

物権変動の遡及的消滅と登記（二）

滝 沢 聿 代

- 一 はじめに
- 二 取消と登記（以上57号）
- 三 解除と登記（以上本号）
- 四 無効と登記
- 五 結び

二 解除と登記

- (1) 議論の前提
- 判例の概観

解除との関係でも、物権変動の遡及的消滅が議論されており、取消とはやや異なるかたちで民法一七七条の適用が論じられてきた。すなわち、初期の大審院大正一〇年五月一七日判決（民録二七輯九二九頁）は、法定解除の効果としてA→Bの売買契約の効果は遡及的に消滅するとしながら、解除前にBから転売を受けたCは民法五四五条

一項但書の適用により保護されると論じつつ、この場合のCは対抗要件を取得していかなければならないと論じたのである。⁽¹⁾事案は立木の売買に関するものであり、対抗要件は木材の引渡しとなつていて、所有権確認請求をした解除者の許に既に目的物たる木材の占有があつた。また、Cを保護するためには、立木の伐採、製材という過程を経てのCの所有権取得、ひいてはBC間の契約成立に伴う不安を、引渡しの確認によつて取り除く必要があつたかと推測される。すなわち事案の性質から見て、対抗要件による解決が妥当と考えられる必然性があつたと言えよう。また、民法五四五条一項但書の適用によつて、第三者の権利が善意の要件なしに維持される結果、これと解除者の利益とが均等に対立するという権利関係の状況は、対抗要件による優劣の決定という解決となじみ易いように見うることも確かである。いずれにしても、判旨の結論が導かれた論理は必ずしも明らかではないにもかかわらず、右の判決の問題処理は「判例」として一人歩きし、解除においては民法五四五条一項但書の保護を受ける第三者の登記が必要であるという理解が定着している。⁽²⁾

他方、解除後に登場した第三者に関しては、大判昭和一四年七月七日民集一八巻一一号七四八頁⁽³⁾により、早くから二重譲渡的解決が採用されていた。本件における第三者は、売買契約解除後に目的不動産の転売を受け、登記も取得している。解除者から抹消登記請求しているが、一、二番とも敗訴し、上告審では棄却された。判旨は、「売買契約ノ解除ニ因リ所有權ガ売主ニ復帰スル場合ニ於テモ、所有權ノ移転存スルヲ以テ、民法第一七七条ヲ適用スキモノナレハナリ」とし、転得者は民法一七七条の第三者であると論じている。本判決は先行する諸判例⁽⁴⁾と同様に、解除の効果について直接効果説を採るものであつて、解除の遡及効はAB間の契約を失効させるとともに、物権がはじめから移転していない状況を導くという前提を採つてゐる。したがつて、ここでも判旨は取消の場合と同様に復帰的物権変動を想定して二重譲渡的解決を持ち込んだのであるが、そのような説明は直接効果説の建前と矛盾すると批判されている。⁽⁵⁾

右のようすに、解除前の第三者と解除後の第三者の双方について登記を要求するのが判例の考え方であるけれども、疑問はいずれの側にも残り、とりわけ前者の方に不明確さが大きいと言えよう。取消においては、判例が民法九六条三項の第三者は登記を要しないと明言している点との整合性が問題となるからである。⁽⁶⁾ 解除の場合には、間接効果説を探ることによつて、解除後のみならず、解除前の第三者と解除者の関係にも二重譲渡的構成を与える得ると考えられているため、登記志向的な結論が導かれ易く、伝統的な直接効果説との不整合が看過され易いという見方が可能である。

すなわち、取消の場合のように登記なしに第三者を保護するという考え方を明言しにくいのは、民法五四五条一項但書の法文それ自体の故であるとも言えるのではなかろうか。但書は、解除の遡及効を制限するために、「但第三者ノ権利ヲ害スルコトヲ得ス」とのみ規定し、第三者の資格について何ら限定していない。⁽⁷⁾ したがつて、復帰的物権変動が生じるという前提を肯定しさえすれば、直接効果説の下でも解除者と第三者の関係は、後者の出現が解除前であれ後であれ、常に對等な二重譲渡的競争関係として処理できるものと解され易い。また、民法一七七条の重複適用を考える場合にも、第三者が善意者と限られないために矛盾を生じず、二つの規定がなじみ易いわけである。

いずれにしても、解除の領域における判例は、取消の場合と比べてより安易に民法一七七条の適用に依拠しておき、そのような問題処理に抵抗が少ないと見受けられる。もつとも、解除前の第三者が未登記であるにもかかわらず、解除者がこの者の登記の欠缺を主張することは信義則に照らし許されないとして第三者を保護した判例もあり、現実には民法一七七条への全面的な依存に問題が含まれることを示唆するようである。しかし一般論としては、相続登記要求連合部判決（大判明治四一年一一月一五日民録一四輯一三〇一頁）以来、判例は登記すべき物権変動の範囲については無制限説を標榜してきたのであるから、可能な限り民法一七七条の活用が追求されても当然

と言うべきであろう。

第三者保護の要件の点を除けば、直接効果説の下での解除の遡及効は、契約がはじめから成立しなかつたものと見做すのであるから、結局取消の効果と同じに帰するわけであり、第三者が保護される場合の権利変動のメカニズムには、取消における理論構成がそのままあてはまるはずである。すなわち、A-Bの売買契約の解除前に転売を受けたCが登場していたという状況の下では、Aの解除にもかかわらず、但書の効果によつてCが取得した権利を維持することを、A-C間に法定承継取得が生じると論じても差支えないのであろう。⁽⁹⁾ またその結果として、A-C間の権利取得の争いに民法一七七条を適用することは不合理であるという理解が、取消の場合と同様に導かれる。さらに、解除後の転売に對しては民法五四五条一項但書は本来適用されず、ただその場合への類推適用の可能性だけが問題となることも、取消の場合に準じた理解となる。⁽¹⁰⁾

このように、判例の採つてきたいわゆる直接効果説の効果は、取消の遡及効に極めて近いのであるが、民法五四五一条項但書の第三者に善意の要件が付されていないという相違は重要である。この点については、法定解除の原因を第三者が知ることは困難であるし、解除は契約に本來的に内在する問題の解決手段であるから、取引の安全のために解除権者が当然に不利益を負担することがあつてもやむを得ないという説明を加えることができよう。⁽¹¹⁾ こうして解除権者と第三者との関係については、取引の安全を中心に割り切つた処理がなされることの延長として、機械的な民法一七七条の適用を肯定し易い構造があることは確かである。

しかも、対抗要件（登記）を得た第三者だけが保護されるという結論は、保護されるべき第三者の権利を明確にする点で望ましく、他方解除者が解除後の登記の取り戻しに怠慢であることを許さないというかたちで、公示主義の推進にも寄与するのである。では、このような問題処理のどこに不都合が生じるのであろうか。どのような理論によつて、もっともよく対抗要件主義を導入しうるのであろうか。ここでも、まず解除の効果論に立ち戻つて基本

