

BGB 第 1192 条第 1a 項の新設と保全土地債務

金 鉉 善

1 はじめに

ドイツ民法典 (以下「BGB」という)「第 3 編物権 (Buch 3 - Sachenrecht)」の「第 7 章 (Abschnitt 7)」は、不動産上の担保物権について規定する⁽¹⁾。不動産担保権 (Grundpfandrecht) は、第 1 節抵当権 (Hypothek)⁽²⁾、第 2 節土地債務 (Grundschild)⁽³⁾と定期土地債務 (Rentenschuld)⁽⁴⁾より成っている。そして、BGB におけるこれらの条文の構成をみると、抵当権に関する規定が 80 カ条あるのに対し、土地債務に関する規定は 8 カ条のみにとどまる。このことから、BGB 編纂当時には、土地債務よりも、抵当権が重要な制度であったことが読み取れる。しかし、今日におけるドイツの金融取引実務では、抵当権よりも土地債務⁽⁵⁾、とりわけ 2008 年の BGB 改正によって新たに第 1192 条 (以下「本条」という) 第 1a 項として明文化された「保全土地債務」が専ら利用されている⁽⁶⁾。

そこで、本稿においては、BGB 編纂当時に存在しなかった保全土地債務が本条第 1a 項によって明文化された背景及びその法律上の内容を取りあげる。

(1) 「不動産担保権 (Grundpfandrecht)」という概念は、BGB に存在しない。BGB においては、「Buch 3 - Sachenrecht」の「Abschnitt 7 - Hypothek, Grundschild, Rentenschuld」と書かれているだけである。

(2) BGB 第 1113 条から第 1190 条までの 80 カ条。

(3) BGB 第 1191 条から第 1198 条までの 8 カ条。

(4) BGB 第 1199 条から第 1203 条までの 5 カ条。

(5) 村上淳一＝守矢健一＝ハンス・ペーター・マルチュケ『ドイツ法入門〔改訂第 8 版〕』(有斐閣、2012 年 8 月) 161 頁。

なお、本稿の構成は、以下のとおりである。

1の「はじめに」に続き、2においては、「土地債務の概要」について述べる。保全土地債務は、土地債務の一種である⁽⁷⁾。したがって、本条第1a項における保全土地債務を把握するためには、その前提となる土地債務を述べる必要がある。

3においては、「保全土地債務の内容」につき、本条第1a項の立法背景及びその法律上の内容を述べる。

4の「まとめと課題」においては、本条第1a項による改正前・後の内容と今後の課題について述べる。

2 土地債務の概要

土地債務⁽⁸⁾は、抵当権と同一権利の性質（*das Wesen nach gleiches Recht*）として⁽⁹⁾、土地から一定の金額の支払いを優先的に受けうる不動産担保権である（BGB 第 1191 条）。いずれの所有者に対しても土地において強制執行を許容するが、債権者は支払請求権を有しない⁽¹⁰⁾。なお、土地債務は、抵当権と異なって、物的形態（*dinglichen Gestalt*）において、債権の発生及び存続に付従しないにもかかわらず、「目的（*Zweck*）」を設定し、ほとんどの場合に「担保目的（*Sicherungszweck*）」として使われる⁽¹¹⁾。このような抵当権と土地債務を条文から比較すると、以下のとおりである。

(6) André Meyer, *Einwendungen und Einreden des Grundstückseigentümers gegen den Grundsuldgläubiger nach neuem Recht*, JURA Volume 31, Heft 8/2009, S. 562 ; Kerstin Uhler, *Die Sicherungsgrundschuld nach dem Risikobegrenzungs-gesetz*, 1. Aufl., Grin Verlag, 2010, S. 5 ; Harm Peter Westermann / Frank Wenzel, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd.2, 12., neubearbeitete Aufl., Otto Schmidt Verlag Köln, 2008, S. 4049. なお、保全土地債務の利用増加の原因においては、執行力が最も重要であると考えられる。

(7) Reiner Schulze / Ansgar Staudinger, *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, 8. Aufl., Nomos-Verlag, 2014, S. 1565 ; Kerstin Uhler, a. a. O., S. 5 によれば、保全土地債務は、土地債務の一例（*Unterfall*）であるとする。

<p>BGB 第 1113 条 (Gesetzlicher Inhalt der Hypothek ; 抵当権の法律上の内容)</p> <p>(1) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme <u>zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung</u> aus dem Grundstück zu zahlen ist (Hypothek) ; 抵当権は、<u>債権の弁済のために</u> (下線筆者) その土地から一定の金額を支払うために負担するという方法で、設定することができる (抵当権)。</p>	<p>BGB 第 1191 条 (Gesetzlicher Inhalt der Grundschuld ; 土地債務の法律上の内容)</p> <p>(1) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist (Grundschuld) ; 土地債務は、その土地から一定の金額を支払うために負担するという方法で、設定することができる (土地債務)。</p>
--	---

