

前注

ドイツ法は、債権者が司法競売により不動産担保権を実行することを大原則とする法制を採用している。この点では、契約で付与された売却権（power of sale）に基づく債権者主導の非司法競売（non judicial foreclosure）を認めるアメリカ各州法や、裁判所の許可に基づく債務者主導による任意売却（la vente amiable sur autorisation judiciaire）を認めるフランス法などとは異なる。

ドイツの不動産担保実体法の規制はかなり複雑であり、担保実体法と執行手続法の相互関係が極めて密接であるように思われることから、ここでは、担保権を実現するための司法競売手続の詳細について報告する（第1部）ほか、実体法である不動産担保法の状況についても説明を行う（第2部）。

【第1部】ドイツにおける不動産執行手続

手続の概要

1 ドイツにおける不動産執行を規律するのは次の法律である¹。

民事訴訟法（Zivilprozessordnung）864条から871条

強制競売および強制管理に関する法律

（Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung）

民事訴訟法（ZPOと略す）には、不動産執行に関してごく概略的な規定しかなく、詳細な手続は、特別法である強制競売・強制管理法（ZVGと略す）で定められている²。いずれも古い法律であり（ZPOは1877年のライヒ民事訴訟法を承継しており、ZVGは1897年に制定されている）何度も部分改正がされているが、現段階では抜本的な改正には至っていない³。

2 不動産執行の執行機関は不動産所在地の区裁判所（Amtsgericht）である（ZVG1条1項）。実際の手続担当官は、裁判官ではなく、司法補助官（Rechtspfleger）である（司法補助官法3条1号i参照）ことが多い。なお、登記所は区裁判所に属する（したがって、不動産買受希望者は、評価書を閲覧すると同時に登記簿も見ることもできるのではないかと推測できる）。

3 執行方法としては、強制競売（ZPO864条から866条、ZVG1条から145条）、強制管理（ZPO864条から866条、ZVG146条から161条）の2種

¹ 主として次の文献を参照した。Böttcher, ZVG, 4.Aufl., 2005; Eickmann Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht, 1991; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 7.Aufl., 2003; Rosenberg, et.al., Zwangsvollstreckungsrecht, 11.Aufl., 1997; Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungsrecht, Bd.1, 12.Aufl., 1997; Storz, Praxis des Zwangsversteigerungsverfahrens, 7.Aufl.(1998); Hintze/Wolf, Zwangsvollstreckung, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 2006; Stöber, ZVG, 17.Aufl., 2002.

² 本法の翻訳として、中野貞一郎・ドイツ強制執行法（法務資料426号、1975年）がある。その前身であるプロイセン不動産執行法の翻訳として、宮脇幸彦・民訴雑誌14号90頁以下がある。

³ 不動産執行法制の抜本的改正が行われぬ理由に関して興味深い考察を展開するのは、Muth, Änderung des Zwangsversteigerungsgesetzes ohne Alternative?, KTS 1998, 529, 554ff.

類が認められている⁴。

4 対象となる財産は、不動産およびその構成部分、抵当権の効力が及ぶ対象物、共有権、地上権・住居所有権（区分所有権）その他の不動産と同一視される権利である（ZPO 864条1項）。

5 強制競売の流れ

- 1) 申立て 強制競売開始決定 債務者に送達：不動産差押えの効力発生
競売開始の付記登記
- 2) 取引価額の確定、競売期日の指定・公告・関係人への送達
- 3) 競売期日の実施（冒頭手続と最低競買申出価額の確定、競買申出の催告と競売の実施、競落に関する審尋）
- 4) 競落の許可
- 5) 配当（配当期日の決定・仮配当表の作成・最終配当表の作成、配当表の実施）

強制競売の手続各論⁵

1 手続の開始

(1) 開始決定

強制競売は、申立てに基づき、執行裁判所の決定（Beschluss）により開始する（ZVG 15条。以下記載がないものはZVGの条文）。申立てには、不動産・所有者・請求・執行力ある債務名義の記載を要する（16条1項）。強制執行開始の一般的要件は、債務名義・執行文・執行正本の執行債務者への送達である。すなわち、担保権実行手続は債務名義に基づく執行であり、強制執行と担保権実行の区別（日本民執181条）はない。實際上、担保権の実行は執行証書によることが多い⁶。

強制競売の開始決定後、競売開始の付記登記がされる（19条）。他の債権者も手続に加入できる（27条）。執行債務者は対象不動産の所有者として登記簿に登録されている所有者（またはその相続人）であることを要する（17条）。

(2) 差押え

強制競売開始決定の送達により差押えの効果が生じる（20条、22条1項）。差押えの効力は当該不動産と抵当権の効力が及ぶ対象物を包括する（20条2項）。差押えは、譲渡（処分）禁止効（23条1項、BGB 135・136条）のほか、債務者及び後順位債権者との関係でその不動産からの弁済を受けることができる執行債権者のランク5位の権利を生じさせる（10条1項5号、11条2項）⁷。ただし、實際上このランクまで満足に至ることは少ない。

差押えによる譲渡禁止効は、相対的効力であると解されている⁸。差押債権者が登記された抵当権や土地債務に基づいて強制競売開始決定を得たときは、差押え後の不動産譲渡は

⁴ そのほかに、債権の保全目的で抵当権を設定できる強制抵当という仕組みもある（ZPO 867条）が、それだけでは満足には至らない。

⁵ 鈴木尚久「ドイツにおける民事強制執行手続」海外司法ジャーナル5号45頁（1999年）参照。

⁶ 債務名義の種類の違いについては、竹下守夫『不動産執行法の研究』24頁（1977年）参照。

⁷ ドイツ法は差押えによる質権の発生を認め、それによっていわゆる優先主義を採用するが、不動産執行ではこの構成は採用されていない。

⁸ Brox/Walker, Rdnr.861; Böttcher, § 23 Rdnr.4,9; Rosenberg, et. al., S.925; Baur/Stürner, Rdnr.35.11

その後の手続進行に影響しない(26条)。他の債権者が手続加入した場合(27条)は、いわゆる個別相対効の考え方によるようである⁹。

(3) 手続の取消し

次の場合、強制競売手続は取り消される。

申立ての取下げ(売却許可決定の告知があるまで可能)があったとき(29条)

強制競売または手続の続行を妨げる権利が登記されていることや倒産手続の開始などを知ったとき(28条)

受訴裁判所が強制執行を不適法と判断したとき(ZPO775条1号など)

(4) 手続の一時停止

債権者の同意による一時停止(30条) 除去可能な強制競売を妨げる権利が登記されていることを知ったとき(28条1項2文) 債権者が弁済を受け、または履行を猶予することを証する文書が提出されたとき(ZPO775条4,5号) 債務者の申立てによる特別な一時停止(30条a以下) 競売開始後の支払い(75条)などが一時停止原因とされている。

2 売却条件¹⁰

ドイツ法の売却条件の決め方は、日本法とは異なる。すなわち、申立債権者の請求権に優先する権利並びに競売売得金より控除すべき手続費用を償却するに足りる競買申出(geringstes Gebot:最低競買申出価額)だけが許される(ZVG44条1項)との考え方を前提として、債権者の権利とそれに劣後する権利は消滅するが、債権者の権利に優先する権利は消滅しないとの考え方(引受主義)が採用されている(ZVG52条1項)。これは、剰余主義の趣旨を実現するには、後順位債権者の申立てによる競売によって先順位の権利が影響を受けないことは当然であるという基本的な理解に基づくといわれている。

最低競買申出価額という概念は、不動産の時価を基準として定められる最低売却価額ではなく、競売物件上に存在する優先的権利を保護しつつ、競売によっていかなる権利が存続または消滅するか(競落人はどのような物的負担付の不動産を取得できるのか)をすべての利害関係人に対する関係で確定することを目的とする。したがって、日本法との対比では、最低競買申出価額は売却条件の問題として理解するのが相当である。

(1) 最低競買申出価額

競売申立債権者の請求権に優先する権利並びに競売売得金より控除すべき手続費用を償却するに足りる競買申出のみが適法な買受申出となる。ドイツ法では、このことを剰余主義(Deckungsprinzip)と理解する。

最低競買申出価額に算入されるべき優先する権利は、先順位の担保物権・用益物権、手続費用、ZVG10条が定める土地から弁済を受けうる権利(9ランクある)である。価額算定に際しては、権利の存在およびその額が競売開始決定の付記登記の時の状態における登記簿の記載から明白なものは、その記載を基準として職権により顧慮される。それ以外のもの(ZVG10条1号から3号に掲げられる優先権、ZVG10条2項の権利追行費用、競売開始決定の付記登記後に登記されたもの)は、権利者からの届出(異議がある場合はさらにその疎明)によって顧慮される(ZVG45条1項)。

最低競買申出価額の算定に際して顧慮された権利は、競落人に引き受けられて存続する

⁹ Eickmann, S.98; Brox/Walker, Rdnr.861.

