

物權變動の遡及的消滅と登記 (一)

滝 沢 肆 代

- 一 はじめに
- 二 取消と登記 (以上本号)
- 三 解除と登記
- 四 無効と登記
- 五 結び

一 はじめに

民法一七七条の適用範囲に関しては、法律行為の取消・解除によって物權變動の効果が遡及的に消滅する場合の問題処理が古くから論じられており、いわゆる對抗問題の一つの焦点として、多数の文献の蓄積を見ている。にもかかわらず、わたくしは長い間この問題に十分な考察を試みないまま過ぎてしまった。しかも、今改めてこれを取り上げようとするに際して、テーマ自体にそれほど魅力を感じないのは何故であろうか。恐らくは、基本的な考え方を固める作業をあまりに長く行ったために、問題自体が新鮮味を失っているにちがいないのであるが、同じ視点

からの分析であれば、これまでに言及したところ以上にそう目新しいものは出て来ないであろうと予想されるためでもある。すなわち私見は、對抗要件主義に基づく公示を要式的法律行為（所有権移轉的行為）の歴史的な發展形態と捉え、本来的に意思表示に基づく不動産物権の設定移轉を念頭に置く制度と解するために、当面のテーマとの関係では必然的に登記不要説とならざるを得ない状況がある。また比較法的に見ても、母法であるフランス法はこの領域に対抗要件主義の制裁を持ち込んでいないため、日本法においても同様に、予告登記の活用や公示義務ある者の損害賠償義務を制裁の中心とするような立法的解決等が望ましいのではないかと見受けられた。⁽¹⁾

しかしながら、わが国の判例・学説における民法一七七条への期待は極めて大きく、その適用可能性を極限まで追求することが今日的な課題となつていようである。それ故、当面の領域への對抗要件主義の導入をめぐる論争をどう受け止め、公示の必要性にどう答えるかを明確にすることは、やはり避けては通れない課題と言うべきであろう。すなわち、わたくしが適当と考える「法定取得—失権」の理論を、物権變動の遡及的消滅という枠組の中で再検討して見なければならぬ。もちろん、相続と登記その他との関連でも同じ課題が考えられる。⁽²⁾

さて、本来は契約に基づく物権變動を念頭においている民法一七七条を、それ以外の領域に拡大適用するためには、当該領域における物権變動が民法一七六条の予想する物権變動とどのように異なるかを明らかにし、基本となる権利變動のメカニズムを確認することが不可欠である。問題の難しさは、実はこの側面にあると考えられる。たとえば取消に関して、民法九六条三項の意義を立法過程に遡つて再検討する最近の研究が見られ、詐欺取消を必ずしも遡及的無効としない考え方があり得るとされている。⁽³⁾ 他方、錯誤無効を限りなく取消に近づけて論じる立場が見られ、取消制度の根底が問われている状況もある。解除の効果における伝統的な学説の対立は、近時ドイツ法において注目されている契約内容変容説の影響を受けて、いつそう混迷を深めているのではなからうか。ここにさらに無効論の多様化が加わる。錯誤無効の性質論をはじめとする無効の多様化への問題関心は、今日では、絶対無

効の典型とされていた民法九〇条違反の効果に相對無効を導入する必要が説かれるまでに至っている。また、この過程の中で、いわゆる相對的無効と對抗不能の理論的區別が注目されるようになり、この観点から民法一七七条の理論を深める必要も生じている。

こうして議論は限りなく、取消、解除あるいは無効の理論に傾斜してゆく可能性をはらんでいる。しかし、当面のテーマの中心は民法一七七条にあるので、適当なところで両者の折り合いを図らなければならない。それは結局執筆能力との兼ね合いの問題となり、さしあたりできる範囲の検討を試みるという姿勢を確認するよりない。多くの重要文献の中には読み落とししやむを得ず、また行き届いた考察をなさない部分も生じるであろうが、予め寛恕頂きたい。このような前提にもかかわらず、本稿が有益な問題提起をなし得るとするならば、それは民法一七七条の論理を本来の権利変動に関する議論と明確に切り離す考察方法の故であろうと考える。

すなわち、不動産物権変動に公示（登記）を義務づける規定は、日本の民法典の下では唯一民法一七七条だけであるため、権利取得要件ないし権利保護資格要件として登記を要求するか否かは、当該物権変動が民法一七七条の適用になじむかどうかの判断によってなされなければならない。しかるに従来⁽⁹⁾の議論においては、民法一七七条を適用するのに都合がよいように権利変動自体を理論構成するという傾向が見られ、さらには民法九六条三項、民法九四条二項等に含まれる「第三者二対抗スルコトヲ得ス」という文言と、民法一七七条のそれを混同するような議論もなされている⁽¹⁰⁾。いずれも民法一七七条の論理が十分明確に把握されていないためであると言えよう。実際、對抗不能の法概念はあまりの柔軟さ故に容易に捉え難い特質を持つのであるが、加えて、利益衡量を中心に個別具体的な解決の妥当性を追求するという解釈方法が志向されるため、登記の有無は理論的観点よりも、むしろ当事者にとつての実質的利益の一要素として重視される傾向があり、混乱の一つの原因をなすように見受けられる。わたくしがここで目指すのは、要するに、「法定取得—失権」の立場からこうした問題状況に理論的な体系づけを試み

ることであるが、これにより物権変動が溯及的に消滅する場合の法的構成自体にも明確さをつけ加えることができれはと考えている。

このような考察のためには、結局取消、解除、無効のそれぞれについて、これまでの議論の蓄積を踏まえた独自の分析をする必要がある、論述の方法は平凡である方がむしろ争点を明らかにするであろう。したがって、本稿では特別な構成を試みず、順次必要な議論を展開することにした。ただし、最後に取り上げる無効との関連では、相対的無効および對抗不能の定義の問題を含めて論じ、最近の新たな問題提起に答えるつもりである。いずれにしても、錯綜を極める学説の間で、すべてに対応を尽くすことは難しく、むしろ私見の立場を明示できること自体が有意義であると考えたい。

なお、民法九四条二項と民法一七七条の適用関係については別稿で論じており、分析の視点はやや異なるが、ここで示した推論は基本的には本稿の考察方法と同じものである。したがって、それとの接点も明確にして行かなければならない。

- (1) フランス法のこれらの点については、滝沢事代・物権変動の理論一三三頁、二〇一頁以下等に論じた。しかし、フランス法(一九五五年一月四日デクレ参照)の公示は、契約の解除、撤回をもちらす特約の公示(デクレ二八条二号)と、解除、撤回、取消を求める訴の提起およびその認容、取下げ、棄却等の判決の公示(デクレ二八条四号)を区別して取扱っており複雑である。日本法上の問題に対応するのは主として後者であるが、状況に応じて前者の考え方を参照する必要もあろう。
- (2) 当面の問題と関連の深い相続については、鎌田薫∥寺田逸郎∥小池信行編・新不動産登記法講座総論Ⅱ六八頁以下の拙稿「相続と登記」において私見の立場から論点の整理を行っている。
- (3) 「詐欺を詐欺者に対する民事罰ないしは被詐欺者が被った損害の補償の問題として構成する」というフランス法的な考え方である。中舎寛樹「民法九六条三項の意義——起草過程から見た取消の効果への疑問——」南山法学一五卷三∥

四号一五頁以下参照。武川幸司「法律行為の取消における第三者保護の法律構成序説——民法九六条三項の意義と法理を中心に——」慶応大法学研究六九卷一五頁以下も同旨。

(4) 椿寿夫「錯誤無効と詐偽取消の關係」広島法学一〇卷三九頁以下等参照。

(5) 北村実「ドイツにおける契約解除効果論の展開——BGB制定の前後から——」龍谷法学九卷一〇九頁以下参照。

(6) 椿寿夫「法律行為の無効」について——その内容の多様性と緩和——」三重大法経論集一〇卷一七頁以下参照。

(7) 武川幸司「民法九四条二項の「対抗不能」の法構造」慶応大法学政治学論究一七号二〇三頁以下、野澤正充「対抗不能」と「相対的無効」法時六七卷八号八七頁以下等参照。

