

補論・ドイツ土地債務の被担保債権範囲論 —各種の担保

中山 知己

- 一 はじめに
- 二 判決例の展開
 - I 保証のケース
 - II 物的担保その他のケース
- 三 まとめ

一 はじめに

保全土地債務 (Sicherungsgrundschuld) の被担保債権範囲に関する問題については、筆者はすでに若干の考察を行った¹⁾。対象となる担保権は土地債務であったが、しかし被担保債権範囲の確定という問題は保全土地債務においてのみ生ずるわけではなく、他の非典型担保の場合にも同様に生ずるものである。将来債権の事前譲渡や譲渡担保、所有権留保における被担保債権範囲論がそれである²⁾。具体的には、例えば被担保債権とされる現在の特定債権と合わせて、将来の債権をも包括的ないし拡張的根担保条項³⁾によって担保することができるか、という問題がある。そして後記するが、

1) 中山知己「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」山口経済学雑誌45巻5号(1998)189頁以下参照。
 2) 関連する文献は枚挙に暇がないが、例えばRolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, BandV, 1982, §56, S. 56ff.を参照。
 3) 包括的根担保条項ないし拡張的根担保条項という用語については、中山・前掲論文199頁参照。

そのような議論の展開に対して、保全土地債務における判例が一定の影響を及ぼしていることは看取できる⁴⁾し、また逆にそのような議論が保全土地債務の判断にも影響を与えていると想定することもできよう。そうであるならば、そのような各種の非典型担保の問題状況をつぶさに検討し、相互の影響や問題の関連性を分析することが本来は必要と考えられる。

しかしながらその準備はまだ十分ではないので、本稿では、保全土地債務の法理の展開に対して影響を及ぼしたと目される判決に焦点を絞り、特に前稿で中心的に検討した連邦通常裁判所(Bundesgerichtshof, 以下BGHと記す)1982年1月29日判決⁵⁾の前提を形成したとされる諸判決を、とくに代表的なものに限って⁶⁾取り上げることにしたい。さしあたりそれでも全体の状況を概観することができるからである。そしてここでも分析の視点は前稿で考察していたそれを踏襲する。前稿では、被担保債権範囲論の展開において法律行為論もしくは契約解釈論が物権法の原則よりも意味を有していたことを明らかにした⁷⁾が、本稿においても法律行為論もしくは契約解釈論の展開に着目する。

以上の問題関心にもとづいて、扱う対象を保全土地債務に限定せず、他の担保権に関する判決例、すなわち保証や土地債務以外の物的担保をも対象とし、かつその相互の関係にも留意しつつ検討する。

二 判決例の展開

以下では記述の便宜上、保証のケース(I)と、物的担保その他を取り上げたケース(II)に分類することにした。後者には、土地債務のほか

4) Serick, a. a. O., S. 116

5) BGHZ83, 56f.; NJW1982, 1035; WM1982, 290

6) それゆえ判決例の採取は必ずしも網羅的ではなく、機会を得ていずれ補正したいと考える。なお、繁雑を避けるため、判決文の引用に際しては、いちいち注で当該頁を示すことはしなかった。

7) 中山・前掲論文217頁以下参照。

譲渡担保，手形による担保のケースが含まれる。このように分類するのは，後述するようにそれぞれの判決内容にある程度の共通性が見られると判断されるからである。

I 保証のケース

①RG (Reichsgericht, 以下RGと記する) 1912年2月8日判決 (JW1912, 465)

[事実関係]

YはB銀行のためA会社を主債務者とする連帯保証人となった。担保目的は，銀行がA会社に対して有する一切の—それが，現存しているか，あるいは将来発生するかに関わらず，主たる債権であろうと従たる債権であろうと，その法的原因を問わない—債権であった。主債務の確定がなされていないとして，原審はかかる保証義務の効力を否定した。

[判旨]

これに対して，RGは，将来債権を担保する保証も認めており(ドイツ民法765条2項)，この将来債権については多くの保証の事例では保証契約締結時点で主債務の金額や内容が規定できないために，保証債務も未確定とされ，そこで原審においても将来締結される法律行為はその一般的な性質のみ事前に確定されていれば足りるとしている。これまでの判例は，債権者の債務者に対するすべての債権の中で，両者間に存在する取引上の関係 (Geschäftsverbindung) から生ずる債権を担保する保証を有効であると取り扱ってきた⁸⁾。当裁判所は，その有効性を否定するような法律上の理由がないために，責任範囲がきわめて一般的な保証の意思表示を有効であるとみたが，その事例では保証の意思表示において契約上の義務に制限されると言明していた。そこでは銀行取引上の関係 (bankmäßige Geschäft-

8) GruchotsBeitr. 54, 407

sverbindung) から生ずる債権の一切を対象とする一般的な保証の引き受けであり、本件では交互計算勘定なる銀行取引であることから、保証の意思表示は、一般的な性質にしたがった債務関係の内容たる規定性を有している、とした。

このケースでは将来の包括的な根保証を肯定しているが、「銀行取引上の関係」から生ずる債権という限定を追加している点に特徴があるといえよう。その限りでは、包括的な債権範囲に対して一定の制限を課しているものと理解することができる。もっとも、この「銀行取引上の関係」から生ずる債権以外の債権をも、被担保債権範囲に含めるような合意を一明示的に一している場合に、有効であるかについては、明らかにされていない。本件の対象とされた債権は、原因を問わず現在もしくは将来の債権を被担保債権とするという趣旨であり、「銀行取引上の関係」以外の債権をも含むという積極的な表現になっていないからである。したがって本判決はこの問題に対して正面から答えているとはいえないであろう。この問題に言及するのは次のケースである。

②BGH1957年10月10日判決 (BGHZ25, 318)

[事実関係]

