# 紹介と批評

## 鷹巣信孝 著
## 『物権変動論の法理的検討』

### 一

1　本書の著者鷹巣信孝佐賀大学経済学部教授（企業法）は、『佐賀大学経済論集』に「財産法における権利の構造」の副題を付した諸論稿を精力的に発表しておられる（①「所有権の論理構造――財産法における権利の構造(一)」『佐賀大学経済論集』二〇巻四号（一九八七年）六五頁、②「所有権に基づく妨害排除請求権――財産法における権利の構造(二)」二一巻三号（一九八八年）一〇五頁、③「物権変動論の法理的検討（その一・所有権移転論の検討）――財産法における権利の構造(三)」二二巻四号（一九八九年）一五六頁、五号（一九九〇年）一六九頁、④「物権変動論の法理的検討（その二・対抗要件論の検討）――財産法における権利の構造(四)」二三巻一号（一九九〇年）一〇七頁、二号六三頁、三号五一頁、⑤「共有と合有――財産法における権利の構造(五)」二五巻六号（一九九三年）一六三頁、二六巻一号一二五頁、三号九九頁、六号（一九九四年）九一頁、二七巻一号一〇七頁、二号八五頁、五号（一九九五年）一〇七頁）。本書は、このうちの③論文を「第一章」、④論文を「第二章」とし、「附録」として「商業登記の一般的効力」『佐賀大学経済論集』二三巻五号（一九九一年）一三五頁、六号八一頁、二四巻一号八七頁を収録したものである。

2　各論点に関する著者の見解の具体的な紹介に入る前に、ここでは、まず何よりも、本書において貫かれる方法論上の特質について触れておきたい。

近時の物権変動論にあっては、一方において、フランス法・旧民法を中心とする比較法的・沿革的考察が盛んに行なわれ、他方において、民法一七六条に関する所有権の「なしくずし」的移転論や一七七条に関する法定制度論に代表される実益論的アプローチが有力に展開されている状況にあるが、鷹巣教授は、その何れの立場にも批判的であり（「はしがき」ii―iii頁）、「われわれに残された方法としては、所有権とはどのような権利であり、所有権の移転とはどのような法現象なのかを分析する作業から出直した上で、そこで得た仮説を実際の取引に合わせて修正して行くほかはないのではなかろうか」（六六頁）との立場をとられる。ここに鷹巣教授のいわゆる所有権の論理構造に関する仮説とは、既に上記①論文において示されていたところの、「所有権を排他的支配意思（本質）・排他的支配力（実体）・排他的支配権能（現象形態）の三つの次元に区別・連関づ

けて把握する」(「はしがき」ii頁)というものであり、本書の表題が『物権変動論の法理的検討』とされた理由も、右仮説「を基準にして従来の所有権移転論・対抗要件論を見直……す意図を表」すものである。と同時に、この「作業を通して、逆に所有権の論理構造に関する〔右〕仮説を検証すること」が教授の「究極の目標」であり(「はしがき」ii頁)、これが、本書収録論文をはじめとする「財産法における権利の構造」と題された諸研究を一貫して流れるライトモチーフとなっている。

## 二

3　以上のような基本視点に立脚して、著者はまず、「第一章所有権移転論の検討」において、「従来の物権行為論・所有権移転論における理論的難点は、……所有権とはどのような権利であり、所有権の移転とは『何が』『なぜ』『いかにして』移転する現象なのかという、根本問題の考察を欠いた点にあった」(八〇頁)とされ、この点に関して次のような主張を展開される。

まず、「所有権が移転するとは、一体『何が』移転するのであろうか」。所有権の「実体」を「排他的支配力」(著者はこれを「第三者の侵害を契機として物権的請求権という姿をとって発動する規範力」と説明する)と捉える著者の見解に立てば、所有権の移転とは、右「『排他的支配力』が移転すること」(三四頁)とされる。

次に、所有権は「なぜ」移転するか、即ち、所有権の移転原因に関しては、「相続のように社会の制度を法定化したものもあるが、本章のテーマとの関連でいえば、現在の所有者たる売主が自己に帰属している『排他的支配力』を買主に譲り渡す合意をしたからに他ならない」(三五―三六頁)とされる。

更に所有権は、「いかにして」移転するかにつき、著者は、所有権の「実体」たる「排他的支配力」と所有権の「本質」たる「排他的支配意思」並びに所有権の「現象形態」たる「排他的支配権能」(=「目的物の使用・収益・処分権能」)の三者が同時的に移転することを認めつつ、ここでは「現象形態面よりも本質面の考察の方が重要であろう」とされ、「したがって、所有権の本質に照らして判断すれば、売主が買主のために『排他的支配意思』を放棄し、買主がそれを承知しているか、あるいは買主が目的物に対する『排他的支配意思』を有することを売主に示し、売主がこれを承認したと解しうる状況が生じておれば、そのときに所有権、即ち『排他的支配力』は移転したといえるであろう」(三七頁)とされる。

