

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 (三・完)

多田 利隆

- 一 はじめに
- 二 不動産物権変動法制改正の必要性
 - 1 規定内容の明確化
 - 2 改正のむずかしさ
- 三 対抗要件主義から効力要件主義への転換について
 - 1 研究会副案の考え方
 - 2 問題点の指摘
 - (1) コストとしての「社会的混乱」
 - (2) 意思自治の理念の後退
 - 3 適用範囲の問題はどうなるのか
 - 4 小括 効力要件主義に転換すべきか 以上 43巻3・4号
- 四 適用範囲についての考え方
 - 1 登記がなければ対抗できない物権変動
 - (1) 法律行為による物権変動への限定
 - (2) 限定の理由
 - (3) 立法者意思について
 - (4) 不動産登記に公信力のないことと無制限説との関係について
 - (5) 法律行為による物権変動に適用範囲を限定する点について
 - (6) 法律行為以外の物権変動原因の取り扱い 以上 44巻2号

2 登記がなければ対抗できない「第三者」の範囲

- (1) 研究会案の内容
- (2) 「法律上の利害を有する第三者」について - 第三者の客観的資格 -
- (3) 背信的悪意者排除と悪意者排除

五 不動産登記に対する積極的信頼保護の取り扱い

- 1 研究会案の内容
- 2 帰責事由の取り扱い
- 3 94条2項を原型とする「外観法理」と登記の公信力
 - (1) 「外観法理」提案の意味
 - (2) 登記の公信力との関係

六 おわりに

以上 本号

四 適用範囲についての考え方

2 登記がなければ対抗できない「第三者」の範囲

(1) 研究会案の内容

研究会案(正案)は、法律行為による不動産に関する物権の設定及び移転については、登記をしなければ、法律上の利害を有する第三者に対抗することができないことを原則とし(112条)、例外的に、そのような第三者であっても一定の場合には登記の欠如を主張することができないものとしている(115条)。具体的には、第三者が以下に該当する場合である。

- 「一 契約の締結等、物権変動原因の発生について当事者の代理人又は仲介人として関与した者
- 二 登記の申請、引渡し又は明認方法の具備を当事者に代わって行うべき者。ただし、これらの対抗要件の原因である法律行為が自己の対抗要件の原因である法律行為の後に生じたときは、この限りでない。
- 三 詐欺若しくは強迫又はこれに準じる行為により登記の申請、引渡し又は明認方法の具備を妨げた者
- 四 競合する権利取得者を害することを知りながら権利を取得した者その他権利取得の様態が信義則に反する者」⁽⁵⁴⁾

この第2号に示されているように、案115条は、不動産にかぎらず、動産や立木および未分離果実を含めて、對抗要件主義の妥当する物権変動に共通の「第三者」について定めた規定であるが、以下では不動産物権変動に対象を絞って検討を進めることにしよう。

まず、現行法との大きな違いは、民法177条では特に第三者の範囲について言及されていないのに対して、研究会案では、第三者から除外される場合が示されている点である。「民法の規範内容の一覧性」という改正の基本方針に沿ったものであり、「第三者」の内容を条文から一般国民が読みとりやすくするものである点において、積極的に評価したい。

問題は、第三者の範囲をどこまで、どのような形で限定すべきかである。すでに述べたように、民法典の起草者たちは、登記對抗要件主義が主に第三者の取引の安全保護のための制度であることを認識しながら、あえて、物権変動原因についても第三者についても特に限定を付することなく、全面的に登記の有無のみによって決着をつけるという登記絶対主義の立場を選択した。もっとも、第三者の範囲については、当初から、無権利者等は例外として除外すべきものとされていた。そして、その後の判例・学説は、次第に、その例外の幅を拡げ、「登記の欠缺を主張する正当の利益を有する者」とか「背信的悪意者排除の法理」のように第三者の範囲を画すべき一定の基準が提示されるにいたる。そして、近年の学説の中では、背信的悪意者にとどまらず単純悪意者を排除すべきことが有力に唱えられており、判例においても、悪意（何を知っていたのか）の内容いかんによっては、悪意であることを以て背信的悪意者と認めうるとして、実質的に悪意者排除に近い取り扱いをするものも現れている。このような状況の中で、研究会案はどのような立場を選択しているのだろうか。

第三者の範囲に関して、上記の112条と115条から導かれるのは、第一に、客観的資格として「法律上の利害を有する」第三者でなければならないということであり、第二に、115条の列挙する者に該当しない者でなければならないということである。説明では、115条は「第三者の主観的態様」に関する規定

(54) 民法改正研究会・前掲注(3)140頁以下。

として位置づけられており、その中で列挙されているのは、従来判例によって背信的悪意者とされてきた者とほぼ一致するが、すべて一致しているわけではない。また、先に見たように、研究会案では、登記対抗要件主義の適用範囲は法律行為による物権変動に限るものとされており(111条、112条)、法律行為以外の物権変動については、第三者との利益調節は登記対抗要件主義によるのではなく、94条2項の類推適用法理によって処理すべきものとされている(四1(1)(2)参照)。したがって、その場合に保護される第三者は、善意者もしくは善意無過失者に限られることになる(このような二分法をどのように評価すべきかについては四1(6)で論じたところである)。なお、効力要件主義をとる【副案】においても、上記の第三点については【正案】と共通である。⁽⁵⁵⁾

(2) 「法律上の利害を有する第三者」について - 第三者の客観的資格 - 研究会案の立場

案112条の規定する「法律上の利害を有する」という要件について、松岡教授は、この部分は判例の準則にしたがったものであり、「登記の欠缺を主張する正当の利益」を少しやさしい表現で置き換える趣旨であると説明されている。⁽⁵⁶⁾判例の掲げる「登記の欠缺を主張する正当の利益」は、文言としては、

(55) 【副案】においても、登記効力要件主義は法律行為にもとづく物権変動についてのみに適用されるとされている(副案111条1項) その場合、対抗問題は生じないことになるので、対抗できないのは「法律上の利害を有する第三者」であるという限定も付されていない。また、登記の不存在を主張できない者としては、不動産登記法5条に規定されている二つの類型のみが掲げられている(副案111条2項、3項) これは、未登記の買主は物権を取得していないのであるから、だれもが登記の不在ゆえの物権変動の不在を主張できるのであり、第三者がそれを主張できないとされるのは、それを認めるべき特別の事情がある例外的な場合に限られるというという、効力要件主義から必然的に導かれる帰結ということになるであろう(民法改正研究会起草・前掲注(1)『日本民法改正試案』100頁、松岡・前掲注(4)49頁参照) もっとも、効力要件主義の下でも登記による画一的・定型的な取り扱いの緩和が必要になる事態は不可避であろうから、実際には、第三者側の事情(法律上の利害があるか否か、信義則違反の事情がないか否か等)と不動産物権変動当事者側の事情(登記を得てはいないが物権取得者と同様な保護が必要と考えられるのではないかなど)を考慮して例外的な取り扱いをすべき場合が生じてくるのではないかと思われる。

(56) 松岡・前掲注(4)46頁以下。

主観的要因をも含みうるが、背信的悪意者排除法理が唱えられるまでは、客観的な資格要件の意味で用いられてきた。研究会案は、それに沿って、第三者の地位が法的に正当な根拠を有しており不法行為者や不法占拠者ではないということによりわかりやすく示す表現として、「法律上の利害を有する」と言い換えたということである。学説の中では、177条の趣旨や「対抗」規定の特質に照らして、第三者の客観的資格についてより限定的に解する見解が複数の民法学者によって有力に説かれてきた（対抗問題説）。研究会でもそれに沿った規定案も提案されたが、結局採用されなかったということである。⁽⁵⁷⁾また、検討の過程では、第三者の具体的類型を列挙する提案も平行して検討されたが、列挙型では漏れるものが出たり規定内容が分かりにくくなるのではないかという点や、その例示列挙案の最後に掲げられた「その他同一不動産に関して法律上正当な客観的利害関係を有する者」を本文に取り込めばわれわざわざ書かなくてもよいのではないかという反対があって、採用されなかったということである。⁽⁵⁸⁾

