

## 滌除制度の目的と構造

西 津 佐和子

- 一 はじめに
- 二 滌除制度の目的
- 三 滌除制度の構造
- 四 むすびに

### 一 はじめに

法制審議会において、1 抵当制度の見直し作業が行われている。抵当権者を害するとして古くから批判されてきた滌除制度もその主たる対象であり、すでに見直し作業を視野に入れた研究や、2 立法論的提案が見られる。

滌除は、大雑把に言えば、不動産の価格の範囲で抵当権者らに順位に従って弁済するものであり、その結果として被担保債権の完全な満足がなされたかどうかにかかわらず、全ての抵当権が消滅することから、不動産執行と類似した性格を有するものである。この滌除制度は、第三取得者を保護し、抵当不動産の流通を促進するため

に存在するといわれてきたし、また、価値権たる抵当権と利益権を調和させるものであるともいわれる。

しかしながら、滌除は、あまりにも抵当権者の利益を害しすぎることから、強く批判されてきた。思うに、我々は、滌除について二度の失敗をし、それゆえ、現在三つの問題に直面しているといえるのではないか。

一度目の失敗は、民法典制定時に端を発するものである。起草者はフランス民法を範として、フランスの滌除制度をほぼそのままの形で取り込んだ。しかしながら、第三取得者に適正な価格を提供させるための土台となるべき、公証人を介在させた不動産取引制度を整備しなかったし、また、滌除と執行手続きとは、性格上、密接な関わりを持つにもかかわらず、これらに整合性を持たせなかったたのである。滌除制度は抵当権者に低廉な滌除金額を承諾させるための道具として使われるという古くからの批判は、この失敗に起因するものであろう。

二度目の失敗は、民事執行法制定時に端を発するものである。これ以前には担保権の実行については競売法が、不動産執行は民事訴訟法が規定しており、二つの手続きが並立していたのであるが、民事執行法がこれを一本化した。その際に、競売法には規定されていなかったが民事訴訟法に規定されていた「剰余主義」を、若干、形を変えて採用した（無剰余取消制度、民執六三条）。剰余主義と滌除は、いずれも不動産の価格が被担保債権額よりも低い場合に機能するものでありながら、前者は抵当権者に完全な満足を得られるという期待を抱かせ、後者はその期待を無に帰させるものであり、抵当権者の利益状況に全く逆の変化をもたらしてしまう。従って、滌除と剰余主義を同時に採用する現在の日本の抵当制度は、矛盾を抱えてしまったように見えるのである。

これらの失敗が引き起こした問題は、我々に、滌除の存在意義は何かという問いを投げかけてきた。すなわち、抵当権者の利益をこれ程までに害する道具を、なぜ抵当制度は維持しなければならないのかという問いである。しかしながら、近時、第三取得者の保護や抵当不動産の流通という、これまでに制度趣旨とされたことが、本当

に保護に値するものなのかという問いかけがなされ始めているし、社会情勢の変化に伴い、滌除に新たな機能を期待するものもあり、制度の目的自体が揺らぎ始めてきたようである。

幸い、我々は抵当制度の見直し段階に入っているから、古くから批判されてきた滌除の構造上の問題は修繕が可能かもしれない。従って、従来指摘されてきた問題点を洗い直し、これを修繕することを前提として、今、あらためて滌除の存在意義を考察することには意義があるものと考ええる。

## 一一 滌除制度の目的

### 1 これまでの議論

学説は立法当初から、抵当権者の利益を害するといわれるこの制度が、なぜ民法典に存在を認められているのか、その理由付けに追われてきた。従来の学説は、滌除制度の存在意義を、概ね次の三点に見いだしてきた。

① 第三取得者を保護するため

② 抵当不動産の流通を促進するため

③ 価値権と用益権の調和をはかるため

これらの点につき、近時、なぜ第三取得者を保護しなければならないのか、また、なぜ抵当不動産を流通させなければならないのかと問い直そうとする提案がある。また、価値権論に対する批判はなされるものの、③の用語の意味は曖昧である。

さらに、バブル経済の崩壊から続く不況下で、滌除のような、抵当不動産の現在の価値で抵当権を消滅させる制度の活躍が期待されている。そこで求められている役割としては次の二つがある。

④任意整理を促進するため

⑤抵当権設定者（債務者）を保護するため

以下では、まず先にあげた三つの制度趣旨から検討し、そのうえで、新たに期待されている役割を検討しよう。

## 2 第三取得者保護の必要性

実は、単独で「第三取得者を保護するため」ということを制度趣旨としてあげる学説の数は少ない<sup>(4)</sup>。その意味は、次のようなものであろう。すなわち、抵当不動産を取得した者は、債務者の債務不履行により抵当権が実行されたならば、せっかく取得した不動産を失うことになるから、酷な地位におかれている。従って、そのような危険から保護する必要があるというのだ。

しかし、わざわざ第三取得者を保護する必要があるのかという疑問が生じる。仮に滌除が存在しないとすれば、抵当不動産を取得した者は、抵当権の実行により目的物を追奪されるから物上保証人と同じ地位に立つこととなるが、それは妥当なのか。

滌除が存在しないとしても、抵当権は公示されているから、取得希望者は取得する際に抵当権の存在を知りうる。従って、この者には、「物上保証人と類似の立場に立つのか」、「取得をやめるのか」の選択権が与えられているのに等しい。結局、第三取得者と呼ばれる地位にある者は、自ら望んで前者を選択した者なのである。このように考えれば、すでに指摘されてきたように、第三取得者が保護を必要とするほどの酷な地位に「おかれている」とはいえそうにない。

