

Title	物権変動における「対抗の法理」と「無権利の法理」の間(4・完) : 第三者保護法理の体系化と「権利保護資格の法理」の位置づけ
Sub Title	A system of legal principles on the protection of a third party in property transaction (4)
Author	松尾, 弘(Matsuo, Hiroshi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2009
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.13 (2009. 3) ,p.187- 237
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	民事実務フォーラム
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20090325-0187

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

物権変動における「対抗の法理」と 「無権利の法理」の間（4・完）

——第三者保護法理の体系化と「権利保護資格の法理」の位置づけ——

松 尾 弘

- 1 はじめに
- 2 物権変動における第三者保護法理の類型化（以上、第6号）
- 3 対抗の法理と対抗要件（以上、第7号）
- 4 無権利の法理と権利取得要件（以上、第10号）
- 5 権利保護資格の法理と権利保護資格要件（以下、本号）
 - (1) 実体的法律関係
 - (2) 第三者保護の要件
 - (3) 第三者保護の効果
- 6 第三者保護法理の体系化に向けて——むすびに代えて——
 - (1) 第三者保護法理の基本類型
 - (2) 今後の課題

5 権利保護資格の法理と権利保護資格要件

(1) 実体的法律関係

(i) 物権変動法理における権利保護資格の法理の位置づけ

物権変動の基本態様として、これまで2つの形態を考察した。すなわち、(α) 元々の権利者Bと取り引きした相手方C（Bとの間でBC間取引と競合的取引をしていたAからみれば第三者）が権利を取得する態様の権利変動（前述3。以下「権利者からの取得型＝α類型」と呼ぶ）および(β) 元々の無権利者Bと取り引きしたにもかかわらず相手方C（元々の権利者Aからみれば第三者）が権利を取得する態様の権利変動（前述4。以下「無権利者からの取得型＝β類型」と呼ぶ）

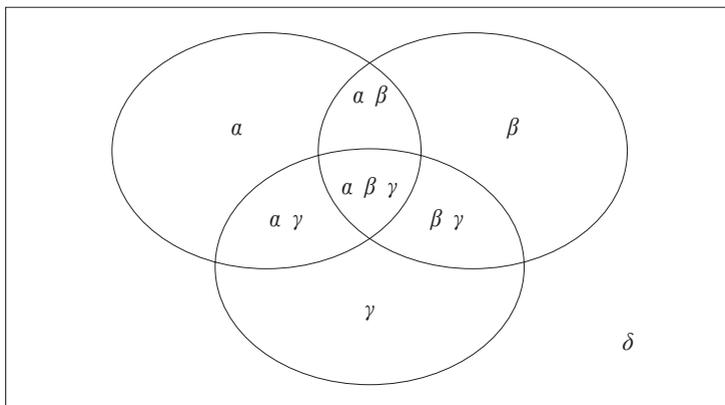
である。

しかし、物権変動にはこれらの中間形態ともいべき態様が比較的広範に存在する。それは、権利者Aとその相手方Bとの物権変動の原因に何らかの瑕疵（無効・取消し・解除等）、その他権利変動を覆す要因があり、いったん生じたと思われたAからBへの権利変動が生じなかったものとされたり、BからAへの権利復帰——しばしば「物権変動の遡及的消滅」または「復帰的物権変動」とも呼ばれる——が生じた結果¹⁾、完全な意味では権利を取得しなかったBとの間で、Cが当該権利の取得行為をした場合である。このように、(γ)元々の権利者とも無権利者ともいえない状態の権利者Bと取り引きしたにもかかわらず、その相手方C（BからAへの権利復帰を理由に権利帰属を争うAからみれば第三者）が権利を取得する態様の権利変動を、以下では「権利回復原因をもつ者からの取得型=γ類型」と呼ぶ（図2、表2参照）。そして、この類型における権利帰属が何れの法理に従って決定されるべきか、権利者からの取得型=α類型におけると同様の対抗の法理か、無権利者からの取得型=β類型におけると同様の無権利の法理の例外則か、あるいはそれらとは異なる第三の法理が存在するか、これが本節の問題である。

この法理は、一方では、原権利者Aからいったん取得したと思われた権利をAに回復させるべき者Bと取得行為をした者C（第三者）の権利取得を確定すると同時に、Aへの権利復帰が生じなくなる基準を定める法理である点で、権

1) ここで「いったん生じたと思われた権利変動が生じなかったものとされる」という曖昧な表現を用いた理由は、最初から物権変動が生じなかったとされる形態（法律行為の内容の実現不可能・強行法規違反・公序良俗違反等を理由とする不発生）と、完全に生じた物権変動の効果を改めて原状に復帰させる形態（合意解除等を理由とする新発生）との間に、物権変動の効果を覆す多様な形態が存在し、一言で漏れなく正確に表すことが難しいこと、および物権変動の不発生と遡及的消滅と新発生との各境界も必ずしも明確とはいえないことによる。そして、「復帰的物権変動」の語は、無効のように「そもそも最初から物権変動が生じなかったかもしれない場合」をも含む緩やかな意味で、物権の遡及的消滅に対して用いられている。鈴木祿弥『物権変動と対抗問題・民法論文集6』（創文社、1997）79頁。「物権変動の遡及的消滅」と「復帰的物権変動」との解釈方法上の比較として、松尾弘「物権変動の遡及的消滅の解釈」民事研修620号（2008）21-38頁参照。

図2 物権変動の基本態様と権利帰属の決定法理



- α：権利者からの取得型（対抗の法理）
- β：無権利者からの取得型（無権利の法理の例外則）
- γ：権利回復原因をもつ者からの取得型（権利保護資格の法理）
- δ：その他

利者BからAとCへの新たな取得が複数競合した場合の優劣決定基準としての対抗の法理とは異なる。他方では、それは元々の無権利者Bと取り引きした者Cに一定要件の下に権利取得を認める無権利の法理の例外則とも異なる。本稿ではこれを、権利者でありながら原権利者Aへの潜在的な回復義務をもつ者Bと取り引きした第三者Cの権利取得が確定的なものとなされ、原権利者Aの回復よりも優先して保護されるための資格要件（権利保護資格要件）を定める法理という意味で、第三者の「権利保護資格の法理」と呼ぶことにする。したがって、本稿における「権利保護資格要件」の用語は、従来の「権利保護（資格）要件」の用法よりも適用場面が限定されることになる²⁾。

権利保護資格要件の特色は、対抗要件や権利取得要件と比べると、つぎの点に見出されるであろう。

まず、①γ類型における第三者Cの権利取得の確定は、前主Bの権利取得原因に付着した原権利者Aへの権利復帰の可能性を遮断することを意味するから、権利保護資格要件はそれを正当化するに足る理由を含んでいる必要がある。

表2 物権変動の基本態様と権利帰属の決定法理

物権変動の基本態様と典型例		A / C の権利帰属決定基準に関する根拠条文	第三者保護の要件	主張・立証責任	第三者保護の効果
α	B所有物のA・Cへの二重譲渡 AのBに対する選択債権の選択 BからAへの処分の停止条件成就	177* 411但 127①、177	対抗要件	第三者C	承継取得
$\alpha\beta$	(例) B地の開発当初から設定されたAのための未登記通行地役権設定後のB地(要役地)譲受人C (例) AB間における和解	177 / 94②類 696、177 / 94②類	対抗要件 / 権利取得要件	第三者C / 地役権者A	承継取得 / 法定取得**
β	A所有物についてBがCと処分行為 AのBへの処分行為の内容の実現不可能 AのBへの処分行為の内容の公序良俗違反 AのBへの処分行為の内容の強行法規違反 Aの意思能力欠如 Aの心裡留保(相手方悪意 / 有過失) AのBへの処分行為の虚偽表示 Aの錯誤	94②類、192	権利取得要件	原権利者A	法定取得
$\beta\gamma$	AB共同相続財産全部のBによる処分 相続財産の表見相続人Bによる処分 AB共同相続財産の相続放棄者Bによる処分 Aの失踪宣告後・Bに移転した財産の処分を受けたC	94②類 / 110類 94②類 / 32①後類 939・94②類 / 32①後類 32①後	権利取得要件 / 権利保護資格要件	原権利者A / 第三者C	法定取得
γ	Aの制限行為能力による取消し Aが受けた詐欺による取消し Aが受けた強迫による取消し 本人AによるXB間の無権代理行為の追認 AB共同相続財産の遺産分割者Bによる処分 AによるBとの契約の法定解除	96③類 96③ 96③類 116但 909但 545①但	権利保護資格要件	第三者C	承継取得
$\alpha\gamma$	AのBとの特約に基づく買戻し AのBへの手付交付等による約定解除 AからBへの処分の解除条件成就 AのBとの予約に基づく再売買 AからBへの処分行為の合意解除	579、177 / 545①但類 557、177 / 545①但類 127②、177 / 545①但類 556、177 / 545①但類 177 / 545①但類	対抗要件 / 権利保護資格要件	第三者C	承継取得
$\alpha\beta\gamma$	AがBに設定した譲渡担保目的物の受戻しとBによる処分(弁済期前、受戻後、弁済期後)	177 / 94②類 / 545①但類	対抗要件 / 権利取得要件 / 権利保護資格要件	第三者C / 原権利者A	承継取得 / 法定取得

権利取得要件：無権利の法理の例外則としての権利取得要件

①但 / 後類：1項但書 / 後段類推適用

承継取得：権利者Bからの承継取得

法定取得：取得者Cへの権利発生と原権利者Aの権利消滅

*：(未登記・未登録) 動産の場合は178条(以下177について同じ)

**：地役権の負担のない所有権の取得

本稿はその最低限の要素として、BからAへの権利復帰原因についての第三者Cの善意を必須の要件とみる。なぜなら、これから取得しようとする権利がBからAに復帰すべき権利であることを知っているCは（その原因が解消するまで）権利取得行為に立ち入ることを差し控えるか、そのリスクを織り込んで権利取得行為に立ち入るべきと考えるからである。この点で、権利保護資格要件は、β類型における権利取得要件（善意は必須）と共通性をもつ一方、α類型における対抗要件よりも厳格である。

しかし、②Cは権利者Bから取得していることから、権利保護資格要件はβ類型における権利取得要件よりも緩和されるべき側面を含んでいる。本稿はこの側面では、Cは主観的要件に関しては、原則として無過失までは要求されず（原則として善意で足りる）、客観的要件に関しては、即時取得における占有取得（占有改定を含まない）ほどの外形上完全な利害関係の形成までは要求されない（権利取得原因たる契約の履行の着手程度の利害関係の形成で足りる）と解する。

こうして、③Cは以上の②および①とも相俟って、必ずしも対抗要件の具備までは要求されない結果、権利保護資格要件は、対抗要件と比較すれば、一面ではより厳格（善意まで要求）で、一面ではより緩やか（履行の着手で足りる）であると解される。

こうしてみると、対抗要件・権利取得要件・権利保護資格要件は、その厳格度に応じた序列関係にはなく、相対的により厳格な面とより緩やかな面をもち、

2) 従来、「権利保護（資格）要件」の用語は、①賃貸不動産の譲受人が賃借人に対して賃料請求するために求められる権利行使要件、②虚偽表示の相手方（無権利者）と取引行為をした第三者が権利取得するために善意（94条2項）のほかにも不動産登記または動産引渡しを要するとの立場が求める追加的要件（鈴木・前掲〔注1〕133-135頁）など、対抗要件（177条、178条）とは異なる理由で要求される登記・引渡しといった緩やかな意味で用いられている。これに対し、③本稿では、本文に述べたように、権利者ではあるが（潜在的な）権利回復義務を負う前主から権利を確定的に取得するための要件として、①・②とは異なる意味で用いる。これらの用語法に関しては、前述2（3）（iii）②（慶應法学6号〔2006〕383-385頁）参照。

表3 対抗要件・権利取得要件・権利保護資格要件の比較

	対抗要件	権利取得要件	権利保護資格要件
主観的要件	善意・悪意不問、 背信的悪意者排除	善意・無過失 善意* ¹	善意 善意・無過失* ²
客観的要件	登記（不動産）・ 引渡し（動産）	占有取得（占有改定を 除く） 登記・引渡し不要* ¹	履行の着手
第三者要件の 未具備の効果	対抗不能（双方未具備 の場合は双方対抗不 能）	真の権利者への権利帰 属が優先	原権利者への権利復帰 が優先

* 1：真の権利者の帰責性が高い場合（主観的要件緩和）

* 2：原権利者（制限行為能力者、被強迫者）への権利復帰の要請が高い場合（主観的要件厳格化）

個々の権利帰属決定の場面において最も論理的で衡平な利益調整基準たりうる
ことが求められているといえる（表3参照）。では、一般的・抽象的にこうした
位置づけをもつと想定される権利保護資格要件は、個々の法律関係における
関連法規の解釈・適用の場面で実際に機能しうるであろうか。そのことを具体
的に検証してみる必要がある。

（ii）権利保護資格の法理の適用場面（その1）：A B間の権利移転原因にお
ける瑕疵

AからBへの権利移転原因に何らかの瑕疵があるために、AがBから権利を
回復することが是認される場合がある。Aが取消権や解除権をもつ場合が典型
的である。

① AによるBに対する意思表示の取消し

例えば、A所有の土地aをBに売却する意思表示が、制限行為能力または詐
欺もしくは強迫を理由に取り消された場合、Bから土地aを取得したCの法的
地位はどのような影響を受けるであろうか³⁾。

3) 本稿では解釈方法の基本形態を抽出するにとどめ、学説を網羅的に分類・検討すること
には立ち入らない。学説の状況に関しては、舟橋諄一編『注釈民法（6）』（有斐閣、1967）
283頁以下（原島重義）、舟橋諄一＝徳本鎮編『新版 注釈民法（6）』（有斐閣、1997）487
頁以下（原島重義＝児玉寛）、近江幸治『物権法（第3版）』（成文堂、2006）92頁以下、
池田恒男「登記を要する物権変動」星野英一編集代表『民法講座 第2巻』（有斐閣、
1984）162頁以下が詳細である。

(a) 取消しの効果を遡及的無効とみる見解（遡及効貫徹説）は、AによるA B間の売買の意思表示の取消しにより、Bには所有権移転が生じなかったことになるから、Cは無権利者からの取得者となり、Cの保護は無権利の法理の例外則の適用による。この例外法理の適用範囲および適用方法により、さらに立場が分かれる。

