

レヒツシャイン法理の課題

— 外觀法理の研究序説 —

喜 多 了 祐

- 一 レヒツシャイン法理の基調
- 二 レヒツシャイン法理の形成
- 三 レヒツシャイン法理の進出

一 レヒツシャイン法理の基調

「外觀は當てにならぬ」(Appearances are deceptive; L'apparence trompe; L'apparenza inganna; Der Schein trügt) という古語はいつごろどの民族によつていい出されたのかは知らぬが、まず世道人心の一面を道破した警句といつていい。しかし「人を見たなら泥棒と思え」という警句の反對に「渡る世間に鬼はない」との諺があるように、外觀必ずしも當てにならぬとは限らず、それを眞實の正直な表現として受取るべき場合もある。ところで問題はそれで済まされるほどに簡單ではない。抽象論はさておいて、例えば甲が乙から修繕を依頼された時計を横領して善意の丙に賣却し、あるいは甲が乙の實印と預金通帳とを窃取して善意の丙銀行より預金を引出して逐電したような場合に、乙を保護して丙に對する時計の返還請求権あるいは丙銀行に對する預金債権を依然として認めるべき

か、それともまた、丙を保護して時計の所有権取得あるいは預金の債務消滅を新しく認めるべきか、こういった問題が起きる。この場合において真正の権利者乙を保護し、その意に反して猥りに保持の利益 (Erhaltunginteresse) を奪われしめないことは、法律生活における静的安全 (securite statique) を確保するゆえんであり、これに反して外観の信託者丙を保護し、その豫期しなかつた事實にもとづき取引の利益 (Verkehrinteresse) を失わしめないことは、法律生活における動的安全 (securite dynamique) を維持するゆえんである。もちろん、物の所有権は所有権者の譲渡によつて始めて移轉すべく、また債務は眞實の債務者に辨済して始めて消滅すべきであるとする純粹論理からいえば、乙がその権利を確保しうるのが當然である。しかし取引の實際において丙は事物の眞相を審査することは殆ど不可能といつてよく、外観に一應信託するのを通常とする。しかもかくして始めて取引の圓滑旺盛化を期しうるのである。

惟うに今日の經濟社会は物財の交換を直接間接に目的とする契約關係の老大な集積として現われる。その集積をなす要素たるもろもろの契約は歴史的な連続性をもつて相互に依存關係に立つ。一の賣買が他の賣買に、賣買が寄託に賃貸借にまた手形關係にと、迅速廣汎に連り行く複雑無限の取引系列のうちで、もしも一の當事者に生じた無効の抗辯事由によつてそれ以後のすべての他の當事者のすべての行爲を遡求的に無効ならしめるとすれば、前者を信託して積重ねられてきた無數の法律關係は一瞬にして互壞し去らねばならない。かようなことは高度に發展した近代の流通經濟の需要に逆行する。しかも經濟の發展に伴い取引量は増大し、企業形態その他の取引機構の複雑化は法的に意義ある事項の把握を困難煩雜ならしめるから、前者の外観への信託は不當とはいえない。かくして隱微な眞相よりも相當な外観に優位を與えることは法律生活の便宜 (Zweckmäßigkeit) と衡平 (Billigkeit) とを全うするという重大な意義がある。このゆえに今日の私法は、意思表示・代理・時効・不動産取引・動産取引・債權取引・有價證券取

引など民商法域の各所において、いわゆる取引の安全 (Verkehrssicherheit) のために、現在の財産の所有者の利益を犠牲に供して、善意の第三者の財産取得を認める幾多の規範を定立しているわけである。かように見てくると、法律生活における實在 (Sein) と外観 (Schein) との齟齬は資本主義経済社会における取引法秩序の中心課題であるといつても過言ではない。この課題を取引法進化の尖端にある有價証券法の領域において最初に取り上げたエルンスト・ヤコビ (Ernst Jacobi) は、権利と権利外観との對立 (Gegensatz von Recht und Rechtschein) が今日ほどはつきりと意識される時代はないといつている。⁽²⁾ また同様な問題意識から包括的な権利外観理論 (Rechtsscheintheorie) の基礎を形成したモリッツ・ウェルスバッヒル (Moritz Welsbacher) は次のように述べている。「近代資本主義経済制度の興隆以來、第三者の法的地位と第三者の知らないまた知りえない内面的諸要因との牽連を切斷して第三者のために権利および法律關係の外部的表現形式を標準的のものとして宣言するところの諸規範を設定し、もつて取引の安全を保護するという傾向が、ますます有力に現われてきた」と。⁽³⁾ 近代法における外観尊重の思想の経済的社会的基盤についてこれ以上絮説を必要としないであろう。レヒツシャイン法理 (Rechtsscheinprinzip) はかようなところに取引の安全を保護する近代法の基本原理として説かれたのである。

しかしながら信用経済の發達、資本主義の高度化とともに立法上外観優越の規定がいよいよ多きを加えるに及んで、たんに取引安全の経済的需要のみをもつてそれらの規定を理由づけるだけでは、解釋面での偏狹な目的論信奉と適用面での安易な場當り主義とに墮する危険なしとせぬ。取引の安全のために外観に信賴する善意の第三者を保護すべきであるとの命題は法律構成として余りにも不充分である。「取引なる文字は現代法学における突撃の叫びとしてしばしば銃丸を不必要とする恐れられ、⁽⁴⁾ また「善意—それは物の所持人の變更あるとともにその價值を奇蹟的に増大して行く」と擲揄されるのも、⁽⁵⁾ ゆえなしとしない。「取引の要求」 (Le esigenze del commercio) また「善意の

保護」(La tutela della buona fede) という学者愛好の言葉は「いかにも尊敬すべきではあるが、しかしたんなる言葉にすぎず、法規を破ろうと思うときには易々と曲げることのできる文句である」と極言されても、仕方があるまい。しかもさらに重い有罪宣告を下す学者がいる。法曹社会主義のアントン・メンガー(Anton Menger)がそれである。彼は動産の善意取得その他物権法における取引保護への近代的發展を目して「所有権秩序に對する商業精神の勝利」を意味するとなし、次のようにいう。「貧窮のために欠乏に身を委ねざるをえない無産者に向つて所有権は神聖不可侵であるといつたところで、現にドイツ民法典の眞ん中に、公正に取得された所有權をしてかつての惡評高い没收による侵害より以上に酷なる侵害を蒙らざるをえないようにする諸規定が鎮座しているではないか。けだし、暴虐な君主や議会がいろいろな時代に公用徵收を行つたことはあるが、しかしそれらはなほ特定種類の財産に限つての一時的な處分行爲であつた。しかるに、今や民法典の規定によつて全國民財産が取引の安全のために限定的にもせよ恒久的に行われる徵收に服することになるのである」と。これらの論難はそれぞれの出發點において必ずしも同じではなく、従つて強調の度合も異なるが、到達點はいずれも取引の安全のために所有の安全が、動的安全のために靜的安全が、善意の第三者のために眞正の権利者が脅威に曝されることを指摘するにある。

(44)

取引の安全が犠牲なくして實現し難いとすれば、右の非難は一應尤もである。しかしこのことは所詮法律構成のいかによる問題である。今日所有者の取引相手方として登場する者も明日は所有者とならうと期待しているものであるから、靜的安全がある程度まで保障されるのでなければ、動的安全もその目的を達成することをえない。そこで靜的安全の基礎を危殆ならしめない限度で動的安全の要求を充たすこと、つまり取引の安全がその程度の犠牲をしか所⁽⁸⁾有の安全に要求しないものとして實現されること、これが法律構成の眼目とされねばならない。外觀優越の諸規定を基礎づけるレヒツシャイン法理は、かくして、取引安全の要求を基調とし、これに靜的安全の要求を調和させたもの

であることを要する。ヤコビによつて特殊的に、またウェルスパッヒェルによつて一般的に論じられた當時のこの法理は技術的構成の面でおお不十分な點を多く殘していたことは争ひえない。しかしそこには右のような意味でレヒツ・シャイン法理と稱するに足る理論の生成を認めることができるのである。われわれは次にこの法理の生成と發展を概観しよう。

- 1 Vgl. Paul Oertmann; Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtschein, ZHR 95, 1930, S.459. Cf. René Demogue; Les notions fondamentales du droit privé, 1911, pp.63 et suiv.81.
- 2 Ernst Jacobi; Der Scheck als Wertpapier, ZHR 63, 1909, S.86.
- 3 Moritz Wellspacher; Das Vertrauen auf äussere Tatbestände im bürgerlichen Rechte, 1906, Einleitung VII.
- 4 Reichel, in Grünhut Zeitschrift Bd. 42, S.175. (ただし田島順「民法一九二條の研究」五八〇頁から引用)
- 5 Karl Binding; Ungerechtigkeit des Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten, 1908, S.27.
- 6 Giuseppe Stolfi; L'apparenza del diritto, 1934, p.14.
- 7 Anton Menger; Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 3.Aufl., S.124ff. メンガアの思想については小樽經專「社會經濟研究」四號の拙稿「アムトン・メンガアの永逝四十年」に論じた。そこで強調しておいたように、メンガアの本書は現存法秩序としてのドイツ民法に對する「批判」なのであつて、その下では無産階級のために何が失われるか、いかなる不法な結果が生ずるか、を述べているのである。本文引用のとき激越な論調のゆえに、ただちに所有權絶對の舊套を株守すべしと彼が提唱しているものと解するならば誤りである。なおこの箇所についてはウェルスパッヒェルの批判がある。曰く、「國民財産はさような取引安全のためにする沒收に極めて容易に耐えうるものであつて、現に永い間さしたる損害もなく耐えてきているとわたくしは信ずる。一方において所有權の安固から奪われるだけのものは、他方において所有權の安固に與えられるのである。『取引の安全』は、かの暴虐な君主と異つて、沒收物件を着服するのではないから、國民財産と別異の第三のものではない。メンガアの陰鬱な解明通りに近代取引法を見うるためには、眞黒な色眼鏡をかけて眺めなければならぬのである」と。Wellspacher, a.a.O. Einleitung IX. これは國民經濟の自足完了性をいつたものと思われるが、いつところの「所有權の安固」なるものは廣く私有財産制の意にして、取引の安全に對する所有の安全の意ではないであらう。取引安全の保護によつ

レヒツシャイン法理の課題

て國民財産内部で所有權の消滅しただけのものは又新たに取得されるとしても、このゆえに所有の安全が一方に害されただけ他方に益されるとはいえない。所有權の取得は所有の安全の問題ではなく、取引の安全の問題であるからさようにいうことは同語反覆となるだけである。

8 鳩山秀夫「法律生活の靜的安全及び動的安全の調節を論ず」民法研究第一卷（總則）五〇頁參照。

二 レヒツシャイン法理の形成

レヒツシャイン法理の理論的構成は今世紀初頭のドイツ私法学が課題としたものである。もつともその萌芽はすでに前世紀末葉におけるオット・ベア（Otto Bähr）の契約理論⁽¹⁾やハインリッヒ・ブルンナー（Heinrich Brunner）の證券理論⁽²⁾の中にこれを見出すことができ、さらに思想史的にはカント（Immanuel Kant）やそれ以前の自然法論者⁽³⁾にまで遡りうるとされるのであるが、しかし本格的なレヒツシャイン研究の課題は、動産の善意取得に關する正統理論たるいわゆる處分權限説（Legitimationstheorie）が「他人の悪意の前には太陽に照されたバタ⁽⁴⁾のごとく融け去らねばならぬ」と致命的に批判されたのを機縁として、一九〇六年ウエルスパッヒェルがその有名な「民法における外部的事實への信賴」（Das Vertrauen auf äussere Tatbestände im bürgerlichen Rechte）なる一書に展開したそれへの修正理論によつて、先鞭をつけられたといふべきである。もつとも彼自身はたんにさような修正理論として自己の理論を性格限定することなく、雄大な構想の上に立つて、經濟的には資本主義の高度化に伴う取引保護の要請を洞察し、歴史的には中世ドイツ法における外觀尊重の類法現象を回顧し、思想的にはカントの法哲学に滲み出た義務至上の倫理觀を味得し、さらに法理的にもドイツ民法上の實證にとどまらず、オオストリヤ民法の中に、フランス法さてはイギリス法の中にすら論證の筆を進めるのである。しかもその間克明な學說援用をもつてこの壯圖を首尾

(47)

全うせしめているので、レヒツシャイン法理とこそ名は打たぬにせよ、彼の所説はこの法理の全貌を髣髴たらしめる感がある。ともあれ彼は自己の理論を本書において「成文法規または取引通念により一定の権利・法律關係その他の法的意義ある要素の表現形式(Erscheinungsform)をなすと認められる外部的事實に信賴して法律行為的に行動する(rechtsgeschäftlich handeln)者は、その事實が信賴保護によつて不利益を蒙る者の協力(Zutun)をえて發生したものであるときは、その信賴を保護せられる」と總括して、レヒツシャイン法理の基礎を形成した⁽⁵⁾。彼の第一の功績は、善意はそれだけで保護に價するものではなく、一定の外部的事實に對する信賴にして始めて保護に適すること、換言すればそれらの事實は信賴の客觀的基礎(Objektive Grundlage des Vertrauens)を與えることを明かにした點に見出される。彼はこの「善意を正當化する外部的事實」(der den guten Glauben rechtfertigende äussere Tatbestand)を登記簿と占有との二基本型に従つて二群に分ち、立法または取引によつて作られた技巧的な外部的事實(Künstliche äussere Tatbestände)と法律生活の中に與えられた自然的な外部的事實(natürliche äussere Tatbestände)とのそれぞれについて善意保護の適用を仔細に論じている⁽⁶⁾。いまその適用範圍をウエルスバッヒェルの説く順序に従つて示せば次の通りである。

(一) 占有および土地登記簿

(二) 技巧的な外部的事實

(1) 社團登記簿

(2) 婚姻登記簿

(3) 夫婦財産制登記簿

(4) 相續證書および遺言執行者證明書

レヒツシャイン法理の課題

(三) 自然的な外部的事實

(1) 證書

(a) 債務證書

(b) 讓渡證書

(c) 代理權および授權證書

(2) その他の外部的事實

かように適用範圍を技巧的ないわゆる公示方式 (Publizitätsform) の外に廣く擴充したことは、體系的な學說としてのレヒツシャイン法理の樹立に大きな示唆を與えた。⁽⁷⁾ しかしながら信賴保護によつて利益を受ける者の側の説明はそのままでは信賴保護によつて不利益を蒙る者の側の説明とはならない。前者の説明においていかに卓越せる學說も後者の説明に欠けるところがあるならば、レヒツシャイン法理の構成としては片手落ちである。動的安全の保護のために靜的安全の基礎を危殆ならしめてはならぬからである。ここにウエルスパヒェルは信賴保護の根據づけの一方に損害甘受の理由づけとして外部的事實の成立に對する「協力」という觀念を持ち出しているのである。だがこの單純素朴な觀念をもつて信賴保護の適用に關する一般的な制限を明示しえたとはいえない。彼はこの觀念を解釋するための法律上の眼目が大抵の立法の中に與えられていると述べているが、人をして首肯せしめるに足りない。⁽⁸⁾ この點の加工をなしとげたのがヘルベルト・マイア (Herbert Meyer) である。

