

「対抗問題」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

原島, 重義
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1532>

出版情報：法政研究. 33 (3/6), pp.43-82, 1967-03-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

「対抗問題」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——

原 島 重 義

目 次

- 一 「対抗問題」位置づけのための前提
- 二 変動原因無制限説など諸説の位置づけ
- 三 第三者制限との関連における変動原因制限
- 四 結 論

一 「対抗問題」位置づけのための前提

一 不動産の物権変動に関する紛争の中で「対抗問題」をめぐる事件はきわめて多い。これらの紛争を解決するための制定法規範は基本的にはわずかに民法一七六条と一七七条の二カ条に過ぎないがために、事件の処理に当っては、その「解釈」がかなりののていどに必要であり、またその「解釈」によって具体化された裁判規範が多数に上ぼっている。これまでも、それらの判例に具体化された裁判規範の理論的な整理が試みられて来たが、いまだじゅうぶんではないように思われる。殊に、一般に「対抗問題」は、民法一七七条の「第三者」の範囲確定の問題と、登記を必要

とする物權變動の範圍の問題との兩側面に分けて考察されるが、その二つの問題の関連性が明確にされたとはいえないように思われる。わたくしは本稿で、叙述の都合上、後者を中心にしなから、しかも前者との関連を意識的に追求し、そこから「對抗問題」の位置づけを試みたい。この場合にわたくしのとる方法は、判例や学説を横に並べてこれを類型化する方法ではなく、この問題に関して重要であると思われるいくつかの判例や学説の時間的・歴史的な展開過程を跡づけることによって、その中におのづからわが民法の「對抗問題」に関する基本的な規範構造が実現し、明らかになって行く過程としてこれを批判的に理論化してみたい。

二 いうまでもなく、「對抗問題」とは、ひとはどのような場合に登記をもって不動産の物權變動を對抗しなければならぬか、ということである。このような問題の性質、問題のおこる場所を知るためには、予備的につきのことを明確にしておく必要がある。一般的・抽象的な問題からより個別的・具体的な問題へと下降する方法をとろう。

(1) まず第一に、登記が要求されるのは、「取引安全」(Verkehrssicherheit)を守るためであること、いうまでもない。不動産取引にさいして、登記を見れば、物權變動の過程や物權の所在を確認することができる。その取引に入る個人のためというよりは取引界一般のため、という意味で取引の安全を守ることができる。

(2) しかし、「取引安全」に資するため法の法的な制度は、登記制度にかぎらない。たとえば、物權變動があったと思ひ、これを前提として取引に入らうとする第三者が、じつはその物權變動は虚偽表示であることを知らなかったり、詐欺に基づくものであることを知らなかったときでも、民法はこの物權變動が無効であったり取消されたりすることの結果からこのような第三者を守るための用意をしている(民九四條二項、九六條三項)。このような「第三者保護」のための規範によって、不動産取引に入る者が救われ、取引安全に役立つことは疑いない。これに対して登記は、不動産の物權變動を登記簿に記載し一般に表示して、取引の安全を図らうとするための一つの制度である。

(3) しかし、取引安全を確保するために、不動産の物権変動が登記簿に記載されるようにするためには、国が市民に対して登記をするよう直接に強制するという方法ではなく(不動産登記法の「不動産の表示に関する登記」と所有、登記に実体法上の効力を与えて、登記をしなければ民事紛争を生じたときに裁判所によって一定の不利な取扱いを受けるということから、市民に間接的に登記を促がす方法によって(手続法上の「当事者申請主義」)、登記制度による取引の安全を確保しようとする。これには、実体法上の効力として、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ための「登記の公示力」を与える方法と、もう一つ、登記がある以上それが表示している物権変動があったであろうという積極的信頼を保護するための「登記の公信力」を与える方法とがある。わが民法が登記に公示力を認めるが、公信力を認めていないのは周知のとおりである。しかし以上述べた(1)(2)(3)の三つの問題はいかなる立法例でも生ずることである。したがって、この三つの段階に止まっているかぎり、まだわれわれのとり上げようとする「対抗問題」は生ずる余地がない。

(4) 「対抗問題」は「登記の公示力」の問題よりもより具体的な段階、つまり、わが民法のそれについての基本的な規範構造にまで下降しなければならぬ。わが民法によれば、物権変動は、登記がなくても、意思表示のみによって生ずる(民一七)。しかし、登記がなければ、その物権変動を第三者に対抗することができない(民一七)。このような建て前は、わが国では一般に、物権変動についての「意思主義」、登記についての「対抗要件主義」と言われている。これを総称して「契約主義」(Vertragsprinzip) あるいは「合意主義」(Konsensprinzip) と呼ぶこともできる。この二つの規定を文字通りに理解すると、意思表示によって物権変動を生じ、登記によって対抗力を生ずる、ということになる。まだ登記をそなえていない段階ですでに物権変動を生じており、登記は、物権変動の効力発生のための法律要件ではなくて、対抗要件である。こうして、いかなる場合に登記が要求されるか、換言すれば、いかなる

場合に「對抗問題」を生ずるか、ということが出て来る。これに対して、物權變動についての「形式主義」、登記についての「効力発生要件主義」とわが国で一般にいわれる立法例(たとえば、ドイツ民法八七三条、九)、これを総称して二八条、スイス民法六五六条など)「登記主義」(Eintragungsprinzip) と呼ぶべき立法例のもとでは、意思表示だけでなく、登記までそなえなければ、物權變動を生じないから、問題はつねに、物權變動を生ずるか否か、というかたちで生ずるのであって、わが民法のように、「對抗問題」を生ずる余地がない。このように、物權變動の発生の問題とは別個に、その物權變動について「對抗問題」を生ずるのは、わが民法が物權取引について「契約主義」的構成をとっているからである。

(5) 「對抗問題」は、前述したように、民法一七七条の文言に即して、そこにいう「第三者」の範囲の問題と、不動産に関する物權の「得喪及び変更」がいかなる原因にもとづいて生ずる場合に登記を要するのか、という變動原因の範囲の問題とに分けて論じられるのを常とする。「第三者の範囲」の問題は、これを大観すると一般に、「無制限説」から「制限説」へ推移したといわれ、「變動原因の範囲」の問題は、逆に、「制限説」から「無制限説」へ推移したようにいわれている。しかし同じ「對抗問題」として両者はどのように関連するのであるうか、総合的に、「對抗問題」はどのように理解することができるのであろうか。これが本稿でいう「對抗問題」の位置づけを必要とする理由である。

三 右に述べたように、わざわざ「對抗問題」が出て来るまでの諸段階を明示しておいたのは、本稿の課題を果すためには、この段階の区別を自覚することがきわめて大きな影響をもたらす、と思われるからである。逆に言えば、これまで、この段階的区別を無視して論ずるが故に、「對抗問題」の性質と位置づけがどうしても明らかにされなかった、と思われるからである。ただ「第三者の範囲」の問題に関しては、比較的この点の混乱が少い。そのおもしろ理由は、「第三者の範囲」についていわゆる「無制限説」から「制限説」への転化の契機となった明治四十一年の大

審院連合部第三者制限判決(大連判明治四一・一二・一五)が、明確にわが民法の「契約主義」的構成(いわゆる意思主義・對抗要件主義)と第三者の範囲の制限との必然的な関連を意識していたからであろうし(後述三の二参照)、また、この必然的な関連の下では、無自覚的に具体的な事例を処理したとしてもそれほど混乱を生ずることもおこらないからであろう。しかし、これに対して、「変動原因の範囲」の問題は、同じく、いわゆる「制限説」から「無制限説」への転化の契機となった明治四一年の大審院連合部相続登記要求判決(明治四一・一二・一五)が、わが民法の「契約主義」的構成との関連をまったく意識せず、事柄をもっぱら「取引安全」と「第三者保護」の平面で論じて(前述(1)および(2)の段階)、より具体的に下降して「対抗問題」として実質的に取扱う態度をとらなかった、ということがその後大きな影響を与えたように思われる。もう一つの理由としては、かりに、わが民法の「契約主義」的構成との関連をじゅうぶんに考えたとしても、もともとわが国で通常「変動原因の範囲」の問題として論じられるものは、「登記主義」(いわゆる形式主義・効力発生要件主義)のもとでも生じうることであった(ドイツ民法の解釈としては、わが国の「意思表示」・「制限説」が支配的である)、「契約主義」的構成との必然的関連を一律に云々することはできないということである。この故に、ある具体的事例について登記の要否を問題にするときは、どこまでが「契約主義」的構成と関係なく「登記の公示力」一般の問題として論ずべきか(前述(3)の段階)、あるいはどこから「契約主義」との関連のもとでより具体的な段階に下ろして論ずべきか(前述(4)の問題)、ということを自覚的に区別して行く必要があり、これをしてしないことによって大きな混乱を招くことになりかねないし、事実すでに混乱を生じているように思われる(後述二の二・三を参照)。

以上の理由によって、本稿でわたくしは「変動原因の範囲」の問題を叙述の中心に据えることにする。(二〇〇三)

- (一) なお、本文に述べた段階的区別、すなわち、(1) 取引安全の問題 (2) 登記制度とその他の第三者保護の問題 (3) 登記の公示力と登記の公信力の問題 (4) 対抗問題 (5) 第三者の範囲の問題と変動原因の範囲の問題、の区別については、そ

れが物権変動論において実際上どのような意義をもつかということの全般的な論証をここでおこなう余裕がない。とりあえず、わたくしがこれまでに、右の段階的区別を意識し、この区別の意義を明らかにすることにもなって来た論稿を挙げるに止めたい。前述(1)ない(2)の段階(とくに(2))に関するものとして、「登記法改正と不動産の現況確認」(法政研究二七卷二―四号)・「遺産分割と登記手続」(家族法大系Ⅶ所収)、前述(1)ない(3)の段階(とくに(3))に関するものとして、「登記請求権の性質」(民法基本問題一五〇講Ⅰ所収)・「不動産登記に公信力を賦与すべきか」(ジュリスト三〇〇号学説展望所収)・「即時取得」(新民法演習ⅡA物権Ⅴ所収予定)、(1)ない(4)の段階(とくに(4))に関連するものとして、日本民法の「契約主義」的構成の位置づけを試みた「債権契約と物権契約」(契約法大系Ⅱ所収)、(1)ない(5)の段階(とくに(5))に関するものとして、本稿と直接の関連をもつのは、第三者の範囲の側から論じた「物権変動と民法一七七条の『第三者』」(別冊ジュリスト法学教室八号所収)と、変動原因の範囲の側から、それも相続を中心に論じた「登記の対抗力に関する判例研究序説——とくに相続登記の場合を素材として——」(法政研究三〇卷三号所収)、などを参照されたい。もちろん、本稿の主題に関連する限りにおいては、具体的事項に即して、この区別の意義を明らかにするつもりである。

