

論 説

アメリカ不動産担保法における
後順位担保権の位相（１）
——コマーシャル・モーゲージにおける
メザニン・ファイナンスの展開を契機として——*

青 木 則 幸

第Ⅰ章 はじめに

- １．アメリカ不動産担保法におけるメザニン・ファイナンスの出現
- ２．本稿のねらい
- ３．検討素材の限定

第Ⅱ章 実行における後順位モーゲージの処遇

第１節 後順位モーゲージの法的性質

- １．本節のねらい
- ２．米法の議論による17～18世紀英法の分析
- ３．米法におけるリーエン理論の創出と展開
- ４．小括

第２節 フォークロージャー

- １．問題の所在
- ２．意義と手続の概観 [以上、本号。]
- ３．後順位モーゲージ権者を原告とするフォークロージャー訴訟
- ４．先順位モーゲージ権者を原告とするフォークロージャー訴訟
- ５．小括

第３節 エクイティ上の受戻権

第４節 不動産収益からの回収

第Ⅲ章 コマーシャル・モーゲージ取引の展開

第Ⅳ章 メザニン・ファイナンスの展開

第Ⅴ章 おわりに

* 本稿は、JSPS 科研費26380137の助成を受けた研究成果である。

第 I 章 はじめに

1. アメリカ不動産担保法におけるメザニン・ファイナンスの出現

近年、アメリカ合衆国（以下、米国と呼ぶ）の諸法域の法（以下、包括的な意味で、米法と呼ぶ）のうち、不動産担保法を利用する金融実務では、いわゆるメザニン・ファイナンス（Mezzanine Financing）⁽¹⁾の展開が顕著である。この実務は、商業用不動産の証券化取引が活性化する中で考案され、定着した、優先劣後関係にある複数の融資者の融資手法である。特徴的なのは、米国の伝統的な物的担保法に基づくモーゲージを利用するのは優先的融資者のみであり、この優先的融資者が、いかなる後順位担保の設定も許さぬ旨の特約による単独モーゲージ権者となる。そして、劣後的融資者は、モーゲージ目的不動産の所有のみを目的とする法人など特定目的主体（SPE）の持分権を目的財産とする担保権の設定を受けるという構造をとる。担保権の内容を考えると、優先的融資者が目的物の換価金からの優先弁済を得る権利を有しているのに対し、劣後的融資者は（UCC 第 9 編による帰属清算型の実行により）担保付の目的物の所有会社の株主となることで、所有者に類比される地位になることを内容としている。

米法においても、後順位不動産担保権の制度が存在しないわけではない。植民地時代を介し英法の影響を受けつつも、独立国家となって以来、19世紀における各法域の制定法と、おびただしい数の判例によって、独自性ある制度をはぐくんできた。

それにもかかわらず、メザニン・ファイナンスという新たな取引類型が急展開されているのはなぜだろうか。もちろん、直接には、証券化取引を

(1) 劇場の中二階席の通称からとられた名称であり、ディベロッパーのように、商業用不動産の保有のみを目的とした SPE を設立しその株主・持分権者等としての投資形態（equity）と、SPE が保有する商業用不動産に対する先順位担保権付融資による投資形態（debt）の、中間的な投資手法の意味である。

必要とする市場の要請と、商業用不動産への投資のための取引類型の類別の進展がある。しかし、そのような市場や投資行動からの経済的要請があるとはいえ、優先的融資者だけに（伝統の）モーゲージ法に基づく担保権を利用させる取引は、（わが国の抵当権の実務からすると）奇妙にさえ見えよう。

しかし、米法において、メザニン・ファイナンスの取引構造は、伝統的法理にはない新たな取引手法ではあるが、この手法自体、伝統的な後順位担保権を利用した取引の合理化の側面がある。（今日の米国の議論のように）住宅用不動産と商業用不動産の担保取引類型を区別することなく展開されてきた米国の後順位担保権の法理（ないし制度設計）の限界を超える試みであると同時に、少なくとも商業用不動産担保における後順位担保取引の運用にみられる合理的な機能（所有者の地位の承継）を承継する側面がみられる。本稿は、このような視点から、米法における後順位モーゲージの制度設計と、メザニン・ファイナンスの制度設計の対比を、特に実行局面の実体的権利関係に注目しつつ、試みるものである。

2. 本稿のねらい

わが国においても、約定によって創出される目的財産上の劣後的優先弁済権に、いかなる実体的効力を与えるか、という点については種々の議論がある。⁽²⁾基本的な効力と思われる優先弁済権の実現方法についても、法形式および目的財産の種類によって多様な方法が採用されている。不動産については、抵当権の実行方法に可及的に近づけるべきとする見方もあるが、果たして、抵当権の実行方法に関する制度設計が、いかなる取引類型においても常に前提とされるべき標準になるのだろうか。⁽³⁾この問題は、劣

（2） 多様なアプローチの研究があるが、抵当権について実行に関連するもの以外の検討課題を示すものとして、森永淑子「後順位抵当権者の地位について（1）（2・完）」法学論叢（福岡大学）46巻2＝3＝4号331頁、47巻3＝4号589頁（2002）、鳥山泰志「順位昇進原則の立法論・解釈論上の意義」法学新法122巻1＝2号593頁（2015）などがある。

後的担保権の実体的権利内容に関する解釈論のみならず、実行手続の制度設計をも踏まえた制度的考察を要する問題であるが、少なくとも、ドイツ法については、優れた比較法研究があり、彼国における制度設計は、わが国の⁽⁴⁾抵当権とは異なることが明らかにされている。

本稿は、商業用不動産の開発と投資のための担保融資という取引類型について、理論的にも実務的にも議論の蓄積の厚い米法について、後順位担保権の位相を検討しようとする試みである。

バブル経済の崩壊から四半世紀を経た現在でも、都市の再開発は続いており、そこでは、収益型不動産の価値に注目した融資・投資が行われているが、想定される資金の供給主体は、必ずしも、日本の伝統的な不動産抵当貸付けの担い手であった昭和の銀行像とは一致しない。コマーシャル・モーゲージ (commercial mortgage) を視野に入れ、米法に類比させつつ、わが国の法制度の運用を図る実務動向もうかがわれるところであり、後順位担保権の位相の違いを前提とした、機能的比較法が要請されよう。

ところで、商業用不動産の特徴の1つは、収益型不動産であることである。収益型不動産を目的物とする抵当権については、わが国の抵当権の議論でも、賃料債権に対する効力について厚い議論 (物上代位・担保収益執行) が存在する。取引類型への着目が、立法論 (平成15年改正) のきっかけになった例であるともみられるが、商業用不動産を目的物とする取引類型において必要とされる不動産担保権の制度設計がなにか、という視点からは、収益に対する効力の及ぼし方以外の点にも、注目する必要性もありそうである。本稿は、この点についても、一点を付け加えることを狙っている。

(3) 問題意識については、拙稿「劣後的担保権の実行に係る担保権実行方法の制約について—わが国における ABL 取引の展開を契機として—」五十嵐敬喜他編『民事法学の歴史と未来』143頁 (成文堂・2014) でも検討を試みた。

(4) 伊藤眞「不動産競売における消除主義・引受主義の問題 (3)」法協90巻3号79頁 (1973年) 99頁、鈴木祿弥『抵当制度の研究』(一粒社・昭43) 26頁など。

3. 検討素材の限定

ここで、扱う素材の限定と、その前提についての（訳語の定義を兼ねた）概観を試みておきたい。

（1） NY 州法への限定

周知のように、米国の不動産担保法は州法によって規定されている。それゆえ、厳密にいうと、50余（50州に加え、ワシントン DC、準州などが州法レベルの法域を構成する）の法域で異なる法律が存在する。一方で、体系書やロースクールで用いられるケースブックでは、州法の違い（バリエーションとして説明）を留保した上で、米法の一般原則の叙述（以下、米法概論と呼ぶ）を試みるものが主流である。

上述のように、本稿は、後順位担保権の法理を、最近のメザニン・ファイナンスで用いられる理論との比較から、位置づけようと試みるものである。この視座の検討でも、法域間のバリエーションを明確にするに超したことはなかろうが、不動産担保法が州法の中でも特に多くのバリエーションが残存している領域であることもあり、バリエーションに注目しすぎるとかえって理論的な整合性が曖昧になるおそれもある。本稿では、ニューヨーク州法（以下、NY 州法と呼ぶ）を中心素材に据え、全米概論の叙述を NY 州法から検証しつつ、同法域における時間的な理論と取引像の展開を検討していきたい。他法域への配慮は、(NY 州法との関係で検討すべき) 全米概論にうかがわれる部分以外は、思い切って捨象する。

（2） 不動産担保権の種類の限定

（a） モーゲージに限定

米法における不動産担保制度の理論的中心は、モーゲージ (mortgage) である。しかし、米法の不動産担保制度にも、非典型担保に類比されるバリエーションが存在する。絶対的デッドの移転 (absolute deed) (譲渡担保の構成に類比される)、条件付売買 (conditional sale) (買戻特約付売買に類

比される)、割賦払式不動産売買契約 (instalment land contract) (所有権留保に類比される) 等の法形式をとるものが見られ、モーゲージ代替制度 (mortgage substitute) と呼ばれる。

これらは、沿革的には、英法上、エクイティ裁判所によってエクイティ上の受戻権の理論 (第 II 章第 1 節 2 (1) 参照) が確立された時期に、担保権者がコモンロー上のモーゲージにおける利益 (解除条件付所有権者に類比される利益) と同等の利益を得るべく、抜け道として模索した担保契約に由来するとされる。英法では、エクイティ裁判所は、コモンロー上のモーゲージの設定を伴わない契約について、当事者の明示ないし黙示の意思に鑑み担保としての処遇を与える (すなわち、債権者にエクイティ上の救済を与えるか、債務者に担保の提供を命ずる) ことがあり、これをエクイティ上のモーゲージ (equitable mortgage) と呼ぶ⁽⁵⁾。上記の担保契約は、エクイティ上の受戻権の法理を潜脱するために、エクイティ上のモーゲージを利用することを企図するものである。エクイティ裁判所は、早くからこれを問題視し、「一度モーゲージとされたものは、常にモーゲージである」⁽⁶⁾との準則を確立してきた。モーゲージ潜脱禁止理論 (clogging doctrine) と呼ばれている⁽⁷⁾。

コモンローのもと、後順位担保権を含むいくつかの有用な担保権が、エクイティ上のモーゲージとしてしか構成されえなかったかつての英法と異なり、リーエン理論を大々的に展開してきた米法では、エクイティ上のモーゲージが、しばしば、潜脱的モーゲージと同旨される傾向にあり、モーゲージ代替制度をそのように呼ぶ場合も多い⁽⁸⁾。

米法では、モーゲージ代替制度も、それ自体は有効であるが、モーゲージの理論を潜脱する内容の契約条項は、潜脱禁止理論によって (エクイテ

(5) WAYNE CLARK ET AL, FISHER AND LIGHTWOOD'S LAW OF MORTGAGE 773-77 (11TH ED).

(6) Newcomb v. Bonham (1681) 1 Vern 7.

(7) CLARK, *supra* note 5, at 773.

(8) See, William F. Walsh, *Equitable Mortgages*, 9 N.Y.U.Q.REV. 429 (1932).

イ上の受戻権に限らず）悉く無効とされる。それゆえ、モーゲージは、不動産担保法の理論的基礎をなしているといえる。⁽⁹⁾ 本稿では、モーゲージ代替制度には立ち入らず、モーゲージの議論に限定して検討を進める。

(b) コマーシャル・モーゲージに限定

また、モーゲージについても、近年の米国の議論では、目的物の種類を区別する議論が盛んである。住宅用不動産と商業用不動産で取引類型が相当に異なっており、また、それを前提とした判例法や制定法が展開されているからである。また、農地についても、農業政策上の立法の影響を受けることもあり、区別して論じられることが多い。メザニン・ファイナンスは、商業用不動産を目的物とするコマーシャル・モーゲージを利用する取引⁽¹⁰⁾ 類型の議論である。このことから、本稿では、商業用不動産モーゲージの議論と、それとの共通の前提になっている議論に絞って検討を試みる。（それゆえ、農地や宅地の判例も扱う。しかし、たとえば、NY州法でもかつて農地保護のために「制定法上の受戻権（statutory redemption）」の制度がおかれていたとか、近年では2007年問題を受けて住宅モーゲージに関する規制の強化があるといった、商業用不動産に関連しない論点には立ち入らない。）

(c) 売買代金モーゲージを除外

ところで、コマーシャル・モーゲージに関連する取引においても利用されることのある特殊なモーゲージとして、売買代金モーゲージ（purchase money mortgage）がある。一般に、「不動産の売主のために設定されるモーゲージ」や「（1）融資金が不動産のタイトルの取得のために用いられ

(9) GRANT S. NELSON ET AL., REAL ESTATE FINANCE LAW 50-53 (6TH ED.).

