

Title	民法制定より神戸先生に至る物権変動論
Sub Title	Trends of legal theories on Japanese civil code §176 ~ §178
Author	宮崎, 俊行(Miyazaki, Toshiyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1965
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.38, No.1 (1965. 1) ,p.99- 131
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	神戸寅次郎先生記念論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19650115-0099

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.

民法制定より神戸先生に至る物権変動論

宮 崎 俊 行

まえがき

- 一 旧民法における物権変動論
 - 二 現行民法制定過程における物権変動論
 - 三 現行民法制定から神戸博士の「物権重複論」に至る間の物権変動論
 - 四 神戸博士の「物権重複論」から同博士の「物権変動論」に至る間の物権変動論
- あとがき

ま え が き

わが慶應義塾法律学科「育ての親」神戸寅次郎博士の生誕百年を記念して、本論文集を刊行する計画が建てられたときに、筆者としては、民法制定より現在に至るまでの、物権変動に関する学説を、民法学史の立場から検討することを思い立つた。ところがいざそれに着手してみると、その全部をまとめることは歴大なものとなりそうなので、ここではとりあえず、民法制定から神戸博士の「物権変動論」(法学協会雑誌三三巻五、六号・大正三年五、六月)の発表に至る間の主要な学説(および立法過程における論議)を検討することとした。また物権変動に関するあらゆる論点について、かかる検討を加えることは、

ひとまず断念し、神戸博士が右の論文において特に論ぜられたところの、「登記未済の物權變動ないし物權の本質」(およびその前提として取上げるべき「物權行為と債權行為との関係」) いかんの問題、および旧民法と現行民法とを比較するとき何人も気付く大きな相違であるところの、登記(または引渡)なくしては對抗し得ない「第三者」についてその「善意、悪意を区別することの是非」の問題、に焦点をしばつて若干の学説史的検討をなすにとどまつてしまつた。

一 旧民法における物權變動論

現行民法における物權變動に関する根本主義をなしている「意思主義および對抗要件主義」(民法一七六条・一七七条・一七八条によつて示される主義を、仮にこう言う)は、その基本的構成においては、明治二三年公布の旧民法に由来するものといえる(すくなくとも同様な系統に属するものといえる)⁽¹⁾。そこでここでは先ず旧民法の制定についての論議や学説を一瞥することにしよう。

現行法の一七六条に相当する旧民法の規定は(以下条文の傍点はすべて筆者による)、次の通りである。

財産編三三一条 特定物ヲ授与スル合意ハ引渡ヲ要セスシテ直チニ其所有權ヲ移転ス但合意ニ附帶スルコト有ル可キ停止条件ニ関シ下ニ規定スルモノヲ妨ケス

同編三三二条 代替物ヲ授与スル合意ハ諾約者ラシテ其物ノ所有權ヲ約束シタル性質、品格及ヒ分量ヲ以テ要約者ニ移転スル義務ヲ負ハシム此場合ニ於テ所有權ハ物ノ引渡ニ因リ又ハ当事者立会ニテ為シタル其指定ニ因リテ移転ス⁽²⁾

財産取得編四四条 売買契約ハ売渡物ノ所有權ノ移転及ヒ其物ノ危険ニ付テハ財産編第三三一条、第三三二条、第三三五条及ヒ第四一九条ニ定メタル如キ普通法ノ規則ニ從フ⁽³⁾

現行法の一七七条に相当する旧民法の規定は、次の通りである。

財産編三五〇条 第三四八条ニ掲ケタル行為、判決又ハ命令ノ効力ニ因リテ取得シ變更シ又ハ取回シタル物權ハ其登記ヲ為スマテハ仍ホ名義上ノ所有者ト此物權ニ付キ約束シタル者又ハ其所有者ヨリ此物權ト相容レサル權利ヲ取得シタル者ニ對抗スルコトヲ得ス但其者ノ善意ニシテ且其行為ノ登記ヲ要スルモノナルトキハ之ヲ為シタルトキニ限ル。悪意及ヒ通謀ニ付テハ第三四七条ノ規定ニ從ヒテ之ヲ証スルコトヲ得⁽⁴⁾

財産取得編四五条一項 売買ノ目的カ不動産ナルトキハ其契約ヲ以テ売主ノ特定且善意ノ承継人ニ對抗スルニハ財産編第三四八条以下ノ規定ニ從ヒテ登記ヲ為スコトヲ要ス

また、現行法の一七八条に相当する旧民法の規定は、次の通りである。

財産編三四六条 所有者カ一箇ノ有体動産ヲ二箇ノ合意ヲ以テ各別ニ二人ニ与ヘタルトキハ其二人中現ニ占有スル者ハ證書ノ日附ハ後ナリトモ其所有者タリ但其者カ自己ノ合意ヲ為ス当時ニ於テ前ノ合意ヲ知ラス且前ノ合意ヲ為シタル者ノ財産ヲ管理スル責任ナキコトヲ要ス。此規則ハ無記名証券ニ之ヲ適用ス

財産取得編四五条二項 財産編第三四六条及ヒ第三四七条ハ右同一ノ目的ヲ以テ有体動産及ヒ債權ノ売買ニ之ヲ適用ス

現行法の規定と旧民法の規定とを対照すれば一応右のようなことになるが、なおここで注意を要すると思われることは、現行法一七六条に相当する財産編三三一条・三三二条は、財産編第二部「人權及ヒ義務」第一章「義務ノ原因」第一節「合意」第三款「合意ノ効力」のうちで第一則「当事者間及ヒ基承継人間ノ合意ノ効力」の部分に置かれているのに対して、現行法一七七条・一七八条に相当する財産編三四六条ないし三五〇条は、第三款「合意ノ効力」のうちで第二則「第三者ニ対スル合意ノ効力」の部分に置かれており、しかも三四七条や三五〇条等では「対抗スルコトヲ得ス」という文言が使われていることである。このことから推察すると旧民法では、今日よく言われるような「第三者に対して其効なし」と「第三者に對抗することを得ず」との区別は無かつたのかもしれない。⁽⁶⁾

いずれにしても、前示の条文を一読してわかることは、旧民法は現行法と異なり、(イ)物權行為の独自性というものは全く認めていないこと、(ロ)對抗要件を具備しなければ對抗できない第三者を善意の(更に登記をなしたまたは占有している)第三者に限定していること、⁽⁸⁾である。

ところで、對抗要件を具備した者が優先する理論的な根拠ないし對抗要件未済の物權の本質というようになことにについては、いかに考えられていたであらうか。まず旧民法の立法過程ではどうであつたか、をみてみよう。「法典調査会民法草案議事筆記」⁽⁹⁾(第二六回議事・明治二十二年二月一日)をみると、すくなくともその場では「意思主義および對抗要件主義」の採用が、理論的にどのような問題をもたらすかについてまでは、思い及ばなかつたのではないかと推察される。⁽¹⁰⁾財産編三四六条(当時の草案の三六六条)の審議に際し、鶴田皓委員から「之ハ講釈シテ貫ハヌテハ分リマセン」との発言があり、栗塚省吾報告委員から実例に基づく本条適用の結果についての説明があり、あとは概ね字句の修正についての論議で終つているものようである。また財産編三五〇条(当時の草案の三七〇条)の審議に際しては、最初に次のような発言があつた。

(鶴田委員) 之ハ要リマセン

(委員長・山田顯義氏) 仏文ヲ変ヘタノテスカ

(栗塚報告委員) 註ノ意味ヲ入レタノテス

(委員長) 「ボアソナード」ニ言ハヌト分ラヌゼ、簡様ナ所ハ「ボアソナード」ニ云フ方ガ宜シイ

いきなりこのような発言があり次で字句の問題に入つていたので、前後の關係から右のやりとりの真意がよくわからないが、更に実例をあげて本条適用の結果を説明し、また字句の論議をして本条の審議を終つて⁽¹¹⁾いるところなどから推察すると、動産の場合にも不動産の場合にも、「意思主義および對抗要件主義」を採つた場合の実践的な結果を理解し、それをわかりやすい文章にするという程度のところで、この主義の理論的な説明なりこの主義を採つたときに将来生起するであろう

諸問題に思いをめぐらす余裕はなかつたのではないかと考えてもよさそうである。⁽¹²⁾ もつと広く旧民法の立案時代における論稿とか、当時の取引社会の慣行等を調査しないと、確定的なことは言えないが、それは他日を期することとして、次に旧民法公布後において主要な学者が、これらの問題についてどう考えていたかということに、進むことにする。

旧民法に関する代表的な註釈書である「民法正義」(明治法律学校講法会内新法註釈会出版・明治十三年、財産編第二部卷之一井上正一著、財産取得編卷之一熊野敏三著)の説くところによつて、「意思主義および對抗要件主義」についての当時の学者が理解したものをみることにしよう。まず旧民法財産編二九六条・三三一条、財産取得編四四四条等によつて示されているところの、旧民法の「意思主義」については、次のように理解していたようである。特定物を授与する合意は同時に譲渡の利益を受ける者例えば買主のために、物権と債権とを生ぜしめる。すなわち買主はその物の引渡をうけないでも直ちに所有権を取得し、また同時にこれを引渡さしめる債権を取得する。⁽¹³⁾ もつとも諸約者は合意において、その目的物たる特定物の所有権を引渡しに至るまで留保することもできる、と解したようである。⁽¹⁴⁾

