

# ドイツ民法典における不動産担保法の 形成過程 (4・完)

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25巻1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

#### 3 定期土地債務の導入

定期金型式の不動産担保権導入が、とりわけ大土地所有者を構成員とする農

業諸団体から要請されたが、第2委員会においても、定期土地債務 *Rentenschuld* に関するさまざまな提案がなされた。これらの諸提案は、いずれも、「定期土地債務において、原則として義務者は、定期金 *Rente* の支払義務のみを負い、権利者は、債務 *Schuld* を解約することは許されないが、その他について、土地債務に関する規定に一致すべき<sup>(1)</sup>」という点で共通であった。問題となったのは、第1に、物的負担 *Reallast* および土地債務との関係であり、「定期土地債務をドイツ民法典においていかに特徴づけるか、また、いかなる位置を指示するか<sup>(2)</sup>」についてである。第2に、より重要と思われるが、権利者の側からの解約権を約定しうるか<sup>(3)</sup>いなか、である。

物的負担に関しては、第1草案の1051条が規定していた<sup>(3)</sup>。

I E 1051条「不動産は、特定の人また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することができる。物的負担の目的たる不動産の現時の所有者は、権利者に回帰的給付を行なう義務を負う。物的負担の目的たる不動産は、権利者に未払の抵当利子に関して適用される規定により、未払の給付に関して責を負う（物的負担）。」

この物的負担は、沿革的にみれば、中世の政治的、経済的生活における土地所有の独得な状態に基づき、土地と結びついたさまざまな給付として発生したものである。とくに、領主と農民の土地所有関係から生じる農民の貢租義務 *Zinspflicht*、夫役義務 *Dienstpflicht*、十分の一税義務 *Zehnpflicht* などがそうであった<sup>(4)</sup>。

---

(1) *Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. Bd. III. *Sachenrecht*. Berlin, 1889, S. 777. (以下、*Protokolle III* と略す。)

(2) *Protokolle III*, S. 777.

(3) *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*. Erste Lesung. ausgearbeitet durch die von den Bundesrathe berufene Kommission, 1888.

(4) *Motive zu den Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*. Band III. *Sachenrecht*, S. 272. (以下、*Motive III* と略す。)

第1草案編纂当時、ドイツの各ラントでは、この物的負担に関する取り扱い  
は、廃止したもの、有償で廃止したもの、新しく設定することを禁止したもの  
あるいはそれを許容するものとさまざまであった。<sup>(5)</sup>そこで草案は、いちがいに  
物的負担を過去の法制度として葬り去ることはせずに、まさに現在の制度とし  
て取り扱っている。「農村の土地所有の利益を保護するために注目すべき努力  
がくり返され、さらに近時、不動産の負担を権利者の側から解約しえない定期  
金の制度に制限すべきとの要求がなされている時期において、ドイツ帝国の民  
法典は、物的負担の制度に関する規定を除くことはできない。」<sup>(6)</sup>そこで、第1  
草案理由書は、かかる要求の一例として、1887年2月28日の租税＝経済改革者  
協会第12回総会の決議を引用している。<sup>(7)</sup>このように、当時の抵当問題にも目を  
配りつつ、物的負担の制度がラント償却法により廃止されている現実、すなわ  
ち各ラントの「国民経済的」事情をも考慮している。もっとも、この事情は、  
各ラントにより異なっているため、それらの事情に基づいた諸規定は、ラント  
法に留保していた。<sup>(8)</sup>

この物的負担と定期土地債務との関係につき、第2委員会の多数意見によれ  
ば、「定期土地債務は、歴史的発展によれば、物的負担に非常に接近している  
し、独立の担保権として、抵当権と土地債務から明確に切り離される」べきで  
ある。しかし、「定期土地債務は、ドイツ民法典に特別の型式をもって規定さ  
れるに際して、物的負担のメルクマールを有することもなく、むしろ法的に  
は、ほとんどすべての点において土地債務に倣って形成される。」「それゆえ、  
定期土地債務を外形上物的負担の亜種として設置することは誤解にすぎず、実  
際には、土地債務の原則に従う」<sup>(9)</sup>とされている。

---

(5) Vgl. Motive III, S. 573—578.

(6) Motive III, S. 578—579.

(7) 本稿第2章第1節注(4)（「富大経済論集」24巻3号（昭54）60頁）参照。

(8) Motive III, S. 579.

(9) Protokolle III, S. 778.

