

根抵当権者の元本確定請求権に関する 一考察

舟 橋 秀 明

はじめに

- 1 改正前の状況（問題の所在）
- 2 改正の議論
- 3 平成15年改正法
- 4 評価・分析

むすびにかえて

はじめに

最近では、日本経済も長きにわたる景気低迷状態から脱出したとの声も聞かれるようになったが、これは、1990年代から懸案とされてきたいわゆる不良債権処理が、ここにきて多少なりとも効を奏したものであると考えることができよう。

この不良債権の処理について、従来は、もっぱら担保権（主に抵当権）の実行＝競売によることが念頭にあったと思われるが、この不況の中、まさに自助努力と言うべく、担保権を実行することなく処理を進めていく方策、あるいは、かりに担保権を実行したとしても、それが実効性を伴うものとしての改善策が考えられてきた。これを法的にバックアップしたものが、平成15年7月25日に成立した「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律」¹

¹ 平成15年8月1日法律第134号として成立し、平成16年4月1日をもって

である(以下、平成 15 年改正法とする)。

担保法制に関する事項を概観すれば、雇用関係の先取特権(民 306 条、308 条)、債権質(民 363 条)についての条文を改正し、抵当権については、滌除制度を改正した抵当権消滅請求権制度の新設(民 378 条以下)、一括競売の要件の修正(民 389 条)、短期貸借保護制度の廃止と建物明渡猶予制度の新設(民 395 条)、根抵当権の元本確定制度の見直し、そして執行法制にも関わってくる担保不動産収益執行制度の新設が行われた。

上述した、担保権を実行(=競売)することなく不良債権処理を進める方法としては、根抵当権の元本確定に関する改正と担保不動産収益執行制度がとくに重要である。根抵当権の元本確定に関する改正は、これだけ見たのではよく分からないかもしれないが、実はこの先の手続として、確定根抵当権付きの債権譲渡による債権回収が控えている²。

そこで、本稿においては、この根抵当法に考察を限定し、平成 15 年の改正に至るまでの問題の所在を明らかにして、その問題を解決すべく規定された改正法を議論の俎上に載せることで、改正法の意義を確認する。そしてまた、根抵当法の実体規定とともに元本確定の登記申請について重要な改正がなされたので、これをも併せて考察をすすめることで、新たな課題と今後の展望について考えてみたい。

なお、以後は、特に指定しない限り、条数は民法の条文を表すものとする。

施行された。

² このときに行われる不良債権のバルクセールとは、金融機関等が保有する不良債権を、投資家などの第三者に対して「まとめ売り」することである。不良債権の処理方法の一つとされ、第三者に対してまとめ売りすることによって、債権の譲渡人(金融機関)としては、不良債権を直接償却することができるというメリットを得られる。他方、債権の譲受人としても、将来的に、リターンが期待できるというメリットがあると考えられる。

1 改正前の状況（問題の所在）

- (1) 根抵当権とは、所定の範囲に属する入替り可能な不特定の債権を所定の額（極度額）の限度内で担保する抵当権である³。このように、根抵当権が実行されるまでの間は、被担保債権が常に増減を繰り返すので、最終的に配当の段階に至るまでには根抵当権によって担保されるべき債権が確定されなければならない。これが元本確定という制度であり、根抵当権が優先弁済的効力を発揮するときには、必ずこの元本確定という段階を踏まなければならない。つまり元本確定後にはじめて、確定時の元本およびそこから生じる付属的な債権の範囲でのみ根抵当権が行使されることになる（398条の3）。したがって、根抵当権が確定されない限りにおいては、被担保債権は常に入替り可能な状態にあり、このような性質から、被担保債権が消滅しても根抵当権は消滅せず（付従性の緩和）⁴、被担保債権が譲渡されても根抵当権は債権の譲受人に移転しない（随伴性の否定・398条の7第1項）という性質が導き出されるのである⁵。

ところが、不良債権処理の一方策として債権譲渡を活用する場面では、被担保債権とともに根抵当権をも譲渡する必要に迫られるが、元本確定前の根抵当権には随伴性がないという性質から、

³ 鈴木禄弥『根抵当法概説』（新日本法規・1973年）1頁。

⁴ 論者によっては、「付従性の否定」と表現するものがあるが、厳密に言えば、日本における根抵当権は、ドイツにおける土地債務（Grundschild）のように、債権とはまったく無関係に成立するものではない。したがって、このあたりの表現は非常に微妙であるが、本稿では「付従性の緩和」としておく。前掲書(3)鈴木・3頁以下。

⁵ 元本確定後の根抵当権は確定根抵当権となり、付従性および随伴性を帯びるようになる。すなわち、被担保債権が弁済等で消滅すれば確定根抵当権も消滅し、被担保債権が譲渡されれば確定根抵当権もそれに伴って移転する。この点、確定根抵当権は普通抵当権化するという説明も可能であるが、まったく普通抵当権と同じになるものではないことに留意する必要がある。前掲書(3)鈴木・387頁以下。

元本が確定する前には有効な債権譲渡ができない⁶。というのは、元本が確定してはじめて根抵当権に随伴性が生じ、これによって(確定)根抵当権付きの債権を譲渡することができるようになるからである。

しかし、改正前の元本確定に関する条文は、「担保すべき債権ノ範圍ノ変更、取引ノ終了其他ノ事由ニ因リ担保すべき元本ノ生ゼザルコトト為リタルトキ」に元本が確定すると規定していた(改正前旧 398 条ノ 20 第 1 項 1 号)。換言すれば、何らかの原因により被担保債権の発生する可能性がなくなったときに元本は確定するが、ここでの問題は、条文があまりに曖昧に表現されているため、いつを元本確定時とするかが一概に決定できないということである。とりわけ「担保すべき元本の生じないこと＝元本発生の不可能性」を何をもって認定するかが問題である。