訴外A銀行(Xの前主)と取引関係にあったB有限会社の支配人Yは、AのBに対する元金に関わるすべての請求権について、単独に保証をなした。その場合の被担保債権は「継続的計算、手形、供与された貸付、供与されるべき貸付、あるいはその他の法的原因、もしくは取引関係以外に存在する法的原因にもとづいて、すでに取得した、または取得することとなる請求権」とされており、最高限度額は4万5千マルクとされていた。他方、XはB有限会社に交互計算信用によって5万3000マルクを供与した。その後Bが破産したが、この時Bに対するXの信用額は9万マルクを越えていた。そこで、その他の担保によっては満足されなかった金額、2万9605マルク余りをYに請求した。

第一審は請求を認容し、原審は棄却した。

[判旨]

保証の意思表示そのものは有効であるとした上で、保証人の責任範囲が広範であることに関して次のように説く。ドイツ民法765条2項により、将来の債権を担保する保証も引き受けられるが、かかる債権について個別に厳密な規定をすることは法的に必要ではない。将来において締結されるべき法律行為、もしくはその基礎となる法律関係が一般的な性質に関して事前に規定されていれば足りる。例えば法的な諸関係の全体的な範囲から、生じうる債権が指示されていれば十分である。そして主債務者に対して銀行が有する将来の請求権すべてを保証することは、それが銀行との取引関係から (aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung) 生ずるものとされていれば、許容されるものである。その場合、判例では、銀行取引 (Bankverkehr) への制限は明確に強調される必要はなく、諸般の事情により十分な一義性をもって明らかであれば足りる。本件では、客観的な限界なくして (ohne sachliche Begrenzung) 考えうる義務のすべてについて保証するということであり、そのような負責は法的に有効なものとして承認することはできない、と。

このように判示して、BGHは「取引関係以外に存在する法的原因にもとづいて取得することとなる」という条項の効力を認めなかった。ここにおいてI—①ケースでは明確でなかった問題に解答が与えられている。すなわち将来債権の保証を原則としてひとまず有効視しながらも、その保証範囲を客観的に (sachlich) 限定させることとしたのであり、その場合の基準が銀行取引 (Bankverkehr) もしくは銀行との取引関係 (bankmäßige Geschäftsverbindung) であるとされた。

③BGH1965年2月3日判決 (WM1965, 230)

[事実関係]

Yは、S石油ストーブ製造会社の保証人であり、かつ共同経営者(Gesellschafter)であった。のちS会社は経済的困難に陥り、同会社の事業を引き継ぐ別会社(P有限会社)が設立された。S会社と取引関係にあったXフォルクスバンクがP会社のために開いた口座を通じて、S会社らは融資を請求した。口座は常に借方残高となっていた。S会社とP会社間では、フォルクスバンクに対するS会社の債務がP会社によって引き受けられる趣旨の契約が締結されている。

他方、Yが署名した印刷による書面には以下のような包括的根担保条項があった。

「保証の意思表示 XのP会社に対して有する債権で、その成立原因、とくに継続的計算、手形、譲渡、保証を問わず、現在そして将来有する債権を担保するために、私(Yは)15万マルクの最高額まで、自ら債務者となる保証を引き受ける。」

翌年S会社の財産について破産手続きが開始したが、破産裁判所はP会社の財産に関する破産手続きの開始を拒否した。P会社の財産はS会社の財産に関する破産により両者合わせて把握されることを理由とする。後にSの破産手続きは破産財団の不足を理由として停止された。Xは、Yに対して保証を原因として債務の一部の1万マルクを請求した。

[判旨]

裁判所は、保証契約が有効に成立していることを前提とし、保証の被担保債権範囲を限定的に解する。従来の判例における保証は、銀行が主たる債務者に対して有する「継続的計算にもとづき生ずる法的原因に基づく、あるいはその他の取引関係の外部から生ずる法的原因に基づいて取得した、あるいは取得すべきものとされた債権の一切」(傍点筆者。以下とくに断らない限り同様)を担保する保証であった。BGHは、そのような被担保債権の確定で十分であるとは判断しなかった。というのは銀行が主債務者に対して有する、両者の銀行取引に基づいて生ずる、将来の債権すべてを担

保する保証が認められてきたからである。もっともその際に銀行取引への制限は明瞭に強調される必要がなく、それは諸般の事情によって一義的に明らかであれば足りる。

そして I—①判決に依拠して「ある顧客と取引関係にあり、顧客に貸し付けている銀行が、その要求に応じて第三者の引き受けた保証によって、顧客との銀行業務の取引から生ずる債権以上に担保していることを想定することには合理的な根拠がない。したがって本件の定式契約は、保証は顧客との銀行取引にもとづいて生ずる銀行の全債権についてのみ関係するものと制限的に解釈しなければならない」とする⁹⁾。

本判決においては、I—②ケースのように、「取引関係以外」の法的原因から生ずる債権をも被担保債権範囲に含めるとする条項が問題となっているわけではない。しかし I—①ケースに依拠しつつ保証の被担保債権範囲が銀行取引にもとづいて生ずるすべての債権を越えて、「取引関係の外部から生ずる債権」をも負責することがないことをあらためて確認している。そして銀行取引関係から生ずる債権を前提として、将来の債権一切を担保する保証を認めている点で、従来の判例を維持しているが、その場合の「銀行取引関係」という制限は明示していなければならないものではないと説示した。

④BGH1974年10月9日判決 (WM1974, 1129)

[事実関係]

YとX銀行との間には、次のような定式契約による合意がなされていた。「私は、この契約によって独立債務者として、銀行およびその全支店ならびにその関連企業がF会社に対して、銀行取引に基づいて生ずる債権、とくに継続的計算に基づく債権、手形債権（第三者から譲渡された手形も含

