

抵当権の附従性について

(無効の貸付債務に設定された抵当権は不当利得債務を担保するか)

朝 山 善 成

一

抵当権は債権を担保する権利であるから債権の存在を前提とする。これを附従性といい、担保物権共通の性質といわれる。同じく担保物権でも留置権や先取特権のような法定担保物権の場合にはこの附従性が厳格に要求されるのに対し、約定担保物権である質権や抵当権では附従性は緩和される傾向にある。抵当権成立の附従性につき、将来の条件付又は期限付債権に設定された抵当権も、条件付又は期限付ではない現実の抵当権が成立すると解するのが通説、判例の考え方である(我妻新訂担保物権法一一七頁以下)。要するに被担保債権は現実に発生していなくても、発生する可能性があればよいとされ(右同一一八頁)、これを別の表現をすれば、抵当権実行の段階で債権が存在すればよいということになる(柚木・高木担保物権法二二二頁)。しかし債権の発生が無効な場合、または停止条件の不成就が確定した場合、抵当権は無効であり、または消滅すると解されている(我妻前同一二三頁、柚木・高木前同一三九頁、大審院昭和八年三月二九日民集一二卷五一八頁、同一一年六月一日法律新聞四〇〇九号一七頁(消費貸借債務不存在)、最高裁昭和三〇年七月一五日民集九卷九号一〇五八頁(利息制限法違反)など)。

ところが、無効な消費貸借契約に基づいて現実に金員が交付された場合、消費貸借債務は発生しないが、金員の交付を受けた者は不当利得に基づく金員の返還義務を負担することになり、抵当権はこれを被担保債権として有効に存在すると解する説が有力である(星野英一法学協会雑誌八四卷四号一三四頁、四宮和夫右同八七卷九号九八八頁、宮崎俊行民商法雑誌五五卷六号一六六頁、須永醇右同六四卷五号九六八頁、鍛治良

抵当権の附従性について

抵当権の附従性について

堅別冊ジュリスト民法判例百選二九頁、柚木・高木前記二三三頁。そして、柚木・高木前記二三四頁は、右抵当権の登記された債権額・利息の限度で不当利得債務の担保の抵当権登記として効力を認むべきであるとする。

以下右の学説について検討する。

一一

右の学説は協同組合等（農業協同組合法による農業協同組合、労働金庫法による労働金庫、中小企業等協同組合法による信用協同組合等）において員外貸付、定款違反等の理由で、貸付（金銭消費貸借）が無効とされる場合に、貸付債権の担保としての抵当権や保証債務の効力に関して提言される。

協同組合の場合、一般の営利会社の場合と異なり、事業目的による法人の権利能力ないし行為能力の制限を厳しく解釈し、員外取引など右目的に反する行為は無効であると解するのが通説判例である（大審院昭和八年七月一九日民集一二卷二二九頁、同一六年三月二五日民集二〇卷三四七頁、最高裁昭和四一年四月二六日判例時報四五二号三四頁、同四四年七月四日右同五六五号五三頁、大塚喜一郎協同組合の研究三七七頁以下、喜多川篤典ジュリスト二二二号一一七頁、同二二六号八六頁、その他前記星野、四宮、須永など）。これに対し員外取引有効説も有力である（我妻新訂民法総則一五八頁、福地俊雄民商法雑誌四四卷三号一五六頁など）。

右通説・判例の考え方に従い員外取引を無効と考える場合、協同組合が組合員でない者に貸付をなし、当該借受人又は第三者（物上保証人）から抵当権の設定提供を受け、或いは保証人の保証を得ていたところ、突然に右権利関係が覆えり、貸付契約が無効とされ、抵当権も保証債務もその附従性により無効とされ、抵当権設定者も保証人も夫々負担を免れるという奇貨を得る結果となるという不合理、不公平であると評され（四宮前記は正義に反すると評する）、前記の学説が主張されることとなった。