(二) 本稿でとりあげた解釈論上問題となる諸事例に関して、わたくし自身がどのような具体的な結論をとるかについては、「注釈民法第六卷」のわたくしの担当部分の中で、比較的詳細に述べる。本稿はそのための基礎作業であり、またその理論的整理でもある。

(三) さいきん、於保不二雄教授によって発表された一連の諸論稿(「相続と登記」石田先生古稀記念論文集所収・「時効と登記」法学論叢七三卷五号・「公法関係と登記」法学論叢七六卷五号)は、明治四一年大審院相続登記要求連合部判決がその後の判決にどのような影響を与えたかということを客観的に追跡しようとする態度において、また、「対抗問題」と「第三者保護」の問題とを区別しようとする点において、わたくしが取った方向と合致する(前註(一))に挙げた論文の中、とくにおわりの二つを参照されたい)。それだけに本稿に見られる通り、細部にわたってはかなり見解を異にしながらも、教えられるところが多かった。

二 変動原因無制限説など諸説の位置づけ

一 大正六年に、登記を必要とする「変動原因の範囲」について論じた石坂音四郎「意思表示以外ノ原因ニ基ク不動産物権変動ト登記」の冒頭には(法協三五卷二、号一頁以下)、無制限説を「通説」と呼び、これに属する学者として、梅、富井、乾、中島、川名、鳩山、三瀧、という名前を挙げ、異説として、横田、飯島の二人が挙げられている。そして現在に下ると、昭和三一年刊行の末川「物権法」(九頁)も無制限説を「だいたい通説といいうる」としている。しかし、昭和一五年の舟橋「不動産登記法」(三七頁)は、無制限説を「多数説」としており、昭和三〇年の柚木「判例物権法総論」(一一五頁)は「現在における多数説」と受取る。さらに、昭和二七年の我妻「物権法」(七〇頁)は、近時の多数の学者が原則として、是認するもの、としており、昭和三五年の舟橋「物権法」(九五頁)は、かつての有力説、と規定するに至っている。

ここに、「どのような原因にもとづくかを問わず、すべての物権変動について登記を要する」とする見解(「単純無制限説」とよぶ)の推移が象徴されているように思われる。(四)つまり、現在では、文字通りの単純無制限説は見当らない、といつてよい。無制限説に立つとしても、多くの学者は、原則として、すべての物権変動につき登記を要するが、これに多少の制限を加える必要を認めて、「事実上、登記を要求する余地のない場合には例外的に、登記不要」として、「修正無制限説」ともいうべき立場をとるか、(五)そうでなければ、「原則としてすべての物権変動につき登記を要するが、対抗問題を生ずる余地のない場合には例外的に、登記不要である」として、なお一種の修正無制限説をとっているからである。(六)さらに他の学者は、原則的に無制限説をとる立場を捨てて、逆に、「対抗問題を生ずる物権変動についてだけ登記を要する」として、もはやこれを「対抗問題限定説」と呼んでよいような見解をとるに至っている。(七)

「対抗問題」の位置づけ (原島)

二 このように今日においては、「變動原因の範囲」に関しては、「單純無制限説」はもはや通説の地位をもたぬ、と確認しておいてよい。そして問題は、どのような具体的事例について登記不要とされるか、ということ、何故に登記不要とされるか、換言すれば、民法規範のどのような規範構造から登記不要とされるか、ということとの、二つを明らかにすることである。

この二つの問題は、もともと切り離しがたく結びついて論じられねばならないし、論じられて来た筈である。しかし、現在の時点においては、諸説の推移を見て行く上で、問題意識がどこにあったか、換言すれば、諸説の違いが出てくるそもそもの発端となった具体的事例はどのようなものか、をあらためて確める必要がある。そうすると、そのかぎりでは、諸説の重点の置きどころとその説の性格が多少とも明らかになるだろう。

(1) はじめに支配した見解は、「意思表示による物権變動だけが登記を要する」とした「意思表示制限説」である。^(八) 民法修正案理由書が、民法一七七条をもって、意思表示にもとづく物権變動だけに關する民法一七六条を前提として、その例外を規定したものと、とする見解を明らかにしている。その影響であろうか、明治三〇年の岡松参太郎「民法理由上」^(頁一五)などもこれに従う。この段階ではどれだけ具体的事例^(登記の要否に關する)に觸發されて、このような見解がとられたのか、明らかでない。その重要なものとしては、生前相続(隱居・入夫婚姻)による物権變動ではなかつたろうか^{(大判明三八・一二・一一民録一一・一七三六、同明三九・六・二六民録一二・一〇)。}

(2) これに対して、單純無制限説の論者は、富井は明治三九年に、梅は明治四〇年に^{(いずれも前註(四)を参照)}、とくにわが國では生前相続をみとめたという特殊性を強調して、これに登記要求論を展開し、判例を批判した。あわせて時効取得にも及んだのである。單純無制限説が通説の地位を確立したのは、明治四一年の相続登記要求連合部判決以来である。そして、富井、梅の單純無制限説が「第三者の範囲」について、無制限説をとるものであることは忘れてならな

い。

(3) なお、明治三七年の横田説、すなわち、現存する当時者間の権利関係に基因する変動についてだけ登記を要求する「権利承継説」（もしくは「原始取得除外説」）は、意思表示制限説に立ちながら、しかも生前相続の場合にだけ、例外的に登記を要求するものとして出て来た、といえよう。^(五)

(4) 以上の段階では、とくに生前相続の場合のほかは、具体的事例に即して学説が相争ったとはいえないように思う。しかし、明治四一年の相続登記要求判決以後も、依然として死亡相続については登記不要を宣言する判例がいくつか出たし（大判明四三・四・九民録一六・三三三、同大三・一一・一民録二〇・一一三四など）、また生前相続については、表見相続人からの譲受人に対して家督相続人は登記なくして対抗しようとすする判例が出ており（大判大三・一〇・九民録二〇・七二七など）、さらに、共同相続における相続財産持分の取得につき、登記不要を宣言した判例も現われている（大判大八・一一・一三三）。他方、時効取得についても、時効完成後の第三者に対して登記不要とする判例が出て来る（大判明四三・一一・一九九氏録一六・七八四など）。つまり、単純無制限説は、実際にはそれほど自明のものとは受取れない状況が続いたのである。このような判例を正確に受けとめたものではないが、少くともこういう状況を背景にして、単純無限説に対する批判的な学説が登場した、と考えることは許されよう。

大正元年には乾説、すなわち、建物新築による所有権取得や死亡相続の場合には登記不要とする「修正無制限説」が現われる。^(二〇)とくに大正六年の石坂説は、意思表示制限説であっても、(1)に述べたものと性格が異なる。^(二一)これは、明治四一年相続登記要求連合部判決以後の無制限説に、対する、全面的な批判として登場したものである。その骨子を要約しよう。まず、単純無制限説の論拠と見るべきものとして、第一は、一七七条の文言じたいが何ら原因を問うていない、という文字解釈、第二には、登記が第三者保護のための制度である以上、その第三者保護のためには原因を

問うべきでない、という論拠、の二つを指摘する。そして、この二つを批判した。第一の点は、一七七条は文字解釈でなく論理解釈をすべきであり、とくに、不動産登記の性質と効力から論ずる必要がある。登記の実体法上の効力は、宣言的登記(たとえば、未登記不動産の所有権保存登記や、当事者)・対抗的登記(民一七七条)・効力的登記(たとえば、不動産や不動産先取の特権の登記)として区別されるべきであり、対抗的登記は、物権変動の事実を第三者に主張するための唯一の証拠方法となるものであるから、このような、証明方法を必要とするのは意思表示による物権変動だけに限られる。第二点については、登記制度が第三者保護のためにあるにしても、その広汎な立法理由から直ちに登記に関する規定を解釈しようとするのは、論理の飛躍である、とした。こうして、物権変動原因の全般に亘って検討がなされるに至っている。ここに、「変動原因の範囲」の問題は、登記の対抗力という実体法上の効力と関連させて論ずべきであり、しかも、第三者保護という一般的・抽象的な平面で直ちに論ずべきでない、という具体的な提言がなされたことが、注目すべきものといえよう。

(5) この頃以後、学説は、次第に修正無制限説ないし対抗問題限定説へと推移しつつあったように見える。しかしなお、前述のごとく単純無制限説が通説ないし多数説として受取られる背後には、次のような裁判実務における変遷がある。すなわち、明治四一年の相続登記要求連合部判決のち、大正九年には共同相続による相続財産持分の取得に登記を要求し(大判大九・五・一一)、また、大正一四年には、時効取得を時効完成後の第三取得者に対抗するには登記が要求されることを連合部判決をもって宣言し(大連判大一一・四・七)、法律行為の取消による物権の遡及的復帰を取消後の第三取得者に対抗するために登記を要求する(大判昭一七・九・三〇)、など、登記要求無制限説に沿うような判決が続き(後述三の二)、多くの学説がこれを支持するに至ったからである。

三 しかしながら同時に、これらの判決の立場に反対する学説もまたかなり多く、じつは、ここに挙げた事例を

めぐる争いこそが、現在での、中心的な論題をなしていると言つてよい。しかも、はっきりと確認しておくべきことは、この争いはもはや、無制限説をとるべきか、それとも制限説をとるべきか、という問題ではない、ということである。何故ならば、すでに、生前相続は民法改正によって廃止されたし、また、単独の相続人による死亡相続の場合、あるいは、建物新築や建物滅失などの場合につき、登記不要とする点では、学説の間にほぼ異論を見なくなったし、この限りではもはや（単純）無制限説をとる者はいなくなったと言えるからである。前述の「修正無制限説」はこのような地点に位置づけることができよう。ところで、このような修正無制限説が「事実上、登記を要求する余地がない」という場合、これは何を意味するか。それは、死亡相続や建物新築・建物滅失によって生ずる物権変動そのものに関して、同一の不動産に関して相争う原因となるような物権変動が他には生じようがない、ということ、その故に、登記に対して取引安全のための機能を期待する必要がない、ということを意味する。これは、「登記制度とその他の第三者保護の問題」（前述一の二における(2)に該当）の次元で生ずる事柄であることを確認する必要がある。

つぎに、修正無制限説と對抗問題限定説との間にどのような違いがあるだろうか。実際には、前者がなお登記要求を原則とし、後者が登記要求を原則としないで登記要求を限定すべき理論的な基準を見出そうとする「姿勢」をもとうとしている、という以上の違いはない。だから、先述の争われている事例に関して、そのすべてについて登記要求の立場をとる者が修正無制限説であり、そのすべてについて登記不要とする者が對抗問題限定説である、などは決して言えない。このような学説の分類じたいからは、現在の重要な解釈論上の問題に関して、何かを得ようとしても、格別の効なきことは明らかである。それは何故であろうか。その理由をわたくしは、右の両説のいずれにも共通する欠陥として次の二つ、のことを指摘できるように思う。

