

第一章 民法第一七七条的宗旨^①

第一节 怠于登记的效果

关于日本民法第一七七条^②（本书引用的条文中未加法律名称者，均为日本民法典条文）的涵盖范围，需要从两个方面来研究。一个是什么样的物权变动可以适用该条，即以下所称“物权变动范围的问题”；另一个是对什么样的第三人才有可能适用该条，即以下所称“第三人范围的问题”。对于这两个问题，基本有两种观点：一种是认为应按条文的字面解释为所有的物权变动以及所有的对第三人关系都在该条的涵盖范围之内，一般称之为“关于各自范围问题的无限制说”；与此相反，另一种是认为进入该条涵盖范围的只是受某种形式限定的物权变动和对第三人关系，一般称之为“关于各自范围问题的限制说”。

物权变动范围问题与第三人范围问题，乍看上去似乎是相互独立的，而至少在逻辑上又总使人感到，关于各自范围问题的无

^① 本书所讨论的问题围绕第一七七条展开，为突出这一中心意涵，涉及该条的数字均以“一七七”表示，特此说明。——译者

^② 日本民法第一七七条（不动产物权的对抗要件）：不动产物权的得丧及变更，非依登记法之规定为其登记者，不得以之对抗第三人。——译者

限制说和限制说之间是可以相互交叉组合的。^①

一、明治四十一年两个大审院判决

明治末期，大审院民事连合部于同年同日作出了两个判决。至少从其判决书中抽象的文字上分别可以看出，其中一个^②在第三人范围问题上采纳了限制说的观点，而另一个^③在物权变动范围问题上采用了无限制说的观点。因此，将这两个判决揭示的抽象命题综合起来便不难看出当时大审院所采取的是物权变动范围无限制·第三人范围限制说^④的立场。

当然，任何人都不能否定这两个判决的抽象命题分别对后来

- 具体地说，这里应该能交叉组合出四种类型。即物权变动范围无限制·第三人范围无限制说；物权变动范围无限制·第三人范围限制说；物权变动范围限制·第三人范围无限制说；物权变动范围限制·第三人范围限制说。假设某种具体的物权变动发生，在其受益者向第三人主张该物权的变动这种案子中，要援引上述四种类型中的某一说，无论从物权变动范围问题看，还是第三人范围问题看，只有认定此具体的案件为第一七七条的涵盖范围之内，才需要作为对抗要件的登记。
- ^① 大审院明治四十一年（1909年）12月15日民事连合部判决（民事判决录14·1276）的有关内容如下：第一七七条的“规定，如果是作为一种，即可以使于同一不动产上有正当的权利或利益的第三人通过登记知晓物权的得丧及变更的情况，并以此避免预料不到的损失而存在的话，尽管该条文中没有特别对第三人的概念加以限制的文字，但其条文本身应具有某种程度的限制之旨这一点又岂难于字句之外求得之。所谓对抗乃彼此利害相悖时始有发生之事，有鉴于此，只能认为与不动产之物权的得丧及变更无利害关系者不符合该条之第三人”。
- ^② 大审院明治四十一年（1909年）12月15日民事连合部判决（民事判决录14·1301）的有关内容如下：“第一七七条所规定的是‘关于不动产的物权得丧或变更依登记法之规定，不为其登记者不得以此对抗第三人’，即关于不动产的物权得丧或变更，不论其原因如何，如果不依登记法之规定登记，均不得以此对抗第三人”。
- ^③ 相当于前揭四种类型的第二种。
- ^④

