

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 - (二)

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 本号

2 登記がなければ対抗できない「第三者」の範囲

五 登記に対する積極的信頼保護について

六 おわりに

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

三で見えてきたように、対抗要件主義から効力要件主義へ転換する可能性を「副案」としてではあるが 具体的な条文として示していることが、研究会案の大きな特徴のひとつであるが、そのほかにも、抜本的な改正に踏み込んだ提案を行っている部分がある。それは、登記を要する物権変動の範囲を、法律行為を原因とするものに限定すべきものとしている点である。該当部分を以下に抜き出してみよう。

【主案】

111条

物権の設定及び移転は、法律行為のみによって、その効力を生ずる。

112条

前条による不動産に関する物権の設定及び移転は、不動産登記法(平成16年法律第123号)その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、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。ただし、(新)第115条(第三者の例外)に規定された場合は、この限りでない。⁽²³⁾

上記の111条は民法176条に対応しているが、後者における「当事者の意思表示のみによって」が、前者では「法律行為のみによって」とされている。また、上記の112条は現行の177条に対応しているが、後者における「不動産に関する物権の得喪及び変更は」という文言が、「前条による不動産に関する物権の設定及び移転は」に変更されている。

(23) 民法改正研究会・前掲注(3)140頁以下。

「意思表示」ではなく「法律行為」とされている点については、「物権変動の効力は、『法律行為』によって生じると考えられるので、本改正試案では、『意思表示』を『法律行為』と変更した」と説明されている。⁽²⁴⁾ 登記の必要な物権変動原因を明らかにするという観点からは、時効や相続に対応するものとして「法律行為」を掲げるのが整合的であろう。ただ、法律行為は意思表示を不可欠の要素とするものであるから、「意思表示」のままであっても誤解や混乱を招くおそれはほとんどない。また、公示方法等の外形の変化に対応するものとして「意思表示」もしくは「合意」を抽出するほうが、意思主義・対抗要件主義の組み合わせの意味をより明らかにするであろう。効力要件主義を定めるドイツ民法典873条について、その適用範囲は法律行為にかぎると一般に説明されているが、同規定では「合意(Einigung)」という意思的要素と「登記(Eintragung)」という公示方法が対置されており、その両者が物権変動の構成要件をなしている。さらに、背後にある理念や沿革を反映しうる用語を選択することも、立法技術として重視されてしかるべきであろう。「意思表示」のままでよいのではないかと考える。⁽²⁵⁾

さて、実質的観点から注目されるのは、研究会案(主案)がその112条で、「前条による不動産に関する物権の設定及び移転は…その登記をしなれば、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」(傍点筆者)として、登記がなければ対抗できない物権変動を111条の定める「法律行為」による物権変動に限定している点である(この点は、登記効力要件主義を提案する副案

(24) 民法改正研究会・前掲注(1)「民法改正試案」95頁。

(25) 「意思表示」ではなく「法律行為」とするという提案については、滝沢幸代教授から、意思主義というのはフランス法的な表現であり、意思主義のシンボリックな意味が表示されているから、それが変更されることには抵抗があるという指摘がなされている。また、滝沢教授は、従来から、意思表示に限られるべきであるという議論はあったが、それは契約にもとづく物権変動を念頭においていたはずであり、それに照らして、法律行為という限定の仕方が適当であるか否かには少なからぬ疑問を感じるという指摘がなされている。滝沢・前掲注(17)11頁。

においても同様である)⁽²⁶⁾加藤教授によれば、「物権変動原因制限説という民法典起草時の立場に立ち返り、この点の判例には従わないこととした」ということである。⁽²⁷⁾その具体的な内容については、たとえば平成20年10月の『日本民法改正試案』(注(1))の中では、取消しの意思表示、解除、時効、相続等による物権変動については、登記による対抗力の具備は必要ないことになるとされている。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述べられている。⁽²⁸⁾

(2) 限定の理由

民法177条によって登記をしなければ第三者に対抗することができないとされる「不動産に関する物権の得喪及び変更」を一定の範囲に限定すべきか否かについては、基本的にはすべての物権変動に及ぶべきものと解するのが従来の通説であり判例であるといえよう。これに対して、今回の研究会案は、上述したように、「物権変動原因制限説という民法典起草時の立場に立ち返り、この点の判例には従わないこととした」とされている。そして、その理由については次のように説明されている。すなわち、従来の判例が無制限説を採ってきた

- (26) 副案112条1項によれば、「法律の規定に基づく不動産に関する物権の変動は、特段の規定がない限り、登記をしなくても、効力を生ずる」とされている。民法改正研究会・前掲注(3)160頁参照。
- (27) 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)(民法改正研究会・前掲注(6)26頁)、同旨、同・前掲注(2)「財産法改正試案」31頁、民法改正研究会・前掲注(1)「民法改正試案」97頁。
- (28) 松岡・前掲注(4)46頁(民法改正研究会・前掲注(6)92頁)によれば、取消しが除外されるのは、「取消しは、たしかに法律行為ではあるが、物権変動を目的とする前条(=上記の111条 筆者補足)の法律行為には当たらず、また、取消しの遡及効により新たな復帰的物権変動が生じるものではない」からであるとされている。また、解除については、研究会案ではその物権的效果を規定しないことにしているが、判例・多数説のように直接的効果説をとるならば、取消しの場合と同様の取り扱いになると説かれている。また、相続については、遺贈や遺産分割をめぐる研究会における議論が紹介された後で、相続による物権変動については「今回の改正案が財産法編に限っているため、明確な方針を示すことができなかった」とされている。

