

解除の対第三者効力論（二・完）

—— 売主保護の法的手段とその対第三者効 ——

武 川 幸 嗣

一 問題提起

二 フランス法における解除・売買先取特権の生成

(一) ローマ法における売主保護の法的手段

1 契約の解除

2 先取特権

(二) 教会法の影響

(三) フランス古法時代における法発展

1 慣習法・判例法における法発展

2 南部成文法地域における法発展

3 債務不履行解除の一般原則および売買先取特権の確立

(四) 現行フランス民法典における解除制度の特色

1 解除制度の基本構造

2 効果面における特色——物権的効力の承認と先取特権との連動——

(1) 遡及効・物権的効力の承認

(2) 第三者に対する関係

三 日本民法における解除制度の沿革

(一) 旧民法典における解除制度の構造

1 規定の概観

2 解除の法的根拠

3 解除の第三者効力

(二) 現行民法典起草における解除の特色

四 小括——試論の提示——

(一) 「對抗不能」構成の可能性

(二) 第三者の範囲に関する類型的考察……（七八号一二号）

五 解除における第三者の範囲

(一) 第三取得者の保護

1 法律構成

2 對抗不能の要件

(二) 一般債権者・差押債権者に対する関係

(三) 担保権者に対する関係

(四) 賃借人の保護

六 結びにかえて……（以上本号）

五 解除における第三者の範囲

(一) 第三取得者の保護

1 法律構成

一 すでに確認したように、五四五条一項ただし書の起草趣旨は第三取得者の保護にあり、起草者はこれを徹底化させるべく、端的に解除の効果を債権的效果として捉える旨を明らかにした。この債権的效果―第三取得者保護の眼目は、解除の対外的効力を第三取得者に対する関係で制限することにあると解されるところ、本稿は、このような一定の第三者との関係における解除の相対効を、同人に対する「効果不発生」を意味する対抗不能と構成した上で、同条にいう第三者の範囲に第三取得者を包含することによって導くことを説くものである。

対人的・債権的效果―第三取得者保護を対抗不能という法律構成によって具現化する法システムは、私見によれば、詐欺取消しに関する九六条三項の構造と共通する。

沿革的にみると、旧民法では、詐欺における表意者保護は、詐欺によって生じた錯誤が錯誤制度の保護対象となる場合を除き、詐欺者に対する対人的な賠償訴権の行使にとどまり、相手方が詐欺を行なった場合は、効果的な賠償方法として原状回復すなわち取消しが認められる、というシステムが採用されていた。したがって、詐欺取消しの性質はあくまで賠償訴権（補償名義の取消し）であり、債権的效果を有するにすぎないのであつて、詐欺とは無関係の善意の第三者を害することはできない、とされていたのである。⁽²⁸⁾ この構成は、詐欺によって惹起された錯誤のうち、錯誤だけでは合意の無効原因となるには至らない場合において、もっぱら詐欺者に対する関係において、被害者たる表意者を保護することに詐欺制度の存在意義を認めるといふ、詐欺・錯誤制度の機能配分を前提としている。

ところが、現行民法九六条の起草においては、右のような特殊な取消方法は継承されなかった。詐欺は強迫と同じく瑕疵ある意思表示に位置づけられ、取消しの法的性質は統一化されたのであった。しかしながら、詐欺における表意者保護は原則として詐欺者との関係においてのみ図るべきであり、詐欺について関知していない第三者を害してはならないという、旧民法における詐欺取消しの効果の相対性に織り込まれた価値判断は、同条二項および三項において体现された詐欺取消しの相対性によりなお維持されたとみてよいであろう。現行民法は、要素の錯誤に対する保護（九五条）に加えて、さらに詐欺による錯誤についても表意者を特別に救済することとしたが、その根拠は、とくに詐欺者との関係において表意者を保護すべき点に求められよう。詐欺取消しの相対性は、こうした立法上の利益判断を基礎とするものといえる。他人の違法な干渉による瑕疵ある意思表示の効果は、本来であればその他人が誰であるかによつて左右されるものではないと思われるところ、詐欺については、詐欺者が誰であつても取り消しうるというのではなく、第三者が詐欺を行なった場合は相手方に対する取消しそのものが制限され（二項）、これをうけて、当事者間で取り消しうる場合であつたとしても、さらに第三者に対する関係においてその効果が制限されているのである（三項）。このような徹底した取消しの相対性は、強迫との明確な区別化を示しており、こうした立法上の特色は留意に値する。そして、第三者に対する九六条三項における詐欺取消しの相対効すなわち対外的効力の制限は、取消しの効果の對抗不能として把握されるべきである¹⁰³。

立法沿革における詐欺取消しと債務不履行解除の法的性質を比較すると、詐欺取消しは、旧民法では損害賠償訴権構成すなわち対人的・債権的效果であつたものが、現行民法において遡及効と物権的効力を有するものへと変容したのに対し、解除については、遡及効・物権的効力を認めていた旧民法が、現行民法では債権的效果へと修正されている。このような形成過程の相違から、一見すると、現行民法の起草者は、詐欺における表意者を解除権者より厚く保護する意図を有していたようにも映る。

しかしながら、右に述べたように、九六条二項・三項は、詐欺取消しの対人的・債権的效果の趣旨を継承するものと解されるため、一定の第三者に対する取消し・解除の効果の相対性を認め、対外的効力を制限しようとする制度趣旨において、基本的には九六条三項と五四五条一項ただし書は共通していると解釈しようのではない。解除においても、相手方の不履行を理由とする当事者間の利益調整すなわち清算は、第三取得者の取引安全を害しない限りにおいて相対的に行なわれるべきである、⁽²⁰⁾ という価値判断が表わされているといえよう。そして、このような取消し・解除の相対効は、「対抗不能」構成により理論化されるべきものであると考える。

すなわち、売買契約においては、解除の効果として売主は目的物の所有権を回復するが、第三取得者との関係においては、そのような物権的效果は不発生であり、その結果、同人の所有権取得は妨げられない。

右のような理解は、契約締結時における瑕疵ある意思表示の効果と、有効に成立した契約における後発的障害を理由とする清算関係とを峻別する、支配的見解と異なるものである。しかしながら、第三者保護についてどのような利益判断を行ない、これをいかなる法システムにおいて具現化するかは、必ずしも意思表示理論あるいは債務不履行論の観点から直接的・演繹的に導かれるわけではなく、詐欺あるいは債務不履行に対して表意者あるいは債権者にどのような保護を与え、いかなる第三者との関係においてどの程度保護するかに関する立法政策にかかっているといえよう。したがって、その要件・効果論の展開および理論化も、取消し・解除原因の特色に応じた第三者保護の制度趣旨に即したかたちで行なわれるべきである。

二 このような理解は、解除前後において第三者を区別する必要性についても、再考を促す。この点については、一般に、遡及効の有無によって異なるものと解する傾向にあるように見受けられる。すなわち、遡及効否定が、対抗関係―解除前後不問に、これに対して遡及効肯定が、遡及効制限による第三者保護―解除前の第三者に限定という構成に、それぞれなじみやすいとされている。

しかしながら、仮に遡及効を肯定するとしても、それが必ずしも解除前の第三者保護に直結するとは思われない。そのような限定は、五四五条一項ただし書は解除前の第三者のみを保護することを目的としており、解除後の第三者の利益を解除権者に劣後させる趣旨である、という制度理解につながるが、果たしてそうであろうか。

解除後の第三者は、一七七条または九四条二項類推適用により保護すればよいといっても、それは五四五条一項ただし書では保護されないことを前提とする補充的な手当てであるから、まずはそのような前提の正当性に関する合理的な理由が求められよう。確かに、取消しの場合と同じく遡及効を認める場合、解除前の第三者については、一旦有効に行なわれた権利取得を解除によつて事後的にくつがえすことの当否が問われるのに対し、解除後の第三者は、解除により権利が消滅した後に利害関係を築くに至った者をいかに保護するかが問題となるのであるから、両者は理論的にみて問題状況を異にしている、ともいえる。

けれども、そのことと、前者のみを保護する旨の制度理解の正当性とは別問題である。解除前後における右のような相違点にもかかわらず、両者ともに保護する趣旨であるとの解釈も可能であろうし、五四五条一項ただし書の趣旨は、解除に基づく原状回復により第三取得者の利益を害しないことに求められるとすれば、解除前はもちろん、解除権が行使されたが未だ原状回復されていない間に権利関係を築くに至った第三者もその射程に含まるべきであろう。そうであるとすれば、解除後の第三者をとくに排除すべき合理的理由はなく、その意味において、解除の効果の対抗不能は、解除前後を問わず、その効果の対抗不能を第三取得者との関係において貫徹すべきである⁽¹⁰⁵⁾。

ちなみに私見は、九六条三項についても、基本的には取消前の第三者保護を予定した規定であるといえようが、決して取消後の第三者を排除する趣旨ではないと解している⁽¹⁰⁶⁾。第三者保護が詐欺という取消原因に由来するものであるとすれば、取消前後において適用の有無を区別する必要はなく、その制度目的は、取消しに基づく原状回

