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

Title	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
Sub Title	La notion du "tiers" dans la doctrine de Boissonade
Author	池田, 真朗(Ikeda, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1986
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.6 (1986. 6) ,p.1- 40
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19860628-0001

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.

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——

池田真朗

はじめに
一　問題の所在
一　日本民法学における「第三者」概念
二　日本民法一七七条・四六七条における「第三者」についての学説・判例
二　ボアソナードの「第三者」概念
一　ボアソナード旧民法における「第三者ニ対スル合意ノ効力」の規定の構造
二　tiers（第三者）と ayant-cause（承継人）
三　動産二重譲渡における「第三者」
四　指名債権譲渡における「第三者」
五　不動産物権変動における「第三者」
三　フランス民法からみたボアソナードの「第三者」概念
四　小括と若干の提言
結　語

はじめに

民法において、「第三者」が問題とされる個所は、物権変動や債権譲渡の関係をはじめ、取消、無効、解除の場合の第三者、さらには九四条二項の類推適用の場合の第三者等、非常に多く存在する。しかしながら、そこでいわゆる「第三者」と表現される概念の内容について、諸制度相互の関連の中で横断的に考察しようとする論稿は、わが国ではこれまであまり見られない。(1) その概念が厳密にはどのような意義を持つのか、そしてその概念がそれぞれの制度の中でどういう趣旨で規定上に現われてくるのか、さらにはそれらが何らかの形で統一的に説明されうるものか否か（たとえば、いわゆる「第三者保護」のテーゼで統一的にくくれるものか否か）(2) 等について、我々はもう少し検討してみる必要がありそうに思われる。本稿は、そのような問題意識から、「日本民法における『第三者』像」とでもいうべきものを明らかにしようとする試みの、最初の部分を構成するものとして企図された。

本稿においては、とりあえず不動産物権変動における「第三者」と指名債権譲渡における「第三者」とを考察の主たる対象とし、考察の手がかりとなる素材として、ボアソナード旧民法およびその草案註釈を分析する。それを分析する理由は、ひとつは、以下に詳述するごとくに、ボアソナード自身が、この「第三者」概念が包含する問題性を重視し、その問題意識を非常に明瞭な形で旧民法の規定上に具現していた、という事実があるからであり、もうひとつは、フランス民法典の用語法に異を唱える形でなされた彼のその「第三者」概念をめぐる主張が、現行民法の起草者たちにも顧慮されず、その後の学説においても特に注目されて来なかったにもかかわらず、結論的に、今日わが国の多数説や判例の取る立場と、いくつかの点で非常に近似している、という事実があるからである。

(1) 周知のように、個別制度ごとの研究（「一七七条の第三者」とか、「九四条二項と第三者」というごときもの）は、枚挙にいとまがない。しかし、民法における第三者概念そのものを検討の中心にすえた論稿は、管見のおよぶ限りでは見当らない。

(2) 近時、民法中の第三者保護規定をまとめて論じようとする視点があらわれている（一例として、学生向けの企画ではあるが、Law School 二四号の「特集・第三者保護の法理」が挙げられる。その巻頭の喜多「私法における外観優越の法理」によれば、この特集の狙いは、「民法典上各所に散在している第三者保護の諸規定を、条文単位の解釈にとどめず、不動産取引・動産取引・債権関係・相続等のいわば紛争類型別に分けて、①それぞれにどのような第三者保護の法理が考えられているか、②できればそれらが統一的に捉えられないか、をわかりやすく解説するという難題のようである」〔前掲LS四頁、引用部分の傍点原文〕と説明される）。しかしながら、本稿の問題意識からすれば、右のような発想の出発点自体に疑問がある。すなわち、①そこで「第三者保護」というときの「第三者」とはいかなる意味か、その概念内容は各規定によって差異はないのか、②もしそこに差異があるとすれば、そこに挙げられる諸規定が「第三者」を問題にする趣旨にも何らかの相違がある可能性があり、そうだとすればそれらを一律に「第三者保護」のための規定と把握すること自体に問題が出てこよう、という疑問である。ちなみに、この点で右の Law School の特集中でも、伊藤（進）「法律関係における相対効と第三者保護の論理」前掲LS五七頁以下は、本稿の視点とは異なる（第三者論自体は展開されていない）ものの、諸規定中の第三者の保護論理の多様性を指摘し、その区別を明確につける点で、非常に示唆に富む。

一　問題の所在

一　日本民法学における「第三者」概念

わが国の民法学上、一般論としての第三者概念そのものを取り扱った論考は、管見の及ぶ限りでは存在しない。第三者の定義として通常説かれるところは、「第三者とは当事者及びその包括承継人以外の人をいう」[1]とするのみである。

この定義を立てた上でほとんど唯一のやや詳細な用語解説をされている舟橋博士は、第三者と区別すべき概念として、①他人（自己以外の人をいう。即ち、一つの権利主体からみて他の権利主体をすべて他人という）[2]、②相手方（当事者の一方

からみてこれと相対立する他方当事者)、③第三取得者（担保物権の客体につき所有権または用益物権を取得した第三者)、④第三債務者（特定の債権関係における債務者に対してさらにその債務者たる者、あるいは、債権が処分されるときその処分の客体たる当該債権における債務者）の四概念を挙げる。[4] しかしここで「第三者と区別すべき概念」とされるその意味は、かなり不鮮明である。すなわち、それらはいずれも「第三者とは別の概念」であることは明らかなのだが、カテゴリーとして第三者概念と全く重ならないのか、重なるのか（あるいは包摂されるのか）については、それぞれが一様ではない。①の「他人」は、「第三者」とはカテゴリーの立て方がちがう、という意味であろう。「他人」でも第三者になるケースもあるのか、赤の他人は第三者にはならないというのかは、博士の説明からは判然としない。しかし最初の「第三者」の定義からすれば、「他人」から相手方当事者や包括承継人を除いた者は第三者たりうるということになろう。②の「相手方」は、当事者だから第三者ではないというだけのことである。③の「第三取得者」は、当事者からみればやはり第三者の一種となろうし、④の「第三債務者」も、最初の定義からすればやはり第三者ということになる。したがって、ここで挙げられた四概念は、いずれも、「第三者」概念の内容を画定するためには直接役立つものではないことに注意すべきである。

(1) 舟橋「第三者」法律学辞典第三巻一七六八頁、吉原・註釈民法⑹三一九頁等。

(2) 舟橋・前掲辞典一七六八―一七六九頁は、「例えば、法人の不法行為責任に関する民法第四四条第一項にいう「他人」は、法人なる一個の権利主体の立場からみての文言であって、そこでは現に不法行為をなした理事などの機関はいわば法人に吸収されている。これを、この規定と同様の趣旨に基づくところの、使用者責任に関する民法第七一五条が、現に不法行為をなした被用者を使用者と対立する独立の権利主体とみて、使用者及び被用者以外の「第三者」なる文字を用いているのと、対比すべきである。」と解説する。

(3) 舟橋・前掲辞典一七六九頁は、「惟うに、ここにいう「第三」は、当事者に対する第三者の意味よりもむしろ、権利関係の系列上、第一者たる債権者・質権者など、第二者たる債務者・質権設定者などに対して、第三の地位にある債務者という意味であろう。」と解説する。

（4）舟橋・前掲辞典一七六八―一七六九頁。

二　日本民法一七七条・四六七条における「第三者」についての学説・判例

(1)　一七七条の「第三者」

わが民法学上、一七七条の「登記がなければ対抗できない第三者」については、周知のように非常に多くの議論がなされてきた。すなわち、（本来第三者とされない、当事者およびその包括承継人と、不動産登記法四条によって除外されている「詐欺又ハ脅迫ニ因リテ登記ノ申請ヲ妨ケタル第三者」とを除いた上で、）①第三者の範囲は無制限か否か、②第三者の善意・悪意を問うべきか否か、がその主要な論点であった。

ごく簡単に学説・判例の変遷を要約すると、[1] まず①の論点については、学説は当初、起草委員ら有力学者による無制限説[2]が多数を占めていた。[3] その理由としては、まず、一七七条には単に「第三者」とだけ書かれていて、これを制限する字句がないという文理解釈論が一般に挙げられている。この点は、立法当時の起草者の説明では、（②の善意・悪意不問については明確に示されていたが、）公益に基く公示法である以上は絶対的のものでなければならない[4]とするだけで、それほど明瞭ではなかったのだが、起草委員の中でも梅謙次郎は、当初からはっきりした無制限説であったようで、後に（後掲の大審院明治四一年の制限説判決の出たあとで）その体系書でも、「第三者」概念に詳細に言及しつつ、断定的に無制限説を説いている。いわく、

「本条ノ第三者(tiers, Dritter)ノ意義ニ付テハ往往誤解ヲ伝フル者アルヲ以テ玆ニ之ヲ明カニスルノ必要アルヘシ。蓋シ第三者ナル文字ハ当事者ノ一方ヲ第一者トシ其相手方ヲ第二者トシ其他ノ者ヲ総称シテ第三者トセルヨリ来レルモノナリ。故ニ当事者以外ノ者ハ皆三者ナリト謂フモ可ナリ。唯承継人ハ当事者ニ等シキ者ト視ルカ故ニ是レ第三者ニ非サルコトハ既ニ第一巻ニ於テ之ヲ論シタリ（三十八年版一巻三〇八頁）。而シテ包括承継人ニ付テハ疑問ヲ生スルコト稀ナリト雖モ特定承継人ハ特定ノ法律

関係ニ付テノミ承継人ニシテ其他ノ関係ヨリ観レハ亦第三者ナルカ故ニ学者多クハ之ヲ混同シ旧民法ノ如キハ一ノ関係ニ於テ承継人ナル者ハ其第三者タル場合ニ於テモ仍ホ之ヲ承継人ト称セリ（財三四七、一項、四一〇、二項、五五七、取四五、一項、証五〇、二項等）。本条ニ於テハ汎ク「第三者」ト云ヘルカ故ニ全ク無関係ノ第三者及ヒ権利ノ得喪、変更ノ関係以外ニ於テ特定承継人タル第三者ヲ併セテ包含スルコト固ヨリ疑ヲ容レス。（中略）

或ハ曰ク本条ノ「第三者」ハ最モ汎キカ如ク見ユレトモ其実不動産ニ付キ権利ヲ有スル者ノミヲ斥スルモノナリト。是レ亦法ノ区別セサル処ニ擅ニ区別ヲ設クルモノニシテ法ヲ解スル者ノ宜シク慎ムヘキ所ナリ。顧フニ此説ハ仏法、旧民法等ノ規定ニ盲従セシモノニシテ実ニ取ルニ足ラサルノ説ナリ。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ス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。故ニ若シ登記ヲ怠レハ一切ノ第三者ニ対シテ皆権利ヲ援用スルコトヲ得サルモノトス（法学志林五〇号一二頁、六四号一頁参観）[5]。」