的第一七七条涵盖范围论产生了很大的影响。但是，将这两个判决分别从各自的案情去分析，让人一看就觉得这些判决所下的具体结论是小题大做。

首先，第三人范围限制判决涉及的是原告甲主张从非诉讼当事人手里买到了建筑物，而被告乙对此辩称自己因建造该建筑物而取得了其所有权这样一种“请求对建筑物所有权进行确认”的事件。仅就案情看，完全可以同意泷泽教授^①对此判决的评论，即“本案因不属于‘同一前主的承继人之间之纠纷’，原本与登记的适用无关。这里，只需依据自由心证主义单纯审理甲乙当事人之间的权利根据之优劣就足够了，而关于登记的推论毫无意义”。不过，从学界的情况看，当时关于第三人范围问题的通说是无限制说。如果完全按照这种观点不难推导出这样一种结果，即所有人只要不具备登记，即使对完全无权利人也主张自己的所有权。该判决正是为了否定这种通说的观点而对限制说做了上文中的阐述。然而，尽管如此，该判决对第一七七条在相对人完全是无权利人这种极端案例以外的具体涵盖范围并没有明确作出界定。于是导致了在此后的限制说论者中间对第三人范围的标准解释众说纷纭。

其次，物权变动无限制说判决也存在同上文的指摘相类似的问题。该判决涉及的是因家长隐居而发生继承^②的案件。关于这种案件是否适用于第一七七条的问题，在此判决之前就有争论。当时，有力说的观点是在这种场合不需要登记；但是，同时也有很多人充分地觉察到，这样解释会严重危害交易的安

^① 泷泽隼代：《物权变动的理论》，第 227 页。

^② “隐居继承”不同于近代法中的非因死亡不发生继承的原则，它曾经是日本民事习惯法中的一种制度。其主要形式是由长子从活着的上一辈（一般是父亲）手中一揽子继承家长的身份。——译者

全。因此，该判决的结论是维持了原判，即“因隐居继承取得之不动产亦适用民法第一七七条之规定，即不为其登记者不得以此对抗第三人”。由这一判决所作出的结论宣告了一个基础理论的成立，即因家长隐居的户主继承亦属于继承之一种。继承是依法律规定发生的物权变动，但依法律原因发生的物权变动与依意思表示发生的物权变动同样应解释为适用第一七七条。因此，关于不动产的物权得丧或变更，不论其原因如何都要适用第一七七条。判决的初衷，本是为一个具体问题找出适当的结论，而其结果却出乎意料地创设了一个覆盖面极大的普遍命题。

二、物权变动范围问题与第三人范围问题的关系

如果说，将这两个民事连合部判决所创设的抽象命题可以原封不动地接受下来，那么，对这两个命题之间的实质性关系应该如何理解，却并不一定是一件简单的事。很早以前，我妻教授曾做过这样的评述：在这两个判决出现以前，判例在物权变动范围问题上采用限制说，在第三人范围问题上采用无限制说。但是，以这两个判决为转折点，前一个问题转向范围扩大，后一个问题转向范围缩小。^①从现象本身看，的确如教授所评。然而，在为什么大审院在这两个问题上做了交叉换位的处理？以及这种交换与以往的处理在实际结果上有什么不同等问题上，我妻教授并没有作出足以令人心悦诚服的解释，时值最近才出现了一些内容较深入、又涉及上述判决中各个命题的内在关系、并具启迪性的研究成果。

首先是原岛教授的指摘。其大意是“以往的判例和学说没有

我妻荣：《联合部判决 I》第 113 页。

充分认识到所有物权变动必需登记的原则与只对一定范围内的第三人要求登记的命题是两个极端对立的取向，而只是将两者作为并列适用”。^①如原岛教授所言，将上述两个连合部判例看作基本是机械地将第三人范围限制说和物权变动无限制说并列的形式出现的，倒也不失为直截了当。

与此相反，川井教授对这两个判例的关系是这样理解的。^②他强调这两个判例的“基本思想是统一的”，认为“物权变动无限制说判决是保护‘有正当权利或利益的第三人’；而第三人限制说判决也是以保护‘有正当权利或利益的第三人’为理由，排除无利害关系的第三人。也就是说，物权变动无限制说判决中对第三人的保护，以及第三人限制说判决中通过限制第三人的范围对真正的权利人的保护，都是通过给民法第一七七条投入‘正当’性机制来完成的。因此可以认为，两个判决正是在‘正当’性的投入这一点上具有共同点，也正因为如此，两个事件在签着同一日期的民事连合部判决中得到了解决”。

