

不動産物権変動について

田中 ひとみ

Transfer of property rights

✿ 要 旨 ✿

The time of transfer of immovable property is ruled by two articles in Japan. §176 of civil code which we learned from France in Meiji area, is decided among the parties.

And the alienation of the ownership is at the time of the agreement of the contract.

And §177 in civil code which we learned in Meiji area from Germany, decides to the third party. And to insist the right to the third party, it is needed Record.

I feel both articles are not alike. I agree with German way. The record is needed among the parties and third parties also. I think it should be admitted in Japan.

キーワード：不動産の対抗要件、登記と第三者 意思主義、表示主義 登記と解除権、登記と取消権

1. 序

物権法に於いて不動産の所有権移転時期については、議論が分かれる。ドイツ民法第2章不動産の総論規定の最初の873条では、不動産の所有権の譲渡は、合意及び登記が必要であるとされる¹⁾。私見はこの通りで良いと考える。不動産登記に公信力を認めることにも賛成である。

しかし、日本においては、所有権の移転については176条の意思主義が、フランス民法典（1804年）から、そして、177条の対抗要件主義がドイツ民法典（1900年）から、別個に採用され、矛盾を来していることが、久しく指摘されている。

そこで、本稿は、ドイツ法を採用し、取引の安全を図るべきことを主張する。これにより、176条と177条の統合が図られ、この矛盾が解決されるものとする。

2. 民法起草者の見解

2.1 法典調査会での議論

現行法の176条は穂積陳重委員の立案によるものである²⁾。まず、要点のみ摘示するならば、ここにおいては、登記により、移転するとした法制度では、登記以前から権利を侵害されていたならば、他者がその人の権利ではないからといって侵害するのが当然となる（そこで登記を早く具備しなければならないこととなる）。又、その人の権利ではないから、「侵害してよい」とはいえない（従って、ここでも早く登記を具備することが促進される）。このような議論のすえ、登記は対抗要件だとされたわけである。即ち、これが、第三者に対抗することができない、という法選択である。そして、二重譲渡の場合には登記が有益である、とする。

ここで、穂積委員の基調説明について、概略すると次のとおりである。

第一に本条（176条、現行法177条）は前条の但書的存在である。

第二に物権は合意で移転する事ができる。

第三に物権は合意に依って、設定することができる。

第四に、旧登記法第六条に於いては、第三者に登記を具備しなければ、効力が無い、と書かれているが、起草者はこの主義を採用しない。

第五として、登記は第三者への対抗要件である。（注と重複するが、この点を再度穂積委員の説明によれば、次のとおりである。「勿論、物権がありました時に第三者に対してそれを主張し、それをもって第三者という者に不利益を与えることは出来ないという方と同じ結果となりますが、しかし、対抗することができたとする方を採用したのであります。）」

第六として、公法である登記法のための登記法理として公示の原則を第三者のため、重視した。

第七として、第三者の善意、悪意を不問とした。（この点は、現在では、公信の原則により、修正されている。即ち、善意、無過失でなければ、第三者は保護されないこととされる。判例の制限説を前提とする。）

第八として、登記することを要するかは、不動産登記法に依ることも可能である。

第九として、相続には、登記が対抗要件として必要である。（これは時効取得及び取消も同様とすべきである。）

以上の基調説明により、本条文の射程範囲がある程度明らかとされる。他方、起草者の梅委員の民法要義の巻二の説明を注に附記する。

3. ドイツ民法の不動産物権変動について

ドイツ民法においては、物権変動を生じる契約を物権的合意とし、土地所有権譲渡⁴⁾の合意は当事者双方が登記所に出現して行う。これをアウフラッシング（Auflassung）という³⁾。これは、債権的行為である契約（Vertrag）とは別個のものとされ、不動産の物権の移転については更に登記（Eintragung）を要し、これがなければ、変動の効力は、生じないものとされる。これが形式主義である。この方式は、意思主義には劣

