

民法一七七条の第三者論 における「自由競争論」の存在理由

— 牧野自由法学における「自由競争論」を中心に —

上 谷 均

- 一 はじめに—問題の所在
- 二 自由競争論導入前史
- 三 牧野博士の自由法論と一七七条の第三者
- 四 牧野理論の帰結
- 五 おわりに

一 はじめに—問題の所在

民法一七七条の第三者の範囲に関する議論のなかで、とくに第三者の善意悪意をめぐる問題に関して、背信的悪意者排除説が、悪意者排除説とくに善意無過失者限定説の立場からの有力な批判にさらされていることは周知の通りである。そ

して、その批判の矛先は、背信的悪意者排除説の基礎にあるとされる自由競争論に向けられており、「自由競争原理の過度の強調」に対する批判見解が「一潮流を形成している」と指摘されている⁽¹⁾。その批判見解には、背信的悪意者排除説が非常識な解釈論だといわんばかりの論調もみられる⁽²⁾。そして、ここで批判されている自由競争論は自由放任的な考え方と結びついた弱肉強食の論理をイメージしたものである⁽³⁾。そうすると、背信的悪意者排除説は、弱肉強食的自由競争論を論拠にして非常識な結論を導く解釈論であるにもかかわらず、長らく判例・通説としての地位を保ってきたということになる。

ところで、戦前の通説であった善意悪意不問説は、登記による画一的処理こそが不動産取引の理想的なあり方であるとする考え方に基づくものであり、自由競争論をその論拠として持ち出すことはなかった⁽⁴⁾。そこに信義則論からの批判の標的として自由競争論を導入したのが、牧野英一博士であった⁽⁵⁾。後に検討するように、牧野博士は、善意悪意不問説が自由競争論を拠り所とする議論であると批判し、自由競争論に取って代わるべき理念として信義則論を強調した。ところが、牧野博士の理論は、悪意者排除説を主張したものであったと考えられるにもかかわらず、当時数少ない悪意者排除論者であった舟橋諄一博士を逆に背信的悪意者排除説へと導くことになった⁽⁶⁾。この結果、今日の背信的悪意者排除説では、自由競争論が積極的な論拠であるかのような位置づけとなり、先に見たような批判を生み出すことになったといえる。

このように、自由競争論と対峙させた信義則論を導入するという牧野博士の議論が一七七条の第三者論の展開のきっかけとなったのである。そして、自由法論に基づいて、信義則論を「全法律領域」に及ぼそうとした牧野博士にとって、一七七条の第三者論はその適用の成果を示す場の一つであった。したがって、牧野博士にとって、自由競争論は、一七七条の第三者論という場を超えて、しかも、契約自由原則の単なる言い換えということを超える意味をもっていたのではない

か。それは、資本主義批判および個人主義批判としての概念法学批判であったと考えられる。つまり、わが国の議論で自由競争論が取り上げられる「不可解」⁽⁸⁾さは、わが国の自由競争論に込められた特別の意味のようなものに起因するのではないか。言い換えれば、「自由競争の過度の強調」と批判される事態は、信義則論導入の正当化のためにまさに標的として自由競争論を強調したということの裏返し⁽⁹⁾の表現であるように思われる。一七七条の第三者論において、自由競争論という議論が存在し続けている背景には、戦前から戦後にかけての民法学のありようが反映されているように見える。このような観点から牧野博士の所論に即して一七七条の第三者論を検討することにより、牧野自由法学の意義と限界を明らかにしようとするのが本稿の目的である。⁽⁹⁾

二 自由競争論導入前史

(一) 無制限説のもとでの善意悪意不問説

牧野博士が一七七条の第三者論に自由競争論を導入するまでの学説は、善意悪意不問説が通説であり、悪意者排除説がわずかにみられるという状況であった。⁽¹⁰⁾一七七条の第三者の範囲について、判例が明治四一年に制限説の立場に立つことを明らかにした後も学説では無制限説が通説であるという状況が続いた。無制限説の立場からは、第三者の範囲を制限しないのであるから善意悪意を区別しないのは当然であるとして、第三者の善意悪意不問説が唱えられるが、その論拠としてあげられるのは「登記による不動産取引の画一的処理」という議論であった。⁽¹¹⁾

たとえば鳩山秀夫博士は、「…既に登記を了したる第三者の権利も其善意なりしか悪意なりしかに因りて左右せらるること、なり、其第三者が更に所有権を移転したる場合等に於て取引の安全を攪乱すること尠からざるに至るべし」と論じ、⁽¹²⁾

民法一七七条の第三者論における「自由競争論」の存在理由(上谷)

我妻栄博士も、「私は無制限説を正当なりと考へる。蓋し、…物權變動の効力を對外關係に於いて画一的に取り扱ふことが民法の採れる公示の原則の下に於て達し得べき理想点である。然るに第三者を制限することは對外關係に於ける物權關係を更に分裂せしむること、なつて益々公示の原則に遠ざかる結果となるから」であり、「第三者の善意悪意を問はず。この結果は判例も亦これを認むる。學者間にも殆んど異論はない」と論じていた⁽¹³⁾。したがつて、無制限説を前提とするこの段階では、なぜ悪意者でも一七七条の第三者に含まれるのかという問題設定が意味を持たないと考えられていたのであるから、自由競争論による根拠づけも必要はなかつたといえるであろう。ただし、この段階では、無制限説の立場では、制限説に立てば悪意者を排除するのは当然と解していたことに注意する必要がある⁽¹⁴⁾。

(二) 制限説のもとでの善意悪意不問説

学説は、末弘巖太郎博士の『物權法(上)』⁽¹⁵⁾を契機として制限説に転換する。「従来の個人主義本位の物權法を根本的に改造する必要がある」⁽¹⁶⁾とのスローガンのもとに著されたこの著書は、当時の概念法学を批判した末弘法学の方法論を具体化したものとして重要な位置づけを与えられている⁽¹⁷⁾。では、一七七条の第三者に関する善意悪意不問説はどのように扱われたのであろうか。まず確認しておくべきことは、末弘博士の不動産取引のあり方に関する基本的な認識はドイツ法を理想とするものであるということである。すなわち、「現在に於ては寧ろ登記制度を完全にして不動産取引を安全容易ならしめ、以て土地を最も善く利用し得る者の手に移して其能率を増進し、又土地所有者をして容易に不動産信用に由る金融を受け得るやうに計るがいい。それが為めには獨逸民法に於けるが如く登記に公信力を認める所迄進むで不動産取引の安全を計らねばならぬ」⁽¹⁸⁾という。この点は、すでに検討した鳩山説との共通性を示しているといえる。そして、末弘博士は、

