

不動産物権変動とその諸問題

担当：中宇地・叶原・畠中

第1節 物権変動論

1 176条（物権変動）の基本的問題点

民法 176条

物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる。

《「意思表示による物権変動」の意義》

「意思表示のみによって、その効力を生ずる」

「意思表示」＝当事者間の〈合意〉（≒契約）

176条は法律行為（意思表示）による場合、すなわち当事者が物権を変動させようとする意思を有する場合の物権変動について規定。←私的自治の重視（＝意思主義¹）

→物権の変動は当事者の合意のみによって生じるのであって、それは何ら形式を必要としないで効力が生じる。

「効力を生ずる」＝物権の変動 Ex) 売買契約の場合には所有権の移転

→意思表示はいつされるのか？（物権変動が生じるのはいつか？）

※ 以下、分かりやすくするため、特に売買契約の場合の所有権移転について述べる。

(A) 「意思表示」＝「契約」。契約のみによって物権が変動。すなわち所有権が移転する。（判例²）

¹ 法律行為に基づく物権変動に関して意思表示のみによる物権変動を認める考え方。

↔ 物権変動を生じる法律行為の成立について、意思表示のほか一定の形式を伴うことが必要であるという考え方（形式主義）。

Ex) ドイツ

- ・ 通常の売買契約＋所有権を移転するという合意＋登記

（債権契約） （物権契約・物権行為）

- ・ 債権契約からは物権行為をするという債務が発生するだけ。
- ・ 債権契約が無効になっても物権行為は影響を受けない。（物権行為の無因性）

² 判例の考え方（契約時変動説）

①原則：物権変動はその原因となる法律行為の成立時に生じるのが原則である。（契約時変動説）

②例外：⑦ 物権変動を生じるのに支障がある場合→その支障がなくなった時点で物権変動。

Ex) 不特定物売買・他人物売買・将来の物の売買

批判

- ① 単なる合意で所有権が移転するという事は、取引社会の常識から外れる。
- ② 有償契約においては対価的給付の同時履行関係を維持することが最も重要であるとして、売買においては原則として代金の支払いがあるまでは所有権は移転しないと解すべき。
- ③ そもそも物権変動の時期をある1つの時点で確定することはできないし、そうする意味もない。
(←脚注3 段階的的所有権移転説からの批判)
- ④ 当事者の通常の意味に反するのではないか。
→(B)へ

(B) 176条の「意思表示」を売買契約と捉える必然性はなく、所有権の移転は後にされる別の所有権移転だけを目的とする意思表示(物権的合意)を指しているのだとする説。

→さらに派生して… 「物権が変動するためにはどのような行為が必要なのか?」³

☆ 当事者間の私的自治や利益、当事者間の公平の尊重と第三者の利益や取引安全の保護の調和を図る必要。(物権変動があっても、外形的に認識可能になっていなければ、第三者は権利関係に変化がないものとして行動するしかないのが通常。→第三者保護・取引安全の要請) →第2節・**1**へ。

第2節 不動産物権の変動—177条論

1 物権変動の公示と公信

(1) 物権変動についての公示の原則

背景 物権は物に対する直接的な排他的支配権であり、強力な権利。

→その所在および変動は、物権者以外の者の利害に与える影響が大きい。

→物権の変動を外部から認識できる一定の徴表的な形式⁴が伴わなければならないという原理的な考え方(=公示の原則)。

① 当事者が物権変動の時期を合意した場合

³ 売買契約+代金の支払い+引渡し+移転登記 →いつの時点で物権が変動するか?

登記・引渡しの時点、あるいは代金支払いの時点まで所有権は移らないと解すべきという説あり。→当事者の意識に近いという利点。→しかしながら…代金支払と登記移転時期が異なった時期に行われたら、いつ所有権が移ったことになるのか?

そこで… **段階的的所有権移転説**=所有権という概念そのものを解体しようとする試み。

所有権という概念をあたかもひとつのもののように実体化することを批判し、所有権は権能の束に他ならないと考える。(使用権能・収益権能・処分権能・妨害排除を請求する権能など) →不動産物権変動における所有権の移転時期も、個々の権能ごとにいつそれが移転するかを考えるべき。所有権はこれらの権能が移転するとともに徐々に移転すると考える。(内田)

⁴ 不動産については登記(177条)。動産については引渡し(178条)。

- ① **公示の原則**： 第三者は公示方法を備えていない物権変動を存在しないものと扱うことができる。
→不動産物権変動と動産物権譲渡に共通して認められている。

(2) 物権の存在についての公信の原則

背景 一般人が公示を信頼して取引関係に入る蓋然性。

- 物権の存在の表象（＝公示）を信頼して取引関係に入った者は、たとえ、その公示が真実の実体的権利関係と一致していなくても法律上保護されるべきである、ということを政策上認める。（＝公信の原則）
→あたかも真実の実体関係が存在していたのと同じような保護＝法律上の効力が与えられることになる。

