

所有権譲渡の「意思主義」と「第三者」の善意・悪意(二・完)

松尾弘

はじめに

- 一 意思主義理論の生成と構造
- 二 フランス民法の合意主義(以上二一〇巻一号)
- 三 日本民法の意思主義(以下本号)
むすび

三 日本民法の意思主義

1 旧民法の合意主義 (1) 立法過程における議

論によれば、現行一七六条は、ローマ法以来オーストリア、オランダ、スペインなどで採用された引渡主義に対し、フランス、イギリス、イタリアなどと同様に、物権ないし権利を「意思ノミニ依テ」移転する「合意

主義」を採用したものであるが、それは「既成法典」の主義と根本を異にしない、とされる⁽⁹¹⁾。そこでまず、旧民法の合意主義の構造を確認してみよう。

(a) 旧民法の合意主義に関する規定としては、(i) 財産編・第二部・第一章・第一節「合意」二九六条「合意トハ……権利ヲ創設……移転……変更……消滅セシムル……二人又ハ数人ノ意思ノ合致ヲ謂フ」、(ii) 同節・第三款・第一則「当事者間及ヒ其承継人間ノ合意ノ効力」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権ヲ移転ス……」、(iii) 財産取得編・第三章・第一節・第一款「売買ノ性質及ヒ成立」二五九条「売買ハ当事者ノ承諾ノミヲ以テ完全ニ成立ス」、(iv)

同章・第二節・第一款「所有権ノ移転及ヒ危険」四四
 条「売買契約ハ売渡物ノ所有権ノ移転及ヒ其物ノ危険
 ニ付テハ財産編第三百三十一条、第三百三十二条、第
 三百三十五条及ヒ第四百九条ニ定メタル如キ普通法
 ノ規則ニ従フ」などがひとまず挙げられる⁽⁶²⁾。

(v) こうした旧民法の合意主義の最大の特徴は、フラ
 ンス法を基礎に、起草者ボアソナード独自の理解が加
 わることにより、合意に基づく所有権移転を、①当事
 者間およびその承継人 (ayant-cause) との関係と、②
 第三者 (tiers) との関係に区別して規制する体系を採
 用したことである。すなわち、まず、右(ii)に続く同
 款・第二則「第三者ニ対スル合意ノ効力」三四五条は
 一般的に、「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」と定
 めた。ついで、その「法律ニ定メタル場合」および「条
 件」として、(vi)有体動産および無記名証券の場合は、
 同一物が「二箇ノ合意」によって二人に与えられた場
 合には「現ニ占有スル者ハ証書ノ日付ハ後ナリトモ其

所有者タリ」とされ(三四六条)、これに対し、(vi)記名
 証券の場合は、譲受人は債務者への合式の告知または
 債務者の公正証書もしくは私署証書による承諾がなけ
 れば「譲渡人ノ承継人及ヒ債務者ニ対抗スルコトヲ得
 ス」とされ(三四七条)、また、(vii)不動産の場合は、譲
 受人等が登記しなければ「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」(三五
 〇条)とされた(傍点引用者)。

ここで注意すべきは、例えば、有体動産の二重譲渡
 の場合には、「所有権の移転のためには引渡が必要で
 あるとする古い理論への回帰」ではなく、「所有権は第
 一契約者 (Le premier contractant) に取得される」と
 して、明示的に第一契約優先主義が大前提とされてい
 ることである。すなわち、「譲渡人は同一の権利を再
 度与えることはできず、また譲渡人の承継人にすぎな
 い第二譲受人は、譲渡人以上の権利をもつことはでき
 ず、とりわけ第二合意との関係では第三者たる第一譲
 受人から追奪することはできない」というのが、普通

法 (le droit commun) であるとされるのである。しかしながら、第一契約者に公示の懈怠があるなど、前記条文が定めた一定の場合および条件の下では、右の第一契約優先主義は法律 (la loi) によって逆転され、第一取得者が承継人の資格 (la qualité) 第二取得者が第三者の資格を与えられることになり、第一取得者と譲渡人との契約は第二取得者の利害に影響しないことになる。そして、これは結果的にみれば、元来は第三者であった第一契約者に対して、譲渡人とその承継人たる第二契約者間の合意が効力(所有権移転の効果)を生じることになる(右・財産編三四五条参照)、というのである。⁽⁶⁴⁾ その際、第二契約者、つまりポアソナードの言う元来の「承継人」(通常の用語法では第三者)はいずれも善意者に限定され、かつ不動産の場合には、この者自身が登記していなければならぬとされた点に特色がある(三四六条一項但書、三四七条三項、三五〇条一項但書)。

さらに、(ix)右(vv)に続く同款四五条は、売買による所有権移転と「承継人」(第三者)との関係につき、あら

ためて「①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三百四十八条以下ノ規定ニ從ヒテ登記ヲ為スコトヲ要ス②財産編第三百四十六條及ヒ第三百四十七條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」と規定した。

本条の趣旨は、その基礎となった旧民法草案六八二条(「登記」が「謄記」とされるべきはかは変化なし)に対するポアソナードの注釈によれば、「前条「草案六八一条。前述(vv)と同旨」は、売買の主要な効果としての所有権の移転を、当事者間および彼らの一般承継人たち (leurs ayant-cause généraux) 、「すなわち」相続人 (héritiers) および債権者 (créanciers) との関係においてのみ規定するにすぎない。この条文は、第三者 (tiers) 「原文イタリック」とされるのが習わしであった当事者の特定承継人たち (leurs ayant-cause particuliers) との関係では、少なくとも売買が彼ら「当事者の特定承継人たち」には對抗可能 (opposable) ではない場合においても、彼ら「当事者および一般承継人」