一七七条の第三者論の冒頭で、第三者の善意悪意について「第三者の善意悪意を問はざることには異論ない」とあつさり述べ、その理由として「第一百七十七条の目的が第三者の保護に在るならば、悪意の—即ち物権変動を知れる—第三者に対してだけは、縦令登記がなくとも、物権変動を対抗し得て然るべき訳である。併し善意者に対しては対抗し得ざるに反し悪意者には対抗出来ると謂ふことなれば、物権の対抗力が問題になる毎に、第三者の善意悪意が訴訟上に争はれて事が面倒になる。之れ本条が苟も登記なき以上第三者の善意悪意に関係なく総て之に対抗し得ざること、した所以である」と説明する。⁽¹⁹⁾これに引き続いて、第三者について制限説をとる判例を支持し、判例分析を展開して判例の第三者判断基準を明らかにする。⁽²⁰⁾

このように、末弘博士において、制限説と善意悪意不問説が矛盾対立するものとは認識されていないことは明らかである。また、この時期の末弘博士にとって自由競争批判が課題として念頭にあったことは、同時期の文献から伺い知ることができる。⁽²¹⁾しかし、そこで展開されているのは労働契約の問題であつて、不動産取引が自由競争批判と結びつけられることはなかつたのである。

末弘博士から十年余を経て我妻博士も制限説に転換する。その理由は、無制限説の理論上の根拠である「登記による画的処理」という理想が、未登記の不動産の多い実状から見て「あまりに実状に遠きもの」になつてしまつたということである。⁽²²⁾その上で、なお善意悪意不問説をとる。その理由は、「悪意の丙を保護することは一見不当なように思われる。然し悪意の第三者には登記なくして対抗し得るとなすときは、丙が登記を取得したる後に於ても乙から丙の悪意を主張してこれを争う余地を生じ法律関係の紛糾を生ずる。物権公示の原則は具体的の場合に於ける善意悪意を問わず外形によつて画的に規律することによつてよくその目的を達するに至る」ということである。⁽²³⁾したがつて、第三者の範囲について

無制限説から制限説に轉換した後も、なお登記による画一的処理という理由づけによって善意悪意不問説が維持されたのである。⁽²⁴⁾

(三) 舟橋博士の悪意者排除論⁽²⁵⁾

戦前の悪意者排除説としては、公信力説の嚆矢と言えそうな岡村玄治氏の所説と舟橋諄一博士の所説があるが、ここでは、本稿の問題関心と密接に関連する舟橋博士のみを取り上げる。⁽²⁶⁾

舟橋博士による悪意者排除説の論拠は「取引安全のための制度としての登記への信頼の保護」である。すなわち、すでに検討したように鳩山博士が一七七条の意義を単に取引の安全のためではなく絶対権の絶対的保護のための当然の制約であるとして第三者の無制限説を説明しようとしたのに対して、舟橋博士は、「私は登記制度を以てどこ迄も一般取引の安全のための制度なりと考える」と反論して、このような信頼関係のない者までも保護する必要はないとして制限説を支持する。⁽²⁷⁾そして、悪意の第三者を排除すべき理由もそこから導かれる。すなわち、「登記は…信頼関係を保護するものなるが故に現実、之を信頼せざる者を保護する必要がない」のである。しかし、それに続けて「現在の取引状況の下に於て『第三者』の悪意の認めらるる場合の極めて稀なること」と論じていることに注意が必要である。⁽²⁸⁾すなわち、悪意の第三者とは「真実なる権利状態を了知せる第三者」を意味するのであるが、「第三者は、真正なる権利状態を了知せざるものとの推定、即ち善意の推定を受くべきである」から、第三者の善意悪意を問題にすると訴訟上ことが面倒になるとの末弘批判に反論する。⁽²⁹⁾そして、「…私は、登記を以て一般取引安全のための制度と見、而して之に信頼して法律関係を成立せしめたる者のみを保護すべしと主張して居るのであるから、従って、現実に之に信頼せざる—すなわち悪意の—第三者を、

保護すべき理由なしと考へる。ただ、しかし、不動産取引が頻繁に行はれ且つ国民が登記制度に習熟し來たれる現下の取引事情の下に於ては、登記が勵行され且つ権利状態の変更あらば直ちに登記さるべきものと認むるを正当とするが故に之を裏より云へば、登記なき限り権利状態の変更なきものと認むるを正当とするが故に——たとひ譲渡契約の成立を知るも登記なき限りは物権状態の変更ありしことを確知したものは云ひ難い。従つて實際上の結果としては、善意の推定と相俟つて、悪意の第三者と認めらるべき者の範圍は、極めて狭めらるることとなり、従つて善意悪意を區別せざる立場と相去ること遠からざるに至るであろう⁽³⁰⁾と述べられてゐるところからすると、悪意者とは所有権移転の事実までも知つてゐることが証明された例外的な場合を意味することになるから、同じく悪意者排除説といつても岡村説とは似て非なるものである。このように、舟橋博士の所説においても自由競争論あるいはそれに類する論拠に向けられた批判は見られず、また、善意悪意不問説への親近性のようなものが示されてゐたと解することができるであろう⁽³¹⁾。

三 牧野博士の自由法論と一七七条の第三者——自由競争論批判と信義則論の導入⁽³²⁾

このような理論状況の中で、一七七条の第三者論に信義則論および自由競争論を持ち込んだのが牧野英一博士である。牧野博士は、一九一八年の段階で「契約自由」に対する批判を展開しているが、まだ、信義則論および自由競争論はみられない。その後、一九三六年に至り信義則論およびその標的としての自由競争論を導入して悪意者排除論を主張する。さらにその後、信義則論は全体主義的論調を強く帯びることになる。以下、この経過をたどることにする。

(一) 一九一八年に発表された「法律の社会化」⁽³³⁾で、牧野博士は、公序良俗規定を「現代に於ける法律組織の中心を為

民法一七七条の第三者論における「自由競争論」の存在理由(上谷)

して居る所の思想を示して居るもの」（三頁）とする。この思想とは何か。近世における個人の権利を尊重する個人主義の思想（「個人の覚醒」）は、社会の変化に伴って、今日では維持できなくなり、「社会の覚醒」と呼ぶ社会現象が生じている（一九頁、二三頁）。この社会現象とは貧富の差の拡大に伴う社会問題の発生である。これを解決するための社会政策は、「社会はそれを組織する各個人の協働に因て成立し維持されて行くものであるから、各個人の関係は連带的である。各個人は社会に対して先づ一人前の働きをなし、而して其の社会から一人前の利益を享受して行かねばならぬ」、すなわち、「先づ義務を認め、然る後に権利を認むる」という「全く新しい思想の上に成立せねばならぬ」（二八頁）。そして、このような変化に伴い、法律そのものの変更と法律の運用の変更という事態が生じる。後者は、公序良俗が法律の適用に影響を及ぼしているという問題である。そこでは、契約自由の原則、法律行為の解釈、権利濫用など多くの場面で、公序良俗が新しい思想を表現するものとして解釈の基準となる（三五頁以下、七二頁）。このように「法律を、現在の為に、現在の法思想の下に運用せねばならぬ」というのが「自由法運動の真義」なのである（七〇頁）。