そして、著者は、右「排他的支配意思」の放棄と承認は、引渡・登記・代金支払行為の中に見出すことができるとし、「かくして、特定物の売買契約に基づく所有権移転時期の問題は、次のように整理することができる。即ち、①売買契約当事者間で所有権移転時期を約定しておれば、この約定の効果として、約定の期日に所有権は移転する。②所有権の移転に関して当事者の意思が明確でない場合に、この点に関する取引慣行があれば

それによって当事者意思を補充する。③当事者意思が不明確で、これを補充する取引慣行がない場合でも、目的物の引渡・登記・代金受領のように、売主か買主のために『排他的支配意思』を放棄し、買主もそれを承知していると解しうる状況があれば、これらの行為の中に所有権移転、即ち『排他的支配力』を移転させる意思表示を読みとることができる。④しかし、売主が買主のために『排他的支配意思』を放棄したと認めうる事情がない場合には、所有権移転の意思表示はなされていないと解すべきである」（四六頁）と結論づけられる。

4　上述の如く、著者の所有権論は、物権的請求権を行使し得る地位（著者にいう「排他的支配力」）こそが「所有権を所有権たらしめる」本質部分（＝「所有権の実体」）であり、これに対して、使用・収益・処分権能（＝「排他的支配権能」）は「所有権の現象形態にすぎ」ない（一二頁）とする。その結果、所有権の移転とは、専ら物権的請求権を行使し得る地位の移転を意味することになるから、所有権を使用・収益・処分権能の束と捉え、売買プロセスにおけるこれらの諸権能の「なしくずし」的移転をもって所有権移転と理解する鈴木禄弥教授の見解が批判されるところとなる（第三節）。

一方、所有権移転論に関する著者の見解は、引渡・登記・代金支払といった外部的徴表行為時に所有権が移転するとし、かつ、右行為中に物権的意思表示（著者はこれを物権「契約」と解する。五八頁）が見出されるとする（物権契約の独自性肯定）ものであって、右見解は、著者も自認されるように、既存の学説の中では末川博博士の見解に近い（四七頁）。ただ、著者において引渡・登記・代金支払といった外部的徴表行為時が所有権移転時期とされる理由は、右行為中に「排他的支配力」（＝物権的請求権を行使し得る地位）を放棄する意思が見出されるとする点にあり、この点が、債権法的な公平を念頭に置く有償性説や信用授与説とは異なる理由づけとなっている（四三―四五頁）。

他方、フランス法的な解釈論であるところの契約時移転説に対しては、①「物権行為は所有権が『いかにして』移転するのかの問題であるのに対して、債権契約は所有権が『なぜ』移転するのかの問題であ」るところ（四九頁）、「フランス民法は所有権が『なぜ』移転するのかという問題と、『いかにして』移転するのかという問題を区別せず、後者を前者に包摂しているが、それは結局のところ物権と債権とを峻別していない」（五五頁）、②フランス法と日本法とでは、法制度上・取引慣行上の断絶が存する（五六頁）、③単なる「売ろう」「買おう」という合意の中には、物権変動を生ぜしめる意思（物権的意思表示。「排他的支配意思」の放棄と承認）が含まれているとは解し難い（四六頁、五八頁、七三―七四頁）といった批判が加えられている。

## 三

5　次に、「第二章　対抗要件論の検討」における著者の主張を紹介しよう。

まず、著者は、不動産登記の機能に関して、「もし民法一七六条のみが規定されていて、一七七条の規定がないとしたら、取引社会ではどのような紛争が、どのような形で発生し、それをどのようにして解決するのであろうか」という問題設定の下に(一二四頁)、次の二つの事例を想定する。①その一は、「AB間の物権変動を知らないCが同一目的物についてAと取引をした場合、Aは既に無権利者であるからCが所有権を承継取得することはありえず、Cは不測の損害を被る」という場合である(一二八頁)。②その二は、「BとCとの間で、いずれの取引が先になされたのかについて紛争が生じた場合」である(一二二頁)。従前の学説は、専ら①の事例を念頭に登記の対抗力の機能を考えているが、著者によれば、②の事例に対する登記の機能が看過されていたところに、従来の学説の問題があったとされ、不動産登記には、①の事例を念頭に置く「通常の意味の対抗力」＝「登記以後に出現した善意の第三者に対しても物権変動を主張しうるという作用」と並んで、②の事例を処理する機能＝「物権変動の順位確定力、即ち先に登記した方の物権変動が先になされたものとする作用」が認められるとし、①の作用に対しては「公示力」の用語を当て、これと②「順位確定力」の二者を併せて「対抗力」の用語を用いるべきことを提唱される(一二九－一三〇頁)。

