

## 研究

## 背信的悪意者と利益衡量

——登記懈怠と背信性との相関関係を中心に——

## 目次

- 一 はじめに
- 二 最高裁判決の分析
- 三 分析結果についての考察
- 四 結びにかえて
- 五 資料

田  
口  
勉

## 一 はじめに

### 一 問題の所在

背信的悪意者排除論とは、民法第一七七条の最重要課題の一つである二重譲渡において、第二譲受人は、単なる悪意者であるときは同条にいう第三者に含まれるが、自由競争から逸脱し、信義に反する場合には背信的悪意者として右第三者から排除されるという理論である。<sup>(1)</sup> 背信的悪意者排除論が第一譲受人と第二譲受人のどちらを保護すべきかにかかわる問題である以上、背信性の有無を判断するにあたって考慮されるべきは、第三者にあたる第二譲受人側の事情に限られず、第一譲受人側の事情も対象となると考えられる。第一譲受人の事情如何は、第二譲受人の背信性の有無についてはもちろんのこと、その強弱についても影響を与えるであろうと推測される。そして両者の事情を考慮すべしという考えは、両者の利益衡量を承認することになる。かつて有力な学説はこの点を指摘していた。<sup>(2)</sup>

その後の学説には、二重譲渡において未登記権利者がその権利を失う根拠は何かを問題とし、未登記第一譲受人側の事情を重視する学説があらわれた。すなわち、ある学説は、二重譲渡において未登記第一譲受人がその所有権を失う理由を登記懈怠という帰責性に求める。<sup>(3)</sup> また、いわゆる「公信力説」<sup>(4)</sup> は、未登記第一譲受人の帰責性を要件とし、これに対応して第三者の善意・無過失を要件としている。どちらも未登記第一譲受人側の事情としてとくに登記懈怠の帰責性を重視し、これを対抗問題の本質と結び付けて理解している点が注目される。そして、いずれ、右のような

当事者双方の事情を利益衡量すべしという考えが有力になるであろうと予想された。

しかし、これまでのところ学説は、このような利益衡量説を正面から主張したことはなかった。それは次のような理由によるものと思われる。背信的悪意者排除論はもっぱら同条にいう「第三者」の問題であり、第一譲受人が正面から問題とならなかつたこと、そしてこれに加えておそらく第二譲受人の背信性がきわめて強い場合が主に問題となり、第一譲受人の事情を考慮するまでもなかつたという事情もあつたのではないかと推測される。その結果、もっぱら第三者にあたる第二譲受人側の事情のみが考慮され、第一譲受人側の事情が考慮されることはほとんどなく、せいぜい「第一譲受人側に目的物の占有・利用があること」が背信性を強める要因として考慮される程度であつた。これ以外の第一譲受人側の事情（たとえば登記懈怠の責任の有無など）<sup>(5)</sup> について考慮することには意味がないという評価がなされていたほどである。このようにして背信的悪意者か否かの判断において、第一譲受人側の事情は副次的にしか考慮されず、ましてや第一譲受人側の事情と第二譲受人側の事情とを利益衡量することは意識的には行われなかつた。

ところが、近時、最高裁は、右の利益衡量を行つたのではないかと推測させる判決を出した。未登記通行地役権者が承役地取得者にその通行地役権を對抗しうるかが問題となつた事例において、承役地取得者が民法一七七条にいう第三者に当たるかを判断するにあたり、本来であれば背信的悪意者排除論が問題とされるべき事案であつたところ、背信的悪意者排除論によらず信義則構成により、善意・有過失の承役地取得者は同条の第三者に当たらない、とした（最判平成一〇年二月一三日民集五二卷二二号六五頁）。この判決は、背信的悪意者論をあえて適用せず、未登記通行地役権者にとつてきわめて有利な判断枠組みを設定した特異な判決といえる。このような最高裁の判断を正当化する最も有力な理由としては、後に述べるように、登記懈怠について帰責性がないという未登記通行地役権者側の事情のほ

かには考えられない。すなわち、最高裁は、登記懈怠について帰責性がないという事情、さらに本件土地が通路として実際に利用され、外形上もそれが明白であるという未登記通行地役権者側の事情をも考慮し、これらの諸事情を承役地取得者側の事情と比較衡量した結果、未登記通行地役権者を後者よりも厚く保護すべきであると判断したがゆえに、承役地取得者が同条の第三者に当たするためには善意・無過失であるということを要するとして、その保護要件を加重したのではないかと推測される<sup>(6)</sup>。

右のような判例分析から、背信的悪意者の裁判例においても、最高裁は利益衡量を意識的には行わなくても、暗黙のうちに行っていたのではないか、未登記権利者側の事情が背信性判断に影響を与えていたのではないか、という解釈が生じるのである。はたして、この仮説は妥当なのであろうか。この点を検証するため、最高裁のこれまでの裁判例を再検討してみることは意味があるように思われる。その際、とくに第一譲受人側の事情として登記懈怠の帰責性がどうとらえられているかに注目したい。今日の学説上、対抗問題の本質として登記懈怠による帰責性がきわめて重要な意味を持っているからである。

そこで本稿では、最高裁の背信的悪意者判例において、第一譲受人と第二譲受人にはそれぞれどのような事情があったのか、とくに第一譲受人側の事情として登記懈怠の責任はどのようなものであったのか、そしてはたして両者の利益衡量が意味をもつと評価しうるのか、について検討したいと思う。

## 二 最高裁平成一〇年二月一三日第二小法廷判決

背信的悪意者に関する最高裁判例を検討する前に、筆者が右のような疑問をいさぐ契機となった最高裁平成一〇年

二月二三日第二小法廷判決（民集五二卷二号六五頁）を取り上げて、その理由を説明したい。

### 1 事実および判旨

【事実】 Aは、昭和四六年ころ、その所有する分筆前の土地を六区画の宅地及び東西三区画ずつの中央を南北に貫く幅員約四メートルの通路として造成した。右通路は、その北端で右分筆前の土地の北側に接して東西方向に通る公道に通じている。

Aは、昭和四九年九月、右六区画のうち西側中央の土地（以下「甲土地」という。）をXに売り渡し、その際、AとXは、黙示的に、右通路部分の北側半分に相当する本件係争地に要役地を甲土地とする、無償かつ無期限の通行地役権を設定することを合意した。Xは、以後、本件係争地を甲土地のための通路として継続的に使用している。

他方、Aは、昭和五〇年一月ころ、右区画のうち東側中央、南東側及び南西側の三区画並びに右通路部分をBに売り渡した。AとBは、右売買の際に、黙示的に、BがAから右通行地役権の設定者の地位を承継することを合意した。Bは、右売買後直ちに、本件係争地を除いた部分に自宅を建築し、本件係争地については、アスファルト舗装をし、その東端と西端に排水溝を設けるなどして、自宅から右公道に出入りするための通路とした。Xは、昭和五八年、甲土地に、東側に駐車スペースを設け、玄関が北東寄りにある自宅を建築し、本件係争地を自動車又は徒歩で通行して右公道に出入りしていたが、Bがこれに異議を述べたことはなかった。

Bは、平成三年七月、東側中央、南東側及び南西側の三区画をYに売り渡したが、YがBから右通行地役権の設定者の地位を承継するとの合意はされていない。しかし、Yは、本件係争地を含む右土地を買い受けるに際し、現にXが本件係争地を通路として利用していることを認識していたが、Xに対して本件係争地の通行権の有無について確認

することはしなかった。Xは、Yに対し、通行地役権の確認および設定登記手続き等を求めた。

第一審は、通行地役権の設定および承継について、Bが通行地役権を承継することについて明確な合意がなく、通行地役権の設定登記もなされていないから、B・Y間において承継の合意がなされたとはいえないとし、また、Yが、Xが現に通行していることを知っているからといって、その通行権を認めないことをもって背信性があるとはいえないとし、Xに通行地役権は認めなかった。しかし、囲繞地通行権が認められるとした。

原審は、合意による通行地役権のYへの承継は否定したが、Yは、背信的悪意者にあたるとした。すなわち、Yが本件五筆の土地を購入した際、本件土地が甲土地の通路として必要不可欠であることはその形状や利用状況から一見して明白であり、ここを通行できなくなればXに多大の損害が生ずることを認識しており、このことから通行する何らかの権利が設定されていることを当然に知っていたかあるいは容易に知り得たのであるから、Yは背信的悪意者にあたるとした。

Y上告。上告理由として重要な点は、背信的悪意者とは、実体上物権変動があつた事実を知る者であることを要するが、原審はYが通行地役権の設定されていることについて悪意であつたことさえ認定しておらず、それにもかかわらず背信的悪意者論を適用するのは、これまでの最高裁判所の判例の射程範囲を著しく逸脱する、という主張である。

### 【判旨】 上告棄却。

「通行地役権の承役地が譲渡された場合において、譲渡の時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であつたときは、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らな

かつたとしても、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないと解するのが相当である。その理由は、次のとおりである。

(一) 登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しない者は、民法一七七条にいう「第三者」(登記をしなければ物権の得喪又は変更を對抗することのできない第三者)に当たるものではなく、当該第三者に、不動産登記法四条又は五条に規定する事由がある場合のほか、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事由がある場合には、当該第三者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらない。

(二) 通行地役権の承役地が譲渡された時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、要役地の所有者が承役地について通行地役権その他の何らかの通行権を有していることを容易に推認することができ、また、要役地の所有者に照会するなどして通行権を有していることを容易に推認することができる。したがって、右の譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らないで承役地を譲り受けた場合であっても、何らかの通行権の負担のあるものとしてこれを譲り受けたものというべきであって、右の譲受人が地役権者に対して地役権設定登記の欠缺を主張することは、通常は信義に反するものといふべきである。ただし、例えば、承役地の譲受人が通路としての使用は無権原でされているものと認識しており、かつ、そのように認識するについては地役権者の言動がその原因の一半を成しているといった特段の事情がある場合には、地役権設定登記の欠缺を主張することが信義に反するものといふことはできない。

(三) したがって、右の譲受人は、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠缺を主張することについて正当な利益を有する第三者に当たらないといふべきである。なお、このように解するのは、右の譲受人がいわゆる背信的悪

意者であることを理由とするものではないから、右の譲受人が承役地を譲り受けた時に地役権の設定されていることを知っていたことを要するものではない。」

## 2 本判決の意義および問題点

(1) 本件の特徴は、一言でいえば(通行)地役権者が地役権の設定された土地所有権の取得者に対し対抗しうるかが問題となった点である。地役権は登記すべき物権の一つであり(不動産登記法三条四号)、物権変動に関する基本原則が適用されるべきことは言うまでもなく、これを第三者に対抗するために登記を要する(民法一七七条)。しかし、学説は、通行地役権の特殊性にかんがみ、右の登記の一般原則をそのまま適用することに反対してきた<sup>(7)</sup>。そして判例の評価に関してであるが、「実質的には『通行地役権は原則として登記なくして第三者に対抗できる』との価値判断をもっている」と主張する見解さえあった<sup>(8)</sup>。沢井教授の主張される「法定通行権」も登記なくして対抗しうるという意義を有しているといえる<sup>(9)</sup>。

このような状況において、本判決は、通行地役権の設定された土地の譲受人が未登記の通行地役権者に対し、登記欠缺を主張することができるかが問題となった事例において、①従来の背信的悪意者排除論によらず、信義則違反という新たな基準を採用し、②善意・有過失の第三者は、悪意者とはいえないため背信的悪意者にも該当しないが、それでも信義則違反から正当の利益を有しないものとなりうることを承認したものである。これをもって、判例は背信的悪意者論から信義則違反へと移行し、悪意者排除論を採用したのではないかと注目されたが、その後、本判決は、通行地役権の特殊性によるものであるから、悪意者排除論を一般的に採用したものではないという評価に落ち着いている<sup>(10)</sup>。



(2)そこで疑問となるのは、本判決が、地役権も物権であるとして民法一七七条の枠組みでの処理を維持しながらも、通常の背信的悪意者構成をとらず、信義則構成により善意・有過失の第三者を排除して実質的に有力学説と同じ帰結を承認した理由はどこにあるのである。通行地役権の特殊性には違いないが、どのような点が特殊なのかより掘り下げて検討する。

第一に考えられるのは、背信的悪意者構成と信義則構成に違いがあつて、判例は両者を使い分け、後者の構成では善意・有過失の第三者排除という効果を認めてきたのではないかという推測である。しかし、判例を検討すると、判例は両者にこのような違いを認めず、どちらの構成においても背信的悪意者を問題としてきている。

未登記の通行地役権の対抗に関する下級審判例を法律構成によつて類型化すると、第一に、もっぱら取引動機の不法性を重視した背信的悪意者論によるもの(東京高判昭和四八年六月二八日判時七一四号一九一頁)、第二に、通行の事実を知つて買い受けたという事実に加えて、通行者側の必要性と、承役地所有者の損失とを比較衡量し、権利濫用の法理によるもの(東京地判昭和四一年一〇月二九日判タ二〇〇号一五三頁)、第三に、平成一〇年判決と同様に、信義則の法理によるもの(東京地裁八王子支部平成元年一月一九日判例時報一三五四号一〇七頁、東京高判平成八年七月二三日判例時報一五七六号四四頁)などがある<sup>(12)</sup>。

以上のうち、最後の信義則の法理による諸判決は、善意・有過失者排除という効果を認めていたかだろうか。この点について、法構成による違いはこれまでの判例上認められないのである。たとえば、通行地役権に関して本判決と同様に信義則構成をとつた前掲東京地裁八王子支部平成元年一月一九日は、「被告は、……本件土が原告らほか近隣居住者らにより、徒歩及び車両による通行の用に供させていることを知悉していた」と認定しているし、また、同じく通行地役権に関する前掲東京高判平成八年七月二三日は、信義則構成をとりながらも「第一審被告らは、いず

れも、前記の経緯で本件土地につきなされた合意（少なくとも黙示の合意）によるその設定が認められる通行地役権の負担のあることを十分に承知して右通路に沿って存在する宅地と共に右通路であることが明白な状況にある本件土地（承役地）を買い受け」たと認定している。いずれも悪意が認定されており、信義則構成によっても悪意が不要となるという対応関係はみられず、やはり背信的悪意者が問題とされると推測される。本判決は、通行地役権の対抗が問題となる事例において、善意・有過失者も信義則違反になりうることを認める判例がなかったところ、はじめてこれを承認した判例である。

このように法律構成の違いが必ずしも背信的悪意者法理適用の有無を決定するものではないとすると、次に考えられるのは、地役権が土地利用権であるという性質によるのではないかという理由である。そこで同じく土地利用権である借地権の対抗問題をとりあげよう。

学説の多くは、通行地役権と所有権が対立する場合には通行地役権者を所有者よりも厚く保護すべきことを指摘している。<sup>13</sup> すなわち、①地役権と所有権は排他的な関係になく共存しうるから、地役権者を優先しても所有権者に格別の損害を与えないこと、②通行地役権者はそれがなければ生活が脅かされるほどの影響を被るが、土地の譲受人は通行地役権を負担してもそれほど不利益を被らないことである。以上のような利益状況から、地役権者は、所有者よりも厚く保護されるべきであるというのである。

同様の利益衡量が、利用権として通行地役権と共通する借地権の保護に関する議論においてもなされている。<sup>14</sup> そして問題となる第三者の悪意についてである。未登記借地人の保護をはかった判例は、信義則構成もしくは権利濫用構成によるものがあるが、どちらの場合にも第三者に悪意が必要とされる。すなわち「少なくとも建物の存在につき、新地主が悪意であること。これは一般に、権利濫用等の構成で新地主が敗訴せしめられるための、いわば最低限の要

件である。」という<sup>15)</sup>。したがって、利用権保護に配慮した場合であっても背信的悪意者が問題とされ、その限りで悪意認定が不要とされることはないといえよう。そうすると、利用権保護の要因は、平成一〇年判決が下した善意・有過失者排除論の重要な一要因であることは否定できないが、これのみによって導き出されたものではないといえるのではないか。利用権保護だけでは十分な根拠となりえないと思われる。

それでは、通行地役権がこのように取り扱われた最大の要因は、どこにあるのだろうか。それは通行地役権一般について次のような事情があることに求められるべきであろう。すなわち、まず通行地役権は黙示の合意によって成立することが多く、登記がなされることはまれであり、さらに地役権者が登記請求権を有するかについても近年まで明らかではなく、むしろ否定的に解されてきたことからすると、地役権者が通行地役権を登記することは実際上も法律上もほとんど不可能であったという事情があることである。これに加えて、同様に登記の困難さが問題とされてきた借地権については立法的措置が講じられ(旧・建物保護法、借地借家法一〇条参照)、借地権者の保護が強化されてきたが、地役権については立法的措置がとられず、地役権者保護が等閑視されてきたことも考慮されるべきであろう。以上からすれば、地役権に登記懈怠があつたとしても、その点について地役権者に責められるべき事由はまったくないといえる<sup>18)</sup>。このような地役権について、登記が可能であることを前提とする民法一七七条の法理とくに背信的悪意者法理をそのまま適用することは、著しく不当な結果をもたらすことは明らかである。以上のような点が、本判決が善意・有過失者排除説をとつた実質的根拠と考えられるのである。

