

被担保債権無効・取消の場合における人的・物的担保の効力に関する一考察:
比較法的検討を踏まえて(3)

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 長谷川, 隆 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/34422

被担保債権無効・取消の場合における人的・物的担保の効力に関する一考察 —比較法的検討を踏まえて— (3)

長谷川 隆

第一章 序—本稿の目的

第二章 フランス法の状況（以上、四九卷二号）

第三章 ドイツ法の状況

第一節 若干の断りと前置き

第二節 保証の場合をめぐる状況（以上、五五卷一号）

第三節 質権、抵当権等の場合をめぐる状況

第四節 ドイツ法のまとめ（以上、本号）

第四章 まとめ

第三節 質権、抵当権等の場合をめぐる状況

第一 総説—動産質、土地担保権としての抵当権および土地債務

本節では、物的担保に関わる問題状況を眺める。本題に立ち入るに先立ち、その前提として、基本的事項を確認しておくことが必要であろう。すなわち、以下で紹介する判例が取り扱う物的担保制度は、動産質、抵当権、保全土地債務であることから、これらにつき、簡略に言及しておきたい。⁽¹⁾

1 動産質

一般動産につき設定される質権は、ドイツ民法典の定める古典的担保物権であり、日本法と同様、設定契約と目的物引渡しによって成立する。もともと、今日では、譲渡担保、所有権留保に比べ、その経済的重要性は薄れてきているといわれている。ところで、動産質権は特定の債権の担保としての性質を有し、(BGB一二〇四条)、被担保債権との間に、強い附従性をもつものである⁽²⁾。

2 土地担保権 (Grundpfandrecht) としての抵当権

ドイツ民法典は、土地に対する物的担保権として、抵当権 (Hypothek)、土地債務 (Grundschuld)、定期土地債務 (Rentensuld)の各制度を用意しているが、ここでは後掲の判例に関わる、抵当権、土地債務についてふれることにしたい。

(1) 抵当権は、債権の弁済のために土地から一定の金額の支払いを請求できる物権であり、設定当事者間の物権的合意およびその登記により成立する⁽⁴⁾。

(2) ドイツ民法典上の抵当権については、以下のような分類・区別が重要であろう⁽⁵⁾。第一は、流通抵当権 (Verkehrshypothek)と保全抵当権 (Sicherungshypothek)という分類である。前者が抵当権の普通の形態である。そして、後者が被担保債権との間に強い附従性を有するのに対して、前者は抵当権の流通確保のために、次のように附従性がやや緩和されている。すなわち、被担保債権が弁済により消滅したにもかかわらず、抵当権登記が登記簿上抹消されなかった場合、当該登記を信じた譲受人には、抵当権に加えて被担保債権についても善意取得しうるとい⁽⁶⁾う保護が与えられているのである。

他方、当事者は、例外的にはあるが、右記公信の原則を排除する旨の合意をすることができるのであり、この

結果、先の附従性が貫徹され、その意味で流通性を欠く抵当権が成立する。これが保全抵当権である。⁽⁷⁾

第二は、証券抵当権 (Briefhypothek) と登記簿抵当権 (Buchhypothek) の区別である。まず、前者は文字通り、抵当権の流通を容易にし、投資を促進させるため、抵当証券が作成される抵当権である。しかし、この抵当証券発行は当事者の合意 (および登記) によって排除されうる (BGB 一一六条二項)。これが後者として挙げた登記簿抵当権である。前記の流通抵当権にあつては、これら二つのいずれの形態をとることができるものの、前者がその原則的形態であるとされている。他方、先の保全抵当権は、登記簿抵当権としてのみ設定される (BGB 一一八五条一項)。

(3) 後に紹介する抵当権に関する判例においては、保全抵当権が問題となつている事例がある。ところで、ドイツ法においては、被担保債権が当初から無効であるか、または遡及的に失効するときは、当初の抵当権は、附従性により消滅するのが原則のところ、この原則の例外として、抵当権設定者たる所有者は、この抵当権を取得するといふ所有者抵当権 (Eigentümerhypothek) と呼ばれる制度が存在する (BGB 一一六三条二項一文)⁽⁸⁾。消滅するはずの抵当権は所有者に帰属するのである。その制度の趣旨は、抵当権の順位確定の原則を維持するためであるといわれているが、本稿が抵当権の基本的性質として附従性を前提にしていることからすると、所有者抵当の存在は、本稿のテーマにも影響を与える関わりを持ち、所有者抵当がどのように機能するのか、が解明されねばならない。しかし、本稿では、その十分な解明ができなかつた。⁽⁹⁾ このような不明な点を残しつつも、本稿では、所有者抵当の問題はひとまずさておき、上記保全抵当権は少なくとも、成立における附従性を有するものであることを前提に記述を進めたい。その理由の第一は、保全抵当権の被担保債権の無効を扱った後掲の「独・11」判例は、所有者抵当に全く言及することなく、保全抵当権の附従性のみを問題としてしていると見られること。第二には、後に紹介する抵当権を検討対象として本稿のテーマに論及する諸学説も、抵当権の附従性だけを取り上げて論じており、そこでは、

所有者抵当と絡めた議論は全く見られないこと、である。

3 土地担保権としての土地債務

(1) 抵当権と同様に、目的物たる土地から一定の金額の支払いを請求しうるものの、被担保債権の成立・存続とは無関係に成立しうる（なお、成立には、当事者による設定の合意と登記が必要である）担保権が、土地債務である。しかし、土地債務が抵当権と大きく異なるのは、被担保債権との関係において附従性を有しない、ということである。そして、これによれば、土地債務権利者は被担保債権とは別個・独立に土地を処分しうることとなる。しかしながら、この原則は貫徹されていない。その大きな理由としては、後述(2)のように、土地債務設定時においてなされる担保の合意(Sicherungsvereinbarung)⁽¹¹⁾が存在することにより、土地債務は抵当権同様の役割を果たしているからである。

(2) 保全土地債務(Sicherungsgrundschuld)

原則として、被担保債権の存在とは、独立して成立するものであるとはいえず、土地債務は実際のところ多くの場合、債権担保の目的のために設定される。この特別の目的決定は、土地債務が設定される際に、当事者の債権的契約―保全約定(Sicherungsabrede)などと呼ばれる―によってなされるが、この結果、土地債務は債権と結合することとなり、機能的には抵当権に接近するものとなっているといえよう。このような土地債務は保全土地債務と呼ばれている。⁽¹²⁾そして、立法者は、このことを受け、二〇〇八年に関連条文を改正した。すなわち、BGB一一九二条の中に、従来存在しなかった保全土地債務の規定を挿入し（一一九二条aとして）、保全土地債務の法的意義および保全土地債務の取得者に対する不動産所有者の保護等の規定を定めるに至ったのである。⁽¹³⁾

