

| | |
|------------------|---|
| Title | 物権変動における「対抗の法理」と「無権利の法理」の間(2) : 第三者保護法理の体系化と「権利保護資格の法理」の位置づけ |
| Sub Title | A system of legal principles on the protection of a third party in property transaction (2) |
| Author | 松尾, 弘(Matsuo, Hiroshi) |
| Publisher | 慶應義塾大学大学院法務研究科 |
| Publication year | 2007 |
| Jtitle | 慶應法学 (Keio law journal). No.7 (2007. 3) ,p.507- 536 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 平良木登規男教授退職記念号 = Essays commemorating the retirement of Professor Hiraragi Tokio presented by his colleagues and former students |
| Genre | Departmental Bulletin Paper |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20070315-0507 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

物権変動における「対抗の法理」と 「無権利の法理」の間（２）

——第三者保護法理の体系化と「権利保護資格の法理」の位置づけ——

松 尾 弘

- 1 はじめに
- 2 物権変動における第三者保護法理の類型化（以上、第6号）
- 3 対抗の法理と対抗要件
 - （１）実体的法律関係
 - （２）第三者保護の要件
 - （３）第三者保護の効果
 - （４）小括（以上、本号）
- 4 無権利の法理と権利取得要件
- 5 権利保護資格の法理と権利保護資格要件
- 6 第三者保護法理の体系化に向けて——むすびに代えて——

3 対抗の法理と対抗要件

（１）実体的法律関係

（i）「対抗」へのアプローチ

① 実体的法律関係・法律要件・法律効果の一体的把握 対抗要件（民法177条・178条、352条、467条など）の具備によって競合者間の権利帰属が決定される法律関係はどのような性質をもち、その具体的内容としてどのような事案類型が含まれるであろうか。このことを明らかにするためには、①かかる対抗要件規定が適用される法律関係の実質（実体的法律関係と呼ぶ）、②対抗要件規定の要件および③その効果を一体的に把握する必要がある。なぜなら、①の捉え方によって②や③の解釈に相違を生じ、三者は全体として「対抗」の実体法

的意味を構成していると考えられるからである。そうした一体的把握により、対抗の法理を無権利の法理および権利保護資格の法理から識別し、物権変動法理を類型化するための指標が浮かび上がってくるものと考えられる。

② 「対抗」の手続法的・実体法的意味の交錯　しかしながら、「対抗」の概念は、手続法から実体法に及ぶ広範な意味の広がりをもっていることに注意を要する。

まず、訴訟の場面では、物権の帰属をめぐる原告・被告間の請求・抗弁・再抗弁……における攻撃・防御方法の中で、例えば、被告が「原告は登記をもたないから所有権取得を被告に対抗できない」といった形で用いられる。そして、対抗要件の有無やその効果に関する主張・立証を、どちらの当事者が、どの段階で、どのような形で行うべきかについては、(a-1) 請求原因説、(a-2-1) 事実抗弁説、(a-2-2) 第三者抗弁説(再抗弁説)、(a-2-3) 権利抗弁説などの間で争いがある¹⁾。

1) 例えば、A所有不動産を譲り受けたBが、当該不動産を占有するCに対して所有権に基づく明渡請求訴訟を提起した場合、(a-1) Bは自らが請求原因の中で登記の具備を主張・立証しなければならないか、(a-2-1) Cが抗弁の中でBの登記の不存在を主張・立証すべきか、(a-2-2) Cは抗弁の中で自らが177条の「第三者」に当たることを主張・立証すれば足り、これに対してBが再抗弁の中で、対抗要件の具備または対抗要件を具備しなくともCに対抗できる事実についての主張・立証責任を負うか、(a-2-3) Cは抗弁の中で、たんに「第三者」に当たることだけでなく、第三者としての権利的地位を自ら主張すること(Bが登記を備えるまではBの所有権取得を認めない)を要するかといった違いを生じる。舟橋諄一編『注釈民法(6)』(有斐閣、1967)250-254頁(原島重義)、舟橋諄一=徳本鎮編『新版注釈民法(6)』(有斐閣、1997)432-438頁(原島重義=児玉寛)、松尾弘「対抗要件を定める民法の規定の要件事実論的分析」大塚直=後藤卷則=山野日章夫編著『要件事実論と民法学との対話』(商事法務、2005)209-211頁。

2) 例えば、Aが所有不動産をBに譲渡し(未登記)、その後Cに二重譲渡して移転登記を済ませた場合、(b-1) 時間的に先行する物権変動は後行の物権変動に優先するが、Cは登記を備えることにより、A C間の譲渡がA B間の譲渡に先行した旨の法定証拠を取得し、裁判官はそれに拘束される、(b-2-1) A B間の譲渡はCがBの登記の欠缺を積極的に主張することによって否認される結果、Cに対する

つぎに、なぜ物権変動が生じても、対抗要件を備えなければ、第三者に「対抗」できないかにつき、実体法上の物権変動プロセスに一步踏み込んだ説明方法として、(b-1) 法定証拠説、(b-2-1) 否認権説、(b-2-2) 反対事実主張説などがある²⁾。

さらに、なぜ先行の物権変動に遅れる後行の物権変動でも、先に対抗要件を備えれば優先するかにつき、実体法上の権利変動プロセスにより深く立ち入り、とりわけ、対抗要件を備えない物権（変動）の法的性質にまで踏み込んだ説明方法として、(c-1-1) 債権的効力説、(c-1-2) 相対的無効説、(c-1-3) 不完全物権変動説、(c-1-4) 二段階物権変動説、(c-2-1) 優先的効力説、(c-2-2) 法定取得・失権説、(c-3) 公信力説などが唱えられている³⁾。

しかも、こうした《登記等の対抗要件を備えなければ第三者に「対抗」する

関係では効力を生じない、(b-2-2) CがA B間の譲渡と両立しない事実を主張すれば、A B間の譲渡は生じなかったことになるなどと説明される。舟橋編・前掲（注1）245-250頁（原島）、舟橋＝徳本編・前掲（注1）423-432頁（原島＝兎玉）、舟橋諄一『物権法』（有斐閣、1960）142-147頁。

3) 例えば、前掲注2の二重譲渡の設例では、対抗要件を備えないA B間の譲渡につき、これを何らかの意味で完全ではないとみるか（c-1）、完全だがAにはなお譲渡権能があるとみるか（c-2）、Aは無権利者になったとみるか（c-3）で捉え方が異なる。すなわち、(c-1-1) A B間の譲渡は債権的効力をもつにすぎない、(c-1-2) A B間の譲渡は当事者間では完全に有効だが、第三者Cに対しては無効である、(c-1-3) A B間の譲渡は不完全な譲渡にすぎない、(c-1-4) 176条の意思表示は相対的物権（債権的効力をもつ）の移転を生じさせるにすぎず、177条の登記によって第三者対抗力を備え、絶対的物権の移転に至る；(c-2-1) 第一譲受人Bも第二譲受人Cも完全な所有権を取得するが（多重所有権状態の発生）、対抗要件を備えた方が備えない方に優先する、(c-2-2) 第一譲渡によってBは完全所有権を取得するが、Bが登記をしないかぎり法律がAに譲渡権能を留保しており、それに基づいて譲り受けたCが登記すれば、未登記の帰責事由あるBは所有権を失権する；(c-3) 第一譲渡によって譲渡人Aは完全に無権利者となるが、第二譲受人Cが善意（・無過失）の場合は例外的に無権利者Aからの取得が認められるなどと説明される。舟橋編・前掲（注1）245-250頁（原島）、舟橋＝徳本編・前掲（注1）423-432頁（原島＝兎玉）、舟橋・前掲（注2）142-143頁、於保不二雄「公示なき物権の本質」法学論叢58巻3号（1952）1-25頁、我妻栄＝有泉亨（補訂）『新訂

ことができない》ということの手続法的意味と実体法的意味とは、実際しばしば交錯的に主張される。そこで、本稿では、議論をさらに深めるうえで避けて通れない準備作業として、最も根底にある問題を発掘するために、まずは「対抗」の実体法的意味をより明確にすることを試みる。

③ 「対抗」の実体的法律関係の二側面 従来、「対抗」の実体法的意味を明らかにするために、その典型例である民法177条の文言に照らして、①「登記を備えなければ対抗できない物権変動（『物権の得喪及び変更』）の範囲」の問題と、②「登記を備えなければ対抗できない『第三者』の範囲」の問題という二つの視角から、判例・学説の整理が行われてきた。本稿では、これら二つの議論を「対抗」の実体的法律関係を明らかにする題材として関連づけて考え、前者①は、登記等の対抗要件を備えなければ自ら物権変動を「対抗」することができない者の法的地位を、後者②は、登記等の対抗要件を備えなければその者に対して物権変動を「対抗」できないとされる者の法的地位を問題にする形で、二つの側面から同一の法律関係を照射するものとして捉え直すことにより、一定の権利主張の衝突構造の内実＝「対抗」の本質に迫ってみたい。