を規制する。／しかし、そもそも売買が一定の諸形式(formalités) または諸要件(conditions) の具備(l'accomplissement) がなければ對抗可能ではない、というのは、売主の特定承継人に関してのみである。取得者に関しては、どのような困難もみられない。「また」取得者の特定承継人たち、すなわち取得者自身からの譲受人たち(cessionnaires) は彼らの権利をもち、売買がそれを害することはありえない。売買が彼ら自身の取得の基礎である以上、法律は彼らを保護するためどのような措置をとる必要もない。／ところが、売主およびその特定承継人たちに関しては同様ではない。すなわち、法律は一定の場合においては、この特定承継人たちが、同一財産に関して売主と行うことになるかも知れない契約に先行しえた売買の存在について知らされていることを望んでいる。／その一定の場合というのは、全部で三つである。すなわち、不動産の売買、有体動産の売買、債権の売買である。⁽⁶⁶⁾「……」(傍点引用者)。

ここでは、ボアソナードは、合意の効果が当然に及

ぶ範囲を当事者間およびその一般承継人に対する関係に限定し、「特定承継人」(通常いわゆる第三者)に対しては、一定の形式または要件を備えてはじめて「對抗可能になる」と述べることにより、先の(v)と(vi)に関する解説を言い換えている。と同時に、ここからは、合意の効果を及ぼすために特別の方式ないし要件を必要とする者(第三者)の範囲が、不動産、有体動産および債権に関する売主の特定承継人に制限され、しかも、右引用条文にもあるように、この特定承継人には善意も要求されることにより、非常に限定が加えられていたことが分かる。

(b)売主の特定承継人に善意を要する理由については、ボアソナードは不動産、有体動産および債権に分けて、つぎのように論じている。

最初に、不動産については、「買主が売買を騰記によって公示しないときは、買主は、売主があたかもまだ所有者であったかのように、その他の人びとを後から売主と交渉するようにさせる」ことになり、「彼らが予測も回避もできなかった追奪に晒される」点を問題に

した。そして、彼らは「何らのフォート (faute) も犯さなかつた」のに対し、「第一買主は法律によって用意された方法に従ってその契約を公示しないというフォートを犯したのであるから」、「新取得者によって追奪されるのは第一買主からである」、とした。⁽⁶⁷⁾ここで確認されるべきは、第二買主に善意が要求された理由の核心は、この者が先行売買について知っていれば、追奪を予測して第二売買を回避しえた、という点にあり、これは先行売買に対する第二買主の《認識》の有無を問題とする公示制度レベルのものであって、悪意の第二買主はたとえ登記を備えても権利取得を認められるのはけしからん、といった第二買主の《行為態様》に対する制裁ではない、ということである。そして、フォートが問題にされているのは、結果的には第一買主についてであり、しかもそれは、この者が最初に買ったにもかかわらず第二買主から追奪され、所有権が売主→第一買主→第二買主と移転することを説明するためである。ちなみに、第二買主が悪意の場合に第一買主が所有権を取得するのは、理論上は、第二買主のフ

ォートによると説明するまでもなく、合意主義の原則から当然のこと(第一買主は、すでに先行売買について知っている者に知らせなくとも、フォートを犯したことはないならないので、右の矢印中、第一買主→第二買主の移転が生じないだけのこと)である。

ところで、旧民法は、第二取得者の善意を推定し、かつ悪意の立証方法を自由に限定するため(財産編三五〇条二項、三四七条四項前段)、実際には悪意者排除とは言えないともみられている。⁽⁶⁸⁾これに対しては、悪意の反証の余地が許容される以上は悪意者排除であり、しかも起草者ポアソナードの実定法理論の基礎にある倫理および自然法規範に鑑みれば、第二譲受人の善意は所有権取得のための「絶対の要件」であるとの評価もある。⁽⁶⁹⁾たしかに、ポアソナードによる旧民法の所有権譲渡法の構造上は、登記(謄記)≡公示は第一契約に関する《認識》を売主の特定承継人に与えることを目的としているので、第二契約者がすでに悪意であれば、さらに第一契約について知らせたり、権利取得を認める必要はない。そのかぎり、ポアソナードによ

る旧民法は、公示の目的に立脚する実体法構造の上では悪意者排除である。しかし、かかる悪意者排除はあくまでも第二取得者の《認識》を問題とするものであり、悪意の第二取得者の《行為態様》を非難するものではない。したがって、この点で、第二取得者の行動倫理とは、少なくとも実定法上は切り離されているのではなからうか。⁽⁷¹⁾

第二に、有体動産に関しては、不動産の場合と異なり、譲渡を公示する謄記も類似の行為(証書)(acte)もないことから、第一契約者が優先するのが原則であるが、二人の取得者の一方に現実的占有(possession réelle)が与えられた場合には、この者が合意当時に「前ノ合意ヲ知ラス」かつ第一取得者のための財産管理責任を負っていなかったことを要件に、法律はこの者を「所有者タリ」とする(財産編三四六条一項但書)。その理由は、第一に、「占有はそれを獲得した者に対して、所有権に関する彼の権利への一段と大きな信頼を与える」という、占有の外観の重視であり、第二に、「この者が時間の先行性でのみ優越する者によ

って追奪されたとすれば、それはあまりにも酷であろう」という、占有そのものもつ意味の評価であり、いずれにせよ現実的占有に大きな意味が認められている。⁽⁷²⁾ 他方、有体動産の占有者の善意に関しては、不動産および債権のような形で、善意推定に対する悪意の反証方法の規定が設けられていないことにも注意する必要がある。

第三に、債権の売買では、債権の取得を債務者に対して最初に知らせたものが優先するが、かかる通知(signification)の目的は、①債務者に二重払いを回避させ、②これから債権を購入しようとする者が債務者に問い合わせる(s'informer)ことを可能にし、③譲渡人の債権者に対し、当該債権に対する差押判決を得てももはや効力がない旨を予告することである。⁽⁷³⁾ そして、これらの者に関する善意の推定と悪意の反証方法(財産編三四七条三項・四項)は、不動産の場合と同様(不動産に関する三五〇条二項が三四七条「四項」を準用)⁽⁷⁴⁾である。

