

# ドイツ民法典における不動産担保法 の形成過程 (2)

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24巻2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（以上本号）

##### 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 第2委員会における審議

##### 第2節 第22回ドイツ法曹大会における議論

##### 第3節 帝国議会における議論

### むすび

## 第3節 第1草案の不動産担保法の構造

ヨーホウの部分草案を基礎として起草された物権法草案（第1草案）において、不動産担保は、第9章「担保権及び土地債務」のうち、第1節と第2節に規定されている。<sup>(1)</sup>

---

(1) 次のような構成になっている。

#### 第9章 担保権及び土地債務

##### 第1節 不動産上の担保権（抵当権）

I 抵当証券の交付されない抵当権 1062—1105条

II 抵当証券の交付される抵当権（証券抵当権） 1106—1124条

III 保全抵当権 1125—1134条

この第1草案における不動産担保法の最も大きな特色は、不動産担保型式の多様性である<sup>(a)</sup>。この点は、第1草案が公表された際に重要な批判点の一つをなした。そこで第1草案における不動産担保法制の構造について、第1に、立法者（第1委員会）がドイツの抵当信用をいかなるものとして捉えたのか、そして、それとともに何故に担保型式の統一を図らなかったのか、第2に、特にプロイセンおよびメクレンブルクにおいて努力が払われてきた物的信用の向上、法的には、抵当権の流通性の向上がこの多様な不動産担保型式においていかに実現されているのかを検討する。

## 1 不動産担保に対する基本的思想

### (1) 立法者の意図

現由書は、ドイツにおける物的信用の経済的・政治的・法的意義につき次のように述べている。<sup>(4)</sup>

土地の取得、遺産分割、建物の建築・維持、農業経営などにおける貨幣需要には物的信用が利用されるが、とりわけ、

「ドイツにおけるように土地所有者の自己経営が通常であるところでは、不動産は、たいていの場合に、物的信用の助力により取得され、維持され、利用される。立法が国家の最大の基盤としての土地所有者の利益を保護し、推進するという任務を疑いなく有しているならば、立法は、その証をとくに物的信用

---

### 第2節 土地債務

1135—1144条

なお、第1草案は、Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. ausgearbeitet durch die von den Bundesrathe berufene Kommission, 1888. によった。

(2) J. W. Hedemann, Die Fortschritte der Zivilrechts im XIX Jahrhundert. 2. Teil 2. Hälfte, 1935, S. 273.

(3) 第1草案における不動産担保権の概略につき、Otto Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 373—382. が便利である。

(4) 以下, Motive zu den Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band III. Sachenrecht. (以下, Motive III と略す) S. 598 ff.

に示すよう努力しなければならない。私法の領域において、かかる任務は、本質的に、目的に適った抵当権の形成、または不動産の信用負担がなされる法的型式にある<sup>(5)</sup>」と。

このように、立法者の任務を明らかにしたうえで、抵当投資の確実性を保証する法的手段を示して、

「土地所有者は、上述の目的のために、比較的多くの額を、しかも、低利でかつ長期間必要とする。というのは、土地所有者が得るところの収益は、土地所有者に与えられた資本の通常の利息を僅かしか越えないのが普通であり、結局長年たって始めて債務償還のための資金をもたらすにすぎないからである。

にもかかわらず、資本所有者の社会において、抵当貸借に対する人気が存在するとすれば、その原因は、土地と結びついている義務の履行に関して土地が与える確実性にあること疑いない。資本所有者は、その確実性を条件づける事実上の諸関係のみを考慮すればよく、これに対し、確実性を損う恐れのある担保不動産上の権利関係は明らかにされており、さもなくば、それを自己に設定され、または譲り受けた抵当権に対しては主張されないことを要求する。更に、資本所有者は、抵当権がその目的物を最も広範囲で捉え、迅速かつ余計な手続なく実行され、元本と利息は土地登記簿上自己に優先していないあらゆる請求権とは別に不動産から取り立てることができることを要求する<sup>(7)</sup>」と。

---

(5) Motive III, S. 599.

(6) 理由書は、抵当権の効力の及ぶ範囲を規定した第1草案（以下、IEとする）1067条の規定につき、「物的信用は、登記により取得する確実性が債権者に対し抵当権の実行まで維持されることにより本質的に条件づけられている。この目的を達成するために、不動産は、その法的存在においてのみならず、確実性に影響を及ぼす経済的存在においても債権者の物権に従属しなければならない。それゆえ抵当権は、ローマ法により引き当てとなっている対象に限定されず、すべての不動産の経済的存在をなす対象にまで……原則として拡大する」とし、その例として、果実、果実に代る用益賃貸借及び使用賃貸借の賃料債権、担保不動産の保険金請求権などを挙げている（Motive III, S. 651.）。

(7) Motive III, S. 599.

そこで、こうした資本所有者＝抵当権者の要請に応じるために、基本原則として「登記の原則」Eintragungsprinzip<sup>(8)</sup>と「公信の原則」Offentlichkeitsprinzip<sup>(9)</sup>とを採用している。この立場が従来の流れを受け継いでいること言うまでもない。

他方、不動産担保の型式は、大別して、四種のものを並存させている。図式化すれば、次のようになる。<sup>(10)</sup>

(8) 「確実かつ豊富な物的信用は、登記された抵当権以外の抵当権が法律上許されないときのみ得ることができる。」(Motive III, S. 601.)

(9) 登記簿の公信は、抵当権のみならず、被担保債権にまで拡大されている (IE 1083 条)。というのは、その場合にのみ、「物的信用の需要が完全な満足を期待できる」(Motive III, S. 602.) からである。

(10) 現行ドイツ民法典の不動産担保権を図式化すれば、次のようになる (参照, 山田晟『ドイツ法概論Ⅱ〔新版〕』(昭48) 192頁。柚木馨＝高木多喜男『担保物権法〔新版〕』(昭48) 191頁以下。)



抵当権	抵当証券の交付されない抵当権
	Hypothek ohne Hypothekenbrief
	抵当証券の交付される抵当権
	Hypothek mit Hypothekenbrief
	保全抵当権 Sicherungshypothek
	担保抵当権 Kautionshypothek
	強制抵当権 Zwangshypothek
	仮差押抵当権 Arresthypothek

## 土地債務 Grundschild

### (2) 土地債務と抵当権

第1草案は、ヨーホウの物権法草案と異なり、流通抵当として独立的抵当権たる土地債務と附従的性質を有する抵当権を並存させている。理由書は、土地債務につき、ヨーホウの物権法草案理由書とほとんど同様の評価を下し、土地債務がその実績、機能からみて、附従的抵当権と同程度に法的型式としての物的信用に役立つとするならば、「民法典に、どちらか一方が採用されるべきか否か、又は双方とも採用されるべきかの問題が生じる」ことを認めている<sup>(11)</sup>。理由書は、この問いに対して、ドイツ諸国における土地債務の扱いをみた後に、「もし、抵当権がこれまで帝国の大部分において物的信用を媒介したように、抵当権を保持する実務上の必要性が疑いないとすれば、民法典は、土地債務を使用する意思のない者に純粋な保全抵当権を指示することで満足してはならない。」とヨーホウとは別の判断を示し、「むしろその人々には、所有権取得法に関するプロイセン法の適用領域においては、物的信用の需要を満足させるために抵当権が土地債務とならび、他方、とりわけバルツを除くバイエルン及びザクセン、ヴルテンベルクのような他の諸国においては、抵当権が専ら与えている機

(11) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Begründung, 1880, S. 1487., Motive III, S. 607—608.

(12) Motive III, S. 608.

