

ドイツ民法典における不動産担保法の 形成過程 (1)

田 中 克 志

目 次

序 論

第1章 第1草案における不動産担保法の形成

第1節 民法典編纂過程と社会経済的背景

第2節 ヨーホウの物権法草案（以上本号）

第3節 第1草案の不動産担保法の構造

第2章 第1草案の不動産担保法をめぐる議論

第1節 不動産担保法制に対する諸見解

第2節 不動産担保権の型式をめぐる諸見解

第3章 第2，第3草案における不動産担保法の形成

第1節 民法典編纂過程

第2節 第2委員会における審議

第3節 第22回ドイツ法曹大会における議論

第4節 帝国議会における議論

むすび

序 論

本稿は、プロイセンにおける不動産担保法の展開を扱った拙稿「プロイセンにおける投資抵当権成立史」⁽¹⁾の続編をなし、ドイツ民法典における不動産担保法の形成を明らかにすることを目的とする。

ドイツ抵当権法の特質としての抵当権の流通性を保証する法技術（流通抵当

(1) 「民商法雑誌」75巻3号（昭51）425頁以下。

権と土地債務の二元的構成)は、1872年のプロイセン所有権取得法⁽²⁾にて完成し、ドイツ民法典の不動産担保法は、この成果を受け入れている。この点から「不動産法殊に抵当法の領域に於ける全独逸国的な法律の統一は、……単に其不動産法が近代取引の需要に後れて居た数個の連邦に技術的に殆んど完備した立法を附与したに止まらず、不動産信用に少からざる国民経済的意義を与ふるものである。法律の同一なることは、全国を通じて抵当取引を容易にし且促進する⁽³⁾」と評価された。数少ない研究の一つである鈴木論文⁽⁴⁾も、ドイツ民法典の不動産担保法に対する歴史的意義を「抵当権を全国的に統一し、全国の抵当取引を容易かつ安全にした点」⁽⁵⁾に求めている。こうした評価は、抵当権の流通性を保証する法技術については妥当する。

他方、ドイツ民法典は、プロイセン法にみられない担保型式——定期土地債務、保全抵当権、無記名並びに指図式抵当権——をも含み、プロイセン法と比較すれば、担保型式の多様性を特色とする。ドイツ民法典の不動産担保法を全体として把握するためには、この多様性の持つ意味を明らかにすることが必要と思われる。プロイセン農業の資本主義化という特殊プロイセン的事情を背景として形成されたプロイセンの不動産担保法——その法技術——が、非プロイセン地域を含む全ドイツを対象とする民法典に導入されるにあたって、プロイセン地域の不動産担保法との間にどのような諸葛藤があり、それがいかにしてドイツ民法典に結実したのであろうか——これが不動産担保型式の多様性の問題である。

更に翻って考えてみれば、土地債務を代表とする、いわゆる投資抵当権の持

(2) Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten vom 5. Mai 1872.

(3) ヌスバウム＝宮崎一雄『独逸抵当制度論』(昭7)440頁。

(4) 鈴木禄弥『抵当制度の研究』(昭43)所収(第1部第1章)。

(5) 鈴木・前掲書 24頁。

(6) ヌスバウム＝宮崎・前掲書 439頁参照。

つ意義がプロイセン所有権取得法起草当時とドイツ民法典編纂時期とで変わってはいないだろうか。すなわちプロイセンの不動産担保法形成を促した社会経済的背景自体が変容していないか。また、変容したとすれば、それがドイツ民法典における不動産担保法の立法化に影響を与えてはいないか——これが定期土地債務の採用問題である。

抵当権の流通性という側面に注目したために従来の研究では等閑視された側面、そして、この側面がむしろドイツ民法典における不動産担保法の特徴をよりよく現わしている。このことは、ドイツ民法典における不動産担保法の立法過程を辿ることにより初めて明らかにされるであろう。

こうして民法典における不動産担保法の立法過程を辿ることは、逆に、不動産担保法の側面からドイツ民法典の編纂を検討することをも含んでいる。⁽⁷⁾ドイツ民法典の歴史的 성격につき、ラートブルフは、「階級的意味においても、『市民的』な法典、すなわち市民的・自由主義的時代に即した法典、20世紀への先駆というよりはむしろ19世紀への総決算⁽⁸⁾」であると指摘する。また、ツヴェイゲルト＝ケッツは、次のように述べている。「この法典においては、ビスマルク帝国の社会情勢がそのまま反映している。この国家において指導的役割を果たしていたものは、その当時は、自由主義的志向をもった大ブルジョアジーであ

