一一四九条によって妨げられるわけでもなく一一三六条によって妨げられるわけでもなく（下記一二〇頁）、抵当権と仮登記とはきわめて良く調和しているのである。

もとより、銀行が自己に質入れされた有価証券を任意に処分しうる（有価証券寄託法（*Depotgesetz*）第二条）権能を顧客から与えられているという、たびたびおこるケースは別問題である。なぜなら、この場合、弁済の手段ではないと考えられている有価証券の取得（*Aneignung*）がなおもこの「弁済」目的でなされているが、それとは逆に、債権関係は更に存続すべきだからである。しかし、このケースもまたそれ自体としては危険なものは何も含んでいない。

担保が、既に存在している債務のためのみならず、条件付債務及び将来の債務のためにも設定されうると同じく、流担保の約定も条件付債務及び将来の債務に関して行われうる。例えば、それは次のような場合に於てはまる。すなわち、或る者が自己に保証をなした者に対し、場合によっては起り得る求償

担保物権および譲渡担保における流担保の約定（一）

債権を保全するために担保（*Pfand*）を与える——しかも流担保として——場合とか、又は、他人の土地上で紛失した物を搜索しようとする者が土地所有権者に対し八六七条に規定された保証をなす——更に、流担保の約定を付して——場合である。これらの場合の特殊性は、担保物を債務の成立した時に即座に帰属（*verfallen*）せしめ、それゆえ、通常の債務のように、既に成立した債務の弁済期経過の時に帰属せしめるのではない、というところにある。それ故、まさに *lex commissoria* とは異った行為、従って許された行為が存在するのだ、と考えることができるかも知れない。しかしながら、この考えは誤りである。この場合にも担保が設定され、この場合にも流担保が弁済の目的で約定され、そしてこの場合にも債務者は欺妄的な望みにひたっているのである。もとより、彼は、債務を弁済し得るであろうことを望んでいるのではなく、債務の成立を避け得るであろうこと、及びそれ故「担保物による」償却（*Tilgung*）は絶対に必要でないであろうことを望んでいるのである。しかし、この「場合の」望みは他の「場合の」望みよりも債務者をたやすく惑わさないというのであろうか？つまりそういうことだから、債務者は双方の場合（「既存債務の担保の場合と将来債務の担保の場合」）において同じような保護を受けるのは当然であり、またそれだから法律もそれに従って解釈されるべきな

のである。なるほど、第二の場合には債務者は本来なお多くの保護を受けるに値する。というのは、約定の厳密な文言によれば担保物は債務の成立の時即座に担保流れとなり、従って債務者には受戻権が全く与えられていないからである。それについては、更に次のような考えが適切である。すなわち、法律は既存債権のための担保と将来債権のための担保とを原則として同視しており、それ故ここでの目下の問題においてもやはり同じように取り扱うのが法律の意思である、ということである。――

III 当事者は、所有権の移転 (Eigentumsübergang) —— 以下においては、*lex commissoria* をこの極めて単純でしかも大變し^レば見られる表現で理解しておこう——を債権者への弁済の目的で約定したとする。それは、[*lex commissoria* の] 約定の第三のメルクマールである。債権者はこの方法で弁済を受けることになり、債務者はこの方法で「債務関係から」解放されることになる。弁済の目的が存しないならば、流担保契約もまた存しない。この弁済目的は、一一四九条では明白に強調されているが、一二二九条においても自明のこととされている。

この「弁済という」目的は、当事者が担保物を債権者にただちに——すなわち、場合によっては起こりうる担保物の剰余価値を顧慮することなく——帰属せしめることを單純に約定した

場合には、まったく明白に認められる。この場合、債権者が担保物を債権の代りに、すなわち債権の代償 (Ersatz) として、弁済の目的で取得するに至ることについては疑いがない。該担保は、形式的関係においては流担保に変形されており、それに相応して、実質的關係においては代償担保 (Erstpfand) に変形されているのである。この極めて單純な *lex commissoria* のひな型の構造はむずかしくはない。すなわち、本来、それが条件付であること——つまり弁済遅滞による——、および、その目的物が担保物であること——つまり、債務の目的物自体ではないにしても、債務に關係している目的物である——、により、そこには *datio in solutum* が存在しているのである。

しかし、債権者が担保物をただ取得するのではなく、その剰余価値を支払うべき場合についてはどうか？ つまり、非清算の帰属 (Anfall) ではなく、——多分そう言ってもよいであろうが——清算義務のある帰属が約定された場合はどうであろうか？ 剰余価値の清算は様々な方法でなされうる。たいていは担保契約自体の中に一定の担保物の価格が決められているが、時々当事者はそれを度外視し、弁済期の時に妥当な取引所価格又は市場価格を基準とするか又は将来の評価——彼らが現在既に評価する人につき合意しているという場合もあるし、彼らが後になってはじめて評価をしようとするか、悪くすると債

権者に一方的な〔評価の〕決定権を取得せしめるという場合もある——の結果を基準とすることを言明することがある。つまり、これらすべての場合においては、債権者は事情によってはいくばくかを返金すべきであり、彼は——少なくとも表面上は——本来請求することのできる額以上のものを取得できないのであり、担保物はただちに代償 (Ersatz) とはなり得ないのであり、流担保にもかかわらずその担保という目的 (Sicherungszweck) は依然として「清算まで」維持されることになる。

今や、私は、この「清算義務のある帰属の場合もまた lex commissoria の構成要件の下に引張って来られるべきであり、とりわけ、ここでも当事者は法律的意思における弁済目的を持つているのだ、という考えをもっている。あまり明確ではないが、恐らくたいは「それと」相違している、普通法学説における諸見解は、取り立てて重視されるべきではない。この場合にも債務者が危険に曝されていることは、否定されないであろう。もとより債権者は剰余価値を返還しなければならぬいが、しかし、剰余価値が正当に評価されるという保障はない。そして、まさにそこが問題なのである。債権者は担保物を与信した一〇〇マルクの代りとしてただ取得してよいという場合と、それを二〇マルクの返還と引き替えにのみ取得してよいという場合とを比較した場合、第二の場合における不当な利得

担保物権および譲渡担保における流担保の約定 (一)

の疑いは第一の場合に劣らず大きいのである。確かに、第二の場合において債権者は、あたかも自己に与えられて当然のものを手に入れようとしているにすぎないかのような外観を生ぜしめ、また、あたかも自分が担保物の第二次的 (akzessorisch) 性格を承認しかつそれを遵守しようとしているかのような外観を生ぜしめており、更に彼は、あたかも自分が担保物の売却担保 (Verkaufspfand) としての形式的本質だけを変えようとしているにすぎず、保全担保 (Sicherungspfand) としての実体的本質については何ら変更を加えようとしているものではないかのような外観を生ぜしめている。——がしかし、彼はとくに「このような」外観以上のものを生ぜしめているものではないし、また、外観はしばしば人を欺くものである。この単なる外観があるからといって立法者は事案を異別に取り扱うことはできない。それで、「ブロイセン」一般ラント法 (ALR) 三三条一項二号も次のように明言する。すなわち、「弁済遅滞の場合に担保物を債務の代りとして又はあらかじめ決められた価格で、債権者に帰属せしめることを約するも、当事者間では無効である」。

〔超過金〕返済義務〔の存在〕が lex commissoria の構成要件充足を廃棄する場合には、禁止〔法理〕の回避は横行するままとなろう。抜け目のない (geschäftsgewandt) 債権者はわずかな超過金の支払いに同意するであろう。その結果、lex com-

missoria は回避されるであろう。もとより、かような回避は許されるべきではないであろうし、また、その契約は、法律「の禁止」を破る目的で（*in fraudem legis*）締結された超過金「が存在する」にも拘わらず、無効と宣言されるべきであろう。それ故、実際上は、このような約定も多くの *leges commissoriae* (*lex commissoria*) のように取扱われるべきであろう。そして、それはただ理論的にのみ *leges commissoriae* と区別されるであろう。しかし、理論上教えられるものと実際上行われているものとをこのように対比することは一体何の意味があるのか？

もとより、個々の場合において超過金が適当であると思われるときは、その契約は有効と宣言されるであろうが、しかし、そのように有効と宣言されるのは、超過金の約定それ自体からではなく——それ故ここではただそのことだけが問題なのであるが——その行為の無害性からであろう。しかしながら、この後者の視点については、我々はここでは立ち入らない。それは、後において評価されうることである。ただ、今こで言及すべきことは、この視点は、債権者が超過金を支払う場合のみならず、債権者が担保物を債権の代りにただ取得しようとする場合にも問題となる、ということである。それ故、個々の場合における行為の有害性の問題は、超過金の約定という目下