復により善意の第三者の利益を害しないことにあると理解すべきである。一七七条あるいは九四条二項類推適用による保護は、「詐欺については取消前の第三者だけが保護される」という九六条三項の制度理解を前提としているのであるから、解除におけると同様、まずはその前提が問い直されてよい。取消後の状態を捉えて取消原因を不問に付し、他の取消事由と統一化すべきではないであろう。取消後に原状回復を懈怠すれば表意者の帰責性が増大し、九六条三項による保護射程が拡大するが、そのような帰責性をとくに要件化して法律構成を別異にする必要はなからう。もっとも、取消前後では善意の対象が異なることが指摘されており、それが法律構成の相違を正当化する要因の一つとされている。しかしながら、詐欺の事実に関する善意悪意が問われるのは取消後の第三者についても同様であろうし、取消しの事実についての善意悪意は取消後の第三者についてののみ問題となるが、取消原因の知不知は取り消しうる旨の認識の有無を指しており、それは取消しの効果に関する認識可能性に結びつくのであるから、取消しの事実についての知不知も九六条三項における善意の範疇に含まれると解してよいのではなからうか。

また、取消前後の区別化は、同制度の趣旨を遡及効の制限と捉えることにも起因しているといえるが、それに限定する必要はなく、同制度における取消しの効果の対抗不能は、詐欺取消しの遡及効に対する制限を含め、その絶対効を制限することを意味していると解するのが妥当である。

2 対抗不能の要件

一 以上のように、第三取得者に対する解除の効果を対抗不能と解するとしても、いかなる第三取得者が対抗不能による保護を享受することができるのであろうか。逆にいえば、解除の効果をもって第三取得者に対して対抗することができる場合がありうるのか。これは、五四五条一項ただし書における第三者の要件論にかかわる検討である。「対抗不能」といっても、そのような効果論から演繹的に要件が導かれるのではなく、それは対抗不能

を規定する保護法規の目的に応じて確定すべきである。

先に確認した五四五条一項ただし書の起草趣旨すなわち解除の効果の相対性を貫くなら、基本的には第三取得者につきとくに保護要件を加重すべきではない、といえよう。とはいふものの、解除権者と第三取得者との利益衡量に対する実質的配慮は必要であらうし、さらに本稿の関心に照らせば、他の制度との均衡・調和も重要である。本稿の立場からは、解除の効果が第三取得者との関係において對抗不能であるとの原則を前提として、いかなる事情があれば解除権者はこれをくつがえして對抗することができなのか、が問われる。

二 まず問題となるのは、対抗要件の要否である。解除における第三者保護の要件論として主たる議論の対象とされてきたのはこの点である。判例においては、動産・不動産および解除前後を問わず、対抗要件の具備を要求する立場が確立されている⁽¹⁰⁸⁾。また学説の多くは、遡及効の有無に応じて、対抗要件または権利保護資格要件に分かれるものの、登記必要説に立つ。ちなみに、フランス法は、解除権者保護および公示要請の見地からか、売買代金不払いを理由とする解除権につき、一定の場合に公示を備えた第三取得者に対して對抗することができないとしている（第二一〇八条二項。二（四）²（2）参照）。

私見は、対抗要件の具備は、必ずしも五四五条一項ただし書において本来的に内在する要件とまではいえないと理解するのが、その起草趣旨に適うものと捉えている⁽¹⁰⁹⁾。しかしながら、一七七条との調和すなわち、公示制度の要請を解除権者と第三取得者との権利関係の確定にも及ぼすべきか、という観点からはなお問題となる⁽¹¹⁰⁾。

この点に関する問題状況は以下の二つの局面に分類されよう。第一に、解除権者と第三取得者が共に未登記の場合である。このとき、対抗要件または権利保護資格要件を必要とする立場によれば、第三取得者は保護されない。解除権者と第三取得者とを狭義の対抗関係に見立てる構成に立てば、二重譲渡の法律構成のしかたいかによるが、同様の帰結となろう。解除を、有効に成立した契約の後発的障害に基づく清算と、新たに権利関係を

築くに至った第三者との対立関係と捉える見解になじむ上、迅速な登記を促すことから公示制度の要請にも調和する。また、形式主義・物権行為の独自性を前提とするドイツ法的解決にも親和的である。もっとも、権利保護資格要件と捉えれば、第三者がかかる要件を備えてはじめて保護されることになるため、それまでは、解除権者は未登記でも解除の効果を対抗することができるといえる⁽¹⁰⁾。

ところが、解除の効果の相対性を重視するなら、解除権者は解除による権利回復をもって第三取得者に対抗することができないのが原則であるから、両者は二重譲渡におけるような対等の権利関係になく、ましてや第三取得者は一定の保護要件が加重されなければ保護に値する地位を獲得できない、と解すべきでもない、という理解となろう。

要は、解除権者と第三取得者の関係を、対等とみるか、一方に優位を認めることを原則として調整を行なうか、にかかっているといえよう。一口に「対抗することができない」といっても、それが必ずしも狭義の対抗関係を意味するとは限らず、本人と第三者の関係いかによってその要件および立証責任の所在が変わりうるというべきである。私見は、両者の関係につき、解除の「対抗不能」は、解除権者に比して第三取得者が優位に立つことを原則として予定するものであり、解除権者においてかかる原則をくつがえす事情を示してはじめて、解除の効果を対抗することができるものと解している。したがって、両者ともに未登記の場合、第三取得者が保護されるこのような理解は、解除の債務不履行に対する当事者間の内部的調整という側面を、第三取得者に対する関係において重視するものである。

第二に、解除権者が先に抹消登記手続を了した場合はどうか。恐らく登記必要説の主たる論拠は、このような場合にまで第三取得者がお移転登記請求しうるといえるのは行き過ぎである、という価値判断にあると思われる。その背景には、解除権者がより迅速に登記手続を行ない、権利回復のためになすべきことをしたにもかかわらず、

登記を備えていない第三者の方をより厚く保護するというのは、利益衡量上も、また公示制度の要請という観点から妥当でない、という理解が存しよう。この点を汲んで、五四五条一項ただし書と一七七条ひいては公示制度の要請との調整を図るとすれば、むしろ登記の具備を解除権者の側の権利保護資格要件として位置づける余地があるといえようか。このように考えると、解除権者の側が先に登記を備えてはじめて、対抗不能をくつがえすことができる、未登記の第三取得者に対して解除の効果を対抗することができる、ということになる。⁽¹¹⁾

三　ところで、遡及効の有無ないしは狭義の対抗関係の当否にかかわらず、第三者保護のために対抗要件具備を要求する見解が支持されやすい要因の一つとして、善意悪意を問わないこととのバランスを挙げることができよう。⁽¹²⁾しかしながら、九六条三項においては善意が要求されており、一七七条についても悪意者排除説が台頭していることとの均衡という観点から捉えると、再検討の余地があるのではなからうか。一般に取消しとの比較については、意思表示に原始的な瑕疵が存在する場合と、後発的な障害により有効に成立した契約を清算する場合との相違を理由に、⁽¹³⁾遡及効の当否と相俟って、取消しの方が解除より強く本人を保護する趣旨であるとの理解が定着しているようである。⁽¹⁴⁾しかしながら、詐欺取消しの場合には取消し一般と異なり、九六条二項および三項の特色に留意すべきことはすでに指摘したところであり、本稿のような制度理解に立脚すれば、解除との整合性が重要となる。

さらに、不動産売買先取特権が公示を効力保存要件としている点（民三四〇条）、買戻しによる解除は、特約を公示することにより第三者に対して対抗しうること（五八一条一項）との均衡上も、第三取得者の認識の有無が問われてもよいように思われる。もっとも、先取特権と解除が、債務不履行に対する債権者（売主）保護のための法定の権利という点において、目的・機能が共通しているのと異なり、買戻特約に基づく解除は債務不履行に対する保護手段ではなく、解除でありながらその根拠・原因を異にしている。とはいうものの、解除による権利

復帰に対して第三者の利益との調和をいかに図るかについては、解除原因が特約(当事者の合意ではあるが、当初から予定されている)であれ、相手方の債務不履行(不履行当事者は被害者であるが、当事者間で清算すべき後発的事由である)であれ、要請されるところに基本的な相違はないといえよう。

そうだとすると、買戻特約の公示により、解除が予定されている旨につき認識が付与されていれば、解除による権利復帰を第三者に対抗することができることとの均衡から、債務不履行解除においても、解除権の公示方法はないものの、悪意者に対しては解除をもって対抗しようと解することにより、公示の欠缺を補充する余地はあるといえよう。このような理解は、公示の目的を第三者に対する認識付与と把握し、悪意者に対しては公示の目的が達成されているため、公示がなくても対抗することができる、という考え方を基礎としている。問題は、ここにいる悪意とはいかなる態様を指すかである。

