

論説

根抵当権と被担保債権の譲渡 —セキュリティ・トラスト論議を機縁として—

2006年4月入学

阿部裕介

I. 序論

- 1 本稿のテーマ
- 2 セキュリティ・トラストとその利点
 - (1) 担保権の一元的管理
 - (2) 債権の流動化促進
- 3 根抵当の特徴～確定前における「随伴性」の否定
- 4 根抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラスト
- 5 本稿の方針

II. 普通抵当の性質～「随伴性」を中心に

- 1 本章の目的
- 2 基本的性格～特定の債権の担保
- 3 附従性
- 4 「随伴性」
- 5 「随伴性」と抵当権の準共有の関係

III. 確定前根抵当権の特徴と「随伴性」否定の位置づけ

- 1 本章の目的
- 2 基本的性格～継続的取引関係から生じる不特定の債権の担保
- 3 被担保債権の流動性・入替り可能性～成立及び消滅における附従性の否定
- 4 存続における附従性の否定
- 5 「随伴性」の否定
- 6 上位概念～被担保債権からの独立性
- 7 確定前根抵当権の準共有

IV. セキュリティ・トラストの仕組みと「随伴性」～普通抵当の場合

- 1 セキュリティ・トラストの構造と担保権実行の仕組み
- 2 担保権者＝被担保債権者の原則とセキュリティ・トラストの許容性
- 3 セキュリティ・トラストと抵当権の諸性質～「随伴性」を中心に
- 4 小括
 - (1) 受益者の定めと担保権の性質の関係について
 - (2) 「随伴性」理解に対する示唆

V. 確定前根抵当権に関する「随伴性」否定の趣旨目的～現行法解釈として

- 1 セキュリティ・トラストと民法398条の7
- 2 否定理由の説明その1～複雑な法律関係の予防
- 3 否定理由その2～被担保債権決定基準からの説明
- 4 否定理由その3～本来の根抵当の特質・機能との矛盾
- 5 考えられるその他の理由～担保価値の単独保持
- 6 本章のまとめ

VI. 民法 398 条の 7 の立法経緯

- 1 根抵当立法以前の議論状況
- 2 根抵当立法の特徴と全体像
- 3 具体的な経過
- 4 本章のまとめ

VII. 確定前根抵当権の理論化とその問題点～被担保債権からの独立性について

- 1 「被担保債権からの独立性」概念による整理
- 2 「被担保債権からの独立性」概念誕生の背景～近代的抵当権論という文脈
- 3 根抵当理論の構築～被担保債権からの独立性の解釈指針化
- 4 被担保債権からの独立性を解釈指針とすることの問題点
 - (1) 根抵当法における独立性の不徹底
 - (2) 被担保債権からの独立性それ自体の問題
 - (3) 398 条の 7 に対する現在の評価

VIII. 結論

補論 I. 根抵当権の「被担保債権の範囲」とセキュリティ・トラスト

- 1 残された問題の所在
- 2 債権者基準設定について
- 3 債権範囲基準変更の要否
- 4 譲受特定債権としての追加の要否

補論 II. 貸付人の地位譲渡への応用

- 1 貸付人の地位のみの譲渡の場合
- 2 貸付人の地位と併せて既発生の個別債権をも譲渡する場合

I. 序論

1 本稿のテーマ

これまで、被担保債権を受益者に帰属させたまま担保権を信託財産として受託者に帰属させる「セキュリティ・トラスト」は、被担保債権者と担保権者を分離するものであるため、認められないという考えが強かった。しかし、新信託法¹⁾ 3 条は信託設定の際の「財産の処分」として「担保権の設定」を例示して、これを明文で認めた。

本稿は、この「セキュリティ・トラスト」における担保権者と被担保債権者の分離を通して、担保物権の「随伴性」の理解に新たな光を当てるとともに、根抵当権の「随伴性」を否定した民法 398 条の 7 が、その新たな光の下でいかに解釈されるべきかを問うものである。

とはいえ、本稿は単なる抽象的・理論的な検討にとどまるものではない。本稿は、ある実務的な要請に対する（部分的な）応答の試みでもある。

具体的には、以下のとおりである。

2 セキュリティ・トラストとその利点

そもそもセキュリティ・トラストの許容は、実務的な要請に基づくものである。すなわち、セキュリティ・トラストは、多数の金融機関が一つの契約書のもとでそれぞれ融資を行うシンジケート・ローン（以下「シ・ローン」と略称する）を担保付にする場合に、担保権者と被担保債権者の分離によって以下のような効用を享受するためのものなのである²⁾。

(1) 担保権の一元的管理

これまでのシ・ローン実務では、レンダーに各別に同順位の担保権を設定するか、一つの担

1) 平成 18 年 12 月 15 日法律第 108 号をいう。以下同じ。

2) 浅田隆ほか「銀行から見た新たな信託法制」金融法務事情 1810 号 10 頁、24 頁〔浅田隆発言〕(2007)。

保権を準共有する³⁾しかなかった。しかし、前者は個別の債権者がセキュリティ・エージェントの判断に反して独自の判断で各自の担保権を実行する余地を残し、後者は被担保債権の譲渡に際して煩雑な手続を要する、という問題があった⁴⁾。

セキュリティ・トラストを用いれば、担保権を実行できるのは受託者のみなので（詳細はIV 1、2を参照）、各レンダーの足並みを強制的にそろえることができる。

債権譲渡に伴う手続の煩雑さも、次に述べるように解消される。

(2) 債権の流動化促進

貸付側の不良債権処理やシ・ローン市場の拡大のため、シ・ローンでは債権の譲渡が可能になっていることが望まれる⁵⁾。普通抵当権付きの貸付債権を譲渡する場合、普通抵当権の被担保債権への「随伴性」(II 4)によって抵当権は譲受人に当然に移転するが、抵当権移転の付記登記手続が必要であり⁶⁾、コストがかかる。

セキュリティ・トラストを用いれば、抵当権の帰属をセキュリティ・エージェントに固定できるので、抵当権の移転に関する手続は一切不要となる。さらに、受益者を「A B間の○月○日付シ・ローン契約に基づく債権の、その時々

の債権者」と定めることで、受益者の変更に伴う信託変更の登記も問題にせずすむ⁷⁾⁸⁾。本稿で扱う問題は、主にこちらに関わる。

3 根抵当の特徴～確定前における「随伴性」の否定

ところで、シ・ローンには、融資枠の範囲内で借入人に需要に応じて貸付を受けることのできる権利を与え、債務を弁済すれば融資枠が復活する、という「リボルビング方式」のものが存在する。このような融資枠型シ・ローンから生じ得る貸付債務群を担保するためには、普通抵当権ではなく根抵当権を設定する必要がある⁹⁾。

しかし、普通抵当権との大きな違いとして、根抵当権は被担保債権が移転しても随伴しない(民法398条の7)。従って、根抵当権付債権として価値を高めて譲渡したい場合には、債権譲渡前に元本を確定するか、債権譲渡と同時に根抵当権を譲渡し(398条の12・398条の13)、譲受債権を被担保債権範囲へ追加する(398条の4)必要がある¹⁰⁾。しかし、元本の確定は、取引継続に支障をきたすものであり、根抵当権の譲渡と被担保債権範囲の変更は、抵当不動産

3) この構成には問題があり、普通抵当に関しては登記実務上認められていない(後掲注26)参照。

4) 佐藤正謙監修『シンジケートローンの実務』(金融財政事情研究会、2003)151頁。

5) 佐藤監修・前掲注4)97頁。日本ローン債権市場協会(JSLA)による契約書ひな型26条(<http://www.jsla.org/uploadfile/bxbk732a3q044.doc>, 2008年8月27日最終検索。)も参照。

6) 付記登記は、まず抵当権の移転を第三者(債権の第二譲受人ではなく、譲渡人から抵当権の処分を受けた者を指す)に対抗するための対抗要件として必要である。

また、抵当権実行に際して、抵当権の移転を証明する(民執181条3項)ためにも必要である。鈴木祿弥『物権法講義(4訂版)』(創文社、1994)222頁、上原敏夫ほか『民事執行・保全法(第2版補訂)』(有斐閣、2007)227-228頁。

なお、抵当権実行の要件については、債権譲渡契約公正証書などで代替することも可能である。中野貞一郎『民事執行法(増補新訂5版)』(青林書院、2006)348-349頁。

7) 信託の登記における受益者について、新信託法施行に伴う不動産登記法97条1項の改正により、「受益者を定める方法」による登記(2号)が可能となり、個別の受益者の特定は不要となった(同条2項)。これにより、本文のような受益者の表示が可能になり、債権譲渡に伴う受益者変更で信託の変更登記手続をする必要はなくなった。

8) その他、譲渡担保など、そのままでは後順位担保権の設定が実務上困難な担保権を設定する場合に、レンダーのリスク選好度に応じて受益権を階層化することにより、事実上の後順位担保権を実現できることなどもメリットとして挙げられる。浅田ほか・前掲注2)24頁[浅田隆彦言]。

9) 我妻栄『新訂擔保物権法(第28刷)』(岩波書店、2002)134頁、佐藤監修・前掲注4)138-139頁。普通抵当には消滅における附従性(II 3)があるので、債務弁済後に復活した融資枠を利用して再度の借入れがなされ新債務が発生した場合、普通抵当ではこれを担保できない。なお、貸付債権は一本の債権となるのではなく、貸付ごとに別個独立の債権が成立することを前提とする。

10) 青山修『根抵当権の法律と登記』(新日本法規、2000)137頁、佐藤監修・前掲注4)158頁。

所有者との合意や登記手続が必要である。

4 根抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラスト

それでは、普通抵当のときと同様、根抵当権を信託財産としてセキュリティ・トラストを設定し、受益者の定めや根抵当権の被担保債権の範囲の定めを工夫すれば、元本確定前に譲渡された債権の担保を実現しつつ、登記などの煩雑な手続を回避できるのだろうか¹¹⁾。

この点に関して、詳細な議論はまだ展開されていない¹²⁾。そもそも、根抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラストに言及する文献自体が非常に乏しい。この問題に言及した実務家の手による希少な文献によると、実務家の間には期待もあるようだが、根抵当権に随伴性がないことを理由に否定的に解するかのような見解も見受けられる¹³⁾。一方で、根抵当権の移転がないので398条の7からは問題ないものの、受益者をいかに定めても被担保債権の範囲変更手続が必要である、という見解もある¹⁴⁾。しかし、いずれもごくわずかな言及であり、しかも後者の見解によっても根抵当権の場合にはセキュリティ・トラストの効用が大きく減殺されることになって実務上のニーズは満たされない。

このように、結局根抵当権の場合には上記実務的ニーズの達成を諦める見解が多い、ということになりそうである。ただ、そもそも議論が

あまり成熟しておらず、根抵当やセキュリティ・トラストの複雑な構造もあいまって、何が理論的に問題であるか、何を論ずべきかについての共通認識さえ形成されていない、というのが現状のようである。

5 本稿の方針

根抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラストで上記の実務的ニーズを満たすことができるかを判断するためには、①まず受益者を「A B間の〇月〇日付コミットメントライン契約に基づく債権の、その時々々の債権者」と定めることが、確定前根抵当権の「随伴性」を否定した398条の7（及び根抵当権の性質）に抵触しないか、②抵触しないとして、被担保債権範囲の変更なしに譲渡債権が担保されると解し得るか、の両方を別個に検討する必要がある、と考える。そして、本稿が中心的に取り上げるのは、そのうち①の方である。

そこで本稿では、まず議論の前提として、抵当権の基本的性格と「随伴性」を中心とした諸性質・諸概念を取り上げて概念整理を行い(Ⅱ)、これとの比較において根抵当の特徴を把握する(Ⅲ)。次に、普通抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラストの法的構造を分析して、「随伴性」との関係を整理するとともに、受益者の定めと398条の7との抵触が問題になり得ることを確認する(Ⅳ)。その上で、398条の7の立法趣旨ひいては根抵当の本質の所在を探究

11) なお、根抵当の場合にセキュリティ・トラストを用いて手続コストを回避する方法としては、他に債権譲渡と並行して受益権を別に譲渡する方法が考えられる。

しかし、仮にこれが実体法上可能としても(理論的には、受益権譲渡の可否そのものが問題になる。普通抵当権の場合は、被担保債権からの分離は許されないので無効にすべきとされる(Ⅳ3)が、根抵当権の場合は被担保債権と切り離した絶対的譲渡が可能なので、受益権だけの譲渡は一応可能なものと仮定する)、この場合は受益者として特定人を定めることとなり、信託の登記も特定人を受益者としてすることになる。そうすると、受益権譲渡に伴って信託変更の登記を経由する必要が生じる。これでは、セキュリティ・トラストのメリットは減殺される(もっとも、受益権譲渡の受託者對抗要件は通知・承諾であり(新信託法94条1項)、第三者対抗要件も信託の登記ではなく確定日付ある通知・承諾なので(同条2項)、信託の登記上の受益者を変更せず放置しても当座は問題ないかもしれない)。