(8) 権利取得要件としての登記という表現は定着していないかもしれないが、ここでは民法一七七条本来の対抗問題を解決する機能をもつ登記をこのように呼んでいる。これに対して、対抗問題にならない場合に要求される登記を権利行使の要件と呼んで区別されたのは安達教授であり(安達三季生「一七七条の第三者」判例演習物権法五三頁参照)、土地所有権の譲受人が賃借人に対して解約申入・賃料請求などをする場合が典型的な例となる。安達教授は、正確には「第三者を保護するための権利行使の要件」と表現しておられるので、第三者の側の登記義務を指すと解される「権利保護資格要件」という理解とは区別が必要と見うる。しかし、この点は必ずしも十分明確にされないまま、好美清光「物権變動をめぐる現在の問題点」書齋の窓二九号一九頁、鈴木祿弥「登記懈怠の効果について」民事研修四四二号二一頁以下(同・物権變動と対抗問題二二三頁以下)等、学説においては賃料請求のケースを含めて後者の表現を採ることが定着している。このように民法一七七条の登記を二種のものに区別することは今日学説の共通の理解となっており、狭義の対抗要件と広義の対抗要件という区別(滝沢・前掲書二二五頁参照)とも対応する。また、滝沢・前掲書二二七頁注(61)では、権利行使の要件も結局は権利取得要件に帰着すると述べているが、権利保護資格要件も同様と言うべきである。これらを整理すれば、二重譲渡的な狭義の対抗か、それ以外を含む(あるいはそれ以外の)広義のものかという区別がまずあり、後者の中に権利行使要件と権利保護資格要件が加わることになる。

(9) たとえば、鈴木祿弥・物権法講義改訂版一〇九頁以下に見られるように、解除の効果において間接効果説が支持されるのは、それが登記による解決を導入するのに適当な理論構成であると解されているためであるし、取消の効果を復歸的物権變動と見る議論についても同じことが言える。また、広中俊雄「法律行為の取消と不動産取引における第三者の保護」法時四九卷六号五六頁以下、同・物権法(第二版)一一〇頁以下等が、無能力、強迫による取消について第三者

保護を目ざされる場合の議論においても、對抗問題の解釈を第三者保護の必要性に合わせて行く考察が示されている。
 (10) たとえば、加賀山茂「對抗不能の一般理論について——對抗要件の一般理解のために——」判タ六一八号六頁以下においては、對抗の一般理論という観点から両者の統一の把握が目指されたのであるが、その結果は、民法九六条三項、民法九四条二項等の適用における権利変動のメカニズムを極力民法一七六条・一七七条のそれになぞらえるような議論を生じ、両制度本来の基本的構成を分かりにくくしている。他方、一般的に見て、善意の第三者に登記を要求するかどうか民法一七七条とは無関係に議論されるような傾向が認められるのも、「對抗」の混淆的理解の故かと推測される。
 (11) 滝沢幸代「民法九四条二項と民法一七七条の適用関係」星野英一先生古稀祝賀日本民法学の形成と課題上一九五頁以下参照。

二 取消と登記⁽¹⁰⁾

(1) 議論の前提

民法典における取消は行為無能力者に認められる場合もあるが、当面の問題はまず第一に民法九六条の詐欺による取消に関わり、同条三項によって第三者の権利取得が保護されるためには第三者が登記を経由している必要があるか、というかたちで問われてきたわけである。強迫による取消、無能力者の法律行為の取消等については第三者保護の規定がないため、このような問題を生じない⁽¹³⁾。したがってここでは、民法九六条三項と民法一七七条の適用関係を明らかにすることが課題である。従来から議論の中心となってきたのは、次の二つの最上級審判決であった⁽¹⁴⁾。

まず、大判昭和十七年九月三〇日民集二二卷九一一頁は、土地の売買契約が詐欺を理由に取り消された後で、当該土地について買主が善意の第三者との間に抵当権設定、代物弁済予約契約を締結し、登記も経由したという事実である。取消権者(売主)からの抹消登記手続請求を認容した本判決において、判旨は、民法九六条三項の第三者を「取消ノ遡及効ニ因リ影響ヲ受クヘキ第三者即チ取消前ヨリ既ニ其ノ行為ノ効力ニ付利害関係ヲ有セル第三者ニ

限定シテ解スヘク」と論じ、その上で取消後に生じた第三者との間の問題処理に民法一七七条を導入した。すなわち、取消権者は土地所有権の自己への復帰について登記をしなければ第三者に対抗しえないとし、第三者を無権利と見て單純に取消の對抗を認めた原判決を破棄したのである。取消後の転売は二重譲渡に準ずるといふ判例理論がここに確認された。⁽¹⁶⁾

これに対して、最判昭和四九年九月二六日民集二八卷六号二二三頁⁽¹⁷⁾は取消前の転売に関する事案である。数筆の土地の売買契約、転売契約がなされているうち、その一部である農地の売買については、農地法五条の許可を条件とする所有権移転請求権の仮登記があり、善意の転得者が附記登記をしている状況の下で、詐欺を理由とする売買契約の取消がなされている。原判決が、取消権者は對抗要件を備えていない転得者に所有権の復帰を對抗できると判示したのに対し、最高裁は、民法九六条三項の第三者の範囲は、「必ずしも、所有権その他の物権の転得者で、かつ、これにつき對抗要件を備えた者に限定しなければならない理由は、見出し難い。」と論じて破棄自判し、善意の第三者を保護した。

大審院昭和一七七年判決が取消後の転売のケースに民法一七七条を適用し、二重譲渡としての解決を導入したことに対しては、学説の批判が強く、既に問題点も十分明らかにされている。⁽¹⁸⁾ 判旨のように、取消後の物権の復帰と第三者の取得を二重譲渡の関係と見ることが適当であるかどうか繰り返し論じられてきたわけであり、わたくしとしては、これらの批判に、取消権者が登記を取り戻すことは通常の第二譲受人の登記の場合よりいっそう障害が大きい点をつけ加えて、当面の状況は民法一七七条が想定する登記の順位優先主義にはなじまないとしたい。⁽¹⁹⁾ そこで、取消後の第三者の保護については、後述するように、民法九六条三項の類推適用によることが妥当であろうと考える。しかし、判例の代替案としては、民法九四条二項の類推適用を主張される幾代説がもつとも有力であることは周知のとおりである。⁽²⁰⁾

他方、最高裁昭和四九年判決では、保護されるべき第三者の権利が所有権移転の請求権であり、仮登記の評価が問題となる等の事情があったため、民法九六条三項の第三者に登記を要求すべきかに関して最高裁がどのような見解を採るのかを、判旨の推論から読み取ることが難しかった。したがって、多くの判例研究・評釈が見られるにもかかわらず、最高裁は第三者の登記を要求していると解する立場と反対の見解が対立している。⁽²¹⁾ 本件は取消前の転売のケースであるが、仮に先例としての昭和一七年判決の論理を適用するとしても、仮登記を民法一七七条の對抗要件と解し得ないことは明らかである。また、判旨も「第三者は必ずしも對抗要件を備えなくてもよい」と明言しているのであるから、理論的には登記不要説が採られたと解すべきであろう。実際、昭和四九年判決は民法一七七条の適用については何も言及していないのであり、前述のようにむしろこれを否定している。にもかかわらず学説は、昭和一七年判決の論旨を横滑りさせ、第三者が仮登記の附記登記を得ているという事実から、過大な推論を引き出そうとしているようである。⁽²²⁾ しかし、本判決の論点はむしろ民法九六条三項によつて保護され得る権利の性質如何にあると見るべきであり、民法一七七条の導入如何を問うならば、判旨はこれを否定したという理解にわたくしも与したい。

また判例は、既に虚偽表示との関係においては、民法九四条二項の善意の第三者が登記なしに保護されると論じているのであるから、民法九六条三項についても同様の考え方を採ると見ることが自然である。⁽²³⁾ しかし、それだけの理由で第三者の登記の必要性を否定してしまうのではなく、登記尊重主義をこの領域に生かす可能性を改めて探つて見ることがここでの課題と言えよう。取消と登記を論じる場合に、とりあえず確認しておかなければならない前提はこのようなものである。

(2) 取消前の第三者と登記

取消の法的効果

民法一七七条の適用可能性を検討する場合、これに先立って対象となる権利變動の理論構造を確認することに、民法一七六条による所有権移転のメカニズムを論じてきたのと同じ意味がある。ただし、ここでは契約の効果としての所有権移転が問題であるのに対して、取消の効果は法定のものである。民法一二二条は「取消タル行為ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做ス」と規定しており、取消の結果法律行為が当初に遡って効力を失うことは明らかである。しかし、民法九六条三項は善意の第三者が機械的にこの取消の犠牲になることを望んでいない。実際、有効に転売を受けているにもかかわらず、詐欺の被害者救済のために第三者が不測の損害を蒙るのであれば取引の安全は害される。それ故、民法九六条三項の規定は、本来取消前に出現した第三者との関係で適用されるものと解することが正論と言えよう。⁽²⁶⁾

