

民法一七七条における悪意者の問題（二・完）

滝 沢 幸 代

- 一 はじめに
- 二 フランス法の状況（以上二三号）
- 三 対抗理論との関連
- 四 結び（以上本号）

三 対抗理論との関連

(1) 法定取得—失権説

二重譲渡の理論構成を登記の公信力によって説明するという考え方に對しては、それが公信力を認めないというわが国の不動産登記の基本原則と正面から対立する点に、素朴な疑問を禁じ得ない。私見は、不動産取引を登記簿によって公開するという公示主義と、登記簿に対する一般的信頼の保護を前提とする公信主義とは、次元を異にする別個の概念として區別されるべきであり、民法一七七条の規定する対抗要件主義は、登記と民法上の権利取得との關係を決定するという意味で何よりも前者の段階にかかわる制度であるという明確な前提に立って、対抗の理論のあり方に注目した⁽¹⁾。また、公信力説として法律構成を積極的にうち出しておられる半田説・篠塚説に對しては、

特に前者の理論が排他性ある物権の併存を肯定される点で破綻をみていること、後説においては、その援用される「公信の原則」が権利取得の根拠たりうるためには漠然としすぎていることを中心に疑問を投じた。⁽²⁾

私見はまた、フランス法に遡って對抗の理論を導き出すという試みの上に立っているが、理論面からみるならば、そもそも意思主義の原則を維持しつつ公示主義を採用するというフランス法主義に内在的な矛盾があることは否定しえないと考える。この矛盾に対してフランス法が用意した理論は、周知のように物権変動の効果を当事者間と第三者間で区別することのみであった。内部的効力と外部的効力を分けるというこの議論は、結局物権の相対的帰属という説明に最もなじみ易いため、従来のフランス民法の体系書等においても、最も目につくのはこの相対的帰属説である。また最近の代表的な学説のうちでも、グボー、ゴベル等は依然二重譲渡の売主は第二譲受人に対して何らかの権利を移転しうるといった論法をみせており、わが国の相対的無効説あるいは不完全物権変動説の域を出ていないという印象を与える。しかし、二重譲渡理論の解明がこの程度であっても、對抗要件主義のシステムは確かに十分機能しうるのであり、⁽⁴⁾ましてフランス法の場合、一九五五年法によって不動産公示はわが国よりはるかに体系的に組織されており、解釈上の問題も少ない。⁽⁵⁾ではフランスにおいては二重譲渡の説明に疑問は感じられないのであろうか。わたくしは必ずしもそのようには見ない。

一八〇四年の民法典編纂に際して對抗要件主義の採用がある程度議論され、意思主義との間の理論的矛盾が障害と指摘されたことは既に明らかにしたが、⁽⁶⁾その後の学説、判例は、多かれ少なかれこの二重譲渡の説明には戸惑いをみせて来た。この点最近の有力な学説が、第二譲渡人の取得は無権利者からの取得 (acquisition a non domino) であると明確に論じるようになっていた点は注目に値する。⁽⁷⁾また、二重譲受人が共に登記していない場合の取扱について、第一契約者の優先を確認する議論がつけ加わっている。⁽⁸⁾フランスの学説の議論は非常に実務的であり、観念的な設例 (cas d'école 学習例題と呼ばれる) の検討を好まないが、その代りに学説の発展は実務に即

応しつづ時間をかけて徐々に遂げられるという事情を物権変動の理論においても十分看取しうるのである。⁽⁹⁾従って、二重譲渡の解明がわが国のように熱心に論じられないのは、抽象的な理論の詰めを急がないフランス法ないしフランス法学の体質の故であって、それ以上のものとみるべきではない。問題は、日本法における論点と対応させるためにフランス法の議論のどこに着目すべきかである。

フランスの一九五五年登記法三〇——一条一項に明示されている對抗要件主義の基本原則が登記の順位による優先主義 (*principe de la priorité du rang*) にあることは学説にも異論がない。この点を端的に示すのは、法文が第三者の要件を「自ら公示した者ないし先に公示している者」と明示していることであって、未登記の取得者が對抗しえないのは自ら公示している第三者に限定されることは明らかである。従って、それ以外の領域では、原則となる意思主義が適用されることになろう。即ち、二重譲受人の双方が登記を欠く場合には第一譲受人の取得が優先すべきであって、この点は恐らく登記単独申請主義のためにフランス法の下では判例の解決としてはほとんどみられなかったのであるが、有力な学説が等しく指摘して来たところである。⁽¹⁰⁾他方、第一譲渡をした譲渡人が無権利者となることは、《*Nemo plus iuris...*》の原則の当然の帰結と解されている。そうであるならば、無権利者と契約した第二譲受人が登記順位の優先の効果として物権取得者となりうるのはまさに登記の効果としての取得とみるよりなく、これを契約による取得に対する法定取得として性格づけることが妥当となる。この限りでは、日本民法一九二条の即時取得にも近いが、前主の権原に対する信頼の保護とは異なる原理に立つことに本質的な相違がある。第二譲受人の法定取得に対しては、相対的に第一譲受人の失権が導かれるであろう。未登記物権の取得は、このように後から契約して先登記する第三者の出現の可能性に常にさらされるという意味で不確定的な取得とならざるを得ず、「対抗力を欠く」という表現の本来の内容はこの不確定性を指すべきものと解される。

法定取得—失権説は、右のような理解を物権変動論の根底に据えた上で解釈理論の体系化をはかるといふ提案に

極まる。⁽¹¹⁾これにより、對抗要件主義はドイツ法の登記主義と並ぶ物権取得の方式として明確に把握されうるが、その機能の中には、登記しなければ失権するという制裁によって不動産取引を登記簿上に公開させることと並んで、二重譲受人の保護が含まれると解しうることは二においても言及した。意思主義の下で生じる隠れた取引によって第二譲受人が追奪をうける危険は、登記簿を確認し、自ら先登記することによって回避しうるのであるから、舟橋教授が論じられたように、⁽¹²⁾對抗要件主義を「登記されていないところに権利はない」という消極的な信頼を保護する制度と解することも一面的には可能である。しかし、「登記の順位による優先主義」に基礎をおく公示主義の実現は、単なる第二譲受人の保護を超え、この目的をも優に包摂しうるものであって、この面にも拘泥することは正確ではない。第三者の主観的要件について、悪意者包含・背信的悪意者排除という基準の妥当性が広く支持されていることは、右のような観点においてはじめて十分裏付けられるのである。

右のような對抗要件主義のあるべき理解に対して、共に登記していない二重譲受人は相互にその取得を対抗しえないという説明が従来くり返されて来たのは何故であろうか。フランス法の場合、登記が取得の順位を決定するという原則に従って、登記がなければ順位を決定しえないから原告の主張は却下されるという解決が合理的であり、登記単独申請主義によって譲受人が自由に登記しうるという前提を考慮するとき、この解決は、登記推進という実務的利益を伴うであろうと旧稿では指摘した。⁽¹³⁾日本法の下でも、「登記しなければ第三者に対抗しえない」という法文の一般的言明があるため、未登記譲受人の権利を肯定してしまふことは直ちに文言に反し、公示主義に反すると解され易い。しかし、わが国の場合、共同申請主義の故に登記への接近が必ずしも容易ではないという事情を考慮するならば、登記による機械的な問題処理に先立って、未登記の第一譲受人の優先を予め認めてゆくことは、意思主義の原則をあるべきかたちで評価し、第一譲受人に必要な保護を与える極めて妥当な結論となると考えられる。もちろん、第二譲受人の登記請求権⁽¹⁴⁾は認められるべきであるから、第一譲受人の失権の可能性は常に残るので

あり、これは公示主義実現のための十分な制裁となりうる。

従って、「登記しなければ第三者に対抗しえない」の趣旨は、第三者が未登記取引の存在を無視し、新たに譲渡人と契約し自ら登記することによって有効な取得をなしうるという一般的可能性を指すことになる。第三者は、未登記取得者を失権させることも出来るし、未登記取引を承認するならばあえて第二契約あるいはその登記をしなければよい。しかし、契約及び登記がなされた以上物権取得者の地位は確定するのであって、わが国の学説・判例にみられるような「未登記物権の承認」という構成を持ち込む余地はないし、それは問題の解決を不必要に煩雑にする議論であろうと考える。

法定取得—失権説に依るならば、二重譲受人が共に未登記である場合に、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をいづれが取得するかという従来難問とされて来た問題は、第二譲受人の登記までは第一譲受人に、登記後は第二譲受人に取得させることになり、明快な解決に導かれる⁽¹⁵⁾。その他、三重・四重譲渡があった場合の処理も議論を呼んでいるが、私見によれば、未登記のままで所有権者となりうるのは第一譲受人に限られ、第二譲受人以下は登記による法定取得の余地が認められるだけであるという意味で、同等の無権利者からの譲受人である。AがB、C、Dに三重売買をしたケースを考えよう。Dが第一に登記したとすれば、DがBに対し背信的悪意者でない限り、Dは法定取得し、Bは失権する。もっとも仮にDがCに対し背信的悪意者であったという事情があれば、場合によってはこの点は客観的な背信性故にDの法定取得を妨げる事情となることもありうる⁽¹⁷⁾。

(1) 滝沢・前掲論文(二)法協九三卷一一号八七頁以下参照。

(2) 滝沢・前掲論文(一)法協九三卷九号六〇頁以下、(五)法協九四卷七号一二三頁註(9)参照。

(3) Goubeaux, note précitée, Rép. Defrénos 1974, art. 30630, p. 640; Gobert, op. cit., p. 231 et s.