(c) 以上のようにボアソナードは、合意のみによる所

有権移転（合意主義）の例外を、売買に関して、不動産、有体動産および債権の売買に関する・売主からの特定承継人（債権の場合には譲渡人の債権者も入りうる）で・善意者に対し・法定の要件が具備されていない場合における・対抗不能または所有権否定という形で極力限定した。これは、裏面からみれば、合意の相対効原則（前述(a)(v)）を前提としつつも、かかる合意による所有権移転の効果を、当事者およびその一般承継人を超えてできるだけ拡張しようとする試みにほかならない。このことは、ポアンナードがいわゆる所有権の相対的譲渡の概念を意識的に否定し、絶対的所有権概念を念頭に置いていた（後述2①）ことによるものと考えられる。

しかしながら、そのような絶対的所有権概念に立脚した譲渡法体系は、理論上は合意の相対効原則（前述(a)(v)）自体の見直しなしには達成されえない。その際には、とりわけ、所有権そのものを絶対的に移転する合意と、所有権の移転に関して当事者を義務づけらざるにすぎない合意との理論的区別が不可欠であると考

えられるが、ポアンナードの理論および旧民法は、かかる概念的区別を設けなかった。ここには、ポアンナードの所有権譲渡理論における若干の矛盾と限界が見出されるように思われる。

(2) ここで旧民法の合意主義の特色を、フランス法の合意主義の特色（前述二4）と対応させつつ整理すれば、以下のようなだろう。

①旧民法における所有権は、物の使用、収益および処分を「自由に」（財産編三〇条）または「最も広範な方法で」（草案三一条）行いうるものとされ、そして「すべての者に対抗しうる」物権（財産編二条、草案二条）という観点から、所有権の相対的譲渡および帰属を否定した。しかし、その一方で、所有権移転を生じさせる合意の効力は、当事者およびその一般承継人間と、譲渡人の特定承継人等との関係に区別して規定された（前述1(a)(v)）。

②その結果、所有権譲渡の要件は、特定物の場合は、両当事者の合意に加え、譲渡人からの善意の特定承継人等に対しては、法律により、目的物に従って規定さ

れた方式または要件を具備しなければ対抗しえないまたは所有権取得しえないとされた(前述1(a)(ii)、(iii)、(iv)~(ix))。他方、代替物の場合は、合意主義は貫徹されていない(前掲注62参照)。

③このように旧民法が合意の相対効原則から完全には脱却しえなかった理由としては、例えば、特定物売買はつねに「直チニ其所有権ヲ移転ス」(前述1(a)(ii))とされたことから窺われるように、所有権そのものを移転する合意が、所有権移転を当事者に義務づけるにすぎない合意から概念的に分化していなかったため、すべての者に対する関係で所有権移転をもたらす原因は、合意ではなくて法定の形式や要件に求めざるをえない一方で、合意の相対効原則そのものはなお温存されたことによると考えられる⁽²⁶⁾。

④目的物と区別された権利の移転という観念は比較的明瞭にみられるが(前述1(a)(i)、(ii)、(iv)、譲渡人からの善意の特定承継人等との関係では、所有権移転はなお形式の具備と結びつけられ、その効果も対抗可能ということであり、さらに、動産所有権譲渡は現実的

占有の付与と結びつけられている(前述1(a)(ix))。

⑤合意主義とこれを制約する諸規定との実体法上の関係は、不動産や債権では、譲渡人からの善意の特定承継人等に対する第一取得者の対抗不能、すなわち、第一取得者の登記等の懈怠によるフォート理由とする所有権の追奪であり、動産の場合には、現実占有をしない者の所有権取得の否定である(前述1(a)(ix))。

⑥二重売買の解決基準としては、登記等の具備のほか、承継人に善意が要求されているが、その理由は、もし第二取得者が悪意であればすでに公示法の目的が達成されていること、および第二取得者が善意でなければ、たとえ第一取得者に登記等の懈怠があっても、第一取得者のフォートを発動させえず、登記等を備えた第二取得者の権利取得を理論上説明しえないからである。これは、現在のフランス法解釈における悪意者排除論、すなわち、悪意の第二取得者の行為がフォートを構成するゆえに、公示の原則を自己のために援用しえず、第二契約の対抗不能の制裁を受ける(前述二4⑥)という論理とは異なる悪意者排除論である。両

者の相違の基礎には、前者が第二取得者の悪意を先行契約に対する「認識」の有無として捉えるのに対し、後者は悪意の第二契約者の《行為態様》をフォートとして捉え、直接に制裁するという、悪意の捉え方の違いがある(前述1(a)(ix))。

⑦ もっとも旧民法でも、第二取得者の一定の《行為態様》を理由に権利取得が否定される場合もある。すなわち、有体動産または無記名証券の第二取得者が第一取得者のために財産管理責任を負う場合および不動産の第二取得者が第一取得者のために登記義務を負う場合には、たとえこれらの者が善意であっても、第一取得者に対抗しえない(財産編三四六条一項但書、三五一一条)。また、記名証券または不動産の二重契約における第二取得者が「譲渡人ト通謀シタル詐害アリシトキ」も権利取得が否定される(財産編三四七条四項後段、三五〇条二項)⁽⁷⁷⁾。

2 現行民法典の意思主義　すでに1の冒頭でみたように、現行民法の意思主義は旧民法の合意主義を承継したとされるが、両者は完全に同一構造のもので

あろうか。この点につき、立法過程での議論を題材にして、現行民法の意思主義の構造を旧民法の合意主義(前述1(2))と比較してみよう。

① 現行民法における所有権は、旧民法と同様に「自由ニ其所有物ノ使用、収益及ヒ処分」をしようものとされるのみならず(二〇六条)、「其権利ノ性質上誰ニ対シテモ効力ガアル」物権として観念された(傍点引用者)⁽⁷⁸⁾。したがって、かかる所有権の譲渡は、旧民法のように当事者および一般承継人間で効力をもつ合意が、譲渡人からの特定承継人等にも対抗しうる(または効力をもつ)ものとしてではなく、端的に所有権そのものをただちに移転するものと理解された。それゆえ、現行一七六条と一七七条・一七八条の関係は、旧民法財産編三三一条と三四六条以下との関係のように、当事者ならびに一般承継人間と譲渡人からの特定承継人等との関係としては捉えられていない。もっとも、こうして一七六条が、第三者に対しても効力をもつ所有権を意思表示のみによって移転しうるとの意味をもつに至った結果、フランス法や旧民法と比べ、現行民法