的な権利変動のプロセスを確認することから始め、その上に立つて民法一七七条適用の当否を再検討したいと考える。

直接効果説の系譜

右のような考察は、解除の効果に関する錯綜した学説の議論を離れてはなし得ないところに問題の難しさがある。この点に関しては、前述のように、直接効果説、間接効果説、折衷説の対立が古くから知られており、さらに近時は契約内容変容説が加わって、それぞれの立場から可能な理論構成の全てが詳細に試みられているという状況がある。⁽¹²⁾ 旧稿においてわたくしが採っているのは強いて言うならば直接効果説であり、それは当然のことながらフランス法的な思考に従つたものであつて、第三者と登記の関係を除けば、判例および通説どされる妻説に同じものと考えられる。⁽¹³⁾

ところで、解除の効果論がこれだけ活発に展開されているにもかかわらず、これらの議論の根底にあるドイツ法的理説とフランス法的理説の対立というわが国の民法解釈に固有の問題は、この領域においてはあまり自覚されることはなかつたと見受けられる。しかし、フランス法的理説と言るべきものは、ドイツ法の直接効果説と内容的に重なり合うものをもちつつも、本来それとは異質のものであるという点を、まず議論の出発点としなければならない。

すなわち、物権行為の独自性・無因性が認められているドイツ法の下では、直接効果説を探る場合にも、解除によつて遡及的に消滅するのは契約の債権的效果だけであり、物権的效果の後始末のために、別途不当利得論が援用される。⁽¹⁴⁾ したがつて、フランス法的に債権契約の消滅が物権的效果をも伴うと解するのであれば、それはフランス法的直接効果説とも呼ばれなければならないのである。確かに、直接効果説という用語や考え方はドイツ法学の影響によるドイツ法伝来のものであろうが、民法一七六条、一七七条に基づく物権変動を踏まえたわが国の解除の効果論は、必然的に物権的效果の遡及的消滅を伴うものとならざるを得ず、ドイツ法理論からの変容を余儀なく

される。判例の採ってきた直接効果説がこのような性質のものであることは、既に見てきたところからも明らかであろう。

学説のレベルで右の混迷を明確に指摘されるのは末弘論文^[15]である。周知のように末弘教授は、民法一七六条の解釈をドイツ法型からフランス法的な意思主義に転換するための理論的裏付けを提示されたのであるから^[16]、その延長として解除の議論の仕方にも疑問を投じられることは自然であった。しかし、末弘教授はここではフランス法の解除に立ち入ることなく、単に直接効果説を典型的なドイツ法型のものと定義し、意思主義の下ではその廢棄が必要であることだけを主張しておられる。あるべき解除の効果としては、「初めより契約なかりしと同一の経済的結果を生ぜしめさえすればいい。そうしてその際極力原状回復のため第三者の権利を害しないよう、事を当事者内部の関係としてのみ解決しようとするのが民法の考え方である。」^[17]と述べるに留めておられる。フランス法理論との関連性は直接言及されていないが、右のような柔軟な対応によって、判例が展開してきた直接効果説の実質的な妥当性に裏付けが与えられていると言えよう。^[18]のみならず、右の捉え方の柔軟さは、解除の効果の理論構成が極めて多様なものとなり得ることを予想し、かつ肯定しているようにも解される。

さらに、立法過程に遡るならば、現行民法典の起草者自身もフランス法主義との整合性には無自覚であつたことが窺われ、民法五四五条の立法趣旨は、法律行為の非遡及的消滅と原状回復義務の発生を中心とする今日の折衷説に近いものであつたと指摘されている。^[19]もつとも、民法五四五条が解除と損害賠償を併存的に認める点においては、日本民法の規定はフランス民法により近く、ボアソナード草案と旧民法からの系譜を認めることもできる。^[20]しかし、他方ではBGB制定時に形成権としての解除の制度が確立されるというドイツ民法の注目すべき発展があつたため、そこでの議論は必然的にわが民法の起草者にも深い影響をおよぼした。また、ドイツ民法における学説の展開は、一般に精緻を極め、かつ理論的魅力に富んでいるため、起草者らがその議論に立ち入つて多くを学んだと

しても不思議はないであろう。かくして起草者は、民法五四五条一項の原状回復義務の中に物権的効果の否定と非遡及的構成を盛り込み、一項但書の第三者保護の規定は注意規定と見たのであつた⁽²²⁾。その趣旨は、解除の効果として契約およびその全効果の遡及的消滅を考えているフランス民法ないし旧民法の解除条件的構成を廃し、ドイツ法の議論を参照しつつ、独自の理論構成を立てるところにあつたと見ることができる。

しかし、その後の学説がドイツ法学への傾斜を強めるとともに、ドイツ法的な直接効果説をそのまま導入する立場が有力になるのは当然である。他方、解除の理論構成に関するドイツ法学の様々な試みが、そのままわが国にも持ち込まれ、議論が深まるとともに混迷も生じる。とりわけ、わが国の議論に特徴的であるのは、民法一七七条の適用可能性があわせて論じられなければならないため問題がいつそう複雑になる点である。最近の学説において、間接効果説を中心とする非遡及的構成への支持が多いのも同じ理由からである。

判例は前述のように、解除により物権的効果を伴つた契約の遡及的消滅が生じると一貫して論じ、民法五四五条一項の原状回復義務を不当利得返還義務と解してきた⁽²³⁾。また観念的な物権変動が遡及的に消滅した後の後始末としては、原状回復のために、占有の不当利得という概念が必然的に必要となるのである⁽²⁴⁾。さらに判例は、前述のように、第三者保護の規定である民法五四五条一項但書の適用に際して第三者に登記を要求し、取消、虚偽表示等の場合と異なる処理を見せてきたわけである。第三者の善意を要求しない右規定の独自のあり方が、判例の登記中心主義を刺激するという見方を先にも述べた。加えて、間接効果説等を探り、解除によつても当然には物権変動の遡及⁽²⁵⁾を生じず、ただ、原状回復義務の名において取得した権利を返還する義務が生じるだけであると論じるならば、解除後の第三者と解除権者の関係を本来の二重譲渡と同じシチュエーションに置くことができると考えられた⁽²⁶⁾。公示主義に対する実務の要請は、このような非遡及的構成の存在に支援を得て、第三者に登記を要求する解決を選択し、結果として本来の直接効果説の立場との間に理論的不整合を生むことになったのである。しか