ここに挙げた具体的事例について結論を左右するものとして一つは、「登記の公示力と登記の公信力の問題」（前述一

の二における(3)を参照)の次元で論ずべきことを、「対抗問題」(前述一の二における(4)を参照)の次元で論ずべきことと區別せず、無自覚的にこれを混同して論ずるか、それとも、これを明確に區別するかにある。もう一つは、「対抗問題」として論ずる場合にも、「変動原因の範囲」の問題をどれだけ「第三者の範囲」の問題と関連させているか(前述一の二における(5)を参照)、ということにある。つまり、かつて、変動原因に関する單純無制限説が第三者の範囲についても「無制限説」をとっていた、という事実があったが、これに対して「第三者制限説」の観点から、変動原因の範囲の問題についても、どれだけ批判的に限定して行けるかを、どこまで理論上の問題として自覚するかということにかかっている、と思われる。それを先の事例に即して言えば、共同相続における単独相続主義人の相手方、時効完成後の第三取得者、取消後の第三取得者などが、明治四一年の第三者制限連合部判決の基準に照らして、果して民法一七七条の「第三者」に当るかどうか、を再検討してゆくことである。これこそが本稿の課題であり、次章三以下で述べるところである。

四 残るもう一つの問題は、石坂説がとり上げたように、裁判所の介入によって行われる強制競売・任意競売にもとづく物権変動の場合と、国税滞納処分による公売、農地買収・売渡、土地収用などの行政処分によって物権変動を生ずる場合である。これらについては、登記主義のもとでも登記不要とされることがあり、わが民法のような契約主義のもとでのみ問題となりうるものではない。「対抗問題」(前述一の二における(4)の問題)として、特殊・具体的な次元で生ずるものではなくして、「登記の公示力」一般の問題(前述一の二における(3)の問題)として取り扱われるべき事柄なのである。したがって、ここでの問題は、競売や行政処分によって生ずべき物権変動について、裁判所や行政庁がその手続中で行う公権的な判断に対し、どのような民法実体法上の効果を認むべきか、ということであり、しかもこの場合に、登記にのみ物権変動の公示力が与えられるという民法上の原則を、この場合に例外的に排除すべき理由があるかどうか、ということである。それはちょうど、借地権・借家権・農地賃借権などの利用権保護のためには、いわゆる「公示の原則

の動揺」をもたらしてもやむをえないことかどうか、という問題を生ずると同じ次元での事柄である。

この故にここでの問題は、一方では、単独の相続人による死亡相続の場合や、建物新築・建物滅失などの場合のように、「登記制度とその他の第三者保護の問題」(前述一の二における(2)の問題)の次元で論じらるべき問題と区別されると同時に、他方では、共同相続による相続財産持分の取得や、時効取得、あるいは法律行為の取消による物権の遡及的復帰などの物権変動のように、「対抗問題」(前述一の二における(4)の問題)の次元で論じられるべきものとも区別される必要がある。

周知のごとく、強制競売・任意競売・租税滞納処分にもとづく公売、農地買収・土地収用などの公用収用の場合に、それらによって生ずる物権変動につき登記要求の立場をとるのが判例・通説と解してよからう。^(一三)しかし、それはどじゅうぶんな理論的検討を経ての結論とは言い難い。^(一四)本稿では詳論を避けざるを得ないが、次のことだけを指摘しておこう。

まず第一に、たとえば競売の場合に、差押・換価・満足に関する執行手続が執行手続法上の効果だけでなく、実体私法上の効果を生ずることは疑いない。その後者^(とくに換価＝競)落許可決定^(一五)について、ドイツで理解されているように、私権形成的、国家行為 (privatrechtsgestaltender Staatsakt) と見るか、それともわが国で一般に理解されているように一種の「売買」たる実質を持つものとして見るかにより、^(一五)登記不要、あるいは登記要求と結びつく一つの契機があるろう。

第二に、たとえば公用収用の場合のように、かりに私権形成的な国家行為による特殊な物権変動と見て、それによって、その国家行為開始時における土地上の一切の権利の覆滅^(土地収用一〇)一条一項参照)したがって当該不動産につきすでに生じた一切の物権変動の否認をもたらすと理解しても、そのことと、このような私権形成的な国家行為が、収用手続終了後に、^(ときには一〇年)当該不動産につきあらたに生じた物権変動^(たとえば被収用者の二重譲渡)をも否認する趣旨のものかは、全く

別個の問題である。この両者を区別しなければストリートに登記不要という結論になる可能性がある。

第三に、たとえば競売の場合に、競売開始後、競売手続終了までの間に、当該不動産が処分されても、差押の処分禁止効(競売法二六・二七条、民訴六四四條参照)によってその物権変動は否定される。同じく、収用開始後、収用手続終了までの間に、収用不動産につき物権変動があっても、それは否定されて不動産の承継人にも収用手続の効力が及ぶ(土地収用法一〇條、同趣旨の規定として自創法一條、農地法)。しかしこれらの手続開始から手続終了までの間の物権変動否認効は、手続中の不動産所有者の交替、(七條など)。

あるいはあらたな利害関係人の発生によって、手続の効力が消滅し、ために手続が切斷されることを回避するための手段であって、手続の効力はあくまで手続中の承継人に及ぶのであって、手続終了後の(一〇年以上も)承継人にまで及ぼそうとする趣旨ではないと解される(土地収用法につき、柳瀬・前掲一八九頁以下)。この二つを区別せず、手続終了後にまで差押・収用開始の効力が存続すると理解すると、登記不要の結論を導くことになる。

以上の考察が正しいとするなら、競売や公用収用終了後の物権変動に対する関係では登記要求の結論をとるべきであろう、と思われる。その詳細は別稿に譲るが、このようにここでの問題を「登記の公示力」一般の問題(前述一の二における(3)参照)として検討した結果、登記要求ということになれば、わが民法のような契約主義のもとでは、当然に、「対抗問題」を生ずることになる。もともと「対抗問題」の平面で論じらるべき事柄でなくても、登記の実体法上の効力は、わが民法では登記の対抗力以外にはありえないからである(民一七七條参照)。ただ、このような意味で「対抗問題」を生じたとしても、ほんらいその次元で論じられる問題とは区別すべきであり、したがって「第三者の範囲」と「変動原因の範囲」の二つの問題の関連性から論ずべき本稿の主題とは直接に関係がない、ということだけは繰り返し強調しておきたい。

- (四) 単純無制限説に属すると見られるものを挙げれば、たとへば、梅謙次郎「民法第一七七条ノ適用範圍ヲ論ス」志林九卷四号四〇頁以下、富井政章「民法原論第二巻物權上」七一頁、中島玉吉「民法釈義卷之二物權篇上」五〇頁、近藤英吉「物權法論」二七頁、川名兼四郎「物權法要論」一三頁、我妻榮「物權法」(旧版)六八頁、などがある。
- (五) 末弘巖太郎「物權法上」一二八頁以下、勝本正晃「物權法」七七頁以下、我妻「物權法」七〇頁以下。
- (六) たとえば、石田文次郎「物權法論」一五〇頁、末川博「物權法」一二〇頁、林良平「物權法」八一頁、柚木馨「判例物權法総論」一一四頁など。
- (七) たとえば、土生滋穂「概説民法第一七七条」一五八頁、川島武宜「所有權法の理論」二六五頁、杉之原舜一「不動産登記法」二九頁、舟橋「物權法」一五九頁、田中整爾「相続と登記」家族法大系VI二四〇頁、原島重義「登記の對抗力に関する判例研究序説」法政研究三〇巻三号二四〇頁以下、など。
- (八) 同旨、於保「時効と登記」法学論叢七三巻五・六号一六六頁。
- (九) 横田秀雄「物權法」六二頁、なお、大正一〇年の、同「登記ヲ要スル物權ノ得喪変更ヲ論ス」法学論集第三編八四六頁以下。
- (一〇) 乾政彦「不動産物權の時効取得と登記」法協三〇巻六号・七号。
- (一一) 大正六年、石坂「意思表示以外ノ原因ニ基ク不動産物權變動ト登記」法協三五巻二号、同三号。なお、意思表示制限説としては、ほかに、たとえば、飯島「民法要論」二九五頁ハ大正二年Vがある。
- (一二) Vgl. Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch III. S. 54; Staudinger, Kommentar III. S. 542 ff. 登記不要の事例としては、民法典(法律)にもとづく土地取得(夫婦財産上の取得ハ一四三八条V・相続による取得ハ一九二二条V)ラント法の規制による取得(水法などによる附合など・鉱業法による場合・公用収用による取得・耕地整理の方法による取得・道路統一のための取得など)、強制競売における取得、などが挙げられる。
- (一三) 強制競売・任意競売に関して、大判大八・六・三民録二五・一〇九〇が挙げられるが、これは、強迫を理由とする取消の第三者に対する効力、という「第三者保護」の問題として論じらるべきものであった(前述の三における(2)の次元)。また、競落登記に競落許可決定時までの對抗力の遡及を認めた大審院判例があり(大判明三九・五・一一民録一二・七四四、大判昭一二・五・二二民集一六・七二三、大判昭一五・五・三三判決全集七・二〇・九)、これは、競落による所有權取得に登記が必要なことを

当然に前提するものと解されるが、これらの判例はいずれも、厳密に解すれば、このような「對抗力の遡及」という論理構成を必要としないものと思われるから、同じく先例的価値がない。学説は、登記要求説に立つものとして、中島・前掲五五頁、末弘前掲一二八頁、我妻・前掲七四頁、柚木・前掲一二三頁、林・前掲八三頁、末川・前掲一二三頁、石田・前掲一五三頁、杉之原・前掲三六頁、舟橋・前掲一六三頁、などがある。

租税滞納処分に関しては、公売による物権変動についての登記要否に関する判例はないが、国が差押えたとき「第三者」にあたる、と判示したものがあつた。(最高判昭三一・四・二四民集一〇・四・四一七、最高判昭三五・三・三一民集一四・四・六六三)。しかし、これらの判決も、その実体は、差押えた国と不動産の取得者の間の「對抗問題」というよりは、滞納処分の対象たる不動産を滞納者のものと確認するに当って、行政庁がどのていど調査をつくせば行政処分が適法といえるか、という問題として見るべきものである。

公用収用に関して、土地収用の場合に、大判明三八・四・二四民録一一・五六四が通常挙げられるが、これは傍論として登記要求を述べたにすぎないものである。農地買収については、数多くの下級審判例の間で対立が続いたが、最高判昭三九・一一・一九民集一八・九・一八九一が出て、一応登記要求の結論を明確にした。農地買収後一三年間も登記を放置した国と、買収手続終了後に原所有者から当該農地の売買予約にもとづき仮登記を受けた者との間を「對抗問題」として仮登記の抹消請求をした国を敗訴せしめた。公用収用に登記要求説をとる学説として、たとえば、中島・前掲五五頁、石田・前掲一五三頁、我妻・前掲七四頁、勝本・前掲一五三頁、末川・前掲一二四頁、林・前掲八三頁、杉之原・前掲三六頁、舟橋・前掲一七三頁、美濃部達吉「公用収用法原理」四〇四頁、柳瀬良幹「公用負担法」三二〇頁など。

