

物權變動の遡及的消滅と登記 (三・完)

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(58号)
- 四 無効と登記
- 五 結び(以上60号)

四 無効と登記

(1) 論点の把握

取消においては、その原因となった契約の瑕疵、および結果としての遡及的無効はあっても、契約自体は一応成立し、物權變動が一度は生じているという前提がある。したがって、遡及的物權變動を論じる余地があり、現にそれ故に民法一七七条の適用可能性が問題となったわけである。また、解除に関しては、直接効果説のみならず契約の不存在の場合にも同じことが当てはまる上に、さらに契約の遡及的消滅を避ける理論構成(間接効果説)が求め

られてきた事情を指摘することができる。これに対して無効は、理論上右のような前提を欠いており、ここでの考察の対象からはずすことが適当かと考えられる。にもかかわらず、給付物の返還請求権という観点から、無効の場合をも取消・解除と同じ議論に取り込む考え方が、早くから鈴木教授によって主張されており、近時の論文でもこの請求権を等しく民法一七七条の適用に結びつける試みが示されている<sup>(1)</sup>。そこで、この給付物返還請求権をどう把握するかを含めて、無効と登記の問題がここでの検討課題に加えられなければならない。

他方、無効論の領域では、錯誤無効の再検討とともに、その取消への接近が説かれており、とりわけ効果の面からは両者の区別が不適當であるとの指摘が注目される<sup>(2)</sup>。そうなると、少なくとも錯誤無効との関係では、取消と登記の領域における議論と同じものがあてはまることになるかと推測される。では民法九六条三項、民法一七七条の無効への類推適用は可能かつ妥當であろうか、興味深いところである。

同様に、虚偽表示の無効の構造が近時関心の対象となつている。無効の効果を「善意の第三者に対抗しえない」と表現する民法九四条二項の規定は、錯誤無効とも異なる別種の「対抗しえない」関係としての無効を規定すると解されており<sup>(3)</sup>、そこでの権利取得のメカニズムが問われている。その延長上では、当然民法一七七条の導入可能性が問われるであろう。他方、ここでの考察は、民法一七七条における「対抗しえない」の理論構成との比較に発展し、「対抗不能」という概念の本質を問う議論にも結びつくという状況がある<sup>(4)</sup>。

さらに、無効論の多様化<sup>(5)</sup>の中で、「相対的無効」という概念が改めて注目されている。わたくし自身も、民法一七七条の理論構造を把握する作業の中でこの概念を援用しており、「法定取得—失権」が当てはまる狭義の対抗要件の外延に、いわゆる権利保護資格要件としての対抗要件（これを広義の対抗要件と呼んでいる）があるとして、その法的効果を相対的無効と性格づけ得ると論じ、その概念に関心をよせてきた。私見はとりあえずフランス法の下での相対的無効を踏まえたのであるが、用語の定義の仕方として妥當であったか、日本法の下での相対的無効を

どう捉え得るか等を今後検討すべきであるとした。<sup>(7)</sup>この問題に関しては、その後の学説にかなり發展が見られ、関連の文献が今や豊富である。<sup>(8)</sup>これらの中には、相対的無効と對抗不能の区別を明確にしようと試みたものもあり、議論は民法一七七条の對抗要件主義の理解と密接に結びついている。これらの論点を押さえた上で、無効の効果に對して登記を導入しうるかどうかを検討しなければならない。

すなわち、ここでの課題は大きく分けて三つあり、一つは先の鈴木教授の問題提起を承けて無効一般への民法一七七条の適用可能性如何に答えることである。それとともに、錯誤や虚偽表示の無効に對して民法一七七条を適用すべきかどうかを探る必要がある、これは典型的な第三者保護と登記の問題である。<sup>(9)</sup>最後に、無効論を視野に入れつつ、相対的無効と對抗不能の理論構造を明らかにし、對抗要件主義そのものの透明度を高くすることである。それぞれは若干議論の視点を異にするが、やはり相互に関連しつつ論じられる必要があると言えよう。

## (2) 無効の構造

### 絶対的無効

周知のように民法一九九条は、無効の効果に関する唯一の規定であり、「無効ナルコトヲ知りテ追認ヲナシタルトキハ新タナル行為ヲ為シタルモノト見做ス」という文言によつて遡及的追認の可能性を明確に否定している。学説はここから、無効は、①当然に効力がなく、形成的な無効の主張を要しない、②すべての者が効力のないことを主張し得る、③いつまでも無効の効果の主張が可能である、という原則を確認した。諸説は、表現の仕方や整理の工夫に特色を示しているけれども、<sup>(10)</sup>無効の原則論の内容においては共通の理解があると見てよいであろう。いわゆる絶対的無効であり、具体的には、民法九〇条の公序良俗違反による無効、意思無能力者の法律行為の無効などが典型例と考えられてきた。しかし、最近の研究は公序良俗違反の態様による類型化を試み、効果においても絶対的

無効とは異なるものを導入する方向を旨ざしている<sup>(11)</sup>。また、意思無能力による無効を表意者保護の手段と見て、その効果を相対化しようとする学説は、民法九〇条の場合よりもっと古くに遡る<sup>(12)</sup>。これらの延長上に錯誤無効の取消の主張が注目されるわけである。

学説によるこのような解釈学的試みは、民法の条文を取引社会の実態に即したかたちで機能させるために不可欠であり、そこに形成される理論は、条文の不備ないし簡略を補うための基礎理論と性格づけることができよう。したがって、諸説はある程度までは共通の理解に支えられていなければならないと考えられる。この意味で、民法典起草者が法律行為の規定の根底にいわゆる意思理論を想定し、それに基づく体系づけを試みている事実は重要である<sup>(13)</sup>。すなわち、民法九四条一項、民法九五条に無効の効果が付されたのは、虚偽表示、錯誤においては表意者に効果意思としての真意が欠けるという理解がなされているためであろう。「意思が欠缺するならば無効」という基本原則は、意思無能力による無効とも繋がっている。起草者においてはこれらの無効が、前述したような三つの効果を伴う絶対的無効の原則論によって捉えられていたはずであり、この点をまず確認しておかなければならない<sup>(14)</sup>。

#### 無効の相対化

しかしながら、右の無効の原則論は常に貫徹されるわけではない。民法九四条においては、無効の効果を善意の第三者に対抗し得ないとする二項の規定によって無効の原則論が相対化され、「すべての者に主張し得る」絶対的無効とは異なる性質のものが導入されていることになる<sup>(15)</sup>。また、民法九五条但書によれば、錯誤無効は「表意者二重大ナル過失アリタルトキハ表意者自ら無効ヲ主張スルコトヲ得ス」というかたちで、無効の主張が阻止される結果、本来無効となるべき法律行為が有効なものとして取り扱われる場合がある。ちなみに右の規定は、その文言から解するならば、表意者以外の者からの無効の主張を必ずしも否定するものではないと言えよう<sup>(16)</sup>。すなわち起草者は、原則的な絶対的無効を念頭に置いて錯誤の効果を規定しつつ、そこに例外的に無効が貫徹されない場合を予想