次に、権利者の側からの解約権約定の認否である。多数意見は、これも認めないとしたが、例外として認めるべきとする少数意見があった。「解約権の絶対的排除は、経済的にみれば、非常にゆゆしき」ことと考えたからである。<sup>(10)</sup>すなわち、「定期土地債務を法定するにさいして、あまりに不都合に規定し、債務者がなんらためらってもいない場合にも、定期金の解約を決して約定しえないとするならば、貨幣を貸付けてくれる者を容易に見い出すことができず、したがって、定期土地債務は、取引界に受け入れられない。」そして、「きっと、そうした場合には、貸付をなす者の範囲は減少し、貸付を望む者は、とにかく、貨幣を獲得するときには、より高い利率に同意しなければならないであろう」と。さらに、「ミュンヘンにおいて、権利者の解約権を絶対的に排除している永代貨幣 *Ewiggeld* が、最近、権利者の側からの解約を事実上可能にする特別の取り扱いを行ないつつある」との事実を取引界の実情として挙げている。そこで、少数意見は、定期土地債務の解約権の絶対的排除が現在広く主張されているとしても、「一時的な動きの後を追ひ、客観的に考えてみて、合理的かつ合目的と認められない規定を取り入れることは、立法者の任務に反する」と厳しく批判したのであった。

これに対し、多数意見は、「定期土地債務の本質的意義は、権利者の側からの解約権の排除にある」ことを強調した。<sup>(11)</sup>そして、解約権約定の可能性を認めると、信用の授受において、通常強者である権利者が解約権を約定することが通常となり、「定期土地債務は、ほとんど完全にその価値を喪失する」と。もっとも、多数意見は、この定期土地債務が取引界においてどれほど受け入れられるか、あらかじめ確信を持っていなかった。しかし、「まもなく私的なものにせよ、公的なものにせよ、定期金による不動産の担保貸付を仲介し、みずから営む大きな制度が設立されることを期待してい」た。<sup>(12)</sup>そして、定期金について、

(10) 以下, Protokolle III, S. 780—781.

(11) 以下, Protokolle III, S. 781.

(12) こうした制度が設立されなかったことについて, ヌスバウム=宮崎一雄『独逸抵当

定期金証券が発行されると、「権利者は、定期金証券の売却により、いつでも、自己の資本を回収することできる」ため、定期土地債務は、大きな取引についても、適したものとなる、と主張した。

結局、委員会の多数は、「提案されている型式での定期土地債務が、定期土地債務にこめられている期待に答えるかいなか、確実に判断することができなかった。」しかし、「とにかく関係者が、絶対に解約できない定期土地債務に対し、土地所有、とくに農業を営む土地所有の信用にとって著しい利益となることを期待している以上、まじめな試みを実現可能にするための、定期土地債務をこの希望に応じて形成」すべき、と考えたのであった。<sup>(13)</sup>

こうした議論を経て、第2草案は、定期土地債務につき、次のように規定した。<sup>(14)</sup>

II E 1108条「一定の金額を土地より定期に支払うべき土地債務を設定することができる（定期土地債務）。……」

II E 1110条「解約権は、所有者に帰属する。解約を請求する権利は、債権者に認められない。第1041条第2項の場合について、債権者は、不動産から消却額の支払を請求することができる。」

この定期土地債務については、第3草案が帝国議会に提出されるに際し添附された帝国司法省作成の覚書 Denkschrift において、こう説明されている。「現行の法律のなかでは、小さい領域（リューベック、ハンブルク、ミュンヘン）しか適用されていない定期土地債務を認めたのは、しばしば、とくに農業界から表明された要請を考慮した結果である」と。そして、定期土地債務は、土地債務の亜種として性格づけられ、原則として、土地債務の規定が適用される。土地債務との相違は、「定期土地債務は、元本の支払ではなく、定期的に

---

制度論』（昭7）302頁参照。

(13) Protokolle III, S. 781.

(14) B. Mugdan, [Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Band III. Sachenrecht, Berlin 1899, S. LXXVIII.

定期金の支払を目的とする物権を設定する」という点に置かれていた。また、債権者の側からの解約権を原則として認めない理由として、「定期土地債務を特別の信用型式として認めるに至った経済的必要性」を挙げている<sup>(15)</sup>。

#### 4 所有者抵当の拡充

第1草案は、所有者抵当を抵当権の附従性に対する例外と捉えていたことをすでに触れた。第2委員会の審議では、この例外と原則が逆転して、所有者抵当の生じる場合が大幅に増加した。

草案理由書およびそれを支持する提案は、こう考えていた。抵当権の附従的性質は、その歴史的発展において、土地債務やその他の関係で緩和されつつもなお原則として保持されている。草案に例外が設けられたのは、「債権者に担保不動産以外の財産から弁済する所有者は、抵当権に化体されている価値を引き続き保持するとの要望を持っている」との考えに依拠しているものであり、この限度を越えることは許されない。抵当権が消滅すれば、後順位抵当権の順位が上昇するということは、ドイツの大部分の国民感情に合致する。そして、後順位抵当権でもって貸付けた者は、先順位抵当権が順次弁済されること、したがって自己の抵当権の担保力がより増加することを計算に入れていると。

これに対し、多数意見は、全く対象的な捉え方をしている<sup>(16)</sup>。抵当権の附従的性質は、抵当権の発展の中で大幅に後退し、この流れを一般的な規定で明示することが首尾一貫している。後順位の抵当権で貸付ける者は、先順位抵当権の消滅による順位上昇を計算に入れることは通常許されず、このことは、とくに北ドイツの抵当取引において慣行である。しかも、かかる抵当権者は、危険防止のため、より高い抵当利子を取っているのが通常であると。こうした事実関係から抵当権は、被担保債権の消滅においても消滅しないということを原則とすることが正しい基礎を提供する、としたのであった。

---

(15) Mugdan, a. a. O., S. 989.