るが、取引の安全および、法律関係の安定に資するものとされる⁹⁾。

4. フランス民法の不動産物権変動について

フランス民法は、物権の変動を目的とする合意も債権を発生させる合意に於いてもconventionとし、両者の区別がなされない。所有権は債権の効力により移転する。物の給付について、特に、登記などを必要としない。日本の現行法と同じく当事者間では、登記は必要とされない。契約（合意）のみにより、物権変動は生じるものとされる⁸⁾。前述のとおり、フランス民法は法典上、物権と債権を区別しないことから、意思主義により、債権的行為のみに依り所有権は譲渡される。しかし、この方式は、私見によれば、対第三者との法律関係と当事者間の法律関係が統一的に扱われず、困難を来たすこととなる。

5. 日本法においての問題点について

5.1

176条に依るならば当事者間の契約により、所有権が移転する。即ち、ここにおいては、意思自治が貫徹されるが、所有権の移転時期は、契約成立時と登記時に依って、つまり、これが、同時に為されて、第三者に明示されて取引の安全が図られ、法律関係が早期に確定することが要請されると共に上記に指摘したところの矛盾を回避しうることと考える。これがドイツでは行われているのである。

一方、善意、無過失で、その外観を信頼した者を保護する外観理論は善意悪意を峻別しない177条と矛盾するのであるが、ここに於いても、この問題は、ドイツ法上、矛盾しないものとする。すなわち、不動産物権変動については、物権的合意（物権の移転、設定等）と登記により行われるべきであろう。

私見では、債権的合意（債権契約）は物権的合意（物権契約）の原因であり、債権契約は債権的権利・義務を生ずるにすぎず、これに依って物権の変動を生ずるものではない。更に登記を要すると考える。物権の得喪・変更には別個に物権契約を要する。また、動産の物権変動は物権的合意（Einigung）と占有の引渡

し（Uebergabe）とにより、行われる⁹⁾。従って176条の意思主義は債権的合意と解すべきである。これに依り、当事者間の物権変動と対第三者への対抗要件は統一的に解釈され、登記に実体が伴う事に依って、公信力を認めることともなろう。従って、ドイツ民法の継受を行うべきであり、物権と債権を区別しないフランス民法の継受はパンデクテンシステム上は、採用し得ないものと解される。

意思表示は物権行為（登記の移転等）の為、不可欠な要素であり、効力発生要件とするべきである。他方、登記は契約の効力発生要件であり、かつ、対抗要件でもある。これが、民法176条、177条の素直な解釈であろう。こうであるとするならば、契約は意思表示と登記によって、効力が生じるとするドイツ民法の考え方もここに於いて採用可能であり、妥当するものと言えよう。このように解すると取消と登記、解除と登記、相続と登記についても、登記を具備しなければ、対抗できないものとする。

私見ではまず、当事者間においても登記を移転しない、という法律関係の不安定、不明瞭な時間を作出すべきでなく、第二に、登記に依る公示を実体を反映させ、かつ徹底すべきであることから、登記制度の利用を促進すべきものであると考える。従って、登記移転請求が為し得る者が登記に依って第三者にも対抗し得、決着をつけ得るためにも、当事者間においても、登記時に所有権の移転時期、物権変動の時期を定めるべきである、と解する。このことは、当事者間では、同時履行の抗弁を認め、また、契約の均衡からも、契約時と一致させることが重要であり、契約時に登記も移転させることが要請されるものとする。

5.2

また二重譲渡については、そもそも登記が契約時に行われ、物権変動が為されるのであるから、そもそも問題は生じないこととなる。即ち、ここでは、登記の無いことを良いことに、二重譲渡が可能とならない様、法制度を構成すべきなのであって、意思表示と伴って、登記がなされることが要請されるのであり、当事者間の移転時期と対第三者との移転時期とは一致して、同時に為されるべきである。この両者の法律関係を一致させ、同様に扱うことが重要である。私見はこ

の点に於いて、ドイツ民法の法構造に賛成したい。此の事により、取引の安全が図られ、法律関係の明確化が行われ、また、登記の具備が促進されることとなろう。そして、登記の存在が、確定的とされるので、公信力を認めることともなる。このことは日本民法上、好ましいことであろう。

