

〈論 説〉

物権変動における不完全権と完全権 その1

— 最二小判昭46・11・5民集25・8・1087が示す
不動産の二重譲渡での権利変動過程を題材として —

松 田 佳 久

目 次

- I はじめに — 本稿の目的
- II 最高裁昭和46年判例と整合的な法的構成
 - 1. 最高裁昭和46年判例の判決文分析
 - 2. 最高裁昭和46年判例判決文と整合する学説
 - (1) 完全権と不完全権
 - (2) 最高裁昭和46年判例判決文と整合する構成
 - 非・無権利構成学説 —
 - A. 債権的效果説と相対的無効説
 - B. 不完全物権変動説 — 我妻説 —
 - C. 二段階物権変動論
 - D. 優先的効力説
 - 不真正無権利構成 —
 - E. 不完全物権変動説 — 山中説 —
 - F. 第三者主張説：否認権説
 - G. 第三者主張説：否認権行使意思実現説
 - H. 第三者出現（可能性）説
 - (3) 最高裁昭和46年判例判決文と整合する構成
 - ①修 正
 - 非・無権利構成学説 —
 - A. 債権的效果説と相対的無効説
 - B. 不完全物権変動説 — 我妻説 —
 - C. 二段階物権変動論
 - D. 優先的効力説
 - 不真正無権利構成 —

- E. 不完全物権変動説 — 山中説 —
- F. 第三者主張説：否認権説
- G. 第三者主張説：否認権行使意思実現説
- H. 第三者出現（可能性）説

②最高裁昭和46年判例判決文と整合する構成 以上、43巻3号

III その他事案での確認

1. 3判例による承認事項
2. 不完全に排他的な物権
3. 背信的悪意者との関係
4. 虚偽表示と二重譲渡
5. 動産物権変動
6. 取消・解除と第三者
 - (1) 取消後の第三者
 - (2) 取消前の第三者
 - (3) 解除後の第三者
 - (4) 解除前の第三者
7. 時効完成と第三者
 - (1) 時効完成後の第三者
 - (2) 時効完成前の第三者
8. 遺産分割と第三者
 - (1) 遺産分割後の第三者
 - (2) 遺産分割前の第三者
9. 制限物権
 - (1) 制限物権と整合構成
 - (2) 未登記通行地役権と悪意者排除
 - (3) 法定地上権
10. 不動産賃借権と物権化
11. 未登記不動産
 - (1) 妨害排除請求の相手方
 - ①最三小判6・2・8民集48・2・373と従来の判例
 - ②最判平成6年判決の判断
 - ③整合構成との関係
 - ④その他の事案と整合構成
 - 未登記建物の二重譲渡 —
 - 既登記建物の二重譲渡（両譲受人が未登記の場合） —
 - 譲渡人名義での嘱託登記と譲受人の登記取得 —
 - (2) 新築建物
12. 立木の二重譲渡
13. 混同による消滅と復活
14. 土地収用と農地買収

15. 公物の供用開始
16. その他の物権変動と第三者
17. 民法 717 条の所有者の責任
18. まとめ
 - (1) 背信的悪意者との関係
 - (2) 虚偽表示と二重譲渡
 - (3) 動産物権変動
 - (4) 取消後・解除後の第三者、時効完成後の第三者、遺産分割後の第三者
 - (5) 取消前・解除前の第三者
 - (6) 時効完成前の第三者
 - (7) 遺産分割前の第三者
 - (8) 制限物権
 - (9) 物権化した不動産賃借権
 - (10) 未登記不動産
 - ①妨害排除請求の相手方
 - ②二重譲渡
 - (11) 立木の二重譲渡
 - (12) 混同による消滅と復活
 - (13) 土地取用と農地買収
 - (14) 公物の供用開始
 - (15) その他の物権変動と第三者
 - (16) 民法 717 条の所有者の責任

IV おわりに

1. 整合構成と判例理論
2. 検討課題：不完全に排他的な物権が他者による対抗要件具備により消滅する根拠

〈概要〉

本稿では、不動産の二重譲渡事案における登記具備前の不完全権「不完全に排他的な所有権」と、登記具備後の完全権「完全に排他的な所有権」との関係を中心に、最二小判昭 46・11・5 民集 25・8・1087（以下、最高裁昭和 46 年判例という）の明示する二重譲渡における権利変動過程に整合する法的構成を見出す。見出された整合構成に基づく権利変動過程は次のとおりである。すなわち、売主・第一買主間における第一売買により、特段の意思表示がないかぎり、ただちに不完全に排他的な所有権（不完全所有権）が第一買主に移転する。この物権変動は最高裁昭和 46 年判例、最三小判昭 33・10・14 民集 12・14・3111（以下、最高裁昭和 33 年判例という）および最二小判昭 39・3・6 民集 18・3・

437（以下、最高裁昭和39年判例という）が承認する民法上の物権変動である。そして、その登記がなされない間は、売主も不完全に排他的な所有権（不完全所有権）を有する。しかし、不完全な排他性ゆえに、第一買主は第一所有権を登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者たる第二買主に主張できない。当該不動産が売主から第二買主に二重に売却され、第二買主に対し所有権移転登記がなされたときは、第二買主は登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者であることはいうまでもないことであるから、登記の時に第二買主において、完全に排他的な所有権（完全所有権）を取得するわけであるが、その所有権は、売主から第二買主に直接移転するのであり、売主からいったん第一買主に移転し、第一買主から第二買主に移転するものではなく、第一買主は当初からまったく完全に排他的な所有権（完全所有権）を取得しなかったことになる。付け加えて説明するならば、最高裁昭和33年判例および最高裁昭和39年判例は、不完全な排他性であることを理由として、不完全所有権が重複移転することをも承認しているともいえ、そのことにつき理屈を付けるとすれば、第一所有権は観念的所有権であるゆえに、幾重にも重複譲渡が可能であり、また、観念的所有権であっても不完全な排他性以外は所有権の機能を完全に有するのであるから、妨害者に対し物権的請求権を行使できる。そして、第一買主は、第二買主の登記具備時に、排他性に抵触する範囲で、つまり、登記具備時に遡及して失権するのである。

そして、この整合構成の妥当性を他の物権変動事案および物権変動類似事案で確認した。

不動産の二重譲渡にあつてはさまざまな独自の見解が存するが、最高裁判例とは整合しない見解も多数存在する。本稿は、最高裁判断から離れて独自の見解を提示するのではなく、最高裁判断を尊重し、これと整合的な法的構成を見出す点が特徴であるといえよう。

I はじめに — 本稿の目的

本稿は、二重譲渡事案での物権変動に焦点をあてるものである。

物権変動、特に二重譲渡においてはさまざまな学説が錯綜している。判例に

においては、大判明 34・2・22 民録 7・3・101、大判明 39・4・25 民録 12・660 などは相対的無効説、大判明 45・6・28 民集 18・670、大判大 5・12・25 民録 22・2504 は第三者主張説、大連判大 15・2・1 民集 5・44 は関係的所有権説、最高裁昭和 33 年判例、最高裁昭和 39 年判例は不完全物権変動説などというように選り出すことができるとされている。¹⁾

