

物権変動論のその後の展開 (二・完)

滝 沢 聿 代

一 はじめに

二 民法一七六条の側面から

(1) 所有権移転時期の概観

(2) 契約成立時期の問題 (以上五〇号)

三 民法一七七条の側面から

(1) 「法定取得—失権」の検証

(2) 対抗の一般理論

(3) 補論

四 結び (以上本号)

三 民法一七七条の側面から

(1) 「法定取得—失権」の検証

学説の概観

本稿は、拙著「物権変動の理論」以後の議論をフォローするという趣旨で、表題を「その後の展開」とした。し

かし、対抗理論の領域で注目される松岡論文⁽⁸¹⁾は早くから私見に言及しておられ、ここでは再度取り上げる結果となった。改めてよりよく疑問にお答えできればと考えている。

旧稿⁽⁸²⁾を執筆した当時、いわゆる「対抗問題」の理論構成には、債権の効果説、相対的無効説、不完全物権変動説、第三者主張説（否認権説）、反対事実主張説、訴訟法説（裁判規範説、法定証拠説）、公定力説等が提示されており、理論的説明は不要、ないし法定の制度とすれば足りると解される立場ももちろん見られた。現在では、この最後の説に依られた鈴木教授、星野教授が従来よりはるかに理論的説明に関心を示しておられる状況があるため、議論の基盤はかつてより改善されていると言えよう。とりわけ鈴木教授の最近の論稿⁽⁸⁴⁾は、私見の立場をこれとすり合わせるにより争点を明確にできるであろうし、また「法定取得—失権」による理論構成を内在的に深めることができるのではないかと期待される。その他に、D・バステイアンの対抗理論を参照される加賀山論文⁽⁸⁵⁾、浜上論文⁽⁸⁶⁾があり、ボアソナード研究に力点を置かれる池田教授、七戸助教授の諸論稿⁽⁸⁷⁾、ドイツ法からアプローチされた多田教授の業績⁽⁸⁸⁾が見られる。これらに既出の應巢教授の著作の後半を加えたものを、当面の再考察の中心に据えることになる。他に見落しがあれば、さらに別稿に委ねることも予想し、当面の議論を複雑にしすぎないよう論点を絞ることが必要かと考えている。

とは言え、債権の対抗に関する問題はこの際ぜひ視野に収めたいので、これに関する磯村論文⁽⁸⁹⁾と吉田助教授の著作⁽⁹⁰⁾を可能な範囲で検討させて頂きたい。さらに、対抗の一般理論をより明確にするために債権譲渡における対抗要件の問題に言及し、主に池田教授の著作⁽⁹¹⁾によりつつ、わたくしなりの見方を敷衍することができたらと期している。

法定制度説との接点

さて、わたくしは、民法一七七条に基づく第二譲受人の権利取得は先登記に対して付与された独自の法定の効果であって、民法一九二条に見られるようないわゆる原始取得とは区別されるべきであり、純粹に契約に基づく取得

ではないという意味で法定の承継取得と性格づけるべきであると論じた。したがって、自説を法定承継取得—失権説と呼ぶことがより適当であったかもしれない。フランスのよさを考えて、フランス法で一般的に用いられている法定取得 (acquisition légale) と、この用語に依拠したため、そこに含まれる曖昧さが「法定取得—失権」を前述の法定制度説⁽⁹²⁾と同一のもののように解させたとするならば、わたくしとしては極めて不本意である。実際、フランス法の下でも法定取得という概念に対しては、法律の規定により生じる各種の取得の特色を全く区別しえないという批判は見られる⁽⁹³⁾。しかし、日仏法のいづれにおいても債権の発生原因を契約と法律の規定とに区別することは十分合理的であると認められているわけである。第二譲渡が契約を前提とする取得でありながら、民法一七七条による修正を伴うものであることをとりあえず確認するための手がかりとしては有効な表現であると言えよう。二重譲渡の理論という観点からは、法定制度説を説明不要説と呼ぶことがその本来の主張にならなっているはずである⁽⁹⁴⁾。

しかし、問題の本質はもちろん呼び方如何ではない。前述のように、法定制度説の立場からも理論構成に関心が向けられてきている事情は、物權變動論の今後の発展に十分期待を抱かせるのであり、それだけにいっそう対抗問題に対する見解の相違が何故導かれたかを明らかにしておく必要があると考えられる。

法定制度説をその他の諸説から分ける最も重要な点は、この立場が体系的思考を余り重視されないという点にある⁽⁹⁵⁾。その論拠を、鈴木教授は以下のように説かれた。「ある物の所有権なるものを一種の実在の塊りのように考えて、それが甲の手中にあるのであれば、乙の手中にそれがあるはずがない、とするエントヴェーダー・オーダーの発想をとるならば、二重譲渡の成立可能性を説くためには、公信力論を採用するしか方法がない、といえるかもしれない。しかし、かかる発想は肯定されるべきであらうか。(中略) 所有権さらには権利一般などというものは、実在の一個の塊りのようなものではなく、それが現実の問題になるのは、具体的な主体Xの権利に対して同じく具体的な主体Yの義務が対立するXYの関係であり、もし天下万人Y₁Y₂Y₃に対する関係で、すなわちXY₁・XY₂・X

Y₃……の関係において、Xがある物を全面的に支配する潜在的権限をもち、もし任意の主体Y_nが現実にもその物を自由使用・収益・処分するXの権利を現実に妨害した場合には、Xがこの侵害を排除しうる地位を顕在的に持つこととなる状況を指して、Xは、この物についての所有権を有する、と称するのである。⁽⁹⁶⁾」

右の論述は、所有権があるという法的状況の客観的意味を明らかにすると同時に、間接的に、権利の体系が紛争解決の手段として人為的に構成されたものであり、本来的に柔軟なものであるべきことを主張しているようである。しかし、何故前記のような法的関係が発生するのかは示しておられない。所有権の概念構成やその帰属の理論をあえて切り捨てられるように見うる推論のあり方は、恐らく概念法学に陥ることを避け、実質的な利益衡量によって法解釈を行うことが望ましいとする基本姿勢によるものであろう。具体的妥当性を追求する実際的な考察方に学ぶべきところは多いけれども、法解釈にはもう一方に理論的要請があり、衡平の基準を明示し、いかに一貫した推論を導くかに配慮することも主要な課題であると考えられる。目ざすところは、紛争解決においていかにによりよい説得をなしうるかであった。それ故にこそ、民法典の背後にある歴史及び近代法の理念に立ち戻ることが時に応じて不可欠となるのであるが、もちろん場合によりその枠組を逸脱ないし修正して具体的妥当性を求めることを否定するわけではない。

二重譲渡の理論構成を矮小化された問題関心とする見方も確かにあろう。しかし、そこでは右のような意味においてわが国の民法理論の基礎となる枠組が探られていることを、もう一度強調しておきたい。もっとも、独仏法理論の混淆を前提とする日本法の場合、果してどこまで体系づけられた基礎理論を持つことができるかという疑問も残るのであるが、これはまた別の次元の問題である。⁽⁹⁷⁾

再び鈴木教授の問題提起に立ち戻るならば、「所有権は実在の塊りではない」という指摘は、所有権の機能に着目しており、その意味でむしろ法社会学的把握を目ざすと言えるのではなからうか。これに対して解釈理論の体系の

下では、使用・収益・処分の権限を含む包括的な権利として想定された所有権が一人の法主体に帰属する場合に
は、同一の客体に関して同じ権利を併存させ得ないことは論理学の法則として否定し難い。それ故にこそ無権利の
法理(フランス法で言う *Nemo plus iuris...* の原則)はローマ法以来の伝統としてわが国の法体系にも取り込まれ
てきたのである。⁽⁹⁸⁾ 古典的な権利の体系が物の実在のあり方に倣って理論化されていることは自然であり、単にそれ
だけの理由で排斥する必要は全くない。議論の共通の前提として「無権利の法理」を確認できるかどうか、当面の
出発点はここにあるようであり、肯定されない場合には議論が咬み合わなくてもやむを得ないであろう。

公信力説の克服

「体系づけられた理論」を志向するならば、二重譲渡における第二譲受人は無権利者から取得すると論じる公信
力説(とりわけ半田説)⁽⁹⁹⁾の問題提起は正当であり、それ故にこそ今日までくり返しこの説が議論の対象とされてき
たと言えよう。しかし、民法一七七条を民法一九二条に準じる公信力の規定と捉えることは、民法の体系、構造か
ら見てやはり無理がある。その上半田説は、民法一七七条により取得された第二譲受人の権利は、民法一七六条の
効果としての第一譲受人の取得と併存すると論じられた。この併存する二つの所有権は登記によって優劣が決まる
わけであるが、ここでも再び民法一七七条を援用されるわけである。さらに登記した第二譲受人の所有権の帰す
るを必ずしも明確にされず、その後も所有権の併存状態を継続させておられる。⁽¹⁰⁰⁾

これに対し、最近の松岡論文、浜上論文、鈴木論文等は、第二取得成立後の第一譲受人の取得が消滅することを
強調しておられ、第一譲受人の失権に対する関心が明確になった。それだけ「無権利の法理」が定着したという見
方もできよう。ただし、松岡助教授は、私見と同様に、「第一譲受人は所有権の排他性に抵触する範囲で、したがっ
て、第二譲受人の所有権取得時点に遡って失権する⁽¹⁰¹⁾」と論じておられるのに対し、浜上教授は、第一譲渡が契約成
立時に遡って消滅すると解される⁽¹⁰²⁾。これにより、第二譲受人が前主から承継取得するという構成が可能になると見

ておられるわけである。浜上説に関しては、對抗の一般理論とあわせて後にもう一度言及することが適當であろう。なお、鈴木教授は失権の点では松岡助教授と同一見解のようであり、その限りでは私見とも共通の理解があることになる。

しかし、松岡、鈴木論文が右のように公信用力による第二取得を否定し、かつ半田説には見られなかった失権を導入しつつ、對抗のメカニズムに新たに何を提示しようとするのかは必ずしも明確には握みにくい。⁽¹⁰⁾ それ故わたくしとしては、「法定取得—失権」をもう一度ここに再論し、とりわけ松岡助教授のご批判に答えつつ、議論を深めることができたかと考える。

對抗理論を解く鍵は、まず第一に民法一七七条が何故必要にある。周知のように意思主義のもとたらず隠れた取引の弊害をなくすためには、取引を帳簿上に公開し不動産登記簿を編成しなければならない。すなわち、取引当事者に登記を義務づけなければならず、そのための最も実効性ある手段は、登記を物権変動の効力要件とすることである。ドイツ法はこれを採用した。これに対し、意思主義を残し、いわば部分的に登記主義を導入するというフランス法主義の折衷的なシステムは、本来妥協の産物である故に必ずしも論理一貫した理論構成になじみにくいことが予想される。しかし、多くの問題を含みつつもフランス法に定着しているこの制度を、わたくしはできるだけ積極的にドイツ法と併立、対置しうる物権変動の方式と見て、そこにドイツ法主義に準じる理論的明晰さを確認したいと考えた。フランス法的な推論の背後にあるものをわれわれの問題意識に即して捉え直すという趣旨である。

私見はまず、「先に登記をした者が勝つ」という民法一七七条のルールを、フランス法の登記の順位による優先主義と結びつけている。意思主義の下では当然第一契約者が有効に権利取得者となりうるのであるが、同一不動産について二重、三重契約の危険を避け難いため、登記によりその取得を公示した者が最終的な権利者とされる。したがって、後者が登場した時点で第一譲受人から第二譲受人へと権利者の交代が生じると見るべきであろう。この意

味で未登記権利者の地位は不確定的であり、この状態を「対抗力を欠く」と呼ぶことが適當であると解した。⁽¹⁰⁾

他方、既に第一譲渡により無権利となつたはずの譲受人からの権利取得(第二譲渡)が可能となるのは、民法一七七条ないしフランス法の對抗要件主義の規定が前主の無権利という第二契約の瑕疵を治癒するためと解さざるをえない。しかも、民法一九二条の場合のように占有の効果として原始取得が成立するのとは異なり、第二契約の本来の効力が肯定されるのであるから契約に基づく承継取得が生じると言うべきであらう。⁽¹⁰⁾ すなわち、第一譲渡がなかったと同様に前主との間で第二契約の効力が肯定されるのであるが、だからといって第一譲渡の存在を全く抹殺することは事実と反するし、また理論上も不要である。私見は、この点を所有者の交代という把握によってクリアできるとし、民法一七六条との調和をはかったわけである。

右の議論においては、法定承継取得の承継的側面に若干問題が残るかもしれない。第二譲渡は登記の効果として始めて有効に成立しうるのであるが、その場合登記は契約の順位を変更するという限りでのみ契約関係に修正をもたらしすわけである。したがって、登記の時点から生じる第二取得は基本的に契約に基づくものとして、その効果は第二契約の成立時まで遡及すると見るべきであらう。⁽¹⁰⁾ もちろん、前主の権利をその上の負担とともに承継しなければならぬ。この場合、第三者に対抗しえない第一譲受人の未登記権利は、譲渡人の権利の負担に準じるものとして第二譲受人に承継されると見ることもできよう。⁽¹⁰⁾ 後者は対抗力のない前者の権利を無視して契約を締結できるのであるが、くり返すならば、第一譲渡の存在を全く抹殺することは事実と反するし、理論的にも必要であらう。第一譲渡の対抗不能は最終的には第二譲受人が登記をした時点で生じるのであるから、所有権者の交代という法的構成によって民法一七六条との調和をはかるべきものである。これが「法定取得—失権」の主張するところである。⁽¹⁰⁾

第二譲渡は無効か

さて、右のような議論に対して松岡助教授は、第二契約が無効であると説いた部分を不当とされた。⁽¹⁰⁾ 無効である

ならば第二譲受人は譲渡人に対する履行請求権もない。仮処分や仮登記も無効となり、偶々譲渡人が任意に登記を履行した結果所有権者となるにすぎないのではないか。このような不自然を回避するためには、所有権の帰属が未確定の間だけは排他性の原則を否定し、複数の所有権譲渡の可能性を肯定すべきである。このように説かれる限りにおいて、松岡助教授は結局半田説に立ち戻られるようである。

