

Title	原著者のコメント
Sub Title	Author's comments on the review
Author	田中, 淳子(Tanaka, Atsuko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1999
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.72, No.10 (1999. 10) ,p.176- 182
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19991028-0176

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.

〔原著者の「コメント」〕

1 まず、評者による拙著の解釈方法論についての評価及びご教示（我田引水的にいえば、私見がまったく具体的に表現できていないことを適切に説明していただいた点）を頂いたことについて最初に深く感謝の意を表したいと存じます（なお、以下では、あえて「口語体」を用いることをお許しいただきたく思います。なぜなら、本著の出発点は、唯でさえ「難解」な「不動産物権変動論」により「わかり易い理論的説明」を示したい、という素朴な願いの実現にあるからです）。

2 さて、以下、評者のご批判・ご質問にお応えしたいと思います。

まず、第一点【12 二重譲渡の法的構成】についてお答えします。すなわち、私見が、二重譲渡の法的構成について公信力説的理解に立ちながら、「對抗問題限定説」に立脚している点についてです。問題は、両理論を並行的に援用することの当否であると考えます。「對抗問題限定説」（於保・原島説）の對抗問題ではないという場合に「無権利の法理」を援用する、という前提には、民法一七七条の「第三者」は「無権利者」からの取得者ではない、という

理解があります。しかし、公信力説に立つ私見は、「第三者」は「無権利者からの取得者である」ということになりません。そうだとすると、民法九四条二項と民法一七七条のいずれを適用するかの問題は重畳して存在する「無権利者からの取得者」保護法理の並行的援用をどう考えるのか、という「問い」に答えなければならぬ、ということになります。とりわけ、鎌田教授の「公信力説」はこの点について、民法一七七条もまた「無権利者からの取得者である」ということを明確にしています。私見はどうなのか？ という質問であろうと理解しております。おそらく、評者の質問の真意は次の点にあるものと考えます。①点「對抗問題限定説の前提」と「公信力説」の法律構成は全く異なる。従って田中の立場は、公信力説に立つものと思われるが、一方では「對抗問題限定説」を援用しているが、それは理論的にどのように説明するのか？ ②点 他方、田中の立場のように考えることが仮に可能としても【14】の質問にも関連するが、要件論も効果論もほぼ同様になるであろう九四条二項類推適用論（「無権利の法理」適用の結果）と公信力説による民法一七七条論の援用というものの併存援用という理論構成が必要なのか、というご指摘と理解し、その上で以下のように考えます。

まず①点について、私見は、「公信力説」を支持します。しかし、評者の指摘のように「対抗問題限定説」を説く有力な見解が、民法一七七条の「第三者」は「無権利者からの取得者ではない」という前提に立っていますので、その意味で公信力説を支持すれば、その前提を容認できないはずである、として、評者御自身が鎌田教授の見解を引用されておられます。私見は、「対抗問題限定説」に与するが、民法一七七条の「第三者」は、「無権利者からの取得者ではない」という前提は採用しません。端的にいえば、民法一七七条の「第三者論」は、「対抗問題」かどうか、を問いい、それが肯定された後に問題となると考えるからです。例えば、「共同相続と登記」の問題を一例として取り上げて説明します。共同相続人A・BのうちAが単独相続の虚偽の登記をしてそれを第三者Cに譲渡した場合、BとCとの関係は「対抗問題」ではない、と最高裁昭和三八年判決と同様に考えます。その結果、CはBの持分権を取得することはできない、というように「無権利の法理」を援用します。もし、Cの「要保護性」が高い場合であれば、民法九四条二項類推適用論が登場してくると考えます。いずれにしても、第一段階では民法一七七条の「第三者」論について議論は致しません。その意味で、結果として両理論を

並行的に援用される、と評価されることになるに過ぎないということでしょうか。「対抗問題」ではない、という議論が先行するというのが田中の考え方だということになります。その理由は、【14】のご質問と関連しますが、つぎのように考えるからです。

①「対抗問題限定説」という有力な見解が現在まで主張されているのであるから、これに応接する必要性がある、と考えたこと、②具体的には、「対抗問題限定説」の主張に耳を傾けざるを得ないのは、論者が、明治四一年大審院連合部判決における正当な利益を有する「第三者」の範囲限定説の判決における具体的説示の内容が「不法占拠者、不法行為者」であって、それは、そもそも「第三者」論の対象にはならないとした点を評価すべきだ、という点にあると考えたからであります。③それゆえ、「対抗問題制限説」が極めて有力な見解として位置づけられたのですが、問題は、その余波であります。すなわち、「意思表示に基づく物権変動」は、争いなく「対抗問題」となり「第三者」論が登場します。④ところが、その結果、「相続」に関する諸問題の中で、例えば「遺産分割」や「遺贈」は「意思表示に基づく物権変動」だから「対抗問題」となり、「第三者」論を議論するという立場とこれに反対する立場

