

建築請負人の債権担保に関する考察

—— スイス法・ドイツ法を手掛りに、転用物

(verso in rem) の視角から —— (二)

藤原正則

目次

- 一. はじめに
- 二. スイス法 (以上46巻2・3号)
- 三. ドイツ法 (その一) - 民法典から GSB まで -
 - (一) 建築請負人の保全抵当権の問題性
 - (二) BGB § 648 から GSB まで
 - (三) 建築債権担保法 (GSB)
 - (四) 民法典から GSB までのドイツ法の小括 (以上, 本号)
- 四. ドイツ法 (その二) - GSB の挫折から BGB § 648a まで -
- 五. おわりに

三. ドイツ法 (その1) - 民法典から GSB まで -

(一) 建築請負人の保全抵当権の問題性

ドイツ法でも問題の出発点は、請負人の先履行義務及び建物の土地への付合による材料所有権の喪失である。ドイツ民法典はその為に従来から、請負契約の下に動産修理の請負人の法定質権 (§ 647 BGB, Unternehmerpfandrecht) と並んで建築請負人の保全抵当権 (§ 648 BGB, Sicherungshypothek des Bauunternehmers) の規定を置いていた。しかし、同条には後述する通り様々な法技術的難点があり、請負人の債権担保の実効性を欠くと評されていた。しかも、この問題性は民法典制定前後から百年に亘って自覚されていたのである。そこで二年前 (1993年) 同条に続いて § 648 a BGB の規定が付加された (der 109. Gesetz zur Änderung des BGB vom 27. 4. 1993, BGBl I 509)。立法担当者は、「何故二、三十年前に同条が立法化されなかったのか不思議だ」とコメントしているそうである¹⁾。但し、§ 648 a は § 648 の保全抵当権自体の法技術的見直しをしたのではなく、請負人に自分の注文者 (下請人にとっては元請人) に対する担保供与請求を認めそれが履行されないときは自己の給付の拒絶権を与えることで、請負人の先履行の負担を取り除くという形で問題の解決を企てている。さて従来から建築請負人の債権担保の為に置かれていた § 648 BGB は、請負人の保全抵当権を次のように規定している。

BGB § 648 建築物又は建築物の一部の請負人は、自己の契約による債権につき注文者の土地に保全抵当権の設定を請求できる。仕事が完成していないときは、給付した労務に相当する部分の報酬及び報酬に含まれない出費に対する保全抵当権の設定の請求が可能である。

② (船舶保全抵当 - 略 -)

同条の、請負人に法定抵当権の請求権を与えるという構造、土地に関する他

1) Klaus Wilhelm Slapnicar/Rafael Wiegmann, Neue Sicherheit für den Handwerker, NJW 1993, S. 2903 ff., S. 2903 からの引用。政務次官 Funke の議会での発言。

の権利者なканずく先行抵当権者との関係で順位の原則が維持されている点では、ドイツ法もスイス法と共通している。しかし、BGB § 648の保全抵当権には次のような問題性がある²⁾。第一に同条は任意規定であり、工事完了前の保全抵当権の請求権の放棄も有効と解されている。だから結局、請負人と注文者との競争市場下の力関係から抵当権は予め（多くは普通契約約款によって）放棄されるに至る。第二に保全抵当権の請求ができるのは土地所有者と直接に契約した元請人であり、下請人にはこれが認められない。第三に、保全抵当権は登記請求時に注文者が土地所有者であることが必要とされる。即ち、スイス法の物的債務のような性質をドイツ法の保全抵当権は持っておらず、第三取得者に対する効力を欠く。要するにドイツ法の保全抵当権はそれが登記されるに至るまでは、純粹に債権的効力を持つにすぎない。第四に、保全抵当権は仕事開始前には登記できない上に、スイス法のように法的抵当権者の取消権の規定は設けられていない。それ故、保全抵当権が登記されるに至っても、ほとんどの場合不動産の担保価値は先行抵当によって利用し尽くされており、満足な弁済は受けられない。さらに請負人の保全抵当相互間でも厳格に順位の原則が守られる為、請負人間に無用の競争が生じ、建築過程の後の方で仕事を始めた者は劣後した扱いを受けることとなる。その為、ほとんど行使されない請負人の保全抵当は仮登記が大部分で³⁾、現実に本登記する者は少なく、その実行によって満足を受ける者はさらに少ない⁴⁾。保全抵当権が登記されるのは、目的不動産を第三者に処分しにくくすることを目的としている、といった状況

2) しばしば指摘されることだが、例えば、Alfons Schulze=Hagen, Schadensersatz bei zweckwidriger Verwendung von Baugeld, NJW 1986, S. 2403 ff., S. 2403, Heinrich Groß, Die Bauhandwerkersicherungshypothek, 1978, S. 3, S. 105 ff 等。

3) Groß, a. a. O., S. 7.

4) BT-Dr12/1836, S. 5. 1985年にドイツ手工業中央連合会(Zentralverband des Deutschen Handwerkers)が行った約1000件のアンケート調査によると、その75%がまだ保全抵当権を請求したことがなく、残り25%も実行で満足を受けたことはほとんどない、とされる。

であった⁵⁾。しかし、ドイツ法も出発点として民法典制定以前は一部地域ではフランス法の工事請負人の先取特権を継受しており、かつ他の地域でも請負人の法定抵当権が認められている所もあった。しかも、ドイツでもスイスと同様に建築詐欺は大きな社会問題となっていた。こういった出発点、背景、法定抵当権の技術的構造に共通性がありながら、何故ドイツ法はスイス法とは異なった展開を示すに至ったのかは興味ある現象である。しかも、そこでの現在に至るまでの約百年の歴史の内には不動産信用、工事請負をめぐる法規律といった問題を探る上で重要な論点が含まれている。以下、まず民法典の制定前後から建築詐欺の防止を目的とした建築債権担保法 (Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. 1. 1909, RGBI I 449-GSB) の制定に至るまでの変遷を三で、次に四で BGB § 648の下での問題解決の試み、及びその不十分さ故に倒産法改正の一環として企てられたスイス法に倣った立法案と BGB § 648 a とを対比して見ていくこととする。ところでドイツ法を二つの時期に分ったのは、叙述の便宜以上の理由がある。というのも、先に触れた通り最終的に BGB § 648 a は建築請負人の債権担保を建築土地の増価とは切り離れた形で規律している。これに対して、BGB § 648から GSBに至るまでの議論は、建築土地という共通の担保をめぐる競合する保全抵当と先行抵当との調和の為の努力と挫折の過程だからである。即ち、両者の違いは、土地信用と保全抵当権との調整が焦点となっているか否かによる。この観点がドイツ法にとって決定的な意味を持っていたことは、以下の叙述が即座に明らかにするであろう。

(二) BGB § 648から GSB まで

1 (1) 民法典制定以前からドイツではプロイセン一般ラント法 (ALR

5) Frank Peters, Die Bauhandwerkerssicherungshypothek bei Mängel der Werkleistung, NJW 1981, S. 2550 ff., S. 2550, Schulze=Hagen, a. a. O., 2403 f., Groß, a. a. O., S. 7. 保全抵当が仮登記されただけで、土地所有者にはたとえ建築資金であっても追加融資を受けることが難しくなり、又土地・建物の処分も困難になると指摘され、濫用の恐れも示唆されている。