は「所有権の二重譲渡」という表現に一層ふさわしい状況を生じさせることにもなったと考えられる。

②所有権譲渡の要件としては、「意思」のほかに、「意思ヲ表明スル方法ガナケラネバ往カヌ」とされ、また「他ノ形式ヲ主トシテ居ルノモ意思表明ノ一ツノ方法タルニ過ギナイ」として、意思とその表示という要件が提示された。⁷⁹⁾

③売買法の審議では、所有権を移転する意思表示と、所有権を移転する義務を生じさせる意思表示とが概念上区別され、「売買ト云フ者ハ免ニ角債権ヲ生ズルモノ」であり、たとえ特定物に関する物権の移転を目的とする場合であっても、「先ヅ其権利ヲ移転スル義務ヲ生ジ」とし、その意味で旧民法財産取得編二四条(前掲注76参照)には、「不完全ナル点」があるとして、意識的に修正された。この点は、旧民法と現行民法との構造上の大きな相違である。もっとも、この両者の意思表示はそれぞれ独自にされる必要はなく、特定物売買では、先に生じた権利を移転する義務が「直チニ履行セラルルソレハ……物権ノ総則第百七十七条〔現

行一七六条〕ノ規定ニ依テ直チニ移転スル」とされ、しかもこの両者は「必ず時ガ其間ニ幾ラ隔タルト云フ意味ヲ以テ言フノデハナイ免ニ角其義務ガ生ジテ其義務ガ生ズル瞬間ニ履行セラルル斯ウ見ル方ガ正シイ」として、両意思表示の併存可能性が肯定されている点も注目される。⁸⁰⁾

④そもそも、現行民法上意思主義が採用されたのは、その方が「實際上カラ……能ク人民ノ志望ニ適ウ」との「実際便利上」の理由のほか、「権利ヲ移転スルノニ引渡ト云フコトハ要セヌ」ことが「理論ニ於テモ正シイ」という「理論上」の理由によるとされた点も重要である。⁸¹⁾

⑤しかしながら、以上の意思主義の原則は、これを「絶対的ニ要イルト……取引上非常ナ弊害ヲ生ズル」ことから、その「但書」または「多少ノ例外」として設けられたのが、現行一七七条である。もっとも、本条の「登記」は、ドイツ法や旧登記法(明治一九年)六条のような「物権移転ノ原因」や「方法」ではなく、「不動産ノ登記ハ公益ニ基ク公示法デアルガ為メニ権

利ハ移転スルコトガ出来ルガ之ヲ對抗スルコトハ出来ヌト云フ即チ公示法ノ主義ヲ第三者ノ為メニ重モニ採ツタ」とされる⁸²。それゆえ、このかぎりでは、旧民法と同様に公示法原則の導入が示されている。

しかしながら、登記の意義は公示法に完全に包摂されるものではなく、不動産物権は「登記ヲシナケレバ絶対的ニ「は」効力ハ生ゼヌ」とか、登記は「有効ニ成立シタル権利移動ノ効力ヲ全カラシムルモノ」とされるなど、一七七条の登記が公示方法を超える意味をもつとの認識も併存していた⁸³。そして、この点に関連して重要なことは、一七七条では、所有権取得を對抗するために登記を要する第三者の範囲がなんら限定されておらず、しかもこの点は起草者によってかなり意識的に行われたとみられることである。例えば、梅博士は、「元来我民法ノ登記ニ関スル主義ハ大体ニ於テ仏国ノ主義ヲ採ツタモノデアルケレドモ『第三者』ニ付テハ仏国ノ如ク制限ヲ設ケナイカラ、法文以外ニ於テ之ガ制限ヲ設ケヤウトスルノハ解釈者ノ謬デアルト思フ」とする⁸⁴。また、第三者は自ら登記を具備した者

であることを要求されていない。そのかぎりでは、現行民法の登記は、フランス法や旧民法の公示や登記と比べると、所有権移転等の成立ないし効力要件により近い意味をもたされると解される。

また、動産に関する現行一七八条でも、引渡は「権利移転ノ方法」や「原因」ではなく、公示方法とされる一方で、本条は無権利者からの取得を認める「即時時効」の制度とは異なる点が強調されている⁸⁵。すなわち、譲渡人は第一譲渡の意思表示によってただちに無権利者となるのではなく、それゆえ引渡はたんに公示方法にはとどまらない実体法上の意味をもつことが示唆されている。

⑥二重譲渡に関しては、現行民法とボアソナードによる旧民法との間には重大な相違がある。第一に、実体法上の権利移転過程である。例えば、甲が乙に不動産を売ったが登記しない間に、甲が丙に売って登記した場合、丙が所有権を取得するが、これは「丙ガ甲カラ、所有権ヲ得タト云フコトニナラナケレバナラヌ」の⁸⁶であり、「第二ノ権利ヲ得マシタ者ニ対シテ始メノ者

が賠償スルノデアルト云フヨウナ風ノ巧ミナル所ノ理論ハ採ツテ居リマセヌ」とされ、「後二得タ者ガ直チニ得ラレルト云フ斯ウ云フコトガ法律ノ働キデアルト見テ……法律ガ移ス……」(傍点引用者)と説明された。この「巧ミナル所ノ理論」とは、言うまでもなく旧民法に関するボアソナードの構成(前述1(1)(a)(ix))であり、これが現行法では明示的に否定されたことがここで確認されるべきである。

