

## 権利變動におけるいわゆる對抗要件(二・完)

山中, 康雄  
九州大学法文学部 : 教授

<https://doi.org/10.15017/1225>

---

出版情報 : 法政研究. 16 (1/2), pp.51-101, 1948-10-31. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 権利變動におけるいわゆる對抗要件 (二・完) 山中 康雄

## 目次 (一ないし七は前號、八以下本號)

### 一 序

二 この問題を研究するにあつての私の研究態度

#### A 登記不動産上の未登記物権

三 物權行爲と債權行爲の峻別論にたいする批判と債權的物權の成立根據

四 假登記權利の物權性の問題と登記の對抗力の存續の問題

五 債權的物權の性格

六 債權の債權的物權への移行——賃借權の物權性

七 債權的物權の一物一權主義——二重讓渡の可能根據

#### B 未登記不動産および動産の讓渡の場合

八 未登記不動産の處分には一七七條の適用はありえず、動産の物權變動と同一の原理に服することについて——原  
始取得の成立しうることについて——いわゆる明認方法  
——慣行永小作權

#### C その他の場合

九 債權の得喪變動

一〇 擔保物權の得喪變動

二 結

つぎに未登記不動産の譲渡の問題にうつろう。わが國における不動産法制においては登記強制主義がとられていない。したがつて不動産登記簿に籍をもつていない不動産がありうるわけである。すなわち特定の土地につきあらたに登記用紙を開設し、右土地にたいし不動産登記簿上の籍をあたえることは、土地所有者の任意になす所有権保存の登記手續のための申請にまつのであつて、かかることのないかぎり當該土地は不動産登記簿上籍をもたぬわけである。

かような、不動産登記簿にまだ籍をもたぬ不動産の物權變動につき、從來は一人のもれなくすべての學者によつて、一七七條の適用あるべきことが肯定せられている。しかし右のやうな登記簿上にまだ籍をもたぬ不動産につき、その物權變動のいわゆる對抗條件として、登記を要求することは、はたしてどんなものであるか。未登記不動産の讓受人は保存登記をなすも可なりということが、「たとえ物權の變動の過程と態容が登記の記載とちがつていても、登記が現在の眞實の權利狀態を公示している場合には、その登記は有效である」とする理論の適用のもとに、判例法上確立している。しかしつぎのことはどうだろうか。登記制度の施行前より未登記不動産を所有する甲は、たとえ登記法の施行後といえども、登記強制主義がとられていない以上、完全な所有權を、保存登記をおこたつたという理由で、當然に不完全な排他性なき所有權に轉化せしめられるものでもあるまいから、完全な所有權をもつている。甲は登記法の施行後乙に所有權をゆする。すると從來の理論にしたがうかぎり乙は完全な所有權者とはならない。乙より丙、丙より丁、丁より云々といくたの物權變動がなされても、甲以外にはそして甲の讓渡後は一人として完全な所有權は存在しない。完全な所有權は、甲の讓渡後地にひそんだか天にかくれたか、とにかく行方不明である。もつとも誰かが右土

地を時効取得すれば完全な所有権がふたたび出現するが、それもまたもや取引によつて時効取得者とその死亡相續による取得者の一列の者の手をはなれるやいなや、ふたたび完全な所有権は消えてしまつて、一七七條のいわゆる第三者に對抗しえざる不完全な所有権となつてしまうのである。右不完全な権利とは私のいう債權的所有權の理論によりても救われえぬ。けだし私のいう債權的所有權は、物權的支配が登記と占有に現實に分裂してゐる場合にのみ生じうるものなること既述のごとくであり、未登記不動産については、かかる分裂は現實に存在してゐないからである。この不完全な權利を純粹の債權なりとする論——私はその論をとらないが——をとるにおいては、右の場合には所有權ないし物權それじたいが完全に地上より姿を消すことになるわけである。ところで甲が前記の例で乙への讓渡後五十年を経過せるのち戊に同一土地を二重讓渡し、戊が保存登記をしたとせよ。たちまち戊が完全な所有權者となるわけであり、ここに忽然として完全なる所有權があらわれるのである。しかしこのやうな結果をただしいとして容認しうるであろうか。第三者につき善意惡意の區別をもうける立場からすれば、具體的な事案にそくしては、不條理な解決を事實上避けえやう。けだし甲が右土地をてばなしてのち五十年もたつていれば、戊は甲の無權利なることにつき惡意のことが多いであらうから。しかし既登記の土地の取引の場合に、善意惡意を區別すべからざることは、すでにのべたし、またこれからのべるところである。しかし區別したとしても惡意のときは當然に登記が無効となるのかそれともなにか否認的な意思表示があつてはじめて無効となるのか、問題があるであらうが、それ以外にもその登記だけが無効または否認されるのか、それとも惡意の取得行爲という實體法上の法律行爲が無効または否認せられるのかも問題であらう。しかし債權はいくらでも事實上相容れぬものですら善意惡意にかかわらず、併存兩立しうるのでは

るから、登記だけが無効にまたは否認されることになるのであらうが、しかし適法に成立した債権の適法な権利の展開としてなされた登記だけが、そのやうな法律上の瑕疵あるものとして、とりあつかわれねばならぬ理由はないであらう。すなわち善意悪意を區別すべき内在的根拠はまつたくない。以上のやうな本質的な論理構造をもつたことがらを、たんに結果が妥當でないというだけの便宜論で、これをまげうるものでないことは、もちろんである。以上のやうな理論上の難點があるばかりでなく、甲は未登記不動産を乙に譲渡したのちは、既登記不動産のその場合に、なお甲が登記簿上所有者としてのこされているのと異なつて、甲には所有者たる外形はまつたくあとにのこらぬのであるから、甲は所有権を第一の譲渡によつて乙にうつしたのちは、まつたくの無権利者になつているといわざるをえぬ。したがつて甲は右譲渡後は自己に保存登記をなすことは、たとえそのあとすぐに乙に移轉登記をするつもりだとしても、ゆるされあたぬことである。あるいは甲は民法一七七條によりて、乙に移轉登記をなすことによりてはじめて賣主の債務を完全にはたしうることにされているのであるから、甲は乙への譲渡後も、右乙への移轉登記をなすべき義務をおうているかぎりにおいて、なほ右不動産につき、既登記不動産の無登記譲渡の場合と同じやうな権利を、有してゐると解しうるだらうか。しかしそれは登記強制主義の法則が存しないわが法の解釋としてどうであらうか。ところで戊への譲渡を有効とする理論の根底には、右のような二重譲渡可能論がよこたわつてゐる。しかしその點からは善意悪意を區別すべき、なんらの内在的本質的な肯定根拠は出てこないものである。すなわち善意悪意を區別せざる適法な二重譲渡の債権契約、そしてつぎに適法な債権の展開による登記手續への推移、そこになんら悪意の第三者の登記を無効とし、否認すべき根拠は生れてこないこと既述のごとくだからである。問題の戊の権利取得の否認

は、甲の二重譲渡可能性の否定——既登記不動産について既述せるような二重譲渡可能性の根拠が、未登記不動産の場合には、まつたくない——によつてのみ、はじめて眞にたゞしい理論のもとに可能となるのではなからうか。ところで善意悪意の區別論はさておき、未登記不動産の二重譲渡の可能性を肯定する理論にたつて考察すると、悪意の理論は、結局、悪意の取得が九〇條違反の反良俗、反道徳的行爲か、さもなければ第一譲受人よりの承継取得者にたいする不法行爲となるかのいづれか以外には、當然無効ないし否認のやうな強い効果を生じうる根拠をもとめえぬようである。ここに善意悪意を區別する理論のなかでも舟橋教授のたてられた前記第三原則がうまれる根拠があるのである。しかしそれでも、戊が有効に権利を取得しうる場合は相當に出てきそうである。しかし當面の例の場合では、左理論の可否は別のこととして、妥當でない結果を相當に生じうることになるであろう。あるいは善意悪意のゆきかたで、この問題を解決しようとせず、べつのゆきかたがあるであろうか。しかしたとえ乙の第一譲渡後なほ甲にのこされた権利は、所有權ないし所有權的なものであるから、所有權に時効による消滅といふことがありえぬ以上は、五十年経つては、すでに右の權限もまた消滅時効にかかつたとは理論構成をしえぬであろう。かりに甲が有効に二重譲渡をなしうる権利を留保していると解し、右權利が消滅時効にかかることと解することも、實はそんな權利の留保といふことじたいが、このうえもない馬鹿げたことではないのか。あるいは乙が丙に譲渡することによつて、乙は甲にたいし移轉登記請求權をうしない、したがつて甲は賣渡土地と完全にあとぐされ縁をたつて、右の甲にのこされたある權限が消滅したと理論構成しうるであらうか。しかしいつたん譲渡した土地の所有權につき賣主が、爾後乙に移轉登記をするためとはいえ保存登記をなしうるといふことじたいが、實は無權利者の登記にほかならぬ。もしも譲

渡契約が、その賣主が保存登記をなすときまで、賣主に所有権が留保される趣旨の契約であるならば、それこそ私かすでに考察してきた既登記不動産の物權變動の場合にほかならない。かくて未登記不動産讓渡後においては、讓受人のなす保存登記こそまさになさるべき唯一の有効な登記ではないのか。上述の例では、甲は乙に讓渡したときすでに保存登記をなす權限を失うのであり、その故に乙は甲にたいしてまた移轉登記請求權をもちえず、したがつて甲は乙への讓渡と同時に完全な無權利者となると解すべきである。乙が有する移轉登記請求權の存するあいだだけ、反射的に甲に「ある權限」がのさると解するのも、實は乙がすでに無權利者となつた甲に保存登記をなすべきことをまづ請求しうるといふことじたいが、上述のごとく背理なのである。かりに右の背理を容認するとしても、前記のごとき、乙が丙に讓渡するとき甲がはじめて無權利者となるというごとき、甲にとつてまつたく無關係な偶然的事情の成立のときにまで、甲の「ある權限」が残存するといふのは、變なことである。まして、乙のもつ登記請求權が、乙より丙への所有權讓渡のときでなく、それと無關係に、すなわち乙の所有權の存續するといふことにかかわらず、甲乙間の讓渡後十年ないし二十年の期間経過により消滅時效にかかり、かくて甲の「ある權限」が消滅すると解するのも、不條理なことあきらかであろう。これを要するに、上述の不條理は、ついにまつたく救いえぬやうである。

未登記不動産の賣買につき、しからば、讓受人の保存登記をもつて、一七七條の要件をみたすと解すべきであろうか。しかしそれは右の賣買といふ物權變動の登記とはなしがたい。のみならず、未登記不動産の所有權は、登記なくも完全な物權としての所有權なのであるから、賣買においても登記なきも完全な所有權を移轉すると解すべきである。そして、讓受人のなす保存登記は、ただたんにその不動産に登記簿上の籍をあたえるにとどまると解すべきであ

る。かくて私は未登記不動産については、それはまだ登記簿に籍を有せざるものなるが故に、一七七條の適用なしと解する。ただし未登記不動産の取引においても、いまだその引渡なきかぎり、たんに債權を讓受人にあたえるにとどまる。けだし、讓受人は讓受不動産といふ物のうえになんら事實上排他的支配を有していないからである。そのことは既登記不動産の物權變動の場合とまったくその理を異にしない。かくて未登記不動産の賣買の場合においては、その占有形態において始源的な占有と登記的な占有の分裂がないのであるから、始源的な形態の占有の移轉をもつて、物權的な所有權の移轉を生ずると解する。かく解すればそれは一七八條に規定せられる動產物權變動の場合と理を同じくすることになるであろう。しかしそれは未登記不動産の物權變動につき一七八條を準用せよというのではない。未登記不動産については、登記的占有の方法をもつて、始源的な形態の占有にかえることが、おこなわれていないために、そうなのだといふのである。

