

有斐閣發行
物權法
上卷
末弘巖太郎著

324.2
Su669b
(20)



* 0014778000 *

0014778-000

324.2-Su669b-(20)

物權法

末弘巖太郎・著

有斐閣

上卷

20版

1931

ACE

末弘嚴太郎著

物
權
法
上卷

東京書肆有斐閣

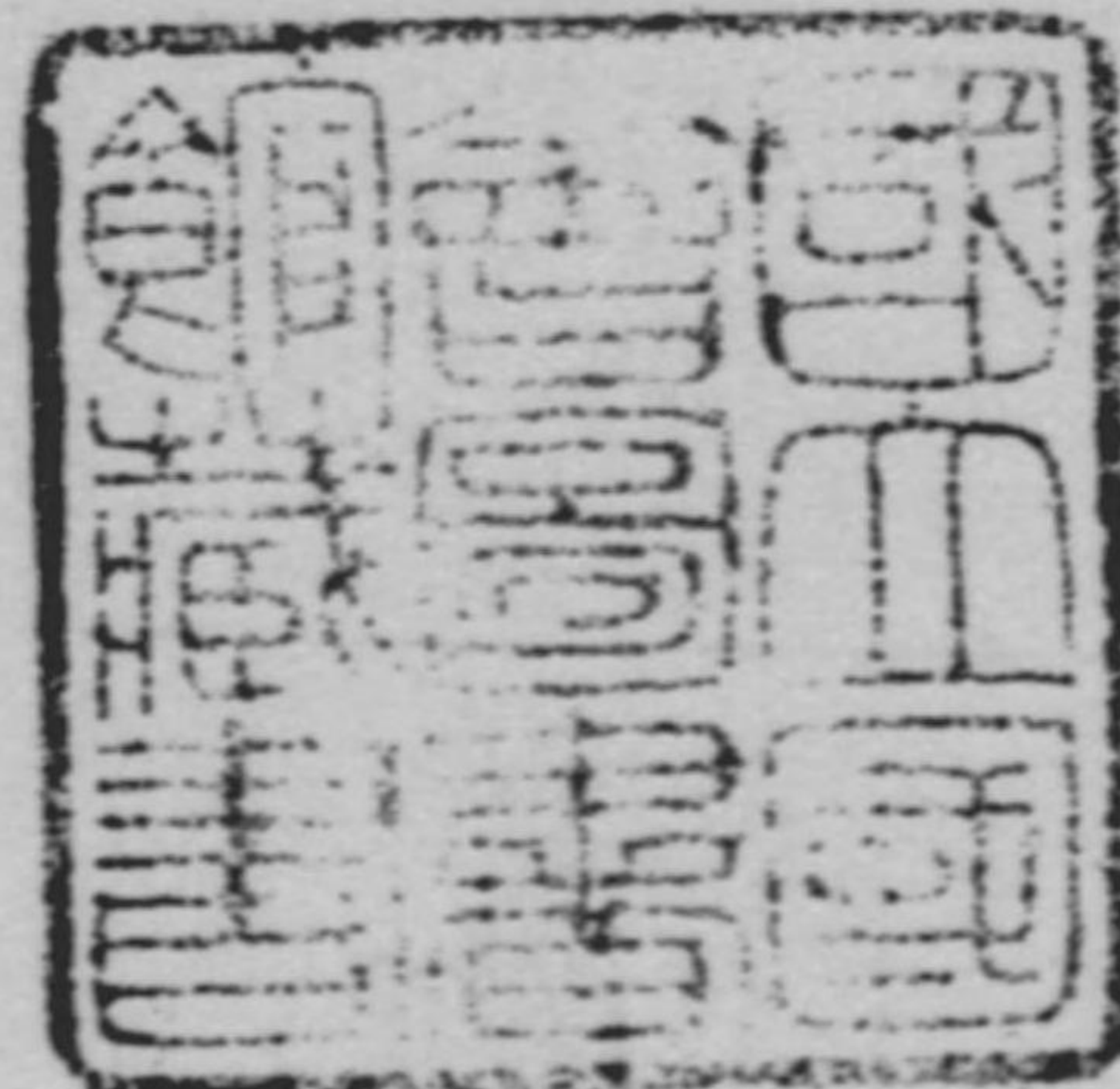
324.2 Sub 696 (20)

恩師岡野敬次郎先生の爲めに近く在職二十五年祝賀の宴が開か
れる豫定である。此好機に際して小著を公にし得たるを幸ひと
し、之を膝下に捧げて恭しく謝意と祝意とを表し奉る

著者



と



268595

自序

愈々校正を終へたので、今一度原稿を讀み返へして見た。

之れでも書いてる間は相當の自信を持つて居た。然るに今こうして讀み返へして見ると、到る所に——否此本全部に亘つて——許し難き幾多の缺點を發見する。こんなものを世の中に出すのはどうも耻しいやうな氣がしてならない。こう考へると自信と勇氣とは全く打擯かれて、何とも謂はれぬ淋しい氣持になる。

けれども一步退いて考へて見ると、口ではいくら大きな事が謂へても、又胸には如何に美しい望みの炎が燃えて居ても、いさ筆を執つて見ると、それが纏らず又文字にもならないのは、結局に於て矢張り自分の力が足りないのだ。現在の「自分」は之れ以上の何物でもないのだ。此「自分」の完成を期せざる限り何時まで立つても確なもの、書ける譯がないのだ。よろしい。私は今此醜い「自分」を有りの儘にさらけ出さう。兎に角之れが現在の「自分」に外ならないのだから。言譯も謂ふまい。憐れも乞ふまい。現在の「自分」は之れ以上の何物でもないのだ。自分の實しいこと、力の足らざること夫れ自身は決して「悪」ではない。絶えず實しきがまゝに足らざるがまゝに神に祈り力を盡して一足一足人生の山路を踏み分け登る。それがどうして「悪」であらう。私はこう考へながら全く打擯かれた謙遜な心持を以て而かも自ら安心して今此本を公にする。そうして世の中の教を乞ひたいと願つて居る。

だが、私が此本を書きながら常に考へて居たこと、否今も尙抱いてる望みの一端を——縦令力は足らず従つて乍遠路仕事の上には之を自ら實現することは出来なかつたけれども——此所に書き添へることだけは許して頂きたい。若

しも此「望」に共鳴して下さる方があれば、私自らには力が足りない爲め之を充分仕事の上に現はすことが出来なくとも、夫等の方々の助を借り、否夫等の方々の力に依つて、それが實現される日が何時かは来るに違ひない。それを頼みに一言志を述べることを許されたい。

私は此頃こんなことを考へて居る。若しも誰れか特志な人があつて現在澤山ある日本の法律書を英語なり佛蘭西語なりに譯して歐米人に見せたら、彼等は果して何と云ふだらう。若しも彼等の中に地理も歴史も知らぬ人があつたと假定したら、其人はきつと日本と謂ふ國は歐米の何所かに位する一小國に違ひないと思ふだらう。又彼等の中に書物を通し又は人口を介して幾分なり日本の何物なるかを知つて居る人があるとするれば、其人は必ずや、僅か五六十年の短時日の間に一躍封建時代から歐米と同等の文明にまで向上した「日本」は何と云ふ不思議な國だらうと謂ふて驚くに違ひない。そして彼等の中の好奇心と金と時間とに餘裕のある人は必ずや社會史上の此奇蹟を實見せむが爲めに懇懇此日本まで旅行して来るに違ひない。併し愈々日本まで辿り着いたとき、彼等はきつと何所にあの法律書を通して想像した「日本」があるのかと尋ねるに違ひない。そのとき私は何と答へたらうのだらうか。私は何時もそのことを心配して居る。若しも日本の法律書を通して日本の國情を想像したとすれば、依つて想像し得る日本は歐米諸國のそれと全く差異のない國でなければならぬ。何故なれば日本の法律書には日本らしいローカル・カラーが殆ど現はれて居ない、之のみを通して此日本の地方的特色を察知することは全く不可能だからである。併し一體法律書はそんなものでいいのだらうか。私は此點を最も危むのである。

學問には國境がない。文化は歸一の傾向がある。無論である。それは單なる事實であるのみならず、又人類の理想

でなければならぬ。併し、私はこんな話をきいたことがある。「ロンシャン」の競馬場に生まれた「流行」は一月も立たぬ中に遠く大西洋を越へて紐育に渡る。けれども巴里に於けるが如く。E. E. E. な女を紐育で見ることには到底出来ない。單なる衣食住の形式すら——それは無論漸次に歸一する傾向はあるけれどもそれでさへ——各國には各夫々のローカル・カラーがある。米國美人は如何に紐育早頭に巴里流行の着荷を待ち戀がれても終に巴里美人にはなれない。彼等は結局米國美人として止まらねばならない。複雑な人事、混み入つた社會制度、之れも亦漸次に歸一する傾向がある。併し歸一しつつも尙各國、各、地方的特色を維持するのが眞實である。法律や其他社會制度の中でも所謂社會的立法や社會政策的施設は最も傳播力の強いものだと云はれて居る。それにも拘らず、一度傳播して或國に入るや忽ちに其國獨特の色彩を帯ぶるに至る。それが自然なのである。さもなければ如何に立派な立法も施設も其國に於て實は何等の實際的效用をも示し得る譯がないからである。

明治維新以來歐米諸國からあらゆる文化が入つて來た。其結果我國の文化は實に目醒しい進歩を遂げた。併し日本は遂に日本である。世界の歸一的傾向の中途に於ては勿論將來其歸一の目的を達し得た日が來たとしても日本は遂に日本としての地方的特色を脱することは出来ない。それは獨り日本のみに止まらず英國に付いても米國についても乃至は獨逸佛蘭西についてもすべて同じことである。世界文化の歸一は理想であり目的である。併し其同じ目的を達する手段が地方に依つて異ならざるを得ないのは當然である。それは山が違ひ水が違ひ食物が違ひ氣候が違ふ自然の結果である。

維新以來我國に入つて來た歐米流の法律と法律學とは忽ちにして我國の法律と法律學とを歐米化した。それは確か

に進歩であり、今後も亦同じ路を進むべきであらう。そうして遂には世界歸一の目標に到達すべきであらう。併し如何に歐米化し世界化しても日本の法律は永久に日本としての地方的色彩を維持するに違ひない。維新以來我國に於ける教育其他諸般文物の改革は人心を一新するの功があつた。従つて歐米より入り來つた法制も此一新された人心の基礎の上に立つて可成りの程度まで我々の實生活と調和しつゝ、而かも其内容が歐米化、否世界化し得たことは事實である。併しそれでも日本は永久に日本としての地方的色彩を有する。有せねばならない。従つて歐米より入り來つた幾多の法制中現在實際に行はれつゝあるものは、實は此現在の日本と調和するもののみである。無論其中には「生活」の方から「法律」へ向つて順應したのもあらう。けれども多くの場合「法律」は外形上移入されたまきと同じやうでも、其實際に行はれつゝある所を實質的にリヤリスチックに觀察して見るに實は皆多少——實生活に順應する爲めに——變更を受けて居る。従つてそれが何方から順應したかは別問題として、兎に角「生活」と合致せざる「法律」なるものは實際上存在し得ないのである。若しもあればそれは實際に行はれない死文に過ぎないので、私をして謂はしむれば、それは現在の我國の現行「法律」ではないのである。或は昨日の「法律」であつたかも知れず、又は明日乃至近き將來現行の「法律」なるのかも知れない。けれども兎に角現在「法律」ではない。

法律學には「あるべき法律」を説く部分と「ある法律」を説く部分とがある。此中後者は現在此日本の社會に行はれつゝある法律の何物なるかを説くことを目的とする。従つて其「法律」を求めむが爲めに獨り「法典」と「外國法律書」とのみを索るが如きは地上に網投つて魚を獲むとするに均しい。魚は水中に棲むものなるが如く「ある法律」は實生活の中に内在する。實生活の中に之を求めずして何所に之を獲ることが出來やうぞ。無論——かるが故に——「ある法

律」を知ることは極めて困難である。それが爲めには完全に設備されたラボラトリーがなければならぬ。けれども差當り吾々の手近かにある材料に依つて之を求めむとすれば、それは「判例」と「新聞雜誌」の記事に依るの外ない。前者は「法典」が如何なる「事實」に如何に適用せられつゝあるかを知り、後者は「社會」が如何に動きつゝあるかを知る重要にして而かも手軽な材料である。然るにそれを度外視して十年一日の如く「法典」と「外國法律書」とのみに没頭して「概念」の精確と「論理」の一貫とを誇らむとする。其學者にして若し無限の想像力を有するに於ては「甲説」「乙説」「第三説」「折衷説」……は愚か無限大のヴァリエーションを發見し得るだらう。乍併ヴァリエーションを作り得て之を誇らむとするが如きは畢竟朝顔を作る隱居の趣味と相去ること遠からざるものである。世の中の人は何さかして現在實際に行はれつゝある唯一の「ある法律」を知らむことを希望して居る。彼等にとつてはヴァリエーションは何よりも藥物である。「法の不確實」それが世の中にとつて一番迷惑なものである。吾々は——無論非常に六かしい仕事には違ひないが——何さかして自分の想像力だけを頼りにして矢鱈に學說のヴァリエーションを作りたくない。何さかしてすなほに「ある法律」をありのままに求めてありのままに説明したいのである。

次に「あるべき法律」を説くに付いても、「ある法律」をすなほに研究して、其所に新しきデータを得た上、之に基いて在來の「概念」を審査することなく、或は外來——乃至は在來——の概念を其まゝ無批判に受け入れ、或は自分の想像力だけから獨斷的に小刀細工を以て「概念」に小變更を加へ又は之が巧みな組合せを試みるだけでは學問上遂に何等の權威をも成し得る譯がない。「事實」に依つて「概念」を洗へ、そうして其洗はれた活きた新しい「概念」の上に「あるべき法律」を築かれらぬ。然らざる限り其築く所ものは遂に砂上の樓閣たるに過ぎない。一朝の風浪も尙容易に

之を洗ひ去り得るだらう。故に「ある法律」を知ることは又「あるべき法律」を説くこと的前提であらねばならぬ。

何にしても實生活を度外視して「法律」を説くことは極めて危険にして且無益である。無論私は法典の精細な研究を不用なりと云ふのでもなければ、又「外國法律學」の研究を有害なりと云ふのでもない。此等の研究の必要にして且有益なることは今更改めて云ふまでもない。唯此等の裡に没頭して實生活を直視することを忘れ、徒に「概念」と「論理」を弄んで我が現行「法律」を説き得たりとする在來の傾向を以て全然不可なりとするのである。又私が日本の法律書には日本のローカル・カラーがなければならぬと云ふ意味は、決して日本は永久に特殊國として世界に通用しない所謂「日本古來の淳風美俗」に膠着せよと云ふのでない。否、反つて一日も早く此日本が世界の一員として何所へ行つても通用する道徳と文化と修養との持主にならむことを切望して已まないのである。併し同じ歐洲に在つても英國は英國・佛蘭西は佛蘭西・獨逸は獨逸・各それ々のローカル・カラーがある。その國々の實生活にはそれぞれ特別な色彩がある。従つてその色彩は自ら法律書の中にも亦現はれねばならぬ筈だ。何故なれば「法律」は實は其國々の實生活の現はれに外ならぬ。而して法律書はその正直な記述でなければならぬのだから。所が從來我國の法律書には如何にも其日本らしいローカル・カラーがない。若しも之のみを通して日本なる國を想像して見たとすれば、日本は歐洲の何所かにある一國だらうと考へる人があつても必ずしも之を責めることは出来ない。

さ、こんなことを私は何時も考へて居る。所が事柄の困難なため私の心の貧しい爲め又力の足りないこの爲めに私も亦茲に「ある法律」をありまゝに説くことが出来なかつた。私の仕事も亦私自ら罵りつゝある單なる「想像力」に依る「學說」の「ヴァリエーション」に過ぎない結果に陥つたらしい。私は深くそれを恥ぢる。けれども兎に角自分の

心の中で目標として居る所だけは遠慮なく之を告白して、多少なりとも共鳴して下さる方、共々に此偉大なる法律學一新の仕事に従事して下さる方、乃至は又私の至らない考を叱正して下さいるのである。

私はつい先頃から此研究室で、積積重遠博士を初め助手諸君と共に極めてリヤリスチックな立場から判例を研究することを初めた。初めて未だ時日幾何もなき今日其内容其結果を誇ることは勿論慎まればならぬ。乍併吾々が之に依つて今迄如何なる法律書を讀むでも嘗て求め得なかつた「或物」を得つゝあることだけは事實である。私には何となく茲に新しい法律學の生れる萌芽があるやうに思はれてならない。本書を公にするに當つて特にお禮を謂ひ敬意を表せねばならないのは實に此等の毎日のやうに教を垂れ事を助けて下さる諸君である。

大正十年十月十三日

東京帝國大學民法研究室にて

著者

物權法上卷目次

第一章 物權法總論……………一

第一節 物權法の意義及び性質……………

- 第一 物權法の社會的意義及其理想(二)——第二 物權法の形式的範圍(八)——第三 物權法規の特質(九)

第二節 物權法の法源……………一一

第三節 物權の特質……………一四

- 第一 物權の内容(一五)——物上享益(一五)——排他性(一八)——第二 物權の目的物(二〇)——「物」權利・電氣・智能的創作物・礦區——物の一部(二七)・果實・立木——物の集團(三四)——第三 物權の定義(三六)——第四 物權の法律的構成に關する考案(三七)

第四節 物權の種類……………三九

- 第一 物權の種類を法定する理由(三九)——第二 第七十五條(四一)——第三 現行法の認むる物權の種類(四三)

第五節 物權の效力……………四七

第一 總説(四七) — 第二 優先的效力(四九) — 第三 物權的請求權(五〇) — 其存在(五一) — 基本物權との關係(五三) — 債權なりや(五四) — 種類(五五) 返還請求權・妨害除去請求權・妨害豫防請求權 — 發生要件(五八) — 相手方(五九)

第六節 物權の變動……………六一

第一項 總説……………六一

一 物權變動の意義(六一) — 二 原因(六二)

第二項 法律行為に因る物權變動……………六三

第一 序説(六三) — 第二 立法主義及其批評(六六) — 獨法主義・佛法主義・ローマ法主義 — 第三 物權變動が債權行為を前提として發生する場合に於ける其行為と物權變動との關係(七七) — 物權變動の爲めには常に之のみを目的とする特別の行為を要するか(七七) — 同一行為より生ずる債權的並に物權的效力の相互關係(八八) — 第四 獨立して爲される物權的法律行為(九二) — 性質(九二) — 無因なりや(九四) — 成立要件(九九)

第三項 物權の消滅……………一〇一

第一 意義(一〇一) — 第二 消滅原因 — 一 目的物の消滅(一〇一) — 二 混同(一〇二) — 三 拋棄(一〇五) — 四 消滅時效(一〇七) — 五 公用徵收(一〇八) — 六 沒收(一〇九)

第四項 物權變動の第三者に對する效力……………一〇九

第一目 總説……………一〇九

第一 物權公示の必要と立法主義(一〇九) — 獨法主義・佛法主義 — 批評 — 第二 我法の規定(一一五)

第二目 不動産物權變動の公示方法……………一一七

はしがき(一一七) — 第一七七條

第一 登記事項(一一八) — 一 登記せらるべき物(一一八) — 二 登記せらるべき權利(一二〇) — 三 登記せらるべき變動(一二三) — 變動其物が登記の目的(一二三) — 中間省略の登記(一二三) — 變動の種類(一二五) — 變動の原因(一二六)

第二 登記の方法(一二三) — 一 登記簿(一二三) — 二 登記所(一二五) — 三 登記(一二五) — 其種類(一二六)・假登記(一二七) — 手續(一二〇)・登記請求權(一二一)

第三 登記の效力(一二五) — 一 登記の有効要件(一二五) — 實質的要件・形式的要件 — 二 實質的效力(一二九) — 當事者間の效力(一二九) — 對外的效力(一二九) — 對抗力の意義及び内容(一二九) — 對抗力の發生及び存續(一五六) — 對抗力の人的範圍(一五七)・「第三者」の意義・「登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益」を有する者なることを要するか — 三 形式的效力(一六九) — 推測力(一七

〇——公營力(一七二)

第三目 動産物權變動の公示方法……………一七四

第四目 立木及び果實に関する物權變動の公示……………一七八

第一 立木(一八〇)——三種の公示方法——第二 果實(一九二)

第二章 占有權……………一九五

第一節 總說……………一九六

第一 占有保護の社會的根據(一九六)——第二 占有に關して區別を要する四の概念(二〇〇)

第二節 占有……………二〇一

第一項 占有の意義……………二〇一

第一 占有の法律的性質と其構成要素(二〇一)——一 占有の成立(二〇二)——物の所持(二〇二)——其意義・主體・客體——自己の爲めにする意思(二〇五)——之を必要とする根據及び其批評(二〇五)——其意義(二〇九)——二 占有の繼續及び終了(二一二)——所持の繼續・意思の繼續——第二 民法上の占有と其他の法令に於ける占有(二一四)——刑法・民事訴訟法

第二項 占有の種類……………二一六

一 單獨占有と共同占有(二一六)——二 自主占有と他主占有(二一六)——三 善意占有と惡意占有(二一九)——四 過失占有と無過失占有(二二〇)——五 瑕疵占有と無瑕疵占有(二二〇)

第三節 占有權の性質……………二二二

第四節 占有權の變動……………二二五

第一項 占有權の取得……………二二五

第一 占有權の發生(原始取得)(二二五)
第二 代理占有(二二六)——一 要件(二二七)——所持・代理占有意思・代理權——二 占有繼續(二三二)——三 間接占有(二三二)
第三 占有權の承継取得(二三四)——一 承継の可能(二三四)——二 占有權の讓渡(二三六)——簡易引渡・占有改定・指圖に因る占有移轉——三 占有權の相續(二三九)——四 占有權承継の効果(二四一)

第二項 占有權の喪失……………二四五

第一 本人占有の喪失原因(二四五)——一 拋棄(二四五)——二 所持の喪失(二四六)——第二 代理占有の喪失原因(二四七)

第五節 占有權の效力……………二五〇

第一項 権利の推定……………二五一

- 第一八八條——一 本條の適用を受くべき權利(二五一)——二 本條の效果(二五二)

第二項 善意占有者の果實收取權……………二五四

- 一 惡意占有者(二五四)——二 善意占有者(二五五)

第三項 占有者の物上權取得……………二五七

第一目 即時取得……………二五七

- 第一 總說(二五七)——第二 原則(第一九二條)(二五九)——一 立法理由(二六〇)——二 要件(二六〇)——目的物は動産(二六一)——平穩公然善意無過失の占有(二六三)——三 效果(二六九)——第二 制限(二七〇)——第一九三條・盜品遺失品・第一九四條

第二目 占有繼續に因る動産物權の取得……………二七五

- 一 總說(二七五)——二 取得時效(二七六)——三 逸失した家畜外の動物の取得(二七六)

第四項 占有物の回復者に對する權利義務……………二八〇

- 第一 總說(二八〇)——第二 占有者の返還義務(二八〇)——第三 占有者の費用償還請求權(二八二)

第五項 占有訴權……………二八五

- 第一 總說(二八五)——自力救済の許否(二八六)——第二 占有訴權の性質(二八七)——第三 占有訴權の主體(二八八)——第四 占有訴權の相手方(二八九)——第五 占有の訴と本權の訴との關係(二九〇)——第六 占有訴權の種類(二九三)——一 占有保持の訴(二九四)——二 占有保全の訴(二九八)——三 占有回收の訴(三〇〇)

第六節 準占有……………三〇三

- 一 意義及び構成要件(三〇三)——準占有の目的物(三〇三)——二 效果(三〇四)

第三章 所有權……………三一

第一節 總說……………三二

- 第一 所有權の社會的根據(三二)——第二 所有權と其他の物權(三一八)

第二節 所有權の性質……………三二九

第一 目的物(三一九) — 第二 内容(三二〇) — 一 物の一般的支配(三二〇)
 — 二 法律的支配(三二四) — 三 制限(三二四) — 法令・所有權の社會的根據
 法律行爲・慣習 — 四 初久性(三三〇) — 五 所有權なりや否やの判斷(三三一)

第三節 不動産所有權……………三三三

第一項 總說……………三三三

第二項 公益を理由とする土地所有權の制限……………三三五

第三項 土地の上下に關する法律關係……………三三七

第一 序說(三三八) — 立法の沿革 — 第二 原則(三三九) — 第三 制限(三四〇)

第四項 相隣者の法律關係……………三四三

第一 總說(三四四) — 一 妨害義務(三四五) — 權利濫用 — 二 共助義務(三五一)

第二 區分せられたる建物所有者相互の相隣關係(三五二)

第三 隣地使用權(三五三)

第四 隣地通行稅(三五四) — 性質 — 通行方法 — 價金

第五 水流に關する相隣者の權利義務(三五六) — 一 流水權(三五七) — 自然的

流水 — 入口的流水 — 二 用水權(三六一) — 水流變更權(三六一) — 堰の
 設定使用(三六三)

第六 疆界に關する相隣者の權利義務(三六四) — 一 經界權(三六四) — 二 圍
 障權(三六四) — 三 互有權(三六六)

第七 疆界の近傍に關する相隣關係(三六七) — 一 竹木截取權(三六七) — 二
 工作物設置上の制限(三六八) — 建物築造・觀望權・地下工作物

第五項 水に關する法律關係……………三七〇

第一 地下水其他土地の構成部分としての水(三七二) — 一 地下水(三七二)

— 二 池沼(三七四) — 三 雨水(三七四) — 第二 流水使用權(三七五)

— 一 沿岸者の流水使用權(三七六) — 二 流水專用權(三七八)

第四節 所有權の變動……………三八二

第一 先占(三八二) — 第二 遺失物拾得(三八四) — 第三 埋藏物發見(三八八)

— 第四 添附(三九一) — 一 法律的根據(三九二) — 二 法規の特質(三九三)

— 三 添附の性質及び效果に關する總說(三九四) — 四 各種の添附(三九八) —
 — 附合・混和・加工

第五節 共有……………四〇五

第一項 共有の意義及び性質……………四〇五

第一 根本思想(四〇五)——法人・共有・同有——第二 共有の性質(四〇八)——
第三 準共有(四一一)

第二項 共有者の持分……………四二二

第一 意義及び性質(四一三)——第二 持分の處分(四一五)——一 持分讓渡の效
果(四一六)——二 讓渡禁止特約(四一八)——三 持分の擔保(四一九)——第三
持分の消滅と他の共有者の持分との關係(四一九)

第三項 共有者相互間の法律關係……………四二〇

第一 共有物の使用收益(四二二)——第二 共有物の處分(四二二)——第三 共有
物の管理(四二三)——第四 費用並に負擔の分擔(四二六)

第四項 共有關係の發生消滅……………四二七

第一 共有關係の發生(四二七)——第二 消滅(四二八)——各種の消滅原因——
共有分割(四二九)——分割權・分割を請求し得る場合・分割方法・分割の訴・分割に参加
する人々・分割の效果



第一章 物權法總論

第一節 物權法の意義及び性質

二

第一 物權法の社會的意義と其理想	二頁
第二 物權法の形式的範圍	八頁
第三 物權法規の特質	九頁

第一 物權法の社會的意義と其理想

一 物權法は吾々の需要満足の手段たる各種の財貨に對する吾々の支配關係を規定した法律である。若し世の中到處所に財貨が充ち満ちて居ること恰も空氣の如しとすれば、吾々は欲するときには何時でも之を利用し得る。従つて法を以て特に其利用關係を保護する必要はない。所が普通の財貨はそれ程充分に存在しない。一定の物に對し之を利用し得る人及び利用し得る方法並に程度を豫め決めて、必要のときに之を利用し得る見込を確實にして置かなければ、到底吾々は安心して生活出來ぬ。

