

民法177条と信賴保護

多田利隆

- 一 はじめに
- 二 立法者意思について
- 三 判例
- 四 学説における取り扱い
 - 1 規定の趣旨・目的と法律構成との区別（従来の通説）
 - 2 対抗問題の信賴保護的構成
 - (1) 177条自体を信賴保護規定として構成するもの（内部化説）
 - (2) 94条2項類推適用説（外部化説）
- 五 信賴保護構成の可能性——消極的公信説に即して——
 - 1 公示と公信
 - 2 「対抗することができない」という規定形式
 - 3 消極的信賴保護であること
 - 4 具体的な善意・悪意不問について
 - 5 177条の適用範囲についての指針
- 六 内部化か外部化か
 - 1 立法者意思との関係
 - 2 94条2項の類推適用
 - 3 信賴保護的構成の内容と177条の適用範囲
 - (1) 信賴保護的構成の内容
 - (2) 177条の適用範囲について
- 七 終わりに

一 はじめに

物権には排他性・絶対性が認められるので、その所在や内容について外から認識できるようにしておかないと、人々が不測の不利益を被るおそれがある。そこで、物権関係はできるだけ公示すべきだという法原則が求められることになる。これを、一般的に、公示の原則という。この原則は、物権関係を、予め定めた一定の外形すなわち公示方法と結びつけ、物権変動の成否やその対外的な主張の可否をそのような外形の有無にかからしめる制度として、各国で採用され、具体化されている。たとえば日本民法典は、その177条と178条において、不動産については登記、動産については引渡しをしなければ、物権変動を第三者に対抗できないものと定めている。

このように、公示の原則は、公示をしないことによる不利益負荷の形で制度化されているのであるが、その趣旨とするところは、人々が、公示に依拠して行動することができるという、法律生活の安全特に取引の安全を図る点にあることは、改めて指摘するまでもないであろう。公示という外觀を手がかりに物権関係の内容を認識し、それを前提に法律生活を送ることができるという積極面にこそ、この原則の主要な趣旨・目的があるということである。その意味で、公示の原則は、第三者の立場から見れば、公示方法に対する信頼を保護すべきであるという、広い意味の公信の原則にほかならない。

このような、公示の原則に含まれている信頼保護の要素については、従来からいろいろな形で指摘されてきた。しかし、それを177条の解釈論に反映させるべきかという点になると、従来の通説的立場は消極的であった。たとえば、物権法を離れるが、商業登記について、同じく登記をしなければ対抗できないと定めている商法9条1項前段について、それは消極的公示主義を定めたものとされてはいても、信頼保護を定めたものであるという位置づけはなされていないようである。

これに対して、民法177条の「対抗」問題に関しては、信頼保護の要素を見直し、解釈論にそれを生かそうとする動きが近年強くなってきた。たと

えば、取消しと登記など従来限定的に説かれてきた94条2項類推適用を、より広範囲に拡張し一般的なものにしようとする見解が有力に説かれている。また、信賴保護というよりも正当性の問題とする学説が多いが、悪意の第三者を排除すべきことが有力に説かれている。判例の中にも、単純悪意と信義則違反を結びつけて結果的に悪意者排除の取り扱いをするものが現れている。もっとも、民法177条の「対抗」と信賴保護とを結びつけることに対しては、批判的な見解も少なくない。むしろ、登記の有無による画一的な取り扱いと登記しないことによる不利益負荷が同規定の本質的な特徴であって、それは信賴保護制度とは異なるものであると解するのが、なお伝統的な通説であろう。

しかし、公示の原則が広義の公信の原則であるという上に述べたような関係は、177条の解釈・運用にとって出発点ともいえるべき基本的なものであることを振り返ると、対抗問題を信賴保護を結びつけて考えることは、それほど見当はずれなものとは思えない。後にみるように、民法典の立法段階では、そのような発想がかなり顕著に示されていたのである。また、登記の有無による画一的な扱いは、今日では、衡平の観点から修正を被ることが多くなっているが、それに伴って、その方向性を明らかにするために、規定の趣旨・目的や実質的要素に立ち返る必要性が強くなっている。その際最も中心的な位置を占めるべきなのは、信賴保護の要素であろう。

本稿は、そのような問題意識にもとづいて、177条の信賴保護的要素が、どのように取り扱われてきたのかについて、立法者意思、判例、学説を展望し、今後の解釈・運用にそれをどのように生かすべきかについて考察を試みたものである。

二 立法者意思について

民法177条に第三者の善意要件を入れるか否かは立法に際して議論になった論点のひとつであった。⁽¹⁾ 起草委員であった穂積陳重は、その点に

1) 第三者の善意の要否をめぐる民法典制定当時の議論については、たとえば、鎌田薫「対抗問題と第三者」星野英一編『民法講座2』（有斐閣 1984年）74頁以下参照。

ついて次のように説明している。「不動産ノ登記ハ公益ニ基ク公示法デア
ルガ為メニ権利ハ移転スルコトガ出来ルガ之ヲ對抗スルコトガ出来ヌト云
フ即チ公示法ノ主義ヲ第三者ノ為メニ重モニ採ツタノデアリマス・・・絶
対的ノモノデナケレバ公示法ノ効ヲ奏スルコトハ出来ヌト考ヘマスガ故ニ
単ニ『第三者ニ對抗スルコトヲ得ス』ト書キ下シタノデアリマス第三者ノ
善意トカ悪意トカ云フ形容詞ヲ付ケナカッタ訳デアリマス」。(2) 177条
は、主に第三者保護を趣旨とする規定であるが、第三者の善意・悪意を問わ
ないのは、不動産登記が「公益ニ基ク」公示方法として十分な効果をあげ
るためには「絶対的」のものでなければならないからだというのである。
「絶対的」というのは、第三者の善意・悪意に応じて取り扱いを分けるとい
う相対的な取り扱いはしないということであり、このような立場は、その
後、「登記絶対主義」と呼ばれるようになった。

同じく起草委員であった富井政章は、「對抗スルコトヲ得ス」の意味に
ついて、「此ノ結果タルヤ法律ニ保護セントスル第三者ヨリ観察シタルモ
ノナリ」と述べ、また、第三者の善意悪意を区別しなかったのは「登記及
ヒ引渡ヲ以テ（効力要件ではなく 筆者挿入）単純ナル公示方法ト為シタル
趣旨ニ適合セサルモノト」言うべきであるが、それは、「其意思ノ善意
ニ関シテ争議ヲ生シ拳証ノ困難ナルカ為メニ善意者ニシテ悪意者ト認定セ
ラルルコト往々コレナキヲ保セズ。故ニ法律ハ第三者ノ利益ト共ニ取引ノ
安全ヲ保証スルタメニ上記ノ区別ヲ採用セザリシモノト謂ウベシ」と述べ
ている。(3) 規定の趣旨・目的は第三者の保護にあるが、善意要件を掲げ
ると、善意・悪意がしばしば争われて善意の立証が困難な結果、善意なのに
悪意と認定されることが少なからず生じる事態を防げないので、「第三者
ノ利益ト共ニ取引ノ安全ヲ保証スルタメ」に善意・悪意不問としたのだとい
うのである。

また、もう一人の起草委員であった梅謙次郎は、実際には善意・悪意の

2) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録 日本近代立法資料叢
書1』(商事法務研究会1983年)584頁(穂積発言)。

3) 富井政章『民法原論 第二巻 物権』(有斐閣1922年)60頁、63頁。

区別は困難であって、第三者によって物権変動を認めたり否定したりすると「頗ル法律関係ヲ錯雜ナラシムルモノニシテ實際ノ不便少カラス」、したがって、「第三者ノ善意悪意ヲ問ハス登記アレハ何人ト雖モ之ヲ知ラスト云フコトヲ得ス登記ナケレハ何人モ之ヲ知ラサルモノト看故シ畢竟第三者ニ対シテハ登記ノ有無ニ因リテ権利確定スヘキモノトセル」立場を採用したのでと説明されている。実際上の理由にもとづいて、登記の有無により善意・悪意を擬制する（「みなす」）という立法主義を採用したというのである。⁴⁾「みなす」という取り扱いを前提とすれば、177条によって保護される第三者は、形式的には善意の第三者であるということになる。

このように、起草委員たちは、民法177条の趣旨・目的が第三者の取引の安全保護にあることと第三者の善意・悪意不問の取り扱いがどのような関係にあるのかを示すことに留意していた。そして、そこでは共通して、本来であれば善意の第三者のみを保護すべきであるが、公示制度の実効性を高めることや、善意・悪意をめぐる争いの弊害を防ぐことなど、実際上あるいは便宜上の理由によって、具体的な善意要件は掲げなかったことが説かれているのである。

