慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	物權の變動について (下)
Sub Title	
Author	勝本, 文夫(Katsumoto, Fumio)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1947
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.20, No.3 (1947. 12) ,p.19- 48
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19471201-0019

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

物權の變動について（下）

故　勝本文夫

第二章　物權變動の第三者に對抗する要件

第一節　物權變動に關する公示の原則及び公信の原則

物權變動に關して公示の原則及び公信の原則といふ二つの原則が存在することが認められてゐる。公示の原則とは物權の變動には常に外部より認識し得る何等かの表象（例へば登記・登錄・占有）即ち公示方法を伴ふことを必要とする旨の原則であり、公信の原則とは物權の存在を推定せしむるやうな一定の外形殊に前記の公示方法を信賴した者は實際は權利が存在しなくとも存在したと同樣なる保護を受くべきものとする原則である。物權は本來排他性を有する權利であるから、外部より認識し得る表象を有しない者が物權者として排他的權利を主張しうるものとすれば、第三者は意外の損失を蒙り取引の安全は破壞されることとなる。然るに若し外部的表象があれば第三者はこれに基いて何人が物權者であるかを容易に知ることができ更に公信の原則が採用されれば偶〻表象と物權者とが異つてゐても損失を受ける虞れがないのである。而してこの表象としては現在に於ては原則として不動產については登記、動產につ

いては占有が用ひられてゐる（但し英法系の主義は大いに異る）。

公示の原則は必然物權變動の表象のないことを信賴した第三者は保護せられるといふ意味の公信の原則即ち消極的公信の原則を含んでゐる。併し物權の得喪變更あることの表象の存在を信賴した第三者は保護せられるといふ意味の公信の原則即ち積極的公信の原則まで當然に含むものではない。從つて第三者を完全に保護せんとするならは公示の原則の他に積極的公信の原則をも採用する必要のあることは前述の如くである。けれども第三者を保護するといふことは決して好都合なことばかりではない。その反面本來の物權者の靜的安全を犧牲にしなければならない。消極的公信の原則は物權者或は物權變動の合意を爲した者が自らその表象を作れば實際上適用を受ける場合がなくなり損害を蒙らずに濟むが、積極的公信の原則は眞の物權者の不知の間に適用せられることが多く、物權者の靜的安全を脅すことは前者に比して甚だ大である。故に表象の意義を如何に定むるかといふことは之等の事情をも考慮に入れて決めなければならぬ重要な問題であつて、獨民法に於ては登記又は引渡を物權變動の要件とし且登記については全面的に而して引渡については權利取得（即時取得）の範圍内に於て積極的公信の原則をも採用したのに反して、比較的當事者の靜的安全を尊重する佛民法及び我民法は單に物權變動について登記又は引渡といふ公示方法を設けかかる表象がなければ變動を第三者に對抗し得ないこととしたにすぎないのである。併し乍ら不動產に關する限り登記に積極的公信力を認めないときは不動產取引殊に不動產金融を不安ならしむるものであつてこれは今日の經濟の實情にそはないものと言はなければならぬ（末弘氏前揭一一一頁以下、我妻氏前揭四六項）。故に不動產については登記制度を改正すると共に斷然形式主義を採用し更に積極的公信の原則を採用すべきことは明かである。之に反して動產については今日廣く行はれてゐる簡易の引渡等の略式の引渡はその名のみあつて實は引渡としての表象的價値が少くそのために取引の安全が害され得ることになる。されば之言つて之等を引渡より除外するときは動產の有效なる取引は著しく阻害

せられ全然取引の實情を無視した結果に陷る。かかる事情から動產については意思主義により　第三者保護のためには積極的竝びに消極的公信の原則を適當に採用して行くのが最も適切であると思はれる。

我民法一七七第及び一七八條は登記及び引渡を對抗要件としてゐる。故に我民法は物權變動が必ず公示方法を伴ふことを要するといふ公示の原則を採用したものではない。又我民法は登記に基いて物權變動が行はれたものと信じた第三者を保護する旨の規定を設けてゐないから、不動產に關する限り私のいふ積極的公信の原則は採られてゐない。動產については第一九二條によつて權利取得といふ範圍內に於て積極的公信の原則が採用されてゐる。然らば第一七七條及び一七八條の「對抗することを得ず」といふ文言は如何なる意義を有するであらうか。これらの規定の意味は結局、第三者が物權の得喪變更の登記なき事に信賴して行爲を爲したときは事實得喪變更なき場合と同樣の保護を受けるといふことであつて、これは前に述べた消極的公信の原則に他ならない。卽ち我民法は物權の變動に關して消極的公信の原則を採用したものである。而して第三者を保護するためには公示の原則を採用しなくとも公信の原則を採用すれば充分なのであつて、我立法者が對抗要件を定むることを以て滿足した所以もここに存する。唯公示の原則を採用せずして公信の原則のみを採用するときは信賴の內容と實際とが一致しない場合が多く、從つて本來の物權者の靜的安全が害せられることが多いだけである。而も公信の原則の採用が消極的のものに限られる場合には、物權を取得せんとする者は意思表示のみに因つて物權を取得しうることの便宜を享受することと或程度の煩はしさを忍んで對抗要件を具ふることの二者孰れかを選擇しうるのであるから、かかる者の立場からのみ言へば後者しか選び得ない公示主義（形式主義）よりも好都合であると云ふことができる。

第二節　「對抗スルコトヲ得ス」の意義

この問題に關しては學說區々であるが以下に於て順次それらの學說に觸れて行きたいと思ふ。

一、第三者に對する關係に於ては絕對に物權變動の效力がないとする說（川名兼四郎氏物權法要論一四頁以下）。この說によれば二重讓渡の場合を簡單に說明しうるといふ長所があるが、（イ）物權變動は當事者の意思表示のみによつて其效力を生ずる旨の第一七六條は殆んど無意義となること（當事者間に於てのみ物權變動があつたと同樣な債權的效果を發生せしめることは形式主義の下に於ても可能である）（ロ）第三者の是認權が認められないこと（ハ）二重讓渡の場合は他の說によつて解決しうること、の理由によつてこれを採らない。

二、物權はその變動についての公示の原則の採用せられてゐる限り、表象を備へなければ完全な排他性を有し得ないから、第一七六條は第一七七條及び第一七八條によつて制限せられ完全に排他性ある物權を生ぜしめない。從つて讓渡人も未だ全くの無權利者でなく讓受人も完全な物權者とならず二重讓受人も同樣であるとする說（我妻氏前揭八三頁以下、末川博氏物權法新法學全集第八卷一〇九頁）。この說は甲が乙に讓渡しておき乍ら未登記なるに乘じて更に丙に讓渡した場合について後述する否認權說によれば丙が甲乙間の讓渡の有無を知らず從つて敢へて否認權の行使をしない場合の說明に困るであらうと主張するのである（我妻氏前揭八三頁）。けれども丙が個々の物權變動を知らなくとも、自己の權利を登記等に依つて主張する以上これと矛盾する物權の變動は總て否認する趣旨なることは明かであり、いはゆる否認權は明確なる獨立の意思表示に因つて行使せられることは必要でない。又不完全なる物權がいくつでも發生するといふ考へ方は第一七六條に反し又不動產所有權の場合に各人が登記をしないときは何人が使用收益しうるかといふ簡單な問題さへ解決しえないからこの說にも贊成しえない。

三、物權變動は當事者間の意思表示に因つて效力を生じてゐるが、當事者の側より第三者に對してはこれを主張し得ないことであるとする說。この說によれば第三者の側より物權變動を認むることは差支ないとするのであつて通說

