

日 本 法 学 著 作 译 丛

肖贤富 主编

物权的变动与对抗

[日] 铃木禄弥 著
渠 涛 译

社会科学文献出版社

图书在版编目(CIP)数据

物权的变动与对抗/[日]铃木禄弥著;渠涛译.-北京:社会科学文献出版社,1999.8

(日本法学著作译丛)

ISBN 7-80149-181-5

I.物… II.①铃… ②渠… III.物权-研究IV.D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 14494 号

肖贤富

总 序

现代日本法经历了漫长而又曲折的发展过程，使之成为当今世界较为完备而又有效的法律制度之一。它具有集大陆法系和英美法系之所长，并充分反映本国的社会实际和注意保持东方传统法律文化的优点，适应现代化建设的需要，符合本国的国情，对日本政治经济的发展、科学技术的振兴和社会生活的稳定起到了规范、推进和保障的作用。日本的学者对其法律制度进行潜心的研究，揭示其发展变化的历程，阐明其基本内容及其特点，形成了自己的法学理论和学派。

当前，我们的国家正在为实现依法治国，建设社会主义法治国家而奋斗。它不仅需要完备的立法、公正的司法，从一定的意义而言，更需要观念的更新和它赖以建立的法学理论基础。也许为此需要我们几代人的努力，但是，科学、准确地借鉴外国法及其理论上有益的知识，对于促进法治国家的建设，繁荣我国的法学研究，无疑会起到一定的积极的作用。正基于这一目的，我们精选并翻译了这套《日本法学著作译丛》，分期予以出版。

这套丛书的首批出版，得到了日本国际交流基金的资助，在此谨表谢意。

这套丛书难免会有不足或者不当之处，惠请读者斧正。

1999年6月于北京

中文版序

日本民法典是在1898年，主要参考当时法学的先进国家法国和德国两国的民法典制定的。当时，关于物权变动的基本制度被规定在第176~178条。其中，第176条规定了“物权的设定及移转，仅因当事人的意思表示而发生效力”；而第177条和178条又分别规定了不动产以登记、动产以交付作为同第三人关系的对抗要件。关于这一点，可以说是采纳了近似于法国民民法典的制度构成。于是便出现了三个需要解释的问题：一是当事人的意思表示的意义；二是物权变动的发生时间；三是物权变动对第三人的效力，即对该物权变动的当事人来说，具有什么样的效力。

本人对上述第一和第二个问题的看法曾经发表在其他论文集中，而对第三个问题的看法收集在这本《物权的变动与对抗》中，作为一部著作于前年出版。尽管这本书所发表的不过是一些粗浅的见解，但有幸得到中国社会科学院法学研究所民法室助理研究员渠涛先生青睐，并得到他非常辛苦的劳动将此译成中文，我从心里感到荣幸，并向渠先生表示感谢。

但是，我对中文的知识几乎等于零，所以只能通过日文中的汉字知识肤浅地理解渠先生精心译出的中文。而且，我并不十分清楚中国物权的构造，因此也不太清楚这本拙著究竟将以何种方式，以及能在多大程度上对中国的民法学作出贡献。不过，我

的微薄之力如果能通过渠先生的努力，为中国的法律文化和中国人民的幸福作出一点贡献，我将感到无限的喜悦。

值此译著出版之际，我还要感谢中国社会科学院法学研究所前所长王家福先生、刘海年先生和现任副所长夏勇先生，以及该所日本法研究中心主任肖贤富先生为此书出版作出的努力，同时要向接受此书出版的社会科学文献出版社，以及作为日文版的出版社对此书译成中文出版作出欣然允诺的株式会社创文社致以深切的谢意。

铃木禄弥

1999年3月30日于日本仙台

日文版序

我在物权法研究方面曾经发表过以下论文和专著：首先，在担保法方面有三十年前的《抵押制度研究》和五年前的《物的担保制度之分化》两本论文集；其次，最近就抵押权的一些细微问题开始在《登记研究》杂志上不定期地连载论文；另外，关于物权变动的基础内容，在二十多年前的《物权法研究》中搜集了过去的一些研究成果。

物权变动问题是整个民法学界的一个课题。但因为对该问题的讨论缺乏实益，所以尽管我过去并无心刻意夸大这一点，学界中对我的观点持批判态度的见解却不少。正因为如此，使我身不由己地对这个问题进行了深入的研究，将问题具体化，写出了几篇物权变动与对抗要件之关系的稿子。