三 判例

判例においても、たとえば第三者の範囲に関するリーディングケースとされる大連判明治41年12月15日民録14輯1276頁は、177条が第三者の取引の安全保護を趣旨・目的とするものであるという認識を基本として、第三者の保護価値性の観点から「登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者」という基準を導いている。もっとも、この判決において正当性が問われたのは、善意・悪意等の主観的要件ではなく、「同一ノ不動産ニ関シテ正当ノ権利若クハ利益ヲ有スル第三者」か否か、すなわち、「其規定シタル保障ヲ享受スルニ直セサル利害関係ヲ有スル」か否かであり、判決は、正権原なくして所有権を主張する者や不法行為者を排除すべき理由として「正当の利益」を持ち出しているのであるから、本判決が法律構成の中に信託保護

4) 梅謙次郎『民法要義 卷之二 物権篇』（有斐閣ほか1908年）7頁以下。

の要素を取りいれているというわけではない。しかし、この中では、177条が第三者の信頼保護の制度であることが明記され、第三者保護の観点から「正当の利益」の法命題が導かれていることは留意してよいであろう。(5)

また、登記がなければ対抗できない物権変動（「物権の得喪及び変更」）の範囲についてのリーディングケースとされる大連判明治41年12月15日民録14輯1301頁は、その理由として、177条が第三者保護の規定であることを掲げ、第三者からみれば「物権ノ得喪及ヒ変更カ当事者ノ意思表示ニ因リ生シタルト将タ之ニ因ラスシテ家督相続ノ如キ法律ノ規定ニ因リ生シタルトハ毫モ異ナル所ナキカ故ニ」物権変動原因について無制限説をとるべきであるとしている。第三者保護という規定の趣旨・目的と、物権変動原因無制限とすることが、このような形で結びついているのである。(6)

このような登記に対する第三者の信頼に着目するのであれば、第三者の善意・悪意を区別して悪意者を対象外とするということも考えられるが、その後の判決も、善意・悪意不問を原則とする態度は変えていない。

わが国の物権変動法にとってきわめて重要なこの二つの判決を振り返っ

-
- 5) 参考までに、判決文の該当部分を引用しておく。「本条ノ規定ハ同一ノ不動産ニ関シテ正当ノ権利若クハ利益ヲ有スル第三者ヲシテ登記ニ依リテ物権ノ得喪及ヒ変更ノ事状ヲ知悉シ以テ不慮ノ損害ヲ免ルルコトヲ得セシメンカ為メニ存スルモノナレハ其条文ニハ特ニ第三者ノ意義ヲ制限スル文詞ナシト雖モ其自ラ多少ノ制限アルヘキコトハ之ヲ字句ノ外ニ求ムルコト豈難シト言フヘケンヤ何トナレハ対抗トハ彼此利害相反スル時ニ於テ始メテ発生スル事項ナルヲ以テ不動産ニ関スル物権ノ得喪及ヒ変更ニ付テ利害関係アラサル者ハ本条第三者ニ該当セサルコト尤著明ナリト謂ハサルヲ得ス又本条制定ノ理由ニ視テ其規定シタル保障ヲ享受スルニ直セサル利害関係ヲ有スル者ハ亦之ヲ除外スヘキハ蓋疑ヲ容ルヘキニ非ス由是之ヲ觀レハ本条ニ所謂第三者トハ当事者若クハ其包括承継人ニ非スシテ不動産ニ関スル物権ノ得喪及ヒ変更ノ登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者ヲ指称スト論定スルヲ得ヘシ」。
- 6) 参考までに、判決文の該当部分を引用しておく。「何トナレハ第七十七条ノ規定ハ同一ノ不動産ニ関シテ正当ノ権利若クハ利益ヲ有スル第三者ヲシテ登記ニ依リテ物権ノ得喪及ヒ変更ノ事状ヲ知悉シ以テ不慮ノ損害ヲ免ルルコトヲ得セシメンカ為メニ存スルモノニシテ畢竟第三者保護ノ規定ナルコトハ其法意ニ徴シテ毫モ疑ヲ容レズ而シテ右第三者ニ在リテハ物権ノ得喪及ヒ変更カ当事者ノ意思表示ニ因リ生シタルト将タ之ニ因ラスシテ家督相続ノ如キ法律ノ規定ニ因リ生シタルトハ毫モ異ナル所ナキカ故ニ其間区別ヲ設ケ前者ノ場合ニ於テハ之ニ対抗スルニハ登記ヲ要スルモノトシ後者ノ場合ニ於テハ登記ヲ要セサルモノトスル理由ナケレハナリ」。

て確認できることは、その中では、177条が第三者の取引の安全を保護する規定であることが明確に説かれており、それを直接・間接の根拠として、第三者の範囲については制限説、物権変動原因については無制限説が導かれているということである。しかし、これらの中では、善意・悪意不問という点については特に問題とされることなく、たとえば前者においては、正当な利益という場合の正当性は、それとは別のものと考えられている。

周知のように、その後の判例においては、第三者の具体的要因に関して、背信的悪意者排除の法理が形成・定着するにいたる。これは、大連判明治41年12月15日民録14輯1276頁の明らかにした法命題と結びついて、背信的悪意者は「登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者」に当たらないのだとされている。たとえば、最判昭和43年8月2日民集22巻8号2頁によれば、「実体上物権変動があった事実を知る者において右物権変動についての登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情がある場合には、かかる背信的悪意者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しない者であって、民法177条にいう第三者に当たらないものと解すべき」であると述べている（その他、最判昭和44年1月16日民集23巻1号16頁、最判昭和62年11月12日判時1261巻71頁、最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁）。ここでは、「正当性」は信義則（民法1条2項）の問題とされ、第三者の主観も含んで幅広くいろいろな事情に鑑みて「第三者」性を判断するものとされている。その意味では、第三者の善意・悪意を拾い上げる受け皿はこの法理によって準備されたということができよう。しかし、信義則という一般条項は信託保護の考え方とは異なるものであり、実際、この法理は、単純悪意であれば第三者性に反しないということを前提としているのであるから、信託保護法理構成に接近したとみるわけにはゆかない。

これに対して、近年の最高裁判決の中には、背信的悪意者概念を用いることなく、第三者が悪意もしくは有過失である場合に、それ以外の要因を特に取り上げないで、登記の欠缺を主張するのは信義則違反であるとして、その者には登記なくして対抗できるとしたものがある。最判平成10年

2月13日民集52巻1号65頁は、承役地が用益地の所有者によって継続的に通路として使用されていることが客観的に明らかであり、譲受人がそのことを認識していたか認識することが可能であったときは、通行地役権自体の存在を知らなかったとしても、何らかの通行権の負担のあるものとしてこれを譲り受けたものというべきであり、地役権設定登記の欠缺を主張することは、通常は信義則に反するとした。また、最判平成25年2月26日民集67巻2号297頁は、通行地役権の承役地が担保不動産競売により売却された場合に、最先順位の抵当権の設定時にすでに通行地役権により承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されており、そのことが、その位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、抵当権者がそのことを認識していたかまたは認識することが可能であったときは、特段の事情がないかぎり、抵当権者が通行地役権者に対して地役権設定登記の欠缺を主張することは信義に反するものであって、抵当権者は地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらず、通行地役権者は、抵当権者に対して、登記なくして通行地役権を対抗することができるとした。

これらは、いずれも、実際に通行の用に供されていることが客観的に明らかであった土地を、その事実を知りつつ、あるいは、不注意で知らずに買い受けながら、後になって登記の欠缺を理由に通行権を否定することが信義則に反して許されないとしたものであり、通行地役権ゆえの特殊な事例ということもできる。しかし、買主がその通行をいったん容認しながら後になって登記の欠缺を主張したというならばともかく、通行の事実が客観的に明らかであり、通行の用に供されていることを知っていた、あるいは、過失によって知らなかったにすぎない場合に、後に通行権を否定することは信義則違反であるというのであれば、その評価基準は従来の背信的悪意者概念に照らして緩やかなものである。このような考え方を敷衍すれば、二重譲渡のケースで、第一譲受人が所有者として現に利用している事実が客観的に明らかであり第二譲受人がそれについて知っていたり知らなかったことに過失があった場合には、第二譲受人が後に第一譲受人の登

記の欠缺を主張するのは信義則に反するということになりそうである。悪意者排除に一步近づいた判断ということになるであろう。もっとも、第三者性が認められない根拠はあくまで信義則であり、信託保護における保護事由としての善意の欠如しているというのではないから、これをもって判例が信託保護構成に接近したということとはできない。実質的に両者の距離が縮まっているということである。