- ② **公信の原則**： 公示がある場合に、第三者はその公示に対応する物権が存在するものと扱うことができる。
しかし… 公信の原則が貫徹されるためには、公示制度に対してその基礎となる「公示」が実体的権利関係を正確に表示しているという社会的確信があるということが必要。⁵
日本の登記制度：登記官吏は登記申請の形式的な審査権しか与えられず、実体関係を審査する権限を持たない。
→登記が真実に合致しないということがあり得る。→登記に公信力が認められない。
→公信の原則を動産取引についてのみ採用し、不動産取引には採用していない。

2 177条の基本的問題点

民法 177 条

不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法その他登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することができない。

(1) 物権変動と公示の必要性

- 物権変動は「意思表示」（当事者の意思の合致）のみによって、その効力を生じる。（176条）
→しかし、物権変動は第三者の利害への影響が大きく、公示する必要。（公示の原則）

(2) 対抗要件主義——意思表示による物権変動の多重的発生

意思表示のみによって物権変動が生じる以上、二重譲渡の発生（物権変動の多重的発生）を避けることができないという問題。

→民法は「**対抗要件主義**」で対処。（177条）

＝対抗要件を得たものが勝つ（対抗要件による早い者勝ち）。

根拠 対抗要件（公示手段）を備えることができる状態にあるにもかかわらず、それをしなかった以上、不利益をうけても仕方がない。

⁵ 公信の原則を認めることにより、真の権利者が権利を失うという重大な不利益を受けるため。

3 「対抗することができない」の意味——「対抗」の法的構成

「対抗することができない」=ある法律事実や法律効果が発生しているも、その事実や効果を他人に向かって積極的に主張することができないこと。(←不動産物権の変動が有効に存在することが前提。)

→ 第三者のほうから物権変動を認めることはできる。

「第三者」に該当しない者に対しては、登記がなくても物権変動を対抗することができる。

(1) 問題の所在——対抗要件主義と意思主義の関係

☆ 177条と176条が一見矛盾する形になっている。

当事者間では契約だけで物権は移転するが(176条・意思主義)、第三者との関係ではそれだけでは完全ではなく、登記が無ければ失権してしまう可能性⁶がある(177条・対抗要件主義)。

→「対抗」の理論と意思主義からくる「無権利」法理⁷との関係につき、理論的な説明の必要。

※ 176条を貫徹した場合と177条適用の場合の第三者保護の方法の相違

① 176条(意思主義)

一般に無権利法理を貫徹した場合には、無権利者を権利者であると信頼して取引に入ってくる第三者を保護する必要性が出てくる。→「善意者保護」制度

→「権利者」は「善意の第三者」に対しては自己の権利を主張できない。(その反射的效果として無権利者からの権利取得が認められる。)=例外的措置 Ex)94条2項類推適用

② 177条(対抗要件主義)

二重譲渡が可能であるという前提で採用される制度。→対抗要件を備えることができたのに、それを備えなかった以上は、不利益を受けても仕方がない。

(2) 「対抗」の法的構成(二重譲渡が理論的に可能である理由)

ケース1：AはBに土地を売却して代金を受け取ったが、まだBに登記を移転していないことを奇貨として、その土地を第三者Cに売却して(二重譲渡)、登記をCに移転させた。

⁶ 例えば、物権の二重譲渡の場合には、対抗要件主義を採用し、「登記による早い者勝ち」としている。(177条)

⁷ 意思主義を貫徹すると、譲渡人と第一譲受人との間で意思主義によって物権が移転しているので、第二譲受人は無権利者から物権を譲り受けたことになる。しかしながら、無権利者から権利を取得することはできない。(=無権利法理)

(A) 177条における二重譲渡の第二譲受人の所有権取得の理論的説明⁸

1) 不完全物権変動説（我妻）

登記がなくても当事者間・対第三者関係で物権変動は生じるが不完全なものであり（したがって、Aは完全な無権利者とはならず、さらに第三者Cに譲渡できる権限がある）、登記を備えることによって完全な物権変動になる。

→**批判** Bへの譲渡後に、Aがなお有する所有権（物権）の内容が明らかでない。

（一物一権主義・物権法定主義に反する。）

登記を備えなければ物権変動の効力が完全にならないということは、176条の意思主義に反する。

⁸ その他にも以下のような学説がある。

① 債権的効果説

登記がなければ物権変動の効力を生じず、単に債権的効果を生じさせるにすぎない。（脚注1参照）

→**批判** 形式主義から導かれた理論。176条・177条の根本趣旨に反する。

② 相対的無効説

AB間の所有権移転はAB間では効力が生じているが、登記をするまでは第三者たるCに対してはその効力を主張できないが、第三者の側からその効力を主張することは妨げない。→どちらの所有権取得が絶対的な効力を生じるようになるかは、登記の取得によって決せられる。

