

資 料

ドイツ物権法・条文訳 (6) - 抵当権 6

ドイツ物権法翻訳プロジェクト 田村耕一・堀田親臣⁽¹⁾

§ 1151 Rangänderung bei Teilhypotheken

Wird die Forderung geteilt, so ist zur Änderung des Rangverhältnisses der Teilhypotheken untereinander die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich.

[第 1151 条：一部抵当権の順位変更]

債権が分割された場合、一部抵当権相互の順位関係の変更のためには、所有者の同意は、必要ではない。

(1) 本条は、抵当権付債権の分割が許されていることを前提として、債権の分割によって生じた一部抵当権の順位関係の変更について規定する。順位の変更によって後退する権利が、抵当権、土地債務又は定期土地債務であるときは、BGB880 条 2 項により、原則として土地所有者の同意が必要である。本条は、所有者の地位を害しない抵当権者の処分の自由を認めるという目的から、BGB880 条 2 項の例外規定として、土地所有者の同意は必要ではないとする。

(2) 債権者は、所有者の同意なく、自己の有する債権を分割することができる。債権の分割は、法律行為（例えば、譲渡、差押え、担保提供など）、又は、

(1) ドイツ物権法翻訳プロジェクト、編者、各条文の邦文訳・解説の担当者など、本資料執筆・公表に関する詳細については、重複を避けるため、本資料 (1) 広島法学 39 卷 2 号 74 頁 (- 57 頁) (2015 年) を参照のこと。また、本資料 (2) ~ (5) は、広島法学 40 卷 1 号 132 頁 (- 117 頁)、40 卷 3 号 46 頁 (- 41 頁)、41 卷 1 号 64 頁 (- 52 頁)、41 卷 2 号 60 頁 (- 56 頁) (2016、2017 年) に掲載。

法律の規定(例えば、BGB1143条、1150条、1163条)によって生じる。債権の分割は、付従性の原則(Akzessorietätsgrundsatzes)により、抵当権の分割を生じさせる。したがって、特別な分割の表明なしに、独立した不動産担保権(Grundpfandrecht)が発生する。この新たに生じた独立した抵当権は、順位の取り決めがなされない限り、同順位となる。もっとも、法律によって当然に抵当権の分割が生じた場合、これまでの債権者に残存する抵当権は、上位(Vorrang)にとどまる(BGB1143条、1150条、1164条、1176条、1182条参照)。

また、分割によって生じた独立の抵当権を、それぞれ別の不動産担保権に変更することも可能である(例えば、一部証券抵当と一部登記抵当、抵当権と土地債務、他主抵当と所有者抵当)。

(3) 順位の変更は、分割と同時に、又は、後からいつでも行うことができる。

(4) 本条は、土地債務及び定期土地債務についても適用される。

(永岩 慧子)

§ 1152 Teilhypothekenbrief

Im Falle einer Teilung der Forderung kann, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, für jeden Teil ein Teilhypothekenbrief hergestellt werden; die Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks ist nicht erforderlich. Der Teilhypothekenbrief tritt für den Teil, auf den er sich bezieht, an die Stelle des bisherigen Briefes.

[第1152条：一部抵当証券]

債権の分割の場合において、抵当証券の交付が禁止されない限り、その各部分について、一部抵当証券を発行することができる；土地の所有者の同意は、必要ではない。その一部抵当証券は、これに関する部分について、これまでの抵当証券に代わる。

(1) BGB1151条により、証券抵当が分割される場合、債権者は、各一部抵当権につき、一部抵当証券を発行することができる。土地の所有者の同意は、必要ではない。そして、一部抵当証券は、それに対応する部分については、これまでの基本証券に代わる効力を有する。これによって、債権者は、一部

の権利についての流通を容易にすることができる。一部抵当証券の発行は、抵当権の分割に際して必要なものではなく、当事者の意思によって行われ得る。一部抵当証券が発行されない場合、また、一部抵当証券が発行されるまでの間は、これまでの基本証券が共有される (BGB952条)。

