

## 民法破棄判例を読む 第1回

中京大学法科大学院教授

橋本 恭 宏

### 1 はじめに

#### (1) なぜ破棄判例なのか

末川博士は、かつて、その著『破棄判例民法研究第一巻』において、破棄判例を選んだ理由を以下のように述べられている（末川博『破棄判例民法研究第一巻』序言1頁～2頁（昭和4年＝昭和42年新装版）。すなわち、

「破棄判例が棄却判例よりも一般に判例として重要な意味を有するものと考えたからでもある。何事によらず、與えられてゐるものに反対する場合には、之に賛成する場合よりも、その基礎付けがより明細に為されることを要するのが普通であるが、大審院が第二審の裁判を非なりとする場合においても、之を是なりとする場合に比すれば、そして上告理由をはなれて裁判についていえば、一層綿密な法律上の議論が為されてゐるのが常である。また、第一審及び第二審の裁判は、大體の傾向からいえば、従来判例の見解を尊重してそのままそれを套襲しようとすることが多いのであるから、之を非なりとして斥けることは、直接若しくは間接に従来の判例が採つてゐた見解を破るやうな結果をもたらすことが少なくない。こんな點から考えて、私は先づ破棄判例を選ぶことにしたのである。」と。

私も、末川博士のこの考え方の一部なりとも採り入れ、破棄判例を通して民法理論の一端を研究していこうと考えた次第である（時を同じくして、法律文化社から大河他編『演習精選民法破棄判例』が刊行された。たぶん、私の考えるところと同様の趣旨からこの書物が編纂されたと思われる）。

#### (2) 筆者のスタンス

筆者は、(1)で述べたように、末川博士の考え方に一歩でも近づくように研究するつもりであるが、そのスタンスとして以下の点を掲げ得ておく。

- 1 事実関係を出来る限り詳細に述べる。
- 2 第一審ならびに第二審の認定事実ならびに判決を必要な限り掲載する。
- 3 上告理由を出来るだけ必要に応じつつ掲載する。

4 以上の点を踏まえて、

それぞれの審級毎での判決がどの事実を踏まえて判決したのか。

破棄判決は上告理由のどの点に着目して判決したのか。

または、独自の判断により破棄判決を言い渡したのか、その理論はどのようなものか。

従来判例・学説との接点について。

等について検討する予定である。事案にもよることから、これら総てを検討することができない場合もある。

5 破棄自判は別として、破棄差戻判決の場合は、知り得る限りその後の状況、ならびに差戻審である高裁判決等について記載をし検討する予定である。

6 最後に、この判決の今後を占う意味でその射程距離はどのようなものかを検討する。第1回として、民法におけるもっとも大事な不動産の対抗問題について判決した最(3小)判平成8年10月29日を探り上げる。

**背信的悪意者からの転得者の保護**

最(3小)判平成8年10月29日 民集50巻9号2506頁、金判1026号3頁、判時1609号108頁、判夕947号185頁

**1 事案の概要**

X(松山市)は、昭和30年3月、旧国鉄松山駅前整備事業の一環として、貨物の搬出、搬入用の道路を造るため、Aから本件土地を買い受け、同年度の失業対策事業で盛土をし、昭和42年には、敷地全体をアスファルトで舗装し、現況に近い形態の道路として整備し、遅くとも昭和44年7月までに、X所有の道路として一般市民の通行の用に供し、付近住民からも市道として認識されてきたが、登記は未了のままであった。

他方、B社、C社、D社のオーナーであるEは、Aが登記簿上はAの所有になっているが所在の分からない土地を処分しようとしているのを知り、現地等を調査して本件土地の所在場所を確認した上、これをB社で買うことにし、昭和57年10月25日、本件土地をAから買い受け、B社の名義で登記をした。

その後、本件土地は、C社、D社に所有権移転登記が経由された後、昭和60年8月14日、Y社がこれを買って所有権移転登記を経由し、Y社は、本件土地が道路ではないと主張して、本件土地上にプレハブ建物2棟及びバリケードを設置した。このため、Xは、仮処分命令を得て、右プレハブ建物等を撤去した上、Yに対して、所有権、道路管理権に基づいて工作物の撤去、道路敷地であることの確認、真正名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求める訴訟を提起し、これに対してYもXの右仮処分の執行は土地の所有者であるYに対する不法行為であるとしてXに対して損害賠償を求める訴訟を提起した。

**2 第一審判決(松山地裁平2・2・19判決金判1026号17頁)****2-1 第一審認定事実**

本件土地は、Eが松山市道敷地になっていることを承知の上で、登記簿上の所有名義がAのままになっていることを知って、これを奇貨として、自己の経営するBの名で買い受け、同土地を廃道にして利益を得ようと画策したが功を奏さず、関係のある会社名を利用して所有名義を転々とさせたものであろうと推認され、Yもまた、右の事情を知りながら買受人になったものと推認され得る。しかしながら、前示のとおり、Xの固定資産税課では、昭和四八年から同五六年までは、登記簿上の所有名義人のAに固定資産税を賦課する手続をしていて、道路維持課の責任者も、Eが前示道路境界査定の申請をなした時点では、本件土地を原告が買収した事実を知らず、登記簿上の記載から単純に本件土地のいわゆる底地所有権が私人に属すると判断し、前掲乙第二号証を発行していること、前掲甲第一〇

号証によると、本件土地には被告が所有名義を取得するまでの間に、相互銀行や信用金庫などを債権者として、極度額等総額一億四〇〇〇万円の根抵当権などが設定されており、これら金融機関においては、本件土地が相当の担保価値があるものと判断していたと解し得る余地があることなどの事情も認められるのであり、右に認定の事実関係のみでは、BからYに至るまでの全所有名義人、殊にYが、本件土地がXにより買収されていることをも知って、不正の目的を持ってその所有権を取得したとまでは断じ難く、他にこの点でのX主張事実を認めるに足る証拠はない。よってXの再抗弁2の主張も理由がない。