## 注

(1) 鎌田薫「對抗問題と第三者」(星野英一他編集『民法講座之』(有斐閣 昭和四九年)所収)二二五頁。北川弘治「民法一七七条の

第三者から除外される背信的悪意者の具体的基準(1)〜(3) 判例評論二二〇号(判例時報五三八号) 一一二頁、判例評論二二〇号(判例時報五四一号)一〇五頁、判例評論二二二号(判例時報五四四号)一一二頁。

(2) 星野英一教授は以下のように述べられておられる。「民法一七七条の「第三者」の問題において第一譲受人側の事情を考慮すべきか否かは、一つの重要な問題たるを失わない。一般論としては「第三者の背信性」が問題なのだから、第一譲受人の事情を考慮するのはおかしいともいえる。……これは、民法一七七条の趣旨をどう考えるかにつらなる難問であるが、もしも、同条が登記のない第一譲受人を劣後させたことにはその怠慢を咎める趣旨も含まれる、と解しうるならば、やはり第一譲受人と第三者との事情を比較考量することになるのではないだろうか。また、第三者の背信性だけをとってみても、ある行為が背信的であるかないかは、相手方(ここでは第一譲受人)との関係でいえることであり、相手方の事情によって、同じ行為の背信性の有無・強弱が決まるように思われる。いずれにしても、今後の一つの問題であろう。」(星野英一「最判昭和四四年一月一六日民集二三巻一号一八頁判例評釈」法協八七巻六号五七頁〔六四頁〕)

さらに横梯次教授も同様の趣旨を次のように述べておられる。「第一の取引が単純な合意の段階を超えている場合には、第二の取引者要求される取引倫理がそれだけ強化され、法的な評価についても影響なしにはすまされない。そして、このことは意思主義的構成が不純化し、合意が代金支払や引渡と結合してくるとき、通常の形となるわけであり、問題は単純な合意と合意の優劣の決定ではなく、各取引は、その発展過程の差異によって初めから差等をもったものとしてあらわれ、登記による決定は、両取引の流通過程の面での比較衡量の考え方の抬頭によって、それだけ後退させられるのである(以下の事案でも、第一取引が単純な合意を超え、それだけに第二の取引が許的な色彩をもつ場合が多い)。」(横梯次「民法一七七条と背信的悪意者(最判昭和四〇年二月二二日民集一九巻九号二二二頁の評釈)」法律時報三八巻一一号一〇七頁)

(3) 鈴木録弥『物権変動と対抗問題 民法論文集六』(創文社 平成九年) 三頁以下。

(4) 鎌田教授は後述の最判昭和五七年二月一八日判例時報一〇三六号六八頁の評釈において、判例の背信的悪意者論に関して「問題とされるべきなのは、現在の背信的悪意者論は、背信性を否定する場合に、判決文中に、その判断に利益衡量の詳細を示さず、背信性判断の前提となるべき事実(たとえば、第二取得者の悪意)の不存在のみを記載することにより、事実上、背信性判断の当否をめぐる上告の途を閉ざす危険性を内包しているという点であろう。」(鎌田薫「判例評釈(最判昭和五七年二月一八日判例時報一〇三六号六八頁)」判例タイムズ五〇五号二二頁〔二四頁〕)とされる。

(5) 松岡久和教授は、この点に関する代表的といえる労作において「第一譲受人の登記懈怠という要因は、悪意の第二譲受人を保護するほどに強く機能してはいない。せいぜい第二譲受人が善意の場合に第一譲受人に不利に働くに止まり、この要因を無視するかの

ような判決すらある」と分析される(松岡久和「不動産所有権」二重譲渡紛争について(一)龍法一六巻四号(昭和五九年)八七頁)。(6)松尾弘「不動産物権変動における對抗の法理と無権利の法理の交錯」(川井健先生傘寿記念。取引法の変容と新たな展開)【平成一九九年 日本評論社】所収)一七四頁は、右平成一〇年判決の考えは、真の権利者の帰責性が軽いときは、第三者の保護の要件として善意・無過失を要求するのと同様であるとされる。

佐久間毅「民法の基礎 2 物権(補訂2版)」(有斐閣 平成二三年)八四頁は、「上記の判決は、単純に第三者の主観的事情……だから登記欠缺を主張する正当な理由の存否を判断するのではなく、物権変動の効果を主張する者と第三者の間に存する具体的な利益状況に照らして、第三者による登記欠缺の主張が信義に反しないかどうかを判断するという態度をとっている……。これをもう一步進めれば、たとえば売買による不動産所有権取得の對抗の可否についても、第三者の主観的事情だけを考慮するのではなく、取得者側の事情(たとえば、代金支払の状況、取得者への引渡しの有無、取得者による不動産利用の状況など)を第三者によるその事情の認識可能性の程度を勘案して、第三者による登記欠缺の主張の許否が判断されることになりうるとも考えられるからである。」とされ、利益衡量が、對抗問題一般に当てはまる可能性をも示唆される。

(7) 沢井裕「叢書民法総合判例研究⑩隣地通行権」(一粒社 昭和五三年)一六七頁以下、同「通行権について」(ジュリ増刊不動産物権変動の法理)【昭和五八年】一四四頁以下、岡本詔治「隣地通行権の理論と裁判」(信山社 平成四年)一六四頁以下。

(8) 岡本・前掲注(7)一六五頁。

(9) 沢井・前掲注(7)一四四頁以下。

(10) 川井健「判例批評」民商一一九巻三号四三三頁、石田剛「判例批評」法教二二五号一一〇頁、松尾・前掲注(6)一七〇頁。

(11) その詳しい検討については沢井・前掲注(7)一六八頁以下参照。

(12) 以上につき、大野秀夫「判例批評」判例評論四七七号(判例時報一六四九号)三四頁以下が簡潔にまとめている。

(13) 川井・前掲注(10)四三三頁、大野・前掲注(12)三四頁、石田剛・前掲注(10)一一〇頁など。

(14) 広中俊雄「對抗要件は悪意の第三者に対しても必要か」(幾代・鈴木・広中「民法の基礎知識(1)」(有斐閣 昭和三九年)所収)五四頁以下。

(15) 新版注釈民法(15)(平成元年)三六五頁以下(幾代通執筆)。

(16) 仁平正夫「通行地役権設定契約の成否をめぐって」判タ五一六号五一頁以下、岡本・前掲注(7)一六四頁。

(17) 本判決の原審は、通行地役権者の登記請求権を認めなかった。しかし、その後平成一八年二月一八日民集五二巻九号一九七五頁になってようやくこれを認めた(新版注釈民法(7)(平成一九年)九三七頁以下(中尾英俊執筆))。

(18) この点を指摘するのは、岡本・前掲注(7)一六四頁。

## 二 最高裁判決の分析

### 1 考慮されるべき要因

これから背信的悪意者が問題とされた最高裁判例を順次取り上げ、事案を詳細にみながら、当事者双方にどのような事情があり、それらが背信性の有無およびその程度の判断にどのような影響を与えたのかを検討することにする。

その前に、当事者の事情としてはどのようなものが対象となりうるのか、検討しておく必要がある。先行研究により<sup>(19)</sup>、背信性判断に影響を与えうる要因としてすでに指摘されている事情のほか、筆者の問題関心から重要であると思われる事情を加えると、以下のようになる。

#### 〔A〕未登記第一譲受人側の事情

##### (1) 所有権取得に関する事情（所有権取得または代金支払いの有無）

第一譲受人が所有権を取得しているか否かは重要な要因の一つとなりうると思われる。たとえば不動産売買契約において第一譲受人は最初は特定物債権者であるが、取引のある時点で所有権者になるという経過をたどるのが普通であろう。第一譲受人が特定物債権者であるのか所有権者であるのかによりその法的地位は大きく異なるから、その受くべき保護にも違いが生じうるのではない。以上から所有権取得の有無を考慮すべきと考ええる。

まず所有権取得に関し検討されるべきは、第一譲受人の取得原因が贈与などの無償行為によるか、あるいは売買などの有償行為によるのかによりその保護に違いを生じさせるべきかどうかである。第一譲受人が無償で所有権を取得した場合には、その所有権を喪失しても大きな被害ではなく、その保護の必要性は低いとも考えられるからである。無償行為により取得した場合の、保護の必要性の程度は一つの問題である。

次に、無償行為または有償行為により所有権を取得したか否かに注目することは意味がないという反論が予想される。すなわち、判例（最判昭和三十三年六月二〇日民集一二卷一〇号一五八五頁など）は、所有権の移転時期につき特定物の場合には原則として売買契約締結時とする。その結果、第一譲受人は売買契約締結によりただちに所有権を取得するから、問題となる場面では第一譲受人は、所有権者であるのが普通である。したがって、第一譲受人が特定物債権者か所有権者かを区別する意味がないのではないか、という反論である。確かに意思表示だけで物権変動が生じるとする意思主義（民法第一七六条）のものとは、特定物債権者か所有権者かを区別する意義は小さいけれども、今日の不動産取引では売買代金支払いが大きな意味を有している。学説では売買代金支払時に所有権が移転するという考えが通説といえるであろうし、実務においても所有権移転を売買代金支払時とする特約が合意されるのが一般的であり、判例もこのような特約の有効性を承認する。そうすると所有権移転は代金支払と密接な関連があり、代金支払がなされる前後により第一譲受人の地位に違いを認めるのはむしろ当然といえる。少なくとも代金支払いとの関係において、第一譲受人が特定物債権者かあるいは所有権者かは重要な意味を持つように思われる。

## （2）目的物の占有・利用に関する事情

多くの学説はこの事情をきわめて重視する。ある学説は、第一譲受人に目的不動産の占有があり、第二譲受人がそれを知っていたときはそれだけで背信性が認められるという<sup>20</sup>。このような学説の状況から、この事情を考慮すべきは



当然であろう。

筆者は、この事情をさらに細分化し、①目的不動産の引渡しを受け占有しているにすぎない状態と、②占有のうえさらに目的不動産を利用し、そこに相当額の資本を投下している状態とを区別すべきであると考える。第一譲受人が②の状況下にあるときは、①のときに比べて第一譲受人を保護すべき必要性が高まることは明らかである。さらに③利用期間の長短も要因となりうると思われる。第一譲受人の利用期間が長期に及ぶときは、それだけその保護の必要性が高まることは当然であろう。

### (3) 登記懈怠について責任

筆者が第一譲受人側の事情として最も注目する事情である。そして登記懈怠の帰責性があるかどうかだけでなく、その程度も考慮すべきと思われる。とりあえず帰責性の程度としては三段階にわけて分析していきたいと思う。最も帰責性の程度が「大きい」のは、第一譲受人へ移転登記するについて客観的に何らの障害もないにもかかわらず、もっぱら第一譲受人側の事情により移転登記がなされないまま放置された場合である。これに対し「小さい・全くない」にあたるのは、未登記が第一譲受人側の事情によるものではなく、たとえば登記簿が不正確なため登記することが不可能であるような客観的な事情によるものであり、第一譲受人に未登記についての帰責性があるとはいえない場合である。そしてこれらの中間としての「中程度」は、移転登記について譲渡人が非協力的な態度をとったことなどにより、登記をしないままに放置した場合である。この場合でも、第一譲受人にまったく落度がないときは「小さい・全くない」となる。第一譲受人にも何らかの落度があり、そのため譲渡人が非協力的態度をとるようになった結果、登記が困難になったような場合がこの「中程度」にあたる。もっぱら第一譲受人の落度によるときは「大きい」ということになる。この要因は、利益衡量の立場からは、帰責性が大きいほど第一譲受人の保護を否定すべき方向へ

と働くものである。

〔B〕第二譲受人側の事情

(4) 第一譲受人の存在について悪意であったこと

判例上も、第二譲受人が背信的悪意者であるためには、当該不動産がすでに第一譲受人に譲渡されていることを知っていることすなわち「悪意」が要件であるとされている。第二譲受人の悪意は、背信性が認められるための前提としてきわめて重要な要因である。

しかし、この「悪意」については、「悪意」の内容と対象が必ずしも明白ではないと思われる。まず「実体法上物権変動の事実を知る」というが、いったい何について知っていれば悪意とされるのであろうか。「実体法上物権変動の事実」として考えられるのは、まず第一譲渡の原因となった売買契約であるが、はたしてそれが存在することを認識するだけでよいのか、あるいはその詳細についても知らなければならないのか、はつきりしない。そもそも第一譲渡の詳細について直接関与していない第二譲受人はこれを知る立場にはない。すでに指摘されているように、第二譲受人が第一譲渡について調査すればするほど悪意者となり、保護される可能性が低くなるのに、おざりな調査しかしなければ善意者として保護される可能性が高まるのは矛盾であろう。<sup>(21)</sup>

さらに問題となるのは、当初悪意であった第二譲受人が、譲渡人の説明などにより第一譲受人が失権して無権利者となったと誤信したような場合である。誤信についてもっともな理由があるときは善意とされようが、軽率に信じたとき(過失があったとき)も善意としてよいのかは問題である。これは調査義務をどこまで認めるべきかという右の指摘とも関連する問題である。

以上のような問題状況からすると、判例が実際に悪意認定をどのように行っているのかはきわめて重要な点である。実際にどのような事情を知っていれば悪意とされるのか、そしてそれが背信性の有無やその強弱に影響を与えているのか、検討する必要がある。

#### (5) 譲渡の有償性

第二譲受人においてもその譲受けが有償か無償かが問題となりうるが、第一譲受人の場合とは異なり、「対価の不存在または著しい低廉さ」があったかどうかという観点から問題となる。これが肯定されると、背信的悪意者と認定される可能性が高まる。

#### (6) 権利取得行動・態様の背信性

「第一譲受人の登記手続を妨害した」とか「復讐目的や不当な利益を得る目的などがあった」という事情である。これらは従来から背信的悪意者の特徴（類型）としてすでに指摘されてきた。この事情と右(5)の事情とがそろえば、背信的悪意者として認定される。これらの事情はその背信性が強いいため、このような事情があれば第一譲受人の事情は考慮されない、といわれている。しかし、第一譲受人保護の必要性が大きいとか、登記懈怠につき帰責性が小さいというような第一譲受人側の事情が、背信性判断にまったく影響を与えないと言い切ることは早計である。また背信性が強い場合ばかりでなく、第二譲受人が第三者に言われてやむを得ず譲り受けたという場合のように、背信性が弱い場合もあるであろう。背信性が弱い場合には、とくに両者の利益衡量が重要な役割を果たすのではないかと予想されるが、実際の最高裁判例においてその点がどうなのか検証したい。

#### (7) 譲渡人と第二譲受人とに特殊な関係があったこと

「両者が親族関係にあった」とか「両者の経営者が同一人物であった」というような場合である。これも従来から背

信的悪意者の特徴（類型）として指摘されてきた点である。

（8）第一譲受人の権利取得について第二譲受人が過去に容認していたこと

この点も従来から、背信的悪意者の特徴（類型）として指摘されてきた点である。

それでは次に、右に指摘した事情が最高裁判例にどのような影響を与えたのか、についての検討に移ることにしたい。本稿で最高裁判例のみを取り上げるのは、背信的悪意者論は判例により展開されたものであり、それを指導した最高裁の判例を詳細に検討することが有益であると考えたためである。これに対しては、最高裁判決だけ取り上げるのでは件数が少なく、判例理論としての信憑性に問題があるとの異論もあろう。しかし、下級審判決の中には最高裁の考えから逸脱したと思われるものも含まれており、これらをすべて検討の対象とするとかえって判例理論を正確にとらえることができず、曖昧な結果に終わるおそれがある。このよう理由から、本稿では最高裁判決に絞って分析することにした。

## 2 個々の最高裁判決の分析

「五 資料」(二二二頁以下)は、以下で取り上げる最高裁判決の事案と判旨を紹介したものである。参考にしていただければ幸いである。

〔1〕 最判昭和三五年三月三十一日最高裁判集一四卷四号六六三頁、判例時報二二三号二〇頁

本判決で、第一譲受人が取得した権利は土地所有権である。最高裁は背信的悪意者排除論ではなく第二譲受人には登記の欠缺を主張する正当な利益なしと判断している。しかし背信的悪意者排除論が定着する以前の判決であり、一般に背信的悪意者問題を扱った判例と位置づけられている。それでは、それぞれの事情を検討しよう。

### 1 未登記第一譲受人側の事情

未登記第一譲受人側の事情として、以下のような事情を指摘することができよう。

#### (1) 所有権取得に関する事情

第一譲受人は、所有権を完全に取得したといえる。根拠としては、

(ア) 第一譲受人は、売買契約により本件土地を取得し、代金は支払い済みであった。

(イ) 第一譲受人は、地方税を名義人（譲渡人）に代わって四年間にわたり代納した。

(ウ) 第一譲受人は、魚津税務署長による本件土地の差押えに対し異議を申し立て、自らを所有者であると主張した。

(2) 目的物の占有・利用に関する事情

(ア) 第一譲受人は、本件土地の引渡しを受け、これを占有した。

(イ) さらに第一譲受人は、本件土地に資本を投下した。すなわち本件土地上に建物而建て第三者に売利用し、本件土地を右建物の譲受人に賃貸した。

(ウ) 利用期間の長さは、魚津税務署による差押えまで四年間。

(3) 登記懈怠についての帰責性

未登記であった理由は、譲渡人が関係書類の交付を怠ったためであるとされているのみで詳細は不明である。すでに代金を支払っているなど上記事情から推測すると、未登記の原因はもっぱら譲渡人側にあったと思われる。第一譲受人の登記懈怠について責任は小さかったと評価してよいのではないか。