§§ 971, 972, T. I, Tit 11)⁶⁾ が建築請負人の担保の規定を置いており、バイエルンとヴュルテンベルクでも類似の規律が行われていた。又、フランス法継受地域（バーデン）ではフランス民法（Art. 2103 Ziff. 4 Code Civil）の土地増価に対する先取特権が規定されていた⁷⁾。エルトマン（Paul Oertmann）によると、材料供給者をも含めた手工業者（Handwerker）の債権担保の基礎となっているのは、手工業者はその給付により土地の価値を増大させたという基本的な正義の要請、即ち転用物（*verso in rem*）思想である。プロイセン一般ラント法の規定、フランス法の先取特権も転用物思想の顕現であると位置づけられている⁸⁾。ところが、ドイツ民法の第一草案は請負契約の下に動産修理の請負人の法定質権の規定（§ 576EI）を置いたが、工事請負人の法定担保権は認めなかった。民法典の理由書（Motive）自身はその理由については何も言っていない。しかし、エルトマン及び当時の法曹大会の鑑定意見の記述によると、法定担保権一般に敵対的な背景の下で、しかも請負人の法定抵当権に先行抵当に優先する効力を認めると厳格な登記の順位の原則（*Eintragungsprinzip*）に反し、不動産信用（*Realkredit*）と土地取引の基礎をおびやかす、最終的には請負人にも損害を与えたと考えられたからである⁹⁾。

6) ALR T. I, Titl 1 § 971 不動産の場合は、請負人は不動産に支出した材料・労務について破産法で詳細を定める優先弁済権を取得する。

§ 972 請負人は同上の優先弁済権を破産手続きが開始される前は、債務者の特別な承諾なくして物に登記することができる。

7) Paul Oertmann, *Sicherung der Bauforderungen*, in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, II. Bd., 4. Aufl., 1924, S. 417 ff., S. 418 f.

8) Oertmann, a. a. O., S. 418.

9) Oertmann, a. a. O., S. 419. *Motive zum Entwurf eines Gesetzes über die Zwangsvollstreckung* S. 95 が引証されている。又、Eckels, *Verhandlungen des vierundzwanzigsten Deutschen Juristentages*, Bd. II (Gutachten), 1897, S. 173 ff., S. 176 ff. は、同上の強制執行法第一草案の理由書（先行抵当に対し優先効を持つ請負人の法定担保権（*Vorzugsrecht*）は、登記原則を破壊し不動産信用の基礎をゆるがせる点を強調）とともに、1897年の司法省案（後述 2(2)参照）に対する議会での批判をあげている。そこではこういった優先効を伴う請負人の法定担保権が、抵当流通（*Hypothekenverkehr*）と建築業の破壊につながる、と指摘されている。又、当時のドイツでの法定担保権全体に対する態度については、尾崎・前掲—注(1)「展開過程」特に76頁以下を参照。

しかし、結局現行BGB § 648につながる第二草案 § 547では建築請負人の保全抵当の請求権が規定されている。又、民法典の制定前後にドイツでも建築詐欺が大きな社会問題となっており、ドイツ法曹大会は三回にわたって（20回（1889）、24回（1897）、26回（1902））建築請負人の債権担保、建築詐欺対策をテーマとしてとりあげている¹⁰⁾。以下では第二草案を含めた民法典の立法に関する議論、及びGSBに至る法曹大会での議論を見ていくこととする。

(2)第一草案が建築請負人の法定抵当権の規定を置かなかつたことの当否をめぐって、第20回ドイツ法曹大会では、シュタウプ（Hermann Staub）とヒルゼ（Berno Hilße）の二人が鑑定意見を提出している。そのテーマは、第一草案547条に規定された動産修理の請負人の担保権を同様に建築請負人にも及ぼすのが妥当か¹¹⁾、というものである。シュタウプもヒルゼも、プロイセン、バイエルン、ヴュルテンベルク（請負人の法定抵当権請求権）及びフランス法地域のバーデン（法規による直接の法定抵当権の付与）の各ラントで当時建築請負人の物的担保の規定があるのに、理由書が明示的根拠を示さずこれを退けた点を問題とし、請負人の法定抵当権を支持している。その論拠は請負人の先履行義務及び付合による労務及び材料所有権の喪失であり、第一草案が動産修理の法定質権を規定することとのアンバランスも指摘されている¹²⁾。だから反対に、同時履行が可能な材料供給者には法定抵当権を与える必要はないとされる。付合により材料所有権を失う建築請負人にその代償を与えることの妥当性自体は、疑う余地もない程自明だと考えられていた。信用供与した土地に抵当権を取得した者も、たとえ建物が添付原則により土地の一部となっても、信用供与時に建物が存在しなければ建築による土地の増価から満足を受けるのは不当だからである¹³⁾。問題は公示原則との折り合いだけであった。そ

10) 不動産付合法との関連でこの間の事情については、瀬川・前掲一注(14204頁以下を参照。

11) Verhandlungen des zwanzigsten Deutschen Juristentages, Bd. I (Gutachten), 1889, Berno Hilße, S. 218 ff., Hermann Staub, S. 248 ff.

12) Hilße, a. a. O., S. 230 f., Staub, a. a. O., S. 250 ff.

13) Hilße, a. a. O., S. 234 f., Staub, a. a. O., S. 250 ff.

ここで順位の原則との衝突からフランス式の先行抵当への優先効を伴う先取特権 (Vorzugsrecht) が退けられ、又民法典の登記の一般原則と符節を合せて法定抵当権自体ではなく法定抵当権の請求権の発生を認めるのが妥当だとされた¹⁴⁾。ヒルゼは、迅速に請負人の権利保全が図られるよう工事開始とともに仮差押の 手続によらず請負代金額の保全抵当請求権を請負人に与えるべきだと提案する (但し、荒建築 (Rohbau) 完了後六カ月以内に登記されなければ請求権は失効し、又登記官が決定すべき期間内に債務者の同意又は債権者の手続により保全抵当が普通抵当に切り換えられなかったときも職権により保全抵当は抹消される¹⁵⁾)。他方シュタウプは履行期の到来した債権についてだけ普通抵当の請求権を与え、その保全の為仮差押の要件の下でだけ保全抵当の請求を認めるべきだと説く¹⁶⁾。いずれも普通抵当ではなく抵当権登記に公信力のない保全抵当を選択するのは、工事の瑕疵等により請負代金額が確定しない前の土地所有者の利害を考慮してである。だからヒルゼもシュタウプも、仮差押による登記手続の権利保全の実効性への評価の違いはあるが、いずれも土地所有者の一般債権者、抵当権者に増価の限りで請負人が本来優先すべきは当然と考え、公示原則、特に抵当権者の取引の安全との整合にだけ腐心している。特にヒルゼは、従前のプロイセンでは異なり現在は自己資金で建築がなされるのではなく、土地は建築開始前に残金額抵当権 (Restkaufpreishypothek) に把握されていることが多い点を指摘し、その背後にある不動産信用を計算に入れておかななくてはならない¹⁷⁾、と明言している。ところが大会の討論では、建築請負人の法定抵当権は必ずしも全ドイツで行われている訳ではない、前払い (Kaution)・分割払いの約定により請負人は先履行を免れる (又、これが慣行)、先行抵当の存在故に法定抵当権はあまり実効性がない、建築請負人の法定抵当の基礎である

14) HilBe, a. a. O., S. 240 ff., Staub, a. a. O., S. 252 ff.

15) HilBe, a. a. O., S. 247.

16) Staub, a. a. O., S. 254 ff.

17) HilBe, a. a. O., S. 236.