(ii) 対抗要件を備えなければ自らが物権変動を「対抗」できない者

物権の設定・移転は当事者の意思表示のみによって効力を生じる（民法176条。意思主義）にもかかわらず、不動産物権の得喪・変更はこれを登記をしなければ第三者に対抗できない（民法177条。対抗要件主義）。こうした対抗要件を具備しなければ一定の不利益を受けるという意味での制約を受けるのがはたしてどのような法的地位にある者かは、従来177条の《登記がなければ対抗できない物権変動の範囲》として論じられてきた⁴⁾。それによれば、まず、(a) 177条

物権法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店、1983) 148-151頁、滝沢準代『物権変動の理論』(有斐閣、1987) 262-292頁、加藤雅信『新民法大系Ⅱ物権法』(有斐閣、2003) 86-94頁、松尾弘＝古積健三郎『物権法』(弘文堂、2005) 62-66頁(松尾弘)。

4) 判例・学説につき、池田恒男「登記を要する物権変動」星野英一編集代表『民法講座 第2巻 物権(1)』(有斐閣、1984) 137-196頁、遠藤浩ほか監修『民法注解 財産法 第2巻 物権法』(青林書院、1997) 91-108頁(北山元章)。

はあらゆる物権変動の当事者に適用されると解する無制限説がある。その根拠は、①177条に適用を制限する文言がないこと、②第三者の利益保護・取引の円滑確保からは物権変動原因によって取扱いを異にするのは好ましくないこと、③物権変動の公示は広範かつ画一的に行われることが公示の原則の要請に合致することなどである⁵⁾。この見解は、手続法上の要請ないし公示の理念をより強く反映した見解といえる。

これに対し、(b) 登記（対抗要件）を要することの実体法上の意味により注目し、それに従って177条の適用を一定範囲の物権変動の当事者に限定しようとする制限説が展開された。それは、(b-1) 176条に次ぐ177条の条文上の位置関係に鑑みて、意思表示に基づく物権変動の当事者に限定されると解する意思表示限定説⁶⁾、(b-2) 実体法上「対抗問題」を想定してその領域を画定し、177条の適用がそれに限定されるとみる対抗問題限定説⁷⁾、(b-3) 一般的基準によって演繹的に推論するのではなく、個々の物権変動ごとに177条の適用の要否を検証すべきとする個別的検討説⁸⁾などに分化してきた。諸説の対立状況や相互批判の詳細は別稿に譲るが、(b-1) 意思表示限定説に対しては、その

5) 末川博『物権法』（日本評論社、1956）120-121頁（ただし、無制限説もまったく例外を認めない趣旨ではない）、我妻＝有泉・前掲（注3）93頁。

6) 大判明治39年1月31日民録12輯91頁、大判明治39年6月29日民録12輯1058頁。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（一）、（二）」法学協会雑誌35巻2号199-220頁、3号457-480頁（1917）、原島編・前掲（注1）270頁、於保不二雄『物権法 上』（有斐閣、1966）101頁・122頁、滝沢・前掲（注3）37-42頁・200-202頁・224-226頁（ただし、177条の適用範囲の拡大可能性も否定していない。「相続、時効、取消・解除に関する限り、問題は第一に、それぞれの制度における基本的な権変動のシステムが十分明確にされていないという点にあり、これを克服した上で、改めて、一七七条適用の当否を検討し直すべきであろう」とする。同前201頁）。

7) 末川・前掲（注5）121頁、舟橋・前掲（注2）159頁、川島武宜『民法I 総論・物権』（有斐閣、1960）164頁、近江幸治『物権法〔第3版〕』（成分堂、2006）91頁。

8) 星野英一「物権変動における『対抗』問題と『公信』問題」同『民法論集・第6巻』（有斐閣、1986）153頁、154頁。

モデルであるフランス民法の対抗要件主義と日本民法の対抗要件主義との相違に留意し、元々意思主義規定しかなかったところに対抗要件主義規定を付加した経緯をもつフランス法では、「登記が対抗要件としての意味を持つのは売買等〔の意思表示〕による物権変動の場合に限られるのはごく自然」であるのに対し、176条と177条の「両条を同時に採用し」、「両条の重みが平等と見られる日本」では、177条はそれ自体の価値判断をもつゆえに、その適用範囲を176条の枠内で解釈すべき必然性はないと批判されている⁹⁾。また、(b-2) 対抗問題限定説に対しては、意思表示限定説に対する批判に加え、抽象的に「対抗問題」を措定し、そこから「演繹」して177条の適用範囲を狭く限定するという「観念的な議論に由来する」解釈方法も批判されている¹⁰⁾。

ちなみに、判例は、大審院判例¹¹⁾の判旨を根拠に、一般には(a)無制限説であると解されているが¹²⁾、実際には、登記なしに対抗可能な物権変動も少なからず認めており(後述参照)、それらの蓄積も踏まえると、実質的には、(b-3) 個別的検討説に接近しているともみられる¹³⁾。しかし、仮にそうであるとしても、そこに何らかの傾向なり一般的基準なりが見出されるかどうかは、なお探求に値する。そこで、以下、学説・判例の大まかな動向に限定してではあるが、具体的に検証する。

① 所有権取得者・喪失者(譲渡人) ① 売買・贈与・交換契約等を原因とする所有権移転の意思表示に基づく承継取得者に177条が適用されることには異論がない。公用収用、強制競売、担保権の実行としての競売、公売による所有権取得者も同様である¹⁴⁾。

9) 星野・前掲(注8)146-153頁。

10) 星野・前掲(注8)153頁。前述2(1)(前稿(1)377頁)参照。

11) 大連判明治41年12月15日民録14輯1301頁。

12) 近江・前掲(注7)91頁。

13) 星野英一『民法概論Ⅱ(物権・担保物権)』(良書普及会、1976)52頁は、今日の判例は「実質的には制限説をとっている」と評価する。

14) 大判明治38年4月24日民録11輯568頁。末川・前掲(注5)124頁、舟橋・前掲(注2)173頁。

これに対し、原始取得者については検討の余地がある。例えば、②A所有地に対し、付合の目的物に対して権原（242条但書）をもつ者Bが当該権原に基づいて附属物の所有権を取得した場合、これをAからの土地所有権の譲受人C（第三者）に主張する関係につき、対抗の法理の適用範囲とみる見解¹⁵⁾と、これを否定する見解がある¹⁶⁾。

他方、③袋地所有権に付随する囲繞地通行権（民法210条～213条）の取得につき、判例は、A所有の袋地を譲り受けたBは、袋地の所有権取得について未登記でも、囲繞地所有者Cやその利用者Dに対し、囲繞地通行権を主張しうるとする¹⁷⁾。

これら②・③は、附属物の帰属を決定するルールとして、対抗要件以前に社会的に承認された法的ルールが存在するか否かの問題になると考えられる。

④時効取得については、議論の詳細には立ち入らないが、大まかな立場の対立はつぎのようになろう。例えば、A所有地をBが時効取得したが未登記である一方、当該土地をCがAから譲り受けて移転登記をした場合については、(a) 第三者Cの出現時期がBの時効完成の前か後かを問わず、Bの時効取得にはつねに177条が適用され、BがCに所有権取得を対抗するには登記を要するとの見解（登記尊重説）¹⁸⁾、(b) 177条の適用を否定し、Bはつねに登記なしにC

15) 最判昭和35年3月1日民集14巻3号307頁。舟橋・前掲(注2)367頁、我妻=有泉・前掲(注3)308-309頁（権原自体の対抗要件または附属物の明認方法による）。

16) 大判昭和17年2月24日民集21巻151頁。我妻栄『物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、1942）205頁（後に改説。前掲注15）。この場合、善意の第三者Cの保護は無権利の法理によることになろう。

17) 最判昭和47年4月14日民集26巻3号483頁。これに対し、加藤・前掲(注3)123頁は、あくまでも対抗の法理に従い、未登記のBはCに対して自ら囲繞地通行権を主張することはできないが、Bは債権者代位権（423条）により、AのCに対する囲繞地通行権を代位行使しうると解する。

18) 山野目章夫『物権法 [第3版]』（日本評論社、2005）49-50頁、広中俊雄『物権法（第二版）』（青林書院、1982）156頁（ただし、二つの例外を認める。まず、① A所有地を占有するBの取得時効の完成を知ってAと取り引きした第三者Cは「背信的悪意者」として取り扱われるべきとする（同前157頁）。つぎに、②境界紛争

