

登記の記号論的意味論

辻 義 教

- はじめに
I ヘーデマン再論
II 所有権、占有と登記
おわりに

はじめに

当然といえば当然であるが、しかしあまりにも当然であるがゆえに等閑に付せられている構造。それが法規範は必ずや言語によって提示される。ないしは法規範は言語によってしか成立しないものである。法規範とはそういう特質をもつ。そうであるとすれば、法律問題の一端は、法規範が言語によってしか成立しないというその構造に起因していて不思議ではない。

「所有権」。これは言語、語彙である——当然といえば当然である。その当然であるところから、所有権を扱ったのが本稿である。前稿、あるいは前々稿でもその片鱗には触れているが、それをさらに扱おうとするのである。

I ヘーデマン再論

登記制度の研究というのではなかったようなのであるが、土地政策、法制の、取分け歴史的、比較法的課題を研究、纏めた労作。それが Hedemann の著述で¹⁾、結果として Hedemann が形式的土地法 *das formelle Bodenrecht* と提示したのが登記制度論であるが、それは登記の史的 position についての知見を伝える権威的な文献となっている。我が私法学の登記についての、いわば理論的裏付けはその記述に拠ってい

るといってもよいのであるが²⁾、論者にはその裏付けとなる理論の内容ないしは Hedemann の登記についての理解にいささかの疑義がある。ただその疑義については、Hedemann は当初から、その関心の置き処を異にするといえ、それはそのとおりである。

Hedemann は登記制度について、三つの問題点を挙げ、物的編成主義³⁾、測量⁴⁾そして登記と権利変動の連結を挙げる⁵⁾。そして登記が土地の現状を報ずること、そのためには権利変動が登記と直接連結されること、それは逆に言えば登記の変更があつて初めて権利の変更が発生するということであるが、それを登記主義 *Eintragung* と表現している⁶⁾。

しかし Hedemann は登記によって権利を移転する、それを *Eintragung* というのであるが、その訳に「登記主義」という訳を与えるのは必ずしも適切なものではないが、その三つの要件は、さすがに適切に挙げられている⁷⁾。しかし問題は、Hedemann もそう理解していると思われるのであるが⁸⁾、その三つの要件が必ず成立することを、かつ不可欠にすることなのである——登記の公信力の三位一体⁹⁾。しかしその自覚的な指摘は Hedemann には欠けており、すなわち Hedemann には三つの要件の三位一体が登記の公信力の不可欠の要件であることの認識も欠けていたと考えざるをえないのである。その欠缺ということからいえば、Hedemann には不動産登記が抵当権から認められて行く、ないしは不動産登記の成立に抵当権が指導的な役割を担ったのであるが、その理由の理解——その事実の提示は、実に Hedemann の主題でも

あったわけであるが、それがなぜそうであったのか。それも見事に欠けている¹⁰⁾。そう言うことは可能である。

不動産物権変動を登記によって公信とする場合、占有＝権利＝登記が一体となって、ないしはその変動が一致しなければ——それが *Eintragung*、登記によって物権変動が公信される（善意の第三者保護）——それは *Publizität* とはいえない。それを論者は不動産物権変動における登記の三位一体 *Trinity* と称した¹¹⁾。その場合、登記と占有についていえば、登記と占有の一致とは、登記を得ていることが、実体占有を伴う物権については実体占有を得ていることである。

それは取得時効占有が登記によってしか得られない（BGB § 900）。そういうことを意味する。論者はそれも夙に指摘した¹²⁾。しかし、登記と実体占有の一致ということには今一つ別の一致も意味する。ないしは必要で、それは復元可能な地図の問題である。そして論者は登記と地図についても夙に指摘したが¹³⁾、それはまたヘーデマンの提示する处でもある¹⁴⁾。

しかし論者はそれが占有と登記の一致に含まれるとは、当時、指摘することはなかった。もちろんヘーデマンには物権変動と登記における三位一体という思想はないから——ヘーデマンの記述は一般の法律学の記述よりは文飾の多い、ないしは文学的記述の多いものであるのだが、ロマン主義的という以上にそして登記の物的編成主義を提示するという以上に物権変動と登記の間の規則を提示するものではない。また当然に地図と占有の間を指摘することはない。

ただ、ヘーデマンは多分、直観的には登記と登記図が占有と係わることも気付いていたのかもしれない、精確な——それは復元可能なということであるが¹⁵⁾、地形図の重要性は指摘しているというべきである。それは日本民法学のヘーデマン理解が見逃しているものである¹⁶⁾。それもそういうべきである。

すなわち実体占有と登記を一致させる。登記を得ていることが目的不動産の実体占有を得て

いることであるとするのならば、目的不動産を即事実に、したがって現況の変化をも即事実に登記が提示することが不可欠である。それは登記と占有の一体化ということの内に復元可能な地図が含まれることを意味する以外にないことになる。

それはまた登記と占有の一致ということには、直截的な登記と実体占有の一致——登記を欠いて実体占有の取得を認めない（BGB § 900）という原則の他に、復元可能な登記図が含まれる。そういうことをも意味する。その二つの意味をもつ、ということでもある。

