

Title	不動産物権二重譲渡の理論
Sub Title	Effects on the assignment not registered of real right in Japanese civil law
Author	宮崎, 俊行(Miyazaki, Toshiyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1954
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.27, No.1 (1954. 1) ,p.22- 44
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19540115-0022

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.

不動産物権二重譲渡の理論

宮 崎 俊 行

序 説

わが民法は、物権の變動について、いわゆる意思主義を採用し、物権變動は、當事者間の意思表示のみによつて完全に效力を生ずるものとしている(民一七六)、そして、それと同時に、第三者の利益を保護するため、いわゆる對抗要件なるものを定め、不動産物権の變動については登記を、又動産物権の變動については引渡を、しなければその物権變動をもつて第三者に對抗し得ないものとしている(民一七七、民一七八)。

かかる構造をもつ、わが民法のもとにおいて發生する困難な問題の一として、ここに論じようとする、物権、特に不動産物権の二重譲渡の問題がある。

不動産物権二重譲渡の問題とは、次のようなものである。譲渡人甲が、第一譲受人乙との間に、物権的意思表示をなし、自己の有する物権を譲渡したが、いまだその譲渡につき登記をしないうちに、その同じ物権を、第二譲受人丙に譲渡し、且甲丙間の譲渡につき登記をなしたとき、丙は乙よりも後に譲渡をうけた(甲丙間の譲渡行爲の當時、すでに甲は先に乙に譲渡したこ

とによつて、丙に譲渡する物権を保有していないように思えるが)にもかかわらず先ず、登記をすることによつて、完全な物権を取得し、又乙は全く物権を取得しないことになる。この結果は一見不可思議のようではあるが、わが民法の、登記をもつて對抗要件とすることによつて、不動産取引の安全を確保しようという目的に適合するので、殆んどすべての判例並びに學說によつて支持せられて⁽¹⁾⁽²⁾⁽³⁾いる。私もこの結果については大體妥當と考へるのであり、問題は、その結果に對する、理論的な理由づけにある。即ちわが民法によれば、物権の變動は、物権的意思表示のみによつて完全に效力を生ずるとされているから、甲は乙への第一譲渡をなすことによつて、完全な無権利者になつている筈である。それにもかかわらず、第二譲受人丙が、完全な物権を取得し得るといふのは、いかなる理由によるものであろうか。わが民法によれば、登記は單なる、物權變動の對抗要件にすぎず、實體權の移轉をともしなわれない移轉登記は、登記原因のない、無効な登記である。

従つて甲丙間の譲渡につき登記がなされたからといつて、その登記の效力として、丙が完全な物権を取得するに至るのほうなづけられない。それにもかかわらず、前述の如く丙が、登記をなすことによつて、完全な物権を取得し、乙は何等權利を取れないことになる、という結果は、いかなる理論によつて基礎づけられるのであろうか。

かかる問題について、從來展開されていたいろいろな學說は、政策的な理由づけや、極めて技巧的な説明に主力をそそいでいたように思われる。そこで本稿においては、未熟ではあるが、本問題について理論的に研究することに重點をおき、特に從來民法學で考へられていたのとは、相當に異なる基本的立場に立つて論述することを意圖している。もつとも順序としては、先ず從來の學說の概要を述べ、次に卑見を展開することにしたいと思う。

(1) 以下、便宜上、甲を譲渡人、乙を第一譲受人、丙を第二譲受人とし、單に甲、乙、丙と記す。なお不動産物権という場合、主として不動産所有權を念頭において論述することを了承していただきたい。

(2) ここに二重譲渡といつたのと同じ意味で、二重賣買という言葉が用いられることもあるが、私は二重賣買とは、同一目的物につい

て、單なる債權契約としての買賣契約を、二重に締結することをいふものと解するから、物權二重讓渡の意味に二重賣買という言葉は使
用しない。

(3) 判例の態度の變遷については、中村宗雄「民法物權編」(講義案) 上卷・六七頁—七〇頁参照。

第一 學說の概観

そもそも二重讓渡の問題が生ずる原因は、先述の如く、わが民法が、物權の變動それ自身を有効に行う方法と、その有効な物權變動をもつて第三者に對抗する方法とを、分離して規定し、しかも前者については、何等の形式を必要としない物權的意思表示のみをもつて充分とし(民一七六)、後者については、登記(民一七七)又は引渡(民一七八)という現實的な事態の存することを必要としていることにある。しかして從來となえられて來た學說は、わが民法においては、完全に有効な物權變動が不要式的意思表示のみで可能である、ということに(民法第一七六條に)重點を置いて構成されているものであるか、或いは反對に、對抗要件の具備が移轉した物權が、圓滿な状態に達するために、⁽¹⁾絶対に必要である、ということに(民法第一七七條に)重點を置いて構成されているものであるか、いずれかであるように思う。従つてここでは、諸學說を大きく、民法第一七六條を中心として構成されているものと、民法第一七七條を中心として構成されているものとに、二分して説明することが出来るであらう。

一 最初に、民法第一七六條を中心として構成された學說につき説明する。

民法第一七六條を中心として考えると、たとえ意思表示のみによつてなされた物權變動といえども、完全に有効であり、従つて移轉された物權も完全なものである。登記は文字通り對抗要件にすぎないものであるから、甲が乙との間に第一の讓渡行為をなすことによつて、たとえ登記を保有していても、完全な無權利者となり、乙は完全な物權者となるわけである。

それでは既に全く無権利者となつた甲より、丙はいかなる理由によつて完全な物権を譲受け得るのであるか。これに關して、民法第一七六條を中心として考ふる學說においては、民法第一七七條にいわゆる第三者に對抗することを得ず、とは、第三者はその物權變動を否認することが出来る（又は認することも出来る）、との意味であると解釋し、しかして、第三者が否認すれば、その否認した第三者との關係では、否認された物權變動は、はじめから無かつたもの、即ち丙に對する關係では、甲に⁽¹⁾いまだ完全な物權が存在することになり、この甲に存する完全な物權を否認した者丙が譲受け、その上先ず登記をすませれば、乙も甲丙間の譲渡を否認し得ないから、丙は完全な物權を取得するに至るのである、と説明されている。

