

## 不動産の二重譲渡における第三者の範囲

—— 第一契約者保護の観点から ——

西 村 峯 裕

真 下 照 朗

### 目次

#### はじめに

#### 第1節 問題提起

#### 第2節 学説の状況

##### 1 民法制定当初の悪意者排除説

##### 2 善意悪意不問説

##### 3 背信的悪意者排除説

##### 4 単純悪意者排除説

##### 5 若干の検討

#### 第3節 判例

##### 1 判例

##### 2 若干の検討

#### 第4節 私見

#### おわりに

### はじめに

民法 177 条の第三者から単純悪意者を排除すべきか、それとも含むべきかは、古くから今日に至るまで様々な議論対象となったテーマである。不動産登記法（3、4 条）の規定を根拠に、背信的悪意者が排除されてはきたものの、判例・学説は長らく、177 条の第三者には、単純悪意者を含まないと解してきた。しかし、排除される背信的悪意者の背信性をゆるやかに解すれば、単純悪意者とすべきか、背信的悪意者とすべきか、判断に迷う微妙な事案も散見された。バブル経済の時代には、不動産価格が著しく

高騰し、競争も激化して、市場の公正が疑われる局面もなかったわけではない。そもそも、単純悪意であっても、悪意者は常に背信性を有するのではないか一考の余地がある。他方、単純悪意者を排除しないのが、資本主義の基本的な競争ルールではないかとの考えも、尚、根強く説得力を保持している。

本稿は、この難問に、仮令わずかでも光りを当てることができるか、検討を試みるものである。

## 第1節 問題提起

不動産の所有者甲が乙へ最初に譲渡し、続いて丙に二重譲渡した場合に民法177条によって解決するのであるが、最大の問題点となるのは、第一譲受人が、登記を備えた悪意の第二譲受人に優先できるかどうかである。この民法「177条をめぐっては、民法学の中でも最大級の対立が見られる<sup>(1)</sup>」。また、判例は善意悪意を不問とする立場から背信的悪意者を排除する立場へと移行したが、善意悪意不問説や背信的悪意者排除説のいずれも妥当な結論を導いているとは思えないので、この点を再検討してみたい。

本稿において、準当事者類型（当事者又はその包括承継人そのもの）については、常に第一譲受人が優先しており<sup>(2)</sup>、論ずる必要はないので、不当競争類型<sup>(3)</sup>（不当な図利目的や悪意であっても保護した判例など）に絞って論ずることにする。また、所有権以外の物権についてまで範囲を広げると、個々の物権の特性により内容が複雑化し、混乱の恐れがあるので、本稿では所有権の二重譲渡に限定する。

そして、善意・悪意を問わないとする善意悪意不問説及び判例の背信的悪意者排除説に対して、古くは、「立法者カ同條ヲ設ケタルハ只管第三者ニ不測ノ損害ヲ被ムラサラシメンカ為メニシテ悪意ノ第三者カ不測ノ損害ヲ被ムルカ如キコトハアリ得ヘカラサルコトナルカ故ニ悪意ノ第三者ハ同條ノ保護ヲ受クルモノニ非ス<sup>(4)</sup>」として、悪意者を排除するという単純悪意者排除説も多数唱えられていた<sup>(5)</sup>。円滑な不動産取引を実現する為に、この

問題を解決する必要がある。そこで、まずそれぞれの学説の状況と背信的悪意者排除論を通説化させたとされる判決群を紹介し、どの結論が妥当なのか検討していく。

#### 註

- (1) 川井健・鎌田薫『現代青林講義 物権法・担保物権法』（青林書院、平12年）53頁。
- (2) 反論する先生もおられる。松岡久和ほか「物権変動の最前線——不動産の二重譲渡問題を中心に」『姫路法学20号』（姫路獨協法学会、平8年）149頁以下。
- (3) 松岡先生はこうに分類されており、本稿もこれに従う。
- (4) 岡村玄治「民法百七十七條ニ所謂第三者ノ意義ヲ論シ債權ノ不可侵性排他性ニ及フ」『法学志林第7巻第6号』（大4年）13頁。
- (5) 松岡久和「判例における背信的悪意者排除論の実相」『林良平先生還暦記念論文集 現代私法学の課題と展望 中』（有斐閣、昭57年）65頁以下、松岡久和「民法一七七条の第三者・再論」『奥田昌道先生還暦記念 民事法理論の諸問題 下』（成文堂、平7年）185頁以下、七戸克彦『不動産物権変動における対抗要件主義の構造』（<https://qir.kyushu-u.ac.jp/dspace/handle/2324/6297>）、石田剛「背信的悪意者排除論の一断面——取得時効に関する最判平成一八年一月一七日を契機として——」『立教法学74』（立教大学、平19年）119頁以下、石本雅男「二重売買における対抗の問題——忘れられた根本の理論——」『民商法雑誌78巻臨時増刊号1』（有斐閣、昭53年）156頁以下、磯村保「二重売買と債権侵害（一）——「自由競争」論の神話——」『神戸法学雑誌35巻第2号』（神戸大学、昭60年）385頁以下、吉田邦彦『債権侵害論再考』（有斐閣、平3年）570頁以下など。

## 第2節 学説の状況

### 1 民法制定当初の悪意者排除説

旧民法の350条は、民法177条に相当し、「名義上ノ所有者ト此物権ニ付キ約束シタル者又ハ其所有者ヨリ此物権ト相容レサル權利ヲ取得シタル者ニ対抗スルコトヲ得ス」とある。民法177条は、「第三者に対抗することができない」と制限していないが、旧民法は、制限していた点に注目す

べきである。

## 2 善意悪意不問説

まず、民法の起草者が、善意悪意を問わずに登記させることによって、登記の促進を図ろうとした意図を読み取ることができる。<sup>(6)</sup>「その理由は、善意・悪意の区別は困難であり、また、第三者が善意か悪意かで権利の発生・移転を認めたり認めなかったりすることは法律関係を錯雑にし、実際上不便が少なくなく公示制度の効を奏さないことになるという点にある。」<sup>(7)</sup>

鳩山秀夫は、「民法第百七十七條を解して取引安全の保護を唯一の目的と做し、之に因りて其適用範圍を縮小すべしと論ずるは、或は其最も顯著なる結果に眩惑せられて他を顧みるの餘裕なきにあらざるか。」と述べ、<sup>(8)</sup>末弘厳太郎は、この鳩山説を支持した。<sup>(9)</sup>後に、債権譲渡において、立場を悪意者排除説に変更する。<sup>(10)</sup>

また、我妻栄は、「私は未制限説を正當なりと考へる。蓋し、既に詳述せる如く、物權變動の効力を對外權に於て劃一的に取扱ふことが我民法の採れる公示の原則の下に於て達し得べき理想點である。然るに第三者を制限することは對外權係に於ける物權關係を更に分裂せしむること、なつて益々公示の原則に遠ざかる結果となるからである。」と述べた。<sup>(11)</sup>

有泉亨は、民法 177 条は登記を信賴した第三者を救うという一面的で個々的な問題ではなく、広く取引を整理して權利關係の安全と敏活とを図るものだと考えており、それは一つの planning であるとしており、また、取引保護の立場から画一的な取引が要求され、悪意者が保護されることになつても、それは necessary evil にすぎないとしている。<sup>(12)</sup>

## 3 背信的悪意者排除説<sup>(13)</sup>

この学説は、前説の善意悪意不問説の修正説として出発し、客觀的要件を満たしていても信義則に反する者は第三者から外れることとする。<sup>(14)</sup>

まず、牧野英一は、「登記を完了した者は、その悪意である場合においても法律の保護を受くべきであろう。」「しかし、少なくとも、第二取得者

が第一取得者を害するの目的をもつて事を進めた場合においては、そこに権利の乱用に關する原則が考慮されてしかるべきではあるまいか。<sup>(15)</sup>」と述べた。

牧野の指摘により、多少、説を変更した舟橋諄一は、後の論文において、自由競争の原理も存在するので、社会生活上正当な自由競争と認められる範囲を超えない限りにおいて保護されるべきであるとした。<sup>(16)</sup>

川井健は、背信的悪意者の法理と民法 94 条 2 項の類推適用問題を、ともに対抗要件の問題として位置づけ、対抗要件という次元において「正当性」を考慮することにより、従来の制限説の不備の是正という同一の到達点をめざしていると述べた。<sup>(17)</sup>