右(1) および(2)の事情からすると、第一譲受人は所有権を取得しているといえ、これらの事情は第一譲受人を保護すべき方向へ導く要因(プラス要因)として機能しよう。これに加えて、右(3)の事情からは、未登記であったことの帰責性は小さかったといえる。以上からすると、正当な所有権者として保護されるべき必要性はきわめて大きかったと評価されよう。

2 第二譲受人側の事情

本件では税務署が本件土地を差し押さえた後、これを第二譲受人へ処分しているので、差押をした税務署の背信性

が問題となった。以下検討する。

(4) 第一譲受人の存在について悪意であったこと

税務署は、第一譲受人からの納税を承認していることから、第一譲受人が本件土地の所有者であることについて悪意であったと認定されている。税務署の担当者は人事異動があるから、このような場合には具体的に誰(どの担当者)が知っていたかではなく、客観的な事情から悪意とみなしてよいかどうかを問題とせざるをえないであろう。

(5) 譲渡の有償性

本件は、税務署による差押えであるから、この点は問題とならない。

(6) 権利取得行動・態様の背信性

税務署はいったん本件土地の所有者を第一譲受人と認めて地方税の代納を認めておきながら、本件土地の所有者を別の者(譲渡人)として、本件土地を差し押えた。これは、(8) 第一譲受人の権利取得について第二譲受人が過去に認容していたこと、にあたる。自ら矛盾した行動をとったことにより、その行動・態様は著しく背信的であったといえる。さらにさらに第一譲受人が差押えを解除しよう陳情したのに対し、税務署は書類を放置したまま失念していた、という事情もあり、税務署には誠実さが欠けるといわざるをえない。以上のような事情からすると、税務署の背信性はきわめて強かったといえよう。

### 3 利益衡量

そうすると、第一譲受人側の事情からはその保護の必要性がきわめて大きいと評価されるのに対し、税務署(第二譲受人)側にはきわめて強い背信性が認められ、その保護の必要性はなかった。以上を総合すると税務署が背信的悪意者とされるという結論になるのもつともなことである。

〔2〕最判昭和三六年四月二七日民集一五卷四号九〇一頁

本判決で第一譲受人が取得した権利は、山林所有権である。最高裁は、第二譲受人の売買契約は公序良俗に反し無効であるとして、第一譲受人を保護した。背信的悪意者法理が判例上定着する以前の判決だが、背信的悪意者が問題となった判決と位置付けられている。

### 1 未登記第一譲受人側の事情

未登記第一譲受人側の事情として、以下のような事情を指摘することができよう。

#### (1) 所有権取得に関する事情

第一譲受人は、売買契約により本件山林を取得し、代金を完済したので、所有権を完全に取得したといえる。

#### (2) 目的物の占有・利用に関する事情

(ア) 第一譲受人は、本件山林の引き渡しを受け、これを占有した。

(イ) 第一譲受人は、本件山林を維持管理し、資本を投下した。

(ウ) 第一譲受人は、約二七年間にわたり本件山林を占有・利用し、だからも本件山林の所有者として認められていた。

#### (3) 登記懈怠についての帰責性

判決には「種々の事情」で登記がなされなかったとあるだけで、詳細は不明である。これに関連して、次のような事実が認定されている。すなわち第一譲受人 X は、本件山林が譲渡人 Y<sub>1</sub> から第二譲受人 Y<sub>2</sub> へ売却されたことを知ってから、ただちに本件山林につき処分禁止の仮処分を申請し、Y<sub>2</sub> に移転登記がなされる前に、Y<sub>1</sub> に所有権移転登記手続を請求して本訴に及んだ、という。おそらく譲渡人 Y<sub>1</sub> が登記に協力的でなく、登記するためには訴訟が必要であった



事情がうかがわれる。未登記についてX側に帰責性がなくなかったといえたいが、Xに気の毒な状況ではあったといえる。

## 2 登記済第二譲受人側の事情

(4) 第一譲受人の存在について悪意であったこと

本件山林の所有者がXであることは周知の事実であり、 $Y_2$ もこの事実を知っており、Xが所有権を失うような事情もとくになかったようである。以上から、 $Y_2$ の取引安全を考慮する必要はない。

(5) 譲渡の有償性

第二譲受人 $Y_2$ は「判示低廉な価格で買受け」とあり、背信性を強める要因である。

(6) 権利取得行動・態様の背信性

上記第一譲受人Xによる訴訟の進行中、第二譲受人 $Y_2$ は、無断で $Y_1$ からの委任状を作成し、右仮処分取消決定を得て所有権移転登記手続をも完了した。仮に $Y_2$ がこのような不正な手段をとらなければ、Xへの移転登記が先行し、 $Y_2$ は登記できなかったはずである。これを妨害するため、 $Y_2$ は、Xが移転登記のために提起した右訴訟を不正な手段を用いて妨げた。 $Y_2$ の行動・態様はきわめて悪質であり、その背信性は強いといわざるをえない。

## 3 利益衡量

以上の諸事情を比較衡量しよう。第一譲受人X側は本件山林の所有権を取得し、二八年間にわたりこれを占有管理しており、その保護の必要性はきわめて大きい。ただし登記懈怠についての帰責性は少し認められ、その分だけ保護の必要性が減じられようが、これはわずかであろう。これに対し、第二譲受人 $Y_2$ はXの存在につき悪意であり、しかもようやく登記のためXが提起した訴訟を不正な手段で妨害したというのであるから、 $Y_2$ の背信性はきわめて強い。

両者の以上の事情を比較衡量すると、X保護の必要性がY<sub>2</sub>保護の必要性をはるかに凌駕し、Xが保護されるべきことに疑問は生じない。

本件では、Y<sub>2</sub>側にきわめて強い背信性が認められるので、ほぼそれだけでY<sub>2</sub>を保護すべきでないとの結論を導き出すこともできよう。これまでの背信的悪意者論が、X側の事情を考慮しなかったのも、このような事情によるものと推測される。

[3] 最判昭和四〇年二月二日民集一九巻九号二二二頁

事案の要点は以下の通りである。AはYから土地を賃借し、その地上に建築した建物をXに賃貸した。Aの口添えでYはXを賃借人として承認した。その後、Aは本件建物をXに贈与し、登記費用はXが負担することになった。しかし、Xは、登記費用を負担しなかったため、その後九一年間にわたってX名義のままであった。Aは、Xが本件建物の所有権を取得する意思はないものと考え、本件建物をYに売却し、移転登記を済ませた。XがYに対し、本件建物の名義の抹消を求めた。最高裁は、第二譲受人Yを背信的悪意者ではないと判断した。

1 未登記第一譲受人側の事情

(1) 所有権取得関する事情

(ア) 第一譲受人Xは、贈与により所有権を譲り受けた。

(イ) 第一譲受人Xは、本件建物の公租公課を負担した。

以上からは、第一譲受人が本件建物の所有権を取得したといえる。問題は、贈与などの無償行為による権利取得の場合にも、売買などの有償行為による権利取得の場合と同様の保護が与えられるべきかである。この点について、判

例は、無償行為と有償行為とをとくに区別して扱ってはいないように思われる。

(2) 目的物の占有・利用に関する事情

(ア) 第一譲受人Xは、本件建物を九年間使用した。

(3) 登記懈怠についての帰責性

移転登記に要する登録税その他の費用は、第一譲受人Xの負担とし、これをAに支払うまでは右移転登記を行わないことを合意したが、その後、九年ほど右費用を支払わず、移転登記は行われないうままであった。

登記懈怠については、譲渡人は協力的であり、第一譲受人はいつでも容易に登記をすることができたにもかかわらず、登記費用を負担せず（これを譲受人が負担するのが通常である）、そのため登記をしなかったというのであるから、登記懈怠について第一譲受人の帰責性はきわめて大きいといわざるをえないであろう。

2 第二譲受人側の事情

(ア) Aが二重譲渡をした原因

譲渡人Aは、登記懈怠に関する上記の事実から、第一譲受人Xにはもはや登記費用提供の意思がないものと判断し、かつ、登記するまでは本件建物の所有権は自分にあると考えていた。さらにXはYに対する地代の支払いも滞納するようになり、Aがその滞納分を肩代わりした。そこでAは、これ以上迷惑を受けないためにも、他に売却するほかにと考え、Yに本件建物の買取方を求めた。Yは、Aに同情し、Aの言を信じ、Aの申出のままの一二万円で買受けた。

Aが二重譲渡をした原因はもっぱらX側にあり、この点はX側に不利に働くであろう。

## (イ) A Y間の通謀

第二譲受人側の事情には問題が多い。まずAが二重譲渡をした右の事情からするとA Y間に通謀があったといっても、AがYに対しXの不誠実さを訴え、Xが本件建物の所有権を取得する意思のないことを説明し、Yはその説明を信じたというのであるから、通常通謀とは異なる。AはXをもはや所有者とは考えていなかったため、これをYに処分したのであるから、YにもXを害する意図はなかったといえる。この点を重視すると、Yの背信性は小さいといえる。

## (ウ) 第一譲受人の権利取得について第二譲受人が過去に容認していたこと

さらに問題を複雑にしているのは、Yは本件建物が建っている土地の所有者であり、本件建物がXに贈与された際に右土地をYに貸したという点である。すなわち、YはXを本件建物の所有者として容認していたのである。それにもかかわらず本件建物を譲り受けたのであるから、この点からYの背信性は強いといえる。そして、右(イ)の事情があることから、右容認行為による背信性が弱められるとみるべきかどうかの問題となる。

## 3 利益衡量

以上をまとめると、まず、第一譲受人X側の事情について、贈与による所有権取得をどう評価すべきかはひとまずおくとしても、登記懈怠についての帰責性が大きかった。この点は第二譲受人Yの背信性を弱める方向で影響するであろう。

他方、第二譲受人側についてまず問題となるのは、第二譲受人に第一譲受人を害する主観的な意図があったかどうかである。第二譲受人が本件建物を取得したのは第一譲受人が無権利者であるという譲渡人Aの説明を信じたためであり、そのように信じたことについて第二譲受人に軽率な点がなかったとはいえないけれども、第一譲受人を害する

意図はまったく認められなかった。そうすると主観的な意図に関して背信性はないといえる。しかし、さらに問題となるのは、冒頭の事実関係から明らかかなように、第二譲受人は過去に第一譲受人を本件建物所有者として容認していたという事情があったにもかかわらず、これを譲り受けたという点である。このような事情は、通常は背信性を認定するのに十分な根拠となりうる。ただ本件では、第二譲受人には第一譲受人が無権利者であるというAの説明を信じたと<sup>22</sup>いう同情すべき事情があり、この点から第二譲受人は善意者としてその背信性が否定されるべきであるという見解もある。しかし、客観的には第一譲受人は権利者だったわけであり、第二譲受人はAの説明を軽率にも信じたのであるから、その取得態度に落度ないし帰責性があることは否定できないと思われる。とはいえその落度ないし帰責性は、右の同情すべき事情により弱められよう。いわば中程度の背信性が認められるということができようか。

本件では第一譲受人と第二譲受人のどちらが保護されるべきであろうか。第一譲受人には登記懈怠について帰責性が大きく、その保護の必要性が大きくはない。他方、第二譲受人にも中程度ではあるが背信性が認められ、やはりその保護の必要性が大きいとはいえない。以上を比較衡量すると、どちらを保護すべきか決め手に欠ける状況にあるといえよう。そうすると、本件は通常の對抗問題として登記の有無により優劣を決めるべきであつて、背信的悪意者排除論によるべきではないという結論に落ち着くのではないだろうか。利益衡量を行った結論としては、第二譲受人を背信的悪意者と認めなかった本判決の判断は正當なものであつたといえる。

評釈は、第二譲受人を背信的悪意者であると認める見解が強い。<sup>23</sup>第二譲受人がその背信性の程度から背信的悪意者に当たり得るとしても、第一譲受人の事情も考慮すると、ただちに第一譲受人の保護を優先すべしということにはならないであろう。まさに本判決の妥当性は、第二譲受人の事情だけでなく、第一譲受人の事情をも考慮し、両者を比較衡量することによって、はじめて首肯されるのである。

〔4〕 最判昭和四三年八月二日民集二二卷八号一五七一頁

山林をめぐる二重譲渡が問題となった事案で、第二譲受人 Y は背信的悪意者にあたるとされた。

1 未登記第一譲受人側の事情

(1) 所有権取得に関する事情

(ア) 第一譲受人 X は、昭和四年一〇月四日付けの売買契約により本件山林を買い受けたと認定されている。

(イ) 代金支払いの事情については不明であるが、支払いがあつたものと推測される。

(2) 目的物の占有・利用に関する事情

(ア) 第一譲受人 X は、目的物の引渡しを受けて占有していた。

(イ) 利用期間の長さは、二四年間であつた。

以上からすると、第一譲受人 X は本件山林の所有権を取得したものとみてよい。

(3) 登記懈怠についての帰責性

第一審によれば、昭和四年に X は A から本件山林を買い受け、本件山林もそれに含まれていたのは確実であるが、売買目的物の表示に誤りがあり、本件山林はいわゆる「登記もれ」の山林であつた。その結果、売主 A が登記面上も未だ所有名義にとして残っていたとしている。原審も同様に「本件山林は被控訴人 X が訴外 A より買受けたものの、登記もれとなつていたというべきで、控訴代理人ら主張のいわゆる『落地』にあたるといわねばならない」と認定している。X が未登記であつた理由は、もっぱら登記簿自体の不正確さによるものといつてよい。本件の問題が生じた原因の一つは、登記簿の正確さにあつたというべきである。この点に関して X には責任はないから、X に登記懈怠の責任を問うことはできないであろう。それゆえ X の帰責性はないか、あるいは仮にあつたとしても小さいといえよ

う。

## 2 第二譲受人側の事情

(4) 第一譲受人の存在について悪意であったこと

譲渡人Aは本件山林の所在位置を正確に認識せず、Xに売却したかどうか不確かであったところ、Yは村図等を調査して本件山林がXの永年占有管理していることが明らかで、Xがすでに買い受けていることを知っていたと認定されている。すなわち悪意であった。

(5) 不当な利益を得る目的

Yは、Xに対し高値で本件山林を売りつけて利益を得る目的をもって、時価(二二〇万円)よりかなり廉価な三五〇〇〇円で買い受けた(後にさらに一五万円支払)、と認定されている。すなわち不当な利益を得る目的があった。

## 3 利益衡量

以上からすると、第一譲受人Xは本件山林の所有権者であり、その登記懈怠については帰責性がないといえる。これに対し、第二譲受人の取得行動・態様には強い背信性が認められる。両者を比較衡量すれば、第一譲受人が保護されるべきは当然であろう。

[5] 最判昭和四三年一月一日民集二二卷一二号二六七頁

差押債権者Yが民法一七七条にいう第三者にあたるかが問題となった事例である。差押えの対象は山林所有権であった。Yは登記の欠缺を主張する正当な利益なしとされ、右第三者にはあたらないとされた。

## 1 未登記第一譲受人側の事情

## (1) 所有権取得に関する事情

第一譲受人Xは、昭和二二年前父Aから贈与により本件山林の所有権を譲り受けた。後にX・A間の和解でこの点が確認された。

## (2) 目的物の占有・利用に関する事情

(ア) 第一譲受人Xは、目的物の引渡しを受け、自己のものとして使用していた。

(イ) 第一譲受人Xの利用期間の長さは、一八年間であった。

## (3) 登記懈怠についての帰責性

Xが未登記であった事情は不明であり、帰責性の有無および程度は分からない。

## 2 差押債権者側の事情

## (4) 第一譲渡の存在について悪意であったこと

Yは、本件山林の所有者を登記名義人Aとして差押えた。それ以前、XとAとの間で本件山林の所有権はXに帰属することを確認し、すみやかにAからXへ登記をすべきとの和解が成立した。その際、和解条項と題する書面が作成され、Yはこれに立会人として署名捺印した。以上から、Yの悪意は明らかである。

## (5) 第一譲受人の権利取得について差押債権者が過去に容認していたこと

Yは、X・A間の和解について書面が作成された際、これに立会人として他の親戚とともに署名捺印している。これにより、Yは、和解が成立したことの証人であるばかりでなく、和解内容の実現に尽力し協力すべき立場にあったといえる。それにもかかわらず、和解で認められたXの権利を否定する行動をとったことにはきわめて強い背信性が



認められる。

### 3 利益衡量

本件はどのように考えられるであろうか。まず、Xは贈与により本件山林を取得したが、本件の贈与は財産分与という意味合いがあつたのであろう、贈与者も権利を留保する趣旨からか移転登記をしなかつたとも推測される。後に親戚間で争いが生じたことがそのような事情をうかがわせる。Xが昭和一二年の贈与により本件山林を確定的に取得したかははっきりしないのである。そうすると、権利者でないXが昭和三〇年ころまで登記を懈怠したことについて責任があつたといえるのか疑問である。むしろ、A・X間で和解が成立した時点をもってXが所有者として確定し、それ以降の登記懈怠についてだけ問題とすべきであるように思われる。Yがその和解に積極的にかかわつてゐたことも、このような取り扱いを正当化するであろう。