不動産物権変動と登記移転を結合した場合、Hedemann のいう登記主義 *Eintragungsprinzip* の場合¹⁷⁾、占有の移転——引渡 *Tradition* が無意味なものとなる、というのは短絡した誤解である。確かに物権変動と登記を連結すれば、占有の所在は物権の所在から切離される。ないしは物権を移転、権利を移転するについて占有の引渡しは関係しない。したがって、一見それは物権変動には無意味、どうでもよいもののようにみえる。

しかしそれは、物権変動に占有が意味を喪失した、ないしは登記による物権変動において占有が無意味になった¹⁸⁾、ということではない。その点が肝要な点である。すなわち物権変動と登記を連結したとしても、占有は依然、成立する。または、対象物の現実の支配、物支配ということは必ず実存する。その限りで占有の本権推定効力も依然、有効である。ただ、物権変動と登記を一致させるという登記制度——登記主義ないし公信力性の下では、登記による権利移転の効力を占有による権利推定力より作為的に優越させなければならないということである。そうであるにすぎない。ないしはそうである限りで、占有は不動産物権変動の下で無効、どうでもよいこととなる。——作為的に優越させなければならない問題である、という点は Hedemann の述べないところである。したがって Hedemann のいう占有移転はどうでもよいというのはどうでもよくしてあるということである。

ある。

しかし、問題はさらに一つ遺されている。すなわち、登記と異なる占有を一定期間——日本法でいえば善意10年、悪意20年を経れば取得時効が認められるか否かという点である。これまたその限りで善意10年、悪意20年という年限で占有の推定力は生き続ける。そういう点でいえば、物権変動と登記について、その双方を連結させる場合——登記主義の場合に、占有は無効、無意味になったというのではない。

それをいうとすれば、権利変動と登記の一致を求める場合、占有の移転——引渡しは、登記移転の中に含めなければならなかった。所有権の変動と登記の移転について占有の引渡しは登記移転のなかに閉じ込める。物権変動を登記によって有効とする。ないしは権利変動を発生させる——登記主義。そうであるためには不動産の占有も、登記を経ることによってする——登記移転主義の貫徹¹⁹⁾。そうであるからドイツ民法典は実体占有による不動産物権の取得時効を否定する（§900）。

我妻博士の登記についての理解には3点の見逃しがある。その一つは、不動産物権の公示は本来、占有が担うものであって、その限りで占有で足りるのだという点——公示に登記が最も適切とはいえないということ²⁰⁾。その二つは、登記が担うのを物権の公示と表現してはその本質を理解できないという点²¹⁾。すなわち不動産登記の担う法理上の意味は権利事実の提示、ないしは創設であって、権利事実を提示するという意味においてのみ公示といえる。ないしはその意味でのみ物権の公示とは法理上意味をもつという点である。第3は、抵当権と非抵当権の法理上の性格の違いであり、それは交換価値の把握と使用価値の把握の違いという理解とは似て非なるものである。すなわち使用価値は対象を予定する価値である。すなわち使用とは実体を予定する語である。それに反して交換価値の実体は存在しない点である。その違いが理解されていないのである²²⁾。交換価値とは対象支配権——所有権からその物を売る権利だけを抜き

出し、それを売るものである。したがってこの権利はそもそも、権利実体を構成する対象実体を欠いている。実体通貨を融通することを金融とすれば、売る権利を売るとは実体通貨を売ることではないから、この種の金融を派生的金融 derivative とすれば、抵当権とは原緒的 derivative 商品である。我妻博士の不動産登記理解には上記三つの理解が欠けているのである。そして我が私法学の不動産登記理解は、現在においてもその理解を欠いている。

したがって建物保護法、借家法、農地調整法の利用目的建物、農地の引渡しによって、借地権者、小作人が利用権を物権として対抗できるに至った。その諸規定の経緯を以て、「不動産の利用関係には登記を要せず」²³⁾として、「不動産取引の登記簿による公示という大原則を」²⁴⁾「破壊して来た」とするのは、一つには誤解、一つには法理上登記なるものに何を見るかという問題の取違えがあるといえる。

結論を先きに提示すると、有体物の利用についていえば、その権利、利用権の公示に登記が不可欠なものであるということはないという点である。ないしは不動産登記による公示の原則なるものは、有体不動産の権利、利用の公示にとって不可欠にする必要はない。それは占有で足りる。ないしはそこで働く占有の役割の大きさ、それが忘れられている。そういう点である。上記の論述の依って立つ処は、「近代」登記がその不動産の権利、利用の公示をすべてその使命とする。そう理解する処にある²⁵⁾。しかしそれは外れている。有体物利用権の公示には、登記が不可欠のものでない処を誤解し、「近代」登記制度がすべての土地の法律的運命を制するものであるなどとするから、その公示制度が動揺しているなど見えるのである²⁶⁾。それはそうではなく、不動産利用権にとって登記は不可欠のものでない。逆にいえば、それは占有で足りる。そういうことの明瞭な証跡。そうみる可きなのである。