(48) 一九〇九年マイアはその著「ドイツ民法における公示原則」 (Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht) にあつて「占有および登記のみならず、すべての知りうべき定型的な權利表現形式は權利推定の基礎となり、レヒツシャインを發生せしめる」と主張し、⁽⁹⁾ この見地から非權利者からの權利取得が認められるのは「權利

者がレヒツシヤインの對抗を受けるべき原因を與えたか、または少くとも原因の矯正を看過した場合において」であると説明した。⁽¹⁰⁾ 彼によればこの原因主義 (Veranlassungsprinzip) は萬人の萬人に對する關係において相對的正義 (relative Gerechtigkeit) を實現すべき社会的使命を有する私法の領域では充分な存在理由をもつのである。中世ドイツにおいて動産につきハンド・ワレ・ハンド (Hand wahre Hand) の原則が認められるに至つたのはかような法思想の現われである。この原則は古代ゲルマン法に根ざすゲウエレ (Gewere) なる特色ある物權法的制度から派生して發展したものである。物權の存在および變動を占有と所有、事實上の状態と法律上の状態とに區別したロマ法とは異り、ゲルマン法ではすべての物權變動はゲウエレの面において考えられ、ゲウエレの中に現われな物權は存在しえなかつた。このことは眞正の權利が存在しないときにもゲウエレが存在するかぎり一應權利が存在するかのとき推定を生ぜしめるのであつて、かかる推定はゲウエレに公知的な瑕疵が成立するまで存在したものである。すなわち動産が盜難等により本人の意思にもとづかずして失われた場合彼は叫び (Geleit) とこれに次ぐ追跡 (Spürfolge) とによつて取戻すことをえたのであつて、かかる手續をふむことによつてゲルマン法ではアネファンク (Anefang) の訴を可能ならしめたのであつた。これは權利の公知力 (Kundbarkeit) たるゲウエレに公知的な瑕疵を與えることを意味したのである。しかるに一方本人の意思にもとづいて占有を移轉した場合は公知的な瑕疵なく、ゲウエレの所持人たる賃借人・受寄者等は一應權利者らしき外觀を具えるところから、ゲウエレを第三者に譲り渡す資格を法により與えられていると考へられたのである。そしてこのことは、反面において、動産につきかような外觀を成立せしめることに協力した者すなわち賃借人・寄託者等は賃借人・受寄者等のみ該動産の返還を請求しうべきであり、第三取得者にまで追求する權利をもたないとの思想をもたらしめた。これが「汝の與えたるところに求めよ」——「手は手を守る」——の原因主義の原則である。ここに占有と本權とを區別し「何人も自己の有するよ

り以上の権利を他人に與えることをえず」(Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet)の原則を固執したロ・マ法との鋭い對立が見られる。個人的要素を絶対視するロ・マ法の原則に對して、ゲルマン法上の公知力の原則はギイルケが「私法における社会的要素」(das soziale Element im Privatrecht)と稱したものと一致する。個人はただ大きな全體の分枝としてのみ尊重せられるのであるから、個人法もまた「社会的油の點滴によつて滲透せられる」(von einem Tropfen sozialen Oles durchsickert)のでなければならぬ。マイアの言葉によれば、「恰も楯の紋章のように公然と自由に見せびらかされ、部族の村邑の國家の仲間たち(Volksgenossen, Markgenossen, Rechtsgenossen)に知れ渡つたものが權利なのである。」(11)「私法の社会的使命は、刑法におけると異つて、かような定型的形式主義(der typische Formalismus)の中に相對的正義の思想を流露せしめる。今日取引の要求(Bedürfnis des Verkehrs)はこの相對的正義の實現を活潑に推し進めている。損害賠償責任理論の新展開はそのことを裏書きする。すなわち「過失なければ責任なし」(Ohne Schuld, keine Haftung)の原則を越えて、與因あるところ歸責ありの原則を立てねばならなくなつてきた。學者はこれに對しロ・マ法的過失(Culpa)の概念の擴充によつて説明を與えようとする。(12)しかし問題は、例えば電信を利用したことにより善意の相手方に不測の損害を與えた表意者の場合のごとく、過失という内面的契機でなしに表示という外面的契機にある。表意者がどの程度に過つて行爲したかは相手方にとつてどうでもいい事情である。ロ・マ法的ドグマによつてではなしに、平均的正義の思想に立脚して原因主義の理論を構成せねばならぬゆえんである。以上のような法史学的また解釋学的考察にもとづいて、マイアは一原因主義を加味したレヒツシャイン法理が確立せられるに及んで、從來の意思表示・有價證券・舉證責任等の私法上の諸問題を中心とする論争は何處に残るか」というのである。(13)レヒツシャイン法理の構成はマイアの理論によつて大體の骨組を與えられた。レヒツシャイン法理なる稱呼も彼によつて確定的に使用されるようになったよう

である⁽¹⁴⁾。それはもはや處分權限説への修正理論たる意義を決定的に止揚して、「たんに物權法の領域にとどまらず、全ドイツ民法の支配的原理として」活躍するに足る法律構成を獲得したのである⁽¹⁵⁾。

マイアの確信に充ちた原因主義の理論が世に出たその同じ年、處も同じブレスラウ大学の總長就任講演において、オット・フィッシャア (Otto Fischer) は、マイアの趣旨に賛同しつつ⁽¹⁶⁾、さらにこの法理の普遍的意義を強調して「法律生活における實在と外觀」(Sein und Schein im Rechtsleben)なる課題を掲げ、レヒツシャインの意義は從來知られていたレヒツシャインの個々の効力を越えて廣汎な領域にまで及ぶものであることを示した。例えば、死亡宣告 (Todeserklärung) を法律的死亡者外觀 (die juristische Totenschein) と呼んで、これがレヒツシャインの効力なる旨を認めたとときは、この法理の擴充に大きな影響を及ぼしたものである。なおマイアにあつては、レヒツシャインの發生に原因を與えたか、または原因の矯正を看過したのでないかぎり、權利者は保護されると述べて、動的安全の保護のために靜的安全の基礎を危からしめない消極的な要件を示したのであつたが、フィッシャアにあつては、さらに積極的に靜的安全の基礎確保のために、レヒツシャインの成立に加擔したか、または少くともその存續を放置した權利者は、讓渡人その他に對する不法行為上の賠償要求または不當利得の返還請求の限度で、自己の利益を擁護しうることを指摘している⁽¹⁷⁾。取引の安全を基調としてこれに靜的安全を調和せしめた廣汎な適用範圍をもつ外觀尊重の一體的法理はここに確立を見たのである。

一般に體系的學說としてのレヒツシャイン法理はウエルスパッヒェルをその最も暗示的な前驅者としてマイア、フィッシャアによつて創造せられたと見られているが、⁽¹⁸⁾ 個々のレヒツシャインの研究では、夙に一九〇一年以來數ある著作の中でこの法理の適用を論じたヤコビの業績を見逃すことはできない⁽¹⁹⁾。とくに一九一〇年の彼の「意思表示論」(Die Theorie der Willenserklärungen) は年來徐々に修正せられて出來上つた縷骨の結晶に相應しくレヒツ

シャイン法理の確乎たる構成を呈示している。すなわち彼の要約によれば「表示が効力を生ずるのは、第一に、通常は表象の喚起が意欲されたものであるからであり、第二に、時としてそれが意欲されなかつたにしても、表示者の意思の外観が存在し、かつ、これが彼の責に歸すべき仕方では喚起されたものであり、そして相手方がこれに信頼したのであるならば、表示は一定の範囲において効力を生ずるのである。」⁽²⁰⁾「意思なき表示の効力が本権なき占有の効力と同様レヒツシャインの効力であること、これによつて明かであり、しかもそこに原因主義の理論によるレヒツシャインの法理の按配があることを注目せねばならぬ。彼のレヒツシャイン特殊研究は主として有價證券法に關するものであるが、その一般的立場は本書において根本的に定まつたといつてよい。彼は書いている。「權利と權利外観との對立」ある場合に「レヒツシャインの効力を生ずる根據は、レヒツシャインを形成する事實は精選されたものであるから壓倒的多數の場合において權利が存在するものであるとの點に存する。ゆえに訴訟においてレヒツシャインは立證推定を正當化し、取引においてレヒツシャインは何人も信頼する理由があるのである」と。⁽²¹⁾そして彼によつてもまたこの法理は「全ドイツ私法を貫く基本原理」(ein unser gesamtes deutsches Privatrecht durchziehender Grundsatz)なのである。⁽²²⁾

ヤコビが居つたミュンスタ、大学では當時レヒツシャイン研究が旺んであつて、⁽²³⁾なかでもネエンドルupp (Hubert Naendrup) とクリュックマン (Krickmann) の二人は早くから最も熱心なレヒツシャイン論者であつた。

まずネエンドルuppの學說を理解しよう。彼はマイア、フィッシャアがレヒツシャインの廣汎な意義を力説した翌一九一〇年にこれに刺戟せられて、研究七年の成果をひとまず取り纏め、ヤコビの意思表示論と殆ど時を同じうして發表した。⁽²⁴⁾「レヒトシャイン研究叢書」(Rechtschneisforschungen) と銘付つたその野心的勞作は表題のレヒトシャイン (Rechtschein) なる專用語において從來のレヒツシャイン (Rechtschein) なる通用語と異つた獨特の印象

を與えるのみならず、この語表に盛り込む概念においてもより豊富な内容とより廣汎な領域とを豫定している點たしかに独自のものがあつた。本叢書は「レヒトシャインの概念とレヒトシャイン研究の任務」(Begriff des Rechtsch-eins und Aufgabe der Rechtsch-einsforschung)と題する第一巻と「ゲウエエレの諸理論」(Die Gewere-Theorien)と題する第二巻との二部作から成り、以下續刊を計畫していたようである。⁽²⁵⁾ 彼がゲルマン古法に根ざすゲウエエレの制度の學說史的研究所をレヒトシャイン研究の一環としたについては若干説明を要する。先述のごとくレヒトシャイン法理は物權法上の正統理論たる處分權限説を修正するところに誕生を見た。ところで處分權限説の正統性はギイルケ一派の説くようにゲウエエレに由來する。従つて處分權限説の難點を克服するためにはレヒトシャイン論者たる者まずゲウエエレの研究から手を染めてかからねばならぬ。しかも、かような處分權限説との關連は別にしても、ゲウエエレはドイツ固有の物權公示制度として近代ドイツ法における公示原則の歴史的淵源をなすから、この原則の及ぶ範圍において、またこの原則を基本として、レヒトシャイン法理の構成を企圖する者は是非ともゲウエエレ研究の關門をくぐらねばならない。いわばレヒトシャイン法理草分けの人々はいずれもこの點に重大な關心を示したものであつた。⁽²⁶⁾ とりわけウエルスパッヒェルやマイアのごときは相當の精力を傾注してこの準備工作に當つてい⁽²⁷⁾る。しかしながらゲウエエレの性質および効力の解明をめぐるいわゆるゲルマニステン(Germanisten)の無數の學說が林立し、年久しくも華々しい論争の歴史をくりひろげてきたことを思えば、ゲウエエレ研究はまずもつて至難の課題である。「ゲウエエレの諸理論」において、ネエンドェルuppはこの課題をゲウエエレの信憑しうべき學說史の上に丹念に取り上げて、そこからレヒトシャイン問題へと迫る足場を固める。彼によればゲウエエレの概念に關する従来の諸説は一元説(Monismus)と二元説(Dualismus)とに分たれるが、後者は稀で、論争は一元説の中で占有説(Besitztheorie—Laband; Heusler)と權利表現形式説(Rechtsformtheorie—Huber; Gierke)との對立に

要約される。ところがゲウエエレの態様には單純な事實的支配の有體的ゲウエエレ (Leibliche Gewere) とかかる事實的支配なき觀念的ゲウエエレ (ideelle Gewere) と事實的支配たと同時に權利表現形式でもあるところのゲウエエレとの三者が存在する。だから有體的ゲウエエレから出發する占有説は觀念的ゲウエエレの面で破綻し、觀念的ゲウエエレを起點とする權利表現形式説は有體的ゲウエエレの面で失敗に歸する。ここにネエンデュルプは「ゲウエエレの最高の概念は占有でもなく物權の表現形式でもなく、占有にせよ物權の表現形式にせよ、そのいづもが現われる場たる第三のもの、すなわち一の法律的要件 (Faktbestand) である」と斷じて、²⁸⁾ 前人の足跡に據りつつ前人未踏の秘地に趨くのである。しかもなお彼によれば、「權利表現形式説は、公然と實在する權利表現形式の構成部分としての、換言すれば權利表現構成部分としての、略言すれば真正の權利表現形式 (wirkliche Rechtserscheinungsform) としてのゲウエエレと、法仲間 (Rechtsgenosse) または裁判官のために存在する權利表現形式の外観としての、別言すれば表見上の權利表現形式 (scheinbare Rechtserscheinungsform) としてのゲウエエレとを區別するという仕方²⁹⁾で嚴密化する必要がある。」ゲウエエレの概念に關する以上二つの發見はレヒトシャインの概念に關する彼の新説に重要な示唆を與えた。すなわち彼のレヒトシャイン概念はその「レヒトシャイン研究叢書」第一卷に素描されるように一の法律的要件として抽象的存在と具體的存在との兩面的意義において考えられる。前者は法の表現形式たる意義であり、後者は權利の表現形式たる意義である。しかも抽象的レヒトシャインも具體的レヒトシャインもそれぞれ真正のレヒトシャインと表見上のレヒトシャインとに分たれる。前者は正義の理念、理想的原權 (Urrecht) の真正な表現であり、後者はその外觀である。かくして彼によればレヒトの表現態様は次の七つのシャインに區別せられる。³⁰⁾

I 抽象的レヒトシャイン

1 法の表現形式

2 法の創造に當り客觀的判定者としての法協同體のために抽象的に存在する權利の法的外觀

3 同じく法の創造に當り客觀的判定者としての法協同體のために抽象的に存在する權利の事實的外觀

II 具體的レヒトシャイン

1 具體的權利の表現形式

2 法仲間すなわち主觀的判定者としての善意取得者のために具體的に存在する權利の事實的外觀

3 客觀的判定者としての裁判官のために具體的に存在する權利の法的外觀

4 客觀的判定者としての裁判官のために具體的に存在する權利の事實的外觀

事實的外觀と法的外觀との區別は權利を基礎づけるものが法と事實とであるところと存する。そうした外觀の中に權利の實在を判定する法協同體および裁判官は私的信頼者とは異つて客觀的判定者であるが、その判定は必ずしも客觀的に眞實公正であるとは限らないから、結局一般的經驗律によるというのほかはない。しかしこの一般的經驗律による判定に法的根據を與えるべきものは「社会的占有狀態」(sozialer Besitzstand)に對する法協同體(Rechtsgemeinschaft)の理性的認識である。⁽³¹⁾ 裁判官もまたかかる認識の表現たる準據法規の欠缺のあるかぎりで個人的占有狀態の理性的認識のためいわゆる「欠缺の解釋」を行わねばならぬ。私的信頼者のなす主觀的判定は「法の不知は許さず」(ignorantia iuris nocet)の原則に従い法的外觀については認められない。しかし事實的外觀に關するその判定といえども法的保護を受けるためには法的信憑性ある事實的外觀に關するものでなければならぬ。かような法哲學的考察を基礎にネエンドェルuppは「法協同體のために存在するレヒトシャイン」、「裁判官のため存在するレヒトシャイン」、「法仲間のために存在するレヒトシャイン」の三部門のレヒトシャインについて解釋學的問