- (8) ドイツにおける土地債務ないし保全土地債務に関する論文は、山田晟「土地債務の抽象性について (一～三・完)」法協 53 卷 1 号 42 頁、53 卷 2 号 89 頁、53 卷 3 号 16 頁 (昭 10)、同「立法論として所有者土地債務をみとめるべきか」法協 97 卷 9 号 1213 頁 (1980)、中山知己「ドイツ土地債務の担保的機能 (一～三・完) 一抵当権の流通性に関連して一」立命館法学 185 号 40 頁、186 号 52 頁、192 号 32 頁 (1986～1987)、同「ドイツ信託法理の一断面一保全土地債務法における信託的構成の展開一」山口経済学雑誌 38 卷 3・4 号 473 頁 (平元)、同「ドイツ土地債務の担保的機能について一近代的抵当権論の一考察一」私法 53 号 247 頁 (1991)、同「ドイツ土地債務の被担保債権範囲論序説一抵当権との比較を考慮して一」山口経済学雑誌 45 卷 5 号 981 頁 (平 9)、同「補論・ドイツ土地債務の被担保債権範囲論一各種の担保」山口経済学雑誌 46 卷 3 号 315 頁 (平 10)、椿久美子「ドイツ法における土地債務と抵当権の関係一担保約定および抗弁権の視点からみた土地債務の変容一」麗澤大学紀要 56 卷 27 頁 (1993)、倉重八千代「ドイツにおける土地債務の利用急増の原因についての一考察一抵当権制度と土地債務制度の比較から一」ソシオサイエンス 7 号 213 頁 (2001)、同「ドイツの債権・債務の譲渡と流動化における法的諸問題についての一考察」ソシオサイエンス 8 号 255 頁 (2002)、大場浩之「ドイツにおける登記と土地債務 (Grundschuld) の関係 (1～3・完) 一公示制度と非占有担保制度の理論的關係の解明を目的として一」早稲田法学 80 卷 4 号 143 頁、81 卷 1 号 47 頁、81 卷 2 号 135 頁 (2005～2006) などがある。

両者は、「zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung（債権の弁済のために）」が記載されているか否かということ以外には、全く同様である⁽¹²⁾。そこで、土地債務は、債権を前提としないかぎり、抵当権に関する規定を準用する（本条第 1 項）。BGB 第 1191 条第 1 項の定義によれば、土地債務は、抵当権に対比し担保権（Sicherungsrecht）ではなく、土地への純粋な換価権（reines Verwertungsrecht）として構想される（konzipiert）⁽¹³⁾。そして、土地債務が法律上債権の存在を前提としないことから、土地債務と債権との間には法的関連が存在しない⁽¹⁴⁾。なお、両者の差異は、その設定時における BGB 第 873 条第 1 項の物権的合意（Einigung）の内容で明らかになる。すなわち、抵当権の場合は、どの債権を担保すべきかについて合意（Einigung）しなければならないし、この合意は担保目的（Sicherungszweck）に記載されるため、因果関係の要素（kausales Element）を含む⁽¹⁵⁾。これに対して、土地債務は、被担保債権が要件ではなく、かりに債権担保のために設定されたとしても、この約定（Abrede）は、物的権利（dinglichen Rechts）の内容ではない⁽¹⁶⁾。したがって、権利の成立についての合意（Einigung）は、その原因と

(9) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1565 ; Protokolle der Kommission fuer die 2. Lesung des Entwurfs des Buergerlichen Gesetzbuchs, Bd. IV, Berlin, 1983, S. 498（以下「Protokolle IV」と記す）；J. von Staudinger / Hans Wolfsteiner, Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch: Buch 3 Sachenrecht § § 1113 - 1203 (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld), Berlin, 2009, S. 744.

(10) Hanns Prütting / Gerhard Wegen / Gerd Weinreich, BGB Kommentar, 4., neu bearb. u. erw. Aufl., Hermann Luchterhand Verlag, 2009, S. 1989.

(11) Fritz Baur, Sachenrecht, 18., neu bearbeitete Aufl., C.H.BECK, 2009, S. 576.

(12) このことは、土地債務の非付従性（Nichtakzessorietät）、ないし抽象性または無因性（Abstraktheit）を意味するものと説明する（中山・前掲注（8）「ドイツ土地債務の担保的機能（二）」220 頁以下）。

(13) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1565.

(14) 石川清＝小西飛鳥『ドイツ土地登記法』（三省堂、2011 年）347 頁。

(15) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1565.

なる行為 (veranlassenden Geschäfts) の有効性から原則上独立であるので⁽¹⁷⁾、たとえば消費貸借契約が良俗違反により無効であっても (BGB 第 138 条第 1 項⁽¹⁸⁾)、土地債務設定は有効であり、消費貸借価値の返還 (Rückgewähr der Darlehensvaluta) について不当利得請求権 (bereicherungsrechtlichen Anspruch) を担保する⁽¹⁹⁾。このように、土地債務と債権の間は、保全土地債務であっても、抵当権のような法的結びつき (rechtliche Verbindung) が存在するものではなく、もっぱら経済的結びつき (ausschließlich eine wirtschaftliche Verbindung) が存在する⁽²⁰⁾。

なお、土地債務は、以下の 3 種に区別することができる。

第一は、孤立的土地債務 (isolierte Grundschuld) である。その特徴は、「債権者が物的換価権のみを有し、被担保債権を有しないこと、人的債務者が存在しないこと、所有者が物権的消却権 (dingliches Ablösungsrecht) しか有しないこと」⁽²¹⁾にある。すなわち、債権の担保に利用されるのではなく、債権者に純粋な換価権を与える。債権者は、BGB 第 1147 条によって、その土地から元本利益の実行のために、執行すべき権限を取得する。孤立的土地債務は、実務においてめったにないが、たとえば、経済的価値の出損 (Zuwendung) のために役立つとされる⁽²²⁾。

(16) Baur, a. a. O., S. 565 ; Prütting / Wegen / Weinreich, a. a. O., S. 1989 ; Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1565 ; BGH NJW 86, 53 ; BGH NJW 00, 2021.

