HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	不動産の二重譲渡へのひとつのアプローチ
Author(s)	半田, 正夫
Citation	北大法学論集, 16(4), 38-59
Issue Date	1966-05-20
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16065
Type	bulletin (article)
File Information	16(4)_p38-59.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

不動産の二重譲渡へのひとつのアプローチ

半田正夫

目次

一　問題の提起
二　排他性と対抗力の区別
三　二重譲渡成立の法的根拠
四　結語

一　問題の提起

一　不動産物権変動論は、民法学における最も興味あるテーマのひとつである。そこに現れる学説の数はきわめて多い。しかしながら、いずれも充分に人を納得させるまでにはいたっていないように見受けられる。これは従来の見解があまりにも伝統的な解釈論的構成に拘泥しすぎたためではなかったかという印象すらわれわれに与える。もっと自由な立場で解釈論を展開するならば、案外そこに新たな道が開けるかも知れない。かような見地から、本稿では、不動産物権変動のうち、とくに二重譲渡に問題を限定し、若干の考察を試みようとするものである。

二　周知のように、不動産物権変動論は、次に掲げる三つの原則の調和的解決をいかに実現するかという問題に関するものである。

(1)　第一原則　排他性は物権の属性である（物権の排他性）。物権は物の直接支配をその内容とするものであるから、ある物的利益について、ある人のために支配が成立すると、同一物的利益についてはもはや他人の支配を認めることができなくなるわけであって、これを物権の排他性という。このように物権の排他性は、物権の支配権としての本質から導き出されるものであるから、これを物権の属性、すなわち物権の内在的要素として理解されなければならない。これは通説の均しく認めるところである。

(2)　第二原則　物権変動は当事者の意思表示に因ってその効力を生ずる（意思主義）。民法一七六条の規定するところである。

(3)　第三原則　不動産物権変動は、登記しなければ第三者に対抗することができない（不動産物権変動の対抗力）。民法一七七条の規定するところである。

三　以上三つの原則のうち、一方、第一・第二原則と、他方、第三原則との間には、容易に調和しがたい矛盾が含まれている。いま第三原則の典型的事例として挙げられる二重譲渡の場合について、第一・第二原則を徹底するならば次のようになる。不動産所有者甲から譲受人乙への所有権移転は、第二原則の適用により意思表示に因り直ちにその効果を生ずる。この場合、乙の取得した所有権は、登記の有無如何にかかわらず、第一原則の適用により、その属性として排他性を有することになる。この結果、すでに無権利者となった甲は、同一物の所有権を第三者丙に移転することはできず、また移転したとしてもその移転行為は無効であり、丙はなんら権利を取得できないこととなる。つまり、物権の排他性を強調して考えるならば、乙だけが所有権を取得し、たとえそれが未登記であろうとも丙を含むすべての第三者にその取得を主張しうる結果となる。このことは、結局、対抗の問題の典型的事例とされる乙丙の二重取得が成立の余地のないことを示すものであり、ひいては第三原則そのものの否定につながるものといえよう。逆に第三原則の方から考えてみても同様の矛盾を生ずる。かりに甲乙間に物権変動が行なわれたとしても、それが登記によって公示されないかぎり、乙は第三原則の適用により、自己の所有権取得を第三者に主張できないこととなる。だがこのような結果は、登記にかかわらしめることなく乙に排他的所有権の取得を認める第一・第二原則と抵触し、これを無用のものとしてしまう。

四　このように抵触しあうと考えられる第一・第二原則と第三原則とを論理的に調和せしめるために、民法制定以来、実に多くの見解の出現をみている。債権的効果説、相対的無効説、不完全物権変動説、第三者主張説などがこれである。[1] ところがこれらの見解の大多数は、第二原則と第三原則との調和的解決のみを意図し、第一原則に対する顧慮をほとんど払っていないもののように見受けられる。それはこれらの学説が、物権変動によって物権を取得した者は、対抗要件を備えることにより排他性を取得する、と解していることに端的に示されている。すなわち、これらの

学説は物権の取得によって直ちに排他性が取得されるとしてではなく、物権の取得に対抗要件の具備がプラスされることによってはじめて排他性が取得されるにいたると解しているわけである。このような理論構成をとるかぎり、もはや排他性を物権の属性とみることはできない。排他性は、物権の本質とは本来無関係の登記という外部的条件に与えられることになる。これは、事実上、第一原則を無視する結果となる。ところがこのような矛盾は一般にほとんど意識されていない。多くの物権法に関する教科書もしくは参考書によれば、一方において排他性を物権の本質であると説きながら、民法一七六条と一七七条との関係においてはこれを覆えし、登記によってはじめて排他性を取得するとか、あるいは対抗要件を具備しない物権は排他性がないとかの説明でことたれりとし、みずから立てた原則をみずから崩していることに気付かぬもようである。

もっとも、物権の排他性は、立法者が登記を対抗要件としたことによって制限を受けるとし、第一原則を第三原則の中に解消してしまうのであれば、第一原則を顧慮する必要がないのはいうまでもない。だがそれでは、未登記物権の本質は何かの説明に窮するばかりか、第二原則に抵触することにもなる。もしこの見解をとるのであれば、ドイツ民法の如く形式主義を採用するところまで徹しなければ調和的説明は難かしくなってくるように思われる。