フランス民法一五九九条は他人の物の売買を無効と規定しているため、旧稿の議論の中でわたくしはしばしば第二譲渡の無効という表現を使っており、松岡助教授が他人物売買はわが民法の下では有効であると批判されたのは極めてもっともであった。確かに、民法五六〇条にしたがって他人物売買を有効と論じるならば、第二譲渡の法的根拠の説明はより容易になり、有効な債権契約に優先順位を決定する登記が加わることによって法定取得が成立すると解しうる。この意味では、「法定取得—失権」は日本法により適切にあてはまると言うべきであろう。ただ、譲渡人が意図的にあえて第二譲渡を行うという当面のケースを通常の他人物売買と同視することにはやはり無理があり、第二譲渡は実質的には無効に近いものであらうとわたくしは拙著の中で釈明している⁽¹¹⁾。

では、フランス法の下では、先の批判のように無効な契約の履行が有効を導くのであらうか。右の点に関しては、フランス法における正権原 (juste titre) の理論に注目しなければならない。前主が真の所有権者であれば所有権移転の効果を生じるような証書 (わが国で言えば法律行為) をフランス法は正権原と呼び、たとえば短期取得時効の成立要件として善意 (bonne foi) と共に正権原の存在を要求している (フ民二六五条参照)。これに対し、民法一九二条にあたる動産の即時取得に関しては、善意の占有それ自体が権原となるために正権原は不要である⁽¹²⁾。このような議論の枠組の中では、二重譲渡における第二譲受人は、無権利者と外形的には有効な契約を締結することによって正権原を取得し、これとともに先登記を要件として所有権者となりうると論じるべきであらう。

フランス法が他人物売買を無効とするのは、もちろん所有権が契約成立時に移転するという原則の帰結としてで

ある⁽¹⁴⁾。したがって、第一譲渡後の譲渡人に二重譲渡の法的根拠を正面から肯定することには本来無理がある。しかし、第二譲受人の側からは、登記のない第一譲渡が対抗力を欠く結果、優先的取得を目ざして第二契約を締結する権限があると言わなければならない。登記法も第二、第三契約の公示の可能性を予想している。かくして「法定取得—失権」が生じる場合、譲渡人は当然失権した第一譲受人に対して登記義務の不履行による損害賠償義務を負うのであるが、観念的所有権の失権による損害の範囲は、単なる債権契約の不履行の場合と比べて実質的には変わらないことが多いはずである。

所有権の即時移転というフランス法理論は、確かに二重契約の併存を否定する。第一譲渡において所有権が譲渡人に留保されたり、その移転の時期が遅らせられた場合にも、フランス法主義は第二譲渡において所有権の即時移転を生ぜしめるために、第一契約者の侵奪という結果を必然的に伴うのである⁽¹⁵⁾。ドイツ法理論の影響が強いわが国では、とりわけこうした理解を受け入れにくい状況がある。しかし、理論上二重、三重契約が可能な債権契約においても、不履行の場合には当然損害賠償の制裁が伴うのみならず、第三者による債権侵害は不法行為となりうる。言いかえれば、物権の二重譲渡の不当性は、第二譲渡の理論的根拠が説明された後は、結局債務不履行の不当性に帰すると見ることができであろう⁽¹⁶⁾。

この意味で物権譲渡契約の自由競争性を指摘しうるのであり、対抗要件主義の導入がこのような法的現象を生んだことは明らかであると考えられる。債権侵害との比較は後述する。

二重譲受人双方が未登記の場合

私は第一譲受人、第二譲受人が共に未登記の場合には法定取得が機能しないために、意思主義の原則に従って第一譲受人が有効な所有権取得となり、第二譲受人は無権利者であると見る⁽¹⁷⁾。意思主義を部分的に修正する原則として対抗要件主義が導入されたと考えるならばこれは極めて自然な結論であり、フランス法においては異論ないと

ころである。⁽¹⁸⁾これに対しわが国の判例は、古くから共に未登記である二重譲受人は相互にその取得を対抗しえない結果所有権の帰属は決まらな⁽¹⁹⁾いと論じているため、この判例法との不整合は私見の重大な難点とされてきた。フランス法の結論は理論的に十分説得力がありかつ明快でもあるため、旧稿ではあまり深く議論せず端的にこれを肯定できると考えたわけである。もっともフランスの学説は、二重譲受人が共に未登記という状況は実務上はめったに生じないと指摘している。その原因を当初わたくしは登記単独申請主義に求めたのであるが、それ以上に、フランス法の現状では不動産取引に公証人の介在が義務づけられ、登記の慣行が定着していることにその原因を求めることが適当であるかもしれない。

さて、改めてわが国の判例法の解決が目ざすところを考察するならば、そこにも相応の合理的な論拠はあるようである。一つはもちろん「対抗」の概念からこの解決が導かれるという議論であるが、この点は後述するように必ずしも本質的なものではない。問題は実質的な側面にある。仮に共に登記のない二重譲受人が訴訟上それぞれの権利取得を主張して争った場合に、第一譲受人を優先させたとしよう。理論的には極めて妥当なこの解決は、しかしながら第二譲受人が登記を取得すると同時に全く無意味となり、新たに別訴で所有権者の交代を確認せざるをえない結果ともなる。したがって訴訟経済という面でも、紛争解決の本来の目的からも、共に未登記の場合の解決を第一譲受人の優先というかたちで訴訟上確認することは必ずしも妥当ではないようである。⁽²⁰⁾登記を取得しない権利者に登記請求権とは別にこうした法的保護を与えるならば、登記取得への心理的強制力を弱めることになる点も憂慮される。

右のような事情に鑑れば、わが国の判例法の処理を政策的に肯定することがより適当であるかとも考えられる。すくなくとも私見への批判に依⁽²¹⁾て判例法との妥協をはかり、二重譲受人が共に未登記である場合には権利者の確定を留保するという解決を肯定することは可能であろう。この場合には、少なくとも競争的物権取得者間において

は、登記は裁判上の紛争解決のために不可欠の要素となるため、まさに既出の裁判規範説が対抗理論をよく裏づけることになる。しかし、未登記譲受人とその他の第三者との紛争に関してまで右の解決を拡張することはやはり適当ではない。とりわけ所有権の対外的責任を明確にすることができないからであり、また侵害者に対する損害賠償請求権を誰が取得するかという問題を難問に終らせることにもなる。したがって、「相互に対抗しえない」という判例理論に妥協したとしても、その論拠は従来の判例法のそれとは本質的に異なる便宜的な対応であることを確認しなければならぬはずである。

すなわち、必要な場合には原則に従って第一譲受人の権利を優先させるという前提が確認されなければならない、さらには単に「対抗しえない」という用語が曖昧な権利状態を許容しているという理解を改めなければならない。他方、共に登記がないような状況をできるだけつくり出さないことが重要であることは言うまでもない。そのためには、契約をした者が直ちに登記を取得できるよう支援する必要がある、仮処分命令による仮登記以外の制度的配慮⁽¹²⁾を検討することが不可欠であろうと考えられる。

悪意と背信的悪意の区別

この問題は、公定力説との対立点という観点から論じることが適当であり、旧稿ではそのように取り扱っている。しかし、前述のように民法一七七条を民法一九二条に準じる公定力の規定と捉えるべきではないことは既に明らかであり、法定取得—失権それ自体は悪意者排除と両立しえないわけではないことも理解されているはずである。それ故よりプラクティカルな視点から、背信的悪意者排除説が妥当と考える私見の論拠を再認識したい。このテーマに関しては松岡助教の詳細な研究が見られるため、改めてその問題提起に答える必要もあるわけである。

わたくしが悪意者排除説に与しないのは、それが登記によって対抗すべき第三者の範囲を狭め、登記の強制力を弱めるといふ本質的な危惧を伴うからである。⁽¹³⁾この危惧は第三者を善意無過失者とするによりいっそう増大す

る。

フランスの判例は、今日第三者を善意者に限りつつも過失を不問としているが、この解決は不法行為を理論的基盤とするだけにいっそう疑問が大きい。フランス法の場合、一九四九年判決に際して生じた善意の転得者保護の必要性が、判例をして悪意者排除と結合し易い不法行為理論の採用へ向かわせたと解される。⁽¹⁰⁾ この考え方に拠るならば、第三者を善意者に限りつつも、転得者を第三者に引き込むことによって第三者の範囲を拡大しようようにも見える。しかし、第二譲受人とそこからの転得者を同じ第三者の範疇として処理することには理論上の障害があり、フランス登記法の規定も第三者は同一前主の承継人に限ると明言している。したがって、登記の優先を競う関係を安易に転得者のところまで拡大すべきではないと言わねばならない。ただ、前主と転得者を一体的に把握する処理が便宜的に妥当となる状況がありうることは含んでおきたいと当面わたくしは考えている。⁽¹¹⁾

悪意者排除説が登記の強制力を弱める傾向を伴うことは、言いかえればそれが必然的に意思主義とそれに基づく第一譲受人の取得を尊重することを意味している。とりわけ意思主義の伝統に忠実なフランスの判例は、悪意者排除というモラリスティックな解決に魅力を見出しているようである。しかしながら、第一契約の法的中味は、契約成立時期の分析を通して既に明らかであるように、所有権が移転している場合とそうでない場合を含み、また契約そのものの成否が争われる可能性を含んだ極めて多様なものである。それ故悪意者排除説に拠る場合にも、悪意の内容如何がまず問題となる。⁽¹²⁾ その上で、典型的なケースだけを扱うわけにはゆかず、周辺に判断の難しいボーダーライン上の事例があることを当然予想しなければならないわけである。

他方、背信的悪意者排除説への批判としては、悪意と背信的悪意を区別することはできないという指摘が重要であった。実際、未登記のまま長期に占有している第一譲受人の存在を知ってあえて第二契約を締結する者を背信的でないと言えるかどうかは非常に疑問である。しかし、取引の形態と状況によっては単なる悪意者として処理でき

る場合があるにちがいない。⁽¹²⁹⁾ 他方、売買契約の成否、所有権の移転が必ずしも明確ではないような時点で競争的に複数の譲受人が出現する状況の下では、善意、悪意の判断を厳格に行うことは実務的に困難であり、その理論的裏づけも極めて複雑なものとなるであろう。それ故、内容を問わず単に第一契約者の存在を知る者は悪意者と解することが、少なくともフランス法の下では伝統的な理解であり、⁽¹³⁰⁾ 所有権の即時移転を前提とするならばこの建前は合理的である。さらに、この種の悪意者を排除することが不動産取引を極めて硬直なものとすることは予想でできるであろう。⁽¹³¹⁾

自由競争の実質

こうして悪意者を第三者に含めることにより、登記によって最終的に物権取得者が確定するまでの間は一種の自由競争状態が存在することを認めなければならない。それはちょうど、同一内容の債権契約が同じ債務者の許に複数成立するという論理に似ている。ただ、本来の債権契約が理論的に有効に併存しうるのに対し、物権移転の契約においては、第一契約が所有権移転の効果を伴えば、その他の契約は無効あるいはそれに準ずる他人物売買契約である。それ故旧稿ではわたくしは、二重、三重譲渡は売主の権利ではなく、単に事実上避け難く発生する取引現象にすぎないという説明をしている。⁽¹³²⁾ とは言え、解除が有効に成立していると誤信したような例外的ケースを除き、一般には二重譲渡における売主自身は悪意であるから、多くの場合悪意の譲受人との間には第一譲渡の侵奪について暗黙の合意があると言わざるをえないであろう。悪意者も第三者に含めると論じる以上、これを適法な侵奪であると言い切った方が確かにより正確であるにちがいない。⁽¹³³⁾ その場合には、右に言及したような債権契約の自由競争性に準じるものとして自由競争による二重譲渡を肯定するよりないと考えるわけである。

ところで、債権契約の自由競争的性格については近時批判が見られ、債権侵害も不法行為となり得る以上、そこでの自由競争は従来わが国で論じられているほど本質的なものではないと指摘されている。⁽¹³⁴⁾ しかし、同一内容の複

数の契約を有効に締結しようという限りでは、債権契約は物権契約よりも構造的に確かにより自由競争的であり、また両者の相違がそれ以上のものである必要もない。債務を履行せず免責もされない通常の場合には損害賠償義務を負担するのであるから、そもそも債権契約がそれほど自由というわけではないのである。他方、所有権移転の効果を伴う契約においては、同一内容の契約は併存し難いという理論的前提が、二重取引に対して心理的抑止効果を与えることは考えられる。しかし、その他の点では二重譲渡は実質的に二重債権契約とあまり変るところはなく、両者をほぼ同様に扱うことは可能と言えよう。⁽¹³⁵⁾ 未登記物権は債権に等しいという議論は、実はこのような法的状況表現しているはずである。くり返すならば、その法的状況は理論的に肯定できるのではなく、単に事実上そのような取り扱いが可能であるにすぎないのである。

では、二重譲渡は債権侵害と同様に処理されるべきか。悪意者排除説はこれを肯定する方向と結びつき易いであろう。しかしわたくしは、登記の要請を伴う物権移転的契約（たとえば売買契約）を債権契約一般と同一視することは適当ではなく、前者の方はあえて政策的に悪意者包含と結合されるべきものとさえ考えるのである。すなわち理論的には、公定力説の発想を別としても、意思主義の原則がある以上第三者から悪意者を排除することには十分な説得力があり、またそれを正当化するような登記理論も導き易いはずである。⁽¹³⁶⁾ しかし、それでは對抗要件主義の適用範囲は極めて限定される。公示を実効あらしめるためには、登記欠缺の制裁が物権変動の実体的効力と結合される必要がある、それを極限まで押しすめたのがドイツ法の登記主義であった。對抗要件主義の実質もまたこれに近づかなければならない。そのためには、悪意者を第三者に含めるという理論的枠組が不可欠となるのであるが、この点は既にくり返し論じた。⁽¹³⁷⁾

右の結果、自由競争的な悪意と背信的悪意の区別という困難な課題が生じるとしても、実務上この区別が全く不可能とは考えられない。なぜなら背信性の認定、言いかえれば公序良俗違反、信義則違反に準ずるような判断は、