このように、ここで直接に「変動原因の範囲」の問題として登記の要否を論じた判決は、わずかに、農地買収に関する前掲最高判昭和三九年だけのようである。これは、競売や行政処分によって物権変動を生ずる場合に、登記がなされないということは実際上稀なことを示すのであろうか。しかし登記不要とした場合、その稀な場合に取引の安全を害することもまた甚だしいものがあるだろう。

(一四)むしろ登記不要説をとる学者、たとえば、石坂・前掲論文や、ことに於保「公法関係と登記」法学論叢七六卷五号、が、始めてこの問題を本格的に論じた、といつてよい。

(一五)兼子一「強制執行法」一八二頁、中田淳一「執行行為の瑕疵」民訴講座四卷一〇三九頁、など参照。

なお、ドイツ法のように登記主義をとる場合には、問題はつねに「物権変動を生ずるか否か」というかたちでだけ生ずるか、競売や公用収用による物権変動を認めてしまうと、かえって登記要否の問題を別個に論ずる可能性が無くなりやすい。これに対してわが民法のように契約主義をとる場合には、競売や公用収用による物権変動を認めても、物権変動とその対抗力発生はもう一つ別個の問題であるから、さらに登記要否の問題をあらためて論ずることになりやすい、という「傾向性」をも指摘することができよう。

(二六) 「注釈民法六卷」原島担当部分を参照されたい。ここでは、とくに於保説に対する異論を述べる。

なお、わたくしは、本文に述べた理由によって、意思表示制限説に対し、その具体的な結論だけでなく、意思表示以外の「変動原因」については、すべてこれを一律に論じて明確に区別しないその方法についても反対するわけである。

三 第三者制限との関連における変動原因制限

一 すでによく知られているように、明治四一年相続登記要求連合部判決は、第三者制限連合部判決と同じ日になされたものである。しかし、この二つの連合部判決が定立した具体的な裁判規範の相互の關係は、今日まで必ずしも理論的に明らかにされたとはいえない。たとえばこの相互關係はこう言われることがある。すなわち、この二つの連合部判決が出る以前には一七七条につき、変動原因を限定するかわりに第三者の範囲を無制限としていたが、この二つの判決によって、変動原因については一七七条の適用を拡大したが、反対に第三者の範囲についてはそれを限縮することに変わった、と^{二七}。しかし、果して現在の時点においても、そう言えるだろうか。以下、もともと生前相続に關して変動原因無制限説が現われたのに、これが、意思表示による物権変動に限らず、いかなる原因にもとづく物権変動であろうとす、べての場合に登記を要するという規範命題として確立する過程を、客觀的に追跡して、あわせて、第三者制限の観点から再検討してみることにしよう。

二 明治四一年の相続登記要求判決(大連判明四一・二二一)は、生前相続に関するものではあるが、事案が正確にわからない。推測するに、家督相続人が、隠居者死亡後に遺産相続のかたちで共同相続登記をした表見相続人と、さらにその一部を譲り受けた第三者に対して、抹消登記請求をした事例のように思われる。(二八)この推測が正しいとすると、真正相続人から表見相続人ないしその特定承継人に対する請求であるから、これが生前相続であろうと、死亡相続であろうと、登記要否の問題を生じよう筈がない。ここに疑問が残る。しかし、その判決理由を整理すると次の二点となる。

第一に、たまたま一七七条が意思表示による物権変動についてのみ現定した一七六条の次条として設けられているからといって、一七七条も意思表示による物権変動についてののみ規定したものと解すべきではない(ここに、もっぱら意識して、これに対抗している段階にある。)ことを示す。前述二の二(1)および(2)参照。

第二に、「……………第一七七条ノ規定ハ、同一ノ不動産ニ関シテ正當ノ權利若クハ利益ヲ有スル第三者ヨシテ登記ニ依リテ物権ノ得喪及ビ変更ノ事状ヲ知悉シ以テ不慮ノ損害ヲ免ルルコトヲ得セシメンガ為メニ存スルモノニシテ、畢竟第三者保護ノ規定ナルコトハ其ノ法意ニ徴シテ毫モ疑ヲ容レズ。而シテ右第三者ニ在リテハ、物権ノ得喪及ビ変更が当事者ノ意思表示ニ因リ生ジタルト將タ之ニ因ラズシテ家督相続ノ如キ法律ノ規定ニ因リ生ジタルトハ毫モ異ナル所ナキガ故ニ、其間區別ヲ設ケ前者ノ場合ニ於テハ之ヲ対抗スルニハ登記ヲ要スルモノトシ後者ノ場合ニ於テハ登記ヲ要セザルモノトスル理由ナケレバナリ」(傍点は原島)。

問題は第二点にある。最初に、登記をもって対抗すべき第三者は「正當ノ權利若クハ利益」を有する者に限るような表現があるが、ここに格別の意味はない。決して第三者制限説の立場から、これとの関連において変動原因の範囲を見ようとする姿勢はないからである。何故なら第二に、登記要求を導くに当たってただ「第三者保護」の観点に止ま

っているからである(前述のように、登記要求は第三者保護のためである以上、第三者の側から見て、物権変動が意思表示に)よって生じようと、法律の規定にもとづいて生じようと、その間に区別を設ける理由がない、というこれは間違いではないが、前述の「登記制度とその他の第三者保護の問題」(前述一の二にお)ける(2)の問題)の平面に止まっているのであり、しかも登記制度とその他の第三者保護制度との区別が意識されていない点では、「取引安全の問題」(前述二にお)の次元からいきなり登記要求を導く観さえある。他方において第三に、事案は少くとも生前相続に関する(1)参照)のものであるにも拘わらず、これを「家督相続ノ如キ法律ノ規定ニ因リ生シタル」(傍点は原島)場合としている。同じく家督相続であっても、死亡相続の場合は、同一の不動産について、相続によって生ずる物権変動と相争う関係に立つような他の物権変動は生じようがないから、そもそも取引安全のための登記の機能を期待するまでもない(前述二の)。(三参照)これに対して、生前相続の場合は、家督相続による物権変動と隠居者または旧女戸主の処分による物権変動とが事実上競合する可能性があるのであって、かつての大審院判例のように(大判明三八・一二・一一)民録一一・一七三六など)、家督相続人に登記を期待する場合の障害と、第三者の側において登記がなくても戸籍簿によって相続開始を、そして確定日附の要求(旧九八)から財産留保を、知ることを期待する場合の障害とを比較検討して、実体法上登記の公示力を認める民法上の原則をこの場合にも適用して間接的に家督相続人に登記を促すことが妥当かどうかを論ずる余地があり(前述一の二の(3))、なおより具体的に、隠居者や旧女戸主の相手方は「正當ノ権原ニ因リテ取得シタル者」(明治四一年第三者)に当るかどうか、結局、「二重譲渡」の場合と同視しうるかどうか、という「第三者の範囲」の問題(前述一の二の(4)(5)での次元)として検討する余地がある。このようにまったく性質の違った二つの問題を本件判決理由は混同して、きわめて一般的・抽象的に取り扱った、といえよう。

これに対して、明治四一年第三者制限連合部判決(大連判明四一・二二・一)は、第三者の範囲の問題をわが民法の對抗要件主義のもとで論ずべきことを明確に意識していた。すなわち、建物の譲受けを主張する者は、その建物を新築し

て所有したと称する第三者に対しては、登記をもって對抗する必要なし、と判示するにあたって、「抑民法ニ於テ不動産ニ関スル物権ノ得喪及ビ変更ニ付テノ成立要件ト為サズシテ之ヲ對抗要件ト為シタルハ、既ニ其絶対ノ権利タル性質ヲ貫徹セシメルコト能ハザル素因ヲ為シタルモノト謂ハザルヲ得ズ。然レバ則チ其時ニ或ハ待対ノ権利ニ類スル嫌アルコトハ必至ノ理ニシテ毫モ怪ムニ足ラザルナリ。是ヲ以テ、物権ノ其性質絶対ナリトノ一事ハ本条第三者ノ意義ヲ定ムルニ於テ未ダ必ズシモ之ヲ重視スルヲ得ズ」(原島) (傍点は)。

ここに、わが民法が登記主義をとらない故に、(民一七六) 登記をそなえず、それ故第三者に對抗しえない物権の取得を生ずること(「或ハ待対ノ権利ニ類スル嫌アルコト」)しかし物権の取得である以上、登記をそなえていなくても、その効果を一定範囲の第三者(正当な権原によらずして権利を主張する者、不法行為者など)に対して主張しうることを、さらにそれ以外の範囲の第三者にその効果を主張する(「對抗する」場合に登記を要すること、が確認されている。契約主義(民一七)と「對抗問題」(民一七)の、その一側面である「第三者の範囲」の問題、というようにその必然的な論理的関連が意識されている、といつてよからう(前述一(4)および(5)の次元)。

三 明治四一年相続登記要求連合部判決はすでに指摘したような、事實関係の不明確と、その判決理由がきわめて一般的・抽象的な規範命題を立てたことによって、まずつぎの五つの意味で理解され、変動原因無制限説が確立する要因をつくつた。

(1) 「生前相続による物権取得を、被相続人(隠居者・入夫婚姻前の女戸主)から、不動産の処分を受けた者に対抗するには登記を要する」(大判大四・一〇〇・二民録二一・五四一、同大五・一一・一一民録二二・二二二四、同大五・一二・二五民録二七・六九・一四、同昭九・五・二二新聞三七〇三、同大一一・一一・二二民集二二・三八八入夫婚姻に関するもの、同昭二一・九・二八新聞二七・六九・一四、同昭一四・三・二四新聞四四三二・九など)。

その判決理由は、いずれも、「隠居ニ依ル家督相続ノ場合ニ於テモ登記法ノ定ムル所ニ依リ相続登記ヲ為スニアラ

ザレバ相続不動産ノ所有権取得ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルコトハ本院ノ判例トシテ夙ニ是認スル所ナレバ」(前掲大判、大四年)、というように明治四一年連合部判決と同じく、最も広い意味での一般的・抽象的な命題を立てている。

