

民法177条の対抗問題法理の今日的意義について

吉原知志*

目次

1. はじめに
2. 民法177条の対抗問題法理の展開
 - (1) 第三者の主観的態様論の展開
 - (2) 近時の議論での177条の求められ方
3. 177条の射程・再考
 - (1) 「占有・利用と登記」に関する最高裁判例の展開
 - (2) 「相続と登記」に関する立法の推移
 - (3) 登記を要する物権変動各論の位置付け
4. おわりに

1. はじめに

民法177条に関しては、周知のごとく、その規範の構造、射程をめぐって膨大な議論の蓄積がある。同条の沿革、外国法比較、判例研究、独自の視点からの解釈提案など様々な形をとって、著名な業績が綺羅星の如く存在する。その中でも、同条の「第三者」の主観的態様をめぐる判例・通説の背信的悪意者排除法理の確立と、これに挑む松岡久和の判例研究は、177条論争史のハイライトシーンの1つと言えよう。

かくも名シーンの数々に彩られる民法177条の解釈論争は、今日においても多くの民法学者を惹きつける学問的問いの源泉と言える。さらには、松岡が最初に判例研究を著した1982年、再論を著した1995年以降にも重要な

* よしはら・さとし 関西学院大学大学院司法研究科准教授

最高裁判例が続いたことに加え、「相続と登記」法理に一石を投じた民法899条の第1項が登場するなど、判例・立法の進展も見られる。そのため、177条の規範の構造、射程には、近年改めて関心が集まっている。

本稿は、このような状況における今後の民法177条の「論じ方」について、松岡の研究を手掛かりに考えてみたい。正面から177条の解釈を行うのではなく「論じ方」を課題とすることには、次のような筆者の問題意識がある。

民法177条の学問的魅力が枯渇化していないことは、筆者自身が松岡の展開する177条論に魅せられて民法の専攻を志したことからも強調したい点である。膨大な議論の蓄積がありつつも、物権変動の意思主義を定める176条、物権債権峻別編成、物的編成主義の登記制度など特殊日本的な組合せから成る日本型対抗要件制度の性質解明として、今後も新たな解釈論を展開していくことは可能なのだろうと思われる。しかし、そのように新たな解釈を提唱し、さらに学界がそれに適切に評価を与えていくためには、それまでの膨大な議論の蓄積を、論者のみならず広く学界もが一定の水準で共有していかなければならない。他方で、法科大学院教育が定着し、かつ速成の法曹養成までもが強く求められている今日では、法知識を効率的に後進に伝えていく必要性も、それが大学教育として行われる以上、学界の議論空間を構成する無視できない事情であると思われる¹⁾。「判例・通説」なるものを安直に図式化して羅列する態度は学問的営為の対局に位置するとしても、法律家共同体を維持していくためには一定の議論空間の整序と安定化が必要となる。純粹に論理的には立ち現れる解釈課題を、ただ平板に並べて認知を迫るだけでは、法的議論の次世代への継承に必ずしも成功しないのではないかとの危惧感をもつ。177条の法律構成、登記を要する物権変動の範囲、「第三者」の範囲については無数の学説・裁判例が存在するが、講義でその全てを逐一扱ってはいは、かえって177条の全体像を示すことが

1) 法科大学院教育における判例の「選択」にかかる教育方法論の確立の必要性を訴える近時の文献として、松岡久和ほか「法科大学院における民法の判例教育について(1)」本誌419号(2025年)287頁がある。

難しくなると思われる。総じて、これだけ膨大な議論が積み重なってしまった状況下では、今後新規の立論を試みる論者には、177条をめぐる議論の中での自説の位置付け、力点の置き方、共有すべき問題意識について、自覚的な検討と提示を求めたいというのが筆者の感触である。他方において、177条に関する近時の裁判例の動向は、後述のとおり未登記地役権との対抗関係や「時効と登記」など従来の177条の議論では各論的位置付けにあったと思われる類型が注目を集める状況にある。立法もまた、同じく各論に位置付けられる「相続と登記」において進展が見られたところである。177条の総論的議論を、各論的議論への架橋の仕方を念頭に置きつつ振り返って検討することは、今日特に価値のある作業と思われる。

松岡の研究、具体的には、「判例における背信的悪意者排除論の実相」奥田昌道編代『現代私法学の課題と展望 中』（有斐閣、1982年）65頁、「不動産所有権二重譲渡紛争について（一）（二・完）」龍法16巻4号65頁、17巻1号1頁（1984年）〔以下、「紛争①②」〕、「民法一七七条の第三者・再論」前田達明編代『民事法理論の諸問題 下巻』（成文堂、1995年）185頁〔以下、「再論」〕の諸論攷の画期性は、多数の裁判例の分類、傾向の分析から「第三者の主観的態様に関する基本的な価値判断」（紛争①75頁）を典型的に提示した先に、財産法全体に渡る視点から、177条の法律構成を帰納的に論じた点にあったと思われる。本稿では、松岡の研究の意義の再検討を通じて、今後の177条の議論を有益なものとしていくための手がかりを得たいと考えた。さりながら、ほとんど雑駁なつぶやきに留まるような内容しか用意することができず、学恩に報いるには甚だ情けなく忸怩たる思いだが、謹んで本稿を松岡先生に献呈したい。