→**批判** 物権の絶対性に反する。

③ 第三者主張説

一応176条によりAからBへの所有権の移転を認めながら、177条によりCにこの移転を否定する権限が認められていると説明するもの。

③-1 否認権説

登記をしない限りは177条によりCに対して、AB間の所有権移転の効力を消滅させる形成権（否認権といわれ取消権のようなもの）が認められる。→Cに対する関係では、物権変動は効力を生じない。

→**批判** 第三者が第一の物権変動の存在を知らないと否認権の行使という概念は成り立たない。

③-2 反対事実主張説（近江）

否認権の行使のような積極的な意思表示をする必要はなく、CがAB間の所有権移転と矛盾するような主張さえしていれば、物権変動が行われなかったものとする。第三者Cが当該事実を主張すると、Aは依然所有権を有することになるので、第三者は権利取得の実質的根拠を有することになる。（舟橋・末弘）

→**批判** ③説に対して…BもCも未登記の時に説明がつかない。

④ 法定証拠説

物権変動の基本を意思主義による成立と時間的前後による優劣決定におく。その上で177条は、裁判所が事実認定をするに際して、時間的前後についての法定証拠を与えた規定（裁判規範）であると考えられる。

→**批判** 177条を裁判規範と捉えること・共に未登記の場合に問題。

(B) 177条を無から有を生じさせる規定と考える説

公信力説（半田・篠塚）

第二譲受人 C は無権利者 A との売買であるにもかかわらず甲土地の所有権を取得できるという構成。
→B が所有権がないにもかかわらず登記簿上所有者となっている場合に、登記に対する信頼を保護して、C にその信頼通りの効力、すなわち所有権の取得という効力を認めたのが 177 条であると考えられる。
→登記に公信力を認めるもの。しかし、虚偽の登記への信頼を保護する本来の公信力ではなく、登記されたところに変更はないという消極的信頼を保護するにすぎないものである。（本来の公信力ではなく、177 条の結論の説明に必要な限りで登記の公信力を認めるにすぎない。）

この説ならば、意思主義を貫徹しつつ、第二譲受人の所有権取得を根拠づけることができる。

→**批判** 登記に公信力がないという大前提に矛盾する。

(C) 理論的説明を放棄する説⁹

1) 法定制度説（星野・広中）

民法は 176 条を 177 条を設けて修正したのであり、177 条があるのにあえて理論的な説明をする必要はないのではないかと。すなわち、C が先に登記しても所有権を取得しうるはずがないのを、法が特に例外を認め、A から C への所有権移転を可能にしたと考える。（94 条 1 項と 2 項の関係と同様に、176 条と 177 条との関係を考える。）

第 3 節 民法 177 条の要件

☆ 問題の所在

177 条は不動産の物権変動の対抗要件として登記を要求しているが、すべての物権のすべての物権変動を対象としているか？→No!!

それでは...

- ① どのような物権のどのような物権変動が登記をしなければ第三者に対抗できないのか？
- ② 対抗できない「第三者」とはいかなる範囲のものか？

(1) 登記を対抗要件とする物権

不動産登記法 3 条（所有権・地上権・永小作権・地役権・先取特権・質権・抵当権・賃借権¹⁰・採石権）

⁹ その他にも、以下のような説がある。

規範構造説

物権変動の原因（権原）の優劣決定の問題と捉えようとする見解。物権変動には必ず原因（権原）がある。そこで相容れない物権変動の帰属をめぐる争いは、権原の優劣により決定されると見られることもできる。→民法には数多くの権原優劣規範あり。

→売買における所有権移転については、他の権原に対するその優先を確定する趣旨が 176 条において認められないため、177 条によって登記の有無（先後）によって優劣がきまる。

(2) 登記を対抗要件とする物権変動

登記を対抗要件とする物権変動の範囲、つまり 177 条の適用範囲が問題。

どのような物権変動が対抗問題（177 条の適用によって解決すべき問題）を生ずるか？

（→契約による物権変動は当然対抗問題を生ずるという点に争いなし。）

(a) 変動原因制限説

(A) 変動原因無制限説（判例¹¹）：177 条はすべての物権変動に適用される。

- ① 177 条が 176 条の次に配置されているからといって、177 条は 176 条を前提とし、意思表示による物権変動のみに妥当する規定であると解する理由はない。
- ② 物権変動がどのような原因によって生じたかは第三者の関知するところではないから、第三者保護の観点からは、変動原因を考慮することは適当ではない。
- ③ 物権変動の当事者に登記可能性があり、登記するように求めることも可能であったならば、それをしなかった当事者には物権変動原因いかににかかわらず登記懈怠の帰責性を認めることができる。

しかしながら…

(ア) 物権変動の原因によっては当事者が物権変動の事実を知らないこともありうる。

→登記を備えることが事実上不可能な場合にまで登記をしなければ所有権取得の効果を主張できないとすると、帰責事由のないものに所有権の喪失という重大な不利益を課すことになり、酷である。

