

紹介と批評

田中淳子 著

『相続と登記（物権法研究Ⅰ）』

一

【1】著者の略歴・本書の構成】本書の著者は一九六七年生まれ、現在中部大学国際関係学部専任講師。湯浅道男教授門下のホープであり、物権変動論に関しては、既に愛知学院大学大学院時代から、①「時効と登記（一）」愛知学院大学大学院法研究会論集一〇巻一・二号（一九九一年四月）八七頁、②「所有権移転時期論序説」『愛知学院大学法学部同窓会創立三〇周年記念・法学論集（1）』（一九九一年一月）三一九頁、③「不動産二重譲渡論へのひとつのアプローチ（一）」——二重売買の債権侵害——」愛知学院大学大学院法研究会論集一一巻一号（一九九三年一月）九七頁、④「取消と登記」愛知学院大学大学院法研究会論集一

一卷二号（一九九五年二月）二七頁、⑤「明治四一年の二つの大審院連合部判決の現代的意義」愛知学院大学大学院法研究会論集一二巻一・二号（一九九六年二月）七三頁の成果を公表され、更に、中部大学専任講師となった一九九六年四月以降にも、⑥「共同相続と登記」中部大学産業経済研究所紀要八号（一九九八年三月）一七五頁、⑦「遺贈と登記——相続をめぐる物権変動について——」中部大学経営情報学部論集一二巻一・二号（一九九八年三月）一五五頁、⑧「（批判）背信的悪意者からの転得者と民法一七七条の第三者」法律時報七〇巻八号（一九九八年七月）一〇四頁、⑨「民法一七七条の『第三者』論に関するひとつの覚え書」中部大学国際関係学部紀要二一号（一九九八年一月）九五頁の諸論稿を発表して注目を集めている。

本書は、これら既発表論文のうち⑤論文を「第一章」、⑥論文を「第二章」、⑦論文を「第三章」、④論文を「補論」とし、新たに「序章 研究の課題と対象」、「第四章 相続放棄と登記」、「第五章 遺産分割と登記」、「終章 民法一七七条の『対抗問題』とは——物権変動論へのひとつのアプローチとして——」を書き下ろして一書としたものであり、そこでは、相続をめぐる争いに関しては一七七条を適用すべきではない、との主張が展開されている。

二

【2 「序章」】 著者の主張は、二重譲渡の法的構成に関する、いわゆる法定制度論（鈴木禄彌教授・星野英一教授）への批判から開始される（「序章」一頁以下）。著者によれば、今日における判例・学説の進展状況（共同相続と登記・遺贈と登記・相続放棄と登記・遺産分割と登記をめぐる現在の判例の立場や、背信的悪意者排除論・九四条二項類推適用法理等の生成）を見ると、「物権変動論は……『論争の実益』がないと言う時代から、『基本的姿勢の理論決定』（二頁）を必要とする時代に」いま『静かに変わりつつある』（四頁）とされる。即ち、今日この領域に関しては「すべての問題が統一の法理構成で導き出されると

き国家という権力の行使の結果である判決を支える理論として生きる」（三頁）というのが、解釈方法論に関する著者の基本的な考え方である。

では、二重譲渡の法的構成に関して、著者はいかなる見解に立っているのか。この点は、「終章」において明らかにされる（後記8参照）。

【3 「第一章」】 一方、一七七条の要件につき、判例・通説は、同条にいう「物権ノ得喪及ヒ変更（『物権変動』）」と「第三者」の文言をそのまま二要件とし、前者に関しては無制限説、後者に関しては制限説をとる、という形で、一七七条の適用範囲を妥当な領域に収めようとしてきた。

「第一章」において、著者は、右見解に対する批判的考察を展開する。即ち、かかる処理は、明治四一年二月一五日の二つの大審院連合部判決に由来するが、著者は、このうちの相続登記要求連合部判決につき、判旨が無制限説に立ったのは、第三者保護法理が未発達であった当時において、専ら一七七条によって第三者保護を図らざるを得なかったため、と評価する（一九四頁）。そして、右判例・通説に対して、著者は、原島重義教授の対抗問題限定説への支持を表明する（三八頁）。

