

IMES DISCUSSION PAPER SERIES

貸出債権譲渡における根抵当権の移転について

鈴木淳人

Discussion Paper No. 99-J-25

IMES

INSTITUTE FOR MONETARY AND ECONOMIC STUDIES

BANK OF JAPAN

日本銀行金融研究所

〒100-8630 東京中央郵便局私書箱 203 号

備考：日本銀行金融研究所ディスカッション・ペーパー・シリーズは、金融研究所スタッフおよび外部研究者による研究成果をとりまとめたもので、学界、研究機関等、関連する方々から幅広くコメントを頂戴することを意図している。ただし、論文の内容や意見は、執筆者個人に属し、日本銀行あるいは金融研究所の公式見解を示すものではない。

貸出債権譲渡における根抵当権の移転について

鈴木 淳人*

要 旨

営業譲渡や不良債権のバルク・セールスなど金融機関が貸出債権を譲渡する場面が増加してきており、それに伴って根抵当権付債権の譲渡における問題点も顕現化しつつある。本稿は、まず、根抵当権の特徴、根抵当権により担保された貸出債権を譲渡する場合の実務、およびその問題を整理する。そのうえで、平成10年に施行された「金融機能の再生のための緊急措置に関する法律（金融再生法）」および「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（根抵当権臨時措置法）」について検討を加え、これらの法律で採用された特例の適用範囲を拡張することが可能であるか否かを考察する。こうした考察を踏まえ、本稿では、結論として、元本「確定前」の根抵当権譲渡に関しては、少なくとも金融機関による営業譲渡であれば元本確定前であっても随伴性を肯定すべきであり、その場合、金融再生法で採用された特例を金融機関の営業譲渡一般に拡張する余地があること、および、元本「確定後」の根抵当権譲渡に関しても、根抵当権臨時措置法で採用された特例を拡張する余地があることを導いている。

キーワード：担保法、債権流動化、営業譲渡

JEL classification: K19

* 日本銀行金融研究所研究第2課(E-mail: atsuto.suzuki@boj.or.jp)

本稿の作成に当たっては、山田誠一教授（神戸大学法学部）および小野傑弁護士（西村総合法律事務所）から貴重な指導・助言を頂いた。もっとも、本稿のあり得べき誤りは全て筆者に属することは言うまでもない。

<目次>

1 . はじめに	1
2 . 根抵当権の特徴	3
3 . 根抵当権付債権譲渡の実務	5
(1) 元本を確定しないで譲渡する場合	5
(2) 元本を確定して譲渡する場合	6
4 . 根抵当権付債権譲渡における実務上の問題	6
(1) 元本を確定しないで譲渡する場合	7
(2) 元本を確定して譲渡する場合	8
(3) 小括	9
5 . 元本「確定前」の根抵当権 金融再生法	10
(1) 金融再生法	11
イ . 概要	11
ロ . 適用範囲	11
ハ . 根抵当権移転に関する特例	11
(2) 営業譲渡	12
(3) 金融再生法における特例の検討	16
6 . 元本「確定後」の根抵当権 根抵当権臨時措置法	18
(1) 根抵当権臨時措置法	18
イ . 概要	18
ロ . 適用範囲	18
ハ . 根抵当権移転に関する特例	19
(2) 根抵当権臨時措置法における特例の検討	20
7 . おわりに	22
(付論) 金融再生法および根抵当権臨時措置法における利害関係人の利益保護	
< 参考文献 >	

1. はじめに

近年、金融機関が貸出債権を譲渡する場面が増加し、かつ、その態様も多様化してきている。例えば、金融機関の営業譲渡¹について、特定支店の営業を他の金融機関に譲渡するといった営業の一部譲渡は従来より行われてきたが、金融機関のリストラクチャリングの一環として、こうした特定支店の営業譲渡は増加傾向にある。また、金融機関自体の信用が悪化する事例が極めて稀であった時期には想定し得なかった事象として、金融機関の破綻処理において、既存の金融機関あるいは破綻処理スキームの中で設立された新銀行に対し営業の全部譲渡が行われる事例も発生している。さらに、営業譲渡以外にも、優良債権のいわゆる流動化・証券化のための債権譲渡に加えて、不良債権のバルク・セールスといった新しい形態の債権譲渡もみられ始めている。こうした中、債権譲渡そのものに関する議論は、指名債権譲渡の対抗要件の問題を中心に議論が重ねられており、その成果として、平成 10 年 10 月には、「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律（いわゆる債権譲渡特例法）」が施行されている。もっとも、貸出債権を担保する各種担保権を債権譲渡の際、如何に処理すべきかという問題については、必ずしも十分な検討が行われてこなかったようにも窺われる。

そこで、本稿では特に、根抵当権付債権の譲渡に係る法的問題に焦点を当てた検討を行う。根抵当権とは、継続的な取引関係から生じ、増減変動する多数の債権を、極度額の範囲で担保する抵当権であり²、金融機関にとって最も重要な担保手段の 1 つである。それにも拘らず、根抵当権により担保されている貸出債権を譲渡する場合の手続はかなり煩雑である。

こうした根抵当権付債権の譲渡に関連して、平成 10 年に、「金融機能の再生のための緊急措置に関する法律」（以下「金融再生法」という）、および、「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」（以下「根抵当権臨時措置法」という）」が成立し、施行された。金融機関における不良債権問題への対応において、営業譲渡や不良債権売買といった貸出債権の譲渡の重要性が認識されるにつれ、貸出債権を

¹ 株式会社でない協同組織金融機関の場合、事業譲渡であるが、本稿では、両者を合わせた概念として「営業譲渡」という用語を使用する。

² 民法 398 条ノ 2 は「抵当権ハ設定行為ヲ以テ定ムル所ニ依リ一定ノ範囲ニ属スル不特定ノ債権ヲ極度額ノ限度ニ於テ担保スル為メニモ之ヲ設定スルコトヲ得」と規定している。

担保する根抵当権移転に係るコスト低減の要請も高まってきた。金融再生法における根抵当権に関する規定は、元本を確定³しないで譲渡する場合を対象としているのに対して、根抵当権臨時措置法は、元本を確定して譲渡する場合を対象としているという点でその対象に明確な差異があるものの、両者は根抵当権付債権譲渡のコスト低減という共通の目的を有しているのである。

現在の根抵当権に関する規定が民法に導入されてから既に四半世紀の年月が経過しており、この間、金融取引を巡る環境は大きな変化を遂げた。当初、根抵当権制度は、第1順位根抵当権者となることが多い「銀行等金融機関のメインバンク化の要請に抵当の側面から応接するものであった」⁴とも言われているものの、近年の貸出債権譲渡の増加を引き合いに出すまでもなく、メインバンク制度についても変革の時期を迎えていることは否定できない。また、根抵当権立法以来の多数の学説、判例の蓄積をもっても十分には対応することができない金融取引上の問題も発生してきており、その1つとして根抵当権によって担保されている債権譲渡の取扱いの問題を指摘できよう。

³ 民法は、どの債権をもって被担保債権とするのかが確定しなければ、根抵当権者に優先弁済権を認められないこと、および、優先弁済の局面に至る前の時点においても、被担保債権を確定することによって、根抵当権の負担を軽減させる機会を付与しなければ、根抵当権設定者等にとって酷であること、を理由として一定の事由の発生により、被担保債権（元本）が確定することとしている。道垣内[1990]203頁。

民法では、根抵当権の元本確定事由として、次の事由が挙げられている（通説では、当事者の合意によって元本確定事由を拡大することは可能であるが、縮小することはできないとされている。高木・石井[1997]1471号・14頁）。

確定期日の到来（398条ノ6）

根抵当権者、債務者につき相続があった場合に、その6か月以内に、新根抵当権者または新債務者について合意の登記がなされないとき（398条ノ9第4項）

根抵当権者、債務者について合併があった場合に、設定者（債務者の合併において、債務者＝設定者からは確定請求できない）が合併を知ってから2週間以内にする確定請求（398条ノ10第3項～5項）

設定後3年を経過して設定者からする確定請求（398条ノ19）

被担保債権の範囲の変更、取引の終了その他の事由によって担保すべき元本が生じないことになったとき（398条ノ20第1項1号）

根抵当権者が競売または物上代位の差押を申立てたとき、ただし競売開始決定、差押があった場合に限る（398条ノ20第1項2号）

根抵当権者が滞納処分による差押をしたとき（民法398条ノ20第1項3号）

根抵当権者が、根抵当担保に対して第三者による競売手続開始または滞納処分による差押があったことを知ってから2週間が経過したとき（398条ノ20第1項4号）

債務者または根抵当権設定者の破産（398条ノ20第1項5号）

⁴ 吉田[1995a]44頁参照。

そこで、本稿では金融再生法および根抵当権臨時措置法で採用された特例を参考にして、根抵当権付債権譲渡に関して更なる立法的対応を図るべきであるかを検討する。本稿の構成は以下のとおりである。根抵当権の特徴（２．）、根抵当権により担保された貸出債権を譲渡する場合の実務（３．）、およびその問題（４．）を簡単に整理する。そして、これらの根抵当権付債権の譲渡に係る問題に立法的な対応を図るとするならば、如何に考えるべきであるかを金融再生法および根抵当権臨時措置法を基礎として検討し、提案を試みる（５．、６．）⁵。最後に若干のインプリケーションを敷衍して締めくくるとして（７．）。なお、（付論）は、金融再生法および根抵当権臨時措置法における利害関係人の利益保護について基礎的な検討を行ったものである。

２．根抵当権の特徴

民法 398 条ノ 7 第 1 項は「元本ノ確定前ニ根抵当権者ヨリ債権ヲ取得シタル者ハ其債権ニ付キ根抵当権ヲ行フコトヲ得ズ」と規定しており、元本確定前の根抵当権には「随伴性」が認められていない。ここで随伴性とは、「債権が譲渡等によって他に移転すると、その債権を担保する手段にすぎない抵当権もまた移転するというように、主たる権利が移転するとそれに従って従たる権利が移転する性質」⁶である。随伴性は、附従性とも親和的な概念であり、普通抵当権などにみられる性質である⁷。もっとも、民法には、普通抵当権に随伴性が存

⁵ 本稿の主目的は、金融再生法および根抵当権臨時措置法を基礎として根抵当権付債権の譲渡に関する立法論的な提案を行うものであるが、当然のことながら、このことは現行法を前提とした（根抵当権者と根抵当権設定者間の契約の問題も含めた）解釈論的な解決が不可能であることを示すものではない。しかしながら、登記事務とも密接な関連を持つなど、根抵当権に関する規律には明確性・客観性が要求されるため、解釈論における不明確さを立法によって補うべきであるとの問題意識が本稿の基礎に存する。