五　このように多くの学説にみられる自家撞着は、つまるところ排他性と対抗力とをあまりに同視しすぎたために生じた結果ではないかと解せられる。そこでわれわれは、これらの見解にとらわれることなく、全く白紙の状態にかえって、上述の三つの原則を維持したうえで、しかもこれらの原則相互の関係を矛盾なく説明するにはどう考えたらよいかを虚心に検討してみる必要があろう。その結果、考えられる唯一の説明は次の如きものであることが明らかとなろう。

①　意思表示による物権変動は完全な意味での物権変動、すなわち排他性を伴う物権変動を意味する。たとえそれが

未登記であっても物権の排他性を少しも損うものではない。したがって甲から乙および丙への二重譲渡は、乙丙ともに排他的な所有権を取得することになる。

② 変動された物権は、登記という外部的条件を備えることによってはじめて対抗力を取得する。上述の例で、丙が先に登記を具備すれば丙の所有権は対抗力を取得する。

しかしながらこのような説明の仕方が真に妥当なものといいうるためには、次に掲げる二つの前提が明らかにされていなければならないものと思われる。

第一に排他性と対抗力との区別が明らかにされること、いいかえれば、対抗力に対する意味での排他性の独自性が認められることであり、第二に二重譲渡の成立しうる法的根拠が明らかにされること、すなわち、二重譲渡の両譲受人乙丙がいずれも排他的所有権の主体としての地位の認められる根拠が明らかにされること、の二点である。

本稿はこの二点について検討を加えることを直接の目的とする。以下に項をあらためて述べてみたい。

(1) この学説の分類のしかたは、舟橋・物権法（昭和三五年）一四一頁による。各学説の内容についてはこれに譲る。

二　排他性と対抗力の区別

一　従来の物権および物権変動理論において、「排他性」と「対抗力」の意義は、それぞれ、必ずしも不動のものとして把えられていたわけではない。排他性は、かっては物権の絶対性ないし不可侵性と同視せられていたし、また対抗力についても、これを実体法上のものとみる立場、あるいは訴訟法上のものとみる立場などがある。したがって、排他性と対抗力との間に相違を認めることができるかという問題に対しては、両者の把え方の組合せの中にその解答を求めなければならない。いま対抗力の意義に焦点を合せて、両者の区別の可能性を検討してみよう。

二　「対抗力＝物権変動を実体法上第三者に対して主張しうる効力」説

対抗力の意義を、物権変動を実体法上第三者に対して主張しうる効力と把える見解は、従来、一般に認められていたものである。この場合、第三者の範囲如何の問題に関連して、対抗力は、一般第三者に対して主張しうる効力と、相容れざる物権取得者に対して主張しうる効力との二つに分けることが可能である。当初、判例は第三者の範囲について無制限説を採っていたために両者の区別を意識しなかったのであるが、著名な明治四一年一二月二五日の大審院民事連合部判決[1]以来、第三者を「登記ノ欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者」に限定して制限説を採用することに転向した結果、判例では現在、二重譲渡における対抗力の意義については、後者の意味に把えていることは明らかである。このような対抗力の意義の限定的な把握は、排他性との区別の可能性を推測させる。すなわち、対抗力は相容れざる物権取得者に対し、物権変動を主張しうる効力であるのに対し、排他性はそれ以外の一般第三者に対し、物権の存在、または、物権変動を主張しうる効力を内包するものと解する余地がみいだされるからである。だがはたして排他性の意義をこのように解することができるであろうか。

民法制定当初、物権の排他性は絶対性ないし不可侵性と同義語として把えられていた。そして、一般第三者によってなされる物権侵害による不法行為の成立および妨害排除請求権の根拠をここに求めていた。[2]したがってこの時期においては、右に述べた如き第三者の範囲を基準とする排他性と対抗力との区別はいちおう可能であったと解せられる。[3]

ところが、やがて物権の排他性と絶対性ないし不可侵性との混同に反省のきざしが現われてきた。これは債権侵害に対し、不法行為の成立を認めるべきであるとする末弘博士の主張を契機とする。博士は「余モ亦物権カ排他的ニ物ノ直接支配ヲ為スコトヲ以テ内容トスルモノナルコトヲ信シテ疑ハス、然レトモ此前提ト絶対性トノ間ニ果シテ何ノ

因果関係アリヤ、是レ余ノ最モ疑ワント欲スルトコロナリ」と述べさらに「物権ニ排他性アリトノ理由ヲ以テ直チニ物権ノ不可侵性ヲ推論セントスルノハ明ラカニ不当ナリ」と説いて、絶対性ないし不可侵性と排他性とを区別すべきことを提唱した。(4) この見解は大正四年三月一〇日大審院刑事部判決(5)および同年三月二〇日大審院民事部判決(6)によって原則的に承認されたとみることができる。これは、債権侵害に対する不法行為成立の根拠を、一般権利の通有性としての不可侵性に置いた判決であり、したがってこの判決の趣旨からすれば、物権侵害の場合も同様に権利の通有性たる不可侵性をその根拠とせざるをえないわけで、排他性を根拠とする必要は全く無くなってしまう結果となる。つまり対抗力に対して物権の排他性の独自性（すなわち対抗力から切り離されても独立にその意義を認めることのできる排他性）を主張しうると考えられる上記二つの場合のうち、不法行為の成立の場合は除外されることとなり、排他性を積極的に主張する意味はそれだけ減少したものとみることができる。