¹⁰ 詳細については、竹下・不動産執行法の研究107頁以下、宮脇幸彦『強制執行法(各論)』292頁以下(1978年)。

(引受主義)¹¹。例えば、抵当権が存続し執行債務者が人的債務を負担している場合であれば、競落人は抵当権の額の範囲内で人的債務を引き受けることになる(53条1項)。免責的債務引受のためには債権者の同意を要するが(BGB 416条)、債務者の通知から6ヶ月以内に異議を述べない限り、同意があったものとして扱われる(保全土地債務については53条2項参照)。他方で、顧慮されなかった権利は、原則的にすべて競落により消滅する(ZVG 52条1項)。

引受主義のメリットとしては、競落人が現金で支払いを要する部分が少なくて済むこと、逆に、全額の支払いを求められると不動産に再び物的負担を付けざるを得なくなるなどとされている。ただ、この考え方は、差押債権者の利益を必ずしも考慮していないともいえるし、競売期日にされる最高価競買申出が最低競買申出価額を大きく超過しない限り、申立てをした債権者が満足を受ける可能性は少なくなるから、自らも競売に参加し、場合によっては自己競落を検討しなければならないだろうという指摘もされている¹²。

(2) 現金支払価額 (Bargebot) と最高価競買申出 (Meistgebot)

最低競買申出価額のうち現金による支払いを要する部分を現金支払価額という(ZVG 49条)。具体的には、費用、ZVG 10条1から3号の請求権・ZVG 12条1・2号の請求権の償却に充当される部分、競売期日にされた最高価競買申出の中で最低競買申出価額を超過する部分である。とくに最後のものを超過額申出 (Mehrgebot) という。この部分により競売申立債権者や後順位債権者の満足が図られる。引受主義の下では、この現金支払価額が現実の最低競買申出価額となる¹³。

(3) 単純な具体例¹⁴

S (債務者) の土地にG 1を債権者とする2万ユーロの抵当権 (利息1500ユーロ)、G 2を債権者とする土地債務1万7500ユーロが設定されている。ZVG 10条1から3号の請求権が1000ユーロ、手続費用は1500ユーロとする。後順位のG 2が強制競売を申し立てた場合の最低競買申出価額は、2万1500 (存続するべき権利) + 1000 + 1500 = 2万4000ユーロとなり、うち現金での支払いを要するのは2500ユーロとなる。最高価競買申出を4万ユーロとすると、超過額申出が1万6000ユーロで、現金支払価額は1万8500ユーロとなる。

3 競売期日の指定¹⁵

¹¹ ZVGの前身となるプロイセンの立法過程での議論については、伊藤真「不動産競売における消除主義と引受主義(三)」法協90巻3号509頁以下参照。なお、引受主義自体を批判する見解は少ないが、Muth, KTS 1998, 558-562は過去の議論を引きつつ根本的立法ミスだと批判する。

¹² ある実務解説書 (Storz, S.410-412) によれば、自己競落は、後順位負担の消除、好ましくない所有者の排除、転売により回収するしか見込みがないときなどには有効であるとされる。逆に、金融機関がたなざらし状態の不動産を取得することは信用上好ましくない、不動産所有者は面倒な義務を負担せざるを得ない、担保権者としての交渉力が弱くなるなどの問題があるとされる。

¹³ 竹下・不動産執行法の研究110頁以下参照。

¹⁴ Brox/Walker, Rdnr.884.

¹⁵ 競売に要する時間についての公的統計はないが、不動産競売関連情報を提供する民間業者 (ARGETRA GmbH) のウェブサイト上の情報によれば、競売開始の付記登記から最初の競売期日までかかる時間は裁判所ごとに相当異なり、1年からそれ以上の長期間を要する裁判所もかなりあるようである。競売だけに区裁判所の業務が特化していないことから (区裁判所の業務は多岐にわたる)、競売のために割ける場所・時間が少ないことがその原

(1) 競売期日の指定

執行裁判所は、決定により、競売期日および場所の指定を行う(36条)。期日指定は差押えおよび土地登記所による付記登記後の通知の到達後に行われ(36条1項)、原則として期日指定を行った日から6ヶ月を超えない期日が指定され(36条2項)、すべての利害関係人(9条)へ送達される(41条1項)。

(2) 期日指定書の内容

期日指定決定書には、付記登記の日付とその時点での土地所有者の表示のほか、土地の登記用紙および土地の面積ならびに取引価額の表示(38条前段)、前の期日で最低売却価額に至らなかったために売却不許可となった場合はそのことの記載(38条後段)を要するほか、以下の事項が必要的記載事項とされている(37条)。

土地の表示

競売期日の日時と場所

強制執行の方法により競売することの記載(これは、その他に共有物分割手続として行われることがあるからである。)

付記登記当時に土地登記簿上明白でない権利があれば遅くとも競売期日に競買申出の催告があるまでそれを届け出て、債権者が異議を述べるときはその疎明をしなければならず、この届出および疎明をしないと権利が最低競買申出価額に顧慮されず、配当に際し劣後する旨の催告

競売を妨げる権利を有する者に対して手続の取消または一時停止を申し立てる旨の催告

(3) 競売期日の公告

競売期日指定は、最低1回、執行裁判所指定の新聞紙、または(2005年からは)ウェブ上で公告するのが原則である(39条1項)ほか、裁判所の掲示板にも掲示する(40条)。公告は期日の6週間前までにされることを要する(43条1項)。実際には州の広報に公告が行われ、裁判所の掲示板に競売期日のカレンダーが掲示される。その後、期日直前に日刊新聞に公告が掲載される。また、不動産競売情報を扱う民間業者のウェブサイトからも情報が収集できる。

(4) 土地の取引価額の確定

執行裁判所は土地の取引価額を定めなければならない(74条a5項)。これは、(6)で説明する最低売却価額を決定する上での基準となる点に意味があり、期日指定決定書の必要的記載事項である(38条)。

取引価額の決定についての根拠条文は建設法典(BauGB) 194条であり、それによると「取引価額は、鑑定が行われる時点において、通常取引で、価額算定がされる土地およびその他対象物の法的な事情および実際の性格その他の状態および立地に応じて、特殊または人的な関係を考慮せずに鑑定が行われる価額によって決定される」とされている¹⁶。

裁判所は取引価額の確定に当たり通常¹⁷、裁判所指定の宣誓した鑑定人(評価人)を利用する¹⁸。鑑定人は評価書作成に当たり物件を調査する。執行裁判所は債務者に対して実況見

因であると分析されている。

¹⁶ 前注と同じ民間業者の情報によると、2006年の競売期日において確定された物件価額の全国平均は約20万ユーロ(3000万円)ということである。物件としては区分所有住宅が多いという印象を受けた。