すなわち、A B間の売買契約が詐欺を理由として取り消された場合には、取消以前にBと転売の契約を結んでいた善意のCは、民法九六条三項の効果としてその取得した所有権を維持することができる。「取消ハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」との文言から導かれる右のような効果は、Cに対する限りでA B間の所有権移転は有効であると解する余地もあるが、むしろ遡及的失効の結果をAがCに対して主張し得ないため、AとCの間に直接物權變動の効果が生じると見ることが適当であろう。⁽²⁸⁾ 幾代教授は民法九四条二項の理解に関して既にこの論理を肯定し、法定承継取得と呼んでおられる⁽²⁹⁾。他方、遡及的無効がこのように相対的に制約を受ける状況を、「相対的無効」と呼ぶかどうかという用語の問題がある。この点は後に改めて論じる予定であるが、フランス法で相対的無効の特徴と指摘される要素は、まさにわが国の取消の効果と重なるように見受けられるため、取消の効果も相対的無効と呼ぶことは十分可能ではないかと予想している。また、そうであれば、「第三者に対抗し得ない」という法技術は、わたくしが旧稿で論じてきたように⁽³¹⁾、相対的無効を創出するテクニクと捉えることも可能ではないかと推測され

る。この問題についても、後に再検討したい。

さて、このように所有権の移転を念頭に置いた場合には、民法九六条三項の効果としていわば無効の契約に基づく権利取得が生じることになり、その意味では、民法一七七条による第二譲受人の取得をわたくしが法定承継取得と位置づけたところにも近づくわけである。すなわち、民法の第三者保護規定によって実現されているのは、まさに公信力の効果にも準ずるような法定の権利変動なのであるが、ただしそれは登記の効力とは全く無関係に生じるものである³²⁾。第三者自らに取得した権利を登記させるべきであるという政策的判断と、民法の規定の理論的把握とは充分区別されなければならない。したがって、判例および有力説がこの場合の善意の第三者は登記なしに所有権を取得し得ると論じているのは正論である³³⁾。また同じ理由で、虚偽表示に関する最判昭和四四年五月二七日民集二三卷六号九九八頁が、民法九四条二項の善意の第三者は登記を取得していなくても保護され得る、とした判断を支持することができる。

もつとも、立法趣旨に鑑みるならば、民法九四条二項の場合には、虚偽表示を作出した点で帰責事由の大きい無効の主張者に対して善意の第三者が保護されるわけであり、この場合には、第三者に登記の要件を加重しない解決が肯定されやすい。これに対して、民法九六条三項の場合の取消権者は詐欺の被害者であり、少なくとも虚偽表示者と比べればより保護事由があると言わなければならない。それ故取消においては相対的に取引の安全保護に制約を課し易く、第三者の側に登記の必要が説かれる結果にもなると言えよう。取消と登記の問題が前者に比べてはるかに熱心に論じられる背景には、このような両制度の相違があるかと考えられる。問題は、この場合の登記の要請をどう実現するか、民法一七七条をどのような理論構成によって導入すべきかという点にある。

民法一七七条の適用可能性

一般論として、民法一七七条をどの範囲まで適用することが可能かつ妥当かという問題に関しては、周知のよう

にわが国の判例は、極めて早い時期から變動原因無制限説を確認し、広くあらゆる種類の物權變動に対して公示を要求するという原則を打ち出している。⁽³⁴⁾そこで、右に取り上げたような第三者保護規定に対しても、重複的に民法一七七条が適用され得ると考えなければならぬ。問題はその当否である。さて、ここで検討するのは取消前に善意の第三者が登場した場合であるから、前例のようにA↓B↓Cの譲渡があつて登記がBにある状況の下でAが取消権を行使したと仮定する。取消権行使後のAはBに対し抹消登記手続ないし移転登記手続を請求できるのであるが、仮にAが登記を取り戻したとしても、Aは民法九六条三項により自らの権利を承継取得した善意のCに対し登記手続を拒めないで、A・C間の登記取得の争いは理論的には認め難いと言えよう。別の表現によれば、A・B・Cの關係がまさに前主後主という当事者關係であることの反映として、登記を導入した二重譲渡的な解決がそもそも成り立ち得ないのである。この論理は伝統的に確認されてきたところであるが、⁽³⁵⁾実際の登記志向の前に觀念論として顧みられなくなつていたのが現実ではなからうか。しかし、權利變動のレベルで確認したように、近時幾代説が出された法定承継取得という考え方は、結局この伝統理論の妥当性を再確認する結果となつてゐるのである。

では、二重譲渡の理論の当てはめはどのようなように試みられてきたのであろうか。取消の先後を問わず取消権者と第三者との關係は對抗問題になるとされる広中説は、これを導くために取消の溯及効を直接の当事者間に制限するというような技巧を導入される。⁽³⁶⁾しかしわたたくしは、A↓B↓Cの契約關係においてもしCが善意ならば、取消によつてBからAに戻るものはないのであるから、A・Cを二重譲渡的な對抗關係と見ることは不合理と考へる。また、Cが悪意であるならば、民法九六条三項が働かない結果、C↓B↓Aという權利の復帰が生じるが、これはBを中心とする二重譲渡ではない。このように、復帰的物權變動という考え方を導入したとしても、取消前の転売のケースにおいては、二重譲渡の当てはめにはかなりの無理が生じる。さらに、民法九六条三項の適用においてはCの善意が要件とされるにもかかわらず、民法一七七条を重複適用する際はCの悪意が可とされるような矛盾も生じる。

このように二重譲渡的解決を図る場合の不合理は、既に指摘されてきた問題点に留まらない。

しかしながら、民法一七七条を本来の對抗要件主義としてではなく、いわゆる広義のそれと捉えて柔軟な適用を試みる場合には、³⁷⁾単に公示主義を強調するというそれだけの理由から、Cの権利取得に登記を要求し、これを争う関係にあるAを民法一七七条の第三者の範疇に含めるといふ扱いが可能である。また同様に、C↓Aの復帰的物権変動に登記を要求し、Aによる取消の効果の主張を制限することが考えられる。登記必要説を取る学説の多くは、実はこのようなレベルでの登記の導入に期待しているのではなからうか。この場合の第三者の画定は極めて柔軟かつ実際の利益衡量によると言えるわけであり、³⁸⁾二重譲渡の当てはめが破綻したとしても、このような広義の角度から民法一七七条を適用してゆく余地は残ると見なければならぬ。この場合には、片面的にCのみに登記を要求することも、異なる要件の下でA、Cの双方に登記を要求することも可能であると考えられる。

ところで、民法九六条三項の第三者に登記の取得まで要求するならば、相対的に詐欺の被害者の保護は厚くなる。周知のように、民法九六条三項は詐欺による取消にのみ適用され、強迫には適用がないのであるが、背後には立法者が詐欺の被害者と比べて強迫の被害者をより保護している事情を指摘できるわけである。しかし、民法一七七条を通して登記の要請を持ち込むことよって、このような民法典が予想している取消権者と第三者の利益状況には変容を生じ、本来の条文の趣旨に忠実な解決を導くことからはやや乖離する。民法一七七条による一七六条の変容と同じ性質の問題であり、登記の導入が望ましいとしても、その点の自覚は踏まえておかなければならない。取消権者が登記を取り戻さずに放置する危険、善意の第三者が取得した権利を登記せず放置する危険には、確かに看過できないものがある。とは言え、未登記の権利につきまとうリスクは一般的にも重大であるから、AC間の争いの解決に登記を導入しなくても実際上はそれほど公示制度に危殆を招くことはないという見方もできるのである。³⁹⁾

登記の強制方法としては、民法一七七条の他に、訴訟によつて権利の取得が確認された場合に自動的に登記手続が展開されるというような、手続的、機械的な問題処理も有効であり、また後述するように第三者に対しては、予告登記制度による対応の可能性もあり得る。広義の對抗要件主義に安易に依存して、登記による取引の安全を導くためだけに本来の民法理論を変容させることは、その方式に裏付けとなる十分な基準が見られない場合にはとりわけ危険が伴う。一例を挙げれば、民法九六条三項と民法九四条二項とは第三者の登記の必要性に相違があるとして、異なる取扱いを持ち込むこと（前者においては第三者の登記が必要で、後者では不要など）は、相手方の帰責性の大小という考慮を加味しても、やはり一貫性を欠き望ましくないという批判が残るであろう。