本来理論的というよりは裁判官の公平感覚に委ねられた裁量的な性質のものであって、その種の判断における微妙な線引の難しさは訴訟に固有の課題と見うるからである。

逆に、悪意者排除を採用する場合には、松岡助教授が構想されるような悪意の内容を厳密に定型化する試み⁽¹³⁾によって取引に自由競争の余地を残すことが確かに望ましいと考えられる。しかし、取引当事者に売主の処分権限の有無といった法的判断を期待することにそもそも無理があることは既に指摘した。⁽¹⁴⁾悪意者排除という枠組の意義は、やはり第一契約の存在自体について第二契約者に警戒を促し、その倫理感に訴えるところにあり、どの程度の侵奪は許容しうるかという政策的配慮とは相容れないようである。未登記権利者を保護しすぎることを危惧するならば、背信的悪意者排除はことば的構成としても適切であり、本質的に柔軟な判断になじむと考えられる。いずれにしても、未登記権利者は無条件に保護に値するのではなく、登記を取得しないという瑕疵を持つ存在であり、この点について本人を非難できるという前提がある限り、制裁としての侵奪の対象となってもやむをえないという構造があるわけである。自由競争の否定が公示主義の減退につながることは、對抗要件主義の理論的基礎である。形式的な對抗要件主義は、悪意者排除、背信的悪意者排除のいずれとも結びついてそれなりのかたちで機能しうるのであるが、わたくしはむしろ自由競争の許容にその本質があると見たい。

わが国においては、判例、学説一般にドイツ的な登記主義への傾斜が顕著であるところからも、また未登記取引が依然残存するために強い制裁によって登記を強制するシステムが望まれるところからも、背信的悪意者排除に支持が多く集まることは自然であると言えよう。⁽¹⁵⁾この意味では公信力説の主張は特異であったが、偶々フランス法の動向と結びつき、第一契約の尊重に注目させる結果を生んだと考えられる。この状況はさらに、契約法学の隆盛という学界の事情⁽¹⁶⁾とも呼応するようである。しかし、對抗要件主義の下で真に第一契約を保護する道は必ずしも悪意者排除ではなく、むしろ第一契約者に迅速な登記への機会を保障することの方がより重要であるとわたくしは考え

ている。またそれ故に、制裁の機能をまたずして登記が事実上励行されるような状況の下では、對抗要件主義の役割も潜在的になると言えるであろう。

松岡説の判例分析

判例に背信的悪意者排除が定着し、裁判例が蓄積されるとともに、どのような状況の下で背信的悪意が認定されるかという判例分析への関心が高まり、判例の網羅的な検討が試みられている⁽⁴⁸⁾。しかし、前述のような背信的悪意者判断の特質に鑑みるに、判例から帰納的に背信的悪意の基準を定型化することは極めて難しいと見うる。こうした状況の下で、松岡助教授は緻密な帰納的考察から出発され、判例が準当事者類型と不当競争類型に大きく二分されると指摘された⁽⁴⁹⁾。その上で、前者については第三者の問題は生じないとし、後者の枠内で第三者を善意・無過失者に限ることが判例の実質的解決に適合した理論構成になると主張されるようである。またその場合の善意・悪意の対象を「前主の処分権限の欠缺」と明確に定義される点が注目される。

背信的悪意者の認定を予測可能なものにすべきであるという主張は尤もであり、悪意の認定の方がより定型的になしうることも確かである。わたくしは前述のように、判例の理論枠組をかなり大まかにして、単に第一契約の存否についての認識を問いつつ悪意者包含を設定すれば足りると論じた。債権契約との区別さえ不問としているのは、所有権が契約成立時に移転するという原則を肯定する以上、特にこれを除外する意味は少ないからである。しかし、仮にこのようにして日本法の下で、予約者の権利をも含めて債権侵害の完全な排除を目ざとするならば、松岡助教授もやはり取引の閉塞を危惧されるのではなからうか。すなわち、松岡説のような基準を設けた悪意の段階的区別は、実質的には既に背信的悪意の排除に近づいていると見ることができ、単に悪意という用語を肯定的に使うかどうかの相違があるにすぎないと考えられる⁽⁴⁹⁾。

それ故背信的悪意の実際の認定においては、松岡説が指摘されるような契約内容の吟味に当然立ち入らざるをえ

ず、この観点からの詳細な判例分析さらには判断基準の抽出が望ましいことは言うまでもない。ただ、わたくしは背信的悪意の排除は本質的に一般条項的な規範であって、正当の事由や権利濫用の定型化のように、結局判例の類型化によってある程度の予測可能を期待できるだけではないかと見ている。⁽¹⁴⁵⁾

さらに私見の観点からは、二重譲渡が債権侵害として違法の評価を受けることと自由競争の肯定は両立し難いといわれる松岡助教授他の批判に次のように答えようであらう。すなわち、公示への動機づけを登記の順位による優先主義に求めた對抗要件主義の下では、仮に債権契約を第三者の侵害から保護しても、物権を移転させる契約に対しては右の意味での自由競争性を肯定せざるをえないという問題が残る。したがって、債権契約をどう保護し、物権の二重譲渡にどの程度の自由性を認めるかについては、理論的には個別の考察が可能なのである。⁽¹⁴⁶⁾ フランス法はこれを善意者保護という共通の判断枠組に取り込む方向を旨としており、そこにはモラリスティックなフランス法に固有の必然性があった。

わが国の場合には、所有権移転時期に定説の出来にくいことや、予約と本契約の区別、所有権留保特約の有無等が十分定型化されていない事情に鑑みて、債権契約も合わせて一律に悪意者包含・背信的悪意者排除の枠組を適用してゆくことが当面は望ましいのではないかと考えるわけである。

さて、松岡論文には右のように多くの重要な問題提起が含まれるのであるが、基本的な構想としては前述のような類型分けに基づく定型処理を志向されるため、個々の判例分析の面では、自説を正当化するような読み込みがなされる傾向を避け難いようである。

たとえば不当競争型とされる名古屋高判昭和六一年七月一六日判時一二〇九号二六頁は、売買により土地の共有持分および地上建物の所有権を取得した者と土地の受贈者との争いであり、買主の土地に登記漏れがあったのを知りつつ贈与を受けた者が背信的悪意者とされた事案である。松岡助教授は、判旨の表現に着目しつつこれを悪意の

推認によって背信的悪意を導いた例であると評しておられる。しかし、ここでの第一取得者は目的物件を二〇年以上占有しており、他方受贈者は、在日本朝鮮人総連合会の役員として同会傘下朝鮮人の財産調査をする立場上右取引の登記漏れを知り得た事情が認定されているのであり、その他の諸事情を総合して背信的悪意を認定したことは十分な説得力があると考えられる。

また準当事者型とされる大阪高判昭和六三年九月三〇日判時一三一八号六三頁は、無権代理人から宅地を購入して二〇年以上も占有していたが未登記であった取得者と、本人の相続人からの取得者の争いである。後者は時効完成後の譲渡によって前者の時効の利益を奪う目的で同居の親族内で贈与を行ったものである。第二譲受人は善意であるにもかかわらず背信的悪意に準ずる取り扱いを受けており、本来の背信的悪意者概念が全く機能していないと論者は指摘しておられる。

思うに、右の例は、本来当然取得時効によって救済されてよいはずの未登記取得者が二重譲渡的解決を援用する判例法のために不利益を蒙ることの不合理を典型的に示すものであろう。わたくしは判旨がこの不合理を回避するために背信的悪意者概念に依拠したものと見たいのであるが、第二譲渡すなわち本件贈与の目的が専ら第一譲渡の追奪のためになされたものであり、それ以外の合理的な動機をもたないところに取引自体の背信性を認めることは肯定できる。親族間の贈与が正当な取引の範疇のものと云えるかは、一般論として確かに疑問が残る。しかし、定型的にこれを正当な取引から除外することは妥当ではなく、あくまでも個別具体的な評価に委ねるべきものと考ええる。事案において判旨は、第二譲受人のあまりに無目的で受身な態度が取引態様としては認し難いと批難しているのであるが、むしろ端的に譲渡人との客観的共謀を認定すべきケースではないかとも考えられる。そうではなく保護に値する本来の善意者であるならば、親族間の取引であっても当然登記のルールが適用されるべきであらう。

松岡助教授が検討された龐大な判例リストの中のわずか二例を取り上げただけであるが、わたくしがとりあえず

ここで言いたいのは、この種の判例研究においては何よりも各事案の独自性に立脚した実質的な判断に着目する必要があるため、帰納的分析の成果はどちらかと言えば法社会学的観点からの整理として評価されるのに適するのではないかという疑問である。帰納的に解釈論を導く作業は、仮に可能であるとしても、事例毎の特殊事情に左右されるためかなり不確定なものになると見るべきであろう。また、判例の読み方が根本的に異なるような状況の下では議論も咬み合い難いわけである。

ボアソナード理論について

ボアソナードの登記理論に関する研究の進展にも昨今注目すべきものがあり、わたくしも関心をよせるところであった。⁽¹⁹⁾しかし、その研究の意義は主として法史的な側面にあると考えられ、当面の対抗理論との関連では、ボアソナード理論を直ちにわが国の対抗要件主義の解釈に援用できるという性質のものではない。実際、わが国の民法典の生みの親とも言うべきボアソナードが、偶々本国において不動産登記理論に注目すべき学問的足跡を残していることは、わが国の物權變動論の盛況と重ね合わせるとき、むしろ奇遇であると考えられる。フランス法における不法行為理論はボアソナードを嚆矢とすると確かに言えるようであるが、それが今日フランス法の主流をなしているのは何といってもフランス法の伝統にそれなりの必然性があったからであり、他方、これとは相対立する背信的悪意者論の流れも一貫してフランス法に併存している事情は既に指摘してきた。すなわち、ボアソナード理論であるから真理であるというわけではもちろんない。否、今日の感覚から言えば当然のことであるが、ボアソナードとしてフランスの民法学者の一人であるにすぎないわけである。彼のフランスにおけるキャリアが必ずしもそう輝かしいものではなかったことを指摘しつつ、彼の業績を時代と境遇の中で冷静に位置づけている最近のスリウ教授の論稿⁽²⁰⁾なども併せて参照されるべきであろうと考える。ボアソナード理論の細部にはここでは立ち入る余裕がない。

(2) 対抗の一般理論

D・バスティアンの対抗理論

民法一七六条・一七七条の対抗問題を検討するに際して、わたくしは民法典の各所に見られる「第三者に対抗しない」という表現にはそれぞれ独自の意義が付与されうるといふ前提をとり、対抗の一般理論に注目することはしなかった。フランス民法の体系書によってもそのような考え方に特に問題はないと解されたし、何よりもわが国で求められてきた「対抗スルコトヲ得ス」の意義は民法一七七条に固有のものであったからである。実際、他の領域を視野に含めた上での制約を考慮する必要がないほど「対抗」の概念は柔軟であるように見うけられた。しかし、加賀山論文がD・バスティアンのテーゼ⁽¹⁸⁾を援用されて以来、その検討はわたくしにとっても極めて関心をひかれるところであった。

バスティアンの論文は、対抗不能(inopposabilité)という法概念に注目し、民法典を中心とした種々の問題領域の中でその用法を分析することによって、帰納的にその理論上の特徴を明らかにしようとしている。取り上げられているのは、公示(登記)の欠如、様式の欠如、確定日付の欠如、フロード(詐欺)、隠匿行為、取得された権利の侵害(たとえば民法一三三八条など)、遺留分侵害、解除(贈与の撤回等を含めて)、法律行為の無効における対抗不能であり、いずれも「対抗する」という用語を含んだ法文をもつか、あるいは学説がこの概念を用いた理論構成を行っている領域である。バスティアンはこれらのそれぞれについて、誰が誰に対し対抗不能を援用しうるのか、いかなる態様においてか、その法的効果如何、対抗不能はいかなる状況の下で消滅するかという検討を詳細に行い、結果を総合して無効の理論と対比しつつ、次のような結論をまとめている。⁽¹⁹⁾

対抗不能は無効と違い法律行為の存在そのものは否定せず、それを残したまま効果の一部ないし主要部分だけを消滅させるのであって、この制裁は法律行為成立後の事実関係に基づいて生じる場合もある。相対無効と比べて対

抗不能の範圍は立法目的に應じて相当広くなる。對抗不能も無効も全ての第三者に対して援用しうるが、後者が訴権又は抗弁権のかたちをとるのに対し、前者の主張は構造的に抗弁権である。無効の効果は判決に従って絶対的に生じるのに、對抗不能はそれを無視することが出来る第三者に対しては強制されない。相対無効と同様にその効果は受益者が放棄できる。また、相対無効が一〇年の消滅時効にかかるのに対し、對抗不能は三〇年時効が適用される例外を除き時の経過によって消滅せず、援用権の消滅というかたちをとる。中心となる効果の面では、對抗不能は当事者間における法律行為の効果を尊重しつつ、立法者の目的を達成するに有用な限度でのみ部分的にその効力を奪い、それにより必要な範圍の第三者を保護するという性質を示すものである。

このようにバステイアンの тезис は、相対無効と比べた場合の對抗不能の理論を体系づけた点で注目されるのであるが、右に概観したところからも明らかであるように、その枠組は種々の例外を含んだ極めて大まかなものである。実際、對抗不能の指摘されたような理論構造については、わが国の議論においてもある程度は共通の理論があったと言える。少なくとも民法一七七条の對抗に関しては、第三者の範圍、第三者の承認、否認権構成等の考え方がバステイアンの理論の延長上にあるとしても言いすぎではなからう。学説史的に見てそこにバステイアン理論の影響を認めうるかどうかはもちろん別の問題である。彼の тезис がなかったとしても、フランス法の對抗不能の理論枠組の大筋は存在したのであり、バステイアンの業績は、的確な問題把握とともに独自の観点からその統一の整序を提示したオリジナリティーにあると考えられる。

加賀山論文への対応

右のように對抗不能の一般理論は極めてゆるやかなものであり、「對抗することができ」「對抗することができない」という用語の枠内でそれぞれの問題状況に即した法的解決が目ざされているわけである。⁽¹⁸⁾ わが国ではとりわけ、対抗要件主義がフランス法継受のものであり伝統の裏づけがないこととドイツ法理論との混淆が避け難い事情