の問題とは厳格に区別されるべきである。

法律はこの最後の問題について、一般ラント法と異なり、明白な態度をとっていない。法律は、弁済目的（*Befriedigungszweck*）を——しかもそれは一一四九条においてのみ——述べるだけである。確かに私には、この場合債権者の超過金支払い義務が「右の」弁済目的を排除するものではない、と思われる。

それに対しては、恐らく人は次のような例を引き合いに出すであろう。すなわち、債権者は担保物を自己の債権の代りに取得するのではなく、それとは何か全く別のもの、つまり多かれ少かれ一定の金銭、と引き替えに取得するのだ、と。つまり、彼は担保物を買、い、受けるのであり、従ってその売買（*Kauf*）が担保物を取得するための法的根拠なのである、と。売買を当事者は目的としている、つまり、弁済の目的のためではなく、売買の目的のために当事者は所有権移転を約定している、と。「そして売買代金と債権との」相殺の結果、間接的に債権者への弁済になるのである、と。

私見によれば、この解釈は事実と矛盾している。当事者はまず第一に弁済を目的としている。その理由のみによって彼らは所有権の移転を約定するのである。それについての決定的な証明は、譲渡が条件付（*Bedingtheit*）であることである。債務が弁済されなかった場合にのみ、所有権は移転する。それ故、

債務者は所有権を保有していることに重きを置くのであり、債権者は所有権を取得することに重きを置くものではない。そして、債務者がこの「売却の」方法で現金を手に入れるために現実に土地をすぐに売却することを欲する場合——債権者は明らかにそれを拒否するであろう。なぜなら、通常ならば恐らく当事者はただちに売買を締結してしまうであろうから。やむを得ない場合にのみ、すなわち、どうにかたがない場合、つまり、そうすること以外に債権者が金銭を手に入れることができない場合にのみ、債権者は土地を譲り受けるであろう。債権者が直ちに土地を取得したいという場合には、事情は逆である。つまりその時は、明らかに債務者側には、それが単に条件付譲渡にすぎない結果となっているという事情が認められるのである。いずれにせよ、両当事者のうちの一方は「通常の」売却（売買）であることに反発するわけである。それによって、当事者が担保物流れ（Verfall）によって目的とするものは、弁済であり、売買、つまり通常の取引ではない、ということが明白に証明されているのである。

確かに、債権者は超過金を支払うべきであり、また、従って彼が担保物を単に自己の弁済のためのみならず、更にまさにこの超過金（支払）と引き替えに受け取るのだ、ということは否定されるべきではない。「売買」代金は単に弁済であるばかりで

担保物権および譲渡担保における流担保の約定（一）

なく、弁済と超過金とから構成されているものであるのである。がしかし、この事情は取るに足らないものである。どの場合でも債権者は、担保物を弁済の代りとしても受け取っているのであり、そして、この弁済（「に対応するもの」）が「担保物の」直接の（「第一の」）価格であることは、弁済が価格を独占する場合（「超過金がない場合」）と同様である。ここでもまた、当事者は所有権移転によってまず第一に弁済を意欲し、ただこの目的のためにのみ当該行為を行うのである。そうでないなら、何のために当事者は、弁済をしないこと（Nichtzahlung）という条件を付するのであるか？ 債務者は土地を手離しはしないであろう——彼がただ弁済することができればなら。債権者は土地を受け取りはしないであろう——彼がただ自分の「貸した」金を手に入れ得るなら。超過金（「の返還を約するもの」）は「当事者の」心理的な判断については何一つ変えるものではなく、それは過剰弁済を防止するために約定されるにすぎないのである。当事者は担保物と債権の価値が等しい場合に弁済目的（「という意識」）を持つが、ではそれらの価値が等しくない場合には、どうして弁済目的（「という意識」）を持つべきではないのか？ 彼らは、超過金（「の返還」）を、ただ「担保物価格と債権額との」等価性を実現するためにのみ、約定するにすぎないのである。

そのことで、私は、弁済目的の存在が証明されたものと思う。それについての一つの問題は、その法律行為が、今や前と同じように、*datio in solutum* として構成されるべきか否か、である。ともかく、一一四九条の「弁済の目的で」という文言は、三六四条二項が明確に証明しているように、必ずしもこの「代物弁済の」構成を示すものではない。すなわち、右のことからは、債務者は債権者に対し「弁済の目的で」という新しい拘束 (*Verbindlichkeit*) を引き受けることができるのだ、ということが認められるが、債務者がその義務をまさに弁済の代りに引き受けるのだということは認められないのである——もっとも、そればかりか、疑わしき場合には逆のことも認められるべきであるが——。それゆえ、*datio in solutum* の構成が仮にここでは適切でなかったとしても、そのことによって、弁済目的の存在に対しては何も語られてはいないのである。

しかし、私見によれば、ここでもまたこの構成が全く適切であると思う。私には、超過金の支払いは、*datio in solutum* の本質と相いれないものではないと思われるのである。*datio in solutum* をそれと近親関係にあるところの相殺 (*Kompensation*) の約定を伴った売買と区別するものは、取引の意図 (*Umsatzabsicht*) と対置される支払の意図 (*Solutionsabsicht*) であり、そして、法効果の相違もそれに結合しているのでは

る。この支払の意図にとっては——既に見たように——超過金の支払は取るに足らないことであり、そしてまた、*datio in solutum* に固有の法効果が超過金〔支払〕の約定されている場合は、他の場合と比べ、ふさわしくないとはいえないものと思われる。

勿論、*datio in solutum* の構成が拒否された場合には、相殺の約定を伴った他方の構成だけが残ることになる。がしかし、この構成のために弁済目的が、ひいては *lex commissoria* の構成要件が否定されようとするならば、それはその構成の故に生きた法律行為が暴力を受けることを意味するであろう。それに対してははっきりと抗議がなされるべきである。

我々の「見解の」帰結は次の通りである。すなわち、債権者が残余価値を返還すべき場合にも *lex commissoria* が存在するのだ、ということである。合目的性の考慮はそのことに至るのであり、また法律の条文はそれにつき十分な余地を与えてきた。清算義務のない流担保と清算義務のある流担保との区別は全く表面的なものにすぎず、そのことによって異った取扱いが正当化されるものではない。

我々は、今や更に、個々の場合におけるこの理解の実際的結果に論及しよう。担保物を清算を伴わずに、債権者に帰属させる契約は当然に無効である——清算を伴わずにということ

は、債権者が或いはありうる剰余金を取得してもよいという意味においてであるが、勿論そのありうる不足もまた負担せねばならないという意味においてもある。ましてや、債権者が剰余価値を取得してもよいが、ありうる不足額はこれを債務者に補償請求できるものとする契約は当然に無効である。

しかし、**決済 (Verrechnung)** の約定を伴った流担保契約、つまり、——少くとも外觀からすれば——担保物の単純な保全手段としての事柄に即した (*sachlich*) 特質を問題としている契約ではなく、その形式的な売却担保としての特質を問題としているにすぎないような契約は、これもまた無効である。次のような例がそれである。「まず、」担保物は債務額のために担保流れとされるが、ただ一部弁済 (*Abschlagszahlung*) として決済される「場合」。しかし、この場合は恐らく第一のグループに属するものとした方がむしろ正当であろう。——「次に、」担保物が特定の価格で担保流れとなる、たとえばその価格が債務額より高いか又は低いか、或いは同じであるが「、という場合」。——「更に、」担保物が評価額又は市場価格又は取引所価格で担保流れとされる、たとえば契約締結の時点又は弁済期の時点又は債権者が流担保権を実行するとされる時点が基準となつていようが「、という場合」。なお、更に、特に「右の」弁済期の時点に關してであるが、たとえばこの時点が予め決定されてい

担保物権および譲渡担保における流担保の約定 (一)

ようが又は債権者がそれに特定の影響を与えているところの動かし得る時点——その結果、債権者は都合の悪い時には債務者の費用につき告知 (*Kündigung*) によって思わくを働かすことができる——であろうが「、同様である」。——最後の場合として、担保物を担保設定者の支払った買入れ価格で担保流れとする契約は無効であり、また、金製品を金価で帰属せしめる契約等も同様に無効である。

