

# ドイツ信託法理の一断面 —保全土地債務法に おける信託的構成の展開—

中山 知己

- 一 はじめに
- 二 土地債務法と信託理論との関係
  - 1 保全土地債務の概観
  - 2 担保契約
  - 3 第三取得者との関係
- 三 信託理論の展開
  - 1 コマンズの見解
    - ① 信託的構成
    - ② 第三取得者との関係
  - 2 ゼッケルマンの見解
    - ① 信託的構成
    - ② 第三取得者との関係
  - 3 ゼーリックの見解
    - ① 信託的構成
    - ② 第三取得者との関係
- 四 信託理論への批判と新たな展開
  - 1 フーバーの見解
    - ① 信託概念
    - ② 信託と譲渡担保

## ③ 譲渡担保と保全土地債務

- a) 責任財産をめぐる法的取扱い
- b) 権利の処分
- c) 手続法上の相違

## 2 ブッフホルツの批判—新学説による信託理論の再構成—

- ① 従来の学説に対する批判—1157条の解釈—
- ② 信託的構成

## 五 結び

## 一 はじめに

近時、信託に関する外国法研究が多くなり、すでに一定の蓄積ができつつあるとあってよい。とりわけ英米法に関してはその法制度のみならず実務の状況も次第に明らかにされてきているといっても過言ではなからう<sup>1)</sup>。最近の著作<sup>2)</sup>を見れば信託法に対する関心の高さを伺うことができる。

本稿はドイツ法における保全土地債務 (Sicherungsgrundschuld) を対象として信託法理の一つの具体的な展開を学説史的に辿ることを目的としている。周知のように西ドイツにおいてはわが国にみられる「信託法」なる制定法を持たない。にもかかわらず「信託 (Treuhand)」制度そのものは非常に種類が多く、実務において重要な役割を果たしている<sup>3)</sup>。このような特異性を有する西ドイツの法状況を明らかにすることは、それが大陸法として英米法と

1) 例えば海原文雄「日米土地信託法の対比」(加藤一郎・水本浩編 四宮和夫先生古稀記念論文集『民法・信託法理論の展開』弘文堂・昭和61年所収) 437頁以下、同「アメリカにおける土地信託(1)(2)」信託復刊77号3頁以下、同78号14頁以下(昭和44年)などアメリカ法に関する一連の論稿を始めとして、とくに信託協会の発行する『信託』に多くの文献が掲載されている。

2) 加藤・水本編 前掲記念論文集にも一定の成果がみられる。

はやや異なるシステムを持つために一つの外国法研究として参考となりえよう。そしてその種類の多さが特徴でもあるために、たとえば信託概念を一般的抽象的に取扱うよりも、各個の制度を一つ一つ具体的に検討してゆく方が有益であると考え。そこで金融実務に幅広く行なわれている債権担保のための土地債務すなわち保全土地債務を一つの素材として取り上げ、その解釈論における信託法理の展開をみてゆくことにしたい。そして信託法理の展開

3) 新井誠「財産管理制度としての信託に関する若干の比較法的考察—とくにドイツ法からの示唆—」前掲論文集「民法・信託法理論の展開」502頁以下によれば、一法律行為によらない公法的な色彩を持つ信託を除き—ドイツにおける信託の種類は次のように分類されている。

一 法律行為による信託

1 管理信託

- (1) 金銭、有価証券、不動産、不動産担保権等の一般的管理信託
- (2) 寄付財産 (Sammelvermögen) の信託的管理
- (3) 権利能力なき財団 (Stiftung) の信託的管理
- (4) 著作物利用会社による著作権の信託的管理
- (5) 特許および商標の信託的管理
- (6) 取立目的のための債権譲渡
- (7) ファクタリングの実行のための信託
- (8) クレジットの信託的管理
- (9) 従業員持株の信託的管理
- (10) 自由業従事者のための信託的管理
- (11) 企業経営の信託的管理
- (12) クローズド・エンド不動産基金
- (13) 会社法上の信託的管理
  - (イ) 人的会社に対する持分の管理信託
  - (ロ) 株式会社に対する持分の管理信託
  - (ハ) 信託的企業結合
  - (ニ) 会社設立のためのわら人形
  - (ホ) わら人形としての取締役会ないし取締役
  - (ヘ) 内部組合における管理信託

2 担保信託

- (1) fiduziarisches Rechtsgeschäft としての譲渡担保
- (2) 担保契約 (Sicherungsvertrag)
- (3) 担保のためにする債権譲渡
- (4) 担保のための土地債務 (本稿で取扱う「保全土地債務」に該当する—筆者注)

は判例学説に任せられていること、また判例よりも学説においてより明確に信託概念が取扱われていることから、主として学説史の概観に重点を置くことにする。

他方、保全土地債務における信託法理の展開を取り上げるのは信託法研究固有の関心にのみ基づくのではない。かつて筆者は抵当権の流通性という関心から土地債務の現状、ならびにその抗弁権をめぐる解釈論を検討したことがある<sup>4)</sup>。土地債務を設定する債権者・債務者の間でいわゆる目的表示

- 
- (5) 受託者としての第三者への譲渡担保
  - 3 債権者の満足のための信託
    - (1) 支払猶予信託 (Stillhaltetreuhand)
    - (2) 破産手続回避のための和議信託
    - (3) 破産手続終了のための強制和議信託
  - 二 実定法によって規律されている法律行為による信託
    - 1 BGB第1189条に基づく土地登記簿代理人
    - 2 破産法による債権者委員会
    - 3 和議法による管財人
    - 4 保険契約法による自動車同乗者事故保険の保険金受取人
    - 5 住居建設法による建設担当者
    - 6 都市建設促進法による再開発担当者
    - 7 映画奨励法によるドイツ映画奨励のための政府資金の管理者
    - 8 相続法上の信託
      - (1) 遺言執行
      - (2) 先位相続
      - (3) 負担 (Auflage)
    - 9 BGB1413条に基づく配偶者財産の管理
  - 三 実定法によって規律されている私法上の信託
    - 1 BGB1638条以下に基づく親ないし補佐人による子の財産の管理
    - 2 国内および国外の有価証券の振替業務
    - 3 投資会社法による有価証券および不動産の信託的管理 (オープン・エンド不動産基金)
    - 4 株式法による合併受託者 (Verschmelzungstreuhänder)
    - 5 住居所有権法による管理人
    - 6 清算
    - 7 価格割引法による割引サービス券の信託的管理

以上のように詳細に分類されているがそれぞれにおける具体的内容を明らかにしてゆくことが今後の課題であることは本文に述べる通りである。

(Zweckerklärung) なる「担保契約 (Sicherungsvertrag) ないし担保約定 (Sicherungsvereinbarung)」<sup>5)</sup>が締結され、判例・学説としてもこの契約をどのように評価するかについては必ずしも一致していなかった。たとえばこの契約の当事者間の法律関係を「信託的な (fiduziarisch)」関係であるとしたり<sup>6)</sup>、あるいは「担保信託 (Sicherungstreuhand)」<sup>7)</sup>であるという指摘がみられるものの、そのような位置づけが土地債務の第三取得者に対する抗弁権論争とどのように関連するかは簡単に論ずることのできない問題であった<sup>8)</sup>。この点は後に詳しく触れる<sup>9)</sup>が、いずれにせよ拙稿においては抗弁権規制に重心がおかれたために「信託」の観点からの考察が不十分であったことは否めない。そこで信託法理の展開を整理することによってそのような欠

4) 拙稿「ドイツ土地債務の担保的機能 (一)・(二)・(三・完)」立命館法学 (昭和61年) 第一号40頁以下、同第二号218頁以下、同 (昭和62年) 第二号188頁以下。以下、「担保的機能 (一)」というように略記する。

5) 銀行実務においては「目的表示」という名称をもつ契約書が定型的に印刷された書式として一般に普及しており、そこでは債権の種類、債権額、利息、目的たる土地その他が規定されている。詳しくは次の担保契約の項を参照。これを学説では法的に表現して、「担保契約」、「担保設定契約 (Sicherungsbestellungsvertrag)」もしくは「担保約定」という定義になるようであるが、「担保の約束 (Sicherungsabrede)」という表現もあり、用語法としては統一されていない。本稿では一括してこれを「担保契約 (Sicherungsvertrag)」と称することにする。なお拙稿「担保的機能」においては、これを「保全契約」と称していたが、同じものを指している。

6) Seckelmann, Die Grundschuld als Sicherungsmittel, Berlin, 1963, S. 63 ff. ; Kommans, Das Grundpfandrecht als fiduziarische Sicherheit, Diss. Köln, 1939, S. 8ff.

7) Medicus, Bürgerliches Recht, 13. Aufl., §21 I, S. 282ff. また, Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band II, §28 I 2 S. 411ff., §28 V S. 446 は、「非典型的な (atypisch)」諸特徴をもつ担保信託であるとする。

8) 第三取得者が土地債務の担保的性格を知っていれば「悪意」となり、ドイツ民法 892条 (以下、特に断らない限り引用条文はドイツ民法典である) を準用する1157条の適用によって土地所有者は抗弁権を主張することができるとする説は、担保契約の信託的性質を前提にしていた。これに対して多数説は、土地債務の流通客体としての特性が奪われてしまうとして反対する。「担保的機能(三)」196頁参照。

9) 本稿 二 3 第三取得者との関係を参照。

落を補充し、本稿を土地債務法研究の一環としても位置づけたいと思う<sup>10)</sup>。したがってまた、本稿で信託理論を取扱う場合にも、土地債務の流通・譲渡の観点からの制約を免れることができなかった。

## 二 土地債務法と信託理論との関係

元来土地債務は債権から独立した特殊な不動産担保権であった。そこではいわば「物的手形」としての流通が考えられていたといつてよい<sup>11)</sup>。しかしながら、金融実務においては抵当権以上に圧倒的に土地債務が利用され<sup>12)</sup>、しかも債権の担保という当初予定されていなかった利用形態が通常となっている。ドイツ民法典の規定では「土地債務が債権を前提としないことから別段のことが生じない限り」抵当権の規定が準用される(1192条)が、このような利用形態を前提としていなかったために、制定法の規律は一義的に明瞭ではない。ここでは物権的権利と債権との関係をどのように構成するか、その際にどのような法的概念を用いるかが当然に問題となるところである。一つの考え方は、民法典はこのような利用形態を予定していなかったので、保全土地債務を一種の非典型担保、すなわち「担保信託(Sicherungstreuhand)」の一種としてこれに組込む考え方がある<sup>13)</sup>。それによれば、「保全土地債務は債権に付従せず、担保契約に基づいて、債権とたんに『ゆるやかに(locker)』結びついているにすぎない」<sup>14)</sup>と把握されている。したがって、

10) そのため本稿の論述としても、先の拙稿「担保的機能」を前提とせざるをえず、いくつかの点で重複を避けることができなかったことをあらかじめお断りしておく。

11) 「担保的機能(二)」218頁以下参照。

12) 「担保的機能(二)」226頁、注(18)参照。ちなみに「現在では、法律行為によって設定されるすべての不動産担保権の中で、抵当権は約19%を占め、土地債務は約81%を占めている」(Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 14. Aufl. § 44 II S. 402.)とされている。 Vgl. Adams, Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte, 1980, S. 11

この担保契約が物的権利と債権との関係を規定するのであり、その具体的内容を知る上で重要な位置を占める。

他方、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する見解もある<sup>15)</sup>。ただし、債権を前提としないために生ずる特別な場合のみ特段の考慮を与えれば済むのである。この二つの見解の中では前者が比較的多い<sup>16)</sup>。以下では、より具体的にこのような学説状況を整理し、見解が分れる背景、それぞれにおける信託概念の内容をみてゆくことにしよう。

## 1 保全土地債務の概観

以下、保全土地債務における信託概念を検討してゆくが、その前提として土地債務を利用する基本的な当事者間の関係を整理して、その上で議論の焦点である担保契約について言究することにした。

そもそも保全土地債務なる概念は、ドイツ民法典上の表現ではなく、いわゆる「保全抵当 (Sicherungshypothek)」(1184条以下)とも関係ない。それ

13) Medicus, a. a. O., § 21 I, S. 282ff. によれば、保全土地債務は、所有権留保 (Eigentumsvorbehalt), 譲渡担保 (Sicherungsübereignung), 担保のための債権譲渡 (Sicherungscession) と並んで、「担保信託」の一種として位置づけられている。Vgl. Reinicke-Tiedtke, Gesamtschuld und Schuldsicherung, Neuwied und Darmstadt, 1981, S. 205ff. ; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 2. Aufl., Heidelberg, 1984, S. 267ff.