その1つの立場として、(a-1) 取消しは判断能力が不十分な者または意思表示に欠陥があった者を保護するために、意思表示の効力を「根底から否定」しなければならない、「取引の安全を顧慮しないで」、第三者に対する関係も含めて「可能なかぎり原状に近い状態に置く」必要があり、「そのような行為を基礎として権利を取得した第三者は権利を失うほかはない」。それは「そもそも所有権移転の直接の根拠となった物権行為自体が遡及的に失効するのであるから、所有権は最初から乙〔原権利者の相手方B〕へは移らなかったことになる」ものとして説明される。この帰結は、第三者が取消前に出現した場合（失効の遡及により失権）と取消後に出現した場合（事後的失効の状態の継続によって権利取得不可）とで変わらない。さらに、第三者は「まったくの無権利者」であるから、その派生的帰結として、第三者に対して原権利者が権利主張をするのに登記等の対抗要件は必要でない。他方、第三者保護は、無権利者からの取得者の保護制度により、第三者が相手方を権利者と信じて取引に入り（善意）、そう信じることに無理もない事情があり（無過失）、かつ原権利者側にも「権利を失ってもやむをえない事由（帰責事由）がある場合」に限って保護する法理が妥当する。これを具体化した規範として、1) 取消前に出現した第三者は、詐欺取消しを「善意の第三者に対抗することができない」とする96条3項によって保護されるにとどまる。被詐欺者が「欺されるのは軽率」であり、被強迫者や制限行為能力者ほどには保護する必要がないという「価値判断」に基づく。したがって、強迫および制限行為能力を理由とする取消しよりも前に出現した第三者は遡及的失権に服する。これに対し、2) 取消後に出現した第三者は、「本人に登記取戻しについて懈怠ありと認められるに至ったとき」に帰責事由が認められることから、「善意の第三者に対抗することができない」との94条2項を

類推して保護されることになる⁴⁾。

これに対し、(a-2) 取消前に登場していた第三者に対しても、94条2項の類推適用によって取消しの遡及効から保護する解釈がすでにあり、この保護手段をどの時点から発動させうるかをめぐり、①表意者による追認可能時、②登記除去可能時、③登記除去「期待」可能時（ただし、何れも詐欺取消しの場合は、取消前は96条3項が適用されるため、取消後にのみ94条2項を類推適用する）と、解釈が展開してきた⁵⁾。もっとも、虚偽外形の作出・存置に対する真の権利者の帰責性を重視する94条2項類推適用を取消権者による登記回復懈怠の場合に容易に認めうるか、また取消前後での登記回復懈怠の帰責性の中味や第三者の善意の対象の質的相違を解釈上どう反映させるかなど、問題点も指摘されており、注目される⁶⁾。

他方で、(a-3) 取消しの場合にもできるだけ対抗の法理を導入することにより、遡及効貫徹の範囲をより限定しようとする見解がある。例えば、取消し意思表示（およびそれに基づく返還請求）がされた時点以後は原権利者が対抗要件を備えなければ第三者に対抗できないとして⁷⁾、または「取消をなしうるに至った時点」（取消可能時。例えば、表意者が詐欺に気づいた時、強迫状態が止んだ時、制限行為能力者自身が追認可能となった時または法定代理人が現実に取り消

4) 四宮和夫『民法論集』（弘文堂、1990）412頁、27-29頁（なお、1）・2）何れの場合も、第三者（丙）が保護されるときは、この者との関係では、原権利者（甲）とその相手方（乙）との「譲渡契約は有効とみなされる結果、目的物は甲—乙—丙と転々移転したことになり、丙甲間には対抗の問題は生じない」ゆえに、「第三者は登記を必要としない」との帰結が導かれる）。

5) 幾代通『不動産物権変動の取消と登記』（一粒社、1986）42-43頁、下森定「『民法96条3項にいう第三者と登記』再論」薬師寺志光先生米寿祝賀記念論集編集委員会編『民法学の諸問題』（総合労働研究所、1977）99頁以下、加藤雅信『新民法体系Ⅱ物権法』（有斐閣、2003）141-146頁（第三者は善意・無過失の場合に保護される）、石田穰『民法体系（2）物権法』（信山社、2008）220-221頁（表意者が取り消さずにいたことまたは取り消しても登記を放置していたことが故意か過失かにより、第三者保護要件として無重過失か無過失を求める）。

6) 佐久間毅『民法の基礎2物権』（有斐閣、2006）88-89頁。

した時）を基準時にとり、①基準時前に登場（単なる契約締結ではなく、所有権取得登記の具備を指す）した第三者との関係ではいったん原権利者への所有権復帰を認めたとうえで、この所有権に基づく給付の返還請求とこれに対する第三者の反論（第三者保護規定を根拠とする）によって処理し、②基準時（取消可能時）後に登場した第三者との関係は対抗問題として処理する見解がある⁸⁾。このうち、①基準時前に登場（＝登記具備）した第三者に対しては、原権利者は原則として「登記がなくても」取消しによる「所有権回復を主張しうる」が、原権利者が取り消しうる状態になっても取消しおよび第三者からの登記回復をしなければ、すでに登場している第三者およびその承継人との関係でも、「問題は177条による処理に移行し」、121条本文による自己への所有権回復を主張できなくなると解する。また、詐欺取消しの場合は、基準時前に登場した善意の第三者は保護されるが（96条3項）、この第三者自身が登記を具備している必要があるとする。その理由は、ここで第三者に登記不要とすると、「本当は基準時後にはじめて登場してきた」第三者が、その前主と「共謀して基準時前にすでに登場していた旨を主張する場合」に、原権利者がこれを否定することが困難であるゆえに、第三者は登記がなければ「自己が基準時前に登場していることを主張・立証することは許されない」とみるからである⁹⁾。他方、②基準時後に新たに登場した第三者との関係は対抗問題となり、したがって、背信的悪意者排除論が妥当する。もっとも、典型的な二重譲渡の場合とは「微妙な差」

7) 我妻栄＝有泉亨補訂『新訂物権法 民法講義Ⅱ』（岩波書店、1983）95頁以下（ただし、追認しえない状態にある制限行為能力者が取り消した場合は取消後に対抗要件を備えた第三者にも優先する一方、追認可能になった者が長期間放置すれば94条2項の類推適用を認める）、舟橋諄一『物権法』（有斐閣、1960）161頁以下、162頁（ただし、取消前に登場した第三者に対してまで擬制的遡及効が及ぶことや、何ら公示されない取消し意思表示の前後によって第三者に対する効果を峻別することへの疑問を留保する。同前163頁）、川井健『民法概論2物権（第2版）』（有斐閣、2005）43頁、近江・前掲（注3）98頁。

8) 鈴木・前掲（注1）95-123頁、鈴木禄弥『物権法講義（5訂正版）』（創文社、2007）144頁以下。

9) この登記は、対抗要件としてではなく、「いわゆる権利保護資格要件として」の登記と説明されている。鈴木・前掲（注1）124頁注5参照。

が生じるとする。すなわち、一方では、原権利者が取消権をもつこと、または取り消したが登記を回復していないことを知って譲り受けた第三者に対する非難可能性は、単に第一譲渡を知る二重譲受人に対するそれよりも大きいと解される一方で、原権利者も「自らのなした移転登記の抹消を怠ったことに対する非難可能性は、単純な二重譲渡において登記を怠っていた第一譲受人に対するそれよりも大きい」といえる。その結果、ここで第三者が背信的悪意者になるか否かは、「一切の事情を考慮したうえでのきわめて微妙な判定」に基づくことになる¹⁰⁾。このように、取消可能時を基準時とする遡及効貫徹範囲の限定説は、取消時を基準時とする見解よりも対抗問題として処理する範囲を一層広げる意味をもっているといえる¹¹⁾。加えて、取消前に「登場」した第三者も第三者保護規定（96条3項）によって保護されるためには登記を要するとみる点で、実質的に登記による問題解決の比重が高くなっている点に特色がある。

判例は¹²⁾、基本的に（a）遡及効貫徹説に立脚するとみられる¹³⁾。ただし、2つの例外を認める。第1に、詐欺取消しの場合は96条3項によって遡及効自体が制限され、第三者（「善意」が要件とされる）は対抗要件を備えた者には限定されない¹⁴⁾。ただし、96条3項は「取消ノ遡及効ヲ制限スル趣旨」であるから、その適用は「取消前ヨリ既ニ其ノ行為ノ効力ニ付利害関係ヲ有セル第三者

10) 鈴木・前掲（注1）107-108頁。

11) このように、取消可能時基準説が遡及効の貫徹を取消時までとする通説・判例（取消時を基準とする二元説。後述）よりも早い時点で対抗問題の成立を認める背景には、「対抗問題の根本的発想」として、「すでに自己に有利な物権変動を登記しうる立場にある者が、その登記をしないている場合、および、自己の一方的意思表示によって自己に有利な物権変動を完結せしめうる立場にある者が、あえてその物権変動を完結せしめず、その結果、かかる物権変動の登記をなしえないている場合には、この者は、第三者の登場によって自己の権利が害される結果になっても仕方がない」との理解がある。鈴木・前掲（注1）110-111頁。

12) 判例につき、松尾弘『詐欺・強迫』（一粒社、2000）70-93頁、151-159頁参照。

13) 大判昭和4年2月20日民集8巻59頁。

14) 最判昭和49年9月26日民集28巻6号1213頁。

ニ限定」される¹⁵⁾。したがって、第2に、取消後に利害関係を有するに至った第三者に対しては、取消しによる所有権の「復帰」という「物権変動ハ民法第177条ニ依リ登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得サル」という「本則」が適用される¹⁶⁾。その結果、あたかも判例は、取消前に利害関係をもった第三者に対しては遡及効貫徹説を、取消後に利害関係をもった第三者に対しては遡及効制限説という形で、取消時を基準とする二元説に立つと解されている。

(b) 以上に対し、取消しの効果の遡及効それ自体を制限的に解する見解（遡及効制限説）がある。それにより、第三者の登場時期が取消しの前か後かによって区別することなく、同一の法理を適用して権利帰属を決定しうる。遡及効を制限的に解釈する方法として、遡及効が主張される先を相手方に限定して第三者には及ばないと解することによって相対的に捉える、遡及効が債権的な効果または第三者の出現を妨げない特殊な効果をもつと捉えるなど、様々な構成が考えられる。例えば、取消しは遡及効をもつが「第三者（177条）の登場を許容するという意味における法定の制限のついた物権変動」を生じさせると解する方法によれば、Aの取消し意思表示により、A・B間の所有権移転まで遡及的に消滅するものではなく、AはBに所有権を返還すべき義務を生じるにとどまるから、第三者Cはその登場がAによる取消しの前か後かにかかわらず、権利者からの取得者となり、BからCへの物権変動とBからAへの復帰の物権変動とが対抗問題になるとみる¹⁷⁾。しかし、遡及効制限説に立つことがつねにA・C関係を対抗問題とみることには直結しないのではなからうか。

(c) 本稿の立場も、遡及効制限説に立ち、かつ立法過程の議論も参考にして、意思表示の取消しによる遡及効は債権的な効果（取得した権利を回復すべき債権・債務）を生じさせるものにすぎないと解する¹⁸⁾。したがってまた、第三者Cの

15) 大判昭和17年9月30日民集21巻911頁。

16) 大判昭和17年9月30日民集21巻911頁、最判昭和32年6月7日民集11巻6号999頁。

17) 広中俊雄『物権法（第2版増補）』（青林書院、1987）129-131頁。その他、121条の立法沿革を踏まえた遡及効制限（否定）説につき、原島＝児玉・前掲（注3）498-499頁参照。

登場時期が取消しの前か後かにかかわらず、同一の法理に従って権利保護を図るべきである。もっとも、遡及効制限説がA C関係=対抗関係とみることに直結すると解すべきではない。なぜなら、Aの意思表示の取消しの事実または取消原因の存在（取消しの潜在的可能性）について悪意のCまでも保護する必要はない一方で、善意のCにつねに不動産の登記や動産の引渡しまで求めるとすれば、善意者のための権利保護としては厳格にすぎると解されるからである。したがって、C A間の権利帰属の決定基準として、（善意・悪意不問の）対抗要件は相応しいとはいえない。そこで、この場面では、Bから権利を取得して引渡し等を受けたCに対し、Aが返還等を求めてきたときは、Cが善意で（主観的要件）、かつ前主Bとの取引の履行段階に入ったこと（客観的要件）¹⁹⁾により、権利保護資格要件（後述（2））を具備したことを証明すれば、Cは確定的に権利を取得し、最早Aの返還請求には服しないと解すべきであろう。問題はその実定法上の根拠である。

まず、以上のこと（第三者の善意および履行の着手）は取消しによるBからAへの権利復帰とBから権利取得したCとの関係に関する96条3項の解釈について妥当する。

ついで、第三者保護規定のない強迫取消しおよび制限行為能力取消しに関しては、96条3項が詐欺取消しの場合にのみ第三者保護規定を設けた趣旨に反しない範囲で、第三者保護のための体系的・目的論的解釈をする必要である。この観点から本稿では、96条3項の「法意」ないし「趣旨」²⁰⁾に鑑みて、第三者保護要件をより厳格化し、第三者が強迫行為の存在または表意者の制限行為能力（取消前に現れた場合）およびそれらを理由とする取消しの事実（取消後に現れた場合）につき、善意・無過失であることが求められると解釈する²¹⁾。

18) 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102巻1号（1990）87頁-90頁。

19) 客観的要件としては、第三者Cがその前主Bとの契約に基づいて登記、仮登記、目的物の引渡し、代金の全部または一部の支払いなど、すでに履行段階に入っていること、少なくとも履行の着手（557条1項参照）がされていることが必要であろう。

② AによるAB間の契約解除（法定解除）

例えば、Aがその所有地aをBに売却したが、Bが約定期日までに代金を支払わなかったことから、Aが催告のうえ、Bとの売買契約を解除した場合、Bから土地aを取得したCの法的地位はどのような影響を受けるか。

(a) 売買契約の解除により、その当然の効果として、買主は所有権を取得しなかったことになり、当然に売主に帰属すると解する立場がある。この場合、売買契約解除後、売主が所有権を回復するために特別な所有権移転の意思表示をすることを要しない（直接効果説または直接効果かつ物権的效果説²²⁾）。ただし、契約解除によって「第三者の権利を害することはできない」（545条1項但書）から、買主Bからすでに所有権を取得していた第三者Cは所有権を確保しうる。しかし、その際に、(a-1) 第三者Cは対抗要件を備える必要はないとの見解²³⁾に対し、(a-2) Cは対抗要件を備えなければAへの所有権回復の効果に服する