従来の判例・学説との関係

判例の「登記の欠缺を主張する正当の利益」の内容は必ずしも確定しているわけではない。しかし、そこでは、第三者の法的地位に関して、正当な法的根拠を有していること（不法占拠者や無権利者ではないこと）のみが考慮されてきたわけではないことに留意する必要がある。たとえば、制限説への転換を示すリーディングケースとされている明治41年12月15日の大審院連合部判決（民録14輯1276頁）では、「不動産二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」の内容として次の三つの要因が取り上げられ

- (57) 対抗問題限定説以外の説も多数あり、不法行為者や不法占拠者を除外することを明示するのが適当であるとの意見が多数を占めたため結局は採用されなかったということである。松岡・前掲注(4)46頁以下。
- (58) 松岡・前掲注(4)47頁参照。なお、「その他同一不動産に関して法律上正当な客観的利害関係を有する者」が、次に取り上げる判例の内容(i)の要素にとどまるのか、(ii)や(iii)の要素を含むのか文言からは明らかではないが、検討の過程でそのような議論があったということは紹介されていないので、おそらく、その違いは規定の体裁の点にとどまり、(i)をこのように言い換える趣旨であろう。

ている。(i)「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」であること。これは、第三者の地位が正当な法的根拠を有していることを意味している。(ii)「不動産ニ関スル物権ノ得喪及ヒ変更ニ付テ利害關係」を持っていること。この利害關係とは、対抗という形での利害相反する關係にあることを意味している。(iii)「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」する利害關係を有すること。「本条制定ノ理由」というのは、「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ヲ知悉シ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」であることを意味している。すなわち、登記の記載に依拠して取引を行うべき立場にあった第三者でなければならないということである。⁽⁵⁹⁾このように、判例は早い段階から、対抗關係にあるか否かや、登記の内容を信じて取引をする立場にあったか否かについても、「正当の利益」の判断要素として考慮していたのである。

第三者の範圍に関する対抗問題説は、上記の(ii)に沿って 論者によっては第三の要素も含めて、177条における「第三者」の内容を明らかにしようとするものであるといえるであろう。また、学説では、判例と同様に広く包括的な基準を掲げておいて、問題場面に依じて具体的事情を考慮して柔軟に対応しようとするのが伝統的な通説であり、たとえば、その代表的なものとして、「当該不動産に関して有効な取引關係に立てる第三者」とする見解がある。⁽⁶⁰⁾この中では、「有効な」という文言によって上記の(i)の要素が拾い上げられて

(59) 判決文の該当部分を抜き出して以下に引用する。「加之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ヲ知悉シ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發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關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關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稱スト論定スルヲ得ヘシ」。

いるが、さらに、「取引関係」を入れることによって、上記(iii)の要素にも目配りがされている。

このような判例・学説の状況に鑑みると、第三者の客観的資格について上記(i)の要素のみを掲げるにとどまっている研究会案は、広く包括的な基準を掲げるにとどめるという基本的立場に立脚したうえで、最低限度の外延設定を付加する方針を選択しているといつてよいであろう。

研究会案をどう受け止めるべきか

立法論としてどのような規定を置くべきかという問題と、解釈論としてどのように規定を運用すべきかの問題は別である。したがって、規定では「法律上の利害」のみを掲げながら、解釈の段階でその他の要素を考慮することは可能である。たとえば、94条2項や96条3項は、第三者の客観的範囲については特に限定していないが、通説・判例は、これらの規定が意思表示の有効性を信じて取引をした第三者を保護する趣旨であることから、この第三者は「当該法律行為の有効であることを前提として新たに法律関係を結んだ者」に限られるものと解している。ただ、177条に関しては次のような特殊な事情がある。すなわち、起草者たちは、この規定の趣旨が第三者の取引の安全を図るところにあることを認識しつつも、登記制度の公益性に照らして、登記の有無によって画一的に取り扱うという方針を選択したということである。対抗のメカニズムを用いた不動産登記に対する信頼保護という要素と、いわゆる登記絶対主義とが結びついた、いわば複合的な性格が177条の特徴であり、そのことが、第三者の範囲の線引きを困難なものとし、様々な議論を惹起してきたといつてもよいであろう。

177条のそのような複合的な性格に関しては、判例・学説によって次第に画一的取り扱いが緩和されて根底にある信頼保護の要素が顕在化してきたことは、すでに述べたところである。そのような状況に鑑みて、改正によってそれを明

(60) 我妻栄=有泉亨『新訂 物権法(民法講義)』154頁(1983年 岩波書店、広中俊雄『物権法』87頁(1983年 青林書院)、川井健「対抗力の内容」『不動産登記講座1』178頁以下等。

確にすることができれば、大きな意義を認めうるであろう。しかし、登記の有無による画一的な取り扱いをどこまで緩和すべきかという実際上の問題に関してのみならず、177条に含まれている信頼保護的要素を法律構成に反映させるべきか、あるいは、それを規定の本質的な要素として認めるべきか否かに関しても、見解が分かれており、特定の立場を選択することについてコンセンサスを得るには大きな困難が伴うと予想される。したがって、現状では、規定内容としては研究会案のように最低限度の外延設定にとどめざるをえないのではあるまいか。

なお、「法律上の利害を有する」という文言について付言しておきたい。この要件が、その法的地位について正当な法的根拠を有するという意味で用いられていることは、この文言のみからは十分に示されていない。特に、一般国民の立場からは、それによってどのような場合が除外されるのかを読み取るのは困難であろう。たとえば、不法行為者や不法占拠者であっても、所有権にもとづく明渡請求という法的問題に巻き込まれる以上は、当該物権変動に対して法律上の利害を有しているといわざるを得ない。「法律上の利害」が認められるためには、当然に、その法的地位について正当な法的根拠を有していなければならぬという関係にはないのである。文言の点で、工夫が必要であると思われる。⁽⁶¹⁾

消極的公示主義説の立場から

私見である消極的公示主義説の立場では第三者の客観的資格についてどのように考えることになるのかについて言及しておきたい。

消極的公示主義説は、登記絶対主義の下で切断されたかに見える177条と登記に対する信頼保護との関係を再認識し、登記という外観の特質を反映した抽象的・一般的な信頼保護として「対抗」を法律構成しようとする見解である。

(61) 滝沢前掲注(17)12頁は、「法律上の利害がない第三者が法的紛争に登場することはないのであるから、第三者のこの定義はほとんど無制限説である。対抗要件主義をどのような制度として把握するのか、基本的な理論の確認が必要のように思われる」と指摘されている。

信頼保護構成という点では、従来の公信力説や94条2項類推適用説と共通であるが、その信頼保護の内容（作用）は消極的信頼保護であって登記の公信力（登記に対する積極的信頼保護）とは異なるとする点、及び、具体的な保護事由、帰責事由を問わないという取り扱いも信頼保護制度の一態様と考える点においてそれらとは異なっている。消極的信頼保護については、古くから公示の原則をそのような観点から説明することが行われており、また、177条にそのような要素が含まれていることについても折に触れて指摘されてきた。しかし、それを117条の「対抗」の法律構成に反映することや、具体的な解釈の場で正面からその要素を取り上げることは従来はなされておらず、むしろ、そのような要素を掘り起こす必要はないと解するのが支配的な見解であったように思われる。しかし、公示制度の根幹をなし起草者たちによっても説かれていた第三者の信頼保護と、登記の先後による決着という取り扱いとを異質なものとして両者のつながりを法律構成上無視してよいのだろうか。その間をつなぐ法律構成が可能であり必要ではないかというのが、この見解の出発点である。⁽⁶²⁾

このような考え方をとるならば、登記の有無による画一的な取り扱いには、第三者の客観的資格の点について自ずから一定の制限が導かれることになる。そのひとつは、「対抗」のメカニズムから導かれる制限である。すなわち、「対抗することができない」というのは、既存の法律関係を特定の者には主張できず、その者がそれを拒んだならば当該法律関係の不在を前提とする別の法律関係があったものとして取り扱うということであるから、177条の第三者は、当該物権変動の不在に依拠すべき法的立場にある者でなければならない。二重譲渡を例にとれば、第一譲受人も第二譲受人も、相互に他方の物権変動の不在を前提に自己の法的地位が認められるという関係にある。これに対して、不法占拠者や勝手に自己名義の登記をした無権利者等は、当該物権変動があろうとなかろうと、明渡請求や損害賠償請求を受けるべき立場にあることに変わりはないので除外されるべきことになる。⁽⁶³⁾