ここで、冒頭に指摘した二つの制度趣旨を想起しよう。第三取得者の保護と抵当不動産の流通の促進である。

これら二つは、多くの学説において、密接に関連づけて説明されている。<sup>(5)</sup>すなわち、滌除制度がなければ、抵当不動産など危なくて取得できない。なぜなら、債務者が債務不履行に陥れば、不動産に設定されている抵当権が実行され、第三取得者はせっかく取得した不動産を失うことになるかもしれないからである。従って、第三取得者に全ての抵当権を消滅させる権利を与えておけば、安心して不動産を取得できるから、その結果、抵当不動産といえども流通が可能となるというのである。つまり、第三取得者に抵当権消滅という利益を与えることで抵当不動産の流通が可能になるというのだから、この考え方においては、第三取得者の保護は、抵当不動産の流通の促進という目的をはたすための手段であり、それが単独の目的なのではない。

このように見てくると、滌除の目的としてあげられてきたこれら二つは、「抵当不動産の流通を促進するため」の一つに特化できそうである。

### 3 抵当不動産の流通の促進と不動産所有者の利益

抵当権者を害する現行制度のもとでは、なぜ抵当権者を害してまで不動産を流通させなければならぬのかという問いが生じうるが、従来考えられてきた抵当不動産を流通させる目的としては、二つのことがあるようである。

一つは、国家政策として、例えば、不動産供給のために抵当不動産といえどもできるだけ市場に流通させようということや、不動産のいわゆる塩漬けを減らし有効活用させようということなどがあり得よう。現行民法起草者の梅謙次郎や富井政章は、不動産の流通促進を「公益」と位置づけ、第三取得者保護という私益保護のみならず公益保護のために滌除は許されるのだと説明している。<sup>(6)</sup>従って、不動産の流通促進という「公益」が国家政策

上合意されているのなら、この目的のためには抵当権者も不利益を甘受せざるをえないという見方も可能であろう。ところが、具体的に、不動産を国家政策として流通させるべきだという議論を滌除と関連させて述べる文献は卑見の限りでは見られない。政策の具体的な提示が見られない以上は、積極的にこのことのみを趣旨として掲げることにはためらいを感じる。

二つめの目的は、抵当権設定者も含めた意味での所有者に売却を可能にしてやる、というものである。我妻栄の「価値権と利益権の調和」というフレーズは、実は、このような不動産所有者の利益保護として用いられている。

我妻は、「滌除は、抵当不動産の第三取得者の地位を保護し、抵当不動産の取引を円滑にしようとする制度」と明示しているが、同時に「価値権と利益権の調和」という言葉も用いる。用語が価値権論特有のものであるために<sup>(8)</sup> フレーズだけでは意味が分かりにくいので説示すると、次のようなものである。すなわち、価値権（抵当権）と利益権（滌除の場合には所有権）とは互いに干渉しあうべきでない。しかし、現実には抵当権が設定されているせいで目的物が譲渡できないことが起こりうるため、価値権が利益権に干渉してしまう。そこで、民法は滌除制度を設けて価値権と利益権の調和を図ろうとしている、<sup>(9)</sup> というのである。このことは、換言すれば、滌除は不動産所有者の処分権を保護しようとするものであるといえる。

我妻の価値権論的観点からの理想はともかくとして、抵当権が設定されているせいで不動産所有者が目的物の譲渡（主として売買に当てはまろう）を希望しても事実上不可能となるところを、滌除が可能にするという分析自体には誤りはなからう。現実の不動産売買を考えても、買主側から不動産の売買を所有者に働きかけるような事態は、不動産がよほど特殊な個性を持っているか、開発などで是非ともその不動産が必要という場合以外には

想定しにくいように思われるから、このような特殊な場合を除けば、通常は所有者が売買を望むからこそ不動産が市場に登場しうるわけである。

しかしながら、所有者が債務者の場合には、自ら債務超過に陥るだけの債務を負ったのであるから、その不動産が希望通りに売却できなくなったとしても仕方がないと考えることもできる。そして、同じことは、それを承知の上で不動産を提供した物上保証人にも当てはまり、ひいては、第三取得者にも当てはまる(二二参照)。このように考えると、あえて所有者の処分権を保護する必要はないといえよう。

#### 4 昭和三年判決と柚木説

柚木馨は、「抵当権と利用権の調和」という、我妻のものとよく似たフレーズを用いるが、意味は全く異なるので注意を要する。<sup>(10)</sup> 柚木は、昭和三年の大審院判決を引用して、このフレーズを与えているのである。<sup>(11)</sup> すなわち、抵当権実行となれば競売価格は低くなり手続も煩雑となるが、滌除が存在すれば、抵当権者は競売を回避しながら、より多額の債権が回収でき、競売手続にかかる時間から解放されるのであり、他方、第三取得者は評価額を提供することで不動産からの追奪を免れることができるという、これを滌除の趣旨と定めるのである。ここで柚木という「利用権」は、明らかに第三取得者の権利のことであり、設定者を含めた抵当不動産の所有者の権利として我妻の用いる「用益権」とは異なる。近時の最高裁判例もこの説を維持している。<sup>(12)</sup>

はじめに述べたように、滌除は不動産の価格で抵当権を消滅させるものであるから、執行と類似した性格を有する。しかし、不動産の売却価格については、競売よりも任意の売買のほうが高いのが通常であり、この説の分析には一定の説得力がある。しかしながら、この説が分析する抵当権者の利益状況は、それ自体誤りではないも

の、一面性が否定できないように思える。というのも、複数の抵当権者がいた場合に、滌除によって全額の弁済を受けない後順位者にとっては、不動産の値上りを待って競売する場合と比べれば明らかに不利になるのである。この観点が抜け落ちているからである。このことは、剰余主義の問題と深く関係するから、その章で改めて検討するが、このような後順位者の利益をどう調整するのが、制度修正の際の一つの大きな問題となるように思う。