転用物 (verso in rem) 思想も絶対ではない等の反対が続出し¹⁸⁾、議決では賛否20対20に議長の反対票で否決された¹⁹⁾。しかし、当時盛行しつつあった建築詐欺及び過当競争でその営業上の地位を脅かされていた建築業者及び社会団体の強い圧力があり、再びこの問題は民法典制定過程でとりあげられることとなる。

(3) 民法典の第二読会では、法定抵当権の規定を置くこと自体に反対する案も含めて計五つの提案が叩き台となっている²⁰⁾。まず以上五つの案とは異なりアメリカ法、フランス法に倣った先行抵当に優先する先取特権が退けられた。というのは、こういった先取特権が先行抵当権者に損害を与えないのは建築が現実に土地の増価に寄与したときだが、建築計画の目論見違い等により増価は請負人の報酬請求額を下回る可能性がある。その結果もたらされる不安定さが登記の確実さと明瞭さを損い、先行抵当権者の不安感を招来する。その結果建築資金を供与する者はいなくなり、建築業界は自ら与信可能な大企業の独占に至る結果となる²¹⁾、というのである。次に五つの案の内一切請負人に担保権を与えないという案は除いて、建築開始前に先取特権者(たるべき者)に対して弁済を求める権利を先行抵当権者に与えるという土地改革同盟(Bund der Bodenreform)の提案も、同様にその弁済資金の用意できる大企業の独占を招くということで退けられた²²⁾。いずれにしても、先行抵当に対する優先権を持つ先取特権はドイツの不動産信用とは折り合わない。又、請負人は仕事開始前に抵当権の存在を知って覚悟して危険を犯したのだから、不動産信用を犠牲にしてまで保護する必要はない²³⁾、ともされている。その結果不動産信用と衝突しない法定抵当として検討されたのが三つの案である。この提案に即し

18) Verhandlungen des zwanzigsten Deutschen Juristentages, Bd. IV., 1889, S. 215 ff.

19) A. a. O., S. 238.

20) Mugdan (Berno Mugdan, Die gesamte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich) Bd. 2, 1899, S. 972 ff.

21) Mugdan, a. a. O., S. 928.

22) Mugdan, a. a. O., S. 928.

23) Mugdan, a. a. O., S. 928 f.

て主に問題となったのが、抵当権請求権の発生時期、抵当権の種類、請求権者の範囲であった。工事開始前にしかも契約締結後即座に抵当権請求権が発生すれば、請負人には都合が良い。しかし注文者が建築資金の融資を必要とすれば、自ら信用供与できない請負人は、他の信用供与者の為に自己の抵当権を放棄するか順位を譲渡するしかなくなる。他方報酬請求の履行期が到来するまで請負人は手をこまねいていなくてはならないというのも妥当ではない。その結果、「建物の全部又は一部の請負人は、請負契約上の請求権の為に土地に保全抵当設定の請求権がある」に加えて「請求権の履行期が到来したときは、約定報酬請求の内の既給付の労務に合致した部分及びこれに含まれない支出についてだけ、同上の請求権が帰属する」という第五の提案（とその補充提案を含めたもの）に落ちついた。抵当権の種類は、－登記に公信力が認められ、抵当証券（Hypothekenbrief）の発行できる－流通抵当（Verkehrshypothek）ではなく、－その債権の証明を登記ではなく債権証書でしなくてはならない－保全抵当（Sicherheitshypothek）がふさわしいとされた。これは土地所有者の保護の為であり、流通抵当は－工事の瑕疵等が問題となり、報酬額も確定していない－請負人には過ぎた保護であり、又保全抵当は一種の仮差押抵当（Arresthypothek）だが債権保全の必要性の証明が免除されたものだとも説明されている²⁴⁾。請求権者からは、請負人とは異なり先履行義務を負わないという理由で、材料供給者は除かれている。なお以上の議論は注文者が土地所有者だということを前提としている。注文者≠土地所有者のときは、請負人は法定抵当権取得の余地のない旨覚悟して契約した²⁵⁾、とされている。当然同様の理で下請人も請求権者とはならない。

(4)議会の委員会及び総会（Plenum）では、建築詐欺を背景に下請人、材料供給者への保全抵当権付与の可否、及び先行抵当に優先する先取特権の必要性が今一度とりあげられている。委員会の議論では、材料供給者は先履行義務を負わないことの他にも、一般に資力を持った者が多いと指摘されて再度退けら

24) Mugdan, a. a. O., S. 929 ff.

25) Mugdan, a. a. O., S. 930.

れた。他方下請人では先履行義務，添付による所有権喪失の問題性は元請人と変わらない点は認められているが，注文者の二重払いの危険(die Gefahr doppelter Zahlungen)と三者間の非常な困難と大変な混乱につながる(zu außerordentlichen Schwierigkeiten und großen Verwirrung führen)，その結果注文者は自前で総て施工できる大企業としか契約しなくなるという独占の危惧から，同様に抵当権者から外された²⁶⁾。但し，総会ではクニー(von Kuny)は下請人の保護に関して建築詐欺対策の一環として特別法に委ねるべきだと指摘している。先行抵当に優先する先取特権は委員会での強い反対もあり，総会ではほとんどとりあげられた形跡がない。先行抵当との関係は公法的規制をも含めた建築詐欺対策が考えられるべきだというのが結論であった²⁷⁾。以上の議論からも，BGB § 648が下請人はもとより請負人一般，材料供給者等の建築債権者(Baugläubiger)の保護に不十分なことは，立法段階から認識されていた。しかし不動産信用の安定を支える登記の公示・順位の原則を守る為，建築詐欺への対処も含めて問題解決は特別法の制定へと委ねられたと言えよう。

2. (1)以上のような経緯を経て，民法典制定の過程でも議会では様々な建築詐欺対策の特別法の法案が提出された。その最終的な成果が前述した1909年の建築債権担保法(GSB)であるが，24回，26回の法曹大会では，そこで出された具体的な提案を叩き台として様々な議論がなされている。まず24回大会の中心テーマとされたのは，請負人の権利を物的担保という私法規定によって守るのか，それとも公法上の規律に委ねるのか，であった。鑑定者は，エッケルス(Eckels)とティニウス(Thinius)であり，前者が公法的規律を，後者が私法規定の優先を説いたが，最終的に大会の討論では後者が支持を受けた。但し，いずれも従前の民法典の立法過程での議論と決定的に異なっている

26) Mugdan, a. a. O., S. 1291. なお，ここでの三当事者間の法律関係の錯綜への危惧と，Motiveが転用物訴権を退けた際の理由との相似性に注目されたい。前掲二注(5)参照。

27) Mugdan, a. a. O., S. 1350 ff. その他の議論は，先に見た第二読会の議論と大差はない。

のは、建築詐欺による請負人の被害の甚大さの認識と、そこから単に注文者と契約した元請人だけではなく、建築のプロセスを一体として、つまり下請人、材料供給者等の建築債権者総てを保護しなければならないという視角を打ち出している点である。

(2)エッケルスの鑑定意見は二つあるが、第一のそれでエッケルスは先行抵当権者に対し増価の限りで優先する法定抵当を請負人に与えるという提案を批判する。確かに BGB § 648は更地価格以上の担保価値を把握する先行抵当権者の建築詐欺の前には全く無力である。しかし、他方で優先効を伴う法定抵当権も不動産信用及び抵当の流通 (Hypothekenverkehr) を害するから容認できない、というのがエッケルスの見解である²⁸⁾。そこでエッケルスは、土地の増価は本来請負人の給付に由来するという優先権付法定抵当の基礎となる思考図式 (転用物思想) に反論する為、抵当の流通の安全に加えて、土地所有者の処分の自由という論点を持ち出している。例えば、土地所有者が自己の建物のある土地の一部 (庭) を2万マルクで売却し、その旨 (残金額抵当として) 登記する。土地の客観的価格は1万マルクだが、2万マルクの売却額の意味は、売却地への新築により自己所有地への採光等が悪化した分の損害賠償が1万マルクとされたからである。だから請負人が土地評価額1万マルクを超える増価につき優先弁済を受けると、売主たる土地所有者の所有権の処分の自由を侵害すると言うのである²⁹⁾。エッケルスのこの奇妙な議論はとても説得力を持つものとは言い難い。土地を2万マルクで処分することは確かに自由であろうが (買主がいるか否かは別として)、その債務を2万マルクまで抵当権で回収しようというのは、建築がなければ1万マルクの土地だから、建築した請負人の利益を害しており、その限りで建築詐欺と変らないとも考えられるからである。しかし、このことは逆に、抵当取引の安全と抵当権の公示の信用が如何にドイツ法で絶対視されていたか、その為に順位原則が動かすべからざるものと評価されていたかを強く印象づける。第二の鑑定意見ではエッケルスは、第

28) Eckels, Fn. (9), S. 174 ff.