9) RG1932年2月8日判決(LZ1932, 1420ff.)も同様に引用されているが、同判決は譲渡担保の解釈問題であり、本稿の問題意識と必ずしも一致しないので、取り上げなかった。

む), 種類の如何を問わず供与された, また供与されるべき貸付債権, 譲渡された債権もしくは法定の債権の移転による債権を取得した場合, あるいは取得することになる場合, その債権のすべてを, 最高5万マルクに至るまで保証する。さらに保証人は, 保証債権の利息, 手数料, 諸経費, その他一切の諸費用, また利息が元本に組み入れられて保証金額を増加させる金額も保証する。」

XはYに対して保証債権19万マルクあまりを請求した。地裁ではYが敗訴し, 控訴審ではXが敗訴する。

[判旨]

本件では銀行が契約付随義務としての説明義務に違反したかどうかが問題とされたが, BGHは, 保証契約を有効とした控訴審を妥当であるとする。I—②判決に依拠して「被担保債権範囲は確かに広範囲であるが, なお十分に画定されている。けだし, 銀行取引関係にもとづいて生ずる主債務者に対する将来の債権の全部についての保証は有効である」からである。

本判決は銀行取引にもとづく根保証をI—②判決に依拠して有効としたものである。もともと銀行の説明義務を問題とした判決だが, その前提として包括的な保証契約の効力が問題となった。ここでも「銀行取引にもとづく」という限定があり, この限定で範囲確定としては十分であるとの判断が踏襲されている。したがってこの時期までの判決は, 約款に対して「銀行取引にもとづく」債権, あるいは「銀行取引上の関係」という表現に見られる制限のみ課してきており, そしてそれを越えるものではなかったといえる。しかし問題は次第に高まる約款規制論とともに, 別の視角からの考察がなされるようになっていく。

⑤OLG Stuttgart (Oberlandesgericht, 以下OLGと記する) 1976年11月26日判決 (BB1977, 415f.)

[事実関係]

X銀行は、Yの夫に対して7万マルクの融資を行った。夫に対する銀行の債権すべてについてYは保証人となったが、債務は弁済された。保証契約の書面には、普通取引約款が適用されるものと規定されていた。保証の意思表示の前後にわたってXは夫に別の融資を実行していた。XはYに対して保証債権を行使した。Xの主張によれば、当該保証は普通取引約款19号4項にしたがって全債権への担保となったという。別の債権に対する責任は明確には除外されていないことを理由とする。さらに、保証契約文書において、銀行の債権と権利は、保証金額の支払にかかわらず、銀行がその全請求権について主債務者から完全に満足を得た場合にはじめて、Yに移転するものと規定されていた、と。

[判旨]

第一に裁判所は、7万マルクに関する貸付はすでに返済されている、これ以外の債権については、Yは保証にもとづいて責任を負わない、とした。その根拠は、保証の意思表示の文言では、「7万マルクの貸付の供与にもとづき、……一切の請求権を担保するため」(傍点筆者)ということになっており、これは7万マルクの貸付についてのみ保証がなされたものとの解釈を裏付けるというものである。それは金額的に一致している7万マルクの貸付であって、他に供与されていた信用ではない。さらに後者のXの主張は、いかなる債権が保証されているかという問題に関わるものではなく、ドイツ民法774条の法定債権の移転を部分的に制限するものでしかない。

第二に、保証責任は、普通取引約款によって拡張されるものではない。「結局、普通取引約款19号4項は、当事者の保証契約の内容とはならなかった。Yはそのような内容の条項を衡平の見地から見て予想しなければならないものではないからである。普通取引約款の取り込みに関する同意は、契約当事者が信義則により正当に予想することができるものに限定されるのであって、不当なもしくは不意打ち的な条項は契約内容にならない」とする。そしてかかる保証責任の拡張はドイツ民法125条1文、766条によっ

て、方式の欠缺 (Formmangel) を理由として無効である。

以上のように、判決は、第一に担保目的を確定し (7万マルクの貸し付けの担保としての保証)、第二に不当条項もしくは不意打ち条項を規制する約款規制法を基準とする解釈論を展開している点において、従来の判決と一線を画していることが分かる。I—④判決までのように、「銀行取引にもとづいて生ずる債権」という限定がここでは見られない。約款取引としての解釈論が前面に出ていることが明らかである。そしてその帰結としては、ややもすれば約款条項の表現のみによって効力が認められる従来の判断枠組みとは異なり、取引当事者のより実質的な考慮が働くことになろう。

このような視点の転換は重要な意義を有するであろう。従来の発想は、一方で「銀行取引上の関係」などの表現による制限を課すことにより、包括的根担保条項の被担保債権範囲を限界づけていたが、他方においてそのような解釈は、その制限以上に事案の利害関係を具体的・実質的に分析し検討する可能性を放棄する態度になっていたと評することができよう。I—⑤判決は、約款論の展開に影響を受けつつ、この後者の方向での検討可能性を示唆したものであるが、しかしただちにBGHの採用するところとはならなかった。それを示すものが次の判決である。

⑥BGH1977年3月28日判決 (WM1977, 917)

[事実関係]

後に死亡しXに相続されることになるRは、生前Xとともに海運業会社 (後B会社) の保証人であった。同会社に有限責任社員として参加していたF会社が、脱退による持分の返還請求を保証人に求めたが、これを履行しなかった。かかる持分請求権を取引銀行であるYに譲渡した。

他方、RはYとも取引関係にあったXは、負担調整請求権 (Lastenausgleichsanspruch) を、当座勘定取引上の債権の担保としてYに譲渡した。その際の合意の中に、包括的根担保条項 (「この (債権) 譲渡は、銀行が受信者に対して有する、現在および将来の一切の請求権を担保するために利