Ex)取得時効による取得・相続による取得

(イ) 法が特に優遇するべきだと考える余地のある物権変動の原因の存在。

Ex)時効による所有権取得（162 条）→長期占有という事実状態を保護するためのもの。

(B) 変動原因制限説

1) 意思表示限定説（旧判例・大判明治 38 年 12 月 11 日民録 11 輯 1736 頁）

177 条は、意思表示による物権変動について定める 176 条の次に配置されている。

→177 条は 176 条（意思主義の規定）との関係で存在。→「意思表示」による物権変動に限って登記が対抗要件となる。

→しかし… 公示の原則が破壊されるおそれ¹²。

2) 登記必要説＝修正無制限説（←（A）説の修正）（我妻）

既存の権利に基づく物権変動は、すべて登記なしには対抗できないが、例外として、全く新しく生じた不動産について原始的に取得した所有権は登記なしに対抗できる。 Ex)建物の新築による所有権取得

¹⁰ 不動産の賃借権は、登記したときにその不動産について物権を取得した者に対しても対抗できる。（605 条）しかし、例外として借地借家法 10 条・31 条。（P 8（b）②参照）

¹¹ 相続による持分権の取得については登記なしに第三者に対抗できるとした判決が現われ、現在は実質的には修正されている。（参考 P 1 3（d）A 説判例。最判昭和 38 年 2 月 22 日民集 17 卷 1 号 235 頁。）

¹² 物権変動を登記なしに対抗できる場合が相当広範囲に認められることになるため。

3) 対抗問題限定説

対抗問題を生じる物権変動についてだけ登記を要する。

4) 現存する当事者間の権利関係に基因する物権変動についてのみ登記を要するという見解。

(3) 177条の第三者

(a) 第三者とは

① 一般的な「第三者」

当事者およびその包括承継人以外の者。

物権変動における当事者とは、ある原因によって物権を取得し、喪失し、または物権の内容に変更を受ける者のこと。

② 177条における第三者

177条においても、①と同じ様に解してよいか。

(A) 無制限説(起草者)

画一的処理の必要性から、当事者以外の者は第三者にあたるとする。

(B) 制限説

1) 判例(大判明治41・12・15民録14輯1276頁)

「不動産に関する物権の得喪変更の登記の欠缺を主張する正当の利益を有する者」が177条の第三者にあたる。

(批判) 177条の趣旨から保護に値する者を保護する、ということの言い換えに過ぎず、基準といえるものではない。

※以下の学説はより明確な基準を示そうとするもので、判例への批判説というわけではない。

2) 対抗問題限定説(於保)

同一不動産につき両立しえない物権を取得した者およびそれに類する者をいう。177条は同一不動産に関する両立しえない物権取得者相互の優劣を決定する規定であるから。

3) 取引関係説(我妻)

当該不動産に関して有効な取引関係に立つ者に限られる。

登記制度の趣旨は取引安全の保護を図ることにあり、第三者の範囲はこの実現に必要な範囲でいいから。

(b) 客観的要件による限定

目的物につきどのような法的地位または権利を有する者が「正当な利益を有する」のかは個別的な検討が必要。

① 物権取得者

登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者であり、まさに177条が保護しようとした第三者にあたる。

② 不動産賃借人

ケース2：BはAの土地甲をAから賃借し、甲土地上に建物乙を所有していた。

Aは甲をBに断りなくCに売却した。

㊦CがBに土地の明け渡しを請求した。Bは賃借権の対抗要件を備えていなかった。

㊧Cは自分が新たな賃貸人になったとして、Bに対し賃料を請求した。

㊦賃借権を否定する（同一不動産の支配をめぐる争いが問題となる）ケース

BはCにとって177条の第三者にあたるので、甲についての賃借権の登記（605条）や乙についての登記（借地借家法10条）を備えていなくても、Cの登記欠缺を主張すれば請求を拒むことができる（大判昭和8・5・9新聞3261号16頁）。不動産賃借権の物権化により、賃借人が地上権者に類似する地位を持つためといわれている。¹³

㊧賃借権を否定しない（Cの契約上の地位の移転が問題となる）ケース

Cは登記がなくても賃貸人の地位をBに主張できるか。

(A) 登記不要説

ここではCはBの賃借権を認めており、不動産の物権的支配が争われているわけではなく、177条が予定する問題ではない。では、Cは何の対抗要件もなくBに賃貸人としての地位を主張できるのか。

1) 対抗要件不要説（舟橋）

履行相手を知る必要があるなら、供託(494条)や債権の準占有者に対する弁済の法理(478条)でBを保護すれば十分なはずである。また、この問題は（177条の第三者に該当しないとされる）不法行為者にも同様に生じるはずである。解除については、信頼関係破壊の法理¹⁴で制限すればよい。

批判 契約当事者の変更というBにとっては重大な利害関係がある。また、不法行為者は違法な原因によって債務を負担することになった者なので、賃借人と同様に考えることはできない。

2) 467条1項類推適用説(旧・鈴木)