(10) 特にCMBS（commercial mortgage backed security）が一般化して以降、担保法の体系書や論文で頻繁に用いられるが、本来は産業用語であり、法律用語辞典等での定義は見られない。一般に、オフィスビルやショッピングセンターなどの商業用不動産、工業用不動産、4世帯以上の集合住宅を目的物とするモーゲージをいう。

る場合、ないし、(2) タイトルの取得のための資金調達取引の一部として、モーゲージが設定されており、かつ、融資金が不動産上の改良物(建物など)の建設資金にも使用される場合に、第三者たる与信者に設定されるモーゲージ」などと定義され、この種類のモーゲージには、(対抗要件の準則によるよりも有利な)特別な優先権が与えられる⁽¹¹⁾。

コマーシャル・モーゲージが、商業用不動産への投資として行われる融資であることを考えれば、売買代金モーゲージの利用もあり得ないわけではない。しかし、本稿第 III 章で検討するように、コマーシャル・モーゲージは、借換えを重要な要素とする取引類型である。(土地のタイトルの取得を伴うことの多い)投資物件の開発当初の建設資金融資も、ディベロッパーが、完成後のパーマネント融資の約定を取り付けてからでないと、融資が行われないという取引慣行が存在する。それゆえに、コマーシャル・モーゲージの理論は、新たな不動産の取得に係わらない担保取引を前提に論じられてきた。売買代金モーゲージは、不動産売主が投資に参加するやや特殊な取引類型との関係で論じられてきたにとどまる⁽¹²⁾。興味深い取引類型であるが、本稿の目的に鑑み、検討対象から除外する。

(3) 実行局面に限定……前提としての設定局面の概観

本稿では、後順位モーゲージの位相として、実行権限の理論とその(実行方法を踏まえた)権利内容に限定して検討を試みる。(抵当権という概念が存在せず、モーゲージという法理によって運営されている)後順位担保権者が、優先弁済権をいかに行使し、いかなる利益を得ることを、正当とするのか、という実行局面の議論に絞って検討を行う。

(11) See, Restatement (Third) of Property (Mortgages) §7.2 (1987). どのような優先準則については、わが国でも特に UCC 第 9 編との関係で研究が進められてきた。小山泰史『流動財産担保論』14頁(2009(初出1992))、藤沢治奈「アメリカ動産担保法の生成と展開(1)～(7)」法学協会雑誌125巻1号/4号/6号/7号/126巻1号(2008-09)など。

(12) See e.g., STUART M. SAFT, COMMERCIAL REAL ESTATE FINANCING §5.01 (1993).

設定および期中の処遇については、次の内容を前提とするにとどめる。

（a） 設定

モーゲージは、債務の履行を担保する目的で、不動産上の権利（interest in real property）に設定（creation）される物的負担（encumbrance）⁽¹³⁾である。

設定の法的性質は、（物権の設定及び移転に類比される概念である）コンベイアンス（conveyance）であると説明される（第Ⅱ章第１節3.（１）（a）参照）。書面による意思表示によって生じる。利用される書面は、通常、モーゲージ証書である。契約（contract）とは区別され、約因（consideration）を要さない。

また、被担保債権のないモーゲージは無効（nullity）であるとされ、成立における付従性がある。ただし、人的責任は要件ではない。すなわち、特約によって、（モーゲージによる回収によらず）被担保債権の金銭判決の訴求によって債務者に対する人的責任（personal liability）を追及する権利を放棄した債権を被担保債権とするモーゲージも有効である（いわゆるノンリコース・モーゲージ⁽¹⁴⁾）。また、被担保債権は、将来発生する債権（future advances）であつてもよく、さらに、不可分性が観念されていることから、発生と消滅を繰り返すりボルピング・ローンやクレジット・ライン取引における債権であつてもよい⁽¹⁵⁾。

（b） 対抗要件

コンベイアンスを生じさせた書面（英語では、行為も書面もいずれも、conveyance という多義語に包摂されている⁽¹⁶⁾）は、（一定の手続要件を充足すれば）郡役人事務所で、綴込登記がなされうる。モーゲージ証書や付随的な

(13) Restatement (Third) of Property (Mortgage) §§1.1, 1.2.

(14) Restatement (Third) of Property (Mortgage) §§1.1.

(15) Restatement (Third) of Property (Mortgage) §§2.1.

(16) BLACK'S LAW DICTIONARY (10th ed. 2014).

証書（モーゲージの移転や消滅等の変動に関する証書、あるいは、賃料譲渡などの付加的担保に関する証書）はいずれもこの綴込登記の対象となる。共同申請の原則を必要としないシステムであり、証書の謄本が、一定のインデックスのもとで管理され公示に供される。

モーゲージの対抗要件は、基本的には、この綴込登記である。⁽¹⁷⁾ コンベアンスを生じさせる書面は、担保取引に限られず、（所有権に類比される）単純不動産権（fee simple）や多様な条件により期間的に所有権的支配権を享受する不動産権や条件成就によって回復される権利などの権利変動に関するディード証書（deed）、（実的には違いがないとされつつも依然理論的には上記の freehold と区別される）賃借権に類比される物的権利の設定を生じさせるリース証書（lease）、使用権等の設定に関する証書など、多様な証書が登記されうる。これらの証書に基づき、優先関係を決することになる。

ただし、優先関係を決する準則として、登記がどのように利用されるか

(17) 現行法では、コンベアンスを生じさせた書面（conveyance）を「それによって、不動産（real property）上のあらゆる種類の財産権（estate）や利益（interest）が、設定され、移転され、モーゲージに付され、譲渡される証書（written instrument）〔以下省略〕と定義した上で（RPL§290（3））、本文記載の対抗力に関する規定（RPL §291）をおく。

綴込登記の歴史は古い。ニューヨークの地に不動産に関する書面の綴込登記制度が創設されたのはオランダ統治時代であるとされる。1664年の英国による占領後、1830年の Revised Statute の施行前は、郡ごとに制度が不統一であり、綴込登記制度のある郡は「綴込登記採用郡」と呼ばれたという。その後、英国本国で、ヨークシャー（1704年）やミドルセックス（1708年）など綴込登記制度を採用する地域が現れ、以降、それらの地域に関する英国判例法の影響を受けるようになった。1826年成立（1930年施行）当時の Revised Statute には、すでに、現行法と同旨の規定が存在する（1 R.S. 736 §§36, 114）。1909年に成立した現行法である Real Property Law（当初は §240および §241）は、基本的にこの Revised Statute の規定（同法が破棄される直前の条文番号は、1R.S.756§1）を踏襲した。See, ROBERT LUDLOW FOWLER, THE REAL PROPERTY LAW OF THE STATE OF NEW YORK 932-37 (3d ed. 1909); Edgar Logan, *New York Mortgages and the Recording Acts*, 6 COLUM.L.REV. 547 (1906). なお、マサチューセッツ州についての先行研究として、金山正信「アメリカ登録制度の源」同志社法学34巻3号1頁（1982）参照。

についての準則は、州によって異なり、概ね３つの準則（レース、ノートイス、レース・ノートイス）にわかれている。⁽¹⁸⁾ NY州法は制定法により、「レース・ノートイス方式」を採用している。原則は、二重売買を想定しつつ次のように規定されている。「登記されていないコンペיאンスは、その後に、同一の不動産を、同一の売り主から、買わないし買う契約をする者に対して無効（void）である。……ただし、そのような買主は、誠実（in good faith）性かつ有効約因（valuable consideration）を備えており……かつ、その者のコンペיאンスないし契約が、最初に適切に登記されていないなければならない」（Real Property Law（以下、RPLと略す）§291）。要するに、①契約ないし物権行為時点での善意と②綴込登記を備えて初めて対抗要件を具備できるというシステムである。（登記簿への記載によるわが国の登記とは異なり）多重的な綴込登記が矛盾なく行われることから、後発の譲受人が（①・②の要件を充足したうえで）、先発の譲受人の悪意ないし綴込登記の欠缺を争う事案が多い。

モーゲージの設定もコンペיאンスであることから、この規定に基づく対抗要件の制度が適用される。もっとも、対抗要件で劣後するモーゲージも有効であり、後順位モーゲージ（junior mortgage）となる。

なお、先順位担保権の消滅があった場合、順位昇進の原則をとるのに類比される処遇がなされるが、順位の確定か昇進かという視座での議論は見られない。（リーエンの実現の時点にあたるフォークロージャーや受戻権行使の時点で存在するリーエンが考慮に入れられるだけである。例えば）フォークロージャーには、フォークロージャー訴訟によって確定されるリーエンの優先順位に応じた配当がなされるという準則があり、フォークロージャー訴訟の時点までに消滅している（元）優先モーゲージを考慮に入れずに（逆にその時点で目的物上に負担されている全ての種類のリーエンを考慮に入れて）優先順位を決することが当然視されている。

(18) 全米の議論状況について、成田博「米国における不動産物権変動と証書登録制度（１）（２・完）」法学（東北大）46巻2号76頁/3号24頁（1982）参照。

第 II 章 実行における後順位モーゲージの処遇

第 1 節 後順位モーゲージの法的性質

1. 本節のねらい

本章では、実行における後順位モーゲージの処遇を検討するが、まず、後順位モーゲージの法的性質がどのように考えられているのかを検討しておきたい。

米法概論では、伝統的に、後順位担保権の地位を、先順位担保権の設定後に設定者が有するエクイティ上の受戻権に関連させる説明がなされてきた。

端的な例として、(20世紀前半の著名な体系書である) Garrard Glenn (ヴァージニア大学教授(当時)) の体系書における叙述を見ておきたい。

モーゲージの設定後に設定者が保有する「エクイティ上の受戻権が物的財産権 (a property right) であるので、その所有者は、その権利について多様なことをすることができる。」「多様なこと」について、共有、信託、売却、贈与、遺贈がありうることを示したうえで、こういう。「これら以上に、もうひとつ、モーゲージ設定者ができることがある。設定者は、その権利に担保を設定することができる。権利上に特定のチャージをつける権利によってである。これは、設定者の行為によっても、受忍すべき場合にも生じうる。それゆえに、米法は第二順位のモーゲージ、また、第三、第四順位等のモーゲージの制度を有しているのである。また、判決債権者、制定法によるメカニクス・リーエン権者、モーゲージに劣後する賃貸借に基づく賃借人があるのも、同様である。もちろん、この者らの権利 (rights) は、その権利内容 (interests) によって異なる。しかし、彼らは、(先順位担保権と) 対称的な権利 (equal right) によってではなく、設定者を通して主張する人々に適用される共通のルールに服するのである。」⁽¹⁹⁾

以上の説明には、次のような考え方がみられる。①後順位担保権が、先順位担保権が設定された後に、設定者（ないし承継人）にとどめられている留保権の処分によって創出されるとの見解にたっている。②留保権は、エクイティ上の受戻権であり、その性質は不動産権（estate）である。③かような処分によって、後順位担保権者や判決債権者などが（順位に応じた）異なる利益を得るのだという説明である。

このような説明は、近年の論考にも見られる基本的なものである。⁽²⁰⁾ 本稿でも分析の出発点となる考え方であるが、それだけに、どこまでの射程をもつ理論か、内在する問題点を検討しておく必要がある。

２．米法の議論による17～18世紀英法の分析

（１） 設定者と担保権者が目的不動産について有する権利の内容

設定者に「不動産権（estate）たるエクイティ上の受戻権（equity of redemption）」が存在するとの見解は、17後半から18世紀前半にかけての英法の展開が基礎になっている。19世紀の米国の判例・学説においてもしばしば検討が試みられているが、この点に関して、現在の米国の議論における重要な資料となっているのは、20世紀初頭の英国のバリスタであり、ケンブリッジ大学教授にもなった R.W.Turner のモノグラフ（1931年）である。⁽²¹⁾ ここでは、同著の記述を軸に、米国のリーエン理論の基礎となったとされる17～18世紀英法を概観したい。⁽²³⁾

(19) 1 GARRARD GLENN, MORTGAGES 248 (1943).

(20) See, NELSON ET AL, *supra* note 9, §7: 1.

(21) R.W. TURNER, THE EQUITY OF REDEMPTION (1931).

(22) See, Charles J. Reid, Jr., *The Seventeenth-Century Revolution in the English Land Law*, 43 CLEV. ST. L. J. 221, at 296-99 (1995). See also, Restatement (Third) of Property (Mortgages) §4.1 Rep note; NELSON ET AL, *supra* note 9, §1: 2.

なお、Glenn の在籍当時に、米国のヴァージニア大学の法学雑誌に、同モノグラフの著者として、英国モーゲージ法に関する論文を2本出している。わが国における先行研究に、海原文雄「譲渡抵当受戻権についての再考」金沢法学7巻2号166頁（1962）178頁。

(a) コモンロー

17世紀に至るまでに、英法では、既にコモンロー上のモーゲージの判例法が形成されていたとされる。⁽²⁴⁾

この法理は、期日における被担保債権の弁済を解除条件とする解除条件付単純不動産権として構成されていた。⁽²⁵⁾ 英米法の制限物権には、体系上、(わが国の用益物権に類比される) 用途による制限物権とは区別される、所有権に類比される絶対的単純不動産権 (fee simple absolute) を多様な条件によって時間的に分割する類型のものがある。当時のコモンロー上のモーゲージの法理は、後者の類型の物権の設定として構成されていたのである。それによると、モーゲージの設定後、解除条件が成就するまでの間の法律関係はこうである。目的不動産のコモンロー上の権原 (legal title) がモーゲージ権者に移転し、条件成就による復帰がありうることを除けば、所有権の帰属に等しい。設定者には解除条件の成就による復帰を主張できる将来不動産権 (future interest) しか属していない。また、この将来不動産権は期日における弁済がなされなければ失権する。

(b) エクイティ上の受戻権の出現

これに対して、エクイティ裁判所が、モーゲージ権者の受戻権に介入し始めたのは、15世紀後半とされるが、当初は、(当時のコモンロー裁判所による救済が、損害賠償等の金銭判決に基づくものであったことを前提に) 約定の期日に弁済をした設定者や、弁済期の定めがなく担保権者に収益権があ

(23) なお、わが国の先行研究として、海原・前掲注 (20) の他、小賀野晶一「イギリス不動産担保法の展開過程」法研論集 (早大) 24号63頁 (1981)、海原文雄「譲渡抵当の歴史的考察」法文論叢 (熊本大) 5号20頁 (1953)、竹ノ内治美「アメリカ法における Mortgage について (1)」同志社法学10巻5号132頁以下 (1959) などがある。

(24) モーゲージの沿革は、Ranulph de Glanville の叙述 (1187年) にある死質に遡りうるとされるが、法的性質が異なり、現行米法への直接的な影響に乏しい。

(25) See, TURNER, *supra* note 21, at 21-22; CLARK, *supra* note 5, at §1.7; NELSON ET AL, *supra* note 9, §1: 2; Restatement (Third) of Property (Mortgages) §3.1 cmt a.