このような保全土地債務に担保としての性質が見られることから、後掲のように、保全土地債務についても、抵

当権と同様、被担保債権無効の場合において、この担保は不当利得返還請求権をもカバーするのかという問題が、判例上取り上げられている。

- (1) 以下では、各担保の全体像を明らかにすることはできず、本稿の当面の検討課題にとって、必要な限りでのみ、これらにふれるにとどめるをえない。なお、伊藤進「ドイツ債権担保制度概観」七八頁以下（第三章第二節注（2）所掲）がこれら物的担保の全体像を要領よくまとめているので、詳しくは同論文を参照されたい。
- (2) Staudinger-Wiegand 2009, § 1204 Rn.10.; MünchKomm-BauRn. 2009, § 1204 Rn.15.
- (3) BGB 一一二三条は、抵当権者が債権の満足のため、土地から一定額の支払いを受ける権利を有することを定めている。
- (4) このほかの成立要件として、被担保債権が存在すること、後述の証券抵当の場合には抵当証券の発行が必要となる。この点について概説する基本的教科書として、K.Müller, Sachenr. 4. Aufl. 1997, § 471ff. Rn.151ff.; H.P. Westermann, BGB-Sachenr. 11. Aufl. 2005, § 150ff.などを掲げておく。
- (5) 二二で取り上げた分類について簡潔な概観を与えるものとして、例えば、K.H. Schwab-H. Pritting, Sachenr. 32. Aufl. 2006, § 253ff.
- (6) BGB 一一八条が適用されることによる。同条によれば、登記の公信力に関する規定（BGB 八九二条）は抵当権に関しては、債権についてもまた適用されることになる。なお、本文の例は、F. Baur-R. Stürmer, Lehrbuch des Sachenr. 18. Aufl. 2009, § 459 による（本書は以下、Baur-Stürmer, Sachenr. として引用することにした）。
- (7) BGB 一一八四条一項は、「次のような性質をもつ抵当権を設定することは許される。すなわち、この場合、抵当権に基づく債権者の権利は債権によってのみ決定され、かつ、債権者は債権の証明のために登記を援用することはできない」と規定している。上記規定の「次のような性質をもつ」抵当権が、保全抵当権である。
- (8) 我妻栄『新訂担保物権法』二二五頁（一九六八）がこれにふれている。
- (9) 我妻・前注二七頁、伊藤進「ドイツ債権担保制度概観」（第三章第二節注（2））一〇七頁以下。
- (10) Baur-Stürmer, Sachenr. § 464ff. を参照したが、（筆者の力不足にもよろうが）筆者の問題意識に応える明確な説示を見いだせなかった。
- (11) Baur-Stürmer, Sachenr. § 455-456.
- (12) 通説的見解はこのように解する。この約定はいくつかの意義ないし機能をもつが、とりわけ、これが土地債務取得の法律上の原因に

なること、被担保債権を決定すること、関係当事者の権利・義務を定めること、などが重要であるといえよう。これらの点につき、

MünchKomm-Eickmann, 5. Aufl., 2009, § 1191 Rn13ff.

(13) Baur-Stöner, Sachenrecht, S. 575.

(14) Baur-Stöner, Sachenrecht, S. 575.

第二 判例

以下のような整理の仕方により、物的担保に関する判例を概観することにした。まず、保証の場合と同じく、第二次大戦前と戦後とを分けて紹介する。さらに、肯定例、否定例を区別したが、その意味は、保証に関する判例紹介の前置きとして述べたところと同様であり、当初の主たる債務に付された物的担保が不当利得返還債務をも担保する、とする場合を肯定例、そうでない場合を否定例として扱った。加えて、判例の配列は、判決の時間的順序に従った。

1 戦前の判例

戦前では、一件の否定例を挙げることができる。

[独・11] RG1911.5.20; JW1911.653

(事実) 未成年者Aが後見人の同意を得てXから一万マルク借り入れ、この貸金債務についてY所有の土地に保全抵当権が設定された。金銭は借主Aに交付されたが、Aの借り入れ行為について後見裁判所の許可(Genehmigung des Vormundschaftsgerichts)が与えられず(BGB旧一六四三条、同旧一八二二条)、A・Xの金

錢貸借契約は無効であることが判明した。そこで、XはAに一万マルクの返還を請求したところ、これが行われないため、XはYの抵当権の実行を申し立てた、というものである。

(判旨) 結論的に、裁判所はXの申し立てを退けた。本稿と関連する、判旨の要点は次の通りである。XがAに対して有する不当利得返還請求権は、その性質・内容の点で本来の被担保債権たる貸借契約上の返還債権と本質的に異なっている。そして、抵当権は、これら二つの債権のいずれか一方を担保するという方法で設定されることはない。

2 戦後の判例

これに対して、戦後では、否定例、肯定例の両者が見られるが、後述のように、BGHは肯定の立場に与しているというであろう。まずは、否定例から紹介を始めよう。

(1) 否定例

[独・12] OLG Schleswig 1981.2.27; ZIP 1982, 160.

(事実) 事実関係を簡略化し、民法上の論点に絞り紹介することにしよう。AはYから三万マルクの貸付を受けるに当たり、自己の有する地上権(Erbbaurecht)につき、保全土地債務を設定し、登記がなされた。すなわち、A・Y間に保全約定が結ばれ、これによれば、保全土地債務はYの有する金銭消費貸借上の債権を担保することとなった。ところが、Aが3回以上金利返済を怠ったので、YはAに貸付額全額の一括返済を請求した。一方、この地上権につき後順位の保全土地債務を得たX(その債権額は二万五千マルク)により担保の実行手続きが開始され、X自らが競落した。しかし、競落手続きが終了し、配当が行われた後、XはYを相手取って執行法にかかる訴えを提起し、この中で次のように主張した。すなわち、A・Y間の金銭消費貸借は暴利

行為が無効であるから、Yは実体法上の請求権の根拠もなく配当利益を得た、というのである。そこで、Yは保全土地債務により担保されるところの実体法上の権利を何らもたないのか、が争点となった。

