

不動産物権変動論・序説

—— 第三者論の理論的現況を通じて ——

Übertragung dinglicher Rechte und gutgläubiger Erwerb im Japanischen Bürgerlichen Gesetzbuch

田 中 淳 子*

Atsuko TANAKA

- 1 はじめに
- 2 背信的悪意者排除説とその通説化
- 3 公信力説の台頭
- 4 第三者論の理論的現況
- 5 転得者をめぐる問題
- 6 結びにかえて

1 はじめに

1 わが国における不動産物権変動論は議論が錯綜し、その方向性は、必ずしも確定しているわけではない。それでいながら教科書的な見解は、民法176条、177条の権利変動の沿革について、フランス法的意思主義・對抗要件主義を採用している点が一致した認識である¹。しかしながら、その二ヶ条の運用をめぐって種々の見解が展開されている。とりわけ、判例研究のなかではその傾向は、顕著である。例えば、民法176条の「物権ノ設定及ヒ移転ハ意思表示ノミニ因リテ其効力ヲ生ス」とだけ規定されており、その「意思表示」とは債権的な契約の意思表示だけでよいのか、あるいは、物権的意思表示であるのか、という点にも必ずしも一致した明確な見解があるとは断言できない。いわゆる、所有権移転時期論といわれる問題である。すなわち、民法176条で移転した権利は、①民法177条において、その「不動産ノ得喪及ヒ変更」は、「登記」を具備しなければ「第三者」に対抗できない、と規定している。しかし、いかなる「第三者」にも登記がないと権利主張できないのか（背信的悪意者排除説の登場）。②登記がなければ第三者に対抗できない権利変動については、民法176条は従って「意思表示」を原因とするものに限るのか。あるいは、すべての不動産の権利

*経営学科－民事法

Department of Management - Civil Law

変動には登記が必要なのか。この2つの問題は、「登記すべき第三者の範囲」論、あるいは、「登記すべき物権変動の範囲」論の問題として今日いたるまで民法学の諸問題のなかでも最も華やかな議論が戦わされてきた問題である。それにもかかわらず、教科書の見解は、なお、我妻説の理論的枠組みの中で構成されている、といっても過言ではない。

2 さて、以上のような理論的な枠組みの中で、たとえば、登記制度の信頼保持、取引の安全確保のために、今日の教科書の見解によれば、通説・判例が、あらゆる権利変動を第三者に対抗するには、登記が必要である、という「無制限説」を基本とし、例外的に、具体的な当該事件に関する事実や事情の利益衡量を通じて、具体的には、悪質な悪意の第三者（背信的悪意者）を民法177条の「第三者」から排除する、という制限的な立場を採用している。ところで、物権法は、すぐれて権利帰属秩序を決する性格を持っている。したがって具体的妥当性のみ追求する、という意味での利益衡量論は危険である、と考える。上記のような見解は、具体的妥当性を求める法理論として機能させるには、なによりも物権変動論全体のなかでの論理的整合性を求めなければならない。その意味でも、今まさに物権変動論全体の再構成を求められているといえよう。それは、我妻説以来の伝統的な理論を修正する判例法理も登場し、それが通説化しているからでもある。たとえば、近時、登記が必要な権利変動において少なくとも相続を原因とする物権変動については登記によって権利帰属を決すべきではない、という立場が採用され、また、177条の第三者論について、背信的悪意者排除説が判例・学説の理論として定着したが、その背信性概念に対する不明確性が払拭されていないことが今なお強く指摘されている。そこで、物権法という権利の帰属秩序の法理としてこれら近時の見解を総合的にかつ体系的に整理すべき必要性があるろう。

3 とところで、これらの諸問題が、物権変動論研究者に共通の問題意識となった契機は、第一に、背信的悪意者排除説の概念の不明確性、その不明確性を検討するプロセスのなかで「公信力説」の登場が促進されたことに由来する。第二に、その結果、「二重売買」と「二重譲渡」の自覚的な区別を諸研究者の間に芽生えさせることになった²。そこに物権変動論の再構成が説かれ、新たな物権変動論の模索がはじまった。さらに、特筆すべきことは、「あらゆる物権変動を登記によって解決する」、という民法177条の対抗問題についての新しい議論ももたらされることになった。例えば、いわゆる、「相続と登記」という問題をいわゆる対抗問題ではなく、「無権理の法理」として解決する、という考え方が登場した³。ここにも民法176条と177条を民法学の体系論的再構成の必要性があることが理解できよう。

* 現在、中国では民法制定が進められている。比較法的研究の成果と自国の社会的・経済的事情を含めた法文化とのすり合わせ作業の時である。特に、不動産物権変動の問題については、

1980年代より激しい議論がなされている⁴。中国においてどのような物権変動のシステムを採用するのかということも今後の社会的、経済的な観点からも大きな問題である⁵。「中国においても登記に公信力を付与できるほどの不動産登記制度を追求することは程遠いものであろう⁶」とされている。現在の中国には、登記にドイツのような公信力を与える制度を採用し得なかった。わが国の明治期における社会的実体と共通する点もある。日本民法の理論的現況は、フランス法、ドイツ法をモデルに立法作業を終え、いまや100余年を過ぎた「ひとつの成果」である。現在わが国が抱える問題やその解決に向けた議論—特に、本稿では不動産物権変動—の現況を中国に紹介することは少なからず意義があろう。本稿は中国語に翻訳されて『中日民商法研究(第二巻)』として出版されることになっている。しかし、当該問題は、わが国の不動産物権変動論についても重要な新判例を扱っている。本稿では、特に、転得者問題に対する判例の立場を検討した。当該問題は、不動産物権変動の法理構成の当否を検証するのに有益であるからである。転得者問題まで取り込んだ解決が整合的に説明できる立場こそが、真の解決法理としての評価を受ける。そのために、当該問題の理論的現況を明らかにしたい、と考え、本紀要において紹介することにしたい。

2 背信的悪意者排除説とその通説化

1 善意悪意不問説から背信的悪意者排除説登場にいたる道

① 善意悪意不問説

いわゆる不動産の二重譲渡における第二譲受人は、その主観的態様如何にかかわらず、民法177条の「第三者」に含まれると解され、未登記の第一譲受人に対抗できるのが旧通説であったといえよう。立法者は一貫して登記制度の信頼保持、取引の安全確保という観点から、立法段階では記されていた「善意」の文言をあえて削除し、画一的に登記によって決する立場を確立したいと考えていた。そのような中、明治41年12月15日大審院連合部において出された判決を無視することはできない。なぜなら、一般的には、この判決は「第三者の範囲を制限する」立場へと変更させた契機となったと理解されているからである。「登記欠缺を主張する正当の利益を有しない第三者」は民法177条の第三者には含まれない立場を示したものであるからである。しかしながら、具体的には、不動産登記法四条、五条に規定されている者以外に特別に制限したわけではない、という評価もある⁷。したがって、当時の通説・判例はあくまでも善意悪意不問・登記画一主義的な理解であったといえよう。