ところで、対抗問題限定説とは、一七六条との関係にお

いて「一七七条の第三者」なる概念を設定し、右「一七七条の第三者」が出現する場合を「対抗問題」と呼んで、一七七条の適用範囲を右「対抗問題」が生ずる場合のみに限定する見解であり、従って、この見解にいう「一七七条の第三者」とは、基本的には一七六条の「意思表示」による物権変動の際に登場する第三者を意味する。それ故、この見解においては、「意思表示」以外の原因による物権変動について、一七七条が適用されるか否かが問題となってくるのであるが、本書「第二章」以下の考察は、まさに右の観点に立って、「意思表示にもとづく物権変動」以外の物権変動について、具体的に真の『対抗問題』かどうかを、ひとつひとつ検討する」もの（三八頁、なお三九頁も参照）、「種々の物権変動の各々が『対抗問題』として処理されるべきものなのか否かについて、売買を典型例とする意思表示以外の物権変動を個別具体的に検討」するもの（一九六頁）となっている。

【4 「第二章」】だが、種々存在する「意思表示」以外の物権変動原因の中から、何ゆえ著者は本書で相続を考察対象として選択したのか。それは、「共同相続と登記」に関する最高裁昭和三八年二月二日判決の存在ゆえである（一九六頁）。右判決は、被相続人Aの共同相続人B・Cの

うち、CがBに無断で単独相続登記をして第三者Dに譲渡した事案において、「Cの登記はBの共有持分に関する限り無権利の登記であり、登記に公信力がない結果DもBの持分に関する限りその権利を取得するに由ないから」Bは自己の持分を登記なくしてDに対抗できるとした。

右判決に対して、著者は、「第二章」で、次のような評価を下している。「かつては『対抗問題』が『第三者保護』という結果をもたらす理論的機能を果たす唯一の支柱であった。しかし、現在では、まず①明治四一年の二つの大審院連合部判決が形成した『対抗問題』に関する『物権変動範囲無制限説』と正当な利益を有する『第三者範囲制限説』との組み合わせによって具体的妥当性を求める、という理論が②後者の第三者について『背信的悪意者排除説』の通説・判例化によって質的に変化した。ところが③『背信的悪意者排除説』は、喰うか喰われるか、という取引法原理である。このことを考えると、相続をめぐる争いでは民法一七七条を適用すべきではない、ということになる。具体的には、『背信的悪意者』排除でなく、単なる『悪意の第三者』をも排除すべきであり真に保護に値する『第三者』だけを保護する法理が用意できれば、従来の『対抗問題』へと持ち込むことなく、法の原則にしたがつ

た『無権利の法理』を貫徹すべきである。それを可能にしたのは民法九四条二項類推適用拡大説が一般的に容認されてきたことが従来の立場の変更をもたらした原因のひとつである」(二九六頁。なお七八頁以下、一九八頁以下も参照)。

『5「第三章」 続く「第三章」以下においては、上記昭和三十八年判決に関する考察から得られた「相続をめぐる争いでは民法一七七条を適用すべきではない」との結論が、遺贈・相続放棄・遺産分割に関しても成り立つのが検討される。

このうち「遺贈と登記」に関しては、周知のように、不完全物権変動説を前提に一七七条を適用した最高裁昭和三十九年三月六日判決が存在するが、著者は、「第三章」で、右判決を含めた判例・学説の立場を、次のように整理する。「まず、①『遺贈と登記』の議論は、大審院明治四一年連合部判決の『登記すべき物権変動の範囲無制限説』の直後、明治四四年に初めて判例において登場することになる。『登記不要説』の立場である。その後……、②昭和三十八年の『共同相続と登記』(判決。前記4)の出された直後、昭和三十九年判決(は、)——昭和三十八年判決が『相続をめぐる物権変動』について『無権利の法理』(自己の持つて

いる権利以上の権利は他の人に与えることはできない)を採用し(たにも関わらず)——、受遺者は遺贈による権利取得を『第三者に対抗するには登記が必要である』、という判断を説示した……。③それに対して学説からは、『理論的矛盾』が鋭く指摘されたことが、『遺贈と登記』の解決を模索する新しい学説が展開されるきっかけとなった。

④そして、近時、下級審ではあるが、『登記不要説』とも評価できる判例が登場し、最高裁も同様の理論を説示している。……この背景には、『登記すべき物権変動』と『登記なくして対抗できない第三者』という二つの『範囲論』のなかで、特に後者の範囲論において『背信的悪意者排除説』が通説的見解となった時期以降、『第三者』の主観的態様と相続人の態様という二つの『態様』によって『いずれを保護すべきか』という利益衡量の観点からのアプローチによる解決が展開されることになったからといえよう。すなわち、相続人が登記できたにも拘わらず、それをしなかったことに対する『帰責性』と第三者が真の権利関係を知ることが困難だ、ということに対する『要保護性』のバランスを図るという利益衡量によって解決されていることになろう。しかも、その場合、『第三者』側の主観的態様は通説・判例の説く『背信的』悪意者排除説の適用では不