またさらに排他性の独自性を主張しうるもうひとつの場合としての妨害排除請求権の場合についても、戦前の判例は占有を伴なった不動産賃借権に不可侵性理論を適用して妨害排除請求権を認めていた。(7) もっとも判例は占有を伴なわない場合については否定していたようであるから、債権一般に妨害排除請求権を認めたものと解することはできないが、いやしくも不可侵性理論を根拠とする以上、理論的にはすべての権利に対して妨害排除請求権を認める余地はあったわけで、物権の場合についても排他性を根拠とする必要は全くなかったといってよい。しかしながら戦後の判例は不可侵性理論を捨て、債権には原則として妨害排除請求権を認めないとする態度を示すにいたった。(8) ここで再び物権の排他性がクローズアップされることとなったが、やがて対抗力を備えた不動産賃借権について妨害排除請求権を認める判例が出るにおよんで、(9) 排他性の独自性はまたもやその意義を失うはめとなって現在にいたっている。なぜなら、債権の場合の妨害排除請求権認否の基準を対抗力の有無に求める判例理論を敷衍するならば、物権の場合にお

いても同様に対抗力の有無を基準とせざるをえなくなり、結局、物権の場合の妨害排除請求権の根拠は対抗力の問題に解消され、対抗力とは区別された排他性の独自の意義をここに認めることができなくなるからである。

以上要するに、排他性と対抗力とを区別して、対抗力を伴なわない場合の物権の排他性に特別の存在意義を認めようとする上記二つの場合のうち、不法行為成立の根拠については権利一般の通有性たる不可侵性に置き換えられ、また妨害排除請求権の場合は対抗力の問題に解消され、いずれも排他性に特別の意味を与えないことを示すにいたっている。

このように判例にみられるところの対抗力に対する排他性の独自性否定の現象は、とりもなおさず、物権の排他性は対抗力を取得することによって獲得されるもの、すなわち、排他性と対抗力とはイコールで結ばれるべきものという考えを根底に置いていることを示すものである。このことは排他性の意義に関する通説の把握するところにも明白に示されている。すなわち、前述の排他性が不可侵性と混同されて、しばしば単純に絶対性という言葉でいいあらわされていた時期において、末弘博士は両者を厳密に区別すべきことを主張し、その際排他性を次のように説明している。排他性とは「同一ノ物体上ニ相妨グベキ二個以上ノ権利ノ併立スルコトヲ許サナイト云フ根本観念ニ基クモノデアッテ、其結果、既ニ一物体上ニ排他性アル権利ガ成立シテ居レバ、他ノ之ト相妨グベキ内容ノ権利ハ最早法律上其同一物体上ニ成立スルコトヲ許サレナイト云フ効果ヲ生ズル」[10]と。これは上掲第一原則に示す如く学者のあまねく支持されるとことなっている。

このように、一方では、排他性を同一物上に内容の抵触し合う二個以上の権利の併立が認められないという物権の性質と解し、また他方では、対抗力を相容れざる物権取得者に対し物権変動を主張しうる効力と把えるならば、両者は一個の概念の異なった両側面を示すものにはほかならないと考えるのはむしろ当然であろう。いやそれよりも、排

他性の意義を右に述べたように定めたからこそ、対抗力の範囲をこれに合せて前掲の如く制限的に把えられるようになったともみることができよう。それはともかくとして、このように対抗力即排他性と把え、両者の区別を意識しないかぎり前項で筆者の提示した三つの原則の調和的説明の方法は、成立不可能となってしまう。

もっともこの立場に立っても、排他性の独自性を認めうるひとつのチャンスは残されている。すなわち、排他性が「相容れざる物権取得者」に対し、その者の権利の成立を否定するという強い性質のものであるとするならば、「相容れざる物権取得者」よりも既存の物権に対する介入の度合の弱い一般第三者に対しても、当然それを排除しうる性質を内包しているものを解することは可能である。したがって、対抗力を伴なわない物権について妨害排除請求権を認め、しかもその法的根拠をなお物権の排他性に求めるとするならば、ここに排他性の独自性を認める余地は依然として残されていると解することができよう。また後述する如く、民法一七七条の登記なくして対抗できない「第三者」の範囲を善意者にかぎるという構成をとれば、悪意の物権取得者に対しては、対抗力の有無とは無関係に物権の排他性を根拠として妨害排除請求権を行使できることとなるから、この場合も、対抗力に対する意味での排他性の独自性が認められることになろう。とにかく、このような解釈の仕方でもとらないかぎり、この説による三つの原則の調和的解決は困難のように解せられる。

三　「対抗力＝両立しえない物権相互間における優先の順位を訴訟法上決定する効力」説

前説で上掲三つの原則の調和的解決が不可能もしくは困難なのは、排他性と対抗力とを実体法という同一次元で把えるためであることを指摘して、両者を別の次元に属するものとみる見解、すなわち対抗の問題を訴訟法上の問題として考える見解が最近現れてきている。

この見解は、おおよそ次のように説明する。「対抗関係とは同一不動産上の両立しえないか又は互いに相容れない

権利の変動につき相争う正当な地位を有する者相互間において、何れが法律上保護されるかという問題として解すれば足りる。それを決するのが登記である」従って「両立しえない権利関係に立つ者があるとき、自己の権利関係が優先するためには、登記あることの立証を要し、登記がなければその優位を法律上確保しえない。これが登記の対抗力である。わけても裁判上争う場合は、登記のみが証拠方法であり、それ以外の方法をもってしては証拠となしえない。この意味で登記はすでに生じた不動産上の権利の変動につき、その優位を立証・主張するための法定証拠である」(11)と。