のは、当時はまだ94条2項の類推適用論が登場しておらず、「登記の公信力がないことを前提にすると、あまりに取引の安全を害する一方、法律の規定による物権の取得につき登記を備えることが可能であった者に登記具備を求めても酷ではないと考えたからだと思われる。…このように、判例の無制限説は、公信保護のための177条の拡張という意味を持ち、公信保護について94条2項の類推適用法理が確立した現在では、制限説に立ち返るべきであるという点で、研究会参加者の意見が一致した」とされている。⁽²⁹⁾これを要約するならば、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、登記に対する信頼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、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だということであろう。

このように、登記がなければ對抗できないのは意思表示による物権変動に限定されるというのが立法者意思であったと解し、それ以外の物権変動原因については対抗問題としてではなく信頼保護の問題として94条2項の類推適用によるべきであるとする見解は、この民法改正研究会の代表である加藤教授によって以前から説かれていたところであるが、⁽³⁰⁾上記の点については「研究会参加者の意見が一致した」とされているので、今日ではそのような見解が少なからぬ支持を集めているということであろう。しかしながら、登記がなければ對抗できないのは意思表示による物権変動に限定されるというのが立法者意思であり、登記に公信力がないことを補い登記に対する信頼を保護するために判例は無制限説を採用してきたのだという認識については疑問がある。

(29) 松岡・前掲注(4)45頁以下(民法改正研究会・前掲注(6)91頁以下)、同旨、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(同・前掲注(6)26頁)同・前掲注(2)31頁、民法改正研究会・前掲注(1)97頁。

(30) たとえば、加藤雅信『新民法体系Ⅱ 物権法 第2版』144項以下(有斐閣 2005年)。

(3) 立法者意思について

意思表示による物権変動に限定するというのが民法典起草者の見解であったのか否かについては、従来は、起草者たちは無制限説の立場であったという認識がむしろ一般的ではなかったかと思われる。⁽³¹⁾加藤教授の指摘されるように、たしかに、「民法修正案理由書」の中では、177条の趣旨について、もっぱら176条との関係において原則・例外という位置づけで説明されるにとどまっている。⁽³²⁾しかし、「民法議事速記録」に収録されている本条の起草担当者である穂積陳重の説明の中では、修正案理由書と同じく、「本条及ヒ次ノ箇条ハ謂ハバ前条即チ第一百七十七条ノ但書トデモ申スベキモノデアリマス」としながらも、その適用範囲については、「本条ノ規定ニ拠ルト不動産ニ関スル物権ト云フモノハ悉ク登記シナケレバ絶対的ニ効力ハ生ゼヌ」のであり、それゆえに、「遺贈」も「相続」も登記しなければならないと述べられている。⁽³³⁾その前後も含めて穂積の述べているところを要約すれば、いかなる物権あるいは物権変動について登記をしなければ対抗できないかについては具体的には登記法の定めるべきところであるけれども、「不動産ノ登記ハ公益ニ基ク公示法デアルガ為メ」に「絶対的ノモノデナケレバ」ならないと考えるので、民法典としてはすべての物権変動について登記をしなければ第三者に対抗できないものとしたのだということになるであろう。穂積以外に、梅謙次郎、富井政章も、同様に無制限説の立場を説いている。⁽³⁴⁾これらに照らすならば、立法者意思はやはり無制限説であったと解すべきであろう。176条では「物権の設定及び移転」

(31) たとえば、池田恒男「登記を要する物権変動」星野英一編『民法講座2 物権(1)』137頁(有斐閣 1984年)内田貴『民法 総則・物権総論 第4版』447頁(東大出版会 2008年)佐久間毅『民法の基礎 2 物権』58頁、61頁(有斐閣 2006年)等。なお、松岡教授による研究会案の説明の中では、加藤教授の説明とは異なり、立法趣旨が意思表示にもとづく物権変動に限るということなのか物権変動全般についての規定なのかについては必ずしも明らかではないとされている。

(32) たとえば、広中俊雄編『民法修正案(前三編)の理由書』218頁以下(有斐閣 1987年)参照。

(33) 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 一』583頁以下(穂積陳重発言)(商事法務研究会 1983年)。

(34) 梅謙次郎「民法第一百七十七条ノ適用範囲ヲ論ズ」法学志林9巻4号41頁以下(1907年)富井政章『物権法上』69頁以下(有斐閣 1919年)参照。

としながら、177条では「不動産に関する物権の得喪及び変更は」と異なる文言が用いられているのは、偶然や見落としではなく、むしろ、意図的に両者が使い分けられているのである。⁽³⁵⁾

(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

次に、判例は登記に公信力のない下で登記に対する第三者の信頼を保護するために無制限説を取ったのであり、その点について94条2項の類推適用法理が確立した現在では、もはや無制限説をとる必要性は認められないとされている点についてはどうであろうか。

これと似通った認識は、鎌田薫教授によって次のように説かれている。すなわち、「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うことが出来る」とされている。⁽³⁶⁾このような認識を一步進めるならば、加藤教授の見解及び改正研究会案の考え方にいたるであろう。

しかし、従来の判例が取消しと登記や取得時効と登記等について一定の場合に177条によって処理すべきことを説いてきたのは、不動産登記に公信力が認められていない点を補い登記に対する第三者の信頼保護を図るためであったと