Ⅱ 所有権、占有と登記

a

近代的所有権は前近代的所有権に較べて、抽象的、絶対的な排他的権利である。その所有権者はその所有物を随意に無制限に使用、収益、処分することができる。その所有権を歴史的にロオマ法以来の占有の変遷とともに探究され、纏められた。それは一部 Max Weber の経済史理解を想起させ、一部には Marx の資本論の叙述をも想わせるものであったのが、川島博士の『所有権法の理論』²⁷⁾。そしてそれは我が私法学にとって教義論とは少し視点をずらし、教義、解釈学そのものではないが、所有権を理解するための、いわば常識的、基本的な文献と目されているということ是可以である。

しかしそこで提示され、理解される所有権なるもの。それは法律学の所有権理解にとってどれほどの大いさを占めるものなのか。所有権を理解するに際し、川島博士の所有権法の理解がどれほどに利くか。例えば、176条と177条の理解に際し、川島博士は……ただ論理的に又はただ法技術的に立法したりしても無意味……で²⁸⁾、それは……当該の歴史的社會における物権取引の現実の社会的＝法的構造と深く関係して……理解するべきであるとし²⁹⁾、日本法における実態を提示されている。しかしその結論において、176条がボアソナードの旧財産編331条を受継ぐもので、土地取引の封建時代以来の諸方式からの解放を意味するとされ、他方177条を「対抗（公示）要件」とし、不動産取引をその二つの過程に分裂させたとは指摘されるのであるが、それ以上の提示は見られない。

すなわち川島博士の理解は、民法典の所有権の扱いを理解するについて、必ずしも直截にその答えを提供するものではない。それには欠けるものがある。そう思えるのである。

夙に論じたところであるが³⁰⁾、いうまでもなく「所有権」というのは言語語彙である。したがって所有権という権利はその実体を伴っている。必らず。語彙が伴う、ないしは伝達する実

体——対象といってもよいのであるが、それを message という。語彙はメタ言語でない限り、必らず message を伴う——それを対象言語という。そうでなければそれは語彙ではない。その所有権という語彙の伴う、ないしは伝える実体—— message は所有権という事実——所有権事実である。所有権という「権利」にはそれしか存在しない。

すなわち所有権という権利名辞語彙は、所有権事実——所有事実を相手方に伝達する語である。ないしはかかる語にすぎない。したがって法律学といえども、所有権の存否が争いの対象になるとときには、争いの当事者のいずれが所有権事実——権利事実の実態を提示する当事者であるかを認知すれば足りる。しかるに法律学は、ロオマ以来そうして来なかった——しかしこの点、精確にいうと法律実務はそうとしか認知して来なかった、ということはある。

例えば甲が乙に金を貸したとする。その場合、いうまでもなく甲が乙に金を渡した時点で甲＝乙間に金銭消費貸借契約が成立する——消費貸借は要物契約である³¹⁾。したがって乙に消費貸借金返還債務が発生する。逆にいうとき、乙の消費貸借金返還債務の存否が問題になると、甲＝乙間に民法587条が提示する「金銭返還の承諾」「貸金の授受」という事実の存否が争われる。甲がその二つの事実の存在を証明でき、乙の側にその二つの事実の存在を覆えず法的根拠の主張とその主張事実の証明ができない場合、裁判所は乙にその債務の成立を認定する——原告の訴の認容。

その「金銭返還の約束」と「貸金の授受」を法律要件といい、証拠によって証明されるその事実を要件事実という。その二つによって乙の債務——反対側からいうと甲の債権の成否が判定される。法律世界はそういう構造をもつ。したがってその過程を適用すると、所有権の存否の法律問題にもその法律要件とそれに対応する該当事実の存在——証明を必要とする。法律学はロオマ以来そう考えて来た。そう考えたとき、所有権自体にその権利を成立させる要件を

見出すことはできない。所有権の売買の場合、売買契約によって証明されるのは売手、買手の債権＝債務であって、所有権自体ではない。それを法律学は、所有権は歴史的存在であって論理的存在ではないとして来た³²⁾。ないしは所有権の悪魔の証明 *probatio diabolica* と称して来た。

そのとき前述のように法律学は、直接所有権に対応する所有権事実の成否を問題にすることが可能であった——認知論からいえばそうである。しかし法律要件——所有権要件に捉われ法律学はそうはしなかった。所有権事実の要件化を追究した。かつさらにその所有権事実「占有」という名称を付与した。それが占有論の誕生をめぐる法理であるが、それも夙に扱った³³⁾。

b

問題はしたがって、占有は事実である（占有は権利であるかないか）という命題の理解に左右される——「占有は事実である」とは、占有が所有権という権利名辞の伝達内容であり、権利名辞の実体事実——所有権事実であるということである³⁴⁾。しかし問題は、その命題を然く理解するか否かに左右される³⁵⁾。

占有が実体——何の実体であるかは措くとして、事実であるとすれば、それに特別な——所有権推定以外の、法律効果を付与するということはないことになる。

しかるに、かついうまでもなく実定の占有法には多様な法律効果が付与されている。したがってその法律効果には異質な二つのものがあることになる。すなわちその一つは、上にいう所有権事実したがって所有権推定という法律効果に属する一群のものである。日本民法典でいえば、適法性の推定188条を初めとする諸効果がそれに含まれる。他の一つは、所有権の推定以外の、所有事実それ自体に付与された法律効果の一群である。日本民法典でいえば、上述のように典型的には占有訴権197条～200条がそれに当り、占有訴権を含め日本民法典が占有の効力