貯蓄銀行 (*Sparkasse*) の担保証書にしばしば見受けられる次のような約款については、なお特別の考慮を要する。すなわち、「貯蓄銀行は、弁済の目的で、担保に供せられた有価証券 (*Effekten*) を貯蓄銀行等の場所で売買される相場で支払いとして受取る権限を有する」という約款である——この約款は大変しばしば現われたので、プロイセン財政省は、繰り返し印紙税庁に対し、当該約款がライヒ印紙税法料金表 (*Tarifstelle*) 四及び一二条・一二条により印紙税の要る取引 (*Anschaffung*) 行為であるという指示を出させねばならなかった。さて、まず、我々の問題に關して言えは、既に述べたこと及び以下 (第二章) で述べられるべきことからして、私はためらわずに、その約款は一二九条により無効と宣言されるべきである、と言おう。そして、担保設定者が万民法一二三五条及び一二二一条によって質入れされた目的物の売却を主張する場合には、彼の

主張はまさしく正当に認められるであらう。勿論、通常は担保設定者はその売却することについての動機を有してはいないだろう。反対に、彼が、その約款を担保「関係」の熟した後に「追認」し、その約款に効力を持たせた場合には、彼の立場はより有利なものとなる（二六—二七頁）。

それに対して、私の理解からは、印紙税「納付」義務の問題につきより重要なことが生じるのである。その約款は無効であるので、取引行為はまさに存在していないことになり、それ故、取引（Anschaffung）印紙税と、う前提もまた問題とならないのである。それについての利益は両当事者、すなわち、金を必要とする大衆も貯蓄銀行もこれを有する。つまり、彼らは、約款の中で予め予定された弁済遅滞という場合が生じない限り、印紙税のそばを通り過ぎるだけである。

我々は先ほど弁済目的と取引（Umsatz）目的とを区別した。土地の売主が任意の解除権又は買戻権を保留した場合には、後者（「取引目的」が存在することになり、そしてその結果、lex commissoria は存在しないことになる。売主は、この場合、土地の譲渡を、自己の売買代金債権の弁済を受ける目的で約するのではなく、売買契約を解除する目的で約するのである。それ故この場合、売主はあるいは残った売買代金のためにその土地に抵当権を付することによって「自己の立場を」保全したのであ

らうが、それにもかかわらず、一一四九条の禁止（規定）は適用されないのである。因みに、この例においては、lex commissoria のもう一つのメルクマールである、弁済なきことという条件が欠けているのである。

しかし、売主が任意の解除権を持つ場合ではなく、買主の「買受代金」の弁済遅滞のときのみその解除権を有するにすぎないという場合でも、確かに、その「弁済なきこと」という条件のメルクマールが存在しなくてはならないが、しかし、弁済目的というメルクマールは依然として欠けているのである。というのは、その場合には、売主は担保に入れられた土地を自己の売買代金債権の弁済を受けるために保有しようとするのではなく、逆に、売買契約を解除すること、つまり売買代金債権を断念する場合にのみ、またそれだけの理由で、その土地を保有しようとするのだ、ということが依然として認められるからである。

しかも、解除権から発生する土地の再移転の請求権は、仮登記によって保全されうる。抵当権と仮登記とは内的に關係をもっているのではなく、両者は全く異った目的に役立っているのである。それ故、「右の場合には」一一四九条は殆ど障碍とはならず、更に一一三六条も同様に障碍とはならない（下記一二〇頁）。

更に、保全（Sicherung）目的が、弁済目的から区別される

べきである。当事者が「目的物の」給付 (Leistung) によって直接の弁済を目的とする場合と、それによって弁済の保全 (Sicherung) を目的とするにすぎない場合とは、別問題である。例えば、債権者は担保物を保有することによって、まだ弁済を受けたわけではなく、自己の満足が保全されるにすぎないだけであり、債権関係は依然として残っているのである。つまり、当事者は弁済の保全だけを目的としているのであって、弁済自体を目的としているのではない。債権者は、担保物を保有しても、まだ弁済を受けたのではなく、そこから弁済を得ようと努めるべきなのである。

債務者が債権者に担保「物権」の代りに fiducia (担保のための信託的譲渡) を与えた場合にも、事情は同じである。つまり、その場合は譲渡担保について適切に論じられるところである。また、条件付譲渡担保の場合も、無条件の譲渡担保の場合と事情は同じである。それについては、後に詳細に論じられる。まさに、譲渡担保の理解、とりわけ、流担保約定から条件付譲渡担保を区別すること、は、この弁済目的と保全 (Sicherung) 目的の区別に基づいているのである。

債務者が債権者に対し担保「物権」(Pfand) を設定し、且つそれに lex commissoria を付け加えた場合はどうであろうか？ 勿論、この場合債権者は担保「物権」以外に更に条件付

担保物権および譲渡担保における流担保の約定 (一)

所有権を取得し、目的物につき一つの権利の代りにいわば二つの権利を有するのである。しかし、彼は既に自己が持っていた以上の担保 (Sicherheit) を取得するものではない。なぜなら担保物は既に十分に債権者を担保しているからである。もっとも、担保「物権」が、例えば債権につき第三債務者への通知を怠ることにより無効である場合、つまり実際には担保が全く存在しない場合、は恐らく別であるが。かくして、債権者ほもはや担保 (Sicherheit) を取得しないのではあるが、同様に、両当事者もまた担保 (Sicherheit) を強めることを意図するものではないのである。保全 (Sicherung) 目的は背後にひっそり。当事者が「所有権の」譲渡によって目的とするものは、ただ弁済のみであり、または弁済のみといってもいいくらいなものである。そのことが強調されるのは当然である。なぜなら、lex commissoria において担保「物権」に対し新たに加えられた条件付譲渡を条件付譲渡担保と解釈し、そして流担保を担保物権と譲渡担保の結合体と表現する傾向にありうるからである。既述したことから、それが間違ったものであることが明らかとなった。lex commissoria は弁済を達成するものであり、保全 (Sicherung) を達成するものではないのである。

それに対して、保全 (Sicherung) は、次のようなケース——勿論それは容易に現われてこないであろうが——の中で達成さ

れる。すなわち、担保権者はあらかじめ担保物売却に関する「堅苦しい規則」から解放されていることを好むので、それ故に債務者と弁済なき場合の担保物の所有権移転を約するのだ（「というケースである」——恐らく、弁済の代りとしてではなく、次のような目的からであろう。つまり、担保権者はその時自己の形式的な所有権により——事実上は（sachlich）依然として担保権者でいるとしても——担保物を任意に——しかも債務者の利益を護って——換価するのだという目的からであろう。既に述べたように、このまれなケースにおいては、当事者が実際譲渡によって目的とするものは、弁済ではなく、弁済を単に保全すること（Sicherung）であり、厳密には、弁済と同種類のより簡便な方法である。債権者は、単に保全（Sicherung）の目的で担保（物権）（Pfand）を取得したように、所有権もまたこの目的に関してのみ取得すべきである。また、担保（物権）が債権関係につき何も変えなかったように、所有権の移転もまたそれにつき何も変えるものではない。それゆえ、この場合恐らく *lex commissoria* が約定されているのではないことは疑いなく、また、一二二九条及び一一四九条一項の禁止（規定）がこの場合に何も言うべきことがないことは疑いのないことである。

だがしかし、当事者はこの例において他の規定、すなわち回

避しようとしていたまさにあの規定に違反することになるが、それにもかかわらず自己の目的を達成はしないのである。法律は一定の方法による担保物の競売を要求するのであり、当事者はこの規定を、債務者が弁済なき場合により簡便に換価する目的で担保物の所有権を債権者に与える、ということによって回避することはできない。というのは、第一に、「そこには」担保が存在しているのだということ、第二に、この担保に関して法規定とは異った売却の協議がなされているのだということ、はとりもなおさず事実だからであり、また、そのことはまさに法律の許さないとところだからである。なかでもとりわけ明白なのは一一四九条である。本条は、*lex commissoria* の禁止の他に、更に、強制執行の方法とは異った方法で土地を譲渡することを実現させる権利を債権者に与えること、という文言を付け加えているのである。それ故、当事者が法律の規定しない譲渡を目的として抵当権者に所有権を取得させることを約した場合には、この一一四九条の第二番目の禁止に抵触するのである。

高等裁判所（OLG. Bd. 5 S. 322）での事案もまた——ただ多少異なるが——この禁止に反するものである。その事案では、土地の売主には残った売買代金のために抵当権が同意されていたが、彼は更に「売買代金の」弁済遅滞の場合のための解除権を自己に保留し、ついには自己及び自己の法定承継人に対