2. 民法177条の対抗問題法理の展開

まずは、民法177条の基本的な解釈問題を確認しつつ、松岡の研究の意義を筆者なりの見地から検討してみたい。以下、煩雑になるため原文引用の

場合を除き該当頁数は省略することをお断りさせていただきたい。

(1) 第三者の主観的態様論の展開

民法176条により意思表示のみによって所有権移転が生じるとされつつ、第二譲受人の登場しうることを前提として対抗関係を規律する177条が存在することから、「二重譲渡はなぜ可能か」が、制定以来の日本民法学の難問とされてきた。①二重譲渡の法律構成、②177条の適用される(登記を要する)物権変動の範囲、③「第三者」の範囲が、相互に関連する三位一体の論点となる。起草者および最初期の大審院判例が(必ずしも明確でないものの)177条を176条の特則と位置付け、第三者の善意悪意を不問としたのに対し、2つの明治41年大審院連合部判決、すなわち、大連判明治41年12月15日民録14輯1276頁(第三者制限説:「登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者」)、同1301頁(物権変動無制限説)が、②③のちょうど反転した理解をもたらし、以後の解釈論争の基盤となった。③の「第三者」の解釈については昭和30年代から40年代にかけて顕著な発展が見られ、いわゆる背信的悪意者排除説が確立するに至る。そのような判例法理の基盤には第一譲受人と第二譲受人の間の「自由競争」の観念があるとされるが、松岡はこれを批判的に検討し、新たな視点から裁判例の「価値判断の実相」の解明に取り組んだ。松岡は、多数の裁判例の整理・分析から、二重譲渡紛争には、譲渡人と第二譲受人を実質的に同一人物と扱うべき「準当事者類型」と、それ以外の、第二譲受人と第一譲受人が対抗する典型的な二重譲渡状況と目される「不当競争類型」があること、そして、前者では第二譲受人の主観的態様はほとんど結論に影響を及ぼしておらず、後者でも「背信」性・「悪意」の認定がそれぞれ実質的な役割を果たさず、第一譲受人の存在について単に悪意であるか、あるいは不動産取引で通常果たされる注意を尽くせば認識できていたであろうという過失の要因が作用していることを明らかにした。

このような判例法理の実態解明の作業がそれ自体として当時の学界に一

石を投じたことは、当時の賛否様々な反応からも窺えるが²⁾、筆者の目からは、松岡の研究の意義は、そうして明らかにされた「価値判断」を、単に裁判例の傾向の記述として示すのではなく、不法行為法、不当利得法の観点を探り入れた財産法全体の見地から評価を試みた点にある。

松岡は、フランス、ドイツ、アメリカ各州の法においても悪意者排除の傾向が見られ、その際、不法行為の成立する故意・過失者への否定的評価と関連性のあることを指摘する。不法行為法を基礎とする視点は、不動産購入者には取引実務上一般的に求められる注意を尽くす必要があるとする立論に加え（指導教員である前田達明教授の研究との関連性が窺われる）、第二譲受人の悪意・過失の認定に際し、第一譲受人の状態が特定物債権者に留まるか、物権者と言えるか、という被侵害法益の状況が意識される点にも表れる。他方において、そのような特定物債権者と物権者の区別への着目は、当時まだ発展段階にあった不当利得類型論の発想である財貨の移転と帰属の区別に対する基礎的な視点が作用していたことも窺わせる（紛争^②では、随所に川村泰啓論文から示唆を受けた考察が記されている）。そこに既に、その後財産法全体の研究を経て『物権法』（成文堂、2017年）第5章、『担保物権法』（日本評論社、2017年）第9章に結実する財産法上の価値の帰属に関する体系構想が、二重譲渡の研究の中にも萌芽のあったことを見出すことができるだろう。二重譲渡論に新たな風を吹き込んだ松岡の研究の魅力の源泉は、ここにこそあったと筆者は考えている。「第三者の主観的態様に関する価値判断を最も有効に機能させるにはどういう法的構成が妥当かという視点から、従来の学説を検討して一つの試論を展開する」（紛争^① 77頁）という帰納的な検討方法は、分析の結果を規範的に構造化するための財産法の体系構想が背後に控えていたことによって、その効果を遺憾なく発揮したと見られ

2) 例えば、伊藤進「学界回顧」法時54巻12号（1982年）61頁、湯浅道男「書評」法時57巻5号（1985年）130頁、滝沢幸代『物権変動の理論Ⅱ』（有斐閣、2009年）119-122頁、舟橋諄一ほか編『新版 注釈民法（6）物権（1）〔補訂版〕』（有斐閣、2009年）687頁〔吉原節夫〕参照。

るのである。裁判例・学説の分類・整理は、それだけでは傾向の記述に留まり、「価値判断」の解明ではなく、法的性質を明らかにする研究とはなり得ない。抽象論に終始しがちな二重譲渡の法律構成という問題に対して、裁判例・学説を渉猟し、帰納的観点と規範的観点の両面を切り口として取り組んだ斬新さが松岡の研究の意義と魅力であり、そこに、議論の進展した今日においてなお衰えない方法論的な示唆と参照価値が見出されるのだと思われる。

その後、学界では、同様に「自由競争」論を疑う見地から、第二譲渡の可能性自体を検討の俎上に上げる研究が盛んになった。第一譲受人の有する債権の侵害という角度から基礎的評価の見直しを図る見解³⁾、第二譲渡を公序良俗違反とする構成⁴⁾などがそれに当たる。松岡は第一譲受人の地位が特定物債権者に留まる段階と物権者となった段階とを区別する理論的意義を見失うべきでないとしてこれに応ずるが(再論215頁)、抽象的な「自由競争」論を批判的に捉え、第一譲受人と第二譲受人の法的地位の間の調整を精密に行う検討の方向性は学界に広く定着したと思われる。

(2) 近時の議論での177条の求められ方

以上の、二重譲渡状況を念頭に置いた学界における177条の総論的議論の推移に対して、裁判例にはどのような傾向が見られるだろうか。

通行地役権者と所有権譲受人との間の紛争につき、「承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを

3) 磯村保「二重売買と債権侵害(1)～(3・完)」神法35巻2号385頁、36巻1号25頁、2号289頁(1985-1986年)、吉田邦彦『債権侵害論再考』(有斐閣、1991年)578-579頁、584-585頁注(46)。

4) 石田剛「不動産二重売買における公序良俗」前田達明編代『民事法理論の諸問題 下巻』(成文堂、1995年)132、174-178頁。その発展として、同「財貨獲得をめぐる競争過程の規律に関する序論的考察(上)」民研631号(2009年)18-19頁、「(下)」同636号(2010年)33-35頁。

