

競売制度研究会（第11回）議事概要

日 時 平成19年2月13日（火）午後5時30分から午後7時30分まで

場 所 きんざいセミナーハウス地下1階会議室

出席委員 山本座長，笠井委員，久米委員，越山委員，小林委員，下村委員，田作委員，成田委員，菱田委員，松下委員，山下委員，山田委員，山野目委員，吉田委員

議事内容 以下のとおり

1 フランスにおける賃貸借と売買との関係についての補足説明

参事官交代の挨拶，配付資料の確認に続いて，〇〇委員から，フランスにおける賃貸借と売買との関係についての補足説明が行われた。その骨子は「民法典1743条」ではじまる書面のとおり。

2 ドイツの競売手続の調査報告と質疑応答

(1) 引き続き，越山委員から，ドイツの競売手続についての調査報告が行われた。その内容は，目録番号2「ドイツにおける不動産担保権の概要」（以下「レジュメ①」という。）及び目録番号3「ドイツにおける不動産執行手続」（以下「レジュメ②」という。）記載のとおり。

なお，レジュメに補足して説明された内容の骨子は，次のとおり。

- ドイツ民法（以下「BGB」という。）が定めている不動産担保権は，①抵当権，②土地債務，③定期土地債務の3種類である（レジュメ① I 1，1ページ）。このうち，③定期土地債務については，実際上は用いられていない。
- ドイツで不動産譲渡担保が行われない理由については，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（公正証書作成費用，移転登記費用，不動産取得税など）のためであると認識されているようである（レジュメ① I 2，1～2ページ）。ドイツでは，不動産物権変動を生じさせるには，物権行為として独自の法律行為を行わなければならない，

しかも、それは公正証書によらなければならない。

- ドイツ連邦通常裁判所（BGH）の判例は、レジюме① 2 ページの①②の事案について、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（レジюме① I 2, 2 ページ）。上記①②の事案の判例は、流抵当類似の合意により不動産の所有権を取得する者のために担保権が設定されている事案についてのものではないが、私的実行型の担保権のような機能を果たす合意について適法としたものであり、このような判例があるということには一応注意をしておいた方がよいであろう。ただし、学説は、これらの判例に対し、ドグマチックな観点から強く批判している。
- BGB 1149 条（流抵当の合意禁止）（レジюме① III 8（1），7 ページ）は、BGB 1147 条（強制執行による換価の規定）（レジюме① III 7（1），5 ページ）とワンセットで立案されたものと考えられる。ただし、BGB 1149 条では、事前に流抵当の合意をすることは許されないという考え方を採っており、事後的な合意（弁済期到来後の合意）に基づいて担保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（レジюме① III 8（3），8 ページ）。
- 流抵当の合意禁止の規定（BGB 1149 条）は非常に厳しく解釈されている。
- 土地債務は、事実上担保する債権に係る債務が弁済されても、債権者に留保されたままであり（レジюме① IV 1②，8 ページ）、消滅したり、所有者に復帰したりするのではない。したがって、銀行にとっては、更に融資する場合、新たに担保権を設定しなくてもよいというメリットがあるのかもしれない。
- 被担保債権と土地債務とを別々に譲渡できる（レジюме① IV 1④，8 ページ）というのは、土地債務の特徴の一つであり、抵当権には認められていないことである。他方、抵当権については、日本法が抵当権の譲渡等（民法 376 条 1 項）を認めているのと異なり、ドイツ法は、被担保債権と切り離して譲渡することを認めていない。
- 実際上用いられている土地債務は、保全土地債務（レジюме① IV，8

