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

Title	ハンス・ペーター・マルチュケ著 『日本不動産物権法における物権移転と善意取得：日本・フランス・ドイツの契約法及び不動産法に関する比較法的考察』
Sub Title	Marutschke, Hans Peter "Übertragung dinglicher Rechte und gutgläubiger Erwerb im japanischen Immobiliarsachenrecht. Eine rechtsvergleichende Studie zum japanischen, französischen und deutschen Vertrags- und Liegenschaftsrecht"
Author	七戸, 克彦(Shichinohe, Katsuhiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1999
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.72, No.3 (1999. 3) ,p.119- 136
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19990328-0119

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.

紹介と批評

ハンス・ペーター・マルチュケ　著

『日本不動産物権法における物権移転と善意取得
——日本・フランス・ドイツの契約法及び不動産法に関する比較法的考察——』

Hans Peter MARUTSCHKE, *Übertragung dinglicher Rechte und gutgläubiger Erwerb im japanischen Immobiliarsachenrecht. Eine rechtsvergleichende Studie zum japanischen, französischen und deutschen Vertrags- und Liegenschaftsrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1997, VXI + 288 p.

一

1　本書の著者は、一九五一年生まれ。一九七七－七八年に東京大学大学院外国人研究生として来日し、一九八三年神戸大学法学部外国人教師、一九八五年同助教授を経て、一九九二年に日本の土地所有権法及び小作立法の史的展開に関する学位論文をハーゲン通信教育大学（Fern Universität Hagen）に提出、同論文は、翌年、バウムゲルテル（Gottfried BAUMGÄRTEL）教授らの編集する「日本法叢書（Japanishes Recht）」の第二七巻として刊行された（Hans Peter MARUTSCHKE, *Die Entwicklung des Grundeigentumsrechts im modernen Japan und die Landpachtgesetzgebung der zwanziger Jahre*, Japanisches Recht Bd. 27, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1993.）。著者はまた、村上淳一＝ハンス・ペーター・マルチュケ著『ドイツ法入門（改訂第三版）』（有斐閣・外国法入門双書、一九九七年）の共著者の一人としても知られるが、同書「改訂第三版はしがき」には、「マルチュケは、一九九六年に日本の物権変動論についての教授資格論文を完成し、現在ハーゲン大学の専任講師（Privatdozent）として勤務」とあったことから、評者は、右教授資格論文の刊行を心待ちにしていた。

この教授資格論文に更に手を加えたうえ刊行されたのが本書であり、そこでは、著者の日本法に関する深い造詣を基礎として、我が民法学における最大級の論点であるところの一七六条論・一七七条論及び九四条二項類推適用論に関する判例の展開と学説の対立状況が詳細に検討されてい

る。以下、その章立てに即して、本書の内容の紹介を行うことにしたい。

二

2　「第一章　導入説明（§ 1 Einleitende Bemerkungen）」における本書の内容に関する序論的説明の後、著者は、第二章・第三章において、日本の所有権移転原則と登記制度に関する総論的考察を開始する。

3　このうち、「第二章　所有権移転の基本型――合意主義と引渡主義（§ 2 Grundmodelle der Eigentumsübertragung—Konsens- und Traditionsprinzip）」においては、まず日本民法一七六条がフランス民法七一一条・一一三八条の「純粋合意主義（reines Konsensprinzip）」（S. 14）〔我が国の用語法にいわゆる「意思主義」〕の立場を継受したものであることが示された後（Ⅰ）、同じ合意主義の系統に属するフランス法及びイギリス法の立場（Ⅱ）、及び、これに対立するドイツ法の引渡主義・無因性原則の立場（Ⅲ）につき沿革的説明が行われる。これに続けて、著者は、何ゆえ日本では無方式の合意による所有権移転が妥当しているのかを探るため、日本法における所有権移転に必要な「意思表示」の内容（Ⅳ）、及び、契約自由の原則と信義則等によるその制限につき、立ち入った検討を加えた結果（Ⅴ）、それは、日本法においては信義則等の一般条項により契約の拘束力が確保され、私的自治が強固な形で確立しているためであると結論づける（Ⅵ）。かかる著者の問題意識自体、われわれ日本人法学者が従来全く想定していなかったものであり、また、これに対する結論認識も、日本法における契約の拘束力は――まさに意思主義のゆえに――脆弱であると考えるわれわれの間には、全く存在しなかったものである。

4　続く「第三章　不動産登記による不動産権の制度的保護（§ 3 Grundbuchwesen als institutionelle Sicherung des Liegenschaftsrechts）」において、筆者は、登記に結合された実体法及び手続法的な効力は何かという観点から（Ⅰ）、ドイツ法（Ⅱ）・フランス法（Ⅲ）の登記の効力内容に関する歴史的考察に続けて、日本法につき、江戸期以降現在に至るまでの公示制度の発展過程を詳述した後（Ⅲ）、日本の不動産登記の特質を要約しているが（S. 86 ff.「4」。これは「Ⅳ」の誤植であろう）、著者の関心は、まず、日本法における登記の対象に向けられる（S. 86）。すなわち、ドイツ法の不動産登記においては、無因性原則の故に、処分（Verfügung）の事実のみが登記さ

