

ドイツ抵当法の発達について

——「従属性から独立性へ」の図式を中心として——

高 島 平 藏

一 序 論

ドイツ担保法が、フランスとは対照的な制度を発達させ、とくに独自の抵当制度を形成してきたことは、よく知られた事実であり、ここにあらためて指摘するまでもないであらう。しかし、このようなドイツ抵当制度の展開を、担保制度におけるひとつの法現象として、どのように理解し、把握するか、また、実用的な問題として、この過程をどのように評価すべきか、ドイツ抵当制度のうちに、あるべき将来の立法のモデルをもとめることが適切であるか否か、等については、なお慎重な考察を必要とするであらう。

これらの問題を取りあげる場合、ふたつの対立する考え方が存在しうるものとおもわれる。そのひとつは、ドイツ抵当法の発達のプロセスを、普遍的な法現象としてとらえ、そこから、抵当制度発達の法則を抽出しようとするものである。そしてこのような理解がなされた場合、立法論における評価として、おのずから、ドイツの抵当制度が、理想的な範型とされ、これをモデルとする立法を推進すべしとの判断がなされることになるであらう。そうして、こ

にみとめられる変化は、保全抵当から投資抵当へとか、あるいは、価値権の性格の純化とかいうように図式化される。さらにこの方向は、抵当権の構成としては、債権に対する従属性から独立性へ、という図式として表現されうであろう。

これに対し、第二に、ドイツ抵当法の発達を、ドイツ特有の経済的事情にもとづく特殊な現象として把握する見解が存在しうる。この考え方によれば、右の変化をもつて将来の方向を予測し、立法のモデルとしてドイツ抵当制度をとりあげ、その構成を採用することには、慎重でなければならないとの判断がみちびかれることになろう。⁽²⁾

(1) ドイツ抵当制度の発達のうちにあらわれた変化を、普遍的なものとして図式化する見解として、我妻栄「近代法における債権の優越的地位」八三頁以下、石田文次郎「投資抵当権の研究」などをあげることができるものとおもわれる。

(2) 鈴木禄弥教授は、とくにこの点を強調し、つぎのようにのべられる。「債権担保のための抵当権より投資抵当権という公式は、資本主義発展が特異の態様を示しているドイツとくにプロイセンについてのみ妥当するものであり、資本主義が典型的に発展したといわれるイギリス・フランスにはむしろ妥当しないのである。わが国で、抵当法の改正論がなされる場合、法技術的見地においての模範として、ドイツ抵当法の精緻な構成が取上げられることは、むしろ当然である。ただもし、その前提としておよそ資本主義の発展に伴い、債権担保のための抵当権から投資抵当権への発展が行なわねばならない。その最高の発展形態たるドイツ抵当法が指標とされるべしとする考えがあるとすれば、戒心すべきであろう。わが国の抵当権についての立法論は本質的には、わが国の資本主義の経済事情によって決せらるべきであろう」(鈴木「ドイツ抵当法と資本主義の発達」法律時報二八卷一―二頁二〇頁)。

右にとりあげたふたつの考え方は、しかしながら、いずれにしても、ドイツ抵当制度の発達を、資本主義発達という経済的基盤に対応するものとして把握する。そうすると両者の対立は、結局、このような抵当制度発達の方向

を、資本主義発達に應ずる普遍的なものとして、他の国においてもまた、必然的に生起すべき現象だったとするか、あるいは、これを、ドイツ資本主義の特殊性に対応する現象としてとらえるかというところに生ずることになるのである。

このように、ドイツ抵当制度の発達を、いずれにせよ、資本主義発達の基盤に対応するものとして理解することは、もちろん、基本的には当然に承認されるべきである。また、これは、抵当制度のような法現象においては、とくに必要な態度といわねばならない。しかし、前にあげたような諸問題を考えていくためには、これら両者について、なお検討を要するさまざまな問題があるものとおもわれる。

そのうち、もっとも重要なものは、ここに抽出された発達の図式を再検討することである。本稿では、これを、とくに、従属性から独立性へという図式の観点からとりあげてみたいとおもう。保全抵当から投資抵当へという場合、この変化は、技術的には、右の従属性から独立性への変化に合致し、この変化によって推進された。このことは、価値権性の純化との関係についても同様であろう。そうして、従属性から独立性へという図式については、つぎのような点が検討されねばならない。

まず、ここで独立性という場合、それが一体なにを意味するか。つまり、どの程度の独立性が、独立性への発達の極点として考えられているかが問われねばならない。そしてここにおいて、ドイツ民法典中に採用された土地債務 *Grundschild* を、どのように把握するかの問題がうかびあがってくるのである。⁽³⁾ およそ抵当権の独立性を考える場合、担保権の債権からの独立は、一般に指摘されているように、そのもっとも徹底した姿を、この土地債務のうちに