この問題について、当時の立案担当者の見解によれば、取引終了等によって担保すべき元本が生じないこととなったか否かはまったくの事実認定の問題であるとされており⁷、元本確定をめぐる紛争が頻発することは、必ずしも想定されていなかったようである。しかしながら、金融界においては、立法直後から紛争に対する懸念が示されており⁸、実際にも、この問題に関する裁判例が現れることになった。たとえば、いまだ元本が確定していないものとして根抵当権を譲り受けた者に対して、後順位担保権者や他の債権者が、元本確定後の譲渡であると主張するような場合がそうである。根抵当権取引の当事者の意思が一致して取引の終了等により元本の発生がもはやないことを認識しているか、あるいは

⁶ このような場合、従来の規定の下では、根抵当権者は根抵当権設定者の承諾を得て元本確定前の根抵当権として別途譲渡することになるが、根抵当権設定者の承諾を得られるかどうかは確実ではない。

⁷ 商事法務研究会編『新根抵当法の解説』(商事法務研究会・1971年)244頁の清水湛発言では「見方によっては、根抵当権者と根抵当権設定者で意見が食い違うことがあり得る」ことまで認めていた。

⁸ 宮川種一郎「取引の終了等による根抵当権の確定」金法 636 号 49 頁。

当事者がそろって取引の存続を主張していれば、将来に向かって元本が発生するかしないかは明らかであり、元本確定の有無を判断するのも容易であろう。しかし、当事者の認識に齟齬がある場合に、客観的な事実関係から元本確定の有無を判断することは、実は、意外と難しいのである。

以上のように、根抵当権という権利は、元本が確定する前後で法的性質が大きく変化することから、元本が確定していないことを前提に行った取引が後に元本確定後の取引であるとされたり、反対に、元本が確定したことを前提に行った取引が後になって実は元本がいまだ確定していなかったと認定されたりして、取引当事者が当初期待したような効果が得られず、著しい不測の損害を被ることにもなりかねない状態であった。

いずれにしても、取引当事者が元本確定の有無をめぐって不安定な地位におかれるおそれがあるのは、元本を確定する基準あるいはそれを規定する条文が決して一義的とはいえない曖昧な表現をしていることに原因があった。それゆえに、このような不明確な元本確定事由をおいていることに対する疑問が提起されるようになった。

これに対して、学説においては、取引当事者の一方が取引を終了させる意思を表示した場合を元本確定事由として、このときに取引が終了し、これによって根抵当権の元本が確定すると解する見解が有力に主張されていた⁹。

- (2) 取引当事者の一方の意思表示に関して、改正前の旧 398 条ノ 19 第 1 項は、一定の要件の下で、根抵当権設定者が元本確定請求権を行使することを認めていた。本条は、根抵当権が存続することによって根抵当権設定者、とりわけ物上保証人が不当に長期間根抵当権の拘束を受けること回避させるために、その一方的な意思

⁹ 前掲書(3)鈴木・131 頁以下。

表示によって根抵当権によって担保されるべき元本を確定させることができるとしたものである¹⁰。また、根抵当権の元本確定という制度の持つ本質からも、本条の趣旨を理解することが可能であろう。すなわち、根抵当権の元本の確定時期を基準にして、元本確定以降に発生した債権は当該根抵当権によって担保される債権の範囲からはじき出されることになるので、そもそも元本確定制度は、根抵当権者にとっては不利で、根抵当権設定者にとって有利な制度として理解されていた。

以上のように、根抵当権設定者の利益を保護しようとする条文の趣旨からも明らかなように、元本確定請求権を行使できるのはもっぱら根抵当権設定者であって、根抵当権者ではなかった。

しかし、根抵当権によって担保された大量の不良債権を、簡易・迅速に譲渡するという新たな債権回収方法を利用するのは、債権者である根抵当権者である。実効的に債権を譲渡する前提として元本の確定を要するとするのであれば、根抵当権者のイニシアティブによって根抵当権者からの一方的な意思表示のみによる元本確定が可能となる制度の必要性が、不良債権の処理を通じてあらためて認識されることになったのであるが¹¹、民法改正前の法制度では、この新たな方策に対応することはできなかったことになる¹²。

¹⁰ 清水湛「新根抵当法の逐条解説 (中)」金融法務事情 619 号 42 頁。

¹¹ 根抵当法が立法された当時においては、根抵当権者による債権回収方法のもっぱら不動産担保競売であり、根抵当権の実行を申し立てればそれによって当然に元本が確定したので(改正前旧 398 条ノ 20 第 1 項 2 号)、あえて根抵当権者による元本確定請求権という制度を設ける必要性を感じていなかったようである。山野目章夫=小粥太郎「平成 15 年法による改正担保物権法・逐条研究 (9・完)」NBL 799 号 (2004 年) 77 頁。

¹² 根抵当権によって担保される「債権」を譲渡するのではなく、根抵当権に随伴性がないことを前提に、元本確定前に「根抵当権だけ」を譲渡する場合には、根抵当権者は根抵当権設定者の承諾を得て、根抵当権の全部譲渡もしくは分割譲渡 (398 条の 12)、または一部譲渡 (398 条の 13) という手段を選択できた。

- (3) 実体的に根抵当権の元本が確定したとしても、それだけでは、実効的な債権譲渡は実現できない。すなわち、根抵当権の元本確定を登記面に反映させる手続きをあらかじめ進めた上で、債権譲渡に伴う確定根抵当権の移転の登記をしなければならない。

