

物權變動論の動向

—— 第三者の主観的要件論を中心に ——

采 女 博 文

目次

- 一 はじめに
- 二 消極的公信力概念の検討
- 三 消極的公示主義構成の検討
- 四 債権侵害論の検討
- 五 むすびにかえて

一 はじめに

物權變動論に関しては、相変わらず多くの研究があるが、最近とくに顕著な二つの傾向がみられる。⁽¹⁾一つは、公示の原則（公示力）、公信の原則（公信力）概念を洗い直そうとする動きである。登記（簿）の消極的公信力概念や消極的信頼保護（消極的公示主義）構成が提唱されている。ここでは二つの論文を取り上げる。①有川哲夫「不動産登記の公信力に関する覚書」名城法学四一卷別冊柏木還暦記念論文集二七九頁以下（一九九二）⁽²⁾。②多田利隆「民法一七七条の『對抗』問題における形式的整合性と実質的整合性——消極的公示主義構成の試み（一）——」⁽³⁾「民商法雑誌」一〇二巻一号二二頁、

二号一五〇頁、四号四〇九頁以下（一九九〇）。もう一つは、民法一七七条をめぐる諸問題を不法行為法の見地から再検討しようとする傾向である。ここでは、第一買主による特定物債権の取得の段階で「自由競争」の終焉を宣言し、悪意の第三者の排除を主張する磯村論文を主に取り上げる。③磯村保「二重売買と債権侵害—自由競争論の神話—」（1）（2）（3・完）〔神戸法学雑誌三五卷二号三八五頁以下、三六卷一号二五頁以下、二号二八九以下（一九八五—八六）〕。以上の三つの論文は、いずれも比較法的考察がその重要な部分を占め、論じられている論点も多岐にわたるが、民法一七七条の解釈論、とくに第三者の主観的要件の問題に関心を寄せながら紹介・検討したい。従来、この問題に関しては、判例・通説である背信的悪意者排除説⁽⁵⁾に対してとくに公信力説の側から悪意者排除説が主張されてきていたが、最近では、悪意者排除説に立つ学説が増えている。しかしなお通説の地位を占めるには至っていないようである。民法の起草者は登記の有無による画一的処理を重視し、第三者の善意悪意を問わないとしている。旧民法の悪意者排除の考え方（財産編三五〇条、財産取得編四五条⁽¹⁰⁾）を採らなかつた。本稿では、起草者が用意した第三者の善意悪意不問という枠組みを越えた法律構成を用いて悪意者排除の立場をとる必要があるかどうかを考えてみたい。

二 消極的公信力概念の検討

有川論文の主眼は、立法論としての公信力問題に取り組む前提作業として、公信力の意義・内容の理解を共通のものとするにある。ドイツ法系の登記の「公信力」の内容をその沿革に立ち戻りながら明らかにしようとして試みている。論文はまず、ドイツ法圏において公信力という効力がどのように説明されているかを明らかにし（二八二頁—二九〇頁）、つぎにわが国におけるドイツ的「公信力」の消極的作用と呼ばれる消極的公信力を前提とした法規定（民訴旧六五〇条一項、六五一條）をとりあげ（二九一頁—三〇〇頁）、最後に公信の原則を積極的な信頼を保護するための原理、公示の原則を

消極的な信頼を保護する原理だと把握する見解を批判しつつ消極的公信力概念を提唱している（とくに三〇八頁―三二一頁参照）。この提唱を理解するために必要な範囲で論文の概略を紹介する。

不動産「登記」の両義的な使用の指摘が重要である。第一の意義の登記は「不動産登記簿に一定の事項を記載・記入すること」（*Eintragung, Einschreibung*）である。登記が物權變動の要件として、いかなる意義をもつかが問題になるとき、すなわち例えば対抗要件としての登記が問題になるときにはこの第一の意義の登記が問題になる。登記主義または意思主義・対抗要件主義はこの第一の意義での登記にいかなる効力が認められるかによって立法主義を分類したものである。

第二の意義の登記は記載そのもの（*Eintrag*）である。登記の公信力という場合、この登記簿の記載、厳密には登記簿の内容に対して付与される効力が問題にされている。①登記簿に記載された通りの法律関係が存在するものとして扱うのが積極的公信力（公信の原則の積極面）である。②登記簿に記載されていない法律関係を存在しないものとして扱うのが消極的公信力（公信の原則の消極面）である。「ドイツ法系の登記の公信力は、登記がなされた後に、実体関係との不一致が生じた場合にも働く（三二二頁注64）」¹¹。したがって、登記名義人が登記名義を得た以降の物權變動の不在の問題のみならず、登記官の過誤による登記の脱漏や登記の不適法抹消の場合も消極的公信力の問題として扱われることになる。

有川論文が提唱するこの消極的公信力概念がどの程度有用かは、不適法に抹消された登記の問題の扱いがひとつのポイントになるように思われる。登記によって不動産物權に対抗力が生じてもなんらかの理由でその記載が無くなった場合、いわば登記の後発的不存在の場合（あるいは実体関係と登記との後発的な不一致の場合）に、対抗力は存続するか否かがわが国でも議論されているが、学説は共通して対抗力の次元で争っている¹²。有川論文は、これはわが国の登記には公信力が認められていないことを前提にしているからであるとして、この問題を登記簿の消極的公信力の問題として構成する¹³（わが国では、消極的公信力の問題は、もっぱら、対抗要件の問題として処理されており、悪意の第三者も保護にあらずか

る(三一〇頁以下)、二八八頁参照)。登記簿に記載されていない限り、存在しないものとする登記簿の消極的公信力の問題として扱うと、論理的に善意の第三者のみを保護することになる。¹⁴⁾登記の後発的不存在の問題は、意思主義・對抗要件主義のもとでのみ生じる「對抗問題」ではないから、「對抗問題」と明瞭に切り離す意味でも、この問題を登記(登記簿)の(消極的)公信力の問題としてとらえ直す意味はあるように思う。登記の不適法抹消の問題の叙述において、有川論文は「善意の第三者」保護の立場を明瞭にとる。しかし、ここでは権利者の側に登記懈怠のような非難可能性(不利益評価)がないという問題が残るように思う。

さて、有川論文が提唱する消極的公信力概念を承認した場合、不動産「登記」の両義的な使用の叙述からすると、民法一七七条の構造としては、「對抗要件の問題(権利相互の優劣決定機能としての登記)」と「消極的公信力の問題」との二つを含むことになるように思われる。つまり登記(登記簿への記載)によって對抗要件が備わる。その後の登記の不適法抹消の問題などは消極的公信力の問題として区別することになるようである。