(17) BGH NJW 81, 1505.

(18) BGB 第 138 条 (Sittenwidriges Rechtsgeschäft ; Wucher 良俗違反の法律行為 ; 暴利) 第 1 項は、「Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig ; 善良の風俗に反する法律行為は、無効とする」と定める。

(19) Prütting / Wegen / Weinreich, a. a. O., S. 1989 ; BGH NJW-RR 00, 1431.

(20) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1565.

(21) 椿・前掲注 (8) 35 頁。

(22) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1565 によれば、孤立的土地債務の目的は、因果関係の約定から (aus der kausalen Abrede) 明らかになるとする。たとえば、贈与又は履行行為の代わりに給付が問題となる。

第二は、保全土地債務（Sicherungsgrundschuld）である。これは、土地債務の 3 種の中でも最も利用されている形態として、債権の担保のために設定される。すなわち、保全土地債務は、債権について依然として無因であるが、債務法上の担保約定によって債権と結びつく。このような土地債務の債権独立性（Forderungsunabhängigkeit）は、債権者にとって、被担保債権（der gesicherten Forderung）の物的分離によりその流通性を高くし、かつ、担保すべき債権（die zu sichernde Forderung）を無方式に取り替えることができる利益をもたらす⁽²³⁾。その代わり土地所有者に対しては、不利であるとする。債務法上の担保約定における債権者の換価権の制限は物的効力がなく、担保約定からの義務違反、すなわち、所有者の債権的請求権（obligatorische Ansprüche）のみをもたらす⁽²⁴⁾。

第三は、所有者土地債務（Eigentümergrundschuld）である。これは、保持者として土地所有者に帰する土地債務である。所有者土地債務は、BGB 第 1163 条（Eigentümerhypothek 所有者抵当権）、第 1168 条（Verzicht auf die Hypothek 抵当権の放棄）、第 1177 条（Eigentümergrundschuld, Eigentümerhypothek 所有者土地債務、所有者抵当権）によって発生するが、BGB 第 1196 条第 1 項の所有者土地債務⁽²⁵⁾としても設定される。土地所有者に対して常に流動可能な信用担保（mobilisierbare Kreditsicherheit）を与える点において、実務では、担保

(23) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1565. このほかに、土地債務が人的債権に従属しない結果として債権者に特別に強力な権利を与えるとする（ヌスバウム（著）＝宮崎一雄（訳）『独逸抵当制度論』（清水書店、1932 年）287 頁）。しかし、これらの見解に対して、山田晟先生は、債権を伴わない土地債務は、債権者にとって不利益であると説明する。すなわち、債権者が土地債務とともに債権を有するときは、土地債務の目的である土地から優先弁済を受けるだけでなく、債権に基づき債務者の全財産からも弁済を受けうることに對して、単に土地債務のみを有するにすぎない者は、土地債務の目的である土地のみにつき弁済を求めることにすぎないからであるとする（山田・前掲注（8）「土地債務の抽象性について（一）」46 頁以下）。

(24) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1565f.

のための短期信用及び中期信用に利用される⁽²⁶⁾。

3 保全土地債務の内容

保全土地債務は、土地債務の一例 (Unterfall) である⁽²⁷⁾。すなわち、保全土地債務は、無因的土地債務 (abstrakte Grundschuld) でありながら、所有者又は第三者に対する債権者の債権を担保するために利用される⁽²⁸⁾。保全土地債務が成立するためには、①土地債務の設定ないし土地債務設定に関する物権的法律行為 (das dingliche Rechtsgeschäft über die Bestellung der Grundschuld) のみならず、②被担保債権の確定ないし特定、③担保契約 (Sicherungsvertrag) ないし担保約定 (Sicherungsabrede) の 3 つの要素が必要である⁽²⁹⁾。以下においては、保全土地債務の概念について、本条第 1a 項を中心に「その立法背景」、 「(保全) 土地債務の譲渡」及び「所有者の抗弁権」に分けて述べる。

(1) 本条第 1a 項の立法背景

改正前	改正後
B G B 第 1 1 9 2 条 (Anwendbare Vorschriften 適用可能な規定)	BGB 第 1192 条 (Anwendbare Vorschriften 適用可能な規定)

(25) BGB 第 1196 条 (Eigentümergrundschuld 所有者土地債務) 第 1 項は、「Eine Grundschuld kann auch für den Eigentümer bestellt werden ; 土地債務は、所有者についても設定されることができる」と定める。

(26) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1566.

(27) Kerstin Uhler, a. a. O., S. 5.

(28) Baur, a. a. O., S. 574 ; Schulze / Staudinger a. a. O., S. 1567.

