ノート

不動産物権変動と登記

「有条攀条、無条攀例」
『碧巌録』第七七則垂示

熊　谷　芝　青

1．はじめに
2．意思表示による不動産物権変動と登記の関係
3．民法177条の要件と第三者
4．民法177条での「物権変動」
5．終わりに

1．はじめに

不動産物権変動については、その変動の時期をめぐる争いがあり、またさらに登記との関係で、複雑な問題が学説上提示されていることは周知の事実である。学説での混沌状態を反映してか、講学上学生の理解を得ることも非常に難しいと痛感して、何年間か教授してきた。

本稿では、比較法や立法史等を考慮した学問的な裏づけのあるものではなく、飽くまでも、講義上のものであることをお断りしておきたい。もちろんこの分野で、枚挙に暇がないほど学問的成果があることを承知している。しかし本稿は法科大学院における講義上のものであって、法科大学院生に基礎的な法的知識を習得させる上で、いろいろと経験してきた試行錯誤の一つの結果でしかない。「講義上」ということは現実の講義を前提にしており、現在、本学法科大学院の講義では、近江幸治教授の『物権法（第２版）』（成文堂、2003）を教科書として使用している関係上、近江教授の御著書の引用が必然的に多くなっているが、その他の引用文献も講義で使用するものに極力限定した。

本来ならば、教科書を執筆する際に講義内容を挿入すれば済むことであろう。しかし残念ながら、そのような機会に現在恵まれていないし、その時間的余裕もない。そこで前号の日笠教授の「ノート」に倣って掲載を許していただいた次第である。

法科大学院で「実務と理論との架橋」が叫ばれているが、現実問題として、法科大学院修了生が司法試験に合格して法曹となることが求められる以上、どのように講義を構成していくかについては、まだ確答を得ていない。しかし最高裁判所判例に代表される実務の理論を強く意識しないと、講義する学説が最高裁判所が切り捨てる「独自な見解」に陥ってしまい、司法試験への対応が不可能になってしまう。実務界からは、体系的な知識の教授が求められているが、「実務」と「理論」の止揚は今後も課題として残されている。この止揚への試みとして、ここに講義を紹介するが、条文と判例理論を体系的に理解することを主眼としている。学問的な誤解や、牽強付会に陥っている点も多々あると思われるので、その点のご叱正を仰ぎたく思っている。

設例として、Ａが不動産物権の元権利者・譲渡人、Ｂが譲受人とする売買契約等の物権変動を想定し、ＣがＡＢ間の物権変動後に登場した第三者、Ｃ′を物権変動前に登場した第三者とする。

２．意思表示による不動産物権変動と登記の関係

民法176条（以下、民法の条文である限り省略する）は「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」と規定する。この「当事者の意思表示」についての争いがある[(1)]。

他方で民法177条は「不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法（平成十六年法律第百二十三号）その他の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」と規定されてい

(1) 拙稿「横田秀雄評釈」加藤雅信他編『民法学説百年史』（三省堂、1999）、164頁以下。

る。この177条と前掲176条とはどのような関係にあるのだろうか。

177条で言われる「対抗」の意義をめぐっても様々な説がある[(2)]。しかしこの、「対抗」の意義を考える場合の注意点として、判例や通説の求める二つの命題が挙げられている。一つは「第三者Ｃが、当該物権変動を承認することは差し支えない」（α命題）である[(3)]。またもう一つは「登記の主張立証責任に関してＢがＣに対して目的物の引渡を請求する場合、これを争う相手方Ｃが登記の欠缺を主張・立証せねばならない」（β命題）である[(4)]。このα命題とβ命題をどのように考えるか、という問題がある[(5)]。

