

## 「無因性」確立の意義について：「無因性」概念の研究その二

原島，重義

<https://doi.org/10.15017/14357>

---

出版情報：法政研究. 24 (1), pp.71-92, 1957-07. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：



# 「無因性」確立の意義について

——「無因性」概念の研究 その二——

原 島 重 義

は し が き

さきに私は、ドイツ民法典に結実した「無因性」概念の理論的な系譜の側面についてふれた<sup>(1)</sup>。それではいつたい、このような「無因性」概念の理論構成は、どのような法技術的・実践的性格をもつたものであつたか、言い換えればそれは法的観念形態としていかなる社会的基礎をもつものであるか、という問題がさらに提起されねばならない。それが明らかにされることによつて、「無因性」概念把握の第二の拠点が得られるであろうから。

こゝでも、「歴史家ではないが、理論家であり、保守的法律家が身につけている悪習に反対し革命を起した<sup>(2)</sup>」と言われる、実践家 Bähr から、この視点での一応のいとぐちを得ることができろ。

Bähr は、原因の記載なき債務証書 *cautio indiscreta* について、その効力を否認する従来の説が、その基礎に適法行為 *erlaubtes Geschäft* があるか否かを知りえないという理由を挙げるのに反論している<sup>(3)</sup>。「このような見解は……債務証書に現われた抽象意思に対して、それが適法な *erlaubt* 基礎に立つてゐることが証明されない限り、その効力を否定するものである。それはかくして、不法な *unerlaubt* 行為の推定を立てるものである。……人はこゝから、前述の推定は、これを適用すれば、必然的に、たんに無因債務証書を無効とするのみならず、証書 *Urkunden*・

Beweis 一般をも根絶するに至ることを知る。だがなによりも先ず、決算行為と手形とを法律生活から追放しなければならなくなるだろう。なんとすれば、これらのものは完全に、このような統制 Controle を避けることができるか<sup>(四)</sup>ら<sup>(五)</sup>。

つまり、無因債務負担の意思に対して、法律効果を与えることを拒む者は、個人の意思に対して統制を加える者であり、別稿ですでに述べたごとくに、Bähr は「意思自治」の原理から、この統制の排除を要求しているのである。

Bähr はその著作の第三版では、この点につきさらに明瞭に、ローマ法が無因債務に対して好意的ではなかつたとに対して、「法律行為に対するある種の警察的監視を喜んでいる官僚主義」と非難を浴びせ、しかもこの官僚主義が、「今日に至るまでそれを固守しようとする務めて来た」ことを強調している<sup>(五)</sup>。

Bähr のエネルギーな批判者として立ち現われた Kindel が、このような Bähr の態度を、「正に国民の経済的に弱い階級は、Bähr の理論により、もつとも可酷なものに見舞われる。従つて Bähr の理論は、法律学における自由放任主義 Manchesterium のもつとも極端な表現である、と言えろ。」と非難した言葉もよく知られているところである<sup>(六)</sup>。

Kindel の非難の当否は別として、このような Bähr の言葉にうかゞわれる官僚主義的な警察的監視とはいつたいドイツの法律取引において何であつたかが問われねばならない。このさい、とくに、Bähr の無因債務概念の理論的起点をなした物権契約の「無因性」理論が、どのような社会関係を基盤として、ドイツの法律制度にまで定着したのであつたか、が問題として提起されねばならないだろう。

本稿の主題はこゝにある。

(一) 拙稿・「無因性」概念の理論的系譜(九州大学法学部編・三十周年記念論文集所載)

(11) F. K. Neubecker, Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen 1903, S. 35 (Arch. f. Bürg. R. Bd. 22-23)

(12) O. Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 2 Aufl. 1867, S. 285 f.

(13) ヲンに述べらるる *cautio indiscreta* を抽象意思の意義については、前掲拙稿参照。

(14) Bähr, a. a. O. 3 Aufl. 1894, S. 223 (Neubecker, a. a. O. S. 39, H. Kleine, Die historische Bedingtheit der

Abstraktion von der Causa, 1953, S. 34) たゞし、ローマ法に対するこのような批判は、当らないであろう。

(15) W. Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, 1892, S. 77.

(16) ヲンでは M. Rümelin, (Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldnerkenntnissen des BGB. 1905/06,

S. 300) の指摘を挙げるに止めよう。「このような〔Bähr の〕基本的な立場に対する疑惑は、たゞ、一定の保守的なサークルと、とくに、以前のプロイセン・ラントレヒト法学に近い後見的見地から出ているにすぎない」(傍点・原島)

(17) 物権契約の「無因性」と、債務の「無因性」との理論的、聯関については、前掲拙稿参照。

—

今日のドイツ民法(八七三、九二五条)に見られるような物権行為の「無因性」は、一八七二年のプロイセン所有

権取得法 Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und

selbständigen Gerechtigkeiten vom 5. Mai, 1872 の立場を承継するものである。(1) したがって、ドイツ法における

物権行為の「無因性」確立の意義は、それがこの法律によつて確立されるまでの事情に求められねばならない。(2)

まず、この一八七二年法の歴史的性情を知るために、一九世紀プロイセンの不動産取引について考えてみる必要が

あろう。

一九世紀に入つて漸くさかんになるプロ・センの土地立法は、この頃、顯著になり始めた資本主義の農業への浸透の法律的表现であるといつてよいであろう。それは、封建的土地所有の資本主義的土地所有への転化を基礎として、自由な私的土地所有権と土地利用権の上に立つたところの、農業の資本主義的な発展に対応するものである。このような過程での、もつとも切実な要請は、抵当権制度の整備であつた。Hedemannの敘述を借りることにしよう。(四)