一方、最高裁昭和 46 年判例は、不動産の二重譲渡に登記不備の第一譲受人による取得時効が絡む事案であるが、不動産の二重譲渡につき、所有権の帰属決定に至る権利の変動過程を詳細に述べている。これ以降の二重譲渡および二重譲渡類似事案における判例には、これに反する物権の変動過程を明示するものはないし、そもそも最高裁昭和 46 年判例のように詳細に権利の変動過程を示すものはない。それゆえ、本稿では最高裁昭和 46 年判例が示す所有権の帰属決定に至る権利の変動過程を取り上げるものとする。

最高裁昭和 46 年判例は、次のように述べる。²⁾ すなわち、①不動産の売買がなされた場合、特段の意思表示がないかぎり、不動産の所有権は当事者間においてはただちに買主に移転するが、②その登記がなされない間は、登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者に対する関係においては、売主は所有権を失うものではなく、反面、買主も所有権を取得するものではない。③当該不動産が売主から第二の買主に二重に売却され、第二の買主に対し所有権移転登記がなされたときは、第二の買主は登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者であることはいうまでもないことであるから、登記の時に第二の買主において完全に所有権を取得するわけであるが、その所有権は、売主から第二の買主に直接移転するのであり、売主から一旦第一の買主に移転し、第一の買主から第二の買主に移転するものではなく、④第一の買主は当初から全く所有権を取得しなかったことになるのである。

最高裁昭和 46 年判例における所有権の帰属決定に至る権利の変動過程には、前述した学説に分類された判例の考え方と重複する部分もある。³⁾

最高裁昭和 46 年判例は③で登記を具備することにより、「完全に所有権を取得する」としている。この表現は、物権変動の完成時に取得するのが「完全権である所有権」であり、物権変動の完成までの途中段階にあつては「不完全権である所有権」が存在するものであるとも解することができる。そうである

ならば、完全権取得は登記具備を停止条件としていることになる。⁴⁾

本稿では、はたしてこのように捉えることができるのかにつき、最高裁昭和46年判例に整合的な法的構成を見出す過程で検討し、二重譲渡事案をはじめとするさまざまな物権変動において、見出した法的構成の整合性を検証する。

II 最高裁昭和46年判例と整合的な法的構成

1. 最高裁昭和46年判例の判決文分析

最高裁昭和46年判例判決文を分析する。まず、①「不動産の売買がなされた場合、特段の意思表示がないかぎり、不動産の所有権は当事者間においてはただちに買主に移転する」とする。この段階では、所有権の移転時期を売買契約時以外の時とするなどの特段の意思表示がないかぎり、民法176条の趣旨に則り所有権移転は当事者間で効力を生じ、所有権が売主から第一買主に移転する。この段階で第一買主は所有権者である。ということは、所有権は売主にはないはずである。次に、②「その登記がなされない間は、登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者に対する関係においては、売主は所有権を失うものではなく、反面、買主も所有権を取得するものではない。」とする。つまり、第二買主が所有権移転登記を取得するまで、第三者に対する関係においては売主が所有権者であり、第一買主は所有権者ではない。

そして、③「当該不動産が売主から第二の買主に二重に売却され、第二の買主に対し所有権移転登記がなされたときは、第二の買主は登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者であることはいうまでもないことであるから、登記の時に第二の買主において完全に所有権を取得するわけであるが、その所有権は、売主から第二の買主に直接移転するのであり、売主から一旦第一の買主に移転し、第一の買主から第二の買主に移転するものではない」とする。①②をも併せると次のようになる。すなわち、第一買主には、特段の意思表示なきかぎり、売主との売買契約（以下、第一買主および第二買主が締結する売買契約には特段の意思表示はないものとする）時に当該売主からすでに所有権が移転している。しかし、第二買主に対する関係にあつては所有権を取得しておらず、所有権は売主が有している。そして、第二買主は登記時に、売主から

直接所有権が移転し完全に所有権を取得するのである。

③までにおいて、3つの所有権が登場する。まず、第一買主が売主から取得する所有権、第二買主においても、その売買契約と所有権移転登記との間に時間的なずれがあり、売買契約が先になされたとするならば、第二買主も所有権移転登記がなされるまでは売主に対し同様の所有権を有することが判例理論から当然に導き出される。これを第一所有権という。次に第三者に対する関係において、所有権移転登記がなされるまで売主は所有権を有する。これを第二所有権という。そして、所有権移転登記がなされると買主（本件事案でいえば第二買主）が完全に所有権を取得する。これを第三所有権という。

これら三つの所有権は同一のものか異なるものか、第一所有権が重複譲渡される点をどのような理屈によって説明するのかが問題となる。

さらに、④「第一の買主は当初から全く所有権を取得しなかつたことになる」⁵⁾との文言がある。ここで4つ目の所有権が登場する。

この所有権が第一所有権を意味するのであれば売主・第一買主間の売買契約（以下、第一売買といい、売主・第二買主間の売買契約を第二売買という）時に遡及して消滅することを表していることになるし、登記具備により第二買主が完全に取得するところの所有権、すなわち、第三所有権を意味するのであれば、第一買主は、第二買主の登記具備により、一度も第三所有権を取得することはなかったという結果を示していることになる。

④の判決文は③「売主から一旦第一の買主に移転し、第一の買主から第二の買主に移転するものではなく、」のすぐ後に配置されている。この位置関係を素直に捉えれば、③の最後文を受けての文であるということになり、第二買主は、途中で第一買主を介するのではなく、売主から直接第三所有権を取得するのであるから、第一買主は第三所有権を一度も取得していないことを意味していることになろう。

さらに、判決文の①から③までの趣旨は完全な所有権者の確定にあることは明らかである。そうであるならば、①、②、③の3つ権利変動の過程によって完全に第二買主が所有権者に確定することから、④はこの権利変動の過程から導き出された何らかの結果を表すものということになろう（その結果とは、第一買主の完全な所有権（つまり第三所有権）の取得の可否である）。以上より、後

者が妥当な捉え方であると思われる。

2. 最高裁昭和 46 年判例判決文と整合する学説

(1) 完全権と不完全権

第一所有権および第二所有権も民法上の所有権なのかという点が問題となる。

この場合、民法上の所有権をどのように捉えるかという点が問題となるが、民法上の所有権は、人が物を自由に使用・収益・処分しうる物権（民 206）を意味し、物権法定主義、一物一権主義の下での権利であって、排他性、支配の全面性・包括性、恒久性、弾力性、絶対性を有する権利である⁶⁾。民法上の所有権は物権法定主義の観点から、上記性質をすべて有する権利であるということになろう。

第三所有権は、判決文があえて「完全に」という文言を使っていることから、帰属が確定したところの所有権であって、それは確定した所有権者が有するところの所有権、つまり、民法上の所有権ということになる。

本稿では便宜上、第三所有権のように民法上の所有権の上記性質をすべて有する所有権を「完全所有権」といい、所有権の上記性質のうち、一つでも欠けるものを「不完全所有権」というものとする。

なお、排他性については、不完全物権変動説を採用したとされる最高裁昭和 33 年判例⁷⁾が「登記手続をしない間は完全に排他性ある権利変動を生ぜず、」とし、最高裁昭和 39 年判例が「所有権移転登記のなされない間は、完全に排他的な権利変動を生じないものと解すべきである。」と判示している。