⁶ 金子他（編）[1994]630 頁。

⁷ 附従性とは「……抵当権等の担保物権は、……被担保債権が成立しなければ成立せず、他に移転すればこれに随伴し、それが消滅すれば同時に消滅するというように、ある権利がその成立・存続・態様・消滅等において主たる権利と運命を共にする性質」と一般的に定義されている。金子他（編）[1994]958 頁。この定義によれば、「随伴性」とは「附従性」の一部を構成する概念のようにも読めるが、両者は並列的な概念であるとする文献もあり、「随伴性」と「附従性」の関係は必ずしも整理されているとは言い難い。ある種の担保物権に関して、「随伴性」と「附従性」が理論的に如何なる関係にあるかについては更なる検討が必要かもしれない。なお、人的保証債務における「随伴性」と「附従性」の射程については、西村（編）[1965]205 頁。

在することを明示する条文明も、随伴性を定義する条文明も存在していない。

それでは、普通抵当権とは異なり、元本確定前の根抵当権に随伴性が認められない理由は如何なるものであろうか⁸。この理由については、民法における根抵当権に関する規定は基本契約⁹を必要としない（民法 398 条ノ 2 第 2 項）方針であることから随伴性肯定説¹⁰はそのまま支持できないこと、また、「確定前においては、根抵当権の被担保債権は、発生消滅を繰り返すことが予定されているものであり、根抵当権は、このような流動変動する債権の担保であることを本来的な特質」としていることから、「たまたま個々具体的に特定のものとなった債権が第三者に移転した場合に、それに随伴して根抵当権の一部移転が生ずるものとするとは、本来の根抵当権の機能とあいられない面があるのみならず、法律関係をいたずらに複雑にする原因ともなる」との判断があること、が指摘されている¹¹。

⁸ 普通抵当権における随伴性に関しては、その存在を否定する見解はもちろん、議論そのものがほとんど見受けられない。大多数の見解では、随伴性は附従性の一特性であることに言及している。例えば、「（随伴性とは）債権を担保するための権利ゆえ、その債権が譲渡・質入されたときには、担保物権もこれに伴って移転または質権に服する、ということである。こんなことをいわなくても、通常は債権と共に担保権も移転する旨の合意がなされるであろうが、そのない場合であっても、そう解すべきだ、ということである。このことは、附従性からも、導きうるであろう」（星野[1976]345 頁）など、「当然に認められる」と述べるに止まっている。

⁹ 債権者と債務者との間で締結された、当座貸越契約、手形割引および手形貸付契約、商品 X の継続的供給契約などの具体的な契約。

¹⁰ 根抵当権という担保手段そのものは、昭和 46 年に民法上に根抵当権関連条文が成立する以前から実務上広範に行われていたが、民法に明文の規定を有しなかったことから幾つかの理論的対立が存在していた。その 1 つが、根抵当権の被担保債権を如何に定めるべきであるかという議論である。これは、根抵当権を設定するには、その前提として債権者・債務者間の継続的取引契約等の一定の基本契約の存在を必要とし、根抵当権はその契約から生ずる債権のみを担保することができるとの見解（基本契約必要説）と、基本契約の存在を必要とせず、根抵当権は、極度額の範囲内であれば、およそ債権者・債務者間の一切の債権を担保することができるとの見解（包括根抵当有効説）の対立と整理することができる。こうした中、根抵当権の随伴性の是非に関しても見解の対立が存在していた。特に、基本契約必要論者からは、基本契約を要求する限度において、根抵当権も実質的に普通抵当権と同一のものと解するところから、元本確定前の根抵当権における随伴性を肯定する見解が主張されていた。

¹¹ 貞家・清水[1973]114・115 頁。

3. 根抵当権付債権譲渡の実務¹²

元本「確定前」の根抵当権については、普通抵当権とは異なり、被担保債権の譲渡によって当然には新債権者（譲受人）に根抵当権が移転する訳ではない。一方、元本「確定後」の根抵当権については、普通抵当権と同様に随伴性が認められている。こうした特徴を受けて、実務上、根抵当権付債権の譲渡は以下の方法により行われている¹³。

（1）元本を確定しないで譲渡する場合

根抵当権付債権について、元本を確定することなく譲渡する場合、旧債権者（譲渡人）から新債権者（譲受人）への被担保債権の譲渡および第三者対抗要件具備（民法 467 条）、根抵当権設定者の承諾を得た後の根抵当権の全部譲渡（民法 398 条ノ 12 第 1 項）および移転の附記登記（不動産登記法 134 条）、そして、新債権者（譲受人）と根抵当権設定者間で、上記譲受債権の追加を含めての被担保債権の範囲の変更（民法 398 条ノ 4 第 1 項）および変更の附記登記（不動産登記法 134 条）¹⁴、を行わなければならない。、には、根抵当権設定者の承諾・合意が必須であり¹⁵、それが得られない場合には、元本を確定

¹² 普通抵当権付債権の譲渡の実務については簡単に整理する。

普通抵当権付債権が譲渡されると、普通抵当権は、その随伴性によって、旧債権者（譲渡人）から新債権者（譲受人）に当然に移転する。ただし、旧債権者（譲渡人）と新債権者（譲受人）が反対の特約をした場合には随伴性を排除することができる。我妻[1998]226 頁。

抵当権移転の対抗要件は登記（附記登記）である（不動産登記法 134 条）。普通抵当権の移転が生じたとき、旧債権者（譲渡人）は新債権者（譲受人）に対して登記に協力すべき義務を負う（大判大 4・10・4 民録 21 輯 1578 頁）ものの、登記（附記登記）には抵当権設定者の承諾は必要とされていない。また、判例（大判昭 9・11・24 新聞 3787 号 9 頁）では、抵当権の移転についての対抗要件である登記（附記登記）を備えていても、債権の譲渡について別に対抗要件（民法 467 条）を備えていないときは、債務者その他の第三者に対しては、抵当権の移転を主張することができないとされている。

¹³ 実務については、石井[1996]143 頁を参照。

¹⁴ 例えば、被担保債権の範囲の変更をせずに「銀行取引上の債権」、「手形・小切手上的の債権」としておくと、譲受銀行で発生した貸出金のみが、根抵当権によって担保されることとなる。そこで、「平成 XX 年 XX 月 XX 日債権譲渡（譲渡人 X 銀行）に係る債権」を被担保債権の範囲に追加する必要がある。

¹⁵ ここでは根抵当権の全部譲渡を説明するが、1 個の根抵当権を 2 個の根抵当権に分割し、その 1 つを譲渡する処分形態である「分割譲渡」（民法 398 条ノ 12 第 2 項・3 項）や、根抵当権の準共有状態を成立させ、譲渡人と譲受人が枠を共同利用する処分形態である「一部譲渡」（同法 398 条ノ 13）を利用しても、根抵当権設定者等

しない状態で根抵当権を移転することはできない¹⁶。

(2) 元本を確定して譲渡する場合

根抵当権付債権について、元本を確定した後に譲渡する場合、被担保債権を旧債権者（譲渡人）から新債権者（譲受人）に譲渡すれば、普通抵当権と同様に根抵当権も被担保債権と一緒に移転する。登記については、旧債権者（譲渡人）と根抵当権設定者の間で元本確定登記を、さらに旧債権者（譲渡人）と新債権者（譲受人）の間で債権譲渡を原因とする根抵当権の移転登記を行う必要がある¹⁷。なお、元本確定登記については、根抵当権者が登記義務者、根抵当権設定者が登記権利者となつての共同申請が必要とされる¹⁸。仮に根抵当権設定者が元本確定の登記手続きに応じない場合には、根抵当権に基づいて競売を申立てて（民法 398 条ノ 20 第 1 項 2 号）、差押えの登記を経る¹⁹か、根抵当権者が根抵当権設定者に対して元本確定登記の請求訴訟を提起し、根抵当権者による単独確定登記（不動産登記法 27 条）を行うこととなる。さらに、根抵当権設定者が行方不明の場合には、公示送達（民事訴訟法 110 条以下）を行う必要がある。

4. 根抵当権付債権譲渡における実務上の問題

こうした被担保債権の譲渡との関連における根抵当権の特徴を受けて、幾つかの実務上の問題が指摘されている²⁰。そこで、近年における実務上の問題につ

の承諾の要請は回避できないことは同様である。

¹⁶ ここでは法律構成として債権譲渡を説明したが、新債権者から債務者に対する肩代わり資金の融資後、債務者による旧債権者への借入れの返済、そして根抵当権の全部譲渡が行われることも多い（佐久間[1989] 7 頁）。この場合も、根抵当権設定者の協力が必須であることは言うまでもない。

¹⁷ 元本確定の事実が登記簿上明らかでないときは、根抵当権者と根抵当権設定者との共同申請により元本の確定登記をしなければ、根抵当権移転の登記を申請することができない（昭和 46 年 12 月 27 日付民事三発第 960 号法務省民事局第三課長依命通知第 7）。

¹⁸ 昭和 46 年 10 月 4 日付民事甲第 3230 号法務省民事局長通達第 9。

¹⁹ 差押えの登記がされれば元本の確定が登記簿上明らかとなることから、元本の確定登記をしなくても、元本確定後でなければすることができない登記の申請が可能とされている（昭和 46 年 12 月 27 日付民事三発第 960 号法務省民事局第三課長依命通知第 7 但書）。

²⁰ 債権流動化スキームにおいて、ローン・パーティシペーションが利用される理由と

いて、元本を確定しないで譲渡する場合（元本「確定前」）と、元本を確定して譲渡する場合（元本「確定後」）に分けて整理する。元本「確定前」における債権譲渡、元本「確定後」における債権譲渡ともに、元本確定事由に関する問題および債務者・根抵当権設定者の協力に伴う問題に分けて整理することとしたい。

（１）元本を確定しないで譲渡する場合

当事者が元本を確定しないで譲渡することを企図しているにも拘らず、そうした当事者意図に反して、元本確定事由が生じてしまう可能性がある。この場合、新債権者（譲受人）は元本確定前の根抵当権者となることができない。こうした事態は民法上の元本確定事由の解釈に起因することが多いが、特に元本確定事由の中でも最も重要な「担保すべき債権ノ範囲ノ変更、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」（民法 398 条ノ 20 第 1 項 1 号）の解釈が問題となる²¹。「取引ノ終了」の解釈は、貸出完済後長期間が経過して与信を再開する場合や、他行融資の肩代わりをする場合²²などに従

して、ローン・パーティシペーションでは債権そのものが移転しないことから、被担保債権の移転に伴う根抵当権の随伴性の問題を考慮する必要がないことを指摘する論稿もみられる。川上[1997]1493号・22頁。

²¹ 民法上の元本確定事由の解釈に関しては既に多くの研究がなされている。民法 398 条ノ 20 第 1 項 1 号に関する従来の議論は、同条文中の「取引ノ終了」の解釈に比重が置かれており、客観的な事情を重視する見解（客観説）と取引当事者の意思を重視する見解（主観説）が対立する中、客観説が通説であったと言える。