(7) ドイツにおいて、ドイツ民法典全体にしろ、個々のドイツ民法典上の法制度にしろ、その成立史を対象とした詳細な研究は、比較的最近まで欠いていた。その理由は、法学者の関心が民法典から新しく生ずる問題の解決に向いていたこと、いわゆる客観的立法解釈という支配的ドグマのゆえに歴史的な立法者意思の探求に対し法解釈学者が興味を失ったことにあった。しかし、1965年のシュューベルトの研究（W. Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, 1965）を嚆矢として成立史への関心が高まった（T. Vormbaum, Sozialdemokratie und Zivilrechtskodifikation, 1977, S. XXIV f.）。なお、我国において、民法典の形成を主としてその成立期におけるドイツ資本主義との関係で考察した研究として、田山輝明「内地植民問題を通じてみたドイツ民法施行法の一側面」早稲田法学会誌19巻（昭43）49頁以下。

(8) ラートブルフ＝碧海純一『法学入門』（昭45）109頁。

り、かれらは、ドイツ帝国の国民国家的枠内におけるプロイセン官憲国家の保守の勢力と和解していたのである⁽⁹⁾』と。このように、ラートブルフもツヴァイゲルト＝ケッツも、ドイツ民法典がいわゆる社会法的な新しい現象に対応を欠いている反面、旧来の社会関係、そしてその支配階級の利害を色濃く反映していることを指摘しているのである。こうしたドイツ民法典の歴史的な性格を具体的な法制度において——ここでは、ドイツ帝国の政治的支柱であった貴族的土地所有者にとって関係の深い不動産担保法の側面から明らかにすることになる。

以上の問題設定から、本稿は、ドイツ民法典編纂期の社会経済的背景——特に、不動産信用との係わりで——及びドイツ民法典の編纂過程にも詳しく触れることにする。

第1章 第1草案における不動産担保法の形成

第1節 民法典編纂過程と社会経済的背景

1 経済政策の変遷

ドイツ民法典の編纂は、1873年、ドイツ帝国憲法改正に基づき帝国の立法権限が債務法から民法全体に拡張されることによりその法的根拠を得た。そして、以後1896年の公布まで実に20年の長きにわたり編纂作業が続けられた。この時期は、経済史的にみれば、ドイツ産業資本が確立し、かつ金融資本へ移行する時期⁽¹⁾に当る。

1871年、ドイツ帝国の成立により、ドイツ関税同盟の結成（1834年）によって先行していたドイツの経済的・実質的な統一化が政治的にも達成されることになった。その結果、1875年の銀行法により帝国銀行を中心とする実質上統一の発券制度が採用され、全国的規模による通貨・信用制度が整備されドイツ

(9) ツヴァイゲルト・ケッツ＝大木雅夫『比較法概論 原論上』（昭49）270頁。

(1) 戸原四郎『ドイツ金融資本の成立過程』（昭38）145頁。

産業革命が完遂した。⁽²⁾ところが、ドイツ資本主義は、はやくも1873年恐慌を起点として90年代中葉に及ぶ『大不況』に直面する。この『大不況』は、穀物恐慌であった。それは、1840年から70年代にかけて繁栄の時代を迎えていたヨーロッパ農業、それにその穀物市場が「交通革命」⁽³⁾に起因するアメリカ、アルゼンチン、ロシア、インドなどの著しく低廉な穀物の流入によって激烈な構造変化を生ぜしめられたことによる。この大不況は、⁽⁴⁾ユンカー経営と小農経営が両極をなす構造をもつドイツ農業においては、「東部ではコンケル経営・大農経営の後退と半プロ・プロ層の農村流出、西部では、小農的階層における兼業化の進行と、⁽⁵⁾下層に土地もちの工業労働者の推積という傾向を示した。」

いずれにしても、1870年代のヨーロッパの穀物市場の構造変化にともなって、ドイツは、小麦輸出の最大の市場であったイギリスから駆逐されただけでなく、ドイツの都市人口の激増とあいまって1876年には小麦輸入も輸出を上廻るようになった。こうした背景の下で、これまで商業資本とともにドイツマンチェスター派の二大支柱をなし、自由貿易政策を支持してきた東エルベのユンカー階級も『穀物=家畜関税なくして鉄関税なし』と宣言して1870年代末には大工業の保護関税運動に合流し、1879年の関税改革を実現させたのであった。⁽⁶⁾しかし、この『穀物と鉄』との同盟による国内市場確保の政策は、農業恐

(2) 戸原・前掲書、145—146頁。

(3) アメリカやロシアやインドの鉄道網の発達、汽船による帆船の駆逐、世界的な電信網の形成、スエズ運河の開通など。

(4) 大野英二『ドイツ資本主義論』（昭40）35—36頁。

(5) 藤瀬浩司『近代ドイツ農業の形成』（昭42）507—508頁。

(6) それは、ユンカーが鉄関税撤廃による工業の躍進とそれにともなう農業労働力の欠乏及び労賃の上昇を怖れたからであった（大野英二『ドイツ金融資本成立史論』（昭31）138頁、以下、大野・成立史論と略す）。

