

## 二重譲渡と転得者

——相対的構成とは何か——

滝 沢 隼 代

- 一 はじめに
- 二 転得者問題の分析
  - (1) 最高裁判平成八年一〇月二九日判決の問題点
  - (2) 相対的構成の系譜
- 三 日仏法の比較考察
  - (1) フランス破毀院一九九二年六月二一日判決
  - (2) 相対的構成の論理
- 四 結び
  - 一 はじめに

民法一七六条・一七七条による意思主義・對抗要件主義を解釈、適用するに際しては、二重譲受人の転得者の扱いが一つの重要な論点となる。不動産についてA→B、A→Cという二重譲渡があつたとしよう。転得者はBの下

でもCの下でも生じ得るのであるが、BCのいずれかが登記を済ませて所有権の取得が確定した後には転売するのであれば、問題は対抗関係を離れ、譲渡の当事者間に限定されると一応考えられる。これに対して、BCのどちらも未だ登記していない段階で、B→Dに転売契約がなされたらどうであろうか。第一譲渡についてはBの未登記所有権の譲渡であると解することができ、登記を争う対抗関係がDCに移行することは肯定できるようである。他方、法定取得が想定される第二譲渡のCからEへの転売については、契約上の地位の譲渡という構成が妥当となり、このようなかたちではやはりBEの対抗関係を認めることができるかと考えられる<sup>1)</sup>。転得者問題の基本は、このようなところにあると見られるが、実際に紛争を生じることが少ないこの種の問題は、一般的にはあまり議論されること  
 がなかった。

注目を浴びたのは、背信的悪意者からの転得者の扱いであり、最高裁昭和三六年四月二七日判決（民集一五巻四号九〇一頁）によって問題提起がなされている。よく知られているように、事案は山林の二重売買に係わる。第一買主Bが代金を完済し、引渡を受けて未登記のまま長期間山林を所有し、かつ登記の取得に苦慮していることを承知の上で、第二買主Cは、別件の復讐の目的でこの山林の買い受けを売主Aに懇請し、極めて低廉な価格で二重譲渡を受けたものである。また登記を経た上で訴外Dに対して抵当権を設定している。判旨は、第一買主からの登記抹消請求を認容するに際して、第二売買は公序良俗に違反し無効であり、このような第一買主は民法一七七条の第三者に当たらないと論じた原審判決を全面的に支持している。

学説からは、本判決が第二売買を公序良俗違反で無効とした点に批判が投じられた。無効の結果第二買主の権利がゼロとなるならば、転得者にあたるここでこの抵当権者の権利は当然に覆滅されて、取引の安全を損なうからである。それ故、多くの論者によって信義則の適用が主張され、これにより背信的悪意者たる第二買主の権利を否定しつつ、善意の転得者を保護することが試みられた<sup>2)</sup>。もちろん、判旨の推論を支持する立場もあり、論争の過程の中