20) 原島・前掲（注3）286-287頁は、詐欺取消し後の第三者および強迫取消前後の第三者保護として、96条3項の類推適用論（要件は第三者の善意）を提示する。なお、鎌田薫『民法ノート物権法①（第3版）』（日本評論社、2007）は「取消権者に被詐欺者や虚偽表示者以上に強い帰責性が認められる場合に限り、96条3項および94条2項の『趣旨』を類推して取消し前の善意転得者を保護するというのが精一杯のところ」（強調は原文傍点）とみる。

21) このような主観的要件の厳格化に加え、客観的要件の厳格化（例えば、不動産登記または動産引渡しまで求めること）まで必要かが問題になる。しかし、無権利者からの取得要件と同程度まで厳格化する必要はないと解されることから、必ずしも不動産登記または動産引渡しに限定しないでよいと解する。

22) 直接効果説は、「解除の効果は契約の遡及的消滅であり、その結果として、解除された契約に基づいて発生した物権変動も遡及的に消滅し原状に復する」と解する（我妻＝有泉・前掲〔注7〕103頁）。その結果、原権利者の所有権はまったく移転することなしに、終始原権利者に帰属していたことになり、占有や登記名義の不当利得返還請求の問題が残るにすぎない。もっとも、物権行為の独自性肯定説によれば、直接効果が債権行為と物権行為の双方に及ぶという二重の意味の直接効果説（＝直接効果かつ物権的效果説）に立つ場合に、解除によって物権変動までも遡及的に消滅し、物権が原状に復することになる。ただし、当初日本に導入された物権行為の無因性を前提とするドイツ型の直接効果説は契約によって生じた債権・債務を遡及的に消滅させるが、その履行行為たる物権行為・物権移転は解除によって害されないから、545条但書は当然の規定と解された。北村実「解除の効果」星野英一編集代表『民法講座第5巻契約』（有斐閣、1985）130-134頁。

とみる見解²⁴⁾、(a-3) Cは権利保護要件を備えなければAへの所有権復帰が優先するとの見解²⁵⁾がある²⁶⁾。あるいは、(a-4) 直接効果説に立ちつつ、それを制約する545条1項但書の適用範囲を一定の時期までに第三者が登場した場面に限定する見解も有力である。例えば、契約解除時または原権利者が自己に解除権があることを知った時点（基準時）よりも前に登場した第三者（登記具備を要する）²⁷⁾は545条1項但書によって保護される一方、基準時後に登場した第三者は原権利者と「対抗関係」に立ち、対抗要件規定（177条・178条）によるとの解釈がある²⁸⁾。これは、直接効果説に立ちながらも、やはり原権利者と第三者との優劣関係を登記によって決定する比重を高めるものと解しうる。

判例も基本的に、売買契約解除の「当然ノ効果」として「買主ハ所有権ヲ取得シタルコトナキモノト看做サルヘク所有権ハ当然売主ニ帰属スルニ至ルモノ」と解し、売買契約解除以後に「特別ナル所有権移転ノ意思表示」を要しな

23) ただし、解除後に現れた第三者については、(a-1-1) 解除の事実について悪意の場合は保護されないとの見解（高森八四郎「判批」『民法の基本判例』〔有斐閣、1986〕61-62頁）、(a-1-2) 取引安全保護のために遡及効を制限した545条1項但書が適用されないので、対抗要件を満たしても解除後の第三者は保護されない（三宅正男『契約法総論』〔青林書院、1978〕285頁以下、とくに287頁）との見解（しかし、このような場合でも、Aが解除後（あるいは解除可能時到来後）相当期間登記を回復せずに放置していたときは、94条2項の類推適用の余地が生じることは否定されないのではなかろうか）もある。

24) 加藤一郎『民法ノート上』（有斐閣、1984）65頁。

25) 我妻栄『民法講義V 1 債権各論上巻』（岩波書店、1954）197頁。

26) 川井・前掲（注7）45頁、内田貴『民法Ⅱ債権各論（第2版）』（東京大学出版会、2007）100頁、同『民法Ⅰ総則・物権総論（第3版）』（東京大学出版会、2005）85頁（96条3項によって第三者が保護されるために要求すべきとされる登記の意味に関する）。両者の相違は、不動産登記または動産占有がBにある場合、(a-2) 対抗要件と解すれば、この段階では権利帰属は確定しておらず、AかCのうち先に対抗要件を取得した方が優先するが、(a-3) 権利保護要件と解すれば、Cが権利保護要件を具備しないかぎり、Aへの権利帰属が優先する。

27) ここでの登記も、対抗要件としての登記ではなく、いわゆる「権利保護資格要件」と解されている。鈴木・前掲（注1）92頁注8、9および該当本文参照。

28) 鈴木・前掲（注1）88-91頁。間接効果説による場合との相違は、基準時に第三者がその前主と契約したが、まだ登記（権利保護資格要件）を具備する前に、原権利者が解除に基づく原状回復請求をした場合に、原権利者が勝訴しうる点に見出しうるにすぎない。

いと直接効果説の立場に立つ²⁹⁾。そして、たとえ解除前に第三者Cがすでに所有権を取得していた物（木材）であっても、いまだ「引渡ヲ了セサル間ハ其所有権移転ヲ以テ第三者タルAニ対抗シ得サルモノ」とし、第三者Cに対抗要件（引渡し）の具備を求める³⁰⁾。他方、不動産売買契約解除後に現れた第三者Cに対しては、「売買契約ノ解除ニ因リ所有権カ売主ニ復帰スル場合ニ於テモ所有権ノ移転存スルヲ以テ民法第177条ヲ適用スヘキモノ」と解し、原権利者Aに対抗要件の具備を求めている³¹⁾。しかも、その場合「第三者が善意であると否と、右不動産につき予告登記がなされてい居たと否とに拘らない」とされる³²⁾。しかし、第三者が解除の事実について悪意の場合はたとえ対抗要件まで具備しようとも原権利者の犠牲において保護すべきか疑問であり、判旨は形式的、ドグマティックに対抗の法理を適用しているようにもみえる。

(b) それに対し、契約解除はすでに発生した所有権移転をなかったものとするまでの効果をもたず、所有権を取得したBにAへの原状回復を義務づけるにすぎないとの立場（間接効果説、折衷説、原契約変容説など³³⁾）から、BからCへの所有権移転とBからAへの所有権復帰とが対抗関係に立つとの見解がある。この立場によれば、その結果、契約解除の前後を問わず、つねに対抗要件規定（177条・178条）が適用される（545条1項但書は177条に吸収される）ことに

29) 大判大正6年12月27日民録23輯2262頁。

30) 大判大正10年5月17日民録27輯929頁。

31) 大判昭和14年7月7日民集18巻748頁。

32) 最判昭和35年11月29日民集14巻13号2869頁。

33) ここでは、「間接効果説」とは解除によって既履行債務については新たな返還債務が発生し、未履行債務については履行を拒絶する抗弁権を生じると解釈する見解、「折衷説」とは既履行債務については新たな返還債務が発生するが（間接効果説と同じ）、未履行債務については解除時に債務が消滅する（遡及的消滅ではない）と解釈する見解の意味で用いる。我妻・前掲（注25）190頁参照。原契約変容説は、解除によって契約関係は同一性を保ちながら原状回復の債権・債務関係へと変容し、既履行給付は原状回復義務になり、未履行給付は原状回復義務の発生と同時に履行済みとなって消滅する（原契約の変容による清算関係の一環として債務者は将来に向かって未履行債務から解放される）とみる。その結果、不当利得に基づく返還義務も生じない。四宮和夫『請求権競合論』（一粒社、1978）202-209頁。

なる。契約解除は「後発的な双務的均衡の喪失」を原因として原状回復を図る制度であり、その「遡及的構成」も「当事者間における給付物の原状回復を根拠づける観念的・論理的前提を創出する」という「目的的限制（相対性）」をもつ。それゆえに、「解除の遡及効はその目的からいって本来第三者に及ぼすべき筋筋のものでない」、「取引安全をはかる必要のある」ものであり、「その遡及的失効に取消の場合におけるほど強い意味を与える必要は必ずしも存しない」ことから、「あらゆる関係にわたって当事者間の取引を根底からくつがえすことまでも含むものではない」とされる³⁴⁾。その結果、第三者は権利者と取り引きしたことになる（失権の遡及も事後的失効も生じない）一方、原権利者にも解除によって相手方からの「所有権の復帰」が認められ、「二重譲渡がなされたのと同じに考えるべきことになる」から、第三者保護は、第三者の出現が解除の前か後かを問わず、「対抗問題として処理される」と説明される³⁵⁾。

(c) 本稿の立場は、解除の効果については (b) 説と同様に、解除はすでに発生した権利変動を消滅させる効果をもたず、移転した権利や目的物を改めて原状に復する債権・債務を発生させるものと解する（その意味で債権的効果説といえる）。したがって、遡及的消滅の問題を生じないゆえに、第三者Cの登場時期が解除の前か後かにかかわらず、その権利保護は同一法理に従って決定されるべきと解する。しかし、(b) 説をとることがAC関係を対抗関係とみることに直結しないと考える。なぜなら、第1に、解除原因の存在（解除の潜在的可能性）について悪意のCは保護に値しないとはいえないとしても、Aによる解除の事実について悪意の第三者Cまで保護する必要はなく、その場合は原権利者への復帰を優先させるべきとの価値判断が民法体系上は是認されると解されるからである。というのも、解除前に登場した第三者が解除原因について悪意でも保護される理由は、解除原因（債務不履行、権利や目的物の瑕疵等）があっても解除されるべきものとは限らないからであると説明される。そのことと、詐欺取消しの原因があってもただちに取消しがされるべきものとは限ら

34) 四宮・前掲（注4）17頁・19-20頁・22頁。

35) 四宮・前掲（注4）23頁・41頁、石田・前掲（注5）222頁。

ないことは、原権利者と第三者の利害状況の点でさほど大きく異なるとはいえない場合もある。しかるに、詐欺取消しの原因について悪意の者は96条3項によって権利保護を受けえない。現行民法の採用するこの価値判断を標準とすれば、少なくとも解除がされた事実について悪意で権利を取得した第三者を保護することは、民法体系上の価値判断として均衡を失するといわざるをえない³⁶⁾。その一方で、第2に、第三者Cに権利保護のための要件として不動産登記や動産引渡しまで求めるとすれば、Cが権利者からの取得者であること、および解除の事実については善意であることが要求されることにも鑑みると、第三者の権利保護要件としては厳格にすぎよう。以上の2点から、CA間の権利帰属の決定基準として、第三者の善意・悪意を不問としたまま対抗要件を求めるのは不適切で、この場面でも権利保護資格の法理が適用されるべきであろう。したがって、例えば、Bから権利を取得して引渡し等を受けたCに対し、Aが返還等を求めてきたときは、Cが善意で、かつ前主Bとの取引の履行段階に入ったことなど、権利保護資格要件（後述（2））を具備したことを証明すれば、Cは確定的に権利を取得し、Aの返還請求には服しないと解すべきであろう。

（iii）権利保護資格の法理の適用場面（その2）：BからAへの権利移転の遡及効付与

AからBへといったん生じた権利移転の復帰とは別に、BからAへの権利移転が法律の効果によって（しばしば遡及的に）生じる場合がある。その結果、*a*類型におけるようなBが自らの意思でAとCに同一の権利を二重譲渡したのとはやや異なる状況が生じうる。

① BによるAへの無権代理行為の追認

例えば、B所有地*a*を無権代理人XがBを無権代理してAに売却する旨の契

36) 解除後に登場した第三者は善意でなければ権利保護に値しないことを支持する見解として、高森・前掲（注23）61-62頁、川井・前掲（注7）44頁（94条2項類推適用説による）、石田・前掲（注5）222頁、松尾・前掲（注18）98頁、武川幸嗣「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——」法学研究79巻1号（2006）73-74頁などがある。

約を締結し、登記もB名義からA名義に移転したとする。その後、Bが土地aをCに売却し、代金の一部支払いを受けてCに引渡しをする一方で、XA間の無権代理行為を追認した場合、AC間の権利帰属はどのような法理によって決定されるべきであろうか³⁷⁾。

この問題は、(a) AC間の対抗問題として解釈されるのが通説とされている³⁸⁾。すなわち、Bの追認により、XA間の無権代理行為の効果（BからAへの権利移転）はXの無権代理行為時まで遡及する（116条本文）。しかし、その遡及効は「第三者〔=C〕の権利を害することはできない」（116条但書）。では、その帰結としてCは対抗要件なしにBから権利取得しうるかということ、そのようには解されていない。すなわち、第三者Cにとって116条但書の存在意義は、BがXA間の無権代理行為を追認するとその遡及効（116条本文）によってBはXによる無権代理行為の時点で土地aの所有権を失ったことになり、その後Bから譲り受けたCは無権利者からの取得者になってしまうところ、116条但書によって無権代理行為の追認の遡及効が制限される結果、Cも権利者Bからの取得者としての地位を確保しうることにある。こうして、BAとBC間には二重譲渡と同様の事態が生じることになる。しかし、116条但書によるCの保護はここまでであり、その先、AとCの何れが最終的に土地aの所有権を取得するかは、対抗要件（177条）およびその解釈によって決定されることになる。そうであるとすれば、結局、AC間の相衝突する権利の優劣は対抗問題として対抗要件によって処理されることになり、116条但書は存在理由を失って「無用の空文となる」と解されている³⁹⁾。

37) AはCに対して土地aの明渡請求を、CはAに対して抹消登記手続請求または（真正な登記名義の回復を原因とする）移転登記手続請求をすることが考えられる。

38) 我妻栄『新訂 民法総則』（岩波書店、1965）378頁、川島武宣『民法総則』（有斐閣、1965）398頁、幾代通『民法総則（第2版）』（青林書院、1984）360頁、石田穰『民法総則』（悠々社、1992）449-450頁、川井健『民法概論1 民法総則（第3版）』（有斐閣、2005）258頁、加藤雅信『新民法大系1 民法総則』（有斐閣、2002）323頁、山本敬三『民法講義1 総則（第2版）』（有斐閣、2005）326頁、近江幸治『民法総則（第6版）』（成文堂、2008）271頁、平野裕之『民法総則（第2版）』（日本評論社、2006）372頁。