第二の制限は、第三者は、登記がないので物権変動はないと信じて新たな法

(62) 私見の消極的公示主義説については、多田・前掲注(44)に掲げた文献参照。

律関係を結ぶべき立場にあったことを要するという点である。上記第一の点は、従来の対抗問題説が留意してきた要素とほぼ一致するものであるが、この第二の点は、177条における信頼保護という本質的要素は登記絶対主義によっても排除しきれないのではないかという発想から導かれるものである。そして、この制限を導入すると、従来の通説的理解とは合致しない場面が出てくる。具体的には、二重譲渡における第二譲受人がこれに該当することや、不法占拠者等はこれを満たさないことは、この観点からも根拠づけられるが、二重譲渡における第一譲受人は第三者性を満たさないことになる。これは、複数の物権取得者の間で登記の先後によって優劣関係を決するのが177条の内容であると解して二重譲渡をその典型例と位置づけてきた従来の通説的説明からは逸れることになるであろう。また、法律行為による取引の安全保護に限定するならば、時効取得者や相続等による包括承継人は第三者から除外されることになるが、これも従来の通説的理解とは異なるところである。この点はどう考えればよいのであろうか。二重譲渡について、かつて次のような試論を提示したことがある。二重譲渡においては、第一譲受人Bへの物権変動を第二譲受人Cに対抗できるかだけが問題となり、Cへの物権変動をBに対抗できるかは問題とはならない(片面的対抗関係)。そして、BはCに対抗できない以上、CがBへの物権変動を否定したならば、それによってBは無権利者となり、たとえその後Bが登記をしてもCには勝てない(二重譲渡は可能であっても二重帰属は認められない)。177条から導かれるのはそこまでであるということである。⁽⁶⁴⁾したがっ

(63) 賃貸借の目的である土地が譲渡された場合の賃借人についてはどうか。明渡請求については、そのような賃借人は、土地所有権の移転がなければ新地主による明渡請求を受けることはないのであるから、この要件を満たす。これに対して、賃料請求については、賃借人である以上その相手方が従来の賃借人であろうと新賃借人であろうと賃料を支払うべき義務がある点には変わりはない。だれが賃借人であるのかは、信頼関係が重要な意味を持つ賃貸借契約における賃借人にとっては重大な問題であるが、所有権及び賃借人の地位の譲渡の自由が認められている以上、賃借人がそれを阻止したり介入することはできないのであるし、賃借人の上記のような利益(信頼関係を破るような賃借人の変更から保護されるという利益)は、登記の有無によって決するという対抗の法理によって保護されるべきものとは異なっている。賃借人の二重払いの危険に対しては、債権譲渡の対抗要件や準占有者への弁済の問題として処理するのが本筋であろう。

てBとCの利益調節は、C側の信頼保護の要件を通じて図るべきことになる。Cは、自己の意思によって所有権を取得したにもかかわらず登記をしなくてもいつまでもBに優先するというのは、衡平を欠き、公示制度の理念にも反することを考えると、Cの信頼保護の要件として192条における引渡し要件に対応する登記を要すると解すべきであろう（権利資格保護要件としての登記のひとつということになる）。また、第三者の物権取得原因が取得時効や相続の場合には、この要件を満たさないのであるから、177条の「第三者」には相当せず、その後の譲受人の保護は同条以外の信頼保護規定によって図るべきことになるであろう。

（3）背信的悪意者排除と悪意者排除

研究会案の考え方

これまでに見てきたように、研究会案は、登記对抗要件主義が妥当するのは法律行為による不動産に関する物権の設定及び移転であることを前提に、その112条において、第三者の客観的資格については、「法律上の利害を有する」者でなければならないとしている。そして、そのような客観的資格を満たしている第三者であっても登記の欠如を主張することができないとされる例外的な場合を115条で定めている（なお、113条と114条において、それぞれ動産と立木について対抗要件主義が規定されており、115条は不動産のみならずそれらをも含めた規定である）

115条について、松岡教授は、「判例の背信的悪意者排除を基本に置きつつも、第三者から除外される者が場合によっては悪意者に拡大する解釈を取る余地を残す」という途を選択したものであると説明されている。⁽⁶⁵⁾1号から4号までがともに背信的悪意者排除の考え方に沿った内容であることについては特に疑問の余地はないであろう。第1号の「契約の締結等、物権変動原因の発生について当事者の代理人又は仲介人として関与した者」は、判例・学説によって不

(64) 多田・前掲注(44)「消極的公示主義と民法177条の適用範囲」170頁以下。

(65) 松岡・前掲注(4)48頁。また、同47頁以下では、第1号と第4号を併せて「判例の背信的悪意者類型の大部分をカバーする」とされている。

不動産登記法5条2項に準じる者として背信的悪意者の主要な類型のひとつとして認められてきたものである(最判昭和43・11・15民集22 12 2671、最判昭和44・4・25民集23 4 904)。第2号の「登記の申請、引渡し又は明認方法の具備を当事者に代わって行うべき者。ただし、これらの対抗要件の原因である法律行為が自己の対抗要件の原因である法律行為の後に生じたときは、この限りでない。」及び、第3号の「詐欺若しくは強迫又はこれに準じる行為により登記の申請、引渡し又は明認方法の具備を妨げた者」は、それぞれ不動産登記法5条の2項と1項に対応している(もっとも、内容が多少拡張されている)。この二つについては実定法の規定するところであるから判例法理そのものではないが、信義則にもとづく第三者性の否定という点では他のタイプと共通しており、広い意味で背信的悪意者排除法理に含まれるものである。第4号の、「競合する権利取得者を害することを知りながら権利を取得した者その他権利取得の態様が信義則に反する者」も同様である。ただ、1号から3号までは、特定の法的地位にあったことや登記を妨げたことに信義則違反の要因が求められているのに対して、第4号は、自らの権利取得の態様に信義則違反の要因があるという場合である。松岡教授の示唆される「第三者から除外される者が場合によっては悪意者に拡大する解釈を取る余地を残す」というのは、この規定を介してのことであろう。

周知のように、177条の「第三者」の主観的態様については、善意・悪意を問わないことを原則としつつ、「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(最判昭和43・8・2民集22 8 2)という背信的悪意者排除の法理が、判例によって形成されて通説もそれを支持してきた。もっとも、近年では、この法理の独自性に疑問を呈する見解も有力であり、また、単純悪意者も排除すべきことが学説によって有力に説かれるなど、状況は流動的である。研究会案は、一方において、不動産登記法5条を取り込み判例による主要類型を列挙することによって、規定としての一覧性を実現するとともに、

他方において、近年の学説の流れを反映して悪意者排除へと進む道を開こうとするものであるということができよう。

列挙の仕方について

「民法の規範内容の一覧性」という要請に照らして、実質上は登記對抗要件主義規範の一部を構成している不動産登記法⁵条や判例法の主要類型を示すという研究会案の方針は妥当なものであると考える。検討の過程では、背信的悪意者排除の考え方を一般的な形で掲げる案も検討されたようであるが、不動産登記法⁵条を取り込むということになれば、他のタイプとの均衡上、自ずから「列挙型」を選択することになると思われるし、国民から見たわかりやすさという点で、中間概念を掲げるのではなく具体的にその内容を示すのが望ましいであろう。