以上の説明の中では、信義則論は法律行為の解釈に関してドイツ民法の規定を取り上げて説明しているのみでまだ積極的位置づけは与えられておらず（四〇頁）、自由競争という言葉も用いられていない。そもそも不動産取引の問題は取り上げられていない。⁽³⁴⁾ここで語られている牧野博士の考え方は、その多くが今日われわれが近代民法の原則の修正として論じていることの枠内で理解できるものである。しかし、牧野博士の理論の弱点として指摘される「楽天的な権力観」⁽³⁵⁾は、「帝国主義では、個人が国家に対して権利を持つというやうな思想は之を第二次に置いて、先づ個人が如何に国家に寄与せねばならぬかといふことを考へねばならぬことになる」（二五頁）とか、「現代の帝国主義の下に於いては、個人の権利は個人が国家に対する義務を尽す為めに与へられて居る所のものであると解せねばならぬことになる」（二六頁）という

表現に端的に現れており、その後の牧野博士の自由法論の方向をもすでに示唆していると思われる。

(二) その後、牧野博士は、一九三六年に公刊した『民法の基本問題 第四』⁽³⁶⁾において、一七七条の第三者論を中心に信義則論を展開する。その際、自由競争という言葉が信義則論による攻撃の標的としての役割を与えられる。⁽³⁷⁾以下、やや長くなるが、この文献にしたがって牧野博士の信義則論を追ってみよう。⁽³⁸⁾

(1) 「新しい人間観」 牧野博士によれば、信義則論の展開は「新しい人間観」に基礎をおくものである。すなわち、「当事者の双方を、さうして、それに第三者をも加へて、すべてを人間らしく論ずるために、「われわれは、今、民法上、信義誠実の原則といふことを考へてゐる」のだが（「はしがき」二頁）、ここで前提とされているのは、「理性と自由意思とを具有し、賢明に自己の利益を考慮して、常に理性的に行動する」ところの「啓蒙哲学の人」（「はしがき」三頁）ではない。信義則論は、「所有権の神聖視と契約の自由観」（「はしがき」六頁）の前提となるこのような人間観を捨て去り、「必しも爾く自由ではなく、必しも爾く理性的でない」が「自由ならむことを求め、理性的ならむことを求め」る人が「相結び、相交はり、互に信じ、互に倚る」（「はしがき」七頁）生き方をするという「新しい人間観」（同前）を前提とする。そこでは、所有権・契約・刑罰は、「自由競争と報償主義とで理解し経営し得らるべきものでなく、相互の行為と共同の責務とでせねばならぬもの」（同前）となる。そして、このような人間観の転換は、「もはや、概念的形式的に事を論ずるのでなく、「具体的実証的に生活を考へる」という方法の転換をもたらす（「はしがき」八〜九頁）。この新しい方法を実現するものがまさに信義誠実の原則なのである。牧野博士は、「大正期の法律論」と「昭和期の法律学」における信義則の役割を対比し、前者では「所有権と契約と刑罰とを信義則に依つて統制するところにその発展を見た」が、後者では「所有権と契約と刑罰とを、信義則の上に理解し、構成し、さうして展開せしめるところに成立する」（「はしがき」九頁）

民法一七七条の第三者論における「自由競争論」の存在理由（上谷）

という。まさに、「法律は、今、信義則にはじまり、さうして、信義則に終るものとして、理解されねばならぬ」(「はしがき」一一頁)として、信義則の役割が高らかに宣言されることになる。

(2) 「新しい正義」 牧野博士は、古い人間観すなわち所有権の絶対性と契約の自由を基礎とする法律学を概念法学と規定し(一頁)、新しい人間観に基づく「新らしき法律学は、かやうな原理乃至概念からの自由な解放を要求する」(二頁)という。そして、新しい法学は新たな正義観を基礎とする。これは、従来の正義に代わる衡平の観念である(九頁)。すなわち、「所有権及び契約の自由並に応報刑の原則が正義の表現とされた」(四〇頁)のに対して、「今、従来の個人的正義から新らしい社会的正義へと進化の道程をたど」ることにより、「具体的な個別的な衡平」(四二頁)が新しい正義として理解されることになる。牧野博士は、古い人間観に基づく正義観すなわち「自由主義の正義観」では「強い者のみが強きを致す」(五一頁)ことになるが、「法律の解釈は、その強き者に対して弱き者を保護し、その男に対し、その大人に対し、その富める者に対して、その女を、その小児を、その貧しき者を救はねばならぬ」と主張する(同前)。これこそが牧野博士のいう衡平の観念であり、その要点は「生存権の保障」(同前)なのである。

(3) 権利観 生存権の保障を強調する側面については異論はないにしても、牧野博士においては、このような意味での衡平の観念に基礎おく信義則論が、権利義務関係ではなく善隣友好的な人間関係を強調する結果になっていることに注意する必要がある。このことは、牧野博士が、「わたくしは、法律関係を、権利の立場において理解することをひかへ、これを義務の観点からながめることにするとともに、新しい法律観の要点があると為し、信義則の適用は、その故に、許されもし、理解もされるところであると考へる」(一三〇頁)と述べ、³⁹⁾また、債権者と債務者の関係を「相互の信頼」という言葉で説明し(一二二頁、一三四頁)、さらに、「法律全体の組織が、権利本位から義務本位に、今新らしく展開せねば

ならぬことになった」(一三四頁)と断じているところに端的に見出すことができる。そして、このような道徳的な観念と結びついた信義則のとらえ方は「善意」というものの理解にも影響を与える。すなわち、「善意が法律上保護されねばならぬとされるのには、その善意が倫理的なものでなければならぬのである。したがって、善意は、たんに不知を意味するものではないということになる(一一一頁)⁽⁴⁰⁾。以上の検討をふまえて、一七七条の第三者論に議論が進む。

(4) 「最高原理」としての信義則による自由競争論の克服 牧野博士は、詐害行為取消権の主観的要件について第三者(受益者または転得者)の悪意で足りるとされているのは、悪意の「第三者は、債権者に対してもはや自由競争を為すことを得ない」ということだと説明した上で、そうであれば、「不動産上の権利の移転の場合において、悪意の第三者は、その悪意であることの理由だけで、民法第七十七條の保護を受くべきでない」という議論が成立し得るものではあるまいか(一一〇四頁)と問題提起する⁽⁴¹⁾。そして、詐害行為取消権について自由競争論で説明したこととの対比で、悪意者を含める善意悪意不問説は「取引の安全を保護する関係において、この点についての自由競争は法律上許容されねばならぬといふのである」(一一〇五頁)と説明することになる。これによつて、一七七条の第三者論に自由競争論が持ち込まれたのである⁽⁴²⁾。しかし、牧野博士は、自由競争論批判を通じてただちに悪意者排除説に向かうわけではない。

牧野博士は、「登記の制度は、信義に反して権利を主張せむとする者をも保護せねばならぬか」と問題提起し、「登記の制度に固有な技術性と民法の基本原則としての信義誠実の原則との間に調和を考へ、統一的な総合的な原理を論定すること」(一一〇九頁)を課題として設定する。そして、法の形式性・技術性に基つき信義則の適用を否定する立場⁽⁴³⁾に対して、「自由法論は、概念法学のかくの如き態度を批判し、信義誠実の原則を法律における第一原理とする」(一一〇頁)と批判し、法の技術性を尊重するとしても「その技術性は、やはり、第一原理としての信義誠実の原則の適用として解せらるべきも

