

## ドイツ民法における不動産譲渡契約の要式性：「ドイツ法主義」の理解のために

七戸，克彦  
慶應義塾大学法学部専任講師

<https://hdl.handle.net/2324/6273>

---

出版情報：法學研究. 62 (12), pp.277-312, 1989-12. 慶應義塾大学法学研究会  
バージョン：  
権利関係：

慶應義塾大学 『法学研究』 第62巻第12号  
法学研究会編 『法学研究』 平成元年12月

# ドイツ民法における不動産譲渡契約の要式性

——「ドイツ法主義」の理解のために——

七 戸 克 彦

# ドイツ民法における不動産譲渡契約の要式性

——「ドイツ法主義」の理解のために——

七 戸 克 彦

- 一 序
- 二 第一草案
  - (一) 物権契約
  - (二) アウフラッシング
  - (三) 債権契約
- 三 第二草案
  - (一) 物権契約
  - (二) アウフラッシング
  - (三) 債権契約
- 四 B G B
  - (一) 連邦参議院・ライヒ議會での審議
  - (二) B G B 成立後の改正
- 五 結びに代えて

## 一 序

周知の如く、ドイツ民法典(以下BGBと略記)は、不動産物権変動の成立要件として、物権的合意(Einigung)と不動産登記簿への登記(Eintragung)を要求している。(BGB八七三条一項)。ところで、ここにいう物権的合意の形式は、原則として方式自由(Formfreiheit)の原則に服するが、<sup>(1)</sup>しかしながら、同条二項の現行規定は「〔前項の物権的意思〕表示(Erklärungen)が、公正証書化された場合(notariell beurkunden)、あるいは登記官の面前で交わされるか登記官に対して提出された場合、もしくは権利者が相手方に不動産登記法の規定に基づく登記許諾「書」(Eintragungsbewilligung)を交付した場合にのみ、登記前であっても当事者は物権的合意に拘束される」と規定し、方式を具備しない物権的合意には、法的な拘束力を認めない。一方、特に所有権移転を目的とする物権的合意については、アウフラッシング(Auflassung)と呼ばれる厳格形式が要求され、現行規定によれば「当事者双方が所轄官庁(zuständige Stelle)に同時に出席して」これをなすべきものとされる(BGB九二五条一項)。更に、以上の如き物権的合意に先行する債権契約も、やはり原則的には方式自由に服するが、しかしながら、特に「不動産所有権の移転(übertragen)ないし取得(erwerben)を義務づけるような契約」に関しては、「公正証書化(notarielle Beurkundung)」が成立要件とされている(BGB三一三条一文)。

右の如き不動産譲渡契約の要式性は、後に見るように、BGB制定過程におけるラントの間の——とりわけプロイセンを中心とする北部ドイツとバイエルンを中心とする南部ドイツの間の——対立・拮抗の産物であることが知られるが、右立法過程における議論からは、我が国における従来のドイツ法主義の理解に対して、新たな視座が提供されるのである。<sup>(2)</sup>

## 二 第一草案

### (一) 物権契約

#### 1 「物権契約」概念の形成

ところで、現行法にいう「物権的合意(Einigung)」は、第二草案以降用いられた表現であり、第一草案においては、「物権契約(dinglicher Vertrag)」なる表現が用いられていた。両者は必ずしも同一物ではなく、立法過程においては、物権的「合意」なるものの法律構成が、物権「契約」と解釈される、と考えられた<sup>(3)</sup>。まず、この点から考察を加えよう。

(1) そもそもドイツ法における「物権契約」概念は、サヴィニーをはじめとする一九世紀普通法学者が、物権行為の無因性(Abstraktheit)の結論を導くために用いた法律構成であった。右普通法学説の論理は次の二段からなる。その第一は、物権行為の独自性(Umhangigkeit)の承認である。即ち、ローマ法の引渡主義において、既に引渡(traditio)によって生じた物権変動が、もはや売買等の原因関係(causa)の瑕疵の影響を受けないのは、そもそも原因契約が物権変動の成立要件ではなく、引渡のみが物権的效果を発生させるいわゆる物権行為だからである、と理解されたのである<sup>(4)</sup>。第二に、右結論は、錯誤を念頭にこれを論ずるサヴィニーにより、意思表示論の枠組みの中で説明された。即ち、彼は、引渡という行為そのものを、物権変動に向けられた意思表示であると見做し、債権的原因契約はその動機部分に過ぎないが故に、右物権的意思表示の効果に影響を及ぼさないとしたのである。かくして普通法学説においては、物権行為たる引渡は、単なる事実行為ではなくして、要式的な法律行為、即ち、物権変動を目的とする当事者意思の合致が、引渡という表示行為によって外形的に表示されたものと理解されるに至った。これが即ち物権契約である<sup>(5)</sup>。

(2) 右普通法理論のうち、無因性原則、即ち、物権変動の効果は原因契約の瑕疵によって覆されないとの結論部分は、多くのラント法によって登記に転用され、BGB立法当時において、右原則は、フランス法域を除くほとんどのラントにおいて通用していた。<sup>(6)</sup> しかしながら、右結論が、具体的にいかなる局面において、どこまで貫徹されたかは、各ラント・時代によって異なる。例えば、第一委員会が範とした一八七二年プロイセン所有権取得法（EEG）において、無因性原則は、実質的審査主義を排除するために利用されたが、これはプロイセンに固有の論理であって、バイエルン法のように、他の局面では無因性原則を採用しながら実質的審査主義をとるラントも少なくなかったのである。<sup>(7)</sup>

他方、ラント法が影響を受けたのは、右無因性という結論部分であって、それを導くために普通法学説が用いた法律構成、即ち、成立要件の側面における物権行為（Ⅱ登記）の独自性、及び、右物権行為たる登記が「物権契約」であるとする理解については、必ずしも一般的承認が得られていたわけではない。とりわけ登記行為が物権変動に向けられた実体法的な「契約」であるとの理解は、当時のどのラントにおいても全く認知されていなかった。例えば、ザクセン等の採用する形式的確定力の原則（Prinzip der formellen Rechtskraft）においては、一旦登記によって生じた物権変動は当事者の意思の瑕疵の影響を全く受けない。<sup>(8)</sup> 即ち、右制度における物権行為たる登記は、純然たる事実行為に過ぎず、そこに意思的要素は全く認められない。これに対して、EEGの合意主義（Konsensprinzip）においては、登記申請段階に現れた当事者の意思の瑕疵が物権変動の効果に影響を及ぼす点で、登記を単なる事実行為と解さず、当事者の意思的要素を不可欠の要件としていることが知られる。即ち、EEG一条は「任意譲渡の場合には、土地所有権は、アウフラッシングを基礎として生ずる不動産登記簿への所有権移転の登記のみによって取得される」とし、登記が「アウフラッシング」なる当事者の意思的行為を基礎とする旨を明らかにする一方、右アウフラッシングの構造を規定した二条は、「土地のアウフラッシングは、口頭で同時に管轄登記官吏の面前でなされる。登記名義を有する所有者が新取得者に登記を許諾し（Bewilligen）、取得者が右登記を申請する旨の、〔意思〕表示（Erklärung）によって生ずる

る」と規定する。しかしながら、問題は右当事者の《Erklärung》であって、これは、実体的な物権変動に向けられた合意というよりは、登記行為それ自体に向けられた共同申請意思である。即ち、EEGにおいては、実体的な物権的合意が、手続的な共同申請の合意から未だに分化しておらず、従って、右《Erklärung》をもって物権「契約」と理解することはできない。<sup>(10)</sup> EEGの政府案起草者フェルスターも、引渡が契約的性質を有さないと同様にアフラッスングも契約たり得ないこと、物権契約なる概念は学問的基礎を欠いていること、アフラッスングは登記官に向けられて表明されるものであって、当事者相互間で交わされる契約的性質を有し得ないこと、EEG立法過程において「契約」という文言が削除されたことを理由に、登記を物権契約と解することを否定している。<sup>(11)</sup>

(3) 無因性原則、及び、EEGの不動産登記簿とそこに認められた諸原則——登記主義(Eintragungsprinzip)（＝成立要件主義）・合意主義等の採用は、既に第一委員会の審議の当初において決定されていたが、委員会の特色は、右諸原則を、先の普通法学説の理論構成に全面的に依拠して、教科書的・概念法学的に説明しようとした点にある。<sup>(12)</sup>

もっとも、ヨホフ起草の物権法部分草案においては、物権行為たる登記を「契約」と表現した部分は全く存在しない。<sup>(14)</sup> 即ち、二六条一項は「所有者による土地の所有権の移転及びその権利の設定のためには、不動産登記簿への登記が必要である」とする一方、三〇条一項は「不動産登記簿への登記ないし抹消は、ある者が、自己の権利につき名義書換(Einschreibung)がなされることを許諾した(Bewilligen)場合にのみ生ずる」と規定し、当事者の意思的要素たる「許諾」を、EEG同様、登記申請の手続要件として規定するに過ぎない。のみならず、EEGにおけると異なり、同条には、右許諾と合致して合意を形成すべき、取得者側の意思の表明という要素すら認められない（但し、後述のアウフラッスングに関する一一七条・一一八条参照）。これは、ヨホフが、部分草案においては、専ら登記の手続的要件という実際の問題を規定するに留め、物権変動の実体的要件として登記以外に何が必要か、という問題は、実務・学説に委ねる立場をとったためである。<sup>(15)</sup>