右のやうに解するとき、未登記不動産については二重讓渡の生ずることは不可能なること、あきらかである。けだし讓渡人は第一讓受人に完全な所有權を移轉してしまつていて、第二讓受人に移轉すべきなんらの權利をもたぬからである。この理は動產賣買の場合とまったく異なる。したがつて未登記不動産の第二讓受人が自己の所有權につき保存登記をなすも、第一讓受人はその抹消登記を申請しうべきである。それはあたかも動產の占有改定による引渡をうけた第一讓受人は、賣主より直接占有を取得した第二讓受人——それが一九二條の要件をみたさぬかぎり——よりその動產の占有移轉をもとめうべきことと、まったく同一である。

しかるに既述のごとく、未登記不動産については判例法上、前述の例で第二讓受人が保存登記をなし、または讓渡人



が保存登記をなして譲受人に移轉登記をなした場合には、第二譲受人が完全な物權を取得するという理論を確立している。これは誤まりであることは既述した。しかし私は判例理論は、かかる方向に成文法を變改して客觀的法秩序をすでにそのやうに形成しているものと解し、したがつて誤謬と化した成文法をみずに、客觀的法秩序じたいに法認識の眼をむけ、私のいわゆる價值的法認識をくわえることによつて、ただしく規範づけをあたえるべきだと考える。私はずでに、成文法は客觀的法秩序にたいする立法者の主觀的法認識であること、法の科學的探求はそのような認識對象となつた客觀的法秩序にむけらるべきこと、客觀的法秩序と成文法のあいだには認識と認識對象の關係があるが故に、成文法は認識の誤謬をふくみうるが、かかる誤謬はなんびとをも拘束せぬこと、すなわち立法者の主觀的法認識たる成文法は、法解釋家が客觀的法秩序を認識するにあつて、かけねばならぬとされているいわば眼鏡であるが、誤謬の認識たる度の狂つた眼鏡をかける場合には、その狂いを矯正して、ただしく客觀的法秩序を觀察すべきことが、法科學者のまさにとるべき態度なることなどを、のべた。そして客觀的法秩序の進展により、當初の立法者の主觀的法認識が陳腐化したるときは、その法認識は歴史のあゆみにより誤謬に轉化せるものにほかならぬ。われわれは成文法の誤謬を固守するにおよばない。すなわち私は、右の判例法にたいしては、私の價值的法認識をくわえることにより、つぎのごとき理論づけをほどこして、その限度においてのみ是認したいと考える。賣主が未登記不動産を占有改定によつて讓渡し、したがつて買主に完全な所有權を取得せしめたが、なほ自己に直接占有を保留する場合に、第二譲受人はこの賣主の占有を信賴し、これを未登記不動産の所有者なりと信じて、買受けることがあるであろう。かかる場合には、第二譲受人が始源的な占有形態よりも、より強い占有力をもつところの登記といふ占有を開始

するとき、右不動産につき、賣買契約の権利内容において第二譲受人が原始取得する。これが判例法を契機として成文法を變改しつつ導入せらるべき新しき判例法規範原理である。

右の原始取得の法理は、判例理論とつぎのごとき相違せる結果をしめす。それは賣主が第一譲受人にたいして譲渡せる後もなほひきつづき右未登記不動産を占有してゐること（したがつて第一譲受人への引渡が占有改定によつた場合にかぎられる）、第二譲受人が賣主の占有を信賴したること、第二譲受人の取得行爲と登記が善意平穩公然無過失になされたること、第二譲受人が第一譲受人の保存登記をなす前に保存登記をなしたこと（すなわち第一譲受人のもつてゐる始源的な占有よりも、登記といふ占有力のより一層強い方法が第二譲受人によつてとられたところに、第二譲受人の権利が第一譲受人の権利を破壊する根據が、みとめえられる）の要件を必要とするが、判例理論ではかかる制約をみとめず、悪意の第二譲受人をも登記によつて第一譲受人の権利をやぶりうるものとなしているのである。私は登記不動産の物權變動については、債權的物權の純粹の物權へのたかまりに、第二譲受人の登記の善意悪意をとう理由はないと解すること既述のごとくであるが、便宜論の見地よりすれば、未登記不動産の物權變動については、第二譲受人の登記については、善意悪意の區別ばかりでなく、平穩公然無過失の要件をもくわえるほうが妥當なりと考へるものである。ことに賣主の占有を信賴するといふ要件は、妥當な結果をみちびくための缺くべからざる條件であつて私見は、一九二條の場合と同じく、賣主の占有に公信用をみとめるものであるが、ほんらい權利を取得しえざるはずの第二譲受人が第一譲受人の取得せる完全な所有權をやぶつて所有權を自己に取得しうるとするためには、この程度の要件を必要とするのが、實際上も妥當であると考へる。また賣主の占有が第一の譲渡後もひきつづき持續している

ことを必要とするといふ要件も、いつたんその未登記不動産の占有よりはなれたる賣主が爾後ふたたび手に入れた占有は、いかに第二譲受人が信頼するも原始取得を根據づけるだけの公信力の基礎たりえずと考えるからにほかならぬ。動産の原始取得の場合にありては、賣主は無権利者であつてもよく、したがつて二重譲渡の場合にも賣主が第一の譲渡後もひきつづき占有を繼續していることは必要でなく、その後占有をふたたびはじめた場合でもよいという點で右と異なる。これは、動産よりも不動産の方が一般に價值たかく、したがつて所有者の靜的安全を保護すべき必要が、不動産の方に大なりとみとめられること、動産が轉々と容易に占有をうつされうる客體であり、しかも占有が所有權と分裂していることは不動産の場合より少なき（動産の場合と異なり、不動産にありては制限物權や賃借權の設定、管理の委任等々間接占有を生じうること少くない）ため、動産の占有は不動産の占有よりも所有權の所在を信頼せしめる公信力が大であると考えられることなどによつて、原始取得のための要件が緩和せられているものにほかならぬ。

右は賣主の占有に公信力をみとめる原始取得であるが、始源的な占有形態よりもより一層強い占有力をみとめられている登記的占有を賣主が有するときには、なお一層強い理由をもつて同様の場合に賣主の登記に公信力をみとむべしということになるであらう。しかし未登記不動産の原始取得の要件にありては、賣主が第一の譲渡のときまで完全な所有權をもち、かつ第二の譲渡のときまでひきつづき占有を繼續せることをもつて要件とすること既述のごとくであるが、既登記不動産の場合には、賣主が第一の譲渡のときまで完全な所有權をもち、かつ第二の譲渡のときまで登記を繼續して保有するといふ要件のもとでは、第一の譲受人はたかだか債權的物權を保有しているにとどまり、第二

の譲受人が登記的占有を開始することにより、當然完全なる所有権を取得しうべき場合なるをもつて、原始取得の法理など介入する餘地が、まつたくないものである。

なほ動産の場合には一九三條一九四條が存するが、未登記不動産の原始取得には、かかることがないのであるからたとえば未登記不動産を甲乙丙丁が譲受けて共有してゐる場合に、甲がほしいままにその單獨名義の保存登記をなして、戊に右不動産全部を譲渡し、登記を移した場合、あるいは甲がほしいままに右不動産全部を戊に譲渡し、戊が保存登記をなしたる場合にも、これが動産である場合ならば、盗品に準じて一九三條一九四條の適用をみるべきであるが、ここでは、かかる原理は妥當しない。賣主が一度もかつてその権利（かれは持分を有するのみ）を有したることなき未登記不動産の全部的所有権を他に賣却するも、原始取得を妥當せしめることになりえぬこと、前記要件にてらしてあきらかであるう。

註 大判大正九・五・一一録二六輯六四〇頁の事案は、不動産の共同相続人の一人が、ほしいままに自己の單獨名義に所有の登記をなし、これを第三者に譲渡登記せる場合にかんするが、右につき「他ノ共同相続人ハ第三者ニ對抗スルヲ得ヌ」となした理論については、共同相続の本質論よりする批判のほか、この見地からの批判も附言されねばならぬ。

なほ未登記不動産の原始取得は、第二譲受人が保存登記をなした場合ばかりでなく、譲渡人が保存登記をして、これを第二譲受人にうつした場合でも、可なりと解する。けだし第二譲受人の登記的占有ということは、それでじゅうぶんみたされるからである。

なほ立木の取引における明認方法については、立木の二重賣買にあたり、第一譲受人の明認方法が消失すれば、第

二讓受人が明認方法をほどこすことによりて、後者が権利を取得するとせられる。ここで明認方法によつて占有をしている権利は所有権であり、既述のごとく所有権は占有の喪失によりては消滅しない。したがつて、ほんらいは第二讓受人は権利を取得しえざるはずである。しかしここでは私は、第二讓受人が敷地の地盤所有権者あるいは地上権者が土地を登記的または始源的形態での占有をなしていることによりて、これを信賴して、はじめの賣主たる右所有権者ないし地上権者を現在も立木の所有者たることを信じつつ、これより立木の讓渡を平穩公然無過失にうけ、明認方法をほどこした場合には、原始取得するといふ法理の適用のもとに、かつそれに合致する限度でのみ、判例法を是認したいと考ふる。ただしここで注意すべきは、立木法により登記可能となつてゐるかぎりでは、明認方法といふ占有の始源形態と登記の關係は、不動産の物權變動における占有と登記の關係と同一であることである。重複を避けて、ここではこれ以上述べないが、つぎのことを要約的に附記しておく。第一は、上記の立木の原始取得の法理が、未登記の立木についてのみ妥當するということである。第二は、右原始取得における第二の讓受人の占有取得は、あえて明認方法にかぎらず、地上権者ないし所有権者としての登記といふ占有方法にても可なることである。第三は、地上権者として、ないし土地所有権者として、その地上の立木を所有している場合においては、地上権ないし土地所有権が債權的物權にすぎぬときは立木所有権も債權的物權にすぎず、前者が純粹の物權である場合にのみ、立木所有権も純粹の物權になることである。第四は、立木については生育土地の所有権ないし地上権の登記という方法による占有が可能であるが、これらは立木のみ取引におけるほんらいの登記方法ではないのだから、立木のみが取引客體となつてゐる場合には、明認方法とのあいだに占有力の點において同等であると解すべきことである。(註二)

註一 大判昭和九・一二・二八民二四三三頁参照。

註二 私はかつて、末弘「物權法」上卷一八〇以下の理論にしたがつたことがある。私の評釋「判例民事法昭和九年度一七三事件」参照。しかしいまはこれを改める。

民法や不動産登記法の施行前より存在して今日におよんでいる慣行永小作權については、民法施行法三五條三七條の規定により、登記の存せざるものについては純粹の物權性を否定せられている。右三七條は「民法施行ノ日ヨリ一年内ニ之ヲ登記スルニ非レハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」といつてゐるが、一年内に登記すれば、民法施行後右登記の日までの登記欠缺期間、それが純粹の物權性を喪失するというときことなく、物權性の保有を繼續せしめる趣旨の規定と解する。したがつて右條の手續をふまざりし慣行永小作權は、排他性なき物權すなわち私のいわゆる債權的物權として、存在を持続するのであり、爾後いつでも登記がなされれば、そのときより純粹の物權性を取得するわけである。この債權的永小作權は、債權的物權一般と同じく、始源的な占有をもつて存続の要件となすものであり、したがつてその讓渡の對抗要件は引渡である。ここで注意すべきことは、それは債權的賃借權ではなく、債權的永小作權なのであるから、債權的賃借權と異なり、讓渡性その他すべての點については、慣行によつてきまつている點以外は、すべて永小作權の規定によるべきものであるという點である。たとえば讓渡・轉貸の可能性についても賃借權における六一二條のごとき制限なく、また慣行永小作權者は地主にたいして登記請求權を有すると解すべきである。したがつて、不動産登記法四條五條の適用を見る場合あることも考えられる。また存続期間についても、民法施