##### 5 新たに期待されている機能

滌除に新たに期待されている機能は次の二点である。

一つは、債務者と抵当権者間で行われる任意整理の際に、実務で行われていることである。複数の抵当権者の合意を取り付ける際に、たとえ競売したとしても配当を受ける見込みのない後順位者が任意整理に応じないときに、仮定の第三取得者を登場させて滌除するという方法が用いられているという。<sup>(13)</sup>

滌除が存在するために、これを避けようとする抵当権者が任意整理の交渉に応じることは多く、このような任意での抵当権消滅交渉が成功すれば、表面上は、滌除に登場の余地はない。従って、このような場面では、滌除はいわば「伝家の宝刀」としての役割を果たしているともいえる。ところが、このような交渉が成功しないときに、第三取得者をあえて登場させて、滌除を正面から使った任意整理がなされているのである。これは、滌除のおかげで第三取得者が登場し不動産が流通するという制度趣旨とは性質を異にするものの、柚木のいう、抵当権者が競売を回避して債権を回収できるといふ利点と親和的である。従って、滌除のこのような用いられ方でも、やはり回収の見込みはないが不動産の値上がり待ちたい後順位者の利益が害されるという、先に指摘し



た問題が当てはまる。

これとは別に、新たに滌除に期待されている役割として、次のようなものがある。すなわち、バブル経済時に契約した住宅ローンが、その後の不況下で債務者にとって重荷となったため、このような債務者が目的物を売却して、その代金分をまず弁済することで債務の縮減を望むという事態が多く生じているという。日弁連は、現行法のもとでこのようなケースに対応できるのは滌除制度だけであるが、抵当権者を害すると批判の強い現行制度では役不足だとして、新たな制度の整備を要望している<sup>16)</sup>。この要望書では、現行滌除制度が抵当権者の利益を害するとして批判されていることから新たな制度を求めているのであり、もしも現行制度の問題点が修正できれば、やはり滌除の射程に入ろう<sup>16)</sup>。ここで期待されていることは債務者保護といえようが、先に見たように、たとえ実際に滌除を用いなくても任意弁済の交渉に応じてもらうことも可能であろうし、それが失敗した場合にはいよいよ滌除するという、任意整理と同様の方法を用いることが可能である。

このように見てみれば、いずれも、従来から制度趣旨といわれてきたことの延長にあり、とりたててこれらを否定する必要もないように思う。

## 6 滌除によって得られる利益

これまでに見てきたように、従来いわれてきた制度趣旨のどれか一つを取り出してそれだけを考えようとすれば、それぞれに反論が可能である。しかしながら、滌除によって競売が避けられるという判例及び柚木説の分析には説得力があるから、これを中心として、全てをまとめてみればどうだろうか。すなわち、滌除が存在すれば、抵当権者は競売を避けながらより多くの利益を得ることができ、第三取得者は不動産の価値の弁済で不動産から

の追奪を免れ、なおかつ、所有者は不動産を売却することが可能となる。これらのことは、任意整理を促進することにもつながるし、もちろん、不動産が市場に登場しうるといふ「公益」にも資する。

滌除をこれら全てを満たす簡便な制度だと位置づけることはできないだろうか。この制度が批判されてきたのは、抵当権者を害するからであつたが、これほど各方面に利益をもたらさうのなら、制度を完全に廃止する前に、現行制度の欠点を改める試みも必要であるように思う。

## 二 現行滌除制度の構造

### 1 滌除の構造——槓倅次の分析より——

滌除制度の枝葉を取り払い、単純化してみよう。第三取得者という不動産の購入者がおり、その不動産の価値を抵当権者に提供してすべての抵当権は債務の弁済を受けて順位に従つて消滅するか、その金額に不満のある場合には増価競売という一種の競売に移行して、いずれにせよ売却価格で抵当権は順位に従つて消滅することとなる。このような考慮から、かつて槓倅次は、滌除の構造を「私的実行を独自の公的実行に転換して適正な交換価値を実現」するものであると分析した（以下、「私的実行→公的実行」と記述する<sup>16</sup>）。滌除の構造をこのように把握すれば、「最終的には競売」と考えている抵当権者に、売買代価が適正でないというのなら最終手段の競売（ただし増価）に持ち込める保障を与えているのだといえなくもない。そうだとすれば、滌除という制度は、理念としてはそれほど悪者でもないように思えてくる。

滌除批判は大まかに二つに分かれる。一つは滌除金額と増価競売の負担に関するものである。これは、滌除金額が第三取得者の自由な評価額とされておき、滌除の提供を拒否する抵当権者には増価競売が用意されているも

の、その負担が大きいために増価競売を望まない抵当権者が多く、その足元を見てさらに低廉な価格で滌除をしようとする第三取得者がいるということである。

もう一つは剰余主義との関係である。滌除のせいで抵当権者は意に反する弁済期前の受領を強制されるものの、他の債権者による執行の場合でも同様なので大きな問題ではないが、しかし、執行の場合には、剰余主義の採用によって、先順位の抵当権者であれば債権の全額回収が保証されているのに、不動産の価値での抵当権消滅という執行と類似の結果をもたらす滌除の場合には、全額の回収ができなくても抵当権を消滅させられてしまうことが問題だといわれる。

前者は滌除の制度設計の問題であり、後者は抵当権自体の制度設計の問題と分析できようから、両批判は性質が大きく異なる。まずは各論的に前者を検討し、それから総論としての抵当制度における問題を検討しよう。