しかしながら、兩条を審議した一八八四年三月二一日(第三〇四回)・二八日(第三〇八回)會議において、右部分草案に對しては、多くの修正動議が提出され、<sup>(16)</sup>その結果、第一委員會は、次の二点において、部分草案の立場に重要な要更を加えた。

その第一は、部分草案の如き規定では、あたかも形式的確定力の原則におけるが如く、物權變動が当事者の意思的要素とは無關係に、単なる事実行爲としての登記から發生するかのような誤解を招くとされ、<sup>(17)</sup>合意主義の立場を明確化するためにも、物權變動の实体的要件として合意を必要とする旨を、部分草案の如く解釈論に委ねるのではなくして、法文上明定すべき、とされた点である。その結果、従来部分草案が規定していた登記の手續的有効要件としての意思表示を定めた部分は、これを不動産登記法(GBO)に移行すべきものとされ、<sup>(18)</sup>实体法規たる民法においては、物權變動の成立要件としての合意を明示した規定を、新たに設置すべきものとされた。即ち、ここにおいて委員會は、EEGや部分草案において未分化であった合意主義に内在する二つの側面、即ち登記申請に際しての合意の要求(形式的(手續[法]的)合意主義(formelles Konsensprinzip)ないし許諾主義(Bewilligungsprinzip) || 我が国にいわゆる共同申請主義)と、実体的物權變動に對する合意の要求(実質的(实体[法]的)合意主義(materielles Konsensprinzip)ないし単に合意主義)とを理論的に區別したのであり、かくして、実体的物權變動に向けられた意思是、登記の共同申請意思から——少なくとも概念上——分化・独立したのである。<sup>(19)</sup>

変更点の第二は、右当事者の意思的要素を、部分草案におけるような一方当事者の「許諾」から、両当事者の意思の合致という「契約」構成に修正し、しかも、右「契約」構成を法文上明示した点である。<sup>(20)</sup>第一草案は、これを次のように規定する。

【第一草案八二八条】

① 法律行為による所有權移轉並びにその他の權利の設定移轉もしくは担保設定は、法律に特段の定めのない限り、登記された



権利者と取得者との間で結ばれた契約及び不動産登記簿への登記によって発生する。

② 右契約は、不動産登記簿への権利変動の登記を許諾する旨の権利者の「意思」表示(Erklärung)、及び、右許諾に対する相手方の承諾(Annahme)を必要とする。

③ 右契約は、登記官の面前で締結された時点、あるいは契約両当事者によって登記官に対して登記が申請された場合、もしくは一方当事者のみによる申請の場合でも許諾のある登記がなされた時点以降、契約当事者に対して拘束力を有する。

④ 右契約が拘束力を有する以前に契約当事者の一方が死亡もしくは無能力となった場合にも、契約の有効性には影響がない。

かくして、第一草案においては、普通法学の立場が全面的に承継され、「物権契約」という、当時のどの法典においても認知されていなかった学理上の概念が、制定法上明示されることとなった。<sup>(21)</sup>

## 2 物権契約の方式

さて、問題となるのは、八二八条三項の規定である。先述の如く、普通法学説は、「引渡」そのものを物権契約と考えた。即ち、物権変動を目的とする当事者意思が、引渡という表示行為によって完成される、一個の要式行為と解したのである。ヨホフの考え方もこれとはほぼ同様であり、「登記は、それを遵守することによって権利の移転ないし設定を生ぜしめるところの、「意思」表示(Erklärung)の有効要件たる形式(Form)である」としていた。<sup>(22)</sup>しかしながら、第一委員会は、右ヨホフの見解を、「かかる形での方式化(Formalisierung)を行うべき切迫した事情は存在しない」との理由から排斥した。<sup>(23)</sup>その結果、登記はもはや物権契約の表示行為ではなくなり、物権契約の表示方法は方式自由に服し、登記と別個の時点での契約成立が理論上肯定されることになる。しかしながら、既述の如く、そもそも物権契約概念は、登記行為それ自体の内部において、共同申請意思から概念上区別されただけのものであったから、登記との関係を完全に切り離すこともまた不合理である。そこで、委員会は、登記あるいは八二八条三項に定める形式が具

備されない場合には、物権契約は撤回可能（widerruflich）であるとの構成を採用し、物権契約を極力登記官の面前で確定しようとした。<sup>(24)</sup>更に、物権契約の手続法的側面たる共同申請の合意の側面においても、一八八八年GBO第一草案三九条により「登記の基礎として要求される〔意思〕表示（Erklärungen）が登記官の面前で調書（Protokoll）を作成されるか公に認証された（öffentlich beglaubigen）場合、登記官に提示された証書（Urkunde）に含まれている場合……にのみ、登記がなされる」旨が規定され、登記と物権契約の理論的峻別にも拘らず、両者は依然として間接的な形で結合が企図されていたのである。<sup>(25)</sup>

## （一）アウフラッシング

以上の一般原則に対して、所有権移転を目的とする物権契約に関しては、第一委員会は、例外的にプロイセン法と同様アウフラッシングと呼ばれる形式性を要求した。

まず、物権法部分草案は、先のE E Gの規定を全面的に承継し、<sup>(26)</sup>一一七条において「土地所有権は、譲渡の場合には、アウフラッシングと不動産登記簿への登記によって取得される」と規定する一方、一一八条一項において「アウフラッシングは、口頭で同時に登記官の面前で陳述された、登記〔名義人たる〕権利者が取得者の登記を許諾し、取得者が右登記を申請する旨の〔意思〕表示（Erklärung）によって生ずる」と規定する。

右一一八条一項に関しても、多数の修正意見が提出されたが、なかでも、登記官の面前でのアウフラッシングのみならず「裁判所あるいは公証人による形式（gerichtliche oder notarielle Form）」も認めるべきであるとするフォン・ヴェーバー（Zaksen）の提案<sup>(27)</sup>及び「裁判証書あるいは公正証書（gerichtliche oder notarielle Beurkundung）あるいは登記官による調書（Beurkundung zum Protokoll des Grundbuchamts）」も認めるべきとするフォン・シュミット（バイ

エルン)の提案(Ⅲ<sup>(28)</sup>)が注目される。右動議提出者が何れも、プロイセン以外の法域の代表者であったことは、ラントの利益代表の合議体たる委員会審議の特質を示す点で興味深い。即ち、ザクセン法の形式的確定力の原則においては、登記段階において当事者意思を認める余地がない以上、物権変動のプロセスにおいて当事者の意思的要素を見出すとすれば、売買等の譲渡契約以外にはあり得ない。他方、バイエルンは担保権登記簿制度を採用しているが、右制度はもちろん所有権に関して適用がない。この場合、担保権登記簿制度をとる諸ラントは一般に、ローマ法の引渡主義に従ったが、なかでもバイエルン等のラントは、譲渡契約に関する公正証書作成を所有権移転の成立要件としていた<sup>(29)</sup>。これは、ローマ法の引渡主義が、公証人慣行を基礎とした証書による引渡(觀念的引渡)で足りるとされた延長線上にあるもので、フランス法的意思主義とはほぼ同一の構造を有するが、右公証主義においては、債権行為と物権行為の独自性という、普通法学が無因性を導くために用いた理論構成を認める余地がない。ただし、物権行為たる引渡は、既に債権契約証書に表章されているからである。

しかしながら、委員会は、右二つの提案を拒絶し、先の第一草案八二八条において認められた物権契約概念を前提としつつ、次の如き規定を設置するに至った。

【第一草案八六八条】

八二八条により土地所有権の移転のために要求される契約 (Vertrag) (アウフラッシング (Auflassung)) は、登記官の面前で同時に締結されなければならない。

ここで、委員会が、アウフラッシング受理の権限を登記官に限定し、裁判所あるいは公証人に認めなかった理由の第一は、右の如き方法によるとき、アウフラッシングと登記との間が場所的・時間的に隔絶するのに対して、登記官の面前でのアウフラッシングにおいては、登記名義の変更が即座に行なわれることから、原因契約と峻別された物権契約の結果物権変動が生ずるという無因性原則の性格が貫徹され得る、というものであり、ここにも、プロイセン法

原則を先の普通法理論に全面的に依拠して説明しようとする、ドグマティッシュな思惟が窺われる<sup>(31)</sup>。理由の第二は、裁判所あるいは公証人の面前でのアフラスングを認めた場合には、登記官が登記申請を形式的理由に基づき却下すべき場合に問題が生じ、また、アフラスングの後、登記申請がなされる以前に、二重譲渡等の許害的な中間処分に会う危険を防止できない、という点である<sup>(32)</sup>。更に、委員会は、アフラスング受理権限を登記官に限定することにより、土地の過度の動化を防止し、土地譲渡を困難にし、土地を可能な限り同一人の手中に保持させることを通じて、国民の社会階層の維持を意図したとされている<sup>(33)</sup>。しかしながら、かかる保守的な立法趣旨は、その他の点では非常に自由主義的な第一草案の取引法の態度と完全に矛盾を来すものであり、その結果、同条は、公証人を介在した証書取引を基盤とするバイエルンを中心とした南ドイツ法域の巻き返しを動因として、大きく揺さぶられることになる<sup>(34)</sup>。