(4) 民法一七七条から導かれる結論は明らかであり、問題はその説明如何であるとわが国でも指摘されて来た。「フランス法は裁判規範としての性格が強い」と鎌田助教教授が指摘されるのも(研究会)不動産物権変動の法理(j)ジュリスト

七二七号一〇八頁鎌田発言参照)、同様の趣旨の反映とみるべきであらう。

- (5) 第三者の善意・悪意の問題のほかに、二において言及した(註(16)参照)優先契約、売買一方の予約等の公示が争点となっている。

- (6) 滝沢・前掲論文(三)法協九三卷一二号八二頁参照。

- (7) Dagot, *La publicité foncière*, 1981, p. 141.

- (8) 共に登記がない者の間の紛争は実務上は生じえないとするマンローの言明に反して、これに該当するケースが一九七五年に破毀院に登場し、本文の結論が確認された。Civ. 1^{re}, 12 nov. 1975, Bull. civ. 1975, I, n° 323, p. 268; J. C. P. 1976, II, 18359, note Dagot; Rev. trim. dr. civ. 1977, p. 145, obs. Cornu. 評釈も極めて稀な事例であるとコメントしており、事案は約二週間の間隙において家屋の二重売買がなされた後、売主の相続人に対して双方の譲受人が所有権確認請求したものである。登記手続の面では両譲受人のいずれもが同じ公証人の許に公正証書作成のための書類を送付しており、第二譲受人のその方が先に到達していた事実がある。原審はこの点を把えて第二譲受人の取得を優先させたが、破毀院は民法一三二八条を適用し第一譲受人を優先させるべきであるとして破毀移送した。ここには、フランス法独自の問題として、確定日付を欠く私署証書の第三者に対する対抗力をどうみるかの問題がからみ、単純に破毀院を支持しえない面もある。コルニエの前掲評釈はこの点を指摘している。

- (9) 例えば、贈与の登記においては、民法九四一条に従って一般債権者も登記の欠缺を對抗しうる第三者に含めると解されて来た。しかし、これを登記法の一般原則に一元化する傾向は一貫して認められており、解約申入を受けた不動産賃借人が受贈者の登記の欠如を主張しうるかが残る争点となっていた(滝沢・前掲論文(三)法協九三卷一二号七八頁以下参照)。否定説をうち出した一九五八年判決、一九六五年判決の後、第一民事部一九六六年判決は肯定説に立ち、民法典による登記の独自性が再確認されたが、一九八〇年の第三民事部判決が再び否定説によって一元化の方向を明示し、これにより判例も確定したと評価されている。Cass. Soc. 17 oct. 1958, D. 1959, 465, note Savalet; Cass. Soc. 10 nov. 1965, Bull. civ. IV, n° 778, p. 662; Civ. 1^{re} 19 oct. 1966, D. S. 1967, 77, note J. Mazeaud; Civ. 3^e 17 juin 1980, J. C. P. 1981, II, 19584, note Dagot.

- (10) Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 3^e éd. t. 24, n° 458; Mazeaud, *op. cit.*, t. III, vol. II, n° 1642. 註(1) J. Boulanger, *Les conflits entre les droits qui ne sont pas soumis à publicité*, Rev. trim. dr. civ., 1953, p. 545

et s. (surtout n° 24 et s.) は、營業權 (fonds de commerce) 等の移転に関連してこの結論の論拠を明確にしている。

(11) 私見の詳細は、滝沢・前掲論文(五) 法協九四卷七号一〇六頁以下参照、特に一四三頁以下には要約を掲げた。またその結果、二重譲渡に集約される狭義の對抗問題以外に對抗要件主義が拡大される場合を相対的無効として区別し、善意の転得者保護もこの観点から独自に考察すべきであると指摘しているが、ここでは本文の問題に論点をしぼる。なお、つけ加えるならば、順位優先主義が適用される場合の法定取得・失権も、その限りで、より広い相対的無効という説明には包摂されうるようである。

(12) 舟橋諱「物權法におけるいわゆる公示の原則について」労働法と経済法の理論七八八頁以下、同・物權法(法律学全集)一五七頁参照。

(13) 滝沢・前掲論文(五) 法協九四卷七号一六頁参照。実務上未登記譲受人人間の訴訟はありえないとするマゾーの指摘(Mazeaud, op. cit., t. II, vol. II, n° 1642)に沿って、その実質的理由を推測したものであるが、第一譲受人優先の判例もみられることについては前註(8)参照。また、二重譲受人の登記が共に同日付であって先後を決しえない場合に、先日付であることの立証責任を負うという理由で原告を敗訴させたケースがみられる。Caen, 23 fév. 1866, S. 1867, II, 236.

(14) 無権利者との契約であっても、債權的登記請求權を認めることは出来よう。

(15) この問題は、舟橋教授が注目され、特に議論された。舟橋・前掲書一九五頁以下、同「不動産の二重譲受人と不法行為者」民事研修五七号二三頁以下参照。舟橋説も登記による決定をはかっておられておられるが、二重譲受人が共に登記を欠く状況の下では、結局譲渡人に損害賠償請求權があるという理解に帰着するようである。なお、私見を含め、従来は所有権者に対する不法行為という観点からのみ問題を論じて来たのであるが、第二譲受人については第三者による債權侵害という角度から別個に損害賠償請求權の可能性を検討する余地があると思われる。

(16) 幾代通「悪意の第三者と登記」私法三七号三四頁以下、石田・物權変動論二二三頁以下等参照。

(17) 背信的悪意を第一譲受人に対する個別的なものと解するか、より客観的な評価を加味するかの相違に帰着するが、後者を含めることを否定する理由はあるまい。

(2) 疑問に答える

わたくしの旧稿に対しては、フランス法主義の形成過程を歴史に遡って検討した部分に対し、資料的な面の評価が与えられることはあったが、⁽¹⁾そのために労を費した対抗の理論に賛同を得ることは遺憾ながらあまりなかった。他方、例えば星野教授のように、「フランスの学者もほとんど問題にしていらない二重譲渡の可能性ないし第二買主の権利取得の説明に苦心している」⁽²⁾点が不当であると評される見解もみうけられるのである。そこでご批判等に答えながら、ここで改めて、私見による理論構成の問題点を再検討しておきたい。

(1) 方法論の観点から

先ず、フランスの学説が二重譲渡の理論的説明をわが国ほど熱心に追究していないのは確かであるが、前述のように、この点には、必要性の程度の問題があると共に、学問的関心のおき方の相違もかわる。二重譲渡の説明は、独仏両法からの影響下にあるわが国の民法学固有の事情が生んだ極めて日本的な問題提起であって、問題自体の抽象性故に直接の実務的意義は少ないが、錯綜するわが国の物権変動の議論を体系づけ、明確な基礎理論を確認するための鍵となる論点であると考えるところこそ、フランス法の分析の中に解答を求めたのである。フランス法が重視しなくてもわれわれにとって必要な議論というものは当然ある。

星野教授のようなご批判の所以は、むしろ論者が二重譲渡の説明を必要とみられないという事情にあると言えよう。民法一七六条と一七七条の間の矛盾を論じることとは無意味であり、ただ法がそのように決めたと解すれば足りるという教授のご見解はよく知られているところであるが、この立場は最近の論稿にもくり返し強調されている。⁽³⁾なぜ矛盾がないのかという点のご説明は十分説得力があるとは思われないが、⁽⁴⁾当面この問題は措きたい。重要であるのは、不完全物権変動説、法定証拠説、公信用力説等々を含めて、従来対抗問題を論じ、それぞれの学説を主張して来た立場の共通の出発点が、民法一七六条、一七七条の間に矛盾がある、或いはあるのではないかという認識に

あったという事情である。それ故にこそ、例えば公信力説と私見との間には少なからぬ対立はあるが、それでも議論は咬み合うし、他説についても同様のことが言える。しかし、星野教授が、「同条（民法一七七条）をあえて説明すれば、物権を取得しても登記をしないで第三者が登記をすると失権する規定だともいえましよう」と私見に容易く同調されるのに対しては疑問を禁じ得ない。失権を導くためには、一七六条による完全な物権取得の肯定と、第二譲受人による無権利者からの法定取得の不可避的な帰結がそれであるという理解が前提となるのである。「乙には完全なものがいっておらず、甲には丙に売って登記をすれば丙が完全な所有権を取得させうるなものがある、といえれば足りる」と述べられる点や、教授の論旨全体からみれば、星野教授のお立場に期待されることは、従来の排他性の理解を修正する新たな定義を求められることに帰着するはずである。実はそれも、債権的効果説、不完全物権変動説等によって過去に試みられているのであるが、収穫は少なかった。