(13) 土地債務がプロイセンにおいてすら、期待に反して利用度が少ないという現状を指摘している (Motive III, S. 609.)。

能を将来も与えることができる抵当権型式を、すなわち、被担保債権に関する抗弁にさらされても土地登記簿の公信が物権に与える保護を享受する抵当権を指示しなければならない<sup>(14)</sup>とした。こうして、物的信用の地域性を考慮して土地債務と流通性の高い附従的抵当権との並存を選択している。

他方、理由書は、土地債務の採用に反対する見解に対して次のように反論している。土地債務排除説の理由とするところは、(1)抵当権が土地債務と同一の目的を達成しうる能力を有していること、(2)土地債務を法的に構成することが困難であること、(3)法律が取引に疎く経験のない者に対し人的に責任を負わない資本を不動産に課せる可能性を与えるとときに生じる危険などであった<sup>(15)</sup>。これに対し、理由書は、(1)人的に責任を負うことなく不動産に資本を導入することに利益を有する不動産所有者を顧慮すべきこと、(2)所有者抵当は、抵当権に独立性のドグマを認めることによってのみ法制度のなかでうまく適合すること、(3)独立的抵当権が市民権を得ている領域では、その排除は取引に対し非常に不利益となること、(4)土地債務を法的に構成することが困難であるとしても、そのことは土地債務の法的不確実性 *Rechtsunsicherheit* を生ぜしめていないこと、また、その法的構成は、学問の任務であること、(5)排除説の理由(3)は、土地債務の場合に限らず、被担保債権が抽象的な債務承認 *Schuldanerkenntniß* や債務約束 *Schuldversprechen* の場合にも言えることなどを指摘している<sup>(16)</sup>。結局、「法典における双方の負担型式 *Belastungsform* の規定は、所与の場合に当事者が最も適しているとみなす型式を選択する権利を当事者に与えることを目的としている<sup>(17)</sup>」のである。

こうして並存する抵当権と土地債務は、理由書によれば、概念的には対立しており、融合は不可能とされる<sup>(18)</sup>。この対立は、まず人的責任と物的責任との関

---

(14) Motive III, S. 609.

(15) Motive III, S. 609—610.

(16) Motive III, S. 610.

(17) Motive III, S. 611.

(18) Motive III, S. 609.

係にある。土地債務において、設定者は人的に責任を負っておらず、土地債務権者は、不動産を当てにすることができるにすぎない。抵当権において、人的責任は被担保債権によって決まる。この区別から、抵当権につき、その責任を不動産に限定することは許されない。<sup>(19)</sup>次に、所有者名義による担保設定は、被担保債権を条件としない土地債務にのみ許される。<sup>(20)</sup>

### (3) 抵当証券

第1草案は、<sup>(21)</sup>抵当証券制度を導入している。土地債務には、必ず抵当証券が交付されねばならず (IE 1138条)、抵当権には、抵当証券の交付される証券抵当権 Briefhypothek を認めている (IE 1106条)。理由書は、抵当証券制度の導入につき、その抵当取引における役割を指摘して、「抵当証券は、実務において、その実効性が十分証明されている。取引はとくに好んで抵当証券を利用し、これにより資本提供者を物的信用に向わしめる流動性 Beweglichkeit を享受している。プロイセンの大部分の領域において、100年以上、そして、他の諸国においては、別の名称が示されたり、別のものが形成されたが、いずれもその廃止が本気で試みられることなく抵当取引を媒介しているし、民法典から<sup>(22)</sup>抵当証券をなくすることは考えられない。」とその理由を述べている。

こうして、「証券の主たる目的は、<sup>(23)</sup>抵当債権の譲渡を容易にすることである。」しかし、証券の引渡による抵当債権の譲渡は、登記の原則からの離脱を意味する。そのため、理由書は、証券の引渡が登記簿への登記と同様の確実性を有するように次の二点を顧慮している。まず、抵当債権を譲渡により、又は強制執

---

(19) Motive III, S. 611.

(20) Motive III, S. 611—612.

(21) 理由書は、抵当証券の歴史的発展及びその制度につき、プロイセン、メクレンブルク、オルデンプルク、ブラウンシュヴァイク、ヴルテンベルク、ヘッセン、バイエルン、ヴァイマル、ザクセン、フランス法域につき概略している (vgl. Motive III, S. 612—615.)。

(22) Motive III, S. 615.

(23) Motive III, S. 615.

行における転付により譲り受けた抵当証券の所持人が抵当権を処分する場合に、その処分は、譲渡証書が既登記債権者に遡及できるときは所持人自身が債権者として登記を取得した場合と同様の効力を有すること、更に、土地登記簿からも、<sup>(24)</sup> 抵当証券又は譲渡証書からも明らかでない相次譲渡の前主 *Vormann* における権利の瑕疵は、それが取得の際に他の方法で取得者に知られていても、取得者に主張しえないことである。<sup>(25)</sup>

かかる抵当証券の所持人の利益保護に対し、抵当権設定者の利益保護は、抵当権者は抵当証券と取得証書とを抵当権設定者に呈示して自己が債権者であることを証明しなければならないということによりはかられている。<sup>(26)</sup> このことから、抵当証券は、指図証券 *Orderpapier*、とくに手形に類似している。ちなみに、両者の主たる相違は、前者においては譲渡表示が、後者においては裏書が権利移転の証明となることにありとされる。<sup>(27)</sup>

第1草案は、抵当証券の交付されない抵当権＝登記簿抵当権 *Buchhypothek*をも認めている。その理由は、「抵当証券の交付される抵当権（証券抵当権）は、帝国の大きな領域で物的信用の不可欠の基盤であるが、土地登記簿だけで抵当取引を媒介している領域にてこの状態を変える必要性はこれまでなかった」し、加うるに、プロイセン法やメクレンブルク法においても抵当証書の交付を放棄することが許されていたからであった。そして、双方の抵当権を並存させることは、これにより法的統一が害されることなく、「ある領域では、この型式が、他方、別の領域では、他の型式が目的において勝るという実際上の結果」を生ぜしめることになるうと。しかも、「登記簿抵当権は、その適用領域において、<sup>(28)</sup> 実際上の必要を充足するために、証券抵当権と同価値で——それ

<sup>(24)</sup> この考えの現われが IE 1114条後段。

<sup>(25)</sup> この考えの現われが IE 1114条前段。

<sup>(26)</sup> *Motive III*, S. 616—617.

<sup>(27)</sup> *Motive III*, S. 617. この考えの現われが IE 1117条。

<sup>(28)</sup> *Motive III*, S. 617.

<sup>(29)</sup> *Motive III*, S. 617.



が取引に適するように形成されているのと同じように——並存しなければならない。」<sup>(30)</sup> こうして、証券抵当権と登記簿抵当権は、同じ価値を持つものとされているが、第1草案の規定の仕方からも明らかなように登記簿抵当権が通常例 Regelfall となっている。理由書によれば、第1草案では、不動産上の権利は、必ず証券が発行される土地債務を別とすれば、土地登記簿を前提として秩序づけられており、登記簿のある種の機能を抵当証券が担う抵当権を認める場合には、通常の関係の変更がある。そこで、まず登記簿抵当権が規定されるとしている。<sup>(31)</sup>

#### (4) 保全抵当権

登記簿抵当権、証券抵当権、土地債務については、物的信用のために登記簿の公信など、流通性を向上させる法的技術が駆使されている。第1草案は、かかる考慮をする必要のない場合のために保全抵当権を設けている。例えば、当事者が抵当権を取引の目的にする意図を全く持っておらず、ただ債務履行の担保にすぎない場合、<sup>(32)</sup> 抵当権が取引に入らない関係にある場合、<sup>(33)</sup> いわゆる信用抵当権 Kredithypothek の場合などである。こうした事例においては、抵当権は、当事者の設定目的によれば、被担保債権が有効に成立しており、消滅していない限りで実行できる。そこで、登記簿の公信を債権へ拡大すること、善意の取得者に対する抗弁の制限、抵当証券の交付、告知における土地所有者の資格証明、抗弁の保持のための仮登記、所有者抵当は、いずれも認められない

---

<sup>(30)</sup> Motive III, S. 618.