滝沢幸代は、背信的悪意者排除説の背信性の不明確さについて、「境界の設定は可能であり、単に第一譲渡の事実を知って、相当な、あるいはよりよい代価を提供して買受けるケースは、背信的悪意者から除外してよい。」<sup>(18)</sup>と述べた。

鈴木祿彌は、「明治末期からすでに判例によって採用されているいわゆる「第三者制限説」——を前提として、取引社会の倫理に反する第三者つまり背信的悪意者は、正当な取引関係に立たない。」<sup>(19)</sup>と述べる。

吉原節夫は、「判例法上すでに定着している「背信的悪意者」の概念は、今日では当初よりも拡張して使用され、妥当な価値判断を下すのに有効に機能している。」<sup>(20)</sup>と述べる。当時の判時補である北川弘治は、背信的悪意者の要件該当性について、4つの基準を設け、その「基準に合致する点が多ければ多いほど、背信的悪意者と判定される可能性が強いということが<sup>(21)</sup>できる」<sup>(22)</sup>とした。

#### 4 単純悪意者排除説

単純悪意者排除説の多数は、次のように登記制度を述べてきた。「公示は権利関係を第三者に知らせるための制度であるということから、その論理の帰結として権利関係を知っている者に対して公示は不要である。」<sup>(23)</sup>とする。

それぞれの説の違いは、岡村玄治は、悪意の第三者は、不測の損害を被ることは有り得ないから、悪意の第三者は登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有しないと論じている。<sup>(24)</sup>

次に、舟橋諄一の単純悪意者排除説は、「『登記の欠缺を主張するに付き正当の利益』を有せざる者にまで登記による保護を興ふる必要がない」と述べ、第三者の範囲については、登記を取引安全のための制度として、現実に登記を信頼しない悪意の第三者は保護されるべきではないとする。<sup>(25)</sup>

松岡久和は、訴訟の結果に影響を及ぼした事実を全て抽出し、一覧表を作成して比較した上、「判例は二重譲渡紛争の類型に応じて二つに大別されるが、そのいずれにおいても背信的悪意者概念は判断基準として機能していない。」「不当競争類型においては、少なくとも悪意者排除の結論がとられており、背信性の有無の判断以前の段階で勝敗が決まってしまう<sup>(26)</sup>。」とする。

石田喜久夫は、「極言するならば、現実に現れる悪意の第三者は、ことごとく背信的悪意者であるよりほかない。<sup>(27)</sup>」とする。

石田剛は、契約がある程度、履行されているのを知っているにも関わらず、売主の契約違反を誘導したのかどうかを分岐点として、悪意者を保護する<sup>(28)</sup>かしないかの判断基準とした。

また、鎌田薫は、今日では登記慣行化されているから、登記を信頼した者は保護される原則が確立されれば、それを超えて第一買主の犠牲において悪意者まで保護するという必要は考えられないとした。<sup>(29)</sup>

鷹巣信孝は、単純悪意者は民法 177 条の第三者に該当しないとする方が合理的であるとして、第一買主が代金を支払った状態や引き渡しがされた状態において、このことを知って第二の契約を結んで先に登記を経由することは自由競争の原理を逸脱しているとした。<sup>(30)</sup>

石本雅男は、民法 177 条の立法趣旨は、「悪意者を保護する趣旨であるかのようにみられるが、その立法の趣旨（精神）において専ら善意者を保護する趣旨であると解釈するのが妥当である。<sup>(31)</sup>」として悪意者排除説を採用する。

道垣内弘人は、「登記懈怠している者に過料を科すというのならともかく、悪意の第二譲受人に確定的な所有権を得させるというかたちで、登記を懈怠していた第一譲受人に制裁を課するというのは立法政策としてもおかしい<sup>(32)</sup>」とした。

その後、債権侵害からアプローチする立場も登場する<sup>(33)</sup>。吉田邦彦は、「筆者としては、諸外国の不法行為法による現状回復的効果に対応するものとして、第一契約につき悪意の第二買主は民法一七七条の『第三者』に当たらないとする解釈ができるのではないか」、「それができないとしても、少なくとも日本行為法上の保護（すなわち、金銭賠償）は与えられるべきではなかろうか。」と述べた<sup>(34)</sup>。

債権者取消権制度を信義則の運用として類推するという解釈論を提示した好美説<sup>(35)</sup>（旧説）や、好美旧説を支持するとして磯村保は、二重売買の事例において、第二買主が第一買主に優先する場合に、第一買主の債権が履行不能となった場合に、売主に対して代償請求権を行使することができる<sup>(36)</sup>とした。その後、好美は、旧説を修正する<sup>(37)</sup>。

その他、一般条項による解決をおこなうものとして、権利濫用の法理を適用する論文もある<sup>(38)</sup>。

最後に、公信力説を紹介する。公信力説は、登記には公信力が認められていないが、登記に公信力を認めて解決するものである。

篠塚昭次は、第一買主が不動産の所有権を完全に取得し、売主は無権利者となるが、第二買主が善意無過失かつ登記を得た場合は、第一買主が所有権を失うこととする<sup>(39)</sup>。

半田正夫は、第一買主に譲渡しても、売主は所有権を失わず、善意無過失<sup>(40)</sup>の第二買主は所有権を原始取得し、登記によって優劣を決めると述べた。

#### 4 若干の検討

背信的悪意者排除説について言えることは、善意悪意の基準は容易であるが、悪意者と背信的悪意者の基準が不明確ということである。やはり、法律である以上、明確な線引きをすることが必要だと考えられる。北川説

は、背信的悪意者であると判断する為の4つの基準を設けてはいるが、基準の明確さという点からすると、これも必ずしも明瞭であるとは言えない。単純悪意者排除説が最も分かりやすい。中でも、松岡説や、半田説の善意悪意不問説・背信的悪意者排除説への批判は的を得ている。但し、公信力説については、不動産登記に公信力が認められていないので、魅力的な説ではあるが、躊躇を覚える。石田剛説は、例外的に手付が授受されていない場合にも、履行の着手が分岐点となるのか不明であるが、ほぼこの説を至当としよう。

次の章では、背信的悪意者排除説を通説化させたとされる判例別けても重要な判例に焦点を当てて紹介し、背信的悪意者排除説について考察を行うこととする。

## 註

- (6) 梅謙次郎『民法要義卷之二物権編』（有斐閣、昭59年）〔明治44年版復刻版〕7頁以下。
- (7) 辻伸行「民法177条と悪意の第三者——単純悪意者排除説に対する疑問——」『上智大学法学部創設50周年記念 変容する社会の法と理論』（上智大学法学会、平20）485頁、486頁。
- (8) 鳩山秀夫『債権法における信義誠実の原則』（有斐閣、昭30年）52頁。
- (9) 末弘厳太郎『債権総論』（有斐閣、大7年、再版）1016頁以下。
- (10) 177条については不明、末弘厳太郎『債権総論』『現代法学全集第12巻』（日本評論社、昭5年、再版）20頁。
- (11) 我妻栄『物権法』末弘厳太郎編集代表『現代法学全集第21巻』（日本評論社、昭6年、再版）44頁。
- (12) 有泉亨「民法第一七七条と悪意の第三者」『法学協会雑誌56巻8号』（法学協会出版、昭13年）1577頁以下。
- (13) 現在の判例・通説である。
- (14) 平野裕之『物権法第二版論点講義シリーズ5』（弘文堂、平13年、第2版）97頁。
- (15) 牧野英一『民法の基本問題』（有斐閣、昭11年）226頁。
- (16) 舟橋淳一『物権法 法律学全集18』（有斐閣、昭63年）176頁以下。
- (17) 川井健「不動産物権変動における公示と公信——背信的悪意者論、民法九四条二項類推適用論の位置づけ——」『私法学の新たな展開』（有斐閣、