していると考えられる。このように、絶対的無効に制約が持ち込まれているという意味での無効の相対化を、一般用語として相対的無効と捉えることができるはずである。

これに対し近時の学説は、民法九五条の錯誤を表意者保護のための制度であると捉え、その効果を取消に近づけることを目指している。<sup>(17)</sup>そこでは、動機の錯誤が必然的に要素の錯誤に取り込まれることにより、錯誤無効の範囲が拡大されるとともに、絶対的無効を緩和して取引の安全と調和しうる内容のものが望まれている。他方、解釈技術としては、取消に関する民法九六条三項、民法一二六条等の類推適用が注目されることになり、それを正当化する議論が求められる。現行の民法九五条の規定が、無効の原則論を前提としつつも、無効の主張の制限を導入することにより、相対効を肯定していることは、この観点から重要な意味をもつと考えられる。<sup>(18)</sup>さらに、右のような無効の相対化の形式は、無効の効果が「第三者に対抗し得ない」場合を含む虚偽表示の無効においても、逆のあたりで指摘できるはずである。民法九五条と民法九四条二項をパラレルに考察する必要があるのはそのためである。

無効の相対化は、この他にも民法一一三条、一一六条等による無権代理の無効とその追認可能性というあたりでも生じ得る。すなわち、無権代理においても授權の意思の欠缺故に無効の原則論が確認されるべきであるところ、ここでは後からの意思の補完が認められることにより、追認の遡及効が無効の法律行為を事後的に有効とする。絶対的無効の効果が縮減されるという意味で、これを相対的無効と呼ぶことは誤りではないであろう。

#### 無効の理論的整理

このようにして、無効の枠内には、いわゆる絶対的無効を一方の端に置いて、まず無効の効果を特定の者に主張できないことによる相対的無効があるとし、民法九四条二項をここに位置づけた。取消の効果としての無効にも同様の議論は当てはまるため、民法九六条三項についても右に準じて相対的無効を考えることができる。他方、民法

九五条但書により重過失ある表意者が無効の主張を阻止される場合には、対人的な私たちでの相対効ではないが、有効の可能性が持ち込まれているという意味で相対的無効があると捉えることが可能であろう。この状況は、無権代理の無効が追認により有効になる場合に近いと見られるので、両者は同じ範疇の相対的無効に含まれると整理したい。これに対して、民法九三条の心裡留保においては、表意者に内心の効果意思が欠けることをもって直ちに無効とはならず、相手方の信頼保護に配慮して例外的に有効を原則とし、相手方が悪意の場合に限り無効が導入されている。ここでは、無効の効果それ自体が修正されているとは言えないが、特定の者との関係で無効が生じるという意味での相対的無効があり、そこに表意者による追認を持ち込む余地もあると言えよう。

こうして、民法一一九条が念頭に置いている原則的無効（絶対的無効）に対比される相対的無効には、形式的に二つの類型を区別することができるようである。すなわち、対人的な関係で無効の主張が相対化される場合の無効と後に有効になる可能性を含んだ無効とである。<sup>(19)</sup>民法九六条三項、民法九四条二項の場合には前者に当たると見たのであるが、民法九四条二項に関しては、これを相対的無効ではなく対抗不能の問題として論じる立場も有力であり、後に改めて論じることになろう。有効になる可能性を含んだ無効の特徴は、追認可能性にあると言えるかもしれない。民法九五条但書により無効の主張ができない場合、無権代理が表見代理とされる場合等については、追認の擬制を認める余地もあるからである。しかし、本来の追認のケースではないため、「有効になる可能性を含んだ…」という異なる用語で全体を把握しておくことが適当であろう。こうして、意思無能力の無効および民法九〇条違反による無効に相対効が持ち込まれるような場合にも、これら二つの類型のいずれかが活用されるはずであり、解釈論の理論的根拠およびその妥当性を明らかにすることが容易になるであろう。

#### フランス法との比較

民法九六条三項は、取消の効果として生じる無効の効果の相対性を規定すると解されるが、ここでの取消が沿革

的にはフランス法の相対的無効に由来し、また内容的にもそれと重なることはすでに明らかにされてきた。<sup>(21)</sup> すなわち、フランス法はローマ法の伝統を承継しつつ、特定の私的利益を保護する目的で無効訴権が行使される場合を相対的無効 (nullité relative) とし、誰からでも援用され得る絶対的無効 (nullité absolue) と区別してきた。<sup>(22)</sup> 無能力者の法律行為、錯誤、詐欺・強迫等の瑕疵ある意思表示による法律行為、無権代理人の法律行為、レジオン (lésion) のある売買の効果、夫婦間の売買の効果等が前者の範疇に含まれる。ここでは保護の対象となる者のみが無効の主張を許されるという特徴が明確であるとともに、追認可能性が伴うとされる。<sup>(23)</sup> また、相対的無効と考えられているものの範囲は広く、わが国の伝統的な理解によれば、絶対的無効に近いと見られる意思無能力や錯誤の効果も相対的無効に位置づけられている。日本民法典起草者の考えたいわゆる意思理論には、再検討の余地があることは確かであろう。

日本民法の取消が、内容的にフランス法の相対的無効と重なり合うことも確認でき、この点を指摘して無効と取消の接近 (あるいは無効の取消化) が主張されることはもつともと考えられる。つけ加えれば、フランス法の下では、相対的無効は取消訴権の行使により主張されなければならないとされ、訴権の行使は五年間の消滅時効期間に服するという点もある。<sup>(24)</sup> 結局、前述したように日本民法の取消制度は、フランス法の相対的無効に倣つて規定されているのであるから、その限りでは日本法では相対的無効という用語を用いる必然性は少ないことになる。他方、逆にわが国の最近の学説が相対的無効の可能性を指摘してきた錯誤、意思無能力、公序良俗違反の一部等について、取消の規定を類推適用する必然性があり、これらを取消的無効と呼ぶこともできるはずである。

この他に、フランス法の相対的無効には、対抗不能の場合が含まれ得る。無効と対抗不能の区別を明らかにすることを目ざしてきた学説史の展開に鑑みるならば、両者の定義を明確に整理できることが望ましいに違いない。しかし、たとえばバステイアンが指摘したように、対抗不能は一定範囲の第三者の保護を目的として、この第三者に

本来は有効とされる法律行為の否認ないし承認の権限を付与する制度であると説くならば、その実質的内容が相対的無効と区別し難いものとなることは確かである。<sup>(26)</sup> それ故、近時のフランスの学説が対抗不能を相対的無効の一場合に位置づけようとしているのは、<sup>(27)</sup> 当然と言えるかもしれない。いずれにしても、取消と無効を区別しないフランス法が相対的無効の特徴として列挙している諸点<sup>(28)</sup>は、日本法の取消の特徴に重なる。

しかし、このことから直ちに無効についてフランス法と同様の体系的整理を目ざし、民法典における無効と取消の一体化を志向するわけにはいかない。フランス法の相対的無効が取消的無効であることは、ローマ法の影響によるとしても、それを制度化したのはフランス法独自の政策論に他ならない。他方、日本法の取消は範囲が狭く、解釈理論ではない立法という制約を伴っている。それ故、日本法の下では、一応取消と相対的無効を区別しつつ、後者の中に取消的無効とそうでないものを<sup>(29)</sup>区別し、さらに対抗不能と相対的無効の区別の可能性を検討することが適当かと考えられる。