から、当面の問題領域におけるいわゆる絶対的構成と相対的構成の対立が明確になってきたと見うる。<sup>(3)</sup>

その後、東京高裁昭和五七年八月三十一日判決（判時一〇五五号四七頁、判夕四八一号六八頁）において、善意の第二譲受人からの転得者が背信的悪意者であったケースが問題となり、相対的構成に依って転得者の権利が否定された際に、学説においても一度転得者問題がクローズアップされる<sup>(4)</sup>。しかしながら、下級審裁判例において二重譲渡と転得者の関係が争われることは少なからずあつたにもかかわらず<sup>(5)</sup>、この問題は一般的にそれ程活発な議論の対象となることがなかつたようである。恐らく、具体的妥当性の面においては、相対的構成に一応の説得力が認められたためであろう。絶対的構成が妥当と考えたわたくし自身も、私見の立場を明らかにする以上の議論は試みないままに過ぎてきた。このような状況において、最高裁平成八年一〇月二十九日判決（民集五〇巻九号二五〇六頁）が現れた<sup>(6)</sup>。まさに転得者の法的地位について、最高裁が相対的構成による問題処理を肯定し、あえてその方針を明示したとも見うる判決である。このテーマに関心に寄せる者にとっては、即応して判例研究のかたちで判決の検討を試みることも望ましかつたかもしれない。とは言え、時間的余裕は別としても、判決自体がそれほど魅力的とは思われなかつたことも事実である。なぜなら、後述するように、事案の真の争点は未登記の第一譲受人の保護如何にあり、これを判決は、對抗要件主義とは無関係に道路行政上の論理を適用して簡単にクリアしてしまつてゐる。転得者も限りなく背信的悪意に近いと見られ、肝心の転得者保護の問題は、いわば補足的な、従たる性質のものでしかないと思受けられた。しかし、わざわざ相対的構成を援用した判旨の意図はどこにあつたのか、という疑問は残つていたわけである。

他方、フランス法においては、破毀院一九九二年六月一日判決<sup>(7)</sup>が転得者の問題を扱つており、悪意の第二買主からの転得者が登記を取得している状況において、破毀院は、転得者の善意・悪意を調査しなければ第一買主との優劣が決まらないという考え方を示していた。善意の転得者を保護する意図が明らかであり、類型的には前述の最

高裁平成八年判決とほとんど同種の事例と見ることができ。しかしながら、フランスの判例については、悪意者排除の「意味と、背後にある不法行為の理論（フォートの理論）の存在が明瞭であり、すでにその批判的検討も試みられている。」<sup>(8)</sup>

同様に、わが国の最高裁判決が援用する相対的構成の意味がもう少し明らかに論じられるべきではなからうか。絶対的構成と相対的構成のどちらを選ぶかというだけの議論で終わってよいはずはない。このような観点から、本稿では、やや時間を経てはいるけれども、改めて上述した日仏の二つの判決を取り上げて比較考察を加えつつ、民法一七七条における転得者の問題を、もう少し理論的に深めたいと考えている。

(1) この議論はわたくしの法定取得—失権説の立場を踏まえている。對抗要件主義の基本的な理解に関しては、滝沢聿代・物権変動の理論一九〇頁以下、同「物権変動論のその後の展開」成城法学五〇号一頁以下、五二号一七五頁以下を参照されたい。

(2) 川井健「不動産二重売買における公序良俗と信義則——最高裁昭和三十六年四月二七日第一小法廷判決をめぐって——」判タ一二七号一五頁以下、好美清光「不動産の二重処分における信義則違反等の効果」手形研究五巻七号八頁以下等参照。三和一博「民法一七七条の「第三者」の範囲と信義則の適用」東洋法学九巻二—三三四—三三九頁以下等参照。

(3) 民法一七七条における相対的構成は、船橋諄一・物権法（法律学全集）一八五頁は、民法四二四条の解釈に見られる判例の相対的処理を参考にして、転々譲渡された場合には、当事者は、「背信的悪意者に対する関係においてだけ、相対的に、登記なしに対抗しうるものと解し、これに反し、取得者が、善意または單純悪意であるかぎり、たといその前主が背信的悪意であったとしても、これには対抗しえないものと解して、（後略）」と論じられる。しかし、すぐ後の一九二頁では、背信的悪意者排除に触れ、転得者については、「（第二譲受人）丙からさらに譲り受けて移転登記を受けた丁が、乙に対抗しうるかどうかの問題についても、丁の善意悪意を区別して相対的に決定されるべきものである」とされる。すなわち、悪意の丁を保護するかどうかという重要な点について混迷があり、明確な議論となり得ていない。なお、相対的構成一般については、幾代通「善意者保護制度における絶対的構成と相対

的構成」法学教室四三号一七頁以下、辻正美「転得者の地位——いわゆる絶対的構成と相対的構成」ジュリスト民法の争点一四六頁以下が詳細な分析を加えておられ、いずれも絶対的構成の妥当性を指摘される。

