民法学のあゆみ

加賀山茂著 『現代民法 担保法』

(信山社、2009年)

松岡久和

1 はじめに

本書は、「わが国で最初の『担保法』の体系書」(はしがきの冒頭文や22頁)と自ら銘打った700頁を超える大著である。その内容は、全編の細部にわたるまできわめて斬新な著者独自の主張に満ちていて、読み込む際に評者が付けたメモは無数といって良い。それらすべてを取り上げて論評するわけにもいかないので、本稿は、2で本書の主張の根幹に絞ってその際だった特徴を紹介し、それに対する評価を3で述べる。

2 本書の概要と特徴

(1) 本書の全体構造

まず、本書は全5部・21章(全体で通し番号が付いている)からなる。第1部は、「担保法の基礎理論が発達しないのはなぜか」と副題の付いた「問題の所在」で、3章から構成され、担保法に基礎理論が欠落しているとして、判例・通説を徹底的に批判する。第2部の「担保法総論」は、債権者代位権・直接訴権・詐害行為取消権・同時履行の抗弁権・相殺を扱う5章からなり、「債権の保全と取立ての一般理論」(副題)を提示する。第3部から第5部は、担保法各論である。第3部は、人的担保として、保証・連帯保証・連帯債務・不可分債務の4章をむ。第4部は、民法上の留置権・先取特権・質権・抵当権・根抵当権を扱う5章で構成される。第5部は、概観・仮登記担保・譲渡担保・所有権留保の4章からなる。

(2) 本書の主張の根幹

(a) 本書の最後のまとめの部分(680頁)に置か

れた次の5つの命題は、本文冒頭(6-14頁)で掲げられている本書の4つの特色とも重なる。

①保証債務は存在しない。②担保物権は存在しない。担保物権は債権の「弁済を受ける権利」にすぎない(特色では3番目に掲げられているが担保物権の本質論として一括する)。③対抗力を有する適法賃貸借は先順位の抵当権の実行によっても覆らない。④非典型担保においても担保目的物の所有権は債権者に移転しない。⑤非典型担保は処分清算に移行する。これらの詳しい内容を順に紹介する(④⑤はひとまとめとする)。

(b) 保証の債務性の否定と保証人の保護(33-34 頁、57-59頁、133-160頁)

保証債務が独立性を有しているとしながら主たる 債務に付従するとするのは論理矛盾である。保証責 任と求償権は対になって本来の債務を補強する本来 の債務のバイパスにすぎない。求償権の存在が、 「保証人が最終的な負担を負うという意味での債務 者」ではないことを示している。保証債務に対応す る債権に、何の名前も付けることができない理由 は、債務者が債権者に負っている債務だけが本来の 債務であり、債権者と保証人との間には、別の債権 は全く存在しないからである。通説も保証債務の実 質は債務のない責任としている。それゆえ、保証人 は、物上保証と同様、責任のみを負うだけである。 保証債務構成は旧民法からの承継の際の用語法の誤 りに基づく。

無償契約一般に贈与の書面規定を準用して撤回を認めれば足り、2004年改正の要式行為化は不要であった。要式化はむしろ書面により過酷な保証契約を押し付けられる危険を生み、契約自由の原則にも無用の混乱をもたらす。また、担保責任の否定(551条)を準用し、免責条件が十分充たされない場合には保証人はまったく保証責任を負わないと解すべきである。

連帯保証の実際の運用では、債務者を飛び越して 保証人にいきなり請求することはなく、通常の保証 と同じように扱われている。連帯保証特約は、債権 者に行き過ぎた権利を与える通謀虚偽表示であり、 通常保証の限度でのみ有効である。また、実体が (連帯でない通常の) 保証であるのに補充性の抗弁権 を奪う契約は公序良俗違反で無効である。

(c) 担保物権の物権性の否定 (33-34頁、39-52 頁、56-59頁、178-181頁)