#### 錯誤無効の取消化

最後に、錯誤無効の取消化にもう一度立ち戻りたい。前述したように民法九五条の規定は、その文言による限り、意思理論を根底に据えた上で、意思の欠缺がもたらす原則的無効を予想していると解される。したがって、本来無効の主張は必ずしも表意者からのみに限られないのであり、期間の制限もないと見るべきであろう。フランス法から旧民法に取り込まれた訴権的構成による相対的無効は、現行民法においては、このように意思理論による体系化の試みを経て変質しているわけである。<sup>(30)</sup> その結果、民法典に忠実な解釈を採る場合には、要素の錯誤を狭く解して、錯誤無効の主張を極力限定することが取引の安全のために不可欠となる。しかしながら、現実には動機の錯誤を取り込まなければ民法九五条の存在意義は少ない。それ故錯誤の規定は、動機の錯誤を含めつつ表意者保護の制度としてその適用範囲を拡大するとともに、他方で、無効の効果を相対化し、かつ縮減する方向に必然的に活路を見い



だすことになると考えられる。判例の展開が示すところもこのような方向であった。<sup>(31)</sup> 錯誤無効の取消は、この実質的課題を前提としつつ、形式的には取消の規定を活用することによってしかそれを実現できない日本民法の事情から生じたものである。取消的無効が肯定されることにより、錯誤無効は結局、フランス法的な相対的無効に回帰する結果となつてゐることは興味深い。

しかしながら、意思理論による体系化にも理論的明快さという利点はある、民法典起草者の本来の意図がそこにあつたことを考えるならば、このような原則的無効を伴う錯誤の可能性を否定することなく、相対的無効を導く錯誤との二本立てを考えることが、解釈論の本来のあり方として望ましいのではないかと考えられる。現にフランス民法も錯誤が絶対的無効を導く可能性を否定して<sup>(32)</sup>いない。問題はこれら二種の錯誤無効の区別をどう立てるかであるが、取りあえずその点は措き、ここでは方向づけを示すに止めたい。

### (3) 無効の効果と登記

さて、物権変動が無効である場合に民法一七七条を適用する余地があるか、この点の検討がここでの主たる課題であつた。無効理論の概観とその整理は、そのための議論の前提として必ずしも必要ではないかもしれない。無効と登記の関係は、基本的には物権変動の効果が生じず、ただ外形的な履行のみが残る状況をどう処理するかに尽きるため、絶対的無効と相対的無効とを区別する議論は、直接は関係ないからである。しかし、無効論に触れずに登記との関係だけを取り扱うことでは、昨今の学説の関心を満たし得ないであろう。また実際上も、絶対的無効の効果を登記の有無によつて修正するという考え方は妥当ではないため、問題を相対的無効と登記の関係と捉えることが、適当と考えられる。そこに取消と登記の議論がどこまで有効に機能するか、これが当面の関心事である。上述の議論を踏まえた上で、次のような考察が可能である。

鈴木説の検討

前例にしたがって、売買契約により不動産所有権がA→B→Cと移転する場合を検討の対象としたい。鈴木教授は前述のように、AB、BC間の契約が無効であったとしても、売主Aの所有物が転得者Cの下に移転している状況においては、AC間には対抗問題としての処理が可能であることを詳論しておられる<sup>(33)</sup>。すなわち、たとえ無効であったもABの売買の外形が一応成立し、Bが登記名義の給付を受けた以上は、BはCに二重譲渡をする資格、legitimationが生じると論じられる<sup>(34)</sup>。本来の二重譲渡においても、Cは無権利者からの取得をするはずであるところを、民法一七七条自体が二重譲渡の成立を肯定しているため、譲渡人は完全に無権利になるのではなく、第二譲渡をしてCに先に登記を取得させることにより、この者を所有権者となす資格が与えられているという理解が前提となっている。

鈴木教授が指摘されるように、契約が無効のためAに所有権が留まるにもかかわらず、B→Cの転売がなされたという状況は、登記をめぐる実質的關係が、Bを譲渡人とするB→A、B→Cの二重譲渡にかなり近いことは確かである。一度も登記を得たことのない本来の第一譲受人と比べると、無効な売買の売主Aは、自ら移転させた登記の取戻しを怠る者であって、登記放置の責任はより大きいという見方も領けないことはない<sup>(35)</sup>。したがって、登記と実体関係の齟齬を回避する目的で、Aに追奪のリスクを与え、その実体的制裁によって登記の取戻しを促すという考え方は、確かに対抗要件主義の本質を踏まえている。とは言え、無効のケースは、民法九四条二項の場合を除いては第三者保護規定を欠くために、民法一七七条適用の基礎となる権利取得の前提がない。また、まったく無効な契約を基にして登記取得の先後を争わせることは、論理の枠を超えており、結局無効の法体系の否定につながる<sup>(36)</sup>ことが危惧される。鈴木教授は、給付不当利得の返還請求権がAによる登記取戻しの法的根拠になり得ると論じておられるが、それは取消、解除、無効を包含する広範すぎる概念であり、とりわけ無効の場合には、登記の基礎とな

る権原を当初から欠く点が問題である。さらに、背信的悪意者排除説の下では、Bが無効主張者からの返還請求を逃れるべく、できるだけ迅速に悪意のCに転売することを促す結果になるという問題があり、これは取消・解除の場合と同様である。

これに対して、錯誤無効などにおいて、BがAとの売買契約の無効であることを知らずにCへの転売を行った場合には、民法九六条三項におけると同じ意味で、善意の第三者Cを保護する余地があると考えられる。その場合には、手法として、民法九六条三項を類推適用することは十分可能と言えよう。錯誤無効の取消化(相対的無効化)は、このような解決を可能にするための議論として意義をもつわけである。他方、Bの登記への信頼を保護するという純粹に公信力的な第三者保護を実現するために、Cの善意を要件として、民法九四条二項の類推適用を導入する道もあることは、先に取消、解除について論じたところと同じである。またこれらの場合において、既に論じたような広義の對抗要件主義のかたちで、民法一七七条の導入の可能性があることももちろんである。

一般的に言えば、悪意者排除説を採る場合には、<sup>(38)</sup>悪意者包含による制裁機能の強化とそこから生じる登記の強制力に代わるものとして、民法一七七条を無効ケースなどへ拡大適用することが新たな制裁力になり得る。しかし、悪意者排除を選択することの代替と見るには、無効ケースは事例として少数であり、登記の強制力を維持するだけの力となるかどうかは疑問であらう。

#### 物の返還請求権の法的性質

右の議論においては、無効な契約により買主Bの許に置かれた売買目的物の取戻請求権が、本来の第一譲受人Bの権利とどう違うかの検証も必要である。契約と同時に所有権が移転するというフランス法主義の前提からは、Bの許に所有権に基づく引渡請求権と契約に基づく引渡請求権が併存し、売買契約の清算関係においては、前者は時効にかからないところに問題が生じるとされてきた。<sup>(39)</sup>また、所有権移転が生じない無効においても、売主Aが所有