(判旨) Yが不当に配当を得た、とのXの主張は容れられた。そして、裁判所は、当該金銭貸借は暴利的であつて、BGB一三八条一項により無効であるとした上で、先の争点にかかわる、本件保全土地債務が交付済み金銭の不当利得返還請求権まで担保するか、という問題につき、以下のように述べた。契約上の主たる債務が無効の場合に、物的担保が不当利得返還債務をも担保するか否かは、この旨の当事者意思が表されている場合にのみ考慮に入れられる。意思の探求はまず契約文言によってなされるべきところ、本件保全約定の中では、担保されるべきものとして、契約上の主たる債務しか挙げられていない。また、契約締結の際の諸事情は、保全土地債務の効力拡大に向けての、契約解釈の手がかりを与えるが、本件被告の主張からはこのような事情は見いだせない。結局、本件におけるYの不当利得返還請求権は保全土地債務によって担保され得ない、と結論づけた。

保全土地債務が問題とされた本件において、裁判所が、当事者の意思解釈によつては不当利得返還請求権が担保される余地があることを認めている点は注目される(ここにはおそらく、後掲の「独・13」判決の影響があると推測される)。しかし、本件では、契約文言、契約締結に関わる諸事情、いずれからも、契約解釈によって問題を肯定に向かわせる結論は引き出され得ない、との判示がなされている。

(2) 肯定例

肯定例として以下では二つのケースを掲げることにした。

〔独・13〕 BGH 1968.3.18.; NJW 1968.1134=JZ 68.354

(事実) 事実関係に一部不明の点もあるが、次のごとくである。⁽³⁾ X・Aは代金五万マルクでX所有の絨毯の売

買契約を締結し、絨毯はAに引渡されたが、Aの代金完済まで同絨毯の所有権はXに留保されることとなっていた。ところで、YはAに二万五千マルクのお金の貸付けを行い、貸金債権の担保として、Aより質物として上記絨毯の提供を受け、これを占有していた。ところが、Aは一方で借り入れたお金を消費した上、他方でXに残代金の弁済をせぬまま死亡してしまつた。そこで、XはYに対して、留保所有権に基づいて絨毯の返還請求を行い、次のように主張した。A・Y間の金銭消費貸借は暴利行為であつて無効である。また、Yが占有している絨毯は、YがAの相続人に対してもつ、貸付けた金銭の不当利得返還請求権をも担保するものではない、と。原審ではYが勝訴したため、Xが上告した。

(判旨) 上告棄却。

1) 本件における、担保設定契約の原因となる行為、すなわち金銭消費貸借契約には高利が付されており(原審の認定では、年三六〇%の金利が課されていた)、BGB一三八条一項の良俗に反する行為であつて同契約は無効である。このような場合、この基礎となる行為の影響を受けて物権行為(本件では質権設定契約)も無効になることがあり得る。しかし、原審は本件がこれに該当するとは判断していない。また、貸借の目的たる金銭の交付と質物である絨毯の引渡しとが一体的法律行為とみなされうるような場合には、BGB一三九条によつて、質権設定契約も無効となるであろう。しかし、『本件の当事者は、仮に金銭貸借の無効に気づいていたとしても、なお質権の設定を行ったであろうから』本件は一体的法律行為に当たらない。

2) 質権の本来の被担保債権である契約上の債権が無効の場合、給付物の不当利得返還請求権が契約上の請求権に代置され、質権により担保されるという結論が、常に、担保権設定当事者が何を意図していたかを丹念に探ることによつて導かれうる。当事者意思が、質物を不当利得返還請求権の担保とする、というものであつたならば、これをそのまま承認すべきである。本件では、当事者意思は、民法八一二条の不当利得返還請求権を

質権の担保として十分なものと考えていたと解される。これは、まず、不当利得返還請求権が経済的に見て、当初の消費貸借から生ずる、交付された金銭の返還債権と相応することから根拠づけられる。それにとどまらず、原審は、AがYに対し、もし四週間以内に貸金の返済ができないときは、Yは絨毯の所有者としてこれを自由に処分してもよいという許可を与えていたこと——もちろん、このような合意そのものはBGB一二二九条の流質契約の禁止規定に抵触し、無効なのであるが——を認定している。このような準備行為(Bereitschaft)があつたことから、金銭の返還に関するその他の場合をも絨毯によって担保させようとする意思をAが有していたことが推測されうる。上告人は、質権によって担保されるべき債権が存在していないと主張するが、以上のように、当事者意思によればYの不当利得返還請求権を質物が担保するのであるから、上告理由は当たっていない。

本判決は、教科書等ほぼすべての文献に引用される著名なものである。とりわけ、上記の判旨2)に見られるように、当事者意思を探索することにより、物的担保が不当利得返還請求権を担保するか否かという結論が導かれる、という一般的説示をした点で、後に続く判例に影響を与えた戦後の重要判例といえることができる。判旨2)は、本件では当事者意思は、担保を不当利得返還請求権にまで及ばしめるものであると解釈される、と結論づけている。その根拠として、ア)経済的観点から見ると、不当利得返還請求権と契約に基づく金銭の返還請求権は同一の内容を有するものであること、イ)当事者に流質契約というべき合意があつたこと、が挙げられている。本件判旨は、当事者意思の探求により問題解決を図つたものであるが、他方、学説は、本件判旨2)は、諸点の衡量により補充的契約解釈を行ったものである、との評価を加えている。⁴⁾

ところで、判旨1)は、金銭貸借契約が良俗に反して無効の場合の質権設定契約の効力という問題に言及している。類似の問題は保証契約の場合にも生ずるが、質権設定契約が物権行為であり、無因性を有することから、ここ

で改めて論点となるのは、「被担保債権を生じさせる契約がBGB一三八条に反し無効の場合、物権行為の無因性原則は破られるのか」という問題である。これに対する判例・学説の態度は次のごとくである。すなわち、原因行為が一三八条二項の暴利行為の要件に該当するときは、無因性原則の例外として、物権行為も無効となる。一方、上記要件が満たされず、同条一項の良俗違反があるにすぎないと判断されるときは、必ずしも同一の結論にならない。この場合、物権行為の効力は、個々のケースにおける担保設定の目的やその効果などの実質的吟味の結果いかに左右されるのであり、一律に、有効、無効が決まらない、と。判旨1)はこのような立場から、本件質権設定契約を無効と扱わなかった原審の判断を支持したものである。

なお、判例・学説上、このほか物権行為の無因性が破られる例外的場合として、原因行為と物権行為の間に「行為の一体性(Gesamtheit)」がある場合が挙げられている。⁽⁷⁾ この行為の一体性論は、当事者が特に二つの行為を統一的に結びつけようとした場合に問題となり、結局はかような合意の有無についての当事者の意思表示の問題に帰着するとされている。例えば、本件のような質権設定の例を用いると、債権者への質物の引渡しと引換えに債務者への貸付け金銭の交付を行うこととした場合などがこれに該当するとされている。⁽⁸⁾ しかし、BGBは前掲判旨1)のような当事者の意思解釈を通じて(前掲判旨中の二重カギで囲った箇所を参照)、行為の一体性論を本件で適用することをも退け、質権設定契約を無効と扱わなかったわけである。

次いで、もう一件の肯定例を掲げよう。

[独・14] BGH 1982.7.8.; NJW 1982.2767.