ただ、この列挙の内容が妥当なものか否かについては疑問がある。そのひとつは、限定列挙になっているという点である。4号内部では例示列挙の形がとられているが、それは、「権利取得の態様が信義則に反する」というタイプのみにて当てはまるものであるから、全体としては4つのタイプに限定されている。そうすると、たとえば、譲受人が譲渡人と近親者であったり法人とその代表者であるなど密接な関係にあり実質上譲渡人と同一の地位にあると認められる場合や、第一譲渡による物権変動を一旦容認してそれを前提として行動していた者であった場合（最判昭和31・4・24民集10 4 417、最判昭和35・3・31民集14 4 66）は、そのどれに分類されるのであろうか。1号から3号には当てはまらないし、前者は第三者の法的地位を問題とするものであり後者は禁反言則違反類似の態度を問題とするものであるから、4号にも当たらない。また、今後さらに新たなタイプが認められる余地もある。したがって、列挙型を採用するとしても、限定列挙ではなく例示列挙としておかなければ、信義則違反の多様な内容には対応できないであろう。「その他登記の不存在を

(66) 列挙型を採用したことに対して、具体的類型を列挙すると、それかに洩れるものが生じ、メリットよりもデメリットのほうが大きいのではないかという指摘をするものとして、石田・前掲注(13)39頁参照。

主張することが信義則に反すると認められる者」等の規定を付け加える必要があるのではあるまいか。⁽⁶⁶⁾

なお、背信的悪意者排除法理の位置づけについて付言しておきたい。研究会案の説明においてもそうであるが、従来から、基本書等でも、第三者の「主観的態様」の問題としてこの法理が取り上げられことが広く行われている。たしかに、第三者の善意・悪意の問題との関連で、原則としてそれは問わないが例外的に悪意者が排除される場合があるとしてこの法理が説かれてきたので、そのような取り上げ方には理由がないわけではない。また、不当な利益を得る目的とか復讐目的については、背信性の内容はまさに主観的態様の問題である。しかし、背信的悪意者とされる多くのタイプにおいては、むしろ、その者の法的地位や物権取得の方法、あるいは、登記の欠如への関わり方等の客観的事情が問題とされている。なるほど、それらの者は悪意であることは認められるが、信義則違反という評価が結びつくのは主観的態様ではなく、上記のような客観的要因である。それらについては、背信的悪意者という概念を介することなく、端的に信義則違反の問題として取り扱うべきであろう。4号についても、主観面の信義則違反が例示されているので、「背信的悪意」という文言が適合しそうであるが、そのような概念を用いなくても、主観的要因を含む取得態様に照らして信義則違反とされる場合として位置づければ足りると思われる。

悪意と信義則違反の関係について

先に述べたように、研究会案は、「第三者から除外される者が場合によっては悪意者に拡大する解釈を取る余地を残すことを意図しており、それは、115条4号を通じて実現することが予定されている。そのような方向が、近年の悪意者排除説の有力化を反映したものであろうこと、また、信義則違反という判断を導くべき主観的要因の有無についてはこの規定を通じて判断されるのであろうことについても、すでに述べたところである。

それでは、その代表的な例として掲げられている、「競合する権利取得者を害することを知りながら権利を取得した者」は、どのように信義則違反と評価されるのであろうか。従来、背信的悪意者と認めるべき主観的要因としては、

もっぱら第一譲受人を害するとか（復讐目的など）不当な利益を得ようとするなど、不正な目的で譲渡人に働きかけて取引を行なったという点が取り上げられてきた（最判昭和43・8・2民集22 8 1571や最判昭和36・4・27民集15 4 901）。しかし、4号では、その種の主観に到らなくても、「競合する権利取得者を害することを知りながら権利を取得した」ならば信義則違反となるという判断が示されている。この中では、いわゆる害意と信義則違反とが結びつけられているのであるが、競合する権利取得者を害することを知っていたということ、競合する権利取得者がいることを知っていたことすなわち悪意とは、どのような関係にあると考えられているのであろうか。

今日の善意・悪意の原型はローマ法のbona fides・mala fidesである。それらは、ローマ社会の成員に期待される誠実性に適しているか否かという道徳的な評価概念であった。財産権の取得という場面においては、たとえば、売主以外に真の権利者がいることを知ったならば買うのをやめるのが誠実な態度であり、知りながらあえて取得行為をやめなかったならば、そのような主観的態様は誠実性に反するがゆえに悪意という評価が下されたのである。そして、そのような悪意者は、自己の行為によって真の権利者を害することを知っていたという点で、違法性の意識があるとされ、使用取得（usucapio）等の保護が受けられないのみならず、真の権利者に対しては不法行為責任を、また、犯罪として刑事責任を負うべきものとされた。悪意者の違法性の意識の内容は、他人の法益の侵害もしくは損害発生の認識・認容にほかならず、それは不法行為の成立要件である故意もしくは害意（dolus）と重なるものだからである。他方、そのような事情を知らないで取得した者は、他人の権利を害することを知らなかったのであるから違法性の意識はなく、取得行為をやめなかったとしても誠実性には反しないとして、善意という評価が与えられ、使用取得等の保護が認められたのである。その後、ローマ社会において取引の安全保護の要請が高まるにつれて、善意要件は、保護されるべき信頼の存在を意味する要件へと重点を移してゆく。そして、それに応じて誠実性という道徳的要素は後退し、悪意は、多くの場合には単に信頼の不在を意味するものへと変化する。そして、それに錯誤法が交錯し、ドイツ普通法学における「善意論」等を経て、今日のよ

うな、善意 = 不知、悪意 = 知という心理的事象としての定式化が定着してゆくのである。他方、bona fidesは、債権法分野を中心に、本来の誠実性という意味を保持しながら、信義則として独自の展開を遂げることになる。⁽⁶⁷⁾

このような【知 悪意 = 害意】というつながりを二重譲渡の場に当てはめれば以下になるであろう。A B間の売買契約によって所有権がBに移転した後、それを知りながらCが同一不動産をAから買い受けた場合には、Cは悪意の第三者ということになる。その悪意たるゆえんは、Cは、自分の購入によってBの所有権が害されることを知りながらあえて買い受けたのであるから、害意と違法性の意識があり、誠実性に反する態度であると評価されるからである。悪意は害意を包含しており、また、誠実性に反するという点で広い意味の信義則違反をも意味している。研究会案115条4項は、「競合する権利取得者を害することを知りながら権利を取得した者その他権利取得の態様が信義則に反する者」としているのであるが、ここでは、【知 悪意 = 害意】というつながりや、【悪意 信義則違反】という関係に照らして、悪意者は第三者から排除されるものとされているとみることができるかもしれない。

一般論としては、そのような害意と悪意あるいは悪意と信義則違反との関係は、今日でも認めることができる。また、そのような関係を再認識することは、今日の解釈論においても一定の意味を持ちうるであろう。⁽⁶⁸⁾ ただ、問題は、悪意の第三者が他人の権利を害することを認識しながら取得したということについて、いかなる場合にそれが違法性の意識及び違法な害意があるものとして、あるいは、信義則違反に相当するものとして評価すべきなのかという点である。そして、その点になると、結局は、二重譲渡は無制限に自由に認められるのか、限定されるとするとどの段階からか、あるいは、不動産の譲受人が未登記段階で得ている権利とはいかなるものなのかという、従来物権変動論において議論

(67) このような善意要件の沿革とそれが今日の解釈論にとってどのような意味を持ちうるかについては、多田利隆「善意要件の二面性 ローマ法のbona fidesに即して (上) (下)」北九大法政論集21巻1号23頁以下(1993年)、同21巻2号49頁以下(1993年)参照。

(68) 多田・前掲注(65)72頁以下参照。また、特に無過失要件の要否との関係について、同「信頼保護における無過失要件の検討 ドイツ民法成立期の論争を手がかりに」民商81巻5号13頁以下(1980年)。

されてきた懸案の問題に帰着せざるを得ない。そして、この点については、研究会案は特に触れていない。「競合する権利取得者を害する」という文言からは、その権利が債権でもよいのか物権であることを要するのか、債権段階でも契約の「熟度」によって取り扱いが異なるのか、あるいは、より具体的に居住や営業のための利用あるいは使用の利益や人格権的な利益侵害が認められることを想定しているのかは不明である。