(7) 恐慌と先進イギリスとの競争のため窮地に陥った大鉄鋼業の主導の下に行なわれた（参照、大野・成立史論140—142頁）。

(8) 大野・成立史論143頁以下。もっとも、保護関税導入過程において、ユンカーの諸団体（ドイツ農業評議会、租税=経済改革者協会、ドイツ農業者会議）の立場は一樣でなかった（参照、大野・成立史論145—146頁）。

慌の深化にともなうユンカー保護政策の強化と鉄鋼及び電機、化学工業の世界市場確保の要請との対立から矛盾に直面するに至った。⁽⁹⁾すなわち、高関税が外国との通商協定締結の際にドイツを最恵国として維持することを困難にしたのであった。

そこで1890年、ビスマルクの失脚後、宰相となったカプリヴィは、「われわれは輸出しなければならない。われわれは商品を輸出するか、それとも人間を輸出する。……国内市場はもはや十分でない」と述べ、1891—94年の間に、穀物関税率の引き下げと、それに対する工業製品輸出の障害の緩和を主とする通商協定をオーストリア、イタリア、ロシアなどと締結した。いわゆる「新航路」の経済政策への転換であった。⁽¹⁰⁾この経済政策の転換は、とりわけ穀作主軸のユンカーや大農にとって不利であった。そのため農業者同盟（1893年設立）やバイエルン農民同盟（1893年設立）などによる農業運動が激化した。⁽¹¹⁾しかし、90年代以降の農業政策は、この「新航路」政策に応じて可能な限りの農業保護・救済、他方では農業構造自体の改革の試みを基調としていた。前者の例として、ユンカーに不利益となっていた同一性証明 Indentitätsnachweis を廃止し、穀物輸出奨励金と同様の機能を果たした輸入証明書 Einfuhrscheine の導入、⁽¹²⁾外国人移動勤労者の大量流入の認可、後者の例として、プロイセンの内地植民 die innere Kolonisation の政策があった。⁽¹³⁾

(9) 大野・成立史論 159頁。

(10) 大野・成立史論 166頁以下、藤瀬・前掲書 519頁以下参照。

(11) 農業者同盟の運動の経緯につき、大野・成立史論 169頁以下に詳しい。なお、1892年の保守党大会にて決定された「ティヴォリ綱領」及び翌93年の農業者同盟の創立大会における綱領には抵当立法問題に関する項目が掲げられている（大野・成立史論 169、171頁）。

(12) この経緯につき、大野・成立史論 182頁、注(6)参照。

(13) 藤瀬・前掲書 523頁。なお、内地植民に関する法律学の分野からの研究として、田山・前掲論文がある。

2 不動産信用の動向

(1) 農村の土地所有

前述したように農業恐慌の結果、ユンカー経営においては労働力のプロレタリア化傾向・農村流出が激化した。このことは、「ユンケル経営内では、現金労力費の増大として現象し、照応して、あるいは土地所有者収入水準確保のための生産方法の改善に応じて、経営費、総じて経営資本の増大に帰結した。⁽¹⁴⁾」そして、この経営資本は、もっぱら抵当信用を通じて調達されたため、ラントシャフトの貸付残高は、70年代に急激に増加した。この事情をゴルツは、次のように述べている。「1840年に収益価格のおよそ70%を占めていた抵当負債額は、1875年には、その間に上昇した収益のせいぜい40%を現わしていた。非常に高い比率を占める負債もかつての時期には良き経営が行なわれれば、そんなに危険なものでなかった。というのは、純収益の上昇を近い将来に確実に見こすことができたからである。……しかるに、70年代の始めから経営費が上昇し、他方では、まもなく穀物価格が低落した。両者は、純収益の後退が生ずるや否や高い負債はわざわざに満ちたものとなった。同じ事情は、新しい抵当債務を得る動機と必要性を生み出した⁽¹⁵⁾」と。ところが、ユンカーたちは、その抵当債務を新しい信用で獲得することは不可能であった。というのは、収益の低落又は低滞は、資本所有者にとって余りにも危険が大きかったからである。ここに新しい信用困窮が生じた。そこで、プロイセンでは担保証券の販売市場を拡張するために中央ラントシャフト Zentrallandschaft が創設されたが⁽¹⁶⁾、その成果

(14) 藤瀬・前掲書510—511頁。

(15) V. d. Goltz, Art. Hypothekenschulden, in: Wörterbuch der Volkswirtschaft Bd. 1, 2. Aufl., 1898, S. 1076.