ページ以下)である。孤立的土地債務(レジュメ①IV 2, 8~9ページ)は、本来、条文が予定していたものであるが、実際上はまったく利用されていない。

- 保全土地債務を設定するには、①物権的合意としての土地債務の設定(登記が効力要件)と②担保約定の締結を要する(レジュメ①IV 3, 9ページ)。ドイツ法は、物権変動について、日本法の対抗要件主義とは異なり、登記を効力要件としているので、①物権的合意としての土地債務の設定は、登記が効力要件となる。②担保約定は、債権的合意であるが、一種の信託的の合意、つまり、当事者間での信頼関係を基礎付ける合意である。
- 土地債務は、制度上、附従性がなく、被担保債権とは独立しているため、被担保債権が消滅しても債権者が留保することになるが、そうすると、担保約定の債権的拘束に反することになる。そのため、不動産の所有者は、不当利得又は信託的合意に基づいて、土地債務の返還請求権を主張することができるかと解されている(レジュメ①IV 5, 9ページ)。これは、現在の学説が一致して認めているところである。
- 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(レジュメ①IV 8, 11ページ)。これは、土地債務の譲渡は物権行為であり、また、ドイツの担保権は証券化するのが原則であるからである。
- 土地債務のみの譲渡については、所有者(設定者)の同意が必要であるといわれることが多い(レジュメ①IV 8, 11ページ)が、土地債務を被担保債権とともに譲渡するときは、所有者(設定者)の同意は必要ではないようである。
- ドイツの強制競売の流れ(レジュメ②2, 1ページ以下)は、民事執行法制定前(旧民事訴訟法時代)の日本の強制執行に似ている。当時の日本の強制執行は、表面的に見ると、プロイセンの不動産執行法を継受した部分がある。
- 競落人は、賃借人が土地上に建物を建てるときに建設協力金を支払っている場合には、賃貸借の解約告知権を行使することができないという

条文が以前はあったが、このような解約告知権を制約する規定は2006年末にすべて撤廃され（レジュメ②脚注27，9ページ），直ちに賃貸借の解約告知をすることができることになった（レジュメ②4－5（3），9ページ）。おそらく，裁判所が解約告知権の行使に対する制約があることをいちいち賃借人に教示しなければならないのは面倒であるので，解約告知権の制約をやめようということになったのではないかと推測される。

(2) 引き続き質疑応答が行われた。その骨子は次のとおり。

(土地債務の内容について)

- 土地債務は，一つの土地に複数設定され得るのであろうか。
- 第1順位，第2順位という形で複数の土地債務が設定され得るようである。
- 保全土地債務というのは，一種の根抵当のような印象を受けた。
- 土地債務には，日本の根抵当権権のような極度額概念があるものであろうか。もし，極度額がないとすると，後順位の土地債務を設定する意味はないのではなかろうか。土地債務は，日本の抵当権とも根抵当権とも違うような印象を持った。
- そもそも，土地債務は，何を把握しているものであろうか。実際使われている土地債務は，被担保債権を担保する目的で設定される保全土地債務であるから，本来把握しているのは，土地の価値全体ではなく，被担保債権の範囲内に限られるように思える。しかし，土地債務は，制度としては，被担保債権の存在を前提としないのであるから，土地の価値全体を把握しているものであろうか。
- 土地債務自体についての金額が定まっており，それが登記事項になっている。これによって，土地債務の大きさが決まることになるが，それとは別に，当事者間において貸付の契約が結ばれる。土地債務の場合，附従性が要求されていないので，土地債務の金額と当事者間で行われる貸付取引との間には，法律上のつながりは必ずしもないが，経済実態上はつながりがあるということになるであろう。これに対し，日本の根抵

当権の場合、極度額という概念が担保取引と抵当権の在り方の両面で非常に重要な意義を持っている。

- レジユメ①9ページの6行目にある「土地債務金額」というのがそれであり、これが登記事項になっている。
- 土地債務は、土地の価値の一部を表象するものを取り出したようなもののようなイメージを持った。
- 土地債務は、おそらく、立法時においてはそういうものとして考えられていたのではなかろうか。当事者間では、これを債権的な合意によって担保として使っているのではなかろうか。
- 土地債務は、一定の金額で物権を創設したようなものではなかろうか。そして、それが転々流通することがあるのではなかろうか。
- 土地債務は、一種の抽象的無因債務であり、土地から引き出すことができるものである。
- 土地債務は、被担保債権が存在しない場合、その価値はどのようにして決まるのであろうか。土地の価値と一体化しているのであろうか。
- 土地債務を証券化して、細分化することはあるのであろうか。
- 土地債務には、物上保証のようなものもあるのであろうか。
- 債務者と土地債務の設定者が一致しなければならないわけではないから、物上保証のようなものもあるであろう。