たしかに、学説・判例の状況に鑑みると、改正案としてその点について一定の方向を打ち出すのは困難であることが予想される。たとえば、近年の有力説である悪意者排除説の中にも、債権段階と物権段階を区別して、後者においては自由競争原理は働かず悪意者を排除すべきであると説く立場もあれば、債権段階でも詐害行為に準じて悪意者排除とすべきことを説く立場もある。また、従来から、不動産の引渡しを受けずでに居住または事業のために利用していた場合にそれを知りつつ譲り受けた者は背信的悪意者に相当するという考え方が有力に説かれてきた。判例の中には、通行地役権という権利の存在を知らなかったとしても、「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いること」を認識していたか認識可能であった場合には、「特段の事情がない限り、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ない」（登記の欠缺を主張することは通常は信義に反する）としたものや（最判平成10・2・13民集52 1 65）「乙が、当該不動産の譲渡を受けた時点において、甲が多年にわたり当該不動産を占有している事実を認識しており、甲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存在するときは、乙は背信的悪意者に当たるというべきである」としたものがある（最判平成18・1・17民集60 1 27）⁽⁶⁹⁾。このような状況の中で、競合する物権取得者の存在を知っているという心理的事象が、どのような場合に害意に相当し、また、信義則違反と評価されるのかを規定の中で明らかにするのは困難であろう。4号の文言よりすると、おそらく、その趣旨は、悪意即信義則違反とするのではなく、保護に値する利益を侵害することの認識を以て「害することを知」っていたものとし、保護に値する利益であるか否かや、権利取得のその他の態様を具体的に判断して、信義則に反するか否かを判断すべきであると

されているのであろう。しかし、その場合にも、保護に値する利益として何を設定するのか、また、多重譲渡の自由をどの程度まで認めるかという考え次第では、悪意者排除に大幅に接近することになる。そのあたりを規定の中でより明確に示す必要があるように思われる。

悪意者を排除すべきか

登記がなければ対抗できない第三者の範囲から悪意者を排除する方向に進むべきか否かについては、どのように考えるべきであろうか。近年の有力説である悪意者排除説の内容や根拠は一様ではないが、それらにほぼ共通しているのは、自己の取得行為によって他人の権利が害されることを認識しつつあえて取得したという行為態様について、自由競争の枠内であるから問題ないという従来広く受け入れられてきた評価を見なおそうとしている点である。すなわち、悪意という心理的事象の中には他人の権利を害することの認識・認容が含まれていることが再認識され、登記による最終的な決着の前においても、そのような害意を伴う行為によって他人の法的地位を覆し優先的な地位を獲得することは許されないのではないかということである。悪意者排除説の中では、第三者の行為を不法行為と構成する見解が有力に説かれていること、また、物権がまだ変動していない段階においても詐害行為取消権（民法424条）の対象とすべきであるとされたり、悪意者排除の根拠として公序良俗違反が持ち出されたりしていることに、そのような悪意者の取得行為についての認識の変化を見ることができるとは、

- (69) 平成18年判決の本文に引用した部分は、直接的には、背信的悪意の「悪意」の認定について、取得時効成立の要件が満たされていることまで認識する必要がないことを判断したものであるが、悪意の内容として、多年に亘る占有を覆すという認識が取り上げられており、その認識が信義則違反と結びつく可能性が示唆されている点で、占有者の利用利益が害されることを重視した判断と解することもできるであろう。それ以前の判例の中でも、たとえば背信的悪意者からの転得者の地位に関するリーディングケースとされている最判平成8・10・29民集50-9-2506では、背信的悪意者認定の根拠として、「不当な利得を得る目的で本件土地を取得しようとした」ことと並んで「本件土地が市道敷地として一般市民の通行の用に供されていることを知りながら」取得しようとしたことが掲げられており、現実になされている利用を覆すことの認識と背信性とは結びつけられている。

このような近時の悪意者排除説とは別に、177条を信頼保護規定として構成する見解（94条2項類推適用説、公信力説）が悪意者排除を説いてきたことは周知のとおりである。この構成からは、保護されるべき信頼を欠いている悪意者が排除されるのは当然であるとされる。もっとも、たとえば篠塚昭次教授の公信力説においては、第三者の取引の安全よりも現に引渡しを受け利用を行っている譲受人の利益を優先すべきこと、また、現地検分をすればそのような利用者がいることは容易に認識できることが重視されており、実質的には、他人の利益あるいは権利を害することを認識していたという害意者排除に力点が置かれている。また、学説の中には、悪意の第二譲受人の行為を自由競争によって正当化することはできないという点と、公示制度が他人に権利関係を知らせるための制度であるということの両方から、悪意者排除を説く見解もある。⁽⁷⁰⁾

先に述べたように、177条は不動産登記に対する消極的信頼保護を定めた規定として位置づけるべきであり、それをふまえて解釈論を構築すべきであるというのが、私見である消極的公示主義説の考え方であるが、問題を複雑にしているのは、起草者たちがこの規定の趣旨が第三者の取引の安全保護にあることを認めながら、公示制度の「公益」性を理由に、敢えて、条文上は徹底した登記絶対主義を採用したという点である。⁽⁷¹⁾ それによって、177条は、信頼保護的要素を基本としながら、登記の有無のみによる画一的な処理をするという、複合的な性格を持つことになった。この両者の関係をどのように整合的に位置づけ調節すべきかが、わが国の物権変動論の大きな課題であり続けたというこ

(70) 内田貴『民法。総則・物権総論 第二版』（2003年）454頁以下。なお、同第四版では、後者の観点は特に掲げられていない。

(71) 起草者は、公示の原則（「公示法ノ主義」）が主として第三者（保護）のための原則であることを前提としつつ、「公益ニ基ク公示法」として効を奏するためには個々の善意・悪意を考慮しない「絶対的」なものであるべきこと、また、善意の立証が困難なために結果的に取引の安全が害されてしまうことを考慮して、第三者の善意要件を置かなかつたという経緯がある（本稿四1(3)参照）。善意・悪意をめぐる争いへの懸念については、富井政章によれば、もしも善意を要件とするならば善意・悪意についてしばしば争議が生じ、立証の困難さによって善意者が悪意者と認定されることが避けられず、結果的に取引の安全が害されてしまうという「実際上の便宜」を指摘している。富井政章『民法原論 第二巻』63頁（1922年）

とができるであろう。

この点について、私見は、後者すなわち登記の有無のみによる画一的な処理は、前者すなわち第三者に権利関係を知らせて第三者が登記に依拠して取引ができるようにするという取引安全保護の趣旨を前提としたものであり、それに抵触しないかぎりにおいて認められるべきであると考えている。たとえば、第三者の具体的な善意・悪意を問わないものとされているのは、積極的に悪意者をも保護しようとする趣旨ではなく、登記の外観としての規範的性質にもとづいて、登記の有無に即して善意・悪意を想定するという取り扱いが採用されているのである。登記をしなかったことについて具体的な帰責事由の有無が問われないのも、帰責事由を不要とする趣旨ではなく、登記をしなかったならば定型的に帰責事由ありとされているのである。⁽⁷²⁾

このように考えるならば、悪意の第三者を排除すべきか否かは、第三者の保護事由についての登記の有無による画一的な取り扱いを修正すべきか否かの問題であるということになる。なお、この点については、悪意が害意や信義則違反を含んでいるという事実から具体的な取り扱いを導くことはできない。もともと善意・悪意要件には、保護すべき信頼の存否を決めるという意味のほかに、害意があり誠実性を欠く行為を保護しないという意味が含まれており（善意要件の二面性）、定型的取り扱いはその両者に及ぶものだからである。不法行為的な構成から悪意者排除を導くのであれば、害意等の定型的な取り扱いを具体的な取り扱いへと転化すべき理由を明らかにする必要があるであろう。⁽⁷³⁾

悪意者を排除すべきか否かについて、私見は、保護事由の定型的な取り扱いを緩和して、悪意であることが立証されたならば177条の第三者から除外すべ

(72) 登記の外観としての規範的性質というのは、物権変動の当事者は公示方法によって権利関係を正確に公示すべきであり、したがって、公示をしなかったならば帰責事由ありとされてもやむを得ない、また、第三者は公示方法に依拠して取引をすべきであり、公示がなされていたならばそれを信じて取引をしたものとして扱われ、公示がなければ真の権利関係を知らなかった（善意）ものとして取り扱うことができるということの意味している。この点については、多田・前掲注(44)「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性(三)」419頁以下参照。

