

ドイツ物権法・条文訳 (2) - 抵当権 2

ドイツ物権法翻訳プロジェクト 田村耕一・堀田親臣編⁽¹⁾

§ 1123 Erstreckung auf Miet- oder Pachtforderung

(1) Ist das Grundstück vermietet oder verpachtet, so erstreckt sich die Hypothek auf die Miet- oder Pachtforderung.

(2) Soweit die Forderung fällig ist, wird sie mit dem Ablauf eines Jahres nach dem Eintritt der Fälligkeit von der Haftung frei, wenn nicht vorher die Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers erfolgt. Ist die Miete oder Pacht im Voraus zu entrichten, so erstreckt sich die Befreiung nicht auf die Miete oder Pacht für eine spätere Zeit als den zur Zeit der Beschlagnahme laufenden Kalendermonat; erfolgt die Beschlagnahme nach dem 15. Tage des Monats, so erstreckt sich die Befreiung auch auf den Miet- oder Pachtzins für den folgenden Kalendermonat.

[第 1123 条：使用貸借債権及び⁽²⁾用益貸借債権への効力]

(1) 土地が使用貸借又は用益貸借の目的となったときは、抵当権は、その使用貸借債権又は用益貸借債権に及ぶ。

(2) 第 1 項の債権が弁済期にある場合において、抵当権者のために予め差押えを行わないときは、その債権は、弁済期到来後 1 年の経過によって担保の責任を免れる。使用賃料又は用益賃料を前払いしなければならないときは、この免責は、差押え当時進行中の暦月後の使用賃料又は用益賃料に及ばない；ただし、差押えがその月の 15 日より後に行われたときは、この免責は、翌月の使用貸借賃料又は用益貸借賃料にも及ぶ。

(1) ドイツ物権法翻訳プロジェクト、編者、各条文の邦文訳・解説の担当者など、本資料執筆・公表に関する詳細については、重複を避けるため、広島法学 39 卷 2 号 74 頁以下 (2015 年) を参照のこと。

(2) 原文は oder であるが、日本の条文例に従って「及び」と訳出した (日民 108 条、123 条など)。

(1) 原則

抵当権は、非占有担保であるが、所有者は自由に目的不動産を賃貸することができる。目的不動産が使用又は用益賃貸借の対象となったときは、補充性(代償性)の原則によって、抵当権の設定期間に対する賃料について効力が及ぶ。賃貸人は所有者か否かを問わない。抵当権者が賃料債権から回収するためには、強制管理手続による差押え(Beschlagnahme)又は債務名義に基づく債権の差押え(Pfändung)による。

(2) 制限

抵当権者が強制管理等のための差押えを行うまでは、目的不動産の所有者等は、抵当権の効力が及んでいる賃料債権を自ら取り立てたり、債権譲渡その他の方法で処分することができる。抵当権の賃料に対する効力は、賃料債権の弁済期が到来し、弁済期到来後1年を経過しても差押えがないときは、及ばなくなる(当該賃料に対する抵当権の効力は消滅する)。

(3) 賃料の前払特約

賃料の前払特約などがあり、使用又は用益賃料を前払いしなければならないときは、抵当権者の差押えにより、抵当権の効力は、差押え当時進行中の暦月後の使用又は用益賃料に及ぶ。たとえば、6月10日に差押えがあった場合は、7月からの賃料に及ぶ。ただし、差押えがその月の15日より後に行われたときは、抵当権の効力は翌月の使用又は用益賃料にも及ばない。すなわち、抵当権の効力が及ぶのは、翌々月の8月分からの賃料になる。

(鳥谷部茂)

§ 1124 Vorausverfügung über Miete oder Pacht

(1) Wird die Miete oder Pacht eingezogen, bevor sie zugunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen worden ist, oder wird vor der Beschlagnahme in anderer Weise über sie verfügt, so ist die Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam. Besteht die Verfügung in der Übertragung der Forderung auf einen Dritten, so erlischt die Haftung der

Forderung; erlangt ein Dritter ein Recht an der Forderung, so geht es der Hypothek im Range vor.

(2) Die Verfügung ist dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam, soweit sie sich auf die Miete oder Pacht für eine spätere Zeit als den zur Zeit der Beschlagnahme laufenden Kalendermonat bezieht; erfolgt die Beschlagnahme nach dem fünfzehnten Tage des Monats, so ist die Verfügung jedoch insoweit wirksam, als sie sich auf die Miete oder Pacht für den folgenden Kalendermonat bezieht.