四 学説における取り扱い

1 規定の趣旨・目的と法律構成との区別（従来の通説）

民法177条が、物権関係について第三者の取引の安全保護を目的とした規定であることについては、学説には特に異論は存しない。しかし、それを解釈論の中に反映させるべきなのか、反映させるのであればどのようにすべきなのかについては、見解が分かれている。具体的には、登記がなければ對抗できない物権変動や第三者の範囲という解釈上の論点にその違いが出てくるが、本稿では、より基本的な論点として、「対抗」関係の法律構成をめぐる学説状況を中心に考察を進めることにしたい。

民法177条が、物権関係について公示方法に対する第三者の信託を保護して取引の安全を保護する規定であるということと、同規定を信託保護規範として法律構成することとは同じではない。信託保護規範というのは信託保護法理にもとづく規定という意味でそう言っているのであるが、信託保護法理は、実質的法律関係と外観が食い違っている場合に、①信託の客観的基礎たり得る外観、②外観の作出あるいは存続に対する帰責事由、③外観に対する信託を原則的な要件として、外観に即した権利変動を認める法原則であるといつてよいであろう。177条が第三者の信託を保護する規定であるというのは、通常は、単に、第三者は登記に依拠して取引することができるという意味であって、それが信託保護法理によるものだという意味ではない。すなわち、登記されていない物権関係は第三者に対抗できないので、第三者は、登記されていない物権関係を後から持ち出されて取引を覆滅されることはないということにすぎない。従来の通説は、そのよう

な第三者保護と法律構成としての信頼保護との違いに留意して、177条は独自の対抗規定であって信頼保護構成とは異なると解してきた。たとえば、「対抗要件主義とは、取引安全を目的とする制度ではあるが、そのための手段つまり法的構成としては、登記に信頼した第三者を保護するという形をとらず、物権を得たが登記を怠った者が敗れるという形をとっているのであり、登記を怠った怠慢を咎めるという意味を持ち、その結果、譲渡人に登記のあるときは登記のない第一譲受人を無視しうることになる」と説かれている。⁽⁷⁾ また、鈴木禄弥博士は、177条には実質的には三つの要素が認められるとして、登記をしないことによる不利益負担と並んで第三者の信頼保護がそのひとつであること、それは公信の原則とは異なり「偏面的で、消極的」なものであることを説かれているが、同規定が信頼保護法理にもとづくものとは解されていない。⁽⁸⁾あるいは、舟橋諱一博士は、公示の原則と信頼保護との関連にいち早く留意されて、それは消極的な信頼保護であることを指摘され、第三者の取引の安全保護という趣旨・目的に照らして悪意の第三者は排除されるべきことを説かれたが、177条を信頼保護の規定として法律構成すべきものとは考えられていなかった。⁽⁹⁾近時でも、内田貴教授が、悪意者排除について同様の趣旨を説かれている。⁽¹⁰⁾

また、近年の学説の中では、悪意者排除説が有力となっているが、その根拠については、信頼保護における保護事由の欠如とは別の構成を説くものが多い。たとえば、自由競争の限界論、第三者の不法行為構成（法定効果説）などである。前者は、善意・悪意不問の根拠として標榜されてきた自

7) 星野英一「取得時効と登記」『民法論集四』（有斐閣 1978年）323頁、同旨、同「物権変動における『対抗』と『公信』問題」『民法論集六』（有斐閣 1986年）139頁以下、151頁、同『民法概論Ⅱ』（良書普及会 1994年）40頁。同旨、鈴木禄弥「法律行為の取消と対抗問題」林良平編集代表『谷口知平先生追悼論文集 3 財産法、補遺』（信山社 1993年）137頁、143頁など。

8) 鈴木禄弥「民法177条の『対抗スルコトヲ得ス』の意味」『物権法の研究』（創文社 1976年）242頁、同『物権法講義（5訂版）』（創文社 2007年）131頁以下。

9) 舟橋諱一『物権法』（有斐閣 1960年）63頁以下、154頁以下、同「登記の欠缺を主張しうべき『第三者』について」『加藤正治先生還暦祝賀論文集』（有斐閣 1932年）639頁以下。

由競争論が、たとえば第一譲渡を、あるいは、第一譲受人の現実の利用を知りながら購入した悪意の第二譲受人には当てはまらないのではないかとして、悪意者排除を導くものである。後者は、第二譲渡が悪意でなされた場合は第一譲受人に対する不法行為となりそれへの制裁として所有権を取得しえないとする考え方である。もっとも、第一譲受人の不法行為と構成する見解もあり（登記をしなかった第一譲受人は法律によって要請される公示義務の不遵守を理由とする不法行為が成立し、善意の第三者との関係で対抗可能性の失効という形で物権を喪失する。）、その中では、第三者の善意要件は買主保護という公示制度の目的から導かれるべきものとされている。⁽¹¹⁾

2 対抗問題の信託保護的構成

以上のような従来を通説的見解に対して、「対抗」の問題を信託保護の問題として処理しようとする見解がある。この中には、177条自体を信託保護の規定として法律構成するものと、177条の適用範囲を一定のものに制限して、それ以外の物権変動原因については信託保護の問題として、特に、94条2項の類推適用によって処理しようとするものがある。前者は少数説にとどまっているが、後者は、今日では学説の大きな流れになっているとあってよいであろう。以下では、対抗問題を信託保護の問題として処理し

10) 内田貴『民法I 〈3版〉』（有斐閣 2006年）454頁によれば、「なぜ公示するのかといえば、利害関係を持つ他人に権利の存在を知らせるためである。そうだとすれば、登記がなくとも、権利の存在を知っている（悪意の）第三者に対しては公示の必要はない。したがって、悪意者は177条の『第三者』にあたらないというべきである」と説かれている。それに続けて、宅地の場合には第一譲受人によって建物の敷地としての利用がなされていれば第二譲受人の悪意が推定されるとされる。第4版ではこれらの記述は削除され、代わりに悪意者排除の理由として自由競争論の限界が指摘されている。

11) 第三者の善意・悪意に関する判例・学説の状況については、鎌田前掲注(1)「対抗問題と第三者」67頁以下、舟橋諄一／徳本鎮編集『新版注釈民法(6)〈補訂版〉』（有斐閣 2009年）650頁以下（吉原節夫）、多田利隆「不動産取引における信託保護——民法177条の二面性と信託保護法理——」内田勝一・浦川道太郎・鎌田薫編『現代の都市と土地法』（有斐閣 2001年）83頁以下、滝沢幸代『物権変動の理論II』（有斐閣 2009年）105頁以下など。

ようとする学説を、このような二つのグループに分けて、その内容を整理し展望することにしよう。

(1)177条を信頼保護規定として構成するもの（内部化説）

(a) 公信力説

公信力説の内容には、論者によって若干の違いがあるが、次のような論理において共通している。すなわち、176条によりすでに所有権は第一譲受人に移転して譲渡人は無権利者となっているのであるから、二重譲渡における第二譲受人の所有権取得は、「無から有を生む」法理によるほかはない。それは、動産即時取得に対応する不動産の善意取得ということになる。動産に関する192条のような規定はないが、177条自体がそのような権利変動を認めていると解される（そう解さなければ対抗問題は生じようがない）。したがって、第三者には善意無過失を要するし、登記をしなかったことが第一譲受人の帰責事由に相当する。公信力説は、こうした構成によって、一方で、第二譲渡による所有権取得を根拠づけるとともに、他方では、現地検分を前提とした善意無過失要件を通じて第二譲受人の所有権取得の可能性を絞り、目的不動産を現実に占有利用している第一譲受人を保護しようとするものである。⁽¹²⁾

この見解に対しては、悪意（有過失）者排除や保護事由と帰責事由の利益衡量という価値判断に対しては共感を示す見解が少なくないが、「公信」という法律構成や、規定の文言や配置から大きく外れてしまうことに

12) 篠塚昭次『民法セミナーⅡ』（敬文堂 1970年）148頁以下、同「物権の二重譲渡」『論争民法学Ⅰ』（成文堂 1970年）14頁以下、篠塚昭次「対抗問題の原点（1）」登記研究270号 1頁以下（1970年）、篠塚昭次／月岡利男「対抗問題の原点（2）」同271号 1頁以下（1970年）。半田正夫『不動産取引法の研究』（勁草書房 1980年）3頁以下、同『不動産取引における登記と司法書士』（テイハン 1993年）69頁以下、石田喜久夫『物権変動論』（有斐閣 1979年）175頁以下、同「二重譲渡と登記」新版民法演習（2）（有斐閣 1979年）32頁、同「不動産登記と公信力」法務省法務総合研究所編『不動産登記をめぐる今日的課題』（1987年）21頁以下。鎌田薫『「二重譲渡」の法的構成』ジュリスト増刊民法の争点（1985年）100頁以下。公信力説の提示する価値判断の正当性を説く見解として、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——フランスにおける判例の転換をめぐって——」比較法学9巻2号31頁以下、同『民法ノート①物権法（第三版）』（日本評論社 2007年）72頁以下。