一般に、抗弁の性質は、①請求原因から生じる法律効果を妨げること（障害、消滅、阻止）、②被告に立証責任があること、③請求原因と両立すること、の３点であるといわれている[(6)]。そこでここで問題になっている、Ｃが登記の欠缺を主張することを検討すると、①　請求原因であるＢの物権から生ずる法律効果である引渡請求権を、登記欠缺を理由に阻止して妨げ、②　Ｃに立証責任があり、③　請求原因であるＢに物権があることという事実またはＡからＢへの物権変動の事実と両立すること、という抗弁としての性質を充たすことになる。したがって177条の登記の欠缺主張は176条の物権変動に対する抗弁としての性質を有すると思われる。したがって、α命題が、Ｃの抗弁であるならば、登記欠缺を主張しないで、相手方の物権変動から生ずる諸効果を甘受することは、抗弁権の放棄として位置づけられるのではなかろうか。またβ命題は、抗弁である以上②の性質をみたすので、当然の結果となることになるのではなかろうか。実務では、Ｃが正当な第三者であること（例えば、ＡとＣが当該不動産についての売買契約を締結した事実）を主張立証した上で[(7)]、Ｂが対抗要件を具備するまではＢの物権取

---

(2)　近江幸治『物権法　第２版』（成文堂、2003）、65頁以下。
(3)　近江・前掲注(2)、69頁、大判明治39・10・10民録12輯1219頁。
(4)　近江・前掲注(2)、69頁、大判昭和９・１・30民集13集93頁（有泉亨・判民昭和９年度９事件評釈）。
(5)　近江・前掲注(2)、69頁では、その他に「Ｂ・Ｃ共に登記がない場合には先に登記を具備した者が優先する」という第三の命題があるが、これは3.以下で扱う問題である。
(6)　司法研修所編『問題研究　要件事実』（法曹会、2003）、16頁。
(7)　この主張立証を不要とする説は、「第三者」に制限を設けない無制限説であって、判例・通説に反することになるという。司法研修所編『増補民事訴訟における要件事実第１巻』（法曹会、1986）、250頁。

得を認めない旨の権利主張を必要とする「権利抗弁説」が最も適切とされているのも、同じ視点にあるのではなかろうか[8]。

３．民法177条の要件と第三者

次に177条を要件に分解してみると、どのように解釈できるだろうか。

① 物権の得喪および変更

② 登記の欠缺

③ 登記の不存在

となり、その法律効果は「第三者に対抗できない」というものである。しかしその対偶として、

① 不動産

② 物権の得喪および変更

③′ 登記の存在

となり、その法律効果は「第三者に対抗できる」ということになる。したがって登記を先に具備した方が、第三者に自己の物権を対抗できるということになる[9]。

いずれにしても①と②の要件を充たさなければ、177条は適用されないことになる。つまり不動産の物権変動が存在していることが前提となっている。この点を敷衍すると、

ＡからＢへの物権変動後、Ｂの対抗要件（登記）具備まで

―――第三者Ｃに対抗不可

ＡからＢへの物権変動後、Ｂの対抗要件（登記）具備以後

―――第三者Ｃに対抗可能

となり、ＡからＢへの物権変動後に出現した第三者Ｃしか、文理上想定されないことになる。したがって物権変動後の第三者Ｃしか、177条の第三者になり得

---

(8) 司法研修所編・前掲注(5)、250頁以下、大江忠『要件事実民法（上）』（第一法規、1995）、283頁。

(9) 近江・前掲注(2)、69頁、最判昭和33・７・29民集12巻12号1879頁＜判解90＞。

ず、ＡからＢへの物権変動以前にＣ′が出現しても、177条の範囲外にあることになる。これが文理解釈上の原則であろう。

４．民法177条での「物権変動」

4.1.　総説

それでは、先の177条の①②の要件である不動産の物権変動の範囲は、どのようなものであろうか。前述の通り176条にある意思表示による物権変動に限定されるのであろうか。これについて判例は、当初意思表示に物権変動を限定していた[10]。