れるのに対して、フランス法においては、「義務と処分の不可分な結合（untrennbare Verbindung zwischen Verpflichtung und Verfügung）」の故に、処分のみならずその原因（causa）たる契約（Vertrag）が登記される。ところが、日本法は、基本的にはフランス法原則に従っているにもかかわらず、登記の対象は、契約ではなくして処分である。かかる特殊性を、著者は、日本においては「物権的合意（dingliche Einigung（*bukkentekí kôi*［*goî*?］））」が、契約の不可分一体的な構成部分（unselbständiger Bestandteil des Vertrages）ではなく、むしろ副概念（Nebenbegriff）として存在しているためではないか、と推測している。これは、わが国の通説的理解と異なり、日本においては物権行為の独自性が存在していると認識するものであるが、その根拠として、著者は、登記原因証書に代えて登記申請書副本による申請を認める不動産登記法四〇条の規定と、これを利用した日本独特の取引慣行を指摘する（S.86）。

5　更に、著者は、対抗要件主義（Prinzip der Geltungswirkung（Entgegensetzbarkeit; *opposabilité*））に関しても、フランスではこれが「契約の対抗（Entgegensetzbarkeit des Vertrags）」と理解されているのに対して、日本では「処分の対抗（Entgegensetzbarkeit der Verfügung）」と理解されている点に、顕著な違いを見出す（S.87）。筆者は、その理由を、日本の登記手続が、（無因性原則を前提に物権的合意のみの審査を行う）ドイツ法に従っている点に求める。すなわち、日本の登記官は、当事者間に存在する原因関係の審査を行っていない、というのである。

三

6　以上の第二章・第三章における総論的・比較法的考察を受けて、続く第四章・第五章では各論的考察として、特に日本法における所有権移転原則と登記の効力に関する、非常に詳細な立法沿革及び学説史的検討が行われている。

7　まず、「第四章　日本法における所有権移転（§4 Der Eigentumsübergang im japanischen Recht）」では、明治初年の所有権移転法制（地券等）の解説の後（Ⅰ）・ボワソナードによって日本に意思主義がもたらされた旨の説明（Ⅱ）に続いて、現行民法の立場が解説される（Ⅲ）。なお、ここでの著者の問題意識の起点は、一七六条と五五五条の関係に置かれる。著者によれば、両条の意思表示の関係が不明瞭なのは、現行民法の立法者が、ドイツ法のパ

ンデクテンシステムを継受したにもかかわらず、個々の条文内容に関して債権と物権の厳格な峻別を行わなかったためであり、これは現行民法がフランス法系のインスティテューティオーネンシステムを採用するボワソナード旧民法の影響を受けたためである。更に、著者は、フランス法における「登記ないし占有取得によって万人に対する無制限の効力を有する完全な権利へと強化されるところの『相対的所有権（relatives Recht）』は、とりわけ絶対権と相対権の境界を不明瞭にする」とし（S. 95）、また、フランスでかつて有力に主張された「対人権説（personalistische Theorie）」（物権もまた万人に対して不可侵義務・尊重義務（消極的一般義務（*obligation passiwement universelle*））を課す点において債権的性格を有するとする説）も、物権・債権の区別を曖昧にすると述べる（S. 95-96）。

8　右立法過程に関する考察に続いて、著者は、この点をめぐる学説の変遷を詳細に論ずる（Ⅳ）。その言及は、①梅謙次郎『民法要義』の立場、②物権行為独自性肯定説（初期学説と末川博説）、③独自性否定説（ここでは末弘厳太郎説と川島武宜説が並列的に論じられる）、④なしくずし的移転説（Lehre vom stufenweisen Übergang）（鈴木禄彌）のほか、⑤現実契約としての売買契約（Kaufvertrag als Realvertrag）理論（来栖三郎）と、⑥これに関する実務の立場に及ぶ。右学説の立場に引き続き、著者は、判例の立場を類型ごとに極めて詳細に論ずる（Ⅴ）。

9　以上の考察を経て、著者は、所有権移転理論に関する日本法の発展を、次のように要約する（Ⅵ）。引渡主義に立たないという日本法の立場は、フランス法が理念的に維持しているところのもの以上の意味をもたない。現行民法制定後の学説は、旧民法のフランス民法典の契約理論の影響を強く受けており、その後の独自理論の発展も、フランス法理論を拒絶することなしに展開している（S. 131）。もっとも、右の記述は、『注釈民法⑹』（有斐閣、一九六七年）一二五頁〔山本進一〕に全面的に依拠したものである。しかしながら、著者はこれに続けて次のようにいう。その中にあって新しい、深化した視点は、来栖の現実契約としての売買契約理論である、と。我が国の物権法教科書においては、一七六条の個所で、来栖理論が、末川説・末弘説・川島説・鈴木説と並列して挙げられることはなく（上記『注釈民法』も来栖説には言及していない）、従って、この点は、我々にとってとりわけ新鮮に見える。

10　ところで、上記『注釈民法⑹』一二五頁〔山本〕は、

上記記述に続けて「以上の学説・判例の流れのなかから、われわれは、つぎの諸点を注意すべきである」として、(a)から(g)までの七点を挙げているが、上記9部分に続く著者の記述もまた、ほぼ右文献に依拠している。

