

# ドイツ民法典における不動産担保法の 形成過程 (3)

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24巻3号）

##### 第2節 不動産担保権の型式をめぐる諸見解

##### 第3節 第20回ドイツ法曹大会における議論

#### 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委員会における議論

###### 1 民法典編纂過程 ——その(3)——

###### 2 不動産担保型式をめぐる議論（以上本号）

###### 3 定期土地債務の導入

###### 4 所有者抵当の拡充

##### 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2章 第1草案の不動産担保法をめぐる議論

### 第2節 不動産担保権の型式をめぐる議論

#### 1 農業諸団体の見解

##### (1) 草案を支持する見解。

① ドイツ農業評議会 der deutsche Landwirtschaft

前述のように草案の不動産担保型式について、1889年の第17回総会と翌年の第18回総会にて議論がなされたが、結局、評議会としては草案を支持した。

第17回総会では、フォン・セッター von Setto の報告とアンドレ Andrae の意見書が提出された。セッターは、不動産担保型式につき特定の提案を行っていない。むしろ「草案に規定されている抵当権のすべての型式が、實際上経済の必要に応じているのか、また保持されるべきなのか、草案に規定されている型式は、なくて済ましえないのか、またどの型式がなくて済ましうるのか、さらに、どの型式が農業地の通常の抵当権として最適か」という前提問題を強調した。<sup>(1)</sup> 他方、アンドレは、結論としては草案を本質的に正当と判断した。ただ、土地債務の保持については多くの危惧をいだきつつも実績を考慮している。<sup>(2)</sup>

後に、二人は、次のような共同提案を行なった。「農業地のために、草案の規定は……簡易にすべきであり、登記簿抵当権と土地債務（所有者土地債務）を削除し、通常抵当権としての保全抵当権とならび証券抵当権が制定される。」場合によっては、「施行法において、ラント法に担保型式の選択権を留保すること」<sup>(3)</sup>と。総会では、この提案をめぐる議論が行なわれ、結局、草案に規定されているすべての担保型式を保持すること、次総会にてこの問題を取り上げること、その間、この問題の検討を委員会に委託することを暫定的に決議した。<sup>(4)</sup>

---

(1) Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. gefertigt im Reichs=Justizamte., Bd. 3, Berlin 1890., S. 290. (以下, Zusammenstellung ①と略す。)

(2) Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 290.

(3) Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 291.

(4) 提案で削除された土地債務と登記簿抵当権を支持する見解、農地に特別規定をおく場合、農地と都市地との区別から生じる困難を指摘する見解、担保法を漸次土地債務へと簡易化する可能性を残すため、当面草案の担保型式をすべて保持すべきとの見解など (Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 291.)。

(5) Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 291.

総会決議により召集された委員会では、二つの提案がなされた。ひとつは、フォン・ノイハウゼン von Neuhausen によるものであり、彼は、次の提案をした。(1)ドイツの土地所有者の利益から、不動産担保につき唯一の、簡単かつ平易な型式が要請されること。(2)民法典草案に規定されている担保型式のうち、土地債務のみが(1)の要件を充足すること。(3)草案の保全抵当権の目的が土地債務によっても達成されるような規定を設けることであった。

提案理由は、こうである。まず、草案の担保型式の多様性を批判して、草案は、ドイツのそれぞれの領域によって認められているすべての担保型式を帝国全域に拡大することにより、それまで統一が存在していたところでも統一を崩している。平易さを失った型式の多様性により法的不安定が生じ、とりわけ、小土地所有者に対し詐欺的な搾取の危険が高まる。附従的抵当権は、人的責任が債権者によって全く要求されていないところでも物的責任と併存し、厄介な問題を生ぜしめる。附従的抵当権のみを導入すれば、独立的抵当権を有している帝国領域の土地所有者は、その権利をせばめられる。これに対し、独立的抵当権のみを導入すれば、附従的抵当権を有する帝国領域の土地所有者は、その権利を拡大する。独立的抵当権が生ぜしめる経済的活動に対する懸念は、メクレンブルクやハンザ都市の経験から少ないと<sup>(6)</sup>。

他の提案は、アンデレによるものであり、彼は、草案に規定されているすべての担保型式を支持した。

委員会は、土地債務には反対の意向を表明したが、第18回総会は、委員会の提案には同意せず、草案の立場を一般的に正当なものと認めた。<sup>(7)</sup>

② バイエرن農業組合全体委員会 das Generalkomitee des landwirtschaftl. Vereines in Bayern

草案に関する決議にて、草案に規定されている抵当権と土地債務の型式は、

---

(6) 以上, Zusammenstellung ①, Bd. 3, 291—292. による。

(7) Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 292.