## 2 - 2 第一審判決

「Yは、本件土地の所有権の取得をもってXに対抗し得るが、その前者であるBは、Xにより松山市道敷地として適法に供用開始された後に本件土地の所有権を取得したものであるから、その所有権は道路法四条所定の私権の行使の制限を受けたものであって、同人の権利の承継人であるYは、同法条により本件土地に対する権利行使の制限を受けるという限度で、Xから本件土地についての道路管理権を対抗」でき、「Xの請求は、Yに対し道路管理権に基づき、本件土地がその主張にかかる松山市道の敷地であることの確認を求める部分及びその地上の通行妨害物件を撤去して同土地を明け渡すよう求める部分は理由がある」。

## 3 原 審 (高松高裁平5年3月25日判決金判1026号12頁)

### 3 - 1 原審認定事実

Yは、昭和三〇年ころ、旧国鉄松山駅前整備事業の一環として、旧国鉄側の要請により貨物の搬出、搬入のための道路を三番町の通りと同じ程度の幅員で造ることになり、当時の所有者であったAから、その敷地として本件土地を買受けることになった。そこで、Xは、昭和三〇年一月二日、本件土地の小作をしていた訴外Eに対し、離作補償金五六万七〇〇〇円、麦作補償金四一五八円を支払い、Aからは同年三月一日代金三四万一二八〇円で道路敷地として買上げることの承諾書を徴し、同年四月三〇日右代金を完済した。そして、XとAは、Xの買受けた本件土地をA所有の前記合併一の土地から分筆するにあたりこれを合併六、四畝六歩とすることにし、当該土地につき道路敷漬地調書が作られた。しかし、分筆登記手続で手違いが生じ、同年五月一三日、合併一の土地から分筆されたのは、合併七の土地であった。このため、登記簿や土地台帳のうえでは、合併七の土地ができたが、合併六の土地は公簿上作られなかったため、合併六として登記される予定の本件土地については、被控訴人名義に登記されないままになってしまった。Xは、本件土地を買受けた後その目的に従って公衆用道路を造成すべく、昭和三〇年度の失業対策事業で盛

土整備し、昭和四四年六月二日から同年七月一〇日までの間に本件土地の北側と南側に側溝を、ほぼ中央部に市章入りマンホールを二箇所設置し、かつ、敷地全体をアスファルト舗装して現況に近い形態の道路に整備し、昭和五四年一月には本件土地内に「市道金属標」を設置することにより本件土地がXの管理に係る道路であることを明確に公示した。曲このようにして本件土地は、遅くとも昭和四四年八月以降被控訴人所有の道路（市道）として一般市民の通行の用に供されてきた（ただし、道路法所定の路線の認定、区域の決定及び供用の開始並びにその公示がされたことを明確に証明する証拠はない）。また、Xは、道路台榭に、本件土地を三六〇番六の土地（出光興産ガソリンスタンド所在地）に北接する幅員一四・四メートルの広路部分の長さ三〇・四メートルと、三六一番一の土地（四国名鉄運輸営業所の敷地）に北接する幅員一・九メートルの狭路部分の長さ一八メートルのうちの広路部分として掲載し、同広路部分は東側で南北に走行する松山市道松山駅前竹原線と交差し（同交差点から東へは右広路部分とほぼ同じ幅員の松山市道三番町線が東に延びている。）、狭路部分は、その西端部分から南西方向に延びる幅員約二・八メートルの松山市道新玉一〇号線に接続する旨記載した。更に、Xは昭和四三年三月、五日、地元総代栗山元孝の道路境界査定申請により本件土地とその南に接する合併八の土地の境界を地元民代表及び国鉄用地係等立会いのうえ査定したが、その査定調書に、本件土地は新玉二八六の一号線で南北幅は一四・八五メートルである旨記載された。四前記合併一の土地は、元は田四反一八歩であったが、大正時代に同二ないし四（合計一反三畝三步）が順次分筆されて鉄道省に譲渡され、昭和三〇年二月には、同五、として一反八畝九歩が分筆されて旧国鉄に売り渡され、その結果合併一の土地は九畝六歩となり、さらに同年五月、同七（四畝六歩）、及び昭和三九年同八（二畝）五畝が順次分筆され、合併一の残地は二畝一五歩となったもので、本件土地の面積に相当する四畝六歩は、登記簿上も合併一の残地に含まれていない。

### 3 - 2 原審判決

「Xは、国又は公共団体が道路敷地として土地所有権を取得する場合は、民法177条の適用はないと主張するが、そのように解される事由はなく、本件においてもXとB間においては民法177条の対抗問題は生ずるものというべきである。」

「B'がBの代理人としてAから本件土地を買うにあたっては、本件土地が既にXに売り渡され、事実上市道となり、長年一般市民の通行の用に供されていたことを知ったが、X名義に所有権移転登記がされていないことを奇貨としてこれを買受け、道路を廃止して自己の利益を計ろうとしたものと認めることができるのであって、このような事情の下に本件土地を買受けたBは、背信的悪意者であると評価されても致し方のないものといえる。したがって、Xは本件土地の所有権取得につきその登記なくしてBに対抗し



得るものというべきである。Bから本件土地の所有権を譲り受けたCないしは、Dは、いずれもB'が実質的経営者である会社であり、... Bが背信的悪意者であって所有権取得をもってXに対し対抗できない以上、C、ないしDを経て買受けたYもまた本件土地の所有権に関しXに対抗し得ないものというべきである。」

「そうであれば、Xは本件土地の所有権に基づき、Yに対しその所有権移転登記の抹消を請求することができるから、これが抹消に代え、真正な登記名義の回復を原因とするXへの所有権移転登記手続を求めるXの請求は理由がある。」

