

# ドイツ土地債務の被担保債権範囲論序説

—— 根抵当権との比較を考慮して ——

中山 知己

- 一 はじめに
- 二 設定契約における包括的根担保条項
  - (1) 土地債務の設定と被担保債権との関係
  - (2) 銀行取引約款
  - (3) 担保契約
- 三 包括的根担保条項に関する判決
  - (1) 事実関係
  - (2) 判旨
  - (3) 判決の論理構造
- 四 学説の評価
  - (1) 有効性
  - (2) 事案の特殊性
  - (3) 判断基準
  - (4) 小括
- 五 まとめに代えて
  - (1) 残された課題
  - (2) 日本法への示唆

## 一 はじめに

周知のように、被担保債権範囲を「銀行取引による債権」として設定された根抵当権と保証債権については、「信用金庫取引による債権」に関して最三小判平成5・1・19<sup>1)</sup>がいわゆる積極説を採り、この問題については実務上決着したとされている。すなわちこの債権範囲には、銀行の与信によって生ずる債権、貸付金債権などのほか根抵当債務者に対する保証債権も含まれるとするものである。

かつて筆者もこの問題に関して基本的に契約当事者の意思、もしくは合理的意思の観点から考察したことがある<sup>2)</sup>。その結果、積極説には準与信行為論や慣習論等の種々の論理が見られるが、消極説や折衷説との議論との関係でその論拠を見るならば、むしろ物的有限責任（保証の場合との対比）や極度枠の解釈（順位上昇の原則が妥当するか）、ひいては根抵当権そのものの性格に関する理解（普通抵当との異同）などが強く影響しているように見受けられた<sup>3)</sup>。そこには物権法の基本原則、およびその射程の理解に注目すべき対立点が見られるように思う。さらに全体として客観的解釈の要請の強さ、銀行取引における定型的処理の必要性の強調など、法

1) 民集47巻1号41頁, 判時1454号82頁, 時報1091号24頁, 金融・商事判例918号3頁, 判タ815号125頁, 金融法務事情1347号6頁。

2) 拙稿「被担保債権範囲を『銀行取引』とする根抵当権と保証債権との関係—東京地判平成2年7月10日を中心にして—」山口経済学雑誌40巻5・6号107頁(1992), 「根抵当権の被担保債権範囲論における設定者の契約意思について—『銀行取引』と保証債権との関連—」立命館法学225・226号55頁(1993)

3) たとえば、積極説の根拠とされているであろう鈴木禄弥教授の記述は次の通りである。「根抵当権の債権範囲がどのようなものであるかは、根抵当権という物権の問題であり、一定の債権範囲基準をもつものとしての根抵当権設定登記は、かかる範囲の債権を担保するものとしての根抵当権の成立要件である」[傍点筆者](鈴木禄弥「根抵当法概説」(1973)62頁)。かかる記述には、物権と債権の峻別論があるように思われる。確かに設定登記には物権固有の論理が妥当しようが、しかしそのことと当事者の設定する契約の解釈(合理的意思解釈)とは別のようにも思われるのである。このほか、詳細は注2に掲げる拙稿参照。

律行為の解釈としても特徴的であるように思われる。<sup>4)</sup>

また近時、第三者が根抵当権設定者となり、かつ根保証人となる場合に、第三者はどの範囲まで負責するかという問題がある。<sup>5)</sup> かかる問題においては、保証契約に対する合理的意思解釈の問題として考察することが可能かつ妥当と思われるが、他方、保証責任の範囲確定においても先述した物権法の基本原則の理解が一定の影響を与えざるをえないものと思われる。というのは、まさに「合理的」意思解釈をなす以上、現実にもどのような意思を有していたかという観点だけでは足りず、物的責任と人的責任の意義ならびに両者の法的関連をも究極的には問われるであろうからである。

ところで、目を転じてドイツ法にもこのような問題状況に類似もしくは近似している現象が見られる。ドイツの不動産担保の実務においては、抵当権 (Hypothek) ではなく土地債務 (Grundschild) が支配的であることはすでに知られている。<sup>6)</sup> 土地債務は債権を前提としないが、目的不動産を抵当権と同様に換価することができる。<sup>7)</sup> 実際には、当事者の契約により被担保債権の範囲を設定して、継続的な債権関係を担保したり、あるいは「包括的な」根担保同様の機能を営んでいる。<sup>8)</sup> しかも普通取引約款や統一的な印刷書面の利用・普及と共に、被担保債権範囲は拡大されてきて

4) 法律行為論との関係では大西武士教授の一連のご論考がある。さしあたり「根抵当権の被担保債権論争」東海法学第11号65頁以下(1993)参照。

5) 最三小判平6・12・6金融法務事情1414号28頁など。

6) 主なもので、拙稿「ドイツ土地債務の担保的機能(一)～(三・完)」立命館法学185号40頁以下、186号52頁以下(1986)、129号(1987)、椿久美子「ドイツ法における土地債務と抵当権の関係—担保約定および抗弁権の視点からみた土地債務の変容—」麗澤大学紀要第56巻272頁以下(1993)参照。

7) 土地債務を規定する法文には抵当権にある「債権の弁済のために(zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung)」という表現が脱落する(それ以外は同じ)。そのため土地債務は付従性(Akzessorietät)が存在しないという点についてのみ抵当権と異なるが、目的不動産を換価実行できる点についてはまったく抵当権と同様である(ドイツ民法1191条以下特に断らない限り、条文の引用はドイツ民法を指す)。

8) このように広い意味で、債権担保のために設定された土地債務を保全土地債務(Sicherungsgrundschild)と呼ぶ。

いる。したがって交渉能力や経済的力関係において劣位にある債務者もしくは担保提供者に対して、何らかの保護手段が与えられる必要も解釈上生じよう。そして実際にも、このような設定者・担保提供者の責任制限に関して近年興味深い判例が登場しており、それとともに各方面からの議論も提出され、近年における活発な展開は注目に値するといつてよいであろう。

9)

このような保全土地債務の被担保債権範囲に関する判例・学説の展開を追うことは、先にふれた根抵当権の被担保債権範囲論の、ひいては他の非典型担保や保証をも含めた担保権の被担保債権範囲確定論を検討する際にも、一定の示唆を与えるように思われる。というのは、この問題に際してドイツ法でも担保物権としての物的有限責任、約款を利用した契約の解釈、銀行実務における慣行の位置づけ、債務者・設定者の経済活動の自由等、キーとなる法概念や判断枠組みが素材となっているからである<sup>10)</sup> わが国の議論においてもそれらは同様に問題とされうるであろう。したがってその担保の形態自体がわが国には存在しないとしても、保全土地債務は根抵

9) 保全土地債務を対象とした前掲拙稿は、抵当権の流通性に関連して、土地債務取得者の法的地位および設定者の抗弁権を取り扱うものであった。本稿では、土地債務が責任 (Haftung) を負う被担保債権範囲論を対象とする。

10) もっとも形態的側面から見れば、ドイツでは最高額抵当権 (Höchstbetragshypothek) という抵当権の一種があり、それは『最高額』という枠の支配を基本的特徴としている。それゆえ土地債務よりも最高額抵当のほうがわが根抵当権にはより近いと言えるが、最高額抵当を利用することは実務ではほとんどなく、最高額抵当を利用すべき場合でも実際には土地債務が圧倒的に利用されているといつてよい (たとえば当座勘定信用 (Kontokorrentkredit) 取引において)。また各種の抵当権の種類を有しているドイツ抵当制度全体からみても学説・判例では圧倒的に土地債務に集中しているのが実情といつてよからう。

11) 逆に土地債務は根抵当権に近い存在であるとも理解することも不可能ではないのである。根抵当立法の際の清水誠教授の指摘「(根抵当権が) 被担保債権の存在しないドイツ民法の『土地債務』のような純然たる土地の負担というところまではいつていないけれども、それに近いようなワクの支配権としての強化という面を一方でもつています」[傍点筆者] (『新根抵当法の解説』商事法務研究会、1971・昭和46年) 43頁。根抵当権の側から見た表現であるが、土地債務の側から見ても根抵当権に近いものと理解することができよう。