まず、著者は、『注釈民法』の記述「(a)」に依拠して、我が国の学説は依然として意思主義か引渡主義か（‚Willens-‘ oder ‚Traditionsprinzip‘）（『注釈民法』の記述によれば「意思主義」か「形式主義」か）という一般的・概念的な問題設定（『注釈民法』の記述によれば「単純な二分主義的思考作用」）を行っているとし、しかし、物権変動の法的構成は、決してその二つの主義に尽きるわけではなく、(a)単なる債権契約による物権変動（フランス法）、(b)独自の物権契約＋引渡・登記（ドイツ法）、(c)債権契約＋引渡・登記（プロイセンＡＬＲ・オーストリア民法）、(d)債権契約と並んで行われる物権契約のみ（nur dinglicher Vertrag—neben schuldrechtlichen Vertrag）（『注釈民法』の記述によれば「物権契約のみをもって足りる物権的合意主義」）（日本法）があると述べる（S. 132）。一方、著者は、フランス法的解決の支持者に対する批判として、五三三条（同時履行の抗弁権）・五四五条（解除権行使の効果）・五五〇条（書面によらない贈与）・五五五条（売買の定義規定）の存在を挙げる。すなわち、所有権が契約締結と同時に移転するならば、売主による履行の拒絶（五三三条）はおよそ実際的な意味をもたないし、書面によらない贈与の取消（五五〇条一項）も、不特定物贈与についてしか意味をもたない、ということになる。更に、売買代金請求権が時効消滅した後で、買主は物権的請求権に基づき引渡を受けることができることになる（S. 132）。

同様に、『注釈民法』〔山本〕の記述（一二五頁）「(b)」に依拠して、著者は、引渡あるいは登記を物権変動の成立要件としないとき、物権行為の独自性ないし独立性（Selbständigkeit bzw. Unabhängigkeit des dinglichen Geschäfts）に関する検討は一切不要のものとなる、との末弘厳太郎の見解を批判し、形式的行為が要求されていないからといって、これに相当する行為の存在を解釈することが不要となるわけではない、と主張する（S. 132-133）。続く債権行為と物権行為は両立し得る観念であるとの記述（S. 133）、その次の段落における「近時の見解（neue Meinung）」に関する記述（ibid.）、続く「物権変動の時期を契約成立の時期と区別することを認めることは直ちに物権行為の独自性を認めることにはならない」の段落（ibid.）及び「物権行為の独自性の承認の問題は、代金支払その他

を独立した意思表示の現われとみるか、それとも当初の契約に既に含まれている物権的意思表示の単なる実現とみるかにかかっている」の段落（S. 134）、次のなしくずし的移転説に関する検討（S. 134-135）も、『注釈民法』〔山本〕「(c)」「(d)」「(f)」「(g)」に各々依拠したものである。

同様に『注釈民法』の記述「(h)」に従い、著者は、ここには、意思主義・形式主義の対立から独自性の問題を捉える場合、法律行為の内容面すなわち物権行為・債権行為という概念的区別からこれを捉える場合、法律行為による所有権移転の効果・物権変動の効果を中心に捉える場合、という三つの発想の起点が存在すると述べ（S. 134-135）、このような視点から、「上述の所有権移転に関する四つのモデル〔＝「(a)」～「(d)」〕が導かれ、そこにおいて日本法は独自の立場〔＝「(d)」〕をとっており、そして、日常生活上の行為につき徹底してドグマティッシュな理論構成を行う上記学説の多様性から、所有権移転に際しての意思表示が実際にはある種の二重効（eine Doppelwirkung）をもたらし、原因的な（売買という）基礎と並んで一定の法的行為を要求し、公示効果を持たせるという点が、最も納得させられるのである」と述べて（S. 135）、第五章に接続させている。

四

11 「第五章　物権の対抗力と善意保護（§ 4 Die Entgegensetzbarkeit dinglicher Rechte und der Schutz des guten Glaubens）」を、著者は、次の三つの視点から論じている。その一は「A　体系的コンテクスト（A Systematischer Kontext）」、その二は「B　歴史的コンテクスト（B Historischer Kontext）」、その三は「C　実体法的コンテクスト（C Materiellrechtlicher Kontext）」である。

12 「A　体系的コンテクスト」において、著者はまず、日本法において「対抗力」の用語がどのように理解されているかを紹介する（II）。

最初に説明されるのは、日本法における「対抗力（Entgegensetzbarkeit（*taikô ryoku*））」「対抗要件（Voraussetzungen der Entgegensetzbarkeit（*taikô yôken*）」の一般的な定義である（1）。すなわち、「対抗力」とは、既に成立した事実ないし法律関係の存在を第三者に法律上主張しうる力をいい、これを欠く事実は、当事者からは主張できないが、第三者からこれを肯定するも否定するも自由である。また、「対抗要件」とは、既に成立した事実ないし権利関係に対抗力（第三者に対する効力）を付与するため

に必要な要件をいい、これを欠いても当事者間における当該法律関係の成立それ自体は妨げられない点において、「成立要件（Bedingung（*seiritsu yôken*）」と区別される（S. 136-137）。

13　続いて、著者は、右対抗力が、わが民法一七七条・一七八条においては、積極的な形ではなくして「対抗不能力（Nicht-Entgegensetzbarkeit）」という消極的な形で規定されていることに注目する（2）。すなわち、当事者間においては（通説によれば）契約によって直ちに所有権移転効果が生じ、目的物の「使用、収益及ヒ処分」権能（二〇六条）が移行する。しかし、登記・引渡がない場合には、右契約の効果は、当事者以外の者ないしは右法律関係の存在を認識していない者に対して、これを主張することができない。他方、第三者が、登記・引渡のない権利移転を承認することは妨げられない。なお、その例として、著者は、日本法においては、取得者が公示を具備していない段階でも、取得者の債権者が目的物を差し押さえることができる点を挙げ、このような日本法の立場は、フランス法と異なっているとする。すなわち、フランスにおいては、反対に、一五八三条の効果として、売買が第三者に対して有効となるためには、公示の具備が必要であるとされており、その結果、取得者の債権者が目的物を差し押さえのためには、取得者の公示の具備が必要となっている、というのである。更に、著者は、右日本法における「『対抗不能』」の原則（Prinzip des ‚Nicht-Entgegensetzen-Könnens'）」は、公示懈怠の場合のサンクションを予告することによって公示の原則を実現すること以上の機能を有さないとし、右原則は、通常の場合は善意の第三者との関係において成り立っているとして、わが民法五四条・九六条三項・一一二条・四六六条二項の規定を引用している（S. 138）。