権に基づく物の返還請求権を主張できるとするならば、消滅時効にかからないため、永久に返還請求できることになり妥当を欠くと論じられている<sup>(40)</sup>。しかし、物権的請求権が時効にかからないという構成を必要とするのは、所有権の永久性が物の秩序維持のために不可欠であるというより基本的な要請があるためである。それ故、その論理的帰結として、派生する物権的請求権を常に貫徹させなければならないというほど、法理論は硬直したものである必要はない。物権的請求権と債権的請求権との間に公平を導くための実質的議論と理論構成は十分可能と考える。

他方、無因の特約があるような場合には、不当利得返還請求権によってしか所有権を取り戻すことができず、この場合だけ消滅時効が適用されるのは不当であると批判されている<sup>(41)</sup>。すなわち、無因の特約によって所有権が移転する場合には、無効の際の取戻しは不当利得返還請求による以外に道がなく、債権的請求権として時効にかかるため、有因契約の無効において、所有権に基づく返還請求が永久的になされることとの矛盾が指摘されるわけである。仮にそのような不合理が起るとしても、それを承知で無因的に所有権を移転させる必然性があつたならば、当事者がその拘束に服することは当然であり、それを否とする必要はないのではなからうか。もちろん、無因の契約にもかかわらず、消滅時効完成後も所有権の取戻しが衡平上不可欠であるような状況があるならば、一般条項の援用その他の工夫によつて所有権者の主張を抑えることは可能であり、それで足りると見るべきであろう。

そもそも、法理論が矛盾錯綜する現実の全てを一刀両断に解決するものとなることは、当初から期待し得ない。そうではなく、最も基本的な部分で事物の本性と人間性に即した判断の準則を用意することが、社会統制にとつて不可欠であり、それこそが法の主たる役割であると考えるべきであろう。解釈法学は、それらの準則を調整しつつ、現実に見合った柔軟性を創り出すという任務を帯びているが、ここでは、むしろ解釈者に共通に用意されている正義の準則、すなわち制定法とそこから理論的に導かれる原則を明示することが求められている。鈴木教授が説かれるような、物の返還請求権は不当利得返還請求権と所有物返還請求権の中間的なものであるという主張は、実質的<sup>(42)</sup>

配慮を踏まえた見方として妥当であるかもしれない。しかし、それを直ちに法理論とする必要はないのであり、なるべく基礎理論が見えるかたちで議論する方が望ましい。所有物返還請求権は消滅時効にかからないという前提が妥当でない状況においては、その何故かを明確に指摘することが先決問題であり、結論が妥当でない場合にそれを修正する解釈技術は必ずあると見たい。

#### 占有の不当利得論

こうした状況の下では、物の返還請求を等しく不当利得として処理し得る理論構成として、我妻教授による占有の不当利得論<sup>(43)</sup>が改めてクローズアップされる。無効な契約に基づいて物が買主の許に引き渡されている場合に、占有の不当利得を想定することは、まさに物權變動の意思主義において、売買代金の支払と対価関係に立つのが、所有権の移転請求権ではなく、物の引渡に他ならないという論理の裏返しである<sup>(44)</sup>。この意味で、所有権の不当利得と物の占有の不当利得をパラレルに処理する手掛かりができたことは重要な理論的前進と言えよう。

さらに、民法七〇三条と民法一八九条の適用関係という問題も絡む。無因の特約によって所有権が買主の許にある場合には、無効な契約をした売主には不当利得返還請求だけが認められる。これに対して、無効な有因契約の結果として所有権が売主の許に留まる場合には、売主は物權的請求権による取戻しが可能となる。その結果、前者においては民法七〇三条により返還の範囲が決まるのに対し、後者の場合には民法一八九条の適用を受けて、善意の占有者に果実取取権が認められることになり、衡平を欠くと論じられてきた<sup>(45)</sup>。それ故我妻教授は、占有の不当利得という概念を立てて、両者の返還の範囲を等しく処理する道を開拓されたことにもなる。

しかし、物の返還義務者に果実取取権を認めるかどうかは、本来は当面の問題とは別個の考察が必要であろう。不当利得の特則としての民法一八九条には、独自の立法趣旨があつて当然だからである。すなわち、善意の占有者が物の果実を消費することはごく自然の現象であり、後にその返還請求を受けることは、予期しただけに過酷な

場合が多い故と推測される。ただし、契約関係の清算が行われる場合と自然力により物の移動が生じた場合等では自ずから相違があり、前者においては、契約責任を強調して民法一八九条の適用を排除するという考え方は、十分成り立つであろう。<sup>(46)</sup> また前述したように、無因の場合と有因の場合を別々に論じることがむしろ自然と考えられる。

このように無効の場合の物の取戻しに関しては、物権的請求権による場合と不当利得返還請求権による場合と、理論的に二つの方法が考えられるため、物権法と債権法の論理の間での調整が必要となる。ただし、これは契約の履行関係や取消・解除等にも共通の問題であり、必ずしも無効に固有のものではない。まして、民法一七七条の類推適用は、不当利得返還請求権の性質や民法一八九条の適用如何に左右される問題ではなく、むしろ物の取戻しがどちらのルートによる場合でも、同じ結論が導かれるように配慮すれば足りるはずである。

無効の問題の核心は、取消・解除と同様のかたちで、無効な契約に対しても民法一七七条の適用が可能かを検討することであった。結論としては、錯誤等の取消的無効についてこれを肯定できると見ており、検討の対象とした鈴木説より範囲を絞っている。この点以外の議論は、いわば無効論の周辺の整理にあたるが、同時に、鈴木説と議論のスタンスが異なる辺りを明らかにできたかと考えている。

#### (4) 相対的無効と対抗不能

賃借人に対する賃料請求

さて、民法一七七条の理論構造を説明するに際しては、狭義の対抗要件主義と広義の対抗要件主義という異なる二つの機能がその中に含まれることを指摘してきた。ここで注目することになるのは後者である。すなわち、対抗要件主義の下では、特定のあるいは一定範囲の第三者を政策的に保護するために、登記がなければその権利を当該

第三者に対抗しえない(主張しえない)というかたちで、権利の相対効が創出され得る。わたくしはこの意味での対抗要件主義の効果を相対的無効と呼んで、狭義のものと區別した<sup>(47)</sup>。しかし、このことは必然的に、相対的無効とは何かという疑問を喚起し、また同時に相対的無効と対抗不能を區別する基準は何かという問題に答える必要を生じさせた<sup>(48)</sup>。

判例を中心とする伝統的な対抗要件主義の適用範囲の中から、このような相対的無効として取り出し得る典型的な例は、登記をしていない不動産の譲受人は譲渡人からの賃借人に賃料請求をすることができないという問題処理である<sup>(49)</sup>。そこでは、賃借人が二重に賃料請求を受けるリスクを回避するために、また同時に不動産譲受人の登記欠缺に対する制裁を強化する目的で、対抗要件主義の適用が拡大されている。学説がこれを権利保護資格要件(権利行使要件)としての登記と呼んできたことは前述した<sup>(50)</sup>。

いわゆる対抗不能の一般理論<sup>(51)</sup>によれば、当事者間においては物権変動が有効に成立しているのが、公示を欠く物権変動は、利益衡量的に選択された第三者たる賃借人に対してはその効力を主張できない結果、新賃借人が賃料請求権を欠く状況が生じると説明できる。またこの際、賃借人は自らの意思で賃料請求に応じることができるとされており、第三者の承認がある場合と解されてきた。仮にこのケースを相対的無効と構成するならば、賃借人に対しては新賃借人の契約ないし所有権の効力が及ばないことになり、この者が賃料支払を受けるならば、新賃借人の不当利得になると解さざるを得ない。ただし、フランス法的に、第三者の「承認」に代わる「追認」を認める理論構成を採る余地はあると解される。