当権を比較対象として検討する意味がある<sup>11)</sup>。

以上の問題意識により、保全土地債務の被担保債権範囲論を素材として、以下では被担保債権範囲を画定する土地債務設定契約当事者の合意（担保契約）や約款規定を整理し、さらに土地債務の被担保債権範囲を制限する新たな判断を提起した1982年の連邦通常裁判所（BGH）判決を取り上げる。同判決は、金融取引経済に対し多大な混乱（erhebliche Unruhe）を引き起こしたとも評され<sup>12)</sup>、後述するように学説の上でも評価が分れた著名な判決である。そして同判決を契機にして議論が一步進んだ感があり、後の判例がより詳細な分析を加える上での礎石になったと思われる。さしあたり本稿では、同判決が出た当時の状況に照らして、その法的意義を検討することに焦点を絞ることにしたい。その後の判例には興味深い展開があるが、これは別稿を予定することにして、本稿はその準備作業として位置づけたい。

## 二 設定契約における包括的根担保条項

### (1) 土地債務の設定と被担保債権との関係

先述したように、土地債務が単独で設定されること（孤立的土地債務（isolierter Grundschuld））は実際にはほとんどなく、債権を担保するために設定されるのが通常である<sup>13)</sup>。その際における土地債務の設定手続きと債権担保のための契約関係をここで簡単に述べておきたい<sup>14)</sup>。

当事者間の金銭貸借が想定されることから、金銭消費貸借契約

12) Hans-Jürgen Lwowski, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts aus Rechtsprechung und Praxis, 2. Aufl., 1985, S. 19

13) 古くは Helmut Seckelmann, Die Grundschuld als Sicherungsmittel, 1963, S. 1ff. 等参照。なお後述する銀行の普通取引約款では、土地債務と定期土地債務（Rentenschuld）のみ特別に規定されており、抵当権（Hypothek）の表現は見られない。抵当権は他の一般の担保権と同様に取り扱われるのであろう。ここにも銀行における担保実務において、抵当権に代わって土地債務が主たる地位を占めていることが伺える。

14) 概略的には拙稿前掲論文（186号）221頁以下参照。

(Darlehensvertrag, Kreditvertrag) が論理的には前提される。金銭貸借の様態は、特定された一個の貸付債権から、根抵当権の想定する場合と同様に増減変動する貸借関係に至るまで様々かつ多彩である<sup>15)</sup>。これを担保する土地債務は、物権設定の原則に従って、土地所有者と土地債務権者（となるべき者）との間での土地債務設定に関する物権的合意 (Einigung) と、登記簿への登記によって設定される (873条)<sup>16)</sup>。登記簿には、土地の換価金から取得しうる代金（抵当権では被担保債権金額に相当する）と、利息つきである場合その利率を登記しなければならない (1115条)<sup>17)</sup>。

そして土地債務設定の目的が債権担保であっても、登記簿への被担保債権の記載は許されない<sup>18)</sup>。これは土地債務が債権を前提としない物的権利 (1191条) であることから導かれるものであり、抵当権と異なる点である。土地債務の非付従性 (Nichtakzessorietät) として特徴づけられる<sup>19)</sup>。

証券土地債務 (Briefgrundschuld) が設定される場合、土地債務権者の土地債務取得のためには、証券の引渡が必要である (1117条)。引渡がなされない間は、土地債務は暫定的に（隠れたる）所有者土地債務として土地所有者に帰属する (1163条1項2文)。いずれの規定も付従性の原則に関わらない、したがって主たる債権に関連するものではないので土地債務に準用される (1192条1項)<sup>20)</sup>。

15) たとえば, Baur/Stürner, Sachenrecht, 16. Aufl., 1992, S. 451f. ならびに拙稿前掲論文186号221頁以下参照。

16) これに代えて, 土地債務を設定する旨の所有者の, 登記所への意思表示と登記によって, 単独に所有者土地債務を設定することも可能である (1196条)。

17) Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Aufl., 1992§44 II, Hansjörg Weber, Kreditsicherheiten, 4. Aufl., 1994 § 13 II

18) Pottschmidt/Rohr, Kreditsicherungsrecht, 4. Aufl., 1992 S. 385 (Rdnr. 988)。このことは担保目的 (Sicherungszweck) が登記されないとも表現される。

19) この性質にもとづいて「物権的に」土地債務と被担保債権とを結合することも認められていない。たとえば, 土地債務はある特定の債権の限度でのみ成立するものとするなど。Vgl. Pottschmidt/Rohr, a. a. O., S.385

20) 1192条1項は「土地債務が債権を前提としないということから, 特段の事情が生じない限り, 土地債務には抵当権の規定が準用される」と規定する。

登記簿土地債務 (Buchgrundschuld) の場合にはかかる事態は生じない。証券土地債務は登記簿土地債務に転換することができ、その逆も可能である。さらに物権の内容変更によって、抵当権を土地債務に変更 (Umwandlung) することができ、その逆も可能である (877条, 1198条)。

さらに土地債務を特徴づける非付従性は、その設定における特殊性のみならず、設定契約当事者間における契約関係にも影響する。金銭消費貸借契約・土地債務設定契約のほかに、土地債務と被担保債権との関係を規定する当事者の合意を必要とするからである。これによって土地債務が担保すべき債権範囲の画定がなされる。実務的には担保目的設定契約 (Zweckbestimmungsvertrag) や、担保約定 (Sicherungsabrede), 目的約定 (Zweckabrede), 担保契約 (Sicherungsvertrag), 目的契約 (Zweckvereinbarung) などと表現されている。以下では便宜上「担保契約」とよび、特に被担保債権の範囲を規定する条項を指す場合には「担保目的設定合意」と記することにする<sup>21)</sup>

これに対して抵当権 (Hypothek) の場合には、付従性にもとづき被担保債権の存立に依存しているので、日本法と同様に担保目的設定合意は、債務法上の担保約定の一部であるのみならず、物権的な設定行為の一部でもある<sup>22)</sup>。土地債務における担保契約は物権行為ではなく、純然たる債務法上の契約にとどまり、これによって担保提供者は、ある債権を担保するために担保取得者に土地債務を設定する義務を負う。したがって担保契約は設定行為の法的原因 (Rechtsgrund) もしくはカウザ (causa) である<sup>23)</sup>

物権そのものとしては債権との法的関連性が断絶されているにもかかわらず

21) もっとも包括的には、担保契約 (Sicherungsvertrag) と称されることが多いようである。担保契約の法的性質については、たとえば双務契約か否かなど争いがあるが、ここでは立ち入らない。例えば Münchner Kommentar, Band.4 Sachenrecht, 2Aufl., 1986, §1191 (Eickmann) Rdnr. 14など参照。

22) Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, Kommentar, 2. Aufl., 1989, S.637 ; Herbert Lohmann, Rechtsprobleme der Globalzweckerklärung insbesondere in Formularverträgen, 1988, S. 5

23) Münchner Kommentar § 1191 (Eickmann) Rdnr. 13

らず、担保契約によって債権担保の機能を実現することから、保全土地債務は譲渡担保 (Sicherungsübereignung) の構成に近似する。そのためこれを他の非典型もしくは権利移転型担保権の形態に含めて、信託的担保 (Sicherungstreuhand) という概念のもとに取り扱われることも多い<sup>24)</sup>

もっともこのように被担保債権が画定ないし特定されるとしてもその範囲は後述するようにきわめて広い。当事者間で現在、もしくは将来発生しうる一切の債権を担保するように合意されているからである。

さらに担保目的設定合意や前述の設定契約がなされるときには、通常の銀行との取引であれば、銀行取引約款やあらかじめ印刷された書面による契約、すなわち定式契約 (Formularvertrag) が利用される。したがって約款による契約の有効性やその法的規制の問題とも関わることになる。本稿の対象とする包括的な根担保条項もその一つである。そこで同条項の検討に先立って、当該約款や定式化された契約書面を概観しておこう。以下では、包括的根担保条項が規定されることになる銀行取引約款 (Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken) と担保目的設定合意について、その法的状況を若干敷衍しつつ整理することにしたい。