し、解除権の実行後公の競売によって土地を売却し、かつ Aufassung (不動産所有権移転の意思表示) をすることの代理権 (Vollmacht) を与えたのであった。売得金は当事者間で清算されることになっていた。つまりそれは売買代金を超過する金額は買主に帰属することを意味する。正当にも裁判所は、まず、当事者が真実は契約の解除を意欲したのではなく、逆にその「契約の」実現を意欲したものであること、すなわち、売主はその売買代金を手に入れようと努めたこと、を認定した。従って、このケースは先ほど(一一〇頁)論評したケースと異っている。それゆえ、債権者が金銭を手に入れようと努めたような方法が法律に反するか否かが審査されるべきであった。そしてそれは反するとされるべきであった。その方法は、一一四九条に抵触するものであり、しかもそのまさに第二番目の禁止に抵触するのであった。確かに、債権者は、弁済の目的であれ換価の目的であれ、所有権を自己に保留することはしなかったが、しかし、彼は、代理権 (Vollmacht) を用いて、強制執行の方法とは異った方法で土地を譲渡することを實現しようとしたのである。そしてそれは許されるべきものではなかったのである。⁽¹⁴⁾

弁済目的からなお罰則目的 (Strafzweck) が区別されるべきである。これは、歴史的観点からも解釈的観点からも疑問の

担保物権および譲渡担保における流担保の約定 (一)

ある lex commissoria と契約罰 (Vertragsstrafe) の関係に立ち入る二つの機会のうちのの一つである。次のように分けられる。すなわち、

流担保を約定した場合において当事者が担保物と債権の価値の一致を認める場合には——それが正当であるか否かは問うところではない——、罰則の視点は排除され、ただ弁済目的の視点だけが残る。そこにおいては、債務者は恐らく流担保を避けることを望んだであろうこと、及び、彼はその流担保を大変不愉快なものとして、それどころか罰則として感じ取ったであろうこと、を冷静に認めることができるが、しかし、それにもかかわらず言葉本来の意味における契約罰について語ることはできない。「そこでは、」債務者は債務からの解放という形で全価値を取得するのである。

それに対し、当事者は、担保物の価値の方がより高いことにつき意見が一致している場合には、流担保によってその一部分を弁済の代償とし、他の部分すなわち担保物の価値超過部分を罰則 (Strafe) とすることを欲するであろう。つまりこの場合には、弁済と罰則の両目的が混在しているのである。それについて lex commissoria の禁止が少なからず干渉するであろうことは、疑いのないところである。法律が、流担保を用いて単に自己の「本来の」財産「〔債権部分〕」(das Seine) だけを取

得しようとする債権者から債務者を保護している場合には、まずまに、法律は、それ〔「財産部分」〕以外に更に罰則を「与えようとすることを」欲しようとする者から債務者を保護するのである。それゆえ、「右の場合は、」担保物は依然として債務者の排他的な所有権に属するものであり、また、債務者の債権的な担保物譲渡——その担保物の全部または一部が戻されようとも——義務が存在するものではない。

注(1) 一一四九条「所有者は、債権が自己に対して弁済期にあらざる限り、弁済の目的で、不動産の所有権の移転を請求する権利、又は強制執行の手続以外の方法により不動産の譲渡をなす権利を債権者に与えることはできない」。一二一九条「質権者が、売却権の発生前の合意を以て、弁済を受けざるか又は適當の時期に弁済を受けざるときは質権者に物の所有権を帰属せしめ又は之を移転すべきことを約するも、無効とする」。

(2) 第四番目の点、すなわち契約に参加する人に関する事柄は、「本文とは」別の関係で論じた方がより良いであろう。ここでは、担保設定者と担保物所有者と債務者とが常に一体であることが前提となっている。

(c) Vgl. Brinckmann, *lex commissoria*, Gött. Diss.

1892, S. 10, 40 usw. については Kipp = Windscheid, *Pandekten*, 9. Aufl., Bd. 1 § 238 Note 3 に引用されている。

(4) 下記原著七六頁。

(5) この問題については Römer, *Leistung an Zahlungsstatt* S. 23 及び Wihl. Berndorff, *Annahme an Erfüllungsgeld*, Berl. Diss. 1904 S. 31 などを参照。

(6) 例えば、プロイセン高等裁判所 (preussisches Obertribunal) 下記原書六二頁。

(7) Vgl. Römer, *Leistung an Zahlungs Statt* S. 151.

(8) 大變明快なのは Derbe [→u] rg, *Pfandrecht*, Bd. 2 S. 280 und 283 及び Brinckmann, *lex commissoria*, Gött. Diss. 1892, S. 10 und 36 である。つまり、両者は「本文の私の考えに」賛成しない。恐らく Bachofen, *Das römische Pfandrecht* S. 616 ff. 及び Vangerow, *Pandekten*, 7. Aufl., Bd. 1 § 383 もまたそうであろう。

(9) 例えば、ただ表見的には存在するが、実際には存在しない債務の *datio in solutum* の場合に、弁済の代りに与えようとする者は〔超過金の〕支払を要求し得るのではなく、ただその条件を付け得るにすぎないのだというようにいわれている。Berndorff a. a. O. S. 31; Römer a. a. O. S. 32.

- (10) その契約は時々ヘレニズム時代の書式の中に現われるように。例えば、デルフォイの文書 *Dittenberger Sylloge* Bd. 1 Nr. 306, シオクリスト文書 *Demosthenes* 35, 926, in *BGU* 741. それとつづいて、*Raape, Verfall des griechischen Pfandes* S. 23, 61.

- (11) 既に述べたように、かような約定は、それが個別的な場合、債務者を害しないという理由で及びその限りにおいて、認められるべきか否かの問題は、依然残っている。勿論、たいていの場合、それらは認められないであらう。

- (12) Vgl. P. Loeck, *Reichsstempelgesetz*, 10. Aufl. 1910, *Gutentags Verlag*, Abschnitt IV zu § 13 Nr. 33, 34 S. 250——更だ、Vgl. Raape, *Die Wollensbedingung*, 2. Auflage, S. 47 ff. und 83 ff.

- (13) 料金表 (Tarifstelle) とよれば、単なる買入れは取引行為ではない。それとて、Loeck a. a. O. S. 210.

- (14) 一一四九条において禁止されている第二番目の約定「〔本文参照〕もつれを *lex commissoria* と呼ぶ——*H. E. Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung*, 1910 S. 357 ff. がそうしているように——ことを私は拒否したいと思う。つまり、そのことは歴史的に認められ担保物権および譲渡担保における流担保の約定 (11)

ているものでもなくまた解釈上 (sprachlich) 認められているものでもない。 *lex commissoria* は単なる流担保の約定にすぎないのである。勿論、既に述べ、*A. D. Weber* (Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* 3. Abt. 1. Halband S. 448 und *Noten* S. 286. 更だ、*Reuterverweher* によつては、*A. D. Weber* が *Stavenhagen* における高貴な知事 (*Amtshauptmann*) *Jochen Hinrich* の兄弟であったこと、及び „*Franzosenleid*“ 第二十一章における「有能な男の思ひ出が忘れ得ない」とは注目すべきことである。〕は *lex commissoria* をほぼ同じく広い意味で理解しようとした (*Versuche über das Zivilrecht* Abh. V, 1801)°。それとつづいて、Vgl. *Warnkönig* a. a. O. Bd. 24 S. 35 und S. 316.

事柄に即して (sachlich) もまた、私は *Hirsch* と意見を異にする。*Hirsch* は一一四九条の終りの部分を次のように理解する。すなわち、所有者は確かに債権者に土地を譲渡するための代理権 (*Vollmacht*) を与えることはできないが、しかし、代理権 (*Vollmacht*) を与えることの義務を債権者に負うことはできる。なぜなら、そのことによっても債権者はまだ「土地の譲渡を実現

担保物権および譲渡担保における流担保の約定（一）

せしめる権利」（一一四九条）を有していないからである、とする。債務者はその義務を履行することを直ちにはできないが、担保〔関係〕の熟した後は可能である（BGB三〇八条）。〔しかし、〕この解釈においては、私には、法律の目的が忘れられていると思われる。そこでは、法律が債務者に与えようとしている保護が、一体あるのであろうか？

(15) Vgl. etwa Pernice, Labeo Bb. 3 S. 138 ff.