もちろんこの見解は、第一・第二原則の適用のみで完全な物権変動、すなわち排他性を伴なった物権変動が行なわれることを前提としている。したがって対抗力取得前の物権取得者といえども、排他性に基づいて物権的請求権を行使することが容認される。このような考え方は、排他性と対抗力との区別を可能ならしめ、対抗力に対する排他性の独自的意義を認めることとなるから、この説によれば、三つの原則の調和的解決は可能となろう。

四　以上を要約すれば次のようになる。対抗力の意義を**三**の学説のように把えるならば、各原則の調和的解決のための第一前提は満足される。これに対し、**二**の学説のように把えるならば、一般第三者又は、これと悪意の物権取得者とに対する妨害排除請求権の根拠を対抗力とは絶縁された意味での物権の排他性に求めるが如き解釈論的構成を採らないかぎり、第一前提は満たされないこととなる。したがってこの場合は、不動産物権変動に関しいかなる論理的操作をもってしても三つの原則を同時に満足させることはできないものと思われる。

(1)　民録一四輯一二七六頁。

(2)　石坂「債権ハ第三者ニ依リテ侵害セラルルヲ得ルヤ」改纂民法研究下巻（明治四一年）、岡松「第三者ノ債権侵害」京法一一巻一一号・一二号、同「債権ノ性質」新報三〇巻七号・八号・一一号。

(3)　もつともこれらの学説は、絶対性ないし不可侵性と同視される排他性は対抗要件を備えることによって獲得されるものと解して

いたようであるから、このような立場に立つかぎり、排他性と対抗力とは識別せられないのはもちろんである。だが、当時既に判例は、第三者の範囲について制限説を採っており、したがってもしこれらの学説が、この判例の態度を是認していたとすれば、物権取得者はたとえ登記を具備しなくとも、不法行為による損害賠償請求権および妨害排除請求権を有するという結果を認めざるをえなかったものと思われる。

(4) 末弘「第三者ノ債権侵害ハ不法行為ト為ルカ」法曹記事二四巻三・五号。
(5) 刑録二一輯二七九頁。
(6) 民録二一輯三九五頁。
(7) 古山「不動産賃借権の対外的効力」総合判例研究叢書民法(1)二五頁。
(8) 最判昭和二八年一二月一四日民集七巻一二号一四〇一頁。
(9) 最判昭和二八年一二月一八日民集七巻一二号一五一五頁、同二九年二月五日民集八巻七号三九〇頁、同二九年一〇月七日民集八巻一〇号一八一六頁、同昭和三〇年四月五日民集九巻四号四三二頁。
(10) 末弘「債権ノ排他性ニ就テ」志林一七巻一〇号九頁。
(11) 金山・物権法総論（昭和四〇年）二五二頁以下。同旨、安達「一七七条の第三者」判例演習物権法〔六〕。

三　二重譲渡成立の法的根拠

一　対抗力の意義を上述のいずれに解しようとも、対抗力取得以前の二重譲渡の譲受人乙丙の地位を対等のものと把えることについては争いがない。しかも、前項で示した如く、排他性と対抗力とを区別しなければならないとする前提をとるかぎり、乙丙ともに排他性ある所有権を取得したものと解する必要がある。しかしながら、これは本来、第一および第二原則に矛盾する。これらの原則からすれば、甲が乙に譲り渡した以上、甲は無権利者となるのであるから丙が権利を取得するはずがない。つまり乙丙の地位ははじめから差等があり（というよりもむしろ乙が全部であ

るのに対し丙が零の関係）、二重譲渡の成立する余地は本来ありえないはずである。だがそれにもかかわらず対抗力取得以前の二重譲渡の譲受人を対等のものと把える根拠はいったい何であろうか。この問題、いいかえれば二重譲渡成立の法的根拠如何の問題を度外視して、いたずらに対抗力に対する意味での排他性の独自性を強調するのみでは真に前記三つの原則の調和的解決をはかったということにはならないものと思われる。

二　もっともこの問題に対する解答は従来の学説においてもいちおう試みられている。だが、そこでは、排他性と対抗力とを同視する立場から論ずるものがほとんどであり、[1] 両者の区別を意識した上での説明としては、わずかに物権および物権変動の観念化の現象にその根拠をおく見解がみられるにすぎないようである。この立場をとる於保教授は「物権は物の価値に対する観念的な排他的、独占的直接支配権として高度に観念化され、観念的変動の可能性が承認されている。ただ排他的、独占的効力を有する強力な物権が観念的に変動するものとすれば物に対する物的支配の秩序や取引の安全を害するところから公示の制度として登記が要求されるにすぎない。だから公示がなくても物権変動は完全に効力を生じ観念的物権が観念的に完全に変動する効果を生ずる」[2] と述べて対抗力取得以前の物権も排他性を有することを明らかにした上で、さらに「物権変動における二重変動の可能性もまた物権および物権変動の観念化の一顕現にほかならない。…この物権の二重譲渡ということは、物の価値支配権としての観念的物権としてよりは、より高度の観念的な財産権として、商品として取扱われる現象である。また意思表示以外の物権変動原因による変動があった場合にでも、更に意思表示による商品としての流通が可能であるところに物権の二重変動が生じ、従って公示によって変動の前後を画一的に決定するという制度も成立つことになる」[3] と述べる。

三　この問題を検討するためには、二重譲渡をその態様にしたがいいくつかの場合に分けて考える必要があるように思われる。そこでいま外部的変動の最も顕著な不動産の引渡の有無の点に焦点を合わせてこれを分けてみよう。