- (4) 内田勝一「善意の第二譲受人からの転得者が背信的悪意者である場合」判タ四九三号一—三頁以下、同解説・判タ五〇五号二八頁以下、滝沢幸代「善意の第二譲受人から転得した背信的悪意者——再論」判タ四九九号一二五頁以下、椿寿夫・松野民雄「背信的悪意者論の相対的適用」法時五五卷八号四八頁以下、吉原節夫「背信的悪意者論の転得者への適用——東京高裁昭和五七年八月三十一日判決に寄せて——」民事研修三二九九号九頁以下、石外克喜評釈・判時一〇九四号(評論一九九号)一八五頁以下、鎌田薫解説・法学セミナー一九八四・三月号四八頁以下、中尾英俊研究・西南学院大学法学論集一八卷三号六五頁以下等参照。

- (5) 松岡久和「判例における背信的悪意者排除の実相」林良平先生還暦記念・現代私法学の課題と展望(中)六五頁以下、七戸克彦・後出最高裁平成八年一〇月二十九日判決批評民商一一七卷一号一一四頁以下参照。

- (6) 本判決については、七戸克彦批評・民商一一七卷一号一〇四頁以下、石田喜久夫評釈・判時一六二二号一八九頁(評論五六八号)二七頁以下、大橋弘解説・ジュリスト一一二四号九八頁以下、横山美夏解説・法学教室二〇〇号一四一頁以下、大西武士解説・金法一四九九号四頁以下、吉原節夫「背信的悪意者論の相対的適用——最高裁平成八年一〇月二十九日判決を中心に——」みんけん四八五号一六頁以下、安永正昭・民法判例の動きジュリスト一一一三三号五〇頁等が見られる。

- (7) Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 juin 1992, B. C. III, n° 200; D. S. 1993, 528, note A. Fournier; RD imm. 1993, oct. - dec. 532, chron. Ph. Delbecque et Ph. Simler. 吉井啓子「不動産公示の消極的效果としての「不知」の推定(一)」同志社法学四六卷六号一一〇頁参照。

- (8) 滝沢・前掲書二五〇頁以下参照。

## 二 転得者問題の分析

- (1) 最高裁平成八年一〇月二十九日判決の問題点

## 事実と判旨

まず、事案と判旨を確認しておくべきであろう。X市は昭和三〇年に、Aより本件土地を買い受けて代金を完済し、未登記のまま市道として整備してきた。他方Aは、所在不明の土地として、昭和五七年にこれをB会社に極めて低廉な価格で譲渡し、土地が実在しない場合にも代金は返還しないという念書を取った。Bの代理人たるB、C、D会社の実質的経営者は、契約に際して現地を確認しており、原審は背信的悪意者と認定している（二審は異なる判断をした）。同人は土地をさらにC、Dに譲渡しそれぞれ登記を経た。昭和六〇年にDより譲渡を受けたYは、本件土地が市道ではないと主張して、プレハブ建物、バリケード等を設置し、通行を妨害したので、X市は、市道としての使用を回復すべく、仮処分決定を受けて執行し、これらを排除した。また、XからYに対して、①本件土地が市道の敷地であることの確認、②本件土地上の妨害物の撤去と土地の明渡、③真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続、を求めて本訴が提起された（第一事件）。YはXに対し、仮処分によりプレハブ建物等が撤去され、市道に供されたことは不法行為に当たるとして、損害賠償を訴求している（第二事件）。

一審判決は、B↓C↓D↓Yの譲渡はXに対抗できるとしてYの土地所有権を肯定したが、しかし、BはXの道路管理権が確立した後に本件土地を取得したのであるから、その所有権は、道路法四条所定の私権の行使の制限を受けたものであり、Yの所有権についても同様であると論じている。したがって、Xの①、②の請求は認容され、③の所有権移転登記請求は棄却された。Yからの損害賠償請求も棄却である。二審では、Yの控訴棄却、Xの付帯控訴が容れられて、Xの登記請求が認められた。判旨は、第二譲受人にあたるBの背信的悪意者を認定し、BがXに対抗しえない以上C、D、YもXに対抗しえないと論じている。Yが上告、その詳細な上告理由の核心は、民法一七七条の対抗関係の相対性を主張した点にある。