(16) もう一つの機会の下記原著七二頁に出て来る。

訳注(1) 一二三頁、一二九頁訳注(1)参照。

第二章 禁止の目的(侵害の禁止か危険の禁止か?)

lex commissoria は常に債務者を害するというのではなく、担保物の価値が債務額を上回る場合にのみ害するのである。ところで、禁止〔法理〕がそのことを考慮しているか否かは疑わしい。禁止〔法理〕は、個々の場合において害のある流担保約定のみをとり扱おうとしているのであろうか、それとも、例外なくすべての約定——すなわち、害のある約定も、害のない約定も——を取り扱おうとしているのであろうか？〔そこで、〕よく知られている刑法上の区別に従って、問題を次のように考へることもできる。すなわち、その禁止〔法理〕は、目的上

は、単なる侵害 (Verletzung) の禁止なのか、または、それを超えて、危険 (Gefährdung) の禁止なのか？^(訳注1)

わが法律については、双方の禁止が共に考慮されえようが、私は、二番目の意味に決定されたものと思う。普通法に関しては見解が分かれていたが、確かに支配的見解は単なる侵害の禁止を承認していた。⁽¹⁾しかし、この事実は、Motive が逆の立場を採っているという事情に対比すると、重要なことではない。

普通法においては、明らかに、暴利取締法は特別の情況の下でのみ担保設定者を lex commissoria から助けるものである、⁽²⁾と言われている。それに対し、Motive においては、「担保契約の場合の lex commissoria はそれだけで事案の特別の事情を顧慮することなく無効とされるのだ、というほどまで広く」理解されている。Motive の立場は法律の立場でもあると思われる。法律は、一二二九条と一一四九条において流担保約定をまったく禁止しており、いかなる例外も作らない。〔しかし、〕とりわけ市場及び取引所 (Börsen) で取引のなされる物の場合には何と身近に例外が存在していることであらうか。⁽³⁾ましてや法律は他の場合でもこれらの物を除外することを認めているのだから。その上更に、法律が担保権の実行につき積極的に規定している事柄が、これに加わる。というのは、わが〔民法の〕禁止〔法理〕とこの明文規定とが互いに相補って一つの完全な

ものを形成していることについては、よく知られているはずだからである。法律は、或る個所においては、担保物の換価がなされるべきでないように言うが、他の個所では、それが一体いかになされるべきか、を語っている。目下の場合、法律は、一定の正式手続を遵守した公の競売を強行的方法で規定している。法律の厳格な意思によれば、債務者は、その公の売却の利益を弁済期前に放棄することはできない。それは担保法のマグナ・カルタ (Magna Charta) である——私はそう呼びたい——。この原則に対し、法律はただ二つの例外だけを作っている——そのうち、第二番目のものは更にやむを得ない例外であるが——。すなわち、まず、既に述べた市場及び取引所で取引のなされる物の場合、次に、金及び銀（製品）の場合、である。債権については後に詳論されうる。今や、この明文規定から、すべての流担保約定を絶対的に承認しないということ——たとえそれが個々の場合においては害しないものであっても——が明らかとなつてゐるものと、私には思われる。というのは、それらの約定は全体的には担保物売却の絶対的原則に違反するからである。売却担保としてのわが担保の性格は、決して破壊されるべきではない (indebitus)。それに対する考えられ得る唯一の異議は、法律は先に挙げた規定において、ただ、売却がいかに行われるべきか、という問題だけを規制しようとする

担保物権および譲渡担保における流担保の約定 (一)

しているのであり、売却が行われねばならないのか否か、という問題を規制しようとしてゐるのではない、ということであろう。「そして、」後者の問題は既にあらかじめ一二二八条及び一二二九条で規制されており、それゆゑ「右の」二つの問題は（共に）ただ質料の座 (sedes materiae) にすぎない、と「言うであらう」。しかしながら、私には、この異議は余りにも形式主義的であると思われる。売却がなされねばならないのか否かということと売却がいかになされるべきかということは、このようには分離され得ないのである。「例えば、」担保設定者が担保（関係）の熟する前に債権者による証券 (Börsenpapiere) の私的売却に同意することができない場合は、ますますもって売却をしないことにも、つまり流担保にも絶対に同意できないであらう。

それに対して、既に多少触れてきた一三八条は殆んど扱いようがない。もとより、我々の禁止「法理」もまた暴利行為に向けられており、その結果その禁止は暴利行為との闘いの中で一三八条二項を支持しようとしていることは（上記一六頁）確実である。それ故、一三八条が——疑いのないように——単に侵害の禁止であるにすぎないのだから、一二二九条はそれを超えて必然的に危険の禁止であるにちがいないのだ、つまり、一三八条は悪い敵に対する主力「部隊」であり、一二二九条は特

に危険な個所におかれた前哨である、と容易に結論されうるかも知れない。だがしかし、私は、両条文の關係はなるほど互いにそうであるかも知れないが、一三八条が侵害の禁止であるという理由で、一二九条が必然的に侵害の禁止であるはずがないのだ、と結論づけることは誤りであると考える。というのは、一三八条は極めて重大な侵害を処理するものであり、従って、それ以外の、つまり軽微な侵害を対象とする——しかし何と言っても侵害だけを対象とするものであって、単なる危険を対象とするものではない——侵害の禁止のためには依然として十分な余地を残しているからである。

ところで、注意すべきことは、我々の禁止「法理」が単にではなく専ら暴利行為禁止法として理解されていることである。

同時に、その禁止「法理」は、既に見たように、売却担保及び保全担保としての担保の法的性質を約定によって流担保及び代償担保に変更することから「債務者を」保護することになっているのである。この視点は、主として、*lex commissoria* の領法 (*Partikularrecht*) による禁止がライヒの暴利行為禁止立法によって排除されたものと見られるべきか否か、という問題の出現する以前に、役だったのである。

個々の場合に害をもたらさないにもかかわらず、すべての流担保約定を原則的に非とすることは、多くの人にとってはあ

まりにも原則主義的 (*Prinzipienhaft*) すぎると思われるかも知れないが、しかし、その中に正当性がないわけではない。確かに、この考え方から直接に当事者がせきたてられていると考えられるところの競売は、多種多様の欠点を有している。すなわち、競売は煩雑であり、費用のかかるものであり、且つ必ずしも成果のあるものとは限らないのである。それどころか、⁽⁵⁾ *Motive* が正しいとすれば、競売からの売得金は一般に正当な価値の半分位にしかならないのである。それゆえ、原則的に競売に固執することは、金を貸す限界を引き上げることになり、ひいては信用逼迫に至るのである。しかし、他面において、法律が当事者に決して競売を強制しているものでないことを見逃してはならない。担保「関係」の熟した後は当事者は自分たちの欲することを約定することができるが、ただあらかじめそうすることはできず、また、してはいけない、というだけのことである。その理由は、もし公の競売が欠点を有するとするならば、私的売却やましてや流担保の有する欠点とはそれ以上だからである。それゆえ、法律が公の競売を比較的小さい悪と見ているのは、不当ではない。債務者が担保「関係」の熟した場合に公の競売「のなされるべきこと」を主張したときは、そうすることににつき「正当な」理由があるものと認めてよい。確かに債務者がまったくの我意 (*Eigenwille*) から競売の請求を主張

し、そのために自分自身も損失を蒙り且つ債権者を害する、ということとはあり得る。法律自身はこの可能性を予期しており、そのことから債権者を保護しているのであるが、しかし、それは、債権者が一二四六条により法律の定めた方法よりもより目的に合した担保物売却の方法の指定を裁判所に請求できる、という形でのみ保護しているものである。その上更に、債権者もまた競売において買受けの申出をする (mitbieten) ことができ、従って、債務者の我意 (Eigensinn) により債権者として蒙った不足分は、買主として二重三重に償われ得る、という事情——一定の債権者が大いに利用できるような事情——が加わる。しかし、法律はそれ以上に保護するものではない。法律が売却を主張するのは、債務者がその売却を主張する限りにおいてである。公の売却もしくは私的な売却又は「流担保の」協約 (Abfindung) では何がより有利であるか、という決定は、担保 (関係) の熟するまでは債務者に任せられるべきである。

このように考えることにより、我々は更に別の視点に至るのである。lex commissoria の禁止が流担保価格の妥当性に依存するとされる場合には、「価格の」妥当性の問題に関して余計な「訴訟」手続がひきおこされることになる。例えば、債務者は流担保契約を無効と見なし、競売又は——弁済することのでき

担保物権および譲渡担保における流担保の約定 (一)