に時効取得を主張しようとの見解(占有尊重説)¹⁹⁾、(c) 折衷的に、Cの出現が時効完成前であれば、BはAに対する関係(当事者関係)に準じて、Cに対して登記なしに所有権取得を主張しよう(177条の適用否定)が、Cの出現が時効完成後のときは、登記がなければ対抗できない(177条の適用肯定)との見解(判例)²⁰⁾、(d) AB間において、それぞれ売買等の有効な原因契約があったが未登記の場合、原因契約が無効または失効した場合、境界紛争が問題になっている場合等の類型ごとに検討する見解²¹⁾が対立する。ここでは、取得時効の性質について、それ自体が独自の実体法上の権利変動原因としてどの程度の権利帰属の決定力をもつとみるか、あるいは他の原因による権利変動の証明機能を中心にみるか、時効観の対立にも絡む前提問題が存在する。

また、⑤法定相続・相続分指定・「相続させる」旨の遺言・遺贈・他の共同相続人による相続放棄・遺産分割・遺留分減殺請求による取得についても、177条の適用肯定説と否定説とが交錯する。判例は、遺贈(遺言執行者がいない場合。1013条参照)・遺産分割・遺留分減殺請求についてのみ、かつそれぞれについて遺贈の効力発生・遺産分割の成立・遺留分減殺請求の意思表示の後に現れた第三者に対する関係にのみ177条を適用し、その他の場合には登記なしに共同相続人が所有権(または共有持分権)の取得を第三者(他の共同相続人の債権者、他の共同相続人からその共有持分権の処分を受けた者など)に対して主張することを認めている²²⁾。これは、(a) 相続財産の帰属をめぐり、被相続人から共

における係争地を時効取得したBは、隣地をAから譲り受けて登記した第三者Cに対し、「自己の時効取得……に気づかうべき状態になかった」ことを立証すれば、Cに対して「一七七条適用の基礎の欠如」を主張でき、CはBの登記欠缺を主張できないとする。同前158頁)。

19) 舟橋・前掲(注2) 170-173頁。ただし、時効取得者の勝訴判決確定後は、登記をしなければ第三者に対抗しえないとの制限を設ける(同前172頁)。

20) 判例の準則の簡明な整理につき、内田貴『民法I 総則・物権総論[第3版]』(東京大学出版会、2005) 447-448頁。

21) 内田・前掲(注20) 449頁。さらに、池田・前掲(注4) 143-162頁参照。

22) 松尾弘「相続と登記——法定相続対抗要件不要の原則の検証」法律時報75巻12号(2003) 74-77頁参照。

同相続人・受遺者・相続債権者に一定の優位性を与えるべきか²³⁾、あるいは（b）相続財産についても相続開始と同時に一般の経済取引の対象に編入し、被相続人との法律関係をもつ者と、共同相続人の債権者・共同相続人からの取得者等の取引相手方との法的地位の対等性を承認すべきか、法政策的価値判断とも絡む問題であると考えられる²⁴⁾。

また、⑥所有権取得の対抗ではなく、所有権譲渡（所有権喪失）の対抗も問題になる。例えば、建物を他人Bに譲渡したがなお登記を保有する者Aが、土地所有者Pから土地の無権原占有を理由とする建物収去・土地明渡しおよび損害賠償を請求されたり、土地を他人Bに譲渡したがなお登記を保有する者Aが、Pから土地工作物責任を追及された場合である。これらの場合にも、177条の適用を認め、Aが土地の無権原占有者や工作物責任負担者としての責任を追及された場合、Aは所有権を譲渡したこと（したがって、最早所有者でないこと）を対抗できないとの見解がある²⁵⁾。Aは建物や土地を第三者Cに譲渡して登記することによってCを所有者とすることのできる「処分権を保有している」といえることを根拠とする²⁶⁾。これに対し、AからBへの完全な所有権移転を認めたとうえで、無権利者となったA（登記名義人）の責任を権利外観法

23) 例えば、山野目・前掲（注18）53頁は、遺産分割につき、遡及効（909条本文）を根拠に、共同相続人Aの持分権を遺産分割によって取得したBが未登記の場合でも、Aから持分権を譲り受けたCに対して権利取得を主張できるとし、第三者Cは無権利者からの取得者として、94条2項の類推適用によって保護されるにすぎないとみる。

24) 広中・前掲（注18）113-114頁、151-153頁は、遺贈・遺産分割による所有権取得にも177条の適用を認める。このうち、受遺者が権利取得を知らない間に第三者が相続人からの権利取得を確定的なものとする可能性は、「当の遺贈者が受遺者に遺言を知らせないまま死亡したこと」に起因し、受遺者はかかる不利益を甘受すべきとする（同前114頁）。ただし、遺産分割の存在を知る第三者の悪意は「背信的悪意」と評価すべきとも解しており（同前153頁）、この解釈によって一般経済取引との差別化を図る余地も窺われる。

25) 最判平成6年2月8日民集48巻2号373頁。もっとも、Pが自らBを所有者と認めることは妨げない趣旨と解される。後掲注83参照。

26) 我妻=有泉・前掲（注3）172頁。

理(94条2項の類推適用=無権利の法理)によって根拠づけるべきとする見解もある²⁷⁾。この問題は、自ら登記が可能であるにもかかわらず、Bに移転登記をしていないAには、なお実体的な所有権が帰属していると解されるか否かにより、それを肯定すれば、変則的ながら、対抗の法理によって処理されることになるろう。

② 用益物権取得者・喪失者(譲渡人) ①地上権・永小作権の取得者に177条が適用されることには異論がない。これに対し、②地役権の取得については議論がある。例えば、土地(承役地)所有者Aから通行地役権の設定を受けた要役地所有者Bが、Aから承役地を譲り受けたCに対して当該通行地役権の取得を主張する関係への177条の適用が問題になっている。判例(平成10年)は、177条の適用を制限し、Bの通行地役権(未登記)について悪意または認識可能性をもつ第三者(承役地譲受人)Cに対し、Bによる未登記通行地役権の主張を認めている²⁸⁾。

もっとも、別の判例(平成18年)は、通行地役権の時効取得に177条を適用することも再確認している²⁹⁾。しかし、前者(平成10年判決。注28)では、通行地役権の対象地(分譲地の一部)は分譲当初から公道への通路として設計・造成され、その後一貫して通路として継続的に利用され、周囲の土地所有者にも要役地—承役地関係が客観的に明らかであり、未登記ながら当該通行地役権の要役地所有者Bへの帰属の確定性・終局性の程度が高かったとみることができ

27) 最判昭和47年12月7日民集26巻10号1829頁における大隅健一郎裁判官の意見。「この[94条2項の類推適用]法理を本件に適用すれば、Pが善意であるかぎり、Aは本件建物の所有権が自己にない旨を主張して、その取去義務を免れることはできない」とする。

28) 最判平成10年2月13日民集52巻1号65頁。前述2(4)(i)②(前稿(1)386-389頁)。

29) 最判平成18年1月17日民集60巻1号27頁。A所有通路の所有権または通行地役権をBが時効取得したが未登記のうちに、当該通路をCがAから買って登記した場合に、BC関係は177条の射程範囲に入ることを前提に、Cが177条の第三者に当たるか否かについて、背信的悪意者排除論を適用した。

る。このことを前提にすると、Aからの承役地譲受人Cは当初から（未登記ながら）通行地役権の負担付の土地を取得していたことになり、登記どおりに何の負担もない土地であることへのCの信頼保護の方法は権利外観法理（94条2項の類推適用）による場合に接近するともいえる。本判決が第三者保護の要件として実質的に善意・無過失を要求したことは、その意味で平仄がとれているともいえる。これに対し、平成18年判決の事案では、通行地役権の対象地は、当初から通路として開設されたものではなく、一部建物や車庫等の敷地としても利用され、公図上の位置も不明確であったという事情がある。それはいまだ一般経済取引上の対象地であったともいえよう。したがって、かかる土地を時効取得したBに対し、時効完成後に同土地を所有者Aから購入して移転登記を備えたCは、平成10年判決の事案のように、たんにBの通行地役権の存在を知りまたは知りえただけでは、Bの通行地役権（未登記）の対抗を受けることはなく、さらに、CがAから譲渡を受けた時点で、「Bが多年にわたり当該不動産を占有している事実を認識しており、Bの登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情が存在」し、Cが「背信的悪意者に当たる」場合でなければ、Bから通行地役権の時効取得の対抗を受けないとしたものである。こうして、平成18年判決は、通行地役権の時効取得についても、177条および一般の対抗の法理の適用があることを再確認したものと解される。こうした前提事実の相違、とりわけ未登記通行地役権の要役地（所有者B）への帰属の確定性・終局性についての社会的承認度の相違に鑑みれば、平成10年判決と同18年判決との間には判例としての矛盾ないし不整合はないものと解される。

③入会権の取得は、それ自体としては登記できず（不動産登記法3条）、そもそも慣習上内容が多様の入会権を画一的形式で公示することは困難である。それゆえ、入会権取得者には177条の適用は否定され、登記なしに第三者に対抗できると解されている³⁰⁾。

30) 大判明治36年6月19日民録9輯759頁、大判大正6年11月28日民録23輯2018頁、大判大正10年11月28日民録27輯2045頁。末川・前掲（注5）117頁。

