



Title	民法177条 「第三者」 論の再検討 : 近時の 「登記懈怠の制裁」 論に対する疑問
Author(s)	内藤, 靖起
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 10, 197-233
Issue Date	2004-01
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/25390
Type	departmental bulletin paper
File Information	10_P197-233.pdf



民法 177 条「第三者」論の再検討

— 近時の「登記懈怠の制裁」論に対する疑問 —

ない とう やす ゆき
内 藤 靖 起

目次

序説	199
第1章 「第三者」をめぐる学説の形成	199
第1節 民法公布・施行直後の注釈の時代 — I期	199
(1) 「第三者」の善意・悪意	199
(2) 「第三者」の範囲	199
(3) 小括 — 制度機能論の乏しき「第三者」論	200
第2節 新たな視角の模索 — II期	201
(1) 岡村論文	201
(2) 鳩山論文	202
(3) 小括 — 制度機能論をめぐる対立構造の形成	202
第3節 制度機能論の深化と止揚 — III期	203
(1) 「公示の原則」の体系化と変容	203
(2) 悪意者排除論の有力化	205
(3) 「価値的な」視角の導入	206
(4) 小括 — 深化と止揚	207
第4節 制度機能論への回帰 — IV期	207
(1) 「価値的な」視角のその後	207
(2) 制度機能論への回帰	208
(3) 公信力説の登場	208
(4) 立法沿革史による反駁	209
(5) 小括 — 制度機能論への回帰と決着	210
第5節 まとめにかえて	211
(1) 中心的視角の所在	211
(2) 「第三者」論の現在	211
第2章 研究の間隙としての起草者意思	212
第1節 問題の所在	212
(1) 起草者意思をめぐる三つの間隙	212

(2) 検討課題の所在	212
第2節 富井・梅の登記制度観	213
(1) 富井の登記制度観	213
(2) 梅の登記制度観	214
(3) 小括 — 物的編成主義への志向	214
第3節 制度機能論をめぐる大審院判例の相克	214
(1) 旧大審院判例	215
(2) 梅謙次郎の判例批評	215
(3) 相続登記連合部判決 — 梅批評の受容	216
(4) 小括 — 「法源」としてのフランス法からの脱皮	216
第4節 起草者の「第三者」論の再検討	217
(1) 起草者たちの「第三者」論	217
(2) 補論 — 富井・梅の無制限説の意義	219
結語	221
(1) 要約と若干の考察	221
(2) 制度機能論が他の論点に及ぼす影響	222
(3) 残された課題	222

序 説

民法 177 条の「第三者」の解釈は、民法典施行時より問題とされ、「民法学の中において最大級の対立¹」と評されるまでに議論が戦わされてきた²。そして、その議論は、多様なアプローチを生み出し、解釈論のきめ手を見つけることにさえ困難を極める様相を呈している。それは、近時の論者がその直近の課題を克服することに主眼をおいたために、論争を活発化させた反面、視角を複雑にしたことに原因があるものと思われる³。

しかし、このような複雑化する議論の中でも、「第三者」の解釈のきめ手となる視角が存在するのではないか。このような問題意識から、本稿では、民法典公布以来の学説史の検討を通じて「第三者」論のきめ手となる視角の析出を試み、その中心的な視角としての 177 条の制度機能論（以下、機能論という）が抱える問題について考察することにした。

以下では、まず学説史に焦点を当て、解釈のきめ手となる視角を析出する（第 1 章）。次に、継受法あるいは旧民法に対する起草者たちの対応や、民法典公布・施行まもない大審院判例の動向と、それに対する起草者の反応を通じ、民法 177 条の制度機能論と、その「第三者」論を再検討する（第 2 章）。最後に、今後の「第三者」論あるいは、177 条全体の解釈論への示唆を探ることにした（結語）。

第 1 章 「第三者」をめぐる学説の形成

この章では、民法典公布・施行から現在にいたるまでの「第三者」論の展開を中心的な視角の析出しながら概観する。民法学説史については、一般的な特色による時代区分が試みられ、一定の共通認識となっている⁴。その時代区分を参考にして「第三者」論についても、

I 期＝注釈期における起草委員による善意・悪意不問説、無制限説の主張

II 期＝ドイツ法学の影響下での鳩山秀夫による

無制限説の提唱

III 期＝末弘厳太郎の支持を契機とする制限説の通説化と善意・悪意不問説の動揺

IV 期＝沿革史を踏まえた対抗要件主義の再構成の四期に区分することができる。以下では、この区分にしたがって、概観していくことにしたい。

第 1 節 民法公布・施行直後の注釈の時代——I 期（1896 年 [明治 29]～1914 年 [大正 3]）

新民法典は、旧民法典の後継として明治 29 年に公布された。この新民法の施行に対応すべく、学界・法曹界はこぞって新民法典の解説や注釈を試みた⁵。177 条についても重要な制度としてその解説で紙幅がさかれ⁶、その施行当初から多数の大審院判決が出された。その「第三者」論において注目されたのは、(1)「第三者」の善意・悪意区別の可否と、(2)「第三者」の範囲の問題である。

(1) 「第三者」の善意・悪意

「第三者」の善意・悪意については、民法典公布直後の注釈書・体系書は、善意・悪意不問説（以下、不問説）を採っていた。「取引の安全」を根拠に、具体的には、登記されていない事項について知っている第三者には登記がなくてもその事項を対抗できるとすることが理論的であるが、善意・悪意を区別するとそれに関して「争訟」あるいは「立証」が生じ法律関係が紛糾するため、善意・悪意不問にすることが実際上の便宜に適い、「取引の安全」につながるという。これは、論者間で一致していた⁷。

また、大審院判例も不問説を採った。すなわち、大判明治 33 年 7 月 9 日民録 6 輯 7 卷 31 頁は、不問説を採った最初の判決とされるが、「善意ノ第三者ト云ハズシテ単ニ第三者トノミアルヲ以テ之ヲ推知スベシ」という、文理解釈によって結論を導き出している。その後、この立場は、大審院判例として幾度となく説かれた⁸。

(2) 「第三者」の範囲

「第三者」は、当該不動産につき法的な権利・利

益を有する者でなくてはならないか。177条は、「第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」とするのみであるのに対し、177条に相当する旧民法財産編350条は、「名義上ノ所有者ト此物権ニ付キ約束シタル者又ハ其所有者ヨリ此物権ト相容レサル権利ヲ取得シタル者ニ対抗スルコトヲ得ス」と制限している。

① この問題につき、新民法が公布された明治29年に出版された注釈書等には、善意・悪意の区別に関する言及が見られるも、「第三者」の範囲に関する言及は見られない⁹。

しかし、大判明治36年5月16日刑録9輯759頁は、「民法百七十七条ニ所謂『第三者』トハ不動産其モノノ上ニ行ハルル特種ノ権利ヲ有スル為メ不動産上物権ノ得喪変更ニ付キ利害関係ヲ有スル者ノミヲ指シ、不動産其モノニ付キ何等ノ関係ヲ有セサル者ハ同条ニ謂フ所ノ第三者ノ内ニ包含セサルモノ」として、旧民法に倣った制限説を展開した。

② これに対して、起草委員である梅・富井は、この大審院判例に反対して無制限説を唱えた。すなわち、梅は、「成程仏国登記法ノ如キ『不動産ノ上ニ権利ヲ有スル者第三者』……(中略)……ト明言シテ居ルケレドモ……(中略)……我民法ニハ汎ク第三者ト云ウテ居ル、故ニ之ヲ解釈スル当ツテ仏国ノ如キ制限ヲ附コトハ出来ヌ」として、フランス法との文理上の違いを理由として、制限説を説く同判決を批判する¹⁰。

また、富井は、その物権法の体系書の中で、「第三者」の範囲につき、「『第三者』ノ意義」という表題を立てて検討している。そして、一般的に「第三者」とは、「第三者トハ当事者及ビ其包括承継人以外ノ者」をさし、177・178条においても、同意義に解し無制限説を採用。そして、制限説を採用大審院判決を「漫ニ法文拠ル所ナキ区別ヲ為シテ其適用ヲ制限スルハ正當ノ解釈法ニ非ザルナリ」と批判している¹¹。更に、「不法行為者モ第三者ナルヤ」という問題を提起し、登記を必要とする趣旨は「取引ノ安全ヲ確保シ、第三者ニ不測ノ損害」を被らせないことにあるから、不法行為者を「第三者」から除外することは一理あるが、「我民法ニ

ハ汎ク『第三者』トアルカ故ニ同一ノ見解ヲ採ルコト」はできないとして、登記がない間は不法行為者に対して損害賠償請求ができないと結論づける。

③ このような梅・富井の反駁に反応してか、大判明治40年12月6日民録13輯1174頁は、「民法百七十七条ノ第三者トハ、物権得喪ノ原因タル行為ノ当事者及ビ其一般承継人以外ノ者ヲ汎ク指示シタル者ニシテ、其第三取得者タルト否トハ固ヨリ所ニアラズ」として文理解釈による無制限説を採用するのである。

④ しかし、その一年後には、現在の判例とされている大連判明治41年12月15日民録14輯1280頁(第三者制限連合部判決¹²)において、再び「第三者」を「当事者若クハ其包括承継人ニ非ズシテ不動産ニ関シ物権ノ得喪及ヒ変更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者」と判決するに至るのである。

(3) 小括——制度機能論の乏しき「第三者」論

民法典の公布・施行期であったI期には、現行民法について旧民法におけるボワソナードの注釈のような詳細な理由書が存在しない事情もあって¹³、民法典の注釈に力が注がれた。

そこでは、判例・学説において、立法当初から「第三者」という文理や、善意・悪意の「争訟」の多発、あるいは「立証ノ困難」による紛糾を防ぎ、「取引の安全」を確保するとして、善意・悪意不問説を採用する一方で¹⁴、「第三者」の範囲につき、学説は無制限説を説き、大審院判例は、第三者制限連合部判決に至るまで制限説と無制限説の間で迷走が続いた。

このI期の「第三者」論に対して、II期の鳩山論文は、次のような問題点を指摘する。すなわち、①制限説・無制限説ともに、177条の立法理由を「取引の安全」の確保に求めながら、制限説と無制限説とで結論が違ふのは矛盾である¹⁵、②従来の無制限説は、「字句のみを根拠として所謂第三者の広義に解する外なきを論」じるといふ文理解釈にとどまっているという指摘である¹⁶。

たしかに、鳩山の指摘どおり、① 177 条の機能について「取引の安全」が語られるが、「第三者」の解釈に直結する明確な機能論といい難い。そして、② 制限説・無制限説の対立は、制限説は旧民法の文理解釈、無制限説は 177 条の「第三者」の文理解釈、という文理解釈の対立にとどまり、制度機能論の対立になっていなかった。このように I 期の「第三者」論には、II 期以降で明確となる 177 条の制度機能論を見いだすことが難しい。

そして、I 期の学説状況に関する鳩山のような認識は、いつしか I 期の学説を「第三者」論研究における間隙地帯としてしまうことは後に指摘するとおりである（I 期の再検討は、第 2 章参照。）。

第 2 節 新たな視角の模索 — II 期（1915 年 [大正 4] ~ 1920 年 [大正 9]）

177 条の機能論を欠いた I 期の「第三者」論を克服するべく、鳩山は 1915 年（大正 4）発表の論文において、ドイツ法学から示唆を得た「公示の原則」を 177 条の機能論として提唱し、それによる「第三者」論を展開した¹⁷。また、同じ大正 4 年に、後に大審院判事となる岡村玄治は、177 条の機能論に基づく「第三者」論を展開すべく、鳩山とは別個の機能論を提唱した¹⁸。

この両者の間には、激しい批判・反論の応酬があり、学説史上相容れないものとして取り扱われてきた¹⁹。しかし、この両論文には、明確な 177 条の機能論を「第三者」論の中心に据えることで、従来の「第三者」論を克服しようとする共通の「新たな視角の模索」を見いだすことができる。そして、その「新たな視角」から、鳩山は無制限説を、岡村は制限説さらには悪意者排除論を展開する。まずは、先に発表された岡村論文から検討する。

(1) 岡村論文

岡村は、① 第三者制限連合部判決において示された 177 条の機能論に着目し、その機能論を徹底する立場から悪意者排除論を主張し、さらに、② 他の法領域との一貫性の観点から、その悪意者排除論の補完を試みた。

① まず、同判決が「本条ノ規定ハ、同一ノ不動産ニ関シテ正当ノ権利若クハ利益ヲ有スル第三者ヲシテ登記ニ依リテ物権ノ得喪及ヒ変更ノ事状ヲ知悉シ以テ不慮ノ損害ヲ免ルルコトヲ得セシメンガ為メニ存スルモノ」であると 177 条の機能論を展開しながら、前掲大判明治 43 年 1 月 24 日において、「不慮ノ損害ヲ受クルコトノアリ得ベカラザル悪意ノ」第三者を所謂「第三者」としたのは「矛盾撞着」であるとして批判する²⁰。そして、「立法者が同条ヲ設ケタルハ、只管第三者ニ不測ノ損害ヲ被ムラザラシメンガ為メニシテ、悪意ノ第三者ガ不測ノ損害ヲ被ムルガ如キコトアリ得ベカラザルコトナルガ故ニ、悪意ノ第三者ハ包含セザルモノト謂フベ」きだとし、機能論を徹底する立場から「第三者」から悪意者を排除すべきであると主張した²¹。

② それに続き、たしかに文理解釈からすれば立法者は善意・悪意不問説を選択しているが、他の法領域との一貫性の観点から、あえて悪意者を排除すべきだとする²²。

第一に、甲と乙が土地の譲渡を約束した場合、176 条によって直ちに所有権は乙に移転し、甲はもはや所有者ではない。そのことを知っていながら、甲に所有権があるものとして甲と丙が所有権の移転の合意をすることは、「事物ノ性質上アリ得ベカラザル事ニ属ス」として、甲・丙間の契約を「取りモ直サズ民法第九十四条ニ『所謂相手方通ジテ為シタル虚偽ノ意思表示』ニシテ」、民法 177 条の場合も例外ではないとし、甲・丙間の契約を無効とする。

第二に、民法を含め全法規は、「社会国家ノ公序良俗」の維持を目的としており、各法規は統一的に解釈されなくてはならず、刑法に反する民法解釈はその効力がない。上記の例の甲・丙は、「公序良俗ニ反スルハ勿論横領罪トナルコト疑ナキ所」であり、「立法者が善意悪意ヲ区別スルトキハ徒ニ立証ノ紛糾ヲ醸スベキガ故ニ」、悪意の第三者に対しても登記なくしては対抗できないとすることで、「以テ却テ公ノ秩序ヲ保ツニ適ス」として立法者の意図を理解しつつも²³、一貫性の観点から丙

は「第三者」にあたらないとした²⁴。

(2) 鳩山論文

鳩山論文は、立法論としての相対的公信主義の採用を示唆する長大な論文であるが、ここでは、「第三者」論を中心に検討する²⁵。この鳩山説の特徴は、先に挙げた鳩山の問題意識から示唆されるように、①明確でなかった177条の機能論をドイツ法学から示唆を得ながら明確に提示したこと、②現実的な紛争事象の利益分析を試み、文理解釈の帰結でしかなかった無制限説に具体的妥当性を付け加えたことである。

① 鳩山は、まず日本の登記制度の機能を明確にする問題意識から、ドイツ登記制度にいう公信力機能を持たない我が国の登記制度の機能について、公信力を有すことを意味する公信主義から機能論の観点から用語的に峻別する。つまり、「相対的公信主義」という言葉を用いて177条の立法主義を説明する学説が存在するが、日本では、「不動産取引に付ては不動産物権の性質上静的安全を保護するを以て社会の利益に適応する」という立場をとるものであるから、不動産登記制度には、「不動産登記に誤謬の存する場合に於て、……(中略)……其第三者の為に其不動産登記簿の内容を真正なるものと見做す」という公信力が与えられていない。その意味で、177条の立法主義を「公信力を与えざる主義」すなわち「公示主義」と呼ぶべきとした²⁶。

そのうえで、「公示主義」の機能を、ドイツ法学の示唆を受けて「物権公示の原則」で説明する²⁷。すなわち、「第三者に対して対抗し得べき有力な権利」つまり物権を個人に付与するには、第三者に損害が及ばないようにする条件が満たされるべきであり、公示制度による公示はその条件であるとする(鳩山はこの要請をドイツ法学に倣って「物権公示の原則」と呼ぶ)²⁸。このように登記によって公示がなければ第三者に対抗できないとする177条は、「物権公示の原則」の要請にもとづく「絶対権の絶対的効力に伴う当然の制限」とした。

このように177条の機能を「取引の安全」の保

護に限定して「第三者」を制限すべきではなく、「虚心に物権の性質を考へ、虚心に不動産登記制度の理想を究め、而して虚心に法文を熟読すれば同条の理由は皆に取引の安全を保護するに止まらずして、第三者に対抗し得べき所謂絶対権の性質上汎く第三者を保護するの点に存すると見るべし」として、177条の機能を物権の絶対的効力とそれに基づく「物権公示の原則」にもとめ、善意悪意不問も含め「第三者」は制限すべきではないとした。

② しかし、鳩山は、このような原則による説明にとどまらず、具体的な事例をあげながら、無制限説の妥当性をも解いている²⁹。

まず、不法行為者を第三者に含めることについて、①二重弁済の危険からの保護、あるいは、②仮に真の所有者に対する弁済であっても二重譲渡によって第二譲受人が登記を経由した場合には、第一譲受人に対する弁済が無効になってしまうことからの保護が必要であることなどの不法行為者を第三者に含めることの実際の妥当性を説く³⁰。

また、善意・悪意不問を採ることについては、登記を経た第三者の善意・悪意によってその所有権の所在が左右されるという取引の不安定を指摘し、また、その第三者がさらに所有権を移転した場合に取引の安全を攪乱すると指摘している³¹。