以上の如くこの立場においては、結局否認權というものを第三者が有することを構想するわけである。従つてこの立場は、いわゆる否認權説によつて代表され、多くの賛成者をもつて⁽²⁾いる。そして否認權説は、第三者について、いかなる事態が存するときに、否認權の行使があつたとみなすべきであるかに關して、更に細分されている。

右の見解に對しては、種々の批判がある。例えば、(イ)民法第一七七條の文理解釋上、第三者に否認權或いは是認權があるというのは誤であり、論者は否認、或いは是認の權利を空想しているにすぎない、⁽³⁾(ロ)物權の本質からみて、登記をしな⁽⁴⁾いめ第三者に對抗し得ない權利は、完全な物權ということが出来ない、(ハ)否認權説により、丙に對する關係では、甲がいまだ保有している物權を、丙が譲受けるのであるという以上は、甲丙間の譲渡行為以前に、丙が否認權を取得し、且つそれを行使しておかなければならないわけであるけれども、丙がまだ何等物權的關係に入らない以前に何故に否認權を取得し得るか、⁽⁵⁾又第三者が第一讓渡があつたことを知らない場合にも、否認權を行使したのだとみなすことは、どうしても無理ではないか、等の疑問がある。⁽⁶⁾

(1) 後述する如く、そうならざるを得ない理論的な理由がある。

(2) 例えば、小池「^{改訂}日本物權法論」四五頁以下、末弘「物權法」上卷・一五二頁以下、權田「^{改訂}物權法」七九頁以下、三階「物權法

提要」上卷・四〇頁以下、今泉「訂改新物權法論」二二頁、石田「論物權法論」一〇五頁以下、柚木「論物權法總論」一〇三頁以下、土生「說民法第百七拾七條」九七頁以下。

(3) 神戸寅次郎「物權變動論」(民法論叢所載)四五頁、四六頁。

(4) 土生・前掲書・一〇六頁、一〇七頁。

(5) 末川「物權法」(新法學全集第八卷)一〇五頁。

二 上述の民法第一七六條を中心とする立場によれば、物權的意思表示のみによつて讓渡された物權は、いまだ登記をしない間でも、完全な物權ではあるが、第三者によつて否認されることがあるという點で制限されているものである⁽¹⁾、と説明する。しかし否認されれば、たとえ否認した者との關係においてのみにしても、否認された物權行為乃至物權が、全く存在となつてしまふような強力な制限に對して、單に完全な物權の(量的な)制限として考えることは、失當であり、むしろかかる強力な制限によつて、完全であるといわれる物權は、質的變型をうけ、何等かの意味で不完全な物權と化しているのである、と考へた方が適當ではないか、との疑問が発生する。特に物權は元來排他性を有するのが本質であると考へられているから、この疑問はもつともであり、ここに民法第一七七條を中心とした學說が登場するわけである。もつとも、ここに民法第一七七條を中心とした學說として總括したものの中にも、學者によつて大分相異があるので、代表的な學說數個を検討し、よつてこの立場の學說が、いわゆる不完全な物權というものを、どの様に考へ、いかにして二重讓渡を説明するのかを明らかにして行こうと思う。

1 神戸博士によれば、登記未済の物權は、債權の地位を脱却して純然たる物權の地位に達せんとしつゝある權利であり⁽²⁾、従つてこの權利は、債權と純然たる物權の中間に位するものとされ、これを名づけて相對的物權、或いは未成物權と稱される⁽³⁾。しかして相對的物權の發生原因は、甲の物權的意思表示の完成であり、その意思表示の完成の瞬間に甲より離脱し、乙に附着するものである⁽⁴⁾。又この相對的物權の效力は、この物權の存在を前提として、本登記の申請が出来ること、及びすべ⁽⁵⁾

ての人に對し登記なき物權（相對的物權）として、これを對抗（優先的の力を包含しない對抗力）することが出来るのみならず、讓渡人に對しては、純然たる物權として對抗（優先的の力を包含する對抗力）することが出来ることである。⁽⁶⁾ そして二重讓渡については、乙の有する相對的物權は、優先的の力を包含しない對抗力を有するにすぎないから、甲と丙との間には、同一の物權につき、なお同様の登記なき變動を生ぜしめる（丙も相對的物權を取得する）ことを得るのみならず、登記ある變動を生ぜしめ（優先的の力を包含する對抗力ある物權を丙が取得する）、もつて甲乙間の登記なき變動を消滅せしめることが出来るのである、と説明される。

2 我妻教授によれば、讓受人たる乙は、登記がすむまで完全に排他性ある物權を取得せず、甲も登記を保有する限り、完全な無權利者とはならない、従つてこの甲より讓受けた丙も亦完全な排他性を具備しない物權者となる。そして丙が登記を具備することによつて完全な排他性ある物權者となり、その結果乙の權利は消滅する、と説かれる。⁽⁸⁾ この學說を不完全排他性説と名づけることが出来る。