(29) Baur, a. a. O., S. 576f ; Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1568 ; 中山・前掲注 (8) 「ドイツ土地債務の担保的機能 (二)」 222 頁以下。

<p>(1) Auf die Grundschild finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, dass die Grundschild nicht eine Forderung voraussetzt ; 土地債務については、それが債権を前提としないことから別段の結果を生じない限り、抵当権に関する規定を準用する。</p> <p>(2) Für Zinsen der Grundschild gelten die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung ; 土地債務の利息については、抵当債権の利息に関する規定を適用する。</p>	<p>(1) 改正前と同様である。</p> <p><u>(1a) Ist die Grundschild zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden (Sicherungsgrundschild), können Einreden, die dem Eigentümer auf Grund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschild zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch jedem Erwerber der Grundschild entgegengesetzt werden ; § 1157 Satz 2 findet insoweit keine Anwendung. Im Übrigen bleibt § 1157 unberührt ; 請求権の保全のために土地債務が設定された場合は（保全土地債務）、土地所有者が旧債権者との担保契約によって土地債務について有する、又は担保契約によって生ずる抗弁権は、土地債務のいずれの取得者にも対抗することができる ; この場合には、第1157条2文は、適用されない。その他においては、第1157条による（下線筆者）。</u></p> <p>(2) 改正前と同様である。</p>
<p>* 参照条文</p> <p>BGB 第 1157 条（Fortbestehen der Einreden gegen die Hypothek 抵当権についての抗弁権の持続）</p> <p>Eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht, kann auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden. Die Vorschriften der § § 892, 894 bis 899, 1140 gelten auch für diese Einrede ; 所有者が自己と旧債権者間の法律関係によって抵当権について有する抗弁権は、新しい債権者にも対抗することができる。第 892 条、第 894 条ないし第 899 条、第 1140 条は、この抗弁権についても、適用される。</p>	

1900 年の立法者は、保全土地債務の概念を持っていなかったのではなく、流通における付従的な不動産担保権としての抵当権が広く受け入れられていたことから出発したのである⁽³⁰⁾。そして、土地債務は、債権独立性（Forderungsunabhängigkeit）が特徴であったため、このような根拠（gutem Grunde）をもって、BGB 編纂当時は、保全土地債務の概念を有しなかった⁽³¹⁾。

(30) Peter Derleder, Die neue Sicherungsgrundschild, ZIP, 2009/11/20, S. 2221.

しかし、BGB 編纂当時の意図とは異なって、銀行は、次第に非付従的な不動産担保権としての「土地債務」を優遇し⁽³²⁾、その中でも実務では「保全土地債務」が最も利用されるようになった。このような実務上の利用実態に比べて、土地債務ないし保全土地債務の法律上の規定は、十分といえない状況である。さらに、保全土地債務の概念は、2008 年 8 月 19 日から施行された「リスク制限法 (Risikobegrenzungsgesetz)」⁽³³⁾によって、はじめて本条第 1a 項として明文化された⁽³⁴⁾。本条第 1a 項は、ドイツ民法施行法 (Einführungsgesetz BGB) Art. 229 第 18 条第 2 項により、施行以降に設定される保全土地債務のみに適用される。

本条第 1a 項の立法理由とえば、「土地所有者の保護」をあげることができ。すなわち、BT-Drucks 16/9821 によると、「請求権の担保 (Sicherung eines Anspruchs) のために手に入れた (保全) 土地債務の譲渡という特殊なリスクから土地所有者を保護するために、土地所有者は、担保契約から生じ

(31) Baur, a. a. O., S. 574f.

(32) Peter Derleder, a. a. O., S. 2221.

(33) Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2008 Teil 1 Nr. 36, ausgegeben zu Bonn am 18. August 2008 (<http://www.bgbl.de>) S. 1666. なお、金相容「比較法研究：根抵当権に関する比較法制史的考察－根抵当権に関する法規定と金融実務間の不適合の原因究明及び改善を中心に－」法曹 61 卷 6 号 (2012 年) 244 頁においては、「Risikobegrenzungsgesetz」を「危険限界設定法」と訳する。

(34) Deutscher Bundestag Drucksache 16/7438 16. Wahlperiode (<https://www.registrar-services.com>)及び <http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de> (連邦政府図書館)によると、「リスク制限法」の制定背景を以下のように説明する。「新ベンチャー参加法 (Wagniskapitalbeteiligungsgesetz) 及び企業の子会社及び関連会社 (Unternehmensbeteiligungsgesellschaften) に関する法改正は、資本投資についての一般的な条件の改善に役立った。しかし、このような金融投資の増加は、同時に金融マーケット及びその関係者に新しい課題をもたらした。金融システムの安定に対するリスク及び買収候補企業 (Zielunternehmen ターゲット企業) に対するリスクである。」このような現状から「リスク制限法」が制定されることになった。

る土地債務に対する抗弁権をいずれの取得者にも対抗することができるという配慮を行わなければならない。本条第 1 項、BGB 第 1157 条 2 文による土地債務の抗弁が付いていない善意取得（gutgläubigen einredefreien Erwerbs）の可能性は、土地所有者に対して抗弁権の喪失の結果をもたらすため、保全土地債務においては、抗弁が付いていない善意取得を排除する必要がある（下線筆者）」⁽³⁵⁾とする。

(2) (保全) 土地債務の譲渡

土地債務の譲渡は、抵当権の譲渡に関する BGB 第 1154 条（Abtretung der Forderung 債権の譲渡）及び BGB 第 1155 条（Öffentlicher Glaube beglaubigter Abtretungserklärungen 公信力ある譲渡の意思表示）によって行われるが、債権独立性のゆえに BGB 第 1153 条（Untrennbarkeit von Forderung und Hypothek 債権及び抵当権の分離不可能性）は排除される。抵当権の場合は、債権は必ず抵当権とともに移転するのであって、抵当権なくして債権のみの移転又は債権なくして抵当権のみの移転はできない（BGB 第 1153 条）。これに対して土地債務は、債権を前提としないことから債権の譲渡は土地債務の移転を伴わず、両者は分離してその一方のみを譲渡することができる。すなわち、その譲渡につき、BGB 第 1153 条は適用されない。土地債務の譲渡は、本条第 1 項・BGB 第 1154 条以下によって行われる⁽³⁶⁾。そして、債権の譲渡は、BGB 第 398 条以下によって行われる。しかし、債権の譲渡は、担保約定において排除することができ（BGB 第 399 条 HS 2⁽³⁷⁾）、排除したにもかかわらず、行われた債権譲渡は、無効である⁽³⁸⁾。そして、当事者は、担保約定において