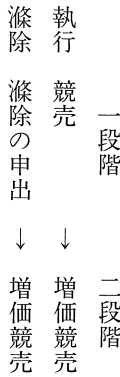
## 2 現行制度の設計上の問題

### (1) 「私的実行」↓「公的実行」構造か価格決定の二段階構造か

槓の分析によれば、滌除は「私的実行」↓「公的実行」としての性格を有するのであるが、実は滌除をこのようなものとして捉え続ける限り、公的実行段階を支える「増価」競売制度の意義と、抵当権者に課される特殊な負担を理解することはできない。なぜならば、それは母法であるフランス法における滌除の構造を別の観点から捉えたときに初めて可能となるからである。

まずは、フランス競売制度における増価競売の位置づけを知ることが有益である。フランス競売制度において、たとえ競売が行われたとしても、その売却代金に不満のある者がいれば、その者は、いったん定まった売却

代金よりも高価に売却できることを期待して、再び目的物を競売にかけることができる(フランス民事訴訟法(旧)七〇八条)。ただし、この二度目の競売においては、一度目よりも一割増以上で売却されなければならないものとされており、その額での買受人がいけない場合には、競売を申し立てた者自身が目的物を買い受けなければならない。すなわち、わが国の滌除制度における増価競売と同様なのである。このように、フランス競売制度においては、価格決定のために二段階の手続きを有する構造が採用されており、増価競売が滌除とは無関係に競売制度に組み込まれている。そこで、このような増価競売の位置づけを考慮すれば、次のように図示できる。



すなわち、滌除の申出から増価競売へと移行する構造は、執行制度における価格決定の二段階構造と平行になっており、<sup>(17)</sup>滌除の後続手続としての増価競売は、「公的実行」というよりも、競売制度で採用されている価格決定の二段階めの手続と同様であって、むしろ滌除そのものが全体として公的実行を擬制しているといえよう。このコンテキストにおいては、滌除の二段階めの手続が「増価」競売であることに對して、少なくとも日本におけるそれよりは不自然さを感じない。

さらに、わが国では、増価競売で抵当権者が一割増で「買い受けなければならない」ことが負担であるといわれるが、この点も、フランスにおいては日本ほどは大きく問題視されないのではないかと思える。なぜならば、フランス競売制度では、増価競売だけでなく、一段階めの通常競売においてすら、最低売却価格を定めるのは競売申立者自身であり、それよりも高価で売却できない場合には、その者が買い取らなければならない仕組みなので

ある（フ民訴（旧）七〇六条<sup>(18)</sup>）。そうすれば、わが国で批判されている増価競売における抵当権者の買取負担も、フランス法のコンテキストにおいては、やはりパラレルになっているわけである<sup>(19)</sup>。

このように、濛除制度の有する問題点として指摘されてきた増価競売の難点は、フランスよりもわが国において、問題性が鮮明になりそうである。濛除の構造を「私的実行↓公的実行」と理解すれば、肝心の「公的実行」の仕方が、日本の競売制度と比較して明らかに抵当権者に不利益の多いものとなっており、強い批判にさらされてきたことは当然だったともいえよう。現実には通常競売ですら抵当権者は申立てに二の足を踏むようであるし、ましてや「増価」であることを前提として買取義務を課された競売になど、抵当権者は最終手段といえるほどの利益を見いだせまい。そうならば、抵当権者にとつての對抗手段といわれた増価競売の有する意味など無きに等しいことになる。濛除は、全体で、日本になじみのないフランス流の公的実行を擬制したものだっただから、なるほど、我々は増価競売に大いなる違和感を感じるわけだ。

（2）「競売」が誘発する困難と合理性

「私的実行↓公的実行」という構造のようでありながら、実はフランス流競売の擬制物をそのまま日本に取り入れてしまったことは、濛除を困難な制度に仕立て上げるのに大いに役立ったことであろう。しかしながら、この構造は、そのような即座に感じる違和感だけでなく、すでに指摘されているような<sup>(20)</sup>、目に見えにくい困難も含んでいる。それは、槓流にいえば公的実行と目される競売に移行してしまう構造の有する困難である。

増価競売も、やはりその枝葉を取り払えば、裁判所で行われる競売であることに変わりはない。そして、競売により、価格の決定のみならず、同時に新たな所有者の決定がなされる。そこで、第三取得者の立場で考えてみて、濛除したとしても競売にかけられて追奪される可能性のある不動産になど購買意欲が喚起されるだろうか。



嫌う抵当権者の足元を見て、市価よりも低廉な価格で滌除の申出をすることがあり、抵当権者の利益が害されるのだという。

この問題は、滌除を論じる際に常に批判されてきたので、滌除金額を市価に近づけるために、売買の時には滌除金を取得代価（売買代金）とすべきだという提案もある。<sup>(22)</sup>しかし、抵当不動産の売買の際に、売主と買主、すなわち債務者と第三取得者が価格を低く設定することが可能であるから、滌除金額を取得代価と解することは効果的でないとの反論もなされている。<sup>(23)</sup>

確かに、不動産の価格など、契約当事者間で自由に設定することができるのであるから、滌除金額を取得代価にすることは問題の解決に直結しないであろう。しかしながら、よく知られているように、フランス法は、第三取得者が滌除のために抵当権者らに提供する滌除金について、有償取得の場合には取得代価、無償取得の場合には評価額と定めている（フランス民法二一八三条一項）。わが国の現行民法において、有償・無償を問わず評価額と解されていることは異なるのだが、しかし、ボアソナードはフランスとほぼ同様の規定を草案に取り込んでいたし（草案一二六九条「不動産の取得代価または評価額もしくはこれを超える金額（le prix de son acquisition ou la valeur estimative de l'immeuble ou une somme supérieure）」、それを受けた旧民法も同様の規定となっている（旧民法債権担保編二五五条本文「不動産ノ取得代価、其評価若クハ之ニ超ユル金額」）。また、先にあげた、現行日本民法三三三三条三号の文言には「代価」という語が用いられているし、同五七七条は、抵当不動産の買主は滌除の手続きが終了するまで代金の支払いを拒絶できることを規定しており、有償取得の場合には、取得時にその代価を直接抵当権者へ渡すことを前提とした規定と考えられる。