現存の關係に相應しているとして認容された。<sup>(8)(9)</sup>

(2) 土地債務の削除を主張する見解。

① ライン農民組合 der rhein. Bauernverein

ライン農民組合は、前述のように農業地については、定期金型式を唯一の担保型式とすることを決議したが、草案の不動産担保法が原則として採用されるべき場合には、(1)土地債務の削除。農業地には、保全抵当型式での抵当権のみを保持すること、(2)仮差押抵当権と強制抵当権を削除すること、(3)定期金を採用することを提案した。<sup>(10)</sup>

提案(1)の理由としては、抵当権の流通性は、理念として認められず、抵当権の本質は、債権担保にあり、附従性を有すること。草案の通常抵当権たる登記簿抵当権は、詐欺を誘引し、プロイセンにおいて実際の必要性がない。土地債務においてはなおさらであること。都市の土地所有に登記簿抵当権が必要であるならば、抵当貸借の当事者に、抵当権に独立性を付与する権限を与えれば済むことなどである。提案(2)の理由としては、實際上の必要がなく、廃止により民法典と民訴法の調和がなされることである。提案(3)の理由についてはすでに触れた。

② ザクセン土地改良評議会 Landeskulturrath für das Königreich Sachsen  
ドイツ農業者会議 Kongresse deutscher Landwirthe<sup>(11)</sup>

いずれも、流通能力あるものとして構成されている土地債務と証券抵当権の担保型式に反対の決議を出している。この決議は、租税＝経済改革者協会の第14回総会にて報告を担当したオピッツの報告に基づいている。彼は、定期金型式の導入により意図されている改革の実現が目下のところ期待薄としつつも、土地所有の負債が新しい担保型式の導入によって容易にならないように、

---

(8) バッハマイヤーが報告を担当したが、彼は、原則として草案を支持した。

(9) Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 292.

(10) 以下, Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 287—288. による。

(11) 大土地所有者の組織(大野英二『ドイツ金融資本成立史論』(昭31) 171—172頁)。

そして登記簿抵当権と保全抵当権のみが民法典に採用するに適していると主張した。<sup>(12)</sup>

そこで、ザクセン土地改良評議会は、1889年、土地債務、証券抵当権、所有者土地債務といった新しい不動産担保型式を導入することに反対の表明をした。というのは、農業の見地から認めることができず、むしろ、かかる担保型式は、無謀な借入れ、および担保不動産の経営軽視の恐れがあるという理由であった。<sup>(13)</sup>

ドイツ農業者会議は、1889年の総会にて、草案は新しい不動産担保型式を設けることにより、土地所有への貸付を容易にし、現存の土地負債を上昇させるので、少なくとも農業地における担保型式については、施行法がラント法に対し草案と異なる規定をおく権限を留保することを必要とする決議を行なった。<sup>(14)</sup>

(3) 不動産担保規定の簡易化を主張する見解。

① プロイセン農業協議会 das preuß. Landesoeconomiekollegium

委員会は、草案の不動産担保法規定そのものは、一般的に合目的的で、取引の必要に応じていると考えていた。<sup>(15)</sup>ところが、協議会自身としては、フォン Von の提案に基づき草案の簡易化を望む旨表明した。それは、フォンによれば、簡単かつ平易な不動産担保型式が零細農民をも含む農村の土地所有の利益に適っているという理由であった。問題は、簡易化の方法であるが、フォンはこの点につき、「保全抵当権とならび、独立的な物的元本債務と独立的な物的定期土地債務という二種の型式で構成される独立的な物的債務のみが許される。物的元本債務は、それが土地債務または抵当権と呼ばれようとも、……現在の土地債務を模範として形成されるべきである。これに対し、抽象的、形式的な債務の性格は採らない」<sup>(16)</sup>との提案を行なったが、協議会により採用されなかつ

(12) Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 288.

(13) Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 288.

(14) Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 288—289.

(15) Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 289.

(16) Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 289.

め  
た。

## 2 連邦政府の見解

各連邦政府の見解もさまざまである。恐らく、それぞれの連邦における抵当信用の実状を反映しているものと思われる。

草案を支持したのは、プロイセン、アンハルト、リッペ、証券抵当権の削除を要請したのは、バイエルンとザクセン、登記簿抵当権の削除を要請したのは、バーデンとシャウンブルク＝リッペ、土地債務の削除を要請したのは、ヴルテンベルクとエルザス＝ロートリンゲン、保全抵当権の削除を要請したのは、バーデンとエルザス＝ロートリンゲン、独立的抵当権に統一することを要請したのはメクレンブルクであった。<sup>(17)</sup>

## 第3節 第20回法曹大会における議論

### 1 序

1889年9月、シュトラスブルクで開催された第20回ドイツ法曹大会では「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」という論題が扱われている。この論題につき、レビイ Levy が意見書を、デルンブルヒ Dernburg とフォン・シュテッサー von Stößer が報告を担当した。レビイは、条件付で登記簿抵当権を除く不動産担保型式の保持を提案し、デルンブルヒは、抵当権法の統一を意図して証券抵当権のみを認め、シュテッサーは、草案の立場に与した。しかし、ドイツ法曹大会の決議には至らずに終わっている。

### 2 レビイの見解

レビイは、まず、草案がとるべき基本的立場に関して次のように説く。「ド

---

(17) Zusammenstellung ①, Bd. 3, S. 290.