6　右のような登記の機能に関する分析を前提に、著者は、一七七条の法律構成につき、②の事例を念頭に法定証拠説に立つ旨を明らかにされる。即ち、「裁判の場をも考慮に入れて、契約証書の日付遡記や売主Aの証言次第で取引の順位が変更されてしまう可能性〔＝②の事例〕を前提にするならば、対抗要件としての登記は『物権変動があった』ということを公示して、これから取引に入る第三者の消極的信頼を保護し、よって取引の安全に資する点〔＝①の機能〕よりも、いずれの取引が先になされたのかを決定する基準としての機能〔＝②の機能〕を重視しなければならない。つまり、事実上はBの方が先に取引をしていたとしても、第二譲受人たるCの方が先に登記を経由すれば、Cの取引の方が先順位と看做され、Bは自己の取引の方が先であったことを主張しえない、というのが民法一七七条の『対抗スルコトヲ得ス』の意味である」。

他方、民法一七六条と一七七条の関係については、「民法一七六条はAとBとの取引や、AとCとの取引という具合に、個々の取引を別々に切り離して、物権変動の成立を検討する場合のルールであり、一七七条は相競合する複数の物権変動の優劣を決するためのルールであって、両条はその適用の場合を異にしている」とされ(一四〇頁)、これに対して、従来の学説の理解、即ち、「両条を同一平面に述べた上で、一七六条が原則で一七七条が例外であるとしたり、一七七条が一七六条を制限するとか、変更ないし修正するというような把握では、意思主義と対抗要件主義との関係の理解として十分とはいえないであろう」と批判される(一四〇頁)。

7　しかしながら、裁判規範の相対性を用いて一七六条と一七七条の関係を説明しようとする見解に対しては、従来より、二重譲渡における実体法的な権利の内容ないし帰属関係に関する説明を回避している、との批判が加えられていた。これに対して、著者は、物権の「排他性」「優先的効力」並びに「一物一権主義」の用語に関する新たな定義づけに立脚しつつ、次のような主張を展開される。

まず、著者が「排他的支配意思」「排他的支配力」「排他的支配権能」という場合の「排他性」の意味は、「何よりもまず物権侵害に対する排他的効力であり、物権的請求権の基礎である」（一四五頁）が、右「排他性」＝物権的請求権を行使し得る地位をもって所有権の「実体」と解する著者の所有権理論によれば、「未登記の二重譲受人のいずれも所有権者であ……る」（一五二頁）とされる。なぜなら、譲受人Aからの二重譲受人B・Cが未登記の場合でも、「BとCとが不法侵害者に対して別々に妨害排除請求を行うとか、時効中断手続を行う場合、BとCのいずれの行為もAからの承継取得者の行為として、一応は効力を有する」（一四〇―一四一頁）からである。

一方「優先的効力は物権に本来的に備わっているというよりも、物権の排他性を基礎として、物権が他の権利と競合関係に立ったときに、対抗要件の具備によって付与される効力とする方が論理的であろう」（一四七頁）とされる結果、通説的見解とは異なり、優先的効力は、物権の本質的効力から除外される。他方、一物一権主義もまた「二重譲受人である……BかCのいずれかを所有権者としなければならなくなった段階においてはじめて」問題となる原則と定義される（一四八頁）。その結果、著者によれば、譲受人は既に未登記段階で完全な物権（排他性＝物権的請求権を行使し得る地位）を取得するが、対抗要件具備までは優先的効力を有していない、と説明されることになる。

8　以上のような一般理論に立脚して、著者は、登記なくして対抗できない「物権変動」の範囲につき、自説に立った場合の帰結を次のように説明する。

まず、「時効取得と登記」に関して、著者は、登記なくして対抗できない物権変動の範囲の中には時効取得も含まれると解しながらも、結論的には占有尊重説に組みする。「というのは、時効期間満了後に目的不動産の譲渡契約が締結され移転登記もなされると、登記による優先順位確定により右の契約による所有権移転の方が時効取得よりも先に行なわれたものとして取り扱われることになり」、判例にいう時効完成後の譲受人の事例（一七七条の「第三者」であって対抗問題となる）は時効完成前の譲受人の事例（「当事者」であって対抗問題とならない）に包摂されてしまうからである（一五七頁）。