現行民法はボアソナード旧民法をパンデクテン式 に再編したもので、立法上の問題点はボアソナード 民法を改変したところに集中的に生じている。それ ゆえ、優れた旧民法債権担保編を参照し再認識する 必要がある。

現行民法の物権・債権の編別は不徹底である。債 権でも対世効・対抗力や追及効が認められる場合が あり (不動産賃借権・債権譲渡、詐害行為取消権)、 対世効は物権だけに特有の効力ではなく、他方物権 でも追及効が欠けるものがあり(留置権、先取特権、 動産質権)、所有権でさえ対抗要件を備えなければ 対抗力を欠く。また、権利を対象とする物的担保 (物上代位、債権質、地上権・永小作権上の抵当権) や特定の物との関係や牽連性を有しない一般先取特 権は、有体物に対する権利である「物権」ではない のに優先弁済権が認められている。人的担保にも事 実上又は法律上の優先弁済権が肯定されているか ら、優先弁済権は「物権」特有の効力ではない(フ ランス法や梅の解釈を援用)。さらに、担保物権の独 立性・優先性を認めることは、債権に対する付従性 (=非独立性)と矛盾する。物的担保を第三者に主 張する場合の規律は、物権総則の対抗要件主義には 従わない (留置権、先取特権、質権、抵当権処分の場 合の377条:債権譲渡規定の準用、339条:登記をした 先取特権の登記済抵当権への優先)。そもそも、「担 保物権」という法令用語はなく、民法は「他の債権 者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有す る」と共通して優先弁済権のみを規定している。通 説のように、債権の掴取力に関する問題を担保物権 として規定することは、債権の上の所有権(物権) という考え方に行き着くのであって、むしろ、物権 と債権の区別を崩壊させてしまうことになる。

要するに担保物権という物権は存在せず、担保物権の効力とは、債権の効力の一環として認められている掴取力を民法自体が拡張しているものにすぎない。優先弁済権付与の根拠は、債権と目的物の牽連性ゆえに当該目的物からの優先弁済権を認めることが適切であるとの判断にある。法定担保物権ではそれが法律によって公示されているため公示の原則に従わないのに対し、対世効のない合意による優先権には公示が必要である。

(d) 「抵当権は賃貸借を破らず」(543-554頁)

我妻の理想論(目的物の物質的利用権は抵当権によって破壊されない)を追究するなら、抵当権設定登記に遅れて対抗要件を備えた土地利用権が抵当権の実行により否定されることが問題であり、むしろ「抵当権も賃貸借を破らず」原則を樹立すべきである。

抵当権の実行により抵当権に遅れる賃借権が消滅 するとすれば、建物保護法・借家法・借地借家法に よって克服された地震売買が、売買の1つにすぎない競売を通じて復活することになってしまう。しかし、対抗力を有するはずの賃借権が抵当権の実行によって覆滅するという考え方は、対抗要件の先後による基準を安易に適用しているにすぎない。債権の優先弁済権にすぎない抵当権によって、賃借人の居住権を奪うのは不合理である。

登記の先後に関係なく対抗力を有する賃借権が優 先する理由として、以下の4つがある。第1に、

抵 当権の優先順位は、対抗要件の先後によらないルー ルにより定まる。 先取特権に関する339条や330条1 項2文から、担保権の優先順位決定のルールとし て、「後の保存者が先の保存者に優先する」という 法理や「担保権者のNoblesse oblige(優越的な地位 は義務を伴う)」法理を引き出すことができる。こ れらは早い者勝ちの物権法ルールとは異なる。担保 不動産を占有し、居住者として不動産の価値の維持 に貢献している賃借人の権利は、目的不動産の維 持・管理に全く寄与していない抵当権よりも優先さ れてしかるべきである。第2に、抵当権は、抵当権 設定者の用益に干渉できないのであるから、抵当権 設定後に用益権が設定された結果として競売代金が 低くなったとしても、そのことは予期して甘受しな ければならない。第3に、買受人が競売で取得する 権利は抵当権設定者に由来し、設定者に対抗できる 権利を有する賃借人は、買受人に対しても対抗力を 有する。第4に、不動産の買受人は現況調査や物件 明細書により、借地権者の存在を知りうるので、賃 借権を対抗されても不測の損害を受けることがな