対して批判が強い。たとえば、第一譲渡による前主の無権利を想定することは権利を実体化する誤った考え方であるとか、物権の排他性が絶対的なものと前提してそこから従来の物権の二重譲渡論の不都合を攻撃するのは順序が逆である、そもそも不動産登記に公信力がないわが国の登記制度と矛盾する、あるいは、善意・悪意不問という規定の文言に反しており、また、不動産については192条に相応する規定はないことと矛盾するなど批判されている。⁽¹³⁾

(b) 消極的公信説（消極的公示主義説）

私の説いてきた見解である。この説は、「対抗することができない」とされることで生じる権利変動を、私法上の諸原理に照らしていかに体系整合的に根拠づけるかということが解釈論にとってのひとつの課題であるとして、それは信託保護の一態様である一般的・定型的な消極的信託保護に求められることを説く。所有権移転を例とすれば、規定の解釈として、176条により所有権は第一譲受人に移転して譲渡人は無権利となっていることが177条の論理的な前提となっていると解さざるを得ず（そこに「対抗」が用いられる必然性がある）、第二譲受人の権利取得は、「無から有を生む」ものということにならざるをえない。もちろん、その権利取得が177条によって認められるものであるという意味では、第二譲受人の権利取得は法定のものである。しかし、そのような権利変動を「法定」として片付ける前に、それを根拠付け正当化する私法原理があれば、それによって、民法体系の中に整合的に位置づけるべきであろう（「対抗」の実質的整合性の問題）。それは、信託保護法理に帰着するのではないか。ただ、それ

13) 公信力説に対する批判としては、たとえば、川井健「不動産物権変動における公示と公信——背信的悪意者論、民法94条2項類推適用論の位置づけ——」『我妻栄先生追悼論文集』（有斐閣 1975年）24頁以下、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 11頁以下（1980年）、鈴木祿弥『物権変動と対抗問題』（創文社 1997年）30頁以下、星野英一「日本民法の不動産物権変動制度」『民法論集 第6巻』（有斐閣 1986年）92頁、同『民法概論Ⅱ<再訂版>』（良書普及会 1994年）39頁以下、滝沢隼代『物権変動の理論』219頁、同・前掲注（11）『理論Ⅱ』109頁以下など。

は、公信力説の説くような不動産の善意取得ではなく、「外観がない（動いていない）から実質もない（動いていない）」という信頼を保護する消極的信頼保護である。また、177条には善意要件がないが、公示方法に対する信頼保護には、保護事由の定型的取り扱いという特徴があり、それは、登記の外観としての規範的性格によって導かれる。すなわち、登記をしなかったならば帰責事由があり、登記が動いていなければ、権利関係も動いていないと信じたものとして取り扱われるということである。177条はそのような一般的・定型的な信頼保護の規定と解すべきである。

消極的公信説は、そのような構成を前提として、①いわゆる登記絶対主義を導いた立法当時の強い法政策ベクトルは今日では消滅しており、登記の有無による画一的取り扱いは緩和・修正される必要があること、②悪意はもともと信義則違反と同根であって、信頼保護の観点からの悪意者排除と、信義則違反構成あるいは背信的悪意者排除とは明確に区別できないこと、③登記の外観としての規範的性格をもってしても、一般的・定型的な信頼保護の貫徹には限界があること等を理由として、画一的取り扱いを緩和して、信頼保護の一般的な要件論に近づけるべきこと、具体的には、悪意の第三者を排除すべきことを説く。⁽¹⁴⁾

14) 消極的公信説については、多田利隆「民法 177 条の『対抗』問題における形式的整合性と実質的整合——消極的公示主義構成の試み——(1)(2)(3)」民商 102 卷 1 号 (1990 年) 22 頁以下、2 号 150 頁以下、4 号 409 頁以下、同「公示方法に対する消極的信頼保護法理の分析——民法 177 条の対抗問題とドイツ法の消極的公示主義規定——」北九大法政論集 18 卷 1 号 111 頁以下 (1990 年)、同「消極的公示主義と民法 177 条の適用範囲」『高島平蔵先生古稀記念民法学の新たな展開』(成文堂 1993 年) 153 頁以下、同・前掲注 (11)「不動産取引における信頼保護」74 頁以下、同「不動産物権変動法制改正の方向性について——『民法改正研究会』案を手がかりに——(2)」西南学院大学法学論集 44 卷 2 号 1 頁以下 (2011 年)。

なお、自説の名称について、旧稿の中では特に定まったものではなく、暫定的に「消極的公示主義説」とすることが多かった。これは、ドイツにおける消極的公示主義の法律構成が私見と共通するところが大きいところから、そのような名称を用いたのである。しかし、「消極的公示主義」は、わが国では商業登記に関して信頼保護とは別の原則として説かれるのが通常であること、自説は、基本的な発想の点で私の指導教授である篠塚昭次教授の公信力説と共通であることに照らして、本稿では「消極的公信説」と称することにした。

消極的公信説の詳しい内容とそれへの批判と反論については、五において改めて検討することにした。

(c) 177条の中への94条2項の組み入れを説く見解

米倉明教授は、二重譲渡の法律構成について、第二譲受人の権利取得は公信力説が説くような登記の公信力によるものではなく94条2項の類推適用によるものであり、94条2項の内容に沿って、第一譲受人には帰責事由が必要であり、第二譲受人には善意かつ無重過失が必要であるとされている。⁽¹⁵⁾ 上述の(1)公信力説や(2)消極的公信説は、177条自体に信託保護のメカニズムが組み込まれているとして、それとは別に他の規定（たとえば公信力であれば192条ということになるか）の類推適用を説くわけではないのに対して、この説は、177条の内容自体に関して94条2項の類推適用を説いている。しかし、両者が内容的に重なりうるとすれば、どちらか一方でよいはずであり、177条は94条2項に吸収されることになるであろうから、この見解は、二重譲渡の可能性を中心に、177条の内容が94条2項的な考え方にもとづくものであることを指摘することによって、そのことを177条の解釈に生かすべきことを説くものということになるであろう。

そのような発想をさらに明確な形で展開するものとして、川井健博士の見解がある。すなわち、94条2項の類推適用として説かれている内容を、背信的悪意者排除法理と並んで、177条の對抗要件の中に正当性の考慮を導入する方法の一つとして把握し、「94条2項類推適用問題を民法177条のなかに位置づけ、177条の解釈として解決」という見解である。⁽¹⁶⁾ この見解は、177条の中に94条2項的な規範を読み込むという点で、177条の信託保護的構成と重なりうるようにも思われるが、そうではない。この説は、その「正当性」の根拠を、背信的悪意者排除の法理と共に、最終的には権利濫用（民法1条3項）に求めており、94条2項については、「自ら登記名義を得る機会のあった権利者が、自らの権利行使を怠っていなが

15) 米倉明「債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問（三）」北大法学23巻3号119頁以下（1973年）

16) 川井・前掲注（14）15頁以下。

ら、第三者に対し権利主張をすることは、権利濫用のうえからみて許されない」という側面に注目している。したがって、この見解は、対抗問題の信頼保護的構成というわけではない。しかし、94条2項は、表意者の帰責性の内容が特殊で、また、その比重が重いという特徴を持っているが、善意の第三者保護の規定であることには変わりはないのであるから、177条の中に正当性の考慮を導入する方法として94条2項類推適用を取り込むと、その正当性の内容には、第三者側の善意すなわち信頼保護の要素も含まれざるを得ないのではあるまいか。もしも、そのような要素も正当性の考慮の中で拾い上げたくえて、最終的に権利濫用によってそれを基礎づけるというのであれば、信頼保護の要素も内包する権利濫用構成ということになるであろう。