(事実) S会社傘下のホテルのオーナーXは、ホテル建設資金の返済に窮し、一九七一年三月、Yと金銭消費貸借契約を締結した。同契約により、YはXに三〇万マルクを融資するが、他方、利息の代わりとしてXはYに別途三〇万マルク支払うこととし、元利の支払いに関して、次のような約定がなされた。すなわち、Xが保

有しているS社の株式をいったん三〇万マルクでXがYに譲渡し、これを貸金返済時にXがYから六〇万マルクで買い戻すという内容であった。さらに、当初の弁済期（七二年三月）から一六ヶ月経過した七三年七月、XはYに、一〇万マルクの債務額に限ってではあるが、自己所有地にYのため保全土地債務を設定した。その際の保全約定の中には「この土地債務はYの、元本、利息、費用、その他あらゆる債務原因(Schuldgründen)から生ずる現在および将来の債権を担保する」という文言が置かれていた。同時に、Xの全財産への執行を認諾する旨の債務証書(Schuldurkunde)が作成された。Xの債務不履行によりYが土地債務の執行を行おうとしたのに対し、Xはその排除を求めて訴えを提起した。原審がX敗訴の判決を下したため(XY間の金銭消費貸借は必ずしも暴利行為とはいえないことをその理由とする)、Xが上告した。

（判旨）要約して紹介すると次の通りである。七一年三月になされた金銭消費貸借は、株式の売買という形態を通じて、Yが九五%ないし一八〇%にもなる高利を約束させたものであり、BGB一三八条一項によって無効である。しかし、このことから、Yによる土地債務の執行が許されないということにはならない。保全土地債務は、無効だとされた債権の担保のためだけに使い果たされるものではなく、Xが借入れた金銭の不当利得返還請求権をも担保しうるものである。なぜならば、第一に、本件土地債務の設定は、貸金債権の弁済期（七二年三月）の一六ヶ月先である七三年七月末になされているから、これはもはや当初の債権の担保とはいえないと考えられる。第二に、何よりも、先の約定中に、Yの現在および将来の、元本、利息、費用その他あらゆる債務原因から生ずる債権を担保する旨の文言があるからである。しかしながら、担保の執行が許されるか否かについては、さらに、金銭消費貸借の無効によって、保全土地債務設定行為そのものが無効になるかという問題が関わる。この点を審理するための事実関係を原審は明らかにしていないので、本上告審では、最終的な結論を下し得ない。

本判決は、紛争解決としての結論は下していないが、本稿が検討している問題について、肯定的な姿勢を示したものである。もともと、前掲の「独・13」判決と異なり、保全約定の文言から、不当利得返還請求権へも担保が及びうるということが、解釈上判断しやすいケースであったといえるであろう。

以上、戦後の三件の事例を紹介した。いずれも、金銭消費貸借が無効である場合の、不当利得返還請求権に担保が及ぶか、を問題としたものであり、そこでは、当事者の意思解釈ないし補充的契約解釈が法律構成として採用されていたことが特徴である。しかし、九〇年代のBGH判決には、結論は同一ながら、これらと法律構成を異にするものが一件あることを付言しておこう。⁽⁹⁾

3 判例のまとめ

物的担保に関する判例の状況をまとめておこう。保証の場合に比べ、判例数は少ないが、紛争事例、肯定否定の判断状況、法律構成の三つの角度から整理したい。

(1) 紛争事例

戦前・戦後を通じて、後見裁判所の不許可の事例が一件あるほかは、金銭消費貸借が良俗に反しているため無効とされた事例が三件を占めていることから、保証と同じく、暴利的金銭貸借のケースが目立っている。

(2) 肯定・否定の判断状況

これについては、次のようにいえるのではなからうか。戦前にあつては、判例は本問題に対し否定的であつた。しかし、その後、戦後においては、肯定する立場が支配的になったと見受けられる。これには、特に「独・13」が大きな転換点になっており、この判決の出現によって、その後の「独・14」も同一の流れに乗っていると見ることができよう。

(3) 法律構成

戦前の判例〔独・11〕は本来の被担保債権と、契約無効を原因として生ずる不当利得返還請求権とは、性質上異なったものである、との立場に立っている。これに対して、戦後の判例については、「独・13」に代表されるところの、「当事者の意思（契約）解釈を通じて、物的担保が不当利得返還債務をも担保することが肯定されうる」という考え方が法律構成として定着しているように思われる。というのは、その後に出現した「独・14」という上告審判決も類似的の思考法に立つものといえるであらうし、また、「独・13」の以後に現れた、「独・12」という下級裁判所の姿勢も、結論こそ否定的ではあるが、その考え方は肯定説を採る「独・13」と同一の構成に依拠するものであるといえるからである。

ところで、物的担保の維持・責任拡大の肯定を認めた「独・13」、「独・14」ともに、金銭消費貸借が良俗に反しており無効である、という事案である。これらのケースの無効原因作出者は債権者（貸金の貸主）であると推測されるが、いずれの判例の判旨も当事者の帰責性を問題としないように見受けられる。

(1) ここにいう後見裁判所の許可については、D. シュヴァーブ著、鈴木祿弥訳『ドイツ家族法』二四五頁以下（一九八六年）を参照。

(2) 地上権は土地と同様に土地担保権（Grundpfandrecht）の対象となりうる。この点につき、例えば、Baur-Stürner, Sachenrecht, S. 388.（本書第一注（6））

(3) 本判決を掲載した雑誌（NJW/JZ）は、判旨の一部を抜粋して紹介しているにすぎない。そのため、本文に掲げた事実関係は、本判決に關する補充的紹介をしている C. Kias, Kreditisierung und Rückgewährschulden, 1971, S. 16 の叙述を加味して、筆者が再構成したものである。なお、同書は本稿が問題にする法的テーマの、ドイツ法における貴重なモノグラフィである（以下では、Kias, Kreditisierung と略して引用する）。なお、本判決を紹介したそのほかの文献として、J. Baur, Entscheidungssammlung für jungen Juristen : Sachenrecht, 3. Aufl. 1985, S. 286 があつた。

