

賃貸料債権をめぐるドイツ土地担保法の変遷

田中克志

目次

第一章 はじめに

第二章 賃貸料債権に関する効力規定の立法過程

第一節 B G B 第一草案での議論

第二節 B G B 第二草案での議論

第三章 賃貸料債権の差押等と土地担保権の効力

第一節 背景としての「第二抵当権の危機」

第二節 「処分」該当性をめぐる判例・学説の展開

第三節 一九一五年のB G B等改正

第四章 賃貸料の一括前払いと土地担保権の効力

第一節 背景としての「建築費用協力金」

——賃貸料債権をめぐるドイツ土地担保法の変遷

第二節 建築費用協力金をめぐる判例・学説の展開

第三節 一九五三年の強制競売・強制管理法改正

第五章 むすび

第一章 はじめに

わが民法では、抵当権の効力はその抵当目的物の賃貸料にも及ぶこととし(物上代位)、そのためには抵当権者による「差押え」が当該賃貸料の「払渡又ハ引渡」前になされるべきものとする(民三〇四条、三七二条)。そこで、賃貸料は、これが「差押え」られないうちに賃貸人に支払われれば、抵当権の効力から離脱する。しかし、賃貸料が将来にわたって前払いされた場合にはどうか、法文上、必ずしも明らかではない。また、賃貸料債権が、すでに弁済期が到来しているにせよ、あるいは弁済期が未到来であるにせよ、第三者に譲渡されたとか、あるいは賃貸人の債権者がこれを差し押えたというような場合、これら譲渡や差押えが「払渡又ハ引渡」にあたるのか、換言すれば、賃貸料債権の譲渡やこれに対する差押えにも係わらず抵当権者は「差押え」をなし、これらに抵当権の効力を及ぼし得るのか、解釈の余地がある。

こうした問題は、かつて、価値代位物の典型ともいべき保険金請求権等をめぐって判例・学説の展開がみられたが、賃貸料債権については、バブル経済が崩壊した近時、判例・学説上、にわかに議論が沸騰したところである。それはともかく、判例法理では、<sup>(2)</sup>賃貸料には、抵当権の設定によってその効力が及ぶものとされ、賃貸料債権の譲渡やこれに対する差押えは、「払渡又ハ引渡」にあたらず、その譲渡又は差押えは抵当権の設定と対抗関係にたつものとして規整がなされる。抵当権が完全に優位にたつことになるが、この結果は、賃貸料の経済的性格や抵当権者が担保目的物の換価権を喪失しているわけで

はないことに鑑みると、抵当目的物の賃貸料をめぐる利害関係者間の利益調整として果たして妥当なのか、疑問なしとしな  
い<sup>(3)</sup>

ドイツ民法典（以下、BGBとする。）においても、おなじく、土地担保権は、担保土地が使用賃貸借（Miet）又は用益  
賃貸借（Pacht）の目的（以下、とくに区別しない場合には、賃貸借とする。）となつてゐる場合、その効力が、賃貸借と  
の設定の前後を問わず、使用賃貸料（Mietzins）又は用益賃貸料（Pachtzins）にも（以下、とくに区別しない場合には、  
賃貸料とする。）及ぶものとされている（BGB一一二三条一項）。

もつとも、土地担保権者が、賃貸料債権から現実に満足（Befriedigung）を受けるには、強制管理（Zwangsverwaltung）  
の手續きをもつてこれを行なう必要がある（BGB一一四七条、ZVG一四八条一項）。そして、この強制管理のための  
「差押え」（Beschlagnahme）がなされるまで、賃貸人たる土地担保権設定者は、賃貸料を徴収したり、「その他の方法で処  
分」（Verfügung）することができるが、その処分は抵当権者に対して「効力を有する」（BGB一一二四条一項）。また、賃  
貸料債権が譲渡されるとき、「その債権の担保の責めは消滅する」。また、第三者が賃貸料債権のうゑに「権利」（Recht）  
を取得したときは、その権利の順位は土地担保権に「優先する」。

しかし、こうした賃貸料債権のいわゆる「事前処分」は、差押えをした抵当権者（したがつて強制管理人）に対し、すべ  
てが有効なものとして扱われるのではない。抵当権者は、その処分が差押えの時に進行中の暦月分の賃貸料に係るかぎ  
りでこれを甘受すれば足りる。ただ、差押えがその月の一五日以降になされたときは、その処分は、翌月の賃貸料に係わる  
ものも抵当権者に対して有効となる（BGB一一二四条二項<sup>(4)</sup>）。

BGBは、このように、①抵当権の効力を担保土地の賃貸料債権に拡張させるが、②差押えの前であれば、賃貸料債権を  
「処分」することができ、③この事前処分は、差押え後に係るものについては一定範囲（期間）<sup>(5)</sup>でのみ抵当権者・競落人な  
どに対して効力を認める、という枠組みとつてゐる。そして、この枠組みの基本的考え方は、①に関し、これが担保土地の

用益に代わるもの、すなわち「代償の原理」を基礎としていること、②に關し、差押えがなされるまでは、抵当権設定者の「経済的な活動の自由」が尊重されること、③に關しては、経済的な活動の自由に対する「例外」であるとされている。

しかし、BGBのこうした用意周到な規定にもかかわらず、担保土地の賃貸料をめぐる、BGB制定後、立法的対応をせざるを得なかったほど大きな議論が生じた。まず、抵当権設定者の債権者による賃貸料債権の差押えが「処分」にあたるかどうか、であり、この論議が契機となつて、一九一五年、事前処分の有効範囲(期間)に關し、抵当権者の利益を図る見地から、BGB一二二条二項の改正とZVG五七条bの追加等がなされた。ついで、その後、建築資金のために賃借人がなした賃貸料の一括前払が「処分」にあたるかが、大きな社会問題にもなり、一九五三年、賃借人の利益を保護する観点から強制競売・強制管理法(以下、ZVGとする)五七条c・dが付け加えられた。

BGBは、制定当初からZVG等と併せ、わが民法に比べ詳細な規定をおき、担保土地の賃貸料債権をめぐる抵当権者・抵当権設定者(所有者・賃貸人)及び賃借人等、利害関係者の利益調整を図つていた。しかし、こうした法改正からも推察できるように、担保土地の賃貸料債権をめぐる関係当事者の利益調整の在り方は、ドイツにおいても、鋭い利害対立を背景に、容易なことではなかつたようである。

そこで、本稿では、わが国における議論状況を念頭に、担保土地の賃貸料をめぐる土地担保権者その他の利害関係者に對する利害調整の在り方という観点から、ドイツ法の変遷を検討し、明らかにしたい。

## 注

(1) 拙稿「抵当不動産の賃料債権と抵当権の効力」石田喜久夫先生古稀記念『民法学の課題と展望』二〇〇〇年、四四三頁以下。

(2) 平成一〇年一月三〇日の最高裁判決(民集五二卷一頁)は、将来の賃貸料債権が第三者に包括的に譲渡され、對抗要件が備えられた場合、抵当権者は、これに物上代位権を行使できることを認めた。その理由は、「民法三〇四条一項の趣旨目的に照らすと、同

項の『払渡又ハ引渡』には債権譲渡が含まれ」ないし、「抵当権の効力が物上代位の目的債権についても及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができ」ることにあつた。

他方、抵当権設定者の一般債権者による貸貸料債権に対する差押えが抵当権者の物上代位権に基づく差押えと競合した場合、平成一〇年三月二十六日の最高裁判決（民集五二巻二号四八三頁）は、「両者の優劣は一般債権者の申立てによる差押命令の第三債務者への送達と抵当権設定登記の先後によつて決せられ」る、と判示する。抵当権設定前に貸貸借に基づく貸貸料債権が一般債権者により差押えられていた事案であるが、抵当権者は、この貸貸料が債務者たる貸貸人より抵当権設定者に「払渡又ハ引渡」されていなくとも、物上代位権を行使し、優先権を主張することができない。

(3) 拙稿・前掲四四三頁以下。

(4) 類似の規定が、BGB五七三条、五七四条、五七五条、破産法(KO)二二条二項及び強制競売・強制管理法(ZVG)五七条bにもおかれている。

(5) 代表的な注釈書もこのよう理解である。例えば、J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen <H. Wolfsteiner>, Dritters Buch Sachenrecht (§§ 1113-1203) 1996, S.165, 171, 176.

(6) 様々な観点からなされているが、ドイツ法における貸貸料をめぐる抵当権の効力に、直接・間接的に係わる業績として、鈴木祿弥「抵当権に基づく物上代位制度について」(一)(二)「民商法雑誌」二五巻四号、六号(一九四九年)「抵当制度の研究」(一九六八年)所収、栗田隆「競売不動産上の賃借権——ドイツ法の変遷を中心にして——」(阪大法学一〇三号(一九七七年)、新田宗吉「物上代位に関する一考察」(一)(二)「明治学院法学研究」二五巻、二六巻(一九八〇年)、内田貴「抵当権と利用権」一九八三年、齊藤和夫「賃料債権」上の抵当権の物上代位」法学研究六三巻二二号(一九九〇年)、占部洋之「ドイツ法における抵当不動産賃料の事前処分」(一)(二)(三)「大阪学院大学法学研究」三三巻二号(一九九六年)、二四巻一号(一九九七年)、二五巻一号(一九九八年)などがある。

## 第二章 賃貸料債権に関する効力規定の立法過程

### 第一節 BGB第一草案での議論

#### 一 代償としての賃貸料

BGB第二草案(以下、E Iとする)では、E I一〇六七条の一ヶ条において、「土地」(Grundstück)に設定された抵当権は、この効力が、「その時の状態における土地」の他に、①「土地より分離した構成部分(Bestandteile)」、とくに分離された産出物(Erzeugnisse)」、(同条二号)、②「土地の従物(Zubehör)」(同条三号)、③「抵当権により債権者を担保する目的物の保険から生じる土地の所有者又は占有者の債権(Forderung)」(同条五号)とならび、④「土地の所有権と結び付いた権利から反復的に給付される債権」とともに⑤「土地の使用賃貸借又は用益賃貸借から生じる使用賃貸料及び用益賃貸料に係わる債権」(同条四号)も拡張して及ぶものとされている<sup>7)</sup>。

そして、このように抵当土地が賃貸されている場合、土地の抵当権が「使用賃貸料及び用益賃貸料に係わる債権」に対して及ぶものとされた。これが土地の「果実」(Früchte)に代わるものであること、すなわち、代償の原理(Surrogation-prinzip)にその根拠が求められている。

BGB第一草案理由書によればこうである。<sup>(8)</sup>

「果実」は、本来、それが土地に付着しているかぎり、抵当土地の構成部分として抵当権の効力が及ぶ。しかし、プロイセン法に倣い、「用益賃貸借関係の継続中に土地を占有する用益賃貸借人が取得する果実」は、これの例外とされた(E I一〇六七条一号)。それは、「用益賃貸借人の状況を適切に考慮してのこと」である。果実にも抵当権の効力が及ぶとなると、「用益賃貸借人は、農場が強制管理により短期間に廃止され、土地の明渡しを余儀なくされること」になりかねず、これは、

「過酷なことであろうし、国民経済の關係上重要な農場の用益貸借が危険にさらされる」ことになる、とする。

しかも、「用益貸借關係が第五〇九条から第五三二条において土地の処分においてその取得者に対して保護されているのにひきかえ、これが抵当権者に対して保護されないままに放置されるのは一貫しない」という、均衡上の配慮も説かれている。

そこで、「用益貸料債権がこの果実に代わらなければならない。さもなければ、抵当権が債権者に与える担保が著しく危険にさらされ、所有者の物的信用が損なわれるに至るであろうからである。この観点から、土地が用益貸借されていないときに果実に抵当権の効力が及ぶように、用益貸料債権に抵当権の効力が及ぶ」ものとする。<sup>(9)</sup>

さらに、用益貸借人に帰属する果実に抵当権の効力が及ばないことの根拠は、使用貸借人にも妥当する。<sup>(10)</sup>

## 二 賃貸人の経済的活動の自由と制限

### 1 強制管理と事前処分

しかし、賃貸料「債権は、抵当権者のために差押えがなされないかぎり、抵当権者の同意を必要とすることなく、とくに徴収によつても、これを有効に処分することができる。」(E I—〇六九条一項)。また、「差押えの前、債権が第三者に譲渡された場合、抵当権の効力は消滅する。債権が差押えの前、第三者の権利が設定された場合、この権利は、抵当権者の請求権 (Ansprüche) に優先する。」(同条二項)。

抵当権の効力は、かような制限を受けることとされていた。これら債権が「抵当権者にとつて土地の用益に代わるものであるから」、E I—〇六八条が規定する「土地から分離した果実に対する抵当権の効力と同じか、又は相当する制限を受けることが」首尾一貫しているといふことにある。<sup>(11)</sup>

もつとも、「この債権は抵当権者の利益のために差押えがなされるまでは抵当権者の同意なくして自由に処分されうる」

との原理は、二つの方向において修正がなされている。

第一は、この処分権の制限である。E I一〇六九条二項は、「第一項に規定する処分は、これが抵当権者の利益のためになされた差押えのち最初の三ヶ月より後の期間の使用貸料債権又は用益貸料債権に係るとき、……抵当権者に対して無効である」と規定する。

その理由とするところは、所有権者と抵当権者との利益衡量に基づき、つぎのように説かれている。<sup>(12)</sup>

「土地を使用賃貸借又は用益賃貸借する所有権者が、債権を失う危険をおかしたくないとき、賃貸料を予め支払うように要求することは稀ではない。しかし、使用賃借人と用益賃借人が賃貸料を予め支払われるべきとする合意を前以てしてないときも、べつに特異なことでない事前の支払いについて抵当権者の同意を取るとは期待しえない。抵当権者の利益は、差押えのちの三ヶ月より後の期間について賃貸料を抵当権者から奪わないことが法によって配慮されるとき、十分認められる」。そして、「事前の支払いに妥当することは、関係者の経済状態を考慮し、使用賃借人又は用益賃借人が賃貸料債権に關して行なつたすべての処分に拡張されなければならない」。

第二は、所有権者の権利の拡張である。E I一〇六九条三項は、弁済期の到来した賃貸料債権に關し、これを抵当権者のために差押えがなされないまま「弁済期後一年が経過」すると、抵当権の効力は「消滅する」と規定する。<sup>(13)</sup>

## 2 強制競売と事前処分

他方、担保土地が強制競売に付された場合における事前処分の効力に關しては、一八八九年の「不動産強制執行法草案」(Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen)<sup>(14)</sup>の第一四一条第三項が、E I一〇六九条二項の規定を準用する旨を規定していた。

すなわち、「土地に設定された物的負担、抵当権又は土地債務から生じる請求権に基づいて使用賃貸料債権及び用益賃貸料債権が差押えられたときは、民法第一〇六九条第二項が競落人のために適用され、そのさい競落人はそのために差押えを