他方、Yは、和解が成立したことの証人であるばかりでなく、和解内容の実現に尽力し協力すべき立場にあつたといえる。それにもかかわらず、和解で認められたXの権利を否定する行動をとつたことはきわめて悪質である。そうすると、Xが本件山林を確定的に取得した後、Yが差押えまでの期間はずかであり、Xの登記懈怠の責任は小さいのに対し、Yの行動・態様にはきわめて強い背信性が認められるから、Xの保護を優先すべきは当然であろう。

#### 〔6〕最判昭和四四年一月二六日民集二三卷一号一八頁

本判決は、根抵当権つきの本件建物をAから買受けたXが、根抵当権名義人Yに対し、名義抹消と根抵当権の不存を確認とを求めた事案である。本件根抵当権はもともとB会社を根抵当権者とするものであつたが、Bは本件根抵当権を解除し、Yらへ根抵当権抹消登記書類等を交付した。Yはこれらを用いてB名義の根抵当権をY名義に移転登記

していた、という事情があった。これまでの判決とは異なり、かなり特殊な事案である。

### 1 未登記第一譲受人側の事情

#### (1) 所有権取得に関する事情

Xは、Aから本件建物を買受け、登記をした。Xが所有者であることに疑問の余地はない。

#### (2) 目的物の占有・利用に関する事情

とくに問題となっていない。

#### (3) 登記懈怠についての帰責性

判例評釈には、Xが本件建物を取得した後ただちに根抵当権抹消手続をすればよかったのであり、これを怠った点に若干の不注意があったという評価がある。<sup>24)</sup>

### 2 根抵当権譲受人側の事情

#### (4) 根抵当権の消滅について悪意であったこと

第一譲受人の存在についての悪意ではなく、根抵当権が消滅していることを知りながらこれを譲り受けたのであるから、根抵当権の消滅についての悪意が問題となる。

#### (5) 態様の背信性

判旨は、「Yに右のような「根抵当権が消滅したことについての(引用者注)」悪意が認められたならば、譲受けの動機、経緯等において特段の事情がないかぎり、右認定のような立場にあるYが登記のないことを理由に根抵当権の消滅を否定し、譲受けにかかる根抵当権の存在を主張することは信義に反するところというべきであって、Yは、根抵当権の消滅についての登記の欠缺を主張する正当な利益を有」しない、と述べている。これは根抵当権の消滅を知

って譲り受けた者は原則として民法一七七条にいう第三者にあたらぬという規範を立てたものであり、悪意者排除説にはかならない。第一譲受人としても根抵当権登記があつたので、それを前提として売買価格を決めたであろうから、特に損害を被ることはない。はたして何が背信性判断の要因になったのか理解に苦しむ。評釈は悪意者排除説ではなく、背信的悪意者の事例として背信性がどこにあるのか説明しようと苦慮している。主として次の二つの点があげられている。第一は、第三者Yが第一物権変動である根抵当権放棄に立ち会っていること（これは前記「5」判決でも大きな要因であつた）、第二は、本件が物上保証であることに着目し、Yが譲受けることは自分のために物上保証人となつてくれた者を裏切るといふ形になること、以上の二つがあわさつて背信性が認められたのではないかとされている。<sup>(25)</sup>

### 3 利益衡量

以上のように本件は特殊な事案である。問題となるYの態様が、Xに対するものではなく、それ以外の者に対する態様なのである。そのため、比較衡量を認める論者も、本件についてはもっぱらYの事情のみから背信性が判断されたとして<sup>(26)</sup>いる。

#### 〔7〕最判昭和四四年四月二五日民集二三巻四号九〇四頁

Y<sub>1</sub>は、Aから本件土地建物を遺贈により取得し、本件建物をY<sub>2</sub>に賃貸した。その後遺産の再配分が協議され、Y<sub>1</sub>は本件土地建物をAの子Xに贈与すると合意された。しかし、Y<sub>2</sub>は、Y<sub>1</sub>から本件土地建物を買取つてくれるよう懇請され、本件土地建物を譲り受けたという事案である。

## 1 未登記第一譲受人側の事情

未登記第一譲受人側の事情として、以下のような事情を指摘することができよう。

## (1) 所有権取得に関する事情

遺産分割協議により、 $Y_1$ は本件土地建物をXに贈与することになったのであるから、第一譲受人Xはこれにより本件土地建物の所有権を取得したといえる。

## (2) 目的物の占有・利用に関する事情

右の協議では、本件建物の所有者はXだが、その賃料はBが取得するという合意があり、Bと賃借人 $Y_2$ との間であらためて本件建物についての賃貸借契約が締結されたという事情があった。賃料の支払を受けたのはBであったが、Xは所有者として本件土地建物を利用していたといえる。

## (3) 登記懈怠についての帰責性

第一譲受人Xは、登記をすべく本件土地建物につき処分禁止仮処分の仮登記をしていたが、 $Y_1$ の偽計のため右仮登記が抹消され、 $Y_2$ への移転登記が先になされたしまったという事情があった。遺産分割の再協議が成立したにもかかわらず、ごたごたが生じ、やむなくXは訴訟により登記をしようとした。このような事情からすると、Xとしてはできる限りのことはしていたのであり、登記懈怠について責任を問われるような状況は認められない。したがって、登記懈怠について帰責性はないといえる。

以上からすると、第一譲受人は、本件土地建物の所有権を取得し、未登記であったことの帰責性はなかったといえるから、正当な所有者として保護されるべき必要性はきわめて大きかったと評価されよう。

## 2 第二譲受人側の事情

(4) 第一譲受人の存在について悪意であったこと

$Y_2$ は、本件土地建物をXに贈与する旨の協議書に自己の氏名を書き入れ捺印したから、Xへの贈与を承認しており、悪意であったことは疑う余地もない。

(5) 譲渡の有償性

$Y_2$ と $Y_1$ が締結した売買契約の内容については不明である。

(6) 権利取得行動・態様の背信性

$Y_1$ は、Xに対し処分禁止仮処分の取下げを懇請したが、Xが応じなかったため、Xを騙して仮処分取下書に捺印させた、というのであるから、 $Y_1$ の背信性はきわめて強い。問題は、 $Y_1$ のように積極的な偽計を働かなかった $Y_2$ をどうみるかである。 $Y_2$ は、 $Y_1$ とともにX宅には赴かなかつたが、 $Y_1$ と同じ旅館に宿泊し、帰途の車中も一緒に右取下書に捺印をもらうまでのいきさつについて容易に聞ける状況にあった、という事実が認定されている。これをもって最高裁は、 $Y_1$ がXを欺罔して前記仮登記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、 $Y_2$ は協力したものとすべきである、としている。 $Y_2$ が右の偽計を行う $Y_1$ に同行したことにより、 $Y_2$ はもはや単なる傍観者ではなく、 $Y_1$ の協力者であったといわれても仕方がないであろう。そうであれば、 $Y_2$ の背信性はきわめて強いといえよう。

### 3 利益衡量

以上を比較衡量すると、第一譲受人Xを保護すべき必要性は大きいが、第二譲受人 $Y_2$ を保護すべき必要性はほとんどない、ということになろう。したがって、 $Y_2$ が背信的悪意者として民法第一七七条にいう第三者から除外されるべきは当然である。

## 〔8〕 最判昭和四五年二月二四日判例時報五九一号五九頁

本件は、讓渡担保権者Xと根抵当権者Yとが對抗関係に立つとの理解を前提に、Yは、Xの讓渡担保権取得につき登記の欠缺を主張するについて正当の利益を有する第三者にあたらないものとされ、Xが勝訴したという判決である。したがって、一応は背信的悪意者を取り扱った事案といえる。しかし、その実質をみると、これを對抗問題と位置づけることには無理があるように思われる。なぜなら、本件（詳細は後掲の事案判旨を参照していただきたい）の争点は、Xが讓渡担保権を取得する際Yは根抵当権を放棄したが、後になってYが行った右根抵当権の放棄の合意解約が有効か否かという点であった。合意解約が有効とされれば根抵当権が復活し、その結果、Xが害されることになるが、これが信義則上許されないことは当然であろう。これは對抗問題ではなく、単なる合意解約の有効性の問題にすぎない。したがって、本稿では、本件については分析しなかった。

## 〔9〕 最判昭和四八年四月二二日金融・商事判例三六九号八頁

土地所有権についての二重讓渡が問題となった事案で、第二讓受人が背信的悪意者とされた。

## 1 未登記第一讓受人側の事情

## (1) 所有権取得に関する事情

第一讓受人Xは、Aから本件土地建物を代金二五〇〇万円で購入受け、一〇〇〇万円を支払った。本件建物については所有権取得登記を了したが、本件土地についてはAとBとの間で登記抹消等の訴訟が係属していたため、残代金一五〇〇万円の支払いがAの勝訴判決後と合意され、未払いであった。残代金は土地所有権の代金に相当すると考えられる。X・A間の売買契約の合意事項が不明であるが、一般的には土地代金が未払いであったとすると、Xはまだ

所有権を取得しておらず、特定物債権者にすぎなかったといえよう。

(2) 目的物の占有・利用に関する事情

詳細は不明である。

(3) 登記懈怠についての帰責性

売買代金が未払いで所有権を取得してなかったとすると、移転登記を期待することは無理である。期待できるのはせいぜい仮登記であるが、これをしなかったからといって本件の事情からは、登記懈怠の責任を問うことはできないと思われる。

本件での第一譲受人の保護の必要性はどうであろうか。Xが代金を支払ったかどうかは大きな要因である。まだ代金が支払われていないときは、権利を失ったとしてもその被る損害はそれほど大きいとはいえず、それだけ保護の必要性は小さくなる。ただし、本件では、Xは本件土地にある本件建物も一緒に取得し、本件建物については代金を支払い移転登記までしている。おそらくXが建物と土地とともに取得することを重要視していたことがうかがわれ、本件土地取得について保護の必要性が大きかったことに留意しなければならない。

2 第二譲受人側の事情

(4) 第一譲受人の存在について悪意であったこと

第二譲受人YはAの親族であるから、Xへの譲渡は知っていたものと推測される。

(5) 譲渡の有償性

本件は交換であるが、その詳細は不明である。

(6) 不正な利益を取得する目的、妨害目的等

YはAに秘して、みずからAの訴訟の相手であるBと交渉したうえで、Aに訴訟を取り下げさせてから、Aとの間で、Y所有の土地と本件土地とを交換する契約を締結した。この点に関し、判決は、Yが本件土地を交換により取得したことに正当な理由がなく、その目的は、本件土地につきX名義の登記がなされるのを妨げることにあつたものと推定される、と述べている。その取得については不正な目的があつたといえよう。

(7) 権利取得行動・態様の背信性

第二譲受人Yは、Aの親族であつたこと、そして右の権利取得を妨害する目的があつたことを推測させるような狡猾な行動をとつたことから、その背信性はきわめて強いといわざるをえない。

3 利益衡量

以上からすると、第一譲受人の保護の必要性が大きく、第二譲受人の背信性がきわめて強かつたため、第一譲受人の保護が優先されたことは妥当であつたといえよう。

〔10〕最判昭和五七年二月一八日判例時報一〇三六号六八頁

本件田畑と本件溜池は一体をなしており、本件田畑を譲り受けた第一譲受人Xは、本件溜池も取得したと思ひ、これを占有・利用していたが、実はその対象となつていなかった。第二譲受人Y<sub>2</sub>は、土地台帳の記載に基づき溜池の所有者Y<sub>1</sub>から本件溜池を購入し、Y<sub>1</sub>名義で所有権保存登記をしたうえで、Y<sub>2</sub>への所有権移転登記をした。

1 未登記第一譲受人側の事情

(1) 所有権取得に関する事情



第一譲受人Xは本件溜池を時効取得した。

(2) 目的物の占有・利用に関する事情

本件溜池を長期間にわたり占有・利用していた。

(3) 登記懈怠についての帰責性

Xは、本件田畑を取得した際、本件溜池もともに取得したと勘違いしたのであるから、本件溜池についての登記手続を行うべきであった。当時本件溜池は土地台帳に記載があるだけで、その登記簿は作成されていなかったが、その登記手続を進める過程で、Xは自分が本件溜池の所有権を取得していなかったことに気づいたと予想され、溜池の取得についての話し合いがなされたことであろう。確かにXが主張したのは時効取得であり、右の事情は時効取得についての登記懈怠とは直接関係がないけれども、全く責任がないとも言いがたい。Xには登記懈怠につき一定の責任が認められるべきである。ただし、帰責性の程度は、それほど大きいものでなく、中程度ということになるうか。

2 第二譲受人側の事情

(4) 第一譲受人の存在について悪意であったこと

判決文からは、第二譲受人Y<sub>2</sub>は、土地台帳から本件溜池の本来の所有者を知ったことは明らかであるが、本件溜池についてXがいかなる権利を有していたのか、さらにはどの程度の確実性をもってこれを知っていたか、は不明である。Xが主張した贈与と時効取得のうち、贈与については第一審で否定された。焦点は、Xが本件溜池を時効取得したことをY<sub>2</sub>が知っていたかどうかである。この点は不明であるが、Xが長年利用してきたという事情があり、Y<sub>2</sub>は現地で土砂を採取していたのであるから、現地の事情をよく知っていたと推測される。したがって、Xが所有者として本件溜池を利用していたことを知っていたと評価してよいと思われる。

## (5) 譲渡の有償性

売買による取得であったが、その詳細は不明である。

## (6) 不正な利益を取得する目的、妨害目的等

第二審は、 $Y_2$ はXの所有権を害する目的で本件溜池を取得したものと認めがたいとし、最高裁もこれを支持した。その理由は、 $Y_2$ の本件溜池取得目的がもつぱら溜池所有者との紛争防止にあり、Xの池水利用権の妨害ではなかったことが指摘されている。<sup>(27)</sup>しかし、本件において、紛争防止の目的のため、 $Y_2$ が本件土地を取得すべき必要性があったとも思えない。要は、 $Y_2$ は、土砂採取についてXに口出しをさせないようにするため、Xから所有権を奪ったのである。このようなやり方には問題があり、不正な目的があったことは否定できないのではないかと、本件では $Y_2$ が背信的悪意者とされる余地が十分にあったといえる。<sup>(28)</sup>

## 3 利益衡量

以上から、 $Y_2$ は背信的悪意者とされる余地が十分にあり、背信的悪意者と判定されてもおかしくなかったといえる。それにもかかわらず $Y_2$ が背信的悪意者とされなかった理由はどこにあるのだろうか。それはX側の事情が $Y_2$ の背信性判断に影響を与えたために、その背信性が否定されたと考えるのが妥当ではないか。X側の登記懈怠についての帰責性と、 $Y_2$ の背信性とを比較衡量した結果、X側の帰責性が $Y_2$ の背信性を緩和する方向に働き、 $Y_2$ の背信性が否定されたとと思われる。すなわち具体的にみても、本件溜池について土地台帳しなく登記簿がなかったという事情があったとしても、Xは本件溜池の登記をあらたに作成するために何らの行動もとらなかった点に、Xに中程度とはいえない登記懈怠について一定の帰責性があった。この点が、 $Y_2$ の背信性を緩和し、結果的に $Y_2$ は背信的悪意者とは認められなかったのではないかと。このように本件は、両者の事情を利益衡量してはじめて、 $Y_2$ の背信性を否定することが正当

化され、根拠づけられうるのではないだろうか。

〔11〕最判昭和六二年一月二日判例時報二二六一号七一頁、判例タイムズ六五五号一〇六頁

Xは、Aに対して負担する債務を担保するため、X所有の本件建物にAのための譲渡担保権を設定した。Xは右債務を完済したが、その後Aは、本件建物をYに売却した。Yが本件建物につき所有権移転請求権仮登記を経由したので、Xが右仮登記の抹消を請求した。

1 未登記第一譲受人側の事情

(1) 所有権取得に関する事情

Xは、債務の弁済により本件建物の所有権を回復した。

(2) 目的物の占有・利用に関する事情

不明である。

(3) 登記懈怠についての帰責性

移転登記の抹消をしなかった事情については不明である。

Xが被担保債権を弁済して移転登記抹消をすることができるようになってから、Yが本件不動産の所有権を取得するまでの期間は一年二ヶ月である。これだけでは決め手に欠けよう。

2 第二譲受人側の事情

(4) 第一譲受人の存在について悪意であったこと

Yが本件不動産を取得した経緯については不明であるが、Aへの所有権移転登記の原因が譲渡担保であったことは

窺えないが、予告登記があったから、本件不動産が譲渡担保目的物であることについてYは悪意であった蓋然性が高いとされる。<sup>(29)</sup>

(5) 譲渡の有償性

売買による取得であったが、その詳細は不明である。

(6) 不正な利益を取得する目的、妨害目的等

とくに背信性が問題とはなっておらず、その詳細は不明である。

〔12〕最判平成八年一〇月二九日民集五〇巻九号二五〇六頁

本判決は、背信的悪意者からの転得者の取扱いについて最高裁がはじめて判断を下したものであるが、ここでは、背信的悪意者に焦点を絞って検討する。

XがAから本件土地を買い受け、道路として使用していたが、Aは本件土地をさらにY<sub>1</sub>(背信的悪意者)に譲渡し、さらにY<sub>1</sub>からY<sub>2</sub>へ、Y<sub>2</sub>からY<sub>3</sub>へ、Y<sub>3</sub>からY<sub>4</sub>へと転譲渡され、それぞれ移転登記がなされたという事案である。