29) Eckels, a. a. O., S. 183.

一の鑑定意見でとりあげた提案が法律案として公表された（1897年の司法委員会案）のを受けて、再度の批判を試みている³⁰⁾。同法案の概要は、建築前に建築債権者の建築記入（Bauvermerk）が土地登記簿に記入され、その際に建築陪審（Bauschöffenamnt）によって土地価格が算定される。建築記入がなされて六カ月以内に土地所有者の同意又は裁判手続により登記されると、建築債権者は保全抵当権を取得する。保全抵当は建築記入された時点での順位を取得し、又土地増価の限りで先行抵当にも優先する。複数の建築債権者が保全抵当を取得した場合、保全抵当権相互間では順位は平等となる。建築債権者となるのは、土地所有者たる注文者（乃至はその代理人）と直接契約した請負人乃至は雇用契約に基づいて労務を提供した者で、下請人、材料供給者は除かれる。保全抵当権請求権の予めの放棄は無効とされる。同法は地方条例でその適用地域を定めたときだけその地域で効力を持つ（つまり、建築詐欺の激しいところに限っての適用を予定）³¹⁾、といったものであった。エッケルスはここでも、所有者が自分で土地価格を評価、決定できないこと、抵当取引の困難故に建築主は大銀行の独占に至ると指摘する³²⁾。又他方同法案が下請人、材料供給者に法定抵当権を与えていない点も批判している。建築詐欺の被害は元請より下請において著しいし、又材料供給者も土地増価に寄与しておりしかも請負人と材料供給者との区別は困難だと言うのである³³⁾。結局エッケルスは、建築警察（Baupolizei）内に設けらるべき建築陪審が建築主の信用が充分なときにだけ建築許可を与えるという1896年の議会草案（Wallbrechtの提案に由来する）の公法的規律を、完全に建築詐欺を防止するものではないが登記システムを損うことがないと推奨している³⁴⁾。以上のエッケルスの見解は、抵当取引を背景としたドイツの登記原則の固守であり、これと建築詐欺防止を調

30) Eckels, Verhandlungen des vierundzwanzigsten Deutschen Juristentages, Bd III (Gutachten), 1898, S. 103 ff.,

31) Eckels, a. a. O., S. 103 ff に法文がそのまま示されている。

32) Eckels, a. a. O., S. 107 ff.

33) Eckels, a. a. O., S. 109 f.

34) Eckels, a. a. O., S. 111 ff., S. 116.

整する為に公法的規律による建築主の資力の担保が導き出されたと評することができよう。

(3)ティニウスは24回法曹大会の時点(1897年)で出そろった提案を包括的に検討しており、そこでは建築債権担保に関するほとんど総ての論点がとりあげられているが、冒頭でまず興味深い考察を加えている。即ち、建築詐欺による請負人の被害が放置されている為、却って注文者の方も信頼に値する請負人と契約できなくなっている。その結果、結局欠陥のある建物が高額の請負代金によって建設され、最終的には賃借人が高額の家賃を払って欠陥住宅に住む破目になる³⁵⁾、というのである。競争市場下で注文者を自由に選択できない請負人の負担を除かなければ、結局エンドユーザーたる賃借人にそのしわよせがくるというこの観察は、建築請負人の債権担保を考える上で現代的意義をも持っていると思われる。とにかくティニウスは、公法的規律と私法的規律とに分けて様々の提案を検討し、前者を批判する。その際に公法的規律の内検討の中心とされているのは、エッケルスの支持した議会の草案である。ティニウスの詳細な批判を要約すると、(イ)本来問題は請負人の債権担保の為の私法制度が不十分な点に原因があるのだから、私法制度の改正から始めるのが順序、(ロ)官庁が建築主の信用調査をして建築規制するのは営業の自由に反する、(ハ)調査を担当すべき建築陪審にその為の能力を備えた人間が見つけれられるのか、(ニ)建築主の信用調査の為の情報入手が可能か、完全な信用調査ができるのか。故にこの制度自体充分ではなく、又、(ホ)官庁の調査自体満足ではないのに、その存在により却って請負人自身が注文者の信用調査を怠る結果とならないのか、(ヘ)現在でも申請から2~6カ月かかる建築許可が下りるまでの期間が更に長期化する、(ト)信用調査を厳格に行うと、大企業にだけ建築許可が下り、新規参入が阻害される、(チ)建築主の資力が充分でないときに要求される前払保証金(Kaution)の為に、資力のない業者程金利に苦しむ、(リ)建築主の信用調査結果が様々の悪影響をもたらしかねない。例えば、調査結果の秘密をどうやって守るのか、

35) Thinius, Verhandlungen des vierundzwanzigsten Deutschen Juristentages, Bd. III (Gutachten), S.51 ff., S.52.

(又)信用調査はワラ人形によってかいくぐることも可能、等である³⁶⁾。他方でティニウスは私法上の制度の出発点を、土地増価させた請負人以外の債権者、特に先行抵当権者がその増価から満足を受けるのは不当であると明言し、かつ現行制度の欠陥を転用物 (Nützliche Verwendung) の制度により訂正する点にその意義を求めている³⁷⁾。その上で幾つかの提案を検討し、エッケルスの反対する1897年の司法省案の基本的構造を転用物の理に適うと支持し、又施行地域を地方条例に任ねた点、その適用を新築に制限することにも賛成している。建築詐欺は大都市しかも新開地だけで盛行しており一般的に法規制するのは不必要かつ不動産信用にとって有害、改築では注文者は十分な資力がある、からである。しかし、ティニウスもエッケルスと同じく同法案が材料供給者と下請人に債権担保手段を与えていない点を批判する。材料供給者も増価に協力しており、かつ請負人に現金決済を迫れば請負人も困る、又両者の区別はしばしば困難だからである³⁸⁾。ところで、ティニウスが下請人を担保権者から排除する点への批判、及びその理由とされる不動産信用の阻害に対する反論は非常に詳細でしかも説得力があると思われるので、以下これを少し詳しく紹介したい。

注文者と直接の契約関係に立たない下請人に保全抵当権を与えない理由とされるのは、ティニウスの整理では、法律関係がこみ入ること、不動産信用の阻害、注文者の二重払いの危険、その結果として注文者が大企業の請負人としてしか契約しなくなるという独占の危険である³⁹⁾。更に参照されるのが、請負人保護の依りどころとなっている転用物 (Nützliche Verwendung) は民法典施行後の今日では、第三者との契約上の給付義務 (下請負契約による元請人に対する給付義務) があるときは排除されることになっており、下請人の為に機能する余地はないという視角である。ここでティニウスは転用物訴権を退けたラ

36) Thinius, a. a. O., S. 55 ff.