みいだすであろう。そうすると、土地債務がドイツ担保法の発達のなかで占めた地位によって、そこから抽出される独立性への方向の意味するところが、異なってくることになる。したがって、そこでは、土地債務制度が、右のプロセスのうちで、どの程度まで、普遍的な重要性をもったのか、それははたして経済的な要請に応ずる、もっとも適切な制度であったのかどうか、實際上、どのくらいの役割をはたしたえたものか、等について検討がなされねばならない。そうして、のちにもとりあげるように、独立性の先端に位し、価値権の純粹形といわれるこの土地債務が、ドイツにおいて、立法者の予想に反して、あまり実務的効用を発揮しえなかったということは、右の問題の判断にとって、きわめて重要な意味をもつ事実だといわねばならないであろう。

(3) *Grundschuld* の訳語としては、土地負担の語が用いられることもあるが（我妻・前掲書 九〇頁）、ここでは、一般の例にならって、土地債務とした。土地債務については、新井英夫「土地債務の一考察」（法学協会雑誌四九卷三号）など。

なお、独立性を、かりに、ドイツ民法が流通抵当 *Verkehrshypothek* についてみとめている程度のものとして理解したとしても、そこにはなおつぎのような問題がある。それは、このような独立性の展開が、経済的な発達にとまって、必然的に発生する現象であったかどうか、この変化を、法則として抽出しうるものかどうか、ということである。もし、この現象が、それに先行する従属性の強調の基盤となっている経済状態の変化に応じ、これを克服すべきあらたな経済要因によって推進され、必然的にあらわれるべきものであったとすれば、ドイツにおいて、資本主義の特殊な発達に応じてあらわれたこの法現象からもなお、ひとつの法則を抽出することが可能となるであろう。しかし反対に、右のような変化が明白にみとめられず、この現象を推進する要因として、むしろ偶然的な要素が大きなウ

エイトを占めていたとすれば、それだけ、かような変化は、法則性を失い、抵当制度発達の予測において、その重要性を減少させ、そこには、技術的な処理のひとつのモデルがクローズアップされるにすぎないこととなるであらう。⁽⁴⁾ 本稿では、これらふたつの問題に考察をしぼって、従属性から独立性へという変化の内容と性格を検討することにした。このため、まず、ドイツにおける抵当権についての立法、その場合の土地債務のとりあつかいなどを概観し、これをもととして、右の考察をすすめていくことになる。

(4) 経済的基盤との直接の歴史的対応を考察することのみによっては、法制度のような社会現象の認識としてなお不充分であり、そこでは、この対応関係じたいをあきらかにするとともに、法制度の変化、発達に作用する多くの諸要因を、さまざまな角度から、ときには独立のものとしてとりあげて追究することが、重要な意味をもつ。したがって、このような態度に対して、軽々に、問題意識や歴史意識の欠除などを云々すべきものでないと考える。

二 抵当権の独立性と土地債務

1 ドイツでは、抵当権において、被担保債権に対する従属的性格を緩和し、これを独立の権利として構成することが、はやくからおこなわれてきたが、このような独立性ある抵当権をみとめる立法にも、いくつかのタイプがあり、その発達は、必ずしも、一本の線で貫かれているわけではなかった。

その第一は、ハムブルクやリュールベックの場合である。ここでは、抵当権は、ローマ法の担保法理論の影響を受けることなく、土地定期金売買 Rentenkauf や Satzung の制度との連続を保ちながら発達した。実定法としてこれを明白にあらわしたのは、ハムブルクの土地所有権および抵当権法 Gesetz über Eigentum und Hypotheken (一

八六八)である。抵当権は、土地が負担を負う独立の権利とされ、登記された金額の請求権は、この登記のうちに法的根拠をもつものとされた。リューベックでは、実体法として抵当権が法典化されることはなかったが、そこでは抵当権が、本質的に、ハムブルクにおけると同様のものとして理解されていた。⁽¹⁾

(1) Motive, III, S. 604; Achilles, Die preussischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht, 1881, S. 38f.

第二のものは、メクレムブルクにおいてみとめられる。メクレムブルクでも、債権者を保護して物的信用を増大することが、企図されたが、抵当権のとりあつかいとして、つぎのような規制がなされた。まず、抵当権の登記により、人的責任を確実にする権利が生ずるのみでなく、独立した物的な負担 dingliche Belastung が存立することになる。また、登記は、かような人的責任によって原因づけられることを要せず、当事者の約定に委ねられる。さらに、目的物を所有するにいたった者は、人的責任を負わない。つまりこのような、債権と抵当権との技術的な分離がおこなわれたのである。⁽²⁾

(2) Motive, III, S. 605. Achilles, a. a. O. S. 37.

第三のタイプとして、プロシアの立法があげられる。これは、独立性を承認された抵当権を、土地債務の名のもとに採用し、従属性ある抵当権とならべて規定するというものであり、ドイツ民法典の原形をなす。この態度は、あの所有権取得法 Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung des Grundstücks (一八七二年)のうちに示されたが、オルデンブルクの同名の法律においてもみとめられている。⁽³⁾

(3) Motive, III, S. 605. Achilles, a. a. O. S. 57 ff.