近年、「担保すべき債権ノ範囲ノ変更」、「取引ノ終了」および「其他ノ事由」とは、「担保すべき元本ノ生ゼザルコトト為リタルトキ」をもたらす事由の例示に過ぎず、「担保すべき元本ノ生ゼザルコトト為リタルトキ」とは何かを一元的、直接的に解釈すべきとの主張がなされている。その場合、「後順位抵当権者等の利益を不当に害するか否か」という基準で実質的に判断すべきと主張される。道垣内[1997]参照。もっとも、このような解釈論上の指針を示す意欲的な論稿もみられるが、同条文に係る解釈上の不明確さが完全に払拭されたとまでは到底言いきれない状況にあることに変わりはない。なお、「取引ノ終了」の解釈に関する最新の研究は、高木[1998]および齋藤[1998]に整理されている。

²² 融資肩代わりに伴って被担保債権の全額返済と根抵当権の全部譲渡を行う場合、借入返済による取引の清算が根抵当権の譲渡前に行われることから、この返済によって取引が終了して、根抵当権についての元本確定事由が生じてしまうのではないかとの問題である。具体的な実務対応として、根抵当権の全部譲渡を先行させて被担保債権の返済を数日遅らせることによって、全部譲渡の時点では根抵当取引は継続中であり、かつ被担保債権は現存するとし、「取引ノ終了」による元本確定を回避することや、債務者・根抵当権設定者から、当該根抵当権は元本確定していない旨の確認書を受領すること（さらに、譲渡人からも確認書を受領すること）などが行われている。宍戸[1994]238頁。

来から解釈上の不明確さが指摘されてきた。近年の金融機関の営業譲渡の際も、この不明確性が問題となっている。この点、銀行法等では、全部譲渡であるか、一部譲渡であるかに拘らず、金融機関の営業譲渡における指名債権の譲渡に関して、譲渡金融機関による営業譲渡の公告により、民法 467 条における確定日付ある証書による債務者への通知があったものとみなし、その公告の日が確定日付となる、との特別規定²³が置かれており、被担保債権に随伴性を有する普通抵当権の譲渡は比較的容易である。しかしながら、根抵当権の譲渡については、営業譲渡当事者の意図に反して「取引ノ終了」による元本確定が生じていないかといった解釈等が問題となってきたのである²⁴。

さらに、営業譲渡において「取引ノ終了」による元本確定は生じていないと構成できた場合であっても、債務者・根抵当権設定者の協力に伴う問題が存在する。すなわち、元本を確定しないで根抵当権付債権を譲渡する場合には、民法においては根抵当権の如何なる処分（全部・分割・一部譲渡）を利用しても、根抵当権設定者の承諾が必要とされている。したがって、金融機関の破綻処理における営業全部譲渡などにおいても、煩雑な事務手続を経て根抵当権設定者の承諾を取得しなければならない²⁵。

（２）元本を確定して譲渡する場合

（１）の場合とは逆に、当事者が元本を確定して譲渡することを企図しているにも拘らず、そうした当事者意図に反して、元本確定事由が生じていない可能性が問題となる場合がある。この場合、元本確定前の根抵当権に随伴性が認められていない（民法 398 条ノ 7 第 1 項）結果として、譲受人は無担保権者となる危険性がある。こうした事態は、まず民法上の元本確定事由が限定的であることに起因する場合があり得る。例えば、不良債権のバルク・セールスにお

²³ 銀行法 36 条 2 項。同項は、長期信用銀行法 17 条、信用金庫法 89 条、労働金庫法 94 条、および、協同組合による金融事業に関する法律 6 条によって準用されている。

²⁴ 近年の破綻処理型の全部譲渡において問題となってきたのは、金融機関の破綻処理の如何なる段階において「取引ノ終了」が発生するかの取扱いであった。具体例を挙げれば、まず、破綻処理としての新銀行へ営業を全部譲渡したこと自体が「取引ノ終了」に該当するののかという問題である。これは、銀行法 41 条 2 号により、譲渡銀行が営業全部譲渡をなしたときは、同法 4 条 1 項の銀行営業免許は効力を失い、「資金の貸付け又は手形の割引」（同法 2 条 2 項 1 号）が出来なくなり、「取引ノ終了」が発生することとならないかという問題である。西垣他[1998]参照。また、破綻金融機関に対する業務停止命令の発令が「取引ノ終了」に該当するののかという問題もある。櫻井[1997]参照。

²⁵ 西垣他[1998]参照。

ける債務者・根抵当権設定者の信用悪化の取扱いについて、債務者または根抵当権設定者の破産は明示的な根抵当権の元本確定事由（民法 398 条ノ 20 第 1 項 5 号）となっているが、債務者または根抵当権設定者について会社更生・特別清算・和議・会社整理があっても当然の元本確定事由とはされていない²⁶。譲渡の対象となる根抵当権付債権が優良債権中心であった時期においては、債務者または根抵当権設定者の信用悪化事由が顕現化する場面は極めて限定的であったが、近年の不良債権のバルク・セールス等においては債務者または根抵当権設定者の信用悪化が元本の確定事由に該当するかが問題になる。また、こうした事態は一般的な元本確定事由である「取引ノ終了」の解釈に起因して生じる場合もありえ、根抵当権者による一方的な融資終了の意思表示が「取引ノ終了」に該当するかといった問題が指摘されている。ただし、債務不履行等が生じている場合には、その時点で競売を申立て、根抵当権の元本を確定させてしまうことが可能（民法 398 条ノ 20 第 1 項 2 号）である。

さらに、債務者・根抵当権設定者の協力に伴う問題も存在する。すなわち、根抵当権者と債務者間の合意によって取引を終了させ、元本を確定させることが可能であることに異論はない²⁷ものの、全ての債務者の合意を得ることが困難な場合があり得る。さらに、それに付随する問題として、根抵当権者と根抵当権設定者の共同申請である元本確定登記に関しても、根抵当権設定者が協力的でない場合もあり得る²⁸。

（３）小括

根抵当権付債権の譲渡では、元本を確定しないで譲渡する場合であれ、元本を確定して譲渡する場合であれ、普通抵当権付債権の譲渡とは異なった多大なコストが生じる可能性がある。金融再生法における根抵当権に関する規定および根抵当権臨時措置法は、どちらもこうした根抵当権付債権譲渡のコスト低減

²⁶ 特に、会社更生や特別清算については確定説と非確定説の対立があるとされる。ただし、実務の大勢は、取引の安全に配慮して、会社更生・特別清算・和議・会社整理ともに元本確定事由として取扱っているようである。宮川[1995b]165 頁。

²⁷ 我妻[1998]537 頁。

²⁸ ただし、実務的には法的倒産手続に入っている債務者・抵当権設定者は、追加融資を期待することは皆無であり、総じて元本確定登記に協力的であるとも言われている。錦織[1998]28 頁。

また、実務上は、根抵当権者が、あらかじめ根抵当権設定者から元本確定登記手続の委任状（白紙委任状）を受領しておくことがなされている。阪口[1996]49 頁。ただし、こうした実務に対しては、元本確定登記の訴訟が煩雑とならない場合には否定的な見解も存在する。湯浅[1994]241 頁。

を企図している点では共通している。ただ、金融再生法は元本を確定しないで譲渡する場合（元本「確定前」）を、根抵当権臨時措置法は元本を確定して譲渡する場合（元本「確定後」）を対象にしている点で明確な差異がある。そこで、以下の議論も、元本「確定前」と元本「確定後」に分けて、両法が如何にして根抵当権付債権譲渡におけるコスト削減を企図しているかや、それらが根抵当権付債権譲渡に関して更なる立法的対応を図る際の参考とならないか、といった点を整理・検討する。具体的には、元本確定事由に関する問題および債務者・根抵当権設定者の協力に伴う問題について、両法が如何なる対応をしているかという点を中心に整理・検討する。

5. 元本「確定前」の根抵当権 金融再生法

まず、元本「確定前」、すなわち元本を確定しないで根抵当権付債権を譲渡する場合について整理する。普通抵当権が既特定債権しか担保できないのに対して、根抵当権は、既特定債権に加えて未特定債権をも担保することができるなど、普通抵当権より根抵当権の方が抵当権者にとって有利であるとされており²⁹、元本を確定させることなく根抵当権付債権を譲渡することが少なくとも新債権者（譲受人）にとっては望ましい。一方、根抵当権設定者にとっては根抵当権が過度の負担になる場合もあり得ることから³⁰、民法の規定は、元本確定前の根抵当権が譲渡される場合には、根抵当権設定者の意思を介在させる規定を置き、根抵当権設定者の利益保護を図っている³¹。こうしたバランスを勘案しつつ、根抵当権について「元本確定前であっても随伴性（もしくは随伴性が認め

²⁹ 鈴木[1998]563頁。

³⁰ 例えば、我妻博士は、根抵当権の必要とされる「合理的な経済的根拠」として、金融取引ないし信用授受の関係が、特定の当事者間において継続的となったこと、その関係から生ずる債権の担保は、発生する多くの債権は任意に弁済されることを予期し、担保はいわばその背後にあって最後の守りとして存在するものであること、そして、根抵当によって担保される信用取引関係の当事者の間には継続的な緊密な関係を生じ、企業の運営が円滑に行われること、などを挙げている。一方、根抵当権制度の「弊害」として、信用を与える者（根担保権者）が不必要に多額の担保価値を独占するおそれがあること、そのことは、金融を通じての不合理な経済的支配関係を生ずるおそれがあること、そして、多額の担保価値を独占した根担保権者が現実に信用を与えないときは、担保価値の不当な拘束を生じ、債務者のためにも、社会的にも、望ましくない状態となること、などを指摘している。我妻[1998]463・464頁。

³¹ 根抵当権設定者の意思を全く介在させない完全な自由譲渡性を根抵当権に認めると、転々譲渡されることによって、根抵当権設定者がその負担から解放されることが極めて困難になることも指摘されている。鈴木[1998]282頁。

られた場合と同様の効果)を肯定すべき場合があるであろうか」、そして、「肯定される場合には如何なる要件が求められるべきであろうか」という問題について金融再生法における特例を参考にしつつ、検討していきたい。

(1) 金融再生法³²

イ．概要

金融再生委員会による特別公的管理の開始の決定や、承継銀行（いわゆる公的ブリッジバンク）の設立等を可能とする「金融再生法」が、平成10年10月に施行された。同法73条は、被管理金融機関が承継金融機関に対して営業譲渡により元本確定前の根抵当権と被担保債権とをともに譲渡しようとする場合などにおける民法の特則を規定している。

ロ．適用範囲

金融再生法73条の適用範囲は限定的であり、同条は 被管理金融機関（金融整理管財人による業務及び財産の管理を命ずる処分を受けた金融機関：同法2条5項）から承継銀行（公的ブリッジバンク：同法7項）その他の金融機関への営業譲渡、 承継銀行から他の金融機関への営業譲渡、および、 特別公的管理銀行（同法2条8項）から他の金融機関への営業譲渡にのみ適用される。