(2) 「死亡相続をも含めて、およそ相続による、物権取得を第三者に對抗するには登記を要する」という意味での理解(大判大九・五・一一。民録二六・六四〇)。

具体的には、共同相続のとき、単独登記をした者から抵当権設定と登記を受けた者と、他の登記なき共同相続人との争いで、後者の抹消登記請求を斥けた事例。その判決理由において明治四一年連合部判決を引用し、「遺産相続ニ因ル本件不動産ノ所有権取得ニ付キ登記ヲ為サザルガ為メニ之ヲ以テ被上告人〔単独登記名義人の相手方〕ニ對抗スルコトヲ得ザル以上ハ、本訴ノ請求ハ其前提ニ於テ失当ニシテ到底之ヲ維持スルコトヲ得ザルモノ」と述べて、生前相続のみならず死亡相続についても登記要求の線に進み出た。

(3) 「生前相続による物権取得を、被相続人死亡後、別に遺産相続登記をした表見相続人から、不動産の処分を受けた者に対抗するためにも登記を要する」という意味での理解(大判昭一五・四・二。民集一九・七三七)。

判決理由として、「隠居ニ因ル家督相続開始シタル場合ニ於テモ、其ノ目的タル不動産ニ関シ相続ニ因ル所有権移転登記ヲ經由セザル以上、右ノ移転ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザル結果……」として、表見相続人からの譲受人に対しても、そちらの側(第三者の範囲)の事情に係係なく、登記要求で片づけた。変動原因無制限説が完全に第三者制限との関連を見失って、第三者無制限説へ横滑りして行くことを示した。

(4) 「意思表示によらざる物権取得も、すべて(たとえば特効取得)、これを第三者に對抗するには登記を要する」という意味での理解(大連判大一一四・七。八民集四・四二二)。

具体的には、時効取得者は、時効完成後従来の所有者から不動産を譲り受けた者に対抗するために登記を要求した事例である。その判決理由に、時効完成後の従来の所有者による保存登記が有効であるのは、隠居者による登記名義利用の場合と同様であるとして、生前相続に関する先例(大判大六・五・二一民録二三・八八七、これは、隠居者の債権者による差押・競売の場合に、登記を欠く家督相続人が競落人に対して敗訴した事例)を引用している。この先例自体、隠居相続における登記要求が「従来当院ノ判例」であることを主たる理由としており、明治四一年連合部判決の延長線上に、時効取得についての登記要求を契機として、ここに単純無制限説が確立したものであることは明らかである。(三二)こうして、時効取得者に対する「登記要求」(家督相続人に対する登記要求と同視される)ということから、ストレートに結論が出されるのであって、実質的に、時効完成後の第三取得者が「第三者」に当るかどうか、二重譲渡における第二の譲受人と同視してよいかどうか、という第三者側の検討は不問に付されたままになっている、と言ってよからう。

(5)「詐欺を理由に取消権者が、取消にもとづく物権の遡及的復帰を、取消後の第三者に対抗するには登記を要する」という意味での理解(大判昭一七・九・三〇民集二一・一七・九一一)。

その理由に、売買取消によって土地所有権は復帰し、初めから移転しなかつたものとなるけれども「此ノ物権變動ハ民法第七十七条ニ依リ登記ヲ為スニ非ザレバ、之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ザルヲ本則ト為スヲ以テ……」取消後の第三取得者に対抗するには登記不要とする理由を説明しなかつた原審判決は破棄を免がれない、としてゐる。ここでは、およそすべての物権變動につき登記を要求する単純無制限説が論理構成のすべてである。このような登記要求の「原則」から、取消による物権の遡及的復帰と取消後の第三取得者への物権變動とを二重譲渡と同視することがストレートに導かれる。そして実質的には、第三取得者側の検討は省かれている。時効取得に関する先例(前出)が、登記の要否を、時効完成時を基準に、時効完成前の第三取得者に対しては登記不要であるが、時効完成後

の第三取得者に対しては登記を要求される、というのと同じ発想がここに受けつがれ、取消前の第三者に対しては登記不要であるが、取消後の第三者に対しては登記が要求される、という折衷がなされている。^(二二二)

四 以上の五つの意味における登記要求説をつきに検討しよう。^(二二三)

(1) 前述(1)の意味での登記要求は、民法改正による生前相続の廃止によって、もはや問題とならない。

(2) 前述(2)の意味での登記要求は、一つの重要問題である。^(二二四) まず第一に、同じく単独登記であっても、合意にもと

づく、単独登記と、勝手になされた単独登記を区別すべきである。大判大正八年一月三日（民録二五・一）は、隠居者が

死亡し、その留保財産を一人が遺産相続したにもかかわらず、その一人が勝手に、家督相続による単独名義の登記をして

第三者へ売り渡し、移転登記をした場合に、他の共同相続人に登記がなくても、第三者に対する共有持分の確認と抹消

請求とを認容している。また最近にも、最高裁は（最高判昭三八・二・二二二）、同じく共同相続人の一人が勝手に、単独名義

で登記したうえ、これを第三者に処分した場合に、登記不要を確認した。単独名義をもつ相続人は相続不動産全部に

ついては権利をもたないからである。これは、表見相続人から不動産の処分を受けた者は無権利者であって、民法一

七七条の「第三者」に入らないという基本的な観点に沿うものと言える（これに関する判例として、大判明四三・四・九民録

一九、同大三・二二・一民録二〇・一一三）。

これに対して、前述大判大九・五・一一は、相続債務について銀行と交渉す

るために、他の兄弟が単独名義とすることを承諾し、依頼を受けて単独名義人となった長男が相続不動産に抵当権を

設定したのであった。すなわち、合意の上での単独登記である。したがって単独名義人を受託者として排他的管理・

処分権を与えた信託譲渡の場合である。^(二二五) これはまさに、他の共有者から単独名義人となるべき一人の共有者に、その

一人から第三者へ、というように物権の順次移転・変動を生じた場合であって、信託的に譲渡をした共有者と第三者

との間に「対抗問題」を生ぜず、この場合の第三者は民法一七七条の「第三者」に当たらない。問題は、（信託的）譲渡

があつたかどうか、ということだけである。もちろん場合によっては、単独名義にすることにつき同意があつたとしても、つねにこのような典型的な信託譲渡があるとは限らない。しかし、名義人に管理権だけを与える信託（処分権は与えない）でも、信託登記（不登法一〇）をしなければ、他の共有者（共同相続人）は第三者に対しその処分の取消・取戻をなさない（信託法三一条）。これは「信託」の表示を与える^(二二六)与、因行為に責任を帰するもの（エストツペルに類すると言えよう）であつて、われわれの論ずる「對抗問題」とは異なる。また、単独名義にしただけであつて、管理権さえも与えていない場合には、「虚偽」の単独登記に他の共同相続人が積極的に関与（「通謀」）した、という点に着目して、虚偽表示における善意の第三者保護規定（民法九四第二項）を類推適用する余地がある。もちろんこれは、「第三者保護」制度（前述一の二）であつて、「對抗問題」（前述一の二）ではない。このように前述(2)の判例を解して、「對抗問題」とすることによって生ずる不当な結果、すなわち、真正相続人の犠牲において悪意の第三者をも保護し、登記の公信力を認めた場合にもないような過度の保護をもたらす、という結果を回避することにもなる。この故に、前述(2)の意味での登記要求は否定さるべきものと思う。

(3) 前述(3)の意味での登記要求は、生前相続に関するものとして、もはや先例的価値を失つたが、そうではなくても、真正相続人と、表見相続人から不動産の処分を受けた者との間の問題であつて、権利者対無権利者の関係として、もともと「對抗問題」を生じないものと理解すべきであつた。事実、この大判昭和一五年以前には、この立場から登記不要とする先例がある（大判大三・一〇・九民録二〇・七二七、同）。本件判決は、これをたんに変動原因無制限説の勇み足としてだけでなく、むしろ、前述のように変動原因無制限説が第三者無制限説と結びつく必然的傾向を示唆するものとして理解すべきである。

このような変動原因無制限説と第三者無制限説との結びつきは、登記手続上の登記要求、すなわち、一般に「登記

事項」といわれる問題(前述一の二(2)の)と、実体法上の登記の効力の問題(前述一の二(3)の)とを明確に区別しなかつたことに起因しているように思われる。はじめに意思制限説を攻撃して無制限説を主張した学説は(前述二の)、その一つの理由に、登記すべき事項として民法(七条)も、登記法(一条)も、なんらの制限をもしていないことを挙げている。(二八)しかし、この点では無制限説じたいにも一貫しないところがあるのであって、たとえば時効取得のように登記法に登記手続の定めのない事項についても、なお対抗要件としての登記を要求しており、登記事項と対抗のための登記要求とはまったく別の問題であることを無制限説じしん認めざるをえない。同じように、たとえば、相続や競売、公売処分、土地収用などのように登記法に登記手続の定めがあるからといって、そのことは直ちに対抗要件として登記が要求されることを意味しない。(二九)このことは、登記を物権変動の効力発生要件とする登記主義 (Eintragungsprinzip) の下でも同様である。すなわち、いかなる物権変動について登記が可能か、という登記許容 (Zulässigkeit der Eintragung) の問題と、いかなる物権変動についてその効力発生のために登記が必要か、という登記要求 (Notwendigkeit der Eintragung) の問題とは、やはり区別されている。したがって、たとえば相続については、前者の意味では登記可能であっても、後者の意味では登記不要とされるのである。(三〇)このように、区別すべきものを区別しないことから、変動原因無制限説の「すべての物権変動につき登記を要す」という命題が、ストレートに「登記によって対抗すべき第三者の範囲を問わない」という第三者無制限説をもたらす、と言ってよい。したがって、このような性格を背後にもった変動原因無制限説を取るかぎり、第三者の範囲の問題との関連を見出し、「対抗問題」の位置づけをしようとしても、それは不可能であろう。

(4) 前述(4)の意味での登記要求は、これを「第三者」の範囲の問題と関連させて検討するとき、どうしても超えることのできない論理的矛盾に逢着する。

判例の結論は、一部の学説によって次のように構成されている。^(三二) すなわち、時効取得者と時効完成、当時の所有者（従来の所有者、および、この者）との関係は、同一の権利を取得し喪失する「当事者」の関係にあるから登記不要であり（から時効完成前に取得した者）、時効取得者と時効完成後の、第三取得者（従来の所有者から時効（結果とした占有）、時効取得者と時効完成後の、第三取得者（完成後に取得した者）との関係は、従来の所有者からの二重譲（尊重となる有））であるから登記を要求される（結果として登記尊重となる）。しかし、このような論理構成を前提すると、同じ第三者の取得が、時効完成時の前と後とで異なることになって、「実際上の結果からみればまことにおかしい話である」。^(三三) とくに、このような「当事者」・「第三者」という概念は、ほんらい第三者制限説のもとではどこにもないものである。^(三四) 何故ならば、ほんらい二重譲渡にあっては、二重譲受人の中のいずれが先に譲り受けた場合であるかと、それとは関係なく、「対抗問題」を生ずるのであって、つねに互いに「第三者」であって、相互に登記なくしては自己の物権変動を対抗しえない。前述の「構成」のように、第三取得者の譲り受けが時効取得者の取得より先であれば、第三取得者は「当事者」となり、それが後であれば、第三取得者は「第三者」になる、というようなものではない。さらにまた、最高裁は、時効完成後に第三取得者が取得の登記をしても、その後さらに、占有者が引き続き時効取得に必要な期間占有を継続したときは、この第三取得者に対して時効取得を主張しうることとなる旨、明らかにしたが、^(三四) そうすると一層問題になる。何故ならば、第三取得者が、同一人である時効取得者に対する関係で、時効完成前であれば「当事者」であり、時効完成後であれば「第三者」となり、さらに占有が継続することによってふたたび「当事者」へかえる、ということになる。このような「構成」は、まったく論理的でないばかりか、ひいては、「対抗問題」全般の理解に混乱をもたらす原因にもなっている。