この当時にも、学説では、岡村説⁸が、いわば第三者を制限する少数説的立場を提唱していた。岡村説が、早い時期から「悪意者排除＝公信力説」を主張していることが注目される。しかしながら通説的な立場に取って代われるほどのものではなかった。だが、第二譲受人の権利取得かなぜ可能となるのか、という問題を提示し、強靱な通

說的地位に弱からぬ衝撃を与えることになったことは事実である。この点は、後になって目に見える形で証明されることになる。

② 背信的悪意者排除説の登場⁹

岡村説の流れは静かではあるが、後年、民法177条の第三者論の裁判例に影響を与えることになる。下級審裁判例の中にもその動きは見て取れる。昭和25年ごろから悪質な悪意の第三者を排除する裁判例が登場してきている。事例の多くは、未登記の借地人とその事情を知っている悪意の譲受人との争いである。必ずしも典型的な対抗問題・二重譲渡問題ではないが、借地人保護という思想に支えられた裁判例の集積が「結論の具体的妥当性」を実現できる理論を考えなければならない、という課題を学説に突きつけた。すなわち、悪質な悪意者の権利を否定できない登記画一主義的な善意悪意不問説の結論は一般の法感情に合致しなかった点に反省を迫ることになった。これに対して、登記は取引の安全を目的としており、登記を信頼して取引した者だけが保護される、という立場が登場した。舟橋説¹⁰である。当初は、「第三者」の範囲は、「悪意マイナス信義則」であるとされたが、その後、「悪意プラス信義則違反」のいわゆる「背信的悪意者」は第三者から排除される、という立場を提唱した。この学説は、刑法学者である牧野英一博士の考え方¹¹に影響を受けて生成されたものであった。いずれにしても、舟橋説は、「信義則違反」という取引行為の客観的要素を取り入れることによって、立証困難な主観的要素によって権利の帰属が影響を受ける、という通説側の批判もかわし、結果として判例の立場を動かすことになった。

③ 背信的悪意者排除説の通説化

下級審のこのような動きは、戦後、住宅難の時代に所有権対利用権の問題において利用権保護のために若手判事が舟橋説の見解を援用したことにゆえんする¹²。これらの理論的変遷を二重譲渡の場面において「保護されるべき第三者」の救済のために援用した上告人の主張を最高裁は、正面から受け入れることになった。それが、昭和36年4月27日判決¹³の登場である。信義則違反＝背信的悪意者の論理構成によるものであった。それ以後、今日に至るまで背信的悪意者排除説は判例法理の主流となり、学説において通説的な立場として定着した。

この判例法理の立場は、舟橋説登場以降、吉原教授をはじめとする多くの学説に承継された。その中でも、この立場を端的に説明したのが、吉原教授である。吉原説¹⁴は、悪質な悪意の第二譲受人の権利取得行為は、民法90条違反であり、第三者の権利取得行為自体が無効となる、と問題を端的に整理した。この見解によれば、無権利者となった第二譲受人から、転得者は権利取得できない、ということになる。転得者については、相対的無効説ないしは詐害行為取消権的な構成を採ればよく、失効原因を有する法律行為の転得者という一般論として論ずれば足る、ということとどまる。この点に対し、敏感に反応を示した川井説¹⁵は、公序良俗＝無効とする見解に対しては、

「不動産取引の転得者の利益が全く考慮されない」として強く批判を示し、転得者保護が実現可能な解決法理の構築をめざした。すなわち、悪質な悪意の第三者も一応は権利を取得し、信義則違反の法律行為も無効とはせず、転得者の保護について、「相対的構成」を採用することを示した。これが、現在の背信的悪意者排除説の到達点を示したものであろう。

2 小 括

背信的悪意者排除説を基調とする通説的見解は、さきにみてきたように、学説は、判例法理とともに生成・発展してきたといえよう。かつて、民法177条の「第三者」の範囲を制限的に解すべきかという論争において、明治41年大審院連合部第三者制限判決に引きずられるようなかたちで制限説が定着していった。しかしながら、そのように判例の変更がなされても、悪意者は民法177条の「第三者」に含まれる、という「善意・悪意不問説」の通説的立場までとってかわれるほどのものではなかった。そもそも、大審院明治41年連合部判決は、不法占拠者・不法行為者を「第三者」から排除するに過ぎなかったからである¹⁶。この強固な立場を維持する「善意・悪意不問説」とは、判例の説示するように、民法第177条には「善意」である旨を要求する文言がないということをもってその根拠とする。その理由として①不動産取引法は、画一的・形式的取扱が必要、②具体的取引において立証の困難な善意・悪意という主観的要素によってその効力が左右されるべきではない、③いうまでもなく、当時所有権移転時期論のフランス法的意思主義の理解に基づいた学説が支配していた時期であることなどがあげられる。この基底には当時の資本主義社会における取引の「自由競争原理」の理解が横たわっていたことにも留意したい¹⁷。このような「善意・悪意不問説」という通説・判例に対して終始批判的見解を述べてきたのは、舟橋教授である。このことはすでに述べた通りである。昭和30年代の下級審判決、最高裁昭和三六年判決の「公序良俗違反則」を契機に、学説は大きく展開し、昭和40年代の最高裁判決法理として定着した。

みぎに述べたように、背信的悪意者排除説は、従来通説であった「善意・悪意不問説」の不動的地位を覆した。これを契機に我妻博士の見解をベースとした従来の「物権変動論」に関する考え方に対する批判が台頭した。すなわち、①旧来から存在した物権変動論についての「素朴な疑念」、②フランス法を中心とした沿革論の研究の深化がその大きな要因であった。なによりも「不動の地位」であった「善意悪意不問説」が克服されたのである。しかし、物権変動論全体の体系的視点からみると「背信的悪意者排除説」も従来の考え方の修正に過ぎなかった。それゆえ当然のことながら、ようやく「善意・悪意不問説」という厚い壁を破ったというのに、その背信的悪意者排除説に対しても批判が始まった。まさに、そこから「物権変動論」の再構成が始まった、といってよい。まず、その批判からみることにしよう¹⁸。①背信的悪意者排除説