である。この說は最初は第三者に對して主張し得ないとか、第三者が先づ手續を了へたときは第三者との關係に於ては第一取得者に移轉したかつたことになるとかいふ漠然たる考へ方であつたが(富井氏前揭五九頁以下)、現在に於ては第三者は否認權竝びに是認權を有し第三者はその執れを行使するも差支なく、從つて異る第三者によつて否認と是認とが別個に爲されることも可能である、といふやうに明確な說となつて來てゐる。これについて第三者が當事者間に於ける物權變動の效力を否認せんとする場合には第三者より登記又は引渡の缺點を主張し且立證すべきものとるなとする說(石田氏前揭九五頁以下)。と第三者に於て登記缺點の事實を主張して本條の保護を求めたことを必要としない、とするが如くに思はれる說とがある(末弘氏前揭否認權說なることについては一六六頁、登記缺點の主張については一五四頁、尤もこれは大審院の考として述べて居られるのであるが本文中に擧げて居られることより見れば恐らく之に贊成だとせられるのであらう)。前に述べた不完全物權讓渡說もこの後の說と結論を同じくしてゐる。この後の說は登記欠缺の事實が裁判所に判つてゐれば第三者には主張責任も立證責任もないとするのであるが、これは立證責任なるものが裁判所に於て心證を得られない時の救濟手段であることを忘れた譯であると思ふ。さればといつて私は無條件に前說に贊成するものではない。主張責任及び立證責任は必ずしも權利が何人に存するかといふことのみに基いて決定すべきではなく、事實の蓋然性、立證の難易等をも考慮に入れなければならぬものと信ずる。從つてこの問題は「對抗スルコトヲ得ス」なる槪念の理論的構成に寄與する所が少いものと言はねばならぬ。執れにしても否認權說は民法第一七六條第一七七條第一七八第の規定に最も忠實なるものであり且他說の攻擊する如き缺陷を伴ふものでないから否認權說を以て正當と認める。

四、物權變動は第三者に對する關係に於ては勿論であるが當事者間に於ても效力がなく、單に債權的效力のみ存するとなす說(吾妻氏前揭二三〇頁以下)。この說は結局第一七六條を全然無視するものであるから贊成し難い。

對抗することを得ずといふ問題に關する學說の大要は以上の如くであるが、甲が一旦乙に所有權を讓渡した以上無權利者であるから再び丙に讓渡し得ない筈であるのに讓渡行爲を爲して丙が登記すれば甲丙間の讓渡が甲乙間の讓渡に優先するのは如何なる法理に基くかといふ問題がある。この點については民法起草の任に當つた三氏共に全然考慮してゐなかつたものの如く、法典調査會に於ける一委員の質問に對してその意味さへ了解し得ず、問答の末やうやく之を了解して穗積氏より單に法律の働きに因る旨を答辯してゐる。或は富井氏が不動產登記法第六條を以て根據としてゐると爲してゐる學者もあるが之は恐らく誤解であらう。富井氏前揭五八頁は單に第一七七條及び第一七八條の適用の結果を示したにすぎず前述の法理については觸れてゐない。たゞ物權設定の場合には雙方共に登記を受けることも多いから第一七七條が如何に適用せられるか疑問の如くであるが之については登記の前後に依るとして不動產登記法第六條を引用して居られるものと思ふ。私見によれば物權は目的物（權利）から直接に利益を受くることを得る權利であるから之と同一內容を有する他の權利の同時併立を許さないことは當然であり、この性質は物權たる以上意思表示のみによつて生ずる物權にも亦存しなければならぬことは云ふまでもない。若し排他性のない物權を認むるならば物權の定義から再檢討を要することになる。而してかくの如く物權に排他性を認むる以上は二重讓渡といふことは外見上行はれても實質上は不可能である。卽ち最初の讓受人の讓受が有效なる限り表面上は第二の讓受が行はれても、その讓受は效力がない。乍併他方に於て第三者保護の必要がある。そこで若しも物權に排他性がなければ第一の讓受人にも第二の讓受人にも權利を與ふればよい。然るに物權には排他性があるから一方に權利を與ふれば他方に與ふることはできない。そこで第三者の保護を重しとして第三者に權利を與へるには本來の物權者から權利を奪はなければならぬ。この一方より權利を奪ひ他方に與へる方法に二種あり一つは我民法第百九十二條が認めた方法で一方の權利を全く消滅せしめ他方には權利を原始的に與ふるものであり、他の一つは先きの物權變動を否定し讓渡人が權利者で

あつたこととし之によつて後の外見的の物權變動を有意義ならしめ後の讓受人を物權者とする方法である。我民法の第一七七條及び第一七八條は後の方法を採用したものに他ならぬ。然らばこの場合に於て何故に「對抗スルコトヲ得ス」といふ漠然たる用語を使用するにとどめ上述の關係を明瞭ならしむるに足るべき用語を使用しなかつたかと云へば、保護せらるべき第三者は物權を取得すべき行爲を爲した者のみに限られないからである。卽ちかかる第三者を保護するには物權者の權利を奪ふ必要のないことは明かである。例へば甲がその所有の不動產を乙に讓渡したが未登記である場合に於て、先きに甲より第三者に對抗しうべき賃借權の設定を受けた丙が甲に對して賃料を支拂つた如き場合に於ては、丙の保護は單に賃料支拂が有效と認められることを以て足るのである。卽ち賃料支拂の時に於て所有權者從つて賃貸人が甲であるといふ單に債權的效果を有するに過ぎない抗辯權を認めれば良いのであつて、それ以上の事は第一七七條の保護の趣旨を逸脫してゐる。かかる結論は否認權說の當然の歸結であると信ずるが、從來學者はこの點に關して明確な說明を與へてゐないため、常に否認權の行使と物權の所在とについて疑問を生ぜしめてゐたことは甚だ遺憾である。なほ前例に於て丙は既住の賃料支拂に關しては乙の所有權取得を否認し、今後の賃貸借關係については乙の所有權取得を是認することも可能である。同一人が是認したり否認したりしてはならないと云はれるのは同一時期についてである。

以上に於て「對抗スルコトヲ得ス」とは結局、第三者に否認權を與へる意味であること、否認權は保護せらるべき第三者の利益の相違によつて一つは通常の取消權の如く絕對的物權的效力を有し之によつて物權變動は（特定の者―殊に當事者間―に於て債權的に存在したものと認められる場合の他）行はれなかつたこととなるのに對して、他は債權的效力を有する一種の抗辯權であつて、物權變動は最初行はれたままに存續し、唯當該第三者との間に於て物權變動なかりしと同樣の取扱ひを受けるにすぎない（後の否認權が債權的であると云つても之は第三者と當事者間に於て