第二に、旧民法に存在した善意要件は自覚的に削除された。問題はその根拠である。まず、登記等は「絶対的ノモノデナケレバ公示法ノ効ヲ奏スルコトハ出来ヌ」という法政策的理由が挙げられている。⁽⁸⁸⁾ つぎに、より理論的観点からの理由もある。例えば、梅博士は、登記を公示方法と解した場合は、善意者保護・悪意者排除の立場を「最モ穩当ナル主義ナルカ如シ」と評価しながらも、あえてこれを採らず、一七七条は、登記があれば何びとも権利の得喪・変更を知り、登記がなければ何びともそれを知らないものと「看做」すもの(反証を認めない擬制)と説明して、結論的に善意・悪

意不問の立場に与した。その理由は、善意・悪意の判別の困難に加え、「同シク第三者ニシテ甲ハ權利ノ発生、移転ヲ認メス乙ハ之ヲ認メサルコトヲ得サルカ如キハ頗ル法律關係ヲ錯雜ナラシムル」という、悪意者排除と絶対的所有権に基づく実体法秩序との不適合性であった。⁽⁸⁹⁾

さらにまた、現行民法は右にみたように、旧民法およびボアソナードの二重譲渡論におけるフォート構成を承継しなかったため、登記等を備えた第二取得者の権利取得を説明するために、登記等を怠った第一取得者のフォート(そして第二取得者への権利移転)の発動要件である第二取得者の善意が、理論上不可欠のものでなくなったことも、善意要件の削除を可能にしたのではなからうか。

こうして善意・悪意不問の立場がとられた現行民法では、登記等の懈怠が悪意の反証によって代替される余地も完全になくなり、登記および引渡は、旧民法以上に権利移転の要件に近づけられることになったと言えよう。⁽⁹⁰⁾

(61) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会・民法議事速記録一』(商事法務研究会、一九八三)五七九頁以下(穂積陳重)。

(62) これらのうち、現行民法一七六条の制定に際し、法典調査会・速記録で参照されているのは、(i)および(ii)である。

また、旧民法の合意主義は、明示的に特定物に関するものとされ、代替物に関しては、財産編三三二条「代替物ヲ授与スル合意ハ諾約者ヲシテ其物ノ所有権ヲ……要約者ニ移転スル義務ヲ負ハシム此場合ニ於テ所有権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」(傍点引用者)と規定されていたことに注意すべきである。さらに、後掲注76参照。なお、旧民法条文は、我妻栄編集代表『旧法令集』(有斐閣、一九六八)によった。

(63) ボアソナードの所有権譲渡理論に関しては、鎌田・前掲(注54)六〇頁注10、滝沢・前掲(注4)一六五頁以下、有川哲夫「二重譲渡と悪意の第三者」(福岡大学法学論叢二四巻四号(一九八〇)四一五頁以下、池田真朗「ボアソナードにおける『第三者』の概念」慶大法学研究五九巻六号(一九八六)一頁以下、

七戸克彦「不動産物権変動における対抗力の本質」慶大大学院法研論集二三号(一九八五)七一頁以下、同「対抗要件主義に関するボアソナード理論」慶大法学研究六四巻一、二号(一九九二)一九五頁以下、高橋良彰「ボアソナードの不動産公示制度」(二・完)「都立大法学会雑誌二九巻一、四四九頁以下、二、二七三頁以下(一九八八)、同「ボアソナードの二重譲渡論について」都立大法学会雑誌三〇巻一、二(一九八九)六三五頁以下、星野英一「日本民法典及び日本民法学説におけるG・ボアソナードの遺産」『加藤古稀記念・現代社会と民法学の動向・下』(有斐閣、一九九二)六六頁以下など、多数の優れた文献がある。

(64) G. BOISSONADE, *Projet de code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire*, tome 2 [deuxième édition, 1883] n° 171, pp. 182 et 183. 池田・前掲(注63)一五頁以下、二〇頁参照。

(65) これは普通債権者(créanciers chirographaires)を指すものと解される。普通債権者は、フランス民法一一六五条の意味における第三者(tiers)ではないが、債務者の包括承継人(des ayants cause à titre universel)とみなされる、としばしば言われる。(反対も)。cf. Alex WEILL/François TERRÉ, *Droit civil, les obligations* [quatrième édition, 1986, Dal-

- 102] n° 514, p. 538)。
- (69) BOISSONNADE, *op. cit.*, tome 3 [1888] n° 203, pp. 249 et 250.
- (70) BOISSONNADE, *op. cit.* (n. 66), n° 204, p. 250.
- (68) ただし、第二取得者が「自身の側で騰記とらう形式に従ってらるることを当然に前提としてらるる」(BOISSONNADE, *op. cit.* [n. 66], n° 204, p. 250. 財産編三五〇条一項但書)。
- (69) 旧民法草案三七〇条二項、三六七条四項(自白のほか宣誓拒絶の場合にも悪意の立証を認める)の分析を含め、七戸・前掲(注6)二四四頁(注63)法研論集二三号七六頁以下、八四頁、法学研究六四卷一二号二三六頁以下、池田・前掲(注63)二九頁以下。なお、ポアソナードは、登記の推定力の説明に先立ち、第二取得者の悪意を問題にした場合に訴訟が多発することを懸念する(BOISSONNADE, *op. cit.* [n. 64], n° 209, p. 213)。
- (70) 高橋・前掲(注63)法学会雑誌三〇巻一号六六五頁。
- (71) それゆえ、第二取得者は契約に際し、先行契約の存在にとくに注意すべき義務は課せられないと解される一方、逆に第二取得者の悪意は第一取得者の登記によらずとも、第一合意が偶然に(par hasard)知らされたとしても、「法律の趣意とこころは満足させられてらるる」(BOISSONNADE, *op. cit.* [n. 64] n° 210, p. 214)。
- (72) BOISSONNADE, *op. cit.* (n. 66), n° 205, p. 251. さらに「この二重契約における現実的占有の重視と即時時効(prescription instantanée)との理論的関連性が指摘されてらるることを注目せらるる(id., *op. cit.* [n. 64], n° 173, p. 184)。これに対し、後掲注85および該当本文参照。
- (73) BOISSONNADE, *op. cit.* (n. 66), n° 206, pp. 251 et 252. それゆえ、三四七条の「承継人」(前述(a)(b))には、譲受人とともに譲渡人の債権者も入ると解される。なお、前掲注65、池田・前掲(注63)二三頁以下参照。
- (74) 池田・前掲(注63)二四頁以下参照。
- (75) 七戸・前掲(注63)法学研究六四卷一二号二〇〇頁以下、高橋・前掲(注63)法学会雑誌三〇巻一号六三八頁参照。
- (76) 旧民法にも、財産編三三二条(前掲注62)のほか、財産取得編二四条「売買ハ当事者ノ一方カ物ノ所有権……ヲ移転シ又ハ移転スル義務ヲ負担シ他ノ一方又ハ第三者カ其定マリタル代金ノ弁済ヲ負担スル契約ナリ」(傍点引用者)といった規定も存在する。しかし、これらの規定における「所有権を移転する義務」を負