この点で、旧民法制定過程における法律取調委員会での議論は、非常に興味深いので、以下に引用する。<sup>(24)</sup>こ

では、「取得代価」の意味を「第三取得者が取得した金銭」であると勘違いしている委員長に対して、栗塚報告委員が委員長の勘違いがどこにあるのか気づかずに「取得代価」の意味を説示するのであるが、彼の発言は、我々に対しては、滌除金の支払い方を教授してくれている。

(委員長) 取得代価ト云フハ

(栗塚報告委員) 買取負担デアリマス

(委員長) 自分ノモノニシタノデハナイダロウ

(栗塚報告委員) 第三所持者デ御座イマス、実ニ買フテ居ルノデ、貴君ガ買テ居ルノデ、私ノ地面ヲ売ル其上松岡サンガ抵当ヲ持テ居ル第二番ニ南部サンガ持テ居ルト貴君ハ、ウルサイカラドウカ相談ヲシタモノデス、スルト総テノ抵当

ニツアルカラ債権者ノ松岡サン南部サンニ其記入ノ順序ニ従テ、デス

(委員長) 我輩ガ取得ニ係リヨウハナイ

(栗塚報告委員) 私カラ買フタラ、幾ラカデ買ダロウ。買タ代価ヲ兩人ノ債務者ニ払フガ貴君ノ地面ヲデス、貴君ハ地

面ヲ取得ナスツタ方デショウ

(委員長) 取得シタガ代価ハ払タノデス

(栗塚報告委員) 払テハ往カンノデス

(松岡委員) 払フト二様デス。貴君ガ買フノダカラ代価ハ抵当債権者ニ払ハナケレバナラン

(委員長) 払フベキ代価ダネ、取得代価デハナイネ

(栗塚報告委員) 取得代価デアリマス

(委員長) 第三所持者デ払フベキ代価ト云ヘルカ、取得代価トハ云ヘヌ

(栗塚報告委員) 不動産ヲ取得シタノデアリマス

(委員長) 不動産ヲ取得シタニ付払フベキ代価ト云ヘバ分ルカ



(栗塚報告委員) 左様デス

(委員長) 取得代価ト云フト得タ金トシカ見ヘナイ

(栗塚報告委員) 他ハ取得代価トハ使ヒマセン不動産ノ取得代価デアリマス

(委員長) ソウ見ヘルカ

(栗塚報告委員) 不動産ノ取得代価テ御座イマス

(委員長) ソウカ…… (以下省略)

この議論からわかることは、少なくとも旧民法制定過程では、滌除金は「不動産ヲ取得シタニ付払フヘキ代価」(取得代価)であつたということ、そして、その代価は不動産所有者(売主)ではなく抵当権者らに支払うべきことが想定されていたということである。<sup>(25)</sup> それでは、なぜ、いつ、このような前提が崩れたのだろうか。その端緒は、現行民法典制定時の法典調査会の議論に見いだすことができる。

梅委員は<sup>(26)</sup>「滌除ヲスルニハ先ツ相当ノ代価ヲ出サナケレハナラヌト云フノカ立法ノ精神テアルソコカラシテ売買テ不動産ヲ得タ場合ニハ売買ノ代価ハ相当ノ代価テナケレハ出来ヌト云フコトニシテ代価ト云フコトヲ書ク」という。しかしながら、「此同シ簡条ノ第三号ノ中ニ『不動産ノ代価其評価若クハ之ニ超ユル金額ノ弁済』ト云フコトカ書イテアル位テ超ヘテモ構ハヌ超ヘルノハ構ハヌカ安イノハイカヌトシテハトウカ夫レモ一理アル併シ評價ヨリモ超ヘルトカ超ヘヌトカ云フコトハ詰リ評價ハ誰カスルカト言ヘハ取得者ノ方テ評價ヲスルノテ若シ少ナイ代価テ買ハウト思ヘハ評價ヲスル時ニ安クスルト云フコトカアリマス夫レテ實際ハ斯ウ書イテアツテモ矢張り評價ト云フモノハ取得者カ売ラウト思フ金高ニナツテ仕舞ウノテ」「旁々以テ評價ト云フコトハ止メテ」「『第一号ニ掲クル代価又ハ其指定スル金額』ト広く書イテ置イタ方カ穩カ」だと判断したというのである。

この発言は、ボアソナードが草案に取り入れた、「(取得代価または評価額を) 超える金額」について、評価を超えるとか超えないかということが無益であるから、「其ノ指定スル金額」に変更したと説明しているように読みとれる。

梅委員のこの発想は、第三取得者が本当に不動産の取得を望むのなら適切に評価するだろうという期待の上に成り立っているのだが、評価など当事者の気持ち次第で変わりうるものだという意味では、売買代金など当事者間でいくらでも低く設定できるから、滌除金を取得代価としたところで無益であるという指摘と親和的である。

立法者の期待がはずれた理由は、すでに十分指摘されているように、不動産を取りあげられたくない第三取得者に精神的圧迫を加えて、彼の評価を適正にする役割を果たすはずだった増価競売の存在が、残念ながら全く威力を発揮しないということにある。梅は同条を説明する中で、次のように発言している。「元来此滌除ト云フモノハ第三取得者カ相当ノ代価ヲ払ウト云フノニ夫レヲ抵当権者カ夫レテハ否ヤタ是非競売ニ附セネハナラヌト云フコトヲ許サナイノカ滌除ノ精神テアル」<sup>(27)</sup>。推測の域を出ないが、この発言からは、第三取得者が相当代価を提供しない場合にまで抵当権者に拒絶を認めないというものではなかったように思える。