なした債権者の地位にたつ<sup>(15)</sup>。」

もつとも、この第一四一条第三項は、当初の事前草案八八条にはなく、委員会において、第二項とともに追加されたものである。それは、競落により土地の賃貸借から生じる賃貸料債権は競落人に移転するが、この「移転は、競落 (Zuschlag) の前に、債権が土地に設定された抵当権の効力から離脱する (BGB草案第一〇六七条第四号、第一〇六八条、第一〇六九条) 事態が生じた場合には、生じない。というのには、競落は、この点に関し、…使用及び用益賃貸料に係わらない強制競売手続においてなされる差押え (Beschlagnahme) と同じに扱われるからである」。結局、BGB草案第一〇六九条第二項において抵当権者のために与えられている規定が競落人のために準用される」、ということであった<sup>(16)</sup>。

ところが、第二草案 (以下、E II とする) の段階において、事前処分が有効とされる時間的範囲が延長されるという大きな変更がなされている。この経緯をつぎにみておきたい。

## 第二節 BGB第二草案での議論

### 一 強制管理と事前処分の効力

E I 一〇六九条を受け継ぐ E II 一〇三二条二項は、つぎのように規定する。

「処分は、抵当権者に対して、差押のさいの四半期及びつぎの四半期を越える期間の使用賃貸料又は用益賃貸料に係わるかぎり、無効である。」

事前処分が有効とされる時間的範囲が、E I 一〇六九条二項の規定と比べると、最大二倍まで延長されている。第二委員<sup>(17)</sup>会は、E I 一〇六九条を「原理的には維持し、個々の点においてのみ変更し又は補充する」ものとしたが、債権者に対して無効となる賃貸料債権の処分に関する時間的計算は、「第二草案第五一四条に應じて変更さ」れたもの、と説明している。

E II 五―四条とは、第二草案において、新しく加えられた規定である。それは、賃貸土地の売買と賃貸借との関係に關し、第二委員会が「売買は賃貸借を破る」の原則から「売買は賃貸借を破らず」へと転換するなかで、売主たる使用賃貸人が売却の前行った賃貸料債権の処分<sup>(18)</sup>の効力に關する規定である。

こう規定されている。

「使用賃貸人が所有権の移転前に取得者の権限となる時期に發生する賃貸料債権の一部に關する処分は、それが所有権の移転の当時及びつぎの四半期に係わる限り有効である。」

もつとも、第二委員会では、「使用賃貸人は、将来に係わる使用賃貸料に対する取得者の権利を処分によつて触れることはできない<sup>(18)</sup>」との原理から、「つぎの四半期に係わる」使用賃貸料債権の処分は、例外的と考えられていた。というのは、賃貸土地の「取得者は、使用賃貸人が所有権の移転前に使用賃貸料を長期間前以つて取り立てるならば、その期間中、対価を取得することなく契約上の用益義務を負うことになる<sup>(19)</sup>」からである。

「この結果は、使用賃貸借関係の本質に矛盾し、加えて、現代の土地登記簿に合致しない危険を取得者に生ぜしめ<sup>(20)</sup>ることになり、「プロイセン所有権取得法第三二条や BGB 第一草案第一〇六九条第二項はこれと同じ考えに基づく」とする<sup>(21)</sup>。

しかし、「つぎの期間の使用賃貸料に關する処分がしばしば使用賃貸人にとつて経済的に必要である」ことからさきの原則の制限が必要とされたのである。したがつて、「使用賃貸人は、所有権移転前に最大半年の使用賃貸料に關し、有効に処分することができる<sup>(22)</sup>」ことになる。

## 二 強制競売と事前処分の効力

BGB における「売買は賃貸借を破らない」の原則への転換にともなう強制競売での対応が、第七四条 a の新設である<sup>(23)</sup>。

そして、草案第一四一条第一項の代わりにおかれた第七四条 a により、同時に、草案第一四一条第二項が処理される。第三

項は、同時に、削除された<sup>(24)</sup>。このことは、E II 五二〇条に関する注に記載された、「第五二二条から第五一六条、第五一九条、第五二〇条の規定は、土地の強制競売の場合にも適用される」との指示によるものである。

そして、「土地が使用賃借人又は用益賃借人に委ねられると」、賃貸土地の譲渡に関するBGB五七一条、五七二条、五七五条とともに、事前処分の効力に関するBGB五七三条一項及び五七四条が「準用される」こととした一八九七年の「強制競売及び強制管理法」(Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24.3.1897) 五七条となる<sup>(25)</sup>。このように強制競売の場合、内容的には同じとはいえず事前処分の効力に関する準用規定が、強制管理に関するE I 一〇六九条二項から任意譲渡に関するBGB五七三条一項(E II 第五一四條第二項)に代わった。

草案の第一四一条第一項は、「使用賃貸料又は用益賃貸料債権に関する処分は、これが物的債権者に対し、BGB(第一草案第一〇六九条第二項、第二草案第一〇三二条第一項)によって無効である以上、競落人に対して有効性を欠くということとを疑義なきようにしたい」というものであった。そして、強制競売の「差押えは、賃貸料債権に関する処分を債務者から競落人ではなく債権者のために奪うものということ認められるならば、競落人は、第五一四条第二項の保護に制限されるが、この保護は、十分とも見ることができるといふのがその理由である。

### 三 小 括

このように、賃貸料債権に関する事前処分は、有効期間が、賃貸土地の強制管理においては、差押えのさいの四半期及び次の四半期まで(BGB一一二四條二項)、他方、強制競売においては、競落の時(ZVG五七条、BGB五七三条)又は賃借人が競落を知った時(ZVG五七条、BGB五七四條)の四半期及び次の四半期まで、となった。

ところが、これらBGB等の規定に関し、一つは、「処分」の意義・範囲をめぐって、他方では、これとの関連で「処分」の有効期間が長すぎることが、BGB施行後、早々に問題となった。次章では、この問題を検討する。

注

- (7) 現行BGBでは、これが①及び②については一一二〇条、③については一一二七条・一一二八条、④については一一二六条、そして⑤については、一一二三条にと、別々の条文中に規定されている。
- (8) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. III (Zur Motive Bd. III S. 653).
- (9) Motive III, S. 658.
- (10) Motive III, S. 658.
- (11) Motive III, S. 663.
- (12) Motive III, S. 664.
- (13) 理由書によれば (Motive III, S. 665.) 「かなり以前の未払貸貸料に抵当権の効力が及ぶことは、所有権者の経済的自由に対し必要以上に深く干渉することが稀でなく、とくに未払貸貸料債権への差押えを長期間見合わせた抵当権者は、これによって当該貸貸料債権について抵当権の効力を及ぼすつもりがないとみなされる」とする。
- (14) この草案全文は、参照 Horst Heinrich/Werner Schubert (Hers.) Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Sachenrech. IV, 1983 (Zur Schubert · ZVG-Beratung 2011引用), S. 751ff.  
 なお、この草案は、I. BGB-Kommission の委託に Johow が作成した草案 ZVG-Vorentwurf von 1888 が、一八八八年八月一日から翌年の三月三〇日まで、I. BGB-Kommission において審議され、一八八九年四月、Bundesrat に提出された。不動産強制執行法の制定史に關しては、Schubert, Entstehungsgeschichte des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, in ZVG-Beratung, S. 1ff.
- (15) 同条第一項及第二項はつきような規定であった。①強制競売された土地が使用貸借又は用益貸借されている場合、使用貸借人又は用益貸借人と競落人との間の法律関係は、民法典の第五〇九条、第五一一條、第五三二條及び第五三七條を準用する。②土地の使用貸借又は用益貸借から生じる使用貸料及び用益貸料に關する民法典第七九四條により取得される債権は、競落により競落

人に移転する。

- (16) Schubert, ZVG-Beratung, S.473.
- (17) Protokolle des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II (Zur Protokolle Bd. II v. 1899), 1899, S.562.
- (18) Protokolle, Bd. II, S.145.
- (19) Protokolle, Bd. II, S.139.
- (20) Protokolle, Bd. II, S.139.
- (21) Protokolle, Bd. II, S.139.
- (22) Protokolle, Bd. II, S.146.
- (23) 一八九九年草案 (ZVG-Entwurf) の第二読会が一八九〇年末に Bundesrat により Reichsjustizamt に委託され、Reichsjustizamt の委託を受けた内部委員会が一八九四年一〇月二三日から一八九〇年二月二九日まで審議した。その結果、新草案が一八九六年三月一四日に Bundesrat に提案された。
- (24) 以下、Schubert, ZVG-Beratung, S.979.
- (25) もっとも、同条は、競落人に、法定の期間内であれば、貸借関係を解約することを認めている。

### 第三章 賃貸料債権の差押等と土地担保権の効力

#### 第一節 背景としての「第二抵当権の危機」

まずもつて大いに議論されたのが、土地賃貸人の一般債権者が担保土地に係る賃貸料債権に対して行なつた強制執行に基づく差押えについて、これが BGB 一二二四条や五七三条の規定する「処分」にあたるのか、であつた。すなわち、「処分」は、法律行為による処分に限るのか、それとも強制执行的な方法による処分が含まれるのか、である。これが肯定されれば、賃貸料は、強制管理や強制競売にあつて、半年の間、抵当権者や競落人から奪われ、差押債権者に帰することになる。<sup>(26)</sup>

この論議に関しては、「多数の上級州裁判所とともに、ライヒ最高裁判所第三民事法廷、第五民事法廷が詳細かつ説得力ある理由によつて肯定する判決を下した」ことから実務上解決した。<sup>(27)</sup>ところが、この判例法理には担当実務の側から強い反対が相次ぎ、ついに、一九一五年、BGB 五七三条、五七四条、一一二三条、一一二四条、ZVG 五七条等が改正されるに至つた。

改正法案の「理由」には、冒頭つぎのように述べられている。<sup>(28)</sup>

「物的信用の領域において、第二又はそれ以下の順位での抵当権の調達に關し顕在化した危機に對する訴えが以前よりとみに高まつてきた。とくに、現行法の規定は、使用賃貸借又は用益賃貸借されている土地につき、物的権限ある債権者に対して、非常に広い範囲で使用又は用益賃貸料債権を有効に処分する可能性を開いているということが表明されている。とくに、都市の賃貸借において、土地の（強制執行による）差押え直前に、賃貸料が、住宅所有者によつて譲渡されたり、債権者によつて差押えされ、これによつて相当の範囲において物的な権限を有する債権者の追及から逃れることが頻繁にあるということが指摘されている。このことに、与信者が新規に第二又はそれ以降の順位で土地担保貸付を差し控える本質的原

因の一つが認められる」。

ここには、①貸貸料債権の事前処分に関し、「処分」及び「効力」の範囲が二重の意味で広いこと、このことが②事前処分の類発（濫用）を招き、ひいては、③第二抵当による担保貸付Ⅱ第二抵当市場から投資の引き上げ（いわゆる第二抵当権の危機と呼ばれた現象）が生じ、これが法改正の背景にあることが指摘されている。

## 第二節 「処分」該当性をめぐる判例・学説の展開

### 一 対立する学説

BGB 一二二四条の範例であったプロイセン所有権取得法第三一条は、使用賃貸借と用益賃貸借の「譲渡」と「質入」の有効性には言及するが、一般債権者の「差押え」には触れていなかった。しかし、プロイセンの実務では、第三一条は、一般債権者の差押えにも適用されていた。<sup>(29)</sup>したがって、一般債権者による「差押え」がBGB 一二二四条の「処分」に該当することにについては争いがないものの、これがBGB 五七三条の「処分」に含まれるか否かについては、見解の対立があった。そこで、否定説に与したBendixと肯定説の見地からこれを批判したKuhn、Lafrenz、Wolff等を取り上げ、その議論をみておきたい。

Bendix<sup>(30)</sup>は、貸貸料債権の差押えは、BGB 一二二四条の意味での「処分」にはあたるが、BGB 五七三条の意味での「処分」にはあたらないとして、各法条の「処分」の意味を異なって解する。したがって、賃貸土地が売却された場合、所有権の移転（アウフラツェンク）のまえに貸貸料債権に対してなされた一般債権者の差押えは、所有権移転のちに弁済期が到来する貸貸料については、その効力を有しないものとする。

BGB 五七三条は同五七一条の例外規定であるというのが立論の出発点である。Bendixによれば、BGB 一二二四条に

において、抵当権者は、賃貸料債権を差し押さえてはじめて、これを取得する。そこで、賃貸料債権に対する事前の処分は、抵当権者に対して原則として有効と認められるが、その有効性には、抵当権者の保護と利益のために、BGB一一二四条が規定する範囲に制限される。そこで、抵当権者の利益、その保護されるべき権利は、法律行為による処分のみならず強制的な方法による処分によっても触れられそして危険にさらされる。それゆえ、差押えも処分として理解されざるをえない。

これに対して、賃貸土地が売却される場合、土地の取得者は、BGB五七一条により所有権移転(アウフラッスンク)の時から、賃借人に賃貸空間を提供する義務を負い、他方、その対価としての賃貸料を請求する権利を取得するが、これは法定の譲渡*cession*によつてではなく、自己の権利に基くものである。そこで、所有権の移転後に弁済期となる賃貸料は土地の取得者に帰属することから、これが賃貸人によつて所有権の移転前に処分されても他人の権利の処分として無効である。ただ、賃貸人の経済的利益への配慮から、この例外規定としてBGB五七三条が設けられている。

以上のことから、BGB五七三条では、法律行為による処分のみがその制限内で例外的に有効と扱われるのであつて、これの拡大解釈は許されない。また、賃貸料債権に対する一般債権者の差押えは、賃貸人の利益のためになされるのではなく、賃借人に対してなされるものであるから、BGB五七三条の例外的扱いを根拠づける賃貸人の経済的利益はこれを欠いてゐる、とする。

これに対して、処分性を肯定する *Wohlf*<sup>(31)</sup> は、賃貸料債権が賃貸人に属していなければ、*Bondix* が説くように、一般債権者の担保は許されず、賃貸人もこれを処分できないことを認めつつも、次のように説く。すなわち、賃貸人が賃借人と締結した契約から生じる賃貸料債権は、したがつて、この契約によつて賃貸人に約束された賃貸料債権は、土地の売却まで、賃貸人に属し、その時までになされた一般債権者による差押えは賃貸人の債権に関係している。土地の売却というその後の成り行きによつて土地が譲渡されたとしても、賃貸料債権は、これがすでに差押えられているときは、買主に移転しない。賃貸人がこの自分に属する債権を有効に処分することができるのであれば、これは同じように差押えられることができる(B

GB四〇〇条、ZPO八五一条一項)。

このように、質貸人が質貸土地を譲渡したのちの、すなわち、もはや質貸人に属しない将来に係る質貸料債権を処分する権能を有するか否かで、BendixとWolffは、見解を異にしている。こうした理論上の対立のみならず、実際の影響についても認識が別れている。