用される。]) があった。負担調整請求権に基づいてYに支払われた金額を、YはXに対する債権と相殺した。これをXが不当として訴求する。

[判旨]

負担調整金請求権は、F会社が譲渡していた、Rに対するY銀行の支払請求権の担保のためにも利用されるべきものであったと、原審は理解するが、上告理由によってもこの理解は覆るものではない。銀行取引約款19項4号は当事者間で効力を失っていなかったものであり、これが用いられている以上、上告理由は失当であるとした。

本判決は、基本的にI—③判決を適用した原審の判断を是認している。したがってBGHも原審同様に従来判例を維持しており、銀行取引約款の文言どおりの解釈に従っていることになる。そのため事案の具体的実質的な考慮はなされておらず、前のI—⑤判決の論理構造はまだBGHには採用されていないものと理解することができよう。

もっとも後に、II—⑥判決により担保目的合意の解釈についてドイツ民法157条¹⁰⁾により、銀行取引関係にもとづく債権という趣旨にまず理解することとしたという判決例として理解され、引用されている。

II 物的担保その他のケース

上述した諸判決は保証に関するケースであった。ここでは保証以外の担保を、主として物的担保のケースを取り上げることにしたい。ただし手形担保も含まれる。

なお、以下にみてゆく判決例の中で①判決と②判決は、本稿が対象とする包括的根担保条項を直接に取り上げているものでない。包括的根担保条項を対象とするのは③判決からである。ところが③判決はその結論を導く

10) 同法157条は「契約は取引慣行 (Verkehrssitte) を考慮して、信義の要求に従い解釈すべきである」と規定する。

のに①ならびに②判決に依拠している。したがってこれら①ならびに②判決は扱う対象が異なるにもかかわらず、後の判決例に影響を与えたものともみることができよう。それゆえこの①と②判決から検討していくことにする。

①BGH1952年7月14日判決 (NJW1952, 1169)

[事実関係]

P工場の経営責任者であったYは、債務者の財産を差し押さえたが、差押目的物の中に複数の液化ペクチンタンクが含まれていた。他方、債務者はXにその在庫全部を対象とする所有権（価額17万8150マルク）を、現在および将来の債権を担保するために譲渡していた。Xは所有権に基づく返還請求権を主張する。

当該譲渡契約の第6項、および6a項の内容は以下の通りである。

- 6 P会社は、銀行が常時有する撤回権を条件として、通常 of 会社業務を遂行するために自己の名義においても商品を売却することができ、売却した商品を売買契約の履行のために買主に引き渡すことができるものとする。P会社は売買がなされて後、代金を銀行に支払う義務を負う。P会社は、代金を別の商品を購入するために充てることができるが、かつその場合その商品を安全な貯蔵庫に搬入する義務を負う。かかる目的物も貯蔵庫への搬入によって銀行の所有となる。このほか貯蔵庫の代用および補充として調達され、もしくは製造された、貯蔵庫に付け加えられた商品のすべては、先の貯蔵庫への搬入によって銀行の所有となる。(後略)
- 6a P会社は、銀行が常時有する撤回権を条件として、銀行の有する商品を変更し、例えば加工し、手を加えることができる。かかる場合、あらゆる段階で、例えば中間生産物、最終生産物として商品は銀行の所有するものである。P会社が、制定法の規定により、混合、混入もしくは産出物上の加工を通じて所有権を取得する場合には、会

社への所有権移転の時に新規生産物について所有権を再度取得するものと合意する。

地裁ではXが敗訴したが、高裁では勝訴した。

[判旨]

判決においては、液化ペクチンタンクの在庫全部を目的とする譲渡担保契約についての有効性が問題とされた。従来の判例では、困窮している企業に提供される新たな融資手段を担保することを目的とする場合には、商品倉庫全体の譲渡担保も承認してきている¹¹⁾。もっとも「契約が債務者の経済的独立性 (Selbständigkeit) を尊重しない場合 (締め付け契約 Knebelungsvertrag), もはや存在しない信用外観を外見的に維持する場合 (債権者危殆化) には」良俗違反により無効となる。

本件が債務者に相当の自由な財産が残り、それゆえ債権者危殆化が問題にならない場合であったとしても、当該譲渡契約は「その文言からして少なくともP工場の経済的独立性を広範囲に制限することがありえた。というのは、債務者はそれによってXにその液化ペクチンの全在庫を譲渡し、6項, 6a項にもとづき、Xのために契約の文言では譲渡されたペクチンから生ずる将来の代金全額を拘束し、かつ補充的に、かかる代金から調達された将来の商品全部を拘束し、また原料をも、そしてかかる原料から新たに製造された商品全部を拘束する義務を負担したからである」。しかもそれは現在の在庫に限定されず、常に融資額に対応していなければならないという義務をも負っており、将来の製造物をも担保の対象たる貯蔵庫へ搬入しなければならない。「全体として見れば、同譲渡契約はその文言からしてそれだけで、既存の、および将来の融資について、次第に商品在庫全部についての譲渡担保と、それゆえ在庫分を越えたP工場全体の流通財産をXに調達するために十分な基礎」となっている。さらに「債務者は、まだ売

11) たとえば, RG in WarnRspr. 1913 Nr. 120。

却していない商品についても、売買契約上の請求権全部をXに譲渡したということになる。総じて、債務者の存続にとって危機的な、Xへの従属性に陥ることとなりうるのであった」。このように「当該契約は、とくに締め付け契約として、しかも当該事情のもとでは債権者危殆化の観点から無効となりうるものであった」とする¹²⁾。