(35) たとえば、富井・前掲注(34)70頁には、177条は176条を承けたものではなく両者は「別問題ニ属ス」ものであり、「設定及び移転」と「得喪及び変更」と用語が異なる点に照らして「其範圍ノ相異ナルコトヲ知ルニ足ルヘシ」と述べられている。

(36) 鎌田薫『民法ノート 物権法 第3版』58頁以下（日本評論社 2007年）。

みるべきなのだろうか。たしかに、判例が、第三者の保護の必要性という観点から無制限説をとってきたことは、たとえば明治41年12月5日の大審院連合部判決の判決文からも明らかである。⁽³⁷⁾

しかし、それは、登記に公信力のないこととは関係がない。わが国でいわゆる公信力もしくは公信の原則といわれてきたのは、公示方法に対する積極的信頼保護のことであるのに対して、177条を通じた第三者の取引の安全を図るための信頼保護は、それとは異なり、登記に対する消極的信頼保護であり、しかも、個別の事情を考慮しない抽象的・一般的な信頼保護である。すなわち、無制限説をとる判例及び従来通説は、意思表示による物権変動のみならずあらゆる物権変動についてそのような第三者の信頼が保護されその取引の安全が保護されるべきことを意図しているが、それは、上記のような画一的処理に伴う抽象的・一般的な消極的信頼保護の徹底を意味するものであって、それによって事実上登記の公信力を認めようとするものではない。⁽³⁸⁾

学説においては、177条に含まれている信頼保護的要素の認識は、判例よりも薄いものであった。通説は、公示と公信との峻別を前提として、177条は登記をしなかったことに対する制裁に重点を置いた規定であり信頼保護とは直接関係のない規定であると説いてきたのである。そのような見地よりすれば、無制限説が実際には第三者の信頼保護と結びついているのだという事実は注目すべきものに映るのかもしれない。しかし、上記のように、無制限説は、177条

(37) 大判明治45年12月5日民録14輯1301頁によれば、「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ス而シテ右第三者ニ在リテハ物権ノ得喪及ヒ変更ノ当事者ノ意思表示ニ因リテ生シタルト將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故ニ其間區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」とされている。

(38) 判例の立場よりすれば、取消し前の第三者や時効完成前の第三者との関係では177条の適用をしないとして、例外的に第三者の抽象的・一般的な信頼保護を否定しているところに、その基本的な立場である無制限説の修正を認めうるということもできるであろう。

に包摂されている登記に対する消極的信頼保護を貫徹するものではあっても、それを超えて登記に対する積極的信頼保護を認めようとするものではないのである。⁽³⁹⁾

それでは、「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」という鎌田教授が指摘されているような学説の動向については、どのようなものとして把握すればよいのだろうか。私見によれば、それは、あらゆる物権変動について具体的事情を考慮せずにもっぱら登記の有無のみによって画一的に処理するという従来の取り扱い（以下、「登記絶対主義」という。）に対して、177条の中に含まれている信頼保護の要素に注目して、より具体的に当事者の事情を考慮した取り扱いに変えようとする動きが有力となったものと解すべきであろう。その法律構成の受け皿として94条2項が用いられているということである。別の表現を用いるならば、「対抗」と信頼保護との内的関連性が画一的処理の緩和・修正によって顕在化してきたといってもよいであろう。

(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

画一的取り扱いの修正・緩和

不動産登記をめぐる法律関係においては、公示制度の理念と私人間の衡平な利益調節の要請とが衝突する事態がしばしば生じる。それをいかに調整すべきかが、物権変動法制および解釈論の中心的な課題のひとつであるといってもよい。公示の理想を追求するならば、すべての物権変動について正確な登記をしなければそれを対抗できないものとする、登記絶対主義的な立場に行き着く。もちろん、このような立場も正義衡平の理念と無縁ではない。公示制度は、公示の対象たる権利については登記すべきであり登記をしなかったならば不利益を被ってもやむをえないし、他方において、公示方法に依拠して取引をすべきであるという規範を伴っており、それも正義衡平を構成する要素であることに

(39) 取消しと登記等に関して説かれている94条2項類推適用説は、登記に対する積極的信頼保護を説くものではなく、消極的信頼保護の法律構成である。その点、公信力のないことを部分的に補う作用を果たしてきた94条2項類推適用法理とは区別しなければならない。

は変わりはないからである。しかし、それが現実には妥当な解決をもたらさうか否かは、登記の実態によって左右される。また、個別具体的な事情を考慮しないことは、しばしば具体的妥当性に反する結果をもたらす、事案によっては制度趣旨に反する結果となることもある。穂積の掲げている登記制度の「公益」性は、それだけでは登記絶対主義的な立場を選択する十分な根拠たりえないのであって、おそらく、そこには、少しでも登記を促進して早急に不動産登記制度を浸透させ、登記を軸にした不動産取引秩序を形成しなければならないという強い法政策的ベクトルが働いていたものと推測される。