抵当権とは別に、債権から制度的に解放された土地債務が、どのようにして、プロシアの立法のうちに採用されるにいたったかは、大變興味のある問題だといえよう。

所有権取得法の制定にあたって、プロシア政府がラント議會に提出した草案によれば、メクレムブルクの先例にしたがって、抵当権を人的債権の拘束から解放し、從属性ある抵当権を、債権から独立した担保権にかえてしまうことを意圖していたと考えられる。

このような政府の意圖に対して、ラント議會においても、いちじるしい反対はみられなかった。しかし從属的抵当権は、ついに廃止されることなく存続した。これは、貴族院の多数が、從属的抵当権なしですませない⁴と信じたためであるといわれる。こうして、政府提案の独立抵当権を、土地債務の名のもとに採用はするけれども、それとともに、從属的抵当権をも保存し、それについては、人的債権からの抗弁を無制限に許容するという立法がおこなわれたのである。

(4) Motive, III, S. 606; Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 1969, S. 420. プロシアにおける兩制度の採用の意義につき Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 1885, S. 459.

右にみてきたように、少なくともプロシア政府の考えのうちには、いわゆる独立性を徹底したかたちで実現する土地債務をもって、従来の從属的抵当権にかえることが適切であり、それが不動産担保法の發達の方向であるとの判断がみとめられた。しかし、ドイツ抵当法のその後の發達の過程においても、このような、土地債務による抵当権の排除は実現することがなかった。そこではただ、被担保債権の瑕疵に対しても、登記の公信力によって保護されるべき

抵当権を補充することが、とくに問題とされたにとどま⁽⁵⁾っている。その具体的な事情は、つぎのとおりである。

プロシアにおける抵当法の改正が、土地債務を採用した後、ドイツの他のラントも、これと同一の方向にすすむことが期待されたが、この方向は、全面的に実現することがなかった。プロシアの立法が、多くのラントで模倣されたことは事実であるが、土地債務はその支配を確立しえず、バイエルン、ザクセン、ヴュルテムベルク、バーデンなどでは、かえって、土地債務が国情に適合しないことが確認されたのであ⁽⁶⁾った。

さらに、プロシアにあつても、投資手段として通常となつたのは、土地債務ではなくて、これとともにみとめられた抵当権の方であり、こうして、ドイツの広範な領域において不動産信用を媒介した抵当権を保持することの必要性があきらかとなつていった。また、他のラントでは、もっぱら、被担保債権よりする異議に対し、登記の公信力による保護をみとめられる抵当権のみを承認したのであ⁽⁷⁾る。

(5) Motive, III, S. 608.

(6) Motive, III, S. 608.

(7) Motive, III, S. 608.

ドイツ民法典の編纂においても、プロシアにおけると同様の問題がとりあげられた。すなわち、土地債務と従属性を有する抵当権をあわせ採用すべきか否かについて、活発な意見の対立を生じ、結局、両者の併用におちついたのであ⁽⁸⁾る。

(8) Hedemann, Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches, 1960, S. 333 f.; Motive, III, 609 f.; Hübner, a. a. O. S. 421; Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II, 1905, S. 837 f.

以上、ドイツにおける立法を概観してきたが、そこでは、少なくとも、被担保債権からの影響を切断するという意味での独立性の方向は明白にみとめられる。しかしこのような独立性をさらに徹底させるものとしての土地債務への方向はけっして普遍的でもなかったし、また強力に推進されたというものでもなかった。抵当権とは別個の土地債務の採用はプロシアにおいておこなわれた、ひとつの立法のタイプにすぎなかったのであり、さらにそのプロシアでは、土地債務は抵当権との併存をみとめられたにとどまり、ドイツ民法典もまた、結局この方式を踏襲したにすぎなかったのである。

2 右のような事情がみとめられるにせよ、ともかくも、独立性の極点としての土地債務が、民法典のうちに登場したことは、厳然たる事実である。しかし、独立性がここまで徹底していくことが、担保法発達の方向として承認されるべきか否かを確かめるためには、土地債務が、経済的発達に対応する制度として、支配的役割をはたしたかどうかについても検討してみなければならない。

すでに、プロシアにおいて、土地債務をふくむ立法がおこなわれたにもかかわらず、信用授受の手段としてさかんに用いられたのが、土地債務ではなく、これとともに承認された抵当権の方であったこと、さきに指摘したとおりである。この事情は、民法典のもとにおいても変わることがなく、土地債務は、やはりあまり活用されず、むしろ、これと性格を同じくする物的負担などの方が、かえって実効性をもったことが指摘されているのである。⁽⁹⁾

(9) たとえばヌスバウムは、土地債務が、法律生活において、あまり重要でない役割を演じたにすぎなかったことを指摘して

32. Nussbaum, Deutsches Hypothekenwesen, 1913, S. 134. なお, Hedemann, a. a. O. S. 334, 我妻・前掲書九二頁, 鈴木・前掲論文一九頁, 石田・前掲書三二三頁, 現代外国法典叢書独逸民法Ⅲ二七一頁など。

では、このように、土地債務が、立法者の意図にもかかわらず、充分にその機能を發揮しなかったことには、どのような理由が考えられるだろうか。これを検討してみると、ドイツ担保法にあっても、なお、物権と債権の結合、つまり基本的な從屬性が、独立性展開の限界を画していたことがみとめられるのである。