## (2) 銀行取引約款

銀行取引約款では、民間銀行 (private Kreditinstitute) について、「民間銀行業界経済団体 (Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe)」が1937年に統一的な約款を出したとされる<sup>25)</sup>。その後、1942年、1955年、1959年、1976年に改定され、さらに翌年施行された約款規制法 (AGBG) との整合性を図っている<sup>26)</sup>。もっとも担保権の被担保債権範囲に関する条項が、い

24) たとえば、Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 16. Aufl., 1993, § 21では、保全土地債務が所有権留保、債権譲渡、譲渡担保等とあわせて説明されている。

25) Jürgen W. Werhahn/Michael Schebesta, Die neuen Bankbedingungen, 1980, S. 17

26) ドイツ法における約款については、枚挙に暇がないが、さしあたり石原全「約款法の基礎理論」(有斐閣・1995年)第2章第3節、河上正二「約款規制の法理」(有斐閣・1988年)第三章以下参照。



つ頃から約款に加えられたかは、必ずしも明確ではない。ここではさしあたり1969年版の銀行取引約款を本稿の対象とすることにしたい<sup>27)</sup>。本稿の検討視角からみて必要十分であるからである。その銀行取引約款19号4項(Nr.19(4))は以下のように規定する。

「銀行に質入れされた、その他銀行に担保として利用される一切の価値あるモノ (Werte) は、それがあつた特定の債権のためにのみ担保として提供された場合であっても、銀行の有する全債権のために責任を負う。ただし他の債権についての責任 (Haftung) が明白に排除されていた場合はこのかぎりでない。」<sup>28)</sup>

したがって、ある一個の特定債権を担保するために土地債務を設定した場合でも、将来生ずる別の債権を担保するものとはしないという特約がないかぎり——そのような特約をあらかじめ締結するということはおよそ現実的ではないが——、銀行は顧客に対して有するすべての債権をこれによって担保することが可能となる。当初、特定債権のために設定された被担保債権範囲がこの条項により「拡張」されるという点に着眼して、このような内容の条項を「拡張的根担保条項」と以下では呼ぶことにしよう。

かかる条項の有効性は、判例・学説ともに従来疑われることが少なかったとされている<sup>29)</sup>が、唯一の例外と言ってよいのはシュミット・ザルツァー (Schmidt-Salzer) であろう。彼は「同条項は無効であるとしなければならない。というのは、ある担保が特定の債権のために設定されているならば、それと正反対の合意がない以上、当該担保は当該債権のみを担

27) Wilhelm Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch, 18. Ausgabe, 1969, S. 7ffによる。

28) Ders., a. a. O., S. 24 ちなみに「価値あるモノ (Werte)」という訳は、高橋弘教授にご教示を得た。ここに記して感謝したい。

29) Lohmann, a. a. O., S. 2 ; Rudolf Liesecke, Die Sicherheiten der Bank nach Nr. 19ff AGB in der neuen Praxis, WM1969, S. 554

30) Joachim Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1971, Rdnr. 227

31) Ebenda.

保するものとの意思表示が推断されるからである<sup>30)</sup>り、「同条項は担保の位置づけにまったく正反対の内容を与えるものであるため、法律行為の（許されない）反転的評価（Umqualifizierung）の事例であって、それゆえ無効である<sup>31)</sup>という。このように彼の判断は土地債務という物的担保の法理から導かれたものではなく、彼の法律行為論<sup>32)</sup>によるものである。

判例は、それにもかかわらず後述判決が登場するまで拡張的根担保条項を有効とする見解を変更していなかった<sup>33)</sup>が、約款規制法施行（1977年4月1日）とともに19号4号が削除されることとなった。削除に至った背景についてヴェルハーンは次のように述べている。

「ドイツ金融業連合会（Spitzenverbände des Kreditgewerbes）<sup>34)</sup>はこの条項を放棄すべきであると考えた。というのは、同条項が場合によっては約款規制法3条（不意打ち条項）、4条（個別的合意の優先）、そして9条（一般条項）に衝突すると受け取られる可能性があるからである。担保提供者が担保をある特定の請求権のために与えるならば、銀行は当該請求権が満足を得ない場合にのみ担保を実行することもあると了解するものであり、かつ銀行の有する別の債権についてもかかる担保がさらに引き当てとなることを、もし望まないのであれば、明確に排除すべきであると予期する必要はない、と（判断した）」<sup>35)</sup>

ドイツの金融業界が、同条項についての約款規制法違反の可能性を危惧して19号4項を削除したということであるならば、それはきわめて興味深い。その事実からしてすでに銀行取引における同条項の重みを示しているものといえよう。さらに、表現が変わっている点については、旧規定では保証責任が把握されない難点があったと指摘されている<sup>36)</sup>保証は価値あるモノ（Werte）ではないからである。そこで、保証責任をも取り込む目

32) Schmidt-Salzer, a. a. O., S.92ff.

33) BGH WM1958, 722; WM1976, 248(250); 1976, 347; 1977, 917(919)

34) 訳語は、後藤紀一・Matthias Voth「ドイツ金融法辞典」（信山社、1993年）による。

35) Werhahn/Schebesta, Die neuen Bankbedingungen, 1980, S.83, 84

36) OLG Stuttgart BB1977, 416

的で、新規定の19号2項は次のように規定する。

2項「何らかの仕方で、どの支店であれ銀行が占有もしくは処分することとなった、またはなるであろう物および権利は、銀行自身に対する顧客の請求権も含めて、銀行が顧客に対して有する、既存の、もしくは将来の—条件付きであれ、期限付きであれ—一切の請求権の担保として利用される。この担保権は、第三者から銀行へ譲渡された、顧客に対する請求権、ならびに、顧客が人的に責任を負う債務を有する会社に対して銀行の有する請求権のためにも存在する。目的物について、銀行が直接占有を有するか、間接占有を有するか、事実上の処分力を取得したのか、法的な処分権限を取得したのかは、問うものではない。」<sup>37)</sup>

かかる規定を先の「拡張的根担保条項」と区別して、「包括的根担保条項」と呼ぶことにしたい。同条項によって将来発生しうる複数・不特定の債権を担保するために、当初設定された土地債務も利用することが可能となろう。またある特定の債権を担保するために設定された土地債務を、契約書面によって他の債権のためにも利用する、したがって拡張的根担保として利用することも可能ではある。したがってそのような事態が発生する余地は十分にあり、またその場合の有効性の問題は決着をみていないままであった。

そのため銀行取引約款のみにとどまらず、当事者の担保契約それ自体の解釈も問われる結果となろう。そこで次に、当事者の契約関係において、

37) 本来、この条項は物的担保のみならず保証の場合にも妥当するものである。また、銀行取引約款や契約書面の条項の解釈に関することから、保証に関する事例において同様の判断の集積 (BGH WM1981,5 ; Dieter Rehbein, Neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Burgschaft, Festschrift für Winfried Werner, S.701) もあり、したがってそのような法分野の影響も視野に入れるべきではあるが、記述の便宜上本稿では保全土地債務の被担保債権範囲の制限に密接に関連する判決例に焦点を当てることにしたい (もっとも必要な範囲で保証の事例も取り上げることがある)。

本稿の対象としても問題となる担保契約を検討する。

### (3) 担保契約

担保契約によって土地債務と消費貸借契約によって生ずる貸金債権との関連が規定される。被担保債権範囲を確定することにその合意の主眼があると言ってよいが、このほか関連する規定も少なからず見られる。いささか長くなるが、担保契約全体の見通しを得るために、以下にコメルツ銀行 (Commerzbank) のひな形全文を提示しておこう。<sup>38)</sup>