他方、④地上権者Aが地上権をBに譲渡した後に地主Pから地代支払請求を受けた場合、地上権の喪失(譲渡)をPに「対抗」するには、地上権の移転登記を要する³¹⁾。前述①⑥とも共通する問題であると解される。

③ 担保物権取得者 占有を伴って成立・存続し、公示される留置権(295条)を除き、不動産の先取特権(337条～340条)、不動産質権・抵当権(177条、374条2項)、動産質権(352条)、債権質(364条)は各々の規定に従って登記・引渡し・通知をしなければ、取得ないし対抗することができない。では、A所有不動産に抵当権の設定を受けた抵当権者Bは、抵当不動産の付加一体物に対しても抵当権を取得するが、当該抵当不動産から分離・搬出された従物、付加一体物、付合物について、これを取得した第三者CとBとの関係は対抗関係であろうか。(a)分離・搬出後も目的物(動産)に対して抵当権の効力が及んでいると解釈すれば、第三者Cの保護は無権利の法理(即時取得に関する192条以下など)によることになろうが、(b)分離・搬出によって目的物(動産)に対して抵当権の効力が及んでいることの対抗要件(178条の引渡ししか)がいったん消滅するとすれば³²⁾、A所有動産をめぐる、BとCの何れが先に対抗要件(178条の引渡ししか)を具備するかによって優先関係が決まることになり、対抗の法理の適用場面とされる余地が残ることになろう。ここでも分離・搬出物のBへの帰属の確定性・終局性についての判断が前提問題になるように思われる。

④ 債権の取得者 金銭債権の譲受人、賃借権の取得者など、債権の取得者も、当該債権の帰属を前提とする主張をする場合は、所有権、その他の物権の取得者に準じて考えてよいであろう(前述①、②参照)。

⑤ 処分の制限特約をさせた者 共有不動産についての不分割契約(256条1項但書、不動産登記法59条6号)をした共有者、永小作権の譲渡・転貸禁止特約(272条但書、不動産登記法79条3号)をした地主など、処分制限をした者は、その旨の登記(不動産登記法59条6号・79条3号など)をしなければ、第三

31) 大判明治39年2月6日民録12輯174頁。

32) 松尾=古積・前掲(注3)277頁(古積健三郎)、道垣内弘人『担保物権法[第2版]』(有斐閣、2005)180頁。

者（新たに共有持分権を取得した者、永小作権の譲受人・転借人など）に対抗できない³³⁾。

⑥ 制限物権の消滅によって負担を免れた目的物所有者 ①消滅時効、放棄、混同、地上権消滅請求などによって地上権、抵当権等の制限物権が消滅した場合、その目的物の所有者は、その登記をしなければ、物権の消滅を第三者（地上権、抵当権の被担保債権の譲受人など）に対抗できないと解されている³⁴⁾。

他方、②それらの物権の客体の滅失、物権自体の存続期間の経過、弁済による被担保債権の消滅に伴う抵当権自体の消滅等の場合は、対抗要件としての登記は必要でないと解されている³⁵⁾。これらは、権利それ自体の絶対的消滅が認められる法律関係であるとするれば、無権利の法理の適用場面であり、第三者保護も同法理の適用が認められるかぎりで図られるべきであると解される³⁶⁾。

(iii) 対抗要件を備えなければその者に対して物権変動を「対抗」できない者

以上と反対に、物権変動を「対抗」される者——すなわち、物権変動の当事者が登記（不動産）または引渡し（動産）を備えなければ、当該物権変動を対抗できない者——には、どのような立場の者が含まれるであろうか。これは、主に不動産物権変動（177条）に関して《登記がなければ対抗できない第三者の範囲》として議論されてきた問題である³⁷⁾。

33) 末川・前掲（注5）128-129頁、篠塚昭次編『判例コンメンタール3 民法I（総則・物権）』（三省堂、1977）524頁（鎌田薫・篠塚昭次）、松浦馨「『処分の制限』と民法一七七条」太田知行＝荒川重勝編『民事法学の新展開』（有斐閣、1993）539-576頁。

34) 末川・前掲（注5）129-130頁、篠塚編・前掲（注33）524-525頁（鎌田薫・篠塚昭次）、柚木馨『判例物権法総論（第三版）』（巖松堂書店、1939）83-86頁（混同による消滅は登記不要とする）、広中・前掲（注18）133-134頁。

35) 末川・前掲（注5）129-130頁、舟橋・前掲（注2）175頁（ただし、混同による消滅が登記簿上明瞭な場合は、抹消登記がなくとも対抗可能とする）、篠塚編・前掲（注33）524-525頁、柚木・前掲（注34）83-86頁。

36) 例えば、94条2項（類推適用）、468条1項など。

37) 学説・判例につき、鎌田薫「対抗問題と第三者」星野編・前掲（注4）67-135頁、

この「対抗」される者の範囲の問題については、「対抗」する者の範囲の問題(前述(ii))について、無制限説をとった判例(前掲11)と同日付の判決(後掲注39)が、あえて制限説をとったことを契機にして、議論が活発化し、(a)無制限説³⁸⁾も唱えられたが、次第に、(b)制限説が有力化してきた。しかし、制限説の中でも第三者の範囲の画定基準は動揺しており、(b-1-1)判例が「対抗トハ彼此利害相反スル時ニ於テ始メテ発生スル事項」とみたくうで、「当事者若クハ其包括承継人ニ非シテ不動産ニ関スル物権ノ得喪及ヒ変更ノ登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者」³⁹⁾と定式化し、第三者の行為態様の評価にまで及びうような抽象度の高い一般的基準を提示したことを受け、一方ではこれを実質化すべく、(b-1-2)「問題となる物権変動と両立し得ない権利関係に立つ者」⁴⁰⁾、所有権の取得を理由に権利を主張するなど「当該不動産に関して有効な取引関係に立てる」者⁴¹⁾といった基準に示されるように、例外ケースのみを除外するという比較的消極的な観点からの定式化がある。その背

遠藤ほか監修・前掲(注4)108-143頁(永野厚郎=牧野利秋)。

38) 鳩山秀夫「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」同『債権法における信義誠実の原則』(有斐閣、1955。初出は1915年)37-88頁。無制限説を徹底すれば、例えば、A所有不動産を取得したが未登記のBは、偽造登記の名義人Cから登記名義を取得したDに対しても、登記なしには所有権取得を対抗できず、Dに対する抹消登記請求は、Aに主張させるか、Aに代位して主張しうることになる。我妻=有泉・前掲(注3)165頁。

39) 大連判明治41年12月15日民録14輯1276頁、末川・前掲(注5)106頁、川島・前掲(注7)167頁。

40) 川島・前掲(注7)168頁。

41) さらにこれは、①「同一不動産について、結局において互いに相容れない権利を有する者」と、②「特定の不動産物権者の地位にある者に対して契約上の権利義務を有する者」との二種に分類し、①は一方の権利取得を認めれば他方のそれを認めることができなくなるという問題であるが、②は「不動産物権が移転したという事実の確実な証明の問題」であるとする。これを「権利資格保護要件」とし、地主が借地権者に地代請求や解約等をする関係、債権譲受人が債務者に請求する関係、法人の設立の主張(民法旧45条2項)、株式会社に対する株式譲渡の主張(会社131条。商法旧206条1項)などで用いられている「対抗することができ

景には、公示の原則の限界を一定程度は承認せざるをえないという認識があったとも解されるが⁴²⁾、これら（b-1）説の立場によれば、除外範囲は最小限にすべきものという判断が働く傾向があり、賃借人、一般債権者等をも含む素地を残している。

これに対し、他方では（b-2）177条等の対抗要件規定が保護しようとする者の一般原則化ないし「対抗問題」を想定し、それに従って「第三者」の範囲をより積極的に制限しようとする立場（対抗問題限定説）⁴³⁾もある。そのような観点からは、第三者の範囲の画定基準としても、論理上互いに相容れない権利を主張する関係、両立しえない物権相互間の優先的効力を争う関係、同一客体上の物的支配を相争う相互関係⁴⁴⁾といった、より積極的な定式化が試みられた。以下、主要な類型に即して、その概要を検証してみよう。

① 物権取得者 所有権、用益物権、担保物権などの物権取得者は、第三者の典型例であり、物権変動を対抗する者と相互に対等な（互換的な）立場に立つことになる。

② 特定債権者 債権行為と物権行為との概念的区別を認めない立場によれば、物権取得を目的とする特定債権者は①物権取得者と同様に扱われうる。また、債権行為と物権行為とを概念的に区別する立場によっても、177条等の対抗要件規定の「第三者」に特定債権者が含まれると解釈することが、理論上ただちに不可能になるわけではない。理由は、第一に、177条等の対抗要件規