の説く「背信性」という概念が不明確である、という点。すなわち、背信的悪意と単純悪意とを区別する基準とは何かについて、具体的に明示されなかった、という点である。②信義則違反を理由とするなら、同様に転得者も登記の欠缺を主張することはできないのではないか、という点。③背信的悪意者排除説の基底である「自由競争」の原理が改めて問われた、という点¹⁹等々であろう。しかし最も留意すべきことはさきに述べた具体的論点の指摘に止まらない。すなわち、背信的悪意者排除説が、登記画一主義、善意悪意不問説を乗り越える理論として誕生することになった。論争は、さきに触れたように、立法の沿革論に基づく従来の通説的理解に対する素朴な疑念を抱き、論者自身をも説得したい、という熱い情熱から発露したものである。なぜ、悪意者は登記さえあれば権利主張できるのか。また、二重譲渡という概念が、法的に説明可能なのか、という長い間蓄積された疑問について具体的に議論できる土壌を背信的悪意者排除説の登場が生み出した。この点は特筆すべき点であろう。その議論の延長線上に物権変動論の再構成をめざす公信力説あるいは公信力説的理解の学説の登場があった。それらは、体系的な理論構成の展開²⁰からつぎのように整理できよう。民法第94条2項類推適用説²¹、フランス法における悪意者排除説の判例分析を通じ、176条、177条のこれまでの理解に変更を求め、結論的には公信力に左担する立場²²や、公信力説の志向する「二重譲渡の法的構成」に関する主張についてはともかくも、すくなくとも公信力説の主張する「悪意者は排除」すべきである²³、という点を一般の法律感情や正義感情にささえられながら提唱した立場等である²⁴。

3 第三者論の理論的現況

1 近時の通説的立場

さきに簡略に述べた公信力説を代表とする新しい物権変動論の動向は、基本的には我妻説を承継する通説——背信的悪意者排除説——的立場を必ずしも覆すにはいたっていない。これまでの長い間、立法の沿革論に沿ったフランス法的理解に立つ通説的見解でも背信的悪意者排除説を十分に説明できる、という自負があったからでもある。代表的論者は、星野説、滝沢説である。星野説²⁵は、民法176条、177条がフランス法を継受したことで調和的にきちんと説明できるとし、民法176条は、「債権的意思表示」であることを前提とするものである。滝沢説は、基調は星野説と異ならないが、意思表示で移転した権利は、同一の権利を第二譲受人が登記を備えたことで第一譲受人の権利は失権し、その効果として第二譲渡人が権利を取得する、という見解である。星野説は同条の沿革論的理解に力点をおいて、比較衡量論を主軸として構成されているのに対し、滝沢説²⁶は、あくまでも民法176条の意思主義をそのまま継受して比較法学・解釈法学的に体系的な説明を試みられている点が異なる。鈴木説²⁷は、公信力

説の物権変動の時期に応接するかたちで通説的見解の妥当性を示すものである。すなわち、所有権の移転は、二重譲渡の移転とは無関係であるから、公信力説による通説への批判は適当ではない、とする考え方である。

2 公信力説

不動産所有権は第一譲渡を行うと売主はその時点で無権利者となり、第二譲渡は理論的に、権利取得が不可能となる。それにもかかわらず、なぜ第二譲渡が法的に可能となるのか、そして第二譲受人は如何なる根拠によって権利を取得するのか。いわゆる「二重譲渡の法的構成」という問題意識から出発したのが「公信力説」である。二重譲渡の法的構成を沿革論に拠らず明快かつ体系的・理論的に応えようとする立場である。「公信力説」にも種々の見解がある。半田説²⁸、篠塚説²⁹、石田説³⁰である。半田説は、不動産二重譲渡の法的構成を認めるには、まず、第二譲受人丙が実質的無権利者たる甲の登記を信頼したことによって所有権を原始的に取得したと解さなければならない。そのためには、登記に一種の公信力を認めることが重要な意味を持つ。民法177条の対抗要件主義との整合性を図るためには、登記を信頼した善意者を保護し、最終的には、第一譲受人と第二譲受人との間は登記によって決するという立場である。同時期に公信力説を提唱した篠塚説は、二重譲渡の第二譲受人が善意・無過失であれば保護される。そのための法理として公信力説を説く。石田説は、背信的悪意者排除説の判例・通説化とともに公信力説を提唱するにいたった。石田説の背景には、①意思によって権利関係は形成される。②一般社会の人々の意識（法意識）を法解釈に反映させるべきである、③体系的な理論構成を求めるのが学説の任務である。その上でさきの①、②の観点から、所有権移転時期論というものについては、物権的意思表示のあった時に所有権は移転し、悪意者排除が一般の法意識に合致することし、民法177条の目的が第三者保護であり、権利取得をしたにもかかわらず登記をしないで放置し、権利の失った者のもとに残存していた登記を信頼した者を保護する、というのが市民意識である。この場合に限りに公信力を認めても公信力概念に矛盾しないであろう、とする。篠塚説も不動産取引の実態に合致する解決することを出発点においている点は石田説と同じであるが、法の理論的体系性をより強く重んじた点が石田説の特徴であろう。

3 小 括

このような背信的悪意者排除説と公信力説の対峙は今日よりいっそう顕在化してきた。それは、通説がこれまで根拠としてきたフランス法的理解に新しい理解をもたらした点に大きな影響がある。一言で言えば、売買契約と所有権移転時期論とを意識的に峻別し、二重売買と二重譲渡とを区別して論じることになったからである。所有権移転時期論に関する滝沢説の詳細な研究や鎌田説³¹、横山説³²へ、そして七戸説³³の登場によって、フランスにおいては「債権的意思表示」では権利は移転せず、「物権を

移転する意思が明確に証明された段階」に移転する、というフランスにおける不動産取引実務の詳細な実態的研究がこれまでの通説的理解にゆさぶりをかけることになったからである。これらの立場の学説は、総じて結論的には、公信力説、あるいは94条2項類推適用説に近いものである。第三者が悪意（有過失者）排除の要件を提示している。これらの見解は、具体的に「いかなる第三者が悪意（過失者）となるのか」という要件に、取引契約の成熟度に応じた客観的な要件論を提示することに成功している。鎌田説は、契約成立時期を一律に解さず、契約の熟度に応じた法効果を与えると考え。横山説、七戸説も、不動産土地引実務では公正証書作成時に所有権が移転するとして、物権を移転する意思表示が示されたときに所有権移転が移転する、と解するのがフランス法の理解であることを示し、これまでの日本のフランス法的理解をベースに考えられてきた通説に問題を投げかけた。したがって、今日では、いわゆる所有権移転の時期については、フランス法＝意思主義、ドイツ法＝形式主義、という対立的な理解ではなく、むしろ、取引実務においては、両国における所有権移転時期は従来より強く言われているほどの大きな違いはないのではないか、という理解にある。この理解を前提とするならば、二重売買と二重譲渡の概念が峻別され、さらには、背信的悪意者排除概念について「悪意者」に過ぎないという結論をもたらすことになろう。これまでの第三者論に影響を与えることにもなろう。