も、判例のみならず、学説においてもこの点は明確に自覚されてこなかつたのであるが、民法一七七条の援用が容易に行われている現状の下ではそれもやむを得ない。⁽²⁷⁾

解除の効果論の位置づけ

解除の効果論における学説の詳細に立ち入ることは、ここでの本来の課題ではないので、これまでに書かれた諸説の整理に委ねたい。なぜなら、登記との関係を論じる場合に注目を要するのは既履行の物権的効果の後始末をどう論じるかであつて、未履行債務については、間接効果説のように履行拒絶の抗弁権が生じると説いても、直接効果説、折衷説のように解除の時から将来に向かつて当然に消滅すると論じても、直接影響はないからである。同様に、既履行の債務については解除によって原状回復のための返還請求権が新たに生じると説く限りにおいて間接効果説と折衷説は同質のものであり、同じ議論をあてはめることができる。さらに、契約内容変容説を採り、原状回復義務は解除後新たに生じる契約の清算関係に由来するものであると説明したとしても、結論が同じになるのであればそれで差支えないのである。

このように見るならば、解除の効果論は純然たる説明の仕方の問題に帰するのであるから、民法五四五条の規定の内容にもつとも明快な説明を与える理論を可とすべきものということになる。もちろん、そうした理論の探究自体が法解釈に固有の課題ではある。ただ、強いて言うならば、解除は対象となる契約それ自身が本来当事者の私的自治により形成されるものであり、その解消は、法定の要件と効果を前提とする場合にも、契約の解消として、そこに当事者のあらかじめの合意の存在を想定する余地があるという特徴を持つのではないか。したがつて、原状回復義務の発生根拠を当事者意思に求めることも可能であり、そこから当事者意思を媒介として極めて柔軟に解除の効果を理論構成できるのではないかと解される。先に引用した末弘論文の一節もこうした考え方の妥当性を裏づけるようである。⁽²⁸⁾

右と同様の理解は、神戸教授の解除論にも認められる⁽³⁰⁾。そこでは、解除の効果を任意的法律効果と法定的法律効果に分けるという主張が示されており、問題の状況をよく捉えているのではないかと考えられる。すなわち、前者においては契約解消の効果として端的に説明できるものを想定し、これを意思表示の効果に結びつけることになる。しかし、それで不十分な部分については法定の効果として説明するならば無理が少ないのである。神戸説は、これにより解除の物権的効果を当事者意思に結びつけて説明しようと試みておられるが、論点は物権的効果の消滅如何にとどまらない。解除後の原状回復義務の範囲が不当利得返還請求だけにとどまらず拡大されること、解除とあわせて損害賠償の請求が認められることをどう説明するか等についても、右のような一側面な考察が有効となる。すなわち、法定解除は半ばは当事者間の合意の問題であると同時に、契約関係の公平な後始末を目指す法の配慮の問題でもあると考へるならば、直接効果説を根底に据えつつも、合理的な理論構成を導くことができるのではなかろうか⁽³¹⁾。

(2) 民法一七七条の適用可能性

直接効果説と権利変動

さて、民法一七七条をいかにして解除の領域に導入できるかという考察に際しては、あらかじめ権利変動のプロセスを明確にしておくことが必要であった。わたしは、判例の採ってきたような物権的効果を伴う契約の遡及的消滅の理論を、フランス法的な直接効果説と呼んできたのであるが、解除の効果論の原点をここに求めることが適当であろうと考えている。

フランス法においては、伝統的な意思主義理論によつて、物権変動なし所有権移転の効果は債権契約における合意の内容に取り込まれており、債権債務関係の効果として物権変動が生じることは既に繰り返し説かれてきた⁽³²⁾。

そうであれば、債権契約を消滅させる解除の意思表示が遡及的な物権の復帰を伴うことは「⁽³⁴⁾」く自然の結論であると言えよう。とりわけフランス法の解除はローマ法的な解除条件の名残りを伴つて規定されているため、物権変動の遡及的消滅は法文の上からも予想されるところである。⁽³⁵⁾ 学説はこのような遡及効によって債権者すなわち解除権者がよく保護され得ると論じている。また、それ以上には解除の効果の理論構成にあまり難渋することなく、たとえば、解除による契約の遡及的消滅にもかかわらず、債務不履行の場合の損害賠償に関する特約条項（clause pénale）⁽³⁶⁾だけは維持されるというような議論をしている。⁽³⁷⁾ フランス法の思考は、このように現実的で、過度に抽象的な詰めを求めるなどを特色とする。加えて、第三者保護に消極的であることも問題を単純にしていると見受けられる。⁽³⁸⁾

これに対し、解釈論上の問題に精緻な法的構成を追求するのがドイツ法学の特徴であつて、華々しい学説の対立がわが国の議論に刺激を与えていた状況は、当面の分野のみにとどまらない。指摘されてきたような学説継受を経つつ、わが国の民法学は、ドイツ法学の学風を大きく取り込んでいようと見るべきである。⁽³⁹⁾ ドイツの学説を参照しながら展開してきたわが国の諸説は、言うまでもなく、日本法の固有の問題意識に対応するものである。しかし、第三者保護をどう実現するか、また民法一七七条を当面の領域でどのように活用するか等の問題は、民法典の権利変動の基本に立ち返つて、ドイツ法の枠組みを超えたところで解決されるよりなく、とりわけ独仏法の間での混乱を避けるために、ここでも議論の主軸をフランス法へと転換することが不可欠と見たわけである。

すなわち、解除の効力として物権的効果を含め契約がはじめから存在しなかつたと同様の状態が導かれるという直接効果説の理解を、改めて民法一七六条の意思主義の裏面と捉え直すことが適当となるであろう。債権の効力により生じた物権変動が債権契約の消滅とともに無に帰するのであるから、解除の効果は基本的には取消の効果とパラレルに把握できることになる。また、フィクションとしての復帰的物権変動を想定できることも取消の場合と同じである。したがつて、判例、通説と同様に、民法五四五条一項但書は契約の遡及的消滅の効果から第三者を保護

し、取引の安全を図るための実質的な規定と解することができる。⁽⁴⁰⁾

右のような直接効果説の結果として、解除と登記との関係には取消の場合とほぼ同様の議論の持ち込みが可能となる。すなわち、A→B→Cの売買契約があつた後にAB間に解除が生じるならば、民法五四五条一項但書の効果としてA→Cの法定承継取得が生じると論じ得るであろう。また、解除後の転売は右の法文の対象外であり、類推適用の余地を残すのみであることも取消の場合と同様である。これらを前提として民法一七七条の適用可能性を検討しなければならない。

間接効果説の意義

しかし、それに先立つて、登記の要請によりよく応え得ると見られている間接効果説の評価に触れておきたい。

この説は、解除による物権的効果の遡及的消滅を認めず、ABの売買契約の解除後も、原状回復義務の対象となつて買主Bの許に所有権が残ると論じている。したがつて、解除後のB→C転売は、少なくとも売主が無権利のためにはCの無権利を導くことはない。解除の前後を問わず第三者の権利が安泰であり得ることは取引安全の見地にとつて大きな利点である。⁽⁴¹⁾さらに、復帰的物権変動という技巧を用いることなく、解除後の転売と解除権者への原状回復義務を二重譲渡関係と構成することができ、民法一七七条の導入を容易にすると解されてきた。