37) Thinius, a. a. O., S. 64.

38) Thinius, a. a. O., S. 68 ff.

39) Thinius, a. a. O., S. 76.

イヒ裁判所 (RG) の判例と第三者に対する直接の不当利得返還請求を極めて限られた局面でだけ認める BGB § 822の規定を挙げ、転用物訴権を現行法が拒絶する態度は決して過少評価できない、としている⁴⁰⁾。しかし、ティニウスは次の理由から強力に下請人保護を主張する。まず建築詐欺の現状からも下請人保護は絶対に必要である。仮に下請人に保全抵当権を与えないと、注文者は意図的に中間者を挿入して請負人の担保を奪う可能性があり、これを BGB § 826で救済するのは証明困難で不可能である。又契約上の給付が帰属した第三者に対する請求は排除すべしというのも絶対的な原則ではない。例えば傷害保険の分野では、建築労働者は直接の雇主だけではなく注文者にも請求可能だという例もある。又建築請負でも注文者は下請負契約と全く無関係かと言えば、必ずしもそうとは言いきれない。下請人に対し不払いを犯すような信用に値しない元請人を注文者は選んでおり、ここに注文者の何等かの義務（違反）を観念できないものでもない⁴¹⁾。二重払いの危険も誇張されている。注文者は元請人から下請人への支払いを確認してから弁済するという約定を結ぶことも可能だし、下請人・材料供給者への直接支払いを合意する余地もある。さらに、有効に建築記入された債権だけに登記請求を制限する、元請人の登記できる債権額を下請人のそれを控除した部分に限る等の措置で、二重払いの危険は充分克服できる⁴²⁾、とする。不動産信用を害するという危惧もあたらない。本来更地価格を超えて融資した信用供与者は投機したのであり保護に値しない。確かに抵当証券取得者は抵当証券自体からは建築記入を確かめようがないが、抵当証券の安全は土地登記簿を見て確かめるべきもので、しかもやがて建物を含まぬ更地だけを評価するようになれば問題は生じない⁴³⁾、とされている。

40) Thinius, a. a. O., S. 77. なお, BGB § 822は, X・MからM・Yと契約連鎖により利得移動したとき, X・M間の契約無効, かつM・Y間の利得移動が無償で, よってXの不当利得返還請求権に対してMが利得消滅を拡弁 (§ 818 III BGB) できる場合に限ってX・Yの直接請求を認めるという規定である。即ち, 反対にXの直接請求 (Durchgriff) は原則として容認され得ないということになる。

41) Thinius, a. a. O., S. 77 ff.

42) Thinius, a. a. O., S. 81 f.

43) Thinius, a. a. O., S. 85 ff.

る。証券化された抵当取引に対する評価を別とすれば、以上のティニウスの議論がスイス法での請負人の法定抵当権の基礎づけと酷似していることは驚くばかりである。

(4)大会の討論ではティニウスを支持することを前提に、ブルンナー (Brunner)の三つの動議の内、法の施行を新築の多く行われる地域(Neubaubezirk)に限ること、及び注文者と直接の契約関係に立たない請負人(下請人)はその契約相手方(元請人)の注文者への債権に対して建築記入により質権を取得するという二つが賛成を得た。後者は、言うまでもなく注文者の二重払いの防止策であり、かつニューヨーク方式のメカニックス・リーエンを参照した結果である。他方、今一つ先行抵当の債権額が更地価格を上回る場合、その差額が預託さるべきだ(差額保証金, Differenzkaution)という動議は、手続きの複雑さ故に退けられている⁴⁴⁾。即ち、特別法は建築詐欺に焦点をあわせて建築債権者全体を救済する私法規定へ、しかも注文者の二重払いを防止し、登記システムとの調和を計る方向で彫琢され始めたのである。

3. こうした様々の議論の後1901年、政府は建築債権担保法の第二草案を提示し、見解の対立する部分はA案の後にB案を付記して公表した⁴⁵⁾。このB案が、最終的にGSBへとつながったのである。1897年の司法省案との違いは24回法曹大会で日の目を見なかった差額保証金の復活である(§ 1)。即ち、更地価格を超える抵当債権額を差額保証金として供託してはじめて建築許可が下りる。この制度により、建築債権者の建築記入は先行抵当への優先効を付与されず順位の原則に服しても、更地以上の増価分は建築債権者の満足の為に確保される。A案とB案の違いは、B案がA案と異なり材料供給者、下請人をも建築債権者に含む点(§ 6) - 注文者と直接の契約関係に立たない下請人の優先権は元請人の建築債権への法定質権という形で確保される(§ 15) -、及び一定の場合に注文者の他の債権者への支払いに異議を唱える権利(建築金支払

44) Verhandlungen des vierundzwanzigsten Deutschen Juristentages, Bd. IV, 1898, S. 35 ff.

45) Garnier, Verhandlungen des sechsundzwanzigsten Deutschen Juristentages, Bd. II, 1902, S. 54 ff. の S. 92 ff. に両案が掲載されている。

への異議, Sperrung eines Teils der Baugelder) を認めたこと(詳細は、後述③)である。第26回法曹大会のテーマはこの二つの案の検討であり、両者の優劣を論じたフリーゼ(Freeße)とガルニア(Garnier)⁴⁶⁾の鑑定意見が出されている。そこで特にガルニアについて顕著なのが、ザルモンゾーンの研究を通じてのアメリカ法の影響であり、これが材料供給者をも法定担保権者に取り込むという方向性を決定した。この点は先履行義務の有無を強調する当初の議論とは完全に様変わりし、アメリカ法は材料供給者にもメカニックス・リーエンを与えること、請負人と材料供給者の区別の困難、材料供給者を排除しても請負人の債権を通じて材料供給者はその権利を確保するだろう⁴⁷⁾、と指摘されている。他方でガルニアがアメリカ法とは異なり下請人を排除しようと言うのは、下請人・注文者間で発生する複雑な関係の法技術的処理の困難さの故であろう。しかしここでも、下請人が元請人の債権に債権質を取得するというニューヨーク・システムは参照されている⁴⁸⁾。他方、差額保証金の制度は、登記システムとの整合を理由に一致して支持を受けた。結局法曹大会では、B案が圧倒的賛成を得たのである⁴⁹⁾。その後、B案を基に第三草案が議会に提出され、幾つかの改変の後、ついに20年間の立法の当否をめぐる争い、15年間の立法作業を経て、建築債権担保法が誕生するに至った⁵⁰⁾。

46) Freeße, Verhandlungen des sechszwanzigsten Deutschen Juristentages, Bd. II, 1902, S. 205 ff.

47) Garnier, a. a. O., S. 54 f., S. 79 ff.

48) Garnier, a. a. O., S. 82 ff.

49) Verhandlungen des sechszwanzigsten Deutschen Juristentages, Bd. III (Verhandlungen), 1903, S. 55 ff, S. 118.