ところで、右の学説において、消費貸借債務担保の抵当権、或いは保証債務が不当利得返還請求権をも担保するものと解する理論的根拠として示されている点は二つある。即ち

(1)、一旦金銭が授受された後は、消費貸借債務も不当利得返還債務も両当事者にとっては経済的意味は同じである(星野前記)。
(2)、当事者の意思は、消費貸借債務が無効の場合、不当利得債務を担保する趣旨であると解しうる(星野、須永、四宮、鍛冶等)。売主の保証人の債務は売買契約解除により生じる原状回復義務に及ぶとする判例理論を一步進めるべきである(星野)。
とされる。

三

思うに、消費貸借債務は当事者の約定合意により成立し、不当利得返還請求権は公平の見地から法が定めたものであって、両者は発生原因を異にする。両者が仮に経済的に同一性を有すると解するとしても、法律的には別個の債権であり、経済的に同一性を有することをもって、消費貸借債務を担保するために設定された抵当権或いは保証債務が不当利得債務を担保することとなる理論的根拠とはなりえないことは明らかである。消費貸借債務が無効のため抵当権も無効と解することが不公平、或いは正義に反すると考えるとしても、そして公平の觀念に基づいて認められる不当利得返還請求権であっても、これと抵当権とを結びつける法的根拠としては当事者の意思のほかには考えられない(例えば抵当権の負担を免れたことを不当利得と構成し、且つ不当利得債務を担保する抵当権として存続を認めると構成することも困難であろう)。

しかし、意思によると言っても、通常抵当権設定契約、或いは保証契約において、消費貸借が無効の場合を予測し、主たる債務者の受取った金銭の不当利得返還義務についてまで、抵当権或いは保証債務がこれを担保する旨の明示の合意がなされるということはおそらく皆無であると言っても、言い過ぎではないであろう。それゆえ意思解釈、意思の推定が問題にされるのであると思われるが、この問題と考える前提として明示的な合意の有効性について検討する必要がある。

四

まず保証債務についてかかる合意の有効性には問題はない。判例は古くから契約解除による原状回復請求権の性格を不当利得返還請求権と解しているが、特約があれば保証人は右請求権の履行責任を負うとする（大審院明治四二年五月一九日民録一五輯五〇四頁、同大正六年一〇月二七日民録二三輯一八六七頁など）。

しかし、抵当権についてはその附従性と登記手続の点で問題はあつる。

まず抵当権設定契約においては被担保債権を特定しなければならない（大審院昭和九年九月一二日全集一〇一五は、他人の債務について連帯債務を負担した者が抵当権を設定した場合、被担保債権が自己の債務か、他人の債務か特定する必要があつるとする）。不当利得債務は法律上当然に発生する債務であり、それは損失と利得という原因結果の事実が生じたときに具体的に特定されるものであるから、抵当権設定契約に際して、不当利得債務の内容を具体的に特定することは困難である。特に最高裁昭和四四年七月四日判決の事案において、千種最高裁昭和四四年度判例解説四六四頁以下で指摘されているように、消費貸借の債務者と不当利得の債務者とが異つている場合もある。大審院昭和一一年六月一日法律新聞四〇〇九号一七頁は、被担保債権の債務者が何人であるかは抵当権の重要な要素であり、債務者甲に対する債権がなければ、件外乙に債権があつても、甲に対する債権を担保する抵当権は無効であるとする。かかる特別な場合でなくても、一般に消費貸借債務と不当利得債務とは金額、利息などの相違があると指摘されている。このように不当利得債務を担保する抵当権を設定する場合、設定当時被担保債務は債務者、債務の内容、債務の発生の可能性などにおいて不確定要素をもつている（神戸地裁昭和三一年一〇月九日下民集七卷一〇号二八七四頁は、将来の一定期間に発生すべき賃貸料債権の合算額を被担保債権として通常の抵当権を設立することは許されず、かかる抵当権は設定登記をしても無効であるとする。それは被担保債権の未発生、不特定が理由とされる。）かかる不確定要素があるため通常の抵当権の被担保債権としての適格性に疑問があると言わねばならないが、第一項に述べた抵当権の附従性の緩和を認める通説判例の考え方によれば、債務者、金額が特定される限り、不当利得債務を被担保債権とする抵当権設定は可能と解すべきことにならう。そしてその登記手続は実務において、右債権と