行法四七條は民法施行法三七條により登記せられたる慣行小作權についての規定であると解し、慣行により永久のものも永久の存續期間をもつものと解する。ただあらたに登記をうける場合には、二七八條（けだし強行規定なるをもつて）の適用をうくべきは當然である。これを要するに、慣行小作權は民法施行法三七條の手續を怠ることにより、純粹の物權性を喪うが、右以外にはいささかもその内容を毀損せられずして、私のいわゆる債權的物權、すなわち債權的永小作權として殘存する。また右の純粹の物權性の喪失は、じゅうぶんというわけではないが、永小作權として地主にたいし登記請求權をあたえられていることによつて、補償はせられてゐるわけである。今日世にのこつてゐる慣行永小作權者が勇敢に上述のような權利を主張せられんことを希望してやまない。

註 反對、戒能「永小作權とその對抗要件」(民商法雜誌六卷二號)。

## 九

最後に、物權變動とはちがつた原理に服するものとしての、債權讓渡について考察しよう。

債權については、そのうゑに存する所有權とか占有というごとき物權的な概念は妥當しえない。比喩的にそのような概念を成立せしめてみたところで、債權の所有權は消滅時效にかからぬとか、所有權にもとづく返還請求權、妨害排除請求權、妨害豫防請求權に似たというような物權的請求權が債權にも生じるとか、債權侵害とは區別せらるべき債權の所有權にたいする不法の侵害行爲というごときものを成立せしめるとか、いうごときはありえないのであるから、實益もないことである。債權の占有ということについても、占有訴權を債權についてみとめうるわけ

ではないし、債権の占有を失うことが債権の所有権にたいする消滅時効の原因となるということも考えられない。い  
 な一步をすすめて考えれば、債権の所有とか占有とはどんな状態をさすのかも、考えてみればむずかしいことである。  
 物についての所有とか占有ということは理解しうるが、債権の場合だとそれは債務者の行爲を請求しうべき権利なの  
 だから、債務者の行爲を所有し占有するということになる。たとえば物の所有権は物にたいする支配権であるが、そ  
 れを移轉すべき債権の所有権においては、右移轉行爲をなすべき債務者の行爲を所有し、占有するという、わけのわ  
 からぬことになるであろう。しかし以上の立言は、それにもかかわらず、債権をもつていうような表現を禁ず  
 るものではない。ただそれは、債権者であることをしめす表現であつて、債権のうえに所有権をもつていふ表  
 現ではありえないだけである。債権の準占有という法文の語も、債権の占有ということが、成立しえない概念である  
 ために、債権者らしい外観を相當の信憑性をもつて有してゐる場合を、所有者らしい外観を相當の信憑性をもつて有  
 してゐる物の占有の場合と類比して、準占有といひ、もつて、買主が右占有を信賴した場合の物の所有権の原始取得  
 とは對照的なものとして、辨濟者が右準占有を信賴した場合の辨濟をうけた債権者にたいする地位を自己にたいする  
 關係で原始取得するといふ（すなわち辨濟を有效なものとする）規定をもうけたものにほかならぬ。

四六七條によれば、債権讓渡は讓渡人と讓受人間の讓渡契約のみで效力を發生し、その債務者にたいする對抗要件  
 として通知承諾を、その第三者にたいする對抗要件として確定日附ある通知承諾を必要とする。これが債権讓渡の現  
 象形態である。以下その背後にひそむ本質を追求しやう。本稿が他の物權變動についていままでしてきたように、こ  
 こでも、二重讓渡を考察の主要な場面に選ぼう。けだし本質はつねに現象の背後にひそんでいるものであるが、それ



は二重譲渡のような變則の場合に、もつとも表面に近いところまでうかびあがつてくるものだからである。

まづ法條をすつかり念頭からさつて、常識的にことを考えやう。債權譲渡は、債權譲渡にかんする法文がないとすれば、はたしてどんなことになるであろうか。法文がみとめなければ譲渡は不能だといふ議論があるとするれば、それは立法者の意思の萬能を信ずる法的觀念論である。私はそれは、譲渡人と譲受人間に譲渡契約がなされ、かつそのことが譲渡人より債務者に通知せられるか、または債務者より譲渡契約の當事者のいづれか一方にたいして承諾がなされるということによつて、おこなわれると考える。債權譲渡契約によつて債務者が法的にすこしの不利益をこうむらぬようにしておけば、債務者が右譲渡契約の當事者として参加することをみとめる必要はすこしもない。しかし債權は債務者の給付行爲の要求權であるから、債務者の給付行爲を譲受人に確保しえせしめるためには、債務者の承諾があればじゅうぶんであるが、承諾とまでいかなくとも、最小限いまままで債權者だつた者すなわち譲渡人から債務者にその旨を通知することが必要である。その故に、債權譲渡は通知承諾をもつて、その有效成立要件としなければならぬ。右のごとき通知承諾は、譲受人が債權をひとりじめにする唯一の方法であり、いわば債權の占有移轉の方法にほかならぬ。

右のような債權譲渡のほんらいのありかたを、民法は、債權を客體とする諸種の法的取引の輻輳することにそなえて、債權の移轉の時期、態容などに定型的明確さをあたえる目的をもつて、たんなる通知承諾ではなく、確定日附ある通知承諾を必要とするという法技術を採用することによつて、變更した。したがつて確定日附ある通知承諾のなされるときまで、譲受人が、債務者の給付行爲を他にありうべきもろもろの權利者を排他的にわかものとなしうる法的

地位を取得することは、延期せられる。しかし債權讓渡が（讓渡契約）債權と通知承諾の結合によりて成立するといふほんらいの事情は、右法技術の採用によつて、すこしもかわつてはいないし、またかわりえぬものである。すなわち（債權讓渡）契約（または債權）とたんなる通知承諾との結合によりて、債權は讓渡人よりさつて讓受人に移轉するといふ効果が生じうるといふことは、法もまたみとめねばならぬ。ただ確定日附ある通知承諾が結合していないあいだは、その債權につき生じうべき權利者を排して、債務者の給付行爲を讓受人がわがものとして法的に保障されつゝ確保するといふことが、おこらないだけである。すなわち債權讓渡においても、債權的效力をもつ讓渡と物權的（排他的）效力をもつた讓渡との分裂が生じうる。讓渡契約あるいはそれと意義を異にしないが債權を讓渡すべき債權と通知承諾との結合によりて、債權的效果をもつた債權讓渡がおこなわれ、債權を讓渡すべき債權と確定日附ある通知承諾の結合によりて物權的效果をもつた債權讓渡がおこなわれる。債權的物權と物權的物權といふ表現に類比して、債權的債權と物權的債權という表現をもちいることもできるであらう。

債權的債權も債權にほかならぬものであるから、債權的債權者も債權を有効に實行することができる。しかも債權は物權と異なり、債務者の給付行爲のなされることによりて、その目的を満足して消滅しうべきものであるから、債權的債權は債權的債權としてあるあいだに、債權のもろもろの消滅原因となる事情の發生によりて消滅し、ついに物權的債權えとたかまりうる機會をもちえずしておわることも、ありうるであらう。すなわち債權的債權は、その正常の展開において物權的債權えとたかまりうるかいなかを、本質的に不確實なものとされているのであり、この點は、債權的物權が、その正常の展開において物權的物權えとたかまりうることを、本質的に必然的なものとせられている

のと、異なつてゐる。

債權的債權者は、たんなる通知承諾ともいまだむすびついてゐないところの、債權を讓渡すべき債權の債權者——以下たんなる債權者と略稱する——と異なつて、すでに讓渡せられた債權を取得してゐるのであるから、そのような債權的債權をなんびとにたいしても對抗し主張しうるにたいし、たんなる債權者はそのことをなしえない。物權的債權と債權的債權とたんなる債權の相互のあいだの異同點は、物權變動における物權的物權と債權的物權とたんなる債權の相互のあいだの異同點と、ただそれが債權を對象とするか物權を對象とするかの點から生ずる、債權と物權の區別にもとづく相違をのぞいては、同様であるから、再説・冗説をはぶく。ただここではつぎの點を注意しておきたい。債權的物權がたんなる債權と占有との結合によりて成立する法的事實であるのと同じく、債權的債權もまたたんなる債權と通知承諾の結合によりて成立する法的事實であつて、すなわち債權的債權は債權的物權が合意のみにて成立しうるもの（意思表示のみの所産）でないのと同じく、債權的債權もまた、すなわち債權的債權は、債權的物權と同じように、たんに合意のみにて、いかえれば意思表示のみにて成立しうるものではない。したがつて、たんなる通知承諾は債務者にたいする對抗要件であるから、債務者がそれを免除するやうな特約を債權者となすことも可能であるという論は、許されえない。かやうな特約にもとづいてせよ、たんなる通知承諾もないあいだになされた債務者の讓受人にたいする辨濟ないし辨濟の提供や、更改、代物辨濟、免除契約の締結などは、すべて讓渡にたいする暗黙の承諾がそれらの債務者の行爲にふくまれているが故に、有効でありうるのである。反面、かやうな特約のある場合だとしても、讓受人の權利不行使は、けつして右讓渡せられた右債權の消滅時効を完成せしめるものではない。

債権の二重譲渡のおこなわれうる根據も、物権の二重譲渡の場合と同様である。譲渡人は、甲にたいする第一の債権譲渡にもかかわらず、確定日附ある通知承諾のいまだなされざるあいだは、物権的債権を依然として保有するのであり、ただ甲の債権的債権の背後にしりぞいてあるべきものとせられるのである。すなわち譲渡人も甲もともに債権者であり、ただいわば譲渡人のもつ物権的債権は、甲の債権的債権の権利としての實現・展開をさまたげることきつさいのことをなさざるべき制約をこうむつていたのである。それは（比喻をもつていえば債権の共有たる）不可分債権でもなく、また兩者おなじ一個の債権であるから連帯債権でもない。さればこそ譲渡人は甲にたいする第一の債権譲渡にもかかわらず、有効に乙にたいして自己のものとしての債権を譲渡しうるのである。

債権的物権えとたんなる債権が移行することは、それが物の占有とのむすびつきによつて、おこなわれる。これにたいしたんなる債権の債権的債権えの移行は、たんなる通知承諾による。兩者いずれも、給付の客體——物ないしは債務者の給付行爲——を事實上他を排して（権利として他を排するのではない）わがものとして支配する行爲である。一者がいつたん物にたいして、所有權的な事實上の支配をおよぼしうる事實的狀態にたてば、他の者は、同一物のえに物權的な支配をなしうるやうな事實的狀態にたつことを、不可能とされる。そのような事實狀態はひとつの物のうえには、ただひとつ成立しうるにすぎない。これにたいし、債務者の給付行爲をひとりじめにするという事實的狀態は、債務者にたいして從來の債権者であつた譲渡人より、自己えの辨濟をさしとめ、甲に辨濟すべき旨を指圖（それは比喻をもつていえば、指圖による債権目的の占有の移轉である）するか（通知）、または債務者より譲渡人または譲受人にたいしてなす甲を債権者としてみとめるという通知（承諾）によつて、はじめ實現せられるのである。い