(b) もっとも、例外的に、A・Cの取得した地位がともに排他性を備える場合は、116条但書適用の余地があるとも解されている。例えば、①Bの所有地 a 上の立木 β をXがAに無権代理行為によって売却して明認方法を施す一方、Bが土地 a をCに売却して移転登記もした場合、BがXA間の無権代理行為を追認しても、116条但書により、立木 β についてもCが優先するとされる⁴⁰⁾。同様に、②B所有動産 a の受寄者XがBを無権代理してAに売却して占有改定の意思表示(183条)をする一方、Bが a をCに売却して指図による占有移転(184条)をした後、BがXの無権代理行為を追認した場合、対抗要件まで備えたCの権利を追認によって覆すべきではなく、遡及効を制限する116条但書によってCの優先が認められるべきとされる。また、③Bの債権 a を無権代理人XがAに譲渡して債務者Yに確定日付ある証書によって通知(468条2項)する一方、Bが a をCに譲渡してYに確定日付ある通知をした後、BがXの無権代理行為を追認した場合、④Bの債権 a についてXがBを無権代理して債務者Aから弁済受領する一方、Bの債権者Cが a を差し押さえ、転付命令を得た後、BがXの弁済受領行為を追認した場合⁴¹⁾、⑤B所有建物 a についてXがBを無権代理してAに譲渡し、登記名義も移転する一方、Bが a をCに賃貸して引渡しをした後、BがXの無権代理行為を追認した場合、何れも116条但書によって追認の効果が制限され、Cが優先するとされる。

さらに、⑥第三者Cが先行する無権代理行為の無効を前提として取引関係に入ってきたような場合、例えば、Xが無権代理行為によって土地 a をAに売却

39) 四宮・前掲(注4) 29-30頁、39頁、40頁。四宮和夫＝能見善久『民法総則(第7版)』(弘文堂、2005) 292-293頁。ただし後掲注42および該当本文も参照。

40) 我妻＝有泉・前掲(注7) 95頁。

41) 大判昭和5年3月4日民集9巻299頁(無権代理行為に対抗要件を必要としない場合)。なお、譲渡禁止特約付債権が譲渡され、差押え(民事執行法152条。譲渡禁止特約の効力は差押えには及ばない)がされた後に、債権譲渡を債務者が承諾した場合(譲渡時に遡って債権譲渡は有効になると解されている。最判昭和52年3月17日民集31巻2号308頁)であっても、「116条の法意に照らし」、債権譲受人は債権譲渡の効力を差押債権者に主張できないとされた(最判平成9年6月5日民集51巻5号2053頁)。

して移転登記をした後、BがCに対し、XA間の土地売買（登記名義はAに移転済み）は無権代理行為で無効だからと述べてCに土地aを譲渡した場合、Cは116条但書の適用により、登記なしにAに優先して土地aの所有権を取得しようとの見解も示されている⁴²⁾。

(c) しかし、本稿の立場はさらに進んで、AC関係は(b)の諸場合に限らず、一般に対抗問題ではなく、むしろCの権利保護資格の問題であると解するものである。

まず、無権代理人Xと取り引きした相手方Aが後に本人Bの追認を受ける一方で、本人B自身が第三者Cに同一目的物を処分していた場合（BからCへの処分時期は、Xの無権代理行為の前、その後でBによる追認前およびその追認後の各場合が考えられる）のAC関係を対抗関係とみる解釈には疑問がある。なぜなら、B所有地はCに対してはB自身によって売却される一方、Aに対してはXが当初は無権代理行為によって売却し、後にBが追認したものである。この場合、①一方で、Aとしては、Xが本人として自分の権利を処分するのではなく、代理人として他人（＝本人B）の権利を処分しようとしているのであるから、その代理権限を含め、それ相応の注意をして然るべきであり、その点はCとまったく対等とはいえない。そして、無権代理行為は追認がなければ有効にならない以上（113条、117条）、すでに登記名義がBからAに移転していても、その無効を信じてCが取引関係に入ってくることは考えられ、かかるCの権利取得は保護に値するといえる⁴³⁾。この点で、AC関係がBを起点とする二重譲渡と同視しようとはいえない。それゆえにまた、116条但書が対抗要件の規定（177条、178条）に代替されて「無用の空文となる」⁴⁴⁾とまではいえないであろう。

しかし、②他方で、無権代理行為もただちに無効とはされておらず、本人が追認したうえで、別段の意思表示がなければ行為の当初から有効と扱いうるも

42) 四宮＝能見・前掲（注39）294頁（能見善久。なお、A B等の表記は本稿の叙述に合わせて変更した）。

43) 前述（b）⑥参照。

44) 前掲注39および該当本文、前述（b）参照。

のである（113条、116条本文）。したがって、先の例とは逆に、CがXA間の無権代理行為をBが追認したことを知りながら、まだAがその準備段階にあって登記を完了していなかったことから、あえてBと取引関係に入り、登記さえ先に取得すれば優先すると解することまでをも是認する意味で、116条但書が「第三者の権利」を保護したものと解されない。このように、AとCは通常の問題のように対等な立場にあるとみることは困難である。

つぎに、以上のような事情から、AC間の権利帰属の優劣判断に際しては、XA間の無権代理行為およびそれに対するBの認識内容や追認の有無について、Cの主観面をも考慮に入れて判断する必要がある、そのうえで116条但書の趣旨に従って権利保護に値する（＝権利保護資格をもつ）第三者に救済手段を提供したものと解すべきである。そうであるとすれば、Cの権利保護資格としては、一方で、Bによる無権代理行為の追認について善意であり⁴⁵⁾、かつ契約の履行段階（代金の（一部）支払い、目的物の引渡し、登記、その他）に入って利害関係を形成する等、その権利取得が保護されるべき事情という意味での権利保護資格要件を備えていることが求められる。他方で、Cはそのような権利保護資格要件を備えていれば、必ずしも対抗要件まで具備する必要はない（そこまで要求すると必要な保護に欠ける場合があるから）と解すべきであろう。

Xによる無権代理行為の相手方Aと本人B自身による処分の相手方Cとの間の権利帰属の決定ルールに関する以上のような解釈方法論は、B自身が自己の権利をCに処分する一方で、同じ権利についてBからAへの移転が一部法律規定の効果も加わって生じるような場合にも応用可能であろうか。類似の事案類型について確認してみよう。

② B所有財産に対するAの選択債権の選択

例えば、B所有地 $a \cdot \beta$ についてAがその何れかの所有権を取得すべき選択債権を取得したが、Bが土地 a をCに譲渡した後に、選択権者（特約がない場

45) これは、①Xの無権代理行為自体を（したがって、その追認も）知らない場合のほか、②XのAへの無権代理行為については知ったが、Bが追認を拒絶した（または拒絶するであろうと合理的に信じた）場合をも含むものと解すべきである。

合はB。406条）が a を選択した場合、それは「債権発生の際にさかのぼって」効力を生じるが（411条本文）、このAの選択債権の遡及効は、「第三者の権利を害することはできない」との規定（411条但書）により、Cの所有権取得が優先するであろうか。

この問題についても一般に、土地 a の所有権の帰属をめぐるAC間の優劣は、411条但書によってではなく、対抗要件によって決定される（対抗問題）と解されている。その理由は、土地 a は元々B所有であるから、Bが土地 a についてAとCに二重譲渡を行ったことになるにすぎないとみられる、という点にある。しかも、選択債権に基づく「選択」の場合、Aが対抗要件を具備しうるのは選択以後であるから、無権代理行為の「追認」の場合のように追認以前にすでに無権代理行為の時点でAが対抗要件まで具備することがありうる場合と比べても、Cはもっぱら対抗要件によって保護されれば足りるということができ、411条但書の助けを借りる必要がないと解されている⁴⁶⁾。

たしかに、①無権代理行為の場合は、XがBに無断でAへの移転登記を行うことがありうるのに対し、選択債権の場合はAの選択債権の選択の結果としてB自身が土地 a の所有権移転登記を行う場合が想定されているから、先の無権代理行為の例⁴⁷⁾と異なり、すでにA名義の登記がBによって行われているのに、それを無効と信じたCを保護すべきといったような理由はBにはないであろう。また、②B所有の土地 a に対しては、AもCも何れかがプライオリティーをもつような特別の財産でないかぎり、ACの立場は対等とみられ、Cへの移転登記が先にされるか、Aへの移転登記またはAのための所有権移転請求権保全の仮登記（不動産登記法105条2号）が先にされるかで土地 a の帰属が決定されることになろう⁴⁸⁾。

③ BからAへの停止条件付所有権譲渡における条件成就

同様のことは、Bが所有地 a をAに対して停止条件付きで贈与し、条件成就

46) 四宮・前掲（注4）32頁。ただし、Aが a に対する所有権移転請求権を保全するために「仮登記をした場合は別」とする（同前32頁）。

47) 前述①(b)⑥参照。

の効果を遡及させる特約（127条3項）をしたが、条件成就前にBが土地aをCに譲渡し、その後、BA間贈与の停止条件が成就した場合にも妥当するであろう。この場合も、土地aの所有権帰属をめぐるAC間の優劣は、条件成就の遡及効（127条3項）ではなく、Aへの移転登記またはAのための所有権移転請求権保全の仮登記（不動産登記法105条2号）が先にされるか、Cへの移転登記が先にされるかによって決定されることになろう。土地aに対するACの立場は対等とみられるからである。しかし、例えば、土地aがAにとってたんなる選択債権または停止条件付譲渡の目的物以上の意味をもつ場合はどうか⁴⁹⁾。

④ 共同相続人BからAへの遺産分割等

相続による権利移転をめぐるのは、相続開始から遺産分割に至るまでの各局面において、共同相続財産に属する権利の帰属に関して、法律の規定、被相続人の意思（遺言）および共同相続人の意思表示の三者が絡んだ権利帰属の決定ルールが形成されている。すなわち、第1に、法定相続それ自体の効果に関して、①共同相続人が各相続財産について取得する法定相続分に従った持分権の帰属の効果（882条、896条、898条、899条）が、第2に、被相続人の遺言の効果に関して、②相続分の指定（902条）、③相続人に「相続させる」旨の遺言、④遺言執行者がある場合における遺贈（985条、1013条）および⑤遺言執行者が不在の場合における遺贈（985条）の効果が、第3に、共同相続人の意思表示が絡む場合の効果に関して、⑥相続放棄（939条）、⑦遺留分減殺請求（1031条）、⑧遺産分割（909条）の効果が問題になる。

そして、これらの権利帰属決定ルールにおいても、対抗の法理と無権利の法理が交錯している。判例は基本的に、⑤遺贈（遺言執行者が不在の場合）、⑦遺留

48) 我妻=有泉・前掲（注7）94-95頁。土地aについてAの選択債権成立後、Cのための地上権設定登記が行われ、その後、選択債権者Aへの所有権移転登記がされても、選択債権の遡及効（411条本文）は、Cの地上権（登記済）を覆すことができない（Cは無権利者から地上権設定を受けたことにならない）という意味で、411条但書にも存在意義がある（梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編』〔有斐閣、1921〕40頁）。

49) 我妻=有泉・前掲（注7）94-95頁。

分減殺請求権（同行使後に現れた第三者との関係。なお、1040条1項但書参照）、⑧遺産分割（遺産分割後に現れた第三者との関係）については対抗の法理を適用するが⁵⁰⁾、それ以外の局面では基本的に相続による権利移転について登記不要説をとることにより、共同相続人の権利取得を保護している。したがって、後者の場合における第三者の保護は、無権利の法理の例外則によることになることと解される⁵¹⁾。

しかし、虚偽表示、赤の他人名義の偽造登記等と比べ、共同相続人の一部の者の登記名義に基づく処分や、相続分指定・相続人に「相続させる」旨の遺言・遺贈・相続放棄・遺産分割等により、法定相続分どおりの持分権を当該財産について取得しなかった共同相続人の無権利性は絶対的なものとはいえない。

その一方で、各共同相続人が個々の相続財産に対してもつ持分権自体もまた、遺産分割までの暫定的・不確定的なものであり、その意味でこちらも必ずしも絶対的なものとはいえない。したがって、例えば、共同相続人Bが相続財産 a に対してもつ持分権の帰属をめぐる他の共同相続人A（例えば、AB間の遺産分割による a の取得者）と第三者C（例えば、 a に対するBの持分権の譲受人やそれを差し押さえたBの債権者）との関係を単純な対抗関係とみることに問題がある。ここでは、そうした問題の1例として、遺産分割による権利取得の問題に焦点を当てて考察する。

例えば、被相続人Pの共同相続人Bが、相続財産に属する土地 a に対する相続分に応じた持分権をCに譲渡した後に、遺産分割によって a が共同相続人A

50) 例えば、最判昭和39年3月6日民集18巻3号437頁（受遺者は、遺言執行者がいない場合、対抗要件を具備しなければ、当該財産について共同相続人の持分権を取得した第三者に対抗できない）、最判昭和35年7月19日民集14巻9号1779頁（遺留分権利者は、遺留分減殺請求権行使後に現れた第三者に対し、対抗要件を具備しなければ対抗しえない）、最判昭和46年1月26日民集25巻1号90頁（遺産分割により、相続分を超える持分権を取得した共同相続人は、遺産分割をした共同相続人の持分権を取得した第三者に対し、対抗要件を具備しなければ対抗しえない）などである。

51) その概要に関し、鎌田・前掲（注20）133-150頁、松尾弘「相続と登記」法律時報937号（2003）74-78頁参照。

に帰属するとされた場合、Aはひとまず相続開始時に遡って a の所有権を取得したことになる（909条本文）。しかし、この遺産分割の遡及効によって「第三者の権利を害することはできない」（909条但書）とされる。では、Aの a に対する権利取得は909条但書によってつねにCに劣後するであろうか。

（a）元来遺産分割の遡及効（909条本文）は、遺産価値の実現や取引安全の確保を制約しながら、一部の共同相続人による中間処分を排除し、遺産分配をめぐる共同相続人間の利益を護るという理念（宣言主義）に立脚する。しかし、遺産分割が紛糾し、長期化することも少なくない実情、相続登記が必ずしも正確かつ迅速にされない実情、共同相続人の1人の持分について第三者が権利を取得するという事態の発生、遺産分割前であっても相続財産の財産価値の早期実現への要請、そのための取引安全の確保の必要性等により、遡及効の制限（909条但書）が設けられた（移転主義の観点からの制約）。その結果、遺産分割の遡及効の理念は骨抜きにされ、共同相続人たちの内部関係における効果や便宜をもつにすぎないものになった、との見解がある。この立場によれば、遺産分割の遡及効はそもそも第三者に影響を及ぼしうる趣旨のものではないから、遺産分割前に出現した第三者はもちろん、遺産分割後に登場した第三者にも影響を及ぼさないと解される（遺産分割の遡及効制限説）。したがって、AとCはBから持分権の二重処分を受けた関係になり、AC関係はつねに対抗問題として処理されるとの解釈が成り立つ⁵²⁾。判例も、遺産分割後に現れた第三者Cとの関係につき、「遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずるものではあるが、第三者に対する関係においては、相続人が相続によりいつたん取得した権利につき分割時に新たな変更を生ずるのとは実質上異ならない」から、遺産に属する不動産の分割には177条の適用があり、「分割により相続分と異な