のみ問題となるにすぎないと云ふ意味ではなく第三者と第三者との間に於ても問題となり得ることは通常の債權が債權者との間に於てのみ問題となるのではないのと同樣である）。この兩種の否認權の行使方法は大いに問題であるが、前者即ち物權的否認權は自己の取得した權利の對抗要件を具へるといふ行爲によつてのみ行使せらるべきであり、後者即ち債權的否認權は物權變動ありとの主張を容認することにより損失を蒙る場合には何時でも行使しうる。前者は一旦行使せられたときは目的を到達して直ちに消滅するのに對して、後者は物權變動の主張が行はれる度毎に之に對して行使しうる。前者は登記の申請若くは占有の取得自體が既に否認權の行使であり之以外の方法による否認權の行使は認められないのに反し、後者は種々な形式に於て種々な場合に行ふことができる。二重讓渡の法理については既に述べたが更につけ加へて言へば（a）兩讓受人が共に對抗要件を具えないときは第一の讓受人のみが物權者である（b）この場合に雙方の讓渡行爲を知らず或は第二の讓渡行爲のみを知つてゐた第三者—殊に第二の讓受行爲を承認し讓受人と取引關係に入つた第三者—はその有する利益に應じて物權的若くは債權的否認權を取得する（c）第二の讓受人及びその他の第三者が物權的否認權を行使しない間に—即ち對抗要件を具えない間に—第一の讓受人が對抗要件を具備すればその者が依然として物權者でありその物權は何者によつても奪はれない（但し對抗要件を具えない間に發生した債權的否認權はこの場合にもなほ殘存する）。（d）第一の讓受人が對抗要件を具えない間に第二の讓受人が否認權を行使したときは第一の讓受人に對する讓渡は存在しなかつたこととなり第二の讓受人が物權者となり且この第二の讓受はそのまま對抗要件を具備するからその取得した物權は何人によつても奪はれないものとなる（但しこの場合に於ても對抗要件不備の間に發生した債權的否認權は殘存する）。かくして物權は如何なる場合に於ても一人のみ存するから、排他性なき物權を認むる必要がない。

なほ否認と「對抗スルコトヲ得ス」とは同一義でないとする說もあるが、第三者に對する效力のない物權なるもの

は物權の本質上認むることを得ず、さればと云つて形式主義と同一に解し全然效力なきものとすることは第一七六條に反するから「對抗スルコトヲ得ス」とは第三者の側より言へば否認することを得るといふ意味であると解するのが最も適當であると爲すにすぎない。

次に特に注意したいことは「對抗スルコトヲ得ス」とは單に當事者より第三者に對して對抗し得ないのみならず第三者より他の第三者に對しても對抗し得ないことである。例へば甲乙間に物權の讓渡が行はれ且對抗要件が具備せられてゐない場合に於て、甲の債權者丙は讓渡を否認し、乙の債權者丁は讓渡を承認して、それ〴〵差押を爲さんとする場合に（通常の債權者が所謂第三者の中に入るか否か問題であるが）解釋することを得ざる困難なる問題を生ずると非難する者もあるが、これは前述の法理を解しないためである。即ちこの場合には丁といへども物權の變動を以て丙に對抗しえないのである。但しこの問題は債權者の第三者としての資格、差押の效力（二重差押の禁止—動產に關する民訴第五八六條の規定—及び差押の對抗要件としての效力の問題）等に關聯してその解決は相當に複雜ならざるを得ないが、ここでは單純なる第三者に對する對抗問題と假定して否認權說によつて充分證明せられうることを述べたにすぎない。

最後に二重讓渡の場合に於て執れの讓受人も對抗要件を具備してゐない場合に(a)かかる場合には實體法上の關係を遡つて、先づ權利を得た者を以て權利者と認めなければならないとする說（中島玉吉氏民法釋義物權篇六八頁）及び(b)讓受人は相互にその權利取得を以て相手方に對抗できないのであるから先づ登記を濟ませた方が優先するといふ說（末川氏前揭一一四頁、石田氏前揭一一二頁、我妻氏前揭八五頁）とがある。この兩說は大いに異る如くであるが兩說共に正當である。即ち兩者共に登記を經てゐない場合には後の讓受人は否認權を行使してゐないから、先づ權

利を得た者が權利者である。けれども先の讓受人が先づ登記すれば勿論であるが後の讓受人が先づ登記しても、とにかく先づ登記を濟ませた方が優先する。これは判り切つたことである。問題は兩讓受人が共に處分禁止の假處分を行つて相互に登記を妨げた場合又は兩讓受人が同時に登記申請を行つた場合に生ずる。先づ假處分について云へばかかる假處分の效力は假處分以前に既に讓渡を受け單に登記手續を殘すのみとなつてゐる第三者のために登記を爲すことを妨げる效力を有するものではないと解する。即ち未登記の讓受人は自ら登記を爲す以外の手段によつて他の讓受人の登記を妨げる權利を有しない。但しこの假處分を免れるためには一旦裁判上の手續を必要とするであらう。次に同時申請の場合について云へば登記官吏は書面上に表はされた讓渡の日附により先づ讓受けた者のために登記すべきである。なほ未登記のままで雙方が訴訟上爭ふ場合もあるが、かかる場合に各讓受人が有する否認權は債權的否認權であつて當該訴訟に關してのみ他方の權利を否認するものである。即ち物權變動を受けた第三者は必ずしも物權的否認權のみを有するのではない。

第三節　「第三者」の意義

第三者といふのは一應當事者に對立する概念である。そして當事者といつてもその地位を承繼した包括承繼人も同一に扱はなければならないから一般的に言へば當事者及びその包括承繼人以外の者が第三者である。けれどもかかる者が總て本條に所謂第三者とならないことは不動產登記法が(イ)詐欺又は强迫に因つて登記の申請を妨げた第三者（第四條）及び(ロ)他人のため登記を申請する義務ある者（第五條）を除外してゐることによつても明かである。併しこれ以上第三者の範圍を制限すべきか否かといふことは明文がないために、學者間に於て議論が一致してゐない。

一　善意の第三者に限るか否かの問題

第三者の善意惡意區別の問題は民法制定當時より論議せられたのであり、舊民法財産編三四六條三五〇條がこの區別を爲してゐるにも拘らず現行民法に於て區別の文言を挿入しなかつたのは起草者としては之を區別しない方が良いと考へたためであつた。その理由は梅氏によれば理論的であるといふこと即ち區別することは公示の原則に反するといふことであり、富井氏によれば第三者の善意なることを要件とすれば其意思の善惡に關して屢爭議を生じ擧證の困難なるが爲めに善意者であり乍ら惡意者と認定されることがあり得るからといふのである（但し富井氏自身はこの理由にも前の理由にも反對であるが解釋論としては區別しない說である）。之等の主張に對して富井氏自身の反對說を引用すれば（a）善意惡意を區別しないことは登記及び引渡を以て單純なる公示方法と爲した趣旨に適合しない（民法が第一七七條、第一七八條によつて第三者を保護せんとする立場を採つてゐる以上この結論は當然であつて惡意の第三者は全然保護の必要がないからである。從つて善意惡意を區別する學者は勿論であるが之を區別しない學者も前記兩條を第三者保護の規定と解する以上、惡意の第三者を除外するを以て當然なりとなさざるを得ないであらう）（b）未だ登記を爲さず又は引渡を受けざる權利者に於て第三者の惡意を證明すべきことは當然であるから第三者に損害を來す危險は殆んどないといふ非難が成立つであらう（富井氏前揭六三頁）。更に法文に單に第三者とあつて善意の第三者と規定してゐないといふことは單なる文字解釋であつて論理解釋によつて左右せられ得べきものである。このことは單に第三者と規定するにも拘らず正當なる利益を有する第三者に限るとなす說が相當有力であることに依つても明かである。ここに於て善意惡意を區別しない說が最も有力な根據となしてゐるのは、惡意の第三者には登記なくして對抗しうるとなすときは第三者が登記を取得した後に於ても未登記讓受人から第三者の惡意を主張してこれを爭ふ餘地