「Xは愛媛県からの指示により、昭和58年1月25日、本件土地及びこれに接続して西方に延びる幅員1.9メートル、長さ18メートルの部分を含わせて市道『新玉25286-1号線』として道路法18条に基づき区域決定及び供用開始の決定並びにこれが公示をしたことが認められ、これが後に『新玉47号線』と改称され現在に至っていることは弁論の全趣旨によって認められるから、XのYに対する本件土地が市道新玉47号線の道路敷地であることの確認を求める請求は理由がある。」

「Yが昭和60年8月28日本件土地上にプレハブ造りの建物2棟及びバリケードを設置したことは、当事者間に争いがなく、Yにこれらの物件を本件土地上に設置する権限がないことは、これまでの説示から明らかであるから、Yに対し右物件の撤去を求めるXの請求は理由がある」。

すなわち、Aから本件土地を取得したB社は背信的悪意者であると認定判断し、そうである以上、C社、D社を経て買い受けたY社も土地所有権取得をもってXに対抗できず、Xの所有権移転登記手続請求が認容されるとした。

#### 4 上告審

##### 4 - 1 上告理由

「本件については、Yに対するBからの譲渡経過については暴利行為、公序良俗違反による背信的悪意を認定しているのではなく、単に本件土地が道路の形態であると認識しておりながら、あえてこれをB'において利益を得るため本件土地を購入したことを、背信的悪意者と認定しているものであり、その前提であるAとBとの取引は有効に成立していると前示のとおり認定しているのである従ってAからBへの物権変動が無効になるわけではなく、Bは無権利者ではない。従って転得者であるYは正当に本件土地の取得をなし、かつ適法に登記を経由しているのである。そこにはYが転得行為について背信的悪意者と認定される証拠も存在せず、且つまたこれについての判断も逸脱している」。

以上の主要点は、仮にB社が背信的悪意者だとしても転得者の善意悪意を判断しないで、所有権取得をもって対抗できないとした原判決には、法令の解釈適用を誤った違法がある

というものである。

#### 4 - 2 上告審判決

##### 一部破棄差戻、一部棄却

「本件土地は、遅くとも昭和44年7月までに、……全体がアスファルトで舗装された道路として整備され、一般市民の通行に供されてきており、近隣の住民からも市道として認識されていたところ、Bの代理人B'は、現地を確認した上、昭和57年当時、道路でなければおよそ6000万円の価格であった本件土地を、万一土地が実在しない場合にも代金の返還は請求しない旨の念書まで差し入れて、500万円で購入したというのであるから、Bは、本件土地が市道敷地として一般市民の通行の用に供されていることを知りながら、Xが本件土地の所有権移転登記を経由していないことを奇貨として、不当な利得を得る目的で本件土地を取得しようとしたものといえることができ、Xの登記の欠缺を主張することができないいわゆる背信的悪意者に当たるものといえるべきである。したがって、Xは、Bに対する関係では、本件土地につき登記がなくても所有権取得を対抗できる関係にあったといえる。」

「ところで、所有者甲から乙が不動産を買い受け、その登記が未了の間に、丙が当該不動産を甲から二重に買い受け、更に丙から転得者丁が買い受けて登記を完了した場合に、たとえ丙が背信的悪意者に当たるとしても、丁は、乙に対する関係で丁自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、当該不動産の所有権取得をもって乙に対抗することができるものと解するのが相当である。けだし、(1) 丙が背信的悪意者であるがゆえに登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないとされる場合であっても、乙は、丙が登記を経由した権利を乙に対抗することができないことの反面として、登記なくして所有権取得を丙に対抗することができるというにとどまり、甲丙間の売買自体の無効を来すものではなく、したがって、丁は無権利者から当該不動産を買い受けたことにはならないのであって、また、(2) 背信的悪意者が正当な利益を有する第三者に当たらないとして民法177条の『第三者』から排除される所以は、第一譲受人の売買等に遅れて不動産を取得し登記を経由した者が登記を経ていない第一譲受人に対してその登記の欠缺を主張することがその取得の経緯等に照らし信義則に反して許されないということにあるのであって、登記を経由した者がこの法理によって『第三者』から排除されるかどうかは、その者と第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄であるからである。」

「これを本件についてみると、Yは背信的悪意者であるBから、実質的にはこれと同視されるC及びDを経て、本件土地を取得したものであるというのであるから、Yは背信的悪意者からの転得者であり、したがって、Bが背信的悪意者であるにせよ、本件においてY自身が背信的悪意者に当たるか否かを改めて判断することなしには、本件土地の所有権

取得をもってXに対抗し得ないものとするとはできないというべきである。以上と異なる原審の判断には、民法177条の解釈適用を誤った違法があり、右違法は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかである。この点をいう論旨は理由があり、原判決中本件土地の所有権移転登記手続請求に関する部分は破棄を免れず、更に審理を尽くさせるために右部分を原審に差し戻すのが相当である。」

「本件土地は市道として適法に供用の開始がされたものということができ、仮にその後Yが本件土地を取得し、Xが登記を欠くためYに所有権取得を対抗できなくなったとしても、Yは道路敷地として道路法所定の制限が加えられたものを取得したにすぎないものというべきであるから（最高裁昭和41年（オ）第211号同44年12月4日第1小法廷判決・民集23巻12号2407頁参照）、Xは、道路管理者としての本件土地の管理権に基づき本件土地が市道の敷地であることの確認を求めるとともに、本件土地上にYが設置したプレハブ建物及びバリケード等の撤去を求めることができるものというべきである。これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。」