認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、要役地の所有者が承役地について通行地役権その他の何らかの通行権を有していることを容易に推認することができ、また、要役地の所有者に照会するなどして通行権の有無、内容を容易に調査することができる。したがって、右の譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らないで承役地を譲り受けた場合であっても、何らかの通行権の負担のあるものとしてこれを譲り受けたものというべきであって、右の譲受人が地役権者に対して地役権設定登記の欠缺を主張することは、通常は信義に反する」とした最判平成10年2月13日民集52巻1号65頁（以下、平成10年判決）、時効取得者と所有権譲受人との間の対抗問題につき、所有権譲受人が「取得時効の成立要件を充足していることをすべて具体的に認識していなくても」、「多年にわたる占有継続の事実を認識している」場合には背信的悪意者と認められるとした最判平成18年1月17日民集60巻1号27頁（平成18年判決）が、(1)に見た学界での議論以降の重要な最高裁判例である。ここでは試みに、さらにそれ以降の裁判例の傾向を概観してみたい。

平成10年判決以降で民法177条を参照条文として紹介される延べ60件ほどの公表裁判例を見ると、平成10年判決類似の地役権に関する事件と、平成18年判決を含む「時効と登記」の事例が多いことが目につく⁵⁾。判例雑誌掲載の最終審級のみで挙げていくと（著名な最判事件は事案紹介を省略）、前者の地役権事例の系列として、① 東京高判平成10年10月15日判時1661号96頁（合意により設定された通行地役権の対抗）、② 東京高判平成11年7月5日判時1687号88頁（通行地役権者と同一土地の賃借人とは対抗関係にないとされた）、③ 長崎地佐世保支判平成11年9月29日判タ1039号142頁（通行地役権を認めることの影響を具体的に認定し、地役権確認まで認め通行妨害の不法行為請求を棄却）、④ 那覇地判平成12年11月22日判タ1069号158頁（マンション居住者の通

5) 平成18年判決までの「時効と登記」に関わる裁判例の整理・分析は、石田剛「背信的悪意者排除論の一断面（2・完）」立教74号（2007年）126-166頁が、同判決の射程という観点から詳細に行っている。

路利用の対抗)、⑤ 東京地判平成16年4月26日判タ1186号134頁(後掲注(14)参照)、⑥ 東京地判平成24年7月5日判タ1386号223頁(別荘地で観光客にも一般に開放されていた通路利用の対抗)、⑦ 最判平成25年2月26日民集67卷2号297頁(平成25年判決)、⑧ 大分地判令和5年3月17日判タ1515号115頁(送水管埋設・使用のための地役権につき認識可能性を否定)が挙げられる。

後者の「時効と登記」系列として、⑨ 福岡高判平成10年1月27日判時1639号57頁(時効完成後の第三者の背信的悪意者否定)、⑩ 最判平成15年10月31日判時1846号7頁(平成15年判決)、⑪ 福岡高判平成18年9月5日判時2013号79頁(被告の多年にわたる占有を認識はしていたが、原告もまた「土地の分筆の経過と現状の不一致のいわば被害者である」として背信的悪意者否定)、名古屋地判平成19年3月20日判自294号77頁(赤道の譲渡・時効完成後の市の取得。背信的悪意者否定)、⑫ 大分地判平成20年11月28日判タ1298号167頁(時効完成後の善意の取得者からの転得者につき、時効取得者の長年の占有に悪意でも背信性は認められない)、⑬ 東京高判平成21年5月14日判タ1305号161頁(競落地が隣接地借地人により長年占有され、時効援用された)、⑭ 東京地判平成21年9月15日判タ1329号146頁(無番地国有地である畦畔の取得時効完成後に譲与を受けた区の背信的悪意否定)、⑮ 最判平成23年1月21日判時2105号9頁(平成23年判決)、⑯ 最判平成24年3月16日民集66卷5号2321頁(平成24年判決)、⑰ 東京高判平成27年3月25日租税関係行政・民事判決集(徴収関係判決)平成27年1月～平成26年12月順号26-16(自宅敷地としての占有につき背信的悪意)、⑱ 津地判平成27年7月2日判時2285号100頁(県道の敷地内に存在する4坪程度の土地につき背信的悪意)、⑲ 宇都宮地判平成28年9月30日租税関係行政・民事判決集(徴収関係判決)平成28年1月～平成28年12月順号28-28(時効完成後の差押え)、⑳ 大阪高判令和3年5月21日判時2533号13頁(根抵当権を時効完成後に取得)が挙げられる。その多くで、平成10年判決ないし平成18年判決の線での主観的態様が審理されている。

もちろん、全ての裁判例がこの2系列に収斂しているわけではない。都市計画法40条に基づく市の公園用地の取得について、㉑ 東京高判平成16年

8月31日判タ1169号250頁（第二取得者を背信的悪意者と認める）、都市公園法32条の私権制限の前提となる同法2条の2の「公告」に関する、②最判令和元年7月18日判時2431・2432合併号73頁（公園敷地の譲受人への明渡等請求につき、「公告」が不足するとしつつ請求が権利濫用に当たるかを審理させるため破棄差戻し。公園としての利用を平成10年判決の枠組みから評価する余地あり）がある。また、登記名義を規準として行われた滞納処分²²の適法性をめぐる事例が多いことは、背信的悪意者排除説の先鞭を付けた最判昭和31年4月24日民集10巻4号417頁以来の伝統と言えようか。③国税不服審判所裁決平成22年8月6日裁決事例集80集207頁、④東京地決平成23年9月27日租税関係行政・民事判決集（徴収関係判決）平成23年1月～平成23年12月順号23-52、⑤大阪高判平成23年9月16日同23-50、⑥東京高判平成26年7月23日租税関係行政・民事判決集（徴収関係判決）平成26年1月～平成26年12月順号26-25、⑦国税不服審判所裁決平成26年2月19日裁決事例集94集300頁、⑧大阪高判平成29年11月17日訟月64巻7号1124頁が挙げられる。その他、177条を参照条文として紹介されている裁判例としては、背信的悪意者に言及するものとして、⑨東京地判平成10年1月28日判タ984号180頁（根抵当権者に対し建物賃借人が背信的悪意者であるとされた）、⑩東京地判平成11年7月29日金法1589号61頁（結合企業関係にある債権者から債権を譲り受けて仮差押えをした者は、仮差押対象物件の譲受人に対して、背信的悪意者からの転得者として対抗不能とはされない）、⑪東京高判平成21年8月6日判タ1314号211頁（区分所有建物の規約共用部分をあえて低価格で競落）があるが、いずれも典型的な二重譲渡状況からは遠ざかった特殊事例と見られる。さらに、倒産手続開始と対抗要件具備の先後につき、⑫大阪高判平成11年10月4日金法1569号108頁、⑬大阪地判平成20年10月31日判時2039号51頁、建築請負人が敷地に対して取得する商事留置権の抵当権者に対する対抗につき、⑭東京高決平成10年11月27日判時1666号143頁、⑮大阪高決平成23年6月7日金法1931号93頁、借地上の建物の滅失等にかかる対抗力の存続につき、⑯東京地判平成12年4月14日金商1107号51頁、⑰東京高判平成12年5月11日金商