つたん右のやうな通知承諾があつて、甲が債務者の給付行爲をひとりじめにするといふ事實的狀態にたてば、占有が占有訴權によつてその維持存續を保障されるやうに、右の事實的狀態はその維持存續を法によつて保障せられる。いつたん甲えの債權讓渡についての通知がなされれば、債務者は、その後第二の乙えの債權讓渡についての通知をうけても、乙に債務目的をひとりじめする事實的狀態を成立せしめる力をもたぬ。けだし債權者は、甲の債權讓渡についてなした通知によりて、自己もまた從來その債務者の給付行爲をひとりじめしうる事實的狀態からさつてしまつてゐるからである。またいつたん甲えの債權讓渡の通知をうけた債務者は、その債權目的をひとりじめする甲の事實的狀態を、破壊せざるべき義務をおう。それは債權讓渡のなされる以前に債務者が、讓渡人たる債權者にたいして同様の義務をおうていたのと同様である。それらの者をおしのかけて他の者を債權者とみとめる意思を表示したり、それらの者以外の者に辨濟その他債權履行行爲をなしたりすることをせざるべき義務をおうがごとくである。それは、物の占有代理人が讓受人のために、また讓渡前ならば讓渡者たる所有者のために、占有を維持すべき義務をおうてゐるのと、同様である。ただここでは、そのような義務に違背することをしても、それらの者にたいするかんけいでは效力なしとするかたちで、法的保障が發揮せられるものになんして、事實としての占有の場合には、それは事實的狀態であるがために、占有侵害が占有訴權といふかたちで保障せられるの相違があるのみである。したがつて債務者は、その後讓渡人より第二の讓渡が乙にたいしてなされたことの通知に接しても、從來甲のために債權目的行爲がひとりじめにしてある状態を維持すべき義務をおうてゐるのであり、その義務をやぶつて、讓渡人ないし乙にたいして承諾をなすも、甲の債權的債權を破壊する效力をもちえざるのみならず、甲の債權的債權の成立してゐることのために、右通知

承諾は乙のために債權的債權を成立せしめあためぬのである。

ただ右の場合、債務者が乙にたいして異議をとどめざる承諾をなしたる場合には、乙が善意なるかぎり、乙が債權的債權を原始取得せると同一の効果を生ずるが、それとても甲の債權的債權にはなんらの影響なきもの——したがつて譲渡債權それじたいを取得するわけではない——のであることに注意すべきである。甲の債權的債權が破壊せられるのは、甲以外の者たとえば乙に債權が二重譲渡せられ、それにつき確定日附ある通知承諾のなされたる場合である。その場合には、乙は物權的債權を取得し、また確定日附ある通知承諾はたんなる通知承諾によつて作りだされた債權目的行爲のひとりじめの状態を破壊し、確定日附のそのなされた債權譲受人のために、債權目的行爲のひとりじめの状態を、事實的狀態としてのみならず法律的状态——そのひとりじめと牴觸するやうな他者の權利をも消滅せしめて——としてもつくりだすのである。ただ右の法律的状态がつくりだされることにより、事實的狀態がつくりだされるのであることに注意されたい。これを要するに、債權の二重譲渡のありたる場合には、たんなる通知承諾によりて、第一の譲受人甲は債權的債權を取得し、かくて甲より先に、または後に二重譲渡をうけた者はたとえその債權譲渡にたんなる通知承諾をそなえるも、そなえざる場合と同じく、甲の債權的債權の存在のために、債權的債權を取得するをえず、たんなる債權としてとどまるのである。債權的債權が債權目的行爲をひとりじめしてゐる事實的狀態は、右のたんなる債權をはじめ、他のいかなる債權も、これを甲の意思によつて破壊し、自己に右の事實的狀態を取得する力をもたぬ。それは、物權譲渡の場合におけるたんなる債權と債權的物權の場合におけるとまったく同様である。そして既述のごとく、債權的債權者は、排他的効力はないとはいへ、すでに譲渡債權を取得しているのであるか

ら、その債權を適法に行使しうるのであり、したがつて債權關係は、その展開をとげて目的を満足することにより、消滅することも可能で、その結果は、債權讓渡のありたるのち、ついに全部の讓受人が物權的債權を取得する機會をもちえずしておわることも可能なのである。かかる結果を生じうるのは債權の特色であつて、物權變動の場合においてはみられないものであること既述せるがごとくである。

ただここで注意すべきことは、二重讓渡のあつた場合には、債務者は、確定日附なき通知承諾のありたる債權者にたいする關係でも、二重讓渡の抗辯をなしうることである。けだしすでに二重讓渡のあつた場合には、確定日附ある通知承諾の要件をそなえたかどうか、窮極の判定をおくべきものと法が定めているからである。ただし、確定日附なき通知承諾の債權者にたいして債務者は有効に辨濟をなしうることは、上述のごとくであり、したがつてここでは、たんに抗辯権がみとめられるにとどまる。

ここで、私見にたいする反對の立場を考察してみよう。まづ、債權の二重讓渡の場合に、確定日附なき通知承諾の債權讓受人甲と、なんら對抗要件なき債權讓受人たる乙とは、いづれも債權を行使しうることに、差違なしとする、つぎのような不都合を生ずる。甲も乙も、いづれも債務者に請求することが自由だとすれば、裁判上の訴求も可能であり、それは二重訴訟の禁止にふれず、原告たる甲、乙請求どおりの判決が兩訴に生ずる。甲乙いづれもその權利の強弱に差違なしとせば、乙は甲の支拂請求を妨害しえず、甲もまたこの乙の支拂請求を妨害しえぬ。債務者は甲にたいしても、乙にたいしても、適法に支拂をなしうるのだから、債權の歸屬の不明確を理由に供託する權利もない。甲も乙も右判決にもとづき適法に強制執行をなしうる。いづれか一方が執行上、債權の満足をうければ、その限

度で他方の債権も消滅するが、しかし兩強制執行上の判決債権の満足が同時のときは困るし、ことに、甲の執行手續に、乙が配當加入をし、または兩執行手續が照査手續で合體したときは、同様の困難が生ずる。この場合に供託という方法が許されるか。しかし供託できぬものが、執行手續になると供託できるというのは、變なことである。債務者は甲乙いづれを選択して辨濟するも自由だといふのだから、執達吏も同様である。しかしこの結果は不條理である。また讓渡債権が抵當權つきのものであるときは、同一の抵當權にもつき、甲がさきに競賣の申請をしていけば、乙も配當加入しうることになる。私は叙上のやうな結果を、けつして妥當なことだとは考えない。むしろ禍根は、二重讓渡の場合に、たんなる通知承諾があとなされたものもさきになされたものと同じ効果をもつと考えたところにある。便宜主義的な考えかたからすれば、あとの債權讓渡につき善意悪意を區別すべしといふ議論になるかもしれぬが、この議論の不條理はすでに述べた。また善意悪意の區別論は、異議をとどめざる承諾について原始取得の法理を導入したことで、じゅうぶんはたされている。それ以外のたんなる通知や異議をとどめた承諾の場合ならば、債權の讓受人は二重讓渡の危険をふたんすべきである。ことにその危険は、確定日附の通知義務を讓渡人がおうていることによつてじゅうぶん債權讓受人がさけうるにおいておや。そうだとすれば、實際上の妥當の結果を期する上からも、たんなる通知承諾に先後の區別のあることが、じゅうぶん考えられてよいのではないか。

つぎに確定日附ある通知承諾なきあいだは、確定日附なき通知承諾の債權讓受人甲に、債務者は二重讓渡の抗辯を提出しうることにしても、上述の例は、債務者が右抗辯を行使すれば簡單にかたづく。上述の例では、右抗辯を行使せぬ場合の權利關係の紛亂を説明したにとどまる。ただそれ以外に、この抗辯権をみとめぬと、つぎの不合理を生



する。上例で、甲は確定日附なき通知、乙はのちに確定日附なき異議をとどめざる承諾をしたとしよう。この場合には、乙の債権は甲の債権と同一性がないから、兩權利併存する。甲に辨濟しても、乙の債権は有効に發生し、または存續しうること既述のごとくである。右の場合、甲の辨濟受領後丙がさらに債権の二重讓渡をうけ、確定日附ある通知をしたとせよ。すると、あいだに、乙の讓渡事實がなかつたとすれば、丙は債権を取得しえぬが、乙の二重讓渡が介在すると、丙の債権は乙の債権を排して——乙の債権は消滅する——有効に發生しうることになる。この不合理は、上述の抗辯權を否定するところから、生ずる。

確定日附ある通知承諾のなされることによつて、この債権讓渡はいわば物權的效力を取得する。その結果その前になされたたんなる通知承諾のなされた債権讓渡にもとづく債權的債權は——すなわち事實的な債權のひとりじめの状態をやぶられて——消滅する。またその前になされた異議をとどめざる承諾によりて、その債権讓渡が有効になされた場合と同一の債權、しかもすべての異議事由も拂拭されたものとしての債權を原始取得した別の債權讓受人の債權も、右の確定日附ある通知承諾のなされた債權讓渡のために、消滅する。けだし、その原始取得債權は、すでにそれにさきだつたんなる通知承諾のなされた別の債權讓渡のある場合には、債權讓渡の對象たる債權とは別個のものであるが、しかししたんなる承諾のみの債權讓渡にもとづくものとして、のちに確定日附ある通知承諾のなされた債權讓渡のあらわれた場合には、消滅すべき性格をおびたものであるからである。なほ確定日附ある通知のなされた債權讓渡ののちに、確定日附ある異議をとどめざる債權讓渡がなされた場合は、確定日附の先後が、問題解決の唯一の鍵であることは、いうまでもない。

最後に民法上の證券的債權について考察しておこう。債權の成立・行使ともに證券を要する證券的債權については、證券について所有權や占有が成立しうる。しかしそのことは、證券に化體せられた債權のうえに所有權を取得し、占有をおよぼすことを意味しない。民法上の指圖債權、無記名債權、記名式所持人拂（選擇持參人拂）債權は、すべて意思表示のみにて債權が移轉し、對抗要件として、指圖債權については四六九條に、他のふたつについては一七八條に、それぞれ規定せられてあることをなすべしというのが、法條のただし文理解釋であるが、しかしかくては、たとえば、證券的債權たる指圖債權の二重讓渡がなされ、いまだ四六九條の要件がみたされていない場合には、一方に證券上の債權者たる讓渡債權者と、他方に證券上の債權者ではないが、しかし證券に化體せられた債權の讓受債權者との併存兩立をみることになる。また無記名債權と記名式所持人拂債權にありても、二重讓渡がなされ、いまだ一七八條の要件がみたされていない場合には、同様の結果があらわれる。しかし證券的債權について、かくのごとく、證券と債權が分離しうることをみとめるのは——けだし債權者はふたり併存・兩立しうるが、證券のうえの債權的所有權ないし所有權は既述のごとくふたつ併存・兩立しえぬ、またここでは證券を讓渡人と讓受人が共有するのではない。けだし全部的所有權移轉の合意こそあれ、共有にうつすべき合意は存しないのであるから——證券的債權の本質に反する。われわれは立法者のこのあやまれる法認識をただして、右對抗要件とせられていることをもつて、證券的債權の讓渡の成立要件であるばかりでなく、效力發生要件であると解すべきである。證券的債權はほんらい證券を通じてのみ、得喪變更せられうるものにほかならぬ。