以上のように、本事案では、譲渡契約の6項、6a項の契約内容から、いわゆる「締め付け契約」の事案と評価されたものである。それは契約が債務者の経済的独立性 (Selbständigkeit) を尊重しないという実体を有するものであったが、これに加えて「債権者危殆化」という性格をも有するものと評された。すなわち債務者のもとに財産的価値ある債権や担保が存在せず、したがって信用が存在しないにもかかわらず、外見的には信用があるかのごとく見え、他の債権者を欺く可能性をも指摘しているのである。その説示から「締め付け契約」と「債権者危殆化」という類型としての判断が良俗違反の基準として機能していることがわかり、したがって両者は一応別の類型であると考えることができよう。この判決は、包括的根担保条項を対象とはしていないが、やがてそれを対象とするII—③によって引用されることになる。したがって譲渡担保固有の判決例としてのみ考慮されるものではなく、包括的根担保条項の法理を形成する後の展開の礎石としても位置づけられよう。

②BGH1956年2月1日判決 (WM1956, 356)

[事実関係]

チョコレート原料輸入業者であるXは、チョコレート製造業者であるC会社と取引関係があった。

その取引関係の基準たる売買条件によれば、Xは、自分が引き渡した商

12) 判決ではさらに当該譲渡契約の履行行為としての有効性についてもふれているが、ここでは省略する。

品ならびにYの加工した新規製品の所有権を、全勘定が決済されるまで保持することとなっていた。買主が（所有権）留保されている商品の転売によって取得した諸債権は、あらかじめ担保としてXに譲渡された。買主が引き受けた手形を支払わない場合には、買主に対するXの債権全額の履行期が到来するものとされた。C会社が経営困難に陥って手形の支払延期をしてもらったときに、Cは所有する機械設備一式全部を担保のために譲渡する旨合意したが、譲渡担保契約書には目的物が指示されていなかった。それは別に作成するリストに載せられ、契約書類の資料として添付される予定であり、その後CはXにそのリストを送付し、本リスト中に印を付けられた部分はすでに別の仕方で譲渡されていると注釈がついてあった。そのリストによれば、機械設備はXのところにまだ残っていた。そのかわりにCは小さい機器を譲渡した。そして種々の型枠と桶（総額5万3490マルク）に関するリストを送り、契約に追加して添付された。その後、Cへの破産手続きが開始された。Cの取引先であるYが先の契約のリストに挙げられていた対象が差し押さえられたが、Xは所有権を理由としてこれらの目的物の返還を請求した。Yは譲渡担保契約の無効を主張する。

第一審、原審ともにXの訴えが認められ、BGHにおいても譲渡担保契約は有効とされた。

[判旨]

ある債権のために事後的に諸担保が設定された契約がドイツ民法138条によって無効となるのは従来の判例¹³⁾から次のような場合であるとする。

「担保取得者が担保提供者に対して有する経済的に強力な地位（Machtstellung）を、担保を要求する目的で良俗の点から見て（sittlich）非難されるべき仕方で利用し尽くす場合である。たとえば、あらかじめ企業の状態を当該事案の特殊な事情に応じて適切に検討することなく、担保取得者が

13) BGH1955年12月21日判決（WM1955, 1580）

担保を要求して、その存在を知っていながら、他の債権者の訴えを考慮することなく無視した場合、もしくは当該企業の有する、擱取し得る最後の財産を領得する場合」である。本件ではそのような、もしくはこれに類似した事情は存在しない、とする。

Cが機械一式全部の譲渡を申し出たとき、その事後的な担保は「債務者のために、債務者の経済的困難を乗り越えさせる目的でなされた」ものであり、そのような事実関係からすれば、従前の延長された所有権留保が事実上効力を持たなくなっていた。けだし、「引き渡された商品は加工されていたし、商品の3分の2まで別会社によっても納品されていたので、どの原料から種々の製品が製造されたかを確定することはほとんど不可能であった」からである。そこで、別の担保をXが取得することによって手形の支払いを猶予することとしたが、「それは商取引上非難するに値しない」のである。

このケースで問題とされたのは、担保の事後的設定が138条によって無効となるかということであり、本件は「経済的に強力な地位(Machtstellung)を良俗の点から見て非難されるべき仕方を利用し尽くす」場合に該当しないとされた。その判断においては、結局のところ事後的な担保設定が、債務者の経済的困難を乗り越えさせるという目的でなされたものと認定された点が決定的であろう。

以上のように二つの判決によって確認されている判断基準は、締め付け契約と債権者危殆化という類型(①判決)、経済的に強力な地位を非難されるべき仕方での利用(②判決)である。いずれも良俗違反の枠組みの中で議論されている。そして上記2判決の判断基準を前提として結論を導いたのが次の判決である。

③BGH1958年4月24日判決(WM1958, 722)

[事実関係]

Y銀行はのちに破産した債務者へ貸し付けていたが、その担保は債務者

たる企業の顧客に対する債権譲渡と、商品ならびに商品倉庫の譲渡担保であった。両者の契約に含まれる包括的根担保条項は以下の通りである。

商品の譲渡契約「譲渡された債権は、会社に対して銀行（支店を含む）が有する現在および将来の一切の請求権を担保するために役立てられる」

譲渡担保契約「銀行は当該会社と取引関係にあり、会社が認識しかつ慣行とされている普通取引約款を結んで信用を供与した。……銀行が、会社に対して有する元本、利息その他の付随的給付について銀行に発生した、もしくは将来発生しうる一切の債権を担保するために、又はその他の法的原因から生じた、会社に対して銀行が現在有している、もしくは将来発生する一切の債権を担保するために、会社は、銀行に以下の商品を譲渡する（後略）」