問題は、まず解除後の原状回復義務の履行がいかなる手続でなされ、所有権はどのようにして解除権者の許に復帰するのかである。この点については、A→B、B→Cの売買契約自体における所有権移転の問題と整合的な議論が必要であろう。これをわたくしは判例法の意思主義にしたがつて契約と同時に所有権が移転するという前提で論じてきた。⁽⁴²⁾したがつて、直接効果説の下でも、解除の意思表示の効果によつて物権的効果が無に帰することを説明し易い。これに対して、登記・引渡・代金支払時移転という有力説の立場に依るならば、解除の意思表示とともに復帰的物権変動を生じるとしても、その時期は登記抹消、物の引渡あるいは代金返還（提供）のいずれかがあつた

時であると論じることになるであろう。⁽⁴³⁾ すなわち、物権的効果の実現のためには、解除の意思表示に加えて原状回復の請求権が行使される必要があり、これを肯定することがわが国の間接効果説にあたると解される。そうでないとすれば、原状回復請求権を行使してBの下に残された所有権をAに戻すためには、少なくともドイツ法のように物権行為の独自性を肯定し、登記・引渡・代金支払時に形式的な物権行為があつたものと論じるよりない。しかし、この議論に再び戻るのは、所有権移転時期を論じる過程においてこれを克服してきた学説の努力を無駄にするものであろう。

さて、上述したような間接効果説は、果たして民法一七七条の適用によく適合するのかどうかが次の問題である。まず、解除前に転売がなされているケースにおいては、民法五四五条一項但書の適用を待たずにB→Cの有効な取引が残ると論じられており、これを第一譲渡と看做すことになろう。その上でB→Aの原状回復義務（所有権移転義務）を想定して第二譲渡と見るわけである。こうして、ACを単純に対等な競争関係に置くことにより、民法一七七条の適用が可能になると見られてきたわけである。しかし、実はこの関係はドイツ法的な債権の一重契約にほかならず、法定取得一失権が予想するような本来の一重譲渡ではない。また、前述のように民法五四五条一項但書を第三者保護規定と見るならば、ここではACの関係は対等ではなく、Aの回復の権利の方が劣後すると解すべきであろう。したがって、同条の適用によりCが権利を取得すると構成した場合にも、民法一七七条を導入してACの関係を対抗問題と扱うことは可能であるが、その結果、取消の場合と同じく、Cに登記の負担という不利益を課す結果となることを確認する必要がある。このような議論をすれば、直接効果説を採りつつCに登記を要求することも十分できるのであり、B→Aの復帰的物権変動という望ましくないフィクションを避けるためには広義の対抗要件として処理する余地もある。

次に解除後の転売においては、間接効果説はB→Aの原状回復義務（所有権移転義務）を想定するため、これを

第一譲渡と捉え、 $B \rightarrow C$ の転売が第一譲渡に当たると見ることになろう。A, C が対等の競争関係に置かれるという意味では、解除前の転売のケースと異なるところはない。この議論は、前述のように、 $B \rightarrow A$, $B \rightarrow C$ の二つの物権行為を予想すると言わないまでも、それに準ずる所有権移転的な履行行為の存在を前提とするものであるから、買主かつ転売人たる B は A, C のいずれに所有権を移転するかは全く自由であるという前提であろう。ドイツ法的においえば、どちらを選択してアウフラッスングを行うこともできるのであり、法定取得一失権が生じる本来の一重譲渡 $A \rightarrow B$, $A \rightarrow C$ において、C が B を追奪する結果になるのとは異なる状況がある。すなわち、間接効果説の主張する理論構成は、第三者を保護すると言うよりは、単に A, C を対等な一重債権契約の当事者と見るだけであり、それ自体一七七条の予想する対抗問題とは異質のものである。のみならず、ドイツ法そのものとも異なり、所有権移転的な履行行為の上に、重複的に民法一七七条の登記義務を課すことになる。

このように見るならば、少なくとも民法一七七条を導入するために間接効果説が不可欠であるというような事情は全くないと言えよう。逆に、間接効果説の下で対抗関係を考えるならば、本来保護される必要のない解除後の悪意の第三者までが解除者と全く対等な競争関係に置かれることによって、取引の秩序は少なからず侵害されることになる。⁽⁴⁾ それゆえ、間接効果説の立場から悪意の第三者の扱いをどうするかという問題提起はしばしばなされてきたのであるが、取引安全への期待が上回り、本格的な議論には深まらないままに終わっている。対抗関係の要請といつたあいまいな議論を捨てるならば、残るのは解除後の第三者の保護をどうするのかという政策論である。そこで必要となるのは恐らく公信力的解決であり、間接効果説は決してその代替ではないことを確認しなければならない。⁽⁵⁾ 加えて、前述したように間接効果説の下では所有権移転時期が複雑な議論となる結果、民法一七七条を適用する場合には、登記・引渡し・代金支払のうち後二者は所有権移転のみに関わり、登記のみが所有権移転と対抗力とをもたらすという理解になる。これはまさに、登記主義的部分的導入に他ならないであろう。

直接効果説と登記

これに対しても、直接効果説に依った場合には、民法五四五条第一項但書を解除後の転売にも類推適用することにより、解除の前後を問わず、第三者保護を図り得る。ここではB→Cを第一譲渡、B→Aを第二譲渡とする対抗関係が導かれ、前述したように、解除前の転売のケースと同じ議論を当てはめることができる。他方、取消の場合と異なり、第三者の保護には善意の要件が付されていないため、解除後のB→Aの復帰的物権変動を第一譲渡と見た上で、その後のB→Cの転売を第二譲渡としつつ、ACの関係に民法一七七条を直接適用するという議論も取消の場合よりは容易である。ただし復帰的物権変動を本来の譲渡と同視する議論はなるべく避けたいと考えてきた。

さて、解除の領域においては、「解除前に生じた第三者は民法五四五条一項但書によつて保護されるけれども、⁽⁴⁸⁾ 対抗要件は必要である」、「解除後の第三者と解除者との関係は対抗問題である」という理解が判例、通説とされてきた。⁽⁴⁹⁾しかし、その論拠は必ずしも明確ではなく、むしろ、指摘されている大審院大正一〇年判決と大審院昭和一四年判決の考え方が、判例法として肯定された結果にすぎないと見受けられた。他方、学説には、これらの結論に整合的な理論構成を与えるべく、対抗要件主義と解除の効果の両面からさまざまな解釈論の可能性を探究してきたわけである。これらの議論における重要なモメントは、理論構成そのものよりも、むしろ物権取得者に登記を促すために、民法一七七条を可能な限り拡大適用するべきであるという実質的な価値判断にあつたと見るべきである。このように、民法一七七条を活用してできるだけ登記の要請を広げ、登記簿による取引の安全を図るという日本法の考え方を、わたくしは登記中心主義ないし登記尊重主義と呼んできた。その実現のためには、本来の対抗要件主義だけではなく、利益衡量ないし政策的判断によりつつ、柔軟に登記の導入を許容して行くかたちの広義の対抗要件主義が極めて実際的かつ有効となる。