なお、著者は、同様の考え方から、法定地上権について、388条の同一所有者要件を一種の例示とみたて、「真の要件」を「建物に利用権が設定されていないことに正当な事由がある」ことに置き換えることを提案し、広く法定地上権の成立を認める(503-543頁)。さらに、担保・執行法改正により短期賃貸借の廃止と引き換えに制定された387条や改正された395条、一括競売を定める389条を、無用ないし無益な規定であると批判する(554-560頁)。

(e) 非典型担保における所有権移転の否定と処分 清算原則(610-672頁)

契約における典型契約と同様に、(民法の規定による) 典型担保の法理が、非典型担保における優越的地位の濫用をコントロールするという重要な役割を演じている。譲渡担保による所有権移転は通謀虚偽表示だが、譲渡担保の利用は法の不備が原因であり、隠れた行為・真意(処分清算を許す担保の設定)

は有効である。債権者の濫用防止は、担保的構成を 徹底したうえで、清算義務、債権者の権限の換価処 分への限定、帰属清算の廃止と処分清算原則の確立 によって図れる。

仮登記担保法は、所有権移転の仮象に引きずられた帰属清算原則を採ったため、市場での処分の後に清算するという通常の清算方式が使えないことによって、利用率が低迷した。この問題点を克服するため、2か月の第1期の清算期間と清算金支払までの第2期を併せて、受戻期間終了までを真の清算期間として、処分清算方式中心に再構成するべきである。帰属清算では十分な清算がなされないおそれがあり、市場によるコントロールのある処分清算の方が合理的である。債権者は、受戻期間中は、目的物の換価処分権のみを取得するにすぎない。

動産譲渡担保や所有権留保についても(所有権留保は動産の買主が売主のために売買目的物に譲渡担保を設定したものと解される)同様に処分清算を原則とする。処分清算による清算額を適切なものにする手段は、鑑定人の評価(354条)の類推適用か、他の債権者の異議申立(仮登記担保法5条・12条類推)による。帰属清算では、質権のような鑑定人の介在による客観的評価も、仮登記担保のような後順位担保権者の牽制もなく客観性を担保できない。

不動産譲渡担保の有用性は処分清算方式のみである。債権者が恣意的に処分する危険を回避する手段を債権者がとっている場合にのみ処分清算が認められるべきであり、そのような適切な手段が講じられていない限りは、不動産譲渡担保には仮登記担保の規定が準用される(より厳格な手続に拘束されるという趣旨のようである)。

3 本書の評価

(1) 壮大な思考実験

本書は、著者がかつて提示した試論(加賀山茂「『債権に付与された優先弁済権』としての担保物権」潮見佳男編『民法学の軌跡と展望』(日本評論社、2002年)291頁以下)を全面的に展開し、独自の担保法体系としてまとめたものである。論理の徹底した思考実験はきわめて刺激的で、著者の見解に疑問や反発を覚えるとしても、これまで当然の前提とされていたことを考え直す機会を与えてくれる。その点が「民法学のあゆみ」の観点での本書の最大の功績である。

(2) 物的担保と人的担保の統合

パンデクテン体系によって教えることが必ずしも

適していない法科大学院の授業では、債権総論と担 保物権をまとめて取り上げる教材が多い(松岡久和 =潮見佳男=山本敬三『民法総合 事例演習〔第2 版〕』(有斐閣、2009年)の第Ⅲ部はその例)。本書は、 保証の債務性の否定と担保物権の物権性の否定とに よって、債権の掴取力の量的・質的強化という共通 項で優先弁済権を統合して理解し、この結合に理論 的な支柱を提供する。こうした理論的な整理によっ て、担保法総論では、新鮮で示唆に富む多くの指摘 がされている。たとえば、直接取立権・債権者代位 権・直接訴権を連続的に理解することや、一般債権 者の追及効として詐害行為取消権を位置づけるこ と、留置権・同時履行の抗弁権・不安の抗弁権 (576-578条をその実定的根拠とする指摘は新鮮)・相 殺(著者の基本的な考え方を展開した深川裕佳准教授 の業績に依拠) などの制度間に、相互に牽連する債 権間の履行拒絶の抗弁権を中核とする優先弁済の実 現という共通のメカニズムを見出していることなど である。