最後に、有川論文においては、公示の原則を消極的信頼を保護する原理、公信の原則を積極的な信頼を保護するための原理として把握する見解が批判されている。この点について、わたしの誤解があるかもしれないが、つぎのように理解したい。従来、「登記の公示力」と「對抗要件主義の下での登記の機能(對抗力)」との論理的な区別が強調されてもいたけれども、¹⁵⁾一般的にはその区別は明瞭には意識されてこなかったように思う。¹⁶⁾有川論文は、従来、登記の公示力の問題として説明されていたものを、登記の消極的公信力の問題として表現しなおすものではないか。そうすると、「對抗問題」と明瞭に区別する意味でも、従来の「登記の公示力」の説明、登記がなければ物権変動はないであろうという消極的信頼を保護するという説明の仕方は避けることになる。「登記の公示力」は、登記簿に記載されていない法律関係を存在しないものとして扱うという表現で「登記の消極的公信力」として位置づけなおされる。なお、消極的公信力の問題として構成した場合に、権利を喪失する側の帰責性を衡量するかどうかについては、見解が分かれると思われるが、有川論文では触

れられていない。

三 消極的公示主義構成の検討

多田論文は、對抗問題の法律構成というドグマティックに主要な関心を寄せながら、公信力説のより厳密な再構成をめざすものである。公信力説と同様に信頼保護法理による構成を採りつつ、その内容として、登記に対する消極的な信頼保護を認める。民法一七七条を「対抗スルコトヲ得ス」という規定形式を介した信頼保護の規定（消極的公示主義規定¹⁷）として理解することを提唱する。

多田論文は、對抗問題の法律構成をめぐる議論の錯綜の原因を「形式的整合性の問題と実質的整合性の問題」の区別を自覚していないことにもみている。まず、「対抗スルコトヲ得ス」という規定形式（對抗規定）に共通の対抗メカニズムの問題を論じる（形式的整合性の問題）。一定の法律関係が存在しているにもかかわらずそれ主張しえないとすることに對抗規定に共通の法的処理の意味がある。すなわち既存の法律関係からは導きえない権利変動を、法律関係と主張関係とを分けるといふ操作を通じて実現するところに、對抗規定の独自の機能があると主張する。ある法律関係が第三者に對抗できないということは、第三者が当該法律関係を無視できるということであり、それは同時に、第三者は当該法律関係の不存在を前提とした別の法律関係を主張しうるということである。つまり、對抗規定は、既存の法律関係が一定の者によって実質的に否定される可能性を認めるといふ消極的側面とともに、その否定を契機とする、新たな法律関係を認めるといふ積極的側面をも有しており、しかも、実際上の重要性は、この法律関係形成機能にある。

この対抗メカニズムの積極的側面から物権の二重譲渡の可能性を次のように説明する。第一譲渡による物権変動を「対抗スルコトヲ得ス」ということは第三者（第二譲受人）が、それを無視した法律関係として自己の物権取得を主張しうる

ということであり、それがなされることによって、第一譲渡はあたかもなされなかつたかのように処理されるということである（民商一〇二巻一号三六頁）。それゆえ形式的整合性論としては、二重譲渡は民法一七七条自体によって認められる「法定」のものと説明することになる。⁽¹⁸⁾

しかし多田論文は、さらに、対抗規定を介して生じる法律関係、すなわち民法一七七条の実質的な根拠を抽出し、民法典を構成するいろいろな原則に照らして体系整合的にそれを説明しようとする（実質的整合性の問題）。従来の実質的整合性論（物権変動不完全論、公信力説など）を検討した後で、多田論文は民法一七七条を消極的信頼保護（消極的公示主義）規定と解することを提唱している。

意思表示のみですでに完全に物権は移転しており、それにもかかわらず登記をしなければそれを第三者に対抗できないものとされるのは、その登記名義を信頼して譲り受けた第三者が信頼保護法理によって保護されるからである。この対抗要件主義の中に含まれている信頼保護の内容は、登記簿上の権利者を相手方として取引をすれば、その者からすでに物権の移転もしくは設定を受けているという他人の主張によってその地位を覆滅されることはないという意味での信頼の保護、消極的信頼の保護であるという。一般に、公示の原則は、公示内容の変動のないかぎり、物権の変動の効果は否認されるという法律効果を認めようとする原則であつて、消極的信頼を保護する原則であるとか、表象（登記）のないところには物権変動はないであろうという消極的な信頼を保護するものであるなどと説明されている。⁽¹⁹⁾多田論文は、このような一般的認識を民法一七七条の対抗の法律構成に反映させようとする。民法一七七条は公示の原則の実定法化したものであるから、同条の法律構成に際しては、そのような消極的信頼保護からの構成が探求されなければならない、と主張する。

さらに、法律関係の決定に際して登記の有無のみを問題とするという画一的な取り扱いをする民法一七七条を信頼すなわち善意を保護する信頼保護構成をとるものと解することができるかどうかを検討する。ドイツ民法典および商法典のなかにおいて、「公簿」が対抗要件にすぎない制度（法人登記簿、夫婦財産制登記簿など）が、消極的公示主義の適用事例

として構成されると共に、信賴保護制度の一つとして位置づけられていることを指摘している。

注目されるのは、消極的公示主義の下での「公示の優越」が主張されている点である。ドイツの消極的公示主義規定においては、程度の差こそあれ、保護されるべき側の善意・悪意（保護事由）と不利益を受ける側の帰責事由に関して、個別具体的なそれらの有無よりも、公示の有無が優先する。公簿の規範的性格が保護事由・帰責事由とも抽象的・定型的な取り扱いを要請するから、抽象的・定型的な取り扱いが理念型・原則型であるとする。すなわち、第三者の善意要件を必ずしも必要としないし、また真正権利者側の帰責事由の有無を問わない。

また日本民法の起草者意思について検討し、起草者は第三者の信賴保護のあり方として個別具体的な善意悪意を問題とせず、公示の有無のみによってそれを決する道を選択したと述べる。このような選択の理由は「当事者間の衡平に留意することよりも、不動産登記簿を中心とした取引秩序を早急に確立する必要がある」という、当時における強い法政策的考慮がベクトルとして作用していた」からであるという。

しかしなお同時に、悪意者排除の考え方を示唆される。「まったく善意悪意を問題にしないという取り扱いには、信賴保護構成としても……何らかの強い法政策的ベクトルに支えられてはじめて存続しうる「不安定」なものであり、それは、たとえば悪意者排除という形で修正補充されて、はじめて安定しうるものであるかもしれない。わが国の今日の不動産登記簿についても、その定型的・画一的取り扱いが衡平に反するような結果をもたらす場合には、解釈によってそのような第三者の保護を否定する必要があるであろうし、さらに、原則的に悪意者排除と解することも、十分考慮する余地があるであろう（民商一〇二巻四号四四〇頁）」。

多田論文は、「形式的整合性と実質的整合性」（民法一七七条の実質とそのような実質を媒介する法形式）という枠組みを提起することによって、従来の学説の混乱を解きほぐす鍵を与えているように思う。⁽²⁰⁾ただし、立法者意思の探求から民法一七七条の善意要件の不存在を前提にして、実質的整合性の問題を議論したことの功罪はどうか。具体的な善

