

物權契約概念の後退

吾 妻 光 俊

物權の移轉に關する理論は民法理論の中でも最も難解なものゝ一つであるが、私は本稿で現在どのやうな點にその根本問題が伏在するかを一般的な觀點から更めて考へて見たいと思ふ。殊に最近獨乙の私法學界では純粹に物權の移轉に向けられた所謂抽象的な物權契約概念を理論的にも又實際上也支持し得ないとする見解が優勢である。そこで本稿はこのやうな見方が果して正當であるかどうかを吟味しつゝ、問題の核心に迫つて行かうとするのである。只私は細かい解釋論に立入ることを避ける。日本民法の解釋として獨立、且つ無因の物權契約の概念を否定する立場が有力であることは再言を要しないし、又獨乙民法の下でこの問題がどう取扱はれてゐるかについても私は嘗て觸れたことがある。そこで本稿では極めて自由な態度で問題を總括的に眺めようと思ふのである。

現在ドイツで物權契約概念が斥けられるのは、それを基礎づける法論理的な點に重點が置かれることは云ふ迄もないが、それとは別にかゝる技術的な概念分析が生活の具體性を無視するといふやゝ直觀的な批判にも問題の出發點があるやうに思はれる。例へば賣買契約を採つて考へても、契約當事者間では債權的な契約關係と目的物の所有權を移轉する契約の區別を全く意識してゐない。従つてこの統一的な生活事實を賣買契約なる債權契約とその履行行爲とし

ての所有權移轉契約に強ひて分析することは不必要なるのみならずその結果が當然生活に即しない不當なものとなる
とされるのである。そして獨乙の民法理論が最近このやうな態度を示すことは、生活の具體的秩序に應ずる法體系を
求めるその一般的な風潮と密接な關係があるやうに考へられる。

しかし——人も知る如く——右の如き見地は既に獨乙民法制定當時、一派の人々（例へばデルンブルヒ）によつて
主張された處であつた。^(三)しかもかゝる主張の存在にも拘らず、獨乙民法草案は物權契約の無因性を承認し獨乙民法典
にはこの規定は抹殺されたが決してそれは物權契約概念の否定を意味するものではなく、返つて之を當然の事理とし
た爲めである。しからは現在再び物權契約概念に向つて攻撃が加へらるゝことは、そこに何等かの新しき背景が考へ
られるのであらうか。本稿は正にこの點から出發する。

物權契約概念の出現が物權の變動に向けられた契約と一定の型式との結合を出發點とし、前提とすることは今日何
人も疑はない所である。形式的に觀察すれば、物權變動に關與する當事者の意思が一定の型式に拘束される所に初め
て物權契約概念の抽出が可能となるのである。之をより實質的に觀察するとそこには二つの段階が見られる。先づ第
一には物權契約がある型式と結合せしめらるゝ爲め、その型式の中に物權契約が化現するものとされ、従つて當事者
間の型式履踐行爲から離れたもろゝの行爲から物權契約が切斷され獨立せしめられる。之が物權契約の獨立性に外
ならない。しかしこの獨立性を全く抽象的概念に終らしめない爲めには物權契約の成立・效力等に關する法律原理を
それ以外の分子（所謂原因關係）を支配する法律原理から區別し、殊に債權契約の不成立・無効・取消等が當然には
物權變動自體に影響を與へざることを前提しなければならぬ。之が所謂物權契約の無因性の觀念である。しかしこの

物權契約の獨立性無因性は決して物權契約が一定の型式と結合せしめられることから當然に推論される形式論理的な歸結ではなく、われわれは更に型式の持つ意味を問はねばならぬ。そしてそこに從來の學說が例外なく主張する公示の精神を見出すのである。物權が一定の表象的行爲を通してのみ變動せしめらるゝとき、第三者は容易に物權變動の事實を認識し得べく、從つて表象的行爲への信頼が取引を圓滑ならしむることがその一である。物權契約の運命が専ら獨立に決定さるゝ事によつて表象の實質的價値がみだりに動搖せしめらるゝことなき爲めに取引の信頼が倍加せらるゝことがその二である。しかもかゝる表象の信頼價値の上に、遂には實質的權利關係が例外的に表象と合致せざる場合にも表象への信頼を保護せんとする所謂公信の制度が出現するのである。

右の如き物權契約概念の發生が近代的な經濟的要請を動機とすることは説く迄もない。即ち右の諸制度があらゆる財貨の流通を出來得る限り圓滑ならしめんとすることは畢竟あらゆる財貨の交換價値實現の手段としてに外ならない。商品は元より、不動産に關してもその交換價値の所謂動化が抵當制度を中心として要求され、之が登記制度の發展を促がしたことはヘーデマンが明快に指摘する所である。^(四)

以上は從來の學說の態度を要約して物權契約の觀念を示したのであるが物權契約の概念が出現した理由は又次の如く表現し得るであらう。あらゆる財貨の交換價値の實現を容易ならしむる第一歩として法は財貨に對する物權的支配を表象化する。この表象化はしかし表象の實質的信頼價値を伴はずしては物權の取引の圓滑を促がし得ない。こゝに一方表象化の技術を最も完璧ならしめる用意(例へば登記制度の完備)を必要とすると共にかゝる技術的制度にも拘らず生じ得べき表象と實質的權利の齟齬に際して(實質的權利の保持者を犠牲にしても)表象への信頼を保護する必