3 山中博士は、(イ)物權行爲と債權行爲とを峻別すべきではないこと、⁽⁹⁾ (ロ)物權を移轉すべき債權と占有（間接占有を含む）⁽¹⁰⁾とが結びつくことによつて、債權の物權が成立し、又占有とはなれることによつて、再び債權に復歸すること、及び(ハ)債權乃至債權の物權は、登記と結合して純粹の物權に移行すること、⁽¹²⁾の三つの前提條件を論證することによつて、二重讓渡を次の如く説明される。即ち甲が乙をして債權的所有權を取得せしめた後も、なお甲は登記を保有する限り、債權的所有權の背後にしりぞいてあるべき純粹の物權的所有權を保有している、⁽¹³⁾しかして、後に丙に對しても亦債權を取得せしめ、しかも丙があわせて占有を取得し、且つ乙が占有を喪失することもあるから⁽¹⁴⁾（民二〇〇Ⅰ但）、乙が單なる債權を有し、丙が債權的所有權を取得することになり、丙は更に自己の債權的所有權を登記と結合させることによつて純粹の物權的所有權を取得し得る、そしてその物權的所有權の排他性の故に、これと兩立しない他の權利は當然に消滅するのである。⁽¹⁵⁾

4 中川教授は、關係的所有權（關係的に肯定又は否定される所有權）なる觀念をもつて説明される。即ち甲乙間の讓渡行為によつて、内部的所有權は乙に移轉するが、外部的所有權は甲がなお登記を保有するかぎり甲に存する、そして甲丙間にも同様に内部的所有權が移轉することが可能であるけれども、外部的所有權は登記とともに、乙か丙か一方に移轉する、と説明される。⁽¹⁶⁾

又川名博士のように、第三者に對抗することを得ず、とは、第三者に對してはその効なしとの意味である、という考⁽¹⁷⁾（相對的無效説）も關係的所有權説と同様な系列に屬するものといえるであらう。

5 吾妻教授は、物權變動は、意思表示のみによつては、當事者間においても効力なく、單に債權的な効力があるにすぎない旨を説かれるが、⁽¹⁸⁾この考え方は、民法第一七七條を中心として構成せられた學說の中で極限に位するものであらう。

以上述べたような、民法第一七七條を中心として構成された學說に對しては、次の如き批判がある。⁽¹⁹⁾ (i) 登記未済の物權を、相對的物權、關係的物權、或いは債權的物權等と名稱するけれども、その本質が明らかでない。たしかに、そのような名前でよばれる權利の、債權或いは純然たる物權との機能的な相異は説明されているが、何故にかかる機能的な相異を示すのか、又この權利の本質からみて、どうしてかかる機能をもたせることが理論的に妥當なのか、という點については殆んど説明が及んでいない。⁽²⁰⁾ この點が、この種の新しい實體的概念を導入して、二重讓渡の問題を解決しようとする立場の、最も大きな缺點であらう。(ii) かような不完全な物權、相對的物權が、登記によつて、完全な物權になる、という考え方は、登記の本質について正しい認識をもつものではなく、わが民法の意思主義に反する。⁽²¹⁾

右に概觀したところの、從來説かれていた考え方は、民法の解釋論において、民法第一七六條と、民法第一七七條とを矛盾なく調和させることに、努力して來たものである。そしてそのいずれもが、相當の理由をもつているものの、しかも他説

を克服するに足るだけの理論的な根據にとほしいものであるように思われる。そこで従来と同様な考察態度で考えるかぎり
は、二重譲渡をめぐる問題の構造を理論的に把握して、その解決をすることは不可能ではなからうか。従つて私は、従來の
民法學が考えていなかった考察態度に立脚して、この問題を検討してみたいと思うのである。この少くとも民法學にとつて
は、新しい考察態度とは、中村宗雄博士、及び宮崎澄夫教授によつて、示されたものである。⁽²²⁾

- (1) 土生「^説民法第七拾七條」一〇三頁。
 - (2) 神戸「物權變動論」(民法論纂所載)六一頁。
 - (3) 神戸・前掲・六四頁、六六頁。
 - (4) 神戸・前掲・六九頁。
 - (5) 神戸・前掲・五九頁。
 - (6) 神戸・前掲・六〇頁。
 - (7) 神戸・前掲・五四頁。
 - (8) 我妻「物權法」(民法講義Ⅱ) 八四頁。
 - (9) 山中「權利變動におけるいわゆる對抗要件」(法政研究十五卷三・四合併號)——以下「對抗要件」と略記——五三頁以下、特に六〇頁。
- 同「權利變動論」(法政論集一卷三號)——以下「變動論」と略記——三〇二頁—三〇七頁。
- (10) 山中「對抗要件」九三頁、「變動論」三一六頁、三二九頁。
 - (11) 山中「對抗要件」六〇頁、六一頁、九〇頁等、「變動論」三〇八頁—三一三頁、(特に三一二頁)三一八頁。
 - (12) 山中「對抗要件」六一頁、六四頁、「變動論」三一五頁。
 - (13) 山中「對抗要件」九五頁、「變動論」三三〇頁。
 - (14) 山中博士は、債權的物權についても、一物一權主義が妥當する、といわれる(「對抗要件」九二頁、「變動論」三二八頁以下)。又乙が債權的物權を失う場合のこまかい説明は、「對抗要件」九三頁、「變動論」三二九頁以下参照。
 - (15) 山中「對抗要件」九四頁—九六頁、「變動論」三三〇頁、三一五頁。
 - (16) 中川「相續と登記」(法學志林三〇卷二號)。