たとえば、ヌスバウムは、土地債務が重要な役割をもたなかったことにつき、つぎのような説明をしている。すなわち、取引の実際においては、債権と物権との有機的結合を欠くことができない。なぜなら、不動産金融の形式は、まず債権者の要求によって決定されるのだが、債権者にとって問題になるのは、とくに抵当権の確実性であり、そしてこの確実性は、しばしば、第一順位をもたない抵当権者にあつて、人的債権に依存することによって保証されるからである。債権と物権との分離には、一般的に、不自然で、理解困難な、經濟的關係に背離した何物かがある。土地債務の意義は、このために限定的であり、さらに、土地債務が利用される場合、それは、しばしば、國民經濟上、不当であつたり、あるいはあまり有益でない目的のためになされるものである。以上がヌスバウムの見解である。⁽¹⁰⁾

鈴木教授は、これに対し、土地の交換価値を把握してこれを流通せしめることを企図しても、土地の自然的性質からの価値の完全な抽象化が困難であるため、その流通性には当然に限界を生ずることを指摘され、「理論上もつとも流通に適した担保物権である」土地債務が、實際上あまりおこなわれなかったことを、「抵当権流通性をできるだけ増さんとする編纂者の理論的関心が、實際の要求を上回っていたともいえよう(傍点高島)」と説明し、經濟的要求が土

地債務までを欲していなかったことを指摘されている。⁽¹¹⁾

しかし、土地債務と経済的要求のくいちがいに原因をもとめず、実質的にも、土地債務の優位を承認しながら、別個の理由で右の事情を理解しようとする見解もある。すなわち我妻博士は、つぎのようにのべられている。「理論的に見れば、―後に述べるやうに―土地負担の方が、流通抵当よりも流通性において一步を進めてゐるにも拘らず、後者が前者に圧倒せられざる理由如何。これを詳にすることは、目下我々になし得るところではない。私は、ドイツ民法における抵当権の流通性は経済的需要に可成りよく応じ得るものであつて、たとへ土地負担に比し多少劣る点があつても、その程度は、決して慣習的に行はれ來つた地方にこれを廃して土地負担を輸入せしめる程重大なものではないといふことが、最も大なる理由ではなからうかと想像することを附記するに止める⁽¹²⁾」。しかしこの見解においても、経済的要求が、実質的に独立性を付与された程度の抵当権によつて満たされ、それ以上を必要としなかった事實は、これを承認せざるをえないであらう。

(10) Nussbaum, a. a. O. S. 134 f.

(11) 鈴木・前掲論文一九頁。

(12) 我妻・前掲書九二頁。

3 土地債務か、重要な作用をもちえなかつたこと、およびその理由は、右にみてきたとおりである。しかしそれは、まったく機能しなかつたわけではなく、その特殊性よりして、なお特別な要求に応ずるために利用された。だとすれば、土地債務の地位について判断するためには、このような特殊な作用とその要因についても、概観しておくこ

とが必要となるであらう。

まず、土地債務は、制度上、債権から完全に分離されていたが、その実際の効用においては、債権を前提とし、これを確保するための、いわゆる *Sicherungsgrundschuld* として利用されていたことに注意する必要がある。⁽¹³⁾

(13) Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 1970, S. 382, 388 ff.; Westermann, *Sachenrecht*, 1960, S. 566.

土地債務が利用されたひとつの動機は、その不明瞭性 *Undurchsichtigkeit* であつた。土地債務は、はじめから所有者名義で設定され、その後これを、土地登記簿に関係なしに移転しえたので、登記簿上に、債務原因のみでなく、債権者の氏名を公示する必要がなかったのであり、この点が好都合とされた。また、土地債務の利用された原因として、つぎのことが指摘される。すなわち、土地債務は、人的債権に従属しないために、債権者に特別に強力な権利を与えることになる。その例としては、所有者が、自己名義で土地債務を登記し、債権者の担保に供した場合、債権者は、一部の弁済をうけたときにも、なお、土地債務を全額で換価し、これによって不足金の弁済をうけられることが指摘される。さらに、所有者としても、ときに、実際のでない順位留保に代えて、土地債務の登記を用いるのを便宜とする場合があるとする。そのほか、土地債務の登記は、とくに、土地において、所有者のために存する価値を動化して、これを担保として提供するのに役立ち、またある場合には、これをもって、費用のかかる土地所有権の譲渡のかわりとすることができるとされる。⁽¹⁴⁾

なお、土地債務の機能としては、最高額抵当のかわりとして、銀行取引において用いられることも指摘されている。すなわち、被担保債権からの独立ということよりして、土地債務は、変化する、不確定な信用を担保するに適

し、このため、最高額抵当のかわりに利用される。その具体的な理由として、最高額抵当とちがい、現在の所有権者が、即時の執行に服すること、債権の存在およびその額につき、権利者が立証責任を負わないこと、利子付で設定しうること、登記手続が容易であること、などがあげられている。⁽¹⁵⁾

(14) Nussbaum, a. a. O. S. 135. ヌสบアウム・宮崎一雄訳「独逸抵当制度論」(一九二一年版のほん訳)二八六頁―二八七頁。
(15) Westermann, a. a. O. S. 552 f.