かつて拙稿で紹介したように、わが国の民法は、フランスの滌除制度をほぼそのまま取り入れたものの、これを運用するための「代金ニ相当代価」といえそうな状況を作り出す不動産取引制度を整備しなかった。フランスでは不動産取引に公証人が介在し、滌除金となる不動産の価格決定に客観性が取り込まれて運用されているのであるが、日本では完全に第三取得者の評価に任されているため弊害が大きくなる。滌除制度の批判の中心は、<sup>(28)</sup> 抵当権者に課された増価競売の負担を手玉にとって第三取得者が不当に低い金額を不動産の「価値」と称して提供することがしばしばある、という点である。しかし、たとえ、先に見たように増価競売が日本になじまない制度

だったとしても、滌除金が「相当代価」となる土台があれば問題はこれほど大きくならなかっただろう。結局、古くから批判されてきた滌除金額の問題は、滌除金の適切さの確保とこれを争う手段の整備のいずれにも失敗した、わが国の現行制度特有の問題といえよう。

### 3 抵当制度の設計上の問題——「剰余主義」の観点——

剰余主義の理論構成としては、「無益執行の防止」<sup>(29)</sup>や「先順位者の保護」<sup>(30)</sup>などがいわれるものの、通説化するほど有力な意見はないようである。しかも、現行の民事執行法では意識的に剰余主義の採用を外したといわれるし、さらには、民事執行法以前の担保権実行手続を規定していた競売法が剰余主義を採用していなかったという経緯もある。

消除主義を採用する日本においては、不動産の価格が安定していない以上、執行の際に、場合によっては被担保債権の全額の回収ができずに抵当権が消滅してしまう危険がつきまとう。ところが、併せて採用されている剰余主義によって、抵当権者は、競売申立者より先順位である限り、全額の回収ができるという期待を持ちうる。しかも、一番抵当権者ならば、その期待に対して完全な満足が約束されており、それ以降の順位のものも、先順位であるほど確実に回収できるパーセンテージは高い。執行と類似した結果をもたらす滌除制度は、抵当権者のこの期待を、同じ不動産につき後に権利を取得した第三取得者のイニシアチブで害するわけだ。剰余主義と滌除とは、ともに担保割れの場面で機能し、かつ抵当権者に逆の結果をもたらすものであるから、この相反する二つのものの関係をどう考えるかという問題は大きい。

剰余主義の目的が無益執行の防止だとすれば、このような抵当権者の期待は間接的にもたらされる利益に過ぎ

ない。しかし、たとえ間接的な利益であれ、結果として、滌除の場合に執行よりも抵当権者の利益が減少することになるので、このことをどう判断するかが一つの問題である。他方、先順位抵当権者の保護が目的であるとするれば、抵当権の順位の有する効力としてこのことは否は今後検討に値するとしても、抵当権者間及び抵当権者と一般債権者間、いずれも債権者間の問題であるはずの剰余主義を、抵当権者と所有権取得者間の問題である滌除にあてはめて論じることが可能なかという問題設定もあり得よう。

ここで、先に留保したことを想起しよう。それは、柚木のいう、滌除によって抵当権者にもたらされる利益のことである。競売には時間と費用がかかるうえに、売却価格も市価より低いので、滌除があれば抵当権者はそのような競売を避けることができるというものである。しかし、複数の抵当権者がいた場合に、滌除によって全額の弁済を受けない後順位者にとっては、不動産の値上がりを待つて競売する場合と比べて不利になるという観点からの分析が欠落していることは、先に指摘した。このことと剰余主義との間に何らかの関係がありはしないだろうか。

剰余主義との関係で滌除が批判されるときに想定されている抵当権者は、その時点での滌除を望まない者であるから、全額の回収ができない者であろう。ここで、仮に滌除を否定すれば、滌除によって競売を避けられるという先順位者の利益が、このような後順位者のせいで害されることになりはしないだろうか。もちろん、これに対しては、抵当権者には競売という手段があるし、本来は競売によって債権を回収すべきであるという反論もあり得よう。しかし、後順位者が不動産の値上がりを待つて競売をすることを期待するとはいうものの、値上がりを持つている間に逆に価格が下落することもあり得るのだから、その場合には、積極的に先順位者を害する可能性もあるのではなからうか。しかし、これもまた、抵当権者が最終的に把握しているのは競売価格であるから問

題はないともいえそうである。結局、先順位者が現時点での回収を望むのならば競売をすべきであるから、競売を回避するという利益など保護に値しないという反論に辿り着いてしまう。しかしながら、抵当権者が競売を避ける傾向にあることは否定できないし、滌除が競売を避けながらの債権回収を可能とすることも確かである。滌除は執行を擬制したものであるから、先順位者が競売を回避して滌除の申し出を受けたいと考える場合には、抵当権の実行より有利な方法での債権回収の意思があるものと考えすることはできないのだろうか。そこで、滌除にも剰余主義と類似のものを採用して、滌除金により配当を受ける抵当権者のうちの少なくとも一名の合意を要件として、滌除を認めることにしてはどうだろうか。このようなことも一つの方法であろう。