「進歩の合言葉は、法律生活の領域では、改革への要求に置きかえられた。そのことを人々は至るところで語つた。……登記制度および、なかならずそれに依存する抵当権制度への移行が充分に近ずいた。かくしてわれわれは、正に一九世紀の半ば、K. J. A. Mittermaierの指導的論文の冒頭にこう読むのである。「もし確實で深く掘り下げた社会的基礎の改善がなされないならば、われわれの状態のあらゆる改善も徒勞である。この中にまず抵当権制度が属する」と。かくして、すぐにかの、この世紀を通じていろんなヴァリエーションで繰り返えされたテーマが出て来る。信用、信用である！ 当時花開いた資本主義精神はこゝにその反映を見出す。Mittermaierは言う、「土地はたんに生産手段であるのみならず、商業経営者ならびに、工業家、がその大企業に利用する信用の手段でもある。そして家族の繁榮と幸福は大部分、資本の所有者に抵当投資の安全を保証するところの、制度の確實さによつて規定される」と。(五)

このような物的信用に抵当権法に登記制度の発展は、プロイセンにおいていかなる意味をもつのであろうか。

「プロイセンにおける近代的債権および抵当権の発展の基礎は、Gusherrschaftの資本制的生産」に求められねらなばない。(六)つまり、一五・六世紀頃から成立した、農民のいわゆる Untertänigkeit 「グーツヘル的・農民的關係」を中核とし、一八世紀に至るまで支配的であつた「農民の賦役による（農奴による）農業経営」に Gusherrschaft から、一八世紀後半とくに一九世紀初頭の農民解放を経過することによつて、一九世紀中葉にほゞその推転を終つた

ユンカー経営こそが、プロイセン農業の主体であり、したがって又、物的信用の要求、抵当権発展の基礎もまた、*Gutsherrschaft* → *Junkertum* の推転過程に求められねばならない。それはまさに、プロイセンにおける資本の原始的蓄積過程、すなわち、直接生産者たる農民のその生産手段 → 土地からの追放と、貴族の手への土地の集中の過程にあたる。

(一) Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band III, Sachenrecht, 1886, S. 187, 189.

(二) このような観点から、物権行為の「無因性」の意義を明らかにしたものととして、川島「所有権法の理論」二二八頁以下がある。しかし最近、同様の視点に立つて鋭い分析を示した、H. Kleine, *Die historische Bedingtheit der Abstraktion von der Causa*, 1953 が出版された。本稿もこの書に負うところが大きい。なお、これにつき加藤一郎助教教授の要を得た紹介がある、法協七二巻二号所載。

(三) 一八〇七年一〇月九日の、土地所有権の簡易な保有と自由な利用ならびに土地居住者の人的関係に関する勅令、*Edikt*, § 1 Abs. 1 は次のように規定した。

「わが国におけるいづれの居住者も、国家に対する関係ではいかなる制約もなしに、あらゆる種類の土地物件の所有的および抵当的保有をなしうる。貴族もまた、たんなる貴族的物件のみならず、あらゆる種類の非貴族的、ブルジョア的および農民的物件の所有をなすことができ、市民および農民は、市民的、農民的および他の非貴族的のみならず貴族的土地の所有を、物取得のための特別の許可を要せずして、なしうる。たゞし、なお、いかなる保有変更も、官庁に届出ることを要する。」(傍点・原島) けれども当時なお、土地所有の自由、土地の商品化には大きな封建的制約があつた。たとえば、当時の現行法 *Preussische Allgemeines Landrecht*, 1794, I Teil, 18, Titel, § 228 2<sup>o</sup> 「封臣 *Vasall* は、封地一般および彼の保有期間を超えたその利益につき、独立して債務を負い、又はその他の負担を負うことができなう。」と規定している。

Vgl. Kleine, a. a. O. S. 16, Anm. 30

(四) J. W. Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, Zweiter Teil, 2 Hälfte, S. 225

(五) K. J. A. Mittermaier, Ueber den neuesten Zustand der Gesetzgebung in Bezug auf Uebergang des Grundeigentum und Hypothekensystems mit Beziehung auf die neuesten Gesetzgebungsarbeiten in Frankreich, Belgien, England und Deutschland. (Arch. Ziv. prax. Bd. 33, 1850) これは一八三六年以来八回に亘つて連載された大論文である。彼は当時において登記制度の整備を提唱した先覚者のな字者であつた。Vgl. Hedemann, a. a. O.

S. 192, Anm. 1.

(六) 川島・前掲書三〇八頁註一二三。

(七) たとえば、林健太郎「近代ドイツの政治と社会」一三六頁以下、一八六頁参照。

一九世紀初頭の農民解放、つまり、一八〇七年の十月勅令 Oktoberedikt (シユタイン・ハルテンベルクの改革)<sup>(八)</sup>、一八一一年の調整令 Regulierungsedikt<sup>(九)</sup>、一八一六年の布告等<sup>(一〇)</sup>による農民解放 Bauernbefreiung は、一六世紀以来、とくに一六四八年以来なかつた Bauernlegen<sup>(一一)</sup>、新たな条件に対応する新たな形態であつた、と言えよう。「十九世紀前半の大土地所有の激しい増大は、山林及び王領地の獲得を別として、全く農民地の犠牲に於て行われた。自由主義的立法によつて擁護された『農民の追立て』<sup>(一二)</sup>は十六、七世紀に於けるよりもはるかに大きな範圍に及んだ。<sup>(一三)</sup>」