意悪意を問うかどうかの問題は、制度趣旨もしくは法的メカニズムの根本に関わるものではないと主張されている。立法者意思を前提にして法的メカニズムを論じるといふ共通の土俵が生まれた反面、善意・無過失要件の問題を実質的整合性の問題から切り離れた形で「衡平の観点もしくは法政策的観点」から別個に論じなければならなくなってしまう。しかしこの点にこそ、実は、民商法全体を通して信頼保護法理による整序をおこなうという多田論文の大きな構想が企図されているのであろう。そこでの信頼保護法理は、「善意悪意の有無という形式的基準によつてではなく、〈外観・信頼・帰責〉という要素によつて構築され、外観に即した法律効果を認める（民商一〇二巻四号四三五頁注91）」ものとして把握される。

さて問題は民法一七七条の実質（体系的・理論的な問題）であるが、民法一七七条を信頼保護規定（消極的公示主義規定）として位置づける必要があるかどうかである。確かに、今日、公示の原則の内容として信頼保護が語られている。しかし多田論文が主張しているように、これを越えたかたちで、すなわち対抗問題のドグマティックのなかで信頼保護規定として位置づけることが必要なのだろうか。

多田論文のなかには、「登記の内容（外観）と物権関係（実質的権利関係）とは食い違っており、登記名義人はすでに実質的権利関係の次元では無権利者であると構成される（その場合には、その登記名義に依拠してなされた「第三者」の物権取得は、「Nemo potest plus juris ad alium transferre, quam ipse habet.（何人も自己の有する以上の権利を他人に譲渡することはできない）」原則以外のメカニズムによらざるをえない（民商一〇二巻二号一七三頁）」という表現と、「第二譲受人の権利取得は、公信力説の説くような原始取得ではなく、既存の法律関係が否定される結果として、しかも、その否定のされ方が、それが存在しなかったものとみなされるといふ形を採る結果として承継取得と構成される（民商一〇二巻二号一六四頁）」というニュアンスの異なるふた通りの表現がみられる。最初の表現は旧公信力の説明そのものであり、民法一七七条は信頼保護規定として説明する以外にない。しかし後者の説明、第二譲受人の権利取得が承継取得

だとすると、この権利取得を消極的信頼保護法理によるのだと説明する必要はなくなるのではないかと思う。

抽象的な信頼保護概念（実際に登記内容を認識しそれにもとづいて信頼を形成して取引を行ったという事実がなくても、権利関係の変更の登記がないという事実があれば、定型的に、その「ない」という登記内容を信頼して取引を行ったものとして取り扱われる）の承認について、好みの問題かもしれないが、多少の違和感がある。まず、対抗要件主義の下での登記の第一次的な機能は、衝突する権利相互の優劣を決する基準であり、登記の信頼保護機能はいわば第二次的なものにすぎないのではないか。第二譲受人は、登記簿を閲覧することがなかったとしても、登記をすることによって対抗力を取得する。このような場合にも登記への消極的信頼を擬制し定型的抽象的な信頼を語ることはできるであろう。問題はそのような理論的・体系的必要性があるかどうかである。⁽²¹⁾ また、民法一七七条を消極的信頼保護概念で説明した場合、「登記の公示力ないし公信力一般の問題」と「対抗要件主義のもとでのみ生じる対抗問題」との論理的な区別も意識されなくなるのではないか。⁽²²⁾ なお、「積極的公信力の承認および悪意者排除」をいう公信力説との直結を慎重に避けた結果、対抗問題の法律構成として説得力を強めたと思われる反面、同時に従来の公信力説のもっていたエートスを喪失したのではないか。⁽²³⁾ 「登記簿の記載に対する信頼保護」や「登記簿に対する市民の信頼」保護を正面に据えるとすれば、積極的公信力を承認する公信力説がやはり素直な構成と言わざるを得ないように思う。⁽²⁴⁾

四 債権侵害論の検討

磯村論文は、債権侵害論（不法行為法）から物権変動論へのアプローチを試みる。⁽²⁵⁾ 論文の副題が示すように、「自由競争」論の神話への批判（契約倫理の回復）が論文の骨格をなす。①第二売買を第一買主の債権侵害と捉え、悪意の第二買主の債権取得の違法性を承認する点、②債権侵害の効果として第二買主の物権取得の効果（物権の帰属）そのものを否定

する点に特徴がある。磯村論文の概略を説明する。

不動産の二重売買において、売主Aと第一買主Bとの間では、BはAに対して完全な所有権の移転を求める債権を有している。このBのAに対する特定物債権の実現が不可能になったのが、第二買主CがAから譲渡を受けて移転登記をした結果だとすれば、「債権侵害」が問題になる。第一買主Bとの関係において履行義務を負う売主Aがより有利な契約条件を申し出る者との間で自由に契約することが許され、かつこの事情を知っている第三者も同様に自由競争により原則的に保護されるのはおかしい。第二買主が、「すでに存在する債権の存在を知りつつ、その実現を阻止することを認識しつつ、これと相容れない債権を取得する」ことを正当化することはできない。

磯村論文は、債権を侵害する競争的取引はどこまで許されるのか（「自由競争」の限界）という問題を提起している。磯村論文は、「自由競争」の過大な神聖化によって悪意の第二買主を「自由競争者」として保護してきた、と通説を批判し、自由競争原理というものは、契約の成立段階までであって、契約が成立しその拘束力が生じた後、すなわち第一買主の特定物債権の取得後には機能しえない、と主張する。この通説の自由競争論に対する批判はかつての公信力説からの批判を継承するものといつてよい。⁽²⁷⁾

つぎに、法律構成であるが、債権侵害の要件論をみると、第二の売買契約を締結する行為が「違法な債権侵害」とされることになる要件は二つである。①第二買主Cが第一買主Bの存在を認識していること。②第二売買がAのBに対する債務不履行を構成することを（Cが）認識・認容しつつ契約を締結すること、である（三九二頁など）。

債権侵害の効果について、⁽²⁸⁾第二売買を不法行為として構成すると、その効果は原則として金銭賠償（民法七二二条、四一七条）であり、第二買主の所有権取得の否認には直結しない。そこで、民法四二四条の債権者取消権により「民法一七七条の保護に値しない第三者」の権利取得（物権の帰属）を否認するという構成を採る（好美旧説⁽²⁹⁾）。第一買主がその特定物債権を根拠に取消権を行使すると、少なくとも第一買主との関係においては、第二買主の所有権取得が遡及的に