### 1 本判決を読む

本判決は、所有者甲から乙が不動産を買い受け、その登記が未了の間に、丙が当該不動産を甲から二重に買い受け、更に丙から転得者丁が買い受けて登記を完了した場合に、たとい丙が背信的悪意者に当たるとしても、丁は、乙に対する関係で丁自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、当該不動産の所有権取得をもって乙に対抗することができる」と判示、背信的悪意者であるB社からの転得者であるY自身が背信的悪意者に当たるか否かを判断せずに、直ちにYはXに対抗できないとした原審判決は、民法177条の解釈適用を誤った違法があるとして、Xの所有権移転登記手続請求部分を破棄し、原審に差し戻したものである。

### 2 本判決の争点

判例によると（最1小判昭44・12・4民集23巻12号2407頁）、道路法所定の手続を経て適法に供用が開始されると、当該土地には道路法所定の制限が加えられ、その後に道路管理者が対抗要件を欠くため右道路敷地の使用権原をもって第三者に対抗し得なくなっても、道路の廃止がされない限り、敷地所有権に加えられた制限は消滅しないとされ、第三者が現われる前に適法に道路として供用が開始されていれば、当該第三者も道路としての制限を受けた土地を取得するにすぎず、所有権を主張して当該土地を占拠することは許されない。しかし、所有権自体の優劣は対抗要件取得の先後によることになるから、背信的悪意



者のような民法177条の「第三者」から排除される者以外の第三者に対しては、道路管理者といえども、対抗要件を具備しない限り、所有権に基づく請求はできない。以上の前提から、市道として供用が開始された土地について、その後に現われた第三者が背信的悪意者か否かが争われた。

### 3 民法177条について

民法177条は、「不動産ニ関スル物権ノ得喪及ビ変更ハ...其登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」と規定しており、この条文の解釈に関しては多くの問題がある。「対抗」の意義について、わが民法は、民法177条の文言をみるかぎり、あらゆる物権変動についていわゆる「対抗要件」を必要としているように見える。不動産の場合、登記が不動産の履歴書であるという不動産登記法の理想からみればそれが望ましい。また、意思表示による物権変動（売買・贈与等）は当然である。

民法は、177条で、不動産に関する物権変動は有効な登記なしには第三者に対抗しえない、すなわち、登記がなければ第三者に対して物権変動が生じたことを主張できない、と定めている。また、物権変動の移転時期との関連で考える。まず、売買や贈与のような債権契約のなされたときに物権変動が生ずるという立場では、Cが不動産を譲り受けた時点ではすでに所有権は、それより先に成立したA B間の債権契約によってBに移転しており、Aは無権利者となっているから、たとえ登記がAにあったとしても、わが国が登記に公信用を認めないとしている以上、Aから移転登記を受けたCは虚偽の登記であり、そのような登記は無効であるということになりそうである。他方、物権変動ことに所有権移転を目的物の登記または代金支払などのような外形的行為がなされたときに生ずるとする立場でも、Bが代金未払いの場合には説明が容易だが、代金が支払い済みの場合には、たとえ登記がなくても所有権はBに移転していると解される。このように、所有権移転の時期に関する立場の違いに関わらず問題があり、この点に関して両者を調和させるような理論構成が、いいかえれば、登記なくしては対抗できないということの意味を説明することが必要となってくる。

### 4 二重譲渡の法的構成

#### 4 - 1 主な考え方

主な考え方としては、以下のようなものがある。

(1) Bへの移転登記がなされていない段階でも物権変動は当事者間および第三者に対する関係でその効力を生ずることは認めるが、不完全である。したがって、譲渡人(A)

も完全な無権利者とはならないから、さらに（Cに）二重譲渡をすることも可能であり、登記を備えたときにはじめて排他性を備えた完全な物権変動があるとする不完全物権変動説（我妻栄『民法講義』94頁以下、最近の判例）。

この考え方に対しては、第三者の側から認めた場合、または未登記不動産について譲受人が完全な物権を取得すること、また第三者が登記を備えたときにその第三者が完全な物権を取得したものとされることなどについて、その説明が難しいのではないかとの批判がある。

（2）民法は裁判規範としての性格があり、177条もまたこうした性質の法規であるとして、登記がなくても物権変動は当事者間および第三者に対する関係で完全に効力を生ずることを認め、ただ一定範囲の第三者の側からの一定の主張がある場合は、この第三者に対する関係で効力がなかったものとされとする第三者主張説。

この考え方は、さらに第三者の主張が何であるかによって2つの説に分かれる。すなわち、

（ア）第三者の主張は、登記欠缺の積極的主張ないし否認権の行使によって行われるものとする（否認権説）考え方（石田文治郎『物権法論』111頁）。

（イ）第三者の主張は必ずしも登記欠缺の積極的な主張であることを要せず、単に当事者間の物権変動と反対ないし両立しえない事実の主張でもって足りる（反対事実主張説）（舟橋惇一『物権法』143頁、近江幸司『民法講義』70頁以下）、

とする考え方、である。

従来判例は（ア）説を採用しているが、第三者が否認権の行使をしない場合、ことにその物権変動が生じたことを知らないときなどが問題となる。

（3）176条と177条とを総合的に解釈し、AがBに土地を売れば、Bが所有権者になるが、AがC二重に土地を売ってCが登記をすれば、177条の規定によってCが所有権者となると、法律がそう定めたとする法定取得説（滝沢聿代・法協94巻7号1053頁）。

（4）その他

（ア）登記がなければ当事者間においても物権変動の効力を生ぜず、単に債権的效果を生ずるにすぎないという、債権的效果説（山中康雄「物権変動論」法政論集1巻3号288頁）。

（イ）登記がなくても当事者間では完全に物権変動の効力を生ずるけれども、第三者に対する関係では効力を生じないとする相対的無効説（末川博『物権法』95頁）。

（ウ）A B間の所有権移転により、Aは無権利者となり、その後CがAから権利を取得することはないが、それにもかかわらずCが権利取得するのは、登記に公信力があり、よって、Aの登記を信頼した者（C）が保護されるという公信力説。ただし、（a）登記の信頼について、善意・無過失の者のみが保護されるとする（篠塚昭次『論争民法学』14頁、同『民法セミナー』100頁）ものと、（b）第