- (17) 川名兼四郎「物權法要論」十四頁、十五頁。
- (18) 吾妻「意思表示による物權變動の效力」(東京商大研究年報法學研究第二號)。
- (19) 土生・前掲書・一〇四頁。
- (20) もつとも、山中博士は、從來の便宜論的な考え方に満足せず、不完全な物權といわれているものの眞意義を探究するために研究せられてゐる〔變動論〕二九二頁、二九五頁)。その研究態度については全く同感である。然しその學說の内容については遺憾ながら賛成し兼ねるものが多い。その理由を一言にしていえば、同博士の根本の立場が、一元的(或いは平面的)な考察態度(例えば「變動論」二八九頁、排他性の效力に關する説明)であり(債權と物權との相互移行の關連性を説かれ、債權行為と物權行為の峻別論に反對されるのも、その一つのあらわれであろう)、従つて後述する、抽象法の適用による具體法の定立に關して充分の考慮をばらう專見の態度とは、相當のへだたりがあるように思えるからである。
- (21) 小池「増補改訂日本物權法論」四六頁、石田「全訂物權法論」一〇八頁、一〇九頁、柚木「判例物權法總論」一〇五頁、土生・前掲書・一〇四頁、等。
- (22) 中村宗雄「訴訟法學の立場からみた實體法學の學問的方法とその構造とに對する疑義」(早稻田法學二六卷四冊)——以下「訴訟法學の立場」と略記す——。
- 同「自然科学による法學の學問體系への示唆」(早稻田法學二七卷一・二冊)——以下「自然科学による示唆」と略記す——、その他多數の同博士の著書、論文参照。
- 宮崎澄夫「既判力の主觀的範圍に就て」(訴訟法學の諸問題第一輯、又は法學研究 十六卷一號)——以下この論文の頁は、訴訟法學の諸問題」の頁を記す——。

第二 卑見の展開

一 卑見を述べるについては、最初に、私の考えている考察態度について説明せねばならない。

私の研究の基本的立場乃至觀點は、實體法規範を、裁判規範としてとらえること、更にその裁判規範は、その具體的事件への適用の過程をへて、はじめて具體的事件を規律し得ること、について充分の注意を拂う態度である。

すべて法規範は、それが自發的に守られない場合には、國家權力によつて強制され得るところに、その基本的特質がある。しかしして法規範の國家的強制の形式が裁判なのであり、その裁判は、實體法に依據してなされるから、實體法が裁判規範であるという面について、充分考慮する必要がある⁽¹⁾。

又裁判規範として、考察さるべき民法は、抽象的な法律要件と、それに對する法律効果とを規定するものであるから、いわゆる抽象法⁽²⁾乃至抽象規範⁽³⁾である。従つて抽象法である民法は、當然に具體的事件を規律することは出來ず、具體的事件を規律するためには、その具體的事件への適用という操作が、絶対に必要である。いかなる場合においても、抽象的法規範が存在するだけで、それで當然に具體的事件を規律し得るものではなく、具體的事件を規律するためには、常にその適用という操作が必要であることは、あたかも、物指しがあるというだけでは、この機の長さはわからないのであり、この機の長さをはつきりさせるためには、その物指をこの機にあててみなければならぬ、という事實に對比することが出来るであらう。そして抽象的規範の適用は、裁判によつて完全な型でおこなわれるのであるけれども、裁判によらない、具體的事件の解決の場合においても、同様に抽象的法規範の適用という過程が存在する。即ちこの場合には、國家の裁判による抽象法の適用が、國家意思による適用であるのに反して、當事者の自律的意思による適用である⁽⁴⁾。

しかしして抽象法の解釋と、その具體的事件への適用とは、はつきりと區別して考えなければならぬ操作である。即ち抽象法の解釋は、抽象法の意義を明らかにし、普遍妥當性のある抽象的な法規範體系を構造する操作であつて、解釋の結果生まれるものは、抽象的法規範の體系以外のなものでもない。これに反し、抽象法の適用は、解釋の結果生みだされた、抽象的法規範の體系に依據しつつ、具體的事件を規律するところの、具體法を創造（發見）する現實的な、具體的な操作である⁽⁵⁾。抽象法の解釋と、適用とは異なる本質を有する操作なのであるから、解釋の場合に作用する解釋原理と、適用の場合に作用する適用原理とは異なるものである。そして解釋原理を究明する學問が、解釋論であり、適用原理を究明する學問を、

適用論乃至裁判論と名づけるとすると、從來適用論乃至裁判論といふべきものは殆んど存在しなかつた。適用論が存在しなかつた、というより、むしろ解釋論が、その固有の領域をこえて、適用論として研究すべきことまでも、解釋論的方法によつて取扱つていたのである。その結果は研究對象に適合しない研究方法を採用したために、理論の混亂となつてあらわれた。⁽⁸⁾そこで適用論乃至裁判論の確立が是非とも必要なわけであるが、その全體的な體系樹立は、極めてむずかしい仕事であり、それは他日を期さなければならぬ。

本稿においては、ただ、右に述べた如き、法規範及びその解釋、適用に關する觀點のもとに、不動産物權二重讓渡の問題を研究することを意圖している。従つて私は、この問題を通常なされるように、民法の規定の解釋論(普通にいわれる意味で)として取扱ふことをせず、抽象的法規範の適用の問題として、取扱おうとするものである。そこで論述の第一は、本問題に關する抽象的法規範、並びにその適用に關する規範の内容は何であるかを、民法の條文の、右に述べた如き立場に立つてする、理論的な分析によつて發見することである。

- (1) 中村(宗)「マルクス主義理論と訴訟法学」一三頁。
- (2) 宮崎「既判力の主觀的範圍に就て」(訴訟法学の諸問題)一四二頁、中村「訴訟法学の立場」四二頁。
- (3) 中村「訴訟法学の立場」二四頁。
- (4) 宮崎・前掲論文・一四三頁。
- (5) 中村「訴訟法学の立場」四一頁以下。
- (6) 中村「訴訟法学の立場」二五頁。
- (7) 中村「訴訟法学の立場」四〇頁―四四頁。
- (8) 中村「自然科学による示唆」三五頁。

二 民法第一七六條は、「物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ス」と規定しているが、本條

が内含する抽象規範は、動産、不動産を問わず、物權變動は當事者の物權的意思表示のみによつて、完全に效力を生ずる、という規範である。この民法第一七六條が内含している、抽象規範を、便宜上物權變動に關する第一規範（以下單に第一規範と記す）と名づけることにする。この第一規範の内容は、條文を讀んで字の如くであり、特別問題とするところはない。