(16) 1873年5月21日、国王の裁可を受けて設立された。それは、9つのラントシャフトによる連合であり、担保証券の長所を有する統一的な有価証券を発行することにより、従来の流通範囲を超える投資証券 Anlagepapier を創造し、担保証券による信用につき、世界市場を獲得することを目的としていた (Hermes, Art. Landschaften in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. 6, 3. Aufl., 1910, S. 342.)。

は、はかばかしくなかった。こうした東部ドイツにおけるユンカー経営における過剰負債は、1880年から農業保護政策への移行を決定的にした。農業信用危機とユンカーの経済的破滅を防ぐためには、純収益すなわち農産物価格の上昇を図る以外に方法がなかったからであった。

他方、農民的土地所有における抵当負債は、例えばプロイセンでは、農場の収益価格との係わりでみれば、ユンカー農場に比して低かった。こうした土地所有の規模により抵当負債額が異なるという傾向は、農民的土地所有が支配的であった中・南部ドイツにおいては抵当負債額は一般にプロイセンにおける平均を越えないという事実にも現われていた。しかしながら、特に西南ドイツにおいて、無経験な中小農民が家畜や不動産の売買の際、高利貸の餌食になること稀れでなかった。小農民地の負債は、1870年末の農業恐慌において最高点に達していた。

(2) 都市の土地所有

1830年代に、人口の増加、産業革命の開始、とりわけ都市における工業生産が住宅への新しい需要を増大させ、それに従って負債額が上昇した。ベルリンにおける全不動産の抵当負債額の推移をみれば、不動産価値と抵当負債額との

(17) F. W. Henning, Die Verschuldung der Bodeneigentümer in Norddeutschland in ausgehenden 18. und in den ersten zwei Dritten des 19. Jahrhunderts, S. 300., in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. III, 1976.

(18) 1883年、42の区裁判所管轄下で行なわれた調査では、抵当負債は、平均をとれば、収益価格の37.3%であったが、規模別にみれば、大規模の世襲農場では、53.8%、中規模の農民地で、27.9%、小規模の農民地で、24.1%であった (Goltz, a. a. O., S. 1077.)。

(19) Goltz, a. a. O., S. 1077. なお、農民地における抵当負債の原因は、相続分割 Erbauseinandersetzung が主たるもので、ユンカーの農場では第1位とされた売買代金残額抵当は、僅か10%弱である (但し、最低30haという比較的大きな農民的土地所有の例)。vgl. Henning, a. a. O., S. 315—317.

(20) F. Steffan, Bodenrecht und Bodenkredit in Vergangenheit und Gegenwart, S. 291. in: Handbuch des Redlkredit, 1963.

割合は、1843年に53%であったものが、1866年には74%と著しく変化した。都市の不動産に対する抵当負債も都市の規模により違いがみられ、1867年では、ベルリン、ブレスロウなどプロイセンの大都市は、その価値の75%を占めるが、その他の中小都市は、50%にとどまっていた。更に、第1次大戦前には、大都市では、約90%、中都市では、約75%、小都市では、約67%に至っていた。⁽²¹⁾

こうして、都市の不動産の負債は、農地に比べ一層大きかったが、負債問題は、農地と同じようには生じていない。というのは、「都市の賃貸家屋 Miethaus は、たいていの場合、家族のための存続基盤を意味した農村地に比べるとはるかに強く投資的色彩を帯びていたからであった。」また、「大都市の家屋所有者にとって、高い負債は、それが賃料収入により耐え切れ、小額の自己資金により良き利子生みが手許に残されるならば、まさしく願ったりかなったりであった。というのは、その処分が容易であったからである。」⁽²²⁾

いずれにしても、かかる都市の不動産金融を担ったのは抵当銀行 Hypothekenbank である。1862年に設立されたフランクフルト抵当銀行が最初の抵当銀行であり、以後、1863年には3行、1869年には10行、1879年には、27行と急増し、担保証券発行高も、1863年を100とすれば、1869年、約2,340、1879年、約27,800と伸びている。⁽²³⁾

3 民法典の編纂過程 ——その(1)——

(1) 編纂前史

19世紀に入り経済的・政治的に統一が進むにつれて、法的にも統一の気運が

(21) Henning, a. a. O., S. 319ff.

(22) Steffan, a. a. O., S. 299. なお、抵当負債の原因をみれば、建築費用と土地売買によるものが年とともに、そして都市の膨張にともない大きなウエイトを占めるに至った (Henning, a. a. O., S. 322.)。

(23) Steffan, a. a. O., S. 299.

(24) Henning, a. a. O., S. 323f.

高まった。⁶⁹⁾ 民事法の領域についてみれば、プロイセン、バイエルン、ヘッセン、ザクセンなどのドイツ諸国において民法典編纂が着手されたが、完成したのはザクセンのみであった（1863年1月2日公布、1865年3月1日施行）。⁷⁰⁾ ところが商事法の領域では、ドイツ関税同盟の主導下で、1848年にドイツ一般手形令 Allgemeine Deutsche Wechselordnung が、また、ドイツ同盟の主導下で、1861年にドイツ一般商法典 Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch が編纂され、一足早く法的統一をなしとげた。しかし、この商事法における統一は、共通の債務法と訴訟法を欠いていたためその実効性が著しく損われた。そこで、1862年、ドイツ同盟は、両法の作成を決議し、これに基づきこの決議に反対したプロイセンを除くオーストリア、バイエルン、ザクセン、ハノーバー、ヴェルテンベルクなどの諸国が協力し、「債務関係に関する一般ドイツ法草案」(Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse)、いわゆる「ドレスデン草案」(Dresdner Entwurf) を起草したが、1866年6月14日、ドイツ同盟が崩壊することにより施行されずに終わってしまった。