(35) Deutscher Bundestag Drucksache 16/9821 v.26. Juni 2008 (dip21. bundestag.de/dip21/btd/16/098/1609821.pdf) S.16（以下「BT-Drucks 16/9821」）と記す）。

(36) さらに、登記土地債務の場合は合意及び登記が（本条第 1 項、第 1154 条第 3 項、第 873 条第 1 項）、証券土地債務の場合は書面による譲渡意思表示及び証券引渡が必要とされる（本条第 1 項、第 1154 条第 1 項）。

土地債務の譲渡禁止 (Übertragungsverbot) を取り決めることができる (BGB 第 399 条 HS2、第 413 条)⁽³⁷⁾。

以下においては、本条第 1a 項の立法理由であった「(保全) 土地債務の譲渡という特殊なリスク」を述べるにあたり、(保全) 土地債務の譲渡形態を 3 つに分類する。なお、下記の 3 つの譲渡形態は、債務者と土地所有者が同一である場合のみを想定する。

第一は、土地債務及び債権がともに譲渡される形態 (Gemeinsame Abtretung von Grundschuld und Forderung) である。この場合は、土地債務の譲渡は本条第 1 項・BGB 第 1154 条以下によって、債権の譲渡は BGB 第 398 条以下によって行われる。なお、債権と土地債務が同一人に属する場合は、債務者兼土地所有者の法的地位は、譲渡によって重大な影響を受けない。なぜならば、債務者兼土地所有者は、担保関係によって譲渡人 (Zedenten) に対して有していた抗弁 (Einwendungen) 及び抗弁権 (Einreden) を、債権に対しては BGB 第 404 条によって、土地債務に対しては BGB 第 1157 条 1 文によって、譲受人 (Zessionar) にも主張することができるからである⁽⁴⁰⁾。

(37) BGB 第 399 条 (Ausschluss der Abtretung bei Inhaltsänderung oder Vereinbarung 内容変更又は合意の場合の譲渡禁止) は、「Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist ; 債権は、その内容を変更することなしで本来の債権者以外の者に給付することができない場合又は債務者との合意によって譲渡が排除されたときは、これを譲渡することができない」と定める。

(38) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1570 ; Baur, a. a. O., S. 596.

(39) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1570 によれば、これに関する原始的 (BGB 第 873 条) 又は追加的 (BGB 第 877 条) な土地債務の変更は、登記簿に登記する場合にのみ有効であるとする。

(40) Baur, a. a. O., S. 590 ; Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1570 ; Krzysztof Piotr Sokolowski, Die Abtretbarkeit der Sicherungsgrundschuld nach der Neuregelung durch das Risikobegrenzungsgesetz, JR Volume 8, Heft 8/2009, S. 310f.

第二は、土地債務のみが譲渡される形態（Isolierte Abtretung der Grundschuld）である。ここでは、いつ、土地債務を債権に分離して譲渡してもよいのかが問題となる。それは、担保約定ないし担保契約によって明らかになる。一般的に債権者と債務者兼土地所有者間の内部関係においては、被担保債権の弁済期の到来とともに土地債務の譲渡による換価（Verwertung）が許容され、ほかの合意なしで、弁済期の到来前に土地債務を譲渡して換価することは、担保契約に反するという⁽⁴¹⁾。

第三は、債権のみが譲渡される形態（Isolierte Abtretung der Forderung）である。この場合において、弁済期到来前の債権の単独譲渡は、担保約定によって通常許容されないとする⁽⁴²⁾。そして、「譲受人は、譲渡の当時譲渡人が債権に対して対抗せらるるすべての抗弁を承継する（BGB 第 404 条）。（省略）たとえば、土地債務に基づく弁済ありたるときは譲受人の債権は消滅すべく、譲受人は損害を被ることもやむを得ない。又は、債権が存続する場合においても、債務者は通常抗弁として土地債務の返還（譲渡）又は放棄と引換にのみ債務を弁済すべき旨を主張することができ、したがって譲受人は事実上債権を実行する事を得ないのである」⁽⁴³⁾。

(3) 所有者の抗弁権

抗弁権⁽⁴⁴⁾は、「担保提供者ならびに担保取得者」と「土地債務の第三取得者」の、いわば「対外的関係」であるため、「担保権の独立の原則」及び「流通

(41) Baur, a. a. O., S. 591 ; BGH NJW 1979, 717 ; NJW-RR 1987, 139, 141.

(42) Baur, a. a. O., S. 596.