なほ商法上の證券的債權をふくめての、有價證券一般の讓渡の理論構成については、他日の研究に留保したい。た

だし根本理論は上述のところとすこしもかわらぬことだけをつけくわえておく。

## 10

抵當權の物權性は、それが抵當物の交換價值のみを排他的に支配し、占有する權利であるところにある。それは、抵當物の交換價值のみを、使用價值の占有とはきりはなして、占有するものである點において、かの、抵當物の交換價值を占有せんがために、それを化體してゐる使用價值までも占有せねばならない質權と異なる。交換價值のみを使用價值からきりはなして占有する法技術は、帳簿上の表象すなわち登記である。抵當權の物權性はすなわち登記に存するといつてよい。

抵當權について債權的抵當權が成立しうるであろうか。一般に抵當權は當事者の意思表示によつて成立し、登記をもつて對抗要件とすると説かれてゐる。すなわち一般の物權變動と區別せられていない。しかし私はこの點にかんして異見をもつてゐる。

抵當權を設定する意思表示とは、どんな性格をもつてであろうか。特定の債權のために抵當權を設定するということは、第一に、その債權のために、特定の物を指定して、その物を右債權の責任客體とする契約である。この趣旨の責任契約ならば、現代において債權者の全財産が當然右債權の責任客體となつてゐるのであるから、債務者がかかるものを締結する實益はまつたくないといわねばならぬ。わづかに右債務の責任をおわぬ者のみが、これを締結することに實益を發揮しうるのみ。抵當權を設定する合意の本體は右の責任契約につきるものではない。右合意は、右抵當物

の交換價値を一定の金額において右債權の責任のために排他的に確保するといふ趣旨のものでなければならぬ。ただし右排他的に確保するといふことは合意のみをもつてして實現することはできない。けだしたんなる合意は債權關係を設定しうるのみにすぎず、それは債權的效力をもちうるにとどまつて排他的效力をとうていもちえぬものだからである。だから右排他的支配を事實として實現しなければ、右合意の要求するやうな擔保はとうてい成立しえない。その實現の方法は、右擔保物の所有權を擔保目的にて債權者をして取得せしめるといふ方法と、擔保物の占有權を擔保目的にて債權者をして取得せしめるといふ方法の二種が、大別的に考えられる。これらは物の交換價値を債權者が事實上排他的にひとりじめすること、すなわち占有する方法なのであるが、しかしそれでは、物の交換價値の一定額を債權のために排他的にひとりじめするために、物の交換價値と使用價値とともに、全部的に占有し、または所有かつ占有がおこなわれてゐることを意味し、必要以上の交換價値と物の使用價値のごときまったく不必要な部分までも占有、ないし占有と所有をふくむという、必要以上の物の拘束をよぎなくせしめられてあるわけである。だから所有と占有を移轉する場合たる賣買においては、再賣買豫約とか買戻權の留保とか、擔保目的の留保を附する（讓渡擔保）とかの方法と、賣主が買主より右賣買目的物を賃貸借ないし使用貸借の契約をするという方法を、あわせ用いることによりて、必要以上の交換價値部分と擔保期間中の使用價値との拘束より、自己を解放せんとする種々の工夫がなされるわけなのである。それはともかくとして、そのような方法による一定の交換價値の排他的占有は、質權や賣渡抵當、讓渡抵當などではありえても、まだ抵當權ではありえない。抵當權においては、擔保物のもつ交換價値の特定金額部分だけを、擔保者をしてひとりじめさせるということにおいて、はじめて成立する。そしてそれこそは登記と

いう技術のはじめて可能ならしめたものである。故に抵當權は、登記とはなれては、存在しえざるものである。いいかえれば、合意すなわち抵當權者をして特定物のもつ交換價値の特定部分だけを、特定の債權の責任のために、ひとりじめを許そうという合意は、たんなる債權契約であり、排他的な物權的效力をもつものではないから、ひとりじめの結果を實現しえざるものであり、したがつて抵當權を成立せしめない。それは登記をなすことによつて、そのひとりじめの状態を實現するとき、はじめて抵當權として成立する。それはかくて、ほんらい債權と占有とによりて成立しうべきもろもろの物權が、登記という占有方法をとられることによつて、債權と占有の結合を債權的物權としてのごすことになつたのと異なり、はじめから始源的な形態の占有とのむすびつきの不可能——それは質權を設定するが、抵當權を設定しない——とされていたのであり、かくて債權的抵當權すなわち登記なき抵當權の出現ははじめからまつたくありえざることとなつてゐるのである。

附言すべきことがある。その第一は、一番抵當二番抵當というごとく抵當權が同一物上に併存することは、交換價値のひとりじめといふことと矛盾しないことである。ひとりじめなればこそ順位がもうけられるのである。同一物上に數人の占有が相互に制限しあつて存在することができ、かくて直接占有と間接占有や、自主占有と代理占有の區別があらわれうるのと、まつたくことからは異ならぬ。用益物權の排他性は、擔保物權においては、優先順位——それは被優先順位でもありうる——という形態をとつてあらわれるのである。第二は、不動産質權は帳簿上の表象たる登記技術の採用とともに登記的占有をもつてその成立要件とするにいたつたことである。不動産の特定金額の交換價値部分のみのひとりじめといふことは、それが始源的な形態での占有の方法によらずとも、帳簿上の表象すなわち登記に

よりてじゆうぶん可能だということになれば、始源的な占有ではまたそれができないということの意味する。ただし始源的な形態の占有をしていても、どんどん他者が登記の方法でその交換価値をさらつてゆきうるのだからである。かくて質権を留置権と同一の性格づけをほどこすか、または抵當權化えのみちをひらく以外にみちはないのであり、結局のちの方法がとられることにより、不動産質権は必然に抵當權と酷似せる存在となるのであり、ただその相違は、不動産を占有し、使用収益をなしうる可能性をもつといふ點にのみ存することになる。不動産質権における占有は、けつして當該交換價值部分の占有を意味しない。けだし動産質権の場合においては、占有が留置権と同様の性格と保護をあたえられることによりて交換價值をも排他的に占有しているのたいして、不動産質権においてはそれとは逆に、交換價值のひとりじめが占有しうべき權限を根據づけているのだからである。いいかえれば登記なき不動産質権にありては、他の一般債權者は、債務者の一般財産のひとつたる右不動産にたいして、質權的占有があるうとあるまいとに區別なく、強制執行をなしてゆきうるのだから、やはり交換價值のひとりじめの状態は存在しえないのである。だから登記なき不動産質権にありては、交換價值權としての債權的不動産質権は成立しえず、ただ不動産の使用収益權としての債權的不動産質権が成立しうることになるのである。

未登記抵當權をもつて抵當權にあらずとすれば、競賣法による競賣手續の申請權なきことは、當然の結論である。しかしこの點は實際の司法慣行は反對であるし學說もそうである。未登記抵當權は既述のごとく、一種の責任契約を特定の不動産について締結することによつて、生ずるものである。しかしそれと同様の責任追求力は、そのような契約をなさずとも、あらゆる債權——自然債務をのぞく——にみとめられているのであるから、あらゆる債權がそ

の強制執行に債務名義を必要とするのと對比して、未登記抵當權についてのみ、債務名義なくして強制執行力をみとめることは、權衡を失する。また他面からいえば、あらゆる債權は、民事訴訟法五五九條第三所定の形式をふんでいるかぎり、それ以上に別の債務名義を必要とせず、それ自身が一個の債務名義として、ただちに強制執行をなしうるのであるが、右形式をふんだそれは、未登記抵當權が一種の指定不動産についての「直チニ強制執行ヲ受ク可キ旨」のものであるといふべきことにかんがみれば、未登記抵當權と同様に、競賣手續法上の競賣權をもあたえられねばならぬこととなる。競賣手續における配當手續に、擔保物權のついていない債權に配當加入をみとめる議論は、その所説の當否は別として、なほ民事訴訟法上の強制競賣の配當手續の規定の準用（なかんづく六四七條）をみとめるとしても、債務名義をぜんぜん不要とするのが競賣法のもとでは、その限度で擴張せられることになる——すなわち執行正本なき債權者も配當請求すれば、民訴六四七條、五九一條、六二〇條などの準用はないことになる——である。うが、それは上述の私の指摘したやうな結果に一步ちがづいたものである。しかし債務名義をぜんぜん不要とし、その結果、競賣の基礎たる債權または抵當權に瑕疵あるときは、競落許可決定が確定して競賣手續そのものが手續上もはや争ひええなくなつたのちにおいても、實體法上の理由によつて、競賣の結果をくつがえしうるとされているような競賣法上の競賣手續にたいして、このようにひろく門戸を開放することは、實際上の結果からも疑問だと考える。

註 小野木「競賣法」(新法學全集)五五頁。判例(大判昭和八・一一・二一民二七四五頁)は執行力ある正本によらぬ配當要求をみとめない。しかしこの執行力ある正本の有無によつて區別する議論は、債務名義の不要の競賣法のたてまえからすれば、正當ではない。

上述のごとくすれば、登記なき抵當權はありえず、したがつて抵當權の成立には登記を必要とする。しからば移轉についてはどうであろうか。それは未登記の抵當權の場合と同一に論ずるをえない。ただし未登記抵當權にありては、その物のもつ一定金額の交換價值部分のみが排他的にひとりじめなしかたになつていないのにたいして、既登記抵當權の得喪變動の場合には、すでにそれが帳簿上の表象に登記といふかたちにおいて排他的にひとりじめをなしうるかたちになつてゐるからである。その故に既登記抵當權については、それが登記的占有の取得という形態のほか、なにかべつにその占有の取得の方法がそなわつてさえいけば、それがまだ登記をそなへぬあいだは、物權的な排他性をもたぬとはいへ、債權的抵當權の取得ということが可能となるわけである。かような場合のひとつとして、抵當權つき債權の讓渡の場合における、主たる債權の確定日附のある、またはない通知承諾をそなえた讓受によりて主たる債權の物權的效力ないしは債權的效力をもつてのいわば占有ということを通じて、従たる登記抵當權の移轉登記のないあいだにも、従たる登記抵當權を債權的に所有する場合のあることをあげうる。ここではじめて、われわれは債權的抵當權の成立をみるわけである。それは債權的效力しかないとはいへ、とにかく抵當權であるから、債權的抵當權者は抵當權を實行し、主たる債權の全部または一部を辨濟により消滅せしめ、もつて、登記抵當權を債權讓渡にとまらう移轉登記のなきあいだにも、有効に消滅せしめうるのである。ただしそのことのおわられるまゝに、抵當權が他に二重讓渡せられ、他者が移轉登記をなしたるときは、債權的抵當權もまた消滅することは當然である。ただしそのようなしかたの抵當權の占有と所有は、他のより強い占有と所有の方法たる登記によりて、事實上も法律上もやぶられることとなるからである。