¹⁷ バーデン・ビュルテンベルク州では公的な評価によることが原則とされる(1975年12月16日裁判所構成法施行法34条)。

¹⁸ 鑑定の実務については鈴木・前掲49頁参照。ドイツの不動産鑑定については、緒方瑞

分の日時を通知してその協力を求めるが、強制的な立ち入り権限はない（内覧制度はない）ので、もし債務者が立ち入りを拒んだ場合は、外観と公的書類のみから取引価額を算定する¹⁹。

（５）競売物件情報の開示

日本法における３点セット（物件明細書・評価書・現況調査報告書）という制度は存在しない。競売期日前に買受希望者に公開される情報は、期日指定決定書に記載される土地所有者の表示、土地の登記用紙および土地の面積ならびに取引価額の表示のほか、鑑定人が作成した評価書である。

日本法との若干の比較を以下に記す。

ドイツ法には、日本法が定める執行官による現況調査の制度は存在しないから、現況調査報告書というものはない。現況調査は評価人だけが行う。ただし、賃貸借関係の存在については、債権者の申立てに基づく執行裁判所の調査義務が認められている。このことについては、後述５（５）を参照。

売却条件の確定を目的とする最低競買申出価額は競売期日に確定されるから、物件明細書に記載されるべき存続または消滅する権利については、日本の実務とは時期が異なるものの、買受希望者には開示されると見てよい。

評価書についてであるが²⁰、大都市の裁判所（例えばベルリン）の一部では裁判所のウェブサイトとリンクした民間業者のサイトから評価書のpdfファイルが（有料または無償で）取得できることもあるが、一般的ではないようである。もっともこの点、2006年12月22日の第2次司法現代化法²¹によって、評価書等をインターネット上で公開することができる旨の根拠規定がZVGに追加された（38条2項）ので、今後は整備が進むと思われる²²。

（６）最低限価額申出（Mindestgebot）

前述した最低競買申出価額（geringstes Gebot）は、引受主義の下、不動産の評価額とは無関係に決定されるもので、いわゆる売却条件に相当する。これとは別に、執行裁判所は不動産の価額（取引価額）を確定するが（ZVG 74条a 5項）（最初の）競売期日にされた最高価額競買申出が不動産の価額の一定部分を下回るときは競落が許可されない（または許可しないことができる）とする制度が導入されている。これは、不動産の価額（取引価額）を前提にした売却価額の規制であり、最低売却価額の制度とすることができる。なお、これらの規制は第2回目の競売期日では考慮されない点が特徴的である（74条a 4項、85条a 2項）²³。

穂「イギリス、ドイツ、フランスの鑑定制度」不動産鑑定38巻6号19頁（2001年）参照。

¹⁹ 債権者にとって助けとなる可能性として、ある実務解説書は、担保債権者が担保設定時に不動産に立ち入りができる権利を認めさせる、強制管理の申立てをする旨を警告する（債務者の占有を排除できる）ことを指摘している（Storz, S.332,333）。ただし、前者については、過去形で記述されており、かつ、實際上頑迷な債権者に対しては大きな意味がないとされている。

²⁰ 報告者がウェブ上で閲覧した評価書における物件の現況の記載は相当詳細なものであり、日本の現況調査報告書プラス評価書と比較しても、それほど遜色はないように感じられた。

²¹ BGBl 2006 I Nr.66.

²² 個人情報にかかわるものは公表できない。Hintzen/Alff, Rpfleger 2007,233, 239.

²³ 実際は、50%の限界を下回る申出をあえて行うことで第2回期日の実施に持ち込む例も多いようである（Hintze/Wolf,Rdnr.11.798）。ただし、2回期日以降における不当に低額の競買申出（債務者にとってより有利な結果が得られたであろう可能性が具体的に認め

具体的には2つのものがある。1つは絶対的最低限価額申出と呼ばれるもので、1979年7月1日の改正法により導入されたものである。これによれば、競売条件に従って存続する権利の元本価額を含めた競売期日にされた最高価競買申出が、土地の価額（取引価額）の50%を下回ってはならないとされる（ZVG 85条a第1項）。これは執行債務者保護を目的とするものであり、職権により売却は許可されないことになる。

もう1つは相対的最低限価額申出であり、権利を失う後順位債権者の利益を考慮した規定である。すなわち、なされた最高価競買申出が競売条件に従い存続する権利の元本価額を含めて土地の価額（取引価額）の70%を下回る場合、その最高価競買申出によって全部または一部が償却されない請求権の主体は、70%を上回れば自分の権利が償却される見込みがある場合に限り、競落の不許可を申し立てることができる（ZVG 74条a第1項）。

（7）債権者による競落と不足金請求に対する規制

不動産から満足を受ける権利を有する者（担保債権者、人的債権者）が低廉な価額で担保不動産を競落した上で、不足額についての債権を行使することに対しては規制がある。1953年8月20日の改正法で追加されたZVG 114条aは、「競落が土地よりの弁済を受ける権利を有する者に対して許可された場合において、その競買申出が競売条件に従い存続する権利の元本価額を含めて土地の価額の10分の7を下回るときは、競落人は、その請求権がなされた最高価競買申出によっては償却されないが10分の7の限界に達する額の競買申出があったとすれば償却されるであろう範囲においても土地より弁済されたものとみなす。この場合、競落人の権利に優先し、またはそれと同順位の権利で消滅するものは顧慮されない。」と定めている。

これは、債権者（申立債権者以外の他の債権者でもよい）が、裁判所によって確定された不動産価額の70%に満たない買受申出をしてそれが許可されたとしても、不動産価額の70%の価額から最高価競買申出（現金支払価額を含む）を控除した部分は、不動産価額の70%に達する申出であれば競落した債権者に配当されるはずのものであったとして、その部分については弁済があったものとみなされる（実体法的な効果として考えられている）のである²⁴。

4 競売期日の実施

競売期日は、冒頭手続と最低競買申出価額の確定、競買申出の催告と競売の実施、競落に関する審尋の3段階からなる手続である²⁵。

（1）冒頭手続（66条1項）

事件の呼上げの後、競売物件に関する証明書類の重要な部分、競売手続を進行する債権者とその請求権、差押えの時期、裁判所が確定した土地の価額、期日までになされた債権の届出を出席者に告知する。ついで出席した利害関係人を審尋した後で、最低競買申出価

られるならば）が、執行債務者保護規定（ZPO 765条aの苛酷執行条項）により認められないこともありうる（Böttcher, § 30a Rdnr.39）。不動産評価額のおおむね50ないし40%に収まる申出は適法であると見られる（Hintze/Wolf, Rdnr.11.759-11.761）。

²⁴ なお、（6）で説明した不動産価額の50%を下回る最高価競買申出が禁止されることとの関係では、不動産から満足を受ける権利を有する者が競落する場合については、現金支払価額と引受けとなる権利の価額に当該競落人が配当を受けられなくなる金額を加えたものが不動産価額の50%に達していれば足りるものとされている（ZVG 85条a第3項）。本文で説明した114条aがあるので、50%を下回る申出が許可されても債務者は保護を受ける。

²⁵ Hintze/Wolf, S.1303 ff.掲載の期日調書を条文のほかに参照した。

額と競売条件（存続すべき権利の額、最低競買申出価額のうち現金による支払いを要する部分など）を確定し、確定した内容を朗読する。そのほか、買受人は不動産取得税の支払いを要することや、手続に関する基礎的知識について教示がされる。

（２）競買申出の催告（６６条２項）と競売の実施

売却の方法は、競り売りである。競買申出の催告から競売手続の終結までは最低３０分の時間を置かなければならない（７３条）。競買申出があると、執行裁判所は申出人の身元を確認し、調書に記載するとともに出席者に対してその内容を告知する。申出人は取引価額の１０％に当たる担保の提供を要するが、２００６年の法改正により、現金での提供を要しなくなった（６９条）。