これが、いわゆる上からの解放 Befreiung von oben であつた。それは、封建制度の土台であり従つてまた封建的支配権力が依存していた、農民経営の自給的・自然経済的小生産が、大きく資本制商品経済の渦の中に巻き込まれ、小商品生産化し、封建制度の土台そのものを掘り崩して行く過程において、封建的搾取がとるところのブルジョアの適応形態、つまり、賃銀労働の雇傭と小生産者の労働地代形態の労働との、複合の上に立つた、特殊プロイセン的な

ユンカー経営の成立過程であつた、といえよう。<sup>(一四)</sup>

當時なお、さまざまの特権を、たとえば、グーツヘルの領主裁判権 *Patrimonialgerichtsbarkeit* を一八四八年まで、警察権を實に一八七二年まで、また、地租免除の特権を一八一年まで保有した貴族階級の地位を維持すると、これがプロイセン国家の使命であり、その新たな経済的基礎であるユンカー経営を維持発展させることは、もちろんその重要な課題であつたに違いない。<sup>(一五)</sup>

一八〇七年に發布されて、年々延期された貴族の負債に対するモラトリウム、貴族領地所有者に対して、フリードリッヒ大王以来、*Landschaft* の設立を通じて与えられた財政的援助等は、このことを端的に物語っている。ことに、抵当権および登記制度を促進した *Landschaft* 「貴族金融組合」は、*Gutschenschaft* の資本制的な農業経営、つまりユンカー経営への推転にあつて要求される信用を与えるための、貴族の独占的機関であつた。<sup>(一六)</sup> このようなユンカー経営の不断の信用需要に対して与えられた王ないし国家の莫大な財政的支出は、「農業経営の改良」を主要目的にしたにもかゝらず、それはグーツヘルによつて技術の改良に用いられるよりは、困窮した農民地の買上げ、土地の拡大に投ぜられたのであり、農業生産の向上をかえつて阻害したのであつた。従つて、一八二〇年代の農業不況を切り抜けた大農経営は、六〇年頃までに亘つて、農業技術改良のためにとくに資本を必要としたのであり、——*Kreditnot* ——彼等の所有地を抵当に入れることによつてそれを果すことができた。——*Realkredit* i <sup>(一七)</sup> 三〇年代以後、領地の抵当化がさらに増加したにも拘らず、差押えられ競売される領地は、かえつて急激に減少し、抵当証券の流通相場が一〇〇%を超えるに至つたことは、その現われと見てよいであらう。<sup>(一七)</sup>

この意味において、*Kleine* が、「資本の、資本主義的農業及び資本主義へと発展する農業への導入手段としての、土地の抵当化の必然性は——発展的に見れば——プロイセン・ドイツの条件下での、摩擦なく機能する抵当制度のた

めの斗いとして示される。」<sup>(10)</sup>と規定したのは正しい、と考えられる。<sup>(11)</sup>

(八) 前註(三)参照。その詳細については、林・前掲書一四四頁以下。

(九) *Edikt die Regulierung der gutherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse betreffend*, 14. September 1811.

その内容は林・前掲書一四九頁以下参照。

(一〇) *Deklaration des Ediktes vom 14. September 1811 wegen Regulierung der gutherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse*, 29. Mai 1816. その詳細は、林・前掲書一五一頁以下参照。

(一一) 資本論第一部、長谷部訳日評版第三分冊二四〇頁註一九六a参照。なお、*Grundherrschaft* からの推転については、戒能「法律社会学の諸問題」二九〇頁以下参照。

(一二) Robert Stein の敘述。(林・前掲書一八七頁。)

(一三) 「封建領主の権力は、いづれの主権者の権力とも同様に、自分の地代帳の長さではなくて自分の臣下の数に立脚してをり、そしてこの数は自営農民の数に依存していた。」(資本論、第四分冊三二頁)

(一四) 井上晴丸「農業と資本主義」(資本論の解明第五分冊一一九頁以下)参照。

(一五) 林・前掲書一九七頁以下参照。

(一六) これに農民の加入が許されるのは一八四七年に至つてからである。林・前掲書二〇三頁参照。 *Landschaft* にて、川島・前掲書三〇八頁註(一二三)参照。ほかに、鈴木祿弥「ラントンヤフトに関する一考察」(法協七〇巻四号七一巻二

号)、植悌次「ドイツにおける抵当債券制度の発展(一)」(法学一七巻四号)参照。

(一七) 林・前掲書二〇一頁以下の、一八二四年の予算表を参照。

(一八) 林・前掲書二〇三―五頁参照。

(一九) E. W. Mayer, *Das Retablisement Ost- und Westpreussens unter Mitwirkung und Leitung Theodors von*

Schön, 1916, S. 58 林・前掲書一九六頁にその表がある。

(110) Kleine, a. a. O. S. 18, Vgl. G. Dornberger, H. Kleine, G. Klinger, und M. Posch, Das Zivilrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Sachenrecht, 1956, S. 186 このさい、イギリスの典型的な「資本家的借地農業者」(資本論第五分冊三六一頁以下)を想起する必要がある。