- 昭50年) 299頁。
- (18) 滝沢聿代『物権変動の理論』(有斐閣、昭62年) 258頁。
- (19) 鈴木祿彌「不動産二重譲渡の法的構成——とくにいわゆる「公信力説」について」幾代通先生献呈論集『財産法学の新発展』(有斐閣、平5年) 183頁。
- (20) 吉原節夫「一七七条における背信的悪意者——「第三者」の範囲」『ジュリスト増刊 民法の争点Ⅰ』(有斐閣、昭60年) 117頁。
- (21) 以上、判時123号114頁参照。
- (22) 4つの基準は、①譲渡人と第二譲受人との間に親子、夫婦等の密接な関係があるか、又は、法人の場合には、代表者あるいは実質的な支配者が共通するという関係があり、第二譲受人が第一譲渡の有効な存在を熟知していること。②第二譲渡が無償であるか、又は、それに近いほどアンバランスな対価によるものであること。③第一譲受人の未登記の原因が、その責めに帰すべき事由によるものではないこと。④目的不動産を第一譲受人が、占有して利用していること。
- (23) 辻信行・前掲註(7) 488頁。
- (24) 岡村玄治・前掲註(4) 13頁。
- (25) 舟橋諄一「登記の欠缺を主張し得べき「第三者」について」『加藤先生還暦祝賀論文集』(有斐閣、昭7) 14頁、44頁以下。
- (26) 松岡久和「判例における背信的悪意者排除論の実相」『林良平先生還暦記念論文集 現代私法学の課題と展望 中』(有斐閣、昭57年) 124頁。
- (27) 石田喜久夫『物権変動論』(有斐閣、昭55) 183頁。
- (28) 石田剛「不動産二重売買における公序良俗」『奥田昌道先生還暦記念 民事法理論の諸問題 下巻』(成文堂、平7) 177頁。
- (29) 鎌田薫『民法ノート物権法①』(日本評論社、平19年、第3版) 3頁以下。
- (30) 鷹巢信孝「物権変動論の法理的検討——財産法における権利の構造——」『佐賀大学経済論集』(佐賀大学経済学会、平2年) 51頁以下。
- (31) 石本雅男・前掲註(5) 164頁。
- (32) 佐伯仁志、道垣内弘人『刑法と民法の対話』(有斐閣、平13年) 132頁。
- (33) 石田剛・前掲註(5) 119頁以下、吉田邦彦・前掲註(5) 578頁、579頁。
- (34) 吉田邦彦・前掲註(5) 578頁、579頁。
- (35) 好美清光「Jus ad remとその発展的消滅——特定物債権の保護強化の一断面——」『一橋大学法学研究3号』(一橋大学、昭36年) 179頁以下。
- (36) 磯村保・前掲註(5) 385頁以下。
- (37) 好美清光「民法一七七条の背信的悪意者にあたらぬ例等」『民商法雑誌第55巻第2号』(有斐閣、昭41年) 273頁。
- (38) 辻伸行・前掲註(7) 510頁以下。

- (39) 篠塚昭次『論争民法学 1』(成文堂、昭 45 年) 24 頁以下。  
(40) 半田正夫「不動産所有権の二重譲渡に関する諸問題」『不動産取引法の研究』(勁草書房、昭 55 年) 3 頁以下。

## 第 3 節 判例

### 1 判例

背信的悪意者排除説が通説化していくのは昭和 30 年代後半である。よって、昭和 30 年台を中心として判例を紹介していく。最後に若干の考察を行いたい。

#### ① [東京高判昭和 25 年 8 月 31 日]<sup>(41)</sup>

##### 事実の概要

本件建物は、被控訴人 Y が、昭和 19 年の戦争中に控訴人 X に売却しようとしたところ、戦時中の為、交渉が決裂した。その後、終戦となり、X は Y に対し、買受けを希望して交渉を行ったが再び上手くまとまらなかった。しかし、他に売却されることを予防するために、売買契約成立の折には、その代金へ充当させるべく金 1 万円を支払った。Y は昭和 20 年 11 月 14 日に X から受け取った金を解約手付であるとして、金 2 万円を支払い売買契約の解除を申し出た。そして、Y は Y2 に対して、売買による所有権移転登記を行った。X は原判決を取り消すこと（第一審の記載なし）、Y2 は所有権移転登記を抹消すること、Y に対して X へ所有権移転登記手続きをする旨並びに物件引き渡しを求め、控訴した。

控訴審は控訴人の請求を棄却した。

判旨は、金 1 万円が解約手付であるかどうかは、「金一万円が解約手付であるとすれば代金額十九万五千円に比して通常の取引に於て授受される金額に比し実験則上少額と認められる点」、「控訴人は本件売買契約が解除せられるが如きことは全然予想せず飽く迄も本件物件の所有権を取得し之

を確保せんことを期して居たことが窺われる点等より判断すれば、前記一  
万円は将来売買契約成立の際に代金の内金に充当する趣旨で前渡したもの  
であつて毫も解約手付として授受せられたものでないことは明白である。』。  
「然らば右金一万円が解約手付でない以上解約手付である前提の下になさ  
れた前記供託並に解除の意思表示によつて前記売買契約を解除することの  
出来なかつたことは云う迄もない。」とした。Y2の売買契約については、  
Y2は、Yと「控訴人との間に本件物件の売買契約の存して居たことは知  
つて居たものと認めざるを得ないが、二重の売買に於て、単に後の売買に  
於ける買受人が、前に売買の事実のあつたことを知つて居ただけでは、前  
の売買の買受人は後の売買の買受人を目して、物権変動に関する対抗要件  
の備はらないことを主張出来る正当の利益を有しない第三者と云ふことの  
出来ないことは、前段説示のとおりであるのみならず、前記認定事実によ  
れば」、Y2はYの「言葉を信じ、手付倍戻しによる供託並に解除の意思  
表示により、控訴人との間の売買契約は既に解除せられ消滅し控訴人には  
本件物件について何等の権利がないものと信じた上」、売買契約を締結し  
たと認められるから、Y2の行為は信義に反したものとは言えないと判示  
した（確定）。

## ② [東京地判昭和28年5月16日]<sup>(42)</sup>

### 事実の概要

原告Xは大同化成の代表取締役であり、被告Yはシグマ商会の代表取  
締役である。大同化成はシグマ商会に対して債権を有していた。なお、大  
同化成は訴外A会社振出、宛名人大同化成とした約束手形一通の割引方  
をシグマ商会に依頼して交付したが、Yはシグマ商会が大同化成のため  
に右手形の割引をなして保管中の40万円を消費して、その支払いをしな  
かった。大同化成は、右損害賠償債権を保全するためY所有の土地建物  
に対する仮差押命令を得、同年仮差押の登記がなされた。そこで、Yは  
右について解決を求めたのでX代理人と協定を成立させた。シグマ商会  
は合計120万円の支払義務を認めること、Yは右債務を引受け、その支

払いを確保するため前記土地建物に順位一番の抵当権を設定すること、Yが期限までに支払いをしないときは当然に大同化成の所有とすることが取り決められた。その登記手続きを経由しない間にYはY2から20万円を借受け右不動産に抵当権を設定する旨約した。次に前記関係者と会合をして、Xは、大同化成のYに対する債権を譲り受けたので、YはXに対して右債務の弁済として本件不動産の所有権を移転すること、XはYのY2に対する債務を引受け、これにより、Y2は右不動産に対する権利主張をしないことが決まった。ところが、Y等はXに何の連絡もせず、YからY2に右不動産を譲渡したとしてその登記を経由した。Xは、Y等に所有権取得の抹消登記を求めて、訴えを提起した。

第一審はX勝訴。

判旨は、Yは、「前記協定の契約当事者として、本件不動産の権利を取得することによってその権利関係に紛糾を生ぜしめてはならない義務を負担し従つて右協定を破毀するについてはその無効、取消原因のない限り原告の承諾を受くべき義務を有するものというべく、その後間もなく被告等は右協定の破毀を合意したのに拘らずこれを黙秘したため原告をして前記協定の履行をなすものと誤信に基き、仮差押の解放をして権利変動の制限を除去せしめ、登記手続を遷延させている間に被告Yが自己名義に取得登記を経由したのは詐欺行為に外ならないものといわざるを得ない。」よって、Y2は登記を得たが不動産登記法第4条の規定の登記の申請を妨げた者として、Xの請求が認められた（確定）。

③ [最判昭和32年6月11日]<sup>(43)</sup>

事実の概要

本件建物は倉庫で、家屋台帳上の登録も登記簿上の登記も存しなかったが、訴外Aは、所有者訴外Bより右建物を買戻契約により買受け、その後完全に所有権を取得し、これを訴外Cに売り渡し、その後Xの所有に帰した。Bは、本件建物につき、既に所有権を有しないにも拘らず、未登