があるため、物権変動における對抗の難解さに議論が集中せざるをえない状況があった。また、登記と物権変動との密着した関係故に、たとえば民法九四条二項、民法九六条三項等における権利取得のメカニズムを明らかにするに先立って、登記による對抗の理論を明確に把握しておく必要性も大である。したがって、わたくしの考察方法に特に問題があるとは考えないのであるが、なおバステイアンを基準としつつ指摘されるような對抗の一般理論に目くばりすることは望ましいはずであり、若干の補足をしておきたい。

法定取得―失権の考え方においては、二重譲渡における第一契約の効果可能な限り肯定する一方、第三者に対し登記されない第一契約を否認する（無視する）権利を与えているのが民法一七七条であると解する。否認権は第一契約の對抗不能の効果である。しかし、最終的には第二取得者の権利は第二契約の登記とともに生じるため、契約だけでは否認の側面は必ずしも前面には出て来ない。ただ、法定取得のプロセスの出発点となる第二契約の締結は明らかに對抗不能＝否認の理論構成を介して正当化されうるものである。

他方、⁽¹⁶⁾ 第三者の範囲に関しては、バステイアンが論じるように立法目的に応じて保護すべき第三者が決定されるのであるから、公示制度をどう把握するかが決め手となる。この目的をわたくしは、物権変動の実体的効果を登記と結合させること、およびそれによって登記簿を編成、維持することに置いている。したがって對抗不能によって利益を受ける第三者は、単に隠れた第一譲渡による不測の對抗を免れるにとどまらず、未登記の物権変動に対して先登記を争う競争関係に立ちうるという前提が必要と考え、悪意者包含説を支持した。最終的には第三者は自ら登記した者でなければならないという要請もここから導かれる。

ところで加賀山論文は、バステイアンの考察の視点を日本法に援用し、對抗不能の用語が用いられている民法典の全ての箇所を網羅的に整理して、對抗の一般理論を構築することを主張される。具体的には民法一七六条・一七七条、民法九四条二項、民法九六条三項等における権利取得のメカニズムが考察されているが、その論法には對抗

の一般理論への過度の期待が認められる。また、対抗問題とは、わが国では民法一七七条における対抗を指す固有の用語となっているのに対し、同じ用語を用いて対抗の一般論を展開しておられるために、基本的な権利変動のメカニズム自体と登記による対抗の混淆を生じていると見うる。⁽¹⁸⁾ 民法一七七条の対抗に関して主張される否認権説は、浜上説であると認めておられるので、議論の核心は浜上論文の検討に委ねたい。

とは言え、なお加賀山説の議論では、第二譲受人の登記が否認権の行使にあたるのか、あるいは登記の外に否認権行使の意思表示を要するのか分りにくい点をとりあえず指摘したい。⁽¹⁹⁾ 前者であれば私見に近く、後者であれば二重譲受人の一方が有効に登記してもなお所有権者が決まらず両者の併存を肯定することになり、公信力説以上に問題であろう。

浜上論文の概要⁽²⁰⁾

さて、浜上論文は、民法一七七条の対抗に絞って独自の否認権説に基づく理論構成を提示しておられる。その論拠はバスティアンの対抗理論にあり、これをフランス法そのものとして、できるだけこれに近い推論を試みられたようである。しかし、必ずしもそうなっていない。たとえば、バスティアンは対抗不能の援用は常に抗弁⁽²¹⁾ (exception) として行使されると言い切っているのに対し、浜上説は実体的な形成権としての否認権という構成を示されるわけである。⁽²²⁾ バスティアンの理論がフランス法そのものではないことも当然のことであり、一例を挙げれば、バスティアンは悪意の第三者も対抗不能を援用しうるとして、彼の時代に一般的であった悪意者包含説に拠っている。⁽²³⁾ いずれにしても、フランス法の伝統的な対抗不能の概念は前述のように極めて柔軟なものである上に、公示における対抗不能をどう理論構成するかについては、バスティアン以後もとわけ近時のデュクロ、レヴィ⁽²⁴⁾ 等の議論を通じて新たな展開が見られ、むしろ今後の課題というべき状況がある。

浜上教授の主張される否認権説に立ち入るならば、まず加賀山説に対して指摘したと同様の不明確さが問題とな

る。浜上教授は、対抗要件の援用は意思表示又は意思実現によってなしうるから、登記したことにより意思実現としての援用があったと事実上推定されると考えてよい場合もあるとし、他方登記をした第三者が他に目的物を転売した場合には対抗要件の援用がないと解されるようである⁽¹⁰⁾（転得者に対しては否認権の法定移転が認められる）。わたくしにはこの論理はやはり登記イコール援用に帰するべきものと考えられる。バステイアンが対抗不能の主張は常に抗弁権のかたちをとると論じたのは、登記した第二譲受人が常に権利取得者と見做されるという前提に立つ故と解され、登記がすなわち否認権の行使にあたると解する方がバステイアンにも近い。浜上教授は意思表示による否認というわが国の伝統的な考え方にこだわられるために、権利取得の手続きをあえて複雑難解なものにしておられる。

そもそもフランス法の下で、対抗力を欠く権利を第三者は否認する⁽¹⁰⁾（*ne*）ことができる⁽¹¹⁾とされる場合には、単に無視するという程の意味⁽¹⁰⁾はなく、そこにわが国の否認権説を重ね合わせることは妥当ではない。

浜上説における承継取得

浜上教授の推論の中でわたくしが最も注目するのは、対抗要件の援用（否認）によって対抗不能であった第一譲受人の所有権が逡及的に消滅し、非権利者であった譲渡人が譲渡可能な状態になるため第二譲受人が有効に所有権を取得しうると論じられた点である。⁽¹⁰⁾第二譲受人が無権利の前主から承継取得をするメカニズムを、この議論は極めて適切に説明しえていると言えよう。

しかし、果して二重譲渡の実質に十分即したものであろうか。第二譲受人の権利取得は早くても第二契約成立時以降であるから、逡及的に第一譲受人の権利を覆滅させる必要はなく、第二取得が有効に成立した時点で第一譲受人の失権を認め、所有権者の交代を考えることで足り、またそのように論じることによってはじめて第一契約の尊重を理論構成に取り込むことができるはずである。これが法定取得—失権説の考え方である。そのために法定承継

取得における権利変動のメカニズムは確かに不明確な部分を残すことになった。無権利者からの承継取得は矛盾ではないかと当然問われるであろう。⁽¹⁶⁸⁾ 私見はこの点について、譲渡人の権利上の負担とともに失権以前の第一譲受人の権利が負担されたかたちで（担保物権に準ずると言えようか）承継的に第二譲受人への権利移転が生じると今回改めて説き直した。⁽¹⁶⁹⁾ いずれにしても第一譲渡を失権させるのは法の効果であるから、立法目的に即した適切な解釈を求めればよいのであって、否認という用語自体にその構成を明示するほどの内容はないと見なければならぬ。

「法定取得—失権」を導く過程においては、私見は動産の即時取得を意識して理論構成を考えただために、旧稿では登記の効果として登記の時点から所有権を取得すると理解し、確かにそのように表現している。⁽¹⁷⁰⁾ ただ、それにもかかわらず、第二取得は譲渡人との契約に基づく承継取得でなければならない（したがって前主の権利上の負担を承継する）と主張しているのであるが、二つの議論の接点には必ずしも十分な配慮を尽していない。この点は浜上教授のご指摘のとおりである。この問題は、譲渡人の第二譲渡の権限の問題とともに、意思主義・對抗要件主義の妥協的側面が集約されて理論構成の最も困難な部分をなすと考えられる。登記とともに第二譲渡は契約締結時に遡って対抗力を生じ、取得された所有権の対抗力もそれに準ずるとするならば、登記は契約の順位決定にかかわるだけで、所有権の取得は契約自体の効果であることを改めて確認することができる。

譲渡人AからB、Cになされた二つの譲渡において、先登記の効果としてA→Cの第二譲渡が優先しうることになれば、これと相容れない限りで對抗不能の第一譲渡が失効する。もっともここで相容れない関係を生じるのは両譲受人の所有権取得であるから、厳密に言えば、Cが所有権を取得した時点からBの所有権が失効するわけである。したがって、所有権の即時移転を前提とする原則的議論は、さらに所有権がいつ移転するかというめんどうな議論に発展することを避け難いのであるが、その種の判断は通常の訴訟でも当然必要となるわけであり、当面のB・C間の争訟が特別というわけではないであろう。

なお、右の議論は契約を公示するというフランス法の発想に出發するものであるため、わが国の登記の考え方に従って権利それ自体を公示すると考える場合には、若干の手直しを要するかもしれない。⁽¹⁷⁾しかし、どちらの場合にも対抗関係を生じるのは両立しえない権利の二重取得についてであるから、本質的な相違はないと見ておきたい。

第三者の承認

浜上説はフランス法の伝統的な対抗の考え方を尊重する立場から、契約当事者の利益と第三者の利益を柔軟に調整できるのが対抗不能の本質であるとして、意思表示による否認という構想にこだわられた。前述のように浜上教授の否認権説は、登記と否認権の行使の区別が明確にならない点、登記しても否認権を行使するまでは所有権の併存を認めざるをえない点等において、本来的に無理があると見受けられる。フランス法の「対抗」は、確かにその柔軟性故に種々の法的问题の処理に適切に対応しているとしても、それは当然曖昧さと理論的不明確さを残す問題処理となっているはずである。当面の対抗理論はこの不十分を克服するために求められているのであって、一方でドイツ法的な物権と債権の峻別の構成をも継受しているわが国の民法典の解釈において、とりわけその要請が大きいことは容易に理解できる。このように見れば、浜上説の発想はむしろ後退的であり、前向きな問題解決とはなりにくいのである。

浜上教授の否認権説が目ざされる柔軟性は従来の議論においては第三者の承認という構成によって実現されていたはずである。⁽¹⁸⁾それを本来の権利取得のメカニズムに取り入れて論じられたところに新しさがあると考えられるが、伝統的な承認の当否を論じる方が問題はより明快になると考えられる。承認は言いかえれば対抗不能の援用権を放棄することであり、バスティアンもこの意味での放棄を肯定している。彼は右の援用権の放棄を追認と同じ性質のものと論じ、公示が第三者保護の目的で制度化されている以上、第三者が承知の上でその私的な利益を放棄することを否定する理由はないとする。⁽¹⁹⁾

しかし、公示は単に特定の第三者の保護だけのためにあるのかどうかが問題である。わたくしはむしろ公示制度の維持は公序良俗にかかわるものであり、登記によって物権の帰属を決定する制度を当事者が自由に離脱することはできないと考える。意思主義・對抗要件主義にドイツ法の登記主義に準じた明確さを与え、登記簿編成の原理を明示するというわたくしの意図が、その限りで一つの政策的価値判断に支えられていることは確かであろう。これに対し、バステリアンの對抗理論のような伝統をもつフランス法は、今日なお不法行為法の柔軟さの中に問題の解決を委ねうるかと見ているようである。立法の充実、公証人制度の裏づけを基盤とするフランス法の制度は、さし当りそれで運用しえているかもしれない。⁽¹⁵⁾しかし、理論的に混迷を深めていることは十分看取できる。他方、わが国の問題状況をフランス法と同一視できないことも明らかであり、当面の問題の解明がフランス法に先んじること⁽¹⁶⁾も十分ありうると考えるものである。

右の観点に立てば、有効に売買契約を締結し登記まで取得した第二譲受人が第一譲渡をあえて承認したいと望むならば、別個の取引によって第一譲受人に取得した権利を再譲渡するか、あるいは譲渡人を含めた三者間で第二契約を解除し第一譲受人に登記を移す配慮をする以外にないであろう。⁽¹⁷⁾またそれで足りるはずであり、浜上教授の主張も結局は右と同趣旨を否認権の放棄という用語で理解されるにすぎないと考えられる。⁽¹⁸⁾そうでなければ、承認(否認権の放棄)によって第二譲受人から第一譲受人に直ちに移転登記がなされる場合の登記原因は何であろうか(浜上説では否認権は登記とともに行使される)。また、第二譲受人が自発的に登記を抹消するには解除を経なければならぬであろうから、譲受人と無関係には否認権を放棄しえないわけである。

さらに、浜上教授は損害賠償請求権の帰属の問題に言及され、不動産のAからの二重譲受人BCが共に未登記の場合、目的物を滅失、毀損した不法行為者に対する損害賠償請求権は、第二譲受人Cの登記までは第一譲受人Bに、登記以後はCが取得するとした私見を批判された。⁽¹⁹⁾Cの登記による第一譲渡の遡及的失効を前提としてはじめ

て、未登記時における不法行為の損害賠償請求権を登記後のCに取得させることができるという趣旨である。私見の表現はこれと異なり、未登記中の不法行為に対してはBが、登記後の不法行為に対してはCがそれぞれ損害賠償請求権者であるという「法定取得—失権」のごく当然の結論を確認したにすぎない。浜上教授が示されたような解決も考えうるが、その処理のあり方はむしろ不法行為法の問題であって、目的物の所有権譲渡があった場合の一般論に準じるであろう。また、浜上教授は否認権の行使又は放棄が第二譲受人の意思にかかっていると論じつつ、所有権の帰属が明確さを欠くことはないといわれるが如何であろうか。

右のように浜上論文は、法定取得—失権説に内的かつ本質的な批判を試みておられ、わたくしも貴重な示唆を受けた。浜上説は結局私見の考え方をバステイアンの理論に合わせるべく修正されたものと解されるのであるが、その考察方法自体に問題があることは既に指摘した。

バステイアンの理論に関しては、対抗不能と比較されている無効ないし相対的無効をどう把握しているかが注目されるが、この問題は今後の課題としなければならない。とりわけわたくしは、対抗不能の枠内で部分的に相対的無効が実現されると論じたため、その際わが国の相対的無効の定義が必ずしも明確ではない点が看過しえない論点となった⁽¹⁹⁾。その説明は、民法九四条二項、民法九六条三項等における権利取得のメカニズムを論じる際に不可欠の前提となるはずである。

債権の対抗力

対抗の一般理論を取り上げるならば、債権の領域における対抗の問題にまで視野を広げておくことが必要であろう。債権の対抗力は、フランス法の下では民法典一一六五条が規定する契約の相対効を中心に論じられており、わが国の最近の研究としては、吉田助教の著作の中に紹介されている議論が注目される⁽²⁰⁾。すなわち、フランス民法一一六五条は、よく知られたローヤ法の格言 *Res inter alios acta*……を条文化したものであって、契約が基本的に