るモーゲージの弁済者に、再譲与（re-conveyance）を命ずる内容であったようである。その後、弁済期を徒過した場合でも、弁済の妨害などの衡平に欠ける理由がある場合に、受戻しを認める判例法が形成された。⁽²⁶⁾

（c）エクイティ上の受戻権の「不動産権」化の過程

Turner は、エクイティ裁判所によって、エクイティ上の受戻権を不動産権（estate）だと構成するルールが生成されていく過程を、3つの判例を中心に説明する。⁽²⁷⁾

まず、エクイティ裁判所が、傍論としてではあるが、エクイティ上の受戻権の不動産権としての性質に言及した判例として、Pawlett v. A.G. 事件⁽²⁸⁾判決に注目する。Matthew Hale 大法官が、次のように述べている。「モーゲージは単なる信託というわけではない。エクイティ上のタイトルである。……トラストとエクイティ上の受戻権の間には、違いが存在する。トラストが当事者の契約によって創出され、彼が好きなように指図でき、その執行を規定できる。……しかし、（受戻に関する）エクイティ上の権限は、土地に内在するエクイティ上の権利である。……エクイティ上の受戻権は、当事者がエクイティ上の権利を有する往古の権利であるから……法がその権利を見いだし、譲渡可能かつ遺贈可能なものとなす。」

その後、先例となったのは、Thornbrough v. Baker 事件⁽²⁹⁾判決であったとされる。本件では、モーゲージ権者の死亡後に、設定者 X がエクイティ上の受戻権を行使する場合に、支払われる弁済金を受け取る権利を有し、モーゲージの失権に伴う手続をとる義務を負担するのが、モーゲージ

(26) ただし、16世紀においても、失権後の設定者に、エクイティ上の受戻しを認めた判決は、2件が確認されるのみであるという。TURNER, *supra* note 21, at 26.

(27) TURNER, *supra* note 21, at 51, 58, 66.

(28) Hard. 465, 145 Eng. Rep. 550 (1667).

(29) 1 Ch. Cas. 284, 22 Eng. Rep. 802 (1676).

権者の法定相続人 (heir) Y 1 (本件では亡モーゲージ権者の長男) か、それとも、人格代表者 (personal representatives) Y 2 (本件では亡モーゲージ権者の残存配偶者である遺産管理人 (administratrix)) かが問題となった。当時の相続法制では、不動産権 (estate) であれば物的財産 (real asset) として相続人に、それ以外の権利であれば人的財産 (personal asset) として人格代表者に帰属することになっていた。エクイティ裁判所に管轄のある、エクイティ上の受戻権の行使において、モーゲージ権者に帰属する権利の法的性質が、不動産権であるのか、それ以外の権利であるのかが問われることとなったのである。

原審にあたる記録長官 (the Master of the Rolls) のエクイティ上の判決 (decree) では、法定相続人らに、支払いをうけ、再譲渡をなす義務があるとされたが、Y 1 と Y 2 のいずれに義務があるかは、確定判例がないとして、大法官の指示を仰ぐべき旨を命じた。

Nottingham 大法官は、人格代表者に帰属する旨を指示し、理由について次のように判示した。「これらのケースにおけるコモンローの理由付けは、可及的に、エクイティにおいても、従われるべきである。」

そのうえで、まず、コモンローを次のように説明する。「物的財産相続 (inheritance) のモーゲージの条件ないし権利消滅条件について、相続人か人格代表者のいずれかに金銭が支払われるべき旨について何ら記載がない場合、金銭は、人格代表者に対して支払われるべきである。なんとならば、金銭は、まず人的財産 (personal Estate) から出でて、また人的財産に戻されるのが通常である。しかし、権利消滅条件について金銭が相続人か人格代表者のいずれかに支払われるべきかが選言的に (disjunctively) 指定してある場合で、設定者が期日ぴったりに金銭を支払う場合、コモンローによると、彼は相続人か人格代表者のいずれに支払うか好きなように選んでよい。しかし、期日を徒過すると、モーゲージが失権し、すべての選択 (肢) は失われる。というのは、コモンローにおいて、受戻権が存在しないからである。」

そして、「エクイティ上の受戻権に落とし込んで考えるに、受戻権は、設定者の選択によって、モーゲージ権者の相続人か人格代表者に支払われるということに依拠するべきではない。というのは、上記の選択肢を復活させることはエクイティに反するからである。選択肢があるがゆえに、設定者は好きなように支払いを遅らせようとするかもしれないし、最終的に彼に有利に処遇する者の手に金銭を支払うことでいくらかの債務免除を得ようとするかもしれない。いわんや、裁判所も彼らの好きなように支払いを選択して指示するかもしれない、そのような恣意的な権限ゆえに、至る所で多くの不都合を生じさせるかもしれない。それゆえ、これらのケースにおける確実なルールを持つために、とられうる最上の策は、可及的に、コモンローの準則と理由付けに近づけることである。」そうすると「コモンローは、（受領すべき）人が指名されておらず、また、相続人か人格代表者のいずれかに支払うべき選択（権）が失われコモンロー上失権している場合（gone and forfeited in Law）に、コモンローは常に人格代表者に金銭を与える。」「エクイティでも、まったく同じことである。あたかも、相続人か人格代表者と（受領すべき人を絞らずに）指名されていたかのうに考えて、そしてコモンローに従って考え、人格代表者に与えるべきである。自然的正義とエクイティ（衡平）において、モーゲージ権者の主たる権利（principal Right of the Mortgage）は、金銭に対するもの権利である。そして、モーゲージ権者の土地に対する権利は、金銭のための担保としてに過ぎない（only as a Security for the Money）。それゆえ、エクイティ上の受戻権を伴って、担保権がモーゲージ権者の相続人に承継されている場合、設定者が金銭を支払うと直ちに、土地は設定者に帰属し、そして、金銭だけがモーゲージ権者に帰属する。金銭は純粹に人的財産である。それゆえに、モーゲージ権者の（人格代表者である）遺言執行人（Executor）か遺産管理人（administrators）に権利がある。」

さらに、1737年の⁽³⁰⁾Casborne v. Scarfe 事件判決において、Hardwicke 大

法官が Nottingham 大法官の先例に依拠して展開した、エクイティ上の受戻権に不動産権を認める見解によって、(完全な)エクイティ上の不動産権 (equitable estate) に高められたとする。

この事案は、モーゲージ設定者の夫が、目的不動産について鰥夫産権を求めたという事案である。当時の英法における鰥夫産権とは、コモンロー上の生涯不動産権 (所有権に類比される fee simple と同じく freehold estate の一種) の一種であり、不動産を相続できる子のいる妻の死亡によって夫が取得する生涯不動産権である。その要件は、①結婚、②直系卑属 (相続可能な子)、③妻の死、④自主占有 (seisin in fact) であるとされる。

本件では、相続財産を所有する妻 A が、Y 1 のために本件土地にモーゲージを設定していたが、夫 Y 2 と結婚後、相続可能な子 B が生まれた後に死亡し、その後すぐに子 B も死亡したことから、妻の妹 X が A と B を相続した。X が、(Y 1 および Y 2 を被告として) 目的不動産についての鰥夫産権の不存在を主張した事案である。本件では、上記要件①～③には争いが無い。ただ、その客体が、A が結婚前に Y 1 のためにモーゲージを設定した不動産であり、理論的には、A が遺したエクイティ上の受戻権である。そこで、エクイティ上の受戻権が鰥夫産権の客体となる財産か (エクイティ上の受戻権の相続によって、「自主占有 (seisin in fact)」があるか) が争われた。

原審にあたる、記録長官 (the Master of the Rolls) のエクイティ上の判決 (decree) では、エクイティ上の受戻権を鰥夫産とする生涯不動産権は生じないとして、Y 2 を敗訴させた。Y 2 が大法官に上訴したのが本件である。

X 側の主張はこうであった。「エクイティ上の受戻権は、亡妻 A における現実の不動産権 (actual estate) でも権利 (interest) でもなかった。モーゲージの完済によって当該不動産権から再占有を導く権限にすぎなかった。」「亡妻 A は、単純不動産権に基づく適法な占有状態 (seised in fee in

(30) 1 Atk. 598, 26 Eng. Rep. 377.

law) を取得していなかった。モーゲージによって、コモンロー上の不動産権が彼女から奪われていたからである。ただ、彼女は、事実上の占有 (bare possession) を有し、賃料収益を収取していただけである。」「設定者は単に訴訟、ないし、エクイティ裁判所における訴訟をなす権利を持っているだけである」それゆえに、鰥夫産権の客体となる不動産権は存在しない。

Hardwicke 大法官は、次のように判示した。「エクイティ上の受戻権は、常に、土地上の不動産権 (estate in the land) だと考えられてきた。遺贈や、贈与、残余権を伴う限嗣不動産権の設定などの客体とされうるからである。……それゆえ、単なる権利 (right) のみと考えられるべきではなく、それにつき占有状態 (seisin) の存在しうる不動産権だと考えられるべきである。」「それゆえ、エクイティ上の受戻権を有する者は土地の所有者 (the owner of the land) と考えられ、単純不動産権上のモーゲージは人的財産 (personal asset) だと考えられてきた。」その上で、鰥夫産権の要件④について「亡妻にエクイティ上の不動産権の占有状態 (seisin or possession) があれば、コモンロー上の自由土地保有権 (freehold estate) の自主占有があるに等しいと考える。」

（２） 米英の議論の温度差

以上のように、17～18世紀の英法においては、エクイティの展開により、(少なくとも、最先順位のモーゲージが設定された後の最先順位モーゲージ権者と設定者の関係について) 設定者が実質上の不動産権者であり、モーゲージ権者は優先弁済権を有しているにすぎないとする考え方が定着しつつあったと見ることができよう。

米法の議論は、このような考え方が、植民地時代の米国に定着していたことで、米国における初期からのリーエン理論の展開を支えたのだと説明する。⁽³¹⁾

しかし、当時の英法では、エクイティ上の受戻権が、不動産権 (estate)

(31) Trimm v. Marsh, 54 N.Y. 599, *infra* note 56, at 603.

であるといっても、あくまでエクイティ上の不動産権であり、これが所有権に類比されるコモンロー上の不動産権と同義であるとは考えられていなかった。このことは、次の 2 点において顕著である。

(a) コモンローにおける設定者の占有権原の説明との矛盾

まず、当時すでに、モーゲージは、一般に、非占有担保権として運用されていたが、設定者の占有権原が、エクイティ上の不動産権の概念で説明されることはなかったという点である。

英国では、(上記の17世紀後半のエクイティ裁判所の判例の展開によって)エクイティ上の受戻権を不動産権、モーゲージを優先弁済権とする法理が確立されるよりも古くから、コモンロー上の不動産権を有するはずのモーゲージ権者が、設定者に不動産の占有を委ねる取引慣行が一般化していたとされる。⁽³²⁾

コモンロー裁判所は、特約による設定者の占有権原を、任意終了不動産権 (tenancy at will) とする構成する見解をとった。また、任意終了不動産

(32) TURNER, *supra* note 21, at 88-90. Turner は、このような取引慣行を「有名な事実 (well-known fact)」であるとしつつ、次のような対比を論拠に、16世紀末頃に出現した慣行であるとする。一方で、15世紀の大法官府における手続予定 (Calendars of Proceedings) には、設定者が弁済による再譲渡 (reconveyance) に際して、占有の回復による救済を求める訴えが記録されており、当時は (コモンロー上のモーゲージの理論的前提として説明されているとおり) モーゲージ権者が果実収取権を行使する占有担保が一般的であったと思われる。他方で、公刊されている判例では、1615年の判例に、モーゲージ権者が、設定者が占有をとどめる旨を許容する特約 (proviso) をおいたと見られる事案について、「ある者が彼の土地にモーゲージを設定し、その後もまだ占有を継続したとしても、そのことによって、不動産侵奪 (disseisin) を行ったとはいえない。」と判事したものの確認でき、この事案が、1598年頃のものと思われる先例を引いていることである。また、16世紀後半の王政復古期においても、依然、モーゲージ権者が占有をする事案がみられるものの、この時期の事案では、債務不履行が生じた後に、モーゲージ権者が目的不動産の占有を取得し果実からの回収を図り、その上で、フォークロージャー (エクイティ上の受戻権の排除) をエクイティ裁判所に訴求する事案へと修練されているとみることができるという。

権は、それを負担する不動産権の譲受人には主張され得ないところ、モーゲージ譲受人の特約の承認を理由に、容認不動産権だと構成する見解をとった。これらの見解は、設定者の占有権原を、（フォークロージャーによって喪失させられるまで設定者が保有する）エクイティ上の不動産権の効力として説明するのではなく、コモンロー上の不動産権を保有するモーゲージ権者の承認の効力として説明する立場である。

コモンロー裁判所は、その後も、コモンロー裁判所に管轄のある事件、とりわけ、モーゲージ権者による第三者の排除に係わる占有回復訴訟において、設定者をモーゲージ権者の承認によるテナントとする理論を前提に、妥当な解決を導く準則を模索したのである。

（b） 後順位担保権の設定

また、当時の英法においては、後順位モーゲージの設定が、設定者に留保された不動産権（estate）としてのエクイティ上の受戻権の処分によって（のみ）行われるという考え方は存在していなかったという点も、注目に値する。

1925年土地法（Law of Property Act 1925）施行成立以前の英法では、単純不動産権（fee simple）を含む自由土地保有権（freehold）上のモーゲージは、コモンロー上は最優先のもののみがコモンロー上有効（legal）であり、同一土地上の後順位のモーゲージは、すべてエクイティ上のモーゲージ（equitable mortgage）とされていた。⁽³³⁾

エクイティ上のモーゲージとは、「目的物上のコモンロー上の不動産権（legal estate）が担保権者に帰属しておらず、担保権者による取得が不可能であり、それゆえに、エクイティ裁判所である大法官裁判所（Court of Chancery）によってのみ宣言されうる種類の担保権」であると説明される。⁽³⁴⁾

例えば、Turner が最初期の後順位モーゲージの事案として引く判例に、

(33) CLARK ET AL, *supra* note 5, at 263.