そして、この点を民法 176 条の趣旨とも照らし合わせ、この「完全に排他的な権利変動を生じる」を解析すれば、「不完全に排他的な権利変動」が登記により「完全に排他的な権利変動」になると捉えることができ、その場合には登記が排他性を完全にする要件ということになり、排他性を完全にする性質が対抗力の性質の一つとして承認されていることになろう。また、両判例は（登記具備による）完全に排他性ある物権変動を民法上の物権変動として捉えているのみならず、登記を伴わない民法 176 条にいう不完全に排他的な物権変動も民法上の物権変動として認めていることにもなる。さらに、両判例が不完全に排他的な物権変動を認めているということは、不完全に排他的な物権変動によって

不完全な排他性を有する所有権が移転することを認めていることになる。つまり、両判例のこの考え方に照らし、物権法定主義を鑑みれば、内容が法定されているはずの民法上の所有権は、その解釈上、二つ存在するというものになる。すなわち、それは、登記を伴わない民法176条による物権変動によって移転する所有権（不完全所有権）と登記を伴う完全所有権である。その内容は不完全に排他性を有する所有権と完全に排他性を有する所有権ということになる。

また、登記の移転を伴わない物権変動を売買契約等によって、二重のみならず三重、四重譲渡など、重複して行うことができることから、両判例は、排他性が不完全であることを理由として、不完全所有権が重複移転することをも承認していることにもなる。

(2) 最高裁昭和46年判例判決文と整合する構成

民法176条に基づき、所有権の移転が売主から第一買主にただちになされる（最高裁昭和46年判例①）わけであるが、最高裁昭和46年判例②の「第三者に対する関係においては、売主は所有権を失うものではなく、」をどのように解するかで学説が分かれる。すなわち、第一譲渡による売主の無権利を承認するものと承認しないものである。承認しない立場を「非・無権利構成」といい、承認する立場を「無権利構成」というが、②を素直に解せば、売主は所有権を有するということになり、さらに③「その所有権は、売主から第二買主に直接移転する」ことから、売主の無権利を承認することには無理があるものと思われる。したがって、検討対象は「非・無権利構成」に属する学説ということになる。

なお、「無権利構成」には第二買主の権利取得を終局的に無権利者からの取得ではないとするもの（これを「不真正無権利構成」という¹⁰⁾）も含まれている。これに属する説は、第一譲渡により売主が無権利になったとするが、その後の第三者出現やその否認権行使等によって、第三者との関係で、第一譲渡が無効になり、売主が有権利者になると解釈するものであり、最高裁昭和46年判例②に整合しないとはかならずしもいいきれないと思われることから、「不真正無権利構成」に属する学説も検討対象にする。

— 非・無権利構成学説 —

この分類に属する学説はいずれも完全所有権取得につき、登記具備を停止条件的に考えているものといえる。¹¹⁾

A. 債権的效果説と相対的無効説

債権的效果説は、登記がされない物権変動は、当事者間で単に債権的效果のみをもつとするものであり、民法 176 条を軽視するものであると指摘されている。¹²⁾ よって、最高裁昭和 46 年判例①（以下、最高裁昭和 46 年を明示せず、丸数字だけの表示とする）に反する。

相対的無効説は、登記がないかぎり、売主・第一買主間の物権変動は、第二買主に対しては、絶対に効力を生じないとするものである。売主・第一買主間の譲渡は有効であるが、第二買主に対しては無効である（②に整合的）。したがって、第二買主に対する関係では、売主は依然所有権者であるから、第二買主は有効に所有権を取得できるのである。¹³⁾ これについては次の問題点が指摘されている。すなわち、売主・第一買主間での物権変動は登記を具備した第二買主に対する関係では絶対に効力を生じないことが、民法 176 条の意思主義と整合しないのではないかという点である（①に不整合）。

また、両説に対しては、登記を具備した第二買主の方から第一買主の所有権取得を承認した場合に、売主・第一買主間の相対的な譲渡あるいは無効な譲渡を、絶対的あるいは有効なものとして扱うときに、その説明に窮するという致命的な欠点が指摘されている。¹⁴⁾

B. 不完全物権変動説 — 我妻説 —

これは、登記のないかぎり、物権変動は完全に効力を生じないとするものである。権利の帰属は、— 物権に限らず、債権でも — 本来は排他的なものであるはずだが、公示の原則の適用として対抗要件制度が採用されているかぎり、排他性ある権利変動を生ぜず、譲渡人も完全な無権利者にはならない。いいかえれば、民法 176 条は、意思表示のみによって所有権の移転を生ずると定めるが、同法 177 条（および同 178 条）によって制限され、対抗要件を備えることによって、はじめて排他的に譲受人に帰属する。¹⁵⁾

この説は、登記を伴わない民法 176 条によって移転する所有権を排他性のな

い所有権（第一所有権＝不完全所有権）とし、民法 177 条による所有権を排他性ある所有権（第三所有権＝完全所有権）として構成している。不完全所有権の物権変動は民法 176 条における物権変動ではないとの考え方を採るのであれば①に不整合となる。

この説の一般的な問題点として、「不完全性」の内容が不明確であるという点¹⁶⁾、所有権が売主と買主の双方に帰属することになり、これは排他性¹⁷⁾に反するといった指摘がある。

前者については、次のように反論する。すなわち、正当の取引関係に立つ第二買主に対してそれを主張することが認められず、かえって第二の譲受人が現れて登記を得るとこれに負けるので、これを現象面から捉えて「不完全」であると説明するのであり、一方不動産物権を譲渡しても登記を保有している売主にはそれを第二買主に与えて、第一買主の権利を失わせる可能性が残っているから、これを現象的にみて「完全」な無権利者になっていないと説くのであって、かならずしも権利自体が完全であると不完全であるというものではないとする¹⁸⁾。

後者については、所有権に目的物の物質的ないし物理的な全面的支配を内包すると解すれば排他性に反するということになろう。しかし、所有権の観念化した現代では排他性をあまりにも意識するがために二者への所有権の帰属を不当とすることは無用の配慮であって、所有権をも含めて、取引関係におかれた不動産物権は登記を備えてはじめて排他的に帰属するとする¹⁹⁾。

登記がなされない間は、不動産物権が取引の対象とされた場合に、登記を得ていない第一買主は、正当の取引関係に立つ第二買主に対して第一所有権を主張することが認められず、同時に売主も観念的所有権（第二所有権）を有することから、②も満たすことになろう。

そして、第二買主は登記時に完全に排他的な所有権、すなわち完全所有権（第三所有権）を売主から直接取得することになる（③）。その結果、第一買主は完全所有権を当初から取得しなかったことになるのである（④）。

なお、第一売買から第二買主が登記を具備するまでの間、完全所有権はどこにも存在しないといた所有権の恒久性に反する結果をこの説は容認することになる。

意思表示によって同じ内容の所有権が第一買主および第二買主に移転し、当該所有権に登記によって排他性が生ずる。つまり、所有権は対抗要件を具備してはじめて完全所有権になるのである²⁰⁾。

C. 二段階物権変動論

この説は民法 176 条の意思表示における物権変動を萌芽的な相対的物権の移転とし、同法 177 条の登記による第三者への対抗力の付与を完成体としての絶対的物権の移転として捉えるものである。