14) Medicus, a. a. O., § 21 I 1. b) dd) S. 285

15) Huber, Die Sicherungsgrundschuld, Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Band 15, Heidelberg, 1965, S. 263 その詳細は、本稿「三 信託理論の展開」で扱う。また、Baur, a. a. O., S. § 45. S. 407 は、保全土地債務の内容について「信託的 (fiduziarisch)」などという表現を一切使わない。

16) RGZ 91, 220ff. ; Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl., Karlsruhe, 1966, § 116 II 2b; Seckelmann, a. a. O., S. 75ff. ; Kommans, a. a. O., S. 8f., 50; Weber, Sicherungsgeschäfte, 2. Aufl., München, 1977, § 13, S. 157 ; Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1981, Drittes Buch, Sachenrecht, §1191 (Scherübl), Rz. 14 S. 956 ; Serick, a. a. O., § 28 I 2 S. 411など。

は土地所有者もしくは第三者に対する債権の担保のために設定される土地債務を指し、民法上は1191条に規定されているものである。したがって保全土地債務の設定も抵当権同様、担保されるべき債権を実際には前提とするので、この債権関係に基づく当事者関係、すなわち被担保債権の債権者と債務者との関係が想定される。ここでは貸付などの「信用取引(Kreditgeschäft)」が当事者間の基本的関係である。これを担保するためにさらに土地債務の設定および債権者への土地債務の譲渡がなされるので、土地債務設定者と土地債務権者(Grundschuldgläubiger)との関係、これを一般的に表現して担保提供者(Sicherungsgeber)と担保取得者(Sicherungsnehmer)との関係<sup>17)</sup>が想定される。この関係を具体的に規定するのが担保契約であり、先の「信用取引」と法的には一体のものとして把握されている<sup>18)</sup>。

ドイツ民法によれば、被担保債権と担保権との関係については、抵当権の場合付従性にもとづき、被担保債権が成立せず、あるいは消滅した場合には所有者抵当権<sup>19)</sup>が成立し、あるいは消滅する。しかしながら、土地債務においては、被担保債権の成立や消滅とは関係なく土地債務は存続する。付従性が与えられていないからである。後にみるように、債権が消滅したにもかかわらず土地債務がなお債権者のもとに存続することとなり、これは債権担保という目的を超える権限を債権者に与えることになるという評価につながる。保全土地債務を信託的担保関係と特徴づける根拠はまさにこの点にある。

通常 of 保全土地債務の形態をみる限り、抵当権の設定と同様、被担保債権が弁済されない場合に債権担保として予定される本来の問題が発生する。かかる場合に備えて、債権者＝土地債務権者は、あるいは土地債務を実行し

17) この担保提供者(Sicherungsgeber)と担保取得者(Sicherungsnehmer)という表現は、譲渡担保などの「担保信託」の取扱いと共通している(Medicus, a. a. O., § 21 I 1. S. 282)。

18) 特に、土地所有者が債務者であり、かつ、担保契約が信用取引と同時になされる場合には、そのことが当てはまる(Staudinger/Scherübl, §1191 II 2 a) Rz. 19 S. 957)。

19) その本質は、債権が存在しないために所有者土地債務(1163条)である。

(強制執行) 換価金から債務の満足を得、あるいは土地債務を単独に売却(任意の換価 (freihändige Verwertung))・譲渡することによって債権の満足を得るのである。抵当権の場合と異なり、土地債務は付従性を有しないので、被担保債権の発生・存続・消滅とは無関係に、土地債務のみが独立して譲渡されうる。その際、土地債務権者の譲渡が無制限に認められ、そして譲受人の土地債務の換価・実行が無条件に許されるということになれば、例えばすでに債権者に弁済していた債務者＝土地債務設定者の場合には、さらに取得者から土地債務の換価実行をうける事態が生じうるため、二重払いという不都合な事態が容易に発生することになる。

そこで、学説・判例は、債務者＝担保提供者の保護を図ると同時に、債権者＝担保取得者、及び土地債務の譲受人の利益も確保するため、第一に、土地債務の任意の換価が承認される要件を厳密に規定し、この要件に違反して譲渡した債権者に対する損害賠償請求権を基礎づける<sup>20)</sup>。第二に、民法1157条<sup>21)</sup>を土地債務に準用し(1192条)、担保目的に応じた抗弁(権)<sup>22)</sup>(Einrede)を登記簿に登録することにより、第三取得者に対する物的効力を一定の場合に与えて土地所有者の保護を図り、反面、善意の第三者の土地債務取得を確保する(892条)のである。第一の点は、その理由づけは種々であるにせよ、どの学説・判例によっても、これを認めることに大差はないので、実際には第二の点が、債務者＝土地所有者にとって重要であり、またその解釈論次第で土地債務の流通性を左右することになり、ドイツ法学界で現在でも活発に論争されている問題である<sup>23)</sup>。但し、第二の点は、第一の、いわば

20) コマンズ以下の諸説(本稿「三 信託理論の展開」以降)参照。

21) 1157条「所有者ト旧債権者トノ間ニ成立セル法律関係ニ基テ所有者ガ抵当権ニ対シテ有スル抗弁権ハ新債権者ニ対シテモ亦之ヲ对抗スルコトヲ得」訳文は於保不ニ雄(補遺高木多喜男)「独逸民法[Ⅲ]」現代外国法典叢書(3)(有斐閣、昭和30年復刊)による。

22) 以下では、便宜的に区別するため、Einredeを「抗弁権」、Einwendungを「抗弁」と訳出する。

23) 「担保的機能(三)」191頁以下参照。

対内的な法律関係をどの様に把握するかということとも密接に関連するので、以下では各々の内容とその関連に留意しながら叙述を進めることにしたい。そうするとまず対内的な法律関係を検討することから始めなければならないであろう。

先にふれたように保全土地債務の通常の手続においては、担保契約が締結され、基本的な金融取引の内容が規定される。以下、対内的法律関係における担保契約と信託との関係をみる前に、担保契約そのものの内容を簡単にみておこう。

## 2 担保契約

かかる担保契約は、所有者と債権者との間でなされる債務法上の契約である。実務では、しかしながらこの契約の内容を包括的にかつ完全に文書として残してはいない。多くは「消費貸借証書(Darlehensurkunde)」<sup>24)</sup>もしくは「目的表示(Zweckerklärung)」においてこの契約の権利義務が規定されるものの、信用関係の内容や目的によっても権利義務は発生しうる<sup>25)</sup>。そして当事者間でなされる法律行為には以下のものがある。先にみた消費貸借証書や担保契約の締結、土地債務金額(Grundschuldbetrag)に対する所有者の人的責任の引受(ただし、これは所有者と債務者が同一人格であれば必要のないものである)、債権と土地債務についての即時の強制執行に服する旨の意思表示、所有者の土地債務を設定する(債権法的)義務、873条にもとづく物権的合意(Einigung)、所有者の登記許諾、登記申請等である<sup>26)</sup>。契約当事

24) この証書の中で、特に支払方法、返済方法が記される。Winter, Das Recht der Hypotheken und Grundschulden (§§ 1113-1203 BGB), Sonderdruck aus Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Sachenrecht, Neuwied und Darmstadt, 1983, §1191 I 2, S. 142

25) Staudinger/Scherübl, §1191 II 2 Rz. 15ff. そのような信用関係の例として、特定顧客に対する銀行の当座勘定取引(Kontokorrentkredit)の担保などがあげられている。

26) Winter, a. a. O., S. 142

者の諸権利義務に関して特に重要な規定は、何を被担保債権とするかについてのそれである<sup>27)</sup>。この担保契約は、土地債務設定の義務を基礎づけ、それ故その設定の法的原因（カウザ causa）である。被担保債権はそのような法的原因ではない。担保契約が存在しない場合、また無効である場合には、所有者は不当利得返還請求権を取得する（812条）。担保契約も被担保債権も登記簿に登録することはできないが、担保契約から生ずる抗弁権（Einrede）は登記可能である<sup>28)</sup>。このように、担保契約の存在は土地債務の非付従性を左右するものではないため、被担保債権の存在もしくは存続とは関係なく、債権者は物的権利を取得、保持するのである。例えば、抵当権であれば、被担保債権の不存在もしくは消滅の場合に成立する所有者抵当権は、保全土地債務の場合には成立の余地がないことになる<sup>29)</sup>。さらに法律行為によって土地債務と債権とを物的に結合させることはできないので、担保契約でたとえば物的換価権を債権金額に限定した旨を登記することはできない。それはたんに債権法的にのみ可能である。

### 3 第三取得者との関係

さて、担保契約の基本的な内容を簡単にみてきたが、先に述べたようにそれはたんに担保契約上の債権者・債務者の、いわば対内的関係においてのみ意義を有するのではない。担保契約の法的構成如何によって担保提供者の土地債務の取得者に対する対外的関係にも、大きく影響を与えることになる。それは以下の理由に基づく。

抵当権が設定されている場合と異なり、保全土地債務においては—土地債

27) Baur, a. a. O., Anhang 4a, S. 647f. に、各々の契約書の一例がある。また、Clemente, Die Sicherungsgrundschuld in der Bankpraxis, Köln, 1985, S. 169ff. に各種銀行、貯蓄金庫（Sparkasse）の目的表示の書式がある。

28) Baur, a. a. O., §45 II 2, S. 409

29) Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl., München, 1987, § 1191 (Jauernig) II 1, 2 S. 1215

務の非付従性に基づき—債権関係と物権関係が分離しており、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。そして同条によれば、その抗弁権が与えられる基礎は「所有者と旧債権者（土地債務権者）との間に存する法律関係」（1157条第一文）である。この「法律関係」は、保全土地債務の当事者間においては、担保（設定）契約にあたるものとされている。したがって、被担保債権の債権者と債務者との関係と、担保提供者と担保取得者との関係とは、保全土地債務においては担保契約を介して関連することになるのである。