第一に、解除後の第三者において、解除の事実につき悪意者を保護すべきではないように思われる。すでに解除権が行使された事実を知り、自己の権利取得が解除権者の権利回復を害する旨を認識しながら、敢えてこれを厭わずに取引関係に入った第三取得者は、登記の有無にかかわらず、五四五条一項ただし書による保護を否定すべきであろう。同制度はそのような第三取得者の取引安全までを確保する趣旨ではないと解され、詐欺取消しおよび一七七条との均衡さらには、取引一般における信義則の見地からもこのような解釈が導かれよう。なお、この場合における悪意の立証責任は解除権者の側にあり、同人が第三取得者の右のような意味における悪意を立証することにより、解除の効果を対抗することができるものと解するのが、第三取得者に対する解除の対抗不能を原則と捉える本稿の理解に適合的である。

さらに検討すべきは、解除前の第三者である。解除前については解除原因についての悪意すなわち、債務不履行の事実、売買契約であれば代金不払いの事実につき認識している悪意者を排除すべきかどうか問われる。こ

の点については、債務不履行があったとしても、後に本旨に適った履行により治癒される場合もあり、当事者間で調整されることを期待してよい場合も多分にありうるから、解除原因について悪意であったというだけでは非難に値しない、という評価が一般的であるように思われる⁽¹⁵⁾。

確かに、債務不履行の事実についての認識が、ただちに解除権行使についての悪意を導くとはまではいえないだろう。すでに概観したように、フランス法においては、不動産売買については代金未払いの旨の公示をもって解除の対抗要件とするシステムが採用されており、動産については即時取得制度により第三者の善意が要求されている（この善意は代金未払いに関する善意と解されている）。このことは、未履行の事実についての認識付与が解除の可能性に対する認識に結びつき、これにより第三者は、後に解除されるに至った場合にはその効果を甘受しなければならぬ、という評価を前提としているといえよう。反対債務が未履行である旨を認識しながら取引関係に入る第三者において、後に不履行ひいては解除に至りうることを覚悟すべしと評価するか、そのような事態に陥るかどうかは未確定であり、履行されることを期待してもよいから、その程度の認識をもって保護に値しない悪意者と断定することは取引安全を害すると思われるべきか、見方が分かれるところであろう。これは、債務不履行解除にどこまでの保護を与えるべきかに関する価値判断にも関わってくる。フランス法は、解除に無効・取消し（相対無効）と同様の遡及効を認めることで見解がほぼ一致しており、解除権者に強い保護を付与することを前提としているように見受けられる。

これに対して、日本法では、五四五条一項ただし書により、解除権者の利益より第三取得者の取引安全が優先する旨の立法政策が採られた。その根底には、解除は、債務不履行に起因する当事者間の清算手段であるから、不履行債務者すなわち相手方との関係においてのみ図られるべきであって、第三者を害してはならない、という価値判断が存するものと目される⁽¹⁶⁾。この点は詐欺取消しの意義（詐欺者との関係における表意者の特別な救済手段

であり、第三者に対して不利益を及ぼすべきではない」と共通するというのが私見であるが、九六条三項では第三者に善意が要求されている。解除の場合との相違点は、先にみたように、反対債務の未履行または不履行の事実についての認識が、つねに解除についての悪意と同視しうるわけではないと評価されることにあるが、そうであるからといって、ただちに善意悪意不問といってよいとまではいえないのではなからうか。

詐欺の場合も、詐欺が存在したとしても必ず取り消されるとは限らず、当事者間で賠償その他の利益調整が図られ、追認が得られる場合もあり、取消原因についての知不知だけでは保護の要否を評価しきれないこともある。それが具体的にどのような認識の有無を指すのか、九六条三項により保護されるべき善意あるいは、非難すべき悪意とは何かについては、さらに明らかにする必要がある。

先述したように問題は、善意悪意の具体的な意義・内容をいかにして確定するかである。一般的に、善意悪意については、第三者保護に関する各制度の保護目的に照らしながら、どのような事情の不知またはいかなる信頼・期待が保護に値するのか、反対に、どのような事実についてのいかなる認識をもって悪意者としての非難を与えるのか、が制度ごとに問われなければならない。その意味において、善意悪意とは、単なる事実的な概念ではなく、第三者の保護または非難を導く規範的評価を伴う要件として、機能的な意義を与えるべきであると考えている。⁽¹⁷⁾このような観点に照らせば、一定の事実・事情を知らずに取引したことが信義則上許されるか、あるいは、これらを認識しつつ取引関係に入り、利益を得ることが不誠実と評価されるか、という要素を、各制度における第三者保護の趣旨に整合させながら織り込む必要が生じてこよう。⁽¹⁸⁾この点については、保護に値する善意かどうかに関する実質的評価は「無過失」要件において、そして非難すべき悪意か否かの判断は主に「背信的悪意」概念の活用により、諸事情を柔軟に考慮する判断枠組を志向する傾向を看取しうるが、その基礎概念である善意悪意の見直しと、無過失、背信的悪意・詐欺の意思などとの機能配分を整理する必要があるように思われる。⁽¹⁹⁾

たとえば、九六条三項については、詐欺の事実を覚知し、表意者が取消しを望んでいる旨を認識することが相当程度において可能であり、したがって、自己の取引がその原状回復を害するおそれがあることを知りながら、あえてこれを厭わずに取引関係に入ることをもって、悪意と評価することも可能であろう。そうであるとすれば、詐欺の存在を知っていたとしても、当事者間において利益調整がされ、契約が維持されるものと期待することが許される状況が認められる場合は、悪意とはいえない。私見は、同制度の第三者保護を、外観（瑕疵がない権利外観）一般に対する積極的な信頼保護という観点からではなく、右のような意味における悪意者排除の観点から捉えている。⁽¹⁰⁾したがって、悪意の立証責任は表意者の側にあり、第三者には詐欺の存否に関する調査義務を原則として負わない。ただし、その存在について高度な蓋然性が認められ、疑念を有すべき状況にありながら、敢えて確認を回避してその不知を主張することが、善意を装う態様として、悪意に準じる評価が与えられるべき場合がありうる。また、そうした詐欺に関する個別的な認識可能性以前に、権利者として当然に備えるべき外観を伴わない場合（表意者に登記が残存しているなど）に、最低限の確認を懈怠したとすれば、重過失ありと評価できよう。⁽¹¹⁾

それでは、解除においてはどうか。この点、従来の学説が指摘するところは、取消しの場合と異なり、解除原因の存在についての認識だけでは、なお非難されるべき悪意というには不十分である、ということを意味するにすぎず、これをもってただちに善意悪意不問と結論づけるのは早計であると考える。解除についても、債務不履行に陥っており、履行による治癒その他の猶予・調整による解決を合理的に期待することができず、契約を維持し難い状況にある旨を認識しつつ、自己の権利取得が前主の利益を害しうることを知りながら、敢えてこれを厭わずに取引関係に入る者は、五四五条一項ただし書による保護を主張しえないと解すべきである。悪意の内容を右のように構成した上で、解除権者は、かかる悪意を立証することにより、解除の効果を対抗することができる

と解すべきであろう。

解除権者と第三取得者との権利関係については、とくに第三取得者の保護要件を加重しない反面、右のような悪意者を非難することで利益調整を行なう余地を認めてよいと思われる。なお、このような利益衡量は、背信的悪意者排除を柔軟に活用することによっても可能であり、つまるところ概念の問題に帰着するともいえるが、本稿は、背信的悪意を持ち出す前に、前提となる善意悪意の内容をひいてはその機能的・規範的意義を問ひ直すべきことをとくに指摘するものである。

四 さらに、動産売買の解除については、動産先取特権の追及効を制限する民法三三三条との均衡に留意する必要がある。すでにみたように、フランス法においては、動産先取特権に対する第三取得者の保護につき、多数説は即時取得制度を挙げており、解除については即時取得による保護を図ることで見解が一致している。ところが、日本法は三三三条と五四五条一項ただし書という明文規定が存在するため、問題となる。

第一に、引渡しの意味については、売主の動産先取特権に公示がない点および、五四五条一項ただし書における解除の相対効つまり対抗不能の趣旨との整合性に照らして、緩やかに解釈すべきであろう。したがって、現実の引渡しを要しない点^(四)において、三三三条における追及効の制限と五四五条一項ただし書の対抗不能とを整合させるべきである。なお、不動産の場合との均衡に留意するなら、第三取得者が現実の引渡しを受ける前に、原売主が解除権を行使して原状回復した場合、同人は解除の効果を対抗することができるに至るものと解する余地もあろう。もっとも、譲渡担保権者については別途考慮する必要があるが、これについては後に検討する(三参照)。

ちなみに、私見は、追及効の制限も、第三取得者に対して先取特権を対抗することができないことを意味しており、対抗不能の一態様(担保権の対抗可能性ないし対抗不能は、他の一般債権者および担保権者との関係における優

先の効力と、第三取得者に対する追及効の有無との二局面において具現化する」と捉えてよいと解している。ただし、すでに示したように、このことは、つねに狭義の對抗関係を指すわけではない。財産権の効力を説明づけるにあたり、追及効は「物」を基準とする概念と目されるが、對抗可能性は「人」すなわち、誰に対して主張しうるかという観点に着目するものといえようか。

