

抵当権に基づく物権的請求権序説 (一)

——ドイツ法における抵当権保護を中心に——

堀田親臣

- 一 はじめに
- 二 BGB制定以前の抵当権の保護(以上、本号)
- 三 BGBにおける抵当権に基づく物権的請求権
- 四 検討
- 五 今後の課題

一 はじめに

1 問題の所在

抵当権に基づく物権的請求権(物上請求権)に関しては、現在のわが国での判例・通説によると、それが理論上認められるということに特に異論はない^①。しかし、抵当権者が、いかなる場合に(要件論)、どのような内容の請求をなし得るか(効果論)ということに関しては、必ずしも議論が尽くされていない。このことは、最高裁判所平成一一年一月二四日大法廷判決における奥田昌道裁判官(同判決当時)の補足意見でも明示されているところである^{②③}。ところで、周知の通り、わが国の民法には、いわゆる物権的請求権に関する規定は存しない(占有訴権に関する規定

を有するにとどまる。したがって、わが国の民法上物権的請求権が認められるということは、これまでの判例・学説の努力に拠るところが大きい。そこで、さらに、そのような判例・学説の拠り所とするものを探ってみると、そこには諸外国の法制度との比較法研究が存する。特に、物権的請求権に関しては、同請求権についての明文規定を有するドイツ法との比較法研究が重要な役割を担ってきたといえる。⁽⁴⁾

このことを踏まえて、わが国における抵当権に基づく物権的請求権論を概観してみると、その解釈論上の比較法的根拠として、ドイツ民法典(以下、BGBと略す)に抵当権に基づく物権的請求権に関する規定(BGB一三三三條一―一三五條)が存するということが挙げられる。確かに、わが国では、学説に先行し、判例が抵当権に基づく物権的請求権論を形成したということを見過してはなるまい。⁽⁵⁾しかし、その後の議論の展開において、BGBに抵当権に基づく物権的請求権の規定があるということが、わが国の解釈論の基礎を支えてきたということも否定できないであろう。

そこで、これまでのわが国における抵当権に基づく物権的請求権に関するドイツ法との比較法研究を概観しておくことにしたい。まず、最も早い時期の研究としては、田島順博士の研究論文を挙げる事ができる。⁽⁶⁾この田島論文では、普通法以降のドイツにおける当該請求権に関するかなり詳細な研究がなされている。しかし、同論文以降のドイツ法との比較法研究は、実のところ、ほとんどなされていない状況にある。つまり、わが国では、これまで抵当権に基づく物権的請求権が論じられる際には、確かにわが国の民法に同請求権を認める明文規定が存しないことに関連して、その理論的・比較法的根拠として、ドイツの法制度がしばしば引き合いに出されてきたといえる。しかし、ドイツでの同請求権の実際の意義、より具体的には要件論及び効果論に対しては、これまでそれ程関心は示されず、むしろ、それらについてはわが国独自の解釈論が展開されてきたともいえるのである。⁽⁷⁾⁽⁸⁾

しかし、前述したごとく、わが国で近時改めて抵当不動産の不法占有による抵当権侵害と抵当権者の物権的請求権

に関する議論が活発となり、今後、同請求権の要件及び効果を明らかにすることが、今更ながら最重要課題とされるに至っている。確かに、侵害類型毎の個別的な要件及び効果に関する研究は、これまでも多数なされている⁹⁾。しかし、その反面、全体としての研究は、必ずしも十分になされてきたとはいえないように思われる。以上のように、わが国の抵当権に基づく物権的請求権論は個別具体的な抵当権侵害との関係で発展してきたといえることから、筆者としては、抵当不動産の不法占有による抵当権侵害とそれに対する物権的請求権について考えるためにも、改めて全体としての研究が必要であると考える次第である¹⁰⁾。

2 本稿の目的及び構成

前述のような問題意識から、本稿では、全体としての抵当権に基づく物権的請求権論を再考するための序論的考察として、これまでのわが国における解釈論の一つの理論的基礎を提供してきたBGB一一三三条以下に基づく請求権とは具体的にどのようなものであるかということ¹¹⁾を明らかにすることとしたい。

そこで、本稿では、まず、BGB一一三三条～一一三五条に基づく請求権とはそもそもどのようなものであるのかということを知るために、同条の起草に際し参考とされた各ラント法（地方特別法）の抵当権保護の制度、及び、そのような各ラントの法制度の根源を探る上で重要となるローマ法の抵当制度を考察の対象とし、各々の法制下で抵当権の保護がどのように図られていたのかということ¹²⁾を要件及び効果という観点から考察すること¹³⁾にしたい。そして、その考察の結果を踏まえて、次に、BGBで明文をもって認められている抵当権に基づく物権的請求権とはどのようなものであるのかということ¹⁴⁾を概観することにする。最後に、本稿では、日独の法制度及び議論状況の相違に留意しつつ、前述のようなドイツ法の考察がわが国の法状況にいかなる示唆を与えるのか、また、そもそも日独法の比較検討に際して、どのような点に注意する必要があるのかということにつき若干の検討を試みることにしたい。