適切だと考えられるようになった。その傾向が、⑤近時の『民法九四条二項類推適用論』の登場となり、その適用の可能性を示唆する判決の登場を提示したともいえる」（二八―二九頁）。

以上のような評価に立つたうえで、著者は、「遺贈と登記」の論点に関しても登記不要説に立つ（二三〇頁）。その理由もまた、先の「共同相続と登記」（前記4）と同様、「遺贈の問題も一七七条という取引法原理に服せしめるべきではない」という点に求められ、他方、第三者の保護に関しても「九四条二項論または表見法理」によって図ることができると説かれる（二三〇頁）。すなわち、「民法一七七条の『借用』という不透明な議論としてはなく、まず『無権利の法理』を適用し『権利の帰属関係を明確にしたうえで利益衡量論、つまり、登記できるのに登記をしなかった場合、その状態を認識しながら未登記の状態を放置しておいた受遺者に対して、権利が喪失してもしかたない、という『帰責性』があり、他方、『第三者』には、そういう事情を知る由もなく法定相続人から目的物を買収した『要保護性』がある場合には民法九四条二項の転用による解決が説得的である」とされるのである（三三一頁）。

【6「第四章」】一方、「相続放棄と登記」「遺産分割と登

記」の論点は、いずれも遡及効を有する物権変動の問題である。判例は、相続放棄に関しては登記不要説、遺産分割に関しては登記必要説をとっている。そして、かかる結論の違いを、判例及びこれに賛成する学説は、遡及効の法的性質の相違から説明する。すなわち、遺産分割の遡及効を定めた条文（九〇九条）には、これを制限する但書（但し、第三者の権利を害することはできない）が存在するため、その効力は相対的であるのに対して（遺産分割の「相対的遡及効」、相続放棄の遡及効を定めた条文（九三九条）には、それが存在しないため、その効力は絶対的である（相続放棄の「絶対的遡及効」、というのである）。

そこで、まず、「相続放棄と登記」について（第四章）。最高裁昭和四二年一月二〇日判決は、相続放棄がなされると、相続放棄者は「相続開始時に遡って相続開始がなかったと同じ地位に立ち」「放棄の効力は、登記等の有無を問わず、何人に対してもその効力が生ずる」として、相続放棄の絶対的遡及効を根拠に「無権利の法理」を用いて、一七七条の適用を否定した。右判決につき、著者は、その法律構成が「共同相続と登記」に関する判決（11最高裁昭和三八年判決（前記4））において採用されたものであ（り）、……結果的に『遺産分割と登記』に関する昭

和四六年判決（「後記 7」）においても採用された法律構成である」とし（一五八頁）、これらの判例は、「相続をめぐ
る問題については、取引法原理にもとづく民法一七七条を
適用すべきではない、という考え方が出発点となっている
」点において共通していると評価する（一五九頁。なお、
一五七頁も参照）。

一方、近時の学説の多くは、昭和四二年判決を支持し、
第三者の保護に関しては九四条二項類推適用法理を活用す
べき旨を主張するが、著者は、右学説の根底には「相続問
題となる場面で一七七条という『自由競争観』を背景とし
た規定をもち出すことがはたして適切なのかという問題意
識」がある（一六〇頁）としたうえで、昭和四二年判決及
び近時の学説の立場（「無権利の法理」による一七七条不
適用と九四条二項類推適用法理による第三者保護）を支持
している（一六〇頁）。

【7「第五章」】次に、「遺産分割と登記」について（「第
五章」）。最高裁昭和四六年一月二六日判決は、「遺産の分
割は、相続開始のときに遡ってその効力を生ずるものでは
あるが、第三者に対する関係においては、相続人が相続に
より、いったん取得した権利につき分割時に新たな変更を
生ずるのと実質上異なるものであるから、不動産に対

する相続人の共有持分の遺産分割による得喪変更について
は、民法一七七条の適用があり、分割による相続分と異な
る権利を取得した相続人は、その旨の登記を経なければ、
分割後に当該不動産につき権利を取得した第三者に対し、
自己の権利の取得を對抗することができない」と判示した。
著者は、右判決が「共同相続と登記」に関する最高裁昭
和三八八年判決（「前記 4」）の立場を踏襲したものではな
かったことを指摘する一方、「相続放棄と登記」に関する
最高裁昭和四二年判決（「前記 6」）と相俟って、議論が遡
及効の「法的性質論を根拠とする傾向に大きく流されてき
た」（二八六頁）点に注目する。しかしながら、著者は、
こうした復帰的物権変動構成は「（旧）通説的見解」（一九
〇頁）であるとし、「遺産分割後の第三者については『対
抗問題』と考えず『無権利の法理』を貫徹し、民法九四条
二項類推適用法理によって善意・無過失の第三者だけを保
護しようとする」（一八四頁）のが近時の学説の傾向であ
るとする。