或许是因为年龄的关系，无论如何可供作研究的精力已经开始部分性枯竭。从而想到，要逐渐缩小作战的目标，决定今后专心研究担保法方面的问题。本书正是作为对自己前一段研究的总结，将上述论文稿加以整理汇编成册。

去年，我完全退出了在大学任教的工作，身边再没有可以作我助手的学生，因此，本书的索引基本是由我自己一个人完成的。尽管如此，本书的出版还是得到了多方指导和帮助，尤其我

2 物权的变动与对抗

要感谢创文社前社主^①久保井理津男先生、社主久保井浩俊先生以及编辑部的久保井正显等各位的鼎力协助。

铃木禄弥

1997年5月于日本仙台

^① “社主”基本上可以理解为社长。但社主与社长的内涵不同，后者基本是意味着由董事会选出的、在企业中负责经营的第一把手；而前者的内涵除企业的经营者外，更多的是意味着企业的所有者。——译者

目 录

| | |
|----------------------------|----|
| 第一章 民法第一七七条的宗旨 | 1 |
| 第一节 怠于登记的效果 | 1 |
| 一、明治四十一年两个大审院判决 | 2 |
| 二、物权变动范围问题与第三人范围问题的关系 | 4 |
| 三、作为今日之通说的第三人范围限制说 | 9 |
| (一) 正当利益说 | 10 |
| (二) 有效交易说 | 10 |
| (三) “或者吃掉或者被吃”说 | 11 |
| 四、各种物权变动中怠于登记的效果 | 12 |
| (一) 登记在实体法及程序法上的意义 | 12 |
| (二) 非法占据者怠于登记 | 14 |
| (三) 依侵权行为的损害赔偿责任人怠于登记 | 16 |
| (四) 依侵权行为的损害赔偿请求权人怠于登记 | 16 |
| 五、第一七七条的涵盖范围 | 17 |
| (一) 对无限制说的再评价 | 17 |
| (二) 权利保护资格要件之概念 | 20 |
| (三) 狭义的对抗要件与权利保护资格要件之差异 | 22 |
| 第二节 不动产二重买卖的法律构成——所谓“公信力说” | 25 |
| 一、为说明二重买卖成立之可能性的公信力说 | 27 |

| | |
|-------------------------------------|-----------|
| 二、为否定对恶意第三人保护的公信力说 | 34 |
| (一) 第一七七条中的反伦理性 | 35 |
| (二) 对动态安全保护的范围的缩小 | 36 |
| (三) “恶意”的对象 | 36 |
| (四) 扣押债权人以及破产债权人的处理 | 39 |
| (五) 背信的恶意者排除说的长处 | 40 |
| 三、加强对流动状态之安全的保护与公信力说 | 42 |
| 四、二重买卖的受让人为“背信的恶意者”时的 法律地位 | 49 |
| 第二章 可并存的两个物权之间的对抗的问题 | 53 |
| 一、问题的提出 | 53 |
| 二、各种物权人相互之间的关系 | 56 |
| (一) 相邻关系 | 56 |
| (二) 共有人相互间关系 | 60 |
| (三) 所有权与他物权之间的关系 | 61 |
| 三、不动产出租人与承租人之间的关系 | 63 |
| (一) 有关出租人对承租人之权利的诸问题 | 64 |
| (二) 有关承租人对出租人之权利的诸问题 | 66 |
| 第三章 复原性物权变动的对抗问题 | 69 |
| 第一节 因解除发生复原性物权变动的场合 | 70 |
| 一、与撤销之比较看解除 | 70 |
| 二、关于解除之效果的法律构成 | 71 |
| (一) 直接效果说与间接效果说 | 71 |
| (二) 恢复原状与给付不当得利 | 75 |
| 三、第三人的法律地位 | 78 |