さて、問題はかかる担保契約を1157条との関係で、すなわち土地債務の取得者による土地債務の実行との関係で、あるいは旧土地債務権者（土地債務の譲渡人）と土地所有者との関係をも含めて、どのような性質の契約として把握するかということである。ここにおいて、「担保目的を超える法的手段」を理由に、担保提供者と担保取得者との関係を信託関係として捉える観点が登場するのであり、土地債務の流通性という射程からも見のがすことのできない問題領域である。

しかしながら、信託の制定法をもたないドイツにおける信託法理、その法的効果は一様ではなく、また抵当権の諸規定の準用という形式にせよ土地債務は固有の制定法を有するために保全土地債務の信託的位置づけにはそれ自体問題を孕んでいると思われる。たしかに古典的な（ローマ法的）信託の構成は債権説であり、受託者の完全権と受益者の債権で構成されている<sup>30)</sup>。したがって担保取得者から土地債務を得た第三者に対しては、担保提供者は債権的な信託的拘束（目的）を主張しえないことになるであろう。ところが、ほとんどの学説が認めるように、保全土地債務には先にみた1157条が適用さ

30) 四宮和夫『信託の研究』（有斐閣・昭和40年）所収「信託行為と信託—法律行為による信託関係—」18頁以下、辻正美「受託者の背信的処分の効力について(一)—ドイツ法を中心として—」法学論叢103巻1号37頁（昭和53年）以下などを参照。

れるので、抗弁権の行使という手段によってではあるが、担保提供者と担保取得者との間に存在する債権的な信託的拘束（目的）を第三者に主張することが可能となる。このことは、保全土地債務の信託的構成とどのような関係に立つのであろうか。

次に、1157条の適用から生ずる問題をひとまずおくとしても、保全土地債務が信託的権利であるがゆえに、信託的拘束を第三者に主張することができないとされていた結論は、信託法理そのものの発展からみて硬直的にすぎるものではなかろうか。すでに明らかにされてきているように、前述のローマ法的信託概念以外に、ドイツ法的信託概念も構想されてきたし、学説の努力により委託者・受益者の法的保護が意図されている<sup>31)</sup>。この方面からの影響が、保全土地債務の法的構成にもみられないであろうか。

概ね以上の二つの問題意識にもとづいて、信託法理の保全土地債務における展開を検討してゆくことにする。

なお、ドイツの法律論においては、担保提供者・被担保債権の債務者が同一人格である場合、そうでない場合など分けて考察し、被担保債権と土地債務との関係もそれらの場合に依じて取り扱われているが、本稿では各学説の忠実な記述を目的とはしていないこと、また煩雑を避けるという実際的理由にもとづき、とくに指摘しない限り担保提供者、土地所有者、被担保債権の債務者は同一人格とし、どのような信託概念が土地債務設定者（担保提供者）と土地債務取得者（担保取得者）の関係ならびに土地債務設定者とその第三取得者との関係において、どのように法的に構成されているかという観点から、各学説の検討を進めることにする。また信託（理論）に言及する見解は少ないが、本稿では信託（理論）の展開にとって重要と思われる代表的論者を取りあげて検討するにとどめたい。

31) 受託者の権限の物権的制限によって委託者の保護を図る法理、たとえば、「受託者の解除条件付所有権」や、「授權信託 (Ermächtigungstreuhand)」の理論がそれである。辻前掲論文(二)法学論叢104巻1号2頁以下参照。

### 三 信託理論の展開

#### 1 コマンズの見解

##### ① 信託的構成

比較的初期において、保全土地債務の実際的運用に着眼し、その解釈論について掘り下げた考察をしていたのがコマンズである。彼によれば、保全土地債務が取り扱われる際には、付従性と担保の信託性 (Fiduziarität) との対立から生ずる諸帰結が問題となる<sup>32)</sup>。そもそも、付従性の本質は、担保権と被担保債権との当然の結びつきの中にあり、しかも債権が担保の法的運命を決定的に規定するという点にあるが、他方、信託的担保にあっては、被担保債権の影響は債務法上の領域に置かれるにすぎない。被担保債権が信託 (fiduzia) というローマ法的概念<sup>33)</sup>に服するために、当事者によって意図された担保目的そのものが要求していない法的権限 (Rechtsmacht) を担保取得者に与える。担保のために用いられた手段がその目的を超えるのである。しかし、担保取得者の拘束はたんに債務法的な拘束であるから、担保提供者の側では特別な信頼を必要とする。けだし、担保提供者は担保取得者による権利濫用の危険を知りつつもその危険を負担するからである<sup>34)</sup>。

以上の相違を前提にして、抵当権は付従的な権利である (1113条) が、保全土地債務は信託的担保 (fiduziarische Sicherheit) の典型的な特徴を示しているという<sup>35)</sup>。というのは、それは実際、担保取得者<sup>36)</sup>が、外部的には一定

32) Kommans, a. a. O., S. 5ff.

33) 以下, fiduziarisch という形容詞が「信託 (Treuhand)」という概念に結び付けられて用いられることがあるが、ここにみられるようにローマ法の概念に由来するものである。

34) Kommans, a. a. O., S. 5

35) Kommans, a. a. O., S. 8

36) 原文 (Kommans, a. a. O., S. 8) では「担保提供者」になっているが、前後の意味からみて「担保取得者」と思われる。

の金額を[担保権の]負担の課された土地から取り立てる法的権限を保持するが、担保提供者との内部的関係においては、かかる権限を担保目的の枠内においてのみ行使する義務を契約上負っているという特徴を有しているからである。

それゆえ、明らかに保全土地債務の設定はまず第一に譲渡担保と同列であり、したがって判例学説によって展開されてきた譲渡担保の諸規制は原則として保全土地債務に対しても適用することができる、と<sup>37)</sup>。

そして、上記の信託的担保としての特徴づけにもとづき、信託的な担保契約の目的規定から必然的に、担保目的が達成されなかった場合には、担保提供者は旧来の法的地位へ復旧することを要求する権利を有するという結論を引き出す。この点に関しては一般的には、土地債務の独立性にもとづいて被担保債権が消滅してもなお土地債務は担保取得者のもとに存続するが、土地債務の実行に対しては不当利得返還請求権(812条)が与えられる、とされていた<sup>38)</sup>。

ところが、コマンズは、(信託的な)担保設定契約そのものから担保取得者に対する担保提供者の土地債務返還請求権を引き出し、それは、被担保債権が存在しない場合に土地債務が担保提供者へ返還されなければならないという内容をもつ、とする<sup>39)</sup>。このようにコマンズによって「返還(Rückgewähr)」という意味が担保提供者を当初の法的地位へ復旧させるという担保取得者の義務であることを的確に定義されたのである<sup>40)</sup>。同時にま

37) もちろん、コマンズは、両者の相違をも認めている(Kommans, a. a. O., S. 9)。

38) 土地債務の設定が812条にいう「給付(Leistung)」にあたるとする。Weisbecker, Die Grundschild in ihren Beziehungen zur persönlichen Forderung, 1922, S. 18ff.

39) Kommans, a. a. O., S. 21ff. ただし、その返還義務の実現方法はいくつかある。たとえば、証券土地債務(Briefgrundschild)の場合、譲渡の意思表示と合せて当該土地債務証券を1154条にしたがって返還すれば足り、また土地債務の放棄(VerzichtあるいはAufhebung)という手段によって実現することもできる。VerzichtとAufhebungとの違いについては、例えば山田晟「ドイツ法律用語辞典」(大学書林・昭和56年)433頁参照。

40) 現在の通説である(Staudinger-Scherübl, §1191 II 3 c) S. 966)。

た、コマズによって信託的構成に返還請求権の発生という効果が付与されていることを確認することができる<sup>41)</sup>。

## ② 第三取得者との関係

しかし、他方、その法律構成における特徴である「信託的」担保契約の信託概念は、たんに土地債務の返還請求権の成立を根拠づけるという意義を有するにとどまらない。そのような土地債務の返還請求権が成立する場合においてすら、1157条、1192条にもとづく抗弁権を主張する機会が制限されることに注目しなければならない。土地債務が譲渡されれば、「被担保債権との関連をすべて失ってしまうのが信託的担保の本質である」<sup>42)</sup>とされているからである。したがって、土地債務の第三取得者が土地債務の担保的性格を知っていた場合でも、担保関係にもとづく抗弁権を取得者に対して主張できない、担保提供者は始めからこのような危険性を計算していなければならないとする<sup>43)</sup>。担保提供者にとって残された手段は、担保取得者（＝土地債務譲渡人）から被担保債権金額を越える剰余金（土地債務譲渡によって得た金額）を、もしそれが残っていれば請求するだけである。そして、信託的關係にもとづいて、担保取得者が不当に安価で土地債務を譲渡した場合には彼は損害賠償義務を負うにすぎない<sup>44)</sup>。すなわち、ここでは、信託の概念には、

41) もっとも現在では、返還請求権の基礎づけを信託に求めるのではなく、端的に担保契約の内容に求めている。Vgl. Baur, a. a. O., § 45 II 2 S. 409

42) Kommans, a. a. O., S. 56

43) Kommans, a. a. O., S. 55f. ただ、その処分によって利益をうる者が良俗に反するような仕方でも担保提供者に損害を生じさせるよう担保提供者と共謀していたというようなごくわずかな事例においてのみ、不法行為の観点から（826条）彼は返還義務を負うにすぎない（RGZ153, 369; Kommans, a. a. O., S. 52）。もっとも、永続的な(peremptorisch)抗弁権を担保提供者に与えるならば、1169条、1192条に基づきかかる抗弁権の権限から再び担保取得者から土地債務の放棄を請求する物的権利が生まれる、とする。したがって、その限りでは担保提供者の保護がまったく考慮されていないわけではない。

44) Kommans, a. a. O., S. 56

物的権利が譲渡される場合に被担保債権との関連が一切断ち切られるという効果が含まれており、そのため土地債務の実行に対する抗弁権の行使可能性が強く制約、ないし否定される結果となる。後にみる学説との関係では悪意の譲受人に対しても抗弁権が主張できないとする点において特徴的である。保全土地債務に関する法的性質自体が当時まだ十分に解明されていなかったときに、各種の観点から検討を加えたコマンズの功績は認められるが、信託的構成を採ったがために担保提供者にとっては不利益が生ずるおそれがある。もともと物的権利を担保目的に制約することが信託的構成のねらいであるのに、土地債務が譲渡された場合には、第三者に対して無力となる。このような結果になるのは、言うまでもなく信託概念、とくに *fiduzia* 的な、ローマ法的信託概念にその大きな原因がある。譲渡によって物的権利と被担保債権との関係が分離されるからである。そこには「担保提供者は担保取得者による権利濫用の危険を知りつつもその危険を負担する」という評価が存在する。しかしながら、そのような信託概念を根拠にするとしても、1157条の予定する抗弁権が登記された場合はどうであろうか。1157条の適用を否定しない限り、制定法の文言を素直に受け取れば、担保提供者が抗弁権を主張できることに疑いを容れる余地はないと思われる。この点について触れることのないコマンズの所論には、1157条の解釈としてはやや無理が感じられる。この点に関しては後にみるフーバーの批判が重要である。

## 2 ゼッケルマンの見解

### ① 信託的構成

コマンズ以上に信託概念について検討を加え、土地債務法の信託的構成の代表者が、ゼーリックとならび、ゼッケルマンである。彼の分析の主たる対象が信託的に設定された土地債務における担保契約であり、この担保契約を次のように理解する。