そして、著者は、「もともと意思表示以外の原因による
不動産物権変動につき、登記をもって対抗要件とするよう
になったのは、（大審院明治四一年連合部判決（前記 3）
が）生前相続の場合に對抗法理を適用せざるを得なかつ

た」ところにその発端があつたとの於保不二雄教授（對抗問題限定説）の指摘を引用する一方（一九一頁）、これに對して「昭和三八年『共同相続と登記』判決（前記4）以来いわゆる『無権利の法理』が、相続をめぐる物權變動論の機軸となっている」としたうえで（一九一頁）、かくして「今日、すでに判例も『無権利の法理』という構成を採用し、民法九四条二項類推・拡大適用論の深化という段階に來ていると評価できるならば、民法一七七条は『意思表示』に基づく物權變動にのみ適用され、それ以外、すなわち、『相続をめぐる物權變動』については別の法律構成による解決（Ⅱ『無権利の法理』+民法九四条二項類推・拡大適用論』または『權利外觀法理』による解決。一九〇—一九一頁）も可能なのではないか、という新しい學說の動向を正當と考える」（一九二頁）。

【8 「終章」】 「終章」において、著者は、以上の考察を總括するとともに、二重譲渡の法律構成に関する言及を行っている。既に「序章」において、著者は、いわゆる法定制度論に反對の立場を明確化していた（前掲2）。他方、「第二章」において、著者は、「遺贈と登記」につき不完全物權變動説を前提に登記必要説に立つ最高裁昭和三九年判決（前記3）に反對の立場をとっていたが、本章において

も、今日では「当事者と第三者に權利が『分属』したり『不完全な權利』が双方に帰属する、という考え方が否定されつつある」（二〇〇頁）として、一七七条による第三者の權利取得を「權利者からの取得」と構成する學說に批判的な立場を明らかにする。

だが、右通説に反對する立場、即ち「無權利者からの取得」構成に立つ學說にも公信力説と失權説が存在し、右學說は更にその内部で數説に分かれる。この点につき、著者は、「權利者は、だれかということをまず確定し、つぎに利益衡量にもとづいて最終的な權利帰属者を決定していく」という傾向は、近時の公信力説に立脚することで可能となろう、という思いにもかられた。また、そのような状況を『對抗問題』から『第三者論』へという鎌田（薫）教授の提言にも共感をおぼえた」（一九九—二〇〇頁）として、とりわけ鎌田公信力説を高く評価している。

【9 「補論」】 以上が「相続と登記」をめぐる著者の立論の骨子であるが、著者は「時効と登記」の問題をどのように考えるかという問題についても、この流れから考えていくべきだ」としている（一九八頁）。従つて、この論点に關しても、著者は、相続と同様、時効もまた「對抗問題」にならないとの理由から、占有尊重説をとり、第三者

の保護は九四条二項類推法理によって図るものと推測される(なお、前記1①論文参照)。

一方、本書の最後には、「補論」として、「取消と登記」に関する著者の見解が展開されている。この論点につき、判例は、取消前に登場した第三者との関係では、取消の遡及効を重視し、「無権利の法理」を適用して、登記なくして対抗できるとし(但し、詐欺取消に関しては、遡及効の制限規定(九六条三項)により、善意の第三者に対抗できない)、取消後の第三者との関係では、取消の効力につき「復帰的物権変動」構成をとり、「対抗問題」として処理している。しかし、「みぎに述べた判例・旧通説の見解について、近時、①取消前と取消後に分けて議論する基本的姿勢に疑問を投げ、②問題となる取消後の第三者には、(取消前の第三者と同様「無権利の法理」を適用しつつ)民法九四条二項類推適用論に依拠して問題を解決する、という見解が有力に主張されるにいたった」(二〇四頁)。

著者は、「判例・旧通説は、……大審院明治四一年判決(登記を必要とする物権変動無制限説)の理論的支配下のもとに生成された議論」であり(二一六頁)、また、取消後の第三者に関する判例の事案が「善意の第三者」との間の紛争事例であったことから、対抗問題として処理した場合