(18) Zusammenstellung der Äußerungen der Bundesregierungen [zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, gefertigt im Reichs=Justizamte, Bd. 1, Berlin 1891., S. 126—131.

「イツ帝国のための不動産信用を統一的な原理で整序する課題を解決するには、二つの道がありうる。」

そのひとつは、現行法秩序とできるだけ密接なつながりを持ち、抵当制度に関するあらゆる地方法の型式をできるだけ受け入れることによる方法である。他のひとつは、困難ではあるが、不用なものを取り除いた理論を基礎とした根本的改革。これは、取引の必要性を考慮し、債権者と債務者との利益を調整しつつ必要な不動産担保型式の単一化と容易化を図るものである。草案は、前者の方法を採ったわけだが、レヴィは、これを認めて、「立法者には、現在の法状態を最も広く受け入れる理由がある。抵当取引のように複雑かつ動的な領域に、看過しえない混乱が生じ、またはすべての制度の停止を惹起する可能性があるにもかかわらず、傍若無人に干渉し、その責任を安易に引き受けることは許されない」とする。そこで、彼は、この報告では、抵当権を新しく形成する際に、それに適切な解決をもたらす最重要な点にのみ触れることにしている。<sup>(3)</sup>

レヴィは、不動産担保法における問題点を経済的に相異なる不動産信用と人的信用とが「一つの法制度において結びつき、これが今日高度に発展した取引関係の下で抵当権＝債務者にとって耐えがたき硬直性となっている」点に求める。具体的にいえば、抵当権の設定においては、無視されているか、または第二義的にしか考慮されていない人的責任が担保不動産の処分後、いつまでも旧所有者およびその相続人に付着したままであり、他方、担保不動産の新所有者は、債務引受により人的責任と物的責任を合わせ持つことになり、物的責任で不足する部分を人的責任で担保しなければならなくなる。

---

(1) Verhandlungen des Zwanzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 3, 1889, S. 261.  
(以下, Verhandlungen 20. DJT. と略す。)

(2) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 3, S. 261—262.

(3) レヴィによれば、不動産信用は、担保不動産の相対的に不変な価値が、人的信用は、個人の支払能力が決定的であり、他方、前者は、長期的であり、後者は、短期的であるとする。vgl. Verhandlungen 20. DJT. Bd. 3, S. 262.

こうして、レヴィは、弊害の根源を「不動産信用と人的信用との不自然な混合」に求め、そこで抵当権法改革の最上の要請として、「不動産信用にのみ役立つ抵当権を人的信用の随伴者にすぎない抵当権から厳格に分離すること、そして、前者につき、設定者とその承継人の責任は、担保不動産に限定され、それ以上のいかなる責任も必ず除かれること<sup>(4)</sup>」を主張する。この分離を実現するために、「担保不動産にのみ関係する抵当権だけに、流通能力ある有価証券の特質、すなわち抵当証券の交付、善意取得者の保護、執行力、容易な譲渡方式などの特権が付与されなければならない。これに対し、人的債務と結びついた抵当権には、これらの特質は拒否されねばならない。」<sup>(5)</sup>

かかる基本的な考え方から、レヴィは、結論として、「抵当制度につき提案されている改革において、二種の型式の抵当権のみが必要として生じる。」<sup>(6)</sup>物的責務としての「証券抵当権」と附従性のある「保全抵当権」である。

そして、草案は、かかる視点に考慮を払ってないことを指摘する。<sup>(7)</sup>

次に、レヴィは、草案の不動産担保型式を検討する。

流通抵当としての登記簿抵当権につき、その削除を主張する。その理由は、流通抵当の萎縮した型式を保持する実際上の必要性が存在しないこと、<sup>(8)</sup>バイエルン、ブルテンベルク、ザクセンなどの抵当銀行は、プロイセンの証券抵当権を好意的に受け入れるが、登記簿抵当権には冷淡であることにあった。<sup>(9)</sup>

証券抵当権については、それが物的債務として構成されずに、人的債権の附従的権利として構成されていることを遺憾としつつも、「根付いた法律観と現存の法状態を無媒介的に抵当権の理想的な新型体へと移行させることは困難であることを考慮に入れて、現在のところ対案を出さずに、むしろ将来、前述の

---

(4) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 3, S. 264.

(5) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 3, S. 264.

(6) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 3, S. 265.

(7) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 3, S. 266.

(8) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 3, S. 266, 267.

(9) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 3, S. 267.