(a)　第一譲受人たる乙が引渡を受けていない場合

これはさらに(a′)第二譲受人たる丙も引渡を受けていない場合と、(a″)丙が引渡を受けた場合とに分けることができる。物権行為独自性否定説（以下独自性否定説という）をとる通説判例によれば、(a′)の場合が二重譲渡の典型的な事例となることはいうまでもない。だが物権行為独自性肯定説（以下独自性肯定説という）に立って一七六条の意思表示に外部的徴表を必要とする見解をとるかぎり、この場合に二重譲渡が成立するためには少くとも乙丙にそれぞれ代金支払の事実があることを要しよう。続いて(a″)の場合であるが、独自性否定説では(a′)の一歩進んだ段階としてこの場合が二重譲渡の一場合と考えられることもちろんである。　独自性肯定説では、　甲乙間に代金支払の事実がなければ二重譲渡とはなりえないであろう。この(a′)(a″)に共通していえることは、丙の所有権取得の際にその相手方たる甲が登記名義人たる地位を有するにとどまらず不動産を占有しているということ、つまり甲は当該不動産の所有者としての形式、実質ともに併有しているという点に特徴をもっている。

(b)　第一譲受人たる乙が既に引渡を受けている場合

この場合に二重譲渡が成立するためには、独自性否定説では、甲丙間に単なる物権変動の意思表示があることで足りるが、独自性肯定説では代金支払の事実があることを必要としよう（同一物が二重に引き渡されることは事実上不可能であるから、甲丙間の引渡の事実の有無によって二重譲渡の成否を論ずることはできないのはもちろんである）。この場合の二重譲渡の特徴は、第二譲受人たる丙の所有権取得の際に、その相手方たる甲が登記名義人たる地位を有するにとどまり、不動産を占有していないこと、つまり所有者としての形式と実質が分離していることにある。

四　まず(a)について考えてみよう。この場合、第一譲受人たる乙が不動産の引渡を受けていないのであるから、甲乙間の所有権移転はきわめて観念的なものとなる。それは単に債権契約の段階にとどまっているのか、あるいは既に

物権変動の段階に達したのが明瞭には識別されがたい時点にあるといえる。したがってかかる場合は、甲乙間の譲渡が未だ債権関係の支配下を完全に脱却していないものとして、甲から丙への二重譲渡を二重債権契約の範囲内にあるものと認めることも可能であろう。つまりこの場合の二重譲渡成立の法的根拠を二重債権契約の合法性に求めることは決して否定さるべきことではないように思われる。前述の「物権変動の高度の観念化現象」に二重譲渡成立の根拠を求める見解はおそらくこの場合を想定したものと思われるが、そのかぎりでは是認せらるべき見解といいうる。(4)

問題は(b)について生ずる。この場合に二重譲渡成立の根拠を(a)と同様の点に求めることはできない。なぜならば、甲から乙への不動産の引渡により、乙は債権関係の支配する状態を脱却しており、物権変動は、ここに現実化しているからである。したがってこの場合における丙の所有権取得は別にその根拠を求めなければならないものと思われる。

既に述べた如く、第一および第二原則によれば、甲から乙への譲渡によって甲は実質的無権利者となるのであるから、甲から丙への第二譲渡は無効と解さざるをえず、それ故に丙の所有権取得を甲から丙への譲渡行為で基礎づけることはできない結果となる。他方、第三原則の趣意からすれば、二重譲渡の成立は当然の事由として予定された上で対抗力取得以前の両譲受人乙・丙の地位が対等のものとして評価されていることが明らかとなる。したがって乙に所有権が帰属すると考えられる場合には丙も同様に所有権の主体として扱わなければならないことになる。以上の前提をとるかぎり、二重譲渡成立の根拠、換言すれば丙の所有権取得の法的根拠は、かかる相矛盾する二つの要請を同時に満足する点に求めなければならないものと思われる。考えうる方法は唯一つあるのみである。それは丙が実質的無権利者たる甲の登記を信頼したことによって所有権を原始的に取得したものと解することである。これは結果的には甲の登記に一種の公信力を認めたことになるが、このような見解は決して目新らしいものではない。かって岡村判事は「甲カ其所有ノ土地ヲ乙ニ譲渡シテ未タ其移転登記ヲ為ササル間ニ甲カ更ニ之ヲ善意ノ丙ニ譲渡スル契約ヲ為シ

之レカ登記ヲ為シタル場合ニ丙ヲシテ其所有権ヲ取得シ得シメサルトキハ之レ全ク登記マテ為シタル丙ニ不測ノ損害ヲ受ケシムル」結果となることを理由に、丙の所有権取得が原始取得たるべき旨を主張した。[5] だが判事の見解は丙が善意無過失で甲から不動産を譲受けることによって直ちに所有権を取得すると解するものではなく、善意無過失の譲受及び登記の取得によってはじめて所有権を取得すると解しているのであるから、[6] 判事においてはなお排他性ある所有権を取得するためには登記を必要とするという伝統的な考え方を払拭しきれず、排他性と対抗力との区別を意識していない憾みがあったということができよう。前述の如く、排他性を物権の本質と把えるかぎり、対抗力取得以前において丙は排他性ある所有権を原始取得したと考える必要があったと思われる。また最近においては篠塚助教授が岡村説と同じ流れを汲む見解を発表している。[7] 篠塚説は、公示主義と公信主義とが対立物でないという前提から出発し、登記は乙を保護する制度ではなく丙を保護する制度、すなわち公信力を予定した制度であるに拘らず、従来、乙を保護する制度と間違われ、対抗要件とか公示主義ということばに拘泥しすぎはしなかったかと通説に対して疑問を投じ、結論として丙の善意無過失のとき乙は所有権を失うと述べる。だが篠原説においても一七七条の「対抗」を「対抗力」とは解さずに「公信力」の意に把えるべきことを提唱されるもののようであるから岡村説と同様に登記によってはじめて所有権が丙に帰属するものと考えているように解せられる。もしそうだとするならば、篠塚説もわれわれの見解とは大筋においては一致するにしてもなお微妙な点で相違があるものと認めざるを得ない。すなわち、われわれの見解では甲から丙への譲渡によって丙はただちに排他性ある所有権を原始取得し、登記は単に丙と対等の地位にある乙との間の優劣を決するものにすぎないとして対抗力を物権変動の要件の外に追い出す主張を試みようとするものだからである。