一方、「公用収用と登記」に関しては、多数説たる登記必要説に対して、著者は、これは「『無権利の法理』によって処理すべきであり、『対抗の法理』を適用すべき問題ではない」として、登記不要説を支持する。では、何故この場合には「対抗の

法理」＝一七七条が適用されないのか、といえば、「土地収用にしろ農地買収にしろ、それが『いつ』行われたかは確たる証拠があり、その日付を勝手に操作することはまず不可能である。したがって、被収用者や被買収者が無権利者となっていることは確固たる事実であり、二重譲渡の場合のように当事者が取引の日付を遡記することにより、第二譲渡の段階で譲渡人が未だ権利者であるかの如くに装い、第一譲受人と第二譲受人のいずれが無権利者からの譲受人であるのか決定し難くなるという問題は生じないからである」(一六六頁)。

なお、「取消・解除と登記」の問題に関しては、通説的理解と同様、「取消・解除が遡及効をもつか否かが先決問題であって」、遡及効肯定なら無権利の法理、遡及効否定なら対抗の法理が働くとされている(一七五―一七七頁)。

9 他方、登記なくして対抗できない「第三者」の範囲に関して、著者の一般理論は、次のように反映される。

まず、「一七七条の『物権変動の範囲』『第三者の範囲』の問題は別個のものではなく、同一の問題ということになる」とされ、いわゆる対抗問題説と同様の理解に立つ旨が明らかにされる。「というのは、一七七条の対抗力を優先順位確定力と解する私見からすれば、一七七条を適用する場合とは、同一目的物について相競合する物権変動があったときに、登記によって自己の取引の優先順位を主張・立証することに利益がある場合ということになり、一七七条の『第三者』とは登記を経由することによって優先順位を確保すれば有利になりうる者(逆にいえば、登記がなければ不利になる者)ということになるからである」(一七九―一八〇頁)。

これに対して、第三者の主観的要件の問題に関しては、著者は、上述した登記の機能の①「公示力」の作用の側を強調しつつ、悪意者排除説に立つ。即ち、「登記はまず不動産物権に関する情報を開示する機能を有しており(公示制度としての登記)この公示制度を物権変動の順位確定のために転用したのが対抗要件主義であるが、この段階においても登記は公示機能、即ち善意の第三者に不測の損害を被らせないようにするという役割を全く失っているわけではなく、このような登記の第一次的機能の上に、順位確定という第二次的機能が付加されて対抗要件制度は作用している」とされ(一八七頁)、悪意者包含説は、右不動産登記の有する二つの機能のうち、②順位確定機能のみを強調し、①公示機能の側を見落としていると批判される(一八七頁)。

更に、悪意者ないし背信的悪意者からの転得者に関して、著者は、基本的には「無権利の法理」が適用されるとし、その保護については、無権利者からの取得者保護法理(九四条二項類推法理)によるべきであって、「対抗の法理」によるべきではないとする。ここでは再ひ、登記の機能に関する上記②「順位確定力」の側面が強調されており、「二重譲渡問題においては、二重譲受人のいずれへの物権変動が先になされたことになるのか、

したがっていずれの譲受人が無権利者と取引をしたことになるのかは、登記がなされるまでは不明であることを前提として出発するから、譲渡人は『第二』譲渡の際にも未だ所有権者として扱われる」のに対して、「善意転得者問題では、転譲渡人の無権利が前提となっているから、善意転得者が権利を承継取得しえないことは明白であり、それだからこそ、この善意の第三者をどうするかが問題になるのである」とされる（二〇四頁）。

## 四

10　次に、「附録　商業登記の一般的効力」における著者の主張を紹介しよう。

商法一二条の定める商業登記の一般的効力につき、商法学説は、これを消極的公示力（登記事項の登記・公告前は善意の第三者に対して登記事項たる事実ないし法律関係の発生・変更・消滅を対抗し得ない、という効力）と積極的公示力（登記・公告後は善意の第三者に対しても対抗し得る、という効力）の二つに分かつのが通常であるが、ここで、竹田省博士以来の通説（悪意擬制説）は、積極的公示力の側に重点を置き、登記事項たる事実は、本来的に悪意の第三者に対抗し得るものであるところ、商業登記は第三者の悪意を擬制するものであって、その結果、登記・公告後の第三者に対して一律に対抗し得る点こそが、商業登記の効力であるとする。これに対して、消極的公示力の側面を重視する服部栄三博士は、およそ事実の存在は本来的には善意の第三者に対しても対抗し得るが、これを一定の事項（＝登記事項たる事実）に限って登記・公告を行わなければ善意の第三者に対抗し得ないという制限を設けたのが商法一二条であり、登記・公告後は右の制限が解除されて非登記事項と同様、「事実をもって対抗しうる」という原則に復帰するに過ぎないと主張される（原則復帰説）。