右のように、第三者制限説の基準に照らして検討してみると、けっきょくとるべき途は、時効取得者と第三取得者との関係は、つねに、「対抗問題」を生ずるとするか、それとも、つねに、「対抗問題を」生じないとするかの、

何れかしか論理的構成の途がない。つねに、「対抗問題」を生ずるとした場合には、実質的に時効取得の要件として占有者に占有のみならず登記をも要求することになって、わが民法の占有取得時効制度 (Ersitzung) そのものと矛盾する。したがって、残る途は、つねに、「対抗問題」を生じない、と解するほかあるまい。

右のことは、たんに論理的齎合性の問題に止まるものではない。そこで問題とされていることは、実は、占有の継続のみを法律要件とするわが民法の時効取得制度に、解釈論によって、登記強制 (Eintragungszwang) をどこまで取り入れることが妥当であるか、ということである。判例のように、時効完成時を基準にして、完成前の第三取得者に対しては登記不要、完成後の第三取得者に対しては登記要求、とするのは「取引安全のための」たんなる折衷、以外の何ものでもない。実質的な問題は、このような機械的な折衷が妥当だろうか、ということである。

そもそもドイツ民法(九〇)の登記簿取得時効 (Tabularersitzung od. Buchersitzung) は、わが国で一般に考えられているように、物権変動における登記主義 (Eintragungsprinzip) と同じ意味で取引安全を直接に目指したもので、と解することはできないように思われる。換言すれば、実体法上、時効取得の要件として占有のみならず登記をも要求することによって、時効取得しようとする者に間接的に登記を促がす、というような意味 (登記の公示力の問題、前述の一の二(三)の次元で論) はない、と思われる。(三五) 周知のように、ドイツ民法第一草案には Tabularersitzung の規定はなかった。それには理由がある。まず問題であったのは、不動産についてもドイツ普通法の占有取得時効 (Ersitzung) を採用すべきかどうか、ということである。(三七) (三七) Ersitzung は、わが国の通説的見解とは異なり、所有権を取得した者のために所有権証明 (Eigentumsbeweis) を容易にする (erleichtern) ことにより、取引安全に役立つものとして受取られている。(三八) しかし、ドイツの徹底した「登記制度」の下では、もはや Ersitzung を採用する必要はない、とされる。何故なら、登記簿上所有者として表示された者のためには登記による推定(現八九) (一条) があり、登記と実際とのくい違いを

知らない第三取得者のためには登記の公信力(二条)があるから、取引の安全にはじゅうぶんである。(三九) 残る問題点は、*Erstzuzung*を排除した場合に、物権的請求権をも含めた請求権消滅時効 (*Anspruchsverjährung*) との関係で實際上の不都合を生ずるか否かにある。考えられる場合が三つある。(イ) 所有者でない者が間違つて (*irrtümlich*) 登記簿上所有者 (*Bucheigentümer*) として登記された場合。権利(真の所)と、(占有ないし)登記(登記簿上の)との分裂を生ずるが、もともと請求権消滅時効の理論によれば、権利 (*Recht*) は存続してもその請求権 (*Anspruch*) は時効消滅するというように、同様の事態(たとえば所有権はあつても、物権的請求権は時効消滅し)を生ずるではないか(この故に、権利に高めないし登記を)。そのような事態はやむをえないことであつて、むしろ、やがては真の所有者の登記簿訂正請求権 (*Buchberichtigungsanspruch*) が時効消滅すればそれにより登記簿の整理がつくし、(四〇) また不動産が第三者へ譲渡されて善意取得されれば、登記簿と権利の矛盾も解決されることになる。(ロ) 相続人により相続登記がなされず、第三者が不動産を占有する場合。この場合に、(a) 第三者が間違つて所有者として登記されたときは前述(イ)と同じ。(b) 第三者が間違つて登記されない限り、登記をもつ相続人には返還請求権がある(現八四七条により消滅時効にかからない)。(c) 他方において、この状態が三〇年以上経過すれば、占有している第三者は公示催告手続 (*Aufgebotsverfahren*) による所有権排除 (*Ausschlussurteil*による)の途がある(現九二七条)。したがつて、(b)、(c)の場合にはともに、権利ないし登記と、占有とのくいちがいがなくなる。(イ) 登記を要せずして所有権が取得されるとき(強制競売、公) 第三者に不動産が占有されている場合。この場合には、やがて所有権者の物権的請求権の時効消滅により、占有と権利の不一致がなくなる、というのである。(四一)

以上の理由によつて第一草案では*Erstzuzung*を排除した。その後ドイツ民法九〇〇条の*Tabularerstzuzung*が採用されることになつたのは、次の理由による。すなわち、所有者でない者が間違つて登記簿上は所有者として登記され

た場合に(前述(イ)、真の所有者の物権的請求権や登記訂正請求権が消滅時効にかかる)、権利(真の所)と登記(登記簿有者)との不一致が固定して、*dominium sine re*を生ずることになる。この状態を除くために*Tabulareritzung*を採用して、登記簿上の所有者に所有権を与えようとするものであった。^(四二)まさに、第一草案における*Ersitzung*の排除も、そして*Tabulareritzung*の採用も、ともに、登記訂正請求権を含めた物権的請求権の時効消滅を前提にして生ずる問題に関連して出て来たものである。*Tabulareritzung* それじたいは、*Germanen*法の *Jahr u. Tag* による *rechte Gewere* に由来し、土地台帳の記載に対して「沈黙」に終始した所有者は所有権を失うとする *Verschweigungsprinzip der Landtafelpatente* を経て、オーストリー民法(一四六七条、ただし、一九一六年に削除)、および一八五二年の^(四三) *Verschweigungsprinzip* を受け継ぎ、これに、登記名義人の占有継続の要件を結合してでき上ったものである。^(四四) 登記簿取得時効(民九〇)が、登記と三〇年の占有のほかは、*Ersitzung* の要件である正当権原 (*iusta causa*) も、善意 (*bona fides*) も要求しないことは、このような事情を確認することにより、はじめて理解できるように思われる。こうして登記簿取得時効は、取得者に特別の保護理由があるからという理由で設けられたのではなく、従来の所有者の物権的請求権の消滅時効(一九条により同じ)によって生命力を失った権利不具者 (*Rechtskrüppel*) を整理してしまつたための、墓掘入条項 (*Toten-^(四五) gräberparagrafen*) であり、司法的塵芥運搬 (*juristische Müllabfuhr*) のためにある、と理解することもできよう。

このように時効取得における登記要求は、登記主義と徹底した登記強制のもとでは、取引安全のためには取得時効(*Ersitzung*)を採用する必要がないとした上で、ただ物権的請求権の消滅時効があるが故に、その裏面として、登記の整備(発動することのなくなった権利者を実体法上はつきりと)のために登記簿取得時効(*Tabulareritzung*)を設ける(排除して、登記と登記簿上の「権利者」を合致させる)^(四六)

に至ったものである（したがってまた、時効完成後の登記要求ではない）。わが民法には、このような前提はまったくない。ドイツ法のように登記主義や徹底した登記強制は存在せず、取引の安全のためには、登記の公信力を認めないことと関連して、取引によって占有を開始した者の保護をも含めて取得時効（Ersitzung）を採用したのであり（とくに、不動産の民法一六二条二）、また、解釈上、物権的請求権の消滅時効を考えていない。したがって、判例のような時効取得における登記要求は、一般に考えられているのと違って、Tabularersitzungとはまったく実体を異にするものであり、その部分的な採用で足りない。先に、これを機械的、折衷と呼んだのも、まさにわが国独特の登記要求であるからである。したがって、そのために生ずる難点もきわめて特殊なかたちで現われる。

要約すると、第一に、時効取得者に対する登記要求が、登記に対する第三者の信頼を保護すべきものとすれば（前二の二(3)における、登記の公示力と登記の公信力の問題）、従来の所有者に登記名義がある以上は、第三者の取得が時効完成前であろうと、完成後であろうと、そのこととは関係なく第三者を保護すべきであろう。登記の公示力をつねに認めるとしたら（「対抗問題に生ずる」）、わが民法のErsitzungを否定することと同じであり、前述のようにまったく前提を異にするところでききなり Tabularersitzung を（しかもすでに述べたようにその実体をまったく異にするが）、しかも解釈論上認めようとする無理を生ぜざるをえない（四七）。他方、登記の公信力を認めようとしても、それはわが民法の採用していないものである。

第二に、「折衷」に多少の意味があるとすれば、時効完成前には時効取得すべき者に登記を要求しても事実上登記をすることは不可能であり（Tabularersitzungとは、この）、時効完成後には登記が可能となる、という事情の違いであろう。しかし、実際には多くの場合、時効取得者はそのも時効なるものを、したがって時効完成を意識しないのであるのが普通であって、たとえすでに時効が完成していても、従来の所有者とであれ、第三取得者とであれ、紛争が発生するまでは時効完成を理由に登記を要求して権利を確保しようとするのではないのか、と考えられる。

そうだとすると、「時効完成後に登記をしなければそれ以後の第三取得者に対抗できない」という規範命題によっては、時効取得者に対して間接的に登記を促がし、取引の安全を図ろうとしても(前述一の二(3)の次元での問題)、そもそもその前提が欠けている、ということになる。のみならず、この規範命題によって、結局、時効完成を今や遅しと持ち構えて、時効完成と同時に従来の所有者を相手どって登記請求の訴を提起した文字通りの悪意の者だけを保護することになるとすれば、この規範がまったく妥当性を欠くこと明らかである(わが民法では、取引にもとづき占有を開始した者、そうでなくても、善意で占有している者を含めて、広汎な適用範囲がほんらい予想さ)。