(3) 小括——制度機能論をめぐる対立構造の形成

従来、鳩山論文はドイツ法学の影響が、岡村論文は後の公信力説の初期形態として「立法の沿革とは切り離された孤高の解釈」という側面が注目されてきた。しかし、両論文は共に、文理解釈や抽象的な機能論による従来の議論を問題視し、明確な177条の制度機能論を「第三者」論の中心に据え、議論をより具体的な視角を持つものへと移行させたのである。その後の「第三者」論に与えた影響を中心に鳩山・岡村論文の特色を挙げてみたい。

① まず、両者とも、明確な177条の制度機能

論を提示し、「第三者」論を展開した。

鳩山は、物権の絶対性から登記制度の存在意義を認め、物権変動は登記によって公示されなければならないという「物権公示の原則」を 177 条の制度機能として、無制限説を唱えた。一方、岡村は、第三者制限連合部判決に示された、登記制度は「正当の権利若しくは利益を有する第三者をして」物権の得喪及び変更を知悉させる制度であること、そして、177 条は、登記のない物権変動を第三者に対抗できないとすることで第三者に「不測の損害」を免れしめることにある制度であるという機能論を徹底し、「不測の損害」が生じない悪意者排除論を提唱したのである。

このような制度機能論への志向を示唆するものとして、岡村論文に対する鳩山の次のような評価がある³²。すなわち、鳩山は、「岡村氏は第一百七十七条を以て公信主義に基けるものと解したるものにして其誤解なるは公示主義と公信主義と比較して研究すれば明白なり」と岡村の機能論を批判する一方で、「又若し正当なる利益云々の制限説を前提にすれば悪意の第三者を除外すべしと言ふは至当の見解と言うべし」と 177 条の制度機能論を明示し、それにより悪意者排除論を提唱する岡村の姿勢を高く評価している。

そして、この制度機能論による「第三者」論の対立は、その後、現在に至るまでの「第三者」論の基本的な対立構造を形成することになる。

② また、彼らはともに、制度機能論にとどまらず「第三者」論を多様な視角から構築している。

鳩山の無制限説は、「物権公示の原則」からの演繹のみならず、具体的な紛争の利益分析を通じて従来の文理解釈や抽象論にはない説得力を生み出している。つまり、不法行為者に関しては二重弁済の危険からの保護、善意悪意不問に関しては、第三者の主観によって転得者の所有権が変化することによる取引関係の攪乱を指摘している³³。

また、岡村も、第三者制限連合部判決が示した登記制度の存在意義を徹底することによって悪意者排除論を説くが、その判決が示す 177 条の立法趣旨によっても、善意悪意不問には立証の困難が生じ

ることによる法律関係の紛糾を防ぎ、「以テ却テ公ノ秩序ヲ保ツニ適ス」として立法趣旨に適用と理解する。そこで岡村は、判例の趣旨との関係でいまだ悪意者排除論はきめ手に欠けるという問題意識から、公序良俗違反あるいは刑法における横領罪の成立という制度機能論の枠組みを超えた、他の法領域との整合性の視角を導入し、悪意者排除論を説くのである³⁴。このような他の法領域への認識の萌芽はⅡ期の特色である。

第 3 節 制度機能論の深化と止揚 — Ⅲ期 (1921 年 [大正 10]~1964 年 [昭和 39])

このⅢ期では、鳩山・岡村が示した機能論は、「第三者」論の中心的な視角として深化していった(以下の(1)・(2)参照)。しかし、その視角の深化は、論者の制度観の相違に収斂し、新たな視角を要求しはじめる。そこに、「自由法学」の代表的論者でもある牧野英一が新たな視角として、自由法学による「価値的な」視角を提供するのである(以下の(3)参照)。

(1) 「公示の原則」の体系化と変容

我妻栄は、物権変動論でも鳩山の解釈論を受け継ぎ、鳩山の「第三者」論を通説に完成させた。具体的には、①鳩山の「第三者」論に「物権公示の原則」を頂点とする体系的な整備を施す。②その一方で、我妻は、「物権公示の原則」の存在意義を鳩山の主張する物権の「絶対権の絶対的効力」から「取引の安全」に転換し、「公示の原則」を制限説に接合することによって、「公示の原則」を機能論に据えた「第三者」論の通説的な地位を確立することとなる。

① 「公示の原則」にもとづく体系化の試み

鳩山の無制限説は、「公示の原則」という 177 条の機能論もとづく「一般理論的考慮」と、個別的な妥当性という「実質的考慮」との二元的な説得力を持っていた(前掲注 33 参照)。しかし、この二つの「考慮」の結合が不十分であり、両者の関係について不明確であった。それに対し、我妻は、公示の有無による画一的な紛争解決という中間概

念を介し「公示の原則」と個別的解釈論を結合し、体系化を図った。

まず、我妻は、昭和4年の『現代法学全集』の物権法の教科書において³⁵、「物権の変動に関して公示の原則（Publizitätsprinzip）と公信の原則（Prinzip des öffentlichen Glaubens）と称する二つの重要な原理が存在する。この両原則は民法が特に正面から規定して居るのではないので、従来の学者もこれを根本原理として論ずる者は少ない。然し、物権法に於ける重要な原理なることは総ての学者の、少くも暗黙に均しく認めるむる所である」とし、「公示の原則」を、物権変動論の「根本的指導原理」として物権変動の節の冒頭で紹介する³⁶。

そして、「不動産物権の変動に於ては、対外関係に於ける公示の原則を能う限り徹底せしめ、対外関係に於ける物権関係は悉く専ら登記によって画一的に決するべきなのである。その結果——(イ)総ての物権変動は登記を要す。(ロ)登記は不動産の現在の状態を公示する以上はこれを有効とすべし。(ハ)総ての第三者に対する関係において登記を要す³⁷と「公示の原則」が177条の解釈の「根本的指導原理」となることを示したうえで、「第三者」論では、「私は無制限説が正当なりと考える。蓋し、既に詳述せるが如く、物権変動の効力を対外関係において画一的に取り扱うことが我民法の採れる公示の原則の下に於て達し得べき理想点である。然るに、第三者を制限することは対外関係に於ける物権関係をさらに分裂せしむる事となって益々公示の原則に遠ざかる結果になるからである³⁸」として鳩山と同様に無制限説を主張した。

また、善意悪意不問説の採用にあたっては、悪意の第三者を保護することが一見不当であることを指摘しつつ、「然し悪意の第三者に対しては登記なくして対抗し得るとなすときは、丙が登記を取得したる後に於いても乙から丙の悪意を主張してこれを争う余地を生じ法律関係の紛糾を生ずる。物権公示の原則は具体的場合における善意悪意を問わず外形によって画一的に規律することによってよくその目的を達することにいたる³⁹」として、

画一的な規律を媒介にして「公示の原則」と法律関係の紛糾の防止を結合することでその合理性を説いた⁴⁰。

このように、その紛争解決の画一性を媒介にして「公示の原則」と個別的解釈論を接合し、体系化を図った点に鳩山説の問題点を克服する側面を見ることができよう⁴¹。

② 「公示の原則」と「取引の安全」との融合

しかし、我妻の無制限説は短期間のうちに動搖を見せ始める。それは、『全集』から3年後の昭和7年に民法講義シリーズの物権法の教科書においてである。その序で我妻は「物権法は元来物資の利用を規律する制度である。従って不動産利用権を中心とする。然るに近世資本主義の発達と共に物資の取引が経済組織の中心を為すに至り、物権法にも物を取引の客体とする法理即ち物権取引法理が重要なものになった。本書に所謂公示の原則と公信の原則は主としてこの部門に属する」とし、『全集』と同様「公示の原則」が物権変動論上の中心法理として位置づける一方、その分野において、『全集』には見られなかった「取引の安全といふ理想」を物権変動論の解釈の柱に据えている⁴²。

そして、「第三者」の範囲について、「私は従来無制限説を支持した。然し今は改めて制限説に賛する」として、『全集』での解釈を変更する。従来無制限説を採用してきた理由は、「不動産物権公示の原則に最も適合せる」という理論的根拠、および、不法行為者による賠償の二重弁済の回避という実際上の妥当性にあることを示したうえで、「公示の原則は結局に於て不動産物権に関する取引関係の安全を目的するものである。不法行為までこの原則を拡張することは制度の目的を逸脱するとも考えらる⁴³」として、「公示の原則」は「取引の安全」の保護のためであるという理解から制限説に改説したのである。

この結果、鳩山のいう「絶対権の絶対的効力に伴う当然の制限」という視点を放棄することになったが⁴⁴、我妻は、「公示の原則」を「取引の安全」の保護のために設けられたものと理解し直すことで、「公示の原則」を制限説に接合し、それに

よって、鳩山が始めた「公示の原則」の機能論に基づく「第三者」論を通説に引き上げたのである。

(2) 悪意者排除論の有力化

他方で、岡村の採用していた第三者制限連合部判決の 177 条の機能論による悪意者排除論は、この時期に有力化した。この展開に中心的役割を果たしたのは、末弘巖太郎と舟橋諄一であった。

① 末弘『物権法』

大正 6 年の債権各論の体系書において、末弘は、鳩山説の二重弁済の危険等から示唆を得て、無制限説を支持していた⁴⁵。

しかし、その 3 年後の物権法の教科書（大正 10 年）では、善意・悪意について、「物権の対抗力が問題になる毎に第三者の善意悪意が訴訟上に争われてことが面倒になる⁴⁶」として、「第三者の善意悪意を問はざることに付ては異論ない」とする一方で、範囲の問題については、第三者制限連合部判決の 177 条の機能論を支持し、大審院の「登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益」を基準に「第三者」を画する立場を表明した。

そして、「一体我民法は登記に依って如何なる人を保護せんとしているのか」について詳細な検討が必要であると、し、「第三者」をめぐる判例の分析して次のような原則を提示した。

まず、自己の権利を生かすためにこれと矛盾する他人の権利を否認することを許すのが本来の 177 条の精神であるとして、[第一原則]として次のように述べる。

「甲の物権変動に付いて登記なきことを主張せんとする者は、若し甲の物権変動を認めるとすれば内容が之と両立せざるがために論理上当然に否認されねばならぬ権利を有する者なることを要する。故に

イ 別に実質上の理由があつて斯る権利を有せざる者は甲の登記の欠缺を主張し得ず。

ロ 斯る権利を有するけれども——別に実質上の理由があつて——之を持って甲に対抗することを禁ぜられている場合亦同じ。」

それに続いて、実質的な所有者でありながら登

記をしていない者が不法行為者に損害賠償請求等を行使した場合に登記がないためその者が本当の物権者かどうかについてわからないために、不法行為者には「登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益」を有するよう見えるとしながらも、わが民法上の登記は物権変動を主張するについて唯一の証拠方法ではないとし、次の〔第二原則〕を提示する。

「物権侵害者に対して侵害に排除または損害賠償を請求するがためには、その物権が登記されていることを必要とせぬ。実質上の権利者——即ち被害者——は別に方法を求めて自己の権利——従って侵害——を証明し、以て右請求を為し得る。侵害者は登記の欠缺を理由として請求者の物権者——従って被害者——たることを否定し得ぬ。」

この末弘の制限説支持は、その後の多くの学説に支持されることになるのであるが⁴⁷、末弘の提示した原則は、その後、舟橋の悪意者排除論へと進展するのである。

② 舟橋論文

舟橋は、昭和 7 年の論文の中で末弘の提示した上記二原則に基本的には従いつつ、それに続く第三の原則として悪意者排除論を提示した⁴⁸。以下では、この第三の原則を中心に見ていく⁴⁹。

舟橋は、まず 177 条の解釈にあたっては、「私は、登記をもって一般取引安全のための制度として見、而して之に信頼して法律関係を成立せしめたる者のみを保護すべしとして主張して居るのであるから、従って現実に信頼せざる——即ち悪意の——第三者を、保護すべき理由は」ないと主張する。

また、これまで第三者の保護に正当な利益を必要とする制限説においても、善意・悪意不問を採っていることについて、文理解釈もさることながら、善意・悪意が訴訟上争われて面倒になるという実質的な理由を指摘し、通常物権変動があれば登記がされるのであるから、登記の欠缺した物権変動は、「即ち権利状態の変更なかりしことを推測せしむべく、従って第三者は、真正なる権利状態の了知せざるものと推定、すなわち善意の推定受くべきである。然らば、これを争う者は側において反

証を挙ぐべきのみであって、決して『訴訟上事が面倒になる』ものに非ずとして、善意が推定され、實際上悪意として認定される者が限られている点⁵⁰で悪意者排除でも実際上の不都合は生じないと反駁した。

また、舟橋に前後して、末弘がその債権総論の教科書で悪意者排除論の支持に回ったのはじめ⁵¹、従来から指摘されていた実際上の不都合を克服する舟橋の悪意者排除論は、昭和初期の物権法の教科書において支持を獲得し、有力な立場となった⁵²。その後、舟橋の「第三者」論は、牧野の問題提起によって変遷する。その意義および性格については、後掲注 60 を参照。

(3) 「価値的な」視角の導入

機能論による「第三者」論が深化する中であって、機能論以外の観点が「第三者」論の中心的視角として導入され始める。その前衛的役割を果たしたのが、「概念法学」を批判し「自由法論」を説いた牧野英一である⁵³。

牧野は、鳩山・我妻の「公示の原則」による「第三者」論あるいは、舟橋の悪意者排除論について、「法律全般についてその形式性技術性を論じ、法律はその故をもって道徳とは趣を異にするものである、としているのではあるが、そのために、法律論と社会の通念との間には、不幸にも、一見越えがたき間隙が成立したのであった」として、「第三者」論を自由法論の立場から「概念法学のかくの如き態度を批判し、信義誠実の原則を法律における第一の原則とすることに因って、司法上個別主義を主張し、かくの如き間隙を打ち消すことを」目指そうとした⁵⁴。以下、①牧野の問題提起と②その影響について見ていくことにしたい。

① 牧野は、鳩山や我妻が登記制度の理想として「公示の原則」を強調し、「第三者」論を「画一的」に解釈することは、登記制度の技術的意義を高調するものであるとして評価しつつも、「公示の原則」の技術的内面に予定されていた道義上の原理の存在、すなわち、「資本主義的精神」あるいは、「個人主義的自由主義」の存在を看過したもので

あったとする。しかし、牧野は、それにとどまらず、「一方の技術的要求と他方の信義則上のそれとを調和的に考えらねばならぬところに、公示主義の本質が成立すべき」あるとして、それに基づく「第三者」論の展開を試みた⁵⁵。

すなわち、「第三者」の範囲については、「第三者たるが故にまず保護されるべきものとする形式的態度を抛ち、保護されるべきものなるが故に第三者たり、と言う論理を構成すべき」という「概念的」ではない「価値的」な立場から、制限説を支持する⁵⁶。しかし、「善意・悪意」については、舟橋の悪意者排除論に至る学説の展開を「フランス法における不法行為法の一種の進化過程をわたくしは当然に連想するのである」と評価しつつも、「實際上、悪意の第三者といえどもその地位に関し法律上の保護を要求すべき正当の理由を有する場合は有りはしないか」と問題提起する。すなわち、「第一の取得者が不当にその登記を為すことを怠っている場合において、第二の取得者がその不動産を正常に利用する意思をもって之を取得し、それを登記した場合においては、正常な自由競争が行われているのであり、社会経済上後者を保護するのが当然」として、舟橋の如く善意悪意という「概念的な」基準に固執し一方的に悪意者排除論を採るべきでなく、自由競争という「価値的な」視角において善意悪意不問説の合理性を示唆したのである⁵⁷。その一方で、「民法 177 条を離れ、広く第三者が他人の法律関係に対して負うべき誠実の義務ということを考えるにおいて広くしかりとすべきで、特に第三者の債権侵害の問題がおのずから考慮されることになる」とし、「自由競争の原理と信義誠実の原則とが、いずこにも微妙に交錯せねばならず」、「第三者」の解釈について「第三者が、単に悪意であるというだけでは、債権侵害による責任の発生に十分ではなく、「更に詐害行為が成立せねばならぬ⁵⁸」ないとして、「第三者」論に「行為の実質的違法性の問題」という視角を導入したのである⁵⁹。

② この牧野の問題提起は、機能論によって「概念的」に第三者を検討し、深化を遂げた「第三者」

論に「自由競争の原理と信義誠実の原則」という新たな「価値的な」視点を与え、従来の立場を超えて幅広く受容された。すなわち、善意悪意不問説に対しては、「自由競争の原理」によって悪意の第三者を保護する結果を「価値的」に正当化し、「信義誠実の原則」によって画一的な解決のもたらず不都合を回避する役割を担った。

また、舟橋によって、従来指摘された問題点を克服したにもかかわらず、きめ手に欠けていた悪意者排除論にも大きな魅力を与えたと思われる。それは、177 条の外部の理論を用いて例外的事案を処理することで、起草者以来明確に示されてきた「善意・悪意不問」という従来の解釈論の枠組みを崩すことなく、より実質的な形で悪意者排除論と同様の結論が導き出せるという「伝統の維持」と「価値の実践」という魅力である。牧野の新たな視角の導入によって、悪意者排除論の主唱者であった舟橋も自身の「第三者」論に「自由競争の原理と信義誠実の原則」を導入することになった⁶⁰。この傾向は、同時に鳩山・岡村を出発点にした 177 条の機能論による「第三者」の論を止揚したものと評価が可能である。

(4) 小 括 — 深化と止揚

このように、鳩山・岡村によって始まった 177 条の制度機能論による「第三者」論は、我妻と末弘・舟橋によって一定の深化を遂げるようになった。

① 深化

i) 我妻は、「公示の原則」の理想を満たすことに 177 条の機能を認め、「公示の原則」が持つ画一的解決にその実質的合理性をみとめ、それを媒介に鳩山の「第三者」論の体系化を図った。しかし、それにとどまらず、「公示の原則」の根拠を「取引の安全」にもとめ、判例の制限説と「公示の原則」の整合を試み、その後多くの学説によって支持されたところとなった。