(3) Der Übertragung der Forderung auf einen Dritten steht es gleich, wenn das Grundstück ohne die Forderung veräußert wird.

[第 1124 条：使用賃料債権及び用益賃料債権の事前処分]

(1) 抵当権者の利益のために差押えがなされる前に使用賃料又は用益賃料を取り立てたとき、又はその他差押前にこれを処分したときは、この処分は、抵当権者に対して効力を有する；この処分が第三者への賃料債権の譲渡である場合には、その債権の担保責任は消滅する。第三者が賃料債権のうえに権利を取得したときは、その権利の順位は抵当権に優先する。

(2) 前項の処分は、差押え当時進行中の翌月以降の期間についての使用賃料又は用益賃料に関する限り、抵当権者に対して効力を有しない；ただし、その差押えがその暦月の 15 日より後に行われたときは、この処分は、その次の暦月についての使用賃料又は用益賃料に関する限り、効力を有する。

(3) 土地が賃料債権なしで譲渡されたときは、賃料債権が第三者に譲渡された場合と同様とする。

(1) 賃料債権の事前処分⁽³⁾

抵当権に基づく差押えがあるまで、賃貸人は、自由に取り立てなどの処分を行うことができる。抵当権者による差押えがなされる以前に使用又は用益賃料を取り立てたとき、又はその他差押前にこれを処分したときは、この処分は、抵当権者に対して効力を有する。すなわち事前処分が優先し、抵当権

(3) 占部洋之「ドイツ法における抵当不動産賃料の事前処分（一～三・完）」大阪学院大学法学研究 23 卷 2 号 99 頁、24 卷 1 号 39 頁、25 卷 1 号 133 頁参照（1997 - 1998 年）。

の効力が及ばなくなる。

この処分が第三者への賃料債権の譲渡である場合には、その債権に対する抵当権の効力は消滅する。第三者が賃料債権のうえに権利を取得したときは、その権利の順位は抵当権に優先する（先に土地に抵当権の登記があれば、賃料債権の譲渡は劣後する日本の判例と異なる）。抵当権者の差押え前に、第三者が賃料債権を差し押さえた場合も、事前処分にあたる。また、免責される処分としては、履行、履行に代わる給付、契約上又は法定の相殺、免除、供託などがこれにあたる。

(2) 第三者への処分の効力

第三者への処分は、抵当権者による差押えがなされた場合、差押え当時進行中の翌月以降の期間についての使用又は用益賃料に関する限り、抵当権者に対して効力を有しない。ただし、その差押えがその暦月の15日よりも後に行われたときは、この処分は、その次の暦月についての使用又は用益賃料に関する限り、効力を有する。

賃料債権を目的として用益権⁽⁴⁾を設定することは、債権の処分に該当する。不動産を目的とする用益権の設定は、これと異なる。支配的見解によると、不動産を目的とする用益権設定は、不動産の処分であり、賃料債権に関する処分に該当しないと解されている。 (鳥谷部茂)

§ 1125 Aufrechnung gegen Miete oder Pacht

Soweit die Einziehung der Miete oder Pacht dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam ist, kann der Mieter oder der Pächter nicht eine ihm gegen den Vermieter oder den Verpächter zustehende Forderung gegen den Hypothekengläubiger aufrechnen.

[第1125条：使用賃料債権及び用益賃料債権との相殺]

使用賃料又は用益賃料の取立てが抵当権者に対して効力を有しないときに限り、使用

(4) 原語は、Nießbrauch。用益権についてはBGB1030条以下参照。

賃借人又は用益賃借人は、抵当権者に対して、自己が使用賃貸人又は用益賃貸人に対して有する債権をもって相殺することができない。

本条は、被差押債権に対する相殺（BGB392 条）が一定の場合に制限されることを規定する。原則として、抵当権者による差押え前は、賃貸人と賃借人は対立する債権をもって相殺することができるが、抵当権者による差押え後は、賃料債権の取立て等が前条 2 項によって抵当権者に対抗できないとき（例えば、差押えが 15 日より前の場合は翌月分から、15 日より後の場合は翌々月分から）は、賃貸人に帰属する債権をもってする相殺もまた、抵当権者に対しても執行管理人に対しても効力を有しない。ただし、抵当権者に対しても対抗できる賃料債権（被差押債権）を反対債権とする相殺は妨げられない。