(4) このような評価をする文献は少なくないが、二二では、代表的なものとして、C. Kias, Kreditisierung, S. 26, 31. を挙げておいた。

(5) ここで問題とされる原因行為の意味内容につき、補足しておきたい。通常、物権行為と対比的に原因行為(Kausalgeschäft)という場合、当事者に物権変動を生じさせる義務を課する債権契約を意味する。このことから、担保権設定契約の場合は、一般に、担保権設定を義務づける債権的合意がこれに当たるはずである。しかし、本文で扱っている、無因性が破られる例外的場合に関するドイツ法上の議論では、原因行為は被担保債権を生じさせる契約(すなわち消費貸借契約)プラス上述の担保設定を義務づける契約、と捉えられている。つまり、ここでは、担保権設定を義務づける合意は、消費貸借契約と結びつけて(あるいは消費貸借契約に帰属するがごとくに)捉えられているのである。この点は、フライブルク大学法学部、トーマス・クローエ助手(二〇〇〇年春当時)の二教示によった。

(6) 以上の判例・学説の動向につき、Klaas,Kreditsicherung,S.52ff.やJbJ', H.Hübner, Allgemeiner Teil des BGB, 2.Aufl., 1995,S.389ff.; Baur-Stürmer,Sachenrecht,S.59ff.

(7) 行為の一体性がある場合に物権行為の無因性が破られるとされる根拠となる条文は、BGB一三九条である。同条は、無効となった部分がなくても法律行為が行われたということが認められない限り、法律行為の一部無効は、行為全体の無効を導く、と規定している。

(8) Klaas,Kreditsicherung,S.53;

(9) 同判決を簡単に示しておく。BGH 1991,3,13.; BGHZ114,57.がそれである。事実関係はこうである。ユーザーXとリース業者Yはトラック一台のフルペイアウト・リース契約(Vollamortisations Leasingvertrag)を締結し、リース料総額は一二万マルクとされた。このリース料債権を担保するために、Xの不動産に保全土地債務が設定された。さて、トラックはXに引渡され、Xは同車を四万九千キロ走行・使用したにもかかわらず、リース料を二千マルクしか支払わなかった。そこで、Yはリース契約を解除し、トラックを引き上げ、これを第三者に転売した。さて、本件での論点は、X・Y間のリース契約の免責条項など複数あるが、本稿に関する争点を抜き出すと、次のようである。Xはごく少ないリース料支払いに比して、トラックを長期間使用し、収益(Erlös)を挙げている。この収益相当額を不当利得として返還すべきところ、この不当利得返還請求権は、先の保全土地債務によって担保されるか、という問題である。BGHは次のように判示した。本問題は、いわゆる補充的契約解釈の問題ではない。確かに、XからYに給付すべきは、不当利得相当額である。しかし、この利得は、もともと原契約(すなわち、リース料支払い契約)上の給付と非常に強く関連していることから、黙示的に、利得は、本来の契約上の給付に含まれることが正当化される、と。

このように本判決は、補充的契約解釈や当事者の意思解釈ではなく、リース料支払債権と使用利益が強く関連していると理由付けし、不当利得返還請求権は、保全土地債務により担保されると結論づけたのであった。

第三 学説

1 総説―前置き

予め、若干の前置きをしておきたい。

まず第一に、物的担保に関する本問題を扱う学説は、後掲のヘックなどを除き、戦後になって主張されたものがほとんどであるといえる。それゆえ、本稿では、戦後の学説を中心に概観することとする。

第二に、保全土地債務について述べられた見解は数少なく、学説の本問題への論及は、その大半が質権（特に動産質権）と抵当権の場合を対象としている。そこで、以下では、質権と抵当権について言及された見解で、かつ、主要なコンメンタール・教科書・論文において論述されているものを紹介する。なお、その際には、煩雑さを避けるため、担保の種類別の議論の整理は避けることとし、当該見解の対象たる担保は何かを、注意書きするにとどめたい。

第三に、以下の学説紹介に備え、その議論状況を先取りして簡単に示しておきたい。

まず、一部の見解を除き、学説の大勢はもっぱら、金銭消費貸借契約が良俗に反して無効である場合についての議論に集中しているように見受けられる（そこで、以下の叙述では、消費貸借契約無効の場合のみならず、他の場合をも含めた包括的見解である場合には、そのことを注記するけれども、それ以外は消費貸借契約無効の場合のみを想定した見解であることをご了解頂きたい）。

次に、学説中には、少数ではあるが、物的担保とりわけ抵当権は不当利得返還請求権を担保するものではない、という消極的見解がないわけではない。しかし、学説の多くは、肯定する場合を認めうるとする立場に傾いているといえよう。そして、このような見解は、さらに、物的担保の責任拡大を原則的でないし当然に認める立場（以

下、便宜上、無条件肯定説と呼ぶと、無条件肯定説ではないが、一定の場合にこれを肯定する立場、の二つに大きく分かれる。もつとも、前者の中にも異なる理由付けが見られ、また、後者の中心に位置するのは、当事者の意思解釈（ないし契約解釈）によるとする見解である。以下では、上記の区別に従って、諸見解を概観することにする。

2 各学説の状況

(1) 無条件肯定説（その一）——ヘックの見解

無条件肯定説には、さらに、三つの異なった立場が存する。以下に、順次紹介していきたい。まず、ヘックの見解から見ていこう。

ア ヘックは、抵当権・質権は本来の被担保債権である金銭消費貸借契約上の債権のみならず、同契約無効から生ずる不当利得返還請求権にも当然及ぶとする。⁽¹⁾ 彼の主張の特徴は、担保の附従性という觀念に代えて、債権と担保の共同体 (Zweckgemeinschaft) という概念を提唱する点にある。そして、動産質権ないし抵当権の場合を例にとつて、次のように述べる（もつとも、後述のように、その見解にはやや不明な点がある）。