担する合意は、所有権を移転する合意に対する概念ではなく、代替物売買における所有権移転要件たる物の引渡または当事者立会による物の指定に対する概念であるにすぎない。

(77) ただし、法律構成上は、第二取得者に「譲渡人ト通謀シタル詐害アリシトキ」は、例外的に「其通謀ハ通常ノ証拠方法ヲ以テ之ヲ証スルコト」が許される結果、悪意の反証が認められることによる(財産編三五〇条二項、三四七条四項後段。なお、証拠編八六条一項第三、二項参照)。しかし、第二取得者の自発的行為である自由以外に、これとは性格の異なる通謀による詐害の場合にも悪意の反証を認めうる実質的根拠は、むしろ通謀による詐害という第二取得者の「行為態様」の制裁にあると考えざるをえない。にもかかわらず、これを第二取得者の「認識」を問題とする悪意の反証の枠組みで捉えることには、実質と形式の乖離なしし実体法と手続法と未分離がみられるように思われる。

(78) 前掲『民法議事速記録一』(注61)五八三頁以下(穂積陳重)参照。

(79) 同右・五七九頁以下(穂積)。なお、原案の「意思ノミニ因リテ」は、土方寧の指摘などにより、現行の「意思表示ノミニ因リテ」に改められたものとみられ

る(同右・五八〇頁以下)。

(80) 『法典調査会・民法議事速記録三』(商事法務研究会、一九八四)八六一頁以下、八六八頁〜八七〇頁、八九九頁(梅謙次郎)。

(81) 前掲『民法議事速記録一』(注61)五八〇頁、五八三頁(穂積)。

(82) 同右・五八三頁以下、五八六頁以下(穂積)。

(83) 同右・五八四頁(穂積)。なお、富井政章『民法原論・第二巻・物権』(大正一二年合冊版復刻、有斐閣、一九八五)五五頁、前述・本文②参照。

(84) 梅謙次郎「最近判例批評其二十五・(1)再ビ民一七七ノ『第三者』ノ意義ニ就テ」法学志林六四号(一九〇四)三頁。

(85) 前掲『民法議事速記録一』(注61)五八八頁以下。なお、前掲注72参照。

(86) 前掲『民法議事速記録一』(注61)五八五頁(富井政章)。

(87) 同右・五八九頁以下(穂積、一七九条「現行一七八条」に関する)。

(88) 同右・五八四頁(穂積)。

(89) 梅・前掲(注3)一〇頁以下。なお、富井・前掲(注83)六三頁以下、五六頁参照。

(90) 高橋・前掲(注63)法学会雑誌三〇巻一号六七四

頁注19も同旨。

むすび

以上の考察を踏まえ、一七七条・一七八条の「第三者」に関する悪意者排除説の可否をあらためて検討してみよう。

1 (1) 二重契約に際して第二契約者の悪意を法的に問題とする枠組みは、引渡主義を採るローマ法では

まだ明瞭に現れておらず(前述一1(1))、所有物譲渡の要件として引渡に先立つ権原(tritulus)を重視するようになった中世ローマ法学、とりわけ一四世紀以降の註解学派において、引渡を受けた第二契約者の第一契約者に対する詐害(trahus)を理由に、パウルス訴権(actio Pauliana)(詐害行為取消権の淵源)の行使が認められたことに、最初の類型を見出すことができる(前述一1(2))。こうした第二取得者の《行為態様》に対する制裁として悪意を問題とする枠組みは、近代自然法理論(前述一2(1)⑦)、フランス法のフロード説ならびにフォート説(前述二4⑥)、ドイツ法の良俗違反

行為による損害構成(前掲注55参照)などに共通してみられる。そして、その際に、第二契約者が先行契約の存在を知っていたことを理由にしてこの者の権利取得を否定すべきか否かは、実質的には各国の取引慣行、市場の整備度、倫理観念などの相違によって結論を異にしうるものであり、それは、法的構成として詐害行為、不法行為、無効行為といったいずれの形式を用いるかという問題に先立つ、法的価値判断の問題である。

(2) 他方、第二契約者の悪意を法的に問題とするもう一つの類型として、わが旧民法およびポアソナーの理論が挙げられる。これは、①登記等をもつばら公示の問題とみたうえで、②所有権譲渡契約をしなから公示を懈怠する第一取得者はフォートを犯したことになる、それを理由に第二取得者から追奪されうるが、③公示はあくまでも先行契約の存在を譲渡人からの承継人等に知らせるものであるから、偶然にせよ何にせよすでに知っている第二取得者には知らせる必要はないゆえに、必然的に悪意者排除の帰結を導くものである(前述三1(1)(b))。ここでは、第一取得者の悪意は、

まさに先行契約に対する《認識》としての意味をもつにすぎず、それはもっぱら事実認定の問題である。

2 こうしてみると、現行民法、とりわけ一七七条の「第三者」に関する悪意者排除か背信的悪意者排除かという議論においても、悪意の法的意味に関するこうした観点の相違を踏まえなければ、水かけ論になってしまうおそれがある。