14　次に著者は、対抗力の問題が、我が国においては専ら二重売買のケースを念頭に論じられていることを指摘し（3）、右二重譲渡の法的構成に関する諸学説――(a)不完全物権変動説、(b)第三者主張説、(c)法定証拠説、(d)法定制度説（鈴木禄彌の見解を指す）、(e)公信力説――の立場を紹介し、この対立が、全ての法秩序に共通する問題であり、そこでは結局、第三者に対する物権の効力ないしその主張・行使の問題が争われている、と評価する（S. 141）。

15　続いて著者は、ドイツ法（Ⅲ）及びフランス法（Ⅳ）における対抗力概念の検討に移る。

　著者によれば、ドイツ法においては、「対抗力」なる概念は、特別の述語としては存在しない（S. 142）。ドイツ

法では、第三者に対する物権の保護として、所有物返還訴権（rei vindicatio）（ＢＧＢ九八五条）及び否認訴権（actio negatoria）（ＢＧＢ一〇〇四条）という特別の物権法的な保護が認められているが、これは日本法にいう対抗力に対応しない。というのは、この保護は所有権概念と緊密に結合しており、そこでは、既に確定した物権的地位の侵害ないし完全な権利の保護が中心に据えられているからである。これに対して、日本法の対抗力においては、当該法的地位の確定ないし承認が先決問題となっている。つまり、対抗力は、いわば完全な取得の「前」の段階にある（S. 142）。また、著者は、日本法の対抗力が、ＢＧＢ九八五条の規律する所有者―占有者関係（Eigentümer-Besitzer-Verhältnis）ではなくして、単に第三者に関する関係での所有者の地位を規律するに過ぎないことを指摘する。すなわち、所有者はその地位を、原則として登記・引渡を受けた場合にのみ主張できるに過ぎない。これに対して、ＢＧＢ九八六条は、占有のみならず占有すべき権利を対象とし、また所有者の右権利がどの程度占有権の後ろに隠れるかの問題を対象としており、その利益状況は、日本法の対抗力とは異なっている（S. 143）。更に、一〇〇四条の否認訴権においては、侵害された所有権の回復に向けられた部分が規定の中心を占めるのに対して、対抗力は何らの請求権も基礎とせず、ただ単に権利の不存在の主張のみであることから、一〇〇四条もまた、対抗力に対応する規定と理解することもできない（S. 143）。

続いて著者は、ドイツ法の登記・占有の推定力（ＢＧＢ八九一条・一〇〇六条）・公信力（ＢＧＢ八九二条・九三二条）について触れ、これと日本民法一九二条とを対比的に考察している。

16　一方、フランス法に関して、著者は、中間法から現行一九五五年法に至るまでの公示制度の歴史を概観した後、デュクロ（DUCROS (José), *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, Bibliothèque de droit privé, tome 179, L.G.D.J, Paris, 1984）に依拠して、フランス法における対抗要件主義による「公示強制（Publizitäts-zwang）」はまた「制度による認識の創設（,organisierte Kenntnisverschaffung'（*connaissance organisée)*）」でもあるとし、その目的は、ドイツ法のような公信力の承認ではなく、不動産取引等に関与した利害関係人の情報源に関する単なる保障に過ぎないとする（S. 150）。

17　以上の比較法的検討の後、著者は、再び日本法の問題状況に立ち戻る（Ⅴ）。日本法における争いは、一七六条

により、AB間の第一譲渡の結果、譲渡人Aは無権利者となっているにもかかわらず、何ゆえ第二譲渡が有効になり、第二譲受人Cが権利を取得することができるのか、Aの第二譲渡をなし得る権限は何をもって基礎づけられるのか、何ゆえBは適法に取得した所有権をCに対抗できなくなり、CがBに優先することになるのか、という点である（1）。続いて筆者は、一七七条の登記なくして対抗できない「不動産ニ関スル物権ノ得喪及ヒ変更〔＝物権変動〕」要件に関して、大審院一九〇八（明治四一）年一二月一五日相続登記要求連合部判決の事案・判旨を示しつつ、無制限説がとられていることを説明する（2）。

18　一方、筆者は、川井健『不動産物権変動の公示と公信』（日本評論社、一九九〇年）二―三頁の記述に従い、日本民法の体系における対抗可能性の機能に関しては、相反する二つの見解が存在すると述べる（Ⅵ）。その一は、登記は権利の存在ないし優先を決定する基準であるとする見解で、上記引用の学説は全てこの機能を承認する。その二は、公示方法としての機能の他に、登記は当該権利が登記名義人に存在すると推認させる機能をもつとする見解である（なお、ここにいう証明機能は、いわゆる登記の推定力とは異なる概念であるとされる）（S. 156）。

19　更に著者は、物権法以外の領域における対抗要件主義の規定を概観し（Ⅶ）、不動産賃貸借の領域における特別法による対抗要件主義の変更について触れ（Ⅷ）、慣習上の対抗要件であるところの明認方法に言及している（Ⅸ）

20　「B　歴史的コンテクスト――旧民法における対抗力」では、ボワソナード旧民法財産取得編四五条及び財産編三五〇条（ボワソナード草案三七〇条）の立場が、ボワソナード草案注釈及び民法理由書に従って説明される。