解除との関係でも、解除前の第三者に関する前述の判例の立場は、実はこの広義の対抗要件主義の枠内で捉えら

れたものという説明が適切であるかと考えられる。⁽⁵⁰⁾ 判例を支持される我妻説が、民法五四五条一項但書の適用を前提とした上で、あまり議論なく登記の必要を肯定されていることからも右のような理解は裏づけられる。もちろん、さらに進んで、解除前の第三者と解除者の関係を本来の対抗問題と構成する見解も主張されている。⁽⁵¹⁾ ただ、解除者と第三者の関係が全く対等であつて、二重譲渡と同様に登記の先後を争わせるに適しているように見られ易いのは、ドイツ法と間接効果説の影響にすぎないと見るべきであろう。日本民法典の下では、法文は解除者と解除前の第三者とでは明らかに後者を保護している。⁽⁵²⁾ それ故、民法一七七条を導入する場合には、二重譲渡における第一譲受人の地位が不利な変質を余儀なくされたのと同様に、ここでも第三者の不利益は生じ、本来認められるべきこの者からの解除者自身に対する登記請求権は否定される結果となるのである。

さらに、解除後の第三者には当然には第三者保護が及ばないため、第三者は本来無権利者であり、これに対しても解除者の権利が優越すべきものと見なければならない。⁽⁵³⁾ にもかかわらず、ここには当然に対抗問題があるとされ、解除によるB→Aの復帰的物権変動を第一譲渡と捉え、B→Cという無権利者による取引を第二譲渡と見ることによつて、民法五四五条一項但書の類推適用を待たずに、直ちに民法一七七条を適用できると論じられてきたわけである。しかし、この問題処理によるならば、解除者は相手方の債務不履行に対する法定解除権によつて保護されながら、なお解除後であつても相手方が第三者（しかも悪意の可能性を含めて）に転売する権利を肯定しなければならない。⁽⁵⁴⁾

もつとも、逆の見方を採つて取引の安全を中心に考えるならば、解除者は本来契約が履行されることを期待する者であるから、損害賠償等によつて実質的な履行内容が確保される限り、解除の前後を問わず相手方が転売することから特に保護されなくてよいという考え方も成り立つ。⁽⁵⁵⁾ 対抗問題を拡大する判例、通説の立場はこれを肯定する趣旨であろうか。そうではなく、単に公示主義と登記による解決に期待した結果、解除者に新たな利益や不利益

が生じ、その点が十分自覚されていない状況と見るべきであろう。さらに、この延長上には、第三者の悪意に対する評価の問題がある。すなわち、解除との関係では悪意の第三者をも保護して差し支えないという理解は必ずしも不可能ではない。民法五四五条一項但書が予想する解除前の転売においては、解除原因自体が悪意の内容になるため、それについて調査義務を想定しにくいという理由で、悪意の要件が付されていないと推論できる。⁽⁵⁶⁾これに対しても解除後の第三者との関係では、悪意は解除の事実の有無にかかるため、取消と同様にその点についての情報収集は可能と見ることができる。⁽⁵⁷⁾したがって、第三者が解除の事実を知りつたお取引を望むのであれば、転売人とではなく、解除者自身と契約をすべきであつて、取引安全のために信義に反する行動を認めるべきではないと言えよう。民法五四五条一項但書を解除後の第三者に類推適用するという解決が、可能ではあつても適当ではない理由はこのように捉え得る。

こうして、直接効果説に依りつつ民法一七七条を適用するという解決は、決して困難ではなく、同条はむしろ、本来登記主義を背景にもつ間接効果説よりは、直接効果説との組み合わせの方になじみ易いことを確認できる。しかし、それが可能であるとしても、問題処理として適切であるとは限らない。直接効果説とその前提であるフランス法的な意思主義・対抗要件主義は、本来静的安全の保護を軸とする構造をもつていて、そこに民法一七七条を導入する際には、本来の権利関係にもたらされる変容を避けられず、結局、同じ第三者保護という課題を別の手段で実現する道が探究されるべきではないか、という課題は残るのである。⁽⁵⁸⁾

（3）まとめ

解除と登記の領域では、解除の効果論の錯綜故に必要以上に議論が複雑になるという状況が見られる。しかし、他方で、民法五四五条一項但書の規定が善意、悪意を問わずに第三者を保護している事実や、間接効果説の影響も

あつて、解除の前後を問わず対抗問題として処理するという考え方がかなり定着している。ここに含まれる問題点を私見は以下のように整理している。

まず、解除の効果論に関しては、判例・旧通説とされている直接効果説がドイツ法本来のものではなく、民法一七六条の意思主義を踏まえたフランス法的な直接効果説であることを確認し、これを根底に置いて論じることが妥当であるとした。しかし、法定解除は法定のものであるとは言え、契約的要素に比重の高い制度であるため、これを理論構成するに際しても当事者意思を加味した柔軟な対応が可能である。契約内容変容説はこの特徴を適切に捉えたものであつて、仮に解除の効果の最も妥当なあり方をこの立場によつて説明できるのであれば、これによる直接効果説の修正をあえて拒む必要はないと考える。ただ、理論構成は民法典の体系的理解を踏まえるべきものであるという意味において、直接効果説のもつ意義は重要であり、これを原点とした考察を避けて通ることはできないであろう。

他方、解除の物権的効果について非遡及的構成を採る間接効果説は、ドイツ法の無因性理論から派生した考え方であるために、日本法の中では、所有権移転時期に關する登記・引渡・代金支払時説と同様の複雑な議論が必要となり、考えられている程単純なものではないことを指摘した。また、間接効果説は民法一七七条の導入のために必要不可欠ではなく、逆にこの説は登記主義的な処理を実現するための前提であるとした。

判例の採る直接効果説の下で解除前の第三者を保護するためには、まず民法五四五条一項但書が適用される。その上で、第三者の迅速な登記を促す目的で民法一七七条の適用を考える場合には、広義の対抗要件主義の下で第三者に一方的に登記を要求するか、あるいは対抗問題として解除者と第三者の双方に先登記を争わせるかという二つの方法が考えられる。後者の方がより明確であり望ましいのであるが、その場合には復帰的物権変動というフィクションの導入が必要である。いずれの方法を探るにせよ、登記を要求するためには民法五四五条一項但書に加えて

民法一七七条を重層的に適用（より正確には類推適用）することになる。

解除後に生じた第三者を保護する規定は存在しないため、ここに民法一七七条の対抗問題を想定し、先登記したCに物権取得の可能性を開く考え方が有力である。復帰的物権変動を肯定すれば理論的には成り立ち得る問題処理である。しかし、悪意の第三者が保護されることは疑問であり、解除前の第三者と同じ扱いは必ずしも妥当ではない。⁽⁶¹⁾このため、取消の場合のように民法五四五条一項但書を解除後の第三者に類推適用することも不適当であつて、その延長として解除前のように民法一七七条の重複適用を考えた。解除後の第三者が民法九四条二項の類推適用により公信力的な保護を受けることは肯定できる。