次に民法第一七七條は、「不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」と規定しているが、本條を前述の如き觀點から分析するとき、この規定の中には、二つの性格の異なる規範が内在していることがわかる。即ちそのうちの一つの規範は、不動産に關する物權變動は、物權的意思表示のほか、登記をすることによつて、はじめて完全に效力を生ずる、という抽象規範である。この抽象規範は、その内容は、第一規範と全くちがつてゐるけれども、その性格は、第一規範と同じく、事件にそれが直接に適用されることの規範である。この抽象規範を、便宜上物權變動に關する第二規範（以下單に第二規範と記す）と名づける。第一七七條に内在する、もう一つの性格のちがつた規範というのは、第一規範及び第二規範を、事件に適用するに際して、その適用のしかたを指示する規範である。即ちそれは、物權變動の效力に關する争ひの裁判に際して——その裁判は第一規範又は第二規範を適用してなされるのであるが——その紛争の當事者が、物權變動の當事者と同一である場合には、第一規範を適用して裁判せよ、又紛争の當事者が、物權變動の當事者以外の者であれば、第二規範を適用して裁判せよ、ということをも命ずる規範である。この規範は、紛争當事者の何人なるかによつて、第一規範を適用すべきか、又は第一規範を適用しないで、その代りに第二規範を適用すべきか、という、直接事件に適用される第一規範及び第二規範の適用に關して、指示を與える規範であるから、抽象規範の適用に關する規範である。これを便宜上適用規範とよぶこととする。

以上の關係に對する理解を助けるため、第一規範及び第二規範を、それぞれ、赤の色めがね及び青の色めがねに例えて説明すれば、赤の色めがね（第一規範）及び青の色めがね（第二規範）は、その色はちがつてゐるけれども、いずれも、直接そ

れを通して物を見るものである、という點でその性格は同じである。そして二つの色めがねがある以上、目的に應じた使い分けが必要であるから、そこで例えば、Aグループのメンバー相互間で物の色が問題になつているときには、赤の色めがねを用いて見よ、又それ以外の者との間で物の色が問題になつているときは、青の色めがねを用いて見よ、という二つの異なつた色めがねの使用法を決めることが、色めがねそれ自體のほかに必要となる。この二つの色めがねの使用法の取決め、に當るものが、第一七七條に内含される適用規範である。

右に述べた關係を要約すれば次の如くなる。

民法第一七六條が内含する規範

抽象規範——動産、不動産を問わず、物権の變動は、當事者の物権的意思表示のみによつて、完全に效力を生ずる(第一規範)。

民法第一七七條が内含する規範

抽象規範——不動産に關する物権の變動は、物権的意思表示に加えて、登記をすることによつて、はじめて完全に效力を生ずる(第二規範)。

抽象規範の適用を指示する規範——不動産物権變動の效力に關する紛争の當事者が、その物権變動の當事者と同一であれば、第一規範を適用して裁判せよ、又紛争當事者の少くとも一方が、物権變動の當事者以外の者であれば、第二規範を適用して裁判せよ(適用規範)。

このように、不動産物権の變動という一つの事項について、異つた内容の二つの抽象規範と、更にその二つの抽象規範の適用に關し指示するところの適用規範の存在を認めることは、從來の民法理論からみれば、背理といわれるであろう。それは從來の實體法理論においては、抽象規範が、當然に、しかも絶對的に、具體的事件を規律するものと考えているからであ

る。そう考えるかぎりには、同一の目的事項につき、二つの異つた内容の抽象規範を認めることは背理となる、なぜならば、二つの内容の異なる抽象規範が、同時に一つの事件に、當然且つ絶體的に適用されてしまうと考えるから、一つの事件につき同時に異なつた効果の發生を認めねばならなくなり、不合理だからである。従つてこの二つの抽象規範の中のいずれか一方しか存在が許されなくなる（前述の如く民法一七六條を生かして、民法第一七七條を殺すか、又はその反對か、どちらかになつてしまふ）。のみならず一つ認められた抽象規範が、當然且つ絶體的に具體的事件に適用されてしまふものと考えれば、私のあげた適用規範の存在する餘地はなくなるのである。

しかし私は、抽象規範は、その具體的事件への適用の過程をへて、はじめて具體的事件を規律し得るものと考えているから、同一事項について、複数の抽象規範の存在を認めても、それらが、一つの具體的事件に、同時に適用されるとしないかぎり、決して理論の混亂は生じない。更に適用規範の存在も、一般的に許される¹⁾のみならず、この場合には必要である。

右に、第一規範、第二規範、並びに適用規範の内容としてあげたところは、その各々の規範の内容の概要であり、その詳細な點に至つては、更にその各々の規範の意味が、より嚴密に確定されることを要する。しかしそれについては、理論的考慮のほか、政策的考慮をも必要とすることであるから、本稿においては省略することとし、次に、これらの規範が、どのように運用されるものか、及びこのような考え方によつて、從來混亂していた議論がいかに整理されるか、について述べることをとする。

(1) かかる適用規範というべきものは、本條のほかにも、相當に存在すると思う。その詳細な研究は他日に譲るが、(イ)或事をもつて、第三者に對抗することを得ず、と規定する場合(例、民四五Ⅱ、民九四Ⅱ、民三五二Ⅱ、民四六七、等)には、第三者との間の紛争においては、その或事に關する規定の適用を排除して代つて他の規程を適用して裁判せよ、という適用規範が存在するとみるのが相當な場合が多くはないであろうか。(ロ)云々の場合は、何々の規定は適用せず(例、失火ノ責任ニ關スル法律、商八、民八八六Ⅱ、等)、という場合