<sup>(31)</sup> Motive III, S. 617.

<sup>(32)</sup> とくに、被後見人の財産管理から後見人に対して、又は職務執行から官吏に対して生じる債務のために抵当権が設定される場合などである (Motive III, S. 619.)。

<sup>(33)</sup> 継続的に与えられる信用のために抵当権が設定される場合である。ここでは、継続的な関係の終了時に存する債権のみが担保される (Motive III, S. 619.)。なお、担保抵当権 Kautionshypothek, そしてドイツ民法典の最高額抵当権 Höchstbetragshypothek の生成につき、鈴木祿弥「近代ドイツにおける抵当権法発達史補論——信用抵当制度の生成について——」・鈴木・五十嵐・村上編『概観ドイツ法』(昭和46) 135頁以下所収を参照。

(IE 1125, 1127, 1128条)。

## 2 不動産担保権の流通性

前述したように第1草案が規定している基本的な四種の不動産担保権のうち登記簿抵当権、証券抵当権、土地債務の三種は、物的信用のために流通能力あるものとして構成されている。そこで、その法的構成につき、担保権の譲渡方法と担保権の善意取得者保護を中心に検討する。

### (1) 登記簿抵当権 Buchhypothek

(イ)概念 登記簿抵当権の概念につき、IE 1062 条1項は、「(1)不動産は、抵当権の目的とすることができる。抵当権者は、確定された金銭債権のために、その不動産から弁済 Befriedigung を請求することができる (抵当権)。」と規定している。この概念規定は、本質的には、当時のドイツの大部分の領域に適用されていた諸法<sup>64)</sup>のそれを継受するものであるが、債権額の確定を留保して設定される保全抵当権と区別する意味でより狭くなっている。そして、抵当権を不動産の負担 Belastung としていることから、その設定は、強制執行の場合を別として契約と登記によることとなる (参照、IE 828条<sup>65)</sup>)。

抵当権の消滅は、法律行為による場合には、契約と登記簿の抹消 Löschung による (IE 1091条)。担保不動産の所有者が債権者に弁済することのみでは抵当権は消滅しない (IE 1094条1項)。この場合、所有者が債務者でないとき、債権は抵当権とともに所有者に移転する (IE 1094条2項)。他方、所有者が債務者であるとき、抵当権のみが所有者に移転する (IE 1094条3項)。所有者抵当 Eigentümerhypothek の成立である。また、債権と債務が担保不動産の所有者の下で混同し、債権が消滅しても、抵当権は所有者抵当として存続する (IE 1097 条)。この所有者抵当は、債権のない純粋な物権として規格化され

<sup>64)</sup> ドイツ民法典 (BGB) 1113条に該当。

<sup>65)</sup> プロイセン、バイエルン、ザクセン、ヴルテンベルク、ヘッセンなど、vgl. Motive III, S. 633. Anm. (4)

<sup>66)</sup> Motive III, S. 633. その他、とくに vgl. Motive III, S. 170—171.

ている (IE 1098—1100条)。

所有者抵当が認められているのは、「一面、物的信用の正当な利益を帝国の大きな領域において保護し、かつ、推進するため」であり、「他面、先に成立している権利と所有権との混同から、後に現われた権利者に全くいわれない利益が生じることを妨ぐため」である。<sup>(37)</sup>そして、第1草案の所有者抵当は、理由書によれば、登記簿の公信の債権への拡張 (IE 1083条) とならび、<sup>(38)</sup> 抵当権の附従的性質に対する例外事例として捉えられている。

なお、第1草案の規定する所有者抵当は、本質的にプロイセン法に倣ったものであるが、<sup>(39)</sup> 第2草案と現行ドイツ民法典のそれは、プロイセン法に比べ拡大されている。<sup>(40)</sup>

(ロ)譲渡方法 抵当権の附従的性質から、<sup>(41)</sup> 「債権の譲渡とともに抵当権は新債権者に移転し」、「債権は抵当権なしに、抵当権は債権なしに譲渡することはできない」 (IE 1086条, BGB 1153条)。そこで、<sup>(42)</sup> 抵当債権の譲渡は、法律行為による不動産上の権利の取得に関する規定 (IE 828—833条) が準用され (IE 1087条1項)、<sup>(43)</sup> 契約と登記による。(BGB 1154条3項参照) これは、「<sup>(44)</sup> 抵当債権と抵当権の双方の譲渡が同一の原則に従うという規定のみが、<sup>(45)</sup> 抵当権と債権を概念的に分離できないという事情と取引の必要性に応じて」おり、しかも、<sup>(46)</sup> 抵当債権の経済的意義が債権者の物権にあるため物権法によるというにある。

---

<sup>(37)</sup> Motive III, S. 203, 719, 726.

<sup>(38)</sup> Motive III, S. 720.

<sup>(39)</sup> ただ、プロイセンの所有権取得法63条は、所有者が債務者の場合とそうでない場合とを分けていない。vgl. Motive III, S. 725—726, 733.

<sup>(40)</sup> Vgl. H. Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. III. Sachenrecht, 1904, S. 645—648.

<sup>(41)</sup> Vgl. Motive III, S. 706, 707.

<sup>(42)</sup> 抵当権の移転には、IE 828条の規定が準用される。というのは、「草案によれば、移転及び負担設定における直接の対象は、<sup>(43)</sup> 抵当権でなく、<sup>(44)</sup> 抵当権が設定されている債権だからである。」(Motive III, S. 172.)

<sup>(43)</sup> Motive III, S. 705.

抵当債権の譲渡について、登記を必要とするか否かにつき立法例は対立していた。<sup>(44)</sup>第1草案は肯定したが、次のような理由を述べている。まず、登記簿には不動産の権利関係ができるだけ事実在即して表示されるべきという登記簿制度の一般原則は、抵当権と債権の結びつきにおいて抵当権のみならず債権についても妥当する。そのため、抵当権の設定には債権の登記も必要とし（IE 1064条）、登記簿の公信は、債権にも拡張されている（IE 1083条）。そこで、譲渡においても抵当権の移転がIE 828条に基づき登記簿を媒介としている以上、債権を抵当権に従わせるのが首尾一貫していると。<sup>(45)</sup>理由書は、更に、このことが抵当債権の譲受人及び所有者にとっても利益になることを指摘する。前者は、抵当債権が譲渡人のものであるか否かにつき、後者は、誰れが自分の債権者であるのかにつき利害を有し、それを登記簿から知ることができるからである。<sup>(46)</sup>そして、抵当債権の譲渡に登記の原則を適用することで問題とされた取引阻害に対する懸念は、抵当権の移転につき登記の原則を採用しているザクセンその他の諸国において、かかる阻害事実が何ら報告されていないとして斥けられている。<sup>(47)</sup>

い善意の抵当権譲受人の保護 IE 826条は、不動産に関する権利又はそれに関する権利を土地登記簿に登記した者はその権利を取得したものと推定すると規定している（登記簿の公信規定）が、この規定が抵当権にも適用されるこというまでもない。<sup>(48)</sup>この規定は、抵当権の有効性が被担保債権とは係わりのない事

(44) 拙稿「プロイセンにおける投資抵当権成立史」民商法雑誌75巻3号（昭51）481頁参照。

(45) Motive III, S. 707—708.

(46) Motive III, S. 708—709.

(47) Motive III, S. 709.