るときは——受戻を主張する、債権者はそれを有効と見なし、その競売又は受戻を拒絶する、——そのことを裁判所は決定すべきである。我々の考えでは、法律はこの争いの種 (Zankapfel) を極めて単純な方法で処理しているものと思われる。法律はその妥当性の判断を彼——すなわち債務者——に委ねているのである。債務者が、流担保契約によって不利な立場におかれていると信ずる場合には、確かに不利な立場におかれているのである。債務者は、確実な根拠がなければ、公の競売を主張しないであろう。というのは、その場合債務者は通常はそれほど得るところがないからである。従って、実際、紛争において債務者は極めて良い裁判官なのである。彼は、弁済期前になされた流担保契約を追認すべきか否かをみずから決定するであろう。

担保に入れられた土地の場合には、更にそれ特有の厄介な事が問題となる。流担保の約定がその流担保価格の妥当な場合に許されるとするならば、更に、八八三条による流担保の仮登記もまた許されねばなるまい。しかし、まさにそのことには様々な不都合なことが結びついているのである。いかなる場合でも、仮登記はそのまま抵当権と共に登記されてはならない。形式的許可主義にもかかわらず、登記官は仮登記された請求権の有効性を職権により審査しなければならない。なぜなら、単に、登記官が仮登記をすべきことになった法律行為の有効又は無効

のみならず、それを超えて、法律行為が許されるものか否か、も問題となっているからである。しかし、許されない法律行為、禁止された法律行為については、登記官はいかなる事情があつても自己の手を貸し（*seine Unterstützung leihen*）てはならない。それゆえ、彼は、禁止〔法理〕が存在しているか否かを審査しなければならないのである。

しかも、登記官は個々の場合に、両当事者が仮登記申請の時までなお意思が一致しているか否か、を審査しなければならない。彼らの意思が一致している場合でも、なお、価格が妥当でないことがありうるのであり、その結果、法律行為が禁止されていることがありうる。反対に、彼らの意思が一致していない場合、その結果、登記官はその〔価格の〕妥当性を審査しなければならない。

では、既に仮登記のなされている場合は、どうであろうか？ その場合、債務者は土地を処分することをかなり制限され——仮に不可能ではないとしても（八八三条）——、また、まさに一一三六条が防止しようとしている結果が生じる。従つて、*lex commissoria* を一定の条件の下で許すこと、すなわち流担保価格の妥当な場合にこれを認めることは、一一四九条と一一三六条の衝突に至るのであり、それゆえやはりその理解〔「流担保価格の妥当な場合にはその約定を有効とすること」〕は誤り

であろう。一一三六条と一一四九条の両規定は担保暴利行為に對する闘いにおける同盟国同志であるはずであるが、この〔右の〕理解によればその一方は他方を裏切り得ることになる。それに対する反論、すなわち、或る者が金銭の需要のために自己の土地を他人に売却してもよい場合、彼は確かに条件付でもそれを売却しうるのだ、そしてその場合、さきの仮登記によつては右のこと以外の何物も起こらないのだ、という反論——それは事態（*Sachlage*）の特殊性を誤解している。担保物と引き替えに金銭を受け取る者は、「その担保物を」売却するつもりでもなければ、また条件付で売却するつもりでもない。つまり、彼は受戻すことを望んでいるのであり、そして、法律はこの欺妄的な望み（*trügerische Hoffnung*）とそれに結びついた危険とから債務者を力の限り保護しようとしているのである。

恐らく最後に、債務者は困窮している時は、大變しげしば、氣に入っている物とか値うちのある物、更に自分にとって単に金銭の価値だけではないような物を担保に入れるのだ、という事情にもなお言及する必要がある。債務者が受戻すことを期待して債権者に妥当な〔流担保〕価格で流担保権を与えた場合には、彼はありうべき流担保によつてなるほど財産上の損害は蒙らないが、しかし観念的損害は蒙る。勿論、競売もまた、債務者から、以前彼がほぼ確実に受戻し得るものと期待していた担

保物の占有を奪うものである。がしかし、競売というものは、瞬間、つまり弁済期の瞬間の事柄(Sache)であるにすぎない流担保に比べ、更に長く続くものである。競売法の規定により予告期間が先行しなければならないときは——たとえ債務者が許されていることを例外的に放棄したとしても——常に、債務者の受戻すことのできる比較的長い中間的期間(Zwischenzeit)がなお存続するのである。その上更に、最後の救済手段として、「(債務者は)競売においてみずから買受けの申出をすることができるといふ事情が存在する。従って、私には、ここで弁済されている考え方にあっては、物を担保として与えた債務者は、まさにそれを受戻す希望にひたっているのであるから、その物を捨ててしまふ(aufgeben)意思はまったくもっていないのだ、という事情がかなり考慮されているように思われる。この事情は、それとは反対の考え方では殆ど考慮されていない。すなわち、そこでは、「(債務者の受戻す)希望という系は弁済遅滞の瞬間に容赦なく切断されているのである。

尤も、lex commissoriaの禁止につき一つの例外が認められるべきである、実際上は確かに、流担保価格の妥当性を顧慮している lex commissoria だけが承認されているので。今なお簡単に論議されるべきこの例外を一二八二条は庇護しているのである。

担保物権および譲渡担保における流担保の約定(一)

金銭債権が担保に入れられた場合には、債権者は担保(関係)の熟したとき、自己の「(債権の)」満足に必要な限りで担保設定者にその債権を弁済の代りとして自己に譲渡せよと要求することができ。土地債務(Grundschuld)又は定期土地債務(Rentenschuld)が担保に入れられた場合(二九一条)、同じことが明白な規定により認められている。更に、手形が担保に入れられた場合も同様であるが、無記名証券(Inhaberpapier)の場合にはそれが妥当しない。

つまり、これらの場合においては、法律が債権者に取立権と共に流担保権を与えており、その結果、債権者は両者の権利の一方を選択できるのである。当事者がそれと同じことを明白に約定する場合には、それは確かに余計なものであろうが、しかし、いずれにせよ一二九条に依り異議を申し立てらるべきではないであろう。それゆえ、この場合、法律が禁止の例外を許していることについては、疑いのないことである。しかし、例外の根本思想に応ずるならば、法律の条文は超えられてよい。私見によれば、当事者は弁済なき場合担保に入れられた債権を譲渡する権利を債権者に排他的に取得せしめること——勿論、価格の均衡が前提とされるが——を約することもできるものと思われる。つまり、債務者はそれによって利益のみを受けるのである。なぜなら、その時は債権者は第三債務者の弁済

担保物権および譲渡担保における流担保の約定(一)

能力なきことの危険を負担するからである。更に、当事者は、弁済なき場合に債権を法律上当然に (ipso iure) すなわち自動的に債権者に帰属せしめることを約することができる。換言すれば、当事者は、法律上認められている流担保権の代りに自動的流担保 (Selbstverfall) を約定することができるのである。

それゆえ、或る者が自己の債権者に抵当権付き債権 (Hypothekenforderung) を担保に入れ、更に弁済なき場合にそれを彼に譲渡する場合、その担保設定も譲渡 (Zession) も共に登記されうる。すなわち、それらの登記は、周知のように、異った欄に記入されるのである。同様に、公証人にとっては、Art. 40 PrF GG⁽²⁾ 又はその準用規定によってもかかる法律行為を公証することを拒否する理由は存しない。もとより、常に、担保される債権の額と担保する抵当権付き債権の額とが一致することが前提とされているのはあるが、それ以外の「一致しない」場合には、一二二九条の「禁止」法理が再び干渉し、登記官は譲渡 (Zession) の登記を職権により拒否しなければならぬのである。

既に挙げたすべての例外は、法律がみずから作り出した例外の「底を流れる」根本思想の発露として正当化されている。つまり、当事者にとっては、又は少くとも債務者にとっては、弁済なき場合、弁済の代りとして債権を譲渡すること以外に、よ

一二二

り良い紛争解決「方法」がないのだ、ということである。それゆえ、その例外は担保目的物の、すなわち、債権の特殊性に係しているものである。従ってそこから、この例外からは、それ以外の担保目的物に関しては、何の推論もなされ得るものではないということ、つまり、不動産、動産、並びに、債権及び土地債務を除くすべての権利に関しては何の推論もなされるべきではなく、とりわけ無記名証券に関しても同様である、と当然にも言われるのである。債権の場合には流担保契約によって債務者が不利になるという想像上の可能性すら存在しないが、それ以外のすべての担保目的物の場合にはその可能性が存在する。それゆえ、後者の場合には、法律は *lex commissoria* の禁止を厳格に且つ例外なく貫徹しているのである。

注(一) そうしていたのは、Kipp= Windscheid, Pandekten, 9. Aufl., Bd. 1 §238 Note 3; Seuff. Arch. Bd. 3 Nr. 12; G. A. Leist, Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien, 1889, S. 71, それびやばり、疑わしいが。例えば、Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 285 Note 14. 更に、vgl. 1. 16 §9 D. 20, 1. 下記原著七八頁。

(2) Motive Bd. 3 [.] Mugdan S. 458.