記であるのを奇貨とし、妻名義を冒用し保存登記をしたうえで、Y に売り渡したものとして所有権移転登記を経由した。X は、所有権移転登記の抹消を求め、訴えを提起した。

第一審判決は記載なし。X より控訴。

控訴審は X 勝訴。

判旨は、妻名義の登記は申請人の意思に基づくものでなければならぬとして、登記は無効とした。また Y は、X が入居している事実を知りながら、B と通謀したものであるとして、著しく社会正義に反し信義にもとるものと云うべく、Y は登記の欠缺を主張するにつき、正当の利益を有しないものと解するのが相当であるとした。Y より上告。

上告審は X 勝訴。

判旨は、「原判決は上告人が単に悪意であつたということのみを理由として正当の利益なしとしたものでないこと、判文上明らかである。原審認定の事実関係の下においては、上告人は被上告人等の登記欠缺を主張する正当な利益を有しないとした原審の判断は相当で」あるとした。

#### ④ [大阪高判昭和 31 年 11 月 8 日]<sup>(44)</sup>

##### 事実の概要

本件土地及び家屋は、被控訴人 Y と妾関係にあった A が、元所有者から昭和 23 年頃に買受け、Y に住まわせていた。その後、控訴人 X は、A が借金を返さないのを、弁済期までに弁済しないときは、所有権が移転する旨の契約をしており、X はこれにより所有権を取得した。X は、Y に家屋を賃貸することとした。昭和 28 年頃から第三者で自分のものであると言ってくる者（こちらも元所有者から転々譲渡を行っていた。）が現れ、Y に買い取りを求めたので、Y は本件家屋を買い受け登記を得た。X（記載なし）は、原判決を取り消す旨等主張し、控訴した。

控訴審は Y 勝訴。

判旨は、認定事実からすると、本件土地建物は二重に売買されたことは明らかである。「そして、不動産の所有権が二重に売買されたときは、所有権移転登記を経由した買受人の権利が優先することは、民法第一七七条の規定から明かであつて、売買の前後によつて権利の優劣を決すべきではなく、又登記を経由した買受人が善意であると悪意であることによりその効果に消長がないものと解すべきである。本件においては、控訴人は、本件土地家屋につき所有権取得の登記を経由せず、被控訴人は、昭和二八年五月六日その登記を経由していることは、既に認定したとおりであるから、被控訴人は、同日以降本件土地家屋につき、第三者に対抗力を有する完全な所有権を取得し、従つて、控訴人は、同日以降本件土地家屋の所有権に関しては無権利者となつたと謂わなければならない。」とした（確定）。

⑤ [東京地判昭和 32 年 11 月 25 日]<sup>(45)</sup>

事実の概要

原告 X は、昭和 22 年 2 月 14 日 A から本件土地を買受けた。一方被告 Y は、それ以前より、当時の地主より土地の一部を借受け、建物を所有していた。その後、強制疎開で取り壊された後も、再び当時の地主より土地の一部を借受け、建物を所有していた。そして、Y と X が、借地権の範囲について調停を行う中、Y が、A より本件土地を買受け、昭和 23 年 9 月 19 日に所有権移転登記を得た。Y は X に登記が済んでないことを理由に再三に渡って購入を申し出たものだった。X は、本件土地が自己の所有に属することを確認すること、及び本件土地の所有権移転登記をすること、土地の明け渡しを求め、訴えを提起した。

第一審は X 勝訴。本件土地は X 所有であることを確認し、所有権移転登記手続きを為し、土地を明け渡すよう判示した。すなわち判旨は、「民法一七七条に所謂の第三者とは、当事者もしくはその包括承継人ではなくして不動産に関する物権の得喪および変更の登記の欠缺を主張する正当の

利益を有する者を支持するものと解すべきところ、右のような事実関係のもとにおいては、被告は、単なる二重譲受人であるのに止まらず、Aを「唆かして本件土地を被告に対し二重に売却させてその横領行為を実現せしめその結果原告の本件土地売買による所有権移転登記の申請をすることを得ざらしめたものと謂うべきであるから、被告が原告の右登記の欠缺を主張することは著しく信義に反するものであり、したがって被告は、同法上に定める第三者には該当しないものと解するのが相当である。しかれば原告のこの点に関するその余の主張について判断するの要なく、原告は、前記売買による本件土地の所有権取得を以て被告に対抗することができること明らかである。」とした。Yより控訴。

控訴審は第一審を支持した（確定）。

⑥ [静岡地判昭和 36 年 1 月 31 日]<sup>(46)</sup>

事実の概要

原告 X は、訴外 A 等と通謀して、宅地を買受けた事実もないのに登記を得た。被告 Y 等の主張は、Y と B は、共同で A から、右第一の土地及び第二の土地を買受け、その後、右第一の土地を Y の、右第二の土地を B の所有としたのであるが、B は死亡して、Y2 と Y3 が相続により取得したものであった。X は土地の明渡しを求めて争った。

第一審は Y 勝訴。

判旨は、Y 等は、第一の土地及び第二の土地の所有権を取得しているものの、傍論として、「そこで、被告らは、その所有権の取得をもつて原告に対抗しうるかということが問題となる。おもうに、民法第一七七条が、物権の得喪、変更について、登記をもつてその対抗要件となしたゆえんは、法的安定の要請にかんがみ不動産取引は、すべて登記によつて公示し、もつて取引に安定した基礎を与えようとするものであることはいうまでもない。そうして不動産取引についての自由競争は、公平なものである限り、

これを認めなければならないし、物権を取得したものは、その許された自由競争に対処するためだけに、登記をして、自己の権利を確保すべきものであつて、それを怠つたことによって、不利益をこうむるのは、やむをえないところであるから、第三者が、たとえ、すでにその目的物について、物権を取得したものであることを知つて、その物権と相いれない物権を取得し、その旨の登記を経由したとしても、その第三者の権利は、その取引が公正なものである限り、原則として、保護されなければならないといふことができる。しかしながら、その第三者の取引が公正を欠くと認められるならば、むしろ、すでに物権を取得した未登記の権利者の利益を保護することが妥当と考えられるのである。ことに、未登記の権利者が、その目的物たる土地のうえに、建物を建築するなどして、これをその生活ないし社会活動の本拠としている場合においては、その権利の保障することが居住者の生存権的保障という見地から要請されるわけである。それであるから、不動産取引の安全ないし安定を確保することと、目的不動産（土地）を使用する権利（それは、所有権であることもあろうし、賃借権などであることもあろう）を保障して、その居住の安定を、確保することのいずれに重きを置くのが、法の目的に適合するかということが考慮にいれられなければならない。この場合、この土地を居住の用に供しているものは、その土地に対する権利を否定されることによつて、生活の本拠を奪われるといういちじるしい損害をこうむるのに対し、第三者は、特別の事情のない限り、その土地についての権利を取得しえなくとも、金銭的に補償されうる損害をこうむるに過ぎないことを考える必要がある。すなわち、現行法の体系のもとにおいては、一方では、自由にして公正な経済競争を認めるという見地から、不動産取引の安定ないし安全を保障すべきであるという要請が成り立つとともに、他方では、社会の各人に人間たるに値する生活を保障するという見地から、居住の安定をえさしめるべきであるという要請が成り立つのであつて、（借地・借家法は、かような要請にもとづいて制定されたものである）この二つの要請を調和させ、その均衡をえさしめることが、正義の内容を形づくるといふことができる。ところで、公示の



方法として設けられた登記の制度は、不動産取引の安定をはかるという一般的な目的をもつとともに、登記に対する第三者の信頼を保護することをも目的とするものである。それであるから、不動産取引の安定をはかるためには、いちおう第三者の善意悪意は問わないといえることができるかもしれないが、右に述べたような他の要素が加わる場合においては、不動産取引の安定を害しない限り、善意の第三者だけを保護するということも考えることであろう。してみれば、右の場合、未登記の権利者と悪意の第三者とのいずれを保護することが妥当かといえ、特別の事情のない限り、未登記の権利者の居住の安定を確保して、そのこうむるべきいちじるしい損害を避けることが正義の目的にかなうものと考えたい。すなわち居住の用に供されている土地については、未登記の権利者は、悪意の第三者に対する相対的な関係においては（その悪意の第三者からさらに権利を取得した善意の第三者を含まない趣旨で）、その権利をもつて対抗することができる」とした。これを本件についてみると、XはY等が建物を建築していたことを知っていたこと、またXが右土地を買受けたように偽装していることを考慮すると、Y等の権利を否定することは、不公正なやり方であり、Y等は、第一の土地及び第二の土地の所有権の取得については、その旨の登記なくして、Xに対抗するといわなければならないとした（確定）。