根抵当権の元本確定事由が発生し、それが登記簿上反映されている状態としては、たとえば根抵当権者自らが行った競売の申立による差押登記がなされた場合、または根抵当権設定者の破産の登記がされた場合がある（改正前旧 398 条ノ 20 第 1 項各号）。このような場合には、登記簿上で元本確定事由の発生が明確に確認できるので、その後の確定根抵当権移転の登記手続きにおいては、債権譲渡の当事者による登記申請が可能となる。

しかしながら、実体的には元本が確定したが、登記簿上そのような状態が明確になっていない場合には問題である。このような場合には、不動産登記法上の原則により、根抵当権者と根抵当権設定者の共同申請による元本確定登記を事前に行うことが必要であった（平成 16 年改正前不動産登記法 26 条 1 項、改正後不登法 60 条）¹³。それにもかかわらず、根抵当権設定者から登記申請の協力が得られなかった場合には、その後の手続きを進めることができないという不当な事態が生じることになる。協力が得られなかった根抵当権者には、元本確定の効果を登記簿上に反映させるためだけに、元本の一部請求による根抵当権実行の競売を申し立て、これによる差押登記を得るか¹⁴、元本確定登記を求める訴えを

¹³ 伝統的な理解によれば、根抵当権の元本確定以降に生じた債権は、当該根抵当権の被担保債権の範囲からはじき出されることになるので、根抵当権の元本確定制度は、本質的には、根抵当権者にとっては不利で、根抵当権設定者にとっては有利な制度として理解されてきた。このような理解を前提とすれば、根抵当権の元本確定を求めるのは一般的に根抵当権設定者であり、それゆえ根抵当権設定者が登記権利者、根抵当権者が登記義務者とされる。

¹⁴ 根抵当権者が抵当不動産に対して競売の申立をすることによって差押がされると、これによって元本が確定する（改正前旧 398 条ノ 20 第 1 項 2 号）。差押の登記がされれば、これによって元本が確定したことが登記簿上明らかとな

提起し、この判決を得た上で登記をしなければいけないという状況が強いられることになった。とりわけ不良債権処理の手続きにおいては、債権譲渡に伴う確定根抵当権の譲渡を行う前の段階で、思いもよらない手間・ひま・費用がかかってしまい、このことがその後の円滑な処理の妨げとなったので、このような弊害を解消し、より簡易・迅速に手続きを進めたいとの要請がさらに強まっていった。

以上のように、不良債権処理の促進が日本経済における喫緊の課題となっていた状況の下で、不良債権処理を進めるなかで生じてきた法的な障害を除去するために、二つの大きな課題が認識された。すなわち、根抵当権者からの一方的な意思表示による元本確定制度（根抵当権者の元本確定請求権）を構築すること、そして元本確定後に根抵当権設定者に煩わされることなく、スムーズに元本確定の登記が行えるシステムを整えること（根抵当権者単独での登記申請）が、新たな立法課題となった。

2 改正の議論

- (1) 不良債権処理において、根抵当権者からの一方的な意思表示による元本確定制度の必要性が認識され、これとともに根抵当権の元本確定の登記手続きの簡素化が要請されるようになると、早速、いわゆる金融再生関連法案の一つとしてこれを法制度化する立法が行われた。それが、「金融機関等が有する根抵当権により担保される債権の譲渡の円滑化のための臨時措置に関する法律」（平成 10 年 10 月 16 日法律第 127 号）である（以下、円滑化法とする）¹⁵。

るので、元本確定の登記をしなくても、元本確定後でなければすることができない登記（確定根抵当権の移転の登記など）の申請をすることができるとするのが、登記実務である（昭和 46 年 12 月 27 日民事三発第 960 号法務省民事局第三課長依命通知第七参照）。

¹⁵ 後藤博＝斎藤聡「金融機関等が有する根抵当権により担保される債権の譲渡の円滑化のための臨時措置に関する法律の概要」NBL 652 号 24 頁以下。

立法当初は、平成13年3月31日限りでその効力を失うとする時
限立法の形で成立したが、その後、2年間の延長を認める2度の
改正がなされ、平成17年3月31日までその効力を維持するもの
とされていた¹⁶。

この円滑化法は、金融機関等が有する回収困難な債権で不動産
を担保とするものの処理、すなわち不良債権処理が喫緊の課題と
なっている状況下において、多くの金融機関がかかえる根抵当権
により担保された債権の譲渡の円滑化を図るための臨時措置を定
めたものである（円滑化法1条）。「金融機関等」¹⁷が根抵当権付きの
不良債権を、「特定債権回収機関」¹⁸に対して売却・譲渡する場合を法
適用の対象としていることに特徴がある。つまり、不良債権処理に
特化した内容を有しており、この時点では、必ずしも根抵当取引
一般を前提としたものではないことに留意しなければならない。

- (2) 不良債権処理の一方策としての債権譲渡が円滑に進まない原因
となっていた旧398条ノ20第1項1号が規定する元本確定事由
の曖昧さは、円滑化法3条によって対応されている。すなわち、
円滑化法3条は、金融機関等が、その有する根抵当権が担保すべ
き債権の全部を特定債権回収機関に売却しようとする場合におい
て、債務者に対し、以後当該根抵当権によって担保されるべき元
本を新規に発生させる意思を有しない旨および既存の元本債権を
特定債権回収機関に売却・譲渡する旨を書面により通知したとき

¹⁶ 本法は、平成15年8月1日号外法律第134号により、平成15年改正法の施行
に伴って廃止されている（改正法附則15条2号）。

¹⁷ 円滑化法が予定している金融機関等とは、預金保険法2条1項に規定する金
融機関（銀行、長期信用銀行、外国為替銀行、信用金庫、信用協同組合、労働
金庫）、信用金庫連合会、中小企業等協同組合法9条の9第1項1号の事業を
行う協同組合連合会、労働金庫連合会、農林中央金庫、商工組合中央金庫、信
用農業協同組合連合会および保険会社である。円滑化法2条。