### (三) 債権契約

他方、右物権行為に先行する債権契約の方式性に関しては、どうであったか。

当時のラント法は概ね、債権契約一般については、原則として方式自由が妥当するとしていたが、しかしながら、不動産契約に関しては、私署証書(プロイセン等)あるいは公正証書(バイエルン等)の作成等、何らかの形式を要求するのが通常であった<sup>(35)</sup>。

ところが、第一委員会は、既に一八七六年九月二日準備会議において、方式自由の原則が、不動産に関する契約についても妥当する旨を決定し<sup>(36)</sup>、その結果、フォン・キューベルの債権法部分草案においては、不動産契約に関する方式性は何ら要求されなかった。

右決定に対しては、一八八一年一月一日(第二回)会議において、フォン・シュミットにより、所有権移転を目的とする債権契約につき「裁判証書あるいは公正証書作成 (gerichtliche oder notarielle Errichtung)」を要求すべき旨の提案がなされた。<sup>(37)</sup> 右提案は、直接には不動産所有の重要性を強調しているが、それが公正証書作成を所有権移転の要件とするバイエルン法に沿った主張であることは明白である。しかしながら、フォン・キューベルが部分草案において不動産契約を方式自由の原則に服せしめた理由は、今日の取引の実状に鑑みると、不動産だけが高い社会的価値を有するとは、もはやいえず、従って、不動産契約について裁判所あるいは公証人といった後見的制度 (Vor mund-schaftssystem) を設ける根拠が存在しない点にあった。即ち、一方において、価格の低い小土地に関して公正証書の作成を義務づけるのは不当であり、他方において、社会的価値の高い目的物について証書を要求するとなれば、動産取引に関してもこれを要求せざるを得なくなり、その結果、取引の迅速・軽易化が阻害される、というのである。<sup>(38)</sup> この点をめぐって各委員の評価は分かれたが、結局、右提案は、七対四で否決された。<sup>(39)</sup>

だが、審議が進行するにつれて、方式自由の原則にも拘らず、形式性を要求する条文の設置が続出し、かかる傾向を受けて、一八八七年一月十九日(第七〇八回)会議において、再びフォン・シュミットは、贈与契約の形式要求に関する規定の後に、前回提案したと同様の規定を挿入するよう要求した(三四八a条。<sup>(40)</sup> 委員会は、もはやこれに反対しなかった。<sup>(41)</sup> その結果、第一草案においては、次の如き規定が設置されるに至る。

【第一草案三五一条】

① ある者に土地所有権の移転を義務づけるような契約は、裁判所あるいは公証人による形式 (gerichtliche oder notarielle Form) を必要とする。

② 裁判所あるいは公証人による形式を遵守しないで締結された契約は、アウトフラスング及び取得者の不動産登記簿への登記によって、その内容の全てにつき有効性を獲得する。

委員会によれば、近代における動産取引の活発化の結果、不動産契約の重要性は相対的に低下したが、土地所有権は、人々の定住に対する自然的な基盤であるという点において、なおも社会的な重要性を失っておらず、従って、契約の容易化によって生ずる極端な土地の動化は防止されなければならない、とされた<sup>(42)</sup>。かくして、先述の物権関係におけるプロイセン法の全面的継受に対して、本条に関してはバイエルン法が勝利を収めることとなったが、もつともクルルバウム(プロイセン)の提案に基づき<sup>(43)</sup>同条二項の規定は、E E G 一〇条に由来する<sup>(44)</sup>。同項は、書面によらない付帯条項(Zusatzbedingung)を念頭に、登記による物権変動後に、売主が契約の欠缺を理由に不当利得返還請求権(Condictio)を行使することを否定するもので<sup>(45)</sup>、先の物権契約に関する八二八条三項と相俟って、物権契約・債権契約を、登記官の面前において同時に確定させ、無因性から生ずる不都合を回避する機能を有する。しかも、先述の如く、当時のプロイセン法においては私署証書による債権契約締結が要求されていたから、プロイセン法域においては一項の公正証書の要求は形骸化し、現実には専ら二項が適用されることになる。そして、かかる原則・例外の逆転の可能性故に、後に同項は、バイエルンの猛烈な反発を招くのである。

### 三 第二草案

#### (一) 物権契約

##### 1 第一草案への批判

一八八八年一月三十一日の連邦参議院の決議に基づき公表された第一草案に対しては、その公表直後から、おびただしい数の批判が提起された<sup>(46)</sup>。まず、物権変動の一般原則、例えば、無因性原則・合意主義の採用に関しては、基本的

に異論は唱えられていない、といわれている<sup>(47)</sup>。しかしながら、右結論を導くために利用された普通法学の法律構成、とりわけ「物権契約」概念に対しては、これを法典中に規定すべきものではない、との意見が多数を占めた。動産の引渡あるいは不動産のアウトフラッシングに際して、新たに物権「契約」が締結されると考える者は、全くいなかった<sup>(48)</sup>のである。もっとも、批判の力点は、(我が国の独自性をめぐる議論がしばしば誤解しているような)債権契約と常に独立別個に物権契約が行われなければならないか、という点に存するわけではない。債権契約から無因的な物権行為たる登記につき、そこに存する当事者の意思的要素を「契約」として法文上確定してしまふ教科書的・教条主義的思考のもたらす理論的硬直性が、解釈論の幅を制約し法発展を著しく困難にするのではないか、との懸念にこそ存したのである<sup>(49)</sup>。

## 2 第二委員会での審議

他方、第二委員会も、第一草案において採用された無因性原則・合意主義・形式的審査主義等の原則を概ね維持し<sup>(50)</sup>た。これに対して、大いに争われたのは、第一草案八二八条で要求されていた当事者の意思表示を「契約」と構成すべきか否かという点であった。この点に関しては、三つの動議が提出された。そのうち提案1・2は、第一草案と同様、物権「契約」概念を維持することによって、解釈論上生ずる争いを未然に防止すべきであるとし、他方、提案3は、右用語は法文で定めるべきではないとしていたが、結局、委員会は、提案3を採用した<sup>(51)</sup>。しかしながら、それは、委員会が「契約」構成それ自体を放棄したというのではなく、単に右法律構成は未だ一般に馴染みがなく、従ってこれを解釈論に委ねるのが妥当と判断したからに過ぎない<sup>(52)</sup>。その結果、第二草案においては、物権「契約」なる表現に代わって物権的「合意(Einigung)」の用語が用いられることとなった。即ち――

【第二草案七九四条】

① 土地所有権移転、土地に関する権利の設定並びに右権利の移転ないし担保設定のためには、法律に特段の定めのない限り、権利変動の発生に関する権利者と相手方の間の物権的合意(Einigung)及び不動産登記簿への登記が必要である。

② 右「物権的意思」表示(Erklärungen)が、登記官、裁判官あるいは公証人の面前で交わされるか(Abschließen)あるいは登記官に對して提出された(Sinnstücken)場合、もしくは権利者が相手方に不動産登記法の規定に基づき登記許諾(書)を交付した場合にのみ、登記前であっても当事者は右「意思」表示に拘束される。

なお、二項では、先の第一草案八二八条三項と異なり、裁判所・公証人の文言が見出されるが、これは、次述のアフラスングに関する第二委員会の審議において、裁判所・公証人のアフラスング受領権限を認めたことを受けて改められたものである。<sup>(53)</sup> 右第二草案は、第二委員会によって更に表現を検討された後、いわゆる修正第二草案(＝連邦参議院案)八五八条として成立する。<sup>(54)</sup>

(二) アフラスング

1 第一草案への批判

土地所有権移転契約たるアフラスングが、登記官の面前で締結されなければならないとする第一草案八六八条に對しても、激しい批判が浴びせられた。とりわけ公証人慣行を基礎に置く南ドイツの諸ラント——なかんずくバイエルン政府と、右ラント出身の批評者たちは、裁判所あるいは公証人の面前でのアフラスングも認めるべき、との意見を強硬に主張した。<sup>(55)</sup> この見解によれば、法律の専門家である公証人の扶助は、国家及び国民にとって利益となるものであり、登記官の面前での契約に限定すると、当事者は不可欠な助言者を失ってしまう、とされた。<sup>(56)</sup> また、公



証形式によるアウフラッシングを認めることは、先の債権契約に関する公正証書の要求と相俟って、当事者は売買契約と同時にアウフラッシングを公証させることができ、当事者の費用節減につながる、とされている。<sup>(57)</sup>