を生じ法律關係の紛糾を生ずる、元來物權公示の原則は具體的の場合に於ける善意惡意を問はず外形によつて畫一的に規律することによつてよくその目的を達するに至る、といふことである（末弘氏前掲一五八頁、我妻氏前掲九〇頁等）。併しこれに對して先づ言ひたいことは我民法は公示主義を採つてゐないから―從つて善意惡意といふ問題が生ずるのであるが―所有權はとにかく第一の讓受人に在りこの權利を惡意者即ち刑事上より見れば横領或は背任の共犯者とも見らるべき者を保護するために奪ひ去ることは公正を旨とする法律制度の目的に反し又われ〳〵の法律感情を害することが甚だしいことである。惡意者を除外するといふも要はかかる場合即ち明かに不都合なる者と判つてゐるにも拘らず之を保護しなければならぬといふやうなことを無くすれば良いのである。このために訴訟を繁くするといふ非難は當を得ない。何故ならばかかる訴訟は正當なる者が不當なる者の侵害を蒙つたために保護を求むるものであるから、惡意者を保護して訴訟の道を塞ぐこそ最も好ましからざるものと言はねばならぬからである。登記が爲された後に於ても善意惡意が爭はれこれによつて法律關係が複雜となつても解決し得ない問題はない。即ち惡意者のために登記ある場合に於ける第三者の立場は、讓渡が行はれたにも拘らずその物權變動の登記が行はれなかつた場合即ち通常の未登記の場合の第三者の立場と異らないからである。若しも之等の問題の發生を避けんとするならば我民法は獨民法に倣つて形式主義（公示原則の採用）を採るべきであつたのである。

なほ畫一的に規律すると云ふも今日に於ては第三者に是認權の存することは定說であり而も一旦是認した以上最早否認し得ないことは明かであるから當事者側よりかの第三者は既に是認したりと稱して爭ふ餘地の存すること惡意の第三者に對すると異らない。

以上によつて第一七七條及び第一七八條にいはゆる第三者は善意の第三者に限るべきことを明かにしたのである

が、私はこの善意惡意區別の問題を次に述べんとする正常なる利益（權利）を有する第三者の問題を論ずる場合に應用したいと思ふので先づ之に言及した次第である。

二　登記又は引渡の欠缺を主張するにつき正當なる利益（權利）を有する第三者に限られるか否かの問題

第三者の範圍は當事者、その包括承繼人及び不動產登記法第四條第五條に規定する者以外の總てに及ぶとする無制限說は最初は多數說であつたが、明治四一年一二月の大審院聯合部判決が「民法第一七七條ニ所謂第三者トハ當事者若クハ其包括承繼人ニ非スシテ不動產物權ノ得喪及變更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ權利ヲ有スル者ヲ指稱ス」としてから判例は勿論學徒も追々之に倣ひ、今日に於ては寧ろ多數說となつてゐる。

先づ無制限說の論據を見るに鳩山秀夫氏は民法研究第二卷二五頁以下に於て大要次の如く述べて居られる。即ち(a)對抗要件の制度は啻に取引の安全を保護するに止まらずして、第三者に對抗し得べき絕對權の性質上汎く第三者を保護するためであること(b)法律が第三者に對抗し得べき有力なる權利を個人に賦與するに當つては之に因つて第三者に損害を及ぼすことなきを以て條件としなければならない、登記を對抗要件とするのはこの原則適用の當然の結果であつて、取引の安全のために之等の權利に對して設けた特殊の制限と解すべきでないこと(c)不動產登記制度の理想は不動產に關する一切の法律關係を登記簿によつて明瞭ならしむるにあり、我國法は公信主義を採らざるが故に此理想を距る事未だ遠いけれども我國法の文字我登記制度の許す範圍內に於ては此理想に最も近き解釋を採るは法の適用に關與する者の任務なること(d)この說の實際上の結果が妥當であること等がそれである。

併しこれについては既に善意惡意の問題に關して述べたやうに、公示の原則即ち形式主義の下に於では單なる讓受行爲を爲した者は未だ物權者ではなく從つて第三者が權利を取得することによつて、自らは權利を取得することがで

きなくなつても、それは單に取引の機會を逸したに過ぎないのに對して、我民法の下に於ては第一の讓受人はとに角物權者となるのであるから、若しも第三者に權利を與へんとするならば讓受人が一旦取得した物權を奪はなければならぬ。從つて我國に於ては第三者の範圍を擴張すればする程物權者がその權利を奪はれる機會が多くなるのである。もとよりその第三者が保護に値ひするものであるならば、かかる結果を忍ばねはならぬことは明かであるが、若しも保護に値ひしない第三者があるならば、これを除外するのが當然ではあるまいか。私はかかる第三者の例として惡意の第三者を擧げるに躊躇しない。けれどもそれ以外に於て除外さるべき第三者ありやといふことは更に檢討を要する。而してその際鳩山氏の主張せられる實際上の結果の適否といふことは最も問題とせられなければならぬ。

これに對して第三者の範圍を制限せんとする說は甚だ區々である。

先づ判例の態度は第三者を「登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ權利—利益—ヲ有スル者」に限つてゐる。その理由は第一七七條は同一の不動產に付き正當の權利若くは利益を有する第三者をして登記によつて物權の得喪及び變更の事情を知悉し以て不慮の損害を免るる事を得せしむるものであるから、之に相應する制限を附すべきである、といふに在る。更に對抗とは彼此利害相反する時に於て始めて發生する事項であるから、不動產に關する物權の得喪及び變更に付て利害關係なき者は第三者に該當しないことが明かであり、利害關係があつても本條制定の理由からみて其規定した保障を受くるに値しないやうな利害關係であるならばその者は除外すべきこと疑ない、としてゐる。

末弘氏は判例の結論を大體に於て是認するとせられ之を綜合して(イ)甲の物權變動に付いて登記なきことを主張せむとする者は、若し甲の物權變動を認めるとすれば內容が之と兩立せざるが爲め論理上當然に否認されなければならぬ權利を有する者なることを要する。故に別に實質上の理由があつて斯る權利を有せざる者及び斯る權利を有するけ

れども—別に實質上の理由があつて—之を以て甲に對抗することを禁ぜられてゐる場合には登記欠缺を主張し得ない(ロ)物權侵害者に對して侵害の排除又は損害賠償を請求するが爲めには、其物權が登記されてゐることを必要としない、實質上の權利者—即ち被害者—は別に方法を求めて自己の權利—從つて被害—を證明し、以て右の請求を爲し得る、侵害者は登記の欠缺を理由として請求者の物權者—從つて被害者—たることを否定し得ぬ、といふ二原則を擧げて居られる。

更に舟橋氏は加藤博士還曆祝賀論文集に收められた論文「登記の欠缺を主張し得べき「第三者」について」六四一頁以下殊に六五三頁以下に於て、判例及び末弘氏の態度に倣ひ更に次の三原則を主張せられてゐる。(イ)先づ第三者が目的物に關する法律關係を成立せしむるにつき登記の有無並にその狀態に信賴するものと一般的に認められるべき場合にのみ—じかもかかる場合たる限り具體的點檢の有無を問はずして—第一七七條の適用を認むべしと解する、蓋しかかる信賴關係なき者までも、登記によつて保護する必要はないからである、從つて斯かる者のみが同條の第三者に該當し得る(ロ)次に右の謂はば一般的要件を具へたる者のうち、實質的理由に基き、第一七七條の「第三者」より除外さるべき者は存在しないであらうか、私—舟橋氏—は同條の「第三者」たり得るがためには、他人の權利者たることを否認するについて何等かの法律上の實質的利益を有するものなる事を要すと解する。從つて現に或ひは結局に於て、かかる利益を有せざる者は同條の「第三者」たり得ない、蓋し斯かる者にまで他人の登記欠缺を主張する事を許す必要がないからである(ハ)右(イ)及び(ロ)の要件を具へたる者のうち、第一七七條の第三者たり得るが爲には更にその善意なる事を要するが、私は之を要すと考へる、蓋し登記は前記の如く信賴關係を保護するものなるが故に現實に之を信賴せざる者を保護する必要がないからである、といふのがそれである。