¹⁸ 特定債権回収機関とは、協定銀行（株式会社整理回収銀行）、債権処理会社（整
理回収機構）、債権回収会社（いわゆるサービサー）、および法務大臣指定機関
（株式会社共同債権買取機構が想定）がこれにあたる。円滑化法2条2項各号。

は、旧 398 条ノ 20 第 1 項 1 号に規定する元本確定事由に該当するものとみなすこととした。

この条文には、注意を要する点が三点ある。その一つは、あらゆる根抵当権者が上記のような通知をすることができるわけではないということである。たとえば、生活必需品等の供給を目的とする継続的契約から生じる債務を担保する根抵当権者に、上記のような通知を認めることによって、以後元本が発生しないことを根抵当権者から一方的に主張することが是認され得るかと言え、疑問のあるところであろう。したがって、円滑化法において被担保債権の売却の主体とされるのは、もっぱら不良債権処理に關係する金融機関たる根抵当権者だけである¹⁹。

その二つ目としては、被担保債権の売却先が、不良債権処理に従事する特定債権回収機関に限定されていることである。確定根抵当権付きでの被担保債権の譲渡は、さまざまな態様で、またさまざまな原因に基づいて行われる。かりに、金融機関等が確定根抵当権付きで被担保債権を譲渡する場合であったとしても、そのすべての場合が取引の終了を原因として以後元本が発生しなくなったことを意味するとは限らない。しかし、こと債権譲渡の相手方が、整理回収銀行やサービサーなど不良債権の「買取り」をもっぱらの業とする特定債権回収機関である場合には、元本確定事由である「担保スベキ元本ノ生ゼザルコトト」となった事実が客観的に示されることになろう²⁰。それゆえに、不良債権処理に資するという限定的な目的のためであれば、被担保債権の譲渡が、売却を原因とするものであり、かつその売却先が特定債権回収機関に制限されることが有用である²¹。

その三つ目としては、金融機関等が債務者に対して通知をすれ

¹⁹ 前掲注(15)後藤=斎藤・27 頁。

²⁰ 前掲注(15)後藤=斎藤・27 頁。

²¹ 売却される債権が、当該根抵当権によって担保される債権の「全部」であるということも、元本確定事由たる取引の終了を示す重要な内容である。

ば、元本確定の効果が発生することである。後述する登記手続きとの関係で、通知は書面をもって行われなければならないが、従来は認められていなかった根抵当権者の一方的な行為による元本確定が、これによって実現される。債務者に通知される内容は二点あり、一つが「根抵当権者の有する根抵当権の担保すべき債権の全部を特定債権回収機関に売却しようとする事」であり、もう一つが「当該根抵当権の担保すべき元本を新たに発生させる意思を有しない事」である。これらにより、改正前旧 398 条ノ 20 第 1 項 1 号が厳格に意味づけられ、従来の問題点が解消されたと考えられる。

以上のように、円滑化法は、根抵当権者のイニシアティブによる元本確定に関する規定を置くこととなったが、これは平成 15 年改正以前の事であるので、この時点ではまだ改正前旧 398 条ノ 20 第 1 項 1 号の条文が厳然と生きており、それゆえに根抵当権者からの通知によって同条の確定事由が発生したものとみなされるという構成が採られていることを見逃してはならず、本来の問題であった条文の曖昧さに関して完全に対処できたものとはなっていない。

- (3) 根抵当権の元本確定後の登記手続きについては、円滑化法 4 条が対応している。同条は、円滑化法 3 条によって規定されている根抵当権者からの通知によって元本が確定した場合において、特定債権回収機関に対する根抵当権の移転の登記を申請する前提として、根抵当権者たる金融機関等が元本確定の登記を単独申請することができるものとする。

被担保債権の譲渡に伴う確定根抵当権の移転の登記は、根抵当権の元本確定の登記の後でないとできない登記であるとされる²²。これは、元本確定の登記なしに確定根抵当権移転の登記申請

²² 前掲注(14)参照。

を認めてしまうことによって、一方で、登記簿上はいまだ元本が確定していないような外観を呈しながら、他方で、元本の確定を前提とした事項、すなわち確定根抵当権の移転が登記されていることとなり、登記簿上に矛盾が生じているような記載がなされることを避けるためであると説明される²³。また、根抵当権の元本の確定は、物権たる根抵当権の内容に変更が生じたものであり、まさに物権変動であるから、それを登記簿に反映させることが要請されよう²⁴。

他方で、不動産登記法は、登記申請につき共同申請主義を原則とするので(不登法旧 26 条 1 項、改正後法 60 条)、この原則によれば、債権譲渡の前提として行われなければならない元本確定登記の申請は、根抵当権者と根抵当権設定者の共同で行わなければならないことになる。したがって、根抵当権者の単独申請を認めたと円滑化法 4 条は、当時の不動産登記法の例外を規定したことになる。

本条が根抵当権の元本確定の登記申請につき根抵当権者の単独申請を認めたのは、円滑化法 3 条が規定する元本の確定が、根抵当権者による書面による通知という根抵当権者の客観的に明確な行為と客観的に証明可能な資料の添付によってなされるからであり、このような場合においてまで共同申請によらなければならないという必要性はないとの判断である。これにより、共同申請によらなければならないことから生じる根抵当権者の負担を軽減し、特定債権回収機関に対する債権譲渡を円滑にかつ実効的に進めることが可能となる。

本条は、根抵当権者たる金融機関等が、特定債権回収機関に対

²³ 前掲書注(3)鈴木・162 頁。

²⁴ 元本確定の登記は対抗要件としての意味があるかどうかという問題について、それを否定するのが通説である。それは、元本確定の登記の欠缺を主張する利益を有する第三者は存在しない、というのが理由である。前掲書注(3)鈴木・161 頁、前掲書(7)・260 頁(清水湛発言)。