「土地債務に関する目的規定の合意および補充的合意」

コメルツ銀行株式会社—以下銀行と記す—のために、付随する権利すべてを含めて、設定され、もしくは譲渡された土地債務、すなわち

- 1 … ドイツマルク… 登記簿 … 巻 … 用紙 … (4)部 … 番号
- 2 … ドイツマルク… 登記簿 … 巻 … 用紙 … (4)部 … 番号
- 3 … ドイツマルク… 登記簿 … 巻 … 用紙 … (4)部 … 番号

—以下では土地債務と記す—

について、以下の諸規定が適用される。

1. 土地債務ならびに人的責任の引受は、( ) 【受信者の名前・住所】  
— 各人に対して、もしくは両方ともに — に対して、国内・国外すべての営業所を含む銀行が、取引関係 (Geschäftsverbindung) に基づいて、とくに継続的計算、一切の信用供与、保証、譲渡されたもしくは制定法により移転した債権ならびに手形 (第三者から譲り受けたものも含む) にもとづいて有する現在の、および将来の一条件付きであれ、期限付きであれ—請求権のすべてを担保するために役立てられる。受信者における権利者の交代、権利形態の変更、もしくは権利の承継の場合には、新たな受信者との将来の取引関係から生ずる請求権もまた担保される。
2. 土地債務によって担保された債権の利回りについては、— 登記された土地債務の利率とは関係なく —、合意された利率か、合意がなければ民法 (B G B) 315条の認める範囲内で銀行の規定する利率が基準となる。
3. 担保が設定された所有地上に存在する建物 (Gebäude)、施設 (Anlagen) および従物 (Zubehör) は、通常の危険に対して、ならびに、銀行にとってそれ以上に保険保護が必要と思われる者に対して、自己のもしくは他人の計算で、あるいは、

38) Georg A. Puplick, Rechtsprobleme der Sicherungsvereinbarungen bei Grundschulden, 1987, 285ff. による。このほか、ドイツ銀行 (Deutsche Bank)、貯蓄銀行 (Sparkasse) 等多数に上るが、いずれも内容的にはほぼ同様の規定を有しているとみてよいであろう。

問題となる当人のために、土地債務による負担が継続する期間中、その全額について保険による保護が与えられる。保険料は、私／私達【注 担保提供者もしくは保証人を指す】が支払う。

現存する、もしくは将来締結すべき従物に対する保険に基づいて、各保険者に対して生ずる請求権は、この書面により第一条に合意された担保目的のために、銀行に質権が設定される。私／私達は、保険者にこの質権設定の件について通知する。私／私達が、担保目的物に十分に保険を掛けない場合、あるいは保険料を遅滞なく支払わない場合には、銀行は、私／私達の危険と負担において、これをなすものとする。

4. 銀行は、土地債務の管理もしくは換価の際に必要な情報、証明、証書の一切を請求することができる。銀行は、かかる情報、証明、証書を官庁、保険者、金融機関その他の第三者からも受け取ることが許される。

5. 銀行は、その受任者を通じて何時にても担保が設定された土地、建物、施設ならびに従物を視察させ、担保が設定された土地に関する書類を閲覧させることができる。受信者が遅滞した場合には、銀行は担保が設定された土地、建物、施設ならびに従物を、場合により購買予定者ととも視察させることが許される。

6. 銀行は、担保が設定された土地の部分、ならびに土地の従物を土地債務による負担から免除することができ、またその順位の変更を承認することができる。そのことはまた、返還請求権が第三者に譲渡された、もしくは譲渡される場合にも妥当する。土地もしくは土地の部分からの免除によって共同責任にもとづき発生する損害については、銀行は重過失あるときのみ責任を負う。

7. 受信者のなす弁済の一切は、もっぱら土地債務によって担保された債権へと充てられる。

8. 受信者が遅滞に陥った場合、銀行は、強制執行の方法で満足を得ることができる。銀行は、土地債務をその普通取引約款の基準に従うことによっても譲渡することができる。銀行は、その債権の完全な満足に至るまで換価金を、何時でもそこから満足を得る権利があるにもかかわらず、純然たる担保として保持することができる。

9. 現在において、ならびに将来、他の土地債務が当該土地債務よりも先順位になるか、同順位になる場合、一すでになされていない限り一銀行に譲渡されるのは、  
a) 先順位もしくは同順位の土地債務や土地債務の一部、および利息に対する返還請求権、ならびに消滅認諾を求める請求権、放棄の意思表示を得る請求権、被担保債権不存在の意思表示を得る請求権、ならびに換価の場合における剰余金の支払請求権、

b) それが、全部もしくは一部他人に帰属する限り、a) 項に記した請求権の返還請求権、

c) 証券土地債務の場合には、土地債務証券の交付請求権、ならびに一部証券作成のためになされる、土地登記所における土地債務証券の閲覧請求権である。

銀行は、前述の、譲渡された諸請求権満足のために必要な一切の意思表示がなされることを請求することができる。土地債務返還請求権、価値代替物の請求権、銀行に譲渡された先順位もしくは同順位の土地債務ならびに利息、ならびに剰余金は、

かかる意思表示の諸規定がその内容に即して適用されるという基準に従いつつ、第一条に規定する諸請求権のための追加的な担保として銀行のために用立てられる。

10. 被担保債権の全額が消滅した後は、銀行は、土地債務、利息、第9条による別の担保を、それらが銀行によって請求されない限り、私／私達の指示により解放しなければならない。

補充的に、すべての営業所において閲覧でき、求めに応じて送付される普通取引約款が適用される。

(場所・日付) (担保提供者の署名)

(場所・日付) (上記署名者と同一人でない場合、人的責任の引受人の署名)

上記署名について、規定通りであることを確認する。(営業所のスタンプと署名)

以上規定されているのは、土地債務の被担保債権の範囲(第1条)、被担保債権の利率(第2条)、担保目的物件の付保(第3条)、土地債務の管理や換価の際における情報提示や閲覧等の請求権と第三者に対する請求権(第4・5条)、担保目的物の負担の解放権と土地債務の順位変更権(第6条)、弁済が被担保債権に充当されることの確認(第7条)<sup>39)</sup>、担保取得者の換価権と譲渡権(第8条)、他の先順位もしくは同順位の土地債務に対する返還請求権等の譲渡を受ける権利(第9条)、被担保債権全部の消滅における担保の解放義務(第10条)である。あわせて普通取引約款の取り込みを規定しているので、同約款の内容と関係して問題となりうる。

さて、本稿の対象は第一条の規定であり、一般に担保目的(Sicherungszweck)あるいは目的合意(Zweckerklärung)と呼ばれる。担保契約全体の中でも中枢的な位置を占めるものである。先にみた旧銀行取引約款19号4項では債権の種類・範囲等については無限定であったが、ここでは「取引関係(Geschäftsverbindung)」に基づいて生ずる債権という限定が付加されている。

しかし他方において「取引関係(Geschäftsverbindung)」の理解の仕方

39) ドイツ民法では、土地債務自身への支払という観念が成立する。したがって債務者の弁済は、被担保債務に向けられる場合と土地債務に向けられる場合とがある。後者の場合には、弁済によって土地債務そのものが完全に消滅するのではなく、所有者土地債務(Eigentümergrundschild)が成立する(Vgl., Baur/Stürner, § 44 VI)。したがって、担保契約の第7条の規定によりこの可能性が排除されることになる。

によっては被担保債権範囲がほとんど無限定，したがって限りなく包括根抵当に近い存在ともなりえよう。そして銀行取引に明るくない担保設定者にとっては，予想もしなかった債権が被担保債権の範囲に取り込まれる可能性が生じうる。かかる事態は，保証債権の取り扱いを対象としてみられたわが根抵当権の被担保債権範囲論に近似した状況が生じているとみることができよう。この契約条項の解釈について画期となった連邦通常裁判所判決が1982年に登場しており，注目されたことは前記の通りである。次にこれを取り上げることにしたい。

### 三 包括的根担保条項に関する判決

もともと連邦通常裁判所（Bundesgerichtshof，以下，BGHと記する）をはじめとしてドイツの裁判所は，拡張的根担保条項について，特にそれを除外する旨の明白な意思表示がないかぎり，ある特定の債権の担保のためにのみ設定された場合であっても，銀行取引約款19号旧規定を疑問視することはなかったとされている<sup>40)</sup>。包括的根担保条項についてもただちに無効とは判じていない。学説上は前述したシュミット・ザルツァーの無効論があったものの，シュトゥットガルト上級地方裁判所<sup>41)</sup>（1976年11月26日判決）が保証の事例で同規定を限定的に解釈することがあった程度である<sup>42)</sup>。基本的には，土地債務の被担保債権範囲に関する包括的合意について，そもそも無効となりうる事態を想定してはいなかったものといえよう。

<sup>43)</sup> このような状況のもとで，次に見るBGH判決が出されたのである。

40) BGH WM1958, 722f.; WM1976, 248(250); 1976, 347f.; 1977, 917(919)

41) OLG Stuttgart BB1977, S. 415f.

