

對抗不能の一般理論について

——對抗要件の一般理論のために——

加賀山 茂

大阪大学講師

- 問題の所在
- 對抗不能の問題の一般理論の形成を妨げている要因
- 對抗不能の問題の一般理論の形成のために

- 對抗問題の領域
- 對抗不能に関する条文の分類
- 条文の用語法に基づく分類
- 對抗不能の要因に基づく分類

- 對抗不能の意味の確定
- 本稿の基本的視点
- 法律行為の無効・取消と第三者によるその効力の一部否認
- 通謀虚偽表示の無効と第三者によるその効力の一部否認

- 詐欺による取消と第三者によるその効力の一部否認
- 有効な法律行為と第三者によるその効力の一部否認
- 不動産物権変動と第三者による物権的効力の一部否認
- 契約解除と第三者による効力の一部否認
- 遺産分割と第三者による効力の一部否認

五 結 論

一 問題の所在

對抗要件に関する問題は、民法の初學者にとっても、また、民法を長年にわたって研究

する者にとっても難問であるといつてよい。

對抗要件といえ、まず、学説が華々しく対立している民法一七七条の不動産物権変動の對抗問題が思い起こされるが、民法においては、「対抗スルコトヲ得ス（対抗することができない）」という用語法は、物権変動の問題に限定されているわけではない。

ところが、わが国の学説は、對抗要件の問題を狭く限定しようとする傾向が強く、民法が「対抗することができない」という用語を使っている条文、例えば、民法九四二条二項（通謀虚偽表示の無効は善意の第三者に對抗できない）、民法九六条三項（詐欺による意思表示の取消は善意の第三者に對抗できない）などに関して、それを對抗問題ではないとして問題の解決を行っている例が多く見られる。

例えば、民法総則の代表的な教科書の一つである四宮和夫教授の『民法総則』によれば、民法九四二条二項、九六条三項のそれぞれの条文に該当する善意の第三者（不動産の譲受人・転付者）は、それぞれ、無効や取消を主張する者（譲渡人の前主）に対して、登記なしに對抗しうるかという問題について、次のように説明されている。

まず、民法九四二条二項については、「Aが虚偽表示によってA所有の不動産をBに譲渡し、Bがさらに『善意ノ第三者』Cに譲渡した場合、Cは——Bに対してはもちろん——

Aに対しても登記なくして自分が権利取得者であることを主張することができる。Cにとっては、九四二条二項により、A・B間の譲渡は有効だったものとみなされ、そして、不動産がA→B→Cと移転した場合、CとAとの関係は對抗問題（一七七条参照）ではない、と考えられるからである。」としている。

しかし、筆者の見解によれば、「九四二条二項により、A・B間の譲渡は有効であったとみなされる」かどうかの判断を行うことが、まさに、民法九四二条二項における「對抗問題」の意味なのであり、善意の第三者との関係においても、通謀虚偽表示を完全に「有効」なものとしてのみならず、民法九四二条二項にいう「無効を善意の第三者に對抗できない」という意味を、Aに対するBの原状回復義務の遡及的効力のみがCによって否認される（非遡及的取消と同様にみなされる）と解釈することが可能であれば、この場合でも、B・A間とB・C間で二重譲渡と類似の関係が発生しており、不動産物権変動の「對抗問題」が生じうると解することができるのである。

次に、民法九六条三項についても、四宮教授の前掲書によれば、「九六条三項は、『善意ノ第三者』Cに対する関係では、Aの意思表示は取消されず、Bは有効に権利を取得したものとみなす趣旨であり、そして、不動産が

A→B→Cと転々した場合、C・A間の関係は對抗問題（一七七条参照）ではない、と考えられる。したがって、Cは登記なくして権利取得をAに主張することができるという見解に賛成したい。」と説明されており、詐欺による取消の遡及効が善意の第三者に對抗できないという意味を、善意の第三者Cとの関係では、A・B間の契約を「有効」とみるという解釈がなされている。

しかし、筆者の見解によれば、詐欺による取消が善意の「第三者に對抗できない」という意味をそのように理解してよいかどうか、まさに、民法九六条三項における「對抗問題」なのである。後に詳しく見るように、契約の取消が善意の第三者に對抗できないということは、取消の遡及効が否定されると考えることで十分であり、契約そのものが「有効」とみなされると考える必要はない。したがって、ここでの「對抗問題」を筆者のように解釈した場合は、取消の遡及効が否定される結果、取消の時点から遡及せずに発生するAのBに対する原状回復請求権と、CのBに対する売買契約に基づく権利とが対立することになる。すなわち、この場合も、二重譲渡と類似の関係が形成されているのであって、不動産物権変動における「對抗問題」が発生しうることになるのである。

民法の条文に「對抗することができない」と書かれている問題をどのようにとらえるのかという基本的な視点に関して、四宮教授が、民法一七七条にいう「對抗することができない」は對抗問題であるが、民法九四二条二項、九六条三項にいう「對抗することができない」は對抗問題ではないとして、民法の文言からかけ離れた理論を展開しているのは何故であろうか。

その理由を前掲教科書の論拠となっている四宮教授の論文「遡及効と對抗要件」によって推測すると、四宮教授は、對抗問題を「公

示の前後によって優先順位を決め(る)問題であるとき、そのことからさらに一步を進めて、対抗問題とは、公示(登記)のない者が負ける問題であると理解されているように思われる。そして、その理論的帰結として、第三者が登記なしに対抗できてよいと思われる問題が生じたときには、必ずその問題を対抗問題から除外しなければならぬという、硬直的で、動かしえない結論が導き出されることになる。なぜなら、「対抗問題ならば、公示(登記)のない者が負ける」という命題と「公示(登記)がなくとも負けない(勝つ)者がいるならば、それは対抗問題ではない」という命題とは、論理的に同値だからである。後に詳しく述べるように、「対抗問題とは、公示(登記)のない者が負ける問題である」という理解こそが、わが国の対抗要件の理論を混乱させる最大の原因となっているのである。いずれにせよ、そのような理解の結果、四宮教授は、登記の有無によって問題を解決するのが適当である場合には、それを「対抗問題」として述べてその理由付けを行い、登記の有無によって問題を解決するのが適当でないと判断する場合には、その問題は「対抗問題」ではないとして別の理由付け(例えば、民法九四九条二項の類推適用)を考えるという作業を対抗要件が問題となる様々な分野で繰り返されているのである。

四宮説の結論については賛否両論があるが、後に詳しく述べるように、四宮説は、通謀虚偽表示や詐欺によってなされた意思表示を、善意の第三者Cとの関係で、単純に「有効」とみなしている点で理論的に問題があり、また、善意の第三者Cは、登記なしに、Bから登記を回復したAにも対抗できることになる点で、結果の妥当性にも疑問があるところである。ところで、対抗問題を物権変動の問題に限定し、かつ、「登記の有無による紛争解決を

目指すときは二重譲渡類似の関係があると説明して一七七条を適用し、未登記権利者の保護を目指す場合には、真正権利者と無権利者からの譲受人との争いであるとして、一七七条の適用を排除(する)」という右の手法は、四宮教授だけでなく、わが国の近時の学説にほぼ共通するものとなっていることが鎌田薫教授によって指摘されている。その結果、わが国においては、「対抗問題かどうか」は、「公示(登記)によって解決すべき問題かどうか」という、非常に主観的な基準によって左右されることになってしまっており、広中俊雄教授も指摘されるように、「どのような場合が『対抗問題』を生ずる場合に当たるかについては一致がなく、……結局、各自において一七七条の適用を妥当と考える場合が『対抗問題』を生じる場合とよばれているといつてよい」という混乱状態が生じているのである。

もつとも、対抗問題を「登記の先後によって権利の優劣を決めるのが適当な問題であるかどうか」によって「帰納的」に考えるのではなく、対抗問題を次のように定義し、そこから、演繹的に考えようとする見解も有力である。このような見解によれば、対抗問題とは、「同一不動産における両立しえない物権変動(それに準ずる法律関係)の存在に対して、その優劣を決する問題である」と理解され、それぞれ有効に成立していることが必要とされ、不動産がAからBに譲渡された場合に、A B間の売買契約が無効であったり、Aが無権利者であったりすると、Bは、たとえ登記を備えたとしても所有権を取得できず、未登記権利者に自己の権利を対抗するという問題は生じないとされている。これらの場合には、真正権利者は無権利者Bに登記なしに自己の権利を対抗しようとされているから、一七七条の適用の余地はなく、したがって「対抗問題」ではないという点では、学説は一致している。

しかし、「無効・無権利者の問題」として「対抗問題」から外れる問題と、真正な「対抗問題」とを区別することは、実際には困難な場合が少なくない。例えば、民法九六条三項の場合に、取消によって生じるBからAへの物権変動と、転売によって生じるBからCへの物権変動とが、同一不動産における両立しえない有効な物権変動に該当するかどうか、すなわち、この問題が対抗問題となるかどうかについては、学説が大きく対立しているのである。

このように、わが国においては、物権変動に関する民法一七七条、一七八条および債権譲渡に関する四六七条以下の問題が対抗問題であることについては異論がないが、民法九四九条二項、九六条三項に規定されている「対抗することができない」という問題が対抗問題であるかどうかについては、見解の一致がない。そして、民法一七七条、一七八条および民法四六七条以下にいう「対抗することができない」と、民法九四九条二項、九六条三項にいう「対抗することができない」とは、用語は同じであるが法的性質の異なる問題であると一般に考えられてきたように思われる。

対抗問題について比較法的な観点から従来の通説に根本的な問題提起を行った滝沢幸代助教授の注目すべき論文「物権変動における意思主義・対抗要件主義の継受」においても、そのような考えは維持されている。

しかし、わが国の民法において、「対抗することができない」という用語は、総則、物権、債権、親族、相続のすべての分野にわたって、四一ヶ所を用いられている。そして、立法者が、「対抗することができない」という用語を、統一的な意味で用いようとしていたことは確実であり、この用語法に関して、民法全体にわたって体系的に理解する試みを

放棄すべきではないと思われる。もつとも、同じ用語でも、民法の各条文において、多少のニュアンスの違いは生じてあろうが、前掲滝沢論文のように、「対抗スルコトヲ得ス」の意義は、それぞれに独自の特色を持ち一律の理解が成立するとは考えられない」と断定してしまうのは、早計に過ぎよう。

本稿は、民法の全編を通じて用いられている対抗要件の問題のうち、「対抗することができない」という用語法に代表される対抗不能の問題について、それらを統一的に理解しうる一般理論の構築を妨げているものは何か、それらの障害をどのように取り除くことによって、対抗不能の一般理論を構築することが可能であるのかを論じ、筆者の対抗不能に関する一般理論を示そうとするものである。

〈注〉
(1) 民法の第一編から第三編まで(以下、財産編という)は、「対抗スルコトヲ得ス」(民法四五条以下参照)という用語法を用い、第四編から第五編まで(以下、親族・相続編という)は、「対抗することができない」(民法七五六条以下参照)という用語法を用いている。戦後の民法大改正を受けた親族・相続編は口語表現を取り、大改正を受けなかった財産編は文語表現を止めているため、このような表現の相違が生じているのであるが、本稿のように、対抗問題を民法全体について分析しようとする場合には、このような表現方法の不統一を解消しておく必要がある。

そこで、本稿では、筆者が、民法財産編の文語による表現を親族編の口語による表現方法に則して、すべて口語表現に改めたものを利用して、統一的な表現方法の下で条文の分析を行うことにした。文語から口語への変換に際しては、親族・相続編の中で、内容的な改正がほとんど行われず、文語表現から口語表現への変更に止められた「遺言」の章の八五ヶ条について、旧法と新法の用語法の対照表を作成するこ

により、コンピュータで機械的に行った。したがって、この方法によって得られた財産法の口語表現は、親族・相続編の口語表現と完全に統一が取れており、外国の民法典の条文の翻訳と同様、民法の原文に準じた扱いを行うことが許されよう。以上のような考えに基づき、以下では、前記の方法で得られた民法財産編の口語表現を、民法原文に準じて、かぎ括弧()でくくって引用することにする。

(2) 第一に、民法九四九条二項に関しては、善意の第三者は取得した権利について対抗要件(登記)を具備することを要しないとすることが通説(中島玉吉『民法概論 卷之二 総則編』(金刺芳流堂)「明治四四年」四九二頁、矢部克巳「判批」法学新報四五卷二二二頁「昭和一年」一八一頁、吾妻光俊「判批」判民昭和一〇年度七三事件「昭和一年」、舟橋諱「判批」民商三卷一頁「昭和一年」一三九頁、川島武宜『民法総則』(有斐閣)「昭和四〇年」二八〇頁、石田喜久夫「心裡留保」新民法演習Ⅰ「昭和四九年」一三五頁、幾代通『民法総則』(第二版)(青林書院新社)「昭和五九年」二六〇、二六一頁、鈴木祿弥『民法総則講義』(創文社)「昭和五九年」一一二頁など)、および、判例(大判大正九・七・二三民録二六輯一一五二頁、最判昭和四四・五・二七民集二卷六号九八九頁)である。これに対して、善意の第三者は対抗要件(登記)を具備することを要するとする少数説としては、川井健「判批」判例評論一〇二号「昭和四二年」一三頁、瀬戸正二「判解」法曹時報二〇巻二二二号「昭和四三年」一五一頁、川井健「不動産物権変動における公示と公信——背信的悪意者排除論、民法九四九条二項類推適用論の位置づけ」我妻栄追悼・私法学の新たな展開(有斐閣)「昭和五〇年」三一六頁がある。