可以说川井教授的论点的确是有说服力的。只是所谓“正当性”尽管是一种潜在的概念，但却总是理所当然地伴随着法律适用。所以，如果对这里所提到的“正当性”的具体内容不加以明确，只能说对两个判决中存在“正当性”这种指摘没有实质性意义。再具体一点说，本人认为，川井教授说到的关于物权变动范围问题的“正当性”与第三人范围的“正当性”两者的具体内容之间有很大的差异。前者是在某种物权变动中，

① 以上是泷泽教授著《物权变动的理论》（第 54 页）中，对原岛教授著《注释民法（6）》（第 275 页）的内容所做的要点摘要。在这段摘要后面，泷泽教授还对两个取向做了阐述：“所谓两个取向是因重视公示原则将对抗问题无限地扩大和要限定对抗问题而重视意思主义原则。”

② 川井健：《民法判例与时代思潮》，第 60 页。

法律是否能够要求其受益者必须登记，以及在受益者有条件接受登记之要求而不去接受时，对受益者课以不得向他人主张自己的受益这种法律上的惩罚是否妥当这一类的正当性问题；而后者却是对某种不具备登记的物权变动，一定类型的第三人是否可以对抗，即将其排除在受登记保护之外是否妥当这一类的正当性问题。总而言之，只有在对两个判决中出现的正当性的内容进行准确的分析之后，才能使川井教授的论述具有充分的说服力。

对这两个大审院判决的关系，即将物权变动范围问题和第三人范围问题有机地联系在一起所做的研究中，最为深入的是半田教授。^① 半田教授认为：“对需要登记的变动原因之种类及范围进行的一般性讨论是没有意义的。因为登记只有在对第三人的关系中才有意义。如果这个第三人的范围受上述判例确立的标准或各学说确立的标准约束，那么，需要登记的变动原因也只能按各种场合的要求分别自动地缩减”。比如，“以甲对乙，同时对丙所做的不动产二重买卖为例，如果第二受让人丙是‘背信的恶意者’，乙便可以在没有登记的条件与丙对抗”。因为“甲对乙的物权变动，虽然是依据意思表示，在对丙这一特定的第三人的关系中不需要登记”，所以“是否需要登记是取决于同特定的第三人之间的关系，而不是取决于变动原因的一般论”。因此，将物权变动范围问题与第三人范围问题分开讨论是不正确的，它们的关系应该是前者受后者涵盖。半田教授的这段论述，首次道破了第三人范围问题与物权变动范围问题之间具体内容上的有机结合关系，具有很大的启迪

半田正夫：《民法第一七七条的物权变动范围》，参见《法学家别册：民法判例百选 I（第三版）》第 113 页；《民法一七七条中的第三人》，参见《民法判例综合研究（7）》，第 26 页。

性。

然而，如果能允许本人对半田教授的见解冒昧地提一点自己的看法的话，我认为应该这样理解这个问题：的确，“登记只有在对第三人的关系中才有意义”这一点勿庸质疑。但是，受登记与否左右的并不只是第三人的利害，更准确地说，探讨如何确定第一七七条适用范围时，主要的着眼点应该放在物权变动中享受利益的当事人之间的利害关系上。^①也就是说，在典型的不动产二重买卖中，往往是在一方受让人乙尚不具备登记的情况下另一方受让人丙抢先具备了登记。在这种情况下，如果从对抗要件主义的宗旨出发，其法律效果的着重点在于使乙最终不能取得不动产。这种法律效果之所以发生是因为乙本来有条件就自己取得所有权进行登记，而没能及时采取通过登记保护自己权利这种手段，因此他在先下手为强的自由竞争原理下一败涂地。如果上述推断成立，对第一七七条的涵盖范围就应该从以下方面进行探讨。即应该根据在问题中的具体物权变动中成为享受其物权变动利益的当事人，也就是前文的乙是否处于应该、或可能就其物权变动进行登记的状态，来决定该案是否在第一七七条的涵盖范围之内。退一步说，应该将物权变动受益者的利益问题与第三人的利益问题摆在同等重要的位置上进行探讨。