2の買主であるCは、善意・無過失である場合に権利を取得するが、民法177条が適用されることから、第1の買主との関係では、登記の先後による（半田正夫『不動産取引の研究』3頁以下）ものがある。

#### 4 - 2 検討

(ア) 説については、登記を物権変動の成立要件としないで、単に対抗要件とするのが民法の趣旨と合わない。(イ) 説は、物権変動において対内関係と対外関係を分けることになり、このような関係的所有権という観念を取り入れることが民法上可能かどうか問題となる。また、第三者に対する関係で無効とすることに問題があり、また第三者に対して無効なものが第三者の承認によって有効となるのはおかしいといえる。(ハ) 説は、第1売買による所有権移転を認めつつ、なぜ、売主に登記が残っているだけで、第2売買が可能であるのか、さらには、登記を信頼した善意・無過失の者（悪意者は保護する必要がない）は保護されるべきではないかとの疑問に立つ考えである。ただし、登記の公信力を認めていないこと、この説の解決が、結局、民法94条項の類推適用等によること等から、再検討の余地がある。

#### 5 私見

ではどのように考えればよいのだろうか。

対抗要件をそなえない物権の変動は第三者に対抗することができない。これを対抗力がないという。では、対抗力がないということは変動が無効（119条）であるということであろうか。少なくともそうではない。民法177条・178条をみると第三者に対する関係を制限しているが、当事者間の効力を制限しているものではない。当事者間では登記、または引渡がなくとも物権変動の効力は生ずるが（177条）、それが第三者の利益と抵触する範囲で、当事者は第三者に変動の効力を主張することができず、第三者は当事者間の物権変動を無視してこれに反する取引を行なうことができることをいうのである。すなわち、理論的には、両者の関係を平面的にみるのではなく、立体的（三次元的）にみる必要がある。

したがって、不動産売買を例にすれば、売主AがBに所有権を移転する意思表示をすれば、登記がなくとも所有権は、Bに移転し、Aはこの効力を否定することができないことになる。しかし、第三者Cは、AからBへの登記がなされない間は、この移転を無視し、Aをなお所有者として右不動産を買い受けることができる。この結果、AはBに対しては、Bの所有物を無断処分したものと不法行為（民709）による損害賠償、あるいは横領罪（刑252）の責任を問われることになるかもしれないが、Cは、Aから正当に買い受けたことになる。すなわち、AはBにもCにも不動産の所有権を移転したことになる、ここに二

重の譲渡を生ずることになるわけである。ただし、第三者Cは、A・B間の売買の効力を認めることもできる。そして、この場合は、たとえA・B間の売買が未登記でも、Cに対しては対抗力が生ずることになる。したがって、CはBを所有者と認めざるをえなくなり、Aは所有者ではなくなるから、Aから買い受けることは不可能となる。したがって、二重譲渡のいずれもが未登記である場合は、B・Cは互に相手の所有権取得を無視することができ、結局は、いずれか先に登記をした物権の変動が最終的に優先することになると考えればよいのではなからうか。

なお、わが国の民法において二重譲渡は認められるかについて、肯定説は以下の2つの点を根拠とする。すなわち、民法176条が、物権の変動は当事者の意思表示だけでよいという意思主義を採用していること。民法560条が、他人の権利を以て売買の目的とした場合は売主はその権利を取得してこれを買主に移転する義務を負ふと規定し、他人の権利の売買を肯定していることなどである。また、最近では、177条難い公用権主義を採用していることから当然に二重譲渡は認められるというものが有力である。

これに対して、否定説は、一物一権の原則を忠実に考えると、AがBに土地を売って所有権がBに移れば、Aは無権利者になり、そのAがCに売ってもCは権利を取得できない筈であるとの論理から述べる。

しかし、Aが土地をBに売り、さらにAは同じ土地をCに売ったとする。BもCも、登記をしないと、それぞれ所有権者だと(=物権変動があったと)相互に主張することはできない。結果的には、2人の買主BとCのうち、いずれか先に登記した者が所有権者ということになる。しかし、この結論を導き出す論理構成は難しい。なぜCが登記をすると権利者になるのか。

特に2つの点で問題となる。

所有権のないAが、一体Cに土地を売るという契約をすることが可能かどうか。無効ではないのか。560条によると、他人の物の売買として、AとCとの間に債権契約として有効に成立する。しかし、登記をすると、Cは何故忽然と所有権者となるのか、である。

## 6 二重譲渡論と第三者

### 6 - 1 民法177条の第三者の範囲

民法177条は、不動産の物権変動は、不動産登記法の規定により登記しなければ「第三者」に対抗することができないと規定する。民法が意思表示のみで物権変動が生ずるとしたことから、一般に、第三者とは、「当事者」および包括承継人以外の者をいう。さらに、ここにいう第三者から、不動産登記法4条、5条にいう「詐欺又は強迫によりて登記の申請を妨げたる第三者」および「他人のため登記の申請する義務ある者」は、明文から排除



されることは当然である。しかし、民法条文が、第三者についてなんら制限をしていないことから、それ以外の者を全て含むのか（第三者無制限説）、それとも、それ以外の者のうち一定の者に対しては登記なくして対抗できるのか（第三者制限説）が問題となる。さらに、もし、この第三者が制限的に解することが許されるとして、具体的にどのような者がこれにあたるのかが問題となり、本件は、その拡張（延長）版ともいえることから、この点について検討を加えておく。