とが登場することになったのであろうと考えます。⑤問題は、具体的結論の妥当性を求めるために「意思表示に基づく物権変動」かどうかという評価をすることになり、難解な議論の対立となって教科書的レベルの議論になって現れてきます。そこに、まず、物権変動論を難解にした理由があると考えます。

そうだとすれば、民法一七七条論に持ち込む以前に「相続という権利の帰属秩序」によって基本的な問題解決にアプローチして「論者によって『意思表示による物権変動』かどうか異なる」という議論の錯綜状態に終止符を打ちたいと考えたからです。いずれにしても、私見は、二重譲渡の法的構成については、二重売買と二重譲渡とを峻別して考えますので、第一譲受人の権利取得状況が債権段階にある場合と物権段階にある場合とに分け、物権段階に至っていたときだけ、二重譲渡が成立すると考えております。私は、その意味で、いわゆる公信力説を採用しております。したがって、民法一七六条の「意思主義」についてその歴史の意義を極めて重要なものとして評価される鎌田説とは種々の点でニュアンスの違いが生ずるかもしれません。具体的な相違については現在検討中であり、今後の課題としております。

3 つぎに、【13 一七七条の要件論】についてのご教示にお答えしたいと存じます。私見は、民法一七七条の「第三者」を、民法一七六条との関係において議論することは、「概念法学的な形式論理に依拠している」とのご批判にまづ、率直にお答えしなければならぬと存じます。その場合、旧有力の見解であった「對抗問題限定説」の主張する点をあげられておりますが、その点については、すでに申し上げたように、「そのような理解」、あるいは「そのような曖昧さ」を切り捨て、すでに拙著で展開したように、まず、「相続法原理に基づく権利帰属秩序として對抗問題ではない」、というフィルターを通して解決すべきであると考えます（「遺贈に基づく物権変動」）。

そこで、民法一七六条と一七七条をワンセットとして考えていくことが「形式論理的である」という評者からのご批判については、私見は、この条文を極めて「率直」に読んでいるに過ぎない、と考えております（なお、それに続く、滝沢教授・鎌田教授、横山助教授の見解に関連するご教示については、私見の形成に生かすことを今後の課題とさせていただきます）。

4 さて、つぎに、最も重要なご批判にお答えしなければなりません。すなわち、『民法一七七条は意思表示による

物権変動に制限される』という命題と並んで、著者は、『一七七条は取引原理に基づく規定である』という命題を掲げて「相続に関連する紛争については一七七条が適用されない」との結論を導く」と私見を紹介された上、次のご質問をされています。まず、第一の質問についてお答えしたいと思います。松岡教授の準当事者類型との関係については、私見に立つても、結論としては、同様の判断が導けるかもしれない、ということに密かに考えており、現在の段階では、確答せず、保留ということにしたいと存じます（松岡説の「準当事者類型」は取引法原理であると必ずしもいえないため、取引法原理に服せしめるべき紛争類型ではないと考えるからです。したがって、私見と松岡説との理論的な「距離」を含めて再度考えることも今後の課題とさせていただきます）。

つぎに、第二のご批判についてお答えします。当事者に登記懈怠の「帰責性」が認められる場合には一七七条が適用されるという考えは、これからも大切に考えて行きたいと存じます。しかし、現時点では私見を貫き、公信力説の理解を前提とし、民法一七七条は、「目的」、「手段」も第三者保護の規定と考えると、評者のご指摘について「全くご教示の通り」です、とはお答えすることができません。詳

述すれば、評者の基本的な立場は「第三者保護」をいわゆる「第一譲受人」側の権利取得態様を重視する公信力説に立ちますので、上記のようにお答えするしかございません。5 さらに、「フランス法の沿革論」からのご教示については、これまでも特に、評者の見解を参考にさせていただきますました。ただ、本著では、具体的に「沿革論」を十分に論じることができなかったゆえのご質問だと理解しております。この点については、現在、評者のご指摘に対応すべく、原稿化している最中であり、具体的な解答についてはそれに譲り責めを果したいと存じます（中部大学経営情報学部紀要掲載予定）。

6 なお、「一七七条の『物権変動』は、意思表示による物権変動に限られる、あるいは、取引法的物権変動に限られるとする定式的な立論は、著者が批判する従前の学説の形式論理に、著者自身も拘束されているように見える」とのご批判をいただきました。この点についても、すでに述べたことと重複しますが、お答えいたします。たしかに、このご批判は、「当たらない」とはいえませんが、対抗問題限定説という有力な見解を基礎に、現在の物権変動論全体に議論されている、という現状に接続し、妥当な結論を導こうと思った見解であり、そのように私見を受け止めて