假设有这样一个案子：甲所有的不动产由乙长期占有，在

然而，众所周知，半田教授采取的是“关于第一七七条的公信力说”，参见前掲《民法判例综合研究》，第 107 页。而且，教授试图将该条适用范围的决定因素解释为具体的第三人能否在接受欠缺登记的物权变动之对抗的问题上，摆脱适用第一七七条的结果。如果这样，第一七七条的涵盖范围也许只能取决于该第三人能否享受公信力的保护了（本人将在本章第二节探讨关于第一七七条与公信力的问题）。如果采取这种见解，只能说关于物权变动范围问题的无限制说百分之百不能得到贯彻。

乙完成了取得时效而未完成登记的情况下，丙从甲手里接受了该不动产的让与并完成了登记。在这种情况下，无论采取关于第三人的任何一种见解，如果单把丙独立地看，在甲乙之间的物权变动中，他只要不是“背信的恶意者”，便无疑可以被认定符合第一七七条所定的“第三人”之条件，而且，如果在物权变动范围问题上采取时效取得也在第一七七条涵盖范围内的见解，丙也具备第三人的资格。其结果是，在这个案子里因为有第一七七条的适用，丙便会战胜乙。但是，与此相反，如果采取依取得时效发生的物权变动不在第一七七条的涵盖范围之内这种见解，在这个案子里，丙本身尽管符合第一七七条所定的“第三人”之条件，但因为它与第一七七条的适用无关，便应该是乙胜丙。

另外，有力的学说认为：因为在现行法中，“隐居继承”等生前继承已不复存在，所以在依继承发生的不动产变动中不可能出现与其对抗的“第三人”，因此，这种物权变动不会发生需要登记作为对抗要件的情况。^①关于第三人问题，若是采取后文“三、（三）”中的“或者吃掉或者被吃”说，的确会是与上文完全相同的结果；但是，若是采取“同物权变动的直接受益者的权利本身能够两立的其他权利的权利人也有可能成为第一七七条所定的“第三人”之说，^②又会出现新的问题。比如，甲在将其所有的不动产 A 出租给乙的期间内死亡，其继承人继承了该不动产 A 后，要向乙请求租金，是否需要具备 A 的取得登记这样的问题。^③综上所述，物权变动范围问题尽管基本上

① 如果采取这种见解，只能说关于物权变动范围问题的无限制说百分之百不能得到贯彻。

② 关于此说，在“三、（一）”中介绍。

③ 此问题在本书第二章中详述。

可以脱离第三人范围问题独立界定，但并不等于绝对没有将前者 and 后者综合起来决定第一七七条涵盖范围的情况。因此，应该说，前文中半田教授的“前者受后者涵盖”之说有些言过其实。

三、作为今日之通说的第三人范围限制说

如果从前文“二”的思维方法出发，在确定第一七七条的涵盖范围时，既需要将物权变动范围问题和第三人范围问题分别独立对待，但又需要随时随地注意它们之间的密切关系，将各种物权变动中的各种类型和各种第三人中的各种类型重新组合成新的类型，然后通过对每组新的类型分别斟酌，最后判断它是否应该在第一七七条涵盖范围之内。^① 但是，单从物权变动的主要类型本身看，除依法律行为者以外，还有依继承、取得时效、以及复原性物权变动等。如果要将这些制度分别同“第三人”的各种类型组合起来进行研究，便需要撰写极多数量的单项研究论文。^② 因此，以下姑且只就第三人问题探讨一下被看作是今日之通说的第三人范围限制说所采取的限制方法。

在明治四十一年第三人范围限制判决之后不久，关于第三

① 在“或者吃掉或者被吃”说中，有一种所谓“对抗问题说”（该说的具体内容主要参见前文“二”，注释中原岛著述第 319 页。此说将物权变动范围问题和第三人范围问题都作为第一七七条涵盖范围的问题，主张最终要进行统一把握。此说同本人的见解在这一点上相近，而在下列问题上有所差异：本人试图将两个问题作为相对独立的问题来探讨；而“对抗问题说”却“强调将这两个问题最终进行统一的、一元化的处理”，认为“关于物权变动的原因，只要把握住‘对抗问题’，‘第三人’的意义”以及“物权变动”的意义都会成为“自明之理”。