しかし、このような極端な画一的な扱いは、それを支えている特別な要因が後退すれば、正義衡平に適った具体的事案の解決の要請によって修正を受けざるをえない。「第三者」の範囲に関して、「登記の欠缺を主張する正当な利益」を有することが必要であるとされたり、そのひとつとして背信的悪意者排除の法理が形成されてきたのはその現れである。物権変動の範囲に関して、「対抗」問題としての処理ではなく94条2項を活用した処理を説く見解が有力となってきたのも同様である。別の角度から見れば、わが国の物権変動論が取り上げてきた、登記がなければ対抗できない物権変動や第三者の範囲という問題は、上記のような緩和・修正をどこまで認めるべきか、また、どのような方法で認めるべきかという問題として位置づけることができるであろう。⁽⁴⁰⁾

このような緩和・修正の傾向は、94条2項類推適用説に代表される無権利構成のみに見られるものではない。対抗構成（対抗問題徹底説）においても同様である。たとえば、取消しと登記について、鈴木祿弥博士は、取消し前の第三者との関係でも177条を適用すべき場合があるものとされるが、その理由として、「取消権の要件が具備し、かつ、取消権の存在を知りながら、取消権者が取消権を行使せず、その結果、物権復帰の登記をしないで放置している場合は、対抗要件主義の精神からいって、不利益を与えられても仕方がないはずである。

(40) この点については、多田利隆「消極的公示主義と民法177条の適用範囲」『高島平蔵教授古希記念論文集 民法学の新たな展開』172頁以下（成文堂 1993年）同「物権変動論からみた改正不動産登記法 不実登記への対応を中心に」『西南学院大学法学論集44巻1号172頁以下（2011年）参照。

それゆえ、取消権発生の原因がやみ、かつ、取消権者が取消権の理由あることを知ったとき以降に登場した第三者との関係では、取消しによる物権復帰を對抗するためには、登記を必要とする」と説かれている。⁽⁴¹⁾ また、広中俊雄教授も、取消の前後を問わず登記の有無による決着が妥当しうるものとされるが、その場合には、登記をしなかったことについて具体的に帰責事由が認められることを条件とされている。⁽⁴²⁾

177条を構成している実質的要素

ところで、画一的な取り扱いを緩和・修正して具体的事情を考慮する方向に進もうとするならば、いかなる事情を考慮すべきかが問われることになる。その場合には、177条を構成している実質的要素に注目すべきであろう。

そのような要素については、すでに早くから、鈴木祿弥博士によって、「對抗問題の実質的意義」として以下のように提示されてきた。その第一点は、第一買主（乙）の立場から見れば「かれが甲から土地を買い、自己の所有権取得を登記しうる状態にあった...のに、それをせずに放置し、自己の権利を擁護する手段を講ずることを怠っていたのだから、乙は、この状態においては、丙（第二買主 筆者補足）に対して権利を主張しえず、もし、丙が先に登記をすれば、乙は、確定的に権利を失う、という点」である。第二点は、「丙の立場から見ると、かれは甲と取引をするに当たっては、登記上に記載されていない物権変動は存在しないものとして、乙を無視して行動でき、この点での、丙の取引の安全が保障され、取引の迅速化が図られる」という点である。そして、第一点に関しては、「登記をしないと不利益を受ける可能性がある、という法的サンクションをうける形で、登記が促進される」という登記制度との結びつきが、また、第二点に関しては、「この登記への信頼の保護は、偏面的で、消極面についてのみであって...善意者を保護する制度である公信の原則とは異なる」という指摘がなされている。⁽⁴³⁾

(41) 鈴木祿弥『物権法講義 第5版』145頁以下（創文社 1994年）。

(42) 広中俊雄『物権法 第2版』128頁以下（青林書院 1987年）。

(43) 鈴木・前掲注(42)131頁以下（創文社 2007年）。

ここに示されているように、177条を構成している要因のひとつは、登記をしなかったことが物権変動の当事者にとって不利益を課されてもやむをえない事情に相当するということである。もっとも、その帰責の内容を、鈴木博士のように「自己の権利を擁護する手段を講ずることを怠っていた」と解すべきか否かについては、後に触れるように検討の余地がある。第二の要因は、第三者側の信頼保護である。この場合の信頼保護は、指摘されているとおり、消極的信頼保護であり、登記に対する積極的信頼保護を認める公信力とは異なっている。公示の原則の中に公示方法に対する消極的信頼保護が含まれていることについては、早くから指摘されており、177条の「対抗」についても同様であることが、今日では広く認識されているといつてよいであろう（もっとも、積極的信頼保護・消極的信頼保護の区別が一般的にどれほど正確に理解されているのかは疑問である）。なお、学説の大勢は、鈴木説も含めて、この要素を177条の法律構成に拾い上げることには消極的である。しかし、判例・学説が、画一的取り扱いから具体的事情の考慮という方向に進んできたことによって、考慮される要件が信頼保護のそれに接近する結果となっていることに鑑みると、消

(44) 公示の原則あるいは177条が、消極的信頼保護を含んでいることは、たとえば、舟橋諄一博士がその体系書の中で述べられているほか、我妻栄博士、原島重義教授、稲本洋之助教授によっても指摘されており、その後も、鎌田教授によって同様の指摘がなされている。そのような消極的信頼保護の要素を177条の法律構成に反映させるべきことを論じたものとして、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性 消極的公示主義構成の試み (一) (二) (三)」民商102巻1号22頁以下、同2号150頁以下、同4号409頁以下(1990年) 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における消極的公示主義規定」北九大法政論集18巻1号111頁以下、同「不動産取引における信頼保護 民法177条の二面性と信頼保護法理」内田勝一・浦川道太郎・鎌田薫編『現代の都市と土地法』74頁以下所収(有斐閣 2001年)がある。