21　以上の考察を踏まえたうえで、筆者は、「C　実体法的コンテクスト」において、まず、二重譲渡の法的構成に関する上記学説（14）を個別的に検討している（Ⅰ）。著者の学説の分類は、「1　債権的効果説」「2　相対的無効説」「3　不完全物権変動説」「4　第三者主張説」「5　手続法を指向する見解（著者は「(a)登記法定証拠説」と並んで「(b)公信力説」をこの中に入れる）」というものであるが、ここでは、とりわけ「1　債権的効果説」及び「3　不完全物権変動説」の部分において「付説（Exkurs）」として検討されている、ドイツ法の期待権（Anwartschaftsrecht）との対比が大変興味深い。更に、「5　(b)公信力説」を受けて展開される、「6　付説：『公信』と公示の概念について」「7　公示と公信の問題に関する学説の検討」

における、我が国における「公示の原則」と「公信の原則」の用語法の特殊性を論じた部分も、非常に示唆に富む。22 以上の公信問題に続けて、著者は、一七七条の「第三者」の範囲に関する検討を加える（Ⅲ）。この論点は、第三者の（客観的な）法的地位（(objektive) Rechtsstellung）の問題と（主観的な）補正（(subjektive) Berechtigung）の問題に分かれるが、著者はまず、前提的考察として、ドイツ法の公信力、及び、フランス法におけるフロード（fraude）説からフォート（faute）説への判例変更につき、比較法的検討を行った後、わが一七七条が「第三者」の範囲につき文言上制約を加えていない特殊性に由来する無制限説と制限説の対立を紹介し、更に、「第三者」概念に関する起草者の立場及び不動産登記法の規定を検討する（1）。次いで、筆者は、大審院一九〇八（明治四一）年一二月一五日第三者制限連合部判決以降の判例・学説の流れを概観し（2）、第三者制限説の下において、取消と登記・解除と登記・遺産分割と登記等の論点につき、判例・学説が第三者の無権利構成と対抗構成に分かれていることを指摘した後（3）、判例・学説における「第三者」の範囲につき個別具体的な考察に入る。著者は、第三者の範囲が「正当な利益（„berechtigtes Interesse“（*seitôna riekti*））」を有する第三者に限定されていることを指摘した後、第三者の客観的範囲につき、物権の取得者、賃借人、債権者、実質的無権利者、転輾譲渡の前主と後主、不法行為者・不法占拠者を逐次検討してゆく。なお、実質的無権利者の項において、著者は、鎌田薫「対抗問題と第三者」星野英一編集代表『民法講座2物権(1)』（有斐閣、一九八四年）一一九頁の記述に従い「対抗の法理」と「無権利の法理」（「公示の原則」と「公信の原則」）を振り分ける判例・通説の論理は最近流動的になってきているとした後、次のように述べる。「私見によれば、これは専ら次の点に関する基本的態度決定にかかっている。すなわち、日本における登記が、一定の人的範囲での妥当という限りでのみ、公信力を認めるものであるという点から出発するならば、どの程度公信力が妥当するかという決定は、誰を保護すべき人的範囲に含めるかという価値判断にかかっている。この判断は、他方において、第三者が保護されるべき人的範囲に入らない限りにおいて対抗力が適用されるという意味で、物権の取得者・所持者の保護に合致する」（S. 209）。

更に、著者は、第三者の主観的範囲に関する起草者の立場及び判例・学説の変遷を詳細に論じ、今日の判例・通説における「背信的悪意（Arglist bzw. Treuwidrichkeit

(*haishintekî akui*)」の内容と「自由競争（freier Wettbewerb）」の限界に言及する。

23　そして、ここまでの考察を踏まえたうえで、著者は次のようにいう（S. 223）。日本法における対抗力と第三者の問題領域は公信力の問題と接している。判例・通説はここで第三者の基準を定立しようとしてきた。第三者の主観的要件に関する発展は、善意悪意不問から背信的悪意者排除説を経て、今日の通説は単純悪意者排除説になっている。また、この問題の処理においては、結局、権利者の登記の欠缺に対する帰責性と第三者の信頼の利益衡量が問題となっている、と。

24　以上の一七七条に関する検討の後、著者は、九四条二項類推適用法理の考察に移る。著者はまず、この法理の意義、要件（通謀及び虚偽の外観作出）、並びに、いわゆる意思外形非対応型の事例（本人の意思に基づく以上の外形が作出されたケース）につき、判例が九四条二項と一一〇条の重畳適用を行っていることを説明した後（Ⅴ）、その要件を改めて詳述する（Ⅵ）。ここで、著者は、九四条二項の単独適用ケースにおいては第三者の信頼の内容を善意で足りるとしておきながら、一一〇条との類推適用ケースで善意無過失まで要求するのは説得力に欠けると批判し、全ての場合において一律に無過失まで要求すべきであるとしている（S. 233）。

25　更に著者は、右法理との関連で、反対証書（*contre-lettre*）に関するフランス民法一三二一条の仮装行為（*simulation*）への類推、九三条類推適用法理、一〇九条の類推適用、信託法理、信義則ないし禁反言の法理、公信の原則に言及したうえで、次のように述べる。これら種々の理論から知られるように、背信的悪意者排除論にせよ九四条二項類推適用法理にせよ、一七七条の第三者には何が要求されるかという問題から発展したものであり、その背後には、一条三項の権利濫用法理の適用が認められる。一方、判例・通説は、権利者と登記名義人の間に何らかの行為が存在するか否かを問題とし、それがない場合には九四条二項類推は否定されるとしているが、むしろこれは、一七七条の内部における利益衡量として考えるべきである（S. 238-239）。