② 关于这些问题、作为依法律行为的物权变动中最典型的二重买卖问题在本章第二节。所谓复原性物权变动在本书第三章，分别论述

人范围问题，限制说逐渐成为通说。^①但是在限制说论者中，对限制的标准之解释各有以下种种不同。

（一）正当利益说

前文提到的第三人限制判决认为“本条所指第三人是指当事人或一揽子承继人以外的、对不动产物权的得丧及变动主张欠缺登记有正当利益的人”。对判例书中的这段说明毋庸置疑，川井教授也对此说明给予了高度评价。^②但是，正如本人在前文“二”中对川井教授观点所作的评论，即单纯的“正当性”略显内容空洞。

（二）有效交易说

我妻教授认为：“将登记作为谋求各个交易关系的安全的制度来考虑，在要求登记被认为不合适的场合，便不需要登记”；而且教授以此为前提，对限制说的限制标准作出了以下推断：

① 尤其需要考虑的是下列情况。假设甲所有的土地 A 在由乙非法占据的状态下，由甲将 A 卖给了丙。在这种情况下，丙向乙请求腾出 A 地时，丙是否需要具备甲丙之间物权转移登记？如果仅就这一点考虑，按限制说去看，因乙不符合“第三人”之要件，固然答案是否定的；与此相反，按无限限制说去考虑，因乙符合“第三人”之要件，如“四、（二）”所述，其答案应该是肯定的。然而，即便以无限限制说为前提其答案也并非一定是肯定的。因为丙依买卖合同对甲有可请求交付 A 的债权，丙可以根据这个债权，代位行使甲对乙拥有的将 A 腾出的请求权（423 条）。因此，答案是否定的，即不要登记，同时限制说与无限限制说的区别变得毫无意义（参见铃木：《物权法讲义》（第四版），第 127 页以下）。但是，以上述形式可由债权人行使的代位权，只限于构成代位权行使之基础的债权和受代位行使的债权均为特定物债权时，才免于适用“甲为无（责任）资产能力”之要件。与此相反，诸如丙对乙因其非法占据请求损害赔偿等、尤其是同金钱债务牵连在一起发生时，债权人代位权并不能无限制地得到承认，而且依据无限限制说可以解释成否定。因此，仅在这一点上不能否认无限限制说与限制说之间会产生结果上的差异。

② 参见前掲川井：《民法判例与时代思潮》，第 60 页。

“对于处在该不动产有效交易关系中的第三人来说，不具备登记便不得对抗，但是，该第三人在对其他第三人的关系中没有登记也可以对抗”。^① 所以，这里所举的“有效交易关系”^②的具体内容仍未得到明确。

（三）“或者吃掉或者被吃”说

将限制说推向极端化顶峰的是末弘和舟桥说的出现。末弘教授认为：“承认物权变动者，只限于拥有因内容不能同时存在，而在逻辑上理所当然必须被否定的权利所有人。”^③ 舟桥教授认为：“只限于处在相互争夺物的支配的关系中，被认为是因信赖登记而付诸行动者。”^④ 因为他们在阐述自己的学说中使用了“或者吃掉或者被吃”这种最容易让人理解的通俗的语言，所以本书在以下的行文中均使用这种表达。

此说不只在于明确第一七七条的涵盖范围，而且将其涵盖范围限定于物权——乃至准物权——之间的冲突上，说起来也于严格区分物权与债权的支配范围的观点相近似。因为该说与同样被称为限制说的“正当利益说”以及“有效交易说”有所不同，有清晰明快的特点，所以近来逐渐成为有力说。但是，此说的基本原则是，只要与相对人不存在“或者吃掉或者被吃”的关系，该不动产的受益人即便没有登记，也可以向相对人主张该不动产变动的存在。因此，这种原则是否适用于所有案情，尚存疑问。关于这一点将在下文“四”中探讨。

