九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

鳩山秀夫「不動産物権変動の得喪変更に関する公信主義及び公示主義を論ず」 : 川井健『不動産物権変動の公示と公信』

七戸, 克彦
慶應義塾大学法学部 : 助教授

https://hdl.handle.net/2324/6188

出版情報：1999-12-31. 三省堂
バージョン：
権利関係：

2-09 鳩山秀夫

「不動産物権変動の得喪変更に関する公信主義及び公示主義を論ず」—①

[『民法研究　第2巻』(1930年・岩波書店)、『債権法における信義誠實の原則』(1955年・有斐閣) 所収、初出・法学協会雑誌33巻7・9・12号 (1915年)]

川井健

『不動産物権変動の公示と公信』—②

[1990年・日本評論社]

鳩山論文は、ドイツ法の「公示の原則」をわが国に紹介するとともに、「公示主義」(＝対抗要件主義) と「公信主義」を対置する用語法を定着させ、川井論文集は、昭和40年代に確立された二つの判例理論 (背信的悪意者排除論・94条2項類推適用論) を「公示の原則」(＝対抗要件主義) 内部の修正法理として位置づけた。

〔七戸　克彦　慶應義塾大学〕

1　このテーマをめぐる鳩山論文以前の学説状況

(1)　今日のわが国の物権法教科書は、物権法ないし物権変動法の基本原則の一つとして「公示の原則」なる原則を掲げるのが通例である。これは、次の2段からなる論理の全体を指す用語である。すなわち、物権が排他的支配権であることから、あるいは絶対権であることから、これをあらかじめ広く第三者の認識可能な状態においておくこと (公示) が、第三者が不測の損害を被らないためには必要である (公示の根拠・目的＝公示の要請)。そして、この公示の要請に応える手段として、公示に種々の私法上の効力 (設権的効力＝成立要件主義、対抗力、推定力、公信力) を結合させ、当事者に対して公示強制を行う必要が生ずる (公示の効力)。

(2)　このような論理それ自体は、ボアソナードや現行民法起草者あるいは明治30〜40年代の学説においても異論なく認められていたものである。しかしながら、この論理を、物権 (ないし物権変動) 法の基本理念として、「公示の原則」ないし「公示主義」の名の下に掲げる見解は、明治期においては存在しなかった。明治期の学説において、「公示主義」の用語は、上記種々の公示の効力のうち、もっぱら対抗要件主義を指す用語として用いられていた。一方、

明治期・大正期においては、「対抗要件」という単語は存在したが、「対抗要件主義」という用語はいまだ存在せず、これに対しては、上述の如く「公示主義」の用語があてられるか、もしくは「公信主義」の用語があてられるのが通例であった。

2　鳩山論文の内容とその学界的意義

(1)　上記のような明治・大正期の学説状況は、ドイツにおいても同様であった。すなわち、19世紀のドイツ法学説において「公示の原則（Publizitätsprinzip）」の用語は、公示の効力の中でももっぱら公信力を指して用いられることが多く（狭義の「公示の原則」）、上記のような論理全体を指す用語（広義の「公示の原則」）としてこれを用いる見解は存在しなかった。ところが、オイゲン・フーバーの論文『ドイツ物権法におけるゲヴェーレの意義』（1894年）によって、広義の「公示の原則」概念が提示され、さらに、ドイツ民法典制定直後の学説は、これを物権法の指導原理として定立した。カール・クローメの物権法教科書（1905年）が、それである。

そして、鳩山論文は、こうした「公示の原則」をめぐるドイツ法の状況を、はじめてわが国に紹介した。その結果、以後のわが国の学説は、クローメと同様、物権（変動）法の基本原則の一つとして広義の「公示の原則」を掲げるようになったのであり、鳩山論文の学界的意義の第一は、この点にある。

(2)　しかしながら、その一方において鳩山論文は、当時のわが国の学説中、対抗要件主義を指して「相対的公信主義」と呼ぶ用語法を批判し、およそ公信力を与えない主義を指して「公示主義」と呼ぶべき旨を提唱した。わが国における「公示」と「公信」を対置する理解はここに始まるのであって、この点に鳩山論文の第二の意義がある。その後、昭和期になると「対抗要件主義」の用語が現れるようになるが、しかし、これを「公示の原則」と呼んで「公信の原則」と対置させる鳩山論文の用語法は、昭和初期の我妻栄博士の物権法教科書以降、わが国における一般的理解として定着した。

だが、このような用語法は、先に述べた広義の「公示の原則」の用語法との間で抵触関係を来す。その結果、以後の学説においては、「公示の原則」をめぐって広狭二義の用語法が錯綜する結果となった。また、鳩山論文の論旨の中心は、「公示主義」（＝対抗要件主義）に関する第三者無制限説と、立法論としての「公信主義」への移行にあったが、これらの主張は、その後の学説におい