## 2 第二委員会での審議

第二委員会において、第一草案八六八条に対して提出された一〇もの修正動議は、第一草案維持の立場と、裁判所あるいは公証人の面前でのアウフラッシングも認めるべきとする立場の真二つに分裂した。<sup>(58)</sup>このうち第一草案擁護の立場は、アウフラッシング受領権限を登記官に限定することは、当事者に対して所有権移転の無因的性格を明確に意識させ、その結果、当事者は軽率で無思慮なアウフラッシングを行うことがなくなること、また、アウフラッシングと登記が時間的に接着する結果、アウフラッシング後登記前に譲渡人が二重譲渡を行う危険が防止される、と主張した。<sup>(59)</sup>しかしながら、第二委員会は、一一対六の得票をもって第一草案の規定を否決し、裁判所あるいは公証人の面前でのアウフラッシングを認めた。<sup>(60)</sup>多数意見は、第一草案三五一条により債権契約は公証人の面前で締結されなければならないのに、アウフラッシングをこれと同時にを行うことは許されず、登記官の面前で改めて行わなければならないとするのは、土地取引を徒らに煩瑣なものにする、また、独立的地位を有する法律の専門家たる公証人は、当事者にとって有益な助言者となるとされた一方で、アウフラッシング受領権限を登記官に限定することの利点は、代理人によるアウフラッシングが認められる以上既に失われている、と主張していた。<sup>(61)</sup>だが、右委員会決定の最大の背景となつたのは、公証主義をとるバイエルンをはじめとする南ドイツ諸ラントへの配慮であり、民法典を、ラント集合体たるドイツ・ライヒの統一法典たらしめようとする意図から、第一草案の規定維持を最も望んでいたはずの北ドイツ・プロイセン法域の委員会メンバーの幾人かも、第一草案に反対票を投じたのである。<sup>(62)</sup>その結果、第二草案においては、次の如き条文が設置されるに至った。

【第二草案八三八条】

① 七九四条の規定により土地所有権の移転のために要求される譲渡人と譲受人の物権的合意(Einstimmung)（アウフラッシング）は、両当事者が同時に出現して、登記官、裁判所あるいは公証人の面前でなされなければならない。  
 ② 条件あるいは期限付で発生するアウフラッシングは、これを無効とする。

かくして第二委員会においては、第一草案三五一条を足掛かりとしたバイエルン法域の巻き返しは、遂に、EEGに全面的に依拠していた物権関係の規定にまで及ぶところとなった。右第二草案八三八条は、ほとんど変更のないまま修正第二草案（連邦参議院案）九一〇条として確定する。勿論、委員会は、右第二草案の規定と異なるラント法の規定が排除されない旨を決定することによって、プロイセン法域に配慮していたが、<sup>(63)</sup>しかしながら、後述の如く、アウフラッシングの所轄機関は、この後においても二転三転するのである。

(三) 債権契約

1 第一草案への批判

一方、第一草案三五一条の定める債権契約の公正証書化の要求に対しては、ラーバントのように、今日の経済状況からすれば、動産について方式自由の原則を認めながら、不動産についてこれを認めないのは不当であり、物権契約について要求される形式の他に、債権契約につき形式を強制する必要はない、との批判も存在した。<sup>(64)</sup>しかしながら、批評者は概ね第一草案に賛意を表している。もっとも、一項において要求される証書については、私署証書で足りるとする見解が存した一方、<sup>(65)</sup>バイエルン公証人雑誌のように、公正証書の要求を、三五一条の定める所有権に限らず、全ての物権に拡大せよとの主張も存在し、<sup>(66)</sup>更に、プロイセン法に由来する二項に対しては、削除すべきとの主張がな

された。<sup>(67)</sup>

## 2 第二委員会での審議

第二委員会においても、債権契約に対する形式強制の必要性に関しては、ほとんど異論が見られなかった。<sup>(68)</sup> 他方、先の批評者たちの批判は、そのまま委員会の争点となった。

その第一は、第一草案三五一条一項で要求される証書を裁判証書・公正証書に限定するか、(私署証書で足りるという意味で)単に「書面形式(schriftliche Form)」とするか、あるいは裁判証書・公正証書以外の(例えば市町村庁や登記官の作成する)「公文書(öffentliche Urkunde)」も認めるか、という点である。このうち、私署証書による契約成立も認めるべきとする提案は、軽率な契約締結防止の目的は私署証書の要求で充分満たされる、また、特に農地に関しては、口頭の契約締結が通常であって、厳格形式を要求することは不当である、と主張した。<sup>(69)</sup> しかしながら、委員会は、第一草案の規定の維持を決定した。多数意見によれば、公証人は契約内容を余すところなく完全に作成するであろうし、また、私署証書と異なり、公正証書はその内容につき完全な証拠力を有し、後の紛争が未然に回避され得る、とされた。<sup>(70)</sup> もっとも、裁判所・公証人以外の機関の証書作成権限については、ラント法の規定を一定範囲で留保する旨が決定された。<sup>(71)</sup>

第二は、バイエルンを中心に主張された、三五一条二項を削除せよとの提案である。それによれば、当事者は、時間と費用を節減するために、二項による法律関係の確定を念頭に、自ずと無方式の契約を行うようになり、その結果、一項で定めた裁判証書・公正証書の要求が空文化する、とされた。<sup>(72)</sup> しかしながら、委員会は、プロイセン法に由来する同項の維持を決定した。その理由は、次のようなものであった。<sup>(73)</sup> 即ち、二項削除により、買主に対して登記後もなお不当利得返還請求権を存続させるのは、法的安定性と相容れない。また、「物権契約を、その基礎となる債権的原

因 (Causa) から峻別することは、何れにせよ実定法 (positives Recht) の産物に他ならない。二項は、かかる実生活に無縁な峻別が誇張されることを、正当にも回避するものである。物権契約の有効性にも拘らず、債権契約が、登記官の関与の下にその履行を完了した場合にもなお無効であるとするのは、取引の理解及び信義誠実の考慮と矛盾を来すものである〔圈点七戸〕。即ち、物権契約の独自性は、その擁護者においても、あくまでも理論的なものと認識されていたのであり、それ故、実社会において右二つの契約が乖離することは、断じて避けなければならなかった。問題は、実際にさような分離を生じさせない手当であるが、右理論の反対者たるバイエルンが、公証人の面前でのアウフラッシングを認めることによつて、債権契約中に物権契約を埋没させようとしたのに対して、プロイセンは、右三五一条二項によつて、物権契約ないしその理論的母胎たる登記申請段階での意思に債権契約を一致させようとしたのである。更に、委員会は、裁判証書・公正証書の要求を全ての物権変動に拡張せよ、との提案を否定し、かくして第二草案においては、次の如き規定が設置されるに至つた。

【第二草案二六五条】

ある者 (Jemand) に土地所有権の移転を義務づけるような契約は、裁判証書化あるいは公正証書化 (gerichtliche oder notarielle Beurkundung) を必要とする。右形式を遵守しないで締結された契約は、土地のアウフラッシング及び不動産登記簿への登記がなされた場合に、その内容の全てにつき有効となる。

同条は、更に、一文の《Jemand》が《ker eine Teil》に改められ、修正第二草案 (連邦参議院案) 三〇七条として、連邦参議院に提出されることとなつた。

## 四 B G B

## (一) 連邦参議院・ライヒ議會での審議

以上の如く、不動産譲渡契約に関する委員会審議において、法律関係を極力登記行為段階において（換言すれば登記官の面前において）確定しようとするプロイセンの登記主義と、これを公証人の面前において確定しようとするバイエルンの公証主義とは、完全な拮抗状態にあり、右対立と譲歩の上に成立した第二草案の規定は、登記主義・公証主義の双方にとって矛盾を内包するものであった。そこで、両ラントは、自国の法制度の構造の貫徹に向けて全力を傾けることになる。

## 1 連邦参議院

連邦参議院において、バイエルンは、物権変動の一般規定たる修正第二草案八五八条（第二草案七九四条……以下草案名省略）の理論的基礎となっている債権契約・物権契約の独自性理論は、経済的弱者あるいは法律論に疎い者を危険に陥れ土地所有の安定性を脅かすものであるとして、これに反対の意を表明し、社会政策的な観点からは、少なくとも、三〇七条二文（二六五条二文）を削除し、一項を例外なく適用する必要があると主張した。<sup>(75)</sup> 公証人中心の土地取引体系の確立を目指すバイエルンの論理によれば、債権関係に関する三〇七条は、物権関係に関する公証人の面前でのアウフラッシング（九一〇条八三八条）と相俟って、原則として債権契約の公証行為時に所有権移転の合意がなされることを帰結する。その結果、登記主義の理論的基盤であった、登記申請行為中に物権契約概念を見出す「独自性」理論は、その実益が失われる。そして、かかる普通法ドグマの否定は、三〇七条・九一〇条の対象たる所有権に限らず、

物権変動の一般原則を規定した八五八条の構造にも波及することになるのである。そのためにも、基点となるべき公証主義の原則規定中に、債権関係を登記段階で確定させるプロイセン法系の規定が混入していることは不都合であり、三〇七条二文は何としても削除されなければならなかった。連邦参議院司法部会第一読会においては、バイエルンの右削除案に、ザクセン、バーデン、ヘッセンが賛成し、これに対して、プロイセン、ヴェルテンベルク、リューベックが反対を主張したが、結局、第一読会は二文削除を決定し、バイエルンの要求は、一旦は成就したかのよう<sup>(76)</sup>に思われた。しかしながら、二文の削除は、プロイセンにとって、本来登記官の裁判官的審査から出発したアウフラッシング原則の本質と相容れないのみならず、公正証書取引をもたない自国の法的安定性の観点からみても、到底容認し難いことであつた。そこで、プロイセンは、二文復活を強硬に主張し、結局、第二読会においては、第一読会の結論を覆し、二文の復活が決定されたのである。<sup>(77)</sup>その結果、第二草案と同様の規定が、連邦参議院のいわゆる第三草案（＝ライヒ議会議案）三〇七条として成立し、他方、バイエルンは、せめて自国において二文が排除されるよう、原因契約の公正証書が提出された場合にのみ登記が受理される旨の規定の、ラント法への保留を要求し、これは一八九六年七月GBO第二草案九一条として認められた。<sup>(78)</sup>