要を生ずる。しかし表象への信頼を、實質的權利者を犠牲にして迄も保護せんとするとき、前述の表象化の技術（實質を出來得る限り完全に表象に反映せしめる技術）を徹底すると同時に、又法理論的にも表象と實質との齟齬を出來得る限り阻止する必要を生ずる。然らざれば表象に對する信頼の保護が實質的權利を犠牲にする危険はそれ丈増すことになるからである。こゝに物權移轉に向けられる當事者の意思を最も單純化し且つ形式化する必要を生ずる。云ひ換へれば當事者の自由なる意思を前提する一般的な法律行為乃至契約理論を少くとも物權契約に關しては制約する必要を生ずるのである。そしてこゝに特に物權契約なる概念が発生する契機が求められるのである。

さて右に述べた處は之をより細かに分析して行くと種々の難問に逢着し、各國の法制の立前に應じて物權契約理論の取扱ひが異なり、殊に解釋論にあつては物權契約の無因性からの個々の歸結は立場の異なるに應じて分れるのであるが、物權契約の無因性なる概念の意味はその大要に於て之を盡し得たのではないかと思ふ。處が先にも述べた如く現在の獨乙の學説は往々にしてこの概念を斥けるのであるが、物權の移轉を表象と結合する立場を採り、且つ表象に對する第三者の信頼を保護し乍ら果して物權契約の無因性、或ひは進んで物權契約自體を否定し得るかどうか、この點を少しく考へて見たいと思ふ。論點を明瞭ならしめる爲め私は不動産と登記との關係を中心として論を進める。

近世的な登記制度を中心とするとき既に前述した如く登記を不動産物權の流通を圓滑ならしむべき技術的制度として捉ふべきは言を俟たない。獨乙法はローマ法の引渡主義と闘ひつゝ遂に不動産に關して登記主義を全國的に採用し、且つ登記を不動産物權變動の絶對的要件とした。右の謂はゞ純粹に技術的な態度は地方的慣行なり、又一部階級の反對に逢つて一進一退を免れなかつたのであるが、遂に獨乙民法典に實現を見たのであり、ヘーデマンも誇稱する如く

それは獨乙法の技術的優秀性を示すものであり、又この技術的要求を貫徹した意欲の鋭さに獨乙法の特徴を見ることが出来る。そこで物權契約の無因性を承認すべきか否かについても私は専らこの技術的觀點を追究することによつて決すべきだと考へる。云ひ換へればこの技術的要求を貫徹する爲めの諸條件を考へ、その中にわれ／＼が物權契約の無因性を數へ得るか否かによつて問題が決せられるのである。

先づ獨乙民法の登記強制主義を出發點に置かう。不動産流通の技術的要求の第一歩だからである。即ちあらゆる物權變動は登記なくしては絶対に生ぜずとすることは物權を表象としての登記に結合せしめる必須の要件である。只この點に關しては特に注意すべき二つの點がある。一つはかゝる登記強制を採用することの技術的可能性に關する。物權變動を、そしてその結果たる物權の所在を登記簿なる一種の公簿に反映せしめることが如何に多くの技術的前提を必要とするかは、獨逸が登記制度の確立に際して遭遇した困難と又この困難を克服するに必要とした永き年月を想起し、又この技術的必要が痛感され乍ら佛蘭西或ひは我國に於て尙ほ登記強制が採用されてゐないことに鑑みて容易に推察し得るところである。第二に物權變動を登記と結合する態様に於ても獨乙の如く登記強制を認むると、又佛・日に於ける如く登記を對第三者の對抗要件とするとの行き方の相違があることである。第一の點についてはこの技術的可能性の問題は一國の歴史的な生活そのものと意外に深い關聯を有し、従つて單純に一定の登記制度を普遍的に合理性あるものと斷定するを困難とする事情も存するのであるが、本稿はこの點には立入らない。只各國に於て登記制度が如何なる具體的な形をとるにもせよ現在に於てその目標が不動産の動化にあることは否定し得ざる所であつて、物權契約概念を容るべきか否かの問題を吟味するに當つてはこの程度的前提を以て足ると考へられる。第二の問題は物

權契約概念と關聯してより重要性を持つ。現に佛・日の如く自由なる意思表示による物權變動を原則として承認する法制の下では物權契約の抽出が概ね否定的態度を以て迎へられてゐるのである。