第三者の権利の性質

民法九六条三項によつて保護される第三者の権利は典型的な物権だけに限られず、最高裁判昭和四九年判決においては、仮登記によつて保全された所有権移転請求権が適用の対象となつている。A↓Cの法定承継取得の論理はこの場合にも肯定できるであろうが、その際の理論構成は本来の物権と全く同じではなからう。たとえば債権の法定取得に近いものとして、民法四六八条一項の債権譲渡に対する異議を留めない承諾の結果、実質的な無権利者からの債権取得が生じる場合を考えることができる。同様に、ここでは法定の効果としてCからAに対する所有権移転請求権が生じるわけである。いずれにしても、先の最高裁判昭和四九年判決は、附記登記がなされている点を強調しつつCが第三者にあたると論じているため、所有権移転請求権ないし条件付権利のような本来の物権より弱い権利については、仮登記（附記登記）による強化が必要であることを確認したものと見ることができ(40)。この延長上に、未登記であつても本来の物権ならば保護されるという議論を導くことは自然であろう。わたくしとしてはこのような理解が合理的であろうと考えるが、判決の実質的な影響力を考慮しつつ、登記が強調されているという見方を採ることもたしかに可能である。しかし、事案に即して判決のいわゆる射程距離を評価する場合には、自ら限界が画

されなければならない。

(3) 取消後の第三者と登記

大審院昭和一七年判決の問題点

前述のように、民法九六条三項は取消前の第三者を保護するための規定と解することが妥当であり、判例、通説もこれを肯定するようである。ということは、取消権が行使されて売買がはじめより無効になったにもかかわらず、その後で買主が目的物を転売したような状況に対しては、民法は何ら特別の指針を置いていないということになる。しかし、善意の第三者が詐欺による取消の被害者となる状況は、取消後の第三者の場合にも生じるであろう。ただ、当初は有効な契約を締結し得た取消前の第三者と、無権利者との契約締結を余儀なくされた取消後の第三者とでは、その法的地位に本質的な相違がある。後者のケースは登記の公信力により救済されるであろうが、そうした制度的配慮をもたない民法典の下で、第三者保護を全く切り捨ててしまつてよいか。これが問われている問題であつた。また、第三者保護への配慮が必要であるという結論にほとんど異論が見られない点も、取引安全の見地からもちともなことで確認できるであろう。なぜなら、善意の第三者の側においては、その権利取得が取消権の行使前か後かによつて主観的事情にあまり変わりはないからである。⁽⁴⁾したがつて、いかなる解釈技術により第三者保護を具体化するかが課題となる。

大審院昭和一七年判決は、まさにこの課題に対して民法一七七条を導入し、二重譲渡的処理をもつて答えたわけである。A B間の売買が詐欺を理由に取消された後B↓Cの譲渡が生じたとする。善意のCが全く保護されないのは妥当ではなく、他方登記を取得したCが保護されることが望ましいという価値判断は、恐らくドイツ法の公信力の効果を意識しているはずであるが、日本法の下では、民法一七七条の援用によつてのみそれに近い解決を導くこ

とができる。なぜなら、それが登記に関する唯一の規定だからであり、二重譲渡的处理は、ここでは復歸的物權變動というフィクション概念を持ち込むことよつて可能となつた。この解決に対する批判についてはくり返し言及したが、⁽⁴²⁾民法一七七条を援用することは、善意の第三者だけが保護されるべきであるという結論をうまく生かすことができなない点が大きな問題となる。取消前の転売の場合と均衡を欠くだけでなく、詐欺者と悪意の第三者との共謀を肯定する結果にもならざるを得ないからである。それ故、民法一七七条の第三者を善意者に限るべきであるという議論が常に浮上するのであるが、この考え方は對抗要件主義を萎縮させ、登記の強制力を大きく失わせることになる。⁽⁴³⁾

民法九四条二項の類推適用

かくして、民法九四条二項の類推適用をこの問題にまで拡張するという提案が歓迎されたのはもつともなことであつた。幾代教授は当初、Aが詐欺による取消権を行使しないで放置している場合の帰責にまで遡つて、第三者を欺くような表示(登記)の存在から善意者を保護することを構想された。⁽⁴⁴⁾不実の登記に対して虚偽表示理論の拡大適用がなされる場合には、判例は登記訂正の可能性の有無を具体的に検討しているため、取消権行使の可能性如何に着目された幾代説の発想はよく理解できる。しかし、法理論のレベルから見ると、取消権の行使期間は形式的には行使の猶予期間でもあると解さざるを得ないであろうから、不実の登記について帰責を生じるのはやはり取消以後と見なければならぬ。⁽⁴⁵⁾すなわち、取消権の行使があれば、その時点から直ちに登記訂正の義務が発生するのである。

こうして民法九四条二項が取消後の転売のケースに対しても援用されることにより、同規定のいわゆる類推適用はさらに一般化する。このような第三者保護の法的性質を確認するならば、虚偽表示という枠による拘束の下で、結局登記の公信力を部分的に導入するものと言わざるを得ないであろう。⁽⁴⁶⁾登記に対する信頼を保護できる、さらに

は保護する必要がある程にわが国の登記中心主義は十分な定着を見ているわけである。しかし、その本来の制度を持たないため、民法九四条二項を類推適用する場合には、虚偽表示の作出に対する帰責という制約が必要になる。すなわち、公信力的保護の犠牲となる真の権利者の側にポジティブな帰責事由が必要となるため、それだけ第三者保護の可能性は狭く限定されるわけである。したがって、第三者の側から見れば、登記を信頼できるという原則は必ずしも明確ではなく、登記を作出した側の帰責の有無という偶発的事情によつて第三者が保護されたりされなかつたりするのがこの類推適用の場合の特徴である。

すなわち公信力的解決という対応は、取引安全の見地から大方の支持を得ているのが現状であるが、登記に対する安易な信頼を助長するという批判も考えられ、制度の流用に伴う難しさがあることは十分認識されなければならぬ⁽⁴⁷⁾。また、善意者を保護できるという点を除けば、同じ取消後の転売に民法一七七条を適用する判例理論の難点を十分克服し得ているとは言いがたい。なぜなら、取消後に真の権利者が登記を取り戻す場合の困難は、共同申請主義の建前に伴う必然的なもので、取消の相手方にある登記を真の権利者に戻すか転得者に移すかは登記名義人の意思にかかっているとも言える状況があるからである。このため民法一七七条の適用においては必然的に取消権者が不利な地位に置かれるのであるが、民法九四条二項の類推適用においても同様の問題は生じるのであり、安易に帰責を指摘しにくいと考えられる。

さらに、転得者に登記を要求すべきかどうかが独自の論点となる。民法九四条二項の類推適用は、利益衡量的な配慮によつて善意の転得者を保護する趣旨のものであるため、転得者に登記がある場合には当然保護の必要が高いと見られるのであるが、登記を持たなければ全く保護しないとする根拠もないと言えよう。前述のように、民法九四条二項の本来の適用においては、保護されるべき第三者に登記は必要ないとするのが判例の見解であった。これに對して、公信力的解決という理解を前提とするならば、登記必要説に立つことがそれなりに一貫した方針となる

はずである。ドイツ法の公信力がそのようなものである点も参考になるが、不実の登記を非難するというところで問題解決の焦点は結局登記中心主義（公示主義）の推進にあるため、この制度に依拠しようとする者が自ら登記義務を尽くしていることを要求されるのは合理的と言えるからである。実際にもこの種のケースにおける第三者は自ら登記している者が大部分のようである。⁽⁴⁹⁾そこで、虚偽表示が登記である場合に限って、第三者の側にも登記を要求することが一つの基準となり得ると見たいが、⁽⁵⁰⁾純粹な利益衡量の観点に立てば、取消権者の懈怠が大きい場合などに一律Cの登記を要求することは妥当を欠く場合もあるかもしれない。

川島説の検討

さて、このように注目を浴びている民法九四条二項の類推適用にも問題が含まれるとするならば、残る対応は民法九六条三項を取消後にも適用するという川島説である。⁽⁵¹⁾その推論が妥当であれば、当面の問題は立法者の予想の範囲内で容易に解決されるのであり、改めて民法一七七条を重疊的に適用すべきかどうかを問うことになろう。

川島説によれば、民法九六条が規定するのは引き渡した目的物を取り戻す前提としての取消権の行使であり、同条はフランス民法的な訴権の構成を持つ規定である。したがって三項は、訴訟による返還請求の時までに利害關係を生じた第三者の全てを対象としているという解釈を主張された。しかし、この推論は、先の大審院昭和一七年判決の評釈の中で展開されていることから知られるように、どちらかと言えば当面の事案の解決を念頭に置いて政策的に立てられた解釈論であると見受けられる。現行民法は、意思理論による体系化を根底に据えていることは、川島教授ご自身が明確に説かれるところである。⁽⁵²⁾この点からも、民法典の法律行為は極めて実体的な理論構成を枠組みとしていると解され、当面の取消の規定だけに訴権の構成を与える必然性は少ないと見うる。取消の効果としての遡及的無効を尊重し、民法九六条三項はこの遡及効の効果によって必然的に不測の損害を受ける取消前の第三者を念頭におく規定とやはり捉えるべきであろう。⁽⁵³⁾