さて、(b)の場合の二重譲渡成立の根拠を、以上述べた如く、甲の登記に一種の公信力を認めて、それを信頼した丙

の原始取得を容認せんとするところに求めようとする理論構成を採るならば、これを(b)の場合に限って適用して、(a)の場合への適用を拒否する理由はなにもないことが明らかである。たしかに、(a)の場合においては、甲乙間の物権変動はきわめて観念的なものであって、債権関係の支配下にあるのか、あるいはまたその状態を脱して物権関係の支配下に入っているのか明白には識別しがたいとはいえ、理論的には両者の区別は可能なのであって、しかも二重譲渡を問題とする以上は甲乙間に物権変動があったものと解さなければならないのであるから、二重譲渡の成立を二重債権契約の合法性で基礎づけることは必ずしも適切でないように思われる。したがって、これを捨て、(a)(b)いずれの場合においても右に述べた理由づけをもって二重譲渡成立の根拠とすべきものと解する。

五　右にみてきたように、対抗力取得以前の第二譲受人丙の所有権取得を、譲渡人甲の登記を信頼したことによる原始取得と解して、丙を第一譲受人乙と対等の地位に立たしめ、両者間の優劣は登記によって決するという理論を採るかぎり、民法一七七条の登記なしには対抗できない「第三者」の範囲は善意取得者に限定されるという副次的効果をもたらすことになる。はたしてそれでよいのであろうか。本稿は最初に述べた如く、三つの原則を調和せしめるにはどのような前提を採らなければならないかという問題の検討を直接の目的とするものであるから、かかる「第三者」の範囲の問題を扱うにはいささか場違いの感があるが、二重譲渡成立の法的根拠に関する問題から派生するものとして、この機会をかりてここでとりあげてみたい。

周知のように、民法一七七条の「第三者」に悪意者を含むか否かの問題は、物権変動に関する論争の中でも最も重要な争点のひとつに数えあげられている。[8] 従来通説は悪意者包含説[9]を採り、悪意者排除説はむしろ少数説にすぎないと考えられていた。[10] だが、次第に両者の中間説ともいうべき背信的悪意者排除説が支配的になり、[11] 現在の通説的地位を獲得するにおよんで、この見解をさらにもう一歩進めて悪意者を排除する方向に向うべきだとする見解が、再び少

数ながら有力に主張せられている現状である。[12]

悪意者包含説は、不登法四条、五条の例外を認めるばかりか、権利取得のためにはいかなる手段をも辞さぬ悪質な第三者をも保護しなければならないという付随的副作用を営む弱点を有することのほかに、不動産登記に公信力を認めないという前提をとりながら、取引の安全と敏活をはかるために善意悪意を区別しないとして悪意者を保護し、結果的には登記に公信力を認める以上の保護を第三者に与えるという欠陥を有している。[13]

これに対して背信的悪意者除排説は、前説のもつ弱点を克服しており、前説をいちだんと発展させた見解といいうる。だがこの説も仔細に検討するとき多くの難点の包蔵しているのをみのがすわけにはいかない。

まず第一に、「背信性」概念の不明確さがあげられる。そもそも背信性とは、悪意とは別個の概念ではなく、さらに悪意の内容を分割するメルクマールとしての役割を果たすものでもない。悪意は単にそれだけで背信性を基礎づけるものである。したがって、背信的悪意とは悪意を強調した表現にほかならず、背信性に特別の意味をもたせることは本来できないものといわなければならない。かりに背信性に特別の意味をもたせ、悪意が第三者の行為の主観的側面たる心理的容態を問題とするのに対し、背信性は行為の客観的側面たる態様を問題とするのだとして両者を異なった次元で把える—背信的悪意者排除説をこの意味に把える見解もある[14]—としても、背信性は必ずしも行為の客観的側面だけから判明するものではない。行為は行為者の心理的容態の反映であるから、行為の主観的側面の評価を度外視して行為のみから背信性を基礎づけることはほとんど不可能に近い。「背信的悪意者」という表現が使用されているところから推測すれば、この説の主張者も、背信性と悪意とを厳密に区別して背信性に行為の主観的側面から隔絶した特別の意味をもたせようとする意図を有するものでないことは明らかである。とすれば、論者は「背信性」概念でいったいなにを示そうとするのであろうか。論者はかかる抽象的基準をかかげるのみで具体的にいかなる場合が

これに該当するかを詳細に論ずるまでにはいたっていない。したがって「背信的悪意」有無の判定は、現在のところ、悪意者排除説による単なる善意・悪意の区別よりもいっそう困難なことが予想され、取引秩序に無用の混乱を招きはしないかという疑いすら生じかねない。