として提示するもの、189条～202条の多くはこの後者のものである。問題は、占有の効力に上述のようになぜ、本来占有が担荷している所有権事実、あるいは所有権の権利事実という——上にいう前者のもの以外の法律効果が付与されているか、である。その意味でいえば、占有には二つの占有があるとする指摘は³⁶⁾、問題の糸口、課題の提示であっても、それが解答を含むことにはならないのである。

上にいうように、占有とは所有権事実であり、それは所有権に対応する所有権事実と表現すれば足りる。所有権という権利名辞語（権利名詞）の伝達内容（対象）事実である。その事実「占有」という別名辞が与えられている。それが占有という法律問題の語彙的位置である。ためにそこ、占有論には所有権事実それ自体の問題と、その事実「占有」と別名辞が付与されたことから招来される問題の二つの問題が存在するに至ったのである。逆にいえば、占有にはここにいう二つの異質な問題が存在するということである。占有の不当利得という問題は後者から発生した問題である。占有とは所有権事実であるのだから、それは換言すると、占有という名辞の伝達内容は所有権事実すなわち所有権という権利名辞が伝達する内容であるということでありそうであるにすぎない。そうであるとすれば、したがって所有権事実とは、ある対象物の所有権の帰属、成立という事実をのみ意味するのであるから、すなわち「占有」の不当利得という法律問題は、所有権事実の不当利得を意味し、「占有」の不当利得という問題の成立する余地はなくなる。「占有」の不当利得とは、強いていえば所有権の不当利得を意味することになる。

他方、占有という所有権事実「別途付与された名辞のゆえに招来される問題は、原則的には法律問題にとって余分な問題である。それは所有権に対応する実体事実「別名辞が付与されることによって法律家が導いた架空の法律問題にすぎない。ただその架空の問題として招来された問題は、占有が所有権事実「付与された別名

辞であることを捨象（忘却）したときにのみ成立する。その点を捨象（忘却）すれば、逆に占有とは所有権事実を指示する名辞となる。そうなれば占有すなわち所有権として論じられる。ないしは「占有」は「所有権」と全く同じ名辞として機能する。占有の移転という機能（182条～184条）が、所有権の移転と同じものとして成立するのは、その例である。

所有権が誤って譲渡された場合にその不当に利得された所有権は不当利得返還請求権によって返還請求される。登記の三位一体が貫徹されているドイツ法の場合はすなわちそれが給付利得返還請求の対象である。日本法においては民法176条、177条、162条が乖離したまま放置されているから、所有権は原権利者の許に戻っており、ドイツ法における所有権と同じく誤って譲渡された占有——占有名辞が不当に利得されていると考えられたのである——したがって不当利得返還請求権によって返還請求される。それが日本法における占有の不当利得³⁷⁾。しかしながら占有とは、所有権の実体事実であるのだから、あるいはそう理解するとすれば、所有権事実の利得外に実体事実は単なる実体事実であるのだから、不当にせよ、正当にせよ利得されるということはないはずであり、所有権は原権利者の許に戻っているとすれば、その権利事実である実体事実（占有）も、権利者に帰属するとするより他に法理は存在しないのである。

ドイツ法、日本法の登記の構成の違い——三位一体の確立の有無を超えて、給付利得返還請求を誤って実行された契約、不存在の債務の給付類型に従って返還すべきである。そう主張するのは無効、不存在の給付類型の中に上述の問題を包摂して理解する仕方である。それが一つ。他方、侵害利得の返還というのは、所有権名辞の所在すなわち権利の所在は争わないのであるから、侵害利得の返還請求には、所有権事実の返還を求めることを含むことになる。

すなわちそれは、侵害利得の返還が不当に利得された占有の返還を含むものである。そうい

うことを意味することになる。したがってまた、誤って利得された他人の財貨からの利得、収益の返還とは、所有権事実に包摂される内実の一部を意味することになる。

C

占有が所有権に対応する所有権事実と別途付与された名辞であるとすれば占有の不当な利得ということは、不当な所有権事実の利得であるということではない。ところが人は一つの名辞を得ると必ずやその名辞の伝達内容 message、ないしはその名辞に対応する実体事実を求める。そこで思うべきなのは「占有」とはそもそもが所有権の伝達内容 message、あるいはその対応事実（所有権事実）であるという点である。そのとき人がさらにその占有の対象ないしは伝達内容の実体事実を求めるとどうなるか。所有権という名辞があり、その伝達内容である実体事実（所有権事実）がある。ところがその所有権事実が占有という名辞を与えられ、人がさらにその占有という名辞の伝達内容を求める。そうすればどうなるか。それは占有論の法理の歴史の示すところである。所有権を逐って行くとその実体事実が見えてくる。それが占有である。しかしその占有を逐って行くと何時しか占有という実体事実は姿を消し、遙かなたに所有権がまた姿を現わす。かつその途中には占有という名辞に付与された法律効果が叢生している。それが迷路としての占有の途——占有の謎である。

したがって所有権についていえば、その権利の目的物が不動産であれ、動産であれ、その権利の証明としていえば、それは占有で足りる。不動産の権利変動の円滑のために——それを少なくとも我が私法学は不動産取引の確実化、取引の安全のために登記が求められたと説く³⁸⁾。それは必ずしも法理上正鵠を射たものではない。資本主義経済がいかに不動産を頻繁に取引の対象にし、資本としての不動産の取引が外形的変動を伴わないことが多いとしても³⁹⁾、その権利が所有権であり、その目的物が不動産であ