件(登記)を具備することを要するとする学説(吾妻光俊「判批」判民昭和七年度三〇事件「昭和九年」、我妻栄「新訂民法総則」(岩波書店)「昭和四〇年」三二二頁、我妻栄・有泉亨『新訂物権法』(岩波書店)「昭和五八年」一〇一、一〇二頁、山田卓生「法律行為の取消と登記」民法の争点Ⅰ(有斐閣)「昭和六〇年」一〇五頁など)とが対立しており、判例は、取消前に転売を受けた善意の第三者は対抗要件の具備なしに保護されるが(大判昭和七・三・一八民集一巻三二七頁、但し、動産に関する事件、最判昭和四九・九・二六民集二八巻六号一一三頁、但し、農地に関する事件、取消後に転売を受けた善意の第三者は対抗要件なしに保護されない(大判昭和一七・九・三〇民集二巻九一頁)と解しているようである。判例と同様の見解に立つものとして、下森定「注釈民法(三)」(有斐閣)「昭和四八年」二二〇頁、鈴木祿弥『民法総則講義』一一八、一一九頁がある。また、取消後に転売を受けた善意の第三者との関係では民法九四九条二項を類推適用すべきであるとする学説(結果的には、対抗要件(登記)不要説に類似する)には、幾代通「法律行為の取消と登記」於保還暦記念・民法学の基礎的課題(上)(有斐閣)「昭和四六年」六二頁以下、下森定「判批」民法九六条三項にいう第三者にあたる場合」判タ三二二二号「昭和五〇年」九〇頁以下、四宮(注5)一七頁、下森定「民法九六条三項にいう第三者と登記」再論」薬師寺米寿記念・民事法学の諸問題(総合労働研究所)「昭和五二年」九九頁以下などがある。

について、きわめて明快で、実際にも適用しているとして、四宮説に賛成される。しかし、民法九六条三項に関する四宮説については、Cに対して九六条三項の保護を全う登記から切り離して与え、Aが取り消して先に登記を回復したときまで、Cを善意の第三者であるとして保護する必要はない」との批判がなされている(加藤一郎「取消解除と第三者」民法ノート(七七)(有斐閣)「昭和五九年」五〇頁。同旨、我妻・有泉(注2)一〇二頁。確かに、この批判は正当であるが、批判者自体の見解によると、Cが保護を受けるためには常に登記を要することになり、AもCも登記がない場合には、Aが保護されることになってしまいが、Aは「善意の第三者(C)に対抗することができない」という、条文の趣旨に反する結果を認めざるをえなくなってしまう。

このように、現在の学説は、いずれの説によっても、妥当な結果を導くことが不可能となっており、理論的に行き詰まっていると思われる。

なお、この点に関する筆者の見解については、四二B「詐欺による取消と第三者による効力の一部否認」および四四「対抗不能の問題の総合的解決」を参照されたい。

(8) 鎌田「対抗問題と第三者」法学教室五七号「昭和六〇年」三二頁。

(9) 広中俊雄「物権法(第二版)」(青林書院)「昭和五七年」一三八頁。幾代通「裏がえしの対抗問題? 建物所有による土地不法占拠と建物所有登記の関係」法学教室五二二号「昭和六〇年」一八頁も、「対抗問題」という概念じたいが、すべての論者によって必ずしも同じ外延で理解されているとはいえない」と指摘している。

(10) 星野英一「民法概論Ⅱ(物権・担保物権)」(良書普及会)「昭和五一年」五三頁、星野英一「物権変動論における「対抗」問題と「公信」問題」法学教室三八号「昭和五八年」二二頁。しかし、このような方法が帰納的な方法という名に値するものであるかどうかは、多に疑問である。この点については、二「対抗不能の問題の一般理論の形成を妨げている要因」注(20)を参照されたい。

(11) 田中(注7)九四頁、八八頁参照。石田喜久夫「物権法」(日本評論社)「昭和五二年」三五頁は、「両立し難い物的支配を争う関係」とされている。

(12) 鎌田(注8)三二頁。

(13) 学説の整理については、四宮(注5)七頁以下参照。

(14) 星野(注10)一五頁参照。なお、川井(注2)九七頁以下参照。

(15) 滝沢幸代「物権変動における意思主義・対抗要件主義の継受(一)」法協九三巻九号「昭和五一年」一三六八頁以下。

(16) わが国の民法において「対抗スルコトヲ得ス」という用語が最初に用いられている条文は民法四五条である。しかし、民法の起草の際には、この条文の原案は「法人ノ設立ハ其主たる事務所所在ノ地ニ於テ登記ヲ受クルマテ他人ニ対シテ其効ナシ」とされており、四六条、五四条に該当する条文草案も同様であった(法典調査会『民法総会議事速記録』三巻一二七頁)。草案として、「対抗スルコトヲ得ス」という用語が初めて登場するのは、法典調査会第一三回総会においてであり、現在の民法九四九条二項に該当する条文に「対抗スルコトヲ得ス」という用語が出てきたのが最初である(法典調査会『民法総会議事速記録』五巻七四頁)。しかし、この草案は、「善意ノ第三者ニ主張スルコトヲ得ス」と修正されてしまい(前掲書五巻七五頁)、結局、「対抗スルコトヲ得ス」という用語が認められるのは、民法九六条三項に該当する条文においてである(前掲書五巻九〇頁)。もともと、一度、「対抗スルコトヲ得ス」という用語法が認められると、その用語法は、第三者を保護するため、本来生じるべき効力を制限する但書の機能を持つという普遍性が認識され、民法整理会以降において、民法四五条、四六条に該当する条文における「他人ニ対シテ其効ナシ」や、民法九四九条二項に該当する条文における「第三者ニ主張スルコトヲ得ス」という用語は、すべて「対抗スルコトヲ得ス」という用語

法に統一されるのである(法典調査会『民法整理會議事速記録』二卷七二頁以下参照)。(17) 滝沢幸代「物權變動における意思主義・對抗要件主義の継受(五)」法協九四卷四号「昭和五年」一〇二頁。

二 對抗不能の問題の一般理論の形成を妨げている要因

對抗問題とは何かについては、通説的な見解によれば、二重譲渡の場合のように、同一目的物をめぐって、二つの有効な法律関係が矛盾・対立する場合であるとされてきた。この考え方は、物權變動の問題に関して、基本的に正しいと思われる。しかし、右のような矛盾・対立関係が生じる場合というのは、必ずしも民法一七七条以下の問題に限られるわけではない。ところが、對抗問題という点、民法一七七条、一七八条および民法四六七条以下の問題であるとして、對抗問題の領域を限定するというのが、一般的な傾向であったと思われる。このように、對抗問題の領域を狭く限定する考え方が對抗要件の一般理論の形成を妨げてきたことは疑いがない。

民法の文言にもかかわらず、對抗問題の適用範囲を狭く限定しようとする通説の考えの背後には、對抗問題は、「公示(登記)の先後によって勝敗が決まる問題である」との出発点があり、しかも、結論の単純さに比較して、その理論的説明は、多くの人々を納得させるほどに成功しているものがなく、結局、結論に争いがないものをその説明において争ってもあまり意味がないという雰囲気醸し出されるところに、一方で、「對抗することのできない」という意味を民法全体にわたって理論的に説明しようとする努力は放棄され、他方で、公示(登記)の先後によって勝

敗を決めるのにふさわしくない場合は、その場合を對抗問題から除外するという、對抗問題の適用領域を狭く限定しようとする傾向がわが国の学説を支配してきたと思われる。このような傾向を生み出すに至った根本原因は、對抗問題を「公示(登記)の先後によって勝敗が決まる問題である」という不正確な認識(對抗問題が、公示の問題に限定されないことは、債權の二重譲渡の場合にすでに明らかにされている)から出発し、やがて、對抗問題を「公示(登記)のない者が負ける問題である」と誤って理解するようになったことにあると思われる。「公示(登記)の先後によって決まる」ということと、「公示(登記)がなければ負ける」というのは同値ではない。前者は、登記を先に得た方が勝つことを意味するだけで、どちらの者も公示(登記)を備えていない場合のことについては言明していない。ところが、「公示(登記)がなければ負ける」ということは、どちらの側にも公示(登記)がない場合でも、公示(登記)のない者が相手方を訴えれば、その者が負けるということを意味する。このように、同値でない命題を同値であるかのように使ってきたことが、わが国の對抗問題に混乱をもたらす大きな要因となったと思われる。

不動産の二重譲渡に即して言えば、第一買主が売主から所有權を得ても登記を先に得た第二買主に負けるといふのは正しい。しかし、後に述べるように、第一買主は第二買主が登記を備えていない場合でも第二買主に負けるというのには誤りである。いずれも登記がない場合には、第一買主が勝つのである(民法一七六条)。ところが、通説は、いずれも、登記がない場合は、訴えた者が負けるという図式を作り上げてしまい、その結果、「對抗問題とは、公示(登記)のない者が負ける問題である」というあまりにも単純で硬直的な考えが学説を支配するようになったのであ

る。しかし、對抗問題を公示(登記)の有無のみによって解決しようという硬直した考えによつては、具体的な問題について、公平な解決を図ることができないことは目に見えてい。そこで、通説は、公平な解決ができないときは、その問題を「對抗問題」ではないとして別の逃げ道を作り始めたのである。民法九四条二項の類推適用の多用・濫用とも思われる現象はまさにその一例であろう。本来なら、「對抗問題」を公示(登記)のない者が負ける問題であると理解するという硬直的な考えが反省されるべきであった。ところが、「對抗問題」に関する硬直的な考え方はそのままにして、「對抗問題」を公示(登記)の有無のみによって妥当な解決が期待できる問題だけに封じ込めるといふ誤った方向に向つていったのである。

今や、對抗問題の原点に立ち返り、民法全体にわたる広い視野から、對抗問題を眺め、對抗問題全体に対する理論的説明を行うことが必要であるというのが、筆者の考えであり、本稿はそのような視点から對抗問題の理論的説明を行おうとするものである。

〈注〉

- (18) 星野英一「物權變動論における『對抗問題』と『公信』問題」法学教室三八号「昭和五八年」六頁は、「甲がある不動産を乙に売り、乙が登記しないでいる間に丙に登記をしてみました」と、丙が乙に勝つてしまふ……この結論についてはだれも異論がない」という点から出發しているが、一八頁では、「要するに、一七六条と一七七条の関係は、当事者間においては意思表示のみによって物權は移転するが、これを第三者に主張するためには登記をしなければだめだ」として議論を進めており、「登記の先後によって決まる」ということと、「登記がなければ負ける」ということの重要な差異を無視している。

(19) 舟橋諱一「物權法」(有斐閣)「昭和三五

年」一四八、一四九頁、広中俊雄「物權法」(第二版)(青林書院新社)「昭和五七年」七〇頁、我妻栄・有泉亭「新訂物權法」(岩波書店)「昭和五八年」一五一、一五二頁、稲本洋之助「民法Ⅱ」(青林書院新社)「昭和五八年」一三四頁、鈴木録弥「物權法講義(三訂版)」(創文社)「昭和六〇年」一〇二頁など。

(20) 星野英一「民法概論Ⅱ(物權・担保物權)」(良書普及会)「昭和五五年」五三頁によると、「なにが『對抗問題』かを予め決めることはできず、登記の先後によって權利の優劣を決めるのが適当であるような問題をそう呼ぶべきものである(帰納的に考える)」と主張している。しかし、帰納的な考え方によって、具体的な検討の後に示されるべき『對抗問題』の一般的な基準は何ら導き出されていない。「帰納的考え方」というからは、具体的問題から出發して、最後に一般的な命題や法則を導く努力があつてしかるべきである。ところが、どのような場合が對抗問題(登記の先後によって權利の優劣を決めるのが適当であるような問題)に該当するのかを判断しうる基準らしきものは何ら示されていない。これでは、對抗問題とは「登記の先後によって權利の優劣を決めるのが適当であるような問題である」と考え、そこから演繹する方法と全く変わらなくなってしまうのではなからうか。

(21) 幾代通「法律行為の取消と登記」於保遺曆記念・民法学の基礎的課題(上)(有斐閣)「昭和四六年」六二頁以下。民法一七七条に関する民法九四条二項類推適用説については、田中整爾編「物權法」(法律文化社)「昭和六一年」一五頁以下参照。なお、石田喜久夫「民法九四条二項類推」法学教室七三号「昭和六一年」六頁以下は、民法九四条二項の類推の「花ざかり」に対して、歯止めをかけるべき時期にきていることを主張する。

三 对抗不能の問題の一般理論 の形成のために

1 对抗問題の領域

对抗問題を論じるに際して、民法の中で、いかなる条文が对抗問題について規定しているかを明確にする必要がある。

对抗問題は、広い意味では、法律行為等から生じる法律関係の効力の主観的範囲の問題である。条文の用例では、「は有効（無効）である。ただし、善意の第三者に對抗できない」という形を取ることが多い。

民法九四条では、その一項で、「相手方を通じてした虚偽の意思表示は、無効とする。」として、法律行為の効力を無効と規定しており、その二項で、「前項の意思表示の無効は、これを善意の第三者に對抗することができない。」として、通謀虚偽表示による法律行為の無効の効力が、善意の第三者には及ばず、むしろ、善意の第三者によって否認されうることを規定している。

对抗問題の典型例といわれている民法一七七条においては、对抗問題は、一七六条で認められる物権変動の効力が一七七条によって、その効力の主観的効力の範囲が限定されるという形で表現されている。すなわち、民法一七六条は、「物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによってその効力を生じると規定し、意思表示による物権変動の効力を認めつつ、一七七条により「不動産に関する物権の得喪及び変更は、登記法の定めるところに従い、その登記をしなければ、これを第三者に對抗することができない。」と規定して、その効力の及ぶ範囲に限定を加えるという形式をとっている。

ろは、ある法律関係について、当事者間では全面的な法律効果の発生を付与するとともに、それによって権利を害される第三者を保護するため、一定の要件を備えた第三者に対して、その第三者の権利を害する範囲に限って、問題となつている法律効果を剝奪する権限を付与するというものである。そして、そのような制度を表現するものとしては、「對抗することができない」という文言に限定されるわけではない。

例えば、一般に對抗問題とされている解除の効力の問題については、民法は、對抗という言葉を用いていない。しかし、五四五条一項において、「当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負う。但し、第三者の権利を害することができない。」と規定して、当事者間において解除の法律効果を認めつつ、保護されるべき第三者との関係では、その法律効果の効力が第三者の権利を害する範囲で制限されるという對抗問題の本質を表現しているのである。このような、第三者等の「権利を害することができない」という表現は、民法一六条の「追認は、別段の意思表示がないときは、契約の時にさかのぼつてその効力を生じる。但し、第三者の権利を害することができない。」など、一三ヶ条で見られる。