民法編纂事業は、北ドイツ連邦の成立により新局面を迎えた。北ドイツ連邦

69) 以下、次の文献に依る。W. Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, 1966, S. 1—56., Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 1, 4. Aufl., 1913, S. XIX—XXXVI. 邦語文献として、石部雅亮「外国法の学び方——ドイツ法」法学セミナー 1975年6月号121頁以下、同8月号159頁以下が詳しい。

70) プロイセンでは、プロイセン一般ラント法(1794年)の改訂が意図されたが、他の諸国では、新規に立法作業が開始された。いずれにしても、この編纂作業がほとんど成果を生み出さなかった理由として、シュューベルトは、ドイツの政治的状況以外に、ラント法が学問上ほとんど取り扱われていなかったこと、立法能力ある法律家が欠けていたことを挙げている。vgl. Schubert, a. a. O., S. 7f., Planck's Kommentar, S. XXf.

71) 反対の理由として、同盟が権限を有していないこと及び王室を侵害することが挙げられた。しかし、同盟の憲法改正に対し、同盟の広汎な活動は望ましくないとするビスマルクの目論見が恐らく決定的だったといわれる(Enneccerus=Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 4. Aufl., 1952, S. 31. Anm. 4).

憲法（1867年7月1日施行）⁽⁸⁸⁾は、連邦の立法権限として民事訴訟法、破産法、商法、手形法、債務法を認めた。もっとも、「債務法」は、憲法草案には含まれていなかった。そこで、立法権限を債務法にも及ぼすべきとする国民自由党代議士ラスカー Lasker の提案と全民法の領域まで拡大すべきとの同じく国民自由党代議士ミケル v. Miquel の提案がなされ、前者が採択されたのであった。⁽⁸⁹⁾1871年、ドイツ帝国が成立し、同年4月26日、北ドイツ連邦憲法が改正され、帝国憲法として施行されたが、帝国の立法権限に関する規定は、従来と変わらなかった。それゆえ、ミケルとラスカーは、立法権限の拡大に関する提案を再三繰り返し、その結果、1873年12月4日、個別立法の無秩序な制定を恐れて憲法改正に反対していた連邦参議院も憲法改正に同意し、同時に個別立法によるこれ以上の法分裂を防ぐため民法典起草のための委員会を設置することを決議した。こうして、帝国の立法権限が民法全体に拡大され、民法編纂のための法的根拠が初めて確立した。⁽⁹⁰⁾

(88) この憲法は、「諸国家の同盟 Staatenbund であったものをプロイセンのヘゲモニーの下に立つ一つの連邦国家 Bundesstaat に変えた。」（ミッタース・世良晃志郎『ドイツ法制史概説』改訂版（昭46）539—540頁）

なお、北ドイツ連邦憲法の成立過程につき、山田晟『ドイツ近代憲法史』（昭38）45頁以下参照。

(89) 北ドイツ立憲連邦国会の最大会派、議員総数297名中80名を占めていた（参照、山田・前掲書59頁）。この政党は、ライン・ヴェストファーレン地方の重工業資本家を支持者とし（参照、村瀬興雄『ドイツ現代史』増補版（昭45）126頁）、ビスマルクの与党であった。ビスマルクは、ドイツ帝国の政治体制作りをこの国民自由党との協力により推進した（参照、木谷勤『ドイツ第二帝制史研究』（昭52）115—116頁）。

(90) ラスカーの提案理由は、商法の基礎として統一債務法が必要であること、ミケルのそれは、法の統一が政治的に必要であること、更に債務法を他の民法領域から分離して法典化することは不可能であることにあった。もっとも、ミケルらは、個別法を制定し、しかる後に包括的な民法典編纂に着手するのが現実的であると考えていた（Schubert, a. a. O., S. 11f.）。

(91) ヴィアッカーは、「全社会秩序にとって非常に重要な土地法、親族法、相続法の領域において、この時初めて自由主義が完全な支配権を獲得した」と評価している（F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, S. 469.）。

(2) 第1委員会の作業

1874年2月28日、連邦参議院は、プロイセンの司法大臣レオンハルト Leonhardt の提案に基づき、5人の法律家⁶²⁾からなるいわゆる準備委員会 Vorkommision に對しドイツ民法典草案起草においてよべき計画と方法に關し諮問した。同年4月15日、意見書が連邦参議院に提出され、直ちに司法委員会に付託された。司法委員会は、同年6月9日の報告で、この意見書に同意するとともに補足提案を連邦参議院に上程し、同年6月22日、連邦参議院は双方の意見書に同意した。