52) 四宮・前掲（注4）33-36頁。もっとも、909条但書は、116条但書や411条但書と異なり、遺産分割の遡及効をあえて制限し、それによってはじめて遡及効が第三者に及ばないことになる点で存在意義があるとされる（これに対し、無権代理行為の追認における本人Bや選択債権の選択における債務者Bは、目的物の所有者であるから、元来処分権をもつとされる。同前39頁）。

る権利を取得した相続人は、その旨の登記を経なければ、分割後に当該不動産につき権利を取得した第三者に対し、自己の権利の取得を対抗することができない」（下線は引用者）とし、対抗問題説に立っている⁵³⁾。また、これを支持する学説も、実質的理由として、①共同相続人にとって、遺産分割の結果を登記することは、相続放棄の結果を登記することよりも容易である、②第三者にとって、遺産分割の有無や内容を調査することは、相続放棄の有無を調査することよりも困難であるといった利益衡量的考慮要因も付加されている⁵⁴⁾。

(b) しかし、宣言主義の理念（909条本文）をできるだけ反映し、A C関係を対抗の法理とは異なる観点から処理しようとする見解も有力化しているように思われる。この立場は、対抗問題説（前述（a））に対する批判として、①BからAへの遺産分割について悪意の第三者も保護されてしまう、②Bの債権者Cが債権者代位によって共同相続登記をし、Bの法定相続分に従った持分権を取得したり差し押さえて登記すればAに優先することになると、たんなる保存行為によって遺産分割の効果を否定する効果まで認める結果となる、③第三者の保護は94条2項・32条1項後段等の各類推適用によって善意者を保護すべきであるなどの点が挙げられる⁵⁵⁾。

(c) 本稿は、一方で、遺産分割が終了してそれに従った権利帰属が行われる

53) その際、判例（最判昭和46年1月26日民集25巻1号90頁）は、相続放棄の遡及効（939条。相続放棄者の持分権を取得した他の共同相続人は、その権利取得を登記なしに第三者〔相続放棄をしなければその共同相続人が取得したはずの持分権を取得したり、差し押さえた債権者等〕に対抗しようとする。最判昭和42年1月20日民集21巻11号16頁）との相違として、①909条但書の存在（939条にはかかる遡及効の制限規定なし）、②相続放棄には期間制限（915条、921条など）があるので遡及効を貫徹しても影響が及ぶ範囲は限定されるが、遺産分割には期間制限がないために、遺産分割前から第三者の出現する可能性が高いなどの点を挙げる。

54) 星野英一「判批」法学協会雑誌90巻2号（1973）409頁、遠藤浩「判批」『家族法判例百選（第3版）』（有斐閣、1980）219頁、品川孝次「判批」『家族法判例百選（第5版）』（有斐閣、1995）199頁、二宮周平『家族法（第2版）』（新世社、2005）374-375頁、川井・前掲（注7）61頁、内田貴『民法Ⅳ 親族・相続（補訂版）』（東京大学出版会、2004）431-432頁。

までの共同相続財産がもつ意味は、共同相続人Aと第三者Cとで同等ではないと解されることから、遺産分割の遡及効（909条本文）の原則に鑑みて、AC関係を対抗関係と把握すべきではないとの立場に立つ。したがって、BからAへの遺産分割について悪意の第三者が、Aが対抗要件を具備する前に、Bの持分権を取得して登記すれば優先することは是認されるべきでない⁵⁶⁾と解する。他方で、暫定的・不確定的なものであれ、Bの持分権を取得した第三者Cは元々の無権利者からの取得者ともいえないことから、第三者の保護を無権利の法理の例外則によって図ることも理論的に整合的でなく、遺産分割の遡及効制限（909条但書）とのバランスをとる必要がある。そこで、AC関係にも権利保護資格の法理を適用し、Cが善意で、Bとの取引の履行段階に入るなどの権利保護資格要件（それは対抗要件に限定されない）を具備した場合に限り、権利取得の保護を認め、そうでない場合は共同相続人Aへの共同相続財産帰属にプライオリティーを認めるべきであろう。

そして、この権利保護資格の法理は、遺産分割の問題にとどまらず、共同相続人間において相続財産を分配するための権利取得と第三者との関係が問題になる様々な局面⁵⁷⁾への拡張可能性をもつものと解される⁵⁸⁾。

（iv）権利保護資格の法理の適用場面（その3）：原権利者の意思に基づく原状回復

物権の原状回復的効果を生じる原因が、予めそのような事態を想定した原権

55) 高木多喜男「判批」法律時報43巻11号（1971）170頁、同「判批」『不動産取引判例百選（第2版）』（有斐閣、1991）67頁、池田・前掲（注3）185-187頁、伊藤昌司『相続法』（有斐閣、2002）336頁・273頁、山野目章夫『物権法（第3版）』（日本評論社、2005）52-53頁、潮見佳男『相続法』（弘文堂、2003）157頁、加藤（雅）・前掲（注5）161頁。なお、浦野由紀子「判批」『不動産取引判例百選（第3版）』（有斐閣、2008）85頁も参照。また、鎌田・前掲（注20）146-149頁は、94条2項の類推適用のほか、対抗問題自体を表見法理の一環として理解する立場から、対抗問題として捉えることを前提にしつつ、背信的悪意者排除論の認定を柔軟に行う方法も示唆する。

56) 909条但書の「第三者」に善意を要求する見解として、有地亨『家族法概論（新版）』（法律文化社、2003）425頁、松尾弘『民法の体系（第4版）』（2005）574頁などがある。

57) 前述④表題直後の①～⑧の各場面。

利者Aの意思またはAとその相手方Bとの合意にあり、かつ想定された事態が生じた場合において、BからAへの権利復帰とBからCへの権利移転が競合したときに、権利帰属をめぐるAC関係はどのようなルールに従って決定されるべきであろうか。

① AからBへの権利移転行為に付された解除条件の成就

例えば、Aが所有地aをBに売却する際に、6か月以内に代金残額を完済しなければ、AからBへの所有権移転が遡ってなかったものとし（127条2項・3項）、その際は土地aの使用利益、その他一定の費用をBがAに支払う旨の解除条件付売買契約を締結し、AがBに土地aを引き渡し、所有権移転登記をしたとする。その後、Bが土地aをCに売却し、代金の一部支払いを受けてCに引き渡したが、移転登記未了の間に、AB間で約定した解除条件が成就した場合、AはCに土地の明渡しを請求しうるか。

(a) 一般に、AからBに解除条件付きで移転した所有権は、解除条件の成就によってただちにBからAへ当然に「所有権の移転または所有権の復帰」（物権の効果）が生じ、それによってBは所有権を当然に失う一方、Aはただちに所有権を回復するから、AのBに対する目的物の返還請求権等は所有権に基づく物権的請求権になると解されている⁵⁹⁾。しかし、AからCへの解除条件付所有権移転後、解除条件成就までの間に、Bがその目的物をCに譲渡（中間処分）した場合、AC関係は対抗問題となり、対抗要件（177条・不動産登記法59条5号「権利の消滅に関する定め」、178条、467条）によって決定されると解されている⁶⁰⁾。

(b) もっとも、対抗問題説にも疑問がないわけではない。例えば、AC関係を対抗関係とみると、①CがAB間における土地aの譲渡契約に遡及効特約

58) 松尾・前掲（注51）77-78頁参照。このような解釈の可能性は、無権利者からの取得者とはいえない第三者Cの保護を、対抗要件でも94条2項の類推適用でもなく、32条1項後段類推適用に求める見解（伊藤・前掲（注55）273頁）に示されているように思われる。水野紀子『「相続させる旨」の遺言の功罪』九貴忠彦編『遺言と遺留分・第1巻・遺言』（日本評論社、2001）173頁もこの方向性を示唆する。

59) 於保不二雄編『注釈民法（4）』（有斐閣、1967）326頁（金山正信）。

のある解除条件が付されていることを知りながら、Bから a を譲り受け、先にBから移転登記を受けてしまえば、その後に解除条件が成就しても、Aへの所有権復帰に優先してCへの所有権帰属が認められることになる。さらには、②CがAB間における土地 a の譲渡契約に付された遡及効特約のある解除条件が成就したことを知りながら、AがBから登記名義を取り戻す前に、BからC名義に移転登記すれば、Aへの所有権復帰に優先してCへの所有権帰属が認められることになる。

しかし、法定解除の場合と同様、少なくとも②の場合にまで悪意のCによる権利取得を保護すべきかは検討の余地があると考えられる。反対に、Cが善意の場合、CがBに代金（の一部）を支払い、または土地 a の引渡しを受けたにもかかわらず、解除条件成就を理由にBからAに登記名義が戻されてしまうと、最早権利保護の余地がなくなってしまうとみることも問題ではなからうか。むしろ、ここでも権利保護資格の法理を適用し、善意かつ取引行為の履行段階に入ったCの権利取得を認めるべきことも検討に値すると思われる。そして、これと同様の考慮は、その他の場合にも成り立ちうる。

② AのBとの特約に基づく買戻し、その他約定解除権の留保等

例えば、Aが所有地 a につきBとの売買契約と同時に買戻しの特約を登記したときは、買戻しの効果は第三者に対しても生じるものとされる（581条1項、

60) 於保編・前掲（注59）328-329頁（金山正信）、我妻＝有泉・前掲（注7）103頁。権利の消滅に関する定めとしては、解除条件付贈与・同賃貸借（昭和39年12月15日民甲3957号局長通達）、期限（終期）付所有権移転（明治32年12月28日民刑2059号局長回答）、受贈者の終身を期限とする終期付贈与（昭和32年9月21日民甲1849号局長回答）、国有財産売払いにおける用途等の指定に反した場合に所有権移転の効力を否定する特約（昭和31年2月9日民甲209号局長通達）などが認められている。ただし、解除条件の成就や期限（終期）の到来によってBの所有権が消滅する場合、所有権は原権利者Aに復帰するとの理解を前提に、AからBへの所有権移転登記の抹消手続ではなく、BからAへの新たな所有権移転登記手続を申請すべきものとするのが実務である（大判大正3年8月24日民録20輯658頁）。したがって、解除条件付譲渡の譲渡人Aは条件成就後、譲受人Bへの所有権移転登記の抹消登記手続を単独で申請することはできず、BからAへの新たな所有権移転登記手続をBと共同申請すべきことになる。

不動産登記法59条・96条)。その他、A B間の所有権移転原因となる契約において約定解除権が留保された場合、さらにはA B間で再売買の予約が行われた場合も、法定解除および解除条件の付款の場合と同様の問題が生じる。すなわち、――

(a) 一方では、A C間を対抗問題と捉えて対抗要件によって処理すべきという考え方が成り立ちうるであろう⁶¹⁾。

(b) しかし、他方では、少なくとも解除権行使後は、そのことについて悪意のCに対しては、Aはたとえ登記を取り戻しておかなくとも、所有権復帰の効果を対抗できると解する余地もあるように思われる。とくに約定解除の原因が法定解除の原因と同様に買主の債務不履行に関わる等、類似の機能を果たす場合、その効果について法定解除の場合と別異に解するときはかえって均衡を失するであろう。

これらは何れも、物権の原状回復的な効果を生じる基礎が当事者の意思表示に存在する場合である。しかし、ここまでくると、それらはA B間における土地aの売買契約が合意解除された場合（A C間は通常は対抗関係と解されている）とほとんど紙一重の相違にすぎないともいえる。

(v) 権利保護資格の法理と他の法理との境界領域

① AからBへの所有権移転原因たる契約の合意解除：対抗の法理との境界領域

例えば、A所有地がBに売り渡され、さらにBからCに売り渡され、「それぞれ所有権を移転し」し、引渡しも行われたが、登記がまだAにある段階で、A B間の契約が合意解除された場合、C（合意解除前に所有権を取得した第三者）

61) 買戻権ないし約定解除権の行使後は、それによってBからAに移転ないし復帰した所有権を登記しておかなければ、その後生じた第三者に対抗できないことになる。例えば、AがBに対して買戻特約付の所有権移転登記をし、その後買戻権を行使した場合、Aは所有権の復帰をも登記（所有権移転登記による。明治32年9月12日民刑1636号局長回答、大判大正5年4月11日民録22輯691頁）しておかなければ、Aの買戻権行使後にBから当該不動産の譲渡を受けて所有権移転登記をした第三者Cに対抗できない（大判大正4年3月24日民録21輯275頁。BがCに抹消登記手続請求し、Aは従参加人の事案）。

はAに所有権取得を主張できるかが問題になった事例がある。

(a) BからAへの所有権移転（復帰）とBからCへの所有権移転が対抗関係に立つとすれば、Cの登場（＝Bからの所有権取得）がA・B間の合意の前か後かにかかわりなく、所有権帰属をめぐるA・C間の優先関係は対抗要件（登記）の先後によって決定すべきことになろう。判例は、合意解除前に登場したCとAの関係が問題になった事案でこのことを認め、それゆえにCはBに代位してAに対して移転登記を請求することはできないとした⁶²⁾。すなわち、まず法定解除につき、「いわゆる遡及効を有する契約の解除が第三者の権利を害することを得ないものであることは民法545条1項但書の明定するところ」であるとする。そして、「合意解約は右にいう契約の解除ではないが、それが契約の時に遡って効力を有する趣旨であるときは右契約解除の場合と別異に考うべき何らの理由もないから、右合意解約についても第三者の権利を害することを得ない」とする。しかし、「右いずれの場合においてもその第三者が本件のように不動産の所有権を取得した場合はその所有権について不動産登記の經由されていることを必要とするものであつて、もし右登記を經由していないときは第三者として保護するを得ないものと解すべきである。けだし右第三者を民法177条にいわゆる第三者の範囲から除外しこれを特に別異に遇すべき何らの理由もないからである」（下線は引用者。以下同じ）とした。ここでは、不動産売買契約の合意解除をした原権利者Aと、合意解除前に不動産所有権を取得した（しかも、代金を支払って引渡しを受けたが、移転登記を得ていなかった）第三者との関係にも545条1項但書のルールが適用されるが、その際第三者は対抗要件の具備を要すると解釈したことが確認できる⁶³⁾。

(b) ところが、差戻控訴審は、一般論としては最高裁判決に従い、「合意による契約の解除はこれにより第三者の権利を害することをえないことは民法第

62) 最判昭和33年6月14日民集12巻9号1449頁（BのAに対する移転登記手続請求のCによる代位およびそれが是認されることを前提とするCのBに対する移転登記手続請求を認めた第1審判決を認容し、A・Bの控訴を棄却した原判決を破棄・差戻し）。