さらに、民法四九条二項は、「外国法人が初めて日本に事務所を設けたときは、その事務所の所在地において登記するまでは、他人は、その法人の成立を否認することができない。」として、「成立を否認できる」という用語を用いている。第三者が「否認することができない」という用語が、第三者に「對抗できない」と同じ意味で利用されていることは、すでに、立法者が明確にしておいて、後に詳しく論じる物権変動の「對抗問題」における否認権説は、条文上も根拠を持つことが明らか

である。

民法が對抗問題であることを示す文言としては、その外にも、第三者による法律行為の「取消」という表現を取る場合がある。民法四二四条一項は、「債権者は、債務者がその債権者を害することを知つてした法律行為の取消を裁判所に請求することができ。」と規定するとともに、民法四二五条で、「詐害行為の「取消は、総債権者の利益のためにその効力を生じる。」と規定している。これは、債権者を詐害する法律行為が第三者（債権者）に對抗できないということ、総債権者との関係では、詐害行為の効力が総債権者の利益を害する範囲で、始めに遡つて効力を失うという意味で「取消」という用語を用いて表現しているのである。

これらの問題は、表現の差はあるにせよ、ある法律行為の効力を、保護すべき第三者の権利が害される範囲でのみ否認（制限）するという、広義の對抗問題であることに変わりはないので、これらの条文をすべて分析の対象とすることにしよう。

なお、民法が「對抗」という用語を用いる場合は、「對抗することができない」「第三者の権利を害することができない」という権利の制限的意味ばかりでなく、例えば、民法三九五条のように、短期貸借は「抵当権の登記後に登記したものであつても、これを抵当権者に對抗することができない」というように、当事者間の契約の効力を第三者に対して拡張するという場合にも用いられている。また、五八一条の買戻や、賃貸借の對抗要件の場合のように単に「第三者に対してもその効力を生じる」という表現を取る場合もある。いずれにせよ、この問題は、対抗力（*inopposabilité*）の問題として、「對抗することができない」という問題（*inopposabilité*）とは異なる視点からの考察が必要である。そこで、本稿では、ひとまず、「對抗することができな

い」という、對抗不能の問題に限定して論じることとし、「對抗することができない」という問題については、別稿で論じることとする。

〈注〉

(22) 吉野一「法規範文」吉野一編著『法の論理分析と実験的システム作成による法適用への電算機応用の可能性の検討』民法における売買契約の成立と効力の領域に限定して——『昭和五九年』一四、一五頁。

(23) 星野英一「物権変動論における「對抗問題」と「公信」問題」法学教室三八号（昭和五八年）三八頁は、否認権説などは、「それらはどうもあまり民法の規定に即していないように思われる」とされる。しかし、「否認することができない」という用語は、わが民法九四条において、「外国人が……登記するまでは、他人は、その法人の成立を否認することができない。」として、明文で規定されている。この「否認する」という用語は、第五回民法整理会において、梅謙次郎によって提出された修正案の中で始めて出てきたものであり、民法四五条、民法四六条にいう對抗することができないということと「精神二於テハ同シコトアリマス」と説明されて了承されている（法典調査会「民法整理會議事速記録」二巻七二頁参照）。民法四五条との対比においても、また、民法四九条の立法趣旨から考えても、民法四九条に規定された「他人はその法人の成立を否認することができない」という意味が「その法人の成立を他人に對抗することができない」と同じであることは疑いが無い。

(24) 詐害行為取消権は、フランスの制度を継受したものであるが、フランスでは、詐害行為取消権の法的性質は、對抗不能訴権（*action en inopposabilité*）であると考えられている（Bastian, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, thèse Paris, 1929, p. 152-153, 163-164, 169 et s., Weill et Terré, *Droit civil, Les obligations* 2e éd. 1975, n° 877.）

(25) 「對抗できる（對抗することを妨げない）」

という用語を用いる条文には次の八ヶ条がある。すなわち、三三六条〔一般の先取特権〕、三九五条〔短期貸借〕、三九八条の二〔根抵当権の消滅〕、四四三条〔連帯債務の求償要件としての通知〕、四五七条〔保証人の相殺権〕、四六八条〔異議を留めない承諾〕、五三九条〔第三者のためにする契約における債務者の抗弁権〕、五八一一条〔質借権の買戻特約に対する抵抗力〕である。

2 対抗不能に関する条文の分類

対抗不能の問題を取り扱うに際して、その問題の範囲を確定するため、対抗不能の問題を取り扱っている条文にはどのようなものがあるかを明らかにしておく必要がある。対抗不能の問題に関する条文を特定するに際して、まず、用語法によって分類することに、その後、対抗不能がどのような要因から生じているかが明らかになるように、対抗不能の問題が発生する要因別に条文を分類することにする。

A 条文の用語法に基づく分類

(a) 「対抗することができない」という用語を用いる条文

「対抗することができない」という用語が用いられている条文には、準用規定を含めると、次の四四ヶ条がある。

四五条二項〔法人の設立登記〕、四六条二項〔登記事項の変更〕、五四条〔理事の代表権の制限〕、九四二条二項〔通謀虚偽表示〕、九六条三項〔詐欺による取消〕、九八条〔意思表示の受領能力〕、一一二条〔代理権消滅後の表見代理〕、一二三条二項〔無権代理行為の追認・拒絶〕、一七七条〔不動産物権変動の対抗要件〕、一七八条〔動産物権変動の対抗要件〕、二六〇条二項〔共有物分割への参加〕、三四七条〔質権の留置的効力〕、三五二条〔動産質の対抗要件〕、三六四一条〔指名債権質の対抗要件〕、三六五条〔記名社債

質の対抗要件〕、三六六条〔指図債権質の対抗要件〕、三七六条〔抵当権処分の特抗要件〕、三九八条〔抵当権の目的である用役権の放棄の特抗要件〕、四六〇条二号〔保証契約後の期限の猶予の特抗力〕、四六六条二項〔債権の譲渡性の制限〕、四六七条〔指名債権譲渡の特抗要件〕、四六八条〔異議を留めない承諾〕、四六九条〔指図債権譲渡の特抗要件〕、四七二条〔指図債権譲受人の保護〕、四九九条〔任意代理〕、五〇五条二項〔相殺性の制限〕、五〇九条〔不法行為債権による相殺〕、五一〇条〔差押え禁止債権による相殺〕、五一一条〔差押え債権による相殺〕、五一五条〔債権者の交替による更改〕、五八四一条〔共有持分の買戻特約付売買〕、六一三一条〔転借人の借賃の前払〕、六五五一条〔委任終了の特抗要件〕、六七六一条〔組合員の持分処分の制限〕、六八〇条〔組合員の除名〕、七五六条〔夫婦財産制〕、七五七条〔外国人の夫婦財産制〕、七五九条〔夫婦財産制の変更〕、八三一条〔子の財産管理の終了〕、八五四条〔後見人の目録調製前の権限〕、八七四条〔後見の終了〕、九四五条〔相続財産分離〕、九五〇条〔第二種財産分離〕、一〇二〇条〔遺言執行者の任務終了〕。

(b) 「権利を害することができない」という用語を用いる条文

第三者などの「権利を害することができない」という用語が用いられている条文としては、次の一ヶ条がある。

一一六条〔無権代理行為の追認〕、一二二条〔追認の効果〕、一二八条〔条件付権利の不可侵〕、一三六条二項〔期限の利益の放棄〕、四二一条〔選択権の遡及効〕、五四五条〔解除権の効果〕、七五四条〔夫婦間の契約取消権〕、七八四条〔認知の遡及効〕、九〇九条〔遺産分割の遡及効〕、九二九条〔限定承認における配当弁済〕、九四七条二項〔財産分離における相続債権者及び受遺者への弁済〕。

(c) 「否認することができる」などの用語を用いる条文

対抗不能の問題を「否認することができる」という用語を用いて表現しているのは、民法四九条〔外国法人の登記〕のみである。また、「取消を請求できる」という用語を用いて、対抗問題を表現している条文は、民法四二四一条〔詐害行為取消権〕のみである。対抗不能の問題を「みなすことができる」という用語で表現しているものとしては、民法一三〇条〔条件成就の妨害〕、四四三条二項〔連帯債務者の求償の要件としての通知〕、四八〇条〔受取証書の持参人への弁済〕の三ヶ条がある。

B 対抗不能の要因に基づく分類

対抗不能の問題が生じる要因にしたがって、対抗不能に係る条文を整理すると以下のようになる。

対抗問題が生じる要因は、(a) 公示の欠如に由来するもの、(b) 通知または承諾等の欠如に由来するもの、(c) 確定日附の欠如に由来するもの、(d) 本来無制限であるべきものを当事者間で制限したこと由来するもの、(e) 当事者の通謀により虚偽の外観が作出されたこと由来するもの、(f) 詐害行為に由来するもの、(g) 不法行為に由来するもの、(h) 条件付権利の侵害に由来するもの、(i) 既得権の侵害に由来するもの九つに分類することができる。

これらの要因がある場合に、当事者以外の第三者の権利を保護するため、当事者間で発生した法律効果を、第三者の権利が害される範囲で、当該法律効果の効力を一部制限することを認めているというのが対抗不能の問題に共通する点である。

その場合、対抗問題が生じる要因によって、保護されるべき第三者の範囲、制限される法律効果の範囲は微妙に異なる。

このような分類によって、それぞれの要因

ごとに、立法者が、当事者の利益と、取引に關係する第三者の利益とをどのように調整し、どのような範囲で、当事者の権利を制限し、その結果として、第三者の権利が保護されているのかを知ることができよう。

(a) 公示の欠如に関するもの

対抗不能の原因を公示の欠如に求めるものとしては、第一に、法人登記の欠如に関する、四五二条二項〔法人の設立登記〕、四六二条二項〔登記事項の変更〕、四九二条二項〔外国法人の登記〕の三ヶ条がある。これらの場合には、法人登記がないため、他人によって、法人の成立、すなわち、法人格が否認され、もしくは、登記事項の変更が否認されよう。

第二は、不動産物権変動の登記の欠如に関する一七七条〔不動産物権変動の特抗要件〕である。不動産の物権変動は、登記を欠くと、第三者によって、その物権的效果が否認される。この点については、後に詳しく論じる。

第三は、夫婦財産制の登記の欠如に関する七五六条〔夫婦財産制〕、七五七条〔外国人の夫婦財産制〕、七五九条〔夫婦財産制の変更〕の三ヶ条である。夫婦財産制の登記を欠くときは、夫婦の承継人または第三者によって、夫婦財産契約の効力が法定財産制と矛盾する限りで否認され、もしくは、夫婦財産制の変更が否認される。

第四は、相続財産の分離の登記の欠如に関する九四五条〔相続財産分離〕、九五〇条〔第二種財産分離〕の二ヶ条である。財産分離の登記がない場合は、相続財産と相続人の固有財産の分離によって生じるべき相続人の処分権限の制限が、第三者によって否認される。

第五は、動産物権変動における占有の欠如に関する一七八条〔動産物権変動の特抗要件〕、三五二条〔動産質の特抗要件〕の二ヶ条である。動産の物権変動に関しては、占有

の移転（引渡し）を欠くことよって、第三者によって物権の効果が否認される。また、動産質権の場合は、占有の継続を喪失することよって、第三者よってその優先的効力を否認される。

第六は、記名社債質の帳簿記入の欠如に関する三六五条（「記名社債質の對抗要件」）である。会社の社債原簿に質権設定の記入をしなかった場合は、質権設定による優先弁済権が第三者よって否認される。

第七は、指図債権の裏書、証書への記載の欠如に関する三六六条（「指図債権質の對抗要件」）、四六九条（「指図債権譲渡の對抗要件」）、四七二条（「指図債権譲受人の保護」）の三ヶ条である。指図債権の場合は、債権譲渡の裏書、質権設定の裏書がない場合は、それらの効力が第三者よって否認される。債務者が債権者を持っていた抗弁も、証書に記載のない限り、指図債権の譲受人よって否認されるのである。

(b) 通知または承諾等の欠如に関するもの
対抗不能の原因を有効な通知または承諾、もしくは、参加による意見陳述の機会の付与の欠如に求めるものとしては、第一に、有効な通知の欠如に関する九八条（「意思表示の受領能力」）がある。受領無能力者に対する意思表示は、法定代理人がこれを了知するまでは、意思表示の到達の効力が否認される。

第二は、相手方に対する意思表示の欠如に関する一三二条（「無権代理行為の追認・拒絶」）である。相手方でなく、無権代理人に対して追認、追認拒絶の意思表示をしても、相手方よって、その効力が否認される。

第三は、債務者への通知または債務者の承諾の欠如に関する三六四一条（「指名債権質の對抗要件」）、三七六条（「抵当権処分分の對抗要件」）、四六七一条（「指名債権譲渡の債務者に対する對抗要件」）、四九九条（「任意代位」

の四ヶ条である。指名債権の質入れ、抵当権の処分、指名債権の譲渡、任意代位について、債務者（第三債務者）への通知または債務者（第三債務者）の承諾がない場合には、債務者（第三債務者）よって債権移転の効力が否認される。

第四は、通知の欠如に関する四四三二条（「連帯債務者の求償の要件としての通知」）、五八四条（「共有持分の買戻特約付売買」）、六八〇条（「組合員の除名」）の三ヶ条である。連帯債務者の一人が債権者に出捐をして共同の免責を受けたことを他の債務者へ通知するのを怠っているうちに、他の債務者が善意で債権者に弁済をしたときは、先の出捐の効果が、善意で弁済した債務者の権利を害する範囲でその債務者よって否認される。共有持分につき買戻の特約がある場合に、買戻権者に通知をしないで共有物の分割または競売をした場合には、買戻権者よってその効力が買戻権者の権利を害する範囲で否認される。また、組合員の除名に際してその組合員への通知を怠ると、通知がなされるまでは、除名の効力がその組合員よって否認される。

第五に、参加による意見陳述の機会の付与の欠如に関する二六〇二条（「共有物分割への参加」）がある。共有物分割につき参加の請求があったにもかかわらず、その者の参加を待たずに共有物を分割したときは、その者よって、分割の効力が否認される。