(土地債務と抵当権の関係について)

- 土地債務と抵当権との関係はどうなっているのであろうか。第1順位として土地債務又は抵当権のいずれかが設定され、同じように、第2順位以下も土地債務又は抵当権のいずれかが設定されるというようになっているのであろうか。
- 土地債務と抵当権との優先関係の規律はどうなっているのであろうか。
- ドイツでは、物権を設定するには登記が効力要件になっているから、土地債務と抵当権との間の優先関係は、登記の先後によって決まる。

(土地債務の換価、土地債務の譲渡・任意売却について)

- 土地債務が換価されるという手続は、具体的にはどうなっているのか。

あろうか。

- 土地債務の譲渡により土地債務を換価するという「土地債務の任意売却」（レジュメ①IV 8，10ページ）というのは、担保権が譲渡されるということであろうか、それとも、不動産の所有権自体が譲渡されるということであろうか。
- 不動産の所有権そのものの譲渡ではなく、担保権の譲渡である。債権者は、担保権である土地債務を譲渡することによって債権を回収することになるが、実際には被担保債権と共に譲渡していることが多いのではなかろうか。
- 債務者は、借入を行う際、土地債務を設定するとともに、デフォルトになったときは土地の所有権を債権者に移転するという契約を同時に締結しているのであろうか。
- それはないであろう。任意売却として行われる土地債務の譲渡は、担保権の譲渡であって、土地の所有権を譲渡するわけではない。
- 土地債務は、譲渡されるのであるから、価値を持っているということになるが、その価値の源泉は何であろうか。その土地自体が売却されるときに、土地債務を有する者に順位にしたがって金銭が渡されることになっていて、それが土地債務の価値の源泉になっているのであろうか。
- 土地債務は、銀行が買い取ってくれるのであろうか。
- 土地債務は、証券化されているので、個人が銀行に持ち込むということはないのではなかろうか。
- 土地債務が証券化されているのであれば、その売買を行う市場が存在するのではなかろうか。
- 判例に現れた事案を見ると、銀行が銀行に対して譲渡するとか、銀行が個人に譲渡し、その個人がその土地債務を利用して融資を受けるといったようなことが行われているようである。
- A銀行が融資をする際、債務者から抵当権の設定を受ける方法もあるが、附従性が厳格に要求されるため不便であるから、土地債務の設定を受けるという方法を使う。そして、デフォルト後に債権を回収する方法としては2つあるところ、1つは、裁判所に執行手続を申し立てる方法

であるが、ドイツでは、必ず強制競売の方法によらなければならない、また、効率的に換価できる保証はないという不都合があるから、もう1つの方法である土地債務の譲渡を行うということになる。この場合、A銀行は、B銀行が土地債務を買ってくれるのであれば、裁判所の手続を経ることなく、債権を回収することができる。土地債務の譲渡についてA銀行とB銀行の両者にとってメリットがあるのなら市場が成立することになるが、そのことについては法律の文献には書かれていないのではなかろうか。

- 土地債務の譲渡人であるA銀行にとっては、現金化して債権回収を図ることができるというメリットがあるが、譲受人であるB銀行にとっては、どのようなメリットがあるのでしょうか。
- ドイツでは、順位上昇の原則がない、つまり、順位確定の原則が採られていることから、B銀行にとっては、第1順位の土地債務を譲り受ければ、第1順位の地位を得ることができ、他の担保権者に優先するというメリットがあるのではなかろうか。日本の場合、抵当権を付け直すすると、下から付けることになって、他の担保権者に後れる順位になってしまう。
- 同じようなことは、日本でも、抵当権の譲渡によってすることができないであろうか。
- 日本の抵当権の譲渡は、抵当権者から抵当不動産の所有者に対して一般債権者の地位にある者への譲渡である。ドイツの土地債務の譲渡は、債権者でない者に対してすることもできるのであり、日本の抵当権の譲渡と現象的に似ている部分もあるが、異なる部分もある。
- 譲受人のB銀行が、土地債務を割り引いて購入しているのであれば、メリットがあるであろう。ただし、その辺りのことは、法律の文献には書いていないことであって、実態はよく分からないのではなかろうか。
- その場合、譲受人のB銀行は、土地債務の設定者に対して新たな貸付を行うということになるのでしょうか。
- その場合、土地債務の設定者が貸したくないような相手だったら、譲受人のB銀行は、よほど割り引かない限り土地債務を購入しないのでは