- (4) フランス法における抵当権保護の制度とあわせて、特に抵当権に基づく物権的請求権に関しては、ドイツ法が重要であることがしばしば指摘される。ただ、ドイツ法との詳細な比較法研究をしている先行業績としては、田島順「抵当権者の妨害排除請求」法學論叢三一巻四号六二七頁以下（一九三四年）を挙げることができるとどまり、その他の文献では、抵当権に基づく物権的請求権がわが国でも認められる比較法的根拠として、ドイツ民法の規定が引き合いにだされるにすぎないことが多いことに注意する必要がある（例えば、我妻・前掲書（前注1）三八三頁参照。また、わが国の民法典に物権的請求権に関する明文規定がないこととの対比において、わが国の判例の努力に留意しつつ、ドイツ民法を引き合いに出す文献も数多く存在する（例えば、柚木編・前掲書（前注1）四三三頁以下（柚木・西沢）、柚木・高木・前掲書（前注1）二八五頁、小杉茂雄「抵当権に基づく物権的請求権の再構成（一）」西南学院大学法學論集一四巻一号一頁（特に二五頁）（一九八一年）等）。
- (5) これに関しては、ここではひとまず、我妻栄『民法研究Ⅳ2』二〇二頁以下、小杉・前掲論文（一）（前注4）一頁以下参照。
- (6) 前注4参照。
- (7) BGB一一三三―一一三五条に基づく抵当権者の権限について多少なりとも詳細な紹介をする文献としては、前述の田島論文（前注4）の他、柚木・高木編・前掲書（前注1）二八六頁以下（注（1））、小杉・前掲論文（一）（前注4）三四頁（注（1））、小杉茂雄「抵当権に基づく物権的請求権の再構成（二）（完）」西南学院大学法學論集一四巻二号一四一頁以下（特に、一六五頁注（23））（一九八一年）等があるにすぎない。
- (8) ところで、ドイツでは、抵当権（Hypothek）といつても、實際上用いられているのは、わが国で用いられている抵当権ではなく、土地債務（Grundschuld）であるということに注意する必要がある。
- (9) 抵当権に基づく物権的請求権に関するわが国の研究は、これまで次のような侵害類型毎に行われきたといえよう。つまり(i) 目的物の利用・占有による抵当権侵害、(ii) 抵当目的物の付加物・従物の分離・搬出による抵当権侵害、(iii) 抵当目的物上の有害登記による抵当権侵害、及び(iv) 他の債権者の強制執行等による抵当権侵害である。特に、抵当権に基づく物権的請求権に関しては、教科書・注釈書類の解説からしても明らかのように、抵当権という物権の特殊性（価値権、非占有担保権等）に鑑みて、所有権とは異なり、侵害類型毎の個別具体的な検討が必要であることが説かれている。
- (10) 具体的な問題としては、例えば、抵当権侵害という要件について、「付加物・従物の分離・搬出による抵当権の侵害」と「不法占有による抵当権の侵害」とが問題となる場合に、前者の侵害類型では分離・搬出行為による抵当目的物の減価と被担保債権との関

係は不問とするのが判例・通説であるのに対し、後者の侵害類型で無権利者等が不法占有することによる事実上の減価と被担保債権との関係を考慮すべきとする立場に立つときに全体としての整合性の問題が生じてくることが考えられる。

二 BGB制定以前の抵当権の保護

前述したように、BGB一一三三条以下に基づく抵当権者の物権的請求権は、直接的にはBGB制定以前の各ラント法(特にプロイセン法)の影響を色濃く受けている。なお、そのような各ラントの法制度を理解するためには、各ラントの法制度が成立する以前の法、つまりローマ法及びそれを継受したドイツ普通法についてもみておくことが有用である。そこで、以下では、ローマ法・普通法、各ラント法の順で考察を進めていくことにする。

1 ローマ法及び普通法下での抵当の保護

ところで、ローマ法及びそれを継受したドイツ普通法を考察するにあたっては、予め次のことに注意する必要がある。つまり、それは、同法下では、未だ現在の物権的請求権に該当するような法制度が生成されていなかったということである。そこで、以下、本稿では、ローマ法・普通法下での抵当債権者(Hypothekengläubiger, Pfandgläubiger等)保護の制度を考察の対象とする。

(1) 概要

ローマ法及びドイツ普通法において、抵当債権者保護の制度としてどのようなものが存在したのかというと、そこでは、次の二つ、つまり(i)抵当債権者による抵当目的物の占有の取得に向けられる訴権(いわゆる抵当訴権(actio hypothecar-

び)に関するもの、及び、(ii)審判人による担保提供命令に関するものが存在したようである。⁽¹¹⁾そして、これはドイツ普通法下でのみいえることであるが、(iii)所有権(又は役権)保護の制度であるネガトリア訴権(actio negatoria)の非占有担保権(抵当権)への保護の拡張も認められたようである。⁽¹²⁾そこで、以下では、これら三つの保護制度を概観することにする。