1 未登記第一譲受人側の事情

(1) 所有権取得に関する事情

第一譲受人X(松山市)は、昭和三〇年三月、本件土地をAから売買により取得し、売買代金を完済した。

(2) 目的物の占有・利用に関する事情

本件土地は、遅くとも昭和四四年七月までにX所有の市道として通行の用に供されていた。Y<sub>1</sub>が本件土地をAから取得したのは昭和五七年であるから、占有期間は二七年間であり、後半の一三年間は市道として使用された。

以上から、Xは本件土地の所有権を取得し、これを市道として使用していたことから外観上も本件土地の所有者であったことは明白である。

### (3) 登記懈怠についての帰責性

Xが取得した本件土地について登記することができなかったのは、分筆登記の手続きに手違いが生じたためであるとされている。この手違いはその後訂正されることなく、本件訴えが提起されるまで続いた。この点についてXに帰責性はあるだろうか。分筆登記の手違いがどのように生じたのかは明らかではないが、本件の分筆登記は、Aが行ったものであろうから、責任はAおよび登記所にあるのであって、Xの責任を問うことはできない。むしろXは分筆登記をきちんと行わなかったAおよび登記所の被害者であった。それでは、Xは不真正な登記簿を訂正して登記すべきであったかが問題となる。不真正な登記を訂正するためには近隣の所有者との協議や場合によっては訴訟も必要となり、Xが個人であればそのような対応をとるのが一般的であろう。また、地方公共団体であるXにとつて、登記簿の訂正が取得目的である本件土地の道路使用に必要なときは登記簿訂正に積極的に取り組むであろう。しかし、本件のように登記簿を訂正しなくても、すでに道路使用の目的が実現されていたという事情があったことを考慮すると、登記簿の訂正に積極的に取り組まなかったとしてもこれをもつてただちに帰責性ありとすることはXにとつて酷であろう。したがって、Xに帰責性はなかったか、あるいはあったとしても小さかった、といわざるをえない。

### 2 第二譲受人側の事情

#### (4) 第一譲受人の存在について悪意であったこと

Y<sub>1</sub>の代理人は、Aから「登記簿上はつきりしないが、固定資産税を払っている土地（本件土地）があるようだ」という話を聞き、現地を訪れて本件市道が本件土地にあたることを確認した。したがって、Y<sub>1</sub>は悪意であった。

## (5) 譲渡の有償性

$Y_1$ は、道路でなければ六〇〇万円と評価した本件土地を五〇〇万円で購入した。著しく廉価であり、これは背信性を強める要因の一つである。

## (6) 不正な利益を取得する目的、妨害目的等

時価六〇〇万円の本件土地を五〇〇万円で購入するにあたり、 $Y_1$ は、万一土地が存在しない場合にも代金の返還は請求しない旨の念書を差し入れている。価格の廉価性と目的物を取得できなくても代金の返還をしない旨を合意するような売買は、通常の売買とはいいいがたい。不正な利益の取得を目的とする博打的な行為であることは明白であり、 $Y_1$ にはきわめて強い背信性が認められる。

## 3 利益衡量

以上からすると、 $Y_1$ の背信性がきわめて強く、 $Y_1$ を背信的悪意者と認定するには $Y_1$ 側の事情だけで十分であるといえる。しかし、あらためてX側の事情を見てみると、未登記の原因は登記簿の不真正によるものであり、Xには登記懈怠について帰責性がなかった、あるいは小さかったことは見過ごすことができなない点である。Xに帰責性がないときは、それだけXが厚く保護されてしかるべきであろう。また本件土地が市道として利用され、だれの目からも本件土地の所有者がXであることが明らかであった点も重要である。登記簿の正確さについて欠陥があり、取引安全が脅かされていたにもかかわらず、市道として利用されていることが客観的に明白であったため、取引安全よりもXの保護を優先することが正当化されるからである。また、本件では、X側に強い保護の必要性が認められるという事情も無視できないように思われる。X側にこのような事情があったからこそ、 $Y_1$ の背信性が問題なく認められたといえるのでないだろうか。

〔13〕最判平成一八年一月一七日民集六〇卷一号二七頁

Yは、鮮魚店を開業するため公道に面する間口を広げる目的で、Aから本件土地を購入し、その移転登記を了した。本件通路部分は本件土地の一部であったが、Bが自己の土地の一部であると信じて所有の意思をもって占有するようになったもので、その後、Xがこれを取得し、引き続き専用進入路として使用していた。Xは本件通路分の時効取得を主張した。

1 未登記第一譲受人側の事情

(1) 所有権取得に関する事情  
時効により所有権を取得した。

(2) 目的物の占有・利用に関する事情

本件通路部分を専用進入路として使用していた。Yが本件土地について登記を取得するまでのXの使用期間は、二三年間。

(3) 登記懈怠についての帰責性

Xが未登記であった理由は、本件通路分が他に取得した土地の一部であると勘違いしたことによるが、そのような勘違いを生じた原因は、本件土地がもとと溜池であって埋め立てられ、その際に作られた登記簿の公図が不正確であったことが原因である。第一審から本件通路部分が公図上のどの部分にあたるのか、本件土地に対応する登記はどれかが争点とされたほどである。責任はもともとの所有者であるAおよび公図を作成した登記所にあるのであって、Xにはない。以上の事情を考慮すると、Xが本件通路分を自己の土地であるとして登記済みであると誤信したことを責めることは、Xにとってあまりに酷であり、Xに帰責性があるとはいえない。

## 2 第二譲受人側の事情

### (4) 第一譲受人の存在について悪意であったこと

Yは、Xが本件土地の一部を専用進入路として使用していたことは知っていた。本件で問題は、Yは、Xが本件土地を時効取得したことまで知っていたかである。最高裁はYの悪意を認定するためには、Xが長期間占有していたことを知っていたら十分であり、一〇年ないし二〇年という時効期間を正確に知っている必要はないとし、Yの悪意を認定した。このような問題が生じた背景には、意思主義における物権変動の悪意は何について知ったときに認められるのか、明確ではないという事情がかかわっているように思われる。

### (5) 譲渡の有償性

Yは、時効取得なので、有償性はとくに問題とならない。

### (6) 不正な利益を取得する目的、妨害目的等

本件では、この点が不明であるとして原審に差し戻されており、最高裁の判断はわからない。Yが本件土地を取得した経緯は、鮮魚店を開業するための融資を受ける予定の銀行から、公道に面する間口が狭いとの指摘を受けたため、その間口を広げる目的でAから本件土地を購入したという事情がある。確かに、Yは、本件土地を取得することによりXが専用通路として使用できなくなり、これによりXが害されることは認識していたと思われる。この限りではXを妨害する目的が認められよう。しかし、Yは、もっぱらXを害する目的で本件土地を購入したわけではなく、融資を受ける予定の銀行から間口を広げるよう指導を受けたため、本件土地を取得せざるを得なかったという事情があることも無視できない。Yは積極的にXを害する意図はなかったため、その背信性を否定することはできないといえ、背信性の程度はそれほど強くはなかったと、言わざるを得ない。



### 3 利益衡量

以上から、本件のYは背信的悪意者であろうか。Yは第三者から指摘されてやむを得ず取得したのであって、Xに対して積極的な害意を有していなかったというY側の事情からは、Yを背信的悪意者とするほどの強い背信性を認めることはできない。そこで、次にX側の事情に目を向けてみよう。Xが本件土地について登記を懈怠した原因は、他の土地とともに本件土地も取得したと誤信したことにあるが、その誤信は登記簿公図が不正確であったことから生じていた。この点からするとXに過失があったことは否定できないが、これをもってXに権利を失ってもやむを得ないほどの重大な帰責性があつたと認めることは、Xにとってあまりに酷である。Xの登記懈怠の責任は軽微であつたといえる。

以上のようなY側の事情とX側の事情とを比較衡量すると、Yに認められる背信性はそれほど強くないけれども、Xの登記懈怠の責任が軽微であることを考慮すると、Xを保護すべきという結論になるのではないか。その結果、Yは背信的悪意者と認められるべきと思われる。なお仮定の話だが、仮にYが、Xにも本件土地の通路部分の使用を認めたという事情があつた場合には、Xには何ら損害が生じないのであるから、Xに登記懈怠の帰責性が全くなかつたとしても、Yは背信的悪意者とはされないであろう。

右の帰結は、背信的悪意者の要件を緩和したことによって導かれたものではなく、Xの登記懈怠の帰責性が軽微であつたという事情と、Yにそれほど強い背信性とはいえないが、少なくともXを害することは認識していたという事情とを比較衡量することによってはじめて導かれる帰結である。

注

- (19) 松岡・前掲注(5) 八二頁。
- (20) 鎌田薫「民法ノト物権法①(第3版)」(日本評論社 平成一九年) 八八頁以下、九四頁。
- (21) 水本浩「不動産物権変動における利益衡量」川島武宜ほか「私法学の新たな展開…我妻栄先生追悼論文集」(有斐閣 昭和五〇年) 所収頁以下。広中俊雄「物権法(第二版増補)」(青林書院 昭和六二年) 一〇八頁。鎌田・前掲注(20) 九三頁以下。
- (22) 松岡・前掲注(5) 九〇頁。
- (23) 同旨、横・前掲注(2) 一〇八頁。横教授によれば「以上から本件をみた場合、明らかに第一類型の(2)および第二類型に該当する事実が存在するわけであり「第二譲受人が第一譲渡を承認したことをさす(引用者注)」、この点からすればYを第三者から除外してもよかつたのではないかと思われる。本判旨が背信的悪意者と認定することに踏み切れなかつたのは、恐らく心の奥底では第一の譲渡が売買ではなく負担付贈与であつたこと、第一の譲受人が登記移転の条件とされた負担を自ら履行せず、また関連する件で譲渡人に迷惑をかけ、それが第二の取引の動機となつたことなどを考慮した結果と思われる。そうとするならば先例としての位置づけにおいても、この点を見落とすことができないであろう。」とされる。
- (24) 星野・前掲注(2) 六五頁。
- (25) 星野・前掲注(2) 六三頁以下。
- (26) 星野・前掲注(2) 六五頁。
- (27) 鎌田教授は、「本件では、Xが池水利用権を有することをY<sub>2</sub>も認めているので、Xには実害がないとの判断が、本判決の結論を導く実質的裏づけになっている」と指摘される(鎌田・前掲注(4) 二四頁)。
- (28) 篠塚教授は判例がY<sub>2</sub>を背信的悪意者でないとした点が問題であるとされる(民商八七巻二二号二八一頁)。
- (29) 新美青文「判例評釈(最判昭和六二年一月一二日判例時報二二六号七一頁)」判例タイムズ六七七号四四頁「四七頁」。

### 三 分析結果についての考察

#### 一 判例分析の結果

以上一三件の最高裁判決のうち、背信的悪意者の事案とはいえない〔8〕と詳細が不明の〔11〕を除いた二一件について検討した。第二譲受人が背信的悪意者と認められたのは、〔1〕〔2〕〔4〕〔5〕〔6〕〔7〕〔9〕〔12〕の八件であった。背信的悪意者と認められなかったのは、〔3〕〔10〕の二件で、差し戻したため判断をしなかったのは、〔13〕の一件であった。

次頁の表は、取り上げた判決のポイントを簡潔にまとめたものである。

[1] 最判昭和 35 年 3 月 31 日最高裁判集 14 卷 4 号 663 頁 (背信性肯定)		
[第一譲受人の事情]		[第二譲受人の事情]
<b>【権利取得】</b>	<b>【登記懈怠の帰責性】</b>	<b>【背信性の程度】</b>
土地所有権 売買 代金完済 引渡 4 年間占有	譲渡人の事情による帰責性は小さい	差押債権者は、第一譲受人を所有権者と承認しておきながら登記名義人を所有者として本件土地を差し押さえた。背信性はきわめて強い。
[2] 最判昭和 36 年 4 月 27 日民集 15 卷 4 号 901 頁 (背信性肯定)		
[第一譲受人の事情]		[第二譲受人の事情]
<b>【権利取得】</b>	<b>【登記懈怠の帰責性】</b>	<b>【背信性の程度】</b>
山林所有権 売買 代金完済 引渡 27 年間占有	「種々の事情」による詳細は不明	低廉な価格で買い受けた。第一譲受人がした処分禁止の仮処分を妨害し、先に自己に移転登記をした。背信性はきわめて強い。
[3] 最判昭和 40 年 12 月 21 日民集 19 卷 9 号 2221 頁 (背信性否定)		
[第一譲受人の事情]		[第二譲受人の事情]
<b>【権利取得】</b>	<b>【登記懈怠の帰責性】</b>	<b>【背信性の程度】</b>
建物所有権 贈与 引渡 9 年間占有	負担すべき移転登記費用を提供せず、放置した。帰責性は大きい。	第二譲受人は、第一譲受人は所有権を取得する意思がないという譲渡人の説明を信頼して譲り受けた。背信性は弱い。
[4] 最判昭和 43 年 8 月 2 日民集 22 卷 8 号 1571 頁 (背信性肯定)		
[第一譲受人の事情]		[第二譲受人の事情]
<b>【権利取得】</b>	<b>【登記懈怠の帰責性】</b>	<b>【背信性の程度】</b>
山林所有権 売買 支払ありか 引渡 24 年間占有	登記簿の表示の誤りによる(「登記もれ」)。帰責性はない。	時価より低廉な価格で購入。不当な利益を得る目的あり。背信性はきわめて強い。
[5] 最判昭和 43 年 11 月 15 日民集 22 卷 12 号 2671 頁 (背信性肯定)		
[第一譲受人の事情]		[第二譲受人の事情]
<b>【権利取得】</b>	<b>【登記懈怠の帰責性】</b>	<b>【背信性の程度】</b>
山林所有権 贈与 18 年間占有 後に和解あり	未登記の事情は不明。	第一譲受人を所有者とする和解に立会人として署名しながら譲渡人を所有者として差し押えた。背信性は強い。
[6] 最判昭和 44 年 1 月 16 日民集 23 卷 1 号 18 頁 (背信性肯定)		
[第一譲受人の事情]		[第二譲受人の事情]
<b>【権利取得】</b>	<b>【登記懈怠の帰責性】</b>	<b>【背信性の程度】</b>
根抵当権付建物 売買	建物取得時に根抵当権抹消手続きを怠った。帰責性は中程度か。	根抵当権放棄に立会いながらこれを譲り受けた。これが物上保証人を裏切ることになる。背信性は強い。

[7] 最判昭和 44 年 4 月 25 日民集 23 卷 4 号 904 頁 (背信性肯定)		
[第一譲受人の事情]		[第二譲受人の事情]
<b>【権利取得】</b>	<b>【登記懈怠の帰責性】</b>	<b>【背信性の程度】</b>
土地建物 遺贈 その後再分配の協議	協議に基づき仮処分を行ったが、第二譲受人の偽計により妨害された。帰責性はない。	偽計を用いて第一譲受人の登を妨害した。きわめて強い背信性がある。
[8] 最判昭和 45 年 2 月 24 日判例時報 591 号 59 頁 本件は背信的悪意者の問題と位置づけることはできないため、省略する。		
[9] 最判昭和 48 年 4 月 12 日金融・商事判例 369 号 8 頁 (背信性肯定)		
[第一譲受人の事情]		[第二譲受人の事情]
<b>【権利取得】</b>	<b>【登記懈怠の帰責性】</b>	<b>【背信性の程度】</b>
土地所有権 売買 代金未払い 特定物債権者	代金未払いにより未登記であることは通常なので、登記懈怠責任を問えない?	第二譲受人は譲渡人の親族。第二譲受人が取得すべき正当がなく、不正な目的がある。その背信性はきわめて強い。
[10] 最判昭和 57 年 2 月 18 日判例時報 1036 号 68 頁 (背信性否定)		
[第一譲受人の事情]		[第二譲受人の事情]
<b>【権利取得】</b>	<b>【登記懈怠の帰責性】</b>	<b>【背信性の程度】</b>
溜池所有権 時効取得 長年使用	溜池の登記簿は未作成。他の土地とともに取得したと誤信。登記をせずに放置した。帰責性は中程度。	もっぱら溜池所有者との紛争防止を目的とし、Xの池水利用権を妨害する目的を有しない。Xの池水利用を承認した。背信性は中程度。
[11] 最判昭和 62 年 11 月 12 日判例時報 1261 号 71 頁、判例タイムズ 655 号 106 頁 (背信性否定)		
[第一譲受人の事情]		[第二譲受人の事情]
<b>【権利取得】</b>	<b>【登記懈怠の帰責性】</b>	<b>【背信性の程度】</b>
譲渡担保権 債務弁済による所有権取得	詳細は不明	詳細は不明
[12] 最判平成 8 年 10 月 29 日民集 50 卷 9 号 2506 頁 (背信性肯定)		
[第一譲受人の事情]		[第二譲受人の事情]
<b>【権利取得】</b>	<b>【登記懈怠の帰責性】</b>	<b>【背信性の程度】</b>
土地所有権 市道として 27 年間使用	分筆登記手続きの手違いにより登記簿が不真正になった。帰責性はないか、小さい。	不正な利益を得る目的きわめて強い背信性がある。
[13] 最判平成 18 年 1 月 17 日民集 60 卷 1 号 27 頁 (背信性は差戻しのため不明)		
[第一譲受人の事情]		[第二譲受人の事情]
<b>【権利取得】</b>	<b>【登記懈怠の帰責性】</b>	<b>【背信性の程度】</b>
土地所有権 時効取得 専用進入路として 23 年間使用。	登記簿の公図が不正確なことによる誤信。帰責性はない。	融資を得るため第三者からいわれてやむを得ず取得。背信性は中程度か弱い。