法律関係における一方当事者の変更という点では債権譲渡に類似する。そのためAからBへの通知かBの承諾が必要になる。

批判 単なる債権譲渡と違い、賃貸人の地位が土地所有権と切り離せないという特殊性を無視することはできない(Cが467条1項の条件を満たした後、AがDにも甲を売却し、Dが先に移転登記を備えたとき、所有者はD、賃貸人はCという状況が生じてしまう)。

反論 Dが所有権移転登記を備えた後はDが賃貸人であるとすればよい。

¹³ 賃借権は債権の一種である。しかし、不動産賃借権については、権利としての重要性と物権たる地上権との機能的類似性から、その保護が強化されている。

¹⁴ 賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合、不動産賃貸借の解除権は発生しない（最判昭28・9・25民集7巻9号979頁）

(B) 登記必要説

1) 対抗要件説 (判例)

この場合にも 177 条が適用されうる。

B は「所有権の得喪につき利害関係を有する第三者」にあたる (最判昭和 49・3・19 民集 28 卷 2 号 325 頁) ので、C の登記欠缺を主張すれば請求を拒むことができる。ここにいう利害関係とは、不動産の二重譲渡でいずれも登記未了の場合に生じる権利関係の錯綜から賃借人を保護することにある、とする判例がある (大判昭和 8・5・9 民集 12 卷 1123 頁)

批判 ここでは物権やそれに類似する権利が争われているのではなく、177 条を持ち出すには無理がある。

2) 権利保護資格要件説 (177 条類推適用説) (広中など多数説)

いわば 467 条 1 項の権利行使要件の代用として C に登記を要求する。

③ 一般債権者

否定説 該当しない。そもそも一般債権者のままで他人の不動産物権の存否を争う事態は考えられない。

肯定説 ④の肯定説を前提に、理論上は第三者に該当すると考える。一般債権者が差押えや配当加入をしてもその債権の効力が強くなるわけではないため。(我妻)

④ 差押債権者 (仮差押債権者、仮処分債権者、破産管財人も同様)

肯定説 該当する (大判明治 38・5・10 民録 11 輯 647 頁など)。多数説は、債権者が潜在的に有していた支配権能が、差押等によって特定の財産について具体化され、物権に類似するものになるから、と説明する。(北川)

否定説 一般債権者は潜在的にも 177 条による保護に値しない。そして、差押債権者の地位は一般債権者以上の保護に値するものとはいえない。(平野)
しかし、政策的にこの結論はとりえないという批判がある。

⑤ 不法行為者、不法占有者

当該不動産に何の権利も有しない者は 177 条の第三者に該当しない。(不法行為者につき大連判明治 41・12・15 民録 14 輯 1276 頁、不法占有者につき大判大正 9・4・19 民録 26 輯 1276 頁)。

たしかに不法行為者・不法占有者も損害賠償の相手方を知る必要性はあるが、違法原因に基づいて債務を負担することになっているのだから、保護に値しない。

⑥ 実質的無権利者とその承継人

⑤と同様、当該不動産に何の権利も有せず、該当しない (無効登記の名義人について大判昭和 5・3・31 新聞 3112 号 13 頁、表見相続人について大判大正 3・12・1 民録 20 輯 1019 頁、無効な法律行為に基づく譲受人について大判昭和 5・4・17 新聞 3121 号 11 頁。ただし判例は、取消し・〔直接効果説¹⁵をとる場合の〕解除はここに含まないとしている)。

⑦ 転々譲渡の前々主

甲不動産が A から B、B から C に転々譲渡された場合、A は C の所有権取得について 177 条の第三者に該当しない (最判昭和 39・2・13 判タ 160 号 71 頁)。

¹⁵ 545 条 1 項本文は契約が解除によって遡及的に効果を失うことを定めたもので、但書が第三者との関係でその遡及効を制限する、とする説。

取引関係説の場合、A は権利を取得する取引ではなく手放す取引をしているのだから第三者にあたらないと説明する。

(c) 主観的要件による限定

① 不動産登記法 5 条による制限

同条に該当する者は登記の欠缺を主張することができない。

(ア) 詐欺または強迫によって登記の申請を妨げた者 (1 項)

(イ) 他人のために登記を申請する義務を負う第三者 (2 項本文)

Ex) 登記権利者の親権者、後見人、受任者、遺言執行者、登記権利者が法人である場合の代表者など。

② 悪意でも第三者に該当するか

(A) 自由競争論・・・善意悪意不問原則

自由競争が認められる社会においては、物の取得をめぐって他人と競争し、他人よりも有利な条件を提示して物を取得することも許される。物権においても同様である。物権を取得した者は登記を経て自己の権利を保全すべきであるのに、それを怠っているのであれば、ほかの競争者に敗れて権利を失っても仕方がない。

1) 無制限説(起草者)

起草者は画一的処理による取引安全の確保と登記慣行の定着を狙い、意図的に 177 条に主観的要件に関する文言を置かなかった。しかし、登記制度が取引安全の保護を目的とするのなら、登記を信頼したものを保護するだけで十分なはず→学説上、自由競争論が論拠とされるようになった。