(2) 抵当訴権 (actio hypothecaria)

① ローマ法の抵当 (hypotheca)

ところで、そもそもローマ法における抵当は、農地の賃貸借が盛んに行われるようになったことと関連して、農地所有者が賃借人に対する賃料債権を担保するために用いられ始めたときされる。具体的には、抵当は、農地所有者と賃借人との約定の締結により、賃借人が耕作のために農地(賃借地)に持ち込んだ種々の動産、特に農具(invecta et illata)を担保目的物として用いられたようである。なお、本来的な抵当は以上のようなものであったことから、担保目的物の占有は、担保設定者である賃借人(耕作人)の下に留めおかれるものとされたのである。⁽¹³⁾

このように、抵当は、本来、農地賃貸借の賃料債権を被担保債権とした動産抵当のような形態をとっていたようであるが、その後の法発展の中で、土地の賃貸借における賃料債権を担保する手段として、さらには担保目的物の占有を取得しない債権者の債権担保手段として一般に用いられるようになった。そして、抵当の目的物には、動産だけでなく、不動産(土地)も含まれるようになった。⁽¹⁴⁾

② 抵当と抵当訴権

以上のように、そもそも抵当は、農地の賃貸人がその賃料債権を担保するために賃借人の農具等の動産を目的物として設定されたものであった。なお、抵当に関する約定締結の際には、担保目的物の占有を賃借人の下に留める約定

と共に、仮に賃借人が賃料の支払いを怠ったときには、直ちに担保目的物は農地所有者の所有に帰すべき旨約された
とされる。このような約定のあるときに、農地所有者に担保目的物の占有取得を許容したのが、サルウィウスの特示
命令 (interdictum Salvianum) であつたといわれている¹⁵⁾。その後、さらに、担保権者による担保目的物の占有取得を目
的とする訴権 (actio) が承認されるに至り、それはセルウィアナ訴権 (actio Serviana) と称された¹⁶⁾。

これら二つの担保権者による担保目的物の占有取得に向けられる法的手段のうち、その後の法の発展(特に抵当訴権)
との関係で重要であるのは、セルウィアナ訴権である。同訴権は、古典期にその適用領域を著しく拡張されたといわ
れている¹⁷⁾。第一に、同訴権を提起し得る者の範囲に関して、本来抵当は農地所有者の賃料債権担保のためのものであ
つたことから、その範囲も自ずとその制約を受けていた。しかし、古典期には、担保目的物の占有を有しない債権者
(非占有担保権者)に、広くその範囲は拡張されたといわれている。第二に、同訴権の相手方に関してであるが、これ
も担保を設定した当事者に限られず、担保目的物を占有するあらゆる者に対して、同訴権は認められ得るものとされ
たようである。さらに、同訴権の制度目的に関連して、本来同訴権は、賃貸人の賃料債権を担保することを目的とし、
賃借人の賃料不払いを条件に目的物の占有を有しない債権者(賃貸人、非占有担保権者)のために認められたものであ
つた。しかし、古典期には、担保目的物の占有取得という点が重視され、同訴権は、占有を喪失した占有担保権者に
も認められるようになったといわれている。

このように古典期においてその適用領域を拡張されたセルウィアナ訴権は、ユスティニアヌス帝法下では抵当訴権
と称されるようになった¹⁸⁾。

③ 抵当訴権による保護

ここまで、抵当及び抵当訴権の成立史的考察をしてきたが、以下では、それを踏まえて、ユスティニアヌス帝法以

降の抵当訴権を中心に、その保護の内容をみていくことにする。

(ア) 要件 ユステイニアヌス帝法における抵当訴権は、対物訴権 (*actio in rem*) として、担保目的物の占有を有しない債権者に認められたとされる⁽¹⁹⁾。債権者は、その債権の弁済期が到来しているにもかかわらず、依然としてその弁済がなされないときに、担保目的物のあらゆる占有者に対し、この訴権に基づき訴訟を提起することができたとされる⁽²¹⁾。

(イ) 保護の内容 抵当訴権は、対物訴権として、債権者による担保目的物の占有の取得に向けられるものであった。つまり、同訴権により、債権者は、担保目的物のあらゆる占有者に対し、その物の引渡しを求めることができたのである。なお、このような内容の訴権が認められたのは、債権者によるその権利の(私的)実現、つまり担保目的物を売却しその売却代金から債権の回収を図るためには、債権者がその物の占有を取得する必要があったからであるといわれている⁽²²⁾。

(3) 審判人による担保提供命令

前述した抵当訴権は、対物訴権であるだけでなく、専決訴権 (*actio arbitraria*)⁽²³⁾ でもあった。このことから、同訴権は、金銭判決をなるべく避けるために、審判人に対する関係で、判決前に訴訟物自体の給付返還を訴訟の相手方に勧告すべき旨命じる文言を含むものであった。このことに関連して、審判人は、相手方による担保目的物の引渡しを担保する「担保の提供 (*Bestellung einer Caution*)」をその相手方に命じることも可能であったとされる⁽²⁴⁾。