<sup>(32)</sup> Lafrenzは、Bendixの認識を批判し、債務者である「質貸人のためには、差押えを同じように扱うことを強く求めている」として、次のように説く。

質貸人たる「債務者が差押えの効力を土地の譲渡により無に帰せしめることを予測しなければならぬと、経済的に厳しい債務者——かかる債務者が通常問題となる——に対し、質貸料債権を差し押えるだけで済まそうとする弁護士が存在しようか。通常ただちに強制競売又は強制管理を、多くの場合質貸人たる債務者の経済的破綻の誘因となろうとも、申立てることを余儀なくされるであろう」と。

さらに、<sup>(33)</sup> Kuhnは、一般債権者による強制執行を回避せんとする弊害を指摘し、「悪意のある債務者かつ質貸人——かかる債務者が存在するといわれている——に法みずからが、差押えによって取得された善良な債権者の権利を幻想たらしめる手段をあたえることになる」と、する。

これに対して、<sup>(34)</sup> Cohenは、差押えの処分性を肯定することが物的信用に弊害をもたらすことを指摘し、次のように説く。

「土地の取得者は、第五七三条の異例な規定により、この規定が前者の自由意思による処分に限定されている場合ですら確実に危険にさらされている。しかし、この場合には、前所有者が処分を故意に沈黙しているときにのみ取得者の不利益が生じるにすぎない。これに対して、第五七三条の効力が質貸料債権の差押えにも拡大されると、土地の取得者は、さらに広範囲に損害を受けることになる」。そして、この規定が準用される「とくに強制競売の場合、この損害は何倍にもはつきりと感じられ、とりわけ物的信用に重大な損害を与えることになる」と。

## 二 肯定説に与する判例

こうした状況のなかで、一九〇四年、ライヒ最高裁判所の第五民事法廷と第三民事法廷は、賃貸人の債権者によって賃貸料債権が差押えられた場合、土地が強制競売にかかった事例(強制競売事例)と任意処分(売買)された事例(売買事例)とに関し、いずれも右差押えの「処分」性を認め、BGB五三七条・ZVG五七条を適用をした。

### 1 強制競売事例

まず、一九〇四年五月二六日のライヒ最高裁判所第五民事法廷判決(RGZ 58:181)は、賃貸土地の賃貸料債権に対し強制執行に基づく差押え、転付命令を取得した一般債権者に対して、抵当権の実行により賃貸土地を競落した者が、右賃貸料の返還を請求した事案に関し、右の「差押え」もZVG五七条一項が準用するBGB五七三条にいうところの「処分」にあたるとして、これを否定した。

ライヒ最高裁判所は、賃貸土地の取得者に関する考察からはじめ、BGB五七三条、五七四条、五七五条の各条項によって、明らかに「取引の必要性を受け入れ、そのために取得者の法的地位を弱めている」が、「取得者には、これらの規定により逃した賃貸料に関し、処分者から賠償を求めることが」認められている。そこで、「取得者が、BGB五七三条の場合において、この処分者(賃貸人)への立ち戻りを、同じ場合に、すなわち、譲渡による賃貸料の処分がなされた場合も、これが強制執行によって生ぜしめられた場合にもできるなら、本件の場合、処分を法律行為による処分にかぎって理解することを正当化することのできる内的な根拠を欠く」。また、現行法(BGB四〇〇条、ZPO八五一一条一項)は、「法律行為による債権の譲渡が許される場合はすべて、強制的方法による譲渡も認めている」。さらには、賃貸料債権への差押えを「処分」から除くと、「債権者には、強制競売及び強制管理、それゆえ、法律が債務者の利益のために可能なかぎり最後にとつてある方策への誘因となろう」。これは、BGB五七三条の規定が配慮している賃貸人(債務者)の利益に却って反する結果となる。

そして、「一八九八年五月二〇日の強制競売に関する帝国法第五七条第一項——これにより、強制競売においても、土地が使用貸賃人又は用益貸賃人に引き渡されているとき、『BGB第五七一条、第五七二条、第五七三条第一項及び第五七四条、第五七五条の規定が準用される』——から、法は、……」ここで問題となつてゐる關係において自由意志による買主となつた扱いをするものではないということが明らかとなる」。

## 2 売買事例

ついで、四ヶ月後の九月二〇日、ライヒ最高裁判所第三民事法廷判決 (RGZ 59.177) は、強制執行に基づいてなされた差押え・転付命令が賃貸土地を取得した者の権限下で生じる賃貸料にまで及ぶ場合、これが従前の賃貸人(売主)によつてなされた賃貸料債権についての処分と同じと解するのかが争点になつた事案において、つぎのように説示し、これを肯定した。

右判決は、BGB五七三条の内容をBGB五七一条との關係で検討し、後者は、「原則として、特定の、すでに成立してゐる使用賃貸借關係に関するかぎり (ZPO八四四条参照)、処分権限があるとみなすのが原則であること」、そして、従前の所有者・賃貸人がなした事前処分がどの範圍で有効かの「規制が、五七三条において、単に、合目的性の観点からなされる」。そこで、BGB五七三条一項がその規定の基礎とする「賃貸人の事前処分に関する経済的必要性が賃貸人による事前処分の効力拡大を結果したのであれば、同様のことが執行の措置に関しても妥当する。賃貸人自身が賃貸料の事前処分によつて既存の債務を償還するか、又は賃貸物件を獲得するための金員を調達するか、と賃貸料に対する強制執行により、その債権者が弁済を受けるかは、この点で、差異はない」。

さらに、賃貸料に対する抵当権の効力に関し類似の規定をおいてゐるBGB一一二四条の規定が五七三条の解釈に関する以上の見解を補強するとする。またこの解釈を、その立法の経緯を詳細に跡付け、つぎのようにまとめている。第一〇六九条に関する民法典の第一草案の理由が、草案は「本質的にプロイセン法の規定——とくに所有権取得法——に従つてゐる」

ことを強調しているのみならず、草案の第二読会ための委員会も、現行の第五七一条及び第五七三条を形造る規定、「一八七二年五月五日の所有権取得に関するプロイセン法及び第一〇六九条第二項の規定とおなじ考え方に依拠している」ことから、「双方の立法作業の断面において、かかる決定的な諸要因が、現行の一・二二四条と同様、現行の五三七七条を、強制執行の方法による処分においても、適用せんとするつもりであったということ、なおいっそう認めることができる」と。

### 3 差押えの二重効

以上の判例理論を前提としつつ問題になったのが、双方の手続きが、例えば、まず、強制管理が、ついで強制競売がなされるように並行してなされた場合である。まず強制管理において、賃貸料債権の処分は、その有効性につき、抵当権者・強制管理人に対し差押えのなされた四半期とこれに続く四半期をもって終わる(ZVG二〇条、一四八条、BGB一・二二四条)。そして、続く強制競売においても、事前処分が、今度は、競落人に対して、同じように競落のさいの四半期とこれに続く四半期まで有効となるのか(ZVG五七条、BGB五七三条)、である。

この問題を扱ったのが一九〇六年二月五日のライヒ最高裁判所第五民事法廷の判決(RGZ 64. 415)である。一般債権者がその賃貸料債権に対して差押・転付命令を取得した担保土地に関し、強制管理に基づく差押えが、さらに三ヶ月ほどして、強制競売により抵当権者がこれを競落したところ、競落後に弁済期が到来した賃貸料の帰属が争点になった事案であった。本判決は、原審判決を支持し、これに一般債権者の差押えの効力が及ぶものとした。

原審判決によれば、強制管理に基づく賃貸料債権の差押えは、BGB一・二二四条二項により、それがなされた四半期とつぎの四半期の経過後無効となり、その後になされた強制競売・落札により終了するものの、強制競売による差押えによつて、再び復活し、ZVG五七条・BGB五七三条一項により、競落のさいの四半期とつぎの四半期に係わる賃貸料に、その効力が及ぶとするものであった。

ライヒ最高裁の判示は、これをつぎのように整理できよう。

まず、「強制管理手続きと強制競売手続きとが同時になされても、またこれを申立てた債権者が双方の執行手続きにおいて同一人であっても」、「その結合は純粹に外見である。したがって、強制管理手続きの、これと並行する強制競売手続きに対する独立性は、妨げられない」。この基本的な認識から、強制管理手続きに関しては、これを申立てた抵当権者は、抵当権者としての立場にあり、「抵当権者の権利は、その性格上、抵当権によって制限された所有権から概念上生じる権限を超えることはできない」。したがって、「抵当権者が、その抵当権によって、担保土地上の所有権が競落人に移転する前に弁済期が到来した賃貸料のみを請求することが許されるのは、法概念上、内的な必然に基づく」。しかし、BGB 一一二四条二項が規定する範囲を超える賃貸料債権の「処分」は、抵当権者に対して無効であるが、「この無効は、絶対的でなく、相対的である」(BGB 一三五条、一三六条)。そこで、その無効は、「処分された賃貸料が、所有権移転の結果、差押えと結び付き、その法的運命を差押えと同じくする強制管理手続きによってもはや取得されなくなったために、差押えが廃止されたような場合には」、停止する。すなわち、差押え・転付は、「復活する」。そのため、競落後、競落人として所有権を取得した抵当権者は、ZVG 五七条b、BGB 五七四条によって、差押え・転付の効力を甘受しなければならぬ。

こうして、ライヒ最高裁判所は、強制管理手続き(制度)と強制競売手続き(制度)とを別個独立のものとして立論し、差押えの二重効を認めたのである。

### 第三節 一九一五年のBGB等改正

#### 一 法改正の動き

差押えの二重効を認めた一九〇六年二月五日のライヒ最高裁判所判決に対しては、Lafrenz<sup>(35)</sup>のように、解釈論として疑義をはさむ見解ももちろんあったが、論者達がとくに強調したのは、この判例理論が抵当権者に与える損失であり、そのた

め法改正の必要性が説かれ、様々な改正提案がなされるに至った。

### 1 差押えの二重効と学説の批判

Lafrenz は、かつて一般債権者による貸貸料債権の差押えが「処分」に該当することを主張したが、右ライヒ最高裁判所判決がもたらす実際上の問題を、抑制的ではあるが、つぎのように説いている。<sup>(36)</sup>

「土地の収益から金銭を入手することができると債務者に多少とも思いやりを示す債権者は、もつとも厳しい措置である強制競売を手控え、強制管理を開始する傾向がある。しかし、強制管理において収益を確実に取得できる信じた債権者が、その思いやりの成果がなかったことから、強制競売に移行せざるをえない場合、よくあることだが、土地収益の四半期を二分を失わざるを得ないことは、不当であろう」と。

また、Mittelstein は、この判決が「正義感に反し抵当権者の利益とすべての善良な土地所有者を害する」と断言するが、その弊害の根はより深いとして、つぎのように論じる。「まず、取得者(競落人、破産管財人)は、用益を委ね、したがって自らの権利から貸貸料を請求できるにも拘らず、進行中及びつぎの四半期に関し、従前の所有者(破産債務者)の処分を有効としなければならぬことである。第二の事情は、貸貸人が自分の抵当権者の権利に配慮することなく抵当権者を担保する貸貸料を処分することが許され、強制管理の開始は、差押えの可能性を除きはするが、譲渡を排除しない、ことである」<sup>(38)</sup>と。

法改正を「正当性があるとは思えない」とした Lindemann ですら、「まる一年間の貸貸料を抵当権者の手から奪う可能性は、抵当権者をひどく害し、他方、多くの抵当権設定者に、一年以上の貸貸料の処分を挑発することになること、多言を要しない」<sup>(39)</sup>とする。

さらに、Bendix は、<sup>(40)</sup>かつて BGB 五七三条の「処分」には一般債権者の差押えが含まれないことを主張したが、同条第二項の規定が「抵当権者を著しく害する」ことを指摘する。

すなわち、「負債を抱えかつ悪意に満ちた不動産所有者は、一年を超える賃貸料を譲渡し、処分することができる。それを知らない不動産取得者は、進行中及びびつぎの四半期の賃貸料を失う（B G B 五七三条一項）。そして、取得者が、その所有権のアウトフラックスと登記のまえに、数年に及び得る長い期間に関する処分を知っているならば、その処分は、知っている範囲に応じ、すべて自らに対抗され（B G B 五七三条二項）、賃貸料は、処分の全期間につき、取得者から失われる。取得者は、回復不可能な損害を被る。というのは、詐欺による取消のごとき何らかの対応策は、何年もの訴訟のち場合に よつては自らに有利な判決を取得するに至るかもしれないが、有効な満足に至ることはほとんどあるまい。そして、賃貸人の法律行為による処分のみならず、賃貸人に対する債権者の差押えも、B G B 五七三条とZ V G 五七条によつて、確実に禍いとならう」。「担保土地の自由意志による処分は、購買意欲を減退させ、これによつて抵当権の価値を下げるB G B 五七三条の規定を考慮すると、困難となるし、危険も多くなる」。

## 2 第二抵当権の危機と法改正

しかし、こうした損失を被つたのは、十分に担保されている第一抵当権者ではなく、第二抵当権者又はそれ以下の抵当権者であつた<sup>(41)</sup>。

ところで、この「第二」とか、「第二」とかというのは、これが単に土地登記簿の番号と順位という意味ではない。「第一」抵当権は、担保土地の価値により計算され、この担保土地価値の一部分で表現された最大値である。そして、この価値領域の後から始まる場所として「第二」抵当権が位置づけられる。このように担保土地の価値部分を基礎とすることから、「第一」及び「第二」抵当権は抵当取引上まったく別個の意義を有している<sup>(42)</sup>。そして、こうした区別は、抵当銀行など土地金融機関の活動によつて顕著となつた。抵当銀行等は、第一抵当権を確保するが、その貸付額は土地価値の約六〇%を限度とした。ついで第二抵当権が土地価値のつぎの一五%—二五%により担保される。第二抵当権は殆どが個人資金より貸し付けられる。第二抵当権は、したがつて、裕福な中産階級の投資対象であつた<sup>(43)</sup>。そして、残りの土地価値一五%—二五%がさらに

後順位の抵当権にまわった。

このように抵当銀行等は、その貸付限度が厳しいために、建物を建築する土地所有者は、第一抵当権のみでは建築資金に不足を生じるため、第二抵当権による担保貸付を受けざるを得ない。もちろん、第二抵当権以下の抵当権といえども、本来は、担保土地の価値によって十分担保されているはずである。しかし、多額の負債を抱え、担保土地が競売されるとなると、担保土地に係わりのない者がすべての抵当権を完済するに足りる競売価格を提示することにはならず、結局、抵当権者が、その抵当権を喪失しないために、みずから競売することを余儀なくされる。この必要性は、通常、まず最後の地位にある抵当権者から始まるが、第一次世界大戦前の危機的な不動産市場のなか、第二抵当権者がその担保土地をみずから競売するか、もしくは抵当権を失うかの選択をしなければならず、他方、それ以降の抵当権は、救済されず、これを失ってしまう。<sup>(44)(45)</sup>