する根抵当権移転の登記の申請²⁵と併せて申請する場合に限定して、根抵当権者の単独申請による元本確定の登記申請を認めるものである。その前提としては、円滑化法3条の規定によって元本が確定していることを要する。また、特定債権回収機関に対する根抵当権の移転の登記と同時に申請する場合に限定したのは、円滑化法3条によって元本が確定していることが客観的に明確な場合に限って単独申請を認めることとしたからであり、これによって、登記の真正を確保しようとするものと解されている²⁶。

また、当該登記の申請の際には、根抵当権者が債務者に通知したことを証する書面を添付することが要求される。これは、円滑化法3条の規定によって元本が確定している事実を登記官が確認できるようにするためである。具体的には、債務者に対する通知に利用された配達証明付きの内容証明郵便またはそれらの写しが、これにあたるものと解される²⁷。

なお、根抵当権者による元本確定の登記申請について、「競売手続きの円滑化等を図るための関係法律の整備に関する法律」(平成10年法律128号)3条により、不動産登記法が一部改正され、改正前不登法旧119条ノ9の規定が新設された。この規定は、本稿とはやや視点がずれるが、改正前旧398条ノ20第1項4号によって元本が確定した場合に、被担保債権の譲渡に伴う根抵当権の移転登記等の登記申請と併せて、この事実を客観的に証明する資料(催告又は通知を受けたことを証する書面)を添付すれば、根抵当権者が単独で元本確定登記の申請をすることができるとしたものである(平16年改正不登法93条)。

(4) 不良債権の処理を通じて露呈した弊害、すなわち根抵当権者か

²⁵ この登記の申請については、原則どおりに、根抵当権者と特定債権回収機関との共同申請によらなければならない。

²⁶ 前掲注(15)後藤=斎藤・29頁。

²⁷ 前掲注(15)後藤=斎藤・29頁。

らの一方的な意思表示による元本確定制度が存在しなかったことによる手続き遅延の問題は、時限立法という形ではあったが、根抵当権者から債務者に対する通知によって取引が終了し、元本が確定するという理論構成により、ひとまず解消することができた。また、不動産登記法が共同申請を原則とすることによる元本確定の登記申請についての問題も、不動産登記法の一部改正をも含めて、根抵当権者の単独申請を認めることによって解決することができた。

ところが、これら一連の改正法は、根抵当権者が当該根抵当権の元本を確定させたいと思う場面一般をカバーするものではなく、とくに不良債権を処理する場面に限定して適用されることを想定していた²⁸。まさに円滑化法が時限立法であったことは、その証左であろう。

しかし、時限立法による対応には限界が感じられ、より一般的な元本確定制度および元本確定登記の制度が強く望まれた。当初は、不良債権処理の枠内でのみ例外的に認められた制度であった根抵当権者からの一方的な意思表示のみによる元本確定制度が、その枠組みを超えて、民法上、一般的に取り扱われるべき制度へと変わっていくのである。

3 平成 15 年改正法

- (1) 不良債権処理が不況下の日本経済における喫緊の課題とされていた状況において、根抵当権つきでその被担保債権を円滑に譲渡するために、簡便にかつ確実にその元本を確定させることが強く望まれていたところ、当時の民法では、そのような問題状況に適切に対処することができていなかった。そのため、前述の円滑化法を制定することによって、臨時的な措置を講ずることになった

²⁸ 根抵当権者が金融機関等であり、被担保債権の譲渡先が特定債権回収機関であることが要件となる。

が、やはり時限立法による対応は限界が感じられた。

以下では、平成15年改正法によって規定された、改正前旧398条ノ20第1項1号の確定事由の廃止⁽²⁾、根抵当権者からの元本確定請求権制度の創設⁽³⁾および元本確定登記の根抵当権者による単独申請⁽⁴⁾について考察する。

- (2) 平成15年改正法は、改正前旧398条ノ20第1項1号を廃止した。同条は、「…其他ノ事由ニヨリ担保スベキ元本ノ生ゼザルコトト為リタルトキ」という極めて曖昧な元本確定事由が存在することにより無用な紛争が生じていたため、学界や経済界からの批判の対象となっていた条文であるが、改正後は、ある事実によって取引が終了したか否かという微妙な判断をする必要がまったくなくなった。これにより、実際に取引が終了し、あるいはその他の事由により元本が生じないことが明らかとなったとしても、そのことは根抵当権の元本確定という効果をもたらさないことになる。

紛争原因のひとつが完全に解消されたことは、評価できよう。ただし、実務的にはあまり意味はないかもしれないが、従来、改正前旧398条ノ20第1項1号を根拠として認められてきた根抵当取引当事者の合意による元本確定をどのように解釈するかが、ひとつの問題となろう²⁹。

²⁹ 当事者の合意による元本の確定を否定する積極的な理由はまったくないが、根拠付けとなると難しい問題となろう。古賀政治編著『ケースでわかる新担保・執行法制』（金融財政事情研究会・2003年）70頁は、元本確定期日の定め（398条ノ6第1項）を根拠としてあげるが、銀行実務において元本確定期日はほとんど定められないという現実問題、あるいは、かりに元本確定期日を定めたとしても、たしかに翌日を確定期日とすることが可能ではあるが、それを登記簿上に反映させる手間は覚悟しなければならないであろうことを考えれば、あまり説得力のある根拠とはいえないだろう。結局は、当事者間で元本確定の合意をした上で、根抵当権者による元本確定請求による確定に集約されてしまうのかもしれない。