⑦ 〔最判昭和 36 年 4 月 27 日〕<sup>(47)</sup>

事実の概要

原告 X は、A より昭和 21 年 1 月 29 日本件不動産を買受けた。その後、相続が起こり、X は、A の相続人である被告 Y に対し、再三本件不動産の所有権移転登記手続を求めた。X が相続人名義へ、代位による登記をしたところ、Y 及び Y2 は、共謀の上、原告所有であることを熟知しながら、Y2 へ売買を原因として本件不動産の所有権移転登記手続を完了した。本件不動産は、原告所有に相違がないから、Y2 は、原告に対し、所有権移転登記の抹消手続をすべき義務があるとして訴えを提起した。

第一審は X 勝訴。

控訴審も X 勝訴。

判旨は、Y2 は、「本件山林は X が買受けたものであることを十分熟知していたに拘らず、他の山林のことで X との間に争があり、X に対し恨みを懷いていたところより、本件山林につき X が未だその所有権取得登記を了していないのを奇貨として被控訴人に対し復讐する意図の下に、本件山林を自己が取得しようと企て」、山林の売却を懇請したこと、極めて低廉な価格で売買契約などを行ったことを鑑みると、Y2 の売買契約は、公序良俗違反で無効であるとした。Y2 は、「民法第百七十七条にいわゆる「第三者」に該当しないものと解するのが相当であり、X は本件山林買受につき未だ所有権移転登記を経由していなくてもその所有権取得を」、Y2 に、「対抗することができるものといわなければならない。」とした。

上告審も X 勝訴。

判旨は、「Y2 が Y と通謀の上本件不動産の横領を企てたものというべく、本件山林につき Y2 と Y との間に締結された売買契約は、公の秩序、善良の風俗に反する行為であつて無効たるを免れない旨、並びに、従つて、Y2 は、民法一七七条にいわゆる「第三者」に該当しない旨の原判決の判断は、いずれもこれを正当として是認することができる。」とした。

⑧ 【東京高判昭和 37 年 4 月 25 日】<sup>(48)</sup>

事実の概要は記載なし。

第一審についても記載なし。

判旨は「思うに、物権変動につき登記を経由していない場合であつても、登記の欠缺を主張する第三者が不動産登記法第四条の『詐欺又は強迫に因りて登記の申請を妨げたる第三者』に該当するときは、その第三者に対しては登記がなくても物権変動を対抗しうることは右各条の規定上明らかで

あるところ、同条に直接該当しないときでも、第三者が公序良俗に反するしかたで物権変動についての登記の申請を妨げておきながら後に自ら該不動産を譲り受けて登記を経由し前の物権変動についての登記の欠缺を主張することは、著しく信義に反するものであるから、かかる第三者に対しては、同条を類推し登記なくして物権変動を対抗しうるものと解するのが相当である。」「むしろ前記認定のように、参加人は係争中の不動産であること及び Y において第一審勝訴の判決を得ていることを知って本件土地を買受けたというにすぎないから、これより前に本件土地を買受けた控訴人 X の登記の欠缺を主張するにつき正当の利益があるものといわなければならない。」としている（確定）。

⑨ [広島高判昭和 38 年 6 月 3 日]<sup>(50)</sup>

事実の概要

控訴人 X は、昭和 27 年 2 月 13 日に、A 等より不動産を買受けたが登記を得ていなかった。一方、被控訴人 Y は、A 等に対して貸金の返済を求めたが、猶予を求められた際に、本件土地を売却するよう強く迫り登記を得た。X は、所有権移転登記の抹消を求め、訴えを提起した。

本件は広島高裁が上告審である。

第一審は記載なし。

控訴審（松江地判昭和 37 年 6 月 7 日）は Y 勝訴。

判旨は、「Y が民法一七七条にいう第三者に該当しない旨の X 主張についてみるに前示のとおり Y は悪意者であり二重譲受も Y からの申し込みに基いているが、単にこの程度の事実関係が認められるに過ぎない本件のばあい、未だ Y が X に対して登記の欠缺を主張することは著しく信義に反するというにいたらず、従つて登記の欠缺を主張するについて正当の利益を有しないとなし得ない」とした。

上告審は X 勝訴。破棄差し戻し。

判旨は、「Y の行為は、正常な取引の範囲を逸脱するものとして、取引自由の原則による法の保護に価せず、買主たる Y についても前示横領の教唆もしくは共同正犯として犯罪を構成するものであるとの嫌疑が多分に存する以上、公序良俗違反の法律行為として、民法九〇条によりその民事上の効力を否定するのが相当である」とした。破棄理由は「ところで、原判決は単に Y の強迫、詐欺により右売買契約が締結されたるに至つたと認定するにたらず、また右売買契約につき、Y に対し刑事責任を問うにたる違法性を認めえないとして、X の公序良俗違反による無効の主張を排斥したものであるが、右が前示横領の共犯として犯罪行為にあたらないとするには、前記説明にかかる特段の事情にあたるべき犯罪不成立違法性阻却等の事実を具体的に挙示すべきにもかからわず、なんら首肯するにたるべき理由を示さないものであるから、その判断には、法令の解釈に誤りがあるか、理由不備ないし心理不尽の違法があるものといわざるをえない。」とした。

⑩ [東京地判昭和 38 年 9 月 28 日]<sup>(51)</sup>

事実の概要

X は A から、昭和 22 年 7 月 9 日本件土地等を買受けた。Y は、X より土地を賃借して建物を建てていた B より、建物を借地権と共に譲り受けた。Y は、X に無断で営業所を開設したので、X は弁護士を通じ示談交渉を行った。Y は、本件の土地の賃借を申し入れ、示談の成立を計ると共に、示談が停滞しても家賃を供託し続けた。その後、A が現れたところ、Y も昭和 33 年 2 月 24 日、A から本件土地を買受け、登記を得た。X は所有権確認請求の訴えを提起した。

第一審は X 勝訴。本件土地は、原告 X の所有であることが確認された。

判旨は概略以下のとおりである。X は、Y が X を所有者として取り扱っていると信用しており、X は本件土地の保全処分を行わなかったことが

認められる。他方、Y が、本件土地の公売を知って落札しようとしたり、A より本件土地を買受けたのは、既に X を所有者として認め家賃を供託した後であることは明らかである。以上により、Y は、特に A 出現より態度を急変させ、X に対し劣位の立場から法律上優位の立場に移行しようとし、X に登記がないことを良いことに登記を得たとして背信的悪意者に該当するとして、X に所有権が確認された。

⑪ [大阪高判昭和 39 年 1 月 20 日]<sup>(52)</sup>

事実の概要

原告 X は、昭和 16 年 1 月 26 日、前所有者から本件不動産の二筆を譲り受け登記を得た。昭和 29 年 11 月 4 日、原告 X2 は 86 番地の土地を、原告 X3 は 83 番地の土地を、それぞれ X から買受け登記を得た。ところが、農地委員会は買収計画を定め、買収計画に基づきこれを買収し、昭和 30 年 2 月 24 日、被告 Y に売り渡していたので、代位による登記によって、Y は登記を了した。X らは、本件買収処分には無効原因があるとして訴えを提起した。

第一審は X らの勝訴。

判旨は、83 番地の土地については、「二階建家屋一棟の外中二階建家屋一棟が存在し、右土地の相当部分が宅地であることは明白であるからこれを未墾地として買収した本件八三番地の二の土地(第一目録記載の土地)の買収処分は当然無効で」、86 番地については、「これを未墾地であると認めたことは、前記認定のもとでは必ずしも不当であるとは解し難いから、これを未墾地として買収した本件処分は無効とは言えない。」としつつも、Y らは「民法一七七条の規定により、先に右買受登記をうけた同原告に対し本件買収、売渡処分による右土地の所有権取得を対抗し得ないものというべき」であるとした。