しかし、担保土地を競落した第二抵当権者は、賃貸料債権の事前処分により、土地取得に伴う負担にもかかわらず、賃貸料収入を一年余りも確保できない、という事態に直面するにいたったのである。<sup>(46)</sup>

一九一〇年ごろから第一次世界大戦の開戦に至るころ、第二抵当権市場から個人的な私的資本がほとんど引き上げられたが、こうした事態がこの第二抵当権の危機を招いた主たる原因として、大方の論者は、第二抵当権への投資を呼び戻すために賃貸料債権の事前処分を規制する等、法改正を主張したのであった。<sup>(47)</sup>

ところが、賃貸料債権の事前処分を規制し、それに対する抵当権の効力を強化することによって、個人的な私的資本が第二抵当権市場に戻るのか、に關しては、もちろん異論もあった。一九一四年九月に、デユッセルドルフで開催される予定であった第三回法曹大会における鑑定意見を起草した Honinger は、「より大きな視点から考察すると、まさに、疑問がある」と、つぎのように述べている。<sup>(48)</sup>

抵当権危機の原因は、「この危機の本来のかつ究極的な原因ではない。すなわち、それは周知の危機の勃発の誘因であるにすぎない。……真の原因はより深く探究されねばならない。第二抵当権による抵当信用を充足するこれまでの方法は、わ

れわれの経済生活のその他の発展に明らかにそぐわない。すなわち、それは、いわゆる証券資本主義 (Effektenkapitalismus) の時代にはもはや合わないのである。個人投資家は、その資産を、個人的な一人の債務者と関係において持つとはしない」と。

一九一五年改正に係る「理由書」<sup>(49)</sup>も、こうした問題をも意識してか、「もっか存在する信用危機 Kreditnot は、まずもつて、一般的な経済的な関係及び私法の領域ではない特別の事情にその説明を求めるとしても、担保土地の使用及び用益賃貸料債権の法的な取り扱いに関する苦情が理由がないこととしてしまふことはできない」と慎重な言い回しをしている。そのうえで、「むしろ、現行法のもとで、使用及び用益賃貸料債権に関する公正でない処分の変延、そしてその排除が、土地信用の健全化という利益から求められているように思われるが、顕著になつていくということを認識すべきである」とする。

## 二 法改正の内容

法改正の内容を事前処分の有効性に関し、有効期間の起算点の「前倒し」と有効期間の「短縮」という二点からまとめておきたい。

### 1 事前処分の有効期間の起算点の前倒し

法案の提案理由によれば、旧法の事前処分の効力に関する規定が適用されることにより、「土地から満足を受ける債権者が、その債権の救済のために土地自身を競売する必要があるとき、土地が直接に経済的損害を受ける」。また、判例法理による事前処分の二重効は、ここに「正当な経済的必要性は存在しない」し、「経済生活に関する今日の法的状態は不十分」であり、「不正な賃貸料債権の譲渡を手助けしている」とする。

そこで、強制競売に係わり、事前処分の有効期間の起算点に関し、これが変更され、前倒しとなった。すなわち、賃貸料債権に関する賃貸人と賃借人との間でなされた法律行為、例えば、徴収、前払い、債務免除、支払い猶予などにあつては、

これが競落の時から、そして、強制競売の場合には、それによる差押えを賃借人が知った時<sup>(50)</sup>、となった(ZVG五七条b、BGB五七四条)。また、賃貸人が他の者となした事前処分、例えば、賃貸料の譲渡やその差押えなどの場合には、競落の時から強制競売による差押えの時となった(ZVG五七条b、BGB五七四条)。もつとも、競落人が賃貸料を取得できるのは、従前と同様、競落の時からである。

そして、この強制執行による差押えがなされた場合、これにさきだち強制管理の手続きがなされて競売まで継続したときは、強制競売による差押えは、これが強制管理のよる差押えの時に遡るものとされた(ZVG五七条b二項)。

そこで、差押えは、これが強制管理を目的とするものであろうと、強制競売を目的とするものであろうと、強制競売に至るまでにはかなりの時間がかかるのが常であったことから、競落人が競落してからも賃貸料を奪われるといったことは、実際上は、生じなくなつた<sup>(51)</sup>。

## 2 事前処分の有効期間の短縮

「抵当権者の法的地位を経済的に改善するために」事前処分の有効期間がつぎのように短縮された。強制管理に係わつては、賃貸借契約において合意された賃貸料が前払いされた場合、これが抵当権の効力を免れるのは強制管理の「差押がなされたときの四半期」(BGB一一二三条二項)に限る。また、賃貸料に関するその他の事前処分も「差押えがなされた時の四半期」にのみ有効である(BGB一一二四条二項)。強制競売に係わつても、同様に、事前処分の有効期間が短縮された(ZVG五七条、BGB五七三条一項、五七四条)。

もつとも、こうした有効期間の短縮は、「不公正な取引に限らず、賃貸料債権に関するすべての処分、これが非難の余地がない方法で正当な信用需要に応える場合であっても、賃貸料債権に関するすべての処分に打撃を与える」、としながらも、「所有者の活動の自由が制限を受けるが、これは、抵当制度の改善を約束する利点に対して著しく重要であるとはいえない」と、その正当性が説かれている。しかし、「土地所有者に使用賃貸借及び用益賃貸借の収益をみずから、すなわち抵当権者

の関与なく管理する可能性を残しておく」という「視点から」、「土地所有者に対して、四半期に関し使用賃貸料及び用益賃貸料を有効に抵当権者に対して処分する自由を与えておくことが必要」とする。「四半期」の根拠は、「使用賃貸借にあっては、より短い支払い期間が合意されていない限り、例外なく、賃貸料支払いの基盤となっている」ことにある。

他方、もつとも、この有効期間には、例外が設けられ、強制管理の「差押えが四半期の最後の月の後半になされた場合には、差押えがなされたときの四半期の次の四半期に関する使用及び用益賃貸料」まで、抵当権の効力から免れることとされた（BGB 111-113条二項、112-114条二項、ZVG 57-59条、57-59条一項、57-59条）。それは、使用（用益）賃借人の「利益」を配慮してのことである。<sup>(52)</sup> 当時、賃貸料の支払い方法に関し、これが四半期分ではなく、もつと短い期間分、例えば、週極め、二週極め、月極めなどの前払いがあった。そして、月極めの前払いであっても支払期日が当該月の初日とは限らず、前月末に支払われることもある。また、通常の四半期ごとの賃貸料支払いであっても、慎重な賃借人が弁済期の二・三日前に支払ったり、また賃貸人の希望に応じてこうした前払いをすることもある。こうした場合、強制管理の差押えが、四半期が経過する直前になされると、いずれも次の四半期に係る賃貸料の支払いとなるために、賃借人は「ふたたび四半期の額まるまる支払わなければならない危険にさらされる」。

そこで、賃貸人の保護は、事情によっては、三ヶ月半にも及ぶことがあり得た。<sup>(53)</sup>

### 三小括

一九一五年の改正は、「法的状態の本質的な改善」<sup>(54)</sup>をもたらすと評価された。とはいえ、その賃貸土地をめぐる担保貸付取引の關係者に対し、Halbauerは、次のような実務上の対応を示唆している。<sup>(55)</sup>

① 抵当権者は、差押えを、四半期の終わりにすることだけは避ける必要がある。さもなければ、その効力は弱くなる。反対に、賃貸料債権の譲受人と差押債権者は、事前処分が四半期の終わりに行われても、大抵、うまくいく見込みはある。反

② 賃貸料債権を譲渡し又は差押えても、譲受人又は差押債権者は、これが確実な保障を与えてくれることをもやはあてにできなくなる。

③ 賃借人は、強制管理又は強制競売の目的のための土地の差押えがなされた後には、賃貸人との協定に用心する。これは、通常、無効である。

④ 賃借人にとって用心すべきは、賃借料を弁済期の前に支払うことである。この前払いは、紛争となる。どんなことがあっても、四半期をこえる賃借料の任意の前払いは避ける。

⑤ 賃借人は、将来、四半期以上に係る賃借料を前払いするような賃貸借契約、とくに半年にわたる前払いを内容とする賃貸借契約の締結にできるだけ用心する。これは、改正法によれば、容易に損失となりうる。

しかし、その後、⑤に係わることであるが、賃貸人と賃借人との賃貸借契約により、賃貸建物の建築や修理のための資金協力として、賃貸料が相当長期にわたり一括して前払いされる状況が生じた。そして、強制管理又は強制競売において、これが、いかなる効力を有するかの問題が発生し、大きく議論されるようになった。次章では、この問題を扱うこととする。

注

(26) 一般債権者による差押えの処分該当性が議論された同時期に、担保土地の所有者による用益権 (Nießbrauch) の設定に関しても、同様に問題となった。

まず、一般債権者が用益権を債権担保のために取得することがある。この場合、当該土地上の先順位抵当権が実行に至った場合、この用益権設定が BGB 一二二四条の規定する「処分」にあたるのが議論になったが、ライヒ最高裁判所は、これを否定した。

一九〇八年一月二三日のライヒ最高裁判所第五民事法廷判決 (RGZ 88, 10) は、「土地上への用益権設定は、もっぱら、土地に関する処分であり、そしてまた、賃貸料に関する処分を含んでいない」と判示した。ついで、同第五民事法廷は、一九一二年一月二

一日判決 (RGZ 81. 146) において、次のように説示する。「用益権者には、BGB 第一〇三〇条により、土地に対して果実を收取する物権が帰属する。物の果実は、第九九条第三項により、法律関係、例えば用益又は使用賃貸借契約の結果、物が与える収益でもある。この収益に対する請求権は、用益権の設定と登記により、すでに土地所有者の財産から除かれ、用益権者の財産に移転している。したがって、BGB 一二二四条の意味での「処分」はありえない。

しかし、抵当権者による差押えがなされるまでは、後順位の用益権者は、賃貸料を取り立てることができる。さらに、先に用益権が設定されている場合には、後順位抵当権者は、用益権の制限のついた抵当権を取得することになる。用益権と抵当権との間の順位関係は、登記によって決まる (BGB 八七九条)。

他方、抵当権者は、債務者をして、土地に抵当権と併せ用益権を設定させた。このことは、当時、大都市の不動産取引において、ほとんど慣行になっていた (Salinger, Die Sicherung des Baugeldgebers durch Hypothek und Nießbrauch, JW 1910, S. 459)。抵当権者は、用益権の取得により、強制管理の手續きを踏むことなく、当該建物の賃貸料を徴収し、これを建築貸付債権の利息の弁済に充てることとしたのである。保全用益権 (Sicherungsnießbrauch) いわれる用益権の形態である。しかも、この用益権設定は、債務者の他の債権者が当該土地を差し押さえることなどを排除すること、いわば BGB 一二三条以下の規定を潜脱することを狙っており、これが虚偽行為であり用益権としての効力に疑義がもたれていた (vgl. Plank's Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, 1920, S. 600f.)。

しかし、一九〇八年二月三日のライヒ最高裁判所第五民事法廷判決 (RZG 67. 378) は、支配的見解と同じく、この用益権の効力を認め、その理由を次のように、説く。「用益権の設定は物的 (抽象的) 行為によってなされる。これにより、用益権は直接物の上に成立し、その用益 Nutzung として、BGB 第九九条、第一〇〇条によって、賃貸料も支払われる。この物的契約と区別されるべきは、その基底にある債務的契約 (有因契約) である。これにより、これによってのみ用益の使用の問題が決まる。その点では、契約の自由は、法規から、とくに用益権に関して適用される強行的規範から生じる制限以上の制限を受けない。……契約の内容は、法規の強行法規とは矛盾していない」。

- (27) Plank's Kommentar Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 1920, S.883.
- (28) Verhandlungen des Reichstags VIII. Legislaturperiode II. Session Band 315 Anlagen zu den Stenographischen Berechten Nr.1 bis 105 1914/18 Nr.71 S.4.
- (29) Laferanz, Ist § 573B.G.B. auch auf die Pfändung der Mieth = (Pacht =) Zinsforderung zu beziehen? JW 1902, S.354.
- (30) Bendix, Ist die Pfändung der Mieth (Pacht) zinsforderung eine Verfügung im Sinne des § 573 und des §1124 B.G.B., JW 1902, S.58ff, S.354ff.
- (31) Wolff, Bezieht sich der § 573 B.G.B. auch auf die Pfändung des Miet- oder Pachtzinses?, Beiträge 1904, S.261.
- (32) Lafrenz, a.a.O., JW 1902, S.353, Ⅲ, Wolff, a.a.O., S.259.
- (33) Von A.kuhn, Ist die Pfändung der Mieth = (Pacht =) Zinsforderung nach § 573 B.G.B. dem Erwerber des Zinsgrundstücks gegenüber wirksam?, JW 1902. S.282.
- (34) Max Cohen, Bezieht sich BGB. § 573 nur auf freiwillige Verfügungen oder auch auf Zwangsvollstreckungen? DJZ 1904, S.499.
- (35) Lafrenz は、*ラフレンツの四半期の分析から、この点に就く。貸付料は、二回の四半期を經過するに、抵当権者をいかなる場合も担保するものとするのが同条の意図であり、これは強制競売法も尊重しなければならぬ。さうであるに、法が競売と管理の独立性から、*キルツ*(抵当)債権者に好都合な事情の*キルツ*すなわち双方の手続きが重複する場合に、貸付料を二回の四半期分を奪つて、*キルツ*の*キルツ*であるから、*ラフレンツ*の意図を白無したとするのであり、これは奇妙な*ラフレンツ*だ。*
- (36) Lafrenz, Tritt die Mietezeession bei Zuschlag über eine Zwangsverwaltung hinweg in Wirkung?, JW 1913, S.1130.
- (37) Lafrenz, a.a.O., S.1129.
- (38) Max Mittelstein, Die Gefährdung des Rechts des Hypothekengläubigers am Mietzins durch dessen Abtretung und Pfändung, Das Recht 1913, S.220.