## 6 - 2 無制限説と制限説

わが国の民法は条文上からはなんらの制限を加えていないことから、当初は無制限説が唱えられた。この考え方の基礎には、民法177条の立法趣旨が、すべての人に観念的な物権を公示し不測の損害を蒙らせないようにさせようとする点にあるとするとする点にあるといえよう。すなわち、不動産登記制度の理想は、不動産に関する一切の法律関係を登記簿により明瞭にするところであり、当事者の問題は、登記が不動産物権変動の効力発生要件になっていないことから、登記と物権の変動を一致させることは難しいが、第三者の関係においては、登記によって画一的な処理を行うべきであるとする点にあるといえよう。

その後、これに対して、登記制度の目的が、取引の安全のためであることから、「本条にいう所謂第三者とは、当事者もしくはその包括承継人に非ずして不動産に関する物権の得喪変更の登記欠缺を主張する正当の利益を有する者を指す」。すなわち、その不動産に取引上正当な利害関係を有するをいうとする（大連合明治41・12・15民録14巻1276頁）。したがって、前記の事例におけるCは第三者ではないことになる。

こうした、第三者の範囲を画する基準の前提には、一方で、所有権絶対の考え方より、物権の直接支配性、そしてそれから生ずる排他性が導き出され、そこには物権の優先的効力があることより、公示制度の必要性が導き出される。これが登記である。

他方、契約自由の原則から、わが国は、物権変動における意思主義（民176）を採用したことから、この両者の調和点として、わが国は、「対抗要件主義」を採用した。こうした背景を前提に以上2つの考え方についてみる。まず、無制限説では、前記のCに対しても、Bは登記がないとCに損害賠償できないことになる。また、例えば、不法占拠した者が偽造書類により、自己への移転登記をした場合、同じく、明渡請求ができないことになり、その結果は、不当であるといえる。さらに、わが国においては、登記登録料が高額であること、登記官には形式的審査権しか認められていないこと、登記が不動産物権変動の効力発生要件になっていないことから、登記と不動産物権変動の不一致の多さという実情の下において、登記によってすくなくとも第三者との関係を画一的に処理しようとすることは、真実の権利者を害するおそれが多く、前記の立法趣旨との関係からも、制限説が妥当といえよう。



具体的に、背信的悪意者に当たる者についての検討は別稿に譲るが、まず、第三者に当たるか否かの客観的要素として学説は以下のようにいう。すなわち、同一不動産に関して、有効な取引関係に立てる第三者に限定されるとするもの、対抗関係が利害が相反するときにおいて初めて発生することを考えると、問題となる物権変動と両立しえない権利関係に立つ者、問題となっている物権変動が有効であるなら否認されざるを得ない権利を有する者との考え方があり、支配的見解がない状況にある。民法177条の立法趣旨が取引保護にあるとするならば、登記なくして対抗できない「第三者」がなんらかの形において取引に入った者に限定されることは理路当然である。しかし、その「取引関係に入った」という状態が、単なる債権関係でよいのか、または、物権の取得という段階までに達していることを要求されるのか、さてまた、物権の取得と同視しうる程度の物的支配関係にたっていればよいのかが問題となる。

### 6 - 3 第三者の主観的要素

以上の一般的基準として第三者に当たるとされた場合で、その者が物権変動の事実を了知しているという意味での悪意の場合には、なお、登記がなければその者に対抗できないのか。

判例・通説は、第三者の善意・悪意を問わないとする見解である。

悪意者排除説の根拠は、民法177条の趣旨を取引の安全を計るものであるととらえつつも、公示内容と異なる物権の変動はないとの信頼した者にその信頼に応じた効果のみを認めるとし、画一的、無条件的な保護をはかるものではないとする。

これに対して、善悪不問説は、民法177条を登記により、広く取引を整理し、権利関係の明確を期すことにより、取引の安全をはかるものとする。

しかし、この善悪不問説は、今日、基本は維持しながらも、第三者に背信性がある悪意の場合は別であるとする「背信的悪意者排除説」が主流となりつつあるといえる。すなわち、「不動産登記法4条、5条のような明文に該当する事由がなくとも、少なくともそれに類する程度の背信的悪意者」、「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ある場合には背信性がある者は」登記の欠缺を主張するについての正当の利益を有しないと理解するものである。具体的にみると以下のようなものである。

- 1 第一の譲渡行為の登記の欠缺を主張することが自己の行為と矛盾し、信義則に反する代理人、仲介人ないし、立会人として関与した者、第一の権利変動を容認したうえでこれを前提として行為をした者。
- 2 第二の譲渡行為について、第二の譲受人に反倫理的な意図動機があり、信義則に反する場合。

第二の譲受人が不当に利得する目的有り、第一の譲受人に害意を抱いていた。

### 3 第二の譲受人が譲渡人に準ずる地位にある。

親子・夫婦などの親族関係や、法人とその代表者と言う密接な関係があり、無償、またはそれに準ずる形での譲渡がなされた。

以上のような議論から、本件のような者が背信的悪意者にあたるとしたことは、こうした議論のあることを踏まえたとしても、当然であろう。

### 6 - 4 背信的悪意者からの善意転得者は保護されるか

以上の検討から見ると、判例・通説によれば、第三者の範囲は「正当利益」の有無によって決せられ、正当利益を有しない者のなした登記は絶対的に無効であり、その者からの転得者も登記に公信力のない結果すべて権利を取得する余地はなくなる。こうした立場からすれば、背信的悪意者のなした登記も、とくに著しく信義則に反していて正当利益なしとされる以上は絶対的に無効となり、それにつづく転得者の地位もくつがえされることになる。すなわち、判例や多数説のように背信的悪意者排除説をとった場合、たとえばA B・A Cの二重譲渡の際、第三者Cが背信的悪意者だと、Bが権利取得者で、Cは無権利者となるしたがってC（無権利者）からの善意取得者Dは、この説では保護されないおそれがある。なぜならば、無権利者Cの処分権原を説明できないおそれがあるはずだからである。

