慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	今泉孝太郎著『改訂新物權法論』
Sub Title	Kotaro Imaizumi : The Japanese law of real right (rev. ed.)
Author	宮崎, 俊行(Miyazaki, Toshiyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1953
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.26, No.6 (1953. 6) ,p.61- 65
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19530615-0061

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

に必要なところの學生のための參考書である。日米通商航海條約の調印せられた現在、學生が通商航海の內容を理解するための參考書としては、記述も明確であつて、有益な著述であると信ずる故に、特に通商航海條約をこれから研究しようとする人々に薦めたい。

（前原光雄）

今泉孝太郎著
改訂 新物權法論

終戰後、民法學の分野においては、法社會學的研究がおおいに促進せられ、みごとな成果をみせてくれたのであるが、その反面解釋學の分野においては、あまりみるべき進歩があつたとは思えない。然しながら法解釋學が法學の重要な一分科であることには常にかわりがあるべきではなく、從つて私は民法に關するすぐれた解釋學的な著書が、法社會學的な勞作と並んであらわれることを待ち望んでいたのである。

今般、今泉孝太郎教授は、昭和二五年三月初版の「新物權法論」を、その後に物權法に關する諸法規の大改正が行われたこと、並びに、初版においては、『初め、著者自身、推敲を盡したと、內心、自負してゐたのであつたが、後になつて、不充分だと思はれるところもあり、相當、氣に懸つて、機會あらば加筆したいと考へて』おられたこと、を原因として加筆修正せられ、改訂新物權法論として出版せられた。これによつて、この私の望みがかなつたことは、まことに喜びにたえない。

以下本書を紹介するにあたつて、先ず本書の全般的な特徵ともいうべきものを概觀し、次いで編章をおつて、物權法の重要な問題點について、著者がいかに考えておられるかをみることにしよう。

一　本書の全般的特徵としては、次の三つのことをあげたいと思う。

㈠　すでにふれた如く本書は、法解釋學のオーソドックスな研究方法に從つて書かれている。といつても勿論いわゆる概念法學流のものではなく、『傳統的な概念の財產目錄を持てる成文法が、急速度に、進展する生活關係を完全に支配し得ないのは自明である。そこに、解釋法學の耕すべき渺々たる沃野が用意されてゐる。』（序文四頁）、という著者の解釋學の本質觀に立脚して、我々の現實生活の『客觀的基盤たる「舞臺」そのもの、即ち、場が、時代と共に著しく變化して來る事實を見逃す』（序文三頁）ことなく、現實生活の歷史性に充分の注意を拂つておられる。のみならず『我々は、各自獨立し、自我中心的に措定された個人として生活すると共に、そのまま、互に關連して、そこに新な中心を持つ、より高い次元の社會へと、その生活を轉化させてゐる。』（序文二頁）從つて『民法は、それ自體のための世界ではなく、むしろ、我々の實在の全現象の眞唯中に置かれ、大宇宙（マクロコスモス）と小宇宙（ミクロコスモス）との間の振動に順應せねばならない使命を持つてゐること』（序文三頁）を强調される。ここに現實生活の社會性の正しき把握をみることができる。

かような著者の立場は、わけてもいわゆる公共の福祉、及び權利

濫用禁止の原則の意義の説明に際して明確な形をとつてあらわれている。卽ちこれ等の原則を以て、自由が抑制される制限としてのみ、單にその消極的側面についてこれをみるならば、これ等の原則の意義は失われてしまうのであつて、この規制によつて人々の自由なる活動が社會的に調和せられて、社會的意義に轉化することによつて、高次の存在理由が創造せられることを見逃すべきではなく、『自由の性格に社會性を發見することに、近代的創造の力點が置かれてゐるのである』とされるのである（三頁、五九頁）。