題點を指摘する。⁽³²⁾ ます第一の部門については訴訟以前の法律効果を與えられた権利の事實的外觀 (Präsumptio iuris et de jure) と推定を設ける権利の事實的外觀 (Rechtsvermutung) と訴訟以後の法律効果を與えられた権利の事實的外觀との三種のレヒトシャインを區別する。この區別は法協同體の判定にとつて外觀がもつ強度の差異による。⁽³³⁾ 第二の部門については訴訟上の効力をもつ権利の事實的外觀すなわち訴權要件とくに證據問題に關する裁判官の推定 (richterliche Vermutung) を論ずる。そして訴權とは私法的實體權の外觀を保護することを請求する権利であると見て、これをレヒトシャイン保護請求權 (Rechtschuttsanspruch) と名付ける。⁽³⁴⁾ 第三の部門すなわち法仲間のために存在するレヒトシャインは最も多く解釋學的興味を集中する領域であつて、いわゆる「私法におけるレヒトシャイン」として一般にこれがレヒトシャイン研究の唯一の部門であるかのように觀念されている。ネーデルユルップもまたここでは解釋學的に相當詳密な論述を試みている。要約するにこの部門のレヒトシャインは次のような効力發生の要件と適用範圍の體系とにおいて理解せられる。効力發生の要件としては⁽³⁵⁾

(56)

- (一) 重大な過失なくして外觀に信賴したこと
 - (二) その外觀は法律によつて信憑しうるものと一般的に認められたものであること
 - (三) 通常、外觀の發生または存續が善意保護によつて不利益を蒙る者の意思または過失にもとづくこと
 - (四) 時として、外觀の存在が彼の意思または過失に歸せられない場合でも (イ) 彼が少くともそれに原因を與えたか (ロ) 原因もまた全然彼に歸せられないときにも特別な便宜または衡平の理由が存在すること
 - (五) 外觀への信賴者が、窮極において、當該権利の目的物たる有價物または生活財を獲得し保持し完成せしめるために自ら價値または財貨を提供し、もしくはは提供することを常とすること⁽³⁶⁾
- である。次に適用範圍の體系としては

1 権利の外観への信頼の保護

a) 権利譲渡の外観への信頼の保護

α) 一般的な財産権たる相續權の外観

β) 相續權の外観とは獨立に存在する個々の特別な財産権の外観

b) 自己権利の外観への信頼の保護

2 権利の個々の要素の外観への信頼の保護

a) 譲渡をなす権利主體またはその代理人の外観

α) 権利譲渡行爲の外観、とくに意思表示の外観

β) 権利客體の外観

γ) 従たる権利の法的基礎の外観

b) 自己権利の外観への信頼の保護

である。以上のごとくネーエンデュルプは解釋学上最も問題のあるこの領域において従來のレヒツシャイン法理をさらに擴充深化し、いわゆる公示原則の埒内で認められる善意保護のすべての場合に亘つて法律構成の仔細な加工完成をなしとげようとする。その構成の要件面では、信頼者に重過失あるときは信頼保護を受けえないものとしたこと、信頼保護によつて不利益を受ける者の歸責の理由づけを各場合に即して分明ならしめ、とくに與因がない場合には便宜または衡平の理由にもとづき歸責を考へるべきものとしたこと、また信頼保護を受けうるのは原則として信頼者の有償取得の場合であることを明かにしたこと、が別して注目される。さらにその構成の適用面では、権利譲渡の外観のほか自己権利の外観、たとえば取得時効の場合をも含ませたこと、狹義の財産法の領域を越えて家族法の領域

にも及ぶことを示したことが、が顕著な特色である。ネエンデュルップの学説はウエルスパッヒェル、マイア、フィッシャアの諸説のあとをうけて、一層これを厳密化し、また體系化し、より高い視點とより廣い視野とを興えようとしたものであつて、ここに従來のレヒツシャイン法理は取引安全の法理たる性格を越えて、ひろく法律による社会生活の安全確保のための一般理論的性格の法理として再構成されるべきことを課題とするに至つた。⁽³⁷⁾ 彼は叢書第一卷の末尾において「かくしてロマニストにもゲルマニストにも、法哲學者にも解釋學者にも、廣汎な畠がひらける。その耕作は法學的構成の領域に一變革をもたらし、理論的にも實踐的にも重要な多くの問題解決を生み出すであろう」と述べて自己の理論を自然科学におけるラディウムの發見に比する大膽な結語を掲げている。⁽³⁸⁾

ネエンデュルップのレヒツシャイン研究叢書の發表に前後して印刷中であつた同僚クリュックマンの「不能論への補足」(Nachlese zur Unmöglichkeitstheorie)なる二百余頁に及ぶ大論文は同じ年の一九一〇年にイエエリング年報五卷において公にされた。彼はロマニストのしかも訴訟法學者であるが、恰もネエンデュルップの学説を側面から支持するかのやうに、レヒツシャインを「訴訟外のレヒツシャイン」(der ausserprozessuale Rechtschein)と「訴訟上のレヒツシャイン」(der innerprozessuale Rechtschein)との二つに分つて詳論する。前者は實體法上に規定され、または事實として承認されているものであり、これを彼は「眞實の權利または假象の權利の上の占有」(Besitz an einem wahren Recht oder an einem Scheinrecht)と觀念する。⁽³⁹⁾ 後者はかかる權利占有 (Rechtsbesitz)としてのレヒツシャインの訴訟上における効力に着眼したもので、従來の訴權論争に一石を投じようとの意圖に立つ。すなわちこれまで權利保護請求權 (Rechtsschutzanspruch) と呼ばれたものは實はレヒツシャイン保護請求權 (Rechtsscheinschutzanspruch) にほかならず、このことをゲルマニステンも訴訟法學者も見逃してゐたのである。⁽⁴⁰⁾ かくしてクリュックマンは訴訟の内外に亘つて「レヒツシャインこそすべてである」(Rechtsschein

ist alles)との感激的な結論を下す。⁽⁴¹⁾ともあれレヒツシャイン法理は彼の業績によつて今や本格的に訴訟法の領域にまで躍進せしめられた。越えて一九一二年彼はロマニストたる自己の蘊蓄を傾けて「普通法の理論における物占有、権利占有、権利外観」(Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts)なる論作を世に問うた。ドイツ民法典實施前におけるドイツの普通法はロマニ法繼受の所産であるから、そこでのレヒツシャインの効力を問題にすることは、やがてロマニ法におけるそれをも比較法的に問題にすることを可能ならしめる。従來のレヒツシャイン論者がいずれもゲルマニステンのゲウエレ研究から出發しているのに對してそれを補完するべく、⁽⁴²⁾彼がロマニストとしての見地から立論を思い立つた動機はそこにある。本論文においてクリュクマンは前論文の立場を踏襲し、まず物占有の觀念を否定して、すべての占有は権利占有であると理解し、「これは本來、相手方または他人の善意が存在しない場合にも、完全な効力を有するものと考えられる」となし、これをレヒツシャインと同視するのである。⁽⁴³⁾この點は通説のいわゆるレヒツシャイン概念との著しい差異を示すものといふべく、この概念の大膽な擴充を試みたネエンドルップにおいてすら實體私法上においては法仲間のために存在するレヒトシャインにつき善意を効力發生の要件に掲げているのであるから、法律構成の問題として見ればこれは一大變革といわねばならない。しかしクリュクマンは、だからといつて無制限なレヒツシャインの効力を認めようというのではなく、權利占有は眞實には占有者に屬さない當該權利を行使しうべき「法的に承認せられた可能性」(die rechtlich anerkannte Möglichkeit)であるとするのである。⁽⁴⁴⁾ここに彼は法的承認を興える國家の立場からレヒツシャインを眺めているように思われる。それはネエンドルップのいわゆる「法協同體のために存在するレヒトシャイン」を想起せしめるといえないこともない。ただクリュクマンにあつてはその法的承認は「因果關係」(Kausalität)の認定の問題として説明せられるのである。⁽⁴⁵⁾

レヒツシャイン法理の課題

ネエンドェルuppおよびクリュックマンがレヒツシャイン概念に與えた外延の擴張や意義の強調は、レヒツシャイン法理をもつてもつばら私法解釋の技術的な原則となしそこにのみ学問的價値を見出す者の立場からすれば、徒らにレヒツシャインの説明を迂遠ならしめ、觀念の遊戯を演ずるものとしか受取られないであろう。かような極論はひとまず別としてもレヒツシャイン研究の解釋学的方法是充分尊重しなければならぬし、その法史学的また法哲學的研究方法の偏重が現行法の解釋論の無視に到る危険も大いに警戒しなければならぬ。レヒツシャイン法理は元來取引安全の法律構成を明確ならしめるためのものであつた。よしんばレヒツシャインの概念を信賴保護の場合にのみ制限すべきでないことを明かにしようとした彼らの努力を正當とするも、なおレヒツシャインの法理の體系中における原則的な場合は信賴保護のそれである。して見れば彼らの「迂路はレヒツシャイン法理の評判を低下せしめるに役立つだけであると觀ぜられる。かういつた警告を發する者が現われたのである。マイアである。⁽⁴⁶⁾彼は曩にレヒツシャインの廣汎な意義を力説した一人であるが、その彼をしてかような穩健論を吐かしたゆえんものは、ネエシデュルppやクリュックマンの努力がいまだ学問的に未決の問題を包藏して、正直のところ課題の提出にとどまつていところにあるであろう。ウエルスパッヒェルによつて先鞭をつけられて以來次第に歩を延べてきたレヒツシャイン研究はここで再検討の段階に入る。一九一二年クリュックマンの權利占有論が出た直後のドイツ学界は漸くそのような動きを見せ始めた。すなわち、マイアの警告とともに注目せねばならぬ同年の論作として、ウォルフガング・シュティンツィング (Wolfgang Stintzing) の「占有、ゲウエレ、レヒツシャイン」 (Besitz, Gewere, Rechtschein) を挙げねばならない。彼はレヒツシャイン概念の混亂ということを極度に警戒し、普通法上の占有理論やゲルマニステンのゲウエレ理論のごとき論議百出の虞あるものをレヒツシャインの説明の中に持ち込むことを避け、結局「取得者が第一に信賴しまたは信賴しうべきものは、引渡または登記の同意の中に存するところの、處分者自ら處分權を

有するとの告知 (Kundgabe) であると解することにより、⁽⁴⁷⁾レヒツシャイン法理に修正を加えようとする。とくに、不動産登記と動産占有とは共に権利の表現形式として同一の機能を有するとするゲルマニステンの理論が発見した思想に對しその不統一性と矛盾を指摘する點で、その思想を出發點とするウエルスバッヒェルと、⁽⁴⁸⁾したがつてまた殆ど全部のレヒツシャイン論者とも袂を分つ。しかしシュティンツの修正はレヒツシャイン法理の出發點に關するものであるから、その實際適用上どのような結果に立ち到るかは必ずしも明かではない。この點でその後もつばら解釋学的見地から積極的に從來のレヒツシャイン法理に關する諸説に適用範圍の限定を加えようとする傾向が出てきたことは極めて重視すべき事實である。一九三〇年有名なパウエル・ヘルトマン (Paul Oertmann) がものした「レヒツシャイン理論の本義」 (Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtschein) はさような動向に決定的な影響を與えた。彼によれば、ここ數十年來「レヒツシャイン」については幾多の士が喋々したが、その概念についてはいまだに學說に徑庭がある。なるほどその用語はますます普及してきたし、また今では決定的な反對者もほとんど稀である。しかしレヒツシャイン論者の中にはネンデルプヤクリュクマンのごとくレヒツシャインの外延を不當に擴張したりその意義を余りに高調しすぎる者がいる。これらの極端な新説提唱者に警告を與えた穩健派のマイアすらもが「取消とはレヒツシャインに對して實體的權利を主張することであり、それが遡及効を有するものゆえである」と述べて、⁽⁴⁹⁾取消をレヒツシャインとの關連に引き入れようとした。また死亡宣告によつて設けられる推定もマイアがレヒツシャインの効力として説いたところである。⁽⁵⁰⁾かようなものはある意味でレヒツシャインと同類のものであるか、偶々同類の中に押し込められたものであつて、これに對しレヒツシャインの問題領域を限定する必要がある。況んやネンデルプヤクリュクマンが説くほどに廣義のレヒツシャイン概念は、論理學の古い原則にある通り、外延の擴張によつて内包の豊かさを犠牲にするもので、その學問的價值は疑わしい。かかる廣義の概念はある

意味で可能ではあるが、しかし解釋学上は無價値であるから、これに代えて狹義のレヒツシャイン概念を獲得すべきである。この概念こそすべての適用例において法的判断の統一性を與える尺度である。それは勿論現行法の中から獲得されるように思われる。その範圍は大體ウエルスパッピェルが總括した信賴保護の各場合に亘るであろう。わたくしの見るところでは彼の書物がこれまでの全レヒツシャイン文献中最も優れている、とエルトマンはいうのである。⁽⁵¹⁾最後に彼は多數の興味ある重要なレヒツシャイン適用例が商法の中に存在することを指摘している。例えば表見商人 (Scheinkaufmann) や、とくに株式会社法について見出される、と述べているのは、⁽⁵²⁾従來のレヒツシャイン文献が主として民法に關するものであつただけに、彼の解釋学上の嚴格主義的態度にもかかわらず、レヒツシャインの本格的な活躍舞臺がどこにあるかを示唆して興味深い言葉であるといふべきであろう。

以上に概観したレツシャイン法理の学説史的形成過程は、總體としてのこの法理の構成を課題とした主要な学者の業績を跡づけたものであるが、例えばヤコビのごとくもつばらレヒツシャイン特殊研究に従事した学者でも多年に亘る多數の論作を通してこの法理の全體的構成に大きな寄與をなしたかぎりで、そのような箇所は一應觸れておいた。なおヤコビの書いたもの以外にもマイアやネエンデュルップの筆になる克明なレヒツシャイン特殊文献がある。クリュクマンの訴訟法上のレヒツシャイン理論も特殊研究に入れておかねばならぬし、その他にも諸家の特殊文献があるこれらの文献はレヒツシャイン法理適用の重要問題の所在を示すと思うので、左にその主なるものを列記する。⁽⁵³⁾