しかし、狭義の対抗要件主義においては、登記は権利取得の要件として物権変動のメカニズムに組み込まれるため、第三者の承認を認めることが不合理になるとわたくしは論じてきた<sup>(52)</sup>。同じことはここにも当てはまる。すなわち、この賃料請求の問題においても、承認の余地を肯定するならば、賃料の授受に関する議論は複雑さを増し、混

乱を伴う可能性もある。<sup>(53)</sup> また、第三者の承認があり得ることは、登記欠缺に対する制裁の緩和として、譲受人たる新賃貸人を利するであろう。したがって、広義の對抗要件においても、実は、一定範囲の第三者に対しては確定的に権利取得の効力が否定されるという本来的な相対効を想定することが、事柄の性質に適うはずである。権利行使の要件としての登記という考え方も、そのような構想を持つと見られるし、最高裁昭和四九年三月一九日判決(民集二八巻二号三二五頁)の考え方も同様であろう。

またわたくしは先に、フランス法の下では「認識と對抗の理論」とも呼ぶべきものが機能していることを指摘した。<sup>(54)</sup> そこに見られる、「善意の第三者には契約の存在あるいは権利取得の事実を對抗しえない」というルールにおいても、当該第三者が事実を知るに及んで、すなわち悪意となる時点においては対抗力が生じるため、理論的に第三者の承認というような不安定な構成を容れる余地はないと解される。ここにも確定的な相対的無効が機能していると言えるのではなからうか。

にもかかわらず、對抗不能の概念は、本質的に第三者の側からの承認を認める制度であると見られてきた。伝統的な理解に従えば、「第三者に對抗しえない」という理論は、結局第三者の側に否認権があるという構成を採り、他方で第三者からの承認の余地を認めるものだからである。ただし、否認権があると言うためには、否認の対象である当事者間での契約は有効に成立しているという前提が必要である。したがって、第三者の承認は、正確には否認権を放棄する意思表示と解さなければならない。<sup>(55)</sup> このように對抗不能とは、結局、有効な契約についてその効果を第三者に否定する余地を認め、保護されるべき第三者自身に相手方の権利の存否を決定させるシステムと説明することができるように<sup>(56)</sup>である。そこに、当初から効力を生じないことに確定している相対的無効との相違を指摘することができる。しかし、無権代理の追認のように、意思の効果に基づく相対的無効もあると見るならば、その限りで對抗不能は相対的無効に接近することになる。フランス法の学説が両者を同質のものと把握しているのは当然



である。

### 民法九四條二項との対比

以上の論点を民法九四條二項の場合と比較検討することは、そこでの権利取得のメカニズムが比較的明確である  
と見てきただけに、とりわけ有意義であるにちがいない。民法九四條一項によれば、通謀虚偽表示は無効との原則  
が確認される。次いで同條二項は、善意の第三者にこの無効を対抗することができないとした。それ故、 $A \rightarrow B \rightarrow$   
 $C$  という権利變動の外形が生じていて、 $C$  が善意の第三者であった場合には、 $A$ 、 $B$  間の契約の無効故に  $B$  は無権利  
者であるとしても、まさに民法九四條二項の効果として  $A \rightarrow C$  という権利の法定承継取得が生じることを肯定して  
きたわけである。<sup>(57)</sup> またこのように論じる故に、そこに民法一七七條を導入して、正規の権利取得をしながら登記の  
点に懈怠のあつた  $C$  の権利を、 $A$  ( $A$  ないし  $B$  の二重譲受人の場合もある) に対して失權させることが可能である  
と見た。

このような理解は、前述したように対抗不能の理論が本来的に不確定性を含むものであるとする場合には採り得  
ない。民法九四條二項において、善意の  $C$  が  $A$ 、 $B$  間の無効な契約を承認できるという議論がなされてこなかつたこ  
とは、まさにそのような問題解決が不自然であり、法的安定性を欠くものであることを意味している。すなわち、  
民法九四條二項においては、「第三者に対抗しえない」という文言にもかかわらず、権利變動の実体は相対的無効  
と理解され、またそのような機能の仕方が肯定されてきたのである。

### 債権譲渡の対抗との比較

さらに、債権譲渡の領域においても、同様の検証が可能である。周知のように民法四六七條一項は、債権譲渡の  
通知または承諾がなければ債権者その他の第三者に対抗しえないと規定している。譲渡契約の有効に加えて、その  
第三債務者による認識は弁済請求の不可欠の要件である故に、ここには基本的に相対的無効としての「認識と対抗

の理論」が当てはまる。その手続化としての通知・承諾と言えるであろう。したがって、わたくしが実質的な効力要件と見たものは、結局相対的無効である広義の對抗要件の範疇に含めなければならないようである。また、承諾を追認あるいは第三者の承認と解し、通知がないための相対的無効か對抗不能を想定する構成も考えられなくはないが、通知と承諾を分けて扱うことは技巧にすぎないであろう。

これに対して、民法四六七条二項に見られる確定日付による通知・承諾は、解釈の対立を取りあえず捨象した場合にも、それが競合する債権譲渡間における権利取得者の確定という機能を第一に担っていることは明らかである。判例の到達主義も、「認識と対抗の理論」によって債権譲渡の効力を確定しようとするものであり、その限りで一項の理解とも調和する。しかし、債権取得の優劣の決定を確定日付という基準に委ねた場合にも、最終的には債務者の認識（通知・承諾）が必要であるという前提は、既に一項により確認されているのである。二項における到達主義は、必ずしも不可欠の理論ではないと言えるのではなからうか。<sup>(60)</sup> 結局、四六七条二項の本来の課題は、物権の二重譲渡における登記の優先主義と同様の論理で、確定日付によって権利取得者を決定することにあると見たい。債務者の許での情報収集は政策的な配慮として追加された理論ではなからうか。<sup>(61)</sup> このような意味で、二項においては、第三者に対する相対的無効を確認することができる<sup>(62)</sup>と考える。

### 定義の整理

わたくしの議論は、民法一七七条の広義の對抗要件主義の構造を、相対的無効と捉えることが妥当ではないかという当初の仮定に基づいている。しかし、そのためにはまず、相対的無効自体を定義しなければならぬ。わたくしはこれを絶対的無効（原則的無効）を理論的に相対化するところから導き、特定の者あるいは一定範囲の者に対して限定的に効力が生じないとされる場合、および無効が追認等により有効化する可能性がある場合がそれにあたると見た。フランス法の相対的無効は、この二つの特徴を合わせ持つものと定義されているのであるが、それは政

策的な配慮によるものであつて、実質的妥当性は別としても、必ずしも常にそうであるべき必然性はないと考えられる。また、民法九四二条二項のように無効に一部有効が取り込まれる場合も無効の相対化として相対的無効に含めて  
いる。