(2) 94条2項類推適用説（外部化説）

以上のように信頼保護の要素を177条に内部化するのではなく、177条自体については（信義則等による修正の余地は残した）画一的取り扱いを維持し、物権変動原因によっては177条ではなく94条2項類推適用法理によるべきことを説く見解がある。このような、いわば信頼保護要素の外部化ともいべき考え方（仮に、「外部化説」と呼ぶことにする。）は、取消しと登記について以前から有力に説かれていること、相続と登記（特に遺産分割と登記）についても、また、時効と登記についても、そのような構成があることは、周知のとおりである。このような動向について、鎌田教授は次のように集約されている。「最近では、無権利者からの譲受人を保護する法理として94条2項類推適用論が確立したため、第三者保護のために、あえて法律構成上の技巧をこらしてまでも177条に頼る（しかも結果的に悪意の第三者まで保護する）必要がなくなった。こうした展開を背景として、従来便宜的に対抗問題として処理されてきた問題を、94条2項類推適用等による公信問題としての処理の場面に引き戻そうとする動きが顕著にみられるところに最近の学説の特色があるといえることができる」⁽¹⁷⁾

17) 鎌田・前掲注(12)「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全」58頁以下。

このような動向は、加藤雅信教授が代表を務められている「民法改正研究会」の改正草案では、より徹底した形で示されている。すなわち、177条の適用対象を意思表示による物権変動に限定し、それ以外の物権変動原因については、94条2項による処理を行うという提案である。その理由としては次のように説かれている。従来の判例は、わが国で登記の公信力が認められていない状況下で、登記に対する信託保護という実際上の要請に応えるために、あえて立法者意思に反して177条の適用範囲を拡張してきたのであるが、94条2項の類推適用法理によってそのような要請に応えられるようになった今日では、適用範囲拡張の必要はもはや認められず、意思表示（法律行為）による物権変動についてのみ登記を必要とするという本来の内容に立ち戻るべきであり、それ以外の物権変動原因については登記対抗要件主義をとらず、94条2項の類推適用法理で対応すべきであるというのである。⁽¹⁸⁾ このような見解は、加藤教授によって以前から説かれていたものであるが、⁽¹⁹⁾ 改正案の説明によれば、登記を要する物権変動についてこのような制限説に立ち戻るべきであるという点で、民法改正研究会参加者の意見が一致したとされているので、現在少なからぬ民法研究者が、立法論として、このような見解を支持しているということになる。これに従えば、取消、解除、時効、相続などの物権変動原因については、177条ではなく94条2項の類推適用によって、物権変動当事者と第三者との利益が調整されることになる。⁽²⁰⁾

18) 松岡久和「物権変動法制のあり方」ジュリスト1362号45頁以下(2008年)、加藤雅信『『日本民法改正試案』の基本枠組』ジュリスト1362号16頁(2008年)、同・民法改正研究会『民法改正と世界の民法典』(信山社 2009年)26頁等。なお、この研究会案の不動産物権変動に関する部分については、多田・前掲注(14)「不動産物権変動法制改正の方向性」参照。

19) 加藤雅信『新民法体系Ⅱ 物権法〈第2版〉』125項以下(有斐閣 2005年)。

20) もっとも、同試案についての松岡教授の説明の中では、時効については特に言及されておらず、また、相続については、研究会としての明確な方針は固まっていないとされている。松岡・前掲注(18)46頁。

五 信頼保護構成の可能性——消極的公信説に即して——

判例・学説の状況を展望してみても、「対抗」の法律構成について、われわれは現在次のような課題に直面しているように思われる。そのひとつは、「対抗」と信頼保護との関係について明らかにすることである。両者が根底において結びついていることは異論のないところであるとしても、その結び付きを法律構成レベルに浮上させるべきなのか否かを、再度見直してみる必要があるであろう。もう一つは、94条2項の類推適用という方法をどのように受け止めるべきかである。以下、第一の点から検討を進めることにする。検討の仕方として、便宜上、私見の消極的公信説の論拠に即して論じることを予めお断りしておく。

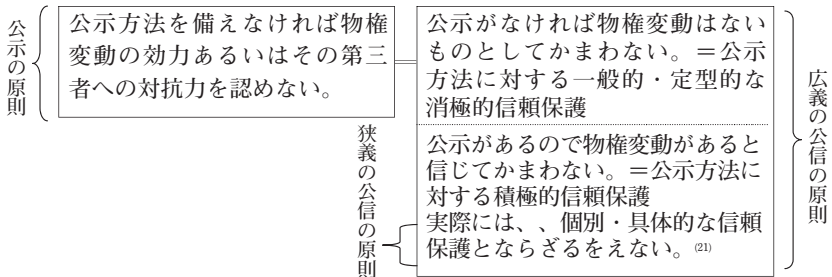
1 公示と公信

公示の原則は、民法177も含めて、直接的には、公示をしなければ物権者あるいは物権変動の当事者が不利益を被るという形をとるが、それを通じて実現されるべきは、物権関係については公示に依拠して行動することができるという、法律生活における安全・安心である。公示という外観を手がかりに物権関係がどうなっているのかを認識し、それを前提に法律生活を送ることができるということである。すなわち、この原則は、形の上では不利益負荷であるが、実質は、上記のような意味での信頼保護の作用を担う原則である。その意味で、公示の原則は、広い意味の公信の原則にほかならない（下図参照）。

【公示と公信の関係】

〈権利者の側から〉

〈取引の相手方・第三者の側から〉



もつとも、わが国では、「公信」というとドイツ法の公信制度（öffentliche Glaubeドイツ民法典892条、932条）を觀念して、それとは異なるということから、公示と公信とのこのような結びつきが軽視されることが多い。たしかに、ドイツ法で登記の公信力として説かれているのは積極的信頼保護であり、日本民法の177条や178条とは異なる。しかし、それは、効力要件主義の下では、物権変動が登記を伴わないという意味での実質と外観の不一致は生じないので、信頼保護法理が問題となるのは積極的信頼保護の場面に限られるからである。⁽²²⁾

ドイツ法でも、実質的な法律関係を登記していなかった場合には当該法律関係を「第三者に対抗できない」とするいわゆる消極的公示主義（negatives Publizitätsprinzip）にもとづく規定がある（法人登記簿に関するドイツ民法典68条、夫婦財産制登記簿に関する同1412条1項、商業登記簿に関するドイツ商法典15条など）。わが国では、商業登記簿に関して、消極的公示主義を信頼保護の観点から説明することは一般的でないようであるが、ドイツでは、積極的公示主義（positives Publizitätsprinzip）と合わせて、公信力制度とは異なる、登記を権利外観すなわちレヒツシャイン（Rechtsschein）とする信頼保護の原則にもとづく規定であると一般に説明されている。すなわち、消極的公示主義は、その実際上の作用に即して、「公示内容に即した実質がある」との信頼をストレートに保護するのではなく、公示内容に現れていないので実質もないという主張を退けうるかぎりでは第三者の信頼を保護するものであるとされているのである。⁽²³⁾

21) 理念的には、公示方法があるのでそれに対応する物権変動があるという信頼を一般的に保護することも觀念しうる（公示方法に対する一般的・定型的な積極的信頼保護）。しかし、公示の原則においては、公示をしないという不作為に対するマイナス評価が信頼保護における帰責事由として一般的に想定できるのに対して、公示方法に対する積極的信頼保護の場面では——他人が勝手に登記申請書類を偽造して不実の登記がなされた場合を想定すればわかるように——不実登記の現出と権利者の帰責事由との間に一般的・定型的な結びつきを認めるのは困難な場合が多い。したがって、現実には、公示方法に対する積極的信頼保護は、公示の存否による画一的な判断によるものとはならず、個別具体的に帰責事由・保護事由を判断する通常の信頼保護法理によるものとならざるをえない。

22) この点については、多田・前掲注（14）「形式的整合性と実質的整合性（2）」170頁参照。

ドイツ法的な消極的公示主義概念をフランス法から継受した177条に当てはめることに対しては、意思主義と対抗要件主義のシステムに効力要件主義下の法概念はそぐわないという批判があるが、⁽²⁴⁾ ドイツの消極的公示主義は、効力要件主義をとる不動産登記に関して説かれているわけではなく、商業登記簿などの対抗要件主義をとっている規定について説かれており、公簿あるいは公示方法に対する信頼保護には積極と消極の二つの態様があるものとされている。公示の原則とそのようなタイプと信頼保護とが結びつきうることは、意思主義か効力要件主義かとは関係なく、共通に認めうるのである。

2 「対抗することができない」という規定形式

先に述べたように、伝統的な通説は、177条が、信頼保護ではなく「対抗することができない」という、登記を怠った怠慢を咎めるという制裁あるいは不利益負荷の形をとっていることを、信頼保護的構成との不整合の理由のひとつとしている。しかし、「対抗」の規定形式が信頼保護的構成と矛盾しないことは、94条2項や96条3項に示されているとおりである。「対抗」は、特定の者に実質的法律関係を主張できないとすることによって、既存の法律関係の不在を前提とする別異の法律関係を導く規定形式であり、その規定が信頼保護規定かそうでないのかとは関係がない。⁽²⁵⁾

また、不利益負荷と信頼保護とは相容れないものではない。177条は、登記に依拠して取引した第三者の保護と登記を怠った真の権利者への不利益負荷という二面性を備えているのであり、信頼保護法理はその両者を統合

23) 多田・前掲注(14)「形式的整合性と実質的整合性(3)」410頁以下、同・前掲注(14)「分析」117頁以下、140頁以下、同『信頼保護における帰責の理論』(信山社 1996年)236頁以下参照。その後のドイツの文献としては、たとえば、Oliver Fehrenbacher, Registerpublizität und Haftung im Zivilrecht(Nomos 2004)S.149ff.