次に旧民法財産編三四六条・三四八条・三五〇条、財産取得編四五条等によつて示された旧民法の「對抗要件主義」については、次のように理解していたようである。財産編三四六条の説明に曰く。財産編三三一条は、特定物授与の合意というもの、は、当事者間に在つては合意のみによつて所有権の移転することを定めたにすぎない。なんとすれば、三三一条は当事者間における合意の効力を規定するものだからである。然るに三四六条においては、特定物授与の合意は当事者間においては当事者の承諾のみを以て所有権の移転があつても、第三者に対してはこの承諾のみによつて其移転があるわけではない。くわしく言えば当事者間においては合意のみによつて所有権の移転があるけれども、善意の第三者に対しては、占有より成る公示がなければ所有権の移転することはない。だから(甲が乗馬を乙と丙に二重に譲渡したとき)乙が乗馬を占有しない間は、甲は第三者たる丙に対しては依然としてその所有者である。故に丙よりみるときは甲は他人の物を譲渡したのではなくその譲渡

は有効である。また乙も丙もいまだ占有しない間は、前に譲渡をうけた乙は、丙に対抗できる。なぜならば、乙も丙もともに甲に対しては所有權を対抗することができ、しかして甲は前に乙に譲渡し後に丙に譲渡したのだからである。更に後に譲渡をうけた丙が占有を得ることによつて、前に譲渡をうけた乙に対抗できることの根拠について、即時時効によつて説明する者もあるが、これはまちがつている。なぜならば、(イ)即時時効が成立するためには占有をなす当時に善意であることが要求されているが、本条では合意の当時の善意を要求していること、(ロ)即時時効は合意を原因とするものではないこと、であるからである。⁽¹⁶⁾

財産編三五〇条の説明においても、概ね三四六条の説明の場合と同じような論法によつている(もちろん即時時効の問題は出ない)。

なお財産取得編四五条の説明に際して、二重売買の場合に最初に登記または占有をした買主が契約の日附は後でも所有權を取得することの理論的説明に言及している。すなわち他人の物の売買は無効なのに第二の買主がなぜ所有權を取得するかを説明するのに、「第一の買主はその懈怠によつて第二買主をして契約をなさしめたものであり、もしこれを追奪することができる」とすれば自己の懈怠よりこれに損害を加えることになるから、第二の契約を維持するのは損害の賠償に外ならぬ」という者もあるが、なお充分な説明ではない、と述べている。⁽¹⁸⁾

いずれにしても、旧民法の制定過程または制定後の注釈書においては、登記または引渡未済の物權の本質、ないし合意の当事者間における効力と第三者に対する効力との關係について、それほど掘下げた論議はなかつたと推定できそうである。とはいえこの過程において今日からみて、極めて注目すべき現象がある。それは旧民法は対抗要件を具備しなければ対抗できない第三者の範圍を、善意にしてかつ登記または占有を具えたものに限定しているが、このことに関しては、第三者の範圍がかく限定されていることについて読者の注意を喚起することをねらつたような説明こそあれ、これに対して反対の(一)

まり現行法文の如き)意見を表明するものは、法律取調委員の審議においてもまた「民法正義」においても全く見当らないことである。したがつて第三者の範囲をこのように(特に善意なものに)限ることは、社会生活の原理として極めて自明のことと考えられていたのではなからうか、との推定が成り立つわけである(この問題については、また後にふれることとする)。

(1) すくなくとも一七六条については、立案者がそう意識していたことは、まちがいなからう(法典調査会民法議事速記録、日本学術振興会版六巻二〇丁、穂積発言)。一七七条と一七八条については、要するに登記または引渡がなければ第三者に対抗できない、という点では同じだが、後述の如く第三者の範囲がちがうし、また民法全体の構成や旧登記法の規定の体裁のちがいを考ええると、現行法が旧民法に由来するといつては、いすぎかもしれない。

(2) 合意の意義については、財産編二九六条が、「合意トハ物權ト人權トヲ問ハス或ル權利ヲ創設シ若クハ移轉シ又ハ之ヲ變更シ若クハ消滅セシムルヲ目的トスル二人又ハ數人ノ意思ノ合致ヲ謂フ。合意カ人權ノ創設ヲ主タル目的トスルトキハ之ヲ契約ト名ツク」と規定している。人権とは債権のことである。

(3) 財産編三三五条・四一九条は、危険負担についての規定である。なお代金支払と引渡しとは、原則として同時履行となるように規定されている(財産編四七条三項・七四條)。つまり売買契約の効力として即時に所有権が移転するが(引渡がなくとも)、その時に売主は代金を受領しているわけではない。また他人の物の売買については、財産編四二条は「他人ノ物ノ売買ハ當事者双方ニ於テ無効ナリ。然レトモ売主ハ売買ノ際其物ノ他人ニ屬スルコトヲ知ラサルニ非サレバ其無効ヲ援用スルコトヲ得ス」と規定する。

(4) 財産編三四八条は、「左ニ掲タル諸件ハ財産所在地ノ区裁判所ニ備ヘタル登記簿ニ之ヲ登記ス、第一不動産所有權其他ノ不動産物權ノ讓渡第二右ノ權利ノ變更又ハ拋棄 第三(略) 第四(略)」であり、同編三四七条は債權讓渡の對抗要件の規定であるが、その第四項では、「當事者ノ惡意ハ其自白ニ因ルニ非サレハ之ヲ証スルコトヲ得ス然レトモ讓渡人ト通謀シタル詐欺アリントキハ其通謀ノ通常ノ証拠方法ヲ以テ之ヲ証スルコトヲ得」と規定している。なお明治一九年の旧登記法は、旧民法と異なり(すくなくとも文言上は)「登記簿ニ登記ヲ為ササル地所建物船舶ノ売買讓与質入書入ハ第三者ニ對シ法律上其効ナキモノトス」(同法六条)となつていた。

(5) 「第三者に對する合意の効力」の原則的規定は財産編三四五条「合意ハ當事者及ヒ其承継人ノ間ニ非サレハ効力ヲ有セスト雖モ法律ニ定メタル場合ニ於テシ且其条件ニ從フトキハ第三者ニ對シテ効力ヲ生ス」とある。

(6) したがつて財産編三五〇条の「登記ヲ為スマデハ 對抗スルコトヲ得ス」と、旧登記法六条の「第三者ニ對シ法律上其効ナキモノトス」とは、実質的には矛盾しないと考へられたのかも知れない。

(7) この点は註(2)に引用した財産編二九六条をも合せ考へれば、全く明白であらう。

- (8) 前示諸条のほか、財産編三五一条は、「法律、裁判、又ハ合意ニ因リテ前取得者ノ為メ登記ヲ為ス義務アル者カ之ヲ為サスシテ後ニ取得者ト為リタルトキハ善意タリト雖モ自己又ハ其相続人若クハ一般ノ承継人ヨリ登記ナキコトヲ申立テテ前取得者ニ対抗スルコトヲ得ス」とする(現登記法五条参照)。また第三者の範囲は、今日の言葉でいえば「対抗問題の生ずる場合」に限定されているものと解せよう。
- (9) 日本学術振興会版第二三回―第二八回民財四ノ二〇六丁以下、民財四ノ二三〇丁以下。なお、日本学術振興会版の表紙には「法典調査会」とあるが、これは「法律取調委員会」の誤である。
- (10) 同日午前九時二五分開会し、午後八時四〇分閉会までの間に、当時の案の条数で三五九条から三七二条(確定法案の条数では三三九条から三五二条)までを審議しており、問題の多い所としては相当のスピード審議だから、理論的に掘下げる時間がなかつたのかもしれないが。
- (11) その他注目すべき点としては、(イ)第三者の善意悪意を区別する必要なしとの発言は見当らないこと、(ロ)松岡康毅委員より「今テモ買取テ本統ニ割印セス居ルモノモアリマシヨウ、懸意テ登記セス奥書ヲ取ラスニ怠ツテ居ル者モアリマシヨウ、其時分ニ他ノ人カラ金ヲ取テ割印スレハ先ノ人ハ真ノ所有者ニアラス。」との発言があるが、これがもし当時の社会の実情であるとすれば興味深い、(ハ)今日のいわゆる「対抗問題の生ずる場合」だけが対抗要件が問題になると考えていたらしい発言のあること、などである。
- (12) なお財産編三三一条・三三二条(当時の草案で三五一条・三五二条)および財産取得編四四条・四五条(当時の草案で六八一条・六八二条)などについては、この点に関する特に目立つた発言はない。
- (13) 民法正義財産編第二部卷之一、二三頁、一九三―一九九頁、財産取得編卷之一、二五七頁以下。特定物授与の合意は、(イ)引渡をまたずして所有権移転、(ロ)特定物引渡の債権発生、のほか同時に(ハ)危険負担が要約者に帰す(財三三五条)、(ニ)引渡をなすまで其特定物を善管注意義務をもつて保存する義務(財三三四条)、の四箇の効力を生ずる。
- (14) この場合にも危険負担は要約者(買主)に帰すると解している(「民法正義」財産編第二部卷之一、二三四―三五頁)。
- (15) 即時時効は証拠編一四四条に規定されており、概ね現行法の即時取得(民一九二条)に相当する。証拠編一四四条は「正権原且善意ニテ有体動産物ノ占有ヲ取得スル者ハ即時ニ時効ノ利益ヲ得。」というのである。
- (16) 「民法正義」財産編第二部卷之一、二九六―七頁、二九九頁、三〇二頁、三〇五―八頁。
- (17) 財産取得編四二条の規定(注(3)に引用)。
- (18) 「民法正義」財産取得編卷之一、二七三―四頁。