12) 山田誠一「セキュリティ・トラストの実体法上の問題」金融法務研究会編『金融法務研究会報告書(14)担保法制をめぐる諸問題』(金融法務研究会事務局、2006)35頁、43頁は、設定の際の問題については普通抵当と共通であるとするが、設定後の被担保債権の譲渡についていかなる立場に立たれるのかは不明である。

13) 浅田ほか・前掲注2)32-33頁〔井上聡発言〕。

14) 藤原彰吾「セキュリティ・トラスト活用に向けての法的課題(下)」金融法務事情1796号30頁、49頁(2007)。

することで、398条の7をセキュリティ・トラストにおける受益者の定め方に適用した場合の帰結を検討する（V・VI・VII）。

II. 普通抵当の性質～「随伴性」を中心に

1 本章の目的

本章では、まず根抵当と比較対照される普通抵当について、その基本的性格と諸性質を概観し、その上で、根抵当権の場合に否定される「随伴性」とは何かについて検討したい。

また、本稿Vで根抵当権の準共有が問題となる関係上、本章では普通抵当権の「随伴性」と準共有の関係についても説明を行う。

なお、本章で取り上げる諸性質の他にもう一つ、普通抵当と根抵当に共通する性質として、「担保権者＝被担保債権者の原則」がある。しかし、これはセキュリティ・トラストをめぐる論議で焦点が当てられた原則なので、詳細はIV2で説明したい。

2 基本的性格～特定の債権の担保

普通抵当権は、特定の債権の担保を目的とする担保権である。

そして、債権担保の目的から導かれる「担保権の通有性」は、一部緩和されているものの、大体において妥当する。

3 附従性

附従性は、担保権が被担保債権と運命を共にすることをいう。具体的には、成立における附従性（被担保債権が成立していなければ担保権

も成立しない）、消滅における附従性（被担保債権が消滅すれば担保権も消滅する）があり、さらに存続における附従性（担保権を被担保債権から独立して処分することはできない）、実行における附従性（被担保債権が存在しなければ担保権は実行され得ない）¹⁵⁾などがいわれる。

これを正面から定める民法典上の規定は存在しないが、債権を担保するという担保権の存在目的から導出されるといわれる¹⁶⁾。

附従性は、普通抵当については一応妥当する¹⁷⁾。

4 「随伴性」

随伴性は、それ自体としては、①「被担保債権の移転に伴って担保権が被担保債権の譲受人に移転すること」をいう。そもそも「随伴」という日本語は「付いていく」という意味であり、注釈書にも随伴性の説明として「被担保債権がその同一性を維持しつつ移転するときは、これを担保すべき抵当権もまた、別段の契約がない限りこれに随伴して移転する」（傍点筆者）などの記述がある¹⁸⁾。

しかし、随伴性は単に担保権の移転という文字通りの意味を有するにとどまらない。担保権の移転によって②「被担保債権の帰属が変更しても債権は担保され続ける」ということが、当然の前提として含意されているのである。

以下では従来の随伴性概念を解体して、前者を随伴性①、後者を随伴性②と呼び、この両者が混然となっている、従来の理解に基づく随伴性は「随伴性」と表現することとする。ここで、随伴性①は担保権の移転という側面のみに注目した概念であり、何が被担保債権であるかには関係しない。他方、随伴性②は被担保債権が担

15) これは、根抵当立法前に、包括根抵当を解釈上有効とするため、根抵当にも認められる最低限度の附従性として編み出された概念であった。鈴木禄弥『抵当制度の研究』（一粒社、1968）271-274頁。

16) 我妻・前掲注9)14頁。

17) ただし、成立における附従性については、普通抵当においても緩和されている。すなわち、将来の債権のための普通抵当が承認されている。我妻・前掲注9)119頁以下。

18) 柚木馨編『注釈民法（9）（増補再訂版）』（有斐閣、1982）27頁〔柚木馨＝高木多喜男〕。

保され続けるという側面のみ注目した概念であり、担保権の移転には関係しない。ただ、担保権者と被担保債権者が一致している限り、この両者は同一の現象を異なる側面から見たものにすぎない。この両者の違いが最も鮮明に出るのが、担保権者と被担保債権者の一致しない、セキュリティ・トラストなのである（IV参照）。

附従性と同様、これを正面から定めた規定はないが、やはり担保権の存在目的に基づく当然の性質と解されている。附従性の一態様として扱う見解もあり¹⁹⁾、確かに被担保債権への従属という方向性において附従性と共通するが、随伴せずに消滅するという仕組みも附従性（論理的には）両立するので、附従性から論理的に導出されるものでもない。比喩的にいえば、債権担保の目的という同じ親を持つ兄弟として捉えるべきであろう。

「随伴性」が認められる実質的理由は、担保権が債権の経済的価値を増すために特に付加されたものであること²⁰⁾や、債権を担保するための手段であること²¹⁾に求められるのが通常である。ただ、そのままでは存在目的を失うからというだけであれば、随伴せずに消滅するものとする規律もあり得る。そこをあえて随伴しているのは、価値を増した状態で債権を移転する方が、把握している担保価値を消滅させるよりも経済上合理的であり、特に債権の移

転が当事者の意思に基づく場合はそれが債権譲渡当事者間の通常の意味にも合致するからであろう²²⁾（現に、債権譲渡当事者間の合意によって抵当権を随伴させないことは可能であり、その場合、抵当権は消滅すると解されている²³⁾）。

ところで、実質的理由として挙げられている諸点は、いずれも被担保債権の価値に関わるものである。つまり、随伴性①ではなく、随伴性②を必要とする実質的理由であると思われる。この点には注意を要する²⁴⁾。

「随伴性」は、普通抵当については問題なく妥当する。

5 「随伴性」と抵当権の準共有の関係

一人の債権者が有する複数の被担保債権を担保するために、一つの抵当権を設定することがある。そして、被担保債権の一部のみが第三者に譲渡された場合、抵当権は譲渡債権に随伴する（不動産登記法 84 条参照）。しかし、抵当権の全部が移転するわけではない。具体的には、担保権の不可分性（296 条、372 条で抵当権に準用）によって、移転しなかった債権も移転した債権も担保目的物の全部で担保される必要があるので、債権額に応じた抵当権の準共有（264 条）が成立する、とされている^{25) 26)}。

19) 近江幸治『担保物権法』（成文堂、2004）12 頁。もっとも、ここでは「附従性」という語は被担保債権に従属し専ら債権担保を目的とする性質のことを指して用いられているようであり、そうだとするとむしろ本稿で基本的性格として扱った「債権担保目的」に近い、広義の附従性ともいうべきものであろう。道垣内弘人「普通抵当と根抵当」『民法の争点』（有斐閣、2007）149 頁、150 頁の「附従性」も、広義の附従性を指すものと思われる。

20) 我妻・前掲注 9) 15 頁。

21) 星野英一『民法概論Ⅱ（物権・担保物権）（合本再訂）』（良書普及会、1984）345 頁、鈴木禄弥・前掲注 6) 221 頁。

22) 我妻・前掲注 9) 126-127 頁。星野・前掲注 21) 345 頁も、同旨をいうものと解される。

23) 我妻・前掲注 9) 226-227 頁、星野・前掲注 21) 345 頁。これは、担保権者＝被担保債権者の原則（IV 2）との抵触を避けるためである。

24) なお、担保権に最大の利害を有する被担保債権者が自ら実行をコントロールできるようにする、という理由も考えられ、これは随伴性①に関する理由のように見える。しかし、実はこれはむしろ後述の担保権者＝被担保債権者の原則が存在する実質的理由であろう（IV 2 参照）。

25) 大判大正 10 年 12 月 24 日民録 27 卷 2182 頁。

26) これは後発的に準共有が成立する場面であるが、抵当権設定の際に、債権者を異にする複数の債権を被担保債権とする一つの抵当権（同順位の複数の抵当権ではない）を設定できるか、という議論がある。登記実務は、被担保債権の合計額を担保する抵当権が成立すると、他人の債権について抵当権を取得することになるので許されないものとする。枇杷田泰助「抵当権における準共有の成立」金融法務事情 195 号 38 頁（1959）、匿名記事「債権者を異にする数個の債

Ⅲ. 確定前根抵当権の特徴と「随伴性」否定の位置づけ

1 本章の目的

本章では、前章で概観した普通抵当の特徴との対比において、確定前根抵当権の特徴を分析する。そして、その中で「随伴性」の否定（398条の7）がどのように位置づけられるものであるかを検討する。

2 基本的性格～継続的取引関係から生じる不特定の債権の担保

根抵当権も、債権担保の目的である点では抵当権と共通である。条文上も、抵当権の一変種として位置づけられていることが分かる（398条の2第1項）。

ただ、個別・特定の債権の担保ではなく、継続的取引関係から生じる取引債権群の担保を目的にする点に特徴がある。

3 被担保債権の流動性・入替り可能性～成立及び消滅における附従性の否定

根抵当権は、設定後当分の間に発生する被担保債権は順調に弁済され、その分新たに債権が発生することを予定している。そこで、被担保債権の入替りによって、新たな担保権設定なしに担保価値を再利用する必要が生じる。この被担保債権の流動性すなわち入替り可能性の実現

こそが、根抵当法に特有の目的である²⁷⁾。

然るに、将来発生する債権を担保できないのであれば入替りは不可能であるし、既存の債権の消滅に附従して根抵当権が消滅しても入替りは実現できない。そのため、成立及び消滅における附従性は根抵当では否定されている。

すなわち、成立及び消滅における附従性の否定は、根抵当における被担保債権の入替り実現の論理的前提をなすものである。その実定的根拠は398条の2に求められる。

こうして附従性を否定した結果、特定の被担保債権が指定されることはなくなる。しかし、根抵当権も債権担保目的の権利であるからには担保される対象を何らかの形で観念する必要がある。そこで、根抵当権では被担保債権決定基準（債権者基準・債務者基準・債権範囲基準）²⁸⁾を用いて包括的に被担保債権の範囲が決定される。担保権者＝被担保債権者の原則（IV 2）が妥当する場合の債権者は根抵当権者に定まるので、担保される債権の範囲を確定するのに実質的な役割を果たすのは、債務者基準と債権範囲基準である。個々の債権に対して成立・消滅における附従性を有しないので、被担保債権の範囲は変更可能である（398条の4）。

4 存続における附従性の否定

根抵当権は、被担保債権から分離して譲渡できる（398条の12・398条の13）。これは、普通抵当権の譲渡が譲渡人の債権に対する配当を譲受人に回すだけの「相対的譲渡」であることとの対比で、「絶対的譲渡」とされる。

権の抵当権は設定できるか」金融法務事情 267号 197頁（1961）。これらの見解も、被担保債権の譲渡に伴う後発的な準共有の成立（本文記載）は承認する。これは、担保権者＝被担保債権者の原則（IV 2）を理由とするものであるが、なぜこの原則が存在するのかは明らかにされていない。

もっとも学説上は、原始的に準共有の抵当権を設定する場合でも、各人が被担保債権の合計額の担保価値を把握するわけではなく、各被担保債権者が把握する担保価値はあくまで各人の被担保債権額に応じた持分権の価値にとどまるので、担保権者＝被担保債権者の原則は維持されており、問題ないと解するのが通説である。我妻・前掲注9) 246頁、道垣内弘人『担保物権法（第3版）』（有斐閣、2008）124-125頁。柚木編・前掲注18) 22頁〔柚木馨＝高木多喜男〕は、被担保債権の譲渡による後発的な準共有成立を認めることとの平仄をも根拠とする。これらの見解も、担保権者＝被担保債権者の原則自体を否定するものではない。

27) 鈴木禄弥『根抵当法概説（第3版）』（新日本法規、1998）1-9頁。鈴木・同 525-549頁も参照。

28) 鈴木禄弥・前掲注27) 43頁の用語法に従った。

存続における附従性の否定は、入替り可能性の論理的前提でも、入替り可能性を認めたことの論理的帰結でもない。ただ、成立及び消滅における附従性が否定されたことで、存続における附従性を否定するための論理的前提が準備された、とはいえる。

以上のように、附従性に関していえば、元本確定前の根抵当権には実行における附従性しか認められない。

5 「随伴性」の否定

元本確定前の根抵当権は、「随伴性」を有しない（398条の7）。

ところで、被担保債権の入替り可能性は、成立及び消滅における附従性がなければ実現できるのであり、なにも「随伴性」を否定する論理的必然性はない。つまり、「随伴性」を肯定しても、譲渡債権が元本確定前に弁済された場合にその枠が新たに発生した譲渡人の債権を担保するのであれば、入替り可能性は何ら害されない。継続的取引関係から生じる債権群を担保するという観点からしても、譲渡されたからといって継続的取引関係から生じた債権であることには変わらない。では、なぜ確定前根抵当権の「随伴性」は否定されるのだろうか。これこそが本稿の中心的テーマであり、V以降で詳しく論じる。

前章で検討したところによると、この「随伴性」の否定についても、実は二通りの解釈が可能であることが分かる。

すなわち、398条の7の文言は「その債権について根抵当権を行使することができない」とする。根抵当権を行使するためには根抵当権者であることが必要なので、398条の7は随伴性①を否定しようとした規定として読めようである。しかし、398条の7は担保権者＝被担保債権者という関係が当然であった時代に起