これを締結した当事者間でのみ効力を生じることを規定している。吉田助教教授は、債権侵害が不法行為責任を導くという議論の前提としてこの法文の解釈を取り上げ、フランスの学説が契約の相対的について当初の限定的理解を克服し、契約は第三者に対しても不可侵性 (inviolabilité) を持つと認識するまでの経緯を指摘された。

契約の効力を当事者間における拘束力と第三者に事実状態として契約の存在を尊重させる効力 (対抗力) とに分けて考察することは、今日フランス民法の体系書にほぼ共通する論述方法であり、破毀院もこれを承認している。⁽¹²⁾ しかしここでは、この問題のもう一つの重要な側面が、契約の相対効と物権の対世的効力をどう調和させるかという点にあることを見落すべきではなからう。

すなわちフランス法においては、民法典一一六五条が契約の相対効を規定しているのに、同条の適用を受ける契約が何故全ての者に対抗しうる物権移転の効果を導くのかという疑問が伝統的な論争点となっていた。⁽¹³⁾ とりわけ不動産所有権の立証に際して右の疑問が障害となったのであるが、一九世紀の前半まで破毀院は、所有権の権原 (titre) を援用して所有権の立証をすることを民法典一一六五条に反するとして否定する見解であった。ついで、公正証書 (acte authentique) による契約の証明力を根拠としてこれを肯定し、最終的には物権設定契約の絶対的効力を認めるに至ったとされる。⁽¹⁴⁾ 物権はその性質上対世的効力を有する上に、物権を移転する契約は民法典七一一条により即時に移転の効力を生じるからという理由による。しかし、最近の破毀院判決はより率直に、所有権を確認する権原に対しては民法典一一六五条の適用はないと論じるようであり、契約当事者が第三者に対し所有権の立証の手段として契約の対抗力を主張することを広く認めるようである。⁽¹⁵⁾

右の議論から窺われることは、債権の対抗は結局契約が存在するという事実 (situation de fait) の第三者に対する主張であり、また第三者の側にはこれを尊重することが義務づけられるという法関係である。そこから、契約の存在を認識して当事者を害するような競合的契約関係を締結することは民法典一三八二条の不法行為を構成すると

いう議論が導かれる。⁽¹⁸⁾さらに、この場合の「対抗」は、権利それ自体の対世的な主張に帰すると言えるであろう。したがって、対抗の対象となる第三者はここでは政策的に限定されることなく、純理論的に契約当事者を除く全ての第三者が包含されることになる。またそれ故に、一定の政策目的を実現するために第三者の範囲が特定されているような対抗関係とは十分区別して論じることが必要と考えられる。

債権の対抗と対抗要件主義

ところで、公示ないし登記による対抗は、右のような権利の対抗を人為的に特定の手続きと結びつけ、独自の効力を創設した制度にかかわるものである。その複雑な機構がいかなる理論的基盤に立つかは、フランス法自体も必ずしも明確に示していない部分を残すと見うる。

とりわけ、公示を事実上の認識と並置し、両者を対等に扱うという議論の仕方に問題が含まれるのではないかとわたくしは見たい。⁽¹⁹⁾その結果、不動産取得者は悪意の第三者すなわち先譲渡について認識のある第二譲受人に対しては公示がなくてもその取得を対抗しうるといふ今日の破毀院の考え方が導かれた。そこには「契約ないし権利を知る者には対抗できる」という理論の影響が明らかである。

これに対してわたくしは、公示を単に第三者の認識手段と見るべきではなく、より組織的に登記簿編成に向けられた抽象的な義務と解して、公示によって順位の優先を主張しない限り、認識のある後順位譲受人によって追奪を受ける可能性があると論じた。第一譲渡を知る者にはこれを対抗しうるといふ論理は、公示制度の枠外においても全くあてはまるのであり、対抗要件主義に固有のルールではない。また、仮に第一譲渡が公示されたとしても、第二譲受人が公示を調査せずかつ第一取引自体を知らなかったとすれば、右の「対抗」の論理は機能しないわけである。この不都合を克服するためにフランスの多くの学説は、第一譲渡の公示により第三者がこれを知ったという絶対的証拠がつくられると説いている。⁽²⁰⁾このようないわば詭弁を必要とすること自体がフランスの議論の未成熟を

示すと見るのであるが、それは言いかえれば、對抗の前提条件は認識であるという伝統理論から飛躍できていないという意味にはかならないであろう。

フランス法における右のような認識と對抗の理論は、契約の拘束力(フ民一二三四条)、物權移転契約における即時移転主義(フ民七一一條)等と相まって、契約尊重の伝統の一つの表現形式をなすと考えられる。一般の債權侵害における善意者保護はこの延長上にあり、他方、動產物權變動における善意者保護には独自の伝統的根拠を指摘できるわけである。不動産公示にも独自の要請があることは前述した⁽¹⁹⁾。また、売買一方の予約(promesse unilatérale de vente)や優先契約(pacte de préférence)⁽²⁰⁾が一般的に惡意の第三者には對抗できると論じられ、債權侵害から保護されてきたとしても、これらは本来の對抗要件主義に基づく公示に服するのではない点が注意を要する⁽²¹⁾。逆に、登記によって對抗しなければならぬ通常の売買契約が契約主義の保護をある程度奪われる結果となることは、むしろ論理必然と言えるのではなからうか⁽²²⁾。對抗要件主義を伝統的な權利の對抗の範疇に埋没させて論じるか、あるいは獨特の公示主義として強調してゆくか、フランス法はこの二つの考え方の綱引きの中で今後も前者に傾いてゆくかもしれない。しかし、日本法が後者の立場をとることには十分な必然性があると言えよう。

つけ加えるならば、前述の優先契約に関する最近の判例が、その存在を知りつつ不動産を買い受けた第二譲受人の取得を肯定し、詐欺的な状況の下で(dans des conditions frauduleuses)契約したのでなければ無効とならないと論じている点は注目に値しよう。詐欺的な状況とは、優先契約の存在に加えて受益者がその權利を行使する意思があることも知っている状況を指すと判旨は論じている。惡意者排除に立つ判例、通説の立場から評判が強く批判していることも頷ける。判決は、利益衡量的な配慮を加えて第二譲受人を保護した結果、伝統的な惡意者排除を背信的惡意排除に向けて変えたものと見るべきであろう⁽²³⁾。仮にこの判例が部分的な逸脱にすぎないとしても、フランス法の惡意者排除の伝統が必ずしも絶対のものではないことの一端を知りうるはずである⁽²⁴⁾。

債権譲渡の対抗

債権の対抗を論じて債権譲渡に言及しないわけにはゆかない。わが国の民法四六七条の対抗要件は、一般に物権変動の対抗要件にかなり近いものと把握されているようであり、その上民法四六七条の解釈自体に問題が多い状況もあって、民法一七七条の対抗要件主義との比較に期待がよせられる事情もあるからである。そもそも対抗理論を考察するにあたって、わたくしは「対抗スルコトヲ得ス」の意義は、民法典中の諸制度毎に独自の内容を持つという前提をとり、民法四六七条一項は通知又は承諾を特に指名債権譲渡の効力要件としたもの、同条二項は、確定日付の証書による通知又は承諾を民法一七七条同様の順位優先主義に基づく対抗要件とした規定ととりあえず理解した。⁽¹⁹⁾もちろん、対抗の一般理論があるという観点からは右のような見方に批判もある。

さらに、わが国の判例、学説は、民法四六七条二項の順位の優先を確定日付ある証書の到達時によって決定するとしたため、確定日付の意味がほとんど失われている状況がある。⁽¹⁸⁾立法趣旨に遡った検討が不可欠と考えられ、池田教授の研究が既に注目されている。⁽¹⁹⁾池田論文は、フランス法継受の沿革を踏まえ、民法四六七条の確定日付ある証書は本来一項において要求されるべきであったと指摘しておられる。⁽²⁰⁾したがって、判例法の到達主義についてはこれを到達時の確定日付に改めるべきであると批判しつつ、⁽²¹⁾他方同時到達で優劣を決定できない場合には、強制執行における平等主義に準じて複数の譲受人が債権額に応じた比例配分による弁済を受けうると解されるようである。⁽²²⁾

わたくしがここで論じうることは限られているが、池田教授の分析によるフランス法との対比からも、債権譲渡契約がわが国では諾成契約として取引中心に簡便化されていること、これに対してフランス法は債務者に対する配慮が厚く、そこに合意と人的関係を尊重する伝統が反映されていることを看取できると考える。また、債権譲渡の対抗は本質的に債務者を念頭におくものであり、債務者に知らせることが対抗の基本であるという理解の背後には、当然前述したフランス流の「認識と対抗の理論」があると言えよう。このように見るならば、民法四六七条一

項の対抗要件をむしろ成立要件と捉えようとした私見の出発点はそれ程間違っていないようである。同条二項をも合わせ、一つの要式主義によって包括的に債権譲渡の法律関係を処理することが、母法における本来の対応であるとされる池田教授の指摘とも軌を一にするからである。⁽²⁰⁾

にもかかわらず、民法四六七条一、二項をそれぞれ別個の規定として独立させたわが国の立法者は、その構想に際して、民法一七六条・一七七条の対抗要件主義を念頭に置いていたのではないかという疑問がどうしても残る。⁽²¹⁾否、物権変動論の影響はフランス法自体の中にも明らかに指摘しうるのではなからうか。たとえば、フランス民法典一六九〇条の通知又は承諾の要件を、公示 (publicité) の手段と解することは、それが不動産登記と同じ意味であるとすれば必ずしも適当ではないことは明らかである。しかるに、ここでの公示は債務者をインフォメーションセンタ⁽²²⁾とすることによって債権譲渡の事実を確認できるといふ機能を指すという理解が、フランス法にも古くから定着している。⁽²³⁾わが国の同様の通説にも当然フランス法の影響はあるはずであらう。とりあえずは、議論の伝統に捉われず端的に実務の側面から眺めることが必要と考えられ、債務者を公示機関と見ることは実態に即さないという厳しい指摘が見られることに注目したい。⁽²⁴⁾ここでの対抗要件の真の目的は、債務者の保護と同時に二重、三重譲渡の危険に対して譲受人の確定をはかることが中心であり、債務者の情報提供には本来それ程積極的意味はないと見たい。⁽²⁵⁾通知・承諾イコール公示という発想の呪縛を離れるならば、譲渡の公示が必要な場合には帳簿により債権譲渡を公開するという真の公示の可能性に展望が開けるであらう。⁽²⁶⁾そこで物権の場合のような登録の順位優先主義をとるかどうかはまた別の立法技術の問題である。

さらに、債権譲渡の対抗要件を成立要件に近づけて解する立場からは、現行の民法四六七条二項の下で生じている紛争の解決に若干の示唆を得ることができるようにも見うけられる。すなわち、同条の確定日付ある証書をもつてする通知・承諾は債務者に到達しなければその本来の意義は發揮されないものであるから、その証明が可能である

限りにおいて判例のような到達主義には合理性があると考えられる。しかし、債務者の実質的な認識だけが要件なのではなく、形式としての確定日付ある証書は依然要求されているのであり、それが紛争解決に何ら機能しないことは解釈論としても不自然である。確定日付はまさに通知・承諾の日付によって優先順位を確定ないし決定しうるという前提の下に制度化されているはずであるが、判例法はこの日付よりも実質的な到達が優先するというルールを確認したわけである。したがって、日付よりも到達時を重視し、また同日付の場合には到達時を考慮するとしても、同時到達の証書については本来のルールに返って確定日付の先後を尊重することがあるべき解決ではないかと考えられる。一つの提案として今後の検証を期したい。⁽²⁹⁾

債権譲渡の対抗要件との関連では、フランス法は悪意の第三者を許容し、民法典一六九〇条の要件（すなわち通知・承諾）を満たさなければ、譲渡は悪意の第三者に対しても対抗しえないとされる。⁽³⁰⁾ 通知・承諾を成立要件的に捉えれば、右の解決が出てきても不思議はないと言えよう。⁽³¹⁾ この点からも物権変動の対抗との違いを看取できる。

(3) 補論

應巢論文について

以上、民法一七七条の側面から対抗および対抗要件主義の問題を概括的に検討してきたが、多岐にわたる論点に追われて関連論文を個別的に取り上げる余裕があまりなかった。ここではとりあえず、次の二作品に補足的に言及しておきたい。

一つは、所有権移転時期との関連で既に論じた應巢論文の後半部分である。前出の著作「物権変動論の法理的検討」の第二章は対抗要件論の検討に当てられており、私見の「法定取得—失権」に対しても各所に批判的考察を示しておられる。同論文においては、断片的に見る限り、豊富な文献の渉猟にもとづく貴重なコメントに接すること

が多かった。しかし、對抗の理論構成に關して何を提示しようとするのかは明確ではない。結局筆者の持論である「所有權とはどのような權利か」という問題意識の強調に終っているようであり、実用法学の議論を逸脱しているように見える。また、「不動産登記制度は『なぜ』存在し、『どのような』作用を営むのか」という基礎的な問いかけを十分に行うことなしに⁽²⁶⁾「学説一般の議論がなされていると批判しておられるが、不動産登記制度の存在理由は既に周知のところであり、そうした一般の問いかけをすべき問題状況ではないと言えよう。また民法一七七条の意義等につき拙稿が論じたところを看過されるのは片手落ちである。

しかしながら、私見に對し、「第二譲受人の登記によって『なぜ』無効原因が治癒されるのか」と二重譲渡の根拠を問われる点⁽²⁶⁾はやはり議論の核心にかかわり、答えておきたい。わたくしは鷹巢教授が指摘するように、「売主の第二譲渡の権原を擬制⁽²⁷⁾」してはいない。そうではなく、二重譲渡は事実状態であるとして、既に生じてしまった場合の法的解決だけを理論構成すれば足りると考えているわけである。そのような考察に疑問が投げられたのはもつともと考えられる。⁽²⁸⁾ 對抗要件主義が制度として定着している以上、結局はさらに一步進んで「売主の第二譲渡の権原を擬制⁽²⁹⁾」するところまで行かなければならないのではないかと、むしろわたくしが反省していることは前述した。契約の先後による優先順位の決定を登記の順位による優先主義に置きかえなければならぬのは、登記を物權變動の実体的要件とすることによって登記を強制し、登記簿を編纂するためである。第二譲渡の無効原因を治癒すべき実質的理由がここにあり、形式的には登記による順位優先主義を導入する民法一七七条がこれを実現する。鷹巢教授が右の登記による順位優先主義を法定証拠説と同趣旨のものと理解しておられるのは不正確と云うべきであろう。