第二に、善意悪意についてどのように理解すべきであろうか。第三取得者の即時取得が成立しない限り追及効を認めるフランスの多数説は、解除と同じく先取特権に強い保護を付与するように見受けられるが、日本民法は、解除におけると同じく、三三三条も条文上は善意を要求していない。

この点につき、起草者の穂積委員は、先取特権者に物上代位権を認める代わりに第三取得者の善意悪意不問とする旨を明言している。⁽¹³⁾これに対しては、磯部四郎委員から、第一に、悪意者を保護するのは望ましくないこと、第二に、善意者については即時取得制度による保護があること、第三に、悪意者に対しては、詐害行為取消権により目的物を債務者の許に取り戻した上で先取特権を行使することが可能であるとすれば、追及効の制限規定の効用が薄くなること、を理由として、同条の削除案を示したが、採用に至っていない。⁽¹⁴⁾

また、旧民法においても、動産先取特権の追及効は第三取得者の善意悪意を問わず制限されていたが（債権担保編第一五七条）、その理由に関してポワソナードが説いたように（三（一）3参照）、第三取得者はたとえ買主の代金未払いの旨を知っていたとしても、当事者間において調整されることを期待してよい場合もあろう。

けれども、解除に関する右の検討および、動産先取特権における追及効制限の趣旨が公示の不備による取引安全確保に求められる点を踏まえるとすれば、買主の代金不払いの事実および、弁済の見込みが乏しい資産状況にあることを認識し、自己が当該動産を買い受けて代金を支払うことが、売主の担保権（物上代位権を含む先取特権）を害するおそれがあることを知りながら、敢えてこれを厭わずに譲り受けたような場合、このような悪意者

に対してはなお先取特権を行使することが許される、と解することも可能ではなからうか。そして、買主の債務不履行の事実および、追完ないし調整可能性の不存在・自己の取引が原売主の権利を害するおそれのある旨についての認識は、解除における悪意と共通すると考えられる。

また、解除後の第三者については、解除の事実につき悪意である場合、原売主は解除の効果を対抗することができる、と解してよいであろう。

(二) 一般債権者・差押債権者に対する関係

本稿でしばしば強調しているように、解除と第三者が問題となる主要な局面を、売買契約における買主の不行と捉えると、不履行債務者である買主の債権者との関係が重要となる。

第一に、一般債権者は、有効な売買契約による債務者の責任財産の増加を期待しうる立場にあるが、かかる期待は、売買目的物の差押えによって具体化することになる。もともと、一般債権者のままであっても、買主への引渡未了の場合において、債権者代位権行使により売主に対して引渡しを求めることもありうるが、解除後はもちろん、解除前であっても、代金未払いであれば同時履行の抗弁権を行使されるであろうし、原則として債務者が現有する責任財産の限度で共同担保を享有しうるにとどまる一般債権者に、五四五条一項ただし書の第三者として独自の地位に基づく保護を認める必要性があるかについては、疑問を禁じえない。

それでは第二に、売買目的物に対する差押債権者はどうか。判例・通説は五四五条一項ただし書の第三者にあたらないと解しているようであるが、その理由は明確でないように思われる。差押により債権が実体法上何ら強化されるわけではない点を重視すれば、⁽¹²⁶⁾ 右に述べた一般債権者と同様に、五四五条一項ただし書の第三者に該当しないと解すべきことになろう。したがって、解除権者は第三者異議の訴えを提起することができることになる。

ところで、一七七条の第三者に差押債権者を含むと解する判例・通説⁽²⁷⁾との均衡については、どのように理解すべきであろうか。一般債権者も差押えにより売買目的物につき具体的な利害関係を形成するに至り、一七七条のみならず五四五条一項ただし書の第三者にも該当する、と理解すれば、代金不払いにおける売主は解除の効果を対抗することができず、売主は債権者の一人として配当加入せざるをえないこととなる。

しかしながら、そのように構成することは、先取特権における優先権との整合性の見地からして疑問である。

売主は先取特権による優先的保護を受けることができる地位にあることから、解除権を有する売主と差押債権者とを狭義の対抗関係として位置づけるのではなく、対抗要件の有無にかかわらず、解除権を行使して第三者異議の訴えを提起することも妨げられないというべきである。なお、先取特権における優先弁済と解除による原状回復とは効果を異にするが、売主のみならず、差押債権者に対する影響という観点からも、法的地位に大きな差異をもたらすとはいえないであろう。というのは、売買代金の大部分が不払いの場合は、先取特権が行使されると同人への配当を期待できないことが多いであろうから、解除の場合より保護されるといえず、代金の一部不払いの場合、先取特権が行使されれば既払い部分に相当する目的物の残余価値からの配当を期待しうる一方、解除すれば売主は買主に対して既払い代金の返還を義務づけられ、その分だけ共同担保が増加するからである。

そうすると、差押債権者は五四五条一項ただし書の第三者に含まれず、売主は解除の効果を対抗することができることになるが、債務不履行解除により保護されるべき売主と、有効に物権を取得しながら対抗要件を具備しない譲受人とは、仮に一七七条につき判例・通説にしたがうとすれば、法的地位を異にするということになろうか。

もっとも、判例・通説が一七七条の第三者に差押債権者を包含する背景には、公示促進の要請に加えて、登記を懈怠している権利者に対する非難と、そのような未登記の財産権移転を否定して債権回収を図ることに対する

差押債権者の利益の正当性に対する配慮が存するといえよう。この点にかんがみると、売主が解除後もなお相当期間にわたり抹消登記手続を懈怠し、あるいは外観を放置している場合においては、解除に基づく優先的地位を失うと構成することも考えられよう。この場合、五四五条一項ただし書の適用結果をくつがえして差押債権者を保護するにあたり、新たな法的根拠が必要となるが、一七七条の趣旨に公示の懈怠に対する非難も含まれると解して同条を類推適用し、右の非難に値する懈怠を要件として、売主と差押債権者を狭義の對抗関係に立たせるか、あるいは、九四条二項類推適用によることになろうか。

(三) 担保権者に対する関係

一 右の(二)のような視点をさらに押し進めると、無担保の一般債権者・差押債権者のみならず、売買目的物につき担保権を有するに至った債権者との関係も問われることになる。解除を売主保護のための広義の担保手段として位置づけると、これらの場合においては担保の衝突・優劣という観点も必要となってくる。

二 第一に、抵当権者および質権者は、売買目的物の物権取得者として第三取得者に準じると捉えれば、五四五条一項ただし書の第三者にあたり、原則として解除の効果を對抗されない、といえよう。ただし、売買代金未払いの旨に関する悪意者が排除される余地はあろう。先取特権との均衡という視点からみると、不動産売買先取特権と抵当権の優劣は登記の先後によって決するとされているが、フランス法のように先取特権登記と解除権の公示を連動させて優先効を導くシステムとなっていないこと、および、解除につき第三取得者の保護を重視する起草旨に照らせば、公示手段がない解除権をもって、抵当権者に対して對抗することができないとみてよいであろう。また、先取特権と動産質権の関係については、第三順位の動産売買先取特権は質権に劣後するため(三三〇条一項、三三四条)、このような法的地位にも整合する。なお、売買代金未払いの旨につき悪意の質権者につい

ては優先効が否定されているが(三三〇条二項)、このことも、解除の効果を悪意者に対して對抗しうとする解釈論の根拠になりえよう。

三 第二に、譲渡担保権者はどうかであろうか。所有権移転登記もしくは譲渡担保権登記を備えた不動産譲渡担保権については、所有権的構成に立てばもちろん、担保権的構成によったとしても、解除において第三取得者に準じた地位が付与されてよいであろう。

問題は動産の譲渡担保である。⁽¹²⁸⁾ 質権と異なり、目的物が債務者すなわち買主の現実の占有下にあるため、五四五条ただし書の第三者と對抗要件の要否および、動産先取特権の追及効制限に関する三三三条との関係さらには、先取特権と質権との優劣に関する三三四条との比較においても、検討を要するところである。

この点につき、判例には、集合動産譲渡担保と動産売買先取特権の優劣⁽¹²⁹⁾に関して、占有改定の方法により引渡しがされた譲渡担保権は對抗要件を具備したことになり、民法三三三条所定の第三取得者に該当する、と判示したものである。⁽¹³⁰⁾ この判例は、将来の集合動産に関する根譲渡担保権が設定された後に、売主から債務者たる買主に商品が納入され、譲渡担保権の対象である集合物の構成部分となった事案に関するものであるが、判旨の論理からすると、その射程は、売買により買主に動産が引き渡された後で個別動産に譲渡担保権が設定され、占有改定の方法により引渡しが行なわれた場合にも及ぶものと解される。