| | |
|--------------------------------------|------------|
| (一) 根据间接效果说 | 79 |
| (二) 根据直接效果说 | 79 |
| 四、关于解除效果的对抗问题 | 82 |
| 第二节 因撤销发生复原性物权变动的场合 | 83 |
| 一、撤销场合中的复原性物权变动 | 84 |
| 二、被胁迫者与第三人之间的关系 | 88 |
| (一) 通说和判例的见解 | 89 |
| (二) 对通说和判例的批判及本人对该问题的看法 | 91 |
| (三) 对各种观点进行小调整的必要性 | 94 |
| 三、因胁迫以外之理由撤销时撤销权人与第三人之间的 关系 | 101 |
| (一) 以欺诈为由的撤销与对抗问题 | 102 |
| (二) 以无行为能力为由的撤销与对抗问题 | 107 |
| (三) 以其他理由撤销的受益者与第三人之间的 关系 | 109 |
| 第三节 因无效发生复原性物权变动的场合 | 113 |
| 一、根据无效发生复原性物权变动的概要 | 113 |
| 二、以错误为由的无效 | 117 |
| 三、以虚伪表示为由的无效 | 119 |
| 四、以违反强行法规或公序良俗为由的无效 | 120 |
| (一) 违反公序良俗的场合 | 120 |
| (二) 违反强行法规的场合 | 124 |
| 五、以欠缺意识能力为由的无效 | 125 |
| 六、以无权代理为由的无效 | 127 |
| 第四节 复原性物权变动中的普遍问题 | 128 |
| 一、无效与第三人的关系 | 128 |
| 二、无效、撤销、解除中的恢复原状 | 130 |

| | |
|---|-----|
| 第四章 关于物权变动中对抗要件的若干问题 ····· | 134 |
| 第一节 转得人对不动产原出让人的登记请求 ····· | 134 |
| 一、问题的所在····· | 134 |
| 二、当事人之间在所有权转移的法律构成上的关系····· | 135 |
| (一) 意思主义的法律构成····· | 135 |
| (二) 意思主义以外的法律构成····· | 136 |
| (三) 小结····· | 137 |
| 三、在原买卖程序展开的过程中被转卖的法律构成····· | 137 |
| (一) 一般债权性质的登记请求权····· | 138 |
| (二) 代位权性质的登记请求权····· | 140 |
| 四、处于萌芽期物权的特定物债权····· | 141 |
| 第二节 关于权利的二重买卖与对抗要件的同时成立 ····· | 144 |
| 一、金钱债权的二重买卖····· | 144 |
| (一) 各受让人与债务人的关系以及受让人之间的 求偿关系····· | 145 |
| (二) 债务人提存后的受让人之间的关系····· | 146 |
| 二、以受让特定物为目的的债权二重买卖····· | 148 |
| (一) 各受让人与债务人的关系以及受让人之间的 求偿关系····· | 148 |
| (二) 债务人提存后的受让人之间的关系····· | 149 |
| (三) 关于出让人与债务人之间同物的归属有关的 关系····· | 149 |
| (四) 与物本身的二重让与的比较····· | 151 |
| 三、以物的利用为目的之债权的二重让与····· | 152 |
| (一) 各受让人与债务人之间的关系以及受让人相互 间的求偿关系····· | 152 |
| (二) 与标的物提存之间的关系····· | 153 |

| | |
|----------------------------------|------------|
| (三) 以物的利用为目的的债权准二重让与的问题····· | 154 |
| 四、与用益物权相关的二重买卖问题····· | 156 |
| 五、与物权和债权交界领域相关的对抗问题····· | 156 |
| (一) 物权与特定物债权的关系····· | 156 |
| (二) 与利用他人之物的权利有关的对抗要件····· | 157 |
| (三) 关于二重让与的受让人双方均未具备对抗要件的情况····· | 159 |
| 第五章 川岛先生的物权法论····· | 161 |
| 一、序····· | 161 |
| 二、总论——川岛物权法中的严格区分论理····· | 162 |
| (一) 严格区分论理····· | 162 |
| (二) 严格区分论理与模糊论理····· | 164 |
| 三、分论——川岛先生的物权变动论····· | 166 |
| (一) 所有权转移的启动力····· | 167 |
| (二) 当事人之间所有权转移的时间····· | 168 |
| (三) 所有权转移对第三人的效力····· | 171 |
| 原著事项索引····· | 177 |
| 译者后记····· | 184 |