然らずむば、いざ利用しやうと云ふときになつて人々の間に争が起るに決つて居る。此安心を與へ此争を防止するものが物權法である。

二 其安心を與へ其争を防止する方法を如何にすべきかは各時各所の社會事情に依つて定まる。物權法の根本問題は此所に在る。極昔にあつては、法は各人に對し其生活に直接必要な程度の極めて小部分の物のみを專用することを許し、其以外は凡て社會全員の共用に供した。其後、世の進むと共に個人所有權の範圍は漸次擴大したけれども、十八世紀頃までは各國共また共用制度が相當に残つて居り、吾國の如きは維新に至るまで農村や漁村などに共用制度が澤山残つて居て社會上有益な働きをした。

然るに十八世紀に起つた個人主義の哲學と經濟學と法律學とは各個人の利己心を利用し各人をして其獨占物を經營せしめれば生産が増加する、其結果世の中全體の富が増えて世の中全體が幸福になると考へた。成程生産増加には成功した。それが

爲め人類全體としては或程度まで文明が向上した。けれども文明の向上は同時に平等思想の發達を伴つた。今までは法律的乃至經濟的特權階級の爲めに動物の如く從順に營々と働いた人間が漸次に目醒めて平等を要求するに至つた。其必然の結果として生じた現象は需要の増加と生産の減少とである。而して其現象は今回の世界大動亂に因つて急激に且つ大規模に現はれ出た。それが今日の世界の有様である。

斯くの如く需要は激増したのに生産は寧ろ反つて激減し其他物資が一般に不足してくれば、今までの個人主義本位の物權法を以て社會全般の需要を充たし社會の安寧を維持出来ないのは當然である。物が足りぬのに各人は各々自己の物を獨占專用して全然他人を排斥すること今日の如しとすれば、現に需要を感じつゝ之を充すことを許されぬ多數の人々は死ぬか又は腕力に依つて物を奪はむと企つるに違ひない。併し斯くの如きは何れも人類共存の本義に反し不必要に人を殺し犠牲を作る所以である。故に社會の現勢から考へると、社會の安寧秩序を維持し人類全部をして

幸福に生活することを得しむる爲めには、從來の個人主義本位の物權法を根本的に改造する必要がある。

三 それが爲めに必要なる

一 第一事は所有權に關する世間一般の思想の根本的改造である。今までのやうに、各人が自己の需要満足に緊要なりや否やに關係なく、成るべく多くの物を自己に獨占し、或は之を以て他人に對する自己權勢の具に使ひ、或は世間一般が物の缺乏に苦しみつゝある際自己のみ知らざるが如くに振舞つて貴重な物資を浪費するや^{「私有財産制度、獨り儲け」}うなことであれば、^{「幸福」}ごうしてか社會の平和が維持されやう。私有財産制も畢竟は社會全體の福祉と牴觸せず調和する範圍内に於てのみ存續の意義を有するに過ぎない。法律が各人をして財産を私有せしめて居るのは、單に獨り其人一人の幸福の爲めのみならず、同時に全體の福祉をも目標として、財産を信託 social trust してゐるに過ぎぬ。故に若しも其人が信託の本旨を忘れて之に違背するやうなことがあれば、そ

「私有財産制度、獨り儲け」
「幸福」

は反つて私有財産制の本義に背戻するものである。信託に背き平和を擾るものである。然るに今の世には此精神が充分に徹底して居ない。而して稍もすれば、此種の平和攪亂者が形式的に適法なるの故を以て法の保護を受け、之が矯正を計つて眞に平和な公正なる將來を持ち來さむとする志士が危険思想の名の下に兎角壓迫せられ制裁を受ける。斯くの如くにして何所に社會の平和があり、人類共存の美風が在らう。此故に現行の財産制をして眞に今後の社會的需要に適合するものたらしむるが爲めには、以上の精神を社會全體に徹底せしめねばならぬ。是れ實に現行財産法改造の基調である。

□ 併し此根本精神を迅速且完全に實現するが爲めには、單に各人の覺醒と善意とに依頼するを以て足れりとしなす。國家が立法に依つて直接干渉すべき餘地は即ち茲に在る。從來の法律が各個人に私有財産を確保することにのみ熱中して、之と公共福祉との調和を計るべき法律の方策を缺いたのに對し、將來の立法は社會の必

要に應じ或種の物に付き個人所有權を制限又は剝奪して之を萬人の共用に供し、以て物の使用能率を増加し、現に不足を感じつゝある人々の需要を満足させねばならぬ。又其他公共福祉の爲め個人所有權に制限を加へて此制度が反つて公共を危害するの原因とならぬやうに計らねばならぬ。

ハ 尙此精神は獨り社會一般の倫理的理想たり、又は立法の規準たるに止まらずして、現に裁判所に依つて活用せらるべき實際的精神である。而して其方法として裁判所の用ふべき手段は權利濫用の法理である。裁判所は此法理を巧みに利用して、苟も法律が私有財産制度を認めた根本義・個人所有權の社會的價値に反するが如き方法で所有權を行使する者があれば、總て之を保護せぬことにする必要がある。之に依り個人所有權は餘程角がとれて社會全體の福祉と牴觸せざるに至るのである〔註一〕。

〔註一〕 此點に於て最も注目すべき現象は十九世紀後半以來佛國裁判所が盛に權利濫用の法理を活用した

ことである。此結果、元來個人所有權の確立にのみ注意を集中した一八〇四年のナポレオン法典が事實上多大の改造を加へられたことは隠れなき事實である。Duguit, Les transformations générales du droit privé, p. 147 et suiv.; Charbon, Les transformations du droit civil, p. 201 et suiv. 参照

斯くの如く今までの絶対排他的の個人所有權觀念に對し本來法が所有權制度を認められた社會的本義を參酌加味して其弊害を除き、以て社會の安寧秩序の増進維持を計り社會の全員をして均しく幸福に生活せしめむとする方法を稱して、所有權の社會化 Socialisation, Sozialisierung と謂ふ。これが今後物權法の進むべき唯一の道である〔註一〕。

〔註二〕 以上に付いては第三章冒頭の記述をも参照。

第二 物權法の形式的範圍

物權法は以上の如き社會的職能の爲めに存する法である。之を法律的形式に容れて定義すれば、物權並に之に準すべき權利及此等の權利の效力得喪等に關する法律關係を規律する法規の一團である〔註三〕。

〔註三〕 尤も法規の分類は元來便宜に基くもので絶対的理論の存すべきものでないから、或は嚴格な意義では物權ならざるものも便宜上物權法中に規定せられ、又反對に元來物權的法規たるものが便宜上他の法團中に分類せらるゝことあるは素よりである。

現に特許權・實用新案權・著作權・意匠權の如き物權類似の權利は物權法の分類中に入るを理論上妥當とするが、此等は産業乃至工業に關する特別の權利として其方の分類中に一團として取扱ふの便宜を認め、本書に於ても此等の問題を除外した。英法では此等の權利をも凡て動産法 Personal property 中で説明するを常とする。

尙債權は現行法上主として財産取得の方法として規定されてるけれども、信用制度の發達と共に債權が漸次其の交換價値を増大するに至つたことは注意すべき現象である。殊に株式、社債、公債、兌換銀行券等其他證券化された債權に至るこ——少くも交換價値の點に於て——普通の動産と相去ること遠からざるものである。故に債權法中特に此方面を獨立且充實せしめて、動産法の一部たらしむることは決して無用の企ではない。

このことは、從來單に動産としてのみ觀察された金錢に債權的性質あることにも注目せねばならぬことと表裏して、今後財産法の發達すべき一方面を示すものである。

第三

物權法規の特質

物權法の形式的範圍—物權法規の特質

物權法は債權法と併んで財産法の一部を爲すものだが、兩者の性質は互に相異なる。債權法は元來債權者債務者間の相對關係を規定し一般第三者に影響する所が比較的少ない。それ故公序良俗に違背せざる限り成るべく廣く契約自由の原則を採用し、従つて其法規概ね任意法規なるに反し、物權は排他性を以て本質とし其内容如何は常に一般第三者の利害に直接するが故に、物權の種類並に内容は法律を以て之を限定し、法規は多く強行法規で當事者の任意を以て動かすことを許さざるを原則とする。此點に於て物權法は親族法相續法に類似して居るが、其強行法たる理由は各々別異で、前者は一般第三者に關係深き排他的法律關係を規定する法規たることを理由とするに反し、後者は人倫道德風俗に關するが故に強行法規とされて居る。

第二節 物權法の法源

一 現行物權法の主な淵源は民法第二篇第七百七十五條乃至第三百九十八條の諸規定である。

其外之を補充するものとして、(一)物權に關する經過的法律關係を定めた民法施行法第三十五條乃至第五十一條、地上權ニ關スル法律(明治三三法)、(二)不動產物權の公示方法其他不動產に關する特別規定として不動產登記法(明治三二法)、建物保護法(明治四二法)、借地法(大正一〇法)、借家法(大正一〇法)、立木ニ關スル法律(明治四二法)、(三)外國人の不動產物權に關する地所質入書入規則第十一條(明治六布)、外國人土地所有權法(明治四三法)、永代借地權法(明治三四法)、外國人ノ抵當權ニ關スル法律(明治三二法)、(四)其他土地收用法(明治三三法)、遺失物法(明治三二法律八七號、大正二法律四號を以て一部改正)、立木ノ先取特權ニ關スル法律(明治四三法)等の諸法律がある。

尙ほ獨立の不動産以外一定の財團を抵當權の目的とすることを許す爲め鐵道抵當法(明治三八法)、工場抵當法(明治三八法)、鑛業抵當法(明治三八法)等の諸法律がある。

二 其外鑛業法(明治三八法)、砂鑛法(明治四二法)、森林法(明治四〇法)、國有林野法(明治三二法)、漁業法(明治四三法)、狩獵法(明治三四法)、耕地整理法(明治四二法)、河川法(明治二五號)、道路法(大正八法)、都市計畫法(大正八法)、市街地建築物法(大正八法)、擔保附社債信託法(明治三八法)、華族世襲財產法(大正五法)等は物權法と密接な關係を有する法律である

三 尙ほ商事に關する特別の留置權(商四一條、三二)、質權(商二七)、船舶債權者の先取特權(商六八〇)、抵當權(商六八六)等に關しては商法に特別規定がある。

四 又産業的財産權に關する特許法(明治四二法)、意匠法(明治四二法)、實用新案法(明治二六號)、著作權法(明治三二法)、商標法(明治四二法)等も純理上から謂へば物權法と離るべからざる法律であるが便宜上本書には此等の財産權を除外する。

五 以上の外慣習法が幾多重要な關係に付き物權法の淵源を爲せることは大に注意

を要すべき點である(相隣權に關する二一七條、二一九條二項、二二八條、二三六條、入會權に關する二)。尙此點に付ては本章第四節參照(四一頁以下參照)

第三節 物權の特質

はしがき

第一 物權の内容

一四頁

第二 物權の目的物

一五頁

第三 物權の定義

二〇頁

第四 物權の法律的構成に関する種々の考案

三六頁

三七頁

物權とは何ぞや。之を如何に定義すべきか。之れに付いては從來學者間に異説が多い。併し此問題は畢竟、各種の物權に通ずる共通の性質を求めて其總てに通ずる總則的の法理原則を形作らむが爲めに起るのである。故に問題は純理的と云はむよりは寧ろ現行法的である。

所で、現行の民法には占有權・所有權・地上權・永小作權・地役權・入會權・留置權・先取特權・質權及び抵當權なる十種の物權が認められて居り、其外特別法に於て明かに

物權の名稱を與へられたものに永代借地權(永代借地 權注一條)、鑛業權(鑛業法 一五條)等の諸權利がある。故に今茲で物權の定義を與へやうと思へば、それは少くとも此等の諸權利全部を包含し得るものでなければならぬ。

其所で、此等諸權利に通ずる要素を尋ねて見ると、(一)其一是此等の諸權利は何れも直接其物體に付て利益を享受することを内容とし他人の行爲の請求を目的とせぬことである。(二)其二是民法第八十五條に所謂「物」又は之に準すべき物體を目的物としてることである。故に物權の定義を與へる前に、私は先づ此二要素の各に付て稍詳細な説明をして見たいと思ふ。

第一 物權の内容

物權は其目的物に付いて直接何等かの利益を享けることを目的とする權利である。普通の用語を使へば直接物を支配する權利だと謂つても差支あるまい。

一 物に付き直接利益を享受すること

イ 物に付き直接利益を享受することは、敢て他人をして一定の行爲を爲さしむるにあらず、直接物から一定の利益を享受するを謂ふ。債権は縦合物の給付を目的とする場合でも、其内容は單に特定の債務者をして物の給付なる行爲を爲さしむることと存し、物權に於けるが如く直接物について利益を享受し得ることを内容とせぬ〔註一〕。

〔註一〕 民法上地上權乃至永小作權と賃借權との區別は此點に存する。此區別を認める必要ありや否やの立法論は別問題として、現行法上此區別あることは否認出來ぬ。現行法上賃借權の物權にあらざることは通説の認むる所だが、此點に付いては別著債權各論五九二頁以下参照。尙最近大審院は家屋の賃借權に付き其債權にして物權にあらざる旨を明言して（大審九・一〇・四民二録二六輯一四一六頁）。

但し不動産賃借權が純粹なる債權から漸次物權的の保護を受くるに至るのは古來各國に於ける法律進化の一傾向である。現に民法六〇五條、建物保護法（明治四二年法律四〇號）及び借家法（大正一〇年法律五〇號）一條は本來債權たる不動産賃借權を以て爾後其不動産に付き物權を取得した者にも對抗出來るやうにして居る。かくして不動産賃借權は漸次物權に近付きつゝあるものと見るこゝが出来ぬ。拙稿「住宅問題と借家法案」法學協會雜誌三九卷三號六九頁以下参照。

ロ 物權の内容たる物上享益の態樣並に範圍は、物權の種類如何に依つて色々異なる。之を標準として物權の種類を大別すると次の通りになる。

a 權利の目的物が提供する一切の利益を享受し得る權利（所有權）

b 目的物に付き或る限られた範圍の使用収益を爲し得る權利（地上權、永小作權、地役權、入會權等の用益權）

此等の權利は、程度範圍の差異こそあれ、總て目的物に付て其使用収益を爲し得る權利である。其中不作爲の地役權は目的物たる承役地に付き何等かの行爲を爲すを以て其内容とせず、權利者は唯其土地が一定の目的に使用せられざることにつき利益を有するに過ぎぬ。併し此場合でも權利の内容は直接其土地に付いて右に述べたやうな利益享受を爲し得るの點に存し、其結果として何人と雖も權利の内容に違背するやうな方法で其土地を使用する者があれば、其者が恰も承役地の所有者なると否とに關係なく、總て之に向つて行爲の停止を請求し得るのである。故に不作爲の地役權も尙之を物權の範疇内に置くことが出来る。

。債権の擔保を目的とする権利 其中(一)債務の履行あるまで單に目的物を留保することを得しむるに過ぎぬ權利(留置權)と(二)債務の任意辨濟なきか又は債権が他の多數の債権と競合して債務者の總財産が其全部を完済するに足らざる場合に目的物を金銭に代へ之を以て債務の履行に當て得る權利(先取特權、質權、抵當權)とがある。

尙占有權は、一定の權利は一定の外形を伴ふを通例とする事實あるを基礎とし、逆に一定の外形あるときは一先づ假りに其外形に相當する權利保護を與へむとする制度で、以上の分類とは別に特殊の地位を占むべき權利である。

二 物權の排他性

所が一定の物の供給する利益の種類範圍は有限なるを原則とする。従つて例へば茲に十の利益を供給し得る物があり而して甲者其十全部を享受し得るとすれば、最早乙者が同一物に付て享受し得べき利益は少しもないと謂はねばならぬ。之を法律的に謂へば同一物上に互に相容れざる内容の物權が二個以上同時に成立することは

法律上不可能である。是れ即ち物權の特質たる排他性で、實を云ふと獨り物權のみならず苟も支配權たる以上事物當然の結果として存在せねばならぬ性質である(註二)。

(註二) 物權の排他性は以上の如き支配權の性質から自然に出て來る特質である。故に所有權と他の制限物權との間に於けるが如く二個の權利が其目的上互に相容るべき性質のものなるときは二者が同時に一物上に成立するを妨げざるは勿論、不作爲の地役權のやうに特殊の内容を有する物權は同一承役地上に全然同一内容のものが同時に二個以上成立するを妨げぬ。此等は例外にあらずして事物當然の結果である。之に反し、債權は縱令特定物の給付を目的とするものでも同時に二個以上のもものが併存し得る。蓋し此場合に於ける權利の内容は單に給付を請求することに存し、而して數人に對して同一内容の給付を約した債務者は愈々履行の時になつて事實何れの債權者に向つて履行すべきかを決定すればいいのだから此等數個の債權は結局に於て抵觸すべき内容を有するに拘らず、其時までは何れも可能の給付を目的とするものとして併存し得る譯である。故に債權には排他性がない。

排他性は支配權の事物當然の性質上出て來る性質である。然るに從來多數の學者は排他性と所謂絕對性とを混同し、物權は排他性を有し従つて絕對權であると説いて居る。併し絕對性とは何人に對しても權利を對抗し得ること、換言すれば何人も

排他性上絶對性

其權利を尊重せねばならぬ之を侵害するは法の禁する所であると云ふ意味に外ならぬ。して見れば絶対性は物權乃至支配權に限つた特質ではなく、苟も權利たる以上凡て絶対性を有すと云はねばならぬ。一定の行爲を請求するとか、物を支配するとか云ふやうな權利の中核を成す内容あると同時に、一般第三者其中核を侵すべからずといふ權利の外圍あつて初めて權利がある。一般第三者が侵害しても差支ない權利なるものは事實存在し得ない。故に絶対性は凡ての權利に通ずる性質である。反之排他性は支配權の特性と見ねばならぬこと上述の通である〔註三〕。

〔註三〕 排他性及び相對性に関しては法曹記事二四卷三號及五號拙稿「第三者ノ債權侵害ハ不法行爲トナルカ」及び法學協會雜誌三九卷五號拙稿「中島博士の著者に引用された余の所説について」參照。

第二 物權の目的物

物權は其目的物に付いて直接利益を享受し得る權利である。然らば如何なるものが物權の目的物となることを得るか。此問題は現行法が物權として認めてる各種の

權利に付き一々之を審査して決定せねばならぬ。

一 物權の目的物は必ず民法第八十五條に所謂「物」なることを要するか。

物權の目的物は原則として民法第八十五條に所謂「物」なることを要する。此點は全く疑ひない。

然らば、其以外のものは全然物權の目的物とならぬか。換言すれば、權利の内容は「物」を目的物とする普通の物權と同じく直接目的物に付いて利益享受を爲すことに存するが、唯其目的物が「物」でないこと云ふ僅かな差異あるに過ぎぬ場合に、尙之を物權と稱すべきか又は物權の概念から除外するを適當とすべきか。學者の多數は物權たる以上必ず「物」を目的とせねばならぬ。然らざるものは縱令如何に權利の内容が似て居ても之を物權と稱すべからず。唯之を物權に準じて取扱ひ得るに過ぎぬ、と説く、乍併此意見は形式的に過ぎる。縱令目的物は「物」でなくとも權利の内容が「物」を目的とする普通の物權と全く同じで、大體之に關する規定を適用し得るなら

ば、態々之を物權と區別して説明する必要は少しもない。私は大體普通の物權に關する規定をそのまま適用し得る權利ならば寧ろ之を物權なりと謂ひたいのである。何故なれば、現に民法自らも有體物にあらざる「權利」を目的物とする物權を二三認めて居るから。

「物」にあらずして物權の目的物となるや否や問題となり得るものは左の通りである。

イ 權利

債權其他の權利は所有權の目的物とならぬ。此等の權利の主體たることを稱して、態々此等の權利につき所有權を有するのだと考へる必要は少しもないからである〔註四〕。

〔註四〕斯くの如く債權は所有權の目的物とならぬ。乍併記名債權の如く全然證券化されてる債權は、取引上普通の動産と全く同じ交換價値を有するが故に、民法に於ても「之ヲ動産ト看做」(八六條)して居る。従つて此種の債權の上には更に所有權が成立するものと見ればならぬ。無論債權の發生消滅其他請

無記名債權

求・履行等の關係に付いては普通の債權に關する法規を適用するのだが、其讓渡其他取引の目的物たる關係に於ては動産所有權と同様の取扱を受けるのである。

尙同様の理由に依り、無記名債權に付いては準占有にあらざる普通の占有が成立し又之を目的とする質權は債權質ではなくて動産質である。

反之其他の物權の目的物たることは既に民法自らが之を認めて居る。(一) 其一是債務者の總財産について存する一般の先取特權(三〇條)、財産權を目的とする權利質(三六二條以下)及び地上權・永小作權を目的とする抵當權(三六九條二項)である。此等の權利は何れも債權の擔保を目的とし、債務者が任意履行をせぬ場合又は債權が他の多數の債權と競合して債務者の總財産が其全部を完済し得ざる場合に、目的物を金銭に代へてそれから債務の辨済を受けることを其内容として居る(一八頁参照)。従つて目的物が民法第八五條に所謂「物」なることは少しも必要でない。苟も金銭的價値を有して債權の擔保となり得るものなれば、總て「物」と同様に此等擔保物權の目的物となり得る譯

物權の目的物—權利

準占有

であり、反之縦令「物」でも譲渡し得ず従つて金銭に換價し得ぬものは擔保物權の目的物となり得ないのである(例へば三四三條、三六二條二項参照)。故に如上の財産權を目的とする各種の擔保物權を物權の概念外に排斥する理由は少しもない。(二) 其二是準占有である(二〇五條)。占有權は、一定の權利は一定の外形を伴ふを通例とするの事實を基礎とし、逆に一定の外形ある時は一先づ假りに其外形に相當する權利保護を與へむとする制度である。無論此制度は「物の所持」なる外形に權利保護を與へる普通の占有に關して發達したのであるが、同じ觀念は「物の所持」以外の外形に付いても之を認め得る。是れ民法が「財産權の行使」なる外形に占有に準ずる效力を與へて準占有と稱する所以である。私は毫もかゝる權利を物權の概念から除外する必要を認めない。

□ 電氣

電氣は現行民法の解釋上「物」にあらずと謂ふのが通説である。併し電氣と雖も實際上取引の目的となり得ること毫も「物」と區別せらるべき點がない。瓦斯や揮發油

は「物」なるに反し電氣は「力」に過ぎぬと云ふのが一般の考であるらしい。けれども二者は其物理的性質上各々それに相應する取扱方法を講せねばならぬと云ふ技術的の差異があるだけで、取引の目的たる點より云へば其間殆ど何等の差異をも認めることが出來ぬ。此故に私は電氣の所有權も普通の動産所有權と全く同じものとして取扱ひたいと思ふ。

ハ 發明・著作の如き智能的創作物

此種の無體物を獨占して利用する權利は、性質上所有權に類似したものである。乍併此種の權利は智能的創作を獎勵する目的を以て特に認められた權利である。従つて普通の動産所有權とは違つて其方面の色彩が特に顯著であり、現行法上も此に關して一團の特別法が存在する譯である。故に此種の權利は智能的創作權なる名稱の下に普通の動産所有權とは別に取扱ふのが至當だと思ふ。

二 鑛區

物權の目的物—電氣—智能的創作物—鑛區

鑛業權は鑛區に於て鑛物の試掘・採掘を爲す權利である。而して鑛業法は「鑛業權ハ物權トシ不動産ニ關スル規定ヲ準用ス」(一五條)と規定してに拘らず、鑛區は民法第八十五條に所謂「物」でないから、學問上の分類に於ても之を物權の一種と見るべきや否や疑問の餘地がある。元來一定の地域に付いて利益享受を爲す事を内容とするの點から云ふと、鑛業權と一般不動産物權とは全く同じものである。併し一般の不動産物權は凡て地表の利用を主たる標準として認められ、從つて其個數を定むるの規準たる土地も地表の利用を標準として區劃し定められて居る。反之鑛業權は鑛物の掘採を目的とする、從つて其單位を定むるの基礎たる鑛區は其目的に添ふやう鑛物掘採の便宜を標準として定められる。其結果同じ地球の表面が二種の異なつた標準に依つて區劃され又それを規準として權利の單位が定められてる。其中主として地表の利用を標準とするものが土地及び之を目的とする一般物權であり、鑛物掘採を標準となすものが鑛區及び鑛業權である。故に鑛區は同じく地表の區劃には違ひな

いが、民法第八十六條に所謂土地ではなく、從つて第八十五條に所謂物でもない。併し地球の表面を利用する權利たるの點に於て二者は全く同じものだから、鑛業法に於ても「鑛業權ハ物權トシ不動産ニ關スル規定ヲ準用ス」と規定したのである。即ち鑛業權の目的物は民法第八十五條に所謂「物」ではないけれども、學問上尙之を物權の一種と認めて差支ないのである(註五)。

〔註五〕 鑛業權の性質については法協三一卷九乃至一一號拙稿「鑛業權ノ本質」參照。

二 物の一部は物權の目的となるが。

物の一部は獨立して物權の目的とならぬと謂ふのが現在の通説である。今假りに普通一般の取引上一單位として取扱はるるを通例とする物が、法律上二人以上に分屬して居るとすれば、此等の權利者相互の内部關係に於ては兎も角、一般第三者より之を見れば容易に其實狀を知ることが出来ない。其結果判斷を誤つて不測の損害を蒙るの虞がある。次に又不動産登記簿上一筆の土地として一個の所有權の目的

となつて居るものが、同時に一個の地上權一個の抵當權の目的物になつて居れば格別若しも其土地の一部たる甲の部分は地上權、乙の部分は抵當權の目的になつて居ると云ふやうなことがあるれば、登記簿面は混亂して取扱上不便を生ずるのみならず、實際上種々間違を惹き起し易い。故に物權法の原則として一物一權主義を採ることは權利關係の明確を期する點から考へて、確かに必要である。現行民法が此原則を基礎として居ることは私も亦通説と共に之を認める〔註六〕。

〔註六〕 故に「土地ノ分割譲渡ヲ目的トスル場合ニ於テハ其地番反別共ニ特定シタルトスルモ未ダ分割手續ノ完了セザル間ハ分割スベキ土地ノ部分ハ獨立シタル一箇ノ物ニアラザルヲ以テ之ニ對シ所有權ヲ取得シ得ベキニアラズ」(大審三・二二・二一民二錄二〇輯一〇八五頁以下)。又土地の一部だけを抵當に入れるには、先づ其部分を分筆して獨立一個の土地を爲し、以て所有權の目的物と抵當權の目的物とを同一範圍のものたらしめねばならぬ。

民法が一物一權主義を原則として認めて居る根據は以上の通りである。それならば、此原則は何等の例外をも認め得ない程嚴格なものとは思はれない。現に民法に

於ても多少の例外を認め、判例に於ては極めて範圍の廣い重要な例外を認めて居る。

イ 民法上明文を以て認められた例外

民法上明文を以て物の一部が獨立して物權の目的物となることを認められた場合の主なるものは次の通りである。(一)一棟の建物を區分して其各部分を異別の所有者に歸屬せしむることを得る(二〇)〔註七〕。(二)相隣者の一人が相互共有の墻壁の高さを増した其部分だけは獨立して其者の所有に屬する(二三)。(三)未だ分離せざる果實は元物の一部なるに拘らず(八九條) 民法は其上に先取特權の成立することを認めて居る(三一)。

〔註七〕 此場合は考方に依つては區分された各部分が法律上獨立の一建物となるので物の一部に付て物權が成立する場合にはないやうにも思はれる。不動産登記法第九四條は寧ろ此考方に従つたやうに思はれる。併し事は要するに考方の問題に過ぎずして實體は全く同じことである。故に茲では大審五・九・二〇民三錄二二輯一四四六頁の考方に従つて物の一部が物權の目的物となる場合の一だき考へて置く。尙斯くの如く民法は一棟の建物が區分されて數人に分屬することは認めるけれども大審五・二一・二九民

三條二二輯二三三三頁は斯くの如き「區分所有權ヲ認ムルハ一棟ノ建物中區分セラレタル部分ニミニテ獨立ノ建物ト同一ナル經濟上ノ效用ヲ全フスル事ヲ得ル場合ニ限ルモノニシテ其部分ガ他ノ部分ト併合スルニアラザレバ建物タル效用ナキトキハ一棟ノ建物トシテ所有權ノ目的ニルベキモ各部分ニ付區分所有權ヲ認ムベキニアラズ」と云ふて居る。