れば、その現実、具体的な目的物の把握、すなわち占有の確認、取得は必須的に必要とされる。したがって占有による権利の確定——占有による権利の推定というのは、逆立ちした法理であるが、それは資本主義経済下でも十分に有効である。すなわち法理上、所有権変動の公信に占有で不足するところはないのである。

しかるに、一つの表現方法としていえば、資本主義経済であろうが、なかろうが、占有による権利の推定の、したがって法理上、権利変動の公信の機能しない権利がある。ないしは近代資本主義経済の揺籃期と期を同じくして——なぜ期を同じくしたのかは法律学の範囲外の問題であるが、占有を以てしてはその権利の証明を絶対的に不可能とする権利が法律世界に登場した。

それは人間意識のメタ化の一つということができるのであるが、ロオマ以来、人は物を売る場合には、対象物自体を相手方に引渡し、その対価として金銭を得て来た——民法555条。その対象物自体の相手方への移転という実体を表現する語彙が、いうまでもなく「所有権」である。したがって民法555条は権利と金銭の対価としての交換を売買というとしている。この限りでは、繰返しになるが、実体としての物が必ず予定されているのであるから、その実体の支配実態は必ず予定される。したがって占有は機能する。

しかし人間は物の売買を、物の売買ではなく、物を売る権利を売るとメタ化して、派生化する——車輛の進化におけるコロのメタ化と同断。この新しく法律世界に登場した権利の——抵当権のことであるが、新しくとは最近という意味ではない、その点比較的古い場合、物を売る権利——強制競売権を売るのであるから、物の実体は売られない。すなわち売る権利を売る場合に、売られる売る権利は一般に権利が伴う実体を伴わない。売る権利は目的物を売る時になって、すなわちその法律効果を実行する時になって初めて実体化する（369条1項）。この点、法律効果を伴うだけであって——206条、

権利要件を伴わない所有権と一見、同じである。したがって、その売る権利の売買を確定的に——唯一つ証明する実体事実は実存しない。すなわち二重売買のいずれの売買が法的に正しい——ヨーロッパ語では同義反覆、とする事実はこの世に実存しないということである。そこでは正義は実現しない——そういう権利は法的に成立しないということである。

法律世界は、上述の売る権利の実体、すなわち message となる「売る権利事実」を案出しなければ、上述の売る権利を売るという取引を法的に実現することはできないことになる——ただ人間はそれにもかかわらず、おそらく裁判というものの権威を使ってかなり早くからこのような権利を認めて来た。この間の事情は、取引の安全とか⁴⁰⁾、商品の資本主義的な大量取引に促されて、などという説明から⁴¹⁾、はるかに離れた法理上深刻な事情である。すなわち正義が実現するか、しないかという問題である。売る権利を売ろうとするためには上述の課題を法的に克服する必要がある。

当初、法律学はそれを見出せなかったために、売る権利を売するのに物を売る形式を使った。すなわち占有を移転するのである——質。しかしそれは物を売ったのではないから、物の返還を予定したものであった。しかしあくまでも売買の形式——物の占有の移転と交換した金銭の交付に拠っているから、真実の売買との差異は必ずしも明瞭なものとはならない——それが流質についての法律問題、債権者が質物から得られるのは債権の元利合計に限られる。いうまでもなく、それが質といわれるものである。そして、売る権利だけを売ることが可能にするため、法律世界が案出したものは公簿による登記である。したがって抵当権登記とは法律世界が創出せざるを得なかった「売る権利事実」である——正義の実現——メタ化の実現。いうまでもなく売る権利を売るのが抵当というものであり、法律世界が案出した、公簿による抵当権事実、それを登記という。

この間を俗には、抵当権は占有を移転しない

担保権であるとか⁴²⁾、抵当権は物の交換価値のみを担保に供する担保権であるとか説明する⁴³⁾。質は別にして、抵当権の説明としては、それらの説明は被担保債権を予定している点で、抵当権の中核を明らかにしていないということができる。被担保債権を予定した抵当権という枠組みは、中世より近世初頭のものと考えてよいであろう——差質、見質⁴⁴⁾。そして抵当権をしかく説く、我が私法学の理解は⁴⁵⁾、したがって中世から近世初頭——日本史でいえば鎌倉～室町期の理解を一步も出していないわけである。抵当権に被担保債権は無用なのである。さらにいえば、抵当権とは派生的 derivative 金融商品の嚆矢である。したがって被担保債権があつては邪魔なのである。我が私法学はそのいずれをも理解できないでいる。

そのいずれをも理解できないがために、我が抵当証券が直截に公信力をもてないのである。抵当証券の公信力は、不動産登記に公信力がないがゆえに成立しないとされる⁴⁶⁾。しかしそうではない。その被担保債権構成という古代的抵当権理解に拠る。抵当権を derivative に理解すれば、不動産登記に公信力を欠いても抵当証券に、より簡明に公信力を付与することは可能である。