(111) 川島・前掲書三〇八頁註一二三は、「近代的債権は、近代的な独立生産者がその独立な地位を保持し、ついで生産信用をうける場合に、典型的に、歴史的な大量現象として、成立するのであろう。……だから、生産の資本制的組織そのものが出発点をなすことになるであろう。」と指摘され、一七九四年の ALR における公信原則の承認が、人的関係から離れた・かような近代的な債権と抵当権の成立を背景にもつている、と言われた。しかしさらに、ドイツにおいては、このような近代的債権と抵当権の成立こそは、農業生産の特殊プロイセン的な資本主義化の過程によつてなされたことを、明瞭にすることにより補足する必要がある。鈴木祿弥「ドイツ抵当権法と資本主義の発達」(法律時報二八卷一一号二〇頁)が、「債権担保のための抵当権より投資抵当権へ」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。」とされるのも、同趣旨と解される。

## II

以上に述べたような性格をもつ資本主義の農業への渗透は、当然に抵当権法と所有権法(とくに土地所有権の移転)の改革、したがつてまた、土地登記法 Grundbuchsystem の整備をつよく要求する。

利息の確実な収取と、投下資本の安全確実な回収可能性こそが土地への信用を誘引することができる。しかし、當時広汎に継受されていたローマの抵当法は、この要請にこたえることができなかつた。全く公示性を欠く黙示の抵当

hypotheca facta = verschweigende Hypothek、公示性なくして債務者の総財産にまで及び一般抵当 Generalhypothek、なかでも、時期においておくれながら他の抵当権に優先する特権的抵当権たる法定抵当 Legalhypothekは、土地信用の発展のために大きな障害となつた。<sup>(31)</sup>こゝにおいて、改革への呼びかけは、ローマ抵当法の克服、とくに一般抵当に対する戦いの叫びとなつて行くのである。

そしてこの要請は、次の方法によつて応えられる。すなわち、負担 Belastung は、約定がなされた一定の土地に對してのみ及びうるということ、およびこのような特定の負担は、この土地に關するかぎり、債務者のあらゆる他の一般的な義務に優先するという原則、Spezialitätsprinzip の確立。さらにこれと直接關連して、一方では投資者に對し、同じ土地に關する第三者の権利を知らしめ、他方では第三者に對し、同じ土地に關する投資者の権利を第三者に知らせることによつて、投資者の権利を、彼に未知な第三者によつて優先され、侵害されることから守る一定の公開的方式、Publizitätsprinzip の確立<sup>(32)</sup>の二つである。

この二つの原則をみたすものが、抵当簿 Pfandbuch ないし不動産登記簿 Grundbuch への記載 Eintragung であつた。こうして、不動産法ないし登記法の近代化は、特殊プロイセン的近代化の一過程として推進される。

Spezialitätsprinzip と Publizitätsprinzip を採用し、それまでの立法を集成した一七八三年の一般抵当令 die allgemeine Hypothekenordnung vom 27. Dez. 1783 は、法の目的を、その前文におつて、「不動産に對してなされた貸付について、不動産所有者の所有権と信用との確定および、一般公衆の安全」だと明確に掲げている。<sup>(33)</sup>さらに、一七九四年プロイセン ALR は、「いわゆる二種類の所有権をみとめ、また、いわゆる jus ad rem をみとめたことによつて登記主義 Eintragungsprinzip については後退したが、<sup>(34)</sup>抵当権について公信力を賦与した。<sup>(35)</sup>そして一八七二年所有権取得法に至つて、ついにこの発展過程は完成する。<sup>(37)</sup>すなわち「とくに所有し、移転し、および物的義務を負担し

うる・地区のすべての不動産は、その地区の抵当簿に記載することを要する。」(186)と規定し、たとえば所有権取得についても、「登記簿への記載によつてのみ取得しうる。」(81)と規定することによつて、登記主義を最後の、純化するともに、登記主義と公信の原則とを、抵当権のみならず所有権その他のすべての物権取引にまで、はじめて拡張したのである。とくに一八七二年法は、物権行為の「無因性」を採用することによつて、実質的審査主義 *materielles Legalitätsprinzip* を排除し、この点においても不動産取引の近代化を完成したのであつた。

(一) 大陸に継受されたローマ抵当法については、Vgl. Hedemann, a. a. O. S. 9 ff. ちなみに、ローマ法上、質及び抵当は同一原則の支配を受けることが多かつた。「質と抵当の間にはたと響きを異にするのみ。」

(二) ローマの担保法が普通法として、その全地域に適用されたところでも、種々の規定によつてその欠陥を補おうと努めた。「すなわち、動産抵当を設定せしめないか、黙示の抵当を直接に廃止するか、又は一定種類の黙示抵当を廃止するとかによつてである。何故なら、その存続は特に信用に有害であつたから。一方、他の場所では主として一般抵当は許されざるものと規定された。」Mittermaier, Arch. Civ. Prax. Bd. 3. S. 248 「機械は正確なるも、時を示さざる時計」と評されたローマの担保権につき、原田「ローマ法」下巻五三頁以下参照。

(三) *Publicitätsprinzip* は、大別して三つの意義で用いられる。第一は、公信原則、*Gutgläubenschutzprinzip* の意味においてあり、もつとも普通の用法らしい。第二は、登記主義、*Eintragungsprinzip* の「内容」、つまり、登記主義の積極的効力(消極的効力は普通という登記主義)の意味において。第三は、わが国でいわゆる公示主義、*Prinzip der allgemeine Zugänglichkeit des Grundbuchs* の意味で。普通には、*Offentlichkeit des Grundbuchs* といわれる。本文ではこの第三の意味で使つた。なお、フランスでは、*Publicité* = *Gutgläubenschutz* にあたる言葉は、*force probante* であり、*publicité* という言葉は、*force probante* すなわち公信原則の意味で使われたこともあるが、一九世紀以来、第三者に対する対抗力 *Drittwirkung* の意味に使われている(一八五五年の登記法しかり)。つまり、前述第二の場合の積極的効力が落