こうして、プロイセンは、債権関係についてはバイエルンの主張を抑えることに成功したが、しかしながら、第二草案において、公証人の面前でのアウフラッシングを甘受したことは、登記行為を基準時とし登記官を中心とした取引体系を制度の本質とする、プロイセン法原則の存立に関わる問題であつた。そこで、プロイセンは、アウフラッシング受領権限を登記官に限定する第一草案の規定に復帰すべきことを提案した。<sup>(80)</sup>無論、バイエルンはこれに反対したが、連邦参議院は、プロイセンの提案に従い、第一草案への復帰を決定し、その結果、プロイセンの要求通りの規定が、第三草案九〇九条として結実した。もっとも、連邦参議院は、民法施行法（EGGBG）第三草案一四三条において、先の第二草案と同様、アウフラッシングが「登記官の面前の他に、裁判所、公証人、その他の官庁ないし官吏の面前

で表示し得る」旨の規定をラント法で設置し得るとし、バイエルンに対して配慮した。他方、かかるプロイセン法原則の圧倒的勝利の下に、八五八条（七九四条）の一般規定は、第三草案八五七条として維持された。

## 2 ライヒ議会

ライヒ議会においては、種々の修正動議にも拘らず、もはや変更は加えられなかった。<sup>(83)</sup> かくしてBGB三一三条・八七三条・九二五条が成立し、プロイセン法の登記官中心の土地取引原則が宣明され、新法典におけるバイエルンの公証主義の敗北は確定した。

さて、我が国において一般に理解されるドイツ法主義とは、右BGBの原始規定の立場である。即ち、物権的合意は、方式自由の原則にも拘らず、八七三条二項、及び、登記申請の側面における登記官の調書等の要求により（先述のGBO第一草案三九条を受けた、GBO第二草案二九条、GBO二九条）、登記官の面前において最終的に確定される。他方、EEGの系譜をよく残す九二五条は、端的に登記官の面前での合意を要求する。更に、債権契約に関しても、八七三条二項と同様、形式（ここでは公正証書）を具備しない契約を登記段階で確定する三一三条二文は、とりわけプロイセン法の如く公正証書取引をもたない法域において、登記官の面前での債権契約締結を要求したと同様の機能を有する。<sup>(84)</sup> その意味では、我が国でしばしばいわれる、ドイツ法においては実質的審査主義がとられているとの理解は、（用語の厳密な意味においては正当ではないが）<sup>(85)</sup> 真実の一端を捉えていた。しかしながら、右の如きドイツ法の理解は、今日においては、もはや成り立たない。というのは、BGB成立後において、右立場には重要な変更が加えられているからである。しかもそれは、バイエルン法の公証主義の復権という形で行われた。

(一) BGB 成立後の改正

そもそもBGBの原始規定の下においても、バイエルンの公証主義の立場は、ドイツ国内から完全に駆逐されたわけではなかった。ただし、BGB三一三条一文が依然として存するからであり、他方、ラント法への留保条項が存在したからである。その第一は、先のEGGBB第三草案一四三条を受けたEGGBB一四三条であり、これは、公証人の面前でのアフラスングを認める第二草案と同様の規定であった。第二は、GBO第二草案九一条を受けた一八九八年GBO（旧規定）九八条<sup>(86)</sup>であり、同条は、登記手続の側面で、先のGBO二九条の要求する書面の種類を限定することによって、実体法領域において、三一三条二文の予定する公正証書によらない債権契約の発生を、未然に防止する機能を有していた。右規定は、当初、プロイセンと異なる法律制度に依拠していたバイエルン（AGBGB一二条、ヴェルテンベルク（AGBGB二二条、バーデン（AGBBO二二条、プルーメン（AGBBO九条において利用されたが<sup>(87)</sup>、BGB立法後のドイツ法の改正経緯は、右留保規定のドイツ全土への拡大の過程として位置づけられる。

その第一段階は、一九三四年二月一六日ライヒ司法手続の移管に関する法律<sup>(88)</sup>、及び、一九三四年五月一日のアフラスング等に関する命令<sup>(89)</sup>である。即ち、二月一六日法律は、その五条でドイツ全土の公証人にアフラスング事務を行い得る権限を付与し、これを具体化する五月一日命令においては、その一条一文（「アフラスングは、ライヒの全ラントにおいて、登記官あるいはラント法により認められた官庁の他に、公証人の面前でも表示され得る」）及び二条（「アフラスングの表示は、BGB三一三条に基づき要求される譲渡行為に関する証書が提出されるかあるいはその場で作成された場合にのみ受理される」）によって、先のEGGBB一四三条・GBO九八条の立場の全国的な適用が宣明された。これを受けて、一九三五年八月五日のGBO大改正においては、登記手続が大幅に変更<sup>(90)</sup>され、更にアフラスング受領権限は、一九四〇年一月四日のアフラスングに関する第二命令<sup>(91)</sup>一条によつ



て、区裁判所あるいは和解官庁(Gemeinliche Vergleich)にも認められることとなった。以上の如きバイエルンの公証制度の全国的拡大は、直接には、BGBの原始規定によるアウフラッシング手続が遅滞に陥つたことに基づくものであるが、<sup>(92)</sup>しかしながら、右手続を公証人に委ね得たのも、三一三条一文によって要求される公正証書取引が、ドイツ全域において定着してきたからであらう。

こうして復活したバイエルンの公証主義の立場は、更に、第二段階として、戦後、BGB自体の改正をもたらした。即ち、一九五三年三月五日民法典に関する法統一の復旧のための法律第一部三条一号により、九二五条一項が、原始規定の「登記官」から、本稿冒頭で挙示した如き現行の「所轄官庁」に改められ、更に、その内容を示す形で、一文・三文として「アウフラッシングの受領は、その管轄に関わりなく、区裁判所及び公証人に認められる。アウフラッシングは和解官庁においても表示することができる」との規定が追加された。また、右法律第一部三条二号は、九二五条の後に、先のGBO九八条・一九三四年五月一日命令二条と同様の条文を新たに設置すべき旨を定めた。

これが現行BGB九二五a条(「アウフラッシングの表示は、BGB三一三条一項に基づき要求される契約に関する証書が提出されるかあるいはその場で作成された場合にのみ受理される」)であり、同条の結果、今日では、プロイセン法に由来する三一三条二文の有する意義は、ほとんど薄れたといわれている。<sup>(94)</sup>更に、公証人と区裁判所に並行して認められていた公証事務一般を、全て公証人の専属権限とする一九六九年八月二八日公証法の結果、<sup>(95)</sup>不動産契約に關しても、三一三条一文及び八七三条二項の原始規定に存した「裁判証書化」の文言、及び、一九五三年法律により追加された九二五条一項二文における「区裁判所」の文言が削除されることとなった。<sup>(96)</sup>

## 五 結びに代えて

さて、このように見てみると、我が国の従来ドイツ法の理解は、まず第一に、比較法的観点からみて、必ずしも正当ではなかったことが知られる。即ち、登記手続の簡易化の要請は、一九世紀においては、ALRをはじめとする担保権登記簿制度の採用していた実質的審査主義から、E E Gの不動産登記制度におけるが如き形式的審査主義への移行をもたらしたが、二〇世紀における右要請は、当事者意思の確認機関の、登記官から公証人への移管をもたらしたのである。しかもそれは、改正条文の由来からも知られるように、かつてB G B立法過程において否定された、プロイセン法原則に対立するところの、バイエルンの公証制度の忠実な復活であった。右制度の下においては、公証人の後見的介入（＝実質的審査）の下に、債権契約と同時に物権契約が公正証書形式で締結され、その結果、登記申請に際して、登記官は、右公正証書を形式的・窓口的に審査することで足りる。かかるドイツの現行法の構造は、我が国の一般的理解とは逆に、フランス法の登記手続と非常に類似していることが知られるであろう。即ち、フランス法においては、古法以来の公証人慣行、証拠法における書証優越原則、及び、公正証書の謄本ないし抄本公示システムである謄記(transcription)ないし登記(inscription)制度の存在によって、意思主義(Principe de solo consensus)の宣明にも拘らず、当事者は間接的に公正証書作成を強制されているのであり、その意味において意思主義は、いわば疑似的な要式主義に他ならない。<sup>97)</sup>しかも、現行一九五五年法の下で、公証人は、公的機関として右公正証書の登記申請手続を行わなければならないとされている。<sup>98)</sup>これは、当事者が、公正証書を作成した段階で登記申請手続を終えていることを意味するから、右構造は、むしろ公証人を登記官とする成立要件主義（＝登記主義）に近いものと理解することもできよう。かように、フランス法の立場は、ドイツ法において、権利関係の審査の公証人への移管の結果生じたところ