(16) Protokolle III, S. 599—600.

(17) Protokolle III, S. 600—601.

結局、ドイツ民法典では、以下の場合に所有者抵当権が生じることになった。<sup>(18)(19)</sup>

- (1) 被担保債権が不成立の場合 (BGB 1163条 1 項)。
- (2) 担保債権が消滅した場合 (例外, BGB 1164, 1181条)。
- (3) 物上保証人が被担保債権を譲受けた場合。
- (4) 証券抵当権につき、証券が債権者に譲渡されていない場合 (BGB 1163条 2 項)。
- (5) 抵当権者が抵当権を放棄した場合 (BGB 1168条)。
- (6) 知られざる債権者がその権利につき公示催告にて除斥された場合 (BGB 1170, 1171条),
- (7) 強制抵当権が所有者に移転された場合 (ZPO 868条)。

## 第 2 節 第22回ドイツ法曹大会における議論

1 1893年9月にアウスブルクで開催された第22回ドイツ法曹大会においては、第20回大会の決議に基づき、「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」という論題が再び取り上げられた。クライン Klein とレベル Loebell が意見書を、ギールケが報告を担当し、大会決議が出されている。

### 2 クラインの見解

クラインは、草案における不動産担保型式の多様性を批判し、その統一を主張した。クラインは、この問題が単に法的な問題にとどまらず、すぐれて経済的な問題であることを意識しつつも、ドイツにおける抵当法制の多様性及び抵当信用に関する信頼すべき統計的調査の欠落が統一に対する困難さを助長して

---

(18) 詳細は、次の文献を参照。石田文次郎『投資抵当権の研究』(昭7)228頁以下、鈴木祿弥『抵当制度の研究』(昭43)164頁以下、三和博「所有者抵当の構成について」東洋法学2巻1号(昭33)117頁以下、松井宏興「ドイツ所有者抵制度史(1)」法学雑誌21巻1号(昭49)84頁以下。

(19) Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 3. 1920, S. 757.

いることを指摘する<sup>(1)</sup>。しかし、クラインは、不動産担保型式の多様性をさまざまな側面から検討を加えることにより、統一のための手掛りを探っている。たとえば、型式の多様性がはたして抵当取引における不安をすべて解消しうるのか<sup>(2)</sup>、型式の多様性は担保権者、設定者など抵当取引にかかわる者の立場からみて正当化されうるのか<sup>(3)</sup>、である。また、不動産担保権の流通能力を高めることが、抵当信用の獲得に實際上どれほど寄与するのか、についても検討を加えている<sup>(4)</sup>。その結果、抵当貸付機関における担保証券 Pfandbrief の重要性を指摘する<sup>(5)</sup>。

クラインは、こうした検討をもとに、保全抵当権、登記簿抵当権、証券抵当権を比較対照したうえで、登記簿抵当権のみの保持を主張する<sup>(6)</sup>。それは、法律変更の影響がすべての領域にできるだけ平等になるためには一つの抵当権を規定するに限るからである。また、農業の現状から急激な変化を避けるのが賢明であること、抵当権者や土地所有者の利害を比較した結果である<sup>(7)</sup>。さらに、登記簿抵当権は、バイエルン、ザクセン、ヴルテンベルク、リュースベックなど当時のドイツの大きな領域で利用されていた抵当権に近い<sup>(8)</sup>ため、法律変更の困難性を最少限にとどめることができるからであった<sup>(9)</sup>。

### 3 レベルの見解

レベルは、草案における不動産担型式の多様性は不動産担保権の歴史的遺産と抵当法制の地域的多様性に引きずられた結果であると分析し<sup>(9)</sup>、「抵当権を人

---

(1) Verhandlungen des Zweiundzwanzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 1, 1892, S. 482. (以下, Verhandlungen 22. DJT. と略す。)

(2) Verhandlungen 22. DJT. Bd. 1, S. 444f.

(3) Verhandlungen 22. DJT. Bd. 1, S. 446ff.

(4) Verhandlungen 22. DJT. Bd. 1, S. 457ff.

(5) Verhandlungen 22. DJT. Bd. 1, S. 480.

(6) Verhandlungen 22. DJT. Bd. 1, S. 485f., 490.

(7) Verhandlungen 22. DJT. Bd. 1, S. 483.

(8) Verhandlungen 22. DJT. Bd. 1, S. 485.

(9) Verhandlungen 22. DJT. Bd. 1, S. 529.