- (38) Mittelstein, a. a. O., S. 222.
- (39) Lindemann, Hypothekengläubiger und Mietzins, Das Recht 1912, S. 606.
- (40) Bendix, Hypothekengläubiger und Mietzins, JW 1913, S. 413.
- (41) したがって、強制競売においては、第一抵当と第二抵当との矛盾・対立が顕在化した。J. W. Hedemann, Kreditnot, Recht und Wirtschaft 1914, Nr. 14, S. 98.
- (42) 具体的な内容に関しては、参照、ヌスパウム＝宮崎『独逸抵当制度論』（一九三二年）一八三頁以下。
- (43) ヌスパウム＝宮崎・前掲書一八五頁、三四七頁。
- (44) ヌスパウム＝宮崎・前掲書二五六頁、Arthur Nubbaum, Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 1916, S. 85.
- (45) かつた実情に関して、Budde (Zur Lage des zweiten Hypothekengläubiger, DJZ 1912, S. 1210.) は、ベルリンにおける強制競売の状況から、つぎのように述べている。
- 「のちに登記された第三抵当権者又は第四抵当権者が土地を競落することは例外であること。そして、抵当権者でない第三者が競落する大方の場合、第一抵当権のみが償却される。……第一抵当権のみならず、第二抵当権をも償却する第三者は、いずれも、大きな費用を負担し、支出しなければならない。そして、彼にとっては、……債務と負担が建物の価値を超えて膨らんでいる。第三抵当権者、すなわちその債権担保として土地登記簿において最後の順位である建築請負人は、不動産の取得を断念しなければならない。」
- (46) Budde, a. a. O., S. 1209. が紹介するベルリンに関するアンケートによれば、強制管理の八〇%から九〇%において、しかも強制競売に至る強制管理においては殆どすべてにおいて、物的債権者の差押えまでに賃貸料が第三者のために譲渡されるか差し押さえられている。また、強制管理人の報告として、建物所有者自身又はこれに代わって債権者が、頃合いを見計らって、すなわち物的債権者が利息の延滞のゆえに行動にでるまえに、建物の賃貸料を法律に従って処分することが債行 Brauch である。しかも、譲渡が仮装されても、その証明は物的債権者にとって困難である。と。
- (47) Hedemann, a. a. O., S. 98ff. によれば、一九一三年当時、都市の抵当権危機を改善するために数多く改革提案がなされたが、これ

ら改革案には、「まさに相対立する流れ」があり、一方は「資本流動性を高めようとするもの、他方は資本流動化を阻止するもの」があった。第二抵当権の利益を図るための民法改正は、前者に属する改革案の一つであるという。

(48) Hoeniger, Verhandlungen des 32. DJT, Bd. 1, 1914, S. 794-795.

(49) a.a.O., Nr. 71, S. 4.

(50) これに関し重要なことは、強制競売の差押決定が債権者の申立てにより賃借人に送達され、また、強制管理の手續きにおいては、申立債権者又は財産管理人の申立てにより、賃借人に対し支払禁止が発せられる。

(51) Von M. Hollbauer, Die Verfügungsbeschränkung bei Pacht- und Mietzinsen, JW 1915, S. 884.

(52) 賃貸料の支払い方法によっては賃借人に生じる「不公正」を防ぐためである (Hallbauer, a.a.O., S. 881ff.)。

(53) Hallbauer, a.a.O., S. 882.

(54) Nußbaum, a.a.O., S. 161.

(55) Hollbauer, a.a.O., S. 1114.

もともと、その後、一九三三年二月八日の緊急勅令によって、改正がなされ、「四半期」が「その月」と、「四半期の最後の半月内」が「月の一五日以後」と変えられている。

## 第四章 賃貸料の一括前払いと土地担保権の効力

### 第一節 背景としての「建築費用協力金」

賃貸人が賃借人から賃貸建物を建設・修理する等のため、賃貸料を一括前払をするという形で建築費用協力金 (Baupostenzuschüssen) を受けるということは、第二次世界大戦の前にも知られていた。一九〇〇年初頭には、賃貸建物に關し、それが既存建物にせよ新築建物にせよ、とくに、営業用・事務所用建物において、賃貸人が賃借人から賃貸料の前払いを受けること、稀ではなかつた。<sup>(56)</sup>しかし、将来の賃借人が建築費用を供与しないと建築計画が資金を調達し得ないということは、戦後の異常な住宅困窮と建設資金の欠乏という状況のなか、<sup>(57)</sup>「特徴的な経済現象」<sup>(58)</sup>であつた。したがつて、事情が一変した現在、その意義は薄れているようである。<sup>(59)</sup>

この賃借人による建築費用協力金に關する主要な法律問題は、①例えば、賃貸土地に対して強制管理の手續きが開始した場合、これが強制管理人に対し、BGB一一二四条が規定する範圍を越えて有効なのか。さらに、②賃貸借契約が早く解消されるようなことがあつた場合、賃借人は、建築費用協力金の返還を受けることができるのか、それはどの範圍でか、であつた。

ところで、建築費用協力金がいかなるものか、その供与の方法と賃貸料債権との關係から、一般的には、三種の契約類型、すなわち、①賃貸料の一括前払い (Mietvorauszahlung)、②無償の (返還のない) 建築資金供与 (verlorene Bankostenschüsse)、③賃借人貸付 (Mieterdarlehen) に區別された。<sup>(60)</sup>しかし、これは典型的な契約類型であり、実際には混合形態もありうるし、具体的な場合に、いかなる契約類型かは、当事者のあいだでなされた合意の解釈、すなわち当事者が本當に何を望んだのが決定的に重要であるとされてきた。<sup>(61)</sup>

そして、この三類型の建築費用協力金による資金供与は、住居及び営業建物を築造するための費用供与であり、かつ賃貸建物の獲得を目的とするものであるから、建築費用協力金は、なんらかのかたちで賃貸借契約とつねに結び付いている。

そこで、まず、建築費用協力金をめぐる法律問題に関する判例・学説の変遷を明らかにし、ついで、これを契機になされた一九五三年の強制競売・強制管理法改正を検討する。

## 第二節 建築費用協力金をめぐる判例・学説の展開

### 一 ライヒ最高裁判所時代

#### 1 一九一九年ライヒ最高裁判決

建築費用協力金の効力に係わる最初のライヒ最高裁判所の判決は一九一九年一月四日の第三民事法廷判決(BGZ 94. 279)である。この判決は、硫化鉱山として利用するために用益賃貸借が設定されている土地が売却され、それまでに用益賃貸借契約に従ってなされた用益賃貸料全額の前払いがBGB五八一条二項が準用するBGB五七三条一項所定の期間を越えて買主に対し効力を有するかが争点になった事案であった。

この判決は、BGB五七三条一項の規定の趣旨を以下のように解し、これを肯定した。

「使用賃貸借契約に基づいてなされた賃貸料の予めの徴収と前払いに対し、法は、取得者に保護を与えていない。第五七一条第一項の規定に従って、取得者は、所有権が存続するあいだ使用賃貸借関係から生じる権利を承継する。それゆえ、法的意思是、取得者が自己の義務である貸与に対しいかなる場合にもその対価を当然に取得できるものとはしていない。使用賃貸人の権利を承継する結果、賃貸料が使用賃貸借契約に基礎をおいているとき、またその限りでのみ、賃貸料請求権が取得者に認められる」。したがって、「賃貸料が、賃貸期間を分割した各期間の経過により弁済期が到来する分割額ではなく、

契約によって全額を土地の処分前に支払うべき場合には、取得者は、賃貸料請求権をまったく取得しない」のである。

さらに、本判決は、こうした解釈をBGB五七三条以下の規定の立法経緯から跡付けている。そして、取得者には、「売買契約に基づき承前人に対して追奪することのみが残されている」とする。

その後、上級州裁判所において、かかる一括前払いの有効性は、強制競売における競落人に対して(1929.3.16, OLG. Hamm, JW 1929.3257) さらには強制管理における強制管理人に対して(1930.7.14, OLG. Karlsruhe, JW 1930.2986) これを認める裁判例が続いていた。

例えば、一九三〇年七月一日のKarlsruhe上級州裁判所判決は、住居についての賃貸借契約締結当日、賃借人から賃借人に交付された建築貸付金(Baudarlehen)の一部が賃貸料との清算(Verrechnung)によって返済されるものとされたが、その後、この賃貸不動産に対して強制管理が実行された事案に関するものであった。

本判決は、ライヒ最高裁判決(RGZ 94.281)及びHamm上級州裁判決(JW 1930.3257)を引用しつつ、「所有権交代(Eigentumswechsel)におけると同様の原則が強制管理によってなされた賃貸料に対する差押えに関する本件にも適用される」として、つぎのようにその理由を説示している。

「この双方の事案と異なる取り扱いは、法律の規定にそぐわないということが、BGB第五七三条、第五七五条と差押えに適用される第一二二四条、第一二二五条の文言とを比較することからすでに明らかになる。それゆえ、強制管理の領域に闕しても、差押え当時の四半期をこえる賃貸料の処分が少なくともすでに所有者と賃借人との間の賃貸借契約において合意されているときには有効であるということが認められねばならない」。

## 2 一九一九年判決をめぐる学説の状況

しかしながら、この判例理論には、主として、これが物的信用に与える悪影響と関連諸規定の目的を考慮し、「強い異論」<sup>(62)</sup>が唱えられた。

ライヒ最高裁判所の一九一九年判決は、BGB五七三条及びBGB五七四条の趣旨に関し、これらがBGB五七一条の外を定めるものとし、「一部は貸借人の利益に、一部は賃借人を保護するため、第五七一条第一項から生じる契約当事者の法律行為による処分に対する例外が賃貸料に係わっておかれている」と説示する。

しかし、批判学説は別に解する。例えば、Stilschweg<sup>(63)</sup>によれば、BGB五七一条以下の規定が意図する土地売却における賃借人の保護にとつては、賃貸借関係から生じる義務(Verpflchtungen)のみが取得者に引き受けられれば十分である。一括前払いに関する契約上の合意を知らない取得者にとつては、賃貸借関係から生じる権利、とくに賃貸料債権をなしで済まさねばならないなら、これは「耐え難い苦難」である。したがって、「権利と義務はお互い密接な関係」にあり、BGB五七一条から、賃貸料の予め徴収と前払いは、これが賃貸契約に取り決められていようがいまいが、取得者に「無効」であるという原則が導き出せる。<sup>(64)</sup>

そのうえで、強制管理における抵当権者または破産における破産財団との関係においても、契約による一括前払いは、不利益をもたらすことから、それぞれ異なった取り扱いをすることは「法が望むところではなく」、それぞれ規定された範囲(BGB一一二四条二項、KO二一条二項)をこえる場合、「効力をもたない」。

また、強制管理に係わるBGB一一二四条に関し、もつとも重要な問題が提起されるとの認識のもと、Bocher<sup>(65)</sup>は、「賃貸料に関する他の処分に関しては、一定の期間のみを有効とし、他方、契約による一括前払いだけを例外とすべきというのには理解できない」。契約による一括前払いを例外にすると、「抵当権者から賃料請求権に関する基盤が奪われることを防ぐ」というBGB一一二四条の目的は、「まったく不完全にしか実現されえないであろう」と論じる。

他方、こうした契約による一括前払いがもたらす実質的な影響に関しては、賃貸借契約にはいえこれが抵当権設定後に締結されると、抵当権の賃貸料に対する効力が「幻想」と化し、「物的信用の基盤が堀崩される」<sup>(66)</sup>。「経済的には、土地登記簿から明らかでない物的負担として機能」し、「住宅に関する登記簿の公信の原則は放棄される」<sup>(67)</sup>ことになる。

もつとも、これとは違った認識をもつ見解もあつた<sup>(68)</sup>。一括前払いの合意が、賃貸土地が売買によって所有関係が変わることを意識して、新所有者に損害を与えることを意図したものと疑われるといったことは、これが賃貸借契約自体においてなされる場合にはあるまい。また、土地所有者が賃貸料の額を自由に決定し、これが抵当権者に対して有効とする権利を有する以上、かかる権利に異論を唱え、賃貸借契約において前払いや貸付金との清算を合意すること、そしてこの合意を物的債権者に対して無効であると説くことは何の役にも立たない。それどころか、この一括前払いから抵当権者が保護される手はあるとし、強制競売にあつては、賃貸借契約に対する解約告知により、また、一括前払いの合意に対する取消権の行使とか、さらに、場合によつては、BGB一一三三条、一一三五条の適用の余地もあるとする。

反対説が賃貸料の一括前払いが物的信用にもたらす弊害を強調するのに対して、肯定説では、これの経済的機能、すなわち賃貸料との清算（相殺）によつて担保された建築費用協力金制度を支援し、住宅建設を推進するという政策的な考慮を背景にしつつ、解釈論がなされて<sup>(69)</sup>いる、といえよう。

かかる解釈方法に対して、住宅困窮と住宅供給といった公益的利益がBGB制定のさいにすでに存在していれば適切であるが、そうではない。法規の解釈のための視点としては、使えない、との批判もある。しかし、Abnehmer<sup>(70)</sup>は、法規の意味を問う場合、編纂者がその意義を認識していたか、あるいは認識する可能性があつたかを考慮する必要はなく、新しく実上の必要性が生じると、それ以前の解釈の正当性が疑われ、法規の新しい意義が明らかになることの可能性を肯定するものである、と反論する。

いずれにせよ、Beckerは、Karsruhe上級州裁判所判決がとくにライヒ最高裁判所によつて確認されると「物的信用に対しておおきな衝撃<sup>(71)</sup>」を与えることになることと危惧したが、ライヒ最高裁判所は、一九三〇年代に入って、破産、強制管理そして強制競売に関し、肯定判決を積み上げたのであつた。

## 3 その後の判例法理の展開

まず、破産者所有の賃貸土地を売却した破産管財人が買主から賃貸料債権を譲り受け、賃借人に対して賃貸料を請求した事案である。一九三〇年一月二〇日のライヒ最高裁判所第八民事法廷判決 (RGZ 127. 116) は、一九一九年判決 (RGZ 94. 279) を引用し、「もし、本来の使用賃貸人が土地を売却していれば、新しい所有者がこの支払いを、そしてこれと契約上結び付いた法的結果を有効としなければならない。それは、この支払いがすでに使用貸借契約によって予定されており、後になつてもたらされたものでないからである」とし、「これは、BGB第五七一条から生じる」としたうえで、つぎのように説示する。

「原審が認定した事実には、KO第二一条三項が適用される。これによれば、本件の破産管財人によってなされた自由意志による売却は強制執行と同様に効果を有し、「まずもつてBGB第五七一条を準用する強制競売法第五七条のみがその効果を發揮する。しかし、第五七一条により、法的効果が形成されるならば、すでに説示したように、すなわち、原告は支払いとこれと契約によって結び付けられた法的効果を有効としなければならないことになる」。

ついで、強制管理に関する一九三二年六月六日のライヒ最高裁判所第八民事法廷判決 (RGZ 136. 407) である。このライヒ最高裁判決は、つぎのような事案である。用益賃貸借がなされている劇場の所有者に対し強制管理が実行され、強制管理人がBGB一一二四条一項に基づき賃貸料を請求したが、これに対して、劇場を開業するに必要な修復とその費用を賃借人が負担し、これが賃貸料に算入 (Anrechnung) され支払われたものとみなされる旨の賃貸借契約に基づき修復を実施した賃借人がこの特約を主張できるかが争われた。

この判決は、この特約に基づく処理の効力を認め、その理由に関し、つぎのように判示した。「ZVG第一五二条第二項により、使用(用益)賃貸契約は、土地が差押前に使用(用益)賃借人に引き渡されている限り、強制管理人に対しても有効である。このことから、賃貸料の支払いを通じて履行に係わる合意(前払い、相殺)が、強制管理人をBGB第一一二三