なかろうか。

(土地債務の消滅について)

- 土地債務が消滅するのは、どういう場合であろうか。
- 土地債務は、法定手続で実行すれば消滅する。
- 剰余主義を基本とする引受主義がドイツ法の考え方であるので、他の担保権の実行により、後順位の土地債務は消滅するが、先順位の土地債務は、消滅せず、引受けになる。
- 土地債務そのものを償却すれば、消滅する。つまり、土地債務は、附従性がないので、被担保債権の弁済によっては消滅しないが、土地債務そのものを償却するという趣旨で金銭を給付すれば、消滅することになる。
- その償却は、買戻しのようなものであろうか。
- 土地債務を買い戻して、自らが権利者になれば、土地債務を消滅させることができるのではなかろうか。
- 放棄によっても消滅する。
- 約定で決まっていれば、土地債務の設定者は、土地債務の権利者に対し、土地債務の放棄、返還、取消しを請求することができる。
- その約定の内容は、登記されるのであろうか。
- 登記されない。その約定は、債権的効力しかないであろう。

(引受主義、最低売却価額について)

- ドイツのような引受主義の下では、優先担保権は買受人に引き受けられることになるどころ、優先担保権の被担保債権について期限の利益が得られないのであれば、被担保債権が弁済されない限り、競落した不動産を再度競売にかけられてしまうので、結局、買受人が被担保債権を弁済して終わるということになる。そうであれば、買受人にとっては、消除主義の下、裁判所に優先担保権者に対しても競落代金の中から配当してもらった方がはるかにありがたいのではなかろうか。引受主義が意味を持つのは、優先担保権の被担保債権について期限の利益が得られる場合に限られるのではなかろうか。
- 確かに、なぜ引受主義が採られているのかというのはよく分からない

ところがある。引受主義のメリットとして一般的に言われているのは、競落人が現金で支払う部分が少なく済むということである。しかし、買受人は、引受けになる優先担保権の被担保債権を債務者が弁済することができるかどうかを確認するわけでもない。ドイツでも、昔から、引受主義に対する批判はあるが、それは有力な批判にはなっていない。おそらく、優先債権者の競売申立ての時期選択権を保障するというドイツで理解されているところの剰余主義が大原則にあり、その下に引受主義が採られていることから、消除主義を採用してそこを崩すというのは、執行法制全体、実体法の組替えにもなりかねないという認識があるからではなかろうか。

- 優先する先順位担保権者にとっては、引受主義により、自分の地位は安泰であるから、それはそれでいいと考えられているのではなかろうか。そうだとすると、それを变えることに対しては抵抗があるのではなかろうか。
- 債権者が自分の意に添わない時期に債権回収をさせられてしまうことをどれくらい不利益に感じるかということが、引受主義を採るべきか消除主義を採るべきかの一つの要因になるであろう。その前提には、後順位担保権者が担保権を実行すると、先順位担保権の被担保債権についても期限の利益が到来するという仕組みがあまり採られていないということがあるのではなかろうか。
- 引受主義の下では、債務者は、後順位担保権者との関係でデフォルトを起こしたとしても、先順位担保権者に対しては、従来どおりの分割返済を継続することができるということが前提になっているのではなかろうか。しかし、その前提には疑問がある。その場合、期限の利益喪失約定により、従来の約定にしたがった分割弁済は継続させてもらえないという構図になる方が自然ではなかろうか。
- ドイツでは、引受主義か消除主義かについて、19世紀から大議論があった。その点については、伊藤眞教授の論文（レジюме②脚注11，4ページ）がある。
- 引受けになる担保権について公示が不十分であると、問題が生じやす