的信用の強化手段としての機能をこえて、取引の対象としての地位を与え、それを維持するためには、明白かつ単一の型式を付与する必要性が生じる」と主張する<sup>(10)</sup>。そして、レベルは、<sup>(11)</sup> 抵当取引の実情から附従的抵当権と独立的抵当権が必要であることを確認し、これに基づいて、草案の四種の不動産担保権を二種の不動産担保権に再編した<sup>(12)</sup>。一つは、純粹に附従的な抵当権であり、土地登記簿の公信力は債権に及ばない。しかし、所有者抵当は認められる。これを登記簿抵当権と名づけている。他の一つは、人的債務関係を前提としない、したがって、債務者や他の担保権者から人的債務関係に基づく異議を受けない抵当権であり、債務者の責任は抵当不動産に限定される。勿論、所有者抵当として設定される。これを証券抵当権と名づけている。

#### 4 ギールケの見解

ギールケは、草案の不動産担保法に対し批判的立場をとり、附従的な抵当権と独立的抵当権＝土地債務とを基本的型式とし（第1の提案）、定期金型式の担保権をそれに併存させることを提案した<sup>(13)</sup>（第2の提案）。

ギールケは、草案の不動産担保権の多様性が「ドイツ諸地方のさまざまな法律観とその住民の自治に活動の余地を与えるという」草案の基調の一表現であることを認めつつも、草案の目的は、担保型式を簡易化しても十分達成されうると考えた。加えて、土地の担保化、動化に基づく土地所有者の経済的危機は、担保法の形式的な法的構成、型式によっては十分対峙しえないとの認識を持っていた<sup>(14)</sup>。こうした基本的認識に立って、ドイツ担保法の発展過程において形成されてきた。とくに争いのあった独立性 Selbständigkeit、流通性 Verkeh-

(10) Verhandlungen 22. DJT. Bd. 1, S. 495.

(11) Verhandlungen 22. DJT. Bd. 1, S. 498.

(12) Verhandlungen 22. DJT. Bd. 1, S. 527f.

(13) 以下, Verhandlungen 22. DJT. Bd. 3, S. 22—31. による。

(14) ギールケは、有効な方法として、国家が定期金銀行 Rentenbank により資金を供給しつつ、「土地所有の元本負債を実質的に制限すること、それゆえ法律により負債を制限」することを挙げている (Verhandlungen 22. DJT. Bd. 3, S. 27.)。

rsfähigkeit, 形式性 Formalrecht の諸原則につき検討を加えている。まず、独立の原則につき、この問題に関して生じているあらゆる不明瞭、中途半端、そして不統一は、いわゆる新質 *Satzung* と定期金売買 *Rentenkauf* により基礎づけられた物的な定期金 *dingliche Rente* がローマ法原理の影響下で混同し、結合したことに原因があるとして、これを再分離することの必要性を説く。他方、現実的にも、経済的にも重要な制度として機能しているのは、土地債務であり、<sup>69</sup>ここでは、人的責任は、たとえ併存していても第二義的意味しか有しておらず、むしろ有害なものに転化するとの懸念を懷いていた。こうして、附従的な抵当権と独立的な抵当権＝土地債務とが明確に区別される。さらに、土地債務は、取引の要請に合致すべく、流通性をも備えなければならない。すなわち所有者土地債務の認容、土地債務証券の発行、白地譲渡、そして登記簿の公信などである。そして、登記簿の公信から形式性が導き出されてくる。

また、土地所有は、元本を生み出さずに、果実収益から定期金を生み出すにすぎないとの性質を持っている。そこで、その経済生活が健全であるためには、資本主義的な不動産担保に対し、土地所有の本質に応じた定期金型式が代るべきとの判断から定期金型式の併存を提案したのである。

最後に、ギールケは、「我国の土地所有に救いの手を差しのべる——土地所有を過剰負債により見捨てるのではなく、幸ある信用により強化するような健全な土地負債法を希望する」と結んでいる。

## 5 議 論

このギールケの提案をめぐる議論がなされた。

まず、ヴルケ Wilke は、第2の提案のみ賛成した。<sup>69</sup>というのは、「法律家

---

(5) ギールケは、次のように言う。「ドイツにおいて、『抵当権』として登記されているすべての地位 *Post* のうち圧倒的多数である経済的に非常に重要な制度は、その経済的意味、すなわちその現実の意義を鑑みれば、独立的な物的元本債務である。この点につきすべての報告は一致している。」(Verhandlungen 22. DJT. Bd. 3, S. 26.)

(6) 以下、Verhandlungen 22. DJT. Bd. 3, S. 31—33. による。

は、法を作るのではなく、法を発見する任務を有している」との前提に立って、抵当貸付を行なう中心的な層において、人的責任を撤廃することに対し不信感が支配していることを指摘して第1の提案を否定した。このヴィルケの現状認識は、すでに述べたところから明らかなようにギールケのそれとは異なる。

レビイは、ギールケとレベルの見解に賛同している。<sup>(17)</sup> 彼によれば、「法曹大会の任務は、法を作り出すことではなく、法律家の意識の中で決定的なものとして出来上がり、そこから所与の諸関係を顧慮した立法により法を形成しなければならない諸原則を述べることである。」そこで、法曹大会は、抵当権を附従的抵当権と独立的抵当権＝土地債務という二型式に簡易化することは、法律家の法意識により推進されると表明して差し支えないし、またこれが国民意識である、と結論づけたのであった。