ては少数説に留まった。

3 川井論文集の内容とその学界的意義

(1) 戦後、昭和40年代に入って、最高裁は、ほぼ同時期に、不動産物権変動に関する二つの判例理論を確立した。その一は背信的悪意者排除論、その二は94条2項類推適用法理である。しかし、前者につき、初期の判例の中には、公序良俗違反をはじめ種々の法律構成をとるものがあり、他方、後者につき、学説の多くは、これを公信力類似の法理と評価した。

かかる法律構成に対して、川井論文集所収の論文は、両理論を、ともに177条の「第三者」要件の問題として位置づけるべきことを提唱した。すなわち、明治41年12月15日「第三者」制限連合部判決は、177条の「第三者」の範囲を「登記ノ欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者」に限定したが、この判決における「正当ノ利益」とは、第三者の取得した権原の客観的性質から形式的に決定されるものであった。これに対して、川井説は、同判決にいう「正当ノ利益」概念を、より実質的な観念からとらえるべきである旨を主張した。すなわち、一方において、第三者の取得態様が信義則違反となる場合には、彼は「正当ノ利益ヲ有スル者」にあたらないとし、他方において、当事者の登記欠缺に関する帰責性が著しく、したがってその権利主張が権利濫用と評価されるような場合には、たとえ第三者が無権利者であっても、彼は177条の「正当ノ利益ヲ有スル」第三者にあたる（これを川井教授は上記鳩山博士の「無制限説の復活」と表現する)、というのである。

(2) 以上の川井説のうち、「正当ノ利益」概念に実質的要素を取り込むべきとする基本主張の部分、および、当該実質的側面からみて、信義則違反の第三者は「正当ノ利益」を有さないとする背信的悪意者排除の法律構成は、その後一気に通説化した。しかし、これに対して、94条2項類推適用法理につき、登記欠缺について帰責性ある当事者の権利主張が権利濫用と評価される場合には、無権利者も「正当ノ利益」を有する第三者にあたるとする川井説の理論構成に賛同する学説は少なかった。二重譲渡の法的構成の論点において、177条の第三者は「権利者からの取得者」であるとし、この観点から「公示の原則」(＝対抗要件主義）と「公信の原則」を峻別する通説的見解にとって、無権利者ないし無権利者からの取得者も177条の「第三者」に含まれるとする川井説の主張は、受け入れ難いものであったからである。

4　その後の学界の展開

(1)　まず、広狭二義の「公示の原則」の用語法をめぐる学説の混迷状態は、今日に至るもなお解消されていない。星野英一「物権変動論における『対抗』問題と『公信』問題」『民法論集　第6巻』(1986年・有斐閣) 所収は、鳩山論文以来の用語法の混乱状況を紹介した後、この用語それ自体の廃止を主張するが、しかし、広義の「公示の原則」に関しては、これに代替する用語が存在しない点が問題として残される。

(2)　他方、「公示の原則」(狭義) と「公信の原則」を対置する通説的理解に対しては、二重譲渡の法的構成につき、177条もまた「無権利者からの取得」効果を認めた条文であるとする見解が、比較的早期から存在した。そして、この見解は、判例における背信的悪意者排除論・94条2項類推適用法理の形成を機縁に次第に有力化していった。今日、この見解には、第三者の信頼要件の側に比重を置く公信力説と、当事者の帰責性要件の側に比重を置く失権説の2つがあるが、判例の94条2項類推適用法理を177条の問題としてとらえる川井説もまた、177条に「無権利者からの取得」効果を認めるという点において、実はこれらの学説と同様のものである。以上を要するに、通説における「公示」と「公信」の峻別論ないし「対抗の法理」と「無権利の法理」の峻別論に対しては、実質的価値判断と理論構成の両面から、有力な異論が提起されている状況にある。

■著者紹介

—①**鳩山秀夫**（別項*1-02*参照）

—②**川井健**

主要著作：本書のほか、『担保物権法』(1975年・青林書院新社)、『無効の研究』(1979年・一粒社)、『民法判例と時代思潮』(1981年・日本評論社)、『設例民法学(1民法総則・2物権法)』(1976～80年・一粒社)、『民法教室（不法行為法・物権法・債権法1～4)』(1983～93年・日本評論社)、『民法入門（第2版)』(1993年・有斐閣)、『民法概論（1民法総則・2物権)』(1995～97年・有斐閣）等。

略　　歴：1927（昭2）年生まれ。東京大学法学部卒。北海道大学、一橋大学教授、同大学学長を経て、現在、帝京大学教授（著作・履歴については、一橋論叢107巻1号（1992年）に詳しい)。