したがって、取消後に転売を受けた第三者の救済については民法典は規定していないと解される。この点は、後述する解除についても同様であり、民法五四五条一項但書は解除後の第三者を含まないわけである。⁽⁵⁴⁾ フランス法、ドイツ法にもこの種の第三者保護規定がないことに鑑みれば、現行民法にこの程度の不備があることは何ら不思議ではないが、取引安全のためには解釈的配慮が不可欠となる。これを予め確認した上で、わたくしは取消後の第三者については、単純に利益衡量的な観点から民法九六条三項の規定を類推適用する解決が最も適当ではないかと改めて提案して見たい。⁽⁵⁵⁾ ところで、このような対応の妥当性を確認するためには、近時の学説によって試みられている民法九六条の成立過程の研究を踏まえておくことも必要であろう。

すなわち、中舎教授の指摘によれば、現行の民法九六条の前身であるボアソナード草案中の詐欺による取消の規定は、本来フランス法の影響の下で詐欺者に対する不法行為責任を追求する趣旨（補償の名義）のものとなるべきであった。⁽⁵⁶⁾ フランス法において第三者による詐欺が取消の対象とならないのはそのためであり、またその延長上において、取消の効果としての遡及効は不法行為の現状回復義務に当たると解される。このような規定の沿革に対して日本民法典の起草者は、明らかに法律行為の章を意思理論⁽⁵⁷⁾ によって体系づけることを目指したために、詐欺による意思表示の瑕疵を欺罔により引き起こされた錯誤と捉えている。その結果、一方では錯誤無効との間に二重効の問題を生じ、他方で取消の可能性をある程度縮減することにもなっている。遡及的無効の効果を伴うような詐欺をそう容易には認めにくいからである。立法論としては、確かに詐欺の効果を損害賠償と結びつけることがより適切と言えるかもしれない。この議論は当面のテーマに必ずしも直接にかかわるものではない。ただ、確認しておきたいのは、民法典起草者が取消の効果を遡及的無効とした理由が意思理論の貫徹にあると見られること、それ故に単純に取消後の権利移転を肯定することはできず、川島教授が説かれたような訴権的構成を持ち込むことは極めて難しいのではないかという事情である。

民法九六条三項の類推適用

こうして、取消後に出現した第三者を保護するためには、民法九六条三項を類推適用するという平凡な解決が目されることになる。これによれば、実質的な取引安全保護の要請に応えることができ、川島説と同じ効果を導き得るのである。類推適用と本来の適用例との相違点は、第一に $A \rightarrow B \rightarrow C$ の権利移転において、Cが権利を取得する時点でBが有効な権利者であったかどうかにある。また、条文が予想する第三者の悪意はA・Bの取引における取消原因すなわち詐欺の存在を念頭に置くのに対し、取消後の第三者Cに関しては、より広く取消原因、取消の事実、さらにはBの無権利それ自体についての悪意が問題となると解さなければならぬであろう。しかし、いずれにしても善意の第三者は取消前の場合と同様に、A・Bが有効な取引をしていると信じてBと取引するのであり、悪意の場合には詐欺および取消の事実を知ることが通常であろう。すなわち、条文の本来の趣旨は、「形式的には有効な取引」（これは「取消原因がないと信じた取引」でもある）をした者が不測の取消によって損害を蒙るべきではないという点にある。これを「有効であると信じて取引」をした第三者の保護にまで拡大することは、同じく詐欺の犠牲になった善意の第三者を救済する限りにおいてそれ程異質の判断ではなく、類推適用の範疇にあると言えるのではなからうか。⁵⁹⁾

しかし、類推適用によつて取消後の善意の第三者を救済する場合には、解除、無効等との関係でも、一般的に無権利者と善意で取引した第三者を同様に扱うのでなければ公平を欠くことになる。救済の対象となるのは前主の無権利の原因ではなく、無権利それ自体についての善意が中心となるからである。この意味では民法九四条二項の類推適用には一般性があり、民法九六条三項を拡大適用するよりはよりよい解決と言うべきかもしれない。⁶⁰⁾ しかし、後者の考え方に従つても、少なくとも民法五四五条一項但書を解除後にも類推適用することは可能であろう。また、民法九四条二項に内在する虚偽表示という制約を考慮するならば、個々の第三者保護規定の拡大適用がより適

切となる場合も当然考えられるはずである。したがって、民法九四条二項と民法九六条三項等を選択的に類推適用するならば、個々の事例毎に最も適切な問題処理が可能となり、第三者の救済の範囲が拡大される結果にもなり得ると見たい。⁽⁹⁾

第三者の登記の必要性

さて、民法九六条三項の適用を取消の後の第三者にも及ぼすならば、実体的なレベルでの第三者の権利取得の根拠は一応解決する。また、その場合の理論構成は取消前と同様に法定承継取得となり、いずれにしても登記と無関係にその効果を生じることになる。そうであれば、もう一つの議論の焦点となってきた第三者の登記の必要性は、民法一七七条適用の当否という別個の問題となるのであり、この限りで大審院昭和一七年判決の解決とも繋がっている。しかし、取消によってAに所有権が戻っている状況の下でB→Cの取引があった場合にも、善意のCはAからの法定承継取得によって所有権者となり得るのが類推適用の結論となる。この上にさらにACの登記の要否を検討するならば、Aが先登記した場合であっても、Aは本来Cに対して登記移転義務があるため登記を維持することができないことになる。この点は、取消前の転売についての議論と同じものがあてはまる。

したがって、ここでも拡大された對抗要件主義を考えるべきであり、これにより民法一七七条に基づく登記をA、Cに要求することが可能となるのであって、A→Cの法定取得に対して民法一七七条を適用し、Cが登記を取得した場合にのみ、Cはその取得を第三者に対抗し得ると論じることになる。この場合には、民法九四条二項の類推適用による公信力的解決の場合と同様に、登記が要求されるのはCの取得が無権利者からの取得であるための要件の加重であると論じることができる。すなわち、取消前の第三者とは扱いを別にし、取消後の第三者にのみ登記を要求するという処理も可能となる。もちろん、このような形での登記の要否の区別が妥当であるかは、別に議論の余地がある。いずれにしても、この広義の對抗要件主義の下では、誰に登記を要求するか、すなわち誰が民

法一七七条の適用を受けるのかは、純然たる裁量ないし政策論に委ねられるのである。

これに対して、昭和一七年判決の論理は、取消後の転売に直接民法一七七条を当てはめることによって、登記したCが所有権者となる可能性を開こうとしたわけである。わたくしも同条のこのような援用方法が全く不当であるとは考えない。「法定取得—失権」の理論は先登記の効果として無権利者が権利取得することを肯定するからである。しかし、そこで必要になる復帰的物権変動という構成は、取消後のAと第三者Cとに先登記を争わせることが可能な状況があるという意味では当を得ているものの、取り消されたA↓Bの無効な契約と登記に基づいてB↓Aの権利取得が生じるといふ議論はやはり杜撰に過ぎるのではなからうか。他方、民法九四条二項の類推適用であれば、実体的に第三者の権利取得が生じる点に特に不自然はないと言えよう。

登記が重要であることは確かであるとしても、それを裏付ける論理が不十分のままに登記の拡大を追求するならば、公平、正義、説得力といったより一般的な法の課題を損なうのではないかという危懼は常に残る。⁽⁶²⁾ とりあえずの解決として、このような拡大的對抗要件主義を肯定しつつ、権利取得者に登記を要求する場合の実質的な基準を明確にして行くことが課題であると見たい。もちろん、より本来的な公信力的な保護のあり方を、立法上探つて行く必要もあると考えられる。⁽⁶³⁾

予告登記の機能

そこで関連上、予告登記による警告の可能性にも言及しておくべきであろう。物権変動の溯及的消滅の効果から第三者を保護する制度であると思られるこの登記は、日本法においてはほとんど機能しておらず、立法の仕方自体に問題があると指摘されている。すなわち、予告登記の効力が事実上の警告機能に留まること、善意の第三者を保護する規定がある場合にはそもそも登記の可能性が認められていないこと等である。⁽⁶⁴⁾ したがってあまり利用されず、また利用の意義も少ないため、廃止することが望ましいという見解もある。⁽⁶⁵⁾ 加えて、民法一七七条の導入によ