信託的に設定された土地債務における担保契約は、「土地債務はある債権

の、あるいは、その他の財産的価値の担保を目的としてのみ、かかる担保契約上の債権者もしくは、この者に指定された第三者のために設定される」ということを内容とする<sup>45)</sup>。「この契約に従えば、担保契約上の債権者は、被担保債権が満足して後には、担保契約上の債務者に（あるいはそのように呼ばれる第三者に）土地債務を返還しなければならない。弁済期日を徒過して、債権が弁済されない場合にのみ、担保契約上の債権者は土地債務から満足を得ることが許される。」<sup>46)</sup>

ゼッケルマンは、このように担保契約を理解した上で、かかる担保契約が信託的 (fiduziarisch) 性質を有するとする。すなわちそれは、「完全権の移転 (Vollrechtsübertragung)」であって、「法的結果が経済的目的を越える (内部的な) 債務法上の目的拘束を伴っている。」<sup>47)</sup>。すなわち、その他の信託的 (法律) 行為と同様に、土地債務権者は土地債務を合意された担保目的のためにのみ行使し、そして目的が達成された後には土地債務設定者へ再び返還するという義務を負っているのである。

そして、信託的な担保契約は質権 (設定) 契約の持つ経済的重要性並びに課題と共通である。信託的な権利の譲渡においては、同じ経済的目的を有する場合、この目的を越える法の力が、そして可能と許容 (Können und Dürfen) との差異が生ずる。さらに、信託的担保契約は金融担保権の一部である。したがって、他の金融担保権 (譲渡担保、担保のためのもしくは支払いのための手形の引渡、動産並びに権利の質入など) を規制する諸規定は信託的に設定された権利の場合と同質の利益状態のゆえに信託的土地債務に適用することができる。

このような担保契約の信託的性質に基づき、担保契約上の諸請求権をひき

45) Seckelmann, a. a. O., S. 64

46) Ebenda.

47) Seckelmann, a. a. O., S. 74 ; Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg, 1933, S. 146

だすのである<sup>48)</sup>。その中で債務者にとって特に重要な意味を有するのが、担保契約上の債権者の、土地債務を保持する権利である。この権利は信託的担保契約にもとづき、担保目的が消滅するときまで土地債務を保持することを認めるものであるが、債権が弁済などにより消滅してしまった場合などのように、担保目的の消滅のときに—担保契約の構成部分とされた給付利益も消滅するので—この権利も消滅し、その結果として担保契約上の債務者は土地債務の返還請求権を取得する。そして物的土地負担である土地債務を保持する権利は同時にこれを換価する権限を与える。その方法は二つあって、強制執行と任意の換価である。前者は制定法により認められているので問題はないとして、後者は無条件に認められるわけではない。かつての帝国裁判所 (Reichsgericht) は、信託的に設定された土地債務を被担保債権の弁済期以前では被担保債権のための担保手段としてのみ譲渡することができるとした<sup>49)</sup>。それゆえ、債権者は被担保債権の額を超える超過部分を債務者へ清算する義務を負うことになる。しかし、任意の換価も権限も存在しないものとされる場合がある。被担保債権の弁済期以前に、担保目的の消滅の場合に、

48) 担保契約上の債権者の請求権として、① 土地債務設定に対する請求権、② 土地債務を保持するための担保契約上の債権者の権利、③ 土地債務の換価に対する担保契約上の債権者の権利をあげ、担保契約上の債務者の請求権として、① 担保契約上の債権者による、同債務者の利益の確保に対する請求権、② 土地債務の換価に対する担保契約上の債務者の請求権、③ 土地債務の返還に対する担保契約上の請求権、④ 計算勘定 (Rechnungslegung) に対する担保契約上の債務者の請求権、⑤ 超過分の支払いに対する担保契約上の債務者の請求権、⑥ 損害賠償に対する担保契約上の債務者の請求権を列挙し、それぞれについて詳述している (Seckelmann, a. a. O., S. 75ff.)。

49) 担保契約上の債務者は、担保された請求権が弁済期となってからは彼のために信託的に設定された土地債務から満足を求めることができる。この基準によって担保契約上の債権者は他人への譲渡もしくは質入れをなす権利を有する。被担保債権の弁済期以前では、担保契約上の債務者は、信託的に設定された土地債務を被担保債権のための担保手段としてのみ利用することが許される。すなわち、担保契約上の債務者は土地債務を諸債権から分離されることが許されず、自己の第三者への債務のためにこれを質入れしたり、譲渡したりすることも許されない。RG JW1928, 2782; RGSt 69, 223 (224f.); RGZ 143, 113; RGZ 135, 357

土地債務が換価されるとき、あるいは、被担保債権の弁済期徒過の後、被担保債権を越える土地債務を当該債権の満足のために必要でない部分についても換価される場合である。この場合には、換価権限の欠如という抗弁権が、取得者に対して主張されうる。

このように担保契約の解釈を通じて、信託的契約の趣旨に沿った債務者の保護がはかられることになる。ゼッケルマンの信託的構成の法的内容は、第一に土地債務権者における土地債務行使権限の担保目的による制約と、第二に担保目的消滅による土地債務返還義務の発生である。この二点に関してみれば、先のコマンズの所論とほぼ軌を一にしていると言ってよかろう。ただしそれは担保契約当事者の対内的関係に止まり、次にみるように土地債務が第三者に譲渡された場合に信託的構成からどのような法的効果が生ずるかについての説明には、コマンズにはみられないものがある。

## ② 第三取得者との関係

土地債務が第三者に譲渡（もしくは質入れ）される場合、これは強制執行と区別され、「任意の換価」<sup>50)</sup>と呼ばれている。この任意の土地債務の換価においては、信託的目的拘束を継続して維持するという、担保契約上の債務者の利益と、その時点から土地債務を換価することが許容される時点、すなわち被担保債権の弁済期到来後での、信託的目的拘束の消滅に関する担保契約上の債権者の利益との緊張関係がある<sup>51)</sup>という。すなわち、信託的目的拘束が維持され続けられれば、それだけ一層土地債務の取得者に対して担保契約に基づく抗弁権が主張されうることになる。というのは、法は土地債務に対して担保契約に基づき抗弁権を提起するという、1157条、1192条一項にしたがって与えられた可能性を通じて、信託的目的拘束に一定の物的な効力を与えているからである<sup>52)</sup>、と。

50) Seckelmann, a. a. O., S. 81 もっともその権限があるか否かは、担保契約からのみ判断される(ders, S. 80)。

51) Seckelmann, a. a. O., S. 81

52) Ebenda.

ここでは、土地債務取得者に対する抗弁権の主張という物的効力は、1157条の適用にもとづくものであって、担保契約の信託的構成とは関係がないことが明らかである。

このように把握した上で、任意の換価が許される前提を厳格に規定することにより担保提供者・債務者を保護する一方で、1157条・892条の善意取得の可能性を無条件に認める。つまり任意の換価の権限があれば、土地債務が被担保債権の満足のために用いられる限り、債務法上の目的による拘束は消滅させられてよい。その限りで、土地債務の取得者に対しては、担保契約に基づき発生しうる抗弁権はなんら主張されえないことになる。したがってここでは保全土地債務の信託的性質から抗弁権の第三者効が導かれているのではなく、1157条の土地債務への準用という制定法の適用によって第三者が善意でない限り物的効力が付与されるという構成が採られている。そうである以上、信託的構成を採らなくても1157条を土地債務に適用する立場—多数説—であれば、第三者との関係においては結果に大差はないといえる。対外的効力に関していえば、信託的構成を採る積極的理由は乏しいといえよう<sup>53)</sup>。その意味では、コマンズは第三取得者に抗弁権の付着しない土地債務を承認するので、先に指摘した1157条の解釈としての問題性は別として、信託的構成のねらいがゼッケルマンより明らかである。結局、ゼッケルマンの説は当事者間の対内的関係において、土地債務の任意の換価権限が信託的性質にもとづいて厳格に規定される点に積極的意義があると認められるにすぎないと思われる。

### 3 ゼーリックの見解

#### ① 信託的構成

ゼーリックも保全土地債務を信託 (Fiduzia) の視点から取り扱う<sup>54)</sup>。すな

53) 後にフーバーによって批判される点である。

54) Serick, a. a. O., § 28 I 2, S. 411ff.

わち、保全土地債務を物権法的にみれば、債権者は満期となった (fällig) 土地債務を担保の対象たる土地への強制執行によって換価することができ、しかも被担保債権の存否や弁済期のことをまったく考慮しなくてよい。他方、債権法的にみれば、そのような物権法的な権限の行使は制限されている。すなわち、債権者は土地債務を債権金額の範囲でのみ換価することが許され、しかも被担保債権が満期となる（履行遅滞に陥る）まで待たなければならない。もちろん担保提供者はこのような制限を担保取得者に対して主張することによって、自己の利益を確保することができる。しかし、そうであるとしても、fiduzia 的な信託 (Treuhand) にとって特徴的な物権法的な法的権限と債権法的な目的拘束との対立を、保全土地債務の場合にも考慮しなければならないという事実には変わりはない。被担保債権の存在から独立している土地債務は外部に対しては—したがって第三者に対して—債権担保のために必要である以上の法的権限を土地債務権者に与えているからである<sup>55)</sup>。

土地債務の返還請求権については、譲渡担保の場合と同様に考える。担保取得者は、被担保債権が不成立であったり、消滅した場合には土地債務を返還する義務を負うが、それはたんに債権法的な義務にすぎない<sup>56)</sup>。

## ② 第三取得者との関係

担保契約が信託的な性質を有するとして、その結果第三者に対してどのような効果をもたらすであろうか。まず1157条の土地債務への適用を承認する限り、同条が登記簿の公信力を規定する892条を準用するため、抗弁の内容を土地登記簿へ登記することが認められねばならない。そして信託的拘束、

55) もちろん、保全土地債務がその他の担保信託と異なる点があることをも認める (Serick, a. a. O., §28 I 2, S. 411)。信託契約が物権的效果をもたらすものではなく、たんに「準物的な (quasi-dinglich)」効果しか持たないのに対して、保全土地債務の場合には1157条、1192条による抗弁権が、登記された場合第三者に対しても物権的な効力をもつからである。

56) Serick, a. a. O., Band I, § 4 II 2, 4

すなわち「土地債務が担保目的のために設定されていること」を登記することができれば、担保提供者は第三者に対して直接にこれを主張することができることになろう<sup>57)</sup>。したがって、担保提供者にとって重要なことは担保目的 (Sicherungszweck) を登記簿に登記することができるかということであるが、ゼーリックは現在の多数の学説判例に同調し、これを否定する<sup>58)</sup>。すなわち保全土地債務は非付従的であり、しかもまた信託的な性質をもつために、1157条の規定の狭い (eng) 解釈を必然的に求めるのであり、従って担保目的を登記することはできない、と。というのは、土地債務が被担保債権から独立しているがゆえに、当事者によって土地債務設定の際に追求される (債権担保という) 目的は純粹に債権法的な目的にすぎず、土地債務権者の信託的拘束以上のものを引き出すことはできないからである。そして、担保目的を登記簿に登記することができるとしたら、制定法が予定していない土地負担の形態を創出することになるだけでなく、信託行為 (Treuhandgeschäft) の本質にも反する。受託者はその法的権限を担保目的という基準に従ってのみ行使することが許されるが、しかし他方委託者に対する効果をも伴って濫用することも可能となる、そのような過剰なる法的権限 (Rechtsmacht) を委託者は〔信託においては一筆者註〕常に与えるからである<sup>59)</sup>。もしも担保目的を登記することができるとしたら、このような信託的な特徴は失われることになる。過剰なる法的権限を制限することができるのは、土地債務の法的性質に反しない限度で抵当権の規定が準用される個々の例外的事例に限定さ

57) Friedrich, Die Eintragungsfähigkeit der bei Bestellung einer Grundschuld vereinbarten Sicherungsabrede, in: NJW 1968, S. 1655ff.; ders., Anwendbarkeit des § 401 BGB auf die Sicherungsgrundschuld, in: NJW 1969, S. 485-489; Lopau, Die Rechtsstellung des Schuldners bei der Kreditsicherung durch Grundschulden, in: NJW 1972, S. 2253-2257; des., Die Nichtakzessorietät der Grundschuld-OLG Köln, OLGE 1969, 419, in: JuS 1972, S. 502-506; ders., Die Sicherungsgrundschuld im Spannungsfeld von Eigentümer- und Verkehrsinteressen, in: JuS 1976, S. 553-559.