控訴審も、第一審を支持して、これが確定した。

⑫ [東京地判昭和 39 年 6 月 29 日]<sup>(53)</sup>

事実の概要

X は、昭和 26 年 4 月 25 日、脱退被告 Y との間において、土地の使用権を 3 万円で、及び 5 ヶ月以内に 9000 円支払うことによって土地の所有権も得ることができるとする契約を結んだ。その後、X は、3 万円支払うことによって土地<sup>(54)</sup>使用権を取得した。X は 5 ヶ月後、有効期限が過ぎた後に、土地の代金を供託した。参加人は、Y より昭和 37 年 4 月 18 日、売買を理由として移転登記を得たこと及び、本訴が継続中であったことを知っていた。X は、参加人に対し、所有権移転登記手続を求め、訴えを提起した。

第一審は X 勝訴。参加人は、X に対し、所有権移転登記をするよう命じられた。

判旨は、有効期限については、「五ヶ月の期間は当時直ちに脱退被告に所有権取得の登記をなし難い事情もあり、九千円の支払いのための一応の期間として定められたにすぎず、右期間を経過することにより所有権移転の契約が失効する趣旨のものではなかつたことを認めることができ」、原告の所有権が、対抗力を有するかについては、「参加人が脱退被告より昭和三十七年四月一八日、売買を理由として本件土地の移転登記手続きをうけたこと、当時既に本訴が継続中であつたこと及び参加人がその事実を知つていたことについてはいずれも当事者間に争いがない。以上の事実」に《証拠》に弁論の全趣旨参加人の本件訴訟参加の経緯を総合すれば参加人はかねてより不動産業に従事してこの種の問題に通暁している者であつて、本件土地の売買契約は原告脱退被告間の争の実情を熟知していたのみならず、自己に登記名義を移すことによつて原告の権利を害する可能性が極めて大であることを知りながらあえて売買契約を締結し、移転登記手続きををしたことが認められる。」よつて、「単なる二重譲受人とは類を異にし、同法上に定める第三者には該当しないものと解するのが相当である。」とした。

⑬ [東京地判昭和 39 年 9 月 29 日]<sup>(55)</sup>

事実の概要

売主 A から X に建物の売買がされ、次に昭和 35 年 5 月下旬より、Y は、「単に右契約が本件土地の二重売買になることを認識していたに止まらず、売主である A 等に積極的に働きかけて、右二重売買を決意させた」。X は、所有権移転登記の抹消を求め、訴えを提起した。

第一審は X 勝訴。Y の行為を公序良俗違反として無効とした。

判旨は、「売主をして二重売買をなすべく積極的に働きかけた者は、右不法行為に加担したものというべきのみならず、刑事上横領罪の共同正犯乃至教唆の嫌疑もまた免れ得ないものである。してみれば、かような第二の買主との間に成立した売買契約（即ち本件の第二契約）は、売主の二重売買の決意と買主の働きかけとの間に因果関係が存しないとか、二重売買により第一の買主が財産上の損害を蒙らないとかの特段の事情がない限り、もはや取引自由の原則により庇護されるものとはいいい難く、正当な取引行為の範囲を逸脱するものであり、公序良俗違反の法律行為として無効というべきである。」とした（確定）。

⑭ [最判昭和 40 年 12 月 21 日]<sup>(56)</sup>

事実の概要

被告 Y は、被告 Y2 よりその所有の土地を借り受け、地上に建物を所有していた。Y は、原告 X に本件建物を賃貸し、その後、昭和 23 年 2 月 8 日贈与した。一方、Y は、昭和 32 年 6 月 18 日 Y2 に対して、金 11 万円で譲り渡し、移転登記をした。X は、Y から Y2 への移転登記の抹消と Y から X への移転登記を求め、訴えを提起した。

第一審は X 勝訴。

判旨は、Y2 は、Y が X への本件建物の所有権が移ることを承認し、同時に賃借権が移ることをも承認したので、「原告らと本件土地について本

件建物所有を目的とする賃貸借契約を締結して、原告らが本件建物を所有する目的のため本件土地の賃貸義務を負担し、以後八年余に亘つてこの関係を承認し、この間三回程原告らと交渉して賃料の値上をして来たのである。」「このように不動産の所有権移転を承認し、これを前提として法律関係を結んだ者が、その承認を翻えして相手方の権利取得をその登記欠缺を理由として否定することが著しく信義に反する場合には、承認を受けた不動産の取得者は、その登記なくしてその承認をした者に対抗できるというべきである。」とした。

控訴審は Y 勝訴。

判旨は、X は、Y2 は登記欠缺を主張し得ない者と主張するが、「民法第一七七条にいう第三者として保護に値しない者とは、物権変動を知つていたというだけでなく、公序良俗に反する方法で他人の登記を妨げるとか又は自らその物権変動に関与して利益を得ているとかの理由で登記のないことを主張することが著しく信義に反する第三者を指称するものと解するのが相当であるところ、本件に顕われた全証拠によつても」、Y2 が本件贈与について関与していたことは認められないのみならず、X は登記の費用などを支払らないので、Y は X には支払う意思がないと考えて、他の売却先を探し、Y2 にそれらの事情を話したところ、これに同情して買受けたものであるから、信義に反しているとは言えないとした。

上告審は X 勝訴。本件不動産の所有権については、原審を支持したが、賃借権の混同については、差し戻した。

判旨は、Y2 をもってまだ民法 177 条の第三者としての保護に値しない背信的悪意者とすることはできないと解するのが相当であるとして原審を支持した。賃借権の問題については、賃借権は混同していないとした。破棄理由は、「Y2 は、第一審以来、同人が昭和三二年六月一八日本件家屋を Y より譲り受けて家屋賃貸人たる地位を承継したが、その後、X の家賃不払いに基づき該賃貸借契約を解除した旨を主張しているのに対し、



かえつて、X は、本件家屋の所有権取得のみを主張して被上告人の右主張を争っていることは記録上明らかであるが、X において原審で主張した事実関係からしても、また原審が認定した前記事実関係からしても、Y2 が前記のように法律上当然に賃貸人たる地位を承継したものと解されるから、結局において、原審にはこの点に関する法令の解釈適用を誤ったか、もしくはこの点について当事者になすべき釈明義務を怠り、その結果審理不尽ないし理由不備の違法を犯したものといわなければならない。」とした。

⑮ <sup>(57)</sup> [東京地判昭和 43 年 7 月 18 日]

事実の概要

原告 X は、昭和 22 年 5 月 12 日、A より本件土地を買受けた。「本件土地は地目道路であり、かつ免租地であったため、東京都に上地する前提でその所有権移転手続きが留保されていた。」。被告 Y は、訴外 A より、所有権を譲受けた事実もないのに、昭和 40 年 3 月 12 日、贈与によりその所有権を譲受けたものとして所有権移転登記を得た。X は、「被告が、譲り受け当時、本件土地の所有権がすでに原告にあることを熟知しておりながら、たまたま本件土地の登記が、前述の上地予定のため売主の同訴外人名義にとどまっていることを奇貨とし、同訴外人に対し、本件土地を東京都に上地のためといつわって、登記移転に必要とする書類に捺印をうけ、これを冒用して被告の所有名義とする前記登記を経由したものであるから、被告は、背信的悪意者として、登記の欠缺を主張することが許されないものというべく、原告は、登記なくして、被告に対し、その所有権を対抗できるので、直接その所有権に基いて本件登記の抹消手続きを求め」て訴えを提起した。

第一審は X 勝訴。

判旨は、Y は、訴外 A から「本件土地所有権とその登記移転の意思表示を詐取したものである」というべく、しかも、本件土地がすでに原告に譲渡せら

れていて、その移転登記手続きが未了であるが原告においても右上地手続きをとらんとしていたことも推知していたのであるから、被告は詐欺行為によって原告の登記の申請を妨げた第三者に該当する。従って、被告は原告に対しその登記の欠缺を主張することができず、原告は本件土地についてその登記なくして被告に対しその所有権を主張することができるものと認めるのを相当とし、原告がその所有権に基いて被告に対しその所有権取得登記の抹消を求める本件請求は、原告の他の請求原因について判断をすすめるまでもなく、理由あるものというべく、これを正当として、認容」するとした（確定）。

⑯ <sup>(58)</sup> [最判昭和 43 年 8 月 2 日]