□ 判例に依つて認められた例外

民法が明文を以て認められた例外は大體右を以て盡きるけれども、判例はそれ以上に進むで二三の重要な場合に付て例外を認めて居る。

a 分離前の果實

分離前の果實は——縦合如何に成熟したとしても——尙依然として元物の一部に過ぎぬ。所が實際の取引社會に於ては、分離前の果實を賣買する慣例が少なくないのみならず、當事者は其所有權が直に買主に移轉することを希望し、少くとも彼等相互の内部關係に於ては全く所有權の移轉ありたるものとして取扱ふのが實際の慣行である。然らばかかる希望や慣行の效力を第三者に對する關係に於ても完全に認め

ることは出来ないか。通説は之を不可能なりと解するらしい。併し此際若しも當事者が右所有權の移轉を一般第三者に公示すべき何等かの方法を講じたとすれば、第三者が右の移轉を知らずして不測の損害を蒙る虞は極めて少くなる。而して一方右移轉の效力を完全に認めてやれば當事者は少からざる利益を受ける。それを差引き較量して見ると分離前の果實と雖も其獨立移轉を許すことが寧ろ穩當であるやうに思はれる。是れ從來幾多の判決が、分離前の果實と雖も、其移轉を一般第三者に公示すべき適當の方法さへ講せらるゝならば、元物と獨立して他人に移轉し得る旨を認めた所以である〔註八〕。

〔註八〕 此主旨の判例の主なもの左の通りである。

(一) 樹木に附着せるままの雲州蜜柑の所有權移轉を認めた大審五・九・二〇民三條二二輯一四四〇頁以下。本判決は物の一部と雖も獨立して物權の目的物となり得べきことを認めた基礎判例である。

(二) 桑樹に附着せるまゝの桑葉は「土地ノ定着物タル桑樹ト一體ヲ成スヲ以テ純然タル動産ニアラズト雖モ天然果實ハ其定着スル土地又ハ草木ヨリ分別シ獨立ノ物トシテ賣買取引ノ目的ト爲スコトヲ得ベ

ク此場合ニ於ケル果實ハ未ダ樹枝ト分離セラレザル以前ヨリ一種ノ動産トシテ取扱ハルルコトヲ妨ゲざる故獨立して其所有權を移轉し得べきことを認めた大審九・五・五民三條二六輯六二二頁以下。尙大審五・一〇・一九民二條二二輯一九三一頁以下は桑葉は果實だけれども桑樹其ものは土地の定着物にして果實にあらずと謂ふて居る。

此等の點は古くは寧ろ反對に解せられる氣味であつたが（東京控四四・五・一三最近判例集八卷一九五頁参照）、今日に於ては殆ど争のない確實の判例と言つて差支ない。而して判例は何れも所有權移轉を公示すべき適當の方法を施すべきことを要求して居ることに注意せればならぬ。此點に付ては後に物權變動の公示方法に關する部分で再説する。

尙此判例の主旨を青田實買の場合にも及ぼし得るや否やは今日尙疑問である。古く福島地四三・一〇・三一法律新聞六九八號二五頁等の判決は之を消極に解して居るが、此等の判例は何れも絶對的な一物一權主義が學者に依つて盲目的に唱導された時代の所産だから、今日直に之に重きを置くことは出来ぬ。私には上記諸判例の主旨に従ひ此場合と雖も米が既に成熟して收穫に近付いてるならば其所有權を獨立して移轉し得る、反之成熟以前には移轉出来ないものと解したい。殊に米麥の如き國民の主要食料たる穀物が未だ生胃の途中に於て早くも生産者たる農民の手―従つて其利害―を離れて投機商の手中に歸することは食料政策の上から言ふても好ましくないと思ふ。

b 立木

毀損するか又は法外の費用を費すにあらざれば動かすことの出来ない樹木は、土地に附着して其一部を成すものである。尤も立木法に依つて所有權の保存登記を受けた樹木の集團は特に「立木」なる名稱の下に「不動産ト看做」されて居るが、それは今茲では問題外である（註九）。此意味の「立木」でない普通の樹木は土地の一部なるに拘らず、從來の慣行及び判例は例外なく、土地と獨立して其所有權を他人に移轉し得べき旨を認めて居る（註一〇）。而して此場合にも、一般第三者をして移轉の事實を明認せしむべき適當の方法を講ずべきことが要求されて居る（註一一）。

〔註九〕 此意味に於ける「立木」に付ては大審五・三・二民三條二二輯七四六頁及び同六・七・六民一條二三輯一〇九七頁参照。

〔註一〇〕 大審三八・五・一五民二條一一輯七二六頁、同五・二・二二民一條二二輯一六八頁、同八・一〇・三民一條二五輯一七三七頁末段の議論等。尤も考方に依つては樹木は土地の定着物として獨立の不動産であることも説明出来るのだが、判例は終始一貫して、土地の一部ではあるが古來の慣行上生立のまゝ獨立して取引の目的になるのだと謂ふて居る。

〔註一〕 此點は物權變動の公示方法の部で詳説する。

以上の如く、判例が物の一部なるに拘らず獨立處分を許してゐるものは、何れも慣行上又は取引上特に之を許すの必要顯著なるものに限る。同様の主旨を濫りに其以外に及ばしむることは判例の主旨でない〔註二〕。

〔註二〕 現に(一)大審七・四・一三民三錄二四輯六六九頁ハ「堤防ニ定着スル樹木及ビ石垣ノ賣買」につき
 一 樹木は別論として「堤防ニ定着シタル石垣ハ本來土地ノ一部ナルヲ以テ之ヲ賣買シタルトキハ土地
 ヲ分離シタル後ニ所有權ノ移轉行ハルルモノトス」と云ふて居り、(二)大審七・三・一三民三錄二四輯五
 二三百は「土地ト分離セザル珪石ハ獨立シテ物權ノ目的ト爲ルコトヲ得ザルモノニシテ常ニ土地ノ一部
 トシテ其土地所有者ノ所有ニ屬シ第三者ハ之を採取する債權ならば兎に角一獨立シテ其上ニ所有權ヲ
 取得スルコト能ハズ」と謂ふて居る。

三 物の集團は物權の目的となるか。

物の集團も獨立して物權の目的物とならぬのを原則とする。物は各々一個の物として夫々の經濟的價值を有するを通例とするからである。所が物の集團の中或種の

ものは、之を構成する各個の物が有するとは異なつた獨立の經濟的價值を有するが故に、必要に應じて之をも獨立の物權の目的とすることは決して無意味でない。殊に抵當權の如く、目的物夫れ自身に付いて用益的利益を有すと謂はむよりは、寧ろ其金錢的價值に依つて債權の滿足を得ることを目的とする權利にあつては、特殊の經濟價值を有する財團を以て、其目的物たらしむることに充分の意味がある。是れ現行法上、工場財團(工場抵當法一四條)、鑛業財團(鑛業抵當法一條三條)、鐵道財團(鐵道抵當法二條)、立木(立木法一條二條)等を抵當權の目的とする制度の存在する所以である〔註三〕。

〔註三〕 尤も此等の特殊財團や立木は法律上一個の不動産乃至物と看做されて居るから、單なる形式論のみより見れば、此等の場合も物の集團に付いて抵當權が成立してゐるのではなく、一個の不動産乃至物が普通の抵當權の目的物になつてゐるに過ぎぬ、と云つて差支ない。併しそれは唯規定並に考方の便宜に基くので、實質的に言へば無論物の集團が物權の目的となつてゐるものに外ならぬ。

尙立法論として云へば、物の集團を法律上獨立の一個體として取扱はねばならぬ場合は、以上の外にも尙少くあるまいと思ふ。現在の民法は權利關係の混亂を虞る

るが爲め不必要に物乃至財産の集團なる觀念を排斥し過ぎてると思ふ〔註一四〕。

〔註一四〕 此點については松本氏論文集一卷二六五頁以下「總括的意義に於ける財團」參照。尙此問題に關しては是非共 Gierke, Deutsches Privatrecht, II Bd., §104 Gesamtsachen を一讀する價値がある。

第三 物權の定義

物權は繼て以上に説明した二要素の組合はせから成り立つて居る。而かも各要素の態様内容は各種の物權に付いて一々異なつて居るのみならず、甲なる物權に於て第一の要素がかくくの態様を持つて居ることは、恰もその物權に於ける第二の要素がこれくの内容を持つて居ることと密接な相關的關係を有するのである。例へば債權の上に所有權は成立しないけれども、質權占有權は成立し得ること上述の通りである。

此考を基礎として、物權を定義すれば大體左の如く謂ひ得ると思ふ。

物權とは直接物に付いて或る利益の享受を爲し得る權利である。而して其物は民

法第八十五條に所謂「物」なるを通例とするが、權利の種類に依つては其以外のものを目的物とするに拘らず尙全く同様の取扱を與へ得るものがある。

第四 物權の法律的構成に關する種々の考案

以上に説明したるが如き物權の法律的構成に就ては古來澤山の學説がある。其中重要なものを分類して紹介する。

一 凡そ權利は人と人との間にのみ成立する。物權は物權者以外の多數不特定の一般人に對する禁令に外ならぬ。物を直接支配することを許すと云ふが如き積極的内容は物權の内容でない。それは唯事實上の問題で、法律上の問題としては物權者以外の一般第三者が其物の支配を禁止せられつゝあるに拘はらず物權者のみは其禁止を受けず反つて其支配を爲すに付き他人に妨げられざる點に於て法律の保護する利益即ち權利を有するに過ぎぬ。換言すれば物權の本體は此消極的方面で積極的方面は單に其反影に過ぎぬとする説。尙此考を更に極端に進めて物權とは一個の權利にあらすして單に不定多數の人々に對する多數の禁令を總稱する名義上の便宜手段に過ぎぬとする學者もある。

二 物權は一方に於て直接物を支配する積極的内容を有すると同時に他方に於て物權者以外の一般第三者が之を妨げてはならぬと云ふ消極的内容を有するものにして、後者は前者の作用を完からしむる目的を以て物權の内容を爲すとす。此説は先づ一般の通説と見ることが出来る。併し其消極的方面の説

明に付いては、(イ)第三者の不可侵義務は對立義務で物權者は一般第三者に對して無數の不作爲請求權を有する説及び(ロ)此不可侵義務に對し物權者自ら何等の請求權を有せず物上請求權は侵害を俟つて初めて發生するに過ぎぬとする説がある。此終りの説が我國の通説である。

私の考は略通説と同じであるが、物權の消極的方面を物權のみの特質なりと考へずして權利一般の通有性なりと考へ、從つて物權の特色は寧ろ支配權たるの點に存するのだと考へて居る。此點については法曹記事二四卷三號及び五號拙稿「第三者の債權侵害は不法行爲なるか」及び法協三九卷五號拙稿「中島博士の新著に引用された余の所説について」参照。

第四節 物權の種類

- 第一 物權の種類を法定する理由 三九頁
- 第二 現行法の規定(第七十五條) 四一頁
- 第三 現行法の認むる物權の種類 四三頁

第一 物權の種類を法定する理由

債權には排他性がない。従つて其存否及び内容の如何は一般第三者に損益する所が少ない。初期羅馬法のやうに法律關係の整頓に苦心した時代には、債權の發生に付いてさへも形式主義をとつて契約の種類と形式とを制限したけれども、個人主義を基礎とする近世の法律は各個人の意思に無上の力を認め各人の欲する所は法律上出來得る限り之を保護し其實現に務むることなし、又他方に於ては世の中の進歩は最早立法者をして法律關係の整頓にのみ没頭するの必要なきに至らしめた。茲に於てか近世民法の基礎として契約自由の原則が認めらるゝに至つた。

然るに物権は債権と異なつて排他性を特色とするから、直接第三者の利益に關係する所が頗る多い。如何に各個人の意思を尊重する近世民法でも此に付ては寧ろ法律關係の整一に専心せねばならぬこと羅馬の立法者が債権に付いてまでも此種の努力を爲さねばならなかつたのと同じである。是れ民法が物權法に對する契約自由の原則の適用を狭く制限して「物權ハ本法其他ノ法律ニ定ムルモノ、外之ヲ創設スルコトヲ得ズ」(一七)と定めた所以である(註一)。

(註一) 物權の種類を制限すべきや否やの問題と物權公示の問題とは極めて密接な關係を有する事柄である。何故なれば權利の存在並に内容が第三者に依つて容易に知れ得るならば、如何なる内容の物權を作らうとも第三者を害する虞がないからである。是れ占有 Gewere, saisine, seisin の公示力に充分の效力を認めた「ゲルマン」系統の法律に於て物權の種類を限定しなかつた所以である。此考は其後人間が段段に動き廻るやうになつて占有の公示力が薄弱となり、同時に之を補ふ方法として登記制度が發明された後にも尙依然として存続した。而して近世に於て此考を最も極端に發揮したものは「プロイセン」民法である。同法に依れば占有又は登記を伴ふ限り總ての使用收益權は物權として取扱はれた(Alt. I. 14. 19)。

今日に於ては、物權の内容如何を占有に依つて明確に公示することの出来ないのは勿論、登記簿を簡明ならしむの必要上之に登記し得る事項を制限する必要も亦存在するが故に物權の種類を無制限ならしむることは最早到底不可能である。故に獨逸民法、瑞西民法等は總て限定主義を採つて居る。

私は、現行民法の認めてゐる動產物權の種類が不動產物權のそれに比して少ない、即ち動產の用益物權が現行民法に於て認められてない理由も、主として占有の公示力が登記ほど充分でなく従つて間違を起し易い點に存するのだと説明したい。

第二 現行法の規定(第七十五條)

一 現行法上創設し得る物權は民法其他の法律に於て認められたものに限る。

茲に「法律」とは憲法上の意義に於ける法律を云ふ。従つて命令を以て別種の物權を認めることは出来ない。但し憲法第八條に所謂「法律ニ代ハルベキ勅令」は此限でないこと勿論である。

慣習法は其内容が「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セザル」以上「法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ビ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限り法律ト同一ノ效力ヲ有ス」(二) (法例二條)のものなるが故に、之れ亦物權創設の力を有するものと謂はねばなら

ぬ。勿論民法施行法第三十五條には「慣習上物權ト認メル權利ニシテ民法施行前ニ發生シタルモノト雖モ其施行ノ後ハ民法其他ノ法律ニ定ムルモノニ非ザレバ物權タル效力ヲ有セズ」とあり、又同第三十六條には「民法ニ定メタル物權ハ民法施行前ニ發生シタルモノト雖モ其施行ノ日ヨリ民法ニ定メタル效力ヲ有ス」〔註二〕と定めてあるが、之れは民法施行前古來の慣例に基いて成立した幾多の混亂した物權關係を一應整理統一することを目的としたものに過ぎぬ。活きた實際社會の需要に基いて自然と生れて來る慣習法を、法例第二條の範圍内に於てすら、凡て將來に向つて發生せざらしめむとするが如きは、縦令物權法の範圍内に於ても事實不可能であり又法の活力、社會適應性と云ふことから考へて有害である。現に吾國に於ても社會の需要と裁判所の判決とは各種の點に付き特殊の物權的關係を慣習法的に成立せしめむとして居る〔註三〕。

〔註二〕 尙「民法施行前ヨリ占有又ハ準占有ヲ爲ス者ニハ其ノ施行ノ日ヨリ民法ノ規定ヲ適用ス」と云つてゐる民施三八條も右三六條と同一主旨の規定に過ぎぬ。

〔註三〕 此意見は從來の通説に反する。

二 「物權ハ之ヲ創設スルコトヲ得ズ」とは次の二のことを意味する。

イ 民法其他の法律に認めざる種類の物權は當事者任意の特約を以て之を創設するを得ざること。

ロ 縦令名稱は民法其他の法律に認められたものと同一でも其内容が法律の定むる所と異なるものは當事者の任意を以て創設し得ざること（民施三六）。

當事者が法律と異なつた定めを爲した場合（例へば五十年以上の存續期間を有する永小作權を設定する旨の契約を爲した場合）に、其定めのみを無効として法定の内容の權利を成立せしむべきか又は契約全部を無効とすべきかに付ては、第二百七十八條、第三百六十條等の如き明文ある場合もあるが、何等の明文なき場合には當事者が物權をして斯る特別の内容を有せしむることを契約の抜き差しならぬ重要な部分と考へたか否かを解釋して決すべきである。

第三 現行法の認むる物權の種類

一 現行の法律に依つて認められた物權は民法上の占有權、所有權、地上權、永小作權、地役權、入會權、留置權、先取特權、質權及び抵當權の十種と、永代借地權法に依つて認められた永代借地權及び鑛業法に依つて認められた鑛業權とである。

二 以上法律に依つて認められた諸物權を學者は色々に分類する。其中重要な分類を擧げる。

イ 動產物權と不動產物權

民法は獨逸民法や英米法に於けるが如く此二種に關する法律關係を充分に區分して規律しない。併し事實兩者の間には多大の差異がある。従つて規定の上では混同して規定されては居るもの、二者は多數の點に於て事實上區別せられて居り動產物權又は不動產物權の何れかにのみ適用せらるる規定が非常に多い。故に實際上の便宜から云へば二者を全然區分して規定した方が良かつたと思ふ。

ロ 所有權と制限物權

先に「物權の内容」に關する部分（以下頁）で説明した通り、物權は其内容たる物上享益の態樣並に範圍の如何に依つて、次の如く大別される。

a 所有權 目的物が提供する一切の利益を享受し得る權利である。

b 用益物權 目的物に付いて或る限られた範圍の使用収益を爲し得る權利で、地上權、永小作權、地役權、入會權は此に屬する。

c 擔保物權 債權の擔保を目的とする權利で、其中更に、（一）債務の履行あるまで單に目的物を留保することを得しむるに過ぎぬ權利（留置權）及び、（二）債務の任意辨濟なきか又は債權が他の多數の債權と競合して債務者の總財産が其全部を完済するに足らざる場合に目的物を金錢に代へ之を以て債權の満足に當て得る權利（先取特權、質權、抵當權）の二種を分つことが出来る。

此中bcは其内容たる物上享益の範圍所有權のそれに比して狭少なるが故に、學者一般に之を稱して制限物權 *beschränkte dingliche Rechte* と謂ふ（註四）。

〔註四〕 學者に依つては制限物權の代りに他物權 *ius in re aliena*, *Rechte an fremder Sache* なる文字を使ふ人もあるが、場合に依り所有者自己の物の上にも亦制限物權成立し得ること(一七九條一項但書)等を考へると此文字は正當でない。

八 占有權

占有權は、一定の權利は一定の外形を伴ふを通例とすこの事實あるを基礎とし、逆に一定の外形あるときは一先づ假りに其外形に相當する權利保護を與へむとする制度で、以上の分類の何れにも屬せず、而かも同時に何れの權利——物權のみならず債權——とも關係のある特殊の權利である。

三 我物權法を通覽して感ずるのは民法が物權なりとして保護せる對物利益の範圍が餘りに狭くて吾國實際の需要に適合せぬことである。入會、小作、借地、借家、賣渡抵當、信託等の問題は凡てこゝから起る。吾物權法は物權關係の整頓に急にして當然保護すべき對物利益の保護を怠つて居る。

第五節 物權の效力

第一 總說

四七頁

第二 優先的效力

四九頁

第三 物權的請求權

五〇頁

第一 總說

一 物權は直接物に付いて利益を享受する權利である。所が一定の物の供する物的利益には自ら一定の限りがある。既に一人が其利益の全部を壟斷せる以上、他人が更に其同一利益を享受することは不可能である。換言すれば、一物上に物權存するときは、事物の性質上當然之と相容れない第二の物權が同一物上に成立することを妨げる。是れ即ち物權の排他力で學者の多く稱して「後に發生する物權に對する優先的效力」と云ふものである。

二 物權は物に付いて直接利益を享受することを内容とするに反し債權は單に他人の行爲を請求することを内容とするに過ぎぬ。従つて縱令其請求の目的たる行爲が物に關する場合でも、債權者は直接其物に付き何等の享益的行爲を爲すこと能はず、僅かに債務者の行爲を通じて間接に其物から利益を享け得るに過ぎぬ。故に斯る債權の存在は毫も同一物上に物權の成立することを妨ぐるものでない。學者之を稱して「一般債權に優先する效力」と云ふ。

此の二の優先的效力を總稱して物權の優先的效力若くは優先權 *Vorzugsrecht*, *droit de préférence* と謂ふ。

三 尙終に物權は物に付いて直接の利益享受を爲すことを目的とするものなれば、若し他に妨害があつて完全な利益享受を爲すこと能はざるに至らしめたときは、物權者は之に因つて當然、其完全な状態を恢復するが爲め、妨害者に對して妨害を除去すべき行爲を請求することが出来る。是れ即ち學者の所謂物權的請求權 *dingliche*

licher Anspruch である。

四 此等の效力は凡て物權の排他性から當然生まれる効果である。學者に依つては之を説明して物權の絶対權たることから生ずる效力だと謂ふ。併し絶対性とは一般人に對し不可侵義務を負担せしむるの謂ひで、之から生ずる効果は單に權利の侵害をして違法ならしむるの一點に過ぎぬ(一九頁以下参照)。

第二 優先的效力

一 後に發生する物權に對する優先的效力(排他性)。

物權は排他性を特質とする。同一物上に互に相矛盾すべき内容の物權が二個以上同時に成立することを許さぬ。既に一個成立せる以上第二のものを成立せしめむとするも無効である。物權の順位も亦同一の理由に基いて發生する。

併し此點には二の大制限がある。

イ 公示要件を充たさざる物權には完全な排他力がない(一七七條、一七八條)。

□ 先取特權相互間及び其他の物權に對する順位は、必ずしも發生時期の前後に依らずして、法律を以て定まつて居る(三二九條乃至三三一條、三三四條、三三九條等)。

二 一般債權に對する優先的效力

物權は直接物に付いて物的利益を享受する權利だから其物に關して發生した普通の債權に優先する。例へば不動産賃借權は登記しなければ(六〇五條參照)後から同一物上に相妨ぐべき内容の物權を成立せしめることの妨げとならぬ。従つて債權の行使は縱令強制執行若くは破産手續の如き強制手段に依る場合でも物權に優先出來ぬ。破産法上破産財團中に存する特定の物に付き所有權を有する者が取戻權 *Aussonderungsrecht* を有し(舊商一〇、一五條)、抵當權、留置權、特別の先取特權等を有する者が別除權 *Absonderungsrecht* を有するが如き(舊商九、九七條)、又民事訴訟法中第三者の執行異議の訴(五四、九條)、物上擔保權者の優先辨濟請求權(五六、五條)の如きは即ち此原理の表はれである。

第三 物權的請求權

物權的請求權とは其物權本來の内容と現時の狀態とが合致せぬ場合に、其現在不合致を生せしめつゝある者に對し不合致の原因を排除するに必要な行爲を請求する權利である。主として獨逸で發達した概念で、佛國學者は普通此種の效力を稱して

追及權 *droit de suite* ドワイツ (註一)。

(註一) 物權的請求權に關しては鳩山氏「所有權より生ずる物上請求權」法學志林二二卷二號四號、二三卷二號參照。

一 物權的請求權の存在

物權は單に物に付いて直接利益享受を爲すことを正當ならしむる權利である。積極的に他人に對して行爲を請求することは其當然の内容ではない。無論他人は濫りに物權を侵害してはならぬ。併し物權其ものが常に初めから一般不特定人に對する不侵害請求權を包含するものと見るべきではない。物權が侵害せられて其結果現狀と其本來の内容とが合致せざるに至ると、其所で初めて物權の效力として此不合致

の除去を請求する権利が発生する譯である。従つて物權的請求權は物權に基き其效力を完全ならしむる爲めに發生するけれども基本たる物權其物とは別個のものである。

所が民法の解釋上加ふる權利の獨立存在を認めぬ學者がある。併し物權が直接物に付いて利益を享受することを正當とする權利であるならば、他人の行爲に因つて其利益享受が妨害された以上、其妨害除去を請求すべき權利の發生するのは事物の性質上當然でなければならぬ。加之例へば民法が物權の一種たる占有權の效果として占有權の發生することを認め^(一九七條以下)、占有訴權に對して「本權ノ訴」なるものを認め^(二〇〇條)などから考へると、吾民法は廣く一般物權に付き物權的請求權を認め^(註二)たものと謂つて差支あるまい。

〔註二〕 現在吾學界の趨勢では之を認むるのが一般の傾向のやうに思はる。判例も大審四・一二・二民錄二二輯一九六五頁に於て所有權に基く妨害除去請求權 *Actio negatoria* を認め、大審六・三・二三民一錄

二三輯五六〇頁、同五・六・二三民一錄二二輯一一六一頁に於て所有物返還請求權 *rei vindicatio* を認め又近く大審九・五・一四民一錄二六輯七〇五頁は所有權に基く妨害豫防請求權を認めた。判例が此等の權利を認める爲めの説明に於て之を獨立の權利と云へるや又は所有權の效力に過ぎぬと云へるかは大した問題にならぬ。

二 物權的請求權と基本物權との關係

物權的請求權は基本物權とは全然別な權利だけれども、元々基本物權本來の内容を完全に發揮せしむることを目的とし其範圍内に於てのみ存在するものなれば、基本物權消滅するときは物權的請求權亦消滅すべきは當然である。又基本物權存続せる場合に物權的請求權のみ獨立して消滅時効に罹ることはない。然らざれば物權にして而かも物權的請求權を伴はざる事實上有名無實な物權を生ずることになるからである〔註三〕。之を稱して物權的請求權の從屬性と謂ふ。

〔註三〕 同旨大審四・一一・二四民三錄二二輯一九〇六頁、同五・六・二三民一錄二二輯一一六一頁。但し此後の判決では物權的請求權を以て基本物權の一作用に過ぎぬから之を獨立して消滅時効に罹る筈がない

反之苟も基本物權存在する限りは之と獨立して物權的請求權のみを他人に讓渡するを妨げぬ。而して其讓渡は一般債權讓渡の規定(四六六)に従つて之を爲す。併し民法には獨逸民法第九百三十一條のやうな特別な規定がないから、物權的請求權の讓渡は必ずしも當然に基本物權の讓渡にならぬ。併し意思解釋上基本物權をも讓渡する意思あるものと解せねばならぬ場合が寧ろ多からうと思ふ。

三 物權的請求權は債權なりや。

物權的請求權は物權本來の效力を完全にする爲め妨害を除去すべき行爲を請求する權利である。して見れば尙之を以て一種の債權なりと謂ふべく、従つて債權に關する一般規定は原則として凡て其適用あるものと解せねばならぬ。尤も上記從屬性の一點に於て一般債權と異なるが故に、例へば債權ではあり乍ら消滅時効(一六七)に因つて消滅することはない(註四)。

此の債權(債權)の性質

(註四) 註三に引いた鳩山氏參照。

四 物權的請求權の種類

物權的請求權は妨害除去を目的とする權利である。故に其妨害事實の異なるに従ひ物權的請求權にも亦種類を生ずる。例へば

イ 返還請求權

第三者が物權の目的物を占有せるが爲め物權が妨害されてる場合には其占有を解いて返還すべきことを請求する權利が生まれる。占有回收の訴(二〇〇)、所有物返還請求權 rei vindicatio は其例である(註五)。

(註五) 大審五・六・二三民一録二二輯一一六一頁は此場合に關す。

ロ 妨害除去請求權

占有侵奪以外の方法で權利者の受益を妨ぐべき行爲を爲す者あれば、其妨害を除去すべき行爲を請求する權利が発生する。占有保持の訴(八九)、所有權に因る妨害除

去請求權 *actio negatoria*〔註六〕の如き其例である。

〔註六〕大審三三・一〇・三一民二錄六輯九卷一一二頁既に此請求權を認め、又近く大審四・一二・二民二錄二二輯一九六五頁更に明瞭に之を認めて居る。鳩山氏判例研究一卷九〇頁参照。