(43) 山田・前掲注（8）「土地債務の抽象性について（一）」94頁。

(44) 土地債務ないし保全土地債務の抗弁権については、中山・前掲注（8）「ドイツ土地債務の担保的機能（三・完）」及び椿・前掲注（8）が詳細である。特に、中山先生は、「BGB 第 1157 条の解釈論」についての判例・学説を詳論し、椿先生は、「BGB 第 1137 条の観点」から詳論する。しかし、上記の論文は、2008 年の BGB 改正前のもので、本条第 1a 項における抗弁権については触れていない。

に関する問題」と関連する⁽⁴⁵⁾。

一般的に、土地所有者は、土地債務の主張に対して、抗弁 (Einwendungen) 及び抗弁権 (Einreden) をもって防御することができる⁽⁴⁶⁾。抗弁 (Einwendungen) は、土地債務の物的存続 (dinglichen Bestand der Grundschild) 及び請求権者の債権者地位 (Gläubigerstellung des Anspruchstellers) に対して行うことができ、抗弁権 (Einreden) は、保持者による土地債務の実行 (Durchsetzung) を持続的に (dauerhaft) 又は一時的に (zeitweise) 阻止する。この抗弁権 (Einreden) は、債務法上の法律関係から生ずる⁽⁴⁷⁾。「たとえば、旧債権者との担保契約に基づいて、土地債務に対して土地所有者に「属する」(移転の時点において、すでに実現された) 抗弁権 (Einreden) には、被担保債権の不存在の抗弁権 (die Einreden der Nichtvalutierung) がある。すなわち、土地債務の移転の前に被担保債務の完全若しくは一部消滅、又は被担保債務の弁済期到来の欠如に関する抗弁権である。それに対して、「担保契約から生ずる」抗弁権 (Einrede) の最も多い例は、被担保債権が保全土地債務の移

(45) 中山・前掲注 (8) 「ドイツ土地債務の担保的機能 (三・完)」189 頁以下。

(46) André Meyer, a. a. O., S. 561.

(47) André Meyer, a. a. O., S. 561. なお、抗弁 (Einwendung) 及び抗弁権 (Einred) の用語について、以下のように説明されている。抗弁 (Einwendung) は、「相手方の主張に対する反駁であることは、Einrede と同様であるが、相手方に権利がないことを理由とする反駁が Einwendung である。たとえば、取消権のない者が取消をなし、債権を有しない者が履行を請求したときは、取消しされた者、履行を請求された者は、Einwendung を提出することができる。権利を主張する者に権利のないことが当事者の提出した資料から明白であるときは、裁判所は職権で権利のないことを認めなければならず、Einrede と異なり当事者の援用をまつ必要はない」とする。そして、抗弁権 (Einrede) は、「相手方の主張を阻止しうる主張を意味し、…相手方に権利がある場合にその権利の実行を妨げうる主張をいう。たとえば、請求権が消滅時効にかかってもドイツ法では請求権は消滅しないが、義務者は消滅時効の抗弁を提出することによって履行を拒絶することができる」とする (山田晟『ドイツ法律用語辞典〔改訂増補版〕』(大学書林、1993 年) 185 頁及び 189 頁)。

転後に全額又は一部弁済された抗弁（Einwand）である」⁽⁴⁸⁾。

BGB 第 1137 条は、土地債務の非付従性により、土地債務に適用されない（本条第 1 項）⁽⁴⁹⁾。たとえば、消費貸借の被担保債権の不存在（Nichtvalutierung）のために、被担保債権が発生しなかったときは、BGB 第 1137 条は適用されない⁽⁵⁰⁾。しかし、所有者は、担保約定による債権と土地債務の債務法上の結びつき（schuldrechtlichen Verbindung）によって、瑕疵ある担保原因の抗弁権（die Einrede des mangelnden Sicherungsfalles）を提起することができる⁽⁵¹⁾。

保全土地債務は、抵当権の場合と異なり、債権関係と物権関係が分離しているため、BGB 第 1157 条の与える抗弁権によってのみ「被担保債権の債権者ならびに債務者の関係」と、「担保提供者ならびに担保取得者の関係」とが結びつけられるにすぎない⁽⁵²⁾。担保約定による抗弁権は、BGB 第 1157 条 1 文に該当する。なぜならば、これは、債務法上の由来（schuldrechtlichen Herkunft）にかかわらず、土地債務に向けられている（richten）からである⁽⁵³⁾。すなわち、BGB 第 1157 条 1 文にいう所有者と旧債権者間に存する「法律関係」は、保全土地債務の当事者間における「担保約定」にあたるものとされるので、「被担保債権の債権者と債務者の関係」と「担保提供者と担保取得者の関係」は、担保約定を介して関連することになる⁽⁵⁴⁾。したがって、土地債務の主張が担保約定で決められた担保目的に異議を述べる（widerspricht）場合には、所有者は、BGB 第 1157 条 1 文により土地債務保持者に対抗する

(48) BT-Drucks 16 / 9821, a. a. O., S. 16f.

(49) これに対して、近年においては、BGB 第 1137 条における抗弁権を担保約定により所有者に認める学説が有力となっているとする。詳細については、椿・前掲注（8）を参照する。

(50) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1569.

(51) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1569.

(52) 中山・前掲注（8）「ドイツ信託法理の一断面」483 頁以下。

(53) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1569.