4 転得者をめぐる問題

1 すでに述べたように理論的な法的構成については、公信力説は、現象的にみれば——有力な主張者ゆえに——むしろ、有力説的な地位にある、といっても過言ではない。しかし、意思主義（176条）・対抗要件主義（177条）という文言の前に、公信力説が通説・判例の立場であるとまでは断言するにはいいたっていない。そのような中、この問題にあらたな争点を生み出した。転得者保護法理の問題である。通説である背信的悪意者排除説と公信力説のいずれが体系的な理解として説得力をもちうるかという点である。以下、本稿において公信力説の理論的整合性を検証する素材として若干の検討を行う。

2 たとえば、所有権者Aが、自己所有の不動産を、第一買主Xに売却したが、いまだAに登記名義が残っていることを利用して、第二譲受人Cへ、さらには、転得者Yへと譲渡をした場合、Xは転得者Yに対して、登記なくして対抗できるか、という問題が、いわゆる民法177条の「転得者」問題の前提とする事例である。通説・判例の採用する「背信的悪意者排除説」は、第二譲受人Cがたとえ背信的悪意者であっても、転得者Yが背信的悪意者でない限り、登記を具備した転得者Yの権利取得を肯定する。すなわち、Xは登記がない限り、このようなYに対抗することができない、と

されている³⁴。いわゆる、相対的構成による解決である。近時の「相対的構成」を採用した最高裁判決を素材に、理論的現況を明らかにして、問題点を探ってみたい。なぜなら、通説・判例の立場、それに対する公信力説からの応酬、という両説の対立が可能となった、いわば初めての素材といってよいからである。さらに、民法94条2項類推適用の適用を正面から議論した判決が登場した。二つの判決を通じて学説・判例の現況を紹介したい。

1) 松山市道用地転売事件【最三小平成8年10月29日判決民集50巻9号2506頁、以下「平成8年判決」とする】³⁵

《事実の概要》

X市（松山市）が土地を買い受け一般市民の市道として利用してきたが、登記手続きの手違いによって作出された誤登記に基づいて、Aに対し固定資産税を賦課してきた。Aは、それをEに対し、「自分の調べた限りでは、本件土地は旧国鉄松山駅前付近のあると思ったがはっきりしない」旨もあわせて伝えて売却した。Eは、本件土地の所在確認をし、現地調査も行った上で同57年10月に代金500万円で買い受け、B社への所有権移転登記を経由した（当時本件土地は、道路でないとした場合価約6000万円）。その後、本件土地は、B→C→D→Y所有権移転登記がなされた。第一審（松山地裁）判決では、所有権に基づく所有権移転登記請求は棄却され、第二審（高松高裁）判決ではYの控訴が棄却された。すなわち、背信的悪意者がXに対抗できない以上、背信的悪意者からの転得者YもXに対抗できない趣旨でYの請求を棄却した。そこで、Yは、Dが背信的悪意者にあたらないこと、仮にそうであったとしてもDからの転得者Yが背信的悪意者でない限り、Dから有効に所有権を取得できるとして上告した事件がある。

《判 旨》

一部破棄差戻・一部棄却。上告人Yは背信的悪意者であるBから、実質的にはこれと同視されるC及びDを経て、本件土地を取得したものであるというのであるから、上告人Yは背信的悪意者からの転得者であり、したがって、Bが背信的悪意者であるにせよ、本件において上告人Y自身が背信的悪意者に当たるか否かを改めて判断することなしには、本件土地の所有権取得をもって被上告人Xに対抗し得ないものとすることはできないというべきである。

《若干の検討》

「平成8年判決」は、背信的悪意者からの転得者について転得者自身に背信的悪意者かどうかを検討する、いわゆる「相対的構成」を最高裁において初めて採用することを表明した点が重要な意味を有する。本件は、通説と同じく転得者については相対的構成に立って解決することを確認した判決といえよう。しかし、本判決に対して

は、背信的悪意者排除説に立たない立場からつぎのような批判がある。まず、「平成8年判決」は、①相対的構成を採用するならば、その理論的延長線上で第二譲受人（B-C-D）が善意・無過失であれば、確定的に権利が帰属するため、「登記」がなくとも転得者は権利主張できる³⁶ということになるはずである。そうすると、背信的悪意者排除説は二重譲渡の法的可能性を説明できていない。さらに、②「相対的構成」は、転得者側にのみ目を向ける理論であり、第一譲受人側の態様を考慮できない³⁷、とする。

本判決のE（B-C-D）の取引は、一見、廉価で買い受けて不当な利益を得ることを目的としたものとみることでもできるが、むしろ、リスクを引き受けた偶然的な利益を期待する取引とみることの方が取引実態に合致しているように思われる、として「背信的悪意者の類型に新たなタイプのものを付け加えた判決であると評価する」立場もある³⁸。しかし、だからといってこの種の取引形態が必ず背信的と評価されなければならないわけではなく、やはり本件土地が道路の用に供されていたという事情を無視することはできないというべきである³⁹。その意味では、Yが「悪意でない」ことが明らかである場合であるにもかかわらず、もう一度「背信的悪意者」であるか否かを確かめるために差し戻していることは背信的悪意者排除説の一つの進歩といえる。結論については支持されるものといえよう。すなわち、このようなX側の態様を判断材料にする、という意味を有するからである。従来の背信的悪意者はどちらかという、Y側の背信性のみを考慮する法律構成であったともいえる。したがって、両当事者の利益内容の客観的利益衡量を重視する学説へ接近しつつある学説は、その現状に対応する理論を提供すべきである、という指摘⁴⁰もある。したがって、本件事案のように、背信的悪意者からの転得者だからといって当然に権利取得が肯定されたり、否定されるものではない。

問題は、第一譲受人側がこのような「未登記」のまま放置していることに帰責性がなく、転得者が譲受人の登記を信じることに善意無過失であり、さらに、当事者間の利益衡量によって転得者が「要保護性」が認められれば登記がなくても転得者は自己の権利取得を第一譲受人に主張できる「方向性」こそ維持すべきであろう。第一譲受人Xの権利取得について、転得者Yにおいて知り得るような状況が第一譲受人Xにあるか否かが問題となる。すなわち、B-C-Dが単に「登記名義」を取得しているからといって、直ちに保護されるものではない。本件でいえば、Xが道路を開設し、その土地が道路に供されている事実が存在しているからである。その意味では判決の結論については賛成である。しかし、問題は、本事案において、民法177条の文言もさることながら、「公信力説」にも第三者側の要保護性を定めることが必要であろう。その判断基準となるのは、「登記」である。したがって、善意の第二譲受人からの第一転得者が善意・無過失であったが、登記を備える前に、同じ第二譲受人から第二の