イ 金銭消費貸借契約上の返還債権担保のために質権が設定された場合、債権法上の義務と質権設定者の負担する物上債務 (Realobligation) は、後者が前者に依存するという関係に立たず、むしろ両者は債権満足のための共同体を形成するというべきである。この債権満足のための共同体という考え方により、交付済み金銭の返還の見込み (Aussicht) は二重に担保されるといふことができる（債権者は普通は一回だけの給付実現の強制手段を二回もつ⁽²⁾）。そして、当初意図されていた債権が満足されず、代わりに、債権者が不当利得返還請求権を取得した場合、質権・抵当権がこれを担保するという結論は目的共同体という觀念によつて支えられる、と。

ウ ヘックの目的共同体説は、債務法上の義務と物上債務は債権の満足に向けて、同等の資格において結びついているとし、附従性概念を放棄するものとして特異なものとされている。それゆえ強く批判され、彼の本問題についての結論そのものに賛成者はいるけれども、その立論には、現在は支持者を見出しにくい。さらに、原文を読む限り、上述の目的共同体という考え方から、なにゆえに質権、抵当権が不当利得返還請求権を担保するという結論が導かれるのか、なされるべき説明に不十分な点があるように思われる。

(2) 無条件肯定説(その二) — 「経済的代替物であるから」とする見解

ミューラー⁽⁴⁾は抵当権に関して、また、ダムラウ⁽⁵⁾は動産質権に関して述べるものであるが、当初債権が無効の場合に生ずる不当利得返還請求権は、当初の被担保債権の経済的代替物(Surrogat)であること、ないし、経済的同価値性を有すること、を自説の根拠にしている。

なお、ミューラーは、金銭消費貸借無効の場合を含めた一般的な場合を想定した叙述をしているように見受けられる。

(3) 無条件肯定説(その三) — 請求権の統一化という観点に立つ見解

肯定説の中には、いわゆる請求権競合問題を論じる中で、あるいは、請求権競合問題と関連させて、担保の客体としての請求権の統一化という観点から当然肯定説を主張する見解が見られる。ヘンケルとクラアスの各説がそれである。もともと、これらの説は現在ごく少数説にとどまっていること、加えて、筆者が請求権競合問題そのものに立ち入る余裕・能力がないことから、ここでは両説にごく簡単にふれることをお断りしたい。

ア ヘンケルの見解

彼は請求権の機能に応じて、請求権の単一化の是非・基準を検討するものであるが、本問題については、請求権の被担保資格決定(Zuständigkeitsbestimmend)機能が関係するとい⁽⁷⁾う。そして、この機能から見たとき、抵当権の客

体になり得る請求権は狭く解されるべきではないとして、主として当事者意思の分析をすることを通じて、次のように述べる。例えば、抵当権者と抵当権設定者は、通常は被担保債権として金銭貸借契約上の返還債権から出発するが、同契約が無効であり、不当利得返還請求権が発生することとなった場合、債権者の関心はもっぱら金銭の返還なのだから、彼にとつてそれを支える請求権の秩序づけ (rechtliche Einordnung) はどうでもよいことである。それゆえ、当事者は確かに請求の原因 (Anspruchsgrund) を挙示しなければならないが、それは上記秩序づけによつてではなく、請求権発生のもととなった事実 (Entstehungstatsachen) の申し立てで足りるのである。かくして、抵当権の担保の対象としての請求権は、貸借契約上の債権という性質決定としてでも、不当利得返還請求権としてでもかまわない。⁽⁸⁾

イ クラアスの見解

クラアスは、そのときどきにおける請求権の原因に従つて個々の請求権相互の限界づけを行うべきではない、という考え方は、いわゆる請求権規範の競合の場合だけでなく、本問題のような、一つの請求権規範が別の請求権規範に代替 (Ersatzung) される場合にも当てはまると主張する。⁽⁹⁾そして、彼は人的・物的担保の両方についての、かつ、契約の無効・解除いずれの場合をも包摂する一般論の提示を試みる。具体的には、不当利得返還請求権が当初の契約上の請求権と内容的に同種 (Gleichartigkeit) であり、かつ、同一の生活事実 (derselbe Lebenssachverhalt) に基づくならば、当初の契約上の請求権の担保は、不当利得返還請求権へも及びうる、とする見解を展開するのである。⁽¹⁰⁾とはいえ、このような担保の効力の維持・拡張は当事者意思により排除されうるし、担保権者の行為によつて不当利得返還請求権が生ずることとなった場合などにおいては、補充的契約解釈を通じて、担保の効力拡張は否定される、等の調整を施している。⁽¹¹⁾

ウ 既述のように、上記の二説ともに、例えば、金銭消費貸借契約上の請求権と不当利得返還請求権は、金銭の

返還という目的は同一であり、内容的にも異なるところはないことを前提としているが、両請求権の内容には、正確に言くと、相違がある。それは、弁済期の違いと利息（約定利息か法定利息か）である。そこで、リンメルスパーヒャーはこの点を捉え、無条件肯定説ではなく、補充的契約解釈による法律構成を評価する。⁽¹²⁾

(4) 肯定する場合を認める見解——契約解釈によるべしとする見解

ア 抵当権ないし質権の設定当事者間の契約解釈により、これら担保権が不当利得返還請求権を担保する場合を認めうる、とする立場がこれである。同学説は必ずしも詳細に展開されているわけではないが、これら学説のいう「契約解釈」は狭義におけるそれではなく、広く補充的解釈を含むものとして用いられていると考えられる。同説に属する論者としては、例えば、グルルスキー、デアハルト、ハバーザック、ミカルスキー、アイクマンなど多数の学者が挙げられ、この立場を通説的見解と位置づける論者もいる。⁽¹³⁾

イ なお、同説に与する学者の中にあつて、唯一、クリンクハマーⅡランケが補充的契約解釈に依拠すべし、との見解を比較的明確に唱え、この解釈の結果、不当利得返還債務の弁済期が直ちに到来するという不利益については、抵当権設定者には、これを甘受すべき用意があつたというべきだと述べている。⁽¹⁴⁾ もつとも、抵当権設定者に上記不利益が課せられる理由については詳論しておらず、貸借契約無効を理由に抵当権設定者が全責任を免れるとするのは、抵当権設定契約の意味、目的に反するからである、と付け加えるにとどまっている。

ウ 問題の解決を当事者の契約解釈（補充的契約解釈）にゆだねるとする、上記見解に対しては、批判が投げかけられている。批判点の第一は、当事者は普通、被担保債権無効の場合を想定していないから、契約解釈（補充的契約解釈）は難しいことが多いのではないか、という問題提起である。⁽¹⁵⁾ 第二は、これと関連して、合理的結論のために、当事者の誰もが考える必要のなかった意思を仮定するという危険を包含するのではないか、というものである。⁽¹⁷⁾