それはまた、抵当権と登記、所有権と登記の関係の相違にもよる。すなわち上述のように、抵当権と所有権との間には権利名辞が伴う message 実体事実を、もつ = もたないという異質がある。したがって抵当権という権利、ないしは抵当制度とは、法理論上は登記を得なければ成立しないという、必須性の特質をもつ。これが登記制度が抵当権から認められたという事実⁴⁷⁾の理由である。

他方、抵当権とはそれ自体が権利実体を伴わないものであるのだから、抵当権の登記が公信力をもつとする場合、占有による権利推定を顧慮する必要がないという、今一つの特質をもつことになる——すなわち所有権の登記に較べて公信力を付与するのが容易なのである。

上述のように、したがって法律世界は——精

確にいうとヨーロッパ法律世界は、権利事実を構造上保有しない——この点では抵当権を被担保債権構造に構成しようが、土地債務と構成しようが (BGB §§ 1191f.) 変わらない。その抵当権を法律世界は権利として実現するために登記制度を案出したと考えられる。上に触れたように登記は抵当権から認められたという法制史上の事実がある⁴⁸⁾。

しかしこれも上述のように、ヨーロッパ法学——要するにロオマ法学が、ロオマ以来所有権の権利事実を所有権 = 所有権事実として認知できないで来た。そのために法理を逆立ちさせ、先ず所有権事実を認知し、その事実認知によって所有権を認めるという背理を犯して来た。加之、その所有権事実「占有」という名辞を付与して来た。法律世界はそういう観念世界をもつ。ないしは法律世界は、所有権という権利に関してそういう観念世界の中にある。

そのとき、抵当権と登記という法律問題がその法律世界に登場して来れば、その関係は上述の所有権をめぐる観念世界と強い親和性をもつことは容易に判明するところである。すなわち、所有権は権利要件を求めることのできない権利であるから——それはそのとおりであるが、それならば直截に所有権事実という実体事実を求めれば足りたのであるが、ロオマ以来のヨーロッパ法律世界はその発想を持合せていなかった。そのために「占有論」という迷路に迷っていた。そうであれば抵当権に必須的に必要とされる登記を所有権という権利の権利事実として構成する。それはある面では登記制度に当初から伴っていた問題意識であつただろうと考えられる。それはまた、事実としての占有によって所有権を推定するという怪しげな法理——背理であるからそれは確かに強く怪しげな法理である。それよりも、公簿によって真正な所有権者を提示する。その要請は法律世界が、いわばロオマ以来追求していたものであつた。そういうことが可能であろう。

しかし公簿によって真正な所有権ないしは所有権者を法的に決するということは、所有権と

いう権利名辞に対応する、ないしはその権利名辞が伝達する実体 message、それを登記による権利、権利者の表示とする。そういう意味をもつ。その意味には二つの意味がある。

その一つは、登記がある目的物の所有権、所有権者を表示すれば、その表示されたものによって真正な権利の所在、所有権利者を決するというのであるから、それは所有権という権利の権利要件を登記とし、登記上の表示を権利事実とするという意味である。他の一つの意味は、所有権には抵当権と異なり、それに対応する権利事実が実体として厳に実存するという点に関係する。かつその権利事実が法律世界では所有権事実とはいわれなくて、「占有」と称されている。そうであるから、登記によって所有権の所在、真正な所有権者を表示、法的に決着するためには、登記が目的物の占有と乖離してはならないという意味である。したがってそこでは、所有権＝占有＝登記の三つが常に一致することを不可欠とする。論者はそれを登記における三位一体の具現と提示した⁴⁹⁾。そういう法理上の不可欠性である。したがってそれは、国民性の相違などという水準で説明されるべき事情ではない⁵⁰⁾。ただ、上にいう三位一体をどこまで透徹して理解できるか。それは各国民性によって異なる。しかしそれと、登記による真正な所有権の所在の法的決着——それを在来の民法学は、登記を信頼した善意の第三者の保護——公信用というが、それは上にいう三位一体が不可欠であるという事情とは別の事柄である。

その理解の透徹性、そして占有への理解の透徹性、その国民性による相違、それが登記制度は必ず抵当権の設定で実現した⁵¹⁾。それに反し、所有権の——精確にいうとその譲渡の登記の実現はそれより遅延した。その事情を物語るものである。そういうことも可能である。

所有権、抵当権と登記の間には、以上のような相違がある。しかし他方、所有権、抵当権のいずれもの登記が担荷する意味は、その権利事実すなわち要件事実——所有権に権利要件はないが、その創出という点であり、その点は同じ

である。

おわりに

「所有権」は言語、語彙である。したがって、それがメタ言葉でない限り——対象言語である限り、「所有権」が伝達する対象実体 message をもつ。必らず。それを法学用語でいえば権利事実というが、それを必らずもつ。ところが所有権が伝達すべき実体に別途、名称を付したらどうなるか。「所有権」が伝える対象は事実としての「所有権」である。ところがそれに α という非「所有権」名辞が付されている。

そうであれば、その「 α 」もまた言語、語彙であるから、 α が対象言語であれば、 α には α 事実という message が予定されていることになる。ところが α 自体が所有権事実なのである。そうであれば α と所有権はいかなる関係になって……??? それ一つ。