- ヤコビ「ドイツ帝國民法における有價證券」(Die Wertpapiere im Bürgerlichen Recht des deutschen Reiches, 1901)、「賦権手段としての有價證券」(Das Wertpapier als Legitimationsmittel, 1906)、「有價證券としての小切手」(Der Scheck als Wertpapier, ZHR 63, 1908, S. 86 ff.)、「意思表示論」(Die Theorie der Willenserklärungen, 1910)、「民法における有價證券」(Die Wertpapiere im Bürgerlichen

Recht, bei Ehrenbergs Handbuch IV Ab. I, 1917) '「有價證券概念のそのその」 (Zum Wertpapierbegriff, ZHR 85, 1921, S. 21ff.) '「有價證券法」 (Recht der Wertpapiere, 1925) '「手形小切手法概論」 (Grundriss des Wechsel- und Scheckrecht, 2A, 1926) '「有價證券法大綱」 (Grundriss des Rechts der Wertpapiere im allgemeinen, 1928) '「有價證券法におけるレヒンマンの理論の新たな展開」 (Neue Angriffe auf die Rechtschein im Wertpapierrecht, ZHR 98, 1933, S. 1ff.)。

ハイプ 「土地のたんに外觀的な構成部分の法的性質」 (Die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks, 1905) '「死亡のレヒンマンのそのその」 (Vom Rechtschein des Todes, 1912) '「商業登記簿の表示と支配権の撤回」 (Handelsregisterklärung und Widerruf der Prokura, ZHR 81, 1917) '「引取——手形および指圖の引取」 (Das Akzept: Die Annahme des Wechsels und der Anweisung, 1918)

ネマンブルク 「レヒンマンの効力としての消滅時効」 (Verjährung als Rechtscheinwirkung, in Jherings Jahrbücher 75, 1925, S. 237ff.) '「レヒンマンの効力としての取得時効」 (Ersitzung als Rechtscheinwirkung, in Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben 3, S. 35ff.) '「株主及びそのレヒンマンの効力」 (Rechtscheinwirkungen im Aktienrecht, Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht 62, 1931)。

クリュークマン 「不連続の補正」 (Nachlese zur Unmöglichkeitstheorie, in Jherings Jahrbücher 57, 1910, S. 1ff.)。

プリアスニツ (Otto Prausnitz) 「商業登記簿におけるレヒンマンの真實性」 (Rechtschein und

Wirlichkeit im Handelsregister, ZHR 96, 1931, S10ff.)。

これによつて見るにレヒツシャイン特殊研究は意思表示・死亡宣告・時効制度に關する諸問題から有價證券・商業登記・株式制度に關する諸問題にいたるまで民商法域の各所に展開され、訴訟法の領域にすら登場している。レヒツシャイン法理は元來處分權限説への修正理論として動産の善意取得にその典型的な適用例を見出したものであつた。もちろん、この一事例からしてかくも多方面にわたる諸場合が推論せられるに至るまでの個別的適用論の着々たる進展は、レヒツシャイン論者自身の學問活動もさることながら、彼ら以外の學者によつても少くとも部分的には荷われてゐる。例えば公信力 (öffentlicher Glaube) や賦權能力 (Legitimationskraft) や善意保護 (Schutz des guten Glaubens) の名のもとに説かれてきた個々の事例の中にはレヒツシャイン法理と刻印はせぬにせよその適用を思わしめるものがないではない。彼らは恐らくいふかも知れない。かような自明の事柄に敢てレヒツシャイン法理の蛇足をつけ加えるほどのこともあるまい、と。しかしわれわれはここにネンデュルプの言葉を想起しよう。すなわち「この理論は仔細に體系的に加工完成することを要する。その際、自明の事柄をもレヒトシャイン思想の型の中に包裝することを恐れてはならない」と。⁽⁵⁴⁾レヒツシャイン法理の個別的適用を論ずることはこの法理の體系化のためであり、體系化はその適用に科學性を與えることである。公信力や賦權能力や善意保護という法學用語は概念的總括としてはあるいは優れているかも知れない。しかしヤコビがその「意思表示論 卷頭の辭に述べたように、「法學はたんなる概念上の總括にとどまるならば良き記憶術 (eine gute Mnemotechnik) 以上の價値を殆どもたないであろう。多様なものを單一性に總括することは、むしろ、種々なる法規定のためにその眞實なる根據が発見され、そして同一の基底に立つ諸規定が、しかもそれらのみが單一性に總括されるときにのみ、價値を有するのである。そのとき、たんに多くの現象を統一的に體系化するのみならず、また一の法規定より他の法規定を推論しうるのであつて、かくして法

律適用は科学的認識を獲得するのである。⁽⁵⁶⁾

ウェルスパッヒェルに始つてエルトマンに至る「擴充」と「限定」との廣狹二義のレヒツシャイン法理形成の四半世紀は、この法理にどのような體系的構成を與えるかの課題を追求したものである。学界研究の動向はその間ネエンドュルップおよびクリュックマンの、とくに前者による最廣義のレヒトシャイン概念の提唱を頂點として逆轉を見せているかのである。しかしエルトマンがウェルスパッヒェルに與えた最高の讚辭はその所説の「解釋学上價值ある」部分についてであつた。またネエンドュルップへの激しい論難も「解釋学上無價值」の一語に絶きる。エルトマンによつて打たれた一石は文字通り「レヒツシャイン理論の本義」を決した感がある。だがそこにはレヒツシャイン研究法の課題が遺却されてはいなかつたか。この課題を誰よりも重視していたネエンドュルップはエルトマンの書を評して「ここでは一般にレヒトシャインの基本原理が承認されているよりも忘却されている方が多い」と難じている。⁽⁵⁶⁾ネエンドュルップによれば「レヒトシャイン研究は三つの異つた方面から企てられねばならない。第一は法史学的方法、第二は法哲学的方法、そして第三は解釋学的方法 (historischer, spekulativ-dogmatischer d.h. rechtsphilosophischer und empirisch-dogmatischer Weg) である」⁽⁵⁷⁾。しかも「あらゆる解釋学的研究は深めて行くことが法哲学的基底にまで達するであろう。そのかぎりで解釋学の全領域は法哲学の領域でもある」と説くのである。⁽⁵⁸⁾だがそのゆゑに法哲学の偏重に走らうとするのでは決してなく、「法哲学的なレヒトシャイン研究が主たる期待權を有する領域を限定すること」を忘れない。その領域とは前に掲げた彼のレヒトシャインの各態様に關するシェエマでいえばI1・2・II3すなわち法の表現形式とその外觀である。⁽⁵⁹⁾ウェルスパッヒェルにおいてはさような圖式化はないが、彼自身もこの領域には充分打込んでおり、それだけに、彼の示す適用範圍がいまだ全部を盡していないとのマリアの批判の⁽⁶⁰⁾ときは彼の企圖をやや誤解していると見るべきである。彼はたんに私法全般の内での最も著名な現

象を抽出してこれを外部的事實への信頼保護の原則の下に包括しようと企圖したにすぎないのである。⁽⁶¹⁾ かようにレヒツシャイン法理形成の初期における論者の意圖は私法における解釋技術としてこの法理を狭く意義づけるところにはなかつたのである。エルトマン出でて狹義のレヒツシャイン概念を強調してより、大局はその方向に定まつたといつてよい。

この頃よりレヒツシャイン法理の體系化に對してレヒツシャイン論者の外から耳痛い批判の聲が聞かれるようになったのは、興味ある事實である。レヒツシャイン法理が理論として成立しうるや否やの問題は苦節三十年に垂んとする諸家の努力と彼らの揚言するレヒツシャインなる語表の魅力とによつてしばし学界論争の題目から姿を没し去つていたのであつたが、豫て「ドイツ商法」(Deutsches Handelsrecht)の大著を世に送つてゐるの中にマイア、ヤコビ等のレヒツシャイン理論を攻撃するところあつたルドルフ・ミュウラー＝エルツバッハ(Rudolf Müller = Erzbach)は、⁽⁶²⁾一九三三年「他人の利益範圍における告知」(Die Kundgebungen im fremden Interessenbereich)と題する論文において、自己の擁護する利益法学(Interessenjurisprudenz)の方法的見地から、前論を敷衍して次のように述べた。すなわち彼によれば、手形・株券のごとき證券の振出または發行、あるいは商業登記簿への登記のごとき行爲は、他人の優越せる利益地位(Interessenlage)への意思表示ないし告知として特徴づけられる。この場合マイアの原因主義理論によれば、外觀を誘因した者はすべて外觀通りの責任を負担せねばならないのであるが、この考え方をそのまま進めるにおいては結局善意の第三者の手にある債務證書のごときもすべての抗辯を切斷するであろうし、錯誤の抗辯のごときも善意者に對しては一般的に排除せられるであろう。⁽⁶³⁾さらにはまた、手形をたんに白地裏書によつて交付したにすぎない者は、自らそれに署名しなかつたにもかかわらず、彼の後者がその外觀に信頼したかぎりで、この信頼の助成者として責任を負担せねばならぬことになり、時に不都合な結果を生ずる。⁽⁶⁴⁾これらの謬見は、一つに

は優越せる利益の出現のみが外観上の権利の獨立化現象 (Verselbständigungserscheinungen) をもたらすということ、今一つにはかかる告知はその責に歸すべき (zurechenbar) 者に對してのみ拘束力をもつということ、これら二つの觀點を欠いているところから出てきたものである。⁽⁶⁵⁾ 故に「原因主義は歸責 (Zurechnung) の問題においては通常論するに足らずということ明かである。また流通證券に與えられた特殊の利益地位こそが表示の固執を正當化するものであるのに、この第二の決定的契機 (das entscheidende Moment) が考慮されていない」というのである。⁽⁶⁶⁾ ミュウラー・エルツバッハの批判はしかし第一の點でレヒツシャイン法理における原因主義と多く異ならないであろう。けだしマイアのいわゆる原因主義はもつばら過失なき場合の歸責の理由づけに鋭い理解を示したもので、いまだその適用のすべての場合を盡したとはいえないが、しかしその後ネ・エ・デュルップによつて仔細に解明せられたように意思なき場合の歸責の理由づけにも擴充すべき余地を包含するものだからである。手形法におけるいわゆる交付欠缺の抗辯制限も原因主義の理論によつて説明されうべきものでなければならぬ。原因と歸責とは同様のものであることミュウラー・エルツバッハ自身他の箇所において認めている⁽⁶⁷⁾ においては尙更である。ただ第二の批判點たる特殊な利益地位の考慮ということとは、せいぜい「取引の需要」ないし相對的正義の裏付けをもつてしか自己の理論を正當化しえなかつたマイアの立場に、そしてまたとくにエルトマンによつてこの理論が法條のたんなる解釋技術に引戻されようとする動向に、強い反省を求めるものとして受取られえよう。法律の條文はそれ自身としてではなくその背後にある具體的な利益状態を考慮に入れるときに始めて客觀的な意味を持つてくる。多くの利益の存在するときは多くの危険を支配する者に歸責せられねばならぬとする彼のいわゆる「危険支配の思想」 (Gefahrenbeherrschungsgedanke) はかようなところに説かれたものである。⁽⁶⁸⁾

だがミュウラー・エルツバッハの批判と同じ一九三三年には、ヤコビが「有價證券法におけるレヒツシャイン理論

への新なる攻撃」に對して辯明を試みている。ヤコビによれば、この理論はいわばゴムのごとき弾力性をもつのであつて、手形法十六條二項の占有喪失者が民法百九十三條以下の特則に従わぬのは制度自身の目的によるものといふべく、レヒツシャイン法理はかくのごとき上位概念までをも規定しようとする野望をもつものではないにしても、利益法学とは決して無縁の關係にはないことを知るのであるとされる。⁽⁶⁸⁾

觀客として彼此攻防の論壇を眺めるに、レヒツシャイン法理の課題は今やその正常化の根據いかなの問題に立ち歸つたようである。レヒツシャイン法理形成の過程に現われた廣狹二義のレヒツシャイン概念の對立も結局はこの根本問題に送り込まれねばなるまい。この概念に極力限定的な意義をしか與えないことを念とする近時の傾向は、初期レヒツシャイン論者の一般的傾向に對する反動として見るとき右の根本問題への一の重要な示唆を與えるであろう。それは、彼らが主としてドイツ固有法に根ざすゲウエエレの理論によつて歴史的側面からレヒツシャイン法理を正當化しようとした態度に關わるものである。中世ドイツの類法現象はそれだけでは巨大なる近代法秩序の新たな發展を根柢づけるに足りない。だから彼らは一方にこの類比をなしつつ、他方に取引の安全を高調する。しかし取引の安全はその新なる法發展の基調であるにしても、一方においてゲウエエレの法制度を支えるものとはいえず、他方において近代法の諸制度を支配する靜的安全の基本要求としかるべく調和することを要する。前者の面でゲウエエレからレヒツシャインへの歴史的發展を取引安全の要求に乗せて説明することは却つてゲウエエレとの類比を無意味ならしめるに役立つだけであろう。炯眼なるウルスバヒェルはランプレヒト(Lamprecht)の「ドイツ史」(Deutsche Geschichte II. Erbd. S. 259ff.)を援用しつつ、近代取引法における中世ドイツ法との類同化現象のごときは國民生活の他の部門にも認識せられるところであると述べたのち、「往時の法は、事物の内奥に徹して辨別する能力を欠いているために、外面的契機を固執するのであるが、近代法は、翻つてそうした背後の原因を問うことが今日の法律生活と結合しが

たいから、それを意識的に無視しようとするのである」と説く。⁽⁷⁰⁾ ここには明かにゲウエレとレヒツシャインとの峻別が自覺されている。それにもかかわらず兩者の間歴史的発展の種々相を論ずることが許されるとすれば、それは多様な變化の底を流れて不變なるあるものを明かにする點になければならぬ。それが利益法学者のいわゆる利益地位であるとはいえないこともちろんである。却つて利益地位決定の動因となるものが求められねばならぬからである。この探求を斷念して、與えられた實定法規の中へ遁入し、レヒツシャインの概念をたかだかそれによつて限定しようとする立場、しかも民法学者の視野からすれば、レヒツシャインの思想は近代法の一部分として認められた「重大な例外的場合」(wichtige Ausnahmefälle)であるとされるぐらいであろう。⁽⁷¹⁾ しかしこれもまたある意味でレヒツシャイン法理の学説史的形成過程の上からは已むをえないことであるともいえる。ゲウエレとレヒツシャインとの關連を最も鮮明に説いたと自稱するネェンデュルップにあつてすら、ゲウエレもしくはレヒツシャインの法律的要件を認識し創造する「法協同體」(Rechtsgemeinschaft)について満足な説明を與えていない。またゲウエレから派生したハンド・ワッレ・ハンドの原則を原因主義に導かれたレヒツシャイン法理とともに「相對的正義」(relative Gerechtigkeit)の思想の下に包括したマイアといえども、この思想の充分な論證をなしたとはいえない。彼はいわばゲウエレの昔からレヒツシャインの今日にいたる間の最大公約數たる「定型的形式主義」(der typische Formalismus)に相對的正義の名を冠したのである。だがこの確信に到達するためには、ハンド・ワッレ・ハンドには欠けていてレヒツシャインには具わつていゝもの、すなわち第三者の善意(guter Glaube)を見逃してはならぬ。ネェンデュルップのごときもこの點の差異を重視することなく、「類似」の一語をもつて片付け去つていゝ。⁽⁷²⁾ 一般にこの點は普通法時代ロマ寺院法から攝取した善意論(bona fides)もしくは一般的惡意の抗辯(exceptio doli generalis)の觀念による影響とせられ、その濫觴は中世ドイツの都市法(Stadtrecht)に見出されるといわれ