(c) 確定日附の欠如に関するもの
対抗不能の原因を確定日附の欠如に求めるものとしては、四六七二条（「指名債権譲渡の債務者以外の第三者に対する對抗要件」）、五一五一条（「債権者の交替による更改の對抗要件」）の二ヶ条がある。債権が二重に譲渡されたり、二重に債権者の交代による更改契約がなされたりした場合に、確定日付による通知または承諾がない場合は、債権譲渡または更

改につき、確定日付による通知、または、確定日付による承認を得た者等よって、債権の移転または債権者の交代による更改の効力が否認される。

(d) 本来の性質・権限の制限に関するもの
対抗不能の原因を本来あるべき性質を当事者が制限し、または、本来あるべき権限を制限すること求めるものとしては、第一に代表権・代理権などの権限の制限・消滅に関する五四四条（「理事の代表権の制限」）、一一二条（「代理権消滅後の表見代理」）、四八〇条（「受取証書の持参人への弁済」）、六五五一条（「委任終了の對抗要件」）、六七六一条（「組合員の持分処分の制限」）、八三一条（「子の財産管理の終了」）、八五四条（「後見人の目録調整前の権限」）、八七四一条（「後見の終了」）、一〇二〇条（「遺言執行者の任務終了」）の九ヶ条がある。これらの場合、権限の制限・消滅が善意（無過失）の第三者よって否認される。

第二は、本来あるべき権利の性質を当事者間で制限したことに関する四六六二条（「債権の譲渡性の制限」）、五〇五二条（「相殺性の制限」）の二ヶ条である。これらの場合、権利の性質に関する当事者間の合意の効力が善意の第三者よって否認される。

(e) 通謀による虚偽の外観作出に関するもの
対抗不能の原因を通謀による虚偽の外観作出に求めるものとしては、九四二条（「通謀虚偽表示」）がある。この点については後に詳しく論じる。

(f) 詐害行為に関するもの
対抗不能の原因を詐害行為に求めるものとしては、四二四一条（「詐害行為取消権」）、六一三一条（「転借人の借賃の前払」）の二ヶ条がある。債務者が責任財産の不足を知りつつ責任財産を減少させた場合には、債権者の詐害行為の取消の訴えよって、総債権者の

権利を害する範囲で責任財産の逸失の効果が否認される。また、質借人と転借人との間でなされた詐害的な借賃の前払は、質借人の直接請求権を害する範囲で、質借人よって、直接請求権の行使前の前払としての効力を否認される。

(g) 不法行為に関するもの
対抗不能の原因を不法行為に求めるものとしては、五〇九条（「不法行為債権による相殺」）がある。不法行為の加害者が、被害者に対して有する別の債権よって損害賠償債権を受働債権として相殺しても、その相殺の効力が被害者よって否認される。

(h) 条件付き権利の侵害に関するもの
対抗不能の原因を条件付権利（期待権）の侵害に求めるものとしては、一一二八条（「条件付権利の不可侵」）、一三〇条（「条件成就の妨害」）の二ヶ条がある。条件付権利を侵害する処分行為は、条件付権利者の権利を害する範囲でその効力が否認される。条件成就が妨害された場合には、条件付権利者よって条件付であることが否認される。

(i) 既得権の侵害に関するもの
対抗不能の原因をいわゆる既得権の侵害に求めるものとしては、第一に、権利の濫及的形成の制限に関する一一六条（「無権代理行為の追認」）、一一二条（「追認の効果」）、四一一条（「選択権の濫及効」）、七八四一条（「認知の濫及効」）、九〇九条（「遺産分割の濫及効」）の五ヶ条がある。ここにいわゆる既得権とは、追認、選択権、認知、遺産分割などの形成権の行使が行われる以前に当事者の一方から権利を得た者だけでなく、それらの権利行使後であっても、外観を含めた権利形成が完全に実現されていない間に、外観を信頼して当事者の一方から財産を取得した者の利益を広く含めて考えている。これらの形成権よって生じる効力のうち、右の既得権者の権利を害する濫及的効力のみが、右のいわゆる既得権者

によって否認されうる。なお、遺産分割については、後に詳しく論じる。

第二に、権利の適及的消滅の制限に関する九六条三項「詐欺による取消」、五一〇条「差押え禁止債権による相殺」、五一一条「差押え債権による相殺」、七五四条「夫婦間の契約取消権」の四ヶ条がある。この場合も、これらの形成権によって生じる効力のうち、いわゆる既得権者の権利を害する適及的効力のみが、その既得権者によって否認されうる。なお、詐欺による取消については、後に詳しく論じる。

第三に、権利の放棄・期限の猶予の効力の制限に関する一三六条二項「期限の利益の放棄」、三九八条「抵当権の目的である用役権の放棄の對抗要件」、四六〇条二号「保証契約後の期限の猶予の対抗力」の三ヶ条がある。この場合は、放棄の適及効または期限の猶予の効力がいわゆる既得権者によって否認されうる。

第四に、優先弁済権を侵害する効力の制限に関する三四七条「質権の留置的効力」、九二九条「限定承認における配当弁済」、九四七条二項「財産分離における相続債権者及び受遺者への弁済」の三ヶ条がある。この場合は、優先権を有する者によって、優先権を侵害する範囲で侵害行為が否認されうる。

第五に、既得権を侵害する解除の効力の制限に関する五四五条一項「解除権の効果」がある。この問題については、後に詳しく論じる。

四 対抗不能の意味の確定

1 本稿の基本的視点

わが国の民法典で使われている「対抗することできない」という用語がフランス法に由来するものであることは、立法資料を見て

も明らかであり、その点については異論を見ない。

フランス民法典において、「対抗することできない」という用語法は、一二九五条「ne peut plus opposer au cessionnaire」、二〇〇五条「ne peut être opposée aux tiers」等、様々な箇所が使われている。しかし、それらを対抗不能（*l'impossibilité*）という一つの概念として掘り下げた研究がなされるようになるのは、今世紀になってからのことであるといわれている。

フランスにおいても、「対抗不能（*l'impossibilité*）」という概念が確立するまでは、相對無効（*nullité relative*）の古い理論が「対抗不能」の代わりに用いられていたのである。しかし、この二つの概念の適用領域は異なっており、二つの概念が決定的に違うものであることを始めて明らかにして、フランスの学界に衝撃を与えたのは、無効に関する優れた研究を行った Japioz であつたといわれている。Japioz は一九〇九年に、その博士論文である「法律行為における無効」において、「相對無効」は常に法律行為の当事者のいずれか一方のみが援用しうるのに反して、「対抗不能」は、第三者のみに開かれた権利であるといふことを明らかにしたのである。

そして、この問題提起を受けて、「対抗不能」の一般理論が確立されるのは、Bastian の一九二九年の博士論文『対抗不能の一般理論』⁽³³⁾ においてである。この書物は、「対抗不能」を理解するための不可欠の基準書（*référéntiel*）とされており、フランスの現在の代表的な教科書においても、対抗不能の説明がなされる場合に、必ずといってよいほど典拠として引用されている。

さて、Bastian の「対抗不能の一般理論」によると、「対抗不能」とは、当事者と第三者との関係において、次のような効果をもたらす制度であると考えられている。

第一に、対抗不能を主張する第三者に対する効果としては、当該法律行為の効果は、保護されるべき第三者に損害を与える可能性のある全ての効果が、その第三者を害する範囲（第三者の利益の限度）で剝奪（*privé*）される。しかし、対抗不能の効果は第三者に利益を与えるためのものであるから、保護されるべき第三者は、対抗不能の効果を援用しないで放棄することもできる。つまり、対抗不能は、保護されるべき第三者に与えられる抗弁（*exception*）である。

第二に、対抗不能が主張された法律行為の当事者間の効力については、原則として、対抗不能は当事者間の法律行為の効果に影響を及ぼさない。しかし、登記の欠缺を主張する第三者によって所有権が奪われた場合には、当事者間においても、その反射的効力によって、当事者間の法律行為は履行が不能となり、損害賠償の問題だけでなく、解除の問題にまで、発展しうる。

以上が、対抗不能の一般理論として Bastian によって主張され、フランスで広く承認されている対抗不能の一般理論の要旨である。

筆者は、わが国の民法において規定されている「対抗することができない」という文言の意味を、フランスで理解されているのと同じように理解し、対抗不能の問題を統一的に取り扱うことが、非常に混乱しているわが国の対抗不能の問題を、より広い観点から見直してみるために有益であると考ええる。

そこで、本稿では、対抗不能を論ずるにあたって、Bastian の「対抗不能の一般理論」をその出発点に据えることにする。もっとも、Bastian は、対抗不能を抗弁権の性質を持つものと考えている。しかし、後に不動産の二重譲渡の問題の箇所でも述べるように、対抗要件の援用権を抗弁権と解するのは妥当でなく、形成権と解すべきであることが、浜上

則雄教授によって正当に指摘されている。したがって、Bastian の対抗不能の一般理論は、その点についてのみ修正が必要であるが、その点を除けば、Bastian の対抗不能の一般理論をわが国の民法の解釈にもそのままの形で導入することが可能であると考ええる。

したがって、ここでの目的である対抗不能の意味の確定作業は、わが国の民法における「対抗することができない」という意味を、Bastian によって、次のように理解することから出発することができよう。すなわち、「ある法律効果をもって、第三者に対抗することができない」という意味は、「当事者間で生じる、ある法律効果が、保護されるべき第三者の権利を害する範囲で、その第三者に、その法律効果の効力を否認することができるといふ権限（否認権）を与えたものである」と解するのである。

もっとも、その対抗不能の一般理論を個別の問題に適用するに際しては、フランス民法とわが国の民法との間にかんがりの差があることを認めなければならない。例えば、フランス民法は詐欺（*abus*）を無効（*nullité*）と規定しており（フランス民法一一六条）、フランスにおいては、公序に関する絶対無効（*nullité absolue*）、詐欺等に関する相對無効（*nullité relative*）を問わず、無効の訴えが認められて無効の判決が下されると、無効の効力が適及的に第三者に対してもその効力を生じ、対抗不能の問題を生じないといわれていること、通謀虚偽表示についても、フランス民法が、秘匿行為（*contrebande*）の効力が第三者に効力を生じない（フランス民法二二二条）と規定しているため、一般には、秘匿行為の対抗不能の問題が論じられており、虚偽表示（*café ap Parent*）の無効の対抗不能の問題にすべきかどうかについては、相對無効の第三者効との関係で、微妙な問題が生じていること、契約解除に関しても、フランス民法は、不動産の

売買に関して、売主に売買代金につき第三者に対抗しうる先取特権を与えるとともに、買主から不動産を取得し公示を得た第三者に対して、一定の要件の下で売主の解除訴権の行使を制限するという方法で第三者を保護している(フランス民法二〇八条)ことなどである。

しかし、フランスで一般に承認されている対抗不能の理論は、個々の問題を検討した上で、帰納的に形成された理論であり、この考えによって、わが国の民法が「対抗することができない」とか、「第三者の権利を害することができない」としてあるそれぞれの問題について、具体的妥当性とともに、統一的な解釈を実現することが可能となるのではないかとというのが本稿の基本的な視点である。そのことを論証するために、以下において、わが国の学説・判例で特に争われている若干の対抗不能の問題に限定して、筆者なりの解釈論を展開する(と)にする。

〔注〕

- (26) 法典調査会『民法総会議事速記録』三巻一三三頁、一四三頁(現行民法四五条、四九条関係)、五巻七五頁(現行民法九四条関係)参照。
- (27) Besson, concl. sous Ch. réun. 21 mai 1952, D. 1952, 543.
- (28) Besson, *ibid.*, p. 543.
- (29) Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Dijon, 1909.
- (30) Besson, *op. cit.*, p. 543, Ponsard et Blondel, *Répertoire de droit civil*, IV, 1973, V° Nullité, n° 44.
- (31) Bastian, *Essai d'une théorie générale de l'impoposabilité*, thèse Paris, 1929.
- (32) Besson, *op. cit.*, p. 543.
- (33) V. Colin et Capitant, *Traité de Droit civil*, 1957, t. I, n° 176, Marty et Raynaud, *Traité de Droit civil, Les obligations*, 2^e éd.

- n° 164, Planiol et Ripert, *Traité Pratique de droit civil français*, 2^e éd. t. 6, *Obligations* n° 280, Weil et Terré, *Droit civil, Introduction générale*, 4^e éd. 1979, n° 335.
- (34) Bastian, *op. cit.*, p. 67, 335-336.
- (35) Bastian, *ibid.*, p. 57, 356-337.
- (36) Bastian, *ibid.*, p. 64, 331.
- (37) Bastian, *ibid.*, p. 337 et s.
- (38) Weil et Terré, *op. cit.*, n° 332.
- (39) Weil et Terré, *Droit civil, Les obligations*, 2^e éd. 1975 nos 575 et s.
- (40) Bastian, *op. cit.*, p. 282-283.