転得者が登場したときまで、登記なくして第一転得者が権利取得を主張できる、という構成については疑問を感じる⁴¹。その意味で、「登記によって権利が確定的に帰属する」と構成する松岡説の主張を正当と考える。さらに、「相対的構成」を用いることに否定的な理由として、転得者からの再転得者は善意・悪意を問わず権利取得を容認すべきであるとする。なぜなら公信力説は転得者が完全に権利を取得し、第一譲受人の権利は完全に「失権」している筈だからである。いずれにしても、本件判決によって、いわゆる「公信力説」の法律構成にも微妙な変化あるいは差異が生じてきていることが明らかになったものといえよう。

2) 大阪白紙委任状悪用事件【最二小平成15年6月13日裁判所時報1341号12頁、以下「平成15年判決」とする】⁴²

《事実の概要》

X（原告・被控訴人、上告人）は、平成11年2月28日訴外A会社との間で、5月31日を期限として、X所有の本件土地建物の所有権移転及び所有権移転登記手続と売買代金8200万円の支払とを引換えとするとの約定で、本件土地建物の売買契約を締結した。その際、A会社の代表者Bが、所有権移転の準備として近隣者から承諾を得るために委任状が必要であるというので、Xは、委任事項が白紙の委任状2通をAに渡した。BはX又はその妻から交付を受けた上記各書類を悪用して、Xに対して本件土地建物の売買代金を支払うことなく、本件土地建物につき、AからY1へ、さらに同日、Y1からY2への所有権移転登記がされた。原審は、Xは、民法94条2項、110条の類推適用により、Aに本件土地建物の所有権が移転していないことにつき善意、無過失でAから本件土地建物を買受けたYらに対し、Aに本件土地建物の所有権が移転していないことを対抗することができないとしてXの請求を棄却した。そこで、Xが上告受理申立てをしたのが本件事案である。

《判 決》

Xは、これまで不動産取引の経験のない者であり、不動産売買等を業とするBの言葉巧みな申入れを信じて、同人に前記記載の趣旨で白紙委任状、本件土地建物の登記済証、印鑑登録証明書等を交付したものであって、Xには、本件土地建物につき虚偽の権利の帰属を示すような外観を作出する意図は全くなかったこと、Yらが本件土地建物の各売買契約を行った時点において、Xが本件登記を承認していたものでないことはもちろん、同登記の存在を知りながらこれを放置していたものでもないこと、XがBに対して本件土地建物の所有権移転登記がされる危険性についてBに対して問いただし、そのような登記がされることを防止するのは困難な状況であったことなどの事情をうかがうことができる。先の事情とを総合して考察するならば、Xは、本件土地建物の虚偽の権利の帰属を示す外観の作出につき何ら積極的な関与をしておらず、

本件第1登記を放置していたとみることもできないのであって、民法94条2項、110条の法意に照らしても、Aに本件土地建物の所有権が移転していないことをYらに対抗し得ないとする事情はないというべきである。したがって、原审の前記判断には、判決の結論に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、原判決は破棄を免れない。そして、上記の点について更に審理を尽くさせるため、本件を原审に差し戻すこととする。

《若干の検討》

本件は、不動産の所有者から交付を受けた登記済証、白紙委任状等を悪用して虚偽の所有権移転登記がされた場合において、所有者が、不実の登記を信頼することについて善意無過失であった場合の第三者に対しても民法94条2項、110条の類推適用によって対抗しうる、とした事案である。本判決はいわゆる対抗問題ではないが、94条2項類推適用の可否について真の権利者の「帰責性」の評価が問題となっている。その意味で、本稿で研究対象としたい。当該問題については、判例は、善意で取引をした第三者については民法94条2項の類推適用によって救済する（最判昭和45年9月22日民集24巻10号1424頁）。また、虚偽の登記が真の所有者の意思に反するものであっても、結果としてその虚偽の外形を作出している場合には、善意・無過失の第三者を保護する（最判昭和43年10月17日民集22巻10号2188頁）立場である。本判決の特色は、94条2項、110条類推適用の具体的要件を議論している点にある。たしかに、これまでも先に掲げたように先例はある。しかし、先例は、いずれも転得者保護法理として機能させて発展してきたものでもある。そのような法理が、今回は、未登記で、しかも虚偽の権利外観を作出することに対して一定の関与（消極的であることには違いないが）があり、転得者は、それについて「善意・無過失」である。実質的な価値判断をするならば、その事実関係から、第一に、XA間の売買契約は特約付であり、所有権移転時期は、民法176条で解決できない。第二に、いまだ、AはXに代金は未払いである。第三に、A、Y1、Y2はいわば、不動産取引業者であり、Xは、取引の素人である。第一、第二で、いまだ所有権は、Aに移転していない。第三では、善意性、無過失性、同時に帰責性のバランスを図るときに要求される注意義務の程度がXの側が軽減される可能性がある、という事例的特徴がある。問題は、同一不動産の権利者はXYのいずれなのか。背信的悪意者排除説の採用する「相対的構成」で解決した場合と結論的には同じである。その意味では、「登記に公信力を認めない法制に親和的なもの」⁴³と評価できよう。しかし、そのような迂遠なものではなく、むしろ判決は素直なかたちで、94条2項類推適用の要件を転得者と真の所有者との間で図っている。転得者の善意・無過失性とXの虚偽の権利外観の作出に対する帰責性の有無のバランスの中でのみ解決しているといえよう（本件は、110条を併用して類推適用している。しかし、AからYらへの譲渡が一種詐欺的であり、XからAへの代理権授

与がなかったということを判断基準の基底に内包させ、形式的には94条2項類推適用によって解決を図ったものと評価できる)。真に保護されるべきものを保護できる法理の必要性をここでも感ずる。Xが虚偽の権利状況の作出を長期にわたって放置していた積極的帰責性を問うことができない。それは具体的に所有権が移転されていない、 $A \rightarrow Y1 \rightarrow Y2$ は無権利者である。しかし、もしもYらが善意・無過失で、さらにXに帰責性があれば、原審の判決となり、Xに帰責性がない、という判断が下されれば本件最高裁の判断となる。危うさが残るとすれば、具体的な裁判官の価値判断にゆだねられる点であるが、本件のように当事者の職業等の属性も具体的な判断材料として今後の集積を待ちたい。いずれにしても、「平成15年判決」は、「平成8年判決」を通じて顕在化した公信力説的解決にきわめて近いものであろう。