なお、討論の始めに、Georg Solmssen (=Salmonsohn) が、これまでも立法過程での議論に影響を与えてきた自身のアメリカ法研究に依拠して、アメリカ法を参照すべき旨を強調している。又、現行スイス法の建築請負人の法定抵当権制度のもととなる1889年のフーバーの草案も参照されている。さらに、今一つ興味深いのは、法曹大会の当時には既に土地投機、建築詐欺は鎮静しており、実務家からはもはや特別法の必要はないという声も聞かれたのに答えて、ザルモンゾーンが1869年から1900年までの統計表を示して、景気変動とともに同じ問題がおてってくる、と立法の必要を説いていることである。

50) Oertmann, a. a. O., S. 423 の言葉。なお、Oertmann, a. a. O., S. 420 ff では、立法過程の概要に適切な要約が与えられている。

(三) 建築債権担保法 (Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909, GSB)

建築債権担保法は、従前からの建築債権者の債権担保をめぐる議論を受けた第二編の私法規定と、最終的に議会で付加された第一編の公法規定の二つの部分に分れている⁵¹⁾。

1. 公法規定は、一般的保全規定 (Allgemeine Sicherungsregeln) と題して、種々の公法上の義務を規定している。第一に、建築の為に信用供与者から交付された建築金 (Baugeld) を受領した建築金受領者 (Empfänger von Baugeld) は建築金を請負、雇用、材料供給契約に基づいて建築に寄与した者、即ち建築債権者 (Baugläubiger) の満足の為に使用しなくてはならない。但し、建築金受領者が建築金以外の金銭で建築債権者に弁済すればその限りで、或いは受領者自身が例えば建築家として建築に関与していれば自分が建築の為に費した支出の半額までは自己の弁済にあてるという形で、建築金の使用義務は縮減される (§ 1 GSB)。だから建築金受領者には注文者のみならず、元請人等の他の建築債権者を債権者に持つ者も含まれる。建築金受領者が同条の使用義務を守らないとき、具体的には支払停止又は破産手続が開始されて建築債権者への支払いがなされなかった場合は、刑事罰に処せられる (§ 5)。又同条は保護法規 (Schutzgesetz) としての性格を持つと解されている (四 (一) で詳述)。第二に、建物の新築を引き受けた請負人が建築業者又は建築金を使用できる者なら、その者には建築帳簿 (Baubuch) の作成・記載が義務づけられる。帳簿には、建築金の用途、建築債権者の氏名、報酬額等が記入されなくてはならない (§ 2)。同条は新築のみならず改築でも建築金が与えられる限りで、即ち他から融資をあおいで建築が進められるときには準用される (§ 3)。以上の建築帳簿の作成・記載義務を怠ったときも、1条違反と同様に刑事罰に処せられる (§ 6)。第三に、新築の場合建築主任 (Bauleiter) は、見易い場所に土地所有者及び自分が委託を受けた請負人の身分、住所、氏

51) GSB の内容についても、Oertmann, a. a. O., S. 423 ff. に詳細な解説がある。

名を掲示する義務を負い（§ 4）、かつ同条違反にも罰則が用意されている（§ 7）。

2. さてもちろん、より重要なのは建築債権の担保手段を定めた第二編の私法規定である。但し、二編は一編とは異なり新築にだけ適用が限られ、しかもその施行は各地の市町村自治体（Gemeinde）の条例に委ねられている。だから、改築・補修には同編は適用されない。その理由は、GSB 制定に至るまでの議論からも明らかなように、同法は土地購入代金すら他人から融資を受ける資金力の不十分な建築主の、しかも建築金の建築債権者への弁済をコントロールすることに重点を置いているからである。他方従前から建物が存在する場合は、建築主の資力に問題はないと考えられていた。

GSB により建築債権者が建築抵当（Bauhypothek）に到達する為の第一段階は、建築記入（Bauvermerk）である。建築記入は建築警察署（Baupolizeibehörde）の要請に基づき建築主に対する建築許可の下される前提として、建築開始前に建築予定地の登記簿に記入される。建築記入は、建築債権者の建築債権担保の為の建築抵当請求権保全の仮登記（Vormerk）と同様の効力を持つ（§ 11）。だから建築記入は、建物完成後始めて登記できる建築抵当の順位を、建築途中に登記される抵当権、用益権に対して確保する役割を持つ。しかし、これだけでは建築記入以前の先行抵当が更地価格以上の被担保債権を持っている場合、建築抵当は実効性を持たない。そこで、先行抵当の被担保債権額が土地価格の四分の三を超えないか、或いはその間の差額を建築主（Bauherr）が担保供与した場合、つまり差額保証金（Differenzkaution）を供託したときにだけ、建築許可が与えられる（§ 13）。この制度によって、既に述べたように順位の原則と請負人の債権担保の要請が調和させられることとなる。但し、建築記入が排除される場合が二つある。第一は、国家・公法人の土地に建築がなされるときであり、第二は建築主が建築費の三分の一を超える担保供与をした場合（排除保証金、Abwehrkaution）である。その理由は、建築費の三分の二は建築完了までに支払われているのが普通と考えられていたからであり、又国庫、公法人は担保供与したときと同様建築費の三分の一の支

払い義務を負うからである⁵²⁾ (§ 12)。もちろん以上の場合は、差額保証金の供託の有無を問わず建築許可が与えられるのは言うまでもない (§ 13)。

建築記入が建築抵当に変わるのは、建築完了後建築警察から工事の受領が公示されてから1カ月以内に、建築陪審 (Bauschöffenamts) に建築債権者が届け出て、しかもその期間内に土地所有者の書面による同意又は仮処分を得たときである (§ 23)。建築抵当は登記とともに発効し、第三者に対する順位は前述した通り建築記入のそれによるが、建築債権者は相互に同順位の扱いを受ける (§ 29)。又建築警察が工事の受領を公告するまでは、建築債権者の権利放棄は無効である (§ 62)。以上の建築抵当請求権は、一応土地所有者 (及びその代理人) と請負人、材料供給者が直接の契約関係に立つことを前提としている。しかし土地所有者が建築に同意したときは、土地所有者も建築抵当の請求に服すこととなる (§ 18)。さらに建築主と直接の契約関係がない下請人も、建築抵当の請求権を持つ。但し、建築主が元請人に十分な資力があり又弁済の意図があったことを証明するか、或いは重過失によらずこれを知らなかったと証明すれば、同上の請求は成立しない。さらに土地所有者が建築主に建築の同意を与えたときは、下請人は土地所有者にも建築抵当の請求が可能となる (§ 19)。だから、土地所有者は建築に同意を与えたときは、元請人の下請人に対する債務を物上保証するという形で責任を負うこととなる。元請人・下請人間では、元請人が下請人に弁済した限度で後者の債権が前者に移転するという方法で利害調整が行われる (§ 28)。

今一つ、GSB は工事に追加融資が行われた場合を考慮して、建築金抵当 (Baugeldhypothek) という制度を用意している (§ § 33-36)。即ち、建築金契約 (Baugeldvertrag) に基づいて建築金抵当が設定されても、その順位は先行の建築記入に劣後するのが原則だが、建築金契約によって供与された資金が建築債権の弁済にあてられた限度で建築抵当に対する優先効が与えられる。又、建築主が既に建築債権を弁済していれば、同様にその限りで建築金抵

52) Oertmann, a. a. O., S. 425.