る。すなわち第三者の善意悪意を問わなかつたハンド・ワァレ・ハンドの原則が、やがて、所有者の返還請求権は第三者悪意の場合に制限せられるという風に變容して行つたのである。そこには當時漸く勃興しつつあつた都市經濟の繁榮が取引安全への近代的需要を早くも承認せしめた事情が窺われる⁽⁷³⁾。かようにハンド・ワァレ・ハンドの近代化を境目としてその前後ゲウエレとレヒツシャインとのそれぞれの法律構成に顯著な差異が存するかぎり、相對的正義や法協同體の觀念をもつて兩者の間を架橋するにはそれらの觀念に一層詳細な基礎づけが與えられなければならない。これが與えられなかつたところに、レヒツシャイン法理その後の學說史的動向が現行實定法のたんなる解釋技術を追求するに至つた一つの原因があるように思われる。今一つの原因は、曩に述べた取引安全の後者の面、すなわち靜的安全との調和という點に關する。この調和がしかるべく妥當なものであることは一體何によつて定まるのか。利益地位によつてか。だが利益地位を決定する契機は何か。それについてマイアは再び相對的正義と答えるであろうし、ネェンデュルプは「便宜または衡平の理由」(Zweckmässigkeit-oder Billigkeitsgründe)を掲げるであろう。これらは動的 안전と靜的安全との調和の基點として法の理念を顯にしようとしたものと思われるが、表意者や權利者の與因にもとづく歸責を正當化する決定的根據となすにはなお深い省察を加えるべき余地がないであろうか。利益法學者の批判は利益地位そのものをもつて決定的契機となす點で、もとより右の省察に欠けるところがあるが、しかしさような見地からする論難にすらレヒツシャインの廣義の概念は充分の備えを持つているとはなし難いようである。ことに狹義のレヒツシャイン概念を唱道する近時の學說が歸責の正當化の基礎を實定法そのものに求めるに至つたのも一つの成行きとしては首肯されなくてもない。惟うにレヒツシャイン法理はその學說史的形成の發端において處分權限説に欠けていた善意論の發見に機縁するし、またその法制史的淵源をたずねて見てもハンド・ワァレ・ハンドの原則に對するロスマ法的善意論の導入に由來するものであるから、それを正當化する決定的契機はこの角度から

追求すべきものではなからうか。従來のレヒツシャイン論者の腦裡にはとかくこのことが鮮明に刻印されていない嫌がある。もつばら歴史的側面から正當化を押し進めようとした彼らにとつて、ロマ法的善意論は一の輸入製品として映じたものでもあろうか。とくに彼らがゲルマニステンとして處分權限説を完全に揚棄しきれず、法的に承認された外觀そのものに眼を奪われていたところには、善意論の深い吟味はさして重要な課題として浮び上らなかつたのであろう。しかしロマ法的善意はドイツ法的に表現して「信義誠實」(Treu und Glaube)であり、人間相互の「信賴關係」(Vertrauensverhältnisse)を基調とする普遍的な法原則といわねばならない。外觀に信賴した者が保護されるのも、また外觀に與因した者が歸責されるのも、法律生活が、さらに社会生活そのものが人間相互の信賴關係にもとづくものだからである。善意論はその法技術化であり、レヒツシャインはさらにその高度の法技術化である。もちろんこの技術化は時代によりまた處によつて一様ではない。ハンド・ワッレ・ハンドとレヒツシャインとの相異はその意味で近代の複雑なる社会生活への發展過程として認識せられるべき一切の事情の變化を反映するものである。しかしその間たえざる一脈の連鎖をなして結合するものは信賴の關係でなければなるまい。この結合の契機はまた動的な安全と靜的安全との調節の契機でもあり、レヒツシャイン法理を正當化する決定的契機であると考えられる。レヒツシャイン法理をこのような方向に再形成することこそ今後の重要課題である。

われわれはレヒツシャイン法理の学説史的形成のあとかたを追うてきて、その課題がどのようなところにあるのかを学んだ。われわれの敘述はたんに概觀を意圖したものにすぎないから、もつばら主要な文献のしかも簡単な理解にとどまつた。それもあるいは獨斷的解釋に過ぎた點のあることを恐れなければならない。しかし、われわれの理解しえたかぎりでは、レヒツシャイン法理はなお形成の途上にある。それは決して狹義のレヒツシャイン概念の中に踳躓すべきことを確信せしめるには至らなかつた。またゲウエレがその語源的意味たる「着裝」(vestitura, Bekleid-

ing)として権利の外観すなわちレヒツシャインと類同性において考えられるとの見解に安住することをも許さなかつた。⁽⁷⁵⁾ 解釋学的研究も法史学的研究も共にレヒツシャイン研究の重要部門たることを失わないであろうが、さらに大きな未決の問題が法哲學的研究の前途に横つてゐる。外觀尊重の法思想をして「皮相淺薄」(Oberflächlichkeit)の蔑稱の下に甘んぜしめてはならないこと、ウエルスパッヒェルが繰返し強調したところである。⁽⁷⁶⁾ われわれの課題とすべきものは皮相なる外觀ではなくして、信頼しうべき外觀なのである。「外觀は當てにならぬ」との古語は、それゆえに、レヒツシャイン法理の適用範圍には、罷り通らぬものでなければならぬ。かくしてレヒツシャイン法理は「信頼」の法理論たる性格を前面に押し出さなければならぬ。

一九四五年の「敗戦」(Zusammenbruch)のあとドイツ法学の行方はきだかでない。かつて「ドイツ私法を貫く基本原理」と稱されたレヒツシャイン法理の所在も、それをつきとめるべき充分な手がかりを與えられてはいないようである。ただわれわれの知りえた、また少しく学びえたところを記して、本段敘述のしめくりとしたい。第一にレヒツシャイン法理を廣汎に採用した民法の體系書たるルドウィッヒ・エンネクツェルス(Ludwig Enneccerus)の浩瀚な「民法教本」(Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts)が一九五〇年改訂版として世に出始めたことを刮目せねばならぬ。⁽⁷⁷⁾ 第二にレヒツシャイン法理に限定承認的な替同を與えたドイツ商法学界の考宿ユリウス・フォン・ギールケ(Julius von Gierke)の定本的價值ある名著「商法および航海法」(Handelsrecht und Schifffahrtsrecht)の教本が一九四九年改訂第六版として出來したことを擧げなければならぬ。⁽⁷⁸⁾ そして第三にニュウルンベルク經濟社會科學大學教授ヘルマン・アイヒラー(Hermann Eichler)の「信頼の法理論——信頼保護に關する私法的研究」(Die Rechtslehre vom Vertrauen——privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens)と題する原理的な研究が一九五〇年に發表されたことをとくに強調せねばならぬ。彼はいつてゐる。「信頼

主義 (Vertrauensprinzipien) は全私法體系を貫く。信賴思想は善意保護の理論において枝葉を廣く伸ばしている。しかもその上にレヒツシャイン法理がそのあらゆる適用形態と放射線状とにおいて構えている。さらにそれは意思表示の領域において信賴理論や代理權濫用の理論の中に融け込んでゐる。夥しい法現象がこれらの視點の下に明かとなる⁽⁷⁹⁾。レヒツシャイン法理は元來公示主義 (Publizitätsprinzip) を根幹として生育したものであるが、やがて原因主義 (Veranlassungsprinzip) を枝葉として伸長し、ついに信賴主義 (Vertrauensprinzip) の主養分をえて結實する。われわれはこの過程をゲウエレからハンド・ワッレ・ハンドへ、さらにボナ・フィデスへの發展として法史的にあとづけることができるし、また學說の發展もウエルスパッピェル以來かような線に沿うてきてゐるように思われる。信賴主義なる一般的原則は存在しないと考へるところには、⁽⁸⁰⁾レヒツシャインの實り多き結果は期待できないであらう。信賴主義こそレヒツシャイン法理の死命を制するものであると考へて始めて、この法理が生きてくるのである。第一次大戰後のドイツ私法學界はレヒツシャイン概念の縮小に腐心した。この概念にゴムのごとき弾力性を主張したヤコビの辯明も却つてレヒツシャイン法理の弱みを露呈したかのごとくである。第二次大戰後の今日信賴主義理論の擡頭を待ち望むもの敢てわれわれだけではないのである。そしてこの理論にいきづいたレヒツシャイン法理が民法領域の隨所に、とくに商法の全面にどのように活躍するか、それをわれわれは見定めなければならぬ。

1 Otto Bähr; Ueber Irrungen im Contrahiren, in Jher. Jahrb. 14, 1875, S. 401. 「契約の締結に當り自己の意思の外部的表現 (die äussere erscheinung seines Willens) を喚起した者は、相手方が善意でそれにもとづき權利を取得したと信じまた信じらるるときは、實際には自己がその表現に相當する意思を欠いてゐるということをも、主張することを許されない。」

2 Brunner; Die Wertpapiere, bei Endemanng Handuch II, 1882, S. 168f. 「公信用ある有價證券とは善意取得者のためにその文言が無條件に標準となるような有價證券である。その文言につき善意にて證券を取得した者は、それに記載せられた權利を全く證券から見らるる (apparat) 外觀通りに取得する。証書の文言は善意取得者の法律關係を取扱うのにもつばら決定的標準と

なるのじやぞ。」

- 6 Kant; Metaphysik der Sitten, II. Aufl., herausg. von Karl Vorländer, 1907, S. 49ff. — Der Rechtslehre I. Teil. Das Privatrecht. 彼は私法の「一般理論を「外的なあるもの」(etwas Aeußeres)を中心と構成している。そして「外的なあるもの」を自己のものとして有する仕方」と「外的なあるもの」を取得する仕方」とについて述べる。カントおよびそれ以外の自然法學者の所説に現われた外観理論的思想については、Wellspacher, a. a. O. S. 121ff, S. 269ff.
- 4 Regelsberger, in Jher. Jahrb. 47, 1900, S. 363 の言葉によらば。Vgl. Wellspacher, a. a. O. S. 17 und Meyer; Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht, 1909, S. 95.
- 5 Wellspacher, a. a. O. S. 115. しかし彼はこれをノロシヤイン法理と名付けてはいない。a. a. O. S. 62 以下, der durch die Urkunde erzeugte Rechtschein' なる言葉が見える。
- 6 Ders., a. a. O. S. 21ff.
- 7 Meyer, a. a. O. S. 96 Anm. 8. ツインはこの点にワホルヌスとロホルヌの功績を認めている。ただしその優れた体系もいまだ全部をくくつていなくとも批判している。
- 8 Wellspacher, a. a. O. S. 115. この点の批判として Stintzing; Besitz, Gewere, Rechtschein, in Archiv für die Civilistische Praxis 109, 1912, S. 411.
- 9 Meyer, a. a. O. S. 97.
- 10 Ders., a. a. O. S. 95.
- 11 Ders., a. a. O. S. 2.
- 12 さういふ學者としてルドルフ・フックス(Rudolf Jhering)を挙げねばならぬ。彼は、フックス(Fuchs)が、本文に示したごとく電信利用の設例の場合に、利用者は善意の相手方の蒙つた不測の損害に原因を與えたかぎりて、そうなるべき危険について與因者となつたわけである、と述べたその説明を援用しながらも、その場合絶対に確實な電信を利用することと經驗上不確かな電信を信用することとの二途の間に利用者は選擇の自由を有していたわけであるから、危険に與因したことはやはり利用者の過失でなくして何であるか、と述べて、ロオヤ法的クルス概念の擴充を行つた。Jhering; Culpa in contrahendo, in Jher. Jahrb. 4, 1861, S. 1ff. Vgl. Meyer, a. a. O. S. 90f.

- 13 Ders., a. a. O. S. 96f.
- 14 Ders., a. a. O. S. 95. 彼は「われわれは現在すでに處分権限 (Legitimation) の下にプロシヤ人を理解するにほかならぬ。しかしかかる表現は、非権利者の容態 (Verhalten) が適法正當 (rechtmässige, legitim) であるかのごとき外見を興える惧があるのつゝ誤解のもとを思ふ」と述べて、その代りに「レヒツシャイン」の語を用いるべきことを主張した。
- 15 Ders., a. a. O. S. 96.
- 16 Fischery: Sein und Schein im Rechtsleben, in Internationaler Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik, Nov. 13. 1909, S. 1449 Anm. 1.
- 17 Ders., a. a. O. S. 1453.
- 18 田島前掲五二二頁。
- 19 ヤコビの著述に引くのは后に掲記する。
- 20 Jacobij: Die Theorie der Willenserklärungen, 1910, S. 33.
- 21 Ders., a. a. O. S. 32.
- 22 ネヘンデユルツの記すと云ふに「れば、當時シュンスタタ大學法學部では「ロオヤ法およびロオヤ訴訟手續におけるレヒツシャイン」(Der Rechtschein im römischen Recht und im römischen Prozess) と題する懸賞論文を募集したことがあつた。出題者は「リヒツシャイン」である。Naendrup: Begriff des Rechtscheins und Aufgabe der Rechtscheinsforschung, Rechtscheinsforschungen Heft 1, 1910, S. 1 Anm. 2.
- 23 ネヘンデユルツもまた「レヒツシャイン」の効力が意思表示にも及ぶことを論じているが、これはヤコビの影響によるものではないと斷つて居る。Ders., a. a. O. S. 1 Anm. 2 und S. 36 Anm. 1.
- 24 25 Ders., a. a. O. S. 3f. Anm. 1, S. 9 Anm. 2, S. 13 Anm. 2 など「計畫」の一端が示されている。后に掲げる特殊文献のほかこの計畫がその後どうなつたか詳かでない。ネヘンデユルツの學説は今世紀初頭のドイツにおけるレヒツシャイン法理形成の最も重要な業績の一つと考えられるので、そしてまた、それにもかかわらず、この學説がわが國の外観論者によつて殆ど理解されておらないので、われわれは他の機會にこの學説の理解を中心に「レヒツシャイン法理の構成」を論じておいた。一橋大學法學部獨立記念論文集所収。