（３）競落に関する審尋

裁判所は最後の競買申出および競売の終結を告知する（７３条２項）。最後の競買申出の告知は３回の呼上げで行う。その後、出頭している関係人に対して競落に係る審尋を行う（７４条）。これは、後から競落の取消しがなされないようにするための措置である²⁶。競買申出がないとき手続は停止され、２回目の競売期日（債権者の申立てを要する）が同様の結果に終わると、手続は取り消される（７７条）。

５ 競落許可²⁷

（１）競落許可決定

以上の手続終了後に、裁判所は競落許可決定を行い、それが告知される（８７条）と効力が生じる（８９条）。競落許可決定には、土地、競落人、競買申出および競売条件を記載する（８２条）。

競落許可・不許可決定に対しては即時抗告ができる（９５条以下）。司法補助官がした裁判も同様である。

（２）競落不許可事由（８３条、８５条、８５条a）

競落不許可事由としては、手続上の瑕疵（８３条所定の原因）、利害関係人による新期日の申立てによる不許可（８５条）、競売条件に従って存続する権利の元本価額を含めた競売期日にされた最高価競買申出が土地の価額の５０％を下回った場合（８５条a）、最高価競買申出が土地の価額の７０％を下回る場合で利害関係人の申立てがあった場合（７４条a）がある。

（３）競落の法的効果²⁸

競落により競落人が土地の所有権を取得する（９０条）。この所有権取得は、執行債務者が土地所有者でなく、このことにつき競落人が善意でなくても生じると解されている²⁹。果実、物的負担、危険負担は競落人に移転する（５６条）。担保責任に基づく請求はできない（５６条３文）。

最低競買申出価額の算定に際して顧慮された権利で支払いにより償却されないものは、その範囲で存続する（５２条１項１文）が、最低競買申出価額の算定に際して顧慮されな

²⁶ 競落を許可するかどうか裁判する際、先にされた裁判には拘束されない（７９条）が、調書に記載がない事項は顧慮してはならない（８０条）。

²⁷ 売却実施率についての公式統計は見当たらない。注１５記載の民間業者の情報によれば、２００６年に実施された競売期日は全国で９万１０３６期日あり、そのうち７０．６％が第１回期日、２９．４％が２回期日以降ということである。

²⁸ 竹下・不動産執行法の研究２８３頁以下参照。

²⁹ RGZ 60,48; 72,269; 90,335; 129,155.

かった権利は原則的にすべて競落により消滅し（91条1項）³⁰、登記は抹消される（52条1項、130条）。ここでいう消滅とは、代償なしでの消滅ではなく、競落代金が目的物の代償物となり従前からの権利の順位に従って存続することを意味するとされる³¹。

（4）明渡執行

競落許可決定は土地（および土地とともに競売に付された物）の明渡・引渡執行の債務名義となる（93条1項）。旧所有者は明渡請求に対して占有権原（BGB 986条参照）により対抗することはできない³²。

（5）賃貸借関係の処理

使用・用益賃貸借については、競売期日までに（66条参照）土地の引渡しがあったときは（24条により、差押え後でも通常の用法の範囲内で賃貸できる）、「売買は賃貸借を破らない」の原則が適用される（57条、BGB 566・578条）。

しかし、競落人は、法定期間の遵守の下、直ちに賃貸借の解約告知をすることができる（57条a）。この特別解約権に対しては、賃料が賃貸場所の造成や修理のために全部または一部前払いされたような場合には、行使することができないという大きな制限が従前は付されていた（57条c、57条d）。しかし、このような制限は戦後の特殊事情から認められたものにすぎず、濫用されることもあったことから（憶測にすぎないが、これはドイツにおける執行妨害と見るべきかもしれない）、2006年の改正により全面的に撤廃された。

ドイツ法の規定（57条b）³³によれば、賃借権の存在に関する調査は、債権者の責任事項であるとされている³⁴。ただし、裁判所は、債権者の申立てにより、土地の使用賃借人または用益賃借人を確定するための調査をさせなければならず、裁判所は、それを執行官や他の職員に委託し、他の所轄官庁（住民登録局や市役所などであろう）に対してもその官庁が知っている賃借人の通知を囑託できるとされている（57条b第1項）。実務では、差押不動産の評価人に調査をあわせて依頼することもあるようである³⁵。

6 配当

配当手続については、民事訴訟法の定める動産執行に関する規定（ZPO 872条以下）が準用される（115条1項）。動産執行では供託された金額が債権者の満足に至らない場合にのみ配当手続が問題となるが、多数の権利者が関与する不動産執行ではほとんど常に配当手続が行われる（合意による裁判外の配当手続については、143条から145条参照）。

³⁰ 例外：法律と異なる特別の売却条件を利害関係人が要求した場合（59条1項）存続の合意をした場合（91条2・3項）

³¹ Surrogationsgrundsatzという。BGHZ 60,228

³² 明渡しを命ずる判決の場合、裁判所は猶予期間を定めることができるが（ZPO 721条）この場合はそれは認められない（Brox/Walker, Rdnr.941）。

³³ 強制競売開始決定は、債権者の申立てにより、債権者によって賃借人であるとされた者に対しても送達しなければならず、その送達によって、差押えがあったことが賃借人にも知れたものとみなされる（57条b）。これはBGBの賃貸借関係の規定適用の基準時を画する意味を有するが、詳細は省略する。

³⁴ Hintze/Wolf, Rdnr. 11.472 これと類似する規定が民事執行法制定前の旧民訴法643条3項であり、現在の現況調査の規定の原型となっている（柳田幸三・注釈民事執行法（2）175頁）。

³⁵ Hintze/Wolf, Rdnr. 11.472

(1) 配当期日の準備

競落許可を与えた後、執行裁判所は、競売売得金を配当する期日を定めて(1 0 5 条 1 項) 関係者に送達するとともに(1 0 5 条 2 項) 裁判所の掲示板に掲示する(1 0 5 条 3 項) 支払義務者には、期日の 2 週間前までに送達されることを要する(1 0 5 条 4 項) 。

(2) 仮配当表の作成

配当期日の事務負担軽減のために、裁判所は、期日指定決定において、利害関係人に対して 2 週間以内にその請求権の計算書の提出を催告することができる。この催告がされた場合、裁判所は、期間満了後に仮の配当表を作成し、利害関係人の閲覧に供するために遅くとも期日の 3 日前に裁判所に備え置かなければならない(1 0 6 条) 。

(3) 最終配当表の作成

期日には関係者を審尋した後、最終の配当表が作成される(1 1 3 条) 配当表に関しては直ちに弁論を行う(1 1 5 条) 現金支払価額(4 9 条 1 項) とそれに対する競落時から 4 パーセントの利息、土地とともに競売された物の売得金が、配当財団を構成する。競落により消滅しない権利も(後に消滅することがありうるので) 配当表に記載する(1 1 3 条 2 項) 請求権の額(抵当権、土地債務の場合) またはその最高額(最高額抵当権の場合) が競売開始の付記登記の当時に土地登記簿上明白である場合は、登記簿の内容にしたがって、その請求権を配当表に記載する。その他の権利は、遅くとも期日に届出があったときに限り配当表に記載する(1 1 4 条) 競売売得金から手続費用がまず控除され(1 0 9 条 1 項) 剰余は支払いにより償却されるべき権利に充当する(1 0 9 条 2 項、その順位は 1 0 条、1 1 条により定まる) 。

(4) 配当に関する救済手段

手続法上の責問は即時抗告により主張することができる。 実体的な異議は異議申出と配当異議の訴え(Z P O 8 7 6 条から 8 8 2 条) により主張できる。

(5) 配当表の実施

競売の売得金が金銭で存在する場合は、配当表は権利者への支払いによって実施する。期日に出席しなかった権利者に対する払渡しは職権で命ずる(方式は特別法で定められている) 現金の払渡しができない場合、停止条件付権利の場合、配当に関する異議が提出されている場合、権利者が知れないなどの場合は、供託が行われる。現金支払価額が決済されないときは、競落人に対する債権を権利者に移譲することで配当表を実施し、これによって土地により弁済がされたものとみなされる(1 1 8 条) この債権については保全抵当権が設定される(1 2 8 条) 。