4 以上のような事情をみると、土地債務というような制度を要求したものが、必ずしも、資本主義発達に應じた、さらにまた、ドイツにおける特殊な事情に応じた独立性に対する要請に、ただちに合致しないことを知りうるであらう。反対に、土地債務を支配的ならしめなかった原因のうちには、資本主義発達にともなう担保制度の要求によって、普遍的ともいふべき限界がふくまれていたことを、承認せざるをえないであらう。そしてこのようにみてくると、土地債務に示されるような徹底したかたちの担保権の独立性への方向は、実際にも、ドイツ担保法史のうちから抽出しえないし、理論的にもまた、かような変化を、法則として承認することは困難だということになる。そしてこのことは、将来の立法のモデルとしての土地債務の評価を決定することにもなるであらう。

三 抵当権における独立性確立の意義

1 ドイツ担保法史のうちから、土地債務に示されたような、徹底した独立性への方向を、法則として抽出するのが困難であること、右にみてきたとおりであるが、なおそこには、それまでにいたらない、ドイツ民法典が、流通抵当

においてみとめた程度の独立性への方向が、ひとつの法則として定立しうるものかどうか、その具体的な内容はどのようなものであったかなどが検討されなければならない。そうすると、さきにも一言したが、ここで問題となってくるのは、つぎのような事項である。まず、独立性への方向は、従属性から独立性へという変化になるわけだが、かような現象がみとめられるからといって、それはただちに、経済的な変化に対応する必然的な変化として、この図式をそのまま法則視させるわけではない。それがひとつの法則としてみとめられるためには、同様の前提のもとにおいて、同様の現象が生起しうる、ということではなければならない。もしそこに、多くの偶然的要素の作用がみとめられ、右のような事情を承認しえないとすれば、この現象は、ひとつの技術的先例として、立法のモデルとして参照されるにとどまり、必然的な立法の方向を指示し、前提した場合の将来あるべき制度の姿を決定するものとはなりえないであろう。したがってこの判断は、やはり、ドイツ担保法を、立法のために評価しようとする場合、重要な意味をもつてくることになる。ここでは、第一に、従属性から独立性へという変化の意味をたしかめ、第二に、そのような変化の性格を検討していくことにする。

2 従属性から独立性へという変化の意義を考える場合にも、ふたつの問題があるものとおもわれる。それはまず、修正されるべきものとしての従属性の性格であり、つぎにこれを修正したことの意味である。従属性の性格をあきらかにするためには、その経済的な要因をもとめることが必要であり、この経済的要因の変化が、独立性を要求していたものかどうかについて考えなければならない。

右の検討のためには、担保権の債権への従属という現象を生ずるにいたった、近代的不動産担保制度の形成の過程

をふりかえることが必要である。このような現象は、従来、ドイツ担保制度の特質をなすものとされた担保制度の独立性、物的責任の原理が変化し、債権担保の目的に奉仕し、これに従属する制度に転換していくプロセスとしてあらわれる。そしてこれは、まさしく、当時における経済的变化によって推進された、近代担保法の経過すべき、普遍的な現象としての性格をもつものであった。

ドイツにおける不動産担保の展開をみると、よく知られているように、旧質 *ältere Satzung* から新質 *neuere Satzung* へ、そしてこの新質を基礎とする近代的抵当制度の形成というようなプロセスがみとめられる。このような変化を通じて着々として進行していったのは、独立な物的負担の性格をもった旧来の担保制度が、次第にそのような性格を喪失していき、債権という人的な権利の確立に応じ、その効力を確保し、これに従属するという性格を与えられていくという変質であった。私はかつて、ドイツ担保法の近代化現象として、このようなプロセスが、いかに普遍的、必然的なものであったかを検討し、また、ドイツにおいて、しばしば、このような変化が、ローマ法の悪しき影響として、ドイツ固有の担保法に混乱をもたらしたものと評価されながらも、実は、ドイツ担保法もまた、通過しなければならなかった、普遍的な近代化現象であることを指摘したことがある。⁽¹⁾したがって、この点についての詳細は、それにゆずることとし、ここでは、本稿のテーマにあわせて、簡単に問題を整理、要約しておく。

(1) 拙著「近代的物権制度の展開と構成」二一九頁以下。

担保をもってする貸付において、人的責任がみとめられない、純粹に物的な担保責任は、ドイツ古来の担保法上の原理だったといわれている。その沿革はともあれ、このような純粹な物的責任は、資本主義の未発達という経済的事

情に應ずる、担保法の前近代性を示す特徴でもあった。なぜならそれは、担保目的物が、充分に抽象的、観念的な貨幣価値として把握されないという状態、債権が、社会的、経済的状况のもとにおいて、まだ充分に観念的な人間関係として確立していないという事実を基礎とし、このような状態に適応し、またそこにおいて可能となるものだったからである。