第二に、背信的悪意者から転得した者の地位が問題となる。信義則違反を理由とするかぎり、背信的悪意者たる第二譲受人丙より転得した善意の丁も、第一譲受人乙の登記欠缺を主張しえないものと解さなければならない。これは法律関係をいたずらに紛糾させることになる。そこで論者は民法四二四条の債権者取消権に関する規定を適用し、[15]あるいはこれと同様の取扱いをして[16]相対的無効を主張するにいたっている。しかしながら、債権者取消権は債権者の共同担保たる責任財産全体を維持するために認められたものであり、またその適用のためには詐害行為の要件の具備を必要とするから、四二四条の規定をこの場合に適用することは無理といわなければならない。[17]また四二四条と同様の取扱いをして相対的無効を主張する見解も、その根拠は必ずしも明らかにされているとはいえず、これも成功した解釈構成とはみがたいように思われる。

第三に、二重譲渡に自由競争の原理を適用する点が問題となる。論者は、登記制度がこれに対する第三者の信頼を保護することによって機能を営むものであるから、現実に登記を信頼しない悪意の第三者は、登記によって保護するに値しないものであるという前提をとりながら、他方において資本主義的自由競争の原理が認められているかぎり、第三者はたとい悪意であっても社会生活上正当な自由競争と認められる範囲をこえない限度で保護されるべきであると主張する。しかしながら、自由競争の原理は債権契約（たとえば二重売買契約）の支配する領域においてのみ適用可能なのであって、物権関係の支配下に及ぶものと解することはできない。既に述べたように二重譲渡は、二重債権契約とは異なり物権関係に移行した段階で把えなければならぬものであるから、自由競争原理の適用の余地はないも

のと解すべきである。

六　登記制度は、背信的悪意者排除説も指摘する如く、これを信頼せる第三者の保護を目的とするものであるから、登記を信頼しない悪意の第三者は、登記による保護の外に放逐するのを至当とする。すでに乙に譲渡された事実を知りながら—乙の未登記をよいことに—甲より所有権の移転を受けた悪意者（悪意者包含説はむろんのこと、背信的悪意者排除説も、この者を登記の欠缺を主張しうべき「第三者」の範疇に含めている）を保護するというが如き健全な社会常識に反する結果は法律上も認めるべきではない。悪意者を排除することにより、転得者の地位が脅やかされるのではないかと懸念するむきもあるが、すでに述べたように登記に一種の公信力を認めるわれわれの立場では、悪意の取得者より善意転得した者も、悪意者の登記を信頼することによって保護されるのであるから、取引の安全を損うおそれは全くないといってよい。

以上みてきたように二重譲渡成立の法的根拠検討の帰結として生じた悪意者排除説は、他説にまさる長所をより多く有するばかりか、その理由づけに相違こそあれ、最近の学説の傾向とも一致するものであって妥当な見解といいうるのではあるまいか。[18]

（1）　たとえば、債権的効果説によれば、登記がなければ当事者間にも物権変動の効力を生じないで債権的効果を生ずるにすぎないと把えるのであるから、二重譲渡の合法性は当然に認められることとなる。また不完全物権変動説によれば、第一譲渡によって物権変動が行なわれるにしても、それは不完全な物権変動にすぎず譲渡人はなお完全に権利を失ったものではないと解するのであるから、この見解においても二重譲渡の合法性の根拠は認めうるであろう。

（2）　於保「公示なき物権の本質」論叢五八巻三号二三頁。

（3）　前掲二三頁。

（4）　二重譲渡成立の根拠を二重債権契約（とくに二重売買契約）の合法性に求めていると考えられる見解は、於保教授のほかにもき

わめて多い。たとえば、舟橋・物権法（昭和三五年）が、本来債権法の領域に適用さるべき自由競争の原理を二重譲渡の場合に適用し、「特に売買取引による場合は、たとえ他人が物権を取得した場合においても、さらに原権利者に対し、いっそう有利な条件を提供してその他人と争うことも許されている」（同書一三八頁）と述べていること、また川島・民法Ⅰ（昭和三五年）が、「物権行為為は債権行為ないし causa から分離されておらず、取引当事者間の関係においては、物権は債権の効力によって移転する」（同書一五一頁）という前提をとって、A→B、A→Cと二重譲渡が行なわれた場合に「登記をするまでは、まだB又はCの何れの権利もAに対する対人的相対関係以上のものになっていない（同書一六六頁）」と述べていることなどは、これを推測させる。

（5）岡村「民法第百七十七条ニ所謂第三者ノ意義ヲ論シ債権ノ不可侵性ニ及フ」法学志林一七巻六号二八頁以下。

（6）岡村・前掲三一頁。

（7）篠塚「物権の二重譲渡」法学セミナー一九六五年八月号四四頁以下。

（8）幾代「物権変動と悪意の第三者」別冊ジュリスト続学説展望六八頁は、この問題に関する要領のよい解説を試みている。

（9）末弘・物権法上巻（昭和七年）一五七頁、近藤・物権法論（昭和九年）一五頁、我妻・物権法（昭和二八年）一〇一頁、柚木・判例物権法総論（昭和三六年）二〇〇頁、金山・物権法総論（昭和四〇年）二七一頁、有泉「民法第一七七条と悪意の第三者」法協五六巻八号一五七七頁以下、林・物権法（昭和三六年）七六頁、末川・物権法（昭和三八年）一〇六頁、鈴木・物権法講義（昭和四〇年）二三七頁、など。

（10）岡村・前掲論文、田島・物権法（昭和一〇年）一〇六頁、なお改説前の舟橋「登記の欠缺を主張しうべき『第三者』について」加藤還暦祝賀論文集、同じく柚木・判例物権法総論（昭和九年）一二八頁など。