5.3

このドイツ的な法構造に更に、付言すれば、登記移転の債務が未履行の時点に於いて、所有権の移転を認めることは、実体が伴っておらず、妥当ではない。対抗要件を具備しなければ第三者に対抗できないのであるから、対抗要件を移転する時点において、同時に給付を要請し、当事者間に於いても所有権の移転を認めることが適切である。従って所有権移転等の物権変動に関しては、債権的行為と物権的行為双方が同時に行われなければならない。相手方の履行の提供がなければ、他方の給付の効力も無い、とすることが、契約責任の構造からも妥当である。従って、第三者への対抗要件が具備されなければ、当事者間に於いても、物権変動は生じない、とすることが、妥当である。対第三者への対抗問題と当事者間に於いての給付の均衡が同時に為されることは、契約の履行責任の観点からも公平である。

5.4

さらに、公信力の問題とともに、善意、無過失の第三者を保護する場合、これは、民法に通底する外観法理の一つであり、取引の安全のため、重要である。このことは、民法上貫徹されるべきであり、このためにも、登記は契約成立の要件とされるべきであろう。2004年の不動産登記法の改正により、申請情報の制度及び、登記識別情報制度が採用され、若干登記制度が整備されている。登記制度が利用しやすい制度として、活用されることを期待したい。

6. 日本の学説の変遷

6.1

古くは、物権行為独自性否定説（かつての通説である。物権変動の原因としての契約成立のための意思表示

示があればそれで足り、それとは別個に物権変動の為の意思表示は不要である、とする見解)、肯定説などの対立が議論された。また、立法主義の対立として、影響を受けた、意思主義、形式主義、対抗要件主義について、その整合的な解釈も行われた。ここでは、所有権の移転時期についての学説を概観したい。

まず、第一に、末川説（物権行為時説）に依るならば、物権行為独自性肯定説の立場から、代金支払、登記、引渡し等外部的徴表を伴う行為によって所有権は移転する、との見解が主張された¹¹⁾。

取引の実際上の考慮からである。すなわち、我が国の取引では、所有権は当事者間の意思表示だけでは、移転せず、様々な外部的徴表があった場合に、所有権は移転する、と考えられており、このいずれかの時期に移転する、と考えられるものとされる。しかし、いつの時点か、の回答としては、不十分であろう。

第二に、川島説に依って、有償契約の牽連性から、対価たる代金支払時に所有権が移転する、との見解が現れた¹²⁾。

この見解は例えば、代金支払いがあるまで所有権は移転しないとするのが原則であり、双務契約上、対価の支払い時即ち、代金の支払時に移転がなされるものとする。この説も日本の実務に馴染む考え方であろう。しかし、その後、引渡をなすべき時点、すなわち、代金支払時または登記時に改説された。なお、この説は物権行為の独自性を否定する立場からも賛同されている。

第三に、所有権移転時期を画することを諦め、実益も無い、とする、なし崩し説（確定不要説）が主張された。これは、所有権の各種の権能が契約時から、徐々に移行する、とし、ある時点での特定を放棄する見解である¹³⁾。

しかし、やはり、移転時期がいつか、につき回答がなされるべきであろう。

私見によれば、契約時、すなわち登記時に、所有権は移転するものと解する。

7. 日本の判例の見解

7.1

所有権移転時期についての判例理論について、判例

は、大審院時代以来、一貫している。すなわち、所有権は契約成立と同時に移転することとされてきた¹⁴⁾。

しかし、判例理論に対しては学説上、批判のあるところである。

まず第一に買主は代金未払のうちに、所有権に基づく引渡請求権や登記請求権を行使することとなり、これに対して、売主に同時履行の抗弁権を主張できるか、という問題がある。これは、代金支払と登記の時期が対価関係にありながら、食い違ふ為に生じる問題であり、私見によれば、このような問題は生じない。

第二に、代金債権が時効消滅した後、買主が物権的請求権として、一方的に登記引渡請求権を行使でき、この点不合理である、とした批判のあるところである¹⁵⁾。

7.2

しかしながら、私見によれば、この点については、給付の均衡という観点から、民法1条2項により、信義則によって、登記引渡請求権の権利行使を認めない、あるいは、民法1条3項の権利濫用にあたり、行使を認めない、との解決が、可能であると思われる。一般論としては、契約責任上、当該権利行使を認めることが、妥当か否か、また、給付のバランス上、公平か否か、といった観点から、総合考慮すべきことと考える。所有権移転の時期に依って様々な所有権の権利性が生じることは確かであり、様々な主張が公平の観点から、権利行使を許容してゆくべきである、と考える。