否定されることになるから、第一買主は改めて売主に対して本来の債務の履行を求めることになる。第二買主からの転得者は民法四二四條一項但書の適用により保護される。

磯村論文では、民法一七七條は民法七〇九條を介して民法四二四條と結合されることよつて初めて十全な機能を果たすことになる。債權侵害論からアプローチして債權者取消權を介して物權の帰屬そのものを遡及的に否定する構成はかなり複雑な構成のように思う。第二買主が自由競争の範囲外の者であると評価される場合に、物權的帰屬のレベルでその所有權取得を否認する構成が必要なのであろうか。登記済み第二買主への物權の帰屬を一応承認したうえで、「信義則（民法一條）」を介して登記欠缺の主張を封じる構成の方が法律構成としては簡明なのではないか。一応物權變動（物權の帰屬）のレベルでは（登記済み）第二買主が所有權を取得する。しかし、第二買主は第一買主の登記の欠缺を主張することができないから、第一買主は背信的な第二買主に対しては所有權の取得を主張できる。信義則違反の効果は相対的なものであるから、第二買主からの転得者が背信的悪意者でない場合には、転得者は第一買主に対してその登記の欠缺を主張することができる。³⁰⁾

さて、磯村論文は、悪意者排除説に位置づけられる。善意悪意の対象となる事実は、売買契約の存在についての事実である。所有權移轉の事実ではない。第二買主に債權取得の時点で加害意思（故意）がない場合には、債權侵害の違法性は否定される。第二買主に「単純な債權侵害の認識」があれば違法性があるわけであるが、ここでの「悪意」は、第一買主の存在を知っていることと單純に同一視されているわけではない。先にみたように、第二の売買契約を締結する行為が「違法な債權侵害」になる要件は二つであるが、ポイントは、第二買主Cが第二売買は売主Aの買主Bに対する債務不履行を構成することを認識・認容しつつ契約を締結することである。磯村論文では、「取引倫理の許容範囲」は背信的悪意者排除説よりもより限定されるという印象を受けるが、第二買主の善意無過失を主張する考え方とはかなり違いがあり、先³¹⁾の要件が満たされる場合は、「背信的悪意者排除説」に立って、第二買主による「第一買主の登記の欠缺」の主張はや

はり信義則違反として退けられるとも思われる。なお、信義則の適用は契約当事者間のみに限定されるわけではない。⁽³²⁾

最後に、債権侵害論からアプローチする磯村論文は、もちろん法律構成は異なるけれども、その悪意者排除の精神、倫理感において公信力説と共通の基盤を有することを指摘している。⁽³³⁾ また自由競争の限界という視点からアプローチする学説の間でも、どこで線引をするかについては分かれており、特定物債権の段階と所有権取得の段階とを区別して論じようとするものが多いようである。⁽³⁴⁾ しかし、磯村論文はこの点でもっとも徹底しており、競合する契約者間の優先的な所有権帰属の争いという動態的過程での所有権侵害と債権侵害との区別を否定し、特定物債権の段階で自由競争を終焉させる。しかし債権侵害の成立する範囲を広く承認した場合、民法一七七条の機能（権利相互の優劣決定機能。登記を懈怠すれば紛争を生じた場合に裁判所によって不利益な扱いをうけることにして、間接的に登記を促すこと）によって「公示の要求」に応えるという機能）はより一層希薄化する。しかし登記懈怠者に不利益制裁が加えられるとしても、そのことにより悪意者が受益する理由は何もないという価値判断に磯村論文は支えられているのであろう。

五 むすびにかえて

最後に、自由競争の限界の問題と第三者の主観的要件の問題に簡単に触れたい。

(1) まず、「自由競争の限界」（ないし契約倫理の復権）という磯村論文の問題提起をどう受け止めるか。以前から公信力説の立場から問題にされてきた論点である。背信的悪意者排除説の場合、善意悪意不問が論理的な前提であるから、第一買主（譲受人）が對抗要件を備えるまで自由競争は続くということになる。⁽³⁵⁾ 基本的に、債権侵害論が入りこむ余地はない。⁽³⁶⁾ もちろん背信的悪意者である第二譲受人は自由競争の枠外におかれる。

特定物債権の段階で自由競争を終焉させる磯村論文は明瞭な線引には成功している。しかし、民法一七七条のなかに不

法行為法的な衡量を持ち込む学説の場合でも、磯村論文ほど徹底していない。たとえば松岡論文は、債権契約の競合の段階において先に履行をうける自由競争を一定の限度で認めるため、第一譲受人への所有権帰属の段階ではじめて自由競争は終焉することになる。第一譲受人が特定物債権者に止まる場合には、故意による不法行為を構成する第二譲受人のみを排除する。第一契約の不履行の示唆や不法不当な手段の利用がなければ第二譲受人の契約締結は「違法性の認識可能性」が欠けるため故意の責任は成立しない。³⁷⁾ 所有権の移転時期をめぐる議論を考慮すれば、線引は困難になる。この点では、背信的悪意者排除説と同様である。

(2) また第三者の主観的要件に関して、磯村論文は、「特定物債権の段階での自由競争の終焉」の主張に伴い、故意による債権侵害だけを不法行為として問題にするため、他の不法行為法的アプローチをする学説と異なり、第三者の無過失までは要求していない。³⁸⁾ また磯村論文は、悪意の第二買主を自由競争原理によって保護されない反倫理的債権者とも表現しており、「悪意者」概念と「背信的悪意者」概念との相違は不鮮明になっている。³⁹⁾

第三者の主観的要件の問題に関して、注目されるのは、従来の公信力説のより厳密な再構成として自らを位置づける多田論文である。民法一七七条の對抗問題の法律構成と第三者の主観的要件という解釈問題とを截然と区別し、信賴保護規定の原則型・理念型は、公簿の規範的性格（公示の優越現象）から帰責事由と保護事由の定型的・抽象的な取扱いであり、原則を修正するかどうかは法政策的な問題であると主張する。またこの問題について、多田論文は次のようにも述べる。「わが国の今日の不動産登記簿についても、その定型的・画一的取扱いが衡平に反するような結果をもたらす場合には、解釈によってそのような第三者の保護を否定する必要があるであろうし、さらに、原則的に悪意者排除と解することも十分考慮する余地があるであろう（民商一〇二巻四四〇頁）」。このような表現から見ると、公簿の規範性を強調する立場は、意外と従来の判例・通説である背信的悪意者排除説と共通の土俵を持っているのではないか。背信的悪意者排除説は、第三者の善意・悪意を不問としながら信義則論を媒介にして保護に値しない第三者を排除していく考え方であり、見方を変