ない」の意味はこれに当たるとする。我妻＝有泉・前掲（注3）154-159頁。ここで「権利資格保護要件」というのは、本稿で「権利行使資格要件」と呼ぶものに当たる（前述2（3）（iii）②〔前稿（1）383頁〕）。

42) 例えば、制限説の理由として、「公示の原則を貫くことが不可能と考えられるようになったこと」に求め、「個々の取引関係の安全を図る」という観点から「登記を要求することが不相当と考えられる場合には、登記を必要としないもの」と捉える立場（我妻＝有泉・前掲〔注3〕154頁）などである。

43) 末弘巖太郎『物権法 上巻』（有斐閣、1921）166-169頁、於保・前掲（注6）124頁、舟橋・前掲（注2）154-158頁・182頁、近江・前掲（注7）79-80頁。

44) 舟橋・前掲（注2）157頁・179-182頁、於保・前掲（注6）189頁。

定にはたんに「第三者」と規定するのみで限定を加えておらず、第二に、第三者をどの範囲の者に限定すべきかは、法政策的価値判断に従い、「対抗」の実体法的意味の解釈に依存するからである。しかし、特定債権者の保護方法としては、当事者A B間で物権変動を生じさせる法律行為が特定債権者Cに対して詐害行為に当たる場合に、Cは詐害行為取消権（民法424条）を行使することもできる⁴⁵⁾。実際、特定債権者は第三者に当たらないと解する見解もある⁴⁶⁾。

③ 賃借人・使用借主 物権変動の目的物に対する特定物債権者、例えば賃借人および使用借主については、それぞれさらに検討を要する。まず、①賃借人に関しては、賃貸物をAから譲り受けたCが賃借人Bに対し、賃借権の負担のない物権取得を対抗しようとする場合と、賃借人Bに対し、賃借権を承認しつつ、賃貸人として賃料請求したり、解約申入れをする場合がある。前者は、②の意味の「対抗」に含まれるものと解釈しうる⁴⁷⁾。他方、後者については、(a)「対抗」に含めて解釈する——したがって、CがBに賃料請求や解約申入れをするためには対抗要件の具備を要するとみる——立場⁴⁸⁾、(b)対抗要件とは異なるが、権利行使資格要件（としての登記）を要求する立場⁴⁹⁾、(c)何れの意味でも登記を不要と解する立場⁵⁰⁾がある。(c)説は、C B間は同一

45) 平井宜雄「不動産の二重譲渡と詐害行為——action paulienneへの回帰を意図して——」太田＝荒川編・前掲（注33）169-195頁。

46) 舟橋・前掲（注2）200-201頁。

47) 不動産賃借権は登記すれば物権にも対抗できる（民法605条。もっとも、「……物権を取得した者に対しても、その効力を生ずる」と規定する）ことも対抗関係肯定の理由に挙げられる。近江・前掲（注7）81頁。

48) 大判昭和8年5月9日民集12巻1123頁（賃料請求）、最判昭和25年11月30日民集4巻11号607頁（解約申入れ）、最判昭和49年3月19日民集28巻2号325頁（賃料請求）など。星野・前掲（注13）60頁は、Cの移転登記さえあれば、CからBへの通知を不要とする立場として、判例の結論を支持する。

49) 内田・前掲（注20）453頁、山野目・前掲（注18）34-35頁。権利行使資格要件と対抗要件との相違は、債権譲渡を受けた者の債務者に対する対抗要件（467条1項）と第三者に対する対抗要件（467条2項）との違いによって説明されている。前述2（3）(iii)②（前稿（1）383頁、同所注33、34）。

不動産上の物権的支配を相争う関係にないことを理由とする。しかし、CがBの賃借権を認める・認めないにかかわらず、特定物債権者BがCへの所有権の帰属を争う以上、「対抗」の関係が生じることを否定できないと思われる。したがって、このことはまた使用借主の場合にも妥当するものと解される。

②使用借主は、賃借人と異なり、賃料請求を受けることはなく、不動産についても使用借権の登記はできず（不動産登記法3条）、対抗要件を備える方法（民法605条、借地借家法10条・31条参照）も用意されておらず、返還時期の規定（597条2項・3項）、相続の対象とならないこと（599条）など、賃借権よりも財産権性（896条参照）が稀薄であるなどの違いがある。しかしなお、使用借主Bも、特定物債権者として、当該目的物の所有者Aからの譲渡人Cへの所有権帰属を争うかぎり、177条等の対抗要件規定の第三者に当たると解すべきであろう⁵¹⁾。

④ 差押債権者、仮差押債権者、配当加入申立債権者、仮処分債権者 これらの債権者は物権変動の対象である特定の目的物に対して法律上の利害関係を形成するに至っており、第三者に当たることには異論ないであろう。例えば、A所有不動産を譲り受けたBは、Aの債権者で当該不動産を差し押さえたCに対し、第三者異議の訴えを提起するには、対抗要件（登記）を要する⁵²⁾。

もっとも、これらの第三者に対し、Bが仮登記（不動産登記法105条）を備えただけでも対抗しうるかは争われている。これは、意思主義（176条）と対抗要件主義（177条）との境界線上の問題であると解されるが、Bがすでに「実体上所有権を取得している場合」は、意思主義の原則に鑑み、差押債権者Cは仮登記権利者Bの本登記承諾請求（不動産登記法109条1項）を拒否できず、第三者異議も拒否できないものと解される⁵³⁾。

50) 川島・前掲（注7）168-169頁、舟橋・前掲（注2）189-190頁、鎌田・前掲（注37）117頁（AからBへの通知またはBの承諾で足りるとする）。

51) 末川・前掲（注5）109-110頁。

52) 最判昭和14年5月24日民集623頁、最判昭和31年4月24日民集417頁。舟橋・前掲（注2）190-191頁。

53) 東京高判昭和57年11月30日判時1064号59頁（確定）、松尾弘「日本民法の所有権

⑤ 一般債権者 「第三者」に含まれるか否か、見解が分かれている。(a) 包含説⁵⁴⁾ に対し、(b) 非包含説⁵⁵⁾ がある。他方、(c) 「第三者」に当たるか否かを論じることは意味がないとの見解⁵⁶⁾ もある。包含説の観点からは、一般債権者はその資格で差押・仮差押・仮処分・配当加入しうる(その場合は「第三者」に当たる。前述④) だけでなく、AからBが譲り受けた不動産(未登記)に対し、Aの一般債権者Cはそれを一般担保として引当てにしており、必要があれば債権者代位権に基づいて保存登記が可能である点などが挙げられる⁵⁷⁾。しかし、対抗問題限定説の観点からは、一般債権者はいまだ特定不動産について物的支配を争う段階にはなく、その法的地位の保護手段としては詐害行為取消権(424条)を行使しうる点も挙げられよう⁵⁸⁾。したがって、最終的には、対抗要件規定の趣旨を無制限説的に解釈するか、対抗問題限定説的に解釈するかの基本指針によることになろう。

⑥ 譲渡人の前主 譲受人Bの前主A(譲渡人)は当事者であるから第三

譲渡における意思主義の規範性と妥当性」法学研究72巻12号(1999)407頁、山木戸克己『民事執行・保全法講義』(有斐閣、1992)105-106頁。ちなみに、Bの仮登記が担保仮登記の場合は、強制競売等の開始決定がBによる清算金支払債務の弁済後(清算金がないときは清算期間の経過後)にされた申立てに基づく場合のみ、Cに対抗することができ(仮登記担保法15条2項)、第三者異議の訴えを提起しうる。

54) 大判明治36年6月15日民録9輯705頁、大判明治36年3月6日民録9輯241頁、大判昭和11年7月31日民集1587頁。末川・前掲(注5)110頁、柚木・前掲(注34)120頁、我妻=有泉・前掲(注3)158頁。

55) 大判大正4年7月12日民集1126頁。舟橋・前掲(注2)199-200頁、田井義信ほか『新 物権・担保物権法〔第2版〕』(法律文化社、2005)69頁(田井義信)(物権の債権に対する優先的効力、債権の非排他性を理由とする)。

56) 鈴木録弥『物権法講義 四訂版』(創文社、1994)136頁、加藤一郎「民法177条と対抗問題」谷口知平=加藤一郎編『新版 民法演習2(物権)』(有斐閣、1979)54-55頁、近江・前掲(注7)81頁。於保・前掲(注3)10頁注12もすでに同旨か。

57) 末川・前掲(注5)110頁、大判昭和17年12月18日民集21巻1199頁。

58) 坂本武憲「判批」ジュリスト833号(1985)107頁。

59) 川島・前掲(注7)172頁、舟橋・前掲(注2)201-202頁、近江・前掲(注7)

者に当たらないが、Aの前主P（Bからみれば前々主）も第三者に当たらないと解されている。PはA・B間の物権移転を否認しても、それによって有効となる法律上の権利をもたないことを理由とする⁵⁹⁾。しかし、そうであれば、例えば、AがPから譲り受けてBに転売した不動産につき、Pが新たにAと取引し、移転登記を受けた場合は、Pが第三者に当たる可能性も排除できないであろう。Pの前主Q（Bからみれば前々々主）、……との関係についても同様である。