また、ヴェーバー Weber は、登記簿抵当権が不動産担保権の唯一の有用な型式であるとしつつも、北ドイツの事情をも考慮し、妥協案として草案の担保型式に賛同する。<sup>(18)</sup> その理由は、第1に、全ドイツに適用される民法を創生するという大きな仕事をできるだけ推進させ、そして、この仕事の実現を余りに大きな修正提案によって困難にさせるべきでないという立法作業に対する考慮、第2に、30年にわたる公証人実務に基づく経験にある。後者につき、具体的に言うならば、登記簿抵当権は、土地債務や証券抵当権が有する難点を免れているからである。すなわち附従性を有しているために債務原因を知ることができること、公示の原則が抵当権の成立のみならずその後の変更についても土地登記簿と結びついていること、それゆえ誰れが抵当権者であるかを常に知ること

---

(17) 以下, Verhandlungen 22. DJT. Bd. 3, S. 33—34. による。

(18) 以下, Verhandlungen 22. DJT. Bd. 3, S. 34—44. による。

(19) ヴェーバーは、「土地債務は、それが1872年以来機能しているプロイセンにおいても、これまで全く僅かしか……利用されたにすぎない」と指摘している (Verhandlungen 22. DJT. Bd. 3, S. 39.)。

ができること、抵当権の実行につき抵当証券の呈示が不要であることなどである。

最後に、エヌエクチェルス Enueccerus は、「担保設定の多様性に対し、大體において反対する理由がない」との見解をとりつつ、定期金型式の担保権導入については、検討すべき価値があるとした。<sup>(20)</sup>彼の基本的な考え方はこうである。「端的に、二者択一のみが許されるならば、あらゆる反対意見にもかかわらず、ギールケ氏の提案に与することを好こんで認める。」しかし、ここでは、「さまざまな地方がそのこれまでの慣行に多少なりとも与みすることができる権能が問題となっている。」「多様な型式の併存が非常に危険だとは考えられない。」「ある種の理論的な不都合が生じるが、この不都合は、容易な取引のため、そして住民のために甘受できるものである」と。

以上の議論をへて、決議が出されている。それは、純粋な附従的抵当権、土地債務そして定期土地債務という三型式の不動産担保権を提案している。

「I 草案に規定されている資本主義的な不動産負債の四種の基本型式は、二種の基本型式で十分とみなされる。ひとつは、人的債権のために不動産に担保を設定するという考えを表現しているものであり、他のひとつは、純粋な物的債務の考え方を表現しているものである。

1 抵当権は、人的債権の担保という目的のゆえに、附従的に構成しなければならない。土地登記簿の公信は、債権に拡大しない。有価証券は発行されない。抵当権に関する処分は、登記簿への登記によってのみ有効となる。担保抵当権、仮差押抵当権、そして強制抵当権は、この抵当権の応用事例として許される。

2 土地債務は、物的負担の型体により独立的な不動産の負債として構成されねばならない。そこで、土地債務につき、不動産のみが責任を負い、人的には責任を負わない。土地債務には土地債務証券が発行され、それは、権利の担い

---

<sup>(20)</sup> 以下、Verhandlungen 22. DJT. Bd. 3, S. 49—51. による。

手であり、特に土地債務の譲渡を媒介する。登記簿の公信が完全に適用される。ただそれは善意かつ有償の取得者のみを保護する。

(a) 土地債務証券の放棄は許される。この場合、土地債務の譲渡は、登記簿への登記によってのみされる。

(b) 土地債務に債務原因を登記することにより、人的債権が結びつけられる。この場合、土地債務は、登記簿の公信と調和する範囲で人的債権の瑕疵に基づく抗弁を受ける。土地債務は、債務原因が登記されないときのみ抽象的債務として機能する。

II 資本主義的な不動産管理の型式とあわせて物的な定期土地債務が対等の法制度として認められ、詳しく規定（とくに、定期金証券の許容により）されねばならない。」<sup>(8)</sup>

### 第3節 帝国議会における議論

#### 1 民法典編纂過程 ——その(4)——

1895年10月24日、第2草案は、連邦参議院に提出され、直ちに司法委員会<sup>(1)</sup>に付託された。司法委員会では、草案全体が審議され、変更が加えられたが、草案の基礎や全体構造に係わるものではなかった。翌年の1月16日、連邦参議院は、司法委員会より提案された修正とともに第2草案に同意した。そして翌日、この新しい草案（第3草案）が帝国司法省により作成された覚書 Denkschrift<sup>(2)</sup>とともに帝国議会に提出された。<sup>(3)</sup>

---

(2) Verhandlungen 22. DJT. Bd. 4, S. 408—409.

