

# 民法演習 I ・ 第6回講義の補足説明

2017年5月18日 微修正

松岡 久和

以下は、松岡久和『物権法』（成文堂、2017年）132-139頁のダイジェストを今回の教材に合わせて書き直したものです。もっとも、私個人の見解は、同書136頁に譲ります。より詳しい勉強には、同書139頁の文献を読んでください。

## 1 本日の学習の中心的なポイント

### (1) 背信的悪意者排除説形成までの経緯

旧民法財産編350条は第三者を善意者に限っていたが、現行民法の立法者は、善意・悪意の区別が困難なこと、悪意者排除を認めると登記で決着がついたはずの紛争が登記具備者の悪意を理由に蒸し返され訴訟が頻発すること、悪意者の登記が無効となり転得者の取引の安全を害することなどを理由に、自覚的に旧民法の規律を引き継がなかった。177条には、「第三者」の善意・悪意を問わない善意悪意不問説が採用された。

学説では、立法前後から悪意者排除説も主張されていた。悪意者排除説は、登記は隠れた物権変動の主張により第三者が不測の損害を被ることがないようにするための公示制度であり、登記がなければ物権変動は生じていないとの第三者の（消極的な）信頼を保護するものだから、権利変動を知ってそのような信頼を有していない悪意者は保護する必要がないとした。一方、善意悪意不問説の側も、自由競争論を持ち出して論拠を強化した。

1950年代半ばから、下級審裁判例には、登記を備えた第三者の主観的態様を問題にする判決が増え、旧不動産登記法4条・5条の類推適用、信義則違反、権利濫用、第二譲渡契約の公序良俗違反による無効など多様な構成が用いられた。舟橋諄一は二度の改説を経て背信的悪意者排除を明確に打ち出し（舟橋『物権法』（有斐閣、1960年）183-184頁）、これが昭和40年代以降に最高裁（否定例であるが最判昭40・12・21民集19巻9号2221頁、肯定例としては参考判例の最判昭43・8・2民集22巻8号1571頁が最初）に採用され、通説化した。

### (2) 背信的悪意者排除説の内容

背信的悪意者の概念や転得者保護の問題には、論者により違いがあるが、同説を提唱した舟橋の見解は次のとおり。

①資本主義的自由競争の原理が認められる限り、たとえ他人がすでに所有権を取得した場合でも、原権利者に対しより有利な条件を提供して争うことは許される。

②二重譲渡の場合、第一譲受人は登記によって自己の地位を確保することができたのにそれを怠った手落ちがある。

③したがって悪意の第2譲受人は、その行為態様が信義則に反するときに限り、生活上正当な自由競争の枠を超えるものとして保護されない。

④旧不動産登記法4条・5条（現在は5条1項・2項）の規定は自由競争の限界づけを例示したものであり、背信的悪意者認定の基準となる。

### (3) 背信的悪意者と転得者問題

検討判例は、背信的悪意者も所有権取得者であり（原審のような背信的悪意者は無権利

者とする論理を否定)、第一譲受人との関係で信義則上登記の欠缺を主張できないにすぎない。それゆえ、背信的悪意者から所有権を承継取得する転得者自身がXとの関係で背信的悪意者と評価されるのでないかぎり、登記を備えればXに対抗できる、とした。

他方、善意者からの転得者については、最高裁判例はなく、発展課題の参考判例が、第二譲受人が背信的悪意者でなくても、転得者が第一譲受人との関係で背信的悪意者に当たれば、第一譲受人は登記がなくても転得者に対して所有権取得を対抗できるとした。課題判例もこの参考判例も、未登記の第一譲受人と第二譲受人からの転得者との関係にも177条を適用し、第二譲受人が背信的悪意者であってもなくても、転得者自身が第一譲受人との関係で背信的悪意者と評価されるかどうかを判断すればよいとする。転得者の処遇全体を通じて判例を相対的構成と呼ぶことが多いが、学説に反対が多いのは、善意者からの転得者を問題にする後者の場合であり、前者については現在ではほとんど異論がない。