⑦ 無権利者、不法行為者、背信的悪意者 ①偽造登記の名義人、相続欠格者または相続人廃除を受けた者でありながら相続財産の登記名義人になっている者、登記手続の過誤による不実の登記名義人、被担保債権が消滅した抵当権登記の名義人などの無権利者は、そうした形式と実体との乖離についての故意・過失の有無にかかわらず、「第三者」に当たらないと解される⁶⁰⁾。

また、②物権変動の目的物に対する不法占拠者、その他の不法行為者も「第三者」に当たらないとされ、その結果、例えば、AからBが譲り受けたが未登記の不動産を侵害した不法行為者Cに対し、Bは未登記のまま、妨害排除請求、損害賠償請求ができると解されている⁶¹⁾。誰に原状回復や損害賠償すべきかについて不法行為者Cがもつ利害が「正当な利益」（前述（b-1-1）説）に当たらないとはいえないであろうが、仮にその後当該不動産をAから二重に譲り受けて対抗要件を具備したDが現れても、①Cの保護手段としては債権の準占有者への弁済（478条）が考えられるし、②Dが取得した対抗力の効果は対抗要件具備時から生じると解されることから（後述（3）（i））、損害賠償金に関するB・D間の調整基準についても支障ないと解されるからである。

82頁。最判昭和43年11月19日民集22巻12号2692頁。

60) 末川・前掲（注5）112-114頁、我妻＝有泉・前掲（注3）162頁以下・165-166頁、舟橋・前掲（注2）192-199頁。

61) 大判明治41年12月15日1276頁（一般論）、大判大正10年12月10日民録27輯2103頁（損害賠償請求）、最判昭和25年12月19日民集4巻12号660頁（明渡請求と損害賠償請求）。近江・前掲（注7）83頁。

さらに、②の延長として、③詐欺・強迫、その他の不公正な手段によって物権変動当事者の登記を妨げた者（不動産登記法5条）、背信的悪意者など、登記欠缺の主張を認めることが信義に反すると認められる者も、「第三者」に当たらないと解される⁶²⁾。その際、この③背信的悪意の問題と、第三者の主観的要件に関する善意・悪意の問題（後述（2）（ii））とは、観点を異にする別個の問題とみるべきである。すなわち、前者は、対抗要件を備えない物権変動の対抗を受ける者の行為態様の悪性を理由に、第三者性そのものが否定されるべき場合であるのに対し、後者は、物権変動の存在についての第三者の認識ないし認識可能性が手続法上の公示の要請や対抗の実体法上の意味に与える影響との関係で第三者が対抗不能の主張をするための要件とすべきか否かの問題とみられるからである⁶³⁾。

⑧ 無権利者と取り引きした者 ⑦の無権利者自身ではなく、その無権利者からの取得者との関係は「対抗」の範疇に入るか、換言すればこの者も177条等の対抗要件規定の「第三者」に当たるであろうか。(a)「対抗」からは外して解釈する見解⁶⁴⁾に対し、(b)かかる無権利の法理によって保護される第三者も対抗要件規定（177条）の第三者に含まれるとの解釈もある⁶⁵⁾。真の権利者Aの所有物につき、無権利者Bと取り引きしながら、第三者としての保護を主張するCの法的地位と、所有者Bからの取得を主張するCの法的地位とを同一視することはできないことから、(a)説が妥当と解する。

⑨ 取消し・解除によって権利を失った者からの取得者 Aから所有物の譲渡を受けたBがそれをCに処分した場合において、Aの意思表示が取り消さ

62) 近江・前掲（注7）83-86頁。

63) 松尾弘「所有権譲渡の『意思主義』と『第三者』の善意・悪意（二・完）」一橋論叢111巻1号（1994）95-96頁・106-110頁、山野目・前掲（注18）41頁。

64) 広中・前掲（注18）131-132頁は、Aの意思能力の欠如、錯誤（95条）による無効の意思表示の相手方Bと取り引きした第三者CとAとの関係は、対抗関係の論理的前提を欠くとし、第三者Cの保護は94条2項の類推適用によるべきとする。

65) 川井健「不動産物権変動における公示と公信」同『不動産物権変動の公示と公信』（日本評論社、1990）28-34頁。前掲注38も参照。

れたり、A B間の契約が解除されたときに、第三者Cは権利者からの取得者か、無権利者からの取得者かについては、争いがある。①取消し・解除前に現れた第三者Cについては、(a) 取消しの効果を遡及効無効とみて、Cは無権利者からの取得者（その保護は94条2項の類推適用等の無権利の法理による）とみる見解と、(b) 取消しの効果を相手方Bに原状回復債務を生じさせるにすぎない債権的效果であり、Cは権利者からの取得者とみて、(b-1) A C間を対抗関係とみる見解と、(b-2) Aへの権利復帰に優位性を認めつつ、第三者Cが自ら権利保護資格要件を備えた場合に限って保護に値するとみる見解（権利保護資格要件説）がある⁶⁶⁾。

他方、②取消し・解除後の第三者については、(a)権利者からの取得者とみて、(a-1) 本来の「対抗」の問題とみる見解⁶⁷⁾ と、(a-2) それとは区別して、「177条の転用」ないし権利保護資格要件の問題とみる見解⁶⁸⁾、これらと異なり、(b) B = 無権利説を基点として、権利外観法理（94条2項の類推適用など）による問題処理の方向性を示唆する見解がある⁶⁹⁾。

判例は、①取消前の第三者CとAとの関係については(a) 説、②取消後の第三者CとAとの関係については(b-1) 説をとり、第三者の出現の前後で「区別」する⁷⁰⁾。これに対し、94条2項の類推適用と同一の判断を177条の枠内で

66) 前述2 (3) (iii) (前稿 (1) 382-384頁) 参照。

67) 柚木・前掲(注34) 75-76頁、我妻=有泉・前掲(注3) 166頁、末川・前掲(注5) 122-123頁、舟橋・前掲(注2) 162-163頁（ただし「多少の疑い」を留保する）、広中・前掲(注18) 128-131頁。判例は、詐欺による土地売却の意思表示を取り消した売主Aは、取消後に買主Bから取得して登記を備えた第三者Cに対し、「民法第七十七条ニ依リ登記ヲ為スニ非サレハ……第三者ニ対抗スルコトヲ得サルヲ本則」とする（大判昭和17年9月30日民集21巻922頁）。解除についても同様である（大判明治42年10月22日刑録15輯1433頁、大判昭和14年7月7日民集18巻748頁）。

68) 近江・前掲(注7) 79-80頁、前述2 (3) (iii) (前稿 (1) 382頁)。

69) 内田・前掲(注20) 444頁・446頁、山野目・前掲(注18) 46頁。

70) この区別には理由があると肯定的にみる見解として、大村敦志『基本民法 I 総則・物権総論 [第2版]』（有斐閣、2005）242頁。

行うことにより、判例法理の①(a)と②(a-1)とを177条の枠組に包摂することによって矛盾を回避しようとする試みもある⁷¹⁾。それは、対抗の法理に無権利の法理を吸収しつつ拡大する試みとみることができよう。しかし、対抗の法理と無権利の法理との間には、権利帰属の決定ルールに関して、元々の権利者からの取得か、まったくの無権利者からの取得かという出発点から始まり、異質性の溝が存在するようにも思われる(前述2(3)(i)、(ii)[前稿(1)380-382頁]。ただし、後述(4)後半部分も参照)。

(iv)「対抗」の実体的法律関係の本質——権利帰属の浮動性——

以上、177条等の対抗要件規定の適用対象となるか、あるいは「対抗」関係に立つか否か、議論されている主要な局面を整理すると、表1のようになる。

すでにみたように、個々の問題については、対抗要件規定の適用対象となるか、したがって、「対抗」の問題というべきか、議論が収束しない事案類型も少なくない(表1のⅠ①④時効取得者、⑤相続、⑥譲渡、②②通行地役権の取得者、Ⅱ②特定債権者、③賃借人等、⑤一般債権者など)。しかし、対抗要件規定の適用について比較的争いのない場面においては、①物権変動を対抗する者(表1のⅠ①①、②①、③、④、⑤、⑥①)と対抗される者(表1のⅡ①、②、④)との間に何れかの側に格別の優位性を与えるべき関係にはなく、価値評価の等価性が見出されること、そのことは、無権利の法理の場合のように、本来は真の権利者に帰属している権利について、あるいは権利保護資格の法理の場合のように、本来は取消権者等の原権利者に復帰すべき権利について、例外的にどのような要件の下で第三者を保護すべきかという法律関係と比較すると、争われている権利帰属の決定性(終局性)の程度が相対的に弱く、その意味で、権利帰属が浮動的状態にあると特徴づけることができよう。このように**権利帰属の浮動性**(非決定性、非終局性)が「対抗」の実体的法律関係の本質を特徴づけ、この特色が競合者間の「対等関係」(前述2(3)(i)①)[前稿(1)380頁])