## 二 登記懈怠の帰責性

1 本稿は、第一譲受人の事情が背信性に与える影響について考察することを目的とするので、主に第一譲受人の事情に注目し、「登記懈怠の帰責性」、「目的物の占有・利用」および「第一譲受人の法的地位」の三つの観点から、その影響を考察した。第二譲受人側の事情（背信性）についてはすでにすぐれた分析が行われ、類型化されているので、本稿では分析しなかった。

2 第一譲受人の事情として最初に「登記懈怠についての帰責性」を取り上げて検討したい。背信性肯定事例中、第一譲受人側の事情として「登記懈怠の帰責性」がないかあるいは小さいと評価される「1」「4」「7」「9」「12」の各判決において、すべて第二譲受人にはきわめて強い背信性が認められるという関係が見られた。帰責性の程度と背信性との間には一定の相関関係があるといえよう。ただし、これらの事例においては、第二譲受人にはじめから強い背信性があり、第一譲受人の帰責性がなかったかあるいは小さかったがゆえにその背信性が強められたという相関関係までは認めることはできなかった。さらに「2」判決のように登記懈怠について考慮することなく背信性を肯定するケースもあったことからすると、第二譲受人に強い背信性があるときは、第一譲受人の登記懈怠の責任が背信性判断に与える影響は、小さいといわざるをえない。

背信性を認めた「1」「4」「7」「9」「12」の各判決からは、利益衡量を積極的に根拠付けることはできなかった。とはいえ、両当事者の事情を分析した結果をみる限りでは、すべて第一譲受人側の登記懈怠についての帰責性は小さく、第二譲受人側の背信性はきわめて強かったため、判決の結論はこれを利益衡量した場合の結論と異ならなかった。したがって、これらの判決は、利益衡量自体を否定しているわけではないといえよう。

次に、背信性否定事例は二つあった。「3」判決と「10」判決である。これらの判決は、背信性が利益衡量に基づき判定されているのではないかという仮説を裏付けるものである。すなわち、「3」判決は、第一譲受人が負担すべき登記費用を用意しなかったため登記がなされず、登記懈怠の帰責性は大きかった。これに対し、第二譲受人側の事情としては、第二譲受人が第一譲受人を所有者として認めたにもかかわらず譲り受けているという点では背信性が強いが、譲渡人の説明を信用して譲り受けたという点では同情に値するため、第二譲受人の背信性は中程度と認められようか。このように第一譲受人と第二譲受人双方に非難されるべき落度があった。第二譲受人側の事情だけからすれば、その背信性が認められてもおかしくなかったところ、第一譲受人側にも大きな帰責性があったがために、その点が第二譲受人側に有利に働き、その背信性が弱められ、背信的悪意者とは認定されなかったと解されることである。

「10」判決も、第二譲受人側の事情からは強い背信性とまではいえないものの、背信性が認められてもおかしくない事情があったにもかかわらず、第一譲受人に登記懈怠について中程度の帰責性があった事案である。このことから、第一譲受人の帰責性が、第二譲受人の背信性を弱めるという方向で影響を与えたと考えることができよう。

このように、「3」「10」の背信性否定事例は、第一譲受人の帰責性が第二譲受人の背信性に影響を与えるという、さわめて強い相関関係がみられることを示しているといえるのではないだろうか。

3　ところで、最高裁は、実質的には右のように第二譲受人の事情と、第一譲受人の事情とくに登記懈怠の帰責性を比較衡量しているように思われるが、なぜ第一譲受人の登記懈怠の帰責性を中心とした利益衡量論を正面から展開せず、もっぱら第二譲受人の事情についてしか述べないのであるか。これは、不動産物権の取得者とその登記をしなければ第三者に対抗できないのはなぜなのかという、民法一七七条の對抗問題の本質にかかわると思われる。これについて、登記がなければ対抗できない根拠を、登記懈怠に対する制裁という点に求める見解が有力である。<sup>(31)</sup>この見解

によれば、不動産物権を取得した者はその権利を登記すべき義務を負うが、それにもかかわらず自己の責任で登記をしなかったのだから、権利を失ってもやむを得ないというのである。對抗問題を論じるにあたってこの立場に立つことを明言しない論者であっても、對抗問題の制度趣旨が未登記権利者の登記懈怠に対する制裁にあることを暗黙のうちに前提としているように思われる。そこで問題となるのは、對抗問題が生ずる場面では権利者は登記する義務を負うが、それはどのような義務なのかという点である。確かに一般論としては不動産登記法などから登記義務を肯定することは許されよう。しかし、對抗問題において単なる登記義務懈怠によって制裁を根拠づけることが十分にできるのか。すなわち、本来登記はあくまで権利行使のための要件であって、登記をしないことの効果はせいぜい権利行使ができないというにすぎないのであるから、登記懈怠からその権利までも否定することが認められてよいかは、十分に基礎づけられているとは言い難い状況にあった。まして、いまだ登記慣行が定着していないと評価された時代においては、権利者が登記義務を負うという前提自体が成り立たず、登記懈怠を根拠にその権利までも否定することには無理があった。<sup>(32)</sup> このような背景からすると、最高裁が登記義務を前提とする登記懈怠論を前面に出して、利益衡量論を展開することは困難であったと推測される。

さらに、わが国の登記制度のかかえる問題点も影響を与えたのではないかと思われる。すなわち、右の判例分析で、第一譲受人が未登記であった理由の一つとして登記簿が正確でなく、登記ができなかったという事例がいくつも見られた。すなわち、「4」判決では「登記もれ」があった。「11」判決では分筆登記手続きの手違いにより問題となった土地が登記簿上どの土地か分からない事態が生じていた。「13」判決では登記簿の古い公図が現状と一致せず、問題となった土地が登記簿上どの土地か分からない事態が生じた。このように登記簿の不正確さが、二重譲渡という紛争を生じさせる原因の一つともなっていた。それにもかかわらず、わが国の登記制度は、右のような問題について抜本



的な対策を講じないまま今日にいたっているのが現状である、といわれている<sup>(33)</sup>。このような状況を考えると、登記義務を前提とした登記懈怠論を正面から展開することはいっそう困難であつたと思われる。

登記懈怠責任を認めることができるかは、登記慣行が定着しているか否かにかかっている。今日の不動産取引は不動産業者が仲介することが多く、不動産売買においては登記を行うのが一般的である。また国民の権利意識も高まっていることなどから、登記慣行が社会的に定着していると評価することができようにも思われるが、この点は綿密な社会調査などの検証が必要であらう。

### 三 目的物の占有・使用

二では第一譲受人の事情として登記懈怠の帰責性を取り上げ、これを第二譲受人の背信性と比較衡量するという分析を行ったが、次に、第一譲受人のそれ以外の事情の一つである「目的物の占有・使用」を検討しよう。

背信的悪意者肯定事例である「1」「2」「4」「5」「6」「7」「9」「12」の八件の判決中、第一譲受人が目的物の引渡しを受け、占有していたのは、「1」「2」「4」「5」「12」の五件の判決である。この限りでは、「目的物の占有・使用」は背信性を強める方向に働く要因であるようにみえる。ところが、「9」判決では、第一譲受人は代金未払いのためまだ引渡しを受けていないにもかかわらず、第二譲受人が背信的悪意者とされており、占有・使用は背信性を認めるための必要条件とはいえない。さらに、背信的悪意者否定事例である「3」判決は、建物の贈与を受けた第一譲り受け人がこれを九年間占有していたにもかかわらず、背信性が否定されている。重要な判断要素は第一譲受人が贈与により権利を取得したか否か、すなわち第一譲受人が正当な権利者か否かであった。以上から、第一譲受人が正当な権利者であつてはじめてこの者は保護されるべきであり、この者を害する行為は背信性を強めるといえよう。

確かに、目的物の占有・使用が長期にわたるほど、第一譲受人はこれに特別な利害関係を有し、それだけ保護の必要性が高まることになる。しかし、その占有・使用は、第一譲受人に正当な権利がある場合にはじめて意味をもつ要因にすぎない。したがって、第一譲受人側の事情として占有・使用だけを独立した要因として取り上げるのは妥当ではなく、第一譲受人の有する権利とあわせて考慮されるべきである。

#### 四 第一譲受人の法的地位

未登記の第一譲受人の法的地位についての問題は、第一譲受人が有すべき正当な権利とはどのようなものでなければならぬかであり、これは右の「目的物の占有・使用」にも関連する。

これは、理論的な側面も有する。すなわち、民法一七七条は、不動産物権変動を第三者に対抗するについての規定であるから、すでに物権変動が生じていることを前提としている。所有権を取得した物権者が、その権利を第三者に対抗するために登記が必要なのである。そうすると、売買契約を締結したがまだ所有権を取得していない特定物債権者にすぎない者は物権者ではないから、それを対抗するということは——少なくとも理論上は——問題とならないだろう。その結果、第一譲受人がまだ特定物債権者であるときは、対抗問題は生ぜず、民法一七七条は適用されず、したがって、背信的悪意者も問題とならないのではないかという疑問が生ずる。

この点は、これまで判例が特定物売買における所有権移転時期について売買契約が成立したときに直ちに移転するとの、いわゆる売買契約成立時移転説をとっていたため、不動産売買契約を締結すればそれだけで直ちに第一譲受人は所有者となったから、ほとんどの場合第一譲受人は所有者として扱われた。そのため特定物債権者と所有者の違いは意識されることはなかった。ところが、現代の不動産実務では、代金全額の支払により所有権が移転するとい

う特約が合意されることが慣行となつてゐる。このような慣行を前提とすると、代金未払いの第一譲受人は特定物債権者として位置づけざるをえないであろう。ここではたして、民法一七七条の適用にあつて特定物債権者と所有権者とを区別する必要があるのかどうか問題となる<sup>(34)</sup>。

右の判例中、第一譲受人が特定物債権者であつた事例は「9」判決である。この判決において、最高裁はこの点についてとくに配慮することなく、第二譲受人の背信性を肯定している。最高裁は特定物債権者と所有権者とを区別せず、両者を平等に扱つてゐるとようにみえるが、直ちにこのように結論づけてよいとは思われない。というのは、本件では、第一譲受人は、土地とその土地上の建物の両方取得している。そして、建物については代金全額を支払つていたが、土地については係争中だつたため勝訴を待つて支払うとの合意があつたという事情があつた。第一譲受人はすでに建物所有権を取得しており、土地を取得できなければ窮地に立たされるという状況にあつたのである。土地だけを購入し、その代金をまだ支払つていないにすぎないという状況と同一に論じることにはできないであろう。「9」判決だけでは最高裁の立場を明言することはできない。

それでは特定物債権者の登記懈怠はどのように考えるべきであらうか。例えばまだ代金未払いのため特定物債権者にすぎない者は、まだ所有権を取得しておらず登記することができないから登記義務を負わないことになり、その結果、未登記であつても登記懈怠の責任は生じないことになる。これに対し、代金を支払つて所有者となつた者が登記を怠つたときは登記懈怠の責任を負うことになる。そうすると代金未払いの者は登記懈怠の責任が生ぜず、代金を支払えば登記懈怠の責任が生ずるといふのは不公平のように思われる。そこで二つの考え方が可能である。一つの考え方は、特定物債権者と所有権者を区別せず、特定物債権者は仮登記をすべき義務を負う者と捉え、どちらも登記義務を負うと解し、どちらにも等しく登記懈怠の責任を問えるという考えである。他方の考え方は、両者の法的地位には

違いがあり、代金を支払って所有者となった者は、代金未払いのため特定物債権者にすぎない者より厚い保護を受けべきであるとし、確かに特定物債権者には登記懈怠の責任こそ問えないが、債権者にすぎない点で物権者に比べてその要保護性が低いので、それだけ第二譲受人の背信性が緩和される——したがってきわめて強い背信性がない限り背信的悪意者とは認められない、というものである。どちらの立場をとるべきかは、対抗問題における登記義務の本質ともかかわる問題であり、その詳細な検討は別の機会に譲りたいと思う。

### 五 第三者の「悪意」

本稿は、第二譲受人の事情についてはそれほど詳しくは検討しなかったが、悪意について若干述べたい。民法一七七条にいう「第三者」の範囲について、学説上、悪意者排除説が有力に主張されているし、背信的悪意者排除説においても背信的悪意者は「実体上物権変動があることを知る者」でなければならぬから、「悪意」はどの立場でも問題となる。背信的悪意者に関する最判昭和四三年八月二日（「4」判決）において、最高裁は民法一七七条にいう第三者の悪意の意味を「実体上物権変動があった事実を知る」ことであるとしている。それではどのような事実を知っていれば物権変動があった事実を知るといえるのか、その事実をどれほどの確実さで知っていなければならないのであるか。この点は必ずしも明確とはいえない。右の判例分析においてもこの点は明白ではなかった。これはわが国の意思主義・対抗要件主義から生じる困難な問題の一つである。判例によれば、特定物の所有権移転時期について売買契約成立時移転説をとっているので、売買契約が締結されれば、買主はそれだけで——代金を支払ったかどうかなどに関係なく——ただちに所有権を取得することになり、売買契約が締結されたことを知ってさえいけば悪意とされる。しかし、売買契約の存在は第二譲受人とは直接関係のないことであり、第二譲受人がこれを正確に知ることは困難で

ある。実際の取引では所有権の移転時期を売買代金の支払時とする特約が一般的になっており、判例もこのような特約を有効とする。この場合には特約の有無だけでなく実際に代金が支払われたことまで知らなければ悪意とはいえないであろう。このように悪意を認定するためにはかなり細かな事情まで知らなければならぬ場合があり、悪意認定は困難をきわめることになるおそれがある。

この不都合を回避するため、不動産売買では現地調査が行われるのが通常であることから、第二譲受人が現地を視察した際すでに引渡しを受けた第一買主がこれを占有していることを知ったことをもって悪意とすることが考えられる。これに対しては、現地を調査する慎重な買主は悪意者となり、かえって現地を調査しなければ善意とされるという不都合が指摘されているとおりである。また時効取得が問題となった「13」判決では、時効による物権変動が生じたことについて時効取得の要件をどこまで正確に知る必要があるのかが問題となった。同判決は、具体的な年数ではなく、長期間占有していた事実を知るだけで時効による物権変動があったことを知っていたとしてよいとしたが、これも悪意認定の困難さを示す一例である。さらに冒頭で取り上げた、通行地役権に関する最判平成一〇年二月一三日は、通行地役権の設定が黙示の合意によるものであり、第三者がそもそもいかなる権利が設定されたのか知りえず、悪意を認定できない事案であった。第三者が悪意でない場合にも信義則違反が問題となりうるのであり、悪意者排除説の限界を示すものでもあろう。

このように、実際のところ悪意の判定は、きわめて複雑であり困難であるというのが実情である。結局のところ、右の判例における悪意認定は、具体的にどのような事実を認識したかによって判定されているわけではなく、当該事案の取引状況や当事者の行動など、客観的な状況から判定されているように思われる。仮に民法第一七七条にいう第三者の範囲について悪意者排除説をとったとしても、悪意の認定は客観的に行わざるを得ないのであるから、背信性

に関する事実もその対象とされよう。そうすると、悪意者とされる場合と背信的悪意者とされる場合とで実質的な違いは生ぜず、ほぼ同様の結論に達する場合も多いのではないかと予想されるところである。

## 注

- (30) 北川・前掲注(1)、松岡・前掲注(5) 参照。
- (31) 鈴木・前掲注(3) 三頁以下。
- (32) 川井健「民法一七七条第三者制限判決」『同「民法判例と時代思潮」(日本評論社 昭和五六年) 所収』六六頁以下。
- (33) 清水誠「わが国における登記制度の歩み——素描と試論——」『日本司法書士会連合会編「不動産登記制度の歴史と展望」(有斐閣 昭和六一年) 所収、一六九頁下。
- (34) 特定物債権者と所有権者とを区別することに反対されるのは、磯村保「二重売買と債権侵害——「自由競争」論の神話——」(二) (二)「神戸法学雑誌第三五巻第二号(昭和六〇年)三八五頁以下、同第三六巻第一号(昭和六一年)二五頁以下、鎌田・前掲注(20) 九二頁。