① 我妻荣著，有泉亨修订：《新订物权法》，第 154 页。

② 关于对我妻荣教授等的有效交易说的具体批判，参见舟桥谦一：《物权法》，第 181 页。

③ 末弘严太郎：《物权法（上）》，第 167 页。

④ 舟桥谦一：《物权法》，第 182 页。

四、各种物权变动中怠于登记的效果

(一) 登记在实体法及程序法上的意义

在第三人范围限制说，特别是“或者吃掉或者被吃”说的基础上，似乎存在一种将登记制度在实体法上的意义和具体手续上的意义进行严格区分的思维方法。这种方法认为：“在论及‘应该有登记’或‘需要登记’时需要区别的是实体法上的意义和程序法上的意义。也就是说，某一权利乃至权利变动要取得实体法上的效力，特别是要取得民法第一七七条规定的对抗力是否需要登记。换言之，从第三人保护的角度看是否需要要求登记等均属于实体法上的意义，而从公示制度的理念乃至立法政策方面看，某一权利及权利变动是否应该如实地公示于登记，以及是否应该赋予其得以公示的资格和能力等均属于登记程序法上的意义。……即使在文字上相象，民法第一七七条所云‘物权的得丧及变更’表现的是前者的意义；而不动产登记法一条^①‘关于不动产之权利的设定、保存、移转、变更、处分之限制或消灭’表现的是后者的意义。两者的取向不同。”^②

“或者吃掉或者被吃”正是以这种思维方法为前提，以下列形式展开的。“之所以需要公示方法，是为了保护物权交易的安全。相反，在与物权交易保护无关的场合，自然无要求具备这种公示方法。……关于民法第一七七条的‘第三人’的范围，判例和通说均为限制性解释，而且，对于同条‘物权的得丧及变

^① 日本不动产登记法第 1 条（登记事项）：登记为不动产的表示，或就下列有关不动产权利的设定、保存、转移、变更、处分的限制或消灭而为之。所有权；^②地上权；永佃权；地役权；先取特权；^③质权；^④抵押权；^⑤租赁权；^⑥采石权。——译者

^② 前掲舟桥：《物权法》，第 99 页以下。

更’所做的限制解释之根据也应该寻源于此。即只有在与物权交易的安全保护有关的场合第一七七条才得以适用，同条的‘对抗’才能成为问题。换句话也可以说：第一七七条只有在‘对抗问题’存在的场合才能发挥作用。”^①

诚然，登记制度存在的主要目的是为了物权交易的安全。但是，尽管如此，为什么在第一七七条的适用范围，即上文中论者的所谓“对抗问题”存在的场合之外，不动产登记法一条还要在广泛的事项中去承认登记能力乃至登记资格，而且，国家要为这类事项的登记投入设施及费用呢？这里固然有税金和费用的征收以及国家对不动产的管理等公法上的目的，但是，登记制度存在的主要目的无疑是为了有助于私法关系协调运行。所以，即便只是与上文中论者提出的所谓承认程序上的登记能力有关的事项，在已完成的登记之中——即便不发生狭义的对抗力——某种形式的私法性效果也一定会产生。换言之，我认为对上文论者所论的问题应该这样看，即如果应该进行登记的人有条件登记而未登记，就会使自己处于相对不利的地位。

从这种意义上看，尽管这种人并不是处在所谓“或者吃掉或者被吃”的关系中，也不是有效交易关系中的其他当事人，但在对这种人的关系上也不能排除因该不动产是否具备登记会导致某种法律效果。^②关于这一点以下分别举例说明。此外，关于一些更为重要的情况，一是关于有可能两立的物权之间怠于登记的效果将在本书第二章论述，二是关于复原性物权变动中怠于登记的效果将在本书第三章分别详细论述。

^① 前掲舟桥：《物权法》，第 154 页以下。

^② 关于登记效力中与此相类似的若干类型，在很早以前已有学说以诸如“登记的附随性效力”等形式论及。参见前掲舟桥：《物权法》，第 215 页；前掲原岛：《注释民法（6）》，第 364 页。