他方、人間は語彙によってその message 事実を認知する際、当該 message 事実から一つまたは数個の特徴を探し出し、その特徴事実の存在の認知によって、当該の言語、語彙の message 事実の存否の認知をする。その間を法学ないしは法律世界は、法律要件と要件事実の問題という。ところが、上述の「所有権」という語彙の message 実体の認知に、法律世界はその特徴、法律要件の抽出をできないで来た。ロオマ以来そうである。

その「所有権」なる権利、ないしは語彙の message 事実——実体をめぐる問題。それが登記——不動産と占有——動産、不動産の問題である。それを取扱った。登記とは、法律世界が不動産の所有権に案出したその message 実体である。そしてその案出を促したのは「所有権」ではなかった。なぜなら所有権には、ロオマ以来、その message 実体として占有が案出されていたからで、それを促したのは、語彙として message 実体を事実として備えない「抵当権」である。したがってギールケは法律世界が権利要件を探し出せない点を「所有権は歴史

的存在である」といい、その他の権利を「論理的存在である」と対照した⁵²⁾、と考えられる。しかし、抵当権という権利は、歴史的——自然に生成された権利ではなく、歴史的に人間が論理的に案出した権利である——双方とも生成されて以来、過去の歴史的経緯をもつという点においては、ともに歴史的的存在であるが。そういう意味でいえば、抵当権とは「論理的存在である」。そういえるのであるが、その抵当権は論理的存在であるにかかわらず、その権利実体をもたない権利である——所有権は権利要件をもたないが権利実体をもつ権利である。権利要件 = 要件事実、歴史的的存在 = 論理的存在ということからすると、所有権と抵当権にはそういう対照性が認められる。

したがって他方、占有とはその所有権という語の message 実体事実、すなわち所有権事実のことに過ぎないのであるから、それに「占有」という別名辞が付与されて、法律世界はどうなるか。あるいはどうなったか、である。

注

- 1) Hedemann, Justus Wilhelm, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert*; Ein Überblick über die Entfaltung des Privatrechts in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz, Zweiter Teil, Zweiter Halbband, vlg., Sauer & Auvermann KG, Frankfurt/Main 1968, mit freundlicher Genehmigung des Verlages Carl Heymanns KG, Köln, Unveränderter der Ausgabe Berlin 1935.
- 2) 我妻栄『民法研究』Ⅲ、物権、有斐閣、昭和41年、57ページ。
- 3) Hedemann, J.W., *a.a.O.*, S.2.
- 4) *derselbe*, S.2.
- 5) *derselbe*, S.3.
- 6) *derselbe*, S.3.
- 7) *derselbe*, S.2.
- 8) *derselbe*, S.3.

Hedemann が伝えるようにヨーロッパ法学で登記による権利取得という法律効果の確信は、むしろ占有の権利推定を登記という権原で否定するこ

とによっているようである (S.3)。その一つの根拠は占有の不明確性 (S.302)。ヨーロッパ法学はその問題を登記の実体的確定力、被影的確定力あるいは登記による形成力として論じたようである。被影的確定力 *negative Rechtskraft* とは、登記を得ていなければ権利を取得できないことをいい、実体的確定力 *positive Rechtskraft* とは善意者保護をいう (S.3)。登記の被影的確定力によって登記を得た者が権利を取得することを登記主義 *Eintragungssprinzip* の形成力 *konstitutive Kraft* として論じたようである。その論じ方は登記主義とは、権利 = 登記 = 占有の三位一体 *trinity* と理解する理解の仕方からすると隔靴搔痒の憾がある。

- 9) 辻「物権変動論」『阪南論集 社会科学編』33巻3号、1998年1月、148ページ。
- 10) Hedemann, *a.a.O.* S.4f.
- 11) 辻、前掲論文、148ページ。
- 12) 辻「不動産登記の意味論」『阪南論集 社会科学編』33巻4号、1998年3月、86ページ。
- 13) 同上論文、同ページ。
- 14) Hedemann, *a.a.O.* S.1.

したがって民事政策的に言えば、登記とは、権利変動 = 占有（地図を含む）の一致によってしか成立しない（ただ一つ、占有そして地図との厳密な一致を欠いても登記を不可欠にする。ないしはそれを欠いても登記はほぼ公信的に成立する権利がある。それは抵当権であるが、その限りで、論者がここにいう指摘は必要ない。たださらに抵当権と登記についていえばその公信性を確定できないのは、登記制度の不備が主たる原因ではない。それは抵当権という権利の、我が法律世界の理解の不備による。すなわち、抵当権を始源的な派生的金融手段 *derivative*、表現を換えると *index* 権、売る権利を売るという理解ができず、被担保債権の物的保証という、近世的、日本法制史上でいえば室町期的理解を出ることができないからである。

閑話休題。本題に戻り登記についていえば、法務省民事局、そして帝国憲法制下では司法省民事局のすべき政策は、地籍図の整備、建物図の整備、およびその完成した地域からの民法176条と177条の統合という政策実行であったというべきで

ある。

そして地籍図（復元可能な登記付図）の整備に予算が伴うことは言訳けになるものでなく、それが遅々としていたか否かはともかく、その整備を経た不動産についてはその登記の公信力を実行して行く。そういうものでなければならなかったはず。それを法務省民事局は司法省以来、その政策をもたず、いわば私法学説の上に安居し、民法177条の対抗力解釈という神学論争を弄して過した。そう指摘することも可能である。