の具体的妥当性の問題が意識的に考えられなかったことを指摘し、「旧通説・判例は、このような物権変動論の中でその地位を保持することができた」と評価する(二一八頁)。しかし、著者によれば、「近時の通説の見解はみぎの述べた理論的枠組みが取り外された基盤から出発している」とされる(二一八頁)。即ち、「第一(に)、無制限説の出発点となった『相続』とりわけ『共同相続と登記』についても、今や判例・通説共に登記不要の物権変動として位置づけられ定着した」。「第二に、……旧通説を支えた理論的基盤、つまり、民法一七七条の『第三者』に関する『善意・悪意不問説』は、すでに『背信的悪意者排除説』の通説・判例化によって遠い過去のものとなった」(二一八頁)。そして、著者は、「旧通説・判例は、当然の結果として、克服されるべくしてその地位を今日の通説に譲らざるを得なかった」(二二八―二九頁)として、「無権利の法理」+「九四条二項類推適用論」による処理に賛成している。

三

【10 本書の意義】 本書のテーマに関しては、本書所収論文の初出後―本書公刊の九カ月前に、滝沢聿代「相続と登

記」鎌田薫・寺田逸郎・小池信行編『新不動産登記講座2 総論II』（日本評論社、一九九八年五月）六七頁が発表されている。滝沢教授もまた、著者と同様、(1)共同相続と登記、(2)遺贈と登記、(3)相続放棄と登記、(4)遺産分割と登記に関する最高裁判決（前記4・5・6・7）の立場を分析し、「右四例の最高裁判決のうち登記を要しないと(1)(3)例を妥当とし、民法一七七条を適用した(2)例に疑問を投げ、(4)例の結論をやむをえず肯定しなければならぬとみてきた。また一般論として、相続による権利取得がその性質上取引の性格とは異質のものであるために、これを契機として登記の優先順位を争うという理論になじまないのではないかと示唆している」（八二頁）。また、その場合の第三者保護は、滝沢教授にいう「広義の對抗要件主義」（「権利保護要件としての登記」。八三頁）により図られるべきものとされ、あるいは「公信力的解決」民法九四条二項の類推という枠組を設定することも可能かと考える」（九〇頁注（44））とされる。

かくして物権変動論の大家と新進が、期せずして同様の結論に至ったことは、今日の学説の展開を占ううえで大変興味深い（なお、「遺産分割と登記」に関しては両説の結論に差異が認められるが、それは利益バランスの比重の置

き方の相違に留まる）。ただ、滝沢教授の「分析は、民法一七七条の對抗要件主義が、基本的には登記の順位による優先主義に基づいて登記をしなかった権利取得者に失権の制裁を与え、それを通して登記を強制しつつ登記簿を編成する制度である、という私見（「法定取得—失権説」の理解によるものである」（八二頁））の対して、著者の見解は、上述（二）のごとく、（滝沢説をも含めて）広く学説・判例の流れを総合的に分析・評価することによって導かれたものである。即ち、滝沢論文は、法定取得—失権説の内容を「相続と登記」の論点に関して具体化し、自説を更に深化させた点に価値があり、一方、本書は、相続関係については一七七条を適用せず「無権利の法理」+「九四条二項類推適用法理」によって処理すべき、との結論が、近時の判例・学説において普遍的に妥当しうることを論証した点に意義がある。

【11 解釈方法論】一方、本書の内容につき、評者がとりわけ関心を持ったのは、著者の「解釈方法論」「二重譲渡の法的構成（「一七七条の構造論ないし効果論」）」「一七七条の要件論」「一七七条と九四条二項類推適用法理の関係」の四点である。

まず、著者の解釈方法論について（前記2）。今日にお

いてはもはや「『条文がそうになっている』式の説明では説得力がない」(一九九頁)とする著者の主張に、評者も賛成である。著者も述べるように、法理論は「判決を支える」ためにある。即ち、当該説明に説得力があるか否かは、訴訟当事者なканずく敗訴者が承服し得るものか否かで決まる、といえるだろう。そして、どの程度の説明を行えば訴訟当事者が納得するかは、個々の論点によって異なる。ある論点においては「条文がそのように定めているから」と説示するだけで充分なこともある。あるいは、専ら条文の沿革や比較法的側面に関する説明を行うだけで、当事者が納得する論点もあるかもしれない。そのような説明で紛争当事者が既に納得している論点についてまで、更に理論を追求する実益はない。その限りにおいて、法定制度論者の主張する実益論に、評者は組みする(この点で、評者は、あるいは著者と見解を異にするのかもしれない)。だが、その一方で、評者は、著者と全く同様、少なくとも今日の物権変動論に関しては、「条文がそのように定めているから」あるいは「沿革的・比較法的にはそのようになっているから」と説示しただけでは、紛争当事者が納得しない段階まで来ている、との認識を有するものである。