事実の概要

本件は山林が三筆あり、所有者 A らの管理不十分によって、山林の落地の現地が不明確になった。その後、Y が所有者から山林を買い受け、登記を得て管理支配してきた。一方 X は、山林の登記もれの落地が未だ所有者名義であることを知って、本件山林の落地を買い受け、登記を得た。X は本件山林は自己の所有物であることの確認を求めて訴えを提起した。

第一審は Y 勝訴。

判旨は、所有者 A らの管理不十分によって、山林の落地の現地が不明確になったが、権利証を所持しているという話を聞いて参加原告は、被告に高く売りつけようとした。「このようにいわゆる登記もれの山林につき売主が登記面上未だ自己所有名義に残存していることを以つて他に二重譲渡したのが本件紛争の真相であると考える。」「結局被告において登記を受けていないことを奇貨とし、右権利証を被告ないし他の者に高く売りつけんとする意図の下に右山林の権利証（参加原告は現実の山林を買い受けたというよりは権利を買い受けたという表現の方が事案の真相に適切であろう。）を三五、〇〇〇円という安い値段で買い受けたものであつてこのような者は信義則に照らし、民法第一七七条にいわゆる登記の欠缺を主張

し得る第三者にはあたらないものというべきであり、従つて被告は登記なくして本件係争地域注本件山林三筆部分の所有権を参加原告に対抗し得るものとする。」とした。

控訴審も Y 勝訴。

判旨は、「X が本件山林につき登記を経由した経過においてすでに反社会性、違法性を否定し得ないものがあるというべく X は畢竟いわゆる落地の権利証を落地と知ればこそ、地価の三〇分の一にも満たざる著しく不当な安値で買受け、これを Y との取引の具に供するため本件係争地域について自己の所有と主張するものであって、このような主張は信義則に反するものというべきである。従つて右のような信義則に反する主張をなす X は『背信的悪意者』として Y は登記なくしてこれに対抗しうるものと解すべきである」とした。

上告審も Y 勝訴。

判旨は、「原判決認定の前記事実関係からすれば、X が Y の所有権取得についてその登記の欠缺を主張することは信義に反するものというべきであつて、X は右登記の欠缺を主張する正当の利益を有する第三者にあたらないものと解するのが相当である。」とした。

⑰ <sup>(59)</sup> [最判昭和 44 年 4 月 25 日]

事実の概要

原告 X は、被告 Y から遺産の再分配としての贈与により、所有権を取得した。一方、Y2 は不動産斡旋業者で、7 年間本件建物を賃借していたが、昭和 39 年 8 月 17 日売買を原因として Y から登記を得た。当時、Y2 は X 及び Y らと、長年交際しており再分配の事情や内輪め話も知っていた。X は、Y 等に錯誤を原因とする抹消登記手続を求めて、訴えを提起した。

第一審は X 勝訴。

判旨は、内輪もめについて知っていた Y2 は、Y から「ごたごたが起きていてうるさいからこの際本件不動産を買ってくれと言われ、右不動産についてなされている原告の仮処分登記を抹消して完全な所有権とするとの確約を得たので、これを七〇〇、〇〇〇円で買受ける契約をし、このことあるを予想して用意していた金一〇〇、〇〇〇円を手付金として支払い、残額は右処分登記を抹消したうえ移転登記手続と同時に支払うことを約した」。Y は、X をだまして、仮処分取消書に押印させたが、Y2 は Y と同じ旅館に宿泊し、この事情を容易に知り得た。よって、Y2 は「明らかに不動産登記法第四条、第五条に該当する事由はないとしても少なくともこれに類する程度の背信的悪意者とみるのが相当であり、民法第一七七条の第三者から除外されるべきである。」とした。

控訴審も X 勝訴。

上告審も X 勝訴。

判旨は、「Y2 は、本件不動産を買受ける際その所有権の帰属につき Y と X とが係争中であることを知つていたばかりでなく、Y が X を欺罔し前記仮処分の執行を取り消させ、本件不動産が X 名義になることを妨げるにつき協力したものであるべきである。したがって、Y2 はいわゆる登記の欠缺を主張することができない背信的悪意者にあたると解するのが相当であ」とした。

⑱ [静岡地判昭和 44 年 7 月 18 日]<sup>(60)</sup>

事実の概要

債権者 X は、A と昭和 39 年 6 月 25 日本件土地の売買契約を結び、これを X が所有することとなった。ところが、債務者 Y 会社は A からの転々譲渡を経て譲受人となり、昭和 41 年 6 月 27 日の売買を原因とする所有権移転登記を得た。その実情は以下のとおりであった。A は本件土地

を X に売却して代替地を得たが満足しておらず、増額を要求したが、これを X に拒まれ、近隣に住む不動産ブローカーにその不満を告げた。その不動産ブローカーは、X の仲介人であるとして B を A に紹介し、B は、A を言葉巧みに誘惑して A から本件土地を譲り受け、これを偽装譲渡を媒介して Y に転売した。Y は背信的悪意者であるから、X は登記なくして対抗できるとして争った。

第一審は、X 勝訴。保証金を預ける条件として明渡命令を得た。

判旨は、Y 会社は商業登記簿を見る限り、本件所有者と云い難く、仮装のものであり、「本件土地は東谷昇、田中政彦、芹沢利一が債務者名義で所有するものであるところ」、A の法知識のないことを良いことに欺罔手段に出た。X がこの土地を所有できなくなると、致命的な状況になるのを知りつつ購入した。「右は到底正常な取引行為と云うことはできず、法の保護する取引自由の範囲外にあるもので民法九十条の公の秩序善良の風俗に反する行為として無効であると解さざるを得ない。よって債務者が本件土地所有権移転登記名義を有するとしても有効にその所有権を取得したことにはならないので、債権者の登記の欠缺を主張することは著しく信義に反し従って債務者は民法第一百七十七条に云う『第三者』に該当しないものと解すべく、債権者は本件土地につき未だ所有権移転登記手続を得ていなくともその所有権取得を債務者に対し対抗することができるものと云うべきである。」とした。

⑭ <sup>(61)</sup> [名古屋高判昭和 46 年 3 月 10 日]

事実の概要

本件土地は上告人 X と A が 2 分の 1 ずつの持分で共有していたが、A の贈与により X の単独所有となった。ところが、登記官の過誤により、A 単独名義の登記がなされ、A は被上告人 Y らに売却した。X は、Y に対し、登記の抹消を求め、訴えを提起した。

第一審、控訴審共に記載なし。

上告審はY勝訴。

判旨は、X持分については、Aは無権利者であるから無効であるが、A持分については、「上告人らと被上告人らに二重譲渡したこととなるので上告人への贈与は登記がなく、却って売買による登記を得た被上告人らが民法一七七条にいう登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する第三者であり、上告人の受贈はこの被上告人らに対抗できないと判断したのであり、この判断は正当であり」、登記官の過誤により、A単独名義になされたものであっても、「上告人が登記を放置しておいたわけではないから、登記を欠いたことに対する責は、二重譲渡の場合に登記手続を放置しておいた第一の譲受人の場合のように重いものではない。しかしたとえそれが登記官の過誤によるものであっても登記面に全然現れていない限りは結局未登記の場合と同じであるから先に登記を完了した被上告人らに本件係争地の持分取得を対抗できず、被上告人らの移転登記の抹消を求める上告人の主張は採用できない。」とした。

また、限定された事案ではあるが、悪意者が排除された事案として、以下の判例を紹介する。

⑳ [最大判昭和36年7月19日]<sup>(62)</sup>

事実の概要

原告Xは昭和25年9月30日Aより家屋を金11万円で買い受けた。その代金のうち金77700円は、当時XがAに対して持っていたりんごの代金債権と相殺決済し、残り32300円は、AがBのために家屋に設定していた抵当権登記を抹消し、Xにその所有権移転登記をするのと引き換えに、昭和25年10月20日に支払う旨約した。ところが、AはXへの移転登記手続きをしないので、XはAを被告として福島地方裁判所に訴えを起こした結果、昭和27年11月15日「被告AはXが32300円を支払