7 手続の終結

執行裁判所は、土地登記所に対して所有権移転登記、抹消登記などを囑託して手続は終結する(1 3 0 条) 。

【第2部】ドイツの不動産担保制度

概要

1 法律が定める不動産担保権³⁶

民法（以下、BGBという）が定めている不動産担保権は、次の3種類である。

抵当権（Hypothek：BGB 1113条以下）

土地債務（Grundschuld：BGB 1191条以下）

定期土地債務（Rentengrundschuld：BGB 1199条以下）

日本法（日本民法365条以下）とは異なり、不動産質権は存在せず、動産質・権利質のみが認められている（BGB 1204条）。また、フランス法由来の不動産先取特権（日本民法303条以下）も存在しない³⁷。

2 法律に定めがない非典型担保権、ほか

ドイツの譲渡担保法は個別動産、倉庫内の集合動産、商品売主の期待権、債権をその対象とする。他方、不動産の譲渡担保は実務上行われなれないといわれている。ドイツで不動産譲渡担保が行われなれない理由について、まったく逆の法状況にある日本法との対比という観点から様々な理由が憶測されてきたが³⁸、今のドイツでは、不動産譲渡担保が理論上不可能であると断じられているわけではなく、むしろ、所有権移転の法形式をとることから生じる実務上のコスト（公正証書作成、移転登記、不動産取得税など）のゆえに不動産譲渡担保を設定することは貸し手にとって不利益が大きという実際上の理由が不動産譲渡担保でなく抵当権・土地債務が選択される主たる要因であると認識されているようである³⁹。

なお、このこととの関連では、債権者と所有者とが抵当権設定時に、無条件であるが被担保債権の弁済期到来時まで延期した（betagt）売買契約をすること（セールリースバック契約）や、金銭消費貸借契約上の貸主が最初は賃借人となり、後に清算目的で買い受けることは、いずれも無条件かつ真正な売買であることを条件に適法であると解されている⁴⁰。また、ドイツ連邦通常裁判所（BGH）の判例は、次のような事例について後述のBGB 1149条（流抵当合意の禁止）の類推適用を否定して、合意を有効と認めている。

BGH Z 130,101

不動産の売買契約で銀行が買受資金を融資して土地債務を設定し、かつAが保証人になった。その際、返済ができなくなった場合には買主がAに不動産を譲渡する旨の物権的合意をして仮登記した。

BGH NJW 2003,1041

建物の建築資金を融資した債権者が債務者（所有者）との間で、債務の履行がないときは不動産の所有権の譲渡を受ける旨の合意をしたが、物的担保権は設定されていない。

学説上は、このような判例に対して批判が強い。このことから推論すると、基調としてドイツ法が私的実行型の不動産担保権を認めることに対しては、なお消極的であるとまと

³⁶ 主として参照した文献は次の通り。Baur/Stürner, Sachenrecht, 17.Aufl., 1999; Wolfsteiner in: Staudinger, BGB, 13.Aufl., 2002; Eickmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd.6, 4.Aufl. 2004; Konzen in: Soergel, BGB, Bd.16, 13.Aufl. 2001; Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, 7.Aufl., 2004.

³⁷ 動産について民法・商法に法定質権の規定がある。BGB 1257条参照。

³⁸ 以下の点について、田高寛貴「私的実行型担保法規範の定立（1）」専修74号72頁以下、田高寛貴『担保法体系の新たな展開』14頁以下（勁草書房、1996年）、近江幸治『担保制度の研究』167頁、169頁以下（成文堂、1989年）参照。

³⁹ Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd.2, 1965, S.20-22.

⁴⁰ Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 Rdnr.11

めてよいと思われる。だが、このことに基づいて、ドイツで私的実行型の不動産担保権ないしそれと機能的に等置できるようなものが理論上一切否定されていると認識するのは必ずしも正確ではないとも解されよう。

3 民法条文と現実の乖離現象

(1) 条文上の規律

抵当権は、被担保債権の満足を受けるために不動産から一定金額の支払いを受けることができる内容の物的負担であり、不動産担保権としての基本的な枠組みは日本の抵当権と共通する。ところが、ドイツ法は、被担保債権の存在を前提としない不動産担保権である土地債務という権利を認めている点が特徴的である⁴¹。

抵当権および土地債務のいずれも、不動産から一定額の金銭の支払いを受けることができる優先弁済権がある担保権として構成されており、B G Bの立法者はこの2つの担保権のうち抵当権を原則形態と考えていた。これを反映して、B G B 1 1 9 2 条 1 項は、抵当権の規定を土地債務に対して準用する形（ただし被担保債権との附従性を前提とする規定は準用されない）を法技術的に採用している。

(2) 土地債務の優位現象

土地債務はB G B制定以前に北ドイツでもっぱら行われていた制度であり、B G Bが定める土地債務は、立法当時のプロイセン法などを承継したものである。立法者は、土地債務を証券化して土地自体の価値に流通性を与えることで、産業革命を経て成長した工業に流入した資金を、その当時近代化が急がれた農業経営に導入することを目的としていたといわれている。ところが、当時の農業地は過度の抵当負債を負っていたために土地債務による資金導入を図ることができず、このような利用は行われなかった⁴²。

ところがその後、条文が予定しない債権担保目的での土地債務（いわゆる保全土地債務）の利用率が抵当権を凌駕することになった。すなわち、第2次大戦後、金融機関は抵当権ではなく土地債務を担保権として利用する傾向が強まり、1970年代以降、抵当権ではなく土地債務を設定する旨の合意が行われることが一般的となった。銀行の普通取引約款等には、不動産担保権としては土地債務を設定する旨の条項が見出されるのが通常である。

(3) 土地債務の利点

土地債務が抵当権を駆逐している原因については、さまざまな議論がある⁴³。

例えば、短期信用（支払期間3ヶ月以内）および中期信用（3ヶ月以上4年以内）の場面では個別債権の発生、消滅、増減が繰り返されることから、被担保債権との附従性が否定され、当該担保物権の順位が留保される土地債務は、日本法における根抵当権と類似したものとして、有用性が認められている⁴⁴。また、金融機関による融資実務では様々な融資形態が考案されるが、厳格な附従性を前提とする抵当権はこのような実務の要請に対して十分に対応できなかったことや、不動産所有者が自己名義の所有者土地債務を設定し、後

⁴¹ 土地債務のうち定期土地債務は、土地債務の利息相当分の定期金（金銭の定期的な給付）を担保するものである。立法者は、農業信用において債務者が毎年の収穫から定期金を支払うような場面を想定していたようであるが、定期土地債務は元本を担保しないことから有意義な制度とは考えられておらず、実際上利用されていない。したがって、ここでは検討対象とはしない。

⁴² ドイツの不動産担保法制定史については多くの文献があるが、さしあたり田中克志『抵当権効力論』（信山社、2002年）所収の論文を参照。

⁴³ 中山知己「ドイツ土地債務の担保的機能（二）」立命186号228頁以下（1986年）参照。

⁴⁴ 長期信用（4年を超えるもの）でも抵当権ではなく土地債務が広く利用される。

に融資を受けるときに土地債務を債権者に譲渡すれば、新たな担保設定・登記を要せず迅速に融資が受けられる利点が土地債務の利用を促したともいわれている⁴⁵。また、抵当権のようにその内容が民法で固定的に規律される仕組みとは異なり、土地債務では、担保権者と不動産所有者の関係は土地債務の設定時に締結される債権的合意である担保約定によって規律されることから、より債権者にとって有利かつ柔軟な合意が可能であるという利点も指摘されている⁴⁶。