なお、付言すれば、積極的信頼保護と消極的信頼保護との区別は、当事者の主観において「どう信じたか」をメルクマールとするものではなく、信頼保護の作用に応じた区別である。前者は、「外観は変化していないが権利関係はすでに変化している」という真の権利者の主張を退けうるかぎりにおいて信頼が保護されるものであるのに対して、後者においては「外観があるところにはそれに対応した権利関係がある」という信頼がストレートに保護される。この区別を踏まえれば、不動産に関して動産即時取得のような規定がないことは177条と信頼保護との結びつきを否定する根拠たりえないこと、また、逆に、177条における信頼保護を動産即時取得と同種のものとして解する必要はないことが導かれるであろう。

極的信頼保護という実質的要因を177条の法律構成に反映させる可能性について改めて検討する余地があるように思われる。⁽⁴⁴⁾

緩和の仕方についての様々な考え方

177条の定めている画一的取り扱いを実質要素に照らして緩和修正する方法としては、様々な内容のものが考えられる。研究会案も含めて、これまでに提示されている考え方を列挙してみよう。

(A) 物権変動原因を問わずすべての物権変動について177条を適用して対抗問題として処理する立場(無制限説)に立つもの

(a) 原則として登記の有無のみによって判断するが、例外的に、信義則等による修正を認めるもの。たとえば177条の第三者の範囲に関する背信的悪意者排除の法理はこの立場によるものである。判例は基本的にはこの立場をとってきたといえることができるであろう(時効取得や取消しによる物権変動について第三者の登場時による区別的取扱いは登記をしなかったことについての具体的事情を反映したものと解せなくもないが、下記の学説(c)とは異なり、判例はそのような考慮を判決理由として明らかにしていない)。

(b) 物権変動原因を問わずすべてについて177条を適用して対抗問題として処理し、「第三者」の範囲に関しては具体的事情を考慮する方法。たとえば、石田剛教授は、研究会提案に対して、登記による公示制度が取引行為による物権変動を中心として発展してきたことは歴史的事実であるが、そのことから対抗要件主義の適用範囲を意思表示にもとづく物権変動に限定すべきであるという命題が論理必然的に導かれるものではなく、対抗要件主義の適用範囲を意思表示にもとづく物権変動に限定すべき理論的根拠が不十分であるとされ、登記制度の機能という点からみても、「登記簿が物権の帰属状態を公示する仕組みとして適切に機能するためには、変動原因が何であれ一律に、ともかく登記簿に記載されない物権変動は原則として無視してよい、という前提が必要になる。もし未登記の意思表示にもとづく物権変動は無視してもよいが、それ以外の物権変動を想定せよという原則が規範とされると、登記簿からはきわめて不十分な情報しか得られないことになる。判例は、変動原因レベルで177条無制限説をとったうえで「第三者の範囲論に問題を収斂させ、まず未登記を具体的な第三

者との関係において懈怠と評価できるか、仮に懈怠と評価できるとして、その第三者が懈怠を非難するに足る正当な利益を有するか、という観点から独創的な比較衡量の枠組みを確立した。改正提案は、理論面・実質面においてそのような判例を凌駕するだけの優位性が十分に示されていないと説かれている。⁽⁴⁵⁾

(c) 無制限説を前提に、法律行為以外の物権変動原因については、登記をしなかったことについて具体的事情を考慮して適否を判断する方法。この中には、具体的事情をある程度定型的・一般的に判断する立場と、あくまで個別具体的に判断する立場が含まれている。たとえば、取得時効完成後は登記ができたはずであるからその後の第三者との関係では登記を要すると解するのは前者であり(取消しによる物権変動を法律行為以外の原因に分類すれば取消後の第三者との関係で登記を要するとすることも同様であろう)、取消しと登記に関するいわゆる対抗問題徹底説は後者である。

(d) 177条の「対抗」は信頼保護法理の適用場面であると解し、物権変動の当事者側及び第三者側の事情について、信頼保護法理における帰責事由と保護事由として具体的に考慮するもの。もっとも、帰責事由に関しては、ある程度定型的・一般的に判断されている。⁽⁴⁶⁾ 公信力説がこの立場である。また、意思表示による物権変動について、公信力を認めることには消極的な立場を取りつつ「対抗」関係を信頼保護関係として94条2項の類推適用によって処理すべきことを説く見解もこの中に分類することができるであろう。⁽⁴⁷⁾

(B) 意思表示(法律行為)による物権変動についてのみ177条を適用して対抗問題として処理する立場(制限説)

(e) 177条の適用範囲を意思表示(法律行為)による物権変動に限定するとしたうえで、それ以外の物権変動原因については、具体的事情に照らして177条

(45) 石田・前掲注(13)38頁以下。

(46) このような帰責事由の定型的な取り扱い、この説に特有のものというよりは、むしろ、信頼保護制度に共通に認められる特徴であるといえよう。この点については、多田利隆『信頼保護における帰責の理論』81頁以下、284頁以下(信山社 1996年)参照。

(47) 米倉明「債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問(三)(完)」北大法学論集23巻3号581頁以下(1973年)。