い。日本でも、留置権は登記による公示がなく、消除すべきではないかという議論があった。

- 引受主義・消除主義については、どこまで裁判所に仕切ってほしいかということと絡んでくる。つまり、優先する先順位担保権の被担保債権について、裁判所にその中身まで見てもらって配当するところまで仕切ってほしいかどうかということと絡む。ドイツでは、現況調査はなく、物件の調査については裁判所の関与はないが、最低売却価額の制度はあり、価格の点では裁判所の関与がある。また、競売の入口においては、そもそも執行名義が必要である。日本的な考え方からすると、裁判所の関与の在り方が非常にちぐはぐのようないう印象を受けた。

- 最低売却価額は、かなり脆弱なものなのであろうか。

- そのようである。実務解説書には、意図的に第1回競売期日を流してしまうということは割とよくあるということが書いてあるものがある。ドイツの不動産競売では、安く買い受ける人がかなりいるのではなかろうか。

(自己競落について)

- アメリカでは、抵当権者が自己競落するという例が多いということであるが、ドイツにおいても、土地債務の権利者が土地を自己競落することがあり得るのであろうか。土地債務の権利者が土地を自己競落した場合、混同が生じない結果、自己の所有する土地に事故を権利者とする土地債務を保有することになるのであろうか。

- 抵当権であったか土地債務であったかは定かではないが、ドイツでも自己競落はあるようである。

(居住用不動産・非居住用不動産の区別の有無について)

- ドイツにおいては、例えば、ニューヨーク州の非司法競売の適用範囲のように、個人の住宅と商業用不動産と分けるような議論はあるのであろうか。

- それはないようである。判例に出てくる事案には、融資先が個人のものもあれば、企業のものもある。

- 土地債務は、住宅ローンにも使われているのであろうか。

- 使われている。長期信用の場合であっても、抵当権よりも、土地債務の方が使われているようである。

(賃借権の解約告知について)

- 競落の効果に関する法改正により、競落人は、法定期間の遵守の下、直ちに賃貸借を解約告知をすることができることになった（レジュメ②4-5（3），9ページ）が、担保権に優先する賃貸借はそもそもあるのであろうか。担保権設定前の賃借権は担保権に優先するのであろうか。担保権に優先する賃借権があるとすれば、それについては、競落人が解約告知することはできないのではなかろうか。

(競売物件に関する情報のインターネットによる公開、民間業者について)

- 民間業者が競売物件に関する情報をウェブサイトで提供している（レジュメ②4-3（4），7ページ）が、この民間業者は、どのような業者であろうか。日本の競売業者のようなものであろうか。
- ドイツでは、競売物件に関する情報をインターネットで公開することについて、プライバシーとの関係で問題になるといった議論があったのであろうか。
- 競売物件に関する情報としては、誰が債権者で誰が債務者なのかことも必要ではないかと思われるが、ドイツには、情報公開法があるので、プライバシーとの関係での議論もあったのではなかろうか。
- 日本の場合、3点セットをインターネットで公開することについて、債務者等の実名を出してよいかどうかという議論があった。
- 現在、インターネットで公開している3点セットには、債務者等の実名を出していない。もっとも、裁判所で閲覧することができる3点セットには、債務者等の実名が書かれている。したがって、債務者等の実名は、インターネットでは容易に検索することができないが、裁判所に足を運べば見ることができるということになっている。

(司法補助官について)

- 司法補助官（レジュメ②1（2），1ページ）は、具体的にはどのようなことをしているのであろうか。
- 司法補助官は、裁判官がすることができることはすべてできるはずで

ある。なお、司法補助官が行う場合、その文書には司法補助官が署名している。また、司法補助官を養成する単科大学もある。

3 次回以降の日程と進行予定

第12回：4月24日（火）

仮登記担保制度等についての説明、我が国の競売制度の改善策
についての検討等

第13回：5月15日（火）

海外調査報告

第14回：6月8日（金）

第15回：6月26日（火）

第16回：7月20日（金）

以 上