すなわち、A↓B、A↓Cの二重譲渡において、Cが背信的悪意者であったとしても、「AからCへの物権変動

が無効になるわけではなく、Cは無権利者となるわけではないから、転得者Dが背信的悪意者でない限り、Cから有効に物権を取得しうる」(いわゆる相対的無効説)と解するのが学説多数説である。下級審裁判例にもB、Dの対抗関係如何はDの背信性の有無にかかっていると論じるものがある。その結果、Cが善意で登記していてもDが背信的悪意者であるため、Bが転得者Dには対抗しうるという状況も生じうるのであり、前述した東京高裁昭和五七年判決がそれにあたる。上告理由も当然これを援用した。その上で、B、C、D、Yが背信的悪意者ではないことを力説している。

最高裁は、Bの背信的悪意については、原判決を支持したが、次のように述べて一部を破棄差戻とした。

「ところで、所有者甲から乙が不動産を買い受け、その登記が未了の間に、丙が当該不動産を甲から二重に買い受け、更に丙から転得者丁が買い受けて登記を完了した場合に、たとい丙が背信的悪意者に当たるとしても、丁は、乙に対する関係で丁自身が背信的悪意者と評価されるのではない限り、当該不動産の所有権取得をもって乙に対抗することができるものと解するのが相当である。ただし、(一)丙が背信的悪意者であるがゆえに登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないとされる場合であつても、乙は、丙が登記を経由した権利を乙に対抗できないことの反面として、登記なくして所有権取得を丙に対抗することができるといふこととどまり、甲丙間の売買自体の無効を来すものではなく、したがつて、丁は無権利者から当該不動産を買い受けたことにはならないのであつて、また、(二)背信的悪意者が正当な利益を有する第三者に当たらないとして民法一七七条の「第三者」から排除される所以は、第一譲受人の売買等に遅れて不動産を取得し登記を経由した者が登記を経していない第一譲受人に対してその登記の欠缺を主張することがその取得の経緯等に照らし信義則に反して許されないとしたことにあるのであつて、登記を経由した者がこの法理によつて「第三者」から排除されるかどうかは、その者と第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄であるからである。」

こうして、Yは背信的悪意者Bからの転得者であるが、原審は、Y自身が背信的悪意者であるかどうかを判断せずにYがBに対抗しえないとした点で、民法一七七条の解釈適用を誤っていると論じたのである。では、BY間の対抗関係の帰趨が明らかになるまでは、前記①、②の請求認容も留保されるべきではなかったか。しかるに判旨は、Xの道路管理権に関しては、Xが道路法一八条に基づく区域決定、供用開始決定とその公示をなした時点において、Xは背信的悪意者たるBに対抗しうる関係にあったのであるから、これらの手続は無効ではなく、「したがって、本件土地は市道として適法に供用の開始がされたものといえることができ、仮にその後Yが本件土地を取得し、Xが登記を欠くため、Yに所有権取得を対抗できなくなったとしても、Yは道路敷地として道路法所定の制限が加えられたものを取得したにすぎないものといえるべきである」として、一審判決の論旨に依拠している。

#### 判決の検討

二重譲渡と登記の問題では、不動産所有権がどこにあるかが争われるのが通常である。しかるに、本件不動産はたまたま市道用地であったため、所有権はなくても市の道路管理権が確立しているという論理で、実質的にあまり変わらない救済を当事者に与える余地があった。現に、一審と上告審の判決はその論理に依拠しており、その限りにおいて、民法一七七条による問題処理の重要性は後退していると言える。これが本件の特徴であるけれども、実は道路管理権の有無も、所有権の所在が確定された上で、はじめて明確に論じうるのが本来と考えられる。この意味で、判決には混迷があるという七戸評釈の指摘は、極めて注目に値する。<sup>(10)</sup>