条以下の規定から生じる以上に拘束するということは必然ではない。しかし、賃貸料の決定に関するすべての取決めは、当然、その履行に効力を及ぼし、またはこれと結び付くことが期待され、強制管理人によって完全に守られるべき契約条件の範囲に関するものであり、処分の概念がその存在を前提とするすでに合意された賃貸料に関する処分を含んでいない。すなわち、「その取決めと使用賃貸人の契約履行との密接な関係から、第一条の合意は、使用賃貸料の査定に係わる本質的な取決めであつて、清算（相殺）に必要な取決めを含んでいないことが明らかである」<sup>(72)</sup>。

以上、ライヒ最高裁判所の判例法理を整理すると次のようになる。

賃貸料の「前払い」が、賃貸土地の強制競売における競落人、強制管理における強制管理人、譲渡における買主さらには破産における破産管財人に対して、各関連規定の制限（BGB 一二二四条他）にも拘らずこれを越えて有効となるには、

①賃貸料の前払いが「賃貸借契約」において合意され、これが「賃貸借契約に基づいて」なされなければならないこと。  
したがつて、本来の「賃貸借契約」<sup>(73)</sup>においてなされた賃貸料の取決めの事後的な変更がなされた場合には、これは効力を有しないことになる。

②賃貸料の前払いに関する合意は、賃貸料の決定（Bestimmung）に関する取決めであつて、決定した賃貸料の支払い（清算）に関する取決めではないこと。したがつて、賃貸料は、強制管理の差押等の前には支払うべきものとされておき、その意味で、賃貸料請求権は存在せず、その「処分」もありえない。

このようにライヒ最高裁判所の判例法理は賃貸料の前払い一般に関して立論がなされているが、その後、賃貸料前払いの使途に着目した下級審判決が現れている。これが、一九三五年九月一六日のベルリン州裁判所判決（JW 1935, 3654）である。

賃貸借契約締結後の取決めに基づき賃貸住宅の修復費を支出した賃借人が、賃貸住宅の競落人に対して、この取決めにより行なつた修復費と賃貸料との清算を主張できるかが争点であつた。ベルリン州裁判決は、この場合、ZVG 五七条、五七

条b及びBGB五七三条一条の適用の例外とし、ライヒ最高裁の法理とは別に理由を求め、それをつぎのように説示した。まず、「かかる解釈問題は、これが決定的に係わっている第五七三条第一項の成立史及び文言によつては、うまくいかな。概念的な考量も決定的意義が認められない」として、ライヒ最高裁の解釈視点を批判し、「この解釈問題は、法規の意義、目的及び効果によつて、回答をなしうる。経済的及び社会的利益の考慮の成果が決定的でなければならぬ」とする。そこで、「住宅の賃貸と修復は、本件では、賃借人による前貸し(Bevorschussung)によつてはじめて可能になった」し、これが「土地自身の改良(Verbesserung)に役立つ」おり、取得者の「地位は事前処分によつて不当に侵害されていない」。しかも、かかる取決めに「賃貸住宅の維持と雇用創出に対する公の経済的及び社会的必要性」がある<sup>(74)</sup>。このベルリン州裁判所判決は、その後の連邦通常裁判所時代の判例法理の展開に影響を与えることになるが、これをつぎにみていきたい。

## 二 連邦通常裁判所時代

### 1 一九五二年連邦通常裁判決と学説の状況

建築費用協力金の効力に関して最初に下されたのは、一九五二年六月六日の連邦通常裁判所第五民事法廷判決(BGHZ 6: 202)である。建築費用協力金の供与により半額とされた賃貸料は、賃貸人の財産に関する破産手続の開始後、破産管財人に対して、KO二二条二項の規定する範囲に限り有効なのか(制限説)、それともこれ以降も有効なのか(無制限説)が、争点となった事案であった。

この問題に関しては、上級州裁判所のレベルにおいて、右連邦通常裁の原審であるブレーメン上級州裁の一九五一年四月四日判決(BB 1952, S.182.)が制限説<sup>(75)</sup>を採用し、一九五一年二月一日のミュンヘン上級州裁判決(BB 1952, S.71.)が無制限説<sup>(76)</sup>に立脚するなど、相対立する判決が出ており、連邦通常裁判所の判断が待たれて<sup>(77)</sup>いた。

前掲連邦通常裁判決は、「契約に基づいて供与された賃貸料の一括前払い (Mietvorauszahlung) であっても、K O 第二条第二項の枠内でのみ破産管財人に対して効力を持つにすぎない」とするブレーメン上級裁判決を破棄・差し戻しし、その理由を「土地の物的価値の上昇」に求め、次のように判示した。

「ライヒ最高裁判所は、この問題に関し、原審が的確に説示するように、明確に判断していない」が、「——本来、後に売却された土地に関する賃貸料の一括払いに由来する——確定した判決において、土地の取得者、差押債権者及び強制管理人は、賃貸借契約において合意し、かつ使用賃貸借関係において、取得者又は強制管理人が使用賃貸借関係を承継するまえになされた使用賃貸料の予めの徴収 (前払い) を有効としなければならぬ」とするライヒ最高裁の確定判決 (BGZ 94, 279; 127, 117; 136, 407, 413) と同様に、「前払いの有効性を破産管財人に対しても肯定することを相当とする」とした。

そして、ライヒ最高裁判決とは異なる根拠を示し、賃貸料の前払いの効力を制限する諸規定との関係では、「原審の考えとは反対に、抵当権者に対する効力及び同様に扱われる破産財団に対する効力に関しては、建築費用協力金の供与は、例外となりうる」とする。それは、「賃貸料前払いの制限された効力によって抵当権者に対して与えられる保護の根拠は、経済的にみれば、抵当債権のために設定される担保が制限のない前払いによって弱体化され、とくに前払いの額が、土地所有者が強制的措置を引き起こす支払い困難に陥るとき、土地とは無関係な目的に使われるということをとくに心配してのことである。しかし、このことは、前以て支払われる建築費用協力金には妥当しない。それは、結果として、建物の築造や再建のために使用されることがその土地の物的価値 (Sachwert) を上昇させることによって、結果的に、担保権者の担保を高めるからである」。「実際、破産財団にとっても、賃借人が助成支援することによって通常土地の価値が高まり、これは、賃貸料の一括前払い (Mietvorauszahlung) を破産財団に対しても認めることを正当化する一つの利点を意味する」。

この連邦通常裁判所判決は、建築費用協力金の効力をめぐる論争に関し、実務的には、一応、決着をつけた<sup>(78)</sup>。しかし、これには、強い批判がなされ、とくに物的信用の側から、この判決とそれの経済的影響に対し、「強い懸念」<sup>(79)</sup>が示された。

例えば、Valhurch は、物権法体系(形式的な順位及び公示の原則)の観点と物的信用とその強化のためにあらゆる努力が傾注されている資本市場全体に対する経済的な影響を考慮し、詳細な批判を展開したが、つぎの二点をみておきたい。

①物権法の体系に反することへの批判である<sup>(80)</sup>。

すなわち、「おなじ理由から、建築業者及び建築資材提供者も物的信用供与者に対して優先的満足を得ることができよう。しかし、これを立法者は、一九〇九年六月一日の建築債権の担保に関する法律にみられるように、断念している。この法律(第二八条)は、資金提供者に対して土地上に物権的な権利ではなく、本質的には刑事法的な保護のみを与えている。建築業者は、その債権に関し、輕易な要件のもと、注文者の宅地に担保抵当権の登記のみを取得することができる。ここでは、登記は、関与した部分にのみなされる(BGB六四八条)。

当然のことながら、建築物の建造にはあらゆる資金提供に関与する人々の共働によつてゐる。関係者の一人をより強く重視することは誤りである。というのは、それぞれの給付がある意味では建築物全体に因果関係を有しているからである」。もつとも、前掲連邦通常裁判決は、「使用賃借人はいずれの建築資材納入業者より賃貸物件により近い」ことを、その優先の根拠とする。しかし、これに対しては、「所有者は金銭の使用について優先を主張できないということを議論のそとにおいてゐる」。建築費用を供与した使用賃借人の「経済的な状態は、その限りで所有者の、すなわち建築物全体に関しリスクを負っている者の状態に接近している。物的権利者との関係においてまさに取得されたこの所有権類似の地位に矛盾して、建築費用を供与した使用賃借人にその人的債権のゆえに優先権が何故容認されるのか理解できない」。「それゆえ、使用賃借人と物的債権者との競り合いを当該目的物に対するあれこれの部分の結び付きの強弱を検討するやり方では、うまく解決することはできない」。

②抵当信用に対する悪影響からの批判である<sup>(81)</sup>。

この判例が維持されるとなると、「物的信用機関はその貸付原則を徹底的に変更することを余儀なくされる」。その結果、

「ただでさえ逼迫している資本市場が新築の担保貸付のさいに抑制されねばならない。これは賃借人がなお高い協力金を引き受けなければならぬことに至る。このことにより結局不可避的な連鎖反応から現在の物権法秩序がますます崩れるだろう。資本市場は、十分な担保が提供されないことから、その意欲を喪失し、機能停止を起すだろう」。

## 2 その後の判例法理の展開

こうした批判にも拘らず、「一九五二年六月六日の連邦通常裁判所第五民事法廷判決を変更するに及ばない」と判示したのが、前掲のミュンヘン上級州裁判所判決の上告審である一九五三年六月三日連邦通常裁判所判決 (NJW 1953, 1182 II DB 1953, 551) である。

この判決は、Vahlbruch の見解にも逐一批判を加えているが、前述の論点に関係するものについて、みておきたい。

まず、①に対しては、賃借人は「自分の土地上に建築する所有者と類比することはできない。賃借人は、一般に、建築計画の実施と資金の目的に適った使途に影響を与えることはできない」。「建築資金の供与は賃借人にリスクがないということではないが、そのリスクは施主のリスク以外の何物でもない。建築資金を供与した賃借人の負担となるのは、建物が建築されず、賃借人が協力金に相応するだけ住むことができなかったか、あるいは、賃借人が住居に入居することができなかったか、あるいは早期に再度断念しなければならなかったか、自分の代わりに契約に入る関係者を見つけることができない場合である」。

ついで、②に対して、これは、「長年にわたり、確定された判例を賃借人に不利益になるように変更することを正当化し得ない。その判例は、よく検討すれば、問題となつてゐる法規の意義と文言に合致していることが明らかになる」。

このように一九五二年の連邦通常裁判所判決及びこれを引き継いだ一九五三年の同判決は、その理由付けを建築費用の供与による「土地の物的価値の上昇」に求めたものの、「賃貸借契約に基づく」合意と供与というライヒ最高裁判所の解釈基準それ自体は、これを基本的に維持した。しかし、この解釈基準は、これを厳格に適用すると、例えば、本来の賃貸借契約

の発効後に建築費用の供与が合意されたような場合、賃貸料債権が抵当権の効力を免れないことになる。

まさにこの問題を正面から扱った一九五四年一月二六日の連邦通常裁判所第五民事法廷判決(BGHZ 15. 296)は、従来の支配的判例に従い、建築資金として供与された賃貸料の前払いが土地の競落人に対して有効であることを前提として、次のように説示した。

「賃貸料の『契約に基づく』処分という概念は、問題の解決には役に立たない」。本来の賃貸借契約においてすでに合意されていた場合と後の変更が補充によって合意された場合の「双方の事案では、同じ利益状況のゆえに、同じように取り扱わなければならない。さらに、契約上の義務がない前払いにも、個々の場合には、賃貸借契約の変更があるし、それゆえ、その契約当事者の一致した表示があるから、常に、『契約に基づく』いて前払いがなされる」。したがって、「ライヒ最高裁判所の区分は、純粹に形式的である。原則として、契約は変更され得るし、変更と補充は、これが当事者の意思である場合、新しい合意からもはや決定的な契約を意味していない。なぜ、これがここで別物であるべきかは明らかでない」。この形式的区分は、連邦通常裁判所が前払いを……法定の制限の例外とする理由を物質的な理由、とくに賃借人の協力金の供与によってはじめて物質的な価値が作出されるということに求める以上、もはや必要でない。それゆえ、前払い約款の有効性は、かかる物質的な要件が備わっているかによって判断されなければならない」とした。

原審判決が、「賃貸借契約に基づく」という枠組みを維持し、「建築資金の供与に関する合意が賃貸契約に含まれていなければならぬ」という要請は、それが本来の賃貸借契約において決められていなければならないということではなく、その点では、変更された賃貸借契約にせよ、補充された賃貸借契約にせよ、賃貸借契約の内容になっていることを意味するにすぎない」。そこで、後の合意は、当初の「契約の補充以外のなものでもない」と解したのをさらに進め、ライヒ最高裁判所以来の解釈基準を破棄した。

さらに、同じ第五民事法廷の一九五四年二月一七日の判決(BGHZ 16. 31)は、建築資金が供与された賃貸土地が強制

競売にされ、競落人が賃貸借契約を解約した場合、競落人は、供与された建築資金のうち費やされていない部分は、BGB 五五五条により、賃借人に返還する義務を負うものとした。<sup>(82)</sup>

「有効に前払いされた賃貸料をZVG第五七条aによつて解約したさいに賃借人に返還する競落人の義務は、返還義務がZVG第五七条及びBGB第五七一条により競落人が承継する賃貸借関係から生じる義務である場合のみ、成立する」。「競落人が、その解約権を使うことなく、のちにBGB第五三条又は第五四条によつて解約をすれば、BGB第五五条による返還義務を負うことは、疑いようがない」。「特別の解約権に過責がない賃借人には、過責のゆえに解約された賃借人に当然あるべき権利は当然になければならない」。「競落人に課せられた、なお費やされていない建築費用を返還する義務は、賃借人を解約するとき、それが排斥されねばならない不当な負担ではない」。「新規の賃貸借において締結される賃貸料が競落人にひとつの調整を提供するし、返還義務が不利であるならば、解約を見合わせることもできる」。

そして、この判決を受け、一九五八年一月二五日の連邦通常裁判所判決(NJW 1959, 380)は、賃借人の返還請求権は建築費用供与が建物の建築のために、実際に使用されたときに限つて認められると判示した。さらに、一九六二年七月一日の連邦通常裁判所第八民事法廷判決(BGHZ 37, 346)は、一九五八年の連邦通常裁判所判決を維持すること旨言明した。

以上の検討から、供与された建築費用の賃貸料との清算が、抵当権者等に対して有効となる要件を整理すると、

- ① 賃貸料の前払いが合意されること。この合意は、賃貸契約の締結のさいに限らず、その後の合意でも足りる。
- ② 修復及び再建のために建築費用供与が合意されること。
- ③ 建築費用供与が実際にこれらの目的のために使われること。