58) Serick, a. a. O., S. 425

れるのである。

このような信託概念がコマンズの説くところと共通していることは明らかであろう。しかしコマンズの場合に問題となっていた1157条の解釈に関しては、担保目的の登記可能性を否定し、より具体的な (konkret), 登記可能な抗弁権のみ第三者に対する物的効力が与えられうると解する<sup>60)</sup>。それは譲渡によって物的権利が被担保債権との関係から分離されるという信託概念に反するが、しかし第三者に対する物的効力は1157条, 1192条の制定法が与える効果であって、もともと保全土地債務は「担保信託」の中でそのような「非典型的 (atypisch)」な特徴を有していると説明するのである<sup>61)</sup>。このような説明によってコマンズ説のもつ問題性を回避しようとしていると思われる。他方、対外的効力に関して、1157条の限定的解釈—担保目的の登記が許されない—の根拠を、土地債務の非付従性とその信託的性質に求めることにより、同条の解釈と信託的構成との関係が指摘されている。その点で第三取得者との関係において信託的構成をとる積極的理由に乏しかったゼッケルマンの説の問題をもひとまず解消していると言い得る。そしてその解釈論の当否はさておいても、保全土地債務の信託的構成の学説においては、ゼーリックの所論が一応の到達点を示しているともみてよいであろう。

59) このような観点は、第三者の悪意の範囲の問題に関しても一貫しており、保全土地債務が信託関係であることを理由に多数説に賛成する。「第三者との関係に関して法律行為の信託の本質的特徴は、担保財産を受託者から取得する第三者が担保契約にもとづく信託的拘束を—それが第三者に対してなんら効力を及ぼさないため—原則として無視することができるという点にある。したがって、第三者は取得する土地債務が担保のために設定された信託的土地債務であるということをたんに知っていても1157条, 892条にいう「悪意」ではないとする(Serick, a. a. O., S. 435ff.) これと反対の立場が Westermann, a. a. O., §116 III 3b, S. 576.

60) Serick, a. a. O., S. 435 現在の通説的見解である。

61) 注53) 参照。Serick, a. a. O., S. 413

## 四 信託理論への批判と新たな展開

### 1 フーバーの見解

先に見たように保全土地債務を信託的な担保権として、あるいは土地債務を設定する当事者の担保契約を信託的に把握する見解は、ゼーリックによりひとまず一定の到達点を示した。現在の有力な教科書においてもこのような保全土地債務の信託的位置づけがみられる。しかしながら、これらの見解に対して、フーバー (Ulrich Huber) は包括的な批判を加えたのであり、彼の見解は現在でも有力な位置を占めている<sup>62)</sup>。その批判は多岐に渡りゼーリックの著作よりも時期的には古いものの、他の多くの見解が信託的構成によって立入った検討を必要とするであろう。したがって、以下やや詳しく彼の見解をみてゆくことにしたい。

#### ① 信託概念

フーバーは fiduzia 的な信託 (Treuhand) の内容的メルクマールを析出し、次の二つに分類する<sup>63)</sup>。

第一に、債務法上の担保契約を、「信託的な (fiduziarisch, treuhänderisch)」契約と呼ぶことがある。この「信託的」という表現は、かかる文脈においては担保取得者が、担保目的の満足の後は、担保提供者に土地債務を返還しなければならないということのみをあらわしている<sup>64)</sup>。

他方、fiduzia 的な信託 (Treuhand) の概念は、本来の意味では、信託契約当事者の人的、債務法的諸関係についての内容をのみ含むものではなく、さ

62) たとえば、連邦通常裁判所の確定した判例においてもフーバーの学説が引用されている。BGHZ 59, 1 f.; WM 1972, 853 f. 「担保的機能(三)」200頁以下参照。

63) Huber, a. a. O., S. 254 ff. (以下, Huber で引用する)

64) ゼッケルマン (a. a. O., S. 64) がこの概念を用いており、これを前提として議論している。

らに物権法の領域にも及ぶものである。すなわち、第二に、その概念は、信託財産 (Treuhand) の財産法的帰属についての言明を含む。信託財産は、形式的に物権法上の単独の権利者である受託者の財産に帰属するのみならず、一委託者自体は、信託財産に関して受託者に対する債務法上の権限 (obligatorische Berechtigung) のみを有するにもかかわらず同時に、委託者の財産にも帰属する<sup>65)</sup>。

このように、信託概念が二義性を有することを指摘した上で、フーバーは保全土地債務が本来的な意味における信託的な権利といえるかどうかを検討する。そこでの問題は、信託的法律関係として捉える結果、個々の解釈論としてどのような法的効果をもたらされるかである<sup>66)</sup>。フーバーは、この具体的な法的効果に着眼し、その素材として譲渡担保における信託的法律構成を取りあげ、これと保全土地債務を比較する。譲渡担保は「担保信託 (Sicherungstreuhand)」として位置づけられ、保全土地債務もその類型に属するものとされるため、その法的規制にも譲渡担保の規制が類推されるからである<sup>67)</sup>。

## ② 信託と譲渡担保

まず、フーバーは、注意深く、信託 (Treuhand) の概念が、複合的な意味合いを持って用いられていることを指摘する<sup>68)</sup>。すなわち、それは一定の法的効果についての言明と、さらにこの法的効果が依拠する根拠についての言明において用いられているという。ここでいう法的効果は、以下にみるように、譲渡担保物の責任法的帰属 (haftungsrechtliche Zuordnung) に関連している。

まず、担保物の所有者 (Sicherungseigentümer) の債権者は、その物を差

65) Huber, S. 254

66) ただしフーバーは保全土地債務を、そして、保全土地債務の設定、被担保債権の特定そのほか契約当事者の権利義務を想定する担保契約を信託的法律関係として捉えることにとりたてて反対していないことに注意すべきである。Huber, S. 85

67) Huber, S. 255 f.

68) Huber, ebenda.

し押さえることが許されず、また担保物の所有者の破産管財人は、その物を換価することが許されない。のみならず、担保提供者はその物の差押に対して、第三者異議の訴を提起することができ、担保物の所有者が破産した時には、その物を取り戻すことができる。したがって、担保提供者は、この限りでその目的物が自分に帰属しているかのように取り扱われるのである。

他方、担保提供者自身が破産した場合には、担保物は彼の破産財団に含まれ<sup>69)</sup>、担保取得者＝担保物の所有者は、差押債権者と同様、別除権のみ有する<sup>70)</sup>。このように担保取得者が所有者であり、担保提供者は担保取得者に対して債務法上の諸請求権しか有していないにもかかわらず、実際には担保提供者があたかも所有者であるかのごとく取り扱われる。このような性格を、ジーベルトの表現を借りて、「準物的な (quasi-dinglich)」な信託の効果と呼び、この準物的な (quasi-dinglich) 法的効果を信託概念の本来的特徴としている<sup>71)</sup>。

そして以上の責任（財産をめぐる）事例における信託の法的効果の根拠は、委託者が信託財産の受託者に「信託した (anvertrauen)」ということにあり、この信頼は、法的には信託契約の目的を達成するために必要とされる以上の法的権限 (Rechtsmacht) を委託者が受託者に与えることに現われている。換言すれば、本来の意味における信託 (Treuhand) の本質は、受託者が信託目的を越える権利を保持するというところにある<sup>72)</sup>。

69) Vgl. Siebert, a. a. O., S. 102 ff., 162 ff., 211 f.

70) 破産法48条の類推

71) Huber, S. 255

72) 譲渡担保においては、当事者は債権者の債権のために債権者を担保するという目的を追求する。そこで適切な手段たる質権（担保権）は選ばれず、所有権の譲渡がなされているため、受託者の地位における法的権限の過剰 (Überschuss) は、慣習法にもとづく法秩序により、準物的な (quasi-dinglich) 諸効果が信託契約に承認されることによって、部分的に調整されるのである。しかし、担保所有権の特性は、質権（担保権）の「利益内容」を持つということにあるのだから、譲渡担保における法律の適用の際にも、質権（担保権）の諸規定は模範となるのである (Huber, S. 256)。

### ③ 譲渡担保と保全土地債務

以上のように、信託の「信託性」たるゆえんは、まず、受託者に過剰な法的権限が与えられているという状況、次に、契約上の目的拘束が準物的な(quasi-dinglich)諸効果を発展させるという法的効果の二点にある、とフーバーは指摘した。さて、ここで問題は、保全土地債務においても同一の結果と同一の法的効果とが生ずるかどうかである。まさにこの点に保全土地債務を信託的な担保権として扱うことができるとする根拠が求められるのである。フーバーはこれを責任財産をめぐる法的取扱い、権利の処分、手続法上の相違の三点にわたって検討する。

#### a) 責任財産をめぐる法的取扱い

土地債務が担保取得者の債権者によって差し押さえられれば、担保提供者は第三者異議の訴を提起できない<sup>73)</sup>が、目的たる土地の所有者として土地債務権者に対して担保契約に基づき有する抗弁権、ないし抗弁<sup>74)</sup>を差押債権者に対抗しうる。そのため、結果的には、担保提供者は譲渡担保における担保提供者と同様の法的保護を受ける。

土地債務権者が破産した場合、被担保債権の消滅などすでに担保提供者が土地債務の返還を請求しうる条件を発生していれば、担保提供者は土地所有者として破産管財人からその返還を請求することができる(1169条)。従って、民法1169条は譲渡担保の場合における信託法上の取戻権と同じ機能をもつ。

また担保提供者自身が破産すれば、土地債務権者は別除権を有し土地から満足を求めることができる<sup>75)</sup>。破産法48条の類推適用がなされる譲渡担保と

73) 民事訴訟法(ZPO) 771条

74) 民法1157, 1169条

75) 破産法47条

同様の法的状態がもたらされるわけである。

以上の状況をみれば、第一に、両者における諸法的効果は、相互にかなり類似しており、したがって保全土地債務を信託的である (fiduziarisch) と称することに理由があるように見える。