ハ．根抵当権移転に関する特例

前述したように、元本確定前の根抵当権の譲渡には根抵当権設定者の承諾が必要であり（民法398条ノ12第1項）、さらに譲渡後にも当該債権が当該根抵当権によって担保されるためには新債権者（譲受人）と根抵当権設定者間の被担保債権の範囲の変更の合意（同法398条ノ4第1項）が必要である。金融再生法73条は、この民法の規定に対する特例である。すなわち、同条1項から4項において、営業の全部または一部譲渡により、元本確定前の根抵当権をその担保すべき債権の全部とともに譲渡する場合、被管理金融機関および承継金融機関が、「当該被管理金融機関から当該承継金融機関に当該根抵当権が譲渡されること及びその期日」、および、「当該根抵当権の譲渡の後においても当該根抵当権が当該債権を担保すべきものとする」とを公告し、それに対して根抵当権設定者の異議が存在しなければ、民法で要求される根抵当権設定者の承諾と承継金融機関と根抵当権設定者との間の合意があったものと擬制するものとされている。また、公的ブリッジバンクや特別公的管理銀行から他の金

³² 法務省民事局参事官室（編）[1999]参照。

融機関への営業譲渡も同様に規律されている³³。このように、金融再生法における根抵当権移転に関する特例は、公告制度の導入により、元本確定前の根抵当権譲渡における根抵当権設定者の協力の問題に対して立法的な対応を図るものである³⁴。

(2) 営業譲渡

まず、金融機関による根抵当権付債権譲渡において、元本確定前であっても随伴性を肯定すべき場合があるであろうかという点について検討する。金融機関がその貸出債権を譲渡する場面には、破綻処理等における営業全部譲渡、特定支店の売却といった営業一部譲渡、バルク・セールスといった多数債権の譲渡、および、単独債権の譲渡といった類型が存在する。結論を先取りすれば、このうち、少なくとも金融機関による営業譲渡（全部譲渡、一部譲渡）においては、以下の理由から、元本確定前の根抵当権であっても随伴性（もしくは随伴性が認められた場合と同様の効果）を立法論³⁵として肯定すべきである³⁶。

³³ 金融再生法 73 条 1 項から 4 項までは、同条 5 項によって公的ブリッジバンクや特別公的管理銀行から他の金融機関への営業譲渡に準用されている。

³⁴ また、金融再生法 74 条は登記に関する特例を定めており、この点でも根抵当権設定者の協力を伴う問題に関して立法的な解決を図っている。すなわち、元本確定前の根抵当権の移転登記の申請には、根抵当権設定者の承諾書を添付しなければならない（不動産登記法 35 条 1 項 4 号）が、金融再生法 73 条が適用される場合では、根抵当権設定者の承諾書が取得できないことから、承諾書に代えて、公告をしたこと、および、根抵当権設定者が異議を述べなかったこと、を証する書面を添付しなければならないとしている。一方、根抵当権の被担保債権の範囲の変更の登記の申請については、本来の根抵当権者と根抵当権設定者の共同申請に代えて、上記の書面を添付した場合には根抵当権者による単独申請を認め、便宜を図っている。

³⁵ 後述するような相続・合併における根抵当権譲渡の特別規定の存在にも拘らず、元本確定前根抵当権に随伴性を否定している民法 398 条ノ 7 第 1 項には「相続合併の場合を除き」との文言が存在しないことをもって、営業譲渡を除外できる余地があるとの解釈論も存在する（商事法務研究会（編）[1971]148 頁・清水（湛）発言）。しかし、営業譲渡が民法 398 条ノ 7 第 1 項の適用範囲外であることを解釈論として導くことができても、例えば営業譲渡に反対する根抵当権設定者に如何に配慮すべきかといったその他の法的効果等についてまで解釈論で導くことは困難な印象を持つ。根抵当権付債権が譲渡された場合、新債権者（譲受人）が根抵当権者たる地位を得るか否かは利害関係人にとって明確かつ客観的な規律が要求されるべきものであり、特に、いわゆる形式的審査権限しか認められていない登記官が登記手続の迅速・円滑な処理との要請に応えるためには、立法的な手当てにより明確性・客観性を高める必要がある。

³⁶ 金融再生法における根抵当権移転に関する特例が適用されるのは、被管理金融機関や公的ブリッジバンク、特別公的管理銀行が当事者である場合に限定されている（同

第1に、銀行法等の規定との平仄からである。すなわち、前述したように、銀行法等では営業譲渡における債権譲渡に関して公告による簡易な対抗要件具備を認めている。これは、「銀行の場合は、多数の指名債権を有し、これらの個別の債権ごとに、その債務者に対する通知等を要求することは、莫大な費用と労力とを必要とし、煩瑣に耐えない」³⁷からであると説明されており、営業譲渡手続を円滑化させる要請が存在すると解釈できる。金融機関の貸出債権は少なからず根抵当権によって担保されているという事実、および、全部譲渡のみならず、金融機関がリストラクチャリングの一環として特定支店の営業譲渡を行う事例（一部譲渡）が増加しており、営業譲渡を円滑に行ううえで、根抵当権付債権の譲渡の実務上の煩雑さが隘路になっているという事実を勘案すれば、営業譲渡における根抵当権譲渡を円滑化させる要請は尊重されるべきである。

第2に、営業譲渡と合併にはその社会的・経済的効果に類似性が存在するにも拘らず、民法の根抵当権に関する規定は、合併についてのみ特別な配慮がなされているからである。すなわち、合併による債権者の変更に関する民法 398 条ノ10 第1項では、根抵当権は、合併時点で存在する債権のほか、合併後存続する法人（吸収合併の場合）または合併により設立された法人（新設合併の場合）が合併後に取得する債権をも当然に担保するものとして存続すると規定されている³⁸。特定承継・包括承継の差異を考慮に入れても、営業譲渡における根抵当権付債権の移転手続の煩雑さは、合併における移転手続の簡易さと比較して、均衡を失しているとの感は否めないと言える³⁹。

法73条)。これらの金融機関は、特殊な類型の金融機関ではあるが、より広い視点からみれば、同特例の適用範囲は「金融機関による営業譲渡（全部譲渡、一部譲渡）」に着目したものと見えよう。

³⁷ 大蔵省銀行局内金融法研究会（編）[1981]87頁。

³⁸ ただし、新債権者が根抵当権者となることに反対する根抵当権設定者は、元本確定の請求をすることができ（民法398条ノ10第3項）、確定請求があれば合併の時点で元本が確定したものとみなされる（同条4項）。

³⁹ 「……根抵当権というのは、随伴性が否定されているために、金融機関あるいは根抵当権者が当事者になるさまざまな企業の再編成が合併を用いずに行われる場合に、使いにくい制度であるということです。金融機能再生緊急措置法が定める一定の要件をみたした営業譲渡の場合以外にも、なにか工夫が必要になるかもしれないと思っています。」伊藤他[1999]125頁・山田発言。なお、合併と営業譲渡の差異も含む実務については、天野[1999]、後藤・横山[1996]、濱田他[1996]、および、前田[1996]参照。

第3に、そもそも元本確定前の根抵当権の随伴性を否定した民法398条ノ7第1項は、「個別の被担保債権」の譲渡が行われる場合を想定しており、営業譲渡のようなケースを想定していない余地があると考えられるからである。すなわち、同項の主たる趣旨が「たまたま個々具体的に特定のものとなった債権が第三者に移転した場合に、それに随伴して根抵当権の一部移転が生ずるものとするとは、本来の根抵当権の機能とあいれない」ことや、「法律関係をいたずらに複雑にする原因ともなる」⁴⁰ことであるならば、「個別の被担保債権」の譲渡と「(将来の発生可能性をも含む)被担保債権全体」の譲渡⁴¹の間には本質的な差異が認められ得る。営業譲渡において想定し得る「(将来の発生可能性をも含む)被担保債権全体」の譲渡とは、「たまたま個々具体的に特定のものとなった債権」の移転とは言えず、また旧債権者(譲渡人)と新債権者(譲受人)が根抵当権者として並存することによって法律関係が複雑化する可能性も少ないと考えられるからである。

一方、営業譲渡における根抵当権付債権の譲渡について元本確定前であっても随伴性を認めることに対しては、営業譲渡の定義が明確でないことを理由として、否定的な見解が存在する⁴²。しかし、特に金融機関を当事者とする営業譲渡(全部譲渡、一部譲渡)においては、原則として行政機関の認可を要し⁴³、この認可は営業譲渡の効力発生要件である。よって、この認可の存在の有無によって営業譲渡であるか、営業譲渡に該当しない債権譲渡かは判別できよう。な

⁴⁰ 貞家・清水[1973]114頁。

⁴¹ 最近の論稿において「各個別債権は確定前根抵当権の被担保債権函の中に入っているだけであり、それらが当該根抵当権によって最終的に担保され得べきものとなるのかは、根抵当権確定(元本確定)時点においてはじめて明確化する」とし、「確定前根抵当権の被担保債権群中の各個別債権は単なる無担保債権でないことももちろんであるが、『被担保債権そのもの』でもない。それは、あくまでも被担保債権そのものになり得る可能性をもった債権、すなわち『被担保債権候補の債権』であり、『被担保債権そのもの』のいわば予備的状态に在るものにすぎない」と整理するものがある。斎藤[1999]446頁。この見解によれば、営業譲渡では、「被担保債権候補の債権」全体の譲渡が行われるということになる。

⁴² 鈴木[1998]373頁。

⁴³ 銀行法30条2項では金融再生委員会の認可が要求されており、同項は、長期信用銀行法17条によって準用されている。また、同様の規定が、信用金庫法58条(金融再生委員会の認可)、労働金庫法62条(金融再生委員会および労働大臣の認可)、中小企業等協同組合法57条の3(行政庁の認可)に存在する。なお、銀行法30条2項における営業譲渡は、商法245条1項1号と同様(「一定の営業目的のため組織化され、有機的の一体として機能する財産の全部または一部の譲渡」(最判昭40・9・22民集19巻6号1600頁))に解釈されている。氏兼・仲(編著)[1994]139頁。

お、これに対しては、私法上の問題の解決を行政上の手続である認可の存在に求めることについての異論や違和感があり得よう⁴⁴。しかしながら、本稿は、あくまでも「第三者機関」の介在等により、営業譲渡の外延の明確性が確保し得ることを主張するものである。金融機関の場合には、現行法によって要求されている行政機関の認可を利用することができるが、だからと言って、営業譲渡の外延の明確性の確保のためには行政機関の介在が必ず必要な訳ではない。