もっとも、保証の債務性の否定と担保物権の物権 性の否定という著者の見解には後述のように疑問が あり、ボアソナードの旧民法債権担保編や2006年の フランス民法典における担保法が、著者のような理 解でのみ根拠付けが可能となるとは思えない。ま た、本書に求償と代位に関するまとまった記述が欠 けているのは惜しい。このテーマこそ、人的担保と 物的担保の調整として、担保法で統合して論じるに 相応しいと感じられるからである。

(3) 保証の債務性の否定と保証人の保護

(a) 保証債務の技術的必要性

保証債務の実質が他人の債務に対する責任の引受 けの実質であるとする発想は以前からあり、評者自 身もそうした考え方による試論を展開したことがあ る(松岡久和「保証の成立とその効力」加藤一郎=林 良平編『担保法体系 V』(金融財政事情研究会、1984 年)2頁以下)。しかし、責任の実現のためには債 権債務という構成を採らざるを得ない。著者は評者 宛のメールで次のように説明された。債権者は保証 人に債務者の債務を肩代わりして履行するように請 求できるが、それは、他人の債務を履行することを 請求できるだけで、保証人が負担するのは、別個独 立の債務ではなく、あくまで「債務なき責任」であ る、と。しかし、債権者が保証人に対して債務者の 債務を支払うよう請求する権利の実現は、物上保証 人に対する担保物権の実行のような制度が存在しな いため、保証人に対する債権の強制執行によると考 えるしかなく、債権者と保証人の関係を債権債務と して構成する法技術的な必要があると思われる。

(b) 保証債務概念を否定する考え方への疑問

著者は保証債務の付従性と独立性が矛盾するとされるが、担保の独立性とは、被担保債権とは別の発生原因によってそれらが発生することを意味するだけである。被担保債権の回収の強化を目的とする手段である担保権が、被担保債権の運命に左右される付従性を有することは、その独立性と何ら矛盾するものではないと思われる。

また、仮に保証人に対する債権が観念できないとすると、たちまち次のような疑問が派生する。①求償を最終的な責任負担の表現と解するのであれば保証人相互間の求償権(465条)をどう説明するか。②保証債務についてのみ違約金や損害賠償の額を約定できるとする447条2項や、保証にさらに人的・物的担保を設定できることをどう説明するか。③著者は相互保証理論により連帯債務を説明するが、保証債務の債務性を否定すると一人の連帯債務者に対する債権の額はどのようにして決まり、その債権は訴訟物となる実体債権と言えるか、などである。

これらの点もメールのやりとりの中で著者の答え を頂戴できたので簡略に紹介する。著者は、保証契 約はあくまで他人の債務である主たる債務につき責 任を負う付従的な契約であるとして、「別契約だか ら独立である」とは考えない(独立性に関する理解 の違いが明確になった)。①については、465条は責 任の分担と考える方が説明がしやすい。②447条2 項は主たる債務では違約金や損害賠償の額が明記さ れていないがそれらが黙示で合意されている場合 に、保証契約で明記することを認める規定にすぎな い。主たる債務で認めていない違約金や損害賠償額 やそこで定めている以上のものを保証債務にのみ定 める合意は付従性に反して無効である(我妻栄=有 泉亨ほか『コンメンタール民法』(日本評論社、2008 年)823頁)。保証への人的・物的担保設定も、主た る債務に黙示で認められている場合にのみ可能であ り、その被担保債権は主たる債務である。③連帯債 務の総額は主たる債務に相当する負担部分の額の和 で決まる。