萌芽的物権は未登記物権であり、物権・債権の中間的な性格を有し、物権の内容を有するがそれを相対的（いいかえれば債権的）範囲でのみ主張できるとするものである。そして、二重譲渡などで、未登記買主同士が相互に権利主張できない以上、排他性を認める必要はまったくなく、矛盾する萌芽的物権が複数存在してもかまわない、つまり債権的効力しか有しないのである。したがって、売買目的不動産が、未登記の間に不法占拠されたり、第三者の故意・過失によって毀損された場合に、通説・判例は、未登記買主は登記がないまま、不法占拠者に対して物権的請求権を、毀損した者に対しては不法行為による損害賠償請求権を行使しようとするのに対し、萌芽的所有権（本稿でいえば不完全所有権）は相対効しかないことから、当該第三者に対し、物権的請求権を行使できないとする。その場合は、絶対的所有権者である売主に対する債権者として債権者代位権を行使して売主の妨害排除請求権を行使するしかないとする²¹⁾。

また、萌芽的物権は使用・収益・処分権能（民 206）を売主に対してのみ主張でき、第三者に対しては主張できない。内容的には物権であるが、その主張相手は債権的な範囲に限定される。処分権能については、他人物売買（民 560）という法的構成で認められるにすぎず、使用・収益権能についても、第三者による妨害に対し、妨害排除請求権などの物権的請求権を行使することもできないという²²⁾。

以上からすれば、萌芽的物権は債権にすぎず、民法 176 条による所有権登記を伴わない所有権移転は物権変動ではなく、単なる債権の発生という謗りを免れないであろう。したがって、所有権の移転であると明確に述べる①に整合しないものと思われる。

所有権の二重譲渡の場合、第二買主が登記を具備するまでは、売主は絶対効を有する絶対的所有権を依然保持している、つまり、売主は第一買主に対しては第一売買の契約当事者であるゆえ、所有権を有している旨を主張できないが、第一買主にとって第三者である第二買主に対する関係においては、売主は所有権者であって、第一買主の有する第一所有権は萌芽的物権であるから、これを第二買主に主張できないことになる(②)。

そして絶対的所有権が移転登記によって売主から直接、第二買主に移転する(③)²³⁾。その結果、第一買主は絶対的所有権を一度も有することはないのであるから、④を満たす。

この説は、Bの不完全物権変動説に属するものといえるが、不完全物権変動説では、「不完全性」の内容が不明確であったことから、「不完全性」と「完全性」とを「相対権」と「絶対権」というように明確にした点に特徴がある²⁴⁾とする。

なお、当事者間で買主に使用・収益権能が移転すると意識されるのは引渡時であるとし、引渡時に萌芽的物権が移転するとしている。したがって、売買契約後に登記がなされ、その後に引渡しという順の場合には、引渡時までの使用収益権能は売主が債権的に留保してすることになる²⁵⁾。一方、動産物権変動の場合、引渡しが対抗要件であることから、売買契約時に目的物についての所有権移転効果をも有する引渡債権が発生し、次いで占有移転時点で絶対的所有権が移転するのである²⁶⁾。この点も①では引渡との関係についてなら示すことなく明確に売買契約時に移転するとしていることから、整合しない。

また、この説は前述のとおり、対抗力を有する者を絶対的物権の保持者とするものであることから、物権の放棄にあっても、登記がなければ放棄の効力を第三者に対抗できないとする²⁷⁾。

ところで、この説は、登記が存在しているかぎり、絶対的所有権(完全所有権)はかならず誰かが有することになることから、所有権の恒久性は保持される。

D. 優先的効力説

この説は、物権といえども、物の価値に対する観念的支配権として、意思表

示によって観念的に変動せしめることが可能であるが、観念的物権といえども物権として完全なものである。

物権変動の登記がなされるまでは、観念的物権は、観念的には、二重・三重の譲渡をすることも可能である。ただ、二重譲渡によって成立している両立しえない物権相互間においては、登記によって発生の順序が決定されると、それによって、両立しえない他の物権の存立は排除されることになるとするものである。²⁸⁾つまり、登記は物権に優先的効力そのものを付加するのではなく、両立しえない物権相互につき、各自物権として優先的効力を有するが、公示がなければ、他を排除しうる時期が、未決定の状態にあり、公示がその優先的効力の順位を決定するのである。²⁹⁾

登記移転のない物権変動であっても、完全に物権変動を生ずるものであるとするが、そうではなく、優先的効力をも主張できてはじめて完全物権であって、そうでなければ民法 176 条にいうところの物権変動に該当しないとの立場を採るのであれば、①に整合しないことになる。

また、売主は第一買主に所有権を譲渡するも、第二買主に登記を移転するまでは売主は登記を具備しており、この登記が売主にも所有権を観念させる一種のメルクマールになる。したがって、第二買主に対する関係においては、売主は所有権を失うものではなく、第一買主も観念的所有権の順位未決定の優先的効力を第二買主に主張できない。よって、②も満たすことになる。

そして、「登記の時に第二の買主において完全に所有権を取得する」とする③の文言を、「所有権者が確定する」との意味合いに取るのであれば、これにも整合することになろう。

しかし、第一買主はその優先的効力が劣後すれども、完全に物権を取得しており、その状態は、登記時点で優先的効力の順位が確定するゆえに、それ以降、その物権が排除されるにすぎず、第一売買時に遡及して消滅するものではないことから、「当初から全く所有権を取得しなかったことになる」との④文言とは整合しないのではないだろうか。

なお、物権のすべてが観念的であるかについては疑問があるが、少なくとも所有権は観念的であるといえよう。³⁰⁾物権は、物の価値に対する観念的支配権として、物権変動原因によって観念的に変動することができ、それゆえに二重、

三重に譲渡が可能となるとする。そして、観念的所有権は排他的・独占的効力を有する強力な物権であり、それが観念的に変動するゆえに、物に対する物的支配の秩序や取引の安全を害することから、公示の制度として登記が要求されるとするのである。³¹⁾したがって、観念的所有権に基づいて、目的物を現実支配している権利者は、妨害者に対し、物権的請求権を行使することができる。

ところで、第一売買から第二買主が登記を具備するまでの間、優先的効力の順位が未確定な所有権しか存在しないことになり、その状態は所有権の恒久性に反するものと捉えることもできよう。

— 不真正無権利構成³²⁾ —

E. 不完全物権変動説 — 山中説³³⁾ —

不完全物権変動説—我妻説と結論は同じになるものの、排他性と売主の無権利性につき、異なる見解を示すものがある。すなわち、排他性については、不動産売買において、目的不動産の引渡または代金が支払われれば、排他性ある所有権が買主に移転するが、登記がなされるまでは、その排他性に基づく効力をもって第三者に対抗できないとする。つまり、この説は、排他性を有するもそれを第三者に主張できない所有権を不完全所有権とし、登記を具備することによって排他性を第三者に主張できる所有権を完全所有権として構成する。³⁴⁾しかし、最高裁昭和46年判例①は第一売買により直ちに第一所有権が移転するとしており、引渡しや代金の支払を要件としていない。

また、売主の無権利性については、第一売買によって売主にはなんら権利が残っていないと解するとし、ただ、第一買主は、第二買主に対する関係で、第二買主の権利を否認できないという意味で売主が第二買主に売る権利を有していたことを否認できない、つまり、第一買主は第二買主に対する関係では、売主は第一買主に売ったのだから無権利者になっているということを主張できないということになるとする。³⁵⁾しかし、後述するF説に対する批判がこの説にも妥当しよう。すなわち、売主は無権利者であり、売主から第二買主が物権を譲り受けうる理由がないとの批判である。たとえ、第一買主が、売主が第二買主に売る権利を有していたことを否認できないとしても、それが無権利である売主が権利を第二買主に移転できる理由にはならないものと思われる。