24) 滝沢・前掲注(11)『物権変動の理論Ⅱ』139頁以下。

25) 対抗規定のメカニズムについては、多田・前掲注(14)「形式的整合性と実質的整合性(1)」22頁以下、同『「対抗する」『対抗要件を備える』ということ』法学セミナー481号58頁以下(1995年)。日本民法典における「対抗」規定の一覧として、七戸克彦『基本講義 物権法Ⅰ』(新世社 2013年)108頁参照。

的に構成しうる。従来わが国では、信託保護に関して、取引の安全重視の理念と結びついてその保護の側面が注目される反面、不利益負荷すなわち帰責——たとえば意思にもとづかないで権利を失うこと——の側面が軽視されてきた。しかし、信託保護法理は不利益負荷の法理でもあって、大陸法、英米法を問わず、信託保護法理の最大の課題とされてきたのは、実質的法律関係に依拠すべき立場にある者の不利益負荷をいかに根拠付けうるのかであった。このような関係に留意すれば、177条の対抗できないという不利益負荷の側面についても、単なる制裁としてではなく、信託保護における帰責として位置づけことができるであろう。⁽²⁶⁾

「対抗することができない」という規定形式が、常に信託保護法理と結びついているわけではない。たとえば、対抗できないものが権利関係ではなく単なる事実である場合には、第三者との関係について信託保護法理を説く必要はないであろう。その点、177条は176条を前提としている。両者を一体として、そのもたらす効果を権利関係とする考え方もある（並列構成）が、これは対抗規定のメカニズムすなわち既存の法律関係を前提としてそれを特定の者には主張できないものとするという取り扱いに抵触してしまう。意思表示のみによって、たとえば所有権はすでに移転しており譲渡人の下にはないということを論理的な前提とせざるをえない。そこでは、実質的法律関係と外観との食い違いという状況を認めざるをえないのである。第三者の権利取得を根拠づけるものとしては、第一譲受人の不法行為という構成もありうるが、それを別とすれば、「法定」か「信託保護」しかないであろう。

26) わが国における帰責軽視の傾向と、ドイツのレヒツシャイン法理の展開については多田・前掲注(23)『帰責の理論』参照。なお、信託保護における帰責については、中舎寛樹『表現法理の帰責構造』(日本評論社 2014年)がある。レヒツシャイン法理の展開過程を展望したその後のドイツの文献として、Wolfgang Selter, Die Entstehung und Entwicklung des Rechtsscheinsprinzips im Deutschen Zivilrecht (Verlag Dr. Kovac 2006)をあげておく。

3 消極的信頼保護

信頼保護構成にとって障害と考えられうるもののひとつは、この場合に認められる信頼保護は、公示がないので物権変動はない、すなわち、「外観がないので実質もない」という、消極的信頼保護だということである。この点で、動産即時取得やドイツ法における登記の公信力のように、「公示があるので権利もある」という信頼を端的に保護する積極的信頼保護の制度とは明らかに異なっている。

公示の原則が消極的信頼保護を含むことについては、わが国でも、舟橋博士、我妻博士などによって早くから指摘されていた。その後も鈴木博士によって177条を構成している実質的要因のひとつとしてそれが指摘されていたことは、先に述べたとおりである（四1）。けれども、それが177条の信頼保護的構成へとつながることはなかった。通説は、二重譲渡の法律構成について信頼保護を持ち出す必要を感じていなかったし、公信力とは異なる信頼保護のタイプをわざわざ認めることはないと考えられていたからであろう。しかし、消極的信頼保護がドイツでは消極的公示主義の形で公示方法に対する信頼保護を担っていることは、すでにみたとおりである。それは公信力とは違う形で、公示方法に対する信頼を保護する作用を認められているのである。

注意すべきなのは、この区別が信頼の主観的内容による区別ではないという点である。たとえば、177条の第三者は、主観的には「登記名義人であるから相手方は所有者だ」（登記があるから権利もある）と信じるのが通常であろうが、この規定によって保護されるのは、「登記が移っていないので権利も移っていない」という信頼である。積極・消極の区別は、主観的にどう信じたかによるものではなく、どのような信頼が保護されるのかという作用によるものなのである。⁽²⁷⁾

27) 多田・前掲注 (14) 「形式的整合性と実質的整合性 (2)」 175 頁以下参照

4 具体的な善意・悪意不問について

信託保護構成にとって重大な障害と考えるのは、第三者の善意・悪意と保護の認否が必ずしも一致しないということであろう。登記していれば、善意の第三者にも対抗できるし、していなければ悪意の第三者にも対抗できない。公示の原則においては、決め手は登記をしたか否かであって、第三者が信じたか否かではない。善意を要件としない善意者保護すなわち信託保護というのはナンセンスではないかということである。

この点について、私見は、登記の有無という客観的事実によって善意・悪意を判定する一般的あるいは抽象的・定型的な信託保護であると説明してきた。信託保護制度には多様なものがあるが、帰責事由については一般的・定型的な取り扱いがなされるのが通常であるのに対して、保護事由については個別具体的に善意あるいは無過失の有無が認定されるのが通常である。⁽²⁸⁾ しかし、公簿に対する信託保護においては、積極・消極を問わず、程度には違いがあるが、保護事由について同じように一般的・定型的な取り扱いがなされるという特徴を認めることができる。ドイツ法の不動産登記の公信制度においても同様である。⁽²⁹⁾ その理由について、私見は、公簿の外観としての規範的性格にあると考えている。すなわち、不動産登記に話をもどせば、登記という外観には、登記すべきである、また、登記に依拠して取引をすべきであるという社会的要請が伴っており、そこから、「登記しなければそれによって生じる取引事故の危険を負担させられてもやむをえない」、「登記の不知はこれを許さず」あるいは「登記の不在は具体的悪意もしくは過失の抗弁を排除する」という、帰責事由と保護事由の一般的・定型的な取り扱いが導かれるということである。⁽³⁰⁾

28) 帰責の定型的取り扱いについて、ドイツの信託保護理論でどのように論じられてきたか、また、わが国ではどのような状況であるのかについては、多田・前掲注(23)『帰責の理論』284頁以下参照。

29) ドイツ法では、公示方法に対する信託保護における信頼が、個々具体的な信頼ではなく、たとえば登記の特別な信頼性にもとづく抽象的な可能性としての信頼として把握されており、客観化され形式化された信託保護あるいは取引保護(ein objektiverter und formalisierter Vertrauens- bzw. Verkehrsschutz)であると一般的に解されていることも参考になるであろう。

消極的公信説が信頼保護構成を説きながらそこから善意要件を導くわけでもないという点については、このような構成を説く実際上の意味があるのかという疑問が提示されている。⁽³¹⁾ また、抽象的・定型的な信頼保護という概念を持ち出すことについて、信頼保護構成の不都合を示すもの、あるいは、「信頼保護法理の自己矛盾」であるとの批判がある。⁽³²⁾ そのような無理をしても信頼保護という構成を説く必要があるのかということであろう。

このような構成の可能性については、上記のように、外観としての登記（人為的な権利外観である公簿）の規範的性格から導かれる、保護事由の定型的取引扱いの徹底したものと解することで、それは肯定できるものとする。177条の中には、(a)信頼の客観的基礎たりうる外観、(b)外観の作出・存続についての帰責性、(c)外観に対する信頼、(d)その効果として、既存の法律関係が破られて信頼内容に即した法律関係の形成が認められる（あるいは、履行利益の賠償請求ができる）ことという、信頼保護制度の枠組は維持されているからである。