3 小 括

1 前述したように、民法177条の「第三者」に関する背信的悪意者排除説とは、昭和36年4月27日（民集15巻4号901頁）判決が、未登記の第一買主を害する目的で締結された第二売買契約を「公序良俗違反」として「無効」である、として悪質な悪意の第二買受人による登記欠缺の主張は封じたものの、善意の転得者の権利取得まで否定する結果を招来し、多くの批判を受けたことがその契機となった⁴⁴。したがって、悪意の第二譲受人の保護は否定しつつ善意転得者を保護する法律構成として機能することから有力化したのが背信的悪意者排除説である。その構成を採用する判例の立場から、先の「平成8年判決」は「予想された結論である」⁴⁵ということもできる。すでに、背信的悪意者からの転得者については、下級審において「背信的悪意者も物権法上は所有権者ではあるが、信義則上、未登記権利者の所有権取得も否定できない」という構成を採り、背信的悪意者排除説は権利取得の経緯等による個別具体的な評価なので、この者から有効に所有権を承継取得できる転得者につき、背信的悪意者に当たるか否かが相対的に判断する、という立場を採用してきた⁴⁶。いずれの判決においても「転得者自身が背信的悪意者と認定されており、あまり詳細な理由づけもなされていない」⁴⁷ため、「平成8年判決」が出されるまではこの問題について正面から判断が下されたことがなく、その意味でも最高裁が文字通り「初めての判決」をしたことは重要な意義を有している。

2 この問題について、学説は、「転得者が善意の場合には保護すべき」であることについてはほぼ一致しているといえよう。したがって、通説的な見解は本判決と同じく、転得者についても民法177条の適用があることを前提として「相対的構成」を採用しているといえよう。しかしながらその法律構成については若干の相違が見える。「平成8年判決」は、通説的見解を採用したのと考えられる。具体的には、①すでに紹介した川井教授の見解に依拠したものとも評価できる。川井説は、背信的悪意者は信義則上未登記権利者の登記欠缺の主張が否定されているだけで完全な無権利

者ではないから転得者も物権を承継取得でき、転得者自身が背信的悪意者と評価されない限り登記欠缺が主張できるといえるからである⁴⁸と考える立場である。川井説以外にも基本的に背信的悪意者排除説に立つが、②鈴木（重）説のように、背信的悪意者は無権利者であるが、善意転得者は九四条二項類推適用によって保護されるとする⁴⁹評価もある。他方、③公信力説に立つ半田説によれば、第二譲受人の有していた登記の公信力により転得者が保護されるとする立場⁵⁰もある。②・③説は理論的には、通説・判例と異なるといえる。

3 このような学説の対立はまさに、「二重譲渡の法的構成」についての考え方に大きく影響されている。通説・判例と異なり、権利の分属に反対する公信力説は、登記を信頼することについて善意・無過失であれば完全な権利を確定的に取得できると構成する。それぞれの依拠する立場から、本件判決の問題点が指摘されている。たとえば、公信力説に立てば、第二譲受人が善意であり、その時点で登記を備え得ていれば、完全な権利者となる。したがって、正当な所有権者からの転得者は確定的に権利取得ができる、と構成するため、登記なくして権利主張ができる、という可能性も示唆している⁵¹。しかしながら、「平成8年判決」のような「相対的構成」は善意の第二譲受人からの背信的悪意者である転得者の事案については、「転得者に通常の意味での（背信的）悪意者が問題となることは稀で、善意の第二譲受人の権利を十分保護するためには（完全な権利者が通常の処分をしたのに転得者から代金返還請求などのトラブルに巻き込まれるということもあろうか？〔引用者推論〕）、原則として善意者が対抗要件を備えた時点で、第一譲受人の失権が確定すると考えるべきであろう。慎重を期せば、「平成8年判決」は、このような事例にまで直ちに及ぶものではないとすべきであろう」と解している⁵²。

他方、「平成15年判決」は、民法94条2項類推適用の拡大化傾向に歯止めをかけた判決であると評価されている。本件では、虚偽の権利外観を信じた善意・無過失の第三者を保護しなかったからである。真の権利者が虚偽の権利外観作出に積極的な関与がない場合には、権利を失う理由がない。いわば静的安全性を動的安全性より厚く保護をした、ということになろう。しかし、この判断は第三者側の要保護性が低い、ということが前提である。この点（要保護性の有無について）本件は原審へ差し戻されている。おそらく取引のプロが本当に善意・無過失であったか否か、という点がいまだ不明確であることが理由であろう。94条の2項類推適用による解決はこの両者の態様が明確になってはじめて適性に機能する法理である。今後の差戻し審の結論を待ちたい。

5 結びにかえて

1 背信的悪意者排除説は、転得者問題に対しては、相対的に第三者の態様を考えて結論付ければそれでよい、とする。これに対し、公信力説は、権利の帰属に対して不明確性が残り、引いては、二重譲渡の法的説明にも説得力を欠くとする。まさに、論点はここにある。たしかに、公信力説は、法的根拠を欠く説である。しかし、公信力が適用されるのは、第二譲受人Xを第二譲受人（B－C－D）との関係だけであり、第二譲受人が善意であれば、公信力説に立ち、所有権が確定的にBに帰属し、その後の転得者は、原則的には、所有権を正当に取得できる。もし仮に、「平成8年判決」の説くように、転得者が背信的悪意者と呼ぶべきような場合には、民法177条ではなく、民法94条2項を類推適用して解決すべきである。このように、通説が説く相対的構成では「いつまでも」権利取得が確定しない、という状況を生み出すことには問題がある。むしろ、克服すべき問題は、「権利の不安定な連鎖の切断」することであろう⁵³。なお、転得者以降について権利の確定を主張するには対抗要件（登記）を必要とする立場⁵⁴、不動産物権変動論については、「失権説」を採りながら、フランス法に由来するという沿革論によって、「あらゆる物権変動には登記が必要」であるという立場に立ちながら、対抗要件とは「第一譲受人」の登記懈怠によるサンクションにその本質がある、と構成する立場もある⁵⁵。さらには、「相対的構成」は、転得者側のみ目を向ける理論であり、第一譲受人側の態様を考慮していない点を不満とする立場⁵⁶も考えられている。種々の根拠によって本件「転得者」問題が評価されるのは、わが国の民法177条をめぐる種々の問題をいかなる立場にたって解決すべきか、といういわゆる「不動産物権変動論」の自説を検証できるからでもある。すなわち、「法的構成をどうするかは、それぞれの構成が帰結が民法における他の類似の局面との間で評価を生じないことが死命を制する前提問題であり、そこからさらに構成の透明性（transparency）が優劣をわかつように思われる」⁵⁷からである。