右の記述は、後述のボアソナードの「第三者」概念のいわば全面的否定を意味するものであり、本稿の問題意識からすれば、ことに重要である（ただしこの「第三者」概念論自体は、後世に全く受け継がれていかなかったようにみえる）。

判例も、ごく初期には制限説が多かったのが[6]、やがてこれら学説と同様に、無制限説の立場を取るものがあらわれてきた。しかしながら、もしすべての第三者につき物権変動を対抗できないとすると、登記を持たない真正の所有権者は、不法占拠者に対しても、自ら所有権を主張し退去させることができないという結果に至る。これを不合理とみて、この結論には批判が強かった。そこで判例は、大連判明治四一年一二月一五日民録一四輯一二八〇頁により、一七七条の第三者とは、「当事者若クハ其包括承継人ニ非スシテ不動産ニ関スル物権ノ得喪及ビ変更ノ登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者ヲ指称ス」と判示し、いわゆる制限説に統一した。

しかし学説は、右連合部判決の後も、鳩山博士がそれに反対して無制限説を強調し（もっとも鳩山説は単純な文理解釈から無制限説を唱えるのではない[7]）、同説はさらに我妻博士の旧説[8]にまで引き継がれる。一方、学説中でも末弘博士が初めて連合部判決を支持したのを契機として[9]、舟橋博士が鳩山・我妻説に対する積極的批判としての制限説を唱え[10]、

それ以後相次いで制限説の論者が現れて、今日ではいわゆる無制限説は皆無という状態になっている。

もっとも、一七七条に関する学説としては、このような形で第三者を制限するのとは別の考え方として、そもそも同条の適用範囲はいわゆる対抗問題に限られるとする説[11]も強い。この説によれば、一七七条の適用は、まず事案が対抗問題か否かによってしぼりがかけられるので、それにより第三者の範囲も論理必然的に限定される。したがって、その説に立つ場合に「一七七条に該当するすべての第三者」と表現されてもそれが第三者無制限説でないことはいうまでもない。

そうすると問題は第三者の制限基準をいかに設定するかにかかる。判例は今日でも前掲明治四一年判決の基準を基本的に維持している。学説においても、それをそのまま承認するものもあったが[12]、なんらかのより精緻な基準を求めて、「甲の物権変動について登記なきことを主張せんとする者は、もし甲の物権変動を認めるとすれば内容がこれと両立せざるがため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。物権侵害者に対して侵害の排除又は損害賠償を請求するためには、其物権を登記されていることを必要とせぬ[13]」、「物権支配を相争う相互関係に立ち、かつ登記に信頼して行動すべきものと認められる者に限る[14]」等の表現を採用している。ちなみに、対抗問題説に分類される論者が「対抗問題」を限定する基準は、「内的物権者（少なくとも内部関係上は実質正当に物権者たる者）が対立して、はじめて対抗問題が起こりうる[15]」、「両立しえない物権相互間の優先的効力の問題[16]」等とされるので、基本的な捉え方としては、制限説による第三者の限定とそれほど異ならないともいえそうである。

次に②の論点については、民法典制定当初からしばらくの間は、判例・学説とも、第三者の善意・悪意を問わない（悪意の第三者にも対抗できない）としてきた（善意悪意不問説）。なお、起草委員のうち梅は善意悪意不問説を唱えるが[17]、富井らは必ずしも同意見ではなかった[18]。善意悪意を不問とする論拠としては、一般に、㋑一七七条には善意を要求する文言がない、㋺悪意者には対抗しうるとすると、それぞれの訴訟において第三者の善意悪意が争われて面倒になる[19]、

の二点が挙げられ、さらに、㈥第三者が登記を取得した後にもその悪意を主張して争わせることは法律関係を紛糾させ、取引の安全がおびやかされる、[20]㈢物権公示の原則は、具体的場合の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り、その目的を達することができる、[21]等の理由を挙げる者もある。

これに対し、昭和一〇年代に入り、初めて明瞭な形で悪意者排除説を唱えたのが舟橋説である。同説は、㈠登記制度の存在上第三者は善意の推定を受け、ただこれを争う側が挙証責任を負うにすぎないから、善意悪意は不確実であるとか、訴訟法上事が面倒になるとの批判はあたらない、㈡登記は取引安全を目的とするから、これを信頼した者のみが保護さるべきであって悪意の第三者を保護する理由はない、と主張し、[22]これに追随する学説も現れた。[23]しかし舟橋説自身がその後、「悪意の第三者は本来の第三者から除外せらるべきを原則とするも、その行動が具体的事情との関連において社会生活上一般に許容せられるものと認められるかぎり――すなわちその行動が誠実信義の原則に反せぬと認められるかぎり――悪意なるもなお第三者に該当しうる」[24]と修正され、この、いわゆる背信的悪意者排除説が、今日学説上の多数説となっている。ただし、近時不動産物権の二重譲渡の法的構成として有力になりつつある公信力説[25]の立場では、登記に対する善意無過失の信頼を保護しようとするので、当然に悪意者排除説をとることになり、その意味で今日悪意者排除説も力を得てきている。

以上のように、議論は大変活発になされてきたが、批判的に見るならば、①「第三者」という概念それ自体のあいまいさ等に目を向けてそこから分析しようとする学説はほとんどない、②第三者の善意・悪意の問題が、第三者を制限するか否かの問題と同一平面上で論じられている、という印象がある。

(1) 詳細は、吉原・註釈民法(6)三一七頁以下、鎌田「対抗問題と第三者」民法講座2六七頁以下参照。

(2) 梅「再ビ民一七七ノ「第三者」ノ意義ニ就テ」志林六四号一頁以下、富井・民法原論第二巻物権上六二頁、横田・物権法五六頁、川名・物権法要論一六頁以下等。

(3) ただし、横田・前掲書六三頁等は、物権変動に利害関係のない者は「第三者」でないとするほうが多数説であるという。

(4) 学振版法典調査会民法議事速記録六巻二八丁の穂積委員の冒頭説明参照。なお、第二編物権第一章総則の各条文の冒頭説明担当者はすべて穂積陳重であり、他の資料からも穂積がこの部分の分担起草者と推定されている。福島編・明治民法の制定と穂積文書五三頁参照。

(5) 梅・民法要義巻之二物権篇訂正増補改版三一版（明治四四年）一七～一八頁（鎌田・前掲論文八八頁注（40）によれば、この部分は訂正増補改版二九版（明治四三年）になって初めて加えられたものである）。傍点および句点は池田。

(6) 池田（恒）「明治四一年大審院『第三者』制限連合部判決の意義――不動産物権変動論の歴史的理解のために――」社会科学研究二八巻二号一六三頁以下、川井「民法一七七条第三者制限説判決――民法判例と時代思潮」名大法政論集八八号一頁以下参照。

(7) 鳩山「不動産物権の得喪変更に関する公信主義及び公示主義を論ず」法協三三巻七号、九号、一二号（債権法における信義誠実の原則三七頁以下に所収）。その主張の要点は、①一七七条の立法理由は個々の取引の安全の保護というより「所謂絶対権の性質上汎く第三者を保護する点」にある、②不動産登記制度の理想は、不動産に関する一切の法律関係を登記簿によって明瞭ならしめるにある、③公信主義は静的安全を犠牲にして一定の動的安全を保護するものであるからその適用は必要な範囲に制限されざるをえないが、登記を要するという公示主義は静的安全を害するものではないから、その適用範囲を制限すべきでない、④無制限説の実際の結果もあながち不当なものではない、というものである（鳩山・前掲書五二頁以下）。

(8) 我妻・物権法（現代法学全集）一二四頁。

(9) 末弘・物権法上一六五頁註（1）。

(10) 舟橋「登記の欠缺を主張し得べき『第三者』について」加藤還暦祝賀論文集六三九頁以下。

(11) 石田（文）・物権法論九四頁以下、一三八頁以下等。

(12) 柚木・物権法一九三頁、土生・概説民法第一七七条一七五頁等。

(13) 末弘・前掲書一六六頁以下。

(14) 舟橋・物権法一八〇―一八二頁。ここでは、我妻博士の「有効な取引関係に立つ者」という基準（我妻・物権法〔民法講義Ⅱ〕九七頁）は、抽象的・多義的として批判される。

(15) 中川（善）「相続と登記」相続法の諸問題一七二頁。

(16) 於保「公示なき物権の本質」論叢五八巻三号一五頁。

(17) 梅・前掲書七頁以下。ただし、石本「二重売買における対抗の問題」末川追悼・法と権利1一五六頁以下は、梅博士の論述を分析して、「登記なき限りすべての第三者は善意であると擬制するという前提に立って第三者の善意悪意を問わないのであるから、ここで第三者を保護するということはあくまでも善意者を保護するのがその趣旨であって、これと同等に悪意者も保護するに価するとみとめているわけではないことは容易に窺知することができる」（同論文一六四頁）として、一七七条の立法の趣旨（精神）は専ら善意者保護と解釈するのが妥当」と論決する。

(18) 富井・民法原論第二巻物権上六三頁は、ドイツ法主義を理想としつつ、対抗要件主義を採る以上は悪意者を排除すべしと説いている。

(19) 末弘・前掲書一五八頁。

(20) 鳩山・前掲書七五頁。

(21) 我妻・物権法（民法講義）一〇一頁、末川・物権法一〇六頁等。

(22) 舟橋・前掲論文六八三―六八四頁。

(23) 田島・物権法一〇六―一〇七頁、小池・日本物権法論四九―五〇頁等。

(24) 舟橋・不動産登記法七五頁。

(25) 公信力説の主な論者は、篠塚・民法セミナーII物権法九五頁以下、同「不動産登記と公信力」民事研修二〇〇号六頁、篠塚＝月岡「不動産登記における公信力説の形成と展開」登記研究二七二号、二七三号、二七四号、石田（喜）「対抗問題から公信力へ」追手門大学経済論集七巻一号（物権変動論一七五頁所収）、半田（正）「不動産二重譲渡へのひとつのアプローチ」北法一六巻四号三八頁、鎌田「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全――フランスにおける判例の『転換』をめぐって」比較法学九巻二号三一頁、等。