(34) SAMUEL MILLER, THE LAW OF EQUITABLE MORTGAGES 1 (1844).

Nicholas v. Aston 事件判決⁽³⁵⁾がある。これは、次のような事案である。① A は、所有する土地の一部（本件土地と呼ぶ）について、500ポンドの支払いを被担保債権とするモーゲージを設定していた。② A が、婚姻に際し、妻 B に対して、死後 2 年以内に1000ポンドを支払う旨を約し（covenanted）、その旨の債務証書（statute）を交付した。③ A が、上記コベナントに基づく1000ポンドの支払いがなく、B が500ポンドを支払う場合には、本件土地を B 及びその子孫に対して遺贈する旨の意思表示をした。④ A の死後、1000ポンドの支払いがなかったので、（遺産管理人にも指名されていた）B は500ポンドを支払い、和解譲渡（擬制的訴訟による譲渡）の方法で、単純不動産権を B に移転し、その後死亡した。⑤約束者の相続人（A 相続人（B 相続人とは別人））は、上記1000ポンドと500ポンド、および利息を支払うことで、本件土地の受戻しを主張することができるか。

整理すると、次のような事案であることになる。原所有者 A によって500ポンドの債務の担保として既に債権者 C にモーゲージに差入れられた土地を、遺産に対して1000ポンドの債権を有する B が（和解譲渡の方法で）譲り受け、C に500ポンドを弁済した。その後、A の相続人 D が受戻権の行使として、B に1500ポンドを支払うことでエクイティ上の受戻権の行使を認めるかが争われた、という内容である。

判決要旨は次のように紹介されている。「チーフバロンの意見はこうであった。その女性に対する遺贈は絶対的（物的）効力をもつものであった。1000ポンドが支払われない場合には、それにより、契約者の相続人は、あらゆる受戻権を奪われる。しかし、支払う場合には、告示による和解譲渡の効力により、訴訟権限だけでなく、エクイティ上の受戻権（equitable power of redemption）も排除されると解する。」要するに、判旨は、C のモーゲージの目的物を、1000ポンドの債権者に「遺贈」することで、後順位モーゲージの成立を認め、その後、B の弁済による先順位モーゲージの消滅（受戻権の行使）があったことを認め、D が残存する B のモーゲージに

(35) Harders 511, 145 Eng. Rep. 573 (1680).

対する受戻権を行使する余地を認めたのである。

本判決は1680年のエクイティ裁判所の判決であることから、前掲 Thornbrough 事件判決（1676年）⁽³⁶⁾を先例とする判例の系譜に属するものと考えられる（エクイティ上の受戻権を実質的にエクイティ上の不動産権と考える立場であるが、前掲 Casborne 判決⁽³⁷⁾によってエクイティ上の不動産権との概念が確立される前の事案）。ただし、注意すべきは、B が第 2 順位のモーゲージの設定を受けたと考えられる時点で当事者が行ったことは、コモンローに依拠したモーゲージの設定ではなく、（先発のモーゲージ権者以外の）債権者への遺贈だけである。ここでも、コモンローとエクイティの違いが障壁となっており、設定者に留保された不動産権の処分たる後順位モーゲージの設定という構成は見られないのである。

3. 米法におけるリーエン理論の創出と展開

（１）リーエン理論

（a）意義

米法では、初期から、英法におけるエクイティ上の受戻権の理論を基礎に、コモンロー上のモーゲージ理論の継受を拒絶することで、設定後も所有者に所有権（＝エクイティとコモンローを問わない不動産権）があり、一方、設定者の財産は被担保債権であり、モーゲージはそれに付従する優先弁済権を意味するリーエンがあるに過ぎないとする見解に収斂させる立場が展開された。いわゆるリーエン理論（lien theory）である。

リーエンは、特定の目的物上の優先弁済権の総称といってもよい概念である。モーゲージをリーエンと解するというリーエン理論の意味を理解する上で、次の 2 つの対比が重要であろう。

第 1 に、米法概論では、各法域が採用するモーゲージの理論を、リーエン理論、タイトル理論、中間理論に分類している。この分類では、タイト

(36) Thornbrough v. Baker, 1 Ch.Cas. 284, *supra* note 29.

(37) Casborne v. Scarfe, 1 Ark. 598, *supra* note 30.

ル理論でも、モーゲージ権者に優先弁済的機能があることは否定するわけではなく、むしろ、コモンローの準則（本章第 1 節 2 (1) (a)）のように、設定によって、目的不動産のタイトルが解除条件付きで移転するという理論を採用していることを意味する⁽³⁸⁾。リーエン理論は、その対極をなす理論であり、モーゲージ権者が優先弁済権以外に、何ら目的不動産のタイトルを取得しないという意味である。中間理論は、一般に、リーエン理論を採用しながらも、ケースによっては、モーゲージ権者にタイトルがある旨の理論を用いる判例が（現行法として）存在する法域をいう。

第 2 に、米法概論において、優先弁済権は、約定ないし法定の担保物権が設定されていなくても、債権の擱取力に内在する効力であるととらえられていることである。この点は、判決リーエンの存在からうかがわれる。例えば、NY 州法では、（本章第 2 節 2 (c)）で縷々検討するように）金銭債権の強制執行の確定判決を得た者は、判決の発効後に行われる（登記を管轄する郡役場における）ドCKETTING と呼ばれる手続によって判決リーエンを取得する。このリーエンの効力は、ドCKETTING を基準時とする債務者の一般財産たる不動産上の優先弁済権である。米法では、債権の擱取力に類比される効力は、債権者平等原則の影響を受けず、リーエンに担われているのである。

リーエン理論の代表的法域である NY 州法では、モーゲージの設定は、不動産権の移転 (conveyance) であると制定法上定義されており (RPL §290)、(法定担保権であるメカニクス・リーエンなどと並んで) 不動産登記制度による登記を対抗要件とし、実行手続 (フォークロージャー) も、不動産の執行に関する手続法 (RPAPL) に依拠して行われる。判決リーエンが、差押登記に類比される機能を担うドCKETTING による一般財産 (た

(38) なお、タイトル理論をとる法域でも、設定者にエクイティ上の受戻権がある他、制定法上の受戻権（主に、干魃等自然災害によって農地を失う農夫を保護する趣旨から、制定法によって設定者に与えられる、フォークロージャーによる競売から一定期間（数ヶ月から数年間）の受戻権）が与えられているのが通常であり、(タイトルの帰属以外について) エクイティないし制定法の準則を排除する趣旨ではない。

だし、不動産）への付着と、強制執行に類比される手続法（CPLR）に依拠して行われるのとは区別される。

以上の点で、モーゲージが、不動産上の物的権利だと考えられているのは明らかである。しかし、かようなモーゲージの優先弁済権が、タイトル（の全部または一部）の帰属によって与えられるのではないことが強調され、リーエンたるモーゲージは、債権的財産（chose in action）であると説明されている。上記の意味での債権の攝取力に内在する優先弁済権に関する付随的な権利としての位置づけから、このような説明がなされているのである。

（b） 沿革

モーゲージのリーエン理論の展開は、判例における解釈のみに委ねられたわけではなく、立法の関与が大きいとされる。すなわち、制定法によって、当時の英法がコモンロー上の理論を適用していた、設定者の占有権原に関する諸問題について、あたかもエクイティ上の受戻権を不動産権とみるエクイティの法理を適用するような制定法の立法がなされたのである。

最初の制定法はサウス・キャロライナ州法であるとされるが、リーエン理論の確立に向けた議論の展開をリードしたのは、1828年の Revised Statute of New York の制定をはさんだ、19世紀のニューヨーク州の判例であつた。⁽⁴⁰⁾ とりわけ、リーエン理論の確立に寄与したとされるのは、（当

(39) William H. Lloyd, *Mortgages: The Genesis of the Lien theory*, 32 YALE L.J. 233, 241 (1922) によると、同州の1791年法に置かれた次の規定が、米法で最初にリーエン理論を採用した制定法だという。「モーゲージ権者は、モーゲージ被担保債権の弁済にわりあてられた期間を過ぎたあとでも、目的不動産の占有を求める訴訟を提起する権利をもたない。依然として、設定者が、土地の所有者（owner）とみなされ、モーゲージ権者は貸し金ないし支払われるべき金銭の所有者とみなされなければならない。」もっとも、この制定法は、設定者が占有を離れた場合を例外としており、さらに、1797年の改正によって設定者によるエクイティ上の受戻権の放棄を認めるなど、不徹底なものであつたとされる。

(40) See, William H. Lloyd, *The Mortgage Theory of Pennsylvania*, 73 U. PA L.

時の英国であれば、コモンロー裁判所の管轄であったはずの) モーゲージ目的財産に対する強制執行の可否の事案である。すなわち、コモンローの準則によれば、目的不動産のタイトルは、設定時点から、解除条件付でモーゲージ権者に帰属し、(被担保債権の弁済期の徒過という) 条件が成就すれば、確定する。だとすれば、(恰も、わが国の不動産譲渡担保における判例のように) モーゲージ権者の(差押債権者の地位に類比される) 判決債権者が、競売を行うことができよさそうである。(なお、その場合に、設定者が、買受人に対してエクイティ上の受戻権を主張できる可否かは、エクイティ裁判所の管轄に服し、エクイティの準則で処理される問題であると思われる。)

ニューヨーク州法は、初期の判例から、エクイティ裁判所の準則を採用しつ、(コモンローの準則による) モーゲージ権者側の判決債権者による競売を否定し、逆に、設定者側の判決債権者による競売の有効性を承認していったのである。順にみていこう。

(2) リーエン理論の出現

リーエン理論の出発点となったのは、1800年代初頭における次の 2 判例である。いずれも、モーゲージの目的不動産を、判決債権者がシェリフによる強制執行の対象としたことが、適法かどうか、争われた事案である(一般債権者の差押えに類比される)。(判決リーエンの存在を考えると) それ自体、後順位担保権に類比される権利の行使に関する原始的な先例であり、それ自体興味深い(すでに引受主義がとられている)。ただ、この点の評価は、次節の検討にまわすとして、最初期の議論で注意を引くのは、ほぼ同時期(5 年差)に、(不動産の綴込登記制度による対抗要件の具備を前提としつつ) モーゲージ権者側の判決債権者による目的不動産の競売の可否と、設定者側の判決債権者による目的不動産の競売の可否が争われたことである。これにより、NY 州法では、コモンロー裁判所の管轄においても、原則として、モーゲージについて英国のエクイティ裁判所で生成され

てきたエクイティ上の不動産権を基本とする判断を行うことが宣言されたものといえる。

（a） モーゲージ設定者側の判決債権者による強制執行

先行してあらわれたのは、モーゲージ設定者側の判決債権者が、モーゲージ目的不動産についてシェリフによる競売を申立てたという事案である。これは、エクイティの準則によると、エクイティ上の受戻権がエクイティ上の不動産権であることから、この準則に依拠しつつ、エクイティ上の不動産権を競売にかけたことになる。（いわば、抵当権の設定者に所有権があることを前提に、設定者の一般債権者が強制執行の差押えをした事案に類比されよう。）しかし、判決債権者による不動産への強制執行は、コモンローの管轄である。コモンローでは、モーゲージの設定自体が条件付きのタイトルの移転であり、設定者にはなんらの不動産権を観念しない。そこで、コモンローとエクイティの融合が行われる前の NY 州法のコモンロー管轄の裁判において、エクイティ上の受戻権が強制執行の対象となるかが争われた事案である。

この先例は、1804年の Waters v. Stewart 事件判決⁽⁴¹⁾である。リーエン理論の出発点として重要であるので、少し長くなるが詳細に検討しておく。

まず、事案は、次のようなものであった。亡 A が、Y（の前主）のためにモーゲージを設定していたが、A 死亡後、妻 B が婚姻契約に基づく判決債権者となり、目的不動産に対する強制執行を行った。目的不動産は、一旦子 C が競売を介して買い受け、その後、債務の整理のために、モーゲージ権者 Y に譲渡された。一方で、亡 A は目的不動産を子 X 1 に遺贈（devise）しており、X 1 は X 2 にその権利を譲渡した。そこで、X 1・2 が原告となり、Y に対して本件訴訟を提起し、次のように主張した。Y へのモーゲージ設定後 A が有していた本件不動産上の権利はエクイティ

(41) 1 Cai. Cas. 47 (1804).