更に我妻氏は從來無制限說を支持したが、今は制限說に贊する旨を述べその理由を二つ擧げて居られる（我妻氏前揭八六頁以下）。（イ）不動產物權變動を悉く登記に反映せしめ、物權關係を對外關係に於て專ら登記に從つて畫一的に取扱ふことが不動產物權公示の原則に最も適合せるものである、然るに第三者の範圍を制限することは物權關係を對外關係に於ても分裂せしむるものであつて不當である。これ私が無制限說を採つた理論上の根據であつた。然し未登記の土地も少くなく、家屋に至つては賣買又は抵當權設定を爲す場合に非ざればこれを爲さざるを常とする我國の實情に於ては右の理想はあまりに實情に遠きものである（ロ）不動產物權者がその物權の侵害者に對して妨害排除又は損害賠償を請求するにも登記を要す、然らざれば不法行爲者は眞實の物權者に非ざる者から賠償請求を受くる不當な結果を生じ得る、これ私が判決と結論を異にした主要な點であり、無制限說を採つた實際上の根據であつた、然し債權侵害をも不法行爲と爲さんとする現在の法律理論の下に於て物權侵害の效果を主張するに登記を要するとなすことは權衡を失する、のみならず、公示の原則は究局に於て不動產物權に關する取引關係の安全を目的とするものである、不法行爲にまでこの原則を擴張することは制度の目的を逸脫するとも考へらるる、といふのがそれである。氏は更に第三者の範圍を制限する標準として「當該不動產に關して有效なる取引關係に立てる第三者には登記なくして對抗し得ざるも、その他の第三者に對しては登記なくして對抗し得る」とせられてゐる。

然るに石田氏は對抗問題と然らざる問題とを區別すれば第三者の範圍を制限する必要がないとして次の如く說明して居られる。（イ）登記は單なる物權變動の對抗要件であり、物權そのものの效力を主張する場合の要件ではない。例へば不法行爲者に對する物權の主張は物權そのものの主張であり、從つて之を物權變動の主張なりとして對抗問題とする事は誤りである（ロ）登記の抹消又は回復の問題と對抗問題も區別しなければならぬ、物權變動の對抗問題は當事

者間に完全なる物權變動が生じてゐる場合に之を第三者に主張する爲に登記又は引渡を要するのであつて、實體法上有效な物權變動の存在を前提としてゐる、之に反して實體法上はかかる物權變動なきに拘らず公示方法のみを具へた場合には實質的理由によつてその登記は抹消すべきものであり、從つて實體法上の眞の權利者と登記簿上の名義人との間には登記抹消請求の問題が生ずるが、對抗問題は生じない(石田氏前揭一一七頁以下)。この說に對して吾妻氏が、表象の伴はざる物權の主張を認め得る場合は未だ流通過程に入らざる未登記不動產所有權のみについて意義を有し、一旦流通過程に入りたる不動產については常に物權變動の存在を主張しなければ自己が物權を取得したことを主張し得ないと、非難して居られるのは正當であると思ふ(吾妻氏前揭二三八頁以下、我妻氏前揭九二頁)。

以上に於て明かになつたやうに制限說の主張は第一七七條が第三者保護の規定であるといふことを根據としてゐる。之に對して吾妻氏は、制限說は第一七七條を公信力の問題と對比せしめ、後者が表象ある所に權利ありといふ事に對する信賴の保護なるに對して、前者は表象なき所に權利なしと云ふ事に對する信賴を保護する制度と見るものであつて、これは後者が公示制度の當然の結果に過ぎないものを斯く考へるのであるから、公示制度と公信制度を混同したものではあるまいかと述べて居られる(吾妻氏前揭二四一頁以下)。單に表象ある所に權利ありとか、表象なき所に權利なしとか云へばそれは氏の主張せられる如く同一の事實を兩面から見たに過ぎないものとなるが、權利變動の表象なきときは權利變動が行はれざるものとしてその表象あるときは權利變動が行はれたものとし、前者は消極的公信に關し後者は積極的公信に關するものと見るならば、兩者は別個の事實に關するものであり、公示制度を公信制度なりとするものではなく公信制度を公信制度とするに過ぎないことは明かであらう。この場合に於ては寧ろ吾妻氏が公示制度或は公示の原則或は形式主義と公示方法の採用による對抗要件とを混同してゐるものと云はなければならな

い。

私はこれ迄に種々な學說を紹介して來たが、之等は從來の判例に現れた問題に關して主として議論せられたのであるから、便宜上末弘氏が物權法に引用せられてゐるものを借り來つて之に關聯する學說を檢討したいと思ふ。

一　當該不動產に付いて直接何等の權利又は利害を有せざる者。

イ　單純なる債權者（大判大四・七・一二）。この例外は（a）賃借權者（上記大判中の議論）（b）差押債權者若くは配當加入を申立てた債權者（上記大判中の議論、大判大・八・一二・八、大判大・九・二・二三中の議論）。

ロ　前主の無權利に因りて不動產の讓渡が無效なる場合にはその讓受人は何等の權利を有しないから、第三者が眞實の權利者より同一不動產を取得して未だ上記を經ざるも、右第一の讓受人は登記欠缺を主張し得ない。例へば（a）被相續人が不動產を贈與遺贈其他移轉したが未登記の間に相續が行はれ相續人が更に之を第三者に讓渡して登記を經た場合、この第三者は無權利者であるから、先きの移轉の登記欠缺を主張し得ない（大判明・四四・九・二六、四四・一二・一五、大・一・八・一九、大・三・一〇・九、大・一〇・五・二九）。（b）相續不動產が相續人の除籍の無效なるに拘らず次男によつて相續登記せられ更に第三者に讓渡された場合（大判四三・四・一九）及び相續缺格者が相續登記して第三者に移轉した場合（大判大・三・一二・一）に於てはかかる第三者は眞正の相續人の登記欠缺を主張し得ない。（c）他人の家屋を何等正當の原因なしに自己名義に保存登記を爲した者から其家屋を目的とする抵當權を得て登記を經るも「第三者」とならぬ（大判大・三・一〇・二、大・二・三・二〇、大・九・二・二五）

二　當該不動產について權利又は利益を有するが其權利利益自身が別個の實體的理由によつて登記欠缺者に對抗し

うべからざるとき。

イ　虚偽の意思表示を知らずして譲受けた者に對して、最初の譲渡人から譲受けた者は意思表示の虚偽を對抗し得ず從つて權利を取得したことを主張し得ないが、かかる者は「第三者」ではない。（大判大・九・七・二三）。

ロ　債權譲渡を對抗し得ない債權譲受人（大判大一〇・三・一二）。

三　他人の不動産の不法占有者。

イ　他人の不動産の不法占有者は自己に占有權あるの故を以て其他人の登記欠缺を主張し得ぬ（大判四三・二・二四、大九・四・一九）。

ロ　賃貸借終了せるに拘らず賃借物を明渡さざる賃借人は不法占有者に外ならないから、第三者が新に賃借權を得て所有者に代位して賃借物の明渡を請求した場合に、その賃借權の登記欠缺を主張し得ない（大判大九・一一・一一）。