原則を導入するという意味での漸次的改革を期待<sup>(10)</sup>している。

所有者抵当については、「抵当権が人的債権の附従的権利として理解されているところでは、この制度を理論的に構成することは困難であること否定したいが、とりわけ、債権の消滅の場合、所有者抵当は、これが存在することではどこでもその実効性が認められている。それゆえ、専ら取引の経済的必要性を配慮している立法行為によりそれが採用されることには同意できる<sup>(11)</sup>」と。

保全抵当権については、これを保持することにより「人的信用と物的信用の相異が意識され、このことによりその後の改革が私により指示された意味で構築され<sup>(12)</sup>うる」と考えている。

以上の考察から、レヴィは、「純粋な不動産信用を不動産信用によって強化される人的信用から分離することを目的とする抵当権法の根本的改革」を意図しつつも、それが「目下のところ可能であるようには思えないがゆえに」通常の流通抵当としての登記簿抵当権を除く草案の不動産担保権が保持されるべきであると結論づけている<sup>(13)</sup>。

### 3 デルンブルヒの見解

デルンブルヒは、報告の冒頭において、抵当制度に対する基本的な考え方、草案に関する一般的評価を述べた後に本題に入っている。彼は、不動産担保権は、証券抵当権のみで事足りるという自説を形式的、実質的両面から理由づけている。

形式的側面から検討を始め、まず、これまでドイツ諸国では例外的に抵当権と土地債務という二種の担保型式を保持していたプロイセン法の立法過程を追う。そしてこの検討の結果、流通抵当につき二種の不動産担保型式が形成されたのは、「偶然であった」と決めつけ、この二種の担保型式を保持することに疑

---

(10) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 3, S. 268.

(11) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 3, S. 270—271.

(12) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 3, S. 275.

(13) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 3, S. 286.

問をはさんでいる。<sup>(14)</sup>そこで、「抵当権法のふさわしい形成においては、土地債務の利点を採用し、抵当権の利点を保持すること——そのとき一種の型式で完全に事足りる<sup>(15)</sup>」との確実を得ている。

次に、一つの法領域に、四種の抵当権型式が導入されることにより、取引に大きな混乱を惹起しないかとの問題提起から本題の実質的検討を行ない、こう結論する。「非常に重要な問題につき、一種の型式を有すること、そして法律の手段でさまざまな型式を与えないことが健全な法生活にとり、また健全な法状態にとり非常に重要である。もちろん、取引の現在の動向からさまざまな型式が生じるならば、立法者はそれに従わねばならない。……しかし、一般的な国民意識にかかる多様性を受け入れる雰囲気はない。この多様性を人為的に支え、これを育て、これによって混乱<sup>(16)</sup>を惹起させることは重大な失策」である。

以上のことから、デルンブルヒによれば、現代の不動産担保法の発展方法は証券抵当権の型式であり、有償の取得者が完全な保護を受ける唯一の型式である。<sup>(17)</sup>しかも、それは、抵当権者が資金を必要とする際に、抵当権の譲渡による<sup>(18)</sup>とき債務者＝土地所有者にとっても利益がある。そこで、「抵当権を市場性のあるものにし、<sup>(19)</sup>抵当市場を創造しなければならない。」

かかる見地から、草案の不動産担保型式に検討を加える。

保全抵当権については、その附従的性質から、「債権は、動的なものであり、変転するものである。他方、物の負担は、登記により確定される。これら二つのものを永続的に一緒にすることはできない。」それゆえ、保全抵当権は、現代の関係の論理に適合していないし、「なくても済ましうる未発達の型式」で

---

(14) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 240.

(15) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 240.

(16) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 241.

(17) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 241.

(18) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 241—242.

あると。<sup>(19)</sup>登記簿抵当権は、誰れが債権者であるかを確実に示す利点を持っているが、証券抵当権が並存すれば、「本当の権利状態は、それが時とともに形成されていく結果、登記簿ではもはや確定されない。」こうして、登記簿抵当権の確定性は幻想となる。<sup>(20)</sup>証券抵当権は、抵当権の設定、譲渡を容易にするという利点を持ち、「選択しなければならぬ型式である」とする。<sup>(21)</sup>土地債務は、証券抵当権がそれに該当するものとして捉えるならば、なくても済ましうとしている。<sup>(22)</sup>

こうした個別的な検討から、「抵当権の四種の型式をさらに附随形式とともに与えることは、立法における新しい現象であり、この新現象は、裁判官や取引を錯乱させるし、国民の法意識に基づいていない」と総括する。そこで、証券抵当権のみを認めることを提案している。もっとも、改良の余地を残している。<sup>(23)</sup>

#### 4 シュテッサーの見解

シュテッサーは、この草案作成において指針とすべき方向を抵当立法問題を扱った第1、第2、第3回の各ドイツ法曹大会における議論から明らかにされた抵当立法に関する一般原則、例えば、公示の原則、特定の原則、土地登記簿制度と公信の原則および抵当取引の容易化のなかに見い出している。<sup>(24)</sup>そこで、彼の報告は、「草案に採用されている担保型式の成立、効果、消滅に関する詳しい内容には触れず、むしろ、こうした個々の問題を避け、正当かつ合理的とみなされている原則が、草案に認められている担保型式の採用と取扱いにおいて

(19) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 242.