8. 結語

登記は、公示及び物的帰属の優先関係を決定する機能を持つ。登記を仏法は対抗要件、独法は成立要件かつ対抗要件とする点に、二国間の伝統的な相違がある。また、この相違点は公信力、二重譲渡につき問題とされる。

所有権の移転時期について、日本は独自の法解釈を展開してきた。華やかな議論が為されてきた。当初の筆者の問題意識は、なんとか176条と177条の整合的な解釈を提示することであった。しかし、公信力の問題から、対抗要件の問題を後退させ、善意・無過失の第三者を保護すべき問題として捉えることが、より重要である、との認識から、問題の集約を行い、このた

どり着いたことが、立法者意思の歴史的解釈とともに、ドイツ法の解決であった。法的な至上命題とし、取引の安全を最もかつシンプルに行うことが、このドイツ的な発想であった。このことは、登記に関わる問題（相続、解除、取消等）についても解決可能であり、最も適切な法政策である、と思われる。法律関係の安定を率直に保護しうる法技術であり、今後日本民法の行くべき姿を物語っていると言えよう。今後の課題としたい。

【注】

- 1) B G B § 873 1) Erwerb durch Einigung und Eintragung Zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstueck, zur Belastung eines Grundstuecks mit einem Recht sowie zur Uebertragung oder Belastung eines solchen Rechts ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils ueber den Eintritt der Rechtstenderung und die Eintragung der Rechtstaenderung in das Grundbuch erforderlich, sowie nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.
- 2) 法典調査会の現行法177条の審議をすこし長くなるが、口語訳しておく。
第178条 不動産に関する物権の得喪および変更は登記法の規定に従い登記を為すにあらざれば、これをもって第三者に対抗することを得ず。

穂積陳重君

本条及び次の箇条はいわば、前条すなわち第177条の但書とでも申すべきものであります。で、固より物権というものは、合意で移転することが出来る。合意で設定することができる。物権というものは一般に対して効力を生ずべき権利でありますからして私共は合意で設定移転することができる、と言えば、既にその物権というものは全く生きてると、こう第一に思うのであります。併しながら此の原則の方は理論上または実際便利上原則を用いましたが、併しこれを絶対的に用いると、あるいはその為に、取引上非常な弊害を生ずるようなことがありますから、本条ならびに次の条の規定がこれとともに入用になってくるのであります。勿論不動産に関する物権はすべて得喪および変更移転は変更にも得喪にも両方にも知れぬ。それは登記法すなわち特別法になりますとこ

ろの登記法でかくのごとき物権は必ず規定しなければならぬ。斯くのごとき物権は規定することを得るとか、また、斯くのごとき手続で登記したとか種々の規定が必ず出来るでありましょう。其の規定をここで見まして、登記法の規定に従い、登記を為すにあらざれば、これをもって第三者に対抗することができない。登記法6条には、登記をしない時には法律上第三者に効力がない、という風に書いてあります。私共はこの主義を採らない。第三者に対しては、効果なしではない。もちろん、物権が移転致しますれば一般に対して効果があるのであります。問題がありました時に第三者に対してそれを主張し、それを以て第三者という者に不利益をあたえることはできないという方の、同じ結果になりますが、併しながらこれを対抗することができたという方の主義を採用したのであります。第二に本条はドイツその他多くの国の主義に依っていますが不動産に関する物権殊に所有権のごときは、登記がすなわち所有権移転の方法である不動産については登記動産については引渡しという主義は採らないで、不動産の登記は公益に基づく公示法であるが為に権利は移転することができるが、これを対抗することはできない、すなわち、公示法の主義を第三者の為にも採ったのであります。既に公示法であります以上は必ずここに質問がでようと思えますから、説明の中に付け加えておきますが、吾々は絶対的なものである、絶対的なものでなければ、公示法の効果を奏することはできないと考えますが故に単に「第三者に対抗することを得ず。」と書きくださったのであります。第三者の善意とか悪意とかいう形容詞を付けなかった訳であります。ここらが、幾らか既成法典（筆者：ボアソナード草案）とは趣を異にして居る点であります。またこの公益に基づいた公示法であります以上は既に諸国の法典に於いて多く起こりました所の問題、或る権利は登記しなければならぬか、または登記することを要せぬかという風の問題が必ず出て来るでありましょう。その問題は登記法に譲ることもできます。本条の規定によると、不動産に関する物権というものはことごとく登記しなければ絶対的に効力は生じない。それゆえに、もし、他に規定ができなかったならば遺贈などの場合においても物権というものは登記をしなければならぬ。あるいは相続もこれらの問題が随分諸国にあることでありましょうが、やはり相続だけは登記しなければならぬということでありま