貨幣経済の発達、さらに近代的債権の展開は、必然的に、担保制度の右のような変化を推進する。債権関係の近代化は、一言にしていえば、債権が、多様な責任制度から独立し、あるいはこれを包摂し、国家権力によって実現を保障されるべき、主体的な意識に支えられた観念的権利として確立していくことであった。これに対応して、担保制度も、目的物の物質的支配から、交換価値の把握へと性格を変じ、その即物性を修正していくことになる。債務者がその全財産をもって責任を負うことが、物的責任の原理を後退せしめていくのである。ドイツ担保法の発達のうちにみとめられる物的責任の衰退は、このような意味での担保権の独立性が、債権に対する従属性へとその席を譲っていくことのあらわれといつてよい。⁽²⁾

さらに、物的責任制度が、独自の展開を遂げず、全体として衰退し、従属性がこれにかわったことは、投資抵当の原型とされているあの土地定期金売買のたどった運命をみてもあきらかであろう。すなわち、まず、所有者の側に告知権が留保されたことにはじまり、一七世紀には、債権者にも告知権がみとめられるにいたり、これが一般化するというような過程をへて、ついには、定期金債務者は、目的物以外の土地で、さらにはその全財産をもって責任を負うにいたり、かくして土地定期金売買は、完全に、担保をとまなう利子付の消費貸借に移行していったのである。⁽³⁾

(2) 前掲拙著二二二頁以下。

(3) 前掲拙著二四六頁—二四七頁。

以上の觀察から、つぎのことが承認されるであらう。すなわち、右のような担保権の債権に対する從属の現象は、經濟的變化に應じて、ドイツにおいても生起した普遍的なものであり、選択を許さず實現する、必然的な法現象であつたこと、前述のとおりであるが、反面において、このような經濟的變化にもとづいて要求されたところは、これまたいまみてきたような、基本的な、抽象的な從属性、つまり担保権が、独自の存在ではなく、確立された債権の効力確保に奉仕するための制度になる、ということにすぎなかった。いいかえれば、そこでは、流通抵当についてみとめられる独立性に対立するような、担保権と債権との厳格なむすびつきまでが要求されたわけではなかったと考えられる。右の變化に対応するためには、基本的、抽象的な從属で充分だったとおもわれるからである。では、法理論として、厳格な從属性が要求される事情が存在しただろうか。これも否定されるべきであらう。なぜなら、担保制度の場合には、所有権などとは異なり、誇張された理論を用いて社会規制を實現するというような必要がみとめられないからである。⁽⁴⁾

(4) 近代的所有権や用益物権の構成と、占有権や担保物権における構成の、このような機能上の差異については、前掲拙著二一八頁。

そうすると、ドイツ担保法が、抵当権における物権と債権の結合を緩和し、いわゆる独立性を實現していったことは、少なくとも、その前段階において確立された担保権の債権への從属を、根本的に修正し、変更したものとはいえ

ず、むしろ、この確立された從属性の基礎の上で、兩者の關係に技術的な操作を加え、その嚴格な結合を緩和したものとして理解すべきであろう。しかもこの場合、このような変化は、從属性の基礎をなす經濟的状況の変化に対応して発生したものではないことに注意すべきである。從属性の經濟的基礎は、根本的に變化したわけではない。独立性は、從属性の基礎の上でおこなわれたにすぎないからである。また、この独立性に明白に対立するものとしての嚴格な意味での担保権と債権の結合の觀念は、前述のとおり、特別な經濟的基礎をもとめがたいものであり、したがって兩者の間の推移は、やはり、經濟的基礎の變化にともなう法的現象として把握しがたいものといわねばならない。

こうして、ドイツ担保法における独立性への方向の意味とその限界が、ある程度あきらかにされたかとおもわれる。

3 つぎに、ドイツ抵当法における独立性への変化の性格について考えてみる必要がある。いいかえれば、独立性への方向が、どの程度までの法則性をもちうるかどうか、ここでの問題となる。まず、抵当権に独立性を付与することを推進する經濟的要因があったか、あったとすればどのようなものか、それは普遍的にみとめられるような要因であったかどうか、等について検討してみるべきであろう。

ドイツ抵当法が、独立性への方向にむかったとき、たしかに、それを推進する經濟的要因が存在していた。一九世紀の二五年から三〇年代に、ドイツの資本市場に生じた根本的な変化が、その原動力になったと考えられる。三〇年代になって、農村の復興にともなう資本の形成のために不動産金融が活発化し、抵当権による投資がさかんにおこなわれた。また、貯蓄金庫制度の發達により、抵当市場に莫大な金額が流れこむにいたった。ところが、五〇年代にな

ると、取引所取引の国際化によって巨額の高利付外国有価証券が導入され、投資をもとめる資本を抵当市場からひきあげるようになった。こうして、五〇年代から六〇年代にかけて、いっそうその傾向をつよくした資本の取引所への流入は、従来土地に投資されていた資金の大部分をひきあげさせ、これはとくに、農村においていちじるしかった。そしてその農村の土地所有者は、三〇年代から、次第に近代的な合理的耕作法に移行したために、多額の資金を必要とし、さらに、地代の騰貴にともなう、負債も増大していった。これは、プロシアのみならず、南ドイツにおいても同様であり、ここに土地所有の信用恐慌 *Kreditnot des Grundbesitzes* が、ドイツの経済政策における、もっとも重大な問題とされるにいたった。そうして、ここで必要とされたのは、資本の流れを調整し、これを土地投資にふりむけることであり、そのために、土地負債制度の根本的な改造、土地の価値の最大限の動化が考慮された。その手段として、抵当関係の事務の移管、土地登記簿の完成、実質審査主義の廃止、登記の形式的効力主義の採用、抵当権移動の簡易化、無記名式および白紙委任式の抵当証券の許容、手形取得者同様の保護の付与等があり、抵当権の従属性の修正も、まさにそのひとつにはかならなかったのである。プロシアの所有権取得法は、このような土地の動化におけるいちじるしい進歩を示し、農業金融上の要請に応えるものであった。⁽⁵⁾