ハ 妨害豫防請求權

以上イ及びロは凡て現に妨害事實ある場合に之を除去することを目的とする場合である。然らば單に妨害せらるる虞あるのみでは之を豫防すべきことを請求する權利は發生せぬか。物權の效力を完全ならしむる點から云へば妨害の虞ある場合に豫め之を防止することは最も必要である。事實妨害の發生を待つにあらざれば物權的請求權發生せんとするのは迂遠な話である。無論妨害發生すべき見込確實ならざる場合に漫りに其豫防を要求することを許すべきでない。茲に於てか如何なる程度の危険あらば豫防請求權を發生せしむべきかが問題になる。我民法は果して此種の場合に物權的請求權の發生を認むるかが解釋上の問題となる。

元來物權的請求權存在の目的は他人に妨害されずに物權の效用を完全に收めしむるに在る。然らば妨害の生ずべきこと確實なる場合に、事前に之を防止することを許すのは最も完全に物權保護の目的を達する所以であるから特に明文を俟たずとも之を認めて差支へない。又民法が占有權に付て妨害豫防請求權(占有保全の訴一九九條)を認めたことから考へると、其他の物權に付てのみ之を認めざる理由は毫も存在せぬやうに思ふ〔註七〕。

〔註七〕大審院は嘗て三一・三・二三民二錄四輯三卷六三頁に於て此種の危害防止請求權を認めたが更に最近明瞭に之を認むるに至つたことは特に注意を要する。九・五・一四民一錄二六輯七〇五頁。尙學說としては鳩山氏法協二九卷四號九九頁以下殊に一〇八頁以下、川名氏法協二六卷一一號八三七頁以下、拙著債權各論一一〇二頁之を認め、石坂氏「一般的不作爲の訴」民法研究二卷四七八頁以下は反對である。

唯如何なる程度の危険あらば豫防請求を許すかは大に問題である。畢竟は占有保全の訴の場合と同様「妨害セラルル虞アルトキ」(九條)と云ふの外あるまい。無論所

謂「妨害セラルル虞アル」とは妨害せらるゝ虞あること確實にして法の保護を要する
場合なることを意味する。濫りに虞ありと稱して豫防を許すべきではない〔註八〕。

〔註八〕 上記の大正九年の大審院判決は一旦既に現實の妨害行為あり従つて今後尙引續き妨害せらるゝの
虞ある場合に付き豫防請求を認めて居る。結果に於て獨逸民法第八六二條、第一〇〇四條と同様な結論
を認めたことになる。併し民法の解釋としては上記の通り「妨害セラルル虞」ありや否や従つて法の保護
を與へるの必要ありや否やを標準として問題を決すべきである。判例は上記の判示事實を以て恰も此標
準に該當するを解釋したものと考へたい。

五 物權的請求權の發生要件

物權的請求權は物權本來の内容と現状とが合致せぬ、即ち何等かの妨害に因つて
完全に利益を享受出來ぬ、と云ふ事實あるに因つて發生する。其妨害事實の内容に
付ては上記四に於て之を述べた。殊に上記の意味に於て「妨害セラルル虞アル」こと
も亦妨害事實の一種と認め得べきことに注意ありたい。

尙左記の諸事實は物權的請求權の發生には關係ない。

イ 侵害が不法になされつゝあること。不法行為の成立には侵害の不法を要件と
する。反之物權的請求權の發生には必要ない。無論別に侵害を適法ならしむべき事
情存するときは、妨害者は物權的請求者に對し妨害の適法なることを理由として、
請求を拒絶する抗辯權を有するが、之れは別問題である〔註九〕。

〔註九〕 例へば賃借物の所有者は賃借契約に基く債權的の返還請求權の外、物を賃借人に引渡した瞬間
から當然に返還請求の物權的請求權を取得する。併し賃借權繼續する限り賃借人は返還を拒絶し得べき
抗辯權を有する。

ロ 妨害者に故意過失又は責任能力あることは必要でない。不法行為上の賠償請
求權と異なつて、唯單に物權をして其本來の内容に相應せざる現状から本來の状態
に復せしむることを目的とするに止まるからである。

六 物權的請求權の相手方

物權的請求權は物權をして其本來の状態に復らしむる爲め妨害除去の行為を請求

する権利である。故に請求の相手方は常に現在其妨害を加へつゝある者のみである。例へば妨害を初めた者は甲でも現在妨害しつゝある者が乙なるときは、物権的請求権の相手方は乙である。甲に對しては不法行為上の賠償請求権存することあるべしと雖も、物権的請求権の存すべき理由がない〔註一〇〕〔註一一〕。

〔註一〇〕 此點に付ては大審六・三二二民一錄二二輯五六〇頁、同九・七・一五民二錄二六輯九七三頁を參照ありたい。尙問題となるは占有回收の訴に關する第二〇〇條第二項に於けると同じ理論を凡ての物権的請求権に付ても認めることが出来るや否やである。元來占有権は外形的事實を基礎として之に相當する一應の權利保護を與へることを目的とする制度である。故に其效力を餘りに廣く他人に及ぼさしむることは此制度の精神に合致せぬ。是れ本規定が善意の特定承繼人に對しては占有回收の訴を對抗し得ざる旨を定めた所以である。それならば其他の物権に基く物権的請求権については其相手方を斯くの如くに制限する理由は少しも存在しない。

〔註一一〕 反之契約上の債權的の返還請求権にあつては、現在既に契約の相手方が目的物を所持し居らずと雖も、尙之に對して返還請求を爲し得べきこと勿論である。「恩給金受領ノ委任ヲ解除シタルニ因リ（中略）恩給證書ノ返還ヲ請求スベキ權利」ハ物権的請求権にあらすして契約上の債權的請求権なればとて右の原則を明言した大審九・一〇・一二民一錄二六輯一四六四頁參照。

第六節 物權の變動

第一項 總說	六二頁
第二項 法律行為に因る物權變動	六四頁
第三項 物權の消滅	一〇二頁
第四項 物權變動の第三者に對する效力	一〇九頁

第一項 總說

一 物權變動の意義

物權は色々に變動する。其變動を言ひ表はす爲め、民法は設定・移轉・得喪・變更・讓渡等の文字を使つて居る（一七六條乃至一七八條）。設定とは一定の物に付き制限物權を發生せしむるを云ひ、移轉とは物權の主體が甲より乙に變るを云ひ、得喪とは物權の主體を標準として其主體に物權の附着すること及び離脱することを云ひ、變更とは主體

の變更以外に於て其内容の變化すること即ち物體の増減・順位の變動等を云ひ、**讓渡**とは當事者の意思に基いて生ずる設定移轉を云ふ。

二 物權變動の原因

物權の變動を生ずるには各其原因たるべき事實がなければならぬ。之を總稱して**物權法上の法律要件**と云ふ。

物權法上の法律要件は其種類が極めて多い。之を大別すると

イ 法律行為

□ 其他のもの 目的物の滅失變更、混同(九七)、時効(二六二條以下)、先占(二三)、遺失物拾得(二四)、埋藏物發見(二四)、附合・混和・加工(二四以下)、公用徵收、沒收等其種類極めて多い。

以下には先づ(一)物權行為に關する一般原則を述べ(第二)、(二)次に物權消滅の原因たる事實中一般的のものを解説し(第三)、(三)終りに此等の諸原因に依つて發生し

た物權變動を第三者に對抗するに必要な要件に付いて説明する(第四)。

各種の物權に特有な原因に付いては總論に於て述ぶべき限りでない。

第二項 法律行為に因る物權變動

第一 序説

六三頁

第二 立法主義と其批評

六六頁

第三 物權變動が債權行為を前提として發生する場

合に於ける其行為と物權變動との關係 七七頁

第四 獨立して爲される物權的法律行為の性質及び

成立要件 九二頁

第一 序説

一 物權は法律行為に因つて色々に變動する。或は設定せられ移轉せられ消滅せしめられ又或は制限せらるる。此等は總て意思表示に基き法律行為の效力として發生する。

吾々が、かくの如き物權變動を目的とする法律行為を爲すには、或は過去に於て其行為を爲すべき債務を——法律行為又は不法行為其他の原因に因つて——負擔したるが爲め其履行として之を爲すことあり、又或は——例へば消費貸借の場合の如く——相手方をして一定の債務を負擔せしむるが爲め先づ之に給付を爲し置くの意に於て之を爲すことあり、其外種々雑多な目的で之を爲すことがある。

此等の場合に、其各種の「目的」を別除して、直接物權變動を目的とする法律行為だけを抽象して見ると、其所に獨逸學者の所謂物權的法律行為乃至物權契約 *Dingliches Rechtsgeschäft, Dinglicher Vertrag* の概念が残る。それは直接物權變動を目的とする法律行為で、普通の債權發生を目的とする契約其他の法律行為とは全く別物である。かくの如き法律行為の存在は吾民法の上でも之を考へ得ること勿論である。

二 所が實際の世の中に於ては、例へば甲が其所有の特定物を乙に賣却したやうな

物權的法律行為
物權契約

場合に、當事者の所謂「賣却」とは獨り所有權を移轉すべき債務を負擔することのみを意味するのか、それとも直接所有權を移轉することを意味するのか、其意思を解釋決定する困難に關聯して六かしい問題が起る。前者なりとすれば、後より更に直接物權の移轉を目的とする法律行為を爲すにあらざれば物權の移轉を生ぜず、反之後者なりとすれば、物權は直に其「賣却」に依つて移轉し之が爲め改めて別段の法律行為を爲す必要がない。而して或る人が物權を有するか又は單なる債權者に過ぎざるかは、法律上極めて重要な差異を生せしむる原因になる。所が實際上此意思解釋は極めて困難であり多數の場合には事實殆ど不可能に近い。故に立法者としては常に豫め此の點の困難を解決すべき特別の方策を講じて置かねばならぬ。

然らば吾民法は此點を如何に取扱つて居るか。物權的法律行為に關する諸問題を論ずる出發點として先づ此問題を説明せねばならぬ。以下此點に關する吾民法の立場を明かにする助けとして先づ諸外國の立法例を説明し且批評しやう。

第二 立法主義と其批評

債權行爲と獨立して、單なる直接物權的變動のみを目的とする物權的法律行爲の存在を認むる點に於ては、各國立法の間に大した差異がない。又現實贈與、現實買等に於けるが如く、物權的變動の生じたことが確實な場合に、同時に其の觀念上の前提として債權行爲が存在するものと見るべきや否やの疑問も——論理的構成上の興味は別問題として——實際上寧ろ價值少き問題である。反之一定の行爲ありたる場合に、之を以て單なる債權的行爲と解すべきか又は直に物權變動を生せしめたるものと解すべきかは實際上困難にして且價值多き問題である。

此最後の問題を如何に扱ふかに付いては、國に依つて立法の主義が分れて居る。其中主なるものは獨佛二國の主義である。

1 獨法では、法律行爲に因つて物權變動を生せしめる爲めには、必ず其變動を目的とする物權的合意 *Einigung* と引渡 *Übergabe* 又は登記 *Eintragung* の如き

① 公示方法との二要素から成立つ所の物權的法律行爲を必要とする。故に一定の行爲が債權行爲たるに止まるや又は物權的効力をも生せしむるやの問題を、單なる推測規定を以て解決するが如き中途半端な策をとることなく、更に一步を進めて、苟も公示方法を伴つた特別の行爲なされざる限り、物權的變動は絶対に發生しないものと見て居る〔註一〕。

〔註一〕 獨民八七三條以下、九二九條、一〇三三條、一二〇五條等参照。尙英法も不動産に付いては略同様の考に従つてゐるものと見ることが出来る。

□ 佛法に於ても物權行爲が——觀念上並に實際上——存在すること勿論である。併し一定の行爲が債權的効力を生ずるに止まるや又は物權的効力までも生せしむるかの問題を取扱ふに當つては、全く獨法と正反對の考へ方を採用し、疑ひある場合には寧ろ物權的効果をも發生せしむるの意思なりと解釋すべきことにして居る〔註二〕。

〔註二〕 佛民七一一條、一一三八條、一五八三條等參照。故に例へば、特定物の賣買にあつては、之と同時に所有權の留保其他特別の事情なき限り、所有權は直に買主に移轉するものと見らるゝのである。

尙佛民七一一條には所有權は「債權ノ效力ニ因リテ」*par l'effet des obligations* 取得移轉せらるゝとある。吾國の學者の中には之を文字通りに解して、債權の效力として當然に物權變動を生ぜしむるものなりとなし、之を批評して不合理な制度だと主張する者が少くない。乍併假りに債權の效力として當然に物權變動が生ずるとしてもそれは單なる考へ方の問題に過ぎぬ。之を不合理なりと非難すべき理由は少しもない。加之茲に「債權ノ效力ニ因リテ」と云ふのは實は「債權行為ノ效力トシテ」の意なりと解するのが佛國に於ける普通の解釋である。従つて單なる考へ方や言葉の問題を離れて事柄を實質的に觀察すれば、右の規定は一定の行為が單純なる債權行為たるに止まるか又は物權的效力までも發生せしむるかの大なる問題を取扱つたもので、反對の事情又は反對の意思表示なき限り後者なりと解するの方針を執つたものだと見るのが至當である。

以上の二主義を論評する前に、先づ前提として一應の説明を與へねばならないのはローマ法主義である。充分發達した時代のローマ法に依ると、債權を發生せしむる行為と所有權を移轉せしむる行為とは全く別物で、後者は必ず占有の移轉——「引渡」*traditio*——に依つて爲されねばならなかつた。是れ一には何等かの有形的事

ローマ法主義

實を以て象徴するにあらざれば、當事者相互間に於てすら充分な法律的功效を確保することの出来なかつた古代法の特色を表はすものであらう。乍併又同時に物權變動と其公示とを絶對不可分のものとなし、以て物權取引の安全を期せむとする者の表はれとも見ることが出来る。所が實際の取引に於て常に必ず現實の引渡を要求することは不便にして到底其實行を期し難いので、後には漸次占有改定、簡易引渡等現實の引渡に代はるべき——而かも公示方法としては殆ど有名無實に近い——便法が發明されるに至り、同時に世の中が複雑になるに連れて現實の引渡でさへも充分に物權關係の實狀を公示するに足りなくなつた。それにも拘らず傳統の力は中世の末期に至るも尙形式上其勢力を維持して居た。其所で初めて此有名無實な形式の愚なるを明にして斷然之を廢棄すべきことを主張し、物權變動と雖も當事者の單なる合意のみに因つて發生すべきことを説いたのは、*Grotius, Puffendorf* 以下の自然法學者である。而して此考は佛國民法の制定前既に事實上各地方の慣習として廣く佛

國に行はれて居たのであるが、之を成文の上に表はして確たる制度たらしめたものは實に佛國民法である。此所でも又當事者の意思に無上の力を認めむとする十八世紀の個人主義的思想が體現されたのである。

契約當事者相互の内部關係だけで言へば、此新主義ほど都合のいゝものはない。何故なれば今日に於ては既に法律的效力の確保を外形的象徴に求むる必要は殆ど無くなつた。單なる口約束さへ事實上可成りの拘束力を有するに至つた。それならば當事者内部の關係だけから云ふと「引渡」の如き形式は全く不用になつたと言つて差支ない。

所が、單なる當事者の合意のみで物權が移轉され其他變動するとなれば、外部に在つて其事實を知るに由なき一般第三者は、安むじて物權の取引が出来なくなる。従つて意思に重きを置く新主義の成立は同時に、此主義と調和すべき——從來の「引渡」に代はる——新公示方法の發明を要求するに至つた。

而して、動産に付いては此要求を充すべき適當の新公示方法が發明さるるに至らなかつたけれども、不動産に付いては公署の手を借りて其取引を公にせむとする獨逸在來の考へが再生したのだとも考へられる不動産登記制度が發明された。無論此點について佛と獨との考は大に違ふ。佛にあつては飽くまでも意思主義に重きを置く。故に此場合にも物權變動を生せしむるものは賣買其他の法律行為夫れ自身で、唯其行為を公簿に謄記 transcription せざる限り、其物權變動を以て第三者に對抗するを得ず、とするのである。反之獨は依然としてローマ法傳來の形式主義に忠實である。唯「引渡」の公示力が——不動産に付いては殊に——薄弱なるが爲め、之に代ふるに登記を以てし、而して登記は常に物權的合意 Einigung と結合して、債權行為より獨立せる別個の物權契約を構成するものとする制度を採つたのである〔註三〕。而して佛獨兩法共に以上不動産物權に關すると同じ考を夫々動産物權にも應用して居る〔註四〕。

〔註三〕 佛國で初めて贈記制度を作つたのは革命第七年（一七九八年）の法律である。此制度は主として不動産抵當制度を確立することを目的としたもので、其骨子は總て抵當の目的たり得べき權利・財産を移轉する法律行為は之を抵當管理局の公簿に贈記すべく、若し之を怠るときは其行為を以て第三者に對抗することを得ずするの點にある。

此制度は實際上大に功績があつたのであるが、民法制定の際には非常な議論の末遂に之を採用するに至らなかつた。此事は學者に依つて一般に非難されて居る。其後一八〇七年の民事訴訟法（八三四條・八三五條）は或る程度まで贈記を回復したけれども、不動産取引の不安は依然として甚しかつた。是れ遂に一八五五年三月二十三日の法律を以て強制的の贈記制度を復活樹立した所以である。

獨逸に於ても、従来の「引渡」が最早不動産取引の公示方法として不完全なものになつたことは一般に依つて意識されたけれども、それを救ふが爲め佛國に於けるが如く直に意思主義に赴かうことはせず、從來の根本思想はそのまゝ維持しつゝ、單に公示方法として「引渡」以外のもつと有效な方法を考へた。それが爲め獨逸人は古來其國にあつた物權取引を公署の手を借りて公示する方法を復活し、中にも一八七二年五月五日のプロイセン法は此方法の中最も發達した制度と認むべき登記制を確立し、それが頼て他にも擴がつて、遂には獨逸民法の採用する所となつたのである。

〔註四〕 佛國では不動産取引の安全を期するが爲め、同一物が二重に賣却されたやうな場合には先きに目的物の占有を得た善意の買主が他の買主に優先すると云ふ―吾民法一七八條に相當すべき―第一一四一條

及び吾民法一九二條に相當する第二二七九條の規定を設けて居る。此等は何れも第三者の損害を防止するが爲め「動産に付いては占有は權原たるの效力を有す」*En fait de meubles possession vaut titre*なる原則を適用したもので、之が爲め物權の變動は當事者の合意―債權行為―のみに因つて發生すると謂ふ佛民法の主義は毫も其適用を妨げられてゐるのではない。

反之獨逸では動産についてさへ、物權變動は特別な物權行為を俟つて初めて發生する。而して其行為は常に占有移轉なる公示方法を結合したものでなければならぬ。と云ふ―不動産の場合と全く同様の―考を採用した。

要之、ローマ法と佛法とは、形式と意思と何れに重きを置くべきか、公衆と當事者と何れを厚く保護すべきか、の問題に付いて兩極端に立つて居る。而して獨法は實に兩者の中間に立つて寧ろローマ法に近いものである。従つて物權變動の發生する爲めには、債權行為の外特に之を目的とする別個の行為が必要だと定めて居る。私は今茲で時代の背景を無視してローマ法と佛法との優劣を論せむと欲するものではない。乍併現行の佛獨二主義を比較して其優劣を論ずることは可能であり又學問上

動産の場合と全く同じやうに——公示方法を伴つた物權行爲の完了あるまでは當事者相互の内部關係に於ても何等物權の變動を生ぜずとし、而かも其公示方法を現實の引渡のみに限らざることは、其主義の不徹底にして空理に偏したるを語るものである。その位ならば動産に關する限り、かくの如き特別の物權行爲を要求せず、其變動は當事者の欲する所に從つて直に發生するものとするがよい。而して必要あらば其程度に應じて第三者を保護すべき別段の策を講ずるがよい。此點から考へると不動産については、常に必ず公示方法を伴つた特別の行爲を必要とするに反し、動産については全く之を要求せずして單に第三者保護の爲め必要な二三の規定を設くるに過ぎぬ英法は頗る要領を得て居るやうに思はれる。唯不動産の場合の公示方法が獨逸に於けるが如く正確簡易ならざること其根本的缺點である。

之を要するに、問題の要點は(一)物權變動と公示とを絶對不可分とし權利關係をして内外同一たらしむるを適當とすべきか、及び、(二)此不可分關係を要求すること

が事實上不可能——若しくは少くとも不適當——なる場合に尙且別段の物權行爲を要求する必要ありや、の二點に歸着するのである。然るに從來多數の學者が公示の問題と離れて物權行爲の問題を論ずるのは問題の眞髓を解せずして徒に論理を弄ぶものだと謂はねばならぬ。

第三 物權變動が債權行爲を前提として發生する場合に於ける其行爲と物權變動との關係

一 物權變動發生するが爲めには常に必ず特に之のみを目的とする特別の行爲あることを要するか。

何等の債權行爲を前提とせずして、直接物權の變動のみを目的とする法律行爲が吾民法の上にも存在することは無論疑ひない。或は手附(五五)の爲めとか、或は消費貸借(五八)締結の爲めとか、又或は不法行爲(七〇)に因る賠償義務を履行するが爲めに金銭の所有權を移轉する場合の如きは即ちそれである。此等の場合には總て

直接所有權の移轉を目的とする法律行為が、手附の爲め其他それらの原因の爲めになされたので、何等債務的法律行為を前提して居らぬ。従つて此等の場合に物權變動が発生する爲めには債權行為の外特に之を目的とする別個の行為の存在を要するや否やの問題は無論起らない。

反之次の諸場合には總て先づ債權行為があつて——又は少くとも之れあるが如き外觀を呈して——然る上で物權の變動が発生するのだから、其物權變動の發生と前提たる債權行為との關係如何に付いて問題が起る。

イ 當事者が單に債權發生のみを欲し、物權變動の爲めには更に第二の行為を爲すの意思あること明白なる場合。

此場合には、其行為だけで直接物權の變動を生せしめ得ざること勿論である。斯る効果が當事者之を欲せず特別の法規亦存せざるに當然發生することは全然不可能だからである。従つて此場合には物權變動の爲め更に第二の特別の行為を要するこ

と勿論である〔註五〕。

〔註五〕 例へば金若干圓にて米百俵を賣却する旨の契約成立するも、其代金並に米は何れも現在尙不特定物なるが故に、其所有權が此賣買契約に因つて直ちに相手方は移轉する譯がない。それが爲めには別に之を目的とする法律行為を要する。

□ 當事者が一個の行為を以て債權的效果の外直接物權變動の發生をも欲するの意思あること明白なる場合

當事者は債權的效力を欲する法律行為に於て同時に物權變動の發生までも欲することがあり得る。此場合には其意思の全部に效力を認むべきは當然である。獨逸法の如く公示主義を極端まで強調する法律にあつては、物權變動の行為は同時に公示方法であるから、債權發生を欲する行為に於て同時に物權變動をも欲し以て特別の物權行為を省畧することは許し難い。併し吾民法では登記や引渡は對抗要件たるに過ぎずして（二七七條）物權行為其物の構成分子ではない。従つて別段の意思表示に

依つて特別の物權行為を省畧することを妨げぬ。此場合には一個の行為から債權的及び物權的の效力を生ずるものと見ねばならぬ。一個の行為にしてかゝる二種の效力を生ずるものあることを認むるは不合理なりとの論を爲す者もあるが、かくの如きは素より顧みるに足らぬ〔註六〕。

〔註六〕 例へば次の二場合は明かに此場合に屬する。

- 一 特定物を賣買するに當り其成立と共に所有權も亦直に買主に移轉すべき旨の意思が表示されたるべき。
- 二 不特定物又は將來成立すべき物を賣買する場合でも同時に、「若しも將來其物が特定又は成立したならば其瞬間に於て當然所有權が買主に移轉すべき旨」を定めたとき。此場合には特定又は成立の後改めて所有權移轉の行為を繰返す必要がない。
- 三 「代理權ヲ件ハザル委任」に依て第三者より物を買入るゝことを他人に委任した場合に、受任者が第三者と其賣買を締結する前に豫め、委任者に對して第三者から買受けた物の所有權は直ちに委任者に移轉すべき旨の「物權的意思表示ヲ爲シタルトキハ委任者ハ受任者ガ第三者ヨリ所有權ヲ取得スルト同時ニ其物ノ所有權ヲ取得ス」大審四・一〇・一六民三錄二一輯一七〇五頁）べく、更に第二の物權行為を繰返す必要なし。

い。

ハ 當事者が債權的效力を欲する如き外觀を呈するも實は直接物權變動のみを欲する場合

法律が本來債權行為として規定せる行為を爲すに際し同時に其履行に相當すべき行為を爲すことがある。例へば現實贈與、現實賣買の如し。併し一概に現實贈與、現實賣買と云ふても其中には次の二場合がある。

1 全然債權的效力を欲せずして、或は贈與原因を以て直接物權變動を欲する行為を爲し、或は互に對價關係に於て結合せる二個の物權變動を直接發生せしむべき行為を爲す場合 民法上此種の行為の有効なること疑ひを容れぬ〔註七〕。

〔註七〕 併し此場合と雖も民法中贈與、賣買等に関する諸規定は、特に債權的效力に関するもの、外、總てそのまゝ適用される。現に大審八・七・五民二錄二五輯一二五八頁以下は現實賣買は「固ヨリ賣買ノ一種ニシテ民法第五〇條以下ニ規定セル他人ノ權利ノ賣買ニ關スル法規ノ適用ヲ除外スルモノニ非ズ」

法律行為に因る物權變動——債權行為と物權變動

2 外觀上前の場合と區別し得ざるが如きも、實は債權的效力をも欲する場合此二の場合は嚴格に區別されねばならぬ。前の場合には特種の原因と結合した物權行為あるに過ぎず、従つて茲に云ふハの分類中に入るに反し、後の場合には一個の行為を以て同時に債權的效力及び其履行の爲めにする物權變動の發生を欲する、従つて寧ろ上記ロの分類中に入るべき場合である〔註八〕。

〔註八〕 學者に依つては現實贈與や現實賣買に付き此後の場合の存在することを否定し、之を認むるを以て當事者の意思を無視した形式論理的解釋だとする者がある。

併し私の考ではそれこそ反つて當事者の意思を無視した表面的な解釋だと思ふ。何となれば例へば特定物の現實賣買を爲す際に當事者は其特定物の所有權と代金を對價的に移轉することを欲すると同時に若し其物が不完全ならば他の完全な物を以て之に代ふべきことを欲することは決して不可能ではない。而して斯る場合には物權的效力と同時に實は債權的效力をも欲するものと見ればならぬ。

唯實際の各場合に付き以上何れの場合が存在するかを判定するのは意思解釋の問題で必ずしも容易で

ない。併し(一)特定物の現實贈與に在つては第一の場合が普通であらう。何となれば此場合には贈與物に瑕疵があつても當事者之を追完するの意思なきを通例とするから。(二)反之現實賣買に在つては有償行為を爲す場合の通常例として追完の意思あるを通例とするから第二の場合になるのが普通と思ふ。勿論何れの契約に在つても反對の場合を生ずることは理論上不可能だと云ふのではない。唯意思解釋の問題である。此問題に付て拙著債權各論三〇一頁以下、三四九頁以下の説明には多少不完全な點があると思ふ。

二 當事者が債權的效力を欲すること明なれど同時に物權的變動をも欲するや否や明白ならざる場合

實際の取引上此場合が最も多い。例へば、世の中普通の取引では、簡短に「物を賣る」とか「物をやる」とか謂ふに過ぎぬ。その場合に於ける當事者の意思を解釋して單に債權的效力のみを欲するのか又は直に其所有權を買主の所有に歸せしむることを欲するのか、を決するのは中々容易でない。此困難を救ふが爲め、獨逸民法はかゝる場合に物權的效果までが直に發生することは絶對にあり得ないこととした。

反之佛蘭西民法は反對の事情乃至意思表示なき限り物權的效果も亦同時に發生することゝしたのである。

然らば吾民法は此點に關して如何なる規定を設けて居るか。私は此點に付いて、吾民法は佛蘭西民法と同じ考を採つたもので第七十六條が「物權ノ設定及ビ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ズ」と言つて居るのは即ち其考を言ひ表はしたものだと思つたのである。