このように、意思主義・対抗要件主義の裏面として見た直接効果説は、解除と物権的効果を結びつけることによつて、基本的に契約の尊重と静的安全保護を志向する理論であるが、日本法は民法五四五条一項但書を置くため第三者保護に傾斜し、妥協的である。したがつて、とりわけ解除後の第三者については、その保護がこれまで必要かという政策面の議論を詰める必要がある。それと同時に、予告登記等による第三者保護のあり方を検討する余地もあることは、取消の場合と同じである。

- (1) 事案は、X所有の立木がAに売却され、Aは立木を木材としてYに売却、その後XAの売買が解除され、Xが木材の所有権確認請求をしたケースである。Yに所有権が移転した後の解除であるから、所有権がXに復帰することはないとした原審に対して判旨は次のように論じている。「解除マエ既ニY会社ノ所有ニ帰シタル木材ト謂モ未タ引渡ラアセサル間ハ其所有権移転ヲ以テ第三者タルXニ対抗シエサルモノナルヲ以テXヨリ之ヲ褫レハ該木材ノ所有権ハ依然シテAニ属スルモノト見做スコトヲ得ヘキヲ以テ解除ノ効力トシテ其所有権モ亦当然Xニ復帰スルモノト解スヘク而シテXカヨニ先チ木材ノ占有ヲ有スルニ至リタルトキハ完全ニ其所有権ヲ回復シタルモノト謂フコトヲ得ヘシ」末弘旅太郎評決・判民大正一〇年度七四事件、伊藤律男解説・ジュリスト不動産取引判例百選一五四頁以下、新田孝二解説・ジュリスト不動産取引判例百選（第二版）一五六頁以下参照。類例として、最判昭和四〇年二月二三日裁判集民事七七卷六五

三頁が見られる。

(2) 大判昭和七年一月二六日法学一巻五号九六頁は、「民法五四五条一項但書に所謂第三者とは契約の目的物の上に権利を取得したる第三者を指示し、其取得したる権利に付第三者に対抗する要件を具備することを要するものにして」と論じている。東京地判昭和二九年四月二七日下民集一五巻四号九六七頁、最判昭和四五年三月二六日判時五九一号五七頁も同様に論じ、解除者から第三者に対する仮登記抹消請求を認容した。最高裁は合意解除前の第三者が解除者に所有権移転登記請求した最判昭和二三年六月一四日民集一一巻九号一四四九頁において、未登記の第三者は保護されないとして、原判決を破棄し第三者を敗訴させている。最判昭和五八年七月五日判時一〇八九号四一頁は合意解除に関する類例である。解除前に転売を受けた第三者者は、代金を完済し仮登記を経ているにもかかわらず、民法一七七条の適用があり、登記をしなければ保護されないとして本登記請求を認められていない。なお、この最後の判決の詳細な研究として、柳沢秀吉「合意解除と登記」名城法学三三巻四号一一九頁以下が見られる。

(3) 柚木馨批評・民商一〇巻五号八九九頁、内田力藏評証・判民昭和一四年五一事件、高森八四郎解説・別冊法学教室民法の基本判例五八頁以下等参照。

(4) 大判大正六年一二月二七日民録一三輯一二六二頁、大判大正八年四月七日民録一五輯五五八頁等参照。

(5) 半田正夫・民法一七七条における第三者の範囲(民法総合判例研究叢書⑦)四三頁参照。

(6) 前出最判昭和四九年九月二六日民集一八巻六号一一一三頁参照。

(7) 後述するように、起草者は、解除の効果としてドイツ法的な相対的遡及効を念頭に置きつつ、この但書の規定を設けたと考えられる。しかし、条文の表現自体は、直接効果説を前提とする第三者保護規定と見るよりないようである。民法九四条一項、民法九六条三項に見られる「第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」ではなく、「第三者ヲ害スルコトヲ得ス」とされている点に独自の意義を認めるべきであるうか。

(8) 最判昭和四五年三月二六日判時五九一号五七頁、柳沢・前掲論文名城法学三三巻四号一一八頁参照。

(9) 本稿第二節(2)成城法学五七号八九頁参照。

(10) ただし、学説は一般に解除後の転売に対しては民法一七七条を直接適用するという議論をしている。解除においては、間接効果説を採ることによってそれも不可能ではなくなるという理解であるが、基本的にはわたくしは取消の場合と同様に、第三者保護の規定の上に民法一七七条を適用するべきものと考えている。この点については抵抗も大きい

あろう。原島重義・注釈民法⁽⁶⁾一八九頁は、「解除前の第三者と解除者の関係を「対抗問題」とするなら、民法五四五条一項但書をまつまでもなく、民法一七七条によつて処理するべきである」と論じておられるし、柳沢 前掲論文名城法学三三巻四号一二八頁以下は、民法五四五条一項但書と民法一七七条という二つの第三者保護規定の競合を「いざさか奇妙な結果」と評しておられる。

(11) ただし、起草者の立場は前注(7)のようである上に、間接効果説的な理解もあるため、本文のような説明がなされることはあまりないようである。

(12) 四宮・前掲論文集一六頁以下の分類によれば、諸説は遡及的構成（直接効果説）と非遡及的構成（間接効果説、折衷説、契約内容変更説）とに大別され、前者の立場においても第三者に遡及効が及ぶかどうかによって絶対的遡及効説、相対的遡及効説が区別される。また、遡及効を解除後にまで及ぼす遡及効貫徹説と解除前のみとする遡及効切斷説がある。相対的遡及効説の下でも、当然に第三者を保護する第三者優先説、解除者と第三者の間を対抗問題とする説の区別がある。高森・前掲解説民法の基本判例五九頁以下は、右の整理を承継しつさらに詳細な区別を立てておられる。なお、本稿で問題となるのは主として遡及的構成か非遡及的構成かであり、とりあえず前者を直接効果説、後者を間接効果説として論じることにする。

(13) 私見については、滝沢・前掲書四一頁以下参照。第三者に登記を要求するという結論には疑問を投じていい。フランス法の下では、取消・解除の訴えの提起に公示が義務づけられているけれども、その制裁は訴えの不受理であり、また取消・解除を認める判決が公示されなかつた場合にも、その制裁は損害賠償とされているからである。H. L. et J. Mareaud, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. I, par F. Chabas et M. de Juglart, 1979, n° 666. ただし、判決の結果として遡及的物権変動が生じるので、登記欠缺の制裁は本来の対抗不能であるとする見解も見られ興味深い。cf. M. Dagor, *La publication foncière*, 1981, p. 180.