なお、③④を満たすこと、第一売買から第二買主が登記を具備するまでの間、完全所有権はどこにも存在しないといった所有権の恒久性に反する結果を容認する点はBと同様である。

F. 第三者主張説：否認権説

この説は、売主・第一買主間の物権変動は第三者に対しても効力を生ずる (①) が、その登記がない間は、第三者たる第二買主はその物権変動を否認する権利があるとするものである。この否認権の行使によって、売主・第一買主間の物権変動は無効となり (第一買主は無権利者となり (②)、当初から所有権者でなかったことになる (④))、売主は依然所有権者であることになる (②) から、第二買主は売主から有効に所有権を取得できる。また、否認権の行使は、第二買主の自由な意思によるから、これを行使しないで、売主・第一買主間の物権変動を承認することもできるとする。³⁶⁾

この説は、一般には次の批判がなされている。すなわち、第二買主が売主・第一買主間の譲渡の事実をまったく知らないときは、第二買主の否認権の行使はありえないから、第二買主が所有権を取得することが永久になくなる可能性があるというものである。しかし、それ以上に、そもそも第二買主が否認権を行使する以前に、つまり、売主・第一買主間の物権変動がなかったことになる以前には、売主は無権利者であり、売主から第二買主が物権を譲り受けうる理由がない。³⁷⁾

また、最高裁昭和46年判例に関し、第二買主は否認権行使によって完全に所有権を取得するとしている点は、③が第二買主は登記具備により完全に所有権を取得するとしている点に明白に反している。

G. 第三者主張説：否認権行使意思実現説

この説は、売主・第一買主間の物権変動は第三者に対しても効力を生ずる (①) 点はFと同様であるが、否認権放棄の意思表示がなされないかぎり、第二買主が当該不動産について当該物権変動と抵触するような利益取得行為をした場合には、これによってその利益取得行為と抵触するすべての他の物権変動を否認する意思が表示されているものとするものである。³⁸⁾

これは第二買主が第一買主における物権変動と抵触するような利益取得行為をした場合には、売主・第一買主間の物権変動が無効になり (②④)、売主は依然所有権者であるということになり (②)、第二買主は完全に所有権を取得するのであるが、やはり、③とは完全に整合しない。

H. 第三者出現 (可能性) 説

この説は、売主・第一買主間でも第二買主に対する関係でも完全に生じた物権変動の効力 (①) が、民法 177 条の「第三者」たる第二買主が出現するという事実 (すなわち反対事実) そのものによって、これを第二買主に対して主張しえない限度において限縮してしまうとし、また、「対抗しえない」という意味は、「第三者」の出現という事実によって、なお物権変動があったことは否定されなくても、その優先的効果が失われる (第一買主はその所有権を第二買主に主張できなくなるであろう (②)) ということであり、さらに「第三者」の側が登記をそなえれば、物権変動そのものもなかったことになる (④)、と構成するものである。³⁹⁾

また、③の文言を、「所有権者が確定する」との意味合いに取るのであれば、これにも整合する。

さらに、売主の権利について述べるものではないが、この説は第三者主張説の延長に位置するものと評価されていることから、民法 177 条の「第三者」たる第二買主が出現するとき、すなわち、第二売買等の時点で、無権利であった売主が依然所有権者であることになるのであろう。⁴⁰⁾

そして、第二買主の所有権取得行為と抵触するすべての物権変動は「第三者」たる第二買主への売買時点で無効となるはずであるが、この説はそのように構成するのではなく、単に優先的効果が喪失するだけだとしている。そうであるならば、第一買主は依然権利を有しており、その対比として売主も無権利のままのはずだから、第二買主が売主から所有権を取得できうる理由はないはずである。第一買主は単なる無権利者たる第二買主に対しては優先的効力を主張できるはずであり、それが主張できなくなるのは、第二買主は第一買主の主張を許さない程度の権利を有していることにならなければならない。この矛盾を解決するためには、優先的効力説が採用している所有権の観念化等、同じ内容の

所有権を複数譲渡できるとする概念の導入が必要になるのではないだろうか。

そのような概念の導入があるのであれば、この説の全体的な法律構成は登記によって優先的効力の順位が確定するとする優先的効力説とほぼ同じになる。異なる点は、優先的効力説が最高裁昭和 46 年判例④に不整合であったが、この説は整合的ということになるのであろうが、この点についても、登記具備前の第二買主出現により、第一買主の有する所有権は抵触する関係となっているにもかかわらず、その時点で無効にはならないで、登記具備によってはじめて無効となるとする点の合理的な説明がなされなければならない。

(3) 最高裁昭和 46 年判例判決文と整合する構成

以上、検討の結果、いずれの学説も最高裁昭和 46 年判例①から④のすべてを満たすものではなかった。

そこで、既存学説をベースに最高裁昭和 46 年判例①から④を満たすべく、修正可能かどうかを検討し、修正可能であれば修正を行い、整合する法的構成を見出すものとする。

①修正

— 非・無権利構成学説 —

A. 債権的效果説と相対的無効説

いずれも登記を伴わない民法 176 条による物権変動は相対的效果しかないとするもので、この点がこれら説の根本的な特色であり、また、この特色ゆえに、登記具備した第二買主が承認する場合には説明がつかないとする点は、法律構成の根源的な欠点であると思われ、修正は難しいものと思われる。

B. 不完全物権変動説 — 我妻説 —

排他性を有しない物権の変動を民法 176 条にいうところの民法上の正規の物権変動と捉えることができるのであれば、①についても整合し、最高裁昭和 46 年判例①から④を満たす。

この点については、最高裁昭和 33 年判例および最高裁昭和 39 年判例の判断を取り入れることにより、修正できるのではないだろうか。すなわち、不完全

所有権、つまり、第一所有権および第二所有権は不完全に排他的な所有権であるとし、第三所有権は完全に排他的な所有権であると構成するのである。そうすれば、この点はこれら2判例が承認している点であり、①についても疑義なく、我妻説は最高裁昭和46年判例①から④のすべてを満たすことになる。それというも、これら判例は、民法176条のもと、不完全に排他的な所有権の移転も正規の物権変動であることを承認しているものといえるからである。

そして、(1)で述べたように、これら判例は、民法解釈上、所有権として完全に排他的な所有権のみならず、不完全に排他的な所有権をも承認することになり、所有権の帰属決定に至る権利の変動過程において、我妻説の所有権の恒久性に反する結果も修正できる。

C. 二段階物権変動論

この説は①に整合しない。萌芽的物権が相対効という債権的性質を有することが、民法176条に反することになるが、この萌芽的物権がこの説の根本的特色であり、これを修正することはできない。また、引渡時に萌芽的物権が買主に移転するとする点も民法176条に反するが、この点もこの説の主要な特色であり、修正は困難といえよう。

D. 優先的効力説

第一売買により、観念的所有権が第一買主に移転するが、観念的所有権といえども、それは物権として完全なものであることから、第二買主が登記を具備し、優先的効力の順位が確定しても、第一買主はそれまでは物権として完全に所有権を有していたことから、理論上、第一買主は当初からまったく所有権を取得しなかったことにはならず、④に整合しない。しかし、この点につき、④に示されている所有権を優先的効力の順位が確定した所有権であるとするれば、第一買主は当該所有権を一度も取得することがなかったわけであるから、④を満たすことになる。ただしその場合、この説は我妻説と基本的にほぼ同一の構成となる。すなわち、いずれの説も、観念的所有権概念を適用し、所有権の重複譲渡を可能であるとしており、さらに、不完全所有権と完全所有権の内容の相違については、我妻説が排他性の有無であるのに対し、優先的効力説は、そ