対抗不能の定義は、すでに前述したが、そこでの特徴は、①第三者に対する効力の否定が中心であること、②当事者間での有効が前提となること、③第三者に否認と承認の権利を与える法技術があること、等に認められる。同様の効力は、上記の相対的無効の枠内でも十分実現され得るため、対抗不能という概念は不要ではないかとも考えられる。しかし、これは相対的無効を幅広く捉えたためであり、独自の特徴を持つ相対的無効を対抗不能として區別する意義は、なお残ると考えられる。そこで、相対的無効の中に取消的無効とそれ以外のもの、および対抗不能を含ませて、絶対的無効と対置させるという構図を一応提案しておきたい。<sup>(63)</sup>

民法一七七条の構造としては、それが予め予定された本来の権利取得のメカニズムを修正するための規定である故に、その解釈に不確定性のある対抗不能の概念を積極的に取り込んで行くことには無理があると見なければならぬ。また逆に、民法一七七条の適用を受ける基本的な権利変動の側面においても、権利変動が不確定な要素を含む場合には、同条の適用が難しいことになる。そうなると、かつてバステイアンが定義したような意味での対抗不能の概念はそもそもいかなる目的のために存在し、また本来どのように機能すべきものとなるのであろうか。それを個別のケースによって確認することは今後の課題である。<sup>(64)</sup>

とりあえず、検討してきた範囲で言えることは、民法典の用語の上で「対抗し得ない」という文言が用いられている場合の多くは、相対的無効という構成が相応しいという事情である。これに対して対抗不能は、理論体系によって硬直しがちな問題解決に当事者意思による調整を持ち込み、柔軟さを導入するための理論として援用され得るであろう。それ故、その存在自体は否定しないと見ても、民法一七七条との理論的調和は難しいと見た。したがつ

て、「第三者に対抗し得ない」という表現を採る民法一七七条の理論構成も、不確定要素を極力排した相対的無効として把握すべきであり、この点については、對抗要件主義が広義か狭義かを問わないと考えている。

- (1) 鈴木祿弥・物権法講義(初版・一九六四年)二二二頁、同「契約無効による既履行給付物返還請求と對抗問題」東海法学九号一五頁以下参照。
- (2) 椿寿夫「錯誤無効と詐欺取消の関係」広島法学一〇巻三号四〇頁参照。
- (3) 鹿野菜穂子「虚偽表示無効」法時六九巻二号五八頁以下、武川幸嗣「虚偽表示における対第三者効の法構造序説——そのフランス法的意義をめぐって——」慶大院法学政治学研究一四三頁以下等参照。
- (4) 武川幸嗣「民法九四条二項の「対抗不能」の法構造」慶大院法学政治学研究一七号三三〇頁以下参照。
- (5) 椿寿夫「法律行為の“無効”の細分化・類型化」法律論叢六七巻四二五号三三三頁以下、伊藤進「民法上の「無効」の態様」同・私法学研究三法律行為・時効一二五頁以下等参照。
- (6) 滝沢・前掲書二〇五頁参照。
- (7) 滝沢・前掲書二一八頁注(61)参照。
- (8) 鎌田薫「いわゆる「相対的無効」について——フランス法を中心に——(上・下)」法時六七巻四号七八頁以下、七号八四頁以下、後藤卷則「日本における相対無効——無効と取消の区別の相対化——(上・下)」法時六八巻三号八七頁以下、四号七九頁以下、野沢正充「フランスにおける「対抗不能」と「相対無効」」立教法学四〇号二二六頁以下、同「対抗不能」と「相対的無効」法時六七巻八号八七頁以下等参照。
- (9) 高島平蔵「法律行為の無効・取消と對抗要件」民事研修一三六号三三頁以下参照。すでに論じた取消、解除と登記の問題、および前注(4)の虚偽表示と登記の問題等と同じ範疇のものと捉えることができる。
- (10) 椿寿夫「法律行為の“無効”について——その内容の多様化と緩和——」三重大学法経論集一〇巻一号四頁以下、柳沢秀吉「無効と取消」名城法学三四巻一号一八頁注(4)、奥田昌道・注釈民法(4)二二七頁等参照。
- (11) 椿寿夫「公序良俗違反の諸相」加藤一郎先生古希記念・現代社会と民法学の動向一六五頁以下(能見、米倉、大村諸教授の研究にも言及される)、平野裕之「消費者取引と公序良俗——契約解消型救済」法時六六巻二号一〇四頁以下等参照。

- (12) 椿・前掲論文三重大学法経論集一〇巻一号二頁以下、四宮和夫・民法総則第三版五二頁注(2)等参照。
- (13) 石田喜久夫「無効と取消の横断的一考察」同・民法秩序と自己決定九二頁、川島武宜・民法総則(法律学全集)一六六頁以下等参照。
- (14) 鹿野・前掲論文法時六九巻二号五七頁、中松櫻子「錯誤」民法講座Ⅰ民法総則三八七頁以下、椿・前掲論文三重大学法経論集一〇巻一号二頁以下等参照。
- (15) 起草者によれば、「一定の場合に関係者の利益を考慮して特例を設ける。」との理解によることになる。鹿野・前掲論文法時六九巻二号五七頁参照。
- (16) 起草者の見解、初期の学説がこのようなものであったことは、中松・前掲論文民法講座Ⅰ三八九頁、川井健・注釈民法(3)二一九頁等参照。
- (17) 錯誤は表意者保護の制度であるとし、それに相応しい解釈論を導く試みは早くからなされている。たとえば、船橋諄一「意思表示の錯誤」九州帝国大学法学部一〇周年記念法学論文集三四頁以下等。ドイツ民法の錯誤の効果が取消とされたことの影響は大きいはずである。その結果、今日の学説は、主張者を錯誤者とその承継人とし、遡及的追認の可能性を認め、民法一二六条、九六条三項等の類推適用を目ざすまでに至っている。椿・前掲論文広島法学一〇巻三号二八頁以下参照。
- (18) 表意者に重大な過失があるときは表意者に無効の主張を禁じる、とした民法九五条但書を念頭に置いている。取引安全の観点から相対的無効を認める考え方の、民法典における一つの原点となるからである。
- (19) 奥田昌道・注釈民法(4)二一七頁以下の分類は、より詳細に四つの類型としておられるが、その上位の枠組みとなるであろう。ここでは、取消に伴う無効をも含めての無効を念頭に置いている。また、後述のように、フランス法においてはこれら二つの類型の特徴が併存しつつ相対的無効を形成すると解されている。
- (20) 加賀山茂「対抗不能の一般理論について——対抗要件の一般理解のために——」判タ六一八号六頁以下、武川幸嗣「民法九四条二項の「対抗不能」の法構造」慶大法政政治学論究一七号二〇三頁以下等参照。
- (21) 後藤・前掲論文法時六八巻三号八八頁、鎌田・前掲論文法時六七巻四号八一頁、上野芳昭「売買契約の無効取消の効果について——民法典成立後の諸学説の展開——」山形大学法政論叢九号一〇頁等参照。
- (22) Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, Les obligations, 1985, n° 367.