11　右学説の対立に対して、著者は、次の三つの段階を区別すべきことを主張される。

まず、「登記制度が創設される前の段階（これを『第一段階』と呼ぶことにする）においては、……企業の内部に生起した事実は、これを全ての第三者に主張しうるのが原則である。しかし、企業外部の第三者には企業の内部事情を知る機会が保障されていないので、……善意の第三者は不測の損害を甘受せざるをえない」（二四〇頁）。この段階においては、第三者は例外的に民法一一二条による救済を得るが、右の処理では、企業・第三者の双方にとって不十分である。

商業登記制度は、このような不都合を解消するため創設されたものであるが、この制度を活かすため、「公法上の登記義務を怠った場合には、単に刑事罰や行政罰を課するに止めず、登記（公告）の有無を私法上の効果と結びつけることにして、企業の内部情報の開示を促す」ことにした（二四一頁）。即ち、我が商法は、「登記・公告がなされていない場合（これを『第二段階』と呼ぶことにする）には、登記事項を善意の第三者に対して主

張しえないことにして(商法一二条前段)、登記義務者たる企業に不利な取扱いをすることにしている」のである(二四一頁)。

これに対して、登記義務が遵守され、「登記事項が登記・公告された場合(これを『第三段階』と呼ぶことにする)」に関しては、「善意の第三者に対しても登記事項を主張しうるようになると解すべきであろう」(二四二頁)。しかしながら、「この段階は登記制度創設前の第一段階と同じ状態に戻るのではなく、この第一段階と登記・公告前の第二段階とを止揚して、第一段階における原則、即ち表見代理規定による例外的保護さえもない状態に戻ることになる」(二四二頁)。

12 以上のような段階的把握を前提に、著者は、通説たる悪意擬制説を次のように批判する。即ち、右見解は、登記・公告に対する第三者の「探知義務」違反を理由に悪意が擬制されるとし、これをもって「悪意の第三者の範囲の拡大」とするが、このような理解では、商業登記の「登記法上の機能〔＝「企業の内部情報を開示して取引の相手方に便宜を提供する」〕と実体法上の機能〔＝善意・悪意の擬制〕とが明確に区別・連関づけられていないだけでなく、登記義務者の権利保護は登記の本来的目的ではないとされるに至っては、……商業登記制度の存在理由の一つとして、商人の信用維持をあげられていることと一貫性を欠く」(二四五―二四六頁)。また、右見解は、著者にいう第二段階の効力(善意の推定)を原則とし、第三段階の効力(悪意の擬制)をこれに対する例外と捉えるが、各段階の効力は各々独立別個に捉えるべきであって、「第三段階を第二段階の原則的処理に照らして構成する必要性は毛頭存在していない」(二四八―二四九頁)。

13 一方、近時有力説たる原則復帰説に対しても、著者は次のような反論を行なっている。

まず、登記・公告がなされた後の段階(第三段階)においては、もはや民法一一二条が適用されないとの結論は、原則復帰説からは説明がつかない(二五四頁以下)。

また、この見解の論者の多くは、商業登記を「外観」の一種であるとし、商法六二条や二六二条を一二条後段の「正当ノ事由」に含めた上で、一二条と一四条を外観保護規定として統一的に把握しようとするが(外観説)、商法一二条の登記の「効力は企業情報の公的開示、ないし非開示の効果というべきであって、登記という外観に対する信頼保護と解することはできない」。従って、「商法四二条や二六二条、民法一〇九条・一一〇条は異次元説がいうように、企業内部情報の公的開示制度たる商業登記制度とは存在理由を異にした、外観信頼保護制度として別個の位置づけをなすべきである」(二三二頁、二五七頁以下)。また、商法一四条も外観主義の規定と理解すべきではなく、従って、外観説に立って一二条と一四条が表裏の関係にあると説明するのは不当である(二八三頁以下)。

これに対して「加藤〔徹〕教授のようにフランスの法理に倣って、商法一二条前段を登記義務の懈怠に対する民事制裁と解

し、登記義務の履行後はこの民事制裁が解消して、事実をもって対抗しうるという原則に復帰する、とされる構成」もあるが、この見解もまた、その前提となるフランス法的な「悪意者さえも保護する結果となるような公示主義」が不当であるが故に、採用することができない（二七〇―二七一頁）。