著者の①~③の説明は、いずれも周到に考えられ 首尾一貫している。ただ、②については、主たる債 務以上の内容の違約金・損害賠償額の約定を保証契 約で行う場合の多くは、保証委託契約上の求償特約 で、保証人が少なくとも出捐額を回復できるように しているので、無効とする必要はないように思う。 また、著者の説のより正確な理解をもたらすため に、本書の改訂に当たっては、読者からよく来る質問をふまえた補足説明を加えていただくとありがたい。

(c) 保証人保護の観点

書面要件に対する批判、強行規定としての保証人免責(事前求償権の尊重や担保保存義務免除特約の無効。フランス民法2314条参照)、無償である保証契約の拘束力などの議論は、あまりほかにみられず新鮮である。具体的な問題として2点だけを指摘しよう。

第1に、著者は、破産法253条2項(免責許可の 決定は、破産債権者が破産者の保証人その他破産者と 共に債務を負担する者に対して有する権利及び破産者 以外の者が破産債権者のために供した担保に影響を及 ぼさないとする)を「保証契約の趣旨に反して保証 人に過酷な責任を課すものであり、直ちに改正すべ きである」と言う(151頁)。しかし、主たる債務者 の無資力の危険を回避するという保証契約の趣旨か らすると、そうした危険がまさに実現している破産 の場面でこそ担保が機能するのであり、危険を債権 者=担保権者ではなく、担保提供者に配分するこの 規律は、著しく不合理な規定とはいえない。この疑 問に対する著者のメールでの補足の要旨も紹介す る。曰く、フランスの破産法では債務者が破産し破 産免責を受けても保証人の求償権だけは免責されな い。そのような規律であれば論理的に問題がない が、わが国の通説は、債務者は求償債務を含めて全 責任を免れるのに対して、保証人だけが付従性の利 益を受けずに責任を負うとする。これでは、付従性 のある債務だと思って契約した保証人の責任を破産 法が勝手に独立担保契約に変更することになり、民 法に反するので、保証債務の付従性を貫徹する解釈 が必要である、と。

第2に、実際の運用を理由とする連帯保証無効説は疑問である。約定通りの権利行使をしなければならないという義務はないからである。抵当権の実行も、まずは債務者や物上保証人に債務の弁済を促し、次いで任意売却による清算を相談し、それでもどうにもならなくなって初めて着手されることが実際の運用として多いと聞く。しかし、だからと言って債務不履行になれば直ちに抵当権を実行できることが否定されたり、疑問視されるわけではなかろう。

(4) 担保物権の物権性の否定

(a) 物権の捉え方

この点が本書の中核である。たしかに現行日本民

法には、フランス法とドイツ法の法典構成を折衷させ、物を有体物に限定した点で歴史的な問題性が伏在している。そのような著者の認識には、共感を覚える点が少なくない。

しかし、いくつもの疑問がある。「他の債権者に 先立って自己の債権の弁済を受ける権利」は、たん に「弁済を受ける権利」ではなく、「他の債権者に 先立って」という部分が債権を発生させる契約とは 独立した担保物権設定契約によって債権に付加され ており、この付加された部分こそが債権者平等を破 る物権の効果と考えられている。そして、被担保債 権を発生させる契約とは別の要件によって発生する そのような権利は、債権の効力ではなく独立した物 権と構成される。

著者は、物上代位や権利質は物権でないとした梅 謙次郎の考え方も援用して、優先弁済権は有体物に 対する支配権ではないから、担保物権は物権ではな いと言う。しかし、梅謙次郎の理解も時代に制約さ れており、それに拘るべきではない。物的担保は歴 史的には担保のための所有権移転から始まってお り、現在の非典型担保も含め、優先弁済権は、所有 権が目的物の価値を独占的に支配して他の債権者を 排除するという所有権の直接支配性・絶対性・排他 性・優先性を応用して基礎づけられる。制限物権の 優先弁済権も、所有権の性質の一部を引き継ぐこと で基礎づけられるから、物権として扱われる。そし て、優先弁済権を中核とする担保物権は、換価処分 のできる財産権であれば、有体物に限る必要はな い。債務者の総財産の上に成立する一般先取特権 (306条)、転質権(348条)、権利質(362条以下)、地 上権・永小作権の上の抵当権(369条2項)、転抵当 権(376条1項・398条の11第1項ただし書)など、民 法典自身が種々の権利を対象とする担保物権を定め ているのは、そのためである。さらに、通常の担保 物権もまた一般的に有体物そのものではなく有体物 所有権を目的としていると考えることができる。用 益物権も同様である。