(5) Nussbaum, a. a. O. S. 337. ヌスbaum・宮崎訳・前掲書四三六頁以下。

このようにみえてくると、ドイツ抵当法の発達における独立性への方向は、明白にドイツ資本主義の特殊な経済的要因をその推進力としたものであったことがみとめられる。たしかにそれは、ドイツ特有の要因ではあったが、少なくとも不動産金融の円滑化が政策的に考慮される必要がある場合、かような手段が問題とされることは考えられるわけ

であり、そのかぎりでは、この現象に一般性がみとめられないわけではない。したがって問題はむしろ、右のような経済的要求が、各国においてその強度を異にし、さらにこの要求が選択の余地なく、必ず独立性の付与という変化に結合し、それを実現せしめるものでなかったというところにある。さきにも指摘したように、近代担保制度の成立の過程における従属性は、各国において、必ずとおりぬけねばならぬ変化だったと考えられる。しかし、不動産金融の要請と抵当権の独立性との関係は、前者に應ずる担保制度確立のための、合理的な技術的處理の發見ということにはかならず、ただちに、必然的な関係として理解されるものとはいえない点で、これと異なっている。いいかえれば、この変化には、偶然的要素がきわめて大きなウェイトを占めているということになる。

この問題は、なお慎重に検討されるべきであるが、ここでは、右のような判断をみちびくための手がかりとして、ふたつのことをとりあげておきたいとおもう。

第一は、抵当権の独立性への方向の実現において、ドイツ固有法の伝統がはたした役割、ローマ法的担保制度に反対し、固有法への復帰に向おうとする社会的な勢動などを、充分に考慮する必要があるとおもわれる。たとえばギールケは、ドイツ固有法の基本的な觀念が、抵当制度形成の方向を決定した事実を指摘する。ギールケによれば、近代的抵当権は、ドイツ法の觀念による、ローマ担保法の改造として把握される。そうして、純粹な物的責任の原理は、ローマ法継受によって衰微したにもかかわらず、抵当権において、物的な權利關係の独立性を確立していく途を開いたものであり、このような考え方は、抵当権を、土地の負担として性格づけ、そのうちに、*Reallast* の要素を導入していく立法に対する、かくれた原動力 *geheime Triebkraft* として作用したものとされるのである。⁽⁶⁾

もちろんそこには、法現象の検討において、このような要因をどう評価し、経済的要因との関係、とくに法制度の形成に対する力の割合を、どのように測定するかという困難な問題がある。しかし、ここでは、少なくとも、これらが重要な要因であったこと、固有法のうちに用意されていた物的負担の觀念や、ローマ法的制度に対するつよい反撥なしには、独立性への方向の実現がはなだしく困難であったことは、承認しうるものといつてよいであらう。⁽⁷⁾

(9) Gierke, a. a. O. S. 833 f. ^{なおいの点に} ^を Hübner, a. O. S. 419.

(7) 土地債務制度の採用じたい、このような要因のひとつとして作用したものと考えられる。

第二に、ドイツ抵当制度の発達、とくに独立性への方向を考えようとする場合、この点において対照的だったフランス民法典の態度を、どのように理解するかということが問題となる。債権に対する従属性を維持したフランス民法を、フランスにおける資本主義の未成熟に対応するものと解すれば、ドイツにおける独立性への方向の普遍性の承認に役立つことになる。これに対して、フランス資本主義における、農村土地所有の特殊性よりして、土地金融に関する経済的要素の作用力が弱かったことに、⁽⁸⁾ 抵当制度の特徴の根拠をもとめるとすれば、ドイツにおける抵当権現象の特殊性がいつそう明白にうかがあがるであらう。たださきにも一言したように、土地金融に関する経済的要求の弱いことは、消極的に、従属性に変化を生じなかったことの説明となるにとどまり、従属性維持をみちびく積極的な推進力ではなく、したがって、このような消極的要因のみを指摘して満足すべきものではない。これについては、さらに、その積極的要因をもとめていくことが必要だともおわれる。しかしフランスにおける担保権の従属性に対するこの積極的な要因は、私にとってなお研究の課題である。ここでは、ただ、これを考えるためのふたつの問題を指摘す