42) 同事件では保証が，前述銀行取引約款19号4項でいう担保に入らないと判示し，同規定が保証契約内容とならないと判断している。

43) そのような指摘をするのが Birger Brandt, Die weite Sicherungszweckerklärung im Formularwesen der Kreditinstitute bei Personenverschidenheit von Sicherungsgeber und Darlehensnehmer, Diss. Kiel, 1991 S. 50。もっともこれは土地債務を対象とした判例に限定される。保証・譲渡担保等の担保に関しては別途検討する必要がある。

・連邦通常裁判所第5民事部判決 (V. Zivilsenat. Urt. v.29. Januar 1982, 以下 B G H 判決と記する) BGHZ 83, 56f.; NJW 1982, 1035; WM1982, 290

(1) 事実関係

貯蓄銀行Yは、1966年Aらに「緊急の農業経済上の措置、並びに食糧経済上の措置を推進するため」金利優遇措置のある、用途制限付融資（3万5千マルク）を行った。その貸付債権の担保のために、XはYのため自己所有地上に土地債務を設定し（土地債務金額3万5千マルク）、かつAらとともに保証責任をも引き受けた。事前印刷された証書の中に、「土地債務は、YとAらならびにXとの間の取引関係から生ずる、とりわけ消費貸借、交互計算取引、手形、保証の引受、譲渡、もしくは法定の債権の移転などから生ずる現在および将来の請求権一切の担保のために利用される」との条項（包括的根担保条項）が入っていた。この貸付債務は全額返済されたが、AらはYからさらに4万5千マルクの貸付を受けた。Yはかかる貸付債務を原因としてXに請求した。

地裁ではX敗訴。控訴審では、貸付が返済された後には、担保目的は欠落したとして、土地債務はYとAらとの「取引関係から生ずる現在および将来の請求権のいっさいの」担保のために用いられるとの条項は、両方の当事者利益を考慮するならば、不当な（unangemessen）ものであり、それゆえ民法242条により無効であると判示したが、X上告。

(2) 判旨

事案では公正証書が作成された契約であったが、これを約款と法的には同視される定式契約とみなされうるとして、当該包括根担保条項は、土地債務は普通取引約款規制法施行前に設定されているので、民法242条の有効性コントロールに従うとする（約款規制法28条1項）。

44) ここで引用された判決は、BGHZ17,1,3; 38,183,185; 54,106,109; 75,15,20; BGH BB 1976, 157である。



「すなわち、不当に (unangemessen) 一方当事者の利益が契約相手方の負担において追求するような定式契約の条項は、それを契約相手方が、その種の取引における信義誠実の原則に照らして予期する必要がなく、衡平の見地からそれに関与させられる必要がない場合には、法的に無効となることがあるという判例に対応している<sup>44)</sup>。法的に素人である契約相手方は、契約締結の際に多くの場合、しばしば包括的であり抽象的に表現された諸条項を、その具体的な効果に至るまで評価することはできないであろう。それゆえ自分が一括して同意した、相手方によってあらかじめ定式化された取引約款または定式契約の諸条項は、同種の法律行為において通常であり、彼が想定できる諸条項からあまりにも大きく異なるものではなからうと信頼してよいとしなければならない<sup>45)</sup>」と一般論を述べる。

そして具体的事案に関連して、「他人の、さらに使用目的が特定された、金利優遇措置のついた消費貸借を担保するために、与信者のために所有地上に土地債務を設定する者は、交渉による別段の合意がない以上、衡平の見地からみて、土地債務が貸付債務者と貸付債権者との間の継続的な取引上の結びつきから生ずる、将来の債権一切の担保に利用されるということまで予想する必要はない。そのような担保目的の拡張は、取引動機 (Anlaß) の枠外にある。Yは、それによってAらとの将来の取引のために、担保提供者の負担において、すなわちXがそれに対応するような経済的な利益を得ることは全くないにもかかわらず、担保を獲得しようとするものである。当該事案においては、土地所有者が利用されることへの危険性は、それゆえきわめて大きいであろう。というのは、土地債務は金利優遇措置のつかない、受信者にとってより強く負担のかかる貸付のためにも用いられるだろうからである。将来、債権が担保されるかどうかということは、担保提供者が認識できることでもなければ、これを左右できるものでもない。Yが債務者に新たな消費貸借を与え、彼から手形を取得し、債務者に

45) ここで引用された判決は、BGH WM 1978, 491である。

対する債権を譲渡させるなどして、そのために予想できない期間にわたり土地債務を担保として行使するということを避けることができない。かかる事情を考慮するならば、そのような条項は、たとえそれが銀行との取引において通常であるとしても、衡平の見地から担保提供者が考慮に入れなければならないようなことではない」とする。さらに、公証人が担保目的についての条項を読み上げて、Xに知らしめたという事実によっても、「その無効が排除されるわけではない。抽象的な契約文言の単なる読み上げは、Xのような法的な素人が彼にとって不意打ちとなる条項の射呈と効果を、完全に理解することへの保証を与えるものではない」として、Xの上告を棄却した。

### (3) 判決の論理構造

このように本件では、金利の優遇措置の付いた特定債権のために設定された土地債務が、すでに弁済によって本来の担保目的は消滅しているのに、包括的根担保条項を利用して、他の債権についても土地債務を利用したという事実関係である。したがって実質的にその条項の内容は拡張的根担保の機能を有していることになろう。判決ではこのような将来の債権一切への拡張が承認されなかった。

判決の論理構造は次のように要約できよう。その判断の前提には、民法242条の解釈として「不当に (unangemessen) 一方当事者の利益が契約相手方の負担において追求するような定式契約の条項」が「その種の取引における信義誠実の原則に照らして予期する必要がなく、衡平の見地からそれに関与させられる必要がない場合」に無効となることがあるという判例である。それゆえ一方的に不利な内容の条項は、法的素人の予想できる範囲を超える場合に無効となりうる。法的素人が予想できる範囲とは、金利優遇措置の付いた特定債権の担保設定 (取引動機) によって確定されるのであって、将来債権のすべてを担保するという拡張はこの範囲 (取引動機) を越えるものである。

しかしこの範囲を越えるか否かの判断基準は二つある。ひとつは相手方の認識可能性であり、もうひとつは衡平の見地にもとづく考量である。法的素人は担保範囲の拡張を予想できないとの判断は認識可能性の問題である。衡平の見地にもとづく考量として判断されたファクターは、担保範囲の拡張に対応する経済的利益がないこと、金利の高い債権が被担保債権範囲に入るといふ不利益、そしてそのような事態に対して担保提供者自身に関与できないということである。

もっとも、事例においては以上のファクターは全部存在するものとの判断がなされているが、どれかひとつでも欠けた場合には不当性評価はできないのか、あるいはその場合でも不意打ち効果を認めることができるのか、そしてそのように考察していくなれば、そもそも不当性の評価と不意打ち効果の評価はどのような関係にあるものと理解すべきなのか、という疑問が生ずる。事案に対する解決を与えるという側面からすれば、ただちに批難されるべきいわれはないが、判決はこのような疑問に対して説得的な説示を与えてはいない。