検討判例以前の学説では、転得者の保護につき、対抗問題の法的構成とも関連してさまざまな見解が唱えられていた。検討判例以後は、これを支持するのが多数説のようであるが、異論もある。

すなわち、①背信的悪意者からの転得者につき、転得者は、第一譲受人に劣後する背信的悪意者(第二譲受人)の地位を引き継ぐにすぎないから、善意であっても権利を取得できないとする原審のような考え方である。これは177条を、同一権利者からいわば枝分かれした所有権取得原因相互の優劣決定に限るルールとして理解し、転得者との関係には同条を適用しないという考え方である(94条2項の類推適用が主張されているが、前回取り上げたように、故意の外観作出またはそれに類する強い帰責性がないと類推適用はされない)ので、結局、転得者は善意・無過失であっても保護されないことになり、取引の安全を害すると批判される)。

②また、①の問題とは別の次元で、いったん善意者に登記が取得されると、転得者に対しては、その主観的態様にかかわらず、第一譲受人は権利主張ができない、とする考え方も有力である(絶対的構成。①の考え方は絶対的構成とは呼ばない。善意者の登記具備によって優劣関係が確定するという考え方を指す。瀬川117頁)。その論拠は、善意者の登記時点で第一譲受人の所有権が確定的に失われること(未登記権利者の失権)、および、転得者がトラブルの状況を知っていても権利関係が確定したとしてその者に安心して買ってもらえるとして初めて登記済の善意の第二譲受人を十分に保護することができること(善意の第三者の転売可能性を含めた十分な保護)、である。

## 2 背信的悪意者排除説に対する批判

①背信的悪意者の概念が不明確で背信性の存否の判断が困難である。②本来債権関係で働く信義則をそういう関係のない第一譲受人と第二譲受人の間に適用するのは不当である。③債権契約の競合の段階を越えて第一譲受人の所有権取得後にまで自由競争の論理を援用することは不当である。④不動産登記法5条は、悪意を要件としていない、などが代表的である。さらに、松岡は判例・裁判例を分析し、背信的悪意者の実質は文字通りの悪意プラス背信性を必要としていない、と指摘した。

すなわち、まず、第二譲受人が第一譲受人と同一視されうる特殊な関係にある場合には、善意であってもそもそも第三者として競争に加わる資格を欠くとして、悪意がきわめて緩やかに認定されるか、実質的に不要とされている（準当事者類型）。検討判例のE・Fは、Dと代表取締役Cが実質的なオーナーであるため、Dと同視され、あらためて悪意や背信性を認定する必要はない。他方、準当事者に当たらない一般の取引者の場合（不当競争類型）においては、参考判例のように悪意に加えて違法性が強い者が第三者から排除されるのは当然である。第一譲受人がすでに権利を取得して登記名義人がすでに無権利者になっていることを知らない者は保護され、知っている者は保護されていない。たとえば、背信的悪意者であることを否定した上記1(1)の最判昭40・12・21の第二譲受人は、従前の建物賃借人が贈与によって当該建物の所有権を取得したことを承認してその敷地を長年賃貸していた者が、登記されるまでは建物の所有権が自己に留保されていると誤信した譲渡人（従前の建物賃借人）から、その言を信じた結果同人に同情して同一建物を買った事例であり、第二譲受人は、登記名義人の言を信じた善意者である。このように、不当競争類型における判例・裁判例の実質的な限界線は、善意者保護・悪意者排除と理解することができる。

学説では、現在も背信的悪意者排除説が多数と思われるが、そこには二つの異なる方向がある。すなわち、一方では、背信的悪意者排除を177条とは別次元の信義則違反・権利濫用という一般法理の具体化と捉え、背信的悪意者排除をきわめて例外的なものとする見解がある（鈴木禄弥）。他方では、現地調査もしないで占有者・利用者の存在を無視する者には重大な過失があり、善意であっても排除されうるとして背信的悪意者概念をきわめて緩やかに解する見解もある（広中俊雄）。