見解の相違は方法論の相違に由来すると言うことは容易い。しかし、星野教授も論理解釈の必要は認められるのであるから、争点は恐らく、論理の一貫性をどこまで追及するかという程度の問題になるのではなからうか。「理論が裁判の公正を担保する」という私見の立場から言えば、星野教授の従来⁽⁸⁾の議論は、条文と個別的紛争解決の妥当性を結ぶ中間に介在すべき一般理論を余りに軽視される点が危険であり、恣意的な推論を許すことになる⁽⁹⁾と考えるが、このような難点は私見に対する対応に際しても明らかに示されていると言えよう。

第二に、わたくしの論文はあくまでも解釈論の展開を念頭においたものであって、フランス法主義の実証的研究を試みているわけではない。もちろん、事実としておさえるべき多くの部分に関しては極力実証的であるべく努めており、それは論証の不可欠の過程であるが、「対抗」の考え方に言及した部分では当然私見の観点から評価し、構成を加えている。実証的な部分はむしろそうした解釈学的な分析の妥当性を裏付ける背景となりうればと考えた。星野教授が言われるように、二重譲渡の説明についてフランス法に多くの議論がみられないという結論で足りるの

であれば、殊更実証的研究をするまでもなく、何冊かのフランス民法の体系書を瞥見するだけで足りよう。まして、制度の沿革の中に、問題の解明が不要であることを実証したつもりは毛頭ない。

意思主義・對抗要件主義という同一の理論枠組を持ちながら、沿革はもちろん、規定の中味や実際の問題解釈においても、日仏法には相当の差異が認められるであろうことは当然推測されるところである。これらの相違・異同を対比検討するという比較法的手段が、実証の成果として種々の貴重な事実を明らかにすることは、拙稿の場合にも十分期待されたし、一応の成果をみていると考える。しかし、その場合にも、わが国の学説の一端をまぎれもなく占めている二重譲渡の解明の試みが無益な徒勞として切り捨てられるべきであったとは到底考えられないのである、それに対応すべき何物かが当然、フランス法に内在するとみるべきであろう。他方、フランス法における立法の整備が明白である以上、これの分析は不可欠の課題である。このようにして関係づけられた日仏法の中から、共通性の確認というかたちで新たな法認識が導かれるはずであって、比較の対象に解釈論をも含めた拙稿において、法定取得—失権はそうした比較の成果の一つにすぎない。純然たる実証的研究からはもちろん解釈論は生まれて来ないはずであった。

第三に、日仏法の對抗要件主義にみられる沿革、規定等の相違故に、フランス法の議論を日本法の解釈論に結びつけることは妥当でないという星野教授のご指摘があった。¹⁰⁾しかし、本稿で言及した限りでも明らかであるように、二重譲渡の相対的帰属的な説明、第三者の善意・悪意をめぐる同一の問題提起、転得者保護の困難（詐害行為取消権の採用などは日仏法の双方にみられる）、一九五五年登記法三〇—一条一項の規定の趣旨は、そのままわが国の対抗問題限定説と対応すること等々、日仏法の議論にみられる共通性は極めて大きい。このことは、法形成過程や基盤となる理論体系の相違を超えて、意思主義・對抗要件主義という一つの法システムが独自の客観的内容を持ちうることの例証にはかならない。物権変動論の領域における日仏法の比較はこの制度自体の持つ普遍的要素を

接点とする故に可能であるとの考え方が、まさに拙稿の出発点となっているわけである。⁽¹¹⁾ 日仏法が共に現行の制度を維持する限り、われわれとしては、今後まだ多くの問題点についてフランス法を参照し、これに学ぶ必要があると考えられるのであるが、将来日本法の理論によってフランス法を豊かめるという可能性も否定する必要はなからう。

最後に、解釈理論の導き方如何という一般的問題に立ち戻るならば、それが価値判断を基盤とする作業である故に、方法論を明確にすることは本来非常に難しいであろうと考えられる。しかし、外国法を参照する場合に、特定の文献によって客観的に示された学説だけを導入すべきであるという意見は恐らく少ないであろう。われわれの問題意識に従って論点を整理し、議論を取捨選択することは通常の外国法研究に必然的に附随してくるし、進んでは外国法に対し評価や解釈を加える必要さえ否定しえないはずである。確かに、不十分な知識に基づいて外国法に対し推断を下すことは危険であり、出来るだけ信頼性ある文献を根拠とすることが望ましいことは言うまでもない。

この意味で、私見の法定取得—失権に懷疑が持たれるという一般的可能性は否定しないが、⁽¹²⁾ 少なくともフランスの不動産公示制度をひもとかれる方々であれば、わたくしの推論の当否は容易に判断していただけるはずであり、そのようなご批判をこそ期待するものである。

右の点と関連して、比較法の成果であるものが何故解釈論となりうるのかという問題に言及しておく必要がある。拙稿は確かに比較法を法社会学的な法認識に密着した比較検討と理解し、それ故に積極的な解釈論の展開は極力ひかえるという方針をとった。これは前述したように、裏付けとなる実証的研究の客観性を担保するためであるが、結果的にみると、日仏法における母法と継受法という関係を反映して、やはりフランス法理論の方がはるかに的確、明快であり、私の議論がしばしばフランス法に傾斜していることも確かである。法定取得—失権という結論自体についても、建前論からいえば、母法における意思主義・對抗要件主義の構造がそのまま日本法にあてはまる

わけではなく、日本法の特性故にいかなる修正がもたらされるべきかを論じることがまさに今後の課題であるといえるのであるが、⁽¹³⁾ただ、物権の競合的取得である二重譲渡が法定取得—失権によつて的確に説明されるという限りでは、それが意思主義・對抗要件主義に固有の抽象的な原理、言いかえれば普遍的要素である故に、單純に共通性を認めるべきであろうと考えるものである。

更に言うならば、この場合、仮にフランス法からの推論に問題があったとしても、日本法の解釈論として適切であるならばもって足りるということはあり、わが国の議論の内部で改めてその妥当性を検討してみる余地はあると言えよう。この意味において、以下の具体的ご批判は貴重である。

(四) 公信力説からの批判に対して

私見の理論構成に対しては、半田教授が昭和五四年に書かれた補論の中で、四点の疑問を提起された。⁽¹⁴⁾

そのうちの第一点は、私見によれば登記のもつ比重が第一譲受人と第二譲受人とは異なることが問題であり、「第一譲受人にとって登記は条件成就の意味しか有しないが、第二譲受人にとっては法定取得の効果をこれに付与するものであり、登記が物権変動（法定取得としての物権変動）の成立要件として機能させられていることに注意しなければならない。このような結果は、ドイツ法流の形式主義を明文の規定（一七六条）をもって捨てたわが民法のたてまえに、はたしてなじむものといえるのであろうか」という疑問であった。

結論から言えば、民法一七七条が登記を導入する規定である以上、部分的に形式主義が伴うことはむしろ当然であり、一七六条のみに注目するわけにはゆかないのである。しかし、「登記は對抗要件である」という民法一七七条の規定に対して、二重、三重の譲受人の全てに一律に適用しうる解釈論を与えたいという感覚は十分理解出来るし、わたくしも捨て難い魅力を感じる。そこで半田教授のように、「先に登記した者が勝つ」という原則を適用する前提として、第一譲受人同様の権利を第二譲受人以下の者にも与えるとすれば、その場合の権利の内容如何の間

題に再び直面しなければならない。債権とみるか、物権とみるか、いずれでもない中間的なものか。債権とすれば、對抗要件主義はまさに登記主義に等しいものとなり、一七六条が死滅することはくり返し指摘されて来た。不完全物権とも呼ぶべき中間的な権利であるという説明は極めて好都合であるが、その種の権利に類するものを民法は他に予想していないため、具体的にいかなる内容を与えるかがアポリアとなってくる。それ故、半田教授は排他性ある物権の併存という前提をつくるために公信力を援用されたわけである。しかし、くり返し指摘して来たように、半田教授のこの点のご説明は、未登記物権の排他性を強調して第二譲受人は無権利者から取得すると論じられたことと矛盾を来すのであり、同一内容の物権的支配が同一物上に併存しえないという排他性の定義を結局ご自身で崩しておられる。法定取得―失権のようなかたちで所有権者の交代を考えるならば、このような破綻は生じずすむのである。

また半田教授は、第二譲受人の取得が成立するのは前主の登記に公信力を認めるからであると論じられるのであるが、その場合の根拠条文はやはり一七七条とみておられるのであろうか。それとも一七七条は登記の先後によって対抗関係を決着せしめる規定とだけ解されるのであろうか。後者のようににもみうけられるが、法文上の根拠なく登記の公信力を認めるわけにはゆかないであらうし、まして無権利者からの取得を認める規定がないことも不合理であるから、恐らく一七七条に両者の意味を含められることになる。しかし、このように全く性質の異なる二つの大きな法的効果が一つの条文に付与されることは立法技術からみても解釈論としても余りに不自然であり、私見のような観点から両者を統一的に把握する方向を目指すべきであらうと考える。いずれにしても、無権利者から民法一七七条の効果として法定取得（民法一九二条に準ずる取得であれば当然これに該当するわけである）するという結論においては、半田説は私見と同一に帰着する。