草された条文であり、随伴性①と②の区別に注意を払っていたとは到底考えられない。つまり、随伴性②を否定する目的で、随伴性①を否定する文言を用いた可能性もあり、条文の文言は決め手にはならない。

このいずれと解すべきであるかは、実はセキュリティ・トラストにおける受益者の定め方への制約の有無と深く関係するので、後述する。

6 上位概念～被担保債権からの独立性

以上のように、元本確定前の根抵当権には、成立・消滅における附従性がなく、絶対的譲渡が可能であり、「随伴性」がない、といった性質があり、被担保債権の範囲も変更できる。これらを統一的に説明するために、「根抵当権の独立性」という概念が用いられることがある²⁹⁾。これに、極度額の範囲で自由に（＝後順位根抵当権者の関与なく）被担保債権の範囲変更・根抵当権の譲渡ができるという観点を加えた「独立の価値権性」という概念も用いられる。これらは、確定前根抵当権者を、被担保債権から独立した価値枠たる「担保枠」³⁰⁾の保有者として構想するものである。

ところで、継続的取引関係から生じる取引債権群の担保や、被担保債権の入替り可能性の実現という観点から論理必然的に導出されるのは、「入替り可能性」とその論理的前提である「成立・消滅における附従性の否定」までであり、根抵当権の独立性を構成するものとされる他の諸要素は、論理必然的に導かれるものではないはずである。

しかし、成立及び消滅における附従性の否定は、絶対的譲渡と被担保債権の範囲変更の論理的前提を提供するものである。また、被担保債権との関係の希薄化という点で、入替り可能性と独立性が方向性を同じくするのは確かであ

29) 清水湛「新根抵当法の逐条解説（上）」金融法務事情 618号4頁、10-11頁（1971）、柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法（9）』（有斐閣、1998）664頁〔高木多喜男〕など。

30) 鈴木祿弥・前掲注27)10頁は、担保枠概念の成立を根抵当権の「副次的な特徴」と位置づける。

る。そのような意味において、被担保債権からの独立性という上位概念を設定し、他の諸概念をいわば同じ親を持つ兄弟の関係にすることには、それなりの理由がある。

ただ、この概念が債権担保目的と緊張関係に立ち得るものであることには、注意を要する(後記VII)。

7 確定前根抵当権の準共有

根抵当権は一度に多数の債権を担保すること当然に想定している。そこで、普通抵当と比べても、準共有が問題になりやすい³¹⁾。

確定前根抵当権の場合、「随伴性」が否定される結果、被担保債権が譲渡されても根抵当権が一部移転し、準共有を生ずることはない。

しかし、根抵当権の一部譲渡によって準共有が生じる。根抵当権の譲渡は、被担保債権の譲渡と同時にすることももちろん妨げられないが、この場合に譲渡債権が担保されるようにするためには、同時に譲受債権を特定債権として被担保債権範囲に追加(被担保債権範囲の変更(398条の4)の一種)することが必要とされる³²⁾。これは、譲渡債権が根抵当権の譲受人と債務者との「取引によって生ずる」債権(398条の2)に当たらないためである。

こうして根抵当権の準共有が成立する場合に備え、民法典には準共有関係に関するデフォルト・ルールが存在する(398条の14)。しかし、準共有者の一人が単独で根抵当権を実行できるのか³³⁾など未説明の問題が多く、根抵当権の

準共有が生じると法律関係は錯綜することになる。

セキュリティ・トラストの仕組み IV. みと「随伴性」～普通抵当の場合

1 セキュリティ・トラストの構造と担保権実行の仕組み

まず、議論の前提として、セキュリティ・トラストの構造をごく簡単に紹介する。

セキュリティ・トラストは担保権を信託財産とする信託であり、新たに担保権を設定する直接設定方式(担保権設定者が委託者、担保権者が受託者、被担保債権者が受益者)と、既存の担保権を被担保債権から分離して信託する二段階設定方式(被担保債権者が委託者兼受益者、担保権を移転される者が受託者)があり得る³⁴⁾。

普通抵当の場合、抵当権設定契約において被担保債権が定められる。

セキュリティ・トラストにおいては、受託者が担保権実行申立てをし、受託者が売却代金等を一括受領した上で、受益者に配当する(新信託法55条)。担保権実行の意思決定については、法律上は善管注意義務を負う受託者に委ねられた形になっているが、実際には信託行為で受益者の意思を介在させることになろう³⁵⁾³⁶⁾。

31) なお、根抵当の場合、(準)共有関係を定めた398条の14があるためか、当初から債権者複数の根抵当権を設定することも可能とされる。これを共有根抵当という。清水湛・前掲注29)21-22頁。登記実務もこれを認めているようである(「根抵当権に関する登記事件の動向」金融法務事情670号16頁、19頁(1972))が、普通抵当の場合(前掲注26)参照)との取扱いの差異を理論的に正当化できるのかには疑問が残る。

32) 青山修『根抵当権の法律と登記』(新日本法規、2000)137頁、佐藤監修・前掲注4)158頁。

33) 我妻・前掲注9)526頁は全員が共同して実行することを要求するが、貞家克己ほか『新根抵当法の解説』(商事法務研究会、1971)213頁〔清水誠発言、清水湛発言〕は、単独実行を認める。

34) 谷笹孝史「セキュリティ・トラストの概要と有効活用のポイント」銀行実務2007年4月号90頁、93-94頁(2007)。

35) 藤原・前掲注14)45頁。なお、新信託法26条但書参照。

36) なお、債務(被担保債権)消滅の時期については、受託者の受領時か受益者の受領時かで争いがある(受益者=債権者の同意の要否とも関係する)。山田誠一「新信託法とその利用② セキュリティ・トラスト」金融法務事情1811号16頁、21-23頁(2007)、浅田ほか・前掲注2)26-28頁。

2 担保権者＝被担保債権者の原則とセキュリティ・トラストの許容性

セキュリティ・トラストは被担保債権を受益者に帰属させたまま担保権を信託財産として受託者に帰属させ、担保権者と被担保債権者を分離する。そこで、担保権者＝被担保債権者の原則との関係が問題となる。

担保権者＝被担保債権者の原則は、文字通り担保権者と被担保債権の債権者が一致していることを要求する原則である。かつては、特に意識されることなく当然視されてきた³⁷⁾。

この原則も、民法典に正面から規定されていない³⁸⁾。附従性、「随伴性」のコロラリーとして導かれるという説明もある³⁹⁾が、附従性(実行におけるそれを除く)・「随伴性」のない元本確定前の根抵当権についてもこの原則は妥当する。ただ、普通抵当の場合は被担保債権の帰属が担保権の帰属を規定する(「随伴性」)のに対して、根抵当の場合は逆に担保権の帰属が被担保債権の範囲を規定する⁴⁰⁾、という違いがある。

この原則が認められる実質的理由も、これまでほとんど議論されていなかった。しかし、セキュリティ・トラストがこの原則を(少なくとも形式上は)否定するものであることから、セキュリティ・トラストの承認に際してはこの原則の実質的理由をめぐる議論が意識的になされた⁴¹⁾。そして結論として、この原則は、担保権者と被担保債権者を分離すると、担保権者が配当を受けるだけで被担保債権の弁済には充てられず、担保権の本来の趣旨すなわち債権担保

の目的に反するので、これを防ぐ趣旨のものと考えられた⁴²⁾。

セキュリティ・トラストの許容性は、担保権者＝被担保債権者の原則に対するこのような理解を前提として議論された。すなわち、セキュリティ・トラストにおいては、担保権者と被担保債権者が形式上分離することは否定できない。しかし、被担保債権が存在しなくなるわけではない。しかも信託のスキームを用いれば、受託者は受益者のために担保権を実行し配当金を受益者に配分するので、被担保債権の回収は確実に図られる。つまり、受益権が担保権を実質的に代替し、受益者を被担保債権者と定めることで担保権者＝被担保債権者の原則が実質的に実現される。このことを実質的根拠として、セキュリティ・トラストは明文で認められることとなったのである⁴³⁾。

また、立法時に明示的になされた議論ではないが、配当の最終的な行き先ではなく担保権実行の決定権の点に注目した場合でも、以下のような議論が可能なのではないかと考えられる。すなわち、担保権者＝被担保債権者の原則は、債権担保の目的のために設計された担保権について、配当額に最大の利害を有することになる被担保債権者に担保権実行の決定権を与えることで、経済的に合理的な担保権実行がなされることを期待したものと解することもできる。そしてセキュリティ・トラストの場合、確かに形式上は被担保債権者以外の者が決定権を有することになるが、それは単なる他人ではなく、信託における受託者である。受託者は、忠実義務を課され(新信託法 30 条)、義務違反の際に

37) 我妻・前掲注 9) 128 頁。我妻・同 227 頁も参照。

38) ただし、民法 369 条が抵当権を「自己の債権の弁済を受ける権利」と定義するように、この原則が民法典で前提になっていることは窺える。質権の 342 条も同様である。

39) 道垣内・前掲注 26) 9 頁。

40) 鈴木禄弥・前掲注 27) 11-12 頁。

41) 新信託法の立法前にも、解釈上セキュリティ・トラストを認める見解はあった。2005 年に発表された、金融法委員会「セキュリティ・トラスティの有効性に関する論点整理」(<http://www.flb.gr.jp/jdoc/publication22-j.pdf>, 2008 年 7 月 31 日最終検索。)参照。

42) 山田・前掲注 12) 36 頁。

43) もっとも、これが創設的なのか確認的なのかについては、理解の一致を見ていない。能見善久「新信託法とその利用」**1** 総論 金融法務事情 1811 号 8 頁、14 頁 (2007)。

責任を負う（同 40 条）など、受益者（ここでは被担保債権者）の利益を追求することを特に法的に確保された存在である。従って、担保権者＝被担保債権者の原則が目指していたところの経済的に合理的な担保権実行は、ここでも実質的には確保されていると考えられるのである。

以上のように、セキュリティ・トラストが担保権者＝被担保債権者の原則の例外として許容されるのは、それが担保権者＝被担保債権者の原則の目的を実質的に実現する仕組みを備えているからである、といえる。

3 セキュリティ・トラストと抵当権の諸性質～「随伴性」を中心に

セキュリティ・トラストにおいて、担保権者＝被担保債権者の原則や附従性・「随伴性」はいかにして扱われることになるのか。ここでは普通抵当に即して検討する。

まず、担保権者と被担保債権者が形式上分離することは否定できないが、受益権が担保権を実質的に代替し、受益者を被担保債権者と定めることで担保権者＝被担保債権者の原則が実質的に実現される。他方、被担保債権の帰属

と実質上の担保権すなわち受益権の帰属との分離は、債権担保の目的を逸脱するのでセキュリティ・トラストによっても許されない。そこで、信託行為で、受益者を定める方法（新信託法 88 条、不動産登記法 97 条 1 項 2 号参照）を「その時々々の被担保債権の債権者」と規定する必要がある⁴⁴⁾。受益権の単独譲渡も、無効にすべきものとされる⁴⁵⁾。

成立・消滅の附従性については、そのまま認められる⁴⁶⁾。セキュリティ・トラストであることによって何か違いが生じるわけではない。

「随伴性」は、これを認めてはセキュリティ・トラストの意義が失われるので否定すべきである、とされる⁴⁷⁾が、これは随伴性①のことである。そして、受益者の定めを「その時々々の被担保債権の債権者」とすることで「事実上の随伴性」が実現される⁴⁸⁾。すなわち、抵当権の「随伴性」そのものではなく、受益権の定め方によって、譲渡後も債権が担保されるという随伴性②が実現されることになる。

44) 受益者を信託成立時の被担保債権の債権者（特定人）と定めた場合はどうなるか。実務家の解説には、これが認められることを前提とするものが多い（小野傑＝有吉尚哉「新形態の信託」法律のひろば 2007 年 5 月号 28 頁、33 頁（2007）、藤原彰吾「セキュリティ・トラスト活用に向けての法的課題（上）」金融法務事情 1795 号 30 頁、32 頁（2007）、藤原・前掲注 14）37 頁）。ところで、受益権は担保物権そのものではないので、担保物権の性質である「随伴性」（当然移転）は認められないとされる（山田・前掲注 12）44 頁）。従って、その特定人が債権を譲渡する際には受益者と被担保債権者の分離防止のため受益権も同時に譲渡する必要がある、とされる（小野＝有吉・同 33 頁、藤原・同 37 頁）。しかし、現実に受益権を譲渡しなかった場合はどうなるかは明らかでない。能見・前掲注 43）15 頁は受益者を特定人とする定め方自体認めないようであるが、山田・前掲注 12）42 頁や山田・前掲注 36）25 頁も同じ趣旨であろうか。