るとほとんど変わりが無いのであり、それ故、ドイツ法主義とフランス法主義とを対立する立法として単純に捉える従来の我が国の理解は、少なくとも法制度の現実の側面を見るとき、疑問なしとしないのである。<sup>(99)</sup>

第二に、理論面に限ってみても、我が国におけるドイツ法主義の理解には問題がないわけではない。今日、公証主義の復活により、原因契約中に物権契約が埋没する結果、かつて立法過程においてバイエルンが主張したように、独自性理論を認める実益が失われるのではないか、という問題はさておき、BGBの原始規定の立場においても、物権契約なる概念はあくまでも理論的なものに留まり、我が国の独自性理論が想定するような、実生活において物権契約を独立して行うなどという事態は、全く予定されていなかった。けだし、物権契約なる概念は、そもそも無因性原則を導くために、物権変動の要件から債権契約という意思的要素を一旦排除したにも拘らず、他方において、物権変動の効果が意思的要素と無関係に発生することもまた不当と考えられた結果、単なる履行行為ないし形式に過ぎなかった引渡・登記の中に当事者意思の存在を模索したことに端を発するからである。換言すれば、登記主義の下で、無因性原則をとり、かつ、形式的確定力原則を排して合意主義を採用したが故に、物権契約概念が必要とされたのであり、それ故、物権契約は、必然的に登記行為中に見出されるべきものであった。即ち、物権契約概念は、当初より、登記手続における共同申請の合意を念頭に置くものなのである。にも拘らず、第一委員会において、物権契約と登記が理論上乖離したのは、形式的合意主義・実質的合意主義の峻別、あるいは、方式自由の一般原則との調和といった、ドグマティッシュな体系化ないし論理的整合性を志向したためであり、第一委員会は、右論理の結果生じた両者の乖離を食い止め、改めて物権契約を登記に接合するために、七八三条二項の撤回権の留保等、更に新たな論理を積み上げなければならなかったのである。<sup>(100)</sup>

しかしながら、第三の、そして最大の問題は、さようなドイツ法主義の構造が、我が国の解釈論に及ぼす影響である。というのは、我が国現行不動産登記法は、BGBの原始規定の立場を忠実に承継するものだからである。例えば、

共同申請主義に関する現行不登法二六条（原案三〇条）につき、田部芳委員は「此登記ニ付テハ承諾主義ヲ採用シタリ即獨逸ノ『こんぜんす、ておりー』ノ主義ヲ倣ヒタリ」と述べ、同条がドイツ法の合意主義を継受したものである旨を明言する。<sup>(10)</sup> しかも、ここで参照されている条文は、BGB第一草案八二八条一項、第二草案七九四条一項、七九六条一項、GBO一九条二項であつて、形式的合意主義（＝登記手続における共同申請主義）に関する規定のみならず、実質的合意主義、即ち、実体的な物権変動を生ぜしめる合意を定めた規定が挙げられているのが目を惹く。これを先物の物権契約概念の生成経緯と照らし併せるとき、同条は、物権変動の時期につき、物権契約概念を認めつつ、これを登記時と解する立場にとつて、有力な根拠となるであらう。<sup>(11)</sup> 他方、右見解と、物権契約概念を否認しつつ登記時に物権が変動すると解する立場の違いは、登記段階における当事者意思が問題になるかならないか、あるいは、登記を単なる事実行為と解するか要式的法律行為と解するか、といったドイツ法の議論と対比され、現実には、BGB三一三条二文や八七三条二項におけるが如き、契約内容の登記段階での治癒力の差となつて現れるであらう。この点と関連して、我が不動産登記法の立法過程では、原因契約証書と登記申請書の内容が食い違つている場合、登記官は何れに依拠すべきか、という点が、激しく争われているのが興味深い。<sup>(12)</sup>

もつとも、現行日本法の解釈のためには、右の如き沿革論と並んで、現在のドイツ法が、我が不動産登記法が継受したプロイセン法・BGB原始規定の立場を捨て、フランス法に類似した公証主義に傾斜している点にも留意しなければならぬ。これに対して、我が国では、かつて旧登記法と同時に公証人制度の導入が企図されたにも拘らず、公正証書取引は結局定着しなかつた。しかしながら、当事者保護のためには、不動産移転手続のプロセスのどこかに、権利関係の審査・確定機関が存在しなければならぬ。我が国と同様、公正証書取引が存在しなかつたプロイセンは（もつとも私署証書による契約締結が要求されていた点において、我が国よりも遥かに優れている）、登記官による権利関係の審査・確定を行った。これに対して、フランス法・バイエルン法・現行ドイツ法においては、公証人が右機

能を代替している。民法・登記法の建前・理想、取引の実状、登記手続の実際といった観点からみて、我が国の解釈論のあるべき方向は、その何れなのか。しかしながら、本稿において、これらの点を論ずる紙幅は、もはや残されてはゐない。<sup>(註)</sup>

(1) RGZ 108, 148; BGH WM 1963, 217; Soergel-Kommentar (Kohlhammer-Kommentar), 11. Aufl., Bd. 5, Sachenrecht, 1978 § 873 (Baur (Fritz)), RZ 12, S. 84; BGB-RGR-Kommentar, 12. Aufl., Bd. 3, Teil 1, 1979, § 873 (Auerstin (Georg)), RZ 69; MünchKommB, Sachenrecht, Bd. 4, Sachenrecht, 1981, § 873 (Wacker (Andreas)), RZ 30, S. 99. 於保不二雄(高木多喜男補遺)『現代外国法典叢書』⑥・独逸民法Ⅲ「物権法」(有斐閣・復刊版・昭和三〇・復刻版・昭和六三)三六頁、山田晟『ドイツ連邦共和国法入門と基礎——ドイツの憲法及び民法——』(有信堂、昭和六二)一六九頁。

(2) なお、BGB立法過程の詳細に関しては、本誌に現在連載中の拙稿「登記の推定力——比較法的考察——」(法学研究六三巻一号(平成二))と同論文に掲げた文献を参照された。

(3) 今日の学説の多くは「Einigung」をその意味として「Vertrag」と読み替へてゐる。Mayer-Maly (Teo), Vertrag und Einigung, Teil I der "Studium zum Vertrag", Festschr. für Nippender (Hans Karl), Bd. I, 1965, S. 509. 以下「Einigung」は「Vertrag」と異なる類型のものとして理解する。

(4) その意味では、独自性なる概念は、無因性を前提にして初めて成り立つものである。第一草案理由書も「債権行為から独立した「物権行為は必然的に無因的性質を有する (Die sachenrechtlichen Geschäfte sind notwendig abstrakter Natur.)」と理解してゐる。Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (zit. Motive I), 1888, Bd. 3, S. 7; MUGDAN (Benno), Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. III, 1899 (Neudr. 1979), S. 4.

(5) 普通法学説における無因性理論と「物権契約」概念の生成に関しては、我が国でも既に、原島重義『無因性』概念の系譜について——『無因性』概念の研究 その一——九州大学法学部創立三〇周年記念論文集『法と政治の研究』(有斐閣、昭和三二)四五—頁以下、広瀬繪「無因性理論についての一考察——ドイツ普通法学における所有権譲渡理論を中心として——」法学論叢(京大)七七巻二号四四頁(昭和四〇)、有川哲夫「物権契約に関する学説史的考察」福岡大学法学論叢二〇巻四号二—八三頁(昭和五一)、海老原明夫「一九世紀ドイツ普通法学の物権移転理論」法学協会雑誌二〇六巻一室号一頁(平成元)が立

も入った検討を加えている。なお、近時の文献として、Buchholz (Stephan), *Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht. Zur Geschichte der Aufassung und Grundschuld. Ius Commune Sonderhefte* 8, 1978. が、極めて詳細である。本文との関連は、特と S. 311ff.

(9) Schubert (Werner), *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübergang* (zit. *Entstehung*), *Münsterliche Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft* Heft 10, S. 101.

(7) E E G における「物権行為の『無因性』は、不動産信用の最後の障害となった実質的審査主義を排除して、特殊ノロイセ的な社会法律関係の上で、Reformを完成するための法律構成であった」点に関しては、原島重義「『無因性』の確立の意義について——『無因性』概念の研究 その二——」九大法政研究二四卷一七頁以下(昭和三二)に詳しい(引用文は、八九頁)。なお、ノロイセン法における無因性原則導入の経緯については、Buchholz, a. a. O., S. 266ff.

(8) 当時の法分裂と、無因性原則・実質的審査主義の採用の状況については、Schubert, *Entstehung*, S. 95-99.

(9) Schubert, *Entstehung*, S. 98.

(10) なお、有川・前掲注(5)・三〇五頁注(33)は、E E G におけるマウフラッシングが「契約」的性質を有していないことから、「Erklärung」を「意思表示」の用語を当てることに反対する。本稿では、同様の理解に立ちながら、右 E E G の表現が、現行 BGB にそのまま承継されていることに鑑み、ひとまずこれを「(意思)表示」と訳出しておく。

(11) 有川・前掲注(5)・三一五—三一六頁。E E G における「物権契約」概念に関しては、更に、Buchholz, a. a. O., S. 331ff. 参照。

(12) Protokolle der 7. Sitzung vom 15. 10. 1875 und 8. Sitzung vom 16. 10. 1875; Jakobs (Horst Heinrich)-Schubert (Werner), *Die Beratung des bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der un veröffentlichten Quellen* (zit. *Beratung*), *Sachenrecht I*, 1985, S. 69 ff.; Protokolle der [1.] Kommission zur Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuches (zit. Prot. I), S. 364f.; Jakobs-Schubert, *Beratung, Sachenrecht I*, S. 233. Vgl. Schubert, *Entstehung*, S. 25; S. 99-100; S. 101.