登記を物權變動の絶對的要件とせず、單に之を第三者に對する對抗要件とするに止まる法則の下では物權變動自體は全く當事者の自由意思に委ねられ、従つて登記はこの自由意思を毫も拘束せず、換言すれば登記なる表象的行爲は物權變動に關する行爲の構成要素たる資格を持たない。従つて登記が如何に不動産取引の圓滑を企圖するものであるにもせよ、その登記の背後に存する實體關係が當事者の自由なる意思を前提する一般的な法律行爲理論の支配を受けることを妨げ得ない。つまり物權關係を對外的に公示せんとする企圖は専ら登記を伴はざるとき第三者に向つて實質的物權變動を對抗し得ざる範圍に於て活動するに止まり、之を越えて物權移轉行爲自體を公示の理想の下に新しく構成することを許さないのである。勿論我が法制の下でも内部的には當事者の如何なる行爲に物權變動の意思を認定すべきか、従つて又何時物權の變動が生じたりやの問題が困難な問題として生ずる。しかしその判断は公示の精神とは全く別個の見地から決せられるのであるから今之に立入る必要を認めない。結局物權變動自體を表象と必要的に結合しない法制では、少くとも物權の對外的公示の精神から物權契約の抽象性を引き出す論理的可能性は生じないのである。
C. 50

47
獨乙民法の如く登記強制を認める法制の下に於ては事情は異なる。こゝでは公示の精神を背ふ登記は當事者の物權變動に向けられた意思を拘束する。つまり當事者の意思そのものが公示の精神の洗禮を受けるのである。そしてこの當事者意思の拘束の中に物權契約概念への契機が横たはるのである。この當事者意思と登記との結合は二つの原理の

調和を必要とする。一つは云ふ迄もなく登記に基く物權關係公示の精神であるが、他は個人の自由意思を基調とする契約を支配する原理殊に公平の原理である。言葉を捉へて云ふならば登記なる形式・表象を通して物權關係を公示し、しかもこの登記に出來得る限り信賴價值を賦與せんとする處に第一の原理が作用するも、この原理はその表象が當事者の法律上有效なる物權契約を前提することに限界を置かれ、逆に當事者間の自由なる契約を、従つて之を支配する公平の原理を前提する第二の原理は、先づ第一に當事者の意思を束縛する登記強制に、第二段に一旦爲されたる登記の效力を濫りに覆へすことを好まざる登記制度の目的によつて拘束されざるを得ない。而してこの二つの原理を調和せしむる手段として物權變動に向けられる當事者の契約を特に物權契約なる名の下に取出して之を當事者間の原因關係から切斷し、従つて債權契約理論ひいては法律行爲に關する一般理論の適用を制約する必要が生ずる。そしてこれこそ物權契約の無因性の觀念に外ならない。

以上に登記強制主義を採る獨乙法の下では登記制度の技術的要求を貫徹する爲めに物權契約理論の出現が促がされることを説いて來たが、そこには注目に値ひする二箇の問題が伏在することを指摘して置きたい。その一つは前述した處から自ら明らかとなる點であるが、物權契約の獨立性並びに無因性は決して登記を物權變動の絶對的要件とすること自身から形式論的に引き出される結果ではなく、謂はゞ登記制度に内在する技術的要求から目的論的に導かれる歸結なることである。つまりそれは形式論的必然ではなくて目的論的な價值判斷の問題なることである。従つて現在の獨乙の私法學説が無因の物權契約なる觀念に冷淡なる態度を示し、或ひは進んで之を白眼視することは登記制度に内在する不動産の動化する理想に進んで一定の限界を劃し、登記なる表象の價值を寧ろ實質的取引行爲に従たる

ものに止めんとする傾向として理解し得る譯である。かゝる態度の價值判斷は暫く之を措くも、獨乙民法制定に至る登記制度の確立への鋭き技術的意欲と對照して誠に劃世の感を抱かしめらるゝのである。先にも述べた如く現在の學説は物權契約の概念が取引の自然的統一を強ひて技巧的に分析するものと非難するのであるが、かゝる法技術の根源が既に登記制度自體に内在することに想到するとき、その歸結としての物權契約概念の抽出をのみ攻撃する態度に末節的なものを感じるのは獨り私のみであらうか。少くとも登記制度の技術的要求に一定の限界を置くことの實質的な基礎付けなくしては容易にその態度はわれ／＼を納得せしめ得ないのである。單に物權契約の無因性をローマ法技巧とすることのみでは少くとも十九世紀の獨乙に於て、登記制度が、従つて又物權契約の無因論がつとめた社會的經濟的機能を突如として限局する理由が示されないのである。第二の問題は登記に公信力を認める法制の下に於ける物權契約無因論の價值判斷の問題である。この問題は極めてデリケートな問題であつて仔細に吟味する必要がある。殊に物權契約無因論を排斥する論據として登記の公信力の存在が理由とされることから見てもこの問題の判斷は物權契約理論に採つてその死活を決する重要性を持つのである。

先づ極めてザッハリッヒに登記の公信力を認めることゝ、物權契約の無因性を認めることゝの結果の相違から出發しよう。しかるときは——獨乙の學説も既に説く如く——登記の公信力の承認は、もし之を承認せざるときは物權契約の無因性が果すべき機能の大部分を奪ふのである。即ち登記の公信力は登記が全然實質關係の支持を有せざる場合にも専ら第三者の信頼を基礎として之に完全な保護を與ふるものであるから、之によつて蔽はるゝ範圍は、單に物權契約の無因性が、法律行為理論の修正によつて第三者に與ふる保護を遙かに越える。只唯一登記の公信力によつて救