まず、所有権譲渡の法構造からみると、旧民法と現行民法との間には、所有権概念（前述三二①）、所有権を移転する合意の性質（同①、③）、登記または引渡の要件性（同⑤）、および二重譲渡の法的構成（同⑤）において、不連続面が見出される。⁽⁹¹⁾ とりわけ、同⑤でみたように、一七七条の登記や一七八条の引渡はたんなる公示方法にとどまらず、したがって、譲渡人からの善意の特定承継人等に先行契約を知らせるだけの意味をもつものではないこと、および二重譲渡の法的構成としてポアソナード理論にみられる第一契約者のフォート構成が採用されず、第二契約者の権利取得はもっぱら「法律ノ働キ」によるとされたことから、第一契

約者のフォートの発動要件としての第二契約者の善意も、もはや不要となったこと、これらの点からみると、一七七条・一七八条の「第三者」の解釈として、右1(2)の意味における「悪意」者排除説を採用するのは困難であろう。

3 そこで、つぎに、右1(1)の意味における「悪意」者排除論について、一七六条の意思主義との適合性を検討してみよう。

まず、フランス法のように、合意主義Ⅱ第一契約優先主義の下では、この原則を制約する諸要件自体をできるかぎり限定するために、公示しなければ對抗しえない第三者の範囲や資格要件を厳格にする意味で、フォート説などのように、第三者の中から悪意者を排除することもあるいは是認されるかも知れない。⁽⁹²⁾ これに対し、わが民法の意思主義は、所有権移転の意思表示によってただちに譲渡人が無権利者となることを認めるものではなく、登記や引渡に公示方法以上の効力要件的な意味ももたせていることから（前述三二⑤）、第一契約優先主義ではなく、したがってまた一七七条・

一七八条も、第一契約優先主義を制約するものとは解し難い⁽⁹³⁾。それゆえ、右のフランス法的な善意要件附加の理由は、必ずしも妥当しない。

つぎに、わが民法の意思主義は、所有権の絶対的帰属を前提にし、フランス法や旧民法とは異なり、当事者間の意思とその表示によって所有権そのものを(当然すべての者に対する関係で)移転しうるとするものであるが(前述三二①)、かかる絶対的所有権概念に立脚する実体法秩序の下では、起草者も述べるように、第三者の善意・悪意によって権利移転の有無が左右される制度は適格的でないと考えられる(前述三二⑥後半部分)。

さらに、善意・悪意不問の根拠として起草者も挙げる善意・悪意の識別困難にも理由がある。すなわち、一七六条は所有権移転を義務づける意思表示とは概念的に区別された、所有権をまさに移転する意思表示を要求しながら(前述三二③)、かかる意思表示の方法をならん規定しておらず、また取引慣行も多様であることから、所有権移転の意思表示が外部から認識し難い

だけでなく、とくに不動産取引においては、所有権譲渡の成否が当事者間においてすら明確でないこともある。こうした状況下では、悪意自体の認定が困難になり、さらに、第三者にとってはいったい何について、どの程度の認識があれば悪意とされ、どういう効果を受けるのか、結果の予測可能性を妨げ、法的安定性を害する恐れが多分にある⁽⁹⁴⁾。

最後に、悪意の第二取得者の《行為態様》がその権利取得を否定すべき性質のものか否かは、法的価値判断の問題であると考えられるが(前述一①)、そうだとすれば、この問題について立法者が自覚的に善意・悪意不問の価値判断を下している以上(前述三二⑥後半部分)、法治主義の下では、まずそれが優先されるべきであろう。しかもこれは、民法や関連諸法における諸規定との体系的バランスとも関係する。すなわち、権利取得の競合が問題となりうる場面のうち、権利帰属のために主観的要件が課されるべき場合については、立法者がとくに明文規定を設けている場合が少なくない(例えば、民法九四条二項、九六条三項、一一〇条

一二二条、三三〇条二項、農業動産信用法一三条など）。また、たしかに、明文規定がない場合において解釈上主観的要件を加える余地がまったくないとは言えないが、その場合には、競合当事者間の法律関係を類型的に整理するなどして、民法および関連諸法全体の実体的価値判断の体系を配慮した作業が必要であろう。⁽⁹⁵⁾

4 以上の点からは、一七七条・一七八条の「第三者」に関しては、ひとまず善意・悪意不問の立場が妥当であると考えられるのであるが、このことは、第二取得者の悪意が現行民法ではまったく問題とされないことを意味するものではない。

まず、わが民法の意思主義が前提とする善意・悪意不問は、自由競争原理の下では悪意者も保護に値するといった積極的な悪意者包含⁽⁹⁷⁾と解されるべきでないことは、一七七条・一七八条の立法過程において、そうした観点からの根拠づけがなならざれていないことからも是認されるであろう。そのうえでなお、自由主義的立場から、善意・悪意不問の意味を考えれば、それは権利取得者の主観的態様については法は介入すべき

ではないという側面に主眼があり、その反面として悪意者も権利取得する余地があるのは仕方のない帰結にすぎない。かかる立場の規範的含意を強調すれば、《善意不問》と言うべきであろうか。

つぎに、こうして《善意（・悪意）不問》の立場においても、悪意の第二取得者の《行為態様》を積極的に是認するものではないことからすれば、第二取得者の《行為態様》の違法性の程度によっては、権利取得を否定されるべき場合が存在する余地は当然に残される。背信的悪意者排除論は、この意味において是認することができる。⁽⁹⁸⁾

そもそも所有権譲渡の「意思主義」は、近代自然法理論によって定式化されたように、特定的人格への物の絶対的帰属を本質とする所有権が、譲渡人ならびに譲受人の意思とその表示のみにより、当然にすべての者に対する関係で移転しうることを宣明したものであるが、それは権利概念の形成に基づく、その理論的帰結である（前述一2(1)⑦、三2④参照）。そして、背信的悪意者排除論も理論的に突き詰めれば、個々人の意