### 第三節 一九五三年の強制競売・強制管理法改正

#### 一 改正法の内容

##### 1 抵当権者側の対抗策

連邦通常裁判所は、別の理由でもって根拠づけたとはいえライヒ最高裁判所の判例法理を承継し、一九五二年判決において、建築費用協力を提供した賃借人を保護する立場を明確にした。これに対して、抵当権者の側、とくに金融機関は、抵当貸付の条件に、賃貸借にあたって、賃貸料の前払いや相殺特約が抵当権者の同意なく行なわれた場合に関する失権約款を規定するなどし、<sup>(83)</sup> 抵当債務者たる賃借人が賃貸借において賃借人から建築費用を受けることを抑制する方策を講じた。

また、旧 ZVG 五七条 a に基づく「競落人の解約権が賃貸借関係を終了させて、資金協力である賃借人の賃貸料の前払いを無にするためにも利用され得た」。これが行使されれば、「賃借人保護のない場合、<sup>(84)</sup> 賃借人は、同時に、賃貸借関係を喪失する危険と供与した資金を喪失する危険に晒された」<sup>(85)</sup>。

そこで、「賃借人が資金協力をした場合、ZVG 第五七条 a から生じる不公正を……取り除くため」、競落人が解約権を一定の要件のもと一定期間行使できないようにするために、一九五三年、強制競売・強制管理法の改正において、五七条 c 及び五七条 d が追加された。<sup>(86)</sup>

##### 2 解約権の制限規定

この改正規定は、競落人が特別解約権の行使に関し制限を受ける場合を次のように規定する。

まず、①使用賃貸料が、賃貸部分 (Mietaum) の建築又は修理のために予め支払われ、またはその他賃貸部分の建築又は維持のために供与された金銭と清算すべきものとされているときである (ZVG 五七条 c 一項一号)。この場合、制限を受けるのは、前払い又は清算が予定されている期間である。

ついで、②賃借人又は第三者が、賃借人のために、賃貸部分の建築又は修理を目的として、無償の（清算のない）建築費用供与（verlorener Baukostenzuschuss）を年間賃貸料の一分分以上を供与し、又は支払ったときである（ZVG五七条c一項二号）。この場合、供与が契約の継続によって償還されたものと見なされることができな限り、解約権は行使できない。

それから、ZVG「五七条cの規定から生じる結果によって損害を受ける可能性がある競買申出人や競落人を保護するための規定がおかれている（ZVG五七条d）<sup>(87)</sup>。

執行裁判所は、使用（用益）賃借人による額と合意に関し報告をするように勧告しなければならない。使用（用益）賃借人が、この勧告に従わないと十分でないとかいった場合には、ZVG五七条cの保護を受けることができない。ただし、競落人が供与額を知っていたか、もし知ってもおなじ申し出をしたであろう場合には別であるが、その証明は賃借人が負う。

## 二 残された「建築費用協力金」の有効性問題

解約権の行使制限①に関しては、処分が競落人に対して有効か又は無効かは考慮されない旨、明文をもって規定されている。このことから分かるように、一九五三年のZVG改正においては、賃借人の建築費用協力金の供与が競落人に対して有効なのかどうかという根本的な問題には触れられないままである。

学説には強い異論はあったものの連邦通常裁判所が肯定的な立場を明確にしていたことから<sup>(88)</sup>、この問題に決着をつけることが重要な立法課題であった<sup>(89)</sup>。しかし、第一回連邦議会の会期が切迫するなかで、これは断念された<sup>(90)</sup>。もちろん、これには物的信用の利益に対する配慮があった<sup>(91)</sup>。

この事情に関し、立法者は、「用益又は使用賃貸借される部分を建築することに係わる資金的寄与の性格を有する事前処分が有効として認められると、物的信用に対する反作用がある」ことから、「これに関連する諸問題は詳細な検討を必要と

する」としつつも、「この非常に難しい諸問題に手を着けることなく、まずは、賃貸部分の建築又は修理に大きな貢献をしている賃借人をZVG五七条aの解約権に対して保護することが、必要と思われる」としたのであった。そして、「かかるものとしての解約権保護は、物的信用の利益を害することはない、少なくとも著しく害することはない」との認識をいっていた。

いずれにしても、この問題の解決は、その後の判例及び立法に委ねられることになったのであった。

ところが、このZVG五七条cに基づく特別解約権の行使制限に関しても、金融機関は対抗策を講じた。これが抵当貸付のさい、抵当債務者である建築主に対して、賃借人が署名した建築費用供与と賃貸料との清算条項に基づく清算をしないこと、ZVG五七条c及び五七条dに基づく権利主張を放棄する旨の次のごとき保証書(Revers)の差し入れであった。<sup>92)</sup>

「建築費用の供与(Finanzierungsbeitrag)と賃貸料との全部又は一部の清算が契約によって予定されているか、又はその他の理由からなされるならば、使用賃借人は、当該土地に対して強制管理又は強制競売がなされ、又は賃貸料が差し押さえられる場合、NN信用銀行、強制管理人、又は競落人に対して、自ら及び権利承継人のために留保された賃貸料との清算又は相殺の主張をなすことを放棄する。賃借人は、さらにNN信用銀行及び競落人に対して強制執行法第五七条c及び第五七条dに基づく権利主張を放棄する」。

こうした放棄特約は、建築資金を供与した賃借人を保護するというZVG五七条c及び五七条dの目的に反する結果を招くことになる。しかし、一般的にはその効力を認めるのが通説のようである。<sup>93)</sup>

例えば、Peranteは次のように説く。<sup>94)</sup> まず、ZVG五七条c及び五七条dは、賃借人に権利を与えるものではなく、反対に、競落人等から権利、とくに、かの規定がなければ問題となる法律上の解約告知権を取り上げるものでもない。賃借人が締結した長期の賃貸借契約による合意がZVG五七条aの規定による法定の解約告知権によって破られることから保護するものであって、賃貸借契約の内容自身によって決められた解約告知の可能性にさらされる賃借人を保護することは立法者

の思ひいたすところではない。すなわち、ZVG五七条c及び五七条dは、賃借人が自ら引き受けるリスクに対して保護する意図は毛頭ないとする。<sup>(95)</sup>

また、かかる保証書は、賃貸料の前払いに対する権利を放棄させることにより二重の賃料支払いを賃借人に要求し、物的信用がその地位を利用して放棄特約を強制しているということから、公序良俗に反して無効(BGB一三八条)ではないか、との見解に対しても、次のように反論する。

それは、物的信用機関は、自らの利己的な利益からではなく、預金者から信託を受けて管理する金銭をまもることを氣遣つて行動していること<sup>(96)</sup>、また、登記された継続的居住権(Dauerwohnrecht)が抵当権に劣後する地位を有するにすぎないとする立法例の存在などに鑑みると、強制競売等の場合に、物権的に担保されていない賃借人の権利を容認しないとすると公序良俗に反すると見なすことは困難であると。

### 三 小 括

連邦通常裁判所の判例理論は、すでに言及したように、厳しい批判を受けた。その批判をめぐって、①建築費用と賃貸料との清算が抵当権者等に対して有効となる要件と②その効果としての、賃借人の抵当権者に対する優位性という二点をめぐる議論を整理しておきたい。

第一点に関して、賃貸借契約における債務法上の合意が抵当権者の法的地位に影響を及ぼすものではないこと、あるいは供与された資金が建築に投下されたこと、したがって土地価格の上昇につながったとの証明はつねに可能であるわけではないといった批判である。<sup>(97)</sup>

これに対しては、その性格を別異に解し、所有者と賃借人との間で交わされる合意は、単に、債権的な性格を持つものではなく、ここに含まれている清算約款は、同時に賃料債権に関する処分も含まれているとする。<sup>(98)</sup> また、証明の困難さが実体

的な権利に影響を与えることはない。これは証明責任の分配の問題だからである<sup>(99)</sup>。

また、別の観点から、価値の上昇が決定的な要因ではなく、むしろ、住宅困窮において、建築資金供与を強制される賃借人が社会的に弱い立場であるということある。ZVG五七条cや五七条aといった規定には、こうした基本的な考え方が含まれていると<sup>(100)</sup>する。

ただ、これに対しては、賃借人が建築資金を提供したということだけで特別に保護されることへの批判がある。こうした信用の供与は、経済取引への通常の関与であつて、与信者はいかなる担保によつて信用を供与するかは自己の責任で決定すべきことがらである。また、ZVG五七条cの規定は、例外状態から設けられたものであつて、これを諸関係が平常にもどつた現段階においては保持されない。

第二点については、賃借人は、結果として、これに關することが登記簿に記載されることなくある種の物權的な権限者に随分と接近することにはなる。しかし、このことは、例がないわけではない<sup>(101)</sup>。というのは、他にも、非常に多くの登記簿外で成立する権利及び制限が存する。立法者は、継続居住權の内容となる、それゆえ土地登記簿に登記されるかぎり、WEG四〇条二項において、同様の合意を抵当権者に対して有効としている。というのは、この場合、内容の規律に關する登記はなし得るが、本件の場合、かかる事實は登記しえないからである。

これとならんで、連邦通常裁判所の判例は、關連諸規定の意義と目的によつて正当化される。すなわち、BGB一一二〇条以下は、——BGB一一三五条からももちろん明らかなように——抵当権者の負担による担保力の悪化を防ぐという意義を有する。同時に、価値上昇とこれにより少なくとも配當の機会に係わつて同時に調整がなされるから、かかる合意の無効を表明する動機が生じないと<sup>(102)</sup>。

注

- (95) Becker, Eine Gefährdung des Realkredits, JW 1930, S.3199.
- (57) 個別の事情としては、抵当貸付におきつて、建築対象の融資価値を査定するところ、積算価格に関し、一八〇%（一九一三年には一〇〇%）の建築費用指数を基礎としたが、実際の建築費用はもっと高かったらつとがある。H. Weinauer, Finanzierungsbeiträge des Mieters und Kündigungsrecht des Ersethers, Der Betrieb 1954, S.796.
- (98) Weinauer, a.a.O., S.796.
- (95) Staudingers Kommentar <H. Wolfsteiner>, S.178.
- (96) 判例 (BGHZ 6, 202) 参 (W. Cranz, Baukostenzuschüsse, JR 1960, S.126) をもとに整理すると、①では、建築資金が賃貸料の支払として、一定の期間、賃貸料全額又は一部が前以て支払われる (Mietvorauszahlung)。その結果、賃貸料が完済されたこととなる場合には清算は必要ではなく、そうでない場合には賃貸料の弁済期ごとに現金で支払われるものとされる。そして、賃貸借契約の早期解消によつて根拠なく支払われたこととなる建築費用資金は返還されるべきことが合意される。②では、賃貸料債権とは別個の補充債権 (Ersatzforderung) の成立があり、弁済期に、相殺の意思表示がなされるか、相殺が契約に基づき当然になされるものとする。③では、二つの債権が②のように相対するが、その後、弁済期の到来する賃貸料債権が、その全部または一部によつて、清算契約又は相殺契約により建築費用協力金が支払われたものとする。
- (9) BGHZ 6, 202, Cranz, a.a.O., S.125.
- (92) Staudingers Kommentar <Wolfsteiner>, S.178.
- (93) 参 Stillschweig, JW 1930, S.769, 参 Wilhelm Pee, JW 1933, S.1639.
- (94) Stillschweig, a.a.O., S.769. 例外として、①事前の取立て及び事前の支払いは、BGB 五七三条一項及び五七四条一項により、規定された一定の期間、有効であるが、これを越えることはできない。②賃貸借契約による事前の取立て及び事前の支払いは、自由意志による譲受人がその合意を知っているとき、有効である。③譲渡人と賃借人が賃貸借契約から生じる債務を譲受人に移転させない

賃貸料債権をめぐるドイツ土地担保法の変遷

べき。譲受人は、権利をもちたがらない賃貸関係を直ちに終了させることができる。

- (5) Becker, Eine Gefährdung des Realkredits, JW 1930, S.3199.
- (6) Pee, JW 1933, S.1639.
- (7) Becker, a.a.O., S.3199, Pee, a.a.O., S.1639.
- (8) Karl Aabenheimar, Verrechnung von Baudarlehn und Mietzins, JW 1930, S.2912.
- (9) Aabenheimer, a.a.O., S.2912.
- (10) Aabenheimer, a.a.O., S.2912.
- (11) Becker, a.a.O., S.3199.
- (12) これに対して、一九三四年三月二二日のライヒ最高裁第四民事法廷 (RGZ 144. 194) は、用益賃貸借が設定されている劇場 (Lichtspieltheater) に対する抵当権の基づく強制管理において、賃貸料は用益賃貸借契約と同時に締結された金銭消費貸借契約により貸付金に対する返済に振り向けられるとの賃借人の主張が強制管理人に対して認められるかが争点であった。
- (13) この判決は、BGB 一二二四条の意味での「事前処分」に関し、既述のライヒ最高裁の確定判例を引用し、これは、「『使用貸借契約に基づいて』使用賃貸料の前払いがなされるべきものとされ、かつ前払いがなされたときには、存在しない。使用賃貸借契約自身から生じたかかる事前徴収は、その性質上、使用賃貸料の決定に関する取決めである。このことは、とりわけ、使用賃貸料が契約自身によって全契約期間又はその一部に関し前払いがなされるべきといえる」。
- (14) しかし、本件の事案には、かかる考え方は妥当せず、BGB 一二二四条 (BGB 五七三条) 条の一般規定が適用されるとして、その理由を次のように説示する。
- (15) すなわち、「用益賃貸料の前払いが問題となっており、用益賃貸料は、……用益賃貸借の全期間又はその一部について前払いをなすべきこととされず、契約によれば、——使用及び用益賃貸借において通常のことであるが——用益賃貸借の全期間にわたり分割された時期に定期的に支払うべきものとされている。それゆえ、本件で問題になっているのは、用益賃借権の移転後の期間に関する

る用益賃貸料の弁済期が、用益賃貸借契約により、この移転前に到来し、かつこれによってその支払いが効力を生じる場合ではなく、用益賃貸借契約による用益賃貸料の弁済期が、一部はZVG第一五二条第二項により生じる用益賃貸人への移転前、一部はその後に  
なるという、——通常の——場合である。」

(73) 一九三三年四月二七日のライヒ最高裁判決 (JW 1933, 1658) は、賃貸料の前払がこれの契約 (一九三二年八月七日) が新しい独立の合意でなく本来の賃貸借契約 (一九二五年五月一日) の変更であるとしつつ、本来の契約の潜脱を目的としていることを理由に B G B 一一三条二項及び一一二四条二項による制限を免れない旨説示している。