理論的には、①受益権にも随伴性を認めるか、または対抗力ある賃借権の目的物譲渡に伴う貸主の地位移転のように構成して、特段の合意なくして当然に債権譲受人に受益権を移転する②被担保債権から分離した受益権は消滅するものとする③「その時々々の債権者」という受益者の定め方を成立要件とする（特定人を受益者とするセキュリティ・トラストを無効とする）という考え方があり得るだろう。しかし、ここでは深入りしない。

45) 山田・前掲注 36）25 頁。

46) 能見・前掲注 43）15 頁。

47) 山田・前掲注 12）44 頁は、「債権者と抵当権者を分離したことによって、随伴性を備えないものとなったと解すべきである」とする。一方、山田・前掲注 36）25 頁は、随伴性を否定すべきであるとしながらも「これは当事者の契約に基礎を置く規律であるのか、そうではなく、当事者の契約にその旨を定めていなくても実現する規律であるのか…といった問題があるように思われる。」とする。

48) 山田・前掲注 36）25 頁、前掲注 12）44 頁。能見・前掲注 43）15 頁は、端的にこれを「随伴性」と呼び、「このような随伴性を確保していない仕組みを作った場合には、セキュリティ・トラストは無効であると考えたい。」とする。

4 小括

(1) 受益者の定めと担保権の性質の関係について

以上から、セキュリティ・トラストは自由な設計が許されるものではなく、信託された担保権の性質を体現する設計になっていなければならない、ということが分かる。セキュリティ・トラストは担保権者＝被担保債権者の原則を崩すものであるが、これは担保権の性質に変更をきたすものではなく、信託の仕組みを使って担保権の性質を実質的に実現することが必要なのである。

そこで、根抵当権を信託するセキュリティ・トラストの場合も、「コミットメントライン契約に基づく債権のその時々債権者」というような受益者の定め方をすることが、398条の7やその背後にある根抵当権の性質との関係で許されるものかを検討せねばなるまい。次章からは、この作業に入ることにする。

(2) 「随伴性」理解に対する示唆

もう一つ、随伴性①(被担保債権の移転に伴って担保権が被担保債権の譲受人に移転する)、②(被担保債権の帰属が変更しても債権は被担保性を失わない)と担保権者＝被担保債権者の原則の関係についても、以上の議論は示唆を与える。

本章で検討したとおり、普通抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラストにおいては、随伴性①が崩される一方で、受益者の定めによって②が実現され、これをもって「事実上の随伴性」が実現されたものとされる。それでは、なぜ随伴性②が実現されれば足り、随伴性①は否定しても良いのだろうか。

この点については、理論的な説明を与え得るように思う。つまり、II 4で述べたとおり、随伴性を承認すべき実質的理由として挙げられてきた諸点が、みな①ではなく②に関するものであるからであろう。

そうだとすると、従来「随伴性」の定義であるとされた随伴性①「被担保債権の移転に伴って担保権が被担保債権の譲受人に移転する」と

いう性質は、実は目的ではなく手段であった、というべきであろう。すなわち、②「被担保債権の帰属が変更しても債権は被担保性を失わない」という原則の実現こそが「随伴性」の目的であり、この原則を「担保権者＝被担保債権者の原則」の下で実現するためには、①担保権の帰属変更という随伴性が、手段として必要だったのである。

そして、セキュリティ・トラストの場合、随伴性①という手段ではなく、受益者の定め方を「その時々における債権者」にするという手段によって、随伴性②という目的が実現されることになり、それで足りるのである。

V. 確定前根抵当権に関する「随伴性」否定の趣旨目的～現行法解釈として

1 セキュリティ・トラストと民法398条の7

前章で検討したように、セキュリティ・トラストは担保権者と被担保債権者を分離した結果、被担保債権が譲渡されても担保権者は変わらない、という状態を可能にする。すなわち、受益者の定めによって、随伴性①を実現しないようにしつつ、随伴性②を実現することができるのである。これは、根抵当権の場合でも同様である。

そうすると、根抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラストにおける前記のような受益者の定め方が398条の7における「随伴性」の否定と抵触しないかを考えるに当たっても、398条の7の目指すところが随伴性①を否定すること(担保権の帰属変更の阻止)にあるのか、それとも随伴性②を否定すること(譲渡債権を担保することの阻止)にあるのかを探究する必要があるだろう。随伴性①を否定することが主目的であるとすれば、受益者の定め方で随伴性②を実現しても構わないが、随伴性②を否定することが主目的であるとすれば、受益者の定め方で随伴性②を実現することは398条の

7に照らして許されないということになる。

そこで、まず本章では、現行法 398 条の 7 の解釈指針を求めるべく、この条文がこれまでにどう説明されてきたか、その説明が随伴性①②のいずれを否定する結論につながるかを検討してみたい。

2 否定理由の説明その 1～複雑な法律関係の予防

根抵当権者からの被担保債権譲受人がみな根抵当権者となると複雑な関係が発生するので、398 条の 7 はこれを防ぐための政策的規定だと考える見解がある⁴⁹⁾。

この見解は、確定前の段階では、被担保債権は枠の中に入っているだけで、終局的に担保されると決まったわけではなく、担保することとするかは政策的に考慮すべき問題である、とする⁵⁰⁾。そして、新法は法律関係を簡明にするために「随伴性」を否定したものと考える。

ここにいう「複雑な問題」とは、具体的には確定前根抵当権の準共有成立に伴う諸問題を意味する。すなわち、被担保債権の一部の譲渡によって根抵当権の準共有状態が生じ、根抵当権の行使の要件⁵¹⁾や割合⁵²⁾、弁済された場合の効果（弁済者の代位を生ずるかどうか）について問題が生じ、しかも多数の被担保債権が複数人に譲渡されることによって問題がより複雑化

することが指摘されている⁵³⁾。その他、根抵当権の処分・被担保債権の範囲変更に準共有者たる個別債権譲受人全員の同意が必要だとすると（398 条の 14 第 2 項）、制度の使い勝手が極めて悪くなるであろう。

「随伴性」を否定した場合、譲渡債権を根抵当権で担保し続けるためには、根抵当権の一部譲渡⁵⁴⁾と被担保債権の範囲変更を経ることが必要になる。

もちろん、根抵当権の一部譲渡をする場合であっても準共有が成立するので、複雑な問題は生じる。複雑な問題の出現を防止するといっても程度問題ではある。しかし、準共有者間に利害衝突が生じやすいとすれば、根抵当権者は根抵当権の一部譲渡をする必要が生じた場合でも、慎重に意思疎通の利く相手を選ぶであろう。そして、仮に「随伴性」を肯定する場合には、大量に発生する被担保債権のうちの一部を譲渡したい場合にも同様に譲渡先を慎重に選択するか、根抵当権を随伴させない合意を取りつける必要があることになるが、これが不便であることは確かである。

また、随伴性を肯定する場合と、被担保債権の譲渡とともに根抵当権の一部譲渡と被担保債権の範囲変更を経る場合との違いとして、後者では譲渡当事者間の合意に加えて根抵当権設定者の承諾が必要である、という点がある。このように設定者の承諾を梃子にすれば、法律関係

49) 柚木＝高木編・前掲注 29)692 頁〔高木多喜男〕、我妻・前掲注 9)500 頁など。

50) 我妻栄『新版民法案内VI』（一粒社、1972）220 頁は「これを解決すべき理論というほどのものはない。結局は、どちらが金融界の需要に適するか、またどちらが取り扱いに便利であるかによって決してよいことだ。」と明快に述べる。また、星野・前掲注 21)306 頁も「根抵当権だからといって別にこうしなければならない必然性はないが、實際上、個々の債権譲受人が根抵当権の一部を取得することになると、もとの根抵当権者との関係その他複雑な問題が生ずるから、このようにしたものである」とする。

51) 根抵当権を実行すると元本が確定する（398 条の 20 第 1 項）ので、準共有者たる債権譲受人が単独で根抵当権を実行できるとすると、譲渡人と債務者との取引を譲受人が停止させてしまう恐れがある。逆に、全員での共同実行が必要とすると、いつまでも根抵当権を実行できなくなる恐れがある。いずれにせよ、被担保債権の譲渡自体に慎重にならざるを得なくなるだろう。もっとも、随伴性は譲渡当事者間で反対の合意をすることを妨げない（II 4）が、逐一合意をすることが煩瑣なので、デフォルト・ルールとして随伴性を否定することが要請される。

52) もっとも、これについては確定前根抵当権の準共有一般につきデフォルト・ルール（配当時の債権額の割合による）が現行法上存在する（398 条の 14 第 1 項本文）。

53) 我妻・前掲注 50)220 頁。

54) もちろん、分割譲渡でも構わない。その場合、準共有が生じないので、法律関係はより簡明化するであろう。

の紛糾を避けることができ、これこそが随伴性否定の真の狙いである、ともいわれる⁵⁵⁾。

この考え方によれば、398条の7は根抵当の性質から演繹されるものではない創設的規定ということになり、仮に398条の7がなければ、普通抵当の場合に妥当する原則に立ち返るべき（すなわち、「随伴性」を肯定すべき）ともいわれる⁵⁶⁾。

このように、根抵当権の一部移転（準共有）が複雑な関係を生じることを立法趣旨として考えるのであれば、398条の7は随伴性①の否定に主眼のある規定だということになる。そして、セキュリティ・トラストを用いれば根抵当権の移転及び準共有が生じないのだから、随伴性②を実現しても398条の7の趣旨には反しない、ということになる。根抵当権の実行手続においては受託者を単独の根抵当権者として扱えば足り、受益者の権利内容については、信託行為で定められた受益権の内容に従うことになる。すなわち、複雑な問題はセキュリティ・トラストを設定する際の信託行為の定めで解消できるのである。

3 否定理由その2～被担保債権決定基準からの説明

譲渡された債権が、根抵当権の被担保債権決定基準のうちの債権者基準から外れるために随伴性が否定されるという見解がある⁵⁷⁾。つまり、譲渡債権が債権者基準から外れるので、譲渡後も当該債権を担保し続けるためには、債権

者基準の変更として根抵当権の譲渡が必要となる（その上で、実は債権範囲基準からも外れているので債権範囲基準の変更も必要になる）と考えるのである。

この見解を推していくと、譲渡債権が債権者基準から外れさえしなければ、当該譲渡債権は根抵当権で担保され続けてもかまわない、ということになる。そしてこの理由からは、根抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラストにおける受益者の定め方についての何らの制約も導き出されない。

しかし、この理由づけは、実はあまり理由になっていないものと思われる。というのも、債権者基準というものは、たとえ担保権設定の当事者間で個人を具体的に特定して設定されていたとしても、法律が「〇〇の場合には変わる」と規定しさえすれば、法に沿った形で変わり得るものなのである。つまり、現行の398条の7に代えて「随伴性」を肯定し、被担保債権の譲渡によって債権者基準が当然に変更される（債権の譲受人が債権者基準に当然追加される）、という規律をすることも、十分考えられたのであり、現に普通抵当権についてはそのような規律があると考えてよい⁵⁸⁾。

従って、根抵当の場合に債権者基準の当然変更がないことの実質的理由を説明する必要があり（しかもそれは、普通抵当には妥当せず、根抵当にのみ妥当するような理由であることが必要である）、そのためには結局、理由1か後述の理由3を持ち出す必要がある⁵⁹⁾。

55) 我妻・前掲注9)500頁。これは、根抵当権設定者と被担保債権譲受人の間に交渉の場を設定することで、譲受人によるむやみな実行に歯止めをかける、という趣旨であろうか。また、一部譲渡先をどうするかなどについても、設定者に一定の発言力を与えられるかもしれない。もっとも、この点は法律上の建前論であって、融資者の側に強い経済的支配力があれば、現実には設定者の承諾も有名無実化するかもしれない。

56) 貞家克己ほか「根抵当立法を振り返って」貞家最高裁判事退官記念論文集『民事法と裁判 下』（きんざい、1995）400頁、436頁〔香川保一発言〕。

57) 鈴木祿弥・前掲注6)241頁、前掲注27)168頁、300頁。根抵当の随伴性を「被担保債権の範囲の定め方の問題」とする道垣内・前掲注19)150頁も同旨か。ただし、道垣内・前掲注26)239頁は、理由1と3を並列して挙げている。

58) 道垣内・前掲注26)234頁は、債権者基準と債務者基準は普通抵当権においても要求される、とする。

59) 鈴木祿弥・前掲注27)305-306頁も、被担保債権の差押え・質入れの議論に関連して理由1と3を紹介しており、結局いずれの見解に与するのかは明らかにされていないが、少なくとも理由2を理由1や理由3と同列に扱うわけではないようである。

4 否定理由その3～本来の根抵当の特質・機能との矛盾

「随伴性」を肯定すると根抵当権の本来的特質・機能と矛盾することを、「随伴性」否定の理由として指摘する見解がある⁶⁰⁾。すなわち、流動変動する債権を担保するという根抵当の本来的特質・機能からすると、たまたま被担保債権が元本確定前に個々具体的に特定のものとなったとしても、その債権が元本確定前に根抵当権者から移転した場合にはもはや根抵当権によって担保されると解すべきではない、というのである。