本條は元來次の二の事項を言ひ表はしたものと解せねばならぬ。

① 吾民法上意思表示に因る物權變動は其意思表示あるのみに依つて發生し、獨逸民法に於けるが如く登記乃至引渡を竣つて初めて發生するものではない〔註九〕〔註一〇〕〔註一一〕。

〔註九〕 大審六・一〇・二二民二錄二三輯一六七五頁。

〔註一〇〕 反之續業權の變動は之を續業原簿に登録するにあらざれば第三者に對する關係に於てのみなら

ず當事者間に於ても亦何等の效力を生じない（續業法一九條、二〇條）。此點は普通の物權の場合と全く規定を異にして居る。

〔註一一〕 普通の物權の場合でも、當事者は特約を以て、物權變動の發生を——當事者相互の内部關係に於てすら——登記完了の時まで停止することを得る。大審三七・一〇・二八民二錄一〇輯一三〇九頁、大審七・九・一一民三錄二四輯一六七五頁。

② 當事者が意思表示の際——之に因つて直に物權變動までも生ぜしむる積りなりや又は物權變動の爲めには別に特別の行爲を必要とするやは不明だが少くとも——結局に於て物權變動を發生せしむることが動機となつて法律行爲がなされてるならば——特に反對が認められざる限り——之に因つて直に物權變動までも發生せしむるの意思あるものと解する。

本條が斯る意味をも包含するものと解すべきは、沿革から見ても又事物の性質から云ふても當然である。既に上述したるが如く、ローマ法や獨逸民法の如く形式主義をとる法律にあつては物權變動發生の爲め常に之を目的とする特別の——公示方

法律行爲に因る物權變動——債權行爲と物權變動

法と結合した——法律行為を必要とする。反之佛國民法の如く意思主義を採る法律にあつては、公示方法の完了を以て物權變動發生の要件として居ない。従つて特に物權變動のみを目的とする別個の法律行為を必要としない。即ち如斯場合に特別の物權行為を要するものと解すべきや否やは、法律が物權變動發生の爲め特別の公示方法を必要として居るや否やと離るべからざる事柄である。何故なれば、意思主義は形式主義に對する反動として生まれた主義であり、又實際上公示を物權變動の要件とせぬ位ならば特別の物權行為を要求する必要は少しもないからである。無論空に理窟を考へれば、物權變動の爲め公示方法は要らぬ、併し之を目的とする特別の法律行為だけは必要だ、と云ふやうな立法も決して不能ではない。乍併しは吾民法が加ふる沿革と飛び離れた而かも理窟のみに捉はれて實際の便宜を忘れた迂遠な立法を試みたものとはどうしても解することが出來ないのである〔註一二〕。

大審院は、民法施行前既に、佛國民法流の解釋を採つて居た〔註一三〕。民法施行後

も同じ考を維持して今日に及び得る〔註一四〕。蓋し當然のことと云はねばならぬ。

〔註一二〕 反對説として一七六條に所謂「意思表示」とは物權的意思表示を意味するのだと解する學者が少くない。

併かくの如きは必要なしに吾民法を獨逸民法流に解せむとする誤の致す所である。

〔註一三〕 大審二八・一一・七民一錄四卷二八頁、大審三〇・六・七民二錄三輯六卷二五頁等。

〔註一四〕 大審二・一〇・二五民一錄一九輯八五七頁、大審六・一二・二七民二錄二三輯二二六二頁、大審八・七・五民三錄二五輯一二六五頁に掲げた議論等。

尙大審院は此理論の適用として左の如き判例を認めて居る。

一 特定不動産の賣買豫約に於ては、相手方が豫約者ニ對シテ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示スルノミニ因リ直ニ賣買ハ效力ヲ生シ該不動産ノ所有權ハ當然相手方ニ移轉スル〔七・九・一六民二錄二四輯一六九九頁、七・二・二八民二錄二四輯三〇七頁〕。同じ主旨は既に四四・一二・一六民一錄一七輯八一九頁に於ても認められて居る。

二 又第三者所有の特定物を自己のものなりと誤信して他人に賣却する旨の契約を爲した場合に「賣主が後日其物ノ所有權ヲ取得スルニ至リタルトキハ當事者ニ於テ更ニ何等ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要セズ其物ハ當然直ニ買主ノ所有ニ歸スルモノトス」〔大審八・七・五民三錄二五輯一二五八頁〕。

以上を通じて考へて見ると、イ及びロの場合には事態明瞭にして多く問題を生ぜぬ。反之ハ及びニの場合には何れも困難な問題が起る。併し前者の困難は発生すること明白なる物権的效力の外に債権的效力も亦発生するものと見るべきや否やの點に存するに反し、後者の困難は発生すること明白なる債権的效力の外に物権的效力も亦発生するものと見るべきや否やの點に存する。二の場合は此點に於て互に裏腹を成して居る。

二 債権的效力と物権的效力とが同一の行爲に因つて生じた場合には二つの效力は互に如何なる關係に立つか。

以上ロハ及びニの場合には同一の行爲から債権的及び物権的の效力が発生する。

其所で此二の效力は如何なる程度まで互に同じ運命に服するものかを考へて見る必要がある。

此點は次の如く二に分けて考ふべきである。

物権行爲の独立性

イ 一旦發生して仕舞つた以上は二の效力は全く別なものだから、其一方が如何なる運命に陥らうとも、これが爲め當然他方が影響を受ける譯がない〔註一五〕。

〔註一五〕 例へば第三者に屬する物を自己の物なりと誤信して他人に賣却した場合に若し賣主が其物を第

三者から取得して買主に移轉することが出来なければ、物権的效力の方は結局發生し得ずに終る。上記

註一四に引用した大審八・七・五民三錄二五輯一二五八頁参照。乍併之が爲め債権的效力までが當然に効

力を失ふのではなく、第五六二條一項の規定に依つて初めて其結果がつくのである。

かくの如く一旦發生した以上二の效力は互に全く獨立なものであるが、而かも二者の間には互に原因たり其履行たる相關々係がある。従つて物権的效力が實際に發生すれば、債権は其範圍に於てだけ既に履行を受けたことになるので、それ以上は唯登記や目的物の引渡をしさへすればいゝことになるのである。

□ かくの如く一旦發生した以上二の效力は全く別なものだけれども、二者は尙同じ一個の法律行爲を原因とするが故に、其法律行爲夫れ自身に付いて何等かの事故が起れば、其影響は當然二者双方に及ぶものと見ねばならぬ。但し當事者豫め別

段の定めを爲し置きたる場合は此限でない。従つて

1 法律行為が無効なるか又は取消されたときは二の效力共に其影響を受くべきである〔註一六〕。

〔註一六〕 大阪控六・一・二三法律新聞一二二七號は「賣買契約が要素ニ錯誤アルガ爲メ無効ナルトキハ之ト一體ヲ爲セル物權契約モ亦當然無効ニシテ所有權移轉ノ效果ヲ生ゼズ」云ふて居る。

2 又例へば債權的並に物權的の效力を同時に發生せしめた「賣買契約ヲ解除シタルトキハ——其效果として獨り債權の消滅を來すのみならず——所有權ハ當然賣主ニ歸スルモノト解ス」べきである〔註一七〕。何故なれば、解除は二の效力の根底たる契約其物をして初めよりなかりしと同一の効果を發生せしむるものだからである〔註一八〕。

〔註一七〕 大審六・一二・二七民二錄二三輯二二六二頁、同八・四・七民二錄二五輯五五八頁（贈與契約の解除）、同八・五・一三民二錄二五輯七七〇頁（特定物賣買の解除）、同一〇・五・一七民一錄二七輯九二九頁（特定物賣買の解除）。

〔註一八〕 此場合に物權的效力のみは消滅せぬと主張する爲めには何等か特別の規定がなければならぬ。

無論五四〇條以下の諸規定は契約が債權契約たる點にのみ着眼して規定して居るけれども、苟も契約が解除された以上それを原因として發生した效力は——債權的なるも物權的なるもに關係なく——總て同様に消滅するのが本則でなければならぬ。契約解除の効果は獨り債權的效力のみを消滅せしめ物權的效果に及ばずと云ふが如き議論は債權行為と物權行為とを絶対に區分する獨逸民法の下に於てのみ云ひ得べきことである。獨逸民法では一行爲を以て同時に債權的並に物權的效力を發生せしむるやうなことを認めないのだから、彼我の議論は全く別でなければならぬ。此點に於て私が舊著債權各論に於て論じた所は、我國多數の學者と同じく獨逸法流に傾き過ぎて居たと思ふ。

尙此等の場合に、物權的效力も亦同時に消滅するのだとすれば、既に引渡を了した物の返還を求め又は登記の抹削を求むるのは、當然舊主に復歸した物權に基く物權的請求權である。併し此場合にも尙不當利得に關する諸規定（七〇三條以下）は當然適用あるものと解せねばならぬ〔註一九〕。

〔註一九〕 私は從來多數の學者と同様に、原因行為が效力を有せず又は失ひたるに拘らず、履行々爲のみが——無因なるが爲めに——依然として效力を持続する場合に、無原因を理由として其履行の目的物を取

戻さしむるのが不當利得の特色だと言いた。従つて本文に説明したやうな場合は物權的請求權に依る取戻にして不當利得の規定は之に適用せらるべきではないと言いた。

作併此説も一個の法律行為を以て債權的效力と物權的效力とを發生せしむるが如きことを認めざる獨逸民法の下に於てのみ主張せらるべき議論である。二の效力を同一の行為に因つて發生せしめ得ることを認むる吾民法の解釋として、本文の如き場合を唯の物權的請求權の行使なりとし、全然不當利得の規定の適用を予けないものとするのは餘りに形式的な議論である。私は債物二の效力を同一の行為に因つて發生せしめることを認めるやうな法律の下では、其行為の無効が發見せられ、取消又は解除されたやうな場合に、既に給付された特定物を取戻すのは、實質上物權的請求權の行使ではあるが尙且不當利得の一場合として總て其規定の適用を受くべきであると解する。之れが吾民法の解釋として具體的論理の要求する所である。

第四 獨立して爲される物權的法律行為の性質及び成立要件

一 性質

以上第三に説明した所は債權的效力と物權的效力とが同一行為に因つて發生する場合である。之と異なつて物權行為が何等債權行為の前提なく又之ありとしても全

く別な行為として獨立に爲される場合に付いては更に又特別の研究を必要とする。

イ 此種の物權行為は原則として契約である。併し拋棄は單獨行為である(一〇六頁参照)。又民法上遺贈は單獨行為であり而かも其中單に直接物權的效力を發生せしむることだけを目的とする場合があり得る。

加之契約たる場合に於ても、獨逸民法に於けるが如く、其内容は常に必ずしも一方的なるにあらずして、當事者互に同一の行為に依り對價的に所有權を移轉し合ふこともあり得る。例へば毫も債權的效力を伴はない現實賣買(八一頁の1に説明した場合)の場合の如し。

ロ 無方式なるを原則とする。登記や引渡は單純な對抗要件で(一七七條)、物權行為の方式ではない。但し遺贈の場合には遺言の方式(一〇六條)を要すること勿論である。

ハ 諾成行為なるを原則とする。但し質契約は此限でない(三四四條)。

二 物權行爲は常に色々な原因 *Causa* と結合して存在する。或は現實贈與に於けるが如く贈與原因 (*causa donandi*) と結合して存在することもあり (八一頁の1) 或は既存債務の履行として (*causa solvendi*) 之を爲すことあり、又或は相手方をして新に債務を負擔せしめる爲めに (*causa credendi*) 之を爲すことがある。

かくの如く物權行爲は實際上色々な原因と結合して存在するに拘らず、法律上の取扱に於ては之を全然其原因から抽象し、原因の如何とは全く無關係に其效力を決すべきや否やに付いては大に疑ひを容れる餘地がある。若しも吾民法上の物權行爲が獨逸民法上のそれと同じく、常に——如何なる原因と結合して表はれる場合でも——一定の公示方法と結合し一定の形式を以て表はればならぬこと、恰も手形行爲が各種の原因と結合するに拘らず常に同一方式を以て表はれるのと同じであるならば、彼に於けると同じく正に無因行爲 *abstraktes Rechtsgeschäfte* として取扱はるべきである。斯くすれば物權行爲の效力如何は原因關係と全く離れて決せられ、従つて

通例外部から原因關係を知ることの出來ぬ一般第三者が、當事者内部の事柄に過ぎない原因關係の爲めに影響を受けることがなくなつて、一般第三者にとつては頗る都合がよくなり、従つて物權取引の信用が増大する。併し一般第三者にとつて都合がいゝと云ふことは、其反面に於て當然當事者にとつては都合が悪いと謂ふことを伴ふのである。故に問題は結局何れの都合に重きを置くべきかと云ふ利益較量に依つて定まるものと見ねばならぬ。従つて若しも吾民法が、物權行爲をして常に一定の公示方法を伴はしむる等此點に付いて第三者の都合に重きを置くこと、獨逸民法に於けると同じならば、吾民法上の物權行爲も亦無因なりと解するが至當であらう。乍併既に上述したるが如く吾民法上物權變動は各種の債權行爲と結合して發生するを得るのみならず、特別な物權行爲に因つて發生する場合に於ても一定の公示方法と結合することは少しも要求されて居らぬ。萬事が當事者の都合のみを考へて組立てられて居る。故に當該の問題に付いてだけ、急に飛離れて無因説を採らむとするは、

民法全體の上から見て權衡を失した議論と謂はねばならぬ〔註二〇〕〔註二一〕。

〔註二〇〕 此點は從來私の説いた所(債權各論九四三頁以下参照)と全く反對である。

一 是れ一つは物權行爲と其公示方法及び物權行爲が無因行爲たることとの間には事物の性質上離るべからざる關係のあるものなることを忘れて居た結果である。乍併上述の如く吾民法は物權行爲と其公示方法を以て不可分のものとして居ない。一般第三者の利益は此點に於て大體顧られて居ない。故に特別の明文なき限り物權行爲を以て無因なりとする根據は全くないこと云はねばならぬ。

二 次に又目的的に云へば、獨逸民法上の不當利得論をそのまゝ借りて吾民法の不當利得を説明せむとしたことが、私の舊説を生むた所以である。乍併吾民法上の不當利得が必ずしも獨逸のそれと同じに説明されねばならぬ筈はない。而して既に上述した通り(九一頁参照)原因の無効乃至取消が當然物權變動をも失効せしむる場合でも吾民法上は尙之を不當利得の一場合として取扱はねばならぬ。私は今や吾民法上の不當利得をかく解するが故に、安じて舊説を拋棄するのである。

私の舊説は大體石坂博士を初め獨逸法學の流を酌むた諸先輩の考に影響されて出来て居た。従つて石坂博士(法學新報二二卷三號一九頁、改進黨法研究上三三九頁)などに依つて主張されて居た相對的無因説——物權行爲は無因なるを原則とするが當事者の意思表示を以て有因たらしめ得るとする説——にも賛意を表した。乍併此説は全く無意味である。何故なれば、一定の行爲を無因とするのは其行爲の一般第三者の間

に於ける信用を増大せむが爲めである。然るに原則として無因なるものが、當事者の都合で密かに有因たらしめられるやうなことがあるとすれば、どうして物權行爲の信用を維持出来やう。故に無因主義を採る以上は絕對的無因主義でなければならぬ。相對的無因説は全く問題の眞髓を忘れた説である。

〔註二一〕 此點に關する從來の判例を觀察するに、下級裁判所中には稍もすれば無因説を採らむとするものがないでもない。其模範的なものは大阪地五・五・一二法律新聞二二四八號であり、又大阪控六・一・二三法律新聞一二二七號が一個の行爲から同時に債權二種の效力を生ずる場合には行爲中其物權的效力を生ずる部分のみを引き離して「獨立シタル無因行爲」と云ひ難いと云つて居るのは(註二二)の末段参照)其半面に於て若しも物權的效力が獨立別個の行爲に因つて發生するのならば其行爲は無因と見るべきだと云ふ考を抱懐せるものを見ればならぬ。

反之大審院判例中には幸ひ無因説の影響を受けたものが一もない。現行民法の解釋としては蓋し當然のことと謂はねばならぬ。

以上の如く吾民法上獨立に爲された物權行爲を無因行爲なりと解すべき根據は少しもない。乍併此事と原因行爲たる債權行爲の效力が因つて生じた債務の履行として爲された物權行爲の效力に對して當然影響を及ぼすべきや否やの問題とは全く別

問題である。而して此後の問題は當事者の反對意思表示なき限り之を消極に解せねばならぬ。何となれば、別個の行爲を以て爲された以上一の行爲の有効無効が當然他の行爲の效力を左右する譯がないからである〔註二二〕。

〔註二二〕 此點は先きに私が、債權的效力と物權的效力が同一の行爲に因つて生じた場合には其行爲夫れ自身に關する事故は當然債物双方の效力に影響を及ぼすべきだ（八九頁以下）と主張したこと、照應するので、此問題と有因無因の問題とは全然區別して取扱はれねばならぬ。何故なれば前者は行爲それ自身に付いて無効取消等の故障がある場合に、それが債物二様の效力に通じて影響を及ぼすべきや否やに關するに反し、有因無因の問題は假令債物二様の效力が二個の獨立した行爲から生じ従つて一の行爲に付いて存する故障は他方に付いては全く存在しないやうな場合でも尙起り得る、即ち此場合でも若しも物權行爲が有因ならば債權行爲の無効は債權の不發生となり従つて物權行爲の無効を伴はねばならぬことになるからである。

此點に於て大阪控六・一・二三法律新聞一二二七號が「特定物ノ賣買ニ於テハ債權契約タル賣買ノ意思表示ト物權契約タル所有權移轉ノ意思表示ト相俟テ一個ノ契約ヲ組織スルモノト認ムルヲ以テ當事者ノ意思ニ適スベキガ故ニ此場合ニ物權契約ハ獨立シタル無因行爲ニアラザルヲ以テ賣買契約ガ要素ニ錯誤

アルガ爲メ無効ナルトキハ之ト一體ヲ爲セル物權契約モ亦當然無効ニシテ所有權移轉ノ效果ヲ生ゼズ」と云つてゐるのは、結果は別論として全然如上の問題を混同せるものと云はねばならぬ。此種の誤りは吾國の無因行爲論には寧ろ普通である。

二 成立要件

物權行爲は法律行爲である。又遺贈及び拋棄の場合を除く外契約である。従つて意思表示、法律行爲、契約に關する一般理論の適用を受くべきこと勿論である。

併し其外物權行爲のみに特別な成立要件がある。之を更に次の如く大別出来る。

イ 各種の物權行爲に特別な要件
質權設定には質物の引渡を要し、遺贈には法定の方式を要する等。此等は各種の物權行爲の説明に譲る。

ロ 凡ての物權行爲に通ずる要件

物權行爲の成立要件に付いても原則として意思表示、法律行爲、契約等に關する

通則の適用あること上述の通りで別に説明を要することもない。併し目的物に關してのみ特に左記の注意を要する。

1 物權行爲の目的たる物權は行爲者に屬することを要す。債權行爲に於けると異なつて(五六〇條參照)他人に屬する物を處分することを得ぬ。尤も將來取得又は發生すべき物に付き豫め處分をして置くのは素より差支ない。此場合には行爲は事實其取得又は發生ありたるに至つて效力を生ずる(註二三)。

2 行爲者が處分の權限を有することを要する。例へば自己の所有物でも現に他人に依つて差押へられてるものは處分出來ぬ。

3 目的物は特定せることを要する。但し將來特定すべき場合を豫期して處分し置くを妨げぬ。此場合には其後目的物が特定すると同時に行爲の效力として當然に物權變動を生ずる。更に改めて第二の物權行爲を爲すことを要するのではない。
(註二三) 八七頁註一四に引いた大審八・七・五民三錄二五輯一二五八頁參照。

268535

第三項 物權の消滅

第一 意義

物權の消滅とは一定の物權が絶對に存在せざるに至るを謂ふ。物權が一人より他人に移轉する場合には其人々に付て之を見れば權利の得喪がある。併し物權の消滅はない。

第二 消滅原因

各種の物權に特有な消滅原因と總てに共通な消滅原因とがある。前者は之を各種の物權に關する説明に譲り、以下には共通なものに付てのみ説明する。

其共通なものの中重なるものは(一)目的物の消滅、(二)混同、(三)拋棄、(四)消滅時効、(五)公用徵收、(六)沒收等である。

一 目的物の消滅

物權の消滅—目的物の消滅

物権は目的物の消滅に依つて消滅するを原則とする。但し目的物が消滅した場合に經濟上之に代はるべき代位物あるときは、それを目的物として其まゝ物権を存続せしむる場合がある(三〇四條、三五〇條、三七二條参照)。之を稱して物上代位と謂ふ。物夫れ自身を目的とすと謂はむよりは寧ろ其金錢的價值を目的とするものと認むべき擔保物権の特質上當然に生ずる現象である(一八頁参照)。

二 混同

廣く混同とは凡て兩立せしむるの價值なき二個の資格が一人に歸するを云ひ、其中に債權の混同(五二條)及び物権の混同(九七條)を含む。

イ 物権の混同は次の二の場合に生ずる。

1 所有權と制限物權との混同 「同一物ニ付キ所有權及び他ノ物權ガ同一人ニ歸シタルトキハ其物權ハ消滅ス」(二七九條一項本文)。例へば所有者が地上權者を相続すれば地上權は消滅する。

2 二個の制限物權の混同 「所有權以外ノ物權及び之ヲ目的トスル他ノ權利ガ同一人ニ歸シタルトハ其權利ハ消滅ス」(二七九條一項本文)。例へば地上權を目的とする抵當權(三六九條二項)が地上權者に依つて取得されると抵當權は消滅する。

□ 以上の二場合に物權を消滅せしむるのは論理上必然の結果ではない。存続せしむる價值がないからである。故に特に兩立せしむる價值ある場合には混同を生せぬ。此理由に因り

1 混同の理論は「占有權ニハ之ヲ適用セズ」(一七九條三項)。占有權の特質上當然の結果である(註一)。

[註一] 混同の法理は所有權と讓業權とが同一人に歸した場合に適用がない(讓業法一五條但書)。之は讓業權の特質から出る當然の結果である(二六頁以下参照)。

2 混同に因つて併合する物權が「第三者ノ權利ノ目的タルトキ」は混同を生せぬ(一七九條一項但書)(註一)(註三)。

〔註二〕 例へば他人の爲めに自己の不動産を抵當に供した人が相続に因つて抵當権を取得した場合に——本来ならば其抵當権は混同に因つて消滅する譯だが——若しも同一不動産上に第三者が二番抵當権を持つてゐるならば、一番抵當権は混同に因つて消滅せぬ。従つて二番抵當権に優先して其権利を行ふことが出来る。

尙大審九・九・八民三録二六輯一三二二頁は甲が乙の所有地上に——明治三三年法律七二號に依つて地上権の推定を受くべき——土地使用権を有する場合に甲が更に其土地を買戻権附で乙から買ひ受けたならば右土地使用権は混同に因つて消滅すべしと謂ふて居る。而して其消滅する理由を説明して、乙は其賣却した土地の上に依然として買戻権を有する、乍併乙は第一七九條一項但書に所謂「第三者」ではないから此場合尙混同の法理の適用を妨げないのだと謂ふて居る。尙本判決に依ると、乙が後に至つて買戻権の行使に依つて土地を取戻すに甲が前々持つて居た土地使用権は復活するのだと説明して居る。事は民法施行前に關する。併し本條の解釋上注意すべき判決である。

〔註三〕 本但書の適用は混同に因る消滅の場合に限ること勿論である。従つて第一番抵當権が辨済に因つて消滅した場合に、同じ其不動産が第二番抵當権の目的物になつてゐるからと云ふて第一番抵當権の不消滅を主張し得ざること云ふを俟たぬ。大審八・一〇・八民三録二五輯一八五九頁。

3 併合せらるゝ物權が「第三者ノ權利ノ目的タルトキ」も亦混同を生ぜぬ（一七九條一項）

但書、一七九條二項）。例へば地上權が抵當權の目的たる場合には所有者が其地上權を取得しても混同を生ぜぬ。

三 拋棄

物權の拋棄は拋棄意思即ち權利者が其權利を他人に移轉することなく絶對に消滅せしめむとする意思を要素とし、表示上に表はれた其意思の效果として物權を消滅せしむる法律行爲である。

① 拋棄は物權的法律行爲である。表示に表はれた拋棄意思の效果として物權消滅の結果を生ずるからである。但し所有權の拋棄 *Derelictio* に關しては拋棄意思の表示を要するや否や及び所持廢棄なる外形的行爲は拋棄意思の表示と見得るや否やに付き獨逸法學傳來の論争がある。私は所持廢棄行爲は必ずしも常に拋棄意思の表示行爲なりとは認め難いと云ふ新説に賛同するけれども、拋棄意思が其以外兎に角何等かの形式に於て表示せらるゝにあらざれば拋棄の效果を生ぜぬものと思ふ。從

つて抛棄は常に意思表示を構成分子とする普通の法律行為だと思ふ〔註四〕。

〔註四〕 民法の解釋としても所有權抛棄は意思表示にあらすして所謂意思表現 (Willensäußerung) に過ぎぬと云ふ學者が少くない。併し通説とは思はれぬ。此説は「表示」の意義を餘りに嚴格に解し過ぎる爲めに起る。私は行為者に表示意思あり而して第三者から見ても效果意思の存在を認識し得る何等かの外形的事實ある以上常に表示ありと云ひ得ると思ふ。

□ 抛棄は不要式の單獨行為である。併し所有權及び占有權 (三〇條) 以外の物權の抛棄のみは其目的物の所有者 (物權の目的物が權利) なるときは其權利者) に對する意思表示に依つて之を爲さねばならぬ〔註五〕。

〔註五〕 大審七・二・二民三錄二四輯二二七頁は一般原則として「權利ノ抛棄ハ之ニ依リ直接利益ヲ受クル者ニ對スル意思表示ニ依リテ」之を爲さねばならぬと云ふて居る。本文に云ふ所は正に此原則の一適用に過ぎぬ。

ハ 抛棄は所有權にあつては爾後其目的物を無主物たらしめ、制限物權にあつては其權利の消滅と共に目的物上の所有權をして本來の完全な状態に復歸せしむる。

抛棄せむとする權利が他人の權利の目的たる場合に其者の同意を得ずして爲した抛棄の效力如何。「地上權又ハ永小作權ヲ抵當ト爲シタル者ガ其權利ヲ抛棄シタルモ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ズ」 (三九條) 其他の場合には規定がないけれども同様の理を認めて其他人を保護すべきだと思ふ。

四 消滅時効

物權には時効に依つて消滅するものとせざるものとある。例へば左記の物權は消滅時効に罹からぬ。

イ 所有權 (一六七條二項)、但し取得時効の結果として今までの所有權が消滅することはある〔註六〕。

〔註六〕 所有權上の物權的請求權が時効に罹るや否やに付ては五三三頁参照。

□ 權利存續の爲めには其成立原因たる事實が引續き存在することを要し、其斷絶あるときは權利亦當然に消滅するもの、例へば留置權 (二九五條) は消滅時効に罹る

餘地なし。

ハ 抵當權(三九六) 不動産質權(三六) 等は其擔保する債權と共にするにあらざれば消滅時効に罹らぬ。動産質權に付ては明文がないが同理を認むべきものと思ふ(註七)

[註七] 尙不動産質權の存續期間に關する三六〇條、抵當權に關する三九七條參照。

五 公用徵收

「日本臣民ハ其ノ所有權ヲ侵サルルコトナシ」「公益ノ爲必要ナル處分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」(憲二七條)。公用徵收は此原則を基礎として公益事業の用に供するが爲め所有權其他の財産權を強制的に剝奪する制度である。公用徵收に因る權利取得は原始取得である。従つて從來收用物の上に存した權利は收用目的に反する限り凡て消滅し又は制限せらる(註八)。

[註八] 現行法上公用徵收を認めた法律は土地收用法を初めとし、鑛業法第三章、森林法第四章、都市計畫法一六條乃至二〇條、市制(二二六條一項)、町村制(一〇六條一項)、特許法(四四條)、製鐵業獎勵法