(48) IE 826条の規定により、「物権の権利主張が本質的に簡単になり、とりわけ所有権の主張 Vindikation ならびに抵当権及び土地債務の主張 Geltendmachung を著しく容易にし、もって土地所有権を安定させ、物的信用を向上」させる（Motive III, S. 153.）。そこで、理由書によれば、この規定は、所有権、抵当権、土地債務についてのみ、とくに実際上の意義があるにすぎない（Motive III, S. 154.）。

由により問題とされる場合である。そこで、人的債務関係に係わる場合には、IE 1083条 (BGB 1138条参照) が登記簿の公信を債権にまで拡張している。それは、「第826条が土地登記簿で確認される権利の取得や放棄に関する推定を基礎づけるならば、抵当権において債権は物的権利の不可欠の前提であるということを考慮し、この推定を債権へ拡張することが首尾一貫している」からである。また、「物的信用に対する考慮もある。というのは、立法が抵当権の主張を簡易にすればするほど資本がより多く土地所有に流れ込む可能性が高まるからである。<sup>(49)</sup>」こうした第1草案の考え方は、例えば、プロイセン法において、抵当訴訟における人的債務関係に基づく抗弁の切断という形で現われていた<sup>(50)</sup> (所有権取得法38条2項)。

IE 1083条が被担保債権につき登記簿の公信規定 (IE 837—839条) を準用したことにより、債権者は被担保債権がさらされるすべての抗弁から保護される。そこで、「これらの抗弁が抵当権において有する重要性に鑑み、これを法律の中で言及することが得策のように考えられる」<sup>(51)</sup> との理由から IE 1084条の規定が設けられている。

IE 1084条「(1)担保不動産の所有者は、抵当権からの請求 Anspruch に対し、自己と債権者との間に存する人的な法律関係に基づく抗弁 Einwendung<sup>(52)</sup> を主張することができる。

---

(49) Motive III, S. 694. 同じく理由書は「抵当権がこれまでのように、物的信用型式としてのその機能を取引において発揮すべきなら、債権も物権に基づく請求が問題となるとき、土地登記簿の公信の保護下に置かなければならない」と述べている (Motive III, S. 695.)。

(50) 拙稿・前掲論文478—479頁参照。

(51) Motive III, S. 695—696.

(52) 債権者が所有者に対し抵当権を実行しないとか、又は実行が制限付きであるとかの債務法上の義務を負っている場合。当時の現行法 (例えば、プロイセンの所有権取得法38条) では、たいてい自明の前提とされていた (Motive III, S. 696—697.)。なお、拙稿・前掲論文474頁以下参照。

(2)所有者は、土地登記簿から生じる抗弁<sup>(53)</sup>、及び抵当権の存在を否定し<sup>(54)</sup>、土地登記簿の内容の不実、とりわけ債権の不成立を主張する抗弁を主張する権利を有する。但し、第1083条の規定がその主張を除去する場合はこの限りでない<sup>(55)</sup>。

(3)所有者は、人的債務者が債権者に対して有する抗弁も主張することができる<sup>(56)</sup>。但し、第1083条の規定がこれを許さないときはこの限りでない。抵当権の設定後、人的債務者により債権者に対してなされた抗弁 Einrede の放棄は、抵当権に基づく請求に対しては無効である<sup>(57)</sup>。所有者は、目録調製権 Inventarrrecht に基づく人的債務者の相続人の責任限定を主張することはできない<sup>(58)</sup>。」

(=)抗弁の仮登記 (IE 1085条) 担保不動産の所有者は、抵当権者が抵当権を譲渡し、その譲受人が登記簿の公信規定により保護されれば、抵当権に基づく請求に対し自己の抗弁を失なう。そこで、公平を図るために、所有者の抗弁が抵当権者の処分により影響を受けない方策が準備されることになる。ラント法<sup>(59)</sup>では、抵当登記簿に抗弁を登記すること、又は抵当権者の処分に対し所有者の異議の登記を許すことによりかかる目的に対処していた。第1草案は、抵当権に関する処分禁止など所有者と抵当権者との人的な権利関係に基づく抗弁につき仮登記制度を利用している<sup>(60)</sup>。

---

53 抵当権の実行に対抗する処分禁止、又は仮登記された抗弁など (Motive III, S. 698.)

54 抵当権設定契約の無効又は取消 (Motive III, S. 698—699.)。

55 この但書は、登記簿の公信に関する規定 (IE 828, 838, 843, 844, 1083条) からも生じ、特別の規定がなくとも自明である。ただ、これは注意規定とされている (Motive III, S. 697.)。

56 保証に関する IE 671条1項の規定と同趣旨である。

57 所有者の利益を保護するためである (Motive III, S. 700.)。

58 抵当権は、債権者に対し、債務者の財産状態に係わりなく担保を与えることを目的とすることによる (Motive III, S. 701.)。

59 プロイセン、バイエルン、ザクセン、ヴルテンベルク、メクレンブルクなど (Motive III, S. 702. Anm. (2))。

60 Motive III, S. 702.

いわゆる貸付金不受領の抗弁の登記について立法例は対立していた。プロイセン一般ラント法 (ALR I 11, § 738) は、これを認めていたが、<sup>(61)</sup>所有権取得法は、これを削除した。<sup>(62)</sup>しかし、バイエルン、ザクセン、ヴルテンベルク、メクレンブルクでは認められていた。第1草案が所有権取得法の例にならわなかったのは、プロイセン法は流通抵当として証券抵当権のみを規定したが、第1草案は抵当証券の交付されない抵当権＝登記簿抵当権をも取引に適ったものにする必要があるからである。すなわち、担保不動産の所有者は、登記簿の公信により貸付金不受領の抗弁が許されなくなるという危険を負うが、もし、この危険に対し特別の保護が与えられないならば、登記簿抵当権は取引において一般に利用されなくなる恐れが生じるとの懸念からである (BGB 1139条<sup>(63)</sup>参照)。

## (2) 証券抵当権 Briefhypothek

(イ)概念 抵当権の登記前又は登記後に、担保不動産の所有者と債権者との契約により抵当権について土地登記所の面前にて抵当証券を交付する旨を決めることができる (IE 1106条)。この抵当証券の発行される抵当権を証券抵当権という (BGB 1116条1項)

登記簿抵当権に適用される諸規定は、IE 1109条から1124条の規定に別の定めがない限り証券抵当権にも適用がある (IE 1108条<sup>(64)</sup>)。

(ロ)譲渡方法 証券抵当権により担保された債権の譲渡は、譲渡契約と抵当証券の引渡によって行なわれ、土地登記簿への登記は不要である。また、これまでの債権者の譲渡表示は、裁判所又は公証人により認証されねばならない (IE 1112条1項)。この譲渡表示の認証は、登記という認証された表示又は公の形式に代るものとして考えられている<sup>(65)</sup> (BGB 1154条1項、2項参照)。

<sup>(61)</sup> 拙稿・前掲論文447頁参照。

<sup>(62)</sup> 拙稿・前掲論文477頁参照。

<sup>(63)</sup> Motive III, S. 703—704.

<sup>(64)</sup> Motive III, S. 744.

<sup>(65)</sup> Motive III, S. 750.