二 現行民法制定過程における物權變動論

現行民法一七六条ないし一七八条が、法典調査会で審議されたのは、明治二七年五月二二日開催の第一四回會議である。⁽¹⁾

一七六条については、穂積陳重氏より、本条の主義は、(イ)旧民法の主義と基本を異にしないこと、(ロ)引渡を要せず物權が設定移転されるということは、証拠法も完備しており、取引も頻繁になつて占有と物權とがいつでも相伴うわけではなくなつており、かかる時代には人民の志望にもそうものであらう、との説明があり、後は字句の修正に関する論議で終つてゐる。いづれにしても物權の設定、移転に引渡を要しないのだ、ということ強調しているだけで、債權的意思表示か物權的意思表示かについては、全くふれていない。なお民法修正案理由書でも右の説明とほぼ同様なものがみられるにすぎない。

一七七条については、まず穂積陳重氏より次のような説明がみられる。すなわち、(イ)本条と次条はいわば前条の「但書とでも申すべきものである」、(ロ)旧登記法第六条(前節注(4)に引用)と異なり、權利は移転することができるが登記をなすに非ざれば第三者に対抗することができないとしたこと、(ハ)登記は「公益に基く公示法で」あり、「公示法であります以上は……吾々は絶対的のものである絶対的のものでなければ公示法の効を奏することが出来ぬと考えますが故に単に『第三者ニ対抗スルコトヲ得ス』と書き下したのであ」つて、「第三者の善意とか悪意とか云う形容詞を付けなかつたわけで」、「これが幾らか既成法典とは趣を異にして居る点であること、(ニ)遺贈や相続の場合も登記を要すること、等の説明がある。

これに対して横田国臣氏⁽²⁾より、登記未済の物權ないし「対抗することを得ず」ということについての理論的に掘下げた質問が出た。すなわち、前条によつて意思だけで物權は移つてゐることになるが、第三者に対抗できないということは、その「權利は論理から言えば何によつて消えるので」あらうか、第一讓受人から第二讓受人に讓渡すという理論なのか、或いは

第二譲受人は讓渡人から譲受けるのか、もし後者なら登記によつてはじめて物權が移ることになるのではないか、この点どう考へてゐるのだろうか。私(横田)の考へでは、前条は原則であるが、本条と次条は別段の例外(つまり唯約束だけでは物權は移らぬとする)を置いたのであらうと思ふ、⁽³⁾という發言である。⁽⁴⁾しかしこの質問に対しては、適切な答弁は誰からもなかつたやうである。

そのほか高木豊三氏から、参考意見的な述べ方であるが、ドイツ式に登記を物權行為の成立要件とする方がよくはないかとの發言があつた、後は「取喪及ヒ変更」という表現とか、「登記法ノ規定ニ從ヒ」という表現について、論議をして、本条の審議を終つており、「第三者」の善意悪意を区別しなかつたことについては、最初の穂積陳重氏の説明で満足したのかどうか、何も論議されていない。

一七八条についても、まず穂積陳重氏より、その旨意は前条と同じであることの説明があるが、次で横田国臣氏から、前条の際と同じように当事者間では物權が移るが引渡があるまで第三者に対抗できない、ということの理論的根拠についての發言がある。すなわち横田氏の疑問としたところは、当事者間では權利はすでに移つているが、引渡がなければ第三者に対抗できない、ということの理論的な根拠は、(イ)第三者は引渡をうけることによつてその物を即時時効(旧民法証拠編一四四条・前節注(15)に引用)によつて取得するのか、(ロ)第一譲受人から第二譲受人に讓渡すと考へるのか、(ハ)引渡によつてはじめて物權が移るというのか、(ニ)法律が第一譲受人から物權を引上げて第二譲受人に移すというのか、どれかであらうと思ふが、どうなのだ、ということである。これに対して穂積氏より、「引渡を怠つて居ると云うと斯の如き不利益があるぞと云うのであつて寧ろ得た權利を公益上制限せられる」のだとの答弁があつた。⁽⁵⁾そのほかは、「讓渡ハ」との表現でよいかどうかについて論議があつただけで、ここでも「第三者」について善意悪意を区別しなかつたことについては、何の論議もみられない。

ここに似たような法典調査会の論議を通読して感ずることを、重複の感もあるが、とりまとめてみると、次のようなことである。(1)一七六条の意思主義については、「物権が変動するには引渡は不要だ」、との点に重点があるのみで、旧民法と異なりパンデクテン・システムを採用したにも拘らず、本条の意思表示の性質(債権的か物権的か)については、殆んど問題とさえされていない。旧民法はインスティテューション・システムによつており、さきに引用した諸条文の文言上も、とにかく「合意」の性質が確定していたから問題はなかつたろうが、現行法の制定に際して、この点が問題とされなかつたのはむしろ不思議である。具体的な問題としては、旧民法では、特定物に関する物権移転の時期が何時かが明確であつたのに(つまり原則として「合意」の時)、現行法ではすくなくとも条文を普通に読んだところでは、この時期が不明なのにもかかわらず、それが問題とされなかつたのはどういふわけであらうか。

(四)登記または引渡未済の物権の本質・「対抗スルコトヲ得ス」の意義ないし「意思主義および対抗要件主義」を採ることから生起する諸問題の理論的解決、について横田国臣氏以外はこの問題の意味すら(すくなくともその重要性を)よく理解していなかったのではないだろうか。

(五)旧民法は、登記または引渡がなければ対抗できない第三者を善意なものに限定していた。そしてこのことは前にも述べたように全く当然なことと考えられていたものと思われる。ところが現行法は、第三者についてこのような限定をしていない。そしてこの相違こそ、両法典がとにかく「意思主義および対抗要件主義」を採用していながら、なお相違する最も明白な、また(四)の問題がかなり理論的色彩の強いのに対してかなり実践的な色彩の強い、相違点である。したがつて旧法と新法とを対照して一読すれば、何人もこの相違の重要さに気づくはずなのに、新法の制定過程においては、この点何も論議されていぬのはどうしたことだろうか。前示の如く、登記や占有は公益に基く公示法であり、絶対的なものでなければ効を奏することができないから、「第三者」の善意悪意を区別しなかつたのだ、という説明だけで、あたかも「公益」の文言に

ひれふしたように何の論議もなされないような感があるのは、全く不思議である(この点は右の(ロ)の点についても言えることだが)。特に、(i)ドイツ法では形式主義であるから、そもそも第三者の善意悪意など問題となり得ないが、「意思主義および對抗要件主義」では、第三者の善意悪意を問題としてはいけない理論的必然性は何もなく、むしろこの点を一応検討してかかる方がまことに自然な思考過程であること、(ii)旧民法の法律取調委員会審議の日が明治二十二年二月であり、現行法の審議が明治二十七年五月であつて、その間わずか六年、社会事情が著しく変化したとも思えないこと、などを考え合わせると、この点はいよいよ不思議である。旧民法は施行されなかつたとはいへ、同一国の、わずかの年月しかへだたつていない、同一事項についての立法が、かように断続していること、それに疑問を持たなかつたこと、これを敷衍すれば何か重大な意味がひそんでいる、と考へては思はずごしであらうか。

- (1) 法典調査会民法議事速記録(日本学術振興会版)六卷六ノ二〇丁以下。なお当時の草案の条数では一七七条ないし一七九条となつている。
- (2) 横田国臣博士は、慶應義塾出身(明治五年八月より約十ヵ月間在塾)の法曹人であり、後に明治三十九年七月第十一代の大審院長に就任し大正十年六月まで十五年間在職した(慶應義塾百年史大学編四一九頁以下)。
- (3) もつとも当時の草案では、「物權ハ別段ノ定アル場合ヲ除ク外当事者ノ意思ノミニ因リテ之ヲ設定又ハ移転スルコトヲ得」とあつた(傍点筆者)。しかし穂積陳重氏の説明から推論すると、起草者は、この「別段ノ定」が次の二カ条だとは考へていなかったようである。この例として(4)法律の定め(ここで次の二カ条を出さないところからみると、特別法的东西を予想していたのではないか)、(ロ)質權の如く權利の性質上例外となるもの、(イ)法律行為の性質上(条件附等の)例外となるもの、(ニ)代替物所有權移転契約の場合、をあげている(速記録六ノ二五丁)。また梅謙次郎氏は、横田氏のこの発言に対して、いや第三者に對抗することを得ずというのだ、とくりかえし、またそれでは前条を書換へなければならなくなる、といつているから(速記録六ノ三一丁)、彼もまた本条および次条は登記または引渡によつて物權が移ることを定めており、前条の「別段ノ定」に該当するものだ、とは考へなかつたようである。