わたくしはやはり、第一譲受人の取得と第二譲受人以下の者の取得との間にある質的な相違を肯定することが問

題の解決につながると考える。たとえばドイツ法の登記主義の下で、「登記しなければ物権変動は成立しない」と言われる場合、基本的に念頭におかれるのは、取引の典型となるべき一個の不動産取引であらう。ましてフランス法主義は、本来契約と同時に所有権が移転するとして取引の一回性を強調する意思主義を前提とするのであり、「登記しなければ第三者に対抗しえない」という制限が加わったとしても、それは意思主義に基づいて有効に取得者となり得べき者を第一に対象とすることが全く自然である。即ち、このように意思主義の適用範囲が限定されたことの反射的效果として、特定の第三者の保護あるいは一般的な第三者による後順位の取得の可能性が実現されたとみななければならない。「第三者に対抗しえない」という法文の形式をとる民法の他の規定においても事情は同じであり、例えば、民法九四条二項、九六条三項等において保護の対象となっている第三者は、それぞれ虚偽表示、詐欺による契約の相手方とは法的に異なる次元の存在である。對抗要件主義についてのみ同質の内容を持つ二重、三重譲渡を予想するという前提に拘泥すべきではなからう。

半田教授のご批判の第二は、私見によると、二重抵当のように相互に対立する物権がいずれも有効に成立する場合の説明に不都合を生じるというものである。わたくしの旧稿では、二重譲渡のうちに地上権、抵当権等制限物権の設定、移転も含めると簡単に註記してはいるが、法定取得⁽¹⁵⁾—失権の具体的説明に際して、これらのケースを例示して詳論することはしなかった。不十分ではあったが、ご指摘はあえて誤解を試みられたものであらうかと思われる。半田教授が示されるように、甲所有の不動産上に乙が一番抵当権を取得し、それが未登記である間に丙が同一の不動産上に抵当権を取得し登記した場合であれば、「丙は無効原因が治癒されて抵当権を法定取得し、その反面乙は抵当権を失なうこととなり、乙は丙に対してはもろんのこと、甲に対しても抵当権を主張しえないこととなる」のではなく、丙が法定取得するのは一番抵当権であらうし、乙に対しては後順位抵当権が残存しうることは言うまでもない。

抵当権設定の場合には、理論上二重、三重契約が成立しうる故に、「登記による順位の設定」が最も直截に機能することは旧稿の各所で指摘しており、その限りではこれを確かにニュアンスの異なる對抗要件主義の発現とみることもできる。しかし、一般に制限物権相互の間、あるいは所有権と制限物権の間に對抗関係を論じる場合には、内容的に相容れない限度において對抗が生じるわけであり、この点はわが国の對抗問題説の理解の共通の前提であったはずである。半田教授ご自身が、すぐ後に続く吉原教授への反論の部分で、地役権設定と所有権取得の間にも對抗関係が生じることを強調されているのであるが、無権利者となる、あるいは失権するという場合の無権利や失権の範囲を制限物権との関係で改めて確認しておく必要性は、私見と共に公信力説の議論についても共通することである。

半田教授のご批判の第三、第四点は、どちらかといえばマイナーな問題であるが、私見の立場を明らかにする意味では、前二者と同様に有意義な議論の手がかりである。一つは、不動産の不法占拠者丁に対して、当該不動産の未登記譲受人である乙が明渡請求し第一審で勝訴した場合、訴訟係属中に第二譲受人丙が出現して登記するとどうなるかという問題である。半田教授は、法定取得—失権説によると乙の明渡請求は訴えの利益を欠き乙敗訴に終わることになり、丙が改めて丁に対して訴えの提起をしなければならないのは迂遠である、乙に勝訴の確定判決を得させ、これによって丁を追い出した後、乙丙の優劣によって問題を処理する方が実際的であるとされる。

事情は、売買当事者間に訴訟が係属中目的物が転売された場合に準ずる。所有権の帰属を明確に決定しうるのであれば、第一には当然訴訟の承継が考えられるであろう。他方、第二譲受人が法定取得した後であっても、未登記譲受人は失権以前の所有権者としての地位侵害に対して損害賠償請求しうる余地はあり、場合によっては訴えの変更も可能である。その場合には、一審勝訴の事実が乙に有利に働くのは当然である。しかし、専ら乙の明渡請求権のみを念頭におくならば、設例のような場合に乙が敗訴するのはやむを得ない。未登記であれば失権の危険がある

ことは公知の前提であり、そのリスクを承知の上で訴訟に及んだはずである。乙としては、改めて譲渡人甲に対する損害賠償請求へと視点を變えるよりない。

問題はむしろ半田説の方にあり、丙が既に登記を取得しているような状況の下で、何故乙にあえて訴訟の続行を強制されるのか不可解である。二重譲渡の説明を如何にするかは別としても、丙が登記した後には丙が所有権者であるという結論は争われていない。乙は失権しないとして、では乙はいかなる権利を根拠として訴訟を継続しうるのであろうか。仮にこのような状況の下で、丙の利益のために乙に訴訟を続行させるとして、この結果乙の蒙る損失は少なくとも不当利得として乙丙間で清算されることになる。半田教授が「乙丙の優劣によって最終的にことを処理する」と言われるのはこのような趣旨を含むと推測されるが、果して簡便であろうか。訴訟はどこまでが乙の利益でどこからが丙の利益となるのか、算定は無用の煩雜をもたらすのみであろう。加えて、丁に対する明渡の当否が乙丙によって結論を異にする可能性さえありうる（丙丁が親族関係にあつたり、その間に賃貸借契約の存在が主張されている場合などが考えられよう）。問題は、單純に訴訟経済のみを考慮すればそのような性質のものではない。

第四点として半田教授は、乙が未登記の間に丙が第二譲受人として登記し、更に譲受人甲に再譲渡した場合を例示され、法定取得—失権では甲乙間に物權變動が復活しないため、甲は乙に移転登記義務を負わないとの結論になることは妥当でないと論じられる。確かにわたくしも丙の登記と共に乙は失権し、他方有効に所有権者となった丙から甲が再譲渡を受けるという結論を否定しない。しかし、丙への二重譲渡は言うまでもなく甲の乙に対する背信行為（刑法上は横領罪）であり、実質的には甲を保護する理由はなく、出来るだけ乙に本来の所有權取得の効果を實現させることが妥当であるとの考え方にも同時に賛成である。いかなる理由によって両者を結びつけるかは、既に半田教授ご自身が試みて下さっている。即ち、「甲の登記義務自体は消滅するわけのものではなく、損害賠償義

務に形を変えて存在する」と当然解すべきであろう。但し、金銭賠償の原則（民法四一七条）を前提とする以上、半田説のようにストレートな議論は無理であり、あくまでも例外的な現物賠償であることは確認しておく必要がある。ここでは履行不能の故に損害賠償義務に変じていたものが、甲が転得者となったため再び履行可能な状態となったという特殊事情を考慮しているわけであって、半田教授が指摘されているように民法五六〇条の類推適用という別の角度からの問題処理も確かに肯定しうる（わたくしは現物賠償という議論の方がより素直ではないかと考えるが）。

右のような議論は、法定取得—失権と矛盾するところか、逆に二重譲渡のこのような理解に裏付けられてはじめて一貫した解釈論となりうるのである。半田教授は、法定取得—失権よりベターな解釈として、「所有権が第三者を通過しても甲の乙に対する当事者性には変更ない」という考え方を主張されるのであるが、甲の乙に対する所有権移転登記義務が丙の登記によっても影響を蒙らず存続するというメカニズムは、公信力説によってどのように説明されるのであろうか。公信力説の下でも、丙の登記後は乙丙間の優劣が決定し、移転登記義務は金銭賠償義務に変質するのではなからうか。半田説の議論には、甲の移転登記義務を存続させるべきであるという価値判断と理論そのものの混同がみられるが、解釈論の基礎となるより本質的な要素に先ず注目する必要がある。法定取得—失権は、確かに甲の移転登記義務を認めるという当面の結論を直ちに実現する理論ではない。しかし、具体的妥当性のために前述のような限度で理論の要請を逸脱あるいは修正する余地は残されてよいはずであるし、更につけ加えるならば、設例のようなケースにおいて再譲渡を受けた甲の取得を有効と認め、乙に対しては通常のコインによる損害賠償請求権のみを認めるという解決も必ずしも絶対に不当であるわけではないのである。

その他、半田教授と同じく公信力説の立場に立たれる石田教授も私見に言及され、問題の出発点のひとつである二重譲渡がそもそも如何にして可能であるかを説明していないので疑問であるところを批判を述べられた⁽¹⁸⁾。これまでの