しかし、根抵当権の被担保債権の入替り可能性は、成立及び消滅における附従性がなければ実現できるのであり、たとえ「随伴性」を肯定しても入替り可能性が損なわれるわけではない(Ⅲ5参照)。ただ、入替り可能性があるので「随伴性」を否定しても困らない(後記5参照)、というだけである。

ここで注目すべきは、論者が根抵当権の「附従性の否定」の反面として、当然に「根抵当権の独立性」「独立の価値権性」が強化されるとする点である⁶¹⁾。「附従性の否定」は被担保債権の入替り可能性確保のために必要なものなので、これを要するに、被担保債権の入替り可能性を追求することはその反面として当然に根抵当権の(被担保債権からの)独立性を強化することにつながり、この独立性強化と「随伴性」の肯定とが理論的に相容れない、という趣旨の

ようである⁶²⁾。

この理由3によれば、担保価値は被担保債権から独立して当初の根抵当権者に属人的に帰属していることになる。そして、被担保債権の譲渡だけで根抵当権者による根抵当権の譲渡を経ずに債権譲受人が担保価値を把握することは被担保債権からの独立性に反するので、随伴性②こそが否定されるべきということになるろう。

5 考えられるその他の理由～担保価値の単独保持

なお、普通抵当における「随伴性」は、抵当権の債権担保手段としての存在意義に由来するものであった(Ⅱ4)。然るに、根抵当権には被担保債権の入替り可能性があるので、確定前の譲渡債権を担保しないとしても、代わりに将来譲渡人に生じる他の債権を担保することができ。すなわち「随伴性」を認めなくてもなお担保としての存在意義を失わず、消滅しない。そうであれば、根抵当権者にとって「随伴性」を否定することは必ずしも不合理とはいえない。特に任意の債権譲渡の場合、譲渡人が自己の把握する担保価値を自己のもとに残しておきたいと考えるのが通常だとすれば、デフォルト・ルールとしては「随伴性」を否定しておいて、例外的な場合には根抵当権の絶対的譲渡と被担保債権範囲の変更で対処すればよい、ということになる。

現行法398条の7の立法理由としてこの点

60) 清水湛・前掲注29)44-45頁。理由1も付加的に援用しているが、重心は理由3にあるようである。

61) 清水湛・前掲注29)10頁。

62) この確定前根抵当権の被担保債権からの独立性のゆえに、そもそも元本確定前の段階で被担保債権決定基準を満たす個別の債権は「被担保債権」として扱われるべきではなく、単なる被担保債権の候補・予備的存在に過ぎないものとして扱われるべきである、とする見解がある(斎藤和夫「確定前根抵当権の被担保債権群中の個別債権上の質権設定・差押えの『処分行為』の効力」法学研究59巻12号247頁、267-268頁(1986))。この議論は通常、被担保債権の差押えの効力(後掲注94)を念頭においてなされるが、本稿の問題関心との関係では、元本確定前の個別債権から「被担保債権」のラベルをはく奪することにより、398条の7が随伴性②を否定するものであることを強く示唆するものであるといえる。

しかし、被担保債権から独立した価値権としての根抵当権の性質を強調する立場に立ちながら、元本確定前でも個別債権が被担保債権であることを認める見解もある(清水湛・前掲注29)46頁)。

また、逆に、候補であるに過ぎないとしながら、なお随伴性の否定を政策的問題として位置づける見解もある。我妻・前掲注50)220頁は、「候補者といったところで比喩にすぎない。どれだけの効力を認められるべきものか、一般的に決っているわけではない。」とする。

に触れる文献はないが、このことも消極的理由にはなるものと思われる。そして、立法当時の取引界（とりわけ根抵当権者側）が「随伴性」を嫌った理由の中にも、債権譲渡人として担保価値を手元にとどめておきたいという発想が見え隠れするのである（後述VI参照）。

このように考えた場合には、随伴性②の否定こそが重要だ、ということになる。

しかし、デフォルト・ルールとしての説明は、同じく「随伴性」が問題になる被担保債権の差押え・転付命令等の強制執行については維持し得ない。しかも、この理由は立法当時の取引感覚に基づくものに過ぎない。取引上のニーズは絶えず変化するものであり、現在の取引において、根抵当権者（譲渡人）が担保価値を自ら把握し続けることよりも債権と一緒に譲受人に与えることを望むのが通常といえるのであれば、解釈論の範囲でその要望を反映することは妨げられまい。つまり、これはあくまで消極的理由である。

6 本章のまとめ

以上より、「理由その1＝随伴性①の否定」と「理由その3＝随伴性②の否定」が、解釈指針になり得る主要な理由として残りそうである。

結論を先取りすると、本稿は398条の7を、複雑な関係の出現防止という政策的配慮（理由1）を中心にした規定として考える。そして、398条の7の主眼は随伴性①の否定にあり、担保権者＝被担保債権者という常態においてはこれが結果的に随伴性②をも意味したに過ぎな

い、と解する。

しかしこれに対しては、根抵当権の被担保債権からの独立性との矛盾（理由3）をどうして問題にしないのか、被担保債権からの独立性は根抵当権の欠くべからざる本質ではないのか、という反論が想定される。そのため、以下ではこの想定される反論に対する再反論を試みたい。

ところで、これら立法後の立法理由の説明には、立法過程における議論が反映されているものと考えられる。そこでまず次章では、398条の7の立法過程において、これらの立法理由がいかんして現れてきたものであるかを考察する。

VI. 民法 398 条の 7 の立法経緯

1 根抵当立法以前の議論状況

根抵当立法以前、根抵当についてこれを正面から認める条文は民法典上に存在しなかったが、判例がこれを認めていた⁶³⁾。ただ登記実務上、根抵当権の設定には被担保債権の発生原因たる特定の「基本契約」の存在が必要とされていた⁶⁴⁾。これは、根抵当権の基本契約への附従性を要求するものであった（包括根抵当の否定）。

そのため、基本契約上の地位への「随伴性」、すなわち基本契約上の地位の移転に伴う根抵当権の移転は、広く承認されていた⁶⁵⁾。

既発生被担保債権のみの譲渡の場合に根抵当権が随伴するかについては、議論の対立があり、否定説も有力であった⁶⁶⁾が、「随伴性」肯

63) 大判明治34年10月25日民録7輯9巻137頁。

64) 昭和30年6月4日民事甲1127号民事局長通達。これは、物権法定主義の観点から、普通抵当と同じく附従性を必要とした上で、債権への附従性を契約への附従性にすり替えたものであった。これに対して、学説上は基本契約を不要とする包括根抵当有効説も有力であった（鈴木禄弥・前掲注15）245-264頁など）。

65) 柚木馨編『注釈民法（9）（初版）』（有斐閣、1965）270頁〔柚木馨＝高木多喜男〕、大判昭和10年12月24日民集14巻2116頁（もっとも、問題となったのは三者間合意による移転の可否であり、根抵当権譲渡の合意がない場合に随伴を認めたものではないので、随伴性の有無の先例とするのは疑問の余地があるかもしれない）。

66) 石田文次郎『擔保物権法論上巻』（有斐閣、1935）346頁は、担保権不可分の原則を根拠に、確定前の根抵当権処分も含めて確定前の根抵当権の移転を一切認めなかった。これに対して、柚木編・前掲注65）273頁〔柚木馨＝高木多喜男〕は、根抵当権の処分を肯定しつつ当然随伴のみを否定していた。

定説が通説とされ⁶⁷⁾、登記実務も肯定説であった⁶⁸⁾。この肯定説の多くは、根抵当を基本契約に附従する被担保債権額不確定の抵当権と捉えた上で、普通抵当との連続性を理由に「随伴性」を認めるもの⁶⁹⁾であった。しかし、我妻博士は当初の包括根抵当否定論⁷⁰⁾から立法作業への関与を経て肯定論（根抵当権の債権及び基本契約への附従性を不要とし、根抵当権を被担保債権不特定の抵当権として観念する見解）に転じた⁷¹⁾後も、なお「随伴性」を認めていた⁷²⁾。

2 根抵当立法の特徴と全体像

根抵当法はヨーロッパ大陸法を継受したものではなく、わが国の実務慣習をもとに新たに立法されたものである。しかも、法制審議会の審議過程が公表されておらず、立法過程の探究は容易ではない⁷³⁾。そこで、さしあたり法務省の試案やこれに対する各界の意見などから、当時の議論状況を推測することとする。

立法作業は全体として、根抵当権を被担保債権から独立させる方向で進められた。中心的な争点は、被担保債権発生原因としての基本契約の要否であり、最終的には基本契約を不要とすることになった。それにとどまらず、一旦は取引包括根抵当（A B間の取引に基づく一切の債

務を担保する根抵当）を許容するに至ったが、設定者保護という政策的観点からの揺戻しの結果、取引種類の特定を要求する現行法（398条の2）の形に落ち着いた⁷⁴⁾。その他、根抵当権設定者の同意を要件として、根抵当権の絶対的譲渡（375条の相対的譲渡とは異なる）が可能となった（398条の12、398条の13）。以下、具体的な経過を見ていく⁷⁵⁾。

3 具体的な経過

昭和40年に法務省が示した「検討事項」は、全体的に幅広く考え得る案を並べている。「随伴性」についても、甲案が「根抵当権の一部の移転が生じない」と「随伴性」を否定し、乙案が「移転が生ずる」と「随伴性」を肯定する、両論併記の形が取られている（第七）。

昭和41年の要綱試案でも、包括根抵当を許容する甲案と否定する乙案が併記されている。しかし両案とも「随伴性」に関しては違いがない。すなわち被担保債権の譲渡の場合には「根抵当権の移転を認めない」（随伴性①を否定する文言である）一方、弁済代位や転付命令の場合には根抵当権の移転を認める（第七）。また、基本契約に基づく債務のみを担保する根抵当権については、基本契約上の地位の特定承継に伴う根抵当権の移転を認めている（第八）。

67) 堀内仁監修『根抵当実務全書』（金融財政事情研究会、1978）12頁、304頁。なお、その場合は譲渡人と譲受人が根抵当権を準共有するものとされた。

68) 昭和35年10月24日民事甲2674号民事局長事務代理回答。

69) 枇杷田・前掲注26)39頁、吉野衛「債権とともに根抵当権の一部移転とその登記」金融法務事情257号313頁（1960）。ただし后者は、立法論としては否定の方向を示唆する。

70) 我妻栄「いわゆる包括根抵当契約の有効性をめぐって（上・下）」金融法務事情117号170頁（1956）、118号189頁（1956）。

71) 我妻栄『新訂擔保物権法（第1刷）』（岩波書店、1968）472頁。

72) 我妻・前掲注71)489頁。

根抵当立法後、立法担当官は立法議論以前の議論状況を「基本契約不要＝随伴性否定説」対「基本契約必要＝随伴性肯定説」という構図で説明する（清水湛・前掲注29)44-45頁）が、我妻博士の立場は、この構図では説明し得ないものである。従って、本稿にとってこの見解は極めて興味深いものであるが、残念ながら詳細な理由が付されていない。ただ、我妻博士は立法後に398条の7について政策的規定と説明されており（前掲注50）、立法の前後を通じてある種の連続性が保たれていることは窺われる。

73) 椿寿夫「担保法制」ジュリスト1073号96頁、97-98頁（1995）。

74) 貞家ほか・前掲注56)422頁〔清水湛発言〕。

75) 以下で登場する試案等については、法律時報40巻12号48頁以下（1968）に掲載された資料を参照した（特に注を付したものを除く）。

参事官室による昭和43年の要綱試案は、はじめて案を一本化して提示したものであり、基本契約や取引を特定する根抵当と並んで、取引包括根抵当を許容している(第一)点が特徴的である。「随伴性」については、「根抵当権によって担保されないものとする」という表現で、これを否定する(第五)(随伴性②を否定する文言である)。そして、保証人による弁済代位の例外や、基本契約に基づく債務のみを担保する場合の基本契約上の地位の特定承継の例外(第七)は残されているが、弁済代位一般や転付命令の場合の例外は消滅した。この段階での立法担当官の説明は、主に複雑な法律関係の予防に主眼を置いたものとなっている⁷⁶⁾。

法制審議会による昭和44年の法律案要綱案は、現行法と同じ内容である。「随伴性」についても、「根抵当権を行うことができない」という、現行法に近い(随伴性①を否定するかのよう)表現に再び改められる⁷⁷⁾とともに、昭和43年の要綱試案まではあった例外が削除され、一般承継を除き全般的に「随伴性」を否

定することとなっている。この段階での立法担当官の説明は、「随伴性」否定の理由として、複雑な法律関係の予防に加えて新たに根抵当の本来的特質を挙げる⁷⁸⁾。

この過程で、法務省の意見照会に応じる形で、各界から意見が表明されている。銀行界では早い段階から、随伴させた場合の手續の煩雑さを理由に、随伴を否定する立法を望む声があった⁷⁹⁾。商事法務研究会の契約研究会の意見(商社の意見を反映しているとされる)も、取得した手形を割引く際の随伴を嫌い、「随伴性」を否定する⁸⁰⁾。学界では、昭和41年に根抵当法研究会(我妻栄代表)が公表した根抵当法案要綱仮案がすでに確定前の被担保債権に対する「随伴性」を否定している([10])。「随伴性」を肯定するものとしては、早稲田大学の意見が「譲渡債権の保全のために必要」としているのが目につく程度である⁸¹⁾。