ただし、土地債務には附従性がないとはいっても、現実に利用される土地債務では、担保約定に基づいて特定の被担保債権の発生・保全が前提となっている（保全土地債務）。

4 まとめ

抵当権と異なり、土地債務は被担保債権の存在を前提としない無因的・抽象的権利である。ところが、現実には、債権担保を目的とした保全土地債務という条文にないものが原則形態となっている。このように、法の定め方と現実との間にはかなりの食い違いがあることから、以下では、抵当権の条文（これは土地債務に原則的に準用される）に基づいた不動産担保権の原則的枠組みを説明し、その後、保全土地債務に特有な状況を報告する。

抵当権

1 種類、内容

（1）流通抵当権と保全抵当権

流通抵当権とは、被担保債権不存在の場合であっても、あたかも債権が存在するように抵当権自体に登記簿の推定力・公信力が認められるもの（BGB 1138条、891から893条）であり、保全抵当権とは、抵当証券が発行されず、抵当権に登記簿の推定力・公信力が認められないもの（BGB 1184条）をいう。

（2）証券抵当権と登記抵当権

証券抵当権とは、抵当証券の発行が予定されている抵当権であり、登記抵当権とは、当事者が証券の発行を禁止した場合をいう。後者が例外である。

2 設定方法

抵当権は、抵当権設定の合意、登記、登記所が発行した抵当証券の交付（BGB 1117条）により成立する。ドイツ民法では不動産登記は物権変動の効力要件である（BGB 873条）ことが日本法（民法176条、177条）と異なる。なお、設定者に所有財産の処分権限があることも必要である。

3 対象となる財産権

不動産、不動産と同視される権利（地上権など）、共有持分権が抵当権の対象となる。ドイツ民法の不動産の定義によれば、不動産は土地であり、建物は土地の構成部分として扱われる（BGB 94条）。住居所有権（区分所有権）の場合も同じ扱いである。

4 被担保債権

金銭債権であることを要する（BGB 1113条、1115条）。将来債権や条件付債権

⁴⁵ 住宅建設資金調達の際に土地債務が抵当権よりも有意義であることの説明について、倉重八千代「ドイツにおける土地債務の利用急増の原因についての一考察」ソシオサイエンス7号213頁以下（2001年、早大院社会科学部研究科）。この論文では、簡略でわかりにくい点もあるが、歴史的な経緯、経済実態などが分析されている。

⁴⁶ 椿久美子「ドイツ法における土地債務と抵当権の関係」麗澤大学紀要56巻252頁（1993年）参照。

でもよい（BGB 1113条2項）。金額は定まっていることを要する⁴⁷。抵当権者と債権者は同じでなければならないが、いわゆる物上保証は当然認められている。

5 公示方法

登記事項は、債権者の表示・被担保債権とその金額・利率の表示である。契約内容の詳細は登記面上に表示されず、制限物権を設定される当事者による登記許諾（Eintragungsbewilligung）の書面を引用するという文言が登記簿上に記載される（BGB 1115条）。

6 被担保債権の任意弁済と抵当権

（1）土地所有者たる債務者が弁済期にある被担保債務を任意に弁済したときは、債務は消滅し、抵当権は土地債務に変じて所有者に帰属する（BGB 1163条1項2文、1177条）。

（2）人的債務者ではない所有者は弁済権限があり（BGB 1142条）それに基づいて弁済したときは、その限度で被担保債権および抵当権が所有者に移転する（BGB 1143条1項1文、1153条）。

7 強制執行による換価の原則

（1）債務者が任意弁済しない場合は強制執行が行われる。債権者が強制競売の売却代金で部分的な満足しか得られなかった場合でも抵当権は消滅するが、不足額についての人的債務は存続する⁴⁸。

（2）BGB 1147条は、「不動産および抵当権が及ぶ物から債権者が満足を受けることは、強制執行の方法による。」との明文規定を置く⁴⁹。右の規定は、債権者自身による換価が許される動産質権とは異なり、物権に基づく満足は、裁判所により実施される強制執行手続のみによってなされるという意味である。すなわち、本条は、強制執行によらない抵当権の実現を禁止しているのである⁵⁰。

（3）では、なぜドイツ法では、抵当権は強制競売によらなければ実現されないとされたのだろうか。制定史を一瞥する。

起草者は⁵¹、当時の大部分のラント法の傾向に従い、ローマ法⁵²のように債権者に対して

⁴⁷ 金額の一定性との関連では、最高額抵当権という根抵当権に類似した仕組みがある（BGB 1190条1項）。これは、被担保債権の最高限度額のみを定めて債権の確定を将来に留保する方法で設定される。ただし、これは執行証書（ZPO 794条5号）の対象とはならないから、判決等の債務名義を取得して強制執行しなければならない。このことも保全土地債務の隆盛をもたらした一因とみられている。

⁴⁸ Staudinger/Wolfsteiner, § 1147 Rdnr.42; Brox/Walker, Rdnr.931.

⁴⁹ 動産質権では、弁済期到来後であれば担保権者に対して売却権限が認められる（BGB 1228条以下）。BGBはこの場合、執行官が主催して目的物保管場所で行う公的競売を原則とし、担保物に市場価格または証券取引所の価格が付く場合に限って公開市場での売却（freihändiger Verkauf）を認める。この限りでは、非司法型競売が採用されている。

⁵⁰ MünchKomm-BGB § 1147 Rdnr 1.これが最も詳しく制度趣旨を述べている。起草に関与したプランクも同趣旨。Planck, BGB, Bd.3, 3.Aufl., 1906 § 1147 Rdnr.1

⁵¹ Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen, Sachenrecht II, 1991, S.584-589; Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, Bd.3, 1899

目的物を占有する権限や売却する権限を与えるのではなく、不動産に対する強制執行という方式によって取立てを求める請求権を債権者に与えるという方向で立案したと述べている。

B G B 起草当時のドイツの状況であるが、ドイツ普通法はローマ法の抵当権を継受したことから、債権者は抵当権によって目的物を売却する権利を取得し、債務不履行があったときはこの権利を行使して目的物を売却することができた。抵当権者は不動産の場合、掲示によって売却を告示したうえで裁判外の売却をすることができたが、担保権者自らが買主になることは禁止されていた。しかし、このローマ法上認められていた債権者の権限は、ドイツでは大きな制約を受けていたといわれている。すなわち、ドイツ中世法やゲルマンの慣習法では不動産担保権の実行には裁判官の関与が要求されており、このことは、ドイツ地域におけるローマ法の継受にもかかわらず保持されたといわれている⁵³。したがって、裁判外の売却のほか、担保の訴えに基づく裁判上の執行つまり裁判上の競売手続で売却することもでき、実際は裁判上の手続で不動産は売却されていたとされている。これが強制競売 (Subhastation) であり、抵当権はたいてい公証人による証書または裁判上の証書により設定され、この証書が判決と同様に執行可能とされていたからであるともいわれている⁵⁴。

以上のような歴史的発展過程を踏まえて、ドイツ民法の規定は起草されたということが出来るが、この点について、B G B 1 1 4 7 条の立法理由書によれば、「法律が裁判官に抵当権の実現を委ねたとすれば、それは、抵当権の実行は当該不動産に關与する権利のすべてを考慮に入れてのみ実現されなければならないとの基本的な考え方に基づくものである」との説明がある⁵⁵。この起草者の見解は、私見によれば、条文の起草趣旨とは別な文脈で述べられており、立法趣旨として援用することには疑問の余地もある。しかし、現在の B G B の注釈書のうち本条の趣旨を最も詳細に解説したものは⁵⁶、これを受ける形で、抵当権の実行は、当該不動産に關与する権利のすべてを考慮に入れてのみ実現されなければならないとの基本的な考え方に基づくのであって、それが起草者の見解であると述べている。すなわち、動産の場合、複数の債権者が存在するのはごく例外的であり、B G B 1 2 0 9 条、1 2 3 2 条により優先劣後関係は明確に処理されるが (設定順で定まり、先順位の占有者に対する後順位者からの引渡請求権はない)、不動産の場合は、複数の物的負担が存在するのが通常である。そのしばしば複雑な優劣関係、公租公課との競合関係、所有者抵当権が成立する可能性から債権者の満足は裁判上の手続に委ねるのが得策であるという。

なお、司法競売の原則を確立させたその他の背景としては、国家機関による裁判手続の発展、不動産登記簿の整備により他人の権利関係の認識が容易になったこと、抵当権法におけるローマ法原則からの離反・近代化といったことがあげられるのではないかと思われる。

8 抵当権の私的実行とその禁止

(Nachdruck 1979), S.675

⁵² 詳細は、伊藤真「不動産競売における消除主義と引受主義 (一)」法協 88 卷 4 号 390 頁以下参照。

⁵³ Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Bd.2, 1864 (Nachdruck 2001), S.258 ff.