## 五

14　以上のように、本書において展開される著者の主張は、我が国の近時の学説に対する強力なアンチ・テーゼということができるが、これに対する各学説からの反応は、その依って立つ立場によって様々であろう。そこで以下では、評者（七戸）個人が特に啓発された点を記し、また若干の論争を挑むことによって、本書の批評に代えたい。

15　まず、著者の立脚する解釈方法論（上記2）について。近時の物権変動論における比較法的・沿革的アプローチや実益論的アプローチからすれば、著者にいわゆる「論理的」とは、これら近時の学説が登場する以前の（我妻、舟橋、末川、於保教授らの時代の）オーソドックスな（誤解を恐れずにいえば概念法学的な）ロジックと映るであろう（とりわけ「第一章　所有権移転論の検討」における「なぜ」の問題と「いかにして」の問題の峻別は、ドイツ後期普通法学ないしBGB立法者におけるドグマティッシュな物権契約論を想起させる）。そして、我が国においては、右のような論理が必ずしも説得力を有さないと意識されたからこそ、近時の新たなアプローチが試みられるに至ったものである。しかしながら、このような状況において、古典的論理の側からかくも強力な巻き返しが起こるということは、とりもなおさず、新たなアプローチの側もまた、必ずしも充分な説得力を有していないことを示すものに他ならない。従って、新たなアプローチの側でも、普遍的な説得力を有するだけの更なる積極的論拠を積み上げておく必要に迫られる。

16　一方、物権的請求権を行使し得る地位こそが所有権の「実体」であるとし、従って、所有権移転のメカニズムを専ら物権的請求権を念頭に構成する著者の見解（上記3）に対しては、それがローマ法以来の対物訴権の系譜に忠実であるという点で、評者も大いに共感を覚える。もっとも、所有権の定義をこのような形で限定的に割り切ってしまい、民法二〇六条も正面から規定する所有権の意義（＝「自由ニ其所有物ノ使用、収益及ヒ処分ヲ為ス権利」）の側を「所有権の現象形態」に過ぎないとする点に対しては、右直接支配性をもって所有権ないし物権の「本質」とし、物権的請求権をそこから導かれる「効力」と理解する通説的論理からの反論が予想される。

　また、「排他性」「優先的効力」「一物一権主義」の用語法に関する新たな定義（上記8）も、とりわけ前二者につき混迷を続ける我が国の学説にとって極めて示唆的である。我が国の今日の通説は、物権の「本質」従ってまた物権的請求権の根拠を直接支配性に求め、「排他性」の用語は、主として取引行為分野に

おける権利衝突を念頭に用いられている。他方、ドイツやフランスにおいて物権的請求権の根拠は「絶対性」に求められているが、フランスの学説の中には、著者と同様「排他性」に求める見解も存する。これに対して、「優先的効力」は対抗要件によって付与される効力であって物権の本質的効力ではないとする著者の定義は、物権の「効力」として物権的請求権と優先的効力の二者を挙げる通説的見解に真っ向から衝突し、また、物権の債権に対する優先的効力をどのように理解するか等についても、問題を残すように思われる。

17 更に、著者が、不動産登記、債権譲渡の通知・承諾、商業登記の機能を総合的に考察している点も、大いに注目されるべきであろう。この点は、これら公示一般につき統一理論を構築しようとする近時フランス法学説の動向や、不動産登記と商業登記の法律構成をパラレルに論ずる我が国の近時学説の主張と軌を一にする。ただ、これらの学説が、公示－対抗要件制度の一般的な法構造を、著者にいわゆる①「公示力」(上記5)を中心に統一的に理解しようとするのに対して、著者にあっては、不動産登記に関しては①「公示力」と②「順位確定力」の二つの機能が認められるが、債権譲渡の通知・承諾には②の機能しかなく、商業登記には①の「『公示力』しか有していない」とされ(一一五頁、一三〇―一三一頁)、しかも、不動産登記の効力も②順位確定力の側を念頭に把握されるため、結局、①公示力を念頭に置く法律構成(登記による善意・悪意の推定ないし擬制構成)は、商業登記に限って認められるに過ぎない(一一三―一一四頁、三一五頁)。