76) 貞家克己「根抵当立法要綱試案について」金融法務事情507号2頁、6頁(1968)。

77) なぜこの変遷が生じたのかは、「随伴性」を随伴性①と随伴性②に分離する本稿の観点からは興味深い、立法過程における議事録等が公表されていないので、解明することができなかった。立法当時は担保権者と被担保債権者の一致、随伴性①と随伴性②の一致が前提とされていたのであるから、この文言の変遷にはあまり重きを置くべきではないのであろう。ただ、随伴性②を否定する文言が一旦浮上しながらも最終的に採用されなかったことで、随伴性②の否定が398条の7の文言から直ちに出てくるものではなくなった、ということは指摘しておきたい。

78) 貞家克己=清水湛「根抵当に関する民法の一部を改正する法律案要綱案の解説」金融法務事情565号4頁、20頁(1969)。

また、立法担当官は、昭和43年段階まであった例外則(保証人の弁済代位)を否定した理由についても、①保証人だけに特に例外を認める理論的根拠がない、という点を挙げつつ、例外を認める実質的な必要性がないこと、つまり②元本確定前に保証人が弁済する事例が實際上少なく、③根抵当権への弁済代位を認めなくても、求償権を担保する独自の根抵当権を設定するか、あるいは債権者から根抵当権の一部譲渡を受ければ目的を達し得ることなどを挙げ、最後に本則を維持する実質的な必要性として④根抵当をめぐる法律関係を簡明なものにする必要を挙げて説明する。

79) 香川保一ほか「取引界が望む根抵当の制度化」金融法務事情328号3頁、8頁[安武政敏発言](1963)、堀内仁ほか「根抵当立法に望む」金融法務事情381号21頁、30-31頁[堀内仁発言](1964)。なお、金融業界でも全国信用組合中央協会と全国信用保証協会連合会は、「随伴性」を肯定する(さらには、包括根抵当にも反対する)立場であったようである(堀内仁「根抵当権の立法と金融界」法律時報38巻3号26頁、28頁(1966))。

80) 契約研究会「根抵当の立法化に関する意見」商事法務326号2頁、5頁(1964)。

なお、この意見には「債権の流通性と根抵当権の流通性とは、全く別個のものとして考えるべき」という、被担保債権からの独立性につながるくだりもある。しかし、この意見は根抵当権の譲渡については、はっきりと独立価値権としての構想から絶対的譲渡を提言しているのに対し、随伴性に関する記述では独立の価値権性を強調しておらず、温度差がある。

81) 牛山積「根抵当に関する法務省照会に対する意見書およびその解説」早稲田法学会誌15巻177頁、179頁(1965)。なお、この意見書も我妻説と同様、包括根抵当の有効性を承認しつつ個別債権への随伴を認めるものであり、立法担当官が立法後に描いた構図(前掲注72))からはみ出している。

4 本章のまとめ

立法過程での取引界の意見を見るに、当時は継続的取引から生じた債権について根抵当権随伴のニーズが実務上乏しく、逆に当初の根抵当権者が根抵当権を独占保持し続けることにニーズがあったものと思われる。

そのため、包括根抵当について態度決定がなされる前の早い段階で、取引の実情に合わせて「随伴性」を否定する、という流れがすでに形成されていた。そして、包括根抵当を肯定した昭和43年の要綱試案でも、随伴性の否定は専ら政策的観点から説明されていた。

しかし、例外則が縮小・消滅していくとともに理論化が進み、根抵当の性質・機能、被担保債権からの独立性という観点からの説明が付加されるようになってきたのである。

もちろん、立法の方向が定まるとともに議論が深化した、という面もある。しかし少なくとも、398条の7に関しては根抵当の理論的位置づけが定まる前からすでに他のより実際的な理由で結論の方向性が定まっていたということには、注意が必要であろう。

そこで、次章では被担保債権からの独立性を構成する他の要素にも視野を拡大し、根抵当権を被担保債権から独立した価値権として位置づけ解釈上これを貫徹することにはいかなる問題があるかを検討したい。

Ⅶ. 確定前根抵当権の理論化とその問題点～被担保債権からの独立性について

1 「被担保債権からの独立性」概念による整理

根抵当立法後の立法担当官の解説は、根抵当

の「理論的な特質」として、被担保債権からの独立性・独立の価値権性（本稿Ⅲ6参照）を挙げる⁸²⁾。立法担当官は要綱案段階まではこのような整理をしておらず⁸³⁾、立法サイドにおいて徐々に理論化が進んだことが窺われる。

そこで根抵当権の独立性を示すものとして挙げられている具体的要素は、成立・消滅における附従性の否定、「随伴性」の否定、被担保債権の範囲変更、根抵当権の絶対的譲渡である。また、「価値権」としての性格を基礎づけるものとして挙げられているのは、極度額に変更がない限り絶対的譲渡・被担保債権範囲変更・確定期日変更につき後順位抵当権者の関与を要しないことなどである。

「被担保債権からの独立性」概念 2 誕生の背景～近代的抵当権論という文脈

ところで、「被担保債権からの独立性」「独立の価値権」という概念は、根抵当立法の過程で創出された用語ではない。これらは元来、ドイツの近代的抵当権の特質を説明する概念であった。我妻博士は、資本主義の発展段階に応じた発展の形態として、保全抵当（債権担保目的に特化した抵当権）から投資抵当（投資の手段としての抵当権）へ、というドイツの抵当権史を紹介し、投資抵当ひいては土地債務こそが最も近代的な抵当権である、とした⁸⁴⁾。

ここで近代的抵当権の特質とされるのは、公示の原則・特定の原則・順位確定の原則・独立の原則・流通性の原則である⁸⁵⁾が、ここでは特に順位確定の第二原則（被担保債権が弁済されても抵当権の消滅・後順位抵当権の順位上昇がなく、所有者抵当が成立する）と、独立の原則のうち特に附従性を否定する（抵当権を特定

82) 清水湛・前掲注29)10-11頁。

83) 貞家＝清水・前掲注78)5-6頁。

84) 我妻栄『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、1953）83-114頁。

85) 我妻・前掲注9)214-223頁。

の債権の担保という従属的地位にとどめず、独立の価値権として金融取引の客体にする)側面が問題になる。ここで価値権とは、交換価値を把握する権利を意味し、これは取引の対象となることを含意する。

根抵当立法に際しても、当時の論者は多かれ少なかれドイツの近代的抵当権を意識していたようである⁸⁶⁾。裁判実務家の意見の中には、この際ドイツの制度を導入すべしという大胆なものがあつたほどである⁸⁷⁾。

確かに、確定前根抵当権には、近代的抵当権の独立の原則のうち附従性の否定が(実行におけるそれを除き)備わっており、普通抵当と比べると独立の価値権に近づいている。そして確定前根抵当権も被担保債権消滅による順位上昇を極度額の範囲で妨げ、根抵当権者の新たな債権を担保するので、根抵当権者側からみれば順位確保の機能がある。ここでも、近代的抵当権の順位確定の第二原則の機能が一部実現されている⁸⁸⁾、と見ることができる。

もちろん、我が国の根抵当とドイツの抵当制度にはなお隔たりがあり、当時の論者もそのことは意識していたようである⁸⁹⁾。しかし、成立及び消滅における附従性を否定する点で根抵

当権とドイツの近代的抵当権が共通しているためか、根抵当を理論的に説明する過程では、論者の多くは我が国の普通抵当権の対極にあるものとしてドイツの近代的抵当権を意識し、両者を結ぶ直線上に根抵当権を置く⁹⁰⁾ことで、従来の我が国普通抵当と根抵当の異質性を説明しようとしたようである。

こうして、被担保債権からの独立性や独立の価値権性という用語が、成立・消滅の附従性を否定する我が国の根抵当権にも用いられるようになったものと考えられる⁹¹⁾。

3 根抵当理論の構築～被担保債権からの独立性の解釈指針化

このように、被担保債権からの独立性が普通抵当との対比における根抵当の特徴として強調されると、それが根抵当法の背景にある理論として、解釈論にも強く反映されるようになる。398条の7を根抵当権の被担保債権からの独立性・独立の価値権性の現れと解し、そこから随伴性②の否定を導く解釈も、その一つであるといえよう。

しかし、根抵当法を理論的に構築していくこ

86) 清水誠「根抵当立法における基本的問題点」法律時報 40 卷 12 号 4 頁 (1968)。根抵当立法前の柚木編・前掲注 65) 4-5 頁〔柚木馨=高木多喜男〕及び根抵当立法後の柚木編・前掲注 18) 4-5 頁〔柚木馨=高木多喜男〕も参照。

なお、根抵当立法前に絶対的譲渡(一部譲渡)制度の必要性を訴えた我妻栄「根抵当立法の基本問題」『民法研究 XI』(有斐閣、1979) 277 頁は、債務の借り替えの事案を例に挙げるが、これは抵当権における順位確定の第二原則の必要性を示すために用いられる例でもある(我妻・前掲注 9)217 頁)。

87) 「根抵当立法要綱試案に対する学界・法曹界の意見」金融法務事情 510 号 24 頁、40 頁〔長谷部茂吉〕(1968)。また、同 38 頁〔鈴木重信〕は、債務者あるいは設定者の側による担保価値活用の観点から、ドイツ法の所有者土地債務制度を参照することを提言する。

清水湛・前掲注 29)11 頁も、「確定の前後によって法律関係を区別するのは、抵当制度全体の見地から見ると、いたずらに法律関係を複雑にするだけであるということもいえるであろう。…普通抵当にはなんら改正を加えずに、単に根抵当の明文化に止まったという立法の態度に問題があるといえなくもない。いずれ将来の課題として、普通抵当を含めて抵当制度全体の根本的検討によって解決されるべき問題ともいいうるであろう」としており、普通抵当に手をつけられなかったために立法が中途半端に終わったものと捉えているようである。

88) 順位確定の第二原則を完全に実現するためには、①被担保債権がなくても抵当権が存立する(成立及び消滅における附従性がない)こと、②所有者抵当が承認されることが必要であるとされる(我妻・前掲注 9)217 頁)が、我が国の根抵当権は①のみを認めるものであって、②を欠いている。

89) 林良平「根抵当立法化の附従性理論」法律時報 40 卷 12 号 10 頁、14-15 頁 (1968) など。

90) 我妻・前掲注 9)219 頁は、根抵当を「附従性緩和の一顕現であるには相違ないが、これとても、抵当権の独立性の理想から見れば、なおほとんどいうにたらないものである」と評する。

91) そして、根抵当権の「附従性の否定」の反面として当然に「根抵当権の独立性」「独立の価値権性」が強化される、という言明(清水湛・前掲注 29)10-11 頁。V 4 参照)がなされるに至るのである。

とには、ある種の困難がつきまとう。それは、根抵当法が我が国における取引慣行の追認として、母法を持たない我が国独自の法として新たに立法されたこと、さらには、高度の利害調整の結果としての立法であることにも由来する⁹²⁾。もちろん利害調整は立法一般に妥当することだが、根抵当立法については特にそうであった⁹³⁾。だからといって理論化の試みを放棄すべきでないことは当然だが、制度を理論化してその本質を同定し、そこから結論を導く、という通常の法解釈の営みも、こと根抵当法の解釈に関しては一定の危険を孕み得るように思われるのである⁹⁴⁾。

しかも、以下に述べるように、問題はそれにとどまらない。

4 被担保債権からの独立性を解釈指針とすることの問題点

(1) 根抵当法における独立性の不徹底

根抵当立法の主眼は、その時点における我が国の取引の実情に合わせることにあり、被担保債権からの完全な独立化は結局、達成されていない。すなわち、根抵当権者が把握する担保価値は元本確定によって極度額から元本確定時の被担保債権額へと縮減し、以後は元本確定時の被担保債権に附従・随伴し、被担保債権の変更や被担保債権から切り離しての絶対的譲渡もできなくなるなど、根抵当権は被担保債権からの独立性を失う。しかも、第三者による目的不動産の差押えによっても元本が確定するので、根

92) 吉田眞澄「根抵当」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』別冊 NBL31 号（商事法務研究会、1995）44 頁、46 頁、同「根抵当の機能・役割と理論」同 198 頁、199 頁。

93) 鈴木祿弥ほか「根抵当実務の諸問題とその法的検証」金融法務事情 1342 号 8 頁、10-11 頁〔鈴木祿弥発言〕（1993）。利害調整の最たるものは、被担保債権資格の限定及びその例外的拡張であった（鈴木祿弥「新根抵当権の基本的性格」ジュリスト 487 号 92 頁、94-97 頁（1971））。

94) その一例として、ここでは被担保債権の差押えと 398 条の 7 をめぐる議論を取り上げたい。

普通抵当において、被担保債権が差し押えられると、債権のみならず、抵当権の管理処分権も担保権の随伴性に基づいて差押債権者に付与される。これが確定前根抵当権の場合にどうなるかが論じられている。