しかし、この立場からは著しく公平に反する結果がもたらされることがある。

2) 背信的悪意者排除の法理(無制限説の修正)

自由競争といえども限界があり、取引上の信義に反する者は、177 条の第三者にあたらない。背信性を根拠付ける方向に働く事情として…

① 第三者の実質的当事者性

Ex) ケース 1 で、B が A の近親者(東京地判昭和 30・12・27 下民 6 卷 12 号 2801 頁)

② 不登法 5 条に準じる事情 Ex) ケース 1 で、B が、A による C への登記妨害に協力(最判昭和 44・4・25 民集 23 卷 4 号 904 頁)、AC 間の売買をめぐる紛争の和解を仲介。(最判昭和 43・11・15 民集 22 卷 12 号 2671 頁)

③ 不当に利益を上げようとする意図(最判昭和 43・8・2 民集 22 卷 8 号 1571 頁)、他人の利益を害そうとする意図(最判昭和 36・4・27 民集 15 卷 4 号 901 頁参照)。

④ 矛盾的態度 Ex) D 所有名義の土地について、国が、甲土地は E に属するとして E から固定資産税を徴収していたのに、その後一転して、甲は D の所有だとして D の滞納処分により甲を差し押さえた(最判昭和 35・3・31 民集 14 卷 4 号 663 頁)

- 批判** ・悪意と背信的悪意の区別基準が不明確(判例・学説とも、かなり広く背信的悪意者を認めている)。
- ・悪意者を保護すると横領をのさばらせることになる。
 - ・第一譲受人の購入を知った後に自由競争などあるはずがない。そもそも、具体的なケースにおいて、「どうしてこの場合は自由競争と評価するのか」という説明ができていない。

(B) **単純悪意者排除論** (有力)

公示はこれから取引に入る者を保護するためのものであり、知っている者には公示など必要ない。そのため、公示制度の理念を現した対抗要件主義の下では悪意者の排除は当然のことである。

この中でも、さらに無過失を要求する見解がある。

(内田) 第一譲受人が利用を開始していれば、第二譲受人の悪意が推定される。その結果、無過失まで要求するに等しくなる。

(松岡) 判例の分析として、第一譲受人が第一契約の当事者に準じるような事情がないケースでは、第二譲受人には善意を要求している。そして、これを踏まえ、無過失も要求するべきである。なぜなら、

- ① 注意深い者ほど悪意になりやすく、保護されないという奇妙な結果が生じる。
- ② 裁判上では、実質、過失で悪意を推認している。これでは不意打ちになりかねない。
- ③ 709 との均衡 (過失による所有権の侵害でも賠償責任)。
- ④ 価値判断として。

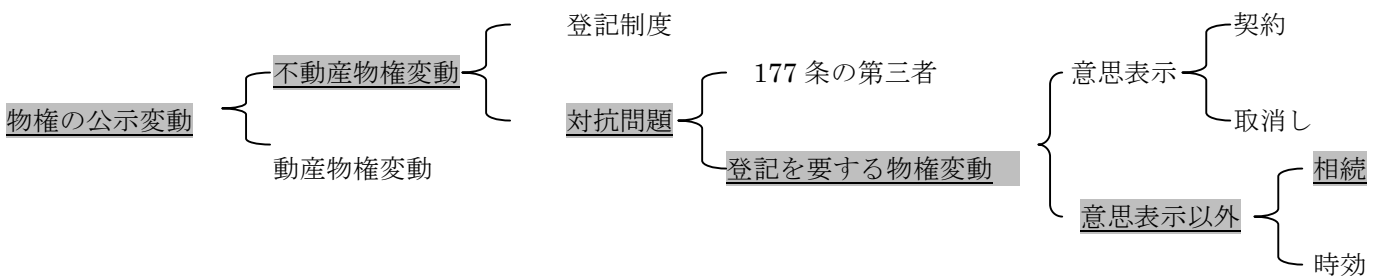
※ 公信力説からは当然善意・無過失が要求される。

(d) 背信的悪意者からの転得者 (悪意者排除説でも同様に問題となる)

権利者構成 背信的悪意者は、第三者としての主張を信義則上封じられるに過ぎず、その客観的地位まで失うわけではない。そのため、この者からの転得者も、第三者たる客観的地位を有する。(最判平成 8・10・29 民集 50 卷 9 号 2506 頁)

無権利者構成 背信的悪意者は無権利者であり、その転得者は 177 条の第三者にあたらぬ。94 条 2 項の類推によって保護される可能性はある(鈴木)。

第 4 節 **登記を要する物権変動各論——相続と登記**



(1) 相続と登記

- (a) 問題の所在…現在の法制度の下では、相続は死亡相続だけである。従って、単独相続の場合、被相続人から所有権を取得したり、制限物権の設定を受けたりする第三者が登場しない。物権変動原因制限説では、意思表示に基づかない相続は 177 条の適用がないし、また、無制限説でもそもそも目的物に利害関係のある第三者が登場しないため、一切の者に対して登記なくして対抗しうることになる。
- ゆえに、相続それ自体には登記問題は起こらない。