(大正六法律二七號一條)、陸地測量標條例(明治二三法律二三號三條八條)等である。

此外將來に於ては所謂社會化の目的の爲めに公用徵收を應用すべき場合が擴大されねばならぬこと上述の如し(二頁以下參照)。

六 沒收(刑一九條、明治一九大藏省訓令三號沒收物件取扱手續)

第四項 物權變動の第三者に對する效力

第一目 總說	一〇九頁
第二目 不動産物權變動の公示方法	一一七頁
第三目 動産物權變動の公示方法	一七四頁
第四目 立木及び果實に關する物權變動の公示方法	一七八頁

第一目 總說

第一 物權公示の必要と立法主義

一 物權は排他權たることを特色とする。排他權の存否並に其變動は一般第三者の

物權變動の第三者に對する效力—總說

利害に直接影響を及ぼす。排他權と公示 *Publicité, Publizität* とは離るべからざる事柄である。是れ民法が不動産に付ては登記(七條)、動産に付ては引渡(八條)を以て其變動の公示方法とし、以て第三者保護の途を講じた所以である。

二 唯如何なる程度まで公示に重きを置くかに付いて二の立法主義がある。

イ 獨法主義は公示に極めて強い效力を認める。公示方法たる登記又は引渡は單に第三者に對する對抗要件たるに止まらずして、物權變動そのものの發生要件である。而して登記の内容と實際の事實とが違ふ場合にも苟も登記を信じ之を基礎として權利を取得した者あらば、其者の爲めに登記の内容を絶対に眞實なるものと看做すこととして居る(八九二條、八九三條)。之を稱して登記の公信力 *öffentlicher Glaube* *foi publique* (註一) *foi publique* (註二) である。

(註一) 瑞西民法九七三條、九七四條も亦登記に公信力を認めてる。

ロ 佛法主義に依れば法律行為に因る物權變動は其行為のみに因つて效力を生

じ、唯不動産に付ては變動を第三者に對抗する爲め謄記 *transcription* を要する。謄記には無論一應の推測力はある。併し公信力はない(佛民一一三八、一八五條)。尙動産に付ては原則として一般的の公示方法なく、單に必要な場合に限り第三者保護の規定を設くるに過ぎぬ(註二)。

(註二) 此等の點は先に物權行為に關する立法主義の部に於て一應之を述べた(六六頁以下參照)。

三 批評的に觀れば、

イ 不動産に付ては獨法の如く登記を物權變動の發生要件とし且之に公信力までも認めなければ物權公示の精神が徹底せぬ。さもなければ不動産の取引は不安にして且容易でない。

登記制度の完成は不動産取引を安全且容易ならしむる。其結果土地取引を奨励し不動産信用の膨脹を來さしめ、惹いては土着の習俗の漸減しつゝある現在の傾向を彌が上にも助長する虞がある。土地取引が盛になつて人と土地との親しみが漸次薄

くなるのは十八世紀以來の資本主義重商主義勃興と共に發達した傾向で、學者は之を稱して「土地の動産化」 *mobilisation du sol* と云ふ。此傾向に反對する者は之を以て社會の維持及び健全な發達に害ありとし健實な家庭と一定の土地との間に密接な關係を維持することが善良なる社會秩序の基礎を爲すのだと主張する〔註三〕。

〔註三〕此説の代表者は佛の Le Play (1803-1882) 及び其一派である。

之に對して一方では凡て財産は最も之を必要とする者の手に移るに依つて其效用を發揮するものなれば、不動産と雖も亦成るべく其流通を自由ならしめねばならぬと説く者があり、又他方には土地の移動を成るべく自由にして人と土地との關係を薄くするに依つて漸次土地國有制に近付き得ると主張する者がある。

成程現在の社會的傾向を此儘に放置すれば、農民が困難な經濟的壓迫に堪えつゝ、父祖傳來の田畑を固守すると云ふやうな風習は漸次絶滅するに違ひない。併し不動産取引を困難ならしむるに依つて此傾向を防止せむとするも事は殆ど不能に近いの

みならず、縦令可能なりと假定しても斯くの如きは質屋取締を嚴重にし過ぎて細民命融の途を塞ぎ、借家人保護に重きを置き過ぎて借家の減少を來すと同様、反て小農をして長く不幸の地位に止まらしむるの結果を生ずるに過ぎぬ。現在の財産制を維持する限り不動産の動産化する傾向は寧ろ自然である。故に現在に於ては寧ろ登記制度を完全にして不動産取引を安全容易ならしめ、以て土地を最も善く利用し得る者の手に移して其能率を増進し、又土地所有者をして容易に不動産信用に由る金融を受け得るやうに計るがいい。それが爲めには獨逸民法に於けるが如く登記に公信用を認める所迄進むで不動産取引の安全を計らねばならぬ〔註四〕。

〔註四〕斯る必要あるに拘らず吾民法が公信主義を採らざる理由に付ては鳩山氏法協三三卷七號四九頁以下参照。吾民法が公信主義を採らざる爲めに生ずる不當の結果に付ては一六二頁以下の諸判例参照。

□ 反之獨逸民法が動産に付てまで一般的公示方法を設け吾民法亦或る程度まで之に倣つた(八條)のは不當である。動産の變動も無論公示するのが理想だらう。併し

船舶の如き特別なもの以外之を公示すべき適當な方法がない。民法は「引渡」を以て公示せむとして居る。併し例へば或動産の所有權を甲より乙に譲渡した場合に公示の爲めには占有を甲より乙に移さねばならず、而かも物の利用のみは依然として甲に止めて置きたい場合が少くない。若し公示方法が登記ならば問題は起らぬ。所が占有の移轉は必然的に利用の移轉を伴ふ。於茲か物の利用重きか公示重きか立法者の解決を要すべき難問が起る。何所までも公示に重きを置いたのが初期ローマ法である。併し社會は終に不便に堪えずして漸次實際の引渡に代はるべき各種の便法を發明するに至つた。現に獨法や吾民法が現實の引渡に代はるべき占有改定等各種の便法を許して居るのは此沿革に由來するもので、實は其主義の不徹底を曝露せるものである。故に英法や佛法に於けるが如く動産に付いては原則として公示を要求せず單に必要な場合に限り別段の第三者保護方法を設くるがいい〔註五〕。現に吾民法に於ても第百九十二條で動産占有に一種の公信的效力を認めて居る。之れあるに依

て初めて動産取引は頗る安全である。愈以て第百七十八條の有名無實の規定たるを知り得る。

〔註五〕 此點に付ては先きに物權行爲に關する立法主義の部で述べた所(七五頁以下)をも參照。

第二 我民法の規定

一 我民法は登記を以て物權變動發生の要件となさず、單に「之ヲ以テ第三者ニ對抗スル」が爲めには「登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲」さねばならぬと謂ふに過ぎぬ(七條)。且其登記に公信力を認めざること後述の通である。此點に於て吾民法は極めて佛國民法の考に近い。

然るに民法は動産についてまで之に關する「物權讓渡ハ其動産ノ引渡アルニ非ザレバ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ」(八條)と謂ふ規定を設けて居る。かゝる規定の不可なるは既に上述の通である。以下項を別けて順次に此二箇條を説明しやうと思ふ。

二 かくの如く民法は物権公示の原則として第七十七條及び第七十八條を設けて居る。尙其外補充として不動産登記法を設けて居る。然るに現に不動産登記法中に登記方法を規定して居る不動産は獨り土地及び建物のみ限り、其以外の定着物に付いては何等の規定がない。それにも拘らず、世の中では斯る定着物中の或物——例へば土地に生立せるまゝの樹木——を獨立して取引の目的とすることを認めて居る〔註六〕。既に獨立して取引の目的とすることを認めて居る以上之を公示すべき方法がなければならぬ。然るに現在の登記法中には其規定がない。物の一部たる果實が獨立して取引の目的たる場合あることも既に上述した通りである〔註七〕。而かも此場合に付いても公示方法に關する特別の明文がない。實際上此等の場合は如何に取扱はれて居るのか、又取扱はるべきか。此點を詳説する爲めには更に特別の一項を設けねばならぬ。

〔註六〕 三二頁参照。

〔註七〕 三〇頁参照。

第二目 不動産物権變動の公示方法

はしがき

一一七頁

第一 登記事項

一一八頁

一 登記せらるべき物 — 二 登記せらるべき權利 — 三 登記せらるべき變動

第二 登記の方法

一三三頁

一 登記簿 — 二 登記所 — 三 登記

第三 登記の效力

一四五頁

一 登記の有効要件 — 二 實質的效力 — 三 形式的效力

「不動産ニ關スル物權ノ得喪及ビ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非ザレバ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ」(七條)。

不動産物権變動の公示方法

一一七

即ち民法は不動産物権の變動は登記を以て之を公示する〔註一〕。不動産にして而かも登記方法の規定なき物の公示方法に付ては第四目(頁以下)に於て説明する所を参照せられたし。

〔註一〕 現行法上不動産以外にも、立木其他工場財團等の特殊財團に付いて特別の登記方法があつて其權利關係が公示されて居る。立木法、立木登記規則、工場抵當法、工場抵當登記取扱手續等参照。

尙動産の中でも例へば船舶は登記に依つて公示されて居る。商五四〇條、五四一條、六八六條、船舶登記規則参照。

又不動産物権の一種たる續業權の登録制度は普通の不動産登記法のそれと全く異なつたもので、登録は單なる對抗方法にあらずして物權變動其物の效力發生要件である。大審八・一・一四民一錄二五輯一頁、同三・二・二八民一錄二〇輯六六頁、同四・一・二・二八民二錄一四輯一五六頁、同九・一・二・九民二錄二六輯一九三九頁。尙續業法一九條、二〇條、續業登録令参照。

第一 登記事項

一 登記せらるべき物

登記せらるべき物は「不動産」である。併し現行登記法中不動産にして登記の目的

物となり得べきものは土地及び建物のみに限る。其以外の定着物に付いては——縦令それが獨立して取引の目的となり得るものであつても——登記の方法がない〔註二〕。

〔註二〕 此種のもの、公示方法については一七八頁以下参照。

土地及び建物は其種類に關係なく、之に關する物權の變動を以て第三者に對抗するが爲めには必ず登記を経なければならぬ。従つて(一)未登記建物の所有權を取得した者と雖も其登記を経るにあらざれば之を以て第三者に對抗出來ぬ〔註三〕。(二)又道路敷として公用物となれる土地について國家が公有權(土地所有權)の取得を主張し之を以て第三者に對抗するが爲めにも同じく登記を経ねばならぬ〔註四〕。(三)尙大審院は華族世襲財産は「華族ノ戸主ニ於テノミ之ヲ所有スルコトヲ得ベキモノナレバ」之に屬する不動産上の物權變動は登記を要せずして第三者に對抗し得べき旨を認めて居る〔註五〕。

〔註三〕 大審五・二・二民三錄二二輯七四頁、同六・五・二民二錄二三輯八八七頁。尙其登記方法としては

不動産物權變動の公示方法—登記事項

先づ前主——前主死亡の場合には相續人(大審七・六・一八民一録二四輯一一八五頁)——をして保存登記を爲さしめた上移轉登記を爲すのが本統である。併し大審院は取得者に於て新に保存登記を爲しただけでも充分だといふ便法を認めて居る(八・二六民二録二五輯六八頁、同九・七・一民二録二六輯九九一頁等)。

〔註四〕 大審七・二二・一九民二録二四輯二三四二頁。

〔註五〕 大審四・七・一二民二録二二輯一一二六頁(事案は隱居相續に因る華族世襲財産の取得に關す)。尙普通の場合には隱居相續に因る取得と雖も尙登記を要すべきことに付いては一二九頁註一四参照。

二 登記せらるべき權利

登記は不動産に關する所有權・地上權・永小作權・地役權・先取特權・質權・抵當權及び賃借權に付き之を爲す(不動産登記法一條)〔註六〕〔註七〕。

〔註六〕 占有權及び留置權は占有なる外形的事實と終始する權利なれば特に登記を以て公示するの必要ない。又入會權は各地方の慣習に依るべきもので適當な登記の方法もなければ又實際上必要もない。大審三六・六・一九民二録九輯七五九頁、同六・一一・二八民三録二三輯二〇一八頁)。入會權に付ても共有又は地役の登記を爲すべしとの説を爲す者がある(梅氏志林九卷四號九頁、乾氏法協三〇卷七號八六頁以下)。

けれども、斯くの如きは入會の實際に通じざる議論である。無論此點は將來多少の特別立法を要する點と思ふけれども。

尙一般の先取特權に付いては三三六條に特別の規定がある。其理由は後先取特權の章に於て之を詳説する。

〔註七〕 民施三七條「民法又ハ不動産登記法ノ規定ニ依リ登記スベキ權利ハ從來登記ナクシテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ベカリシモノト雖モ民法施行ノ日ヨリ一年内ニ之ヲ登記スルニアラザレバ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ」。(一)併し本條に依つて登記欠缺を主張援用する權利は第三者に於て之を拋棄することが出来る。大審八・一〇・一三民二録二五輯一八〇六頁。(二)又本條の適用を受くるは「地上權永小作權ノ如キ民法施行前ニ於テ登記ナクシテ絕對ニ第三者ニ對抗スルコトヲ得ベカリシ權利」のみに限り、所有權には其適用なし。大審四〇・六・一七民二録二二輯六五三頁、同八・一〇・二七民二録二五輯一八四八頁。

不動産賃借權は現行法上物權ではない。併し民法は之が登記を許し(五條)、而して

登記した以上之を物權と同様に取扱ふて居る。民法第三百九十五條、建物保護法(明治

四二法律四〇號)、船舶賃借の登記に關する商法第五百五十六條等も亦同様の考に基く

〔註八〕。

〔註八〕 此等の諸點に關する詳細は拙著債權各論五九五頁以下參照。

尙建物の所有を目的とする地上權に限り、地上權者が其土地の上に登記した建物を有するときは、地上權其もの、登記なしと雖も、之を以て第三者に對抗し得るとの例外があり（建物保護法一條）、又借家法（條一）に依れば「建物ノ賃貸借ハ其登記ナキモ建物ノ引渡アリタルトキハ爾後其ノ建物ニ付物權ヲ取得シタル者ニ對シ其ノ效力ヲ生ズ」との例外がある。

三 登記せらるべき變動

イ 登記せらるべきは變動其ものである。

現行法上登記は不動産に關する權利關係の全部を其まゝ寫し出すものではない。唯何等か變動ありたるときは之を登記せしめて第三者に公示するに過ぎぬ。故に登記の目的物は各都度の物權變動其もので物權の現在狀態ではない。

1 保存登記は唯一の例外である。保存登記は從來未登記なりし不動産を新に登記する場合で、普通未登記不動産に付いて設定移轉の登記を爲す前提として爲さるる。

2 登記の目的物は變動其ものである。従つて例へば二箇以上の相次的變動に依つて一不動産が甲より乙、乙より丙、丙より丁等に移轉した場合に、丁其不動産取得を登記せむとせば自己に至るまでの變動全部に付き別々の登記をせねばならぬ理窟になる。併し斯くの如きは現行法上登記を必要とする精神に照し無用の手續を強ふるものである。故に實際上丁は直接甲より當該不動産を取得したもとして登記し得るものと思ふ〔註九〕。

〔註九〕 之は從來判例に依て認められた法理である。例へば大審五・九・一二民二錄二二輯一七〇二頁、

同八・五・一六民一錄二五輯七七六頁、同八・一〇・二〇民二錄二五輯一八三二頁、同九・七・二三民一錄二

六輯一一七一頁。若しも登記原因たる法律行爲其ものを登記するのが吾登記制の精神であるとするれば此

判例は明かに過つて居る。併し吾民法及び登記法は單に物權の變動其ものを登記すべきことを要求する

に過ぎぬ。變動其物が登記されて何人に如何なる権利ありやが、登記簿上明かになりさへすれば物権公示の目的は充分に達せられる。故に登記簿上甲にありと記されて居た権利が現在眞實の権利者たる丁に依つて取得された登記された以上——縱令それが乙丙を経て丁に移轉したのだと云ふ事實を隠匿して恰も甲から直接丁に移轉したやうに記されたにせよ——結局「事實ニ符合スルモノニ歸着スルヲ以テ」判決の云ふ通り之を有效な登記だと謂はればならぬ。

無論登記の申請書には必ず登記原因を記されねばならぬ(登三六條)。従つて實際上権利が甲より乙丙を経て丁に歸属した場合に甲丁相約するに「賣買其他ノ名義ヲ以テ直接ニ所有權移轉ノ登記ヲ爲スベキコト」を以てし之に依つて登記を了した場合には、其登記は虚偽の登記原因に因るものとして無効とせればならぬやうであるが、判例は此場合「現所有者ヲ所有權取得者トシテ登記スルコトハ事實ニ符合シ登記ノ目的ニ反スル所」なしとし「賣買其他ノ名義ヲ用ユルコトハ眞實ニ合セズト雖モ權利者が眞實權利者ナル以上ハ事ニ害ナキヲ以テ」此登記を無効とする理由なしと云ふて居る(上記大審八・五・一六民一録二五輯七七六頁)。

要するに、今や判例は登記が結局眞實に合致する以上登記原因に關して不實があつても之れが爲 登記の效力を害せらるゝことがないこと云ふのである。其結果として(一)大審院は實際上贈與に因つて權利を移轉したにも拘らず登記上は賣買に因つたものとして登記されても其登記は尙有效なりとして居る

(前記大審九・七・二三、同五・一二・一三民三録二二輯二四一頁)。(二)又未登記建物を譲受けた者は先づ讓渡人をして保存登記を爲さしめた上自己に對する移轉登記を爲さしむべきが本來である。併し大審八・二・六民二録二五輯六八頁、同九・七・一九民二決定録二六輯九九一頁等は此場合にかゝる面倒な手續をせすとも讓受人が自ら直に保存登記をしさへすれば自己の所有權を以て第三者に對抗出来ること云ふて居る。之れも畢竟登記原因なる形式に重きを置かずして、現在何人が如何なる權利を持つて居るかを謂ふ實質を標準とした便宜の解釋である。

尙大審院は右と同じ法理を特許權の移轉登録に付ても認て居る(一〇・四・一二民一録二七輯七〇三頁)。

ロ 登記せらるべき變動の種類

不動産に關する權利の「得喪及ビ變更」(七條)、更に詳言すれば其「設定・保存・移轉・變更・處分ノ制限又ハ消滅」(不動産登記法一條)は登記するにあらざれば第三者に對抗出来ぬ。

此等の中設定、移轉、變更、消滅の意義は既に之を説いた(六一頁)。「保存」とは登記せらるゝ物權の效力を保全すること(例へば從來未登記の建物に)、(付き保存登記を爲すが如し)、「處分ノ制限」とは登

記の目的たる権利の處分を制限すること(例へば共有物不分割契約(二五六條)、永小作權轉讓轉貸産分離(一〇四五、)を云ふ。登記(二七)等)

[註一〇] 大審八・八・二八民二錄二五輯一五八五頁參照。

ハ 變動の原因

以上の意味に於ける物權變動は、其發生原因如何に關係なく、總て之を登記することを要するか、又は或種の原因に基く場合に限り特に登記を要せずして之を第三者に對抗し得るか。此點に付いては解釋上學說が三つに分れて居る。

第一說 原因の如何を問はず總て登記を要とする説

此説は今日最も多數の學者の支持する所である。唯其中には、(一)専ら第七十七條の文字を基礎として無制限論を爲すものと、(二)若し實際上登記の必要な場合あらば制限するも可なり、併しかゝる場合は事實上存在せぬと主張するものがある。

第二說 當事者の意思表示に因る變動に限り登記すべしとする説[註一一]

[註一一] 此説は物權變動の原因たる法律行為其もの又は之に代はるべき裁判を贈記するを以て登記制の目的となせる佛法(一八五五年三月二三日法律一條及び二條)の考を其ま、吾民法の解釋上に移したものである。大審院は三九・六・二九民錄一二輯一〇五八頁まで此説を採つて居たが、今日に於ては既に之を棄てた。學說としては石坂博士の最後の論文「意思表示以外の原因に基く不動産物權變動と登記」改纂民法研究上三四七頁以下が此説を採るもの、中最も有力なものである。

第三說 物權變動中(イ)當事者の意思表示に因るもの及び(ロ)縱令當事者の意思表示に因らざるも當事者間の權利關係に起因するもの (即ち原權利者と取得者との間に權利承繼の關係あるもの又は原權利を前
提として行)のみ登記を要とする説[註一二]

[註一二] 此説は専ら横田氏物權法六二頁以下の主張する所である。其根本の考は略第一說中(二)に類する。唯それと異なる所は、第一七七條は明文上變動原因に付いて何等制限する所がないけれども、實際上登記を要せぬ場合があり而して其場合に尙登記を要求するは愚なりとするの點にある。而して此説は「登記は何故必要なりや」の問題を實質的に考へて、そは或る權利が甲乙何れにありや不明にして第三者を惑はせ易い場合に其惑を防がむとするにありと答へ、此考に依つて上記の制限を設けたのである。從

つて此説は結論として死亡相續及び取得時效其他原始取得の場合には登記を要せずと説いて居る。

以上三説の中、最も能く第七十七條の文字に適合するものは明かに第一説である。併し元來吾民法上登記は對抗要件たるに過ぎないから、實際上登記の必要な場合にまで之を要求するのは極めて愚である。故に私は原則として第一説に従ひつつ、其中(二)の考を根據として各種の場合に付き一々登記の要否を點検して見たいと思ふ。

1 當事者の意思表示 此場合に第七十七條の適用あることに付ては學者間に異論なし。遺贈に付ても亦同じ。

2 強制競賣(民訴六四〇條以下)及び競賣法に依る競賣(註一三)

〔註一三〕大審八・六・二三民二錄二五輯一〇九〇頁。此場合と雖も登記は競賣機關たる裁判所の囑託に依つて之を爲すのではなく、競落人は裁判所から代金納入の通知を得て之を納入したる後自ら登記手續を爲すべきものとす。

3 相續 (一)隱居相續(九六四條一號) 註一四、入夫相續(九六四條三號) 〔註一五〕の場合に付ては

登記を不要ならしむる理由が少しもない。

〔註一四〕 大審院は三九・六・二九民二錄一二輯一〇五八頁まで反對説であつたが、四一・一二・一五民聯一

四輯一三〇一頁以來説を改めた。同四・七・一二民二錄二輯一一二六頁、同四・一一・二民一錄二一輯一

八〇六頁、同四・一〇・二民三錄二輯一五四一頁、同六・五・二一民二錄二三輯八八七頁。

〔註一五〕 大阪地四三法律新聞六六三號一七頁。

(二) 死亡相續の場合には相續人以外別に當該不動産の権利者なるが如き外觀を呈する第三者なき故實際上登記の必要なことの有力な説がある〔註一六〕。併し死亡相續の場合と雖も當該不動産は或は既に被相續人の贈與に因り又は其遺贈に因つて第三者に歸し、従つて相續人が實は之を取得せざりし場合もあらう。従つて一般第三者は事實が其何れであるかを登記に依つて知りたい。故に死亡相續の場合にも特に登記を要せずとするの理由はない〔註一七〕。

〔註一六〕 横田氏物權法六三頁。

不動産物權變動の公示方法—登記事項

〔註一七〕 大審四一・二・一五民聯錄一四輯一三〇一頁は隱居相續に關する判例だが其中理由の部に於て家督相續の凡ての場合に付き登記を要すと説いて居り、一般に之が今日の判例だと云はれてゐる。大審九・五・一民一錄二六輯六四〇頁同旨。尙梅氏要義二卷一五頁、鳩山氏法協三三卷九號六四頁參照。

4 取得時効 異説が頗る多いけれども、若しも此場合に登記を要せずとせば第三者は時効完成を知らず、従つて新舊何れの所有者が眞に所有者なりやを知ることが出來ぬ。故に此場合にも登記を要すと解すべきである〔註一八〕。

〔註一八〕 大審四三・一・一九民一錄一六輯七八四頁は甲が時効に因つて未登記不動産を取得して未だ其の登記を爲さざる間に、舊所有者乙が其不動産の保存登記を爲して之を第三者丙に賣渡した場合に、甲の時効取得は登記なきに拘らず丙に優先すべき旨を認めて居る。乍併大審七・三・二民三錄二四輯・二三頁は之と反對に時効取得と雖も登記を要すべき旨を認めて居る。其他學者間の通説は同説である。梅氏要義二卷一七頁、同氏法學志林九卷四號四五頁、中島氏要義二卷上五五頁以下、同氏法曹二四卷六號五頁以下、乾氏「不動産物權の時効取得」登記法協三〇卷六號一頁以下、七號六〇頁以下。反對説横田氏物權法六七頁以下。

尙時効取得は性質上原始取得であるが登記の上では尙之れを承繼取得と同様に取扱ふべく（上記大審

七・三・二參照）、従つて不動産が既登記なれば移轉登記を爲すべく未登記なれば保存登記を爲すべきである（司法省回答法曹記事二二卷七號七〇頁參照）。

5 建物の新築 建物を新築した場合に其所有權が落成と共に當然注文者に歸屬する場合と一旦請負人に歸屬した上注文者に移轉せらるゝ場合とある〔註一九〕。此中第一の場合に取得登記を要せざるは勿論である。反之第二の場合に注文者建物の取得を以て第三者に對抗せむとせば其登記を要する。

〔註一九〕 新築建物の所有權が何時注文者に歸屬するかにつき從來三説あり。

- 一 不動産附合の原則（二四二條）に依り建築材料が土地に附合するに従ひて漸次注文者に歸すとする説（横田氏、請負契約に因る所有權取得法曹二四卷八號一頁以下殊に三〇頁以下）。
- 二 建物の引渡に依つて所有權移轉すとする説（大審四・五・二四民二錄二二輯八〇三頁、同三・一・二二六民一錄二〇輯二二〇八頁等現在の判例である）。
- 三 特別な所有權移轉行爲に因つて初めて移轉する。併し當事者の特約に依り建築材料が搬入せらるるに従ひ動産のみ、注文者に移轉せらるゝものと認め得べき場合は此限にあらすとする説（石坂氏「請負建物ノ所有權ノ移轉」研究四卷五六一頁以下、峰道氏「請負建物ノ所有權移轉ノ時期」京法二二卷一一號

七四頁以下)。

此等の既に付ては撰者債權各論六九四頁以下参照。私は今も尙略第三説を探る。併し當事者は將來應物落成の場合に特に新なる法律行為を俟たず當然に所有權移轉すべき旨を豫め特約することゝ妨げぬ(上記八〇頁註六参照)。尤も此場合と雖も登記を不必要ならしむる理由はない。

1111

6 消滅時効 消滅時効で各種の物權が消滅した場合(頁参照)にも同じく登記を要す(抹消登記、不動産登記法一四一條以下)。

7 物の滅失 此場合にも登記(抹消登記)を要する(不動産登記法七條、九一條)。其手續は不動産登記法(八〇條、八一條、九二條、九)に依る。

8 解除條件成就、終期到來、取消、解除 之れ亦登記を要するを原則とする(不動産登記法一)(註二〇)。

〔註二〇〕 但し例へば不動産質權の如く其存續期間が登記簿上に明示せられ(民三六〇條、登一一六條)、從つて其權利が期間經過の爲め消滅したりや否やが別に消滅の登記を俟たずして明かなる場合には、特に消滅登記を必要とすべき理由がない(大審六・一一・三民三條二三輯一八七五頁)。

9 拋棄 「抵當權者ガ單純ニ其抵當權ヲ拋棄シタル場合ニ於テモ 抵當權ノ登記ニ付キ拋棄ニ基ク抹消登記ヲ爲スニアラザレバ其拋棄ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得」ない〔註二一〕。

〔註二一〕 大審一〇・三・四民一決定錄二七輯四〇四頁。

10 公用徵收 土地收用に因る所有權取得は法理上原始取得である(頁参照)。併し法律は登記に關し移轉の場合と同様の取扱を爲し其手續を不動産登記法(一〇三條、一一二條、一二七條)に定めて居る(註二二)。

〔註二二〕 同說乾氏法協三〇卷七號六六頁以下。

第二 登記の方法

登記は「登記法ノ定ムル所ニ從ヒ」て之を爲す。

一 登記簿(不動産登記法一四條以下)

