

## 《判例研究》

登記の欠缺を主張することができない背信的悪意者の理論

菊池 定 信

昭和四四年四月二五日最高裁判所第二小法廷判決 最高民集二三卷四号九〇四頁——棄却

〔判決要旨〕 甲所有の土地建物が乙に贈与されたが、その登記が未了のため、乙が甲を相手に処分禁止の仮処分をしている場合において、不動産周旋業者で甲および乙と永年交際し右建物を賃借している丙が、土地建物の所有権の帰属につき甲と乙とが係争中であることを知っているばかりでなく、甲が乙を欺罔して右仮処分の執行を取り消させ、土地建物が乙名義になることを妨げるにつき協力したうえ、甲から右土地建物を譲り受けたときは、丙は、乙の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りと解するのが相当である。

〔事件の概要〕 本件土地家屋は甲（被告・控訴人・上告人）および乙（原告・被控訴人・被上告人）らの父の所有であったが、同人はこれを甲ひとりに遺贈した。そこで他の相続人らは父の死亡後、遺産の再分配につき協議するよう甲に迫り、右協議の結

果甲は父からの遺贈で取得した本件不動産を昭和三十七年九月三〇日、乙に贈与することとなった。しかし甲が他に登記名義を変更するおそれがあったので、乙は、甲を相手に処分禁止の仮処分を得、その登記を経ていたのである。

ところで本件建物は、昭和三十九年七月当時、すでに七年以上にわたり、不動産業者で甲および乙と永年交際のある丙（被告・控訴人・上告人）が賃借している。丙は、昭和三十九年七月二〇日頃、賃料を支払うため甲を訪ねたところ、甲乙間に前述の如き内輪のもめごとがあるので、この際本件不動産を買取ってくれるよう甲から懇請され、右不動産についてなされている乙の処分禁止の仮処分の登記を抹消して完全な所有権にするという確約を甲から得たので、本件不動産を七〇万円で買い受ける契約を締結し、手附金一〇万円を支払い、残額は右仮処分の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。

かくして甲と丙は、昭和三十九年八月一〇日より乙宅を訪ね乙に対し前記仮処分の取下を懇請したが、乙がそれに応じなかったため、乙を欺罔して仮処分取下書に印鑑を押捺させることを企て、乙の納得を得られるような文言を記載した誓約書（甲第一号証）を作成して、乙をしてこの取下書に捺印させた。もっとも丙自身は、同月一日以降、乙宅に赴かなかつたが、甲と同宿し、帰途の車中も一緒であったことなどから、右のいきさつを容易に聞ける状況にあったとされている。

そこで丙は、前記売買代金の残額を分割して甲に支払うとともに、乙の仮処分登記を抹消して、昭和三十九年八月三十一日、売買予約を原因とする所有権移転請求権仮登記をし、同年九月三日、今度は売買を原因とする所有権移転登記手続を完了した。

他方、乙は、右仮処分取下書に捺印後、甲に騙されたらしいと気づき、同年八月三十一日、鹿児島地方裁判所の仮処分決定を得て、同日、前と同じ内容の仮処分登記を申請したが、その受付番号が丙の前記仮登記に九番遅れたため、これに対抗できないものとなった。

第一審は、大体以上の事実を認定し、次の如く判示した。すなわち丙には、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、民法一七七条の第三者から除外さるべきである。そうすると、乙は、丙に対し登記なく本件不動産の所有権の取得を主張しうる。と

第二審も第一審と同様の理由から控訴を棄却している。

〔上告理由〕 丙の上告理由第二点は次の如くである。原判決には民法一七七条の適用を誤った違法がある。すなわち民法一七七

条は、登記をもって不動産に関する物権の得喪及び変更の對抗要件としたもので、これによって経済社会の取引の安全が保証されているのであって、その例外規定たる不動産登記法四条、五条の如きは厳格に解釈し、濫りに類推解釈あるいは拡張解釈を許すべきではないこと。然るにこの点において原判決は、不動産登記に関する大原則に対する例外規定を不法に類推拡張解釈して、乙は丙に対し登記なくして本件不動産の所有権の取得を主張しうるものとしたのは、全く法の精神を無視したもので失当といわなければならない。

として上告した。

〔判旨〕 ところで、右認定の事実によれば、上告人山中（丙）は、本件不動産を買い受ける際その所有権の帰属につき上告人一男（甲）と被告上告人（乙）とが係争中であることを知っていたばかりでなく、上告人一男（甲）が被告上告人（乙）を欺罔して前記仮処分の執行を取り消させ、本件不動産が被告上告人（乙）の名義になることを妨げるにつき協力したものであるといわなければならない。したがって、上告人山中（丙）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り、被告上告人（乙）は上告人山中（丙）に対し登記なくして本件不動産の取得を對抗することができるといわなければならない。それ故、これと同趣旨の原判決の判断は正当である。原判決には所論の違法はなく、論旨は採用できない。