の「であり「信義誠実の原則に依つて統制せられねばならない」と論じる(二二三頁)⁽⁴⁴⁾。では、信義則論によつて自由競争論はどのような形で克服されたのであろうか。

(5) 悪意者排除説 牧野博士は、第三者制限説を採用した判例を自由法論的立場に立つものと評価しつつもそこから第三者の範囲について当然に結論が導き出せるわけではないとする(二二四頁)。すなわち、制限説をとるならば「当然にそれは『悪意の第三者』を除外することにならねばならぬと解し得られる」としながら、他方で、判例が善意悪意不問説をとっていることをふまえて、「悪意の第三者に就いて一種の区別をなすことがやはり合理的ともいい得られる」(二二七頁)と論じて、直ちに悪意者排除説に向かおうとはしない。「信義誠実の原則が最高の原理として事を処置せねばならぬ」(二二七頁)として、次のような悪意者排除説が導き出される。

牧野博士は、不動産登記法四条・五条の場合には「登記の欠缺を主張することが、信義誠実の原則上許さるべからざること特に顕著なのである」が、このように「特に顕著でなくとも、信義誠実の原則上登記の欠缺を主張することが許さるべきでない場合」でも同じように論じるべきであつて、「悪意の第三者が民法第七十七条から除外されねばならぬということは、相当に理由ある主張といわねばならぬ」(二二九頁)という。そして、「登記制度が取引の確実性を保持しようとしている趣旨と、悪意の第三者が信義誠実の原則に反して行動してはならぬといふこととの間に於いて、社会的衡平を全うすべきところに、解決が求められねばならぬ」(二二二頁)のであつて、この点が「思想の分水嶺」であるという。すなわち、「一方において、若し、民法第七十七条の規定上、悪意の第三者も亦原則として保護されるものとするならば、その第三者は、その悪意なることの具体的事情の上で信義誠実の原則に反していると認められる場合に、その保護から除外されるということにならうし、他方において、悪意であることに因り、当然信義誠実の原則上登記の欠缺を主張するこ

とができないものとするならば、その第三者は、事情の具体的な関係において、行動が実質的違法性⁽⁴⁵⁾を具有しない場合において、その悪意にもかかはらず、登記の欠缺を主張することができる、ということにならう」(二三二頁)が、「思想がおのづから前者から後者に向って進化を重ねるであらうことを信ぜざるを得ないのである」という。すなわち、「この意義において、わたくしは、わが民法第七十七條の第三者には、悪意の第三者を除外して考えるべきものと思う」(二三二頁注八)と述べて悪意者排除説の立場に立つことを明らかにする。しかし、ここでは、牧野博士の理論の基調であるはずの自由競争論批判はすっかり影をひそめてしまっているように見える。これが次に述べる舟橋博士の「転換」を導き出す原因になったと考えられる。

(6) 舟橋博士の悪意者排除説との関係 牧野博士の悪意者排除説と当時すでに発表されていた舟橋博士の悪意者排除説とはどう違うのだろうか。舟橋博士の考え方の基本は、悪意の第三者は保護に値しない、という悪意者当然排除説である。⁽⁴⁶⁾これに対して、牧野博士の考え方は、先に見た「思想の進化の方向」の主張から考えて、悪意者原則排除説であろう。ところで、牧野博士は、第三者制限説をとるならば「当然にそれは『悪意の第三者』を除外することにならねばならぬ」と論じているのだから、わざわざ信義則を持ち出さなくても悪意者排除に関しては舟橋博士と同じ結論が導き出されるはずである。しかし、「悪意であることに因り、当然信義誠実の原則上登記の欠缺を主張することができない」ということだから、悪意者が原則として排除される論拠として信義則が持ち出されている。その上で、原則として排除される悪意の第三者が「実質的違法性を具有しない場合」は第三者として認められることになるとする。この例外を認める点が、舟橋博士の悪意者排除説とは異なる点であることになるが、この「実質的違法性」は牧野博士においては公序良俗あるいは信義誠実の問題を意味する⁽⁴⁷⁾。したがって、信義則と実質的違法性は牧野博士においては同義の問題として扱われていると考

えてよいであろう。そうすると、「信義則に基づき悪意者は排除されるべきであるが、信義則に反していない悪意者は第三者である」ということになるから、結局、「信義則に反していない悪意者は第三者である」という命題しか意味をもたないことになる。これは、悪意者原則包含説ではなからうか。このようなわかりにくさは、債権侵害に関する叙述にも見られる。

(7) 債権侵害 牧野博士は、末弘博士がすでに不可侵性論により債権侵害による不法行為を肯定している理論状況の下で、⁽⁴⁸⁾ 以上の考え方を債権関係に拡張して他人の債権関係を尊重しなければならぬと考えるとしても「自由競争の原理に代へるのに社会連帯のそれをもつてすることに因つてのみ理解され得る」(二三三頁) ことになる⁽⁴⁹⁾と論じる。すなわち、「第三者は、他人間の債権関係に対し、一方においては、実質的違法性を害せざる限りにおいて自由に競争し得るのであるし、他方においては、その自由競争において信義誠実の埒を越えてはならぬ、といふこと」になり、「この意味において、第三者が、単に悪意であるといふだけでは、債権侵害に因る責任の発生に十分ではない、ということになる」のであり、詐害行為の成立すなわち実質的違法性が考慮されなければならない⁽⁵⁰⁾という(二三三頁～二三六頁)。この文章は、悪意者が原則として排除されないことを前提としているように読める。しかし、他方で、「従来の概念法学においては自由競争を第一原理と為すが故に第三者の債権侵害も法律上違法なる限りに法律上の制裁を受けねばならぬ、といふことなるのであるが、新しい見解においては、これを転回して、第三者の債権侵害は、違法阻却の事由が成立せざる限り違法なもの⁽⁵¹⁾と考へられることになる」(二四四頁)と述べ、悪意者が原則として排除されることを前提としている。したがって、「自由競争がフェアなものとして、公序良俗上、許容される範囲においては、その権利侵害は違法なものではないのだ、⁽⁵²⁾といひ得るに過ぎない」(二七九頁)と表現する場合に、悪意者を原則として排除するか否かは明確ではない。

いずれにせよ牧野博士にとって重要であったのは、債権関係においては自由競争を前提とした上で、信義則(51)（ないし公序良俗）による統制を取り入れることであつたことは間違いない。しかし、この論理が一七七条の第三者論と共通のものとして論じられているにもかかわらず、自由競争論の位置づけは曖昧である。一七七条の第三者論において自由競争論を否定するのであればストレートに悪意者排除説に進み得たはずであり、牧野博士もそれを思想の進化の方向としていた。にもかかわらず、牧野博士の議論はその方向を向いていない。自由競争論をふりかざす概念法学を批判のやり玉に挙げたにもかかわらず、一七七条の第三者論を信義則論で説明するために逆に自由競争論を前提とするという論理になつてゐるのである。(52)