根抵当権の独立性を強調する見解（斎藤・前掲注 62）。近江・前掲注 19）239-240 頁も同旨。）は、確定前根抵当権の独立性から、確定前においては被担保債権を観念できず、被担保債権決定基準を満たす債権は単なる被担保債権の候補者に過ぎないとした上で、398 条の 7 の類推適用により差押えの効力が確定前根抵当権には及ばない、とする。この見解によれば、債権に質権が設定された場合も、論理必然的に同様の帰結となる。

これに対して我妻博士は、効力が及ぶことを肯定しつつ、根抵当権者の利益を保護して差押債権者による実行を制約しようとする（我妻・前掲注 9）502 頁）。

質入れと差押えを区別し、差押えのみ確定前根抵当権に効力が及ぶとする見解（竹下守夫「根抵当権の被担保債権の差押の効力」金融法務事情 653 号 4 頁（1972）、鈴木祿弥・前掲注 27）305-315 頁）もある。特に鈴木博士は、被担保債権を観念し得るか否かの論争にはあえて踏み込まず（抽象的に優劣を論じるのはきわめて困難であり、生産的でもない、という）、根抵当権の実行の可否と被担保債権の範囲変更に関する承諾の要否の問題として整理したうえで、差押禁止財産を作らないという観点から実質的妥当性を踏まえて議論する。

ところで立法担当官の解説は、差押えの効力が及ぶことを無条件に肯定している（清水湛・前掲注 29）46-47 頁。この立場は、試案に対する解説の段階から堅持されている。貞家・前掲注 76）7 頁、貞家＝清水・前掲注 78）21 頁。）。その理由は、398 条の 7 は債権の移転に伴う根抵当権の移転を否定するだけで、債権の移転を生じない差押えの効力とは無関係であり、398 条の 7 の適用がない以上普通抵当の一般原則に戻るべきである、というものであり、これは一見すると単なる形式論に見える。しかし、どうやらその背後には、立法過程で普通抵当の被担保債権を差し押さえた場合との均衡が問題となり、あえて「債権を取得した者」という文言にした、という経緯があるようである（貞家ほか・前掲注 56）434 頁〔清水湛発言〕。これに先立つ貞家克己＝清水湛『新根抵当法』（きんざい、1973）120 頁には、「この問題は、最終的には解釈にゆだねられることになったが、第三九八条の七の文言は、この問題を十分に意識して表現されているものである。」という意味深長な記述がある。）。だとすれば、この点についてはすでに立法者の「決断」がなされているのだ、ということもできる。

無論、立法担当官の解説は個人的見解に過ぎず、しかも立法者意思はその後の解釈を必ずしも拘束しない。しかし、立法段階で差押債権者の利益ないし差押え制度に対する配慮がされ、その手がかりが条文上に残されているのであれば、効力を否定する解釈をするに当たってはそれらが実質的に配慮するに当たらないことを示す必要があり、独立性という概念はその後に結論を示す説明として用いるにとどめるべきではなかろうか。

抵当権の価値権性（取引対象性）は、その限りで妨げられる。ドイツの所有者抵当などは、日本法の抵当制度とその建前を根本的に異にし、取引の実情にも合わないので、導入されなかった。

そして当然のことながら、我妻博士も根抵当を（ドイツ的な意味で）近代的とは評価していない。根抵当立法は取引の実情に合わせた立法であり、近代性の点では取るに足りない、とする⁹⁵⁾。

しかしそうであるからといって、不徹底を補うべく解釈で独立性を可及的に高めようとするべきではないだろう。根抵当法が独立性を徹底できなかったことには、次に述べるような根抵当の本質に関わる理由があると考えられるのである。

(2) 被担保債権からの独立性それ自体の問題

被担保債権からの独立性という概念の由来であるドイツの近代的抵当権は、抵当権を債権担保目的ではない独立の価値権として構想するものであった。このことから分かるように、被担保債権からの独立性という概念は、債権担保目的という我が国の抵当権・根抵当権に共通の基本的性格とは、本来的に緊張関係を有するものである。根抵当権において被担保債権からの独立性が不徹底なのは、根抵当権が我が国の取引の実情を反映してあくまで債権担保の目的を基本的性格としていることの、当然の帰結なのである。

そして、我妻博士の近代的抵当権論に対しては、ドイツ抵当権の発展は特殊ドイツ的な資本

主義発展を背景に持つものであって、被担保債権から独立した価値権というドイツ投資抵当の特徴を普遍的に近代的なものと評することはできない、という批判⁹⁶⁾がなされ、これが浸透して⁹⁷⁾、現在では近代的抵当権論は下火になっている。すなわち、被担保債権からの独立性を欠く債権担保目的の抵当権であるからといって、必ずしも後進的とはいえないことが、共通了解になってきているのである。

そこで、根抵当についても、あくまで普通抵当と同じく債権担保目的の保全抵当である、という点に立ち返って解釈すべきであろう。被担保債権の入替り可能性だけは普通抵当との大きな違いとして認めねばならないが、被担保債権の入替り可能性を超えて普通抵当との違いを強調し、根抵当権自体を独立の価値権として構想する必要はないのである。ドイツの近代的抵当権と我が国の根抵当権は（成立・消滅における）附従性がない点で共通しているが、それは異なる目的を偶然に同じ手段で実現しようとしているに過ぎない、というべきである。

そして実際に、根抵当をめぐる法制度は、このような観点からも十分説明可能である。

例えば、根抵当権は被担保債権から分離して譲渡できるが、これは根抵当権を独立の価値権として根抵当権者にとっての取引対象とするものではなく、本来は設定者による担保価値の弾力的利用を可能にするためのものと考えべきである⁹⁸⁾。極端に言えば、根抵当権者が融資者の地位を利用して大きめの枠を獲得し、余剰を設定者の一般債権者に有償譲渡して利益

95) 我妻・前掲注9)219頁。

96) 鈴木禄弥「ドイツ抵当権法と資本主義の発達」法律時報28巻11号20頁(1956)。

この近代的抵当権論に対する批判は根抵当立法より前になされたものであったが、根抵当立法当時は、まだ法律家全体における共通認識となるには至っていなかったようである。

鈴木博士は根抵当立法に際しては、ドイツの制度の中でも最高額抵当との関係を重視される（鈴木禄弥・前掲注15)280頁以下）。最高額抵当は保全抵当なので独立の原則は妥当しないが（鈴木・同305頁）、成立・消滅における附従性は否定されている。このことは、独立の原則が妥当すれば成立・消滅における附従性が否定されるものの、逆に成立における附従性がないからといって独立の原則が妥当するわけではないことを示唆する。

なお、ドイツでは最高額抵当などの保全抵当にも所有者抵当は成立するので、順位確定の第二原則は妥当する（鈴木禄弥「近代ドイツにおける抵当権法発達史補論」『物的担保制度の分化』（創文社、1992）154頁、189頁）。

97) 松井宏興「近代的抵当権論」星野英一編『民法講座第3巻』（有斐閣、1984）33頁、40頁以下、伊藤進「抵当権の学理上の課題」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』別冊NBL31号（商事法務研究会、1995）191頁、191頁。

98) 清水誠・前掲注86)8頁。

を得る、というような利用さえ、独立の価値権という性質には適合しているといわざるを得ない。しかし、これは債権担保目的という一段上の制度趣旨からは逸脱している。現に、法は譲渡につき設定者の承諾を要件とすることで、独立の価値権性に歯止めをかけており（398条の12、398条の13）、このことを単なる設定者保護のための政策的配慮と評価すべきではなからう。

附従性の否定も、価値権としての独立性から導かれるものではなく、被担保債権の入替り可能性を実現するために導かれたに過ぎないものといえる。すなわち、成立・消滅における附従性がなくても、根抵当権はあくまで将来存在する可能性がある被担保債権を担保するために存在しているのであって、独立の価値を有するものとはいえないのである⁹⁹⁾。

(3) 398条の7に対する現在の評価

話を398条の7に戻して、398条の7から随伴性②の否定を導かないことの、今日における実質的妥当性を確認しておきたい。

根抵当立法はメインバンク化¹⁰⁰⁾、系列化・固定化¹⁰¹⁾を時代背景に持つ。当時、根抵当権者たる銀行は債務者の財産に設定した価値権を独占的に把握することを欲しており、債権譲渡¹⁰²⁾も根抵当権の絶対的譲渡¹⁰³⁾も、それほどなされなかった。

しかし近年、金融及び抵当権のあり方は大きく変わっている。メインバンク制に動揺が見ら

れ、融資枠契約が広がりを見せているのもその結果である¹⁰⁴⁾。また、債務者のみならず銀行側の経営不振で、銀行が貸付債権を譲渡することが増えている¹⁰⁵⁾。

何より、担保権を債権から独立させて取引対象とするのではなく、むしろ債権の方を（担保付で）流通させる方向の取引が盛んになっている（セキュリティゼーション¹⁰⁶⁾）。セキュリティ・トラストはまさにその中であって、担保付債権を売買するための制度なのである。

このような時代背景にあって、398条の7がもたらす不便さが認識されつつあり¹⁰⁷⁾、近時の根抵当法改正の方向性もそのことを示している。営業譲渡に伴う根抵当権の移転¹⁰⁸⁾こそ実現しなかったが、根抵当権者側からの確定請求（398条の19第2項）は、随伴性を生じさせることで担保付の債権譲渡を容易にするための規定である¹⁰⁹⁾。

このような中で、あえて398条の7の射程を拡げるような解釈を採用するのは、合理的とはいえないだろう¹¹⁰⁾。

VIII. 結論

セキュリティ・トラストを用いると、「随伴性」の有する随伴性①（担保権の移転）と随伴性②（従前の被担保債権が担保され続けること）の両側面が分解される（Ⅱ）。そして根抵当権に関する398条の7についても、随伴性①の

99) 道垣内・前掲注19)150頁。これは、説明概念としても「独立の価値を有する担保権」（本稿における「被担保債権の独立性」に相当する）を持ち出すことが不適切である（かもしれない）ことを指摘するものである。

100) 「根抵当法20周年に寄せて」金融法務事情1342号62頁、65頁〔春日川和夫〕（1993）。

101) 清水誠・前掲注86)5頁。

102) 鎌田薫ほか「抵当権制度の現状と将来像（11）」NBL717号36頁、43頁〔菅原胞治発言〕（2001）。

103) 前掲注100)63-64頁〔江口浩一郎〕。

104) 佐藤監修・前掲注4)7-9頁。

105) 鎌田ほか・前掲注102)43頁〔菅原胞治発言〕。

106) 道垣内・前掲注26)120頁。

107) 鎌田ほか・前掲注102)38頁〔小林明彦発言〕、40-41頁〔菅原胞治発言〕。

108) 担保法改正委員会「抵当権法改正中間試案の公表」ジュリスト1228号181頁、226-228頁〔中田裕康〕（2002）。

109) 担保法改正委員会・前掲注108)230-232頁〔中田裕康〕。

110) もちろん、物権法の解釈には物権法定主義からの制約があり、立法当時の利益状況にある程度拘束されるので、こうしたニーズの変化は解釈論よりもむしろ立法論に親和的である。しかし、解釈論としても、解釈の範囲を守りつつ現在の経済状況に対応することは許されてしかるべきであろう。

否定と随伴性②の否定という、両様の読み方が成り立ち得る(Ⅲ)。

根抵当権を信託財産とする場合には、受益者の定めが、その両様の読み方のいずれかとして再解釈されたところの398条の7に反するものであってはならないことになる。セキュリティ・トラストで受益者を定める方法をその時々債権者とする、随伴性①が否定されつつ随伴性②が実現される(Ⅳ)。従って、根抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラストの許容性を考えるに際しては、398条の7が随伴性①と随伴性②のいずれを主に否定する趣旨であるかを解釈せねばならなくなる。

そこで考えるに、根抵当権を独立した価値権として位置づけ、そこから結論を演繹するような解釈は避けるべきである(Ⅵ・Ⅶ)。すなわち、根抵当権と普通抵当権との最大の違いである「被担保債権の入替り可能性」だけを根抵当権制度の核心として捉え、被担保債権の入替り可能性(とそれを認めることに伴う不都合を解消するための諸条文の趣旨目的)を損なわない範囲では、むしろ可及的に根抵当を普通抵当に近づけて解釈すべきである。そして、被担保債権からの独立性を構成すると説明されてきた各制度・条文は、分解・解体され、それぞれの具体的な趣旨目的を検討して個別に解釈されるべきである、ということになる。

そこで、398条の7も、まずは準共有に伴う複雑な関係の出現に歯止めをかけるための政策的規定と解しておくべきである(Ⅴ)。そして、398条の7が文言上適用される場合以外については、この「複雑な関係の出現」の程度を中心に、守るべき他の制度の制度趣旨などを考慮して398条の7を解釈し、適用(または類推適用)の有無を判断すべきである、と考える。