本条は、文言上、相殺についてのみ規定するが、規範の意義・目的からそれが実質上同視できるときは、賃借人は留置権を行使できる。留置権は、本条によって制限を受けない。

建物建築協力金を賃料の前払いとする特約があり、実際に協力金が給付され、建設費用として用いられ、不動産価格が上昇した場合には、相殺を抵当権者にも対抗できる（BGHZ 37,346）⁽⁵⁾。（鳥谷部茂）

§ 1126 Erstreckung auf wiederkehrende Leistungen

Ist mit dem Eigentum an dem Grundstück ein Recht auf wiederkehrende Leistungen verbunden, so erstreckt sich die Hypothek auf die Ansprüche auf diese Leistungen. Die Vorschriften des § 1123 Abs. 2 Satz 1, des § 1124 Abs. 1, 3 und des § 1125 finden entsprechende Anwendung. Eine vor der Beschlagnahme erfolgte Verfügung über den Anspruch auf eine Leistung, die erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig wird, ist dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam.

(5) 占部・前掲「(三・完)」大阪学院大学法学研究 25 卷 1 号 162 頁参照。

[第1126条：回帰的給付請求権に関する効力]

回帰的給付を請求する権利が土地の所有権と結合するときは、抵当権の効力は、この回帰的給付に関する請求権に及ぶ。この場合には、第1123条第2項第1文、第1124条第1項、第3項及び第1125条の規定を準用する。差押後3ヶ月後に弁済期が到来する給付に関する請求権について、その差押前に行った処分は、抵当権者に対して、その効力を生じない。

抵当不動産から回帰的に発生する給付請求権は、BGB96条による土地の構成部分となる。このような土地と結合する回帰的給付請求権としては、物的負担における定期金（BGB1105条2項）、地上権地代（Erbbauzinsen）（地上権法9条）⁽⁶⁾、越境・圍繞地通行の定期金（BGB917条、918条）、地役権の保存費用（BGB1021条2文及び1022条2文）などが含まれ、BGB1123条以下の賃料債権に関する規定が準用される。これらの権利が不動産の構成部分となったのが、不動産担保権の前か後かは免責に影響を及ぼさない。

差押え後3ヶ月以内の給付請求権については、免責が認められている。すなわち、本条3文の規定は、期間は異なるが、BGB1124条2項によって代替される。

(鳥谷部茂)

§ 1127 Erstreckung auf die Versicherungsforderung

(1) Sind Gegenstände, die der Hypothek unterliegen, für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer des Grundstücks unter Versicherung gebracht, so erstreckt sich die Hypothek auf die Forderung gegen den Versicherer.

(2) Die Haftung der Forderung gegen den Versicherer erlischt, wenn der versicherte Gegenstand wiederhergestellt oder Ersatz für ihn beschafft ist.

[第1127条：保険債権に関する効力]

(6) 地上権（Erbbaurecht - 1012条以下）は無償でも成立しうするため、地代等については特別法である地上権法（Erbbaurechtsgesetz）に規定が置かれている。

(1) 抵当権の目的物に土地の所有者又は自主占有者のために保険を付したときは、抵当権は、保険者に対する保険債権に及ぶ。

(2) 保険者に対する債権の責任は、保険の目的物がその原状を回復し、又はその代位物を取得したときは、消滅する。

(1) 趣旨

本条は、保険金請求権の原則についてのみ規定し、建物保険 (BGB1128 条) 及び建物以外の賠償保険 (BGB1129 条)、保険規約の効力 (BGB1130 条) については次条以下に規定する。

本条は、所有者又は自主占有者と保険者の間に保険金請求権が存在することを前提としている。したがって、保険契約が無効のときは、本条の権利は、抵当権者に帰属しない。また、この担保責任は、保険事故の発生の時点で、土地担保権又はこれに対応する仮登記が存在していたことが必要である。