二重譲受人の双方が未登記の場合の問題処理について私見を批判される論旨にも疑問は多いが、この点は既に論じたのでくり返さない。

多田論文について

補論として言及したいもう一つの業績は、多田教授の一連の論稿である。⁽²²⁾物権変動論の核心および周辺を周到に論じられた成果をここで取り上げないわけにはゆかないと考え、とりあえず対抗要件主義の理解と密着する部分に關してのみ、私見との接点を明確にしておきたいと考える。

多田教授は、ドイツ法に見られる消極的公示主義という概念を民法一七七条の基本に据えて理論構成をすべきであると主張され、かつその実践を試みられた。消極的公示主義は、「権利関係が変化しても、それに公示が伴わないかぎりはそのような変化はないとの信頼」を保護することであり、ドイツ法における公示主義 (Publicitätsprinzip) の一面を表現している。⁽²³⁾わが国では早くから舟橋教授によって同様の議論がなされており、民法一七七条は、登記されない物権変動は存在しないという第三者の信頼を保護する制度であるという理解が見られた。⁽²⁴⁾わたくしは民法一七七条の第三者を善意者に限定することはできないという立場から、右のような理解は適當ではないと論じている。⁽²⁵⁾多田論文の構想に対しても、以下のような点に疑問を抱くものである。

ドイツ法における公示主義は、「公示内容に即した権利関係の形式を認めるべきであるとする原則」であると多田教授は指摘しておられる。⁽²⁶⁾周知のようにドイツ法においては、登記効力要件主義が採られることによって物権変動と登記の関係は一体となり、意思主義に対立するものとしての公示主義という概念を認める余地がない。したがって公示主義の内容が右に指摘されたような趣旨のものとなることはいわば必然と言うべきであろう。しかし、意思主義をベースに持つ限り、公示するとしえないの対立は不可避免的に生じ、公示主義は最もプリミティブな意味で把握される必要があるため、権利変動を登記簿に公開する主義と定義されることが自然である。その結果、ドイツ法の公示主義が目ざすような内容は、登記簿の記載に対する信頼として、公信主義という用語によって日本法に定着したと考えられる。⁽²⁷⁾

日独法における右のような公示主義の落差に注目するならば、消極的信賴主義に依拠した對抗要件主義の理論構成という考え方は、そもそも方法的にあまり妥当ではないと言わざるをえない。對抗要件主義は、ドイツ法に引き直すならば、公示主義の前提をつくる登記効力要件主義のレベルの問題である。それ故に、「法的取得—失権」の立論においてもわたくしはドイツ法の登記主義のあり方から本質的な示唆を受けた。私見がフランス法の「認識と對抗の理論」を超えるものとなっている所以はそこにある。多田教授の議論はあえて公示主義と公信主義の混淆を目ざそうとするものであり、そこからもたらされる不都合は既に右の論文においても明確にされている。⁽²²⁾論者はこれを種々の解釈的工夫によって超えようと試みておられるのであるが、そこまでの迂路を克服する努力に比して得るところは少ないように見うけられる。

四 結 び

本稿をはじめにあたって危惧したように、取り上げるべき多くの論点、論文を辿った結果、構成はややまとまりを欠くものとなり、分量的にもバランスを欠く嫌いが生じた。しかし、とりあえず触れておかなければならないテーマについて、最低限の内容だけをこの際書き込んでおきたいと考え、またできるだけ簡明な論述を心がけたつもりである。以下には、主要な論点を確認しつつまとめと補足を試みたい。

まず、所有権移転時期の問題に遡るならば、契約成立時移転説にとって課題であった契約成立時期の取り扱いを整理し、いかなる合意が契約を成立させるかは当事者意思の解釈の問題であるとした。一般的には履行を請求するだけ十分にその契約関係に踏み込んでいる場合に成約意思が認められると言えよう。その際、所有権の即時移転を原則と認めるならば、当事者がその効果を引き受けうるかどうかの判断が重要となる。他方、当事者は原則の適用を回避したければ、所有権移転時期に関して特約を明確にする配慮が必要である。いずれにしても判例法の問題

を肯定できるならば、これまでのように解釈論の様々な可能性を探るといふ実り少ない論争を克服し、取引の実態に即して原則をいかによりよく運用するかというレベルの議論が可能になると考えられる。

所有権が契約成立時に移転するという原則は、フランス法の骨格をなす理論の一つであり、とりわけ売買契約の本質をなすと解されている。これに対し、わが国の立法、学説には物権契約と債権契約を並立させるドイツ法理論の影響が大きいため、売買を債権契約と捉えることが志向されがちである。しかし、民法一七六条に依拠する以上、最小限度フランス法理論の基本を確認しておくことが必要かつ不可欠のはずである。

右の観点から本稿は、占有と切り離された観念的所有権の内容に危険負担責任を含め、民法五三四条の危険負担を所有者負担主義と捉える方向をも念頭においている。それが民法一七六条の理解と一貫する考え方であるが、フランス法的処理を修正すべき実質的理由とよりよい理論構成があるかどうか、この観点からの分析は当面の議論では未だ十分ではない。

対抗理論の側面においては、「法定取得—失権」の理解をいくつかの点において改良している。第一に、二重譲受人が共に未登記の場合の処理について、当事者間で所有権者の決定を留保する趣旨の判例法に妥協できるとした。ただし、一般的な第三者との関係で所有権の所在を明確にする必要がある限りでは、第一譲受人優先の原則を生かすべきであると見ている。第二に、対抗要件主義における譲渡人の二重譲渡の権限について、これを肯定してもよいと論じた。第一譲受人に損害賠償を支払い、第二譲受人に登記義務を履行するという構造は、二重債権契約の処理に準じるものであり、無権利の法理の障碍を別とすれば、観念的物権の二重譲渡は債権契約と実質的には余り変わらないからである。しかし、二重譲渡の権利を正面から認めることは第一譲受人に対する重大な脅威となる。第一譲受人の迅速な登記に対する権利を十分保護するという前提が不可欠であることをもう一度確認しておきたい。第三に、法定取得—失権のメカニズムを説明するに際し、第二譲受人は登記の時点から登記の効果として法定取得す

ると論じたところを、法定取得の効果が契約成立時に遡りうると改めた。契約成立時に所有権が移転するという原則が適用される場合には、右の前提が特に重要な意味を持つ。その論拠を十分明確にしていれば幸いである。

対抗の一般論との関連では、バステイアンの議論そのものよりもむしろフランス法の伝統的な認識と対抗の理論をどう受け止めるかが重要な論点であると見ている。わたくしは要するに、対抗要件主義の規定は公示を目的として不動産取引を登記と結合させ、独自の権利変動のシステムを創設しているのであるから、そのメカニズムを認識と対抗の理論にもとづいて説明できれば足りるのであり、他方バステイアンの一般理論はそこから特定の法的効果を導くような性質のものではないと論じている。

その他、全体にわたって本稿が目ざしたのは、最近の諸研究を参照しつつ、私見をより分り易いかたちで提示することであり、そのためにくどくどはなつたが一応目的を達しえたかと考えている。総じて拙稿への理解は不十分であり、引用もかなり恣意的になされているという感想を持った。とりわけ法定制度説との混淆は、純粹に学問的なアプローチがなされていたならば起りえない性質のものであり、法律学がそれが行われている社会の体質と人間関係の中で揺れ動いていることを看取できるように感じられた。法解釈学が行う無数の実践的、学問的判断は、解作者個人の人的欲求と切り離しえないものであるからにちがいない。しかし、実践的日常的な学問であればこそ、法解釈者の知的廉直がよりよい社会のために働きかけうる可能性は大きいはずである。法学界が、アイドルによって導かれたという切ない憧憬に代えて、M・ウェーバーの主張した認識の厳格性⁽²³⁾に立ち戻り、かつ自由で独立した判断を尊重しうるような学問の体制を築くこと、それによってこの学問の飛躍は遂げられるのではないかと見た。

(1) 松岡久和「不動産所有権二重譲渡紛争について」(1)、(2)完「龍谷法学」一六巻四号六五頁以下、一七巻一号一頁以下参照。松岡論文としては、その他後述する背信的悪意者排除の判例分析に関わる研究があり、最近のものとして、「民法一

七七の第三者・再論」奥田昌道先生還暦記念・民事法理論の諸問題下一八五頁以下が見られる。

- (82) 旧稿と呼ぶ場合には、法学協会雑誌九三巻九号以下等に掲載したものを念頭においているが、拙著の内容と実質的には大差ない。

- (83) 星野教授を含めて本文のように言うことはやや過ぎるかもしれないが、旧著では参照しえなかった「物権変動における『対抗』問題と『公信』問題」(星野英一・民法論集第六巻一二五頁以下参照)もあり、当面の問題への対応を詳論しておられるわけである。

- (84) 鈴木祿弥「不動産二重譲渡の法的構成——とくにいわゆる『公信力論』について——」幾代通先生献呈論集財産法学の新展開一六五頁、同「登記懈怠の効果について」(完)民事研修四四一頁以下、四四二号九頁以下、同「両立可能な物権相互の対抗問題」民事研修四二四号九頁以下参照。

- (85) 加賀山茂「対抗不能の一般理論について——対抗要件の一般理解のために——」判例タイムズ六一八号六頁以下参照。

- (86) 浜上則雄「不動産の二重譲渡と対抗要件」阪大法学一四五―一四六号一五頁以下参照。

- (87) 池田真朗「ポアソナードにおける『第三者』の概念」慶大法学研究五九巻六号一頁以下、七戸克彦「対抗要件主義に關するボワソナード理論」慶大法学研究六四巻一二号一九五頁以下参照。

- (88) 多田利隆「民法一七七条の『対抗』問題における形式的整合性と実質的整合性」(完)民商一〇二巻一号二二頁以下、二号一五〇頁以下、四号四〇九頁以下、同「公示方法に対する消極的信賴保護法理の分析——民法一七七条の対抗問題とドイツ法における消極的公示主義規定」北九州大政論集一八巻一号一一頁以下、同「消極的公示主義と民法一七七条の適用範囲」高島平蔵先生古希記念民法学の新たな展開一五三頁以下参照。

- (89) 磯村保「二重売買と債権侵害——自由競争論の神話——」(完)神戸法学雑誌三五巻二号三八五頁以下、三六巻一号二五頁以下等参照。

- (90) 吉田邦彦・債権侵害論再考(一九九一年・有斐閣)参照。

- (91) 池田真朗・債権譲渡の研究(一九九三年・弘文堂)参照。

- (92) 対抗問題の理論構成を不要とする考え方は近時一般的にこのような名称で呼ばれている。「法定の制度」という表現は、鈴木祿弥・物権法講義(改訂版)一〇七頁に由来するかと考えられる。

- (93) H. L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. II, vol. II, par F. Gianviti et M. de Juglart, 1984, n° 1540. など、カ

ボニエは法定取得の特徴を現所有者の意思によらない移転であり、先行する事実関係に法が評価を与えるものと説明している。J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, 1980, n° 39, p. 161.

- (94) したがって、私見を法定制度説と同質のものの評価された鎌田教授の理解は不正確とすべきであろう。鎌田薫「對抗問題と第三者」民法講座2物権(1)一〇〇頁注(80)参照。

- (95) この問題は先にも論じており(一)(1)〈方法論の観点から〉参照)、重複する面もあるが、鈴木論文の詳細な議論に触発されてもう一度取り上げている。必要な限度で共通の理解をつくるためには、やはり看過できない論点であると言えよう。

- (96) 鈴木・前掲論文財産法学の新展開一七一頁参照。

- (97) 独仏民法がそれぞれ持っているような体系の一貫性を求めることはやはり無理であろう。矛盾や対立(多くの個所でドイツ式、フランス式双方の解釈が併立するであろうから)を明確にしつつ、可能な限り共通の認識を求めてゆくことが課題と考えられる。

- (98) *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (何人も自己の有する以上の権利を他人に移転することはできない) この原則ないし考え方はわが国ではそれ程強調されていないが、議論の当然の前提であるとしてよいであろう。於保不二雄・物権法(上)四四頁には右の法諺の引用が見られ、同書が用いられる無権利の法理という用語(一〇七頁、一三一頁等参照)はこの考え方を表現したものと解される。舟橋諄一・物権法(法律学全集)六七頁も同法諺を引用される。また、鈴木・前掲論文財産法学の新展開一七三頁注(8)には、右の考え方を利益衡量の結果とする説明が見られる。

- (99) 半田正夫・不動産取引法の研究三頁以下、その紹介として、滝沢・前掲書三一頁以下参照。

- (100) 半田・前掲書二二頁参照。

- (101) 松岡・前掲論文(二)完龍谷法学一七巻一号一五頁参照。

- (102) 浜上・前掲論文阪大法学一四五〇一四六号三三頁参照。

- (103) 鈴木・前掲論文財産法学の新展開一七二頁参照。

- (104) 松岡論文の本旨は公信力を排除しつつ、悪意者排除による理論構成を目ざすというものであろう。私見は第三者の善意・悪意は政策問題であると見るため、對抗のメカニズムの面では松岡説をもカヴァーしうると考える。しかし、松岡

説は判例理論の「二重譲受人は相互に対抗しえない」を生かすために、所有権の暫定的併存を肯定される(松岡・前掲論文民事法の諸問題下一八八頁参照)。鈴木説の方はさらに多彩である。論者が依拠される柔軟な理論的対応をベースに、種々の論点で具体的妥当性を追求する理論構成の試みを示しておられる。興味深い疑問は多い。たとえば登記懈怠の効果という考え方に拠りつつ、登記しなければ所有権が移らない(登記主義)に近い効果を認め、他方第三者に対しては登記者が所有権者とするという議論などである(鈴木・前掲論文民事研修四四二号九頁以下参照)。

(105) 滝沢・前掲書一九三頁、二二二頁等参照。

(106) 滝沢・前掲書一九五頁参照。

(107) この点を旧稿では、「登記の時点からまさに登記の効果として」第二譲受人の承継取得が生じると論じた(滝沢・前掲書一九六頁参照)。恐らくここでは登記時以降所有権者となると考えたのである。しかし、厳密に詰めると、登記は契約の順位を決定するのであるから、契約の効果はその成立時より発生するわけであり、とりわけ契約成立時に所有権が移転する場合には遡及効の持つ意味は大きい。

(108) 松岡助教授の最近の論稿は、第三者の善意・悪意の対象を「前主の権利に対する未登記権利者の(帰属的)権利の負担の付着」と構成しておられる(松岡・前掲論文民事法理論の諸問題下二〇五頁参照)。本文と同様の捉え方をされるわけであり注目される。

(109) 滝沢・前掲書一九三頁以下参照。

(110) 松岡・前掲論文(完龍谷法学一七巻一号一七頁参照)。

(111) 滝沢・前掲書二二三頁注(a)参照。

(112) Mazeaud, op. cit., t. II, vol. II, n° 1501 et s.; F. Terré et Ph. Simler, Droit civil, Les biens, 1992, n° 454.