- (3) 改正法 398 条の 19 第 2 項は、従来認められていなかった、根抵当権者からの元本確定請求の制度を創設することを認めたものである。根抵当権の元本を確定することは、確定後に生じた債権を根抵当権による担保の範囲からはじき出してしまう点で債権者たる根抵当権者にとっては不利なものとこれまで解されてきたが、根抵当権者の一方的な意思表示によって元本を確定させることを認めることは、根抵当権者に認められていた利益を根抵当権者自ら放棄することで不利益を甘受することを意味し、他方、債務者および根抵当権設定者に対しては不利益を与えるという問題が生じないということを根拠とする³⁰。

本条における元本確定請求の相手方は、根抵当権設定者（第三取得者がいる場合には、第三取得者）であって、円滑化法 3 条が規定していた根抵当権者からの通知の相手方である債務者とは異なることに留意しなければならない。円滑化法においては、以後当該根抵当権によって担保されるべき元本を新規に発生させる意思を有しない旨および既存の元本債権を特定債権回収機関に売却・譲渡する旨を通知し、これを民法上の元本確定事由とみなし、その結果、元本が確定するという構成を採っていた。つまり、根抵当権者からの通知は根抵当権者・債務者間の取引の終了を意味するのであり、それゆえに取引の相手方である債務者に対して通知することが要求された。それに対して、改正法は、根抵当権者からの元本確定請求は、あくまで根抵当権の元本を確定させるだけのこと、すなわち根抵当権の内容変更という物権変動的効果だけをもたらすのであって、その効果の発生如何は被担保債権を発生させる取引関係とは理論的にはまったく関係ないから、必ずしも債務者との取引を終了させるものではないとの理解を前提とする。したがって、元本確定請求の相手方を根抵当権設定者とする

³⁰ 谷口園恵＝筒井健夫『改正担保・執行法の解説』（商事法務・2004年）47頁。

のである。

根抵当権の元本確定につき、従来から認められていた根抵当権設定者からの元本確定請求については、根抵当権の設定の時から3年を経過した時以降に元本確定請求ができ、その請求の時から2週間を経過することによって元本確定の効果が生ずる、と規定される（398条の19第1項・改正前旧398条ノ19第1項および2項）。根抵当権設定者からの元本確定請求は、元本確定期日の定めがなければ根抵当権設定者はいわば半永久的に根抵当権の拘束を受け続けなければならなかったところ、元本確定請求権によってこのような不当な拘束から根抵当権設定者を解放すること、すなわち根抵当権設定者にとっての利益を意味していた。これに対して、根抵当権者にしてみれば、取引によって発生する債権がすべて根抵当権によって担保されることを予定して取引がなされていたところ、根抵当権設定者からの元本確定請求を根拠として元本が確定することにより、それ以後に発生する債権が根抵当権によって不意打ち的に担保されなくなるという不測の不利益を被ることになり、これを回避させる必要性が一方で存在する。この根抵当権者の不利益を調整するべく本条が規定されている。

これに対して、根抵当権者による元本確定請求については、いつでも請求が可能で、しかも請求の時に直ちに元本確定の効果が生じるものとされる（398条の19第2項）。つまり、根抵当権設定者の元本確定請求の場合に設けられた期間に関する制限規定が、一切存在しない。これは、根抵当権者から元本確定請求することは、根抵当権者自らが根抵当権によって債権が担保されるという利益を放棄し、換言すれば、元本確定による不利益を甘受し、他方、元本確定によって根抵当権設定者は利益を受けることから、上述した根抵当権者の不意打ち的な不利益を調整する必要がまったくないことを根拠とする。

根抵当権者の元本確定請求権は、私法上の形成権であり、根抵当権者の意思表示が相手方たる根抵当権設定者に到達した時にそ

の効力が発生する³¹。元本確定請求は、あくまでも意思表示として効力を認められるものであることから、民法の原則 (97 条 1 項) に従ったものである。また、相手方が行方不明の場合には、公示による意思表示 (98 条) が必要となる³²。

なお、元本確定期日の定めがある場合には、根抵当権設定者または根抵当権者からの元本確定請求によって元本は確定しない (398 条の 19 第 3 項)。一方の当事者の恣意によって、元本確定に向けられた信頼が裏切られるような形で元本が確定されることは認められるべきではないからである。

- (4) 根抵当権者による元本確定請求後、元本が確定したことの登記については、根抵当権者が単独で申請することができることとなった (改正前不登法旧 119 条ノ 9、現行法 93 条)。

不動産登記法は、登記の申請について、登記権利者と登記義務者による共同申請を原則とし (不登法 60 条)、例外的にいくつかの事例でのみ登記権利者の単独申請を認めるにすぎない (不登法 63 条)。これは、登記申請においてとくに登記義務者を介在させることによって、登記内容が真正なものであることを担保することを目的とするからである³³。

ところが、元本確定の登記は、元本が確定したことを第三者に対抗するためのものとは解されておらず³⁴、また、根抵当権者からの元本確定請求によって元本が確定したことは、登記申請時の添

³¹ 前掲書注(30)谷口=筒井・47頁。

³² 道垣内弘人=山本和彦=古賀政治=小林明彦『新しい担保・執行制度』(有斐閣・2003年)93頁は、根抵当権取引における住所変更届出義務に関連して、根抵当権設定契約等において一般的に所在不明の場合のみなし到達条項が置かれることについて、根抵当権の元本確定が相対の関係にとどまらず対世的な効力を持つことに鑑み、みなし到達条項は機能しないと考えるべきと主張する。

³³ 幾代通=徳本伸一補訂『不動産登記法(第4版)』〔法律学全集〕(有斐閣・1994年)71頁など。

³⁴ 前掲書(3)鈴木・161頁、前掲書(7)・260頁(清水湛発言)。

付資料によって客観的に明確であることから、根抵当権者の単独申請を認めても登記内容の真正を害することにはならないと解される。そこで、根抵当権者から元本確定請求がされたことを証する書面を申請書に添付すれば、根抵当権者が単独で元本確定の登記申請をしても問題ないということになる。