(4) 速記録六ノ二九丁一六ノ三二丁。

(5) 速記録六ノ三七丁一六ノ三九丁。

(6) 以上にふれた事項については、民法修正案理由書にも、衆議院第一読会法典質疑要録にも、これという程のことはない。

三 現行民法制定から神戸博士の「物権重複論」に至る間の物権変動論

本節では民法制定以後神戸博士の物権変動に関する最初の論文である「物権重複論」(法学協会雑誌二八卷二一四号、明治四三年二月—四月)の発表に至る間の、主要な学説をほぼ年代順に概観することとしよう。

(一) 松波仁一郎、仁保亀松、仁井田益太郎三氏共著「帝国民法正解」第二編(明治二九年六月)

物権移転の時期については、特定物の売買を契約するときは、契約と同時にその物の所有権は買主に移転するのが一七六条の主意であるが、当事者は特約して所有権の移転を物の引渡の後とすることができ(一三二頁)。

二重譲渡の際、先に登記または引渡をうけることにより第二譲受人が優先する理由としては(甲を譲渡人、乙を第一譲受人、丙を第二譲受人として)、丙は甲より所有権を取得するので、乙から取得するのではない(或いは、甲は乙の代理人となつていない)。なぜならば丙に対抗し得ないということは、「丙よりしてこれをみれば、あたかも甲乙間に譲渡なきに等しく、したがつて所有権はなお甲に存し、丙はこの所有権を甲より譲受けることになる」(一四七—八頁)。この点或いは後の「關係的所有権説」の萌芽のような感もある。

「第三者」の善意悪意を区別しないことについては、旧民法は「理論に偏して、実際をかえりみ」ないものであつた。なぜならば善意悪意は外部から推測し得ず、また仮に推測し得てもその推測の当否およびこれに関する証拠につき争を生ずることがあるから、「たとえ理論には、遠かるもむしろ實際の便宜」のためにこの区別を設けない方がよい、と説く(二四四—五頁)。

(二) 梅謙次郎氏著「民法要義」卷之二(初版明治二九年九月、但しここでは大正三年三月訂正増補第三三版による)

「対抗することを得ず」の意義に関して、「第三者に対しては」、登記を為して「初めて、所有権が移転したるものと認め」る、との説明があるが(八一—〇頁)、この真意の把握はむずかしそうである。

また悪意の第三者に対しては登記なくして対抗し得るとするのは、「最も、穩当なる主義」のようであるが、実際において善意悪意を分つことは極めてむずかしく、また同じく第三者であつても甲は権利の移転を認めず、乙はこれを認めなければならぬというのでは、すこぶる法律関係を錯雜ならしめて「實際の不便」がすくなくないから、本条では善意悪意の区別をしなかつた、と説く(二〇一―一頁)。

(三) 岡松參太郎氏著「註釈民法理由」中卷(明治三〇年八月)

ドイツ法系の立法が形式主義によつたのは、「もつぱら、古来の因襲に基くもの」であつて、これでは「今日の社会に於てはいたずらに取引の不便を生ずるにすぎ」ないから、民法は意思主義を採つたという(二四頁)。

「第三者に対抗することを得ず」というのは、「第三者より当事者に対抗するを妨げ」ないものだから、第三者(丙)は登記(または引渡)未済の間の譲受人(乙)より更に譲渡をうけて、譲渡人(甲)に対して乙が権利を有していたことを主張できると説く(一六―八頁)。この点は或いは、(i) 第三者は否認或いは是認の権利または自由を有すること、(ii) 登記または引渡未済の物権が譲渡され得ること、を認める説の萌芽ではなからうか。

(四) 川名兼四郎氏「物権ノ設定移転ヲ論ス」法学協会雑誌二二卷二号(明治三六年二月)

川名博士のこの論文は、物権行為に関して深く論じたものとしては、おそらく最初のものであろう。そしてその内容の一部は後の「物権法要論」(遺稿を整理して大正四年出版)において改説されているが、この論文には画期的な論述がみられる。

まずここにおいてはじめて、物権的契約が債務的契約(例、売買)と別個のものとして観念された。ただし売買その他物権移転の債務的契約は常に物権的契約を伴い、二者は「相結合して成立する」という。したがつて、いわゆる物権契約の独自性がとにかく認められているが、しかし(i) 当事者間における物権移転の時期は、要するに契約の時(引渡や登記をまたずに)であり、(ii) 債務的契約と物権的契約とは有因である、とされている(二〇三―二二頁)。

「第三者に対抗することを得ず」とは、物権的契約の当事者より物権設定移転の事実を對抗することはできないが、「第三者より其事実を對抗し其事実ありと主張することを得る」の意味だといわれた。それは、(i)「第三者に対して其効を生ぜず」という意味でもなく(これだと第三者より對抗することもできなくなる)、また(ii)第三者に対してもその効力を生ずるけれども第三者はその事実を否認(原文では「非認」だが同義ならん)する権利を有するという意味でもない(民法四九条二項参照)、であると説く(二二三四頁)。

右の説の具体的適用例として七つの例をあげて説明しているうちで、特に興味があるのは、(i)甲がまず乙に売却しまた登記または引渡のない間に丙に売却した場合、乙は物権を丙に対抗することはできないが、「甲に対する債権者なることは丙に対しても其効あり、したがって丙に対して甲の有する権利を行うことを得べし(民四二三)」、とされる点と、(ii)乙も丙もともに対抗要件を具備しない間は、相互に対抗することができない、とされる点である(二二四一六頁)。右の(i)は債務的契約と物権的契約との同時成立説の効能であろうか。また右の(ii)は現行法の解釈として、こうなることを明言したはじめてであろうか。⁽²⁾

また立法論としては形式主義のすぐれていることを説くのも(二一九―二二〇頁)、現行法制定後はじめてであろうか。

(四) 横田秀雄氏著「物権法」(明治三八年六月)

本書で(これまで本稿で特に取上げた事項について)最も重要な説明は、「第三者」の善意悪意の区別をしていないことについての批判(立法論としての)があらわれたことであろう。すなわち、現行法が旧民法および「我國従来の慣例と異」つた主義を採用したのは、取引の安全を保つための実際上の必要に出たものであるが、しかし他の一方より観察するときは、すでに人間に権利の得喪変更があつたことを知りながら、未だ登記されないのを奇貨とし他人を害して利益を得んとする者にその欲望をとげることを得させるのは、登記法を設けた目的に反するものといわなければならない。そもそも登記は現行制度においては物権の得喪変更の要件ではなく、第三者をして権利の得喪変更があつたことを知らしめてその利益を保護すること

を主たる目的とするものである。しからば第三者がその事実を知っているのならば、登記は全くその必要がないと言わなければならぬ。故に現行法が公示主義を採用したのにも、かかわらず、第三者の善意悪意を区別しなかつたのは、「正鵠を得たるものなりや否や疑なき能はず」とされている(六四―五頁)。

その他には、(i)意思主義の採用については、「實際の取引もこの主義によつて来た」のだから、現行民法も旧民法と等しくこの主義を採つたのだが、立法論としては、形式主義がすぐれていることを説き(もつとも強力に主張したわけではない・三八―九頁)、(ii)「第三者に対抗することを得ず」とは、「第三者の不利益においてこれを主張すること」はできない、との意味で、「第三者が自己の利益においてこれを主張することは妨げなしとの意味を含蓄する」ものとされる(解釈論としては――六〇―六二頁)、ことがみるべきものである。

(六) 富井政章氏「我国法上ニ於ケル物權的意思表示」(法学協會雜誌二四卷一号・明治三十九年一月)

一七六条にいわたる意思表示とは、物權を、設定移転する意思表示と解しなければならない。わが民法は債權的意思表示と物權的意思表示とを画然区別し債權的契約が法律の力によつて物權の設定移転を来すものとはみていない(この点においてフランス法と異なる)。しかしだからといつてドイツ法の如く常に物權契約(原文に傍点あり)なるものを必要とするわけではなく、「一個の契約によつて債權および物權を發生せしめまたはこれを変更消滅せしめることを得るもの」としている。例えは特定物の売買の如きは物權移轉の意思表示と代金に関する意思表示より成る契約とみるべきで、売買契約のほかに更に物權契約をなすものと解するべきではない(この辺が前述の川名論文といささか異なるところか)。またこの場合には「物權的意思表示は契約の一部を成し、独立の存在を有」しないから、「ドイツ法の物權契約の如く無因」ではない(二六一―二〇頁)。