(2) 民法四六七条二項の「第三者」

民法四六七条二項は、債権譲渡の通知・承諾について、それが確定日付ある証書をもってなされなければ、「債務者以外ノ第三者」に対抗できないと規定する。この「第三者」をめぐっての議論は、先述の一七七条の第三者の議論

と一応パラレルに考えられてきたのであるが、論争自体は一七七条のそれよりははるかに小規模であった。

すなわち、ここでも一七七条の場合と同様に、かつては無制限説と制限説の対立があった。ただし、一七七条の場合と異なり、起草委員らは四六七条二項の第三者の概念およびその範囲については、何ら特に言及していない。[1] そして判例は、大正に入ってから、前述の一七七条につき制限説を取った明治四一年判決に平仄を合わせて、四六七条の第三者は、「通知ノ欠缺ヲ主張スルニ正当ノ利益ヲ有スル者」、さらに「債権其ノモノニ対シ法律上ノ利益ヲ有スル者」[3] と限定されるとして、そのまま今日に至っている。

一方学説には、当初これに反対して無制限説を取るものも多かった。それらは、規定の字句の上からしても、取引の安全を保護しようとする趣旨からしても、ここにいう第三者の範囲を制限すべき理由はない、としたのである。[4] しかしその後学説においても制限説が強くなり、今日では制限説に統一されている。その場合の第三者の定義は、「譲渡された債権そのものについて両立しえない法律的地位を取得した者」[5]、「譲渡された債権と法律上関連するところの利益を有する者」[6] 等と表現され、その理由としては、四六七条二項の規定が関係し保護しうる取引には、おのずから限界がある以上、「取引の安全」という漠然たる理由で無制限説を取ることはできないとか、[7] 無制限説をとると、法律関係が複雑になるばかりでなく、債権譲渡がきわめて厄介になるとか[8] が挙げられている。

さらに、第三者の善意・悪意の問題に関しても、起草者は一切言及しておらず（一七七条の場合と比較すれば、ここではおそらく悪意者も第三者に含まれることを当然として言及していないのであろうと思われる）、通説も悪意者を含むと解している。わずかに末川説のみが、悪意者排除説を説くが、その理由は、四六七条二項の趣旨を、（同説によれば、一七七条・一七八条の規定の趣旨と全く異なり、）債権譲渡の日時をごまかす詐欺的行為によって第三者が損害を被るのを予防することにあると捉えた上で、それゆえ債権譲渡が既にあったことを知っている者は詐欺的行為によってだまされることはないからであるとするものである。[9]

（1）　法典調査会民法議事速記録の四七八条の部分（学術振興会版同速記録二二巻一四〇丁以下）にも、梅・民法要義巻之三の同条該当部分（第二一版二一四頁以下）にも、そのような記述はない（第三者の範囲に関しては、同条一項の「第三者」が債務者を含むということに関する記述があるのみである）。

（2）　大判大正二年三月八日民録一九輯一二〇頁。

（3）　大判大正四年三月二七日民録二一輯四四四頁、同昭和八年四月一八日民集一二巻八号六八九頁等。

（4）　石坂・日本民法第三編債権総論中巻一二三〇頁註八、鳩山・増訂改版日本債権法総論三五五頁註六、三潴・債権法提要総論四六九頁。

（5）　我妻・新訂債権総論五四三頁。

（6）　末川「判例研究」法と経済一巻四号一五七頁。ただし末川説は後述するように四六七条二項の第三者につき悪意者排除説を採るのであって、引用部分にも、正確には、「善意であって而も」という表現が付けられている。

（7）　末川・前掲「研究」一五四頁、なお末川博士はそこで、「いったい第三者というような言葉は、それが用いられている規定の趣旨に従って多少の制約を受けねばならぬことは言を俟たない」として、それに何らの制限的な文句が付いていないからという単純な理由だけで第三者の範囲を無制限と解するのは、あまりに形式的で当を得ていないとの批判も加えている。

（8）　我妻・前掲書五四一―五四二頁。しかし、制限説をとって第三者を限定すれば、取引の安全を重視する見方からすれば、当然、第三者の不利益を懸念せざるをえない（我妻・前掲同所）。民法の非常に多くの場面で取引安全（動的安全）を強調する我妻説は、ここで一つの自己矛盾に撞着する。同説は、「しかし、指名債権の譲渡は、それほどの安全性のあるものではない、として満足する他はない」（前掲同所）としてこれを解決するが、この点は我妻説のような評価が適切なものなのかどうかは、考え直してみる必要があろう。すなわち、本稿で後述するように、ここでいう「第三者」はそもそも、はっきりと限定されたカテゴリーを指すものであって、それ以外の第三者に対しては最初から対抗しうる性質のものとして考えられていたのだとすれば、そもそも本条は我妻博士流の徹底した「取引安全」「第三者保護」とは最初から異質な規定ではなかったのか、という疑問があるのである。

（9）　やや長くなるが該当個所を引用すると、「即ちこの規定――特に第二項だけ――の関する限りでは、債権譲渡の日時をごまかす詐欺的の行為によって第三者が損害を被るのを予防しようというのが主眼であって、広く債権の所在を明らかにして、第三者の利益を保護しようとするものではない。だから、この点では、登記や引渡の如き方法によって物権の所在を公示して

第三者の利益の保護をはかろうとする物権変動の対抗要件に関する第百七十七条及び第百七十八条の規定とは、全く異なった趣旨が認められるのであって、彼此共通に解することはできないと思う。換言すれば、確定日付のある証書が求められているこの第二項の規定では（第一項については別に考えられるべき点があるけれども、それはここでは論外に置く）、債権の所在の変動を知ることについて第三者が有すべき利益が保護されるのではなくて、その変動の日時に関する欺瞞によって害せられることのあるべき第三者の利益が保護されることになっていると観るべきである。かように観るときは、先づ、悪意の第三者はこの規定によって保護されることを要せぬと解して差支ない。蓋し既に債権譲渡があったことを知っている者は、右に述べたような詐欺的の行為によってだまされるということはないからである。或は、善意と悪意とを区別して取扱うことは立証上の困難を伴うというような点から反対論が為されるかも知れぬが、それは事自体として理論上問題にならぬのみならず、実際上も推断的事実によって善意か悪意かは明らかにされ得るのだから、この区別を斥ける理由にはなり得ぬ」（末川・前掲「研究」一五五―一五六頁）。

示唆に富む見解ではあるが、四六七条の二項だけを一項と完全に切り離して論じる点はどうであろうか。四六七条も一項二項をあわせて考えれば、債務者の認識を通じて不完全ながらも第三者への公示機能を果たすべく予定された制度であることは今日明らかにされている通りであり（最判昭和四九年三月七日民集二八巻二号一七四頁の判旨等参照）、その意味では一七七条等との共通性を持つ。さらに、もしそれを二項のみ切り離して論じることが可能であるとしても、今度は、一項の「第三者」と二項の「第三者」との関係をどう考えるのか（一項の第三者からも悪意者を排除するのか）を明らかにする必要が生じよう（もし一項からも悪意者を排除するのならば、一項二項の目的を峻別する以上、別の理由を立てなければならず、逆に一項では悪意者を排除しないというのであれば、一項と二項とで「第三者」の意味内容が異なるという結果になる）。筆者の既に考察したところによれば、四六七条は沿革的には、むしろ二項（より正確には、現行規定上は一項に配分されたかにみえる公示機能も含んだ意味での二項）が原則形で、そこから対債務者の関係においてだけは要件を緩和するという趣旨で一項が分離形成されたとみるべきものであるから（池田「民法四六七条における一項と二項の関係」法研五一巻二号五五―六八頁参照（本論文は、以下「関係」と略記して引用）、その意味からも、このような二項のみを独立させた規定の目的論から構成する論法にはいささか疑問を感じる。

二　ボアソナードの「第三者」概念

一　ボアソナード旧民法における「第三者ニ対スル合意ノ効力」の規定の構造

旧民法財産編は、第二部（人権及ヒ義務）第一章（義務ノ原因）第一節（合意）第三款（合意ノ効力）の第二則に「第三者ニ対スル合意ノ効力」と題して第三四五条から第三五五条までの規定を置く。これは、ボアソナードの草案でいうと、三六五条から三七五条に相当する[1]（個々の条文の文言にはいくつか差異は存するが、基本的な内容においては、それらの旧民法正文と草案の各条文とは正確に対応している）。以下では、この部分の旧民法理由書[2]および同草案註釈を素材に、ボアソナードの「第三者」論を分析することとしたい。

まず、その「第三者（tiers）に対する合意（convention）の効力」という項目に含まれる諸規定の概要は、以下のようなものである。最初に、「合意の当事者間に限定される効力[3]」（草案三六五条、フランス民法一一六五条に対応）が掲げられ、ついで、その「第一の例外」として「動産の二重譲渡」（草案三六六条、フランス民法一一四一条に対応）、同じく「第二の例外」として「債権譲渡」（草案三六七条、フランス民法一六九〇条、一二九五条、一六九一条に対応）、同じく「第三の例外」として「不動産の譲渡」（草案三六八条、フランス一八五五年三月二三日法一条、二条、およびイタリア民法（旧法）一九三二条に対応）が掲げられている。そして以下「登記の形式」（草案三六九条、前掲フランス一八五五年法五条、およびフランス民法二一九六条以下に対応）、「登記の欠缺ないし遅滞」（草案三七〇条一項、フランス一八五五年法三条、イタリア民法（旧法）一九四二条に対応）等が続いている。すなわち、ここでボアソナードは、いわゆる合意の相対効（ないしは契約の相対性）の規定と、物権変動・債権譲渡の対抗要件に関する規定とを、原則と例外という形で関係づけて体系化したのである。このような体系は、おそらくはボアソナードのオリジナルかと思われ[4]、それ自体が十分な考究の対象とされるべきと考えられるが[5]、本稿では、そのような体系化の是非[6]よりも、そのような体系から示される「第三

者」概念の抽出がまず目的とされねばならない。

(1) 草案条文については、Boissonade, Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire, t. 2ème, Des droits personnels ou obligations, 2ème éd., 1883, p. 174 et s. 註釈については、Boissonade, op. cit., p. 180 et s.