(20) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 243.

(21) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 243.

(22) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 249.

(23) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 250.

(24) シュテッサーは、大会のテーマ自体がかかる一般原則を問題にしていないことを批判している。vgl. Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 252.

貫徹されているのか否かについての一般的検討<sup>(25)</sup>」を行なっている。その次に、第1草案に関する批判的文献を取り上げる。

以上の検討から、シュテッサーは、草案の評価に関し、三つの視点を掲げている。

第1に、待望の統一立法が実現したという点に「最も大きな価値」を置いている。そこで、「この大きな国民的事業」が委託された人々の努力により第1草案が完成したということを認めるならば、「草案に異議を唱える人々においても、草案を一蹴してしまうのではなく、むしろ立法作業の改訂のために手近かな基盤とすべきとの見解に与しなければならない<sup>(26)</sup>」と。

第2に、立法作業の任務、課題という視点から、「草案は、特別の創造的精神により国民の未来法を新しく作り上げるべきではなく、現行法の基礎の上でのみ、それが立法、実務そして学問を通じて発展してきたように、普通法、プロイセン法、フランス法の間に存在する対立をできるだけ融合することにより、適法かつ存在価値のあるものを置くべきである」と。こうした現行法尊重の立場は、抵当取引の混乱をできるだけ避けることになる。そこで、「実効性が認められている担保型式は除去するに及ばない。むしろ、その担保型式は、それらの現存の取引関係にできるだけ役立つように規定されなければならない<sup>(27)</sup>。」

第3に、ドイツ法曹大会の任務と地位から、「ドイツ法曹大会が長年主張してきた一般原則……が、草案には認められ、徹底的かつ細心に貫徹されていること、さらに、個別的ではあるが重要とされる問題が事の本質に係わっておらず……、担保権と土地債務に関する本章は、全体としてまさしく草案の最も成功している部分であることを考えると<sup>(28)</sup>」ドイツ法曹大会に提出されている論題

---

(25) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 253.

(26) Vgl. Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 263—267.

(27) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 267.

(28) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 268.

(29) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 268.

は肯定されると。

以上、三つの視点から、草案の不動産担保型式すべてを保持すべきとしているのである。

5 レビイ、デルンブルヒ、シュテッサーの各報告に対し、ヴェーバー Weber とハイゼン Heisen が見解を述べている。

ヴェーバーは、シュテッサーと同じく草案の立場を支持し、レビイとデルンブルヒの見解に反対している。彼は、とくに、レビイの主張する独立的性質を持つ証券抵当権に対し、ドイツでは、附従的抵当権が一般的に利用されているという経済的事情を掲げて厳しく批判する。そこで、自らの立場を理由づけるため、同時にデルンブルヒの見解との違いをも明らかにするために、草案の規定している担保型式の「光の部分と影の部分」を指摘する。

土地債務につき、「影の部分」とは、(1)実質上の関係が分らない抽象的請求権であること、(2)土地債務の公示は、登記簿と関係なき土地債務証券の表示によること、(3)土地債務の得喪変更が証券の呈示と結びついていることであると指摘する<sup>(80)</sup>。こうした「影の部分」にもかかわらず、土地債務は、特別な経済関係にとってとにかく価値があるので削除する意図はなく、「この担保型式を合目的とみなしている経済生活の領域にそれを利用する可能性を与える草案に与する<sup>(81)</sup>」と。証券抵当権についても、おおむね同じように考えている<sup>(82)</sup>。保全抵当権については、とくに触れる点はないとし、登記簿抵当権について、とりわけ南ドイツにおけるその経済的意義を明らかにしている<sup>(83)</sup>。

以上のことから、ヴェーバーは、「草案は、大体において正当なものを備えて

---

(80) ヴェーバーによれば、プロイセンを含むドイツにおいて、全抵当権の99%は、附従的性質を有しており、プロイセンにおいても通常の取引は、土地債務を好まない。

vgl. Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 271—272.

(81) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 272—273.

(82) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 273.

(83) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 274.

(84) Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 274.