る第三者保護が予告登記を無意味にしている事情を指摘すべきであり、警告された取引に関与しても先登記によって権利を取得できるのであれば、警告に従う意味は少ないと言わねばならぬ⁽⁶⁶⁾。本来、予告登記は静的安全を重視する制度であつて、わが国のように第三者保護規定を持ち、取引安全が強調される体制の下では存在意義を失つてもやむを得ない。しかし、第三者保護の限界を考え直す際には、この制度に立ち戻り、これを踏まえた理論構成を考へることがやはり必要ではないかと考へる。

なお、予告登記の問題点は、不動産登記法三条の「(登記原因ノ無効又ハ取消ニ因ル登記ノ抹消又ハ回復ノ) 訴ノ提起アリタル場合ニ於イテ之ヲ爲ス」という規定の仕方にもあるのではなからうか。実際には、訴えの提起とともに受訴裁判所の書記官によつて自動的に予告登記がなされる(不動産登記法三四条)。予告登記はフランス法の影響による制度と見られているもの⁽⁶⁷⁾、わが国の取消は同法におけるように訴訟による必要がないのであり、訴訟外での取消権の行使が通常である。そこで予告登記は、訴訟外においてであつても取消の意思表示がなされると同時に行われるのでなければ意義が少なくなることになる。訴訟外での取消の意思表示を予告登記に結びつけ、これを訴訟要件とする、悪意の推定効を与える等が、一つの改革の方向となるかと考へられる⁽⁶⁸⁾。對抗要件主義を有効に機能させるためには、登記を強制するための工夫とともに、取引当事者が常に登記簿を確認して情報を得るという前提も必要であり、また、それを怠れば過失が伴うべきである。すなわち、民法一七七条の他にもこれを補う種々の工夫があり得るわけである。

(4) まとめ

取消と登記をめぐる従来の議論は、大審院昭和一七年判決の影響もあつて、二重譲渡型を無理に当てはめることにより登記の要請を根拠づけるという議論が一般的であつた。当然のことながら、そこでの解釈論は過度に技巧的

となり、そのために権利取得の本来の道筋が見失われるという状況も見られた。他方、登記を要求しない場合には、第三者保護規定の適用だけに終わっている。民法一七七条の論理を明確にすることによってこのような状況を克服し、登記の導入への筋道を立てることをここでは考えてきた。

結論としては、取消による復帰的物權變動のケースは登記の順位優先主義に本来なじまず、民法一七七条を適用する場合にも、広義の対抗要件主義にしたがって柔軟に登記の要請を確認してゆくよりないと見ている。具体的に取消前の第三者、取消後の第三者のそれぞれに登記を要求すべきかについては、必ずしも私見の立場を明示していないかもしれないが、強いて言えば前者は不要、後者は必要となろう。ただし、こうした利益衡量的な考え方を採る以上、最終的な決断は、事案をにらんだ裁判所の判断に委ねざるを得ないと考えられる。

また、民法一七七条を適用する場合には、前提として基本となる権利取得のメカニズムを明らかにする必要があることを指摘し、民法九六条三項の適用ないし類推適用をまず確認する必要があるとした。その上で、広義の対抗要件主義という枠内であれば、極めて柔軟に登記の要請を実現できると論じたのであるが、同時に、それが裁量ないし利益衡量といった極めて不安定な要素を議論の基盤とするものであることを示して警告したつもりである。こうした拡大的対抗要件主義は、帰するところは登記主義（効力要件主義）そのものに他ならないのであるが、ただ、全ての第三者に対抗しえないという理論を採り得ない状況の下で、いわば恣意的、裁量的に第三者の範囲を決定し、登記の必要性を強調する制度になると解される。「対抗問題と呼ぶのにふさわしいケースが対抗問題である」という理解⁶⁹は、この広義の対抗要件主義を前提とする限り妥当と言えよう。しかし、相互的な競争を前提とする二重譲渡の理論はこれとは本質的に異なるものである。

民法九四条二項の類推適用については、登記の公信力の部分的導入という独自の意義があることを肯定した上で、この趣旨を生かしつつ、民法九六条三項の第三者保護と併用することが適当であるとし、個々のケースに最も

相応しい方法を裁判所が選択すればよいとした。

いずれにしても、問題の発端にはまず第三者を保護すべきかどうかという実質的、政策的判断があり、次いで、救済する場合に第三者に登記を要求するべきかどうか、またそれが可能かという議論が必要となる。最後に理論構成をどうするかである。このような推論の段階のそれぞれのレベルを明確に区別した上で、議論が尽くされる必要があると考えられる。この点は以下に取り上げる解除、無効等においても同様である。

(12) 関連の論稿は膨大になるので、参照論文としてここには以下のものを取りあえず掲げる。山田卓生「法律行為の取消と登記の関係」法学新報七九巻二一頁以下、幾代通「法律行為の取消と登記」於保不二雄先生還暦記念民法学の基礎的課題上五三頁以下(同・不動産物権変動と登記三二頁以下所収)、同「法律行為の取消と登記——再論」民事研修三五九号一頁以下、石田喜久夫「取消と登記」内山尚三・黒木三郎・石川利夫先生還暦記念現代民法学の基本問題二〇一頁以下、下森定「民法九六条三項という第三者と登記」再論——最高裁昭和四九年九月二六日判決を中心として——薬師寺博士米寿記念民法学の諸問題九九頁以下、四宮和夫「遡及効と対抗要件——第三者保護を中心として——法政理論九巻三号一頁以下(四宮和夫論文集一頁以下所収)、広中俊雄・前掲論文法時四九巻六号四八頁以下、鈴木祿弥「取消と登記」谷口知平先生追悼論文集三巻二二八頁以下(同・物権変動と対抗問題九五頁以下所収)、良永和隆「法律行為の取消と登記の要否」専修大学法学研究所紀要二二号民事法の諸問題四九五頁以下。

(13) このように問題を把握すべきであろう。したがって、強迫を理由とする取消については、民法九六条三項を類推適用するという前提を採らない限り考察の対象外となる。しかしながら、取消後に登場した第三者との関係については、詐欺の場合でも第三者保護の規定が及ばないため、このような第三者をどう救済するかについては、詐欺、強迫さらにはその他の理由による取消を問わず、同じレベルでの議論が可能となるわけである。鈴木・前掲論文物権変動と対抗問題一一一頁注(3)が、後述する大審院昭和十七年九月三〇日判決の對抗問題の処理について、「この趣旨は、強迫を理由とする取消についても、当然に妥当する、と見るべきであろう。」とされるのは、上記のような意味で妥当と考えられる。こうして議論が必然的に詐欺取消を超えた広がりを持つことは当然であるとしても、正確な推論のためには、考察の原点を本文のように絞っておくことが必要である。これに対して、学説ではかなり安易に対抗問題という用語が使わ

れているため、無能力者の取消、公売の取消等もあまり区別せず、広く視野に収めた議論がなされている。

(14) その他に、大判昭和四年二月二〇日民集八巻二号五九頁、最判昭和三年六月七日民集二巻六号九九九頁等が注目されているが、ここでは論点を絞りたい。

(15) 川島武宜評釈・判民四八事件、船橋諱一批評・民商一七巻四号三四三頁、小町愈一研究・日本法学九巻四号三一頁等参照。

(16) とは言え、前注(15)に掲げた評釈は、いずれも判旨に極めて批判的である。無効の結果を復帰的物権変動と見ることが理論的に妥当ではないし、悪意の第三者まで保護される不都合がある等が指摘され、小町研究は、民法九六条三項は取消前の第三者にのみ適用されるとした原審の判断こそが正当で、「判旨は上告理由に迷わされたとは考えられない」と論じている。しかし、我妻栄・新訂民法総則三二三頁、鈴木祿弥・前掲書一一一頁等は、判例法としてこの結論を肯定されると見うる。

(17) 以下のように多くの評釈が書かれている。生熊長幸批評・民商七三巻一号一〇二頁以下、金山正信評釈・法時四七巻三号一〇八頁以下、川井健二岡孝評釈・判例評論一九六号二七頁以下、下森定評釈・判タ三三二二号九〇頁以下、星野英一評釈・法協九三巻五号八一三頁以下、宇佐美大司評釈・愛知学院大学法学研究一九巻三号一五一頁以下等。この他の解説等は必要に応じて引用する。

(18) 問題点の整理は各所に見られるが、伊藤進「取消と登記」別冊法学教室民法の基本判例五五頁等が詳細である。前注(16)に指摘した諸点に加えて、取消前の第三者に対しては取消が遡及効を生じ、取消後の第三者についてだけ復帰的物権変動を認めることはおかしいとの指摘が加わり(船橋諱一・物権法一六二頁注(1)参照)、對抗問題的处理が拡大される契機となつている。