はれざる場合に、尙ほ取得者が物權行為の無因性によつて完全に權利を取得し得るのは、登記の公信力にあつては常に取得者側の信賴が基礎となるためにその善意無過失が要求されるに反し、物權契約の無因性は一定の場合に債權關係その他物權契約の外に横たはる原因の如何によつて物權契約の效力を左右せしめざるが爲に、取得者の善意惡意の問題とする餘地がないから、取得者が原因關係の不存在無効等につき惡意である場合にも完全な權利を取得する可能性がある點である。ところがこの最後の點は必しも物權契約無因論に有利な歸結ではない。何となれば第三者が惡意なるにも拘らず、物權契約の無因性を理由として完全な權利を取得するのは、取引に於ける取得者保護なる登記制度の精神から行過ぎと見られるばかりか、返つてこの點に物權契約無因論の形式的態度が非難されるのである。更に之に加へて獨乙では屢々公信制度の獨乙法的淵源と物權契約無因論のローマ法的性格の指摘されるあり、公信制度の存在は物權契約無因論の爲めに愈々不利に働くのを見る。

しからば物權契約無因論は公信制度の出現によつて壓倒され、その機能を奪はれたと見るべきであらうか。一見之を肯定すべきが如くである。しかし私は第三者保護の結果からのみ見て性急に物權契約理論を斥ける態度に對して尙ほ吟味さるべき問題が存するやうに思ふ。冒頭にも既に説いたやうに公信制度を行ふ爲めにはもろくの前提が必要とされる。第一には公信力を與へられる登記の事實上の信賴價值の問題が考へられる。つまり第三者の信賴の基礎たる登記と實質的權利關係との齟齬が先づ事實的に最小限に止められなければならない。この點が登記制度の技術的完備、殊に登記官吏の實質的審査と關係することは、果して我國に於て登記に公信力を認むべきかの問題と關聯して既に人々の論ずる處である。又あらゆる物權變動に對して登記を強制するか否かもこの點に關して重要であらう。しか

し登記強制も亦登記官吏の實質的審査も一定の限界を持つ。即ち例外的に殊に法理論的に登記と實體との齟齬が生ずることを阻止し得ないのである。そしてその最も重大な場合は形式的には物權變動の當事者間に登記を支持すべき契約關係が存するも、契約の效力を妨ぐる法原理（無効・取消等）の支配によつてこの實質的契約關係が覆滅せらるべき場合である。不動産の流通が頻繁に行はれれば行はれる程、その流通過程のどこかにかゝる瑕疵が附着する機會も増すのである。そして登記と實質關係とのかゝる法理論的な齟齬を防止する爲めには、一旦爲された法律行爲の効果を阻止すべき諸々の法原理を能ふ限り物權變動自體に影響せしめざる用意が必要となる。こゝにかゝる法原理の適用を當事者間の對人關係に限局して物權變動を目的とする契約から遮斷し、その結果生ずる當事者間の利害の不均衡を不當利得制度によつて調整する必要を生ずるのである。この意味で私は先に物權契約理論を公信制度の理論的前提として取上げたわけである。つまり物權契約の無因性を否定して登記と實質の齟齬の機會を増加せしめることゝ、かくの如く往々にして實質を伴はざる登記に信賴價値を與へることゝは方向を逆さまにするのである。

しかしこのやうに論じて來ても實は物權契約の無因性を承認することが登記の公信力を承認する法制の下に於ても必然であることが明瞭に論證されたわけではない。何となれば右の論法に對して私は次のやうな反駁を期待するからである。物權契約概念を取出すことが登記に公信力を與ふることの法理論的な前提をなすことは理解し得るものとするも、既に登記に公信力を與へた以上はかゝる抽象的な論理を弄することは實際問題を處理するに當つて毫も影響を與へざるばかりか、取得者の惡意にも拘らず之に物權取得の可能性を認める點に於ては登記制度の根本趣旨を逸脱するものである。畢竟物權契約の無因論は論理的な満足を求めて實質的な何物をも得ず、返つてその形式的態度から不

當な結果を引出すに過ぎない。かゝる反駁は物權契約の無因性に反情を持つ學說が意識的又は無意識的に前提する態度であるやうに思はれる。さきに生活の具體性を強ひて技巧的に分析する態度として物權契約理論を非難する獨乙の學說の立場に言及したが、かゝる態度は正に右の如き基本的立場に立つものであると考へる。又公信制度に獨乙法的精神の顯現を見、物權契約理論にローマ法的傳統への束縛を見る態度も、公信制度の具體的實質的觀點と物權契約理論の抽象的形式的觀點とを以上の如き見地の下に對立せしめるものであると思ふ。そして私もこゝに物權契約の無因論に對する最もフェータルな問題が伏在してゐると考へる。