るにとどめねばならない。

その第一として、抵当権の従属性というものは、法定担保物権のとりあつかいと、密接な関係をもつことが推測されるのであり、しかもフランスにおいて、担保物権の特権 *privilège* としての把握がなされ、抵当権じたいも、かような一種の先取特権として理解されているほか、法定抵当が承認される等の構成上の特徴をもつことを想起すべきである。そして第二に、民法典は、すでに法定抵当を廃し、土地金融の手段として、抵当証券制度や所有者抵当制度を採用して従属性を緩和しようとした、一七九五年法を修正し、克服するという過程において、多くの法定担保物権を採用していったことに注意すべきであろう。⁽⁹⁾ そうすると、このように、フランスで、法定担保物権が、積極的な態度によって承認されていったことは、やはり、従属性の維持ということがもった、担保法発達における重要な意義を推測させることになるであらう。

(8) フランスにおける抵当制度の発達については、高橋康之「フランスにおける資本主義の発展と抵当制度の変遷」(法律時報二八卷一一号)。

(9) 前掲拙著二五二頁—二五三頁。

要するに、これらの事実から推測しうるのは、従属性の維持、強調についても、なおそれを推進する特別な要因を考えうるということであり、この事実は、不動産金融の円滑化の要請と独立性との必然的なむすびつきに疑問をいだかせ、それがひとつの技術的な選択にすぎないという性質をうかびあがらせるのに役立つであらう。

四 結 語

いままでドイツ担保法の発達をふりかえり、土地債務制度などをとりあげながら、抵当権における従属性から独立性へという変化の、意義や性格について考えてきた。この考察の目的は、ドイツ担保法発達の事実を認識し、従来定立されてきた抵当権発達の図式をもう一度たしかめてみることにあるとともに、これも、すでにたびたびふれてきたように、かような認識は、同時に、抵当権、さらには、ひろく担保権に関する立法という、実践的、技術的課題にむすびついていた。そしてこれは、ドイツ担保法についていえば、ドイツの抵当権立法が、今後の立法のモデルとしてもつ価値の評価の問題であった。このような価値の評価は、ドイツ抵当法の発達が、どのように図式化されるか、普遍的な発展法則の表現であるかどうか、等によって決定されてくることになろう。そこで、いままでおこなってきた検討を、右の実践的課題と関連させながら整理して、一応のしめくりとしたいとおもう。

まず、ドイツ抵当法における独立性への方向という場合、それは、そのもつとも徹底したかたちである土地債務にいたるまでの展開をふくむものでないことを前にたしかめた。このことは、ドイツ抵当法を立法のモデルとして考えるとき、われわれが、土地債務のような制度に与える評価を左右するであろう。すなわち、右の認識を基礎とすれば、抵当権が、やがて土地債務的な制度に移行すべきことは予測されず、また、技術的にも、この制度の採用には大きな効果を期待しえず、したがって、これをただちに立法のモデルとするには、慎重でなければならないとの判断がみちびかれるであらう。⁽¹⁾

また、流通抵当についてみとめられた程度での独立性の付与が、ドイツの特殊な経済的な状態に対応するものとして展開したことを承認したが、このことは、不動産金融の円滑化の要求をぬきだして考えるかぎり、この要求と、これに応ずる技術的手段としての独立性付与とのむすびつきを示すものであった。しかし同時に、このような従属性から独立性への変化が、担保法発達における法則としては承認しがたいことをもたしかめた。そうすると、ここでも、ドイツにおける独立性付与は、不動産信用の発達にともなう必然的な現象として予測されえないものとなる。したがって立法論上の課題としては、ドイツの立法を、あくまでひとつの技術的な先例として評価し、わが国の実情に照らして、技術的な有効性を測定しつつその採用を考慮すれば足りることになるであらう。

このような結論は、最初にあげたふたつの見解のうちの、第二のものとはほぼ同様である。しかしこの結論は、抵当権の独立性の確立が、ドイツ資本主義の発達の特殊性に應ずることの認識のみにもとづくものではない。そこでは、抵当法変化の限界確認がひとつの根拠とされたし、さらに、抵当権の独立性の確立が、たしかに、ドイツにおける特殊な事情にもとづき、特殊な要求に應ずるものであることをみとめながらも、なお、ドイツ特有の現象にとどまらないことを承認し、そのうえで、この現象から法則を抽出しうるか否かをたしかめ、これを否定することから、右の結論をみちびいたのである。

ドイツ抵当法史は、多くの重要な問題をふくみ、かずかずの課題を提供している。これを、フランスの場合と比較しつつ究明し、またわが国の担保物権制度の特質を、これとの対比においてあきらかにしていくことは、きわめて興味ある研究課題であるといわねばならない。本稿における考察は、そのためのひとつの手がかりをもとめたにすぎな

いものであり、今後さらに、この問題についての研究をすすめていきたいと考えている。

(1) それゆえ、抵当法の発達について、価値権の純化という図式をとりあげることには、なお問題があるとおもわれる。この図式を強調される石田博士も、つぎのようにのべられる。「土地債務を不動産信用の基本型態として立法上採用すべきか否かといふことは、私には大なる興味もなければ、又大なる問題でもない。私に興味ある点は、土地債務が抵当権の純化した型態であり、それによつて価値権の純粹型を認識し得ることに在る」(石田・前掲書三三頁)これは、間接的に、土地債務のような価値権の純粹型にむかう方向を図式化することに対し、疑問をいだかれることを示したものといえないだろうか。