【12 二重譲渡の法的構成(Ⅱ一七七条の構造論・効果

論】) だが、こうして必要性が説かれた「統一の法理構成」の具体的内容につき、著者は、二重譲渡の法的構成に關しては公信力説的理解に賛同する一方で(前記8。なお前記1⑧論文一〇七頁も参照)、一七七条の要件論に關しては対抗問題限定説に立脚している(前記3)。

そこで問題となるのが、両理論を並行的に援用することは可能か、という点である。従来の対抗問題限定説の論者は、二重譲渡の法的構成につき優先的効力説(於保)あるいは第三者出現可能性説(原島)といった「權利内容の分割的帰属」論ないし「權利者からの取得」構成に立っている。つまり、この見解が「無權利の法理」を援用するとき、その前提には、一七七条の「第三者」は「無權利者からの取得者」ではない、との理解が存する。これに対して、公信力説(少なくとも著者の賛成する鎌田公信力説)は、右のような理解に反対する。なぜなら、一七七条もまた、九四条二項類推適用法理や動産即時取得(一九二条)などと同様、「無權利の法理」に対する例外規定(Ⅱ「無權利者からの取得者」保護規定)と解するからである。従って、この見解に立った場合、九四条二項類推適用法理と一七七条の守備範囲を割り付ける際に、「無權利の法理」を持ち出すことは意味がない。「相続と登記」「時効と登記」「取

消と登記」等の論点について、一七七条と九四条二項類推法理の何れが適用されるかという問題は、重畳して存在する二つの「無権利者からの取得者」保護法理（「無権利の法理」に對する例外規定）の何れが適用されるかという問題として理解されるからである（なお、ここでは、一七七条が適用可能な場合に敢えて一般原則たる九四条二項類推法理を援用することは可能か、という論点（制度間競合問題）も生じてくる）。

これに對して、著者は、一方で公信用力説に賛意を表しつつ、他方において、「對抗問題」か「無権利の法理」か、という二重譲渡の法的構成に関する従来の通説（＝「権利の分割的帰属」論）に沿った問題設定を行う。

著者の拠つて立つ對抗問題限定説は、要件論の側面において、形式論理に走りがちであつた従来の学説（「物權變動」無制限説＋「第三者」制限説）に對して、当事者の登記欠缺に関する「帰責性」と第三者の「要保護性」という実質的利益衡量を前面に押し出した点において、画期的な意義を有する見解であつた。そして、公信用力説は、これを更に進めて、右二つの要素を、權利外觀法理の一般要件——当事者の「帰責性」と第三者の「信頼」——に還元させた。従つて、その限りでは（つまり一七七条の要件論の限

りでは）、對抗問題限定説と公信用力説は、ほぼ同様の発想に立っている。しかし、上述のように、二重譲渡の法的構成の論点（＝一七七条の効果論）に関しては、對抗問題限定説の前提と公信用力説の法律構成は、全く異なるのである。あるいは、著者は、公信用力説の主張のうち、要件論における上記実質的価値判断の部分に關してのみ、これに賛同するものであろうか。

【13 一七七条の要件論】そこで、次に、一七七条の要件論について。上述の如く、對抗問題限定説は、従前の見解の形式論理を批判し、一七七条の適用の可否（＝要件）につき、当事者の「帰責性」と第三者の「要保護性」の利益衡量という実質的判断基準を提示した。しかしながら、この見解は、その一方で、「一七七条の第三者」を一七六条との關係において定義づける。即ち、かつての意思表示制限説が、一七六条の次に一七七条（及び一七八条）が規定されているとの形式的理由を根拠としていたのと同様、對抗問題限定説もまた、「對抗問題」となるのは「売買を典型例とする」「意思表示に基づく物權變動」（前記3参照）であるとの基本的理解部分については、概念法学的な形式論理に依拠している。そして、この点をいわば与件として、右学説は、「相続」「時効」等の意思表示以外の物權變動に

ついても一七七条が(拡張)適用されるか、という形での問題設定を行う。あるいは「遺贈」に基づく物権変動に關して、それは意思表示による物権変動であるが故に本来ならば一七七条が適用されるべきである、との前提に立った後に、上記実質的利益衡量を行って、一七七条の(縮小)適用を考える。だが、もし仮に、一七七条適用の判断要素として、専ら当事者の「帰責性」と第三者の「要保護性」のみを問題とするのであれば、『登記欠缺につき「帰責性」が認められる種類の物権変動であれば一七七条が適用される』とだけ述べれば足りるのであって、それが意思表示による物権変動であるか意思表示以外の原因による物権変動であるかは、ただか右「帰責性」を判断する際の一要素に過ぎないはずである。しかしながら、對抗問題限定説の論理構造は、そのようなものにはなっていない。