しかし、他方で、まさしく fiduzia 的な「信託 (Treuhand)」の本来的な基準、すなわち準物的な (quasi-dinglich) 異議権、取戻権は、保全土地債務には存在しなかった。保全土地債務の場合には、民法1157条、1169条の適用で解決されているからである。また担保提供者の破産の場合に、別除権が与えられているとはいえ、それは保全土地債務の「信託的性質」を理由とするものでもない<sup>76)</sup>。

さらに担保取得者の法的地位をみても譲渡担保との違いが存在する。譲渡担保では、担保物の価値が債務価額を超えない場合ですら権利の過剰が存在する。担保取得者は担保権者の権限のみを行使すべきであるのに、完全な権利を有する所有者の地位が与えられているからである。ここにおいて信託関係の特徴である手段と目的との矛盾がみられる。しかし土地債務においては、土地債務金額を満たす被担保債権が成立していれば、担保取得者は自己が必要とするもの、つまり一万マルクの債権に対して一万マルクの換価権をちょうどその金額で有する<sup>77)</sup>。したがって、担保取得者は、はじめから担保権者の権限しか保持していない、と。

以上の考察にもとづいて、信託的権限 (fiduziarische Berechtigung) という概念を保全土地債務に対して適用するのは、「信託」の本来的基準に反するとフーバーはいう。その判断の基準は、責任財産をめぐる事例における法的取扱であり、担保取得者の法的地位・権限である。したがって保全土地債

76) 同法47条は原因関係を問題としないので、およそ一切の土地債務に適用される。

同条が適用されるのは土地債務が担保のための「保全」土地債務であることとは関係ないのである (Huber, S. 239)。

77) 土地債務の換価金が被担保債権金額を越える場合には、担保契約にもとづき返還しなければならない。

務の信託性の問題は責任財産をめぐる事例の観点から考察されている。しかし問題はそう単純ではなく、土地債務が処分された場合に生ずる抗弁権の解釈論がなお残っている。すなわち権利の処分に関する取扱である。

#### b) 権利の処分

権利の処分においては、譲渡担保の場合のみならず土地債務の場合にも、権利の過剰が生じていた<sup>78)</sup>。しかし、その権利の過剰は被担保債権不存在の場合にのみ生ずるのであって、担保取得者による土地債務の処分は、そもそも所有者の地位を有する譲渡担保権者の処分とは異なる。譲渡担保においては、所有者の地位に基づいて処分がなされ、その処分権限に対する債務法上の制限は、第三者に対しては効力を持たない(137条)のである。

これに対して、土地債務の場合、土地債務(金額)に対応する被担保債権が存在しなければ、担保契約に基づき担保提供者の有する被担保債権不存在の抗弁権が、原則として新土地債務権者に対しても維持され、善意取得によってのみその抗弁権は消滅しうる<sup>79)</sup>。ただし善意取得は抗弁権を登記簿に登録することによって排除することができる<sup>80)</sup>。それゆえ、抗弁権が登記されなければその登記簿は不正ということになるのであるが、第三者が善意であれば抗弁権を主張されることなく土地債務を取得するのである。したがって、被担保債権が存在しない土地債務について、土地債務権者が処分しうることになるのは、実際には土地債務に抗弁権が付着しているのに、不正にも、登記簿は土地債務権者を完全に有効な所持者であることを証明しているということにもとづくのである。

78) 次の事例が典型的である。AがBに対する債務を担保するために、A所有地上に一万マルクの土地債務を設定した場合に、土地債務権者Bがその土地債務を五千マルクで第三者に譲渡したとき、Bは残額債権の五千マルクをAから取り立て、Cは土地債務にもとづいてA所有地から一万マルクを請求する可能性がある。詳しくは、拙稿「ドイツ土地債務の担保的機能(三)」190頁以下参照。

79) 民法892条を準用する1157条

80) 民法894条を準用する1157条

フーバーはそれを債務法上の目的を超える物権法的な法的権限ではなく—したがって信託法理の適用ではなく—登記簿による形式的な資格授与 (Legitimation) と呼ぶ<sup>81)</sup>。その限りでは、土地債務権者は被担保債権の存在しない流通抵当の、登記された抵当権者とまったく異ならない地位にある。登記簿による形式的な資格授与という効力は土地債務においても流通抵当においても共通しているのであって、両者に本質的相違は存在しないとするのがフーバーの立論である。

このように譲渡担保と保全土地債務との間には、信託的な担保であるという点で本質的な違いは生ずるものではなく、ただ一定の「非典型的な (atypisch)」諸特徴を持つことに保全土地債務の特殊性があり、したがってまた個々の事例においてもこのような特別の制定法上の諸規定があるために、通常の信託的担保の場合とどのような違いが生ずるかを吟味しなければならないとするのである。すなわち、譲渡担保とは違い、被担保債権の存在しない保全土地債務者は、実際に処分権限を有しているのではなくして、外見上 (scheinbar) 処分権限を有しているにすぎない。彼は、非権利者として、しかも譲受人が善意の場合においてのみ有効に処分しうるのである。

債務法上の契約目的と物的な権利との差異は、譲渡担保の場合よりも、保全土地債務においてはるかに少ないことがあきらかである。権利の過剰は、

81) この点に関して、Serick, S. 413 は、以下のように反論する。信託的な (fiduzia) 信託の本質的特徴が存在するか否かは、当事者間の債権法的並びに物権法的関係を総合的に評価してのみ答えられるものである。債権法的には、当事者間で結ばれる担保契約は保全土地債務の設定の際にはその本質的な点において譲渡担保あるいは担保のための債権譲渡と同様の内容をもつものである。そして物権法的には、債権法的な (担保のためという) 目的合意 (Zweckvereinbarung) は、保全土地債務においては譲渡担保の場合と同様、担保取得者の物権的地位の構成部分とはならないことを顧慮しなければならない。そして、保全土地債務における信託的な目的規定は、いくつかの特別規定 (1157条, 1169条, 1192条) のために譲渡担保の場合よりも強く現われることになるが、しかしその事実も、両法制度の間に本質的な違いがあることを理由づけるものではなく、保全土地債務におけるそのような特別な諸規定を各々の場合に依じて考慮することを要求するにすぎない。

譲渡担保の場合には所有権が担保の目的に用いられるということにあるが、保全土地債務の場合には、その過剰は物的換価権がその存立とその財産帰属とにおいて、担保されるべき債権に従属しない(unabhängig)ということにのみもとづく。これすなわち、保全土地債務の担保権としての特徴は、保全土地債務が付従的でないということにある<sup>82)</sup>。

結局フーバーによれば、保全土地債務の譲渡担保との違いは、被担保債権が存在しなければ土地債務権者は物権法的に処分権限を有していないことにあり、それでも土地債務の処分がなされうるのは登記簿に形式的資格授与の効力が与えられておりかつ土地債務に付従性が存在しないからである。フーバーはこのように論証することで保全土地債務と信託的担保、その典型としての譲渡担保との相違を浮び上がらせている。

### c) 手続上の相違

保全土地債務と譲渡担保との相違は、先にみた責任財産をめぐる事例や処分に関して明らかになるだけでなく、さらに換価権の実行においても手続上両者の違いが生ずるとする<sup>83)</sup>。

土地債務権者は、執行をなすために所有者に対して給付の訴を提起しうる。執行手続においては、土地債務権者は執行債権者であり、所有者は執行債務者である。そして、保全土地債務の行使と換価においては、担保提供者は設

82) 「もっとも、譲渡担保の所有権もまた付従的ではないので、非付従性という点に両者の共通性があるといえるかもしれない。しかし譲渡担保の所有権が信託的であるのは、その所有権の存続と財産帰属とが担保されるべき債権に従属しないからではなくて、譲渡担保所有権が担保目的の達成に必要でない諸権限（所有者たる地位、従って処分権限）をその所持人に与えるからである。このような fiduzia 的な「信託 (Treuhand)」の決定的な特徴は、保全土地債務の場合には存在せず、したがって、保全土地債務は信託的な (fiduziarisch) 権利ではない」(Huber, S. 259)。したがってフーバーは、非付従性を理由としてのみ fiduzia 的な「信託 (Treuhand)」の本質が見いだされなければならない、つまり付従的でない一切の担保権が信託的 (fiduziarisch) であるとする Kommans, S. 5ff. の見解に反対する。

83) Huber, S. 260 ff.

定された土地の所有者として当然に、しかも、土地債務訴訟の被告として強制執行の債務者として関与する。したがって、担保提供者は自己の権利、利益を自ら維持することができるということについての、手続法上の担保が存在する。

不動産担保権に関する支配的学説によれば、その内容は物についての権利者の物的支配権であり、その行使の形式については、権利者の所有者に対する裁判上の手続において実行しなければならない。ここにおいて、多くの請求権に類似した諸特徴を不動産担保権が有していることが指摘されており、その限りで正当である。ところが譲渡担保においては、担保取得者は、権利行使の際には特に譲渡担保所有権の換価の際には、まったく担保提供者に依存しない。担保提供者は、所有権譲渡についての自分の利益の維持を担保取得者に信託したからである。他方土地債務においては、担保提供者は自己の権利、利益の維持を担保取得者に任せなかったといえる。

保全土地債務においては、担保提供者にとって、所有者ならびに手続法上の「債務者」としての地位に基づき保持する最も重要な手段が、担保契約に基づく抗弁権である。まさに抗弁権の助力によって、担保提供者は土地債務訴訟において担保取得者の訴(Klageanspruch)を争うことができ、執行手続において担保取得者への土地債務金額の配当に異議を唱えることができるのである。したがって、抗弁権は土地債務を行使する際に担保取得者を担保目的に制限することを可能にする。民法上土地債務に対して与えられている諸権限は、契約上の抗弁権によって変更され、土地債務の担保目的への適合は、抗弁権に物的効力を与えることによって可能となりかつ強化されているのである。しかし、譲渡担保、担保のための譲渡の場合には、そのような抗弁権にあたるものは存在しない。

以上の考察により、フーバーは、土地債務が譲渡担保よりも抵当権に近似していることを主張する<sup>84)</sup>。

このようにフーバーは信託概念を詳細に検討し、その解釈論的な構成にまで立ち至って信託的担保という保全土地債務の位置づけを批判したのである。

とりわけ注目に値するのは、破産の事例などの責任財産をめぐる解釈を子細に検討している点、そして土地債務の譲渡・処分の捉え方である。取戻権や別除権の点について信託的法律関係の構成を土地債務における取扱いと比較検討し、また第三者による土地債務の善意取得を登記簿による資格授与の効力 (Legitimationswirkung) として把握したのはフーバーをおいてほかにない。保全土地債務を信託的法律関係として把握してきた見解はほとんどと言っていいほどこれらの点に触れていない。信託的構成の到達点を示していたゼーリックにしても、保全土地債務と譲渡担保の制度に本質的違いがないとするが、登記簿の資格授与の効力に関するフーバーの指摘を覆すほどの論証をしていないと思われる<sup>85)</sup>。1157条によって与えられる法的効果が、信託的構成からみてたんに「特別な」規定によるものとしか説明していないからである。また、信託的性質を持出さなければ、1157条の限定的解釈を理由づけられないわけでもない。まさにゼーリック自身が述べているように、土地債務の非付従性を理由として、そのような限定的解釈をすることも可能であるからである。フーバーの指摘は、従来の見解が法的手段と目的との矛盾という点にのみ着眼し、信託的担保として構成するための必然性—特にその法的効果—を看過していたように思われる通説を鋭くついている点で卓見であることは疑いないであろう。