当は建築抵当に優先する（§ 34 I）。だから建築金抵当は、先行抵当権者が自己の抵当の担保する債権額を増大させる為に建築債権者に直接弁済することを促す為の制度でもある⁵³⁾。しかし、建築金抵当権者はどの建築債権者に弁済するのも自由であるから、建築抵当の目的とする建築債権者間の平等は破壊され、弁済を受けられなかった建築債権者の優先弁済権を損うことにもなりかねない。そこで、建築債権者は、建築記入が可能となった時から二週間以内は、建築金を支払わないよう異議を唱えることができる。異議の効果は、支払った建築金の五分の一の限度では、上記の建築金抵当の建築抵当への優先効が受けられなくなることである。但し、建築金供与者は建築金の五分の一を建築債権者の為に供託して、建築金抵当の建築抵当への優先を実現することも可能である（§ 34 II）。要するに、この異議の目的は、工事の完成過程で仕事を始める建築債権者が不利益を受けないようする点にある⁵⁴⁾。

以上のような GSB の実施には建築陪審による土地価格、建築債権、建築記入に先行する抵当債権額等の鑑定が行われることが不可欠の前提となる。だから建築陪審はこの精密機械の様な法律の総ての装置を作動させる動力源とでも言うべき機関であろう。そこで、GSB は§ § 50-60で建築陪審の構成に関する詳細な規定を置いている。建築陪審は、営業条例の規定により手工業団体の聴問に基づき設立される。人的構成は、通常は市参事会又は議会が選ぶ議長一人と最低四人の委員から成る。その地位は、謝金と旅費が支払われるだけの名誉職（Ehrenamt）であり、無給地方公務員の任命の場合と同様の事由で、任命を拒絶できる。但し、以上は地方条例でその地域の実情にあわせる余地も残されている。

3. ところが、以上の GSB の本体である私法規定は結局施行されるに至らなかった。というのは、第二編の私法規定の施行は地方条例に委ねられていたが、現実にそれが発布されることは一度もなかったからである。GSB 制定後

53) Oertmann, a. a. O., S. 428.

54) Oertmann, a. a. O., S. 428 f.

間もない頃の学説は、この事態を不可解かつ不当と評していた⁵⁵⁾。しかし、先にも触れた建築請負人の債権担保の為の法改正を具体的に睨んだ近時の議論はGSBの欠陥をも指摘している。第一に同法の規定が複雑、かつ役所仕事の(bürokratisch)で、その実施のコストがかかりすぎる点である⁵⁶⁾。例えば、エルンスト(Ernst)が言うには、GSBの請負人の建築抵当の為には、何と三つの役所(建築許可を与える官庁、登記所、(新設を予定されていて結局実現しなかった)建築陪審)そして五種類の登記(建築記入、建築債権の届出、建築抵当、建築記入の抹消、及び建築金抵当)が必要であり、とても実施不可能、なのである⁵⁷⁾。今一つは、GSBは建築資金の融資の実情を正しく捉えていない、という指摘もある。即ち、建築への資金供与により始めて建築主の請負人への支払いも可能となるのであり、請負人に資金提供者に優先する抵当権を与えられるような状況ではないのである⁵⁸⁾。さらに、GSBは建築詐欺の規

55) その典型が、Franz Leonhardt, Besonderer Schuldrecht des BGB, 1931, S. 230の「このように重要な法律が既に20年来現行法となりながらそれにもかかわらず施行されていないのは、怪奇かつ前代未聞の状況だ」という評価であろう。又、Oertmann, a. a. O., S. 429も、第二編の私法部分が紙切にとどまらず、地方条例によって施行されることを希望する、と述べている。但し、同時に建築請負人の債権担保が近代私法の興味深い最も困難な問題の一つで、GSBはやっと解決を示したが、その実用性は厳しい試練にさらされるに違いない、とも指摘している。

56) 例えば、Ulf Börstigenhaus, Die Sicherung der Bauhandwerkerforderungen auf neuen Wegen, ZRP 1990, S. 421 ff., S. 421 f., 又、Frank Peters, Staudinger-Kommertar, 13. Aufl., § 648, Rdz. 46., Groß, a. a. O., S. 105 f.

57) Götz Ernst, Ein neuer Verstoß in Sachen Bauhandwerkersicherungs hypothek, ZRP 1985, S. 276 f., S. 277.

58) Hans Leo Weyers, Werkvertrag, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, 1981, S. 1115 ff., S. 1181. それ故、ヴァイヤースは、当事者間の契約によって、建築進行に従い資金供与者から請負人に対して支払いがなされるような方途——これは、資金供与者の利益にも合致している——が考えられるべきだとする。GSBとヴァイヤースの態度に一言コメントしておく、両者の立場は異なっているようでもやはり同根の発想である。というのは、いずれも不動産登記の順位を絶対化するところに出発点があり、その上で資金の流れのコントロールをGSBの行政コストのかさむ複雑な方法で実施するか、当事者間の契約技術に委ねるかという点で差異があるにすぎないからである。既に見たようにスイス法も角度を変えて見れば、建築請負人の法定抵当権及び取消権(優先権)の予防的効果を通じて、同様に建築資金の流れのコントロール

制を第一義的目的としていたが、立法が完成した頃には建築詐欺は退潮に向い、その後同法の対象となる新築が盛行することもなく建物の補修、改築が主であったという事情も考慮すべきであろう^{59) 60)}。

結局、建築請負人の債権担保と登記制度との衝突を避ける為建築資金の流れを詳細にコントロールすることで規律しようとした GSB の私法部分は、建築詐欺の終息とともに施行されることなく終わった。しかし、民法典の施行前後から同法成立までの議論の中で、請負人の債権担保に関する問題点は、ほとんど出つくしていると言ってよい。又、BGB § 648 の改正に関する論議(後述四(二))では GSB は常に参照されていた。ここでは、GSB に即して次の二点だけを指摘しておきたい。第一は、民法典成立前後から同法までの議論からも判然とするのは、請負人の債権担保はその先履行義務と添付による所有権移転に即した本質的要請であるが、材料供給者の物的担保の付与は、特に建築過程(に関する者)全体を保護しようという目標の下での政策的課題だということである⁶¹⁾。第二は、下請人の債権担保の要請は元請人のそれと実質的に変るところはない

を企ててきた。但し、その際、登記の順位の原則を必ずしも墨守しないという点で、決定的にドイツ法と袂を分っているのである。

- 59) Karl E. Meyer, Die Bedeutung des Gesetzes über die Sicherung von Bauforderungen für Nachkriegsbauten, JZ 1954, S. 140 ff., S. 140 f. マイヤーは、ある規定が存在しないことの原因を判定するのは難しいが (Anm. 1) と言った上で、元々 GSB は普仏戦争後の泡沫会社時代 (Gründerzeit) に一部新興大都市の事情にあわせて立法されたという契機、及びそれ故 GSB 第二編が新築にだけ適用されることを理由として挙げている。又、同様のコンテクストで、第 26 回法曹大会 (1902 年) の時点で既に建築詐欺は一応落ちついていたという事実も想起されたい、前掲注(49)参照。
- 60) 今一つ、法技術的問題点が、§ 648 BGB の改正の可能性との関係で指摘されている。即ち、GSB では § 648 BGB とは異なり、仕事完了後ではなく仕事開始前に建築記入によって報酬請求を物権的に担保することが可能だが、請負人の仕事が瑕疵なく履行されるか否かは不明で、注文者保護の為の簡明な方策が考えられなくてはならないが、不明、というのである。Kurt Keilhorz, Baurecht, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, 1983, S. 241 ff., S. 295.
- 61) Zobl, a. a. O., S. 63 f. も、売買契約に基づいて建築資材を供給した者が法定抵当権を取得するか否かは、各国で様々な評価を受けているとしている。なお、そこで材料供給者にも担保権を付与するか否かに関して考慮される要因としてツォーブルの挙げる論点は、GSB の立法過程でも考慮されていた。

が、その具体的実現には法技術的困難を伴う。即ち、注文者の二重払いの危険である。GSBでは、元請人の資力不足、支払意欲の欠如に注文者が悪意・重過失であるという主観的要件が有る場合に限って、下請人に独自の建築抵当の請求を認めるという形で両者の利害を調整した。即ち、ここでもスイス法のように全面的にはではないが、元請人の選任を通しての間接的な、しかも限定した形でではあるが、注文者の弁済に関する注意義務が問題とされている点には注目しておきたい。