1098号27頁、㉔東京高判平成13年2月8日判タ1058号272頁が、177条を参照している。

以上の事例では、広義の「差押えと登記」として独自の考察を要する⁶⁾ 滞納処分事例、倒産手続事例を除くと、占有者・利用者と登記名義取得者との間の争いの構図であり、登記名義取得者が利害関係をもった時点での主観的態様が争点となっている。建築請負、借地の事例は、占有は問題となるもののそれぞれ留置権、借地借家法の解釈が本題であるとするれば、その中心は結局、地役権系列と「時効と登記」系列となる。公表裁判例のみを対象としたこの概観のみから紛争事例全体の特質を断定することはできないが、特に公表を要すると判断された裁判例がこの2系列に集中するということが⁷⁾、特に議論を要する論点の所在を示唆するように思われる。これに対し、同じく登記を要する物権変動かが争われる「相続と登記」関連事例は思いの外少ない。死因贈与に基づく所有権移転登記後に限定承認をした場合、差押登記をした相続債権者に対抗できないとした^㉕最判平成10年2月13日民集52巻1号38頁、相続させる遺言による承継を登記なくして対抗できるとした^㉖最判平成14年6月10日判時1791号59頁、包括遺贈にも177条が適用されるとした^㉗大阪高判平成18年8月29日判時1963号77頁があるが、争点が重量級の法解釈を要するだけに、少数精鋭の上級審に絞られる印象である⁸⁾。同様に登記を要する物権変動各論で扱われる「取消し・解除と登記」事例は見当たらない。

そこで、このような裁判例の傾向をも踏まえて、登記を要する物権変動の各論と総論をどのように関連付けていったらよいのか考えていきたい。

6) 松岡久和「差押債権者の実体法上の地位(下)」金法1401号(1994年)24-28頁参照。

7) 松岡・再論201頁でも、裁判例に通行地役権事例の多いことが指摘されている。

8) 共同相続した不動産の登記名義をめぐる争い自体は多いので、広い意味で「相続と登記」に関わる紛争自体が少ないわけではない(筆者は、この事案類型の分析を、2025年度日本登記法学会学術大会で「共有関係上の登記請求事件の整理と分析」と題して報告した。近い内にどこかの雑誌で公表予定である)。後出の2018年民法改正まで相続承継の多くが対抗問題から外れるものと考えられてきたため、177条の枠外という扱いなのだと思われる。

3. 177条の射程・再考

(1) 「占有・利用と登記」に関する最高裁判例の展開

上に地役権事例、「時効と登記」事例と銘打って裁判例の分類を行ったのは、言うまでもなく、平成後期の最高裁判例の展開が念頭にある。

⑩ 平成15年判決は、所有権の時効取得者の援用後の再度援用による主張を斥けた。⑮ 平成23年判決は、賃借権の取得時効完成後の抵当権設定につき、「相容れない権利の得喪」の関係でないとして賃借権の対抗を認めなかった。⑯ 平成24年判決は、時効完成後に抵当権設定登記がされた後、再度の時効完成による抵当権の消滅を認めた。⑰ 平成25年判決は、通行地役権の存在する土地上の抵当権設定につき、平成10年判決の主観的態様の基準を抵当権設定時について問うとした。

平成15、23、24年判決は「時効と登記」事例だったことから、これらの最高裁判例の展開は「時効と登記」に関する第4ないし5準則（再度の時効完成による占有者のいわゆる“敗者復活”ルール）の抵当権に対する応用・変則として見られることが多かったと思われる。しかし、「時効」の要素を「占有」の問題として広く捉えて平成25年判決を射程に入れるとすれば⁹⁾、占有者と登記名義取得者の間の調整の問題として、平成10、18年判決の示す主観的態様の判断も含めて、複数の要素の組合せを考えながら観察していくことも考えられるところである¹⁰⁾。判例相互の関係付けにはいくつかのパターンでの整理が可能と思われるが、177条の適用の問題としては、「相容れない権利の得喪」に当たるかどうか第一に問われるだろう。所有権の

9) この3判決を参照類型とする分析として、張洋介「抵当権と民法177条」関学71巻1号（2020年）183頁がある。

10) 再度の時効取得を認める「時効と登記」の第5準則につき、字義通りの再度の時効取得でなく、最初の時効取得者の「権利保護要件」の問題として捉える金子敬明「抵当権と時効」千葉27巻3号（2013年）18頁には、通底する問題意識があるかもしれない。