準備委員会の意見書は、第1部にて、民法編纂の内容と範圍に關し、第2部にて、民法典の起草のために設置される委員会の手続と作業方法に關し詳細な提案を述べている。これによれば、民法典は、「現行法典そして諸国家及び旧ドイツ連邦の委託にかかる個別法領域につき作成されている立法草案を考慮して、ドイツ帝国の全状況に應じた民法を今日の學問の要求に適った形式で編纂」し、個々の民法制度間に相違がある場合には、規定の法論理的帰結より生活の必要性和合目的性を顧慮して決定されるものとしていた。その他、委員会による草案作成、草案の形式などにつき触れられている。後者についてみれば、法原則は、學者の専門用語的な表現及び技術上の明確性と厳格性を失わせる通俗化の双方を回避すべきであり、法典の内容として、プロイセン一般ラント法のごときカズイスティックな方法は否定され、ナポレオン法典やザクセン民法典のように最重要な主導原理のみを含むものとしていた。しかし、この意見書は、専ら立法技術的問題に關心を払い、いかなる実体法上の原則が將來の法典の基礎に置かれるべきか、又、いかなる社会的主導原理が形成されるべき

62) ゴールトシュミット（ライヒ上級商事裁判所判事）、フォン・キューベル（上級裁判所長官）、マイヤー（控訴裁判所長官）、フォン・ノイマヤー（上級控訴裁判所長官）、フォン・ヴェーバー（上級控訴裁判所長官）であり、マイヤーが病気のためフォン・シェリンク（控訴裁判所長官）が代った（Planck's Kommentar, S. XXIII.）。

かには触れていなかった。⁶³⁾

1874年7月3日、連邦参議院は、ドイツ民法典第1草案作成を任務とする第1委員会の委員11名を任命した。⁶⁴⁾委員の選任にあたっては、代表的なドイツ諸国と法域が考慮されている。プロイセンから4名、バイエルン、バーデン、エルザス・ロートリンゲンから各1名である。法域別にみれば、普通法域、プロイセン一般ラント法域から各3名、フランス法域から2名、ザクセン法域から1名、ゲルマニストとロマニスト各1名といった配置である。職業別にみると裁判官6名、司法省官吏3名、教授2名である。⁶⁵⁾

かかる人的構成による第1委員会は、1874年9月17日から準備会をもち、準備委員会の提案に依拠しつつ草案の範囲と作業の進め方を決定した。これによれば、民法典の構成は、総則、物権法、債務法、親族法、相続法の五部とし、部分草案の起草をそれぞれゲーブハルト、ヨーホウ、フォン・キューベル、プランク、フォン・シュミットの五人に委託すること、重要な原理問題は委員会の決定によること、主たる審議はすべての部分草案が完成した後に開始するこ

63) Schubert, a. a. O., S. 16, 17.

64) 委員は、パーペ（ライヒ上級商事裁判所長官）、デルンシャイト（控訴裁判所判事）、ゲーブハルト（省参事官）、ヨーホウ（上級裁判所判事）、フォン・キューベル（上級裁判所長官）、クルルバウム2世（プロイセン司法省参事官）、プランク（控訴裁判所判事）、フォン・ロート（教授）、フォン・シュミット（省参事官）、フォン・ヴェーバー（控訴裁判所長官）、フォン・ヴィントシャイト（教授）であった。後に、ヴィントシャイトが辞職し、病死したフォン・キューベルに代ってロー法教授フォン・マンドリイが補充された（Planck's Kommentar, S. XXIV-XXV.）。

65) Vgl. Schubert, a. a. O., S. 19.

66) 補助委員の出身地につき、プロイセン3名、ザクセン、ヘッセン、メクレンブルク、ブルテンベルク各1名であった。vgl. Planck's Kommentar, S. XXV.

67) 準備委員会は、委員としてペーゼラー、プルンス、イエーリングを提案したが、時のプロイセン司法大臣兼連邦参議院司法委員会委員長であったレオンハルトは、これに対し、「教授ばかりをお望みか」と答えたという（Schubert, a. a. O., S. 19. Anm (92)）。

68) 具体的には、vgl. Planck's Kommentar, S. XXV-XXVI.

⁽³⁹⁾と、そして審議方法は、まず第1読会で個々の部分草案を実定法に限りて確定し、その後主報告者が部分草案を内容、形式につき全体草案へと構成し、第2読会でその表現及び形式を最終的に確定することになっていた。そこで第1委員会は、1881年10月4日、主たる審議を開始し、1887年9月30日まで部分草案の審議を行ない、9月20日から12月16日にかけて委員会草案を起草した。⁽⁴⁰⁾そして、12月27日の報告書により、2164条からなる第1草案が帝国宰相に提出され、更に翌1888年1月12日、連邦参議院に上呈された。そこで連邦参議院は、1月31日に第1草案を理由書⁽⁴¹⁾とともに公表することを決定したのである。