れを優先的効力の順位の確定・未確定で捉えているということであり、所有権の本質論を無視すれば、同じ法的構成を単に名称を変えて区分しているにすぎないとも取ることができよう。⁴¹⁾

— 不真正無権利構成 —

E. 不完全物権変動説 — 山中説 —

この説は、引渡または代金支払い時に第一所有権が移転するとの点は、①に整合的でない。

また、登記具備前において、第二買主が、第二売買時に無権利の売主から所有権を取得できるとする点が不合理である。この点はこの説が所有権を二重に譲渡できることを説明する核心部分であり、修正はできないものと思われる。

F. 第三者主張説：否認権説

この説は、E説と同様、無権利の売主からの第二買主の権利取得の説明に難点を有し、③にも完全に反している。

G. 第三者主張説：否認権行使意思実現説

第二買主が売主・第一買主間の物権変動と抵触する利益取得行為をした場合に、第二買主が完全に所有権を取得するとしており、③に完全に反している。

H. 第三者出現（可能性）説

この説は、第三者主張説の延長上にある説であることから、第三者たる第二買主出現時点で、理論上、それに抵触するという理由で第一買主の第一所有権取得が無効となるはずであるにもかかわらず、第一買主は引き続き所有権を有し、その優先的効力を主張できないにすぎないとする点、そして、第一買主の第一所有権取得が無効となる時点は、第二買主の登記具備時点であるとする点、これらの点とその関係性につき合理的説明がつかない点に難点がある。

②最高裁昭和46年判例判決文と整合する構成

以上より、B. 不完全物権変動説—我妻説、D. 優先的効力説を修正するこ

とにより、最高裁昭和46年判例判決文と整合する構成を導き出すことができようである。これらは、民法176条と同法177条とを統一的に説明するためには、登記の移転のない物権変動は、なんらかの意味で完全でない物権変動であるとするか、完全に物権変動を生ずるのは当事者間の相対的な関係に限られるとするか、のいずれしかないと考えられている中で、前者を採用したものである。⁴²⁾

また、①Dで述べたとおり、両説の構成は基本的にはほぼ同一の構成であるといえる。

そうであるならば、最高裁昭和46年判例判決文に整合的な一つの法的構成とすべく、不完全所有権と完全所有権の内容の相違につき、①Bで検討したように3判例が承認している内容を導入することが考え方として出てこよう。

すなわち、内容を導入する最高裁昭和33年判例および最高裁昭和39年判例は、(1)で先述したように、民法176条と同法177条との関係から、物権法定主義の拘束の下において、民法解釈上、二つの所有権（不完全に排他的な所有権、完全に排他的な所有権）を承認していると捉えることができるものと思われる。つまり、それらは、民法176条のもと、登記具備のない所有権移転は不完全に排他的な所有権の移転であり、また、そのことは、民法解釈上、物権変動として、完全に排他的な物権変動だけではなく、不完全に排他的な物権変動をも承認しているということになる。

そして、このようにこれら判例の判断を取り入れることにより、①から④のすべてを満たすことができるということは、最高裁昭和46年判例は、所有権の帰属決定に至る権利の変動過程の中に、第一所有権（不完全所有権）と第三所有権（完全所有権）との関係については最高裁昭和33年判例および最高裁昭和39年判例の判断を取り入れているともいうことができよう。この点が、最高裁昭和33年判例および最高裁昭和39年判例の判断を導入する理由にもなっている。

なお、残された論点として、第一所有権と第二所有権の内容が問題となりえよう。同一内容であるのかそうでないのか。どちらも観念的所有権ということになるのであろうし、それを特約で内容的に何ら付款を加えるものでなければ、そのままの内容で譲渡されるわけであるから、いずれも同内容の所有権、つまり不完全に排他的な所有権ということになるものと思われる。

以上より、最高裁昭和46年判例判決文と整合する構成としては、判決文に即して記載すると次のようになる。すなわち、売主・第一買主間における第一売買により、特段の意思表示がないかぎり、ただちに不完全に排他的な所有権（第一所有権：不完全所有権）が第一買主に移転する。この物権変動は3判例が承認する民法上の物権変動である（①）。そして、その登記がなされない間は、売主も不完全に排他的な所有権（第二所有権：不完全所有権）を有する。しかし、不完全な排他性ゆえに、第一買主は第一所有権を登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者たる第二買主に主張できない（②）。当該不動産が売主から第二買主に二重に売却され、第二買主に対し所有権移転登記がなされたときは、第二買主は登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者であることはいうまでもないことであるから、登記の時に第二買主において、完全に排他的な所有権（第三所有権：完全所有権）を取得するわけであるが、その所有権は、売主から第二買主に直接移転するのであり、売主からいったん第一買主に移転し、第一買主から第二買主に移転するものではなく（③）、第一買主は当初からまったく完全に排他的な所有権（第三所有権：完全所有権）を取得しなかったことになる（④）。

付け加えて説明するならば、最高裁昭和33年判例および最高裁昭和39年判例は、不完全な排他性であることを理由として、不完全所有権が重複移転することをも承認しているともいえ、そのことにつき理屈を付けるとすれば、第一所有権は観念的所有権であるゆえに、幾重にも重複譲渡が可能であり⁴³⁾、また、観念的所有権であっても不完全な排他性以外は完全な所有権であるから、妨害者に対し物権的請求権を行使できる。そして、第一買主は、第二買主の登記具備時に、排他性に抵触する範囲で、つまり、登記具備時に遡及して失権するのである⁴⁴⁾。

最高裁昭和33年判例および最高裁昭和39年判例は、不完全に排他的な所有権と完全に排他的な所有権を、民法解釈上、所有権として承認していることから、所有権の帰属決定に至る権利の変動過程においても、所有権の恒久性は、保持されることになる。

注

- 1) 舟橋諄一＝徳本鎮編『新版 注釈民法(6) 物権(1)』504頁〔原島重義＝児玉寛(有斐閣、補訂版、2009)〕。各説の内容は本文および脚注にて後述する。
- 2) 本判例と同様の説明方法をとったものとして、大判昭5・11・19法律評論20・民法115がある(安永正明「判批(最二小判昭46・11・5判時652・34)」法時44・7(1972)、財産法人法曹会編『最高裁判所判例解説民事編(昭和46年度)』643頁〔輪湖公寛(財産法人法曹会、1972)〕)。
- 3) 関係的所有権説を示したとされる前掲大連判大15・2・1の判決文のうち、「不動産ヲ甲ニ譲渡シタル被相続人ハ甲トノ關係ニ於テハ該不動産ノ所有權者ト謂フコトヲ得ス」は最高裁昭和46年判例でいう①(以下、最高裁昭和46年判例を示さず、丸数字だけを示すものとする)に該当し、「乙ハ甲ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル第三者ナルコト疑ナキ所ナレハ右ノ被相続人ハ譲渡ノ登記アラサル結果甲ニ對スル譲渡ニ因リテ全ク不動産ノ所有權ヲ失ヒタル者ニ非スシテ乙ニ對スル關係ニ於テハ依然所有權者ニシテ所謂關係的所有權ヲ有スルモノナリト謂フヲ得ヘシ」は②に該当し、「譲渡ノ登記ナキヲ以テ甲ハ所有權取得ヲ之ト反對若ハ相容レサル權利ヲ取得シ其ノ登記ヲ爲シタル第三者ニ對抗スルコトヲ得サルカ故ニ若此ノ被相続人カ相續開始前同一不動産ヲ更ニ乙ニ譲渡シ登記ヲ爲シタルトセハ乙ハ完全ニル所有權ヲ取得ス」は③に該当するものと思われる。