(54) 中山・前掲注（8）「ドイツ信託法理の一断面」484 頁。

ことができる⁽⁵⁵⁾。たとえば、被担保債権の履行 (Erfüllung) によって担保利益がなくなった場合、所有者は、選択によって本条第 1 項・第 1154 条による土地債務の戻し譲渡 (Rückübertragung der Grundschuld)、BGB 第 1168 条による放棄 (Verzicht) 又は BGB 第 875 条による解消 (Aufhebung) という債務法上の戻し譲渡請求権 (schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch) を有する⁽⁵⁶⁾。

このような債務法上の戻し譲渡請求権は、BGB 第 1157 条 1 文による抗弁権として、BGB 第 1147 条⁽⁵⁷⁾の請求権に対抗することができる⁽⁵⁸⁾。そして、従来の見解に対する今日の支配的見解は、BGB 第 812 条第 1 項 1 文又は第 812 条第 1 項 2 文による不当利得的返還請求権 (bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch) を債権の無効又は不存在 (unwirksamer oder fehlender Forderung) ではなくて、担保約定の無効又は不存在 (unwirksamer oder fehlender Sicherungsabrede) とみる⁽⁵⁹⁾。そして、担保約定から生じる抗弁権は (BGB 第 1157 条)、登記することができ⁽⁶⁰⁾、又は異議 (Widerspruch) を通じて保全することができる⁽⁶¹⁾。

所有者の抗弁権につき、最も注目すべきものは、2008 年の BGB 改正によって本条第 1a 項の BGB 第 1157 条に補足された内容である。すなわち、抗弁権が登記簿に登記されていなかった場合、あるいは第三者が抗弁権の存在

(55) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1569.

(56) Baur, a. a. O., S. 583 ; Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1569.

(57) BGB 第 1147 条 (Befriedigung durch Zwangsvollstreckung 強制執行による弁済) は、
「Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung ; 債権者が土地その他抵当権の及ぶ目的物より弁済を求めるには、強制執行の手続きによる」と定める。

(58) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1569 ; BGH NJW-RR 87, 1291.

(59) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1569 ; 椿・前掲注 (8) 53 頁以下。

(60) Baur, a. a. O., S. 584 ; Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.7, 71., neubearbeitete Aufl., C. H. Beck München, 2012, S.1637 ; Westermann / Wenzel, a. a. O., S. 4051.

(61) Westermann / Wenzel, a. a. O., S. 4051.

を知らなかった場合には、法律行為によって抵当権を取得した者にこれを主張することができないとする制限は（BGB 第 1157 条 2 文、第 892 条）、改正後における本条第 1a 項 1 文後段の「第 1157 条 2 文は、適用されない」という文言によって排除された。したがって、保全土地債務の抗弁が付いていない善意取得が不可能となり、抗弁権を登記する必要もなくなったといえよう。なお、本条第 1a 項 2 文の「Im Übrigen bleibt § 1157 unberührt ; その他においては、第 1157 条による」という文言は、補足された第 1157 条の場合、従来と同様に、土地債務に適用しないことを明らかにしている。

4 まとめと課題

BGB 編纂当時は、土地債務よりも抵当権が重視されていて、その条文構成においても抵当権に関する条文が土地債務に関する条文より圧倒的に多い。しかし、今日における金融取引実務では土地債務、すなわち、被担保債権を有しない孤立的土地債務（*isolierte Grundschuld*）よりも、主に債権と結合した保全土地債務が利用されている。

そして、2008 年の BGB 改正による本条第 1a 項の新設は、BGB 編纂当時の立法者の意図と異なる発展の結果をもたらしたといえよう。本条第 1a 項における改正前・後の内容を簡単に整理すると以下のようなものである⁽⁶²⁾。

①「改正前における保全土地債務と BGB 第 1157 条の関係」につき、たとえば、債務者兼土地所有者 A は、旧債権者である B との間に成立した法律関係に基づいて、土地債務に対して有していた抗弁権を譲受人 C にも対抗することができる（BGB 第 1157 条 1 文）。しかし、抗弁権が登記簿（あるいは、証券）から明らかでなかった場合又は譲受人 C が抗弁権の存在を知らなかった場合において、A は、土地債務を取得した者（すなわち、C）に対抗することができなかった（BGB 第 1157 条 2 文、第 892 条）⁽⁶³⁾。すなわち、改正

(62) 土地債務に BGB 第 1157 条の規定が適用されることについては、異論がない。

前においては、土地債務取得者である C の善意取得が認められていた。

これに対して、②「改正後における保全土地債務と BGB 第 1157 条の関係」は、本条第 1a 項における「第 1157 条 2 文は、適用されない」という文言によって改正前と大きく変化した。債務者兼土地所有者 A は、旧債権者である B に対して担保約定から生じた抗弁権を、すべての譲受人 C（条文は、「土地債務のいずれの取得者 (jedem Erwerber der Grundschuld)」と表現する）に対抗することができる。さらに、BGB 第 1157 条 2 文の不適用によって、抗弁権が登記簿（あるいは、証券）から明らかでなかった場合又は譲受人 C が抗弁権の存在を知らなかった場合であっても、A は、すべての譲受人 C に対抗することができる。その結果、改正後は、C の善意取得への途が排除されることになり、したがって登記の公信力及び公証された譲渡の意思表示を封じ込む結果をもたらしたのである⁽⁶⁴⁾。

BGB 編纂当時は、手形のように流通に適した制度として設けられていた土地債務が⁽⁶⁵⁾、実務のニーズに応じて、専ら債権の担保のために設定される保全土地債務として利用されるようになった。さらに、近時における 2008 年の BGB 改正によって、譲受人の抗弁が付いていない善意取得への途が封じられたので、土地債務の固有の機能である流通性は、大きく制限されてしまったといえる。「土地所有者」と「譲受人」のうち、どちらを厚く保護するかという利益調整において、本条第 1a 項は、前者の保護をとったことになる

(63) Baur, a. a. O., S. 592 ; Alexander Neumann, § 1192 Abs. 1a BGB – ein dringend überarbeitungsbedürftiger Schnellschuss des Gesetzgebers, Zeitschrift für das Juristische Studium (http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010_6_391.pdf), 2010/06, S. 683 ; Peter Derleder a. a. O., S. 2222 ; 中山・前掲注(8)「ドイツ土地債務の担保的機能(三・完)」191 頁。