第2節 ヨーホウの物権法草案

第1委員会において、物権法の部分草案作成は、ヨーホウ Johow が担当したが、彼は、アヒレス、マルティニ、フォン・リーベを助手として6年がかりで草案を完成した。⁽⁴²⁾ヨーホウたちは、ドイツ民法典は基本的には当時の法律状態を再現すべきであるとの準備委員会の提案に応じて、ドイツ帝国に適用されている物権法の諸規定、とりわけ動産担保及び不動産担保につき広汎に立法資料を収集した。⁽⁴³⁾これらの資料に基づき作成された部分草案は、理由書によれ

⁽³⁹⁾ 1879年に相続法が、1880年に親族法と物権法が、1881年に総則が完成した。債務法は、フォン・キューベルが病死したため完成せず、ドレスデン草案が審議の基礎とされた。

⁽⁴⁰⁾ 第1委員会は、民法典の起草以外に、施行法、土地登記令、不動産執行に関する法律、非訟事件に関する法律の草案を作成した。

⁽⁴¹⁾ この理由書は、各部分草案の理由書や審議録をもとに部分草案の担当者やその補助委員により編集されたものだが、第1委員会の裁決を受けていない。vgl. Planck's Kommentar, S. XXVIII., Schubert, a. a. O., S. 34f.

⁽⁴²⁾ この部分草案は「当時の立法や草案の物権法、またザクセン民法典の物権法にも劣」らず (Schubert, a. a. O., S. 27), 「非常な丹誠さと模範的な明晰さをそなえた作品であり、すべての後続する作業のために基盤を提供した」 (J. W. Hedemann, Die Fortschritte der Zivilrechts im XIX Jahrhundert, 2. Teil 2. Hälfte, 1935, S. 271. 以下, Hedemann, Fortschritte II②と略す) と評価されている。

⁽⁴³⁾ Schubert, a. a. O., S. 26.

ば、「これまでの地方法における不動産法の多様性は判決が下される。私法の最重要な部分の一つが分裂していることは耐えがたく、実生活の必要から切に分裂の解消が望まれる」とし、プロイセン法とメクレンブルク法を模範とすることを明らかにしている。土地登記簿制度を中心に置き、登記は、物権の成立要件であり、そこで、善意の第三者を保護し、登記簿は、すべての利害関係人に公開される。他方、抵当権を集約し、証券化と流通力向上に力を注いでいる。⁽⁴⁴⁾

ヨーホウたちが参照した立法資料は、プロイセン一般ラント法、ザクセン民法典、ヘッセンとバイエルンの草案などドイツ諸国の多くの土地登記法や担保法、外国法として、オーストリア民法典、チューリッヒ私法典、1879年のスイス債務法と商法の草案など、普通法については、ヴィントシャイトのパンデクテン教科書、ドイツ法については、シュトーベのドイツ私法教科書などである。その他、物権に関する論文には広く注意を払っているが、判例をほとんど利用していない。また、国民経済学や社会学関係又は統計など非法学的文献についても同様であった。⁽⁴⁵⁾そこで、ヨーホウたちは、「専ら、18世紀末ないし19世紀前半にその基盤がある現行法を資料として利用した。それに1872年の比較的新しいプロイセンの不動産法も、従来の法律が、パンデクテン法学により影響を受けて発展したものには他ならなかった。また、ヨーホウとその助手は、前産業時代の、つまり、一部には自由市民の、一部には貴族的、家父長的社会の

(44) この部分草案は、「ドイツ諸国に適用されている土地登記法をその歴史的かつドブマの側面から論究し、この広汎な基礎の上に現代取引観念に応じた物権法を構築した。」(H. Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, Bd. 1., 1904 S. 21.)そして、本草案の一般的な土地登記法規定を補充する意味で、1883年、土地登記令が起草された。この土地登記令草案は、ドイツ帝国のために形式的な土地登記法の統一的な編纂を行なうことを目的とし、管理技術的規定は、ラント法に留保された。vgl. Oberneck, a. a. O., S. 22.

(45) Hedemann, Fortschritte II ②, S. 271.

(46) Schubert, a. a. O., S. 29.

要請に広く応じていた現行法を検討したのであり、その結果、それが産業化に基づく新しい社会的・経済的關係にも適っているのか否かにつき検討したわけではなかった。彼らは、後の全体委員会と同じく、ドイツ帝国の現行法をできるだけ矛盾なき私法制度へと構成することで満足したのであった。⁽⁴⁷⁾

不動産担保についてみれば、その特色として、プロイセン法及びメクレンブルク法に大きく倣っていることである。例えば、所有者抵当（381条以下）、抗弁の切断（390条）、証券の引渡による抵当権の譲渡（399条）などがそうである。⁽⁴⁸⁾ 不動産担保権の型式は、プロイセン法の土地債務に該当する独立的抵当権を主たる型式とし、これに附従的な保全抵当権を併存させている。本草案が、プロイセン法の例とも異なり、流通抵当として独立的抵当権のみを採用したのは、理由書によればこうである。