いる。もっとも、細かい点に触れるならば、もちろん多くの修正を免れえない。草案は、現存の実質的利益を考慮していると信じる。草案が施行されると取引の状態は、今日の分裂状況に比べて良くなるであろう。どんな場合においても、取引に土地担保設定に関して、特定の型式の採用を強制することは、それが公示の利益を得るときであっても賛成できない。……取引は、自由でなければならない。」と結論づけた。<sup>65)</sup>

他方、ハイゼンは、「法の統一は、画一的にはいかないものであり、型式の多様性を排斥しない」として、デルンブルヒの見解に反対した。<sup>66)</sup>

詳細に紹介したように、それぞれの見解は、対立しているが、大雑把に分けると現状肯定型（シュテッサー）、理想指向型（デルンブルヒ）、妥協型（レヴィ）とになろう。しかし、この大会では各見解が発表されたにとどまり、討論は全くなされず、意思の疎通を欠いていた。<sup>67)</sup> 結局、「十分な議論は不可能であること、ならびにその他の事情を考慮して本問題を次回の法曹大会に引継ぐ」というレヴィの提案が採用されたにとどまった。<sup>68)</sup>

### 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

##### 1 民法編纂過程 ——その③——

1890年12月4日、連邦参議院は、第1草案及び施行法草案を第2読会に付すること、この目的のために法律家と経済界の代表者22名からなる第2委員会を設置すること、法律家の委員の選任にあたっては理論と実務とくに弁護士代表、ドイツ帝国内の代表的法域の代表及び第1委員会の構成員を加えること、経済界からの委員の選任にあたっては、農、商、工業及び国民経済学理論

<sup>65)</sup> Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 275.

<sup>66)</sup> Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 275.

<sup>67)</sup> Vgl. Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 276.

<sup>68)</sup> Verhandlungen 20. DJT. Bd. 4, S. 277.

の代表を加えること、委員会は、常任委員と非常任委員とで構成することなどを決議した<sup>(1)</sup>。しかし、この決議は、第1草案をどの範囲で、又いかなる原則で改訂すべきかに関して何ら述べていなかった<sup>(2)</sup>。

この第2委員会の常任委員の構成は、委員長の他に、高級官吏6名、教授3名、弁護士1名で、これに帝国政府委員3名<sup>(3)</sup>が加わっている。第1委員会の構成と対比すれば、高級官吏が多数を占め、裁判官が1人も含まれていない。非常任委員は、各界の代表者で構成され、教授、騎士農場主各3名、裁判官2名、弁護士、林業大学長兼山林局長、手形割引所理事長、火酒製造業者、鉱山・冶金監督局長各1名<sup>(4)</sup>であった。

1890年12月15日の第2委員会準備会にて、委員長は、一般報告者としてプランクを、個別報告者としてゲーブハルト（総則）、ヤクベッキイ（債務法）、キ

---

(1) Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 1, 4. Aufl., 1913, S. XXX.

(2) W. Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung. 1966, S. 45f.

(3) フォン・エールシュレーゲル（帝国司法省局長）、プランク（教授）、キュンツェル、エイヒホルツ（いずれもプロイセン上級法務参事官）、フォン・ヤクベツキイ（パイエルン上級参事官）、リュゲル（枢密顧問官）、フォン・マンドリイ、ゲーブハルト（いずれも教授）、ディットマー（省参事官）、ヴォルフソン（弁護士）。後に委員の変更がなされている。vgl. Planck's Kommentar, S. XXX—XXXII.

(4) シュトルックマン（帝国司法省参事官）、ベルネル（枢密院法律顧問）、アヒレス（上級ラント裁判所判事）vgl. Planck's Kommentar, S. XXXII.

(5) 非常任委員は、委員長の要請により出席する義務を負っていた。非法律職に従事する者の大多数は政党に所属しており、内訳は、保守党2名、中央党、国民自由党、ドイツ自由党、帝国党各1名である（Schubert, a. a. O., S. 47）。もっとも彼らの委員会の作業に対する影響がほとんどなかったことにつき、vgl. Schubert, a. a. O., S. 48. 因に、保守党は、本来、ユンカーを中心とする貴族的な政党であったが、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のと、既述したように保護関税を求める全ドイツの大地主が流入したことにより膨大な農業政党に成長した。支持者は、地域的には、東エルベ諸州とヴェストファーレンに集中していた（村瀬興雄『ドイツ現代史』増補版（昭45）119—120頁）。

ュンツェル（物権法）、フォン・マンドリィ（親族法）、リュゲル（相続法）を任命し、あわせて審議細目を決めた。そこで、翌1891年4月10日から実質的な審議が開始し、4年後の1895年3月27日に終了した。同年5月6日から6月19日の間に、これまでの審議の成果が第2草案として編纂され、10月22日、帝国宰相に提出された。

これと並び1895年10月4日から翌年2月8日の間に、施行法及び施行に必要な民事訴訟法と破産法の修正と補充が行なわれた。

この第2委員会は、第1草案をどのような原則により、また、いかなる範囲において変更するのかといった原理的問題を扱うことなく、当初から改訂作業としてその任務を考えていた。そこで、第1草案の表現を簡潔にし、改め、教科書的な規定を取り除き、第1草案のドグマ的基礎に触れることなく、多くの、しかし些細な変更で済ました<sup>(6)</sup>。