ちて、消極的効力もまた、たんに第三者に対する対抗力だけが *publicité* といわれる。まさにわが国の公示主義と同じ意味で、かつドイツの登記主義に対立する意味で用いられる。Vgl. Hedemann, a. a. O. S. 4

(四) Hedemann, a. a. O. S. 18 この条例の内容については Vgl. Hedemann, S. 20, bes. Anm. 30 とくに「登記主義については I § 8 以下、黙示の抵当、法定抵当については I § 56 に規定がある。

(五) ALR I 10 § § 1 ff. によれば、不動産所有権について、たんに Tradition によつて、つまり登記によらずして、その取得をなとめた。こゝにいわゆる「種類の所有、すなわち、引渡のみによる *natürliches Eigentum* と「登記による *bürgerliches Eigentum* の対立が生ずる。Vgl. Hedemann, a. a. O. S. 23, 24, 256 f.

ALR I 10 § 25 は *jus ad rem* (Recht zum Sache) の原則を規定した。すなわち「登記又は引渡しの時に、それ以前に成立した他人の Titel (法律上の原因、たとえば売買契約など、Vgl. ALR. I 9 § 2) を知っている者もまた、その他の不利益において、時期において早い登記又は引渡しを主張することができない。」このような *jus ad rem* の承認によつて、登記主義は大幅な制限をうけることとなる。のちに、一八七二年法 § 4 によつて、この *jus ad rem* は排除され、登記主義の純化が行われる。すなわち、「土地の取得者が、ある他の者につき、この土地の *Auflassung* に対する権源をなす・それ以前の法律行為があることを知っていたときも、その所有権取得を妨げない。」Vgl. Kleine, a. a. O. S. 39  
bes. Anm. 98

(六) ALR I 20 § 422~4, Hedemann, a. a. O. S. 265, 267. 川島・前掲書二九七頁。なお、登記主義および公信力は、抵当権についてののみ要求されたのであつて、所有権についてはそうではなかつた。しかし実際上は、土地の抵当化の必要から、その前提として、所有権登記がなされた。

(七) Vgl. Hedemann, a. a. O. S. 258, 259.

それでは、物権行為の「無因性」の確立が近代化でありえたのは、いかなる意味においてであろうか。本稿の本来

の目的であるこの問題に立ち帰らう。そのためには先ず、改革への呼びかけに依じて制定されたにも拘らず、一七八三年抵当条例、一七九四年 ALR が、なお一貫して規定している実質的審査主義について述べねばならない。

一七八三年法第二節は次のごとく規定した。

第五八条「抵当権登記簿の所有名義 Titulus possessionis を訂正せんと欲する者は、その登記簿を備えた〔登記〕委員会 collegium に対し、それが売買契約書、交換契約書、贈与証書、遺言書、判決書又はその他の名称であれ、取得証書の原本を交付することを要す。」

第五九条「委員会はこの申請の審査にさいしては第一章一条以下の総則規定に従うことを要する。かつ委員会は、新所有者が所有権を承継すると申立てた者に、その形式で処分する権能があるかどうか、ならびにその者自身について所有名義が訂正されているかどうか、又取引自体が、法律の方法に従つて新所有者への所有権譲渡の原因となりうるだけの状態にあるかどうか、最後に、それについて作成された証書に適法の要件を備えているかどうか、について検討することを要する。」

第一条「専任官吏および委員会は、申請書及び附属書類につき、その形式ならびに内容に従い、厳密に考量しなければならぬ。」

第二二条「委員会は……、できうる限りの注意によつて、いかなる不適法な又は明らかに無効な取引も登記簿に記入されることのないよう、すなわち、裁判所で登記された行為の合法性に對する公けの信頼が、欺罔と詐欺に悪用されることのないよう、又提出された書類の不完全・不明瞭その他の瑕疵によつて将来訴訟その他の紛糾の機縁とならないよう、注意する義務がある。」

一七九四年 ALR は、その四二七条で、抵当権取得のための登記方式につき、一七八三年抵当条例の規定に従う

旨を規定したのち、その実質的審査主義を次のような規定でもつて補足した。

第四二八条「抵当登記簿管理のために設置された官庁は、法定の方式の欠缺につき責任を負わねばならない。」

第四二九条「しかしこの官庁は、抵当権がその保証のために設定された請求権自体についての欠缺又は瑕疵に関しては責を負わない。」

第四三〇条「しかし登記をなすもなんらの抵当権を 取得しえなかつた理由が、法律上の必要要件を欠いた証書の、明らかな不備に存するときは、抵当権官吏は、か 法律知識を信頼して、このよう不備な登記に甘んじていた者に対して責任を負う。」

### 三

このような実質的審査主義は、それ自体、個々の不動産取引に対する国家の後見的態度のあらわれであり、国家が物権変動の原因関係にまで立入り、審査に多くの時間と煩雑な手続を要求することによつて、土地の流動化を制約した。所有権譲渡に登記主義を要求していないといつても、登記なくして所有権譲渡を受けた者が、抵当権を設定せんがために名義移転登記の申請をなすならば、結局はその中間の所有者の権利関係の審査に手間どり、抵当権設定手続はやはり時間がかかる。審査が著しく障害となる事情は少しも変らない。登記官吏の不備な審査に帰せられる責任は、なおさら小心翼翼たる審査と手続の渋滞の傾向を強めた。