同じように債権の発生が契約によらず、法律上当然に発生し、且つ不確定要素を含む保証人の求償債権を被担保債権とする抵当権の設定の例（最高裁昭和三三年五月九日民集一二巻七号九八九頁、香川保一編不動産登記書式精義中巻一三六頁、）に準じて考えることができる。清水湛別冊ジュリスト不動産登記先例百選八五頁は、不当利得債権等のように契約でなく法律の規定によって生じる債権については、その発生原因を具体的に示して、これを通常の場合の「債権契約」として記載して抵当権設定登記をすることが可能であるとしている。

ところで、右は将来発生する不当利得債務のみを被担保債権として抵当権を設立する場合である。そこで問題は消費貸借債務と、これが無効である場合の不当利得債務とを併せて一つの抵当権で担保すること、即ち法律的に原因の異なる複数の債権を択一的又は予備的に担保する一つの抵当権の設定が許されるかということであり、またかかる抵当権の登記が実務上許されるのであろうかということである。

二つ以上の債権を併せて一つの抵当権で担保することは可能であるとされており（前記最高裁昭和三三年五月九日）、債務者を異にする複数の債権を担保する一つの抵当権を設定することは実務上有効と扱われている（基本行政通達集四巻二〇五七頁、根抵当権に関し昭和三七年七月六日民事局第三課長回答）。しかし、債権者を異にする数個の債権を担保する一個の抵当権の設定登記申請は受理すべきではないとされている（昭和三五年一月二七日民事局長通達）。

ところで択一的又は予備的な関係にある複数の債権を担保する抵当権登記の先例は見当らない。しかし右述の通説・判例の考え方によれば、被担保債権として特定される限り、かかる抵当権の設定を否定すべき理由はないように思われる。そして実体的にかかる抵当権が認められる限り、登記手続においても、登記原因の債権契約につき、主たるものとして消費貸借契約を、予備的なものとして不当利得事実を記載することによって、右抵当権設定登記は可能であると思われる。

五

次に右述のとおり金銭消費貸借債務担保のために保証をし、又は抵当権を設定するに際して、右債務が無効の場合に不当利得返還債務をも担保する旨合意がなされれば、その合意は有効と解することができるとして、反面かかる明示的な合意がなされない場合に、かかる合意があった

抵当権の附従性について

抵当権の附従性について

ものと思意解釈、或いは意思の推定をすることができらるであろうか。

この問題を含めてまず保証債務について、その被担保債権が左の事由で無効、又は消滅する場合に関する判例の見解を整理する。

(1)、無効の場合

最高裁昭和四一年四月二六日判例時報四五二三四頁は右の問題を否定的に解したものと理解せられる。

上告人の保証債務や抵当権が不当利得債務を担保する趣旨と解すべき余地があるのに、原判決はこの点の審理を怠った違法があるとの上告理由に対して、右判決は、原判決は上告人の原審での請求の趣旨のみならず、その主張するところを仔細に検討した上で消費貸借債務の無効、保証債務・抵当権の無効を判断しており、審理不平等の違法はないとした。この判決理由について、星野前記は最高裁が問題の判断を回避したものと評している。しかし最高裁が論点として敢えて取上げなかった背後では、問題を否定的に解する判断があったものと解せられる。

大審院昭和一五年二月二四日法律新聞四五四四号七頁（偽造文書による貸借の事案）は主たる債務が不成立（無効）の場合には保証債務も無効となるとする。同旨我妻新訂債権総論四五八頁。