登記は登記簿に記入して之を爲す。「登記簿ハ土地登記簿及ビ建物登記簿ノ二種

不動産物權變動の公示方法—登記の方法

一三三三

〔註二二三〕我國の登記簿は獨逸に於けると同じく物權の目的たる不動産を標準として編成されてる(物的編成主義 Prinzip des Realfoliums, Realordnung)。

反之佛國の登記簿は所有者を標準として編成されてる(人的編成主義 Prinzip des Personenfoliums)。不便なるが故に同國にも改正意見が多い。

此外に「Torrens」式なる登記法がある。元來オーストラリヤで發案されたものだが今では米國でも十數州に行はれ佛國でもチュニツシーに類似の制度を行つて居る。其特色は(イ)一定の不動産を初めて登記する際登記局 Registrar general で權利關係を精査した上之を記載した地券二通を作成して一通を所有者に交付し他の一通を物的編成主義に依つて登記簿とする。地券の表示は僅かの例外を除く外絶對の公信力を有す。英法では土地は凡て其根本に於て國王に屬すると云ふ考だから右の登記手續を経れば今までの權利關係を離れて新に權利を得たと同じことになる。此れが本制度の根本精神である。(ロ)不動産を移轉する際には一定の官製用紙を使用して證書を作成し之と共に地券を登記局に提出すると譲受人に對し新地券又は從來の地券に裏書したものが下附される。(ハ)不動産を抵當に入れる一の方法は抵當證書 He mortgandum 二通を作成して登記局に提出すると一通を登記局に止めて其旨を登記簿に記入し他の一通を債權者に與へる。他の方法は抵當證書を付けて地券其ものを債權者に交付するに在る。(ニ)登記に公信

力ある結果として眞實の權利者が不正の登記に因つて損害を蒙ることがある。之を賠償するのは國家の責任であり之に應ずる爲め登記料を資金とする保險基金の備へがある。

明治五年二月二十四日大藏省二五號達同年七月四日大藏省八三號達に依つて創設された地券制度は外形上之に類する制度だが、右の「地券ハ所有權ヲ證明スル書面ニシテ設權證券ニアラズ唯賣買讓渡ヲ爲スニハ地券ヲ書替フルヲ必要條件ト爲シタルノミ」明治八年太政官第一〇六號布告參照)。故ニ假令一旦地券下附セラレタルモ之ヲ受ケタル者眞正ノ所有者ニアラザルトキハ眞正ノ所有者ハ其誤謬ヲ證明シテ地券ノ更正ヲ請求スルコトヲ得ベク之ヲ下附シタル官廳ハ其誤謬ナリシコトヲ發見シタルトキハ何時ニテモ之ヲ更正シ眞正ナル所有者ニ對シ地券ヲ下附スルコトヲ得たものである。大審七・五・二四民一錄二四輯一〇一〇頁。

二 登記所(不動産登記法八條以下)

登記所は原則として「登記スベキ權利ノ目的タル不動産ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所又ハ其出張所」である(八條)。其他第八條第二項、第九條參照。

三 登記

登記とは登記簿に記入すること夫れ自身を云ふ。「登記官吏ガ登記申請ヲ受理シ

且登記済證ヲ下附スルコトヲ云フモノニ非ズ」(註二四)。

[註二四] 大審七・四・一五民二録二四輯六九二頁。

イ 登記の種類

登記には色々の場合がある。之を分類すると

(イ)本登記 権利の變動が既に其效力を生じ且登記法所定の形式的要件具備せる場合に爲す登記である。假登記に對する名稱として本登記と云ふ。更に之を

- 1 目的に依つて分類すると次の四種となる。(イ)記入登記 新登記原因に因り新に登記簿に記入する登記を云ふ。(ロ)更正登記 登記に錯誤又は遺漏あることを發見した場合に其を改正する登記を云ふ(六三條、六三條ノ二)。(ハ)回復登記 一旦消滅した登記を回復することを目的とし其中に滅失回復登記(二三條)及び抹消回復登記(六五條)の二がある。(ニ)抹消登記 登記した事項が效力を失つた場合其他登記が眞實に合致せぬ場合に登記を抹消するを云ふ(一四一條以下)。

2 方法に因つて分類すると次の二となる。(イ)新登記 (ロ)附記登記 既存の

登記(主登)に附記して其一部を變更し新たな登記として舊登記を維持するを云ふ。附記登記は特に法律の認められた特別の場合(五六條、五八條、六四條、六六條、一二五條)にのみ許さるゝもので、其「順位ハ主登記ノ順位ニ依ル但附記登記間ノ順位ハ其前後ニ依ル」(七條)蓋し附記登記は縦令新登記原因に基く場合と雖も單に主登記の效力維持の爲め爲さるゝに過ぎぬからである。

(ロ)豫備登記 未だ本登記の條件完備せざるに先立ち將來爲さるべき終局の登記を準備する爲めに爲す登記で更に分つて次の二種と爲す。

- 1 假登記(二條、七條二項、三三條、三三條)(註二五)「登記法第二條ニ依リ登記ノ申請ニ必要ナル手續上ノ條件ガ具備セザルトキ又ハ不動産ニ關スル權利ノ設定移轉變更又ハ消滅ノ請求權ヲ保全セン」が爲めに爲さるる假の登記で、本登記の爲めに登記順位を保存することを目的とする(七條)即ち後に至つて本登記あるときは其效力假登記の時に遡つ

て發生する〔註二六〕〔註二七〕。従つて「假登記権利者ガ本登記ヲ爲シタルトキハ假登記後ニ其義務者ノ爲シタル處分ニシテ本登記ノ權利ニ牴觸スルモノハ其範圍内ニ於テ全ク其效力ナシ」〔註二八〕〔註二九〕。

〔註二五〕 中島氏「假登記論」論文集三〇一頁以下参照。

〔註二六〕 大審九・二・二五民三三二六輯一五二頁。

〔註二七〕 斯くの如く假登記は唯將來爲さるべき本登記の順位を保存することだけを目的とするものなれば「假登記ノ當時其登記義務者ノ權利ニ付本登記アル場合ニアラザレバ」假登記を爲すこと能はず假令之を爲すも無効である。大審八・九・一八民二二五輯一六四二頁。

〔註二八〕 大審九・七・一〇民三三二六輯一〇六〇頁等。従つて斯る「本登記ノ權利者ハ右ノ如キ假登記義務者ノナシタル處分ニヨリ權利ヲ取得シタルモノニ對シ抹消ヲ請求シ得ルモノトス」。而して形式論理より云へば先づ本登記を爲した上でなければ抹消請求を爲し得ないやうであるが「假登記義務者ニ對シ本登記ヲ爲ス可キ旨ヲ請求スルト同時ニ假登記義務者ノ處分ニヨリ叙上ノ如キ權利ヲ取得シタルモノニ對シ之レガ登記ノ抹消ヲ請求スルモ敢テ妨ケナキ所ナリ」。尙此點については同趣旨の判例大審六・九・二〇民二二二輯一四四五頁等参照。

〔註二九〕 但し「抵當權者ハ其抵當權設定登記後第三者ノ爲シタル賣買ニ因ル所有權移轉ノ假登記ノ爲メ其權利ノ實行ヲ阻害セラルベキモノニ非ザルヲ以テ右抵當權ノ實行ニ因ル競賣ハ固ヨリ適法ニシテ之ニ基キ競落シテ所有權ヲ取得シタル」者は本來先順位に在る抵當權に基いて所有權を取得したるものなれば之に後れて假登記を爲したる者の權利に優越すべきは當然である。従つて假登記の抹消を請求出来る。大審七・三・二五民二二四輯四五四頁。之は右本文に記した原則の一適用に過ぎぬ。例外ではない。

併し其以上別に何等の効力はない。従つて(イ)單に假登記があるだけでは未だ「本登記ト同ジク物權ノ得喪變更ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得セシムルモノニ非ラズ」〔註三〇〕、(ロ)「假登記ヲ爲シタル登記權利者ハ爾後更ニ本登記ヲ爲スニアラザレバ直ニ第三者ニ對シテ其權利ノ移轉ニ關スル本登記ヲ爲スコトヲ得ズ」〔註三一〕。 (ハ)又「縱令一旦假登記ヲ爲スモ其後本登記ヲ爲ス權利ヲ喪失スベキ事情發生シタルトキハ登記請求權ノ消滅ヲ來ス」〔註三二〕。

〔註三〇〕 大審四・七・六民一三二輯一一〇四頁。

〔註三一〕 大審九・二・二五民三三二六輯一五二頁。

不動産物權變動の公示方法—登記の方法—假登記

〔註三二〕 大審九・六・二民三條二六輯八三九頁。本判決に付ては鳩山氏法協三八卷一號一四五頁以下参照。

2 豫告登記 登記原因の無効又は取消を原因として登記の抹消又は回復の訴の提起ありたる場合に其訴を受理した裁判所の囑託に基いて爲す登記である(三四條)。
其目的は登記が正當ならざる疑ある場合に其旨を記載して以後其登記簿に基き取引を爲さむとする第三者に警告を與ふるの點に存する。従つて殆ど何等實體法上の效力を生ぜぬ(註三三)。

〔註三三〕 豫告登記の性質目的に付ては大審五・一一・一民三條二二二四頁参照。

□ 登記の手續(不動産登記法二五條以下)

登記は其種類の如何を問はず必ず當事者の申請又は官廳の囑託に依つて之を爲す。職権を以て爲し得ざるを原則とす(二五條)。

(イ) 當事者の申請に依る場合

登記の申請は「登記権利者及び登記義務者又ハ其代理人登記所ニ出頭シテ」之を爲すを原則とす(二六條)。登記権利者とは登記せらるべき事項に因つて直接法律上の利益を受くべき者、登記義務者とは反對に不利益を受くべき者を云ふ。斯くの如く登記申請は原則として此兩者の協力に依つて爲さるべきものだから、登記権利者は義務者の協力を強要する爲め登記請求權を有する。蓋し協同申請を要するに拘らず義務者其協力を拒絶したる場合に権利者之を強制するの手段なしとせば登記制度は有名無實に歸するからである。

此登記請求權は實質上の權利狀態と登記面とが合致せぬ場合に實質上の權利者が其不合法を除くに必要なる登記に共力すべきことを登記面の表見的權利者に向つて請求する權利である。故に右の法律要件を備ふるに因り直接登記法に基いて發生する權利である。物權變動が當事者の意思表示に基く場合と雖も其意思表示自身に因つて發生するのではない(註三三)。

尙不動産が未登記なる場合にも物権取得者は自己の権利を保全するが爲め其登記を爲さねばならぬ。此場合には——大審院は所有權の譲受人自ら保存登記を爲し得る便法を認めてるがそれは別論として〔註三四〕——取得者は先づ舊權利者をして保存登記を爲さしめたる上自己に對する移轉乃至設定の登記を爲さしめ得る。即ち此場合にも取得物權を保全せしむるが爲め直接登記法に基いて登記請求權が発生するのである〔註三五〕。

〔註三三〕 中島氏「登記請求權」論文集三七〇頁以下參照。尙大審五・四・一民三錄二二輯六七四頁、同九・八・二民二錄二六輯一二九三頁略之と同理を認む。尤も多數の判例中に登記請求權の發生原因を當事者の意思表示に求むるが如き口吻を漏してゐるものも少くない。恐らく大審院は此點に付いて今日尙多少迷ひつゝあるものならむ。不動産ノ賣買契約ヲ爲シタル場合ニハ其賣主ハ買主ヲシテ完全ナル所有權ヲ取得セシムル義務ヲ負擔スルモノナルヲ以テ其所有權ノ取得ヲ完全ナラシムルニ要スル登記義務ハ賣買契約ニ伴ヒ當然發生シ特ニ登記義務ニ付キ契約ヲ爲シタル事實ナシトスルモ之ガ請求ヲ爲スヲ妨グルモノニアラズ」と云へる大審九・一・二二民二錄二六輯一八五六頁は最も雄辯に大審院の此態度を表白してゐるものである。

尙登記請求權に付いては左記の判例に注意するを要する。

一 登記請求權が右のやうな事情から發生するものだとすれば、其性質は物權的請求權（五〇頁以下參照）に類似して居ると謂はればならぬ。故に後者について其獨立して消滅時効に罹ることを認めざる大審院は全く同様の理に依り「登記請求權ハ不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ヲ完全ナラシムル爲メ之ニ附隨スルモノニシテ得喪變更ノ事實アル以上ハ獨立シテ消滅時効ニ罹ルベキ性質ノモノニアラズ」と云ふて居る。大審九・八・二民二錄二六輯一二九三頁。

二 甲所有の不動産が乙に移轉された際その登記を済さずして丙に移轉された場合に丙其登記を爲さむと欲せば——甲丙間に直接移轉されたものとして登記され、乙も角（一二三頁註九參照）然らざる限りは——丙は先づ乙に向つて彼が甲に對して有する登記請求權の行使を求め然る後乙に向つて其登記義務の履行を求むべきである。所が現在乙は既に實質上の權利者にあらず、而して甲が依然として登記上の名義人なるに拘らず乙が甲に向つて登記請求權を有し乙が又丙に向つて登記義務を負擔すを爲すは、一見本文に上記した原則に反するかの觀がある。此際乙は兎に角丙をして完全に權利を取得せしむるが爲め丙に對して登記義務を履行せねばならぬ。而して乙が其義務を履行する爲めには先づ甲乙間の移轉登記をせねばならぬこと明瞭なるが故に、大審院は乙は現在既に實質上の權利ではないけれども尙甲に對して登記請求權を有する旨を定めた（五・四・一民三錄二二輯六七四頁）。類似の判例大審九・五・七民一錄二六輯六二六頁。

三 登記請求事件の訴訟物は登記請求たる財産権なれば之に要する訴訟印紙は民事訴訟用印紙法第二條に依つて定まる。而して「登記請求權ノ價額(民訴二條以下參照)ハ目的タル不動産ノ價額ニ準據スベキモノトス」。大審八・一〇・九民二錄二五輯一七七七頁。

〔註三四〕 大審八・二・六民二錄二五輯六八頁、同九・七・一民二錄二六輯九九一頁等。

〔註三五〕 大審五・二・二民三錄二二輯七四頁、同六・五・二一民二錄二三輯八八七頁等。尙大審七・六・一八

民一錄二四輯一八五頁に依れば甲が乙に未登記不動産を贈與して未だ登記手續を済さぬ中に甲死亡して丙之を相續した場合には乙は丙に對して保存登記及び贈與原因に因る移轉登記を求め得る。尙此點に付ては一二三頁註九參照。

○登記の申請は場合に依り、登記権利者のみの申請に依て爲さる。其場合次の如し。(一)判決に因る登記(二七)、(二)相續に因る登記(二七)、(三)登記名義人の表示變更の登記(二八)、(四)滅失回復登記(二三條、六九)、(五)土地建物の分合其他の變更登記(七九條)、(六)土地收用に因る登記(二〇三條一)、(七)所有權保存登記(一〇六條)、(八)登記權利が或人の死亡に因つて消滅した場合の抹消登記(一四)、(九)登記義務者の行方

不明な場合の抹消登記(二四)、(一〇)假登記(三三)、假登記の抹削登記(四一四)等。

此等の諸場合には、登記権利者は單獨に申請し得る。併し登記原因を證する爲め法定の證書を提出する等實際上登記義務者の協同申請に代はるべき何等かの方法を盡すことを要する。

(ロ)官廳の囑託に因る場合(二九條乃至三三條、三四條)。

官廳は右諸條の場合には法定の登記原因證明書を添附して登記を囑託し得る。

第三 登記の效力

一 登記の有效要件

登記が有効に成立する爲めには、次の實質的竝に形式的要件の具備を必要とする。

イ 實質的要件

登記が有効に成立する爲めには、登記された物權變動が實際に存在することを要

する。蓋し登記は事實存在する物權變動を公示することを目的とするものだからである。

事實上物權變動なきに拘らず之のありとして登記せらるゝも、(一)之が爲め實質上物權變動を發生せしむるに至ることなきは勿論〔註三六〕、(二)其登記は登記そのものとして有効でない。従つて其登記が形式上存在するが爲めに不利益を受ける者は何時にても登記上の表見的權利者に對して登記の抹消を請求し得る〔註三七〕〔註三八〕。

〔註三六〕 大審四二・一・二六民一錄一五輯二八頁、同二・三・二〇民一錄一九輯一五八頁、同三・三・一六利二錄二〇輯三一〇頁、同四・一〇・二民三錄二一輯一五四一頁、同七・八・六民一錄二四輯一五二四頁、同九・一一・二五民二錄二六輯一七九四頁等。

〔註三七〕 (一)虚偽の意思表示に因るが爲め物權の移轉が實質上無効なるときは形式上之を登記するも其登記は無効にして抹消せらるべきものだ。大審三九・四・二五民二錄一二輯六六〇頁、同四三・五・二四民一錄一六輯四二二頁、同三・三・一六利二錄二〇輯三一〇頁、同六・三・二九民二錄二三輯五八〇頁、同七・八・六民一錄二四輯一五二四頁等。反之當事者相互の内部關係に於ては物權變動なしとする信託的賣買

に於ても、外部關係に於ては完全に物權變動が存在するから之が登記は眞實に合するものとして無論有効である。大審七・四・四民二錄二四輯四六五頁、同八・九・一民二錄二五輯一五四八頁(但此事實は眞に信託的賣買に關するや否や疑がある)。(二)他人の土地を濫に贈與名義にて自己に移轉登記を爲すも其登記に相當する實質なきが故に無効である。大審四・一〇・二民三錄二一輯一五四一頁殊に一五四五頁記載の講論。(三)他人の不動産を處分する權限なき者が擅に所有者の名義を犯して其賣却をなし之が登記を経たる場合。大審六・四・二六民二錄二三輯七五八頁。

〔註三八〕 尙此點に付ては次の三のことに注意せられぬ。

一 茲に實質上物權變動がなければ其登記は無効だと謂ふのは、唯物權變動夫れ自身に付いて之を謂ふのである。苟も物權變動がありさへすれば、縱令其眞實の發生原因は賣買であるのに登記面には贈與と記載されたとしても、結局「事實ニ符合スルモノニ歸著スルヲ以テ」それが爲め登記の效力を害することはない。即ち物權變動其ものに關する誤は登記を無効ならしむるが、登記原因に關する誤は登記の效力に關係ない。之が現在の判例である。一二二頁註九の記載参照。

二 現在の登記が事實に符合せる以上夫れ以前の登記にして事實に符合せざるものもあるも、現在の登記の效力を害しない。大審四四・一二・一五民二錄一七輯八〇七頁。

三 縱令登記面の記載が物權變動の實體と精確に適合しないでも、例へば建物の實坪數と登記坪數との間に多少の差異がある場合のやうに、其記載は結局其建物を指すので坪數に關する多少の差異の爲め共同

一性を見誤るやうな虞がなければ、爲めに其登記の效力を害するものでない。大審三八・六・七民二録二一輯九〇六頁。

□ 形式的要件

登記が有効に成立する爲めには、獨り上記の如き實質的要件の存在を必要とするのみならず、「登記法ニ定ムル形式上ノ要件ヲ充タスコトヲ必要トシ之ヲ缺ク所ノ登記ハ不適法ナルヲ以テ請求ニ因リ之ヲ抹消シテ原狀ニ復セシムルコトヲ得ベク既ニ爲シタル登記ガ實體上ノ要件ヲ具備スルノ故ヲ以テ其形式ノ不備ヲ不問ニ置クコトヲ得ザルモノトス」〔註三九〕。此場合に於ても不法の登記にして抹消せられざる以上之と相容れざる新なる登記を爲すことを得ぬ。

〔註三九〕 大審四五・二・一二民二録一八輯九七頁、同六・三・一九民二録二三輯四九九頁。

尙此場合には縦合形式上の理由で抹消されても、實質上の物權變動は之が爲め何等の影響を受くべき譯がない〔註四〇〕。従て改めて形式を整へた上第二の登記をなし

得べきこと勿論である。

〔註四〇〕 大審六・三・一九民二録二三輯四九九頁。

二 實質的效力

登記が有効に成立する爲めには以上の如き要件を具備することを要する。併しかかる登記が有効に成立することは民法上「不動産ニ關スル物權ノ得喪及ビ變更」の發生要件ではない〔註四一〕。唯「登記ヲ爲スニ非ザレバ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ」〔七條〕。

〔註四一〕 大審六・一〇・二二民二録二三輯一六七五頁參照。

イ 當事者間の效力

茲に當事者とは第七十七條に所謂「第三者」以外の者の總て、即ち物權變動に因り直接法律上の効果を受けた者〔註四二〕及び其包括承繼人〔註四三〕を謂ふ。

〔註四二〕 例へば（一）意思表示に因る物權移轉の場合には讓渡人讓受人共に當事者である。（二）地上權の

不動産物權變動の公示方法—登記の實質的效力

讓渡に付ては其讓渡人及讓受人のみ當事者で土地所有者は第三者である（大審四〇・七・八民二錄一三輯七七二頁）。（三）取得時効に因る取得は性質上原始取得だけれども、一方が權利を得る結果として他方が其同じ權利を失ふ點に於て登記上げ之を承繼取得と同等に取扱はればならぬから（一三〇頁註一八參照）、獨り時効取得者のみならず喪失者も亦當事者と解すべきである。従つて取得者が喪失者に向つて時効取得を對抗するには敢て登記を必要としない（大審七・三・二民三錄二四輯四二三頁）。尙民三九七條に因る抵當權の消滅に付いても同理が認められて次の如く云はれてゐる。取得時効ノ完成ニ因リ抵當權ガ法律上當然ニ消滅スルモノナレバ抵當權者ハ所有者ト同様ニ時効ノ當事者ナリト解スベク（中略）從ツテ右時効ニ因ル所有權ノ取得ハ登記ナクシテ抵當權者ニ對抗シ得ル。大審九・七・一六民一錄二六輯一一〇八頁。（四）尙「債權者が第四二三條ニ依リ債務者タル不動産賣主ニ代リテ買戻權ヲ行使シタルトキハ買主ハ該賣主ニ對シテ有スル一切ノ抗辯ヲ以テ之ニ對抗シ得ルモノトス從ツテ其債權者ハ本條ニ所謂第三者ニアラズ」（大審四三・七・六民二錄一六輯五四七頁）。

【註四三】 大審四・一・四民二錄二一輯一八一八頁、大審六・三・一九民二錄二三輯四九九頁。尙大審五・三・一一民三錄二二輯七三九頁は立木の對抗要件に關して同様の主旨を認めて居る。

1 登記は第三者に對する對抗要件に過ぎないから、（一）當事者相互間に於ては未だ登記なしと雖も互に物權變動を對抗出来る。（二）従つて登記が手續欠缺の爲

め抹消せらるゝも當事者相互間の關係は之が爲め何等の影響を受けるものでない【註四四】。

【註四四】 大審六・三・一九民二錄二三輯四九九頁。

2 當事者中物權變動の結果其登記を得るに付き利益を有する者（登記權利者）は其登記の爲め自己の登記に變更を受くべき者（登記義務者）に對し登記申請に協力すべきことを請求する權利（登記請求權）を有すること上述の如し【註四五】。

【註四五】 一四二頁註三三參照。

□ 對外的效力

物權變動を登記すれば以後之を以て何人にも對抗し得るに至る。反之「登記ヲ爲スニ非ザレバ【註四六】之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ」（七條）。

【註四六】 登記を爲さざるに付き過失ありや否やを問はぬ（大審四四・一一・二〇民二錄一七輯八七一頁）。

（イ） 對抗力の意義及び内容

不動産物權變動の公示方法—登記の實質的效力—「對抗」

1 「對抗スルコトヲ得ズ」とは物權變動は實質上既に發生して居るけれども、當事者の側から第三者に向つて之を對抗出來ぬと謂ふ義である。従つて例へば甲所有の不動産について乙の爲めになされた物權變動が日附に於ては丙の爲めに爲されたものに先立つて居ても、前者の登記なき間に後者が登記されれば、後者は反つて前者に優先する。乙の爲めにする物權變動は實質上存在するけれども第三者たる丙に對して其存在を對抗出來ぬ【註四七】【註四八】。

【註四七】 此故に

一 甲所有の不動産が—賣買(大審三九・四・二五民二錄一二輯六六〇頁)、相續(大審四・一〇・二民三錄二輯一五四二頁、同五・一一・一民三錄二二輯二二四頁)、買戻(同四・三・二四民三錄二一輯二七五頁)、解除(同四・二・一〇・二二刑一錄一五輯一四三三頁)等に因つて—乙に移轉されたるに拘らず未だ其登記を了せざる間に、甲が其同一不動産を更に丙に讓渡して其登記を経た場合に於ては、乙の取得は日附に於て先立てるに拘らず尙丙に優先出來ぬ。従つて乙は丙に向つて彼が自己の所有權を侵害したりとの非難を爲すことが出來ぬのは勿論(上記大審五・一一・一一)、縱令甲の丙に對する讓渡行爲は自然乙に對する

債務不履行を惹起し又は冒認販賣の如き犯罪となるやうなことがあつても、之が爲め丙の優先取得は毫も害せらるゝことがない(上記大審三九・四・二五)。

二 甲所有の不動産が乙に讓渡されたるに拘らず未だ其登記なきに乗じて甲は更に其不動産につき丙の爲めに抵當權を設定して登記をした。此場合—假令甲について犯罪が成立するやうなことがあつても—乙は自己の所有權取得を主張して丙の抵當權を否定することを得ぬ(大審三五・一〇・六民二錄八輯九卷二二頁、同四三・一一・一刑一錄一六輯一八二二頁、同四・二・三民一錄二一輯一九七七頁)。

【註四八】 以上と異なつて

一 乙丙共に未だ登記を了せざるまきは何を以て二者の優劣を決すべきか。大審三二・四・一二民二錄五輯四卷二三頁は立木に關して二者共に登記なくむば結局實體關係を以て優劣を決するの外なきが故に、先に權利を得た乙が優先すべきだと謂ふ考を採つてに反し、大審四三・一・二四民二錄一六輯一頁は自己の物權變動にして登記なき以上は自ら登記を爲さざる第三者に向つても亦自己の物權變動を對抗出來ぬと認めて居る。即ち乙丙の間に優劣を認めず乙丙は互に反對者の物權變動を否認し得ると云ふのである。

二 或建物に付いて先づ甲の爲めに所有權保存登記が爲された後、更に別の登記用紙に於て乙の爲めに所有權保存登記が爲されたやうな場合には、無論乙の登記は無効である(大審四・一〇・二九民一錄二一輯一七八八頁)。

乙から丙に向つて「對抗スルコトヲ得ズ」とは、乙が物權變動を主張するに對し丙が之と反對又は相容れざる事實を主張した場合に、乙の主張は之を認めぬと謂ふ意味である。併し裁判所が本條を適用するが爲めには(一)乙の主張する物權變動に付いて登記欠缺せること及び(二)丙が乙の主張する物權變動と反對又は相容れざる事實を主張せることの二要件あるを以て足り、特に丙に於て登記欠缺の事實を主張して本條の保護を求めたることを必要とせぬと云ふのが大審院の考である(註四九)。尤も丙に於て特に積極的に本條の保護を受くる利益を拋棄したる事實あるときは本條を適用すべき限にあらざること勿論である(註五〇)。

(註四九) 此點は(一)嘗て大審四五・六・二八民二錄一八輯六七〇頁に依つて反對に解され「其登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ利益ヲ有スル第三者ハ同條ノ保護ヲ受ケント欲スル趣旨ヲ主張スルニアラザレバ同條ノ適用ヲ受ケル事ヲ得ザルモノトス蓋シ(中略)第三者ガ特ニ之ヲ主張セズシテ實際ノ事實ニ基キ其得喪變更ヲ論争スル場合ニ於テモ尙同條ヲ適用スベキ理由存セザレバナリ」と謂はれて居たのだが、(二)大審五・二・二五民二錄二二輯二五〇八頁は上告人が右の判例を援用せるに拘らず何等の説明を與へずし