しかし、後に177条の物権変動を意思表示に制限しないことに変更した[11]。その理由を見ると先ず、177条の制度趣旨を「同一ノ不動産ニ関シテ正当ノ権利若クハ利益ヲ有スル第三者ヲシテ登記ニ依リテ物権ノ得喪及ヒ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カ為メニ存スルモノ」である「第三者保護ノ規定」とする。そしてこの第三者にとって「物権ノ得喪及ヒ変更カ当事者ノ意思表示ニ因リ生シタルト将タ之ニ因ラスシテ家督相続ノ如キ法律ノ規定ニ因リ生シタルトハ毫モ異ナル所」がないから、「其間区別ヲ設ケ前者ノ場合ニ於テハ之ニ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サルモノトスル理由」はないとしている。したがって、原則として177条の物権変動に制限がなく、すべての物権変動について登記を必要とする、といういわゆる「無制限説」を表明した。そして現在の判例も基本的にはこの説に拠っているといえよう[12]。

4.2.　取消と登記

取り消された法律行為の効果は121条により、「初めから無効であったものとみな」され、その結果、売買契約が取り消されると、遡及的に無効となる。これに

⑽　大判明治38・12・11民録11輯1736頁参照。
⑾　大連判明治41・12・15民録14輯1301頁、七戸克彦・民法判例百選Ⅰ＜第５版＞112頁、石田剛・判例講義民法Ⅰ113頁。
⑿　近江・前掲注⑵、85頁

ついて判例は、取消後の第三者に関連して、物権が元権利者に「復帰し、初めより移転」しなかったものとし、これを177条の「物権変動」に含ませている[13]。したがって取消後に出現した第三者Ｃに対して、Ａが取消の効果である物権変動を対抗しようとする場合には、登記を具備することが必要となる。

取消前に出現したＣ′に対しては、3.で述べたように、177条の問題でない。したがって原則として、Ａは取消によって、無権利者Ｂからの「権利取得者」Ｃ′に対抗できるが、例外として、詐欺による取り消しできることにつき、Ｃ′が善意であった場合に、Ｃ′にその取消の効果を対抗できない（96条３項）。いずれにしても登記はＣ′の運命の帰趨を決するのに無関係であるとするのが、条文に基づく解釈であろう[14]。判例はその意味で、条文に忠実であるといえよう。

4.3.　解除と登記

解除された契約の効果は、545条１項本文により、「各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負う」とされている。不動産売買契約が解除された場合の「原状回復」を一旦ＡからＢに移転した所有権がＡに「復帰」するという構成をとっている。そこで、判例はこの復帰的変動を177条の物権変動に含ませており、解除後に出現した第三者Ｃに対してＡが解除の効果である物権変動を対抗しようとする場合には、登記を具備することが必要となる[15]。

問題は、545条１項但し書きで「ただし、第三者の権利を害することはできない」とあることから、文理解釈上、解除前に出現したＣ′がＢから転得した場合には、Ａが解除しても無条件にＣ′が保護される可能性があることである。判例は、このＣ′を177条の第三者の範囲に含まれるとしている。その理由は、Ｂは所有権をＣ′に移転しながら、他方解除の結果として所有権をＡにも二重に譲渡するのと同様な関係に立つこと、Ｃ′がＢを代位して所有権移転登記手続を請求

⒀　大判昭和17・９・30民集21巻911頁（川島武宜・判民昭和17年度47事件評釈）、伊藤昌司・民法判例百選＜第５版＞114頁、石田剛・判例講義民法Ⅰ116頁。

⒁　最判昭和49・９・26民集28巻６号1213頁＜判解56＞、大中有信・判例講義民法Ⅰ68頁。それに対して学説ではＣ′にも登記を必要とすべきであることが有力に主張されている。例えば近江・前掲注⑵90頁では、Ａが取り消して登記を回復したのに、善意のＣ′が保護されることに疑問が呈せられ、鎌田薫・民法判例百選＜第５版＞49頁は、同時に主張されると思われる解除との均衡から、Ｃ′にも登記を必要とすべきであるとする。