尙學說及び判例が相當詳細に引用、註記されていることは、實直な、又讀者の便宜を考えられたよい態度であるといえよう。

㈢　次に手續法、卽ち民事訴訟法及び競賣法との關連に常に留意されていることも、大きな特徵である。一般に從來の民法書といえば、民法プローパーの部分については相當詳細な論述をみるものであつても、訴訟法との關連には無關心なものが多かつた。而して訴訟法書においても實體法に對しては、同樣な態度をとるものが一般的であつた。この樣な惡い意味の專門主義は、實際事件に對しては相關相補の關係にある實體法と手續法とを、學問的には無緣なものとすることによつて、法學の理論科學としての進步がはばまれていたのみならず、實務に役立ち難い抽象的論議が多かつたがために、實踐のための技術を供與するということをも、充分にははたし得なかつた感がある。ところが本書は、特に擔保物權法の部分においては、充分に手續法の規定に注意が拂われ、それとの關連領域にくわしい說明が及んでいる。例えば民法第三〇四條にいわゆる差押の意義については、諸說を批判せられた後、ここにいわゆる『「差押」が主として特定保全と消滅防止を目的とするものであることは認めるけれども、手續上に於ては明らかに請求權に對する執行であるから、第三六八條の類推により「本差押」を原則とし、被擔保債權の辨濟期が到來せざるときに始めて例外的に假差押手續によるべきものと考える。ここに、民法第三〇四條所定の「差押」の趣旨を貫ぬくことも出來るし、債務名義を要せざる點も矛盾なく說明することが出來る』とされる（一七五頁―一八二頁）。又權利質の實行方法に關しては、民事訴訟法に定める執行方法についても民法並びに民事訴訟法の諸規定の調和の上に解釋を立てられ（二七二頁以下）、更に留置權の效力（一五八頁以下）及び抵當權の實行に關しても同樣である（三三一頁以下）。

然しながら、更に慾をいえば、單に訴訟法の諸規定と民法とを調和せしめた解釋をうちたてるのみならず、最新の訴訟法學の理論としつくり關連させた民法の理論を建設して戴ければと思うのである。例えば借地法及び借家法に於ける地代、家賃値上の請求及び地上物件買取請求權の性質について、これを以つて形成權であるという通說に反對され、値上請求權又は買取請求權の行使によつて相手方に承諾を爲すべき義務を生じるのであり、その請求に對して相手方が應ぜざる時は、請求者は裁判所に對しその金額の相當なることの確認及び相手方の承諾に代るべき判決を求めねばならない。從つてこの訴は確認及び給付の訴である、とされる。通說に勝ること著者の摘示される通りであるが（九六頁―九七頁）、なお若干のぎごちなさを感じる。むしろ判決の設權的效力をそのまま承認して、この訴を創設の訴と考え、而してここにいわゆる請求權とは給付請求權では

なく、相手方に對する既存の權利關係の變更請求權であるとなした方がすつきりするのではなかろうか。尙第三〇一條による留置權消滅の請求についても同樣な說明をされるが（一七〇頁―一七三頁）、亦、同樣の疑問が存するところである。

㈢ 更に農地法乃至農民法と民法との關連に論述が及んでいることも、本書の大きな特色というべきである。近來、民法學者の多くが、民法と勞働法との關連に多大の興味をもつていられるけれども、農民の法律關係については、あまり關心が拂われていないようである。ところが我が國においては農民の法律關係は、勞働法とは別な意味においてではあるけれども、同じく市民法原理を以て律することが不當なものであり、しかも農民は總人口の過半數をしむるものであるから、これに對する研究の極めて必要なことは明らかである。著者はすでに從來の農業法の概念をやぶつて、「農民法」なる概念を建設せられたが（「農民の法律性格」法學研究第二一卷四號所載）、本書においても、主として永小作權（九九頁以下）及び先取特權（二〇六頁以下）の說明に際して、かかる研究のあらわれをみることができるのは喜ばしいことである。

二 次に本書の編章を追つて、物權法の重要な問題につき、いかなる說明がなされているかを概觀してみよう。本書は三編より成り、第一編總論 第二編基本的物權 第三編擔保物權 となつている。

㈠ 第一編においては、物權變動の基礎理論について概觀しよう。(イ) 物權行爲の獨自性及び無因性を認め得るや否やに關しては、ともに原則として之を肯定せられる。その理由としては他人の權利の賣買を有效と認めた第五六〇條及び不當利得の第七〇三條の存在を示される。然しながら通常の場合には、『登記又は引渡といふが如き第三者に對する對抗要件の確定行爲の中に、その物權的效果を望む意思表示が包含されると認められる場合が多い』と述べられていることに注意すべきである。又債權の特定（第四〇一條二項）は物權の變動を生ずるとなす通說には反對せられている（一四頁―一八頁）。(ロ) 第一七七條に關する問題については、(a)本條にいわゆる第三者の意味に關しては『同一の不動產に關し正當の權原に因らずして權利を主張し、又は不法行爲に因つて特定不動產に損害を與へた者の如きは』當然に除外されていると解すべきものといわれ、又かような者でない限りは善意、惡意の區別は不要なものとされる（二一頁―二二頁）。(b)對抗し得ずの意味については否認權說を採る（二二頁）。(c)登記請求權の本質は、物上請求權であり、又(d)中間省略の登記の有效性は、最初の讓渡人(甲)が中間の讓受人(乙)と最終讓受人(丙)との間の讓渡を認める限りは、甲丙間に物權移轉が成立し得る狀態にあるから、甲丙間の移轉登記及び登記原因は有效であるというべきものであると說く（二四頁―二六頁）。