(19) 通常の二重譲渡における第三者は、契約に基づいて当然に登記請求権があるのに対し、取消の場合にはまず取消権の存在自体が争われ得るからである。なお、狭義の對抗要件主義を適用する場合の要件については、滝沢・前掲書二〇一頁参照。

(20) 幾代・前掲論文不動産物権変動と登記三九頁以下参照。幾代説は、取消(追認)可能な状態にありながら、それを放置した場合に虚偽表示規定の類推を考えられたが、この立場は、取消権行使後に相手方の登記を抹消しないことが虚偽表示に当たるという構成へと修正されて通説に落ち着いている。私見も取消権者は取消期間内はためらう権利があると

いう観点から、後説が妥当と解する。

(21) 前注(17)に掲げた評釈のそれぞれの立場は、星野評釈・法協九三巻五号八一七頁、鎌田薫解説・ジュリスト民法判例百選総則・物権(第三版)五三頁等の整理に委ねたい。

(22) たとえば、須永醇解説・ジュリスト昭和四九年度重要判例解説五八頁は、この昭和四九年判決における第三者は仮登記しかできないからそれで保護されたのであり、できるだけは尽くすという意味で登記が可能な場合には登記をすべきであると論じられる。

(23) この意味で本判決は、民法九六条三項の第三者の例に、未だ本来の物権を取得していない者を付け加えた先例と評価されれば足りると言えよう。鎌田・前掲解説民法判例百選一五二頁は、大判昭和七年三月一八日民集一一卷三二七頁を引用しつつ、債権の取得者も第三者となり得る可能性を指摘される。

(24) 最判昭和四四年五月二七日民集二三卷六号九八八頁参照。ただし、類推適用例であるため、虚偽表示の問題ではないという指摘もなされている。加藤雅信評釈・法協八八巻五二六号六二四頁以下参照。

(25) ただし、虚偽表示の方が詐欺の被害者よりも帰責事由は大きい点に鑑みて、後者に対抗すべき第三者にだけ登記の要件を加重するという考え方が可能であることを、前注(21)、(22)の鎌田、須永醇説の他多くの学説が指摘している。他方、虚偽表示による執行免脱の場合においては、被免脱者(虚偽表示者の債権者など)の利益をも考慮する必要がある、必ずしも(登記を免除して)第三者の保護のみを強調できないという指摘も見られる。柳沢秀吉「登記の公信力と民法九四条二項、九六条三項の意味」法学志林七〇巻一号一〇九頁参照。

(26) 我妻・前掲書三二二頁、四宮和夫・民法総則(第三版)一九四頁、池田恒男「登記を要する物権変動」民法講座2物権(一)一六三頁等が、この点を明確に論じておられる。

(27) この場合の権利移転のメカニズムを詳細に論じられた例として、加賀山・前掲論文判タ六一八号一五頁(Cの否認権の行使による遡及効の否認とする)、松尾弘「権利移転原因の失効と第三者の対抗要件——虚偽表示、詐欺取消および解除を中心として——」一橋論叢一〇二巻一号六〇頁以下(取消の効果の債権的構成等が注目される。私見においては取消が物権的效果を伴うと解するため、A B間の契約の取消によるBの無権利がB C間の契約の効果を覆し(実質的に無効、形式的には他人の物の売買となろうか)、Cを無権利とするのであるが、民法九六条三項の適用を受けるCとの関係では、法定の効果としてCに所有権取得の効果を生じさせ、取消以前の状態が維持されると解する。民法一七七

条の場合と同様に法定取得と呼び得るが、民法一七七条の場合には登記という要件が加わるのに対して、民法九六条三項により生じるのは、いわば意思主義のレベルでの権利変動である。したがって、對抗ないし對抗不能の理論の柔軟さに鑑みて、ここでは「第三者による承認」を肯定する余地があるかと考えられる。そうなると、CがBとの契約を後悔していたような場合には、Cは善意（無過失）を主張しつつもAの取消を承認して清算を求め得ることになる。わたくしとしては物権の帰属はなるべく一律かつ明快に決まることが望ましいと見て、民法一七七条に関してはこうした承認を伴わない法定取得を想定した。また、それが理論構成としても可能かつ明快であると考えているが、對抗関係において第三者からの否認や承認のような意思的要素を全く捨てるべきであると言うつもりはない。しかし従来の学説は、私見と逆に民法一七七条での承認がしばしば議論される反面、民法九六条三項、民法九四条二項等における第三者の承認はあまり論じられていない。この点では、加賀山教授の推論には一貫性が認められる。

(28) 星野・前掲評釈法協九三巻五号八二六頁にも同様の指摘が見られる。

(29) 幾代通「通謀虚偽表示に対する善意の第三者と登記」林良平先生還暦記念現代私法学の課題と展望下一三頁参照。また、この議論との関連で原始取得と承継取得の区別に言及されるところ（一四頁注(一)参照）を含め、滝沢・前掲書一四〇頁の議論を発展されたものと見受けられる。

(30) 滝沢・前掲書二一八頁注(61)も参照。また、鎌田薫「いわゆる「相対的無効」について(下)」法時六七巻七号八四頁以下、後藤卷則「日本法における相対無効(上)——無効と取消の区別の相対化」法時六八巻三号八八頁以下に詳細な考察が見られる。

(31) 滝沢・前掲書二〇五頁参照。

(32) 柳沢・前掲論文法学志林七〇巻一七頁以下では、民法九四条二項、九六条三項の規定が登記の公信力を部分的に導入するものであると主張されており、注目される。ドイツ法、フランス法の影響や立法過程の議論に鑑みれば、両規定は登記の公信力の効果と密接な関連を持つものであるという指摘は貴重であろう。しかし、現行規定は登記と無関係に実体的な第三者保護を規定しているため、少なくとも外形的には何らそのような解釈への手掛かりを与えていない。したがってここでは、単に無権利者からの権利取得が生じるという点を捉えて、民法一九二条の効果に比すべきものを見るにすぎない。

(33) 最高裁昭和四九年九月二六日判決については、登記を要求する趣旨の判決という見方もあるが、四宮・前掲書一九七

(34) 頁注(4)、幾代・前掲論文民事研修三五九号九頁注(6)、下森・前掲評釈判タ三二二号九二頁等が本文の立場である。
大連判明治四一年二月一五日民録一四卷一三〇一頁(相統登記要求連合部判決) 参照。

(35) 船橋・前掲書二〇一頁以下、於保不二雄・物権法(上)一三八頁以下、川島武宜・民法一七二頁等参照。その論拠は必ずしも明確に指摘されていないが、相互に登記の権利・義務を負う間柄であるためと解される。

(36) 広中・前掲論文法時四九卷六号五六頁以下参照。広中説は遡及効の制限によって(制限が何故可能かは不明) B→A、B→Cの二重譲渡関係を創出し、取消前にも民法一七七条を持ち込みつつ、例外的にのみ民法九六条三項適用の余地を認められる。後者の状況は民法一七七条適用の基礎が欠ける場合であるとされ(五七頁参照)、第三者に登記を要求する余地はないと論じられる。民法九六条三項と民法一七七条を重複的に適用しないために不自然を生じている。広中説の構想は、取消の前後を問わず、また無能力、強迫の場合も含めた一般的な第三者保護の可能性を民法一七七条を通して実現しようとされるものと解される。しかし、その前に、民法の条文の趣旨に反して第三者保護を優先させることがなぜ必要かについての議論がもつとなされるべきであり、二重譲渡の技巧的な当てはめが可能であるというだけでは問題の解決にならないであろう。また実質的に見ても、こうしたかたちで二重譲渡の当てはめを行う場合には、詐欺者(あるいは強迫者)であるBに登記の移転先を選択する自由を認める結果になり、極めて不都合であることが分かる。

(37) 広義の對抗要件については前注(8)参照。

(38) 鈴木・前掲論文物権変動と對抗問題二二頁以下が説かれる「無制限説の再評価」は、この枠組みの下で妥当となると考える。ちなみに、同二五頁以下によれば、権利保護資格要件としての登記は、①「権利行使者とその相手方とのあいだの利益衡量のための一要素」であり、また②「相対的に軽い意味しかもちえない」ものであり、③狭義の對抗要件としての登記の懈怠が「権利滅却的效果」を生ずるのに対して、「権利延期的效果」を生ずるという差異があると整理されている。鈴木教授は、新賃貸人が賃料請求をするような場合を例示しておられるので、その限りでは妥当である。しかし、二重譲渡の当てはめを強行する代わりに、広義の對抗要件の枠内で物権的権利の優劣を決するという解釈論を採らざるを得ない本文のようなケースでは、②、③は当てはまらず、①の特徴のみが妥当となる。権利保護資格要件としての登記がこのように広く適用可能であることは、これまで理論的把握が十分なされず、賃貸人の賃料請求の場合だけが例示されてきた(好美・前掲論文書齋の窓二九九号一九頁以下も同旨。なお、前注(8)参照。しかし、下森・前掲論文民法学の諸問題一一八頁以下等に見られるように、本文と同趣旨の議論が前提となるべきものである。