の適用可能性を判断すべきであるとするもの。この中にも、具体的事情をある程度定型的・一般的に判断する立場と、個別具体的に判断する立場がある。たとえば、取得時効による所有権取得について勝訴判決を得た後については登記がなければ対抗できないとか、「有効未登記型」(二重譲渡型)では登記を要するが「境界紛争型」では不要であると説く見解がこれに属する。また、次のような滝沢教授の見解は後者に属するであろう。すなわち、同教授によれば、研究会案のように法律行為以外の原因による物権変動については登記を要しないとした場合には、「法律行為以外の領域における登記に対応するために、少なくとも以下のような規定が不可欠であるように見受けられる。すなわち、法律行為による物権変動が対抗要件主義の本来の適用領域であると明示した上で、これを補充する二項を規定して、『前項の場合以外の場合においても、不動産上に権利を取得した者が、登記できるにもかかわらず、登記しなかったときには、新たな物権変動によって登記を取得した第三者に対抗できない。』というような拡大規定を設けることである。その具体的な適用範囲は、当然判例法のコントロールにかかってくるのであるが、これまでも差押、取消、解除、相続、時効取得等において、登記の要求が合理的とみられる事例は、多々あったわけである」とされている。⁽⁴⁸⁾この(e)の考え方は、結果的には上記の(c)と一致することが多いであろう。

(f) 177条の適用を法律行為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、第三者との利益調節を信頼保護規定に委ねるべきであるとするもの。研究会の改正案はこの立場に属しており、94条2項を類推適用して、具体的事情を考慮して第三者の信頼保護の成否を判断すべきものとしている。

このようにみえてくると、学説の中では、その程度や方法は一樣ではないが、登記の有無のみによる画一的取り扱いを緩和して具体的事情を反映した取り扱いを取り入れようとする全体的な動向が認められる。登記を要する物権変動の範囲に関しては、無制限説か制限説かを問わず、法律行為以外の物権変動原因

(48) 滝沢・前掲注(17)12頁

に関しては登記がされなかった事情を考慮して第三者の保護を判断すべきことを説く見解が有力である。研究会案すなわち(f)もそのような学説の動向に沿うものであるが、法律行為とそれ以外の物権変動原因とを分け、後者については対抗問題としての処理を離れて、信頼保護の問題として処理するという特徴がある。また、上記の学説のほとんどは、「対抗」を信頼保護とは異なる独自の法律関係として、意思表示以外の物権変動原因についても「対抗」関係として処理する点では共通しているが、(d)のみは、「対抗」を信頼保護の問題として構成する立場をとっている。その点、研究会案は、従来の通説の見解とも公信力説とも異なる独自の見解であるといえるであろう。このように、研究会案の大きな特徴は、法律行為による物権変動とそれ以外とを分け、前者については登記の有無による画一的処理という基本的立場をとり、後者についてはそれを離れて、第三者の保護に関しては別途信頼保護の制度によって具体的事情を反映した取り扱いをしようとする点にある。はたして、このような区別的取り扱いには合理的根拠が認められるのだろうか。

ドイツにおける消極的公示主義に関する帰責の考え方

周知のように、日本民法典の意思主義・対抗要件主義の継受元であるフランス法においても、登記効力要件主義を採用しているドイツ法においても、登記を必要とする物権変動の範囲は、基本的に、意思表示あるいは法律行為によるものに限定されている。⁽⁴⁹⁾ 民法議事速記録中の穂積陳重の発言の中では、登記を要する物権変動の範囲という問題が「諸国ノ法典ニ於テ多く起リマシタ所ノ問題」であるとしたうえで、「不動産ニ関スル物権ト云フモノハ悉ク登記ヲ

(49) フランス法においては、この点をめぐって立法及び判例の変遷があり、たとえば1935年贈記法以降、意思表示による物権変動以外にも対抗要件主義の妥当すべき場合が付け加えられている。しかし、登記が必要なのは意思表示による物権変動であるという基本的な立場は、判例・学説によって維持されているとみてよいであろう。フランスにおける意思主義・対抗要件主義の成立と変遷については、滝沢車代『物権変動の理論』(有斐閣1987年)に詳しい(特に95頁以下)。

シナケレバ絶対的ニ効力ハ生セヌ」との立場を選択したのだと述べられているから、上記のような独仏の状況についても認識されており、そのうえで、あえてそれとは異なる無制限説を選択したものと推測される。研究会案の内容は、そのように一旦選択された日本民法典独自の方向を独仏と共通のものへと大きく軌道修正するものであるといえよう。

なぜ、フランス法やドイツ法では、登記を要する物権変動を意思表示もしくは法律行為によるものに限るという基本的な立場がとられているのであろうか。フランス法に関しては、残念ながら、直接フランスの文献に当たることは筆者の能力を越えるところであり、また、日本語文献からその点を端的に説示している部分を探し出すこともできなかった。ドイツ法に関しても、散見しえたドイツの体系書や注釈書の中では、たとえば効力要件主義を規定するドイツ民法典873条について、登記が必要なのは法律行為による物権変動であるということは述べられているが、特にその理由を説示した内容は見つけることができなかった。おそらく、効力要件主義は合意（Einigung）による物権変動について形成された基本原則であるから、それについて登記が必要とされる理由を改めて説明する必要性は特に感じられないのであろう。登記をしなかったことと第三者との関係で不利益を課されることとの関係については、むしろ、不動産登記についての効力要件主義の規定ではなく、それ以外の公簿について日本民法典177条と同じく実体的権利関係が変動したにもかかわらずそれを公示しなかった場合には第三者に対抗することができないことを定めている規定に関して論じられている。そのような取り扱いについては、消極的公示主義（die negative Publizitätsprinzip）を示すものと位置づけられており、法人登記簿に関するドイツ民法典68条、70条、夫婦財産制登記簿に関する同1412条、及び、商業登記簿に関するドイツ商法典15条1項等がこれに相当する。この中で、不登記がなぜ帰責根拠たりうるのかについて論究されることが多いのは、商業登記簿である。たとえば、カナーリスによれば、消極的公示主義規定にとってきわめて重要な観点をなしているのは、「一度広く告知知らされた法状況の変更もしくは法規定の定める通常の規範からの逸脱を適切な時期に外部に告知知らせるということが、常に問題だということ、そして、それがうまくされなか