（11）舟橋・前掲書一八二頁、川島・前掲書一七〇頁、杉之原・不動産登記法（昭和三二年）九八頁、川井「不動産の二重売買における公序良俗と信義則」判例タイムズ一二七号、広中「対抗要件は悪意の第三者に対しても必要か」民法の基礎知識第七問など。

（12）篠塚・前掲論文、浜上「フランス法における不動産の二重譲渡の際の第三者の悪意」阪大法学五一号など。

（13）判例は、第三者の善意・悪意を区別しないという原則論を立て、これを堅持している（大判明治三八・一〇・二〇民録一三七四頁、大判明治四三・一一・一刑録一六輯一八二一頁、大判明治四五・六・一民録一八輯五六九頁、大判昭和一一・一〇・三一法学六巻二二七頁、最判三〇・五・三一民集九巻六号七七四頁など）。しかしながら、判例は悪意者を常に保護していたわけではない。必要な場合には、原則論を維持しながらも、それと論理的には矛

盾しないことば構成を用いて悪意者を負かせてきている。たとえば登記の欠缺を主張する正当な利益を有しないことを理由として（大判昭和九・三・六民集一三巻三号二三〇頁）、あるいは公序良俗違反を理由として（最判昭三六・四・二七民集一五巻四号九〇一頁）、いずれも実質的には悪意者を第三者の範疇より除外して取扱っている。なお、判例理論の分析に関するすぐれた業績としてに、中元「二重売買と民法第九〇条」民商法雑誌五〇巻四号一四二頁が、また前掲昭和三六年四月二七日最高裁判決の判例批評としては、川井・前掲論文、石本・民商法雑誌四五巻五号七四五頁、甲斐・甲南法学二巻四号五五〇頁、などがある。いずれもこの問題に関して深い関心のほどを示している。

(14) 川井・前掲論文一七頁参照。

(15) 石本・前掲七五一頁。

(16) 舟橋・前掲書一八五頁。

(17) 同旨、石田「不動産二重売買が民法九〇条により無効となる例」民商法雑誌五〇巻二号三〇六頁、篠塚・前掲論文四六頁。

(18) たとえば、篠塚・前掲論文四七頁は、民法一七七条の「対抗」を、いわゆる「対抗力」と解するかぎり二重譲渡を説明することができないことを理由に、「対抗力」から「公信力」へ進むことを提唱し、その結果として悪意者排除説を主張される。また、浜上・前掲論文二四頁は、フランス民法における不動産の二重譲渡の際の第三者の悪意について判例と学説を詳細に検討した結果、フランス民法のように、悪意の第三者も登記の欠缺を主張しうる第三者に属するという明文の規定のないわが民法の解釈論としては民法一七七条の第三者には悪意の第三者を含まないと理解するのが最も不都合を生じない解決方法だと論じる。なお判例の現状に関し、「悪意者が保護されるか否かという問題が、売買契約締結のときに悪意者がその契約成立へと積極的に働きかけたという事情が存するか否かによって決定されるという段階に到達し」ており、その「事実が、売買契約の為の交渉において、程度の差こそあれ、通常存在する事実であることを考えると、悪意であるということだけで第三者が保護を否定される、とする取扱いとの差は、実質的には殆んど無くなった」と述べる中元・前掲論文六三九頁は、判例理論が近い将来悪意者排除説にふみきる可能性を暗示させるに充分であるといえようか。

四　結語

以上で不動産の二重譲渡に関する考察を終える。最初に述べた如く、本稿は三つの原則を基礎として、それを二重譲渡の場合について発展させてみたにすぎない。したがって、これらの原則の設定の仕方がもし間違っていれば、本稿で主張した理論構成はひとたまりもなく崩壊すること火をみるより明らかである。とくにそれは第一原則についていえる。排他性は一般に理解される如く、はたして物権の本質といいうるものなのか否か、この点についての精密な検討なくしては本来起稿しえなかったものである。本稿ではこれをいわば証明を要せぬ公理として処理したが、今後はこの問題についてさらに深く検討してみる必要があると痛感している。また、本稿で当然触れるべきにもかかわらず、能力と時間の不足から立ち入らなかった問題も多い。これらの点についても他の機会に譲りたい。

なお最後に、本稿の中間報告において多くの有益な御助言をいただいた北大民事法研究会の諸先生および同僚の諸兄に対し心からなる感謝の意を表するとともに、それを充分に生かしえなかった筆者の不明について深くお詫び申し上げたい。

（一九六六・二・一三）

〔附記〕本稿脱稿後に、三和「民法一七七条の『第三者』の範囲と信義則の適用―いわゆる背信的悪意者をめぐる判例・学説の検討―」（東洋法学九巻二・三合併号）のあることを知った。このすぐれた論稿を利用できなかったのはきわめて遺憾である。近く再論を予定しているので、その際に利用させていただくことをここにお断わりしておく。

An Approach to Double Transfer of Real Property

Masao HANDA

Asst. Prof. of Law
Hokkai Gakuen University

As to transfer of real property, Japanese Civil Code provides that validity of any transfer cannot be asserted before a third party unless such a transfer is made public in a special legal form. Much has hitherto been discussed about this system. The writer attempts to confine the above-mentioned problem to double transfer of real property and to argue about it.

Especially, his efforts are directed to explain : (1) the exclusive character of real property and (2) the legal basis for bringing into realization of double transfer.