えれば、公簿の規範性をまず重視する立場である。⁽⁴⁰⁾

(3) さて問題は、自由競争の枠外におかれる背信的悪意者と単純悪意者との線引である。第一買主の売買代金の支払、または第一買主への引渡を知りながら、第一買主の登記の懈怠を奇貨として第二売買契約を締結して先に登記を済ませた第二買主を保護する必要はない。⁽⁴¹⁾ このような第二買主は、原則として、背信的悪意者(「不誠実な権利取得の抗弁」に曝される者)と認定してよい。⁽⁴²⁾ 境界事例は、第一売買契約の締結後、売買代金の支払も引渡も行われていない場合において、契約締結の事実および契約の拘束力の存続の事実を知りながら、第二買主が第二売買契約を締結し先に登記を済ませたときである。このような第二買主を悪意者(または背信的悪意者)として排除する必要があるかどうか。私は排除する必要はないと考える。不動産取引の安全を確保するために、物権の存在ないし変動の公示をいわば間接的に強制する制度をわが民法が採用している以上、この限度で、登記の懈怠による不利益を第一買主に課すことにより登記を促すことが許されてよい。⁽⁴³⁾

注

(1) 本報告は、基本的に、「不動産物権変動と登記の意義」私法三七号(一九七五)三頁以下、「不動産物権変動の法理」(ジュリス卜増刊、一九八三)六頁以下、とくに『民法講座2物権(1)』(一九八四、有斐閣)所収の諸論文、鎌田薫「対抗問題と第三者」六七頁以下、池田恒男「登記を要する物権変動」一三七頁以下、半田正夫「不動産登記と公信力」一九七頁以下など以降の文献を検討の対象にした。

(2) 関連する論稿に、「二重譲渡と悪意の第三者(一)」福大法学論叢二四卷四号(一九八〇)四一五頁以下、オーストリア法における不動産の二重譲渡」福大法学論叢三三卷三・四号(一九七八)五九五頁以下の他、「土地所有権取得法(一八七二年)の研究—所有権譲渡理論を中心として(一)(二)」名城法学一九卷三・四合併号一一一頁以下、二〇卷三・四合併号(一九七一)七六頁以下、「物権契約に関する学説史的考察」福岡大学法学論叢二〇卷四号二八三頁以下、「物権契約理論の軌跡」『近代私法学の形成と現代法理論』(一九八八)三〇三頁以下がある。

- (3) 書評に、松岡久和・法律時報六三卷二号八六頁。直接関連する最近の論稿に、「公示方法に対する消極的信頼保護法理の分析」北九州大学法政論集一八卷一号（一九九〇）一一一頁の他、「善意者保護における帰責の原理（二）（一）（五）」北九州大学法政論集一二卷一号（一九八四）一〇七頁―一四卷一号（一九八六）一頁以下、「善意者保護における帰責をめぐるわが国の理論状況について」北九州大学法政論集一四卷二号（一九八六）四五頁、「善意要件の二面性―ローマ法の *bona fides* に即して―（上）」北九州大学法政論集二二卷一号（一九九三）二三頁以下がある。
- (4) 書評に、湯浅道夫・法律時報六四卷一―号一〇〇頁以下。
- (5) 最高裁判例は、一九六〇年代から次第に善意悪意不問説から背信的悪意者排除説へと移行する（最判昭和四〇年二月二日民集一九卷九号二二二頁、最判昭和四三年八月二日民集二二卷八号五七二頁、最判昭和四四年一月一六日民集三三卷一―号一八頁）。この説は、善意悪意不問（外形的画一的な権利関係の確定を重視する）という基調は崩さないが、背信的悪意者を第三者から排除することにより、個別事例において具体的な衡平をはかる。その根拠は、当初の登記法四条五条の類推や民法九〇条から民法一条の信義則に置かれるようになる。判例は、登記欠缺の主張が信義則に反すると認められる事情がある者は「登記の欠缺を主張する正当な利益」を有しないと構成する。一般条項としての信義則の適用と第三者の範囲の問題とは論理的には切り離すべきである（本城武雄「民法第一七七条と民法第一条」名城法学一九卷一・二合併号（一九六九）一六二頁など参照）。しかし裁判例の集積によつてすでに制定法を改廃するところまで進んでいるのかも知れない。また背信的悪意者と悪意者との境界は曖昧な部分が残るが、この「曖昧さ」を消極的に評価するかどうかについては見解が分かるところであろう。
- (6) 公信力説の間でもかなりの違いがあるが、概略次のように理解している。まず、第一売買によつて所有権は完全に第一買主に移転し、売主は無権利者になることを論理的な出発点にする。しかし第一買主が登記を懈怠しているときは、売主に権利者としての外観が残るので、この外観（登記）を信頼した善意（無過失）の第二譲受人に所有権を取得させる。すなわち「善意無過失の第二買主のみが、第一買主に帰責事由のある場合に限って、登記の欠缺を主張することができる」という公信の原則を承認するのが公信力説である。「公信力（公信の原則）」概念のなかに、未登記権利者の帰責性と第三者の保護の必要性との比較衡量が折り込まれている。ただ二重売買の類型において、第一買主の登記の懈怠があれば第一買主の帰責性を認めるとすれば、比較衡量といつても余り意味はない。しかし、公信力説は、不実登記の原因を不問に付すわけではないことを繰り返し強調している（鎌田薫「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全」比較法学九卷二号（一九七四）三一以下、一九九以下、石田喜久夫「不動産登記と公信力」「不動産登記をめぐる今日的課題」民事研修三五九号（一九八七）二九頁以下など参照）。しかし真実の権利者の帰責事由を取り込んだ「公信力」概念に対しては、民法のほかの規定における同じこととははできるだけ同じに解釈すべきであるという解釈方法論からの批判がある（星野英一「物權變動における『対抗』問題と『公信』問題」「民法論集第六巻」

(一九八六)一四九頁。また、権利者の帰属性を取り込んだ信頼保護概念は、たとえば法律行為論などにおいて混乱をもたらすだけではないか。参照、原島重義「契約の拘束力」法学セミナー三四五号(一九八三)三二頁以下、五一頁。

(7) 松岡久和「判例における背信的悪意者排除論の実相」『現代私法学の課題と展望 中』(一九八二、有斐閣)六五頁以下、一二四頁は、判例の結論は悪意者(前主の処分権限の欠缺を知っている者)排除であり、背信的悪意者概念は事後的な正当化、判決の統合、整理の機能しか持っていないと主張する。同「不動産所有権二重譲渡紛争について(一)(二・完)龍谷法学一六巻四号六五頁以下、一七巻一頁以下(一九八四)、石田喜久夫「不動産登記と公信力」民事研修三五九号(一九八七)二九頁以下、三一頁。湯淺道夫「背信的悪意者」『不動産法の課題と展望』(一九九〇、日本評論社)七七頁以下、九三頁は、背信的悪意者排除説は、その存立概念である「背信的悪意」そのものの内容を提示できなくなっていると述べる。

(8) 北川善太郎・物権 民法講要Ⅱ(一九九三)七三頁は「通説・判例が悪意者排除説に踏み切れないのは、登記未了という事情を知っている者ということだけで対抗問題から排除するのは問題であるとする価値判断が働いているためである」と述べる。原島重義編・民法(二)物権(第三版)(一九八七、有斐閣)も信義則違反の観点から悪意者を排除するにとどまる。