この決定的な問題に答へる前に私は物權契約理論の務めた歴史的役割について一言したい。現時の物權變動理論が近世的な個人意思の絶對を出發點とすることは衆知の事實である。従つてそれは物權變動に關する封建的な諸型式を打破し、當事者の自由な意思を以て物權變動に必要にして充分な條件と認めたのである。この自然的態度はしかし間もなく新しい型式への問題に遭遇した。物權變動の自由と關聯し、近世的な經濟の要求を地盤とする財貨の流動化への新らしき法技術が要求されたのである。物權變動に關しても、又近世的な債權の流通に關しても、振返つてローマ法にこの新らしき技術への前進の契機が求められたのであつた。ローマ法が財貨の流通、債權の發生に關して嚴格な方式を必要とし、この嚴格な方式の背後に存する關係を無視することが、偶、財貨の流通に當つて一定の技術的表象を中心に置かんとする近世的要求に合致せしめられたのである。只ローマ法に於ける型式の漸次的崩壊と、近世に於ける型式への要求は正に逆の潮流を示すのであつたが、この二つの方向を結合する爲めに近世的理論は型式の背後に當事者の抽象意思(例へば純粹に物權變動に向けられた意思)を採出したのである。物權契約に關して云へば

ビニーのローマ法源への依存と、物權變動の方式的行爲の中に物權移轉に向けられた意思の徴表を見る態度が出發點を爲したのであり、又債權の流通に關して云へばベールの同じくローマ法に依存しての、債權發生に單純に向けられた意思（彼によれば承認）の抽出となつたのである。この物權契約の無因性と無因の債權契約の理論とはその後の學說によつて複雑難解な抽象的論理を發展せしめたのであるが、實質的には近世的な財貨並びに債權の流通への經濟的要求に端を發するものであり、物權並びに債權の表象化、從つて登記制度並びに有價證券理論への出發點を爲し、又同時にその基礎付けへの努力でもあつたのである。殊にそれは——近時の學說も主張する如く——意思理論に終始する點では自然法的思想の延長たる性格を帯びるのであるが、しかし新らしき型式への要求とその基礎付けに於ては正に新らしき經濟的要請に發展の道を與へたものでもあつた。從つて又理論的には型式と意思との調和への近代的努力でもあつたのである。そして今假に不動産について云ふならばそれは獨乙民法典に於ける登記強制の採用と登記の公信力の承認への——地方的、個別的反對にも拘らず——原動力を爲したものであると思ふ。

右に述べたやうな物權契約理論の歴史的役割を眼中に置いて先の問題に歸るとき、われ／＼はその問題を次の如く表現することも許されるであらう。物權契約理論の役割は既に過去に於て終つたのであらうかと。しかし私はこの問題は尙ほ未解決のまゝ残されてゐると信ずる。そしてその理由は次に述べる如くである。

成程物權取引に於ける第三者の立場を個別的に考へるとき、登記の公信力の制度は充分に個々の第三者を保護し、從つて不動産取引に關與するものに對しては之以上の保護を必要としない。從つて今更物權契約の無因性を承認するも第三者保護に於て附加するところはない。又先にも述べた如く、物權契約の無因性が公信制度の理論的前提を爲す

ものであるにしても、専ら登記を取引に於ける第三者保護の目的に沿ふて考へるならば、それが第三者保護に附加する處なき以上畢竟形式論理とされても致し方なからう。このやうに考へて來ると公信制度の存在によつて物權契約の無因性の論理を少くとも不動産取引に於ける第三者の地位の確保なる目的の側から合理化する意味は失はれるのである。この事は又先に私が登記と物權變動の結合から出發して、物權變動を反映せんとする登記に内在する目的を追及するとき、論理的必然にはなくとも目的論的に物權契約の無因性の概念に到達するといつた事と考へ併せると、この目的論的な努力の中、第三者の側からする信頼の問題については登記の公信力の制度がその作用を奪ふのである。否初めから第三者の信頼を法律的に保護するといふ視角は物權契約の無因性の概念の中には存在しないと表現した方がより正確であらう。このやうにして結局不動産取引に於ける第三者の法的保護の觀點からは物權契約の無因性の必要は論證され得ないのである。

そこで私は第二に公信制度の前提を爲すと考へらるゝ登記と物權變動との強制的結合の側から果して物權契約の無因性の概念に到達し得るかを考へて見たい。尤も先に繰返して登記と當事者意思との結合を目的論的に發展せしめるとき物權契約概念に到達すべきことを暗示したのであるが、今や登記の公信力を承認する制度を前提した上でこの問題を更めて吟味しようと思ふ。こゝでも私は先づ極めて素直に登記と物權變動との必要な結合から出發して見よう。しかるときは物權變動なる法律効果を發生せしむる爲めには所謂物權的合意と登記とがその法律要件を爲すのである。登記のみを採上げて云へば少くともそれは物權變動なる效果に對しては一の消極條件 (*condicio sine qua non*) と考へられる。問題はかゝる當事者の合意とは別個の要件が加はることによつてこの登記と合意との結合せる一種の總體