- 26 Jacobi, a. a. O. S. 39f. にはケウエレンの効力と意思なき表示の効力との比較對照を試みている。なお Ders.; Wertpapiere im bürgerlichen Recht, S. 95f. und Wertpapier als Legitimationsmittel, S. 47 を見よ。
- 27 Wellspacher; Publizitätsgedanke und Fahrnisklagen im usus modernus, in Grünhuts Zeitschrift 31, 1904, S. 631ff., zitiert bei Meyer, a. a. O. S. 7. Meyer; Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht, 1902.
- 28 Naendrup, a. a. O. S. 25.
- 29 Ders., ebenda. 納富義光「手形法に於ける基本理論」二七一頁註二九に掲げられた本文の譯出はわれわれのもの著しく異つてゐる。納富博士によれば「明かに實際に存する権利の表現形式としての Gewere—換言すれば権利表現の要素と稱せられる—又は事實上の権利の表現形式としての cum grano salis と、 Rechtsgenossen 或は裁判官のために存在する権利の表現形式としての Schein、換言すれば外見上の権利表現形式としての Gewere とを區別するといふ方法にてこの學說を精査すれば」となつてゐる。われわれは讀解に苦しまざるをえない。cum grano salis を何かの法諺と誤解されたものごとくであるが、これは「mit einem Körnchen Salz」のラテン語挿入句にすぎず、「文字に拘泥せず略言すれば」の意であらう。なお、Ders., Die Gewere-Theorien, Rechtschneisforschungen Heft 2, 1910, S. 74, 78, 79 を參照。
- 30 Ders., Begriff des Rechtschneis und Aufgabe der Rechtschneisforschung, S. 30. この分類表によつて明かなるものに、眞正のノロニシヤインもまたノロニシヤインとせざるべしである。田島博士や納富博士はネヘンデュルップのノロニシヤイン概念が Der für einen Rechtsgenossen vorhandene Rechtschneis, Der für den Richter vorhandene Rechtschneis, Der für die Rechtsgemeinschaft vorhandene Rechtschneis の三部門にのみ分たれるかのように説かれるが、少くとも誤解を生ぜしめる虞がある。なお、納富博士共 Rechtschneis und Rechtschneis と讀み誤つてせられる。田島前掲五一二頁、納富・前掲二九三頁。
- 31 Ders., Gierke und seine Privatrecht, bei Juristischem Literaturblatt Nr. 17, vom 17. April 1906, zitiert bei Ders., a. a. O. S. 28 Ann. 4.
- 32 Ders., a. a. O. S. 23. の總括を見よ。ただし、彼の敘述の順序は本文に掲げた順序の逆になつてゐる。前註に記しておいたように田島・納富兩博士はこの範圍だけに彼の所説を理解せられておる模様である。
- 33 Ders., a. a. O. S. 21f.
- 34 Ders., a. a. O. S. 16. 后述のクリュックマンの所説と同様であるが、これに影響されたものではないとネヘンデュルップは斷つてい

- 36 Ders., a. a. O. S. 36 Anm. 1.
 この要約はわれわれが彼の所説を整理して作成したものである。 Ders., a. a. O. SS. 3——8 und dortige Anmerkungen.
 37 Ders., a. a. O. SS. 8——13 und dortige Anmerkungen.
 鳩山博士は、法律による安全を期するため近世の文明國は三種の法律制度を用いるのを常とすると述べられ、(1)憲法上の保障
 (2)民法商法その他の實體法による社會生活の保護、(3)法の適用上における法的安全すなわち訴訟法上の保護の三種のものを擧
 げておられる。ネエムデュルツの着想と相通するものがある。鳩山・前掲八頁。
 38 Ders., a. a. O. S. 35f.
 39 Krickmann; Nachlese zur Unmöglichkeitstheorie, in Jher. Jahrb. 57, 1910, S. 109ff., S. 122.
 40 Ders., a. a. O. S. 156ff., S. 162.
 41 Ders., a. a. O. S. 162, 169.
 42 Ders.; Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtschein in der Theorie des Gemeinen Rechts, in Arch. f. d. C. P. 108, 1912, S. 179.
 43 Ders., a. a. O. S. 180, 368.
 44 Ders., a. a. O. S. 184.
 45 Ders., a. a. O. S. 319.
 46 Meyer; Vom Rechtschein des Todes, 1912, S. 13 und 14.
 47 Stintzing; Besitz, Gewere, Rechtschein, in Arch. f. d. C. P. 109, 1921, S. 429.
 48 Wellspacher, a. a. O. S. 2.
 49 Meyer; Publizitätsprinzip, S. 97; Vom Rechtschein des Todes, S. 7.
 50 Ders.; Vom Rechtschein des Todes, 1912.
 51 Oertmann; Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtschein, ZHR 95, 1930, S. 458.
 52 Ders., a. a. O. S. 485.
 53 米谷隆三「制度理論と証券法」東京商大法學研究四四二頁註七に「一般文献と特殊文献とに區別したレヒツシャイン文献表が掲記
 せられてある。われわれの研究は大体この表に従ったものである。

- 54 Naendrup; Ersetzung als Rechtseinswirkung, S. 35.
- 55 Jacobi; Die Theorie der Willenserklärungen, S. 1.
- 56 Naendrup; Rechtseinswirkungen im Aktienrecht, 1931, S. 831 Anm. 19.
- 57 Ders.; Begriff des Rechts, S. 31.
- 58 Ders., aa. O. S. 32 Anm. 1.
- 59 Ders., a. a. O. S. 32.
- 60 Meyer; Publizitätsprinzip, S. 96 Anm. 8.
- 61 田嶋・前掲二四〇頁註一四。
- 62 Müller=Erzbach; Deutsches Handelsrecht 2/3 Aufl., 1928, S. 456.
- 63 Ders.; Die Kundgebungen im fremden Interessenbereich, in Jher. Jahrb. 47 II Folge, 1933, S. 332f.
- 64 Ders.; Deutsches Handelsrecht, ebenda.
- 65 Ders.; Kundgebungen, S. 265f.
- 66 Ders.; Deutsches Handelsrecht, ebenda.
- 67 Ders.; Wohn führt die Interessenjurisprudenz?, 1932, S. 83.
- 68 Ders.; Kundgebungen, S. 292.
- 69 Jacobi; Neue Angriffe auf die Rechtscheintheorie im Wertpapierrecht, ZHR 98, 1933, S. 1ff.
- 70 Wellspacher; Das Vertrauen, Einleitung S. VII.
- 71 Enneccerus-Nipperdey; Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 1931, S. 40, 225, 423 usw. 例外的とはいふながら可成り廣汎にノルマンヤノ法理の支配を認めよう。
- 72 Naendrup; Begriff des Rechts, S. 26.
- 73 田嶋・前掲二四〇頁以下、納富・前掲二七八頁以下に詳しい。
- 74 納富博士はホルトマンに従い狭義のノルマンヤノ概念を獲得すべきことを強調せられ、かつ従来の無批判的な擴充の傾向を非難せられる。納富・前掲二九八頁、三一六頁。

- 75 田島・納富兩博士共、もつばらゲウエエの制度からの法史的発展の線上においてレヒツシャイン法理を理解せられる。
- 76 Wellspacher, ebenda.
- 77 既にハインリッヒ・ノエマン (Heinrich Lehmann) による第二巻債務關係法改訂十三版が出た(改訂十二版が出たのは一九三二年のことである)。これについて目下ニッペンダイ (H.C. Nipperdey) による第一巻序説總則改訂十四版が出ていると聞く(改訂十三版が出たのは一九三一年のことである)。いずれもまだ入手していないので、舊版による敘述をもつてすることも差控えておく。
- 78 エリウス・フォン・ギルケが、マイアの「ドイツ民法における公示原則」に展開されたレヒツシャイン法理に限定承認的な賛同を與えたと見てよふことについては Oertmann, a. a. O. S. 443 Anm. 1 を見よ。ギルケは „im dem angegebenen Umfang nicht haltbar“ といつてゐるのである。ZHR 70, S. 398. 本文に掲げた「商法および航海法」の改訂第六版は入手しえた。エルトマンが指摘した表見商人の問題またレヒツシャイン論者によつても既に論じられた商業帳簿の問題などくに教えるところ大きい。「レヒツシャイン法理の適用」とも題すべき各論的考察において、われわれはそれらにつき論ずるつもりである。本稿はそれへの總論ともなりうれば幸いである。本書については本誌次號の拙稿において紹介する豫定である。
- 79 Fichler; Die Rechtslehre vom Verrauen, 1950, S. 8. 本書の梗概については近く一橋論叢誌上の拙稿に取扱うことに豫定されている。
- 80 納富・前掲三七六頁。われわれは多くの点で、とくに根本的見解の点で、さらに研究方法の点で、納富博士の説かれるところと論を同じうしないのであるが、これらについては、われわれがレヒツシャイン研究に手を染めてより僅々數年のしかもその間戦争によつて中斷されざるをえなかつたささやかな仕事のゆえに、いまだ確信をもちえずにいる。

三 レヒツシャイン法理の進出

レヒツシャイン法理はドイツ法学の形成物であり、またゲルマン法律觀の所産である。しかしその特殊性はこの法理の普遍的意義を必ずしも排斥するものではあるまい。レヒツシャイン法理が體系的な學說として唱え出された當初

においてはその特殊性とともにこの普遍性が強調されたのであつた。ネエンドェルuppは書いてゐる。「レヒトシャインは従来知られていた個々の効力の範圍を遙かに凌駕する意義をもつのみならず、より一層著しい範圍でドイツ法を越えて及ぶ意義を有する。かかる見解の正當なるゆえんは本書の論述に見られるごとくレヒトシャインの意義が超國民な法哲學的な根據に立つところにある」と。⁽¹⁾われわれはこの法理がドイツの國境を越えてまず大陸法系の諸國にどのように進出しているかを見よう。

レヒツシャイン法理と同類の學説は一九二〇年代からフランスに、またとくにイタリアに進出しはじめた。前者におしてはアブランズ理論 (La théorie de l'apparence) と呼ばれ、後者におしてはアッパレンツァ理論 (La teoria dell'apparenza) と稱され、兩者全く同系の語表を採つてゐる。これはドイツ流のレヒツシャイン理論 (Rechtsscheintheorie) の翻譯的名稱であること明かであるが、その受け入れ方にはフランスとイタリアとでは對蹠的なものが見られるようである。

フランスの學説は、フランス革命が戦つた個人意思自律 (autonomie de la volonté privée) の原則に力點をおくせい、外觀法理の宣言とそれから引き出す結論とに極めて慎重な態度を持してゐる。しかしこの國には元來ゲルマン古法のゲウエレと同一の根を有するセズイン (saisine) の法制度があつてこれによる公示手段を伴うときに限つて動産所有の物權的効力が認められた。フランケン古法以來の「動産は追求を許さず」 (Meuble n'a point de suite) の原則はそれから派生してきたものであつて、恰もドイツ法史上のハンド・ワッレ・ハンドの原則が所有者の意思による占有離脱の場合に第三取得者に對する追求權の制限を認めたと同様⁽²⁾の意義を有した。今日ナポレオン民法典の中にもそのまゝの姿を残してゐるこの原則がその淵源をたすねればそもそも中世フランスのゲルマン系北方慣習法地方 (pays de droit coutumier) に行われたものであることは通説として殆ど異論のないところである。⁽³⁾かよ

うな歴史的沿革を有する動産の即時取得に關する法理がどのように構成されるべきかは、法典上の表現たる「占有は權原に價する」(La possession vaut titre)の數語をめぐつて幾多論争の的となつたものである。文理上からいへば單なる占有の上に所有權の推定をなしたものと解釋せられるようであるが、しかし學說の發展はやがてこれに種々なる制限を加えるにいたり、とくに十八世紀の中頃ブールジョン(Bourjon)がこの規定の根據を「取引の安全」(La sûreté du commerce)に求めて、消極的ながら盜品の返還請求の例外的場合につきその請求權が「善意の取得者に對しても」(même contre un acquéreur de bonne foi)及ぶと述べてより、明文の規定なき「善意」(bonne foi)の要件が積極的にも即時取得の要件として解釋上掲げられることとなつた。⁽⁴⁾ プラニオール——リペール(Planiol — Ripert)が述べて「この所有權の推定は傳統と良識との二つながらの所産である」となすゆえんである。⁽⁵⁾ アパランス論者がこの所産の上になす足場を築くのは當然である。一九二二年のエスマン(Esmain)、一九二四年のサバテ⁽⁶⁾、エ(Savatier)の所論はアパランス理論の前驅としてアパランスの效果をもつばら善意の第三者に對してのみ賦與している。⁽⁶⁾ だがこれらはまだアパランス理論の體系化を企圖したものでない。アパランス理論の視野を明かにしたのは一九二七年のジエンスコ(Jonesco)の著「私法におけるアパランスの諸法律効果」(Les effets juridiques de l'apparence en droit privé)である。本格的な外觀法理の形成はこの頃から始まる。一九三一年ロキラン(J. Oh. Laurent)はジエンスコの示唆に勵まされて、「法律上の取得者地位の問題におけるアパランス」(L'apparence dans le problème des qualifications juridiques)と題する一書をもつた。彼は曩に「民法の諸原理」(Principes du droit civil)を著して、その中で、民法二二七九條における動産の第三取得者の地位は同法二二四一條におけるそれと同様物權者によつて追奪せられることなきものであり、後者において占有者の善意が要求せらるるよう前者においても善意取得という制限が存在せねばならぬことを説いたが、⁽⁷⁾ 本書においてもまたこの立場を守

り、アバランスの効力を限定している。のみならず、その善意の第三者が権原により有償取得をしたことを要件として掲げているのは、⁽⁸⁾ドイツのネエンドェルツの学説とその點で符合するものといふべく、⁽⁹⁾外觀の私法的効力をそれだけ厳密に規定しようとしたものであるが、ここにはドイツ学説の受け入れ方の一端が示されているように思われる。ドイツのレヒツシャイン論者の中には外觀の意義を善意保護以外の場合にも擴充しようとした者があつたのである。ネエンドェルツもまたその一人であるが、かような企圖は當然にレヒツシャインの視野をいわゆる私法の外にまで押しひろげることと前提とするものであつた。つまりその外觀が誰のために存在するかという點で、ネエンドェルツが明かにしているように、私的信頼者の立場以外の立場を必要としたのである。フランスの論者はそれには觸れようとなし。彼らの關心事はもっぱら私的信頼者そのものの問題にある。しかもフランスが誇るナポレオン民法典の原則的構造を動かさないようにこの問題を極力小さく取り上げる。彼らは問題の取扱い方としてはこれを近代法の一つの病理現象 (un phénomène pathologique) と見るのである。そして病狀の悪化を促進しないよう厳にいましめ、「アバランス理論は輕率者や怠慢者用の頼みの綱ではない」(La théorie de l'apparence n'est pas une planche de salut à usage des étourdis et des négligents) ⁽¹⁰⁾ というのである。この言葉は、彼らがその奇想な題目を支持するためよりも、むしろアレクセイストたちによつてすでに蒐集せられた幾つかの判例を説得力ある仕方⁽¹¹⁾で正當化するために、この理論に赴くものであることを意味する。例えば表見相續人と締結した行爲の有効性とか、他人に自己の名をもつて署名することを認許した者の責任性とか、⁽¹²⁾虚偽の署名をした手形を呈示する者への支拂の有効性とかを⁽¹³⁾確認することがアバランス理論の課題とされる。しかし、妾がその情夫を殺されたことから生ずるべき損害の賠償を請求するためにアバランスの保護を援用しうるかについては争いがあり、今日ではかかる請求権は否定される傾向にある。⁽¹⁴⁾これに反し、營業の所有者がその經營者の引受けた債務について準犯罪 (quasi-délit) としての責