「背信的悪意者からの転得者」の問題について、「平成8年判決」において「背信的悪意者排除説」が理論的限界であることをみずから露呈したことは前述した通りである。たしかに、まず、第一に、背信的悪意者排除説の「相対的適用」説は、第三者が登場する度に、その第三者がいかなる譲受人からいかなる主観的態様によって買い受けたかを検討するような、いわば、「取引」に不安を与えることを承認することになる。第二に、通説に対して、いわゆる「公信力説」が、「平成8年判決」、「平成15年判決」において「公信力説」的に問題解決をすることの可能性、すなわち、民法94条2項類推適用によって解決する、という見解が明らかにされたことに注目したい。

3 いずれにせよ、この流れは、判例法理の断片的なものである。とはいえ、異説と目されてきた「公信力説」の論者が多く参加し、問題提起をし、停滞していたかのようにみえた「物権変動論」の新しい展開を予感する⁵⁸。

〔注〕

- 1 舟橋＝徳本『注釈民法（6）物権（1）』（山本進一）（1997年，有斐閣）221頁以下参照。
- 2 湯浅道男「物権変動論序説のための覚え書—近時の所有権移転時期論をめぐって」愛知学院大学法学研究18巻1号1頁以下。
- 3 拙著『相続と登記』（1999年，成文堂），滝沢聿代「相続と登記」『新不動産登記講座②総論Ⅱ』（1997年，日本評論社）68頁以下（特に，81頁～85頁）。なお，通説・判例の立場に対する近時の上記の学説の動向，さらにはその法律構成の特色の緻密な分析については，七戸論文「遺贈と登記」を通じて行われている（七戸克彦「遺贈と登記」『新不動産登記講座②総論Ⅱ』94頁以下（特に103～104頁参照））。
- 4 渠涛「中国における物権法の現状と立法問題」比較法学34巻1号133頁以下参照。他方，所有権の移転は登記または引渡時とするオーストリア，ロシア，ハンガリーの立法・登記要件主義を採用することを明示するのが，梁慧星／慧徐（訳）「中国物権法制定に関する若干の問題」阪大法学51巻1号354頁。
- 5 この点については，渠涛「中国における民法典審議草案の成立と学会の議論（上）」ジュリスト1249号114頁以下，同（下）ジュリスト1250号190頁以下参照。また，詳細については，渠涛「中国における物権法の現状と立法問題」比較法学34巻1号133頁以下，梁慧星／慧徐（訳）・前出注（4）参照。
- 6 渠涛・前出注（4）「中国における物権法の現状と立法問題」比較法学34巻1号[2000年]162頁以下参照。
- 7 原島重義「登記の対抗力に関する判例序説—特に相続登記の場合を素材として」法政研究30巻3号，同「対抗問題の位置づけ—『第三者の範囲』と『変動原因の範囲』との関連の側面から—」法政研究33巻3号，6号。
- 8 岡村玄治「民法177条ニ所謂第三者ノ意義ヲ論シ債権ノ不可侵性排他性ニ及フ」志林17巻6号204頁。岡村説の学説史的な意義を紹介するのは，『民法学説百年史』[担当・湯浅道男]（1999年，三省堂）204頁以下参照。
- 9 湯浅道男「背信的悪意者論」『不動産法の課題と展望』石田＝西原＝高木選暦（1990年，日本評論社）77頁以下。
- 10 舟橋諄一「登記の欠缺を主張しうべき第三者について」加藤祝賀論文集（1932年，有斐閣）639頁，その後の学説については，同・『物権法』[法律学全集18]（1960年，有斐閣）183頁。
- 11 牧野英一『民法の基本問題』（1924年，有斐閣）203頁以下。
- 12 湯浅・前出注（9）79頁以下。
- 13 最判昭和36年4月27日民集15巻4号901頁。
- 14 舟橋諄一編『注釈民法（6）物権法（1）』（吉原節夫）（1967年，有斐閣）341頁以下。
- 15 川井健「不動産の二重譲渡における公序良俗と信義則」判例タイムズ127号（1962年）15頁
- 16 拙著・前出注（3）9頁以下。
- 17 滝沢聿代「民法177条における悪意者の問題」成城法学13号，14号（1983年）。
- 18 学説の展開については鎌田薫「対抗問題と第三者」『民法講座2物権（1）』（1984年，有斐閣）104頁以下，湯浅道男「対抗問題か登記の公信力か」林良平＝安永正昭編『民法Ⅰ』（1987年，有信堂）123頁以下参照。
- 19 半田正夫「不動産所有権の二重譲渡に関する諸問題（1）～（5）」民事研修159号13頁，湯浅・前出注（9）参照。
- 20 半田・前出注（19）17頁。
- 21 米倉明「債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問」北法23巻3号120頁（1973年）。
- 22 鎌田薫「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全」比較法学9巻2号（1974年）。
- 23 松岡久和「判例における背信的悪意者排除論の実相」林良平還暦記念『現代私法学の課題と展