担保責任すなわち抵当権の効力は、抵当不動産が滅失した場合、その目的物の原状回復又は代位物から債権が回収されるまで、原状回復又は代位物に対して及ぶ。これを抵当権に対する責任の拡張という。原状回復としては建物の建築や修理が、代位物には代わりの担保や補償などが含まれる。その原状回復又は代位物から被担保債権が回収されたときに、抵当権の効力は消滅する。抵当権に対する責任拡張は、保険債権に限られ、それ以外の償金債権 (地上権法 29 条) 若しくは損害賠償請求権には及ばない。

(2) 抵当物件の権利者

本条 1 項は、保険債権に抵当権の効力が及ぶ不動産について、不動産の所有者又は自主占有者を被保険者とする場合に限定している。保険金の受領者が誰であるか、保険した危険の種類を問わないが、保険法の規定するところに従って有効に成立し、かつ、存続していることが必要である。ただし、建物保険において、抵当権者は、保険契約者に対して独立の請求権を有する場合がある (保険契約法 (VVG) 100 条ないし 106 条参照)⁽⁷⁾。

(3) 効果

抵当権が保険金請求権に及ぶ場合の効果については、建物保険とその他の場合に分けて、次条以下に規定されている。被保険者が抵当権者に対して弁済したときは、抵当権は所有者抵当として存続する (BGB1163 条)。建物保険において、保険者が抵当権者に支払いをした場合は、保険者に抵当権が移転する (VVG104 条)。(鳥谷部茂)

§ 1128 Gebäudeversicherung

(1) Ist ein Gebäude versichert, so kann der Versicherer die Versicherungssumme mit Wirkung gegen den Hypothekengläubiger an den Versicherten erst zahlen, wenn er oder der Versicherte den Eintritt des Schadens dem Hypothekengläubiger angezeigt hat und seit dem Empfang der Anzeige ein Monat verstrichen ist. Der Hypothekengläubiger kann bis zum Ablauf der Frist dem Versicherer gegenüber der Zahlung widersprechen. Die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist; in diesem Falle wird der Monat von dem Zeitpunkt an berechnet, in welchem die Versicherungssumme fällig wird.

(2) Hat der Hypothekengläubiger seine Hypothek dem Versicherer angemeldet, so kann der Versicherer mit Wirkung gegen den Hypothekengläubiger an den Versicherten nur zahlen, wenn der Hypothekengläubiger der Zahlung schriftlich zugestimmt hat.

(3) Im Übrigen finden die für eine verpfändete Forderung geltenden Vorschriften Anwendung; der Versicherer kann sich jedoch nicht darauf berufen, dass er eine aus dem Grundbuch ersichtliche Hypothek nicht gekannt habe.

[第 1128 条：建物保険]

(1) 建物が保険に付された場合において、保険者が被保険者に対して行った保険金の支払いは、保険者又は被保険者が抵当権者に損害の発生を通知し、かつ、その通知の受領の時から 1 ヶ月を経過したときは、抵当権者に対して、その効力を有する。抵当権者は、その期間が経過するまでは、保険者に対してその支払いについて異議を述べることができる。通知を行うことができないときは、これを要しない；この場合において、1 ヶ

(7) 保険契約法 (VVG = Versicherungsvertragsgesetz) 97 条～107 条 c は、保険債権への抵当権の効力について詳細に規定する。

月の期間は、保険金が弁済期となった時点から起算する。

(2) 抵当権者が保険者に抵当権を通知した場合において、抵当権者が支払いを書面により同意したときにのみ、保険者が被保険者にした保険金の支払いは、抵当権者に対してその効力を有する。

(3) その他の場合については、質入れした債権に関する規定を適用する；ただし、保険者は、不動産登記簿により知ることができた抵当権について、不知を主張することができない。

本条は、建物保険が問題となる限りで、使用及び用益賃料に関する BGB1124 条と同様に、BGB1127 条で規定する保険金請求権に関する処分の効力を規定している。本条は、建物保険に基づく請求権が存在することを前提とする。建物火災保険については、VVG97 条以下が補充的に適用され、抵当権者の保護をより強化している。

第 1 項は、保険者（保険会社）又は被保険者（建物所有者等）が保険事故を抵当権者に通知されたか否かによって被保険者への給付が免責されるかどうかを規定している。保険者らは、登記簿に記載された全ての者に通知しなければならない。通知することができないときは、抵当権者の所在が不明である場合や登記された抵当権者の相続人が不明のような場合である。