(2) 一部抵当証券の発行は、申立て (Antrag) によってなされる。一部証券の作成については、土地登記法 (GBO) 61条に規定がある。一部抵当証券は、土地登記所において、又は、公証人によって作成され得る (GBO61条)。一部証券の発行においては、基本証券を提示しなければならない (BGB1145条1項後段、1150条、1167条、1168条3項参照)。一部証券は、将来の利息の譲渡についてもまた認められるが、遅滞した利息 (rückständige Zinsen) については認められない (BGB1159条参照)。

一部抵当証券の作成について、土地登記簿それ自体には付記されない。これについて、これまでの証券である基本証券に付記される (土地登記法施行規則 (GBV) 48条)。

(3) 登記抵当の分割については、本条の適用はない。なお、本条の規定は、土地債務及び定期土地債務についても適用される。 (永岩 慧子)

§ 1153 Übertragung von Hypothek und Forderung

(1) Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über.

(2) Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden.

[第1153条：抵当権と債権の移転]

(1) 抵当権は、債権の移転と共に新債権者に移転する。

(2) 債権は抵当権と共にするのでなければ移転することができず、抵当権は債権と共にするのでなければ移転することができない。

(1) 本条は、付従性の原則に基づく規定であるので、付従性のない土地債務と定期土地債務には適用されない。ドイツでは抵当権の債権に対する付従性は強固であり、わが国 (日民376条) と異なり、抵当権は債権と離れて譲渡

又は放棄することはできない。債権譲渡、法定債権譲渡、転付命令等により債権は移転するが、これら全ての債権の移転において抵当権は債権の取得者に移転するのが原則である(例外は利息その他延滞した付随給付を目的とする債権の譲渡に関する BGB1159 条)。

(2) 債権の移転のない抵当権の移転は、本条第2項に違反し無効である。債権譲渡を譲渡禁止の特約により禁止することができるが(BGB 399 条)⁽²⁾、このことにより本条第2項により抵当権も譲渡できないこととなる。

(大久保 憲章)

§ 1154 Abtretung der Forderung

(1) Zur Abtretung der Forderung ist Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich; die Vorschrift des § 1117 findet Anwendung. Der bisherige Gläubiger hat auf Verlangen des neuen Gläubigers die Abtretungserklärung auf seine Kosten öffentlich beglaubigen zu lassen.

(2) Die schriftliche Form der Abtretungserklärung kann dadurch ersetzt werden, dass die Abtretung in das Grundbuch eingetragen wird.

(3) Ist die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen, so finden auf die Abtretung der Forderung die Vorschriften der §§ 873, 878 entsprechende Anwendung.

[第1154条：債権の譲渡]

(1) 債権の譲渡には、書面による譲渡の意思表示及び抵当証券の引渡しが必要である；この場合においては、第1117条の規定を適用する。旧債権者は、新債権者の請求により、自己の費用で譲渡の意思表示を公に認証させなければならない。

(2) 譲渡の意思表示の書面は、譲渡を土地登記簿に登録することにより代えることができる。

(3) 抵当証券の交付が禁止されているときは、債権の譲渡には第873条、第878条の規定を準用する。

(2) BGB399条「原債権者と異なる者に対する給付が債権の内容を変えことなく行うことができないか又は債権の譲渡が債務者との特約により禁止されている場合、債権は譲渡することができない。」