ったことによる危険は、その法状況の変化の根拠はその原因がもつばらそのような義務者の法領域の中にあるのであるから、その義務者の側で負担すべきだということである」と説かれている。⁽⁵⁰⁾ 補足するならば、ドイツでは、消極的公示主義は、積極的公示主義（公信力）とともに公示方法に対する信頼保護の原則もしくは法外観法理（レヒツシャイン法理）として位置づけられているが、帰責事由・保護事由の判断が定型的になされることがその特徴をなしており、帰責性に関しては、登記をしなかったことによってそれが満たされるものとされている。そして、そのような取り扱いの正当性について、上記のような危険主義（Risikoprinzip）による説明がなされているのである。商業登記等と不動産登記とは制度として異なっているから、その内容をそのままわが国の177条に当てはめることはできないが、このような帰責の考え方は、意思表示による物権変動についても相通じるところが大きいのではないかと思われる。

帰責性の類型的判断としての合理性

不動産登記をめぐる法律関係においては、公示制度の理念と私人間の衡平な利益調節の要請との調整が重要な課題をなしている。対抗要件主義に関しては、公示の理想を追求するならば、すべての物権変動について登記をしなければそれを対抗できないものとする登記絶対主義に行き着くであろうし、逆に、私人間の衡平な利益調節を重視するならば、当事者双方の事情を個別具体的に考慮する方法が適合的である。しかし、結局は、そのいずれかに徹するのではなく、両者の調和を図るためにその中間の道を選択せざるをえないであろう。このことは、民法177条において登記制度の「公益」性を理由として選択された登記絶対主義が、その後の判例・学説によって修正・緩和されてきた状況にも示されている。

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、

(50) Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971) S.472. また、Canaris, Handelsrecht 24. Aufl. (2006) S.51,58にも同旨の説明がなされている。この点をめぐる学説状況については、多田・前掲注(44)「公示方法に対する消極的信頼保護法理の分析」北九大法政論集18巻1号128頁以下、137頁以下、同・前掲注(44)「『対抗』問題における形式的整合性と実質的整合性(三完)」民商102巻4号414頁以下参照。

物権変動当事者の帰責に関わる問題である。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り、このような帰責の定型的判断は、ドイツの消極的公示主義にみられるように、公示の原則の特徴のひとつをなしている。しかし、いかなる場合でも不登記即帰責性ありとすることが、明らかに当事者間の正義衡平に反する場合も少なくない。特に、登記をすることが期待できないような場合がそれに当たる。しかし、常に個別具体的な事情に遡って対抗の可否を決するならば、逆に、公示制度の存在意義や理念に反する結果となるであろう。それを調和させる方法として様々な選択肢があることは先に述べたところであるが、物権変動原因に応じて帰責性を定型的に判断し、登記をしなかったことについて通常帰責性を認められない物権変動類型については177条の適用範囲から除外するという方法を選択すべきではないかと考える。

そのように考えると、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」という不利益を課すべきであろう。信頼保護における帰責の原理という観点からは、意思表示による物権変動を生じさせた場合には、真の権利関係とは異なる外観によって惹起される取引事故発生危険性について第三者よりもより多くの支配可能性を持っており、あるいは、登記をしなかったことについて危険の引き受けが認められるとして、危険主義（Risikoprinzip）によってそれを根拠づけることも可能である。⁽⁵¹⁾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。したがって、意思表示による物権変動か否かによって区別的取り扱いをすることには十分合理的根拠があるとみてよいであろう。研究会案の方針には基本的に賛成である。

もっとも、研究会案は、取消しや解除による物権変動は法律行為による物権

(51) 信頼保護における危険主義については、多田・前掲注(46)149頁以下参照。

変動ではないとして登記の必要な物権変動から除外しているのであるが、この点については疑問がある。区別的取り扱いの理由を上記の点に求めるならば、取消しや解除等の意思表示による物権変動についてもそのような事情が認められるかぎり、適用範囲から除外すべきではないのではないかと。例えば、取消しについて、従来の判例・通説のように取消後の第三者との関係について「復帰的物権変動」を想定して二重譲渡と同様に考えることは、取消しの遡及効（民法121条）に照らせば便宜的で無理な解釈といわざるを得ないが、自らの意思でそれまでの物権関係を変動させたことには変わりはなく、その場合にも上記のような帰責の考え方が当てはまって、登記がなければ対抗できないものと解すべきではないかと考える。これに対して、取消し前においてはそのような状況は認められない。したがって、取消し前の第三者との関係では登記は不要と解すべきであろう。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、登記をしなかったことについての帰責性については意思表示の場合と同じ状況を認めることができる。したがって、意思表示による物権変動に準じて考えてよいであろう。