- 望(中)』(1981年, 有斐閣) 65頁以下。
- 24 湯浅・前出注(9) 91頁参照。
 - 25 星野英一「物権変動における『対抗』問題と『公信』問題」法学教室(1983年) 38号107頁以下, 同・「日本民法の不動産物権変動制度——母法フランス法と対比しつつ——」『民法論集第六巻』所集(1968年, 有斐閣) 117頁。
 - 26 滝沢聿代『物権変動の理論』(1987年, 有斐閣) 参照, 同・前出注(17) 257頁。
 - 27 鈴木禄弥「特定物売買における所有権移転の時期」『契約法体系Ⅱ』85頁以下, 同『物権法の研究』(1967年, 創文社) 132頁以下参照, 鈴木=徳本〔鈴木禄弥〕「二重譲渡の法的構成不動産——とくにいわゆる『公信力論』について」財産法学の新展開(1993年, 有斐閣) 167頁以下, それ以外に公信力説の批判について, 好美清光「物権変動論をめぐる現在の問題点」書斎の窓299号(1980年) 2頁。
 - 28 半田正夫「不動産の二重譲渡へのひとつのアプローチ」北法16巻4号446頁以下。
半田正夫『民法177条における第三者の範囲』〔改訂〕『叢書民法総合判例研究⑦』(1982年, 一粒社) 111頁以下参照。
 - 29 篠塚昭次「物権の二重譲渡」『論争民法1』〔初出・法学セミナー1965年〕(1970年, 成文堂) 1頁, 同『民法口話2』物権法(1986年, 有斐閣) 34頁以下参照。
 - 30 石田喜久夫「対抗問題から公信力へ」『物権変動論』(1979年, 有斐閣) 180頁以下。
 - 31 鎌田薫「フランス不動産譲渡法の史的考察(1)～(4)」民商法雑誌66巻3号(1972年) 447頁以下, 4号584頁以下, 5号819頁, 9号1013頁以下, 同・「フランスにおける不動産取引と公証人の役割—フランス法主義理解のために—」早稲田法学56巻1・2号(1981年), 同・「不動産物権変動の理論と登記実務—日本的『フランス法主義の特質』—不動産登記法をめぐる今日の課題」〔不動産登記法100周年記念論文〕(1987年, 法務省総合研究所) 57頁。
 - 32 横山美夏「不動産売買契約の『成立』と所有権の移転」(1)(2) 早稲田法学65巻2・1頁, 3号85頁, 同『『対抗スルコトヲ得ス』の意義』『新不動産登記講座2総論Ⅱ』(1997年, 日本評論社) 2頁以下。
 - 33 七戸克彦「対抗要件主義に関するボアソナード理論」慶応法学研究64巻12号(1991年) 195頁, 同「不動産物権変動における対抗力の本質—ボアソナードを起点として」慶応義塾大学大学院法学研究科論文集23号71頁以下参照, 同・「不動産物権変動における意思主義の本質—売買契約を中心として—」慶応大学院論文集24巻128頁106頁以下。
 - 34 転得者法理についての近時の動向については, 湯浅道男「石田喜久夫先生の物権変動論Ⅲ—転得者問題を中心に—」『民法学の課題と展望』〔石田喜久夫先生古稀記念〕(2000年, 成文堂) 339頁以下。
 - 35 本件については, 湯浅・前出注(34) 341頁, 横山美夏・法学教室200号140頁, 七戸克彦・民商117巻1号104頁, 石田喜久夫・判例評論468号189頁, 鎌田薫・私法判例リマークス1998上10頁, 松岡久和・判例セレクト97年15頁, 安永正昭「民法判例の動き」平成八年度重要判例解説ジュリ〔臨増1113号1995年〕50頁, 拙稿・法律時報70巻8号104頁。なお, 滝沢聿代「二重譲渡と転得者—相対的構成とは何か—」成城法学61巻95頁以下(2000年)は, 当該問題に関する日仏の判例法理の現況から相対的構成の妥当性を検証するものである。
 - 36 横山・前出注(35)「判批」141頁, 鎌田・前出注(35)「判批」13頁。
 - 37 七戸・前出注(35)「判批」。
 - 38 従来の類型については鎌田・前出注(35)「判批」11～12頁参照。
 - 39 鎌田・前出注(35)「判批」13頁。
 - 40 七戸・前出注(35) 112～113頁は正当といえよう, という評価について鎌田・判例リマークス1998〈上〉13頁参照。
 - 41 例えば本件判旨のように「Yに登記あり」を前提として考えるかどうかである。横山・鎌田説はこれを「不要」としているかのようである。

- 42 古積健三郎「登記済証などの交付と民法94条2項および110条の類推」法学セミナー586号108頁。本件事案については、裁判所時報1341号12頁、判例時報1831号99頁、判例タイムズ1128号370頁、民事法情報205号73頁。なお、本稿脱稿後、「平成15年判決」に対する判例紹介として、原田純孝「民放判例レビュー84」判例タイムズ1144号63頁－64頁、また、判例批評として、松尾弘「本件判批」法学教室280号112－113、武川幸嗣「本件判批」民商法雑誌129巻3号115頁－120頁にてであった。これらについては、別稿にて応接したい。
- 43 古積・前出注(42)108頁。
- 44 湯浅・前出注(9)77頁以下、鎌田・前出注(40)12頁参照。
- 45 湯浅・前出注(9)77頁以下、鎌田・前出注(44)参照。
- 46 大阪高判昭和49年7月10日(判時766号66頁)、広島高裁松江支判昭和49年12月18日(判時788号58頁)、東京高判昭和55年12月15日(判時993号51頁等)
- 47 鎌田・前出注(40)「判批」12頁。
- 48 川井健「不動産の二重売買における公序良俗と信義則」判例タイムズ127号15頁以下、同旨、広中俊雄『物権法』105頁)。同様の趣旨は、舟橋教授によれば、債権者取消権での受益者・転得者の処理と同様、背信的悪意者である転得者に対してのみ相対的に登記なくして対抗しようとする(舟橋・前出注(10)『物権法』185頁)。
- 49 鈴木重信『不動産登記の諸問題上』(1974年、帝国判例法規出版社、1974年)483頁、槇悌次『物権法概論』(1984年、有斐閣)95頁。
- 50 半田正夫「不動産登記と公信力」『民法講座2』(1984年、有斐閣)224頁、同旨、本文にて紹介した公信力説提唱者。
- 51 横山・前出注(35)「判批」141頁・鎌田・前出注(40)「判批」13頁によれば、これを支持する。
- 52 松岡・前出注(35)15頁。
- 53 石田・前出注(35)。
- 54 松岡・前出注(35)。
- 55 滝沢・前出注(26)。なお、当該判決例に対する評価には懐疑的であるだけでなく、「最高裁が、このような苦渋に満ちた構成を余技なくされたのは、対抗問題の理論を軽視し、過去の議論の蓄積をあまり真摯に受け止めてこなかった近時の学説の傾向の故ではなからうか」(滝沢・前出注(35)123頁－125頁)として学説の対応に対しても批判的な評価を向ける。具体的には、具体的妥当性を志向するために信義則論を用いることに対して、「信義則の中間的性質、曖昧さをどう評価し、理論化するかが今後の問題である」と指摘している。
- 56 七戸・前出注(35)。
- 57 石田・前出注(35)「判批」190頁参照。
- 58 この点について、渠濤・前出注(5)比較法学157頁以下に注目すべき指摘がある。すなわち物権の創設を目的とする行為、および当事者の合意、様式、登記などを要する行為は、すべて物権行為となるはずである。したがって、今後さらに中国の経済体制の変革によって不動産市場の果たすべき役割は大きくなることが予測される。そこでの権利関係の複雑性は高度な技術性、厳密な科学性および体系性、安全性、公開性が求められる。そのためには、物権行為論概念を再評価すべきであろう、という指摘である。わが国も、現在の中国と同じく「物権行為理論」は採用していない。民法176条の「意思表示」は、現在では、形式的な債権的意思表示とは解されていない。権利の帰属を明確にすることは、「二重売買」と「二重譲渡」の段階を明確にし、第一買主の「認識」の中身を確定し、不明確な「背信性」概念に対し具体性を与える。すなわち、第二買主が「いかなる段階にある」ことを第一買主は認識していたのか、ということを明確にするには、「物権行為概念」の中身を検討する意味はある。所有権移転時期論を含めた物権変動論全体を整理するためにも、この指摘はわが国においても重要であると考えられる。なお、実務慣行を含めた比較法的研究が必要となるため、この点については別稿を用意したい。