(73) 同様に、公信用説のように、177条が信頼保護の規定であるということからただちに第三者の善意あるいは善意無過失要件を必要と考えることもできないであろう。

きではないかと考えている。また、そのような取り扱いがなされるのは、物権が変動した後の第三者についてであって、債権段階にとどまっている間に第三者の地位を得た者については、善意・悪意は問わない（そのような場合には対抗関係自体が生じていない）、悪意者を排除すべきであるとする理由は以下のとおりである。登記制度の公益性も、具体的な正義衡平との調和が必要である。物権変動原因の範囲も含めて、わが国で登記絶対主義が採用されたのは、不動産登記制度を速やかに定着させ登記を軸とする不動産取引秩序を早急に確立しようという切実な社会的要請を反映したことが推測されるが、そのような強力な法政策的ベクトルは今日ではもはや存在しない。公益性と矛盾しない範囲で、具体的事情を反映した取り扱いがなされるべきである。現に、わが国の判例・学説は、177条の解釈論を通じてそのような方向を推し進めてきた。すでに所有権等を取得した者の被る不利益に配慮する必要がある。たとえば、代金を完済し引渡しを受け利用を開始しながらも登記をしていなかったという一事によって明渡をしなければならないという不利益を、そのような状況にあることを知りつつ重ねて譲り受けた悪意の第三者のために強いるのは、画一的な取り扱いの許容される限度を超えるのではないか。登記前であれば何重にも物権の変動が可能であり、複数の対等な物権取得者の間で最終決着が登記によって行われるというのが、従来の多数説によって説かれてきた「対抗」のイメージであるが、それは立法者意思に反するのではないか。起草者たちは、第三者の善意・悪意が問題となることを前提としたうえで、あえてそれを要件としては掲げないという方法を選択した。物権と債権との峻別体系を採用し、176条では意思表示によって物権が変動していることを前提として177条が置かれていることに鑑みると、「対抗」問題にとっては悪意者の処遇は重要な課題である。たしかに、未登記段階の物権取得者の地位は、第三者が先に登記をすれば覆されるという暫定的で弱いものであるが、それは、公示がないために物権変動がないものと信じて取引をした第三者の取引の安全を保護するために、その者との関係でそのような取り扱いがされるのであって、物権を取得していることには変わりはないのである。研究会案は、法律行為（意思表示）による物権変動以外については、第三者との利益調節を94条2項の類推適用によって

図るという立場をとっている。第三者が保護されるためには善意もしくは善意無過失が必要となるであろう。その場合に、法律行為による物権変動についてだけ第三者の主観的態様の取り扱いを異にすべき合理的な理由があるであろうか。先に述べたように、善意・悪意が保護事由の問題であるのに対して、物権変動の範囲という問題は帰責事由の問題であり、そのようなものとして、法律行為かそれ以外かという区別には合理性がある（四（５））。他方、保護事由に関しては、そのいずれであるかによって取り扱いを区別すべき実質的理由はないであろう。両者を通じて、悪意者は排除されるとするのが首尾一貫している。⁽⁷⁴⁾

五 不動産登記に対する積極的信頼保護の取り扱い

1 研究会案の内容

いわゆる登記の公信力を正面から認める規定を持たないわが国では、判例によって、虚偽表示の無効を善意の第三者に対抗できないとする民法94条2項の類推適用を通じて、登記に対する積極的信頼保護を図ることが行われてきた。あくまで類推適用であるから、そこには自ずから限界があるが、實際上この法理が、部分的に登記の公信力を認めるのと同様の作用を担って来たことは、広く知られているところである。判例は、本来は意思表示の有効性に対する信頼保護の規定である94条2項の中に含まれている、外観に対する信頼保護との事実上の重なりあいに着目して、この規定の内容を「外観法理」へと転換し、外観に対する信頼とその外観の作出・存続に対する権利者の一定の関与を要件とする信頼保護規範の適用場面として、不実登記に対する信頼保護の問題に対処してきた。この94条2項類推適用法理は、解釈論において多くの関心を集めてきたが、立法論にとっても、その処遇をどうすべきかは重要な課題となってい

(74) 悪意の第三者を排除するということになると、意思表示による物権変動においては、保護事由については具体的に問い帰責事由については定型的に取り扱うということになる。信頼保護においてはこのような取り扱いの差が認められるのはむしろ通常であり、また、そのことにはそれなりの合理性がある。この点については、多田・前掲注(46)『信頼保護における帰責の理論』284頁以下参照

る。

法制審議会における民法（債権法）改正作業においてもこの法理の処遇が検討されてきたが、この法理を条文上明記すべきか否かについては慎重な態度がとられているようである。すなわち、「中間的な論点整理」の中では、「このような考え方については、その当否とは別に、物権変動法制全体との調整が必要となるため、今回の改正作業で取り上げることは困難であるとの指摘があることをも踏まえつつ、当面その考え方の当否を更に検討する一方で、今後この論点を取り上げるべきか否かについても検討してはどうか」とされている。⁽⁷⁵⁾これに対して、民法改正研究会の改正提案では、虚偽表示自体についてはほぼ現行どおりの内容を維持するものとされ（案⁵⁴条）他方において、それとは別に、民法総則の意思表示に関する規定の中に、「外観法理」として、次のような規定を新設することが提案されている。

60条

- 1項 第⁵⁴条（虚偽表示）の要件を満たさない場合であっても、自ら真実に反する権利の外形を作出した者は、その権利が存在しないことを善意の第三者に対抗することができない。
- 2項 前項の要件を満たさない場合であっても、真実に反する権利の外形の存在に責めに帰すべき事由を有する者は、その権利が存在しないことを善意無過失の第三者に対抗することができない。

従来と同様の虚偽表示の規定も含めると、研究会案では、不動産登記に対する信頼保護は次のような三つの段階で実現されることになる。第一は、虚偽表

(75) 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』239頁（商事法務 2011年）また、それよりも前の「民法（債権法）改正検討委員会」の改正案では、「本提案では、差し当たり現民法⁹⁴条の基本構成は維持し、これを抜本的に見なおすかどうかは、物権法政の改正を検討する際に委ねることにしている」として、今回の改正で実定法化することには消極的な方針が示されている。民法（債権法）改正検討委員会『債権法改正の基本方針』別冊NB L126号27頁以下（商事法務 2009年）

示本来の要件を満たしていた場合(54条) 第二は、54条の要件は満たしていないが権利者が「自ら真実に反する権利の外形を作出した」場合(60条1項) 第三は、その要件も満たしていないが権利者が「真実に反する権利の外形の存在に責めに帰すべき事由を有する」場合である(60条2項) そして、その違いに応じて、第一と第二の場合には第三者側の要件は善意で足りるが、第三の場合には善意無過失まで必要なものとされている。このように、案60条は、独立した外観法理の規定とされながら、その実際の位置づけは、虚偽表示の規定を原型とし、その要件を修正緩和したものとされており、まさに、虚偽表示規定の類推適用法理として生まれた外観法理であることが明らかであるといえよう。加藤教授によれば、このような改正案の内容は、「判例法として確立された通謀虚偽表示の類推適用を条文に取り込み、必要な修正を加えようとするものである」と説明されている。⁽⁷⁶⁾ 判例法理との関係で見れば、1項は、判例のいう「自ら外観の作出に積極的に関与した場合」に対応している。これに対して、2項は判例の文言とは必ずしも対応していないが、判例のいう不実登記のなされたことを知りながらあえて放置した場合のほか、たとえば「余にも不注意な行為」(最判平成18・2・23民集60 2 546)によって不実登記を作出・存続させたような場合も2項によって拾い上げられることが予想されているのであろう。

2 帰責事由の取り扱い

研究会案60条のような一般的な「外観法理」規定を置くべきか否かはそれ自体一個の重要な問題であるが、その点は後に取り上げることとして、まず、この規定案の内容が登記に対する信頼保護規範として妥当なものなのか否かについて見てみよう。