26　本章の最後において、著者は、二重売買の場合の当事者の内部関係について触れている（Ⅶ）。通説・判例によれば、AからBへの第一譲渡の後、AがこれをCに二重譲渡し、Cが登記を備えた場合、Bは履行不能及び不法行為に基づく損害賠償請求権を有するとされる。問題は、ここ

でCが単純悪意だった場合に、BはCに対して損害賠償請求をなし得るか、という点である（1）。BC間は債権関係で結ばれていないため、Bには不法行為法による救済しかない。七〇九条の要件は権利侵害から違法性へ置き換えられ、右要件の判断は相関関係説によっているが、ここでも自由競争論と、Bの登記懈怠の帰責性が問題とされている（2）。続けて著者は、B救済のための法律構成として、不法行為による責任追及のほかに、信義則並びに債権者取消権による救済を検討し（3）、更に、ドイツ民法二八一条の代償請求権を日本法において認める余地を模索する（4）。我が国の従来の研究において、右テーマを物権変動論の中で詳細に扱ったものが少ないだけに、本書の記述は非常に参考になる。なお、著者は、「自由競争の保証＝単純悪意者の保護」という公式が立法政策的な判断として理解される以上、私見によれば、売主の第一買主に対する義務違反を認識して第二契約を締結した第三者は、自由競争の範囲外にあるといわざるを得ない、としている（S. 254）。

五

27　更に、「第六章　結論的考察（§ 6 Schlußbetrachtung）」における著者の記述（①～⑯）も示唆に富む。その全体を要約すれば、以下の如くである。

28　①　著者はまず、西洋法において、善意取得が、通常動産の領域で問題となっているのに対して、日本法においては不動産に関して議論されている点に注目する。著者によれば、それは、第一に、日本法が動産に関しては一九二条があるのに対して、不動産に規定が存在しないためであり、第二に、物権変動に関する方式自由（Formfreiheit）の原則（一七六条）故に、二重売買の可能性が不可避的に発生してしまうためである。

29　②　ここでは、ドイツ法及びフランス法との比較が有益である、というのは、この二つの法体系は、現行日本民法典の形成に際して決定的役割を演じてきたからである。

30　③　所有権移転に関する立法例は、フランス法・日本法の採用する合意主義（Konsensprinzip）と、ドイツ法の採用する引渡主義（Traditionsprinzip）に分かれる。

31　④　所有権移転に関して、日本では、物権的合意の概念が完全に固有の概念として存在しており、ドイツの無因性のような機能に関する議論ではなくして、理論的な議論として用いられている。そして、右物権的合意は契約の独立した構成要素というよりも、いわば「類概念」として理

解されている。

32　⑤　日本法の意思主義はフランス法に由来するが、しかし、フランスは、戦中・戦後の経済立法等により、この意思主義を捨ててしまった。しかし、このような制限は、日本法においては存在しない。従って、意思主義が日本法において純粋な形で妥当するのか否か、物権移転に際しての意思表示の意義をどのように捉えるか、一七六条において強調される意思ないし契約自由の原則にどの程度の重きを置くかといった点は、固有の観点から明らかにされなければならない。

33　⑥　意思表示のみによる物権変動においては、この意思表示によって生ずる契約上の拘束力がどの程度なのかを明らかにしなければならない。この点に関する判例の分析からは、判例が、法律上は契約自由が認められているにもかかわらず、高次の規範の援用によってこれを制限しようとしていることが明らかになる。すなわち、信義誠実の原則その他の広汎な規定により、当事者はいったん締結した契約に拘束され、そこでは、ドイツ法における契約締結上の過失（*culpa in cotrahendo*）のように、この原則が契約成立の領域を拡張する。しかし、その際、裁判所は、契約行為者が既に次の段階に到達し、契約関係が一定の「熱度（Wärmegrad）（*netsudo*）」（S. 257. *Vgl.* S. 54）〔これは「熟度（Reifegrad）」の誤りであろう〕を有している場合には、契約の拘束力への介入を望む。すなわち、契約的な保護を認めるかどうかは、裁判所の裁量に委ねられるのである。

34　⑦　契約の拘束を判断するための一般条項の援用は、カノン法に由来するキリスト教の道徳規範「契約は守られるべし（*pacta sunt servanda*）」の一般原則が、日本においては確立された原則として認められていない、ということを意味する。日本法における、契約の拘束力が発生しているか否かという問題はむしろ、個別的事例の判断にかかっている。

35　⑧　更に、この点に関する学説の立場をみてみると、一九二〇年代以降の我妻栄の時代、日本の法律行為は客観主義に支配されていたが、一九六〇年代以降フルーメ（FLUME）の私的自治論が有力化している（この主張は、日本においては「意思主義の復権」と呼ばれる）。その一方で、法律行為論は、それまでのドイツ法学派に代わって、星野英一に代表されるフランス法学派によって論じられるところとなった。

36　⑨　以上のような日本法における広汎な意思自由ない

し契約自由が、日本の不動産法における諸制度（物権の内容、公信力がないこと等）の基礎となっている。しかしながら、これらの制度が所期の目的にとって不十分であった場合には、これを関連する実体法の解釈によって補おうとしても、そこにどうしても空白ができてしまう。