反論は果してこの疑問に対するお答えとなったであろうか。對抗要件主義は二重譲渡を積極的に肯定するものではなく、むしろ事実上不可避的に生じて来るこの種の契約に対処する趣旨の制度であり、第二譲受人の取得の可能性を認めることは公示の実現のための欠くべからざる前提であったことを旧稿でも十分明らかにした。しかし、登記による順位優先主義の原則を採用した以上、結果的には二重譲渡を法的に肯定したことにならざるを得ないのも確かである。この場合にも理論的には二重譲渡ではないという見方をわたくしはとり、第二譲受人は無権利者から取得するし、第一譲受人は失権すると結論づけている。わたくしには疑問のご趣旨が不明であるが石田教授も二重譲受人の併存という半田説の論理は支持されないようであるから、十分ご理解を得れば私見に賛同されるのではなからうか。

(イ) 石本論文の検討

旧稿の発表後現われた石本教授の論文は、民法起草者の一人である梅博士の對抗の問題についての考え方を博士の著書「民法要義」の中から解明しようと試みるものであり、私見に言及されているわけではないが、同じ主題に関心を向けた論稿であるだけに興味深い論点を含んでおり、ここにあわせて検討を加えておきたい。

先づ、第三者の善意・悪意という問題について、起草者が悪意者包含説を意図的に採用していることは従来から明らかにされていたが、梅博士のこの点に関する説明は石本教授によれば次のように要約される。即ち、民法一七七条は第三者保護の規定であるが、善意の第三者のみならず悪意者をも第三者に含めるのは、物権変動の有無について登記を専ら証明手段とし、未登記の物権変動について第三者の善意を擬制することが實際上最も便利だからである。そこで石本教授は、登記が第三者保護の制度であることと善意悪意を不問とすることは梅博士において矛盾していないことを確認した上で、何故に善意の擬制が必要であったかを推測される。教授によれば、所有権の所在は第三者との関係では登記によって客観的に決定することが理論上も実際上も望ましいという前提があるため、悪

意の反証といった不確実な要素を持ち込むことが適當でないと考えられたからである。そこで石本教授は、所有権の所在を全ての者に対して客観的に決定するという考え方に疑問を投じ、所有権が一人に帰属すれば他には帰属しえないというように所有権を物概念において把えるべきではなく、所有権は関係概念であるという方向に議論をすすめられる。即ち、「売主、買主、第三者」という主体の間に様々に設定された異なる支配関係においては、誰がどの相手方に対して所有者として振舞うことがゆるされるか（法的に設定されているか）ということが、その所有者という意味である。⁽²¹⁾従って、このような前提をとるならば、善意の擬制を廃し、悪意の反証を許すという悪意者排除説への道も可能であらうとして、登記を第三者保護の制度として一貫せしめる方向を志向される。

議論は従来の学説とは全く無関係に展開されているが、右の石本論文に対する私の関心は次の諸点に要約しうる。第一に、登記を物権変動の立証手段という観点から説明する仕方は、フランスの学説では専らボアソナードにみられる特徴であり、これが梅博士に承継されていることは確かに事実として興味深い。但し、説明の方法として善意の擬制という表現をとったとしても、これが実質的に善意悪意不問説であることに変わりなく、それだけで登記の本質が解明されるわけではない。またボアソナード説は、一八五五年登記法の下で、登記の欠缺は未登記の譲渡について法律上の善意の推定を創出すると論じる一方、未登記者による第二譲受人の悪意の立証を許す点がフランスでも批判されているのであるが、石本説はまさにこのボアソナードへの復帰を目ざされることになる。第二に、悪意の反証を許すことが不確実さを持ち込む故に善意悪意を不問とするという考え方は、日仏の学説の議論とも一致し、この点であえてボアソナードを克服した起草者意思を評価しうるのであり、またこれによって所有権の所在がよりよく客観的に決定されることは石本教授も認めておられる。そうであるからこそ、所有権を関係概念として把えるという石本教授の中心的な主張に対して改めて反論しておく必要があると考える。この考え方は星野教授の議論にも顕著であり、同じく二重譲渡の理論構成を不要とされる立場が必然的に依拠される重要な論点の一つ

だからである。⁽²⁴⁾

甲が乙に所有権を移転すれば甲は無権利者となり、甲丙の二重譲渡は不可能になるという議論は何故導かれるのか。所有権を実体ある物と同視するからではなく、議論の前提としてわれわれが「包括的な支配権」という所有権概念を設定しているからである。全てをなすという権利が完全に移転してしまつた後で何もなしえない無権利が残ることは蓋し合理的な推論といわなければならない。⁽²⁵⁾ 論者は全てか無かといった権利概念や所有権が移るといふ論法の中に権利の体系への物の秩序の反映を指摘されるのであるが、仮にそれを肯定したとしても果して不当と言うべきであらうか。目に見えるものの秩序が抽象的な思考に反映されることは、ごく自然な人間の思考形式であり、両者が似ていることをもつてのみ非難するにはあたらないであらう。

ここでの批判はむしろ、伝統的な所有権譲渡の理論が不都合であるならば、本来人為的な議論であつたものに絶對的に拘束される必要はないという点に帰着するはずである。關係的な権利体系が望まなければ、それを採用することはもちろん可能である。しかし、さしあつて右のような批判は、對抗要件主義の理論が問題とされる場合に限つて主張されているにすぎない。所有権の帰属が当事者關係と第三者關係に分裂することは、何といつても伝統的な権利の枠組と矛盾する。しかし、それは度々くり返したように、意思主義を維持しつつ公示主義をも採用するというフランス法主義の二律背反が必然的にもたらす矛盾であつて、ここでわれわれのとるべき態度は、解釈論としてこの矛盾を出来るだけ解消させうる理論構成を探ると共に、やむを得ない矛盾をそれとして卒直に肯定することであらう。法定取得—失権もそのような理論として、對抗要件主義のよりよい運用に役立ちうることを期するものにはかならない。

關係的権利概念を援用すれば確かに矛盾を回避しうる。⁽²⁶⁾ しかし、その場合、他の分野においては伝統的な所有権ないし権利の概念が維持されているのであるから、これらをも含めて新たな権利の体系を志向する必要が生じる。

所有権、排他性、無権利の法理といった旧式で硬直な議論（わたくしは必ずしもそうは考えないが）を解釈論に持ち込まないという意味において、それは現実にも不可能ではなからうが、定義づけられた権利概念とそれに基づく理論体系を抜きにして議論の公正が確保されるであろうか疑問である。まして、伝統的な権利の体系はわれわれの正義の感覚に深い影響を及ぼしているはずであり、安易に捨てうる性質のものではなからうとわたくしは考えている。

（１）「批評と紹介（雑誌論文）」ジュリスト六三五号一五〇頁、大河純夫「書評」法律時報五二卷三号一三〇頁以下、星野英一「日本民法の不動産物権変動制度——母法フランス法と対比しつつ」国民と司法書士臨時増刊号（昭和五四年）二頁以下、半田・前掲書七二頁等参照。

（２）星野・前掲論文国民と司法書士臨時増刊号一〇頁参照。

（３）星野英一・民法概論Ⅱ四〇頁、同・前掲論文九頁等参照。

（４）日本民法の一七六条、一七七条は、フランス法において登記の規定が後から導入されたのと異なり、同時に立法されたものであるから同格で対等の価値を持つという説明が一つある（星野・前掲論文国民と司法書士臨時増刊号八頁）。しかし、わたくしは両規定が同格で対等であるからこそ、フランス法以上に矛盾が意識されたとみるのである。次に、物権の「排他性」を「同じ対象の上に同じ内容の物権が二つ以上成立しえないこと」と定義される一方、「それと合わないことが法律によって作られたのですから、その定義をこそ考え直すべきであって、始めにたてた定義に縛られると破綻をきたすことになる」（一〇頁以下）と論じられるのであるから、排他性という議論が介在する限り矛盾が生じることは教授も認めておられるのであり、矛盾の根源がその点にあることを再確認していただきたいと考える。

（５）星野・前掲論文国民と司法書士臨時増刊号一四頁参照。

（６）星野・前掲論文国民と司法書士臨時増刊号一〇頁参照。

（７）星野英一「民法解釈論序説」同・民法論集第二卷一一頁。同・前掲論文国民と司法書士臨時増刊号五頁、一〇頁等参照。

（８）滝沢幸代「民法解釈における理論」成城法学一号四九頁以下、特に六四頁以下参照。

(9) 「法典と事実と結論を最短距離でつなぐ」という星野教授の考え方に對する批判は、滝沢・前掲論文成城法学一号六頁以下に論じた。

(10) 星野英一・シンポジウム『不動産物權變動と登記の意義』私法三七号二〇頁、同・前掲論文国民と司法書士臨時増刊号八頁等参照。

(11) 滝沢・前掲論文(一)法協九三卷九号四七頁参照。またこの点は、座談会・民法を語る②「物權變動のフランス法的理解」Law School 一七号九七〜九八頁でも言及している。