(9) 法典調査会・民法議事速記録一(日本近代立法資料叢書一)五八四頁、五八七頁(穂積陳重)。民法修正案理由書第二編第一章三頁。梅謙次郎・民法要義物権編(一九一一(明治四四)復刻版)八頁以下は次のように述べる。「第三者ノ善意、悪意ヲ問フス登記アレハ何人ト雖モ之ヲ知ラスト云ウコトヲ得ス登記ナケレハ何人モ之ヲ知ラサルモノト見做シ畢境第三者ニ対シテハ登記ノ有無ニ因リテ權利確定スヘキモノトセル……例ヘハ甲カ乙ニ其不動産ノ所有權ヲ移転スルコトヲ約シタ後一ヶ月ヲ経テ登記ヲ為シタリトセンニ甲乙ノ間ニ於テハ契約ノ当時ヨリ業ニ已ニ所有權乙ニ移転シタルモノト認ムルト雖モ第三者ニ対シテハ一ヶ月ノ後初メテ所有權ヲ移転シタルモノト認メ而シテ其ノ第三者ノ善意、悪意ヲ問ワサルナリ」『實際ニ於テ善意、悪意ヲ分ツコト極メテ難キノミナラス同シク第三者ニシテ甲ハ權利ノ發生、移転ヲ認メス乙ハ之ヲ認メサルコトヲ得サル如キハ頗ル法律關係ヲ錯雜ナラシムルモノニシテ實際ノ不便少ナカラス」

なお、富井政章・民法原論第二巻物権(一九二三年合冊版復刻)六三頁は、第三者の善意悪意不問は、未登記の権利者が第三者の悪意を証明しなければならぬのであるから、第三者に損害を来す危険はほとんどないとして立法論としては非難を免れないという。立法過程の研究について、有川哲夫「二重譲渡と悪意の第三者(一)」『福大法学論叢二四巻四号(一九八〇)一頁以下参照。立法者意思に立ち戻りながら、公信力説を批判するものに、浜上則雄「不動産の二重譲渡と對抗要件」阪大法学一四五・一四六合併号(一九八八)一五頁以下。

(10) 財産編三五〇条「第三百四十八条二掲ケタル行為、判決又ハ命令ノ効力ニ因リテ取得シ変更シ又ハ取回シタル物権ハ其登記ヲ為スマテハ仍ホ名義上ノ所有者ト此物権ニ付キ約束シタル者又ハ其所有者ヨリ此物権ト相容レサル權利ヲ取得シタル者ニ対抗スル

コトヲ得ス但其者ノ善意ニシテ且其行為ノ登記ヲ要スルモノナルトキハ之ヲ証スルコトヲ得
 悪意及ヒ通謀ニ付テハ第三百四十七条ノ規定ニ從ヒテ之ヲ証スルコトヲ得」
 財産取得編四五条一項「売買ノ目的カ不動産ナルトキハ其契約ヲ以テ売主ノ特定且善意ノ承継人ニ對抗スルニハ財産編第三四八
 条以下ノ規定ニ從ヒテ登記ヲ為スコトヲ要ス」

(11) 登記官の過誤による登記の脱漏や登記の不適法抹消の場合に判例は対抗力を認める（大判大正一二年七月七日民集二卷四四八頁、
 最判昭和三年六月一日民集一五卷六号一五九二頁）。新登記簿への移記・分筆による転写の際の登記の遺脱については学説
 の多くは対抗力は消滅すると解しているが、第三者の偽造文書による申請や登記官の過誤により当事者の申請と異なる抹消登記
 がなされた場合については学説は分かれており、対抗力の存続を認める説がやや多い（参照、淡路・鎌田・原田・生熊「民法Ⅱ
 物権」（一九八七）七六頁以下など）。

(12) 原島重義・注釈民法（6）（一九六七）二六六頁以下は、この問題について「およそ登記簿に記載のない事項は物権変動として
 生じていないであろうという消極的信賴保護の問題として、もっぱら対抗力の問題として取り上げて、対抗力消滅という原則論
 へ立ち戻るのが自然なように思える。この意味では、登記の抹消であれ、登記遺脱・登記簿滅失であれ異なるところはない」と
 述べる。

(13) 対抗力存続説が、不法になされた抹消登記に効力を認めると、抹消登記という登記に公信力を認めた結果になるからと説明する
 とすれば、たしかに有川論文がいうように説得力はない。しかし広中俊雄・物権法（第二版増補、一九八七）七二頁以下は、遺
 脱や抹消による不利益を権利者に負わせるのもやむをえないと考えるべき一般的事情がないということを重視して、対抗力は消
 滅しないと説く。

(14) 対抗力消滅説を採る場合でも、滅失した登記にかかる物権変動の存在を知っている第三者を背信的悪意者として扱うことによっ
 て、権利者を保護する余地はあるであろう。

(15) 原島重義「對抗問題の位置づけ」第三者の範囲と変動原因の範囲との関連の側面から「法政研究三三卷三一六合併号（一九六七）
 三三三頁以下、同・注釈民法（6）二七三頁以下、二七七頁参照。

(16) 星野英一「物権変動における『對抗』問題と『公信』問題」『民法論集第六卷』（一九八六）一四〇頁は、「公示の効果という面
 では日本における『公示の原則』とは、登記の對抗要件主義を言っているだけのことですから、あまり事々しく『公示の原則』
 などという必要もない」と述べる。

(17) 多田論文は、ドイツ法の消極的公示主義と積極的公示主義とはわが国の公信の原則と公示の原則とに対応するものと次のように
 述べる。ドイツ法では、特に公簿に関して、公示内容と実質的権利関係とがくいちがっている場合に、公示に対する信賴を保護

し、公示内容に即した権利関係の形成を認めるべきであるとする原則を、公示性原則もしくは公示主義と称し、これを積極的公示主義と消極的公示主義とに二分する。ドイツ法では「公示」も「公信」も公示方法に対する信頼保護の問題として統一的に捉えられている。公示方法に対する信頼保護の効果（信頼保護の内容が積極的か消極的か）という面から、公示がなされた場合にはこれに対応する権利関係が存在しなくても、公示に即した権利関係があるとの信頼を保護する積極的公示主義（積極的公示性原則）と、権利関係が変化しても公示が伴わない限りはそのような変化はないとの信頼を保護する消極的公示主義とに分ける。民商一〇二巻四号四一〇頁など参照。

(18) 鈴木録弥・物権法講義（三訂版、一九八五）一〇二頁、広中俊雄・物権法（第二版増補、一九八七）七〇頁。星野英一「物権変動論における「対抗」問題と「公信」問題」『民法論集第六巻』一四七頁以下参照。