さらに、不完全物権変動説を示したとされる最高裁昭和33年判例が前掲大連判大15・2・1を引用していることから、不完全物権変動説の考え方は関係的所有権説の延長線上にあると捉えているものといえ、そうであるならば、関係的所有権は不完全物権変動説にいう不完全物権と類似の概念ともいえるのではないだろうか(田中整爾『現代民法講義2 物権法』98頁〔田中整爾＝下村正明(法律文化社、第二版、1998)〕)。最高裁昭和33年判例の判決文のうち、「本件土地の元所有権者Bが本件土地をCに贈与しても、その旨の登記手続をしない間は完全に排他性ある権利変動を生ぜず、Bも完全に無権利者とはならない」は、②に該当し、「その旨の登記手続をしない間は完全に排他性ある権利変動を生ぜず」はこれを反対解釈すれば③「登記の時に……完全に所有権を取得する……」に該当することになる。

なお、最高裁昭和39年判例は最高裁昭和33年判例を引用し、「所有権移転登記のなされない間は、完全に排他的な権利変動を生じないものと解すべきである」は、反対解釈をすることによって、③に該当することになるかと思われる。

相対的無効説を示したとされる前掲大判明34・2・22、前掲大判明39・4・25のうち、大判明34・2・22の事案は、不動産がAからB、BからCへと転々譲渡された事案であり、二重譲渡事案とは異なるが、未登記のCがAに対し移転登記請求をするにあたり、所有権取得の効果は売買当事者間のみ生ずるにすぎず、CはBに効力を主張できるが、Aには主張できない。よって、Cは登記引渡債権者としてBに代位しAに対し請求するしかないとする。今日AとCは当事者間の関係と解されており、CはAに対し登記なくして主張できると解されているにもかかわらず、この判決はそれすら相対的に捉えていることから、二重譲渡事案にあっても、当然、登記具備のない第一買主は第二買主に対して所有権の効力を主張できないとの結論を導くことになる。

前掲大判明39・4・25の判決文のうち、「物権ノ設定及ヒ移轉ハ民法第七十六條ノ規

定ニ依リ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其効力ヲ生ス」は①に該当し、「當事者間ニハ法令其意思表示ノミニ因リテ物權ノ設定移轉アリトモ同一ノ物權ヲ取得シタル第三者カ先ニ其登記ヲ爲シタルトキハ其者ノミ權利ヲ有スル」は、③に該当し、「意思表示ノミニ因リテ物權ヲ取得シタル者ノ物權ノ取得ハ第三者トノ關係ニ於テハ全ク其行爲ナキモノト看做サル、モノトス」は、④に該当する。

第三者主張説を示したとされる前掲大判明 45・6・28、前掲大判大 5・12・25 のうち、前掲大判明 45・6・28 は、民法 177 条は第三者保護の規定であるから、保護を受けようとする第三者からの主張がなければ同条の適用を受けることはできないとするのに対し、前掲大判大 5・12・25 は、積極的に否認権放棄の意思表示がなされないかぎり、第三者が当該不動産について当該物權変動と抵触するような利益取得行爲をした場合には、これによってその利益取得行爲と抵触するすべての他の物權変動を否認する意思表示されているものとする修正後の第三者主張説（否認権行使意思実現説）（柚木馨＝高木多喜男『判例物權総論』202 頁（有斐閣、補訂版、1972））に該当すると判断されたものと思われる。第二買主が抵触する利益取得行爲をすることにより、他の抵触するすべての物權変動が無効となる点は、④に該当することとなる。

- 4) 平成 17 年 3 月 7 日に施行された不動産登記法の改正（平成 16 年法律第 123 号、同 124 号：平成 16 年 6 月 18 日公布）は、不動産登記の書面申請につき出頭主義を廃止したことにより、郵送での申請も可能となったが、郵送の場合、申請の前後が判別できない場合が可能性としてはあり得る。その場合、不動産登記法 19 条 2 項により、同時に申請されたものとみなされることから、二重譲渡事案の場合、二重譲渡における二つの所有權の移転登記申請の受付年月日が同一になるという事態が発生し、不動産登記法上、同一不動産に二人の所有權者が作出されることになる。ただし実務では両者の申請は却下されるようであるが、その直後に第三の譲受人による申請が有効になされた場合、当該第三の譲受人が正規の登記名義人となってしまう、第一および第二の譲受人は、先に登記申請したにもかかわらず登記を取得できないという事態が生じてしまう。この結果は「先に登記を取得した者が勝つ」という対抗要件主義に則ってはいるものの、厳密にそのようにいえるかどうか疑問である。
- 5) この段階で第一買主は「他人の物」の占有者となるわけであるが、それまでは、売主より所有權（第一所有權）を取得し、「自己の物」を占有してきたことから、取得時効の規定である民法 162 条 1 項が「他人の物」としている以上、時効取得の要件を満たさないのではないかが問題となる。この点については学説・判例の傾向は、取得時効における占有は、「他人の物」に対するものである必要はなく、自己の物の上にも成立する、という見解に徹底しつつあり（谷口茂栄「判批（最二小判昭 46・11・5 金法 634・44）」金法 656・19（1972））、取得時効の成立が容認されている。
- 6) 川島武宣＝川井健『新版 注釈民法（7）物權（2）』302-303 頁〔川井健〕（有斐閣、2007）。恒久性とは、いったん成立した所有權は、他の原因による他人の取得がないかぎり永久に存続するものとされる。その結果、一定の存続期間を定めた所有權はありえないし、また所有權についての消滅時効は認められないとされる（同・前掲 303 頁）。
- 7) 北川善太郎『物權（民法講要Ⅱ）』77 頁（有斐閣、第二版、1996）、田中〔田中＝下村〕・前掲注（3）98 頁、舟橋＝徳本〔原島＝児玉〕・前掲注（1）504 頁