(14) 半田正夫「解除の効果」不動産法大系一四五頁、山中康雄「解除の効果」総合判例研究叢書民法⁽¹⁰⁾一四六頁等参考。

(15) 末弘巣太郎・民法雑記帳（下）一二一頁以下参照。

(16) 末弘巣太郎・物権法上六一頁以下参照。

(17) 末弘・民法雑記帳（下）一二一頁以下参照。

- (18) ただし、損害賠償との関係ではフランス民法一八四条二項を指摘しつつ、解除と債務不履行による損害賠償は両立し得ると論じておられる。末弘・民法雑記帳(下)二六頁参照。
- (19) このように直接効果説を否定された事情から、末弘説は間接効果説と解され易いのであるが、その内容は第三者保護の点を除けばフランス法に近いとも見うる。なお、高森八四郎「契約の解除と第三者(一)」関西大学法学論集「以下関法と略す」二六卷一号一一四頁は、これを相対的遡及的消滅説と捉えておられる。
- (20) 原島・注称民法(6)一九〇頁、高森・前掲論文(二)関法二六卷二号六五頁以下、北村実「解除の効果」民法講座5一五頁以下等参照。
- (21) 北村・前掲論文民法講座5一一六頁以下、平井一雄「解除の効果についての覚書」独協法学九号四八頁以下参照。
- (22) 高森・前掲論文(二)関法二六卷二号六七頁、北村・前掲論文民法講座5一二二頁参照。
- (23) 竹田省、岡松參太郎、石坂音四郎等の議論について、北村・前掲論文民法講座5一三〇頁以下参照。
- (24) ただし、例外もある一方、民法五四五条一、二項は、不当利得一般とは異なる返還義務の範囲を規定するため、これをどう説明するかの問題は残る。山中・前掲書一五九頁参照。
- (25) 我妻栄「法律行為の無効取消の効果に関する考察——民法における所有権返還請求権と不当利得の関係」同・民法研究II一六五頁以下参照。解除にも同じ議論が当てはまることを示唆される(一七〇頁注(2)参照)。
- (26) 原島・注称民法(6)一八七頁等参照。後述のように折衷説、契約内容変容説でもこれと同様の議論が可能である。なお、遡及的消滅の効果を当事者間のみに限り第三者には及ばないとする相対的遡及的消滅説もあり、立法者の考え方と指摘されている。この説においては、解除の前後を問わず当然に第三者が保護され、対抗要件も不要と解されるようである(高森・前掲論文(一)関法二六卷一号一一五頁参照)。わたくしとしては、立法者の議論が解除後の第三者をも含めて保護するものであるかどうかに疑問が残り、また、高森論文が解除の前後を問わず契約の成立の外観を信頼した第三者が保護されると論じ、外観保護に結び付けた説明をされる点や単純に対抗要件不要を導かれる点等に異論を持つのであるが、ここでは深く立ち入る余裕がない。
- (27) 判例とそれを支持される我妻説の立場にこのような矛盾があることは、高森・前掲論文(二)関法二六卷一号一〇四頁が鋭く批判される。
- (28) 星野英一・民法概論IV(契約)九四頁、好美清光「契約解除の効力——とりわけ双務契約を中心として」現代契約法

大系第一巻一九三頁等は、解除の効果論の意義に極めて消極的である。

(29) また、好美教授が「解除は、契約上の債務を消滅させ、既給付の原状回復を義務づけるための法技術的手段ないし概念である」と論じられるといふとも調和するであろう。好美・前掲論文現代契約法大系第一巻一八〇頁参照。

(30) 神戸寅次郎・契約解除論一七五頁以下参照。高森・前掲論文(二) 関法二六巻一号九三頁以下に紹介と分析が見られ
る。

(31) 神戸・前掲書一八〇頁以下参照。

(32) 神戸説もこの方向を目指される。使用利益の問題を含めた原状回復義務の範囲論、損害賠償の性質論は、今後の解除の効果論における中心的テーマと見るべきであろう。これらの点については、半田・前掲論文不動産法大系一四五九頁以下、好美・前掲論文現代契約法大系第一巻一七五頁以下、北村・前掲論文民法講座5一四五頁以下等が積極的に取り上げておられる他、川角由和「双務契約の解除の効果に関する一考察——いわゆる「使用利益」返還義務の帰趨——」島大法学三三巻二号一頁以下、鶴藤倫道「契約の解除と損害賠償——売買契約解除に関するドイツ法を中心にして」(一)、「完」民商一〇〇巻三号三一頁以下、四・五号二六九頁以下のようないくつかの諸研究によつて議論が深められているが、本稿では立ち入らない。

(33) 滝沢・前掲書一七八頁参照。

(34) 本来の解除条件と並べて規定された民法典一八四条は、「双務契約において、両当事者の一方がその約束を果たさない場合には、解除条件が予定されているものとする」という文章であり、当事者意思を基本に据えている。この規定はローマ法の残滓といふよりは、カノン法における約束の重視の伝統を、デュムウラン、ドマ、ボティエ等の学者が発展させたものであるとされ、遡及効の根拠は債権債務関係の牽連性に求められてくる。⁶⁰ F. Terre, Ph. Simler et Y. Le-

quette, Droit civil, les obligations, 1996, n° 625 ; Mazeaud, Chabas et Jugart, op. cit., n° 1088.

(35) Mazeaud, Chabas, et de Jugart, op. cit., n° 1101.

(36) Ph. Malaure et L. Aynès, Droit civil, les obligations, 1994/1995, n° 743. 之の例外は信用賃貸借 (crédit-bail) 等において重要な意味を持つ。なお、フランス法の直接効果説は、解除といふに損害賠償請求を認めめるのであるが(民法典一八四条二項参照)、債務不履行による損害賠償であると論じられており、この点に格別の疑問は投げられていない。

(37) 物権的効果の遡及的消滅に伴う第三者の不利益に対しても、次のような救済があると論じられている。(1)賃貸借契約

等の管理行為が維持され得る。②動産については即時取得の規定にあたる民法典二二七九条の適用によつて善意の転得者が保護される。また、動産商品の引渡後に解除があり、買主が裁判上の更生を受ける場合において、一九八五年一月二十五日の法律一一五条が売主の所有権回復請求権を制限する場合がある。③不動産および商業財産(fonds de commerce)の売買においては、売買が公示されていなければ売主は解除の権利を第三者に対抗しえない。売買の公示があれば、買主と取引しようとする第三者は代金が完済されていないことに気づくことができる。また、解除の訴えの提起および解除の判決の公示も必要である。Mazaud, Chabas et de Juglart, op. cit., p. 1102.

