

第7回 所有権(6)：不動産所有権移転の対抗と第三者

2009/10/30

松岡 久和

【不動産物権変動の対抗問題・概論】(46-47, E50-51)

Case07-01 XはAから土地甲を買い受けたが未登記であった。次の者に対して、Xは甲の所有権（の取得）を主張できるか。

- ① Aから甲を買い受けたY₁
- ② 甲を差し押さえたAの債権者Y₂
- ③ 甲を不法占拠しているY₃
- ④ Aから甲を賃借したY₄

1 対抗の意義

- ・物権変動は登記をしなくても生じるが（意思主義）、その物権変動（およびその結果として取得した物権）を「第三者」の意思に反して主張できない（177条－対抗要件主義）
 - 1)無効ではないから、「第三者」に該当しない者に対しては、主張可能
 - 2)「第三者」の側が積極的に物権変動を認める場合には登記なくして主張可能
- ・両者未登記の間には相互に対抗できないことを認めるのが判例・通説だが、フランス法の沿革を重視して、時間的に先行する物権変動が優先するという見解も最近は有力
批判 物権変動の原因となる（債権）契約に公正証書などを必要としない日本法では、AXが共謀してA→X間の物権変動の日付を偽造する危険がある
- ・対抗要件主義の基礎にある考え方
 - ①取引の安全の確保（公示の要請）、②詐欺的譲渡の防止、③登記懈怠への制裁
- ・なぜ所有権の帰属にこだわるのか — 未登記買主Xのその他の保護との関係

2 対抗要件主義の動揺あるいは拡大

- ・すべての物権変動を登記に反映させるという立法者の意図は挫折
 - 特に債権的不動産利用権（借地権・借家権など）の場合、登記具備は期待できず、対抗要件主義を単純に適用すると、**地震売買**など社会問題となる
 - 特別立法や判例による修正：①建物保護1条→借地借家10条（建物登記による借地権公示）、②借家1条→借地借家31条（**圃** 農地18条など。引渡しによる利用権公示）、③**明認方法**の肯定（立木、未分離果実、泉源権などの土地から独立した取引客体化）
 - +公図の不正確さ、不動産の個性→**現地検分の必要性**

3 対抗要件主義の適用をめぐる問題と本講義での扱い

- ・①登記を要する物権変動、②登記なくして対抗できない177条の「第三者」という体系書・教科書等の記述の順序

【177条の「第三者」の範囲】(64-72, E70-76)

1 無制限説 vs 制限説

- ・ **無制限説** ← 登記による画一的処理が望ましい
不法行為者等も損害賠償を二重払いの危険につき利害関係がある。
- ・ **制限説** ← 無制限説では形式主義と変わらず、意思主義規定を無視することになる。
登記名義人Aに弁済した不法行為者等は通常478条(債権の準占有者への弁済)によって救われるので、問題がない。
- ・ **制限説が判例かつ定説**(大連判明41・12・15民14-1276頁以降); 問題は制限の基準
 - ・ 判例 - 「登記の欠缺を主張する正当の利益」を有するか否か
 - ・ 学説 - ①「有効ないし正当な取引関係」を基準とする考え方(取引関係説)
②「対抗関係=両立しえない物的支配の優先を争う関係に立つか否か」を基準とする考え方(対抗問題説)

2 第三者の客観的資格

(1) 第三者に該当する者

- ①物権取得者
- ②差押債権者・仮処分債権者・配当加入債権者・破産債権者・破産管財人など目的物に一種の物的支配を及ぼした債権者
※差押債権者を当然に「第三者」とすることには異論もある。

参考文献 松岡「差押債権者の実体法上の地位(2)」金法1401号24頁以下

③利用権の優先を争う場合の目的物賃借人

- ★不動産の新所有者(地主・家主)は登記なくして賃借人に賃料請求ができるか。

判例(最判昭49・3・19民28-2-325)・多数説 - **登記必要説**

- ←①状態債務の付着した所有権取得、②譲渡契約解除や二重の譲渡の可能性、③果実収取権との関係、④所有権移転証明の確実性、⑤登記要求は酷でない、⑥解約申入制限判例との調和、⑦不法行為者と賃借人は異質

有力な反対説 - **登記不要説**

- ←①非対抗問題、②供託や債権の準占有者への弁済による賃借人保護、③債権譲渡手続の利用、④登記具備困難な限界例では、登記欠缺の主張は紛争引き延ばし手段になりかねない、⑤不法行為者が「第三者」でないこととの調和

- ・ 登記必要説の登記は対抗要件としての登記ではなく、権利資格保護要件

(2) 第三者に該当しない者

- ①無権利者
- ②不法占拠者(百59)・不法行為者
- ③輾轉譲渡の場合の前主と後主
- ④一般債権者 ※古くは一般債権者も第三者に該当するとする説があった。