ここまでの議論は金融機関が当事者となることを前提としていたが、さらに進んで金融機関が当事者であるとの限定を廃して、営業譲渡一般において、元本確定前の根抵当権であっても随伴性（もしくは随伴性が認められた場合と同様の効果）を肯定すべきであろうか。これについては、合併との平仄や民法 398 条ノ 7 第 1 項の主たる立法趣旨を勘案した場合には、金融機関が当事者である場合と異なる取扱いをする理由は存在せず、むしろ金融機関以外が当事者となる営業譲渡一般にも随伴性を肯定すべきということになるだろう。しかし、例えば一般事業法人の場合には、行政機関の認可が要求される金融機関の場合とは異なり、営業譲渡の外延が不明確な場合があることは否定し得ない⁴⁵。登記事務等にまで配慮した場合、随伴性を肯定すべき場面は明確かつ客観的に認定されなければならない、金融機関が当事者という限定を廃するためには、少なくとも営業譲渡の外延の明確化・客観化の要請をクリアしなければならないであろう^{46,47}。

⁴⁴ 銀行法 36 条や「特定債権等に係る事業の規制に関する法律（いわゆる特債法）」7 条における公告による簡易な債権譲渡の対抗要件具備といった行政的な規制法と私法上の効力が交錯する場面においても、同様の異論や違和感が生じ得るかもしれない。

⁴⁵ 商法 245 条は「営業ノ全部又ハ『重要ナル』一部ノ譲渡」にのみ、株主総会の特別決議による承認を要求しており、株主総会における特別決議が要求されていない、「重要でない」一部譲渡においては、特別決議の存在によって営業譲渡であるか否かの判断ができない。

⁴⁶ 立法論としては、金融機関の場合と同様、第三者機関を介在させることによって、営業譲渡の外延を明確化・客観化することは可能であろう。

⁴⁷ なお、金融機関に限定する場合、その理由としては、一般事業法人に比較して金融機関は極めて多数の根抵当権を有しており、コスト削減の要請がそれだけ強いことや、後述する根抵当権設定者の利益保護の観点からも、新債権者（譲受人）が金融機関であれば、与信条件等の大幅な変更の危険性が相対的に小さいことなどが指摘できよう。

(3) 金融再生法における特例の検討

以上のように、少なくとも金融機関による営業譲渡においては元本確定前の根抵当権であっても随伴性（もしくは随伴性が認められた場合と同様の効果）を立法論として肯定すべきであるとの結論を導く場合でも、利害関係人間の利益衡量にも十分配慮しなければならないことは言うまでもない。元本確定前根抵当権に随伴性を認めれば、債権譲渡の当事者である金融機関（譲渡人、譲受人）にとっては根抵当権設定者の個々の承諾が不要となるというメリットが生じ、これが営業譲渡のコスト低減に繋がる。一方、このメリットは根抵当権設定者が根抵当権の負担から解放されないとのデメリットに繋がりがねない⁴⁸。こうした根抵当権設定者のデメリットを如何に考えるべきであろうか。

根抵当権設定者のデメリットに配慮した場合には、金融機関による営業譲渡であっても、元本確定前根抵当権に無条件な随伴性を肯定することは困難である。そこで、金融再生法における根抵当権移転に関する特例が参考になろう。すなわち、金融再生法における特例では、根抵当権設定者に異議を述べる機会が付与されており、異議を述べた設定者に係る根抵当権の譲渡に関しては承諾がされたものとみなされず、根抵当権は移転しない。つまり、公告を知った根抵当権設定者および当然に知り得た根抵当権設定者に関しては、根抵当権設定者の意思を介在させ得ることから利益保護に一定の配慮を示している。一方、公告を知り得なかった根抵当権設定者は如何に考えるべきであろうか。確かに営業譲渡後、新債権者（譲受人）が根抵当権者となっている事実を知った時点であれば元本確定請求権を行使すること（民法 398 条ノ 19）が可能である⁴⁹。しかし、元本確定請求権が行使されて 2 週間経過した時点で初めて元本が確定する（同条）ことから、営業譲渡を知り得るまでの期間および元本確定請求権行使後 2 週間に生じる不利益については根抵当権設定者が負担しなければならない⁵⁰。こうした不利益の存在については、債権者等の変更に関する根抵当権設定

⁴⁸ 後順位抵当権者等の不利益にも配慮しなければならない（付論を参照）が、主たるデメリットは根抵当権設定者に関して生じると言ってもよい。

⁴⁹ 条文上、元本確定請求権が成立する要件として、確定期日の定めがないこと、および、根抵当権設定後 3 年が経過したことが要求されている（民法 398 条ノ 19）ものの、著しい事情の変更等正当事由がある場合には、これらの要件にも拘らず元本確定請求権を行使し得るとするのが通説となっている（鈴木[1998]120 頁、我妻[1998]536 頁等）。営業譲渡を知り得なかった根抵当権設定者に関しては正当事由を肯定すべきであろう。

⁵⁰ 合併における元本確定請求権では、合併の時点で元本が確定したこととみなされるとの規定（民法 398 条ノ 10 第 4 項）が存在する。解釈論により、営業譲渡でも同様の規律が導ければ、根抵当権設定者への不利益は縮減できよう。

者の拒絶の自由も制限される場合があるとの見解⁵¹によって正当化を試みることになる。同見解は、既に極度額一杯またはそれ以上の被担保債権が現存する場合や債権者の変更等が根抵当権設定時から当事者間で予定されていた場合、変更がなされても被担保債権額が著しく増大する惧れがないことが明らかな場合などを例示し、こうした場合の根抵当権設定者の反対は信義則違反に該当し、根抵当権者は一方的に根抵当権設定者に対して合意の意思表示ないし承諾を請求し得ることを示している。金融機関の営業譲渡においては、基本的には被担保債権額が著しく増大する惧れが生じることは考えにくく、根抵当権設定者の拒絶の自由にある程度の制限を課すことも許容されるのではないであろうか。

以上において、金融機関による営業譲渡における根抵当権付債権譲渡のコスト削減の要請や、異議による根抵当権設定者の救済制度、そして根抵当権設定者の法的要保護性を総合的に勘案すれば、少なくとも金融機関の営業譲渡における根抵当権付債権譲渡には元本確定前であっても随伴性（もしくは随伴性が認められた場合と同様の効果）を肯定すべきであること、そして、その際には金融再生法で採用された根抵当権移転に関する特例を参考にすることが有用であることを結論として導いた。

ただし、現在、金融再生法における根抵当権移転に関する特例が適用されるのは、被管理金融機関や公的ブリッジバンク、特別公的管理銀行が当事者となる営業譲渡に限定されている（同法73条）。同法の根底にある不良債権の早期処理の要請は尊重すべきであることは言うまでもなく、同法に基づく被管理金融機関や公的ブリッジバンク、特別公的管理銀行が当事者となる営業譲渡を円滑に進めたいとの立法者意図も十分に理解できる。しかし、このことは同法で採用された特例は、被管理金融機関や公的ブリッジバンク、特別公的管理銀行が当事者となる営業譲渡に限定されて適用されるべきものであり、それ以外の営業譲渡には拡張できないことや拡張すべきではないことを意味するとは限らない。金融再生法における根抵当権付債権譲渡に関する特例は、被管理金融機関や公的ブリッジバンク、特別公的管理銀行を当事者とする営業譲渡を円滑に行うための付随的な位置付けに過ぎず、そのみが独立して議論される機会は少なかったように見受けられるが、元本確定前根抵当権譲渡に関する立法的な手当てがなされている点は注目されるべきである。金融再生法における根抵当権付債権譲渡に関する特例を独立して取上げ、同特例が利害関係人の利益調整

⁵¹ 鈴木[1998]352頁。

等において何かしらの問題を内包していないかなどについて更なる議論を重ね（付論を参照）、被管理金融機関や公的ブリッジバンク、特別公的管理銀行が当事者となる場合以外の金融機関の営業譲渡一般にまで立法論として拡張することを主張し得よう。

6. 元本「確定後」の根抵当権 根抵当権臨時措置法

続いて、元本「確定後」、すなわち元本を確定して根抵当権付債権を譲渡する場合について整理する。ここでは、「如何に元本確定事由を明確にするか」や、「債務者の協力に伴う問題を如何に解決するか」といった点について根抵当権臨時措置法を参考にしつつ、検討していきたい。

（1）根抵当権臨時措置法⁵²

イ．概要

平成10年11月に施行された根抵当権臨時措置法は、民法の定める根抵当権の元本の確定について臨時の措置⁵³を採るものであり、金融機関等が融資先に対して新規の融資をしないことおよび債権を特定債権回収機関に売却することを通知した場合には、根抵当権の担保すべき元本が確定すること等を定めるものである。

ロ．適用範囲

「金融機関等」（根抵当権臨時措置法2条1項）の定義には、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、信用金庫、信用協同組合および労働金庫）や協同組織金融機関の上位機関、保険会社などが含まれる。ただし、預金保険法2条1項の金融機関は、日本国内に本店を有するものに限られていることから、外国銀行の在日支店等は含まれないと定義される。

一方、根抵当権臨時措置法2条2項において新たに定義されている「特定債権回収機関」とは、協定銀行⁵⁴（1号）、すなわち整理回収銀行、債権処理

⁵² 後藤・齋藤[1998]、法務省民事局参事官室（編）[1999]、および、生熊[1999]参照。

⁵³ 平成13年3月31日までの時限立法。

⁵⁴ 預金保険法附則7条1項の規定に基づき、預金保険機構との間で整理回収業務に関する協定を締結した銀行を示す。

会社⁵⁵（2号）、すなわち住宅金融債権管理機構、債権回収会社（3号）、すなわち「債権管理回収業に関する特別措置法」によって規定されている、いわゆるサービサー、および法務大臣指定機関（4号）、すなわち共同債権買取機構、のことである⁵⁶。

八．根抵当権移転に関する特例

前述したように、「取引ノ終了」によって根抵当権の元本は確定する。根抵当権臨時措置法3条は、金融機関等が融資先に対して新規の融資をしないことおよび債権を特定債権回収機関に譲渡することを通知した場合には、この事実をもって客観的に「取引ノ終了」に該当すると定め、元本の確定時期を明確にすることによって、特定債権回収機関による債権の譲受および回収の円滑化を企図したものである⁵⁷。同法3条が適用されるための要件は大きく2つ規定されている。

第1の要件は、金融機関等が特定債権回収機関に対し根抵当権の被担保債権の全部を売却することである。より具体的に言えば、債権の売却の主体は、金融機関等であること、債権の売却先は、特定債権回収機関であること、売却される債権は、当該根抵当権により担保される債権の全部であること、および、債権の譲渡一般に適用されるものではなく、債権の売却であること、の4つの要件を全て満たすことが要求されている。

第2の要件は、金融機関等が、債務者に対して通知をすることであり、より具体的に言えば、通知は債務者に対してすること、通知の内容が「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」および「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こと」であること、および、通知は、書面によって行われること、の3つの要件を全て満たすことが要求されている。