(38) 北川善太郎・日本法学の歴史と理論八六頁以下参照。

(39) フランス法では、解除の遡及効は無効と同じであり、債務不履行を理由とする損害金の特約(clause pénale)が維持される点だけが異なると論じられている。前注(35)参照。

(40) このように一般的な第三者保護規定が置かれたこと自体が独仏法の混淆の結果と言えるのではなかろうか。いずれにしても本文のように見る限り、民法五四五条一項但書は解除後の第三者には適用がなく、この場合の第三者保護については少なくとも不動産取引に関する限り、民法の規定はブランクと見ることになる。

(41) ドイツ民法の下では物権行為の独自治性・無因性があるために、直接効果説を採りつつも取引安全のために物権的効果を残すことが可能であり、したがつて、間接効果説は不要となつた。北村実「解除の法的構成」ジユリスト民法の争点二九八頁参照。

(42) 滝沢・前掲書一八二頁以下、滝沢筆代「物権変動の時期」民法講座二三一頁以下等参照。

(43) 平井一雄「解除・取消しと登記」不動産法大系一売買一六五頁も同趣旨の指摘をされる。また、所有権のなしくずし移転説を主張される鈴木教授は、「間接効果説によれば、売買契約の解除によつて、両当事者は、売買のプロセスの上

すでになされた代金支払・引渡・移転登記等につき、それぞれ、代金返還・目的物の返還引渡・登記抹消の義務を負い、これらの復原行為のプロセスがすべて終われば、売買のプロセスは完全に巻き戻されて、所有権は、完全に売主に復帰するに至る。」と論じられることになる。鈴木・物権法講義改訂版一〇〇頁参照。

(44) すなわち、独自性・無因性の帰結として第三者的所有権取得が可能となるドイツ法の下では、通常の損害賠償請求権に加えて、代償請求権(ド民一八一条)のようななかたちでも解除者の保護が図られていると見うる。登記の公信力を含めたこの種の体系的相違を抜きにして、ドイツ法と同じ結論を民法一七六条・一七七条の下で実現するには無理が伴う

のは当然である。取引安全や第三者保護の必要性を否定する趣旨ではないが、*ビト*までそれが必要であるかについて問いかねば議論がもつと重視されるべきではなかろうか。

- (45) 山下末人・注釈民法(3)四一八頁、池田・前掲論文民法講座2一七五頁等参照。
- (46) 日本法の解釈としては、民法九四条一項の類推適用がある。池田・前掲論文民法講座2一七四頁がこれを提案される極めて適切な対応であるが、この説は他に見られないとされている。解除前の第三者の保護について善意の要件が求められていないためであろうか。
- (47) 復帰的物権変動は、権利取得の根拠となるべき本来の権原(titre)を欠くため單なるフィクションにすぎないのであるから、政策的にどうしても対抗要件主義の導入が必要な場合の技巧としてのみ意義を認め得ると考える。
- (48) 池田・前掲論文民法講座2一七二頁以下、平井・前掲論文不動産法大系I一六一頁以下、熊田裕之「契約の廻及的効力と第三者保護——取消・解除を中心として——」取引保護の現状と課題神田博司先生追悼論文集一七九頁以下等参考照。いずれも旧通説を紹介しておられるが、新通説の指摘は見られない。
- (49) その成果の一端については、前注(12)参照。
- (50) 青野博之「解除の法的構成として、直接効果説を排除すべき必然性はあるか」講座現代契約と現代債権の展望V一四一頁は、これを「保護要件としての登記」と論じておられ、本文の趣旨に近い。また、吉永順作「不動産に対する契約関係の解消と第三者対抗要件(三・完)」論文日本法学五六卷一号四六頁は、「こでの登記を資格要件とし、第三者だけに片面的にこれを要求するならば、解除後の第三者に対する保護が薄くなる」とを指摘される。
- (51) 水沼宏「契約の解除と対抗要件——民法四五条一項但書の「第三者」との関係において——」司法研修所論集四四号八九頁は、このように解除前の第三者と回復者の関係を相互的な対抗関係と捉えることが試みられていると解される。
- (52) したがって、解除前の第三者は登記なしに保護され、解除後の第三者は全く保護されないという学説の見解が出ても当然である。たとえば、前者につき、石田穣・民法V「契約法」一〇〇頁、前者、後者双方につき、三宅正男・契約法(総論)二八五頁以下参照。三宅説は、民法一七六条の意思主義を視野に置きつつ解除の理論を考えておられるため、フランス法的な直接効果説を典型的なかたちで提示される。
- (53) 直接効果説における廻及効それ自体が、債権者の競合を斥けて物の売主を保護する制度となる」とについては、cf. Mazeaud, Chabas et de Juglart, op. cit., n° 1101. 青野・前掲論文講座現代契約と現代債権の展望V一二八頁以下も同様の

指摘をされる。すなわち、売買代金の支払が難しい場合に、売主保護の必要から物権的効果の遡及的消滅が必要となる。

(54) しかも、解除の相手方が第三者と結託してこれに登記を移転することは極めて容易である。一重譲渡の権限とは何か、一重譲渡が事実上のものにすぎないのか、それとも権利かという根本的な問い合わせがここにも当てはまるわけである。

(55) ドイツ法的な無因性理論によらずに非遡及的構成を探る議論は、山中康雄「解除論（一）～（三完）」法学志林四八巻二号二頁以下、三号三一頁以下、四九巻二号四三頁以下、松坂佐一・民法摘要物権法四一頁以下等に詳細である他、最近の比較法的研究として、石崎泰雄「契約解除の効果の非遡及効——イギリス・オーストラリアにおける歴史的展開——（一）（二・完）」早大大学院法研論集五四号三一頁以下、五五号二五頁以下等にも見られる。直接効果説が唯一絶対のものではないことは言うまでもない。

(56) 解除原因を知つても解除されることは限らないとも論じられる。星野英一・民法概論IV（契約）九五頁、下森定「契約の解除と第三者」法学セミナー二五四号九五頁参照。

(57) また、後述のような情報収集を可能にする制度が必要であるとも言える。

(58) 前注(53)参照。

(59) ここでも予告登記による第三者保護の可能性に注目すべきであろう。解除後に無効な取引が行われた場合には、前述のように第三者に対しても公信力的な保護が与えられるべきであろうが、それ以前の段階で登記の警告的機能が働き、第三者の転売契約を回避させることができましく、また第三者の物権的保護とも両立し得ると考えられる。そのためには、取消の場合と同様に、裁判外の解除の意思表示が予告登記のかたちで登記簿に結びつくことと、この登記が悪意の推定効をもつことが必要であろう。この観点からは、不動産登記法三条が取消の効果を「善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ル場合」にのみ予告登記を認めるとしている点にも疑問を投げ得る。ここにもドイツ法的な第三者保護との混淆が認められるのではないか。なお、本稿第二節(3)成城法学五七号九九頁以下参照。

(60) 登記要求により、第三者保護の範囲は若干狭められ、その分だけ解除者保護に傾斜することになろう。民法五四五条一項但書がドイツ法寄りの立法であったことを修正する意義を持ち、意思主義理論になじむ解決と見うる。大判大正一〇年五月一七日民録二七輯九二九頁はこのような趣旨の判決と意味づけることができる。

(61) 対抗関係という処理は、ドイツ法的な無因主義とは異なり、意思主義のモラルを踏まえたものでなければならない。