四　他人の不動産に對する不法侵害者。

イ　甲―乙―丙の不動産所有權の移轉ある場合に於て甲が更に丁に二重譲渡して不當の利得を得た。丙が乙の甲に對する登記請求權を代位行使した場合に甲は不當の利得を得たものであるから「第三者」でない、（大判四三・七・六）。

ロ　此理由を以てすれば、例へば甲が乙に建物を賣つたが未だ登記のない間に第三者丙が不法に其建物を侵害したからと云つて乙が賠償請求をした場合に丙は登記欠缺を主張し得ないことになる。實際の例としては、甲所有の土地を乙が譲受け未登記中に第三者が伐材等の不法行爲を爲し賠償金を甲に支拂つたので、乙が甲に對し

て不當利得返還を請求したが棄却された。それは不法行爲者は「第三者」ではなく乙から不法行爲者に對する權利は存續してゐるといふに在る（昭二・二・二一、新聞二六八〇號）。

一のイの場合卽ち單純なる債權者を除外することに對しては無制限說の者は勿論であるが、制限說を主張する學者も總て反對である。（末弘氏は不明）。けれども一般債權者も第三者であるとして擧げる例を見るに、甲―乙間に讓渡ありて未登記なる場合に甲の一般債權者がその不動產に對して執行を行ふ場合に之に對して所有權取得を對抗しえない、といふに在る。差押を爲した債權者と單純なる債權者を區別せんとする判例の態度が惡いと言ひ乍ら自ら揭げる例が同じく差押の場合では、いはゆる單純なる債權者でも差支ないといふ根據が少しも明かにされない。殊に無制限說を主張する者は一般第三者でも差支ないとするが、例へば甲―乙間に未登記の所有權讓渡があるを見て何等の關係を有せざる訴訟狂の丙が乙に對して所有權不存在確認の訴を提起したとする。丙の請求は容認せらるべきであらうか。同樣に甲は日常不動產を買入れ更に之を讓渡して利益を得てゐる場合に、甲の債權者丙は甲乙間の登記なきことを理由に乙に對して所有權不存在確認の訴を提起したとする。丙の請求は容認せらるべきであらうか。甲乙間に全然所有權の移轉がない場合に於ても所有權移轉なきことを主張しうべき關係に在らざる第三者は、訴訟上より見れば權利保護の利益なき第三者であり、實體法上より見れば無關係の第三者である。かかる者は始めから對抗問題とは無關係である。ただ債權者は純然たる無關係者ではなく、債權又は債務者の狀況によつては利害關係者たり得る立場に在る。卽ち該不動產が甲のものであつたらかく〳〵の利益があるといふ關係に立ち得べき第三者である。併し單に債權者たることに依つてかかる利害關係を（有するか否かは考へ方によるが）主張することは許されてゐない。例へば讓渡後に債務を負擔し登記がその時以後迄怠られてゐたといふ場合ではなくして、現在既に債務を負擔してゐるにも拘

らず、なほその有する物權を讓渡し且登記することは原則として何等差支ない所である。ただ前述の如く債權者の利害關係が少くとも近迫して之が許されなくなる場合がある。それは判例の擧げる如き差押の場合、民法第四二三條の場合、同第四二四條の場合、更に單に債權者としてではないが擔保物權を有する場合の如きである。單純なる債權者の如きは啻に「登記の欠缺を主張するにつき」利益がないのみならず、讓渡行爲の無效を主張するについても、讓渡行爲の不存在を主張するについても利益を有しないこと勿論である。從つてかかる第三者は第一七七條第一七八條の適用上制限せらるべき第三者ではなくして全然無關係なるが故に問題とならない第三者である。從つて私は結果に於ては判例と大體同樣であるが、理由に於ては全然異り、而も對抗問題だけについて言へば寧ろ無制限說と同じく債權者中に於て制限を設ける必要なしと考へるものである。但し債權者の種類は多くその利害關係も複雜であるから、更に考慮を要する問題の發生を見るかも知れない。我妻氏の如く不動產について有效なる取引關係に立つか否かを標準とすれば、この場合に債權者が有效なる關係を有することは明かであるがその關係が不動產について存するか否かは甚だ疑問となる。氏は一般債權者は債務者の登記せられたる財產を一般擔保として考慮に入るるを常とするからと言はれるが、然らばかかる財產が他の財產に變形することも考慮に入るるが常であり、更に債務者がいはゆる賣喰ひをしてゐる場合には刻々に財產が減少することも考慮に入るるのが常ではあるまいか。第四二四條の立法理由を考慮すれば債權者のかかる考慮は通常の場合には問題とする必要がなく、また問題としてはならないものと思ふ。

ロの場合の(a)についてに判例の誤りであつて純然たる二重讓渡の場合と異らないことは、今日に於ては學說、判例共に一致してゐる。

ロの場合の(b)は相續の場合に登記を要するか否かの問題を含むから、ここでは便宜上眞正相續人が他に不動產を

譲渡し、その者から返還請求を爲す場合として考へたい。制限說は一般に判例の態度に贊成し、無制限說の學者にして理由は異にするも判例の結論に贊成する者もある（石田氏前揭一一七頁、我妻氏現代法學全集物權法二二八頁）。判例の結果に反對する者は鳩山氏及び吾妻氏である（鳩山氏前揭五二頁以下、吾妻氏前揭二五二頁）。私はかかる場合に於て物の返還を請求された第三者が請求者に對して「汝は眞の物權者なりや否や不明なるを以て返還せず」と主張しうべきであると思ふ。但しかかる第三者は登記を有するも權利を取得しえないのであり、他方に於てその利害關係は專ら返還の相手方如何にかかつてゐるのであるから、眞實の物權讓受人は何時でもかかる第三者を惡意ならしめて―訴訟上より言へば自己が讓受けたことを立證して―いはゆる第三者の範圍より除くことをうる。

ロの場合の(c)についても新築家屋の所有權を主張するについて登記を要するや否やの問題を含むから、この點は後述する所に譲り、かかる家屋の所有者から譲受けた者が返還を求むる場合として考へたい。而してこの場合にも登記名義人から譲受けた者は登記の欠缺を主張しうるが、しかもこの者は假令自ら登記を了するも權利者たり得ないのであるから、前例と同樣に眞の所有者から譲受けた者は何時でもこの者を惡意ならしめ、これによつて登記なくとも權利を主張しうるに至る。

二のイの場合に於て虛僞表示についても登記がなければ、最初の譲渡人から譲受けた者は「第三者」である。虛僞表示について登記があれば、この者は權利者たり得ないのであるから目的物の返還に關する限り「第三者」であるが、前例の如く何時でも惡意ならしめられることになる。

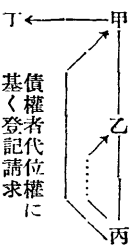
ロの場合も同樣であつて、譲渡人に對する辨濟に因つて抵當權が消滅したことを知らざる限り、假令債務者が單に債權竝びに抵當權の消滅を主張したからと云つて直ちに抵當權登記の抹消に應ずることを要しない。ただこの場合の

譲受人の利害關係は專ら債權が消滅したか否か不明であるといふ點に在るのであるから、（其他にも利害關係はあるが債務者に對抗しえない）債務者は何時でもこの者を惡意ならしむることをうる。