(12) 文献との関連では、鎌田、池田助教授が次のような疑問を投げられた。

先ず鎌田助教授は、フランス法の現行の登記法に先行する共和暦七年法の下での登記手続が効力要件であったか対抗要件であったかを問題とされ、拙稿がこの点について「本法を適用した当時の判例はしばしば同条を引用して登記を効力要件と解している。しかし、学説のほとんどは二六条を明確に対抗要件主義の規定としてい(る)」と述べた部分を引用して、「学説に關していえば、滝沢助教授が直接に引用される著作は一八五五年法施行後のものであるし、おそらく革命暦以後ナポレオン法典以前の学説で、革命暦七年法における登記が効力要件か否かの問題を正面から取扱ったものは存すまい。」と疑問を述べられる(鎌田薫「フランスにおける不動産取引と公証人の役割」——「フランス法主義」の理解のために——「早稲田法学五六卷二七頁参照」)。わたくしには、何故ここで革命暦以後ナポレオン法典以前の学説が引用されなければならないのか疑問である。先の私見を論証するためにわたくしが引用しているのは、二つの定評ある私法史の著作、三つの定評あるフランス民法の体系書、及び一つの不動産登記法を取扱ったテーズであり、先の結論がほぼフランス法学界の定説であると断定するのに足りるといえよう。それ以上にあえて異説を形成する意図は全く持たないし、実定法学という立場を強調するまでもなく、外国法に對する発言は、当然本国における今日の学者の見解を探るところから始まるべきであると考ええる。

もう一点、ゴレの文献の取扱ひ方に関する鎌田助教授のご批判に言及しておきたい。わたくしが、フランス法主義の下では「所有權移轉時期は当事者の合意により決定されると解することができる」というゴレの論旨を支持し、これに依拠して議論した個所に對し、ゴレの所説は動産売買を念頭においたものであると指摘されるのであるが(鎌田・前掲論文(一)早稲田法学五六卷一号五三頁)、ゴレの論文は確かに商事売買を論じたもので動産取引が中心となっており、しかも、問題の個所の議論はフランス民法一一三八条の解釈を論じた部分であって、論者は動産・不動産を問わず適用さ

れる一般論を念頭においていることを確認していただきたい。

池田助教授のご批判は、拙稿が登記法の歴史を扱った部分において多く依拠した文献、わけてもベッソンの著作に向
けられているようである。しかし、フランスの教科書、論文等にはしばしば引用されているこの定評ある不動産登記研究
に対して、「何らの根拠もない」ときめつけたり（池田恒男「フランス抵当権改革史」社会科学研究三一巻二号一九七
頁註（13）」、ベッソンのみならず、オリヴィエール・マルタン、ヘーデマンを含む第一級の資料に対してこれらに共通する
重大な誤まりを指摘される（同一一八〇頁参照）といった池田助教授の論述にこそ疑問が投げられるのではなからうか。
池田助教授の採られる「歴史的方法」の当否は方法論の問題としてひとまず措くとして、フランス法制史を書きかえよ
うとするような試みに際しては、外国学者としての不利な立場を十分自覚されるべきであらうと考える。

- (13) 私見に対するこうした趣旨の批判は、星野教授の他、半田教授、大河助教授にもみられる（半田・不動産取引法の研
究七二頁、大河・前掲書評法律時報五二巻三三〇—三三三頁参照）。一般論としては、ご指摘をうけるまでもなくそのよう
な発想こそが拙稿の出発点であり（拙稿序論参照）、特に第三章以下における論点毎の比較検討に際しては、日仏法の
具体的相違を極力明確にしたつもりである。しかし、なおそれらの相違を超えて両者にみられる共通性の存在を確認し
ていただきたいのであり、自国法の独自性に逃避するのではなく、進んで普遍的な比較法の可能性を求めることが必要
であらうと考える。

- (14) 半田・不動産取引法の研究七一頁以下参照。
(15) 滝沢・前掲論文（一）法協九三巻九号七三頁註（一）参照。
(16) 滝沢・前掲論文（二）法協九三巻一一号一二八頁、（三）法協九三巻一二号八〇頁等参照。
(17) 半田・不動産取引法の研究七四頁以下参照。
(18) 石田・物権変動論一二頁参照。
(19) 〈研究会〉不動産物権変動の法理（ジュリスト七二七号一〇六頁の石田発言参照）。
(20) 石本雅男「二重売買における對抗の問題——忘れられた根本の理論——」民商七八巻臨時増刊号（1）（末川先生追悼論
集・法と権利1）一五六頁以下参照。
(21) 石本・前掲論文一七〇頁参照。
(22) Lyon-Caen, note sous Req. 27 nov. 1893, précitée, p. 386 et s.

(23) 星野・前掲論文国民と司法書士臨時増刊号四頁参照。

(24) 鈴木禄弥・物権法講義改訂版一〇七頁以下、広中俊雄・物権法第二版七〇頁等の説明は同様の立場に帰着するといえよう。なお、関係所有権という概念を最も明確にうち出しておられる中川善之助「相続と登記」相続法の諸問題一七一頁以下、分析哲学の観点を導入される太田知行・当事者間における所有権の移転五一頁以下を同じ系列のものと把握することができる。

(25) この結論は、「何人も自己の享有する以上の権利を他に譲渡しえない」(«Nemo plus iuris...»の原則)というローマ法諺あるいはその趣旨を汲む民法二一八二条二項等によってフランス法をも当然支配しており、わが国の排他性に基づく議論は表現上の相違にすぎないといえる。

(26) 実は、私見も相対的無効を肯定しているのであり、これはやはり関係概念の承認に他ならない。しかし、伝統的理論体系を維持する前提に立って、極力限定的にこれを承認しようとするのであるから、論者とは観点を異にする。

(3) 補論

對抗要件主義の基本構造を法定取得―失権によって把握することに対しては、半田教授が指摘されたような部分的不明確という問題以上に、私見が判例・通説に対して大幅な修正を求める結果になることへの抵抗があることは認めうる。民法一七七条の「對抗」は排他性ある物権の帰属を決定する用語として定義すべきであるという前提と共に、第一、第二譲受人が共に登記していない場合に「相互に對抗力を欠く」という理解が妥当でないこと、第三者による未登記物権の承認を認める余地はないこと等が問題の論点となるのであるが、半田教授が言われるように、これらが「從來営々として築きあげられて来た通説・判例の考え方」ではあるとしても、果して「その適用はこれまで決して不当な結果をもたらしてはいない」と言い切れるであらうか。判例理論に拘束されていたが故に、對抗関係が生じるところでは全く所有権帰属の決定は機能しえず、同時に二重譲渡の理論は限りなく不可解であったのである。

(イ) 二重譲受人が共に未登記の場合

先ず、問題を「共に登記していない二重譲受人は相互にその取得を対抗しえない」とする判例・通説に絞ろう。最も初期の大審院明治三二年四月一二日判決(民録四卷二三頁)が、この場合の第一譲受人の優先を認めていることは周知であるが、事案は立木法施行前の立木の譲渡に関するもので、判旨は公示が不能であることを理由としている点異例のケースと解される余地がある。⁽³⁾その他の判例は、一貫して先の結論を明示しているけれども、⁽³⁾判旨を検討してみるとそこには著明な大審院明治四一年一月一五日第三者制限連合部判決(民録一四輯一二七六頁)の影響がはつきり窺われる。即ち、明治四一年判決は第三者の範囲について制限説を明示するに際し、「登記の欠缺を対抗するについて正当の利益を有する第三者」という基準をうち出し、わが国における對抗要件主義運用の基礎を築いた。この「正当の利益」という基準は、今日まで先例として生き続けていることによっても示されるとおり、極めて柔軟、機能的な判断枠組であり、未登記の第二譲受人がこの基準の下で一七七条の第三者と判断されることは全く自然であった。判例のそのような思考形式は、すぐ後に続く大審院明治四三年一月二四日判決、大正八年五月二六日判決等(共に註(3)参照)の理由中に顕著に示されている。⁽⁴⁾

言いかえれば、「相互に対抗しえない」の結論は、わが国の場合、判例による広義のあるいは拡大された對抗要件主義の一端に位置づけられるのであって、フランス法におけるように、未登記の間は順位決定が機能しえないという趣旨を意味するものではない。しかしこのことは、当面の設例のようなケースにおける「正当の利益」の中味を分析することを否定するものではなく、逆に、今後の課題として、判決の実質的意味を問い、余りにも漠然とした「正当の利益」をより精密な理論におき代えるという試みを促すのではなからうか。⁽⁶⁾その場合の試みが、對抗要件主義のあるべき理論の探究というかたちでなされなければならないことは明らかであり、フランス法の解決を参照する意義はここに認められる。