元本確定請求をしたことを証する書面とは、具体的には、配達証明付き内容証明郵便で足りよう。また、公示による意思表示を行った場合には、公示送達に関する書面を用意することになる。

なお、根抵当権者の単独申請は例外的なものであると考えれば、共同申請の原則はまったく排除されたものとする必要はない。したがって、根抵当権者および根抵当権設定者による共同申請は当然に認められるべきである。

4 評価・分析

- (1) 平成15年改正法は、その5年前の円滑化法によって臨時措置として確立していた諸制度、すなわち根抵当権者の元本確定請求権制度および根抵当権者による元本確定登記の単独申請制度を一般法化する意義がある。そして、これらの制度は、互いにあいまって、不良債権処理の中で頻繁に行われてきた被担保債権の譲渡を、確定根抵当権を随伴した形で簡易・迅速に行うことを可能にした。

今般の改正によって、根抵当権の元本の確定から、その登記に至るまでの過程で、すべてを根抵当権者だけで一方的に手続きを進めることができるようになり、不良債権処理の実務に大きな利益をもたらすことになったことは明らかである。

- (2) 平成15年改正法においては、その不明確さが批判されていた改正前旧398条ノ20第1項1号の元本確定事由が廃止された。これによって、「元本債権の発生可能性」を基準として元本が確定されたか否かをめぐる無用の紛争を避けることができることになったが、反対に、実際に取引が終了して根抵当権の被担保債権の範囲

に属するような元本が発生しないことが明らかとなっても、これによって元本は確定しないことになる。この点を捉えて、同条1号の確定事由の廃止に対して根抵当権の本質論を根拠とした反対論を展開するものがある³⁵。つまり、元本の発生可能性がなくなったときには、当該根抵当権をもはや引き続き根抵当権たらしめておく必要性が理論的になくなるのであれば、根抵当権の元本を確定させないでおくのはおかしいし、このような根抵当権の本質的な内容を含む旧規定を削除するのは相当でない、という論理である。

確かに、上述のような論理には一理あるが、旧規定が存在することによって発生していた弊害を温存させてしまうことと比較考量するならば、今回の改正法の姿勢は、十分に理解できるものであろう。曖昧な文言で表現されている制度をできる限り廃止して、より明確な文言で表現することは、これまでも行われてきていることでもあり³⁶、むしろその効果は十分に発揮されている。また、これによって、制度の根本思想などが覆滅させられてしまうような結果をもたらすものであれば一考の余地もあろうが、そのようなことがない限りは許されてしかるべきであろう。

- (3) 平成 15 年改正法 398 条の 19 第 2 項は、根抵当権者に対して元本確定請求権を付与した。これは、根抵当権者が以後新たな被担保債権を発生させないという明確な意思表示をした場合に、元本が確定する、というルールを新たに定立することによって、従来の曖昧・不明確な点を解消させることを目的とする制度構築である。根抵当権の元本を確定させないで維持しておくことの利益は、根抵当権者が享受するべきものであるにもかかわらず、あえて元

³⁵ 前掲注(1)山野目=小粥・75 頁参照。

³⁶ 前掲注(1)山野目=小粥・76 頁は、借地権消滅事由に関する建物朽廃の例を挙げる。

本を確定させようとする根抵当権者からの意思表示があれば、それは自らの利益を放棄することを意味するのであるから、それによって元本を確定させてもよいだろう。

ところで、本条文の前提となっている円滑化法3条は、金融機関等が、融資先＝債務者に対して、以後新規の融資をしない旨および被担保債権を特定債権回収機関に譲渡する旨を通知する場合に限定して、旧398条の20第1項1号の確定事由にあたりとみなすという規定振りだった。これは、債権者からの一方的な意思表示のみによって、取引そのものを終了させること（融資の打ち切り）ができるかのような解釈も可能であったが、改正法については、どのように考えるべきであろうか。

改正法は、元本確定の問題と取引終了の問題は別個の問題であるという認識を前提とする。法理論的に言えば、元本の確定は、従来の理解によれば、根抵当権者に一定の不利益を課すものであったとしても、債務者側に法的な不利益を生じさせるものとは解されない。また、元本の確定以後に発生した債権が当該根抵当権によって担保されなくなるだけの効果しか有していないのであって、そうであれば根抵当権者＝債権者の一方的意思によって取引が終了するか否かの問題は、元本の確定とは無関係の問題と捉えることができる。

しかし、本当にそのように問題を単純化してしまっているのだろうか。根抵当権者からの元本確定請求権については、もともとは不良債権を処理する中でその必要性が認識されていたということは前述のとおりであるが、不良債権処理の場面では、根抵当権者たる金融機関のイニシアティブにより、当該根抵当権によって担保されている債権がサービサーなどの特定債権回収機関に譲渡され、結局は、当該機関によって債権が回収されるのを待つばかりで、実際には、これまで取引してきた金融機関との取引を継続したり、あるいは新規に取引を起こしたりすることは期待できなかったであろう。昨今では、金融機関による「貸し渋り」も現

実問題となっている。

平成 15 年改正前の円滑化法のもとでは、根抵当権者による元本確定は不良債権処理の場面に射程を限定していたが、本改正法は、その射程を限定していないので、根抵当権者による元本確定制度が金融機関によって恣意的に利用されるのではないかという懸念がぬぐいきれないところである³⁷。場合によっては、権利濫用の法理などで、金融機関の行きすぎた権利行使に対して一定の歯止めをかけることについて一考の余地があろう。