においても、云々の場合の裁判に際しては、何々の規定の適用を排除し、他の規範に依拠すべき旨の、適用規範の存在を認め得よう。更に(イ)但書の場合にも(例 民四、民一一六、民一七九、等)以上に類する關係であると理解すべき場合が多いであろう(民二七、などは明らかにそうではないけれども)。

三 第一規範、第二規範、及び適用規範が、いかに運用されて、具體的事件を規律する具體法の定立(事件の裁判)、がなされるのか。前項によつて大體明らかにされたところではあるが、あらためて説明する。讓渡人甲と讓受人乙、又は丙との間において、物權變動の効力が争われている場合には、裁判所は、民法第一七七條に内在する適用規範が、物權變動の効力に關する紛争當事者と、その物權變動の當事者とが、同一であるときは、民法第一七六條に内在する第一規範を適用して裁判すべきことを指示しているから、それに従つて第一規範を適用して裁判する。その結果乙又は丙に登記がなくとも、有效な物權行為さえあれば、乙又は丙は、その訴訟の判決において、完全な物權者であると判断され、又甲は全くの無權利者であると判断される(甲と乙又は丙との間における具體法では乙又は丙が完全な物權者である)。物權變動の當事者以外の者、例えば乙と丙との間で、甲乙間又は甲丙間の物權變動の効力が争われている場合には、裁判所は、適用規範が、紛争當事者がその物權變動の當事者以外の者であるときは、第一規範を適用せず、第二規範を適用して裁判すべき旨を指示しているから、それに従い、第二規範を適用して裁判する。その結果もし丙に登記があれば、その訴訟の判決において、丙が完全な物權者であり、又乙は全くの無權利者であることが判断される(乙丙間の具體法においては、丙が完全な物權者)。又もし乙も丙もともに、登記を具備していない場合であつたなら、いずれも全く物權者ではないと判断されるのであり、一説による如く、甲との物權行為を時間的に先になした當事者が、物權者であると判断されるのではない。以上の關係を、有效、無効が判断されることころの物權變動の側から、説明すれば、その物權變動に關して、争うものが何人であるかによつて、第一規範を適用して裁判される場合と、第二規範を適用して裁判される場合とがあるわけになる。第一規範か、第二規範かいずれか一方が適用さ

れるのであつて、兩方の規範が同時に適用されるのではない。従つて物權行爲乃至變動した物權は、全く完全なものか、さもなければ、全く不存在か、どちらか一方であると判断されるのであり、完全でもなく、全く零でもない、いわゆる不完全な物權なるものは存在しない。これに對し從來の考え方では、第一規範と第二規範とが、同時に一つの事件に適用されるように考えているから、そこで完全でもなく、といつて全く零でもない、いわゆる不完全な物權なるものの存在を認めなければならなくなつてしまふのである。こうなつてしまふ原因は、抽象規範が、當然に具體的事件を、直接に規律する、という前提に立つことに存する。かようなまちがつた前提に立たずに、抽象規範は、適用の過程をへて、はじめて具體的事件を規律し、従つて適用に際しては、解釋とは異なる獨自な原理の作用を認めるかぎり、第一規範と、第二規範とが、紛争當事者の人的範圍の異なるに應じて、擇一的に具體的事件に適用されると考えることは、何等不思議ではない。前述の第一規範及び第二規範を、赤及び青の色めがねにたとへた例でいえば、赤の色めがねと、青の色めがねを、同時にかけて物を見るから、その物は赤でもなく、青でもなく、紫になるのである、紫を青がかつた赤と考えるか、反對に赤がかつた青と考えるか、どつちが正しいのかという論争に比すべきものが、前述の登記未済の物權を、完全な物權が制限を受けたのだと考えるか、反對に不完全な物權と考えるか、の論争である。二つのめがねを重ねないで、ある場合には赤の色めがねで、ある場合には青の色めがねでみるのであれば、いかなる場合にも、物の色は、赤か、青か一方であり、紫になることはない。

かように考えれば、ことさらに、否認權説がいう否認權や、又相對的物權、債權的物權等の概念を構想する必要はなくなる。即ち否認權説の如く、第二讓受人丙が、自己の有する否認權を行使して、自己に對する關係では甲に完全な物權が存在するものとなし、その甲に存することにした完全な物權を讓受けて、登記をし、乙に對抗する、という工合に曲りくどく説明する必要はない。乙丙間では、第二規範の適用によつて裁判がなされるから、當然に乙が敗訴するのであり、丙が否認權を行使すると考える必要はない、だから否認權の發生及び行使に關する問題は解消する。又登記なき讓受人の取得した物權

は、第一規範を適用して裁判されるときには、完全な物權と確定し、第二規範を適用して裁判される場合には、全く零と確定するのであつて、いわゆる不完全な物權として確定することは絶対にないから、相對的物權や債權的物權の概念は不要である。

(1) 宮崎「既判方の主觀的範圍に就て」一四一頁以下。

(2) 中島「民法釋義」物權篇上・六八頁。

四 しかしながら、それでもなお、從來普通にいわれていたような説に従えば、以下に述べるような、いろいろな批判が、卑見に對して加えられるであらうことが豫想される。そこで次に、これらの豫想されるところの批判の主なものに對して、その當らないことを論じてみることにする。

1 或る人に屬する、或る一つの物權が、その物權の存否を争う當事者の何人であるかによつて、完全な物權と確定したり、全く不存在であると確定したりすることを、理論的に承認するのは、大きな矛盾ではないか、との批判が豫想される。これは換言すれば、卑見のような考えは物權の絕對性（對世的效力）と矛盾する、との批判であろう。特に不完全な物權というものを、何等かの形で認める立場から、すればこのような物權の本質と矛盾する、物權みたいな權利が、現實に發生してしまつている（この種の批判の立場からはそう考える）以上、この不思議な物權みたいな權利を、ともかく相對的物權等と名づけて、物權の絕對性（對世的效力）と矛盾しないような理論を組立てようとする努力は、もつともなことであり、それに對して、無用な議論の混亂であるなどは、もつてのほかである、という批判が當然出て來るであらう。