まず、第一譲渡に遡って所有権の所在を確認しておきたい。X市が昭和三〇年に道路用地としてAから本件土地を買い受け、継続して占有してきたことは一番、上告審の判断のとおりであろう。しかし、手続の過誤により未登記のまま放置されてきたこと、そのため九年間にわたりXがAに課税していた事実、Bの申請に基づく境界査定に際して、Bの私有地として査定書を作成、交付した事実がある。このような行政の重大な過失が所有権の所在に影



響を及ぼすかどうか、実質的に問われたのはその点であるとも言えよう。しかしながら、未登記の点を除けば、これらの過誤がXの所有権を左右するものではないことは、本判決により改めて確認された。残るのは登記による対抗の問題だけである。

民法一七七条の適用に関する原審判決の論理は、必ずしも明確な表現を採ってはいないけれども、学説のいわゆる絶対的構成を説くものと解される。すなわち、背信的悪意者であるBは無権利であり、それ故にその承継人であるC、D、Yも無権利となるから、Xの登記の欠缺を主張しえないという趣旨であり、それ以外の読み方は難しい。この論理を非難された最高裁としては、上告理由の指摘だけで破棄を余儀なくされることはなかったとしても、すでに民法九四条二項における善意の第三者からの転得者の処遇について、相対的構成を示してきたことは、想起せざるをえなかったはずである<sup>(11)</sup>。しかも、市道の公共性を維持する別の論理はあると考えられた。

しかし、仮にこの相対的構成の結果Yの所有権が認められるとどうなるか。完全な所有権を得るつもりで売買契約をしたはずのYは、市道の底地権の登記を得ても利益はないに等しい。他方、Xの側は、未登記の過誤故に、市道の一部の名義を失うわけであり、公共の利益は少なからず害される。第一譲受人の保護が必要となるこうした状況の下では、最高裁は後に続く未登記の通行地役権の事例において、信義則を援用して善意と主張する承役地の譲受人を第三者から除外している<sup>(12)</sup>のであり、当然同じような解決が考えられるべきであつたと言えよう。民法一七七条が公共団体の所有権取得にも等しく適用されるならば、その論理も同じでなければならぬはずである。ただし、判旨はここでは、恐らく一審判決の議論に安易に同調した結果、同種の未登記所有権の保護を道路法上の供用開始決定とその公示の効果に委ねた。その結果、道路管理権の所在と所有権それ自体とが分離することになり<sup>(13)</sup>、所有権は極めて形骸的に扱われることになった。議論として、益するところは少ないと考えられる。

次に、背信的悪意者排除論の相対的適用という論理である。これを通説とする学説の指摘も見られるが、恐らく、<sup>(14)</sup>

前出の東京高裁昭和五七年八月三二日判決をめぐる議論を念頭に置くものであろう。しかし、その事案は、善意のCから転売を受けた背信的悪意者Dの処遇に関するものであった。すなわち、ここでは絶対的構成によりCから有効に権利を取得しうるはずのDを、例外的に排除する議論が必要であったのであり、必ずしも相対的構成そのものではなかったと解される<sup>(15)</sup>。少なくとも本件事案とは問題の側面を異にする。背信的悪意者からの転得者保護に関しては、一貫して論じられてきたのは、取引の安全とそのために善意の転得者保護をどう実現するかの問題であった<sup>(16)</sup>。本件判旨のように、背信的悪意者を相対的に認定するという提案は、対抗理論の中ではほとんど注目されていなかったはずである<sup>(17)</sup>。なぜなら、その議論は、背信的悪意者からの悪意の転得者を保護する結果を導くのであり、それを妥当とする見解は恐らくないのであるから。こうして、本判決の相対的構成は、道路管理権を強調しつつ、対抗要件主義の理論を軽視ないし等閑視するものとなり、事案の解決にも危惧を残している。差戻審は、恐らくYの背信的悪意を認定すると見たいが<sup>(18)</sup>、単なる悪意であるとするならば、五〇〇万円の策略による取引が結局行政の不備を襲い、市有地の一角を私有化させることになり、行政の安定性や取引のモラルという見地から疑問の多い結論となろう。