第1の理由は、ドイツにおける抵当権の発展傾向に従ったことである。⁽⁴⁹⁾ もっとも、ドイツの抵当立法例のうち、当時、独立的抵当権を採用していたのは、ハンブルク、リュースベック、メクレンブルクそしてプロイセンの各法にすぎず、他の立法例は、抵当権の附従的性質を放棄してはいなかった。しかし、理由書は、かかる立法例においても、抵当権の取得が公信の原則の保護下に置かれ、更にこの保護が、被担保債権が抵当権の有効性の条件である限りで債権にまで拡大されていることにより、「實際上、抵当権は、独立的権利として現われる」ことを指摘する。それゆえ、「ローマ法の理論を現代の抵当権法に利用することに異議を唱え、抵当権の存続要件を人的債務関係以外の要素」すなわち「抵当権設定者の意図」に求める方が「首尾一貫している」と。こうして人的債務関係から独立した抵当権の「論理的可能性」を主張する。⁽⁵⁰⁾

⁽⁴⁷⁾ Schubert, a. a. O., S. 29.

⁽⁴⁸⁾ Hedemann, Fortschritte II ②, S. 272—273.

⁽⁴⁹⁾ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsch Reich. Sachenrecht, Begründung, 1880, S. 1483. (以下 Begründung 1880 と略す)。

⁽⁵⁰⁾ Begründung 1880, S. 1487.

第2の理由として、実質上の必要性を挙げている。まず、土地所有者と資本家の双方の利益にそう流通性ある抵当権の形成に適していることである。⁽⁵¹⁾ 抵当権の有効性が人的債務関係と係わらないことから登記官のいわゆる実質的審査を免れ、債務関係を登記簿及び抵当証券に記載する必要がなくなること、更に公信の原則を被担保債権へ拡大する場合より保護が厚い。以上のことから、独立性のドグマにより、「登記官庁の業務負担の軽減、抵当業務の迅速かつ確実な処理、土地登記簿の簡潔な表現、理解の容易な抵当証券、無効な登記の排斥、債権者に対する訴訟上の確実性、そして、すべてこれらの要素が作用することにより不動産へ必要な資本の流れを保証する流通能力ある抵当権」が形成されると。次に、独立的抵当権は、実務において定評があることである。独立的抵当権が機能していたハンプルク、リュウベック、メクレンブルクでは言うに及ばない。ただ、プロイセンでは、土地債務につき否定的評価はなされてはいないものの、その利用度は、期待に反して低かった。しかし、理由書は、それを⁽⁵²⁾ 土地債務制度自身に基づくものでなく、むしろ附従的抵当権が並存するという「歪んだ関係」から生じるものとする。すなわち、プロイセンの所有権取得法は、どの型式を利用するかを当事者に委せているわけであるが、この場合、「プロイセンの抵当権と土地債務との限界が明瞭でないため、どちらの型式を優先するか判断は、生活の実際上の必要性に対する評価よりむしろ、法的な論理一貫性と構成を考慮して行なわれる。」土地所有者と資本家の大多数は、抵当権と土地債務との概念的区別を理解しておらず、土地債務の利点がほとんど評価されていないとする。そこで、「公衆が抵当権の型式を好むのは、土地債務を十分理解していないことに基因すると言うことが許されよう。この信用型式の正しい理解が広汎な層にとって困難かつ遅いのは、二種の型式を同じ価値で並存させるという法律自身に問題がある。抵当権は、第三者の手許におい

⁽⁵¹⁾ 以下, Begründung 1880, S. 1489—1491. による。

⁽⁵²⁾ Begründung 1880, S. 1493—1494.

ても附従的性格を保持するとき、土地債務と並存する資格を有するにすぎない。さもなくば、抵当権は、土地債務の中に霧散してしまう。本質的に同一の機能を有する二種の型式は、体系の統一性を乱し、取引を混乱に導く」と。

他方、保全抵当権を併存させることに関して、将来発生し、かつ未確定の債権を担保する場合の必要性を指摘する⁵³⁾。加えて、「草案の作成につき決定的なことは、プロイセン領域を別として、南・中部ドイツにおける立法がこれまで附従的抵当権を堅持してきており、また実際上の必要性につき述べられている理由に確実に反論しえないことである。」そこで、「民法典には、独立的抵当権と並べて附従的抵当権を担保抵当権 *Kautionshypothek* の意味で採用するのみならず、具体的な場合に、独立的抵当権を設定するのか、債権に附従する抵当権を設定するのかの選択権を当事者に与えることが適切と思われる」と。

しかしながら、こうしたヨーホウの立場は、部分草案の審議の過程で、1884年11月28日の会合にて放棄されてしまった⁵⁴⁾。

〔未完〕

⁵³⁾ 以下、Begründung 1880, S. 1513—1514. による。

⁵⁴⁾ H. Dernburg, Das bürgerliche Recht der Deutschen Reich und Preußens, Bd. III, 1904, S. 613. Anm (1)