しかし、このような考え方は善意の転得者を保護しないことになり、結局、取引の安全を害することになり疑問である。そこで、背信的悪意者排除について様々な理論構成が主張されている。背信的悪意者排除説と公信力説に分け紹介、検討する。

#### 6 - 4 - 1 背信的悪意者排除説の立場

##### (1) 債権者取消権説

「背信的悪意者から転々譲渡された場合については、判例が、債権者取消権に関する民法424条の受益者・転得者の悪意の問題につき認めている解釈論と、同様の取扱を与え、当事者はそれらの取得者のうち背信的悪意者に対する関係においてだけ、相対的に、登記なくして物権変動を対抗しうるものと解し、これに反し、取得者が、善意または単純悪意であるかぎり、たとえその前主が背信的悪意であったとしても、これに対抗しえないものと解して、これにより、取引の安全を全うしうるものと主張しているのである」と（舟橋淳一・物権185、186頁、明石三郎・判時315号（判評）7頁）。

すなわち、BはDが背信的悪意者の場合のみ登記なくして対抗でき、Dが善意または単純悪意のときには、BはDに敗れるとする。

##### (2) 相対説

「むしろ信義則に反した第二買主の場合は、全くの無権利者の場合と違い、売買当事者間では実体的に有効な法律関係が存在することを重くみて、その者の為した登記は一応有

効であり、ただその結果を第一の買主に向って主張することが制約されるにとどまるとみることができるそして転得者がいなければ第一の買主の登記の欠缺を主張しえない結果、請求があれば登記は抹消されるべきことになるが、転得者がいれば、転得者は公信力なしとの原則の適用を免れ、転得者がともに第一買主に対し信義則に反しているという事情のないかぎり有効に権利を取得することができる」と解すべきである」（川井健「不動産の二重売買における公序良俗と信義則」判タ127号21頁、広中・物権上105頁）と。

この考え方によれば、Cも完全な無権利者ではなく、物権変動も一応有効であるが、Bに対する関係では相対的無効であるそしてDはBとの関係で背信的悪意者でないかぎりBの登記欠缺を主張できるという。

### (3) 債権的請求権説

「物権法上は完全に所有権を有する第二買主からの転得者や、それから転々流通して取得した者が、特に、その人自身において第一買主に対する関係で、信義則違反と評価される事情のないかぎり、所有権や抵当権の物権法上の取得はもちろん、その行使も、第一買主を含むすべての者に対し、完全になしうることになるのは、当然の帰結なわけである」（債権的請求権説。好美清光「不動産の二重処分における信義則違反等の効果」手形研究6巻6号8頁以下、同・民商55巻2号99頁参照）と。

この考え方によれば、Cも対抗要件を具備するかぎり完全な所有権を取得し、その結果反射的にBは無権利者となるが、Bは信義則違反を理由としてCに債権的請求権をもち、DはBとの関係で信義則違反とみなされないかぎり、完全な物権を取得することになる。

### (4) 否認権説

「A・B間、A・C・D間に物権変動ある場合には、Bに登記なきかぎり、背信的悪意者Cは否認しえずとも、DはA・B間の物権変動を否認することができ、これによっていったんBに移転した権利はAに戻り、Cを経由してDに移転し、Dの登記によって、Dが完全なる権利者となるのであるたしかに、背信的悪意者Cは自ら否認権を行使しえず、Cが権利を取得することはない。善意・単純悪意の転得者Dが出現し、Dが否認権を行使しても、権利は右にのべたごとく、Cを経由してDに移転するのであるしかしかかるCの地位を無権利者と固定的に観念し、Dも無権利者となると解する必要はいささかも存しない。」（柚木＝高木・判例物権 補訂版 249頁）と。

この考え方では、Bの登記がない場合には、DはA・B間の物権変動を否認でき、これによりBの権利はAに戻り、Cを経由してDに移転し、登記によってDは完全な権利者となることになる。

### (5) 94条2項類推適用説

「背信的悪意者の理論を右のとおり自由競争社会における実質的利益衡量の原則の適用の一場合で、しかも民法177条内の問題と考えることができるとすれば、背信的悪意者か

らの転得者については、最高裁が民法94条2項の類推適用において外観上の登記名義人から不動産を取得した転得者について論ずるところと同様に解すべきであるすなわち、背信的悪意者は、民法177条の第三者から除かれるが、その背信的悪意者からの転得者が善意であれば、その者は右第三者にあたり、その後この者から譲渡を受けた者は悪意者であってもすべて右第三者としての保護を受けるしかし背信的悪意者からの転得者が悪意者（単なる悪意）であれば、その者も背信的悪意者としての地位を承継し、右第三者にはあたらず、登記の欠缺を主張する正当の利益を有する第三者ではないと解すべきである」と（鈴木重信「民法177条と背信的悪意者」不動産登記の諸問題上507頁）。

この考え方は、いわゆる表見法理を適用し、民法94条2項の類推適用によりDを保護しようとする。94条2項の類推の範囲をどこまでに見るかにより評価は分かれよう。

（なお、以上の各学説につき、半田正夫・叢書民法総合判例研究 106頁、および吉原節夫「177条における背信的悪意者—『第三者』の範囲」民法の争点98頁以下を参照）。

#### 6 - 4 - 2 公信力説の立場

以上に対し、公信力説からは以下のような考え方が主張されている。

（1）「背信的悪意者排除説によれば、背信的悪意者から転得した善意者を保護するためにはかなり技巧的な解釈論をとらなければならないが、登記に一種の公信力を認めるわれわれの立場では、悪意の取得者から善意転得した者も、悪意者の登記を信賴することによって保護されるのは理論上当然のことであり、この場合に別の理論構成を考える必要がない」（半田正夫・叢書民法総合判例研究 118頁）。