(1) 委員長は、帝国司法省次官のニibelディンクであり、プロイセン、バイエルン、ザクセン、ヴェルテンベルク、バーデン、ザクセン、ハンザ諸都市の代表からなっていた (W. Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, 1966, S. 52.)。

(2) 重要な変更は、社团法と国際私法に関するものであった (Schubert, a. a. O., S. 52)。

(3) 当初、帝国政府は、第3草案が一括採択されることを望んでいた (T. Vormbaum, Sozialdemokratie und Zivilrechtskodifikation, 1977, S. XXV.)。

1896年2月3日から7日まで、第1読会が開催され、政党の代表者と連邦参議院の委員が見解を発表した。連邦参議院の委員は、勿論、草案を支持した<sup>(4)</sup>が、その他の発言者も含め、本草案を完璧なものとする者はいなかった。しかし、当時、本草案以上の法典が現われる可能性はなく、本草案を立法化し、これにより法の分裂状態を除くことが法的統一を再び幾年も先に追いやることより合目的的と考えられたのである。政党の見解をみれば、社会民主党を別として、<sup>(5)</sup>おおむね好意的に受け入れている。そこでは、多くの見解が修正及び改正を免れ得ないとしつつも、第3草案がドイツ帝国に対して持つ国家的、政治的、社会的意義が強調された。国民自由党と帝国党は、詳しい審議なく一括して採択する腹であったが、相続法に異論を唱えた中央党と保守党は、これに難色を示した。第3草案を全体として反対した唯一の政党は、社会民主党であった。その理由とするところは、第3草案が社会主義法を含んでいないというのではなく、労働者階級及び経済的弱者の利益を、それゆえ当時の社会的現実を十分考慮していないというにあった。社会民主党の代議士シュタートハーゲン<sup>(6)</sup>は、本草案を「搾取という不法の法典化」として特徴づけた。もっとも、たいの発言者は、第2委員会が第2草案の作成において、社会的理念を十分考

(4) 例えばニibelディンク委員は、法的統一の政治的、経済的利点を強調した。Vgl. Stenographische Berichte des Reichstag des Deutschen Reiches, 1895—1897, S. 705—710.

(5) 社会民主党は、第2、第3読会にて、アウエル代議士の名で、計94の修正動機を提出したが、ほとんど例外なく否決された(Vormbaum, a. a. O., S. XLI Anm. 67)。

(6) シューベルトは、「民法典が社会民主党の考えるところでは、どのようなものなのかにつき詳しい提案がなされなかった」(Schubert, a. a. O. 54.)と述べているが、この叙述に対してホルムバウムは、「社会民主主義者の政治的立場とその見解を十分正当に評価していない」とする。その理由として、第1に、社民党は、根本的に変革するには、全体を編纂し直す必要のあるそれ自身完結した草案と対決していたこと、第2に、現実の社会的力関係の下では、包括的な社会主義法的な対案は問題とならず、細かい個々の修正が肝心であると考えられていたことを挙げている(Vormbaum, a. a. O., S. LXXXVII. Anm. 22)。

慮しておらず、第1委員会と同じく主に現行法の法典化に限ったことを是認していた。

討議の終了後、帝国議会は、本草案を施行法草案とともに、21名の委員からなる委員会に付託した。<sup>(7)</sup> この委員会は、1896年2月7日から6月12日まで審議を行ない、政治的、宗教的、社会政策的性質を有する多くの、しかし些細な修正を加えた。<sup>(8)</sup>

この委員会により修正された草案の第2読会が1896年6月19日から27日まで行なわれたが、ほとんど第二義的な問題が議論されたにすぎない。6月30日から7月1日の間、第3読会が行なわれ、最終日に投票がなされた。結果は、出席代議士数288名のうち、賛成222名、反対48名、保留18名であった。<sup>(9)</sup> ついで7月14日、連邦参議院で可決され、8月18日ヴィルヘルム2世の認証、そして8月24日、「ドイツ民法典」として公布、1900年1月1日から施行された。

## 2 第1読会での議論

帝国議会における一般討議（第1読会）では、不動産担保法に関して、その流動性と土地債務が重要な論点となった。

中央党代議士リンテレン Rintelen は、「信用の過度の容易化」はためにならないとして次のように論じている。

「プロイセン法において、すでに自己名義で設定することができる土地債務につき、すなわち償還土地債務証券につき、1つの実例があります。これは、貨幣を入手するに容易な手段である。しかし、農場殺し Güterschächter にとっては、再売却して暴利を得るために土地所有権を獲得することが肝心であります。貨幣を必要とする場合には、ほとんど費用のかからない土地債務を自己

---

(7) 委員を党派別に分類すれば、中央党5名、保守党、国民自由党各3名、帝国党、ドイツ社会革命党、自由主義国民党、社会民主党各2名、ポーランド党、自由主義連合各1名である (Vormbaum, a. a. O., S. 124 Anm. (5))。

(8) Vgl. Schubert, a. a. O., S. 54f.

(9) 42名の社民党代議士が含まれている。

名義で登記し、それを換価するようにと囁くでありましょう。また、妻が抵当権設定にはどうしても同意しないという人には、土地債務は、土地所有の負担ではなく、困窮時に貨幣を手に入れることのできる可能性にすぎないと奥さんに言っておあげなさいと説くでありましょう。一度土地債務を設定してしまうと、土地所有に次第に負担を課せる手段を手に入れたことになるであろう。かの農場殺しは、土地債務を取得し、最後には、土地所有者を土地から追い出してしまふにちがいない。諸君！これがプロイセン法に対し、常に主張してきた懸念なのであります。……この問題につき詳細かつ根本的検討が加えられるべきである。……所有者抵当が確固とした土地所有のために一般に認められるべきかにつき非常に疑問に思ふのであります。<sup>(10)</sup>」