このように、根抵当権臨時措置法における特例は、根抵当権者である債権者からの一方的な融資終了の意思表示が元本確定事由である「取引ノ終了」に該

⁵⁵ 特定住宅金融専門会社の債権債務の処理の促進等に関する特別措置法3条1項1号の規定に基づき、出資して設立された株式会社を示す。

⁵⁶ ただし、平成11年4月をもって整理回収銀行と住宅金融債権管理機構は、整理回収機構に統合された。

⁵⁷ ただし、根抵当権の担保すべき元本につき、確定期日の定めがあるときは、同法の適用はない（同法3条但書）。

当することを明確化・客観化することにより、元本確定事由に関する問題に対して立法的な対応を図るものである。また、このことは同時に、「取引ノ終了」に関して個々の債務者との合意等を不要とすることにより、債務者の協力に伴う問題についても立法的な対応を図るものでもある⁵⁸。

（２）根抵当権臨時措置法における特例の検討

前述したように、普通抵当権より根抵当権の方が抵当権者にとって有利とされており、元本を確定させることなく根抵当権付債権を譲渡することが新債権者（譲受人）には望ましいと考えられる。しかし、民法上では元本確定前根抵当権は随伴性を有しない（398条ノ7第1項）ほか、本稿5.における提案においても営業譲渡に該当しない債権譲渡においては元本確定前根抵当権に随伴性（もしくは随伴性が認められた場合と同様の効果）を認めることは困難であることから、不良債権のバルク・セールスといった債権譲渡においては、元本を確定させた後に債権譲渡する必要性が生じる。実務的には、元本確定に非協力的な根抵当権設定者に対しては、競売申立て等により元本確定をすることが可能ではあるが、競売申立て等が債権売買スキーム全体でみた場合に得策でない場合には、債権者にとって対応が困難な事態が生じ得る。

そこで、根抵当権者からの一方的な融資終了の意思表示が元本確定事由である「取引ノ終了」に該当することを立法論として肯定すべきであろうか⁵⁹。その場合、利害関係人に対してどの程度配慮する必要があるかが問題となる。特に、

⁵⁸ また、根抵当権臨時措置法は登記に関する特例を定めており、この点で根抵当権設定者の協力に伴う問題に関して立法的な対応を図っている。すなわち、前述したように、元本確定登記は根抵当権者と根抵当権設定者の共同申請を要するが、根抵当権臨時措置法においては、金融機関等（根抵当権者）が、特定債権回収機関に対する根抵当権の移転の登記の申請と併せて申請する場合に限って、根抵当権者のみで元本確定登記を申請することができる（同法4条）。

具体的な要件は以下のとおりである。

同法3条の規定により根抵当権の担保すべき元本が確定した場合であること、特定債権回収機関に対する当該根抵当権の移転の登記（移転の登記は、根抵当権者と特定債権回収機関との共同申請）とともに申請する場合であること、および登記の申請にあたっては、債務者に通知したことを証する書面を添付すること。

⁵⁹ 本稿は、立法論を検討するものであるが、このことは根抵当権者からの一方的な融資終了の意思表示が元本確定事由である「取引ノ終了」に該当することは解釈論としては導けないことを意味するものではない。しかしながら、繰り返し述べているように、登記事務とも密接な関連を持つなど、根抵当権に関する規律には明確性・客観性が要求されるべきであり、解釈論における不明確さを立法によって補うべきであるとの問題意識が本稿の基礎に存する。

根抵当権者である債権者の一方的な意思表示による「取引ノ終了」を認めれば、債務者の不利益に繋がるのが危惧されるかもしれない。しかし、根抵当権者である債権者に与信義務が存在しない場合、一方的な意思表示による「取引ノ終了」が認められるか否かに拘らず、債権者とすれば追加的融資に応じなければよく、この場合、根抵当権者である債権者に一方的な意思表示による「取引ノ終了」を認めても問題はない。一方、根抵当権者である債権者に継続的取引契約等から生じる与信義務が存在する場合、一方的な意思表示による「取引ノ終了」によって根抵当権に限って両者の取引は終了し（根抵当権の元本は確定し）、与信義務そのものは存続するとの見解が存在する。この見解によれば、与信義務が一方的に消滅させられることはなく、ただ根抵当権の元本のみが確定することになり、債務者に不利益が生じることはなからう⁶⁰。

このように、元本を確定して根抵当権付債権を譲渡する場合における「取引ノ終了」の明確化・客観化の要請などを総合的に勘案すれば、根抵当権臨時措置法で採用された特例が有用な状況は十分想定し得る。ただし、現在、根抵当権臨時措置法における特例が適用されるのは、根抵当権付債権の売却先（譲受人）が「特定債権回収機関」である場合に限定されている。金融再生法と同様に、根抵当権臨時措置法の根底にある不良債権の早期処理の要請は尊重すべきであることは言うまでもなく、不良債権処理のために新たに導入された整理回収機構等の「特定債権回収機関」を積極的に利用させたいとの立法者意図も十分に理解できる⁶¹。もっとも、このことは同法で採用された特例は、整理回収機構等の「特定債権回収機関」が売却先（譲受人）となる債権売買に限定されて適用されるべきものであり、それ以外の先への債権売買には拡張できないことや拡張すべきではないことを意味するとは限らない⁶²。むしろ、元本確定事由の

⁶⁰ 生熊[1999]74頁および鈴木[1998]143頁。

⁶¹ 「……（根抵当権臨時措置法の）適用範囲について考えますと、なぜ金融機関が有する根抵当権により担保される債権の整理回収銀行や住宅金融債権管理機構などの『特定債権回収機関』への譲渡が円滑化されて、それ以外の根抵当権により担保される債権の譲渡は、この方法を使わずに民法によって確定をさせ、登記をして譲渡しなければならないのかという問題が生ずるのですが、法律の1条が定める『喫緊の課題』のための『臨時措置』であるからということになるのだろうと思います。」伊藤他[1999]114頁・山田発言。

⁶² 債権の譲渡先が「特定債権回収機関」に限定されている理由について、登記手続に配慮し、金融機関等の行う債権譲渡の全てが「取引ノ終了」を前提とするものではないが、「特定債権回収機関」に売却する事実は、取引の終了を示す客観的な事情と言えること、および、登記官が根抵当権者単独の確定登記申請を処理するためには、譲渡先の属性に関する客観的かつ明確な基準が必要であること、を挙げる見解がある。法務省民事局参事官室（編）[1999]148頁。しかし、理由については、同法3条で

明確化・客観化の要請等を勘案すれば、根抵当権臨時措置法における特例が利害関係人の利益調整等において何かしらの問題を内包していないかなどについて更なる議論を重ね（付論を参照）、「特定債権回収機関」が売却先となる場合以外の債権売買にまで拡張することが可能であるとする余地は十分にある。根抵当権臨時措置法における特例を適用し得る場面を不良債権のバルク・セールスといった債権売買の主要な参加者にまで拡張することを企図し、具体的には同法2条で定義されている「金融機関等」が売却先（譲受人）となる場合にまで拡張することや、現在の「金融機関等」の定義に含まれない、外国証券会社や外国銀行の在日支店、特別目的会社（SPC）⁶³などが売却先（譲受人）となる場合にまで拡張し、こうした売却先（譲受人）に対する根抵当権付債権の譲渡に係るコスト低減を図る法的手当が必要と言えるかもしれない⁶⁴。

7. おわりに

営業譲渡や不良債権のバルク・セールスなど金融機関がその貸出債権を譲渡する場面が増加しているように窺われ、それに伴って根抵当権付債権の譲渡における問題点も顕現化しつつある。本稿では、こうした問題に対して立法的な対応をするという前提を置きつつ、元本「確定前」の根抵当権譲渡に関しては、少なくとも金融機関による営業譲渡であれば元本確定前であっても随伴性（もしくは随伴性が認められた場合と同様の効果）を肯定すべきであり、その場合、金融再生法で採用された特例を金融機関の営業譲渡一般に拡張する余地があるのではないかということ、および、元本「確定後」の根抵当権譲渡に関しても、根抵当権臨時措置法で採用された特例を拡張する余地があること、を結論として導いた。

本稿での議論は、被担保債権の譲渡においてそれを担保する根抵当権は如何

は債務者に対する「取引ノ終了」の通知が要件となっており、登記にも債務者に通知したことを証する書面の添付が要件となっている（4条）ほか、理由 についても、「特定債権回収機関」でなくとも、譲渡先の客観的かつ明確な定義は可能であり、ともに譲渡先を「特定債権回収機関」に限定する理由としては不十分である。

⁶³ 「特定目的会社による特定資産の流動化に関する法律（いわゆるSPC法）」におけるSPCであれば定義は容易かつ明確であろう。

⁶⁴ ただし同時に、サービサー法上のサービサー以外の譲受人へのバルク・セールスが弁護士法73条違反でないことは明確にされなければならないと言える。小野他[1998]47頁および小野[1999]68頁参照。

に処理されるべきかという問題意識を、既存の立法である金融再生法および根抵当権臨時措置法で採用された特例を基礎に立法論的に検討したものである。もちろん、根抵当権に関する問題はこれに止まることなく、冒頭に述べたように、現在の根抵当権に関する規定が民法に導入されてからの四半世紀、いわゆるメインバンク制度もその性格を変化しつつあるほか、金融取引を巡る環境は大きな変化を遂げており、共同根抵当権や元本確定前の被担保債権の差押え・質入の取扱いなど、多数の学説、判例の蓄積によっても容易には対応することができない金融取引の問題が他にも発生してきている。こうした問題については、現実の金融取引の変化に十分に対応できなくなりつつある根抵当権に関する規定そのものの再検討、更なる充実は不断に求められるべきものであろう⁶⁵。

以 上

⁶⁵ 「銀行と取引先の関係も、これまでのように安定的に継続・発展するのではなく、諸状況の変化に応じて変わってゆくであろう。……たとえば、根抵当の処分や譲渡などをも含め、各種の変更についての規定をいま以上に充実させる必要が生じるように思われる」吉田[1995a]47頁。実務家からの指摘として、例えば佐藤[1997]12頁。

(付論) 金融再生法および根抵当権臨時措置法における利害関係人の利益保護

付論においては、金融再生法および根抵当権臨時措置法¹について、両法で採用された根抵当権移転に関する特例が利害関係人の利益保護に配慮したものであるか否かを検討する。

1. 金融再生法

(1) 債務者・根抵当権設定者

本論における議論と重なる部分もあるが、まず、金融再生法における根抵当権移転に関する特例が債務者・根抵当権設定者の利益に配慮したものであるかについて検討する。すなわち、金融再生法 73 条では、「当該被管理金融機関から当該承継金融機関に当該根抵当権が譲渡されること及びその期日」、および、「当該根抵当権の譲渡の後においても当該根抵当権が当該債権を担保すべきものとする」とを公告し、それに対して根抵当権設定者の異議が不存在である場合には、民法で要求される承諾と合意があったものと擬制している。こうした特例は、根抵当権設定者の利益に配慮したものであろうか。