ところで、一七七条の登記なくして對抗できない「物権変動」を意思表示による物権変動に限定する学説には、上記一七六条・一七七条の条文配列を根拠とする見解のほか、フランス法からの沿革を根拠とする見解がある。滝沢教授の法定取得・失権説や、鎌田教授・横山美夏助教の公信力説がそれであって、両説は、当事者の「帰責性」あるいは第三者の「要保護性」(ないし「信頼」)という実質的価

値判断要素を前面に打ち出す一方で、沿革論に依拠して原則意思表示制限説をとる点において、對抗問題限定説の思考方法に類似している。ただ、現行フランス法は、解除・撤回・無効・取消や(一九九五年一月四日デクレ三〇条一款四項、三〇条五款)、特定遺贈(同デクレ三〇条四款二項。なお、フランス民法一〇七〇条も参照)については、(一定の場合に限ってであるが)公示なくして對抗できないとしていることから、これらの論点に關して、對抗問題限定説とフランス法を参照する学説とは、結論及びその理由づけが変わってくるかもしれない(もっとも、滝沢教授は、上述のように(前記10)、特定物遺贈につき登記必要説に立った最高裁昭和三九年判決(前記5)に反対し、著者と同様、遺贈による物権変動は登記なくして對抗できるとしているが)。

一方、右「一七七条は意思表示による物権変動に制限される」という命題と並んで、著者は、「一七七条は取引法原理に基づく規定である」という命題を掲げて、「相続に關連する紛争については一七七条が適用されない」との結論を導く。ここでは、次の二点が問題となる。まず第一に、著者の右命題は、判例・学説における背信的惡意者排除説の形成を根拠としているが、松岡久和教授の分類にいわゆ

る「準当事者型」事例の存在からも知られるように、『背信的悪意者排除説』は……取引法原理である」（前記4）とは必ずしもいえないように思われる。第二に、右命題に關してもまた、著者が他方において強調する実質的利益衡量論との關係が問題となる。実質的利益衡量を前面に押し出すならば、たとえ相続をめぐる物權變動（ないし非取引法的な物權變動）であっても、当事者に登記懈怠の「帰責性」が認められる場合には一七七条が適用され、そうでない場合には適用が否定される、という形で個別具體的判斷がなされてよいようにも見えるからである。この点との關係で、評者は、著者の「死因贈与（五五四条）と登記」に關する見解を知りたい。

なお、以上の点につき、評者は、次のように考えている。まず、フランス法からの沿革であるが、フランス民法典・一八五五年三月二三日法律の立場は、①登記能力のある權利變動原因については、登記を行わなければ登記義務違反として對抗不能の制裁を受ける、というものであった。ただ、これらの法律においては、②登記能力のある權利變動原因（Ⅱ公示の対象）が法律行為のみに限定されていた。つまり、フランス法が意思表示制限説に立つということの意味は、意思表示以外の物權變動については、②それらを

公示する余地が制度的に存在しなかったが故に、①對抗要件主義に服する余地もまた存在しなかった、というだけの話である。これに対して、日本法は、上記①に關してはフランス法を継受したが、②に關しては当時のフランス法を継受せず、広く「不動産ニ關スル權利ノ設定、保存、移転、變更、処分ノ制限若クハ消滅」を登記すべきものとした（不動産登記法一条）。従つて、日本法においては、およそ全ての物權變動原因につき、①の命題が適用されるということになる（なお、現行フランス法（上記一九九五年デクレ）は、②公示の対象（Ⅱ登記能力のある變動原因の種類）を拡張しつつ、これを①の命題に服すべきものと服さないものとに分けるに至ったが、日本法はこの立場を継受していない）。

だが、右①の命題に關しては、(a) いやしくも登記能力のある權利變動につき登記を怠れば直ちに登記義務違反と認定されるという考え方と、(b) 現実に登記可能性がなければ登記義務違反（Ⅱ「帰責性」）はないとする考え方があり得よう。私見は、一七七条の「第三者」につき善意を要件としつつ、当事者の登記の欠缺から右善意が推定されるが故に、当事者側が悪意を立証しない限り、第三者が勝つと考えることから、このこととの權衡において、一七七条の