このリンテレンの見解に対し、保守党代議士ブフカ Buchka は、反論を加えて、「農業地の所有者をこの点につき余りに束縛することは、私見によれば、二面性があることを強調したい。土地所有者をその負債能力につき制限し、我国にて非常に優れていると証明されている自己名義による登記を除くならば、他面、かかる人々が困窮時に本当に必要とする信用が獲得不能となるでしよう。これらの事柄については、かかる制限を一度法律に規定すれば、再びそれを取り去ることは容易ではないため十分注意して事を運ばなければならないのです<sup>(11)</sup>」と。

### 3 委員会での議論

帝国議会の委員会においても、不動産担保法の多様性をめぐって議論があった。委員会の報告書は、第3編第9章に関する一般討議につき草案に批判的な見解とそれに対する帝国政府代表の反論と草案の趣旨説明を載せている。<sup>(12)</sup>

---

(10) Stenographische Berichte des Reichstags des Deutschen Reiches, 1895—1897, S. 713—714.

(11) Stenographische Berichte des Reichstags des Deutschen Reiches, 1895—1897, S. 721.

(12) 以下, Bericht der Reichstages-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen



草案に批判的な見解とは、報告書によれば、不動産担保型式につき国民に理解が容易であり、しかも抵当取引にとり有利な型式で統一し、場合によっては、ラント法に異なった型式を留保するものである。不動産担保型式の多様性は、土地所有の負債を一層容易にす結果をもたらすにすぎず、土地所有は、ますます動化させられるとの理由を挙げていた。

帝国政府は、この見解に対して、第1に、よしんば統一型式として最も広汎にひろまっている証券抵当権を設置しても、確固たる市民権を得ている他の型式も考慮に入れねばならず、必然的に草案のような妥協的結果となる。第2に、帝国議会が妥協を拒否し、統一型式に固執するならば、この重要な章、ひいては法典全体の成立が怪しくなる。第3に、ラント法への留保は法統一になじまない。第4に、草案の不動産担保法は、担保証券制度に關し予定されている帝国立法の基礎にもなるから、この草案が成立しなければ、とくに南ドイツの土地信用制度に重大な危機をもたらすと。

さらに、草案の担保型式についての実質的な立法理由として、次のように説明している。

附從的な抵当権は、物的信用と人的信用を有機的に結びつけており、不動産担保の従来型の大部分がこれであり、その削除は急激な断絶をもたらす。この型式において、取引の保護と容易化は、公信の債権への拡大によって十分考慮されている。抵当証券は、北ドイツでは、百年以上も前から市民権を得ており、今後も保持されるべきである。独立的な抵当権は、純粋な物的信用を供給するための手段を形成する。不動産に抵当権を設定するすべての場合に人的債務をも課せることは、債務者にとって合目的ではなく、不公平な重荷となり、これを強制する必要はない。この純粋な物的信用は、とくに家族世襲財産 Fideikommision において使用されうるし、メクレンブルクでは有益に機能している。そして、「不動産の価値をさまざまな小さい部分に分割できる所有者

---

Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes nebst Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse., Berlin 1896, S. 75—76. による。

の権能は、所有者を大銀行の支配から独立させ、大衆が小さい貯蓄でも確実な抵当権へ投資できることを可能にする。これに対し、独立的抵当権の導入が所有の移転を促進することはない。負債の可能性は、一定の経済的限界を持っており、土地の『動化』は、不動産担保につき、附従的抵当権とあわせて土地債務の型式も許されるかという問題と何ら係わりを持たない。」定期土地債務は、今日、大きな実際上の意義を有していないが、将来、農業経営の利益に最も通った型式となることを期待する、と。

こうした帝国政府代表の反論、説明とならび、委員会の内部からも不動産担保権の統一型式を設けることに反対の見解が出されている。それによれば、草案は、確かに草案が置かれている実際上の諸関係を考慮している。草案の規定する型式を否定することは、立法作業全体の成立を危くするし、また、どの不動産担保様式が唯一のものとして認められるべきかにつき一致することは困難である。統一型式に対する要請は理解できるが、現存の法慣習の相違が余りにも大きく、それを越えることができないがゆえに実行不可能である、というものであった。

この委員会報告を受けた帝国議会では、第2、第3読会において審議がなされたが、不動産担保法については、その全体につき討議がなされずに通過した。<sup>(13)</sup>

## む す び

本稿は、ドイツ民法典における不動産担保法の形成を不動産担保型式の多様性に注目して検討したが、その結果、次の二点を指摘することができる。

第1に、ドイツ民法典の不動産担保型式が多様化した理由である。それは、まず、ドイツ民法典の編纂時期におけるドイツ各国の抵当法制が多様多様であったからである。立法者は、ドイツ各国において形成されてきた、したがっ

(13) J. W. Hedemann, Die Fortschritte der Zivilrechts im XIX Jahrhundert, 2. Teil 2. Hälfte, 1935, S. 276.