確かに公告によって根抵当権設定者が営業譲渡を確知できるかという疑問や、異議申立て期間が最短 2 週間とされている（金融再生法 73 条 2 項）ことに対する批判があり得る。しかしながら、金融再生法における根抵当権移転に関する

¹ 因みに、本論では取上げなかったものの、元本確定事由の明確化を企図した近年の立法としては、平成 8 年 6 月に施行された「特定住宅金融専門会社が有する債権の時効の停止等に関する特別措置法」も存在する（佐藤[1996]参照）。同法は 2 条のみからなる法律であり、同法第 2 条は「（第 1）条の特定住宅金融専門会社が解散したときは、当該特定住宅金融専門会社が有する根抵当権の担保すべき元本は、確定する。」と規定している。

根抵当権者である会社が解散した場合には、「取引ノ終了」により根抵当権の元本が確定するケースが多いと考えられるものの、解散後も清算目的の範囲内で取引を継続して債権が発生することもある（商法 116 条、430 条）ことから、民法は根抵当権者の解散を根抵当権の元本確定事由とは規定していない。しかし、特定住専の場合、解散して債権その他の権利を譲渡して清算することが予定されていたことから、例外的な事例を除いて、解散後に新たに根抵当権の担保すべき債権が生じることが考えづかった。そこで、特別措置法では、特定住専が債務者との間で新たな取引を行わず、一般的に担保すべき元本が生じないことが明確になる解散の事実を、当該特定住専が有する全ての根抵当権の担保すべき元本の新たな確定事由として画一的に定め、元本の確定を明確にすることによって、住宅金融債権管理機構による債権の譲受および回収の円滑化を企図したのである。

特例においては、譲受人が新たな根抵当権者となることに反対する根抵当権設定者には異議を述べる機会が付与されている。公告に対して異議が述べられた場合には、異議を述べた根抵当権設定者に係る根抵当権の譲渡については承諾がされたものとはみなされず、根抵当権は移転しない。このような点に鑑みれば、同法は条文上、根抵当権設定者の利益保護に一定の配慮を示していると言える。また、本論でも議論したとおり、営業譲渡後であっても根抵当権設定者の元本確定請求権（民法 398 条ノ 19）は否定される訳ではないこと、さらに言えば、債権者等の変更に関する根抵当権設定者の拒絶の自由も制限される場合があるとの見解²が信義則から導かれること等を勘案すれば、問題は少ないのではないであろうか。

また、民法の合併による債権者変更の規定との平仄でも、金融再生法における特例が根抵当権設定者の利益を無視しているとは言えない。すなわち、合併による債権者の変更において、根抵当権は新債権者（存続法人・新設法人）に当然に移転することが原則となっている。そして、新債権者が根抵当権者となることに反対する根抵当権設定者は、元本確定の請求をすることができ（民法 398 条ノ 10 第 3 項）³、元本確定請求があれば合併のときに元本が確定したとみなされる（同条 4 項）。したがって、民法の合併による債権者変更の規定と比較した場合、金融再生法における特例が実質的にみて根抵当権関係の当然の継続を原則としていることは、このことだけをもって問題になるものではないと考えられる。これに対しては、特定承継である営業譲渡と包括承継である合併とを同列に取扱うことに対する批判があり得る。しかし民法では、ともに包括承継である合併と相続において、「相続の場合よりも、合併の場合のほうが取引関係が継続されることが多い」⁴という実質的な判断に基づき、合併では「根抵当権関係の継続が原則で、消滅が例外」とされ、相続では「消滅が原則で、継続が例外」⁵と解釈できる規定振りになっている。こうした包括承継に関する

² 鈴木[1998]352 頁。

³ ただし、根抵当権設定者が合併を知った日から 2 週間を経過したとき、または、合併から 1 か月を経過したときは、元本確定請求権は消滅する（同条 5 項）。

⁴ 道垣内[1990]197 頁。

⁵ 相続による債権者の変更においては、相続人と根抵当権設定者との間で、根抵当取引を継続することの合意がなされ、かつ、営業の承継者たる相続人を定めれば、元本は確定することなく、相続開始時に既に発生していた債権だけでなく、合意によって定めた相続人が相続開始後に取得する債権をも担保するものとして存続する（民法 398 条ノ 9 第 1 項）。ただし、これらの合意につき、相続開始後 6 か月以内に登記をしないときは、相続開始時に元本が確定したものとみなされる（同条 4 項）。

規定振りから、特定承継である営業譲渡においても「根抵当関係の継続が原則で、消滅が例外」との規律が可能であるとの結論は短絡に過ぎるかもしれない。ただ、包括承継において民法が採用した実質的な判断という尺度を採り入れて、特定承継についてもある程度柔軟な規律を採用することは可能であると考えられる。

なお、金融再生法における根抵当権移転に関する特例では、根抵当権設定者は異議を述べることができる（73条）ものの、債務者の異議の不存在は要求されていない。民法は、根抵当権の譲渡や被担保債権の範囲の変更において、根抵当権設定者の承諾を要求している一方で、債務者の承諾を要求していない。金融再生法における特例が、民法で要求される根抵当権設定者の承諾（398条ノ12第1項）と根抵当権者と設定者の合意（398条ノ4第1項）を擬制するものであることから、債務者の承諾が要求されていないことは当然の帰結である。したがって、債務者以外の第三者が根抵当権設定者である場合、つまり物上保証の場合であっても、金融再生法における特例によって債務者の承諾が要求されていないことが、民法の規定と比較して債務者保護の後退を意味するものではない⁶。

（2）後順位抵当権者

続いて、金融再生法における根抵当権移転に関する特例が後順位抵当権者の利益を侵害しないかについて検討する。すなわち、金融再生法73条では、根抵当権設定者は譲渡人および譲受人が共同でなす公告に対して異議を述べるができるものの、後順位抵当権者の異議の不存在は要求されていない。こうした特例は、後順位抵当権者の利益を侵害することにならないであろうか。

民法は、根抵当権の譲渡や被担保債権の範囲の変更において、根抵当権設定者の承諾を要求している一方で、後順位抵当権者の承諾を要求していない。金融再生法における特例が、民法で要求される根抵当権設定者の承諾（398条ノ12第1項）と根抵当権者と設定者の合意（398条ノ4第1項）を擬制するものであることから、後順位抵当権者の承諾が要求されていないことは当然の帰結である。したがって、金融再生法における特例によって後順位抵当権者の承諾が要

⁶ こうした民法の規定に対しては、債務者の事実上の不利益に対する配慮が十分ではないとの批判的な見解が存在するものの、法理論的には、根抵当権という物権に関する限り、物権関係の当事者である根抵当権者と根抵当権設定者によってその内容は規律しえ、債務者の関与は不要であるといった説明等が可能とされている。商事法務研究会（編）[1971]46頁・清水（湛）発言、および、鈴木[1998]356頁。

求されていないことが、民法の規定と比較して後順位抵当権者保護の後退を意味するものではない⁷。

また、合併による債権者の変更においても、元本確定請求権者は根抵当権設定者に限定されており、後順位抵当権者に元本確定請求権はない（民法 398 条ノ 10 第 3 項）⁸。したがって、民法の合併による債権者変更の規定と比較した場合も、金融再生法における特例が後順位抵当権者の利益を侵害しているとは言えない。

2. 根抵当権臨時措置法

（1）債務者・根抵当権設定者

本論における議論と重なる部分もあるが、まず、根抵当権臨時措置法における特例が債務者・根抵当権設定者の利益を侵害しないかについて検討する。すなわち、根抵当権臨時措置法 3 条では、根抵当権者である金融機関が、融資先に対して新規の融資をしないことおよび債権を特定債権回収機関に売却することを通知した場合に元本が確定する旨を規定し、債務者の意思に反する場合でも、根抵当権者は一方的に取引を終了させ、元本を確定することを可能としている。こうした特例は、債務者の利益を侵害することにならないであろうか。

民法は、「取引ノ終了」が根抵当権の元本確定事由であることを規定している（398 条ノ 20 第 1 項 1 号）が、根抵当権者による一方的な融資終了の意思表示が「取引ノ終了」に該当するか否かに言及していない⁹。これについて、根抵

⁷ こうした民法の規定に対しては、後順位抵当権者の事実上の不利益に対する配慮が十分ではないとの批判的な見解が存在する（吉田[1995a]参照）ものの、根抵当権を 1 個の独立した価値権と構成したいとの立法者意図が存在していたこと、根抵当権者である債権者と債務者・根抵当権設定者は契約当事者という関係にあるから、合意内容の変更についても新たな合意が必要である一方、後順位抵当権者等とは契約当事者という関係にないこと、そして、後順位抵当権者等は先順位根抵当権者による「担保枠」支配を当然に覚悟する必要があること、などが理由として指摘されている。貞家・清水[1973]19・85・86 頁等。

⁸ 相続による債権者の変更における合意にも、極度額の変更自体はないので、後順位抵当権者などの第三者の同意は不要であると明示されている（民法 398 条ノ 9 第 3 項）。

⁹ なお、根抵当権者による一方的な融資打ち切り宣言は「其他ノ事由」に該当するかという議論も存在する。林部[1994]参照（結論は反対）。

当権者が一方的であれ融資終了の意思表示を行った場合には、将来に向かってもはや取引が行われることはないと考えるのが自然であり、「取引ノ終了」が生じて元本は確定すると考えるのが多数説となっている¹⁰。この多数説によれば、根抵当権者が「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こと」を債務者に対して通知することにより元本確定の効果を付与する根抵当権臨時措置法における特例は、当然の効果を確認するものに過ぎず、債務者に特段の不利益を課すものではないと理解されよう¹¹。一方、製品や原材料、生活に必要な物資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について、根抵当権者からの一方的な取引の終了が可能であるか疑問であるとする見解¹²が存在する。しかし、この見解によっても、金融機関等は一般に債務者に対して新規の融資をする義務がないことを勘案すれば、根抵当権者からの一方的な融資打ち切り宣言を端的に「取引ノ終了」による元本確定事由として是認できると解釈されている¹³。さらに、根抵当権者からの一方的な取引の終了の場合、継続的取引契約から生じる与信義務は存続するものの、根抵当権に関する限り両者の取引は終了し元本は確定する場合があるとの見解も存在する¹⁴。この見解によれば、仮に金融機関等にも債務者に対して新規の融資をする義務があるとの主張に立っても、根抵当権に関する限りにおいては両者の取引は終了し元本は確定するということになる。

なお、根抵当権臨時措置法3条で要求されている融資終了の通知は、根抵当権設定者ではなく、債務者に対してなすべきものと規定されている。よって、債務者以外の第三者が根抵当権設定者である場合、つまり物上保証の場合には、根抵当権設定者が認識しない間に元本の確定と被担保債権の譲渡が発生する可能性がある。しかし、根抵当権設定者とすれば早期に元本確定する方が被担保債権の増加が食い止められるという意味で有利であることが通常であり¹⁵、また