このように見ると、民法の物権は、有体物に対する全面的な支配権である所有権を典型として出発しているが、目的を有体物に限らない。評者は、物権・債権の区別は維持できても、有体物上の権利でなければ物権ではなく物権的な効果を一切認めることはできないという思考様式は妥当ではないと思う。そして、権利内容に排他的帰属・支配の要素があれば、その権利の特性に応じた修正を加えつつ、問題になる場面毎に適切な物権的効果を認めてよい、という物権法理解の再構成を考えている。

根本的な物権の捉え方について、メールのやりとりで、著者が評者とは対極的な理解をしていることが明確になった。すなわち、著者は、物権は有体物所有権だけに限り、用益物権も担保物権もすべて債権上の権利として再構成する方向を目指している。著者の思考のいっそうの展開によって物権法がどういうものとなるのかが、著者の新しい本において明らかにされることを評者は期待する。

(b) 担保物権の独立性

著者は、保証債務同様、付従性を根拠に担保物権 の独立性を否定する。そして、抵当権の処分が物権 の対抗のルールに従わず、抵当権が物権ではないこ との根拠の1つとして377条を持ち出す。しかし、 付従性は担保権が被担保債権の回収を目的とする手 段的な権利であるゆえのもので独立性と何ら矛盾し ない。また、377条の対抗要件を問題にする以前に、 376条により抵当権のみの処分(債権の処分ではな い)を認めざるをえない。さらに、377条が登記を 対抗要件としていないことには理由がある。抵当権 の処分による効果を維持するためには、被担保債権 を存続させる必要がある。しかし、被担保債権の弁 済については固有の利害を有する者がいるため、被 担保債権の弁済を抵当権の処分によって無条件に縛 ることはできない。そこで、債権譲渡の債務者対抗 要件の形式を用いて、債務者等の利害関係者に抵当 権の処分を知らせ、被担保債権の処分を拘束するた めの工夫が377条である。登記とは異なる対抗要件 となっているのは、抵当権が被担保債権とは別個独 立の権利だからである。

著者は、評者のこのような指摘に対して、担保物権が債務に付従する以上、独立しているとはいえないと回答で繰り返された。保証債務の肯否と同様、独立性という言葉の使い方の問題に還元されることになるが(著者は付従性を非独立性と表現しているだけである)、抵当権は被担保債権と切り離した優先弁済権だけの処分が可能なのだから、非独立性を強調するのは、いささかミスリーディングだと思う。

(5) 「抵当権は賃貸借を破らず」(?!)

土地資源の有限性から土地利用の優先という理念 を見出す点には、価値判断として共感できるところ がある。また、先に登記した抵当権よりも一定の土 地利用権を優先させる法制を採る国があることも確 かである。