しかし、仮にフランス的解決に依つたとしても、共に登記がない二重譲受人相互の關係は、單純に第一譲受人優先の結論によってわり切り難い問題点を含むことも確かである。第一に、フランス法の下では、未登記譲受人間の争いは実務上ほとんど生じえないとされるほど登記手続の実現が容易であり、理論上の帰結とされる意思主義による解決も極めて例外的な場合として生じてくるにすぎない。この点、わが国のような登記共同申請主義の下では必然的に未登記取引が多く、登記への協力を得られない第一譲受人の保護が大きな意味を持つてくるのとは事情を異にする。にもかかわらず、わが国の現状の下で未登記の第一譲受人を認めるならば、少なくともその時点では、民法一七七条の存在を全く無視するようなかたちになるため、登記を軽視しすぎるといふ心理的抵抗を与えるであろう。実は、失権の危険があることは極めて重大な制裁なのであるが、訴訟上保護された第一譲受人がその後の登記に対して怠慢になることはありうるし、更には、後に第三者が登記することによって失権する可能性のある者を保護することはあまり実益がないともいえる。同時に、第二譲受人の少なくとも債権的登記請求権が訴訟上並行して認められなければならないところにも不合理はある。こうして、双方未登記の間はお互いに対抗しえないといういわばモラトリアムの解決が、大きな実務的意味を持ってクロズアップされてくる。判例理論を支える実質的理由はこの点にあった。

然るに、いかに実務上の便宜があるとはいえ、この解決はその間の所有権帰属の決定を放棄するのであるから、それに伴う理論上の不都合は避けられない。従来の訴訟は、未登記の二重譲受人の一方から他方に対する所有権確認請求と損害賠償請求が中心となっており、このうち前者については「確認の利益を欠く」という訴訟上の理由で訴えを斥けることも考えられる。しかし、後者の問題はより複雑であり、判例のように原告の損害賠償請求を機械的に棄却してしまうならば、結果として、原告と全く同じ「対抗しえない」所有権を持つとみなされている未登記第二譲受人の侵害行為を承認するという不当な解決に導かれるよりない。この他、第三者による不法行為があった

場合を含めて、二重譲受人のいずれに損害賠償請求権ありやが難問として議論を呼んでいるのも、それだけ問題解決の必要度が高いからであるといえよう。現実には、「相互に対抗しえない」の結論が余り明白な判例法とみられているために、判例の予測機能によってそれが訴訟を予防する役割だけは果していることはあるかもしれないが、常に妥当な解決をもたらしていたわけでは決していないのである。

では、右のような不合理はどのように克服されるべきであるのか。先ず、必要なことは出来るだけこのようなかたちで紛争が生じる可能性をつくらないことであり、フランス法の単独登記申請主義がこの意味で本来あるべき制度とみられることは前述した。また、日本法の下でも、できるだけ登記への接近を容易にすることが不可欠であり、そのためには仮登記の活用がもっと注目されるべきであらうという点も既に指摘した。⁽¹⁰⁾これに対し、当面のわが国の実情の下で、「相互に対抗しえない」の理論に従って安易に未登記物権の効力を否定するならば、一方的に譲受人のみを優位に立たせる結果になり、この問題に関する限り実態は登記主義であるという理解がむしろ妥当になる。そうであるならば、未登記物権は債権であるといふ切るよりない。これを採りえず、対抗要件主義の建前を維持する以上、少なくとも登記取得への努力がなされているような状況では、法定取得—失権の理論を踏まえて、未登記の第一譲受人を積極的に救済してゆくことが必要となるであらう。この解決は、後述する第三者の承認という議論を介在させることによって判例上も既に一部実現されているのであり、紛争当事者間の利益衡量という要素を考慮した場合にも、導かれる解決の妥当性は恐らく多くの事案において立証されうるはずである。⁽¹¹⁾

再び「正当の利益」という第三者の基準に立ち戻るならば、明治四一年判決によって第三者制限説として確立された判例の拡大された対抗要件主義は、立法者意思、学説に顕著であった無制限説を吸収し、これを制度本来の方向に転換せしめたという意味で、明らかに判例優位の成果であった。⁽¹²⁾しかし、以後の判例がそれに甘んじて余り発展をみせていないのに対し、学説は、対抗問題限定説、公信力説、法定取得—失権説等のかたちで、今やほぼフラ

ンス法本来の理論にまで到達している。今後は、学説の側から判例法の分析をすすめ、これによりよい統一を与える試みが課題とされるべきであらう。

(四) 第三者による承認

私見によれば、第二譲受人の登記までは第一譲受人の取得が生きており、登記以後は第二譲受人が所有権者とみられるため、第三者による未登記物権の承認という解決を持ち込む余地はないはずであった。しかし、あえて言うならば、未登記取引を仮に一般の第三者が承認するのであれば、この者はあえて二重契約を締結したり、更には登記を行ったりしなければよいのであって、これが承認の一つの意味を表わすことになる。第二に、第二譲受人が登記を取得し、所有権者としての地位を確実にした後で未登記取引を承認するのであれば、これはもはや所有権の放棄、第一譲受人への譲渡、第二契約の解除あるいは錯誤による無効等々の構成をとる以外にその効力を認め得ないはずである。しかし、判例にも登記後の第二譲受人による承認を認めたケースはみられないようであるし、この点においては判例も私見と同じ理解に立つものと推測してよいであらう。また、漫然と承認を許すならば、例えば、民法七十七条の工作物責任が問われるような場合には、二重譲受人の双方で所有者責任を回避することにもなりかねないと考えられるが、こうしたケースも判例には登場していないため議論されていない。

実際に問題となっているのは、いずれの事例においても、未登記譲受人間の争いにおいて過去に承認の事実があった点をどうみるかである。⁽¹³⁾ 私見のように当然に第一譲受人を優先させる場合には、「承認」のあったケースも等しく原則的解決に吸収されるのであるから、判例の結論との間には何ら矛盾は生じない。むしろ、第一譲受人優先がここで部分的に判例法にとり込まれていることは、私見を補強するものとみることができる。また判例は、「異なる物権変動の事実の承認」と「對抗要件の欠缺を主張する利益の放棄」とを区別し、後者の意思表示だけに承認の効果を認めるのであるが、⁽¹⁴⁾ 「承認」をなるべく厳格に解することは、第二譲受人に登記の機会を与えることにつ

なかり、登記によって機械的に問題を解決する私見の方向にむしろ沿っている。結局、承認が肯定されるのは、未登記の物権変動の存在を争うことが著しく信義に反するような場合に限られてくるのであるが、これは即ち、第二譲受人があえて登記を遂行しても背信的悪意者として当然に第三者から除外されるようなケースにおいて、登記を俟たず予め第二譲受人に抗争の余地を否定することにあたる。このように判例の実態は、当然に未登記の第一譲受人を優先させることを拒む一方、部分的に救済を持ち込んで衡平に基づく解決を目指すところにあり、理論的には「対抗しえない」が無効と違つて必然的に承認の余地を認める法技術であるからと論じられて来た。

しかし、この場合の承認の法的意味は、相対的無効という広義の對抗要件主義の性格から、やはり部分的な無効行為の追認として性格づけられるべきであろう。もともと、実際の事案においては、承認が第二譲渡に先行する場合も多く、これらは追認↓第一譲渡の有効という単純な構成にはなじまない。予め承認していたにもかかわらず、第二譲渡をうけ、第一譲受人の未登記を争うというような場合には、第二譲渡そのものが信義則違反となり、登記の欠缺を主張する法律上の利益を奪われる結果、第一譲受人の優先が導かれると解すべきであり、これは背信的悪意者排除の法的構造と変らない。要するに、第三者の承認を認める判例理論は、未登記の第一譲受人を既に判例が保護しているという事実以上に、何ら私見に影響を与えるものではなく、登記による一律な解決を実現する方がより明快、合理的であることは明らかである。

右のように、對抗要件主義の理論は、本来のフランス法主義の理論に従った場合に最も明確に把握されうる。しかしながら、当面は従来の判例理論が継続されている状況の下で、解釈論としてはどのように説かれることが妥当であろうか。わたくしは、あえてつじつまを合わせるための議論を試みずに、本来の理論と判例理論の相違を卒直に認め、後者の持つ実質的意味を確認することが必要であらうと考える。例えば、二重譲受人が共に所有権者であるという議論は、第二譲受人における所有権取得の可能性を表現したものであること、第一譲受人を未登記のまま

優先させると登記の強制力を弱める恐れがあること、判例の拡大された対抗要件主義は順位優先主義を逸脱するが、登記に権利の証明機能を果させる一方、登記の欠缺に対する制裁はそれだけ強まること等であり、少なくともこれらの結論が「対抗」という用語から必然的に導かれるような理解を避けなければならないと考える。

対抗要件主義の理解が明確となるならば、民法一七七条を本来制度の趣旨を異にする民法九四条二項にスライドさせるという考え方が妥当を欠くことも自ずと明らかであろう。

(1) 半田・不動産取引法の研究七二頁参照。

(2) 我妻栄・判民昭和九年度六二事件評釈一八二頁参照。他に、同一不動産につき二重になされた保存登記がいずれも無効である場合に、各登記に基づきそれぞれ別個に取得され登記された権利の優劣は、未登記のものとしてその取得の前後によって定めるとした大判大正八年七月一〇日新聞一六〇四号一五頁があり、類例とみられる。