この審判人による担保提供命令は、本来的には双務契約について認められていたローマ法の法源がその適用領域を拡張されたことに由来するといわれている。そもそも、ローマ法には、信義則に依拠する次のような法源、すなわち「双務契約上の訴訟に於いて金銭の支払期以前に一方の保証設定要求があれば、正当の事由ある限りそれは判決を以

て許されねばならぬ (L. 41 Dig. 5, 1)⁽²⁵⁾ というものがあつたとされる。ここで、抵当においては、担保目的物の減価は、債務者(担保設定者)の信用の基礎を危うくすることになりかねない。そこで、時代の変遷と共に、前述の法源は、担保目的物の減価が債務者の信用を危険にする限りで、その適用領域の拡張を認められ、その結果、審判人は、その裁量権に基づき、債権者の利益がそれを必要とするときには、債務者に対し担保の提供を命じることができたとされている。

(4) 準ネガトリア訴権

最後に、ネガトリア訴権の拡張による抵当(権)の保護についてみておくことにする。

① ローマ法下での保護の拡張と限界

前述したとおり、ネガトリア訴権の非占有担保権への拡張は、ドイツ普通法下の裁判実務において、はじめて認められたものである。つまり、それ以前、要はローマ法の下では、確かにネガトリア訴権による保護は占有担保権たる質権にはその拡張が認められていたが、目的物の占有を有しない担保権者には、なおネガトリア訴権による保護は認められていなかった⁽²⁶⁾のである。

このような保護の拡張に制限がかかっていた理由は、ネガトリア訴権の要件と深いかわりを有するものであつたといふことができる。そもそもネガトリア訴権の所有権以外の物権への保護の拡張は、所有権の利用権的側面との類似性に依拠するものであつたと考えられる⁽²⁷⁾。ネガトリア訴権は、本来、土地の所有者が、その所有地上に無権限に第三者が利用権を主張・行使する際に、その第三者の権限を否認するための制度として生じたものであり、このことから、その要件として、所有権者の権限の中でもその利用権的側面の制限が必須のものとされていた。したがって、所有権と同様、物権的利用権の制限を想定することのできる用益物権については、ローマ法下でも比較的容易にネガト

リア訴権の拡張が認められたわけである。また、物権的利用権の制限ということに関連して、ネガトリア訴権の要件としては、権利者が権利の客体の占有を有しており、かつその占有物上に第三者がその利用権を不当に主張・行使することが必要であったとされる⁽²⁸⁾。このことから、占有担保権たる質権に対しては、目的物の占有及び第三者による権利の不当行使という点で類似性が認められ、ネガトリア訴権の類推拡張が認められたと考えられる。しかし、これに対し、目的物の占有を有しない非占有担保権については、前述した要件面での類似性が認められず、同訴権の拡張による保護も認められなかったといえよう。

② ドイツ普通法における保護の拡張

(ア) 拡張の経緯 以上に対し、ローマ法を継受して以降のドイツ普通法では、ネガトリア訴権がその本来の目的以上の役割、つまり第三者によるあらゆる無権限の干渉に対する防御手段としての役割を付与されたのに伴って、ネガトリア訴権の要件面での緩和が著しく進むこととなった⁽²⁹⁾。その結果、これまでその拡張が認められていなかった目的物の占有を有しない担保権者についても、ネガトリア訴権の拡張による保護が認められるに至った。以下では、普通法の下でネガトリア訴権の抵当権への保護の拡張を認めた具体的裁判例をみておくことにする。

(イ) ツェレ上級控訴裁判所一八七六年三月二八日判決⁽³⁰⁾

【事実の概要】原告Xは、訴外A（被告Yの夫）に対する元本債権及び利息債権（なお、Xは、これらの債権に関する訴訟で勝訴している）に基づき、AによってXのために抵当権の設定されていた建物の増築部分の強制競売を申し立てた。この結果出された勅令召還により、Aの妻である被告Yは、その増築部分上の所有権及び共同所有権を主張し、そして、その競売に異議を申し立てた。そこで、競売裁判所は、競売手続を中断し、両当事者に対し訴訟によりYの異議に関する紛争を解決するよう申し述べた。これによって、Xは、抵当訴権に基づいてYに対する訴訟を提起し、

そして、Yに次のような判決を下すよう申し立てた。つまり、当該部分にXの抵当権が存在することの承認、及びXの抵当権行使の際にYはいかなる妨害も行わないということ、特にその増築部分の競売に対する異議を撤回するという判決である。