ところで、著者によれば、不動産登記において①公示力の機能する事例と②順位確定力の機能する事例は、譲渡時が明確か(①)不明確か(②)の差異に求められ(上記5)、通常の二重譲渡においては、譲渡時そのものが不明確であるが故に、②の機能を念頭に一七七条を法律構成すべきであるとして、法定証拠説に立たれる(上記6)。しかしながら、この点に関しては、フランス法と同様①公示機能を中心に一七七条(更にいえば公示－対抗要件制度全般)の法構造を理解する評者の立場からは、異論を唱えざるを得ない。著者は、一方において、「公証人を介した取引慣行もなければ、公正証書をそのまま謄記するわけでもないわが国において、〔第一の取引と第二の取引の順位は不可動的に確定しており、第二の取引の日付遡記はありえないことが前提となっている〕フランス流の発想をそのまま持ち込んでも説得的ではない」(一一四頁)とされ、他方において、「公用収用と登記」に関しては、日付遡記の虞れがないことを根拠に、「対抗の法理」(＝一七七条)が適用されないと説かれるが(上記8)、では、我が国において、例えば私人間の売買契約が公正証書や判決証書をもって確定されている場合には、同様に日付遡記の虞れがないことから、一七七条の適用はなくなってしまうのだろうか。対抗要件制度は、譲渡行為の双方が(無権利の瑕疵を除いて)有効に成立していることが立証(ないし相

手方により自白）されて初めて適用される規範であって（これを立証できない者は単純なる無権利者として排斥されるだけである）、右立証の際に、譲渡の「時期」もまた自ずから確定されるのが（黙示の契約、事実的契約関係等の特殊事例を除けば）通例である。確かに、公正証書による契約締結が通常化しているフランスに対して、極端な諾成主義をとる我が国においては、右譲渡行為の有効性の立証方法に難があることは疑いがない。しかしながら、右立証制度の問題と対抗要件主義の構造理解の問題とは一応別物であって、極めて不備な方法ながらも譲渡の有効性が立証された後の段階においては「第一の取引と第二の取引の順位は不可動的に確定」しているように思われるが、いかがであろうか。

更に、双方未登記の段階において、二重譲受人は何れも所有権者であるとの主張（上記7）に対しても、評者の立場からは疑問を覚えざるを得なかった。というのは、著者の見解もまた、所有権の分属的帰属を承認する点において（著者はこれを「共有関係として、あるいは不真正連帯債務関係として処理」すべきとされる。一五二頁）、相対的所有権説や不完全物権変動説に向けられた批判を免れ得ないように思われるからである。著者と異なり、絶対的所有権概念及び意思主義を原則とし、対抗要件主義をこれに対する限定的な例外（公信力等と同様の無権利者からの取得者保護法理の一種）と捉える評者の立場によれば、双方未登記段階における所有権者は第一譲受人ただ一人であり、従って、彼のみが固有の物権的請求権を行使し得ることになるが、この立場に立っても、（無権利者からの取得者＝無権利者たる）第二譲受人は、第三者の債権侵害ないし物権的期待権侵害を理由とする妨害排除請求権を行使し得るから、この点との関係では特に不都合はないように思われる。

18　一方、商業登記の効力に関する著者の見解は、次の二点において、不動産登記に関するいわゆる法定制度論の立場を想起させる。

その一は、著者が、商業登記の効力の法的性質は外観説のいうような第三者信頼保護法理でもなければ、フランス法的な本人（企業）側の帰責性に対する民事制裁でもなく、商業登記が「企業内部の情報の公的開示制度」であることからくる効果（＝上記の登記の機能①「公示力」）であるとされる点である（上記12、13）。民法一七七条と同様、商法一二条の効力もまた、法律の規定によって発生する法定効果であることは疑いがない。従って、ここでの対立は、不動産登記に関する議論と同様、右法定制度の法的性質を既存の法理の一種と解するか（外観法理の一種、不法行為的制裁の一種）、それとも既存の法理の何れにも属さない別個の法制度と解するか（法定制度論）という点に存するが、ここで著者が最後の立場に立つ理由は、商業登記制度の存在理由ないし目的は、企業の内部情報を公開することにより、取引の相手方と企業の両者に便宜を与える点に存するところ、民事制裁説においては前者の観点が、また、外観説に

おいては後者の観点が抜け落ちている、というものであった。しかしながら、この点は、「外観法理」ないし「表見法理」あるいは「第三者信頼保護法理」の用語法そのものの問題に左右されるように思われる。というのは、学説は、右法理の一般的要件として、第三者の信頼(善意)と並んで、本人側の帰責性を挙げるのが通例であり、後者を要件から除くのは、むしろ例外的ケースに過ぎない(いわゆる「純粋権利外観」法理)。他方、民事制裁説においても、第三者の信頼要件は損害要件として顧慮されるため(第三者が信頼していない場合には損害は発生していない)、結局、何れの見解に立っても、第三者側と企業側双方の保護・利害調整は要件的に図られている。更に、学説にいう「信頼」の意味に関しても、登記中心の取引関係の確立という一般的・抽象的意味における「信頼」と、登記を信じて取引関係に入った第三者の保護という個別・具体的意味での「信頼」の二つがあり、前者を前提とした場合には、第三者の現実の悪意を問題としない法律構成をとることが可能だからである。