い善意の抵当権譲受人の保護 IE 1114条は、次のように規定する。

「登記されている債権者に連続して遡及できる譲渡表示により、又は転付命令により債権の債権者として自己の権利を基礎づけることができる者が抵当証券の所持人である場合には、その者の意思表示による譲受及びその者に対してなした強制執行の方法による債権の譲渡は、抵当権からの請求につき、その者が債権者として土地登記簿に登録されている場合と同じ効力を有する。第 837 条から第 839 条の規定は、準用する。」

本条は、理由書によれば、明らかでない欠缺の主張から証券所持人を特別に保護する必要性に基づいている。抵当証券に関しては、相次譲渡の前主 Vormann に証券が引渡されていない場合、譲渡は証券の認証された所持人のために完全に有効とみなされるのか否かという問題が生じる。これについては、実際上の必要性から抵当債権の取得に際し、証券引渡の欠缺につき善意である者にはこの欠缺の主張に対し保護が与えられる。加えて、譲渡の欠缺が取得者の善意により一度治癒されれば、後の譲渡におけるその欠缺に対する悪意はもはや問題にされない。また、前主の権利を基礎づける譲渡証券の内容に関する真正は、その権利の确实性のために抵当証券の引渡と同じく抵当債権の取得者に対して保証される。前主の権利における瑕疵は、それが譲渡証券から明らかでなく、又は債権の取得者に知られていなくとも取得者に主張できるとするならば、「証券抵当権の制度は、現実の取引を推進するどころか、現実の取引にとって罣となり、その価値を喪失する」<sup>66)</sup>からである。そこで、抵当債権の譲渡人が抵当証券とそれを認証する譲渡証券を所持していることにより譲受人のために登記された債権者とみなされるならば、土地登記簿の公信は、直ちにこの証券まで移る。それゆえ、譲受人は、第三者の権利に対し、自己の取得を保全するために証券の内容によることができる。IE 1114条後段は、このことを明示したものである。<sup>67)</sup> (BGB 1155条参照)。

<sup>66)</sup> Motive III, S. 752.

<sup>67)</sup> Motive III, S. 752—753.

<sup>68)</sup> Motive III, S. 754.



担保不動産の所有者保護を目的とする貸付金不受領の抗弁の仮登記に関する規定（IE 1085条2項）は、証券抵当権には適用されない（IE 1111条）。その理由は、抵当証券が土地登記令の規定により債権者に交付され、又は所有者自身によって引渡されたときには、所有者は、登記が直ちに効力を生じるということに異議を述べる理由を有していないからである。他方、抵当証券が土地登記令の規定により所有者に交付されるとき、債権者は抵当証券を所持していない限り抵当債権を第三者に処分できず（IE 1112条）、強制執行に基づく処分もなしえない（IE 1113条）。その上、理由なき証券の引渡請求に対しては、所有者は十分保護されている（IE 1110条）<sup>(69)</sup>からである。

### (3) 土地債務 Grundschild

(4)概念 IE 1135条1項は、土地債務につき、「不動産は、土地債務の目的とすることができる。特定の者（土地債務権者）は、自己のために確定されている金額を不動産から強制執行と強制競売により取り立てることを請求できる（土地債務）。」と規定する（BGB 1191条参照）。土地債務は、独立的権利であり、債権を前提としていないということにより抵当権と本質的に区別されている。<sup>(70)</sup>第1草案の土地債務概念は、主に当時の現行法によって<sup>(71)</sup>いる。土地債務は、不動産の負担であるから契約と登記によって設定される（IE 828条）。土地債務には、必ず土地債務証券 Grundschildbrief が交付されねばならず、こ

---

<sup>(69)</sup> Motive III, S. 747—748.

<sup>(70)</sup> そこで、「証券抵当権に関する規定は、土地債務が債権に附従していないという事情から及び第1137条から第1144条に別段の結果が生じない限り土地債務に準用する。」（IE1136条）もっとも、準用の具体的判断は実務に委せられている（Motive III, S. 781.）。

<sup>(71)</sup> ただ、ハンブルクとリュエベック法では、担保不動産の所有者は強制執行における不足分を一般財産から債権者に支払う義務を負っており、やや広い内容を有していた。しかし、土地債務の物的性質と馴染まない所有者の支払義務の規定は、土地債務とあわせて附従的な抵当権を認めている以上、不必要であるというのが第1草案の立場である（Motive III, S. 780.）。

<sup>(72)</sup> Motive III, S. 780.

の点につき第1草案はプロイセン法と通じている。その理由は、理由書によればこうである。プロイセンにおける抵当権法の発展は、抵当証券の制度により流通能力の高まった抵当権から、さらに抵当権の附従的性質を剝奪した土地債務へと至っている。そこで、土地債務証券の型式を必要としない土地債務をも許し、その結果、流通能力を損うならプロイセンの歴史的発展にそぐわないことであるし、特別の必要な型式を加えることは望ましくない<sup>(73)</sup>と。

(ロ)譲渡方法 土地債務の譲渡に関する特別の規定はないが、契約と土地債務証券の引渡による (IE 1136条による1112条から1115条の準用)。プロイセンの所有権取得法55条やメクレンブルクの実務は、いわゆる白地譲渡を認めていた<sup>(74)</sup>が、第1草案は、これを許していない (BGB 1195条参照)。次のような理由を挙げている。白地譲渡がプロイセンに導入されたとき、これによって土地債務証券の流通能力を市場性ある無記名証券の流通性まで高め、もって土地所有者の物的信用を推進するとの期待があった。この成果につき、統計資料がないため判断しえないが、白地譲渡によれば、土地債務証券は、事実上、無記名の債務証券 *Schuldverschreibung auf Inhaber* と同様になり、これに対する懸念が妥当することになる。さらに手形における白地譲渡と比べても、抽象的（無因的）という点で、両者は類似するが、その他の点については本質的に異なる<sup>(75)</sup>と。

(ハ)善意の土地債務譲受人の保護 土地債務それ自身に関する抗弁が問題になる

<sup>(73)</sup> Motive III, S. 781—782. なお、ドイツ民法典は、証券の交付されない土地債務をも認めている (BGB 1192条, 1116条)。

<sup>(74)</sup> 拙稿・前掲論文 483—484頁参照。

<sup>(75)</sup> すなわち、手形は、通常、短期間で支払われ、無利息であるが、土地債務は、継続的・利息付きで、解約告知により支払われる。前者においては、履行期に債権者は、債務者に手形を呈示しなければならず、支払をなした債務者につき直ちに消滅する。しかし、後者においては、解約告知がなされ、利息が支払われる場合、担保不動産の所有者が白地譲渡された土地債務証券の所持人を知らないとき困難が生じると (Motive III, S. 784)。

<sup>(76)</sup> 本節、注49参照。

ときは、登記簿の公信規定が適用される。<sup>(78)</sup>土地債務に基づく請求に対する抗弁については、IE 1084条の規定が被担保債権に関する抗弁を対象としないものに限り適用される。プロイセンの所有権取得法38条3項及び40条の規定は採用されていない。<sup>(79)</sup>

(二)所有者土地債務 第1草案は、「土地債務は、不動産の所有者のためにも設定することができる。」(IE 1142条)として、所有者土地債務を認めている(BGB 1196条参照)。この制度が採用されたのは、「土地債務を規定するすべての法律が所有者にもその設定を認めているなら、帝国法は、この立場を否定する理由を有していない。」という消極的理由のみならず、「所有者抵当により可能となる物的信用の合理的利用」<sup>(80)</sup>という積極の利用に基づく。また、すでに述べたように、所有者の附従的抵当権という構成が遭遇した理論的難点が債権から独立した土地債務を認めることにより除かれるとしている。

3 以上概略した第1草案の3種の不動産担保権は、後の審議の過程において、原則的な変更を加えられることはなかったが、それをめぐる議論は、当時の不動産信用の状況を如実に反映しており、それに基づく変更もなされてい

---

(78) それは、登記簿抵当権についても同様である。というのは、債権者は、登記簿の公信(IE826, 837, 1083条)により保護されるからである(Motive III, S. 701.)。プロイセンの所有権取得法38条3項については、拙稿・前掲論文476, 479頁参照。(なお、両箇所の68年草案34条と所有権取得法38条3項につき、「権利設定者(Autor)の人格」とあるを「権利設定者(Autor)の一身」と訂正いたします)。所有権取得法40条：同順位又は後順位の債権者は、強制執行により登記を取得した場合に限り、土地債務に対し異議を申し立てることができる。vgl. A. Achilles, Die Preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872, 1881, S. 249ff.