(1) 一般に債権は無方式の債権譲渡契約により移転できる(BGB398条)⁽³⁾。しかし、抵当権付債権は付従性により抵当権と分離できないので、その譲渡は当然に抵当権の譲渡を伴う。BGB1154条から1158条は抵当権付債権の譲渡において物権の譲渡と同じ形式を要求し、抵当権が設定された土地所有者との法律関係について特別の規定を定めたものである。本条は抵当権付債権及び将来において弁済期が到来する付随給付の法律行為による債権譲渡だけに適用される。債権譲渡は処分行為として無因行為(準物権行為)であり、債権を譲渡することを約する原因行為(債権行為)と異なるので、本条は原因行為(債権行為)には適用されない。旧債権者は新債権者の請求により譲渡の意思表示を公に認証させなければならないが、本条の公の認証とは原則として公証人による認証をいう(BGB129条)⁽⁴⁾。譲渡の意思表示の認証とは、譲渡の書面に記載されている署名が署名をした本人のものであるという証明であり、書面の本文の証明ではない。本条は証券抵当(第1項、2項)と登記抵当(第3項)に分けて規定する。

(2) 証券抵当の場合、譲渡人の譲渡の意思表示は書面を必要とする(第1項)が、その書面は債権譲渡を登記簿に登録することにより代えることができる(第2項)。これに加えて抵当証券の引渡しが必要である。引渡しは簡易の引渡し(BGB929条後段)、占有改定(BGB930条)、返還請求権の譲渡(BGB931条)でもよい(BGB1117条)。

(3) 登記抵当の場合、不動産物権の法律行為による取得には権利変動の合意

(3) BGB398条「債権はある者との契約により債権者からこの者に譲渡することができる(譲渡)。契約締結と共に新債権者は旧債権者に代わる。」

(4) BGB129条「(1) 法律により意思表示について公の認証が規定されている場合、その意思表示は、書面によりなされ且つ意思表示者の署名は公証人により認証されなければならない。書面による意思表示が作成者により署名代わりの記号により署名されている場合、第126条第1項において規定されているその記号の認証が必要であり、それをもって足る。」

(2) 公の認証は、意思表示の公正証書により代えられる。」

と登記を必要とすることを規定する BGB873 条が準用されるので、譲渡は無方式の譲渡の合意と登記により行われる。(大久保 憲章)

§ 1155 Öffentlicher Glaube beglaubigter Abtretungserklärungen

Ergibt sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefs aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, so finden die Vorschriften der §§ 891 bis 899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung steht gleich ein gerichtlicher Überweisungsbeschluss und das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung.

[第 1155 条：認証された譲渡の表示の公信力]

抵当証券占有者の債権者としての権利が登記されている債権者まで遡及する公に認証された譲渡の意思表示の連続から明らかであるときは、抵当証券占有者が債権者として登記されている場合と同様に、第 891 条から第 899 条の規定を適用する。裁判所の転付命令及び法律による債権移転の公に認証された承認は、公信力ある譲渡の意思表示と同じである。

(1) 抵当証券の場合、最初の証券抵当債権者だけは登記されているが、証券抵当は証券により譲渡される。この証券には公信力がないので、先行する譲渡の瑕疵を対抗されると譲受人の取引の安全は害されることになる。そこで、取引の安全のために、登記簿と同じ公信力を一定の要件の下で証券抵当権の取得の場合にも与えることが必要になる。本条はそのための規定であり、その要件と効果を定めたものである。

(2) 要件は、抵当証券占有者から登記簿に最初に登記された債権者まで遡る、公に認証された譲渡の表示が中断することなく連続していることである。公に認証された譲渡の連続が私署証書による譲渡表示 (privatschriftliche Abtretungserklärung) や相続により中断している場合には、本条は中断までの譲渡の表示に適用される。

(3) 本条の抵当証券占有者は BGB891 条から 899 条までの規定の適用に関して登記された抵当債権者と同じ効果が与えられる。本条の抵当証券占有者は債権者であると推定される (BGB891 条)。譲受人は譲渡人である抵当証券占有者から善意取得できる (BGB892 条、1138 条)。土地所有者が本条の抵当証券占有者に弁済すれば、債権と抵当権は消滅する (BGB893 条、1138 条)。本条の抵当証券占有者が抵当権者でない場合、真の権利者はこの者に対して登記の訂正請求権と異議登記請求権を有する (BGB894 条、899 条)。

(大久保 憲章)

§ 1156 Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und neuem Gläubiger

Die für die Übertragung der Forderung geltenden Vorschriften der §§ 406 bis 408 finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger in Ansehung der Hypothek keine Anwendung. Der neue Gläubiger muss jedoch eine dem bisherigen Gläubiger gegenüber erfolgte Kündigung des Eigentümers gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen ist.