原審はXの訴えを棄却。その理由として、原審は、「Xが訴えの根拠とする抵当訴権は、Xによつて主張されていないY（による担保目的物）の占有を要件とする」ということを挙げた。また、原審は、本事例のように口頭で担保物上の権利を求めるに過ぎないYに対する関係で、Xの担保権の承認及びYの請求権の放棄に向けられるような訴権を普通法は知らないとし、そして、「担保設定者の権利から導かれる第三者の妨害に対する準ネガトリア訴権は、担保物を占有している担保権者のみ与えられる」と判示した。

【判決理由から】Xの訴え認容。「……抵当訴権と並んで、担保権は、物権としての不可侵性 (Integritat) において、承認されている法原則によると、その他の訴権、特に所有者に与えられるネガトリア訴権の類推によって、物権的権利者の権利領域への第三者のあらゆる無権限の干渉に対して、つまり特に本件のようなYの異議申立てという事例に、担保物の売却に向けられるその権利の行使を妨げるような干渉に対しても保護される。そして、この権利保護の主張のための権限は、担保権者の側での担保物の占有という不可避的な要件と結びつけられない。……」

このツェレ上級控訴裁判所判決から、抵当権に認められる物権の不可侵性を理由として、また、それと同時に、権利者による目的物の占有という要件の緩和も作用して、普通法の下でネガトリア訴権の抵当権への類推拡張が認められたということがわかる。

2 各ラント法下での抵当権の保護

以上に対し、普通法を離れ各々個別の法律を制定したラント (Land) においては、ロトマール普通法とは異なる抵当

権保護制度の発展が認められる。そこで、以下では、各ラント法に共通していえる事柄と各ラント法毎の抵当権保護制度に分けて考察することにする。

(1) 各ラント法下での抵当訴権の廃止

各ラント法下で抵当権保護に関していえることのうち最も重要であるのは、抵当権者に抵当訴権が認められなくなったということである。³¹ 前述したごとく、抵当訴権は、ローマⅡ普通法下で、担保目的物の占有取得に向けられる抵当権者の物的訴権として認められたが、各ラント法下では、それは認められなくなったのである。その理由として、例えば、「抵当権者の権利は、強制執行の方法での対象目的物の換価、そしてその代価に対する優先弁済権の行使という方法で実現される」ことから、各ラント法下では、抵当権者に目的物の占有取得（目的物の引渡し）に向けられる訴権を認める必要が最早無くなったという趣旨のことが述べられている。³² つまり、強制執行の法制度（具体的には、公の競売手続き）が整備されたラント法の下では、担保権者による担保目的物の私的売却という目的達成のために必要とされた抵当訴権は、最早その存在意義を失ったということに注意する必要がある。

(2) 各ラント法の抵当権保護制度

次に、各ラント法毎の抵当権保護制度の発展についてみていくことにする。

ところで、BGB施行以前のドイツは、民法の法域に関して、概ね次の四つに大別することができたようである。すなわち、ドイツ普通法、プロイセン法（プロイセン一般ラント法）、フランス法（フランス民法典）、及びザクセン法（ザクセン民法典）の四つである。³³ 以下、本稿では、普通法を除く二つの法域での抵当権保護について概観する。

① プロイセン法

まず、プロイセン法下での抵当権保護の制度をみていくことにする。なお、抵当権に基づく物権的請求権との関係

で重要であるのは、(i)不動産の悪化に基づく抵当権の訴え、及び(ii)準ネガトリア訴権に関してである。

(ア) 不動産の悪化に基づく抵当権の訴え　プロイセン法は、抵当債権者の担保を危険にさらす不動産の重大な悪化に対する保護手段として、当該債権者に次の二つのことを許容していた。つまり、(a)弁済期到来前の担保権の実行(弁済請求)、及び(b)裁判官による保全処分³⁴⁾の請求である。以下、この二つの保護が認められるための共通の要件について確認し、次いで各々の保護の内容をみることにする。

a 共通の要件　前述の二つの保護についての共通の要件は、抵当債権者の担保を危険にさらす「不動産の重大な悪化 (erhebliche Verschlechterungen des Grundstücks)」が存すること (懸念されうること) である。この要件が充足されるか否かに関し実際に重要となるのは、悪化の「重大性 (Erheblichkeit)」である。この重大性の判断は、実際には、裁判官により個別・具体的になされていた。その際、裁判官が考慮すべき判断要素としては、不動産の価額と被担保債権額との関係が重要であったとされる。つまり、例えば、デルンブルク (Dernburg) によると、広大な土地について第一順位の抵当権を有している債権者がいる場合に、その被担保債権額が非常に少額であるときには、広大な土地の一部に悪化が生じたとしても、債権額との関係から、当該悪化は債権者の担保を危険にせず、その結果重大ではないと判断されることもあり得るとされていたのである。なお、この場合に、後順位の担保権者について、その被担保債権額との関係で、当該悪化が担保権者の担保を危険にさらすことになるときには、重大性要件が充足されることも考えられ得るとするデルンブルクの指摘には注意する必要がある³⁵⁾。