また立法論としては形式主義のすぐれていることを説く(二三頁)。

(七) 富井政章氏著「民法原論」第二卷物權上(明治三十九年九月)

本書については、(六)の富井論文と重複するものを省略すれば、本稿の論点についての重点は左の二点であろう。

「第三者に対抗することを得ず」というのは、「第三者に対して其効なし」とは異なり、当事者より第三者に対しては物権の移動があつたことを主張する権利はないけれども、第三者よりこれを主張することは妨げない、と解され、例えば甲が乙に家屋を譲渡し未だ登記をしない間に更に甲が丙に賃貸しその登記をした場合、乙は丙に対し自己の所有権を主張して家屋の明渡を請求することはできないけれども、丙は乙の所有権を認めて修繕その他の義務を履行せしめることができる、とする。このように解する理論的根拠としては、もし「登記または引渡をもつて第三者に対する物権移動の要件とし、その手続をおえない間はこれに対してその効力なきものとする」ときは、「物権と債権との分界確立せずして物権の性質に反すること甚しくなるからであるという(五九頁)。右の実例が適例かどうかはともかくとして、「対抗することを得ず」と「其効なし」との通説的な区別は、本書あたりで確立したのであろうか。

「第三者」の善意悪意を区別しないことについては、解釈論としてはやむを得ないが、立法論としては大いに疑問とされている。すなわち現行法が「従来の慣例」および旧民法と異なつて、善意悪意の区別をしなかつたのは、それによつて取引の安全を保障し実際の便宜を旨としたものであるが、しかし第三者の悪意は登記または引渡未済の権利者において証明しなければならぬのだから、悪意の第三者には登記または引渡なくして対抗できることにしても、第三者に損害を及ぼす危険は殆んどないのであり、したがつて現行法は立法論としては「非難を免れ」ないと説く(六三頁)。こう説かれるところをみると、立案過程においても委員の間に、或いは意見の対立があつたのかもしれない(或いは本条の辺は全く穂積委員の分担ということか)。

(六) 岡松参太郎氏「物権契約論」(法学協会雑誌二六卷一、二号・明治四一年一、二月)

一七六条にいわゆる意思表示とは、法文上物権を設定移転する意思表示と解さなければならず、物権の設定移転をなすべし、債権債務を生ずる意思表示ではない。ところで物権契約は無方式であり得るから、物権の変動を目的とする債権契約を締

結する場合に、もし物権契約に必要な他の条件が具備し殊にその目的物が特定物であるときには、物権契約の意思表示は、債権契約中に包含されているものということになる（したがつて特定物の売買契約のときは、特約なき限り契約と同時に所有権は移転す。九二頁）。この場合には物権契約は債権契約の中に包含されて存在し、独立の存在ではないが、それでもフランス法におけるが如く物権の変動は債権契約の結果とみることはできず、なお理論上は債権契約と物権契約とを區別し物権の変動は債権契約の結果ではなく、「債権契約中に包含せられる物権契約の結果なり」と認めなければならぬ（五七―九頁、という。正にいわゆるドイツ式「概念法学」のピークといえよう。なお「對抗することを得ず」とは、登記または引渡なき間は譲受人より第三者に対しては権利者たることを主張できないが、第三者より譲受人に対してはその譲受人が権利者たることを主張できると解している（六一頁）。

(九) 神戸寅次郎氏「物権重複論」（法学協会雑誌二八卷二一四号・明治四三年二月―四月）

これは神戸博士の、物権変動に関する最初の論文であり、しかも分量も多く力作のように思われるが、後述するところの「物権変動論―附 白紙委任状附株式譲渡有効論」（法学協会雑誌三三卷五、六号・大正三年五、六月）と異なり、「民法論纂」（大正一五年三月）に収録されていない。収録されていないのみならず「物権変動論」の文中には、「物権重複論」の引用すらなく（すくなくとも明示的には）。もつとも「民法論纂」に収録されているところの、「白紙委任状論」（法学新報二二卷九、一〇号・大正元年一〇、十一月）および「権利質論」（上巻明治四四年、下巻大正元年）には、「物権重複論」が引用されている（「民法論纂」の頁で、二二二頁、一六七頁、一八四頁、一九四頁等）。このことから推察すると、或いは神戸博士自身後には（すくなくとも大正末年には）「物権重複論」の内容の一部については説を改められたのではないかとも思われる。しかしすべての点について改説されたのではないことは明瞭である。いづれにしても明治四三年に「物権重複論」を発表されたことは歴史的事実であり、力作であること（すくなくとも当時において）はまちがいないので、ここではその内容のうちで本稿の主題にふれるものをみることにしよう。

まず「物権の重複」とは何かであるが、これは「物権の変動に際してあたかも同一物の上に同時に同一なる数個の相抵触する権利の存立する状態を意味するもの」であるとして次いで、主としてドイツ法上の問題を詳細に検討した後、日本法の問題に及ぶ。

一七六条の「意思表示」は、「物権的実質上の意思表示」と解さなければならないことは、同条の「地位および行文」よりみても明らかだとされる（四二〇頁）。

「對抗することを得ず」の意義については、民法がかかる表現を用いている箇所を総合的に検討した結果、「或事項が客観的にもしくは絶対的に存立するとき、或人が、他人、第三者もしくは特定の人に対し、或いは本来ならばその存立を主張する権能を有する場合、或いは一般の原則によりこれを主張する権能を有する場合、また或はその権能ありや否やが従来疑問であつて不明であつた場合、この三つの場合において、法律が特別の立法上の理由に基き（主として他人、第三者、特定の人を保護するために）、特にその或人より絶対的にその権能を剝奪し、または絶対的にもしくは相対的にこれを禁止し、また或はその権能のないことを明らかにする」意義を有するものである、と説く。そしてこの「對抗することを得ず」という規定は、この「剝奪禁止または無権能を示すをもつて唯一の目的」として、おるのであり、「全く他の事項を規定する趣旨を有する」とは、ない。したがつて「この規定を根拠として、法律が他の一方において、右の他人、第三者もしくは特定の人に対して、同一の事項の存在を否認しまたは是認するの権利を特に付与（原文に丸印あり）したものと解すること」はできない。しかし「或事項が客観的または絶対的に存在することが明白であるから、他人、第三者または特定の人において、その存在を否認しまたは是認する自由は或いはこれを有するものということができる」。しかし「この自由は、對抗することを得ずという法規が特に付与した自由ではなく、法規がこの点にふれない結果として自然に存する自由であるにすぎない」。しからば法律が否認権または是認権を特に付与した場合は民法四九条二項、八〇四条二項前段⁽³⁾（以上特に否認権を付与した場合、三九五

条、四四三条、四五七条二項、四六八条二項（以上「是認しもしくは主張するの權利を付与した」場合）の如きである、とされる。なお是認または否認の權利、と是認または否認の自由とは同一ではなく、「權利」であるならば他の法規がこれを妨げれば法規の衝突であるが、「自由」ならば他の法規がこれを妨げまたは消滅させてもよろしい、と附言される（四一九―四二四頁）⁽⁴⁾。

続いて、「物權重複」状態の分析と、それに基づく解釈論（および立法論）が展開されている。

甲を土地所有權の讓渡人、乙を第一讓受人、丙を第二讓受人、丁を不法行為者とし、事はすべて登記前にあるものとする。「乙または丙の所有權は単に甲に対してのみ所有權たるの性質を有し、また擬制により甲の所有權は單に第三者に対してのみ所有權たるの性質を有するにすぎない。」ことになる。甲は更に、第三第四無數の讓渡をなしても、自己の所有權を喪失しないのであり、このさまは、あたかも「手品師が一物もないはずの口中より無數の鶏卵を吐き出す」ような状態であるが、「この無數の物權の生じ来る根拠はけだしこれを究むること不可能事に属すべし」、といわれる（四三一―四三五頁、四四一頁）。

また「物權重複」の法律上の關係状態はこのようなものだから、「第三者」の範圍を制限すれば更に「新たに一大不可解の問題を惹起」することになるので、解釈論としても立法論としても、「第三者」の範圍を制限するべきではないとされる。すなわち、不法行為者丁に対しては、登記がなくても對抗できるとすれば、乙と丙とどちらが正当な物上請求權者かがわからなくなるだろう。とされる（四三五―四三八頁）⁽⁵⁾。

更に「登記承諾の請求權」の発生原因に及び、この請求權は移轉した所有權の一要素たる物權性そのものより直接に生ずるものであり、したがつてこの請求權は物權的請求權だけれども、前例において乙と丙は、甲に対してのみこれを行うことができるだけで、その他何人に対してもこれを行うことはできないから、また同時に相対性を有するわけであつて、「相対的物權的請求權」とも名づけるべきものであろう、といわれる（五九九頁、六〇二頁）。