Y銀行（B事業所）は、別会社が振り出し、破産債務者が引き受けた手形（額面2027マルク余り）を割り引いた。Y銀行（A事業所）は、同銀行と継続的な取引関係にあったP会社に、P会社の振り出した、破産債務者の引き受けた手形（額面1万4301マルク余り）を割り引いた。P会社は、その後Y銀行（A事業所）からの融資を担保するために顧客に対する債権の包括的譲渡を行った（総額4万2395マルク余り、総額9858マルク余り）が、破産手続きが開始された。Yは、割り引いた手形債権を理由とする別除権による満足を求め、ならびに譲渡によって取得した担保権に基づく債権を行使し、その換価によって総額2万6518マルク余りを取得した。

Yの別除権の行使を争ってXは、当該担保はY銀行のB事業所による破産債務者への信用供与に基づく債権のためにのみ行使されうるものであるという。けだし、第三者から取得された債権は、商品の譲渡契約ならびに譲渡担保契約においては、指定されていなかったからである。Yは、手形ならびに債権の取得時には破産債務者の劣悪な経済状況も知っており、取引相手である銀行（A事業所）に好意的にその債権を譲渡したにすぎないのであって、破産債務者への信用のために必ずしも必要ではない担保を使ったものであると主張する。

控訴審では、そのような債権が被担保債権範囲に含まれるとする解釈は当事者の利益状況と通常の銀行実務によって明らかであるとしてX敗訴。

[判旨]

BGHでは、「約款19番4項によれば、一切の担保のために譲渡された物ならびに権利は、他の債権のための担保責任が明白に除外されていない限り、ある特定の債権のみを担保するものとして銀行に与えられている場合にも、全債権の担保とされる」として、当該事実関係からして当事者がそのような明白なる除外をなしたものとは見られないとした原審の判断を支持した。

本件では、別除権が争われているが、その前提として手形債権が被担保債権範囲に含まれるかという論点がある。そして本稿の関心から見れば、商品の譲渡契約ならびに譲渡担保契約上に包括的根担保条項が規定されている事例として注目される。BGHは、当事者が明白にそれを被担保債権としないという除外（の意思表示）をしていないかぎり、特定債権担保のために設定された担保も包括的根担保として利用するという解釈を導く。しかし例外的に無効と解する場合もあって、とくに一般条項たる良俗違反、信義則違反を承認する場合もありうるとして、前記①②判決を引用し、銀行がその全部において実行していない担保権の担保範囲内へと持ち込むために、経済的困難に陥った債務者に対する債権を取得する場合には、ドイツ民法242条により認められないことがあるとする。もっとも結論的にはこのような事実関係は本件では見られないとするのである。

II—①ならびに②判決はいずれも良俗違反の問題（ドイツ民法138条）として考察していたが、本判決はこれらのケースに依拠しつつも、信義則における問題（ドイツ民法242条）として検討している。この点は注目されよう。良俗違反であれ、信義則であれ、両者の枠組みを超えて検討されることが示唆されているからである。

④BGH1975年12月15日判決（WM1976, 248）

[事実関係]

事実関係は複雑でわかりにくいですが、商人と銀行との口座の決済にともなう紛争である。Y銀行と長期間取引関係のあった保険商人Xは、交互計算口座にて株の売買をし、購入した株の一部は転売させ、一部は銀行にて保管させていた。その後、XとYは当座貸越契約を結んだ。この間、Yは株の売買業務を行ってきたが、X不在の間にXの委託を受けて取引を継続していたKが、新たに株の購入のため22万5千マルクを要求し、Yから小切手により支払わせた。その際、翌日に保管すべき株を持参すると称していたが、結局持っていかなかった。その後、Xは小切手により換金・差し引かれた金額の記載に異議を唱えたが、Yは取引関係を解約した。

株式の残部が届いてから小切手を換金するようにとのXの明白な指示に反して、Kへ現金を支払ったことを理由として、XはYにその額の損害賠償その他銀行に保管していた担保の返還を請求した。ここで問題とされたのは、担保として譲渡されていた自動車がその中に入るか否かである。当該株取引の前年、自動車購入資金の融資を受けた際に、自動車が担保として譲渡されていたが、Xは月々のローンの支払いによってかかる譲渡担保は消滅していると主張した。

[判旨]

本件自動車の「譲渡担保の定式契約によれば、自動車の譲渡によって、その購入のために与えられた融資のみが担保されるべきものと理解することはできない」、その契約書の前面において、「自動車は、当銀行およびその支店が、担保提供者に対して有する現在および将来の—条件付きであれ期限付きであれ—すべての債権を、その成立原因を問わず、あるいはいかなる原因で銀行に譲渡されたかを問わず、担保するものとする」との（包括的根担保）条項がはっきりと読み取れ、かかる規定は一般に通常であるとする。

注目すべきは、次の説示である。すなわち、「仮に、自動車を購入するた

めの信用のみが担保されるべきであったとしても、結果が異なるわけではない。譲渡担保契約に補充的に適用される、民間銀行の普通取引約款19号4項によれば、銀行に担保として利用される価値あるモノの一切は、それが特定の債権のために担保として譲渡されていた場合でも、銀行の有する全債権のために責任を負う。ただし、別の債権への負責が明瞭に除外されていた場合はこの限りではない」からである。かかる規定の有効性は疑問がないとしてII—③判決を引用している。

II—③判決同様、別の債権への負責を明らかに除外する旨の合意がなされなければ、当該約款がそのまま適用されることになろう。しかしそのような特段の合意をわざわざするかについては疑問である。特に債務者の側からそのような特段の合意をすることは現実的に期待し得ないであろう。したがってほとんどの場合、当時の約款19号4項がそのままに適用されることになろう。またこのような解釈の論理構造であれば、事案の具体的な態様についての検討を特に必要ともしないであろう。しかし後にみるようにこのような解釈のあり方そのものが問われることになる。そして次の判決は同じく銀行取引約款19号4号に関わるものであるが、手形債権を対象とするものである。