71) 川井・前掲(注65)15-38頁(初出1975年)、鎌田薫『民法ノート物権法①』(日本評論社、1992)109頁。

表1 「対抗」関係（主要局面）

| I 物権変動を対抗する者の地位 | II 物権変動を対抗される者の地位 |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> ①所有権取得者・喪失者（譲渡人）（①契約、②権原による附属、③通行権の法定取得・設定、④取得時効、⑤相続、⑥譲渡） ②用益物権（①地上権・永小作権、②地役権）取得者・喪失者（譲渡人） ③担保物権取得者 ④債権の取得者 ⑤処分の制限特約をさせた者 ⑥制限物権の消滅によって負担を免れた目的物所有者（①消滅時効等、②目的物滅失等） | <ul style="list-style-type: none"> ①物権取得者 ②特定債権者 ③賃借人・使用借主 ④差押債権者、仮差押債権者、配当加入申立債権者、仮処分債権者 ⑤一般債権者 <hr style="border-top: 1px dashed black;"/> <ul style="list-style-type: none"> ⑥譲渡人の前主 ⑦無権利者、不法行為者、背信的悪意者 ⑧無権利者と取り引きした者 ⑨取消し・解除によって権利を失った者からの取得者 |

という特色を規定し、それゆえにこそ登記等、権利帰属を確定するためにできるだけ画一的で客観的で明快な基準が要請されることになる。

このことは、すでに川井教授が対抗の法理（対抗要件主義）の特色として批判的に指摘した、「およそ権利者と第三者とのいずれを保護することが望ましいかという正当性の考慮を受けつけず、もっぱら不動産の取引における自由競争原理を貫き、形式的に登記の前後で権利の優劣を決しようとするもの」という特徴づけの一面の妥当性を再確認させる要素もある⁷²⁾。たしかに、「対抗」においても「正当性」の考慮を受けつける余地がまったくないとはいえないが（前述（iii）⑦など）、その内容や考慮のし方は、真の権利者や原権利者（取消権等を行使した者）の優位性を否定してまでも第三者を保護すべき「正当性」とは自ら異なるものというべきであろう。

従来、「対抗」の特質が、食うか食われるかの関係、物（権）的支配を相争う関係係、対等な関係……と表現された所以も、かかる権利帰属の浮動性に起因すると考えられる。それは、市場ないし競争の基本関係の特徴づける法的表

72) 川井・前掲（注65）20頁。ここでいわれる「正当性の考慮」とは、競合者の何れか一方を他方よりも有利に扱うべき価値判断を働かせることであると解される。判例上、正当性の考慮を導入した典型例が、177条の「第三者」の範囲に関する制限説（大判明治41年12月15日民録14輯1276頁）であった。

現といえるかも知れない。「対抗」の実体的法律関係を規定するこの特色は、つぎにみる対抗要件の内容や効果の解釈にも影響を及ぼすものと考えられる。

(2) 第三者保護の要件

(i) 第三者自身の対抗要件具備の要否

対抗要件は、物権変動の当事者がそれを備えなければ第三者に対抗できないという点で、第三者保護の機能を果たしている。そこで、第三者保護機能の観点から捉えた場合、対抗要件の内容はどのようなものであろうか。

まず、物権変動の当事者に対して対抗不能の効果を生じさせるために、第三者自身が対抗要件を備えている必要があるか。判例は、第三者自らは対抗要件を備えている必要はないと解しており⁷³⁾、それに賛成する学説が多い⁷⁴⁾。その結果、物権変動の当事者も第三者もともに対抗要件未具備（不動産であれば、双方未登記）の場合は、(a) 当事者も第三者もともに対抗不能の抗弁を提出できる結果、いわゆる両すくみ状態になり、何れか先に対抗要件を備えた者が権利を取得すると解される⁷⁵⁾。これに対し、(b) フランス法と同様に、第三者は自ら対抗要件を備えなければ対抗不能の抗弁を提出できず、その結果、双方対抗要件未具備の場合は、第一契約が優先するとの解釈もある⁷⁶⁾。しかし、第一契約優先主義は、第一契約による権利帰属効果の決定性（終局性）を支える制度環境なしには、貫徹困難であろう。とりわけ、不動産の売買や抵当権設

73) 大判昭和9年5月1日民集734頁。その結果、第三者自身が対抗要件を備えていなくとも、当事者が対抗要件を備えていないので物権変動を認めない旨の抗弁を提出できる。他方、第三者自身が対抗要件まで備えていれば、所有権取得を主張する者に対して、所有権喪失の抗弁を提出しうる。

74) 舟橋・前掲(注2)190頁、我妻=有泉・前掲(注3)158-159頁。

75) 最判昭和33年7月29日民集12巻12号1879頁参照。舟橋・前掲(注2)148頁。

76) 滝沢・前掲(注3)227頁・285頁のほか、諸学説につき、舟橋=徳本編・前掲(注1)444-445頁(原島=児玉)。判例として、大判明治32年4月12日民録5輯4巻23頁(立木につき、公示制度も明認方法もなかった場合)。ボアソナード旧民法草案における第一契約優先主義につき、松尾・前掲(注63)92-93頁。

定に際して公証人が介在し、公正証書によって行われる場合は、不動産売買契約や抵当権設定契約による物権帰属の決定度は一層高まるものと解されるのに対し、日本民法のように不動産に関する物権契約についても方式は要求されておらず、無方式の合意でも可能とされている制度環境の下では、たんなる物権契約による権利帰属の決定性・終局性は比較的弱く、それだけに画一的で客観的な登記等の対抗要件が必要とされているとみることができる。こうした方式自由の契約がもつ国家からの自由・私的自治の保障機能および取引費用の削減機能は、そうした契約による物権帰属の決定性・終局性の弱さとトレード・オフの関係にあり、どちらがより進歩的という関係にはないというべきであろう。

（ii） 第三者の主観的態様

対抗要件を備えない物権変動の当事者に対し、第三者が対抗不能の抗弁を提出する際に、第三者が善意（かつ無過失）でなければならぬかは争われている。（a）悪意者排除説ないし（a'）悪意または有過失者排除説もあるが⁷⁷⁾、日本民法の対抗要件に課された権利帰属の画一的・客観的な決定基準としての機能（前述（i））を軽視することができず、このことに鑑みれば、（b）善意・悪意不問／背信的悪意者排除説の妥当性は強いとみるべきであろう⁷⁸⁾。

このような形で、善意・悪意不問が妥当性をもつとすれば、悪意の第二譲受人の行為態様がただちに不法行為や横領を構成すると法的評価を受けるものと形式的・画一的には即断できないと考えられる。

（iii） 主張・立証責任

また、物権変動を対抗する者と対抗される者との法的地位の対等性、競合する当事者の何れかの優位性の欠如（前述（1）（iv））は、対抗要件の具備をめぐる主張・立証責任の所在や要件事実論にも影響を与えているとみられる。と

77) 前述2（4）（i）②（前稿（1）387-388頁、注42）参照。

78) 我妻＝有泉・前掲（注3）159-161頁。善意・悪意不問の理由として、譲渡人自身が第三者が悪意と証言するような場合に、第三者が善意（不知）の反証を挙げることは極めて困難であることも挙げる。

りわけ、法実務で概ね採用されているといわれる権利抗弁説（対抗要件の存在・不存在を基礎づける事実関係が訴訟上主張されていても、権利者が権利を行使する意思を自ら表明しないかぎり、裁判所がこれを斟酌して裁判することはできない）は、ここでの競合者に対する法的価値判断としての対等性を象徴的に表していることが再確認されよう⁷⁹⁾。

(3) 第三者保護の効果

(i) 対抗力の発生時期

最後に、対抗（不能）の効果の面からも、「対抗」の特色を確認しておこう。既述のように、第三者自身は対抗要件を具備しなくとも対抗不能の抗弁を提出し、当事者間の物権変動を否定する効果を受用するが、自ら対抗要件を具備するまでは、たとえ自分自身が物権取得者であったとしても、相手方（=物権変動の当事者）から同様に対抗不能の抗弁を受ける。では、一歩進んで、第三者自身が対抗要件を具備した場合、その効果（対抗力）はどの時点から生じるであろうか。この点も、既述のように、日本民法における対抗要件がもつ権利帰属の決定機能を重視するとすれば、対抗力の発生時期についても対抗要件具備（不動産であれば登記）の時とする解釈⁸⁰⁾には説得力があるというべきであろう。それゆえにまた、仮登記に基づいて本登記が行われた場合も、対抗力ないし権利帰属の決定効は本登記時から生じると解される⁸¹⁾。したがって、仮登記に基づいて本登記をした者から、仮登記後の中間処分によって登記・引渡しを得た者に対する損害賠償請求は、否定すべきであろう⁸²⁾。