第三に、この意味では、「折衷」の方法として、時効取得を認める確定判決があった後には、登記なくして第三者に対抗しえない、とする説(確定判決後の登記要求説と呼ぼう)の方が(四八)、まだ、より合理的であろう。しかし何故、どこからこのような規範命題が出て来るのか、論拠に乏しい。その説くように、「ゲヴェーレ的所有から判決確定による近代法的観念的所有権への転化」とは、もともと *Ersitzung* の基礎たる事実が所有(これは観念的)と分化した占有(これは観念的)であることを考えば、この説は、このような占有から所有への転化とは異なるものを想定するようであって、その実体を理解するに苦しむ。また、ここにいう判決確定後の「対抗」が、もしわたくしがここで論じている「対抗問題」を生ずる意味だとすれば、何故判決確定後だけにそうであるのかという前述の問題に還ってしまう。この構成における登記要求は、実質的には、「登記の公示力」に関するものではなくて、むしろ一種の登記強制 (*Eintragszwang*) と見るべきである(四九)。そうだとすると、一般的にわが民法には占有に代わる登記 (*Buchbesitz*) という伝統的な法的観念に欠けているだけでなく、ドイツ民法がするようにこの場合の明文の規定を欠くということからも、この規範命題の根拠を見出すことがさらに困難であろう。これもまた、「折衷」から生ずる困難に外ならない。さらにまた、この説は、実質的に権利と登記との不一致の状態に対し判決確定時をもって終止符を打とうとするものである。しかし、時

効取得者が従来の所有者もしくは第三取得者に対して勝訴したときには、たいていは移転登記をもかくとくすることが多いであろうから、實際上の結果において登記不要説とそれほど大きな違いを生ずると思われない。

第四に、登記要求説は必然的に時効起算点の固定時説を前提せざるを得ない、というきわめて特殊な現象を生ずる。^(五〇) 現在から逆算することによる時効起算点の「繰り下げ」を認めない、ということは、前述の機械的「折衷」によって始めて起りうる問題である。すでに述べたように、ほんらい *Erstzung* は、時の経過による所有権者の所有権証明の困難を回避することを主たる機能とする。それを逆に、最も遠い過去の占有開始の時期をめぐって争うことにより *Erstzung* の成否が決するということになるのでは、何のための *Erstzung* かわらない。このような特殊、^(五二) 本的な固定時説によって、登記要求説は決定的に難破する、^(五一) といってよからう。

以上の理由により、時効取得に関しては「対抗問題」を生じない、と解すべきである。

(5) 前述(5)の意味での登記要求も、これを第三者の範囲の問題と関連させて見れば、取消による物権の遡及的復帰と取消後の第三取得者への物権変動とを二重譲渡の場合と同視することにより、「対抗問題」を生ずるとなす構成^(五三)が、^(五二)ここでも検討されねばならない。

まず第一に、その構成の基礎には、取消は、無効の場合に法律行為が始めからなかったとされる場合と異なり、取消されるまでは一応効力を生じていたことを前提とするから、取消の遡及効は、一度効力を生じた物権変動を前提とした上で、あとからその変動が生じなかったことにするための擬制であり、このあとから生ずる事実上の物権変動と取消後の第三取得者への物権変動とが二重譲渡の関係になる、とする。

しかし、取消の遡及効は実際上の結果をとまわらない擬制であろうか。そうではない。取消の遡及効<sup>(民法一
二二条)</sup>は、もともと旧民法を承継したものである。旧民法財産篇五五三条は、不動産の譲渡が銷除（＝取消）に服するときは

「第三取得者ニ対シテ其鎖除ヲ為スコトヲ得」と定めていた。これと同趣旨の規定が現行法に見えないのは、一二一条の遡及効を定めた当然の結果としてそこに含まれるから、という理由であった。^(五四)したがって、取消の遡及効は、当事者の遡及効に関する特約（解除条件附法律行為、買戻の特約、合意解除など）の場合とは異って、法律がとくに、無能力者・被詐欺者・被強迫者を保護するために、その方法として、取消者とその相手方の契約関係の清算（解除のように、契約関係の拘束からの解放と、現状回復）という範囲を超えて、取消者の第三取得者に対する追及をも認められたもの、といわねばならない。このことじたいは擬制でも何でもなく（取消が無効と異って「一応生じた物権変動を前提する」のは、物権変動をなかつたこと）。このことを否定するとすれば、とくに善意の第三者を救済するための九六条三項も不要な無意味の規定だということになる。^(五五)法律による取消権の付与とその行使が、無能力・詐欺・強迫のゆえにフェアでない取引を事後的に否定して取消権者の「所有」そのものを回復する趣旨であるならば、そのことと、取消権者と取消の相手方と取引関係に入る第三取得者との関係を、同じ次元で、二重譲渡と同じように対等な競争関係にあると見ることとは、両立しえないものである。したがって「対抗問題」を生じようがない。以上のことが認められるとするならば、あとは、このような趣旨をどのように論理構成するか、という問題だけである。わが民法の場合は、物権変動の契約主義（Vertragsprinzip）との関連から、取消の遡及効によって「初めから物権変動を生じなかつた」ものとされて、物権の当然復帰という構成がなされる。^(五六)かりにこの構成が、「擬制」であるとして攻撃されるとしても、その構成をとるかとはならないかという問題は結果を左右しない。何故なら、ドイツ民法の場合のように、物権契約の無因性との関連から、原則的に、債権契約の無効・取消は物権契約に影響を及ぼさず、したがって所有権移転などの物権変動はいぜんとして有効であり、ただ債権的な不当利得請求権を生ずるに過ぎない、と構成するところでも、たとえば詐欺による取消は物権的な履行行為をも取消することになる（したがって、物権変動そのものが取消）、^(五七)という結論をとるからである。

第二に、登記要求説は、取消による物権の遡及的復帰は、取消前の第三者との関係では「對抗問題」を生じないが、取消後の第三者との関係でのみ、「對抗問題」を生ずる、とする。つまり、取消後だけは、取消の遡及効を認めない、ということに帰着する。取消権者保護のために法律によって与えられた遡及効が、なぜ取消前の第三取得者に対する関係では生じないのか、その理由は見つからない。^(五九)のみならず、第三者の範囲の問題としてこれ見るとき、時効取得の場合に論じたのと全く同じことがここでもあてはまる。第三取得者への物権変動が取消による「物権復帰」よりも先であれば、取消者にとって第三取得者は「当事者」となり、それがあとであれば「第三者」になる。このような「当事者」・「第三者」の観念は、二重譲渡の場合にはまったく考へられないものである。つまりここでは、第三者の範囲の問題との関連性は無視されて、ただ、「取消による物権復帰についても登記が必要」という変動原因無制限説の命題だけが裸かで一人歩きをしている、と言ってよい。

第三に、このように、取消時を基準にして、取消権者に対し、その前後によって登記不要と登記要求とに分けるのは、時効取得の場合と同じく、機械的な折衷にほかならない。あえてこの折衷を行うのは、取消前の善意の第三取得者は九六条三項によって保護されるが、取消後の第三取得者にはその適用がなく、取引の安全を害する、という理由からである。しかしここには、「取引安全」^{(1)前述一の二}や「第三者者保護」^{(2)前述一の二}という一般的・抽象的な次元から、いきなり「對抗問題」^{(4)前述一の二}を引き出すという飛躍がある。このような便宜的な方法のために、実体法上の登記の公示力と登記の公信力の区別^{(3)前述一の二}は無視される結果となる。^(六〇)すなわち、取消者と取消後の第三取得者との関係は「對抗問題」として処理されるから、悪意の第三取得者も登記具備により保護される。つまり、登記に公信力を認めたとき以上の、しかも無用の保護を与えることになっている。このような不当な結果を回避するためには、九六条三項を類推解釈して、取消の遡及効により脅かされる善意のすべての第三者を保護する趣旨において、

取消後の善意の第三取得者に限って、これを適用することが妥当であろう。^(六二)

- (二七) たとえば、我妻「聯合部判決巡歴Ⅰ」一一二頁。
- (二八) 同旨、我妻・前掲一一七頁。
- (二九) なお、第三者無制限説の性格規定と、その制限説への推移の意味については、原島「物権変動と民法一七七条の『第三者』」法学教室八号一三四頁以下参照。
- (三〇) その詳細は、原島「登記の対抗力に関する判例研究序説」法政研究三〇巻三号二五五頁以下参照。
- (三一) 同旨、於保「時効と登記」一七七頁以下参照。
- (三二) 同旨、於保・前掲一八〇頁。
- (三三) その詳細については、「注釈民法第六卷」原島担当部分を参照されたい。
- (三四) これに賛成する学説として、舟橋「不動産登記法」四〇頁、七〇頁、同「物権法」一六八頁、我妻「物権法」七五頁などがある。反対説の方が多数。
- (三五) 於保「相続と登記」七〇頁以下がこの点を明確に指摘した。
- (三六) なお、与因主義・*estoppel*の要素をもつ表見代理・虚偽表示などと公信の原則との区別について、原島「即時取得」(新民法演習Ⅱ所収予定)参照。
- (三七) 最高裁はさいきん、民法九四条二項の類推適用を活用して「第三者保護」の傾向を強めている。これは「取引安全」のための一つの方法（登記制度とは異なる）であり、しかも、公信の原則とも異なった与因主義の観点からなされるものであることを明確に意識しておく必要がある。例を挙げれば、虚偽仮装の所有権移転（持分移転も同様）がなくても（この故に虚偽表示そのものではなく、虚偽表示規定の類推適用となる）、婿養子に頼まれて建物を買ひ、その妾に商売をさせ、無償使用させるために妾名義で移転登記をうけた場合（最高判昭二九・八・二〇民集八・八・一五〇五）、土地買受に当って代理人を買主名義にした場合（最高判昭三七・九・一四民集一六・九・一九三五）、他人名義で住宅金融公庫から融資をうけた関係上、その者の名義で建物保存登記をした場合（最高判昭四一・三・一八判例時報四四六・三九）に、これらの登記名義人から、不動産の処分を受けた者が善意であったときは、真正の権利者に対してこの第三者を保護する。

(二八) 梅・前掲一四頁、富井・前掲七〇頁、相続に関して、中島・前掲五四頁など。なお、その後の学説にも、これに類似する態度が見られる。たとえば、末弘・前掲九五頁、我妻・前掲七四頁、末川・前掲一二〇頁など。

(二九) このことを明確に指摘したのは、石坂・前掲三五卷二号一八頁である。その後、舟橋「不動産登記法」三三頁が、登記制度の理想ないし政策の上からいかなる事項を登記せしめることが望ましいか、という手続法上の問題と、いかなる事項は登記しなければ對抗不能とされるか、という対抗力の有無に関連する実体法上の問題とを明確に区別せよ、と主張した。また、川島「民法I」一五七、一六四頁は、これを調査資料としての登記と対抗要件としての登記とに区別する。於保「時効と登記」一八七頁は、登記法上の物権変動を宣言するに止まる宣言的登記に対して、民法上（登記による公示）物権変動に對抗力を与える対抗的登記を区別する。

(三〇) Vgl. Heck, Sachenrecht, S.157ff.