四 牧野理論の帰結

(一) 舟橋博士の「転換」と背信的悪意者排除説

戦前の数少ない悪意者排除論者であつた舟橋博士は、牧野博士の信義則論の影響を受けて改説する。その理論の変遷は、牧野博士の理論の問題点を浮き彫りにしている。

(1) 舟橋博士は、一九三七年にいたつて、悪意者排除説の立場に立ちつつ、牧野博士の影響の下に、「悪意者原則排除説」の立場に転換する。(53) すなわち、「悪意の第三者は第一七七条の第三者より除外せらるべきを原則とするも…、ただ、その行動が具体的事情との関連において社会生活上一般に許容せられるものと認められるかぎり―すなはちその行動が信義誠実の原則に反せぬと認められるかぎり―悪意なるもなほ第三者に該当しうるとなす」という立場である。悪意者が原則として第三者から排除される理由は、「(i) 公示方法たる登記制度はこれに対する第三者の信頼を保護することによつて

民法一七七条の第三者論における「自由競争論」の存在理由（上谷）

その機能を営むものであるから、…現実に登記を信頼せざる—悪意の—第三者は登記によって何ら保護せらるべき筋合にないこととなる」と説明する。これはもともとの悪意者排除説における立論と同じである。問題は、例外として悪意者が含まれる理由である。すなわち、まず、「(ii)民法上自由競争の原理の認められているかぎり、相争ふ者相互間において、ある程度まで他人の手落ちを利用することは社会生活上許容せられるものと見るべきであるから、たとひ他人のためすでに物権変動が行はれたことを知っている場合であつても、對抗要件の不備といふ手落ちを利用してこれが欠缺を主張し、もつて自己の權益を確立することは、社会生活上正当な自由競争と認められる範囲を超えないかぎり、あながちに不当視せらるべきではない」として自由競争論を積極的に位置づける。その上で、「登記を信頼せずして行動することが『実質的違法性を具有しない場合において』…、いひかえれば、かかる行動が誠実信義の原則に反せずと認められるにおいては、悪意の第三者といへどもなほ第一七七条による保護に値するといふことになるであらう」とする。この部分は、牧野博士の悪意者原則排除論の説明に対応している。しかし、それに引き続いて、「かくて、単に悪意なるのほか、かかる要件を具ふるによつてはじめて、第三者より除外せらるべしとするのである」と述べる部分は悪意者原則包含説である。⁽⁵⁴⁾

(2) このうち第二の理由づけ(ii)において、牧野博士の意図に反した自由競争論の導入と悪意者排除論からの「後退」がみられる。⁽⁵⁵⁾ すなわち、牧野博士において自由競争論は、通説たる善意悪意不問説を個人主義を体现する概念法学として批判するための象徴的な表現であり、これを根拠にして悪意者を原則として排除するという方向で議論を展開していた。しかし、そこに曖昧さが存在したことはすでに指摘したとおりである。これに対して、舟橋博士においては、一九三二年の悪意者排除説からスタートしていると考えられるから、原則として排除される悪意者を第三者に取り込むための論拠として自由競争が語られていることになり、そこでは自由競争はむしろ肯定的な位置づけを与えられているのである。すでに

指摘したように、悪意者排除を原則とするところに自由競争論を持ち込めばそれは第三者性を肯定する方向でしか作用しないのであり（「自由競争の範囲外だからダメだ」と繰り返す必要はない）、ここでは悪意者排除という原則はほとんど意味をもたなくなる。したがって、当初は牧野博士の理論がもつ難点を内包していた舟橋説が悪意者包含を前提とする背信的悪意者排除説へと向かうのは必然的であったと言える。⁽⁵⁶⁾ こうして、「他人の手落ちを利用する」という自由競争論が、悪意者包含説としての背信的悪意者排除説の論拠として位置づけられることになる。

(二) 牧野理論の役割

以上のように、牧野博士は、一七七条の第三者に関する善意悪意不問説を自由競争論に基礎を置く個人主義に根ざした概念法学として批判し、これに社会連帯思想に根ざした自由法論を対峙させる。しかし、このような、自由法という方法を通しておこなわれた牧野博士の資本主義批判は、それが法解釈論の場面で有する曖昧さを否定することはできない。牧野博士自身が、一七七条の第三者論に信義則を持ち込むことよって「この頗る明瞭な規定が著しく不明瞭なもの」になることを認めるが、結局、「裁判所の賢い判断に事が委ねられねばならぬ」という結論になってしまう（二一八頁）。そして、このような社会連帯の思想の中核と位置づけられた信義則はやがて全体主義的思想の徴表であるかのような位置づけが与えられる。⁽⁵⁷⁾ すなわち、「昭和十二年以降、わが国は、今、非常時に入っている。非常時は幾多の新立法を制定せねばならぬことになったのであるが、又、同時に、新らしく法律思想を構成しなおさねばならぬことになったのである。政治としての伝統的な立憲制が反省され、経済としての従来の自由主義が批判されると同時に、法律としてのこれまでの概念主義が改造されねばならぬことになったのである。抑も、統制法規には、その数の多きに上るにつれて、規定上、遺漏と欠陥とを見受けることがまた少くないのである。若し、世の人々が、その隙に乗じて、旧来の民法理論を楯に取らむか、

民法一七七条の第三者論における「自由競争論」の存在理由（上谷）

国家のために水の溢れを防がむとするの堰堤は、永えにその功を収めるわけにはゆかないものとせねばならぬ。われわれは、この新らしき時代の新らしき波濤に対して、今、思想の強にして靱なるを築き立てなければならぬのであるが、知らず、所有権及び契約の自由に代わるの信義則を措いて、果たして何ものが、ここに旗じるしとせらるべきであろうか。所有権と共に、契約も、亦、百八十度の転回を敢てせねばならぬのであるが、信義則のみが、ここに枢軸として役立ち得るのである」と。

このような社会連帯思想あるいは信義則を強調する議論には戦後厳しい見方が示されることになる。⁽⁵⁸⁾ 戒能通孝博士は、「日本法理のまわりの方に、団体精神とか公序良俗とか信義誠実とかいうスローガンで武装した法律的厳密さを崩すための法律学がありましたね」と指摘し、「団体主義は反動的な目的から出発して、市民法的厳密さをこわそうとした点では、反動的な役割をしたのじゃないかと思う」とするのを受けて、末弘博士は「今まで解釈法学全盛時代の悪口ばかりをいったけれども、あの時代にせつかく細かい技術的な訓練が相当重視されていたのに、その後はそれが全然軽蔑されてしまった欠陥がある」と答えている。⁽⁵⁹⁾ ここで戒能博士のいう「法律的厳密さを崩すための法律学」に牧野博士の自由法論があてはまることは間違いないであろう。このような議論をふまえると、一七七条の第三者論における善意悪意不問説も単純に概念法学のレッテルを貼って済ませるわけにはいかないように思われる。第三者無制限説から制限説への転換の流れの中で、善意悪意不問説が不動産取引の登記による画一的処理を論拠として主張され続けた背景には、「近代法律における論理的合理性」が「法律の確実性を保障し、国権に対する個人の自由を確保して来たことにある」との認識があるのではないかと考える。ここから、舟橋博士による自由競争論の肯定的導入にも、その背景にある近代法の原則としての個人の自由の再確認の意味を読みとることは深読みが過ぎるであろうか。