（二）非法占据者怠于登记

首先，试想有这样一个问题：甲所有的土地上有一个建筑物，虽然该建筑物的所有人的名义在建筑物登记簿上仍然是乙，但实际上基本可以认为它已被乙转让给了丙，而无论该建筑物归属如何都没有任何利用土地的权利根据。在这种情况下，甲应该对谁提起请求拆除建筑物和腾出土地的诉讼？^①

判例曾经对甲将乙作为被告请求拆除建筑物、腾出土地的诉讼案件作出过驳回请求的判决。其理由是“在依土地所有权的物上请求权诉讼中，应该以占据土地、侵害土地所有权的房屋的实际所有人作为相对人，尽管被转让的地上房屋因未经过所有权转移登记，其所有人的名义在登记簿上仍为出让人，亦不能认为实际占据宅基地、侵害土地所有权的是地上房屋的出让人”。^②

应该说，这里列举的纠纷类型，至少在理论上与在第一七七条适用范围问题中探讨的各种有关事项的类型完全不同。准确地说，它应该是物上请求权的成立要件问题，或者是非法占据这一概念中的对立问题。^③但从相关当事人的利益衡量关系的形态看，它又与第一七七条涵盖范围的问题极其相似，所以还是应该说将该问题用是否适用第一七七条这种形式来处理也并非不妥。然而，如果按“或者吃掉或者被吃”说来看，因为上文列举的甲和乙也明显不是“或者吃掉或者被吃”的关系，这里就不能适用

① 关于这个问题，几代通著《民法研究笔记》中的《表里相反的对抗问题——因建物所有非法占据土地与建物所有登记的关系》一文论述最为详细。从前就有许多学者探讨过这个问题，其最早的好象是我的《物权法讲义》（初版）（昭和三十九年，即 1964 年），我的结论同几代通教授的基本一致。

② 参见最高裁判所昭和三十五年（1950 年）6 月 17 日判决（民事判例集 14·8·1396）。

③ 椿教授将此问题表现为“在‘责任’法的关系中，尽管是不动产问题的确定也与登记无关”。

第一七七条，结论是不需要具备登记。另外，如果按有效交易说处理这个问题，因为作为腾出土地请求之标的的宅基地不能进入有效的交易关系，也会得出同样的结果。总之，这两种观点所得结果都只能会与判例的结论相同。

然而，从公平合理的观点看，上述两种观点的结论实在令人难以接受。如果按判例所云，土地所有人甲将因不能依照登记确定对谁追究非法占据责任，而只能靠自己调查去发现所谓隐藏着的、真正的建筑物所有人。这样，对甲明显不利。为了避免这种不合理的结果，应该解释为：甲可以将建筑物登记上的所有人乙作为被告提起请求拆除建筑物、腾出土地的诉讼。^①当然，这样解释，会让实际上已经不是建筑物所有人的乙负非法占据责任，对乙来说有些不合适。但是，乙将建筑物转让给丙时，尽管他可以就此进行登记，而且这样做是法律所期待的，可他却没有做。因此，也只能是作为一种报应让他尝受一些损失。再说，这样给乙带来的不利，与判例给甲带来的不利相比应该是微不足道的。

上文的例子尽管在理论上本来不属于第一七七条适用范围的问题，然而，首先可以说“从实质性的利益衡量的角度看，将登记的有无及其名义的所在与一定的法律效果联系在一起也并无不妥”，^②其次，“一般认为：对不动产进行法律处分的强制实现（查封、拍卖、登记请求权的广义执行等）首先要确定的是现实中的所有人名义之所在，只有以此为出发点才能谈到强制执行的行使”。与此相对照，应该说“在诸如拆除建筑物等、强制实行对不动产的物理性及对世性处分的场合……无论是法院还是执行

① 需要指出的是，在这里，应该解释为：甲也可以将真正的所有人丙作为被告提起诉讼。应该说，这是将“在不具备登记的物权变动中也可以承认第三人的存在”这一关于物权变动与对抗要件问题的一般理论的类推适用。