に任ずるといふことをアパランス理論にもとづいて主張する向きのあることも見逃しえない⁽¹⁵⁾ともあれアパランスの法理は、ドイツにおけるように法典を貫くグルントゲダンケとしてではなく⁽¹⁶⁾判例研究の武器としてフランス私法学のボン・サンスの中に漸く市民権を獲得しようとしている。

イタリアのアッパレンツァ理論はフランスのアパランス理論と異つて、ゲルマン的傳統の全くないところに育成された。それにもかかわらずこの理論は著しくドイツ的である。というよりも、ドイツ私法学が果そうとして殆ど果さずにいる「商法におけるレヒツシャイン」の課題を最初から荷つて登場した。一九二一年ロレンツォ・モッサ (Lorenzino Mossa) は「商業登記論」(Il registro di commercio) を書して、アッパレンツァの理論をそこに全面的に展開した⁽¹⁷⁾。尤もドイツ流のレヒツシャインをイタリアに持ち込むことについては他の学者の間に異論がないわけではない。すなわち「権利の外観」(l'apparenza del diritto) なる概念はゲルマン古法のゲウ・エレなる觀念から出てきたものであるから、かような制度をいまだかつて知らなかつたこの國ではそれは何らの重要性をもたないといふのである⁽¹⁸⁾。しかしレヒツシャインの沿革はそのままレヒツシャインの現在における内容ではない。それは今日「公信の原則」(principio della pubblica fede) と呼ばれているものをより適切に説明するところにむしろ意義を有する。ドイツ民法において土地登記簿の公信力が論ぜられるとすれば、「商法の母國」たるイタリアでは商業登記簿の公信力がアッパレンツァの第一の問題とされていい。元來商業登記簿は中世イタリアの諸都市における商人團體員名簿 (mercantile) に起源する制度であること、ドイツ商法学者も認めるところである⁽¹⁹⁾。今日兩國制度の細かな技術的差異はともかくとして、⁽²⁰⁾登記はその基礎を欠缺しても登記簿に表示された外観は事實の公示 (publicità) とともに法的眞實の價値にまで高められるのである。かくして商業登記はドイツでもまたイタリアでも外観法理の徹底的展開の場でなければならぬ。モッサの仕事をして愈々ドイツ色豊かならしめたもの、そして彼がそれによつてイタリアにおけるアッ

パレンツァ理論を確乎不動の地位においたものは、一九三〇年の有名な「手形表示論」(La dichiarazione cambia-
ria)である。これには手形学説を中心にイタリア、フランス、ドイツの学説を取扱うこと詳細なのであるが、こと
にヤコビ、マイア等によつて代表されるレヒツシヤイン理論に依據して、彼らと道行きを共にしている。「レヒツシ
ヤイン法理はその核心において正しい」——これが本書の到達した結論である。⁽²¹⁾爾來アッパレンツァ理論を説く者が
俄かに多くなり、手形行爲のみならず廣く法律行爲全般に亘つて、権利の發生・讓渡・消滅に外觀への信賴者を保護
すべきことを原則とする企圖がなされる。とくに熱心なのはソトジヤ(Sotgia)であつて、彼はモッサの手形表示論
と同じ一九三〇年に「権利のアッパレンツァと一般への表示」(Apparenza giuridica e dichiarazione alla gene-
ralità)を出し、激越な調子で書いてゐる。「表示された法的状態は、表示をもつて後繼者に地位を讓渡した者の死
後行爲(Trazione postuma)(一)によつて修正されうることなしに、それが現われる通りに公衆に對して價値を有
するべきである」⁽²²⁾と。彼によればこの法理は「一般の利益は個人の利益に優越すべきであるとの原則」(il principio
che gli interessi della generalità devono prevalere sugli interessi del singolo)によるものとして争ひの余地
ない絶對的公理とまで觀念せられるのである。⁽²³⁾部分的ながらアッパレンツァの学説を採用した一九三三年のメッシー
ネオ(Messineo)の「信用證券論」(I titoli di credito)によれば、その学説は次の如く定義せられる。すなわち
ある與えられた法的表現に正當に信賴し、かつさような表現に適合して行動した者は、その表現が眞實と一致しない
ということから離れて、その表現を當てにする權利を有するのである。⁽²⁴⁾そして彼は「新規嫌いの保守主義がこの結果
を非認しても無駄である」と忠言する。⁽²⁵⁾また、かような新学説の價値に關して自ら疑いを懐いてゐるといふアスカレッ
リ(Ascarelli)すら、他方では、權利外觀の保護は一の「政治的要求」(esigenza politica)であつて、われわれの
立法者は原則の嚴格性に對するあらゆる例外をそれに與えなければならぬ、と主張してゐるのである。⁽²⁶⁾モッサの手

形表示論が與えた影響はかように大きい。外觀 (parere) が實在 (essere) に優越して権利の創設をもたらすという思想は、手形や小切手に限らず總じて信用證券への署名行為に、商事会社への入社行為に、また總括代理權の授與行為に、それぞれ技術的に展開されるに至つたのである。このことは眞意の表示と理解される傳統的な法律行為 (il negozio giuridico) 概念の修正を意味する。權利の發生はさような意味での法律行為には依存しなくなつた。強いていへばそれは「一般への表示」であり、より直截には「創設的行為」(atto creativo) である。⁽²⁷⁾ ヤコビやマイアのドイツ學説はこの點外觀の効力發生原因をいまだ契約なる法律行為に求めるものであつた。⁽²⁸⁾ アッパレンツァ理論はそれを一步ぬきんでやうとするのである。これは恐らくこの理論の育成の場が高度に組織化され定型化された商法の世界であるためであらう。一九三七年モッサはその長い學問生活の集大成ともいふべき「商法論」(Diritto Commerciale) 全二卷の大著を公にし、その總論の部序説に次のように述べた。「新なる世紀の原理として、契約の法律生活に劣らず企業の法律生活においては、法規と個人意思とのあいだに法外觀 (l'apparenza giuridica) が挿入せられる。それは商法では決定的な存在理由をもつ」と。⁽²⁹⁾ まことに味うべき言葉である。商法の自主性の根據を今日の經濟組織の必要性の中にあると見て、企業中心主義の立場をそこに展開する彼が企業責任とともにアッパレンツァ理論に重點をおくのはけだし當然である。しかもこの理論は法規と個人意思との中間に活躍するのである。その活躍はまず商業登記に見られる。既にこの問題について彼の特殊研究があることは曩に一言したが、ここで彼は「公衆は公示に信頼する。集團の利益はかくして公示をした人および企業の利益に優越する」と述べて、⁽³⁰⁾ 企業における外觀の公益性を強調する。さらに企業の人的組織に及んでは、企業の人的活動が一面で公衆への對外關係をもち、他面で企業との對内關係に立つとなし、前者の關係面で今世紀の法律はアッパレンツァ法理による有効な保護をもたらすと前置きしたのち、商業代理 (rappresentanza)・商業委任 (mandato commerciale) 等につきその保護を明かにする。進んで第二卷第

一部の信用證券のところでは手形表示論以來彼の得意とする獨特な證券理論が外觀説と融和された創造説 (Le teorie della creazione ed apparenza) として呈示せられる。證券理論の二大潮流をなす双方行爲的な契約説 (Le teorie contrattuali) と一方行爲的な創造説とのそれぞれを批判して、最後の解決をアッパレンツァ理論に求めたものである⁽³¹⁾ともあれ、イタリアに進出したレヒツシャイン法理は、名實共に最高峯を行くコンメルチアリスタの努力もあつて、この國にその處をえた感がある。

レヒツシャイン法理はさらに大陸法系の他の國にも滲透している。モッサと親交のあつたスイスのカール・ウィイラント (Karl Wieland) はモッサの手形表示論に殆ど全面的な賛同を興え、「レヒツシャイン法理のみが承服しうべき理論的基礎を興えることができる」ことを認めた⁽³²⁾。最近ギリシャのデロウカス (Nikolas A. Deloukas) がドイツの「商法破産法雑誌」(Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht) に寄せた「積荷證書の物權的効力とギリシャ民法典第九七八條」(Die dingliche Wirkung des Konnossements und der Art. 978 des griechischen Bürgerlichen Gesetzbuches) と題する論文は明かにヤコビのレヒツシャイン證券理論に影響されたもので、彼はそれを表示理論 (Repräsentationstheorie) と呼んで⁽³³⁾。

ところでわが國におけるレヒツシャイン法理の学説を見よう。わが國では「權利外觀法理」あるいはたんに「外觀理論」なる譯語が一番よく通つていようであるが、屢々「權利假象」とも譯され、また稀には「權利表見」(石田博士)・「權利假想論」(田島博士)・「權利表象」(本間教授)・「法律外觀説」(中村武教授)なる譯出も見られる。われわれは格別これらの譯語に異を立てるつもりはないが、耳に馴れたかぎりでは「レヒツシャイン」という譯ならぬ譯で充分であり、また無難であると思うので、なるべくこれを使用することにしてゐる。ただ私案として別に「法外觀」なる譯語はどうかと考へてもいる。尤も譯語はさして重要な問題ではないといえようが、ただこ

で一つ注意したいことは、右に掲げた譯語のうち中村教授の法律外觀説の他はすべてドイツ流のしかも狹義のレヒツシャイン概念を念頭においているか、少くともネンデュルップやクリュックマンの廣義の概念を主としない譯語といつてよい點である。權利外觀または權利假象の通譯を採る學者の中にも、「レヒツシャインは正確に言えば權利のみならず、法律状態たとえば死亡の外觀としても存しうるゆえに、不正確なるも忍んでかく譯したのである」となす岡川健二氏のごときがあり、⁽³⁴⁾ひつきよう問題は概念のいかんにある。外觀法理の觀念はすでに古く岡野博士の「手形の外観解釋の原則を論じて大審院の判決に及ぶ」(法学協會雜誌二二卷一號)にその萌芽を認めることができる。これはいわゆる手形文言解釋の原則を顯に持つてきて、外觀法理を解釋面に自然と把握せられたものと理解せられる。ドイツのレヒツシャイン理論に前驅するブルンナフの證券理論を想わしめるものがあるといえようか。本格的な外觀理論の形成は昭和八年の田島順博士の大著「民法一九二條の研究」に始まる。これは比較法的また法史学的見地から動産の善意取得に關する法律構成を、主としてウエルスパッヒェル、マイア、フィッシャアのレヒツシャイン理論によりつつ、⁽³⁵⁾原因主義と外觀法理とにより明快に説明せられ、これにもとづきわが民法一九二條の適用を論じたもので、ドイツ私法学の精華を遺憾なく取り入れている。フランスおよびイタリヤへのレヒツシャイン法理の進出に遅れること約十年すなわち一九三三年のことである。博士もまたドイツ學者流にハンド・ワレ・ハンドの發展から説き起しておられるが、この方面の研究ではすでにそれ以前に「獨逸固有法に於ける *Genere* の觀念」(法学論叢一五卷四、五號、一六卷一、三、四號)と題する石田文次郎博士の論文がある。昭和三年にはこれを中心に石田博士独自の私法理論を展開した「財産法に於ける動的理論」が出來上つている。そのいわゆる動的理論の基礎は法律行為の無因化と善意の保護とにあり、レヒツシャイン論者が外觀行為の歸責面から原因主義として説くところをその行為の法律効果面から無因主義として論ぜられるところに特徴があるように思われる。⁽³⁶⁾さらに遡つては大正四年の鳩山秀夫博士の「法

律生活の靜的安全及び動的安全の調節を論ず」(穂積先生還曆祝賀論文集所收、後に大正十四年の民法研究第一卷に收載)がある。⁽³⁷⁾これらはいずれもドイツにおける初期レヒツシャイン論者の学説に多かれ少かれ示唆されたもので、わが國における體系的な外觀理論の形成に大きな影響を與える。田島博士にあつては、そのような體系化の企圖は前掲書の末尾にほのめかされた程度であるが、⁽³⁸⁾翌昭和九年には岡川健二氏が眞向からこの企圖に立つて「私法に於ける *Rechtsschein* 法理の展開」(法政研究四卷二號)なる力作を發表せられた。そこではエルトマンに至るまでのドイツのレヒツシャイン文献をもつばら驅使せられ、⁽³⁹⁾主としてわが民法におけるレヒツシャインの構成と適用を論ぜられる。すなわち氏によればレヒツシャイン法理適用の主たる課題は左の七つの法制度に見出される。

(イ) 動産の即時取得

(ロ) 時効制度

(ハ) 意思表示

(ニ) 表見代理

(ホ) 債權關係

(ヘ) 有價證券制度

(ト) 失踪宣告制度

またレヒツシャイン効力の發生要件としては、

(イ) 外觀に善意無過失にて信賴せしこと

(ロ) 外觀信賴者の善意が客觀的基礎を有すること

(ハ) 眞實の權利者が外觀發生に少くとも原因を與えたること

(二)以上の要件が一定期間繼續するを要する場合あり

の四つのものが示され、その中に煩雜をいとわず現行法ことに民法典の規定をそれぞれ適當と思われる箇所に配列し、所見を明かにせられる。かような體系的な外觀法理形成の氣運をもたらした實際上の主動因は、岡川氏の本論文發表にやや先立つ昭和五年の十月三十日、わが大審院が虚偽の頼母子講管理人の責任を認めるにつき「畢竟、此等ノ規定（民法一〇九條・舊商法六六條）ハ、取引ノ安全ノタメ法律行爲ヲナスニ當リ、自己ガ責任ヲ負擔スベキ地位ニ在ルガ如キ表示ヲナシ、又ハ、責任ヲ負擔スルガ如キ行爲ヲナシタル者ハ、ソノ眞實ノ如何ニ拘ラズ、之ヲ知ラザル者ニ對シテハ、ソノ責ニ任ゼザルベカラズトノ法律ノ精神ニ基クモノニシテ、前示法條ノ如キハ、此ノ精神ノ一端ヲ明文ヲ以テ規定シタルニスギザルモノトス」と判示して、大膽にも外觀法理が私法を支配すべきことを認めたとある。當時小町谷操三博士はこの劃期的判決に註釋して、これはイギリスに發達した「表示による禁反言の原則」(principle of estoppel by representation)を認めたものであつて大いに快哉を叫ばざるをえないところであると述べられた⁽⁴¹⁾。だがウェルスパッヒェルも夙にいつたように、エストッペル法理は外部的事實への信賴の保護の一態様にほかならない。レヒツシャイン法理の普遍的意義をそこにまで及ばさしめることが許されるとすれば、そして況んや大陸法の繼受法たるわが民商法の下では、外觀法理の全面的展開も敢て異とするに足りないともいえよう。果して昭和十一年には伊澤孝平博士の名著「表示行爲の公信用——商事における禁反言」が公にされる。表題に暗示されるようにこれは獨法的所産の英法的理解を狙つたものというべく、緒論において「禁反言則は、之を表示主義外觀主義の一態様として理解することが出来るのであるが、更に包括的なる原則たる信義誠實の原則の一適用としても、亦理解し得るのである」と説かれるゆえんである⁽⁴²⁾。從來外觀法理がもつばら民法学者によつて扱われ、その商法への展開が殆ど遺却されていたことは、本家本元のドイツ私法学のこの方面における實績もさることながら、わが商法学者のレヒツシ