ともかくこの論文は、物權變動なかならず「物權重複」の問題について、本格的に取りくんだものとしては、おそらく最

初のものであり、その内容のすべてについて、神戸博士自身、後までこれを堅持されたものではない⁽⁶⁾としても、その価値は高いものというべきであろう。

(1) 川名博士については、末広敏太郎博士の追悼の辞(法学協会雜誌三三卷二二号・大正三年二月)後に「物権法要論」の巻末に収録、末広「民法学生成時代の回顧——特に川名兼四郎教授について——」(東京帝大法律部一一五頁・昭和十七年四月)参照。なおこの論文は川名博士の二八歳の時(留学前)のものである。

(2) ただし旧民法財産編三五〇条(本条は第一節に引用)と、現行法一七七条とはちがうことに注意。もつとも現行法の解釈としても、譲渡の前後によるとの説がある(後述する中島博士の説)。

(3) 昭和二二年に改正される前の八〇四条(夫婦の法定財産制の規定)で、すなわち「日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ノ代理人ト看做ス。夫ハ前項ノ代理權ノ全部又ハ一部ヲ否認スルコトヲ得但之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」である。

(4) この第三者は否認または是認の権利を持たないけれども、自由は持つ、というところは、本論文で力説されたところであり、後までこの考を維持されたところである(民法論纂二二頁、四五頁、一九四頁等参照)。しかしこの説明に続いて、不動産については、この第三者の是認の自由も表面上のもので、「その実は登記法の結果として全然これなきと同一に帰するが故に、同条に對抗することを得ずというのは、結局効力なしと云うのと同じの意義を有するものと解しなければならない」、とのところは(四二五—四三〇頁)、後に改説されたのみの方がよいかもしれない(民法論纂四七頁等)。

(5) 不法行為者に対しても登記がなければ對抗できない、というのは、今日の通説からみるとまことに窮屈な結論であるが、要するに、さなきだに複雑な法律関係を更に複雑化することはさけるべきだということに力点をおかれたのであろうか。この趣旨から「第三者」の善意悪意を区別しなかつたことを支持されている(四三八—四四〇頁)。

(6) 前に指摘したところのほか、「一七七条は当事者より第三者に対する物権変動の主張を絶対的に禁止せり」(四三〇—一頁)という考え方も、後に変更されたと思われる(「物権変動論」四四—四五頁等参照)。そうなつてくると、「第三者」の範囲の制限についても、或いは後には変化があつたかもしれない。

四 神戸博士の「物権重複論」から同博士の「物権変動論」に至る間の物権変動論

この時期において取上げるべきものは、石坂、中島、神戸の三博士の論文である。

(一) 石坂音四郎氏「物権ノ設定移転ニ関スル我国法ノ主義」(法学新報二卷二、三号・明治四四年二、三月——後に「民法研究」第二卷・大正二年・収録——ここでは「民法研究」の頁で引用)

一七六条にいわゆる意思表示とは物権契約を指すものというべきであり、特定物の物権移転を目的とする債権契約は、単に債権を発生するに止まり、物権はこれによつて移転せず、物権を移転するには更にはかに物権契約を締結することを要するものである。そして物権契約がいつ成立するのかは、各場合に事実問題として解決することを要するが、通常は物権の移転契約は、動産については占有権を移転する際に、また不動産については登記をなす際に、存在するものと解される。いわゆる「物権行為の独自性」を観念的にもせよ一応承認する学説は、さきにもたように以前から存在したが、物権行為の存在する時期を原則として引渡または登記のとき(くわしくは登記を申請する時であろう)と考える説は、これがはじめてであろう。しかしそういわれる根拠は、その後(とくに現在の)物権行為独自性説が当事者間の衡平とか取引の実情を重要な根拠としているのに対して、すこぶる論理的である。すなわち、一箇の契約中に債権契約と物権契約とが存するというのは論理に合わないものであり、物権契約は債権契約より生ずる債務の履行としてなされるものであるから同時に存在するというのは矛盾である、と説く。また物権契約なるものを認めてしかもフランス法と同じ結果になるのでは、物権契約を認めた実益がない。もし一箇の契約が債権を発生し同時に物権を移転するものとすれば、物権契約は無因行為ではあり得なくなつて、物権契約を認めた実益がなくなる、という(一八一―九頁、二六一―九頁)。もつとも、債権契約が物権契約を含み物権は直ちにこれによつて移転するというのと、債権契約によつては物権は移転せず別に物権契約を要するというのでは、実際においても差異を生ずる。とくに譲渡人がその目的物を事実上または法律上処分した場合に、不法行為の責任を負うかとか、横領罪が成立するかという問題は、右のどちらの見解をとるかによつて結果が異なる、と説かれる(三〇頁)。

石坂博士の右の考え方によれば、物権二重譲渡がおきる場合は、引渡または登記申請以前に特に物権契約をなした場合に

限られるのであろうが、いずれにしても、二重譲渡の場合には、譲渡人は「無権利者」なのに「有効に権利を移転することができる結果」となる、といわれるのみである（二三頁）。なお立法論としては形式主義がよいと主張される（三〇頁）。

(二) 中島玉吉氏「登記前ニ於ケル物権ノ変動」（法律評論二卷三号・大正二年三月―後に「民法論文集」大正四年二月刊に収録―）ここでは「民法論文集」の頁で引用）

この論文の趣旨を一言で言えば、「登記をなすに非ざれば第三者に対抗することを得ず」というのは、物権は終始絶対であるが、登記前においては第三者は「否認権」（物権の外部に存する抗弁権）を有する、というのである（三九七頁）。しかして第三者がこの「否認権」を行使すれば、その者に対しては物権変動がないものとみなされるし、第三者がこの「否認権」を抛棄（すなわち承認すれば、物権に対して圧迫を加えるものが全く除去されるから第三者はその物権を承認せざるを得なくなる。また第三者がただ単に登記の欠缺を援用しないのは、「否認権」の不行使であり、この場合には、当事者が物権を主張し得る（ただし第三者は後に「適当の時機において再びこれを行使することを妨げない」というのである（三九八―三九九頁）。この「否認権」説は、以後支持者を増し相当に有力な学説となつたのである。

(三) 中島玉吉氏著「民法釈義」物権篇上（大正三年三月―ただしここでは大正一〇年三月の訂正一〇版の頁による）

物権的意思表示の独自性を認め（ただし主に論理的推論から）、「物権的意思表示と同一物権の設定移転を目的とする債権的意思表示は、たとえば水火の如きものであつて、器を同じくして同時に存在することはできないもの」とまでいわれる（三五頁）。しからば物権的意思表示は、いつ存在するとみるべきかが問題であるが、これについては、「殊に当事者が登記に同意しまたは引渡したる場合においては、物権的意思表示を一応推測し得る場合が多」といわれるだけである（三三頁）。

「対抗することを得ず」の意義については、右(二)の論文と同様な説明であるが、更に同一不動産につき二重譲渡をうけた者の双方が登記を具備しない間においては、「互に否認権を有する」から、この「点において優劣を定むることを得ず、依て

実体上の関係にさかのぼり先づ権利を得たる者をもつて真の権利者と認めなければならぬ、とされることが注目される(六八頁)。

また「第三者」の善意悪意を区別しなかつたのは「理論上はなほだ不可なり」とされる(七四頁)。

更に「第三者」の範囲を制限するリーディング・ケースとなつた明治四一年一月一五日大審院民事聯合部判決(民録一四輯二二七頁)に賛意を表せられた点も注目に価する(七〇―三頁)。

四 神戸寅次郎氏「物権変動論——附 白紙委任状附株式譲渡有効論」(法学協会雑誌三三卷五、六号・大正三年五、六月——後に「民法論纂」大正一五年三月刊に収録——ここでは「民法論纂」の頁で引用)

この論文は、登記未済の物権変動について集中的に論じたものであり、かかるものとしては、永久に民法学史に記録されるべきものである。そのかわり物権変動に関する問題点でも、その他の論点については、当時神戸博士がどのような考を持たれていたかを、この論文だけから知ることは困難である。そこでここでは、この論文と共に「民法論纂」に収録されている「白紙委任状論」および「権利質論」によつて知り得るところの、当時における同博士の考えにもふれることとしよう。⁽¹⁾

まず物権行為の独自性およびそのなされる時期についてみよう。物権的意思表示の独自性を肯定されるが、その理由は、一七六条の文言、一七六条と一七七条との順序および関係、典型的債権契約に関する諸規定との関連ならびにもし一七六条の意思表示を債権的意思表示と解するとすれば同条は無意味(債権的意思表示が無形式なるは当然のこと)になること、等の諸点である(権利質論一八八―一九一頁)。

しからは、債権的意思表示と物権的意思表示の関係および物権的意思表示のなされる時期いかん、については、どうであろうか。物権変動の場合には原則として債権契約と物権契約との二者が存在する。債権契約からは、二個の主要な債務すなわち(i)物権を移転する債務および(ii)譲受人をしてその物権移転を第三者に対抗する権利を得させる債務、を生ずる(白紙委任状