(2) ここでは旧民法正文およびそのボアソナードによる理由書と、その草案および註釈とを検討するが、重点としては後者に比重を置く。その理由は、ひとつには本稿が旧民法自体の研究よりはボアソナードの理論そのものの考究をその直接の目的とするからであり、いまひとつは、すでに別稿で明らかにしたとおり、草案から旧民法正文に至る審議過程では、(誤訳等に起因すると思われるものも含め、) 不明瞭な修正がいくつか行なわれており、ボアソナード理論の解明には、その草案および註釈のほうがより正確な資料といえるからである (池田「民法四六七条におけるボアソナードの復権」明治法制史政治史の諸問題〔手塚豊教授退職記念論文集〕一〇三九頁以下参照〔本論文は、以下「復権」と略記して引用〕。なお、旧民法の理由書 (和文では非公刊) とその作成の経緯 (ボアソナードが仏文で条文も理由書も書き日本人がそれを訳したのだが、和文を正文に、仏文原文を公定訳扱いにする) については、池田・同論文一〇七四頁以下の「付・旧民法理由書解題」参照)。

(3) 以下「登記の欠缺ないし遅滞」まで、各条文の内容をあらわす「 」内の表現は、「第一の例外」「第二の例外」のごとき表現も含め、すべてボアソナードが前註 (1) の草案条文に頭註として付したものの翻訳である。

(4) この点フランス民法典では、全く同じ「第三者に対する合意の効力 (De l'effet des conventions à l'égard des tiers)」の表題を付した同法典第三章第六款には、合意の相対効の規定たる一一六五条とともに、債権者代位権 (一一六六条)、債権者取消権 (一一六七条) の二箇条を収める構成を取っている。

(5) この体系に検討の余地があることについては、既に、滝沢「物権変動における意思主義の継受(4)」法協九四巻四号五五九頁註(22)、および池田「民法四六七条における一項と二項との関係」法研五一巻二号五三頁註(1)に指摘がなされている。

(6) 後に第三章でふれるフランスの最新の学位論文は、「対抗」opposablité の問題と、「相対効」relativité の問題とを論理的に区別すべきことを強調する (Duclos, L'opposabilité, 1984, n° 4 et s., n° 143 et s.)。

二 tiers (第三者) と ayant-cause (承継人)

まず、ボアソナード旧民法あるいはその草案の「第三者に対する合意の効力」の項目に含まれる条文を検討してみ

よう。本稿の視角からすると特に注意すべき個所にあらかじめ傍点を付した上で、以下に旧民法正条の抜粋を掲げる。

旧民法財産編三四五条　合意ハ当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従フトキハ第三者ニ対シテ効力ヲ生ス

同三四七条一項　記名証券ノ譲受人ハ債務者ニ其譲受ヲ合式ニ告知シ又ハ債務者カ公正証書若クハ私署証書ヲ以テ之ヲ受諾シタル後ニ非サレハ自己ノ権利ヲ以テ譲渡人ノ承継人及ヒ債務者ニ対抗スルコトヲ得ス

同三四八条　左ニ掲ク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　不動産所有権其他不動産物権ノ譲渡

第二　右ノ権利ノ変更又ハ抛棄

第三　差押ヘタル不動産ノ競落

第四　公用徴収ヲ宣言シタル判決又ハ行政上ノ命令

同三五〇条一項　第三百四十八条ニ掲ケタル行為、判決又ハ命令ノ効力ニ因リテ取得シ変更シ又ハ取回シタル物権ハ其登記ヲ為スマテハ仍ホ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

同条二項　悪意及ヒ通謀ニ付テハ第三百四十七条ノ規定ニ従ヒテ之ヲ証スルコトヲ得

一見してわかるように、旧民法では、現行民法四六七条（指名債権譲渡の対抗要件）にあたる財産編三四七条一項、および現行民法一七七条（不動産物権変動の対抗要件）にあたる同三五〇条一項においては、「第三者」の語は用いられていない。これは何を意味するか。そしてさらに、その構成の是非はさておき、ボアソナードが、右に見たような内容の諸規定を「第三者に対する合意の効力」の項目に統合した着眼点とみられるものはどこにあるのか。それを解明することが、彼の第三者概念を理解する端緒となろう。

結論から言えば、彼のその着眼点とは、いわゆる「第三者」を、ayant-cause（承継人）と、tiers（局外者たる第三者）とに分けて規定することにあったと考えられる。そして、その概念分けがあって初めて、合意の相対効の規定と、物

権変動（動産・不動産）・債権譲渡の規定とを、後者が前者の例外にあたるとして結び付けて説明することが可能となったように思われるのであるが、実はこの概念分けは、単なる説明のためのテクニックという意味に止まるものではなく、「第三者」という実態のあいまいな概念を漫然と用いていたフランス民法に対する、彼の積極的な批判のあらわれでもあったのである。以下それらの点を順次論証しよう。

まず、右に掲げた諸規定のうち、最初の旧民法財産編三四五条を検討してみる。この規定は、ボアソナード草案三六五条と比べると、後段の表現がやや相違するが（草案三六五条では後段が「法律に定めた場合で、かつその条件に従うときでなければ、第三者を利することなく、またこれに対抗することができない」[1]となっている）、しかしこれら二つの表現の間には実質的な差異はなく[2]、同条と草案とは、その趣旨において変わるところがない。この規定が、フランス民法一一六五条およびイタリア民法（旧法）一一三〇条と同じく、ラテン語の有名な法諺 "Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest"（「他人間の行為は余人を害せずまた利せず」）が表わす私法上の一原則を示そうとするものであることは、ボアソナード自身がその草案註釈書で明瞭に説いているところである[3]。

右の規定にあらわれる「承継人」ayant-cause および「第三者」tiers の語について、ボアソナードは、草案註釈書の別の個所において以下のように解説する。すなわち、ayant-cause とはそもそも「ラテン語の habentes causam の直訳で、他人が彼らに付与したところの、その他人の地位それ自体を有する人々、という意味[4]」であり、「権利の本主(auteur) たる他人のその権利を有する者」という意味である[5]。ayant-cause には ayant-cause général（一般承継人）と ayant-cause particulier（特定承継人）の二種があり、一般承継人は本主すなわち元の権利者のすべての権利義務を有するものであるのに対し、特定承継人は何らかの特定された目的に関する本主の権利を有するが義務は何ら有することのないものをいう。前者に分類されるのが、法定相続人 (héritiers légitimes)、包括または包括名義における受遺者および受贈者 (légataires et donataires universels ou à titre universel)、および（一般の）債権者であり、後者に分

類される承継人は、有償無償を問わず、特定の物の獲得者（acquéreurs）ないし譲受人（cessionnaires）である、と。[6] そして、一般承継人は本主すなわち元の権利者の行為によって自己の地位を有利にも不利にもされるが、これに反して買主、交換者、受贈者のような特定承継人は、予期せざる不利益をこうむることも、予定せざる利益を享受することもなく、「譲り受けた物または権利に関して、合意の時点にあったような、権利者とか譲受人とかの地位を、良きにつけ悪しきにつけ、有する」のであって、彼らは、「彼らがそのような者となることを承諾したところの、それまでの過去に対する承継人なのであり、将来に対しては承継人たりえない」。なぜなら彼らは、「譲渡人によってそれ以後になされるかもしれないすべての行為に対しては étrangers（局外者、無関係な人間）なのであり、この点に関しては彼らは tiers（第三者）なのである」。[7] そしてボアソナードは、「本款の続く部分[8]において彼らが考察されているのは、そのような性質の tiers（第三者）としてである（草案三六六条以下を見よ）」[9] と説いてしめくくっているのである。[10]

従って、ここでボアソナードは、わが国にいわゆる（広義の）「第三者」概念を、承継人と、局外者たる（狭義の）第三者とに分け、それを旧民法の規定の上でも別異に表示し、かつ、これから検討しようとする物権変動や債権譲渡の場面では、（問題となる譲受人などは「承継人」なのであり、）「第三者」の語は、後者の、局外者たる第三者を指すものとして用いる、ということを明らかにしていたのである。

(1) 当該個所の草案原文は、elles ne profitent aux tiers et ne peuvent leur être opposées que dans les cas et sous les conditions que la loi détermine. (Boissonade, op. cit., p. 174). これに対し旧民法財産編三四五条の仏語公定訳（実際はボアソナードの作成した旧民法正文原文）は、néanmoins elles produisent effet en faveur des tiers dans les cas et sous les condition que la loi détermine. となっている (Code civil de l'Empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs, t. 1er, texte, traduction officielle, p. 136. 本資料の解説は、池田・前掲「復権」の「付・旧民法理由書解題」明治法制史政治史の諸問題一〇七四頁以下参照)。

(2) いわゆる「第三者に対して其効なし」と「第三者に対抗することを得ず」とは異なるもので、前者であれば第三者からそ

の権利移転等を主張することもできないが、後者であれば、当事者から第三者に対しては権利の移転等を主張できないけれども、第三者の側からこれを主張することは妨げない、とするのがわが国の通説的な理解であるが（富井・民法原論第二巻物権上五九頁他。なお、宮崎「民法制定より神戸先生に至る物権変動論」法研三八巻一号一一五頁参照）、ここでは、「対抗できない」の表現を採る草案のほうにも「第三者を利することなく」の文言があるため、結局第三者側からの主張は封じられることになり、第三者効の有無で規定する旧民法正文との差は実質的にはないものと考えられる。

(3) Boissonade, op. cit., nº 168, note (a).

(4) Boissonade, op. cit., nº 148, note (a).

(5) Boissonade, op. cit., nº 148.

(6) 以上 Boissonade, loc. cit.