⒂　大判昭和14・７・７民集18巻11号748頁（内田力蔵・判民昭和14年度52事件評釈）。

してきた場合に、ＡがＢからＡへの所有権移転登記請求を直接請求された場合に当然に主張できる解除の抗弁を奪うという不合理な結果になることを挙げている[16]。学説もこの結果に関してはＣ′に登記を必要とする点で一致している。したがって、解除後に出現したＣはもちろんのこと、解除の前に出現したＣ′であっても、177条の第三者として遇されることになる。

4.4.　取得時効と登記

取得時効による権利取得は、原始取得とするのが通説である[17]。そうすると元所有者Ａと時効取得者Ｂとの間に、物権変動が生じているわけではないので177条の適用はないかのように思われる。しかし判例は、時効完成の時期に占有者Ｂが所有権を取得する結果、所有者Ａの所有権が消滅する関係を、ＡからＢへの所有権移転と同様なものとして見なしている[18]。それによって177条の物権変動に取得時効が含まれることになる[19]。したがってＢの時効完成後に出現したＡからの譲受人Ｃに対しては、Ｂは登記がないと時効取得を対抗できないことになる[20]。

それに対して時効完成前に出現したＡからの譲受人Ｃ′について、判例はＢの時効取得時の所有者はＣ′であるから、時効取得における当事者となり、ＢはＣ′に対して登記がなくても取得時効による所有権取得を対抗できることになる[21]。

学説は、例えば、Ｂが18年間占有した場合に、Ａから第三者Ｃ（またはＣ′）に所有権が譲渡された場合を問題にする。この場合にＢが占有の開始時に善意かつ無過失であると、10年の時効期間であるから（162条２項）、Ｂは第三者Ｃが登記を備えると対抗できないことになる。それに対して、Ｂが占有の開始時に悪意または有過失であると、20年の時効期間であるから（162条１項）、第三者Ｃ′が登記を具備しても対抗できることになる。つまり保護されるのが、悪意占有者であって、善意占有者でないことを問題にしている[22]。たしかに、善意占有者Ｂ

---

⑯　最判昭和33・６・14民集12巻９号1449頁＜判解66＞。
⑰　近江幸治『民法総則　第５版』（成文堂、2005）、323頁。
⑱　大判大正７・３・２民録24輯423頁。
⑲　近江・前掲注⑵101頁は、立法者も同様な考えであったと指摘している。
⑳　大判大正14・７・８民集４巻412頁（末弘巌太郎・判民大正14年64事件評釈）、最判昭和33・８・28民集12巻12号1936頁＜判解93＞。
㉑　前掲大判大正７・３・２。
㉒　近江・前掲注⑵103頁以下。

が、時効期間満了後直ちに、登記を具備することが不可能で、Ｃに無条件に対抗できないならば学説の言うとおり、判例理論に問題があろう。しかも、登記が登記権利者と登記義務者の共同申請が原則とされているのに（旧不動産登記法26条１項、現行不動産登記法60条参照）、Ｂが登記義務者である元所有者Ａの協力を得ることは事実上不可能である。しかし、善意占有者Ｂは時効期間満了後Ｃの出現前に、元所有者Ａに対して登記請求をする可能性がある。それはＡに対して、所有権確認の訴えと登記移転請求の訴えをすることによって可能であると思われる[23]。仄聞するところでは、裁判所が取得時効を認めるのは、Ｂが真実の所有者であるらしいが、それを立証できない場合であって、明らかに悪意占有者に取得時効を認めるのに心理的抵抗があるらしい。そうであれば、善意占有者ＢはＡと正当な取引をしていたことが多いのでなおさら、できるだけ早く登記を具備することができる可能性は高い。逆に登記を具備しないことへの不利益は甘受すべきではなかろうか。したがって私見では判例理論に従っても、問題はないように思われる。