学説上は、買主が目的物に対する現実の占有を継続したままであり、譲渡担保権には公示がないことから、三三三条適用否定説や、三一九条により譲渡担保権の存在につき善意無過失の売主保護を示唆する説⁽¹³¹⁾あるいは、明認方法による公示のない譲渡担保権の對抗力を否定する説⁽¹³²⁾など、先取特権保護を説く見解があるが、動産売買先取特権は効力が弱く、約定なしに目的物を引き渡した売主保護の必要性に乏しいこと、反対に譲渡担保権は実務上の重要性が高く、譲渡担保権者の取引安全の要請(目的物上の売買先取特権の存否に関する調査確認の不都合と、

円滑な担保取引の要請) が強いことから、譲渡担保権優先説⁽¹³⁾も多数の支持を得ている。

五四五条一項ただし書の趣旨および三三三条との整合性に関する私見に照らせば、現実の引渡し未了の第三取得者が保護されることとの均衡上、譲渡担保権者も五四五条一項ただし書の第三者に含まれるため、解除をもって対抗することはできず、また先取特権の効力も及ばないと解すべきことになろう。もつとも、解除の場合、譲渡担保権の実行前に解除により原状回復がされた場合、なお譲渡担保権を対抗することができるかどうか問われる。このような場合は、現実の引渡し未了の第三取得者とは別に、譲渡担保に対する独自の保護が考えられなくてはならないだろう。そうすると、所有権的構成を前提とすれば、担保目的の所有権移転については、現実の引渡しの有無を問わず、かつ解除権者の占有回復の如何にかかわらず、解除権者に対して所有権取得を対抗することができるということになろうか。担保権的構成に立てば、譲渡担保権者を五四五条一項但書の第三者に含めた上で、権利の実質に見合った保護が与えられることになろう。

なお、担保権的構成に立脚する場合はもちろん、所有権的構成に拠ったとしても、担保目的を重視するならば、この問題をもつばら第三取得者の延長線上において捉えるのではなく、担保権相互の競合ないし優劣という観点から考察する必要があるが生じてくる。この点については、先取特権・解除権と譲渡担保権を対等の権利として把握し、成立の先後で優劣を決定するという見方もありうるが、学説には、動産質権 (三三四条) あるいは動産抵当 (自動車抵当法二一条、農業動産信用法一六条、建設機械抵当法一五条、航空機械抵当法一一条) を類推して、第一順位の動産先取特権 (三三〇条一項) と同順位とすべき旨を説くものがある。⁽¹⁴⁾ このような考え方に立てば、譲渡担保権が動産売買先取特権に優先し、また解除権者に対しても対抗することができるという帰結にもなじむことになる。問題は、譲渡担保権が現実の占有を伴わず、明認方法あるいは登録による公示が整備されていない点⁽¹⁵⁾である。

売主が譲渡担保権の存在を知らずに先取特権あるいは解除権を行使しても、譲渡担保権に劣後し、とくに将来の

集合動産譲渡担保が予め設定された場合、売主がその存在を知らずに買主に目的物を引き渡して集合物に組み込まれた段階から、すでに先取特権・解除による保護が奪われるというのは、果たして妥当か。この点については、前述したように、三一九条により善意無過失の先取特権者を保護すべき旨の指摘がされている。動産先取特権にも公示がないため、難問であるが、第一に、解除あるいは動産売買先取特権は、五四五条一項ただし書および三三三条により第三取得者の取引安全が重視されており、担保権者の取引安全を例外視すべきでないこと、第二に、譲渡担保権者には設定時に現実の引渡しを受けていないことに対する非難可能性がなく、その実行前に行使された解除権や先取特権に劣後するとなると、その実効性が著しく減殺されること、にかんがみると、集合動産譲渡担保については別途考察する必要があるとしても、譲渡担保権は動産売買先取特権に優先し、かかる権利者も五四五条一項ただし書の第三者に該当する、と解すべきであろう。ただし、悪意者を排除することにより利益調整が図られるべきである。⁽¹³⁶⁾

四 ところで、法定の保護手段である先取特権および解除権が譲渡担保権に劣後するとしても、売主の側において所有権留保が行なわれていた場合はどうなるであろうか。買主の債務不履行に対する売主保護のための法的手段という観点において、所有権留保は解除・先取特権と機能的に共通するため、その対第三者効力につき、五四五条一項ただし書あるいは三三三条との関係を確認する必要がある。これについては、右の両条による第三取得者保護は売買目的物の所有権が買主に移転していることを前提するものであり、所有権留保の場合には適用射程が及ばないとされている。所有権留保が、売主保護のための約定担保手段として有する意義は、正にその点に見出されている。しかしながら、留保所有権をもって常に第三者に対して対抗しうるとすると、公示手段のない所有権留保特約によって第三取得者の取引安全が害されることになる。所有権留保によって生じる権利と公示の不合致すなわち、所有権の所在と占有の不一致に対する取引安全のための法的手当てとしては、公示主義による解

決（公示なき留保所有権の第三者に対する対抗可能性を制限する）と、即時取得制度による保護とが考えられる。⁽¹³⁷⁾ 担保権的構成によれば、担保権としての設定者留保権の追及効を制限するか、即時取得により保護するか、という表現になろう。所有権留保の公示方法に対する手当てがないままに前者を採用すると、所有権留保の担保としての実益が減殺されるであろうから、即時取得による個別的保護に依拠すべきことになろう。

それでは、第三者が譲渡担保権者である場合の保護についてはどうか。第一に、第三取得者におけると同様、即時取得制度が考えられる。もっとも、占有改定の方法による引渡しで足りるかどうかについては、譲渡担保権の特色に応じた固有の保護を重視して肯定するか、公示のない譲渡担保権の限界を直視しつつ、実行により現実の占有が移転するまでは確定的に権利取得できないとすべきか、⁽¹³⁸⁾ 判断が分かれるところである。⁽¹³⁹⁾

第二に、所有権留保と譲渡担保権とを、非典型担保権の優劣の問題と捉える見方もありうる。⁽¹⁴⁰⁾ もっとも、担保権相互の優先的効力といったところで、ただちにその優劣決定基準が導かれるとはいえないであろう。さしあたり設定の先後ということになろうが、どちらも公示方法が十分ではないため、何をもって対抗要件とすべきかが明確でなく、権利の性質から当然に決定されるともいい難いからである。権利保護資格要件の問題として、実行の先後すなわち現実の引渡しの先後を基準とする考え方もありえようか。

私見としてはさしあたり、このような非典型担保権についての公示方法が整備されていない段階においては、所有権留保の意義および解除の場合とのバランスをも考慮して、予め所有権留保がされた目的物につき有効に譲渡担保権を取得するには、即時取得制度により善意無過失が要求されるところで、譲渡担保の実行により現実の占有が移転するまでは、確定的に権利取得できないと解しておく。

(四) 賃借人の保護

不履行買主から売買目的物を借り受けた賃借人は、解除の効果による不利益を甘受すべき地位にあるのか。すでにみたように（二）（四）²（二）²、解除に遡及効・物権的効力を認めるフランス法においては、長期の賃借人（期間二年以上）に対しては、先取特権の公示により解除の可能性に関する認識を付与することをもって解除権の對抗要件とされ、短期の賃借人については、買戻規定の類推適用を経由して善意の賃借人保護のための判例法理が確立されている。これに対して、解除における第三者保護の一般規定を有する我が民法では、五四五条一項ただし書の第三者に広く賃借人を含めて保護すれば足りる、といえそうである。裁判例¹⁸には、不動産賃借人をここにいう第三者にあたるとしたものである。

ただし、動産先取特権の追及効制限に関する三三三条および、買戻しによる解除についての五八一条（第三者に対する効果の側面において、買戻しによる解除と債務不履行解除との均衡が図られてよいことについては、四（一）、本節（一）²参照）との均衡に留意する必要があると思われる。

第一に、三三三条の第三取得者に賃借人は該当しないと解するのが判例・通説¹⁸であるが、動産賃借人に対して先取特権の効力が及ぶのであれば、同人は五四五条一項ただし書の第三者に含まれない、と解する余地がある。

第二に、不動産賃借人については、買戻しに関する五八一条との関係を考慮するべきであろう。同条一項との均衡に照らせば、悪意者に対しては解除の効果を對抗することができる、と解してよいであろう。もともと、悪意であっても詐欺性・フロード（fraude）がなければ、二項を類推適用して一定の保護を与えることも考えられよう。