抵當権のみの處分についてはわが民法三七五條三七六條の規定があるが、これについては、債務者、保證人、抵當設定者とその承繼人らにたいする對抗要件は主たる債務者への通知または主たる債務者の承諾であり、これさえあれば登記は不要であるにたいし、それ以外の第三者にたいする對抗要件は登記だと説明されるのが普通である。右のよな説明ができるための前提には、抵當権がたんなる合意のみにて、移轉登記を要せずして、移轉しうるといふ理論がなければならぬ。この前提理論の可否は、私見のたちばにおいては、既述せるとき登記抵當権というからでいさう帳簿上の表象といふ有形的存在を獲得した、抵當物についての一定金額の交換價值部分のみの存在は、未登記抵當権の場合と異なつて、たんに合意のみにも移轉しうるかといふ問題として、提出せられねばならぬ。私見はつきのごとくである。帳簿上の表象というかたちで、はじめて有形的存在となつたところの、抵當物の一定金額の交換價值部分のみについては、そこで可能とされているそのひとりじめの方法は、その第一は、帳簿上の表象の移轉ということであるべきことはもちろんである。すなわち移轉登記その他登記の方法によりて、そのことは可能である。しかし第二に、たんに主たる債務者が抵當権讓渡人すなわち債權者から抵當権處分の通知に接したという方法によつても、讓受抵當権者に右のひとりじめが成立することは可能である。しかし、その完全なる效力すなわち優先的・物權的效力をもつた抵當者移轉は、移轉登記なくしては成立しえない。

ところでここで注意すべきは移轉登記があつたからとて、主債務者や保證人や抵當権設定者らがそのことを知つているとはかぎらないから、主債務者の辨濟（それは保證債務や抵當権その他、人的物的擔保を消滅せしめる）保證債務者の辨濟代位（求償ヲ爲スコトヲ得ヘキ範圍内ニ於テ債權ノ效力及ヒ擔保トシテ其債權者カ有セシ一切ノ權利ヲ行

「フコトヲ得」五〇一條)、**抵當權設定者の辨濟(保證人の場合と同様)**などのことがなされた(代物辨濟、供託、相殺の場合も同様)場合には、そのことによつて、**抵當權が讓渡せられず依然としてその債務についていたとすれば、右辨濟によつて得べかりし利益がそれらのものに生じていること**——たとえばその**抵當權の消滅、代位によりその抵當權を行使しうべき權利の取得、その辨濟が抵當權設定者のそれとして「辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者」(五〇〇條)の辨濟となるなどのことし**——を期待することがおこりうるのであつて、そのことも無視すべからざる意義を有するものである。そこでいまひとつの**抵當權の移轉方法**が考えられるのであるが、それは、**抵當權をこれまでの債務からときはなして、べつの債權にむすびつける直接のやりかた**であり、すなわち**抵當權移轉の事實をこれまでの抵當權者すなわち債權者より債務者へ通知するか、または右移轉を債務者が移轉當事者のいづれか一方にたいして承諾することによつて、登記抵當權が移轉するものとし、ただしなお抵當權者が「數人ノ爲メニ其抵當權ノ處分ヲ爲シタルトキ」(二七五條)にそなえて、右通知承諾は債權的效力をもつての移轉を生ぜしめるにとどまり、排他的效力ある移轉を生ぜしめるためには、**確定日附ある通知承諾をべつに要求することとして、右確定日附の時間的先後によつて「其處分ノ利益ヲ受クル者ノ權利ノ順位」をきめるといふ方法**である。**

未登記抵當權のときとちがつて、**登記抵當權は、排他性ある純粹の物權として、成立しているのであるから、右の登記抵當權を、右の例で確定日附なき通知承諾によりて、債權的效力において取得するといふことは、じゅうぶん成立しうることである。時間的にまつさきになされた**——**抵當權つき債權讓渡の場合の債權讓渡の通知承諾をもふくめて**——**たんなる通知承諾のみの讓受抵當權のみが、債權的抵當權となり、他はたんなる債權にすぎぬこと、その他債**

權的物權について既述せるところは、いつさい右についても妥當する。ところで、この方法の場合にも讓受抵當權者の抵當權は權利としての保障はじゅうぶんもつていたのであるが、それは主債務者の頭腦をいわば登記簿としていゝるものである、主債務者があらゆる場合に登記簿の記載がわりとして誠實に行動してくれてはじめて、讓受抵當權は正常の權利狀態（トラブルのない狀態）を持續できるにすぎず、ことにそれは公示性の點においては登記簿のかわりとしてまつたく役にたたぬものである。かくてわが民法はふたつの方法を折衷して、三七五條二項で登記を、三七六條で四六七條の準用を規定することとなつたのであるが、上述のふたつの方法のいづれを重くみるかによつて、その解釋はわかれるであらう。しかし登記の方法に重點をおいて、この方法を補足的にあづかうべきことは、物權の生命ともいふべき公示性の見地よりすれば、まさにとるべき當然の結論であらう。しかしまた抵當權つき債權の讓渡の場合に、債權的抵當權の出現しうることを思えば、この場合にのみとくに債權的抵當權の出現を阻止するやうな徹底した解決におもむくべき理由もない。すなわち四六七條の準用によるたんなる通知承諾のまつさきになされた讓受抵當權者甲が債權的抵當權者となる。それは、通知承諾のない、しかしすでに移轉登記をなした讓受人乙の抵當權と競合するにいたつても——すなわち同一抵當權にないが二人あらわれても——債權的抵當權たることをやめず、したがつて讓受人甲の債務の消滅によりて、それは抵當權それじたいをあらゆるひとにたいするかんけいで消滅せしめる。しかし乙は競賣手續をみづからなし、または債權的抵當權者の申請せるそれに參加して、甲にさきだつて同一抵當權を實現し、したがつてこの債務を消滅せしめ、甲の債務の右抵當權實行による消滅の機會を失わしめることも可能である。けだし甲乙間では乙がより強い權利だからである。要するに甲の債權的抵當權は、乙の登記抵當權の出

現により、その力を弱められて、債務者がなした債権の満足行爲（それは甲がなした強制執行によつたものでもよい）——ただし甲のなす強制執行が右抵當物につきおこなわれるときは、乙が参加し、その移轉登記ある抵當権にもとづき優先辨濟をうけることも可能である）により有効にその抵當権を消滅せしめられようという意義の受動的なものにおしめられるのである。三七六條の規定は、乙の抵當権實行を阻止しうる力を債務者、保證人、抵當権設定者及びその承繼人にあたえたものではなく、ただ通知承諾なきがぎり、抵當権の讓渡人ないし債権的抵當権者の債権の辨濟その他の事由により、右抵當権の消滅その他の利益を主張しうるのみと解すべきである。なお乙の抵當権が通知承諾の要件をみたせるとき、甲の債権的抵當権が消滅することは、いうまでもない。また、四六七條の準用による通知も、移轉登記のすでになされし場合には、讓受人が移轉登記ある抵當権讓受の事實を通知するをもつてたと解すべきであらう。けだし讓渡人（移轉登記義務者）の讓渡の意思が右移轉登記に化體せられており、右登記のありたる旨の通知は、讓渡の通知と同じ價值をもつものだからである。

右に述べた抵當権の二重讓渡の場合の法理は、抵當権の讓渡や拋棄、抵當権の順位の讓渡や拋棄などの處分が二重三重になされた場合にも、つねに妥當する。登記ある處分行爲にもとづく権利はつねにその實行をなしうべく、ただそれは、通知承諾のなされたときまでに生じた、登記なきたんなる通知承諾のみの處分行爲にもとづいてすでに發生した債権的抵當権（拋棄の場合には、拋棄の利益をうくる債権者はその限度で拋棄者の抵當権と同一順位の優先辨濟権を債権的效力をもつて取得する）ないし抵當権の順位の債権的變更（順位の拋棄の場合には、拋棄の利益をうける抵當権者はその限度で拋棄者の順位を債権的效力をもつて取得する）にかんれんして、その正常な抵當権の展開にも

とづいて債務者、保證人、抵當權設定者およびその承繼人が取得した上述のごとき法的利益によりて、制約せられるにすぎないと解すべきである。

轉抵當においては、抵當權者の把握する擔保價值をさらに優先的に把握せしめることが、いかにしておこなわれているのであろうか。

甲が乙にたいして一萬圓の抵當權つき債權をもつ場合に、丙から八千圓借りて、乙の抵當權をもつてその擔保とした場合を例にとろう。まづ、抵當權つき債權の抵當といふごときは、債權のうえの抵當權とともにありえざることなるが故に、轉抵當はかかるものでもない。この點は、轉質において、それが質權つき債權の質入なりとする理論の成立しうるのとは異なつてゐる。またそれが、抵當權つき債權の質入でもないこと、明白である。被擔保債權の質入がなされていないからである。したがつて抵當權つき債權の質入においては、轉抵當の場合と異なつて、甲は八千圓を超過する二千圓についても、質入債權をとりたてる權利をもたない（質權不可分の原則）し、また抵當權つき債權の質入における抵當權の實行は、それによつて甲の債權を八千圓とりたて（債權質の實行）それで丙の債權を辨濟することになるが、轉抵當である場合においては、それは甲の債權の八千圓の辨濟とはならぬのである。要するに、轉抵當においては、債權ときりはなして抵當權が處分せられてゐること、あきらかである。しかしそれは、甲が八千圓だけ抵當權を丙に讓渡せる場合とは、異なる。けだし轉抵當においては、乙が甲に辨濟すれば、丙の轉抵當權は消滅するが故に、丙の承諾なくして乙が二千圓以上を辨濟するも、これを丙に對抗しえずとすることが必要となるのであるが（二七六條二項）、抵當權の讓渡においては、丙の抵當權は消滅しないからである。すなわち抵當權の讓渡にお

8

いては、抵當權は甲の債權から分離して丙の債權と結合しているのにたいし、轉抵當においては、依然として抵當權は甲の債權に結合したままである。したがつてそれは抵當權の解除條件つき（丙の債權消滅すれば抵當權は甲に復歸するといふ條件つき）の讓渡でもない。しからばそれは讓渡以外のいかなる處分であらうか。それは抵當權の質入であらうか。もしさうだとすれば抵當權のうゑに質權が成立するためには、三四四條三六三條を類推して、抵當權にかんする證書の交付を要件とすることになるであらうか（登記をも成立要件と解すべきことは轉抵當と同じであらう）、轉抵當にこのことはない。結局、轉抵當は抵當權の抵當處分といふことになるのである。それともそれは抵當物を再度抵當に入れることであらうか。それにしてもその抵當物とはなんであらうか。抵當權においては、抵當物の一定金額の交換價值という無形的存在が、帳簿上の表象すなわち登記と結合することによつて、それを排他的（擔保物權においてはそれは優先的といふことになる）に支配しうべき有形的存在となつており、それをいけば占有——占有のありかたについては既述——するところに抵當權が成立することえせしめられていることは既述した。抵當物とは、結局、抵當物の一定金額の交換價值の有形化したものにほかならず、抵當權とは右抵當物——抵當化せられた交換價值よりも多いかまたは少ない交換價值を化體する使用價值全部をばくせんと抵當物といふ場合と區別せよ——を優先的に支配する權利である。ところで抵當權を被擔保債權からきりはなして抵當にいれるといふことは、財産權として抵當權のもつている一定金額の交換價值部分を優先的に支配せしめることなのであり、抵當權の場合にはそれは右述のごとき抵當物を再度抵當に入れることにほかならぬ。民法が抵當權の目的たりうるものとしてみとめているものが不動産（三六九條一項）および地上權と永小作權（三六九條二項）にかぎられるといふ形式論から、問題を解決

することは避くべきことであるが、既述のごとき趣旨で私は、轉抵當は抵當物を再度抵當に入れることだとする説が正しいと考える。なお抵當權じたいを抵當に入れることは、抵當權じたいは被擔保債權と結合するが故に、抵當權つき債權を抵當に入れることを意味し、この意味でもなりたたぬことがらであることを附言しておく。