(13) 第一委員会における不動産法の審議一般とそのドラマティックな性格に関しては、Schubert, *Entstehung*, S. 99 ff. 及び右論文に依拠する有川・前掲注(5)・二九二頁以下、月岡利男「ドイツ民法成立期における登記主義と公信主義」松山商大論集二九卷四号一五三頁(昭和五三)に詳しい。

(14) 但し、それは条文上「契約」なる文言を避けたということであって、ヨホフが、普通法理論に立脚して部分草案を起草し

たうんだ、その理由書が、*Reinhold*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, ..... Buch Sachenrecht, Begründung (zit. *Begründung TE-SachR*), 1880, S. 628 ff.; Schubert (Werner), Die Vorklagen und Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches (zit. *Vorklärwirke der Redaktoren*), Sachenrecht I, 1982, S. 752 ff. Vgl. Schubert, *Entstehung*, S. 102; Buchholz, a. a. O., S. 389-390.

(11) Schubert, *Entstehung*, S. 102-103. 有川・前掲注(5)・二九三—二九四頁、月岡・前掲注(4)・一五六頁。

(12) Prot. I, S. 3627 ff.; Jakobs-Schubert, *Berating*, Sachenrecht I, S. 228 ff.

(13) Vgl. Schubert, *Entstehung*, S. 103. 有川・前掲注(5)・二九四頁。

(14) その結果、一八八八年BGO第一草案二二条において「登記されるべき権利変動に対して契約(Vertrag)が要求される場合には、登記の申請の基礎としては、契約者たる地位にある者の登記申請の基礎としては、登記名義人たる権利者の一方的な登記許諾(Eintragsbewilligung)に足りる。但し、右契約が登記官の面前で締結されるべき場合には、その限りではない」との条文が規定された。同条の立法過程に関しては、Jakobs-Schubert, *Berating*, Sachenrecht III Grundbuchordnung, 1982, S. 277, Anm. 4, 5 und 6, S. 289. 参照。なお、同条は、一八九六年第二草案一九条を経て、一八九七年三月二四日GBO一九条として成立した。

(15) Prot. I, S. 3633; Jakobs-Schubert, *Berating*, Sachenrecht I, S. 229-230; Motive EI, Bd. 3, S. 159; Mueban III, S. 87. Vgl. Schubert, *Entstehung*, S. 103.

(16) Prot. I, S. 3633; Jakobs-Schubert, *Berating*, Sachenrecht I, S. 229-230. Vgl. Motive EI, Bd. 3, S. 159; Mueban III, S. 87.

(17) Schubert, *Entstehung*, S. 193. 有川・前掲注(5)・二九五頁。かかる第一草案のドクシマ、シヤ、な性格は、無因性原則に於いても貫徹され、第一草案においては、後の草案や現行法には見られなく、右原則の一般的宣言規定すら設けられるに至っている(八二九条)。また、実質的審査主義採用の根拠としても、委員会は無因性原則との理論的整合性を問題としていない(Prot. der 7. Sitzung vom 15. 10. 1875; Jakobs-Schubert, *Berating*, Sachenrecht I, S. 69; Schubert, *Entstehung*, S. 106-107.)。

(18) Jönov, *Begründung TE-SachR*, S. 255; Schubert, *Vorklärwirke der Redaktoren*, Sachenrecht I, S. 379.

(19) Prot. I, S. 3647; Jakobs-Schubert, *Berating*, Sachenrecht I, S. 235. Vgl. Schubert, *Entstehung*, S. 104. 有川・前掲注





- ント及び請求人。 Motive EI, Bd. 2, S. 189; Mugdan, II, S. 104.
- (26) 債權法部分草案起草委員ノキーン・キートン(ハナシランマン)ノ提案ハ( Vgl. Jakobs-Schubert, *Beratung*, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 647.)ニ対シテ、七夜四ツ大夜自由ヲ決定セラル。 (Prot. I, S. 10 13 ff.; Jakobs-Schubert, *Beratung*, Recht für Schuldverhältnisse I, S. 648)。
- (25) Prot. I, S. 151; Jakobs-Schubert, *Beratung*, Allgemeiner Teil, 1985, S. 653; Recht der Schuldverhältnisse I, S. 405 Anm. 2.
- (28) Jakobs-Schubert, *Beratung*, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 405 Anm. 2.
- (26) Prot. I, S. 151; Jakobs-Schubert, *Beratung*, Allgemeiner Teil, S. 654; Recht der Schuldverhältnisse I, S. 405 Anm. 2.
- (29) Prot. I, S. 11763 ff.; Jakobs-Schubert, *Beratung*, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 405 ff.
- (17) Prot. I, S. 11769 ff.; Jakobs-Schubert, *Beratung*, Recht der Schuldverhältnisse, I, S. 407 ff.
- (27) Motive EI, Bd. 2, S. 189 ff.; Mugdan II, S. 104-105.
- (22) Anfrage 2 von Kurlbaum, Prot. I, S. 11769, S. 11774; Jakobs-Schubert, *Beratung*, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 407, S. 409.
- (17) Motive EI, Bd. 2, S. 191; Mugdan II, S. 105.
- (29) Prot. I, S. 11773-11774; Jakobs-Schubert, *Beratung*, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 409-410; Motive EI, Bd. 2, S. 190-191; Mugdan II, S. 105.
- (16) 轉ノ草案ニ於テハ其旨ハ「ハ○○条ニシテ其ノルニシテ」 Wacker (Franz), *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Aufl. 1967, S. 280. 日蘭・前掲註(2)・一七三頁(一)。
- (17) Schubert, *Entstehung*, S. 118.
- (29) Vgl. Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs = Justizamt (zit. *Gutachtliche Aeusserungen*), Bd. III Aeusserung zum Sachenrecht, 1890 (Neudr. 1967), S. 3-4, S. 84 ff., S. 143-144; Schubert, *Entstehung*, S. 119.
- (16) Schubert, *Entstehung*, S. 119. 月岡・前掲註(2)・一六六頁。
- (25) Schubert, *Entstehung*, S. 131. ハニハ 無因性の宣言規定(第一草案八二九条)は、それが自明のものであるとの理由

- たふらば不種然とす。Prot. II, S. 3408; MUGDAN III, S. 531.
- (16) Prot. II, S. 3383 ff.; MUGDAN III, S. 522 ff.; JAKOBS-SCHUBERT, *Berating*, Sachenrecht I, S. 251-252.
- (17) SCHUBERT, *Entstehung*, S. 132-133. 月國・前掲注(31)・一六八頁。
- (18) Prot. II, S. 3642, S. 7368; MUGDAN III, S. 530. Vgl. Zusammenstellung der Beschlüsse des Redaktions-Kommission (zit. EI-ZustRedKom) § 828; JAKOBS-SCHUBERT, *Berating*, Sachenrecht I, S. 254.
- (19) Vgl. JAKOBS-SCHUBERT, *Berating*, Sachenrecht I, S. 254. だが、同草案は第71項の表現は、「……裁判証書化のことは公正証書化の如く(gerichtlich oder notariell beurkundend)」。そのこと発記の面を以て交わらざるを發記面に於いて提出せられた事である……」。よなひつらぬ。
- (20) *Gutachtliche Aeußerungen*, Bd. III, S. 89, S. 144-145; SCHUBERT, *Entstehung*, S. 126.
- (21) Vgl. SCHUBERT, *Entstehung*, S. 126.
- (22) Vgl. SCHUBERT, *Entstehung*, S. 126.
- (23) Prot. II, S. 3623 ff.; MUGDAN III, S. 607 ff.; JAKOBS-SCHUBERT, *Berating*, Sachenrecht I, S. 546 ff.
- (24) Prot. II, S. 3627-3628; MUGDAN III, S. 609; SCHUBERT, *Entstehung*, S. 133. 月國・前掲注(31)・一六八頁。
- (25) Prot. II, S. 3626; MUGDAN III, S. 609; JAKOBS-SCHUBERT, *Berating*, Sachenrecht I, S. 547.
- (26) Prot. II, S. 3634 ff.; MUGDAN III, S. 611 ff.; SCHUBERT, *Entstehung*, S. 133. 月國・前掲注(31)・一六八頁。
- (27) Vgl. SCHUBERT, *Entstehung*, S. 133.
- (28) 民法施行法(民法の施行)第二章第(二)條參議院案(一)一六條。Vgl. Prot. II, S.; MUGDAN I, S. 163-164.
- (29) *Gutachtliche Aeußerungen*, Bd. II, Aeußerungen zum Recht der Schuldverhältnisse, 1890 (Neudr. 1967), S. 110, S. 111-112.
- (30) *Gutachtliche Aeußerungen*, II, S. 112.
- (31) *Gutachtliche Aeußerungen*, II, S. 112.
- (32) *Gutachtliche Aeußerungen*, II, S. 112-113.
- (33) Prot. II, S. 923; MUGDAN II, S. 620.
- (34) Prot. II, S. 924-925; MUGDAN II, S. 620-621.
- (35) Prot. II, S. 926; MUGDAN II, S. 621.