#### 4 まとめ——制度修正の方向——

以上により、大雑把ながら、次のことを提案したい。すなわち、現行制度の構造にとらわれる必要はなく、滌除全体として、日本の執行と同様の結果が得られればよい。つまり、全体の手続を通して、最終的に不動産の客観的な価格が抵当権者らに配当されればよい。ただし、滌除金が「相当代価」となる土台が国にはないので、抵当権者に価格を争う途を与えることには一定の合理性があるから、二段階の構造にすべきである。その二段階目の手続は、第三取得者という者の特性を考慮すれば、競売という技術を用いるべきではないが、抵当制度における競売の意義付けを考慮すれば、競売を用いることも有益ではある。しかし、競売を用いるとしても、フランス流の「増価」及び「買受義務」は必要でない。また、執行法に採用されている剰余主義との均衡から、滌除金により配当を受ける抵当権者のうちの少なくとも一名の合意を要件とする。

民法以外に目を転じれば、一方当事者が不動産の価格を評価し、他方がそれを争うという場面が想定されてい

る制度としては、仮登記担保法の競売制度（仮登記担保契約に関する法律一二条）と民事再生法の担保権消滅請求制度（民事再生法一四八―一五三条）がある。二段階目の手続きとして、前者は競売に移行する形式を採用しており、後者は競売を用いず、裁判所への価格決定請求を認めている。後者は、再生債務者の事業継続に不可欠な目的物の範囲でのみ担保権消滅請求ができるので、二段階目の手続きで他者に売却することが想定されていないからである。これら二つの制度を参考にして、具体的な手続きを考えればよいのではないだろうか。

#### 四 む す び に

滌除制度は、第三取得者を保護し、抵当不動産の流通を促進することを目的とするとか、価値権と利用権を調和させるものであるといわれてきた。しかしながら、第三取得者の地位は保護を必要とするようなものではない、抵当不動産の流通を促進させる理由として具体的な政策が提示されているわけではない。従って、現在においては、滌除制度の目的は次のようなものだと言え換えるべきであろう。すなわち、滌除が存在すれば、抵当権者は費用も時間もかかる競売を避けながらより多くの債権を回収することができ、第三取得者は不動産の価値を提供することで不動産からの追奪を免れることができ、なおかつ、所有者は不動産を売却できるようになる。これらのことは、不況下の現在において要請されている任意整理の促進にもつながるし、さらには、不動産が市場に登場しうるといふ公益にも資する。

滌除は、これら全てを満たす簡便な制度である。滌除を期待してまで抵当不動産を取得するような者など通常は存在しないという指摘はその通りであろうが、滌除が存在することで、売買の際に、当事者間の任意の抵当権消滅の交渉が成功するということは十分にあり得ようから、現実には利用されなくても、存在意義は大きい。ま

た、確かに抵当権者が把握しているのは最終的には競売価格のほすであるが、それよりも利益があるのならば、滌除を否定する必要もないとはいえないか。

もちろん、この制度に対しては、古くから抵当権者を害するものとして強く批判がなされ、廃止すべきという立法論が通説化してすらいた。従つて、指摘されてきた問題は改める必要がある。

そもそも、滌除は、不動産の価値を提供することにより抵当権の一斉消滅を生じさせるのでから、抵当権の實行と同様の結果をもたらすものである。わが国の滌除制度は、フランスの滌除制度をほぼそのまま取り入れたが、これは、わが国とはなじみの薄いフランス流の公的實行を全体で擬制していたものであった。従つて、我々は抵当権者の利益を著しく害するといわれる現行制度の形式にとらわれる必要はなく、わが国の執行手続や、特別法における価格決定の手続を視野に入れて、抵当権者の利益を害さないように制度を修正すればよい。

滌除は有益な制度なのであるから、我々は、制度廃止という安易な手段を選ぶのではなく、抵当権者の利益を害さないように現行制度の欠点を改める努力をすべきであると思う。

- (1) 金融法務事情一六二一三三四六頁。
- (2) 秦光昭「滌除制度の存続の可否をめぐる立法論」金融法務事情一六一八号四二頁(二〇〇一年)、小林明彦「抵当制度見直しの方向性」ジュリスト一二二二二二頁(二〇〇一年)、座談会「担保法の改正に向けて(上)」ジュリスト一二二二三四八頁(とくに六五七七一頁)(二〇〇一年)。
- (3) 拙稿「滌除」九大法学七四号三五頁(一九九七年)。
- (4) 岡松参太郎『註釈民法理由中巻物権編』(平成三年復刻版・初版明治三〇年)五五四頁、横田秀雄『改版増補物権法』(大正一四年第二六版・初版明治三八年)八二二頁、石田文次郎『担保物権法論上巻』(昭和一〇年)二五二頁、

近藤英吉『改訂物権法論』（昭和十三年第三版）。

(5) 後掲注(6)の梅謙次郎や富井政章の教科書および我妻栄や柚木馨の教科書、さらには最近の高木多喜男や近江幸二、道垣内弘人の教科書も含め、前掲注(4)以外の全ての教科書が、抵当不動産の流通と第三取得者の保護を関連させて、制度趣旨として述べている。制度趣旨については、前掲(3)の拙稿四一―四三頁、およびその脚注五九―六一頁に詳細を記載している。引用文献数が多数に上りすぎるので、本稿では参考として拙稿の脚注番号を記載させていただく。拙稿・脚注(3)。

(6) 梅謙次郎『民法要義卷之二物権編』（明治三六年訂正増補第一九版、初版は明治二十九年）五〇四頁、富井政章『民法原論第二卷』（大正一二年合冊、初版は上冊明治二十九年・下冊大正三年）五六四頁。なお、フランスにおいて、濠洲の目的は抵当不動産の流通を促進することにあるといわれており、わが国の民法起草者はこれを受け入れたのではないかと推測できる。ただし、フランス民法典制定から一九世紀にかけて、彼の国で想定されていた不動産といえは農地であり、究極的には農業の隆盛が目的だった。フランス民法が制定された当時フランスに併合されていた隣国ベルギーの民法研究者ローランは大系書でその旨を明示的に記述している。このことは、短期貸借制度が、やはりベルギーの農業政策に基礎をおいていたことを想起させる。Laurent, *Principes de droit civil français*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, n. 415. 引用したローランの見解は、設楽浩吉「抵当権の濠洲（フランス法）」別冊NBL三一―二九八頁（「担保法理の現状と課題」一九九五年）に訳文がある。短期貸借制度については、内田貴『抵当権と利用権』（一九八三年）参照。