- (23) 前掲マローリィエネスのテキストはレジオンを挙げていないが、性質上当然そのように考えよいであろう。Cf. J. Ghestin, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, 1980, n° 758.
- (24) フランス民法一三〇四条一項参照。Cf. Malaure et Aynès, *op. cit.*, n° 366.
- (25) 野沢正充「フランスにおける「対抗不能」と「相对無効」」立教法学四〇号二二六頁以下参照。
- (26) 対抗不能が第三者保護のために機能するのに対して、相対的無効は当事者を保護するという一般的区别の余地はあるかもしれない。しかし、相対的無効が第三者を保護する場合もあるので(用益権者が民法典五九五条で認められた範囲を超える賃貸借を契約した場合に、虚有権者が無効を主張するなど。Cf. Malaure et Aynès, *op. cit.*, n° 362)、絶対的な区別とはならない。
- (27) 野沢・前掲論文立教法学四〇号二四二頁。Malaure et Aynès, *op. cit.*, n° 352。しかし、伝統的には立法も判例も両者の区別を堅持してきたのである。Cf. Ghestin, *op. cit.*, n° 727.
- (28) すなわち、相対的無効は、私的な利益を保護するためのものであり、保護される者だけが無効の訴え(取消)を提起できるとともに、訴権を放棄する(追認)こともできる。訴権は五年間の消滅時効にかかる。古典的である確認の無効か形成の無効かという区別(Cf. François Terre, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit Civil. Les obligations*, 1996, n° 81 et s.)は、今日ではほとんど注目されていなく。
- (29) ここでは、錯誤を取消の無効の代表例と見ているが、無権代理の無効はこれとは異なる相対的無効とせざるを得ないのである。民法九四条二項もとりあえず相対的無効と位置づけている。
- (30) 前注(14)および川井健・注釈民法(3)二一九頁以下参照。
- (31) 川井健・注釈民法(3)一九八頁以下、二二〇頁以下参照。
- (32) Henri, Léon et Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, 1978, n° 161。錯誤により、合意、目的物、原因のいずれかが欠ける場合には、障害的錯誤として絶対的無効の効果を生じると論じられている。
- (33) 鈴木・前掲論文東海法学九号一一五頁以下参照。
- (34) 鈴木・前掲論文東海法学九号一一七頁参照。
- (35) しかし、異なる見方もあり、わたくしはむしろ、取消・解除・無効のように実体関係の争いを踏まえて登記を取り戻すことは、本来の取引における登記請求よりも困難が大きいと見ている。

- (36) 公序良俗違反、強行法規違反においては、民法七〇八条但書により返還請求が認められる場合に限って對抗問題が生じると鈴木教授は論じられる。また、意思無能力による無効の場合には、取消に準じる扱いを示唆される。私見は、いずれにおいても、返還請求権者の立場がより尊重されるべきものと考ええる。
- (37) 鈴木・前掲論文東海法学九号一三六頁参照。加藤雅信教授の箱庭説の下では、給付利得返還請求権の背後には常に挫折した契約の残滓が指摘されるはずであるが、取消・解除・無効の区別自体はあまり問題とならない。しかし、民法一七七条の類推適用の観点からは、正権原 (Juste titre) により近いものが選択されるべきであり、無効が除外されることは自然である。
- (38) ただし、鈴木教授ご自身は、背信的悪意者排除説である。鈴木祿弥「不動産二重譲渡の法的構成」幾代通先生献呈論集財産法学の新展開一八三頁参照。
- (39) 所有権移転の時期をどう見るかの問題と絡めて、古くから論じられてきた(滝沢・前掲書一八九頁注44参照)。最近では、無効取消の効果という視点から、上野芳昭「法律行為の無効取消の効果について——当事者間における目的物の返還をめぐる——」幾代通先生献呈論集財産法学の新展開一〇七頁以下、上野・前掲論文山形大学法政論叢九号四頁以下等がこの問題を詳論される。
- (40) 鈴木・物権法の研究二三〇頁参照。
- (41) 鈴木・物権法の研究二三〇頁参照。
- (42) 鈴木・物権法の研究二二七頁参照。
- (43) 我妻栄「法律行為の無効取消の効果に関する一考察——民法における所有物返還請求権と不当利得との関係——」同・民法研究Ⅱ一六五頁以下参照。
- (44) 我妻論文は、そこまで明確に論じてはおられないが、観念的所有権の移転を踏まえての議論であることは示されている。我妻・前掲論文民法研究Ⅱ一七八頁参照。
- (45) 鈴木・物権法の研究二三〇頁参照。
- (46) 広中俊雄・債権各論講義下三九八頁以下の説かれるところは、この考え方に近いと見うる。しかし、どの説を支持するかよりも、ここでは理論的調和を探る道が複数可能であることを確認するに止めたい。
- (47) 對抗の一般理論の適用であり、狭義のものはその中に登記の順位優先主義により登記を争わせるという原則を取り込

んだと考える。滝沢・前掲書二一〇頁、二二五頁等参照。

(48) 滝沢・前掲書二一八頁注(61a)参照。しかし、対抗不能(impossability)という概念に注目ようになったのは、加賀山茂「対抗不能の一般理論について」判タ六一八号六頁以下による示唆以来である。ここでも、相対的無効に対する対抗不能の独自性をどう残せるかは重要な論点の一つと見ている。

(49) 配当加入債権者、一般債権者、不法行為者、受寄者等が同じ範疇に含まれると論じている。滝沢・前掲書二〇三頁以下参照。

(50) 本稿(二)成城法学五七号八三頁注(8)参照。

(51) 前注(48)の加賀山論文、およびそれが依拠されるD・バステイアンの理論に依る。滝沢隼代「物権変動論のその後の展開(二・完)」成城法学五二号一九四頁以下に詳論した。

(52) 滝沢・前掲書一九六頁以下参照。

(53) 古くは、賃借人と賃貸不動産の新所有者との紛争に承認をめぐるものが多く見られたのであるが、登記がなければ賃借人の地位を主張できないとした最判昭和四九年三月一九日民集二八卷二二三頁以後は、承認の問題を議論する必要もなくなったと見うる。しかし、理論的には依然この問題は残されている。

(54) 滝沢・前掲論文(二・完)成城法学五二号二〇四頁以下参照。

(55) この点は従来あまり論じられてこなかったと言えよう。

(56) このような理解は、概ね前述したD・バステイアンの説に従っている。野沢・前掲論文立法学四〇号二二三頁以下も参照されたい。

(57) 本稿(一)成城法学五七号八七頁参照。

(58) 旧稿においてわたくしは、ここでの対抗要件である通知・承諾を債権譲渡の効力要件と把握している。滝沢・前掲書二二四頁注(20)参照。

(59) 最判昭和四九年三月七日民集二八卷二二一七四頁参照。

(60) つまり、民法四六七条二項は確定日付ある証書によらなければ、「債務者以外の第三者に対抗し得ない」と規定するのであり、日付による譲渡の順位の設定が規定の核心と見たい。しかるに、判例・通説によれば通知の日付が機能しないわけであり、少なくとも通知の到達を条件として、確定日付がまず優劣の基準となるべきではないかと考える。判例



の考え方が実務的に便宜であることは確かであるが、疑問は残るのである。

(61) 債務者への通知・承諾が債権譲渡の公示の手段であり、債務者の下で譲渡の情報が確認されるという制度の把握に対しても、疑問を投じた(滝沢・前掲論文(二・完) 成城法学五二号二〇七頁参照)。債務者の負担において制度の円滑な運営を図るという発想は、債権譲渡が本来債権者の利益のために行われるものであり、債務者にはむしろ不利益な制度であるという事情と矛盾するようでもある。いずれにしても、わたくしは、債権譲渡の第三者に対する對抗要件は確定日付による順位の設定に主眼があり、對抗要件イコール公示という理解に問題があるのではないかと見ている。