¹⁰ 鈴木[1998]140・143頁。

¹¹ 生熊[1999]74頁。

¹² 後藤・齋藤[1998]27頁、法務省民事局参事官室(編)[1999]146頁、および、生熊[1999]74頁。

¹³ 同上。

¹⁴ 生熊[1999]74頁および鈴木[1998]143頁。

¹⁵ 物上保証人が、確定期日において、根抵当権者による債権額が減少すること、つまり、自らの責任が減少することを合理的に予想している場合もあり得よう。この場合、早期の元本確定が、物上保証人にとって不利になる可能性もあるものの、確定期日の定めがある場合には、根抵当権臨時措置法は適用されない(同法3条但書)ことから、こうした不都合も回避できると考えられる。

元本確定前にのみ認められる根抵当権の各種処分という利益についても、債務者が取引を終了させない限りにおいて存続する暫定的なものであり、取引終了によって設定者の利益も反射的に失われるものに過ぎないと解されており¹⁶、根抵当権臨時措置法における特例は根抵当権設定者の利益を侵害するものではないと考えられる。

(2) 後順位抵当権者

続いて、根抵当権臨時措置法における特例が後順位抵当権者の利益を侵害しないかについて検討する。すなわち、根抵当権臨時措置法では、後順位抵当権者の承諾等は要求されておらず、売却の主体である根抵当権者（金融機関等）の意思のみによって元本を確定することが可能である。こうした特例は、後順位抵当権者の利益を侵害することにならないであろうか。

民法は、根抵当権の元本確定事由を列挙しているが、後順位抵当権者のイニシアティブによって元本確定を可能とする規定（競売手続の開始による元本確定、398条ノ20第1項4号）は存在するものの、根抵当権者のイニシアティブによる元本確定を後順位抵当権者の意思によって防止できる規定は存在していない。したがって、根抵当権臨時措置法における特例によって後順位抵当権者の承諾等が要求されていないことが、民法の規定と比較して後順位抵当権者保護の後退を意味するものではない。また実質的にみても、後順位抵当権者については、先順位根抵当権者による極度額一杯までの利用を予見して取引をすべきであるから、根抵当権臨時措置法によって根抵当権の元本確定が生じた場合であっても、その利益を侵害される可能性はないと考えられる¹⁷。

(3) 共有根抵当権者

最後に、根抵当権臨時措置法における特例が共有根抵当権者の利益を侵害しないかについて検討する。すなわち、根抵当権臨時措置法では、条文上、他の共有根抵当権者の承諾等は要求されておらず、売却の主体である根抵当権者（金融機関等）の意思のみによって元本を確定することが可能なように読める¹⁸。こ

¹⁶ 鈴木[1998]142頁。

¹⁷ 後順位抵当権者についても、確定期日において、先順位抵当権者である根抵当権者による債権額が減少すること、つまり、自らへの優先弁済額が増加することを合理的に予想している場合もあり得ようが、注15と同様に、こうした不都合も回避できると考えられる。

¹⁸ 実務的には整理回収機構といった「特定債権回収機関」に売却する場合に、他の共有根抵当権者の意向に反して債権を売却することは通常想定し得ない。しかし、本論

うした特例は、共有根抵当権者の利益を侵害することにならないであろうか。

民法は、根抵当権の元本確定事由を列挙しているが、そのうち目的不動産に対して競売の申立てないし差押えがなされた場合などについては、申立て等をした根抵当権者のみならず、共有根抵当権者全員に対して元本確定の効果が生じることが明確である。一方、「取引ノ終了」など個々の共有根抵当権者に生じ得る元本確定事由の場合には、如何なる範囲で元本確定の効果が生じるかが問題となり得る。これについて、全共有根抵当権者に元本確定事由が存在するに至って初めて確定が問題になるという一部確定否定説が有力となっており、全共有者に元本確定事由が生じるまでは、元本確定事由が生じた根抵当権だけが流動性を失って、特定の債権として担保されている状態となるに過ぎないと解釈されている¹⁹。したがって、根抵当権臨時措置法における特例が援用されることによって、他の共有根抵当権者の利益が侵害されることにはならず、共有根抵当権者の承諾等が要求されていないことは問題ないと考えられる。

以 上

において根抵当権臨時措置法における特例を「特定債権回収機関」以外の売却先の拡張の可能性を提案したこととの関連において、他の共有根抵当権者への利益配慮について論じる。

¹⁹ 我妻[1998]526頁。共有根抵当権の元本確定に関する、より一般的な議論として、鈴木[1998]454頁以下。

<参考文献>

- 天野佳洋、「金融機関の営業譲渡に関わる実務上の留意事項」、『金融法務事情』1545号、金融財政事情研究会、1999
- 生熊長幸、「根抵当権付債権譲渡円滑化臨時措置法」、『ジュリスト』1151号、有斐閣、1999
- 幾代通・徳本伸一、『法律学全集 25 不動産登記法（第4版）』、有斐閣、1994
- 石井眞司、『根抵当実務の手引き』、金融財政事情研究会、1996
- 伊藤眞・田原睦夫・松下淳一・村田利喜弥・山田誠一、「サービサー法の制定と新しい根抵当・競売制度」、『ジュリスト』1152号、有斐閣、1999
- 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫（編集代表）、『新版・注釈会社法(5)（株式会社の機関(1)）』、有斐閣、1986
- 氏兼裕之・仲浩史（編著）、『銀行法の解説』、金融財政事情研究会、1994
- 大蔵省銀行局内金融法研究会（編）、『新銀行法の解説』、金融財政事情研究会、1981
- 小野傑、「債権管理回収業に関する特別措置法（いわゆるサービサー法）の概要と関連する法的問題」、『ジュリスト』1151号、有斐閣、1999
- 小野傑・古賀政治・田作朋雄・田中幸弘・法月洋・水野邦夫・深山雅也、「日本におけるサービサー業務の将来像と課題」、『金融法務事情』1533号、金融財政事情研究会、1998
- 金子宏・新堂幸司・平井宜雄（編集代表）、『法律学小辞典（新版）』、有斐閣、1994
- 川上嘉彦、「不動産担保付ローン債権の証券化・流動化と法的諸問題（上）（下）」、『金融法務事情』1493・1494号、金融財政事情研究会、1997
- 神田秀樹・能見善久、「債権流動化と債権譲渡の対抗要件」、『金融研究』15巻2号、日本銀行金融研究所、1996
- 後藤博・齋藤聡、「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、商事法務研究会、1998
- 後藤基・横山亘、「金融機関の合併・営業譲渡と不動産登記手続」、『金融法務事情』1450号、金融財政事情研究会、1996
- 齋藤和夫、「根抵当取引と民法 民法 398 条ノ7をめぐる若干問題」、『現代取引法の基礎的課題』、有斐閣、1999
- 齋藤聡、「民法 398 条ノ20 第1項1号による根抵当権の確定」、『民事法情報』145号、民事法情報センター、1998
- 阪口彰洋、「救済合併・営業譲渡を行なううえでの留意点」、『金融法務事情』1450号、金融財政事情研究会、1996
- 佐久間弘道、「肩代り融資に際して根抵当権の譲渡を受ける場合の留意点」、『金融法務事情』1230号、金融財政事情研究会、1989
- 櫻井一成、「他行債権の肩代わりとその留意点」、『バンキング』1997年1月号、BSI 印刷、1997

- 佐藤潤、「金融機関における担保不動産証券化の現状」、『金融法務事情』1491号、金融財政事情研究会、1997
- 佐藤哲治、「『特定住宅金融専門会社が有する債権の時効の停止等に関する特別措置法』の概要」、『金融法務事情』1458号、金融財政事情研究会、1996
- 穴戸育夫、「根抵当取引終了による元本確定」、『ジュリスト増刊・担保法の判例Ⅰ』、有斐閣、1994
- 商事法務研究会（編）、『新根抵当法の解説』、商事法務研究会、1971
- 鈴木祿彌、『根抵当法概説（第3版）』、新日本法規出版、1998
- 高木多喜男、「『取引ノ終了』と根抵当権の確定」、『金融法務事情』1528号、金融財政事情研究会、1998
- 高木多喜男・石井眞司、「根抵当の判例と実務」、『金融法務事情』1471・1483号、金融財政事情研究会、1997
- 貞家克己・清水湛、『新根抵当法』、金融財政事情研究会、1973
- 道垣内弘人、『担保物権法』、三省堂、1990
- 、「根抵当権者の信用不安と根抵当権の確定」、『金融法務事情』1483号、金融財政事情研究会、1997
- 西垣剛・永原憲章・針原祥次・福間則博、「銀行の営業譲渡における法的処理 実例紹介（上）（下）」、『金融法務事情』1510・1511号、金融財政事情研究会、1998
- 錦織康高、「不良債権のバルクセールスをめぐる実務とその法的諸問題」、『金融法務事情』1533号、金融財政事情研究会、1998
- 西村信雄（編）、『注釈民法(11)（債権(2)）』、有斐閣、1965
- 濱田広道・鈴木伸一・関沢正彦・永田義博・中原利明、「＜事例研究＞合併・営業譲渡をめぐる諸問題と実務対応」、『金融法務事情』1450号、金融財政事情研究会、1996
- 林部實、「民法398条ノ20第1項1号にいう『其他ノ事由』」、『ジュリスト増刊・担保法の判例Ⅰ』、有斐閣、1994
- 法務省民事局参事官室（編）、『平成10年改正 Q & A 新競売・根抵当制度』、商事法務研究会、1999
- 星野英一、『民法概論（物権・担保物権）』、良書普及会、1976
- 前田重行、「金融機関の合併・営業譲渡に関する法的手続と若干の検討」、『金融法務事情』1450号、金融財政事情研究会、1996
- 宮川不可止、「根抵当権の確定に関する問題」、『ジュリスト』1074号、1995a
- 、「根抵当権と実務上の諸問題」、『別冊 NBL31号・担保法理の現状と課題』、商事法務研究会、1995b
- 湯浅道男、「元本確定後の代位弁済と元本確定登記の代位請求」、『ジュリスト増刊・担保法の判例Ⅰ』、有斐閣、1994

- 柚木馨（編）、『増補再訂版・注釈民法(9)（物権(4)）』、有斐閣、1982
- 柚木馨・高木多喜男、『法律学全集 19 担保物権法（第3版）』、有斐閣、1982
（編）、『新版・注釈民法(9)（物権(4)）』、有斐閣、1998
- 吉田眞澄、「根抵当」、『別冊 NBL31 号・担保法理の現状と課題』、商事法務研究会、
1995a
、「根抵当の機能・役割と理論」、『別冊 NBL31 号・担保法理の現状と課題』、
商事法務研究会、1995b
- 我妻栄、『新訂担保物権法（民法講義 ）』、岩波書店、1998（第1刷1968）