論二一頁、權利質論一八七—八頁・一九〇頁。右の物権を移転する債務を履行するためになされるのが、物権契約であるが、当事者の意思が明らかでないときは、それは「債権契約と同時に成立するものとなす」のが「最も適當」である。その理由は、(i)「この点に関する母法たる、民法の主義 (Transkriptions- und Inskriptionssystem)」、わが民法の立法の沿革および諸条文の根本觀念に徴するときは、最も立法の本旨に適當するもの」といふべきこと、(ii)また危険は「仏国古法および仏国法によるもまたわが現行民法によるも、所有権の移転する与否にかかわらず債権者がこれを負担するべきものと解」しなければならぬが、「しかるに他の見解を採り所有権は常に債権契約の以後に移転しまたは引渡もしくは登記等とともにのみ移転するものとなし、これによつて債権契約と物権契約との間に間隙を生ぜしめ、物権の片影だも有せざる債権者をして常に必ず危険を負担せしむることとなすときは、いわゆる債権者主義はその理由においてはなほだ薄弱となり極めて不条理の結果を來たすこととなる」から、「むしろ債権契約と同時に物権の移転あるものとなすを要當なりとす」ることである(權利質論一九二—三頁)。

このようにいわれたところは、さきにもたかくこの時代における新しい有力な學説たる前記の石坂、中島兩博士の學説が、かなり概念的論理の結果、債権契約と物権契約との同時存在を否定したのと、対照的であつて注目に価することである。

では次に「物權變動論」の主要なテーマとなつた、登記前における物權變動いかに、についてみることにしよう。

神戸博士は、登記前における物權變動の構成に関する従来の説をいずれも不當とされ、一七六条および一七七条の文意を明らかにするために、この兩条をば次の如く若干の文字を挿入もしくは附加して読むべしとされる。すなわち(便宜上、挿入または附加された部分に番号を附す)

一七六条 物權ノ登記ナキ設定及移轉ハ凡テノ人ニ對シ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其効力ヲ生ス

一七七条 不動産ニ関スル物權ノ登記ナキ得喪及變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ登記アル得喪及變更トシテハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス但シ此不動産ニ関スル物權ノ登記ナキ得喪及變更ハ之ヲ以テ登記ナキ得喪及變更トシテハ第三者ニ

モ。抗。ス。ル。コ。ト。ヲ。得。

右のように理解すべきものとされる(丸印は原文にあり)。このように若干の文字を挿入または附加された理由を、右の番号順に述べよう。

(一) 物權の變動には、「登記なき變動」と「登記ある變動」の二種あり、一七六条でいう變動が「登記なき變動」であることは、同条がまだ登記なき場合の規定だから、明白である。しかして「登記なき變動」も一種の變動であつて零ではない。ただ變動の他の種類である「登記ある變動」ではないだけである。

(二) 本条では、当事者間の関係と第三者に対する関係を区別していない。故に「登記なき變動」は「登記なき變動」としては何人にもこれを對抗することができる。

(三) ここでいう變動が、「登記なき變動」であることは明白である。もし「登記ある變動」ならば更に登記をなす必要があらうはずはないから。

(四) 第三者に対抗することができる得喪および変更は「登記ある得喪および変更」であることは明白であり、一七七条は「登記なき得喪および変更」を「登記ある得喪および変更」として第三者に対抗することを禁ずるにとどまり、「登記なき得喪変更」を「登記なき得喪変更」として第三者に対抗することを禁じてはいない。ここで博士は、(i)物權變動の発生原因を、学校の入学試験に比し、(ii)「登記なき物權變動」を、入学後卒業前の学生すなわち在學生に比し、(iii)登記を卒業に比し、(iv)「登記ある物權變動」を卒業生に比して、「登記なき變動」が零ではなく、また「登記ある變動」そのものでもなく、いわば「登記によつて完全なる物權となり得る權利の變動」であること、および第三者は「登記なき變動」ないし「登記なき變動による物權」を、認めないことはできないものである(否認することはできない)こと、を詳細に説明される(四二―七頁)。

(五) この附加は、意思表示を発生原因とする變動については無用であるが(一七六条でわかるから)、意思表示以外の事実を

発生原因として生ずる物権変動のために必要である。

さて物権変動とその對抗との関係に関する原則を、次の三つにまとめられている。すなわち

- 1 「登記ある変動」はこれをもつて「登記ある変動」として凡ての人に対抗することを得。
 - 2 「登記なき変動」はこれをもつて「登記なき変動」としては凡ての人に対抗することを得。
 - 3 「登記なき変動」はこれをもつて「登記ある変動」としては第三者に対抗することを得ず。(丸印はすべて原文にあり)となる。ところで「登記なき変動」は、当事者間においてはこれをもつて「登記ある変動」として対抗し得るかという点、一七七条は「登記なき変動」を「登記ある変動」として対抗することを単に第三者に対する関係において禁止しているにすぎないから、「登記なき変動」は当事者間においては「登記ある変動」と同一なるものとして対抗することができることとなる。しからは「登記ある変動」を「登記ある変動」として対抗することと、「登記なき変動」を「登記ある変動」として対抗することは、どうちがうのかが問題となる。「登記ある変動」を「登記ある変動」として対抗することは、当事者間における関係および第三者に対する関係、すなわちすべての関係において絶対的に生ずる現象である。故にこの場合における對抗力は第三者に対して優先的の力(原文に丸印あり)を有するものである。これに対して「登記なき変動」を「登記ある変動」として対抗することは、当事者間においてのみ生ずる現象である。故にこの對抗力は第三者に対し優先的の力を有しない。このように對抗力には「優先力を包含する對抗力」と「優先力を包含しない對抗力」と二種あるといわれる(五二―五頁)。
- 次いで「登記なき変動」によつて変動せられた権利の性質に及ぶ。この「一種特別な物権」の性質を明らかならしめるために、まず債権と「この物権」とを比較し、次いで「登記ある物権(純然たる物権)」と「この物権」とを比較している。
- 債権と「この物権」との相違の要点としては、次の三点をあげられる。

- 1 債権は単に債権契約より生ずるが、「この物権」は、債権契約の履行としてなされた(または直接になされた)物権契約

より生ずる。

2 債権はこれを前提として、その債権によりて取得すべき物權の登記(本登記)の申請をなすことはできないが、「この物權」はこれを前提として「純然たる物權」の登記の申請をなすことができる。

3 債権はすべての人に対して債権としてこれを対抗(優先的の力を包含しない)することができるが、しかし債務者に対してこれを物權として対抗(優先的の力を包含する)することができるわけではない。これに反して「この物權」はすべての人に対して「登記なき物權」としてこれを対抗(優先的の力を包含しない)することができるだけでなく、当事者間では「純然たる物權」として対抗(優先的の力を包含する)することができる。

「純然たる物權」と「この物權」との相違の要点としては、次の三点をあげられる。

1 「純然たる物權」は物權契約完成の後更に登記をなすことによつてはじめて生ずるものだが、「この物權」は物權契約のみによつて生ずる。

2 「純然たる物權」はこれを前提として更に登記を申請することはできないが、「この物權」はこれを前提として登記の申請をなすことができる。

3 「純然たる物權」はすべての人に対して物權としてこれを対抗(優先的の力を包含する)することができるが、「この物權」は当事者においてのみこれを物權として対抗(優先的の力を包含する)することができるだけで、第三者に対しては物權としてこれを対抗(優先的の力を包含する)することはできず、ただ「登記なき物權」としてこれを対抗(優先的の力を包含しない)することができるだけである。

要するに「この物權」は、純然たる債権ではないし、もちろん零でもなく、「一種特別の性質を有する物權なり」といわなければならない。「この物權」が、債権契約より生じた債権の履行の結果として生ずる場合ならば、「あたかも債権の地位

を脱却して純然たる物権の地位に達せんとしつつある権利であつて、「この権利は純然たる債権と純然たる物権との中間に位するものと言」うことにならう(五五一六一頁)。そこで、「この権利」を「相対的物権」とか「未成物権」と(純然たる物権を「絶対的物権」とか「既成物権」といえ、⁽³⁾⁽⁴⁾名づけることができる(六四一八頁)。

更に「相対的物権(未成物権)」の譲渡について論ぜられている。まず相対的物権が譲渡能力を有するかどうかであるが、(i)一七七条は相対的物権を第三者に対して「純然たる物権」として對抗することを禁止しているだけであり、これを相対的物権として對抗することを禁止していないこと、(ii)一七六条そのものが相対的物権の譲渡を認めていること、すなわち例えば甲が乙にその土地の所有権を譲渡しようというときに、甲と乙との意思表示のみによりて移転する物権は「登記なき物権」であるが、このこと自体が相対的物権の譲渡能力を認めたことになること、によつて譲渡能力ありとされる(六九頁)。しかししてこの相対的物権が譲渡されるときは、同時に對抗要件を得させるべき債権が、相対的物権と不可分の関係において譲渡される(相対的物権と對抗権を得せしめるの債権とは「相合して一個の財産権を形成する」ものといわれる(白紙委任状論三二—三頁、権利質論一九四—五頁)。ところで例えば乙が甲より相対的物権を取得し、その相対的物権を丙に譲渡し、丙が甲と共同して登記の申請をなし「純然たる物権」を取得した場合、甲乙間および乙丙間に変動した権利は相対的物権であるが、甲丙間に変動した権利は「純然たる物権(絶対的物権)」である、とされる(七〇頁)。