的行為に對して一般の法律行為理論なり、契約理論なりが變形さるゝやにある。或ひは少くともかゝる物權の合意が登記と結合せしめらるゝことによつて、かゝる型式と結合せざる當事者間の關係（原因）から引出され別の平面に於て處理さるゝかと表現してもよからう。そしてかゝる問題に當面するとき——既に前述したやうに——われ／＼は單純な形式理論的操作によつて一步も前進することを得ない。登記と結合する物權の合意を全く原因關係に依存するものとして之と同一原理に服せしめることも又之を原因關係から獨立せしめ特殊の原理に服せしむることも同一の權利を以てその可能性を主張するからである。われ／＼は従つて登記に内在する目的及びその目的に應ずる登記の性格に着眼するを餘儀なくされる。しかもわれ／＼は今や登記の公信力の承認をも前提しつゝこの問題に迫つて行かなければならない。私はしかし論點を出來得る限り單純にする爲め、先づ第一に登記強制との關係に着眼して論を進め、次いでその結果を登記の公信力との關係について吟味するといふ段階的な考察方法を探らうと思ふ。

先づ登記強制の目的に關しては私は常にそこに不動産の流動化する經濟的要請に端を發する技術的目的を見て來た。しかしこの技術的目的は近世に於ては常に當事者の物權變動の自由を前提することが看過されてはならない。即ち何等の團體的統制に服せざる、従つて當事者意思のみの效果としての物權變動の許容が前提されてゐるのである。そしてこの事實は獨乙法の如く登記強制を採用する場合にも、又我國の如く登記を對抗要件に止むる場合にも同様なのである。成程登記にあつては國家的機關の關與を見る。しかしこの關與はその本來の意味に於ては近世的登記制度の下では決して物權變動への統制でないのは勿論實質的協力でさへなく、當事者の物權變動の合意を出來得る限り忠實に反映せんとする、従つてその限りに於ては從屬的な行為に過ぎない。畢竟登記には何等の形成的效力はなく、單にそ

れが公信力を通して一定の效力を生ぜしめらるゝに過ぎない。登記官吏に一應の審査義務あることもこの事情を覆へるものではない。従つてその基礎たる物權の合意に對する價値判斷は一應對人的衡平を主潮とする私法原理に終局的に委ねられてゐるのである。この意味では形式の履踐の中に自ら團體的統制を含み、従つて個人的對内的事情によつては濫りに覆滅し得ざる古代法的な型式の効果とは自ら區別されねばならない。従つて私はローマ法なりゲルマン法なりへ依存しつゝ單純に物權契約或ひは型式の特別の效力を歸結し得ないと考へる。寧ろ私は古代的な型式主義と近代的な型式主義の根本的な相違を専ら團體的なそれと専ら技術的なそれとに區別し得ないかを推測してゐる。そしてこのやうな推測を持つが故に私は近世的登記制度の下に於ては専ら技術的觀點に於て物權契約の抽象性の問題を吟味すべしと主張したわけである。つまり團體的色彩を理由として對人的私法原理の修正を許されざる物權契約概念は、去つてその存在理由を技術的方向に求めざるを得ないのである。

このやうに考へて來ると物權契約の無因性の問題は畢竟登記制度に内在する技術的目的を個人意思の側から基礎づけんとする試みであることを知る。十九世紀の法律學は之を抽象意思の問題としたのであるが、私は之を技術意思の問題と表現したい。即ち不動産取引の世界に於て人々が専ら不動産の流動化する共通の技術的目的の基礎の上に登場すべく決意する處にこの技術意思の抽出が初めて可能となる釋であり、かくして又當事者間の原因關係の無視が合理化されるのである。かく觀察し來るときわれわれはこの技術意思の抽出が既に登記強制によつて地盤を與へらるゝことを理解し得るし、又登記の公信力の制度も結局かゝる技術意思を前提せざるとき、徒らなる靜的安全の破壊となることを知るのである。登記に公信力を認めることにより一見物權契約の無因性なる概念が不要に歸したかの如く感ぜ

られるのは全く錯覺であるばかりか、それは近世的經濟秩序がかゝる無色の技術性を少くともその主要な基調とすることを見逃すものであつて、このモメントを脱するとき到底登記制度の性格を全面的に捉へぬ樂觀主義に墮するものと考へたい。そして私は獨乙の學說に於ける物權契約概念に對する不信を専らこの技術意思の前提に對する直觀的な疑問に基くものとしたのである。

私は物權契約の無因性の主張を登記制度の技術的目的を個人意思の側から基礎付けんとする努力として推測して來たが、最後にこの技術意思の觀點に對して疑問が投げられることを指摘した。この恐らく直觀的な疑問の根據をわれわれは何處に求むべきであらうか。この點が本稿のテーマを爲すのである。そして尙ほ充分の検討の必要を感じつゝも私はこの問題を次の如く分析して見たいと思ふ。