(5) 否定説

以上、学説の多くは、その程度の差はあれ、肯定的見解を説いているが、学説中には、少数ながら、抵当権に関して、担保の効力拡張を否定する見解が存在する。例えば、エッケハルトが比較的詳しくこれを述べているので、以下にその主張を略説することにする。⁽¹⁸⁾

彼は、本問題につき、保証、質権に関しては、契約解釈により、当初の被担保債権に代わって生じた代替債権(Ersatzforderung)も担保される場合があることを認める。しかし、抵当権については同様の扱いはされるべきではなく、担保の維持・効力の拡張は否定されるべきだとする。その理由として、次のように述べる。保証、質権いずれにおいても、保証人あるいは質権設定者の責任の明確化・限定のために、被担保債権が無限定であることは許されず、特定されうること(Bestimmbarkeit)が求められる。しかし、抵当権にあっては、被担保債権の特定性への要請が、保証、質権の各制度に比べてより厳格(streng)であるといわねばならない。抵当権については、BGB一一一五条という規定があり、これによると、被担保債権の債権者、債権額、利率その他付随的給付額は登記されねばならないことになっている。⁽¹⁹⁾ また、登記手続きに必要とされる、登記義務者による「登記承諾書(Eintragsbewilligung)」中には、債務原因(Schuldgrund)が記載されるが、これには登記と同様の債権表示機能が与えられている。⁽²⁰⁾ 以上の理由から、エッケハルトは、抵当権の設定においては、被担保債権の特定性の要請はより強固であって、本問題については、抵当権の場合と、保証、質権の場合とを区別して扱うべきであり、抵当権については、契約解釈による担保の効力拡張は否定される、と結論する。⁽²¹⁾

3 学説のまとめ

学説の状況をごく簡略にまとめておこう。

(1) 議論の対象

物的担保に関する学説は、保証の場合と同様に、反良俗性（暴利行為）のため金銭消費貸借契約が無効とされた場合を考察対象にしている場合が多いといえる。動産質権に関する前掲「独・13」判決がその代表事例であるように、判例上、この種の事案が少なくないことがその理由といえよう。もともと、クラススのように、このような事例に限定せず、諸場合を包括する理論化を試みる学者も存在する。

(2) 結論の方向

学説の一部には全面否定説がないわけではない（例えば、抵当権に関するエッケハルトの議論等）。しかし、これらを除けば、学説は、本問題を積極に解する傾向にあるということができよう。そのうちの多数の見解は、一定の場合には、物的担保は被担保債権が無効とされた場合に生ずる不当利得返還請求権をも担保することを肯定するものである。さらには、無条件肯定説も散見される。

(3) 法律構成

多数学説の採用する法律構成は、契約解釈（広義）による、とするものである。しかしながら、学説の多くは、「本問題は契約の解釈により肯定されうる」と述べるにとどまり、どのように契約解釈がなされるべきか、あるいは、契約解釈に当たり、考慮されるべき要因はいかなるものか、等について詳細に論述する見解はほとんど見出せない。人的担保の場合と比べ、物的担保については、学説の議論のより一層の深化が求められるところである。

なお、無条件肯定説として分類した諸学説は、それぞれが少数説にすぎないけれども、同時に種々の理由づけないし法律構成に基づくものである。当初の被担保債権と不当利得返還債権との経済的同価値を説く、いわば実質論にとどまる学説がある一方で、ヘンケル、クラススのように請求権競合問題に連なる視覚から問題を把握しようとする学説があることも注目される。

- (1) Ph. Heck Grundriß des Sachenrechts, 1930 (Neudruck 1960), § 78 II S. 325ff., § 84 II 4 S. 357.
- (2) Heck, a. a. O., § 78 II S. 326ff. 以下、給付実現の二つの強制手段とは、消費貸借契約に基づく場合と、つと解される。なお、ヘックの見解の紹介として、すでに、浜上則雄「根抵当制度の立法上の基本問題」阪大法学五四号二九頁以下(三二頁以下)(一九六五年)がある。
- (3) 例えば、メデイクスは、ドイツ民法典上明らかに附従性觀念に立脚している規定(債権と分離して抵当権が移転され得ないとする一一五三条、一一五四条など)があることは、ヘック説の大きな障害である、等の批判を展開している。この批判につき、D. Medicus, Jus 1971, 497(502) (本章第三節第一注(c))。
- (4) K. Müller, Sachenrecht, (本節第一注(4)) S. 475 Rn. 1531, 1532.
- (5) MünchKomm.-J. Danrau, 5. Aufl. 2009, § 1204 Rn. 21.
- (6) 請求権競合問題に関するヘンケルの学説の内容については、さしあたり、四宮和夫『請求権競合論』(一九七八年)一四頁以下、一九頁以下を参照されたい。
- (7) ヘンケルは、処分(譲渡)の対象という機能面で、競合する複数請求権の単一化を提唱するが、担保の客体になるという側面においても複数請求権の統一化の視点から論じられるとして、所説を展開している。W. Henckel, Partielle und Streigegegenstand im Zivilprozess, 1961, S. 268ff. を参照されたい。なお、以下では、抵当権についての主張を紹介することとし、保証に関する彼の叙述は、その紹介を割愛した。
- (8) Henckel, a. a. O., S. 269, 270.
- (9) 彼はこの場合を「請求権規範の連続(Auspruchsnormensequenz)」と呼んでいる。Klaas, Kreditsicherung, S. 87ff.
- (10) Klaas, a. a. O., S. 89-91. ちなみに、彼はワインの売買契約成立により、買主が代金未払いのままワインを消費し、その後売買契約の無効が判明したという例を挙げて、次のごとく述べる。すなわち、契約上の代金支払い請求権と不当利得に基づく返還請求権(価値賠償請求権)とは、内容的に同一である。そして、金銭支払いに向けられた請求権の発生をもたらす二つの生活事実には確かに相違点はある(前者の債権は契約および引渡しにより基礎づけられ、後者の債権の発生は契約無効と目的物の消費に基づく)。しかし、両債権が、本来売主に与えられるべきものを与える、という同一目的をもつことに鑑みれば、両者の基礎たる生活事実は広く捉えられるべきであり、そこにはワインの引渡しという統一的な生活事実が存在する、と。
- (11) Klaas, a. a. O., S. 95.