そして、「第三者」論のあり方の対立にもかかわらず「公示の原則」がその後の物権変動論で幅広い受容をうけたことは注目される。

ii) また、177 条の趣旨を、登記を信頼した取引関係に入った第三者の保護に求める立場は、末弘の制限説への支持と舟橋による「第三者」について善意を推定することで、従来から指摘されてきた「悪意の立証による法律関係の紛糾」は克服され、有力化することになった。

② 止揚

しかし、悪意者排除論は、起草者の明確な意思と矛盾するものであり、解釈論としての危うさを残しているものであった。そのなかにあつて、牧野の「価値的な」解釈論の登場は、「概念的な」解釈論の枠組みを維持しつつ、「価値的」にその不都合を回避するものとして、その後、悪意者排除論を背信的悪意者排除論へと変容させることになった。

牧野による「第三者」論への「自由競争の原理と信義誠実の原則」という価値的な視角の導入は、177 条の機能論が深化するにつれ、その対立の決着を見いだせずにいた従来の「第三者」論内で、その立場の如何を問わず受容されることになる。そして、この柔軟な視角の受容は 177 条の機能論での対立を止揚する役割を担ったのである。

しかし、注目しなくてはならないのは、制度趣旨の視角をめぐる対立は、決着がついたわけではなく、決着がつかぬがゆえに、止揚されるにとどまったということである。結論を先取りすれば、Ⅳ期では、「価値的な」視角は、その抽象性に指弾を浴び、再び 177 条の機能論を主戦場として、「第三者」論が展開されていくのである。

第 4 節 制度機能論への回帰 — Ⅳ期 (1965 年 [昭和 40]～現在)

(1) 「価値的な」視角のその後

牧野によって導入された「自由競争の原理と信義誠実の原則」を調和させる「価値的」な視角は、舟橋をはじめとする有力な論者の支持を得て通説化する。そして、戦後に土地取引が混乱する状況にあつて、「第三者」論に「信義誠実の原則」を導入しようとする動きは、判例にまで及んだ⁶¹。

この「価値的」な視角における関心は、「信義誠

実の原則」に違背する「背信的悪意者」の排除にあたっての民法上の理論化⁶²、あるいは、排除にあたっての基準の明確化⁶³に向けられ、議論が展開されるに至っている。

(2) 制度機能論への回帰

しかし、「価値的」な視角の受容は、177条の機能論が深化するにつれ、各論者の制度観の相違に収斂していくことによって生じた視角の間隙を埋めるという極めて消極的なものであった。

そして、背信的悪意者排除論が判例・通説化しはじめる昭和40年代に、潜在化した177条の機能論を「第三者」論の中核へ回帰させようとする学説が登場する。それがいわゆる公信力説である。この公信力説に対しては、立法沿革史に即して177条の機能を考察する立場から強い批判がなされた。そこで、Ⅳ期では、この(3)公信力説と(4)立法沿革史を検討する立場を見ていく。

(3) 公信力説の登場

昭和40年代から、二重譲渡の理論構成を問題意識として、177条を制度機能論から考察する立場が登場した。それが、篠塚昭次⁶⁴・半田正夫⁶⁵・石田喜久夫⁶⁶らが提唱した公信力説である⁶⁷。以下では、これまで見てきた「第三者」論の視角に与えた影響、すなわち、①「価値的」な視角から機能論への回帰、そして、②その機能論からの善意者保護の提唱をみていく。取り上げるのは、代表的論者の一人である半田の学説である⁶⁸。

① 「価値的」視角の限界

半田は、背信的悪意者排除説（以下、背信説と呼ぶ）について、善意悪意不問説では権利取得のためならどんな手段も辞さない悪質な第三者が保護されてしまう副作用を克服した点で従来の学説を発展させたと評価する。しかし、その背信説の問題点を次のように指摘する⁶⁹。

第一は、「背信性」概念の不明確さである。背信説は、悪意は行為者の「主観的」態様であるが、背信性は行為者の行為に対する「客観的」評価であり、概念的に区別されるとする。しかし、背信

性は、行為者の主観面の評価なくして判断できず、また、実際の事案において悪意者と背信的悪意者の判定は極めて困難であると指摘する。

第二は、背信説の結論の妥当する範囲の狭さである。すなわち、背信的悪意者である第三者が、信義則違反によって排除される点は妥当であっても、背信的悪意者からの転得者の地位が理論的に明確にされていない。背信説には、詐害行為取消権の類推によって相対的無効を説くものもあるが、424条は債権者全体の責任財産の確保にあり、その趣旨を異にするものと、類推に疑問を投げかかる。

第三に、牧野をはじめとして背信説は、二重譲渡に「資本主義的自由競争の原理」が働き、悪意者であっても保護に値する者が存在すると主張する。しかし、自由競争はあくまで債権契約の支配する領域に妥当するのであって、物権関係に至った段階では及ぶものではないとして、物権関係に至った二重譲渡への自由競争の原理の適用を疑問視する。

このように半田は、機能論を止揚したかのように見えた「価値的」な視角の限界を指摘し、177条の機能論からの議論の展開を志向するのである。

② 機能論の展開

半田は、問題の中心に二重譲渡の法的構成を据える。そして、二重譲渡の理論構成に堪えられる民法典上の法律構成として、192条の原始取得の存在を指摘し、192条について、「公示を信頼して物権取引をする者を保護して、真実に物権が存在したと同様の法律的效果を認めようとする、公信の原則のひとつの発現態様である」とする。また、177条の機能も、登記に公示を信頼して物権取引をするものを保護する効力である公信力によって理解することができるとし、不動産の二重譲渡は原始取得によって説明され、かつ、その機能から「第三者」は、善意の第三者に制限されるとする。また、半田説の特徴として、善意の第三者は、登記なくして所有権を取得でき、対等な関係に立った第一譲受人と善意の第二譲受人は、どちらかが登記をすることによって「両立し得ない物権相互

間における優先順位を訴訟法上決定する効力」すなわち対抗力を取得し、終局的な物権を取得すると説く⁷⁰。

このように、公信力説は、二重譲渡の法的構成という、従来あまり重視されてこなかった問題に着目し、その問題を解決するにあたっては、192 条の善意取得制度と同様の機能を見いだし、機能論を「第三者」論における中心へと回帰させた。

そして、公信力説は、二重譲渡の法的構成の明確さ、それによる紛争解決の包摂性、背信的悪意者排除論が通説化するなかにあつての結論の妥当性が評価され、支持者を集め、有力説のひとつと目されるまでになった。

(4) 立法沿革史による反駁

このように、いわば「従来タブー視されてきた『登記の公信力』⁷¹」に 177 条の制度機能を認め、明快な論理で次々と難題を克服していく公信力説の登場は、その後の不動産物権変動論に制度機能論の再検討の必要性を認識させるに至った⁷²。

そのなかで、星野英一⁷³・滝沢聿代⁷⁴は、対抗要件主義の立法沿革史の検討を通じ、機能論を考察しようとした。公信力説の登場により動揺する物権変動論の中で、176 条・177 条の母法をフランス法とする立場から、フランスの不動産公示制度の沿革を検討し、日本法の機能論を見いだそうとする滝沢論文の登場は、立法沿革史検討による解釈展開の中心的存在である。そして、滝沢論文をうけ、七戸克彦は、より現行民法に直接的な影響を持つ旧民法の構造を検討し、滝沢によって見出された 177 条の制度機能論をさらに強固なものにした⁷⁵。また、そのほかにも、立法沿革史の検討から貴重な知見をくわえた論稿が存在するが⁷⁶、以下では、特に、立法沿革史の研究で中心的役割を果たした滝沢と七戸を見ていくことにする。

① 滝沢論文

滝沢は、わが民法が物権変動について「意思主義＋対抗要件主義」というフランス法主義とついでにもかかわらず、ドイツ法主義を理想として 176・177 条をドイツ法的に解釈する現在の学説傾

向を問題視する。そして、「わが国の物権変動のシステムをフランス法継受のものと正確に把握し直」すべきだとの考えに立って、フランスの公示の歴史および理論を検討し、それを前提に日仏の意思主義・対抗要件主義を比較検討しながら、「対抗」の理論を構成し、それに基づく解釈論の展開しようとする⁷⁷。

まず、現在のフランス登記法の原型である 1855 年法は、その淵源が古法時代の「ナンティスマンの慣習」という公示制度にまで遡るとし、同慣習は、フランス革命時の土地改革立法での公示法としての採用→民法典の意思主義による事実上の廃止→実際の取引における公示の要請から 1855 年法で再度採用された沿革を紹介する。そして、この伝統的性格をもった制度の機能について、「当事者間での隠れた取引を公開し第三者に知らしめるという意味における登記の機能の促進」を目的とし、公示の順位による優先主義、つまり、先に公示した者は公示の順位によって法定取得する一方で、たとえ意思主義からすると先に物権を取得した者であっても公示を怠ったものはその制裁として取得した物権を失う主義が採られているとする（このように二重譲渡を理論構成する立場を「法定取得——失権説」とよぶ）⁷⁸。

そして、日本においても、明治初期以来、効力要件主義すなわち登記主義の発展の可能性が高いにもかかわらず、意思主義を採用した点でフランス法の影響を指摘し、日仏間で思想慣習の違いを意識しつつも、177 条の機能について、登記の欠缺に対する制裁を強調し、公示主義を押し進めるために、競合する権利の取得を登記の順位の優先によって決定する制度であるとする理解する。

フランス法の影響を前提に、「第三者」論については、登記の優先順位の原則が適合する類型は二重譲渡であり、その物権取得者は典型的な「第三者」に当てはまるが、不法行為者や賃借人はそれと一線を画するものとして、原則として制限説を支持する一方で、政策的な判断としながらも登記懈怠に対する制裁である失権を効果的にする必要性から善意・悪意不問にすることへの意義を強調す

る⁷⁹。

② 七戸論文

滝沢によるフランス法継受に基づく理解は、七戸による旧民法の不動産物権変動法制の検証を通じてさらに実証的なものとなった。

七戸は、ポアソナードによる旧民法の注釈書およびその在欧時に書かれた論文の検証を通じて、①旧民法の対抗要件主義の機能について、1855年法と同様に、対抗要件制度を公示促進のために当事者に対して提示された威嚇的な制裁であるとし、滝沢の展開した「法定取得——失権説」と同様の理解をしていること、そして、その機能を当時のフランス学説には見られない詳細な二重譲渡の法律構成がされていること⁸⁰、②対抗要件主義に対するポアソナードの独自の知見があることを確認する⁸¹。

すなわち、①対抗不能の効果は、登記法によって第一譲渡人に対し登記義務が課され、その登記義務の懈怠を要件とした効果であるとする。そして、その効果のメカニズムは、登記義務の懈怠というフランス民法 1383 条の定めるフォートに基づく不法行為の効果としての第三者に対する現物による損害賠償であるとし、その内部構造を理解する。

また、②ポアソナードは、対抗要件主義につき当時のフランス通説には見られない理解を示している。すなわち、公示制度は隠れた譲渡行為を知らない第三者に知らせるための制度であって、それが保護するのは必然的に善意者に限られるとし、対抗不能の効果発生の要件として第三者側に善意が要求されるというのである。

そして、七戸は、「悪意者排除」対「善意・悪意不問」というで断絶の関係で捉えられてきた旧民法と現民法の間に、一定の連続を見いだした。すなわち、①旧民法は、第三者の善意を法律上推定させて当事者側に立証責任を課し、かつ、悪意の証拠方法を自白といわゆる詐欺共同に限っていたこと、②梅謙次郎が、現行 177 条の立場を登記の有無から第三者の善意・悪意を「看做ス」つまり「擬制」するものと説明していることに着目し⁸²、

現行法の善意・悪意不問と旧民法の悪意者排除に「推定」という法的構造の同一性を見いだす。そして、その差異は善意の推定に対して悪意の反対証明を認めるか否かにあるとし、悪意の証明を認めずに善意悪意不問にする理由を、対抗要件主義の機能である当事者に対する登記懈怠の制裁にもとめられるとする⁸³。

このように、比較法のレベルにとどまっていた滝沢のフランス法継受論は、七戸のポアソナード研究によって、177 条の機能論としてより実証的なものになった。しかし、七戸は、登記懈怠に対する制裁を 177 条の機能として理解する一方で、「第三者」論において、滝沢と一線を画し、ポアソナードおよび旧民法が善意者保護を志向していた点に着目し、かつ、今日においては制裁という要請は低下し、当事者に立証責任を課せば悪意の反対証明を認めても制裁の趣旨は十分であるとして悪意者排除論を支持する⁸⁴。

(5) 小 括——制度機能論への回帰と決着

このように、一旦は「価値的」な視角の導入によって、止揚されたかに見えた機能論が、公信力説の登場によって、再び「第三者」論の主戦場へと回帰した。Ⅳ期における議論の特色を整理する。

① Ⅲ期との共通点として、Ⅳ期の学説は二重譲渡の法的構成という新たなアプローチを試みたにもかかわらず、機能論については、我妻と舟橋らの対立を引き継いでいる。すなわち、177 条の機能について、公示の強制としての機能を認める立法沿革史による滝沢説と、直接的な公示に対する信頼の保護にその機能をもとめる公信力説とで対立している。これは、Ⅱ期に始まった鳩山・岡村論争から一貫した対立構造である。

② しかし、Ⅳ期には、長きにわたる論争の続いた 177 条の機能論に、ようやく結論が見え始めている。従来、論者の想像にとどまっていた機能論に、立法沿革史という実証的な手法が導入されたことによって、一時は通説化も時間の問題とされた公信力説が論者の想像によるものとして、急激にその支持を失い、177 条の機能を「登記懈怠に

対する制裁」と理解し、「第三者」論も、継受法たるフランス法あるいは旧民法を指針とする立場が支持されるようになる。その結果、現在の「第三者」論において、フランス法と同様の範囲である制限説・善意悪意不問は、民法施行時以来見ることがなかった真の通説化への道筋を得たのである。

第 5 節 まとめにかえて

(1) 中心的視角の所在

本稿は、錯綜する「第三者」論の中心的視角を析出すること目的として学説史の整理をしてきた。ここで、その整理をし(①)、中心的視角とその内容を確認しておく(②)。

① 民法典施行間もない I 期においては、「第三者」の注釈にその精力が向けられるも、「取引ノ安全」や「第三者ノ保護」といった抽象論や、文理解釈が主流であった。

その後、II 期では、新しい視角が模索され、「物権公示の原則」や「公示に対する信頼の保護」といった 177 条の制度機能論を提示し、それに基づく「第三者」論の展開が見られた⁸⁵。

III 期においては、機能論をその中心に据え、深化が見られた。しかし、177 条の機能論は、その深化の中で決着を付けられることなく論者間の制度観の相違に収斂していく。そして、「第三者」論は、無意識のうちに新たな視角を要求し、177 条の機能論は「自由競争の原理と信義誠実の原則」という「価値的」な視角から止揚されるようになる。

IV 期では、公信力説の登場によって、「価値的」な視角はその抽象性を指弾され、「第三者」論の中心は機能論に回帰することになる。そのなかで、立法沿革史を検討する実証的なアプローチによって、長年にわたり論者の想像の域を出ることのなかった機能論において、177 条の機能を「登記懈怠の制裁」とする共通認識が生まれ、それによる「第三者」論が定着しはじめた。

② 「第三者」論は、II 期以来、177 条の制度趣旨、つまり、機能論をめぐる論争として展開されてきた。一方で、現在でも有力な視角である「自

由競争の原理と信義誠実の原則」という「価値的」な視角が、機能論での議論の止揚する視角であったことは、「第三者」論において視角の整理を重視する立場からすれば、極めて注目すべき特色といえる。

しかし、機能論は、一時的に止揚されるものであって、なおも中心的な視角として存在し、その論争の内容は、177 条の機能を「物権変動の当事者に対する登記を強制」と見るか、「登記という権利の公示に対する信頼を直接的に保護」と見るかの対立であり、各論者のアプローチに多様であるものの、学説史のなかにほぼ一貫した対立構造を見いだすことができるのである⁸⁵⁻²。

(2) 「第三者」論の現在

現在の「第三者」論は、立法沿革史の検討によって一応の終着点を迎えつつある。そして、原則として「登記懈怠の制裁」という機能に基づく「第三者」論を定立しながらも、民法上の理論化、基準の明確化の観点で進化を続ける「価値的」な視角を導入しながら(第 4 節(1)参照)、原則論の妥当な修正を試み、各論的論点の検討が進められている⁸⁶。

すなわち、「第三者」論において、善意悪意不問の原則論を維持しつつも、実際に不都合が見られるような事案に対して、判例・学説とも背信的悪意者と排除することは、現在の通説的な認識となっている。また、現在の登記慣行の定着と民法全体を支配するものとしての権利外観理論に着目し、当事者の登記懈怠の帰責性と第三者の保護の必要性という観点から利益衡量的に 177 条の機能を理解し、修正を試みる有力説も存在する⁸⁷。

また、各論的論点として、最判平成 8 年 10 月 29 日民集 50 卷 9 号 2506 頁を契機に、背信的悪意者からの転得者の法的な取り扱いがクローズ・アップされた⁸⁸。そこでは、理論的構成の面から公信力説の可能性も指摘されたが、むしろ、理論的構成の徹底よりも、通説化する「登記懈怠の制裁」という 177 条の機能がどの紛争まで適合的かという観点から、考察が深められる傾向が見られる。

第2章 研究の間隙としての起草者意思

第1節 問題の所在

(1) 起草者意思をめぐる三つの間隙

上に述べたように、「第三者」論における制度機能論は、立法沿革史の検討によって、終着点を迎えようとしている。しかし、立法沿革史の検討は、明治民法の起草者意思について未だ間隙を残しているように思われる。具体的には次の三点である。