すればやはり、本条が当たるのであろう。そこは随分各種の問題を調べてみまして、絶対的に斯くの如き規定を設けたのであります。

横田国臣君

一寸質問しますが、これは、大変に難しい所であります。それで、双方の意思で移るということだけは、決まった。そうすると、ここに「登記法の規定に従い登記をなすにあらざれば、これをもって第三者に対抗することを得ず」とありますが、例えば、約束をしてこの不動産を売却するという場合、そうすると移っているものは、第三者に対抗することができないとすると、その権利は、論理からいうと、何に依って消えるのでございましょうか。向こうの人から私が田地を購入したなら、この権利は移っている。しこうするといったん移ったものというならば、必ず第三者に対抗することが出来ぬから、第三者に渡すのは、私から向こうに渡すことになりませんが、その議論はどのようになりますでしょうか。

穂積陳重君

こういう考えなのであります。物権というものは、その権利の性質上、誰に対しても効力がある。それで、もしも反対の主義を採って登記に依って移る、とこう致しました以上、登記前にその権利を前から侵害された時においても他の人がたとえその人の権利でないから、といって、侵害することが出来るのは当然のことになります。これが、第三者に対抗することが出来ない方がありますから、その人の権利でないから侵害しても宜しいということは出来ないという方になろうと思います。理論上こういうところは違うと思います。登記に依って移るということと、併しながら本条の主としているところと前に譲渡があつてそれからまた、後に譲渡行為を為す前後二者の譲渡の行為が抵触する時におもにこの箇条が実際上必要になるのであろう、と思います。その場合においては、初めから、第三者に対抗することを得ると、得ないとの権利で理論というものはどちらに決めても格別、実際の結果は違わないのであります。

横田国臣君

少し私の御尋ね申した点とかけりゆかないようではありますが、私の御尋ね致すのは、どうもそれでは何と云って宜しゅうございましょうか、日本で言えば法理上の理論というものが、合わないように思います。既に契約をして、私に移ったものならば、私の物になっている。そ

うすれば、登記しなければ、対抗することが出来ない、というならば、私から、向こうにやらなければならぬ。なぜかという、もはや譲渡した権利は元来効力がある。それで、それがおかしくなりはしないのか、ということを上上げたのであります。そこで理論をどんな風に御論じになっているのですか。

穂積陳重君

なるほど、登記というもののあるまでは、第三者に対抗することが出来ないという、物を売却する場合にその売り手がどうなるのか、ということではありますが、私は誠に能く了解するのに苦しみますが。

横田国臣君

私の意味がよくお分かりになりませんか。

富井政章君

横田君の御話はこういう場合を御想定なさっていると思うのですが、甲が乙に物を売却し、未だ登記をしていない間にその甲が復た丙なる者に売却をした。こういう場合に、丙がさきに登記を具備すれば、丙が所有権を得る、どうしても、そういう場合には、丙が甲から所有権を得たということにならなければならぬ。こういうのであります。これは随分議論のある問題だと思いますのでわたしは、その方の考えであります。結果が少しちがう。

横田国臣君

しこうすると、今度の登記がちがってきますね。何故かという、去る妙な話で所有権のない奴が登記をして売却している。それでドイツ法は軽いようではありますが、一体そのような風に怠る者が悪い。それで登記というものでなければ、移転しない。