- 8) この解釈とは別に、「完全に」は「排他性ある」あるいは「排他的な」を修飾するのではなく、「権利変動」を修飾するものと捉えることはできない。なぜならば、民法176条は物権の設定及び移転は意思表示のみによって、明確に生ずるとしていることから、「完全に……権利変動を生ぜず」、「完全に……権利変動を生じない」として民法176条そのものを否定することはできないものと思われるからである。
- 9) 舟橋=徳本〔原島=児玉〕・前掲注(1)503-504頁
- 10) 舟橋=徳本〔原島=児玉〕・前掲注(1)504頁。なお、舟橋=徳本〔原島=児玉〕・前掲注(1)504頁は、「無権利構成」のうち、「不真正無権利構成」に属さない学説を「真正無権利構成」という。「真正無権利構成」には、法定証拠説(民法177条は、裁判所が事実認定を行うにあたり登記に法定証拠性を与えた規定であるとする(北川・前掲注(7)77頁)。最高裁昭和46年判例③では、登記具備により、第二買主が完全所有権を取得するとしており、裁判所が事実認定することによって完全所有権の帰属が確定するわけではない)、制裁的失権構成(民法176条のもと、第一買主が有効に権利取得するが、同一不動産について二重、三重契約の危険を避けにくいため、登記によりその取得を公示した者が最終的な権利者となる。いわば登記をしなかった第一買主にサンクションを失権という形で与えたものである。また、第一買主への譲渡によって無権利となったはずの売主からの第二買主による権利取得が可能となるのは、民法177条が売主の無権利という第二売買の瑕疵を治癒するからであるとする(滝沢隼代「物権変動論のその後の展開(二・完)」成城52・180-181(1996))。ボワソナードは、絶対性(=対抗可能性)を本質的属性とする所有権は、実定法によって変更することは不可能であるとする。そのため、第一買主には対抗可能な所有権が完全に移転する。しかし、謄記法は、公示の要請に基づき、第一買主に新たに謄記義務ないし公示義務を課し、第一買主の当該義務の懈怠に対してサンクションとして対抗不能という効果の発生を認めたものである(七戸克彦「対抗要件主義に関するボワソナード理論」法研64・12・205、219(1991))。最高裁昭和46年判例②は、登記により売主の無権利が治癒されたり、対抗不能によって売主の権利が擬制されるのではなく、登記前から、売主は第三者に対する関係において、所有権を有しているとして、信託保護構成(対抗要件主義を尊重しながらその枠内で公信原則を考えるもので、第一買主への所有権の完全な譲渡により、売主は無権利者となるが、その登記を信託した、つまり善意の第二買主に権利の原始的取得を認めるものである(半田正夫『不動産取引法の研究』10-15頁(勁草書房、1980))。最高裁昭和46年判例は第二買主の権利取得につき、善意といった主観的要件を要求していない)などがある。
- 11) 舟橋=徳本〔原島=児玉〕・前掲注(1)507頁
- 12) 北川・前掲注(7)76頁
- 13) 中川高男「物権変動における「対抗」の意義について——法条関係論からの一つの覚書——」片山金章先生追悼論文集刊行委員会編『片山金章先生追悼論文集 法と法学の明日を求めて』399頁(勁草書房、1989)
- 14) 舟橋=徳本〔原島=児玉〕・前掲注(1)505頁
- 15) 我妻栄著・有泉亨補訂『新訂 物権法(民法講義Ⅱ)』149頁(岩波書店、1983)
- 16) 加藤雅信『新民法大系Ⅱ 物権法』78頁(有斐閣、第二版、2005)
- 17) 中川・前掲注(13)401頁

- 18) 我妻・有泉・前掲注 (15) 149-150 頁
- 19) 我妻・有泉・前掲注 (15) 150 頁。この説はなぜ二重譲渡が可能かにつき、E. 優先的効力説を説く、於保不二雄『物権法 (上)』126 頁 (有斐閣、1966) を引用する (田中 [田中=下村]・前掲注 (3) 101 頁)。
- 20) 星野英一『民法概論Ⅱ (物権・担保物権)』39 頁 (良書普及会、1994)
- 21) 「シンポジウム 財産法理論の展開」私法 65・63 [加藤雅信発言] (2003)
- 22) 加藤雅信『新民法大系Ⅱ 物権法』78-79 頁 (有斐閣、第二版、2005)
- 23) 加藤・前掲注 (22) 76-81 頁
- 24) 加藤・前掲注 (22) 78 頁
- 25) 加藤・前掲注 (22) 97-98 頁
- 26) 加藤・前掲注 (22) 180 頁
- 27) 加藤・前掲注 (22) 208 頁
- 28) 於保・前掲 (19) 126 頁
- 29) 於保不二雄「公示なき物権の本質」論叢 58・3・20-21 (1952)
- 30) 星野・前掲注 (20) 39 頁
- 31) 於保・前掲注 (29) 23 頁
- 32) ここで検討した学説以外に、第二譲渡有効化論に分類される (舟橋=徳本 [原島=児玉]・前掲注 (1) 507 頁) もので、処分権制限構成 (第一売買により第一買主が排他性を有する完全な所有権を取得する。一方、第二買主は売主に所有権が帰属していないことにつき、善意無過失の場合に限り、売主との他人物売買契約 (第二売買) の、売主のものの売買契約への変換がなされ、第二買主に所有権の移転が肯定される。両者未登記の間は相互に排他性に欠く所有権を有するが、たとえば第二買主が登記を具備することにより、第一買主は所有権の排他性に抵触する範囲で、第二買主の所有権取得時点にさかのぼって失権する (松岡久和「不動産所有権二重譲渡紛争について (二)・完」龍谷 17・1・13-15 (1984)) とするものである。最高裁昭和 46 年判例は第二買主の権利取得に善意無過失といった主観的要件を課していない)、否認権行使による追完構成 (第一売買により第一買主は債権契約と物権契約とによって完全に所有権を取得し、売主は無権利者となるも、依然として有効に第二買主と債権契約を締結できる。売主・第二買主間の物権契約は非権利者の処分行為となる。しかし、第二買主は登記具備により、売主・第一買主間の物権契約を始めに遡って否認する実体法上の形成権を取得する。形成権の行使があると、売主に所有権が復帰して、売主・第二買主間の処分行為が追完され、売主・第二買主間の承継取得が生ずる (浜上則雄「不動産の二重譲渡と対抗要件」阪法 145 = 146・32-33 (1988)) とするものである。最高裁昭和 46 年判例②に不整合であり、形成権行使によって完全に所有権を取得する点も、③の登記時に第二買主が完全に所有権を取得する点に不整合である)、消極的公示主義構成 (第二買主の主張によって、売主・第一買主間の法律関係が否定されると、当該法律関係は当初から存在していなかったものとして扱われる。そして、その不存在を前提とする別個の法律関係が第二買主との間にあったかのように処理される。第二買主の権利取得は第一買主の権利喪失の反射的效果として構成される (多田利隆「民法 177 条の『対抗』問題における形式的整合性と実質的整合性—消極的公示主義の試み (三・完)」民商 102・4・410-412 (1990)) というものである。消極的公示主義構成と同様、最高裁昭

- 和46年判例③に不整合である)などがある。
- 33) この説は不完全物権変動説に属するものではあるが、第一売買により売主は無権利になったものとして捉えるものであるゆえ、ここに配置した。
- 34) この点は、最高裁昭和33年判例および最高裁昭和39年判例と同様の考え方を取っているものと思われる。
- 35) 山中康雄「民法177条について」愛大51=52・18-20
- 36) 中川・前掲注(13)400
- 37) 舟橋=徳本〔原島=児玉〕・前掲注(1)506頁
- 38) 柚木=高木・前掲注(3)202頁、舟橋=徳本〔原島=児玉〕・前掲注(1)506頁
- 39) 舟橋淳一編『注釈民法(6)物権(1)』249頁〔原島重義〕(有斐閣、1967)
- 40) 稲本洋之助『現代法律学講座10 民法Ⅱ(物権)』133頁(青林書院新社、1983)
- 41) 我妻説は、物権の排他性の直接の効果として、物権の「優先的効力」を挙げている(我妻栄『新訂債権総論』18頁(岩波書店、1964))。
- 42) 舟橋〔原島〕・前掲注(39)249頁
- 43) 舟橋=徳本〔舟橋=徳本〕・前掲注(1)9-10頁
- 44) 松岡・前掲注(32)14-15