(42) See, Lloyd, *supra* note 39, at 242.

上の受戻権に過ぎず、A の判決債権者にあたる B がしたエクイティ上の受戻権を対象とする強制執行は無効である。それゆえに、Y が C から有効にエクイティ上の受戻権を譲り受けた事実はなく（それゆえ Y のもとで混同は生じておらず）、エクイティ上の受戻権は X 2 に帰属している。このような権利関係を前提に、X 2 がエクイティ上の受戻権を行使する。原審は、X らの主張を斥けた。そこで、X らが、当時存在した破毀院（Court for the Correction of Errors of New York）に上訴したのが本件である。

Spencer 判事は、問題を次のように整理する。「コモンロー上の強制執行によって、エクイティ上の受戻権が、差し押さえられ売却されうるか。」これを、州法上注意深い考察を要するとする。

まず、「英国の先例からの推論」を行うとして、「イングランドにおいては、有期のモーゲージに基づくエクイティ上の受戻権が競売によって売却されえないことは、確定された法理であつた⁽⁴³⁾」との結論を導く。

しかし、米国においては、すでに植民地時代から異なる実務慣行が存在したことを指摘する。「植民地政府（colonial government）の間では、債務者が土地上に有するあらゆる権利が強制執行令状（*fieri facias*）に基づく競売の対象として認められることが、統一的な実務（uniform practice）であつた。エクイティ上の受戻権も例外ではない。この実務が1787年まで継続していたことは、疑いがない。この実務が、コモンロー上承認されていないあるいは禁止された手続を合法化するものではないが、疑いの余地のある諸先例において、この問題について、詳細に説明する制定法の規定にみられるように、取り扱われていたと見るべきであろう。1787年3月19日の制定法によって、次のような規定がおかれた。“債務者の土地、保有財産、および、不動産に対する物的権利（real estate）は、強制執行（execution）によって競売される責任に服する。”この制定法は、1801年に（当時の現行法である）Revised Lawsにおいて、再度制定法化されている。

(43) もっとも、設定者が占有を継続している場合に、財産強制管理（*elegit*）や強制執行令状（*levari facias*）による場合には、疑う余地もあったとする。

不動産に対する物的権利という概念の法的運用（legal operation）と射程が、本件の問題を、大いに、解決するであろう。疑いなく、エクイティ裁判所とコモンロー裁判所とは、モーゲージ権者と設定者の権利は、違うように解釈されている。エクイティ裁判所では、不動産権（land）は被担保債権のための担保（a pledge for the debt secured）と解されており、設定者が真の所有者（real owner）と考えられている。コモンロー裁判所では、モーゲージ証書の交付の時点から、コモンロー上の不動産権（legal estate）が、一定の目的のために、モーゲージ権者にあり、条件の成就すなわち金銭の支払いによって消滅する義務に服すると考えられている。ただし、他の局面では、コモンロー裁判所は、エクイティ裁判所の考えに従い、モーゲージ権者を金銭債務の担保のみとして判断している。たとえば、コモンローでも、モーゲージ権者の死亡に際し、遺言執行者ないし遺産管理⁽⁴⁴⁾人の手中に帰する人的財産（personal assets）として扱われている。また、設定者の死亡に際して、目的財産に対する権利は、設定者がもともと fee を有していて、fee にモーゲージが設定されたのであれば、設定者の相続人に相続され、設定者の人格代表者には帰さない。また、エクイティ上の受戻権は、限嗣不動産権の客体ともなる。動産や権利と考えられているとすればありえない処遇である。……これらの考察から、エクイティ上の受戻権における設定者の権利は、広義の“不動産上の物的権利（real estate）”の範疇に入ると考えられているというべきである。」

上述のように、英国のコモンロー裁判所が、エクイティ裁判所で展開されたエクイティ上の不動産権としてのエクイティ上の受戻権を、どの程度、エクイティと同じように解するかという点については、定見が確立さ

(44) 人格代表者であり、エクイティ裁判所における Nottingham 大法官の判例と同じ判断をしているということであると思われる。（ただし、Nottingham 大法官は、「コモンローに従う」ことを前提にしているので、この解釈が英法の分析として妥当かどうかは、留保が必要であろう。）

れていなかった。判旨にいう先例があるにしても（本件判決文中に引用はない）、コモンローの管轄である不動産に対する強制執行（personal assets と対置される real estate に関する）の事案で、エクイティ上の準則に準ずる処遇がなされるとは限らない⁽⁴⁵⁾。実際、この事案類型において、英国のコモンロー裁判所が混迷を極めていたことは、後の研究によって明らかにされている⁽⁴⁶⁾。

本判決で、実質的な根拠となったのは、NY 州を含む、いくつかの州で、既に植民地時代に、確立されていた取引慣行であったと思われる。判旨にも指摘があるように、英国政府は、植民地の運営政策上、制定法（5 Geo. II, c 7）により、植民地におけるモーゲージ目的不動産を強制執行の対象としていたのである⁽⁴⁷⁾。この点で、NY 州法は、英国本国とは異なる慣行を前提に、これを説得的に解決できるルールとしての判例法の形成を宿命づけられていたといえよう。

(b) モーゲージ権者側の判決債権者による競売の可否

その後、モーゲージ権者側の判決債権者が、コモンローの準則に依拠し、モーゲージ権者にタイトルがあるとの立場を前提に、シェリフによる強制執行を試みたという事案について判例があらわれた。（わが国の、不動産譲渡担保において、所有権的構成に依拠し、担保権者の一般債権者が差押えをするという事案に類比されよう。）

モーゲージ権者側の判決債権者が、モーゲージ目的不動産に対する強制

(45) Lloyd, *supra* note 39, at 242.

(46) See, TURNER, *supra* note 21, at 100-01; William F. Walsh, *Development of the Title and Lien Theories of Mortgages*, 9 N. Y. U. L. Q. REV. 280, at 291-96.

(47) Lloyd は、植民地において、モーゲージ設定者に所有者に近い処遇を与える政策の基礎には、税を負担する土地所有者に選挙権を与える政策が存在することを示唆する。Lloyd, *supra* note 39, at 242. 興味深い指摘であるが、本稿では立ち入った検討を行う準備がない。

執行をなしうるか、という事案の先例となったのは、Jackson v. Willard
事件判決⁽⁴⁸⁾である。

① X 1（モーゲージ権者）は、A（設定者）に対する土地の与信売買を行い、土地上にモーゲージの設定を受けていた（1806年5月12日）。②1806年5月14日の判決に基づく X 1 の判決債権者 B が、（X 1 が保有する債務不履行後・フォークロージャー前のモーゲージへの）強制執行をして、1807年5月20日に執行官が Y にディードを交付した。

これに対して、③ X 1 が、モーゲージに基づく訴訟（制定法ができる前であり、そう呼ばれていないが、フォークロージャーに相当する）の結果、X 2 が競売における買受人となったと主張して、本件訴訟を提起。評決は、X らを敗訴させた。これに対して、X らが評決の取消しを申し立てた。

Kent 判事は、（弁済期徒過後ではあるが、上記③フォークロージャー前に行われた）モーゲージ権者の債権者の債権者による強制執行（上記②）の対象となっていたかが問題となっているとする。

この問題について同法域に先例が存在しないとして、エクイティ裁判所とコモンロー裁判所の処遇を検討し、次のようにいう。「モーゲージは、主としてエクイティの管轄であった。エクイティ裁判所は、モーゲージの本質と本来の意味（true nature and genuine meaning）を追求し、彼らが用いるルールは、明快で論理一貫している。」「しかし、コモンロー裁判所では、事情が全く異なる。」かような乖離ゆえに「われわれは、絶えず、契約のテクニカルな形式と、本当の意味の間に、当惑させられ続けてきた」。しかし、現代の事案における文言は、エクイティにおいて採用されてきた結論と同じ方向に向かう傾向にある」という。すなわち、17～18世紀のエクイティ裁判所の先例を引き、「Hardwicke 大法官の時代より、占有を有するモーゲージ設定者が不動産の真の所有者（owner）ではないと言うことは、常識に反する旨が、繰り返し指摘されてきた。形式はともあれ、モーゲージ権者は非不動産（chattel）を有しているにすぎず、モーゲージ

(48) 4 Johns. 41 (1809).

は単なる担保なのである。」

そのうえで、本件の問題について、次のように言い、本件不動産の競売を無効と判示した。「モーゲージ権者の権利は、強制執行における競売に服さない。競売の時点で、モーゲージ目的不動産は、設定者の手にある不動産であることになる。……フォークロージャリーまで、あるいは、少なくとも占有が取得されるまで、モーゲージは債権的財産 (chose in action) である。」「モーゲージは、債務に付従する権利であり……主たる権利から引き離されえないというべきである。」

(c) リーエン理論の実体的基礎

以上のように、NY 州法では、初期の判例法によって、1800年代初頭には、強制施行の対象となるタイトルは、設定者側に帰属しており、モーゲージ権者は、被担保債権の優先弁済権に関するリーエンたる権利があるのみであるとの実体的理論の採用が明らかにされていた。

しかし、これをもって、直ちに、NY 州法で、リーエン理論が確立されたとは言いがたい。以後、19世紀終盤に至るまで、NY 州法は、かような理論によって妥当な解決を図れない恐れをうかがわせる事案類型について、判例および制定法での対応を迫られるのである。そのような事案類は、①モーゲージ権者に、目的物について生じた、劣後する強制執行の排除を認める必要性に関するものと、②当事者の合意によってモーゲージ権者が占有を取得した場合に、その占有を第三者に主張させる必要成に関するものに大別される。順に検討しよう。

(3) 占有回復訴訟を巡る NY 州法の逡巡

(a) 占有回復訴訟の出現

ひとつの問題は、設定者側の判決債権者の強制執行によって、エクイティ上の不動産権たるエクイティ上の受戻権を買い受けた買受人に対して、モーゲージ権者が (フォークロージャリーではなく) 不動産占有回復訴訟

(ejectment) をなしうるのではないか、という問題であった。

先例となったのは、Jackson v. Dubois 事件判決⁽⁴⁹⁾である。事案は次のようなものであった。①1801年 8 月 5 日に、不動産所有者 A に対する債権者 B が勝訴し、ドCKETTINGが行われた。②A が不動産上に C のためのモーゲージを設定し、1802年 4 月17日に登記がなされた。③1805年 3 月 28日、C が Y に、目的不動産の賃貸する旨の処分（10年間の物的賃借権の設定）をなした。（おそらく、実行を前提とした処分であったものと思われる。）④1806年 9 月28日、上記①の判決に基づく強制執行が行われ、翌年 3 月10日、競売における買受人 X にシェリフからディードが交付された。

X が、Y に対し、明渡しを求めたのに対し、原審は、X の訴えを却下した（nonsuit）。これに対して、X が上訴。

本判決で、Spencer 判事は、（判決リーエンにドCKETTINGを基準とする優先を与える制定法が成立する前の事案であることを前提に）X の上訴を棄却した。次のようにいう。

まず、「モーゲージ権者は、一定の目的との関係では、コモンローに依拠して、不動産権（estate）の所有者（owner）であると解される。」そのうえで、前掲 Jackson 事件判決⁽⁵⁰⁾を引き、「モーゲージは、債務から分離されえない権利であり、金銭の担保（security for money）と考えられてきたから、モーゲージ権者の当該不動産権が競売で売却され得ないことは当裁判所で確定されている」とする。しかし、「それでもなお、モーゲージ権者が、モーゲージ設定者に対してのみならずモーゲージに劣後する設定者に留められたタイトルから派生するタイトル（保有者）などに対しても、モーゲージに基づいて不動産占有回復訴訟（ejectment）を維持できなければならないのだから、そのために、タイトルを有しているということは、否定しようがない。」

その上で、「制定法には、ドCKETTINGのなされた判決（リーエン）

(49) 4 Johns. 216 (1809).

(50) Jackson v. Willard, 4 Johns. 41, *supra* note 48.