(7) 我妻栄『新訂担保物権法』（一九六八年）三七四頁。

(8) 抵当権の本質を価値権と捉え、これに強い効力を与えることを解釈の指針としようとする立場を価値権論という。かつて、通説としての地位を得ていたので、価値権論は現実の解釈に深く入り込んでいたといわれるものの、最近の主要な担保物権法の教科書を参照すれば、いまや濠洲の趣旨としてこのようなフレーズは見られなくなっている。拙



稿・脚注(2)。

- (9) 我妻・前掲書一九四〇二九八頁。
- (10) とはいえ、我妻栄『民法研究IV―2』(一九六七年)二七五頁では、柚木と同じ方法での引用が見られる。
- (11) 柚木馨Ⅱ高木多喜男『担保物権法(第三版)』(一九九四年)三九四頁。引用されている大審院判決は、大決昭和三年八月一日民集七卷六六五頁。
- (12) 最判平成七年一月一〇日判時一五五三号七五頁は、滌除は「抵当権者の把握する価値権と第三取得者の有する利益権との調整を図ることを目的とする制度」といい、最判平成九年六月五日金法一五〇五号五二頁は「滌除は、抵当権者に対して抵当不動産の適正な交換価値に相当する金員の取得を確保させつつ、抵当不動産の第三取得者に対して抵当権を消滅させる権能を与えることにより、両者の利害の調和を測ろうとする制度」という。
- (13) 河野玄逸「資産デフレと滌除制度の再検討」ジュリスト一〇七一号二三三頁(一九九五年)、同「任意処分のための滌除の活用之余地」銀行法務21五一一号七〇頁(一九九五年)。
- (14) 「滌除に代わる新制度創設に関する要望書」自由と正義四九卷八号二九頁(一九九八年)。
- (15) もちろん、日弁連の要望書は、住宅供給という観点からの公的な意義付けをしていることから、政策として特別な方法を求めているのならば、民法の範囲外となろう。
- (16) 横梯次「抵当権の滌除をめぐる諸問題(上)(下)」判例時報一六二六号二二頁、一六二七号一八頁(ともに一九九七年)。引用部分は二六二七号二二頁。
- (17) このことはすでに拙稿・七九頁脚注(4)で指摘したし、座談会における山本発言も同旨である。座談会「抵当権制度の現状と将来像(三)」NBL七〇二号三三頁二段目(山本発言)(二〇〇〇年)。
- (18) とはいえ、買取りを望まない抵当権者により、最低売却価格は低く設定されるようである。最下限は五フランである(フランス民事訴訟法(旧)六八八条一項六号)。Serge Guinchard et Tony Moussa, Droit et pratique des voies

- d'exécution, Dalloz, nos 7381 et 7382. 二〇〇〇年九月一九日オールドナンス一条より、五フランは〇・七六ユーロ。
- (19) フランス法において、濛除の際の増価競売の負担の理由が「誠実な価格提供を拒むうえでの誠意」とでもいうべきものであることは、先行研究が明らかにしている。新関輝夫「濛除制度の存続の可否」『金融担保法講座I』（一八八五年）二二五頁。なお、この新関論文は、先行する、新関「フランス法における濛除について」『民商法雑誌六八巻五号六九七頁（一九七三年）』と併せ、フランス法を詳細に紹介する研究である。
- (20) 生熊長幸「わが濛除制度の矛盾と濛除制度廃止論」岡山大学法学会雑誌四四巻三・四号五一五頁（一九九五年）、同「濛除制度の再検討」『民商法雑誌四一〇八頁（一九九五年）』、拙稿・前掲九二頁。
- (21) 前掲注(20)の生熊論文が詳細な分析に基づいてこのことを指摘している。
- (22) 林錫璋「債権と担保」（一九九七年）一五八頁。
- (23) 生熊・前掲「廃止論」。
- (24) 『法律取調委員会民法草案担保編議事筆記』（商事法務研究会、一九八八）七五頁。漢字は常用漢字に改めた。
- (25) 当然のことながら、その前提として、不動産の価格は抵当権の負担を考慮しない額が想定されていたはずである。
- (26) 『法典調査会民法議事速記録6』（法務図書館）二六八頁。
- (27) 前掲注(26)参照。
- (28) 拙稿・七二―七六頁
- (29) 伊藤真「不動産競売における濛除主義・引受主義の問題(一)―(三)―」『法学協会雑誌八八巻四号三七五頁（一九七一年）』、八九巻九号一〇九一頁（一九七二年）、九〇巻三号五〇九頁（一九七三年）。
- (30) 竹下守夫『不動産執行法の研究』（一九七七年）九四頁。なお、近時、剰余主義の母法であるプロイセンの執行法で剰余主義の採用された背景の研究が発表されている。斉藤和夫「競売における『先順位』抵当権の処遇原理の『根拠』——『濛除主義』、そのドイツ・プロイセン的構造の解明——」『法学研究七二巻二二号一五九頁（一九九九年）』、同

「剰余主義・引受主義のドイツ的構造と根拠——立法史的研究の方法論的定立のために——」法学研究七三卷二号一  
三頁（二〇〇〇年）。