六 結びにかえて

本稿の主たる問題意識は概ね以下のようなものであった。すなわち、債務不履行解除の機能にかんがみると、解除における第三者保護に関する主要な問題状況は、売買契約における買主不履行による解除における、売主の原状回復と売買目的物についての利害関係人との利益の対立であることとみることができ、そのような売主保護のための法定的な保護手段という観点から解除を捉え、法定の先取特権などの担保権との関係ないし均衡に対する考察が重要であるように思われる。とくに解除と先取特権は、沿革的にも有機的な関連性を有しており、フランス法においては、両制度が密接不可分の関係を持ちながら生成・発展を遂げている。そこで本稿においては、日本と同じく解除と先取特権制度とを併有するフランス法を比較法的考察の対象とし、両制度の生成・発展過程についての分析を行なった。その概要は以下の通りである。第一に、ローマ法および教会法に遡りながら、契約の拘束力および債務不履行に対する救済手段に関する法形成を跡づけた上で、これらを基礎としてフランス古法が取引実務の要請に則した法発展を遂げ、それが現行フランス民法典に結実した経緯を明らかにした。基本的には、契約目的ないし意思解釈および債務不履行に対するサンクションの観点から解除が一般化していく過程、商品売買の発展にともなう売主保護に対する実務上の要請に応えるべく、解除と先取特権とが有機的に関連しながら発展を遂げていった経緯（約定による解除・担保設定の定型化↓黙示の条項化↓「契約上当然の前提・内在」構成の承認↓法定的権利）が重要と思われる。加えて、フランス法においては、解除に遡及効および物権的効力を承認することで概ね見解の一致をみている点を強調した。その理由は、歴史的にみて解除の根拠が契約締結時における当事者の合理的意思ないし契約目的に結びつけられていた点もさることながら、売主保護の要請すなわち、先取特権との均衡という観点に基づき、買主の他の債権者に対する解除の優先的効力を導く必要が存した点に求

められた。

第二に、こうした歴史的分析に加えて、現行フランス法が、第三者に対する関係につきいかなる法的手当てをしているかについての整理を行なった。フランス法は解除に遡及効・物権的効力を承認するため、取引安全との調和が求められるところとなったが、その主な特色は、とくに不動産につき公示制度の充実を図りながら、第三者の類型に応じた個別的保護を行なっている点に求められよう。本稿がとくに注目したのは、フランス民法典が、不動産売買の解除については、第三取得者に対する解除の對抗要件として先取特権の公示を要求し、解除権と先取特権に関する認識付与を對抗要件として両者を結合させた点である。

このような視角から解除の対第三者効力について検討すると、問題となる第三者の範囲は、目的物の第三取得者はもちろん、一般債権者・差押債権者あるいは担保権者、賃借人に至るまで多岐に及び、客体においても、不動産・動産に分ち、多角的な分析を行なうことが求められる。また、比較対象とすべき制度も、無効・取消しに関する第三者保護制度や對抗要件制度はもちろんのこと、動産先取特権の追及効制限、先取特権と質権との優劣、不動産先取特権の公示、買戻しに基づく解除、などの諸規定との均衡・整合性に配慮しなければならない。

このような観点に立つて本稿は、目的物の第三取得者に対する解除の相対効と、他の債権者に対する解除の優先的効力とを両立・調和させるべく、解除の対第三者効力論に関する類型的考察の必要性を指摘し、いかなる第三者に対して、どのような要件の下で、どういう効力が及ぶかが、その可否を含めて、類型ごとに検討されなければならない旨を説いた。そうであるとなると、解除の対外的効力・物権的効力を承認した上で、民法五四五一条一項ただし書の意味を「對抗することができない」と解して、各々の第三者に対する効力制限のあり方を論じるのが、右の指摘に適している。こうした視点を支える基礎理論として、「對抗不能」による理論化を提唱した。ここにいう對抗不能理論による理解は、狭義の對抗問題に還元すべきことを説くものではなく、問題となる第三

者の範囲・類型と効力内容の多様性に応じた考察につきその基礎を与えることを主眼としている。したがって、本稿にいう対抗不能あるいは対抗可能性は、相容れない権利間相互の排他的帰属の確定にとどまらず、第三取得者に対する解除の相対効ないしは追及効の制限、あるいは他の債権者に対する優先的効力の承認という意味を有するものである。これらのことを、対抗可能性・対抗不能理論によって包摂することを提唱したのである。

類型的考察の具体的内容は、解除の効果につき、他の債権者に対する優先的効力（原状回復の確保）と、第三取得者に対する相対性を軸として、以下のように展開した。

第一に、不動産・動産に分けて目的物の第三取得者を取り上げた。ここでは、第三取得者の取引安全を目的として解除の相対効を唱えた五四五条一項ただし書の起草趣旨を尊重しつつ、かかる価値判断を対抗不能により理論化すべきことを述べた上で、九六条三項や一七七条さらには、不動産売買先取特権に関する三四〇条や買戻しによる解除における五八一条などとの比較考察により、解除前後の区別の当否および、対抗要件具備の要否ならびに意義、さらに善意・悪意要件の再検討について示唆した。そして動産については、動産先取特権の追及効制限に関する三三三条との整合性にも着目した。

第二に、一般債権者・差押債権者さらには、抵当権・質権・譲渡担保権者との関係については、解除の対第三者効力を、「担保」の衝突という観点の必要性も踏まえて、若干の考察を行なった。かかる視点は、解除を広義の「担保」の一種として位置づける理解があり、その延長線上には、売主側が所有権留保を行なっていた場合における第三者保護をも射程に含まれる旨をあわせて指摘した。ここではさらに、三三〇条・三三四条との比較も必要となる。最後に、賃借人の保護につき、動産先取特権の追及効ならびに買戻しによる解除との比較を踏まえて検討した。

もっとも、右に取り上げた諸類型については、とくに担保法上の分析を中心にさらに入念な検討を行なう必要

があらうし、本稿における、売買における買主不履行・売主保護の法的手段とその対第三者効力という視点からの考察が、売買のみならず債務不履行解除一般においてどこまで妥当するのかについても、周到的分析を要しよう。加えて、本稿は、買戻し特約に基づく解除と債務不履行解除とを、少なくとも第三者に対する効果の面においては統一的に把握するため、その考察は約定解除権の留保についてもその射程が及びうると考えているが、この点もさらなる検証を必要とするところである。

残された課題を挙げれば枚挙に暇がないことを認識しつつも、本稿が新たな体系的関心を提起し、民法における横断的検討と体系的理解の再構成を促す一つの契機となれば幸いと考えている。

（102） 財産編 第一章義務ノ原因 総則 第一節合意 第二款合意ノ成立及ヒ有効ノ条件

第三一二条一項 詐欺ハ承諾ヲ阻却セス又其瑕疵ヲ成サス但シ詐欺カ錯誤ヲ惹起シ其錯誤ノミヲ以テ前三条ニ記載セル如ク承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ成ストキハ此限ニ在ラス

二項 此他ノ場合ニ於テハ詐欺ハ之ヲ行ヒタル者ニ対スル損害賠償ノ訴権ノミヲ生ス

三項 然レトモ当事者ノ一方カ詐欺ヲ行ヒ其詐欺カ他ノ一方ヲシテ合意ヲ為スコトニ決意セシメタルトキハ其一方ハ補償ノ名義ニテ合意ノ取消ヲ求メ且損害アルトキハ其の賠償ヲ求ムルコトヲ得但其合意ノ取消ハ善意ノ第三者ヲ害スルコトヲ得ス

（103） これらの分析については、拙稿「法律行為の取消における第三者保護の法律構成序説―民法九六条三項の意義と法理を中心に―」法学研究六九巻一号五一九頁以下。

（104） 平井一雄・前掲「遡及的無効と登記」一三二頁。

（105） 五四五条一項ただし書の適用範囲を解除前の第三者に限定すべきではないことを説かれる先行業績として、高森・前掲論文（一）一一五頁、（二）七八頁、同・民法の基本判例六一頁、松尾弘「権利移転原因の失効と第三者の対抗要件―虚偽表示、詐欺取消および解除を中心として―」一橋論叢一〇二巻一号九八頁（一九八九年）、など。

(106) 拙稿・前掲「法律行為の取消における第三者保護の法律構成序説」五四〇頁以下。取消前後不問説として、川島武宜『民法総則』三〇一頁(有斐閣、一九六五年)、舟橋諱一編『注釈民法(6)』二八六頁(原島重義)(有斐閣、一九七七年)、平井一雄・前掲「遡及的無効と登記」一三〇頁―一三一頁、松尾弘・前掲「権利移転原因の失効と第三者の対抗要件」九二頁、椿寿夫『民法総則講義(上)』一六二頁(有斐閣、一九九一年)、中倉寛樹『民法九六条三項の意義―起草過程からみた取消の効果への疑問―』南山法学二五卷三・四号四六頁、平野裕之『物権法』一一二頁、一六頁(弘文堂、第二版、二〇〇一年)、など。

(107) 大判大一〇・五・一七民録二七輯九二九頁、最判昭三五・一一・二九民集一四卷一三三二八六九頁、最判昭五八・七・五判時一〇八九号四一頁、など。

(108) 高森・前出注(105)、舟橋諱一||徳本鎮編『新版注釈民法(6)』五〇七頁(原島重義・児玉寛)(有斐閣、一九九七年)参照。

(109) 滝沢律代・前掲「物権変動の遡及的消滅と登記(二)」五二頁の指摘も参照。

(110) ただし、対抗要件構成に立っても、一七七条につき、公信力説または法定取得説に立脚して考えるなら、少なくとも解除後の第三者は登記を備えてはじめて同条による権利取得が可能となろうから(遡及効を肯定すれば解除前後を問わない)、権利資格保護要件構成と同様の結論となりうる。