そして、以上の判断と銀行取引における慣行ならびに公証人の関与との関連がある。取引動機を越えるものとの判断は、慣行によって覆されるものではない。さらに公証人の教示によっても法的素人の認識可能性が広がるわけでもないとしている。

注意すべきは、ここでは土地債務の物権法的性格はなんら考慮に入らないということである。その抽象性ないし独立性は、認識可能性や衡平の見地からの考慮においては機能しない。もっとも抵当権の場合は、基本的に付従性の原則にもとづき債権範囲が確定されるため、このような考慮を働かせる余地がほとんどない。これに対して、土地債務には付従性が存在しないので、むしろ法律行為の側面からコントロールする必要性が生ずることになる。

#### 四 学説の評価

先に見たように、BGH判決は土地債務の設定による担保契約について、初めて無効との判断を下したものであり、とりわけ定型的処理を重視する金融実務界に少なからぬ影響を与えたであろうことは容易に推測できる。多大の混乱を引き起こしたとの評価も見られたことははじめに述べた通りであるが、ここでは文献に現れた注釈・批評などから同判決への評価を探ってみたい。

元来、BGH判決が出る当時までは、シュミット・ザルツァーを例外として、このような書面による目的合意の不意打ち効果を特に問題視した見解は少なかったが、それ以降いくつかの文献が出ている。以下、各論者の主張をその内容にしたがって大きく三つに分けて、(1)有効性、(2)事案の特殊性、そして(3)判断基準の各々に分類して整理することにしよう。(1)では包括的根担保条項それ自体の法的効力に関わる議論であり、不意打ち効果や不当性の評価のほか慣行論もあるが、議論の性質からみてこれらはここで一括して扱う。(2)では従来判例との関係で、BGH判決をどう位置づけるかが問題となる。そして(3)では不意打ち効果や不当性を判断する際の具体的な判断基準を対象とする。

##### (1) 有効性

ロハー (Locher) は、包括的根担保条項は銀行業界 (Bankgewerbe) では日常的 (üblich) であるから、通常でない (ungewöhnlich) ものと評価されない<sup>46)</sup>として、不意打ち効果を有するものではないと判断し、それは現在 (1980年段階) の約款規制法の下でも同様であるとする。BGH判決以前の判断で、しかも保証事例についての言及であるが、銀行業界での慣行

46) Horst Locher, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1. Aufl., 1980, S. 46

47) Ders., Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., 1990, S. 52

48) Staudinger/Schlosser, §3 AGB-Gesetz, 12. Aufl., 1983 Rdnr. 29

を重視していることが看取できる。この立場からは包括的根担保条項の有効性が導かれることになるが、10年後に出された第2版では先の記述がまったく脱落している<sup>47)</sup>。理解にやや苦しむが、改説しているかもしれない。

これに対して、シュロッサー (Schlosser) は、担保が特定の目的 (債権) のために給付され、あらかじめ印刷された担保契約の一部において当該担保がその後与えられる信用のすべてにも及ぶと規定するならば、不意打ちとなる、とする。またそのような書面における取り扱いが銀行実務において日常的 (üblich) であるとしても、それは何の意味もない<sup>48)</sup>。そのような追加的変更 (Zusätze) ——本稿でいう拡張的根担保条項——は、「特別に不動産担保権の特性を理由として、あるいは銀行融資の特性を理由として正当化できるものではない」<sup>49)</sup>、とする。彼によれば、ロハー (第一版) と異なり、銀行取引における慣行はそれだけで妥当性を有するものではないのである。

ウルマー (Ulmer) は、「第三者の給付する担保が現在および将来において主債務者に対して銀行が有するすべての債権に拡張されるとするのは、非通常 (ungewöhnlich) であり、とくにそのことを指示しない場合には不意打ち (überraschend) である」<sup>50)</sup>としており、その一事例として前記BGH判決を引用している。したがってそのような事態が生じた場合には、原則的に判例では同判決のごとく取り扱われるものと理解しており、かつその結論に同意しているように思われる。

またレーバイン (Rehbein) によれば、問題は第三者によって担保が提供されたということではない。むしろ「土地債務が特定の融資の担保のために設定されながら、特に広範囲の担保約定を指摘されることなく、それゆえ第三者に生じうる具体的な危険について教示されることがなかったことにあ」<sup>51)</sup>り、この不意打ち効果は金融機関の負担に帰されるべきである

49) Ebenda.

50) Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 6. Aufl., Rdnr.26, S.228, 229.

51) Ebenda.

としている。他にも、保証を引き受ける場合や、社員が会社の債務のために自己の土地に土地債務を設定するような場合に同様の事態が生ずる。特定の融資をきっかけとして、担保目的が取引関係全体に拡張されうるからである。もっとも、レーバインは、判決が特殊な事案を取り扱っているという認識から、包括的根担保条項の有効性に関して原則的な判断を示したと考えてはいないことに留意すべきである。この点は後述する。

レーバイン同様、ローマン (Lohmann) も不意打ち効果に着眼する。彼によれば、BGHの判断の根拠は、衡平の観念 (Billigkeitserwägungen) と担保提供者にとっての経済的利益の欠如とともに、当該条項の非通常性 (Ungewöhnlichkeit) にある<sup>52)</sup>。特定の目的に拘束された貸付の供与が担保設定の基礎にあったことをBGHはたびたび指摘し、加えて金融機関が包括的根担保約定の存在を担保提供者に示唆することなく、さらにその条項から生ずる具体的な危険をも教示することがなかったということを非難したのである。したがってBGHは不意打ち効果を問題にしたのであって、目的合意の、内容上の不当性 (Unangemessenheit) を問題にしたのではない。不当性というものは銀行側が特にそれを指示したとしても、これを除去し得ないであろうからである<sup>53)</sup>。

ライスマンは (Reithmann)、当初BGH判決に賛同しているようであった<sup>54)</sup>。その論理は約款規制法施行後においても妥当することになる<sup>55)</sup>。ただし判例の説示に忠実であって、積極的な論述は見られない。彼は公証人 (Notar) であることからその教示 (Belehrung) 義務に比較的論述の重心が置かれている<sup>56)</sup>。

当該条項をもっとも厳しく批判するのが、譲渡担保理論から同判決を取

52) Lohmann, a. a. O., S. 47

53) Ebenda.

54) Reithmann, WM1985, S.447

55) Ders., Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 29.1.1982, DNotz1982, S.318 ; ders., a. a. O., S. 445

56) Ders., DNotz1982, S. 318

り上げたゼーリック (Serick) である。彼によれば、包括的根担保条項を「信託的な担保約定の本質的特徴に合致しないもの」<sup>57)</sup>として、「個別的約定としてももちろん無効」<sup>58)</sup>である。まさに「当該条項は、担保提供者の負担において担保の返還請求権の発生を時間的に予想し得ない領域に迫りやるものであり、そのことによって信託 (物) とまったく合致し得ない仕方、担保取得者に信託的にのみ譲渡された信託物を自己の有利に固定化するものである」<sup>59)</sup>。そしてBGH判決よりも一步踏み込んだ判断を呈示していることが注目される。たとえば「取引関係にもとづいて (aus der Geschäftsverbindung) 生ずる債権」という限定、さらに「銀行取引 (die bankmäßige Geschäftsverbindung) にもとづいて生ずる債権」という限定が付加されているとしても、同条項は無効であるとする。ただし、担保提供者と受信者とが別人であれば、取引関係を終了させることができるのは受信者のみであって、担保提供者にはその機会が与えられないことになるからである。ゼーリックは保全土地債務を信託的に構成する立場であり、その観点から考察していることは言うまでもない。

## (2) 事案の特殊性

(1)において取り上げた諸見解は、条項そのものの有効性を論じていたが、それとは別個に、あるいは当該条項の有効性を判断する前に、事案の特殊性を重視する見解がある。特殊な事案を取り扱っているために、包括的根担保条項が無効とされても、従来の判例の変更とはならないとする見解である。

レーバインは当該事案の「極端な事実関係 (extreme Fallgestaltung) を考慮するならば賛同に値する」<sup>60)</sup>という。彼は特定の (金利優遇措置の付

57) Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band V, 1982, § 58 VII 5, S. 183

58) Ders., a. a. O., S.184

59) Ebenda.