に、未登記のモーゲージに対する優先を与える旨の規定がない」として、競売の時点(上記④)では、「5年近くも前に、モーゲージの登記がなされていなのだから」擬制通知の効果があり、競売における買受人 X はたとえ善意でも、モーゲージ権者にあるタイトルを取得できない。

(b) Revised Statute の制定

以上のような判例の出現にたいし、NY 州法は、制定法によって、先行する判例にみられるリーエン理論の立場を優先させる立場をとった。(NY 州の不動産法において、郡ごとの処遇の違いを除き、最初の統一的州法となつたとされる) 1828 年成立の Revised Statute において、次のような規定を置いたのである。「不動産占有回復訴訟は、モーゲージ権者、その譲受人、他の代表者による、モーゲージ目的不動産の占有の回復を求める訴訟として⁽⁵¹⁾は、維持され得ない。」

この規定は、N.Y.Civ.Prac.Action to Recover McKinney's Real Prop.,⁽⁵²⁾ §991 を経て、現行法に承継されている「不動産の占有回復 (recover) を求める訴訟手続 (action)」について、「モーゲージ権者、その譲受人、その他の代表者による訴訟手続は維持され得ない」という簡素な規定である (RPAPL §611 (3))。

(4) 占有を取得したモーゲージ権者をめぐる NY 州法の逡巡

Revised Statute の立法後、NY 州法は、リーエン理論の障害になりうるもう 1 つの事案類型に遭遇する。その問題意識は、設定者が任意に目的物の占有をモーゲージ権者に明け渡すことは認められるべきところ、その場合には、(エクイティ上の受戻権が喪失されるまでであっても) モーゲージ権者に占有権原を認める理論が必要で、少なくともこの場合には、コモンロ

(51) Revised Statute of New York, Part 3, Chapter V §57 (1828)

(52) 「モーゲージ権者、彼の譲受人ないしその他の代表者は、モーゲージ目的不動産をリカバーするための訴訟を維持できない。」旨の規定である。

一のモーゲージ理論を使って、モーゲージ権者に権原があると説明するしかないのではないか、ということであった。この問題を扱う判例には、Revised Statute の適否に触れず、コモンロー上のモーゲージに見られる理由付け（モーゲージ権者が不動産権を有する）を用いるものがみられた。

例えば、Phife v. Riley 事件判決⁽⁵³⁾では、モーゲージ目的物を判決債権者が競売にかけたあと、買受人からの承継人が、目的物を占有するモーゲージ権者に対して明渡しを求めた事案であるが、判旨は、モーゲージ権者にタイトルがあるとの論拠で明渡し請求を斥けた。

このケースでは、モーゲージ権者は、目的物の収益執行に近い行為を行っていたと考えられる。後述のように、その後理論化される行為であるが、当時は過渡期的に、モーゲージ権者にタイトルが帰属しているという説明でこれを承認していたのである。⁽⁵⁴⁾

最終的に、Revised Statute の適用を前提に、NY 州法のリーエン理論を確立した判例として知られるのは、Trimm v. Marsh 事件判決⁽⁵⁵⁾（1874）である。

前提として、モーゲージ権者 Y（当初のモーゲージ権者 A（保険会社）からの譲受人）が1861年に、X 1（当初の設定者からの買主）に対して、モーゲージの実行にあたるフォークロージャリーにより自ら買受人となり、目的物の占有を開始した（1862年）が、1864年10月に、手続の瑕疵によりこのフォークロージャリーが裁判所によって排除された。翌月、Y は、X 1 に対する金銭判決を得て、強制執行として不動産（およびその他の財産）を競売に付し、改めて自ら買受人となった。

その後、1866年に、X 1 および X 2（X 1 からの譲受人）が、モーゲージの受戻しを主張し、本件訴訟を提起した。これに対し、Y は、強制執行

(53) 15 Wend. 248, 256 (1936). *See also*, *Mickles v. Townsend*, 18 N.Y. 575, 584 (1859); *Packer v. Rochester and Syracuse Railroad Co.*, 17 N.Y. 283, 287 (1858).

(54) *See*, NELSON, *supra* note 9, §4: 2.

(55) 9 Sickels 599 (1874).

の結果として既にタイトルを取得している旨を主張した。第 1 審 (Special Term) が X らを勝訴させたのに対し、第 2 審 (General Term) がこれを取消し、Y を勝訴させた。X の上訴についてが本判決である。

本判決の争点は、(モーゲージのフォークロージャーに失敗した結果、目的物を占有するモーゲージ権者となっていた) Y が (同じくフォークロージャーが無効となった結果 X 1 が維持していたことになる) エクイティ上の受戻権を客体としてした強制執行の効力である。X 1・2 は、次のような論拠で、強制執行の無効を主張し、それゆえに、モーゲージ及び受戻権が存続している旨を主張した。モーゲージ権者 Y が、強制執行をした時点で、既に、Y が目的物を占有していた。先例によると、目的物を占有するモーゲージ権者にはタイトルが帰属している。そうすると、その時点で、債務者 X 1 には本件土地のタイトルが帰属していなかったのだから、債務者の財産に対する強制執行は無効である。

本判決は、結論として、X らの上訴を棄却した (Y 勝訴)。次のようにいう。

まず、Revised Statute の規定について、次のような解釈を示す。「同法が施行される前は、モーゲージ権者には、目的物を回復するために、占有回復訴訟を維持する権利が与えられていた。しかし同法 (2 R.S. 312) によって、その権利は排除されており、今日では、設定者が、債務不履行の前後を問わず、目的物を占有する権利を有する。その権利は、設定者の同意 (consent) なくしては、奪われない。例外はフォークロージャーが行われた場合である。」

その上で、(モーゲージ権者の占有回復訴訟を否定する) Revised Statute のもとでも「モーゲージ権者が適法に占有を取得した後は、彼は被担保債権が完済されるまで占有を保持することができる。」としつつも、だからといって、モーゲージ権者の権利内容が担保権からタイトルに変質するわけではないとして、次のように説明する。「占有を取得する前のモーゲージ権者は、彼が有する債権の担保として差し入れられた不動産上の単なる

リーエンを有していただけである。（モーゲージ権者の占有開始後も）タイトルは従前通りであり、設定者のタイトルは依然コモンロー上のタイトルである。占有担保（pledge）に服するリーガル・タイトルに関連する付随義務をすべて伴うだけである。そして、モーゲージ権者の権利は依然、占有担保権によって担保された債務に過ぎない。」要するに、適法に占有を始めたモーゲージ権者の権利内容は、（抵当権に類比される）非占有担保から（質権に類比される）占有担保にかわっただけで、（所有権に類比される）タイトルに変質したわけではないというのである。それゆえに、事案の解決としては、（質権者に類比される）担保権者 Y が、被担保債権に依拠し、債務者 X 1 にタイトルの帰属していた不動産の強制執行を行なったのだから、当該強制執行は有効だ、というのである。

このように、Revised Statute 制定後の懸案であった、モーゲージ権者による占有がなされている場合の法律関係を、（コモンロー上のモーゲージのように）モーゲージ権者にタイトルが帰属するという理論を使わずに説明できることを前提に、NY 州法のモーゲージの法的性質を、次のように定式化する。後の判例・学説によって、しばしば、NY 州法のリーエン理論として引用される記述である。

まず、設定者の権利について、次のように説明する。「（コモンローとは異なり）NY 州法では、被担保債権の弁済期が徒過したのちも、フォークロージャーがなされる前であれば、いつでも、履行ないし弁済が、モーゲージのリーエンを消滅させ、設定者に完全なタイトルを回復させる。」いわば「競売によって、設定者のタイトルのフォークロージャーが行われるまでは、設定者は“支払期日（law day）”にあるのである。それゆえ、NY 州法において、土地上的設定者の権利を、エクイティ上の受戻権と呼ぶのは、弁済期の前後を問わず、紛らわしい名前である。単に、エクイティ上の権利に頼り取り戻しすることしかできないように聞こえるからである。…… NY 州法では、設定者の土地上的権利は、債務不履行の有無を問わず一緒なのだから、まさに土地の不動産権（legal estate）と呼ぶにふさ

わしく、不動産権としての属性に欠けるところはない。」

また、モーゲージ権者の権利について、次のように説明する。(Waters 事件判決等複数の判決を引きつつ) (モーゲージ権者への不動産権の移転 (conveyance) を観念する) 「コモンローの準則が、字義通りに、NY 州法で採用されたことはない。NY 州では、設定者が、コモンロー上も、エクイティ上も、単純不動産権 (fee) の所有者 (owner) として見られてきたのである。それゆえ、モーゲージは単なる債権的財産 (chose in action) と見られてきたのであり、単に人的性質をもつ担保であると見られてきたのである。」

4. 小括

NY 州法における後順位モーゲージの法的性質は、①設定者が所有権に類比する不動産権を有することを前提に、②設定者が保有する不動産権に設定される点で先順位モーゲージと同一の性質をもち、③後順位のリーエンという点で権利内容の異なるモーゲージであるということになる。制限物権的構成であるといつてよい。本節では、このような性質が獲得される過程を検討してきた。

モーゲージの沿革は、期日における債務の弁済を解除条件とする不動産権の設定であるというコモンロー上のモーゲージ理論である。この理論によると、設定後の設定者には (解除条件を成就することができるという事実行為以外に) 何の物的権利もない。17世紀のエクイティ裁判所は、解除条件の期日 (law day) を徒過しても、弁済によって不動産の権原を回復できるとするエクイティ上の受戻権を与えるようになり、さらに、このエクイティ上の受戻権を、(単なる受戻権を超えて) 土地上のエクイティ上の不動産権と構成するに至り、モーゲージ権者の権利は究極的に金銭を受領する権利として構成するようになった。米法におけるリーエン理論の原点は、このエクイティ上の受戻権の理論にある。

しかし、英法は、基本的にコモンローの理論を原則としており、エクイ

ティ上の受戻権に関する上記理論に基づく解釈がなされるのは、エクイティ裁判所に管轄のある紛争に限られた。米法におけるリーエン理論は、（エクイティ裁判所とコモンロー裁判所の管轄という概念を残していた）19世紀初頭からのNY州における判例の展開と制定法によって確立された。議論の中心は、特に、目的不動産を強制執行の対象とする事案について、（植民地時代の制定法によって醸成されていた、英国とは異なる法意識を前提に）コモンローの理論を使いモーゲージ権者に権原があるといわなければ説明できない法律問題が残されているのかどうかという問題であった。19世紀後半には、この問題が解決され、判例が高らかに「NY州法で、コモンロー上のモーゲージ概念が採用されたことは一度もなかった」と宣言するに至った。

後順位モーゲージの概念は、この設定者の権利の変遷を受けて、変遷した。英法では、（エクイティ上の受戻権を不動産権とする理論が確立された後でさえ）コモンロー上の不動産権がモーゲージ権者に移転しているとの構成を払拭できず、それゆえに、後順位モーゲージは、不動産権の処分（移転ないし設定）としての性質を伴わない、エクイティ上の担保権にすぎないとされてきた。これに対し、NY州法では、リーエン理論を前提に、不動産権をもつ設定者による後発の処分であるという構成をとったのである。17世紀以来、不動産権の移転に関する証書の綴込登記について、長い歴史をもつNY州法では、登記によって優劣を決しうる不動産権の処分による優先弁済という考え方が受け入れられ、これを基礎に、フォークロージャー訴訟において、その複数の優先弁済権が判断されるようになったのである（本章第2節3および4で検討する）。

第2節 フォークロージャー

1. 問題の所在

本節では、実行局面における後順位モーゲージ権利内容の検討として、まず、モーゲージの主要な実行方法（わが国における担保権の実行としての

競売に類比される。)であるフォークロージャーにおける後順位担保権の処遇を検討する。

米国、とりわけ本稿が素材とする NY 州法については、特に実態調査を中心とした先行研究が多数出ているが、後順位モーゲージ権者や他の劣後的債権者の処遇については詳しく触れられていない⁽⁵⁶⁾。本稿は、まさにこの点に焦点をあてるべく、素材を絞った検討を試みたい。まず、前提としてフォークロージャーを概観するが(本節2.)、ここでは、手続の全体像は先行研究に譲り、フォークロージャーの理論的な意義の確認と、順位の異なる担保権の処遇を決する前提となる制度のみを検討する。また、同じ趣旨で、検討素材を、NY 州法における原則をなす司法手続上のフォークロージャーのみに絞る。その上で、NY 州法の司法手続上のフォークロージャーについて、後順位担保権の実行手続における先順位担保権の処遇(本節3.)と、先順位担保権の実行手続における後順位担保権の処遇(本節4.)にフォーカスした検討を行う。

(56) 理論的分析を行う先行研究として、谷口安平「アメリカにおける抵当権実行」小室直人＝中野貞一郎編(小野木常・斎藤秀夫先生還暦記念)『抵当権の実行(下)』501頁(1972)、國生一彦「フォークロージャー(裁判所の関与、その手続と法律関係)」NBL295号37頁(1983)、田高寛貴「私的実行型担保法規範の定立(1)～(4・完)」専修法学論集74号55頁/75号87頁/78号57頁/81号1頁(1999-2001)、実務の実態調査を踏まえた先行研究として、田中健治「アメリカ(ミシガン州デトロイト、テキサス州ダラス、ニューヨーク州ニューヨーク)における抵当権実行手続及び強制執行手続の実態」判例タイムズ1000号230頁(1999)、福井秀夫「米国における不動産担保契約の概要と非司法競売」NBL718号33頁(2001)、福島隆司「米国における不動産競売の実務・市場の実態」NBL719号40頁(2001)、久米良昭「ワシントン特別区、メリーランド州およびニューヨーク州における不動産競売法制比較」NBL720号44頁(2001)、井下田英樹「米国の競売制度の特色とわが国の制度論への示唆(上)(下)」NBL750号27頁/751号52頁(2002)、笠井正俊「ニューヨーク州・マサチューセッツ州における不動産担保権の実行手続」金法1811号55頁(2007)など。

(57) 理論的な先行研究としては、谷口・前掲注506頁以下、國生・前掲注39頁以下、実態面では、井下田・前掲注31頁に言及がある。

２．意義と手続の概観

（１） フォークロージャーの意義

（a） 検討素材

米法概論によると、米法におけるフォークロージャーは、エクイティ裁判所としての権限をもつ裁判所による訴訟を要する司法手続上のフォークロージャーが原則であると説明される。モーゲージ権者の基本的権限であるとされ、特約による排除が認められない。また、制度上、全法域で司法手続上のフォークロージャー（judicial foreclosure）の利用が可能でなければならないとされ、実際に、全法域に制定法が存在する。本節では、制度の確立に貢献し、その原則を維持していることで知られる NY 州法に注目して、司法手続上のフォークロージャー制度の検討を試みる。