(三一) たとえば、我妻「物権法」七七頁、末川「物権法」一二八頁、林「物権法」八四頁、柚木「判例物権法総論」一二六頁以下、など。

(三二) 末川・前掲一二五頁。

(三三) 同旨、於保「時効と登記」一六三、一六八頁。

(三四) しかし、その理由づけがまったく不明であると批判するものとして、福地俊雄・判批（法律時報三四卷三号四四頁）、柚木「時効取得と登記」判例演習（物権法）二八頁以下、を参照。

(三五) この点については、わが国ではもちろん、ドイツの学者にも明確な共通理解はないようである。したがって、わたくしの解釈を含めて、ここでは述べることになる。

(三六) ドイツ普通法には、通常取得時効 (*ordentliche Ersitzung*) と、特別取得時効 (*ausserordentliche Ersitzung*) とがあった。不動産については、前者の要件として、一〇年の占有・権原 (*iusta causa*) ・善意 (*bona fides*) が要求され、後者の要件は、三〇年の占有と善意であって、三〇年という長期の占有が権原の代わりとなった。ドイツ民法の立法に当たるとくに問題であったのは、通常取得時効の採否であったようである。なお、普通法の取得時効については、三藤邦彦「取得時効の存在理由について(一)」学習院大学研究年報五号、同「一九世紀ドイツ普通法における取得時効理論」学習院大学研究年報七号、を参照。

- (三七) 以下は、主として Motive III S. 306ff. に拠る。
- (三八) わが国で、*Ersitzung* をこのように解するものに、川島「民法総則」五四五頁以下、がある。
- (三九) Vgl. Motive III S. 310.
- (四〇) 登記簿訂正請求権は時効消滅しない、という規定(現八九八条)の解釈については争いがある。しかし、たとえば所有権にもとづく返還請求権(主たる請求権 *Hauptanspruch*)が時効消滅しても、訂正請求権(補助的請求権 *Hilfsanspruch*)は存続する、と規定の文言通りに解するのが通説のようである。Vgl. *Ennecerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch III S. 152; Westermann, Sachenrecht S. 355; Staudinger, Kommentar III S. 331; Soergel-Siebert, Kommentar III S. 116.* しかし、第二草案ではとくに訂正請求権の消滅を明示する追加を行っており、これがのちに削除されたのも、見解の変更によるものではなく、その趣旨が現行九〇〇条 (*Tabularersitzung*) と九〇一条 (登記簿消滅時効 *Tabularversitzung*) の規定によって明らかである、という見地からであった。Vgl. *Protokolle III 107, IV 589.* のちに述べるように、もともと、*Tabularersitzung* の立法趣旨が訂正請求権をも含めた物権的請求権の時効消滅(三〇年で消滅、現一九五条)と表裏の関係にあったことを考えると、通説の立場がどのような合理性をもつか、疑問を感じる。
- (四一) Vgl. Motive III S. 311 f.
- (四二) Vgl. *Protokolle III S. 192ff.*
- (四三) *Ennecerus-Kipp-Wolff, a. a. O. S. 164f. Motive III S. 307.*
- (四四) スイス民法はこれと違って、普通法を受けつぎ、これに登記要求を結びつけた。六六一条の通常取得時効 (*ordentliche Ersitzung*) は、一〇年の善意占有と登記を、六六二条の特別取得時効 (*ausserordentliche Ersitzung*) は、三〇年の占有だけを、要件とする。
- (四五) Vgl. *Heck, Sachenrecht S. 126—7.* これに対し、たとえば、*Staudinger, Kommentar III S. 343.* などは、登記簿取得時効の典型的な事例として、物権移転の合意があったのに前主が行為無能力であった場合や、無効の遺言により相続した場合を挙げている。しかし、このような場合に取引安全の機能を営むことはあるにしても、*Tabularersitzung* が直接には取引安全を意図して設けられたものでないこと、にもかかわらず、結果的には、右の機能を果たすことがありうること、として受取るべきであろう。

- (四六) ドイツ民法における諸規定を見よ。たとえば、不動産消滅にも登記が要件とされる(八七五条一項)。土地所有権の放棄にも登記所へ意思表示と登記を要件とする(九二八条一項、しかも占有放棄を必要としない、Vgl. Westermann, a.a. O. S. 436)。国庫が先占により土地所有権を取得する場合も登記を要件とする(九二八条二項)。公示催告手続による土地所有権取得も登記を要件とする(九二七条)。また、登記された権利にもとづく請求権が消滅時効にかからないとされるのも(九〇二条)、登記中心の法的観念であり、このような法的観念は伝統的なものとして、登記と占有の分化・両立という状態よりもさらに進んで、登記をもって占有に代える *ländtlicher Besitz* の観念につながる、といえよう。したがってこのことと、「登記の公示力」に関する登記主義 (*Eintragungsprinzip*) とを区別することが必要である。わが民法には、右のような徹底した登記中心の法的観念はない。
- (四七) この故に、第三者無制限説であっても、鳩山秀夫「法律行為乃至時効」六〇二頁のように、つねに時効取得に登記不要とするものもある。
- (四八) 舟橋「物権法」一七〇頁以下。
- (四九) たとえば、ドイツ民法九二七条の公示催告手続による土地所有権取得(登記を要件とする)を想起する。登記強制につき、前註(四六)を参照。
- (五〇) 判例として、大判昭一三・五・七判決全集五・一一・四、同昭一四・七・一九民集一八・八五六、同昭一四・一〇・一三判決全集六・二九・一九、最近にも、最高判昭三五・七・二七民集一四・一〇・一九民集一四・一〇・一八七。
- (五一) いわゆる逆算説として、末弘「時効期間の逆算」民法雑記帳二〇六頁、川島「所有権法の理論」二六七頁、同「民法総則」五七二頁、藪重夫「一七七条の第三者」民法演習Ⅱ二四頁。
- (五二) 最高判昭三二・六・七民集一一・六・九九九が、このような二重譲渡の構成を判決理由中に示すことにより、国税滞納処分にもとづく公売処分の談合を理由とする取消の場合に、取消後に目的不動産を買受人より譲り受けた第三者を、登記具備を理由に勝たせた。しかしのちに述べるように、本件の場合にも、取消処分を第三者が知っている場合には、第三者を保護すべき何らの理由もないのであって、公売のやり直しを命じ、その限度では租税滞納者の利益を守り、取消処分の効果を維持すべきであった、と思われる。

なお、この意味での登記要求説は多い。たとえば、我妻・前掲七三頁、末川・前掲一二三頁、柚木・前掲一一八頁、杉之

原・前掲三〇頁、林・前掲八三頁、鈴木・前掲二二二、二二三頁、舟橋・前掲一六二頁など。

(五三) その詳細については、原島「法律行為の取消と登記」続判例百選七八頁以下を参照。

(五四) 民法草案修正理由書参照。

なお、解除の効果は取消の場合と異なる、と解すべきであろう。解除の効果は、もともと旧民法では「当事者ヲシテ合意前ノ各自ノ地位ニ復セシム」るものとして「物権上ノ効果」を生ぜしめたものを(旧民法財産篇四〇九条二項)、取引の安全のためにこれを改め、「単ニ人権上ノ効果ノミヲ生ジ之ニ因リテ第三者ハ其權利ヲ害セラルルコトナキヲ認メ」たものである(民法修正案理由書)。この故に、民法五四五条一項但書は、本文に対する例外規定(九六条三項のような)ではなく、本文に接続する注意的規定、ということになる。解除と登記については、「注釈民法」第六卷の原島担当部分を参照されたい。

(五五) したがって、取消者の登記具備を問うことなく第三者への追求を認めるのは当然である。強迫を理由とする抵当権放棄

の取消に関し、大判昭四・二・二〇民集八・二・五九、夫婦間の契約の取消に関し、大判大三・一二・二五民録二〇・一一

七八、無能力を理由とする取消に関し、大判昭一〇・一一・一四新聞三九二二・八、などを参照。

(五六) この点につき、岡松参太郎「民法理由上」二七三頁参照。

(五七) Vgl. Staudinger, Kommentar III S. 617 f.

(五八) たとえば、我妻・前掲七二頁、末川・前掲一二二頁以下、柚木・前掲一一七頁以下、舟橋・前掲一六一頁、など。

(五九) 同旨、舟橋・前掲一六二頁以下、於保「物権法上」一〇四頁。

(六〇) 取消後の第三取得者を救済するため、第三者無制限説論者でさえ、これをまさに登記に公信力を認むべき場合として、

立法論(いわゆる相対的公信主義)の提唱がなされたことを想起せよ。鳩山「不動産物権の得喪変更に関する公信主義及び

公示主義を論ず」債権法における信義誠実の原則八三頁以下。

(六一) 同旨、川島「民法総則」三〇一頁。

四 結 論

以上わたくしは、登記を必要とする「変動原因の範囲」の問題としてわが国で一般に取扱われる事例を主たる対象

として、それらの事例が、いかなる意味で「対抗問題」とさるべきか、またさるべきでないか、を検討した。

本稿の一においては、「対抗問題」ほどの段階で生ずるか、その総体的な規点を設定した。そして、これを前提として、登記を要求される「変動原因の範囲」の問題は、一方では、わが民法の契約主義的構成との関連で生ずる「対抗問題」として、したがってまた「第三者の範囲」との関連で検討さるべき事例と、他方では、契約主義との関連がなく、より一般的な「登記の公示力」の問題として取り上げらるべき事例とを区別すべきである、とした。二において、学説・判例の推移を要約し、そこから、現在も一般に行われる学説の分類方法、すなわち、いわゆる無制限説か制限説かの対立、ないし修正無制限説か対抗問題限定説かの対立からは、問題の解決のための基準を望みえないと確認した。また、死亡相続・建物新築と滅失などの事例は、登記に対し取引安全のための機能を期待する余地がなく、まさに「登記制度とその他の第三者保護」の次元で検討さるべき問題であること、さらに、競賣・公用収用などの事例は、契約主義の下でのみ生ずるものでなく、したがって、「対抗問題」の次元に下降するまでもなく、より一般的に、この場合に「登記の公示力」に関する民法上の原則をなお維持すべきかどうか、という問題である、と確定した上で、登記要求を結論とした。三において、共同相続に因る相続財産持分の取得・時効取得・取消による物権の遡及的復帰などの事例こそ、「対抗問題」の次元で、したがって「第三者の範囲」との関連で、もっとも具体的に検討さるべきである、として、その結果、じつは、ほんらいの「対抗問題」ではないこと、この故に登記要求は妥当ではない、と結論を出した。

このように大きな問題を、限られたスペースで、しかも時間に追われて論ずることは、かなり無理な作業であった。しかし、批判を仰がんがために、あえて書きとめてみた。そして、物権変動論のより広汎な再検討へ進んで行きたいと思う。