(7) 以上 Boissonade, op. cit., nº 149. なお拙稿前掲「復権」一〇六六頁註（17）参照。

(8) 第三款「合意の効力」（§ III—De l'effet des conventions）を指す。§ III はさらに二つに分けられ、I—De l'effet des conventions à l'égard des parties et de leure ayant-cause（「当事者およびその承継人に対する合意の効力」）、II—De l'effet des conventions à l'égard des tiers（「第三者に対する合意の効力」）と題される。

(9) 前註（8）に示した、II—De l'effet des conventions à l'égard des tiers を指す。

(10) Boissonade, op. cit., nº 149. 傍点は池田。

三　動産二重譲渡における「第三者」

既に紹介したように、ボアソナードは、合意の相対効に関する規定たる旧民法財産編三四五条に続けて、その第一の例外として、いわゆる動産の二重譲渡に関する規定を置き、その後に第二・第三の例外として債権譲渡・不動産物権変動に関する条文を置いた。本稿はそのうち後二者について主に考察を加えようとするものであるが、ここでは、第一に掲げられた動産の二重譲渡についても、必要な限度で一通りの考察を加えて置くことにしたい。そうしなければならない理由は、ボアソナードが右の三者をまさに共通の論理に乗せて説明しようとしているからであり、しかも

これらの規定の配列の順序で、すなわち、前の条文についての解説を後の条文におし及ぼすという形で、論じているからに他ならない。

その、動産の二重譲渡（double aliénation d'un meuble）に関する旧民法財産編三四六条は、

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証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

と規定している。この条文は、ボアソナードの草案三六六条と、二、三の語彙が変っているのみで、[1] ほとんど同一である。そして無記名証券への適用を付言した第二項を除いた内容は、その言いまわしの仕方も含め、フランス民法一一四一条のそれとほぼ等しい。[2]

これがなぜ合意の相対効の例外となるかについてのボアソナードの説明は、以下のようなものである。いわく、

「一個の動産につき引続いて二つの譲渡が行なわれたとき、所有権が第一契約者によって獲得されることは疑いない。普通法（droit commun）に従えば、譲渡人は同一の権利を再度譲渡することはできない。第二譲受人は、譲渡人の承継人（ayant-cause）にすぎないのだから、譲渡人の（その時点の――池田補註）権利以上の権利を持つはずがないのである。そして特に、第二譲受人は、いかなる場合にも、第二契約との関係では第三者（tiers，原文イタリック）たる第一譲受人の権利を奪うことはできないのである。しかし法は、もし新契約者が彼自身予見せずかつ予見できなかった追奪（éviction）にさらされるとすれば、衡平と一般利益（intérêt général）とが共に害されると考える。動産の譲渡については、不動産の譲渡につき設けたと同様のいわゆる公示のしくみを作ることはできないので、法は、現実の引渡（tradition réelle）すなわち獲得者の物質上の占有の開始によって、公示が有益に代替されるものと認めるのである。したがって、すでに譲渡されてもはや譲渡人の占有にない動産を買取ったり贈与によって受取ったりした者は、その結果の責を自ら負うべき不注意（imprudence）を犯したものとされる。彼は承継人（無権

利者となった譲渡人の――池田補註）たるに止まり、かつその資格から来る帰結を負う。しかし、これに反して、もし第二の獲得者が目的物が譲渡人の手にあることを見たのであれば、過失（faute）のあるのはもはや第二獲得者ではなく、引渡を要求しなかった第一獲得者である。状況はそこで法によって逆転され（interverti）、法は第一獲得者に承継人（ayant-cause, ここでは無権利者の承継人、の意――池田註）の資格を与え、第二獲得者に第三者（tiers, 第一の合意につき局外者たる第三者、の意――池田註）の資格を与えるのである。従って第二獲得者は、彼の知りえなかった第一譲渡を、それのほうが古いものだったとしても、尊重する義務はないのである。その結果、第二の合意は、そこに現われなかった一人の人間を害することとなり、本条は前条の規則の一つの新しい例外となる。[3]」

ここでは、規定の整序の対象が動産の二重譲受人相互の関係に限定されているため、旧民法でもフランス民法でも、条文上「第三者」の文言は現われて来ない（したがって、「第三者」の用語法自体についてのボアソナードのフランス民法典批判は、ここでは、なされることはない）。しかしボアソナードは、右に見たように「承継人」と「第三者」の二つの概念の論理操作によってこの規定を説明しているのである。

なお、ここでボアソナードが説いている動産二重譲渡の法律構成（第二譲受人は無権利者からの譲受である。引渡という対抗要件具備によって、無権利者たる第二譲受人は法によって権利者とされる。その逆転の根拠は、先に対抗要件を具備しなかった第一譲受人の不注意ないし過失に求められる）が、彼が後述の不動産物権変動について示している二重譲渡の法律構成と基本的には同一であることに注意しておきたい。

ボアソナードはさらに、右引用部分に続けて、法が現実の占有者たる譲受人に対して付与する右のような優先権（préférence）の成立要件として、占有者の善意たること、新譲受人が契約の時点で第一獲得者の財産管理をしていないこと、の二つを挙げて説明を加えているが、[4] 本稿ではそれらについての検討は省略する。

（1）草案三六六条と正文三四六条とを、それぞれ前出の Projet と「公定訳」のフランス語で比較すると、草案の最初にあった Toutefois（しかしながら）や同じく草案の「優先し所有者としてとどまる」の est préférée（優先し）が正文で消えたり、

草案の première aliénation（第一の譲渡）が正文では première convention（第一の合意）と変ったりというぐらいで、何ら実質的な変更はない。

(2) ただしフランス民法一一四一条には、「前の合意をした者の財産を管理する責任のないことを要する」の文言はない。

(3) Boissonade, Projet, op. cit., nº 171, pp. 182-183. ちなみに、この引用部分については、草案註釈と旧民法理由書の両者の説明が全く変っていない。Vº, Exposé des motif, t. 2, pp. 439-440.

(4) Boissonade, op. cit., nº 172.

四　指名債権譲渡における「第三者」

ボアソナードが合意の相対効の第二の例外と呼んだ、指名債権譲渡の対抗要件についての規定たる旧民法財産編三四七条の第一項は、以下のように規定している。

記名証券ノ譲受人ハ債務者ニ其譲受ヲ合式ニ告知シ又ハ債務者カ公正証書若クハ私署証書ヲ以テ之ヲ受諾シタル後ニ非サレハ自己ノ権利ヲ以テ譲渡人ノ承継人及ヒ債務者ニ対抗スルコトヲ得ス

この条文に関しては、既に私は旧稿「民法四六七条におけるボアソナードの復権」(1)において、旧民法起草の際の法律取調委員会の審議の過程で、ボアソナードの意に反する改変のあったことを詳論した。すなわち、草案段階で存在した確定日付関係の文言の削除と、通知をなす主体の（誤訳に起因すると思われる）変更である。したがって、旧稿にも述べたように、ボアソナードの意図を良く伝え、かつ現行民法の起草委員たちにも評価されて現行四六七条の母胎となったのは、その草案のほうであるから、ここでは旧民法正文にはよらず、ボアソナードの草案および註釈を検討の対象とする。

その草案三六七条一項は、

指名債権の譲受人は、譲渡が債務者に合式に送達されたかまたは債務者によって公正証書もしくは確定日付ある証書で承諾さ

れたとき以後でなければ、自己の権利を譲渡人の承継人もしくは債務者に対して対抗することができない。[2]

との内容であった。

ここで注意したいのが、「譲渡人の承継人 (ayant-cause) もしくは債務者に対して」対抗できないとされている部分である。この部分は旧民法正文でもほぼ同一であり、そしてここでは、前述したとおり「第三者に」対抗できないとの表現は取られていない。この点を母法たるフランス民法一六九〇条と比較してみると、同条では、「第三者に対して (à l'égard des tiers)」対抗 (掴取)[3] できないと規定されているのである (イタリア民法〔旧法〕一五三九条も同様の表現をする)。実はこの点に、ボアソナードの積極的なフランス民法典批判のひとつがあった。

すなわち、彼は、フランス民法一六九〇条の用語法を厳しく批判して、「第三者 (tiers) という表現はここでは全く不適当である。それはここで採用されねばならない表現と完全に反対のものである。譲受人が何らかの公示という予防策を取らねばならないのは、とりわけ将来の承継人に対して (à l'égard des futurs ayant-cause) なのである。そしてまた譲受人が彼らに対して通知する、すなわち、彼らをして、もはや譲るべき権利を持たない譲渡人の承継人となる危険からのがれさせるところの情報を知る手段を提供するのは、彼らに対して承継人の資格を課し、彼 (譲受人――池田註) のために第三者の資格を保持するためなのである」[4] と説く。つまりボアソナードは、この場面で譲受人が公示手段を取って対抗すべきはいわゆる承継人なのであり、それら承継人と譲渡人との間の第二譲渡契約からみれば、第一譲受人たる者はまさに局外者たる第三者であって、第二譲渡の影響を受けることはなく、その意味で、フランス民法の「第三者に対抗する」の表現は、「第三者」と「承継人」とがいわば逆であり、「承継人に対抗する」と改めなければならない、というのである。

「第三者」と「承継人」の用語が全く逆という批判 (ボアソナードの定義ではまさにそうなるのだが) はさておいても、ここで我々がまず注意しなければならないのは、ボアソナードが、今日いわゆる指名債権譲渡の対抗要件の規定がそ

の対象として措定するのは、少なくとも無制限な範囲の第三者では決してなく、承継人（その用語に具体的にどれだけの種類の者を含めるかには問題があるが）と称せられる限定されたカテゴリーの人間であることを、非常に明確な形で力説していたという点である。

そこで、もしその限定が、対抗要件の規定ということからの必然の帰結だったとするならば、旧民法草案三六七条が現行民法四六七条に継受された際にその対抗要件の構造について特に積極的な変更が盛り込まれたという事実がないかぎり、わが民法でいう「第三者」が、ボアソナードの定義のようではなく（そして明確な定義も持たず）、「承継人」と「その他の第三者」を包摂する概念であるとした場合にも、わが民法四六七条の「第三者」が、ボアソナードのいう「承継人」のごときカテゴリーにとにかく限定されるものであるということは、沿革を参考とする解釈からは導くことが可能なのであって、そのことが論証されるならば、本稿第一章で見た、かつてわが国の学説史上展開された、四六七条の第三者についての「無制限説」のごときものは、沿革的にみればそもそも出現するはずのないものであった、といえるのかもしれない。[6] この点については、なお「対抗」についての議論を加えて、他日再論したい。

さて、右のように指名債権譲渡の対抗要件におけるいわゆる第三者対抗の対象となる者のカテゴリーを限定したところで、次に問題になるのが、そのカテゴリーの該当者個々について該当適格性をさらに検討するか否かの点である。これがすなわち善意・悪意の問題となる。[7] ボアソナードは、その点について、草案三六七条の第三項と第四項とを用意した。その内容は左の通りである。

草案三六七条三項　右の行為[8]のうちの一つがあるまでは、債務者の弁済、債務免除の合意、譲渡人の債権者のなした支払差止や異議、または正式に送達されもしくは承諾された債権の新規の獲得はすべて善意にてなされたものと推定され、かつ懈怠ある譲受人に対抗することができる。

同四項　承継人の悪意はその自白もしくは法廷における宣誓の拒絶によらなければ証明されえない。しかし譲渡人と共謀した詐

欺のあったときには、その共謀はすべての通常の証拠方法で証明されうる。

ちなみに、右の第三項はそのまま旧民法財産編三四七条三項となり、第四項は書き出しの「承継人」が「当事者」と変り（債務者を含ましめるための変更と思われる）、「宣誓の拒絶」が削除された（これはもともとフランス民法にも類似の規定がなく、わが旧民法でも採用されなかった）[9]だけで同三四七条四項となっている。