〔参照条文〕 民法一七七条、不動産登記法四条五条

## 〔研究〕

一 本判決の評価 不動産の物権変動における對抗問題を考えるときに、もっとも典型的な事例は二重譲渡の場合であるが、本判決の事案もそれに類する。すなわち、甲（譲渡人）所有の不動産を乙が譲受けて（第一譲渡）登記をしない間に、丙がその不動産を甲から二重に買受けて（第二譲渡）移転登記を経ている。この限りでは、對抗要件を有する丙が乙に対して本件不動産所有権の取得を主張しうるのだが、しかし丙は、乙を欺罔して本件不動産が乙名義になることを妨げた甲の協力者とみられるから、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

るものとされた。

本件の如き具体的事案で、本最高裁判決が乙を保護しようとする態度を示したことは、結果的には正当であろう。その意味で、本判決は、「背信的悪意者」判断の具体的な一事例を示したものである。

しかし、何故に背信的悪意者は登記の欠缺を主張することができないのか、また、登記の欠缺を主張することができない背信的悪意者認定の客観的基準は何か、という点について本判決は論及されていない。原審では、丙に対し、「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」であるとしたのに反し、本最高裁判決は、原審の認定した事実のみによって、「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」ときめつけている。そこには、登記欠缺の主張を否認する法理論的根拠も、また、背信的悪意者認定の客観的基準についても、なんら説示されていないのである。

かくして、背信的悪意者の法理について検討する必要がある。

二 背信的悪意者の理論 民法一七七条の第三者から、いわゆる背信的悪意者を除外せしめる判例の見解は、現在では、学説も承認しているといえよう。この見解は、要するに、著しく社会的正義に反して悪意なる者は、たとい実質的に不動産物権を取得し、公示方法を備えていても、その物権取得を否認されうるのである。しかししてこの見解は、物権変動に関する画一的形式的取扱いによって、取引安全の保護を目的とする公示の原則と抵触し、個々の具体的な取引における正義ないし妥当性を重視するものといえよう。かくて法的画一性と具体的妥当性との対立する理念をいかに措定すべきか、換言すれば、実践的な要請に基づく具体的妥当性実現のために、公示の原則の妥当しえ

ない範囲についていかに理論構成しなければならないかが、この背信的悪意者理論の重大課題となったのである。

しかしこれまで、この点に関し、必ずしも十分なる研究がなされたとはいえない。学説の多くは、専ら判例に追随し、背信的悪意者認定の基準(限界)に関する検討に終止している。その故に、筆者は、敢えて以上の観点から、背信的悪意者理論の法的妥当根拠について、論及してみようと考ええる。

舟橋教授は、背信的悪意者理論を認めるにあたって、不登法四条五条の明文の規定をもって、背信的悪意者を民法一七七条の第三者から除外する法理であると解される(物権法二)。(八四頁)。そして、明文上認められた場合(不登法四)のほか、これに準ぜられるべき者も背信的悪意者として第三者から除外せられるべきであるとする(同書一八四)。(一九二頁)。問題は不登法四条五条に該当しない場合であるが、その場合でも、多数見解は、社会生活上正当な自由競争と認められる範囲をこえて信義則に反する悪意者は、法上の保護に値しない者であるから、第三者に該当せしめるべきでないと解している。かくして現在では、背信的悪意者理論を採用する見解は、背信的悪意者を民法一七七条の第三者から除外する法的構成のもとに、その認定の基準を検討するものが多い(学説の紹介については、紙数の関係上割愛する。詳しくは幾代・統学説展望六九頁、石田)。(判批民商六〇巻四号五四七頁掲載文献及び吉原・注釈民法⑥三三七頁以下を参照せよ)

しかしこれまでの背信的悪意者排除の理論は、なお問題を残している(後述)。それにも拘らず通説的地位を占むるに至っているのは、具体的事案の解決において正当なものをもっているからであろう。

ところで判例においても、背信的悪意者を第三者範囲論自体の問題として捉え、大凡、次の如き根拠のもとに第三者から除外せしめていた。(1) 信義則違反として(最判昭和四三年八月二日民集二巻八号一五七一頁)、(2) 権利の濫用として(最判昭和三年三月二十九日下民集九巻三三五頁)、(3) 公序良俗違反として(最判昭和三年四月二七日民集一巻四号九〇二頁、広)、(4) 不動産登