① 起草委員たちの法解釈方法論 — 制度機能論における間隙

近時、梅・富井ら明治民法の起草者の法解釈に対する方法論が紹介され、民法典上の制度の再検討を促す意味で注目されている⁸⁹。すなわち、梅・富井は、法解釈の方法について、民法典施行後、文理のみに頼った解釈論が裁判・実務に溢れる事態を批判的に捉えていた。そして、彼らは、文理に拘泥されず立法趣旨を重視する解釈を志向していたのである。これは、本稿にいう制度機能論に対応する方法論といえる⁹⁰。

しかし、第1章第1節の検討によれば、鳩山の批判に象徴されるように、民法典施行後のI期における、梅・富井をはじめとした「第三者」論は、梅ら自身が批判していた文理解釈や抽象的な「取引ノ安全」によるものだった。そして、機能論が本格的に意識されるのは大正期すなわちII期に入ってからであった。

このように、梅らの解釈方法論と彼らの「第三者」論とされるものとの間には、大きな開きがある。われわれはこれをどのように受け止めるべきなのか。実は、このような文理解釈には、機能論という自明の前提が存在しており、われわれは、彼らの解釈の背景にあるその自明の前提を看過して、彼らの解釈を理解していたのではないのか。

② 現在の立法沿革史研究の実証性 — 断片性という間隙

現在の「第三者」論における機能論は、実証的な立法沿革史の検討によって、フランス法あるいは旧民法の機能が177条の機能として連続しているものとして理解されている。しかし、立法沿革

史の検討は、きめ手に欠ける機能論にあって実証性を導入した点で、大きな功績が認められる一方で、その実証性には、継受法と明治民法間の接合の面に、なおもその問題を残している。すなわち、滝沢は、「意思主義+対抗要件主義」という形式の類似性をもって、機能論における接合を説き、七戸は、梅が「善意悪意不問」を善意の擬制によって説明している点に着目し、「推定」という形式的な法理論によって旧民法上の対抗要件主義との接合を試みるのである。しかし、機能論において、実証的検討を試みるのであれば、それは起草者の説明を直接に検討すべきではないだろうか。その意味で、現在までの実証的な立法沿革史の検討には、実証性への断片性が否めない。

③ 起草者の無制限説の法的意義 — 無制限説の衰退という間隙

また、現在の「第三者」論は、連合部判決によって制限説が通説化している。そのなかにあつて、起草者である富井・梅は、あくまで、無制限説を主張していた。そして、現在、立法沿革史研究が不動産物権変動において中心となっているにもかかわらず、フランス法や旧民法の機能論とそれによる「第三者」論に較べ、その関心が希薄といえる。

しかし、梅たちの無制限説にも、①において指摘したように機能論は存在していたのではないだろうか。そして、ここにおいてもそれを看過して、制限説を自明な解釈論として受容してきたのではあるまいか。彼らの無制限説について機能論から再考する必要がある。それによって、未だ明確されない「第三者」の範囲と善意悪意の関係が明らかにされるかもしれない。

(2) 検討課題の所在

このような問題意識から、①起草者たちがもっていた機能論の検討と、②それに基づく起草者たちの「第三者」論の再検討が、必要である。

まず、①について、起草委員である富井・梅たちの登記制度観を検討する（以下の第2節参照）。そして、民法施行以来約10年に渡って、大審院判

例は、「物権ノ得喪及ヒ変更」の範囲をめぐって、起草者たちから「執拗な」批判に曝されるという「相克矛盾」を抱えていた。この相克は、起草者たちの機能論の実像を見いだす上で、貴重な材料となる。その検討を通じて、起草者の機能論を析出することにする(以下の第3節参照)。そして、この検討は、相克の決着点である連合部判決の新しい意義を見いだす手掛かりになるのである。

次に、②の検討として、①の検討によって見いだされた起草者の機能論を踏まえ、今まで、文理解釈・抽象的な制度趣旨としての批判を免れ得なかった起草者の「第三者」論を再検討することになる(以下の第4節参照)。

第2節 富井・梅の登記制度観

従来「第三者」論における起草者意思の検討は、直接的な「第三者」論の検討にとどまり、具体的な制度機能論を見いだせずにいる。そこで、起草者意思の検討対象を拡大し、富井・梅の日本の登記制度に対する評価、つまり登記制度観を検討し、機能論への手掛かりにしたい。

彼らの登記制度観の検討にあたっては、現在の機能論を踏まえ、次の点に着目したい。すなわち、民法をはじめわが国の法制度は、欧米諸国の影響をうけながら形成されてきたが、個々の制度の母法については、未だ議論がある⁹¹。また、177条では、フランス法の継受が指摘され、その理解が定着しつつあるが、フランスの不動産公示制度については、公証人の役割が大きいことが指摘されている⁹²。このような公示制度の担い手としての公証人という人的組織に乏しいわが国の現状は、わが公示制度の形成、さらには、177条の機能論にどのような影響を及ぼすのか。以下では、起草者は、継受法とされるフランス法との関係で、どのようなスタンスをとっていたかを中心に検討していく。

(1) 富井の登記制度観

富井は、他の起草委員に比べ、わが国の登記制度のあり方について比較的早期から明確な評価を

示している。具体的には、①わが登記制度が未整備であった明治17年に、将来の登記制度のあり方を示唆している。そこでは、フランスにおける公証人が作成する「証書」を謄記する人的編成主義から、物的編成主義への改正を唱える。そして、②法典論争の最中の明治25年に、公証人の存在を前提とする旧民法の問題点を指摘し、その施行を延期し、修正を論じた。

① 「売主権論」⁹³

富井は、本論文において、売主の法的保護の沿革とその法的保護にともなう取引の安全の補完を検討し、特に登記制度の立法論を展開する。すなわち、売主を保護するために解除権(フランス民法1654条)が存在するが、売主が解除権を行使した場合、旧来、解除権の行使に対する公示手段が存在しなかったため、売主を保護する反面、買主からその不動産を取得した第三者を害することになった。そこで、1855年法7条は、先取特権の公示を解除権存在の公示とみなす規定を置き、第三者の保護を図ったとフランス法の沿革を紹介する。しかし、この規定によっても未だ取引の安全は確保されないとして、その登記制度のあり方に対し疑問を投げかけるのである。

すなわち、フランスの登記制度は、「登記役所ノ帳簿ナル者ハ各人ノ姓名ニ因テ区分シタルモノ」つまり、人的編成主義であり、この制度では、「或不動産ノ景状如何ヲ知ラント欲スルモ、登記役人ニ於テ何ノ何某ハ其不動産ヲ譲与シ又書入ト為シタルコトナシトノ証拠ヲ与フルニ過ギズ。其不動産ニ関シテ何人ノ所為ニ拘ハラズ譲与又ハ負担ノ有無ヲ確証スル由ナシ」として、登記制度として不完全であることを指摘する。そこで、「模範トモ称」する登記制度として、1872年に施行されたプロイセン登記法を紹介する。同登記法の特徴として、「不動産ニモ特別ノ帳簿ヲ設ケ、其所有ノ原因価格負担等ヲ明示シ其調査ヲ容易ニシ大ニ他人ノ権利ヲ保護セリ」と述べ、当該不動産の権利状態が一覧できる制度つまり物的編成主義を理想とする。そして、「仏国ニ於テ夙ニ此大改革ヲ行ヒ、不動産ノ景状ヲ明示スルハ実ニ要務ナリト信スル」

とする⁹⁴。そして、フランスよりはるかに早い明治19年に、富井の志向した物的編成主義を採る旧登記法(明治19年法律第1号)が制定されることになる⁹⁵。

② 旧民法延期案賛成演説⁹⁶

また、富井は、フランス法学派に属しながらも、旧民法の施行の延期を唱えた。法典論争が、極めて政治色が強いものという評価があるなか、彼の延期論は、「比較立法的研究を基礎とすると同時に、他面我国情に適合せしむる意味に於いて、この重要な私法の大典をできる限り良き実質のものたらしめ⁹⁷」るものと評価されている。

演説の中で、わが国の事情に適合しないものとして、公証人の不足を取り上げている。すなわち、「仏蘭西に於きましては公証人と云うものは実に信用すべきものである、併し我国に於ては公証人というものを設けられまして、日が未だ浅いので、そうした確かな証書を作る慣習でない」として、わが国の国情に合わない公証人をその制度的前提にした旧民法上の規定は、修正をすべきだとの見解を示している。

また、近時の研究によってボアソナードの対抗要件主義は、公証人をその制度的前提としていたとされる⁹⁸。すなわち、登記懈怠への制裁の機能にとって公証人の存在必須にもかかわらず、その制度的前提を欠いたままでのフランス式の旧民法の施行を富井は危惧していたと解されよう。

(2) 梅の登記制度観

梅は、民法典施行後10年近く経った明治40年から「不動産登記ノ制ヲ論ズ」⁹⁹という長大な論文の連載をはじめめる。その問題意識は、177条をめぐる解釈の錯綜にあった。すなわち、現行の不動産登記法は、「世界中ニ於テ最モ進歩シタモノノ一ニ数フルモノデアル」にもかかわらず、「民法ノ規定ガ余リ簡略ニ過」ぎたために「実際問題ノ起ル度毎ニ動モスレバ甲乙意見ヲ同ジウセザル」事態が生じ、また、判例の見解は「往往其意ヲ得ナイ」ものであったとしている。そして、梅は、その都度「最近判例批評」で批判をしてきたのであるが、

さらに、「一度我登記ノ制ヲ根本的ニ研究シテ世ニ公ニスル必要」があるとする¹⁰⁰。

未完に終わったなかにあっても、梅の登記制度観を示す記述がいくつか残されている。特に、現在母法とされているフランスの登記法に関する知見を見ていくことにしたい¹⁰¹。梅は、フランスの公示制度について、フランスの古法にまで遡ってその沿革を検討する。その中で177条の母法とされる1855年法3条の趣旨について、「謄記ヲセシ」め、その懈怠に対する「之ガ制裁ヲ明カニ」するものとして、現在の通説的理解と同様にその趣旨を理解している。それに続き、わが登記制度との比較をする。「不動産権ノ設定、移転ハ当事者ノ意思ニ因テノミ行」れ、「第三者ニ対抗スルニハ謄記又ハ登記ヲ必要トスル」主義は、「我民法ト同一ノ主義ヲ執ツテ居ル」としながらも、わが登記制度は、物的編成主義を採り、すべての権原が公示されるのに対し、フランス法は、人的編成主義を採り、公示されない権利が多いため、「唯細目ニ至ツテ我法律ヨリモ不完全ナル点ガ多イ」と指摘する¹⁰²。

(3) 小括——物的編成主義への志向

現在、わが物権変動法制の母法をフランスに求める見解が主流を占めているが、その起草者である富井・梅は、フランス公示制度に対して、その人的編成主義の権利公示としての欠点の多さから、全面的な継受には極めて消極的な姿勢を示しており、むしろ、登記簿によって当該不動産の権利状態が一覧できるドイツの物的編成主義を志向していたことがわかる。

また、その当時から、フランスの公示制度の担い手である公証人の制度が、わが国には整備されていないことを自覚しており、その実情に合わせた立法を志向していたものと理解できる。

第3節 制度機能論をめぐる大審院判例の相克

第1章第1節の検討では、民法典施行間もない1期の判例・学説を通じた「第三者」論には、明確な機能論を見いだせなかった。しかし、「物権ノ

得喪及ヒ変更」の範囲をめぐっては、明治 41 年の判例変更に至るまで、隠居相続への適用を肯定する起草者と否定する旧大審院判例との間で「第三者」論には見られない具体的な対立が見られるのである。そして、その対立は、177 条の制度機能論に及んだ¹⁰³。

(1) 旧大審院判例 — 大判明治 38 年 12 月 11 日
民録 11 輯 1736 頁

① 判決録によると、事案は、次のようなものであった。X は Y₁ の隠居によって家督相続をしたが、Y₁ 所有の本件相続不動産につき相続の登記がなされていなかった。その後、Y₁ は、Y₂ らのために本件不動産に抵当権を設定し、その登記をした。そこで、X は、Y らに対して抵当権設定登記の抹消を請求した事案であったとされる。原審は、隠居による相続不動産の取得も民法 177 条の適用を受け、その登記をしない限り第三者に対抗することはできないとして、X の抹消請求を認めなかった。

それに対し、X は、177 条は、176 条をうけた規定であり、その適用範囲は、当事者の意思による取得に限られるものであり、法定の原因による取得をその範囲とする原審の判断を不服として上告した。

② そして、大審院民事第二部は、177 条の機能論を展開し、177 条の適用範囲についての判断を下した。すなわち、177 条の機能について、「其権利ガ当事者ノ意思ニ因リテ発生移転スル場合ニ於テ、其当事者ニシテ此行為ヲ自カラ為シタル者ハ速カニ登記ヲ為セバ第三者ニ対シテ自己ノ利益ヲ保護シ得ル可キニ、其手続ヲ怠リタリトキハ第三者保護ノ為メ其者ニ不利益ヲ被ラシムル精神ニ出テ疑ナシ」として、177 条の機能をフランス法あるいは旧民法の対抗要件主義のそれと同じく「登記の懈怠の制裁」として理解したのである。そして、相続については、相続人がその発生を知ることが困難であり、また、知りえたとしても 3 ヶ月の法定期間内に相続の承認・放棄をしなくてはならず、相続の原因が発生して直ちに相続の登記をするこ

とはできず、登記を怠ったとして第三者に対抗できないとすることは、「相続人ニ不可能ヲ責ムルモノシテ甚ダ不条理タルヲ免レザル可シ」として、特に明文をもって相続を除外する規定はないはないが、相続を 177 条の適用から除外するべきとした。

そして、相続を除外することによる第三者への不都合の回避については、第三者は相続の存否について戸籍簿を調査することによって知ることができ、留保財産の存否についても隠居者らの財産留保の確定日付ある証書を調査することが可能であり、相続を 177 条の適用範囲から除外しても第三者の利益を保護するのに不都合はないとして、原審判決を破棄した。

この判決は判例として、相続についての 177 条適用排除は相続登記連合部判決による判例変更まで、大審院において繰り返し説かれることになったのである¹⁰⁴。

(2) 梅謙次郎の判例批評

梅は、この大審院判例をうけ、これまで明確でなかった自身の機能論を明らかにする¹⁰⁵。

梅の検討は、①文理解釈と②論理解釈とに分かれている¹⁰⁶。①文理解釈では、「汎ク不動産ニ関スル『物権ノ得喪及ビ変更』トアツテ、決シテ『当事者ノ意思ニ因ル得喪、変更』トハ書イテナイ」であるとし、文理解釈から相続の場合にも適用すべきだとする。その上で、②論理解釈すなわち機能論に踏み込んだ考察を加える。大審院の 177 条の機能論を、当事者に「登記義務ヲ負担セシメ、其制裁トシテ権利ヲ対抗スルコトヲ得セシメナイ」立場と理解し、この立場は、「登記制ノ第三者保護ノ設ケラレタモノデアルト云フコトヲ忘レテ居ルヨウニ見ユル」とし、その第三者に登記以外の調査義務を課すことで第三者への不都合を回避しようとする姿勢を「頻ニ相続人ニ対シテ同情ヲ寄セルケレドモ、其デハ登記ニ由ツテ保護セント欲シタル第三者ガ意外ノ損失ヲ蒙ルル恐ノアルコト考ヘナケレバナラヌ」として批判するのである。

そして、梅は、その機能論から、相続も 177 条

の適用範囲に包含されると説く。すなわち、「不動産上ニ権利ノ唯一ノ公示方法タル登記ヲ覽テ、現ニ隠居者、入夫婚姻者ノ名義ヲ以テ登記シテアレバ、之ヲ真実トシテ取引ヲナスノ外ナイノdealル、然ルニ其登記ガ事実ニ反シテ居ツタメ其者ガ損失ヲ蒙ラナケレバナラヌヨウデハ、登記ハ第三者ヲ保護スル制度デナクテ、却テ之ヲ欺クノ具ト謂ハネバナラナイ」という。つまり、相続が発生し、その登記をしていない場合、第三者は、唯一の公示手段である登記を見て隠居者を権利者として取引をするしかなく、相続が登記なくして対抗できるとすると、本来第三者を保護する制度である登記がかえって第三者を欺く制度になってしまうというのである¹⁰⁷。そのような観点からすると、相続についても当然177条が適用されるとする¹⁰⁸。

このように、梅の批評によって、177条の機能に関し、フランス法的な「登記懈怠の制裁」と理解する旧大審院判例と、あくまで「登記を信頼した第三者の保護」と理解する起草者梅との間に理解の相違があったことが明らかになる¹⁰⁹。

(3) 相続登記連合部判決 — 梅批評の受容

そして、梅批評の翌年の明治41年に、大審院は相続への177条の適用について、判例変更をする(大連判明治41年12月15日民録14輯1301頁)。この判決は、177条の最重要判例として様々に評価されるが、制度機能論を重視する本稿の立場からも、大審院の177条の機能論を再検討し、その適用範囲を変更した判決として注目される。

事案は、「相続財産の一部である係争地を被相続人Aが隠居相続後Y₁₋₉に贈与し移転登記を済ませたのにたいし、未登記の相続人Xが、Y₁₋₉に対し所有権移転登記の抹消を訴求したものであった¹¹⁰」とされる。原審の東京控訴院は、前掲大判明治38年12月11日に反して、隠居相続による不動産の取得も177条を適用したため、判例違反を理由に上告されていた。