63) 原判決は、545条1項但書の「法意」に従って第三者の権利を擁護した。

545条第1項但書の法意によるも明であるから、A B間の右土地の売買契約が解除せられるに先ち売買により右土地を取得したCの権利は右契約解除により何等の影響を受けることはない」が、「A Bはたとえ右契約解除によりCの権利に影響はないとしてもCにおいて右土地につきその取得登記を経ていない以上Aに対しその所有権を主張するをえない」ことをひとまず是認する。しかし、本件のように「CにおいてBから右土地を買受けながらその取得登記を経ることができなかつたのはAにおいてこれより先右土地をBに売渡しながらBのためその移転登記を経なかつたことによるものである」から、「このような場合にはAはCに対し右土地につき登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有しないものと認むべきである」と解し、結論的に「Cは右土地につきその取得登記を経ていなくてもなおAに対しその所有権を主張することができる」⁶⁴⁾とした。ここでは、A C間関係は(A Bの合意解除前に) A→B→Cという転々譲渡における前々主と後主との関係にあったから、CはAに登記なしに権利取得を対抗しうるとの解釈法理がとられているとも解しうる⁶⁵⁾。いずれにせよ、本判決は、合意解除の事案において、原権利者Aと第三者Cとの関係には545条1項但書が準用(またはその法意が適用)される一方で、A C関係は対抗関係ではないと解する可能性を示唆した点で重要である。

(c) 本稿では、法定解除から、解除条件付所有権移転の合意、買戻し特約、その他の約定解除権の留保、再売買の予約を経て、合意解除へと、物権の原状回復の効果の発生根拠がより多く当事者の意思に存在する場合を通じて、原権利者Aへの権利復帰とその相手方Bと取引引した第三者Cへの権利移転との優劣は、第三者の登場時期(A B間の原状回復の前か後か)にかかわらず、法定解除の場合に関する私見に準じ、権利保護資格の法理によって解決されるべきものと解する。なぜなら、たとえもっぱら当事者間の契約に基づくA B間の合意

64) 東京高判昭和30年10月13日民集12巻9号1467頁。

65) 不動産の譲受人Cは譲渡人Bの前(々)主Aに対しては登記なしに所有権取得を主張しうる(いまだ登記名義をもつAに対して移転登記手続を請求しうる)。最判昭和39年2月13日判タ160号71頁。

解除による原状回復であれ、それが法定解除と同様の機能を果たす余地がある以上、B A・B C関係をたんなる対抗関係とみて、Cの悪意（合意解除がされた事実についての認識）を不問に付す一方で、Cが保護されるために対抗要件の具備まで要求する（対抗の法理の適用による解決）よりも、Cが合意解除の事実について善意で、かつBとの取引の履行段階に入っていれば、権利取得の保護を認める方が、個別事案におけるA C関係の実態に適合的な権利帰属の決定を可能にすると解されるからである。

② A B間の所有権移転原因たる法律行為が無効の場合：無権利の法理との境界領域

所有権がA→B→Cと移転する過程でA B間の所有権移転原因が意思表示の取消しや契約の解除によって失効した場合のA C間の権利帰属決定ルールは⁶⁶⁾、A B間の権利移転原因たる法律行為が無効だった場合にも拡張可能であろうか。

(a) これについてはすでに、A B間の法律行為の「無効」も、A B間の取引行為の「不存在」とは異なり、何らかの行為が存在した以上、その原状回復を目的とする物権の「復帰」（復帰的物権変動）を観念しうるから、取消し・解除の場合と同様に取り扱いうることを示唆する見方もある。例えば、A所有地 α をBに売却する旨の売買契約が締結され、 α の引渡し、移転登記、代金支払等がされている場合は、たとえ売買契約が「無効」であっても「不存在」とは異なり、契約およびそれに基づく履行という事実が存在した以上、AからBへの α の所有権移転プロセスが「すでにある程度は進行しはじめて」いたとみる。そのプロセスの途中でAから売買の無効の主張があった場合は、BからAへの α の返還、登記回復、代金払戻し等が完了することによってBからAへの「所有権の復帰的変動が完了」し、 α が「完全に」Aの所有に復帰すると解釈する。その結果、Aが無効原因の存在を知り、かつそれを主張しうる状態になった時点（無効主張可能時）以降に登場した第三者CとAとの関係は、「取消や解除の

66) 前述 (ii) ①・②。

場合と同じく、対抗問題として」処理しうるとされる⁶⁷⁾。

この見解は、①意思能力の欠如を理由とする無効は、「表意者本人の保護を目的とする制度」であるから、表意者側からの無効主張しか認めるべきでなく（いわゆる相対的無効）、（行為無能力）取消しと同様に取り扱いうるとする⁶⁸⁾。また、②錯誤も伝統的意思教説（Willensdogma）によれば意思の欠缺であるが、1)「意思教説から離れ、関係者間の利益を衡量してみると」、詐欺・強迫によって「自己の本来の意図から逸脱した意思表示をした者」と、「他からなんらの圧力も加えられなかったのに自分だけで誤って真意から逸脱した者」では、「むしろ、前者をこそより強く保護すべき」との価値判断すら成立可能であるから、錯誤は詐欺・強迫取消しと平等に扱うべきとされる⁶⁹⁾。このほか、詐欺・強迫取消しと錯誤無効とが「近い」理由として、2) 錯誤無効は表意者側が無効主張をしない場合は相手方や第三者の側から主張できない（相対的無効）であること、3) 表意者自身に重過失がある場合は無効主張ができず、何時でも・誰でも法律行為の効力を否定できる「無効」とは異なること、4) ドイツ民法（199条1項）等でも錯誤の効果は取消しとされていることなどが挙げられる⁷⁰⁾。これに対し、③虚偽表示の無効は、「絶対的無効と取消との中間に存在する」とされる。しかし、ここでも、表意者—相手方間における秘匿行為に基づく合意の履行としての相手方から表意者への復歸的物権変動と相手方—第三者間の転売による物権変動とが二重譲渡の關係に立ち、「対抗問題が生ずる」とみる。したがって、第三者は94条2項または177条の何れかを援用して所有権を確保しうるとする。この場合、第三者は177条によれば登記が必要であるが、94条2項によるときも「いわゆる権利保護資格要件としての意味」をもつ登記が要

67) 鈴木・前掲（注1）140-142頁。

68) そのうえで、この立場によれば、原権利者は基準時＝原権利者が「契約の無効を主張しうるに至った時点」以前に登場した第三者に対しては原則として目的物の所有権が自己に帰属すること（復歸）を主張しうるが、基準時後に登場した第三者とは「対抗關係」に立つとされる。鈴木・前掲（注1）140-142頁。

69) 鈴木・前掲（注1）131-133頁。

70) 幾代・前掲（注38）275-276頁、鈴木・前掲（注1）133頁。

求されるとする⁷¹⁾。

さらに、④公序良俗違反または強行法規違反の契約に基づいて目的物の引渡し、不動産の登記等が行われた場合も、原権利者が相手方に対して占有、登記名義の返還等を求める「給付不当利得返還といういわゆる復歸的物権変動のプロセスとしての占有や登記等の回復の完了」により、原権利者は目的物の所有権を完全に回復するとみる。したがって、相手方から権利者への「復歸的物権変動」と相手方から第三者への物権変動が「一種の二重譲渡のごとき対抗の関係」に立ち、結局原権利者の登記回復と第三者への移転登記（なお、708条参照）の何れが先に行われるかで「両者の権利の優劣が決せられる」とみる⁷²⁾。

このように広範な意味の「復歸的物権変動」概念を承認する立場は、権利保護資格の法理、無権利の法理および対抗の法理を融合的・統一的に捉え、結果的には対抗の法理の適用範囲を拡大する傾向にあるように思われる⁷³⁾。したがって、意思能力の欠如、錯誤等、その他の理由による無効の場合も、（無効主張可能時以降に登場した）第三者の保護は、対抗の法理によって図られることになる。

(b) このように様々な原因による無効の効果を広く取消し・解除に近いものとして捉えてゆく傾向に対しては、場面をより限定して、意思能力の欠如や錯誤のように表意者の私的事由に基づく無効の場合については、その効果主張者の制限（表意者側からのみ主張できるという意味での「相対的無効」）や表意者が主張してはじめて法律行為が失効する点（「取消的無効」）に鑑みて、実質的に取消しと同様に解釈する傾向も拡大している⁷⁴⁾。その結果、さらに進んで、

71) 鈴木・前掲（注1）133-135頁。

72) 鈴木・前掲（注1）135-139頁。

73) 実際この立場は、「契約（法律行為）の無効・取消・解除の三制度は、『契約の失効』とでもいうべき上位概念によって統括されるべき」とする（鈴木・前掲〔注1〕146頁）。

74) 幾代・前掲（注38）59頁・276頁・418頁、内田・前掲（注38）75頁、近江・前掲（注38）218-223頁、平野・前掲（注38）260頁以下、とくに288-289頁。取消しと同様に扱うことにより、追認（122条～125条）や期間制限（126条）の規定を類推適用する可能性も開かれる。

第三者保護の法理としても、詐欺取消しに関する96条3項の類推適用を肯定する見解がある⁷⁵⁾。

(c) これに対し、本稿は、無効と取消し・解除とを主としてその効果面の類似性にのみ着目して融合的に捉えようとする解釈方法には慎重であるべきであり、可能な限りその区別をなお維持すべきであると解する⁷⁶⁾。その根拠は、両者を融合的に解釈することが、法律行為制度の根幹にある意思主義および私的自治の原理に相容れない面をもつと考えるからである。第1に、法律行為ないし意思表示の原理に従った「権利」の移転、その他の権利変動によって法律関係を定義し、説明する以上、意思ドグマとの批判は免れないかも知れないが、意思能力を欠いた表示が権利移転効果をもつと解することは困難であり⁷⁷⁾、意思能力の欠如の効果を取消し（ひとまず有効な権利移転が発生する）と同視することは困難である⁷⁸⁾。第2に、錯誤についても、意思の欠缺（不存在）のケースでは権利変動の発生を説明することは困難であり、動機錯誤を顧慮すべきこ

75) 幾代・前掲（注38）277頁、内田・前掲（注26）『民法I』86頁、鈴木祿弥『民法総則（2訂版）』（創文社、2003）144頁、近江・前掲（注38）223頁、平野・前掲（注38）291頁。すでに、我妻・前掲（注38）303-304頁は、買主の詐欺によって錯誤に陥り、不動産を売った者は、善意の転得者が移転登記までしても、詐欺取消しは主張できないにもかかわらず（96条3項）、錯誤を主張すれば取り戻しうる（大判大正11年3月22日民集1巻115頁）点を問題視し、「この不都合を避けるために、詐欺に関する第三者保護規定の趣旨は、同じく表意者の保護を目的とする錯誤の主張をも制限すると解釈することができないものであろうか」としていた。

76) すでに、94条2項の類推適用については、この観点から取り扱った前述4（1）（i）・（ii）（慶應法学10号〔2008〕389-390頁、392-404頁）。

77) このことは、意思能力を欠く者が日常生活に必要な取引を行いうることを否定するものではない。成年被後見人の場合（9条但書）に限らず、本人の便宜のための一種の目的論的解釈によって可能であると解する。同様の理由で、意思能力の欠如を理由とする無効と制限行為能力を理由とする取消しとの二重効を否定するものでもない。なお、熊谷士郎『意思無能力法理の再検討』（有信堂、2003）349-367頁は「意思無能力法理」の根拠として、①「行為の不存在」とみうる場合、②「私的自治の正当性保障機能を維持するために、一定の者を排除」すべき場合、③「判断能力の低下した者」を保護すべき場合を識別し、各々の根拠に応じた判断枠組を探る。このうち、私的自治との関連は②で考慮されている。もっとも、それは①の場合をも当然に含む趣旨と解しうるであろうか。

とが⁷⁹⁾、意思欠缺類型の存在やその意義を全体として看過してよい理由にはならないと考える。第3に、法律行為の内容の不確定や合意の不成立、実現不可能、不適法、社会的妥当性の欠如の場合も権利変動の発生自体が承認されない場合があるが、それは権利概念を用いて私人間の法律関係を処理する法システムを採用することの当然の帰結である。その結果、①A B間の権利移転原因たる法律行為が意思能力の欠如・錯誤・心裡留保（相手方が悪意または有過失）・虚偽表示等の意思の欠缺（不存在）、および②法律行為の内容の不確定・実現不可能・強行法規違反・公序良俗違反等を理由に無効の場合、AからBへの権利移転は発生せず（権利移転の不発生）、Cは元々の無権利者Bと取り引きした第三者であるから、その保護法理は、原則として、無権利の法理の例外則によるものと解する。

例えば、意思能力の欠如および錯誤の場合には、第三者保護は無権利の法理の例外則（94条2項の類推適用など）によるべきと解する⁸⁰⁾。なぜなら、権利移転効果が発生しているかどうかという問題と、無効や取消しを主張しうる者の範囲や期間制限の問題とは、関連しつつも別問題であり、権利移転の効果を発生させる意思を欠く意思能力の欠如や錯誤の場合、なお権利は表意者の下にとどまっていると解すべきであり、第三者の保護は基本的に94条2項の類推適用によるべきであろう。その際に問題となる、表意者の帰責事由としては、①表意者が無効を主張しうるのに主張しないまま放置したという場合だけでなく、②すでに意思表示の時点で錯誤者に過失がある場合は帰責事由に該当するものとして、基本的に94条2項を類推適用すべきである。他方、意思能力を欠く者の帰責性は弱いものと解される。こうして、第三者（善意を要する）と表意者

78) 意思能力の欠如の場合に取消しの関連規定（20条、121条、126条など）を類推適用することに対しては慎重な見解もある。川井・前掲（注38）21-22頁、須永醇『新訂民法総則要論』（勁草書房、1997）243頁。

79) 動機の錯誤の場合にも相手方の認識または認識可能性を要件に無効主張を認めること自体は、目的論的解釈によって十分可能であると解する。

80) 四宮＝能見・前掲（注39）199頁、川井・前掲（注38）180-181頁、石田（稜）・前掲（注38）351頁。

側の落ち度（帰責性）を要件判断に取り込み、権利帰属を争う表意者と第三者との主観・客観事情の比較を可能にする点で、規範構造としても94条2項の類推適用の方が相応しいと考えられる⁸¹⁾。