(四) 民法典からGSBまでのドイツ法の小括

それでは以上で見てきた民法典からGSBの成立に至るまでのドイツ法の議論から何を見てとることができようか。言い換えると、BGB § 648の根底となっている建築請負人の債権担保に関する評価如何である。幾つかの点を指摘、確認しておきたい。第一は、物権変動においても無因原則を採用し、契約関係によって移転した財貨に対する物権的権利の残存を極力排除しようというドイツ法の下でも、材料・労務の財貨移転につき同時履行関係が保障されず、しかも添付により材料所有権の移転する建築請負契約にあっては、そこでの財貨移転は売買契約のように完全なものとは考えられてはいなかったことである。言うまでもなく無因原則の意味は、(例外的に物権行為も無効となる場合を除いては)契約上の財貨移転により原所有者の物権的追求を切断することに眼目がある。たとえ契約関係が無効・取消となっても、第三者たる軽得者に対する物権的請求権が成立しないのはもとより、契約当事者間での返還請求も債権的な不当利得返還請求(給付不当利得)が認められるだけである。その結果として、給付受領者の一般債権者と給付者(原所有者)は全く債権者平等の原理に服し、転得者はその権利取得態様(善意・悪意、有償・無償)と関りのない取引の安全を享受する⁶²⁾。ところが既に詳しく見たように、建築請負の請負人の給付

62) 無因原則に関しては、わが国の研究としてとりわけ、広瀬稔「無因性理論についての考察—ドイツ普通法学における所有権譲渡理論を中心として—」法叢77巻2号44頁以下。又、海老原明夫「19世紀ドイツ普通法学の物権移転理論」法協106巻

では、注文者の一般債権者との債権者平等、転得者への請負人の追求の切断のいずれも本来妥当なものとは考えられていなかった。言うまでもなくその根拠は、請負人の先履行義務と添付による所有権移転である。請負契約自体は所有権移転を基礎づけるものではないにもかかわらず、請負人は注文者に対する信用供与を余儀なくされているからである。こういった視点からは、自己の給付の化体した土地・建物に対し請負人に法定抵当権（保全抵当）を与えるというのは、極めて事物の本性に適ったことであろう。その結果、注文者の一般債権者に対する優先弁済権は確保され、その限りで転用物（*verso in rem*）思想は実現されている。

問題は、契約相手方たる注文者からの転得者との関係である。もちろん、ここでも出発点としては土地の増価は請負人の給付に由来する、それ故本来増価分が請負人に帰属すべきことでは一致があった。但し、問題となるのは、第三者の取引の安全との衝突である。その際ドイツ法でもスイス法或いはフランス法と同様に、建築が開始する前に更地価格を超える信用供与した先行抵当権者に対しては、請負人が増価の限りで優先すべきことは望ましいと考えられていた。この請負人の財貨追求と土地登記の公示原則とをどう調整するかが、既に見たように民法典から GSB 立法までのドイツ法最大の課題と言ってよい。しかもこの問題の解決のし方に、ドイツ法の特徴が象徴的に表現されているのではないか。というのは、不動産登記の公示の原則と結びついた取引の安全の考え方である。三で見たスイス法もドイツ法と同様、これを大幅に後退させるフランス法とは異なり、一応は登記の順位の原則に従う。しかし、その主観的要

1号1頁以下、特に45頁以下、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—」『法と政治の研究』（1957）451頁以下、「「無因性」確立の意義について—「無因性」概念の研究 その二—」法政研究24巻1号71頁以下を参照。

無因原則の構造、特にその法政策的妥当性については、特に、Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II (Besonderer Teil), Hb. I, 1986, S. 10 ff., Baur/Stürner, a. a. O., S. 43 ff. も参照。なお、もちろん契約が無効・取消となった場合にも、元所有者に物権的ではなく純粹に債権的な不当利得返還請求権を与えるというのは、立法者の立法的決断である。Mugdan, a. a. O., S. 191f. 参照。

件も考慮し土地増価の限りで先行抵当権者に対する請負人の取消権（優先権）を認める。その結果は、先行抵当権者、資金供与者たる金融機関の資金移動への監視義務へと結びつく。これに対して、ドイツ法では順位の原則、登記の公示機能が絶対視されていた。民法典の立法段階、法曹大会での議論にも見るように、当初は先行抵当が更地価格を上回る限りで請負人の優先権を認め順位原則を破る請負人の法定抵当権が提案されたこともあったが、土地の本来の担保価値以上の信用供与をした先行抵当権者と請負人との具体的な利益衡量ではなく、抽象的な公示原則への抵触故に退けられている。その結果案出されたのが、GSBの差額保証金（Differenzkaution）に象徴される、建築資金の流れのコントロールによる公示原則との衝突回避の為の制度であった。それではドイツ法では何故公示原則が絶対視されたのか、一見すると抽象的原理との衝突と映る請負人の法定抵当権への否定的決断、及び実現不可能な程に精巧なGSBを立法した具体的な利害関係は何だったのだろうか。ここからは、直接的にそのことが明記されている訳ではないので、推測する他はない。しかし、スイス法での先行抵当の転得者の処遇、及び法曹大会等の議論（特に24回法曹大会でのティニウスの鑑定意見）から、次のように考える。ドイツ法が絶対視していた公示の原則は、現実に土地に融資したそれ故更地価格を自ら評価した先行抵当権者の利益ではなく、その抵当権が証券化されて流通した際の抵当証券取得者の利益だったのではなかろうか。確かに形式的な順位原則からは先行抵当権者も抵当証券取得者も同様に請負人に優先すべきである。しかし、実質的には両者の利益状況は全く異なっている。第一に、先行抵当権者の土地担保価値に対する支払い（の一部）は、現実には存在しない財貨への対価支払いであるが、抵当証券取得者の対価支払いは無因的権利取得の保護を受ける抵当証券への支払いである。第二に、先行抵当権者には自ら融資する土地の担保価値を評価すべきことが期待できようが、抵当証券取得者にこれを要求するのは非現実的であろう。スイス法でも抵当権自体の譲受人に対しては法定抵当権者の取消権の成立要件への善意・悪意を問わず法定抵当権者たる請負人は取消権（優先権）を主張しえたが、証券化された抵当の善意取得の前には取消権は遮

断されていた。ところがドイツ法は、こういった権利取得態様に応じた具体的・個別的取引の安全を目指さず、権利取得の善意・有償性と絶縁され、形式的な登記の公示原則と結びついた抽象的・無因的な取引の安全を選択したが故に、結局抵当証券のみならず先行抵当権者自身も保護される結果となったのではないかと考えられるのである。もちろんその背景として推測されるのは、ドイツ法では本稿の対象たる請負人の保全抵当権立法においても規定的な役割を果たしたプロイセンの制度が抵当権、不動産取引で中心的位置に据えられていたこと、特にそこでの抵当証券の流通が不動産取引一般に決定的影響を与えた⁶³⁾という事情である。結局、請負人の保全抵当の形成に際しても、抵当証券の流通、及び無因的な取引安全の要請がその帰趨を決定したというのが、ドイツ法の軌跡ではないかと考えられるのである。そういった意味では、土地増価に貢献した請負人を更地に抵当権を取得した者より常に劣後して扱う BGB § 648の規定は、特殊ドイツ的事情によって方向づけされた法規律であったと評することも許されると考える。

63) こういったドイツでの抵当証券の抵当権制度への、そして（プロイセンの）抵当権制度が不動産取引、登記制度に与えた影響については、田中克志「プロイセンにおける投資抵当権成立史」民商75巻3号425頁以下、鈴木祿弥「ドイツ抵当権法と資本定義の発達」法時28巻11号12頁以下を参照。又、法定担保権と抵当権制度との関連については、尾崎・前掲一注(1)「展開過程」を参照。