以上のことから、この不動産の悪化の重大性という要件に関しては、(a)悪化が本来の不動産の価額を下落させ、かつ(b)その下落によって担保権者が本来有していた債権の担保を危険にされること、より具体的には、本来優先弁済の予定されていた被担保債権の額が減じられる危険のあることが、本要件の充足にとって重要であったといえよう。

b 弁済期前の担保権の實行（弁済請求）

抵当債権者に認められた第一の保護の内容は、当該債権者に弁済期前の担保権の實行（弁済請求権の行使）を認めたことである。これにより、抵当債権者は、担保目的物の占有者が当該目的物の価値を重大に減少させその担保を害するときには、被担保債権の弁済期到来前といえども、担保権を實行することができた。なお、この場合の抵当権の訴えの相手方は、不動産の所有者であつた。³⁶⁾

c 裁判官による保全処分

第二の保護の内容は、裁判官による保全処分を抵当債権者が申し立てる権限を有したということである。抵当債権者は、不動産の重大な悪化に対し、前述した弁済期到来前の担保権の實行をなし得る

ほかに、そもそもそのような担保権實行の意思を有しないとき、又は被担保債権の性質上その實行が許されないときには、裁判官に対し、以下の申し立てをなすことができたときとされる。つまり、裁判官による命令により、担保目的物の占有者が抵当債権者にとって不利益となる目的物の処分をなすことに対し制限を加える申立てである。このような保全処分の具体的内容には、占有者に担保の提供を命じること、不利益処分の制限に占有者が違反した際の違約金の設定、及び抵当債権者の不利益となる担保目的物の譲渡禁止等が含まれたとされる。また、さらに、極端な事例には、裁判官による担保目的物の強制管理もなされたようである。³⁷⁾ なお、この保全処分の申し立ての相手方は、悪化に着手する者（つまり担保不動産の所有者だけでなく、担保目的物のその他の占有者も含まれる）であつた。³⁸⁾

(i) 準ネガトリア訴権

プロイセン法における準ネガトリア訴権による抵当権の保護について考察するにあたって

は、まず、同法下でネガトリア訴権が認められていたかどうかということを確認する必要がある。前述した不動産の悪化に基づく抵当権の訴えとは異なり、ネガトリア訴権に関しては、プロイセン法に同訴権を認める明文規定は存しなかつた。しかし、このことはプロイセン法下でネガトリア訴権が認められていなかったということを意味するのでなく、プロイセン法の学説及び裁判実務においても、ネガトリア訴権は、ドイツ普通法における発展を基本的に承

繼して認められていたとされる³⁹。したがって、ドイツ普通法下で承認された準ネガトリア訴権による抵当権の保護は、プロイセン法においても特に変わることなく認められた⁴⁰。

② フランス法圏

それでは、次に、フランス法の妥当した地域における抵当権保護の制度を概観することにする。

ところで、ドイツ国内でフランス法の妥当していた地域は、バーデン及びライン川西岸地域である。同地域では、一九世紀初頭にフランス民法典がラント法化されたことから、以降フランス民法典に基づいて抵当権の保護が図られることとなった⁴¹。つまり、具体的には、フランス民法典一一八八条(期限の利益の喪失に関する規定)及び二一三一条(増担保請求等に関する規定)に基づいて⁴²、抵当債権者の保護が図られたわけである。

このように、フランス法の妥当した地域では、フランス民法典がラント法化したことから、ドイツ普通法下での抵当権保護とはかなり異なった法発展が認められる。このことは、普通法の発展の中で承認されるに至った準ネガトリア訴権による抵当権の保護にも重要な影響を及ぼしている。つまり、フランス民法典にはネガトリア訴権に関する明文規定はなく、またドイツ普通法におけるようなネガトリア訴権の発展は認められなかったことから、その当然の帰結として、準ネガトリア訴権による抵当権の保護もなかったのである。そして、所有権をはじめとする物権の侵害に対する保護は、専ら不法行為法の問題として取り扱われたのである⁴³。

③ ザクセン法

最後に、ザクセン法であるが、ザクセン民法典には、抵当債権者の保護に関する規定として、その三七七条に次のような規定が置かれていた。すなわち、「債権者の不利益となる担保目的物の価値を減じる行為は、債権者の承諾なしに行つてはならない」とする旨の規定である。しかし、ザクセン民法典には、他のラント法とは異なり、弁済期到来

前の債権者の弁済請求権を認める規定が置かれていなかったことに注意する必要がある。⁽⁴⁴⁾

なお、準ネガトリア訴権による抵当権の保護に関して、ザクセン民法典では、所有権に基づくネガトリア訴権が明文規定をもって認められていたが、抵当権に基づく同訴権についてまでは明文規定をもって認められていなかった。しかし、ネガトリア訴権自体の解釈論は、ザクセン法の下でも普通法における解釈論をそのまま承継しており、実際には普通法におけるのと特に変わりはないといわれている。⁽⁴⁵⁾

(注)