[第 1156 条：所有者と新債権者との間の法律関係]

債権の移転に関する第 406 条から第 408 条までの規定は、抵当権に関しては、所有者と新債権者との間の法律関係には適用しない。しかし、新債権者は、旧債権者に対してなされた所有者の告知に対抗できない、ただし、所有者が移転を告知の時に知っているか又は移転が不動産登記簿に登録されているときは、この限りでない。

(1) 公信の原則から、抵当権の取得者にその取得が有効であるのみならず取得した抵当権が存続することを保障されることが要請される。すなわち、抵当権移転後旧債権者所有者間で行われた権利取得は、新債権者の抵当権に原則として影響を与えてはならない。他方、譲渡人譲受人間の無方式の契約により行われる債権譲渡においては、債務者は債権譲渡を知らないことがあるので、債務者は旧債権者である譲渡人との間で弁済その他債権に関する法律行為をすることがある。民法（債務法）は債務者を保護するため規定を置いている (BGB406 条から 408 条)⁽⁵⁾。しかし、これらの規定を所有者と新債

権者との関係に適用すれば、このことは登記簿の公信の原則と矛盾することになる。本条は、抵当権の付従性を制限することにより抵当権の取引の安全を高めるものである。

(2) 債務者がBGB406条に基づき相殺すれば、債務者に対しては債権は消滅するが、所有者に対しては抵当権に関して債権は消滅しない。その結果、新債権者は債権のない他人のための土地債務(Fremdgrundschuld)を保持する。所有者は旧債権者に給付をしても抵当権に関してBGB407条を援用できないので、その後新債権者は抵当権を実行できる。

(3) 履行期が契約や法律行為により当事者の告知をもって定めている場合、告知により弁済期は即時又は一定期間経過後に到来する。所有者が旧債権者に対して告知を行った場合、新債権者はこの告知に対して対抗できない。

(大久保 憲章)

(5) BGB406条「債務者は自己の旧債権者に対する債権をもって新債権者に対して相殺できる。ただし、債務者が債権取得の当時債権譲渡を知っていたか又は取得した債権が債権譲渡を知った後に初めて弁済期が到来し且つ譲渡債権よりも遅れて弁済期が到来する場合はこの限りでない。」

BGB407条「(1) 新債権者は、債権譲渡後旧債権者に対して行った給付、及び債権譲渡後債務者旧債権者間で譲渡債権に関して行われた全ての法律行為を自己に妥当させなければならない。ただし、債務者が給付又は法律行為を行った当時債権譲渡を知っている場合はこの限りでない。」

(2) 債権譲渡後債務者旧債権者間に係属した訴訟においてその債権に関して確定判決がなされた場合、新債権者はこの判決を自己に妥当させなければならない。ただし、債務者が訴訟係属が発生した当時債権譲渡を知っていた場合はこの限りでない。」

BGB408条「(1) 譲渡債権が旧債権者から更に第三者に譲渡された場合、債務者が第三者に給付したか若しくは債務者第三者間で法律行為が行われたか又は訴訟が係属したときは、債務者のために第407条の規定を第一の取得者に対して準用する。」

(2) すでに譲渡された債権が裁判所の決定により第三者に転付されるか、又は旧債権者がすでに譲渡された債権が法律により第三者に移転したことを第三者に対して承認した場合も、同様である。」

§ 1157 Fortbestehen der Einreden gegen die Hypothek

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.