すなわち、第三項では、通知・承諾があるまでの債務者・承継人に善意を一応推定し、第四項で、（第三項からして、悪意の債務者・承継人に対しては譲受人は通知・承諾なしに対抗しうることになるが、その）悪意の立証方法を共謀の場合以外は自白と宣誓拒否（旧民法正文では前者のみ）に限るというものである。これらの規定についても、私は既に別稿で概要を紹介しているが[10]、そこでの検討は、これらの規定と第一項の対抗要件の原則との関係（対抗の可否が通知承諾の有無により確定的に定まるか否か）およびそこから導かれる当事者間の利益バランスの取り方の評価について簡略に述べるに止まっていた。そこで、以下では「第三者」論に焦点をあてて再論することとしたい。

ボアソナードはここでの規定について、まず、大変重大な問題をすぐれて公正な方向で裁断したと自賛しつつ、フランス法においてこの考え方を支持する者はごく少ないと述べている[11]。その上で彼は、以下のように言う。

「（フランス法では）一般に、もし譲渡の送達がなかったならば、その譲渡は利害関係人の知らなかったものと推定されると論決し、またその推定は絶対の法律上の推定（présomption légale absolue）すなわち、すべての反対証拠を許さないものと考えている。第三者の善意ないし悪意の探索、すなわち彼らが先行する譲渡についていかなる認識を持っていたかについての探索は許さない。この解決は明らかに正義に反するし、また、困難な訴訟をさける必要性からという主張によっては十分に正当化されるものではない。

草案は、法律上の推定を打ち消すものとしての悪意の立証を、しかし送達のないことを申し立てる者の自白それ自体もしくは黙示の自白に相等しい裁判上の宣誓の拒絶に限って認めることによって、正義と一般的有用性とを両立させた[12]。（以下一部略）」。

「草案が少なくとも原則として許さないのは、証人や事実の推定によって悪意を立証することであり、この禁止は譲渡人と新譲

受人との間に協働の詐欺（fraude concertée）や共謀（collusion）があるときはなくなるものとする。なぜならその場合はまぎれもない民法上の違法行為があるからである。」[13]

このようにして、彼は、送達・承諾をもって対抗すべき債務者・承継人から悪意者を排除する。しかしこれは、立証方法が限定されているため、いわゆる「悪意者排除説」とは異なる。共謀などを除いた単純な悪意については、立証はいわば悪意当事者の良心にかからしめられるのみであって、それ以外は三項の明文の善意推定規定が効いてしまうのであり、既に別稿でも述べたように、四項の機能する場合はあまり多くない（単純な悪意についていえば、むしろ、ほとんどない）のである。[14] したがって、ここでのボアソナードの考え方は、一口で言うならば、「善意推定・一部悪意者排除」説とでも呼ぶべきものである。

以上のことをいわゆる「第三者」論としてまとめれば、彼は、「承継人」というカテゴリーの人間に対し、まず一律に善意推定を与え、そこから個別に一部の悪意者を排除するのであって、これはいわゆる「悪意者排除説」（善意要求説）と異なるのは勿論である。また、承継人の善意・悪意という問題は、承継人というカテゴリー決定の問題の外にあり、かつ（論理の流れでみれば）後に来る、別個の問題であるということを、とりあえず銘記すべきであろう。なお注意すべきは、ボアソナードが、指名債権譲渡に関するここでの議論を、次の不動産物権変動に関する議論にそのままスライドさせているということである。

（1）本稿一五頁註（2）参照。

（2）同条文の仏文原文（Boissonade, Projet, 2ème éd., t. 2, p. 175）については、前掲拙稿「復権」一〇五二頁および一〇七一頁註（2）に掲記した。

（3）原文は n'est saisi（摑取ないし掌握できない）と表現する。いわゆる「対抗する、対抗できる」を意味する opposer, opposable の語は、フランスにおいては法律用語として「新語」であり、フランス民法典制定当時にはまだ一般的に使われていなかった。池田「指名債権譲渡における対抗要件の本質」慶応義塾創立一二五年記念論文集三五一頁註（1）参照。

(4) Boissonade, op. cit., nº 176.
(5) 継受の過程の詳細については、前掲拙稿「復権」および前掲同「関係」を参照。
(6) したがって、ボアソナードは、指名債権譲渡の対抗要件におけるいわゆる「第三者」について、(第三者の語を排し承継人の語を採用するという、) 実に明確な形で現在のわが国で行なわれている制限説を先取りしていた、と言うこともできよう。拙稿「関係」三三頁註 (15) 参照。
(7) 私見では、わが国における第三者制限・無制限の議論と善意・悪意の議論 (悪意者排除等) とはこのように (カテゴリー決定の問題とカテゴリー内の個別検討の問題とに) 区別して検討されるべきと考えるが、後述するように特に不動産物権変動の場面で、これらを混同しているかのような議論も散見される。
(8) 右の行為とは、同条第一項第二項の定める、債務者への通知もしくは債務者の承諾を示す。
(9) なお拙稿「復権」一〇七二頁註 (7) 参照。
(10) 拙稿「復権」一〇六八—一〇六九頁、および一〇七二頁註 (8) 参照。
(11) Boissonade, op. cit., nº 180.
(12) (13) Boissonade, loc. cit.
(14) 拙稿「復権」一〇六九頁参照。

五　不動産物権変動における「第三者」

不動産物権変動の対抗要件について規定した、旧民法財産編三五〇条一項の条文については、既に本章第二節 (「tiers (第三者) と ayant-cause (承継人)」) の冒頭に掲記したが、これとボアソナード草案三七〇条一項[1]とを (例によって Projet と「理由書公定訳」とを用いて) 仏語原文で比較すると、いくつかの語句・表現の修正があることがわかる。[2] それらはいずれも条文の趣旨を実質的に変更するものではないように思われるが、その中で本稿の問題意識からして検討を要すると考えられるものは、草案においては「……する承継人 (ayant-cause qui　) に対抗できない」となっていたところが旧民法正文では単に「…する者 (ceux qui　) に対抗できない」と変っている点である。[3]

しかしながらこれは、当時の議事筆記を見れば、法律取調委員会の日本人委員らによる条文整理上の修正の結果生じた変更であることはほぼ確実である。[4] ボアソナードとしては、それを受けて旧民法三五〇条の文言上から ayant-cause の語をなくしたもののようであるが、それによって実質的にその者が ayant-cause ではないと変更したわけでは全くないことは、彼の Exposé des Motifs すなわち旧民法理由書公定訳中の表現を見れば明瞭である。すなわち彼は、たとえば、「三五〇条の最も著しい規定は、法の利益を受ける者を〝善意の〟承継人(ayant-cause "de bonne foi") に限った点である」[5]「第一の取得の登記がなされた場合は、それ以後に結約した承継人 (les ayant-cause qui ont traité postérieurement) は、登記された行為のあったことを知っていたものと推定され (présumés)、[6] もし知らなければ懈怠ある (négligents) ものと推定される」[7] 等の説明中で、ayant-cause をそのまま (Projet すなわち草案註釈書でと同様に)[8] 用いているのである。

さらに言えば、この条文では ayant-cause の文言を使わなくても、それを修飾する「同一物権につき善意にて結約した、あるいはその物権と相容れない権利を取得した……」の文言の中に、まさに ayant-cause の概念を示す表現が盛り込まれているということもできよう。

いずれにしても、ここで明らかにされることは、ボアソナードが、指名債権譲渡の対抗要件の規定の場合と同様に、あるいはある意味でそれ以上に明確な形で、不動産物権変動の対抗要件をめぐる規定において、その規定によって保護される者のカテゴリーを限定している、ということである。そしてそのカテゴリーは、決していわゆる「第三者」の語で安易に置き換えられるものではないことは、以上の考察から自明であろう。

さて、ボアソナードの物権変動論自体については、既に多くの研究がなされているので、[9] 詳細はそれらの論考に譲り、ここでは考察を省略し、ただ一点、承継人の善意悪意の問題に若干ふれておく。

ボアソナードは、自ら強調しているように、ここで法の利益を受けうる承継人を、善意者に限った。したがって、

彼は悪意者排除説に立つごとくに理解されている。[10] しかしながら、ここで厳密に検討されなければならないのが、三五〇条二項（草案三七〇条二項）の存在である。いささか形式論理のきらいはあるが、（先学のいずれもが言及していない）条文の文言上の変更から論を進めよう。

草案三七〇条二項の原文は、

La mauvaise foi et la collusion peuvent être prouvées conformément à l'article 367.[11]

であった。この原文に対し法律取調委員会の訳は、当初

「悪意及ヒ通謀ハ第三百六十七条ニ従ヒ証セラルルコトヲ得」[12]

であり、再調査の段階でも、末尾が「証スルコトヲ得」[13]となったのみであった。そして旧民法財産編三五〇条二項正文も、既に掲記したように「悪意及ヒ通謀ニ付テハ第三百四十七条ノ規定ニ従ヒテ之ヲ証スルコトヲ得」と、条数と助詞以外は再調査案と変更がない。しかしながら、旧民法理由書の条文公定訳（繰り返すが実際にはボアソナードが仏文で理由書を書き日本人が訳したもの）の仏文では、

La mauvais foi et la collusion *ne* peuvent être prouvées *que* conformement à l'article 347.[14]

（「悪意および通謀は第三四七条の規定によってしか証明されえない」）

となっていて、その限定が明瞭になっている。この限定は何を意味するか。

既に前節で述べたように、指名債権譲渡における旧民法三四七条（草案三六七条四項）による悪意の立証は、具体的に、草案では協働の詐欺（fraude concertée）のある場合以外は自白と宣誓の拒絶の場合のみに限られ、さらに旧民法正文では、協働の詐欺ある場合のほかは自白以外の証拠方法による立証が許されていない。したがって筆者は、これでは悪意の立証は（詐欺のある場合を除いては）ほとんどされることがないであろう、と指摘したのである。[15] その規定を不動産物権変動における悪意の立証にも適用するにあたって、ボアソナードは、（史料から判断される限りでは彼自

身の意思で、）それしか使えない、と、二重の限定をかけたのである。

確かに、ボアソナード自身は非常に明確に承継人に善意を要求し悪意者を排除する旨を説いている。しかしながら、いわゆる悪意者排除説であるならば、悪意はあらゆる証拠方法で立証されるべきものであろう。実際にはこれはかなり限定された悪意者排除で、現実にほとんど詐欺的悪意者しか排除できないとするならば、わが国の学説にあてはめていうならば、むしろ背信的悪意者排除説に近い結果になるというべきなのではなかろうか。ただしこの点は本稿の論証の主たる目的とするところではない。物権変動論についての先学の研究に対し、問題を提示するに止める。

（1）草案三七〇条一項の原文は以下の通りである（Boissonade, Projet, op. cit., p. 177.）。
Jusqu'à la transcription, les droits réels acquis, modifiés, ou recouvrés par l'effet des actes sus-énoncés, ne peuvent être opposés aux ayant-cause qui ont traité de bonne foi, au sujet des mêmes droits, avec la partie qui était restée titulaire apparant, ou qui ont acquis d'elle ou de son chef des droits incompatibles avec les premiers, et qui omt euxmêmes fait faire la transcription ou l'inscription de leur titre quand elle est requise.