轉抵當は抵當物を再度抵當に入れることだといふことは、轉抵當權と原抵當權とが、同一不動産のうえにふたつ抵當權を設定した場合は、異なつた關係にたつことをしめす。けだしのちの場合にはふたつの抵當權は同一不動産上の異なつた抵當物のうえにそれぞれ成立していることにより、兩者まつたく別個の存在となつてゐるが、轉抵當權は原抵當權と同一の抵當物のうえに設定せられた抵當權であるからである。すなわち轉抵當權は、原抵當權が、不動産の一定金額の交換價值部分といふ無形存在を有形化することによりて、つくりだした抵當物のうえに再度設定せられた抵當權であるから、その意味での制約が相互に存在しあうのであり、かくて、轉抵當權を實行するためには、原抵當權の被擔保債權についても辨濟期の到來していることを要するとか、轉抵當權のために抵當物といふ有形存在をつくりだしてゐる原抵當權およびそれと結合してゐる被擔保債權のがわにおいては、その抵當物を破壊せざるべき義務（三七六條二項参照）をおわしめられるごとし。また轉抵當權の被擔保債權額は原抵當權の被擔保債權を超過せざること、および轉抵當權の存續期間は原抵當權の存續期間内なるべきことなど、當然のこととなつてくる。轉抵當權が原抵當權に優先すべきことは當然自明のことからである。

附言するに轉抵當權の本質が上敍のごとしとすれば、その設定はいわゆる對抗要件として登記を、なお債務者・保證人・抵當權設定者およびその承繼人にたいして對抗しうるためには四六七條の手續を要する（三七六條一項）とい

うことにならざるをえず、したがつて前述せる抵當權の處分にかんする理論がここでも妥當するわけである。

農業動産信用法一三條一項「農業用動産の抵當權ノ得喪及變更ハ其ノ登記ヲ爲スニ非ザレバ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ」ということについては、第三者に善意悪意の區別がもうけられていることに、注意されねばならぬ。この規定の適用が二重讓渡においていかにあるべきかについての私見はつぎのごとくである。まづ未登記抵當權の存在しえざることは、一般の抵當權の場合と同様である。つぎに既登記抵當權の未登記讓受人が、債權的抵當權を取得しうるかということも、また一般の抵當權において債權的抵當權の生じうる場合と同様である。右一三條はこれらの點につき、とくに、未登記抵當權の成立を可能ならしめ、あるいは一般の抵當權の場合よりもさらにひろく債權的抵當權の成立しうることを、みとめた規定であるとは、解しえぬ。それは論理的・本質的に不可能事だからである。かくて私は、本條は、既登記抵當權について悪意の第三者を、不動産登記法四條五條の者と同一にとりあつかうべきことを規定し、その限度で既登記不動産の物權變動の場合とは異なつた原理をたてたものと解する。いまその所以を考えるに、動産は不動産と異なり帳簿上の表象をもつてする占有はいちじるしく困難であり、一般の不動産上の權利のごとく登記一本槍をもつては、農業用動産上の抵當權制度をもうけることは困難である。かくて一方には右動産につき物權變動の取引をなさんとする者にたいして、右一三條の規定のごとく、すでに右動産上に農業用動産抵當權の設定あることを知れる場合には（過失によりて知らざりし場合は以下の義務なしと解すべし）、みづからそれと事實上相容れざるがごとき權利を取得することをさしひかえるべきであるとして、右抵當權よりくる負擔を甘受して權利を取得すべき義務づけをほどこし、他方に、「抵當權ノ目的タル農業用動産ノ所有者」にたいしては、(1)その所有



權讓渡にあたりては、讓受人に「抵當權ノ存在スル旨ヲ告知」すべき義務（一四條一項）づけを、(ロ)またそれを「他ノ債務ノ擔保ニ供セントスルトキ」にも同様の義務（一四條二項）づけを、さらに(イ)そのことをなしたるときは、その旨を抵當權者に告知すべき義務づけ（一五條一項）を、(ニ)その動産を「第三者が差押」えしときにはその旨を抵當權者に告知すべき義務づけ（一五條二項）をそれぞれほどこし、かつ一八條一九條の罰則をもうけることによつて、動産における登記による占有の不確實さを確實なものとすべく、こころみているのである。いかえれば農業用動産については、それが、不動産と異なり動くものであるが故に、帳簿上の表象による占有のきわめて不確實なものであつて——しかも取引安全の理念を維持せんとれば、一九二條ないし一九四條の適用をこの場合に排斥することは不可能である（一三條二項）——、ほんらいならば質權以外に、抵當權制度などを導入することは不可能にちかひのであるが、しかし農業用動産上に抵當權制度を導入すべき社會經濟上の焦眉の要請が存するが故に、前記のごとき義務づけを關係者におわし、かつ罰則をもうけるなどの方法をもつて、登記的占有の不確實さをおぎないつつ、農業用動産抵當權制度をもうけたのである。すなわちここでは右制度の定立のためには、かの、事實上相容れざるがごとき債權の併存・兩立の可能という意味での、契約自由の原則を、とくに制限することがどうしても必要とされたのである。したがつて本法一三條一項を基礎として、一般の不動産動産の物權變動の第三者につき善意惡意を區別すべしといふ論をなすことは、とうてい許されないことと解する。

質權においては、物の一定金額の交換價値部分のみを優先的に支配せんがために、物の全部を占有するといふ方法をとらねばならぬとされている。それは不動産質權のごとく、登記という方法によりて物の一定金額の交換價値部分

のみが有形的存在性を獲得せる場合においてすら、収益質としての性格をとくにあたえられることにより、なおそのようなものとされている。ただしその占有の方法としては、占有改定のみがその留置的作用のゼロになることにかんがみ、否定せられている。それはともかくとして、質権は右のごとき意味で物権だとすれば、それは占有をはなれて、質権が成立し存続しえざること當然である。ただし質権の成立しうる目的物の築圍は廣汎であり、目的物の性質に應じて、占有の方法は千差萬別であるが、ここでは、それにふれない。

質権において債權的質権の生じうる場合ありや。占有と合意との結合により、ただちに質権が純粹の物権として成立しうる以上、その限度で債權的質権の成立しうべき餘地はない。債權的質権の生じうる場合はつぎのごとくである。

第一は、不動産質権においてである。けだし不動産は、それを登記といふ方法で占有することにより、質権とその優先性をききそいふべき抵當權その他擔保物權が成立しうるが故に、不動産質権においても、たんなる占有と合意の結合たること以上に、登記の方法による物の交換價値の一定金額部分のみの占有を取得することをもつて、純粹の物権としての質権の成立要件とせられるのであり、かくて合意と占有の結合はほんらいならば純粹の質権を發生せしむべきはずであるのが、たんに債權的效力をもつにすぎざる質権すなわち債權的質権を生ずるとどまることとなるのである。

同様のことは、不動産物權、財團その他帳簿上の表象を可能とする財産權（無體財産權・記名社債など）において登記・登録あるまで、合意と占有の結合の純粹の、物権としての質権となることを延期せられることにより、生じう

る。ただしつぎの點を注意してほしい。特許權、意匠權、實用新案權、著作權などにおいては、それらの權利の存在はその存在について證書その他の有形的存在物を伴わぬが故に、なにももの引渡を要せぬのであり、かくてたんに合意のみで質契約がなされた場合には、登録と結合してのみ成立しうるものであり、すなわち登録との結合を成立要件とする。しかしこれらとても權利者の承諾をえて無體財産權を行使しうるものである場合にかぎり、その行使といふかたちで事實的な占有をしうるが故に、かかる場合には、右の占有と合意の結合は登録あるまでは債權的質權としてこのことになるであらう。そして右のごとき事實的占有の存在せぬ物權としての質權は、名は質權といふも、實は抵當權なる本質をもつものと解すべきである。

しかしこれらの場合に成立する債權的質權は、けだしそれは排他性すなわち優先性をもたぬから、その意味では債權的物權たる實はないのであるが、留置的作用をいとなむ限度において、また質權として質權實行の手段をとりうる點において、なほ債權的質權たるの實をもつてゐる。しかしそれが物を占有しうべき權利であること、なかつくそれを使用収益しうべき權利としての質權である場合には、その意味でも債權的質權たる意義を有する。

轉質の本質は轉抵當の場合に論じたところが妥當する。本質は同様に推理せらるべきである。ただここでは質權つき債權の質入が可能であるために、轉質の本質をそれにもとめる學説が出現しうる——轉抵當の場合には抵當權つき債權の抵當化といふことは、なりたたぬ——し、また不動産質の場合を例外として、物の交換價値の一定金額部分といふ無形存在が、抵當權の場合のやうに、登記簿上の表象というかたちで有形的存在に轉化してゐず、依然として物の全部のなかに包含されている觀念的、無形的存在としてとどまつてゐることのために、抵當物の再度質入といふこ

とよりも、質物の再度質入ということのほうが、はるかに理解しにくいものとなつていだけである。附言するに、轉質は、質權の設定の一態容であるのだから、質物再度質入もまた、有體物全部の引渡という方法によつておこなわれるものであるが、そのために、そういうことのない抵當物だけを再度抵當化する場合すなわち轉抵當の場合と異なつて、ここでは轉質——ここでは承諾なき轉質のみがとりあづかわれている——設定者におもい責任（三四八條）をおわしむべき必要がある。

そのような相違點は別として、轉質が目的物の占有と合意との結合によりてのみ成立しうることに、また轉抵當の場合と同じく三六七條の規範原理が妥當することは、轉質の本質から當然結論されねばならぬことである。しかし占有改定が質權を設定する力なきと同一の法理により、抵當においてそれが、嚴密の意味の抵當物についてのいわば占有改定——登記の直接占有は轉抵當權設定者にあり、轉抵當權者は間接占有を有するのみ——と轉抵當設定の通知承諾の結合により成立しえたのと異なり、轉質においては、占有改定によりては質權は成立しえざるの法理が存在するため、債權的轉質權の成立しうべき餘地をまつたくなさくない。

ただし例外は原質に債權的質權が成立しうる場合に生ずる。不動産質權の轉質などでは、債權的轉質權（登記なき場合）を生じうるであらう。

附言するに私は不動産質權者は質物をいわば轉抵當にいれうると考えてゐる。不動産質權においては、登記という技術の採用によりて、抵當權の場合と同じく、抵當物と同じ意味かつ同一のものとしての質物の實現、すなわち不動産の一定金額部分の交換價值といふ無形の觀念的存在の有體的存在化が、實現せられているために、右の質物を、物

全體と不可分にではなく(轉質)、ただそれだけをきりはなして抵當にいれることができる(原擔保權は抵當權でなく質權であるから、嚴密にいへば轉抵當でないが、それに準ずるもの、いわば轉抵當)はずである。このときは債權的準轉抵當權が生じうる餘地がある。逆に原抵當權にもとづいて準轉質は成立しえない。けだし原抵當權には物の占有が存在しないからである。質權つき債權ないし抵當權つき債權の質入のごとく、嚴密な意味での質物ないし抵當物でなく、質權ないし抵當權じたいを質入することは可能であるが——ただし抵當物質物と異なつて、抵當權それじしんは被擔保債權と不可分に結合してゐるが故に、それは必然的に抵當權つきないし質權つき債權の質入となる——それらは轉質ないし準轉質と區別せらるべきものであることは、既述せるところよりあきらかであらう。