- (39) A、BがC以外の第三者に二重譲渡する場合のリスクは十分登記の動機づけとなるし、他方、フランス法に倣えば〔滝沢・前掲書二〇〇頁参照〕、登記欠缺への制裁として、未登記者の損害賠償責任を明文化するという方法も考えられるわけである。
- (40) 昭和四九年判決の実質的な評価ということであり、判決文自体が直接それを表現しているわけではない。なお、第三者の権利の性質という観点からの考察は、前注(17)に掲げた評釈のうち、金山教授、星野教授のものに詳細である。
- (41) 善意の対象は、「取消前は詐欺の事実を知らないこと、取消後は、(それに加えて)取消の事実を知らないことである」と、広中・前掲論文法時四九卷六号五五頁が確認しておられる。第三者の側から言えば、取引の有効を信じた点に変わりはないであろう。ただし、取消の事実については、より一般的な調査の可能性があるため、過失の有無が重要ななるかと考えられる。
- (42) 前注(16)(18)参照。
- (43) 滝沢・前掲書一五六頁、二四九頁以下等参照。
- (44) 幾代・前掲論文不動産物権変動と登記四一頁参照。
- (45) 前注(20)参照。なお、この問題について下森、四宮教授は、取消前と後では登記除去の懈怠の程度に差があると指摘されたが、質的な差と見たい。下森・前掲論文判タ三二二号九二頁、四宮・前掲論文論文集一〇頁参照。
- (46) すなわち、民法九四条二項の適用とりわけ類推適用においては、登記それ自体を虚偽表示と見るのであるから、そこではまさに、登記に対する信頼の保護が実現されることになる。
- (47) 民法九四条二項の類推適用が第三者保護に傾斜し、真の権利者の利益が軽視される傾向は指摘されている。藤原弘道「不動産の善意取得を保護するための民法九四条二項の類推ないし拡張の限界」、判タ二八一号七頁等参照。他方、民法九四条二項の類推適用は全くの借用にすぎず、判例は第三者保護のための新たな規範を創造したものと見るべきであるし、また、民法九四条二項にとらわれた解釈をすべきではない、という理解もあるが(川井健・不動産物権変動の公示と公信二九頁参照)、一般性をもつ新たな規範と扱うためには、問題(登記の公信力)はあまりに射程が広すぎて危険であり、類推適用としての歯止めは必要と見たい。
- (48) 柳沢・前掲論文法学志林七〇巻一号一一三頁はこれを「公平の原則」と呼んでおられる。フランス法の下でも、公示の規定によって保護される第三者は常に自らの登記を経ているなければならない。

- (49) 川井健・前掲書九七頁以下、高森八四郎「民法九四条二項類推適用判例の検討」山島正男・五十嵐清・藪重夫先生古希記念民法学と比較法学の諸相四三頁以下等に詳細な判例分析の結果が整理されている。
- (50) この考え方は、滝沢・前掲論文日本民法学の形成と課題上二一五頁に既に示したが、より積極的に同様の方向を確認したい。本文のように例外的に登記を要求しにくいケースの救済が必要であれば、別の理由づけを援用することは可能であろう。なお、虚偽表示が登記以外のものである場合は別個に扱うという前提である。
- (51) 川島・前掲評釈判民四八事件二〇二頁以下、同・民法総則三〇一頁参照。なお、原島重義・注釈民法(二)二八六頁がこれを支持される。
- (52) 川島・民法総則一六五頁以下参照。
- (53) 前注(26)参照。
- (54) このようにわたくしは解除においてもいわゆる直接効果説の立場を採り、第三者保護のために基礎理論を曲げること避けたいと考えている。
- (55) この説は、良永・前掲論文専修大学法学研究所紀要二一号民事法の諸問題Ⅶ一〇八頁によれば、川島説、原島説と同じに分類されるようである。しかし、川島、原島説は民法九六条三項が取消後の第三者にも当然に適用されると論じられるのであるから(本田純一「法律行為の取消・解除と登記」新不動産登記講座総論Ⅱ五三頁以下は同旨)、類推適用説とは一応区別すべきであろう。
- (56) 中舎・前掲論文南山法学一五巻三二四号三〇頁以下参照。
- (57) 中舎・前掲論文南山法学一五巻三二四号二六頁以下の論述からそれを窺うことができる。現行民法編纂時における法律行為、意思表示理論の導入が立法技術に影響を与えていることは当然と言えよう。
- (58) ただし、いずれか一方の悪意でも差し支えないであろう。
- (59) 椿寿夫「民法における類推適用」法時六二巻七号七二頁以下には、類推適用の根拠を問い直す鋭い問題提起が見られる。明確な理論化は難しいようであるが、民法九四条二項の類推適用などと比べても、十分類推が可能な範囲内と考えられる。
- (60) その他に、民法九六条三項を強迫の場合に拡大適用できるか論じる必要があり、立法のあり方に疑問があれば(我妻・前掲書三二五頁参照)これを肯定すべきであろう。さらに、無能力者の取消、錯誤無効等の場合の第三者保護をどう

するかが問題となる。民法一七七条は登記をさせるための規定であり、本来の第三者保護規定ではないとなれば、民法九四条二項の類推適用が限界を超えるところでは、第三者保護を断念すべき領域が生じても当然としなければならぬ。下森・前掲論文民法学の諸問題一二七頁以下は、取消後の第三者の救済を無効一般との整合性という観点から否定しておられ、傾聴される。

(61) すなわち、実質的、政策的な配慮による第三者保護規定の拡大・類推適用と、民法九四条二項の類推適用による公債力的救済とは併存し、それぞれ異なる機能を果たすと見ている。後者はここでは専ら登記への信頼を保護するものであるのに対して、前者の保護は必ずしも登記への信頼だけに限られないからである。しかし、前者の趣旨も権利の外観を保護することに帰着するようであり、またそうした見方が有力でもあるから(前注(45)参照)、実務的にはいずれも同じように有効な第三者保護の理論と言うべきかもしれない。それにしても併存を認めてよいであろう。

(62) 川井・前掲書二八頁以下は、民法九四条二項の類推適用を民法一七七条に取り込むという構想の下で、判例の採ってきた類推適用の方向は無制限説の復活を意味すると論じておられる。民法一七七条を柔軟化し、広義の對抗要件主義として運用することが無制限説につながるという理解は鈴木教授にも認められる(前注(38)参照)。無制限説はドイツ的な登記主義に直結し、判例の登記尊重主義の行き着くところがそこに極まることは確かである。しかし、利益衡量だけを裏付けとする無制限説への接近は危険であろう。

(63) わたくしは善意の転得者保護を對抗要件主義の枠内で実現するためには、民法一七七条とは別個の規定を設けて第三者の要件を独自に明示し、立法的に公信主義を導入するべきであると論じてきた。滝沢・前掲書二五四頁参照。

(64) 幾代通・不動産登記法(第三版)二四三頁以下参照。

(65) 幾代教授は、訴えの提起があれば裁判所の囑託によつて必ず行われる法定仮登記のような制度が望ましいとされる。幾代・前掲書二四四頁参照。

(66) 最判昭和三五年一月二九日民集一四卷一三号二八六九頁は、解除者が予告登記した事例であるが、典型的にこの事情を示している。解除と予告登記の問題点については、幾代・前掲書三三九頁参照。

(67) 柳沢・前掲論文化学志林七〇巻一頁、吉野衛・注解不動産登記法総論(新版)上一六五頁以下参照。

(68) このような改革の方向はフランス法の立法技術(前注(1)参照)とも対応し、前者は一九五五年一月四日デクレ二八条四号に、後者は二八条二号につながると考えている。その他に、登記欠如の制裁としての損害賠償責任があった。な

い。お、前注(65)の幾代案は民法一七七条重視の日本法の状況を踏まえている。いずれも検討に値する改革の可能性と見た

(69) 星野英一・民法概論Ⅱ(物権・担保物権) 五三三頁参照。

(たきざわ・いつよ) 日本学教授