無因性といふ用語を口にするときわれわれはその本來の故郷として有價證券の世界を想起せざるを得ない。こゝでは物權變動と登記との關係に於けるよりも型式の支配はより嚴格であり、型式への信賴の保護はより厚い。殊に有價證券の表現する金錢債權の原因關係よりの抽象は今日に於て何人も疑はない確立された原理となつてゐる。例へば手形關係に於て各人は假面を覆つて登場すると稱せられるが、この表現こそ手形關係に關與する人々が共通の技術的世界に登場せんとする技術的意思を表明するものであらう。今われわれがこの債權の流通に關する技術的制度和物權の流通に關する制度とを比較するとき、そこには債權と物權との性格の差に應ずる相違點を看取するのではあるが、制度の基本的精神に於ては共通のものを見出すのである。しかし更に一步を進めて吟味するときこの技術性の觀點からわれわれは有價證券理論と物權變動理論との間に重大な差異を發見する。有價證券理論は専ら商人間の技術的制度和

して生れたものであり、従つてその技術は商人の共通なる經濟的要求の地盤に立つ。私の所謂技術意思は従つて有價證券理論に於ては毫も破綻を生じない。固より手形關係への關與は商人以外のものにも可能であるが、この關與自體が任意的である爲めに、この技術的世界に踏み込むを欲せざるものに技術意思が強制されることはない。然るに物權關係にあつてはわれ／＼は各種の財貨に對して各種の物權的支配を爲すものの生活原理が千差萬別であり、従つて一部の者に採つては——偶々物權變動に關與するも——不動産物權の流動化する技術的要求は必しも壓倒的でないにも拘らず登記制度がかかる技術的要求を、従つて又個人に之に對應する技術意思を強制する事實を見る。登記制度はあらゆる物權變動に對して例外なく要求されるが故である。そしてこゝに登記制度の根本問題が横たはり、登記制度は自體への執拗なる攻撃が繰返へされ、又この技術意思を正面から承認せんとする物權契約理論への反情が生ずる。獨乙に於て登記制度の確立が異常な困難に遭遇し、又佛蘭西に於て登記が尙ほ本來の技術的性格を發揮せざる事情は單なる技術的な缺陷とか、保守的思想のみに基くものではなく、實にこの技術の強制に對する國民感情に根本の理由を見出し得るのではないかと考へる。しかしそれにも拘らず獨乙に於て一般的登記強制に到達し、又登記の公信力の承認を見たことは何故であらうか。獨乙に於ける不動産の流動化に對する要求の強さ自身もさること乍ら、私はそこにこの技術化を妨ぐべき要求が社會的地盤を缺き、従つて當然に保守的傾向に墮したことゝ共に、不動産の流動化の要求の優勢に基いて一步も假借することなき獨乙人の烈しい技術的精神をも讀み取り得るやうに思ふ。

しかしこの技術的要求に對する障害を爲した主張の意味は獨乙民法典に於ける技術的精神、従つて又不動産の流動化の勝利にも拘らず今日尙ほ失はれてゐない。そのみか不動産の流動化、従つて不動産の交換價值を通しての把握

に對立する不動産の利用の重視といふ最近の經濟的要求に支へられて新たな出發點に立つて勢を得つゝあるかに見える。この點は尙ほ獨乙の學說によつても明瞭に論ぜられてゐないが私は物權契約理論と關聯して専ら次の二點が取上げらるべきだと考へる。

先づ私は右に述べた不動産の交換價值による把握が個々のにはあるが破れて行く事態を見る。この點について最も顯著な事例を提供するのは世襲農地法の態度であらう。世襲農地の設定がその讓渡並びに擔保化の禁止に於て交換價值の實現を原則的に否定し、相續裁判所の許可ある場合にのみ例外的に之を許すことは衆知の事實である。こゝでは讓渡は最早や當事者の自由なる意思を基調とすることなく、相續裁判所の關與は専ら全體的見地からの協力・統制としての性格を帯びる。しかも世襲農地としての登録制度は存在するもそれは決して登録なき世襲農地を第三者保護の爲めに讓渡の對象たらしめるものではない。即ち世襲農地に對する支配は登録なる技術的觀點と何等の關聯を持たずに決定されるのである。こゝに少くとも技術的な物權契約の觀念の後退を見るべきことは餘りにも明かであらう。

更により根本的な問題として登記なる技術的觀點が物權の歸屬を定めることに對する問題が考へられる。即ち登記なる技術的觀點を描いてわれ／＼は物權の歸屬に關する基本的尺度を有しないことの問題である。換言すれば登記制度確立の後に於ても物權なる財貨支配の基本的秩序を定めるものは當事者の自由意思なのである。登記による拘束は一應當事者の自由意思を拘束する。しかしこの拘束は専ら技術的見地に基く拘束であつて所謂團體的な拘束ではない。こゝに登記制度の致命的な問題がある。即ち財貨の流通を決定するものは常に個人意思なのであつて、それ以外の何物でもない。登記官吏の關與は既に述べたやうに之を型式に表現する事務に盡きる。換言すれば登記制度の背後に存