（2）草案の transcription が正文では inscription に変り、正文では bonne foi の文章中の位置が（対抗すべき者のすべてにかかるように）下げられている、等がある。

（3）註（1）の草案原文参照。

（4）法律取調委員会の明治二一年一〇月二日の第八回再調査案審議による修正である。理由は議事録中に示されていない。学振版法典調査会（法律取調委員会の誤り――池田註）民法草案財産編調査案議事筆記第二巻一二〇―一二一丁参照。なお、法律取調委員会の本条の初回の審議では承継人の語は何ら問題にされていない。学振版法典調査会（同じく、正しくは法律取調委員会）民法草案財産編人権ノ部議事筆記第四巻二三〇―二三五丁参照。

（5）Exposé des motifs, t. 2., p. 453.

（6）présumer は通常「推定する」と訳されるが、ここでの推定は、ボアソナードが引用部分の直前で説く通り、「いかなる反証も許さない、法律上の推定（présomption légale）」である。なお本稿二五頁参照。

(7) Exposé des motifs, loc. cit.
(8) Boissonade, Projet, op. cit., n° 209 に前註 (5) (7) に引用した部分と同一の記述がある。
(9) 滝沢「物権変動における意思主義・対抗要件主義の継受(四)」法協九四巻四号一二七頁以下、鎌田「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全——フランスにおける判例の『転換』をめぐって」比較法学九巻二号六〇頁、有川「二重譲渡と悪意の第三者」福岡大学法学論叢二四巻四号四一五頁以下等。ことにボアソナードの Projet 等における記述の紹介としては、最後の有川論文が詳細である。
(10) 有川・前掲論文四二七頁等参照。
(11) Boissonade, Projet, op. cit., p. 177. なおプロジェでは本条文末尾に参照条文としてフランス民法一〇七一条、ベルギー一八五一年一二月一六日法一条が挙げられている。
(12) 前掲人権ノ部議事筆記四巻二三一丁。
(13) 前掲再調査案議事筆記二巻一二一丁。
(14) Exposé des motif, op. cit., p. 139.
(15) 前節四の註 (14) 参照。

三　フランス民法からみたボアソナードの「第三者」概念

フランスでは、第三者概念自体についての議論が、古くからわが国よりはよほど盛んに行なわれてきた。それでも、tiers (第三者) とは、「法律用語の中で最もあいまいで多義的な語の一つ」[1]であるとされ、現在でも、最新のテーズにおいて、「その概念は、尽きることのない議論に材料を提供し続けている」[2]と評されている。ここでは、第三者概念論についての諸業績を詳細に検討する余裕はないが、本稿の考察に必要な限度でその概要を紹介しておくこととする。

右に挙げた最新の(「対抗」概念についての)テーズの著者デュクロは、(フランスの旧来の学説が対抗 (opposabilité, 対抗できること) の問題と相対効 (relativité) の問題とを混同してきたことを指摘しつつ、) tiers (第三者) の概念の内容を三種に分類

して説明する。[3] その三種とは、penitus extranei（完全に無関係な人）、créanciers coirographaires（普通債権者）、ayants cause particulières（特定承継人）[4] である。しかしこの分類自体は、何も目新しいものではなく、フランスでは今日ごく一般に採用されているものである。[5] また別の分け方としては、広義の tiers と狭義の tiers とを分け、前者は単に消極的に「当事者でもそれに代わる者でもない」[6] と定義され、後者は penitus extranei を指すとするものもある。[7]（後者については、広義の tiers からさらに ayants-cause と créanciers を引いたものと定義するものもある）。[8] ただし、このような第三者概念論は、ちょうどボアソナードが旧民法を起草する一八九〇年前後になって初めて盛んになったようであり、[9] そのためもあってか、当時発行された法律百科辞典のごときものには、[10] まだ tiers という独立項目が立てられていない。[11]

penitus extranei は、ドマによって（適切なフランス語がないため）そのまま採用されたラテン語の表現で、ロラン＝ボワイエは、これに complètement étranger（全くの部外者、全く無関係な人）との訳語を当て、そのあとに（tiers）と表記した上で、「当事者と何ら法的関係を有せず、当事者の成立せしめた契約に対し完全に無関係な状態にあるすべての人を指す」[12] と定義する。

ayants-cause の語の本来の意義は、ボアソナードも説いていたように、habens causam すなわち、「その本主と同じ権利、同じ用益、同じ条件、を有する者」[13] であるが、現実にはやはり多義的な概念で、tiers とともに、一義的に意味を定めることは不可能とされる。[14] 最も包括的絶対的な定義としては、「ある者の権利の一部または全部を取得し、結果としてその者の包括ないしは特定名義での後継者（successeur）となる者」[15] とされるが、この意味で（広義に）使われる場合には、いわゆる相続人等が含まれることになる。しかし逆に狭義には、「ある意味で tiers のカテゴリーに入れられる、他の承継者と対立する特定承継者（successeurs particuliers）」を指す場合もあることが、既にボアソナードの時代に認められていた。[16]

したがって、ボアソナードは、tiers を、フランスでの定義の中の最も狭義の概念のみを指すものとして用いて、

指名債権譲渡の対抗要件につきフランス民法一六九〇条が tiers という用語で示している対象の実質は、無関係な tiers すなわち penitus extranei では決してなく、当事者から当該債権という特定の権利を承継し、他の承継者と対立する地位を持つに至った、狭義の ayants-cause を指すのであるとして、フランス民法典の用語法を批判し、既に見たような表現の旧民法草案を起草したのである、ということになろう。

たしかにわが国の四六七条にあたる一六九〇条の tiers については、用語の正確な意味を限定せずに用いられているとされているが[17]、しかし今日に至るまで多くの学者は、ボアソナードのような尖鋭な形でこれを批判せず、わが民法における分析手法と同様、この tiers に何が含まれ、何が含まれないのかという形で具体的に分析してきた。ただ、一六九〇条に限っていえば、①その tiers に少くとも penitus extranei が含まれないことは古くから終始一貫して考えられてきた[18]、②フランスでは、tiers の善意・悪意は、（わが国と異なり）第三者の範囲の問題としてではなく、当該人が悪意なら（譲渡を知っていれば）一六九〇条の対抗要件なしに譲渡はその者に対し対抗可能になるか、という形で、対抗要件（formalités, 対抗のための手続[19]）の必要性の問題としてとらえられているのであるが、破毀院はこれにつき古くから、tiers（具体的には第二譲受人や差押債権者）の個人的な譲渡の認識は、一六九〇条の対抗のための手続を代替するものとはなりえないと判示し[20]、ただし当該 tiers のフロード（fraude, 欺罔、詐害）の場合を除くとしている[21]、という二点は、とりあえず明らかにしておかなければならないであろう（したがって、一六九〇条の tiers については、日本式にいうならば「制限説」でかつ「詐害的悪意者排除説」ということになろうか）。

最後に、わが国の一七七条に対応する、一八五五年三月二三日法第三条については、わが国にも質の高い研究が多数存在するので、詳細はそれらに譲るが[22]、本稿との関連でごく簡単に述べれば、同条は、意思表示を媒介とする物権変動につき、そこから生じる権利を登記するまで対抗しえないとされる tiers について、「不動産上の権利を獲得し、かつそれを法律に従って保存した第三者」（tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble et les ayant conservés conformément

aux lois）と、字義上もそのカテゴリーを制限している。[23] そしてそのような tiers の善意・悪意については、規定はないが、第二譲渡が fraude による場合は除く（第一譲渡は登記なしに対抗可能となる）がそれ以外は悪意の tiers にも対抗できないとするのが立法者意思でありまたかつての判例・多数説の立場でもあったが、今日では、第二譲受人にフォート（faute 落度）があっただけでも登記なしに対抗しうるとの判例が現われ、いわば「悪意者排除説」を採るようになってきているとされる。[24]

(1) Decottignies,《Tiers》, Dalloz, Répertoire de droit civil, 1955, tome 5, p. 354, n° 1. および次註（2）の Duclos, p. 22, note 5 の引く Becquart, Les mots à sens multiples dans le droit civil français, thèse Lille, 1928; Aussel, Essai sur la notion de tiers en droit civil français, thèse Montpellier, 1953.（後二者のテーズは筆者は未見）。

(2) Duclos, L'opposabilité (Essai d'une théorie générale), 1984, n° 3, p. 25.

(3) Duclos, op. cit., n° 147 et s.

(4) 今日のフランスでは、複数形の表記はこのように ayants-cause とするのが通常であるが、ボアソナードは複数形の場合も s をつけていない。

(5) V°. Roland = Boyer, Locutions latins et adages du droit français contemporain, t. 1, p. 306《penitus extraneus》.

(6) Capitant, Vocabulaire juridique, v° tiers.

(7) Decottingnies, op. cit., n° 2 et s.

(8) Decottingnies は Répertoire の第二版（tiers の部分は一九七六年）では、最近の Duclos の三分法により近い表現で、広義の tiers の中に ayants cause, créanciers chirographaires, penitus extranei の三者があるとする。そして最後のものを狭義の（厳密な意味の）tiers とするわけであるが、この狭義の tiers に対し、第一版にはなかった tiers proprement dit（いわゆる第三者）という表現も用いている。Decottingnies,《Tiers》, n° 3 et 9, in Dalloz, Répertoire de droit civil, 2ème éd, t. 7.

(9) 第三者論として挙げられる主要な研究を年代順に列挙すると、Cuny, Des tiers, thèse Nancy, 1889; Debrand, De la notion de tiers, thèse Dijon, 1890; Coutant, Des créanciers chirographaires considérés comme tiers, thèse Paris, 1906; Laborde-Lacoste, Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français, thèse Bordeaux, 1916;

Becquart, thèse précité, 1928; Aussel, thèse précité, 1952 等となり（ただし筆者はいずれも未見）、一八八九年以前には主要文献は見当らない。

(10) Fuzier-Herman, Répertoire général alphabétique du droit français, 1890. ただし本書では ayant-cause の項目の中で、tiers と ayant-cause の比較については詳細に解説されている。しかしながらその解説のほとんどは、私署証書の当事者および相続人・承継人に対する証明力に関するフランス民法一三二二条と、その第三者に対する確定日付的効力に関する同一三二八条とにおける、ayant-cause と tiers の不分明な用語法に関するものであり、tiers 概念の中に何が入るのかという角度からの考察はそこではなされていない。

(11) その意味では、ボアソナードの議論は先進的なものであったといえるかもしれない。

(12) Roland = Boyer, loc. cit.