(74) さらに、ベルリン州裁判所は、同年の一月一七日、賃貸土地が強制管理に付された事案に関し、同旨の判決 (JW 1935, 3656) を下している。

(75) プレーメン上級州裁判決は、契約において賃貸料の前払 (Mietvorauszahlung) と表示された建築資金供与が、その「文言、意味及び目的によると」、実際は、賃借人貸付 (Mietdarlehen) である、と解し、賃貸人が破産に陥つたのちには、K O 二二条二項の枠内を越えて、賃貸料債権と抵当貸付に基づく返還請求権とを相殺することはできない旨判示した。しかも、この判決は、真正の賃貸料の前払いが合意され、かつ供与されるべき場合にも同様に解することではできない旨判示した。しかも、この判決は、真正の賃貸料の前払いが基礎とする B G B 五七一条以下の成立の経緯は、むしろ反対の結論を導き出すとして、「使用賃貸借契約により前払が自らの見解を基礎とする B G B 五七一条以下の成立の経緯は、むしろ反対の結論を導き出すとして、「使用賃貸借契約により前払いされた使用賃貸料も取得者に負わせられた契約による使用の提供に関する部分的な対価であり、したがって、それぞれの部分につき、取得者にも当然与えられるべきものである」。

② 「経済的にみれば、賃借人は、破産財団に存在する物的価値 (Sachwert) を供給し、その反対給付のゆえに現在破産配当に頼らざるをえない破産債務者のあらゆる他の債権者と異なる。」

(76) ミュンヘン上級州裁判決は、建築契約にある「貸与」は、当事者の本当の意思によると、賃貸料の前払である、と解し、かかる賃貸料の前払いは、B G B 五七四条、一一二四条二項、K O 二二条二項の意味での処分ではなく、賃貸土地の取得者及び競落人又は強制管理人及び破産管財人に対して有効であると判示した。

この判決は、ライヒ最高裁の確定判例に従い、つぎのように根拠を示した。「ライヒ最高裁の見解は、今日の住宅困窮の時代にま

さに従われるべきである。ここでは、住宅の需要者の利益及び建築費用を提供した賃借人は、立法者による望ましい問題解決がなされない限り、物的債権者に対して、経済的かつ社会的に適正な方法で保護することが肝要である。賃借人の助力を通じ、建築費用の提供という形で破壊され又は損害を被った建物が再建されることは、不動産市場が国民経済的に非常に注目すべきかつ望ましいやり方で活性化される。このとき、住宅の可及的に大きな数の調達に対する公の著しい利益が存在する。加えて、現在の関係において、賃借人の建築資金供与はすこぶる必要である」。また、「賃借人の供与は目的物に関係のない目的に使われるのではなく、土地の実体に流れ込み、その価値を高め、そしてこれによって物的債権者が請求権を有しない物的担保力を強化する。不動産の修復又は改良にさいして賃借人の助力によりはじめて、住宅、物的債権者のための責任客体そして果実が流れ出る源泉が調達される。再建が賃借人の供与によって可能となることが稀でない。それゆえ、抵当権者が物的担保の調達と上昇に役立つ賃借人の供与を認める必要がある」というのはまったく正当でない。したがって、賃借人が結果的に賃借人に代わってなした供与をもう一度支払わねばならないというのでない( RG 136, 415 )」。

- (7) Hans-Günther Pergande, Der Bundesgerichtshof zur Behandlung der Baukostenzuschüsse des Mieters im Konkurs des Vermieters, BB 1952, S. 651.
- (8) Pergande, a.a.O., S. 652.
- (9) BT-Druck Nr. 4452, S. 6.
- (10) Vahlburch, Mieterbaukostenzuschüsse und Realkredit, BB1953, S. 189-190.
- (11) Vahlburch, a.a.O. S. 190-191.
- (12) 現在、BGB 五五五条は、一九六四年の第二次貸借変更法により、五五七条 a の新設とひきかえに、五四三条二項とあわせ削除された。この経緯を概観しよう(以下「J. von Staudinger < J. Sonnenschein >, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse (Mietrecht 1), 1995, S. 653 (以下)」。)
- BGB 五五五条は、このように規定されていた。「賃借人は、第五五三条及び第五五四条に基づき解除権を行使する場合、その

後の期間に関し、すでに支払われている賃料を第三四七条によつて返還しなければならない。」

BGB五五三条と五五四条は、いずれも賃貸人からの即時告知に関する規定であるが、前者は契約に反する使用を理由とし、後者は、賃料の支払い遅滞を理由とするものである。また、BGB五四三條二項が規定していた賃貸関係の期間前終了は、賃貸物件の使用不許与を理由とする賃借人からの即時告知によるものであつた。そこで、賃借人が即時告知を行うとき、賃貸人は、使用の不許与に責めに任じない場合のみ、BGB三四七条の責任を負う。これら以外の場合には、より責任の軽い不当利得法が適用される。これに対して、前述の契約違反を理由として賃貸人が即時告知を行う場合、BGB五五五條によれば、つねに、BGB三四七条により賃借人には重い責任がかかつてきた。他の賃貸借関係が期間前に終了する場合に、前払いされた賃料の返還については、法律上明確に規定されていなかった。

BGB五五七条aの規定は、こうである。

「(1)使用賃貸借関係修了後の期間について賃料の前払いがあるときは、使用賃貸人は、第三四七条により、又はその終了が使用賃貸人の責めに任じない事情のために生じている場合には不当利得返還に関する規定により、その賃料を返還しなければならない。  
(2)住居の賃貸借関係においては、使用賃借人の不利益になる合意は、その効力を生じない。」

返還義務は、契約の告知に関するBGB三四七条の規定に従うのが原則である。しかし、賃貸借関係が賃貸人に責めに帰せざる事由によつて終了した場合、BGB八二二条以下の多少厳しい不当利得責任のみがかかつてくる。そして、本条は、解除契約の場合、破産管財人(KO一九条)又は強制競売(ZVG五七条a)における競落人による解約告知などすべての種類の賃貸借関係の終了に関する賃料前払いの返還を規定する。

(83) H. Wörlbauer, Das Kündigungsrecht des Ersten in der Zwangsversteigerung, NJZ 1953, S. 1732, H. Weimann, a. a. O., S. 797.

(84) 改正理由書(BT-Druck Nr. 4452 S. 6)によれば、①賃借人保護法(MSchG)三一条aにより賃借人保護から除かれている第一住居建設法の意味における自由な資金調達により又は税法上特恵をうける住居、②営業建物のための使用及び用益賃貸借関係である。

賃貸料債権をめぐるドイツ土地担保法の変遷

- (88) BT-Druck Nr.4452 S.6-7. なげ、賃借人保護法に関しては、鈴木祿弥「借地・借家法の研究Ⅱ」(一九八四年)四四頁以下が詳しい。
- (89) 〃の改正法の概要に関する、Karl Blomeyer, Die Neuordnung der Zwangsvollstreckung, BB 1953, S.661., Hermann Vogel, Das neue Vollstreckungsrecht, MDR 1953, S.526.
- (87) 改正の趣旨説明については、当然ながら、〃のレトリック及びトピック。BT-Druck Nr.4452 S.6.
- (88) Wörbelauer, a.a.O., S.1730.
- (88) Wörbelauer, a.a.O., S.1730.
- (90) Blomeyer, a.a.O., S.661.
- (91) BT-Druck Nr.4452 S.6.
- (92) Pergande, Finanzierungsbeiträge der Mieter-Die Gegenmaßnahmen des Realkrediters, BB 1955, S.212.
- (93) Steiner, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Bd.1, 1984, S.816f.
- (95) Pergande, a.a.O., BB 1955, S.212.
- (95) H.Weinauer, a.a.O., S.798. 内田・前掲書二二二頁以下は、その他の対抗策についても詳しく紹介している。
- (96) 内田・前掲書二二四頁は、「貯蓄者の財産を信託管理する金融機関が賃借人と対峙され、終局的には一般の貯蓄者の利益が考量されつづる。抵当権と賃借権の関係を考える際、こうしたドイツ信用の在り方も看過してはなるまい」と説く。しかし、かかる利益考量では、一介の賃借人は、金融機関の「公共性」の前にあえなく敗退せざるを得ない。
- (97) Staudingers Kommentar <H.Wolfsteiner>, S.179.
- (98) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch <Eickmann>, Bd.6, 3.Auflage 1997, S.1657.
- (96) Münchener Kommentar <Eickmann>, S.1657.
- (100) Baur/Stürner, Sachenrecht, 17.Auflage, 1999, S.468. 同書 Münchener Kommentar <Eickmann>, S.1657.
- (101) Münchener Kommentar <Eickmann>, S.1657.

## 第五章 むすび

以上の考察を踏まえ、ドイツ法における賃貸料債権に対する土地担保権の効力に關し、わが民法の規定及びこれをめぐる議論・状況と対比しながら、その特色を整理しておきたい。

### 1 土地担保権の効力が賃貸料債権に及ぶことの根拠

土地担保権の効力は、担保土地の「果実」に對し、これが土地からの分離の有無を問わず、及ぶ（BGB一一二〇条）。しかし、担保土地が利益賃貸借されているときは、これの例外となるため、利益賃借人に歸する果実に代え、賃貸料債権に、土地担保権の効力が及ぶものとする。ここでは、代償性がその根拠とされており、現在も、代表的な注釈書は同様の説明をしている。もつともとくに担保土地から分離した果実に土地担保権の効力が及ぶことの根拠は、土地担保権の担保力の強化及び担保土地の経済的一体性の確保にある。<sup>(103)</sup>

わが民法では、この点、異なる。起草者の梅謙次郎によれば<sup>(104)</sup>、<sup>(105)</sup> 抵当権の効力が抵当目的物を「使用スルヨリ生スル所ノ対価」に及ぶことは「実ニ至当」であると説明されるにすぎない。もつとも、同じく起草者の富井政章は、賃貸料の対価性に加え、それが「全価値ノ一部ヲ代表スルモノ」ということを根拠とする。抵当不動産の賃貸料は、「交換価値の済し崩し的な具体化」とする見解も、同旨であろう。もつとも、ドイツにおいても、同様に、「賃貸料債権等は土地及びその附屬物から流れ得る経済的価値の具体化である」ことを根拠付けとする見解<sup>(106)</sup>もある。

また、「果実」に抵当権の効力が及ぶとするドイツ法の規定は、「果実」に抵当権の効力が及ばないとする（日民三七一条

一項本文) わが民法の規定と異質であるかのようにみえる。しかし、その内容に関し、実質的には変わるところあるまい。

土地担保権者は、産出物から現実には満足を得るには、これが担保土地から分離していかない場合には、担保土地について強制競売の手続を、分離している場合には、これに対して強制管理の手続(ZVG一四八条一項、二一条一項)を行わなければならない。一定の要件の基づく強制競売又は強制管理による差し押さえにより、初めて現実的に果実に対し土地担保権の効力が及ぶのである。それまで、土地所有者は、果実を自由に処分することができ、抵当権の効力から離脱する。このことは、その手続が強制管理である賃貸料債権に関しても同様である。したがって、果実や賃貸料債権に土地担保権の効力が及ぶと規定するも、これは、潜在的なものである。

## 2 土地担保権の効力からの離脱と根拠

潜在的なものであるがゆえに、賃貸料債権は、これに対する強制管理のための差押えがなされる前に徴収その他の処分がなされると、土地担保権の効力から離脱する。処分の意味については、譲渡がこれに含まれるが、一般債権者による差押えに関しては、解釈上、争われたが、これを含むとするのが判例・通説である。所有者の経済的活動の自由をもって、これが根拠づけられている。

わが民法においては、物上代位による差押え前に、賃貸料債権について「払渡又ハ引渡」がなされれば、抵当権の効力からの離脱する。しかし、「払渡又ハ引渡」の意味については、規定上、非常に狭く、譲渡はむろん、一般債権者による差押えも、これに含まれないというのが、学説上異論もあるが、判例である。既発生の賃貸料債権ですら、第三者への譲渡のみによっては抵当権の効力から免れない。使用・収益が、設定者に委ねられている以上、抵当権設定者が賃料を徴収できること、これにより賃料債権が抵当権の効力を免れること当然のことでもある。問題は、徴収以外の処分である。その意味では、わが民法においては、いっそう抵当権の効力が強く解されており、その反面、抵当権設定者の処分権能が弱いといえよう。

### 3 ドイツ法変遷の特徴

ドイツ法においては、設定者たる所有者に対する経済的活動の自由の保障は、将来の賃料債権に関する処分に関しても及び、土地担保権の実行後も、一定の範囲でこれの効力を認め、土地担保権者に譲歩を強いていた。しかし、この規定の合理性は、民法施行後、早々に議論になった。民法の規定に比較的忠実な解釈を行う判例と土地担保権の危機を説く学説・金融実務との対立、そして法改正による事前処分の有効範囲（期間）の縮減の流れがドイツ法の変遷を特色付けている。

ただ、土地担保権の危機といつても、これは、ドイツ的な土地担保権の設定の在り方に規定された第二抵当権の問題であることに留意すべきであろう。また、第二抵当権の「危機」が、果たして民法の規定、将来の賃料債権の頻繁な譲渡、これに対する一般債権者の差し押さえ（といった濫用）に、その本質的原因があるのかについては立法者すら、疑念をもっていた。こうした議論は、わが民法下においても、時代背景を異にするとはいえ、抵当不動産における短期賃貸借や将来の賃料債権の包括的譲渡に関して、その濫用が声高に説かれるとともに、これが解釈論のレベルではあるが、伝統的な理論によっていた判例が変更を余儀なくされ、抵当権の強化に直結したことと対比すると興味深い。

一九一五年のBGB改正などが第二抵当権の危機を解決するに至らなかつた例証とみることのできるのが、第二次世界大戦後にひろく行われた賃借人による建築費用協力金の供与であろう。

判例は、賃借人による建築費用協力金としての賃料の前払いが土地担保権に対抗できる根拠を土地価値の上昇に求めたが、これのみでは根拠として不十分である。例えば、建物建築のために追加融資をした債権者がこれによる土地価値の上昇を根拠に先順位の担保権者に優先することはあり得ないからである。したがって、それには、Baurが説くごとく、賃料の前払いというかたちで建築費用協力金を供与した賃借人を保護するという、もっぱら政策的理由に求められよう。

わが民法においては、担保不動産につき、この価値を高めた工事の請負代金の担保のために、先順位の抵当権に優先する不動産工事の先取特権（民法三二七条）の成立が認められる特例がある。そこには、政策的理由が伏在することというまで

めらる。

注

- (103) Vgl. Motive III, S. 650f., Münchener Kommentar <Eickmann>, S. 1629f., Staudingers Kommentar <Wolfsteiner>, S. 142, u. s. w.
- (104) 梅謙次郎『訂正補訂 民法要義 卷之二物権編』(三二版)一九二一年、三二八頁。
- (105) 富井政章『民法原論 第二卷物権』一九三三年、三五二頁。
- (106) Manfred Wolf, Sachenrecht, 15. Auflage, 1999, S. 356.

追記 本稿は、平成一〇年度文部省在外研究による研究成果の一部である。