このような構成の必要性という点については次のように考えている。第一に、それは、同規定の画一的な取り扱いの緩和・修正の方向を指し示すという解釈論上の積極的意味を持っている。「法定」とするのみでは、その方向は示されない。たとえば、対抗問題を94条2項の類推適用に置き換えようとするのが近時の学説の中で有力な流れとなっているのは、177条がその核心部分に信頼保護法理にもとづくメカニズムを持っていることが認

30) 登記の外観としての規範的性格による定型的処理については、多田・前掲注(14)「形式的整合性と実質的整合性(3)」414頁以下、同・前掲注(14)「消極的信頼保護法理の分析」156頁以下、同・前掲注(23)『帰責の理論』291頁以下で、ドイツ法の状況も合わせて検討されている。なお、多田・前掲注(11)「不動産取引における信頼保護」では、フランス法でも、同様の考え方にもとづいて「対抗」を信頼保護的に構成しようとする動きが強くなっていることに言及している。

31) たとえば、松岡久和<書評>法時63巻2号88頁(1991年)において、研究会でそのような指摘がなされたことが紹介されている。

32) 滝沢・前掲注(11)140頁、153頁、七戸克彦「対抗要件主義に関するポアソナード理論」法研64巻12号272頁(1991年)。

識されているからであろう。第二に、フランス法から継受されたわが国の物権変動規範に、民法典中の体系的な整合性を付与する意味を持つということである。一般的・定型的な信託保護という考え方は、おそらくドイツ法的な発想であって、フランス法的発想からは出てこないであろう。一般的・定型的な信託保護というか「法定」というか、その差は紙一重であって、どちらにも転びうる。前者は、登記の有無による善意・悪意の擬制という梅博士の説明（二参照）とも重なるもので、擬制という概念を持ち出すこと自体、その法律構成の不自然さを示すものかもしれない。しかし、フランスから継受した制度であるからフランス法的な考え方でゆけばよいというわけにもゆかないのであって、ドイツ法的な基本構造のなかでそれを体系整合的に位置付ける必要がある。そのような見地からは、177条はドイツ法の消極的公示主義に対応するものとして、信託保護的な構成をあてはめることができるのではないかということである。

5 177条の適用範囲についての指針

いわゆる登記絶対主義の緩和が現在必要であると考えられる点については、**四2(b)**の末尾で述べたところであるが、信託保護構成は、緩和の内容について、適用範囲の画定に関する次のような指針を提供することになる。

まず、信託保護は、真の権利者側の帰責可能性を基本的な要件としている。したがって、典型的にみて、登記をしなかったことについて帰責可能性が認められないような場合には、登記絶対主義はその正当性の基礎を欠き、修正を迫られる。帰責の内容をどう考えるかについては、ドイツ法を例にとれば、与因主義、過失主義、危険主義という異なった考え方があるが、177条においては、それらとは別に、物権変動に応じた登記をすべき社会的義務があるのにそれを果たさず、真の権利関係とは異なる登記に依拠した取引が行われる危険を作り出したという点に求めるべきであろう。⁽³³⁾したがって、登記しなかったことについてそのような帰責事由が認められ

33) 多田・前掲注 (14)「公示方法に対する消極的信託保護法理の分析」137頁以下。信託保護における帰責理論の総合的研究としては、多田・前掲注 (23)『帰責の理論』参照。

ない場合には、177条は適用すべきではない。この帰責事由の有無は、公示方法に対する信頼保護の特性に照らして、定型的に判断される（いかなるケースについても登記の有無のみによって決まるという登記絶対主義が緩和される）。すなわち、典型的にみて登記をしなかったことがそのような義務違反とは判断できないような場合が適用範囲から外されるということになる。時効による所有権取得や共同相続の場合がそれに該当するであろう（改めて後述する）。

また、信頼保護は、保護される側が、真の権利関係とは異なる外観に依拠すべき立場にあることを前提としている。177条についていえば、第三者は、既存の法律関係である物権変動の不在に依拠する法的立場にある者だということである。この点は、従来、「対抗」関係として取り上げられており、「食うか食われるかの関係」などと表現されてきたが、信頼保護法理からも、対抗関係にある第三者でなければならないということが根拠づけられる。このような見地からは、たとえば、新地主による借地人に対する賃料請求の可否は、本来、177条の適用範囲外の問題であるということが導かれるであろう。さらに、第三者の善意要件も、一般的・定型的な信頼保護という画一的な取り扱いが緩和されて原則的な信頼保護に接近すべきであるという文脈で根拠づけることになる。この適用範囲の問題は、近年では94条2項類推適用との関係を考慮に入れざるをえないので、次の六2において再び取り上げることにしたい。

六 内部化か外部化か

対抗と信頼保護の関係をめぐる今日的課題のひとつは、177条自体を信頼保護規範として構成し、解釈適用にそれを生かす方向に進むのか（内部化）、それとも、物権変動原因によって177条の適否を分け、適用しない物権変動については94条2項等の信頼保護規定を当てはめるべきか（外部化）ということである。公信力説等は内部化構成であり、これに対して、取消しや解除、取得時効、遺産分割等の物権変動原因について94条2項の類推適用によるべきことが以前から有力に説かれており、また、近時では

意思表示による物権変動以外に広く94条2項を類推適用すべきことが提案されている（四2(2)）。

1 立法者意思との関係

外部化の根拠として、立法者意思が説かれることがある。たとえば、先に取り上げた「民法改正研究会」の改正案の説明の中では、177条は176条を受けて意思表示による物権変動について定めたものであるが、その後の判例によって他の物権変動原因にまで拡張されたということが、意思表示以外の物権変動原因については177条を適用しないとする理由のひとつとされている。しかし、起草委員の立法過程における説明やその後の著作をみるかぎり、物権変動原因については無制限の立場をとる旨が明言されており、むしろ、立法者は意識的に無制限説すなわち登記絶対主義をとっていたと受け取るべきであろう。その点よりすれば、外部化の根拠として立法者意思をあげることはできないのではないと思われる。むしろ、先に紹介した富井委員や梅委員の見解からは、177条自体が、その体裁とは異なり本来は信託保護を旨とする規定であると考えられていたことが窺えるのであり、立法者意思は内包化と親和性を持つものであったと解するべきであろう。⁽³⁴⁾

2 94条2項の類推適用

登記絶対主義は、周知のように、その後の判例・学説によって修正されざるをえなかった。民法典があえて登記絶対主義を採用したのは、日本社会に早急に不動産登記制度を浸透定着させ、登記を軸にした不動産取引秩序を形成すべきだという当時の強い法政策的ベクトルが働いたものと推測されるが、その後、そのような目的がある程度達成されるとともに、登記制度の理想が実際には実現困難であるという状況の下で、私人間の正義衡平に適った取り扱いを実現するために、判例・学説は、画一的取り扱いを修正せざるをえなかったのである。その方法として、信義則や権利濫用禁止法理、公序良俗などの一般条項が活用されたのは当然であるが、学説の中

34) この点については、多田・前掲注(14)「不動産物権変動法制改正の方向性(2)」西南学院大学法学論集44巻2号6頁以下(2011年)。

には、そのような微調整を超えて、対抗的処理の中に登記をしなかったことについての具体的な事情への配慮を含ませたり（いわゆる対抗問題徹底説）、具体的事情を拾い上げる法律構成として94条2項に注目し、物権変動原因によっては177条ではなく94条2項による処理を提案してきた。³⁵⁾

なぜ、対抗問題に関して94条2項が注目されてきたのであろうか。それは、94条2項が、物権が移ったにもかかわらず登記名義をそのままにしておいたという真の権利者側の事情と、第三者がその登記を信じて取引をしたという事情の双方を拾い上げるに適した構造を持っているからであろう。177条の内容が実質的に94条2項と重なり合う部分が多いということであり、この点は、米倉教授が早くから指摘されていたところである。公信力説が、その価値判断に関しては魅力的であるが解釈論としては大きな無理があるとすれば、その問題点を避けつつ同様の価値判断を生かせる構成として、94条2項類推適用法理の展開を背景に、対抗問題への94条2項の類推適用が多く支持を集めてきたのは、むしろ、当然の経緯であったといえるであろう。

ただ、ここに類推適用法理を当てはめ、その一環として位置付けることには慎重でなければならない。94条2項の類推適用法理は、不動産登記に公信力のないことを事実上補う、積極的信頼保護の法理として展開されてきた。しかし、積極・消極というのは信頼保護の作用の違いであるから、要件に関しては、この区別は決定的な意味を持ち得ない。特に、94条2項の類推適用法理が、外観への意思的関与と相手方の善意あるいは善意無過失があれば相手方の信頼を保護するというに近い広い内容となっている今日ではそうである。したがって、この法理は対抗問題にも適用できることになるが、その結果、この法理は、積極・消極の両方を通じる登記に対する信頼保護の法原則となり、それは、94条2項の類推適用法理という信頼保護の一般規範の一適用領域ということになるであろう。しかし、94条2