右の批判に對しては、次のように考へている。

先ず、或る一つの物權が、或る人に歸屬している、という判断が、抽象規範を、その判断が問題となつてゐる事件に、適用しない以前から、可能だろうか、それは不可能である。或る物權變動が、有效か無効か、争われているとき、その物權變

動が有效ならば、取得していると主張される物権の存在は、問題となつてゐる物権變動に、第一規範なり、第二規範なりを、適用してみてはじめて、明らかとなるものであり、抽象規範を適用する前から、どちらかに決まつてゐるものではない。これが抽象規範の適用をまたずして、決定してゐると考えるのは、あたかも、雪景色を赤の色めがねで見たら、赤く見えたので、赤い雪がふつたのだと思うのと同じく、誤まつてゐる。第一規範又は第二規範が、適用される以前の物権變動は、實はまだ單なる社會的事實であつて、何等の實定的な法的評價をうけていない、従つてそれは、有効でも、無効でもなく、實定的な具體法の側からみれば全く白紙である、それにもかかわらず、規範適用以前に、或る物権が、或る人に歸屬してゐる（或いはしてゐない）と考えるのは、まちがいである。

次に、それはよいとしても、一つの物權行為が、その有效、無効を争う人の何人であるかによつて、その紛争解決のために適用されるところの抽象規範の内容が異なるのは、理解し得ない旨の疑問が出るのが豫想されるので、これについて説明する。

紛争の当事者が異なるのに従つて、その紛争解決のために適用される抽象規範が異なることが、かえつて事物の性質に適合する場合があることに、注意する必要がある。この問題のような場合には、物權變動の當事者間と、物權變動の當事者の一方及び第三者間とは、別個な生活空間¹⁾になつてゐるため、異つた内容の規範が、それぞれについて妥當するものと考えられる。即ち、物權變動の當事者の生活空間内における争ひは、第一規範によつて裁判されるのが相當であり、又物權變動の當事者及び第三者間の生活空間内における紛争は、第二規範によつて裁判されることが、生活空間の相異ということからみて妥當なのである。別個な生活空間であるにもかかわらず、同一の規範が、どちらの生活空間をも支配すべきである、という考えは、單一空間の理論である。單一空間（單一の場）の理論に従えば、一つの自然的空間内においては、數個の異なる生活空間の存在が否定されるから、數個の生活空間の存在を認める考え方によれば、別個の生活空間内における事件にも、同一

の規範が適用されなければならない事になつてしまふのである。⁽²⁾しかしそれではかえつて、本當の意味での事物の性質に反することになり、理論も混亂する。別個の生活空間内における事件には、異なる規範の適用が認められて、決して不思議ではない、という考えを次の例で説明する。親子、夫婦等の親しいなかと、家族以外のいわゆる他人との間とは習俗、禮儀等の内容が、相當にちがつてしかるべきことは、何人も疑わないであらう。これは親子、夫婦等の親しい間と、その他のいわゆる他人とは、異なるつた生活空間内に生存しているから、その各々について、ちがつた内容の習俗規範、禮儀規範が作用すべきことを認めるためである。禮儀や習俗の規範について、生活空間の相異に應じた、ちがいがあるのが相當であると同様に、法規範についても、法的な生活空間の相異に應じて、ちがつた内容の法規範の支配を認めることが、むしろ自然である。⁽³⁾

次に、いわゆる物權の絶對性乃至對世的效力と自説との關係について説明する。

普通にいわれているような意味における、物權の絶對性、對世的效力というものは、抽象的に構想された物權の概念を基本として、組立てられている。抽象規範體系においては、あたりまえの事である。注意せねばならぬことは、かような抽象規範が、直接に、現實に生存する具體的な人と人との關係を、規律するのではないことである。抽象的法規範の體系内においては、具體的紛争當事者は、その中にあらわれていないから、そこでいわれる物權の絶對性、對世的效力は、抽象的に構想された法的人格者間の關係にすぎない。換言すれば、民法の、即ち抽象規範の體系内では、觀念的主體間の、觀念的絶對性、對世的効力が存在するにすぎないのである。⁽⁴⁾かかる觀念的絶對性に對して、現實の物權の絶對性は、現實の、具體的紛争當事者間において、抽象規範に依據しつつ定立されるところの具體法内における存在である。そして物權の絶對性が、具體法内存在となつたとき、はじめてその具體法の主體である紛争當事者を、規律するに至るのである。しかして、具體法は、必ず、具體的な當事者間の、具體的な現實的な事實に即した法であるから、現實的な物權の絶對性というものは、その

具體的な紛争當事者間における問題なのである。従つて、もし具體的紛争當事者間において、不完全な物權の存在を認める考え方があるとすれば、それは、物權の絶對性に矛盾した、まちがつた考えである。しかし自説にはかような考え方は存在しない。即ち物權變動の當事者を紛争當事者とするかぎりは、第一規範によつて、その間の具體法が定立されるから、譲受人に登記がなくとも、彼は完全な物權者であると確定する、又物權變動の當事者以外の者が、紛争當事者として關與している場合には、第二規範によつて、その間の具體法が定立されるから、譲受人であると主張する者に登記がなければ、彼は完全な無權利者となり、登記があれば、完全な物權者であると判斷されるだけであつて、不完全な物權者であると確定することは絶對にない。これが物權の絶對性というものの現實的な意義である。

要するに、具體法の世界においては、即ち、現實具體的な事件においては、不完全な物權は存在しない。従つて、現實に不完全な物權が存在するように考えて、その本質を探究せんとする努力は、あたかも、虹を手でつかもうとする努力、にも比することが出来るであらう。