(3) Motive a. a. O. においては、例外は明白に拒否され
た。¹²⁹

(4) Vgl. Motive Bd. 3, Mugdan S. 380 und 458.

(5) Motive Bd. 1 S. 390, Mugdan, Materialien Bd. 1
S. 565.

(6) 一一三六条「所有者が債権者に、土地を譲渡しないこ
と又は新たな負担を負うことの義務を負わしめる約定は
これを無効とする」。——ところで、ここではその約定
が弁済期の前でなされるか後でなされるかの区別を設け
ていないことに注意すべきである。それから、この規定
は土地担保設定者についてのみ妥当するものである。

Vgl. H. E. Hirsch a. a. O. S. 240.

(7) Art. 40 PrGG は次のように言う。すなわち、「〔法
律〕行為の内容が刑法に違反するとき、又は、その〔法
律〕行為が無効が明かなるときは、裁判官及び公証人は
公証 (Beurkundung) を拒否しなければならない」。

訳注(1) 刑法においては、構成要件上、法益が現実侵害さ
れたことを要件とする侵害犯 (Verletzungsdelikt) と、
法益侵害の結果 (＝実害) の発生を必要とせず、法益侵
害の危険又は法益に対する脅威が生ずれば足りるとする
危険犯 (Gefährungsdelikt) とに分けられる。

担保物権および譲渡担保における流担保の約定 (一)

ここでは、「侵害」とは、債務者が実際に蒙った損害
(実害) を指し、「危険」とはそのような一般的危険性を意
味する。訳語は、右刑法上の一般的な用法に従っておく。

第三章 禁止法理の前提及び効果

我々がこれまで学んできた流担保約定が禁止されているの
は、「債権者の」売却権限が発生する前か、又は、——Landesberg
の印象深い言葉で語られるのを常とするが——担保〔関係〕の
熟する前 (vor der Pfandreife)¹³⁰ だけである。つまり、この
時以後は流担保の約定が許されているのである。この点を以下
で更に詳述しよう。

担保契約の中でなされた流担保の約定も無効であり、またそ
の契約後であっても担保〔関係〕の熟する前、つまり担保契約と
弁済期までの間になされた流担保の約定もやはり無効である。
そのことは法律の条文からきわめて明らかである。かつて普通
法においてはそれと別の見解がとられていたし、またフランス
法においてもあちこちで反対の説が教えられていた。「これら
反対の見解の言うように、」債務者は、債権者から一旦貸金を
受け取ると、その金をこれから債権者からもらおうとしている
時よりもより自由な立場で債権者に対峙しているのだ、という
ことは一応認められる。つまり、個々の場合を見れば、債務者

は、貸金を受け取った後は、自己の利益に反してまで債権者に迎合する理由が全くないであろう、ということとは承認されるのである。しかし、恐らく、個別の場合を見ればその通りであろうが、一般的に——そして法律はこの一般的な場合に立脚している——それと反対のことも確かにあり得るのだ、ということが注意されよう。もとより、債務者は、「貸金を受け取った後は」貸金を受け取る前より自由でないわけではないが、しかし、依然として極めて自由でない立場にあることには変りはない。債務者が今や債権者の求めに応じて流担保権を彼に与えるとき、債務者の望むものは、すぐに支払猶予の依頼に成功しようとするのであり、債権者が信用を高めてくれることであり、債権者が自己の権利を寛大に行使用することであり、彼が第三者に対しては口を堅く閉ざしているであろうこと、等々である。従って、担保契約と弁済期までの間になされた流担保の約定からも債務者を保護することは、まさしく妥当なのである。

〔流担保の〕禁止〔法理の適用〕が排除されるためには、該債務が抵当権についての債務者(hypothekarischer Schuldner)に対して、弁済期に達していなければならず、従って、人的債務者(persönlicher Schuldner)に対する弁済期の到来では十分でない。このことを、一一四九条は一一四一条の結果として明言する。質権についての債務者(Pfandschuldner)に関して

はそれに相当する規定を欠いているが、このことは、質権についての債務(Pfandschuld)が「抵当権のそれに比べ」かなり非独立的であること(Unselbständigkeit)に関係しているのである。それゆえ、人的債務者(Persönlicher Schuldner)に対する債権が弁済期に達するや、債権者は、質権についての債務者(Pfandschuldner)と該担保物の担保流れを有効に約定することができるのである。

債権の一部分の弁済期到来で十分である。ただ一回の賦払い(Rate)について期限が到来した場合でも、当事者は全債権のために流担保を約定することができる。そのことは多少疑問しいと思われるかも知れないが、しかし、詳細に考えてみれば正当であることが明らかとなる。流担保の禁止〔法理〕は売却権限の発生するまで存続する(一二二九条)。ところで、一二二八条は、質権者はその債権の全部又は一部分が弁済期に達するや直ちに「担保物を」売却する権限を有する、と規定する。それ故、法律の立場は極めて明瞭であるが、それは合目的的(zweckmäßig)でもある。全債権が弁済期に達するまで担保物の売却を待つことを債権者に要求できないことは明白である。

しかし、売却権が一旦成立すれば、lex commissoriaの禁止〔法理〕は無用であるばかりか有害であって、その禁止〔法理〕が保護しようとしていることに対する危険はもはや存在しない

のであり、他方、その時には両当事者には平和的に解決する (sich auseinandersetzen) 機会、とりわけ、あらゆる点で不便な競売を回避する機会が与えられねばならない。

勿論、ひとつ注意せねばならないことがある。「それは、」両当事者が賦払いの一つの弁済期到来のときに次のことを取り決めた場合、すなわち、債権者は当面担保物の売却をせず、次の賦払いの弁済期到来まで「その売却を」がまんすること、但し、その場合でも債権者が貸金「の返還」を受けないときは支払われ得べき全金額の代りに担保物を債権者に帰属させること、を——既に述べたように——合意した場合には、禁止「法理」は依然として「Ⅱ一つの賦払いの弁済期到来前と同じように」債権者を保護する立場にある。なぜなら、その一つの賦払いは確かに弁済期到来とはなったものの、その弁済期を延長・延期してしまつたからである。

凡そ法律上の禁止「規定」は、その法網を回避され得る弱点を有しているので、我々はここでわが禁止「法理」の弱点を見つけ出しておく必要がある。人生経験に長けた Demburg が次のこと、すなわち、lex commissoria を必要と考える債権者は、たいてい、該抵当を最初から弁済期が到来しているものとして登記させることをやりかねない、と、言うとき、彼は恐らくその弱点をしっかりと心に留めておいたのであらう。その弱点

担保物権および譲渡担保における流担保の約定 (一)

については、更に次のことが付け加えられるであらう。すなわち、狡猾な債権者は恐らく、該債権または一つの賦払いを即座に弁済期が到来しているものとしては登記させないが、一つの——ごくわずかであるにせよ——賦払いをごく間近に弁済期到来となるものとして登記させるのである——そして今や我々の禁止「法理」の効果を受け得ないものと信じているのである。

ただ、彼がこのように信じるのが誤りでないかどうかは、なお疑わしい。「法規定を」回避することに反対し、禁止「法理」の生きた効力を護ることは登記官の義務である。それに従えば、登記官は、「債権の」異常に (auffällig) 小さな賦払いの異常に早い弁済期到来がただ見せかけだけで約定されているのか否か、を審査しなければならない。そして、彼がこの問題を肯定した場合には、まさに債務はまだ弁済期到来とはなっていないのであり、また禁止「法理」は効力を持續させていることになるのである。更に彼は、一つの賦払いの弁済期到来——真実にせよ偽装にせよ——後に債務者が債権者に認めた流担保権が、信用を延長することの代価として今論議されているような形で認められているものなのか否か、を審査しなければならない。そして、もしそうだとするならば、禁止「法理」は引き続き効力を有していることになるのである。

流担保の約定が無効な場合には、担保設定者 (Verpfänder)