第2草案の公表は、第1草案の時ほど注目されなかった。

この第2草案における不動産担保権は、第1草案のそれと比べ、「原則」については変更が加えられておらず、個々の点について変化をみるにすぎない。とくに、登記簿抵当権に代って証券抵当権が前面に出たこと、新しく無記名土地債務<sup>(8)</sup> *Inhabergrundschuld* (BGB 1195条参照)と定期土地債務 *Rentenschuld* (BGB 1199条参照)が導入されたこと、そして所有者抵当に手が加えられ、拡充されたことなどが挙げられる<sup>(9)</sup>。

---

(6) Schubert, a. a. O., S. 49.

(7) それは、プロイセンで支配的な抵当権型式であり、物的信用に最もよく応じることのできる証券抵当権をプロイセン以外の地域にも早急に普及させるという配慮に基づくと言われている (H. Dernburg, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, Bd. III, *Sachenrecht*, 1904, S. 626.)。

(8) Vgl. *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. Bd. III, *Sachenrecht*. Berlin, 1899, S. 712—713. (以下, *Protokolle* と略す)。

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



## 2 不動産担保型式をめぐる議論

第1草案の公表の際に問題となった不動産担保権の型式をめぐる議論は、第2委員会の審議においても行なわれており、結果的には、第1草案の規定する4種の型式が維持されるとともに要請の強かった定期土地債務が導入された。

第2委員会において、どの担保型式が民法典の不動産信用のために採用されるべきかにつき4種の提案がなされたが、いずれも草案の簡易化を意図してい<sup>(10)</sup>た。

① 提案Ⅰ 物的債務 Realobligation の内容を有する型式へと統一すべきという提案である。

この提案は、理由を次の点においている。<sup>(11)</sup>草案は、抵当権を物的債務としてでなく、物権として構成することにより支配的な現代的抵当権の理解と矛盾するし、かかる現代的抵当権を拒否する理由がない。次に、草案が4種の型式を並存させているのは、立法技術上の欠陥である。1872年のプロイセン所有権取得法の施行前は、1種の抵当権型式で事足りていた。また、抵当権と土地債務は、本質的に異なった権利ではなく、その相異は、前者が特定された金銭債権を対象とし、後者が抽象的金銭債権を対象とする点にあるにすぎない。にもかかわらず、草案は、純粋な附従的保全抵当権とあわせて3種の独立的抵当権を規定している。債権額が確定していない場合には、単なる最高額の登記を許容する旨の規定であり、保全抵当権は不要である。登記簿抵当権については、抵当証券の交付放棄が許される旨の規定で十分である。いずれにしても型式の多<sup>(12)</sup>様性は、錯雑して作用するのみであると。

② 提案Ⅱ 土地債務と保全抵当権を保持すべきとの提案である。

ヨーハウの物権法草案と同じ立場であるが、提案理由はこうである。抵当権

---

(10) これらの提案の詳細につき、vgl. Protokolle III, S. 508—510.

(11) この提案は、メクレンブルク政府の提案に相応している旨明らかにしている (Protokolle III, S. 511.)。

(12) 以上、Protokolle III, S. 511. による。

法の規定において、さまざまな法領域に存在する慣習を顧慮することは、本当の法統一を実現するつもりならば決定的意義を持たない。草案は、当事者にその利益に応じた型式を与えるということから出発しているが、当事者にその選択能力はなく、債権者に最も都合のよい型式が選択されるのが常である。立法が不動産担保権を規定する際には、次の二つの要請を充足しなければならない。第1に、担保を与える型式を提供すること、この要請から保全抵当権が保持される。第2に、担保の機能とあわせて、債権者が有する不動産の権利を直ちに処分できる可能性を与える型式を提供すること、この要請から草案の流通能力ある担保権のうち土地債務が保持される。独立的抵当権である土地債務が最も流通能力が大きく、現代抵当権法の歴史的発展の必然的帰結だからである。証券抵当権による場合、プロイセンでの経験からみて、「支配的見解」では、債務者または法的責任を負っている前所有者の人的な支払能力は当てにされていない。むしろ、それが主張されるとき、非常に苛酷となり不公平を生み出すが、土地債務ではその心配はないと。<sup>(13)</sup>

③ 提案Ⅲ 土地債務と登記簿抵当権を保持すべきとの提案である。

土地債務を流通能力ある抵当権の唯一の型式として採用するについて、提案Ⅱと同じ理由を掲げ、一時的な信用需要のための担保型式として、取引の目的とされない、したがって草案とは異なる登記簿抵当権を推薦する。<sup>(14)</sup>