(62) フランス法のように、保護の対象となる一定の者からの無効の主張であること、および、この者からの追認可能性との両方を含む無効を念頭に置いている。民法九六条三項の類推適用が考えられる。

(63) 野沢・前掲論文時六七巻八号九〇頁、後藤・前掲論文(下) 法時六八巻四号八二頁等は、相対的無効という概念を排除する理論構成を指摘されるようである。これに対して本稿では、議論の整理のための手掛かりという意味も合わせ、相対的無効を活用しており、取消的無効、對抗不能の上位概念と見る他、独自の相対効がさらに含まれる余地をも想定している。

(64) 加賀山・前掲論文判タ六一八号七頁は、「對抗することを得ず」という文言を含む日本民法典の条文は四一カ所あると指摘される。對抗不能の存在意義について即断は避けるべきであろう。

## 五 結び

遡及的物権変動と登記の問題は、取消と登記、解除と登記を中心に論じられ、無効論までを巻き込んできた。これらの領域における對抗関係は、そもそも契約当事者および前主・後主の関係であるから、伝統的な理解によれば、登記取得の競争関係を肯定し難い状況がある。しかし、予告登記の警告的機能が十分ではなく、他方、民法一七七条による登記中心主義と取引安全への期待は極めて大きい。判例・学説の問題提起を承けて、ここに対抗要件主義を導入する場合の理論的障害がどこにあるのかを探ることが当面の課題となった。

結論として、取消・解除による遡及効の場合には、本来の物権取得の権原を欠くとしても、これを復帰的物権変動と擬制すること自体は肯定できると考えた。また、民法一七七条の適用を検討する前提として、基本となる遡及の権利変動のそれぞれについて法的構造を確認する必要があるため、このレベルでの議論に紙幅を費やした。本稿が簡潔にまとまり難かったのはそのような事情による。さらに、派生的に、相対的無効と對抗不能の相違を明確にする必要がある、一応の区別を試みている。必ずしも論じ尽くしてはいないが、一応、確認してきたいくつかの重要な論点を以下にまとめておきたい。

(1) まず、取消と登記の領域では、取消後の転売に議論の中心があった。取消前の転売においては、民法九六条三項の適用により第三者保護が容易に実現されるからである。問題はその上で民法一七七条の適用をどう考えるかであり、ここでは広義の對抗要件というかたちで、利益衡量的に第三者の登記を要求していく余地があると見た。取消後の転売に関しては、民法九六条三項を類推適用するという旧稿以来の考え方が、取引の安全に対処するための最も妥当な解釈論であることを検証した。また、民法一七七条の導入については、上記のケースと同様に広義の對抗要件主義の適用に留めている。民法一七七条の二重譲渡と扱うためには、取消により生じる契約の無効それ自体よりも、民法九六条三項が善意の第三者保護を予想していることとの実質的な不均衡がより重要な障害と見ている。この不均衡を回避するために、民法一七七条の第三者を善意者に限ると論じることは本末転倒となる。利益衡量的に登記の要否を考える場合の基準についてはあまり深めていないので、結論そのものは通説的な見解を踏襲するに留まっている。しかし、意思主義的な構造を生かして、予告登記等の充実を図る余地があると指摘しており、登記要求のみに傾いていないのが私見の立場である。

民法九四条二項の類推適用に関しては、民法九六条三項の類推適用と選択的に併用が可能であるとした。

(2) 解除と登記の領域においては、判例・学説ともに第三者保護規定として民法五四五条一項但書を援用しながら

ら、保護されるべき第三者に登記を要求してきた。その主たる原因は、保護される場合の規定が善意の要件を欠くことにあると見られる。それ故、少なくとも解除前の転売におけるA Cの關係は、対等な物權取得の競合關係にもっとも近く、取消の場合よりは民法一七七条の適用になじむと考えた。これは従来の判例の正当化である。

解除後の転売の処理については、民法五四五条一項但書の規定が第三者の善意を要件としていないことが問題となる。詐欺との關係では、取消の先後を問わず第三者保護の規定を適用できるとの結論を確認したのであるが、解除において悪意の第三者を同様に保護し、民法一七七条の先登記の主張を許すことは、やはり取引のモラルを逸脱するであろう。したがって、解除後の第三者に関しては、民法九四条二項の類推適用にとどめ、Aの帰責を要求するとともに、第三者Cが善意で自ら登記を取得している場合にのみ保護され得るとした。

また、解除の効果論における間接効果説の意義を検討し、二重譲渡の一方は無権利者との契約と解すべきであるから、この理論構成は不要であり、逆に所有權移轉時期の捉え方を分かり難くするだけであると指摘した。また、權利取得メカニズムを明確にし、民法五四五条一項但書の効果として転得者が保護される場合には、所有權の復帰があり得ないため、仮にAが登記だけを先に取り戻した場合には、B A間が第二譲渡と同様に扱われ、Aを無権利者からの取得と扱うことになる論じた。

(3) 無効の場合については、錯誤無効のように取消に準じると解される場合と、公序良俗違反、意思無能力者の行為のようないわゆる絶対的無効を区別し、とりあえず前者についてのみ、民法九六条三項の類推適用によって第三者保護が可能であると見た。したがって、民法一七七条の適用も取消の場合に準じる。後者の絶対的無効は、その効果を貫徹して無効の目的を達することに重点が置かれるべきものと考えている。ただし、これらの本来的な無効をさらに類型的に区別し、相対的無効を導入して、錯誤無効に準じる解決を持ち込む余地はあろう。

問題は理論構成の面にある。鈴木教授は、無効の場合にも一度引き渡された財貨は給付利得として返還請求がな

されるのであるから、物ないし権利の遡及的移転はあるとされ、この動きの上に民法一七七条を適用することが可能であると論じられた。私見は、給付利得という不当利得制度に固有の幅広い概念と物権変動とを同一視する議論は妥当ではなく、実質的な利益状況を等しくする場合でも、無効と取消・解除の間には復帰の権原を評価する場合の距離があると解し、無効を一律に論じることには消極的である。

無効の内容に関しては、相対的無効の定義とともに、相対的無効と対抗不能をどう区別するかが重要な課題であった。まず前者は、無効の効果が対人的に相対化される場合と追認による有効によって相対化される場合を含み、それが権利の内在的效果として固定している状況と解した。また、対抗不能は、第三者の意思による相対的無効の導入と捉えることが適当ではないかとした。

民法一七七条の対抗不能は、伝統的な理解に従って後者の理論枠組で捉えることも不可能ではないが、物権変動なかんづく所有権の所在を決定する理論としては、対抗不能に内在する不安定性が不適合であり、法定取得―失権のような固定的な権利移転のシステムを考えるべきである。民法典の規定は、「対抗し得ない」という用語によって広く相対的無効を実現しているものであり、その中に登記の有無による所有権者の交代の理論が含まれても何ら不都合はないであろう。

(たきざわ・いつよ 法学教授)