また、錯誤の場合にも96条3項を類推適用しないとバランスを失すとの見方に関しては、①錯誤の場合は詐欺の場合に要求されない要素の錯誤の要件を満たしており、矛盾とはいえない。さらに、②自分勝手に勘違いした錯誤者よりも他人の欺罔行為にあって騙された被詐欺者の方が保護の要請が強いはずであるから96条3項を類推適用しないとアンバランスであるとの論拠⁸²⁾ に対しては、権利移転の効果発生の際の障害根拠としての意思の欠缺（不存在）とそれに対する非難可能性はやはり別問題であり、権利移転効果に対する意思が欠けている以上は、それが病気や精神的な障害によるものであれ、詐欺や強度の強迫によるものであれ、自己の不注意によるものであれ、権利移転自体を認めることは困難であろう。他方、その効果を主張して原状回復を請求したり、責任を免れるかどうかは表意者の帰責事由に従って判断すべきであり、錯誤の場合における表意者の重過失（錯誤主張を否定。95条但書）や94条2項の類推適用はまさにこの点を問題にするものにほかならない⁸³⁾。このように、錯誤無効の場合における表意者と第三者との権利帰属の決定基準として94条2項を類推適用することは、①法律行為に基づく権利移転は表意者の意思表示によって始めて生じるとの原則に従っていること、および②錯誤に陥って表示をした者はそれを信じたために不利益を受ける者に対して帰責性を問われるべきことの両面に

81) この場合、表意者の過失については、表意者側に主張・立証責任がある（表意者＝錯誤無効の主張者が、再抗弁で、錯誤に陥ったことにつき自己に過失がなかったことを主張・立証すべき）と解される。無権利の法理の例外則、とくに94条2項の類推適用による権利取得要件の主張・立証責任については、前述4（2）（ii）（慶應法学10号〔2008〕436-445頁、とくに445頁）参照。

82) 内田・前掲（注26）『民法I』86頁、平野・前掲（注38）291頁。

83) 「意思の欠缺（不存在）」の概念やそれと意思表示の瑕疵との区別については批判が強いが（鈴木・前掲〔注1〕132頁、内田・前掲〔注26〕『民法I』78-79頁など）、理論的にはなお維持可能であるし、維持すべきと考える。

において、私的自治の基本原則に適合していると解する。

（２） 第三者保護の要件

（い） 権利保護資格要件の内容

① 権利者からの権利取得行為

以上に検討したように⁸⁴⁾、第三者の権利保護資格要件の特色は、現行民法規定では96条3項、545条1項但書、116条但書、909条但書における「第三者」の権利取得に典型的にみられるように、①権利者たる前主からの、②権利取得行為の効果を、③瑕疵ある権利移転の原権利者への権利復帰（96条1項・121条本文、545条1項）や法律の規定による権利移転の遡及効（116条本文、909条本文）を阻止して確定させるための要件に見出される。したがって、まず、無権利者Bと取り引きした相手方Cの保護には適用されない。

また、第三者Cが権利者Bと取り引きした場合であっても、権利変動がまだ生じていない段階からCを保護するものではない。したがって、例えば、Aが所有地aをBの詐欺（当初から代金を支払う積もりがないにもかかわらず、一括して支払うと欺罔した）によってBに売却する旨の売買契約（所有権移転時期は代金支払時と約定）を締結したが、約定期日までに代金支払をしないうまま、BがAから預かった登記手続書類、印鑑証明書等を濫用してBに移転登記し、第三者Cに転売・移転登記した場合、AB間ではいまだ権利移転が生じていないから、AがBとの売買契約を取り消し、または解除し、Cに対して抹消登記（または真正な登記名義の回復を原因とする移転登記）手続を請求した場合、Cはたとえ善意であっても96条3項、545条1項但書によっては保護されないと解される⁸⁵⁾。

84) とりわけ、前述（1）（ii）～（v）。

85) これに類するものとして、最判平成15年6月13日判時1831号99頁・判タ1128号370頁（Bの詐欺を理由とする取消しおよびBの代金支払債務の不履行を理由とする解除も成立可能な事案）参照。

② 第三者の主観的態様

つぎに、権利保護資格要件は、瑕疵ある権利移転の原権利者への権利復帰や遡及的権利移転を阻止して第三者の権利取得を優先させることを正当化するものであるから、第三者にはそうした原権利者の事情についての善意を要求すると解すべきである（96条3項はその1つの現れと解しうる）。したがって、瑕疵ある権利移転の原権利者への権利復帰や遡及的権利移転の存在を認識している第三者（例えば、意思表示が取り消されたこと、契約解除がされたこと、無権代理行為が追認されたこと、遺産分割が行われたこと、相手方から原権利者への権利回復原因が効力を生じたことを知る第三者）は、権利保護資格要件を満たさないと解する。

③ 対抗要件の要否

さらに、権利保護資格要件は、瑕疵ある権利移転の原権利者への権利復帰や遡及的移転を阻止して第三者の権利取得を優先しうる利益衡量上の要件として、対抗要件に限る必要はないが、不動産登記、動産引渡しのほか、不動産の引渡し、仮登記（不動産登記法108条⁸⁶⁾、代金の授受等、第三者がその前主との取引行為の履行段階に入っていることを要求すると解すべきである⁸⁷⁾。なぜなら、①第三者（善意）がまだ履行段階になければ、原権利者への権利復帰等を優先させても、第三者の権利保護を大きく犠牲にすることはないと解されるからである⁸⁸⁾。また、②権利保護資格の法理が適用される事案類型では、第三者が履行段階に入っていない時点では、原権利者（たとえこの者がまだ対抗要件等を回復していなくとも）への権利復帰にプライオリティを認めるべきとの価値判断が働くと解されるからである。

（ii）主張・立証責任

権利保護資格要件は、第三者がそれを具備した場合に、原権利者への権利復

86) この場合、第三者は所有権（1号仮登記の場合）または所有権移転請求権（2号仮登記の場合）をすでに取得していると解される。

87) これは基本的に履行の着手（557条1項参照）と同程度の要件と解してよいであろう。

88) この段階では、まだ第三者Cが権利取得していない場合も少なくないと解される。

帰や法律上の遡及的権利移転を阻止しうる要件であるから、基本的に第三者が主張・立証責任を負うと解すべきである。

① AによるBへの意思表示の取消しの場合

例えば、Aが所有地 *a* をBに売却・譲渡して移転登記を済ませ、Bは *a* をCに転売・譲渡し、代金の一部支払いを受けて *a* をCに引き渡したが、AがBへの売却の意思表示をBの詐欺を理由に取り消したとする。AがCに対して *a* の返還を請求する場合、Aは【請求原因】で、①Aが *a* をもと所有していたこと、②Cが *a* を占有することを主張・立証しうる。Cは【抗弁】で、③AとBが *a* の売買契約を締結したことを主張・立証しうる（所有権喪失の抗弁）。Aは【再抗弁】で、④A B間の売りに取消原因があること、⑤AがBに対して取消しの意思表示をしたことを主張・立証しうる。問題はCの【再々抗弁】であるが、第三者の登場時期が取消前の場合（取消しの遡及効とその制限規範〔96条3項〕が適用）と取消後の場合（177条・178条の対抗問題とみる）とで適用規範および実体要件を区別する判例・学説（通説とされる）によれば⁸⁹⁾、Cの登場がAの取消前であればCは第三者保護規定（96条3項）によってのみ保護されるから、Cの【再々抗弁】は、(a-1) ⑥BとCが *a* の売買契約を締結したこと、⑦⑥B C間売買契約が⑤Aによる取消しの意思表示に先立つこと、⑧A B間売買契約がBの詐欺に基づくことについてCが善意であることを主張・立証することになる。これに対し、第三者の登場時期が取消後の場合、Cの【再々抗弁】は、(a-2) ⑥BとCが *a* の売買契約を締結したことの主張・立証と、⑦Aが対抗要件を具備するまではAによる *a* の所有権取得を認めない旨の主張となる。その際、これに加えて、⑥のB C間売買が⑤のAによる取消しの後であることをも要件とすると、両者の先後関係が不明の場合はCの再々抗弁が認められずに酷な結果

89) 大判昭和17年9月30日民集21巻911頁、最判昭和32年6月7日民集11巻6号999頁。なお、遠藤浩ほか監修『民法注解 財産法・第2巻・物権法』（青林書院、1997）95頁（北山元章）参照。また、取消後、有効に登記を除去しうる状態の到来した時点までに現れた第三者には96条3項を適用し、それ以後に現れた第三者は94条2項の類推適用によって保護されるとの見解もある（遠藤ほか監修・同前441頁〔三宅弘人〕参照）。

になる（この点は、(a-1) ⑦についても同じ）。それを回避するためには、⑤・⑥の先後関係に関する主張・立証を要件から外す必要がある⁹⁰⁾。しかし、そうなれば結局Cは出現時期が取消前か取消後かを問わず、通常は主張・立証がより容易な再々抗弁 [a-2] を主張することになろう⁹¹⁾。ところが、それだと詐欺取消の原因について悪意のCもつねに権利取得が認められて保護され、民法96条3項の規範性を維持することができない。これは、第三者の出現が取消し意思表示の前か後かで適用規範を分けようとする実体要件論が要件事実論のレベルでは貫徹され難いこと示している⁹²⁾。さらに、判例・通説によれば、Cが取消後に出現した場合、Cが善意で、かつaの引渡しを受ける等の履行に着手していたとしても、その後Aが登記（対抗要件）を回復すればCは権利保護を受けられないことになり、CにとってはBとの取引がAの取消しの前か後かという自ら与り知らない偶然の事情に左右されることになり、妥当でない。

これに対し、本稿の立場としては、第三者の出現時期が詐欺取消しの前か後かを問わず、96条3項を適用すべきものと解することから、以上の難点を克服しようと考えられる。すなわち、Cの【再々抗弁】は、(b) ⑥BとCがaの売買契約を締結したこと、⑦Cが④の取消原因および⑤の取消し的事实を知らなかったこと（善意）、⑧Bとの契約に基づいてaの引渡しを受けて履行に着手していることの主張・立証となる⁹³⁾。こうして、Cは自ら権利保護資格要件の具備を主張・立証すべきである。

なお、Aの取消原因がBの強迫による場合は、Cは【再々抗弁】でBの強迫およびそれに基づくAの取消しについて善意であり、かつ過失がなかったこと

90) 遠藤ほか監修・前掲（注89）96-97頁（北山元章）。

91) 遠藤ほか監修・前掲（注89）96頁（北山元章）。

92) なお、B C間売買とAの取消しとの先後関係不明の場合、Cは(a-1)・(a-2)の再々抗弁を「選択的または予備的に主張するという事実上の方策」によって対処できるので、(a-2)の再々抗弁の要件事実には、B C間売買がAによる取消後であることの主張・立証も含まれるとの見解もある。遠藤ほか監修・前掲（注89）97-98頁（北山元章）参照。

93) 松尾弘「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』（商事法務、2005）221-223頁。

を基礎づける事実も主張・立証すべきものと解する（96条3項の「法意」ないし「趣旨」に依拠した体系的解釈に基づく。前述（1）（ii）①末尾、前掲注21該当本文参照）。

また、Aの取消原因がAの制限行為能力による場合は、Cの【再々抗弁】は⑥BとCがaの売買契約を締結したこと、⑦Cが取消原因および取消しの事実を知らなかったこと（善意）、⑧⑥のBC間売買が⑤のAによる取消しの後であることの主張・立証と、⑨Aが対抗要件を具備するまではAによるaの所有権取得を認めない旨の主張となろう。

② AによるBとの契約解除の場合

例えば、Aが所有地aをBに売却・譲渡して移転登記を済ませ、BはaをCに転売・譲渡し、代金の一部支払いを受けてaを引き渡したが、Bが約定期日までに代金を支払わなかったことを理由にAが売買契約を解除したとする。AがCに対してaの返還を請求する場合、Aは【請求原因】で、①Aがaをもと所有していたこと、②現在はaをBが占有していることを主張・立証しうる。これに対し、Cは【抗弁】として、③AとBがaの売買契約を締結したことを主張・立証しうる（所有権喪失の抗弁）。これに対し、Aは【再抗弁】で、④AB間の売買がBの債務不履行によって解除されたことを主張・立証したとする。ここでも問題はCの【再々抗弁】である。契約解除によって「第三者の権利を害することはできない」（545条1項但書）が、(a) この場合におけるBA・BC関係を対抗関係と解する見解によれば（判例は解除前に現れた第三者⁹⁴⁾も、解除後に現れた第三者⁹⁵⁾も、解除者と対抗関係に立つと捉えているとの解釈がある⁹⁶⁾）、BC間の売買・譲渡がAによる契約解除の前か後かを問わず、対抗の法理が適用される。その結果、CはBC間の売買がAB間の契約解除に先立つことを主張・立証する必要はなく、⑤BとCがaの売買契約を締結したことを主張・立

94) 大判大正10年5月17日民録27輯929頁、最判昭和33年6月14日民集12巻9号1449頁、最判昭和58年7月5日裁民139号259頁など。

95) 最判昭和35年11月29日民集14巻13号2869頁など。

96) 司法研修所編『改訂紛争類型別の要件事実』（法曹会、2006）120-121頁。

証し、かつ⑥Aが対抗要件（登記）を具備するまではAへの所有権帰属を認めない、との権利主張をすることができる。この【再々抗弁】⁹⁷⁾は、権利抗弁であると解される。また、Cが対抗要件（登記）まで具備している場合は、⑥の対抗要件の抗弁に代えて、⑥'Cが対抗要件（登記）を具備したことを主張・立証することができる（所有権喪失の抗弁）。

しかし、(b) 本稿の立場では、契約解除においても、詐欺取消による第三者保護の場合と同様⁹⁸⁾、債務不履行解除（541条～543条）にせよ、約定解除権の留保（557条、579条など）にせよ、瑕疵担保解除（561条～570条）にせよ、解除権者Aと第三者Cとの間では、相手方Bから解除権者Aへの権利復帰が問題となっているゆえに、その他の条件がまったく同じであれば、対抗の法理とも無権利の法理とも異なり、どちらかといえば解除権者Aへの権利復帰にプライオリティーを見出し、第三者Cは権利保護資格要件を備えた場合にのみ保護される、と解釈することが可能であろう⁹⁹⁾。この立場によれば、第三者Cは登記・引渡し・代金支払などの履行に着手し、第三者としての権利保護に値するだけの利害関係を築いていることを要する。この場合、Cの【(再々) 抗弁】は、⑤BとCがaの売買契約を締結したことに加え、⑥"CがAの解除について善意で、かつ登記・引渡し・代金支払などの履行に着手しており、第三者として