うのと引き換えに家屋につき X への所有権移転登記手続きをしなければならぬ」との判決を受けた。これは間もなく確定したので、X は、これにより家屋の所有権移転登記手続きをしようとしたところ、当該家屋は、A が他にみるべき資産もないのに B に代物弁済した後、B から Y に転売され、昭和 27 年 6 月 28 日付けで、A から Y への売買を原因とする中間省略の移転登記がなされていた。X は、AY 間の売買は、通謀虚偽の意思表示に基づくもので無効であり、右登記は実体を欠くものであるとして所有権移転登記の抹消を求めて訴訟に及んだ。

第一審は X 敗訴。X より控訴。

控訴審は、原判決を取り消し、A が B との間に締結した代物弁済契約を取り消して Y は A に対し所有権移転登記を為すべき旨判示した。

上告審は原判決を破棄し、本件を仙台高等裁判所に差し戻した。

判旨は、「民法四二四条の債権者取消権は、総債権者の共同担保の保全を目的とする制度であり、特定物引渡請求権といえどもその目的物を債務者が処分することにより無資力となった場合には、当該特定物債権者は右処分行為を詐害行為として取り消すことができるものと解するを相当とする。けだし、かかる債権も、究極において損害賠償債権に変じうるのであるから、債務者の一般財産により担保されなければならないことは、金銭債権と同様だからである。」とした。論旨は、本件においては、目的物たる不動産は受益者に対する抵当権付債権に代物弁済され、抵当権の登記は既に抹消されているから、転得者のみを被告とする本訴においては、原告の保全債権に優先する抵当権付債権及び抵当権登記を復活させて、債務者の財産の現状に回復させることは不可能であり、また、無担保となった本件不動産を債務者の一般財産に復帰させることは債務者及び債権者を不当に利する結果となり、決して現状回復とはなり得ないというのである。

## 2 若干の検討

背信的悪意者排除説を通説化したと言われる判決群を見てきたが、ここで若干の検討に移る。

まず、⑥⑦⑨⑬⑮の判決については、判例は、第二の譲渡について公序良俗違反で契約そのものを無効にしており、対抗関係の問題ではないにも関わらず、民法 177 条の第三者理論を持ち出している点に注意すべきである。仮に対抗問題であると解した場合には、第二の譲受人を背信的悪意者としていると解する余地もある。⑳の判決については、限定された事案ではあるが、悪意者は排除されている。この事案は、詐害行為の取消を認めた事案であるから、悪意の内容は、第一の譲受人を害することを知っていることであり、かつ、無資力要件が求められるけれども、悪意者が排除される機能を営んでいる点で、注目に値する。

この他、⑥では、傍論ではあるが、悪意者が一定の条件の下で排除されうること示している。更に、背信的悪意者排除説の背信性の不明確さを表す判例として、⑩がある。この事案では、Y は、背信的悪意者とまでは言えないのではないかと解する余地もある。⑫⑬⑰についても同様である。単純悪意をも排除する趣旨ではないのなら、背信的悪意とまで言えるか微妙な事案では、背信性についてのより明確な基準を示す必要があったのではないかと思われる。

### 註

- (41) 下級民集 1 巻 8 号 1354 頁。
- (42) 下級民集 4 巻 5 号 723 頁。
- (43) 下級民集 5 巻 8 号 1264 頁、民集 26 号 859 頁。
- (44) 下級民集 7 巻 11 号 3143 頁。
- (45) 下級民集 8 巻 11 号 2174 頁。
- (46) 判例タイムズ 118 号 101 頁。
- (47) 民集 15 巻 4 号 901 頁。
- (48) 判例時報 13 巻 4 号 57 頁。
- (49) 記載されていた文章から推測するに第二買主だと思われる。
- (50) 判例時報 307 号 31 頁。



- (51) 判例タイムズ 154 号 98 頁。
- (52) 行政事件裁判例集 11 巻 4 号 839 頁、判タ 162 号 86 頁。
- (53) 判例時報 389 号 71 頁。
- (54) 本件の土地所有権は証拠より、賃貸借契約であるとした。
- (55) 判例タイムズ 170 号 232 頁。
- (56) 民集 19 巻 9 号 2221 頁。
- (57) 判例時報 536 号 59 頁。
- (58) 民集 22 巻 8 号 1571 頁。
- (59) 民集 23 巻 4 号 904 頁。
- (60) 判例時報 596 号 61 頁。
- (61) 判例時報 644 号 64 頁。
- (62) 民集 15 巻 7 号 1875 頁。最後の詐害行為取消権の判決については、背信的悪意者の判例ではない。

## 第 4 節 私 見

単純悪意者排除説に立つものの、その全てが排除されるのではなく、履行の着手を分岐点とする石田説に与したい。背信的悪意者排除説については、背信性の不明確さが残り、善意・悪意を区別するよりも更に困難<sup>(63)</sup>であるからこれも妥当と言えない。単純悪意者排除説を一応の前提としつつ、これに市場の公正さという観点から、幾許かの制限を加えることが妥当であろう。

単純悪意者排除説の「悪意」とは、「客観的に外部から認識し得るような形で履行行為の一部をなし、または、履行の提供をするために欠くことのできない前提行為とした」<sup>(64)</sup>ことを知っていることである。

民法 177 条は、第三者を限定していないが、判例により背信的悪意者は排除されて無制限説から制限説となり、第三者の範囲は狭まってきている。

第一売買を知っている悪意者も、登記を備えれば対抗できるというのは、登記制度を悪用していることにもなりかねず、このような者まで登記による保護を与える必要がないと考える。

反対説は、「不動産取引はできるだけ登記されるのが公示制度の理想で

あるから、すべての第三者に対する関係が画一的に登記で決せられることが、望ましい<sup>(66)</sup>。」であるとか「権利変動の対抗要件たる一七七条は登記を信頼した第三者を救うという様な云わば一面的な個々の問題ではなくして、広く取引を整理して権利関係の明確を期し以てその安全と敏活とを計るもの<sup>(67)</sup>」<sup>(67)</sup>と考える。」としている。確かにできる限り登記により画一的に処理することが望ましいが、第一売買を知っている悪意者を登記の促進や自由競争原理の名の下に保護してよいのか疑問が残るし、単純悪意者を保護しないことによって不動産取引秩序が害されるとするのは根拠がない。

また、旧民法では、単純悪意者排除説が採用されていた。現在<sup>(68)</sup>は、善意悪意を問わないことによって登記が促進されている。そう考えると、民法の起草者の目的は達成されたのであるから、更に取引を円滑化する為にも、一定の制限の下に、単純悪意者排除説に回帰すべきであろう。

自由競争の原理は経済学上の原理であるから、債権契約の範囲に限定されると考えられる。物権契約の平面では、不完全ながら所有権は第一譲受人に移転しているのであるから、悪意の第二譲受人は、自由競争の原理を制限されてもやむを得ない<sup>(69)</sup>。単純悪意者は保護する必要はないと考えられる。

## おわりに

今後、民法 177 条の問題を解決するにあたり、無難な選択肢は登記を効力要件とすることである。ただ、浅学非才を顧みず論じているので、今後は諸外国の登記の状況や学説の状況を精査し、登記制度の根幹に立ち帰って考察すべきであり、これを今後の課題としたい。また、背信性の変遷について、最高裁の判決が存在するか調査したが、本稿の目的である典型的な所有権の二重譲渡に限定した判例は見当たらず、今後の動向に注目したい。

(後記) 本稿は真下照朗の修士論文に、西村峯裕が若干の修正を加えたものである。

## 註

- (63) 半田正夫・前掲註(41) 29 頁。
- (64) 最高裁昭和 40 年 11 月 24 日大法廷判決 民集 19 卷 8 号 2019 頁
- (65) 民法の起草者は、民法要義の中で、第三者の範囲に善意や悪意の文言を付け加えなかったのかもしれない(梅謙次郎『民法要義卷之二物権編』(有斐閣、昭 59 年、明治 44 年版復刻版) 7 頁以下)。
- (66) 鈴木禄彌『物権法講義』(創文社、平 6 年、第 5 版) 110 頁以下。
- (67) 有泉亨『民法 177 条と悪意の第三者』(法協 56 卷 8 号、昭 13 年) 1585 頁以下。
- (68) 鎌田薫『民法ノート物権法①』(日本評論社、平 19、第 3 版) 94 頁以下。
- (69) この点について、石田剛は、契約の成立段階と履行段階による区別を設けて、履行段階に入るまでは競争の余地を残すのが妥当だと述べられている(石田剛・前掲註(29) 177 頁)。