一八二二年三月一日、司法大臣 V. Kirchelsen が発した、抵当事件における「登記」判事の公的活動の限界に関する訓令は、このことを物語っている。「抵当官庁は、登記さるべき取引行為の適法性を検討し、このような官庁の指示によつて、当事者を将来の訴訟から解放する義務がある。しかし、抵当官庁は他面において、あまりに利害関係

者の私事に干渉して、市民の取引を妨げ、あるいは停滞させ、同時に職務上そうでなければおそくは生じなかつた  
らうと思える争訟を招来してはならない。なぜなら、このようなやり方でゆくなら、わが国の抵当制度は公衆の重  
荷となり、私的取引の桎梏となるであらうから。」<sup>(四)</sup>

Mittermaier は一八五〇年に、ヨーロッパの抵当法を、實質的審査主義による國家の監督と結合した体系と、そ  
うでない体系とに二大別したのも、<sup>(五)</sup>「他の諸制度と以前の時代から引き続き維持されて来た習俗と関連せるこのよう  
な制度」が排棄されて、フランス的制度の採用を勧告する声が高くなつて来たことを述べ、次のような実務家の意見  
に賛意を表している。<sup>(七)</sup>「國民はなんらの監督をも欲しない。少くともその取引行為においてはそれを必要とさえもし  
ない。判事に不動産取引行為の適法をも審査する義務を課するなんらの根拠も存しない。判事の錯誤だけが罰せられ  
るといふ理由ならば、判事の財布を脅かす償還請求は不正なことであらう。」

このように不動産信用に対して阻害的に働いた實質的審査主義が、<sup>(八)</sup>改革への呼び声に応じた立法中になお規定され  
たことは、それが決して資本主義的な立法一般の必然の産物でないことは明らかであり、むしろ、自己の土台そのも  
のを掘り崩して行く資本主義の農業への滲透に対して本来敵対的、<sup>(九)</sup>しかしそれが不可能ならば、事態をこの經濟的  
必然の推移に委せることなく、それに適応することに全力を尽したプロイセン國家權力の特、<sup>(一〇)</sup>殊な性格に、その理由を  
求めねばならないであらう。<sup>(一一)</sup>その意味において、實質的審査主義を「プロイセン絶対主義の法律的表现」と解するこ  
とは正しいであらう。<sup>(一二)</sup>

(一) その登記手続の实例については、Vgl. Geyert, Bemerkungen über einige wünschenswerte Aenderungen auf dem Gebiete der Justiz, in Deutsche Gerichts-Zeitung 1861, S. 203. (Kleine, a. a. O. S. 24 f.)

(二) 川島・前掲書三〇五頁註一二〇頁参照

(三) A. Leist, *Privatrecht und Kapitalismus im 19. Jahrhundert*, 1911, S. 5 ff. は、官吏による審査と不動産取引の矛盾の例を挙げてゐる。投資のためには第一に、土地価格の把握が要請されるのであるが、その審査にあつて官吏に落度があるときは、債権者に賠償義務を負わねばならなかつたために、官吏は土地の価格を過少に評価し、又、抵当権設定の滞をもたらし、投資家にとつては堪えられなかつたので、この第一の要請はすてられねばならなかつた、と。

(四) *Jahrbücher für die preussische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung*, 19 Bd., 1822 Berlin, S. 194 (Hedemann, a. a. O. S. 260)

(五) ヨーロッパの抵当法中で、*抵当権の公示性 Öffentlichkeit* と特定性 *Besonderheit* の原則に立つてゐる立法も、それに二つの基本体系がある。第一の体系——不動産信用に対する國家の後見的監督をなすもの——A・抵当権登記のため、当該事件判事の協力および抵当権に対する適式な承認を要求するもの。判事はラント法に従つて、土地の一定価値についてだけ承認を与えらる。B・新しいプロイセン、オーストリア、バイエルン、ヴュルテンベルク、ザクセンの制度。登記を要求される法律行為は、信頼すべく、適法なものと看做され、かつ当事者の約定の方式および証書作成の方式に指摘すべき欠点なし、という限度で、監督の原理が抵当権登記官吏の審査主義の形をとるもの。第二の体系——公示性と特定性の二原則のみを固守する——フランスの制度。登記された行為の真实性は、事実上外面的な現象上のものであり、又当事者の意思に従つた登記を表象する。法は、法律行為を適法・適式・有效になしうるため、その権利を注意し調査することを市民自身にまかせらる。Vgl. Mittermaier, a. a. O. Bd. 33, S. 483 f.

(六) Mittermaier が引用した *Hauthuille, De la revision du regime hypothecaire, paris 1843* の三葉。

(七) *Beitrag zum Reform des Hypothekenwesens von Weinmann (Oberlandsgerichtsrath und Direktor zu Merseburg)*, Merseburg 1848. (Mittermaier, a. a. O. Bd. 33, S. 443)

(八) 登記官吏の審査の範圍は原因關係にまで及び、かつ裁判的審査の方法で行われた点に特色がある。今日のスイス法も實質

的審査主義（審査の対象は原因関係に及ぶ）をとる（民九六五条一項）が、審査の方法は、たゞ必要な方式を履踐しているかどうか（たとえば原因行為の公証）の審査であつて、いわば窓口的審査である点で異なる。（民九六五条三項）。形式的・實質的審査主義のテルミノロジーについては、鈴木「不動産登記におけるいわゆる實質的および形式的審査主義について」（登記研究一〇〇号、とくに一六頁以下）参照。

(九) 一八五七年一月、抵当・貯蓄・貸付銀行等の創設に関する法律案、に關して、プロイセン貴族院で述べられた、農林省局長 F. V. Mantuffel の言明はこのことを正直に反映している。「私は土地所有がわが国で占める政治的位置においては、土地所有に債務負担の可能性を容易にすることは、のぞましいものと考えない。……もし諸君が土地所有をもつと流動化し、債務負担をもつと容易にせんと欲するなら、われわれは結局、シユレーシエン又はボンメルンにある騎士領が土地所有者の財布の中でこのウンター・デン・リンデンを散歩するような事態に立ち至るであらう。」Vgl. M. Weyermann, *Zur Geschichte des Immobilienkreditwesens in Preussen*, 1910, S. 189 f.