て、独自の機能を営んでいる不動産担保型式を考慮し、これらをできるだけ受け入れることによって、各地域や抵当信用の要請に応じうることを期待したのであった。土地債務、証券抵当権、登記簿抵当権、保全抵当権がそれである。さらに、これら旧来の不動産担保型式に当時の農業信用の状況に適する不動産担保型式として定期土地債務が加えられている。こうした多様な不動産担保型式に対しては反対が少なくなかったが、再編をめぐる議論のなかから、当時のドイツにおける不動産担保法制の多様性と当時の抵当信用の状況を読み取ることができる。とくに、流通＝投資抵当権を中心として編成するという考え方が大きく後退したことに注目すべきである。第1草案の基礎となったヨーホウの物権法草案は、プロイセンの土地債務に該当する独立的抵当権を主たる型式としたが、これは第1草案の採用するところとはならなかった。それは、本質的にみれば、流通＝投資抵当権の形成を促した社会経済的背景自体が変化してしまったからにほかならない。そうした事情を端的に表わしているのが、第1草案の不動産担保法に対する農業諸団体の評価である。かって流通＝投資抵当権形成の担い手であった貴族の大土地所有者を構成員とする農業諸団体は、流通＝投資抵当権の代表ともいふべき土地債務に対し、否定的あるいは消極の評価を下したのであった。勿論、土地債務は、削除されることはなかったが、プロイセン所有権取得法におけるような積極的意義を失なったと考えてよからう。<sup>(1)</sup>

- (1) プロイセン所有権取得法において、流通＝投資抵当権の中核として期待された土地債務は、プロイセンにおいてすら、利用されること稀れであったこと、第1草案理由書も指摘していたが、ドイツ民法典施行後も同様であった（ヌスパウ＝宮崎一雄『独逸抵当制度論』（昭7）286頁）。その原因は、土地債務のメリットとされた債権からの独立性それ自体にあるといわれていた。すなわち、「取引の実際は、債権と物権との有機的結合を欠くことを得ない」からである（ヌスパウム＝宮崎・前掲書 286頁、鈴木禄弥『抵当制度論』（昭43）24頁以下参照）。ところが、近時、商業銀行 *Geschaftsbank* の短期、中期信用の担保は、すべて土地債務によっている。とくに、最高額抵当権 *Höchstbetragshypothek* は、土地債務に取って代わられている。また、長期信用の担保にも、土地債務が進出してきている（F. Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 1975, S. 398f.）。こうした、土地債務の機能変化は興味あるところであるが、

こうして、流通＝投資抵当権の意義が後退したことは、再編の決め手を欠くことにもなった。そこで、立法者としては、ドイツ各国の不動産担保法制をできるだけ取り入れるよりほかに方法がなかったともいえよう。そして、この妥協的態度により、さまざまな利害が対立する法典編纂を乗り切ろうとしたのである。この間の事情は、とくに第2委員会における審議に如実に現われている。

第2に、定期土地債務の導入の意味である。この定期土地債務は、農業諸団体の強い妥請を受け、第2草案の段階で新たに加えられた不動産担保型式である。定期土地債務の導入は、土地債務の意義の後退と表裏をなす。ドイツ民法典の編纂時期は、農業地は、過度の抵当負債に陥っており、抵当信用の獲得を容易にすることを目的とした土地債務などは、その元凶とまで考えられていた。農業諸団体が土地債務に否定的、消極的態度を示したのはそのためである。そこで、農業経営者の関心は、いかにして、抵当負債を免れ、農業に適した抵当信用を得るかであり、まさに、この任務を担ったものとして定期土地債務が浮上したのであった。抵当信用の獲得に有利な不動産担保権の形成に対する大きなうねりは、ドイツ民法典の編纂時期には、もはや消え失せてしまっていたといえよう。定期土地債務の導入は、こうした社会経済的背景の法的表現として捉えることができる<sup>(9)</sup>。

以上、二つの指摘から、ドイツ民法典の不動産担保法の歴史的意義に関する従来の見解に対し、次のことを付け加えねばならない。確かに、ドイツ民法典は、プロイセン所有権取得法において完成した流通＝投資抵当権を受け入れた

---

この考察は別の機会に譲る。

- (2) 定期土地債務の歴史的意義は、本文で述べたように理解することができるが、定期土地債務が果して、期待された通りに機能したかは別問題である。結果は、否定的であり（ヌスバウム＝宮崎・前掲書302頁）、現在も同様である（Baur, a. a. O., S. 426）。その原因は、第1に、所有者に一方的解約権を認めたこと、第2に、所有者が人的責任を負っていないこと、にある（ヌスバウム＝宮崎・前掲書302頁以下、Baur, a. a. O., S. 426）。第1の点については、第2委員会で議論されたところであるが、結果的には、少数意見の危惧が当たっていたことになる。

ため、それを全ドイツ的なものに普遍化したことになるが（不動産担保法の統一化）、流通＝投資抵当権それ自体の持つ法的、経済的意義は、プロイセン所有権取得法の場合と比べると変容し、その積極的意義は後退していた、といえよう。ドイツ民法典の不動産担保に関する規定は、結局、ドイツにおける不動産担保法制の歴史的遺産と不動産担保法制の多様性に引きずられた、妥協的産物であるといえる。これは、まさに、ドイツ民法典の編纂態度と軌を一にしている。

〔完〕