- 15) 辻, 前掲論文（登記）86ページ。
- 16) 我妻「不動産物権変動における公示の原則の動揺」『民法研究』Ⅲ物権, 有斐閣, 昭和41年, 57ページ（同論文初出——法学協会雑誌57巻1号, 昭和14年）
そこで博士は, Hedemann の記述を引いて, 18世紀に登記の原理が解明され, それが「実行の時代」である19世紀になって「幾多の困難」を克服して実行されたとし, その幾多の困難の一つとして, Hedemann が「測量」を挙げていることを紹介されている。ただ論者にいわせれば, 全土を測量するという事は非常に困難である。そう理解して終っているのである。それが権利取得といわば原理的に相関している。登記によって権利取得することを法的に認定するためには登記＝権利＝占有の一致が必要であり, 占有との一致を必要とするのならば目的物と登記の一致（いわば表示登記と目的物の一致の公信）が必要である。ないしは測量そしてそれによって作製される地図が, 法理上, 権利取得と相関している。それは実行するために作製されるものに止まらない。その指摘が見えないのである。それは登記の理解に, 登記とはその三位一体を備えて初めて機能するという理解の持合せがないからであろう。
- 17) Hedemann, *a.a.O.* S.3.
- 18) 川島武宜『所有権法の理論』岩波書店, 昭和24年, 157ページ。
- 19) Hedemann, *a.a.O.* S.301f.
- 20) 我妻, 前掲『民法研究』Ⅲ, 53ページ。
- 21) 同上書, 58ページ。
- 22) 同上書, 73ページ。
- 23) 同上書, 68ページ。

- 24) 同上書, 67ページ。
- 25) 同上書, 53ページ。
- 26) 同上書, 72ページ。
- 27) 川島, 前掲書。
- 28) 川島武宜『民法Ⅰ』総則・物権, 有斐閣, 昭和35年, 148ページ。
- 29) 同上書, 149ページ。
- 30) 辻「占有の謎＝所有権の謎」『阪南論集 社会科学編』2002年10月, 1ページ。
- 31) 消費貸借が要物契約である（民法587条）ということの意味は, 金の貸し手が貸す債務——法律上の義務を負わないという謂。逆にいえば, 消費貸借を諾成契約で可能であるとすれば, 金の貸し手に金を貸す債務の成立を認めるということである。民法587条の提示していることはそういうことである。

ところが周知のように我が私法学は実に諾成の消費貸借を「進んで」*認容するというのである。ロオマ以来の画期的な学説というべきだろう。金の貸し手に金を貸す債務を認める商慣習というのが現在の我が金融実務に, あるのだろうか。

*星野英一『民法概論Ⅳ』第2分冊, 良書普及会, 昭和51年, 164ページ。

- 32) Gierke, Otto von, *Deutsches Privatrecht*, II, Leipzig. Duncker & Humblot, 1905, S.348, Anm 2.
- 33) 辻, 前掲論文（謎）。
- 34) 辻「占有は権利か事実か?」『阪南論集 社会科学編』31巻3号, 1996年1月, 1ページ, 同上論文, 5-7ページ。
- 35) 原田慶吉「占有は権利か事実か」杉村章三郎編『寛教授還暦祝賀論文集』有斐閣, 昭和9年, 537-538ページ。
- 36) 篠塚昭次「占有論序説」『早稲田法学』32巻3・4号, 昭和32年, 181ページ以下, 杉之原舜一「表見的受領権者に対する弁済者の保護（二）」『法学協会雑誌』46巻9号, 昭和3年, 62ページ以下。
- 37) 我妻栄「法律行為の無効取消の効果に関する一考察」『春木先生還暦祝賀論文集』有斐閣, 昭和6年, 215-245ページ。
- 38) 星野英一『民法概論Ⅱ』物権・担保物権, 良書普及会, 昭和51年, 40ページ。

- 39) 我妻栄『新訂物権法』民法講義Ⅱ, 岩波書店, 1983年, 41ページ。
- 40) 星野, 前掲書(Ⅱ) 40ページ。
- 41) 我妻栄, 『新訂担保物権』民法講義Ⅲ, 岩波書店, 1968年, 104ページ。
- 42) 星野, 前掲書(Ⅱ) 237ページ。
- 43) 我妻, 前掲書(担保物権) 209ページ。
- 44) 隈崎渡『日本法制史概論』春秋社, 昭和26年, 125ページ。
- 45) 星野, 前掲書(Ⅱ) 240ページ。
- 46) 我妻, 前掲書(物権法) 46ページ。
- 47) 星野, 前掲書(Ⅱ) 239ページ。
- 48) Hedemann, *a.a.O.* S.197。
- 49) 辻, 前掲論文(登記) 85ページ。
- 50) 川島, 前掲書(民法Ⅰ) 148-149ページ, 星野, 前掲書(Ⅱ) 41ページ。
- 51) 星野, 同上書, 239ページ。
- 52) Gierke, *a.a.O.* S.348, Anm 2.

(2002年10月11日受付)
(2003年 1 月20日掲載決定)