しかし、抵当権が物権でないから物権の優劣決定 のルール (177条) が適用されないとする論理は、 まず前述のように、抵当権は物権でないという理解

が支持できない。また、民法典を中心とする日本の 民事法体系は、特別の規定がない限り177条によっ て抵当権を含めて不動産上の物権の優劣を定めてい る、というのが沿革に適う理解である。たとえば、 抵当土地の第三取得者や不動産質権者が使用・収益 することでその土地が有効活用されたとしても、抵 当権の実行によってこれらの者は立ち退かざるをえ ない。抵当権者と第三取得者や質権者の地位の優劣 は「後の保存者が先の保存者に優先する」という法 理ではなく、対抗要件の規律(177条)により決ま る。所有権の使用・収益権能を(時間を限って)分 与されたにすぎない土地利用権者が抵当土地の第三 取得者より厚く保護される理由はなく、土地利用権 者も同じ対抗のルールに服する。そもそも登記制度 が隠れた抵当権設定から他の債権者や第三取得者を 守る公示制度として発達し、それが所有権移転にも 拡張されたという歴史的経緯から考えても、約定担 保物権の典型である抵当権が177条の規律に服する のは自然である。著者は、法定担保物権に妥当する 法理を過度に一般化している。

(6) 非典型担保における所有権移転の否定と処分 清算原則

非典型担保における所有権移転を通謀虚偽表示と 断じる点は潔く、非典型担保の担保的構成を徹底し て債権者に弁済期以降の処分権限のみを付与する主 張と相まって、債権者の背信的処分に94条2項を類 推適用する解釈と自然に結び付つく。これは、虚偽 表示性を否定しながら94条2項の類推適用を肯定す る従来の通説の問題点(田井義信ほか『新 物権・ 担保物権法〔第2版〕』(法律文化社、2005年)370頁 [松岡久和]) についての1つの解決といえよう。処 分清算を原則とまで主張する見解は珍しいが、評者 もかねてから処分清算に一定の合理性があると考え ていたので、設定者保護やそのための担保的構成が 必ずしも帰属清算を帰結しないという指摘は心強 い。ただ、債権譲渡担保の場合、譲渡担保権者の直 接の取立てを認めるなら、それは譲渡担保権者に債 権が帰属していると構成する方が自然である(な お、金銭債権が中心となる債権譲渡担保では、受戻し には意味がなく第三者債務者にとって簡明な法律関係 とするため、設定時からの権利移転的構成が学説でも 通説となっている)。また、今後は債権を含む集合財 産譲渡担保が譲渡担保の中心となると思われるが、 これに関する本書の記述はかなり薄く、今後の考察 の展開をおおいに期待したい。

(7) 教育的配慮

著者は、本書の冒頭で、原則と例外の関係が混乱 している担保法学の非学問性が、学生や教師の担保 法嫌いの原因となっていると指摘している。そし て、本書は、思考自体を教えることを狙うととも に、重要な主張の繰り返しによる強調、設例による 具体的な展開、よく整理された図表の多用、事案を 意識した判例分析、充実した目次や索引など、教育 的な配慮を施している。しかし、他方で、基本的な 説明や定義を示す前に著者の問題関心に引きつけた 通説批判が先行していることが多く、思考の前提と なる基礎知識が欠ける初学者には、本書が何を問題 にしているのかすら理解困難だろう (誤字・誤記が 多い点も改めていただきたい)。著者の主張したい点 の繰り返しが多すぎるきらいもある。著者の主張が 強烈なだけに(紹介を割愛したが著者の独自の理解と して驚かされることが少なくない)、初心者のみなら ず中級者であっても、自分で考えぬくことを鍛える よりも、著者の考え方を刷り込まれて、通説的な見 解との議論ができなくなるのではないかと危惧す る。

なお、著者の『債権担保法講義』(日本評論社、 2011年)にも同じ問題は残るが、教育的配慮は洗練 されてきている。

4 おわりに

著者自身も本書の「危険性」を自覚して警告している(14頁)。それゆえ、本書は「最初に読むべき本」(21頁)とはいえまい。しかし、そのことは本書が刺激に満ちた野心的な体系書であることをいささかも損なうものではない。本書は、孤高の書として敬して遠ざけられるべきではなく、研究者は、著者の鋭い問題提起に真摯に答え、議論をする必要がある。評者が、本書を民法学のあゆみの書評で取り上げたのはその第一歩のつもりであり、現にメールでの意見交換により相互の理解と問題点の認識は格段に深まった。著者にはこの場を借りて誠実な対応にお礼を申し上げたい。

(まつおか・ひさかず 京都大学教授)