(一〇) たとえば、林・前掲書一九七頁参照。

(一一) 川島・前掲書三〇五頁註一一九は、實質的審査主義の根拠を、「取引社会がまだ自分の目で立つに至っていないこと、国家の『後見的役割』が大きな意味をもつていたこと、そのことが登記における実体的審査主義の成立を決定した重要な原因の少くとも一つであつた」とされる。

(一二) Vgl. Kleine, a. a. O. S. 23 ff.

従つてまた、とくに一八五〇年の調整令 Ablösungsgesetz 以後、さらに決定的に資本主義的商品生産⇩流通の渦中に巻きこまれた農業経営は、不動産信用の欲求を高めるとともに、このような實質的審査主義を、国家による厄介なたえがたい後見と感じさせ、その排除を求める声もいよいよ高まつて行つたのである。(11)(12)

かくして一八七二年所有権取得法および不動産登記法の制定による、物權行為の「無因」的構成によつて、實質的

審査主義を排除するに至つた。<sup>(二五)</sup>

所有権取得法案案由書は、「大土地所有と資本所有との社会的および法律的關係が……この世紀の二〇年代以来漸次的に、五〇年及び六〇年代以来急速な發展をとけて、顯著に變化」したこと、その結果「土地所有者と土地とは……農業立法によつて人格的制約及び残存する負担 *Lasten* から次第に解放されて」來たし、「土地の閉鎖性 *Abgeschlossenheit* は、土地の……分割・結合・次第に頻繁となる變更に讓歩し始めた」ことを認め、結論として現行不動産法は迅速と可動性の要求を充たさない、「何故ならば、法律行為の適法性の厳密な審査が非常に緩慢に行われると、一種の当事者に対する監督を生み出し、程度が高じると厄介なものと考えられるようになったからである。」と述べている。<sup>(二六)(二七)</sup>

所有権取得法第一条は「自由讓渡の場合には、土地所有権は *Aufassung* を基礎として生ずる・土地登記簿への所有権移転登記によつてのみ取得せられる。」と規定し、第二条は「土地の *Aufassung* は、口頭でしかも同時に管轄権ある登記官吏の前でなされるところの、登記済み所有権者が新取得者の登記に同意する旨、および新取得者がこの登記を申請する旨の申述によつて生ずる。」と規定して、たゞ土地所有権の讓渡に向けられた意思表示のみを含む *Aufassung* と、登記によつて所有権移転が生ずることを明記し、抽象的物権契約の意義を明らかにしている。<sup>(二八)</sup>

したがつて、審査の対象もこの *Aufassung* のみに及ぶのであり、その原因たる債権的行為に及ぶことはできない。登記法第四六条はこのことを明らかにした。「登記判事は、実行された *Aufassung*、すなわち登記もしくは抹消の同意の適法性を、その形式及び内容から審査する義務がある。この申請登記もしくは抹消のための障害が、審査によつて明らかになつたときは、登記判事は申請者に通知することを要する。すでになされた *Aufassung*、登記もしくは抹消の承諾の基礎にある法律行為の瑕疵は、申請された登記もしくは抹消に対し却下する理由とならない。」

このように、物權行為の「無因性」は、不動産信用の最後の障害となつた實質的審査主義を排除して、特殊プロイセン的社会—法律關係の上で、Reform を完成するための法律構成であつた。従つてそれは、一般に考えられてゐるように、取引安全の保護という積極的な目的のために生れ出たものではないのである。<sup>(一九)</sup>このような法律構成が、そのまゝドイツ民法八七三条、九二五条に承継されたのであつて、こゝに物權行為の「無因性」というドイツ法に特殊な法概念の成立した根拠が見出される。

(一三) 「領主支配的結合の廢止、これまで制限的に所有した農民諸關係の完全な所有への移行、共同体の分割・解体は、新たな諸關係と争訟とを生み出し、投資の必要を増し、かつそれによつて官庁事務責任の單純化が二重に要請される端緒をなした。」 Mitterniet, a. a. O. Bd. 35, S. 292

(一四) 一八五三年に、一七八三年の抵当條例の改正法律案が提出されたが、その時にも實質的審査主義の維持が強調され、實現をみなかつた。Vgl. Leist, a. a. O. S. 26

(一五) Hedemann, a. a. O. S. 258 ff. も「無因」的構成のもつ意義を指摘している。「自由な精神がいかなる國家的監督とも斗つたとき、はじめて、一般的な登記法改革運動と結びついて、審査の排除を求める声が急速に高まつた。」

(一六) Die preussische Gesetzentwürfe über Grundeigentum und Hypothekenrecht nebst Motiven, herausgegeben vom Königlichem Justiz-Ministerium, Berlin 1869, S. 23 ff. (Kleine, a. a. O. S. 38 f.)