(19) 船橋諄一・物権法（一九六〇）六三頁以下。原島重義編・民法（2）物権（第三版）三六頁など。

(20) この点で、多田説は民法一七六条と一七七条を切り離して論じる旧公信力説から脱したものと評価することができる。

(21) しかし帰責性をとりこんだ信頼保護構成は制度の本質を明らかにするうえで有用なのだろうか。たとえば、法律行為論に関してであるが、原島重義「契約の拘束力」法学セミナー三四五号（一九八三）三二頁以下、五一頁は、相手が信頼したから、この信頼を保護しようとする原理（たとえば民法一九二条のように、相手方に所有権を移転しようとする決めのしがないのに、所有権移転という法的な効力を生ずる取引安全の法理）と、個人の意思にもとづいて法律関係を創造的に形成する行為（自分が決めたから契約が効力を生じるという法律関係の意思的形成）とを明瞭に区別する。しかしこの点について、石田喜久夫「不動産登記と公信力」民事研修三九五号（一九八七）三四頁は、民法一九二条の占有の公信力においても、真実の権利者が自己の意思に基づいて占有者に占有を委ねることが前提とされていると述べ、公信原則の外観作出の原因不問という観念を批判する。

(22) 抽象的理論的考察の民法一七七条の具体的解釈論への示唆の箇所の叙述、「登記がなければ対抗しえない物権変動」の問題は、①物権関係に変化（取消や解除による変化も含む）が生じているのにそれが公示されなかったという事情があるか否か、②登記をしなかったことに対して定型的に不利益を課すという取り扱いは修正すべき事情があるか否か、を原則的なメルクマールとして判断されることになる（民商一〇二巻四号四四〇頁以下）からはそのような傾向を読み取ることができ。詳しく論じられているわけではないので多少誤解があるかもしれないが、實際上、変動原因無制限説に立ちながら正当性の考慮（修正）をされるものと思われる。とすると、この修正の枠組みのなかに悪意（有過失）者排除の立場を取り込まなければ、取消後の第三者の問題などは明らかに不当な結論を導き出すことになるのではないか。

(23) 鎌田薫「不動産物権変動二」法学教室一一〇号（一九八九）四〇頁は公信力説とその他の説との相違について、「登記制度は善意（無過失）の第三者を保護することを目的としている制度なのか、それとも、第三者の善意・悪意を問わず登記の有無によつ

- (24) 信頼保護構成をとるとすれば、公信力説は市民の法意識（規範意識）に立脚した法律構成として登場してきたものであるから、「消極的」と「積極的」との区別はあまり意味がないように思う。この点では、いわゆる冒認登記を信じた者が権利を取得することを否定し、権利を取得したに拘らず登記をしないため、すでに権利を失った者の許に登記が残存し、これを信じた者が権利取得を保障されるとする石田説の説明がわかりやすい（石田喜久夫「不動産登記と公信力」民事研修三五九号、三四頁）。
- (25) 磯村論文と同様に債権侵害論からアプローチするものに、磯村論文と相前後して発表された吉田邦彦・債権侵害論再考（一九九一、有斐閣）とくに五七〇頁以下がある。二重譲渡における第二買主は、第一契約について善意である（認識がある）ならば、第一買主に対して不法行為責任を負う、として善意者排除説に立つが、取引安全の見地から善意の認定には慎重な姿勢をとる。原状回復の効果（登記抹消、第一買主への所有権の移転）を承認する姿勢を示すと共に、金銭賠償に関しても第一買主の懈怠の程度が大きいときの過失相殺も示唆する（五七九頁）。
- (26) 松岡久和「不動産所有権二重譲渡紛争について」（二・完）龍谷法学一六卷四号六五頁以下、一七卷一号一頁以下（一九八四）も、一七七条に不法行為法的な衡量を持ち込みながら、通説の自由競争論を問題にしている。不法行為責任の成否によって自由競争の範囲を劃定する（四号二二四頁）。
- (27) 石田喜久夫・物權變動論（一九七九）二〇二頁以下は、ウェーバー「プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神」を援用しながら、フェアな競争を強調する。しかし公信力説の場合には、債権的段階と物権的段階とを分けたいうえで、物権的段階についての悪意者を排除するが、債権的段階での自由競争をなお承認する。石田・物權變動論、二一八頁など、半田正夫・不動産取引法の研究（一九八〇）二九頁以下など。
- (28) なお磯村論文は、債権侵害の効果として、第一買主Bの売主Aに対する代償請求権を承認し（民法五三六条二項類推適用）、売主Aが自己の債務の不履行によって利益を取得する可能性を封じるべきであることを強調する。なお最判昭和四一年二月三日民集二〇卷一〇号二二二頁は代償請求権を債権者の損害の範囲に限定している。
- (29) 好美清光「Jus ad remとその発展的消滅―特定物債権の保護強化の一断面―」橋大学法学研究三号（一九六一）四一〇頁。なお好美教授は改説して債権的請求権説をとる。第二買主は登記により完全な所有権を取得する。第一買主は物権法の次元では完

全な無権利者となる。第二買主が第一買主との関係で信義則違反と評価されるときは、自己の所有権にもとづく諸請求権を第一買主に対して行使することは、信義則違反として（債権法的に）制約される。他方、第一買主は、第二買主に対して、信義則から両当事者に生じる付随的権利義務として所有権移転および移転登記手続を求める債権的請求権をもつ（好美・民商五五巻二二六四頁、二七三頁）。

(30) なお判例は、背信的悪意者を「登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者」から外すという構成をとるけれども、信義則の適用であるから、對抗問題になる第三者の範囲を確定する。「第三者の範囲」の問題とは本来区別されるべきものである。

(31) 磯村論文は、無過失性の要否について、債権侵害の多くの場合に故意が要件とされており、これを前提とすればやはり故意と過失とは区別すべきとも考えられるが、不動産取引については、民法一七七条が特別法（特に建物保護法一条、借家法一条）により実質的に修正され、現地調査義務を要求してもあながち不当ともいえない、として結論を留保している（神戸法学三五巻二号三九八頁、注二一）。

同様に不法行為法からのアプローチをする松岡久和「不動産所有権二重譲渡紛争について（一）」龍谷法学一六巻四号六五頁以下、一二五頁以下は善意の有過失者の排除について（滝沢、檜、広中説への批判を含め）詳細に述べている。悪意者のみが排除されるという建前からは、取引者が実質的に負う調査義務の範囲が経験則に基づく悪意認定という裁判官の事実認定作業の中に埋もれてしまうから、過失を問うことによって調査義務の範囲を合理的な範囲に限定してゆく方が、予測可能性を保障することになる。

(32) しかし松岡論文は、第一契約の権利者に対する照会義務までは認めない。たとえば、実際は第一譲受人が代金を完済していたが、売主が代金未済と虚偽の陳述をして第一譲受人に照会することなくこれを信じた買主には過失はないことになる（松岡、龍谷法学一七巻一号二六頁）。