これに対し、大審院連合部は、まず、176条と177条の前後関係から177条の適用範囲は、176条が

適用される範囲内とする形式的論理を放棄し、177条の機能論を展開し、177条の適用範囲について、176条を超え、相続による変動も当然に含むとした。すなわち、「第百七十七条ノ規定ハ、同一不動産ニ関シテ正当ノ権利若クハ利益ヲ有スル第三者ヲシテ登記ニ依リテ物権ノ得喪及ヒ変更ノ事状ヲ知悉シ以テ不慮ノ損害ヲ免ルルコトヲ得サシメンガ為メニ存スルモノニシテ、畢竟第三者保護ノ規定ナルコトハ其法意ニ徴シテ毫モ疑ヲ容レズ」として、その機能を、登記を信頼した第三者への直接的な保護にもとめている。そして、「物権ノ得喪及ヒ変更」について、意思表示によるのか、隠居相続のように法律の規定を原因にするのかということ、第三者にとって異なるものではないとして、隠居相続による取得も当然にその範囲に入るとするのである。

このように、177条の機能論について、大審院は、当初の「登記懈怠の制裁」という理解から、梅の示した「登記を信頼した第三者の保護」という理解を受容し、相続に対する判断を変更したものと評価できる¹¹¹。

(4) 小括 — 「法源」としてのフランス法からの脱皮

I期の「第三者」論では見ることはできなかった機能論は、実際には、「物権ノ得喪及ヒ変更」の範囲において意識されていた。そして、その機能論には、奇しくもフランス法継受の立場と公信力説との対立と同様の対立関係を見いだすことができる。それは、フランス法及び旧民法の対抗要件主義の機能である「登記懈怠の制裁」と理解する旧大審院判例と、あくまで「登記を信頼した第三者の保護」と理解する起草者梅謙次郎との対立である¹¹²。結局この対立は、相続登記連合部判決において、梅の判例批評を受容する形で決着がついた。

このような対立が生じた原因は何であったのか。現行の明治民法の施行以前において、旧民法が「裁判規範性の意味における『法源』性を有していた」ことは、近時指摘されている¹¹³。

しかし、本節の検討によれば、さらに明治民法施行当初においても、対抗要件主義の機能について、旧民法が「法源」として援用されてきたといえることができる。これには様々な要因があると思われるが、本稿では、要因を二点指摘しておきたい。

① 新民法典には公布・施行時に、ポアソナーの注釈に相当する公式の注釈書が存在しなかったために、現行民法の施行後もなお旧民法が「法源」として機能し続けたことである¹¹⁴。すなわち、明治民法の具体的な修正の意義を知ることが困難であった状況の下で、それを裁判規範として現実の紛争を処理していかななくてはならない裁判所は、修正以前の旧民法の注釈に頼らざるを得なかったものと考えられる。

② また、法の担い手である裁判官たちのフランス法に対する素養の深さを、旧民法あるいは、その母法であるフランス法が「法源」として援用され続けることの背景としてみる事ができる。これについては、明治 37 (1904) 年に、フランス民法 100 年を記念する祝典における旧民法の調査会委員経験者である大審院判事の井上正一が、「仏蘭西民法ノ我国ニ及ホシタル影響」¹¹⁵ という講演のなかで、次のような示唆的な発言をしている。すなわち、フランス民法のわが国の法学に対して与えた影響について述べるなかで、「我国ノ最高等ノ裁判所タル大審院判検事ノ……(中略)……半数以上ハ仏蘭西語ニ依ツテ仏国ノ法律専門ノ学者ニ就テ正式ニ仏国法ヲ修メタル学士デゴザリマス。此一事ニ依ツテ観マシテモ仏国法即チ仏国民法等ノ研鑽ガ如何ニ今日我国ノ法律ニ従事シ居ル者ヲ養成スルニ与ツテ多大ノカアリシカラ証スルニ余リアルコトト考ヘマス¹¹⁶」と言及している。この言及は、「法源」としてのフランス法を援用する人的な背景を如実に語っている。

しかし、この「法源」としてのフランス法は、梅の判例批判によって新民法典の修正の意義が明らかにされていくにつれて、それからの脱却が迫られることになる¹¹⁷。この連合部判決は、従来から多くの論稿が検討してきたが、本稿の検討によ

れば、同判決の意義は、177 条の適用範囲を明らかにしたことにとどまらず、施行より 10 年目にして、177 条の機能論における「法源」としてのフランス法からの脱皮を明確に打ち出した点に認められるのである。

第 4 節 起草者の「第三者」論の再検討

以上の検討によれば、177 条の制度機能論は、フランス法および旧民法の対抗要件主義の機能とされる「登記懈怠の制裁」を相対化し、「登記を信頼した第三者の保護」をその機能の中心に据えていた。そこで、従来、機能論がないとされてきた起草者たちの「第三者」論について、この制度機能論を前提に、再度検討してみる。ここでは、起草者は「善意・悪意不問」を主張が、起草者の機能論とどのように結びつくかが問題となる。そこで、本節では、「登記懈怠の制裁」に対するスタンスの検討を含め、起草者は善意・悪意不問を再検討する（以下の(1)参照）。また、起草者梅・富井の無制限説は、彼らの機能論とどのように結びつくかを補論として検討する（以下の(2)参照）。

(1) 起草者たちの「第三者」論

「第三者」の善意・悪意不問説は、起草段階から旧民法の修正点として、起草者が言及していた。その点について、①法典調査会における審議および、民法典施行後に出版された②梅・③富井の民法教科書の説明について見ることにする。

① 法典調査会議事録

i) 機能論と「第三者」

草案 178 条（現行 177 条）の起草趣旨は、穂積陳重によって説明されている。特に第三者に関する言及は、次の部分である。「即チ公示法ノ主義ヲ第三者ノ為メニ重モニ採ツタノデアリマス。既ニ公示法デアリマス以上ハ、必ズ此処ニ質問ガ出ヨウト思イマスカラ説明ノ中ニ付ケ加ヘテオキマスガ、吾吾ハ、絶対的ナモノデアル、絶対的ノモノデナケレバ公示法ノ効ヲ奏スルコトハデキスト考ヘマスルガ故ニ、単ニ『第三者ニ対抗スルコトヲ得ス』ト書キ下シタノデアリマス。第三者ノ善

意トカ悪意トカ云フ形容詞をツケナカツタ訳デアリマス」という部分である。

従来、この部分は、抽象的な説明でしかないため、起草者の意図を知るものではなかった。しかし、ここまでの検討によって、起草者の機能論と照らし合わせることができる。「公示法ノ主義ヲ第三者ノ為メニ重モニ採ツタノデアリマス」というのは、直接的に第三者を保護するために、「公示法ノ主義」すなわち対抗要件主義を採用したと理解できる。そして、「絶対的ナモノデアル、絶対的ノモノデナケレバ公示法ノ効ヲ奏スルコトハデキヌト考ヘマスルガ故ニ」と善意悪意不問説の理由を説明するが、この言及は、登記というものは、「公示法」すなわち「公示手段」として唯一絶対的なものであるから、他の公示手段を認めることをしてはならない。登記以外の公示手段で知り、または、知り得たという事情を考慮して紛争を解決することは、第三者に登記以外にもその権利状態について調査義務を課すことになり、登記が公示手段としての効を奏さなくなってしまう、第三者の保護を欠くことになると解釈できる。したがって、紛争解決にあたっては、第三者への評価は、登記以外の事情を考慮しないで「善意悪意不問」にしたものと理解できるのである。

ii) 「登記懈怠に対する制裁」に対するスタンス

また、177条と178条の審議では、委員の一人である横田國臣が、二重譲渡による第二譲受人の所有権取得にあたっての法的構成について、起草委員に対し、繰り返し質問を投げかける場面がある。それに対し、穂積は、現177条の審議の中で、「理論ト云フモノハどつちニ極メテモ格別實際ノ結果ニ違ハヌデアリマス」と二重譲渡の法律構成を結論に差異はないと答えるに留まっている¹¹⁸。そして、現178条の審議において横田から再び同じ問題について即時取得と同じ理論であるかとの質問が出されると、穂積は自分ひとりの考えとしながらも、即時取得ではなく、また、かといってポアソナードの様に「第二ノ権利ヲ得マシタ者ニ対シテ、始メノ者ガ賠償スルノデアルト云フヤウナ風

ノ巧ミナル所ノ理論ハ採ツテ」いないとし、「始メノ人ガ怠ツテ居ツタガ為メニ法律ガ移ス丸デ公益ノ規定ノ積リデ置イタノデアリマス」と回答する¹¹⁹。これは、法定取得——失権説的な説明であるともとれるが、穂積の真意としては、二重譲渡の法的構成に対して関心を持っておらず、横田を納得させるための回答の域を越えないものと思われる。

また、当事者に登記を強制するものなのかという問題に対して、穂積は登記を強制するべきでないとする発言をしている。すなわち、不動産登記法1条の審議上（起草委員井上正一、田部芳、横田國臣）、登記を「為ス」とする草案に対し、穂積は、「元来登記ハ之ヲ為スト否トハ勝手ナリ。故ニ『得』トセザレバ、民法第百七十七条ト適合セザルベシ。必ズ登記スルコト要ストザレバ民法ヨリモ甚強クナル恐アリ」として、登記義務を当事者に課すような表現は、民法との矛盾を避けるためにも慎むべきとの主張するのである¹²⁰。

このような177条の起草担当者であった穂積の発言からは、現在177条の機能の核心として説かれている「登記懈怠の制裁」という考え方は、あくまで穂積のいうところの「理論」的関心を満たすものにとどまり、それを制度機能の中心に据えてないように思われる¹²¹。

② 梅謙次郎『民法要義』¹²²

前節での検討によると、梅の177条の機能論は、登記を権利の唯一の公示手段と位置づけ、その公示を信頼した第三者保護とするものであった。以下では、この機能論に関連する梅の「第三者」論を検討する。

「登記ノ性質」について、①登記がない限り得喪変更がないとする主義、②「登記ヲ以テノ公示方法ニ過キザルモノトシ、登記アレバ第三者之ヲ知レルト推定シ、登記ナケレバ之ヲ知ラザルモノト推定シ、尚ホ反証ヲ許ス」とする主義、③「同じク之ヲ公示方法ト認ムルニ拘ハラズ第三者ノ善意、悪意ヲ問ハズ、登記アレバ何人ト雖モ之ヲ知ラズト云フコトヲ得ズ、登記ナケレバ何人モ之ヲ知ラザルモノト看做シ、畢竟第三者ニ対シテ登記

ノ有無ニ因リテ権利ヲ確定スベキ」主義があると
する。そのなかで、わが法は③の主義を採用とす
る。

現在の議論で、注目されるのは、②と③の関係
である。②と③の共通点は、登記がないことを第
三者の主観態様に結びつける点、つまり、登記の
ない物権変動について「善意」を推定する点であ
る。しかし、②と③は、第三者の悪意について「尚
ホ反証ヲ許ス」とするのか、「登記ナレバ何人モ
之ヲ知ラザルモノト看做シ、畢竟第三者ニ対シテ
登記ノ有無ニ因リテ権利ヲ確定スベキ」とする
かが違う。そして、この法的根拠の違いが問題と
されてきたのである。

前章で見てきたように、七戸をはじめとする従
来の立法沿革史の検討は、「登記懈怠の制裁」の有
無あるいは強弱にその法的根拠の違いを見出し
てきた。しかし、本稿での検討によれば、梅は、「登
記を信頼した第三者の保護」を 177 条の機能と理
解している。その理解と上記の「登記ノ性質」の
説明を総合すれば、次のように法的根拠を考
えていたものと思われる。②の法的根拠について、
梅は、「登記ヲ以テノ公示方法ニ過キザルモノトシ」、
ほかにも権利公示手段の存在を認めていることを
考えている。しかし、③の主義は、登記を「不動
産上ニ権利ノ唯一ノ公示方法タル」ものとして取
り扱う。敷衍すると、②の主義を採用する場合、
法は権利状態の公示手段として、登記以外の公示
手段も認容している。つまり、第三者は登記以外
にもその権利状態を調査する義務が課されること
を認容している。それを前提にし、悪意の反証を
認めている法律構造が見えてくる。これに対し、
③の主義は、登記を「不動産上ニ権利ノ唯一ノ
公示方法タル」ものとする。登記簿の閲覧以外
に権利状態についての調査義務をいっさい認め
ないのである。それ以外の公示手段の結果である
悪意は法の関与するところではなく、一切その
挙証を許さないで、善意を擬制することになる。

このように、「善意悪意不問」と「悪意者排除」
との関係は、紛争解決にあたって認容される公
示手段の範囲とそれと牽連する第三者の調査義務

範囲をどこまで広げるかという問題として説明
されうるのである。

③ 富井政章『民法原論』¹²³

富井は、梅のような詳細な説明はしていないが、
やはり、ここでも梅と同様の見解を採っていたと
思われる。

富井は、「善意・悪意不問」について、「実際上
ノ便宜ヲ旨トシタルモノニ外ナラズ」とする。そ
して、善意・悪意の立証の困難を指摘した上で、
次のような不都合を指摘する。すなわち、悪意の
反証を認めると、「善意者ニシテ悪意者ト認定セ
ラルルコト往往之ナキヲ保セズ」とし、「第三者ノ
利益ト共ニ取引ノ安全」が保証されないという。
つまり、登記以外の公示手段の存在を認め、それ
によって物権の変動を知る悪意者の存在を認め
てしまうと、登記簿の閲覧という必要にして十分
な調査義務を果した第三者、すなわち「善意者」
を悪意者に認定してしまう事態が生じ、個別的
な第三者の利益を害するにとどまらず、取引一
般の安全をも害するため、「善意・悪意不問」を
採ったものと考えられる¹²⁴。

④ 小 括

以上の検討から、起草者たちの「第三者」論は、
旧民法の「登記懈怠の制裁」という機能から相
対化された、「登記を信頼した第三者の保護」の
機能論に基づいていると考えられる。そして、登
記に対する信頼保護のあり方として、実際に善
意者と認定された第三者のみを保護するのでは
ない、登記以外の公示手段の存在を認容してし
まい、それでは第三者に対する保護が不十分で
あるとして、紛争解決にあたって法が認容する
公示手段を登記に限定し、第三者の調査義務を
登記の閲覧に制限する必要がある。そして、そ
の調査義務を果した第三者を「何人モ之ヲ知
ラザルモノト看做」す、すなわち善意者と擬
制するのである¹²⁵。

(2) 補 論 — 富井・梅の無制限説の意義

第 1 章の検討では、富井・梅による無制限説
の文理解釈の側面を強調したがしかし、①この
無制限説が、機能論とどのようなつながりを持
つか、

そして、②富井・梅の無制限説が第三者制限連合部判決とどのような関係にあるのかは、いまだ明らかにされていない。この検討を前提に、これらの問題につき若干の考察を試みたい。

① 先に見てきたように、起草者たちは、民法典について、「文理解釈」ではない「論理解釈」すなわち、制度機能論からの解釈を志向していた。そこで、「第三者」の範囲についても、機能論に基づく起草者たちの意図を見いだすことができるのではないだろうか。

i) たしかに、起草段階において、直接的な「第三者」の範囲に対する言及が見られないものの起草担当者・穂積陳重の177条の適用範囲を示唆する言及が見られる。それは、先にふれた横田國臣の二重譲渡の法的構成に関する質問に対する穂積の回答である。その中で、穂積は、登記と同時に物権が移転するいわゆる形式主義と、177条の對抗要件主義との相違点について説明し、177条の想定する適用範囲について、次のように言及する¹²⁶。「物権ト云フモノハ其権利ノ性質上誰ニ対シテモ効力ガアル。夫レデ若シ反対ノ主義ヲ採ツテ登記ニ依テ移ルト期ウ致シマシタ以上ハ、登記前ニ其権利ヲ前カラ犯サレタ時ニ於テモ外人ガ縦令其人〔譲受人〕ノ権利デナイカラト云ツテ犯スコトガ出来ルノハ当然ノコトニナルノデアリマス。之ガ第三者ニ対抗スルコトハ出来ヌ方デアリマスカラ、其人〔譲受人〕ノ権利デナイカラ犯シテモ宜シイト云フコトヲハ出来ヌ云フ方ニナラウカト思ヒマス」と177条の對抗要件主義を採用と登記をしなくても譲受人に物権が移転できるから、「犯シテモ宜シイト云フコト」はできないとする。これは、譲受人は、不法行為者に対して、登記がなくても対抗できるとした言及ともとれる。

それに続いて、177条の適用範囲についても言及し、「本条ノ主トシテ居ル所ト前ニ譲渡ガアツテ夫レカラ又後ニ譲渡ノ行為ヲ為ス前後二者ノ譲渡ノ行為ガ抵触スル時ニ重モニ此

箇条ガ實際上必要ニナル思ヒマス」として、177条の主要な適用を二重譲渡としているのである。

このように、穂積は、「第三者」の範囲という後に形成された論点に直接には言及していないものの、177条の主な適用範囲を二重譲渡ととし、形式主義との比較で不法行為者に対する適用に、消極的見解を示している。

ii) 「第三者」の範囲について、制限説の穂積と無制限説の梅・富井の間で違いがあるが、機能論ではほぼ一致していることをどのように理解すべきか。これは、177条の「登記を信頼した第三者の保護」の対象を、あくまで取引関係に入ってきた者に限定するのか（穂積）、不法行為者をもその対象とするか（梅・富井）という見解の相違として評価できる。つまり、梅の『民法要義』最終版によれば、その無制限説の根拠を「第三者」の文理解釈のほかに、「我民法ハ単ニ不動産ニ付キ権利ヲ有スル第三者ノミナラズ一切ノ第三者ヲシテ皆登記ニ由リテ不動産上ノ権利ノ状態ヲ詳カニスルコトヲ得セシメンコトヲ欲シタルナリ¹²⁷」として、「登記を信頼した第三者の保護」という機能の保護対象の拡大を説いている。

② 第1章の検討のように、連合部判決以前において、大審院判例は、制限説と無制限説の間を迷走する。

しかし、この迷走は、177条の機能論を明確にし、その上で第三者の範囲を確定させる必要性を認識させたに違いない。そして、相続登記連合部判決の同日明治41年12月15日に、第三者制限連合部判決としてその答えが示されることになる。