2 法律行為の無効・取消と

第三者によるその効力の一部否認

A 通謀虚偽表示の無効と第三者による効力の一部否認

まず、民法九四条一項は、相手方と通じた通謀虚偽表示は無効であると規定し、その二項で「前項の意思表示の無効はこれを善意の第三者に対抗できない」と規定している。

この場合、無効が対抗できないとは、どういう意味であろうか。この意味を明らかにするために、まず、通謀虚偽表示が無効であるということの意味を明らかにし、次に、その無効の効力が善意の第三者との関係でどのように制限されるのかを明らかにしなければならぬ。

第一に、通謀虚偽表示とは、契約当事者以外の善意の第三者に対して作り出された表示(外観)について、当事者双方が、表示通りの法律効果を生じさせないことを合意することである。そのような合意がある以上、契約当事者の合意を尊重して、外観にすぎない表示の効力を生じさせないというのが通謀虚偽表示が無効である(という)ことの意味である。

例えば、債権者の差押を免れるために、債務者Aが、Bとの間で通謀虚偽表示によって土地の売買契約を締結した場合には、当事者の真意は、売買契約を締結し、所有権をAからBに移したように見せかけるが、当事者の間では、Aが必要などきいつてもその外観を覆してその土地を返還するという合意が成立しているのである。したがって、当事者間では、合意の効力が優先されて売買契約の効力は生じないことになる。

第二に、無効な通謀虚偽表示の外観を信じて善意の第三者が取引に登場した場合には、善意の第三者の権利が優先されることになり、当事者の合意の効力(通謀虚偽表示の無効)はその限りでその効力を制限されることになる。つまり、通謀虚偽表示がなされた場合は、当事者の内心の効果意思と外観としての意思表示が常に矛盾しており、当事者間A Bでは、内心の効果意思が優先されるのであるが、善意の第三者Cとの関係では、外観が優先され、善意の第三者Cの権利を害する範囲で、外観にしたがった効力が一部認められ、当事者間の合意は、その効力が一部否定されることになる。すなわち、無効に基づく法律効果としての原状回復義務の遡及効が善意の第三者Cに対抗できないことになる。これが、通謀虚偽表示の無効は、善意の第三者Cに対抗できない(という)ことの意味である。

ここで、注意しなければならないことは、通謀虚偽表示の無効が善意の第三者Cに対抗できない場合でも、当事者の合意(所有権移転という外観は架空のもので、Aが欲するときに、Bはいつでもその外観を修正し、始めに遡ってAに真正な権利を実現させるといふ合意)は、善意の第三者Cを害することになる。「始めに遡って」という効力を除いて有効である(反対からいえば、通謀虚偽表示は、遡及効力が剝奪されることを除いて、依然として無効である)ということである。したがって、当事者A B間の前記債務の不履行を理由として、AからBに対して損害賠償を請求できる(とはいってもない)。つまり、通謀虚偽表示が当事者間でも完全に有効になってしまわなければならない、A B間の合意は、善意の第三者Cが主張する権利と矛盾する効果だけが否定されるに過ぎないのである。

このことを一般的に述べるならば、善意の第三者に対抗できない無効とは、善意の第三者との関係では、善意の第三者の利益を害せずにはおかない「無効の遡及効」が剝奪され、始めから無効であることを主張できない(「遡及しない取消」と同じ効果しか主張できない)ということに帰着するのである。ただし、当事者間では、無効に基づく原状回復請求権を主張しうる(という)までもない。

以上のような考察に基づく場合、先に、「問題の所在」で挙げた例、すなわち、「Aが虚偽表示によってA所有の不動産をBに譲渡し、Bがさらに善意の第三者Cに譲渡した場合に、善意の第三者Cは、譲渡人の前主Aに対して、登記なしに対抗しうるか」という問題はどのように解決されるであろうか。対抗不能の一般理論に基づく結論を、法の適用過程に沿って説明すると、以下のようになる。

まず、民法九四条二項の規定により、Bから不動産を取得した善意の第三者Cは、A B間の通謀虚偽表示の無効の効力の遡及効を否定し、通謀虚偽表示の無効を、遡及しない取消と同様のものへと変更させることのできる否認権を取得することになる。そして、善意の第三者Cがその否認権を行使すると、AのBに対する無効に基づく原状回復請求権は遡及しない原状回復請求権へと変更され、その権利と、CのBに対する売買に基づく引渡し請求権とが、二重譲渡の場合と同じ関係で拮抗することになる。すなわち、民法九四条二項の適用の結果、A B間とB C間に二重譲渡の場合と同様の法律関係が発生することにな

り、この問題に対して、民法一七六条、一七七条の適用可能性の道が開かれることになるのである。

そこで、次に、民法一七六条、一七七条が問題となる。後に詳しく論じるように、不動産物権の對抗問題に関しては、否認権説が正当であり、第一買主に相当するAも、第二買主に相当するCも、いずれも登記を得ていないときは、先に権利を取得したAが勝ち（民法一七六条）、A、Cのうち、いずれか一方が先に登記を得たときは、先に登記を得た者が勝つと考えるべきである（民法一七七条）。そのような考えによると、本問の場合、登記がBにある場合、すなわち、A、Cともに登記を得ていない場合は、善意の第三者Cは常にAに勝つことになる。なぜなら、AがBとの間の合意によって、物権の遡及的返還を求めるとは、Bと善意の第三者Cとの間の取引の後であり、A、B間の合意による物権の取戻の遡及効が否定される結果、Aは常に二重譲渡における第二買主の立場に立つからである。また、A、Cのうち、いずれか一方が移転登記を先に得れば、その者が勝つことは對抗問題の性質上当然の帰結である。

なお、A、B間の通謀虚偽表示に関してCが悪意の場合には、Cは、A、B間の契約が無効であることを否認しえないため、不動産物権変動の對抗問題は生じないことになる。したがって、登記の有無にかかわらず、Aが勝つことになる。以上が、本問につき、對抗不能の一般理論から導かれる結論とその理由である。

ところで、通説の見解によると、本問のような場合は、「對抗問題」ではないとされ、善意の第三者Cは登記なくしてAに権利取得を主張できることになる。しかし、善意の第三者Cが常にAに優先して権利を主張できるとすると、善意の第三者Cが登記をしないで放置している間に、Aが通謀虚偽表示の無効

に基づいてBに登記の返還を請求し、登記がBからAに返された場合にも、登記のない善意の第三者Cが登記の返還を受けたAに優先することになってしまい、妥当ではない。しかし、少数説のように、その点の不合理性を強調して、善意の第三者Cが権利を主張するためには登記を備えなければならないとしてしまつと、今度は、登記がBからAに返還されず、Bに登記が残っている場合にも、善意の第三者Cは登記がないためAに對抗できないことになり、その結果は、「善意の第三者Cに對抗できない」はずのAが善意の第三者Cに勝つという、民法の明文の規定に明らかに反することを認めることになってしまう。

このように、民法九四二条二項における對抗不能の問題は、對抗問題でないとする多数説によつても、また、對抗問題であるとする少数説によつても、妥当な結論を引き出すことができず、理論的にも行き詰まっていることが明らかである。

これに対して、對抗不能の一般理論によれば、通謀虚偽表示の外観としてAからBに移転された登記がBに残っているとき、および、善意の第三者Cが登記を得たときは、いずれも善意の第三者Cが勝ち、善意の第三者Cが登記を得る前にAの原状回復によりAがBから登記を復帰させることができた場合にはAが勝つという、今までの学説によつては決して導きえなかつた最も妥当な結論を、民法九四二条二項、民法一七六条、および、民法一七七条の適用により、不動産物権変動の對抗要件の枠内で理論的に導き出すことができるのである。

〔注〕

(41) 四宮和夫『民法総論(第四版)』(弘文堂)

『昭和六年』一六二頁。V. Bastian, *Essai*

d'une théorie générale de l'impoposabilité,

these Paris 1929, p. 204.

(42) 無効の遡及効が否定されるというのは、

奇異に感じられるかもしれないが、無効によつて生じる効力から第三者を保護する方法として、無効の効果の遡及性を制するという制度は商法において明文で規定されている。例えば、商法一〇条(四一六条一項)(合併無効判決の効力の不遡及)、一三八条(四二八条三項)(設立無効判決の解散に準じる効果)、二八〇条の一七(新株発行無効判決の効力の不遡及)の各条項において、無効の効果の不遡及という制度が実現されている。もっとも、これらの商法上の無効の制度と民法の無効の制度とをどのような観点から総合的に考察しうるのかという点については、困難な問題が残されている。

通謀虚偽表示の場合には、善意の第三者の主張により、商法の規定に類似した「遡及しない無効」の状態が形成されるのではないかというのが筆者の一応の考えである。

(43) Bastian, *op. cit.* p. 61.

(44) (注42) 参照。

(45) 大判大正九・七・二二民録二六輯一一五一頁、最判昭和四四・五・二七民集三三巻六号九九八頁。

(46) 学説の状況に関しては、「問題の所在」(注2) 参照。

B 詐欺による取消と第三者による効力の一部否認

取消は、無能力者の意思表示の場合、ならびに、詐欺または強迫による意思表示のように意思表示に瑕疵がある場合に、表意者やその代理人などに与えられた形成権である。取消権者が取消の意思表示を行うと、その意思表示を構成要素とする法律行為は、始めに遡って無効とみなされることになる(民法二二条)。したがって、取消の効果は、無効と同じことになる。ところで、民法九六条三項は、「詐欺による意思表示の取消は、これを善意の第三者に對抗できない」と規定している。この場合の、取消が善意の第三者に對抗できないとは、どういう意味であろうか。Aが、Bに騙されて不動産をBに譲渡し、B

がその不動産を善意の第三者Cに売却した場合を例にとつてみよう。

對抗不能の一般理論によれば、この事例の場合、詐欺によって意思表示をしたAは、その意思表示を取り消すことができる。しかし、A、B間の取消は善意の第三者Cの権利を害することができない。つまり、善意の第三者Cは、B、C間の契約の当時、Bには正当な権利があり、善意の第三者Cの権利はAの取消によつて効力を失わないと主張することができる。この場合、善意の第三者Cの主張と矛盾し、善意の第三者Cの権利を害するのは、取消の遡及効であることは疑いが無い。したがって、善意の第三者CがBから取得した権利を主張することによって、善意の第三者Cの権利主張と矛盾する範囲、すなわち、遡及効の範囲でAの取消はその効力を失う(取消の遡及効の制)。これが、詐欺による取消が善意の第三者Cに對抗できないということの論理的帰結である。つまり、取消により、BはAに対して原状回復の債権的な義務を負うが、その義務は、善意の第三者Cの否認権の行使によつてその遡及効が否認され、Aの取消の意思表示のときから生じるに過ぎなくなつてしまふのである。

したがって、この場合には、まず、民法九六条三項によつて、善意の第三者Cは、Aの取消による無効の遡及効を否認する権限(否認権)を取得する。そして、善意の第三者Cがその否認権を行使することによって、A、B間とB、C間の法律関係に変動が生じる。すなわち、AのBに対する取消とB、C間の契約成立の時期との前後を問わず、BとCの間の有効な売買契約とBのAに対する取消による遡及効のない原状回復義務が対立するという、二重譲渡類似の関係が発生することになるのである。したがって、それ以後は、民法一七六条と、民法一七七条の對抗問題の枠内で、問題の解決がなされることになる。

その具体的な解決については、次の3Aにおいて、物権変動に関する對抗問題の理論的説明を終えた段階で、詳しく論じることにする。そこで、ここでは、この問題の結論を要約して述べるに止める。

まず、Aに登記がある場合には、善意の第三者CとBとの間の売買契約がAの取消の前であるか後であるかを問わず、登記を有するAが登記のない善意の第三者Cに勝つ。これは、物権変動の對抗問題の当然の帰結である(民法一七七条)。

次に、Bに登記があるとき(AもCも登記を得ていないとき)は、善意の第三者CとBとの間の売買契約がAの取消の前であるか後であるかで結論が異なる。BC間の売買契約がAの取消前であれば、二重譲渡における第一買主に相当する立場にあるのはCであるからCが勝つ。これに反して、BC間の売買契約がAの取消後であれば、二重譲渡における第一買主に相当する立場にあるのはAであるから、Aが勝つことになる。なぜなら、後に述べるように、不動産物権変動の場合、第一買主、第二買主ともに登記を得ていないときは、第一買主に相当する者が勝つという考え方が正当だからである(民法一七六条)。

最後に、Cに登記が移転しているときは、善意の第三者CとBとの間の売買契約がAの取消の前であるか後であるかを問わず、登記を有するCが登記のないAに勝つことになるのである(民法一七七条)。

この結果は、従来どの学説によっても導くことができなかつた結論であり、しかも、当事者と善意の第三者との利益衡量からしても妥当なものであることは、通謀虚偽表示の場合と同様である。

〈注〉

(47) 後述、四「對抗不能の問題の総合的解決」参照。

(48) 本稿では、詐欺による取消だけを論じた

が、詐欺以外の取消の問題についても言及しておく。民法は、詐欺による取消に関してのみ、善意の第三者に「對抗することができない」という規定を設けており、無能力者による取消や強迫による取消の場合には、第三者の保護規定を用意していない。すなわち、後者の場合には、民法総則に関する通謀虚偽表示の對抗不能、無権代理の對抗不能(表見代理)など、取消の制度とは別の第三者保護制度の要件に合致する場合以外、第三者は、後に述べる不動産物権変動に関する對抗問題によっては保護されないことになる(大判昭和四・二・二〇民集八巻五九頁。ただし、取消後に転売を受け、登記を取得した第三者は保護されるとする見解もある。鈴木祿弥『民法総則講義』(創文社)「昭和五九年」一二八、一二九頁参照)。無能力者や強迫によって意思表示をした者を第三者の犠牲においても保護しようとする立法者の意思を尊重する限り、やむをえない結果であろう。

3 有効な法律行為と第三者によるその効力の一部否認

A 不動産物権変動と第三者による物権的効力の否認

民法は、一七六条において、当事者間の意思表示のみによって物権変動の効力が生じるとしながら、一七七条によって、それらの物権変動は登記をしなければ第三者に對抗できないと規定している。したがって、売主が二重譲渡を行った場合、第一買主の所有権移転の効力が認められると同時に、無権利者となつてはいるはずの売主から第二の譲渡を受けて登記を先に得た第二買主が完全な所有権を取得することが一般に認められている。

しかし、一物一権主義と物権変動における意思主義を認めながら、不動産の二重譲渡を矛盾なく理論的に説明することは容易ではない。最大の問題点は、すでに第一買主に所有権が移転しているにもかかわらず、なぜ、第二買主は、すでに無権利者となつてはいるはず

の売主から所有権を取得することができるのかという点であり、この点については、これまで十分な理論的な説明がなされていないように思われる。

その点をどのように解するかについて学説は多岐に分かれるが、第一売買によって、売主の所有権は、第一買主に完全に移転するかどうかによって二分することができよう。

第一売買によって売主の所有権は完全に第一買主に移転する説としては、否認権説、反対事実主張説などの第三者主張説、登記法定証拠説、公信力説、法定取得説などがある。これらの説は、對抗問題を実体法の問題と考えるか、訴訟法の問題と考えるかで、実体法の問題であると考える否認権説、第三者主張説、公信力説、法定取得説と、訴訟法の問題と考える登記法定証拠説とに二分される。実体法説は、さらに、第二買主の権利取得の根拠を承継取得と考えるか原始取得と考えるかで、承継取得と考える否認権説、反対事実主張説、法定取得説と、原始取得と考える公信力説とに二分される。ここでは、民法一七六条の明文の規定通り、第一売買によって所有権は完全に第一買主に移転すると考え、對抗要件を実体法上の制度と考え、かつ、民法一七七条により、登記を先に得た第二買主は、売主から所有権を承継取得しようとするという条文にもっとも忠実な前提から出発することにする。