なお、権利保護資格要件については、不動産登記制度研究会(代表・幾代通)『不動産物権変動の法理』六三頁、七五頁以下(有斐閣、ジュリスト増刊、一九八三年)、松尾弘「物権変動の意思主義と無因主義―第三者権利保護資格要件の基礎づけ―」『遠藤浩先生傘寿記念論文集』一八一頁以下(第一法規、二〇〇二年)、同「対抗要件を定める民法の規定の要件事実論的分析」大塚直||後藤巻則||山野目章夫編著『要件事実論と民法学との対話』二二一頁以下(商事法務、二〇〇五年)、など参照。

また、松尾弘・慶應義塾大学大学院法務研究科教授からは、二〇〇五年一月三十一日に同大学法科大学院にて開催されたスタッフセミナー「民事実務フォーラム」において、誠に貴重なご教示を賜った。本稿の権利保護資格要件に関する考察は、右のセミナーにおける同教授のご報告より得られた貴重な示唆に基づくものであることを特記し、この場を借りて深く謝意を表する次第である。

(11) もっとも、このように構成すると、売買契約において代金支払いと引き換えに所有権移転登記を行なうこととされ、買主が未登記のまま目的不動産を転売したが、その後上記の売買が解除されるに至った場合、当初から解除権者に登記があるために、第三取得者が権利取得しうる余地はない、といえそうである。最判昭五八・七・五判時一〇八九号四一頁、判タ五〇六号八九頁は、この類型の事例（所有権留保特約が付されており、かつ代金支払いがないために合意解除がされた）において、仮登記を備えていたにとどまる第三取得者は対抗要件を具備したとはいえないとして、五四五条一項ただし書による保護を否定した。

この点については、第三取得者も未登記の原買主の代金不払いの危険を甘受しうることから、原則として解除の効果を対抗されてもやむをえないが、解除権者が転売を予定ないし承諾していた場合（第三取得者に主張立証責任があるといえよう）は、権利保護資格を喪失し、対抗することができなくなる、と構成することもできよう。

(12) 加藤一郎・前掲「取消・解除と第三者」六七頁、青野博之「解除の法的構成として、直接効果説を排除すべき必然性はあるか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の課題と展望V』一四三頁（日本評論社、一九九〇年）、など。
(13) 四宮・前掲「遡及効と対抗要件」二二頁、加藤・前掲六七頁、下森定・前掲「契約の解除と第三者」九五頁、など。

(14) 鎌田薫・判批『民法判例百選I』四九頁（第六版）、内田貴『民法II』九九頁（東京大学出版会、一九九七年）、など。

(15) 下森・前掲九五頁、星野英一『民法概論IV』九一頁（良書普及会、一九八六年）、滝沢・前掲論文五四頁、内田・前掲『民法II』九九頁、山田卓生ほか『分析と展開・民法II』一六四頁（弘文堂、第五版、二〇〇五年）、前掲『新版注釈民法（6）』五〇四頁、磯村保・鎌田薫・河上正二・中舎寛樹『民法トリアル教室』六三頁（河上正二）（有斐閣、一九九九年）、など。

(16) 平井・前掲「遡及的無効と登記」一三二頁、など。

(17) このような問題意識については、拙稿「民法一七七条における『悪意』の意義」半田正夫先生古希記念論集『著作権と民法の現代的課題』五四一頁以下（法学書院、二〇〇三年）参照。

(18) 大坪稔「民法における善意について（一）」（四・完）九州産業大学商経論集七卷一（三）号（一九六六年）、四

号(一九六七年)、『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)』北九州大学法政論集二二卷一、二頁以下、二、四九頁以下(一九九三年)、『前掲『不動産物権変動の法理』五一頁(川井健発言)』、五三頁(石田喜久夫発言)、『鎌田薫『民法ノート物権法①』九〇頁(日本評論社、第二版、二〇〇一年)』、山野目章夫『初歩からはじめる物権法』三二頁(日本評論社、第三版、二〇〇四年)』参照。なお、本稿は、この点についてもフランス法およびベルギー法における以下の研究より示唆を受けた。F. Gorph, Le principe de bonne foi, thèse Paris, 1928; A. Volansky, Essai d'une définition expressive du droit basé sur l'idée de bonne foi, thèse Paris, 1929; R. Vouin, La bonne foi, notion de rôle actuels en droit privé français, thèse Bordeaux, 1939; G. Lyon-Caen, De révolution de la notion de bonne foi, Rev. trim. dr. civ. 1946; Y. Schmacher, La mauvais foi en droit privé positif, thèse Aix, 1967; J. P. Arrighi, Apparence et réalité en droit privé, contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes, thèse Nancy, 1974, nos 222, pp. 548 et s; E. Kornprost, La notion de bonne foi application au droit fiscal français, Bibl. dr. priv., t. 165, L. G. D. J., 1980; Le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, 2e éd., V° Bonne foi; Y. Loussouarn, Rapport de synthèse sur la bonne foi, Travaux de l'Association H. Capitant, t. 43, La bonne foi, 1992; J-F. Romain, Théorie générale de bonne foi en droit privé, Des atteints à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier («Faus omnia cor-rumpit»), Bruylant Bruxelles, 2000.

(119) 雑駁な仮説の域を出ないが、私見は、善意・悪意は、一定の事実・事情に関する認識の有無を基準として、保護されるべき不知、あるいは、非難されるべき認識を指すものと捉えている。いかなる事情に関するどのような認識を指すのかは、制度趣旨により確定されるべきである。無過失は、調査確認義務を前提として、外観の確度等との相関関係において、どの程度の義務が要求されるか、これを尽くしたかどうか、により、保護の要否を評価する概念として機能するものといえよう。もっとも、高度な信頼に値する外観・状況が認められ、個別の調査確認は不要と評価してよい場合は、かかる外観・客観的状況に関する証明が調査確認に代わることもあろう(たとえば、表見代理における代理人の包括的権限、取引の反復継続性など)。そして、このような信頼が定型化され、法により善意のみで足りると規定されるまでに高められる場合もありうる(民法五四条など)。

重過失の機能は、惡意についての立証を緩和する作用と、通常であれば疑念を有すべき状況にありながら最低限の注意を懈怠した場合のように、惡意とは異なるが、これと同程度に非難すべき過失としての意義の二つに分けられるように思われる。

さらに、背信的惡意は、認識の有無のみならず、さらに目的・取引態様の不当性を評価しながら、非難の可否を決定する際に機能すべき概念と理解している。

(120) 拙稿・前掲「法律行為の取消における第三者保護の法律構成序説」五三七―三八頁。

(121) これらの試論については、拙稿・前掲「民法一七七条の第三者と『惡意』の意義」五五二―三頁参照。

(122) 三三三条における第三取得者への引渡しに占有改定の方法も含まれるかにつき、判例・多数説は肯定説に立つ。

大判大六・七・二六民録二三輯一二〇三頁、勝本正晃『担保物権法 上』二〇八頁（有斐閣、一九四九年）、柚木馨『担保物権法』六七頁（有斐閣、一九五八年）、林良平編『注釈民法（8）』二二〇頁（西原道雄）（有斐閣、一九六五年）、我妻栄『新訂担保物権法』九三頁（岩波書店、一九六八年）、川井健『担保物権法』三一六頁（青林書院、一九七五年）、道垣内弘人『担保物権法』六六頁（有斐閣、二〇〇四年）、など。なお、反対説として、田島順『担保物権法』七五頁（弘文堂、一九三四年）、末弘敏太郎『債権総論』一三〇頁（日本評論社、一九三八年）、鈴木禄弥『物権法講義』二四四頁（創文社、三訂版、一九八五年）、等がある。

(123) 日本近代立法叢書2『法典調査会・民法議事速記録二』五二九頁（商事法務研究会）。なお、動産売買先取特権の立法沿革に関する研究として、尾崎三芳「先取特権制度の再検討Ⅰ―動産売買の先取特権を中心として」法時五三巻三号一〇五頁以下（一九八一年）、古積健三郎・武智克典「史料」先取特権（二〇）民商一二三巻二号一三五頁以下（二〇〇〇年）、がある。

(124) 前掲『法典調査会民法議事速記録二』五三〇頁。

(125) 大判明三四・一二・七民録七輯一一一六頁。

(126) 松岡久和債権者の実体法上の地位（下）「金法一四〇二号二四頁以下（一九八四年）、平野・前掲『物権法』八七頁参照。

(127) 大連判明四一・一二・一五民録一四輯一二七六頁、最判昭三九・三・六民集一八巻三号四三七頁。

(128) さしあたり、松本恒雄「動産売買先取特権と所有権留保・譲渡担保」池田真朗・吉村良一・松本恒雄・高橋真「マルチラテラル民法」一六七頁以下(有斐閣、二〇〇二年) 参照。

(129) この問題については、近江幸治「動産売買先取特権をめぐる新たな問題点」半田正夫ほか編『森泉章教授還暦記念論集・現代判例民法学の課題』三七四頁以下(法学書院、一九八八年)、今尾真「流動動産譲渡担保と動産売買先取特権との優劣に関する一試論」(一)・(三・完)明治学院論叢六一〇号一九七頁以下、六二三号一九七九頁以下、六二九号二六一頁以下(一九九八年、一九九九年)、森井英雄・池田辰夫・中祖博司・國井和郎・田原睦夫「座談会 動産売買先取特権と集合動産譲渡担保との競合・優劣」判タ五三六号八一頁以下(一九八四年) 等参照。