35) 画一的取り扱いの緩和の仕方について現在様々な考え方が提示とれていることについては、多田・前掲注(14)「不動産物権変動法制改正の方向性について(2)」13頁以下参照。

項の類推適用法理がその適用範囲を拡大し、信託保護の一般規範化することに対しては、私は消極的な受け止め方をしており、⁽³⁶⁾ 177条における信託保護的要素の外部化を類推適用法理の拡張として位置付けるべきではないと考えている。

3 信託保護的構成の内容と177条の適用範囲

(1) 信託保護的構成の内容

消極的公信説は、177条を信託保護規範として構成するのであるから、内包構成ということになる。その内容については、大筋において以下のようになるであろう。

公信力説が、「善意取得」という構成からただちに善意無過失要件を導くのに対して、消極的公信説は、画一的取り扱いの緩和によって、177条が一般的・定型的に認定していた第三者の善意が個別具体的に判定されるようになるという文脈で、善意要件の必要性および悪意者排除を導く。この場合の善意・悪意の意味は、すでに所有権が移転しているなど、物権変動の事実の不知・知を意味する。先行する契約の存在の知・不知と把握する余地もあるが、176条を前提とした「対抗」であるから、物権関係レベルの問題として考えるべきであろう。もっとも、債権段階にとどまっている先行する取引を知りながらそれを覆すという認識の下に取引を行った場合に、信義則によって後行の取引にもとづく主張を否定しうる場合もあることは当然である。

無過失については、公示主義の価値判断、すなわち、登記をしなかったという事実が社会的義務に反するものとされ、登記を信じたことは正当な理由があるとされるといふ、外観としての登記の規範的性格と結びついた価値判断よりして、無過失は不要とすべきであろう。ただ、わが国では現地検分が行われるのが通常であるという事情を考慮すると、少し注意をはらえば真の権利関係が認識でき取引事故を防げたのにそのような注意

36) 多田前掲注 (14)「改正の方向性について」26頁以下参照。

を怠ったという重過失が認められる場合には、177条の第三者から排除すべきものとする。

第三者の客観的要件としては、**五五**で述べたように、第三者は、真の権利関係の不在（当該物権変動がないこと）に依拠する立場にあることが必要であり、そのような立場にない第三者については177条は適用されない。この要件は、「対抗」のメカニズムからも導かれるが、信頼保護構成によってもそれを根拠づけることができる。判例・学説の中には、そのような関係にない者、たとえば土地の新所有者が賃料請求をする場合の賃借人との関係についても、同規定を適用するものがあり、権利保護資格要件としての登記という概念が説かれることもある。これは、177条の適用ではなく借用にすぎず、便宜に照らしてそれが容認されるということにすぎない。

(2) 177条の適用範囲について

信頼保護的構成からは、登記がなければ対抗できないとされる物権変動の範囲についても、一定の判断基準が導かれる。それは、帰責事由が認められないものは除外されるということである。そして、この帰責事由は、信頼保護制度の中ではその有無が定型的に判断されるのが通常であり、公示の原則においてもそれは維持されるべきである。したがって、典型的にみて、登記をしなかったことに帰責事由が認められないような物権変動原因は、適用範囲から除外すべきことになる。

この区別は、結局、意思表示による物権変動とそれ以外ということになるであろう。登記をしなければ対抗できない物権変動の範囲という問題は、実質的には、物権変動当事者の帰責に関わるものである。登記をしなかったならば「対抗できない」という不利益を課されるのは、不登記の事実の中にそれを正当化すべき帰責根拠があるものとされるからである。自らの意思にもとづいて物権変動を生じさせた場合には、公示制度の作用を維持し第三者の誤信にもとづく取引の危険を避けるために、登記内容をそれに合わせるべきことをその者に期待できるのであるから、登記をしなかった場合には定型的に帰責性ありとして「対抗できない」という不利益

を課されてもやむをえない。信託保護における帰責の原理という観点からは、危険主義(Risikoprinzip)によるか、あるいは、登記の外観としての規範的性質に対応する社会的義務違反の考え方によって根拠づけられることになるであろう。⁽³⁷⁾ そのような状況が認められるか否かについて、意思表示による物権変動とそれ以外の原因との間には顕著な違いがある。

具体的には、売買、贈与、交換などの契約による物権変動がこれに含まれることは特に問題がない。取消しや解除による物権変動はこれに含まれず、それらについては94条2項の類推適用によるという有力な見解があるが、⁽³⁸⁾ それらも意思表示による物権変動であることには変わりはなく、登記しなかったということについては、上に述べたような帰責の状況が認められるのであるから、信託保護構成を前提として、売買等と同じく177条を適用すべきではないであろうか。また、遺産分割による物権変動は、意思表示による物権変動ではないが、意思にもとづくという点では共通しており、登記をしなかったことについての帰責性についても意思表示の場合と同じ状況を認めることができるのであるから、これに準じるものとして、177条を適用すべきものと考ええる。

これに対して、取得時効による物権変動や、相続による物権変動については、そのような帰責事由が欠けているのが通常であろう。したがってそれらについては177条の適用を否定して、それ以外の制度を用いて解決が図られることになる。結果としては、94条2項の類推適用が多いであろうが、事案に応じて93条や96条3項、表見代理規定などの適用あるいは類推適用も考えられる。

七 おわりに

公示の原則は、公示方法を備えたか否かによる画一的な取り扱いを特徴としている。それは、公示制度の本質に関わる基本的な特徴であろう。た

37) 信託保護の帰責の原理としての危険主義については、多田前掲注(23)『帰責の理論』149頁以下。

38) 社会的義務としての登記義務という考え方については、多田前掲注(23)『帰責の理論』299頁以下。

だ、画一的な取り扱いには、第三者の善意・悪意を考慮するか、公示方法を備えなかった事情を考慮するかという点など、それをどの程度まで認めるかについては、法政策的な判断の幅がある。民法177条は、第三者についても、また、物権変動原因についても、その範囲を一切制限しないという、徹底した画一的取り扱いを採用した。しかし、それは、不動産登記の実状と私人間の具体的な正義衡平の要請の前で、修正を余儀なくされてきた。そして、それに伴って、規定形式という表層部分には示されていない基層部分が解釈の場で留意されざるをえなくなってきたということが出来るであろう。その核心部分をなしているのは、信賴保護の要素であり、これは、公示と公信（広義）との裏表の関係に由来する、公示の原則にとって本質的な要素である。

本稿は、そのような認識を踏まえて、信賴保護の要素をどのような形で解釈論に拾い上げるべきかについて考察を試みた。手がかりとなる視座としては、信賴保護の要素を177条の法的構成まで浮かび上げさせるべきか否かについて再検討することと、物権変動原因に応じて信賴保護的要素を177条の外に出して、たとえば94条2項の類推適用によって対応するという方法をとるべきか否かの二つを設定した。

第一の点については、私見は消極的公信説であって、信賴保護的構成に積極的である。いくつかの論点が検討の対象となるが、「対抗することができない」とされることで生じる権利変動を、私法上の諸原理に照らしていかに体系整合的に根拠づけるかということが解釈論にとってのひとつの課題であるという私の問題関心からして、「法定」とするにとどまらず、このような分析が必要であり、また、可能であると考え。そのような問題関心にあまり意味を認めず、法規定に即してそれを「法定」と位置付けることはもちろん可能であり、信賴保護的な構成からみても、その違いはいわば「紙一重」にすぎないであろう。ただ、画一的な取り扱いを緩和・修正する方向付けをする際に、177条が信賴保護の規定と解しうること（ドイツ法の消極的公示主義の位置付けに対応）がその手がかりとなるという点で、実際上の意味を持ちうるのではないかと考える。

第二の点については、私見は二段構えの構成をとる。すなわち、まず、177条自体について、信託保護的要素を組み込んで解釈・運用すべきである。しかし、典型的にみて帰責事由の観点からそれに当てはまらない場合は、適用範囲から外し、民法上の別の制度を適用して処理すべきである。具体的には、177条は意思表示による物権変動にかぎって適用するものとする。取消や解除による物権変動もこれに含むべきであり、遺産分割もそれに準じて考えればよい。これに対して、取得時効や相続による物権変動はそれから除外すべきであろう。このような取り扱いは、第一の点も含めて、最終的には民法典の改正によって明らかにすべきであるが、現行法の下でも、解釈によって同様の取扱をすべきであろう。