[第 1157 条：抵当権に対する抗弁権の存続]

所有者と旧債権者との間に存する法律関係に基づき所有者が抵当権に対して有する抗弁権は、新債権者に対しても対抗することができる。第 892 条、第 894 条から第 899 条、第 1140 条は、この抗弁についても適用する。

(1) 債務者は新債権者に対して債権譲渡の当時旧債権者に対して有する抗弁権を以て対抗できる (BGB404 条)⁽⁶⁾が、本条はこれと同じ趣旨を所有者と債権者の関係について規定したものである。抗弁権は債権譲渡前に発生したものに限られる。債権譲渡後に発生した抗弁権は BGB1156 条による。

(2) 債権の善意取得が保護されることはないが、本条後段により BGB892 条、894 条から 899 条、1140 条が適用されるので、法律行為による抵当権の善意取得者は保護されることになる。 (大久保 憲章)

§ 1158 Künftige Nebenleistungen

Soweit die Forderung auf Zinsen oder andere Nebenleistungen gerichtet ist, die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt, oder dem folgenden Vierteljahr fällig werden, finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger die Vorschriften der §§ 406 bis 408 Anwendung; der Gläubiger kann sich gegenüber den Einwendungen, welche dem Eigentümer nach den §§ 404, 406 bis 408, 1157 zustehen, nicht auf die Vorschriften des § 892 berufen.

(6) BGB404 条「債務者は、債権譲渡のときに旧債権者に対して成立した抗弁をもって新債権者に対抗できる。」

[第 1158 条：将来の付随給付]

債権が利息その他付随給付を目的とする場合において、その弁済期が所有者が移転を知る4分の1暦年又はその後の4分の1暦年より遅れて到来するものでないときは、所有者と新債権者との間の法律関係には第406条から第408条の規定を適用する；債権者は、第404条、第406条から第408条、第1157条の規定に従い所有者が有する抗弁に対して、第892条の規定を援用することができない。

BGB1158条と1159条は利息その他の付随給付を目的とする債権の譲渡に関する特則である。将来に弁済期が到来する債権その他付随給付を目的とする債権は抵当権と共に譲渡される(BGB1153条)。本条により、弁済期が所有者が移転を知る4分の1年又はその後の4分の1年以内に到来する将来の付随給付を目的とする債権について、所有者と新債権者の関係では、BGB406条から408条までの規定が適用され、BGB404条、406条から408条、1157条による所有者の有する抗弁に対しては、登記の公信力を規定するBGB892条は適用されない。その結果、譲渡を知らない所有者は6箇月以内に弁済期の到来する利息その他の付随給付を目的とする債権について事前に弁済できる。

(大久保 憲章)

§ 1159 Rückständige Nebenleistungen

(1) Soweit die Forderung auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen gerichtet ist, bestimmt sich die Übertragung sowie das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften. Das Gleiche gilt für den Anspruch auf Erstattung von Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 haftet.

(2) Die Vorschrift des § 892 findet auf die im Absatz 1 bezeichneten Ansprüche keine Anwendung.

[第 1159 条：延滞した付随給付]

- (1) 債権の目的が利息その他付随給付の延滞額であるときは、その債権の移転ならびに所有者及び新債権者との間の法律関係は債権移転に関する通則に従い定める。第1118条により土地が負担する費用の償還請求権についても同じである。
- (2) 第892条の規定は、前項に掲げる請求権には適用しない。

その弁済期が到来したが延滞（遅滞）している利息その他の付随給付を目的とする債権を譲渡する場合、この債権は抵当権から切り離された一般の債権と同じように取り扱われ、公信の原則（BGB892条）も適用されない。BGB1118条が規定する法定付随給付（債権の法定利息、告知費用、権利追行費用）を目的とする債権の譲渡の場合も同様である。これらの債権の譲渡の方式と効果に関しては、債権譲渡に関する BGB398条以下の規定が適用される。所有者と新債権者との間の法律関係には BGB404条以下の規定が適用される。

（大久保 憲章）