(79) 例えば、メクレンブルクの改訂騎士領抵当令Revidirte Hypotheken=Ordnung für Landgüter vom 18. Oktober 1848. 16条4号(vgl. Achilles, a. a. O., S. 154. Motive III, S. 792.) プロイセンの所有権取得法27条(vgl. Achilles, a. a. O., S. 203—204, Motive III, S. 792, 拙稿・前掲論文472頁)など。

(80) Motive III, S. 792. 理由書が示す例は、要するに、所有者は、抵当信用の好況時に第2順位の抵当で信用を得て、第1順位の抵当は所有者土地債務の形で留保しておき、不況時に、それで抵当信用を得るというものである。

る。そこで、次章では、第1草案の不動産担保法をめぐる議論を当時の不動産信用の状況との係わりで明らかにする。

## 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

#### 1 民法編纂過程——その(2)——

第1草案が公表されると、これに関して数多くの著書や論文が現われたが、これらのうち多くのものは、教授、<sup>(1)</sup>弁護士、裁判官によるものであった。ドイツ法曹大会は、1888、1889、1891、1893年の各大会にて、不動産担保法など重要問題につきシンポジウムを行なってその立場を表明し、<sup>(2)</sup>その他、連邦政府、大新聞、多くの商、工、農業団体などが見解を述べた。<sup>(3)</sup>

大多数の者は、草案の法技術と諸原理を貫ぬく一貫性を認めたが、本草案がはたしてドイツの民法典として適しているのか否かにつき見解が分れた。草案には、個々の欠点が見られるとしても、全体としてみれば優れた作品であり民法典の基礎たりうるとの、また、草案を否定すること自体はやすいとの見解、他方、本草案は、法技術の人工物であるが、その内容、表現がドイツ国民により民法典に要求される諸要求に<sup>(4)</sup>応じていないとの見解が対立していた。しかし、たいていの批判家は、前者の見解を採っていた。というのは、帝国の成

---

(1) 当時の最も重要な法学者であったヴィットシャイト、イエーリング、デルンプルヒらは、第1草案に関する議論にほとんど関与せず、またギールケほど詳細な批判書を公にしなかった (W. Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, 1966, S. 35.)。

(2) Vgl. Verhandlungen des 19., 20., 21., 22. Deutschen Juristentages.

(3) 帝国司法省は、これらの意見を収集し、公刊している。vgl. Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. gefertigt im Reichs=Justizamte. 6 Bde., Berlin 1890—1891. (以下、Zusammenstellung ①と略す。) Zusammenstellung der Äußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. gefertigt im Reichs=Justizamte 2 Bde., Berlin 1891.

(4) Zusammenstellung ①, Bd. 1, S. 1—2.

立以来、とくに訴訟法、商法、刑法の領域にて達成された法的統一により、個々のドイツ諸国における民法の相違が以前にも増して痛感され、第1草案を完全<sup>(5)</sup>に否定することは民法の完成を遅らせるという懸念があったからである。

不動産担保法についても、農業諸団体、新聞、法曹界、法学界などからさまざまな見解が寄せられた。これらの諸見解は、優れて経済的な問題を含んでいる。例えば、デルンブルヒは、1889年のドイツ法曹大会第2部会における報告の冒頭にて、抵当制度に関する基本的認識を次のように述べている。「ここでは、優れて重要な問題、すなわち、ドイツ抵当制度の形成、それゆえ大きな経済的意義を有する問題が扱われている。ある程度まで、土地所有者の利益と動的資本 *mobiles Kapital* の利益との対立が存在しており、しかも、この両者は、現代世界において最も勢力を有している。両者は衝突し、社会的・政治的闘争へと転化している。そこで、最も重要な課題は、この困難な領域において、優れた抵当権により利益調整を図ることである。」<sup>(6)</sup>と。

そこで、第1草案の不動産担保法をめぐる議論については、それぞれの見解が当時の不動産信用の現状をどのように分析し、理解したのかに注目しなければならない。そして、その現状分析から現実問題として、いかなる不動産担保権（型式）を是としたのかである。

## 2 農業諸団体の見解

第1章第1節で述べたように、ドイツ農業は、1873年の恐慌を起点として90年代中葉に及ぶ穀物恐慌にさらされ、抵当負債額は急増したが、かかる農業の状況を不動産担保制度との関係でどう把握したかによって不動産担保法制、そして第1草案に規定された担保型式に対する評価が分れることになる。

(1) 農業疲弊の原因を専ら不動産担保法制に求め、このことから直截的に不動産

---

(5) Schubert, a. a. O., S. 35—36.

(6) 第2部会の論題は、「土地債務を含む民法典草案に規定されている不動産担保権は保持されるべきか」であった。vgl. *Verhandlungen des Zwanzigsten Deutschen Juristentages*, Bd. 4, 1889, S. 238—239. (以下, *Verhandlungen* 20. DJT. と略す。)

担保法制否定へと結論づける見解。

ドイツ農業者党 die deutsche Landwirtschaft Partei

幹部である農場主バーリンク Baring は、帝国司法省へ民法典草案に対する見解を提出するにあたり、<sup>(7)</sup> 抵当制度を「奔馬性負債悪疫の主たる源」として痛烈に批判し、その排除を要請した。

他方、第11回総会は、バーリンクの提案に基づき、次のごとき決議を採択した。「それゆえ、土地所有と労働の側からは、ドイツ民法典において……資本主義的精神により曇らされ、82の条文（第1062条から第1144条）により抵当不法 Hypothekenunfug を恒久化しようと努めている草案をたったひとつの条文で除去するよう努めなければならない。すなわち、『ドイツの土地は、今後、債務を負担することができない。特別の償還法が国家の援助の下で現存の抵当権と土地債務を30年以内に償却する』<sup>(8)</sup>と。

(2)土地所有の負債を禁止しえないとしても、農業地につき定期金（Rente）型式が草案の不動産担保型式に代るべきとする見解。

①ライン農民組合 der rhein. Bauernverein

草案の不動産担保型式を検討するための委員会は、農業地に対する負担は解約告知のできない定期金を唯一の型式とすることとの提案を行なった。当委員会の提案理由はこうである。抵当権の自由主義的な立場は、農業の必要性を全く考慮に入れていない。農業地は、その性質上、取引の目的ではないから抵当権の流通性を向上させることに適していない。農業地は、果実のみを生み出し、それゆえ、元本を返還する義務のある負担には耐え得ず、果実生産との関係で成り立つ定期金の負担にのみ耐えうる。<sup>(9)</sup> 目下のところ、定期金負担の強制的導入につき体制が整っていないが、この体制作りと、これによる現実の改革

(7) Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 270.

(8) Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 270—271.

(9) I E 1051条（注(7)を参照）による定期金の許容も、それが不動産の唯一の負担型式でない以上、価値がないとしている（Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 271.）。

活動を躍進させることがドイツ民法典の任務である。草案がこのことを試みないということは、まさに不可解であり、この立場は誤っていると。この委員会提案は、1889年7月11日の総会にて採択されている。

②租税＝経済改革者協会 die Vereinigung der Steuer- und Wirtschafts-Reformer<sup>(10)</sup>

1889年2月25日、第14回総会にて、<sup>(11)</sup>「ドイツ帝国のための民法草案における農村の土地所有、とくにその負債について」とのテーマが扱われ、報告者オピッツ Opitz（弁護士、騎士農場主）の提案に基づく決議がなされている。それは、「現存する土地所有の負債を農業の没落と圧迫された状態の主たる原因とみなす」がゆえに、「この疲弊は、本質的に、現存の資本主義的原則にのみ基づく土地負債制度の排除、それに……定期土地債務及び土地信用の組合組織が代ることによってのみ止揚されることができると確信する。」民法草案は、この点を考慮していないのみならず、土地信用型式に関する規定、とりわけ、「ドイツ諸国の大部分に導入が意図されている新しい担保型式である土地債務と所有者抵当により、現下の弊害を加重するに適っているにすぎない……。」そこで、「この決議が、少なくとも発布されるべき民法典<sup>(12)</sup>においてその採用を断念することに寄与する」よう望むというものであった。

(10) Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 271.