- (71) Prot. II, S. 927-928; MUGDAN II, S. 621. Vgl. JAKOBS-SCHUBERT, *Berating*, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 411 Anm. 12.
- (72) Prot. II, S. 928-929; MUGDAN II, S. 621-622.
- (73) Prot. II, S. 930-931; MUGDAN II, S. 622.
- (74) Prot. II, S. 932; MUGDAN II, S. 623. その理由としては「物権契約の形式化 (Formalisierung des dinglichen Vertrag)」がなされたことに基づいていられるが、これは「土地債務・用益権・制限的人役権」の負擔・抵当權の登記申請に際して原因契約の提示が必要とされることを指しており、先の物権契約の方式性の部分で触れた (前掲註(73)参照) GBO第一章案二十九条を受けた GBO第二章案二十九条が告示されている。
- (75) Vgl. JAKOBS-SCHUBERT, *Berating*, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 412, S. 414 ff.; JAKOBS-SCHUBERT, *Berating*, Sachenrecht I, S. 254-255, S. 256 ff.
- (76) 一八九五年十月一日田口正法郎著「德意志法律」Vgl. Bericht von SCHNECKER (Württemberg), SIMPKINGE (Hamburg) und HELLER (Bayern) über die Sitzung der 1. Lesung (Justizausschuß) vom 9. 10. 1895, vom 11. 10. 1895 und 15. 10. 1895; JAKOBS-SCHUBERT, *Berating*, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 414 ff.; JAKOBS-SCHUBERT, *Berating*, Sachenrecht I, S. 256 ff.
- (77) Vgl. Bericht von HELLER und SCHNECKER über die Sitzung der 2. Lesung (Justizausschuß) vom 10. 12. 1895; JAKOBS-SCHUBERT, *Berating*, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 418-419.
- (78) Protokolle des Plenums vom 16. 1. 1896; JAKOBS-SCHUBERT, *Berating*, Sachenrecht I, S. 419.
- (79) Vgl. Entwurf einer Grundbuchordnung. Aufgestellt im Reichsjustizamt § 78/§ 91; JAKOBS-SCHUBERT, *Berating*, Sachenrecht III, S. 588 Anm. 22; Zusammenstellung der Aeußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf einer Grundbuchordnung, gedr. 1896, § 91 (95); *Berating*, Sachenrecht III, S. 626; JAKOBS-SCHUBERT, *Berating*, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 419 Anm. 15.
- (80) Vgl. JAKOBS-SCHUBERT, *Berating* Sachenrecht I, S. 550-552.
- (81) Vgl. JAKOBS-SCHUBERT, *Berating*, Sachenrecht I, S. 552.
- (82) Vgl. SCHUBERT, *Entstehung*, S. 134. 同条は「先づの四〇四〇第二章案一六条の表現を修正したものである。」前掲註(73)参照。

- (83) Vgl. Jakobs-Schubert, *Berutung*, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 420; Jakobs-Schubert, *Berutung*, Sachenrecht I, S. 259-260; Jakobs-Schubert, *Berutung*, Sachenrecht I, S. 552-554; Bericht der XII. Kommission des Reichstages vom 12. 6. 1896 zu Art. 141a EGBGB; Muddan I, S. 328.
- (84) 更にプロイセンは、自国の民法施行法 (AGBUB) 一二条において、三一二条一文の原則を端的に排除し、裁判所・公証人以外の官庁の作成する公文書でも足りるとした。Vgl. Stegemann (Eduard), Die gesamten Materialien zu den Preussischen Ausführungsgesetzen zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich und seinen Nebengesetzen (Muddan Ergänzungsband), 1900 (Neudr. 1979), S. 10, S. 168.
- (85) 既に藤本秀麿「独逸法系不動産登記簿の公信力に就いて」(法学協会雑誌五三卷四号一一四頁以下、昭和一〇)・鈴木康弥「不動産登記における実質的および形式的審査主義」『抵当制度の研究』(一粒社、昭和四三)九七頁以下が指摘されるように、実質的審査主義(=実質的合法主義 (materielles Legalitätsprinzip) ないし単に合法主義 (Legalitätsprinzip) といふ) A L R・バイエルン法等の担保権登記簿制度において採用されていた。登記官に原因契約の審査義務を要求する主義を指す。これに對して、形式的審査主義(=形式的合法主義 (formelles Legalitätsprinzip) といふ) 右原因関係の審査を要求しない主義をいふ。主として現行法の立場を指して述べられる場合が多い。
- (86) GBO九八条(旧規定)は、次のようなものであった。「ラント法によつて次の規定を定めることができる。〔即ち〕、登記官は、BGB三一二条の要求する証書(Urkunde)が提出された場合とのみ、アウフラッセメントの〔意思〕表示(Erklärung)を受諾することを要する」。
- (87) Jakobs-Schubert, *Berutung*, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 419-420, Anm. 15; Staudinger-Kommentar, § 925a (Ehrh. Rudolf), 1987, RZ. 1. 例へば、バイエルンAGBUB一二条は次のように規定する。「登記官は、BGB三一二条に基き要求される証書が提出された場合とのみ、アウフラッセメントの意思表示を受領し得る。同様の権限は、公証人についても認められる。右証書の提示は、公証人に関しても適用される」。
- (88) Gesetz zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich vom 16. 2. 1934 (RGBl. I, S. 91).
- (89) Verordnung über Auffassungen, landesrechtliche Gebühren und Mündelicherheit vom 11. 5. 1934 (RGBl. I, S. 378). Vgl. Wolpens, Verordnung über Auffassungen, landesrechtliche Gebühren und Mündelicherheit vom 11. 5. 1934 (RGBl. I, S. 378), DNofZ 1934, 389.
- (90) Grundbuchordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. 8. 1935 (RGBl. I, S. 1073). Vgl. Staudinger-Kom-

- mentar, § 925a (Ertl), RZ. 1. 同法の条文及び改正点については、Jakobs-Schubert, *Berating, Sachenrecht* III, S. 89 ff. 参照。
- (15) Zweite Verordnung über Auffassungen vom 9. 1. 1940 (RGBl. I, S. 46).
- (16) Vgl. Soergel-Kommentar, § 925 (Baur), RZ. 18, S. 240.
- (17) Gesetz zur Wiederstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 5. 3. 1953 (BGBl. I, S. 33).
- (18) 樗寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社、昭和六三）一九九頁〔尾崎三芳〕。九二五a条を無視した登記がなされている場合と、三二三条二文の適用が問題になるに過ぎない。Srauding-Kommentar, § 313 (Wurka (Duard)), 1979, RZ. 210.
- (19) Beurkundungsgesetz vom 28. 8. 1969 (BGBl. I, S. 1513). Vgl. Soergel-Kommentar, § 925 (Baur), RZ. 18, S. 240; Srauding-Kommentar, § 925 (Ertl), RZ. 79.
- (20) なお、三二三条一文は、一九七三年五月三〇日法律 (BGBl. I, S. 501) により、本稿冒頭に掲げたように「取得」の文言が付加され、不動産所有権の移転義務のみならず取得義務についても方式が要求されることとなった。
- (21) 前掲注(30)参照。
- (22) 一九五五年法 (Décret du 4. janv. 1955) 三二三条。七戸・前掲注(30)・一三二頁参照。
- (23) なお、鎌田薫「不動産物権変動1」法学教室一〇九号六二頁（平成元）は、「ドイツ法においても、実際上は、公証人の面前で売買契約と物権行為が同時に行われているようであり、制度面での相違の大きさに比べて、実務レベルでの差異はきわめて小さいように推測される」と述べておられる。その指摘は結論的には正当であるが、しかしながら、右の如きドイツ法の現実が、単なる「実務レベル」の問題ではなくして、まさに現行 BGB によって規定された「制度面」の問題であることは、既に明らかにした通りである。
- (24) もっとも、かかるドグマティッシュな論理一貫性が、立法当時の法分裂状態を、解釈論上疑念の余地なく解消するためにある程度役立ったことは否定できない。Vgl. Schunemann, *Entstehung*, S. 117.
- (25) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書(8) 法典調査会・不動産登記法案議事筆記』（商事法務研究会、昭和六一）七〇頁。
- (26) この見解に立つとき、民法一七六条との関係は、一般法たる民法一七六条が不動産に関する特別法たる不動産登記法二六

条に劣後する、と解すべきことにならう。

(103) 現行三五条・三六条（原案三六条・三三条）で要求される登記申請書に関する『法典調査会・不動産登記法案議事筆記』八〇頁以下。

(104) 右の如き二者択一的な観点から、日本法のあるべき方向を探るものとして、良永和隆「登記の保護機能——『取得時効と登記』問題の解決に向けて——」・(一)・(二)・完」専修法学論集四八号一〇九頁、四九号一頁（平成元）。なお七戸・前掲注（2）・六三巻一号・三号も併せて参照されたい。