しかし、フーバー自身が認めているように、保全土地債務の一般的特徴づけとしては確かに「信託的」と称する理由はあると思われ、それゆえ最新の教科書においても保全土地債務を信託的権利の一つとされていることにはあえて異を唱える必要はないと考えられる。このような学説状況は現在におい

84) 「抵当権が付従的であり、土地債務が付従的でないということは、結局、法的技術上の取扱における差異にすぎないのであって、両権利の本質における差異ではないことがわかる。それ故、保全土地債務をその経済的な性格に対応して、解釈上、抵当権の特殊形態として把握することは正当である。保全土地債務は、その本質上、担保すべき権利に物権法上従属しない、土地の上の担保権であり、非付従的な抵当権なのである」(Huber, S. 263)

85) 注(81)参照。

でもなお一般的な傾向とみてよいであろう。

ところが、近時以上のような学界状況に再度一石を投ずる論者(Stephan Buchholz)が現われている。その見解は、たんに土地債務の第三取得者に対する土地所有者の抗弁権に関する解釈論として興味深いだけでなく、従来の「保全土地債務の信託的構成」とはやや視角を異にする点で本稿においても見のがすことができない。

## 2 ブッフホルツの批判—新学説による信託理論の再構成—

### ① 従来の学説に対する批判—1157条の解釈—

彼の学説は、法史、法解釈の方法をも含む広範囲なものであり、したがってここでそのすべてを明らかにすることはむずかしい。本稿の問題関心にかかわる限りで整理し、従来の見解との相違・問題点を検討することにしたい。

ブッフホルツの所論を理解するには—保全土地債務の信託的法律構成にはいる前に—まず彼の1157条に関する研究にふれざるをえないであろう。1157条に関する彼の新たな位置づけによって、保全土地債務を信託的法律関係として捉える意味が、たんに従来の通説や反対説と異なるのみならず、彼の立論の中心としてむしろよりいっそう強調されているからである。ただしブッフホルツの議論は同条に関する立法史的分析からその素材を抽出しており、これ自体一個の独立した検討対象となるべきものである。そこで彼の立法史的分析の検討はひとまず差し控えることにして、本稿の対象である「信託」と保全土地債務との交錯領域にかかわる限りで1157条に関連する所説を取りあげることにする。

ブッフホルツは、1157条に関する従来の判例・学説を次のように分析する。帝国裁判所(RGZ91, 218ff.)は1917年に土地債務が譲渡された後になされた債務者の旧債務者への給付の事例を404条を通じて解決したが、後に批判されるように同条と1157条との関連を見逃していた<sup>86)</sup>。

この解決方法の弱点を回避したのがフリードリッヒ、ローパウらであり、

彼らは、信託的な権利関係ならびにその存在は保全土地債務の法形態にとって本質的であるとして、包括的かつ一般的に妥当する抗弁権すなわち「担保目的の抗弁権」を構成する<sup>87)</sup>。

しかし、この学説にも登記法の視点が欠如しているとの通説からの批判を浴びることになった。担保目的の抗弁権がいかなる理由で登記することができるのかという批判がそれである（担保契約の登記可能性の欠如）。この点を解消すべくヴィルヘルムの説が登場し<sup>88)</sup>、アイクマンもこの見解に賛同している<sup>89)</sup>。しかしブッフホルツによれば、この見解においても保全土地債務が流通不能の権利とされねばならないものと考えられていて、結局保全土地債務は債権に依存する権利に化することになるので、そのような結果は法政策的には望ましいかもしれないが、それは現行法上「起草者が物権法的な類型構成の明確性のために引いた境界線」を越える<sup>90)</sup>ことになる。このように近時の反対説もしくは有力説を批判するのであるが、ブッフホルツはあくまでも抵当権と土地債務というドイツ民法典の二元的構成を維持するという前提に立っている。その限りで従来から主張されてきている通説の見解と共通

86) 同条が1157条とどのような関係に立つのかが同判決においては明らかにされていない。Vgl. Huber, S. 143 f. ただし、この点について「担保的機能(三)」219頁、注(34)参照。

87) したがって、ここでは404条によるのではなく1157条の適用を前提とすることになるが、従来404条を適用するのではなければ保護することができなかった担保提供者を1157条の適用によっても保護することが可能となる。というのはここでは担保契約にもとづく抗弁権が問題とされているため、譲受人がそのようにものとしての権利関係を知っているだけで、すなわち一般的な抗弁権を知っていることで完全に足りるからである。そのため、通説とは異なり、第三者の内容は取得する土地債務が担保のために設定された「信託的な」保全土地債務であることを知っていることとなる。この点の詳細については「担保的機能(三)」207頁以下参照。

88) 「担保的機能(三)」202頁以下参照。

89) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 2. Aufl. (Eickmann), § 1191, Rz. 50-53

90) Buchholz, Abtretung der Grundschuld und Wirkungen der Sicherungsvereinbarung-Zur Anwendbarkeit des §1157 BGB auf die Sicherungsgrundschuld, AcP 187, S. 123 (1987). 以下、Buchholzで引用する。

しているといつてよい。しかもこれを民法起草過程に踏み込んで論証している点に彼の学説上の特色がある。

しかし通説と大きく異なるのは、土地債務を設定する担保契約に1157条を適用しないという点である。ブッフホルツによれば、その沿革的考察にもとづき<sup>91)</sup>付従性を原則とする抵当権の抗弁権、およびその抗弁権の切断、第三者の善意取得を規定する1157条は、抵当権を念頭においたものであって土地債務を対象とする規定ではない<sup>92)</sup>。土地債務の独立性を再度、しかも厳格に確認するのである。

通説においても抵当権と土地債務の二元的構成を維持してはいたが、それは反対説もしくは有力説を批判する際に表面化するとどまり、1157条を適用する段階においてはこの二元的構成は一貫しない<sup>93)</sup>。さらにフーバーが土地債務の（抵当権においては当然のことであるが）善意取得の効果を登記簿の形式的資格授与(Legitimation)に求めた点に対して、抵当権と土地債務との二元的構成そして土地債務の独立性を看過していると批判する<sup>94)</sup>。そのため土地債務の実行に対する抗弁権の規制は民法上存在しないことになり、法

---

91) Buchholz, S. 112 ff.

92) この結論については、Wolf (Lehrbuch des Sachenrechts, 1979, 2. A. 525ff.), OLG Köln (OLGZ1969, 419ff.) もまったく同じである。しかし Buchholz はそれらの見解が依拠している「物的抗弁権」理論には同意しない(Buchholz, S. 128)。ただし、不可解なことに、同論文の最後の部分で、法典の形式性を理由として、1157条に、彼の解釈を施した上で保全土地債務への適用を認める(ders., S. 140)。立法史的に同条が抵当権を対象とするものであって、土地債務を対象とする規定が存在しないと論証しているのであるから、このような解釈論的な操作は一貫しないように思われる。

93) 1157条が担保契約に適用されることにより、保全土地債務は債権に依存する権利に化することになり、これは物権法上予定していない権利を創出することを意味するからである(Buchholz, S. 123)。

94) 「(フーバーの議論は) 1157条によって保全土地債務を付従的な不動産担保権へと変換する拠り所を提供するものであって、そこでは本来あった独立性原則の残りの払拭は解釈者にとっての単なる表現上の課題へと縮小しているのである。かかる展開が1192条といかにして一致しうるものとされているのかは不明瞭なままにとどまっている」(Buchholz, S. 127f.)

の欠缺が生ずるが、彼はこれを手形法17条で発展してきた抗弁権システムによって欠缺補充する<sup>95)</sup>。それによれば、1157条が対象としている債務法上の抗弁権は直接当事者間においてのみ妥当し、土地所有者・担保提供者と第三者との間の対外的効力が生ずるのは悪意の抗弁(exceptio doli)が発生する場合のみである<sup>96)</sup>。

このように土地債務をいわば「物的手形」として位置づけることにより、債権からの独立性を厳格に確保する。しかし1157条の担保契約への適用は学説の大半が承認しており、ほぼ確立した見解といってもよい。にもかかわらずブッフホルツがこのような立場をとる理由は何か、素朴な疑問が生ずる。まず、沿革的・立法史的な背景が主たる理由となっているのは疑いないが、保全土地債務の解釈としてどのような理由があるのか、解釈論として問題を立てている限りその点が当然問われるであろう。この点は次のように考えられる。土地債務の債権からの独立性が明確になるために、担保取得者が取得する物権が債権関係の影響を受ける場合よりもより一層強固となる。しかも抵当権の規定が土地債務に適用されないとすると、担保取得者の強力な地位の規制を不動産担保法外に求めざるを得ない。しかしヴォルフのような「物的抗弁権」理論を採らないブッフホルツは、保全土地債務を設定している当事者の「信託」的法律関係に着眼するのが適当であるとみる。強固な権利を担保取得者に与えているのは、担保提供者が彼を「信託」しているからである。ブッフホルツがフーバー同様に従来 of 信託的構成に対して批判的であ

---

95) Buchholz, S. 135ff.

96) したがって、従来 of 信託的構成に比較して、このような構成をとるだけですでに債務者・土地所有者が保護される範囲は、きわめて縮小されることになる。この限りでは、ブッフホルツはあらためて土地債務を物的手形として位置づけ流通性を確保しようとしているとみえる。もっとも彼は立法者意思を確定するという作業をしているため、そのような政策的意図は直接には感じ取りにくい。さらに、次に述べる受託者の権利濫用の法理を保全土地債務に適用する段階になれば、もはや彼の意図が土地債務の流通性を確保することにあるのか否かは簡単には結論を下せない。具体的にどのような事例においてその法理が適用されるのかいま一つはっきりしないからである。

る<sup>97)</sup>にもかかわらず、信託的構成を採用する理由はこの点にあると思われる。その意味で土地債務の独立性を再度厳格に確認している立場には、譲渡担保がその典型である担保信託の類型に保全土地債務を組み込むために、譲渡担保に類似した構造をこれに与えておくという解釈論的意図が潜んでいるといえるのではなかろうか。抵当権と土地債務の二元的構成を貫徹し、「物的手形」としての土地債務を譲渡している事情の中に担保信託にみられる要素、すなわち担保取得者への「信託」を理由とする担保提供者のリスク負担を把握しようとしているのではないかと思われる<sup>98)</sup>。

## ② 信託的構成

さきに述べたようにブッフホルツが信託的構成を採用する解釈論的意図は明らかであるとして、それがどのように基礎づけられているかについてはなお慎重に検討する余地があろう。彼によれば、保全土地債務は担保的信託という一般的法形態の一つの現象であり、土地債務権者は物権法的に制限され得ない換価権を取得するが、他方、担保提供者・土地所有者と担保取得者との間の担保契約にしたがって、信用関係にもとづく債務者の義務の不履行の場合、もしくは債権の満足を得るべき場合において、その権利を行使するように拘束され、またその権利を担保目的が除去された場合には返還するように拘束されるのである。ここでは「自己のためにする (eigennützig)」信託が問題となる<sup>99)</sup>。

97) 通説・反対説を問わず、保全土地債務を信託的法律関係であるとする、従来から主張されている位置づけについて、フーバーがかつての信託的法律構成に対して指摘した点、すなわち信託の典型的な (sachtypisch) 法的帰結が引合いに出されなくとも、保全土地債務を信託的法律関係と称するのはさほど意味のあるものではないとした点をきわめて正当であると評価している(Buchholz, S. 127)。