いた) 債権を担保するために設定されていながら、その債務が消滅した後  
に、さらに別の融資による債権の担保のために利用されるという特殊な状  
況を重視しており、同判決はおよそ包括的根担保条項の廃棄を語ったもの  
ではないとしている<sup>61)</sup>。同判決は包括的根担保条項を有効であるとしてき  
た従来判例を引用しているからである。

ルヴォウスキー (Lwowski) は、同判決が個別事例における判断であっ  
て、そのような無効判断は特別な、常識外れの (ausgefallen) 事態に限定  
されるものであると理解している<sup>62)</sup>。そして、前述したゼーリックの結論  
が極端であるとして反対する。そして、ゼーリックからの批判、すなわち  
無期限に担保提供者の負担で契約関係を解消させられないという点に対し  
て、「継続的債務関係」を想定して、解除権を付与することで対処しよう  
とする<sup>63)</sup>。

他方、このような事案の特殊性を重視する見解に対して、クレメンテ  
(Clemente) は次のように反論する。まさしくそのような評価は銀行サイ  
ドに立つものであるが、もしもBGH判決が個別的な(事例における)判  
断をしたにすぎないとすれば、そもそもBGHの公式判例集に掲載される  
ことはなかったはずであろう<sup>64)</sup>。彼によれば、同判決は警告的効果  
(Signalwirkung) を持っているのであって、担保提供者が受信者と別人  
格である場合には、原則としてBGH判決が妥当するのである<sup>65)</sup>とする。  
したがってクレメンテによれば、BGH判決の射程を限定的に捉えようと  
する理解とは異なり、同判決は担保提供者と受信者が異なる場合の原則的  
な態度表明であるとみることになる。シュネル (Schnell) も事案の特

60) Rehbein, Anmerkung vom Urteil des BGH v. 29JR1982, S.453

61) Ebenda.

62) Lwowski, a. a. O., S. 19

63) Lwowski, a. a. O., S. 22 ; ders., ZIP 1983, S. 759 ; Scholz/Lwowski, Das Recht der  
Kreditsicherung, 6. Aufl., Rz. 194, S.194; Wegner (Sparkasse 1983, 221/224) も、従来  
の包括的な土地債務の担保を変更するきっかけを与えるものではないとする。

64) Clemens Clemente, Die Sicherungsgrundschuld in der Bankpraxis, 1985, S. 18

65) Ebenda.



殊性を重視する見解を「誤った解釈 (Fehlinterpretation)」であるとする<sup>66)</sup>

もっともこれは決定的な対立点にはならないとも言える。というのは同判決が特殊な事案であるとしても、本稿の対象である拡張的根担保という同種の事案については同判決の法理が妥当するであろうし、このことをレーバインやルヴォウスキーも認めざるを得ないであろうからである。事案の特殊性は同種事案の増加によって一般化しうるものである。したがって事はその後の判例の展開次第とも考えられるが、このような評価が生ずるのも、同判決が従来判例からは出てこない判断であることを裏書きしているものと言えよう。

### (3) 判断基準

以上の諸評価に関連して、あるいはもっと踏み込んで、判断基準を当事者の個性・人的要素または債務者との関係に求めるべきであるとする見解が見られる。これは不意打ち効果の判断に際して、その基準を提示するものである。この場合には、設定者個人の属性という判断基準と、債務者との個人的ないし経済的關係という判断基準の二つにわかれる。

設定者個人の属性に関しては、土地債務設定者が法的に素人であるか否かを重視するのがヴォルフ (Wolf) である。包括的根担保条項が非商人 (Nichtkaufmann)<sup>67)</sup> に対して使用されて、取引の全体的な状況に応じて、担保約定 (Sicherungsabrede) により具体的な取引関係に基づいて生ずる債権の一切が包括的に被担保債権範囲に取り込まれる場合には不意打ち的である、とする<sup>68)</sup>

66) Claus Schnell, Die formularmäßig erweiterte Zweckerklärung bei Grundschulden, 1993. S. 11  ただし、シュネルは、BGH判決以降の展開に関する研究から論じているのであって、彼の見解を1982年前後の状況下で判断した先の諸見解と同列に並べるのは問題があろう。ここではそのような説もあることのみ指摘するにとどめる。

67) Kaufmannという語をさしあたり「商人」と訳出することにする。もっとも商法の適用のある商人としての位置づけができるかどうかはなお検討を要するであろう。この文脈では、法的な素養ないし経験があるか否かが基準となっている。

債務者との個人的ないし経済的關係に関して、フォン・ヴェストファレン (von Westphalen) は、個人的なつながりのある人や法人が担保提供者である場合には、たんなる偶然の第三者と同様に扱えない、その場合担保提供者と貸付債務者との關係は密接であり、広範圍の目的約定は不意打ち的ではないとする<sup>68)</sup>。このような判断の背景に包括根担保条項を基本的に承認する態度がある。それは約款規制法との關係でなされている<sup>70)</sup>が、その理由付けは約款規制法の存在如何に関わらないので、ここで取り上げることも許されよう。同条項は、銀行の承認された要請——土地債務の設定の際に、土地債務が責任を負うべきものとされる一切の債権を把握するという——に対応するものであり、それによって「顧客のためにも多大の融通性 (Flexibilität) が達成される」<sup>71)</sup>すなわち、土地債務設定時点ではまだ予測できなかった銀行・顧客間の新しい債権が、たとえば「取引上の結びつき (Geschäftsverbindung)」から生ずるとき、顧客にとっても有利であるのは、かかる債務がすでに設定された土地債務によって把握される結果、新たに別の担保を追加して設定する必要がないということである。要するに、しばしば使われる「融通性 (Flexibilität)」という概念は、土地債務によってすべて担保されるように解釈されるならば、その都度あらためて別の担保を調達するという労が省かれるということにあらう。このような認識に立つことから、フォン・ヴェストファレンは、非商人の取引であれ、商人間の取引であれ約款規制法の3条の不意打ちには当たらないと判断する。BGH判決の事例は、このような原則的判断に対する例外として位置づけられている。前述の担保提供者と受信者との關係を個人的ないし経済的關係によって分類する手法は、以上の判断に基づいているのである。

前二者の判断基準をともに取り入れているのがローマン (Lohmann) で

68) Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGB-Gesetz, 1984, Rdnr.66

69) Graf von Westphalen, ZIP 1984, S.9f.

70) Ders., a. a. O., S. 8

71) Ebenda.

ある。彼は、不意打ちとなるかどうかの問題は担保提供者の人格と切り離して答えることができないという<sup>72)</sup>。その際に考慮すべき点は、担保提供者が商人 (Kaufmann) であるか、もしくは仕事上経験がない素人 (Laie) かということ、ならびに担保提供者と受信者との人間的なもしくは経済的な関係であるとする。後者においては土地債務設定者が受信者と別人である場合を指している。

もっとも以上の見解は、必ずしもBGH判決の評価そのものではなく、その後の判例の展開から形成されている部分が少なくとも見られる。特にローマンがそうである。したがって究極的にはBGH判決以降の判例の動向と関連させて検討する必要もあろう。

#### (4) 小括

以上の学説の評価をここで要約しておこう。

第一に、包括的根担保条項の有効性に関しては、主として不意打ち効果の有無に関して議論が展開されていた。これは現行約款規制法の下では3条の解釈問題であるが、もともと信義則の適用領域の一つとして考察するものであって、約款規制法固有の問題領域であるとはいえない。実際、BGH判決はドイツ民法242条の解釈として論理を展開している。

そして同条項を無条件に有効であるとする説は少ないか、もしくはほとんど見られないということである。これを銀行の慣行とみて不意打ち効果を持たないとしたのはロハーであったが、彼自身見解をその後維持しておらず (改説か)、またロハー以外の学説は何らかの基準で不意打ちとなりうるとしている。