② 参见前掲几代通：《民法研究笔记》，第 87 页。

机关，如果不是将该不动产所有人登记上的名义人作为被告或执行对象，而允许认定与登记簿的记载不一致的事实关系，并允许对其采取行动……就不能保证利益人之间的权利平衡”。^①应该说，正是因为乙丙之间转移建筑物所有权的登记未及时完成，才使乙不能逃避对甲的腾出土地的义务。

（三）依侵权行为的损害赔偿责任人怠于登记

与前文“（二）中”论述的因非法占据发生腾出土地请求的情况相并列的是关于工作物所有人责任的问题（第 717 条第 1 款但书^②），即乙所有的建筑物被让与给丙，在没有完成转移登记的情况下，甲因该建筑物在设置或保存上有瑕疵而蒙受损失，在依前文提到的规定建筑物所有人应负赔偿责任时，应该解释为：因为乙丙之间转移建筑物所有权的登记未及时完成，所以乙不能逃避损害赔偿义务。^③

（四）依侵权行为的损害赔偿请求权人怠于登记

下面探讨这样一个问题：甲将其所有的房屋让与给乙，在未完成转移登记时，由于丙的过失此房屋被烧毁。在这种情况下，乙是否可以对丙请求损害赔偿。

这个问题，乍看上去，在物权变动的受益者没有及时登记这一点上类似于物权变动中的对抗问题。但是，它与作为典型的对

① 参见前掲几代通：《民法研究笔记》，第 96 页。

② 日本民法第 717 条（土地工作物的占有人、所有人的责任）：因土地工作物的设置或保存有瑕疵致使他人发生损害时，其工作物的占有人负损害赔偿责任。但占有人已为防止损害的发生尽到了必要的注意义务时，其损害须由所有人赔偿。②前款规定准用于竹木的栽植或支撑有瑕疵的场合。③在前两款之场合，于损害原因上另有责任者时，占有人或所有人可以对其行使追偿权。——译者

③ 参见几代通著，德本伸一修订：《不法行为（侵权行为——译者）法》，第 171 页。

抗问题的二重买卖不同，因为它与交易无关，是与侵权行为有关的，所以应该是属于上文“三”中论述过的问题。总的来说，这个问题的核心是侵权行为的要件论，因此，无论甲乙之间是否具备转移所有权的登记，丙对乙依侵权行为导致损害赔偿责任的成立这一点是不容否定的。

但是，应该让侵权行为人丙清楚向谁支付损害赔偿即可免除自己的责任。特别是，在丙对甲善意支付了损害赔偿之后，即可免除丙的责任这一点上，尽管丙是侵权行为中的加害者，也应充分地给予照顾。关于这一点，无限制说学者曾作为自己学说的根据之一很早就主张过。^①而且限制说学者也照顾到了关于丙的免责问题，他们承认在这个问题上适用对债权准占有人偿还债务之法理（第 478 条^②），据此，该问题基本可以得到妥善的解决。^③但是，要适用此法理解决丙的免责还需要一个原则，这就是：因为在登记上所有人的名义仍然是甲，所以，丙相信只有甲是受害者。这样，如果丙对甲偿还了债务，根据对债权准占有人偿还债务之法理，乙便失去了对丙进行损害赔偿的请求权。因此，无论如何也不能否定乙因为怠于登记会给自己带来不利的结果。

五、第一七七条的涵盖范围

（一）对无限制说的再评价

从以上的探讨中可以发现，在各种类型的物权变动中，其受益者如果怠于登记，便多被解释为不能对各种类型的第三人主张自己应享受的利益。如果对第一七七条所规定的“不得对抗第三

① 鸠山秀夫：《债权法中的信义诚实原则》，第 68 页。

② 日本民法第 487 条（对债权准占有人的清偿）：对债权准占有人的清偿以清偿人系善意者为有效。——译者

③ 参见前掲舟桥：《物权法》，第 195 页，我妻：《新订物权法》，第 171 页。