第三者制限連合部判決は、無制限説を、文理解釈あるいは、物権の性質を根拠に妥当としながらも、登記が物権の変動において成立要件ではなく對抗要件とする以上、それは、一定の範囲で貫徹できないとする。そのうえで、「本条ノ規定ハ、同一不動産ニ関シテ正当ノ権利若クハ利益ヲ有スル第三者ヲシテ登記ニ依リテ物権ノ得喪及ヒ変更ノ

事状ヲ知悉シ以テ不慮ノ損害ヲ免ルルコトヲ得サシメンガ為メニ存スルモノ」であるとする相続登記連合部判決と同様の 177 条の機能論を展開し、「本条制定ノ理由ニ視テ其規定シタル保障ヲ享受スルニ値セザル利害関係ヲ有スル者ハ亦ヲ除外スベキハ蓋疑ヲ容ルベキニ非ズ」として、177 条の第三者を「当事者若クハ其包括承継人ニ非ズシテ不動産ニ関シ物権ノ得喪及ヒ変更ノ登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者ト指称スト論定スルコトヲ得ベシ」とした。そして、その「第三者」にあたらぬものとして、「同一ノ不動産ニ関シ正当ノ権原ニ因ラズシテ権利ヲ主張シ或ハ不法行為ニ因リテ損害ヲ加ヘタル者ノ類」をあげる。本判決も 177 条の最重要判例として、数々の意義を見出されてきたが、本稿の検討では、相続登記連合部判決と同様に「登記を信頼した第三者の保護」という 177 条の機能を明確にし、その保障範囲として「第三者」の範囲を確定しようとしたものと評価できる。

二つの連合部判決は、起草者の見解に対しそれぞれ違った反応を示している。そして、起草者意思との関係で見せる連合部判決の一貫性の見えない態度は、その後の学説に対して、同判決の重要性を認識させるも、その先例としての意義についての理解を困難としたものと思われる。しかし、本稿での検討では、機能論では、起草者と同じ見解を示しながらも、結論では、相続に関し、起草者の見解を受容し、第三者に関しては、登記制度の保護対象の限定の必要性から、起草者梅・富井の見解に反し、制限説を採ったものと理解できる。そして、この整合的理解について、第三者の範囲の論点があつた後天性によって説明できるのではないだろうか。すなわち、相続は、起草段階から 177 条の適用範囲されてきたが¹²⁸、第三者の範囲は、先に示したとおり、民法典制定以後生じた論点であった。このような後天性ゆえに、制度趣旨については起草者の見解に従いながらも、登記の信頼の保護対象をどこまで広げるかという問題に対し、大審院は、登記をあくまで取引の安全のための制度として理解し、無制限説を放棄し、登記制

度の保護対象を取引関係に入った者に限定する独自の見解を示したものとして、両判決の機能論における整合性が説明されうるものと思われる。

また、第三者制限連合部判決は、制限説を採っていた前掲大判明治 36 年 5 月 16 日等への回帰とする評価があるが¹²⁹、同判決に対する梅のフランス法援用への批判（前掲注 10 および該当本文参照）から考えると、同じ制限説を採る前出 36 年判決と 41 年連合部判決の関係は、同様の機能論に基づく回帰と見ることはできず、機能論における「法源」としてのフランス法の援用から導かれる「制裁の対象」の制限としての制限説から、梅の機能論の受容しつつ「登記制度の保護対象」の制限として制限説への転換を見ることができる。

結 語

(1) 要約と若干の考察

① 第 1 章では、「第三者」をめぐる学説形成史を検討した。そのなかで、中心的な視角として、オーソドックスな制度機能論の展開を見いだした。そして、その機能論における対立は、視点を変えながらも、「登記懈怠の制裁」に機能をもとめるのか、それとも、「登記を信頼した第三者の保護」に機能をもとめるのか、というものだった。各論者は、この論争に決着をつけるため多様なアプローチを展開する。そのなかであって、実証的な立法沿革史の検討によって、現在、「登記懈怠に対する制裁」に 177 条の機能をみいだす見解が通説化しつつある。その一方で、「第三者」論には、「自由競争の原理と信義誠実の原則」という価値的な視角の導入が試みられ、機能論を止揚し、現在では「登記懈怠の制裁」という機能論の不都合を解消する補完理論としての役割を果たしている。

第 2 章では、「登記懈怠の制裁」を機能とみる見解が通説化するなかであって、起草者意思の検証を通じて、この見解の実証性を再検討した。そのなかで、継受法あるいは、旧民法に由来するとされる「登記懈怠の制裁」という機能が、現行明民法典の制定のなかで相対化されたことを指摘し

た。すなわち、起草者は、わが登記制度が物的編成主義を採っている点に着目し、対抗要件主義を採りつつも、その機能を「登記を信頼した第三者の保護」にもとめたのである。「第三者」論に関する起草者意思も「登記を信頼した第三者の保護」によって、説明されるとした¹³⁰。

② そのなかで、根本的に対立するものと解されてきた「善意・悪意不問」と「悪意者排除」につき若干の考察を試みた。第2章第4節の検討で、梅ら起草者は、「登記を信頼した第三者の保護」を177条の機能とし、登記に対する信頼保護のあり方として、実際に善意者と認定された第三者のみを保護するのでは登記以外の公示手段の存在を認容してしまうから不十分であるとして、紛争解決において法が認容する公示手段を登記に限定し、第三者の調査義務を登記の閲覧に制限する必要があるとした。

これによれば、「善意・悪意不問」と「悪意者排除」は、「登記を信頼した第三者の保護」を趣旨とする177条機能論の点で共通する。他方、その相違は、登記に対する信頼の保護の態様としての第三者に課せられたに調査義務の範囲にあらわれる。すなわち、「善意・悪意不問」は、紛争解決の前提として第三者の調査手段を登記簿の閲覧に限定する。しかし、「悪意者排除」は、紛争解決の前提として調査手段の範囲を登記簿の閲覧にとどまらず他の調査手段の存在を認める。したがって、「善意・悪意不問」から「悪意者排除」を移すことは、177条の機能が矛盾する「質的な」問題ではなく、紛争解決にあたって、第三者の調査手段の範囲をどれだけ縮小し、第三者の保護を強化するかという「量的な」問題である。

そして、この機能論と「第三者」論の関係は、今後の「第三者」論に二つの示唆を与える。第一には、日本の登記制度には全面的な公信力が認められていない以上、現在の取引慣行においては、調査義務を登記簿の閲覧に限定する「善意・悪意不問」の発想は現実性に欠ける点である。その意味で、機能論から判例の背信的悪意者排除論を再分析することで、裁判所により明解な排除の基準

を提供できるものとする。

第二に、その消極的側面が強調され、修正の対象とされている「善意・悪意不問」について、機能論から積極的存在意義を見いだすことができる。それは、実際の紛争解決の前提としての調査手段を登記に限定し、それによって取引の安全を確保する機能である。この機能は、登記以外にその調査手段をもたない抵当権をはじめとする非占有担保物権の存在について、特に必要な機能として捉えなおすことが可能である。

(2) 制度機能論が他の論点に及ぼす影響

第2章第3節における「相続と登記」の検討は、「第三者」論以外の論点に対しても、機能論による再検討の必要を示唆する。

たとえば、「取得時効と登記」の問題についても、「登記懈怠の制裁」の機能からの考察がなされる。すなわち、「登記懈怠の制裁」の機能が妥当するかという観点から、「制裁」つまり177条の適用が妥当する「二重譲渡型」と、妥当しない「境界紛争型」に事案を分類する立場や¹³¹、「制裁」は登記が可能な段階にもとめる立場から、取得時効の援用時以降に177条の適用を認める立場¹³²が存在する。このように、今日の学説は、起草者の物権変動無制限説との矛盾を克服しようと試みるが、いまだ判例の類型化という現象面に対する認識にとどまり、起草者意思と乖離している¹³³。詳細な検討はできずに終わるが、今回明らかにした機能論からすれば、調査手段の範囲の問題として、その適用の可否を分析できるのではないだろうか。

(3) 残された課題

本稿は、177条の機能論の実像を析出するために、立法沿革史、特に、現行明治民法の旧民法あるいは継受法の「相対化」に着目して検討を進めてきた。しかし、起草者を中心とする本稿の検討も、第3章の冒頭で批判した他の学説と同じように、依然として断片的であることは否めなかった。

しかし、この検討によって、177条をはじめとす

る不動産物権変動法制のモザイク模様の継受過程を見ることができる。177 条の解釈論を中心とした今後の不動産物権変動研究に対する課題を示唆するものといえよう。すなわち、わが物権変動法制は、フランスの意思主義や対抗要件主義を継受しているものの、その公示制度は、ドイツからの物的編成主義を継受している。それを背景として、わが対抗要件主義は、フランス法系の対抗要件主義そのものではなく、当時フランスにはなかった物的編成主義¹³⁴ のもたらす第三者の信頼の保護という「遺伝子」が組み込まれていたと理解でき、それに基づく解釈論の展開が必要であるというのが本稿の検討によって得られた結論といえる。しかし、それには、梅が、当時としては「世界中ニ於テ最モ進歩シタモノノ一ニ数フルモノデアル」と評したわが不動産登記制度の成立過程を含めた立法沿革史の検討が必須であり¹³⁵、さらには、その法制をめぐる現在にまで至る「社会の変動」への検討が必要とされよう。本稿の検討でなしたことはわずかである。

1 川井健・鎌田薫編著『現代青林講義 物権法・担保物権法』52 頁（2000 年・青林書院）〔七戸克彦執筆〕。

2 また、この問題は、学説内の対立にとどまらず、実務においても重要な問題であるといえる。それを示すものとして、判例中で頻繁に用いられる民法典の制度として 709 条に次いで、177 条が多いと指摘されている（統計的な指摘をするものとして、前田達明「これからの民法学」ジュリスト 655 号 110 頁（1978 年）参照）。

3 近時の有力説である公信力説は、二重譲渡のメカニズムに対する説明をその主題に置く。また、公信力説と一線を画する滝沢後掲論文も、その立法沿革史の検討によって明らかにする主題を二重譲渡の理論的構成においている。

しかし、二重譲渡の理論的構成は、長年にわたる論争史のなかで中心として意識された論点ではなく、公信力説の登場、すなわち、民法典施行から半世紀以上経て意識された論点であつ

た。現時点での二重譲渡の理論構成の意義は、必ずしも必然性をもったものといえないという有力な指摘がされている（星野・後掲注 77・141 頁以下は、立法沿革史から強調する立場から、二重譲渡の理論構成を中心論点として扱うべきでないと批判する）。そして、この視角の多様性は、「第三者」論をより一層複雑なものとしているともいえる（また、後掲注 119 および該当本文参照）。

4 たとえば、星野英一「民法講義総論 日本民法学説史」法学教室 8～11 号（1981 年）、水本浩「序論 第 2 節日本民法学説史の時代区分」水本・平井編『日本民法学説史・通史』2 頁（1997 年・信山社）参照。

5 起草委員の一人である梅謙次郎を中心にして、新民法の疑義に対応するために、「法典質疑会」が明治 29 年に結成されている（また、この時期の学説動向を概観する、星野・前掲注 5『法教』8 号 37 頁以下、岡孝「法典論争から民法典成立・注釈時代」前掲注 5『通史』83 頁以下参照）。

6 田高寛貴「『民法学説百年史』資料」加藤雅信編集代表『日本民法施行 100 年記念民法学説百年史』736 頁以下（1999 年・三省堂、以下『百年史』という）で取り上げられている下記の文献を I 期の検討対象とした。

①松波仁一郎・仁井田益太郎・仁保亀松合著『帝国民法正解第一巻』（1896 年・日本法律学校）、②岡松参太郎『訂正三版註釈民法理由』（1896 年・有斐閣書房）、③梅謙次郎『初版民法要義卷之二物権篇』（1896 年版復刻、1994 年・信山社）、④富井政章『民法原論第二卷上冊物権上』（1906 年・有斐閣書房）、⑤松岡義正『民法論物権法上冊』（1908 年・清水書店）、⑥横田秀雄『改版増補物権法』（1909 年・清水書店）、⑦梅謙次郎『訂正増補民法要義卷之二物権篇』（1911 年版復刻、1984 年・有斐閣）、⑧飯島喬平『民法要論』（1913 年・巖松堂書店）、⑨三瀧信三『物権法提要第一冊物権総論所有権』（1916 年・有斐閣書房）。（また、引用は、適宜字体を変換

し、濁点・句読点を付した。以下も同様とする。)

- 7 表現に差異は見られるものの、松波ほか・前掲注6①・58頁、岡松・同②・469頁、富井・同④・63頁、松岡・同⑤・46頁、横田・同⑥・84頁、飯島・同⑧・293頁では、善意・悪意の立証による紛糾を防止することによって「取引ノ安全」に資すると指摘する。
また、梅・同③・10頁および梅・同⑦・11頁では、「唯第三者ヲ保護スル為」としか説明なされていない。
- 8 大判明治43年1月24日民録16輯1頁、大判明治45年6月1日民録18輯567頁、大判大正5年11月11日民録22輯2224頁において、善意悪意不問説が「本院ノ判例」として説かれている。また、文理解釈による不問説を採るものとして、三瀨・前掲注6⑨・42頁がある。
- 9 たとえば、民法典公布直後の明治29年に刊行された松波ほか・前掲注6①・141頁、岡松・同②・469頁および梅・同③・8頁は、不問説を説いている。しかし、「第三者」の中に不法行為者が含まれるかという問題については言及されていない。
特に、梅の『民法要義』のうち「第三者」の範囲について言及のない明治29年刊行の初版(文献③)と、制限説を採る大審院判例を批判し無制限説を唱える最終版である明治44年刊行の訂正増補版(文献⑦)を比較すると、この問題が公布時にはあまり意識されなかった解釈上の問題であったということが推測できるのではないだろうか。
- 10 梅謙次郎「民一七七、一七八等ニ所謂『第三者』ノ意義」(初出1903年)後掲注105『最近』20頁以下。
- 11 富井・前掲注6③・60頁。同様に無制限説をとるものとして、横田・同⑥・74頁、飯島・同⑧・294頁、三瀨・同⑨・42頁。
- 12 以下、本判決をこのように呼ぶ。我妻栄ほか編『民法基本判例集(第5版)』(1991年・一粒社)によった。また、同日付大連判民録14輯1301頁は、「相続登記連合部判決」と呼ぶ。
- 13 公刊されなかった理由につき、起草委員補助を務めた仁井田益太郎は、理由書について、議会側からの要請によって、補助委員によって作成されたが、起草委員の検閲を受けていなかったことを理由に未定稿本となったという事情を明かす(仁井田益太郎ほか「仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会」法律時報10巻7号20頁(1938年))。
このような立法当局による民法典の修正趣旨を明確に示さなかった事情が、I期は勿論のこと、その後の「第三者」論を迷走させる重大な原因であったものと考えられるのではないだろうか。
- 14 前掲注13に挙げた理由書においても、善意・悪意不問説を採ることが表明されている。広中俊雄編著『民法修正案(前三編)の理由書』218頁(1987年・有斐閣)参照。
- 15 鳩山・後掲注17・52頁一以下。
- 16 鳩山・後掲注17・58頁(4)以下。
- 17 鳩山秀夫「不動産物権変動ノ得喪変更ニ関スル公信主義及ビ公示主義ヲ論ズ」法学協会雑誌33巻7・9・12号(1915年)。同論文所収の『債権法における信義誠実の原則』(1955年・有斐閣)52頁以下より引用する。
- 18 岡村玄治「民法百七十七条ニ所謂第三者ノ意義ヲ論シ債権ノ不可侵性排他性ニ及フ」法学志林17巻6・7号(1915年)。
- 19 たとえば、鳩山・前掲注17・62頁注(一四)および77頁注(九)は、岡村の機能論を「我が民法177条を以て公信主義に基ける規定と誤解せる」と批判し、「之に因りて(第三者を)所謂登記の欠陥を主張するに付き正当の利益を有する第三者の範囲を定めようとする岡村の「第三者」論について、「議論の出発点は余輩と大いに異なり、……(中略)……其大なる誤解は第百七十七条を以て動産に関する第百九十二条に対比し、二重譲渡の場合に於ける第二譲渡人の権利取得を原始的取得としたる点にあり」と善意の第三者の保護とする岡村の177条の機能論に根本的な誤解があると批判する。

一方で、岡村は、「再ヒ民法百七十七條ニ所謂第三者ノ意義及ヒ債權ノ排他性就テ」法学志林 18 卷 3・4・5 号 (1916 年) において、「我民法ノ採用シタリト云フ (鳩山) 氏ノ所謂公示主義ノ意義明確ナラザルヲ以テ公信主義ト氏ノ所謂公示主義トヲ比較シテ研究スルコト容易ナラズ雖モ、氏ガ明ニ根拠ヲ示スコトナクシテ唯漠然余ヲ以テ第百七十七條ヲ公信主義ニ誤解シタルモノナリトシテ非難セラレタルハ、之レガ反駁ノ目標ナキニ於テ余ノ少カラズ当惑スル所ナリ (3 号 38 頁)」と鳩山批判に反論し、鳩山説の問題点を 9 つ項目立てて批判する。

以後の学説史研究において、両者の激しい反駁の応酬が着目され、学説上相容れないものとしての評価が定着することになる (鎌田薫「第 2 章 物権 序論」『百年史』153 頁および湯浅道男「岡村論文書評」同 205 頁などに示された岡村論文の「立法の沿革とは切り離された孤高の解釈」という評価その典型であろう)。

20 岡村・前掲注 18・17 卷 6 号 10 頁。

21 岡村・前掲注 18・6 号 30 頁以下

22 岡村・前掲注 18・6 号 13 頁以下。また、27 頁以下では、善意の第二譲受人の所有権取得を「民法百九十二条ニ依リ動産上ノ權利ヲ取得スルト同様所謂原始的取得ナリ」と二重譲渡の法的構成についても述べられている。そして、これが、後に岡村説がいわゆる公信力説の初期形態であるとする根拠として援用されることになる。