(2) 契約解除の場合

(イ)（賃貸借契約）

大審院昭和七年一月一五日（新判例体系民法六卷一七〇—一四六頁）は、賃借人の保証人は契約解除による原状回復義務としての目的物返還義務、及びその不履行による損害賠償義務を担保としているものとする。

大審院昭和一三年一月三一日民集一七卷二七頁は、契約解除による目的物返還義務は賃貸借契約に基づく義務であるから、保証人は返還義務不履行による損害の賠償の責任あるものとする。

(ロ)（売買契約）

古くは、前記大審院大正六年一〇月二七日民録二三輯一八六七頁のように、原状回復請求権は不当利得返還請求権であり、特約がなければ原状回復義務は保証人の担保責任の範囲ではないとしていた（同旨大審院明治四一年六月四日民録一四輯六六三頁）。

しかし最高裁昭和四〇年六月三〇日民集一九卷四号一一四三頁判例時報四一二号六頁は、特定物の売買の保証においては、通常その契約か

ら生ずる売主の債務につき保証人が自ら履行に任ずるよりも、むしろ売主の債務不履行に基因して売主が買主に対して負担することあるべき債務につき責に任ずる趣旨であるものと解するのが相当であるから、保証人は、売主の債務不履行により契約が解除された場合における原状回復義務について保証の責に任ずべきものと判示している。福岡高裁昭和三四年一月一五日下午民集一〇卷一〇二六〇八頁も右と同旨であり、さらに京都地裁昭和四三年四月三日判例時報五三五号七五頁は、不特定物の売買における売主の保証人は、売主の債務不履行により契約が解除された場合の原状回復義務について保証の責に任ずるとする。

これらの判例について中井美雄注釈民法(1)二二六頁以下は、保証人の責任を債務不履行の救済手段として捉えているものと指摘している。

六

前記星野、須永等では、保証人の通常の意味は主たる債務者が不当利得返還義務を負う限り、これを保証する趣旨であるとする。

思うに債権者、抵当権者の立場では、契約に関連して主債務者の負担する一切の債務の担保を希望するであろう。その範囲はできるだけ広い方が望ましいのは当然である。しかし保証人や抵当権設定者の立場では、担保する被担保債権の範囲はできるだけ狭い方が望ましい。契約上の債務以外の不当利得債務をも含ませる必要があれば、その旨保証契約に於いて合意すれば済むことである(その合意の有効であることは前述)。既に述べたとおり、消費貸借契約とその保証契約で、消費貸借契約が無効な場合の不当利得返還請求権の保証まで合意することは通常はない。言い換えれば通常契約者は右のようなことを意識することさえしないと言ってもよいのである。然るにかかる意思が契約者の通常の意味であるとするのは、むしろ保証人、抵当権設定者の通常の意味を無視し、これに反するものと言わなければならない。

七

宮崎俊行民商法雑誌五五卷六号一七二頁は、民法四四九条を類推して、消費貸借債務が無効のときは、保証人が独立の債務を負担したものの抵当権の附従性について

抵当権の附従性について

と、或いは不当利得債務を保証したものと推定すべきであると主張し、須永前記二〇〇頁はこれに賛成する。

民法四四九条は、主たる債務者が無能力である場合の保証人に悪意を条件として、主たる債務者の債務の存在を前提としない担保責任（一種の損害担保とされる我妻新訂債権総論四五九頁）を認めたものである。無効の原因を知ってなお保証契約をした保証人は、無効を前提とした権利関係について保証したものと解すべきとするのであれば、それなりに説得力ある議論と考えられる。また、似た例として商法一九二条は、株式の申込が取消されたとき、発起人に無条件の引受責任を認める。これは物的会社の資本を充実確保することを目的とする。しかし無効な契約を保証した保証人は、無条件で、例えば悪意、善意の主観的要件などを問わずに、主債務が存在すると同様の責任或いは損害担保的責任を負うべきと解釈することは行きすぎであると言わねばならない。民法四四九条は、無能力者という社会的に保護されるべき者の保証人であるという特殊性から保証人の特別の責任を定めたものであり、これを一般化することは控えるべきである。我妻前記は民法四四九条の適用は慎重でなければならぬとする。したがって、この規定をもって保証人の不当利得債務に対する責任を認める根拠とすることは賛成できない。