④ 提案Ⅳ 証券抵当権を削除すべきとの提案である。

この提案は、物的信用の目的に応じて担保型式を選択する。担保のために不可欠の保全抵当権。土地所有者に経営資金、土地改良資金などの継続的負担をなす債権の担保には人的関係を考慮する必要のない土地債務が適している。証券抵当権では、設定者は、不必要なときも人的責任を負わねばならない。売買代金債権や相続分割債権のように漸次償却されねばならない債権の担保、しかも、債権者の貨幣需要をも満足させるために流通性を有する担保型式としては

---

(13) 以上, Protokolle III, S. 511—514. による。

(14) 以上, Protokolle III, S. 514. による。

登記簿抵当権が適している<sup>(15)</sup>と。

以上4種の提案につき採決がなされているが、その結果をみれば、提案Ⅰにつき、17対4で否決、提案Ⅱにつき、12対9で否決、そして、提案Ⅲと提案Ⅳについては、もはや採決不要であった。草案に規定されている4種の担保型式の保持については、14対7で草案支持派が多数を占めた<sup>(16)</sup>。そこで、多数派の見解である。第2委員会の議事録によれば、第1草案の不動産担保法に関してなされた主要な論点につき、ひとつひとつ注釈をつけながら委員会としての見解を述べている。

まず、一般論として、草案の不動産担保権に対してその簡易化を要請する見解、及び土地債務と保全抵当権の二本立てとする見解に対して、「この見解の主張者たちは、過渡期であっても、立法者は、物的信用のための法型式を規定するに際し、これまで土地所有の信用需要を充ててきた資本の傾向を弱め、または全く否定することはとくに避けなければならないという点において他の多数委員と見解を同じくする。かかる影響は流通能力ある附従的抵当権を削除する際に配慮されねばならないから、草案に規定されている型式の保持に賛成しなければならない<sup>(17)</sup>」と。要するに急激な改革による摩擦を懸念しているのである。

次に個々の担保型式の検討がなされる。

従来のいわゆる元本債務 *Kapitalschuld* に代えて、定期土地債務を唯一の担保型式にすべきとの見解に対し、「この改革は、疑いもなく資本が不動産に抵当貸付をなすことをひどく怖けさせるであろう。定期土地債務が、……元本債務の型式とならび、どれほど実効性を持つかは今後試められるであろう<sup>(18)</sup>」として反対している。

---

(15) 以上, Protokolle III, S. 514—515. による。

(16) Protokolle III, S. 511.

(17) Protokolle III, S. 515.

(18) Protokolle III, S. 515.

保全抵当権の保持につき、「それが契約により不確定とされる債権の担保に役立つ以上、どこからも異論はなからう」と。

土地債務の削除および所有者土地債務による過重負債の懸念に対し、「この疑念は、ドイツ農業評議会、プロイセン農業協議会、そしてバイエルン農業組合全体委員会が土地債務に同意していること」、「メクレンブルクやプロイセンにおける経験」、土地債務の経済的機能、そして「歴史的発展の当然の帰結」などを理由として反論を加えている。さらに、土地債務が「将来の物的信用形式」となることを期待している<sup>(19)</sup>。

流通能力ある附従的抵当権については、まず、抵当取引において債権者が人的責任に価値をおいていないとの主張に対し、貯蓄金庫やプロイセンの抵当銀行における抵当貸付の実務を例に出して批判している。また、大都市周辺における建築地のように、後に不動産価値の上昇により担保力が十分となるが、現時では不十分であるような事情下においては、人的信用と結びついた附従的抵当権が適していると。さらに、この型式は、「個々の不動産の価値が十分な物的担保を与えない非常に細分化された土地所有（ヴルテンベルクのごとき）のある領域にとっても不可欠である。」

また、すでに不動産価値いっぱいまで負担を負っているとき物的信用を必要とする場合にも役立つ<sup>(20)</sup>。

証券抵当権と登記簿抵当権は、比較すれば、それぞれ長短を有するが、いずれも削除しえない。というのは前者は、抵当取引を容易にするし、貸付金の支払をめぐる紛争を回避できるからである。その上、プロイセンでの実績がある。後者は、証券の紛失に伴なう紛争の心配がなく、バイエルン、ヴルテンベルク、サグセンなどにおいて利用されてきているからである<sup>(21)</sup>。

---

(19) Protokolle III, S. 515.

(20) Protokolle III, S. 515—516.

(21) 以上, Protokolle III, S. 516. による。

(22) Protokolle III, S. 517.

以上の他に、多数派委員は、(1)担保型式の多様性につき、土地所有の負債増加や抵当取引の紛糾は恐れるに足りないこと、(2)草案が現行法と適合することにより、民法典の成立、施行が本質的に容易になること、(3)多くの連邦政府が草案を支持していることなどを挙げている。<sup>(23)</sup>

〔未完〕

---

<sup>(23)</sup> Protokolle III, S. 517.