抵当権者が保険者らからの通知に異議を述べないときは、保険者の支払いは有効となり、抵当権者に対する関係で免責される。異議は、通知の前にしても有効である。期間経過後は、抵当権者は、債権質権の方法における差押えによってのみ防御することができる。抵当権者が複数の場合、異議は異議を主張する者のためにのみ効力を有する。

第 2 項は、抵当権者が保険者に抵当権の設定がある旨を通知し、書面による同意をしたときに支払いが効力を有することを規定している

第 1 項及び第 2 項は、保険契約において、いわゆる原状回復条項が合意された場合には適用されない。今日では当該条項が付けられるのが一般的で、

本条の実務的意義は大きくないとされている。

第3項は、抵当権者を(差押)債権者と同等に扱っており、建物保険においては、抵当権者は保険債権のうえに債権質権を取得する(BGH NJW81,1672)。これによって、保険債権に関して所有者の処分を制限している。

この場合、抵当権者の差押えは必要とされない。弁済期の前には、抵当権者にBGB1281条(弁済期前の給付)が適用され、弁済期後にはBGB1282条(弁済期後の給付)が適用される。これらの条項によって、抵当権者に不利な処分は排除される。(鳥谷部茂)

§ 1129 Sonstige Schadensversicherung

Ist ein anderer Gegenstand als ein Gebäude versichert, so bestimmt sich die Haftung der Forderung gegen den Versicherer nach den Vorschriften des § 1123 Abs.2 Satz 1 und des § 1124 Abs.1, 3.

[第1129条：その他の損害保険]

建物以外の目的物に保険を付したときは、保険者に対する債権の責任は、第1123条第2項第1文、第1124条第1項及び第3項の規定によって定める。

(1) 本条は、BGB1128条の建物保険を除く保険債権に適用される。次条のBGB1130条は、特別規定である。

(2) 本条は、BGB1128条と同様に、有効な保険契約が存在することを前提とする。保険者に対する債権は、不動産担保権における使用・用益賃料債権と同様に扱われる(BGB1123条2項1文並びにBGB1124条1項及び3項参照)。その債権は、不動産担保権者の差押えに従って、そこで掲げられた要件のもとで担保責任に服する。ただし、BGB1123条と異なり、強制競売法(ZVG)21条2項は適用されず、同法21条1項の範囲内において差押えが効力を有する。所有者は、差押え後は、その債権に関して、不動産担保権者に対して、処分を対抗することができない。(鳥谷部茂)

§ 1130 Wiederherstellungsklausel

Ist der Versicherer nach den Versicherungsbestimmungen nur verpflichtet, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstands zu zahlen, so ist eine diesen Bestimmungen entsprechende Zahlung an den Versicherten dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam.

[第 1130 条：原状回復条項]

保険者が保険規約によって被保険物の原状回復のためにのみ保険金を支払う義務を負うときは、その規約に従って行った被保険者への支払いは、抵当権者に対して効力を有する。

(1) 本条は、債権の差押え前の期間のために、BGB1128 条 1 項、2 項及び BGB1129 条の規定を部分的に変更している。また、この規定は、VVG97 条以下によって補充されている。さらに、この規定は、土地債務及び定期土地債務に準用されている。

(2) この規定は、保険者が有効な保険契約に基づき、被保険物の回復のためにのみ保険金を支払う義務を負うことを前提としている。その債権が差し押さえられないときは、保険者は、不動産担保権者に対して免責の効力をもって、被保険者に給付することができる。

免責の効力は、契約に従った支払いによって生じるのであり、金額が実際上回復のために消費されるかどうかとは別である。回復がもはや不可能な場合には、所有者が BGB1130 条による保険金を受領することができる。第三者への譲渡は、不動産担保権者に対して効力を有しない。債権の差押えは、回復が目的とされている限り、排除される。差押えに関しては、BGB1134 条 2 項に基づく権利が不動産担保権者に与えられている。(鳥谷部茂)

§ 1131 Zuschreibung eines Grundstücks

Wird ein Grundstück nach § 890 Abs.2 einem anderen Grundstück im Grundbuch zugeschrieben, so erstrecken sich die an diesem Grundstück bestehenden Hypotheken auf das zugeschriebene

Grundstück. Rechte, mit denen das zugeschriebene Grundstück belastet ist, gehen diesen Hypotheken im Range vor.