上記のように、この規定案は、外観法理における帰責事由の内容を二段階に

(76) 民法改正研究会起草・前掲注(1)『日本民法改正試案』61頁(加藤雅信)。この加藤教授の説明は、平成20年10月13日案について述べられたものであり、その時点では、規定の位置づけも帰責事由の内容も、本文で取り上げた平成21年1月1日案とは異なっている。この点は後に改めて取り上げる。

区別しているが、最低限必要な帰責事由は2項の規定するところである。しかし、規定の文言を見る限り、その帰責事由の内容が何であるのかは明らかではない。すなわち、「真実に反する権利の外観の存在に責めに帰すべき事由を有する者」というのは、自ら積極的に虚偽の外観を作出したのではなく、消極的に外観の存続に関わった場合を含む趣旨であると解されるが、その関わり方において「責めに帰すべき事由を有する」というのが、どのような内容を意味しているのかは不明である。そこでは、外観の「存在」について何らかの帰責事由が必要だということが規定されるにとどまっている。

たしかに、これによって、わが国ではドイツ法におけるような真正権利者の帰責事由の有無を問わない絶対的公信主義（ドイツ民法典892条）はとらないことが明示されているという点で、2項は重要な意味を持ちうるであろう。しかし、帰責事由そのものは、信頼保護にとっては原則的な要件であって、その必要性を謳うのみでは不十分であり、当該信頼保護制度では何を以て帰責事由とするのかを示す必要がある。実際、わが国の判例・学説においては、94条2項類推適用法理における帰責事由にはどのようなものまで含まれるのかが重要な論点のひとつとされてきた。改正案としては、その成果を反映して、最低限必要とされる帰責事由はどのようなものなのかを示すことが必要であろう。なお、平成20年10月13日の研究会案では、その点については、「真実に反する外形を黙示に承認した者」という、より具体的な基準が示されていたが、⁽⁷⁷⁾ 平成21年1月1日案では上記のような内容に修正されている。黙示の承認では狭すぎるという配慮からより広い内容に変わったものと推測されるが、これに伴って内容が不明瞭になったことは否めない。

もっとも、帰責事由の内容をより明確に示そうとすると、これまでの判例準則を整理して列挙するにとどめるのであれば別であるが、一般的な「外観法理」の規定を置こうとするのであれば、帰責の理論あるいは帰責の原理の本格的な検討を抜きにしてそれを行うことはできないはずである。すなわち、外観法理

(77) 民法改正研究会起草・前掲注(1)『日本民法改正試案』では、副案の54条2項、3項とされているが、同時期の松岡・前掲注(4)43頁では、94条3項、4項とされている。

における原則的な、あるいは、最低限度の帰責の内容を何に求めるべきか、そのような帰責事由はどのような考え方によって民法体系の中にしかるべき位置を認められるのか等について、より広範に信頼保護法理を展望し、また、従来提示され議論されてきた様々な帰責の理論を探求したうえでなければ、適正な内容を備えた規定を提案することは難しいのではないかと思われる。

3 94条2項を原型とする「外観法理」と登記の公進力

(1)「外観法理」提案の意味

「外観法理」は、本来はドイツ法のレヒツシャイン法理のことである。⁽⁷⁸⁾レヒツシャイン法理は、信頼の客観的基礎たりうる外観を軸として、信頼保護が認められるために最低限必要な要件を抽出してその最大公約数的な内容を定式化したものとして唱えられた。案60条もそのようなものとして提案されているのであろうか。もしもそうであるならば、94条2項を原型としてそのような法理を抽出することには疑問がある。なぜならば、94条2項の帰責事由である意図的に虚偽の表示をしたというのは、従来帰責の原理として説かれてきた与因主義、過失主義及び危険主義のいずれにも当てはまらない特異なものであって、帰責事由の中でも特に重い部類に属するものであるが、そのことは、類推適用に際しても帰責事由の内容を規定せざるをえないはずだからである。すなわち、外観の虚偽性の認識の下で意図的にそれを作出・存続させたという要因を無視しないかぎり、そこから導かれる外観法理は、たとえば表見代理や動産即時取得とは異なる、それよりも重い帰責事由を内容とするものとならざるをえない。それは、信頼保護の最大公約数的な内容を定式化したものではなく、特に帰責事由が重いタイプの信頼保護規範を、分野横断的な規範として認めるべきことを提案するものである。研究会案はどちらを意図しているのであろうか。もしも、本来の外観法理規範を意図しているのであれば、その内容は厳格

(78) 外観法理というのは、もともとドイツ流の権利外観(信頼の客観的基礎たりうる外観)を軸とする信頼保護の理論のことであって、信頼保護法理あるいは表見法理とは次元の異なる概念である。

にすぎ、保護の範囲は狭すぎる。そうではなく、特に帰責事由が重いタイプの信頼保護にかぎる趣旨であれば、それを「外観法理」と呼ぶのは適切ではない。また、もっぱら不動産登記を念頭に置いて、そのような重い帰責事由のある場合にかぎって限定的に登記に対する信頼保護を認める趣旨であれば、このような分野横断的な規範をわざわざ置く必要があるのか否かは疑問である。

(2) 登記の公信力との関係

この点について、私見は、たとえ重い帰責事由の場合に限定する趣旨であっても、包括的・一般的な信頼保護（「外観法理」）規範を置くことには消極的である、そして、不動産登記に対する信頼保護については、民法94条2項の類推適用に任せるのではなく、公信力を認める規定を設けることで対応すべきであると考えらる。

一般的な信頼保護規範の問題性

94条2項は、取引の種類等の限定のないきわめて汎用性の高い信頼保護規定である（総則的な信頼保護規定）。また、それが不実の外観作出を伴うことが多いことから、外観に対する信頼保護との交錯を必然的に伴っており、それが外観法理に読み替える誘因となりうる。さらに、意図的に相手方と通じて虚偽の意思表示をしたという帰責の要素が大きな比重を占めているので、動的安全と静的安全との調和に留意した取り扱いを実現しうる実定法上の根拠として魅力的である。そのような特徴を備えた94条2項は、類推適用を通じて一般的な信頼保護規範へと展開するだけの特徴を十分に備えているといえるであろう。実際、わが国の判例及び学説の大勢はそのような方向に展開してきた。研究会案60条は、そのひとつの到達点といえることができる。

先に見たように、案60条は、帰責事由として最低限何が必要なのかについて明らかにしていない。民法94条2項の類推適用である以上、外観の虚偽性の認識の下で意図的にそれを作出・存続させたという要素は払拭しきれないのではないかというのが私見であるが、より緩やかに、意思にもとづいて当該外観を作出あるいは存続させたことで足りるとする考え方もありうるであろう。そして、その立場をとるならば、それは、ドイツにおいて古典的権利外観理論が提

唱しその後の信頼保護理論の基礎をなしてきた権利外觀法理の内容と符合する。当時の権利外觀理論は、実定法に散在する個別の規定では社会の取引の安全の要請に応えられないこと、ローマ法流の意思の法理とは別に、客観的な信頼の基礎たり得る外觀に即した取り扱いを認める法理が私法全体（あるいは法の世界全体）を通じて認められることを強調し、実定法を超える、信頼度の高い外觀（レヒツシャイン）を軸にした信頼保護原則を明らかにしようとした。しかし、ドイツの通説・判例は、一貫して、そのような法理は、理念や考え方としてはともかく解釈論上の意味を持ち得ないこと、信頼保護という法律問題については実定法すなわち個別の信頼保護規定に即した取り扱いをする必要があることを理由に、それを受け入れてこなかった。⁽⁷⁹⁾

そのような態度は妥当なものであると考える。民法典は、意思と権利による権利変動のメカニズムを原則としつつ、実質とは異なる外觀に対する信頼保護のメカニズムの重要性に照らして、必要に応じてそれを認める規定を設けている。それは、取引の種類や態様、関係者の置かれた立場、取引の安全保護の必要性等の個々の事情に照らして、信頼保護の必要性が認められる場合に、その問題場面に適した要件を設定し一定の効果を定めているのである。そのような中で、個別規定を超える一般的な信頼保護規範を設けることは、必要でないばかりではなく、混乱と弊害をもたらす危険性を否定できないと考えるからである。