記法四条五条の類推解釈による(最判昭和三十一年四月二十四日民集一〇卷四号四二七頁、最)。そのほか、格別に右(1)~(4)の如き根拠を示さずに、具体的な事実認定のみによって、正当の利益を有する第三者に該当しないとされた判例もある(最判昭和三十三年三月三十一日民集一四卷四号六六頁)。

以上のごとき従来の学説・判例に対し、第三者範囲論を離れて、信義則ないし権利濫用等の法領域から、独自の解釈論を試みる見解がある。川井教授は、次の如く主張される。「すなわち二重売買において、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ちがひ、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見て、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出来る。」と(判例タイムズ二〇三七号二頁)。また、好美助教授は、「第二買主は(第一買主に対する関係で背信的でも)、一七六条、一七七条の原則どおりに売買契約と登記とにより完全な(絶対的な)所有権を取得する。第一買主は、したがって物権法の次元では完全な無権利者となる。」とされる(民商五五卷二〇三三頁)。好美助教授は、右の論拠として、民法一七七条の対抗理論は一応正常な取引関係においてのみ妥当なのであって、正常でない取引関係においては、対抗理論における既成の法概念の枠外から法解釈論を試みなければならぬ、とされているようである(「Jus ad rem」とその発展的消滅」)。これらの見解は、背信的悪意者からの善意転得者の保護をめぐる問題に関するものではあるが、背信的悪意者排除の理論構成を民法一七七条の枠外で試みられる点で、注目に価する(石田、判批民商六〇卷四号五八頁)。

### 三 批判と試論

(1) 民法一七七条の第三者につき、いわゆる制限説が通説となっているが、その制限する基準については、見解が対立している。「登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者」を第三者とする判例の立場にたてば、背信的悪意者は正当の利益を有する者ではないから第三者に該当しない、という解釈論も可能であろう。しかしここに論理の矛盾がある。これまで判例の認定せる多くの背信的悪意者は、「物権を正当に取得した者」であって、少なくとも有効な実質的権利者にあたる。けだし、彼らは、不動産登記を著しく信義に反する方法でなしているだけであって、物権変動の過程においては、いわゆる正当の利益を有する者に該当するとみななければならない。従ってこの基準にたつ見解では、第三者として取扱わなければならない者を、著しく信義に反する方法で登記を経ているために、第三者から除外せしめていることになる。また、「当該不動産に関して有効な取引関係に立てる者」に第三者を限定する説についても、同様のことがいえる。背信的悪意者といえども、その多くは、当該不動産に関して有効な取引関係に立てる者である。以上の論理が正しいとすれば、背信的悪意者は、民法一七七条の第三者に該当するとみななければならない。本判決事案においても、不動産物権の第二譲受人を第三者に該当せしめなければならないにも拘らず、本最高裁判決は、従来の第三者範囲論の枠内で構成する背信的悪意者の理論を踏襲しているから、著しく信義に反してなした登記のゆえをもって、背信的悪意者として第三者から除外せしめているといえよう。対抗問題に入る前に、第二譲受人の所有権取得自体を重視しなければならない。

具体的な事例として、不動産物権の三重譲渡の場合を考えてみよう。第一譲受人乙、第二譲受人丙らが未登記の間に、第三譲受人丁が乙に対して著るしく信義に反する方法にて登記を済ました事例である。この場合、丁は、乙に対する関係では背信的悪意者として当該不動産所有権の取得を対抗できないが、丙に対しては対抗しうる地位にあると

いえる。しかしこの場合、そう断定してよいものか、はなはだ疑問である。けだし丁に優先する乙が、丙に対しても優先しうるか、また、最初に乙・丙が争った場合にはどう判定すべきか、或いはまた、同一訴訟手続にて三者が争った場合には、その三者の優劣をどう判定すべきか、等々複雑な問題が生ずる。このような事例においては、對抗問題を離れて、より高次の法的視野から解釈論を見出すべきではなからうか。すなわち信義則ないし権利濫用の法領域における解釈論を、右の場合に試みたいのである。

(2) これまでの判例でみられたように、登記を有するにも拘らず背信的悪意者として、特定の人に対し登記の欠缺を主張しえないという判断は、公示の原則が目的とする法的安定と、今日の経済社会における個々の事情に基づく具体的妥当性を比較衡量した結果、後者を優先せしめたものである。とすれば、その法理論構成にあたっては、對抗問題ないし第三者に内在する問題として、民法一七七条における従来の法概念の領域にて捉えるべきではなく、信義則その他の法の一般理念に求めるべきであろう。けだし不法または不当な手段で自己の利益のために法定の形式を利用するような者に対して、公示制度の欠陥としてその枠組の中で処理すべきではなく、公示の原則の枠外における個別問題として、信義則上、処理されるべきものと思うのである。