(6) 法律行為以外の物権変動原因の取り扱い

法律行為以外の物権変動について、研究会案は、対抗問題として処理しないで、第三者の取引の安全については94条2項の類推適用によって対応すべきことを提案している。この点についてはどうであろうか。

信頼保護構成の適合性

(5) ③でみたように、意思表示もしくは法律行為以外の物権変動とそれ以外とで取り扱いを分けるべきことを説く見解が少なくないが、後者については、それも177条の適用範囲に含めて対抗問題として処理し、ただ、画一的取り扱いを修正しようとするものと、177条の適用範囲から外して別途対応しようとするものに分かれている。

これまで述べてきたように、私見は、後者の立場を選択すべきであると考えますが、その理由は次のとおりである。対抗問題として登記の有無によって処理

するという取り扱いの中に、登記をしなかったことについての先に述べたような帰責の考え方が含まれているとすると、それに当てはまらない問題場面については、対抗問題としての処理はその正当化根拠を欠いていることになる。そのような事情を無視してまで登記の有無による画一的処理を貫徹すべき要因

たとえば登記制度を早急に定着させ登記への記載を徹底させなければならぬという社会的要請は、今日、認められないであろう。また、公示制度は第三者の信頼を保護しその取引の安全を守ることを目的とするものであるから、「対抗」と「信頼保護」とは実質レベルでは大幅に重なっている。ただ、前者では、登記をしなかったことによる帰責という要素が占める比重が大きく、また、帰責事由・保護事由ともに、程度の差はあるが抽象的・一般的に判断され、それゆえに法律構成や要件のレベルでは、信頼保護の要素が必ずしも顕現していない。そこに広い意味での信頼保護規範としての177条の特徴がある。したがって、具体的事情を考慮することは、そのような特徴に反するものであり、それによって固有の規範としての存在意義を大幅に失ってしまう。そのような取り扱いをするのであれば、端的に、「対抗」とは異なる別の法律構成にそれを委ねるべきであろう。なお、帰責事由が重きを占めることは、信頼保護規範であることと相入れないものではない。帰責事由が保護事由と並んで、信頼保護の最も基本的で原則的な要件であることは、今日では広く認識されているところである。⁽⁵²⁾

(52) 公示方法に対する信頼保護においては帰責事由と保護事由が抽象的・一般的に想定され取り扱われるという特徴について、筆者は、公示方法の権利外観としての規範的性格がそれを導いているのではないかと考えている。すなわち、信頼の客観的基礎としての登記は、私人に対して、一方で、公示方法によって権利関係を正確に公示すべきことを要求するとともに、他方では、公示に依拠して取引をすべきことを要求する。登記をしなかったことは公示制度自身の中にある制度的な帰責評価に反することになり、他方において、登記があれば、それを認識しそれに依拠して取引をしたものとして取り扱われてもやむをえないということである。このような規範的性格をどの程度貫徹すべきかはひとつの重要な立法政策上の課題である。この点については、多田・前掲注(44)「民法177条における形式的整合性と実質的整合性(三)」民商102巻4号419頁以下、同・前掲注(46)291頁以下参照。

94条2項類推適用との関係について

意思表示以外による物権変動については第三者との利益調節を「対抗」ではなく「信頼保護」によって行うものとした場合に、いかなる制度によるべきかが問題となるが、研究会案では、94条2項の類推適用によるべきことが想定されている。この点についてはどうであろうか。

信頼保護規範としての94条2項は、法律行為の内容や種類を問わず、いかなる意思表示についても適用される高い汎用性を備えている。わが国では、周知のように、不動産登記に公信力のないことを補う判例法理として94条2項の類推適用法理が展開されてきた。先に述べたように、この法理は、登記に対する積極的信頼保護を担う法理である。⁽⁵³⁾しかし、この規定は、消極的信頼保護にも用いることができる。登記を要する物権変動の範囲に関して唱えられてきた94条2項類推適用説がその例である。したがって、意思表示以外による物権変動があったにもかかわらず登記がなされていない場合に第三者との利益調節を実現する実定法上の根拠としてこの規定を用いること自体は特に問題はない。

しかしながら、94条2項はあくまで信頼保護規範の一つにすぎない。また、94条2項の類推適用法理の進展を前提に、それと同内容の消極的信頼保護の法理をここに持ち込むべきか否かについては、慎重に検討すべきであろう。なぜならば、その場合には、不作為型の不実登記について、意図的に虚偽の登記の作出・存続に関与したり黙認した場合と同様の帰責性を広く認める結果となるが、その妥当性については疑問がある。また、この判例法理の処遇に関しては、まだ、検討すべき課題が少なからず残されており、特に、その適用範囲の拡張と一般的信頼保護規範化に対しては慎重に対応しなければならない。したがって、意思表示以外による物権変動について第三者との関係を信頼保護の問題として取り扱う場合には、94条2項の類推適用法理をそこに持ち込んで広く第三

(53) 94条2項類推適用法理が用いられる場合に共通しているのは、物権変動があったことを示す不実登記がなされた場合に、その登記の存在からそれに対応する物権変動があったものと信じて新たに取引関係に入ったという点である。

不動産物権変動法制改正の方向性について

者の信頼を保護する方向に進むのではなく、類推適用の適正な範囲を見極めることが重要であろう。この点については、「五登記に対する積極的信頼保護」において改めて取り上げることしたい。