最後に右の物権変動論をもつて、白紙委任状附株式譲渡有効論を展開されている。⁽⁵⁾

当時(昭和十三年改正以前)の商法一五〇条は「記名株式ノ移転ハ取得者ノ氏名住所ヲ株主名簿ニ記載シ且其氏名ヲ株券ニ記載スルニ非サレハ之ヲ以テ会社其他ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」とあり、この規定は民法一七六条と同一の意味を有する規定を前提としたものである。そこで「純然たる株式の譲渡には、第一に相対的権利の移転あることを要し、しかる後第二に名義書換あることを要するが、したがつて或一人がいやしくも他の一人より一の相対的権利を取得し、しかしてこれ

を根拠として白紙委任状の作用により名義書換をするときは、その者は白紙委任状の作成者より直接にその株式を譲受けたもの」といわなければならない。例えば乙は甲より相対的権利を取得し、この相対的権利を白紙委任状をそえて丙に譲渡し、丙が名義書換をなしたときは、純然たる株式は甲から直接丙に移転し、この譲渡の完成時期は名義書換の時期であつて、甲乙間の譲渡契約締結の時に遡及するわけではない(甲乙間および乙丙間になされた譲渡は相対的権利の譲渡)とされる(八一―三頁等)。

いずれにしても神戸博士のこの論文は、「登記未済の物権ないし物権変動」について、はじめて深く論じたものであり、またその理論が単なる概念的論理の展開として終らず、当時における一大問題であつた白紙委任状附株式譲渡を有効とする理論に結びついている点において、まことに大きな価値を持つわけである。

(1) さきにみた同博士の「物権重複論」の論述のうちで、この当時まで維持されていた重要な点は、「物権変動論」、「白紙委任状論」および「権利質論」においても、くりかえされたまたは引用されている部分ではないかと思う。なお「白紙委任状論」も「権利質論」も「民法論纂」の頁数で引用する。

(2) 従来の説として掲げるものは二つ。(i) 意思表示のみによる物権の変動は当事者間においては対抗することができるが、「第三者には絶対的に対抗」することができない。しかし第三者は当事者に対しその変動を是認することができるし、また否認することもできる(通説)。(ii) 意思表示のみによつて物権そのものは絶対的に(つまり第三者に対する関係においても)変動している。しかし第三者は否認権を有する(中島博士)。なお右の九印はいずれも原文通りである。

(3) 二重譲渡に関しては、甲を譲渡人、乙を第一譲受人、丙を第二譲受人とすれば、乙の有する相対的物権は、丙に対しては「優先的の力を包含しない対抗力」を有するにすぎないから、甲と丙との間には、同一の物権につき、なお同一の「登記なき変動」を生ぜしめる(丙も相対的物権を取得する)ことを得るのみならず、「登記ある変動」を生ぜしめ(丙は優先的の力を包含する対抗力ある物権を取得する)、もつて甲乙間の「登記なき変動」を消滅させることができる、と説明されている(五四頁)。純然たる物権を有する者は、多数の「登記なき変動」を生ぜしめ、多数の譲受人に相対的物権を取得せしめ得る(「登記ある変動」を生ぜしめるまでの間は)ことの根拠については、右の如く「登記なき変動」には優先力を包含する対抗力がない、ということだけで、さきにみた「物権重複論」(四三五頁)で述べられた疑問を解決するが如き説明は、本論文でも見当たらないようである。

(4) 債権譲渡についても、また株式譲渡についても(当時の商法一五〇条の下でのことで現在では趣を異にするが)、基本的には物権変動と同じシステムがとられているから、「相対的物権」と同じような意味で「相対的債権」、「相対的株式」なるものが存在することになる、とされる(六六頁)。

(5) 「白紙委任状論」については、本論文集では別稿で論ぜられているから、ここではただ「物権変動論」に述べられた理論が、どう活用されるかをみるにとどめよう。

あとがき

これまで立法過程における論議や学者の論説を検討して来て、いろいろと感ずるところがあつた。その若干を記して本稿のむすびとしよう。

(一) 旧民法と現行民法とを比較して、何人も直ちに気がつく大きな相違は、登記または引渡という對抗要件を具えなければ對抗できない「第三者」について、旧民法ではその善意、悪意を区別していたのに、現行法ではその区別がないことである。しかも両法典ともに根本的には同一の立法主義によつてゐる(「意思主義および對抗要件主義」を採る点で)。旧民法で「第三者」の善意、悪意を区別したことについて、特に論議があり、むしろその区別を要せずとする説が強力であつた(せめて賛否両論が伯仲していた)といふのであれば、現行法制定の際に、この区別を廃したことはよくわかる。しかし本文でみた通り(すくなくともここで見た資料の範囲内では)善意悪意の区別を不当とする論議はなく、むしろその区別を当然のこととしていたのではないかと推察される。また明治二〇年代のはじめから終りまでの間に、取引社会の事情がそれ程変化したとも思われなない。にも拘らず現行法が善意悪意の区別を廃したことについては、かなりの論議があつてもよさそうなものだが、ここで見た資料の範囲内では立法過程で格別の論議があつたといふことはなさそうだ(後に学説による批判はあつたが)。そうなるとこの旧法と現行法との相違は、立案者の観念的思考の産物ではないか、との推察をしなくてはならない。一体十年もたない間の立法

が、立案者の観念的思考で、こうも変るものだろうか。むしろ變つて良いものだろうか。良くないとしてもこれが明治立法活動の特徴なのだろうか。いや現在でもしばしばみられる特徴のような気もする。「歴史は非連続の連続である」とか「立法者の帝王的權威をもつてしても事物の本質は変わらない」とか言う言葉が真理らしくも思われるのに。ここまで来るとことは「第三者」の範圍などという一つの小さなことだけでなく、立法ということ全般にわたつて、よく考えなければならぬものがありそうに思う。

(二) 本稿は神戸寅次郎博士記念論文集の一環であるから、神戸博士について感じたことを、ここで書き加えることが許されよう。神戸博士が盛んに活躍された頃、特に明治末年から大正初年にかけて、日本民法学の主要な傾向は、いわゆる「概念法学」はなやかなりし頃であろう。しかし神戸博士は、決して「概念法学者」ではなかつたと言ふべきであろう。もちろん神戸博士もまた「時代の子」であつた。したがつて行文のそここにこの時代に活躍された他のすぐれた学者と同じような、「時代のおい」を感じさせるものがあることは当然である。とはいへ物權變動論の範圍内だけでも、すでにみた通り同博士の理論は、わが立法の沿革を尊重し、取引社会の慣行ないし当事者の意思に注目し、また当時の社会における「今日の問題」の解決に結びついていた。滿三年以上にわたつてドイツに留学し、ドイツ法学についての造詣は極めて深く、世は正に「概念法学」全盛時代に生きて、なおかつ同博士が右の如き特色ある学者であつたのは、何に由来するものであろうか。全く想像の域を出ないが、第一は慶應義塾の「実学」の精神である。同博士は明治二三年一月に義塾大学部法律科に第一期生として進学する以前に、明治二〇年に義塾の正科に入学されているので、明治二五年二月大学部卒業まで合計五年間福沢先生在世中の義塾に学んだわけである。第二は英米法学の素養である。博士は大学部在学中の三年間、若き日のジョン・ヘンリー・ウィグモア博士から、非常に多くの科目につきラングデル式教授法により、教育をうけたのである。しかもこの師弟の交りはまことに深く日夕先生の聲咳に接していたのである。このことは神戸博士の法学の中に英米法流の思考を

根深く植えつけたであろう。そしてそのことが後年まで、或いは無意識のうちにもせよ、「概念法学時代」に生きてなお特異な存在たり得た一つの原因ではないだろうか。

(三) いずれにしても、民法学史の研究はまことに困難なものである。単に或る学者の特定のテーマについての論文をみただけでは、その学者の真意を把握できない場合も多いだろう。別のテーマに関する論文もすべてみなければならぬ場合もあるろうし、そこに引用されている他の内外の学者の著作も原典に当たつてたしかめる必要もあるろう。或いは師弟の系列も考慮しなければならぬかもしれない。また判例の動向との関連も重視しなければならぬ。更にその学説なり立法なりのなされた当時の社会の実態、人心の動向についても検討しなければならぬ。

本稿ではこのような検証を殆んどやつていない⁽¹⁾。したがつてまことに不十分なものであることは、筆者自身がよく承知しているが、後日機をみて補正することにして、ひとまずこのまま発表することを了承していただきたい。

(1) なお一、二の文献については、その存在を知りつつ、それが筆者の手もとに無く、かつ原稿の締切に追われたため、参照していないことをおことわりしなければならない。

— 昭和三九年（一九六四年）九月二六日稿 —