穂積陳重君

そうすると、それは、前条から、決めてゆかなくてはならない。

梅謙次郎君

その問題は前条で決まっている。

横田国臣君

前条で決まっているが、前条を取り除くこととなるので、不動産という字が・・・。

梅謙次郎君

そうすると次の条文（筆者：動産に関する物権の譲渡の対抗要件の現行法178条）もやはり何かそれに代わるものがなくては、権衡を得ません。引渡が、こういう効力を持つとかいうことにしないと・・・。

横田国臣君

次の条文にはまだ移らないが、ただ、約束だけでは移転しない。あなた方（筆者：立法者のこと）はそう御考えになったのだと思います。第177条は原則であるが、併しながら178条179条は別段に例外をおいたのであろうと思います。

梅謙次郎君

多少の例外をおいたのであります。

横田国臣君

それだから私はこの動産について売りましようといった時は移らぬ。動産を持って往かなければならない。

梅謙次郎君

「第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」と言うのであります。

横田国臣君

それだから違う話である。

梅謙次郎君

もし、そうであれば、177条を書き替えなければならない。

横田国臣君

177条は別段の場合がある。

土方寧君

本条に「得喪及び変更」とありますが、前条の文例と少し釣合が悪いように思いますが、如何ですか。

穂積陳重君

変更という字を入れたのは権利を一つ、全体所有権なら所有権というものだけを登記を致して或通常支分権と申しますものを他人に譲渡すこと即ち設定するような風の場合であります。元の権利から言うと変更であります。例えば、地役というものが、登記することになれば、地役或は通常抵当の如きものさうゆう風なものは、もと、登記をしておいた権利に幾らか変更を生じるのであるから、ここでは、ことさらに変更という字をいれたのであります。

土方寧君

今の御説明では、いっこうに区別はされないとします。併しながら、私の考えでは、一体、前の「設定」の中に「変更」も含むということは、無理と思いますが、前条に無くてここにあるのは宜しくないとします。

梅謙次郎君

私の先刻の答弁がいくらか質問を受けるようになっているようでありますから、ちょっと弁明しておきます。これは、前条といくらか権衡を得ないということは認めて

おります。これは一旦削ろうかという考えを起こしてもみたのであります。ところが、何故ここへ変更ということを加えたかというならば、第一に、第三者に対抗することが出来る、出来たということは、非常に其の効果につき疑いが起こる。もしこれが「得喪」に入らないというようなことになっては困る。併しながら前のは疑いの起こることではない。設定さえも出来るから変更も出来る。ここの中に入らないということはない。理屈上これまで入っておりますから、前のは、特に書く必要はないが、ここは、特に書いておかないと誤解を来す恐れがある、というので、釣り合いが合わないということは承知していながら特に書いたのであります。

土方寧君

分かりました。

高木豊三君

私は178条の原則であります、すなわち、前条でいかに決まっておりますが、私共はやはり、ドイツに多言する（かたる）ということであるか、知らぬが、どちらが宜しかろうかという、むしろ、登記法というものを完全に設ける以上は、移転を成立の条件としたいと思います。その感覚は、實際上フランス主義日本の今日迄の主義では、種々の争いを生じているが為に、実際その必要を感じまするので、その方が宜しいと思うのであります。しかし、これはよほど起草者にも御考えになったことでもありましようし、これまでの傾き（事のなりゆき）日本では急激の変更もできないであろうと思って実は御尋ねしなかつたのであります。ただいまの横田君の御説でもし、そういう工合であれば、前条から替えなければならない、とかいう御話であります、定めて是非是非こうでなければならない、という御熟考の上の理屈があらうと思いますが、それを一つ心得までに御説明を承っておきたい、と思います。

穂積陳重君

大変な大きな問題であります、もとよりこういう大きな問題でありますから、私共の間にかれこれ議論はしなかつたのであります、併しながらこの登記法を物権移転の原因にするとか、物権移転の方法にするとかいうのは宜しくないということだけは、予め私共も思っておりましたし、もう初めから、採らないという吾々の相談になっていたのであります。それは、この登記法というものは、とにかく御述べになったとおり、どういうものが