NY 州法を詳細に見ると、司法手続上のフォークロージャーは、（米法概論の定義づけに見られるような）一体の手続ではなく、フォークロージャー訴訟（action to foreclose）とその判決の執行としての競売（foreclosure sale）からなることがわかる。本項では、以下、訴訟と競売に分けて、各手続の概観を試みる。

（b） 米法概論における素材の位置づけ

もともと、ここで取り上げる司法手続上のフォークロージャーは、米法における唯一のモーゲージの実行方法というわけではない。（私的整理を別にしても）３種類のフォークロージャー（司法手続上のフォークロージャー、司法手続外のフォークロージャー、厳格フォークロージャー）が存在し、いずれも（内容の違いにかかわらず）フォークロージャーと呼ばれている。ここでは、上記のように司法手続上のフォークロージャーの検討を始める前に、あらかじめ、素材の位置づけを概観しておきたい。

（i） 厳格フォークロージャー

上記の定義は、もともと、英法に由来する厳格フォークロージャーの説

明にぴったり当てはまるとされる。

英法に由来するフォークロージャーの原型では、フォークロージャーは、コモンロー上の権原を持つモーゲージ権者がエクイティ上の受戻権を排除する訴訟を意味し、勝訴者は競売を要せず、確定的な不動産権を取得する。

もっとも、このような実体的権利関係をもつフォークロージャーは、米法では厳格フォークロージャー (strict foreclosure) と呼ばれ、2 州に残るのみとなっている。

(ii) 司法手続外のフォークロージャー

原則とされる司法手続上のフォークロージャーは、フォークロージャー訴訟によって、設定者のエクイティ上の受戻権を排除し、同時に、当該受戻権に由来する劣後的な権利をも排除し、担保権者のリーエンの実現を認める判決を、競売によって執行する制度であるとされる。このような説明が可能であるのは、(前節でみたように) モーゲージ設定後に設定者に留保される権利を、不動産権としての実体をもつエクイティ上の受戻権という概念でとらえ、この不動産権について後発の処分があると見て、一方で、担保権者に設定される権利をリーエンのみであるとみる考え方に基づく。エクイティ上の受戻権自体の多義語化を前提にした説明であって、もはや(厳格フォークロージャーにみられるような) 狭義のエクイティ上の受戻権の喪失を求める訴訟ではない。

(iii) 司法手続上のフォークロージャーの位相

上記のように、司法手続上のフォークロージャーは、米法におけるフォークロージャーの原則とされる。しかし、実務上、司法手続上の実行には、手続コストが高い等の批判が多く、(NY 州法のように) 当事者が実際に利用する主要な手続であるのは 3 割程度の法域にとどまるとされる。特に西部では、契約上の売却権限 (power of sale) の行使による司法手続外

のフォークロージャーが主要な手続となっている。

司法手続外のフォークロージャーとは、担保権設定契約⁽⁵⁸⁾において、（所有者に類比される）設定者が担保権者に、債務不履行等を条件として不動産の売却権限を与える旨の特約がなされ、その効力によって行われる実行のことである。

一見すると、わが国の私的実行に類比される実行方法であるかに見えるが、内容はまったく異なる。ほとんどの法域では、特約によって担保権者に与えられる「売却権限」の行使の方法について、制定法を規定しており、認められる唯一の方法は、帰属清算でも処分清算でもない、（司法手続上のフォークロージャーにおける競売とほとんどかわらない）競売である。要するに、フォークロージャー訴訟とその判決の執行としての官吏による競売を回避し、特約による換価権の行使を競売によって行わしめる制度である。なお、制定法は、競売担当者に、配当を行う厳格な義務を課している。それゆえ、司法手続外のフォークロージャーの利用を予定する取引では、担保権者が、直接換価権の授権を受けないのが通常である。「売却権限」授与の特約は、担保権者を受益者とする信託の受託者（通常は、信託銀行）に授権する内容になっている。それゆえ、この場合の担保取引は、信託を介した三当事者取引となり、理論的には、モーゲージの設定が行われない。

（c） フォークロージャーの意義

以上のように、フォークロージャーは、多義語である。米法概論上、「エクイティ上の受戻権（広義）の喪失」手続として説明されているが、

(58) 私的実行権がモーゲージ権者自身によって実行される場合には、厳格な責任が課されることから、私的実行権限の行使を予定する担保権者は、信託銀行に実行を委託すべく、モーゲージに替えて担保信託を利用するのが通常である。モーゲージには、判例法上の強行法といえるルールの適用も多く、モーゲージ代替制度であっても、かようなルールの潜脱を許さないとする、いわゆるクロッキング原則が存在することから、担保信託とモーゲージの関係自体について議論も多い。

実体的な権利関係を異にする 3 種類の制度（訴訟と判決の執行・特約で授けられた換価権の制定法に依拠した行使・コモンロー上の受戻権の喪失）がいずれもフォークロージャーと呼ばれる。上記の米法概論でも、前節で検討したごとく「エクイティ上の受戻権」自体の多義語化（担保権の物的負担を免れる権利としての狭義と、設定者に帰属する不動産権の総称としての広義）によって、定義をまとめていることに注意を要する。（この意味では、フォークロージャーを広義の実行と呼んでも差し支えない。）

しかし、本稿では、以下、(NY 州法に典型的に見られる) 米法の原則としての地位を占める司法手続上のフォークロージャーに絞った検討を試みるが、この意味に絞った場合、フォークロージャーは訴訟と競売からなる概念である。（ルーツにあたる厳格フォークロージャーの意義をみても、フォークロージャーはもともと訴訟であり、司法手続上の実行は、この訴訟に、制定法上の売却を加えた手続であることがわかる。）単純に（民事執行法上の手続に類比されるような）実行手続というわけではない。本稿では、正確を期して、foreclosure をフォークロージャーと呼ぶことにする。

（２） フォークロージャー訴訟

ニューヨーク州法におけるフォークロージャー訴訟は、次のような制度である。

（a） 管轄（エクイティ裁判所）

まず、管轄について。沿革上、ニューヨーク州法も、いったんは、コモンロー裁判所とエクイティ裁判所を区別する概念を導入したが、1848年にコモンローとエクイティの融合を行い、諸州における同旨の流れを生む嚆矢となった。ただし、当該訴訟が裁判所のいずれの権限により行われるのかという点では区別がなされており、フォークロージャー訴訟は「エクイティとしての性質をもち、エクイティ（衡平の意）と公正（justice）を必要とする限り裁判所に認められる、裁判所のエクイティ権限の発動によ

る。」とされている。⁽⁵⁹⁾

（b） 法的性質（対物訴訟）

フォークロージャー訴訟は、「個人からの債権の回収を行うための対人訴訟（action in personam）ではなく、モーゲージのリーエンを消滅せしめ（foreclosing）換価金（proceeds）を債務の弁済のために充当することによって、土地を充当する（appropriate）ための、対物訴訟手続（proceeding in rem）である」と説明される。このフォークロージャー訴訟の目的との関係で、2つの点が重要である。

第1に、フォークロージャー訴訟は、被担保債権の債務不履行を要件としており、（被担保債権が非金銭債権であってもよいが）通常は、金銭債権の不履行である。しかし、金銭判決（money judgment）の訴求とは区別される、不動産の処分の訴求すなわち「不動産のタイトル、占有、使用等に影響を与える判決の訴求」（RPAPL§231）である。

この違いは、判決の執行のために利用可能な制度の違いにもつながっている。金銭判決の執行（enforcement of money judgment）でも不動産の競売が選択されうる（CPLR§5236）が、フォークロージャーは、判決の種類も、その実行のために利用できる競売手続も、金銭判決の執行とは区別されているのである。⁽⁶⁰⁾

なお、フォークロージャーによって被担保債権を完済されない場合には、モーゲージ権者は、不足金判決を求めることができる。これは、対人

(59) ROBERT H. BOWMAR, MORTGAGE LIENS IN NEW YORK §19.1 (1990).

(60) この意味で、金銭判決の執行としての競売は強制競売（民執22条以下）に、フォークロージャー判決の執行としての競売は担保権の実行としての競売（民執180条以下）に類比されうる。ただし、米法ではこのような区別は、不動産についてのみ当てはまるにすぎず、民事執行手続の大枠とはなっていない。そもそも、英米法における財産（property）の概念は、不動産（real property）と人的財産（personal property）（動産と無体財産に相当）に区別されており、この区別は、手続、すなわち、対物訴訟の対象となりうる財産か否かを基準としているからである。NY州の手続法にもその影響が強く残っている。

訴訟であるが、フォークロージャー訴訟と同一の訴訟原因による付随的な訴訟手続として区別されている。

第 2 に、フォークロージャー訴訟は、その目的のために、「競売によって買主に good title を移転すべく」、モーゲージ設定者の有する不動産権（エクイティ上の受戻権）を奪うとともに、設定者の不動産権に依拠して設定されている権利のうち、原告のモーゲージに劣後する権利をも、消滅させる訴訟である。この限りでは、金銭判決を訴求している第三者が、一定の要件を充たす場合に、フォークロージャー訴訟によって不動産上の権利を奪われることも予定されている。それゆえに、フォークロージャー訴訟⁽⁶¹⁾は、通常、実行を行うモーゲージ権者を原告（単独）に、設定者（ないし第三取得者）および設定者との関係で不動産上に利害関係をもつに至った利害関係人を被告（複数）とする訴訟になる。

(c) フォークロージャー訴訟の被告

フォークロージャー訴訟の被告については、後順位担保権の処遇の検討（後述・本節 2 および 3）の重要な前提となる。ここで、ややくわしく見ておきたい。

(61) 本稿では、さしあたり、設定以来のモーゲージ権者が単独で原告になる場合を想定して検討を進める。

もっとも、原告についても、次のような議論がある。モーゲージ付債権の全部の譲渡があると譲受人が原告となる。もっとも、どのような要件を充たしている必要があるかが、2007年問題以降とくに住宅モーゲージについて問題化し、現在では、被担保債権たるノートの占有が要件とされている。拙稿・比較法研究77号57頁以下（2015）参照。また、一部の譲渡の場合には、複数のモーゲージ権者が共同で原告となることができるが、一部のモーゲージ権者が共同の原告となることを拒んだ場合には、原告がその者を被告に加えることができるとされる（CPLR§1001 (a)）。また、抵当権付債権の質入れの場合の処遇についても、議論が多い。See, BOWMAR, *supra* note 59, §19: 2.

(i) 必要的被告と任意的共同被告

米法概論として、フォークロージャー訴訟の被告は、２種類に区別される。必要的被告（necessary defendant）と任意的共同被告（proper defendant）である。ニューヨーク州法もこれに従っている。必要的被告の地位にある者が被告となっていない場合には、当該訴訟の影響を受けないとされる。劣後的担保権者等であっても、当該フォークロージャー訴訟によっては消滅せず、その後にフォークロージャー訴訟をなすことも可能であり、また先行するフォークロージャーの排除を訴求することもできる（本節4. 参照）。それに対して、任意的共同被告は、参加が便宜であると考えられており、参加すれば判決に拘束されるにすぎない者をいう。⁽⁶²⁾

現在の NY 州法では、フォークロージャー訴訟の被告は、制定法によって定められている。1848年に制定された民事実務法（Civil Practice Act）に沿革をもつ規定であるが、現行法は1962年に制定された RPAPL（Real Property Actions and Proceedings Law）1311条である（施行は1963年9月1日）。

RPAPL§1311 必要的被告（Necessary defendants）

以下に掲げる者はそれぞれ、原告のリーエンに服し劣後すると主張されている権利の保有者として、フォークロージャー訴訟の被告（a party defendant to the action）にされねばならない。

１．訴訟において特定の不動産権の決定があった後、当該目的不動産上に単純不動産権保有者（tenant in fee）、ないし、生涯不動産権保有者（tenant in life）、鰥夫権保有者（tenant by curtsy）、物的賃借権保有者（tenant for years）として、不動産権（estate）ないし占有権（interest in possession）、その他の権利を有する者。また、同様に、不動産上に、復帰権（reversion）、ないし、残余権（remainder）、物的法定相続財産権（inheritance）を保有する者、その他、あらゆる権利ないし未分割持分権を有する者。

２．不動産ないしその一部ないし共有持分について、寡婦権ないし未発効

(62) See, NELSON ET AL, *supra* note 9, §7: 13; BOWMAR, *supra* note 59, §19: 3.

の寡婦権を有する者。

3. 原告のリーエンに服し劣後すると主張されている不動産上のリーエン他あらゆる物的負担（となっている担保権）を有する者。

4. 公共サービス法（the public service law）によって規律されている公共施設上のモーゲージである場合には、公共サービス委員会。

私人についていうと、（１）設定者および第三取得者に類比される単純不動産権保有者、復帰権者等と、（２）原告のモーゲージが設定された後に、①設定者によって占有権原となる制限物権の設定を受けた者（米法上の lease による賃借人を含む）、②法律上の共有持分権を取得した者（寡婦権）、③後順位のリーエンを取得した者が、必要的被告となる。

(ii) 後順位のリーエン

本稿の関心からは、後順位のリーエン権者（junior lienors）が、何を意味するのかを検討しておく必要がある。NY 州法の判例の整理からは、次の者が含まれるとされる⁽⁶³⁾。まず、（１）後順位モーゲージ権者に属する者として、①後順位モーゲージ権者、②後順位モーゲージ全部の譲受人、③後順位モーゲージの一部の譲受人と残部の譲渡人。次に、（２）法定リーエン権者に属する者として、④メカニクス・リーエン権者、⑤買主リーエン権者。さらに、（３）一般債権者としての性質をもつ⑥判決リーエン権者である。

以下では、それぞれのカテゴリーから、①後順位モーゲージ、④メカニクス・リーエン、⑥判決リーエンについて、リーエンの性質と（モーゲージに劣後するか否かの判断において問題となる）対抗力の内容について、確認しておきたい。

(iii) 後順位モーゲージ

後順位モーゲージの法的性質は既に検討したところであるが、ここで

(63) See, BOWMAR, *supra* note 59, §19: 4.