(3) 对抗要件を具備すれば、背信的悪意者の如き者までも、無制限に保護すべき理由はない。それゆえに、彼を第三者から除外せしむべきであるとの主張は、一応の根拠があろう。しかし彼を第三者に該当せしめるか否かの標準は（今日では諸説があるけれども）、少なくとも物権的な利害関係を有する者か否かによって客観的に決めるべきである。従って例えば、経済的社會事情などの社会生活上の利害関係、および人的・身分的關係、などの物権的利害関係以外

の事実上の要因によって、第三者の範囲を定めるべきではないと考える。もし、これらの事由によって第三者の範囲を定めることがあるとすれば、場合によっては実質的無権利者も保護されるべき事実上の要因の存するがゆえに、第三者に該当されるようなことも生じうる、といえそうだからである。

四 結 語 筆者は、以上述べた理由により、背信的悪意者でも第三者に該当せしめるべきものと考えている。殊に本判決の事案で紹介した如く、背信的悪意者とされた丙は、乙の仮処分登記を抹消して完全な所有権にするという確約を売主甲から得たので、本件不動産を買い受ける契約を締結したのである。そうとすれば丙を当該不動産所有権の譲受人として、第三者に該当せしめなければならないものと考えている。

次に問題となるのは、不法な手段を用いて登記をなした背信的悪意者に対しても、民法一七七条の原則を認めうるか、ということである。かかる場合にも、公示の原則に従って画一的形式的に取扱うべきか、それとも公示の原則の妥当する範囲外として取扱うべきか、という問題である。筆者は、これまで再三述べてきたように、背信的悪意者といえども、法定の形式を具備する限りは、画一的に取扱うべきであると考えている。けだし公示の原則の例外的取扱いを認めることは、公示の原則の崩壊を意味し、それだけ取引の安全が害されることになるからである。この点に關し、不登法四・五条の明文をもって、第三者から除外される背信的悪意者を定めた規定である、と解する説がある。

(前述)しかし、不登法四条五条は例外であり、それに該当しえないあらゆる場合にまで、この理論を敷衍すべきではない。また右の法文は、かような背信的悪意者を定めたものではなく、その相手方(例・他方の譲受人)が未登記の故に不利益を受けない、という特殊な規定であるとする説もある(鈴木・物権法 講義三三七頁)。これを本判決事案にたとえると、背信

的な丙のゆえに、譲受人乙が登記をしていなかったとしても、そのことが乙を非難する理由にならない、ということであろう。

さて、以上のように解すると、背信的悪意者でも所有権を取得し、法定の要件を具備した登記ある限り完全な対抗力を有する者となる。しかしこの理論構成は、物権法体系の領域において妥当するものであって、それより高次の私法一般条項（信義誠実の原則、権利濫用の法理など）の領域においては、なお、具体的個別的に検討されなければならない。すなわち、私法一般条項と物権法体系との間に、上下の次元関係を認め、下位次元の物権法体系を上位次元の一般条項が包摂する、という私法体系の階層的組合せによる考察態度が必要である（階層的論理について、詳しくは、中村宗雄博士・民以下、民事訴訟法学の主要問題）。従って本件の場合、物権法体系においては、丙は売買契約と登記とにより対世的な所有権を取得するけれども、この理論は、上位次元の信義則の法理に包摂されるから、なお、その判断を受けなければならない。しかしして丙は、信義則違反として、その規整を受け、結果において判旨の如き処理を受けることになる。

ところで信義則などの一般条項の適用範囲を広く認めることは、その規整する標準が明確でない理由から、妥当な事案の解決に役立たないという議論も成り立つ（*in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933.*）。しかし一般条項による規整は、それに包摂される各法条によって異なるから、一定の客観的標準を与えることはできず、むしろ具体的事情によって個々に定立すべき問題である。しかし各法条ごとに信義則等を個別化し具体化した規整を構築することが、今後の課題ではないだろうか（背信的悪意者認定に関する文献としては、横・法律時報三八巻二）。但し多くの法条は、信義誠実の原則を基礎としているから、その法条を適用するのみで正当な解決が得られるだろう。しかし民法一七七

条には、その機能を有しないから、これまで述べたような理論構成をとらなければならない。

なお、背信的悪意者理論に関連する重要な問題も多く存するが、本研究で論じえなかった。例えば、背信的悪意者からの善意転得者保護の問題、背信的悪意者認定の客観的基準（限界）などである。そしてまた背信的悪意者排除説（第三者除外説）に対する具体的事例の検討（例えば、背信的悪意者の判決前後における所有権の帰属関係、背信的悪意者とその相手方の譲受人（転得者）との対抗関係など）があった。他日を期したい。