て全然之と反對に「民法一七七條ハ第三者ニ抗辯權ヲ與フル趣旨ニアラズ苟モ登記ナシトノ事實アル以上第三者ニ對シ權利ノ得喪變更ヲ主張スルヲ得ズト云フニアリテ第三者ガ登記欠缺ヲ主張スルニ及ビ始メテ此點ニ付キテ判斷ヲ爲スベシト云フモノニアラズ原判決ノ確定シタル事實ニ據レバ相續ニ因ル移轉登記ナキコトハ當事者間ニ爭無キ事實ナルヲ以テ此事實ニ對シ民法一七七條ヲ適用シタルハ相當ニシテ何等ノ違法無シ」と判決して居る。本判決は要するに丙が乙の主張と相容れない反對事實を主張せる以上特に登記欠缺を主張して一七七條の保護を求めずとも、裁判所に於て自ら登記欠缺の事實を認めたる以上は丙を保護すべきだと云ふので、明に四五五年の判決を覆したものである。

尙大審七・一・一四民二錄二四錄二二七八頁は再び上記四五五年の判例に歸つたかの外觀を呈して居るが右は明治一九年八月法律第一號登記法の解釋に關する。

(註五〇) 大審三九・一〇・一〇民二錄二二輯二二一九頁。

2 かくの如く登記なき以上、當事者は物權變動を以て第三者に對抗出來ない。反之第三者の側から登記欠缺の主張を拋棄して物權變動の效力を承認するを妨げざるや勿論である(註五一)。

(註五一) 通説は皆斯く解する。反之川名氏物權一四頁以下は第三者との關係に於ては全然效力なきの意だと説いて居らるゝ。

大審三九・一〇・一〇民二錄一二輯一二一九頁は第三者が斯くの如く拋棄を爲し得ることを認めて「本條ハ第三者が對抗ノ權利ヲ拋棄スルトキハ物權ノ得喪變更ハ其者ニ對シ當然效力アルコトヲ示シタルモノトス而シテ第三者ハ其意思表示ノミニテ對抗ノ權利ヲ拋棄スルモ將タ特ニ物權ノ得喪變更ニ付キ利害關係ヲ有スル者ト契約ヲ締結シテ之ヲ承認スルモ妨ナシ」と謂ふて居る。

斯く解するの結果として例へば(イ)未登記の間と雖も隣地者の相隣權に基く各種の主張(通行權、立入權、排水權等)を拒むことを得ず、(ロ)地上權者永小作權者等の用益物權者は不動産の新所有者が未だ取得登記を爲さざる間と雖も之を所有者として取扱ふことを妨げず、(ハ)又土地の工作物所有者は其登記未了の故を以て第七百七十七條の責任を回避するを得ないのは勿論である。

(ロ) 對抗力の發生及び存續

- 1 對抗力は登記に因つて發生する。
- 2 一旦發生した對抗力が存續する爲めには登記存續することを要す。故に登記が後に至り物權變動の眞實の内容を表示せざるに至れるときは、其原因が當事者の

申請に基くと將又登記官吏の過失に出づるを問はず其眞實の内容を以て第三者に對抗することを得ぬ(註五二)。

(註五二) 例へば舊登記簿より新登記簿に移記の際根抵當の表示を遺脱したときは以後根抵當たることを以て第三者に對抗し得ぬ。大審八・八・一民一錄二五輯一三九〇頁。

(ハ) 對抗力の人的範圍——「第三者」の意義

登記なき物權變動は「之ヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得ズ」。茲に「第三者」とは物權變動の當事者及び其一般承繼人(註五三)を除いた以外の者を謂ふ。

然らば此等の「第三者」に對しては總て對抗し得ないのか。それとも第三者ではあるが對抗し得るものもあるのか。

(註五三) 「當事者」の意義に付いては一四九頁參照。

- 1 第三者の善意惡意を問はざることには異論ない(註五四)。

第七百七十七條の目的が第三者の保護に在るならば、惡意の——即ち物權變動を知

不動産物權變動の公示方法——登記の實効力——「第三者」

れる——第三者に對してだけは、縦合登記がなくとも、物權變動を對抗し得て然るべき譯である。併し善意者に對しては對抗し得ざるに反し惡意者には對抗出来ること謂ふことなれば、物權の對抗力が問題になる毎に、第三者の善意惡意が訴訟上に争はれて事が面倒になる。之れ本條が苟も登記なき以上第三者の善意惡意に關係なく總て之に對抗し得ざることをした所以である。

〔註五四〕 大審四三・一一・刑一錄一六輯一八二頁、同四五・六・一民一錄一八輯五六九頁。

2 次に不動産登記法中に「詐欺又ハ強迫ニ因リテ登記ノ申請ヲ妨ゲタル第三者ハ登記ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得ズ」^(四)及び「他人ノ爲メ登記ヲ申請スル義務アル者^(他人の財産管理人、法定代理人等として又は委任に因つて斯る義務を負担せるもの、意)ハ其登記ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得ズ但其登記ノ原因ガ自己^(即ち義務者)ノ登記ノ原因ノ後ニ發生シタルトキハ此限ニ在ラズ」^(五)との規定がある。何れも自ら不當に他人の登記を妨げつゝ而かも自己の利益の爲め其欠缺を援用することを禁ずる主旨の規定であつて、此等の「第三者」に對しては登記な

しと雖も尙當該の物權變動を對抗し得べきこと勿論である。

3 第三者は「特ニ登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益」を有する者のみに限るや否や〔註五五〕。

〔註五五〕 此問題に付いては鳩山氏法協三三卷九號四六頁以下が良い参考書である。

此點に關し大審院は嘗て消極説を採つて居たが〔註五六〕、明治四十一年十二月二十五日の民事聯合部判決〔註五七〕此方説を改めて積極説を採るに至り、爾來多數學者の反對あるに拘らず、今日尙依然として之を維持して居る。

〔註五六〕 大審四〇・一一・六民二錄一三輯一一七四頁等。

〔註五七〕 錄一四輯一二七六頁。

右明治四十一年の判決は次の三點を根據とする。(一)民法が登記を以て單なる對抗要件に過ぎずとなせる以上、「物權ハ其性質絶對ナリトノ一事」にのみ重きを置いて第三者の意義を定めることは出来ぬ。「時ニ或ハ待對——」相對」の意——ノ權利ニ

不動産物權變動の公示方法——登記の實質的效力——「第三者」

類スル嫌アルコトハ必然ノ理ニシテ毫モ怪ムニ足ラザルナリ。(二)「本條ノ規定ハ同一ノ不動産ニ關シテ正當ノ權利若クハ利益ヲ有スル第三者ヲシテ登記ニ依リテ物權ノ得喪及ビ變更ノ事狀ヲ知悉シ以テ不慮ノ損害ヲ免ルルコトヲ得セシメンガ爲メニ存スルモノナレバ」其趣旨に應ずるだけの制限を附して解すべきは當然である。蓋し(イ)「對抗トハ彼此利害相反スル時ニ於テ始メテ發生スル事項ナルヲ以テ不動産ニ關スル物權ノ得喪及ビ變更ニ付テ利害關係アラザル者ハ本條第三者ニ該當セザルコト尤著明ナリ」、(ロ)「又本條制定ノ理由ニ視テ其規定シタル保障ヲ享受スルニ直セザル利害關係ヲ有スル者ハ亦之ヲ除外スベキハ益疑ヲ容ルベキニ非ズ」。

此理由に依つて大審院は「本條ニ所謂第三者トハ當事者若クハ其包括承繼人ニ非ズシテ不動産ニ關スル物權ノ得喪及ビ變更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者ヲ指稱ス」どの原則を樹立し、之に基いて(一)「第三者」中に入るべき者は例へば(イ)「同一ノ不動産ニ關スル所有權抵當權等ノ物權又ハ貸借權ヲ正當ノ權原ニ因

リテ取得シタル者」、(ロ)「同一ノ不動産ヲ差押ヘタル債權者若クハ其差押ニ付テ配當加入ヲ申立テタル債權者」等であり、(二)入らざる者は例へば「同一ノ不動産ニ關シ正當ノ權原ニ因ラズシテ權利ヲ主張シ或ハ不法行爲ニ因リテ損害ヲ加ヘタル者」の類であると謂つて居る。

要之、大審院は「登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益」を有するや否やを標準として「第三者」なりや否やを決すべきことを標榜して居る。併し其實際的適用を其後幾多の判例に付いて審査して見ると其結果は極めて複雑である。其中重なるものを大體分別すると左の通りである。

一 當該不動産に付いて直接何等の權利又は利益を有せざる者。

(イ) 不動産所有者に對して單純なる債權を有するだけでは未だ以て當該不動産に付いて權利又は利益を有するとは謂ひ難い(大審四・七・二民二錄二二輯一一二六頁)〔註五八〕。

反之(二)其不動産に付いて貸借權を有する者(上記大審四一・一二・二五中の議論)、(三)「同一ノ不動産ヲ差押ヘタル債權者若クハ其差押ニ付キ配當加入ヲ申立テタル債權者」(上記大審四一・一二・二五中の議論、

不動産物權變動の公示方法―登記の實質的效力―「第三章」

同八・一二・八民二錄二五輯二二五〇頁、同九・二・三民三錄二六輯一五二頁中の議論)等は不動産に付いて直接「権利又は利益」を有する。

〔註五八〕債権者が未だ差押又は配當加入を爲さざる間に債務者が華族世襲財産の登記を爲したる場合に於て、債権者は其登記前既に右登記の欠缺を主張して世襲財産たることを否認する権利を有し居たるを以て、後より登記せらるゝも其権利を失ふ筈なしと主張せるに對し、大審院は單純なる債権者は未だかかる権利なかりしものなりとの判斷を與へた。

(四) 前主の無権利に因りて不動産の譲渡が無効なる場合には——假令之を登記するも實質的要件を缺くが爲め無効なるが故に(一四五頁以下参照)——其譲受人は何等の権利を有せず。従つて第三者が眞實の権利者より同一不動産を取得して未だ其登記を経ざるも、右第一の譲受人は登記欠缺を主張し得ず。例へば

1 被相続人が不動産を甲に贈與遺贈其他移轉したが未だ其登記を経ざるか又は一旦爲されたる登記が抹消せられ居る間に、被相続人死亡したるに因り、相続人は外觀上相続財産中に在る不動産を乙に移轉し(又は抵當に入れ)て登記を経た。此場合——相続人は無権利にして且吾民法上の登記には公信力がないから——乙は結局無権利者なるが故に甲の登記欠缺を主張し得ず(大審四四・九・二六民一錄一七輯五一頁、同四四・一二・二五民二錄一七輯七八九頁、同元・八・一九民二錄一八輯七三三頁、同三・一〇・九民二錄二〇輯七二七頁等)。

2 長男甲を除籍した後被相続人が死亡した。次男乙相続の登記を爲したる上、不動産を第三者丙に賣却して登記を経た。所が其後甲は除籍の無効を主張して相続を回復し丙に向つて——本來自己に屬すべかりしものなりとの理由に依つて——不動産の返還を請求した。此場合に丙は無権利なる故甲に對して登記欠缺を主張し得ず(大審四三・四・九民一錄一六輯三二二頁)。相続欠缺者が相続登記を爲したる上第三者に移轉登記を爲した場合に付いても同旨が認められてる(大審三・一二・一民一錄二〇輯一〇三四頁)。

3 他人の家屋を横領し其他何等正當の原因なしに自己名義に保存登記を爲した者から其家屋を目的とする抵當権を得て登記を経るも、實は権利を取得し得ないから自ら「第三者」として眞正の家屋所有者の無登記を主張し得ぬ(大審二・一〇・二刑二錄二〇輯一七七一頁、尙類似の事件に付き大審二・三・二〇民一錄一九輯二五八頁、同九・一一・二五民二錄二六輯一七九四頁等)。

二 當該不動産について権利又は利益を有すれども其權利利益夫れ自身が別個の實體的理由に依つて登記欠缺者に對抗すべからざるものなるが爲め全く権利又は利益を有せざる者と同一に取扱はるべき者。

(イ) 甲乙間の不動産賣買は虚偽の意思表示にして無効なるも、之を知らずして買主乙の相続人丙より該不動産を買受けた丁は善意の第三者なるが故に右の無効は之を以て丁に對抗出來ぬ(九四條參照)。従つて此場合に直接甲から該不動産を買受けた成は——甲乙間の賣買無効にして甲は依然として所有權を有する故——實質上所有權を取得した譯だが、之を以て丁に對抗せむが爲めには其前提として甲乙間の賣買の無効なることを主張せねばならぬ。所が上述の通りそれは許されない。従つて成は丁に對する關係に於ては自己の所有權を主張し得ないから、該不動産に付いて全く何等の權利を有せぬのと同じことになる。従つ

て丁は自ら登記なしと雖も戊に向つて自己の権利取得を對抗し得る（大審九・七・二三民一録二六輯一一五一頁）。

(ロ) 「債權ノ讓受人ガ其主ナル債權ノ讓渡ヲ以テ債務者ニ對抗シ得ザル以上假令從タル抵當權ニ付キ移轉登記ヲ經タリトスルモ債務者ノ債權讓渡人ニ對スル債務辨濟ニ因ル抵當權消滅ノ登記欠缺ヲ主張シ抵當權取得ノ保護ヲ受ケ得ベキ者ニ非ザルヲ以テ該讓受人ハ第一七七條ニ所謂第三者ニ非ズ」(大審一〇・三・一二民三録二七輯五三二頁)。

三 他人の不動産の不法占有者

(イ) 他人の不動産の不法占有者は自己に占有権あるの故を以て其他人の登記欠缺を主張し得ぬ(大審四三・二・二四民一録一六輯一三二頁、同九・四・一九民二録二六輯五四二頁)。

(ロ) 従つて貸貸借終了せるに拘らず貸借物を開渡せざる貸借人は不法占有者に外ならざれば、例へば甲の賃借権消滅後未だ賃借物を返還せざる間に乙が別に賃借権を得且之を保全するが爲め賃借物所有者に代位して賃借物の開渡を請求したる場合に甲は乙の賃借権の登記なきことを理由として之を拒むことを得ぬ(大審九・一一・二二民二録二六輯一七〇二頁)。

四 他人の不動産に對する不法侵害者

(イ) 甲が所有山林を乙に賣り乙は更に丙に賣つた。併し乙丙の取得共に登記がない。甲が之に乗じて其山林の一部を丁に二重賣して不當の利得を得た。其後丙が乙に對する登記請求權を行ふ前提として乙の甲に

對する登記請求權を代位行使した所、甲は乙丙間の賣買に對する關係に於ては第三者であり、而かも丙の取得には登記がないとの理由で其請求を拒絕した。大審院は此場合甲は丁に對する二重賣に因つて不當の利得を得てるから丙の登記欠缺を主張するに付き正當の利益を有せぬと謂ふて居る(大審四三・七・六民二録一六輯五三七頁)。

(ロ) 此理由を以てせば、例へば甲が乙に建物を賣つたが未だ登記のない間に第三者丙が不法に其建物を侵害したからと云ふて乙賠償を請求したるに對し、丙は登記欠缺の故を以て之を拒み得ないことになる。此事例は未だ大審院判例中に見當らないけれども原則だけは上記四一・一二・二五判決中(一六一頁)に認められて居る。

以上の諸判例を通覽すると、大審院は「登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益」を有するや否やを標準として「第三者」なりや否やを決すべきだと云ふ原則を標榜してることが分る。

一 私は此大審院の標榜する所を正當なりと謂ひたい。何故なれば、縱令第七十七條には文字上何等の制限なくとも、實際上「登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益」を有せざる者にまで登記欠缺を主張して物權變動を否認する權利を與へる必要は少しもないから。

二 併し大審院が此標榜の下に、實際上「第三者」中より除外すべきものとして諸場合が、實質上正當なり

不動産物權變動の公示方法—登記の實質的效力—「第三者」

や否やを判断するに付いては、「一體我民法は登記に依つて如何なる人を保護せむとするのか」と云ふ問題を場合を分けて精細に考へて見ればならぬ。

(イ) 先づ第一に、甲乙兩者が同一不動産上に論理上互に相容れない権利を有す主張して其優劣を争ふ場合には、甲乙何れも相手方の権利の存在を否認するに付いて利益を有する。例へば、丙が其所有地を順次に甲乙に二重賣却を爲した場合に、若し甲に権利ありと云ふことになれば、乙は権利を取得するを得ず、又若し乙に権利ありと云ふことになれば、甲には権利なきこと、ならねばならぬ。従つて甲は先きに買つたけれども其登記をせざる間に、乙が又丙から買取つて登記を済ませたとすれば、乙は甲の登記欠缺を主張して彼の権利者たることを否認するに付き利益を有する。何故なれば、之を否認するにあらざれば理論上自己の権利取得の有效を主張し得ないのだから。

然らば、右の場合若しも乙の取得が——何等か別に實質的理由があつて——無効であつたとすれば、どうだらう。此場合甲は必ずや次の如く主張するに違ひない。若しも甲の権利があるとするれば論理上之を矛盾するこの権利はあり得ない。だから乙が其矛盾を取除いて自己の権利を活かす爲めにはどうしても甲の権利を否認する必要があるのだ。然るに今乙は別に妨げがあつて實質上権利を取得出来なかつた。従つて假りに甲の権利取得を否認し得たとしても彼れ自らには之に依つて活かすべき何等の権利もない。本來自己の権利を活かす爲めに之を矛盾する甲の権利を否認することを許すのが第百七十七條の精神である。従つて「否認しに依つて活かすべき権利なき者には否認の権利を與へる必用がないのだ」と。

此甲の主張は正當と認めればならぬ。何となれば、上述の如く(一四五頁以下)吾民法上権利變動の實質なき以上は縱令形式上之を登記しても何等の效力をも生じない、従つて乙が——實質上の妨げに因つて——権利を取得せざりし以上形式上登記しても尙自ら主張すべき何等の権利をも有しないのだから。

此考を發展して出來たのが前記一及び二の下に列擧した諸判例である。其中には實質上乙に権利無しとする實體的理由の研究が不完全な爲め結論までも不當になつたものもあるが、大體に於て正當である。其凡てに通ずる考を摘記するに次の原則になる。

〔第一原則〕

甲の物權變動に付いて登記なきことを主張せむとする者は、若し甲の物權變動を認めるとすれば内容が之を兩立せざるが爲め論理上當然に否認されねばならぬ権利を有する者なることを要する。故に

イ 別に實質上の理由があつて斯る権利を有せざる者は甲の登記欠缺を主張し得ず。
ロ 斯る権利を有するけれども——別に實質上の理由があつて——之を以て甲に對抗することを禁ぜられてる場合亦同じ。

(ロ) 次に、甲は實質的に権利を有するに拘らず其登記をしてない。けれども乙は同一不動産上に甲の権利を矛盾すべき何等の権利をも有せざるが故に、以上(イ)の説明したやうな問題は起らない。併し例へば乙が甲の實質的に所有する物權を侵害したるが爲め、甲から物權的請求權又は賠償請求權を主張された場合には乙は——甲の権利者なることに付いて登記がないから——甲が果して物權者なりや否や、従て請求權

者なりや否や正確に知り得ない爲め、甲の請求を拒絶し得るのではなからうか。彼は判例の所謂「同一ノ不動産上ニ正當ノ利益」をこそ有しないけれども、「登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益」を有するのではなからうか。そうだとすれば以上の諸判例中三及び四に掲げたものは凡て不當だと云はればならぬことになる。従来判例を非難する學者の中には此論を爲す者が少くない。

併し、吾民法上登記は物權變動を主張するに付いて許される唯一の證據方法ではない。實質上の権利者たる甲の爲めに登記がなく反つて第三者丙の爲めに登記されてる場合でも、甲は侵害者乙に對して別個の實質的材料に依つて自己の権利者なることを主張し丙の登記は眞實に合致せざる故無効なることを主張すれば、裁判所は甲の主張を容れればならぬ。丙の爲めにする登記には丙を権利者なりと推測する力はあるけれども、甲は反證に依つて之を覆し得る。之が吾民法上の登記の效力である（一七〇頁以下参照）。

して見れば、右の場合不法占有者乃至不法侵害者は一見「登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益」を有するやうだが、吾民法上の登記にして其效力上述の如くなる以上、結局甲の請求に應ぜればならぬ。従つて彼等も亦「第三者」から除外されればならぬ。即ち上記三及び四の諸判例も——理論は別問題として——結論に於て正當だと云はればならぬ。私は此結論を以上の理論に依りて合理的に説明したい。そうして次の原則を以て之を言ひ表はしたのである。

〔第二原則〕

物權侵害者に對して侵害の排除又は損害賠償を請求するが爲めには、其物權が登記されてることを必要

とせぬ。實質上の権利者——即ち被害者——は別に方法を求めて自己の権利——従つて被害——を證明し、以て右の請求を爲し得る。侵害者は登記の欠缺を理由として請求者の物權者——従つて被害者——たることを否定し得ぬ（註五九）。

〔註五九〕 此點は私が嘗て債權各論一〇六頁以下に於て説いた所と全く異なつて居る。

要するに、私は「第三者」の意義に付いて大審院の主張する結論を、大體に於て是認する。之を以上の理論に依て合理的に説明し、其結果を纏めて以上の二原則とした。私は今後大審院が唯漫然と「登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益」ありや否やを標準として事を決して往來の態度を改めて、以上の二原則と其基礎たる理論とを標準として精細に個々の具體的事件を観察判断せむことを希望する。

三 形式的效力

物權變動が事實存在しても之を登記しなければ第三者に對抗出来ぬ。然らば之と反對に登記はあるが其表示する物權變動が眞實に合はざる場合に登記は何等かの效力を有すべきか。

イ 推測力

権利變動の實質なきに拘らず、之のりとして登記せらるるも、其登記は無効である。従つて之が爲め不利益を受ける者は、何時にても登記上の表見的権利者に對して登記抹消の請求を爲し得る。是れ先きに登記の實質的要件として説明した所である(以下参照)。

かくの如く、権利變動の實質を伴はざる登記は無効である。けれども苟も公簿に記載されてる以上一應其記載事項を眞實なりとするの推測力あるものと解せねばならぬ(註六〇)。無論單純なる推測に過ぎないから反對事實の證明に依つて之を覆し得るのは勿論である。

【註六〇】 獨民八九一條には此主旨が明言されてる。

1 故に訴訟當事者の一方が登記の内容と反對の事實を主張し且之を立證したるときは、裁判所は其主張を容れて裁判の基礎とせねばならぬ。即ち登記は物權關係を

主張するに付いて許される唯一の證據方法ではなく、別に反證を擧げて直に登記の内容と反對の事實を主張し得る。敢て先づ抹消手續を爲すことを要せぬ。

2 けれども、或る人が登記の内容を否認して、之と相容れない新たな登記を申請する場合には——現在兎に角形式上登記が存在するのだから——先づ従來の登記を抹消する手續をとらねばならぬ。此手續を執らずして「直に登記ナキモノト看做シテ別ニ——之と相容れない内容の——登記ヲ申請」することは許されない【註六一】。實質上無効のものなりや否やは別として兎に角現存する登記は一應登記官吏を拘束する。其登記の抹消されざる間は之と矛盾する登記申請を受理出来ない【註六二】。

【註六一】 大審四三・五二四民一録一六輯四二二頁、同三・八・三民二決定録二〇輯六四一頁、同七・四・三〇民二決定録二四輯一〇五九頁。

【註六二】 大審七・一二・三民一決定録二四輯二二八〇頁。

3 尙不動産に付ては登記の推測力と占有權の效力としての推測力(八條)とが矛盾牴觸することがあり得る。此場合に何れに重きを置くべきかに付ては何等の明文

がない。併し苟も登記ある以上第八十八條は適用なきものと解するのが不動産公示制の精神上正當と思ふ。反之未登記不動産に付ては尙同條の適用あるものと解する【註四五】。

【註四五】 中島氏物權上一六三頁は登記せる不動産にも一八八條の適用ありとし登記に因る推測力と一八八條に由る推測力とは互に優劣なしと云ふ。併し一八八條は諸外國の立法例では動産にのみ限つた規定である(佛二二七九條、獨一〇〇六等)。吾民法には之を動産に限るべしとする明文はない。併し事物の性質上登記せる不動産には適用すべきでないと思ふ。

○ 公信力

眞實に合せぬ登記は無効にして抹消せらるべきものなること上述の通である。然らば登記の眞實に合せざることを知らず登記の記載に依頼して其上に權利關係を築いた者は法律上如何に之を取扱ふべきであるか。

登記制度の精神を極端まで貫徹して第三者の保護を完全ならしめむとせば、苟も登記せられたる以上縱令其内容が眞實に合はずとも登記上の記載に重きを置かねば

ならぬ。此意味に於て獨逸民法(八九二條、八九三條)、瑞西民法(九七三條)等は登記に公信力: *öffentlicher Glaube, foi publique* を認め苟も登記の内容を信用して其基礎の上に權利關係を築いた者は總て之を保護する【註六三】。

【註六三】 公信力に付ては鳩山氏法協三三卷一二號七四頁以下参照。

所が我民法は全然かゝる效力を認めない【註六四】。「登記簿上不動産ノ所有名義人タルモ本來所有權ヲ有セザル者ヨリ之ヲ買受ケタルトキハ所有權移轉ノ效果ヲ有セザルコト勿論ナレバ買受人ガ所有權移轉ノ登記ヲ爲シタルト其賣渡人ノ所有者ナラザルコトヲ知ラズシテ買受ケタルトニ拘ラズ眞正ノ所有者ハ——自らの權利に付ては登記なきに拘らず——其權利ヲ以テ之ニ對抗シ得ルモノトス」【註六五】。従つて場合に依つては登記を信用して其上に權利關係を築いた善意の第三者に對し結果が頗る殘酷に見ゆる場合が少くない。

公信力は論理上必ずしも登記制度に伴はねばならぬものでないにしても、若し今

日のまゝに放置すれば場合に依り登記は事實上全く何等の效用なきに至る。此等は將來特に立法を以て改正を要すべき點と思ふ【註六六】。

【註六四】 吾民法上登記に公信力なきことは學者の均しく認むる所である。鳩山氏法協三三卷七號四六頁以下、中島氏物權上六二頁、横田氏物權一〇二頁。

【註六五】 大審四一・一〇・二七民一錄一四輯一〇五二頁（隱居者が留保した不動産を相續人が相續したと稱して登記を爲した、其登記を信頼して相續人から同不動産を買受けた場合）、同八・四・二民三錄二五輯六一五頁（偽造の賣買證に基く所有權移轉登記を信用して地上權の設定を得たる場合）、同九・九・三民一錄二六輯一二三二頁（登記上所有名義人なれども實質上無權利なる者の相續人が相續登記を爲したる上第三者の爲めに抵當權を設定した場合）、同三・一〇・二刑一錄二〇輯一七七一頁（他人の家屋を横領して保存登記を爲した者から抵當權の設定を得た場合）等。

【註六六】 改正意見に付ては註六四に引いた鳩山氏參照。

第三目 動產物權變動の公示方法

「動產ニ關スル物權ノ讓渡ハ其動產ノ引渡アルニ非ザレバ之ヲ以テ第三者に對抗ス

ルコトヲ得ズ」【一七】【註一〇】

【註一〇】 立法上の見地から見た本條の價値に付ては一三頁以下參照。尙以下に説明する所を見るに如何に民法が無用な形式的並列のみを尊み規定の實際的活用を無視してゐるかが分る。

一 本條の適用を受くる物權

本條は廣く「動產ニ關スル物權」と云つて居るが實は動產所有權のみを指すものと解せねばならぬ。民法の認めたる動產物權中、（イ）占有權・留置權及び動產質權は權利の性質上目的物の占有を以て其成立要件又は存續若くは對抗要件とするから（一八二條一項、二〇三條、二九五條、三〇二條、三四四條、三四五條、三五二條）更に本條を適用する必要ない【註二〇】。（ロ）先取特權は法律が特に特種の債權者保護の爲めに設けた法定擔保物權で、其特種の債權者たる地位と結合して終始し、全然目的物の所持と關係ない權利だから、無論本條の適用を受けぬ。

【註二〇】 反對論として本條は留置權及び動產質權にも適用ありとする者（中島氏物權上七四頁）及び動產質權にも適用ありとする者（横田氏物權一〇七頁）がある。