⁵⁴ 松井宏興『抵当制度の基礎理論』(法律文化社、97年)36頁が引用する、Coing, Europaisches Privatrecht, Bd.1, 1985, S.328 f. これについて、デルンブルグはローマの判決による担保の売却 (Verkauf des Urtheilspfandes) の制度が継受されたと説明する。Dernburg, a.a.O., S.258.

⁵⁵ Mugdan, a.a.O., S.677.

⁵⁶ MünchKomm-BGB § 1147 Rdnr.1

(1) 流抵当の合意禁止

B G B 1 1 4 9 条は、「所有者は、その者に対する債務が弁済期に至らない限り、債権者に対して、満足を図る目的で不動産の所有権を譲渡することを要求できる権利、または強制執行以外の方法で不動産の譲渡を行う権利を付与することができない。」と定め、流抵当の合意を禁止する。起草過程の議論を参照すると、この規定と強制執行による実現の原則規定とは一体的に理解する必要があると思われる。

本条は、古代ローマ（320年のコンスタンティヌス帝の勅法）からユスティニアヌス法典・ドイツ普通法と受け継がれてきた担保物の丸取りを禁止する規定である⁵⁷。当初のB G B 起草者案は、所有者に私的実行契約の解除権を与えたとしたが、その後⁵⁸、これでは保護が十分でないとして現在の文言へと修正された経緯がある。現在の理解では、現段階で債務者が信用を得ようとするために、不履行が生じる前に弁済して受け戻すことができるだろうという当てにならない期待を抱いて、将来生じるかどうかわからない支払困難という自体的場合に被担保債権額よりも高額な担保物を失うことに合意するということが自体が危険であるという趣旨に基づくものであるとされている。また、B G B 1 1 4 7 条の潜脱防止ということも目的となっているといわれている⁵⁹。

この点、起草者は次のようにいう。「不動産に対する強制執行による債権取立ては、抵当権の内容のひとつである。したがって、債権の弁済期が到来する前は上述した理由から（物権法秩序を合意で変えられないということ。報告者注）抵当権を強制執行によらない方法でなされる不動産の譲渡により実現する旨の合意をすることを関係者に対して許すことはできない。そのような契約はそもそも無効である。なぜならば、当事者のいずれか一方が、法律が秩序正しくかつ適正な方法での権利実現を確実化するために定めたルール適用を当初から放棄するのは公序に反するからである」⁶⁰。

(2) 規制対象

本条は債権的な合意を禁止するものである。物権的合意は条件に親しまない行為なので、そもそも無効である。以下のような合意が規制の対象となる。

1) 所有権の移転

債権者だけでなく第三者への譲渡も含まれる。

債権者の満足を図ることを目的とした合意すべてが含まれる。この目的は直接、間接、副次的なものも入る。

弁済期前に、弁済期日における不払いの場合に1149条が定める権限を付与することが禁止される（債権的合意として無効である）。

債権者に対して売却の（撤回できない）代理権を授与することも禁止される。

2) 強制執行以外の方法による不動産の譲渡

裁判外での私的売却をする権利の付与

強制執行以外の方法による譲渡を行う権利の付与

弁済期前の合意は禁止

(3) 任意売却

⁵⁷ レオ・ラーペ（高島平蔵・近江幸治訳）「担保物権および譲渡担保における流担保の約定（一）」比較法学14巻2号93頁以下（1980年）。フランス民法にも同趣旨の規定がなお存する。

⁵⁸ Mugdan, a.a.O., S.4423

⁵⁹ Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 Rdnr.3; MünchKomm-BGB § 1149 Rdnr.1

⁶⁰ Mugdan, a.a.O., S.681.

B G B 1 1 4 9 条の規制が及ばない限度では、事後的な合意に基づいて担保（ 抵当権・土地債務）目的物の任意売却や代物弁済を行うことは可能であると解される⁶¹。ドイツでも、強制競売よりも任意売却によるほうが担保不動産を迅速、高値で売却できると認識されており、任意売却をまずは試みるようであるが、ドイツの実務家に対して照会した結果によれば、債務者＝所有者が現に居住する物件では合意の調達は難しいことが多いようである。

保全土地債務

1 抵当権と土地債務の基本的相違点

抵当権と土地債務は、その成立が被担保債権の存在を前提とするかどうか（附従性）で区別される（B G B 1 1 9 2 条 1 項は「土地債務が債権を前提としないことの帰結と異なる範囲で」抵当権の規定を準用する）。そこで、土地債務について、例えば、次のような基本的な特徴を指摘することができる。

抵当権は債権担保のためにしか設定できないが（B G B 1 1 1 3 条 1 項）、土地債務は債権の弁済を受けることを条文上制度目的としていない（B G B 1 1 9 1 条 1 項）。

抵当債務が弁済されると抵当権は不動産所有者に復帰するが（他主抵当権または所有者土地債務という）、土地債務が事実上担保する債務が弁済されても、土地債務は債権者に留保されたままである⁶²。

不動産所有者が自己名義で土地債務を設定することができる（B G B 1 1 9 6 条 1 項）

被担保債権と土地債務とを別々に譲渡できる。

被担保債権が登記されない。

2 定義

保全土地債務（Sicherungsgrundschuld）とは、担保（土地債務）権者と負担を負う不動産の所有者との間で締結される債権的契約に基づく金銭債権を担保するのに利用されるべき土地債務のことである。これに対して、物的換価権のみを債権者が有する債権なき土地債務を講学上、孤立的土地債務（isolierte Grundschuld）と呼び、所有者自身が順位保全目的で設定する点にメリットがありうるとされるが、現実には利用されていない⁶³。

3 保全土地債務の設定

保全土地債務を設定するには、物権的合意としての土地債務の設定（登記が効力要件）と、担保約定（Sicherungsvertrag, -abrede）の締結を要する。土地債務設定証書には、目的不動産の登記上の表示・土地債務設定の物権的合意・執行受諾文言・当事者による登記許諾・土地債務金額に対する人的責任の引受け（執行受諾文言を含む抽象的債務約束）⁶⁴・公証人の教示・公証人への登記等申立の委任などの条項が含まれる。

被担保債権について特に制限はない。銀行が利用する土地債務契約書の雛形では、銀行と担保設定者との間の取引関係から生じる現在及び将来の一切の債権が担保対象となるとされている。このように、担保目的を広範に定めることができるという点に対しては様々な議論があるようであるが、判例は、例えば約款規正法には反しないなど、適法と解して

⁶¹ OLG Köln BB 1995,1922 は、強制競売よりも有利な条件で所有者が売却できる見込みがあるのに、担保権者がいきなり競売を申し立てることが契約上の義務違反となる可能性を指摘する。

⁶² 保全土地債務そのものを消却した場合は所有者土地債務となる。

⁶³ 古典的な例として、父親が娘に持参金代わりに土地債務を贈与するということがある。

⁶⁴ 被担保債権の立証負担を緩和する。その他、強制執行で生じた不足額についてこの条項に基づいてさらに執行できるメリットがある。Baur/Stürner, §45 Rdnr.16.