然るに、元本確定前の根抵当権について「複雑な関係」が生じる原因は、随伴性①「被担保債権の移転に伴って根抵当権が(一部)移転すること」にあった。そして、担保権者=被担保債権者の原則のもとでこれを否定するためには、随伴性②「被担保債権の帰属が変更しても債権は被担保性を失わないこと」をも、同時に崩さざるを得なかった。つまり、398条の7は随伴性①という手段のもたらす弊害に鑑みて「随伴性」を否定したに過ぎず、「随伴性」の目的である②そのものの否定を狙った規定ではない、と考えるべきである。

セキュリティ・トラストの場合、随伴性①がないので、398条の7が危惧した「複雑な問題」「複雑な関係」は生じない。

そしてこの場合も、根抵当を普通抵当と区別する分水嶺たる「入替り可能性」は実現される。すなわち、根抵当権には消滅における附従性がないので、弁済等によって債権が消滅しても極度額は減少せず、新たに発生した債権が担保される。この点は、随伴性②を肯定しても維持される。根抵当権を信託したセキュリティ・トラストの場合でも、譲渡債権が弁済されればその枠で新たに発生した債権が担保されるのであり、この意味において根抵当権の本質は害されない。

従って、受益者の定め方によって随伴性②を実質的に実現しても、398条の7の趣旨には反しないというべきである。具体的には、受益者を定める方法を「AB間の○月○日付コミットメントライン契約に基づく債権のその時々債権者」などとしても、398条の7の趣旨に反するものではない、というべきである¹¹¹⁾。

111) 一方で、受益者を特定人として受益権の単独譲渡を認めることも、根抵当権の場合には絶対的譲渡ができることを考えると、およそ仕組みとして許されないとはいえないだろう。この意味で、398条の7が随伴性②を否定するものでないにしても、本則に戻って随伴性②を必ず実現すべきということにはならないと思われる。

ただ、前掲注11)で述べたとおり、受益権を譲渡すると、受益者を変更する信託変更の登記の要否が問題として残るだろう。

根抵当権の「被担保債権の補論Ⅰ．範囲」とセキュリティ・トラスト

1 残された問題の所在

以上のように、根抵当の場合でも受益者の定め方によって受益権の当然移転を仕組みことが許されると解しても、直ちに譲渡債権を被担保債権として扱うことはできない。譲渡債権を特定債権として被担保債権の範囲に追加する必要があるか否かが、別途問題になる。

この問題についてはまだ十分に検討できていないが、問題を残す者の責任として、以下では問題の所在を指摘しつつ、考えられる議論の筋道を簡単に示したい。

2 債権者基準設定について

担保権者＝被担保債権者の原則の下では、根抵当権者が定めれば自動的に債権者基準が定まるので、債権者基準の定め方は問題にならなかった。しかし、セキュリティ・トラストによって担保権者＝被担保債権者の原則が崩されることで、根抵当権の帰属とは独立に債権者基準を定めることの要否が、はじめて問題となる。

債権者基準は、セキュリティ・トラストだからといって自由に定められるものではない。セキュリティ・トラストにおいては担保権者＝被担保債権者という関係を受益権によって実質的に維持する必要があることを考えると（Ⅳ参照）、債権者基準は、受益者であることが必要である。そして、受益者を「その時々における債権者」などと定めると、債権者基準も不特定の「受益者」とせざるを得なくなり、しかもそれはその時々における受益者と必ず一致するので、債権者基準を変更する必要はない（債権者

基準はいわば自動的に変更される）、ということになる。

ここで、債権者基準は果たして不特定人ではないのか、という問いが生まれる。

この問題は、被担保債権決定基準が果たすべき機能に照らして考察するしかないだろう。そして、被担保債権決定基準に求められる機能とは、文字通り根抵当権が実行される場合に優先弁済を受ける債権を決定する機能であると解したい¹¹²⁾。

そうすると、範囲を確定することができれば、すなわち既特定・既発生になった債権が被担保債権であるかないかが一義的に定まれば足りるはずである。

このように考えると、「受益者」（＝その時々における債権者）という定め方はその時々に応じてその指示対象が変化するものの、その時々において具体的に誰を指しているのかははっきり分かるはずである。従って、債権者基準は「受益者」としてよいであろう。

3 債権範囲基準変更の要否

次に、債権範囲基準を変更する必要があるかが問題となるが、根抵当権の譲渡があった場合でも、債権範囲基準の変更が常に必要なわけではない。

抽象的基準¹¹³⁾の場合、例えばA銀行が「銀行取引」から生じた債権を担保する根抵当権をB銀行に譲渡した場合、B銀行が同じ債務者に対してする銀行取引から生じた債権を担保するのであれば、債権範囲基準の変更は不要と解されている¹¹⁴⁾。

これに対して、契約を特定した具体的基準¹¹⁵⁾の場合で、契約上の地位の移転に伴って根抵当権が譲渡された場合については、厳格に被担保債権範囲の変更を要求する見解もある¹¹⁶⁾もの

112) 道垣内・前掲注19)149頁。

113) 鈴木禄弥・前掲注27)49頁の用語法に従う。

114) 鈴木禄弥・前掲注27)287頁。

115) 鈴木禄弥・前掲注27)49頁の用語法に従う。

116) 鈴木禄弥・前掲注27)290頁。これは、物権公示の観点を重視し、契約上の地位の承継が登記上に公示されてい

の、被担保債権決定の観点からは、移転の前後を通じて契約に同一性が認められるので、債権範囲基準を変更しなくても問題ないはずであり、現にこの場合は変更不要と解する見解もある¹¹⁷⁾。

この見解を推していくと、債権譲渡でも債権の同一性は維持されるので、形式上は債権範囲基準から外れることはないと解することができるであろう。

4 譲受特定債権としての追加の要否

しかし債権範囲基準は、範囲の確定の他にもう一つ、債権者・債務者間の取引によって生じた債権(398条の2第2項)への限定という、より実質的な意味合いも有する。

そこで、既発生被担保債権と併せて根抵当権を譲渡する場合でも、譲渡債権を被担保債権として追加する被担保債権範囲の変更が必要とされている。これは、譲渡債権は根抵当権譲受人と債務者との間の直接の取引によって生じた債権ではないからである¹¹⁸⁾。

従って、たとえ債権範囲が具体的基準の場合で、根抵当権と既発生被担保債権と契約上の地位を一挙に譲渡した場合でも、既発生被担保債権は(形式上債権範囲に入るように見えるにもかかわらず)そのままでは担保されないのである。

こうして、従来の考え方を維持する限り、被担保債権範囲への追加が必要だということになりそうである。ここが、実務的には最大のネックとなるであろう。

そこで、以下では試論として、従来の考え方を否定する方向で解釈を提示してみたい。

被担保債権が債権者債務者間の直接の取引で生じた債権に限定される理由は何であろうか。これまでの見解の多くは、根抵当権の存在目的が継続的取引から生じた取引債権の担保であることを理由に、取引債権への限定を説明する¹¹⁹⁾。ここで、非取引債権として具体的に想定されているのは、偶発的債権(債権者債務者間にたまたま生じた不法行為に基づく損害賠償請求権など)及び譲受債権である。

しかし、偶発的債権の排除と譲受債権の排除を、果たして同列に扱うべきであろうか。両者の排除は、趣旨目的を全く異にしているのではなかろうか。

偶発的債権が排除されるのは、債権が以後発生する可能性が、設定時の当事者間の意思に全く基礎づけられていないためであるとされる。

これに対して、譲受債権の排除は、債権回収秩序の維持がその目的であると考えられる。つまり、譲受債権を設定当初から被担保債権として容認すると、その後債務者の信用状態が悪化したときに、極度額に余裕がある根抵当権者が無担保の債権を買い取って根抵当権の被担保債権にして回収することが可能になるので、これを防止する趣旨と考え得る¹²⁰⁾。

ここに、目的論的解釈を展開する余地が生まれる。

すなわち、根抵当権とともに債権を譲り受けた場合は、もともと持っていた極度額の余りを用いて譲受債権の回収を図る場合とは異なり、

ないことを問題にするものである。

117) 鈴木正和ほか「新根抵当法の問題点《第5回》」手形研究186号34頁、40頁〔清水誠発言〕(1972)。なお、法務省民事局第三課編『例解新根抵当登記の実務(増補版)』(商事法務研究会、1983)37-38頁は、根抵当権譲渡に対する根抵当権設定者の承諾に債権範囲基準の変更の承諾を読み込んだ上で、登記の同一性を理由に債権範囲基準変更の登記は不要とする。

118) 鈴木禄弥・前掲注27)291頁、清水湛・前掲注29)45-46頁。

119) 鈴木禄弥・前掲注27)29頁。

120) 我妻・前掲注9)487頁。なお、譲受債権については、銀行界の強い要望で「回り手形」を当初から被担保債権にすることが例外的に認められている(398条の2第3項)が、例外の例外として、危機時期に残余極度額を利用する目的で取得した手形は担保されない(398条の3第2項)。本文の解釈は、この例外の例外から原則の理由を読み取るものである。

債権回収秩序を害することはない。

ただ、通常の根抵当権の譲渡であると、特に債権範囲基準として抽象的基準を用いた場合などには、譲渡された根抵当権が譲受債権以外の債権を担保することもあり得る。そうすると、債権回収秩序を害する恐れが皆無とはいえない。

しかし、セキュリティ・トラストで受益者の定めを「A B間の〇月〇日付コミットメントライン契約に基づく債権のその時々々の債権者」として、債権範囲基準に「(A B間の) 〇月〇日付コミットメントライン契約に基づくローン債権」という具体的基準を用いた場合なら、受益者に変更が生じて譲受債権だけが担保されることとなり、受益者が債務者に対して有する他の債権が担保されることはないので、債権回収秩序を害する恐れがない。従って、この場合は具体的基準に形式的に当てはまっていれば被担保債権としてよく、現在の特定の受益者と債務者の間の取引で生じた債権である必要はない、と解し得るのである。

しかし、被担保債権範囲への追加の要否はなるべく画一的に決まるのが望ましいとも考えられる。そうすると、これはもはや立法論の域に入るかもしれない¹²¹⁾。

補論Ⅱ．貸付人の地位譲渡への応用

実務上は、個別の貸付債権ではなく貸付人の地位を譲渡して貸付銀行を入れ替え、新しく入った銀行の債権も根抵当権で担保される、というセキュリティ・トラストも必要である¹²²⁾。そこで、貸付人の地位の譲渡を想定して、譲渡の後に譲受人の下で生じたローン債権を根抵当権で担保できるようにすることは可能かが問題となる。これについてはさらに検討が不足しているが、若干付言したい。

1 貸付人の地位のみの譲渡の場合

受益者の定め方を例えば「A B間の〇月〇日付コミットメントライン契約の、その時々における貸付人」とすることに何か問題はないか。貸付人の地位のみの譲渡の場合、地位譲渡人の下で発生した個別の被担保債権が移転しつつ根抵当権で担保される、という帰結を求めているわけではないので、むしろ根抵当権だけの絶対的譲渡に近い。従って、398条の7の趣旨を随伴性①の否定と考えても随伴性②の否定と考えても、契約に随伴する形をとることの可否が398条の7との関係で問題になることはないはずである。

債権者基準については、個別債権譲渡と同じく、不特定の「受益者」としてよいと思われる。

債権範囲基準については、補論Ⅰで検討したところにより、契約上の地位の譲渡によっても契約の同一性が保たれるので「A B間の〇月〇日付コミットメントライン契約に基づく貸付債権」という具体的基準を定めれば変更は不要になる、と考えたい。

取引で生じた債権に当たるか、という点については、地位の譲渡後に地位譲受人の下で発生するローン債権については、問題なく受益者＝地位譲受人と債務者の間に生じた債務といえる。従って、むしろ個別債権の譲渡の場合よりも問題は少ないといえる。

2 貸付人の地位と併せて既発生 of 個別債権をも譲渡する場合

この場合に、譲渡された個別債権が根抵当権で担保されるかは、個別債権のみの譲渡と比べても、貸付人の地位のみの譲渡と比べても、さらに難しい問題である。特に、取引によって取得したといえるかが問題となりそうであるが、問題の指摘にとどめたい。

121) 他にも、不特定人である「受益者」を債権者基準としたことで、譲渡にもかかわらず債権者基準の変更が生じないことになるので、このことに注目する方法も考えられるかもしれないが、ここでは指摘にとどめる。

122) 貸付人の地位譲渡のニーズにつき、佐藤監修・前掲注4)130頁。

※ 本稿を執筆するに際しては、指導教官の森田修教授にお忙しい中幾度となく時間を取っていただき、懇切丁寧なご指導をいただいた。また、実務に疎い筆者がこの問題領域に関心を持つことができたのも、ひとえに小林卓泰弁護士（森・濱田松本法律事務所）の貴重なご示唆があればこそであった。ここに記して感謝の意を示したい。

もちろん、本稿が試みた議論はすべて筆者個人の拙い着想によるものであり、それゆえ本稿が犯しているであろう間違いはすべて筆者のみに帰責されるべきものであることを、念のため注記しておく。

（あべ・ゆうすけ）