八

さらに前記星野は、売買契約解除における判例理論を一步進めて、消費貸借無効の場合に不当利得債務につき保証人の責任を認めるべきものとする。

しかし売買契約解除の判例はいずれも売主の債務不履行が原因で契約が解除され、それによる原状回復義務につき売主の保証人の責任を認めるものであり、右保証人の責任は債務不履行に対する救済手段として捉えられていると指摘されている（前記中井注釈民法）とおりである。従って右判例理論では全ての原状回復義務につき保証人の責任を認めているのではない。買主の債務不履行により（例えば売買代金の一部を支払しないため）契約が解除された場合、売主が既に受取った代金の返還義務について売主の保証人に責任はないことになる。このように判例理論の示すところの根拠は債務不履行の救済という限られた範囲であり、したがってこれが不当利得債務全般を保証責任の対象とすることの一般的根拠となりえないことは明らかである。

以上のとおり、保証債務について消費貸借債務が無効である場合、保証債務は不当利得債務をも担保したものと意思解釈ないし推定する考え方には賛成することができない。

九

次に抵当権について検討する。

まず最高裁昭和四一年四月二六日付判決が抵当権について否定的見解であると解すべきであることは既に述べた。そして最高裁昭和四四年七月四日判例時報五六五号五三頁もストリートには問題を肯定していない。同判決は、仮に貸付行為が無効であったとしても、不当利得として返済すべき義務を負っていると言うべく、結局債務のあることにおいて変りはないとし、抵当権は経済的には右債権の担保たる意義を有するものとするが、しかしストリートに抵当権が不当利得債務を担保するとは言わず、不当利得債務の返済をなさずして抵当権の無効を主張するのは信義則上許されないという表現をする。そして同判決は、その事案が、抵当権が実行されてしまった後にいたって、抵当権、競売手続の無効を主張するという特殊な場合であるので、競売の公信力を守るために信義則を提出して、結果の不当性を回避する救済判決的性格のものであると言われる（千種前記判例解説）。現在民事執行法一八三条により右の判例の事案のような特殊な場合における競売の公信力の問題は立法的に解決済みである。それゆえ右判例が右のような特殊な事案でない一般的な場合において、貸付が無効でも抵当権は不当利得債務を担保するものとする趣旨であるかどうか不明確である。前記の信義則を持ち出す表現を裏返せば、むしろ否定的と理解される。千種前記も右判例はかかる趣旨であると踏み切っていないと解している。

その後の下級審判例として大阪地裁昭和四七年九月一四日判例時報七〇五号八五頁は、農業協同組合の員外貸付につきなされた代物弁済予約・抵当権設定をその附従性により無効とし、右代物弁済予約・抵当権が不当利得返還請求権を担保する趣旨で締結されたと認むべき根拠は見出し得ないし、右無効主張は格別信義に反するものとは思われたいとしている。

抵当権の附従性について

言うまでもなく抵当権は物権であり、第三者の利害も関係するゆえその設定の意思は保証債務の場合よりも明確でなければならぬ。保証債務においてすら保証人の通常の意味が不当利得債務をも保証したものと解することに疑問のあることは既に述べたとおりである。ここにさらに付け加えるならば、通常の意味が不当利得債務を担保するにあると云うのは一種の擬制である。そうあると解するのが公平であり、合理的であると解することを強調するあまり、これを当事者の通常の意味と看做せうとするのである。しかし現実には保証人も抵当権設定者も借入が無効である場合のこととか、不当利得返還債務などの発生の可能性について通常意識しない。それは不当利得債務が法律の規定によって認められるものであって、契約によって発生するものでないから、本来人間の意思や契約になじまないからである。