#### 四 結びにかえて

本稿は、背信的悪意者を判定するに当たり、第一譲受人の事情が第二譲受人の背信性判断に影響を与えており、したがって、両者の利益衡量により判断されているのではないかと仮説を検証すべく、一三件の最高裁判決を検討した。その結果、第一譲受人の事情と第二譲受人の事情とを利益衡量して導き出された結論は、最高裁判決の結論と一致することが明らかとなった。このことは、利益衡量の考え方が最高裁の考え方と矛盾せず、最高裁判決にも取り入れられ得ることを示している。しかし、最高裁は利益衡量により背信性を判断していることを承認していないし、検討した事例の多くは利益衡量をするまでもないほど第二譲受人の背信性がきわめて強かつたため、利益衡量は不要であるという批判が生じることもである。しかし、第二譲受人の背信性がそれほど強くはない事案については判例評釈においてなぜそのような結論になったのか理由が明らかではないと批判されていたところ、これらについて利益衡量にしたがって第一譲受人の事情と第二譲受人との事情を利益衡量して導き出された結論は、最高裁の結論と一致することが確認できた。そればかりでなく、なぜそのような結論になったのかの理由を明確に示すことができたのであり、最高裁の結論の妥当性を説得的に説明できたと評価してよいのではないだろうか。以上から、背信的悪意者の判断において利益衡量はきわめて有益な判断枠組みであるといえるように思われる。背信的悪意者の認定にあたっては、利益衡量論が積極的に活用されるべきであろう。

利益衡量にあたり、第一譲受人側の事情として、三つの要因について検討したが、第一の「登記懈怠の帰責性」は

きわめて重要な要因といえる。本稿では、残念ながら、登記懈怠についてそもそもその前提となる登記義務をどのように根拠付けるのか、については全く検討できなかった。さらに、権利等によって登記義務に程度の差が生じるのか、これに依じて帰責性の程度に違いが生じるのか、そして帰責性の程度の差が第二譲受人の背信性にどのように影響するのか(どの程度背信性を緩和するのか)等についても十分な検討ができなかった。あくまで正確さを欠く試論にすぎないことをお詫びする次第である。対抗問題における登記義務をめぐる以上の問題点についての綿密な検討は、今後の検討課題である。

これまで二重譲渡を中心とする民法一七七条の対抗問題においては、権利喪失根拠としての登記懈怠責任についてはほとんど注目されてこなかった。<sup>(35)</sup>

しかし、登記懈怠責任は売買等による二重譲渡だけでなく、時効取得や取消などによる物権変動においても問題となりうる。そして、この場合にはよりいっそう登記懈怠が重要な判断要素となっている。さらに民法九四条二項類推適用論にまで視野を広げると、権利を喪失する真実の権利者についてその「帰責性」がまさに問題となっており、この帰責性と右の登記懈怠責任との関連性が重要なテーマとなろう。以上からも明らかのように、登記懈怠責任は対抗問題の解明にあたってきわめて重要な課題の一つである。

次に、「目的物の占有・使用」という点は、第一譲受人保護の必要性の程度を判断するためには必要な要因であるけれども、それ自体を単独で取り上げることには意味があるとはいえなかった。むしろ第一譲受人がどのような権限に基づいて占有しているかの方が重要であった。

第三の「第一譲受人の法的地位」であるが、第一譲受人が特定物債権者である場合と所有権者である場合とで異なる扱いをすべきかどうか、判例分析から判例の考え方は明らかではなかった。さらに、有償行為か無償行為かによる



差を認めるべきかについて、判例は両者の違いには特に配慮していないように思われる。これらは、第一譲受人の保護の必要性および登記懈怠の責任にも関係する重要な問題であり、民法の根本にかかわる問題でもあるため、あらためて検討する機会を設けたい。

注

(35) 多田利隆『信頼保護における帰責の理論』(信山社 平成六年)は、この点に注目する著作である。

## 五 資料

本文では、各判決の事案と判旨について説明しなかった。そのため確認のため詳細を知りたいと思われる方もいらっしゃると思われる。そこで、以下に資料として、本稿で取り上げた一二三件の最高裁判決の事案と判旨の詳細を掲げることとした。参考にしていただければ幸いである。

〔1〕最判昭和三五年三月二日最高裁民集一四卷四号六六三頁、判例時報二二三号二〇頁

## 【事実】

昭和二一年二月八日、Xは、AからA所有の本件土地を買い受け、代金を支払ったが、A側の都合（Aが関係書類の交付を怠った）で、その所有権移転登記手続きがなされないままになった。Xは、同二月一五日魚津税務署長に対し本件土地を自己の所有財産として財産税の申告をなし、次いでこれを納入したが、その申告書には「登記面はA」と明記されていた。Xは、本件土地上の建物をBに売り渡した上、本件土地をBに賃貸するとともに、右土地に対する公租公課の徴税令書が登記名義人であるAに送達されないように富山市役所に申出で、昭和二一年度以降二四年ころまでの地方税を代納した。

魚津税務署長は、Aの滞納税徴収のためAの工場内の機械を差し押さえた。他方Xも代納していた税金を滞納したため、富山市役所は徴収令書を登記名義人であるAに送達した。Aは、本件土地が自己名義になっていることを知り、

これを奇貨としAから魚津税務署係員に対しすでに差し押さえられているA所有機械の差押えに代えて、本件土地を差し押さえ、機械の差押えを解除されたい旨陳情したところ、魚津税務署長は右申請を容れ、昭和二五年八月二日富山税務署が本件土地を差し押さえ、かつ同日その登記を経由した。こうして富山税務署は本件土地に対する公売処分を実施し、昭和二六年一〇月二日Yを権利者とする公売処分を終了し、同月二九日Yを所有者とする移転登記手続を経由した。

前記差押えがなされたことを知ったXは、ただちに富山税務署に対し本件土地はXが買い受けて所有するものであるから差押えを解除されたい旨陳情し、同年九月一日滞納処分取消申請書を提出した。富山税務署係員は本件土地の登記簿上の名義がXでないことの事由で右陳情を取り上げず、右申請書を書類箱に放置したまま失念していた。Xが、AおよびYに対し、公売処分無効確認並びに移転登記抹消を請求した。

第一審はXの請求を棄却し、控訴審はXの請求を認容した。Y控訴し、最高裁（最判昭和三一年四月二四日判例時報七五号三頁）は、国税滞納処分による不動産差押えについては民法一七七条の適用があることを認めたが、国がXから本件土地の所有権は自己にある旨の申告を受け、右申請書を三年六カ月ほど放置したというだけでは、国は、登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者にあたらぬとは言えない、として、原審に破棄差戻。

差戻後の第二審は、上告審の判断に拘束されざるを得ないが、先に認定した事実以上の、上告審が説示するような事実を認定しえないから、国は登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者にあたることになるとして、本件公売処分は有効であることになると判示した。X控訴。

【判旨】 破棄自判。

〔前記のような本件公売処分がなされた〕事実に着目して考察するときには前上告審判決にいうXにおいて本件土地

所有管轄稅務署長から上告人の所有として取り扱われるべきことを強く期待することが、もつとも思われる事情があったものと認めるを相当と考える。

さすれば、被上告人富山稅務署長は上告人の本件土地の所有權取得に対し登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者に該当しないものと認むべきが故に、被上告人富山稅務署長のなした前示差押並びにその登記を含む一連の本件公売処分は滞納者の所有に属しない目的物件を対象としてなされたものとして競落人たるYに目的物件の所有權を取得せしめる効果を生じないとする意味において無効となり同上告人のためになされた前示所有權取得登記も抹消されるを免れないものと言わざるを得ない。」

〔2〕 最判昭和三六年四月二七日民集一五卷四号九〇一頁

【事実】

Xは、昭和二年一月二九日、AからA所有の本件山林を買い受け、代金を完済して引渡を受けた。XはAに対し所有權移転登記手續を求め、A死亡（昭和五年八月二三日）後はその家督相続人Y<sub>1</sub>に対し所有權移転登記手續を請求していたが、種々の事情で登記がなされなまま長年月（約二十七年）が経過した。

Xに恨みをいだいていたY<sub>2</sub>は、本件山林がいまだY<sub>1</sub>名義であることを奇貨として、復讐の意図でY<sub>1</sub>に本件山林の売却を懇請した。Y<sub>1</sub>は、Y<sub>2</sub>の要求に応じ、昭和二九年一〇月二〇日ころY<sub>2</sub>との間に本件山林の売買契約を締結した。Xは本件山林につき処分禁止の仮処分を申請するとともに、Y<sub>1</sub>に対し所有權移転登記手續を請求して本訴に及んだ。ところが、その訴訟の進行中、Y<sub>2</sub>は、無断でY<sub>1</sub>からの委任状を作成し、右仮処分の取消決定を得たうえ、所有權移転登記手續をも完了した。さらにその二日後、Y<sub>2</sub>はY<sub>3</sub>のために抵当權を設定しその登記手續きをも完了した。

一審、二審とも、X勝訴。Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>上告。

【判旨】 上告棄却。

「本件山林をXが買受け判示のごとく未登記のまま長年月を経過したこと、Y<sub>2</sub>がこれを十分熟知しながら判示意图の下判示経緯で判示低廉な価格で買受け、判示仮処分に関する経緯の下で登記を得、その仮処分が判示のごとく回復されたこと、Y<sub>1</sub>らが判示のごとく刑事訴追を受けたこと等に関する原判決の事実認定は、挙示の証拠並びに争いのない事実を総合すれば、これを肯認できないことはない。そして、その認定した事実関係の下においてY<sub>2</sub>がY<sub>1</sub>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Y<sub>2</sub>とY<sub>1</sub>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、Y<sub>2</sub>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。」

〔3〕最判昭和四〇年二月二日民集一九卷九号二二二頁

【事実】

Aは、Yからその所有にかかる本件土地を賃借し、その地上に本件建物を建築所有し、これをXに賃貸していた。その賃貸中の昭和二三年二月初め頃、Aは、本件建物をXに贈与する旨申し入れたところ、同月八日Xは右申入れを承諾した。右贈与に際し、これに伴う本件家屋の所有権移転登記に要する登録税その他の費用は、Xにおいてこれを負担することとし、これをAに支払うまでは右登記を行わない旨を約した。その後間もない頃、Aの口添えで、XとYとの間で、引き続き本件建物所有の目的をもって本件土地を賃借する旨の契約が成立し、木原が(Xでない)他の賃借人の保証人となった。登記を移すまでの本件土地の公租公課はXが負担することになった。

ところが、右贈与契約締結後九年ほど経たにもかかわらず、Xは登記に要する登録税およびその他の費用を提供せず、かつYに対する本件土地の地代の支払いを滞るようになり、そのためAがXの滞納分を肩代わりしたりした。そのため、Aは、Xにはもはや登記費用提供の意思がないものと判断し、かつ、登記するまでは本件建物の所有者は自分(A)であると考えていたので、これ以上迷惑を受けないために、他に売却するほかに考えた結果、Yに本件家屋の買取方を求めた。Aに同情したYは、昭和三年六月一八日、本件家屋をAの申出のままの一一万円で買い受け、同日その所有権移転登記を了した。そこでXは、本件建物の名義(Y名義)の抹消を求めた。第一審はX勝訴。原審はY勝訴。Xが上告した。

【判旨】 上告棄却。

「民法一七七条にいう第三者については、一般的にはその善意・悪意を問わないものであるが、不動産登記法四条または五条のような明文に該当する事由がなくても、少なくともこれに類する程度の背信的悪意者は民法一七七条の第三者から除外されるべきである……。しかし、本件においては、原判決認定の前記事実関係からすれば、Yは、本件家屋がAからXに贈与された事実を前提として積極的にXと本件土地の賃貸借契約を締結し、爾来九年余にわたってその関係を継続してきた……。事実があるとしても、YにおいてAの言を信じた結果同人に同情して本件家屋を買受けるに至ったものである等……。の事実を考え合わせれば、Yをもっていまだ民法一七七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。」

〔4〕最判昭和四三年八月二日民集二三卷八号一五七一頁

【事実】

昭和四年一〇月四日、Xは、Aから本件山林を買い受け、以後これを占有していたが、その登記を經由しないでいた。昭和二八年五月ころ、Yは、本件山林三筆の時価を約一二〇万円相当と評価しながら、Aから代金三五〇〇〇円（のちにさらに一五万円を支払った。）で買い受けてY名義に移転登記を經由した。Yの買受当時、すでにAは本件山林の所在位置を正確に認識せず、Xにこれを売却済みかどうかが不確かであったが、Yは村図等について調査して、本件山林がXの永年占有管理下にあることが明らかとなり、Xがすでにこれを買っていることを知ったうえ、Xが登記をしていないことを奇貨として、Xに対し高値でこれ売りつけて利益を得る目的をもって、本件山林を買い受けたものであった。YはXに対し、本件山林の所有権確認等を求めた。第一審はYの請求を棄却し、原審はYの控訴を棄却した。Y上告。

【判旨】 上告棄却。

「実体上物権変動があつた事実を知る者において右物権変動についての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、かかる背信的悪意者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであつて、民法一七七条にいう第三者に当たらないものと解すべきところ……、原判決認定の前記事実関係からすれば、YがX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ふべきであつて、Yは、右登記の欠缺を主張する正当な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。」

〔5〕 最判昭和四三年一月一五日民集二二卷二二号二六七頁

【事実】

差押債権者が一七七条にいう第三者にあたるかが問題となつた事案。

昭和一二年ころ、Xは、その父Aから本件山林を贈与され、その引渡しを受けて、自己の物として使用収益してきたが、未登記のままであった。昭和三〇年ころ、親戚間で紛争が生じたので、XはAとの間で、本件山林の所有権はXに帰属することを確認し、すみやかにAからXへ移転登記をすべきとの和解が成立した。その際、和解条項と題する書面が作成され、Yはこれに立会人として他の親戚とともに署名捺印した。

他方、YはAの山林の管理者をしていたが、その立木の売却代金の分配に関して手違いがあったため、Yは、Aに対し不当利得としての代金の返還を求め、その債務名義をえたうえ、Aに対する強制執行として、本件山林を差し押さえた。

Xは、Yに対し、第三者異議の訴えを提起し、差押えの無効を主張した。争点は、Yが登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者にあたるのかである。第一審、原審とも、Yは正当な利益を有する第三者にあたるとして、Xの請求を棄却。X上告。

【判旨】 原判決破棄、差戻し。

「実体上物権変動があった事実を知る者において、右物権変動についての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、かかる背信的悪意者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであって、民法一七七条にいう第三者に当たらないものと解すべきところ……、原審認定の前示事実によれば、Yは、単に本件山林がAからXに対し贈与された事実を知悉していたというに止まらず、後に生じた右両者間の紛争について自ら立会人としてその解決に努めたうえ、右贈与の事実を確認し、すみやかにその旨の所有権移転登記手続をすべきことを内容とする和解を成立させ、自ら立会人として和解条項を記した書面に署名捺印したというのであり、他方、その後に至って、自己の債権の満足を得るために、右和解の趣旨に反し、本件山林をAの所有物件とし



て差し押さえたというのであるから、Yとしては、Xの本件山林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著しく信義に反するものというべきであり、同人は右登記の欠缺を主張するについて正当の利益を有する第三者には当たらないものと解するのが相当である。」

〔6〕最判昭和四四年一月一六日民集二三卷一号一八頁

【事実】

昭和三四年四月四日、Xは、本件建物のもとの所有者であるA株式会社から本件建物を買い受け、登記を了した。本件建物には債務者をC協同組合とし抵当権者を同協同組合代表理事Yとする根抵当権登記があり、Yがその実行として競売を申し立てたので、Xがその抹消と不存在確認とを求めた。

本件根抵当権はもともとB会社を抵当権者とするものであったが、Bは一部弁済を受けて本件根抵当権を解除し、根抵当権抹消登記書類等をC協同組合理事長Dに交付した。D・Yらは、これを用いて、B名義の根抵当権をYに移転登記した。

原審は、Bの抵当権の放棄はそれによって直接利益を受ける者（所有者・本件ではX）に対する意思表示によってなされるべきであるから、本件のように所有者でない者（本件ではC）に対する放棄の意思表示は何らの効果も生じないこと（第一の争点）、また仮に抵当権が放棄されたとしてもその消滅についての登記がなされていない間に根抵当権がその被担保債権とともにYに譲渡されたのであるから、Xは右根抵当権の消滅を第三者たるYに対抗することができないと（第二の争点）、Xの請求を棄却した。X上告。

【判旨】

破棄差戻し。（上記第二の争点についてのみ引用する。）

「実体上物権変動があった事実を知らながら当該不動産について利害関係を持つに至った者において、右物権変動についての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、かかる背信的悪意者は登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであって、民法一七七条にいう「第三者」にあたらないものと解すべきところ、原審の認定したところによれば、Yは、本件根抵当権の被担保債権の債務者の代表者であり、DとともにB会社と交渉して根抵当権放棄の意思表示を事実上受けたものであるから、……Yは根抵当権が右放棄により消滅した事実を知らながらこれを譲り受けたものと推測されるのであり、そして、Yに右のような悪意が認められたならば、譲受けの動機、経緯等において特段の事情がないかぎり、右認定のような立場にあるYが登記のないことを理由に根抵当権の消滅を否定し、譲受けにかかる根抵当権の存在を主張することは信義に反するところというべきであつて、Yは、根抵当権の消滅についての登記の欠缺を主張する正当の利益を有せず、前記「第三者」にあたらないものと解するのが相当である。」

〔7〕最判昭和四四年四月二五日民集二三卷四号九〇四頁

【事実】

父Aは、昭和二六年ころ、子Y<sub>1</sub>に本件土地および本件建物（以下「本件不動産」という。）を遺贈した。本件建物にはXが昭和三五年三月ころまで居住していた。