37 ⑩ ここでもフランス法の立場が手本になる、というのは、フランス民法はその意思自由の強調の故に、同様の取引安全との衝突問題を起こしたからである。日本法はこの点につき一七七条を用意しているが、日本の登記は、フランス法と同様、設権的効力をもたず、宣言的効力しか有さないうえ、公信力もない。だが、このようなパラレルな関係にもかかわらず、日本法は、フランス型の登記制度を採用しなかった。更に、日本においては、フランスのような公証人慣行もないうえに、登記官による審査もなされない。現行民法の起草者たちは、フランス法と同様の公証人制度を前提とした、取引に適合的な制度を創設することを望んだようであるが、それは実現しなかった。

フランスにおいては、右公証人制度と証書公示型登記制度によって、公信力がないことからくる不完全性を補っており、それはかなり有効なものとなっている。だが、このようなフランス型の処理まで日本は至っておらず、他の方法、つまり法律の解釈という方法での処理が行われている。

38 ⑪ 一方、ドイツ法は契約当事者に不動産物権変動に際して強力な形式規定に服させている。このことはなるほど私的自治（契約自由）の制限を意味するけれども、登記の公信力や売買契約の公証人による証書化は、ドイツ法において二重売買（善意取得）の発生を実際になくするものであり、現にこの点に関する紛争は稀である。

日本法における一七七条は、公信力理論をある種の別の形で取り上げたものである。

同条並びに一七六条において非常に一般的な形で含まれる規範は、次の二つの問題領域を分けて考えなければならない。その一は、「第三者」の人的範囲の問題であり、第二は、登記により――トレンズシステムにおけるような――物権の絶対的確定が生じ、真の権利者は登記の不真正を主張できなくなるか否か、という問題である。

39 ⑫ 第一の問題に対して、日本法は、一七七条の適用範囲につき背信的悪意者を排除する、という形で答えている。従って、単純悪意者は権利取得を主張することができるが、これはＢＧＢ八九二条の「積極的認識（positive Kenntnis）」よりも範囲が広い。

他方、第二の問題に対して、日本の判例は、九四条二項

類推適用法理を形成した。ここでは、原権利者の帰責性が問題となっている。この公信効果は、なるほどトレンズシステムやドイツ法と同様の結果をもたらしたが、その一方で、登記に単純な公示効果しか認めないフランス法の制限をもたらした。だが、かかる独自の解決方法もまた、日本近代法秩序の起草者が、物権変動に形式性を要求することを明らかに意識的に放棄していたこと、また、日本人が伝統的に（また心情的に）形式規定に何らの特別の価値も見出しておらず、それを「異国の法（,fremdes Recht）」として拒絶していたことを理由に、抵抗を受けた。このような「異国の法」に対する親和性のなさ、ないし柔軟性のなさという現象は、既に来栖三郎の手付（及び贈与）に関する考察等からも明らかである。

40　⑬　結局、二人の者が同一物権の取得に関して争っている場合（例えば二重売買における第一取得者と第二取得者）においては、日本の判例・通説は、事案への適合性と妥当性を個人の権利保護に優先させることを否定しているのである。なお、その際の理由づけとして使用されている「自由競争」なる概念は、西洋的な意味において理解されるべきではない。西洋的意味における「自由競争」とは、社会において承認された一定の規則の存在が前提となり、これに従って競争が行われる、というものであるが、これに対して、日本においては、このような統一的な合意を得られた規則が欠けている。

一方、第三者に対する損害賠償請求は、日本法の場合には不法行為の領域に属する（七〇九条）。この場合の違法性の判断基準は、損害の状態に関する顧慮ではなくして、柔軟な価値判断ないし利益衡量に基づき行われる。そして、ここでも、「自由競争」の範囲内である場合には、違法性は認められないとされる。

要するに、日本法は、物権変動の領域においては、法取引の安全のために、個別事例ごとに主観的・具体的な衡量を行うという、固有の装置を発展させたのである。

41　⑭　ここまでの考察から、日本法が、物権変動の領域において、二重譲渡の際の第三者保護（善意取得）〔＝一七七条を指す〕ないしその場合の利益調整の問題につき、非常に広汎で拘束力のない法律的枠組みしか用意していないことが知られた。その理由は、硬直した形式的枠組みを拒絶する社会的な伝統から説明できるが、このような事情は、法律の適用・解釈につき広汎な裁量の余地を認め、法発見が容易であるという結果をもたらしている。この観点から、契約の拘束力・不動産の善意取得〔＝一七七条〕・

九四条二項類推に関する判例を検討するとき、残る問題は、どのような方法論によって日本の裁判所が判断を下しているか、という点である。

42 ⑮ 日本法の民事法領域における方法論は、まず、概念法学から次の二つの方法論へと移行した。その一は、牧野英一の自由法論であり、これは「信義誠実」「公序良俗」といった一般条項を援用することで、法律の規定から独立して妥当な判決を下す立場である。いま一つは、アメリカのケースメソッド方式に相応する末弘巌太郎の社会科学的方法論である。これらは何れも、個別的事例における「具体的妥当性」を見出そうとする点において共通する。右学説によって、概念的・抽象的な理論と論証的な教義論は背後に押しやられた。また、戦後になると、川島武宜及び来栖三郎によって、社会学的方法による裁判官の価値判断が重視されるようになり、更に、星野英一は、この価値判断の概念を利益衡量という形で具体化した。

一方、日本の裁判官が判決を下す際の力点の置き方は、内容的な客観性については疑念を生じさせるが、しかし、法律をその文言に従い適用するのではなくして、大衆にとって最良となるかという視点から柔軟に決定する東洋の裁判官像に対応する。