(一七) Kleine, a. a. O. S. 40 ff. は、プロイセン下院におけるこの草案審議にさして現われた利害の対立を三つに分類し、それが当時の階級構成の反映であることを指摘。第一のグループ——自己の利益が表現されている故に草案を歓迎する強力なグループ。つまり、投資者と、自己の農業經營の資本主義的發展のために資本を必要とする土地所有者。第二のグループ——農業の資本主義的發展によつて、自己の政治的影響力が危殆に瀕しているのを見た大土地所有者の反動的部分。第三のグループ——投資者に擲取され、抵当權設定により、それを自己の農業經營の發展のモメントとするよりは、それによつて

投資家に死命を制せられてしまふところの、従つて資本主義の拡大に対し自己閉鎖の傾向をもつ小土地所有者。第二および第三のグループは、草案に対してそれぞれ別個の理由から反対した。

(一八) 抵当権ならびに土地債務についても、同様の規定がなされた。所有権取得法一八条、一九条。

(一九) 川島・前掲書二二八頁以下は、このことを明確に指摘されている。

(二〇) Vgl. Motive Bd. III, S. 189

#### 四

ところで、「無因性」についてのサヴィニー等の理論が、この立法に対しいかなる関連をもつたか、このことを最後に指摘しておかねばならぬ。

一九世紀プロイセン立法の「前進は、根本的な概念の解明なくしては不可能であつた。事实上プロイセンの発展には、よしそれが実際上の結果において究極的にはローマ法に背を向けることになつたにせよ、パンデクテニ論の息吹きが迎られうる。サヴィニー学派が克ち得たところの構成的な明確さは、“natürliches Eigentum”や、半ばは登記簿に半ばは人的債権によりかゝつてゐる抵当権のごとき不明瞭な概念には我慢することができなかつた。もちろんこのような(「サヴィニー学派の」)明確さは、それが立法に自己の刻印をつけ、かつプロイセンの発展の主要点が一八七二年にやつと落着いたことがはつきりする以前に、人々の共有財産になつていなければならなかつた。」

そして、土地所有権は登記によつてのみ取得される、という命題の中には、もちろん、それだけでは最終的結論はそなわつてはいなかつた。「何故ならその命題自体は、登記以外に又は登記以前に、形象 *Bid* の純粋さをそこなう何か他の要件が挿入されるかどうかについては何も言つていないからである。しかし正にこの点についてパンデクテ

ン理論の鋭い精神が清掃的に *sauber und* 働くのである。重苦しい、実質的審査主義は克服され、かつ登記の基礎としては、抽象的な・すべての“*causa praecedens*”の附属物から解放された当事者の合意〔*Konsensprinzip*〕が採り取られたのである。かくて所有権取得は、今日なおドイツ法のそれに内在する確たる構成上の特徴を獲得したのである。<sup>(10)</sup>」

このようにして一八七二年所有権取得法ないしドイツ民法の「無因」的構成は、「後期パンデクテン理論が、*Traditionsgeschäft* の *causa* に対する関係についての、数十年に亘る研究において克ち得た構成理論をたゞ利用したにすぎないのであつた。<sup>(11)</sup>」

(一) Hedemann, a. a. O. S. 255 f. 又彼は、パンデクテリストを次のようにも評価している。「内容的には、ローマ法は究極的には退けられたが、その間に得られた輝かしい思考訓練は、逆に、反ローマ的な登記制度の基礎となつた。」 S. 256,

Anm. 140

(11) Hedemann, a. a. O. S. 258

(12) Hedemann, a. a. O. S. 260 Vgl. O. Bähr, Die preussische Gesetzentwürfe über die Rechte an Grundvermögen, in Jherings Jahrbüchern Bd. 11 (1871) bes. S. 58 ff.

## む す び

以上の考察により、物権行為の「無因性」理論は、不動産登記における実質的審査主義の排除という役割を荷うことによつて、法律制度へと定着したことを述べた。

それは登記制度の完成を意味した。しかもドイツにおける近代な・完備した、不動産登記制度の確立こそは、大土

地所有者による資本主義的な農業経営の成立を、その基礎とするものである。一九世紀の社会改革の主要課題として不動産信用—抵当権制度—登記制度の整備を、要求し推進したのは、封建貴族から大土地の私的所有者への転身に成功し、資本主義的な農業経営者として安定し・かつ上昇的な地位を占めた階級に外ならなかつた。実質的審査主義の排除は、まさにこれらの階級が、転身に取残され、資本主義の農業への侵入ととも刻々とその生存の土台を掘り崩されて行くかつての盟友に、たもとをわかつたことを意味している。ドイツ法上、物権行為の「無因性」が確立したのは、このような歴史的條件においてであつたと言えよう。

従つてまた、無因債務の一般概念が、訴訟における債権実現の容易化・債権の財産化という意味では、物権行為の「無因性」とはその法技術的性格を異にしながらも、理論的系譜の上からはなお密接な関連をもつている以上、それが一般概念としてドイツ法上確立した根拠もまた、物権行為の「無因性」の確立と無関係ではないであろう。Bährに見られる極端な意思主義理論も、本稿の冒頭に述べたような、私的取引に対する国家の警察的干渉の排除と、やはり関連があるであろう。

すでに今日、その歴史的役割を果した物権行為の「無因性」概念の機能、なお意思主義的構成を中心とし、債権の流通というモメントによつて媒介されていない「無因」債務の一般概念の機能、等については、稿を改めて検討したい。