⑤BGH1976年2月23日判決 (WM1976, 347)

[事実関係]

Xは振り出した手形をY銀行に裏書きした。T会社が支払人として引き受けていた。手形は、YがT会社に与えた交互計算信用の担保のためにYに渡された（その趣旨の規定がある）。この間、次の融資契約を結ぶ際に、従来 of 担保を引き継ぐ旨の手紙がYからT会社に送られている。

Xは、手形上の責任の法的原因は消滅しており、手形債務はすでに弁済により消滅した貸付の担保として利用されるべきものであった、新規融資契約に関する担保については、先の通知がなされたのは契約締結後であり同意していなかった、したがって担保目的は欠落しており、手形の引渡請

求権を有すると主張する。

これに対しYは、新規契約を締結したのではなく、従来の契約をたんに延長したにすぎないのだとする。Xも、手形が延長された（交互計算）信用のためにも担保として利用されることに同意したと。第一審、原審ともにXの訴えを棄却。最高裁も認めなかったが、その理由付けは異なる。

[判旨]

BGHは、原審とは異なり、第二の融資契約が第一のその延長なのか、新規契約なのかを問題としなかった。「第一の契約の対象であった銀行取引約款からして、手形の担保機能の存続が明らかである」からである。同約款19号4項によれば「銀行に質入れられた、その他担保として利用される価値あるモノはすべて、それがあつた具体的な債権の担保として与えられたものであつても、銀行の有するすべての債権を被担保債権とする。ただし、別の債権への責任が明瞭に除外されている場合はこの限りではない」のであり、第一の融資契約によって担保として設定された手形債権は、同約款19号4項にしたがつて、たとえそれが最初の融資のためにのみ与えられたとしても、銀行がTに対して有する全債権について責任するのである、とする。その責任が明瞭に除外されたという事実は第二の契約にはない。

ここでは銀行取引約款の19号4項が対象となり、その有効性が前提とされている。そして基本的な判断の枠組みはII—③・④判決と変わっていない。ここでも別の債権への責任が明らかに除外する旨の特段の合意がなければ、ただちに約款19号4項の規定がそのまま適用されるとしているからである。

そうであれば、II—④判決同様に、特段の合意以外に事案の態様そのものを具体的に吟味検討する必要はなからう。すなわち同約款19号4項の有効性は、事案の具体的な態様によって左右されることはないことになる。このような理論状況は、後の約款理論の影響が色濃い次の判決（土地債権を対象とする）によって転機を迎えることになる。後の1982年1月29日判

決自身が依拠した重要な判決である。

⑥BGH1980年12月17日判決 (ZIP1981, 147 ; WM1981, 162)

[事実関係]

Y銀行から融資を受けていたR会社は、担保として土地債務を譲渡していた。土地債務の被担保債権範囲を「現在、および将来の一条件付きであれ、期限付きであれ—すべての請求権」とし、かつ「請求権の成立原因や、銀行に譲渡された原因を問わない」としていた。

他方、R会社とリース契約を結んでいたGリース会社は、リース契約に基づく債権を、リファイナンス目的のためにY銀行に譲渡したが、かかる債権譲渡についてR会社は知らされていない。その後R会社は破産し、破産管財人Xは土地債務の負担が付いている土地を売却しようとしたとき、Yは、登記抹消の許諾を発する前に貸付金の支払いのほか、土地の売却代金によってはカバーされない、譲渡されたリース契約上の諸債権の一部(8000マルク)をも請求した。Xは後者についてG会社に支払い、Yに対してその返還を請求する。

地裁ではX敗訴。原審では、Yの8000マルクの請求のみ棄却される。Xは、包括的根担保条項を不意打ち的であり、内容コントロールに耐えるものではないこと、少なくとも銀行取引関係から取得された債権のみを対象とするものであり、かつ担保約定の締結時点ですでに債権発生原因が存在しているような債権が被担保債権であると制限的に解釈されるべきこと、本件では担保約定の締結時にはまだG会社とは取引関係には立っていなかったことを上告理由としている。

[判旨]

BGHは、土地債務の担保約定においても、保証の場合と同様に、銀行との信用取引関係の枠内で将来の債権すべてのための担保設定は可能であるとするが、他方担保目的設定の合意の文言から銀行取引関係の範囲内とい

う制限がない場合でも、担保が銀行取引の範囲内で銀行が有する債権にのみ関係することが、通常前提とされねばならないとする¹⁴⁾。

さらにその発生原因が担保約定の締結時点ですでに存在している債権のみが、被担保債権範囲に入るとのXの主張に対しては、担保の趣旨からこれを退けている。すなわち、「銀行の融資契約の枠内で将来の諸債権に対して与えられるという担保の意義 (Sinn) は、貸付であれ、手形割引であれ、受信者への手形の第三者からの譲渡であれ、受信者に対する債権の取得であれ、その原因を問わず一切の信用供与の可能性をカバーするということにある。そこでは、受信者には融資の活用が将来に関して留保されていなければならない。取引関係の経過のうちに生じる受信者に対する債権の一切に、銀行の担保が及ぶとするのは、不意打ち的でもなければ、不衡平でもない。というのはそのような担保の拡張が書式の条項に基づくものであっても、それは通常、信用関係 (Kreditverhältnis) を全体として担保するものとしているからである」とする。そして、本件では、リース会社からリース契約に基づく債権をYが取得しているが、それはYとR会社との関係では銀行取引関係の展開のうちに成立したものであるとして、被担保債権範囲に含まれると判じた。

結論的には、リース債権が被担保債権範囲に含まれるものとしたが、事案の判断枠組みがそれまでとまったく異なることが理解できよう。従来のII—④・⑤判決に見られるように、特段の合意がない限り包括的根担保条項を原則的に承認するという解釈ではない。当該事案において具体的に判断する中で、債務者・受信者にとって不意打ち的か、不衡平かという視点が見られるからである。