(130) 最三小判昭六二・一一・一〇金法一一八六号五頁。

(131) 前掲『注釈民法』(8)二二二頁、野沢純平「動産売買先取特権の効用と問題点」(IV)NBL一八〇号三五頁(一九七九年)。動産先取特権一般につき三一九条の適用を示唆するものとして、川井・前掲『担保物権法』三一六頁、星野英一『民法概論II』二〇九頁(良書普及会、一九七六年)、道垣内弘人・前掲『担保物権法』六七頁、近江幸治『民法講義III 担保物権』六八頁(成文堂、第二版、二〇〇五年)。不動産賃貸人の先取特権につき、鈴木祿弥・前掲『物権法』二四四頁。

(132) 半田吉信「判批」法時五六卷一号一一五頁以下(一九八四年)。なお、道垣内・前掲書三七七頁は、集合物譲渡担保においては、個々の動産について譲渡担保権の成立・對抗要件具備を論じることとはできないことを理由に、先取特権優先説を示唆される。さらに、今尾真・前掲「試論」(二)・(三)明治学院論叢六二三号二〇六頁以下、六二九号二八五頁以下は、流動動産譲渡担保は、特定性および公示性に欠ける広範で包括的な担保権であり、個々の財産に対する効力は、一般先取特権に比類する弱い担保権であることを理由として、個別の動産に対する動産売買先取特権に劣後させるべき旨を主張される。

(133) 田原睦夫「動産の先取特権の効力に関する一試論―動産売買先取特権を中心にして―」奥田昌道ほか編『林良平先生還暦記念論文集・現代私法学の課題と展望』上九五頁(有斐閣、一九八一年)、尾崎三芳・前掲「先取特権制度の再検討2」法時五三卷五号一〇四頁(一九八一年)、河野玄逸「動産売買先取特権の射程距離」(上)NBL二九四号一三頁以下(一九八三年)、中祖博司「集合動産譲渡担保と動産売買先取特権の競合●両担保権の優劣をめぐる」

て」NBL三〇七号一頁以下（一九八四年）、近江幸治「判批」ジュリスト昭和六二年度重要判例解説八一頁、同・前掲「動産売買先取特権をめぐる新たな問題点」三八三頁以下、など。

(134) 田原・前出注(125)、近江・前出注(125)。なお、内田貴『民法Ⅲ』五三六頁（東京大学出版会、二〇〇四年）も参照。

(135) なお、フランス担保法改正予備草案は、非占有担保としての動産担保として、占有を奪わない質権（*gage*）と、担保目的において譲渡される所有権（担保所有権（*propriété-garantie*））を承認する（第二部・物的担保 第二章・動産についての担保 第二節・〔有体動産〕質権、第四節・担保として譲渡されるまたは留保される所有権）。非占有担保としての動産質権は、登録による公示をもって第三者対抗要件とされる旨が起草され、担保所有権についてはその承認にとどめ、詳細な規律については担保信託（*fiducie-sûreté*）に関する司法省信託委員会の提案を待つこととされた（片山・平野「前掲翻訳」）。また、右の編成から看取しうる通り、予備草案は、担保として譲渡または留保される所有権として、譲渡担保と所有権留保とを統一的に位置づけている。

関連条文は次の通りである。

第二三三六条 〔有体動産〕質権は、担保される一つ又は複数の債務、質権が設定される財産の所在、性質及び量を明らかにした書面を作成することにより成立する。

〔有体動産〕質権は、それにつきなされた公示（*publicité*）により第三者に対抗可能である。

同様に、目的物とされた財産（*biens*）が、債権者または合意された第三者に引き渡されることにより、〔有体動産〕質権は第三者に対抗可能である。

〔有体動産〕質権が適式に公示された場合には、設定者の特定承継人は本法典二二七九条を援用することはできない。

第二三三七条 〔有体動産〕質権の公示は、設定者の名でなされた特別の登録簿への登録によって行われる。

登録簿への公示の方式は、コンセイユデータのデクレにより定められる。

〔質権〕設定者は、担保として質権が設定された債務が、元本及び利息ならびに費用について全部支払われるまでは、質権が設定された財産の返還、または登録の抹消を求めることはできない。

同一の財産が、占有を奪われることなしに、数回にわたって複数の質権の対象とされた場合には、先行する質権債権者の優先権は、後者の留置権に妨げられることなしに、本法典二三三条に従い後の質権債権者に対抗することができる。

第二三七九条 動産財産 (bien mobilier) の所有権は、法の規定する要件に従って、義務の担保のために譲渡することができ。

動産財産の所有権は、所有権留保の合意の効果により、義務の担保のために留保することもできる。

条文訳は、片山・平野・前掲「翻訳」参照。

(136) 角紀代恵「判批」ジュリスト八五四号一二〇頁(一九八六年)、近江・前掲論文三八五頁は、三三〇条二項との整合性から、譲渡担保権者が売買代金債権の存在につき悪意であった場合は、先取特権に劣後すべき旨を指摘される。(137) フランス担保法改正予備草案は、担保目的において留保される所有権を認め、動産質権と同様の方式にしたがつて公示されなければ、第三者に対して対抗することができず、さらに、公示された場合は、占有に対する信頼につき即時取得による保護が否定される旨を規定する。

第二三八〇条 所有権留保は、〔契約〕当事者が反対給付である債務の全額の弁済があるまで、契約の所有権移転効果を引き伸ばす合意である。

このようにして留保された所有権は、それが弁済を担保した債権の従たる存在である。

第二三八一条 所有権留保は書面によらねばならず、これに違反すると無効である。所有権留保は、当事者間の将来の取引全体を記載した書面によることができる。

第二三八二条 デクレにより定められる金額を超える有体動産の所有権の留保は、本法典二三七条に規定されている方式に従い公示されなければ、債務者の特定承継人に対してその効力を生じない。

所有権留保が適式に公示された場合には、債務者の特定承継人は、本法典二二七九条を援用することができない。

条文訳につき、片山・平野・前掲「翻訳」参照。

フランス法においては、第三取得者あるいは質権者の保護は即時取得制度によると解されているようであるが (Marty, Raynaud et Jestaz, op. cit, n°550; Cabrillac et Mouly, op. cit, n°738; Simler et Delebecque, op. cit, nos 692 et 696; Malaurie, Aynès et Crocq, op. cit, nos 504 et 755.) 予備草案では、所有権留保における取引安全のための法的手段として、公示原則の採用によって図ることが提案されている。その背景には、所有権留保をもって、契約締結による所有権移転効果の原則を制限する合意と位置づける理解が存するものと推察される。そのため、一三八条一項 (物を引き渡す債務は、契約当事者の合意のみによって完全となる。) および一五八三条 (売買は、物が未だ引き渡されておらず代金がいまだ支払われていない場合であっても、物及び代金について合意するときから当事者間において完全であり、買主は、売主に対する関係で当然に所有権を取得する。) は、所有権移転時期に関する合意の自由を何ら妨げるものではないが、「売買契約が有効に成立しているにもかかわらず所有権が移転していない旨の合意」につき、とくに公示が要求されるのであろう。けれども、より重要なものは、即時取得制度による個別的な保護に比して、公示による組織的な認識付与システムの導入が、取引安全の合理的な確保に資することである。そして、この場合における権利関係の公示は、非占有担保としての動産質権におけると同じく、登録簿への適式な公示に置き換えられ、かかる公示は、即時取得の適用すなわち、買主への引渡しによる占有に対する信頼保護を排除することとされている。

なお、フランス法における所有権留保に関する研究として、滝沢幸代「フランスにおける所有権留保条項」山口俊夫編『野田良之先生古希記念 東西法文化の比較と交流』四七五頁以下 (有斐閣、一九八三年) 参照。

(138) 近江幸治『民法講義II 物権法』一四八頁 (成文堂、第二版、二〇〇三年)、など。

(139) 平野裕之・前掲『物権法』一九七頁以下。

(140) 最判昭五八・三・一八判時一〇九五号一〇四頁は、所有権留保・譲渡担保ともに所有権的構成を採り、占有改定による即時取得を否定することを前提として、所有権留保を優先させている。

(141) 鈴木禄弥「所有権留保と譲渡担保の競合」判タ五二四号四五頁以下。

(142) 東京地判昭二七・四・八下民集三卷四号四六四頁、など。

(143) 大判昭一六・六・一八新聞四七一一号二五頁、大判昭一八・三・六民集三二卷一四七頁。柚木・前掲『担保物権

法』六六頁、我妻・前掲『担保物権法』九三頁、高木多喜男『担保物権法』五五頁(有斐閣、第三版、二〇〇二年)、
道垣内・前掲『担保物権法』六七頁、近江・前掲『担保物権法』六八頁、など。