(11) 保守党の外郭団体であり、主として大土地所有者のみから構成されている（大野英二『ドイツ金融資本成立史論』（昭31）145頁）。ちなみに、保守党は、本来ユンカーを中心とする貴族的な宮廷党であったが、1879年以降、ビスマルクが反動化してユンカーの支持を求めたためと農業保護関税を求める全ドイツの大土地所有者が流入したことにより膨大な農業者党に成長した。支持者は、地域的にみれば、東エルベ諸州とヴェストファーレン新教地区にとくに集中していた（村瀬興雄『ドイツ現代史〔第9版〕』（昭46）119—120頁）。

(12) 第1草案が公表される前年（1887年）の第12回総会では、資本主義的な負債型式、抵当制度を農業地につき排除し、法律に基づく土地信用の組合組織による定期金制度がそれに代るべきこと、償還による負債制限を収益価値の半分にすることが決議されている（Znsammenstellung ① Bd. 3, S. 272.）。

(13) Znsammenstellung ①, Bd. 3, S. 272—273.

この決議を提案したオピッツの報告をみてみれば、「資本主義的な負債制度」が農業の困窮状態の主たる原因とし、「実際に存在する土地所有の過剰負債により所有者は、暴力的にその所有から追放され、又は資本主義の奴隷になっている」ことを指摘する。そして現在の制度は、土地所有を商品として捉えているが、「この理解は、農業経営に必要である所有を同一家族に固定させるということを排斥するがゆえに経済的に大きな誤ちを犯している。」そのうえ、「商品としての土地所有は、土地に貸付けられた資本を土地価値を越えて返還できないという法的にも良俗に反する前提に基づいている。」そこで、実際には、定期金のみが負債のより適切な対象であると。民法草案に対して、さらに「連邦参議院＝委員会は、抵当権で満足しえず、土地債務、証券抵当権そして所有者抵当を加えることにより資本主義的型式を一層強化している。」と批判したのである。<sup>(14)</sup>

(3)草案の不動産担保型式とあわせて定期金型式を必要とする見解。

①プロイセン農業協議会 <sup>(15)</sup> das preuß. Landesökonomiekollegium

1889年、委員会の提案に基づき、次のような趣旨の決議を表明している。(i)農村と同じく都市の土地所有の負担は、全ドイツにおいて、今日まで元本抵当権 <sup>(16)</sup> Kapitalhypothek の型式でなされてきた。この負担型式が少なくとも都市において通常であることを考えれば、負担を元本債務 <sup>(17)</sup> Kapitalschuld の型式で法定することが次の課題である。(ii)元本抵当権は、農業経営の性質に適しておらず、経験が示すように農業地を過剰負債へと陥し入れる。そこで新法典は、債権者から解約告知のできない定期金により農業に適した土地負債の型式を草案1051条(物的負担 <sup>(17)</sup> Reallasten の規定)と施行法70条の規定より広範囲に作

(14) Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 271.

(15) プロイセンの一切の地方農業団体の中心母体として1842年に創立された(大野・前掲書198頁)。

(16) いわゆる元本主義と定期金主義について、メスバウム＝宮崎一雄『独逸抵当制度論』(昭7)293頁以下参照。

(17) 「不動産は、特定の人又は他の不動産の現時の所有者のために物的負担の目的となすことができる。物的負担の設定された不動産の現時の所有者は、権利者に対し、反



りあげること、とりわけ定期金債権 *Rentenforderung* に流通能力を付与させることが望ましい。(iii)土地所有者のために、草案に規定されている土地の負債型式を簡易にすること。(iv)農業地について、元本抵当権を法律により強制的に排除し、債権者から解約告知のできない定期金債務 *Rentenschuld* を唯一の負債型式とすることは債務を負っているすべての土地所有者を漸次解約の危険から免れさせる点において望ましいが、抵当権を政治的、法的に制限することと同様に賛成しえない。この優れて経済的な問題の判断は、<sup>(18)</sup> 民法典の任務ではなく、民法典は、土地負債につき元本債務の型式と並び定期金債務の型式とで広く規定し、農業地につき、元本債務から定期金債務への移行は、取引及び特別立法に委すことで十分である。<sup>(19)</sup>

このように、農業地につき、定期金型式を併存させるとのこの決議が理由とするところは、この決議をめぐってなされたクライン *Klein* とシュモラー *Schmoller* との討議のなかに明らかに認められる。クラインは、定期金を物的担保の唯一の法的型式とすることに反対し、農業が陥っている面倒な状態につき、資本主義的な負債型式にのみその原因を求めることは正しくないと指摘する。そして、定期金型式が導入されていれば、今日の困窮状態が生じていなかったかについては疑いがある。そのうえ、定期金型式は、利率が下っても定期金の減額は許されないから、土地所有者にとっては、資本主義的な型式より不利であると。しかし、定期金型式が農業地の性質に適していることは認めてい

---

覆して給付をなす義務を負う。物的負担の設定された不動産は、権利者に対し、未払の抵当利子に適用される規定に従い未払の給付に責を負う（物的負担）」（*Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung, ausgearbeitet durch die vom dem Bundesrathe berufene Kommission, 1888.*）

(18) 決議によれば、この判断は、農業信用制度の強制的改革と結びついた経済的損益の考量と現存の元本債務から定期金債務への移行に伴う困難と危険及びそれに対処するための制度の設置とを考慮してなされる（*Zusammenstellung* ①, Bd. 3, S. 274）。

(19) *Zusammenstellung* ①, Bd. 3, S. 273—274.

<sup>(20)</sup>。そこで、定期金型式の導入における問題は、他にも投資の機会を有している資本をいかにして不動産信用に誘引するかである。定期金理論の支持者たちが主張する組合型式がうまく行かないとすれば、<sup>(21)</sup>残された方法は、定期金型式と元本型式を並存させることのみであると。

② ドイツ農業評議会 <sup>(22)</sup> das deutsche Landwirtschaftsrath

1889年の第17回総会により設置された委員会は、農業顧問官シュマッハー Schumacher の提案と区裁判所判事シュナイダー Schneider の意見書の二報告を提出した。<sup>(23)</sup>両者の見解は、民法及び施行法の規定が定期金農場 Rentengut の形成を考慮に入れている限りで本質的に十分であるという点で共通しているが、定期金型式の意義をめぐって見解を異にしている。シュマッハーは、物的信用の資本主義的型式が定期金型式にとって代わられても、全経済関係の完全な転換は生じないとしつつも、定期金型式の形成促進を主張した。他方、シュナイダーは、定期金型式と元本型式を並存させることに消極的であった。それは、定期金型式の支持者たちの意図は、すでに償還抵当権 Amortisationshypothek により達成されていること、そして、資金を必要とする農業経営者がその定期金証券につき貨幣市場で受け入れられるのかということにつき確信が持てないという理由であった。委員会は、シュナイダーの意見書に従い、定期金農場の核心を解約告知のできない定期金の負担に置かず、むしろ所有権制限に見て、「いわゆる資本主義的負債型式が支配的である限り、施行法70条と結び

<sup>(20)</sup> それは、定期金が不動産自身でなく、収益金のみを捉えており、債権者から解約できず、収益との関係で過度でないからであるとしている (Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 275)。

<sup>(21)</sup> 負債状況の異なる土地所有者が同一目的を有する組合を任意に結成することはしないし、強制的に結成させることは不可能である。また、組合が個々の土地所有者より低廉な資金を獲得しえるというわけでもないとの理由が挙げられている (Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 275)。

<sup>(22)</sup> 帝国全域にわたる農業者の利益を代表する (大野・前掲書145頁)。

<sup>(23)</sup> 以下, Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 276—277.による。