は、NY 州法における繰込登記が基準となっており、原告のモーゲージの登記がなされた後、原告が訴訟を提起する（docketing）までの間に、繰込登記のなされた後発のモーゲージの設定者と、その承継人のことをいうことを確認しておきたい。⁽⁶⁴⁾

（iv）メカニクス・リーエン

メカニクス・リーエン（本節1.（２）（c）⁽⁶⁵⁾④）は、「不動産所有者の合意ないし要求により、不動産の改良（建物建築を含む）について、役務を提供した者、および、材料を提供した者」としての「契約者、従属契約者（下請人など）、労働者、材料供給者」に与えられる不動産上に負担された優先弁済権である（Lien L. §2）。ただし、工事等の開始後改良完了後 8 か月（単一世帯住宅の場合には 4 か月）以内に、不動産所在地の郡役人事務所（county clerk's office）でリーエンの登記がなされた場合にのみ生じるとされる。また、登記から 1 年間で消滅する（消滅時効に類比される消滅原因）。有効に発生し存続しているメカニクス・リーエンのリーエン権者は、原告として目的不動産のフォークロージャー訴訟を提起することができる。この訴訟は、目的不動産上に負担される制定法上のリーエンの実現のために提起されるものであり、対物訴訟である。基本的に、約定のリーエンであるモーゲージのフォークロージャーと同一の制定法（RPAPL 第13章）の適用が予定されており、一部、リーエン法による修正があるにすぎない。

この優先弁済権が、原告のモーゲージに劣後する場合には、必要的被告となる。（同一不動産についてメカニクス・リーエンが複数登記されている場合、複数のメカニクス・リーエンは登記の先後を問わず同順位であるが）モーゲージに対するメカニクス・リーエンの優劣の基準は、基本的には、その

(64) See, BOWMAR, *supra* note 59, §10. 1.

(65) BOWMAR, *supra* note 59, §11: 4-5の整理による。なお、NY 州法におけるメカニクス・リーエンに関する詳細な研究として、伊室亜希子「ニューヨーク州法における建築請負報酬債権の担保方法」早稲田法学75巻 4 号472頁、76巻 1 号31頁、2 号149頁、4 号51頁（2000-01）。

登記である。ただし、単純な先後ではなく、制定法上の優先関係規定に服する。①モーゲージの登記がメカニクス・リーエンの登記可能期間内に入ってからなされた場合、メカニクス・リーエンの登記後に発生したモーゲージの被担保債権額については、メカニクス・リーエンが優先する。②建設費用融資契約によって発生する融資債権を被担保債権とするモーゲージについては、メカニクス・リーエンの登記前に融資（被担保債権）がなされ、信託基金特約 (Lien L. §13 (3)) の対象となっていて、建設費用融資契約の綴込登記があれば、モーゲージの登記がいつなされた場合でも、モーゲージが優先する、等である。

(v) 判決リーエン

判決リーエン (本節1. (2) (c) ⑤) は、設定者を債務者とする金銭判決⁽⁶⁶⁾を得た者による不動産の競売を根拠づける実体的権利である。

NY 州法では、陪審の評決ないし裁判所の決定が下ったあとの、判決の発効手続は、裁判所における①判決関連一式書類 (judgment-roll) のファイリング⁽⁶⁷⁾ (filing) を伴う、②判決 (judgment) のエントリー⁽⁶⁸⁾ (entry) とい

(66) DAVID D. SIEGEL, NEW YORK PRACTICE §§499, 42, 422 (5th ed. 2011).

(67) 判決の登録のときに、判事付調査官によって、(勝訴者の弁護士ないし調査官自身によってとりまとめられた)「判決関連一式書類 (judgment-roll)」の綴込み (filing) と、綴込み日時の記録がなされねばならない (CPLR§5017 (a))。一式書類には、召喚状 (summons)、訴答書面 (pleadings)、各局面の判示のうち訴訟の実体的事項を含むものや最終判決 (the final judgment) に必然的に影響を与えたもの等の当該訴訟における基本的な書類を全て含む (CPLR§5017 (b))。

(68) 勝訴判決の草案 (勝訴者がまとめるのだという) が判事付調査官に提出され、判事付調査官が署名をし、通称 (本来は宗教用語) “ジャッジメント・ブック (JUDGMENT BOOK)” という調査官に管理義務のある帳簿 (CPLR§9702 (1)) への綴込みをする。この綴込みで、「登録 (entry)」の効果が生じる (CPLR§5016 (a))。「登録」が済むと、勝訴者が敗訴者に、登録の通知を添えて、判決の謄本の送達を行わねばならず、この送達日が、上訴期間の起点となる (CPLR§5513 (a))。また、勝訴者は、登録の時点から、執行制度による判決の強行 (enforcement) を求めることができる。

う登録による。加えて、（通常は①・②と同時に）③郡役人事務所において、ドCKETTING（docketing）と呼ばれる判決の登録を行う（CPLR §5203（a））。このドCKETTINGが、判決リーエンを発生させる手続である⁽⁶⁹⁾。複数の郡におけるドCKETTINGも可能である。特定の不動産上のリーエンではなく、債務者の全ての不動産に付着する一般リーエン（general lien）と説明されている。一旦発生すれば、ドCKETTINGの行われた郡において、その後に判決債務者が取得する不動産の全てに、判決リーエンが付着する。

なお、判決リーエンは、10年の消滅時効にかかるが、その起算点は、（いずれかの郡役人事務所における）ドCKETTING（上記③）ではなく、（裁判所における）一式書類のファイリングの時点（上記①）であるとされている。ドCKETTINGの前であっても、消滅時効にかかりうる。

金銭判決を求める訴訟は、（対物訴訟であるフォークロージャース訴訟とは区別される）対人訴訟であり、ドCKETTINGによって判決リーエンを取得した判決債権者が利用できる競売手続も、（モーゲージやメカニクス・リーエンとは異なり）RPAPL（不動産訴訟および手続法）に基づくフォークロージャーではなく、CPLR（民事実務に関する法律および規則）に基づく金銭判決の執行としての競売である。（ただし、両規定による競売の方法は類似している。）

さて、かような判決リーエン権者も、モーゲージに劣後する場合には、フォークロージャース訴訟の必要的被告である。判決リーエンの対抗力は、ドCKETTINGの時点を基準とする。

（３） フォークロージャーにおける競売

フォークロージャーの概念には、フォークロージャース訴訟の判決の執行としての「売却（sale）」の過程が含まれる。この「売却」は、事前の広告、競り売りの形式による売却行為（conduct of sale）、配当、担当官吏に

(69) SIEGEL, *supra* note 66, §§418, 419, 421; BOWMAR, *supra* note 59, §11: 2

よる報告、からなる。本稿では、この「売却」の過程を（フォークロージャーにおける）競売と呼ぶことにし、以下、競売を構成する諸手続を概観したい。

(a) 競売の管轄

フォークロージャー訴訟による、フォークロージャー競売を命ずる判決の執行は、制定法上、不動産所在地たる郡のシェリフ (sheriff) (選挙によって選任される執行官ないし保安官) か、裁判所が選任する審理人 (referee) によって行われるものとされている (CPLR§5103⁽⁷⁰⁾ (b))。ニューヨーク州の実務では、審理人による競売が一般的であるとされる。

審理人は、訴訟のある一点の争点 (an issue) の審理ないし行為 (an act) の実行について、裁判所が選任する者であり、当該機能については裁判所の全権が授権される (CPLR§4301)。当事者の契約で定められた者を除けば、ニューヨーク州の法曹資格を有する社会的信頼のある者 (in good standing) が選任されねばならないが、訴訟当事者の弁護士やその関係者 (同じ法律事務所に所属する者など)、当該裁判所の判事や判事付調査官等には被選任資格がない (CPLR§4312)。

ニューヨーク州の実務では、選任された審理人が、裁判所の「官吏 (officer)」として、判決後の実行手続を進め、競売は、買受人と裁判所の間の売買契約であると解されている⁽⁷¹⁾。この手続は、基本的に、ニューヨーク州の制定法である RPAPL によって規定されている。

(b) 差押えの機能を担う代替的制度

NY 州法において、フォークロージャー訴訟の判決の執行としての競売

(70) なお、RPAPL§1351 (フォークロージャー訴訟の判決で指示されるべき不動産の範囲に関する規定) にも、「シェリフか審理人による競売」との文言が見られる。

(71) D. KIRK DRUSSEL ET AL, MORTGAGES AND MORTGAGE FORECLOSURE IN NEW YORK (Revised ed. 2001) §36: 7; Jorgensen v. Endicott trust Co., 100 A. D. 2d 647.

は、RPAPL に依拠するが、この競売手続には、差押えに相当する手続が予定されていない。しかし、執行の目的物についての処分禁止ないし公示の要請は、いわゆる「訴訟係属の公示 (notice of lis pendency)」によって担われているとみてよい。

これは、コモンローの原則に由来し、米法でも原則とされている準則であるが、NY 州法では、CPLR§6501に規定されている。「来たるべき判決が、不動産のタイトル、占有、使用ないし享有に影響を与えうる……あらゆる訴訟において、訴訟係属の通知が綴込登記されうる。かような訴訟の係属は、通知の登記のみによりその時点から、訴訟係属の通知において指名されている被告からの買受人ないし同被告から物的負担（担保権を含む制限物権に類比される権利）の設定を受けた者に対して、通知が擬制されている。通知の綴込登記後に、物的不動産権の譲渡ないし設定を登記した者は、当該綴込登記の後に進行される全ての手続に、あたかも彼らが訴訟当事者であったかのように、拘束される。」というものである。

モーゲージのフォークロージャリー訴訟も、この訴訟係属の公示制度の対象である (RPAPL§1313)。競売による買い受けて、目的物の不動産権が買受人に移転 (conveyance) するに際して、「モーゲージ設定者、モーゲージ権者」や、「適切に召喚された当事者（被告）」と同様に、「訴訟係属の通知の綴込登記後に生じたタイトルに依拠する当事者に関する権利主張をする者」について、権利を喪失させる (bar) (§1353 (3))。

(c) 事前の広告

競売は、官吏による事前の広告に始まる。不動産の表示と競売の日時および場所についての広告であり、競売物件の所在地ないしは隣接地で発行される新聞上⁽⁷²⁾の広告を要する。原則として、当初の競売予定日の前に、週

(72) 広告についても次のような詳細な規定がある。「不動産の所在地の郡で発行されている新聞紙上で行われるか、そのような新聞がない場合には、隣接する郡で発行されている新聞紙上で行われねばならない。ただし、不動産の一部ないし全部

1 回ずつ 4 週間連続の広告を要し、この場合には、最初の広告が出された日の後 28 日目以降、35 日目以前に競売が行われねばならないとされる。ただし、「少なくとも (at least)、週に 2 回 3 週間連続の広告による」ことも可能であり、この場合には、最初に広告が出された日の後 21 日目以降 28 日目以前に競売が行われねばならないとされる (RPAPL §231 (2) (a))。

加えて、競売物件が、(少なくとも) 完全に市街地の外 (wholly outside the city) に位置する場合には、競売予定日の 28 日以上前に、当該不動産が属する都市 (ないし、遠隔都市で競売が開催される場合にはその開催都市) の公共の場所 3 箇所以上への、競売通知書の貼付が要求される (RPAPL §231 (3))。判例には、都市とその外にまたがる不動産についても、この規定の適用を除外しなかったものがあり、その意味で、部分的にでも市外に位置する不動産については、公共の場所での通知の貼付が必要であると解⁽⁷³⁾されている。

なお、当初の競売予定日からの変更に関して、次のような規定がある。官吏が広告どおりの競売が予定されていた日時・場所に現れなかった場合には、フォークロージャリー訴訟の原告代理人たる弁護士が 4 週間を超えない範囲で、競売の延期をすることができる。この場合には、延期期間内に当該弁護士が裁判所に別の審理人の選任を申立てることになる。また、延期期日が決まった場合には、少なくともその期日の 3 日前までに、当初予定されていた競売についてと同様の広告ないし貼付を要する (RPAPL §231 (3))。

が、日刊、ないし、隔週刊、三週に一度の新聞が発行されている市か法人格ある地方公共団体に所在する場合、それらの (市ないし地方公共団体に発行されている) 新聞で通知の広告をすることができる。また、ニューヨーク市内の地域にあたる郡に所在する場合には、広告は、郡において発行されている日刊紙か、ニューヨーク市ないし法人格ある地方公共団体において発行されている週刊紙のいずれかでなされねばならない。」(以下、省略)

(73) DRUSSEL, *supra* note 71, §36: 13, n18; Home & City Savings bank v. Ritter, 597 N.Y.S. 2d 475 (NY App. Div. 1993).