思行爲に對する社会の間主観的な承認に立脚する権利概念に元々含意されている、権利移転の内在的限界を意味するものにほかならない。今後の解釈方法論・立法論の方向としては、わが民法一七六条ないし一七八条の構造(前述三二①~⑥)が、結果的にフランス法を越えて、近代自然法の所有権譲渡理論(前述一②(1)①~⑥)に接近していることが確認されたことを踏まえて、自然法論では抽象的枠組みしか与えられなかった理論を精緻なものにしてゆくべきではなからうか。

(91) これに對し、七戸・前掲(注3)二四四頁以下では、ポアソナード理論を現行民法一七七条の解釈に導入しようとの立場から立論されている。

(92) 前述二④⑥、滝沢・前掲(注4)二五〇頁参照。

(93) したがって、わが民法の對抗要件主義が「意思主義との相克を孕」む(滝沢・前掲[注4]九頁参照)としても、フランス法の場合とはやや程度が異なると思われる(この点の捉え方は、双方未登記または未引渡のケースなどの取扱いに影響するであろう)。これに関し、フランス法と違ってわが国では「一七六条と

一七七条が同時に並んで規定され」、「意思主義と對抗要件主義とを一括して採用」した結果、兩条は「対等の価値」をもち、「あわせて一本としてその意味を考へるべき」との指摘は示唆深い(星野英一「日本民法の不動産物権變動制度」、物権變動論における『對抗』問題と『公信』問題」、ともに『民法論集・第六巻』「有斐閣、一九八六」所収一〇二頁、一四六頁)。また、こうしたわが民法の意思主義の下では、譲渡人は第一譲渡によって完全に無権利者となるとみる公信力説の前提も成り立ち難いように思われる。

しかしながら、わが民法はあくまでも意思主義を採る以上、ドイツ法のように登記や引渡が所有権を移転させるのではない。ちなみに、判例では、①地上に権原なく存在する建物が譲渡されたが、所有権移転が未登記の場合、土地所有権に基づく妨害排除としての建物除去請求は、登記名義人ではなく、譲受人(所有者)を相手方とすべきであるとされ(最判昭和三五年六月一七日民集一四卷八号一三九六頁ほか)、②取得時効と登記の問題につき、時効完成前の第三者か否かは、登記時ではなく、譲渡時が基準とされ(最判昭和四二年七月二一日民集二二卷六号一六五三頁)、③旧自作農創設特別措置法に基づく農地買収の相手方は、登記名義人(売主)ではなく、真実の所有者(未登記買主)

であるとされる（最大判昭和二八年二月一八日民集七卷二号一五七頁）などの扱いがみられるが、これらは意思主義の存在意義を前提にしたものと解される。もっとも、④不動産の売主の債務は、他の買主への所有権移転登記の完了時に履行不能となり（最判昭和三五年四月二一日民集一四卷六号九三〇頁）、⑤代物弁済としての不動産所有権譲渡による債務消滅の効果は、所有権移転登記手続の完了によって生じる（最判昭和四〇年四月三〇日民集一九卷三号七六八頁）といった解釈などもみられるが、これらは直接には、履行不能ならびに填補賠償請求の基準時や代物弁済による債務消滅の効果に関するものと解しうる。

(94) また、鈴木・前掲（注4）一七八頁参照。さらに、後掲注96参照。

(95) 例えば、民法一〇九条につき、代理権授与表示者が相手方の悪意または過失を立証すれば、無権代理行為に対する責任を免れる（最判昭和四一年四月二二日民集二〇卷四号七五二頁）。なお、筆者自身、解除の意思表示後に現れた第三者が保護を受けるには善意を要するとの解釈を、非常に不完全ながら論じた（松尾弘「権利移転原因の失効と第三者の對抗要件」一橋論叢一〇二巻一号「一九八九」九九頁）。

(96) この作業は今後の課題であるが、例えば、他人の

無権代理行為が介在した場合の本人と相手方の関係や、欠陥ある取引の清算過程における原権利者と第三者の関係のように、不慮の事件によって生じた結果の後始末における利害関係者の利益衡量が問題になる類型に比べると、新たに取引を行おうとする競合者同士の間係のように、より頻繁で、より結果の予測可能性が要求される場合は、紛争類型が異なると解される。なお、前掲注94該当本文参照。

(97) 例えば、舟橋・前掲（注4）一八三頁。

(98) なお、わが民法が債権契約と物権契約の概念的區別を導入していることからすれば（前述三②③）、債権契約にとどまる第一契約を知りつつ契約した第二取得者に関しては、一七七条・一七八条の「第三者」に関する背信的悪意者排除論は理論上機能しないことになってしまふ。そこで、例えば、譲渡人と第二取得者が通謀して第一契約者（特定物債権者）を害する意図で譲渡契約をし、登記または引渡を了えた場合には、第一契約者に詐害行為取消権（四二四条）の行使を認め、一七七条・一七八条と矛盾することにはならぬいのではないだろうか（もっとも、債権者取消権が「総債権者の利益のために」効力を生じるとする四二五条との関係は、なお問題となる）。かかる解釈の成立可能性につき、奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社、

一九九二)三〇三頁、この問題に関する判例・学説につき、平井宜雄「不動産の二重譲渡と詐害行為——*action paulienne*への回帰を意図して——」『鈴木(稔)先生古稀記念・民法学の新展開』(有斐閣、一九九三)所収一七三頁以下参照。ちなみに、債権者取消権の効果として譲渡人への登記回復すら否定する責任説や訴権説によれば、かかる解釈の余地はない。

【追記】 本稿は、本誌一九九三年一月号・好美清光教授退官記念号のために執筆されたものであるが、筆者の不手際から同号に掲載しえなかった。好美教授から賜った学恩に比してあまりに拙劣なものであるが、絶えず励ましていただいたことにあらためて感謝申し上げます、遅れ馳せながら拙文を捧げる次第である。

(横浜市立大学助教)