譲渡や時効取得と相争う場合には、基本的にどの種類の権利(所有権、通行地役権、賃借権、……)・取得権原(有償譲渡、無償譲渡、時効、……)でも「相容れない」ことになる。これに対し、時効援用がされて所有権移転登記がされた後に抵当権設定がされた場合(平成15年判決)、賃借権対抵当権の場合(平成23年判決)には、双方の取得権原・権利の両立可能性が認められている。とりわけ後者の判断には批判もあるが、抵当権設定登記に劣後して設定された賃借権の保護について一定の立法手当がされていることを踏まえると(民法387条参照)、「抵当権と利用権」の間の調整として見る余地もあると思われる。そして、「相容れない権利の得喪」とされた場合においてもさらに、登記名義取得者の主観的態様が問われる。この点、まず背信的悪意者排除説の射程が問題となるが、平成10年判決が背信的悪意者排除説を採用した原審を明確に斥けた点が組上に上がる。現在では、あくまで背信的悪意者排除説の枠内でその認識対象の緩和を図ったのが平成18年判決であり、平成10年判決は背信的悪意者と別枠で「登記の欠缺を主張する正当な利益」を否定する類型を認めたものとする整理が一般的ではないかと思われる¹¹⁾。最高裁は背信的悪意者排除説を廃棄して平成10年判決の線で善意有過失者排除説の立場を鮮明にすべきだった、あるいは通行地役権にはそもそも登記を要求すべきでないなどと近時の判例法理を批判的に捉えるかはここでは留保するとして¹²⁾、第一譲受人に相当する占有者・利用者が主張していたのが通行地役権だったか(平成10年判決)、時効取得だったか(平成18年判決)という類型的事情が、判例が事案の解決として提示する枠組みに影響していたことは否定できないだろう。この点、対立する当事者の主張する権利・取得権原の組合せが解決にどう作用しているかの整理

11) 例えば、石田剛ほか『民法Ⅱ物権〔第4版〕』(有斐閣、2022年)73-74頁〔石田剛〕参照。

12) 判例において、「背信的悪意者排除説が倫理的価値判断に基づく具体的妥当性の実現つまり1条・90条に密着した議論という性格が強くなっていること」を指摘する舟橋ほか編・前掲注(2)685-686頁〔吉原〕の分析および、同687、695頁の議論(通行地役権者との対抗問題を考慮に入れる必要を指摘する)も参照。

と分析がさらに求められる。その上で基礎的な課題として残されるのは、登記名義取得者の主観的態様が論点になるとして、177条には主観的態様に関わる文言はないにもかかわらず、なぜ登記名義取得者が占有者・利用者の存在を認識し、または認識できたときには物権取得を断念しなければならないとされるのかという、いわば登記名義取得者の「注意義務」の根拠と範囲の解明と思われる。この点、学説は債権侵害の議論を念頭に置いた第一譲受人の法的地位を強調していたところである。それが通行地役権である場合、その非排他性、表現性から、新所有者の引受けが強く期待されると説明される。それは、単に新所有者にかかる負担が軽く、認識可能でもあったということだけでなく、地役権が要役地の効用を高める権利であって、可及的にその尊重が求められるということを前提とする判断でもあるように思われる¹³⁾。登記名義取得者が抵当権者の場合には、担保評価の対象として通行地役権付きの土地と評価したか否かということが、抵当権そのものの価値を決める上で決定的に重要である。そこでは、登記名義取得者の権利の性質にやや寄った説明ができるかもしれない¹⁴⁾。そして、時効取得者の「多年にわたる占有継続の事実」が尊重されるのは、継続した占有を本権として扱う時効制度の趣旨から導かれる配慮と思われる。

以上の整理は、一見場当たり的に繰り出される最高裁判例を、事案のわずかな相違を捉えて正当化するだけとの指摘もあり得よう。筆者としても、

13) 例えば、⑧大分地判令和5年3月17日判タ1515号115頁では、所有権譲受人の非表現地役権の認識可能性を否定しているが、地中に埋まった送水管にまで調査・注意を尽くす義務が否定されたという言い方もできるだろう。また、判例の評価をめぐる学説上の議論として、地役権事例を無権利法理として考察する松尾弘『物権変動における第三者保護の法理』（慶應義塾大学出版会、2025年）175頁と、同244-245頁の議論も参照。

14) ⑤東京地判平成16年4月26日判タ1186号134頁は、強制競売の事案で、競売にかけられた土地上の地役権の認識が問われるのは、売却許可決定時とする。これと対比的に考えれば、担保不動産競売については、抵当権成立時点で既に、一定の査定を受けた担保財産を換価して優先弁済を受けるという権利内容が確定することが重視されるものと思われるが、利用をめぐって争いが顕在化する紛争の性質からすれば、抵当権設定から買受人の登場までの一連の流れを考慮して背信性を検討する余地は残されていると思われる（東京高判平成6年9月29日判タ876号180頁の解決をそのようなものとして読む余地があるだろう）。

最高裁判例の枠組みが明快であって高い評価に値すると述べるまでの覚悟も準備もないところである。ただ、このような整理からも、① 関連する制度を考慮に入れた上でなお対抗する両者の法的地位が「相容れない権利の得喪」と言えるか否か、② 主観的態様が問われる前提として、権利・取得権原の性質をどこまで考慮に入れるか、入れるとして権利・取得権原のどのような性質によって他者からの尊重を要するということになるのか、その尊重はどこまで尽くす必要があるのか、ということに意識を向ける必要のあることは窺える。それは、学説の議論に置き直せば、二重譲渡において第一譲受人が得ていた法的地位を財産法全体の観点からどのように評価するかという課題と言える。特定物債権者と物権者の区別のさらに先に、当事者の権利・取得権原の性質をさらに詳細に検討し、公示制度の役割も踏まえつつ、第三者に求められる配慮義務の内容を明らかにしていく必要がある。

(2) 「相続と登記」に関する立法の推移

2018年民法改正で899条の2第1項が登場したことにより、「相続と登記」の議論空間は大きく変貌を遂げた。しかし、この条文が、ことほどさように177条の議論空間に一石を投じることになると考えられて起草されたわけではないようであることが、177条の「論じ方」をまさしく課題と感じさせる背景事情である（以下、この項目ではここまでのように松岡の見解を参考にす手法は採らず、近時の議論の傾向把握に努める）。

899条の2第1項は、「相続させる遺言」による財産承継および指定相続分を登記なく対抗できるとする判例法理に修正を迫るべく立案された。しかし、七戸克彦の丹念な研究によれば、これは元々それらを「遺贈と登記」の枠組みに載せるべく立案されたものが、債権・債務承継の対抗要件ルールを取りまとめる際に「遺産分割と登記」に巻き取られる形での位置付け