いる⁶⁵。

4 担保約定

担保約定は保全土地債務の設定目的を表示する債権的合意であり、土地債務を保全目的のものとして性格付けるために必須の要素（原因行為）である。担保約定には通常、土地債務設定の目的（所有者と債務者が異なる場合は被担保債権とその債務者を表示して当該債務の担保として利用されることが示される。）債権者の換価権に関する事項、被担保債権の満足に至った場合の土地債務返還請求権に関する事項などが含まれている。また、土地債務権者は担保設定者の利益を最大限考慮する契約上の義務を負うことが承認されている（情報提供義務、勘定書交付、剰余売得金の返還など）。

5 被担保債権の不成立・消滅とその土地債務への影響

土地債務は制度上被担保債権とは独立しているので、被担保債権の不成立（無貸付など）・消滅は土地債務の存立を左右しない（抵当権の場合は所有者抵当になる。BGB 1163条1項）。しかしこの場合、土地債務の返還請求権を（不当利得または信託的合意に基づいて）主張できると解されている⁶⁶。この返還請求権に基づいて、土地債務の返還、放棄（BGB 1169、1168条）取消しを請求できる。

6 債務者 = 所有者による弁済の効果

被担保債権の弁済と土地債務自体の抹消（Tilgung）は区別される。弁済により債務者 = 所有者が土地債務を抹消すると、所有者土地債務が成立する。被担保債権を消滅させると、土地債務は存続するがその返還請求権が担保約定に基づいて生じることになる（理論上は担保約定の締結により担保約定の目的達成を停止条件とした返還請求権が成立していると説明される）。

債務者がいずれを抹消する趣旨で給付をしたのかを区別する客観的基準を立てることは困難であり、当事者の意思解釈の問題にならざるを得ないが⁶⁷、約定書には通常、被担保債権を清算する旨の条項が置かれている。

7 強制競売の効果

強制競売による満足は土地債務の消滅をもたらす（BGB 1181条1項）と解するのが一般的である⁶⁸。被担保債権もこれに伴い消滅すると考えられているが、理論構成についてはやや細かな議論がある⁶⁹。

競落により土地債務が消滅する場合は、配当金は土地債務権者に帰属する。権利者は当初の債権全額で配当の要求をすることができると解されているため、配当額が被担保債権額を上回ることが生じる。この場合、担保設定者には担保約定に基づく超過売得金の返還請求権が認められる⁷⁰。

⁶⁵ 詳細は、中山知己「ドイツ土地債務の被担保債権範囲論序説」山口経済学雑誌45巻5号215頁以下（1997年）参照。

⁶⁶ Baur/Stürner, Sachenrecht, § 45 Rdnr.26; MünchKomm-BGB § 1191 Rdnr 16.

⁶⁷ Baur/Stürner, § 45 Rdnr.42-49

⁶⁸ MünchKomm-BGB § 1191 Rdnr.117; Soergel/Konzen, § 1191 Rdnr.41.

⁶⁹ Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem zu § § 1191 ff. Rdnr.100.担保約定により自動的に弁済の効果が生じるとする説明と、相殺の意思表示や担保約定による支払いへの充当がなければ弁済の効果が生じないとの説明などがあるようである。

⁷⁰ Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem zu § § 1191 ff. Rdnr.197; Baur/Stürner, § 45 Rdnr.50

8 土地債務の譲渡（いわゆる任意売却）

土地債務権者には、強制執行を申し立てずに土地債務の譲渡により土地債務を換価する権限が認められている⁷¹。ドイツの文献は、これを土地債務の任意売却（*freihändiger Verkauf*）と呼んでいる。かつては、このような売却権限が担保約定の基礎となっている信認関係上認められるのかどうかについて争いがあり、否定的な見解もあったが⁷²、現在ではこのような権限は承認されている。ただし、現実にこの任意売却が行われることは少ないと見られる⁷³（もっとも、この問題に関してはライヒ大審院以来相当数の判例がある）。いずれにしても、強制執行というコストのかかる方式を回避して簡易な方式により土地債務を換価することができることから、土地債務を設定しやすくなる、強制競売よりも高額で換価できる可能性がある、所有者はいきなり土地債務を実行されることがないなどのメリットが指摘されている⁷⁴。

これに対して、土地債務が設定された不動産自体を売却する合意は、上述のBGB 1149条により禁止されることになりそうである。ただし、（弁済期以降）もし債務者から競売よりも有利な条件で土地が売却できる見込みが伝えられた場合、債権者はそれに協力する担保約定上の義務があるという趣旨の判例⁷⁵があるので、上述したように、担保物件たる土地自体の任意売却ということも（日本の実務と同様の方法かどうかは別として）実際には行われていると思われる。

土地債務は被担保債権と分離して譲渡することができ、また、被担保債権とともに譲渡することもできるとされているが、約定による担保目的が損なわれることから、被担保債権とセットで譲渡するのが通常であり、土地債務のみの譲渡については、所有者（設定者）の（事後的な）明示的の同意が必要であるといわれている⁷⁶。なお、土地債務の譲渡は、合意、書面による譲渡の意思表示、証券の交付により行われる。学説上はなお若干の異論もあるようであるが⁷⁷、担保約定に明示的な合意がなくても、弁済期が到来した場合には土地債務（のみ）の譲渡による換価の権限があるとされている。弁済期前は、担保約定において担保設定者の利益を保護する義務が権利者に課せられていると解されることから（弁済期前の換価は土地債務の返還請求権を危険に陥らせることになる）この方式による換価は禁止されていると解されている⁷⁸。

被担保債権とセットで土地債務が譲渡される場合は、債権譲渡がされたのと同じことになり、また、旧担保権者が負う土地債務返還義務は消滅する。他方、土地債務単独の譲渡の場合、それにより得られた売得金は債権の弁済に充当され、その限度で債務は消滅すると解されている⁷⁹。のちに譲受人が弁済充当額を超えて土地債務を実行した場合、所有者はそのような担保権実行を受忍しなければならないのかどうかは争いがある⁸⁰。なお、弁済期

⁷¹ Baur/Stürner, § 45 Rdnr.58; MünchKomm-BGB § 1191 Rdnr 97; . Soergel/Konzen, § 1191 Rdnr.22; Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem zu § § 1191 ff. Rdnr.92.

⁷² Vgl. Seckelmann, Die Grundschuld als Sicherungsmittel, 1963, S.81ff.

⁷³ 1993年以降のドイツの銀行取引約款にはこの任意売却に関する条項が置かれていない。なお、当該譲渡が土地債務の換価としての譲渡と認定されるかどうかは微妙な問題である。例えば、BGH NJW 1982, 2768を参照。

⁷⁴ Seckelmann, a.a.O., S.84. 金融機関は資産価値が高い抵当権の譲渡をしないのが普通だといわれている。Baur/Stürner, § 38 Rdnr.2. なお、ドイツ法は被担保債権と分離して抵当権自体を法律行為により譲渡することを認めない（BGB 1153条2項、1154条）。

⁷⁵ BGH ZIP 1997,1448.

⁷⁶ BGH ZIP 1986, 1454; Gaberdiel, Rdnr.1287.

⁷⁷ Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem zu § § 1191 ff. Rdnr.94は慎重な見方を示す。

⁷⁸ MünchKomm-BGB § 1191 Rdnr 97,98,101; . Soergel/Konzen, § 1191 Rdnr.29.

⁷⁹ BGH NJW 1982, 2768; Gaberdiel, Rdnr.1288; MünchKomm-BGB § 1191 Rdnr.101.

⁸⁰ MünchKomm-BGB § 1191 Rdnr.101.

前はこの方式による換価は禁止される⁸¹。

⁸¹ MünchKomm-BGB § 1191 Rdnr 97,98,101; . Soergel/Konzen, § 1191 Rdnr.29.