43 ⑯ 従って、いまや問題は、法発見に関するこうした日本の判例・学説を、利益衡量論（Interessenabwägungslehre）として説明することで十分であるか、あるいは、新たな法理論の始まりとしての、それより上位のコンセプトを提示することができるか、という点である。私見は、この点に関して、〔ドイツの〕法解釈学（Juristische Hermeneutik）との対比を提言する。法解釈学が打ち出した解釈理論は、法律の欠陥可能性と閉鎖性から出発し、裁判官の法律への拘束と法想像の使命との間の緊張関係を明らかにした。公平、妥当性、自律性あるいは具体的妥当性の顧慮の原則といった価値判断要素は、法解釈学理論においては、法発見のための前提となっている。

既に利益法学は、法律の不完全性を指摘していた。法解釈学は、更に一歩進んで、法律の文言の更なる明確性を求めた。法解釈学は、規範の具体化のみならず、実質状態の確立（Sachverhalskonstitution）にも従事する。それ故、日本の判例における実質状態確立の強調を、私見は、「特殊日本的な法解釈学（japan-spezifische juristische Hermeneutik）」と呼びたい。

六

44　以上、本書の内容をかなり細部にわたって紹介したが、それは、我が国の物権変動論にとって、この論文のもつインパクトが、非常に強烈なものと思われたからである。そして、この点は、物権変動論の研究者に対しては、以上の紹介のみから、既に十分に伝わったものと信ずるし、更に、著者からも、本書の内容につき、評者の問い合わせに対するコメントを頂戴しているので、ここで改めて本書に対する批評を行うことはしない。但し、次の点だけは、特に強調しておきたい。

45　まず、一七六条に関する古典的論点であるところの、物権行為の独自性の問題に関して、著者は、無因性原則・成立要件主義をとらない日本法の下においても、債権行為とは別個に物権行為をなる観念が認められるとする（4・10・31）。著者の右主張は、『注釈民法』〔山本進一〕に完全に従ったものであるが、評者にとって興味深いのはむしろ、この点に関する数ある学説の中から、著者が山本説を正当なものと評価した――ドイツ人法学者に対して説得力を有し得た学説は山本説であった――という点である。ただ、この点につき、例えばフランス法学者が同様の評価を下すか否かは、分からない。一九九八年に九州大学で行われた民法一〇〇年シンポジウムにおける《*dare*》《*facere*》《*praestare*》概念に関する金山直樹（法政大学）報告・シムレール（SIMLER）（ストラスブール大学）報告は、フランス法・日本法における《*dare*》概念につき否定的な見解をとった。すなわち、意思主義の下においては、「与える債務」を観念する余地はない、というのである。ここでは、フランス法において債権行為・物権行為の独自性を観念する余地はないのか、という問題のほかに、フランス法と異なりドイツ型の不動産登記制度をもつ日本法においても（本書の著者はこの点を重要視する。4・5）これを観念する余地はないのか、という二重の問題が存在している。

46　一方、一七七条に関して、著者は、二重譲渡の法的構成をめぐる学説の詳細な紹介を行った後、結局、公信力説的な理解に立った（22・23・38）。数ある学説の中で、著者にとって最も説得力があったのは公信力説であること――逆にいえば、その他の学説が、その精緻な論理構成にもかかわらず、ドイツ人法学者にとって説得力をもたなかったこと――は、ここでも留意されてよい。ところで、我が国の公信力説は、①要件論における第三者の善意（及び当事者の帰責性）と、②効果論における「無権利者からの取得」効果の承認、の二点をその特徴とするが、著者が重

要視しているのは、このうちの①要件論の側であって、今日の日本法は背信的悪意者排除説から悪意者排除説へと移行している、との理解が、著者の立論の前提となっている。これに対して、②効果論に関する著者の見解は必ずしも明確ではないが、しかし、通説・判例における「公示の原則」と「公信の原則」（＝「対抗の法理」と「無権利の法理」）の振り分け論を、裁判官の実質的価値判断に基づく裁量の問題に過ぎないとしていることからすれば、「一七七条＝権利者からの取得」「公信力＝無権利者からの取得」という通説・判例の基本構造は、論理的には説得力がないと考えられているようである。

47　なお、本書の著者には、本書評の内容につき校閲いただいたのみならず、評者の疑問に対する貴重なコメントをも頂戴した。記して深甚の謝意を表したい。

48　最後に、本書末尾に掲げられた「文献一覧」は、従来の日本人法学者の物権変動論の研究書のそれを遙かに凌駕していること――つまり、本書の「文献一覧」は、現存する日本法の物権変動研究書の中で最も詳細であること――を特に付記しておく。

七戸　克彦

原著者によるコメント

＊　以下は、来日した原著者と評者の間で、平成一〇（一九九八）年一一月一一日、慶應義塾大学にて行った討論を抜粋したものである。討論はドイツ語・日本語を交えて行われ、ドイツ語部分の翻訳及び討論の要約は評者が行った。なお、本稿の内容に関しても、原著者の校閲を経ていることを付記する（七戸記）。

七戸　まず、日本民法一七六条に関して質問したい。あなたは、『注釈民法』〔山本進一〕の立場に従い、日本法においても、ドイツ法と同様、物権行為の独自性を観念できる、としているが（**4・10**）、なぜ山本説を妥当と考えたのか。

マルチュケ　ここに存在するのは、翻訳の問題、つまり外国の法制度上の観念をどのように翻訳すれば読者が最も分かりやすいか、という問題である。私には山本進一教授の見解が最も分かりやすかったし、ドイツ人にもこれが最も分かりやすいものと信ずる。山本教授の説明は、ドイツの物権変動論の思考方法に依拠しており、ドイツの法学者に、日本の学説の対立状況を理解させる出発点としては最適で