(11) Etwa Werner Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht Teil 2, 1982, S. 668-669 (= Reinhold Johow, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Zweiter Band, 1880, S. 1696-1697.); Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 3 Sachenrecht., 1888, S. 668-669 (= Benno Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3: Sachenrecht., 1899, S. 373). なお、本稿におけるローマ法の抵当制度(質を含む)に関する叙述は、主に原田慶吉『ローマ法(改訂)』(有斐閣・一九五五年)二六一頁以下、船田享二『ローマ法第三卷(改版)』(岩波書店・一九七〇年)六六八頁以下、マックス・カーザー／柴田光蔵訳『ローマ私法概説』(創文社・一九七九年)二四一頁以下、今村与一『フランス抵当制度の起源(一)——抵当権と不動産公示の邂逅——』『社会科学研究四七巻四号三七頁以下(特に四五頁以下)(一九九五年)』を参考にした。また、木庭顕「現代日本法へのカタバシス」第六回「占有」その一「法学教室二六四号四頁以下(二〇〇二年)」も以下の叙述との関係で有益である。

(12) なお、ネガトリア訴権による保護の拡張については、確かに担保権の中でも占有担保権たる質権には、権利者が目的物の占有を有するという同訴権の要件との関係上その拡張が認められていたが、非占有担保権たる抵当権には普通法の裁判実務でその拡張が認められたとされる(etwa Paul Eitzbacher, Die Unterlassungsklage, 1906, S. 10, 18 ff. (19 f.))。

(13) ローマ法の抵当権の由来については説が分かれているようであるが、本稿では、船田・前掲書(前注11)六七四頁、今村・前掲論

文(前注11)四八頁以下を参考とした(なお、今村・前掲論文はローマ法における抵当制度について非常に詳しい紹介をしているので、さらなる詳細については同論文を参照していただきたい)。

- (14) 以上につき、船田・前掲書(前注11)六七五頁以下参照。なお、ローマ法における法発展の動きの中で、債権担保の手段としての質と抵当は、それほど厳密な区別をされていなかったようである(この点については、今村・前掲論文(前注11)五〇頁以下も参照)。
- (15) 以上につき、原田・前掲書(前注11)二六三頁、船田・前掲書(前注11)六七四頁以下、カーザー／柴田・前掲書(前注11)二五四頁、今村・前掲論文(前注11)五〇頁等参照。
- (16) セルウィアナ訴権についても、原田・前掲書(前注11)二六三頁、船田・前掲書(前注11)六七五頁以下、カーザー／柴田・前掲書(前注11)二五五頁以下、今村・前掲論文(前注11)五〇頁等参照。
- (17) セルウィアナ訴権の拡張に関する以下の叙述については、船田・前掲書(前注11)六七五頁以下、カーザー／柴田・前掲書(前注11)二五五頁以下、今村・前掲論文(前注11)五〇頁による。
- (18) 抵当訴権は、その他に *vindicatio pignoris*, *actio pigneraticia* (in rem), *actio quasi Serviana* 等とも称された。
- (19) ここでの占有を有しない担保権者には、そもそも担保目的物の占有を有しない債権者のみならず、占有担保権者が占有を失った場合も含まれる(船田・前掲書(前注11)六七五頁)。
- (20) 弁済期の到来後に同訴権が認められたことについては、Martin Wolff/Ludwig Raiser, *Sachenrecht*, 10. Bearbeitung, 1957, S. 572 も参照。なお、Schubert, a. a. O. (Ann. 11), S. 668-669 (=Johow, a. a. O., S. 1696-1697); Motive III (Ann. 11), S. 668 (=Mugdan III, S. 373) では、債権の弁済到来前に抵当訴権が認められたとされていることに注意を要する。さらに、普通法の「*Heinrich Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs*, Bd. 1, 5. Aufl., 1894, S. 856 及び Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 1, 5. Aufl., 1879, S. 759 も、弁済期の到来は、抵当権の請求権及び抵当権の訴えの必須の要件ではないこととする)。
- (21) 抵当訴権が対物訴権であることの当然の帰結である(前注11の文献の他、J. A. Seuffert, *Praktische Pandektenrecht*, 2. Ausgabe., 1847, S. 293 f.; Windscheid, a. a. O. (Ann. 20), S. 760 等参照)。
- (22) ところで、ここでの目的物の売却権限に関しては、共和政末期以降では、目的物の所有権移転の合意に代わり、当事者間で目的