(3) 大判明治四三年一月二四日民録一六輯一頁、大判大正八年五月二六日民録二五輯八九三頁、大判昭和三年四月一二日民集八巻六号四一二頁（電話加入権に関する）、大判昭和六年五月二九日民集一〇巻六号三六〇頁、大判昭和九年五月一日民集二三巻一〇号七三四頁、大判昭和一九年一〇月六日民集二三巻一八号五九一頁、最判昭和三年七月二九日民集一二巻一二号一八七九頁等参照。

(4) 第三者とは「登記欠缺主張スルニ付テ正当ノ利益ヲ有スルモノ」という文言は理由中の各所にみられるし、その後の学説も、「所謂第三者が苟も実体関係上正当なる権利を有する以上登記なくとも『正当の利益ある第三者』と見るべきことが最も正当であろう」という観点に立って判例を支持して来たわけである。我妻・判民昭和四年度三五事件評釈一六四頁参照。

(5) わが国の判例・通説のように二重譲渡外にも賃借人に対する解約申入や賃料請求に際して対抗要件を要求する運用を、旧稿では広義の対抗要件主義として区別し、その実質的内容は相対的無効・機能的には権原の証明に代えて登記が要求される場合を含むものと分析した。本来の対抗要件に比べると、第三者の範囲が緩和されるので、その分だけ登記効力要件主義に接近する。滝沢・前掲論文（五）、法協九四巻七号一二二頁以下、一四七頁以下参照。

(6) 同様の考え方を示すものとして、既に大河純夫『第三者制限連合部判決』における『正当ノ利益』概念について

立命館法学一九七七年四・五・六号四六〇頁以下がみられ、「正当ノ利益」は「同一不動産に関する物的地位を正当の権限により取得した者」という定式におきかえるべきであると主張される。本来の對抗要件主義への前進を指摘される点が注目される。但し、私見としては、第三者制限連合部判決自体は對抗問題として解決されるべきではないと考える。滝沢・前掲論文（五）法協九四卷七号一四九頁参照。

（7）本節（1）註（8）参照。従って、評者が求められるような（例えば、大河・前掲書評法律時報五二卷三号一三一頁参照）、未登記譲受人に物権的請求権を認めたケース等も見出しにくいのである。

（8）訴訟上は、第一譲受人の譲渡に対する移転登記請求が勝訴によって確定した後も、第二譲受人が出現すれば、この者の登記の利益は承継人に固有の利益として保護され既判力の効果を免れる。新堂幸司・民事訴訟法四一九頁参照。

（9）従来この点の不当はあまり明確に指摘されていないが、原告が常に敗訴を負担するという解決は、法的救済を否定し、既成事実の承認という実力主義に帰着するよりないのである。平野義太郎・判民大正一〇年度一一七事件評釈三八四頁は、この不当を肯定しつつ相互的であるからよいとする。

（10）滝沢・前掲論文（五）法協九四卷七号一一五頁参照。またこの観点から仮登記の効力としては対抗力遡及説に依るべきであることを滝沢事代「仮登記の対抗力（二）」成城法学四号四八頁以下に論じた。

（11）例えば、既に占有を取得している第一譲受人の利用利益を保護することは私見によってごく自然に実現され、第二譲受人の登記後は背信的悪意者の問題に吸収されることになる。

（12）川井健「民法一七七条第三者制限説判決——民法判例と時代思潮——」名古屋大学法政論集八十八号六〇頁等参照。

（13）大判明治三十九年一〇月一〇日民録一二輯一一一九頁、大判昭和一六年六月一二日判決全集八卷二三号四頁、広島高判昭和二年七月二日高民四卷八号二二五頁、東京地裁昭和三年一月二〇日下民八卷一一号二六八頁、大阪高判昭和三年一月八日下民七卷一一号三一四三頁、東京高判昭和三年九月二八日下民集八卷九号一七五二頁等参照。

（14）登記の欠缺を主張する利益の放棄があったとする例としては、大判昭和一三年九月二八日判決全集五輯二〇号七頁、広島高判昭和二年七月二日高裁民集四卷八号二二五頁、東京地判昭和三年五月一五日下民集八卷五号九五四頁、最判昭和四六年一月三日判時六五五号二九頁等がみられるが、賃貸不動産の譲受人と賃借人との係争が多く、どれだけ狭義の對抗関係が解決されているかは疑問である。

（15）例えば、最判昭和三年七月二九日（前註（3）参照）などは、まさにこのような論旨を展開している。

(16) 川井説、米倉説などがみられ、松井宏興「民法九四条二項類推適用論の一考察——特に民法一七七条との関係について——」磯村哲先生還暦記念論文集市民法学の形成と展開下八五頁以下がこの問題を詳論される。

四 結び

冒頭で確認したように、本稿は既に発表済みであるわたくしの旧稿を発展させたものであって、基本的な考え方においては改めて新しいものを提示しているわけではない。しかし、執筆に際して書き加えたいいくつかの論点を明らかにしておく必要があると考える。

第一に、文献の面では、旧稿以後に発表された論文判例等を参照しつつ対応をはかっていることは言うまでもないが、特に悪意者排除説に関するフランスの判例、学説の動向を検討することは本稿の主たる課題であった。破毀院判例が第三者の善意を要求する一方、過失の有無は問わないとして一步後退を示していること、悪意者排除に対し学説がくり返し批判と警告を投じていることはフランス法の正確な理解のために見逃しえない事実であり、これと共に第三者の善意・悪意を問わないことが登記の強制力を維持し、公示に実効性を付与するための必要条件であることを明確にしておきたいと考えた。

また、右の論述の過程では、對抗要件主義における登記の機能にあえて第三者、即ち第二譲受人以下の者の保護を含ませて理解することを試みた。旧稿においては、民法一七七条にあたる登記の規定は意思主義に代わるかあるいはそれを補充する新たな物権変動の方式を設定しているのであって、その意味ではドイツ法の登記効力要件主義とパラレルに把握されなければならないという前提に立ち、對抗要件主義の基本を支える原理は登記の順位による優先主義であるから、第三者保護の制度と解すべきではないとした。このような見方を強調することは、公示と公信が本来次元を異にする制度であることを再確認し、安易に公信力的理解を志向することを避けるために不可欠で

あった。しかし、改めてフランス法の歴史に立ち帰れば、未登記取引の存在によって不測の損害を蒙る第三者の保護の必要性は登記法成立の主要なモメントであるし、この点を登記制度の一つの目的とみることがやはり妥当であろうと考えられる。但し、そのために悪意者排除や公信力的理解を持ち込む必要は全くないのであって、登記による順位優先主義は上述の第三者保護をもあわせて実現しうる機能を持つのである。小さな論点であるが、登記法により正確な理解のためには見落しえない。

法定取得—失権説に対するご批判に答えた部分は、よりよい理解を得るために一度はとり上げるべきであった課題を現在に至って果し得たもので、それなりの意義を期待したいと考えるが、わたくしとしてはそれ以上に、解釈論が持つ意味を自ら問い直しつつ、方法論の問題を含めて、この学問の名において何がなされるべきであるのかというより普遍的な問題提起を新たにおきたい気持ちがあった。なお、細かな論点の一つ一つにあえてこだわっている一方、煩雑を避けるために拙稿の実証的部分に対する疑問にはお答えしなかったが、一点はフランス法制史上の争点であって安易に議論すべきではないと考えたこともあり、もう一点については、論者のご意見と私見とにさ程重要な相違はないとみたからであることをつけ加えておきたい。⁽¹⁾

補論では、判例理論に修正の余地があること、あるいは私見と両立しえないものではないことをとりあえず明らかにしたつもりである。より詳細な事案の分析を試みるならば、理論に混迷がある故に、判例は必ずしも当事者間の実質的衡平を実現しえていないことを論証しうるのではないかと推測するのであるが、当面その余裕がないため、大まかな問題点の指摘にとどまっている。

全体を通じ、本稿は公信力説への対応が中心となっている。この点は、悪意者問題に焦点をあてる以上必然的にそうならざるを得ないからであるが、その他にも公信力説が拙稿以前における学説の到達点をなしているため、それとの対応を重視した事情もある。また、公信力説が未登記物権の排他性を積極的に肯定し、第二譲受人の取得を

無権利者からの取得と解する点は私見との重要な共通項となっており、わたくしとしては、私見に対しては公信力説からの理解が最も得られ易いのではないかと考えるのであるが如何であらうか。

(1) 前者は共和暦七年法の公示が効力要件ではないという鎌田助教授のご指摘であり(前節(2)註(12)参照)、同趣旨のフランスの文献もたしかにみられる。後者は、フランス法主義継受の時期に関する大河助教授のご議論で(大河・前掲書評法律時報五二巻三号一三一頁以下参照)、拙稿は旧登記法において意思主義の成立がみられないとした点、現行民法典への継受に焦点をあわせて論じた点が異なる。

(たぎざわ・いつよ 本学助教授)