第一章 民法第一七七条的宗旨^①

第一节 怠于登记的效果

关于日本民法第一七七条^②（本书引用的条文中未加法律名称者，均为日本民法典条文）的涵盖范围，需要从两个方面来研究。一个是什么样的物权变动可以适用该条，即以下所称“物权变动范围的问题”；另一个是对什么样的第三人才有可能适用该条，即以下所称“第三人范围的问题”。对于这两个问题，基本有两种观点：一种是认为应按条文的字面解释为所有的物权变动以及所有的对第三人之关系都在该条的涵盖范围之内，一般称之为“关于各自范围问题的无限制说”；与此相反，另一种是认为进入该条涵盖范围的只是受某种形式限定的物权变动和对第三人之关系，一般称之为“关于各自范围问题的限制说”。

物权变动范围问题与第三人范围问题，乍看上去似乎是相互独立的，而至少在逻辑上又总使人感到，关于各自范围问题的无

① 本书所讨论的问题围绕第一七七条展开，为突出这一中心意涵，涉及该条的数字均以“一七七”表示，特此说明。——译者

② 日本民法第一七七条（不动产物权的对抗要件）：不动产物权的得丧及变更，非依登记法之规定为其登记者，不得以之对抗第三人。——译者

限制说和限制说之间是可以相互交叉组合的。^①

一、明治四十一年两个大审院判决

明治末期，大审院民事连合部于同年同日作出了两个判决。至少从其判决书中抽象的文字上分别可以看出，其中一个^②在第三人范围问题上采纳了限制说的观点，而另一个^③在物权变动范围问题上采用了无限制说的观点。因此，将这两个判决揭示的抽象命题综合起来便不难看出当时大审院所采取的是物权变动范围无限制·第三人范围限制说^④的立场。

当然，任何人都不能否定这两个判决的抽象命题分别对后来

-
- ① 具体地说，这里应该能交叉组合出四种类型。即物权变动范围无限制·第三人范围无限制说；物权变动范围无限制·第三人范围限制说；物权变动范围限制·第三人范围无限制说；物权变动范围限制·第三人范围限制说。假设某种具体的物权变动发生，在其受益者向第三人主张该物权的变动这种案子中，要援引上述四种类型中的某一说，无论从物权变动范围问题看，还是第三人范围问题看，只有认定此具体的案件为第一七七条的涵盖范围之内，才需要作为对抗要件的登记。
- ② 大审院明治四十一年（1909年）12月15日民事连合部判决（民事判决书14·1276）的有关内容如下：第一七七条的“规定，如果是作为一种，即可以使于同一不动产上有正当的权利或利益的第三人通过登记知晓物权的得丧及变更的情况，并以此避免预料不到的损失而存在的话，尽管该条文中没有特别对第三人的概念加以限制的文字，但其条文本身应具有某种程度的限制之旨这一点又岂难于字句之外求得之。所谓对抗乃彼此利害相悖时始有发生之事，有鉴于此，只能认为与不动产之物权的得丧及变更无利害关系者不符合该条之第三人”。
- ③ 大审院明治四十一年（1909年）12月15日民事连合部判决（民事判决书14·1301）的有关内容如下：“第一七七条所规定的是‘关于不动产的物权得丧或变更依登记法之规定，不为其登记者不得以此对抗第三人’，即关于不动产的物权得丧或变更，不论其原因如何，如果不依登记法之规定登记，均不得以此对抗第三人”。
- ④ 相当于前揭四种类型的第二种。

的第一七七条涵盖范围论产生了很大的影响。但是，将这两个判决分别从各自的案情去分析，让人一看就觉得这些判决所下的具体结论是小题大做。

首先，第三人范围限制判决涉及的是原告甲主张从非诉讼当事人手里买到了建筑物，而被告乙对此辩称自己因建造该建筑物而取得了其所有权这样一种“请求对建筑物所有权进行确认”的事件。仅就案情看，完全可以同意泷泽教授^①对此判决的评论，即“本案因不属于‘同一前主的承继人之间之纠纷’，原本与登记的适用无关。这里，只需依据自由心证主义单纯审理甲乙当事人之间的权利根据之优劣就足够了，而关于登记的推论毫无意义”。不过，从学界的情况看，当时关于第三人范围问题的通说是无限制说。如果完全按照这种观点不难推导出这样一种结果，即所有人只要不具备登记，即使对完全无权利人也不能主张自己的所有权。该判决正是为了否定这种通说的观点而对限制说做了上文中的阐述。然而，尽管如此，该判决对第一七七条在相对人完全是无权利人这种极端案例以外的具体涵盖范围并没有明确作出界定。于是导致了在此后的限制说论者中间对第三人范围的标准解释众说纷纭。