- (32) Wolff/Raiser, a. a. O. (Anm. 20), S. 572. (但し、必ずしも、本文のような表現があるわけではない。なお、同所では、ローマ法の下で目的物の占有に向けられた抵当訴権が認められていたのは、抵当権者による(目的物の)私的売却(Privatverkauf)という目的のためであったとされる)。また、プロイセン法については、Förster, a. a. O. (Anm. 31), S. 433 を参照。
- (33) 本稿では、山田晟『ドイツ法律用語辞典(改訂増補版)』(大学書林・一九九三年)八四九頁を参考としてこのような分類を行った。
- (34) プロイセン法はこれら二つの権限を明文をもって認めていた (§§ 441, 442, 20 des preussischen ALR., § 50 preussischen EEG (das Gesetz über den Eigentumserwerb v. 5. Mai 1872. この所有権取得に関する法律五〇条は、前掲のプロイセン一般ラント法の規定を受け継いだものである。これらの条文及びその邦訳については、田島・前掲論文(前注4)六三二頁参照)。なお、以下のプロイセン法に関する叙述は、主として Dernburg, a. a. O. (Anm. 20), S. 856 ff.; Förster, a. a. O. (Anm. 31), S. 432 ff.; Erwin Teuffel, Schutzmittel des Gläubigers, wenn eine Gefährdung der hypothekarischen Sicherheit zu besorgen ist (nach Reichsrecht), 1910, S. 3-4 による。また、田島・前掲論文(前注4)六三二頁以下も適宜参照した。
- (35) 以上につき、Dernburg, a. a. O. (Anm. 20), S. 856.
- (36) ところで、訴えの相手方と前述した「不動産の重大な悪化」という要件に関しては、さらに当該悪化に対する相手方の帰責事由の存否が問題となりうる。具体的には自然現象による抵当不動産の価値の下落や第三者による加害の際の取り扱いが問題となる。法律の文言は訴えの相手方の帰責性を要求していないことから、特に相手方の帰責性が必要と解されることはなかったようであるが、この問題につきデルンブルクが改説したことには注意する必要がある(旧説：帰責性不要(etwa Heinrich Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. 1, 2. Aufl., 1879, S. 799 f.)。改説後は、偶然の悪化、自然現象による悪化、及び第三者による悪化につき抵当権の訴えを許容することは、弁済期到来前の担保権の実行に関する限り、生じた損害を一方的に土地所有者に転嫁することとなり認められないとする(Dernburg, a. a. O. (Anm. 20), S. 856 f.)。
- (37) 以上につき、Dernburg, a. a. O. (Anm. 20), S. 857.
- (38) 以上につき、Förster, a. a. O. (Anm. 31), S. 433; Dernburg, a. a. O. (Anm. 20), S. 857.
- (39) プロイセン法の下でもネガトリア訴権が認められていたことについては、Förster, a. a. O. (Anm. 31), S. 251 ff.; Dernburg, a. a. O. (Anm. 20), S. 610 ff. 参照。なお、ネガトリア訴権に関しプロイセン法が普通法を承継していたことに関しては、その他に、

Eltzbacher, a. a. O. (Ann. 12), S. 41; Gerhard Hohloch, Die negatorischen Ansprüche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht, 1976, S. 27 等参照。

(40) Förster, a. a. O. (Ann. 31), S. 256; Dernburg, a. a. O. (Ann. 20), S. 611 f. (但し、デルンブルクは、担保権に関して、「物権者が、第三者の主張する権利によりその権利行使を制限されるとき」という条件を付していることには注意する必要がある)。

(41) 一八〇四年にライン川西岸地域ではフランス民法典がラント法化され、また、バーデンでも、一八〇八・九年にフランス民法典がバーデンラント法となるに至った。

(42) 以下の条文訳は神戸大学外国法研究会編『仏蘭西民法(Ⅲ)(Ⅴ)』(有斐閣・一九八八年(復刻版))を参考とした。

【フランス民法典一一八八条・期限の利益の喪失】

債務者が破産したるとき、又は契約により債権者に与えたる担保を自己の行為により減少したるときは、債務者は、期限の利益を主張することを得ず。

【フランス民法典二一一一条・増担保請求等】

一個又は数個の現存の抵当不動産が滅失又は毀損し、債権者を担保するために不足となるに至りたるときは、債権者は、直ちに債権の償還を請求し、又は前条の場合と同様の増担保の供与を求めることが出来る。

(43) 以上のようなフランス法の状況につき、Eltzbacher, a. a. O. (Ann. 12), S. 44 ff.; Hohloch, a. a. O. (Ann. 39), S. 31 f. 参照。その他、ネガトリア訴権に関連してフランス法の状況を知る上で有益なものに、Eduard Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 59 ff.; Hein Kötz, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974), S. 145, 158 ff. がある。

(44) 以上につき、例えば Schubert, a. a. O. (Ann. 11), S. 1697 (=Johow, a. a. O., S. 669) Motive III (Ann. 11), S. 669 (=Mugdan III, S. 373) 参照。また、田島・前掲論文(前注4)六三三頁も参照。

(45) ザクセン民法典における所有権に基づくネガトリア訴権に関する規定については、ここではひとまず、柳澤弘士「予防的不作為請求権の構造」日本大学法学紀要二〇巻七五頁以下(特に一一〇頁以下)(一九七八年)参照。また、ザクセン民法典におけるネガトリア訴権に関する法状況については、Eltzbacher, a. a. O. (Ann. 12), S. 61 ff. 相の他、Siebenhaar/Siegmann, Commentar zum dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Bd. 1, 2. Aufl., 1869, 320 ff. 等を参考にした。