(113) Terré et Simler, op. cit., n° 413, 232. 善意の要件の中に正権原の信頼(juste titre putatif)は必要となると論じている。G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, Les biens, 1980, n° 394.

(114) Mazeaud, op. cit., t. II, vol. I, par F. Chabas et M. de Juglart, 1978, n° 238. しかし、この無効は種類物や将来の売買には適用されないし、無効訴権は買主にのみあり、買主の追認があれば有効となりうるという意味で相対的無効である。

(115) そもそも民法五五五条が売買を債権契約として規定している点に、ドイツ法的構成への端緒があることは従来から指

摘されていた。たとえば、末川博・物権法七二頁、篠塚昭次・民法セミナーⅡ物権法第一分冊一〇頁参照。

- (116) 同様に、磯村助教授は、「債権の効果として移転した所有権と所有権取得に向けられた特定債権とは、少なくとも競争関係に立つ第三者との関係においては、著しく接近しあるいは等質的といえるのではないだろうか。」と指摘される。磯村・前掲論文(一)神戸法学雑誌三五巻二号四〇二頁参照。

- (117) 滝沢・前掲書一九六頁以下、二八三頁以下参照。なお、鈴木・前掲論文財産法の新展開一七六頁注(24)は、私見が第一譲受人の仮登記の可能性を認めるので、共に全く未登記の譲受人は平等と見るものと解されるが、誤解が認められるようである。私見は登記の効力をできるだけ早く確保するために仮登記の活用を強調しているのであって、一方が仮登記のままの状態であれば共に未登記である場合と同様に第一譲受が優先すべきものと考ええる。滝沢・前掲書二八六頁、二八九頁注(10)参照。

- (118) したがって、フランス法を研究した論者の多くは本文の結論を肯定される。加賀山・前掲論文判例タイムズ六一八号一七頁以下、浜上・前掲論文阪大法學一四五―一四六号三六頁、七戸・前掲論文慶大法學研究六四巻一二号二四八頁等参照。

- (119) 松岡・前掲論文(二)完龍谷法学一七巻一号一一頁以下参照。

- (120) この点は、滝沢・前掲書二八五頁でも既に指摘している。

- (121) この観点から、前稿「民法九四四条二項と民法一七七条の適用関係」星野英一先生古希祝賀日本民法学の形成と課題上二〇七頁でも、判例理論に譲歩する論述を試みた。しかし、判例理論が妥当であると断定することは留保したい。

- (122) たとえば民法七一條の所有者の責任は誰が引き受けるのであろうか。また、損害賠償請求権の行使は登記までは留保されるところの場合にも、相手方の立場の不安定が問題となる。従来の私見の解決については、滝沢・前掲書一九七頁参照。

- (123) フランスの一九五五年一月七日デクレの対応(滝沢・前掲書一九九頁参照)に見られるような、単独で申請して順位保全効を持ちうる仮登記の増設が望ましいわけである。

- (124) 松岡・前掲論文民事法理論の諸問題下一九二頁注(5)参照。

- (125) 滝沢・前掲書二〇六頁、二五〇頁、さらに二六〇頁注(2)参照。

- (126) 滝沢・前掲書一五四頁、二四四頁以下参照。

(127) 転得者を第一譲受人との對抗関係に引き込むという考え方は、わが国では吉原教授が主張しておられ(吉原節夫「背信的悪意者論の転得者への適用」民事研修三二九号九頁以下、滝沢・前掲書二六二頁注(15)参照)、フランスではゴベール論文に見られる(滝沢・前掲書二四七頁以下参照)。わたくしはこれらの立場に与しないが、中間省略登記がなされた場合などに例外的にこのような取り扱いが適当となるかと考えている。

(128) 私見はフランス法理論に依拠しつつ、第一契約の存在自体についての認識を悪意と見ている(滝沢・前掲書二五九頁参照)。これに対し、たとえば松岡助教授は、少なくとも所有権の二重譲渡に関しては「処分権限の欠缺」を認識の対象とされる(松岡・前掲論文民事法理論の諸問題下二〇五頁参照)。いずれも基準の問題であるが、前者による方が判断が簡明となることは確かである。

(129) たとえば最判昭和四〇年一月二日民集一九卷九号二二二頁が見られる。事案は借地上の建物の贈与を受けて九年間占有していた第一譲受人が約定の登録税その他の費用を提供しなかったほか、地主への地代の支払も怠ったため、贈与者が改めて建物を土地所有者に二重譲渡したというケースである。第二譲受人は先の受贈者と土地賃借契約を締結していたにもかかわらず、判旨は背信的悪意者にあたらないとしている。

(130) 私見の他に、吉田・前掲書五七八頁以下もこの考え方を支持される。

(131) これに対し、松岡・前掲論文民事法理論の諸問題下二二二頁は、自由競争の閉塞が生じることは全く立証されてはいないし、また自由競争の閉塞はむしろ歓迎すべきであると論じておられる。しかし、二重譲渡が訴訟による淘汰以前に、多かれ少なかれ自然淘汰を経ていることは当然の社会的事実であろう。

(132) 滝沢・前掲書一九二頁二七八頁参照。

(133) したがって、この点は見解を改め、二重譲渡の法的根拠は登記強制の必要性にあるとしたい。

(134) 吉田助教授によれば、わが国の債権契約自由論はドイツ的な特殊概念の影響であり、イギリス、フランス法における債権の保護にむしろ普遍性がある(吉田・前掲書一三二、五五一頁等参照)。他方、磯村・前掲論文(二)、(三)神戸法学雑誌三六卷一号二六頁以下、二号二九〇頁以下は、ドイツ法の下で第一買主の保護が債権侵害として実現され、BGB八二六条の故意の良俗違反として緩やかな背信的悪意者排除の認定がなされていること、第一買主の原状回復(損害賠償の効果として)が認められ、その延長として第一買主に対する代償請求権を肯定していること等を指摘された。松岡・前掲論文民事法理論の諸問題下二二二頁は、両者が自由競争を批判する同趣旨の論説であると捉え、これらの立場を支持

される。しかし、磯村論文に示されたドイツの学説、判例の状況は、むしろ逆に取引における自由競争の必要性和背信的悪意者排除論の有効性を理論と実務の両面から裏づけていると見るべきではなからうか。債権侵害ないし侵害を受けた第一買主に代償請求権を認めるべきかどうかはやや次元の異なる問題であり、損害賠償請求で十分救済されうる場合は多いであらう。

(135) ここで言う意味は、觀念的物権を移転させる契約と特定物債権を発生させる契約に外形的に大きな差がないという趣旨である。これらにさらに代金支払や引渡が加わった状況での第一契約者の侵害は、当然違法性が高くなるわけであり、背信性の問題として考慮されることにならう。なお、前注(116)参照。

(136) たとえばボアソナード理論およびフランス判例に見られる不法行為説を直ちに援用できる。

(137) 前注(125)参照。

(138) 前注(128)参照。

(139) 滝沢・前掲書二五九頁参照。鈴木・前掲論文財産法学の新展開一七九頁も同旨。

(140) 第三者の債権侵害は故意の場合にのみ不法行為を構成するという通説の立場(吉田邦彦「債権侵害と不法行為」ジュリスト民法の争点Ⅱ一〇頁参照)とも調和するものがある。ここにもドイツの学説、判例の影響を見るべきであらう。

(141) 小粥太郎「最近の契約法学における一つの傾向について」早稲田法学七巻一号一九五頁以下がこれを概観的に把握しておられ、契約ないし合意の尊重が一つの傾向と指摘される。外国法研究の深まりが、まず学説レベルから欧米契約法の真髄への接近を促すという傾向は十分理解できる。しかし、言うまでもなく日本法の現状に即した考察が必要である。この意味で、未登記の第一譲受人保護に急の余り、ドイツ法同様にこれに全面的な代償請求権を認められる浜上説(浜上・前掲論文阪大法字一四五Ⅱ一四六号三八頁参照)の考え方は疑問である。この問題に関しては、最判昭和四一年二月二三日民集二〇巻一〇号二二一頁(建物が焼失して履行不能となった場合に、債権者の受領した火災保険金に対する代償請求権を肯定したケース)に準じて、第一譲受人の実損害を限度として代償請求権を認める前田説などが適当かと考えられる(高橋眞「代償請求権と物上代位」法学教室一八七号五五頁参照)。法文がないため、状況に応じた十分な政策的配慮が必要と見るべきであらう。

(142) 旧稿で注目したのは、北川弘治「民法一七七条の第三者から除外される背信的悪意者の具体的基準」(四判時五三八号、五四一号、五四四号、五四七号所収であり、その後、半田正夫・民法一七七条における第三者の範囲(民法総合判

例研究⑦) 九二頁以下、松岡久和「判例における背信的惡意者排除論の実相」林良平先生還暦記念論文集現代私法学の課題と展望中六五頁以下、同「いわゆる背信的惡意者論について——判例の分析を中心に——」私法四七号一六五頁以下、半田吉信「背信的惡意者排除論の再検討」ジュリスト八一三三〇八頁以下等が見られた。

(143) 松岡・前掲論文現代私法学の課題と展望中一一三頁以下参照。

(144) 惡意者の一部が必然的に善意に取り込まれるからである。滝沢・前掲書二六二頁注(13)参照。

(145) したがって、半田・前掲論文ジュリスト八一三頁が指摘されるように、判例のこの点の判断が惡意者排除との混淆を示していることはやむをえない現象と考える。学説が個別具体的判断の不当を明確に批判することによって状況が改善される余地はあると言えよう。なお、背信的惡意者の判断を一般条項によって根拠づける考え方は、古くは菊池定信「登記の缺陥を主張できない背信的惡意者の法理」民事研修一六三三三頁以下、吉原節夫・注釈民法(6)三四四頁、最近では石田剛「不動産二重売買における公序良俗」奥田昌道先生還暦記念民事法理論の諸問題下一二九頁以下等が見られる。私見も基本的にこれらに近いわけであるが、ある程度定型化された背信的惡意者が民法一七七条の固有の基準としてその規定の枠内に取り込まれることは可能かつ妥当と考える。

(146) フランス法が惡意者を第三者に含めるという前提をとっていた時期には、不動産公示は例外であるという理解で取引一般における善意者保護の傾向と異なる取り扱いが肯定されていた。デュクロは、物権により不利な制度であったものを現在の判例が一致させたと説いている。J. Duclos, L'opposabilité (Essai d'une théorie générale) 1984, n° 436.

(147) 松岡・前掲論文民事法理論の諸問題下二〇六頁参照。

(148) 松岡・前掲論文民事法理論の諸問題下二〇三頁参照。

(149) 前注(87)に引用したものの他に、高橋良彰「ボアソナードの不動産公示制度」、『(完)東京都立大学法学会雑誌二九卷一四四九頁以下、二九二七三頁以下、同「ボアソナードの二重譲渡について」都立大学法学会雑誌三〇卷一四六三頁以下が見られる。

(150) J.-L. Souriaux, La pensée juridique de G. Boissonnade: aspect de droit civil, Rev. inter. dr. comp. 1991, n° 2, p. 357 et s.

(151) 滝沢・前掲書一九四頁参照。

(152) 前注(85)参照。

- (153) D. Bastian, *Essai d'une théorie générale de l'opposabilité*, thèse Paris, 1929.
- (154) バスティアンのテーゼの概要は加賀山論文等にもあまり紹介されていないため、とりあえずの要約を試みた。
- (155) 両者の区別を指摘した一九〇九年のジャビオのテーゼが先行すると加賀山助教授が指摘しておられる(前掲論文判例タイムズ六一八号一三頁参照)。最近では、相対効の概念と比較しつつポジティブな対抗の一般理論を提示しようと試みたデュクロの著作(前注(146)参照)があり、また個別論文のかたちで種々の視点から対抗の特徴を把握しようと試みるものは数多い。
- (156) *opposabilité* という用語の曖昧や、多義性については、cf. Duclos, *op. cit.*, n° 1.
- (157) Bastian, *op. cit.*, p. 322 et s.
- (158) 加賀山・前掲論文判例タイムズ六一八号一五頁参照。
- (159) 加賀山・前掲論文判例タイムズ六一八号一七頁参照。
- (160) 前注(86)参照。
- (161) Bastian, *op. cit.*, p. 330 et s.
- (162) 「この形成権としての否認権は、対抗要件を備えることによって生じるものであり、登記に基づく法律関係に結びついていゝるいわゆる非独立的形成権である。」と説かれる。浜上・前掲論文阪大法学一四五―一四六号三三頁以下参照。
- (163) Bastian, *op. cit.*, p. 306 et s.
- (164) M. Lévis, *L'opposabilité du droit réel* (préface de Pierre Raynaud), 1989. レヴィの著作の構想は明確に握みにくい。物権の対抗力の本質は排他性(exclusivisme)であるとする一方、公示(登記)を欠く物権は対抗力を失う(*déchéance de l'opposabilité*)と論じている(cf. n° 211, n° 339)。またフランス法に對抗要件主義を導入した一八五五年登記法三条は、立証(*preuve*)ではなく実体(*fond*)にかかわる規定であるとして(cf. n° 215)、物権の対抗理論の実体的解明に迫っていると見うる。なお、本書の紹介として、七戸克彦「マルク・レヴィ著『物権の対抗可能性——権利の裁判上の制裁について——』慶大法学研究六四巻二号一五二頁以下がある。
- (165) 浜上・前掲論文阪大法学一四五―一四六号三三頁以下参照。
- (166) 浜上教授が引用されたヴェイユの教科書の一節(公示の欠缺がある場合には、「第三者は、証書(筆者註 *acte*)を無視し、そして第三者にとってはあたかも証書が存在しないかのように当然行為してよいのである」)がそれを示している。

また、マゾーの教科書の引用個所に関しては、「否認することによって(無権利の瑕疵が)治癒される」と読むべきではないと考える。浜上・前掲論文版大法学一四五〇一四六号一八頁以下参照。

(167) 浜上・前掲論文版大法学一四五〇一四六号三三頁参照。

(168) 浜上・前掲論文版大法学一四五〇一四六号二九頁参照。また、仏文で発表した拙稿「Notion d'opposabilité dans la publicité foncière—Reflexions sur le fondement du système français, Rev. dr. pros. n° 1993-3, p. 334」に対するカルボニエのコメントも同趣旨かと推測される。J. Carbonnier, Droit civil, t. 3, Les biens, 1995, n° p. 212.