4.5.　相続と登記

相続は意思表示に基づかないが、被相続人の死亡時に相続人が物権を含めた権利を一切を継承するから（896条）、177条の物権変動に含まれることには、判例・学説は一致している[24]。したがって相続人Ｂは被相続人Ａと同一人物と見なしえ[25]、そのＢから譲渡を受けたＣ（相続後に登場した第三者）に対しては、登記がないと相続したＢは対抗できないことになる。生前の家督相続が認められていた時代には、物権変動であるＡからＢが家督相続したにもかかわらずその登記をしない間に、隠居したＡがＣに譲渡したような場合には、このようなことが生じえた[26]。しかし相続原因が被相続人Ａの死亡に限定されている現行民法においては（882条）、原則として相続後に死亡したＡがＣに譲渡することはありえない

---

(23)　しかし訴訟中にＣが登場して登記を具備してしまうと、Ｃに対抗できなくなる。実体法上はこのような結果を防ぎようがないことは確かである。この場合Ｂは訴え提起の際に、Ａの処分禁止仮処分（民事保全法53条１項）等の手続き上の防衛策をとる必要がある。

(24)　前掲注(11)大連判明治41・12・15参照。

(25)　近江・前掲注(2)、107頁。

(26)　前掲注(11)大連判明治41・12・15。

ので、このような第三者Ｃは登場しない。

相続前にＡが不動産をＣ′に譲渡した場合には、相続人Ｂは前述のとおりＡと同一人物視され、当事者の地位にあり、第三者でないので、Ｃ′は登記がなくても対抗できる[27]。

ちなみに、Ａが生前にＢに不動産を譲渡したが登記をしないうちに、Ａが死亡してＡ′が相続して、Ｃに当該不動産を譲渡した場合は、ＡとＡ′が同一人物と見なされる以上、二重譲渡の一種であり、ＢとＣは先に登記を具備しないと、相手方に自己への物権変動、すなわち自己の所有権を対抗することができない[28]。Ａが死亡して特定遺贈または死因贈与を受けるＢが不動産所有権を取得するＡの死亡後に登記をしないうちに、第三者Ｃが場合も同様である[29]。

ところで相続と登記の問題で、共同相続人のうちの一人が登記を冒用して、単独相続の登記をしたり、相続を放棄したにもかかわらず、その相続人が共同相続したものとして登記されたりした場合があげられる[30]。この問題は、登記が実体的権利と一致しているか、という登記の実質的有効要件の問題であって[31]、直接177条とは関係がないように思われる[32]。

それに対して、Ａを共同相続したW、Ｘ、Ｙ、Ｚ、Ｂ等が協議により遺産分割をして、Ｂが当該不動産の単独所有となった場合である。遺産分割の効果を規定する909条は、「遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずる。ただし、第三者の権利を害することはできない」と規定する。判例は[33]、「遺産の

---

(27) 大判大正15・４・30民集５巻344頁（我妻栄・判民大正15年／昭和元年度45事件評釈）。

(28) 最判昭和38・２・22民集17巻１号235頁＜判解15＞、松岡久和・民法判例百選＜第５版＞119頁、石田剛・判例講義民法Ⅰ119頁。

(29) 近江・前掲注(2)、112頁以下、大判昭和13・９・28民集17巻1879頁（折茂豊・判民昭和13年116事件評釈）、最判昭和39・３・26民集18巻３号437頁＜判解20＞。

(30) 前掲最判昭和38・２・22、最判昭和42・１・20民集21巻１号16号＜判解５＞。

(31) 近江・前掲注(2)、121頁。

(32) 鈴木重信・昭和42年度＜判解５＞（前掲注(29)）、26頁は、「民法939条１項（現行939条）の規定によれば、相続財産が相続放棄によって一人または数人の相続人に帰属することになった場合には、その財産は被相続人から相続によって直接取得されたもので、相続放棄した共同相続人から移転したものでないと考うべきことは明らかであり、本件相続財産に関して…（中略）…物権変動の対抗要件（民法177条）をもって優劣を決すべき関係にはないというべきであろう」と指摘している。