[第 1131 条：土地の合筆]

土地が、第 890 条第 2 項によって、登記簿上、他の土地に合筆されたときは、この土地の抵当権は、合筆された土地に及ぶ。合筆された土地に設定されている権利は、この抵当権に優先する。

BGB890 条 2 項により合筆⁽⁸⁾された土地は、主たる土地の非本質的構成部分となる。その結果、BGB1120 条の責任が及ぶところとなる。本条前段は、BGB1120 条に従い、主たる土地に設定された抵当権が構成部分となった土地に及ぶことを確認し、後段において、合筆した土地に設定されていた権利関係と主たる土地に存在していた抵当権との優先関係について定める。

本条前段は、合筆がもたらす原則、即ち、BGB1120 条のいうところの *Umfassenden Bestandteilshaftung* の原則に従う旨定める。例えば、主たる土地である甲土地に抵当権が設定されている場合に、従たる土地である乙土地を合筆させたときは、甲土地の抵当権は乙土地に及ぶ。逆に従たる土地である乙地に対する負担は、主たる土地である甲地には及ばない (OLG Schleswig MDR 1955, 48)。これは法律行為による拡張によってのみ可能となる。

本条後段は、主たる土地である甲土地の抵当権と従たる土地として合筆された乙土地に設定された権利との関係を定める。例えば、乙土地に設定されていた用益権は、本条後段により甲土地の抵当権に優先することになる。用

(8) 本翻訳プロジェクトは、*Zuschreibung* を「合筆」と仮に訳出した。日本不動産登記規則 106 条が「甲土地を乙土地に合筆する合筆の登記をするとき」とのみ定めて、ドイツ民法のような区別をおいていないこと、*Zuschreibung* は二つの土地を併せて一つにする（それぞれの土地が法的独立性を失う）というよりも、一つを存続させ、他方を吸収させるのであるが、日本法が定める合筆はこれに近いことを主たる理由とする。詳細は、BGB890 条の翻訳時において、登記制度を含めて、改めて議論されることになる。

益権の登記が、抵当権の登記よりも後になされる場合であっても、抵当権は用益権に劣後する。例えば、甲土地は居住用の土地 (Wohngrundstück) であり、その所有者は A である。この土地について、2014 年 4 月 1 日に B のために抵当権が設定されていた。2015 年に、A は隣接する園芸用の土地 (Gartengrundstück) である乙地を取得したが、この土地には売主の母のために用益権が設定されていた。このような場合に、A が乙土地を甲土地と合筆すると [Zuschreibung]、抵当権は乙土地にも及ぶ。(仮に用益権が後に登記される場合でも、抵当権は用益権に劣後する。) しかし、用益権は甲土地には及ばない。Zuschreibung は、混乱が予想される場合には (§ 6 Abs.1 GBO)、なされるべきではない⁽⁹⁾。 (道山治延)

§ 1132 Gesamthypothek

(1) Besteht für die Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken (Gesamthypothek), so haftet jedes Grundstück für die ganze Forderung. Der Gläubiger kann die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Teil suchen.

(2) Der Gläubiger ist berechtigt, den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke in der Weise zu verteilen, dass jedes Grundstück nur für den zugeteilten Betrag haftet. Auf die Verteilung finden die Vorschriften der §§ 875, 876, 878 entsprechende Anwendung.

[第 1132 条：共同抵当権]

(1) 債権のために数個の土地に抵当権 (共同抵当権) が存在するときは、各土地は債権の全部を担保する。債権者は、自らの選択に従い土地の全部又は一部から弁済を受けることができる。

(2) 債権者は、各土地が分割された額の範囲でのみ担保するという方法で、債権額を個々の土地に割り付けることができる。債権額の割り付けには、第 875 条、第 876 条及び⁽¹⁰⁾第 878 条の規定を準用する。

(9) Bauer/Stürner, Sachenrecht, 17 Aufl., 1999, S.151; OLG Frankfurt a.M. Rpfleger 1993, 396.