この前提条件を満足するものとしては、まず、否認権説、反対事実主張説が挙げられる。否認権説によれば、「物権は、登記なくしても既に完全な効力をもって変動するけれども、登記なき間においては、第三者はこの変動の効果を否認するの権利を有し、この権利の行使があるときは、物権変動はその第三者に対しては始よりその効力を生じなかつたこととなるものと解すべきものであろう。」と主張されている。

しかし、この説に対しては、「第二の譲受人(丙)がすでに物権変動があることを知らずに譲り受けたときは、その否認権を主張しえないはずであるから、譲渡人(甲)は、無権利者に(他)ならず、したがって、丙は、物権を譲り受けることができない」と批判されている。しかし、この批判に対して、否認権説は、「否認権の行使といつても、明示たることを要するものではなく、また相手方ある意思表示たることを要するものでもないの意思表示から、積極的にこの権利放棄——即ち承認——の意思表示がなされない限り、第三者が不動産について当該物権変動と抵触するような利益取得行為をした場合には、これによってその利益取得行為と抵触するすべての他の物権変動を否認する意思が表示されているものとみるべく、必ずしも、特定の物権変動が既になされたことを第三者が知つてこれを否認したことを要するものではない」と反論している。

否認権説に対する他の一つの批判は、「第一譲渡を完全に有効とする以上、第二譲渡の根拠を説明しえない」というものである。

否認権説は、對抗不能の一般論として、フランスで広く承認されている Bastian の見解にもっとも近い。しかし、Bastian によつて確立されたフランスの對抗不能の一般論は、もともと、フランスの理論が債権行為と物権行為とを峻別していないために、二重譲渡の場合の物権変動のメカニズムを十分に説明していないことは否めず、このことが、わが国で、否認権説が広く認められなかつた原因ではないかと思われる。

これらの批判に答えるべく、フランスの對抗要件の一般理論である Bastian の見解を踏まえた上で、ドイツ法における物権行為についての理論を考慮して、不動産の二重譲渡における對抗問題に関して独自の理論を主張するものとして、浜上則雄教授の形成権とし

ての否認権説がある。

この説においては、否認権説が曖昧にしてきた否認の対象と範囲が明確に確定されており、しかも、第二譲渡における売主の物権的処分権限がどのようにして生じるかについても論理的に説明されている。浜上教授の形成権としての否認権説によると、二重譲渡における對抗問題は次のように説明される。

まず、第一買主Aと売主Bとの間の債権契約としての売買契約と、その売買契約の履行としての物権契約とによって、所有権は、登記がなくてもBからAへと完全に移転する。(わが国では、物権契約に要式性を要求しないため、債権契約と物権契約が同時になされることも可能である。そのため、債権契約と物権契約とを区別することは困難であるが、両者は、それぞれ、性質の異なるものとして区別されなければならない。)それにもかかわらず、Bが第二買主Cに対して、不動産について債権的な売買契約をすることは完全に有効である。ただし、その履行としての物権契約は、Bがすでに所有権を失っているため、有効要件を欠いたもので完全に有効とならず(Duplikanten)、未だ所有権はCには移転しない。Bは、自己の名において他人の権利を行使することのできる権利である授権(Ermächtigung)なしに、他人の物を処分しているからである。

しかし、Cが不動産譲渡の登記をすることによって、對抗要件を援用し、A B間の物権契約を始めに遡って否認すれば(債権契約は否認されない)、Bに所有権が一旦復帰し、しかも、B C間ではすでに物権契約がなされているので、所有権はそのままCに移転することになる。なぜなら、非権利者Bのした処分は、処分をした者が目的を取得したときは有効となるからである(ドイツ民法一八五条二項参照)。すなわち、有効性を欠いていた非権利者であるBの処分行為は、Cの對抗要件の援用により追完されたことになるのである。

わが国の民法は「非権利者の処分の追認・追完」に関する明文の規定を持たないが、ドイツ民法一八五条二項は「非権利者のした処分は、権利者が追認したとき、または、処分をした者が目的を取得したとき……は有効とする」という明文の規定を持っている。わが国においても、理由付けは異なるが学説(学説の状況については、奥田昌道「注釈民法(四)」[昭和四二年]二五二頁以下参照)、ならびに判例(最判昭和三七・八・一〇民集一六巻八号一七〇頁参照。この判例は、無権代理行為の追認に関する民法一六条を類推適用している)によって、このことが認められている。

對抗要件を具備することによって生ずる実体法上の権利である否認権は、その行使によって、第一売買の物権的効力を覆滅し、第二買主に所有権をもたらす効果を持つものである。その性質は実体法上の形成権と解することができる。この形成権としての否認権は、對抗要件を備えることによって生じるものがあり、登記に基づく法律関係に結び付いているいわゆる非独立的形成権である。この形成権は、登記を具備していることに結び付いているものであるから、登記と切り離して、形成権としての否認権だけを放棄することはできず、登記を備えている限りいつでも行使することができ、時効にもかからない。

Bastianのように、對抗要件の援用を抗弁権と考えるときは、例えば、BがAに建物所有権の移転と引渡しを行ったが、さらに、Bがその建物をCに転売し、Cが建物の登記をした場合のように、Cが、抗弁としてではなく、積極的に否認権を行使して、その結果として取得する所有権に基づいて建物の明渡を請求したいという場合には不都合を生じることになり、妥当ではない。

對抗要件の援用は、意思表示によって、もしくは、意思実現によってもなしうる。先占が形成権もしくは形成権に非常に近い権利と

解されていることから理解できるように、形成権の行使は、必ずしも、意思表示によることを要しないのである。對抗要件として公示が要求されている場合には、意思表示を要する必要性はないので、登記することによって意思実現による對抗要件の援用がなされていることが事実上推定されると考えてよい場合もあろう。その場合には、第二の買主Cは、第一の売主の存在を知っていることも必要ではない。

CがBから移転登記をうけたにもかかわらず、對抗要件の援用をしないで、さらに、Dと売買契約をして、Dに登記を移したときには、Cが對抗要件を援用してはいないために、Dは所有権を取得しえないのではないかということが考えられる。しかし、Cが對抗要件を援用しないということは、「自己の行為に矛盾する行為」(venire contra factum proprium)として、信義則上許されない。したがって、そのような場合には、登記の移転によって、意思実現による援用があると解してよいと思われる。たとえ、形成権としての否認権の行使は、意思表示によるべきであって、意思実現によることは認められないと考えたとしても、Cが對抗要件の援用をしないで、Cが不動産をDに転売し、登記をDに移転したときには、Cが有していた形成権としての否認権も、Dに法定移転すると考えられるのである、実際上の不都合は何ら生じない。

なお、第一買主Aと、第二買主Cとがいずれも登記を備えていないときは、一物一権の原則から、第一買主Aのみが所有権者である。また、物権変動における對抗問題が生ずるのは、同一の前主からの特定承継人(對抗要件の援用によって特定承継人となる者を含む以下同じ)間の問題に限定されず、後続の特定承継人にも拡大される。

以上が、浜上教授の主張する形成権としての否認権説であり、この説においては、否認

権説が曖昧にしてきた問題がすべて理論的に明快に論じられており、この説によって、否認権説に対して従来からなされてきた批判はすべて克服されているように思われる。その結果、これまでの学説によっては十分に説明できなかった、第二譲渡の有効性の根拠、第二譲渡における処分権限の根拠、登記を先に得た第二買主が売主から所有権を承継取得しうる根拠のすべてについて統一的に説明することが可能となったのである。

ところが、現在では、否認権説を主張する学説はあまり見られない。その理由は、第一に否認権という言葉が民法の規定に馴染まないといわれていること、第二に、否認権説によれば、第二買主が登記を得るまでは、第一買主のみが所有権を取得していることになる。したがって、その段階で第一買主が第二買主に不動産の引渡し請求訴訟を提起すれば、第一買主が勝つことになるが、通説・判例は未登記譲受人相互間では、互いに対抗力がないために優劣は決定されず、訴えた当事者が敗訴するとしており、この通説・判例の考え方と真っ向から対立するからであると思われる。

第一点については、先に述べたように、「他人は否認できる」という用語は、すでに、民法四九条の立法に際して、立法者自身が、「他人に對抗できない」と同じ意味で使っていることを筆者が三Iで論証している。また、對抗不能の一般理論としてフランスで広く認められている見解によっても、對抗問題は、当事者間の法律効果を、第三者の権利を害する範囲で、第三者が否認できるという問題であることも明らかにされている。したがって、現在においては、この問題はすでに克服されているとみてよい。

第二点に関しては、否認権説は、通説・判例の結論から離れた特異な見解とみられるようである。しかし、否認権説の考え方

は、実は、「対抗問題」とは、登記のないものが負ける問題であるという硬直した考えを打破しうる柔軟な考え方であり、後に説明するように、この考え方によってのみ、詐欺による取消、解除、遺産分割などの問題について、実際は、「対抗問題」であるのに、通説・判例が、民法の文言に反して対抗問題ではないとすることによって始めて到達しうる結果よりもさらに妥当な結論を、対抗問題の枠内で導き出すことができるのである。したがって、否認権説は、この点からも新しい意味付けが与えられるべきであるというのが筆者の考えである。

浜上教授の形成権としての否認権説により、第二買主による否認の範囲が第一売買の物権の効力に限定されることが明確になったので、対抗不能の一般理論をそのまま不動産の二重譲渡の問題に適用することが可能となった。また、民法一七七条における不動産物権変動のメカニズムが解明されたことにより、民法一七七条の「対抗問題」の範囲はいかなるものであるかという問題も明確に確定することができるようになったと思われる。前主Bの特定承継人となる登記を備えた第三者Cが否認できるのは、前主Bとその他方の特定承継人Aとの間で生じている法律関係から生じる法律効果の一部であり、その否認の範囲は、Cの権利を害する（反対からいえば、否認によってCの物権変動を正当化しうる）物権の効力のみであることも明らかとなったと思われる。

したがって、共同相続人の一人Aの持分を他の共同相続人Bが無断で単独名義に登記して、これを第三者Cに譲渡し、その登記も移転したという場合においては、第三者Cの前主Bと他の共同相続人Aとの間には、否認によってCの権利が正当化されるべき有効な法律関係は存在しておらず、したがって、民法一七七条の対抗問題は生じないことになる。

また、共同相続人の一人が相続を放棄した後、第三者に不動産を譲渡し、登記も移転したという場合においても、相続放棄の遡及効に關しては第三者を保護する規定がないため、登記を備えた第三者にとって、否認すべき対象としての有効な法律関係がすでに存在しないことになる。したがって、この場合も、民法一七七条の対抗問題は生じないことになるのである。さらに、取得時効の場合にも、否認すべき承継的法律関係は存在しないため、民法一七七条の対抗問題は生じないことになる。

このようにして、民法一七七条の対抗問題が生じるか否かは、二重譲渡類似の關係（第三者の前主と他の特定承継人との間に否認すべき有効な不動産取得原因が存在し、かつ、前主と第三者との間に否認権の行使によって自らが不動産の受益者となりうる有効な法律関係が存在すること）が存在するかどうかとその判断基準となるのである。

- (注)
- (49) 学説の分類については、原島重義『注釈民法(六)(有斐閣)「昭和四二年」二四六頁以下、および、滝沢幸代「物権変動における意思主義・対抗要件主義の継受(一)」法協九三卷九号「昭和五一年」一三六九頁以下参照。
- (50) 否認権説としては、中島玉吉『民法釈義卷之二物権編上』(金刺芳流堂)「大正三年」六六頁以下、石田文次郎『物権法論』(有斐閣)「昭和七年」一一〇頁、柚木馨『判例物権法総論』(有斐閣)「昭和三〇年」一七九頁以下がある。反対事実主張説(否認権の行使ではなく、第三者が当事者の物権変動と反対・両立しえない事実(第二譲渡など)を主張すれば、第三者に対しての物権変動の効力が生じなかったことになるものとするもの)としては、末広藤太郎『物権法上巻』(有斐閣)「大正一〇年」一一三頁以下、舟橋諄一『物権法』(有斐閣)「昭和三年」一四六頁以下がある。
- (51) 石坂晋四郎「意思表示以外ノ原因ニ基ク

不動産物権変動ト登記(二)」法協三五卷三号「大正六年」六一頁以下、安達三季生「一七七条の第三者」判例演習物権法(増補版)(有斐閣)「昭和四八年」五一頁、金山正信『物権法総論』(有斐閣)「昭和三九年」二五二頁以下。

(52) 鈴木録弥『物権法講義(三訂版)』(創文社)「昭和六〇年」一〇二頁、広中俊雄『物権法(第二版)』(青林書院新社)「昭和五七年」七〇頁。

(53) 篠塚昭次『民法セミナーII物権法』(敬文堂)「昭和四五年」第二分冊一〇〇頁以下、半田正夫「不動産二重譲渡へのひとつのアプローチ」北大法學論集一六卷四号「昭和三年」三八頁、石田喜久夫「対抗問題から公信力へ」追手門大學經濟論集七卷一號『物権変動論』(有斐閣)「昭和五四年」一七五頁以下に所収)など参照。

- (54) 柚木(注50)一七九頁。
- (55) 原島(注49)二四八頁。
- (56) 柚木(注50)一八〇頁。
- (57) 滝沢(注49)一三三頁。
- (58) Bastian, *Essai d'une théorie générale de l'impossibilité*, these, Paris, 1929, p.25 et s.
- (59) 浜上教授の説については、基本的には、筆者が大阪大学法学部の学生時代に講義を聞いて作成したノートによって記述するが、浜上教授の最近の考えを直接聞き取ったところによって補足をを行い、それを浜上説として引用することにする。筆者が、フランスの対抗不能の一般理論として多くを負っているBastianの理論に接することができたのも浜上教授がBastian, *Essai d'une théorie générale de l'impossibilité*, these, Paris, 1929, を大阪大学大学院の講義テキストに使用されたことが機縁となっている。