もっともBGHの判断枠組みが確定的に変更されたものとみることができかねるかは疑問である。このことを示唆するのが、BGH1982年1月29日判決の前に登場した次の判決である。

14) ここで、I—③、I—⑥、II—③、II—④の判決を引用している。

⑦BGH1981年2月27日判決 (WM1981, 518 ; NJW1981, 1600)

[事実関係]

XとYは、両者ともに同一の土地所有者の土地に土地債務を有する債権者である (Yが第一順位の39万マルクの、Xが第二順位で30万マルクの土地債務)。Xは、仮登記によって担保された、Yの土地債務の抹消請求権を有していた。また訴外Z銀行が第六と第七順位で土地債務を有している。また、Yと土地所有者との間には融資もなされ、その間の契約に付随する約款に旧約款条項 (19号) が存在している。

その後当該所有者の財産に対して破産手続きが開始されたが、財団不足のために停止されている。Z銀行が所有者に対する全債権をYに譲渡した。そしてYの第一順位土地債務の物的請求を原因とする強制執行がなされた。配当表により、Yは換価金額から14万マルクの利子、38万マルクの元本を受領し、Z銀行に譲渡された債権に対して14万5千マルクを支払った。Xには配当されなかった。

YがZに支払った金額はもとの土地所有者に帰属するものであるとして、Xが訴えたが、原審では敗訴した。

[判旨] X勝訴。

「確かに、銀行取引約款19号の文言によれば、所有者によってYのために設定された土地債務を、Yはなんら制限もなく後に第三者から取得した所有者に対する債権についても、担保として利用することができる」として⑩判決を引用する。「しかしながら、銀行が顧客の経済的状況が劣悪であることを知りつつ、顧客に対する債権を第三者から、銀行として通常の仕方ではなく、当該銀行には全額を必要としない担保から第三者に担保による保証をもたらすために取得するような場合には、原則として顧客に対して権利濫用である¹⁵⁾。銀行の顧客は、銀行との担保約定の枠内では、顧客と銀行との関係においてはなんら関係のない第三者の利益を図るため

15) BGH, NJW1975, 122 ; BGH, WM1958, 722 = MDR1958, 486

に、銀行が設定された担保を利用するということを甘受する必要はない」とした。Yの被担保債権金額を越える保全土地債務の部分、つまり保全土地債務自体が必要とはしていない部分を利用して、換価金から回収しこれをZ銀行へ支払ったということになる。かかる部分は顧客に支払われるべきものであった。要するに、銀行が、顧客の劣悪な経済状況を知っていて、銀行からはその全額を必要とはしていない保全土地債務からの担保を第三者に与えるために、銀行取引の上では通常ではない仕方でも顧客に対する債権を第三者から取得することは、権利の濫用である。

顧客への権利濫用として判断されたのは、第三者から債権を取得して、自己の債権額を越える土地債務部分を利用して換価金を取得したということである。その根拠が拡張的根担保条項を含む銀行取引約款であった。ここでは従来の⑥判決のケースとは異なり、権利濫用論が登場した。

三 まとめ

はじめに述べたように、本稿は前稿¹⁶⁾において重要な判決として取り上げたBGH1982年1月29日判決の、いわば前史を取り上げるものである。収集した判決例も必ずしも網羅的ではなく、いわばラフなスケッチを試みたことになるが、それでも保証や譲渡担保等の担保権の被担保債権範囲確定について展開されてきた法理が相互に影響を及ぼしあって土地債務の判断にも転化されてきたという経過を見ることができよう。そしてその内容についてまとめてみるならば以下のとおりである。

Iの保証を扱った判決例では、当初包括的根担保条項に対して、「銀行取引上の関係」にもとづいて生じた債権にのみ限定するという構成がみられたが、I—⑤のケースにおいてOLGがはじめてこれを転換した。その内容は、第一に当事者の具体的な担保目的の確定と、第二に不当条項もしくはは

16) 中山・前掲論文。

不意打ち条項の規制という枠組みの構築である。しかし、その後のBGHはまだこのような解釈論を採用するまでには至らなかった。

次にIIの物的担保を扱った判決例では、II—③のケース以降、包括的根担保条項について信義則論に基づく制限しか課していない。そして基本的には、銀行取引約款19号4項の有効性が前提とされている。すなわち別の債権への負責を明らかに除外する旨の合意がないかぎり、包括的に担保することになるのである。ところが、II—⑥判決が、はじめてI—⑤判決と同様の判断枠組みの採用を示唆した。不当条項もしくは不意打ち条項という判断基準を示したからである。もっとも結論的には、事案における債権は被担保債権範囲に含まれるものとされ、その後に権利濫用論を採用したII—⑥判決をみるならば、II—⑥判決の判断枠組みが確定的に採用されているとも判じがたい。やはり、後の1982年1月29日判決が登場するまで確定しなかったとみるほうがよからう。

以上のような判決例の展開を経て、1982年1月29日BGH判決が登場するのであり、その内容・学説による評価などは注1に掲げた論文でみたとおりである。ただここで一言しておくならば、やはり問題が基本的には物権の性格や法的性質から考察されているのではなく、信義則論・権利濫用論・契約解釈ないし法律行為論として展開してきていたことがあきらかである。そしてそれは、日本法の根抵当権の解釈問題に対して一定の示唆を与えるものとする。わが国では根抵当権の解釈問題に際しては、法律行為論もしくは契約解釈論の展開が少ないと見られるからである¹⁷⁾。しかしこの点についてはさらに別稿における検討に委ねたいと思う。

17) 中山・前掲論文218頁以下参照。