(64) Sokolowski, a. a. O., S. 310 によると、「旧債権者 (bisherigen Gläubiger)」は主に銀行であり、「いずれの土地債務の取得者 (jedem Erwerber der Grundschuld)」は主に投資家であるとする。

(65) 椿・前掲注(8) 57 頁。

う。しかし、両者の利益調整につき、従来においても、抗弁権の登記及び担保約定による土地債務の譲渡制限ないし禁止などの手段がすでに講じられていたことに注目すべきである。それに加えて、本条第 1a 項の新設後においても、譲受人の悪意性をめぐる学説の争いがあることに注目すべきである⁽⁶⁶⁾。

2008 年の改正によって「保全土地債務」を明分化したことには、実務と法規定との乖離解消において評価すべきであるが、本来の土地債務の固有の性質が大きく制限されたということは否定できない。実際に、保全土地債務は、本条第 1a 項によって、より付従性の方向に進み⁽⁶⁷⁾、保全抵当権のレベルまで押し付けられたとする見解がある⁽⁶⁸⁾。

このような本条第 1a 項における立法背景及びその法律上の内容から、以下の 4 つを今後の課題として取りあげる。

第一に、今日におけるドイツの不動産担保権の新たな関係形成に関する研究である。これは、ドイツにおける不動産担保権の発展方向に関する研究であるともいえる。したがって、その対象を、BGB 編纂当時における不動産担保権の「抵当権、土地債務、保全土地債務の関係」と、今日における不動産担保権の「抵当権、土地債務、保全土地債務の関係」とする。①立法者の見解（*Auffassung*）によれば、抵当権と土地債務は、同一権利の性質（*Protokolle IV*）を有する。②保全土地債務は、土地債務の一種である。③実務においては、土地債務が専ら債権の担保のために利用される。④本条第 1a 項によって保全土地債務における譲受人の善意取得への途が遮断された。このような①から④までの現状をドイツの不動産担保権における新たな関係形成とみることができよう。とりわけ、「BGB 編纂当時の意図と異なる発展を辿ったドイツにおける不動産担保権」と「本条第 1a 項における保全土地債務」

(66) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1571.

(67) Peter Derleder, a. a. O., S. 2222.

(68) André Meyer, a. a. O., S. 565 ; Staudinger / Wolfsteiner, a. a. O., S. 876.

の関係を検討することによって、日本及び韓国の根抵当制度を新たな視点から考察することができると考えられる。

第二に、物権的権利と債権との関係をどのように構成するかについて、「保全土地債務を一種の非典型担保、すなわち担保信託 (Sicherungstreuhand) の一種」という Medicus などによる見解と、「土地債務はやはり物的換価権 (dingliches Verwertungstecht) であることは疑いなく、その意味で他の非典型担保と一線を画し、むしろ抵当権と同様の地位を与えるべきである」という Huber 及び Baur などによる見解がある⁽⁶⁹⁾。このような見解と、本条第 1a 項における保全土地債務の関係について、学説の動向を研究する。

第三に、担保約定と AGB の関係について研究を行う。土地債務権者と所有者間の債務法上の義務について規定する「担保約定」には、どの債権を担保すべきかを定める「目的表示 (Zweckerklärung)」などが含まれているため、重要な意味を持つ。しかし、「担保約定」は、債権的合意であるため、BGB における規定はなく、判例・学説の解釈によって運用されている。さらに、担保約定は、信用提供者があらかじめ一方的に作成した基礎約款及び無方式なものによることもできる⁽⁷⁰⁾。そこで、「担保約定と AGB の関係」について研究を行い、判例・学説における「担保約定」の解釈及びその運用実態を把握する。

第四に、第三で掲げた「担保約定と AGB の関係」に関連するものとして、包括的に合意される「目的表示 (Zweckerklärung)」に関する判例研究である。すなわち、「目的表示」は制限がなく、たとえば、①確定された個別債権、②継続的取引関係からの現存する、及び将来のすべての請求権、③債権者及び債務者間の交互計算関係からのすべての請求権も担保可能である⁽⁷¹⁾。ドイ

(69) 中山・前掲注 (8) 「ドイツ信託法理の一断面」478 頁以下によれば、この二つの見解の中では、前者が比較的多いとする。

(70) Baur, a. a. O., S. 577 によれば、実務では、書式によるのが通例であるとする。

ツの土地債務は、日本及び韓国における根抵当権のみならず、抵当権及び包括根抵当権という広範囲にわたる役割を担っている。しかし、近時において、はじめて包括根担保条項を無効とした BGH 判決「連邦通常裁判所第 5 民事部判決（V. Zivilsenat. Urt. v. 29. Januar 1982 V ZR 82/81）」⁽⁷²⁾が出され、その後の「書式による広範囲の担保目的表示」、すなわち「包括的根担保条項」が争点となった判例⁽⁷³⁾においても、上記の判例の立場が維持された。そこで、ドイツにおける包括的「目的表示」の判例を研究することによって、日本及び韓国における包括根抵当権との関係を見出すことができると考えられる。

(71) Schulze / Staudinger, a. a. O., S. 1571.

(72) BGHZ 83, 56f ; NJW1982, 1035 ; WM 1982, 290. なお、本判決及び学説の動向においては、中山・前掲注（8）「ドイツ土地債務の被担保債権範囲論序説」が詳細である。

(73) BGH ZIP 1987, 695f.