公信力立法について

研究会案のめざしているのは、そのような広範な信頼保護規範ではなく、帰責事由が94条2項に準じるような重いものである場合に限定して適用されるものかもしれない。しかし、そのような限定的なものであっても、一般的な信頼保護規範の有する問題点を免れうるものではないであろう。むしろ、そのような場合には、94条2項や93条の類推適用の枠内で処理できるはずである。案60条2項の適用が予定されていると思われるケースも、たとえば、不実登記がなされた後に名義人がそれに気がつきながら放置あるいは黙認していたという場

(79) 多田・前掲注(46)『信頼保護における帰責の理論』118頁以下参照。

合は、94条のいわゆる通謀（相互の了解）要件も、意思表示要件（類推適用法理では外観の作出要件）も、類推適用の範囲内で対応が可能であろう。外観作出要件についても、帰責事由に関しては、それが認められるのが作出段階か存続段階かは特に区別する必要はない。たしかに、94条2項類推適用法理は、登記に公信力のない法制度の下で一定の歯止めを伴いつつ部分的にそれを補う有益な作用を果たしてきた。しかし、解釈論上の問題点がまだ十分解消されていないのみならず、どこまでその適用範囲が拡がるのか、見通しははなはだ不透明である。具体的な事案の解決のために解釈論の範囲内で活用するというのであればともかく、立法論として94条2項を原型とする信頼保護規範を提示する必要はないのではあるまいか。実質的な目的が、不動産登記に対する信頼保護を担う規範を置くことにあるのであれば、端的に、登記の公信力を認める規定を設けるべきであろう。その内容は、帰責事由の有無を問わない絶対的公信力ではなく、帰責事由を必要とする相対的公信主義ということになるであろう。⁽⁸⁰⁾

五 終わりに

現在、債権法と民法総則のかなりの部分を対象に、法制審議会において民法典の改正作業が進められているが、その改正が実現した後の民法の他の領域の改正については、いまだにその方針や予定が明らかとなっていない、そのような中で、2008年以降民法改正研究会からいち早く提示された、担保物権法を除

(80) 94条2項類推適用法理を「外観法理」として規定化することに対しては、滝沢教授から、「虚偽表示の規定を逸脱しつつ、しかし帰責の要素は捨てきれないこの中途半端な規定の運用が、企画されているこの全面改正案の中で、そのまま残されようとしていることは、いかにも不可解である」という批判が向けられている。また、滝沢教授は、「少なくとも限定的な形で、登記の公信力を正面から肯定する覚悟が必要なのではないか」としても公信力立法の方向を示唆されている。滝沢・前掲注(17)13頁。

また、石田（剛）教授は、登記の公信力欠如を補う信頼保護規定の新設に賛成であるとされながら、総則の意思表示規定の中にはなく物権編に規定すべきではないか、また、「110条まで援用して帰責根拠の緩和を推進する判例法が示す実務上の要請を汲み、94条2項（第三者が信頼した外観への意思的関与）に拘泥せずに帰責要件を緩和した形で規定を再構築するのが望ましい」と指摘されている（石田・前掲注(13)39頁）。

く財産法全体に及ぶ民法改正案は、将来の改正に多大な影響を与えることが予想される貴重な成果であり、その内容が大いに注目されることである。本稿では、その中の不動産物権変動法制の部分を取り上げ、その内容を手がかりにして将来の改正の方向を模索すべく検討を試みた。研究会に即して複数のテーマを取り上げて論じており、特に全体を通じた総括的な結論があるわけではない。したがって、以下では、個別の論点に即して述べてきた内容について、その概要を提示することを以て、本稿のまとめとすることにしたい。

研究会案は、判例・学説の到達点を明らかにして改正案の中に盛り込むことを基本としつつ、いくつかの点については、現行制度を抜本的に改めるべきことを提案している。そのひとつは、副案としてではあるが、対抗要件主義から効力要件主義への転換を提案している点である。わが国の錯綜した物権変動論の原因のひとつが対抗要件主義の継受にあることは多くの論者の認めているところであろう。様々な理論的営為の積み重ねがなされてきたにもかかわらず物権変動論の問題状況が容易に解消されないのであれば、その大元の要因を除去することで状況を打開するというのは、真剣に検討するに値する提案である。ただ、すでに対抗要件主義の下で実務及び理論の膨大な堆積がなされてきたことに照らすならば、理論的な問題状況の解消には根本的な解決策になるとしても、効力要件主義への転換に進むべきか否かは疑問である。

研究会案は、登記対抗要件主義の適用範囲について、それを法律行為による物権変動に限定することを提案している。177条の内容を大きく変える抜本的な改正である。また、第三者の範囲については、背信的悪意者排除という従来判例・通説の内容を取り込みつつ、悪意者排除の可能性を開くという新たな内容も付け加えている。このような登記対抗要件主義の適用範囲の問題については、私見は、登記の有無のみによる画一的な取り扱いの緩和という視座からアプローチすべきものと考えている。すなわち、177条は、登記に依拠して取引ができるという取引の安全（第三者の信頼保護）保護を根拠としつつ、公示制度の特質ともいうべき画一的な取り扱いの要素が加わった複合的な性格を持っている。特に、わが国では、立法段階において、公益性の観点から、物権変動原因も第三者の善意・悪意も問わない徹底した画一的処理すなわち登記絶対

主義が採用された。しかし、現実には、その後の判例・学説によって、登記の現状に照らして、具体的な妥当性や正義衡平の観点から画一的な取り扱いはいろいろな場面で緩和・修正されている。登記対抗要件主義の適用範囲の問題では、上記のような複合的な性格を前提として、その両方の要素をいかに調和させるべきかが問われているといえることができるであろう。

そのような観点から見ると、対抗要件主義の妥当する物権変動原因を法律行為によるものに限り、それ以外については登記の有無ではなく具体的な事情に遡って判断するという区別的な扱いは、物権変動当事者の帰責性という観点から合理性を認めることができる。自らの意思によって主体的に物権変動を生じさせた場合には、登記をしなかったことに対して、その具体的理由のいかんにかかわらず定型的にそれから生じうる危険を負担させることには合理性があるからである。その他の物権変動原因については、画一的な扱いは実際の帰責の有無と合致する蓋然性は低い。法律行為以外の物権変動原因について、研究会案は94条2項の類推適用法理による処理を提案している。信頼保護制度による対応という点では私見も同様であるが、現在の94条2項の類推適用法理を全面的に当てはめることに対しては疑問がある。

登記がなければ対抗できない第三者の範囲に関しては、研究会案は、通説・判例に沿って背信的悪意者排除を基本的な立場としているが、それにとどまらず、近年の学説動向を反映して、悪意者排除の可能性にも途を開こうとしている。そのような方向に進むべきことについては私見も同様に考える。登記の有無による画一的な取り扱いも、制度の基底をなしている信頼保護に明らかに抵触してまで貫徹すべきではなく、登記絶対主義を導いた不動産登記をめぐる立法当時の事情が後退している現在では、悪意者を排除して当事者間の正義衡平を図る途を選択すべきものと考えらるからである。

いわゆる登記の公信力について、研究会案は、正面からそれを認めるのではなく、民法総則の意思表示の箇所に「外觀法理」規定を置くという方針を提案している。その内容は、94条2項の類推適用法理の内容に沿ったものである。しかし、規定案では、肝心な帰責事由の内容が示されていない。さらに、一般的な信頼保護規範を抽出する源として94条2項が適切なものかについては疑問

であるし、民法の中にこのような汎用性のきわめて大きい一般的な信頼保護規範を設けること自体、その是非について慎重に検討しなければならない。特に帰責について十分な検討をしないままこのような包括的な信頼保護規範を設けるならば、その運用に伴って少なからぬ弊害が出てくるのではないかと思われる。登記に対する信頼保護の要請に対しては、94条2項を手がかりにそれに応えるという方法は過渡的なものとしてその限界を見きわめ、正面から公信力を認める規定を設ける方向で検討すべきであろう。