ついている民法草案1051条と 871 条の規定を批判する」理由がないとの立場をとった。

翌1890年の第18回総会では、定期金型式の許否をめぐる争いがあり、フォン・セッター v. Cerro は、利率が低下しても定期金自体は減額されないこと及び定期金理論の目的には解約告知のできない償還抵当権が役立つことを理由として反対し、これに対し、フォン・レーダー v. Roeder は、償還抵当権は大土地所有にのみ許されるのが通常であるとの事実を強調して争った。結局、総会は、前述したプロイセン農業協議会の決議(i)(ii)に賛成し、定期金農場については委員会提案を採択した。

### ③ ヴェストファーレン農民組合 der westfäl. Bauernverein

1890年7月1日の総会は、不動産担保を定期金抵当権 Rentenhypothek に限ることは実行不可能であるし、かつ望ましくないとの委員会提案を採択した。<sup>(24)</sup> その理由は、委員会決議の基礎となった報告において、ニーゼルト Niesert が述べている。彼は、資本主義的負債型式に対する闘いを現在の諸関係の下では無用の企てとする。そして、現存の抵当権を債権者により解約できない定期金へ転換することは禍い多き実験であり、その場合、多量の解約が生じ、債務を負っている土地所有は、他の方法で信用を得る可能性が奪われる。他方、債務を負っていない土地所有も、貨幣市場に適していない定期金型式の導入により、その物的信用のみがその人的信用をも失なうと。

### 3 法学界及び法曹界の見解

農業諸団体が草案の規定に大なり小なり不満を表明したのとは異なり、多くの批判者は、それが個々の点において抵当権及び土地債務につき改良の余地があるとしても、だいたいにおいて出来ばえがよく、取引の要請にに応じていると認めている。<sup>(25)</sup>

具体的にその述べるところをみると、デルンブルヒは、前にも触れたよ

---

(24) 以下, Zusammenstellung ①, Bd 6, S. 573. による。

(25) Zusammenstellung ①, Bd 3, S. 282.

うに、第20回ドイツ法曹大会における報告にて抵当制度をめぐる経済的・政治的対立を優れた抵当権でもって調整することを指摘し、「ただ優れた抵当権法の基礎がプロイセンにあることは疑いなきところである。……本草案は、この基礎を認めている。多くの点で優れているフランス民法典は、ここ抵当制度においては最大の弱点を有すること疑いない。……私は、民法典の草案が本質的にプロイセン法を基盤とすることにより正しい方向を選択したことを認める。」<sup>(26)</sup>と評価したが、他方、「本草案が施行されると、権利関係において不満の酵素となり、ドイツにおいて、社会的・政治的対立の不快さとその激化を惹起すると確信する」がゆえに、「本草案を多くの関係でプロイセンの風刺画 *Zerbild* とみなしている。」<sup>(27)(28)</sup>

次に、ギールケは、著名な『民法草案とドイツ法』において、不動産担保法に関する叙述の冒頭、「全体として、草案は、近時のプロイセンにおける法発展に従っている。それゆえ、健全な基盤に立脚しており、多くのドイツの法領域には大きな進歩であろう」と。ただ、「創造的精神で国民的な未来法 *Zukunftsrecht* を創造することがここでも実現しなかった」<sup>(29)</sup>ことを批判している。彼は、草案が多様な不動産担保型式を規定していることに対しては、「ドイツのさまざまな領域における考え方や慣習が同一ではないため、いかなる画一化も暴虐と感じられるだろう」<sup>(30)</sup>との立場をとっている。しかし、「草案が元

<sup>(26)</sup> もっとも、デルンブルヒは、不動産担保権につき証券抵当権で統一することを提案している (*Verhandlungen* 20. DJT., Bd. 4, S. 250.)。

<sup>(27)</sup> *Verhandlungen* 20. DJT., Bd. 4, S. 239.

<sup>(28)</sup> ヘーデマンは、このデルンブルヒの叙述に対し、「この危険は、現実化しなかった。抵当権法に『資本主義』の徴候をみようとする限り、抵当権法は、階級対立のその後の先鋭化にはほとんど係わりを持たないのである。」(*J. W. Hedemann, Die Fortschritte der Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, 2. Teil 2. Hälfte, 1935, S. 274—275.) と批判している。

<sup>(29)</sup> Gierke, a. a. O., S. 367—368. (第1章第3節注(3)参照)

<sup>(30)</sup> Gierke, a. a. O., S. 368.

本債務とともに物的な定期金債務を対等の制度として採用し、規定していないことは重大な欠点」としている。というのは、よしんば、草案が物的負担の規定を置いているとしても、「その貧弱かつ生彩のない法文ではドイツの定期金売買 Rentenkauf を新しい型体で作り直すという切迫した期待に答えることはほとんど不可能である」し、「かかる定期金権 Rentenrecht を定期金証券 Rentenbrief へ化体することが全く配慮されていない」からである。<sup>(91)</sup>さらに、草案が「重要な今日の生活現象である担保証券制度とそれにより発行される担保証券に全く触れていない」ことを指摘しているのである。<sup>(92)</sup>

#### 4 新聞などの見解

草案の不動産担保制度を厳しく批判した新聞として Reichsbote、草案に好意的な新聞として Norddeutsche Allgemeine Zeitung、Hamburger Nachricht そして Wesere Zeitung を挙げることができる。

Reichsbote は、1889年8月に、論説「特別の不動産法の必要性」を8回連載して、自由主義的な不動産担保制度を厳しく批判した。<sup>(93)</sup>すなわち、目下、農業が陥っているあらゆる艱難、そしてドイツにおける全生産力の沈滞は、自由主義の理論が立法を通じて不動産取引に入り込んだことの結果であると決めつけ、自由な取引がドイツにおいて不動産取引を支配して以来、土地投機が蔓延し、土地価値が未曾有に高騰した。どの営業活動も一定の土地を必要とするから、この投機により農業経営のみならず、営業も一般に高くつくことになり、それが困難となった。この事情から労働者は、その生存が圧迫されるのみならず、国内産業は、国際競争力を弱め、ついには喪失すると。こうした現状分析に基づき、立法は、自由主義の理論と絶縁すること、とりわけ、土地所有者は、資本の鎖から解き放たれ、負債は禁止されねばならないこと、土地所有は、国家のためにのみ債務を負い、土地所有者は、その生存期間だけ土地の利

---

<sup>(91)</sup> Gierke, a. a. O., S. 369—370.

<sup>(92)</sup> Gierke, a. a. O., S. 382.

<sup>(93)</sup> 以下、Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 269—270. による。

用が許されること、そして、今日の土地所有の濫用を防ぐ唯一の可能性は、土地信用制度の国営化にのみあると主張した。

これに対して、1889年1月29日付の *Hamburger Nachricht* は、草案の抵当権は、プロイセン法にならい、出来ばえがよく、現代取引の要請を考慮しており、資本家にも資金を必要とする土地所有者にも同じく適っていると評価している。<sup>64)</sup> また、1889年7月25日付の *Nordd. All. Ztg.* は、本草案は抵当権法の規定につきこの領域で最上のものとしてプロイセン法に与していると述べており、<sup>65)</sup> 1888年9月4日付の *Weser. Ztg.* は、ブレーメンは信用獲得が容易であるとの理由から草案に賛成するだろうと述べ、草案理由書に関し、それは主導的視角が個々に至るまでいかに鋭く入り込んでいるか、全体的の法的構成がいかなるものか、そして、どこにおいても経済的要因がいかに決定的要因となっているかを示していると解説を加えている。<sup>67)</sup>

〔未完〕

---

64) *Zusammenstellung* ①, Bd. 3, S. 282—283.

65) 政府の機関紙である（大野・前掲書187頁）。

66) *Zusammenstellung* ①, Bd. 3, S. 282.

67) *Zusammenstellung* ①, Bd. 3, S. 283.