(33) 好美清光「信義則の機能について」一橋論叢四七巻一（一九六二）一八一頁以下、広中俊雄・民法綱要第一巻総論上（一九八九、創文社）一一〇頁、一一一頁など参照。

(34) 石田喜久夫「不動産登記と公信力」四五頁注（6）は、磯村論文、吉田論文を公信力説に精神的基盤を与えるものと評価している。

(35) 自由競争論を批判する学説も、特定物債権段階と物権段階とを区別するものが多い。松岡久和・龍谷法学一七巻一号一六頁、二六頁などは、第一譲受人への所有権移転後は悪意有過失の第二譲受人を第三者から排除するが、特定物債権に止まる場合には故意の不法行為を構成する第二譲受人を排除する。石田喜久夫・物権変動論（一九七九）二一七頁以下。湯浅「背信的悪意否認」九三頁も二重売買と二重譲渡を区別して論じようとする。鎌田薫「不動産物権変動③・完」法学教室一一一号（一九八九）三八

- 頁参照。ただし、吉田論文はこの段階的區別を否定する（前掲書五七八頁）。水本浩「不動産物権変動における利益衡量」『我妻先生追悼論文集 民法学の新たな展開』（一九七五）二九〇頁も債権段階と物権段階との区別の整合性を否定している。
- (35) 背信的悪意者排除説の間でもかなりニュアンスの差がある。多くは、悪意者排除説に接近しつつあるように思われる。川井健「不動産物権変動における公示と公信」『我妻先生追悼論文集 民法学の新たな展開』（一九七五）二九七頁以下は、背信的悪意者法理の実質を「對抗要件への正当性の考慮」とみて、善意悪意問題の克服を主張し、善意有過失者も背信的悪意者概念のなかに取り込みうることを示唆する。一方、稲本洋之助・民法Ⅱ（物権）（一九八三）一七二頁は、「取引の変更・中止、物件の引上げ、第三者からの回収など契約中途処理事務が煩雑かつ迅速に行なわれるようになった今日では、事情を知っている第三者への売却による決済を確実ならしめるような考慮もまた必要であろう」という。また、広中教授の説は悪意者排除説に近い印象を受けるが、不動産利用権の保護の重視に特徴があり、第一譲受人が引渡を受けていてもまだ利用を始めていない場合には、第二譲受人は、不動産登記法四条五条を類推適用すべき場合でない限り、自由競争場裡にあるとする（広中俊雄・物権法（第二版増補）一〇一頁以下。水本浩「不動産物権変動における利益衡量」『民法学の新たな展開』（一九七五）二七〇頁以下、二八九頁、同「取得時効と登記—不動産物権変動における利益衡量（一）—」（三）立教法学一九九号（一九八〇）一頁以下、二〇号（一九八二）一六〇頁以下、二三号（一九八四）一一四頁以下も利用利益を重視する（利用利益侵害者ないし害意者排除説）。
- (36) 我妻栄・新訂債権法総論（一九六四）七六頁以下、八〇頁以下参照。對抗要件を備えない譲受人はそのために被る損害については、譲渡人の信頼だけを頼りとすべきものとする趣旨であり、極めて違法性の強いときを除いて、第二譲受人の行為は違法性を帯びない。滝沢幸代・物権変動の理論（一九八七）二〇八頁は不動産の公示制度を重視する立場から次のようにいう。登記法が登記による画一的解決と共に不動産譲渡に自由競争原理を持ち込んだとみるならば、この領域においては背信的悪意者以外は不法行為責任を問われないと解することも不可能ではない。
- (37) 龍谷法学一七卷一号一六頁以下、二六頁。
- (38) 悪意者排除説を採る場合には、松岡論文が主張するように有過失者排除にまで進むのが自然であろう。
- (39) 磯村論文でも悪意概念は倫理的非難を込めて使用されている。善意悪意概念にはどうしても倫理的な要素が付着してしまうようである。もつとも、善意悪意概念を道徳的要素を加味して理解したとしても、對抗要件という技術化された登記制度においては倫理的に非難されることが強度な場合に第三者から排除するという立場をとることもできる（大坪稔「民法における善意について」私法三〇号（一九六八）一二九頁以下、「再び民法における善意について」九州産業大学商経論叢八巻三二号（一九六七）八九頁以下、一〇一頁以下など参照）。
- (40) 公信力説に立つ鎌田薫「不動産物権変動3・完」法学教室一一二号（一九八九）三八頁は悪意の意義についてなお検討の余地が

あるとしてつぎのように述べる。第一契約が債権段階にとどまっていることを知っている場合や、第一契約が適法に解除されたものと誤信した場合も「悪意」となるのが問題となるが、一七七条はこうした微妙な判断の負担から第三者を解放する目的ももっていたことを忘れてはならない。

(41) しかし広中・物権法(第二版増補)六七頁以下は、すでに代金の支払があるか引渡を受けている場合について、第二買主の悪意は事情によって非難にあたいしないものでありうるし、売主は第二買主に第一買主からの買取を勧めるよりもみずから売主として第二買主と取引するほうが有利であると計算する可能性がある」と述べる。しかし、第一買主が所有権取得を希望していないため第二買主の所有権取得を争わないような希なケースは度外視して議論すべきであろう。

(42) この点では、公信用力説とはほぼ同じ結論になるであろう。篠塚昭次「不動産登記と公信用力」民事研修二〇〇号(一九七三)六七頁以下、一〇頁は、第一譲受人が占有している場合、譲渡人には占有はなく、ただ登記名義だけがあるにすぎないから、第二譲受人の過失は容易に推定されると述べる。しかし、私は背信的悪意者排除構成をとるので、善意有過失者は第三者の範囲から排除されないと考ええる。

(43) 単純悪意者排除説は、民法の起草者の明瞭な意思に反した解釈であり、民法七〇九条による債権保護を対置するだけでは十分な説得力を持ち得ないのではないか。幾代通・不動産物権変動と登記(一九八六)八頁以下は、心情的に公信用力説あるいは悪意者排除説に惹かれるが、解釈論の枠に納まり得ないと思うし、立法論として良いと信ずるところは解釈論としても押し通すべきだとの考え方もあろうが、そこまでのフンギリがつかないと述べる。星野英一「日本民法の不動産物権変動制度」『民法論集第六巻』一一六頁以下は、民法の起草当時における本来の趣旨をきちんとおさえたいうえで議論をすすめる必要性を強調し、善意者だけが保護に値するという価値判断に立ちながらも結論を留保する。

付記

本稿は、「不動産登記の諸問題」を統一テーマに開催された日本土地法学会九州支部(支部長・大坪稔教授)の第二回研究会(一九九三年一月六日、福岡大学)での報告原稿(「不動産物権変動論の動向―第三者の主観的要件論を中心に」)に加筆補正したものである。