(169) 三(1)〈公信力説の克服〉及び前註(108)参照。

(170) 滝沢・前掲書一九六頁参照。

(171) すなわち、日本法の下では登記の効力が所有権取得時に遡及すると考えることになろう。しかし、権利取得の根拠が契約にあるという対抗要件主義の理論は基本的に踏まえていなければならないから、権利の登記は契約の順位を決めるとも解されなければならないはずである。またこの二点とからめて仮登記の効力をも論じなければならないが、別稿に委ねたい。

(172) 従来の承認の考え方については、原島重義・注釈民法(6)二五四頁以下参照。

(173) Bastian, op. cit., p. 101 et s.

(174) 既に論じたように対抗要件主義の下では、第一譲受人の確実かつ迅速な登記が保証されていれば問題は少ないからである。

(175) たとえば、フランス法が所有権移転の効果を伴わない債権契約の意義に注目しはじめている状況を、前註(86)引用の文献などから窺いうる。日本法の先行を示す例と言えよう。

(176) 本文のようなケースは当然のことながら訴訟にはなりにくい。したがって、承認のケースとして従来注目されてきたのは、共に未登記の譲受人間で一方に承認があった場合(大判昭和七年七月一日法学二卷二三〇頁)や、登記の欠缺を主張する第三者が先に承認しているため背信的悪意者と見られるようなケース(大阪高判昭和三年一月八日下民集七卷一四三頁、ただし背信的悪意を否定)であり、後者は類例が多数ある。

(177) 浜上教授は登記した第二譲受人が未登記の第一譲受人の所有権を承認することを肯定すべきであるとして私見を批判される(浜上・前掲論文版大法学一四五〇一四六号二八頁以下参照)。しかし、私見によっても第二譲受人は、取引(第

二譲渡) 自体を回避するかあるいは登記をしないことにより第一譲受人の権利を承認できる。登記まで完了した後の承認は既に生じている権利関係の清算にはかからないであろう。

(176) 浜上・前掲論文版大法学一四五―一四六号二九頁参照。

(179) フランス民法の最近の教科書が対抗不能と相対的無効の接近を指摘していることにとりあえず注目したい。Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les obligations*, 1985, n° 352 et n° 362. またわが国の研究として、鎌田薫「いわゆる『相対的無効』について(上)(下)」法律時報六七巻四号七八頁以下、七号八四頁以下参照。

(180) 吉田・前掲書四三〇頁以下参照。また、高畑順子「フランスにおける契約の相対性原則をめぐって」法と政治三八巻二号一一頁以下のような研究も見られる。

(181) *Res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest* (他人間の行為はその者を害することもしない。)

(182) Ghestin et Desché, op. cit., n° 531; Malaurie et Aynès, op. cit., n° 429 et s.

(183) Ghestin et Desché, op. cit., n° 530; Duclos, op. cit., n° 40 et s.

(184) Ghestin et Desché, op. cit., n° 535; Duclos, op. cit., n° 42.

(185) Ghestin et Desché, op. cit., n° 535, p. 598.

(186) Malaurie et Aynès, op. cit., n° 431.

(187) 認識ある第三者には対抗できるという考え方は、公示を認識の推定をつくる制度であると論じさせた。したがって悪意者包含説は、公示がなければ第三者が契約の存在を知らないという絶対の推定をつくと解するわけである。また逆に、事実上の認識が公示に代わりうるというかたちで悪意者排除が導かれる。ボアソナードをはじめとして、最近のデュークロ、レヴィ、体系書ではマローリィエネス等に典型的に後者のような議論が認められる。

(188) 逆に不知の者には対抗できない。以下では便宜上認識と対抗の理論と呼んでいる。この論理はもちろん、法人の定款や理事の就任等にも広く適用される(J.-P. Gridel, *Notions fondamentales de droit et droit français*, 1992, p. 38)。

(189) Lévis, op. cit., n° 217 et s.

(190) 三(1)〈自由競争の実質〉参照。

(191) ただし、売買一方の予約に比べて優先契約には若干厳しい条件が加わる。Ghestin et Desché, op. cit., n° 162 et n° 175.

- (192) 一九五五年登記法三七一条の公示に服するものと解され、制裁を伴わない任意的公示である。滝沢・前掲書二四八頁参照。すなわち、ここでは登記に強制力を与える必要がないわけである。
- (193) これに対し、今日のフランス法は公示を義務づけられた契約に対しても、本来の認識と対抗の理論を貫徹していることとなる。Gheslin et Desché, op. cit., n° 228, p. 265 et s.
- (194) Cass. 3^e civ. 26 oct. 1982, Gaz. Pal. 1983, J. 661, p. 3 et s., obs. E.-S. de la Marnière.
- (195) Cass. com. 7 mars 1989, J. C. P., 1989, II, 21316, obs. Y. Reinhard がこれを再確認している。Gheslin et Desché, op. cit., n° 175 et s.
- (196) 後述のように、債権譲渡の領域では第三者に悪意者を含めている。なお、リペールは、民法典の道徳性に対して、商法が法律関係の迅速と安定を重視することを指摘し、道徳性を後退させる余地を肯定している。G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 1949, p. 326 et s.
- (197) 滝沢・前掲書二一四頁注(20)参照。その趣旨は、角紀代恵「指名債権譲渡」民法講座4債権総論二八四頁以下に紹介された諸説のうち、石田喜久夫教授のものに最も近いと考えられる。
- (198) 角・前掲論文民法講座4債権総論二九〇頁、池田・前掲書(前注(91)参照)。
- (199) 池田・前掲書一頁以下参照。
- (200) 池田・前掲書九七頁参照。
- (201) 池田・前掲書一六五頁参照。
- (202) 池田・前掲書一七八頁以下参照。
- (203) フランス法の歴史をさらに遡るならば、民法典一六九〇条の通知・承諾の手続きはローマ法に由来する (Mazeaud par Chabas et de Juglart, op. cit., t. II, vol. I, n° 1260)。すなわち、ローマ法の形式主義を対抗の理論で捉え直したものであるための包括的处理と理解される。したがって、民法四六七条二項に物権法的な順位優先主義を見た私見(前注(197)参照)は妥当ではなかったことになる。しかし、後述のようにわが国の民法起草者は民法四六七条一、二項をそれぞれ独立した規定として立法したため、私見のような解釈が導かれる余地は十分あるわけである。
- (204) さらに、債権譲渡を純然たる諾成契約として割り切ったドイツ法のあり方(角・前掲論文民法講座4二六四頁以下参照)が影響を与えたことも考えうる。その延長上にいわゆる対抗要件主義を期待することは十分ありうるであろう。

(205) 角・前掲論文民法講座4二七〇頁以下、同「流動債権の譲渡担保」法律時報六五卷九号一七頁等参照。

(206) 池田・前掲書六三頁、七九頁参照。最近の民法の体系書も *publicité* という用語による説明を承継しているが、その評価は消極的である。たとえば *Malaunie et Aynès, op. cit. p. 554* は *publicité rudimentaire* (初歩的な公示) と呼んでいる。Mazeaud par Chabas et de Juglart, *op. cit.*, t. II, vol. I, n° 1267 は「公示という説明を一貫して用いながらもその不完全さを強調している。對抗要件に公示という発想が物權變動からの影響にすぎないのではないかと問うるのではなからうか。」

(207) 大澤和人「債権売買の目的・効力と売買構成上の留意点(上)」NBL五〇六号三一頁注(26)参照。

(208) わが国の起草者が民法四六七条に公示の機能を求めていたことは既に指摘されている(池田・前掲書一一三頁注(一)参照)。しかし、フランス法の立法趣旨はどうであらうか。通知・承諾の手續きは前述のようにローマ法に由来すると説かれていることに鑑みるならば、公示の機能をそこに見出したのは後世の学説であり、本来の趣旨は要式主義による債権譲渡の確定とそれによる取引の安全に主眼があったと推定すべきであらう。

(209) 既に池田教授、角教授等による立法提案が見られる。池田教授は通知・承諾の公示機能を重視しつつそれを補うものとしての登録制度を構想されるようである。池田真朗「指名債権譲渡法理の再検討——今日的課題と民法理論——」金融法研究一二号六八頁、七五頁参照。つけ加えるならば、立法課題が常に公示であるとは限らないという問題もある。たとえば紹介されているフランスのダイイ法(池田・前掲論文金融法研究一二号七一頁以下、山田誠一「金融機関を当事者とする債権の譲渡および質入れ」金融法研究七号五八頁以下参照)においては、対債務者の関係に対抗要件から切り離すことによって取引の簡便・迅速をはかるとともに、ダイイ明細書への記入によって取引の確定をはかるといふ実務的要求が表現されている。金融機関の信用と情報交換能力を基盤として、債務者保護と公示機能がカヴァーされていると見うる。角教授は担保のための譲渡という観点から公示を必要とされる。角紀代恵「流動債権譲渡担保の對抗要件」ジュリスト一〇九〇号一五一頁以下参照。

(210) この考え方は、同時到達の時は通知発信時を考慮し、それも同時ならば譲渡時を考慮し、どうしても先後を決定できない場合に分割債権とするという石田稔教授の説(池田・前掲書一九二頁参照)などに似るようである。しかし、私見は法文の要求する要件を考慮すべきであると主張するものであり、やや趣旨を異にする。もちろんそれでも先後の決定ができない場合は生じるであらうから、さらに政策的に石田説のような事実関係をも加味して判断する必要は生じるで

あろう。決定不可能の場合の解決が結局政策的判断に帰することについては、池田教授が明確に指摘しておられる（池田・前掲書一七九頁参照）。

- (211) Mazeaud Par Chabas et de Juglart, op. cit. n° 1264. 破産院判例は、第三者が自ら進んで承認できないとし、また債務者は通知がない以上譲渡の事実を知っていても譲渡人に支払わなければならないとする（p. 1262）。池田・前掲書二七六頁以下参照。

- (212) 同じ民法典に類例を求めるならば、九四一条の贈与の公示 (insinuation) の伝統的なかたちがこれに近いのではなからうか。滝沢・前掲書一〇六頁以下参照。

- (213) 前注(21)参照。

- (214) 鷹巢・前掲書二二〇頁以下参照。

- (215) 鷹巢・前掲書二二五頁参照。

- (216) 鷹巢・前掲書二二二頁参照。

- (217) 鷹巢・前掲書二二〇頁参照。

- (218) たとえば、石田喜久夫・物権変動論一二頁の批判がこの趣旨のものであるとすれば、本稿で改めてお答えし直したい。なお、滝沢・前掲書二七七頁参照。

- (219) 前注(133)参照。

- (220) 鷹巢・前掲書一五〇頁以下参照。

- (221) 前注(88)参照。

- (222) もう一つの面は、「公示内容に即した権利関係があるとの信頼」を保護すべきであるという積極的公示主義である。多田・前掲論文北九州大政論集一八巻一号一一八頁以下等参照。

- (223) 舟橋・前掲書一五七頁参照。

- (224) 滝沢・前掲書二〇九頁参照。

- (225) 多田・前掲論文北九州大政論集一八巻一号一一七頁参照。

- (226) たとえば、竹内昭夫他編・新法律学辞典（第三版）における「公示の原則」「公信の原則」「公信力」等を説明する記述は、本文のような趣旨のものとなっている。

(227) この点は、星野・前掲論文民法論集六卷一三四頁以下が詳論される。多くの学説がドイツ法の影響の下で、公示主義

を公信の原則と同じものとして議論している状況に注目され、ドイツ法における用語の扱いが日本の制度と適切にマッチしないために生じた理解の混乱を指摘しておられる。ドイツ法的な理解に回帰すべきであると主張されるように見られる(一四〇頁参照)。この議論の延長上に、「対抗力を公信力と区別するのは正確でない。フランス法主義も公信力の一つとみるべきではないか。」という篠塚教授の議論(篠塚昭次「物權變動論争の基礎と背景」幾代通先生献呈論集財産法学の新展開一六二頁参照)を位置づけることができよう。確かにドイツ法の公示主義は公信主義をも包摂する概念とされているようである。それ故に、川井教授もまた早くから公示と公信の一体化を論じて来られたのではなからうか(川井健「不動産物權變動における公示と公信——背信的惡意者論、民法九四条二項類推適用論の位置づけ——」我妻榮先生追悼論文集二九七頁以下参照)フランス的な対抗の概念の柔軟さがいつそうこの議論を助長したことになる。学問的思考が依然ドイツ法の深い影響下にあることを認めうるとしても、物權變動におけるフランス法主義を捨てるのではないかぎり、彼等の法構造の差異を明確に把握するところから議論は出発しなければならないはずである。

(228) たとえば民法一七七条を信賴保護規定と性格づけることにより公示主義を強調しにくくなるため、抽象的・典型的信賴保護概念を援用して善意惡意不問の処理を説明される点などである。多田・前掲論文北九州大政論集一八巻一号一六四頁以下参照。

(229) とりあえずM・ウェーバー||尾高邦雄訳・職業としての学問(岩波文庫)を挙げ、そこからも十分窺われるこの点の学問的意義に思いを致したい。

(たきざわ・いつよ||本学教授)