五 おわりに

牧野博士の膨大な文献の一部を検討しただけであり、また、これまでの学説史研究の成果を十分に消化したとはいえない状況であるから、牧野自由法学について安易な評価を下すことは避けるべきであることは十分承知している。ただ、牧野理論の眼目は、自由法論の旗印の下、信義則を一七七条の議論に導入することであり、そこには、資本主義批判の観点から自由競争を否定的に位置づけることを前提として、自由競争論Ⅱ概念法学Ⅱ善意悪意不問説とする図式があった、と考えてもあながち不当ではないであろう。しかし、一七七条の第三者論という技術的側面の強い場面では、自由競争論批判の意義は必ずしも明確ではなく、登記の機能論に留意した議論はいずれも悪意者を包含する考え方に帰結するという結果になっているように思われる。いずれにせよ、もともとは自由競争論は善意悪意不問説とは別の観点からいわばスローガンとして議論に持ち込まれていたことは明らかであるから、このような自由競争論をやり玉に挙げて本質的な議論はならない。一九二〇年代から三〇年代という、日本が全体主義に向けて走り始めた時期における「自由」をめぐる議論の意味を再確認する必要があるように思われる。本稿は、その所期の目的すらも十分に達成することができず、また、今日の緻密に展開されている物権変動論にも寄与するものではない。戦前のわが国の民法学に関する検討をさらに深めた上で、現代の議論につなげることを今後の課題としたい。

(1) 潮見佳男『債権総論』(信山社、一九九四年) 五五四頁。

(2) 例えば、内田貴『民法Ⅰ 総則・物権総論〔第2版〕補訂版』(東大出版会、二〇〇〇年) 四四八頁は、「判例法理に対して批

民法一七七条の第三者論における「自由競争論」の存在理由(上谷)

判が生じている原因は、まさにこの『自由競争』という概念に根本的な問題があったからではないかと思われる」のであり「常識的に考えても、仮に自由競争の原理が働くとすれば」、それは「契約締結の段階においてであって、一方が先んじて契約をしたのに、契約の成立要件でもない登記がなければ悪意の第三者にも負けてしまうというものは、自由競争ではなく横領の奨励としか思えない」と手厳しい。また、七戸克彦教授は「僕なんか、頭から『自由競争』なんてものはあるわけないと考えてますから。だって、他人様の契約を侵害しちゃいけないのは当たり前の話じゃないですか」(『民法学の過去・現在・未来』研究会「物権変動論の最前線—不動産の二重譲渡問題を中心に—」姫路法学二〇号(一九九六年)一七九頁)と発言している。

(3) 石田喜久夫教授は、「他人の落度に乗じて自己が有利な地位を占めるのは、自由競争を旨とする資本主義社会では当然の結論であるという、きわめて日本的倫理に支えられた考え方」(『物権法』(日本評論社、一九七七年)九三頁)であるとし、「日本の資本主義はおかしい考え方に立っている」(『不動産物権変動の法理』(ジュリ増刊、一九八三年)四九頁の発言)と批判する。ここでは、自由競争は「どういう手段によっても金を儲けさえすればいいのだ、あるいは他人に勝ちさえすればいいのだ」という内容のものとして批判の対象とされている(『物権変動論』(有斐閣、一九七九年)二〇三頁)。なお、石田教授は、「二重売買まではかまわない」(前掲・ジュリ増刊五〇頁)とされる。これは、善意の対象が第一契約の存在ではなく所有権移転の有無であることを意味していると思われる(前掲・『物権変動論』二〇三頁で「他人…が所有権を取得したことをよく知っておりながら…」とする)。善意の対象が内田教授とは異なる(第一契約の存在。前掲注(2))。

(4) 松尾弘「所有権譲渡の『意思主義』と『第三者』の善意・悪意(一)(二・完)」一橋論叢一一〇巻一 号・一一一巻一 号(一九九四年)は、「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なされていらないことからも是認されるであろう」(一一一巻一 号一〇九頁)と指摘する。

(5) 鎌田薫「対抗問題と第三者」星野英一編集『民法講座2』(有斐閣・一九八四年)一〇四〜一〇五頁。鎌田教授は、「善意・悪意の問題から信義則の問題へ自由競争の原理をめぐる社会通念の問題へと視点を転換させた点で画期的である」と高く評価される。なお、一七七条の第三者の主観的要件に関する学説判例については、すでにこの論文で周到な分析が行われており、本稿であらためて学説史をたどることはほとんど意味のない作業になる。したがって、以下では本文中で述べた関心の範囲内で必要な分

析を加えるに留める。

- (6) 舟橋説における理論の転換については、鎌田・前掲注(5)一〇五頁、「物権変動の最前線」・前掲注(2)一八三頁の七戸・松岡発言などですでに指摘されている。

- (7) 我妻栄「民法に於ける『信義則』理念の進展—鳩山教授の理論を中心として」『民法研究Ⅱ』(有斐閣、一九六六年。初出は一九四二年)一〇頁。

- (8) 「物権変動の最前線」・前掲注(2)一八三頁の七戸発言。

- (9) したがって、本稿は、現在きわめて精緻に展開されている一七七条の第三者論に新たな知見を加えようとすることを直接の目的とするものではない。

- (10) 鎌田・前掲注(5)一〇一頁以下参照。

- (11) 川島武宜博士はこの間の状況を「最も古くは、素朴的に法の字句に捉はれて：所謂無制限説が唱へられたが、立法論としてはむしろ佛法的制限主義の方が優れるものと解されてゐた。判例は、恐らくこの影響の下に、一時の無制限説をすてて明治四十一年より制限説をとるに至つた。然るに後に至り無制限説が、物権公示の原則と物権関係の画一化とを實質的根拠として主張せらるるに至り、学説は右の初期の無制限説とは形式的には同一の、しかし實質的には反対の方向に向ふこととなり、多くの支持者を得て近時に至るまで学界の通説となつてゐた」と整理している(「商品取引法としての物権法の発展と転回」『東京帝国大学学術大観 法学部 経済学部』(東京帝国大学、一九四二年)一四八頁)。

- (12) 鳩山秀夫「不動産物権の得喪変更に関する公信主義及び公示主義を論ず」『債権法における信義誠実の原則』(有斐閣、一九五五年)(初出一九一五年)『民法研究第2巻』(岩波書店、一九三〇年)七五頁。これは、岡村玄治氏の悪意者排除説に対して、無制限説の立場から反論したものであり、「若し正当なる利益云々の制限説を前提とせば悪意の第三者を除外すべしと言ふは至当の見解なり」(同前七八頁注(九))とする。