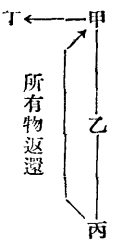
三のロの場合は純然たる民法第四二三條の問題であるからここでは觸れない。

三のイの場合については一種の不法行爲として次の場合と共に論ずる。

四の場合及び三のイの場合は最も議論の存する所である。但しイの場合は代位權の問題であるから假に丙が甲に對して目的物の引渡を請求した場合として考へたい。この場合にも屢のべた如く甲は一應は丙の請求を拒絶しうるが、



甲は結局權利者たり得ないのであるから、丙は丁が登記する迄は甲を惡意ならしめて之に對抗することを得る。この場合に丁を惡意ならしめても丁が惡意者として取扱はれない理由は丁の利害關係が惡意となつた時以前に行はれた甲よりの譲受行爲に存するからである。



末弘氏は不法行爲者について「吾民法上登記は物權變動を主張するに付いて許される唯一の證據方法ではない。實質上の權利者たる甲の爲めに登記がなく反つて第三者丙の爲めに登記されてゐる場合でも、甲は侵害者乙に對して別個の實質的材料に依つて自己の權利者なることを主張し丙の登記は眞實に合致せざる故無效なることを主張すれば、裁判所は甲の主張を容れねばならぬ。丙の爲めにする登記には丙を權利者なりと推測する力はあるけれども、甲は反證に依つて之を覆し得る。之が吾民法上の登記の效力である。」と見れば、右の場合不法占有者乃至不法侵害者は一見「登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益」を有するやうだが、吾民法上の登記にして其效力上述の如くなる以上、結局甲の請求に應ぜねばならぬ。從つて彼等も亦「第三者」

から除外されねばならぬ」と述べて居られる（末弘氏前掲一六八頁）。

舟橋氏は「第一七七條は登記に信頼して成立せしめらるべき法律關係につきてのみ適用ありとする。然るに不法行爲者は不法行爲を爲すに當り一々登記簿を點檢してそれに信頼して行動するものであるから、その法律關係も登記に信頼して發生せしめらるべき性質のものとは云ひ得ない。從つて私は同條は不法行爲者につきては全然その適用なしと解する」と主張せられる。（舟橋氏前掲六六一頁以下）。

鳩山氏は不法行爲者も不法行爲に因る損害賠償債務辨濟の關係に於ては登記により保護さるべき第三者であつて、不法行爲は實質上の權利者に對して成立するけれども、登記がなければ賠償請求權を以て不法行爲者に對抗し得ず、不法行爲者は登記完了まで請求を拒絶する抗辯權を有するを原則とする。但し不法行爲により登記を不能ならしめた場合は不動産登記法第四條を擴張解釋する、とせられてゐる（鳩山氏前掲五七頁以下）。我妻氏の舊說も之と同樣である。

右の如き無制限の主張に對しては舟橋氏及び吾妻氏より次の如き非難が爲されてゐる。卽ち不法行爲者に對して物權侵害に基く損害賠償を請求し得るものは常に不法行爲の當時の所有者に限るのであり、從つて不法行爲當時物權を未登記の故に否認せられるに於ては、そのものに損害賠償請求權を認め得ずとする事こそ論理的であり、後に登記したりや否やによつてこの損害賠償請求權を承認するや否やを決定さるる事は、不法行爲當時の所有權關係を未確定にして何人にも屬せないものと觀念する立場を示し、登記がかかる未確定の狀態を遡及的に確定するものと見らるる點に於て、理論構成が不可能ならずや、といふのである。（舟橋氏前掲六六七頁以下、吾妻氏前掲二五九頁以下）。

制限說に於ける一つの弱點は不法行爲者が善意にて登記名義人に辨濟した場合にも對抗しえないことになりはしな

いか、といふことである。鳩山氏が不法行爲者も保護に値ひする第三者であるとせられるのは、かかる場合を意味するものである。之に對して制限說を採る舟橋氏はかかる場合は債權の準占有者に對する辨濟として保護せられると述べられ、我妻氏もこれを正當として居られる（舟橋氏前揭六六二頁以下、我妻氏前揭九二頁）。けれども私はかかる場合に債權の準占有者なる概念を用ひ得べきか否か疑問に思ふものである。卽ち若しかかる場合に辨濟を受領したことを以て「自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ債權ヲ行使」したものと解するならば、何人に對する辨濟も總て債權の準占有者に對する辨濟となり第四七九條は無用の規定となる。又登記名義を有することを以て債權の準占有者とすることは、自ら登記名義を冒用した如き場合はとも角として單に登記名義が殘存するに過ぎない場合には餘りに强辯と云はざるを得ないと信ずる。假に一步を讓つて登記名義を有することが債權を行使することであるとしても、例へば甲—乙—丙間に所有權の讓渡が行はれ登記名義が甲に殘存する場合に丁が不法行爲を爲したとする。然るに丁は甲—乙間の讓渡を承認し乙が現在眞實の所有權者なりと信じて乙に損害の賠償を爲したとすれば、乙は單に辨濟を受領したのみであつて登記名義は之を有しない。かかる場合にも債權の準占有者と云ひ得るであらうか、或はかかる場合には丁は保護せられないのであらうか。

私見によればかかる場合にも丁は債務辨濟に關しては保護に値ひする第三者であり丙は登記がなければ對抗しえない、併し丁の利害關係は單に後日生ずべき債務辨濟にかかつてゐるのであるから丙は丁を惡意ならしむることによつて物權取得を對抗しうることになる。但し丁が惡意となる以前に甲或ひは乙に辨濟すれば後日惡意となつても善意者として取扱はれ丙は物權取得を對抗しえない。一見丁の不法行爲が何人に對するものであるかは不法行爲當時の權利者によつて定まるから、善意惡意を決する時期も不法行爲の時としなければならぬやうであるが、不法行爲が何人に

對して成立したかといふことは單に後日の債務辨濟を何人に對して爲すべきかといふことに關して問題となるのであり、丁の利害關係は專ら債務辨濟に在るから、その時を標準として決しなければならないのである。

私は以上に於て過去に於て知られた實例については、いはゆる正當なる利害を有する第三者に限ることなく、むしろ單に善意の第三者に限ることによつて最も論理的且公正に解決しうるものであることを明かにした積りである。併し私は根本の態度に於て第一七七條第一七八條は一種の公信原則卽ち私のいはゆる消極的公信の原則を採用したものと解するが故に、第三者に登記又は引渡の欠缺を主張するにつき正當の利益を有する者といふ判例の主張には贊成である。惡意の第三者も要するに正當の利益を有する者とは云ひ難いのである。ただそれ以外に於て正當の利益を有せざる第三者が對抗要件に關して存在するか否かは疑問である。

第四節　登記を必要とする物權變動

動產については問題は簡單であるから、ここでは不動產についてのみ述べる。

我民法の下に於ては原則として總ての物權變動について登記を要す、とすることに判例學說共に一致してゐる。ただ實際上登記がなくとも第三者を害する虞れのない場合にも登記すべしと爲す必要はないから、かかる場合は除外して差支ないものと思はれる。ただ如何なる場合がかかる虞れのない場合であるかといふことについては相當に議論がある。以下に於ては特に問題となるものについてのみ述べることとする。