いただければ幸いです。

7 【14 一七七条と九四条二項類推適用法理の関係】についてのご批判にお答えしたいと存じます。この点については、『民法一七七条は取引法原理に基づく規定であるか』から「相続関係については一七七条は適用されない」とする著者の理解は、更に、『この場合の第三者の保護は九四条二項類推適用法理によって図られる』とする著者の理解は、民法九四条二項類推適用法理も取引法的分野を規律する第三者保護法理であるとの点を説明しきれない、という基本的な批判をいただきました。しかし、私見は、相続関係についての解決法理はすでに述べたように「無権利の法理」として対抗問題からはずす、ということに力点を置いている。民法一七七条と民法九四条二項類推適用を併存して置いている、という見解ではない。いわば、「無権利の法理」と「一七七条論」とを併存させているとあってよいと存じます。そのようにして、相続関係における権利の帰属秩序を原則的に守っていくべきだという考え方を一貫せしめ、「遺贈と登記」の問題におけるように遺贈も意思表示に基づく物権変動である、というような錯綜した従来の議論を整理したいと考えたものであります。とはいえ、例外的に第三者側の「要保護性」が生ずる場合が

ある。その場合には、民法九四条二項類推適用論の援用も理論的には認めざるをえない、と考えた次第であります。

8 ところで、このように考えると一七七条の「第三者論」、特に、「悪意・無重過失者排除」説を採用する、いわゆる「公信力説」（私見）の要件論・効果論と少なくとも文言の上では同様の理論構成となることはご指摘の如くであります。しかし、実質的な適用の側面では、極めて異なるものと判断しています。つまり、不当な取引を防止する、という意味で九四条二項類推適用は大きな役割を果たします。つまり、私見は、相続をめぐる法律関係に關与する第三者に対して、正確な相続関係についての「調査義務」を課す根拠となると考えるからです（具体的には、相続関係者に全て問い合わせをすべき義務が発生すると構成できるからです）。民法一七七条における「第三者」の「要保護性」とは、質的には異なる加重な義務を課せられることになろう。したがって、単に相続人の虚偽の登記外観を信頼するということだけでは、特別な事情がない限り、第三者の権利取得態様に「要保護性」の要件を満たすということにはならないと存じます。

そのような意味で考えますと、公信力説に立ったとしても、少なくとも相続に関する「第三者」の保護は、「第三

者論」よりは、民法九四条二項類推適用論の方が厳しい保護要件を要求されるということになると考えます（山本敬三教授に賛成の意を表するのもこのためです）。

以上のように、公信力説に立っても、「相続における権利帰属秩序」によって、「無権利の法理」を適用し、「九四条二項類推適用論」を例外的に援用する場合、「第三者論」の適用要件と文言としては同じであつても「相続をめぐる問題」では、第三者の要保護性の認容は厳しくなるという法律関係として理解したい、というのが私見の立場です。その意味での「振り分け論」でよいのではないか、と考えることは許されるのではないか、と現時点では私見を維持したいと思つています。

9 さて、その意味で、十分に考え尽くしていなかった「死因贈与」の問題をどのように考えるのか、という点についてお答えすることにしたい、と思つています。右に述べたように、第三者側に典型的な「二重譲渡」の第三者よりも「死因贈与」の第三者に、当事者に関する情報収集の義務を負担させることは妥当でない、という観点から考えると「相続による権利帰属秩序」の原則の適用は不相当と考えべきではないか、と考えられないでしょうか。戸籍謄本等で相続人の存在等を調査しても、せいぜいこれらの者が、

遺留分権利者がどのような遺留分を有しているかは解るにしても、それ以外に被贈与者の点については知ることはできないのが原則だという点からアプローチすべきだと考えました。それゆえ、理論的構成としては「死因贈与」は原則として法定相続人等が受贈者ではないのだから条件付法律行為として贈与契約の問題として「第三者」として対応すべきだと現時点では考えたいと存じます。

このようにして考えますと、評者のご指摘の「民法一七七条と九四条二項類推適用」の「割り付け」ないしは「振り分け」についての不信も解消していただけるのではないかと考えております。ただ、石田公信力説かつとに主張するように、さらに評者が主張されるように、民法九四条二項類推適用法理が不動産に関するあらゆる紛争の「吹き溜まり」と化す危険性がある、というご指摘には、率直にいつて私も同調せざるをえないような気持ちに襲われます。しかし、上述のように少なくとも相続に関する問題については、九四条二項類推適用によって保護される場面は、山本敬三教授のご指摘のようになる、というように感じています。

10 最後に、気になる点として、以下の評者のご指摘があります。すなわち、「すでに解決している問題について新

たな理論を立てる必要はない」との提言は、重く受け止めたいと存じます。これ以上複雑な物権変動論は展開すべきではない、という持論は評者と同じだからであります。評者のご批判には十分応接しきれない点も合わせて、今後の課題とさせていただきたいと存じます。

以上、評者の問題提起は、小論文の範囲を越えた極めて客観的かつ卓見的な指摘であり、田中自身が論じきれなかった諸点をひとつひとつ好意的に明らかにして下さるためのご「批判」として受け止めております。これが、ここに改めて感謝の意を表するゆえんであります。

田中 淳子