ヤイン研究の成果を切に期待せしめずにはおかない。この間隙を抜いて現われた伊澤博士の英法的研究成果に對して、ドイツ法一本の徹底的な文献涉獵の上に多年研究の權利外觀法理と原因主義の原則をもつて現行手形法の理論的基礎づけを與えられたのは、昭和十五年納富義光博士が世に問われた「手形法に於ける基本理論」である。本書において博士は「總ての事物が沿革を有する如く、法も發展史を有している。それ故に現行法の完全なる理解は常に現行法の沿革の研究を必要とする」となす立場から、「伊澤教授の如く、明かに獨逸系に屬する我國法上の法規を禁反言則にて解釋せられんとする態度には賛成することをえない」とせられ、ドイツ法上の發展史的考察によつて權利外觀法理と原因主義の原則とを解明し、これを現行法上の手形の善意取得・交付欠缺の抗辯等に適用せられる。なお、博士はレヒツシャインの概念としてはエルトマンの狹義の概念に全面的に賛同せられる點曩の岡川氏と好對照をなすようである。ともあれ、わが商法学の外觀理論がまずこの一角に樹立されたのである。その翌昭和十六年には、ふたたび岡川氏が前論におけるあたかもネエンドルップの壯圖を偲ばせるその素描を敷衍して、「表示の公信力」(法商研究一卷二號)をもものされた。本論文は恐らく伊澤教授と納富博士との争點につき一の實證的な解決を呈示せよとの意圖もあつたのではないかと表題からして察せられる。内容はヤコビの意思表示論を消化されたもので、とくに從來の意思主義と表示主義との對立にからんで、表示主義が意思表示の本質論と政策論とを混同せる點を指摘し、レヒツシャイン法理は政策論であるとして表示主義との差異を強調するにある。なお以上の諸家の勞作のほかに、意思表示に關するレヒツシャイン民法文献として舟橋教授の「意思表示の錯誤」(九州帝大十周年記念法学論文集所收)、安田教授の「債權契約と意思の表示」(法曹會雜誌二卷八號——一〇號)があり、また有價證券に關するレヒツシャイン商法文献として山尾教授の「新手形法論」、本間教授の「有價證券の流通性」(東京商大年報法学研究(3))があり、戦後のもものとしては中村教授の「有價證券法概論」がある。本間教授は手形法におけるヤコビのレヒツシャイン理論を批

評せられて、倉庫證券・手形等のごとき各種の證券が表象力を異にする理由はレヒツシャイン法理をもつてしては説明せられぬのであり、それはその制度の目的たる流通性と支拂性により規定せられると説かれ、外觀はこの制度の目的に對する手段の位置にあるものと考えられるのである。ミュウラファールエルツバッハの批判とともに、レヒツシャイン法理への最も本格的な批判というべきである。中村教授の有價證券法概論は昭和二十四年の出版で、この方面における最も嶄新な外觀法理を採用せられる。すなわちイタリヤのモッサの手形表示論におけるアップレンツァ理論に從い、「創造説並びに法律外觀説」なる結合構成をもつて「有價證券上の権利の發生を最もよく説明し、且つ私法の體系に適する正當の解釋と謂うべきである」とせられる⁽⁴⁶⁾。かように商法の領域における外觀法理の展開は漸く醒しいものがあるが、しかしそれらはいまだ手形・小切手法の範圍を主とするものである。われわれが以上に見た内外の外觀法理研究の動向に徴するも、商法の全面にこの法理の展開を企圖したものは、モッサの商法論を擧げうるのみである。ここにレヒツシャイン法理を認めるに最も小心翼翼たるエルトマンが商法の領域にこそ夥しいレヒツシャイン問題が山積すると示唆したことを想起せねばならぬ。今日このことはわが國の有力な商法学者によつて承認されつつあり、例えば石井照久教授の「商法」⁽⁴⁶⁾、米谷隆三博士の「商法概論—營業法」⁽⁴⁷⁾、西原寛一博士の「日本商法論第一卷」⁽⁴⁸⁾など、いずれも商法における外觀理論の重要性を強調しておられる。だがこの點に關する體系的な研究は依然として將來の大きな課題である。この課題に取組んだ唯一の勞作として、大石憲二氏が東京商科大学の学生のころに書かれた「外觀理論の發展と展開——特に商法總則につきて」(昭和十七年東京商科大学部学生研究部「ヘルメス」二九號)を忘れてはならない。氏が商法總則における外觀理論展開の主要問題として論ぜられるものは左の三つである⁽⁴⁹⁾。

一、商人の適格性と資格得喪

二、表見商人

三、商業登記

如上をもつてレヒツシャイン法理の進出を述べ終ることとする。しかしこの法理の進出とともに漸くわれわれは今一つの大きな課題に遭遇していることを知る。それはイギリス法上のエストッペル法理との類同性の問題である。ドイツにおけるレヒツシャイン法理形成の當初においてはその普遍的意義の強調においてこの類同性が自覺されていた。しかしその詳細な吟味はなされていない。この法理がわが國に輸入されてからは、レヒツシャイン論者によつてそれが否定されさへした。だがエストッペル法理の外観法理化傾向を指摘する学者もおれば、⁽⁵⁰⁾また兩法理の今日における本質的同一性を説く学者もいる。⁽⁵¹⁾すでにしてエストッペル法理を外観主義の一態様と理解して、法系を異にするわが商法典の上にその展開を實證した学者もいた。かような試みはわが國だけではなく、ドイツ、フランスの法典についてもなされており、エストッペル法理の普遍性は大陸の学者の重大關心を呼んできた。⁽⁵²⁾とくにわが國では古く大正年間よりエストッペル研究は続けられ、判例にまた立法にこの法理の適用とせられるものが増えてきているので、そしてまた、昭和十三年の商法改正および今次商法改正によつてこのことが確定的な方向を與えられたとまで一般に觀念されているようであるので、レヒツシャインとエストッペルの類同性はたんに「似ている」の問題として済まされるものではなくなつた。こういった點について示唆に富んだいくつかの見解があることをわれわれは知つてゐるが、ここでそれらを吟味することは今そのところではない。⁽⁵³⁾そのためには、レヒツシャイン法理との多大な交錯面の存することを念頭におきつつ、「レヒツシャイン法理の進出」の問題とはひとまず別途に、エストッペル法理そのものの理解を企てなければならぬであらう。

われわれはレヒツシャイン法理のドイツにおける形成とドイツの外への進出を諸家の学説の雜駁なる概観によつて跡づけたにすぎない。しかしそこにはレヒツシャイン法理の主要課題が一應示されたと思う。諸國におけるレヒツシ

ヤイン研究の動向を知ることには、以上の概観によつて充分成功しているとは勿論いいえない。しかしレヒツシャイン法理の重要性に對する認識を幾らかでも深めえたとすれば、長かるべきわれわれのレヒツシャイン研究への序論的考察は一應その目的を達したのである。

一九三三年十一月二十三日イタリアのモデナ大学における民法開講の辭に、デュセツペ・ストルフィ (Giuseppe Stolfi) 教授は「法假象論」(L'apparenza del diritto) なる課題を掲げ、劈頭まず次の如く述べた。「數年來われわれのあいだにもゲルマン法に淵源を有する一の理論が普及し、「アッパレンツァ・デル・ディリット」なる名稱のもとに通用している。これは未知のものもつ魅力をもつてゐるために甚だ暗示的な原則である。だが、當の主唱者たる解釋學者達は、あたかもわれわれがその理論の發祥地たるドイツではレヒツシャインなる同類の原則が澤山の學者の賛同を集めてゐるということを知るだけで満足しておればよいとでもするかのように、そんなに奇抜なテーマの根本が何であるか、またその適用の限界いかんということを疑ひのない明瞭さでわれわれに説明してくれずに、それよりはむしろその概念の存在について頭から信じ込むのを益々慣わしとしてきてゐるのである」と。⁽⁵⁴⁾ 彼はイタリアにおけるアッパレンツァ研究の動向をドイツにおける「レヒツシャインこそすべてである！」の叫びに盲目的に追従するものと見てこれを「われわれの法體系を理由なしに顛覆する虞のある學說傾向」と呼び、その「微塵も根據のないことを確認」しようとする。そして、レヒツシャイン概念は「善意の保護」や「取引の要求」などの空語と同じく、もつばらコントラ・レグムの解決を支持するためにのみ利用されてきたのであるとなし、最後に自動車に使用された家紋をもつて一般への表示となすならば自動車所有權についていかに不合理な結果が出てくるかという一例をひいて、「外觀は當てにならぬもの」との古語の千鈞の重みを考えるべきであると結ぶのである。⁽⁵⁵⁾

「外觀は當てにならぬ」の金言をレヒツシャイン法理の課題から驅逐し去るために、われわれはさらに研究の歩を延

べなければならぬ。

- 1 Naendrup; Begriff des Rechtscheins, S. I Ann. 2.
- 2 ノの發合取得者ニ成ルベキトシテハ其ノ法レibliche Gewere ヲ置ルベキトシテハ其ノ法Le saisine d'effet の語ナキ。
- 3 田邊・龍澤三十二大蔵。Art. 2119: Les meubles n'ont point de suite par hypothèque.
- 4 Planiol—Ripert; Traité pratique de droit civil Français, Tome III, 1926, p. 365e. s.
- 5 Planiol-Ripert, op. cit., p. 356.
- 6 Esmelin, Sirey, 1921, 1, 313. Savatier, Dalloz, 1924, 2, 11, (以下) Stolff; L'apparenza del diritto, 1934, p. 4 nota 5 以下用。本段の敘述は主として本書による。
- 7 Laurent; Principes du droit civil XIV no. 364.
- 8 Laurent; L'apparence dans le problème des qualifications juridiques, Caen 1931, pp. 92, 268 e. s. (Stolff, supra).
- 9 前述キエントホムンノ學說ノ敘述中ノ効力發生要件ノキエントホムンを見よ。
- 10 Voirin, Dalloz, 1929, 2, 82. (Stolff, supra).
- 11 Laurent, op. cit., p. 226 e. s. Dalloz, 1931, 1, 43. (Stolff, supra).
- 12 Savatier, id., 1922, 1, 201 (Stolff, supra).
- 13 Laurent; Appar., p. 155 e. s. (Stolff, supra).
- 14 Savatier, Dalloz, 1924, 2, 145. Roux, Sirey, 1927, 1, 273. Voirin, Dalloz, 1929, 2, 169; 1930, 1, 49; 1931, 2, 57; 1932, 2, 88. (Stolff, supra).
- 15 Voirin, Riv. trim. dr. civ., 1931, 301 (Stolff, supra).
- 16 Emecerus—Nipperdey, a. a. O. S. 39f.
- 17 Stolff, loc. cit., p. 3 nota 3,
- 18 Loc. cit., p. 41.
- 19 米谷「商法概論—營業法」二〇〇頁參照。
- 20 一般商業登記簿は元來イタリアの所産であり、今日歐州諸國はこれを保有する。ドイツもそうである。しかるに今日のイタリア

- は各種個別の登記簿を有するのみである。
- 21 Wieland, in ZHR 96, 1931, S.367.
- 22 Solgia; Apparenza giuridica e dichiarazione alla generalità, 1930, p. 37. (Stolfi, loc. cit., p. 6).
- 23 Loc. cit., p. 150 e 187. (Stolfi, loc. cit., p. 3).
- 24 Messineo; I titoli di credito, 1933, p. 27. (Stolfi, loc. cit., p. 4).
- 25 Loc. cit., p. 30. (Stolfi, supra).
- 26 Stolfi, supra.
- 27 Loc. cit., p. 5.
- 28 カヘンクベックハネ「Rechtsgeschäftliche Handlung」のよそに類するもの。
- 29 Mossa; Diritto Commerciale, 1937, p. 6.
- 30 Loc. cit., p. 36.
- 31 Loc. cit. pp. 433, 468 e. s.
- 32 Wieland, ebenda.
- 33 Deloukas; Die dingliche Wirkung des Konnossements und der Art. 978 des griechischen Bürgerlichen Gesetzbuches. ZHR 114, 1951, SS. 210, 213 und dort. Anm.
- 34 岡川健二「私法に於ける Rechtschein 法理の展開」法政研究四卷二號七頁。
- 35 田島・前掲五一二頁。
- 36 石田文次郎「財産法に於ける動的理論」一七五頁。文中に只一回 Rechtschein の語が権利表見の譯語とともに出てくる。しかし、クリュックマン、シュテインツィンク、ネエンドルッフの文献なども引用せられている。
- 37 鳩山・前掲五六頁。文中にウエルスパッヒェルの研究が有益なる旨を記しておられる。
- 38 田島・前掲七九八頁。
- 39 岡川・前掲四頁。
- 40 岡川・前掲一一頁。

レヒツシャイン法理の課題

- 41 大判民集九卷一號九九九頁、判例民事法昭和五年度三四八頁以下。
 42 伊澤孝平「表示行爲の公信力」八頁。
 43 納富・前掲三七九頁。
 44 岡川「表示の公信力」法商研究一卷二號八八頁。
 45 中村武「有價証券法概論」五七頁。
 46 石井照久「商法上卷」一八頁。
 47 米谷・前掲一六三頁以下。
 48 西原寛一「日本商法論第一卷」(昭和二五年改訂版)九八頁以下。
 49 大石憲一「外觀理論の發展と展開」ヘルメス二十九號一四頁以下。なおこのほか會社法について簡単な論述がある。
 50 西原・前掲一〇〇頁註五。
 51 米谷・前掲同頁。
 52 伊澤・前掲五〇頁以下参照。
 53 「レヒツシャイン法理の構成」と題する前掲拙稿はかような点につき多少關説した。
 54 Stoffi, loc. cit., p. 3.
 55 Loc. cit., p. 48.

(一九五二、一一、二三)

附記——本稿はわれわれの企圖する外觀法理研究のいわば青寫眞を示したにすぎず、加えて文献の入手も意のままに行かぬため、思わぬ過誤や練り切れない箇所が多々あることを恐れねばならない。引用のドイツ文献については戦前のものは大平先生の御厚意により一橋大學圖書館所蔵のもの、とくにギルケ文庫を利用していただいたほか、小樽商科大学圖書館の伴文庫によつた。本稿中フランスおよびイタリヤの研究動向については頼るべき文献乏しく、確信をもつて敘述するに耐えないのであるが、この方面の状況はわが國の外觀論者によつて全然知られていないといつてよい有様なので、われわれが僅かに知りえたところを記して將來研究のための覺書きとするのみである。文献は恩師米谷博士が所蔵されるものを借用させていただいた。兩先生に對して篤く感謝の意を表さねばならぬ。