「物権変動」に關しても(b)の考え方をとり、全ての物権変動原因は——それには登記能力があるが故に——その登記が欠缺する場合、基本的には当事者に帰責性(「登記義務違反」があると考えるが、但し、当事者が右登記欠缺につき帰責性がない旨を立証した場合には、一七七条が適用されないと考える。このように解した場合には、一七七条の適用される「物権変動」とは、要するに登記欠缺につき「帰責性」の認められる物権変動である、と述べれば足り、意思表示による物権変動か否か、あるいは取引法的な物権変動か否かは、右帰責性を判断するうえでの一要素に過ぎないことになる(もちろん私見においても、それが重要な要素であることを否定するものではないが)。これに対して、一七七条の「物権変動」は意思表示による物権変動に限られる、あるいは取引法的な物権変動に限られるとする著者の定式的な立論は、著者が批判する従前の学説の形式論理に、著者自身も拘束されているように見えるが、いかがであろうか。

【14 一七七条と九四条二項類推適用法理の關係】 上記「一七七条は取引法原理に基づく規定である」から「相統關係について一七七条は適用されない」とする著者の理解は、さらに、「この場合の第三者の保護は九四条二項類推

適用法理によって図られる」とする著者の立論の側にも、影響を与えるように思われる。というのは、通説的理解によれば、九四条二項類推適用法理は、権利外観法理(表見法理)の一発現であり、登記に公信用を与えたと同様の機能を果たす法理とされる。すなわち、右法理は、一七七条につき著者が述べるのと同様、「取引法原理に基づく」法理と理解されているのであり、従って、相統關係につき「それは取引法的分野ではない」との理由から一七七条の適用を排斥しながら、九四条二項類推法理が適用されると説くのは、主張が一貫しないように思われるからである。

著者は、一七七条の「物権変動」は「意思表示による物権変動に限られる」「取引法的な物権変動に限られる」という二つの命題を用いて同条の適用領域を極端に狭めても、第三者の保護は九四条二項類推適用法理によって図ることができるから不都合はない、との基本発想に立っている。

しかしながら、その一方で、既に著者は、「相統放棄と登記」の個所において(前記6)、「九四条二項の類推適用を認めたとしても実際に保護される第三者はあまり考えられない」とする山本敬三教授の指摘を引用していた(一五五頁、一六〇頁)。つまり、著者の基本発想に立つとき、第三者は保護されない、といわざるを得ない。

また、著者は、一七七条で保護される第三者は非背信的悪意者であるのに対して、九四条二項類推適用法理で保護される第三者は善意（無過失）者である（すなわち、前者よりも後者の方が第三者保護に薄い）ことを指摘したうえで、相続関係においては当事者側保護の要請が強く働くことから、後者による処理を行うことが利益衡量的に見て妥当である、と主張する。九四条二項類推適用法理よりも一七七条の方が動的・安全・第三者保護に厚いとする著者の指摘は、まさに正鵠を射たものである。「権利外観法理（表見法理）ないし公信力は動的安全に厚く真の権利者保護に薄い」という説明は、あくまでも「無権利の法理」と比較した場合において成り立つ事柄であるにも関わらず、通説は、この命題が對抗要件主義との比較においても成り立つと誤解しているからである。但し、それは一七七条の「第三者」の範囲につき善意悪意不問説ないし背信的悪意者排除説に立った場合にいえる事柄であって、背信的悪意者の認定を比較的緩やかに解する近時の判例や、公信力説をはじめとする悪意者排除説に立った場合には（著者も同説に立つものか。前記12）、このような違いは顕在化してこない。他方、九四条二項類推適用説の領域において、近時の学説は、その過度な拡張によって、この法理が不動産に関

するあらゆる紛争の「吹き溜まり」と化す危険性を指摘している。なお、ここでは、第三の途として、相続関係には一七七条も九四条二項類推適用法理も適用されず、「無権利の法理」の原則どおりに第三者を敗訴させるという方法も考えられるが、これは、著者の展開する実質的利益衡量論の内容から見ても、是認しがたい結論であろう。

以上を要するに、九四条二項類推適用法理それ自体に関する判例・学説の傾向をも勘案した場合、一七七条と九四条類推適用法理の守備範囲は、どのように割り付けられるのか。この点につき、改めて著者の見解を伺いたい。

【15 謝辞】 なお、著者からは、以上の評者の疑問に対して、懇切丁寧なご回答を頂戴した（後掲「原著者のコメント」参照）。記して深甚の謝意を表したい。

（成文堂、一九九九（平成一一）年二月二〇日刊）

七戸 克彦