(13) Fuzier-Herman, op. cit., t. 6, p. 888,《ayant-cause》, n° 7.

(14) Fuzier-Herman, op. cit., p. 888, n° 4.

(15) Fuzier-Herman, op. cit., p. 888, n° 1.

(16) Fuzier-Herman, op. cit., p. 888, n° 4.

(17) Decottingnies, Répertoire précité, 1955, p. 354, n° 4.

(18) Req. 8 mars 1904, D. P. 1908. 5. 59; Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. 5, § 359 bis. note 3, p. 144. etc.

(19) フランスでは、わが国でいう「対抗要件」にあたる condition d'opposabilité という用語は、一部の例外を除き、使われることがない。池田「フランス民法における指名債権譲渡法理の展開」法研五六巻五号四頁註（5）参照。

(20) Cass. civ., 7 juillet 1897, D. 1898. 1. 483.

(21) Ghestin,《La transmission des obligations en droit positif français》, in La transmission des obligations, 1980, p. 25, n° 34. etc.

(22) 浜上「フランス法における不動産の二重譲渡の際の第三者の悪意」阪法五一号一頁以下、鎌田・前掲論文・比較法学九巻二号三一頁以下、滝沢・前掲論文・法協九四巻四号一一〇頁以下、同「民法一七七条における悪意者の問題(一)」成城法学一三号一九一頁以下等参照。

(23) 滝沢・前掲法協論文一二九頁は、ボアソナードがこの tiers を ayant-cause におき代えている点を、「一八五五年法三条よ

り一歩前進している」と評価する。たしかにそう評することができようし、また、このような記述自体が、滝沢教授の、（わが国の学者にあまり見られない、）第三者カテゴリー論への問題意識を表わすもののようにも読める。

(24) 鎌田・前掲比較法学論文一〇七頁以下、および同「対抗問題と第三者」民法講座2七〇頁。なお、滝沢・前掲法協論文一五三頁註（12）は、（日本民法一七六条・一七七条の解釈論が結局フランス法本来の理論へと回帰してゆくことになるのではないかとみうるような議論の傾向が示されているとの記述を補足して、）第三者の善意悪意をめぐる悪意者排除説と背信的悪意者排除説が、フランス法における faute 説と fraude 説の対立にほぼ等しい内容を示していることを指摘する（鎌田・前掲比較法学論文一〇九頁にも同旨の指摘がある）。

四　小括と若干の提言

以上の考察から、我々にはどのような結論がもたらされるであろうか。

(イ) まず第一に言えるのは、わが民法一七七条・四六七条における第三者の範囲についての無制限説から制限説への変遷は、ひとつの「壮大な遠回り」ともいうべきもので、我々の民法学は、あるいは「しなくてもよい議論」を重ねてきたのではなかったろうか、ということである。

もしフランス民法流の対抗要件主義が、ボアソナード旧民法を正しく経由してわが民法に継受されたならば、一七七条や四六七条の「第三者」は、原則的には、両立しえない権利を取得した、ボアソナードのいわゆる「承継人」を中心とした、限定されたカテゴリーの人間を指すものとされたはずなのであり、そうなると、いわゆる制限説が当然に妥当し、無制限説は、条文の表記如何にかかわらず採用しえないものとして完全に否定されたはずである。

それを混迷した（私見によれば）議論に誘い込んだ第一の理由が、一七七条についての、起草者の、なかんずく梅謙次郎委員の、第三者無制限論にあったことは確かであるが（ただし梅博士が前掲のように徹底した無制限説を強調したのは、

第三者の不測の損害を避けるべき等という純然たる理論上の主張からであったのか、あるいは、登記制度の、当時の社会への周知徹底を図るためという一種政策的な意図もあったのかは、必ずしも判然としない)、加えてこの議論を長引かせ、軌道修正を一層遅らせた第二の理由としては、続く時代の一部学説が、いわゆる取引安全法理をいささか過剰な形で提唱して、一律の処理を強調することから無制限説に固執したことを挙げることができるであろう。

しかし、それだけのことならば、単なる過去の学説史上の問題点を分析したに止まる。けれどもここまでの考察から導かれる結論は、それに尽きるものではない。

(ロ) 筆者が本稿で明らかにしたかったのは、たとえ起草者が一七七条・四六七条の「第三者」の意義をどう考えていたにせよ、また、ボアソナードの旧民法における「第三者」概念が起草者に正しく顧慮されなかったにせよ、不動産物権変動や指名債権譲渡についての対抗要件を定める規定は、それ自体の性格上、いわゆる広義の(利害関係を持つに至った者なら誰でもよい)「第三者」を問題とするものではなく、ボアソナードのいう ayant-cause に代表される「競合した権利取得者」の間の優劣関係の決定を主眼とするものである、ということを再確認すべきであり、したがっていわゆる取引の外形を信頼して利害関係を持つに至った(広義の)「第三者」を保護する規定とは、(外見的に規制対象が重なり合う部分もあるけれども、)規定の本質が異なるし、用いられている「第三者」の概念自体も異なっていると理解すべきである、というにあった。

しかしながら、それを断定的な形で論証するには、本稿の段階では未だ不十分であることを認めざるをえない。すなわち、ひとつには、民法上の他の諸制度に現れる「第三者」と一七七条・四六七条にいう「第三者」との、理論上・実際上の総合的な比較の作業が必要であり、またひとつには、本稿で意識的に深入りしなかった「対抗」の意味について、さらに詳細に論じなければならないからである。

(ハ) しかしそれでもなお、本稿の目的とする作業の、想定しうる実益について述べることは許されるであろう。

一例を挙げる。本稿中でも若干触れたが、不動産物権変動の（ことに二重譲渡の）法的構成をめぐる諸学説のうち、近時有力となってきているものに、いわゆる公信力説[1]がある。その公信力説の論者が、同説のメリットの一つとして、「民法九四条二項類推適用をめぐる判例理論とも調和する」点を挙げている[2]。すなわち、無権利者からの不動産取得者について、判例・通説ではこれを一七七条の第三者ではないとして、その救済のために九四条二項類推適用の法理を用いているのであるが、公信力説は、二重譲渡において第二譲受人が所有権を取得しうる根拠を登記の一種の公信力に求め、その結果、善意無過失の第二譲受人のみが一七七条を援用しうるとすることから、無権利者からの取得者をも、（善意無過失であれば）一七七条の第三者とみるのである。そしてこの点は、公信力説に反対する論者からも、「そのような解釈論を含むところが公信力説の強み」であるとして、高く評価されているのである[3]。しかも、それらの議論においては、公信力説を称揚する側も、批判する側も、一七七条の「第三者」と九四条二項の「第三者」とが概念として同じものかどうかについては全く顧慮していないようにみえるばかりか、逆に、公信力説に立てば一七七条も九四条二項もいわゆる「善意ないし善意無過失の第三者を保護する規定」となるとして[4]、規定の目的の点にも何ら疑問を持たずに、整合性を評価しているように思われる。しかしながら、もし一七七条と九四条二項との「第三者」の語に本来盛り込まれた概念自体異なるのだとしたら、両条を不用意に統一して良いものであろうか。そもそも両条を調和的に説明できる説は正しい説なのであろうか。本稿を草した筆者の関心のひとつは、まさにその点を究明するにある。

(1) 公信力説の主な論者については、第一章第二節(1)の註（22）参照。

(2) 半田（正）「不動産登記と公信力」民法講座2二二三頁等。

(3) 星野「物権変動論における『対抗』問題と『公信』問題」〔講演記録〕法学教室三八号一九頁。教授はそこで、「公信力説は、価値判断としては非常に強力な要素をもっているわけです。私も非常にひかれます」とも述べる。ただし他の諸点におけ

る教授の公信力説批判は、かなり包括的・徹底的であり、説得力を持つ。

(4) 星野・前掲同所。ただし、講演記録であるため教授は必ずしも意を尽されていないかと思われることを留保する。

結　語

すべての議論は、そこで用いられる諸用語の明確な概念規定がなされていてこそ、嚙み合うものであり、しかるべき帰結を見ることができるものである。ふりかえってみれば、わが民法学において「第三者」の語は、一見何の問題も包含しない、分り切った概念として、あいまいなコンセンサスの上に立って使われてきたように思われてならない。そしてそのことが、実際に、議論の明晰さを欠くことにつながるだけでなく、そもそも民法上の諸制度の正確な理解自体を見失わせることにもつながっているのではなかろうか。

本稿のねらいは、畢竟、右の疑問を、債権譲渡と不動産物権変動とにおける「第三者」を考えることによって実証しようとした点に尽きる。したがって、本稿は、もし問題を掘り出しえたとしても、そのごく一部に光を当てたにすぎない。本稿が、ひろくわが民法における「第三者」像の解明をめぐる問題点の整序と、そこから生じる新たな考察のための視座の設定とに、少しでも資するところがあれば、幸いと考える。

〔後記〕本稿を、本年三月に御退職された須藤次郎先生に捧げる。本稿はもともと、同先生の退職記念号となった法学研究五九巻二号に掲載する予定で執筆を企図したものであったが、筆者の準備不足のため遅延したものである。

*

須藤先生には、大学院で仏法を御教授いただいたのみならず、私共若手の修業時代の生活全般にわたり、暖い御指導を賜わ

りました。教室で、また時には御自宅で深夜迄、学生に自由勝手な議論を許され、傍で面白そうにそれを聞いて下さるという、先生一流の御指導を受けて、私共の仲間からは多数の者が塾内外に研究者として巣立ちました。拙稿は文字通りつたないもので、御学恩に報いるには到底足りるものではありませんが、ここに心からの御礼を申し上げ、あわせて先生の末長い御健康をお祈り致します。

（昭和六一年三月一三日稿）

〔追記〕脱稿後、七戸克彦「不動産物権変動における対抗力の本質」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集第二三号七一頁以下に接した。不動産物権変動に関するボアソナード理論の参考文献として加えられるべきものである。また同論文も、ボアソナード旧民法は背信的悪意者排除説に立つものであると立論している。