79) 松尾・前掲（注1）210-216頁。

80) 舟橋・前掲（注2）150頁、我妻=有泉・前掲（注3）173頁・176頁（AからBへの譲渡・引渡し（未登記）後、AからCに二重譲渡・所有権移転登記がされた場合、Bが引渡しを受けた後の使用・収益は不法行為にも不当利得にもならない。同前176頁）。

81) 対抗力非遡及説として、我妻=有泉・前掲（注3）174-176頁、舟橋・前掲（注2）204-206頁。

（ii） 対抗要件具備の効果

対抗要件未具備の物権変動がもつ権利帰属の決定性・終局性の弱さ、換言すれば浮動性（＝対抗要件がもつ権利帰属の決定機能の重要性。前述（１）（iv））に鑑みれば、例えば、二重譲渡においては、何れか一方の譲受人が対抗要件を具備するまでは譲渡人にはなお何れかの当事者に対抗要件を具備させて譲渡を決定づける権能が残っていると解される。その結果、先に対抗要件を具備した譲受人は、たとえ第二譲受人であったとしても、なお権利者である譲渡人からの承継取得をしたものと解すべきであり、第一譲受人からの取得でも、無権利者からの取得でもない。譲渡人Aからの承継取得となる⁸³⁾。若干問題になるのは、譲受人からの転得者の法的地位である。

① 背信的悪意者からの転得者（非背信的悪意） 例えば、AからBへの譲渡についてCが背信的悪意者であったとしても、AC間の譲渡が公序良俗違反（民法90条）でないかぎり、Cは177条の「対抗要件の半面で敗れた」としても、いったんは「実体上の権利を得た」とみられることから、Cからの転得者Dは、自らがBに対する関係で背信的悪意でないかぎり、いったんCに移った所有権を承継取得する⁸⁴⁾。

② 非背信的悪意者からの転得者が背信的悪意の場合 反対に、AからBへの譲渡について背信的悪意でないCから譲渡を受けたD（移転登記もA・Cを経て取得）が、Bに対する関係で背信的悪意者に当たる場合、所有権の帰属先がBになるかDになるかも問題である。この点については、(a) DはBに対する関係で背信的悪意である以上、たとえ善意者Cを介して登記まで取得して

82) 最判昭和36年6月29日民集1764頁、最判昭和54年9月11日判時944号52頁。

83) もっとも、当事者AB間の物権変動が未登記で、かつCが対抗要件を具備した場合であっても、第三者CがAB間の物権変動を「承認」すれば、Cが対抗要件を具備したままであって、Bへの物権帰属が認められる。大判明治39年10月10日民録12輯1219頁、大判昭和7年7月11日法学2巻2号230頁。舟橋・前掲（注2）148頁、我妻＝有泉・前掲（注3）153頁。

84) 最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁。我妻＝有泉・前掲（注3）164頁、近江・前掲（注7）87頁。

も、所有権取得をBに対抗できないとする見解(相対的構成)がある。その根拠として、①背信的悪意者排除論は相対的に適用されるものである、②絶対的構成をとると善意の第三者を介在させることによって悪意の遮断が可能となるなどの理由が挙げられる⁸⁵⁾。これに対しては、(b) いったん非背信的悪意者であるC(登記済)が登場すれば、そこでBC関係における所有権帰属は確定し、C以後の取得者にBに対する関係で背信的悪意者(登記済)が現れても、その所有権取得をBは否定できないとする見解(絶対的構成)も有力である。その理由は、①既登記の第二譲受人Cからの転得者D以後についてもBによる背信的悪意者の主張が認められるとすれば、そうしたBの攻撃手段の(場合によっては濫用的・逸脱的な)行使に煩わされることをおそれるなどして、取引の円滑性が阻害されること、②Bの所有権取得がDに優先するとすれば、DはCに追奪担保責任を追及する結果、取引の安定性も阻害されること、③この場合、仮に背信的悪意者DからCに対する追奪担保責任の追及が認められないとの解釈論をとりうるとしても、DはAに対して不当利得返還請求をするなどの調整が必要になり、権利関係が錯綜すること、Bの所有権取得がDに優先するとすれば、AB間の所有権移転も、AC間の所有権移転も、ともに有効であったことになってしまうことなどである⁸⁶⁾。

思うに、背信的悪意者排除の法理は、対抗要件を具備した者による権利取得を否定する一方で、対抗要件を具備しない者の権利取得を認める例外的法理であるから、BC間での適用にとどめ、取引が進行した段階(Dが登場した段階)では認めるべきではないと解され、この点からも絶対的構成を支持したい。

85) 東京高判昭和57年8月31日判時1055号47頁。近江・前掲(注7)88頁。

86) ちなみに、C自身がBに対する関係で背信的悪意者に当たる場合は、①Bの所有権取得がCに優先する一方で、②Cは所有権を取得できなかったことを理由に、Aの債務不履行責任を追及することになるので、AB間の所有権移転も、AC間の所有権移転も、ともに有効となる事態は回避される。

（４）小括——「対抗」の根源にある意思主義補完機能としての対抗要件主義の決定性と限界——

以上の考察をまとめると、物権変動における「対抗」の実体法的意味は、《物権をもつ者（Ａ）から当該物権を取得した者（Ｂ）が対抗要件を備えない場合には、Ｂの権利帰属がなお浮動の状態にあることから、第三者（Ｃ）がその善意・悪意にかかわらず、かつ自らは対抗要件を備えていなくとも、物権取得者（Ｂ）の対抗要件の未具備を理由にＢの権利取得（またはＡの権利喪失）を認めない旨の権利抗弁を提出でき、さらに、競合者（Ｂ・Ｃ等）の何れかが対抗要件を備えたときは、元々物権をもっていた者（Ａ）からの権利の承継取得が認められること》にあると総括することができよう。この意味において、対抗の法理は、無権利の法理（権利取得は、真の権利者Ａから、善意者Ｃによる法定取得となる）とも、権利保護資格の法理（権利取得は、取消し・解除の意思表示をしたＡの相手方Ｂを経て、第三者Ｃへの承継取得になるが、Ａへの権利復帰に優位性が認められ、Ｃは自らが善意、その他の権利保護資格要件を備えた場合にのみ保護される）とも異なる物権変動類型としての特徴づけが可能であるといえる。そして、かかる法理の特色を規定するのが、対抗要件具備前における権利帰属の浮動性であり、それゆえの権利帰属をめぐる争う競合者間の法的価値評価の対等性、それゆえの対抗要件に期待される権利帰属決定機能の重要性、それゆえの対抗要件の客観性と画一性の要請が帰結されるということができよう。

もっとも、対抗の法理と無権利の法理および権利保護資格の法理との両境界線は、つねに画然と区別ができるほど明白であるとはいえず、境界線はしばしば動揺していることにも注意を要する。このことは、例えば、同じく未登記通行地役権の取得であっても、（ａ）通常の177条の枠組内のルールで物権帰属が判断される場合のほか、（ｂ）当該通行地役権の要役地所有者への帰属の決定性（終局性）の度合いが、対抗要件具備以前にすでに実質的に相当強い場合は、第三者保護の方法としても実際には無権利の法理に近い権利帰属の決定ルールが採用されていることによく表れている（前述（１）（ii）②②）⁸⁷⁾。

その背景には、日本民法の物権変動ルールの基本構造として、①当事者間の

私的自治領域においてできるだけ簡易で迅速な物権変動を実現しようとする意思主義規範と、②それゆえに必然的に生じる権利帰属の浮動性を解決し、権利帰属を決定づける基準としての対抗要件主義による（少なくともこの場面における）補完機能の決定的重要性との密接不可分な関係が存在する。したがってまた、それゆえに、①における権利帰属の浮動性が他のルールによって解決され、権利帰属の決定性が高まるに応じて、②の対抗要件主義の機能が後退することもありうるとみるべきであろう。

87) また、例えば、AがBに対して建物の建築資金を融資する際に、建物完成後はただちにBのために一番抵当権を設定する合意（将来の抵当権設定の合意）をしたが、建物完成後、BはCから融資を受けるためにCに一番抵当権を設定してしまった場合を考えてみよう。一般的には、AC関係はいわゆる対抗問題として対抗の法理が適用され、登記の先後によって優劣が決定される。しかし、①仮にCが背信的悪意者に当たる場合は第三者から除外されるが、そればかりでなく、②AB間の消費貸借が詐欺に当たるとして取り消された場合は、AC間には権利保護資格の法理（96条3項）が適用され、本来はAの一番抵当権が設定されるはずであるが、権利資格保護要件を備えた善意の第三者を保護すべきと考えられる場合もありうることに注意すべきである。この場合もまた、第三者Cの保護法理として、対抗の法理ないし背信的悪意者排除の法理と権利保護資格の法理との境界線も事案に応じて流動的でありうる。