第二に、悪意擬制説は、著者にいわゆる商業登記の第二段階と第三段階の効力を原則・例外関係と捉え、他方、原則復帰説は、第三段階の効力を第一段階の「事実をもって対抗しうる」という「私法上の原則」への復帰と理解するのに対して、著者は、これらを各々独立別個に定められた法理として把握し、次段階の法理が前段階の法理の原則に対する例外である、といった性格づけを認めない(上記12、13)。但し、著者においても、各々の段階内部における論理構造に関しては基本的に異論はなく、第一段階においては、あらゆる事実が全ての第三者に対して対抗できるのが「私法上の原則」であったのに対し、第二段階・第三段階においては、登記・公告制度によって、登記事項に関しては善意の第三者には対抗できない、との規範が創設されており、右規範との関係で、登記・公告前の第二段階においては「第三者の善意が推定され」(二四二頁)、登記・公告後の第三段階においては「第三者の悪意が擬制ないし推定される」(二四二頁)とする。これが著者にいわゆる①「公示力」の観点に基づく登記の構造理解であり、先述の如く(上記17)、(評者を含めた)近時の学説が、これを公示一般に通用する統一理論として不動産登記の法構造への転用を考えるのに対して、著者は、右構造を商業登記に関してのみ承認する。

ところで、商法学説が一致して承認し、また著者も認める第一段階における原則、即ち「およそ企業の内部に生起した事実は全ての第三者に対抗し得る」との命題が「私法上の原則」であるとされるのは、いかなる理由・法的根拠によるものであろうか。ここにいう「事実」とは、法的事実、法律行為、権利、法律関係ないし法的地位の総称と解されるが、そもそも第三者に対して対抗可能であるのは、これらのうちの「物権」だけであるとするのが「私法上の原則」であったはずである。この点に関して、民法領域においては、物権のみが第三者に対する対抗力を有するとの古典的(一九世紀的)理解に対して、今世紀

初頭より、債権をはじめ権利一般が対抗力を有する（「権利一般の不可侵性」論）、あるいは、より広く、およそ全ての法的要素（事実、行為、権利、法律関係ないし法的地位）は全てのあるいは悪意の（その何れと解するかについては争いがある）第三者に対して対抗力を有する（対抗可能性の一般理論）との主張がなされるに至っているが、著者も承認する第一段階の命題は、このうちの対抗可能性の一般理論そのもののように思われる。そして、近時のフランス法学説は、右対抗可能性の一般理論を前提として、上述した、不動産登記・商業登記等の効力の統一的理解を試みるのであるが、これに対して、我が国の商法学説においても、また著者においても、右命題が何故「私法上の原則」とされるのかに関しては、何らの説明もなされてはいない。対抗可能性の一般理論を紹介した評者の論文に対して、「物に対する直接的支配権・不可侵義務や物権的請求権・優先権を論理的に区別・連関づけて物権の構造全体を解明していない」と批判される（二二二頁注（四〇六）著者における、右命題の法的根拠・論理構造はいかなるものなのであろうか。

（九州大学出版会、佐賀大学経済学会叢書5　一九九四年三月刊）

［追記］　鷹巣教授には、本稿初校を校閲いたたき、また、本稿中に述へた私の疑問に対しても、その一つ一つに丁寧なご解答をお与え下さった。深く感謝の意を申し上げる次第である。

七戸克彦

## 〔原著者のコメント〕

一　私の方法論は我妻博士などと同じような概念法学ではないのか、という点について。

たしかに、私は「所有権とはどのような権利なのか」、その論理構造を解明することを通して、所有権という法的概念を明確にすることを目標の一つにしている。それは、我妻博士などの従来の学説が感覚的な捉え方をしているのに対して、論理的に思考することを貫徹せんとするものであり、自然科学と共通する方法を目指すものである（拙著・企業と団体の基礎法理［成文堂・一九八九年］序説参照）。

二　私見は、物権的請求権を行使しうる地位こそが所有権の「実体」である、と解しているように受け取られている点について。

私見では、所有権とは物の排他的支配をめぐる、人と人との関係であり、社会が特定人の排他的支配意思を承認することによって、彼以外の人は不可侵義務を課され、所有者は排他的支配力（彼の許可なしには、他人に指一本触れさせないという独占力）を有することになるが、この排他的支配力こそが所有権をして対物的独占支配権たらしめる要素であり、物権的請求権