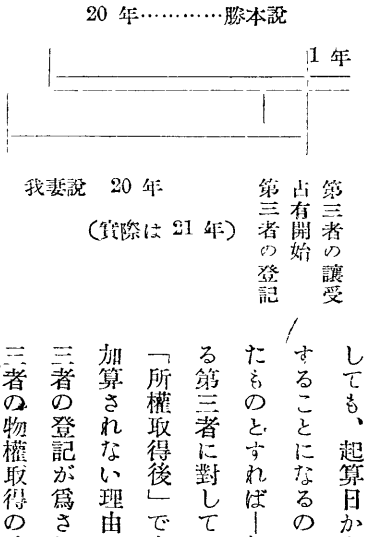
一、取消解除等による物權の復歸は一般に登記を要するものとせられてゐるが、吾妻氏はかかる場合は始めより物權變動がないことになるのであるから、登記を爲すことは第三者にとつても取消權者にとつても好都合であらうけれ

ども、而も之を爲すことは必要でないとすべきである。然らざればA—B—Cと移轉し各登記ある場合に取消されたとすれば、取消後Bより移轉登記を經た者はAに勝ちそれ以前に登記を有するCが却つて權利を失ふことになつて不都合である、と非難されてゐる(吾妻氏前掲二八一頁以下)。併し「物權ノ得喪又ハ變更」といふ概念は純理論的にのみ把握すべきではなく、第一七七條に於けるそれは如何なる意義を有すべきかといふことに依つて決定すべきであると信ずるが故に之に贊成しない。その擧げられる例の如くCに登記あるにも拘らずBより移轉登記を得ることは不可能である。

二、時效取得の場合には公然の占有の繼續を必要とするから、登記の要なしとする說もあるが、公然の占有を要するのは時效完成迄であつて時效完成後の要件ではないから通說は登記を要するものと解してゐる(小池氏前掲五三頁及び註七に揭げられた諸說)。その具體的適用について我妻氏は(a)登記簿上同一人の名義となつてゐる間に時效が完成したときは時效取得者は登記名義人(包括承繼人を含むことは勿論)に對して時效による物權變動を主張し得ること勿論である。蓋し兩者は物權變動の當事者である(b)然し時效完成後第三者が登記名義人から物權を取得して自ら登記をなしたるときは、時效取得者はこの者に對して時效取得を對抗し得ない(大正一四・七・八民四一二頁の聯合部判決より之を認む)。蓋し原所有者から時效取得者と第三者とに二重の讓渡ありし場合と同視すべきだからである(c)右の第三者の登記後に占有者がなほ引續き時效取得に充分なる占有を繼續したるときはこの第三者に對して時效取得を對抗し得る。蓋し(a)と同一に見るべきだから(d)時效完成前に登記に基き所權取得の爲されたる場合には、登記以後に於て時效取得に充分なる占有の繼續せられたる場合に非ざれば時效取得の效力を生ぜずと解すべきものと思ふ。蓋し然らざれば(b)の場合以上に占有を重んずることとなつて登記制度の趣旨に反する、とせられてゐる(我

妻氏前掲七二頁以下）。

私は右の(a)及び(b)の結論には同意であるが(c)及び(d)とは異つた考へを有する。この問題について先づ述べたいことは第一四四條が「時效ノ效力ハ其起算日ニ遡ル」と規定してゐることである。從つて(b)の場合は起算日以後第三者が登記した時迄、時效取得者は登記を爲さずに放置してあつたといふことになるから先づ登記した第三者が優先するのである。然るに(c)の場合に於ては例へば登記後十九年を經過し登記前の一年と合せて二十年になつたとしても、起算日から一年間登記がなかつたために第三者が登記を爲して權利を取得することになるのであるけれども、第三者も亦取得の日より二年間登記を怠つてゐたものとすれば—即ち登記の日より二年以前に物權者となつてゐたとすれば、かかる第三者に對しては時效取得を主張しうべきである。即ち「登記後」ではなくして「所權取得後」であると云はねばならぬ。(d)の場合に於て最初よりの占有期間が加算されない理由は時效の性質上遡及效が認められるために一旦取得しても後に第三者の登記が爲されることに因つて之を失ふためである。併しこの場合に於ても第三者の物權取得の時から二十年間なら二十年間占有すれば時效取得を主張しうべきである。何故ならばこの場合の時效取得者の登記欠缺については右の第三者は當事者となるため之を主張しえないからである。



三　死亡相續については登記名義人をして二重の處分を爲さしめる危險がないから事實上保護を要すべき第三者がなく、從つて登記を要しないとする說と、(a)當該不動產が既に、被相續人の贈與或は遺贈により第三者に歸し居る

場合に於ては、一般第三者は物權の所在を知り難く、從つて第三者の利害に影響を及ぼすことがあり得るといふこと及び(b)遺産相續に於ては、例へば數人が共同に相續せるに拘らずその一人に全部の登記あるが如き場合には、他の相續人は登記なくして第三者に對抗し得ず、との結果を認むる實益がある、といふ理由で之を要すと爲す說が有力である。併し(a)第三者が遺贈等に因つて取得してゐる場合にはその登記が問題であつて、假に相續人が登記しても無權利者が登記したに過ぎないこと(b)共同相續人の一人が全部の登記を爲すことは家督相續の場合に於て眞正相續人に非ざる者が登記したと異らず、その登記には持分以外に關する限り何等の意義を認め難いこと(c)相續人より借地人等に對して地代等を請求するためには登記がなくとも、自己が相續に因つて權利を得てゐることを立證すれば足りる、といふ理由で、少くとも從來主張せられた如き場合に於ては登記を要しないものと解する。これ以外の場合に於て登記がなければ不都合を生ずる場合が存するかも知れないが、さればと云つて一般的に死亡相續の場合に登記を要するといふときは、右の如き場合に於ても登記を要するかの如き印象を與へるから贊成し難い。

四　建物新築の場合に於て(a)建物の落成と同時に其所有權が當然に、註文者に歸屬するときは登記の必要なく(b)一旦請負人が建物の所有權を取得し、之れを註文者に移轉する場合には登記を要する、となすのが通說である。これに對して(a)の場合も理論上例外とすることを要しないとする反對說がある（鳩山氏前揭五二頁、我妻氏前揭七四頁）。この場合に於ても(a)の場合に單に必要なりといふときは保護すべからざる第三者まで誤つて保護し反面眞の權利者を不當に害する虞れがあるから、登記の必要なしといふ方が寧ろ正確である。

右以外の場合は總て登記を要するものと云つて差支ないであらう。

結論

本稿に於て私は先づ意思主義と形式主義の區別及びその長所短所について述べ、更に我民法が孰れの主義に據つたかについて說明を加へ、之に關聯して物權行爲の獨自性及び無因性の問題に論及した。前者については意思主義形式主義と必然の關係なきこと及び我國に於てはこの問題について論爭する利益のないことを述べた。後者についてはそれが獨自性の問題と關係なきこと及び我民法に於ては物權行爲を無因とする規定のないことを主たる理由として有因說を採るべき旨を主張した。

次に對抗要件の問題に關して先づ公示原則と公信原則について說明し、我民法第一七七條及び第一七八條が公示原則ではなくして一種の公信原則を採用したことを明かにした。更に「對抗スルコトヲ得ス」の意義に關し從來の學說を反省し、結局否認權說によるべき旨を述べ更に否認權には二種類存することを分析した。次に「第三者」の範圍に關して從來述べられた所を引用し、その孰れにも疑問の存することを述べ、遂に現在迄に知られた實例を解決するためには「第三者」を善意の者に限るのみにて必要且充分とすることを主張した。而して最後に對抗問題とも關聯するが故に、登記を必要とする變動に關して解說を加へた。この間に於て或は積極的公信の原則、消極的公信の原則或は物權的否認權、債權的否認權なる新用語を用ふるに至つたが、之等は上述の法律關係を簡明に表現するために最も適當であると考へたためである。