98) さきにみたようにフーバーは保全土地債務を担保信託 (Sicherungstreuhand) に属するものとは考えない。このような担保信託とは対照的に保全土地債務の特殊性は「それ自体独立した権利が実際には債権に依存している」(Huber, S. 260) ことにあると指摘する。この点に関するブッフホルツの批判は、本稿注94) 参照。

そして近時の信託法理論の発展を、特に信託濫用の議論を参考にして、「自己のためにする」信託に適用する。すなわち、信託濫用の議論は、代理権の濫用の議論から発展してきたが、その際に重視された「権利濫用の禁止の一般的観点」を他人のためにする信託のみならず、保全土地債務の場合である「自己のためにする」信託にも一貫させる<sup>100)</sup>。この点に関しては、異論もある<sup>101)</sup>。保全土地債務の「優越的な自己利益的性格」を理由として、担保信託が「真正の信託観念」に入らないという主張がそれである。しかし、信託関係の全期間中、信託的契機はまさに契約にしたがって行為する債務者の利益の保持にあるものとされている<sup>102)</sup>のであって、担保信託においても事情は変わることはない。そして「形式的に有する法律的地位の濫用的行使を禁止する」という観点から、管理信託のみならず担保信託に対しても826条の適用が拡張することができるのである。したがって、権利濫用の禁止の観点から適用される826条にもとづき<sup>103)</sup>、担保提供者は土地債務の実行に対する抗弁権を主張することができる<sup>104)</sup>。

この抗弁権は悪意の抗弁(exceptio doli)であって、被担保債権不存在の抗

99) というのは、権利の譲渡は第一次的には、信託財産取得者の担保利益に奉仕するのであり、第二次的にのみ契約上具体化される担保提供者の利益の保持に奉仕するからである(Buchholz, S. 136 ff.)。

100) 「自己の名前でする行為と他人の名前でする行為との区別は濫用の問題に対する観点からはなんら重要な基準とはならないからである。」(Buchholz, S. 138)

101) Schlosser, NJW 1970, 681

102) Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, München, 1973, S. 79 f.

103) 同条にもとづき、損害賠償請求権のみならず抗弁権による防御も可能である。

104) 信託財産を取得する、受託者の契約相手方は、譲渡人の信義に反する行為を知っているにもかかわらず、被担保債権不存在を知り、それでも債権者から物的権利を譲渡させる土地債務の取得者とまったく同様に行動しているのである—両者ともに、形式的に有する法的権利を援用することは濫用であるとされる。構造的メルクマールは、同様である。すなわち、債権者の物的権利(dingliche Rechtsmacht)、信託的(担保契約上の)目的拘束の侵害、権利の信託的性格を知っているのみならず、その場合における侵害理由(例えば、被担保債権不存在)をも積極的に知っている取得者の悪意の行為(doloses Handeln)である。(Buchholz, S. 139)。

弁権もこの中に位置づけられることになる。彼によれば、このような内容をもつ抗弁権規制を157条の規範としてあらたに想定する<sup>105)</sup>。

以上の整理から明らかなように、ブッフホルツが信託の法理を援用してくる意図ないし前提は、手形法17条をモデルとする悪意の抗弁(*exceptio doli*)を土地債務に適用することであった。その背景は土地債務に対する抗弁権の規制がドイツ民法典に存在しないという認識であり、これを立法史的に立証することにブッフホルツの研究の狙いがあるといつてよい。したがって、これまでに検討してきた各学説の流れからみれば、まず第一に信託法理を適用する前提・解釈論的根拠が異なることを指摘することができよう。従来の見解は経済的目的(債権担保)に比較し、取得した物権が強力であることに着眼して、あるいは担保契約の解釈から独立した物権の返還義務に着眼していたが、ブッフホルツはそれらの点よりもむしろ信託法理固有の展開の現段階における成果(信託濫用の議論)を利用している点に特徴があると思われるからである。しかもその際に、立法史的に検討した結果—土地債務に債務法上の抗弁権の拡張が存在しないこと、そのために悪意の抗弁(*exceptio doli*)を土地債務に認めなければならないという解釈の目標—を実現するために、信託法理の成果を彼自身の拡張的解釈を施した上で適用していることを把握しておかねばならない。それゆえ、彼の信託的法律構成は土地債務の実行に対する抗弁権規制に関連する限りにおいて意味があるものとみななければならない。フーバーがかつての学説に対して指摘したように、責任財産をめぐる信託法的処理をなすべき理由が抵当権の諸規定が準用される土地債務においては存在しないという批判はブッフホルツの構成にはただちには妥当しないであろう。

105) このような悪意の抗弁という規制を「形式的な法典の体系においてはそっくりそのまま1157条に付加することができる」(Buchholz, S. 140)。この問題性について、本稿注92)参照。他方、1157条第二文、892条、894条によりこの抗弁権を登記することができるとして、債権者、土地所有者の保護を図るのである。

他方、抗弁権規制にのみ信託的構成をなすべき理由があるとするれば、彼の立論にはそのかぎりでの限界があるといえる。信託的構成を採用する以上、抗弁権規制以外の問題、たとえば返還請求権の構成に関して、ブッフホルツはどのように考えるのか、明らかにしなければならないであろう。とりわけ信託的構成をとる従来の学説を批判していることから、自己の所論をどのように信託法的に構成しているか問題となるのではないであろうか。

第二に、管理信託において展開してきた受託者の権利濫用の理論を担保信託へと拡張しているが、その点は解釈論的に無理はないのであろうか。そのように拡張する根拠は、権利濫用という視点からみれば、管理信託においても担保信託においても事情は異ならないということであるが、両者にはたしてそのような拡張的解釈を許すほどに構造的な差異がないといえるかどうかはなお慎重に検討すべき問題であろうと思われる。ただし、この点は信託法理そのものの検討をまたなければならず、ここでは問題の指摘にとどめたい。

このようにブッフホルツの所論は大きくみて、起草者もしくは立法者意思を綿密にたどることによって1157条の射程を抵当権に限定し、その結果土地債務に対する抗弁権の規制を民法によってではなく、新たなる拡張解釈を施した信託濫用の理論の適用により実現するという趣旨をもつものと把握することができよう。そのような解釈目標は、ドイツ民法施行以前において妥当していたとする手形法17条の規範である<sup>106)</sup>。

## 五 結 び

以上の概観を通じて、保全土地債務を信託的に構成する解釈論の展開、な

106) もっともここで法の欠缺論から従来妥当していた法が直ちに適用されるとするのは検討を要する問題であろう。Vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, S. 134ff.

らびにその批判をたどってきた。基本的にはフーバーの見解以前においては、信託的な法律構成をとらなければならない必要性がさほどない（特に第三者による土地債務の実行に対する抗弁権の主張において）にもかかわらず、債務法上の担保目的を越える過剰な物的権利に着眼して保全土地債務を信託的担保関係と把握していたことが明らかである。そしてそこで前提とされている信託概念は、完全な物権の移転と、債務法的な拘束というローマ法的な *fiduzia* 的信託概念であったとみることができよう。「ローマ法的信託理論の優位」<sup>107)</sup> をここにおいても確認することができる。しかし、そのような信託的構成にとどまる以上、法の形式においても実際の適用においても土地債務に抵当権の諸規定が準用されるという事情を無視しない限り、具体的な法律効果についてまで信託的法律構成を貫く理由を裏づけることは無理が生ずるのであり（破産などの責任財産をめぐる事例において）、この点にフーバーの批判を生む背景が存在するといえよう。フーバーの確固たる指摘を前提にする限り、保全土地債務を担保信託の一つであるとする位置づけは、当初の積極的意義を有するものではなく、たんに当事者の債権担保という目的を越える過剰な法的権利の存在（可能性）<sup>108)</sup> を指示するにとどまるものではなからうか。このような事態は、代表的なドイツの教科書に保全土地債務が非典型的な信託的担保であると位置づけられているという事実と矛盾するものではないと思われる。

他方、その法理の発展を学説・判例に委ねているドイツの信託法は独自の進展をも有しているのであって、この方面から保全土地債務の解釈論を把握するという視点も当然あってよい。はじめに述べた本稿の問題意識からみて、ブッフホルツの見解はこのような視点を持つものとして看過されてはならない。とりわけ注目されるのは信託濫用の議論である。ただし、そこにブッフホルツ自身による拡張的解釈が加わっていることを見逃してはならない。元

107) 新井前掲論文505頁

108) 前注78) の事例参照。

来信託濫用の法理は管理信託において展開されてきたのであって、担保信託においてではない。この区別を「形式的に有する法律的地位を濫用的に行使するという一般的な現象」<sup>109)</sup>という枠組みから統一し、担保信託においても妥当する議論であるとして論理的に架橋している。この点の当否を論ずるのは差し控えるとしても、信託濫用の議論をここで適用する意図は彼の1157条に関する態度決定と密接に関連していることを指摘することができる。1157条が土地債務に適用されないこと<sup>110)</sup>、土地債務に対する抗弁権の規制は手形法17条の価値評価を基準とすべきであること、そして同条のもたらす法的効果は信託濫用の法理によって実現されること、以上がブッフホルツの展開する論理である。

このようにブッフホルツによって提起された問題は、本稿の主たる対象とした信託の議論に止まらず、1157条の立法史を辿り、通説とは異なって同条が土地債務に適用されないとする立場が前提とされているために簡単には論じ尽くすことのできないものである。しかし本稿の問題関心からすれば、先に述べたように、保全土地債務の信託的法律構成が当初の積極的意義を失っていたことが、ブッフホルツの問題提起によって新たな意味が与えられていることを指摘できよう。その趣旨はこうである。第一に、保全土地債務を信託的な担保であるとする基本的立場がフーバーの指摘にもかかわらずなおも維持されていること、第二にそれにもかかわらずブッフホルツの意図が従来の信託的法律構成をとる学説と異なり、信託濫用の法理による抗弁権の法的位置づけであることである。第一の点は、フーバーの指摘を無視しない限りブッフホルツの信託的構成が、従来の学説がそうしていたような保全土地債務のたんなる特徴づけにはとどまらないということの意味し、したがって、ブッフホルツの信託的構成は従来の学説の単純な再評価では決してないこと

---

109) Buchholz, S. 138

110) ただし、解釈論的操作によると思われる同条の保全土地債務への適用について、注92) 参照。

が確認される。そして、それは第二の点から裏づけられる。すなわち、たんなる特徴づけ以上の法的効果が—従来とは違った形で—ブッフホルツによって与えられているからである。それはドイツにおける信託法理の進展—とくに代理法から発展してきた受託者の権限の濫用の議論から信託法理への展開—をふまえているのみならず、さらに彼自身の拡張解釈—権利濫用の一般的禁止という観点から管理信託のレベルを越えて担保信託をも取り込む—をも加え、結果的には手形法17条のもたらす法的帰結を保全土地債務に実現するという解釈論を大胆に試みている。その試みが成功しているかどうかの判断はもはや筆者の能力を越える問題であるが、少なくとも権利濫用の禁止を信託分野のすべてに拡大することになるブッフホルツの議論は、信託法の研究からみて興味ある学説となることには違いないと思われる。これらの点の解明は他日に期すほかない。