2 次自説は、わが民法の意思主義に矛盾するのではないか、という疑問について説明する。

即ちその疑問というのは、卓見によれば、物權變動の當事者と、第三者との間の紛争においては、物權を譲受けたと主張する當事者に、登記が存しないとき、その者が全くの無權利者と確定することを理論的に承認することになるけれども、これは結局第三者に關するかぎり、登記をもつて物權變動の成立要件とするものではないか、というのである。

しかしそもそも、物權變動は、いかなる場合においても、その當事者間において成立し、效力を發生するものであつて、第三者との間において、それが成立したり、效力を發生したりすることは、あり得ない。しかして物權變動に關する、意思主義といい、又形式主義といつても、物權變動の當事者間において、變動が成立し、效力を發生するために、その當事者の不要式の物權行爲のみをもつて充分とするか、或いはかかる物權行爲のほかに、何等かの現實的な事態をもあわせて要求す

るかの相異にすぎない。ただ意思主義を採用するかぎり、當事者間に效力を生じた物權變動につき、第三者が争う場合には、その紛争の裁判規範として、その物權變動が何等かの表象(登記)を具備しているときのみ、それを有効と判断する旨の規範(即ち第二規範)を用いなければ、第三者が不測の損害を受ける處がある。従つて通常この表象即ち登記をもつて、第三者に對する對抗要件であるといつては、第三者が不測の損害を受ける處がある。従つて通常この表象即ち登記についても適用されると主張するものであれば、それは物權變動は當事者間においても、登記をなすことによつて、はじめて有効となる結果になつて、意思主義に矛盾する。しかし卑見は、物權變動の當事者間における紛争は、常に第一規範によつて裁判する、としてゐるから、物權變動(それは必ず當事者間に存する)は、必ず物權的意思表示のみで完全に有効と確定する。従つて卑見は、それ自身としては、意思主義に矛盾するところの、第二規範を認めるにもかかわらず、その第二規範は、物權變動の當事者間の紛争には適用されない、という適用規範をあわせて認めることによつて、結局全體の構成において何等意思主義と矛盾しないのである。

3 否認權説の立場からみると、卑見の如き考え方では、いわゆる第三者の是認權を認めることが出来なくなる處がありはしないか、という疑問が提出されるかも知れない。そこで最後にこの點について説明を加えたい。

卑見は、必ずしも、いわゆる第三者の是認權を否定したと同じ結果を招來するものではない。

物權變動の當事者と、第三者との間の、物權變動の效力に關する紛争は、第二規範を適用して裁判されねばならぬ、ということは、適用規範によつて示された原則であるけれども、何故にかかる原則が必要であるのかといえ、それは結局のところ第三者保護のためである。そこでもし第三者の側において、第二規範を適用して裁判されることを欲せず、かえつて、第一規範を適用して裁判されることを承認する場合には、物權變動の效力に關する紛争は、變動の當事者と第三者との間のものであつても、なお第一規範を適用して裁判することが許されるであらう。従つてこの第三者の、第一規範適用に關する

承認があつた場合には、譲受人なりと主張する當事者は、登記を具備しなくても、第三者との間において自己が完全な物権者であると確定し得るわけである。このように、第一規範の適用によつて裁判されることの承認を、第三者が（或いは紛争當事者双方が）することの可能性を認め得るから、いわゆる是認権を認めないでも、その結果が妥當でなくなることはないと思ふのである。

- (1) 生活空間（生活圏又は位相空間）の概念については、中村「訴訟法學の立場」四六頁、「自然科學による示唆」三四頁、三五頁参照。
- (2) 中村「自然科學による示唆」一一頁、二一頁。
- (3) このような觀點からすると、すでに第一譲渡があつたことを知つている第二譲受人は、むしろ物權變動の當事者相互間と同様な生活空間に入つてゐるものと、いうべきではないか、と思ふ。従つて惡意の第三者との間の紛争は、第一規範を適用して裁判することの方が妥當なのではあるまいか。そう考えれば、結果は、民法第一七七條の「第三者」とは、惡意の第三者を含まない、という學說（小池「日本物權法論」四九頁、五〇頁、船橋「不動産登記法」——新法學全集十二卷——七五頁以下等）と大體同じとなる。しかしこの點につき充分な確信はもてないから、一應疑問として提出するにとどめ、詳細は法學における生活空間理論の充分な研究の後に述べる。
- (4) 中村「自然科學による示唆」一九頁。又於保教授は、民法にいわゆる物權の觀念性に注目されている（於保「公示なき物權の本質」法學論叢五八卷三號）。
- (5) 宮崎「既判力の主觀的範圍に就て」一四二頁。
- (6) もつとも、登記による公示制度の目的——第二規範存在の意義——を、もつばら第三者の利益保護と考へないで、第三者の保護とあわせて當事者の利益の保護である、と考へるとすれば、ここにいる第一規範を適用して裁判されることの承認は、紛争の當事者双方の承認としなければならぬ。

結 語

以上を要約すれば、次の如くである。

第一に、不動産物權二重譲渡に關する從來の學說の概要を述べ、第二に、卑見を展開した。しかして、卑見の展開は、(1)

私の研究態度の基本的立場、(2)その研究態度によつて認識することの出来る、民法第一七六條と民法第一七七條とに内在する三つの規範——二つのちがつた内容をもつ抽象規範と、一つの適用規範——、(3)具體的事件に關する具體法の定立に際しての、その三つの規範の作用、並びに從來の學說による議論の混亂が、卓見の立場からみると、いかに整理されるか、(4)卓見に對して、提出されそうな疑問についての説明、の順序によつてなされている。そして本稿全體を通じて、私の意圖したことは、抽象規範と具體法との關係の正しい認識にもとづいて、不動産物權二重讓渡の問題を、理論的側面から論ずることである。

本研究については、慶應義塾學事振興資金をうけた。