さらに最近では、信義則違反に重点を置いて背信的悪意者排除の法理を理解し、悪意の存在を重視しない見解が増えている（加藤雅信、近江幸治、佐久間毅、山野目章夫などは悪意より行為態様の評価に重点を置く）。さらに、単純な悪意者排除（石田穰）や公信力説（石田喜久夫、半田正夫、篠塚昭次、鎌田薫）を中心として善意の過失者の排除をも主張する見解が少なくない（公信力説以外では内田貴）。

### 3 背信的悪意者の類型

具体的な事例での判断の基準を明確にするために、判例・裁判例を素材に背信的悪意者を類型化する試みが数多く行われている。その多くに共通する分類によれば、次のような場合が挙げられる。背信的悪意者の排除は二重譲渡以外の紛争類型でも広く主張されているが、典型的な所有権二重譲渡の類型で説明する。

#### ①親族関係があつたり法人とその代表者のように、譲渡人と第二譲受人とが実質上同一の地位にあるとみられる場合

最高裁判例には直接該当する例がなく、下級審裁判例には、元内縁の妻に建物を譲渡した夫が同一建物を妻に贈与した事例（神戸地判昭48・12・19判時749号94頁）、譲渡人と第二譲受人や転得者がすべて同一人の支配下にあった事例（東京高判昭55・12・15判時993号51頁。検討判例のD・E・Fの関係は上述のとおり、こういう関係）などがある。

#### ②第二譲受人が第一譲受人の所有権取得を承認し、これを前提とする行動をとりながら後にそれと矛盾する主張をするなど一種の禁反言則に反する場合

和解による第一譲渡契約に立ち会った者が後に第二譲受人となった事例（最判昭43・11

・15民集22卷12号2671頁)が典型である。背信的悪意者排除論を採用した最初の最高裁判例は、この類型に属する事例について、第二譲受人が背信的悪意者であることを否定した(上記の最判昭40・12・21)。

### ③第二譲受人に第1譲受人を害する目的や不当な利益を取得する目的がある場合

第一譲受人が20年以上管理してきた山林の登記もれに気付いた者が、第一譲受人に権利証を高く売りつける目的で譲渡人を教唆して評価額の数十分の一で第二譲渡をさせた場合(参考判例の最判昭43・8・2)が典型的な例である。

こうした事情に加え、第一譲受人の占有、第二譲渡の無償または対価の著しい低さなどが背信的という評価を基礎づける事実となり、逆に、第一譲渡の代金未支払、登記未了の帰責性などが背信的という評価を弱める事実となる。信義則違反が、対人的・具体的・個別的・相対的な判断であり、両者の事情を総合考慮するという枠組みだからである。

検討判例の第一審判決が、Yを怪しい点が多いとしながら背信的悪意者とはいえないとしたのは、③の昭和43年判例のような明確な強い違法性が見当たらないこと、X(松山市)の道路管理状況がずさんで登記不備の帰責性があること、Xが登記名義人Aを権利者として課税していること(Yが側主張しているようにXに上記②の要素があった)、Xが誤ってDに所有権取得の証明書を発給していることなどが考慮されたものと思われる。さらに、本件では、Xの所有権取得がYに対抗できなくても、道路敷地としての管理と妨害排除は可能であることから、背信的悪意者排除を認めなくてもよいと考慮されたのかもしれない。

他方、原審は、道路状況についてのCの悪意、不当な図利目的などを緩やかに認定してDを背信的悪意者だと評価しており、最高裁もそれを認めている。個人に道路敷地の所有権をとどめた私道を公道として道路指定する場合もあるから、道路としての利用から直ちにXの所有権取得についてCの悪意を認定することには問題がある。悪意+背信性という背信的悪意者の定式は、必ずしも文字通りに機能しているわけではない。

## 4 発展課題についてのヒント

上記1(3)で論じていますので、独立しては補足しません。