- (60) 対抗問題の範囲につき、滝沢幸代「物権変動における意思主義・対抗要件主義の継受(五)」法協九四卷四号「昭和五二年」一〇一八頁は、「対抗問題は同一前主の承継人間の争いとしてのみ生じる」とする点で、浜上説と異なる。
- (61) 星野英一「物権変動論における『対抗問題』と『公信』問題」法学教室三八号「昭和五

八年」二二頁。

(62) 我妻栄・有泉亨「新訂物権法」(岩波書店)「昭和五八年」九五頁、鈴木(注52)一〇二頁、および、大判大正八・五・二六民録二五輯八九二頁、大判昭和九・五・一民集一三卷七三四頁、大判昭和九・一〇・六民集二三卷五九一頁参照。反対に、第一買主も第二買主も登記を得ていないときには、第一買主が優先するとの立場を取るものとしては、中島(注50)六八頁、安達(注51)五一頁、滝沢(注60)一〇二四、一〇二六、一〇五五、一〇六〇頁などがある。

(63) 稻本洋之助『民法II』(青林書院新社)「昭和五八年」一三三頁は、否認権説に關してではないが、安達説(注51)に対して、「双方未登記の場合に第一譲受人を優先させる点で特異の結論に達している。」と評している。

(64) 登記がない物権変動を第三者の側から有効と認めることができるというのも、否認権説の特徴の一つである。判例もこの結論を認めている。大判明治三九・一〇・一〇民録二輯一一一九頁参照。通説もこの結果を認めている。我妻・有泉(注62)一四九頁参照。ただし、我妻・有泉(注62)一五三頁は、第二買主が登記を備えた後に、第一売買を承認することは、債権関係としてはともかく、物権秩序の中では許されないとする。しかし、この見解は、物権変動を当事者の意思にからせるといふ物権変動における対抗要件の本質的特徴(柔軟性)を損なっており、賛成することができない。また、物権秩序においても、取得時効のように、物権の取得を当事者の授用、放棄に依存させている制度は存在するのであり、いずれにしても、登記を得た以上、授用権の放棄を許さないというのは、行き過ぎであると思われる。

B 契約解除と第三者による効力の一部否認

契約の解除は、契約関係を清算し、契約がなかったことにする契約の清算の制度である。契約の解除の効果に關しては、以下三つの説が対立してきた。第一は、解除により契

約の効力が当然かつ遡及的に消滅するとし、この結果、当事者は、始めから契約を結ばなかったことになり、既履行の物の返還を請求でき、未履行の物の履行債務を免れるとする直接効果説(通説・判例)、第二は、解除により当事者は、既履行の物の返還を解除の時点から請求でき、未履行の債務につき履行拒絶の抗弁権が生じるとする間接効果説、第三に、解除により当事者は、既履行の物の返還を解除の時点から請求でき、未履行の債務につき同時点から履行を免れるとする折衷説である。さらに、第四の説として、「巻き戻し理論」がドイツで有力となっている。⑥「巻き戻し理論」によれば、契約解除によって従来の債務関係が遡及的に消滅するのではなく、契約解除により、従来の債務関係が同一性を保って「巻き戻し関係(清算関係)」に変更するに過ぎないと解されている。したがって、契約解除に関しては、不当利得の規定は適用されず、契約総則、例えば、同時履行の抗弁、危険負担の規定が適用されることになる。

いずれの説によっても、民法五四五条但書が、「第三者の権利を害することできない」と規定しているため、直接効果説によっても、当事者間では、契約は遡及的に消滅するが、第三者にこれを対抗できない、すなわち、遡及効が否認されると解することによって、通謀虚偽表示の無効や、詐欺による取消が第三者に対抗できないのと同様の結論を得ることができる。また、間接効果説、折衷説、および、巻き戻し理論によれば、解除により契約関係は遡及的に消滅するのではなく、解除の時点で当事者が原状回復の債権法上の義務を負担することになるので、第三者の権利を害することができないという規定は、注意規定に過ぎないということになる。⑦つまり、この説によっても、解除の効果として当事者間で生じる原状回復義務は、第三

者に対抗することができない。したがって、解除の場合にも、詐欺による取消のところ述べた法理がそのまま妥当することになる。例えば、Aが不動産をBに売却し、Bがその不動産を第三者Cに転売した場合に、AがBの債務不履行などを理由にAとB間の売買契約を解除したという例について、対抗不能の一般理論がどのように適用されるのかを考察してみよう。

まず、登記の有無を問わず、民法五四五条一項の適用により、Bと売買契約をした第三者Cは、解除によるAのBに対する原状回復請求権の遡及効を否認できる(間接効果説などの立場に立てば、このことを当然の結果として主張できる)。その結果、解除の効果として生じるBからAへの原状回復義務に基づく遡及効のない復帰的物権変動と、BからCへの売買による物権変動とが二重譲渡と類似の関係として拮抗することになり、不動産物権変動の対抗問題が生じるのである。そこで、次に、民法一七六条および一七七条が問題となる。

第一に、登記がAからBに移転されないままになっている場合、もしくは、Aの解除によつて、Bに移転していた登記がAに復帰した場合、第三者CとBとの売買契約がAとB間の契約解除の前になされたか後になされたかを問わず、登記を有するAが、登記を有しないCに勝つことになる。これは、物権変動における対抗問題の当然の帰結である(民法一七七条)。

第二に、Bに登記があるとき(AもCも登記を得ていないとき)は、第三者CとBとの売買契約の締結の時点がAとB間の契約解除の前か後かということが決定的な意味を持つのであり、それによつて結論が異なる。BとC間の売買契約の締結がAとB間の契約解除の前であれば、二重譲渡における第一買主に相当する立場にあるのはCであるからCが勝つ。これ

に反して、BとC間の売買契約の締結がAとB間の契約解除後であれば、二重譲渡における第一買主に相当する立場にあるのはAであるから、Aが勝つことになる。なぜなら、不動産の二重譲渡の場合には、第一買主に相当するAも、第二買主に相当するCも、いずれも登記を得ていないときは、先に権利を取得した者が勝つと考えるべきであることはすでに述べた通りだからである(民法一七六条)。

第三に、Cに登記が移転している場合には、登記が決定的な意味を持つのであり、第三者CとBとの売買契約の締結がAとB間の契約解除の前になされたか後になされたかを問わず、登記を有するCが、登記を有しないAに勝つことになる(民法一七七条)。

ところで、通説・判例の見解によると、第三者CとBとの売買契約がAとB間の契約解除の前になされたか後になされたかで区別し、第三者CとBとの売買契約がAとB間の契約解除の前になされた場合にはCが保護され、第三者CとBとの売買契約がAとB間の契約解除の後の場合には、対抗問題として登記を先に得た者が勝つとしている。しかし、通説・判例は、第三者CがAに対して権利を主張するためには、対抗要件としての登記を必要とするために、例えば、AにもCにも登記がない場合に、CがAに対して所有権に基づく引渡請求をすると、Cが敗訴するという結果が生じてしまう。このことが、民法五四五条一項但書の「第三者の権利を害することができない」という趣旨に反することは明らかである。そこで、転得者Cは登記なしにAに対抗できるとする見解も主張されている。しかし、この見解によると、Aが登記を得ている場合でも、CはAに勝つことになり、妥当性を欠くことになる。このように、現在のところ、どの学説も、妥当な結果を導くことに成功していないように思われる。

ところが、対抗不能の一般理論によれば、

契約解除の問題についても、右に述べたように、第三者Cの権利取得の段階に成じて、柔軟な問題の解決を行うことが可能である。そして、そこから導かれる結論は、従来のどの理論によつてもたらされる結論よりも妥当であると考える。

なお、ここでは、売買を例に取って考察を行ったが、解除の効力の対抗不能は、契約当事者の契約が有効であることを前提として、いわゆる既得権を有する者の権利を害する範囲でその効力を否認されるということが明らかにされたのであり、この理論的帰結は、貸借契約が解除された場合の転借人の地位を明確にするためにも有用であろう。

〔注〕

(65) 各説の差異については、山下末人「注釈民法(一三)」(有斐閣)「昭和四一年」四一〇頁以下参照。

(66) 北村実「ドイツにおける契約解除効果論の展開」龍谷法学九巻一号「昭和五一年」五七(八七)頁以下参照。

(67) 立法者は後者の見解によつていたようである。法典調査会『民法議事速記録』二五巻一〇八頁以下、民法修正理由書五四四条参照。

(68) Bastian, *Essai d'une théorie générale de l'impopabilité*, these Paris, 1929, p.264.

(69) 我妻栄・有泉亭『新訂物権法』(岩波書店「昭和五八年」)一〇三頁は、直接効果説をとつても、間接効果説を取つても結果は同じになることを指摘している。なお、大判昭和四・七・七民集一八巻七四八頁、最判三五・一・二九民集一四巻二二八六九頁参照。

(70) 高森八四郎「契約の解除と第三者」(一)「関西大学法学論集二六巻一号」[昭和五一年]一五頁。

(71) 加賀山茂「民法六一三条の直接訴権」(e-ton direct)について(二)「阪大法学」一〇三号「昭和五二年」一九頁以下参照。なお、三

2 B(1)参照。

C 遺産分割と第三者による効力の一部否認

遺産分割は、共同相続人間で遺産の具体的持分を確定し、遺産の共有状態を終了させる制度である。通常の共有物の分割においては、分割のときに共有者の持分が相互に移転するが、遺産の分割の場合には、民法九〇九条本文が「遺産の分割は、相続の開始の時にさかのぼってその効力を生じる。」と規定し、分割の効力を相続開始時に遡及させることとした。すなわち、各共同相続人に分割された遺産は、相続開始時に被相続人からそれぞれ相続人に直接帰属したものと考え、分割前の遺産の共有の状態がなかったかのように処理することになっている。しかし、この遡及効が、遺産分割前において共同相続人と取引を行った第三者の権利を侵害するおそれがあることはいうまでもない。そこで、昭和二十二年の民法改正に際して、「但し、第三者の権利を害することができない」という但書が新設されることになったのである。

この但書の新設により、遺産分割の遡及効は大幅に制限され、「遺産の分割は、第三者に対する関係では、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と実質上異なる⁽⁷²⁾」ことが、判例によって認められている。

したがって、この条文は、「遺産の分割は、相続の開始のときに遡って効力を生じる。但し、これを第三者に対抗することができない。」というのと同じ意味になる。

例えば、共同相続人の一人Aが、遺産分割の結果ある不動産を取得したところ、他の共同相続人Bがその不動産の共有持分権を遺産分割前、または、遺産分割後に第三者Cに譲渡したという場合を想定して、議論を進めることにしよう。この場合、共同相続人間では、分割の遡及効により、相続時に遡って、Aのみが当該不動産に関する真正の所有者で

あるとして、Bの共有持分権をAに移転することを請求できる。しかし、第三者Cは、Cの権利を害する分割の遡及効を否認できる。したがって、Cは、Bから真正な共有持分権を譲渡されていることになり、結局、BからAへの持分権譲渡と、BからCへの持分権譲渡という二重譲渡類似の関係が成り立つことになる。

つまり、この問題は、民法一七六条および不動産物権変動の對抗問題に関する民法一七七条に従った解決がなされることになる。不動産物権の對抗問題に関しては、否認権説が正当であることはすでに述べた通りであり、第一買主に相当するAも、第二買主に相当するCも、いずれも登記を得ていないときは、先に権利を取得したAが勝ち(民法一七六条)、A、Cのうちいずれか一方が先に登記を得たときは、先に登記を得た者が勝ち(民法一七七条)と考えるべきである。この考えによつて先の例についての結論を示すと、A、Cともに登記を得ていない場合は、持分を先に取得した者、すなわち、Cの持分取得が遺産分割前であればCが勝ち、Cの持分取得が遺産分割後であればAが勝ちことになる。なぜなら、遺産分割の遡及効が否定される結果、遺産分割前に持分権をBから取得したCは、分割後にBから持分権を取得するAに対して、二重譲渡における第一買主に相当する立場に立つからである。そして、Cが遺産分割後にBから持分権を取得した場合には、Cが第二買主に相当する立場に立つことはいずれでもない。また、A、Cのうち、いずれか一方が移転登記を先に得れば、その者が勝ちことは對抗問題の性質上当然の帰結である。

これに対して、通説は、Cが遺産分割前にBから共有持分権を取得した場合と、Cが遺産分割後に共有持分権を得た場合とを完全に区別し、前者は對抗問題ではなく、民法九〇九条但書の問題である(AはCに対抗できな

い、しかし、不動産に関する場合は、Cは對抗要件を具備する必要がある)とし、後者は民法一七七条の對抗問題であるとしている。そして、結局のところ、すべての場合において、登記の有無がすべてを決するという結論に落ち着いている。

しかし、このような理論については、この説に賛成する四宮教授からも、Cが遺産分割前にBから共有持分権を取得した場合において、「民法九〇九条」但書によって保護される「第三者」の要件として對抗要件が必要であるという発想は、甲丙(A、C)ともに登記を備えない場合には、甲(A)が原告であるときでも甲(A)が勝ち、という取扱を導くはずであり、「不徹底であるという指摘がなされている。しかし、もしも、Cは登記なくして常にAに対抗できるとすると、遺産分割に遡及効まで認めようとした趣旨が、全く無視されてしまうことになってしまい、結果も妥当ではない。従って、通説の見解は、理論的に完全に行き詰まっており、しかも、對抗不能の一般理論から導かれる解決に比べてその結果も妥当でないといえよう。

(72) 最判昭和四六・一・二六民集二五巻一号九〇頁。

(73) 川井健「注釈民法(二五)(有妻閣)」(昭和四五年)三〇五頁。なお、広島高判昭和四五・一・二八判時五九八号七二頁は、遺産分割による不動産の共有持分の取得は、民法一七七条に従い、登記を経なければ、遺産分割後にその持分につき権利を取得した第三者に対抗できないとしている。同旨、最判昭和四六・一・二六(注72)。