第二に、BGH判決の事案を特殊であるとする見解が見られたが、例外的な事態を取り扱ったものとは言えないとする見解もある。しかしながら大きな対立点とみるべきものではなかった。これについてはその後の判例が

72) Lohmann, a. a. O., S. 51

同判決をどのように理解するかという観点からあらためて検討できるものである。

第三に、不意打ち効果の判断基準を取引当事者の個性ないし属性（法的に素人であるか否か）に求めるかどうかという点である。ヴォルフならびにローマンは当事者、とくに土地債務設定者の職業を問題とし、商人（Kaufmann）であるか否かを基準としている。非商人である場合、将来の危険の認識可能性がなく、その者にリスクを負担させる結果となることを問題とするのである。そこでは当該条項が金融取引の上で慣行となっているか否かは問題にならず、当該条項が慣習となっているか否かが論じられることもない。いずれの基準も現在では約款規制法が制度として有する判断基準の適用である。そこでは、当該条項が同法3条により不意打ち的となるのか、かつ（もしくは）同法9条により不当な（unangemessen）のか、が究明されることになろう。したがって、約款法の解釈適用の問題と密接に関連してくることになり、これはその後の判例の展開とも合わせて検討すべき問題であろう。

## 五 まとめに代えて

### (1) 残された課題

以上のように土地債務の設定に際して締結された包括的根担保条項に関して、はじめて無効の判断を下したBGH判決とこれに対する学説の評価を見てきた。その中には同判決が従来の判例を明確に変更したとは理解できないとした少数意見もあったが、ほとんどの学説は従来にない新しい判断と考えることが明らかになった。少数意見ですら、その見解を維持していない現状では、やはりそれ以前では有効視されていた包括的根担保条項について無効判断を示した判決として、ひとつの転換点となったものと評価すべきであろう。しかも包括的根担保条項が取引上慣行となっていたとしても、無効判断の妨げとはならないとしている。慣行の有無の判断が

より強く慣習法であるか否かという点にまでは及んでいないが、その点はさして問題ではなからう。客観性を重んずる取引の安全のレベルを重視するのではなく、個別取引の衡平の観点から具体的妥当性を確保する可能性が示唆されていると理解することができ、それでさしあたり十分である。

そうであれば問題はいかなる場合に無効となるのか、という基準であろう。すなわち不意打ち効果の有無のみならず、不当性の考慮は働かないのか、その場合に両者はいかなる関係に立つのか、各々の判断に際して考慮される具体的事情は何か等、検討すべき点は多い。約款規制法ではなく、ドイツ民法242条に依拠してBGH判決では、これらの点については実はさほどに整序されてはいなかった。もっとも事案からして、考慮すべきファクターはほぼ揃っていたとも判断でき、事件の解決という観点からみてあえて整序される必要もなかったのかもしれない。したがって前述の検討すべき点の考察には事例の集積を必要とするのであって、その後の判例の展開をみなければならないであろう。また考慮すべきファクターの類型化も必要となるであろう。

それについて付言しておくならば、担保提供者の経済的利益が担保範囲の拡張に対応していたかという視点（不当性の一要素）からも考察していたことに留意しておきたい。言うまでもなくその考察方法は、いわゆる消費者保護という枠組みとは全く別個のものであり、とくに弱者に対して保護を与えるという観点によるものではない。基本的に対等当事者間のバランスの問題として考察されているといえよう。このような対価的均衡を包括的な物的担保による契約においても考慮する余地があることを——当然といえば当然ではあるが——BGH判決は示唆したと理解したい。これは日本法における考察においても示唆的であると考えられる。

## (2) 日本法への示唆

以上のように判例研究としてはBGH判決以降の検討を必要としているが、さしあたり現時点で指摘できる点を述べるならば、ドイツにおいては

問題が法律行為論として考察されていたことである。衡平の観点、対価的均衡、相手方の認識可能性などの諸要素は、ドイツ民法242条の信義則から出てくるものであって、物権法理そのものからは直ちに出てこないからである。問題の考察においてそもそも抵当権および土地債務の条文はまったく関係していないのである。これは担保目的の合意が債務法上の契約であることによる。

これに対して日本は比較的整備された根抵当法を持っている。そこでの詳細な条文規定は、ほとんど具体的な規定を持たない土地債務に比べて優れているとの評価も可能であろう。しかし逆に詳細な規定を有することから当該規定の解釈に終始する結果、かえって担保取引全体からの考察がおろそかになっていはいはしないか。最初に述べた「銀行取引」によって生ずる債権を被担保債権範囲とする議論においても積極説をとる立場にその傾向がみられるように思われる。「銀行取引」によって生ずる債権の範囲のみ考察するのではなく、むしろ当該担保取引を始めるに至った動機、成因、あるいは当事者の追求する取引目的等を解釈論としても考慮する余地を与えてよいであろう。これは従来の枠組みからいうならば、物権法理そのものから導き出すという方途よりも契約解釈もしくは広く法律行為論から考察する可能性を示唆しているように思われる。

もっとも積極説においても信義則や権利濫用などの一般条項を柔軟に適用する可能性は否定しているわけではないから、理論的な問題はないとの反論も可能であろう。議論としてはそれも成り立つように思う。しかし、例えば日本民法177条の第三者の範囲論において背信的悪意者排除論が確立されてきたように、当初の一般条項による例外的判断が次第に無視できなくなり、これを当該物権法理に取り込むに至ることも十分にありうることである。前述のように根抵当権においても手がかりは法律行為論ないしは契約解釈であるが、将来的には被担保債権範囲論として構成する余地があると考えたい。

さらに、本稿の対象ではないが、例えば他人のために土地債務を設定し

た第三者が人的責任（保証）を負う場合に、不当な不利化に該当するとの議論がドイツにおいてもある<sup>73)</sup>。そこでは物的有限責任の原則から、土地債務設定以上に追加的な担保を調達することは不当な責任財産拡張であるとする発想も見られる。ドイツにおける責任範囲論は、したがって物的有限責任のみならず人的責任、そして両者の関係の理解にも及ばざるをえない。これは本稿では紙数の関係もあり言及することができなかつた。今後の課題としたい。

そして、前項でみた対価的均衡の発想である。日本においても同様に、対価的均衡の観点を取り入れることが可能かどうか、検討してもよいと思われる。わが根抵当取引においても当事者の具体的な担保取引の事情からみれば、根抵当であるべき必要性がまったくない場合、例えばある一回かぎりの特定債権の担保のために設定された根抵当権が、まったく別の債権、予想もしなかつた債権を、ただ設定されてあるからという理由で担保すべきものとされるならば、対価的均衡を欠くという判断が可能であるように思われる。そしてそれが可能であるならば、積極説の判断とは異なる方向性を示唆するものであろう。この点は次に予定する判例研究とあわせて検討するつもりである。

最後に、看過すべきでないのは公証人（Notar）の役割ならびにその仕事への評価である。BGH判決は「抽象的な契約文言の単なる読み上げは、Xのような法的な素人が彼にとって不意打ちとなる条項の射呈と効果を、完全に理解することへの保証を与えるものではない」として、契約の無効判断に際して公証人の活動を関与させていない。この点は、公証人の機能ないし役割に関してまったく異なる日本との比較においては重要である。担保設定に際して、わが国では一般的に「読み上げ」すらなされてはいないであろう。そもそも専門的知識なくして理解し得ない法律用語を使っているにもかかわらず、担保設定契約に際して設定者もしくは受信者は専門

73) Pottschmidt/Rohr, a. a. O., S. 386

家の示唆やアドバイスすらなく締結しているのが実状であろう。そこに日本との大きな制度上の違いが存在するように思われる。ドイツでは公証人の介在によって法的素人の保護がなされている。そして公証人による保護という前提に立った上で、なお契約の有効性を判断する場合には十分ではないとの判断もありうるのである。したがって日本法と比較するならば、まず有効性判断の前提としてのドイツの公証人の読み上げや、教示義務の範囲・程度についても検討する意味があろう。すくなくとも担保契約の解釈の前に、なされている手続きの存在を忘れてはならないものとする。