は債務不払いにも拘わらず依然として担保物の所有権者であるが、他方彼は依然として債務者でもあることも、勿論である。

そして、債権者は、今述べたことを条件として、「弁済期とされる時点の」以前と同様に単に担保権を有するのみであり、且つ、担保関係から生じた権利及び義務が存続するのである。とりわけ、債務者は受戻権の保持を続け、債権者は *actio pignoratitia directa* (質物の訴) により「担保物を」返還する責を負い且つ事情によっては損害賠償の責を負う。担保物を債権者から取得した第三者は、通常は善意であるので、對抗され得ない (*unangreifbar*) であろう。「この点につき、これ以上」詳細にふれることは骨おりがいが無い。

特に土地の場合の流担保の約定に関しては、その約定に基づく土地の譲渡請求権が——無効なので——仮登記に親しむものでないことを繰り返そう。つまり、「この場合は」登記官はそのことを職務上考慮しなければならないのである。

そこから、我々は、禁止「法理」及びそれから導かれる約定の無効というものが、官庁 (*Behörde*) ——訴訟の場合のそれであっても、非訟の場合のそれであっても——によって職務上顧慮されるべきなのか否か、の問題に至るのである。一般にこの問題は難なく肯定されがちであり、そして確かにそれについては原則的には正当である。例えば、公証人は両当事者から要

請を受けた流担保の約定の公証を §40 Pr. FGG (下記一二二頁) により拒否しなければならず、しかも、——特にもう一度想起を促すが——その行為が公証人にとって事案の状況上全くまともであると思われる場合でもそうである (上記第二章)。

禁止「法理」は、当事者に強制力を持つように、官庁に対しても強制力を及ぼすのである。つまり、禁止「法理」は、官庁みずからがそれを遵守することによってはじめて、まさに本来的に通用するようになり、効力をもつに至るのである。^(?) 例えば、仮に、両当事者が禁止「法理」を不愉快だとは思わず且つとりわけ債務者が切望していた資金を獲得するために口をつぐんでいるからという理由だけで、登記官が流担保権のために申請された仮登記を登記しなければならないとしたら、一一四九条の禁止「法理」とは一体何であるのか？

しかし、そうであるとしても、担保「関係」の熟した後は (*nach eingetretener Pfandreife*) 両当事者は該担保物を担保流れとすることを正当に約することができ、従って始めから無効な契約は担保「関係」の熟した後になされた追認 (*Bestätigung*) によって有効となるものであることを忘れてはいけな。とりわけ、受訴裁判所の裁判官 (*Prozessrichter*) はそのことを顧慮する機会を有するであろう。しかし、その場合の追認という概念は正しく理解されるべきである。例えば、質権者が債務者

に対し、「あなたは昨日自己の義務とされているような弁済をしなかったので、私はあなたとの約定に従い該担保物が自己のものとなったものとみなし、ここにあなたの債務に関する領収証を送り且つその受け取りの承諾（「追認」）（*Empfangsbekräftigung*）を要求します」と手紙を書いた場合、そして債務者は禁止「法理」も知らずまた高価な担保物を失う一層の悲しみも知らずに質権者の望んだ追認を送達した場合、そこには行為の転換（*Neuvernahme*）（一四〇条）という意味での追認は存在しない。また、債権者がその後すぐ一二九条に注意を向け、債権者に対して同条を主張した場合には、裁判所はその主張を正当と認めるであろう。この場合、債務者の法律的な錯誤は、重要な事由ではない。むしろ、債務者は追認する際にその効果意思を持っていたか否か、が問題なのである。債務者は、約定が無効であることを知っていれば、その効果意思を持っていることになるが、しかし、約定の無効を知らなくても、禁止「法理」を知っていてそれにも拘わらず流担保を欲したであろう場合には、同様にその効果意思を有していることになる。それに対し、それ以外の場合には債務者は追認の効果意思を持つているものではなく、この場合は我々の「問題とする」例のうちに入るのである。債務者は、効果意思をもたないところの純粹に宣言的な意思表示（*rein deklaratorische Erklärung*）をなし

担保物権および譲渡担保における流担保の約定（一）

たのである。

流担保の約定は通常一つの法律行為の単なる一部分にすぎない。それ故、その無効が該法律行為に全体としていかなる影響を及ぼすか、が問題である。流担保が担保設定行為の後に後発的に約定された場合には、勿論この問題は生じない。この場合には、流担保の無効が既に先行する担保設定行為の効力にかかわらないことが明白だからである。それとは逆の場合、つまり担保設定と流担保の約定とが同時になされた場合には、一三九条の適用となる。だがしかし、この場合には、理論的には例外であるところのものが實際上通則となるであろう。それ故、たいていは、担保設定行為自体は有効に存続するものと認められ得るであろう。つまり、債権者は担保権を保有し且つそれを実行できるが、ただ流担保権だけを欠くのである。

更に進んで、個々の場合においては、恐らく、債権者は競売の諸形式から、とりわけその予告義務（*Androhungspflicht*）と猶予期間（*Wartefrist*）とから解放されるべきである——流担保の約定が有効であるときにそうであったと同じく——、ということが認め（*annehmen*）られてもよいであろう。しかし、一般的「な場合」に「右のことを」「認めること」（*anzunehmen*）（一四〇条）は行きすぎであろう。なぜなら、そうすることによって、一二九条の保護規定は、本質的なものこ

を奪われないものの、やはりその効力の一部が奪い取られるであらうからである。

担保設定に際し、債権者に流担保権が、売却権と選択的に与えられるのではなく、売却権の代りとして与えられ、それによって債務不払いの効果が——当事者の明白な意思により——担保物の債権者への帰属(Verfall)の中に現われることになる場合には、特別の困難性が生じてくる。というのは、売却権とは担保の本質に属する事柄だからである。だが、右の場合には売却権が排除されているのである。そして、一般には、当事者が売却権を排除した場合は、まさに担保(質)権は存在せず、せいぜい留置権が存在するのだ、と言われているのである。その理屈が今やここでも適用されるべきであらうか？ 私は否と考える。当事者は、債権者の権限を減少させることを欲したのではなく——例えばその他売却権の排除の場合にもそうであったように——、むしろそれを高めたいと思っていたのである。それ故、当事者の意思からは一般に、「債権者の権限を」高めることがうまくいかなかったので、通常の債権者の地位がまんしておこう、ということが認められるべきである。また、契約の意図に従えば債権者はまさに担保物に排他的に依存していることになっているので、あるいは起り得る「担保価値」不足につき債務者が人的に責任を負う必要はない、⁽⁶⁾という特殊性だけ

は、事情によっては承認されるべきである。

それ故、Crome⁽¹⁰⁾は、流担保の約定が無効となった結果として、場合によっては留置権が存続するものと説くが、私見によれば、通常は殆どそうであるとは言えないものと思われる。

注(1) Landsberg, Lehrbuch §212. 更¹¹ H. C. Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung S. 241.

(2) 「担保「関係」の熟した後の流担保契約」と言うことは、本来必ずしも正確ではない。しかし、一二二九条の条文はかかる矛盾した表現法を使うことをそのかすものである。すなわち、一二二九条を肯定的に裏がえせば、一二二九条は次のようになる。質権者が、売却「原文には Vorkaufs- とあるが、Verkaufs- の誤りであると思われる」権限の発生後、になされた合意を以て、弁済を受けざるか又は適當の時期に弁済を受けるときは物の所有権を質権者に帰属させる、と約することは有効である」と。

(3) しかも、その見解は一六世紀までは通説であった。

Wankönig a. a. O. Bd. 25 S. 78 ff.

(4) Vgl. z. B. Laurent, Principes de Droit Civil Bd. 28 Nr. 519.

- (5) Vgl. auch Warnkönig a. a. O. S. 86.
 - (6) Dernburg, Das Bürgerliche Recht Bd. 3 §234.
 - (7) SeuffArch., Bd. 8 Nr. 23 及び Bd. 41 Nr. 177 同旨。同者は Kipp=Windscheid, Pandekten, 9. Aufl., Bd. 1 §238 Note 3 に引用されている。
 - (8) 「法律行為の一部が無効である場合において、その無効部分なくしては該法律行為がなされ得ないであろうと認められるときには、該法律行為の全部が無効である」。
 - (9) しかし、その考え方は一般に、債権者が——約定通り——Hyperocha (残余金) を受け取るべき理由がない場合には、債権者に「担保価値の」不足 (das *ελλείπον*) を負担させることは不当である、ということが正当でないことを証明するものである。一つの約定の無効は他の約定の無効をもたらすにちがいないである。
 - (10) Crome, System Bd. 3 S. 849 §501 Note 3.
- 訳注(1) 担保「関係」が熟するとは、わが国では親しまない言葉だが、弁済期間の満了することを指す。

担保物権および譲渡担保における流担保の約定 (一)