- (12) Rummelspacher, Kreditierungsrecht, 2. Aufl., 1989, S. 169.
- (13) H. Westermann/K.-H. Gursky, D. Eickmann, Sachenrecht, 7. Aufl., 1998 (質権に関する叙述) ; W. Gerhardt, Immobilien-sachenrecht, 5. Aufl., 2001, S. 103 (抵当権) ; Soelgel-M. Habersack, 13. Aufl., 2001 § 1204 Rn. 17 (動産質権) ; Erman-L. Michalski, 11. Aufl., 2004, § 1204 Rn. 9 (動産質権) ; MünchKomm-D. Eickmann, 5. Aufl., 2009, § 1113 Rn. 72. (抵当権、なお、Baur-Stürmer, Sachenrecht, S. 484 (抵当権) は、前出の判例「独・13」を引用して、肯定説を述べていることから、本立場に属するものといえるだろう。
- (14) Staudinger-Wiegand, 2009, § 1204, S. 23, Rn. 21.
- (15) K. Klunkhammer/F. Ranke, Hauptprobleme des Hypothekenechts, Jus 1973, 665 (666). 抵当権に関する論述である。
- (16) 例えば、Staudinger-Wiegand, a. O. (前注 (14)) は、当事者意思の認定の困難さを説いている。
- (17) 例えば、Henckels, a. O., S. 269 ; Kias, Kreditierung, S. 73. ヘンケル、クラウスは保証の場合における、契約解釈に依存すべし、と説く学説をも批判の対象にしている。
- (18) エッケハルトの説については、B.-E. Eckehard, Die Forderungsgewandtheit der Sicherungsrechte, 1993, S. 263, Anm. 43 und S. 260-262 を参照されたい。
- (19) BGB 一一一五条一項一文には、抵当権の登記に際しては、債権者、債権の金額、債権が利息つきの場合にはその利率、その他の付随的給付 (Nebenleistung) を支払うべき場合には、その金額、が登記簿に登記されねばならない旨が定められている。
- (20) BGB 一一一五条一項第二文は、その他の債権の表示には登記承諾書を用いることができる、と定める。登記承諾書とは、登記義務者が登記することを承諾する・登記所に対する手続法上の一方的意思表示があらわされた文書ないし公的に認証された文書である。登記承諾書の意義・機能について、とりあえず、Baur-Stürmer, Sachenrecht, S. 189ff., 198ff. 邦語文献としては、鈴木禄弥『抵当制度の研究』一〇四頁以下 (一九六八年)、於保不二雄 (高木多喜男補遺)『独逸民法Ⅲ 物権法』(現代外国法典叢書) 二八四頁以下および三八頁 (復刻版初版一九八八年) などを参照。
- (21) はば同旨を述べるものとして、Staudinger-H. Wolfsteiner, 2002, § 1113 Rn. 23.

第四節 ドイツ法のまとめ

1 総論

これまでのところ、ドイツ法における人的担保として保証を、また、物的担保として、動産質権、抵当権、保全土地債務等、を見てきたが、いずれも制度的には、附従性を有する担保であることが確認された。すなわち、その成立、存続のためには被担保債権が必要である、というのが原則である。

しかるに、例えば、金銭消費貸借契約が無効であり、同契約には、先に挙げた人的・物的担保が付されていた、という場合、ドイツの判例・学説は、附従性によつて、これら人的・物的担保は無効となるという結論を必ずしも採用せず、これら担保は、給付された金銭の不当利得返還請求権をも担保するものとして存続することがあり得る、という態度を見せているのである。このことは、附従性の例外的場合を認めることを許容しているとも換言することができよう。以下に、その内容を手短に整理しておこう。

2 判例の状況

まず判例の状況からまとめておこう。戦前から戦後そして最近に至る判例は、保証に関する場合、物的担保に関する場合、いずれにおいても類似した動きを見せている。すなわち、戦前の判例中に見られた、当初の被担保債権と、不当利得返還請求権の異種性を根拠とした、本問題を全く否定的に解する立場（保証に関しては「独・1」、抵当権に関しては「独・11」など）は近時はほとんど見出せ得ない。むしろ、近時の判例は、契約解釈（補充的契約解釈）により、本問題を肯定する場合を認める傾向にある。

上記のような姿勢を打ち出した重要な近時の判例としては、保証に関しては、一九八七年の「独・8」が注目され、また、物的担保に関しては、一九六八年に下された「独・13」を挙げることができる。両判決に共通するのは、学説の指摘によるならば、補充的契約解釈という法律構成を採用していることである。そして、両判決以後の

判例は、中には法律構成にやや異なる点があるものの、当初の原契約に付された担保が、同契約無効の場合の不当利得返還請求権に及ぶことがありうるという、同一の結論を維持しているといえよう。

なお、本稿で検討した判例は、暴利的金銭貸借が良俗に反して無効とされたケースを扱ったものが目立つことも指摘できよう。上記のような判例の動向は、無効取消をめぐる多様な契約全般に見出されるものではないことに注意を払っておかねばなるまい。

3 学説の状況

次に、学説の動向に移ろう。戦後の学説についても、その傾向をおおざっぱにまとめるならば、次のようになる。すなわち、保証の場合であれ、動産質権、抵当権等の場合であれ、担保の附従性や、当初の被担保債権と不当利得返還請求権の異質性を理由として、本問題を否定的に解するのではなくて、むしろ責任の維持・拡大を肯定的に捉える傾向がうかがわれる、と。しかし、大きな流れとしてはそうであるにしても、細かに見ていくと、学説には、多少の相違点が見出される。

ア まず、保証の場合に関しては、契約解釈（補充的契約解釈）による法律構成を説く学者が多数派を形成している。しかし、他方で、法の適用（BGB七六七条一項二文の類推適用）により、無効・取消原因が主債務者側にある場合に、保証人の責任を認めようとする見解も存在する。なお、前者の立場を取る論者のなかでも、明示的手がかりを要求する立場や、規範的判断を介した補充的解釈を説く見解が見られるところである。

イ 物的担保についても、契約解釈により本問題を肯定する見解が少なくない。もともと、抵当権につき、被担保債権の特定性の要請がより強いということを主たる理由として、否定的学説を唱える学者もいることに注意したい。また、全く視点を異にして（つまり、実質的な契約当事者の意思を探索・解釈するという視角から離れて）、

請求権競合問題に連なる立場から、人的担保、物的担保の各場合を包摂した無条件肯定説を展開する学説が主張されていることも（ただし、少数説ではあるが）興味深いところである。

なお、学説の大半は、判例にしばしば登場する、金銭消費貸借が良俗違反により無効とされた場合を中心に展開されていることも、前述した通りである。