- (4) 元本を確定させ、確定根抵当権つきで債権を譲渡する手続きは、確定根抵当権移転の付記登記によって完了するが、この付記登記の前提として元本確定の登記を要することになる。この元本確定の登記申請につき、たとえば、根抵当権設定者が登記申請に協力しない場合や根抵当権設定者の所在が不明の場合にも共同申請の原則が適用されるということであれば、根抵当権者に元本確定請求権を付与したことの実効性が大きく害されることになる。そこで、円滑化法 4 条では、不良債権処理の場面に限定してはいるが、金融機関等の根抵当権者が一定の要件の下で元本確定の登記を単独で申請することを認めていた。平成 15 年の改正は、これを下敷きにして、不動産登記法 119 条ノ 9 (現行不登法 93 条) において根抵当権者の単独申請を認めた。

そもそも、共同申請主義の趣旨は、登記をすることによって不利益を受ける者(登記義務者)を登記申請に介在させることによって、できるだけ虚偽の登記ができないようにして、登記内容の真

³⁷ 第 151 回国会衆議院法務委員会(平成 13 年 3 月 23 日)における木島日出夫議員の一連の質問(会議録 7 号)は、金融機関等有する根抵当権により担保される債権の譲渡の円滑化のための臨時措置に関する法律の一部改正の審議でのことではあるが、実はすでに円滑化法の時分からこのような懸念はあるのであって、それが民法によって一般化されたときに解消されたとは考えられないであろう。

正を確保する、というものである。そうであれば、登記義務者にあたる者があえて登記をなす意思を表示するならば、この者だけの申請に基づいて登記をしても問題ないと考えられてきた³⁸。

また、さらに、根抵当権の元本確定の登記は、今後、当該根抵当権によって担保されるべき元本が発生しない事実を公示する登記であり、元本確定につき利害関係を有する第三者を想定することができないこと、元本が確定したとの事実の有無は、根抵当権者自身の意思（元本確定請求権行使の事実）を確認すれば足りること、そして根抵当権者本人による単独申請を認めても他に特段の不利益を受ける者はいないとの判断も、根抵当権者の単独申請を認める根拠となろう³⁹。

上述のように、元本確定の登記に実体法上の意義はほとんどない。最大の問題は、実体法上、元本確定の効果が生じているか否かであるので、その問題が明確に解消しているのであれば、登記手続において、間違いなく元本確定の事実が反映されればまったく問題はない。民法において根抵当権者の元本確定請求権が認められたことから、とくにこの場合については、根抵当権者の意思確認を明確にするという運用上の問題が残されているとしても、解釈上の問題はないと解される。

むすびにかえて

根抵当法制が民法典に組み込まれた当時(昭和46年)においては、根抵当権設定者の元本確定請求権だけを法制化し、根抵当権者の元本確定請求権が見送られたことに鑑みれば、平成15年の改正は、法制史上においても、きわめて重大な改正であったと評価されよう⁴⁰。

³⁸ 前掲書注(33)幾代＝徳本・71頁。なお、前掲注(11)山野目＝小粥・78頁は、単独申請の可能性を説明する道具立てとしては大きすぎるとの評価をする。

³⁹ 前掲書注(30)谷口＝筒井・48頁。前掲注(11)山野目＝小粥・78頁

⁴⁰ 前掲注(11)山野目＝小粥・77頁は、今般の改正を根抵当法の思想に根本的な変更をもたらすものであるとみている。

従来、元本確定の制度はもっぱら根抵当権設定者にとって有利な制度であり、根抵当権者にとってはむしろ不利な制度であると理解されていたところ、近時の不良債権の処理を通じて、根抵当権によって担保された債権を譲渡する方法が、より簡易で効率的な債権回収方法であると認識され、重要視されるにともない、元本確定の制度が、実は根抵当権者にとっても一定の利益を有する制度であることが再確認された。ところが、現実の民法の規定は、そのような社会のニーズに対応していなかったために、特別法（円滑化法）の制定を経た上で、今回の改正となった。

しかしながら、不良債権の処理という一定の枠の中で認められてきた臨時措置を、民法に一般化することから想定される弊害をも考えておかななくてはなるまい。平成 16 年に民法の現代化に伴って保証規定の改正が行われたが、本稿との関係では、物上保証人の保護の問題を提起しておきたい。確かに、物上保証人は、一般の保証人に比べて責任の範囲が限定されているため、保護の対象として前面に出てくることは少ないが、根抵当権の規定やその根底にある思想が新しい保証規定に大きな影響を与えていることを考えれば、両者には、債務は負っていないのに大きな責任を負ってしまう者を保護しようとする共通の問題認識があるはずである⁴¹。

たとえば、債務者の経済状態が著しく悪化していることを知らない物上保証人にとっては、金融機関が安易に融資を継続することによって被担保債権の額がむやみに増加することになれば、それは決して看過することができるような事態ではあるまい。物上保証人が、根抵当の負担の範囲内であっても、さらに自己の負担を合理的な範囲に食い止めることは、法的な保護を受けるべき利益であり、また、近時話題となっている貸手の責任（レンダーライアビリティー）と

⁴¹ 平野裕之「保証規定の改正について」法教 294 号 21 頁は、その注 17 で、保証人保護を不良債権処理という名の下に揺るがされるべきではない、と主張する。まさにその保護の対象は、物上保証人にも及ぼされるべきであろう。

の関係も考慮しなければなるまい。

債権者・根抵当権者の権利行使を円滑に進めることは非常に大事なことではあるが、しかしその反面で、権利行使を受ける側（とくに物上保証人）については、非合理的な不利益を被らせることがないような配慮もする必要があるのである。

付記：本稿は平成16年度札幌大学研究助成による研究成果の一部である。