- (13) 我妻栄『物権法』(末弘巖太郎編現代法学全集第二二卷)(日本評論社、一九二九年)四四〇五頁。

- (14) 鳩山・前掲注(12)。我妻・前掲注(13)四四頁注六は、「悪意の第三者を保護することは、正当なる利益を有する第三者のみに制限せんとする判例の態度と理論に於て一貫せざるものがあるではなからうか」と論じているが、他方で、「無制限説が善意

民法一七七条の第三者論における「自由競争論」の存在理由(上谷)

悪意を区別せざるは当然である。制限説を採る末弘博士も善意悪意は区別せられない(同前四五頁注七)と述べるにとどまっていた。また、石田文次郎博士も、無制限説+善意悪意不問説の立場から「制限説を採るならば当然第三者の善意悪意を区別すべきである。制限説を採りながら之を区別しないのは矛盾であると言はねばならぬ」(『物権法論』(有斐閣、一九三二年)一四〇〜一四四頁)と論じる。

(15) 末弘厳太郎『物権法(上)』(有斐閣、一九二二年)。

(16) 末弘前掲注(15) 五頁。

(17) 甲斐道太郎「末弘法学論」法時臨時増刊『昭和の法と法学』(一九七八年)一五頁以下参照。とくにその物権変動論は、「末弘法解釈方法論の最も見事な実例」とされる(同前一九頁)。

(18) 末弘前掲注(15) 一一三頁。しかし、わが国の民法の解釈にドイツ法の議論を持ち込もうというのではない。物権行為の独自性を否定し、意思主義に基づく解釈を支持している(同前八六頁)。

(19) 末弘前掲注(15) 一五七〜一五八頁。甲斐・前掲注(16)は、この記述について、従来の学説をそのまま受け入れているからであろうか、「簡単に割り切っているが、突っ込み不足との感は免れない」(同前二〇頁)とする。

(20) 末弘前掲注(15) 一五九〜一六九頁。

(21) 末弘厳太郎「改造問題と明治時代の省察」『嘘の効用』(改造社、一九三三年)八七頁、九九頁など参照。なお、この時期の末弘博士における「自由主義の弊害」論については、石田真「末弘法学論」法時六〇巻二一号(一九八八年)五七頁参照。

(22) 我妻栄『物権法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店、一九三二年)八六頁。我妻博士は、「制限説の理由の根底に横たわる思想は、登記をもって個々の物権取引における安全を保持せんとする制度と観念し、したがって、互いに衝突する物権変動の優劣を決定する標準たるに過ぎざるものとなさんとすることである。全国の不動産物権変動を登記簿に反映せしめんとする理想はほとんど過去の夢と化していることを見出さざるをえないではないか」と慨嘆している(我妻「不動産物権変動における公示の原則の動搖」『民法研究Ⅲ』(有斐閣、一九六六年。初出は一九三九年)。なお、登記の実状に関するこの理由づけは、後に見る舟橋博士のそれとは逆向きの議論である(注(30)参照)。

(23) 我妻・前掲注(22) 八九〜九〇頁(丙が第二譲受人)。同様の説明がその後の版でも繰り返されている。

(24) 我妻博士が、一筆の土地の一部の取引について、登記による画一的処理の観点から当初は否定的であったことについて、『不動産取引判例百選(第二版)』(有斐閣・一九九一年)五頁(上谷執筆)を参照。

(25) 舟橋諄一「登記の欠缺を主張し得べき『第三者』について」『加藤正治先生還暦祝賀論文集』(有斐閣、一九三二年)三頁。

(26) 岡村玄治氏は、悪意者を排除すべきであるとする理由を2点挙げている。第1点は、不動産所有権を即時に譲渡する契約を結ぶと一七六条により売主は所有者ではなくなる、という公信力説的な説明であり、第2点は、刑法上犯罪行為とされることを民法上権利義務の行使となし得るのはおかしいとする民事と刑事の均衡論である(岡村玄治「民法第七十七條二所謂第三者ノ意義ヲ論シ債権ノ不可侵性排他性ニ及フ」法学志林一七卷六号(一九一五年)一三〇―一四頁)。しかし、舟橋博士や牧野博士の理論にどの程度の影響を与えたのかは、両博士の叙述からははっきりしない。さしあたり、つぎの点を確認しておくに留めず、舟橋博士は、悪意者排除説の立場に立ちつつも、岡村説については「その挙げられた論拠の薄弱なることは、既に鳩山博士によつて指摘されたるところである」として、ほとんど評価していないようである(舟橋・前掲注(25)四七頁〔註五二〕)。また、岡村氏の所説においては、善意悪意不問説が自由競争論あるいはそれに類することを論拠にしているとする批判は見られない。そして、善意悪意不問説が強調する不動産取引における登記の役割をどう考えるかという問題について、岡村説ではほとんど触れられていない。岡村説については、加藤雅信編集代表『民法学説百年史』(三省堂、一九九九年)二〇四頁以下〔湯浅道男執筆〕、鎌田・前掲注(5)一〇九頁注(84)を参照。また、戦前のその他の悪意者排除説については、鎌田・前掲注(5)一〇一頁以下参照。

(27) 舟橋前掲注(25)一三頁。ここでいう「一般取引の安全」とは、我妻博士のいうところの「個々の取引の安全」(前掲注(17)参照)と同義であろう。

(28) 舟橋前掲注(25)一八頁(傍点原文)。

(29) 舟橋前掲注(25)四四―四五頁

(30) 舟橋前掲注(25)四六頁(傍点原文)。我妻博士の「慨嘆」(注(22)参照)とは逆に登記の励行に期待をかけているように読める。

(31) 鎌田・前掲注(5)一〇二―一〇三頁。

民法一七七条の第三者論における「自由競争論」の存在理由(上谷)