さらに保証人や抵当権設定者に不当利得債務を担保する意思があったと解するのが果して公平で、合理的であろうか。

前記売買契約解除における売主の保証人の責任についての判例のように救済的見地からこれを認める場合、或いは無効原因を知りつつ保証や担保提供した者の場合等には右の意思の存在を認める根拠が存在するように思われる。しかし無効原因等に全く善意の保証人や前述の買主の不履行で契約解除された場合の売主の保証人等においてかかる意思の存在を擬制することは不当と思われる。このように一般的に通常の意味として保証人や抵当権設定者に右の意思があると解することは必ずしも公平、合理的であるとは考えられない。

第四項で述べたとおり不当利得債務を抵当権の被担保債権と認めるためには、設定契約において債務者、債務の内容等について特定されなければならぬ。ところがこれを意思の推定によって抵当権が設定されたものと解するという場合、二つの問題がある。一つは事後的に右特定を認めるといふことであり、もう一つは登記による公示が全くないことである。明示的合意で不当利得債務に抵当権を設定する場合、債務者につ

いては勿論、債務額についても可能性のある金額として特定される。ところが意思の推定という場合には、事後的に特定することを認めるわけであり、遡及的に特定を擬制するものである。かかる擬制によって特定される債権に抵当権の被担保債権としての適格性を認める程に附随性の緩和を認めることはおそらく妥当ではないであろう。また明示的合意の場合、第四項で述べたとおり、予備的登記原因として不当利得債務を被担保債務とする登記が可能であると解すべきであるが（かかる登記と認めないと言うのであれば、実体的に予備的被担保債権に対する抵当権設定は認められないことになるから本項の議論は無用である）、そうとすれば有効に予備的登記原因の記載による登記ができるにも拘らず、かかる予備的登記原因の記載をなさず、単に主たる消費貸借債務のみを被担保債権として登記がなされるにすぎない点が問題である。登記上不当利得債務を予備的登記原因とする記載がなされていない場合には、実体的に抵当権が不当利得債務を予備的に担保する効力を第三者に対抗することができないことは当然とすべきである。須永前記九七九頁は、抵当権者と後順抵当権者や第三取得者との間においては、右抵当権の主張は許されないとして、登記の効力を否定する。これに対し、柚木・高木前記二三四頁は、消費貸借債務を被担保債務とする抵当権の登記はその債務額及び利息につき利息につき登記された限度で不当利得債務の登記としての効力を認めうるとする。しかしこの考え方は公示の原則に反するというべきである。

而して問題は単に対抗要件の問題に止どまらず、かかる不完全な登記（予備登記原因の不記載）をなした抵当権者はむしろ不当利得債務を被担保債権とする意思を有しなかったものと推定すべきであり、少くともかかる意思があったと認めることはできないと解すべきである。ただし、その場合例えば第三者対抗要件としての登記がなくても当事者間では権利変動は有効であるとされる場合と異なり、予備的債務の登記ができるにも拘らず、これをなさずに積極的に主たる債務のみの登記をなしているのであるからである。

一一一

以上のとおり、一般的に保証債務又は抵当権において、消費貸借債務が無効である場合に不当利得債務を担保したものと解する考え方には賛成することができない。但し、特殊な事案で信義則によって救済することは別論である。既に述べたとおり右の考え方は協同組合の員外貸付無

抵当権の附従性について

抵当権の附従性について

効の議論と結びついて主張された。非営利法人の権利能力の範囲について広く解すればこの問題は解消する。将来はその方向にあると思われる。しかし現在では協同組合の事業目的に違反する行為が無効とされるのは通説であり、現在の法秩序である。規範意識に乏しい組合経営者が法に違反してなした行為を敢えて救う必要はないように思う。