其次，物权变动无限制说判决也存在同上文的指摘相类似的问题。该判决涉及的是因家长隐居而发生继承^②的案件。关于这种案件是否适用于第一七七条的问题，在此判决之前就有争论。当时，有力说的观点是在这种场合不需要登记；但是，同时也有很多人充分地觉察到，这样解释会严重危害交易的安

① 泷泽幸代：《物权变动的理论》，第227页。

② “隐居继承”不同于近代法中的非因死亡不发生继承的原则，它曾经是日本文学习惯法中的一种制度。其主要形式是由长子从活着的上一辈（一般是父亲）手中一揽子继承家长的身份。——译者

全。因此，该判决的结论是维持了原判，即“因隐居继承取得之不动产亦适用民法第一七七条之规定，即不为其登记者不得以此对抗第三人”。由这一判决所作出的结论宣告了一个基础理论的成立，即因家长隐居的户主继承亦属于继承之一种。继承是依法律规定发生的物权变动，但依法律原因发生的物权变动与依意思表示发生的物权变动同样应解释为适用第一七七条。因此，关于不动产的物权得丧或变更，不论其原因如何都要适用第一七七条。判决的初衷，本是为一个具体问题找出适当的结论，而其结果却出乎意料地创设了一个覆盖面极大的普遍命题。

二、物权变动范围问题与第三人范围问题的关系

如果说，将这两个民事连合部判决所创设的抽象命题可以原封不动地接受下来，那么，对这两个命题之间的实质性关系应该如何理解，却并不一定是一件简单的事。很早以前，我妻教授曾做过这样的评述：在这两个判决出现以前，判例在物权变动范围问题上是采用限制说，在第三人范围问题上采用无限制说。但是，以这两个判决为转折点，前一个问题转向范围扩大，后一个问题转向范围缩小。^①从现象本身看，的确如教授所评。然而，在为什么大审院在这两个问题上做了交叉换位的处理？以及这种交换与以往的处理在实际结果上有什么不同等问题上，我妻教授并没有作出足以令人心悦诚服的解释，时值最近才出现了一些内容较深入、又涉及上述判决中各个命题的内在关系、并具启迪性的研究成果。

首先是原岛教授的指摘。其大意是“以往的判例和学说没有

^① 我妻荣：《联合部判决I》，第113页。

充分认识到所有物权变动必需登记的原则与只对一定范围内的第三人要求登记的命题是两个极端对立的取向，而只是将两者作为并列适用”。^① 如原岛教授所言，将上述两个连合部判例看作基本是机械地将第三人范围限制说和物权变动无限制说并列的形式出现的，倒也不失为直截了当。

与此相反，川井教授对这两个判例的关系是这样理解的。^② 他强调这两个判例的“基本思想是统一的”，认为“物权变动无限制说判决是保护‘有正当权利或利益的第三人’；而第三人限制说判决也是以保护‘有正当权利或利益的第三人’为理由，排除无利害关系的第三人。也就是说，物权变动无限制说判决中对第三人的保护，以及第三人限制说判决中通过限制第三人的范围对真正的权利人的保护，都是通过给民法第一七七条投入‘正当’性机制来完成的。因此可以认为，两个判决正是在‘正当’性的投入这一点上具有共同点，也正因为如此，两个事件在签着同一日期的民事连合部判决中得到了解决”。

可以说川井教授的论点的确是有说服力的。只是所谓“正当性”尽管是一种潜在的概念，但却总是理所当然地伴随着法律适用。所以，如果对这里所提到的“正当性”的具体内容不加以明确，只能说对两个判决中存在“正当性”这种指摘没有实质性意义。再具体一点说，本人认为，川井教授说到的关于物权变动范围问题的“正当性”与第三人范围的“正当性”两者的具体内容之间有很大的差异。前者是在某种物权变动中，

① 以上是泷泽教授著《物权变动的理论》（第54页）中，对原岛教授著《注释民法（6）》（第275页）的内容所做的要点摘要。在这段摘要后面，泷泽教授还对两个取向做了阐述：“所谓两个取向是因重视公示原则将对抗问题无限地扩大和要限定对抗问题而重视意思主义原则。”

② 川井健：《民法判例与时代思潮》，第60页。