できるか、今のままでは、まだ不完全であるし、今のところでは、不動産に関する物権はことごとく登記しなければならぬ、ということにもなっていない。土地などに関しては、随分重い問題でありましょうが、併しながらこの登記というものを必ずその方法にしなければならない、と言いますと、今日日本一般の慣習上実際の取引上その方が都合が宜しいか悪いかは、甚だ疑わしい。御承知の通り、既に前には土地だけに関しては、丁度登記法と同様の方法を以て或る公の手續を以て移転するという主義が行われていた。その主義はどうも、不都合が多いというので、それゆえに明治19年に登記法で登記というものは、公にことに改正せられたものであります。私共は、どうも、なるべく人民の取引というものを容易にして、それと同時に取引の間違わないようにする方法を採る方が宜しかろうと思ひまして、この事については、吾々の間でも格別議論なしに三人とも同意で此の方を採ったのであります。

長谷川喬君

私は前条に於いては変更という字がなくとも分かる。本条では変更という字がなくとも疑いがある、ということは、すこぶる解しがたいところではありますが、しかし私の考えでは前条に変更という字を入れる考えであったから、ここで変更を削るということは、つまり愚痴をいうのに過ぎませんから、ここは、宜しゅうございませうが、次にある所の「登記法ノ規定ニ従イ」というという事を此処に掲げる必要がありましょうか。いずれ登記を為すについては、登記法の規定に従うということは当然のことであろうと思ひますから、ことさらにこれを掲げる必要はないと思ひます。かつ、先例を見ると第47条に於いては「登記を受けるにあらざれば、他人にその効果なし」とあって、「登記法の規定に従い」ということは掲げておりません。それにことさらにここに御掲げになったのはどういふわけでありませうか。

穂積陳重君

ごもつともな御質問であります。ここは、ことさらに吾々が考えていたのであります。少しでも往けない字があると直ぐ削られるからなるべく「善意なると悪意あるとを問はず」とか「特別の場合を除くほか」とかというような風の字は初めから除いて提出するのであります。「登記法の規定に従い登記を為す」、これも必ずこういう風な御質問が出ると思ひましたが、ことさらにここに置

いたのは、登記法が特別法になって不動産に関する物権というものはことごとく登記すべきものであるか否やということについては、疑いがあります。登記法であるいは物権に関する不動産は登記しないものが出来るかも知れない。第一に私共が疑いを有しているのは、占有権のことです。占有権は登記すべきものであるか、登記すべからざるものであるか、という一つの疑いがあります。そういうわけでありませうから、不動産に関する物権というものは、ことごとく、登記しなければ、なんでもかんでも、第三者に対抗することが出来ないというような絶対の規定にしないで、他に何か定めるものがあるということをごここに、謳った方が明らかであろうと思ひます。これは、必ず疑いが出ると思ひましたから、置いたのであります。

箕作麟祥君

私もただいま長谷川君の言われたような疑いがありますが、起草委員の御説明によると、この「登記法の規定に従い」ということの必要なのは、かの占有権のようなものがあるから、「登記法の規定に従い」ということを削ってしまうとなんでも登記しなければならないというようになるから、と言うので、それが、御趣意に過ぎぬようでありましたが、しかし、その反対のことが、ありはしませんか。御説明によると登記しなくても宜しいというものが、出来るかもしれない、ということですが、どんな完全な登記法でも後にまたどういふ物権が出来るといふようなことがあって、登記法に漏れたものがあつたら、どうでございませうか。他の法律で此の不動産は登記をしるというようにすることもあって、かえつて反対のものが、出来るというようにすることがありはしませんまいか。

穂積陳重君

勿論登記法が行われて或る権利は登記を要すると書いておけば、本条も行われようと思ひますが、しかし、今のような疑いが出る恐れがないではない。

箕作麟祥君

「刑法の規定に従い」と言うと、刑法の1条から300条までとか、500条までとか、言う事であつて、外に罰則があつても其の罰則に従うというように出来ないと、いう恐れはないか、というのであります。