分割は、相続開始の時にさかのぼつてその効力を生ずるものではあるが、第三者に対する関係においては、相続人が相続によりいつたん取得した権利につき分割時に新たな変更を生ずるのと実質上異ならないものであるから、不動産に対する相続人の共有持分の遺産分割による得喪変更については、177条の適用があり、分割により相続分と異なる権利を取得した相続人は、その旨の登記を経なければ、分割後に当該不動産につき権利を取得した第三者に対し、自己の権利の取得を対抗することができないものと解」している。つまり第三者の関係で遺産分割を177条の物権変動に含めている。したがって遺産分割後、登場したＣに対しては、Ｂは登記がないと自己の単独所有を対抗できないことになる。

ただ遺産分割前に例えばＷから共有持分を譲り受けたＣ′がいた場合には、909条但し書きが適用されて、たとえＢが分割協議で単独所有が認められても、Ｃ′の持分に対抗できないことになるが、それはやはり177条の問題ではない[34]。

５．終わりに

以上が本学法科大学院での講義（100分）の概要である。実際の講義においては、誘導尋問まがいの質疑応答と、板書の活用が加わるが、この概要の線に沿って行われる。主眼においたのは、条文の重視と判例の体系的あるいは統一的理解である。それは条文が有る場合には、条文を適用すべきであり、条文が十分に規定していないところにおいては、判例理論に従うのが、実務では重要であると考えたからである[35]。実務においては、実務の論理に従った理論構成を駆使できることが必要不可欠であろう。その上で判例を扱うに際しては、177条の不動産物権変動に様々な法律効果がなぜ含まれるのか、を統一的に理解させることを一つ

---

(33)　最判昭和46・１・26民集25巻１号90頁＜判解３＞、松岡久和・民法判例百選＜第５版＞120頁、石田剛・判例講義民法Ⅰ120頁。

(34)　野田宏・昭和46年度＜判解３＞（前掲注(32)）、32頁。

(35)　冒頭に置いた『碧巌録』の訓は「条有れば条に攀（よ）る、条無ければ例に攀る」であって、ここでの「条」は法律の条文を「例」は判例を指すという（入矢義高・溝口雄三・末木文美士・伊藤文生訳注『碧巌録（下）』（岩波書店、1996）、58頁）。ちなみにわが国が成文法による法治国家である以上、法律実証主義を基本とすべきであろう。

の目的とした。それは、判例理論の学習が、判例の結論のみの習得に終始し、その結論に至る論理過程が無視されがちである法科大学院生への反省を求めたつもりでもあった。そして、177条の文理解釈と判例との親近性を理解させることも心がけた。法科大学院生が私の意図を十分に汲んでくれているのか、その成果の程度については、まだ自信がない。

また学説の展開について殆ど触れていないことには批判が集中するであろう。

ただし冒頭でも述べたのだが、実務法曹を目的とする法科大学院に教授することを目的とすることを前提としている。この場合に、学説の比重は小さくなるのではないだろうか。実務の主戦場となる裁判所における論理構成は、学説よりも条文や判例に基づくものでなければ、裁判所を説得できないであろう。どんなに判例理論よりも進んだ学説を説いたとしても、裁判所の理解が得られない場合には、条文や判例の正確な理解がないとして、実務に耐ええないことになろう。特に司法試験受験を経験して進学した法科大学院生を前にしては、このことを痛感せざるを得なかった。もちろん、法科大学院生が条文・判例の正確な理解があり、それ以上に学説上どのような可能性があるのかについて好奇心を持つ場合もあろうが、そのような水準にまでは達している法科大学院生は、全国規模においてもごく少数であり、しかも民法以外の諸法を同時に学ばなければならないので、その時間的余裕もないように思われる。そして、条文や判例の正確な理解が得られたとしても、未知の具体的な事件に法規範を当てはめようとした場合に、先ずどの条文が問題になっているのか、次に適用条文の要件に該当する具体的事実が一体何であるのか、等の問題解決能力は非常に弱いものであるのが現実である。このような現実を前に、問題解決能力の涵養をどのように図っていくべきかは、今後の課題としたい。