にされてしまったため、遺産分割と同様の枠組みに則って規定されている¹⁵⁾。相続による財産承継は、そもそもそれを登記を要しない物権変動と解するか、登記を要する物権変動と解した上で第三者が構造的に現れないものと整理するか、分岐がありうるところ、さらに法定相続分と異なる承継の仕方につき移転主義と宣言主義の分岐があるなど、「法定相続分を超える部分」の対抗関係の捉え方につき既にいくつかの法律構成が提唱されている¹⁶⁾。同項の登場は、相続による財産承継の場面で取引安全に配慮した登記具備を求めるものとして一定の評価を得つつも、起草過程での準備の不足から、その法学的な位置付けが苦慮されている段階と思われる。ここでは、そのいずれの法律構成が適当かの議論に参入することはせず、今日「相続と登記」に言及する論者の間には関心の持ち方のレベルで偏差があると筆者には思われることから、いくつかの論者を取り上げて、この状況の「論じ方」の間の整理を試みたい。無論、実定法学のフィールドで論じる限り、一定の実践的方向性をもちながら法律構成を目指す点で、それぞれの関心の所在が画然と区別されるわけではない。しかし、それでも論者により議論の重心の置き方は異なるように思われる。筆者の目からは、現在の「相続と登記」領域の「論じ方」には3つほどの潮流があると感じられる。

第1は、899条の2第1項の登場を必然的な契機とするものではないが、同項を包摂する形で対抗要件に関する規範の基礎的な解明に挑む議論である。176条と177条の関係を、競合する物権変動間において、対抗要件を具備することで他方に対抗することができるとする規範と、対抗要件を具備しない限り他方に対抗することができないとする規範に整理することを通じて、「相続と登記」状況の説明を試みる諸見解¹⁷⁾、あるいは新否認権説へ

15) 七戸克彦「民法899条の2をめぐって(1)～(3・完)」法研87巻1号190頁、2号496頁、4号1410頁(2020-2021年)。以下、各連載を七戸①～③として示す。ここでは、②F111頁、③F184頁を参照。

16) 窪田充見ほか「特集 相続法改正における権利・義務の承継の規律」法時92巻4号(2020年)56頁、石田剛「相続による権利承継の対抗要件」法教478号(2020年)8-11頁参照。

17) 水津太郎「物権変動の規範構造」吉永一行編『民法理論の進化と革新』(日本評論社、2025年)

の賛意を示した上で、899条の2第1項を177条の特則とする解釈を示す体系書¹⁸⁾の姿勢などを想起している。これらからは、899条の2第1項の登場を一つのトピックとして、二重譲渡の法律構成に関する基礎的な問題意識をも展開していく意図が感じられる。

第2は、相続の場面で財産を承継した者と第三者との間の利益衡量を可能とする規範を考える潮流である。概ね、94条2項類推適用法理に見られる、真の権利者の帰責性がそれに相当する事情と、第三者の信頼および保護に値する事情との衡量の図式となる。その導出の道筋は各論者の既往の議論の推移次第で様々である¹⁹⁾。この潮流は、現行法の解釈という姿勢を基本としつつ、利益衡量を実現できる解釈枠組みを積極的に提示していく点で、立法論にシフトしていくモーメントをも含むものと思われる。例えば、七戸は明確に899条の2第1項批判論を展開していた。

第3は、あるべき相続承継の手続として債権・債務の清算の発想を取り入れ、不動産の権利の承継もそのような清算過程の中に置いて検討するものである。相続状況に応じた取引安全確保の理論構築や立法の必要を訴えてきた水野紀子の議論²⁰⁾、合有論に仮託して相続債権・債務の一括した清

114頁、山本敬三「相続・遺言による不動産物権の承継とその対抗」潮見佳男先生追悼論文集(家族法)刊行委員会編『家族法学の現在と未来』(信山社、2024年)697頁。

規範構造説は、舟橋ほか編・前掲注(2)541-544頁〔原島重義「児玉寛」を嚆矢とし、横山美夏「『対抗スルコトヲ得ス』の意義」鎌田薫ほか編『新不動産登記講座 第2巻 総論Ⅱ』(日本評論社、1997年)13頁、同「競合する契約相互の優先関係(5・完)」法雑49巻4号(2003年)841-844頁、同「物権変動の登記の効力」民法研究第2集第9号〔東アジア編9〕(2020年)31頁が支持を表明している。

18) 吉田克己『物権法Ⅱ』(信山社、2022年)747-753頁〔二重譲渡論〕、842-843〔法定相続分〕、845-847〔指定相続分〕、853-857頁〔特定財産承継遺言〕。

19) 七戸①・前掲注(15)F138-141頁、石田剛「『相続登記の欠録を主張する正当の利益』に関する覚書」加藤新太郎ほか編『21世紀民事法学の挑戦 上巻』(信山社、2018年)505-511頁、同「共同相続における法定相続分の取得と不動産登記」潮見佳男先生追悼論文集(家族法)刊行委員会編・前掲注(17)691頁、田高寛貴「遺言と登記をめぐる相続法改正の課題」法時89巻11号(2017年)44-45頁、佐久間毅『民法の基礎2物権〔第3版〕』(有斐閣、2023年)107頁など。

20) 水野紀子「相続財産の取引安全における『相続と登記』判例と表見理論」樋口範雄ほか

算のあり方を検討する小粥太郎の議論²¹⁾、さらに、相続開始後、清算が終了する「一定の時期」までは「被相続人の代わりとなって遺産を体现する者」のみを第三者の「ターゲット」とするという立論を行いつつ、相続開始を時点とした権利の帰属変更のみの問題として考えることの「退屈さ」を先鋭的に批判する金子敬明の議論²²⁾などを念頭に置く。