するものは近世的に自由なる所有權であり、又この自由なる所有權を實現せしむる自由なる契約である。従つて自由なる所有權の概念と契約自由の思想の妥當する限り、登記制度はその本來の技術的機能を果すであらう。より具體的に云へば自由なる財貨の交換價値の實現が經濟社會の壓倒的なる要求なる限り、人々は登記強制に服することに疑問を抱かぬであらうし、従つて登記の要求する技術的目的は破綻を示さないであらう。固より現在に於ても農地等を中心として考へるときはこの技術的要求が登記強制となつて現はれるときその弊害が意識され又登記を對抗要件とする法制の下では屢々對内的物權變動の面に於て、又第三者を制限することに於て何等かの實質的尺度が顧慮されてゐるやうに思はれる。代金支拂とか目的物の引渡とかに所有權移轉の慣習的形式を認める態度は何等かの謂はゞ民衆的な所有權移轉の實質的型式を求める努力として考へられる。しかし登記制度の行はるゝ限りその努力が一定の限界を突破し得ないことは云ふ迄もない。しかも又何等かの技術的制度和結合せざる限り、それ等の慣習的型式の固執は單なる保守的態度の非難を免れぬであらう。

その地域的限界と人的結合の緊密とによつて古代法的な、或ひは又中世的な型式は多くの技術的考慮を必要とすることなくして、物權變動に關する確固たる團體的方式を採用し得た。近世にあつては取引範圍の擴大と又その結果たる取引する人々の人的結合の缺乏とによつて之等の慣習的な諸型式は打破され、之に代つて巨大な技術的機構としての登記制度が案出された。しかし技術性に於て獲得せられたものは、團體的統制に於て之を失つた。こゝに登記制度にまつはる近世的な難點がある。慣習的な従つておのづから團體的制約を含む方式に依存するときはその技術性に於て失ひ、専ら技術的觀點を重視するときは團體的統制を稀薄にする。團體的統制を極力斥けた十九世紀私法理論に於

て高度の技術的制度が生れたことは決して偶然ではない。しかし今日何人も否定し得ざる如く、經濟生活に於ける團體的制約の擡頭しつゝあるとき、登記制度と、之を理論的に基礎づくる物權行爲の無因論が如何なる變遷を蒙るか。恐らく今日之を洞察し得る人はなからう。只本稿の主題たる物權契約の無因性の問題については次の如き憶測を附加することを許されようか。十九世紀の私法理論に於ては自由なる所有權の概念に支持されて、その無制約的な發動を支持する技術的制度として登記制度が生れ、之を基礎づくる爲めあらゆる内容的なものから切斷された抽象的物權契約の概念が高唱された。今自由なる所有權が具體的制約を受けて抽象的包括的支配權たる性格を奪はれて所有者の團體生活に於ける地位に應じ、又目的物の性格に應じて具體的段階的に之を捉へんとする努力が初まり、従つて所有權の團體的制約が意識さるゝとき、之に應じて抽象的物權契約の概念は漸次後退することゝならう。しかし物權變動が特殊の理論の支配を受くること自體は之によつて否定さるゝことにはなるまいと考へられる。只それはあらゆる内容から切離された無因性といふ形式に於てははなく、物權變動が漸次團體的制約に服することによる團體性といふ性格に於て個々の取引行爲を支配する原理と段階的に區別されるに至るのではなからうかと考へられる。只かゝる事態の下に於ても技術的觀點そのものは決して失はれることなく生命を續けるであらう。それは法秩序の當然前提する觀點の少くとも一つであるからである。日本民法の如くこの技術性に徹底せざる法制に於ては獨乙民法とは別異の困難が考へられる。しかしこの點については稿を改めて吟味したいと思つてゐる。^(七)

(一) ケッタの詳細を觸れることは Phipp Heck, Der abstrakte dingliche Rechtsverkehr (Schriften der Akademie für Deutsches Recht) 1937, 又ノランマンの力作を注目すべきであらう。Haus Brandt, Eigentumserwerb und Austausch-

一橋論叢 第八卷 第四號

geschrift. (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Heft 120) 1940. 前者については我國にも紹介が爲されてゐる。我

妻、法協五六卷三號五五四頁以下、於保、論叢三八卷三號六一五頁以下。

(二) 拙稿「獨乙民法に於ける物權契約の無因性」法協五一卷五號四三頁以下。

(三) 前掲拙稿八五頁以下參照。

(四) この點はヘーチマンがその大著 *The Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert* 2. Teil 2. Hälfte に詳細に論述するところである。

(五) 私は嘗て日本民法の下でも物權契約の無因性を認むべきではないかを論じたことがあるが、(拙稿)「意思表示による物權變動の效力」法學研究(2)二〇九頁以下)今之を改めた。

(六) *Litter, Festgabe für Zitelmann*, S. 493 ff.

(七) 無因の債權なる觀念の發展については拙稿「抽象債務理論に於ける抽象債務約束の地位」法學研究(3)二六一頁以下に觸れたことがある。尙ほブランドは前掲に於て物權契約概念の自然法的色彩から出發してそのロマニステークに於ける確立の沿革を詳細に説く *Brandt, a. a. O.* S. 8. ff.

(八) この點もヘーチマン前掲にまづらひである。

(九) 本稿は極めて自由に物權契約の無因性に關しての問題を指摘しようと試みた。従つて動產物權變動をも含めてのその充分な基礎付けを他日に期する。