(74) 四宮和夫「遡及効と對抗要件——第三者保護規定を中心として——」法政理論九巻三三三号(昭和五二年)四一、四三頁。

4 對抗不能の問題の総合的解決

對抗不能の一般理論によれば、物権変動に

関する不動産の二重譲渡などの問題を含め、對抗不能が問題となるすべての問題を統一的に説明することが出来る。このことを、従来から對抗問題になるかどうかで争われてきた問題を例にとって示したいと思う。

これまでの對抗問題に関する様々な学説は、ある問題が不動産物権変動に関する對抗問題に該当するかどうかについて客観的な基準を持っていたとはいえない。法律行為の取消と登記、契約の解除と登記、時効と登記などの問題について、對抗問題になるとする説と對抗問題ではないとする説が鋭く対立していることがそのことを如実に物語っている。筆者の提唱する對抗不能の一般理論によれば、そのような問題が、不動産物権変動の對抗問題となるかどうかは、全て統一的な基準の下で処理されることになる。その手順を示せば、次の通りである。まず、問題となっている法律関係が第三者との関係でどのように効力を制限され、または、効力が及ぶのかを確定することが必要である。その際、適用されるべき条文が、第三者に対抗できない、もしくは、第三者の権利を害することができないなどの用語を用いているときは、第三者の権利を害する範囲で、当事者間で発生した有効または無効に基づく法律効果が一部剝奪されることが多い。

問題となる効力が遡及効である場合には、第三者によってその効力が否認されると、第三者とその前主との間、および、第三者の前主と特定承継人との間(当事者間)において、二重譲渡に類する物権変動が生じることになる。第三者の出現の時期を問題にするのではなく、不動産物権変動の對抗問題が生じ、民法一七七条の適用が可能となる。例えば、通謀虚偽表示の無効、詐欺による取消、遺産分割などの問題がこれに該当する。

これに反して、当事者間で生じる遡及的効力等が第三者との関係でも効力を生じるとき

は、二重譲渡類似の関係が発生せず、真正権利者と無権利者からの譲受人の対立の問題となり、不動産物権変動の對抗問題は生じないことになる。例えば、共同相続、相続の放棄、取得時効などの問題がこれに該当することは、すでに述べた通りである。

これらの問題は、それぞれの類型によって、對抗問題が生じるか否かについて、理論的に一貫した結論を導くことができる。そのことを、不動産物権変動の對抗問題が生じる問題のうち、詐欺による意思表示の取消の例を挙げて立ち入った説明をすることにしよう。

Aが、Bに騙されて不動産をBに譲渡し、Bがその不動産を善意のCに転売した場合を例にとってみよう。この場合、通説・判例は、Cが不動産を取得した時期がAの取消の前か後かで区別し、Cの不動産取得が取消前の場合には、對抗問題は生じないが、Cの不動産取得が取消後の場合は、Aの取消とCの物権取得は二重譲渡と類似の関係となり、對抗問題を生じるとしている。これに対して、BからCへの不動産の譲渡がAの取消の前か後かを問わず、對抗問題は生じないが、取消後、または、取消の追認をなした時期以降は、民法九四条二項の類推適用があるとする説が有力に主張されている。

これらの見解は、善意の第三者Cは、登記なくして、常にAに勝つという説と、善意の第三者は登記がないと常にAに負けるという説と、善意の第三者Cの不動産取得がAの取消前の場合は、登記なしに常にCが勝つが、善意の第三者Cの財産取得がAの取消後の場合には登記のない善意の第三者Cは常にAに負けるという説の三つに分類することができる。

いずれにせよ、善意の第三者Cが権利を主張するためには對抗要件を備える必要があるとする説によると、AもCも登記を得ていな

いときは、善意の第三者Cは保護されないことになり、善意の第三者Cを保護しようとする民法九六条三項の条文の趣旨が生かされないことになる。これに対して、善意の第三者Cは登記なくして常にAに勝つと考える説によれば、取消をしたAがBから登記を先に取得した場合、もしくは、始めから終始Aに登記がある場合でも、善意の第三者Cが勝つことになってしまふ。結局、いずれの見解も妥当な結論を導くことに成功していない。

ところが、對抗不能の一般理論によれば、この事例に関する法律関係は、すでに、四二Bで詳しく論じたように、以下のように要約できる。

Aは民法九六条一項により、その意思表示を取り消すことができるが、民法九六条三項により、善意の第三者CがBから取得した権利を主張することによって、詐欺に基づくAの取消の効果は、Cの権利主張と矛盾する範囲で効力を失う。つまり、取消の効果の内、善意の第三者Cを害する遡及効果がCによって否認されるのである（取消の遡及効果の制奪）。確かに、A B間では、Aの取消により、BはAに対して所有権を復帰させなければならぬという原状回復義務を負うが、その義務は、取消の意思表示のときから生じるにすぎなくなるのである。

したがって、この場合、BとCの間の有効な売買契約と、BのAに対する取消による遡及効果のない原状回復義務が対立しており、不動産物権変動の對抗問題が発生しうることになる。問題の解決は、すでに述べた物権変動に関する對抗問題の解決方法に則り、AとCのいずれが登記を先に取得するかに従って優劣が決定され（民法一七七条）、AとCのいずれも登記を得ていない場合は、第一買主に該当する者が勝つことになる（民法一七六条）。

善意の第三者Cが取消前に譲渡を受けた場合には、取消の遡及効果が否認される結果、善意

の第三者Cが第一買主と類似の立場に立つことになる。これに対して、善意の第三者Cが取消後に譲渡を受けた場合には、善意の第三者Cは、二重譲渡の場合の第二買主と類似の立場に立つことになる。したがって、A、Cともに登記を得ていないときは、善意の第三者Cが取消前に譲渡を受けた場合は、二重譲渡における第一買主に相当する地位にある善意の第三者Cが勝つことになり、これに対して、善意の第三者Cが取消後に譲渡を受けた場合は、二重譲渡における第一買主に相当する地位にあるAが勝つことになる。

對抗不能の一般理論によって導き出されるこのような柔軟な解決方法は、これまでのどの学説によっても実現されなかったものであり、その結果も妥当であると思われる。そして、對抗不能の一般理論によれば、Aの取消と善意の第三者Cの財産権取得の間の時間的前後関係は、善意の第三者Cを二重譲渡における、いわゆる第一買主の立場に置くか、第二買主の立場に置くかを左右する問題に過ぎず、AもCも登記を得ていないときは重要な意味を有するが、通説のいうように、對抗問題かそうでないかを分けるというような本質的な問題ではないという位置付けを与えられることになる。

もっとも、第三者が悪意である場合には、本説によっても、結論が通説と同じになることはいうまでもない。第三者が悪意の場合には、取消は本来の遡及効果を持つので、取消の前後を問わず、詐欺を行ったBから物件を購入した第三者は全く物権を取得しえない。したがって、常に詐欺によって意思表示をしたAが勝つことになる。これを厳密にいうならば、始めから對抗問題が生じないのではなく、まず、民法九六条三項の對抗問題の処理によって、悪意の第三者は、取消の効力を否認できない結果として、二重譲渡に類する関係が生じないため、民法一七七条は適用され

ず、民法九六条のみが適用されて、常に詐欺によって意思表示をしたAが勝つことになるのである。

以上、取消が問題となる對抗問題を對抗不能の一般理論に基づいて詳細に検討したが、この理論は、取消の問題だけでなく、通謀虚偽表示の無効、解除、遺産分割の問題などにおいても、統一的な理解の下に妥当な結果を導きうる理論であることが実証されたと思われる。

〔注〕
(75) 学説の状況については、田中整爾編「物権法」(法律文化社)「昭和六一年」九三頁以下参照。
(76) 通説・判例は、共同相続において、相続人の一人が無断で自己の単独名義に登記して、これを第三者に譲渡し、その登記も移転した場

合について、他の共同相続人は、自己の法定相続分を登記なしに第三者に對抗しうるとしている。原島重義「注釈民法」(六)(有斐閣)「昭和四二年」三〇三頁以下、最判昭和三八・二・二二民集一七巻一頁二三五頁。
(77) 通説・判例は、共同相続人の一人が相続を放棄した場合、他の共同相続人は、登記なしに相続放棄の効果も第三者に對抗しうるとしている。原島(注76)三〇七頁、田中(注75)一〇二頁、最判昭和四二・一・二〇民集二巻一

号一六頁。
(78) 通説は、時効完成前と時効完成後を区別せず、登記なしに時効取得者が優先するとしている。原島(注76)三〇八頁以下参照。しかし、判例は、時効完成後に目的物の譲渡があった場合は、時効取得者は登記がなければ、第三者に對抗しえないとしている。大判大正一三・一〇・二九新聞二三三二二二頁、大連判大正一四・七・八民集四巻四二二頁、最判昭和四八・一〇・五民集二七巻九号一一一〇頁。

(79) 学説の状況に関しては、「問題の所在」(注2)参照。

(80) 我妻栄・有泉亨『新訂物権法』(岩波書店)「昭和五八年」一〇一頁、山田卓生「法律行為の取消と登記」民法の争点I(有斐閣)「昭和六〇年」一〇五頁など、大判昭和七・三・一八民集一巻三七頁、大判昭和一七・九・三〇民集二巻九一頁。

(81) 川島武宜『民法総則』三〇一頁、平井一雄「遡及的無効と取消」法ゼミ二二二号「昭和四八年」一三一頁、幾代通「法律行為の取消と登記」於保還層記念・民法学の基礎的課題(上)(有斐閣)「昭和四六年」六二頁以下、下森定「判批・民法九六条三項にいう第三者にあたる場合」判タ三三二二号「昭和五〇年」九〇頁以下、四宮和夫「遡及効と對抗要件——第三者保護規定を中心として——」法政理論九卷三三三号「昭和五二年」一〇頁、最判昭和四九・九・二六民集二八巻六号二二二頁など。

五 結 論

對抗問題を物権変動や債権の二重譲渡の問題に限定しようとする傾向に対して、むしろ、法律が、当事者間の法律関係の効力を第三者との関係で一部制限しようとしている場合を広く對抗不能の問題と考え、その意味を理論的に説明すべきであるというのが本稿の基本的な視点である。そして、これまでの考察を通じて、法律が、「對抗することができない」とか、「第三者の権利を害することができない」などと規定している場合には、従来の見解によれば、對抗問題ではないといわれるような場合であっても、對抗不能の問題が発生しており、對抗不能の一般理論が妥当することが明らかとなった。

すなわち、民法の条文において、「ある法律効果は、これを第三者に對抗することができない」と書かれている場合の「對抗することができない」という意味は、「当事者間で生じるある法律効果が、保護されるべき第三

者の権利を害する範囲で、その第三者に、その法律効果の効力を否認することができるといふ、権限(否認権)を与えたもの」と解すべきことが明らかとなったのである。また、ある法律効果について、「第三者の権利を害することができない」と書かれている場合にも、同様に對抗不能の問題となることが多いことはすでに述べた通りである。

右の否認権を援用できる者の範囲、援用によって生じる否認権の効力の範囲は、それぞれの条文の規定の解釈によって定まる。一般的には、否認権を援用できる者は善意の第三者である場合が多いが、善意無過失を要求される場合もあり、場合によって異なりうるものである。また、否認権の効力の範囲は、常に、保護される第三者の権利を害する範囲に限定されるといってよいが、問題となる法律効果が会社設立の場合であれば、否認されるのは法人格であるし(例えば、社団法人が登記の欠缺によりその成立が否認された場合には、第三者との関係では権利能力なき社団とみなされることになる)、無効・取消の場合においては、否認されるのはその遡及効であるし、物権変動が問題になる場合には、否認されるのは物権の効力であるというように、それぞれの条文にしたがってその具体的内容は異なる。さらに、この否認権は、ある法律効果の結果から第三者を保護するために、当該法律効果から保護されるべき第三者の権利が当該法律効果によって害される範囲で、当該法律効果の効力を否認することができる法律によって認められた権限であること、その権利は、当事者の援用によって効力が発生する形成権であることも明らかとなった。

このようにして、「ある法律効果は、第三者に對抗することができない」という對抗不能の意味が、第三者に対して、以上のような否認権が与えられることであると解釈されることにより、これまで、説明が困難であった

不動産物権変動における對抗問題の理論的説明が可能となり、また、民法九四条二項、民法九六条三項と不動産物権変動の對抗問題の関係をどのように考えるかで、混迷する問題を整合的な理論の下で、統一的に解決することが可能となったと思われる。

對抗問題を理論的に説明するということは、様々な場合について、問題となる法律効果が、いかなる範囲で第三者の権利を害するおそれがあり、第三者の保護のために、その効果はどの範囲で制限されるべきかを確定することに他ならない。不動産物権変動の對抗問題についても、「公示(登記)のない者が負ける問題である」という、わが国の学説を支配している誤った考えを否定し、公示(登記)のある者となし者との間では登記のある者が勝つが、公示(登記)のない者同士では、先に権利を得た者が勝つと考えることが重要なのである。そのことによつて、従来の学説・判例のように、登記がなくても保護すべき者を勝たせたいときは、對抗問題でないとして無理な解釈を展開する必要がなくなり、對抗問題の枠内で、これまでの学説が導いてきたどの結論よりも妥当な結論が得られることも明らかになったと思われる。

對抗不能の問題の具体的解決に当たっては、対立当事者の利益衡量を十分にした上で、結論を導くことが重要であることはいうまでもない。しかし、對抗不能の制度そのものが、当事者間の法律関係から生じる効力のうち、第三者の権利を害する範囲でその効力を否認することができるという、対立当事者の利益衡量を十分にしようする柔軟な制度であることが認識されなければならない。本稿において、筆者は、個々の對抗不能の問題の解決に際し、保護される第三者は、当事者間の法律関係から生じる効力のうち、どのような効力につき、いかなる範囲でそれを否認することができるかという問題の検討を通じて、対立

当事者間の利益衡量を十分に行つた上で、對抗不能の一般理論を展開したつもりである。對抗不能の問題を民法全体にわたつて鳥瞰するならば、對抗不能の制度は、決して理論的に矛盾を含んだ制度ではなく、当事者の利益と第三者の利益を十分に衡量した上で、柔軟な解決を導くことができる優れた制度なのである。本稿によつて、對抗不能の制度につき、統一的で一般的な理解が可能であることが論証されたと思われる。