第3の潮流との関連では、遺言執行者の選任された場面の判例・立法の推移に関する議論にも注意が向けられるべきである。「遺言執行者がある場合には、相続人は、相続財産の処分その他遺言の執行を妨げるべき行為をすることができない。」と定める改正前以来の民法1013条（改正後1項）の規律から、遺言ないし遺言執行者の有無によって取引の効力が変わり、取引の安全が損なわれるとの懸念がもたれていた。同条2項ただし書き、3項の付加によって取引の安全に一定の配慮がされたが、相続財産の一体性確保への便宜を図る（例えば、相続債権者と相続人の債権者として権利行使可能な時期を違える）発想は採用されなかったこと²³⁾をはじめ、2018年改正自体は必ずしも第3の潮流に親和的であるわけではない。しかし、特定財産承継遺言にも対抗問題が採用されることで、遺言執行者に「対抗要件を備えるために必要な行為」の権限が1014条2項に明定されるなど、遺言執行者の権限を再考する契機はいくつか散りばめられているようにも思われる。同項の由来となった最判平成11年12月16日民集53巻9号1989頁が、遺言執行者に「相続させる遺言」の執行権限も認めていたという判例法理の背景や、最判令和5年5月16日民集77巻4号1007頁が2018年改正前の事件で遺言執行者に指定相続分の対抗要件具備権限を認めなかったことの射程がさらに問われるべきである。この文脈では、遺言を通じた財産承継のメニューと

『信託と信託法の広がり』（トラス60研究叢書、2005年）所収。

21) 小粥太郎「相続不動産の『取引の安全』」民研669号（2013年）83頁、「遺産共有法の解釈論」ジュリ10号（2014年）112頁。

22) 金子敬明「相続財産論」吉田克己ほか編『財の多様化と民法学』（商事法務、2014年）739頁、同「相続による権利・義務の承継と第三者」民商155巻2号（2019）264頁。

23) 堂蘭幹一郎ほか編『概説改正相続法〔第2版〕』（金融財政事情研究会、2021年）154-155頁。

して用意されている特定財産承継遺言・指定相続分・遺贈のそれぞれが、共同相続人間にどのような分配の偏りを生じさせ、適正な相続承継のあり方とどのような関係に立つのかということが検討されるべきである²⁴⁾。遺言執行者という制度の存在を梃子にして、一般的な形で相続承継の適正化を実現できるように制度全体を見直す方向での議論が、さらに活発化していくことが期待される。

3つの「論じ方」とも、「相続と登記」場面における取引安全の考慮の仕方を主題とする点では共通する。この点は月並みな指摘のようで、「論じ方」を問題とする本稿の関心からは無視できないポイントとなる。元々、大審院における登記を要する物権変動の無制限説の登場自体が、当時の「家」制度を前提とした財産承継のあり方に対する取引秩序の論理の介入として描かれてきた²⁵⁾。899条の2第1項の制定は、相続承継の適正化に向けたあくまで一步の前進に当たる出来事と捉えられ、相続承継を適正化する立法論を継続的に展開していくことが目指されるべき議論の方向性と考えられる²⁶⁾。上記の3つの「論じ方」は、もちろん各論点での解釈の対立を含みつつも、このような全体としての議論の方向性の中で、必要な考慮事項²⁷⁾を抽出する言説として位置付けられていくべきものとする。

(3) 登記を要する物権変動各論の位置付け

物権変動の範囲に関する各論的論点は、「取消し・解除と登記」、「時効と登記」、「相続と登記」の3場面に分けて説明されることが通例と見られる²⁸⁾。

24) 改版作業中の潮見佳男ほか編『Law Practice 民法Ⅰ総則・物権〔第5版〕』（商事法務、2022年）の34拙稿「遺言・遺贈と登記」書き直し原稿で、問題集の解説ながら、判例・立法の文脈の把握の仕方について、一定の理解を提示した。

25) 池田恒男「明治41年大審院『第三者』制限連合部判決の意義」東社28巻2号（1976年）176-177、182-183頁。

26) 横山美夏「コメント」法時92巻4号（2020年）85頁参照。

27) 立法過程にもつこの言葉の意味については、篠原永明『秩序形成の基本権論』（成文堂、2021年）第5章、特に183-185頁参照。

28) 例えば、松岡久和『物権法』（成文堂、2017年）第1章第7節Ⅱ～Ⅳ。

もちろん、「公法関係と登記」、「付合と登記」など他にも多くの場面が想定できるが、とりわけ上記の3場面が手厚く取り上げられてきたことには、民法学がそこに社会的な重要性を見出してきた示唆があるのではないかと思われる。

「取消しと登記」、「解除と登記」は、それぞれ大判昭和17年9月30日民集21巻911頁、最判昭和35年11月29日民集14巻13号2869頁以降、判例法理として顕著な展開が見られるわけではない。いわゆる復帰的物権変動を肯定していると目される法律構成をめぐって、その擬制的性格の評価、および登記名義の取戻しが可能な時期の解釈が学説上争われてきたことは周知のところである。その議論は収束することのないままであるが、近時は、復帰的物権変動の擬制的性格を正面から受け止めて、無理に二重譲渡と同視することにはこだわらずに、適切な利益衡量を可能とする法律構成を考案する方向にあるように思われる²⁹⁾。

登記を要する物権変動の範囲を無制限と解する限り、あらゆる物権の得喪・変更が177条の射程に入り、どの物権変動を、どこにアクセントを置いて取り上げるか、取捨選択を迫られる。無制限説は、177条を176条の特則と見る意思表示限定説と鋭く対立するのであるが、177条を最初に教える講義の場面で考えると、177条の基本構造として176条との関係を示した上で、各論項目では、各別に関連する制度の事情を考慮して検討を進めるのが望ましく思われる。そのような「基本構造」として対抗要件にかかる規範の構造（第三者の主観的態様の問題を含む）を示した上で、当該規範の成立する前提となる考慮事項を整理し、177条の枠組みを各論的領域に及ぼしていくための思考手順を示すこととなる³⁰⁾。