☆ 問題は、相続人からの譲渡や、遺産分割などの相続の目的を達成するために整備された諸制度について、それぞれ第三者との関係で登記を要するのが妥当な場合があることである。

☆問題に対する一般的な処理方法

- (A) 登記必要説→物権変動に 177 条を適用する。例外的救済措置として 94 条 2 項類推
- (B) 登記不要説→無権理法利の適用によって、登記なくして、「物権の得喪及び変更」を主張できるものとする。この見解では第三者の保護は表見法理である 94 条 2 項類推で図り、その要件は権利の外観、真の権利者の帰責性、及び第三者の善意（事例によって権利者の帰責性との比較衡量で無過失を要求する考えもある）である。

第三者保護（動的安全）VS 真の権利者保護（静的安全）

(b) 当事者関係

ケース 2：被相続人である A が第三者 B に不動産を譲渡し、移転登記をしない間に A が死亡し、相続人 C が A を相続した場合、B は C に対して登記なくして所有権を主張できるか。

登記は不要である。なぜなら相続とは一切の被相続人の法的地位を承継するものであり、そうすると、C は A の売主たる地位を承継し、B との関係では同一人ということになり、B・C 間は当事者関係とみることができるからである。（大判 15・4・30）

(c) 表見相続人

ケース 3：A が死亡し、A の所有していた不動産甲を一人息子の B が相続した。B は甲をさらに C に売却し、登記も移転した。その後になって B が A を殺害していたことがわかった。そこで、A の母親である D が、自分が本当の相続人だとして、C に対して登記の抹消を請求したが認められるか。

- (A) 177 条適用…判例は適用否定。
相続欠格制度（891 条 1 項）により、B をまったくの無権利者として扱うべきである。
→C は 177 条の第三者にあたらぬ。
- (B) 94 条 2 項類推適用…真正相続人 D にまるで B に権利があるかのような外観を作出した帰責性が必要。→ゆえにほとんど問題とならぬ。
- (C) 32 条 1 項後段類推適用…真の権利者に帰責性はなくとも取引の安全を図る必要があるという趣旨。

* 否定説→厳格な要件と手続きの下で認められる失踪宣告に対する信頼と、相続欠格の通常と同じ外観に対する信頼とは異なり、類推適用する基礎が欠けている。

(d) 共同相続人

ケース 4：被相続人 A を共同相続した B・C のうち、C が書類を偽造して自分だけが単独相続したように登記し、不動産を D に譲渡した場合 B は自己の持分に関して D に対して登記なくして対抗できるのだろうか。

- (A) 登記不要説…他の共同相続人 B は自己の持分に関して登記なくして対抗できるとする（最判昭和 38 年 2 月 22 日民集 17 卷 1 号 235 頁）。C は B の持分に対しては無権利であり、登記に公信力がない以上、D は持分を取得できないからである。
- (B) 登記必要説…共有者各自の所有権は、他の共有者の所有権によって縮減されているにすぎず、一方が消滅すれば他方は完全な所有権を取得することから、共有者 1 人のために登記がなされている時は、対第三者関係においては、持分が拡張されていると考え、B は D との関係では登記を要する。（我妻・舟橋）

問題点

- ① 共有の弾力性構成の射程ではないはず。
255 条→政策的配慮（239 条@無主物の帰属・959 条@残余財産の国庫への帰属を防ぐ）による特別規定。→ゆえに、一般化できない。
- ② 相続制度の趣旨。→遺族の生活保障。
- ③ 登記懈怠の不存在。→共同相続＝遺産分割までの過渡期状態。

(e) 相続放棄

ケース5：Aが死亡し、Aの子であるB、Cが共同で相続したが、そのうち、Cが相続を放棄した。ところがその旨の登記をしない間に、Cの債権者であるZがCから返済がないのでCの持分を差し押さえた。この場合、Bは登記なくしてCの放棄の結果としての単独所有を主張できるか？

前提

強制執行に対する共同相続人の第三者異議の訴え---民執 38 条 1 項

相続放棄---相続の開始があったことを知ったときから三ヶ月以内は、家庭裁判所に申述して相続を放棄できる。(915 条 1 項、938 条)

相続放棄の遡及効 (939 条)

(A) 登記不要説… 相続放棄の遡及効により、C ははじめから相続人でなくなり、Z の差し押さえも無権利となり、それゆえ B は登記なくして Z に対抗できるとする。

(最判昭和 46 年 1 月 26 日民集 25 卷 1 号 90 頁)