- (32) 牧野博士の研究の位置づけについては、鎌田・前掲注(5)一〇四頁以下参照。
- (33) 牧野英一「法律の社会化」『現代の文化と法律』(有斐閣、一九一八年。引用は一九二二年の第四版による)。磯村哲博士は、『社会学の構造と展開』(日本評論社、一九七五年)三二頁および三三頁注(5)で、牧野博士の理論が市民法学の課題に沿っていたことを示す「初期の諸論稿」の一つとしてこの論文を挙げている。
- (34) 同時に発表された牧野英一「私権の物質化」牧野・前掲注(39)でも同様である。そこでは、「民法に於ても契約の自由いふやうなことが又正義なりと理解されて居るやうである。予輩は斯の如きものを以て必しも正義なりとは信じないのである。予輩は、社会的調和といふことを以て正義なりと解するのである」(一七七頁)と論じている。
- (35) 所一彦「牧野英一」潮見俊隆・利谷信義編『日本の法学者』(日本評論社、一九七五年)二五九頁。
- (36) 牧野英一「民法の基本問題 第四 信義則に関する若干の考察」(有斐閣、一九三六年)。一七七条の第三者論を取り扱っているのは「第六章 信義則と第三者」である。なお、これに収められている諸論文の執筆時期は一九三三年以降と思われる(同書二頁注一参照)。
- (37) 牧野博士における自由競争批判の観点については、所・前掲注(35)二五八頁参照。
- (38) 以下、牧野前掲注(36)からの引用は本文に頁数のみを示す。
- (39) これは、買戻権者の提供金額が若干不足している場合に、信義則により買戻の効力を認めたと大審院大正九年二月一八日判決民録二六輯一九四七頁について、鳩山博士が買戻権者の提供が民法五八三条の給付の提供にあたるものに対して、牧野博士は、買戻権者が権利を主張することができるのではなく、買主が提供を拒絶することができないだけだとして、「わたしは、しかく権利を基点として考へたくないのである」とし、「信義則の適用は、各自にその権利の主張をたしかめるものでなく、当事者のそれぞれに対し、権利の主張を遠慮するの義務を負はしめることになる」と論じている部分に続く文章である。
- (40) ただし、善意・無過失を意味するかどうかについてははつきりしない。
- (41) ここで牧野博士は、岡村・舟橋両説を挙げて、悪意者排除説が「最近に特に頗る有力である」ことを指摘する(二〇四頁注二二)。
- (42) すでに検討したように善意悪意不問説は自由競争という表現を用いていないから、牧野博士による言い換えである。このよう

な手法は判例の読み方にも見られる。判例（大審院大正四年三月一〇日判決）が、第三者の債権侵害による不法行為の成立を認める理由づけとして、物権と同じく債権についても権利の不可侵性を認めなければ「法の精神」が貫徹できないと論じていることに対して、「法の精神」を論じ、自由競争を高調すれば、債権について第三者は自由な立場を保持し得べきである。共同連帯を考へる（に）において債権の対世的効力といふことが考へられ得るのである」として、これが「問題をもつて問題に答へたもの」であつて「法律の内容を論ずるにつき、思想の背景がなければならぬ」（二〇〇〜二〇一頁注（六））と批判的に論じる。「法の精神」は自由競争の思想であり（判決自体はこのようには述べていないのだが）、これに共同連帯の思想を対峙させなければ、債権侵害による不法行為を肯定する理由づけにはなっていないという論法である。

(43) これは、直接には商法に関する田中耕太郎博士の立場を指す（二二一頁注一）。

(44) ここでいう「統制」の意味が、九頁で検討した「大正期の法律論」と「昭和期の法律学」における信義則の役割を論じたところで用いられている「統制」の意味に対応しているのかはよくわからない。

(45) 牧野博士における実質的違法性とは公序良俗違反ないし信義誠実の原則に反することである。牧野・前掲注（36）二四六頁は「公序良俗乃至信義誠実」と表現し、牧野英一・刑法総論（有斐閣、一九四八年）一三二一〜一三三三頁は「公序良俗」と表現する（「はしがき」によるとこの本のオリジナルは一九四〇年以前に遡る）。

(46) 鎌田・前掲注（5）一〇四頁は「悪意者排除を主張する」と述べるにとどまる。

(47) 注（45）参照。（二）（七頁）で検討したように、牧野博士においてもともと社会連帯の原理を具現するものとされていたのは公序良俗であつた。ところが、本書ではその地位が信義則に取って代わられている。牧野博士の理論において、信義則と実質的違法性が別物であるとする、信義則により一般的に第三者から排除された者が実質的違法性の有無という別の基準によって第三者性が肯定されるというわかりにくい論理になる。たんに「実質的違法性を有しない者が一七七条の第三者である」といつているに等しい。

(48) 牧野博士は、末弘博士が債権の不可侵性により不法行為を肯定することが「当然の事理」だとすることについて、これが概念的な意味であれば「債権関係の成立につき、不動産物権に関する登記の如き公示方法がない限り、悪意の第三者といへども、その行動に制限を受けるわけがない」ことになるはずだから、末弘博士が不可侵性の根拠とする「一般原理」の意味は、自由法

民法一七七条の第三者論における「自由競争論」の存在理由（上谷）

論的立場によつてはじめて理解することが出来るものと評価して(二四二―二四三頁)、末弘博士の理論との自由法論的方法における共通性を見出そうとする。

(49) 「害せざる限り」とは「有せざる限り」「具有しない限り」という意味であろう。

(50) ここにつけられている注(牧野・前掲注(36)二三六頁注三)によると、これは「物権関係につき、民法一七七条に関して論じたところが、そのまま、債権関係に適用せらるべきである…」ということの帰結のようである。

(51) 牧野博士は「債権関係は、社会的国家的に統制を受けつつ、法律の社会化がその歩を進めるにしても、なお、契約自由が常にその領域を存して、自由競争の許される余地の頗る広いものあることこれを認めねばならぬであろう」(二八七頁)と論じている。

(52) 牧野博士は、債権侵害論について自由法論との共通性を見出そうとした末弘博士が一七七条の第三者について善意悪意不問説の立場を変えなかつたことには全く触れていない。

(53) 鎌田・前掲注(5)一〇五頁以下参照。

(54) 舟橋諄一『不動産登記法』(日本評論社、一九三七年)七五―七六頁(傍点原文)。なお、牧野博士は、ここで用いられている「手落を利用」に類似したことを、債権侵害に関して自由競争論に基づく不法行為否定説を批判的に説明する中で「甲者(債権者―上谷)の不用意をしかるべく利用して」(牧野・前掲注(42))と表現している。

(55) 鎌田・前掲注(5)一〇五頁は「牧野の予測とは反対の方向」と指摘する。

(56) 舟橋諄一『物権法』(有斐閣、一九六〇年)一八三頁は、ほぼ同様の説明に続けて、「背信的に悪意と認められる場合にかぎつて、第三者から除外されるとする」と明言する。

(57) 牧野英一「契約の本質に関する若干の考察」『民法の基本問題 第五 契約の本質に関する若干の考察』(有斐閣、一九四一年)「はしがき」。

(58) 座談会「日本法学の回顧と展望 第4回」法時二〇卷二二号五六頁(一九四八年)↓『日本の法学』(日本評論社、一九五〇年)一六四―一六五頁。なお、この回の座談会には牧野博士は参加していない。牧野博士が参加した第2回の座談会では自由法論について当たり障りのない回想が行われているにすぎない(同前・法時二二―二三頁、『日本の法学』五七―六〇頁)。

(59) 磯村哲『社会法学の展開と構造』（日本評論社、一九七五年）九九頁は、末弘法学における「法律実証主義への対抗と同時に
極端な自由法運動への対立」を指摘する。

(60) 我妻栄「私法の方法論に関する一考察」↓『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、一九五三年）五四五頁（傍点原文。初
出は一九二六年）。「近時の法律思潮において最も著しい流れは、近代法律における論理的合理性の優越に対する反流であった」と
しつつ、「論理的合理性に基づく法律的構成」の重要性を主張する（五五九頁）。

民法一七七条の第三者論における「自由競争論」の存在理由（上谷）