3 第三者の主観的態様

Case07-02 Aが本件土地をXとYに二重譲渡し、Yが移転登記を備えた。

① YがA X間の先行取引（あるいはXの現実の利用）を知って第二譲受人となったとすると結論に影響するか。

② Yが家計を同じくするAの妻で、A X間の詳しい事情を知らず、Aから言われるままに贈与を受け、移転登記を受けたとすると結論に影響するか。

③ 上記①②でYがXに負けたとした場合において、Yからさらに転得して登記を得ているZがいるとき、XとZとの優劣関係はどうか。

④ ①②と異なり、Yが善意でXに勝てる場合において、Yからさらに転得して登記を得ているZが事情を知っているとき、XとZとの優劣関係はどうか。

(1) 判例・学説の流れ

- ・立法者：善意・悪意不問説←画一的処理。濫訴防止。Yからの転得者Zの保護。
- ・悪意者排除説の台頭：←登記＝信託の保護・「正当の利益」判例
- ・善意・悪意不問説の逆襲：画一的処理。物権変動の時期論との関係。自由競争論。
- ・権利濫用・信義則違反・不登5条（旧4・5条）類推・第二契約の公序良俗違反等々によりXを保護する下級審裁判例の増加 →舟橋諄一の2度の改説
- ・背信的悪意者排除論の確立（最判昭40・12・21民19-9-2221(否定例)、最判昭43・8・2民22-8-1571頁(肯定例)ほか多数。なお69頁の最判昭31・4・24民10-4-417に関する記述は誤まり！)
：原則として悪意者も保護。信義則に反する悪質者＝背信的悪意者を例外的に排除
←①自由競争論、②登記懈怠、③信義則の枠、④不登5条との調和
- ・新悪意者（善意・有過失者）排除論の新たな台頭
←①「自由競争の神話」批判、②登記＝公示に対する信託の要素、③債権ないしは契約侵害論との関係、④判例・裁判例の実質的基準

(2) 背信的悪意者とされる具体的な諸場合

- ①親族関係があつたり法人とその代表者のようにA Yが実質上同一人と見られる場合
- ②YがX Aの譲渡に関与するなどXの登記具備に協力すべき場合（不登5条2項類推）
- ③YがXの権利取得を前提とする行動を取りながら、後に第二譲受人となり矛盾する行為を行っている場合（一種の禁反言）
- ④復讐目的など加害の意図があつたり、Xから不当な利益を得ようとする目的を持っているなど、反倫理的事情がある場合
- ⑤YがXの登記具備を不正な手段によって妨害する場合（不登5条1項類推）

(3) 判例に対する異なる評価

- ・①②では「悪意」の認定はきわめて緩やか（そもそも不登は悪意を要件としない）。取引参加資格を欠く「準当事者」として善意無過失でも保護は不要
- ・③④⑤など誰が見てもXを勝たせるべき場合だけでは、限界は不明確
- ・「準当事者」以外の一般取引者については、Xがすでに権利を取得してAが無権利者になっていることを知らない者は保護され、知っている者は保護されていない（こ

の意味での善意・悪意が実質的基準)

(4) 背信的悪意者概念の揺らぎと最近の学説の動向

- ・百59 (登記のない通行地役権は承役地の譲受人が善意であっても対抗可能)
- ・百56 (取得時効完成後の第三者が背信的悪意者と評価されるための悪意の内容を緩和)

参考文献 松岡久和「判例分析民法 探す 読む 使う 第29回・第30回 まとめと補足 (中)-(下)」法教324号71頁、325号136頁 (2007年)

問題付で簡潔には、松岡久和「30 民法177条の第三者の範囲」千葉＝潮見・片山編『Law Practice 民法 I 総則・物権編』(商事法務、2009年) 167頁以下

(5) 転得者保護のあり方

判例 百57 ; いわゆる相対的構成←背信的悪意者性の相対性

Case07-02④についても東京高判昭57・8・31下民33-5~8-968は相対的構成

- ・学説は種々に分かれる (177条単純適用説というべき判例の支持者も多いと思われるが、従来は、保護断念説、相対的無効説、424条転用説、94条2項類推適用説、公信力説等)。④のケースについては絶対的構成 (背信的悪意者でない第三者Yが登場した時点でXの所有権は確定的に失われ、Zの主観的態様にかかわらず権利主張できない) が優勢か

【対抗問題の法的構成】 (47-51,E52コラム⑱)

1 理論的課題

- ・所有権の二重譲渡はなぜ可能か : A→Xの物権変動が生じてしまえば、意思主義下では登記がなくてもXが完全な所有権者になりAはもはや無権利者。なぜAがYへの第二譲渡ができるのか→「対抗できない未登記の所有権」とは何か?

2 諸説の理論的パターン

- ・第一譲受人Xの権利が完全な物権ないし物権変動ではないという説明
①債権的効果説、②相対的無効説、③否認権説・反対事実主張説、④不完全物権変動説 (→物権変動原因対抗説)、⑤優先的効力説、⑥二段階物権変動説など

批判 意思主義と不整合、Aは悪意のYにも当然に第二譲渡 (Yの承継取得) ができることが立論の前提 ; 登記への信頼という要素を等閑視

- ・訴訟法との関係で説明しようとする考え方

①訴訟法説、②登記法定証拠説など

批判 登記の実体法上の意味や民法ルールの行為規範的性格を看過

- ・法定制度論-177条の存在自体が二重譲渡の可能性を前提としているという説明

①狭義の法定制度論、②法定的承継説

③公信力説 (94条2項類推論を含む)

批判 公信力概念が沿革上問題、「登記に対する信頼」→現地調査義務?

④不法行為的衡量説 : 故意・過失 (709条) の不存在=善意・無過失が「第三者」たりうる資格

※③④説では、「第三者」が善意 (無過失) でない限り、第一譲受人Xの取得した物権は依然として完全であり、登記なくして第二譲受人Yに対抗できる、とする点で、意思主義や物権の排他性との理論的調和が可能