根拠

① 相続の放棄制度の趣旨…相続人に権利義務の強制的承継を免れさせる。

→遡及効の貫徹。

② 十分な第三者保護…相続放棄は家庭裁判所で確認することができる。

③ 放棄者その他の共同相続人間の不公平の回避。

→もし遡及効を制限すると、C が相続による利益だけ享受し、相続債務は負担しない。

④ 登記懈怠の不存在…遺産分割まで登記しなかったとしてもやむをえない。

☆ 第三者信頼保護の可能性…94 条 2 項類推。

しかし實際上、真の権利者の帰責性がある場合は考えにくい。

(f) 遺産分割

※ 遺産分割前の第三者は 909 条但書の遡及効の制限により当然に保護される。

(但し権利保護要件としての登記が遺産分割時に必要であると考えられている、177 条適用の結果でない。)

では、次のようなケースの場合はどうか？

ケース6：Aの死亡により、Aの子であるB・Cが共同相続し、そのうち不動産甲についてはBが単独で所有することが遺産分割協議で決まった。しかし、その登記をしないでいたところCの債権者Zが甲につき債権者代位権によりCの持分登記を済ませ、差し押さえた場合、BはZに対し、甲の単独所有を登記なくして主張できるか？

- (A) 登記必要説…相続放棄の場合とは異なり、909条但書は相続開始後、遺産分割前に生じた第三者のみに適用され、遺産分割後に生じた第三者との関係では、遺産分割により、新たな物権変動が生じたもの（移転主義）と同視して、177条の対抗要件による処理をしている。（最判昭和46年1月26日民集25巻1号90頁）
法的構成→遡及効を否定し、移転主義¹⁶と同様に構成。

※ 本来、日本の民法は909条で、遺産分割の遡及効を定め、宣言主義¹⁷を採用している。

根拠

① 遡及効制限規定の趣旨。

- ・ 第三者との関係では移転主義を採用したに等しい。

批判1) 第三者の登場時期が遺産分割の前後いつであるかによって遺産分割の遡及効に関する理解が一貫していない。

② 第三者保護の必要性。

- ・ 第三者の出現可能性。
- ・ 第三者の信頼保護の必要性…相続放棄の場合より信頼保護の必要性が高い。

批判2) 悪意の第三者まで保護するのは妥当でない。

③ 登記懈怠の責任。

- ・ 遺産分割後は帰属が確定的に決まるため、早やかに登記すべき。

(B) 登記不要説

根拠

① 相続制度の趣旨は遺族の生活保障なのであるから、遺産分割の結果を尊重すべき。

② 上記批判2)

→94条2項の類推適用で解決を図るべき。…このケースではBの帰責性、Zの善意が必要。

¹⁶移転主義→いったん共有持分を相続するが、遺産分割によってそれを後で相互に移転しあう。

¹⁷宣言主義→分割によって取得することになった財産を被相続人から直接単独で承継。

③ 上記批判1)

☆遺産分割と相続放棄における判例の処理の違いにおける正当化根拠

最判昭和46年1月26日(民集25巻1号90頁)の判例では次のような理由が挙げられた。

- ① 遺産分割の遡及効についてはそれを制限する規定があるが(909条)、相続放棄の遡及効についてはそのような規定がないこと。
- ② 第三者の出現可能性が、遺産分割の場合のほうが大きいと考えられ、法的安定性の見地から遺産分割の場合に第三者保護を厚くする必要があること。

上記理由に対する批判

- ①に対して…相続の遡及効を制限する規定がおかれていないのは、921条1号が909条ただし書と同様の機能を果たしうるとみることができる。
- ②に対して…第三者出現可能性の大小が、一概にその第三者が現れた場合に保護に差異を設けてよい理由にはならない。

学説が挙げる正当化理由

- ① 相続放棄は相続資格を消滅させるのに対し、遺産分割は贈与や交換の要素を含む。
- ② 放棄者の意思の尊重(上記相続放棄の根拠①参照)。
- ③ 放棄者とほかの相続人の不公平の回避(上記相続放棄の根拠③参照)。
- ④ 登記懈怠責任の有無。

批判) 共同相続人が二人のみの場合に相続放棄がなされるとただちに登記懈怠の責任が生じるため、一般的な理由とはならない。

参考文献

- 佐久間毅「民法の基礎2 物権」(有斐閣, 2006)
- 内田貴「民法I〔第2版〕補訂版 総則・物権総則」(東京大学出版, 2000)
- 近江幸治「民法講義II 物権法〔第三版〕」(成文堂, 2006)
- 潮見佳男「相続法〔第2版〕」(弘文堂, 2005)
- 山本敬三 民法第二部レジュメ(2007年度)
- 平野裕之「物権法〔論点講義シリーズ5〕」(弘文堂, 1997)
- 後藤卷則・山野目章夫「民法総則(第3版)」(弘文堂, 1996)
- 我妻栄・有泉亨「新訂物権法(民法講義II)」(岩波出版, 1983)
- 永田眞三郎・松本恒雄・松岡久和・中田邦博・横山美夏「物権エッセンシャル民法2」
(有斐閣ブックス, 2005)
- 山本敬三「民法講義I 総則〔第2版〕」(有斐閣, 2001)
- 半田正夫「やさしい物権法」(法学書院, 1985)