梅謙次郎君

一番困るのは、直り次に占有権というものがあつて、

私共の考えでは占有権は、占有権の性質から、登記すべきものではない、と思ひます。ところが、何も無いと占有権も登記すべきものと見られて仕舞う。

箕作麟祥君

これも、やはり「格別の定めある場合を除くほか」と言うようなことにしては往けませんか。

富井政章君

黙っているのは、別段の定め、でしょう。

箕作麟祥君

「登記法その他の規定に従い」ならば、私の意思が通る。土方寧君
今この「登記法の規定に従い」ということについては、あるいは、これがないと、総ての物権は登記しなければならない、というような解釈が出る。また、一方から見るとほかの法律で登記しなくても宜しいというようにすることもあつて、往けないではないかという御話もありましたが、しかしながら、登記法というものは特別法にするということに予め決まっているから、必ず改正せらると思ひますが、そうすると、どうしても登記法というものは他日完全にしたものが出るという考えでやるべきものであるから、この民法を起草するには譲つておく。そうすると決して心配は要らない。もとより、吾々は登記法というものは、他日、完全なものが出るという目的で民法の規定を書くのである。それで此の「登記法の規定に従い」ということは、なくても当然のことであらうと思ひます。

横田国臣君

「法律に従い」と言えば分かる。

議長（西園寺侯）

その法律というのはなんであるかと言えば、未来の登記法ということにならう。

梅謙次郎君

もし、改めるならば、「特別の規定ある場合を除く外」とかいう方が宜しからうと思ひます。

箕作麟祥君

そうすると、今の黙っているような場合がある。

梅謙次郎君

黙っているのもやはり特別の規定ですからな。それに留置権などは登記しないかも知れない。

村田保君

どうか採決を願ひます。

議長（西園寺侯）

修正説は成り立って居りますか。

村田保君

別に成り立っては居りません。

議長（西園寺侯）

それでは本条確定として次に移ります。

- 3) 梅謙次郎「民法要義・卷之二・物権編」7頁以下。そこでは、第177条の比較法的考察が秀逸である。第一に、登記を権利の得喪、変更の絶対の条件とし、当事者間に於いても登記あるまでは権利の得喪、変更なきものとする見解。第二に、登記を以て一つの公示方法にすぎないものとし、登記があれば、第三者がこれを知るものと推定し、登記なければ、これを知らざるものと推定し、なお反証を許す見解。第三として、同じく登記を公示方法と認め第三者の善意、悪意を問はず、登記があれば何人といへどもこれを知らずといへず、登記がなければ何人もこれを知らざるものと看做し畢竟第三者に対しては登記の有無に因りて権利確定すべきものとする見解がある、とする。
- 4) ドイツでは建物が堅固であることから、土地と建物は取引上一体として扱われる。
- 5) B G B § 925 Auflassung (1) Die zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück nach 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zustaendigen Stelle erklart werden. Zur Entgegennahme der Auflassung ist, unbeschadet der Zustaendigkeit weiterer Stellen, jeder Notar zustaendig. Eine Auflassung kann auch in einem gerichtlichen Vergleich oder in einem rechtkraeftig bestaetigten Insolvenzplan erkaert werden.
- 6) 新版注釈民法(6)(山本進一執筆)227頁。
- 7) この条文は2006年に改正された。
- 8) 新版注釈民法(6)(山本進一執筆)228頁。
- 9) 山田晟「ドイツ法概論」第三版197頁。
- 10) 今日では登記は資格保護要件としての作用を併せ持つものとされる。
- 11) 末川博「契約総論」240頁。
- 12) 川島武宜「所有権法の理論」248頁以下。
- 13) 鈴木禄弥「契約法大系」98頁以下。
- 14) 大審院判決大正2年10月25日民録857頁、大審院判決大正7年12月25日新聞1522号17頁、大審院判決大正10年6

月9日民録27輯1122頁等。

15) 「民法判例百選Ⅰ総則・物権」〔第5版〕滝澤執筆106頁。

【参考文献】

川島武宜「所有権法の理論」昭和24年 岩波書店

大村敦志「基本民法」平成21年 有斐閣

近江幸治「民法講義」物権法〔第三版〕2007年 成文堂

内田貴「民法Ⅰ」〔第三版〕2007年 東京大学出版会

梅謙次郎「民法要義」卷之二物権編 訂正増補 有斐閣