㈡ 第二編に於ては、(イ)占有權取得の要件としての自己の爲にする意思（心素）は、占有制度の本質から寬かに解すべきことは疑のないところであるが、我が民法の解釋としては、全く無視することは出來ない。そこで本人の知らざる內に郵便受函等に投入された郵便物に關しては說明の困難がある。著者は占有意思をば、客觀化された意思（Objektivierte Subjektivität）であると考え、郵便受函の如きは、この客觀的主觀の表現であると說明される（三三頁―

三四頁）。(ロ)動産の即時取得に關しては、(a)第一九三條により被害者又は遺失主が、占有者に對し目的物の回復を請求し得る期間、目的物の所有權は何人に歸屬するかというと、第一九五條及び遺失物法の規定との關連上被害者又は遺失主に存するとされる。

又(b)第一九四條による代價辨償は、占有者の被害者又は遺失主に對する請求權を認めたものと解すべきか、或は單に抗辯權を認めたものにすぎないのかとの問題については、之は買主の賣主に對する剝奪擔保の求償權の變形であり、單なる便宜主義より認められた抗辯權ではないから、代償請求權であつて、しかも代價の辨償あるまで買受品の引渡を拒み得る抗辯權の附着せるものであると說かれる（四六頁―五〇頁）。

(三) 第三編擔保物權は、著者が非常に力を入れられたと思われる部分であり、頁數にしても第一編及び第二編のほぼ倍に近いのである。その第一章擔保物權の概念は擔保物權の基礎理論でありそこでは擔保制度の歷史的並びに比較的研究に始まり、金融資本主義時代における物的擔保の意義を說き（尙第五章抵當權參照）、更に各種の擔保物權に通ずる法律的性質について相當詳細に論ぜられている。著書はすべての擔保物權に通ずる物權性を、目的物の交換價値を直接に（即ち義務者の行爲を仲介せずして）權利者が取得し得る點において認めるべきことを力說せられる。然しながら擔保物權を以て、物體的價値權（Substanzwertrecht）として、價値權（債權）と物體權（一般物權）との中間に存在する第三權性を有するものと考える立場に對しては多大の疑問を提出せられている（一三一頁―一四三頁）。

次に各個の擔保物權に關する論述の中主要なものをひろつてみると、(イ)留置權者は第二九八條により留置物につき保存に必要なる使用をなすことができる。之を以て通說は留置權者の權利であるといつているが、不當であり、むしろ保存に必要な程度の使用をなすことは、善管注意義務の內容となるものと考えられる。而して保存に必要な程度の使用によつて收益を派生した場合それは不當利得ではなく留置物より生じた果實に準ぜらるべきものであり、第二九七條により債權の辨濟に充當すべきものとされる（一六六頁―一六七頁）。(ロ)敷金契約の法律的性質に關しては、解除條件付消費寄託と、之より生ずる返還請求權を債權質とせるものとを混合した一種の無名契約であるとされ、この說に對する批判に明確に答えられる。即ち債權質であるならば、第三六三條に從つて債權の證書を質權者が占有せねばならない筈であるが、敷金契約の場合には、敷金の預り證を債權者が占有しないのであるから、債權質說は不當であるという非難に對しては、敷金預り證の本質よりこの非難の當らざることを論證される（一九一頁、一九四頁）。(ハ)第三四八條の轉質の性質については質權と共にその擔保する主たる債權を質入するものであるとの說、及び債權者の有する質權が轉質權者に解除條件付に讓渡されるとの說を、いずれも排斥されて、轉質權者は質權者の質權によつて限定されたる質物そのものにより物的に擔保されているものであるから、質物の上に新なる質權を設定するものであると說かれる（二四四頁―二四六頁）。(ニ)所有者抵當に關しては、我が民法の解釋理論として、問題なく肯定せられるのは、混同の例外として生ずるいわゆる後發的所有者抵當であるけれども（三五三頁）、その他の場

合においても、この成立を認め得るのではないか、ということに多大の疑問を示されている（二八七頁―二八八頁）。㈱抵當不動產につき假登記を有するにすぎない第三取得者も滌除權を有するや否やの問題においては、第三八一條との關連から、假登記の第三取得者も滌除權ありと說かれる（三一五頁―三一七頁）。

以上まことにそまつな概觀であつたが、要するに本書は、『新しい法律に現はれる又は現はるべき數多の「幻想」』を、『いま我々の營みつつある生活の內容的分化に妥當』せしめる、という『解釋法學の宿命的任務を』、『確實に進め』つつあるものというべきであろう。（發行所　帝國判例法規出版社、定價四〇〇圓）

（宮崎俊行）