先取特權は特種の債權の責任の法定優先性によつて成立するものであり、この物權性にならずしも物にたいする占有や登記といふ排他的支配と結合してゐない點において、物權のなかのいちじるしい異例をなすものである。それが物にたいするなんらかの意義においての事實上の排他的支配すなわち占有や登記と不可分に結合したものである場合は、それは法定質權、法定抵當權またはそれへの移行の第一歩を印したものと稱すべきものである。そして先取特權はその歴史的發展において、一方にそれを、その法定質權化、法定抵當權化の方向において整序するとともに、他方に債權者平等の原則を確保して、優先的地位は當事者の特約による約定擔保制度の利用に一任するの自由主義的態度のもとに、ローマ法以來廣範にみとめられた先取特權を整理しさらんとする傾向をしめしてきた。わが民法上の先取特權はこの發展において、フランス民法と同様いちじるしい後進性をしめしていることは周知のごとくである。先取特權の右のごとき性質から、債權者すなわち先取特權者が先取特權の責任客體を占有している場合同時に留置權を發

生せしめていることが多い。占有が先取特権発生の要件とされている場合も、それは、占有があるが故に先取特権をみとめざるべからずといふ関係があるのではない。それは留置権として、意義をもつてくるだけである。たとえば動産保存、動産賣買、旅店宿泊、運輸の先取特権のごとし。

先取特権は債務者の財産について存する。その故に先取特権者の排他的支配はかれが法鎖で拘束している債務者の占有を媒介として行使しているといいうるであろう。その物権性の可能根拠はわづかにこれだけである。だから動産のうえの先取特権は、債務者がこれを第三取得者——賃借人、質権者に引渡せるときは、なほ債務者は間接占有をもっている——に引渡したる以上（占有改定をふくむ）、消滅する。一般先取特権が不動産のうえにおよぶ場合の先取特権も同様である。ただし一般先取特権者が不動産登記の方法によつて占有を繼續しているかぎり、第三者の手によつても消滅しない。なお不動産保存の先取特権は保存行為完了のちただちにその債権額を（三三七條、不動産登記法一一五條）、不動産工事の先取特権は工事をはじめるまえに費用の豫算額を（三三八條一項本文、不登一一五條）、不動産賣買の先取特権は賣買契約と同時に（賣買による所有権移轉の登記とともに）、まだ代價またはその利息の辨濟なき旨を（三四〇條、不登一一五條）、それぞれ登記することによつて先取特権が成立する。右のうち前二者は、まえに登記せられてゐる抵當權にたいしても、優先するものであり（三三九條）、かくのごとくわが法が登記をなすべき時期を嚴格に限定したのは正當であるが、登記の時期をもつて他の擔保物權との優先順位の決定標準となされていない限度では、法定抵當權性を薄くしている。なほ右の場合に、その登記を成立要件とせず、登記なくも先取特権を生じ、登記なくばたんに第三者に對抗しえざるものと解する考えかたを、私がとらないのは、未登記抵當權の成立しえ

とすることとまつたく同一の理由にもとづく。

留置權が占有をはなれて成立存続しえぬことは、いうまでもない。

辨濟代位による擔保物權の取得についても、辨濟代位による抵當權の移轉登記が右移轉の成立要件であること、他の場合とかわらない。したがつて擔保目的物の第三取得者とのあいだで物權の二重讓渡のような問題が生ずるのは、代位辨濟により、抵當權は債權とともに代位辨濟者に移轉したが、まだ移轉の附記登記のなされないあいだに、辨濟せられた債權の抵當權にして代位移轉のまだ存しない、すなわち抵當權の負擔なき擔保目的物の取得者のあらわれる場合である。かかるときには、いづれか先に登記をした方が純粹の物權を取得し、その排他性によりて、他方の債權的物權を消滅せしめまたは債權を目的不能確定の理によりて消滅せしめることになるであろう。ことに抵當權でなく先取特權、不動産質權においても同様であるし、代位辨濟者が保證人以外の者である場合も同様であるべきである。(五〇)一條一號は保證人についてのみ規定する。また右が動産質權である場合ならば、明文はないが上述の行文の抵當權を動産質權とあらため、抵當權の登記を占有移轉(占有改定をのぞく)とあらためて讀まれば、私の理論はあきらかかと思ふ。

擔保物權は物の交換價値の一定金額部分を排他的に——それは擔保物權においては優先的ということになる——支配する權利であるから、目的物が滅失毀損して保險金に變じ、賣却せられて代金に變じ、あるいは賃貸せられて賃料を生じたるがごとき場合には、擔保物權の效力は、右の保險金、代金、賃借料などの請求權のうえにおよぼすべしというものが、擔保物權の物上代位性である。ただし一般の先取特權のみは特定の目的物なく總財産のうえに成立するも

のであるから、物上代位の觀念をいれる餘地がない。擔保物權の追及的效力を實行するためには、擔保物權の取得の場合と同様に、その代位物たる請求權のうえに排他的支配をおよぼしうる状態が成立しなければならぬ。そのためには擔保物權者が差押をなすか、または差押と同じ效力をもつ配當加入の手續や假差押の手續をとらねばならぬ。そうすることによつてはじめてかれの擔保物權は代位物のうえにその效力をおよぼしうるのである。右の差押ありたる以後は、それらの代位權利者のあいだでは、その權利の優先順位は擔保物權が相互にもつていた優先順位によるべきであつて、差押の前後によるべきではない。その請求權が履行せられ、すなわち「拂渡又ハ引渡」がすみ、右請求權の給付物が請求權者の一般財産にとけこんでしまつたのちは、一定金額の交換價值部分の有形的存在は消失するから、差押ええぬ。

判例は、差押は他の債權者にさきだち擔保權者みづからこれをなすことを要するとなすのみならず、さらに、擔保權者が差押えるまえに請求權を有する者が讓渡その他の處分をなすときは、代位權を行使するによしなきにいたるとする。(註) 右代位物のうえに當該擔保權者以外の者のなしたいつさいの處分——差押のごとくにいたるまで——を、爾後差押などの手續にいでんとする擔保權者の擔保權追及效力に優先せしめんとするものであり、第三者の利益を抵當權を存名無實に陥れても尊重せんとする立場である。しかしこの立場をとるとしても、判例のごとく、差押を、いわば差押質權——それも差押の時の前後によりて優先順位を決する——の設定手段にも似たもののごとくにとりあづかい、右請求權の實行手續に参加する擔保權者相互のあいだのほんらいの順位關係を無視するのは不當もはなはだしい。ここでは、擔保物權の追及力の範圍にあるとみとめられるが故に、右請求權にたいし差押がみとめられるのであるから、



かりに第三者を保護するための特則をもうけるとしても、當該代位事情の生じたときにおける擔保物權客體の所有者にたいするすべての債權者は、擔保つきなると無擔保なるとに區別なく、第三者の範圍より除外すべきである。けだしこれらの者は、ほんらい、右客體のうゑに責任を追求しうべき債權がもつている順位においてのみ保護せられるをもつて、じゅうぶんとすべきだからである。問題は、擔保物權の追及力は、代位物たる請求權が請求權としてあるかぎり、なんびとの手中にあるあいだにも、およぶと解せられる我妻教授の說の當否である。私は物上代位的追及力は、かく擔保物權の種類におうじて異なりうるものであり、質權、不動産につき登記をもつ場合をのぞく一般の先取特權、動産先取特權のごとく、擔保物が第三者の手中にいりたるときには消滅すべき筋合のものについては、擔保物の分身たる代位物が前記の意義の第三者の手中に入りたるときは、追求圏外に逸出せるものと解する。擔保物の場合と代位物の場合とで、第三者の範圍がちがうことになるが、それは、のちの場合には、請求權（代位物）者ならびに右請求權を手にいれた右の者にたいする債權者は、すべての擔保つき債權にたいする責任財産として、それを保有しているものとみるべく、その意味で、擔保物權の追求圏内にありとみうる特殊の事情があることにもとづく。これに反し抵當權、不動産につき登記をもつ一般の先取特權、不動産の先取特權のごとく、擔保物權の存續に占有を必要とせぬものにおいて、帳簿上の表象が代位事情發生のとき右擔保物權についてあつたという事情にもとづいて、右代位物たる請求權がいかに第三者の手中を轉々するも、追及しうると解する。右述によりて我妻教授の說にたいする私見もおのずからあきらかである。

兩註とも 我妻「擔保物權法」(七十一)二(2)參照。

結論にかえて、つぎのことを注意しておきたい。

債権の物権への移行は、排他性を獲得する方法としての登記ないし占有と債権の結合によつて、おこなわれるといふのが、本稿のテーマである。登記と占有は従来、物権の公示性の問題としてのみ、とりあつかわれた。しかし公示性だけの見地から論ずるならば、商法における商業登記の一般原則のように、登記と公告とが考えられねばならぬはずである。もつとも商業登記についても、公告の技術的不備につき登記事項と公告事項とわけ、後者を現在より整理せよとの有力な理論もあり、物権變動の場合には商業登記にくらべて要公示性がうすいとも考えられるが、しかし上述の行論に明らかのように、物権は権利を排他的にひとりじめする権利状態をさすのであり、債権と物権の區別の本質は、排他性以外には存在しない。

物権という概念には、「物」を支配する「人」の権利という意味がふくまれている。これは、債権という、物権よりも高い發展段階にたつ範疇の生ずる以前における物権の唯一のありかたである。これにたいし債権という範疇を獲得した段階においては、物権は、「物」を支配する「人」の権利ということのほかにもつとひろい意味をもつものとして、あらわれてくる。その一は擔保物権である。その二は、登記のある買戻権——ドイツ民法上假登記権利と同一効果をもつ先買権もおなじである——のごとく、物の取得権の取得を目的とする債権が、登記と結合することにより、排他性を取得了た場合である。このうちのものは、占有を直接の目的とする権利ではないから、右債権と右の「物」

の占有との結合は、右債權の性質になんら變化をもたらずものでなく、したがつて債權的物權といふこときものは、これには、生じえない。

これを要するに、債權と物權の區別は、排他性の有無につきる。そして排他性は、そのひとりじめの事實的狀態なし權利的狀態としての登記なし占有によつて、實現されるのが原則である。しかし、法は時に、右のごとき登記なし占有の結合なきにかかわらず、一定の債權に排他性をあたえることがある。その一は、いわゆる對抗要件なき先取特權である。ここでは一定種類の債權に、法が、排他的效力をあたえている。その二は、大正十二年の關東大震災の震災地區のある部分に適用された借地借家臨時處理法三條一項、七條および、太平洋戦争の罹災都市のあるものに適用される罹災都市借地借家臨時處理法二條三條一〇條一四條等に規定されているものである。異常の事情にもとづく混亂にさいしては、秩序再建のために、事變直前における「物」——土地または家屋——の利用にたいして、右のときにあつた占有——たとえ現在は存在していなくとも——を契機として、同一地または同一地上の新築家屋につき排他的利用權または排他的に利用權を取得する權利をみとめようとするものであり、またなんら對抗要件なき物權をみとめるものである。これは異常時の變則にほかならぬ。

對抗要件とは、權利の事實上法律上のひとりじめの狀態を實現する方法であり、排他的支配の一方法である。これは、公示性といふことによつて示されるような取引安全の保護をも、作用的にいとむことは、明白である。ただしそれをひとりじめしている状態が、登記なし占有という外形的事實によつて、實現されているのだから。しかし公示性ないし取引安全の保護といふことは、排他的支配が外形的事實によつて實現されることから、間接にでてくる結

果にすぎない。しかしまたそのような取引安全の理想は近代法の——物權變動にかぎらず、すべて一般に——重要な理念であり、その意味で、右のような外形的事實が原則として要求せられるのである。しかし登記や占有の本質は、あくまで排他的支配を實現するための外形的行為である點に存し、公示性にあるのでないことが、注意されるべきである。

一九四七・二・一九