23 乾政彦「不動産物権ノ時効取得ト登記」法学協会雑誌 30 卷 6 号 1 頁以下 (1912 年) も、岡村と同様に、第三者制限連合部判決における制限の趣旨の具体化を試みる。すなわち、「第三者」を「当事者其包括承継人ヲ除ク登記ノ欠缺ヲ主張スルコトニ因リテ同一不動産ノ存在ノ事実又ハ其權利ガ特定ノ制限ヲ受ケザル事実ヲ法律ニヨリ少ナクトモ実態的ニ認めラルベキ地位ニアルモノ云」べきとの提案するが (24 頁)、立法論上の問題があるとしながらも、善意・悪意の弁別の困難から不問説を堅持している (4 頁註二)。

24 岡村とほぼ同様の立場をとるものとして、中島玉吉『民法釈義卷之二上物権篇上』42 頁以下 (1913 年・金刺芳流堂) は、無制限説を文理解釈に重きをおき、登記の性質を軽視していると批判し、「法典上第三者ノ意義ハ一定スル所ナカキカ故ニ此場合ニハ登記ノ性質ニ考ヘ且實際上ノ不都合ノ結果ヲ生セサル様ニ解ス可シ」として、制限説を支持する。また、善意悪意不問説に対しても「理論上甚不可ナリ」と批判する。

25 鳩山・前掲注 17・42 頁以下第二節および第三節参照。

26 鳩山・前掲注 17・42 頁および 50 頁注(三)。

27 鳩山・前掲注 17・61 頁注(八)。

28 鳩山・前掲注 17・57 頁(2)以下。

29 鳩山・前掲注 17・59 頁(6)以下。また、山野目章夫「我妻・後掲注 44 論文書評」『百年史』195 頁以下では、以下の部分のもつ妥当性について、我妻の指摘を援用しつつ、再評価する。

30 鳩山・前掲注 17・68 頁五以下。

31 鳩山・前掲注 17・73 頁六以下。

32 鳩山・前掲注 17・78 頁注(九)。

33 また、舟橋・後掲注 61『不登法』69 頁は、この「実質的考慮」と「物権公示の原則」による「一般理論的考慮」によって成立する鳩山の無制限説を「同じく無制限説とはいふものの、……(中略)……解釈理論の名に値ひせざる形式的素朴なる(従来の)無制限説とは、決して同日に論ぜらるべきではない」と評価する。

34 また、鳩山・前掲注 17・75 頁六以下では、二重譲渡における悪意の第三者に不法行為の成立の可能性を示唆する。

35 我妻栄『物権法』末弘巖太郎編集代表『現代法学全集』所収 (1929 年・日本評論社)。以下、『全集』と呼ぶ。

36 我妻・前掲注 35『全集』20 卷 360 頁。

37 我妻・前掲注 35『全集』21 卷 7 頁以下。傍点は本稿による。

38 我妻・前掲注 35『全集』21 卷 44 頁。傍点は本稿による。

39 我妻・前掲注 35『全集』21 卷 89 頁以下。傍

点は本稿による。

- 40 有泉亨「民法一七七条と悪意の第三者」法学協会雑誌 56 巻 8 号 1586 頁(1938 年)も、177 条の解釈にあたって「取引保護の全体的立場から画一的形式的な取扱いが要求され、第三者の善意悪意の如きを区別しない」としている点で同様の立場といえよう。また、山中康雄「権利変動論」名大法政論集 1 巻 3 号 322 頁(1951 年)および、於保不二雄『物権法(上)』137 頁(1966 年・有斐閣)も同様の指摘をする。
- 41 また、この時期に無制限説を支持するものとして、吾妻光俊「意思表示による物権変動の効力」東京商大研究年報法学研究 2 号 209 頁(1939 年)以下は、177 条の規定を第三者保護の規定とする理解に反対し、「登記なき物権変動を単なる債権関係とすると共に登記を了して初めて物権変動の効力を認めたる者と解せん(245 頁)」とするいわゆる債権効果説の立場から無制限説を採る。
- 42 我妻栄『物権法』(民法講義Ⅱ) 2 頁(1932 年・岩波書店)。
- 43 我妻・前掲注 42・87 頁。傍点是我妻による。
- 44 我妻栄「不動産物権変動における公示の原則の動揺」(初出 1939 年)『民法研究Ⅲ物権』71 頁(1966 年・有斐閣)は、日本の登記制度について、「すべての不動産取引を登記簿に反映されるという理想」と乖離してしまっている現状、借家法をはじめとする特別法の制定がそれに拍車欠けていることを指摘し、鳩山が提唱した「公示の原則」の修正を不可避と説く。
- 45 末弘厳太郎『債権各論』1016 頁以下(1918 年・有斐閣)。
- 46 末弘厳太郎『物権法上巻』157 頁以下(1921 年・有斐閣)。
- 47 この末弘の善意・悪意不問、制限説を採る判例への支持という立場は、我妻の判例支持とあいまってその後の主流の理解となる。
- また、判例の結論において異なるところはないが、中川善之助「相続と登記」法学志林 30 巻 2 号(1914 年)は、177 条が適用される問題す

なわち「対抗問題」の独自性を指摘し、「対抗問題」の範囲の問題という視点から解釈論を定立する(「対抗問題」説は、他に石田文次郎『物権法論』96 頁以下(1932 年・有斐閣)、於保不二雄「公示なき物権の本質」法学論叢 58 巻 3 号(1952 年))。

- 48 舟橋諄一「登記の欠缺を主張し得べき『第三者』について」『加藤先生還暦祝賀論文集』639 頁以下(1932 年・有斐閣)。
- 49 舟橋・前掲注 48・682 頁七以下。
- 50 悪意の第三者として排除される類型として、「物権譲渡契約の証人たりし者或はブローカー(前掲注 48・684 頁)」に限定されるとする。
- 51 末弘厳太郎『債権総論』348 頁註 32(現代法学全集 12 巻 20 頁)(1929 年・日本評論社)は、民法 467 条 1 項の「第三者」の解釈として、次のように述べる。「従来の通説は、——第一七七条の解釈に於けると同じく——第三者の善意悪意を区別しない。其理由は法文が単に『債務者其他ノ第三者』と書いていること及びこれを区別するときは訴訟上善意悪意に関する問題が起って第三者の保護が薄くなるという点に存する。けれども、第三者の悪意の立証責任を譲渡の当事者側に負担せしめることにしさえすれば善意悪意の判定について必ずしも難問を生ぜず、当事者特に悪意を立証せざる限り第三者は広く本条の保護を受け得ることとなる。而して悪意の第三者に本条保護を与うべき理由が全然存しないことを考え合わせて見ると、吾々は終に通説に従うことが出来ないのである」として悪意者排除論を採る〔同『債権総論』236 頁注 35(新法学全集 9 巻)(1937 年・日本評論社)同旨〕。

この末弘説の動向については、舟橋・後掲注 60『不登法』74 頁は、177 条の「第三者」についても悪意者排除論を採ったものと理解する一方で、鎌田薫「対抗問題と第三者」『民法講座 2 物権(1)』106 頁注 86(1984 年・有斐閣)は、あくまで債権譲渡に限ったものと評価する。末弘説の射程範囲に関する理解に差があるので、若

干検討しておきたい。以前に、末弘はその物権法の教科書で立証の困難による法律関係の紛糾を理由に「善意悪意不問」を採っていたことや、末弘『総論』348 頁註 35 において大審院が民法 467 条 1 項の「第三者」について「正当ナル利益」という概念を用いての制限している傾向を 177 条の「第三者」に対する大審院の姿勢とパラレルに理解している点を踏まえると、舟橋の言うように、ここでの末弘の悪意者排除論は 177 条の「第三者」に及ぶものと思われる。

- 52 小池隆一『日本物権法論』47 頁以下(1932 年・清水書店)は、かつて自身の『概説日本民法』121 頁で採っていた善意・悪意不問説を覆して悪意者排除論を採ったのはじめ、昭和に入り、柚木馨『判例物権法総論(旧版)』128 頁以下(1934 年・巖松堂書店)、田島順『物権法』60 頁(1935 年・弘文堂書房)、遊佐慶夫『民法概論物権編』39 頁(1935 年・有斐閣)および、土生滋穂『概説民法第一百七拾七条』184 頁(1938 年・同文館)が、悪意者排除論を採る。しかし、柚木『判例物権法総論(新版)』200 頁(1955 年・有斐閣)は、不問説に改説した。
- 53 牧野英一「信義則と第三者」『民法の基本問題第四編』196 頁以下(1936 年・有斐閣)、「法律における概念的と価値的(下の二)」警察研究 7 巻 7 号 1 頁以下(1936 年)。
- 54 牧野・前掲注 53『基本問題』210 頁。
- 55 牧野・前掲注 53『警研』9 頁三以下。
- 56 牧野・前掲注 53『警研』13 頁五以下。
- 57 牧野・前掲注 53『基本問題』219 頁以下、同『警研』17 頁六以下。
- 58 この「詐害行為」の意義について、牧野・前掲注 53『基本問題』232 頁注九及び該当本文によると、「信義誠実の原則」に反するあるいは、「実質的違法性」のある行為を指すものと思われる。
- 59 牧野・前掲注 53『基本問題』233 頁以下。
- 60 牧野の問題提起後、舟橋の「第三者」論は改説された。舟橋『不動産登記法』(新法学全集)75 頁以下(1937 年・日本評論社)は、「第三者」

から悪意者を除くという原則は維持しつつ、悪意なるも信義則に反しない場合は「第三者」に該当するとし、「第三者」論に信義則を入れるにとどまったが、その後、舟橋『物権法』182 頁(1960 年・有斐閣)でも、更に悪意者排除論を後退させ、不動産登記法 4・5 条による例外の存在からその類推解釈として背信的悪意者の除外を唱える(しかし、具体的な排除類型は、前掲注 50 の類型との間に大きな差異が見られないことは注意すべきである)。

しかし、舟橋の「第三者」論における「自由競争の原理」の導入は、舟橋の 177 条の機能論にまで及ぶのかについては、いまだ十分な解明がなされていない。そこで若干検討してみたい。その後、同『物権法』63 頁は、「公示方法は、公示の内容に対する信頼を保護し、その信頼した通りの法律的效果を与えることによって、その機能を営む」とし、「公示内容の変動がないかぎり、物権の変動がないとする信頼(消極的信頼)」を保護する法原理を「公示の原則」とする。この舟橋の「公示の原則」論は、鳩山・我妻によって展開されてきた「公示の原則」とは、対立するものであろう。この舟橋の「公示の原則」論をみるかぎりでは、舟橋の機能論は、一貫したものとして深化していったものと解される。そして、牧野の影響は、あくまでその「第三者」論を修正するものにとどまったものと理解できる。また、舟橋の「公示の原則」論の詳細につき、舟橋『物権法におけるいわゆる公示の原則』菊地六十年『労働法と経済法の理論』783 頁(1960 年・有斐閣)参照。

- 61 最判昭和 43 年 8 月 2 日民集 22 巻 8 号 1571 頁によって、背信的悪意者排除論が判例とされたものと理解されている。背信的悪意者排除論が、判例化していく過程については多数の文献が存在するが、代表的なものとして、三和一博「民法 177 条の『第三者』の範囲と信義則」東洋法学 9 巻 2 = 3 号(1966 年)や、野田宏「本件判批」法曹時報 20 巻 11 号 168 頁(1969 年)、池田恒男「本件判批」『民法判例百選 I [第 4 版]』

- 120 頁 (1996 年) が挙げられる。
- 62 背信的悪意者排除論の理論構成をめぐる代表的な学説として、一般条項の援用にとどまらず、詐害行為取消権の類推適用から相対的無効を構成する磯村保「二重売買と債権侵害—『自由競争』の神話」神戸法学 35 巻 2 号, 36 巻 1・2 号 (1986 年) や, 不法行為理論の導入を示唆する松岡久和「不動産所有権二重譲渡紛争について」龍谷法学 17 巻 1 号 (1984 年), 吉田邦彦『債権侵害論再考』(1991 年・有斐閣) などが挙げられる。
- 63 背信的悪意者排除の具体的要件としては、裁判例の分析から背信性に存在意義を見いだすことができないとする松岡久和「判例における背信的悪意者排除論の実相」林還暦『現代私法学の課題と展望 (中)』65 頁以下 (1982 年・有斐閣) に対し, 吉原節夫「177 条における背信的悪意者 —『第三者の範囲』」『ジュリスト増刊民法の争点 I』114 頁 (1985 年) は, 背信性について, 実際上の機能があるものとしてその重要性を指摘する。
- 64 篠塚昭次「物権の二重譲渡」(初出 1965 年) 『論争民法学 I』所収 (1970 年・成文堂), 『民法セミナー II 物権法第二分冊』100 頁以下 (1970 年・成文堂)
- 65 半田正夫「不動産の二重譲渡へのひとつのアプローチ」北大法学論集 16 巻 4 号 39 頁 (1966 年), 「不動産所有権の二重譲渡に関する諸問題」(初出 1970 年) 『不動産取引法の研究』(1980 年・成文堂) 所収ほか。
- 66 石田喜久夫「対抗問題から公信力へ」(初出 1972 年) 『物権変動論』(1979 年・有斐閣) ほか。その学説の概要は, 田中淳子「石田喜久夫先生の物権変動論 II」石田古稀『民法学の課題と展望』283 頁 (2000 年・成文堂) 参照。
- 67 また, 鎌田・前掲注 51・100 頁注 81 にあげられている文献を参照。
- 68 湯浅道男「背信的悪意者論」石田・西原・高木還暦上巻『不動産法の課題と展望』77 頁 (1990 年・日本評論社) は, 背信的悪意者排除論が判例・通説化し, その到達点として公信力説の登場のプロセスを検討する。
- 69 半田・前掲注 65 『北法』53 頁以下。
- 70 半田・前掲注 65 『北法』48 頁三以下, 同『諸問題』10 頁以下。
- 71 湯浅・前掲注 68・90 頁。
- 72 また, 昭和 50 年には, 私法学会のシンポジウムで「不動産物権変動と登記の意義」というテーマが取り上げられた。私法 37 号 3 頁 (1975 年) 以下参照。
- 73 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」および, 「物権変動論における『対抗』問題と『公信』問題」『民法論集(6)』(1986 年・有斐閣) 所収。
- 74 滝沢幸代「物権変動における意思主義・対抗要件主義の継受 — 不動産法を中心に」(初出 1976・1977 年), 「民法一七七条における悪意者の問題」(初出 1983 年), 共に『物権変動の理論』(1987 年・有斐閣) 所収。
- 75 七戸克彦「不動産物権変動における対抗力の本質 — ボアソナードを起点として」慶応義塾大学大学院法学研究科論文集 23 号 (1986 年), 「対抗要件主義に関するボアソナード理論」法学研究 64 巻 12 号 (1991 年), 「不動産物権変動における対抗要件主義の構造」私法 53 号 (1991 年) 等。
- 76 未完ながらも明治民法以前の学説状況を詳しく検討した有川哲夫「二重譲渡と悪意の第三者 (-)」福岡大学法学論叢 24 巻 4 号 (1980 年), ボアソナード起案のプロジェの検討から「第三者」の範囲を見出そうとする池田真朗「ボアソナードにおける「第三者」の概念 — 不動産物権変動と指名債権譲渡とを中心に」法学研究 59 巻 6 号 (1986 年), ボアソナードの法思想の視点から二重譲渡の構造を検討しようとする高橋良彰「ボアソナードの二重譲渡論について — 『倫理』・『自然法』・『実定法』」東京都立大学法学会雑誌 30 巻 1 号 (1989 年), 意思主義の成立史から登記制度による公示強制の必要性を説く松尾弘「所有権譲渡の『意思主義』と『第三者』の

- 善意・悪意」一橋論叢 110 巻 1 号, 111 巻 1 号 (1994 年) などが挙げられる。
- 77 滝沢・前掲注 74・17 頁序論および第一章以下。
- 78 滝沢・前掲注 74・64 頁第二章以下。
- 79 滝沢・前掲注 74・159 頁第三章以下。
- 80 七戸・前掲注 75『法研』197 頁二以下。
- 81 七戸・前掲注 75『法研』214 頁三以下。
- 82 石本雅男「二重売買における対抗の問題——忘れられた根本の理論」民商法雑誌 78 巻臨時増刊号(1)末川追悼『法と権利 I』156 頁 (1978 年) は、「第三者」の善意悪意不問の構造について梅の『民法要義』にて善意の擬制と説明している点に着目し、たとえ悪意者排除をとってもその趣旨と本質的に矛盾しないと指摘する。この指摘は、七戸の問題意識の端緒となっている。
- 83 七戸・前掲注 75『法研』238 頁四以下。そして、同『論集』79 頁以下および同『私法』242 頁三以下では、当初フランス通説によって排撃されたポアソナード説は、1968 年に破棄院が登記なくして対抗し得る第三者について「詐欺的協同」すなわちフロード説からフォート説に変更し、ポアソナードの理解がフランスにおいても受容されてきていることを示唆する。また、鎌田薫「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全」比較法学 9 巻 2 号 31 頁以下 (1974 年) は、その点のついて詳細にフランスにおける判例変更までの変遷を検討する。
- 84 七戸・前掲注 75『法研』238 頁以下。また、七戸と同様に、ポアソナード学説がその後のフランスにおいて通説化すること指摘する鎌田・前掲注 83・107 頁以下も、フランスにおいても制裁として機能が低下している点に着目し、公信力説の導入を示唆する。
- 85 大正期のドイツ法学の導入に対しては、「概念法学」や「欠点を含めたドイツ法学の全面的な採用をもたらし、ついには民法のフランス法式な制度・規定までもドイツ法(学)的に説明するという、今日から見れば滑稽ともいふべき結果にまでいたらせた」(星野・前掲注 5『法教』8 号 41 頁) という評価が存在する。