97) あるいはCによるAB間売買の抗弁③、Aによる契約解除の再抗弁④を前提とする【予備的抗弁】。司法研修所編・前掲（注96）122頁。

98) 詐欺取消しにおいても、詐欺を受けた表意者に不注意があったことは否定できない。

99) この点に、対抗の法理とも無権利の法理の例外則とも異なるものとしての権利保護資格の法理の特色があるといえよう。これに対し、武川・前掲（注36）68頁・73～74頁は、対抗問題説を批判する点では本稿と認識を共有しつつ、解除で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しており、解除権者がかかる原則を覆す事情を示してはじめて解除の効果を対抗しうるとみて、①両者が未登記の場合は第三取得者が保護されること、②解除権者が第三者の悪意を立証することによって解除の効果を対抗しうるとみて、本稿とは対照的な解釈を提示する。しかし、本稿は、契約解除法理では、仮に事情が同等であれば、本来は原権利者に所有権を戻すべきとの価値判断があり、それゆえにこそ解除の事実について悪意の第三者は保護に値しない（第三者は解除について善意であることを要する）との実体要件が根拠づけられるものと解する。

保護に値する利害関係を形成していることを主張・立証する必要がある¹⁰⁰⁾。

③ XのしたAへの無権代理行為のBによる追認の場合

例えば、B所有地aについて無権代理人XがBを無権代理してAに売却する旨の契約を締結し、登記名義もBからAに移転したとする。その後、Bが土地aをCに売却し、代金の一部支払いを受けてCに引渡しをする一方で、XA間の無権代理行為を追認した。AがCに土地aの明渡請求をする場合、【請求原因】では、①Bが②の売買契約当時土地aを所有していたこと、②XA間で土地aの売買契約を締結し、移転登記をしたこと、③Xは②の際にBのためにすることを示したこと、④BはAに対し、②のXの行為を追認したこと、⑤Cが土地aを占有していることを主張・立証する。Cは請求原因①・⑤を認め、②・③・④は知らないとし、【抗弁】で、⑥BがCに土地aを売却したこと、⑦Cは⑥の際にAの登記はXの無権代理行為によるもので無効であると知らされており、それを信じ、代金の一部を支払って引渡しも受けていることを主張・立証しうる。

他方、CがAに対し、BA間の所有権移転登記の抹消登記手続請求（または真正な登記名義の回復を原因とする移転登記手続請求）をすることも考えられる。その場合、Cは【請求原因】で、①Bが②の売買契約当時土地aを所有していたこと、②BC間で土地aの売買契約を締結したこと、③土地aについてA名義の所有権移転登記が存在することを主張・立証する。Aは①・③を認め、②は知らないとし、【抗弁】で、④XA間で土地aの売買契約を締結し、移転登記をしたこと、⑤Xは④の際にBのためにすることを示したこと、⑥BはAに対し、④のXの行為を追認したことを主張・立証する。これに対し、Cは④を認め、⑤・⑥は知らないとし、【再抗弁】で、⑦Cは⑥の際にAの登記はXの

100) 契約解除後の第三者が保護されるためには善意を要求すべきであるとの解釈として、前掲注36参照。さらに、解除前の第三者にも、解除原因についての善意を権利保護資格要件として要求することが理論的に不可能なわけではない。しかし、①545条1項但書では第三者の善意が要求されていないこと、②解除原因があっても解除されるべきものとは限らないこと、③解除原因であるBの債務不履行はAが想定して負担すべきリスクであることから、解除前の第三者には善意を要求すべきではないと考える。

無権代理行為によるもので無効であると知らされており、それを信じ、代金の一部を支払って引渡しも受けていることを主張・立証しうる。

④ BによるAへの遺産分割の場合

例えば、被相続人Pの共同相続人Bが、相続財産に属する土地aについて共同相続登記をし、Bの相続分に応じた持分権をCに譲渡して移転登記する一方、A B間の遺産分割協議によってaが共同相続人Aに帰属するとされたことから、AがCに対してBからの持分権取得登記の抹消登記手続を請求したとする。Aは【請求原因】で、①Pがaを所有していたこと、②Pが死亡したこと、③AとBはPの子であること、④A B間でaをAに帰属させる旨の遺産分割協議が成立したこと、⑤aについてBからCへの持分権移転登記が存在することを主張・立証しうる。Cは①・②・⑤を認め、【抗弁】で、⑥CはBからaの持分権の譲渡を受け、⑦Cは⑥の際にA B間の遺産分割を知らず、代金を支払って履行に着手していることを主張・立証しうる。

以上のように、第三者の権利保護資格要件の具備は、基本的に第三者の側で主張・立証すべきことが確認されよう。

(3) 第三者保護の効果

(i) 第三者への権利帰属の確定

本稿の立場では、権保護資格要件の法理の適用場面のうち、①AからBへの権利移転原因に瑕疵がある場合は、Aによる意思表示の取消しの効果について遡及効制限説を、同じく契約解除の効果について債権の効果説をとるゆえに、第三者Cは権利者Bからの取得者となる。また、②BからAへの遡及的権利移転の場合には遡及効の制限規定（116条但書、411条但書、909条但書）により、③AとBの合意に基づく原状回復はいったんBに移転した権利についてBと復帰を合意するものであるから、Bは終始無権利者とはならず、第三者Cも権利者Bからの取得者とみうる。こうして、第三者の権利保護資格要件の適用場面の何れにおいても、第三者の権利取得は権利者からの承継取得とみることができ

（ii）原権利者への権利復帰の否定

その一方で、第三者が権利帰属をめぐって争う相手方の原権利者の請求の根拠となる権利は何か。これについては、A B間の権利移転原因に瑕疵がある場合に、Aによる意思表示の取消しまたは契約解除により、物権変動の遡及的消滅が生じると解すれば、AからBへの所有権移転原因たるAの意思表示の取消しまたはA B間の契約の解除により、Aには物権的請求権（所有権に基づく返還請求権）が発生することになる。

実際、(a) 遡及効を肯定する見解は、そのことを認める。もっとも、その認め方は多様である。(a-1) AのBに対する意思表示の取消しにより、所有権がAからBに移転しなかったとみる見解によれば、Aは目的物を占有するCに対し、Cの占有が法律上の原因を欠くことを理由とする不当利得に基づく返還請求権および当初からAに帰属していたことになる所有権に基づく返還請求権の双方が発生することを認める。もっとも、両者の請求権規範の統合調整が可能であり、その結果として生じる現実的請求権は、所有権に基づく返還請求権規範の作用により、消滅時効に服しないとみる¹⁰¹⁾。

(a-2) 他方、原権利者は所有権移転原因たる意思表示ないし法律行為の取消し・解除・無効の主張により、完全に回復した所有権に基づいて請求するのではなく、物権回復プロセスの開始根拠となるかぎりでの所有権を取得し、それによって目的物の占有・登記・代金等を全部清算することによってはじめて物権が完全に復帰するとみる見解もある。それによれば、解除のほか取消し（さらには無効）の結果として原権利者は給付不当利得の返還請求権を取得する¹⁰²⁾。それは、履行不能の場合には権利に代わる価格賠償義務を発生させる一方で、消滅時効に服する¹⁰³⁾。

しかし、(b) 意思表示の取消しでも契約解除でも、物権変動の遡及的消滅

101) 四宮・前掲（注4）163-171頁。

102) 鈴木・前掲（注1）81頁、86頁、96頁。

103) 鈴木祿弥『物権法の研究』（創文社、1976）224-225頁。もっとも、物権的請求権との調整・統合も志向する。同前227-228頁参照。

を否定する本稿の立場からは、取消しおよび契約解除によって原権利者Aが取得する権利は、相手方Bに対して原状回復を求める債権的請求権であると解する。このような解釈は、物権変動の意思主義および有因・無因主義の理解とも関連する。すなわち、いやしくもいったん行われた権利移転は、たとえ権利移転の原因行為に瑕疵があったとしても、意思表示の取消しや契約解除という当事者の意思表示のみにより、あたかも鉛筆の跡を消しゴムで消すかのように簡単に消し去ることはできないものと解すべきではなからうか。なぜなら、たとえ物権変動の意思主義の下においても、いったん行われた《権利移転》は、最早たんに当事者間のみの合意とその対抗の問題ではなく、権利移転というそれ自体独立した社会的事象になっていると解されるからである。

ただし、第三者Cが権利保護資格要件を欠く場合は、CのBからの所有権取得を否定しうるから、AはBから回復した所有権を根拠にして、目的物を占有するCに対して返還請求しうるものと解する。

6 第三者保護法理の体系化に向けて——むすびに代えて——

(1) 第三者保護法理の基本類型

以上の考察により、物権変動のプロセスにおいて同一の権利の帰属をめぐる紛争が生じる主要な形態（それらは物権変動の基本態様ともいえる）として、①元々の権利者から競合的に権利取得した者が承継取得の優劣を争う対抗問題と、②元々の無権利者と取り引きした者の権利取得と真の権利者の権利喪失が問題になる無権利者からの取得の間に、③潜在的な権利復帰原因等をもつゆえに元々の完全な権利者とも無権利者ともいえない者から権利を取得した者の権利取得の確定と元々の権利者への権利復帰の否定が問題になる場合が存在することが明らかになった。そして、各々の場面の相違に応じて権利帰属の決定ルール（したがって、第三者保護のルール）が異なり（図3参照）、①には対抗の法理が、②には無権利の法理の例外則が、③には権利保護資格の法理が妥当し、これら三者は実体的法律関係、第三者の権利保護要件の内容とその主張・立証

図3 権利帰属の確定法理の適用場面

α	対抗の法理	
β	無権利の法理	
γ	権利保護資格の法理	

A・B・C： 権利主体

●：（紛争前の状態において）帰属が確定した権利

○： 帰属が浮動的な権利

△： 原権利者への復帰可能性のある権利

—————→： 権利移転

- - - - ->： 権利移転効果を生じさせない行為

- - - - ->： 復帰可能性のある権利移転

責任の所在、および第三者の権利取得のプロセスについて、それぞれ異なる特色をもつゆえに、識別可能であることが確認できたと思われる。

このように対抗の法理と無権利の法理（の例外則）の識別、および両者の間隙に存在しうる権利保護資格の法理を確認することの意義は、第1に、従来のはしばしば硬直的な解釈に対し、本来の対抗の法理の適用場面とは異なり、当事者間の主観的・客観的事情を考慮に入れて権利帰属を確定すべき場面が存在することを明らかにし、現実の紛争解決に適合した権利帰属決定ルールを解釈上確立することにある。

第2に、こうした権利帰属決定ルールの基本類型の確認は、物権変動の基本態様に相応しい物権変動ルールからなる、権利帰属秩序の体系的構築に寄与しうると考えられる。

以上のようにして、個別化と統一化の均衡のとれた法解釈方法がさらに探求されるべきである。しかし、そのためにはなお残された課題も少なくない。

(2) 今後の課題

本稿は、物権変動における権利帰属決定基準の主要類型の析出と、各類型の識別基準（実体的要件、手続的要件、法律効果）の大きな設定を試みたものすぎない。したがって、以下の点についてなお検討を加えてゆく必要がある。

①本稿で提示した $a \sim \gamma$ の各類型は必ずしもア・プリアリに排他的に類別されているわけではなく、その他の物権変動態様に関する権利帰属決定基準の有無をさらに検証する必要がある。

②何れの領域に分類すべきか判断することが困難な交錯領域が存在することも、すでに個別的に言及したとおりであり¹⁰⁴⁾、各類型間の境界領域に属する問題の振り分けについて、個別具体的な紛争のレベルにまで立ち入った判断が必要である。その際には、取引の実態や個々の紛争類型における当事者の規範意識にまで踏み込んで、権利移転類型の相違に相応しい実体要件と要件事実を明らかにすることが求められよう。例えば、AがBに譲渡担保権を設定した場合、Bからその被担保債権の弁済期前、Aの受戻行為または弁済期後に処分を受けた第三者Cと譲渡担保目的物の所有権の帰属を争うAとの法律関係においては、すでにみた対抗関係の要素、無権利者からの取得の要素のほか¹⁰⁵⁾、機能的にみれば、担保の意味をもつ解除条件の付款、約定解除権の留保、再売買の予約、合意解除等の復歸的物権変動に関する権利帰属ルールとの均衡をも考慮に加え（表2参照）、全体的な視野の下で、諸判例を再検討する余地があるかも知れない。

③個々の類型における権利帰属の決定ルール、とくに第三者保護の要件のさらに詳細な内容を検討する必要がある。例えば、1) 無権利の法理の例外則である94条2項の類推適用において、真の権利者の帰責性が軽い場合（意思能力を欠く者、いわゆる意思・外形非対応型など）のカウンター・バランスとしての第三者保護要件の厳格化をどのように図るべきであろうか。すでに第三者の主観的要件を加重する方法（94条2項と110条の重畳適用による善意・無過失の要求

104) 例えば、前述2(4)（慶應法学6号〔2006〕385-393頁）、5(1)(v)ほか。

105) 前述4(3)①（慶應法学10号〔2008〕411-413頁）参照。

など）が示されているが、あるいは客観的要件を加重し、真の権利者が登記等の対抗要件を取り戻したときは最早第三者は移転登記請求などをして権利取得を主張できないという形で調整すべきではないかとも考えられる。また、２）第三者の権利保護資格要件の内容についても、客観的要件の一層の具体化（履行の着手から進んで、どのような場合に、どこまで求めるべきか）、主観的要件の多様化（無過失を要求すべき場合）などの検討の余地があろう。

④本稿で試みた権利帰属の決定基準の類型化につき、物権変動の基本原則である意思主義の視角からも考察し、とくに有因主義または無因主義との整合性を明らかにする必要がある。その際には、権利変動原因の瑕疵を理由とする取消しや解除の場合における権利復帰の具体的手続、不動産物権変動の場合におけるあるべき登記手続に踏み込んだ検討が求められよう¹⁰⁶⁾。

以上の点を確認して、議論のための題材提供をひとまず閉じることにしたい*。

106) 例えば、取消しや解除が行われてもA B間の権利変動そのものを消し去ることができないとすれば、B（または権利保護資格要件を具備していない第三者C）はがAに権利を返還する義務を負うから、その義務の履行として、当事者がそれを申請するのであれば、真正な登記名義の回復を目的ないし原因とする「移転登記」を認めるべきかどうか、改めて問われるかも知れない。

* 本稿は、慶應義塾大学法科大学院における民事実務フォーラム（2005年10月31日）での報告を取りまとめたものである。筆者の力不足と怠慢のゆえに報告者の義務を長期にわたって果たしえず、かつきわめて不完全なまとめにとどまることを遺憾とする。当日ご参加いただき、貴重なご意見を下さった池田真朗教授、小林明彦教授、金山直樹教授、平野裕之教授、鹿野菜穂子教授、片山直也教授、北居功教授、武川幸嗣教授、前田美千代助教授には、深甚の謝意を表する次第である。