Aの子Xは、贈与されることになっていた土地が第三者の手に渡っていたことが明らかになったため、Y<sub>1</sub>はXに対し右土地に代わる何らかの財産を分けるか、金を渡さなければならなくなった。そこで遺産の再配分が協議され、Y<sub>1</sub>は、Y<sub>2</sub>が賃借している本件不動産をXに贈与し、Xはこれにより取得する賃料収入を病弱の姉妹Bに与えること等で

協議が成立し、Y<sub>1</sub>もこの協議書に自己の氏名を書き入れ捺印した。昭和三七年一〇月一日、BとY<sub>2</sub>との間であらためて建物賃貸借契約がなされ、それ以降Y<sub>2</sub>は賃料をBに支払ってきた。ところが、Y<sub>2</sub>は、昭和三九年六月下旬頃二回にわたってY<sub>1</sub>からの内容証明郵便で自己に支払うよう請求されたので、Y<sub>1</sub>を訪ねて七月分の賃料を支払ったが、その際Y<sub>1</sub>からごたごたが起きているので本件不動産を買取ってくれと懇請され、本件不動産についてされているXの処分禁止の仮処分を抹登記を抹消して完全な所有権とするとの確約をY<sub>1</sub>から得たので、Y<sub>1</sub>との間で本件不動産の売買契約を締結した。Y<sub>1</sub>とY<sub>2</sub>は、X宅を訪れ、Xに対し、前記仮処分の取下を懇請したが、Xが応じなかったため、Xを騙して仮処分取下書に捺印させた。Xに捺印させた際、Y<sub>2</sub>自身はX宅には赴かなかつたが、Y<sub>1</sub>と同じ旅館に宿泊し、帰途の車中も一緒に右取下書に捺印をもらうまでのいきさつについて容易に聞ける状況にあった。こうして、Y<sub>2</sub>は、右仮処分の仮登記を抹消し、昭和三九年八月三十一日の受付をもって売買予約を原因とする所有権移転請求権保全の仮登記を経由した。

他方、Xは、騙されたことに気づき、再度処分禁止の仮処分の仮登記を経由したが、その受付番号はY<sub>2</sub>の仮登記に遅れてしまった。その後、Y<sub>2</sub>は、所有権移転登記手続きを完了した。そこで、Xは、Y<sub>1</sub>およびY<sub>2</sub>に対し、所有権移転登記の抹消登記手続を求めると同時に、Y<sub>1</sub>に対し、贈与を原因とする所有権登記手続を求めて、訴えを提起した。

第一審は、Xへの贈与を認めたくうえで、Y<sub>2</sub>は不動産登記法四条、五条に類する程度の背信的悪意者とみるべきであるとして、Xの請求を認容した。Y<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>が控訴。第二審も控訴棄却。Y<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>が上告。

【判旨】 上告棄却。

「右認定の事実によれば、Y<sub>2</sub>は、本件不動産を買い受ける際その所有権の帰属につきY<sub>1</sub>とXとが係争中であることを知っていたばかりでなく、Y<sub>1</sub>がXを欺罔して前記仮登記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というべきである。したがって、Y<sub>2</sub>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、XはY<sub>2</sub>に対し登記なくして本件不動産の所有権の取得を対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。」

〔8〕 最判昭和四五年二月二四日判時五九一号五九頁

【事実】

昭和二九年二月二六日、Yが代表者である訴外協同組合がB会社に対し負担する債務の担保のため本件土地につき根抵当権が設定され、同日その登記がなされた。昭和三五年頃、Xは、訴外協同組合とB会社との紛争解決のために、右根抵当権を設定したAに対し、九〇万円を融資し、その債務担保のため本件土地につきAから譲渡担保の設定を受けた。一方、Yは右のような事情から本件土地に右譲渡担保を取得したXのために、その権利の障害となるべき、B会社から譲り受けた右根抵当権を放棄した。

その後、YがAとの間で右放棄を合意解約した。そこで、XがYに対し、根抵当権登記の抹消を求めて訴えを提起した。

【判旨】 上告棄却。

「前記認定の事実関係のもとにおいては、Yはその後A「ら」との間で、右放棄を合意解約（実質的には、消滅した根抵当権を復活させる合意というべきである。）することにより、根抵当権の負担のない担保権を取得するに至ったXの権利を害することは、右合意が正当な理由に基づくなど特段の事情のないかぎり、許されない立場にあるものといえ、このような立場にあるYは、右特段の事情の主張立証のない本件においては、Xが右担保権の取得につき登

記を有しないことを理由に右合意解約を主張することは著しく信義に反するものというべきであつて、Yは、Xの右担保権の取得つき登記の欠缺を主張するについて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り、これと同趣旨の原審の判断は正当である。」

〔9〕最判昭和四八年四月二日金融・商事判例三六九号八頁

### 【事実】

Xは、Aから本件土地とその地上建物とを代金二五〇〇万円で購入する契約を締結し、内金一千万円を支払い、建物については所有権取得登記を了したが、本件土地に関してはAとその前々主から仮登記を受けているBとの間で登記抹消等の訴訟が継続していたため、残代金一五〇〇万円は右訴訟におけるAの勝訴判決の確定後一ヶ月以内に支払う約束をし、土地については登記を経ないでいた。

ところが、Aの親族Yは、右の事情を知らながら、Aに秘して、みずからBと交渉し、示談金を支払って、Bの仮登記を抹消させ、Aに右訴訟を取り下げさせてから、Aとの間で、Y所有の土地と本件土地とを交換する契約を締結し、本件土地につきY名義に所有権移転登記をした。Xから、Yに対しその所有権移転登記の抹消を、Aに対し所有権移転登記をそれぞれ求めて、訴えを提起した。原審は、右交換契約を有効としたが、Yが背信的悪意者にあたるとして、Xの請求を認めた。Y上告。

### 【判旨】 上告棄却。

「……Yが右交換契約を締結した目的につき、首肯するに足りる理由が認められず、その目的は、本件土地につきXらの名義の登記がなされることを妨げ、Xらの本件土地所有権取得の効果を対抗要件の欠缺により失わしめるにあつ

たものと推定されること、以上の事実が認められる。そして原審の右認定判断は、挙示の証拠に照らして首肯することができる。右事実関係のもとにおいては、Yは、いわゆる背信的悪意者として、Xらの本件土地所有権取得についての登記の欠缺を主張する正当な利益を有しないものと解すべきであつて、これと同趣旨の原審の判断は、正当として是認することができる。」

〔10〕最判昭和五七年二月一八日判例時報一〇三六号六八頁

#### 【事実】

本件溜池は本件田畑と一体をなすものとして、昭和四年にAからBへ、昭和七年にBからCへ譲渡され、昭和一八年以降Xが本件田畑の小作人として本件溜池を利用していた。昭和二三年、本件田畑がCからXに譲渡されたが、本件溜池はこの対象には含まれていなかった。しかしXは、本件溜池も自己の所有するところになったと思ひ、これを占有・利用していた。

ところが、本件溜池は未登記であり、土地台帳上はAの名義のままになっていた。本件溜池の周辺で土砂を採取していたY<sub>2</sub>は、溜池の所有者との間で紛争が生じるのを嫌い、これを手に入れようとして、右土地台帳の記載に基づきAの家督相続人Y<sub>1</sub>から、昭和四五年一〇月二三日、これを購入し、同月一五日Y<sub>1</sub>名義で所有権保存登記をしたうえで、同日Y<sub>2</sub>への所有権移転登記が經由された。

そこで、Xは、Cからの贈与または時効取得により本件溜池の所有権を取得したとして、そして、Y<sub>2</sub>は背信的悪意者であるから登記なくして対抗しうるとして、Y<sub>1</sub>に対して所有権移転登記手続を、Y<sub>2</sub>に対して所有権移転登記の抹消手続を求めた。

第一審は、溜池の贈与も時効取得も認めず、X敗訴。第二審は、Xが本件溜池を時効取得したことは認めたと、Y<sub>2</sub>はXの所有権を害する目的で本件溜池を取得したものとは認めがたいから、民法一七七条の第三者に該当し、XはY<sub>2</sub>に本件溜池の所有権を主張することができないとした。X上告。

【判旨】 上告棄却。

「私権の目的となりうる不動産の取得については、右不動産が未登記であっても、民法一七七条の適用があり、取得者は、その旨の登記を経なければ、取得後に当該不動産につき権利を取得した第三者に対し、自己の権利の取得を對抗することができないものと解されるから、本件においてXがその先代による本件溜池および堤塘の所有権の時効取得を對抗することができないものとした原審の判断は、正当である。」

〔11〕最判昭和六二年一月二二日判例時報二二六一号七一頁、判タ六五五号一〇六頁

【事実】

昭和四一年五月一日、XおよびB<sub>1</sub>がAに対して負担する債務を担保するため、X所有の建物およびB<sub>1</sub>所有の土地（以下本件不動産という）にAのための譲渡担保権を設定し、所有権移転登記を経由した。

昭和四三年四月二六日、X、B<sub>1</sub>およびAは、被担保債権額が二五三万円であることを確認のうえ、右債権が完済された場合には、本件不動産についてのA名義の所有権移転登記を抹消する旨の和解契約が成立した。同年六月五日、B<sub>1</sub>が右二五三万円をAに完済した。

昭和四四年八月八日、Aは、本件不動産をYに売却し、Yは、本件不動産につき所有権移転請求権仮登記を経由した。XおよびB<sub>1</sub>の相続人B<sub>2</sub>が、右仮登記の抹消を請求した。

第一審は、Xらの請求を認容。第二審は、不動産が譲渡担保とされ、譲渡担保設定者から譲渡担保権者への所有権移転登記がなされた場合において、譲渡担保権が弁済により消滅した以後、その不動産につき所有権を取得した第三者に対しては、譲渡担保設定者は登記がなければその所有権を対抗することができないものと解するのが相当であるとして、登記を回復していないXおよびB<sub>2</sub>の請求を退け、原判決を取り消した。XおよびB<sub>2</sub>上告。

【判旨】 上告棄却。

「不動産が譲渡担保の目的とされ、設定者から譲渡担保権者への所有権移転登記が經由された場合において、被担保債権の弁済等により譲渡担保権が消滅した後に目的不動産が第三者に譲渡されたときは、右第三者がいわゆる背信的悪意者に当たる場合は格別、そうでない限り、譲渡担保設定者は、登記がなければ、その所有権を右第三者に対抗することができないものと解するのが相当である。」

〔12〕 最判平成八年一〇月二九日民集五〇巻九号二五〇六頁

【事実】

本件土地は、もと久松定武（A）が所有する土地の一部であり、松山市（X）が昭和三〇年三月、道路を造るためこれを買収し、代金を完済した。しかし、分筆登記の手續きに手違いが生じ、本件土地についてX名義の登記が經由されないままとなっていた。Xは、農地であった本件土地を現況に近い形態の道路に整備し、遅くとも昭和四四年七月までに、X所有の市道として通行の用に供されていた。

Aは、本件土地が登記簿上Aの所有となっているため固定資産税が課されているが、所在のわからない土地があるので、これを処分して五〇〇万円を得たいと考え、昭和五七年一〇月二五日、Y<sub>1</sub>との間で、本件土地を五〇〇万円



売却する契約を締結し、同月二七日、移転登記を経由した。なお、Aの代理人は、売買契約を締結しても確実に所有権を移転できる確信がもてなかったので、Y<sub>1</sub>から、万一本件土地が実在しない場合にもAに代金の返還を請求しない旨の念書をとった。当時、道路でないとした場合の本件土地の価格はおよそ六〇〇〇万円であった。

昭和五八年に本件土地はY<sub>2</sub>に譲渡され、次いで昭和五九年にY<sub>3</sub>に譲渡され、それぞれ移転登記が経由された。上告人Y<sub>4</sub>は、昭和六〇年に、Y<sub>3</sub>から本件土地を買い受け、移転登記を経由し、本件土地が市道ではないとして、本件土地上にプレハブ建物を建てバリケードを設置した。

そこでXは、本件土地について所有権および道路管理権を有すると主張して、登記名義の回復、プレハブ建物の撤去を求めた。

原審は、Y<sub>1</sub>は本件土地がXに売り渡され、市道として利用されてきたことを知ったが、X名義に所有権移転登記がなされていないことを奇貨としてこれを買受け、道路を廃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、背信的悪意者にあたるとした。背信的悪意者からの転得者となるY<sub>4</sub>について、「Y<sub>1</sub>が背信的悪意者であった所有権取得をもってXに対し対抗できない以上、Y<sub>2</sub>ないしY<sub>3</sub>を経て買受けたY<sub>4</sub>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。」として、Xの主張を認めた。Y<sub>4</sub>上告。

【判旨】 一部破棄差戻。

「なお以下では、背信的悪意者についての判断部分のみ引用し、背信的悪意者からの転得者に関する判断は省略する。」  
 「原審の認定した前記事実関係によれば、本件土地は、遅くとも昭和四四年七月までに、土地の北側と南側に側溝が入れられ、ほぼ中央部に市章入りマンホールが二箇所設置されるとともに、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きたところ、Y<sub>1</sub>の代理

人西原は、現地を確認した上、昭和五七年当時、道路でなければおよそ六〇〇万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、五〇〇万円で購入したというのであるから、Y<sub>1</sub>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べきである。」

〔13〕最判平成一八年一月一七日民集六〇巻一七号二七頁

【事実】

Yは、鮮魚店を開業するための融資を受ける予定の銀行から、公道に面する間口が狭いと指摘を受けたため、その間口を広げる目的で、平成八年二月六日、Aから本件土地を購入し、その移転登記を了した。

本件通路部分は、Bが、昭和四八年三月から専用進入路として、所有の意思をもって、そのころ取得した土地の一部であると信じて、占有するようになったものであり、さらにCがBからこれを取得し、本件通路部分をコンクリート舗装したものである。平成三年七月、Xは、Cからこの土地の現物出資を受け、引き続き専用進入路として使用して現在に至っている。

Xは、①本件通路部分が自らの取得した土地の一部であることの確認、②仮に①が認められないとしても、Xが、前々主および前主の占有を併せて、昭和四八年から二〇年間本件通路部分を占有したことにより、所有権又は通行地役権を時効取得したなどと主張し、主位的に、Xが本件通路部分につき所有権を有することを求め、予備的に、Xが本件通路部分につき通行地役権を有することの確認を求めた。これに対して、Yは、Xの登記欠缺を主張し、Xは、

これに対してYが背信的悪意者に当たると主張した。

原審は、Xの主位的請求をすべて認容した。Xは平成五年三月に本件土地の所有権を時効取得したと認定したうえで、Yが背信的悪意者にあたるかどうかについては次のように述べた。すなわち、Yは、上記各土地の購入時において、(ア)……Xが本件土地の大部分と重なる本件通路部分Aをその専用進入路としてコンクリート舗装した状態で利用していること、(イ)Xが本件通路部分を利用できないとすると、公道からの進入路を確保することが著しく困難となることを知っていたことが認められる。そして、YがXを困惑させる目的で本件土地を購入したものは認められないが、Yにおいて調査をすれば、Xが本件通路部分Aを時効取得していることを容易に知り得たといわなければならない。Yは、Xが時効取得した所有権について登記の欠缺を主張する正当な利益を有しないとわざるを得ない、と。これに対し、Yが上告。

【判旨】 一部破棄差戻。

「原審の上記判断(2)は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1)時効により不動産の所有権を取得した者は、時効完成前に当該不動産を譲り受けて所有権移転登記を了した者に対しては、特段の事情のない限り、これを対抗することができるが、時効完成後に当該不動産を譲り受けて所有権移転登記を了した者に対しては、特段の事情のないかぎり、これを対抗することができないと解すべきである。

(2)民法一七七条にいう第三者については、一般的にはその善意・悪意を問わないものであるが、実体上物権変動があった事実を知る者において、同物権変動についての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、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであつて、このような背信的悪意者は、民法一七七条にいう第三者に当たらないものと解すべきである。

そして、甲が時効取得した不動産について、その取得時効完成後に乙が当該不動産の譲渡を受けて所有権移転登記を了した場合において、乙が、当該不動産の譲渡を受けた時点において、甲が多年にわたり当該不動産を占有している事実を認識しており、甲の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べき事情が存在するときは、乙は背信的悪意者に当たるといふべきである。取得時効の成否については、その要件の充足の有無が容易に認識・判断することができないものであることにかんがみると、乙において、甲が取得時効の成立要件を充足していることをすべて具体的に認識していなくても、背信的悪意者と認められる場合があるといふべきであるが、その場合であつても、少なくとも、乙が甲による多年にわたる占有継続の事実を認識している必要があると解すべきだからである。

(3) 以上によれば、YがXによる本件通路部分Aの時効取得について背信的悪意者に当たるといふためには、まず、Yにおいて、本件土地等の購入時、Xが多年にわたり本件通路部分Aを継続して占有している事実を認識していたことが必要であるといふべきである。ところが、原審は、YがXによる多年にわたる占有継続の事実を認識していたことを確定せず、単に、Yが、本件土地等の購入時、Xが本件通路部分Aを通路として使用しており、これを通路として使用できないと公道へ出ることが困難となることを知っていたこと、Yが調査をすればXによる時効取得を容易に知り得たことをもって、YがXの時効取得した本件通路部分Aの所有権の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に当たらないとしたのであるから、この原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。」