しかし、「第三者」論に関していえば、ドイツ法学の導入は、民法典しか解釈の手掛かりがなく機能論の乏しい「第三者」論の注釈期を、具体的な機能論を中心に据えた本格的な解釈へと脱却させたことにその意義を見出せる。また、辻伸行「石坂音四郎の民法学とドイツ民法理論の導入」前掲注 4『通史』108 頁注 10 は、「ドイツ民法理論の導入という事象は……(中略)……注釈法学の克服という視点もその原因、ないしは少なくとも導入を促進した要因とみることもできる」と指摘する。

- 85-2 また、本稿の校正中に、現在の不動産物権変動論を多角的な視点から整理する大村敦志「もうひとつの基本民法——二重譲渡」法学教室 265 号 (2002 年) に接した。本稿作成中に参考にできなかったことが悔やまれる。
- 86 松岡久和ほか「物権変動論の最前線——不動産の二重譲渡問題を中心に」姫路法学 20 号 149 頁 (1996 年) は、現在の中心的論者による共同研究会の記録である。現在の議論の先端を知ろうと貴重な資料といえる。

また、鎌田薫ほか「物権変動理論と公示制度の現実」THINK 95 号 9 頁 (1998 年・日本司法書士連合会会報) をはじめ、民法典施行 100 年を節目に、詳細に立法沿革史あるいは外国法の構造を再検討し(一例として、ドイツの公示・公信の原則の構造を明らかにし、継受法として認識されてきた同原則との相対化を試みるものとして、海老原明夫「公示の原則・公信の原則」法学教室 157 号 16 頁 (1993 年))、従来の法典あるいは学説継受の理解を、相対化する試みも見られる。

ほかにも、近時の詳細な立法史研究として、松尾弘「不動産譲渡法の形成過程における固有法と継受法の混交——所有権譲渡理論における『意思主義』の歴史のおよび体系的理解に向けて」横浜国際経済法学 3 巻 1・2 号, 4 巻 1 号 (1996 年) がある。

- 87 フランス法あるいは旧民法の継受を認め、その修正を試みるものとして、鎌田・前掲注 83・

107 頁以下および、七戸・前掲注 75 『法研』 238 頁以下などの公信力説あるいは悪意者排除論が、その代表的立場である。

また、ドイツ不動産登記法からの継受を認め、177 条の制度趣旨を「登記主義」に基づく画一的解決にもとめる一方、「公序良俗規範による第一契約者保護・第二契約者排除の規律」から修正を試みるものとして、石田剛「不動産物権変動における公示の原則と登記の効力——プロイセン＝ドイツ法の物権的合意主義・登記主義・公信原則」立教法学 46・49・51 号 (1997 年) および、「不動産二重売買における公序良俗」奥田還暦『民事法理論の諸問題(下)』129 頁以下 (1995 年・成文堂) がある。

88 本文最判を契機にした学説の反応については、本件判決批評およびその総括として田中淳子「民法 177 条『第三者』論に関するひとつの覚え書」国際関係学部紀要 [中部大学] 21 号 1 頁以下 (1998 年) 参照。

89 星野英一「日本民法学の出発点—民法典の起草者たち」(初出 1983 年)『民法論集(5)』147 頁 (1986 年・有斐閣) および、瀬川信久「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」北大法学論集 41 巻 5 = 6 号 393 頁 (1990 年)。

90 瀬川・前掲注 89・396 頁二以下では、梅・富井の民法解釈の方法論が紹介されている。その中で、梅・富井は、法律の解釈には、文字の意味による法文の解釈である文理解釈と論理解釈があるとす。そして、論理解釈とは、①他の規定の関連から導く解釈、②「立法者の精神」、立法された「時代の必要」による解釈、③外国の模範法を参考にする「母法の理義を明らかにする」解釈を意味し、このような論理解釈を文理解釈より重視していたことを指摘する。

91 加藤雅信「序章 日本民法百年史」『百年史』29 頁以下は、民法典の比較法的系譜について考察し、民法典の多様な法の継受を示唆する。それでも、物権変動では、フランス法の影響を指摘する。

92 鎌田薫「フランス不動産譲渡法の史的考察」

民商法雑誌 66 巻 3～6 号 (1972 年) および、「フランスにおける不動産取引と公証人の役割(一)——『フランス法主義』の理解のために」早稲田法学 56 巻 1 号 (1980 年) は、フランスにおける不動産取引の沿革の検討を通じ、公証人がフランスの不動産権原の公示に極めて重要な役割を果たす特色を示唆する。

93 富井政章「売主権論」法学協会雑誌 3・4 号 (1884 年)。

94 富井・前掲注 93 『法協』 4 号 21 頁以下。

95 藤原明久「富井論文書評」『百年史』480 頁は、この富井の物的編成主義への志向を「日本民法公布前に立法者たらんとする富井の自負を窺わせる」と評する。

96 「貴族院に於ける旧民法延期案に関する富井先生の賛成演説 (明治 25 年)」杉山直治郎編『富井男爵追悼集』154 頁以下 (1936 年・日仏会館)。

97 杉山直治郎「恩師富井先生」前掲注 96・79 頁以下。

98 ポアソナード草案の対抗要件主義の前提として想定された公示制度は、公証人が作成した「証書の登記」であった。しかし、その制度的前提は、旧登記法との関係で制定されなかった。「証書の登記」の概要を紹介する、高橋良彰「ポアソナードの不動産公示制度」東京都立大学法学会雑誌 29 巻 1・2 号 (1988 年) および、同・前掲注 86 『THINK』 43 頁以下参照。

99 梅謙次郎「不動産登記ノ制ヲ論ズ」法学協会雑誌 25 巻 4・5・7 号、26 巻 5・6・7 号、27 巻 4・7 号 (1907～1909 年)。

100 その構成は、①「不動産ノ権設定、移転ノ沿革」、②「登記スベキ権利」、③「登記スベキ事項」、④「登記ノ効力」とされていた。しかし、明治 43 年に梅の急逝のため、①の段階で未完に終わった。本論文の未完は、その完成によって以後の議論の錯綜を阻止できたという意味で悔やまれる。

101 梅・前掲注 99 『法協』 26 巻 5・6 号。

102 また、梅・後掲注 105 「適用範囲」38 頁でも、「併シ仏蘭西ノ登記法ハ我邦ノ登記法ナドト較

ベマスト種種ノ点ニ於テ不完全デアリマスカラ、之ヲ以テ我邦ノ民法ナリ、不動産登記法ナリノ標準トスルコトハ難イノdeal、外ノ点ニ於テモ標準トナラヌコトハ多イ」とする。

- 103 177 条の家督相続への適用の可否をめぐる一連の裁判例を分析したものとして、我妻栄『聯合部判決巡歴 I 総則・物権』111 頁以下（1958 年・有斐閣）、池田恒男「明治 41 年大審院『第三者』制限連合部判決の意義——不動産物権変動の歴史的理解のために」社会科学 28 巻 2 号（1976 年）、大河純夫「『第三者制限判決』における『正当ノ利益』概念について——『第三者制限連合部判決』研究ノート」立命館法学 133～136 合併号 118 頁（1977 年）、川井健「民法 177 条第三者制限説判決」『民法判例と時代思潮』（1981 年・日本評論社）、田中淳子『相続と登記』（1999 年・成文堂）などのほか、七戸克彦「判批」前掲注 61『百選』108 頁参照。
- 104 その後、同趣旨の大審院判決として、大判明治 39 年 1 月 31 日民録 12 輯 91 頁、大判明治 39 年 6 月 29 日民録 16 輯 1058 頁および、大判明治 39 年 7 月 6 日法律新聞 367 号 17 頁などがある（大河・前掲注 103・128 頁二以下参照）。
- 105 梅謙次郎「相続ニ因ル物権移転モ之ヲ登記スル非サレハ第三者ニ対抗スルコト得ス」（初出 1907 年）『最近判例批評（復刻版）』515 頁（1995 年・新青出版）、「法典質疑録——民一六八六」法学志林 9 巻 3 号 65 頁（1907 年）および、「民法第百七十七条ノ適用範囲ヲ論ズ」法学志林 9 巻 4 号 1 頁以下（1907 年）。主に『最近』を検討する。
- 106 瀬川・前掲注 89・413 頁も、論理解釈の②（前掲注 90 参照）の手法に相当するものであると評価する。
- 107 梅・前掲注 105『最近』521 頁では、「隠居及ビ入夫婚姻ノ場合ニ登記ヲ要スルコトハ民法ノ初稿ニハ明カニ之ヲ規定シタ」が、重複の嫌いや他の原因によって相続が開始する場合も登記すべきであるとしても「差支ナキコト」ことから「総テ民一七七依ルベキモノトシ」たことを附言

する。

また、梅・前掲注 105「適用範囲」38 頁以下でも、詳細な同趣旨の説明をしている。梅の理解を知る上で重要と思われるので、引用し検討しておく。その中で、「第三者が登記簿ヲ見サヘスレバ不動産上ノ権利義務ハ明カニナル、ソレヲ信ジテ取引スレバ間違ヒナイト云フノデ、登記ト云フモノハ貴イモノdeal」としている。つまり、取引関係に入る第三者の調査義務は、登記簿の閲覧さえすればよく、177 条は、その調査義務を果たした第三者の信頼を保護しようとする機能を果たすと理解していた。また、大審院は、受益者が登記の可能である状態になれば、登記の懈怠の責めを課すことはできないし、相続は 177 条の適用範囲から除外されるべきとするものであるが、それでは遺贈あるいは権利の放棄といった法律行為さえも受益者がその変動を認識できないことがあるとして、適用外にしてしまうことになり、「第三者が意外ノ損害ヲ被ムルヤウナ場合ガアル、即チ登記簿ヲ設ケタル精神ニ反スル」とするのである。

- 108 富井・前掲注 6⑥・69 頁も、相続についても、177 条の適用範囲とする見解に立つ。しかし、「民法第百七十七条及ヒ登記法第一条ニハ登記スベキ事項ヲ指定スト雖モ其原因ニ関シテハ何等ノ制限ヲモ設クルコトナシ」という文言解釈の理由づけとどまっている。
- 109 また、瀬川・前掲注 89・418 頁は、本稿の検討とは反対に、梅・富井の 177 条の機能論について「公示制度の広範な適用による取引秩序の確立である。それは、より勤勉なものを保護しようとするという、早い者勝ちの論理である」として、本稿にいう「登記懈怠の制裁」や、「自由競争の論理」の存在を指摘する。
- 110 大河・前掲注 103・127 頁参照。
- 111 連合部判決後の起草者の反応として、富井『民法原論第二巻物権（合冊）』70 頁（1922 年・有斐閣書房）は、連合部判決による判例変更^{……}に賛意を示す。しかし、判例変更後の明治 44 年に出版された、梅・前掲注 6⑦・14 頁以下は、「殊ニ

- 立法ノ理由ヨリ考フルモ我民法ニ於テハ不動産ニ関スル権利ノ状態ハ総テ登記ニ由リテ之ヲ知ルコトヲ得セシメ以テ第三者ヲシテ不慮ノ損失ヲ被ムルノ虞ナカラシメンコトヲカメタリ」と前掲注 105『最近』と同様の機能論から、相続への適用を認めない 38 年判決を批判するが、連合部判決への反応を示す記述が見当たらない。
- 112 梅・前掲注 105『最近』517 頁以下でも、機能論について、大審院の「登記義務ヲ負担セシメ、其制裁トシテ」の理解と、梅の「登記制ノ第三者保護ノタメニ設ケラレタ」とする理解の対立として捉えている。
- 113 七戸克彦『「法源」としてのボワソナード民法典——物権変動を素材にして』法律時報 70 巻 9 号 36 頁以下 (1998 年) は、大審院設置 (明治 8 年) から明治民法施行 (明治 31 年) までの大審院判例を検証し、不動産物権変動の領域において旧民法が裁判規範として活用されてきたことを確認する。
- 114 新民法典の理由書の不存在については、前掲注 13 参照。
- 115 井上正一「仏国民法ノ我国ニ及シタル影響」法理研究会編『仏蘭西民法百年記念論集』53 頁以下 (1905 年・法理研究会)。
- 116 井上・前掲注 115・74 頁。また、池田・前掲注 103・175 頁以下は、本判決の意思表示制限説の根拠が明確でないとしながらも、大審院の登記観が、フランス法 (注 14) あるいは、その当時の法曹教育に携わったボアソナードの考え方 (注 15・16) と共通することを指摘する。
- 117 明治 38 年判決から 41 年の連合部判決に至るまでの間、判事の交代があった。38 年判決および同趣旨の判決を下した民事第二部は、裁判長寺島直をはじめ、今村信行、柳田直平、掛下重次郎、清水一郎、大倉鈕蔵、榊原幾久若によって編成されていた。41 年判決時には、第二部では、裁判長に寺島から田部芳が、柳田から牧野菊之助が判事に着任する (また、第一部では、裁判長が、南部甕男から富谷銚太郎に交代したのをはじめ、3 人の判事が交代している)。特に、不動産登記法の起草委員である田部が判事に着任にしたことは注目される。
- 118 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 1—法典調査会民法議事速記録一』584 頁以下 (1983 年・商事法務研究会)。
- 119 前掲注 118『速記録』589 頁以下。
- 120 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 26—法典調査会不動産登記法議事筆記』6 頁以下 (1986 年・商事法務研究会)。しかし、結局、登記は当事者の申請のみならず、登記官の職権による登記も存在するから、当事者のみならず登記官をも名宛人とする同条の趣旨から、当事者のみを名宛人とする「得」ではなく登記官をも含む「為ス」に決定した。
- 121 松尾・前掲注 86『横国』4 巻 1 号 146 頁以下は、穂積の発言等の検討を加えながらも、本稿の検討とは反対に、「民法 177 条が 176 条を受けて登記の任意主義 (目的) をとりながら、登記すべき物権変動の範囲や第三者の範囲を規定しないのも、あくまでそうした自発的登記を間接的促すための手段として説明される」とする。これに対して、同論文の書評である横山美夏「民法学のあゆみ」法律時報 68 巻 12 号 99 頁 (1996 年) は、「『自発的な登記』に一定の意義を認めることができるとしても、自発的に登記しないことに対するサンクションが、広く第三者に所有権取得を対抗できないというのは、間接的に促すという目的に比してサンクションが過大であって、説明として妥当といえないのではないか」と松尾論文に疑問を投げかける。
- 122 梅・前掲注 6⑦・7 頁以下。
- 123 富井・前掲注 6・62 頁以下。
- 124 また、富井は、このような趣旨であるとしても、悪意の証明がなされた場合は、その第三者には損害生じる危険はないとして、立法論上の問題点はあると指摘する。
- 125 また、起草者意思について、同様の示唆するものとして、多田・後掲注 131・426 頁以下。
- 126 前掲注 118『速記録』584 頁。
- 127 梅・前掲注 6⑦・18 頁以下。

- 128 前掲注 118『速記録』584 頁で、穂積は趣旨説明の中で「或ハ相続モ之等ノ問題ガ随分諸国ニアリマセウガ、矢張り相続丈ケハ登記シナケレバナラヌト云フコトデアリマスレバ、本条ニ当タルノデアラウ」として、相続は、177 条の適用範囲内であるとする。
- 129 この間の大審院の判例を考察する池田・前掲注 106・165 頁一以下は、41 年判決以前にも、36 年判決等制限説を採る判例の存在を指摘し、「〔41 年判決〕を『無制限説』から『制限説』への大審院の変更を示した判決とみることは……(中略)……できず」とし、同判決の意義について、「実質的に『制限説』と同じ結果をもたらす法律構成の中で『第三者』制限という構成を確立したこと(197 頁)」にとどめている。この評価は、本稿の検討とは反対に、36 年判決と 41 年判決を機能論において同じものと理解すると思われる。
- 130 近時、このような機能論を示唆するものとして、ドイツ法における消極的公示規定の検討から展開する、多田利隆「民法一七七条の『対抗』問題における形式整合性と実質的整合性」民商法雑誌 102 巻 1・2・4 号(1990 年)ある。
- 131 星野英一「取得時効と登記」(初出 1975 年)『民法論集(4)』(1978 年・有斐閣)。
- 132 滝沢幸代「取得時効と登記——二重譲渡ケースを中心に」成城法学 19・22 号(1985 年)
- 133 富井・前掲注 6・71 頁以下は、「立法ノ本旨ニ基キ時効ニ因ル取得ト雖モ登記ヲ必要」とし、梅・前掲注 6⑦ 16 頁以下は、取得時効では、登記は前権利者が登記名義人であることがほとんどであり、適用範囲から外すことは、「其第三者カ不慮ノ損失ヲ被ムルベキコトアルヘキハ洵ニ明ナリ。豈ニ立法者ノ意思ニ合ナウモノト謂フヘケンヤ」と説く。
- 134 当該不動産にもとづく検索を可能にする「不動産票箱」の制度は、日本に遅れること 70 年後の 1955 年でのフランスの公示制度の大改正によって導入された(星野英一「フランスにおける一九五五年以降の不動産物権公示制度の改正」(初出 1959 年)『民法論集(2)』(1970 年・有斐閣)参照)。
- 135 旧登記法を検討したものとして、福島正夫「旧登記法の制定とその意義」(初出 1939 年)ほか『福島正夫著作集第四巻民法(土地・登記)』329 頁以下所収論文(1993 年・勁草書房)や、清水誠「わが国における登記制度の歩み—素描と試論」日本司法書士連合会編『不動産登記制度の歴史と展望』99 頁以下(1986 年・有斐閣)および、松尾・前掲注 86 論文がある。また、前掲注 75 滝沢論文の書評である大河純夫「民法学のあゆみ」法律時報 52 巻 3 号 130 頁(1980 年)も、明治維新直後からの登記制度に対する詳細な研究の存在を指摘し、わが国登記制度の歴史的検討の必要性を示唆する。

(ないとう やすゆき 北海道大学法学研究科修士課程修了)