(10) ドイツ語原文にはこれに該当する言葉は存在しないが、本翻訳プロジェクトでは、日本の条文例に従って、「及び」を補うこととした。

(1) 意義

ドイツ民法は、本条において、共同抵当権 (*Gesamthypothek*) を定める。通常、債権は、抵当権の付従性の故に、数個の独立した抵当権によって担保されることはない。しかし、この制度によれば、債権者は一個 (または数個) の債権のために数個の土地に一つの抵当権を設定することができ、この数個の土地によって債権は担保される。この場合、土地は同一所有者に帰属する必要もないし、債務者の所有である必要もない。

債権者は任意の土地から弁済を受けることができる⁽¹¹⁾。共同抵当権の設定により、債権者は土地の価値の減少によるリスクを回避することができる。例えば、Aは、Bから20万ユーロの金銭消費貸借を受け、所有地甲地 (18万ユーロ相当の住居を含む)、乙地 (14万ユーロ相当の宅地)、丙地 (5万ユーロ相当の山林) に共同抵当権を設定した。住宅が保険によって把握されていない出来事 (例えば地震) により滅失してしまい、甲地が4万ユーロほどの価値になってしまった場合であっても、Bの債権はすべての土地によって担保される。これに対して、Bが債権を個々の土地に割り当てていたときには、住居の土地に割り当てられた債権は部分的に担保されない。そこで、「債権者は - *hypothekarischer Pascha*⁽¹²⁾ のように - 土地を支配する」とされる。「小さく、そしてわずかな価値しかない、全部合わせた場合にだけ投資価値が生ずる土地の抵当権による資本の投下」は経済的に望ましく、それ故に、農業分野や大規模な金融の分野においても意味がある⁽¹³⁾。

(2) 共同抵当権の成立

(11) このことは後順位抵当権者にとっては不測の不利益ともなりうる。BGH NJW 1986, 1478, 1488.

(12) Heck は、「総債権者の権能は消極的に利害関係を有する者との関係においても非常に大きい。彼は抵当権による支配者と呼び得る。各土地から完全な弁済を受けることができ (第 1132 条)、任意に分割することができ (第 1132 条)、個々の土地のために自らの権利を放棄することができる (第 1175 条)」という (Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, 1930, S.390)。

本条第 1 項の規定は共同抵当権の定義・内容を定め、第 2 項は、共同抵当権の（利益の？）放棄について規定する。

共同抵当権は、原則として法律行為によって成立する⁽¹⁴⁾。一般に以下の成立要件を満たす必要があるとされる。(i) 債権の同一性 (Forderungsidentität)。担保される債権の法的基礎は、すべての担保目的にとって同一でなければならない。(ii) 同種性 (Artgleichkeit)。物権である抵当権は、すべての土地に同種のものとして設定されなければならない。それゆえに、ある土地については証券抵当権を、他の土地については登記抵当権を設定することはできない。(iii) 債権者の同一性 (Gläubigeridentität)。債権者は、全ての権利について登記簿上同一人でなければならない。そして、各土地のために合意と登記を必要とする。登記の一部が存在せず、或いは、設定行為が効力を有しないときは、BGB139 条により、共同抵当権が成立するのか、個別の抵当権が成立するのか判断されることになる。

共同抵当についての詳細は、BGB1143 条 2 項、1172 条乃至 1176 条及び 1182 条が定める。 (道山治延)

【注意点】

・ BGB1123 条以下で出てくる *Miete* (使用賃貸借) と *Pacht* (用益賃貸借) について、*Miete* は BGB535 条以下に、また、*Pacht* は BGB581 条以下に、各々規定が置かれている。*Miete* と *Pacht* は、ともにわが国の賃貸借に相当するものといわれ、*Pacht* は「物の使用だけでなく果実の収取をみとめる点、および

(13) *Motive eines Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. III 1888, S.685; Münchener Kommentar § 1132 RdNr.1.*

(14) 共同抵当権は、判例上、土地の分割によっても成立する (RG 146, 363, 365.)。さらに、BGB1287 条は、債務者の給付により保全抵当権を取得しうることを定めるが、給付の目的が数個の土地所有権の譲渡である場合には、共同抵当権を取得する。また、これまで数個の個別の抵当権によって担保されてきた数個の債権を一つにまとめることによっても成立する (Jauernig, § 1132 RdNr. 4ff.)。

物だけでなく、権利（狩猟権行使権、漁業権、鉱業権など）を目的としている点で、使用賃貸借と異なっている（同 581 条 1 項）」と説明される（山田晟『ドイツ法概論Ⅱ〔第3版〕』（有斐閣・1987年）125頁）。その他、両者の概要については、山田・前掲書 125 - 140 頁等参照。