（2）「転得者についてはここでも相対的に考え、すなわちその前者の主観的態様のいかに問わず、当該の転得者が善意無重過失か、そうでないかを区別し、第二譲受人についてのべたのと同様の処理を行うべきだと解する」（米倉明・債権譲渡207頁）。

これら公信力説では、この問題はCの登記を信賴したDが、善意・無過失である場合に保護されることとなり、本来の二重譲渡のときの理論がそのまま妥当し論理的一貫性があるという（篠塚・民法セミ 152頁以下）。

## 7 検 討

### 7 - 1 転得者の法的地位

以上の学説をふまえて、問題を検討しておく。

典型的なケースである二重売買の場合を例にとれば、信義則に反した第二の買主は、少なくとも売主との関係では有効に権利を取得しているのであり、全くの無権利者の場合とは異なり、第二の買主のたした登記は実体関係と符合するものとして一応有効であり、た



だ第一の買主に対してその登記欠缺を主張しえない（信義則に反するから）と理解するのが妥当ではなかろうか。したがって、転得者がいない場合は、第一の買主の登記欠缺を主張しえない結果、請求があれば登記は抹消されるべきことになる。他方、転得者がいる場合、転得者は登記に公信力なしとの原則の適用を免れ、転得者がともに第一の買主に対する関係で信則に反しているという事情のない限り、第一の買主は登記なくして転得者に対抗しえないものと解することとなる。そしてその場合には、第一の買主は、売主と第二の買主に対して責任を問うことができるが、権利そのものは回復できないと解することになる。

二重売買の場合に、権利の帰属について誰かに犠牲が生ずる以上、登記をしなかった点に落度のある第一の買主の保護よりも、むしろ取引の安全を優先させるべきと思われる。なぜならば、登記制度ならびに、信義則の適用を考えるからである。

本判決の考え方は、そうしたことから、所有者AからBが不動産を買い受け、その登記が未了の間に、Cが当該不動産をAから二重に買い受け、更にCから転得者Dが買い受けて登記を完了した場合に、たとえCが背信的悪意者に当たるとしても、Dは、Bに対する関係でD自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、当該不動産の所有権取得をもってBに対抗することができるものと解するのが相当であるとしたといえよう。

#### 7 - 2 本判決における一審と原審との結論の相違

本件では、第一審と原審とでは、その法的構成に大きな違いを生じている。

まず、両判決とも、

「国又は公共団体が道路敷地として土地所有権を取得する場合は、民法177条の適用はないとの主張については、「そのように解される事由はなく、...民法177条の対抗問題は生ずる」とする。

また、背信的悪意者であるか否かは、第一審は判断をしていないが、原審では「BがBの代理人としてAから本件土地をかうにあたっては、本件土地が既にXに売り渡され、事実上市道となり、長年一般市民の通行の用に供されていたことを知ったが、X名義に所有権移転登記がされていないことを奇貨としてこれを買受け、道路を廃止して自己の利益を計ろうとしたものと認めることができるのであって、このような事情の下に本件土地を買受けたBは、背信的悪意者であると評価されても致し方のないものといえることができる」として、背信的悪意者性は認定しつつ、Aから本件土地を取得したB社は背信的悪意者であると認定判断し、そうである以上、C社、D社を経て買い受けたY社も土地所有権取得をもってXに対抗できず、Xの所有権移転登記手続請求が認容されるとの絶対的構成を採用している。すなわち、第一審は、上告審と同じく、転得者と第一譲受人との関係を相対的に見ているように見えるが、原審ではこれを絶対的に見た点にその結論の差異が出たよ



うに思われる。また、二重譲渡の可能性については両者は同様の見解を採用しているといえよう。したがって、学説的には、いわゆる「相対説」、すなわち、「むしろ信義則に反した第二買主の場合は、全くの無権利者の場合と違い、売買当事者間では実体的に有効な法律関係が存在することを重くみて、その者の為した登記は一応有効であり、ただその結果を第一の買主に向って主張することが制約されるにとどまるとみ」、転得者は公信力なしとの原則の適用を免れ、転得者がともに第一買主に対し信義則に反しているという事情のないかぎり有効に権利を取得することができる」との考え方を採用したかはともかく近似していよう。この考え方によれば、Cも完全な無権利者ではなく、物権変動も一応有効であるが、Bに対する関係では相対的無効であるそしてDはBとの関係で背信的悪意者でないかぎりBの登記欠缺を主張できることになる。

### 7 - 3 残された問題

では、第二の譲受人が善意の場合、その者からの転得者は、登記なくして第一譲受人に対抗できるか。

これも、最高裁の論理なら、相対的に見ることとなり、登記なくしては対抗できないとの結論になろう。また、登記を備えた第二譲渡がたとえ、公序良俗違反であっても、相対的に考えることになるのであろうか。または、94条2項の類推適用場面となるのであろうか。筆者は、たとえ第二譲渡が公序良俗違反であったとしても、その転得者が背信性をもたない限り、これを保護することは決して不当とは考えないと考える。

### 本件評釈論文

伊藤滋夫・法の支配110号93頁、横山美夏・法教200号140頁、鎌田薫・リマークス1998(上)1013頁、同・民法の基本判例 第2版 45頁、吉原節夫・民研485号16頁、七戸克彦・民商117巻1号104頁、松岡久和・判例セレクト'97・15頁、瀬川信久・百選(1)第5版124頁、石田喜久夫・評論468号(判時1621号)189号、大橋弘・ジュリ1124号98頁、同・法曹51巻3号250頁、大西武士・判タ957号55頁、田中淳子・法時70巻8号104頁、半田吉信・ジュリ1127号127頁、富上智子・平成9年度主要民判解(判タ臨増978)36頁。

(平成16年7月脱稿)