29) 松岡久和「物権変動法制のあり方」民法改正研究会『民法改正と世界の民法典』（信人社、2009年）92頁は、立法論として、法律行為以外の物権変動における取引安全規律は（現行法の）94条2項類推適用法理に委ねることを提案している。あるいは、山本敬三監『民法2物権』（有斐閣、2025年）144頁注（10）〔水津太郎〕は、「取消しと登記」について177条の「類推適用」を示唆する。

30) 山本監・前掲注（29）第6章〔水津〕の説明スタイルが参考になる。

そこで、各論に当たる各項目の位置付けについて改めて考えると、まず、「時効と登記」は、占有者と登記名義取得者との間の紛争である点で、第三者の主観的態様を重視する二重譲渡の総論的議論との関わりを意識すべきだろう。今日の議論では、第三者の主観的態様と、第一譲受人に相当する占有者の状況を相関的に捉えることが基本的枠組みとなっていると見られる。そのような観点から「時効と登記」の判例準則を再検討し、取得時効における「多年にわたる占有継続」のどのような法的側面が尊重されているのかが検討されるべきである。これに対し、「相続と登記」については基本的に、(2)に見た第3の「論じ方」に表れる、相続承継の適正化を図る制度論の文脈において対抗要件のあり方が検討されるべきと考える。これは、相続承継と取引安全の調整を図ることは、基本的に判例法理の解明を通じてでなく立法の課題とするのが望ましいという法政策的判断にかかる。したがって、このような法政策的判断の適否自体はなお議論の余地があるが、それでも、一般的な相続の事態の処理としていかなる財産承継のあり方が望ましいかという視点抜きには適切な「論じ方」にはならないように思われる。他方で、相続登記が適時にされなかったために第三者が利害関係をもつに至った場面を94条2項類推適用で拾うべきとする諸見解(前掲注(19))の指摘はもっともと思われる。しかし、そのようにして承継者の帰責性を観念して対処する事案は、固有の意味での「相続と登記」というより、(整理の仕方に留まるが)権利外観法理ないし177条の総論的議論の枠内にあるということができる。これに対し、特定財産承継遺言を遺した遺言者の死亡後直ちに相続債権者が当該特定財産に差押えをかけた場合のように、受益相続人の帰責性を観念しがたい事例の考え方は、法定相続分による法定相続をどれほど原則視するかを含めて、やはり立法論含みの相続承継の適正化に関わる問題と思われる。最後に、「取消し・解除と登記」も、正面から94条2項類推適用と言うかは別にして、取消・解除権者の帰責性を法律構成に反映させるという方向で議論が進んできていると思われる。こちらは立法論を要する喫緊の状況というより、物権変動と公示のあり方そのものを

振り返って検討する試金石的な素材として位置付けられるように思われる³¹⁾。

以上のような整理を経た上で各論的検討を行い、振り返って177条の総論的枠組みとの関係を検討し、同条の射程を考えるという作業自体は、規範の射程を考える上で有益と思われる。

4. おわりに

終始雑駁かつ中途半端な覚書程度の文章に留まってしまったが、本稿が177条の「論じ方」として訴えたかったことは、①近時の裁判例の傾向から、とりわけ地役権事例、「時効と登記」事例を、177条の総論との接合性を念頭に置いて検討していくことが有益と思われること、②899条の2第1項の登場以後の「相続と登記」の「論じ方」は、④同項も包摂しうる対抗問題の法律構成の解明、⑤権利取得者と登記名義取得者の間の利益衡量を行い、それを反映させることのできる法律構成の解明、③相続承継を適正化する手続的枠組みの考案という3つの関心をできる限り切り分けて議論を進めるのが望ましく思われること（④→⑤→③と進むに連れて、現行法の解釈から立法論へと重心が移っていくと思われる）、③①②を踏まえ、理論的というより教育的配慮からの177条の規律の原則と各論の整理を行うことが有益と思われること、にまとめられる。

蛇足的であるが、以上の検討は次のように敷衍しうる。本稿の見地からは、松岡の研究は、財産法の全体的構想を通じて、抽象的・思弁的になりがちな二重譲渡論の議論において利益衡量の分析を前進させたことに意義

31) 176条について、近時、物権行為概念の存在とその意義を認める議論が盛んであり（大場浩之『不動産公示制度論』〔成文堂、2010年〕443頁、同『物権変動の法的構造』〔成文堂、2019年〕21頁、同『物権法』〔成文堂、2023年〕105頁、吉田・前掲注（18）722頁など）、登記効力要件主義の立法提案もされている（松岡・前掲注（29）96-97頁、鄭芙蓉『中国物権変動法制の構造と理論』〔日本評論社、2014年〕197-201頁）。本稿は177条に焦点を当てたため176条の議論には触れられなかったが、復帰的物権変動と176条の関わり方については、さらに検討の価値があるように思われる。

が認められる。上に見た各種の物権変動も、177条のもとで総合的に扱うにしろ、各論的に分化して扱っていくにしろ、従来の判例・裁判例に見られる「価値判断の実相」の解明、それに加え、判例・立法を評価するには家族法も含めた民法典全体の見地から臨むこと(とりわけ「相続と登記」においては、家族法の全体像を捉えた上での財産法との関係付け)が求められる。その際、177条の議論史が、体系的な規範論と、運用状況の類型的観察との間で、視線の往復を繰り返しながら推移してきたことは、折に触れて思い返す価値のあることと思われる。

【付記】 献呈論文としては、本稿のテーマからは、正面から民法177条の「第三者」の主観的態様ないし相続承継の適正化について検討を進めることの方が望ましいとも考えられた。しかし、筆者自身が講義で177条を教える機会が増えるにつれ、同条を「どこまで」「どのように」教えたらよいのか悩ましく思うことが多くなった(これは教育への情熱に基づくものではなく、専ら筆者の怠惰な心性ゆえの教育の効率化に向けた悩みである)。財産法・家族法の全体に渡り深く研究をされてきた松岡先生は、法学教育の実践・方法論においても先駆的かつ(筆者とは対極的な)献身的な貢献をされてきたことを思い起こし、献呈論文の体裁を借りて筆者の問題意識をぶつけさせていただこうと考えた次第である。先生からの応答(お叱り?)をお待ちしたい。