そもその発端は二重譲渡にあった。登記名義だけが残り所在不明の土地を、極めて低廉な価格で売却して、買主が所有権を取得できなかった場合にも代金を返却しないという念書を取る、というようなりスキな売買は、正常な取引行為の埒外のもの、確認されるべきであろう。民法一七七条の理論は、ひたすら登記しない者の権利を奪うものではなく、必要に応じて未登記物権の保護がなされるべきことは当然である。ただし、一般論として、行政故に、あるいは既成事実や生活権等を理由として、容易に未登記に対する制裁を回避できることになれば、公示主義を揺るがす危険も無視できない。それ故、事案に即した慎重な利益衡量による調整が求められるわけであるが、その前提として、対抗要件主義の理論の明確な認識が不可欠となるはずである。

(2) 相対的構成の系譜

絶対的構成と相対的構成

このように、最高裁判平成八年一〇月二九日判決が破棄差戻によって打ち出した相対的構成の理論は、民法一七七条の解釈として肯定できないものであり、その不都合は、背信的悪意者と悪意者との提携を許す結果になるという点に集約される。事案におけるYは、少なくとも悪意又は重過失の可能性が高いと見られ、これを救済する不合理は明らかであろう。善意のYを保護する趣旨であれば、判旨の論理を述べるべきではない。問題は、なぜ最高裁がこのような議論をしたかである。前述のように、相対的構成の系譜はすでに判例・学説において顕著であったことは確かであり、ここではそれらにもう少し立ち入った分析を試みたいと考えるが、それに先立ち、絶対的構成と相対的構成の定義を確認しておくべきであろう。

「何人も自己の所有する以上の権利を譲渡することはできない<sup>(19)</sup>。」という法格言は、近時しばしば引用されているけれども、その論理に対する評価は必ずしも明確にされていないようである。しかし、絶対的構成の基本はここにあり、前主の権利の承継という理論の基礎づけをなすものと考えられる。前主が無権利である取引の効果は、原則としてゼロである。しかし、民法一九二条のように無権利者からの取得を認めるケースは、この承継の理論との相剋を経て、別の理論により特に肯定されたものであるから、あえて絶対的構成の一部に取り込むことができ<sup>(20)</sup>る。当面の転得者の保護という課題においても、民法九四条二項の類推適用や詐害行為取消権の構成等の工夫が試みられてきたのは、同じ意図によるものである。

これに対して、相対的構成は、権利取得の要件を転得者ごとに個別的に検討し、前主の権利の無条件の承継という理論を適用しない考え方ということになる。しかし、権利の承継の理論を排除してなぜそのような法的構成が可

能となるのかは、あまり論じられてこなかった。そこに援用されてきたのは、主としては信義則であり、善意（無過失）の者は保護されるが、悪意ないし信義則に反する者の権利取得は否定されるという、いわば道徳律が働いてきたと見受けられる。道徳律であるだけに、そこから導かれる結論には否定し難い具体的妥当性がある。一般の取引感覚に即した結論となるならば、理論が犠牲になるとしても、概念法学よりははるかによいと漠然と考えられてきたのではなからうか。では、相対的構成の理論はあるのか。<sup>(21)</sup>この点を探りながら、次に三つの判例を通して、相対的構成の系譜を概観してみたい。

相対的構成の系譜

相対的構成の最も古い議論としては、民法三二条一項但書の解釈をめぐってなされたものが注目される。大審院昭和一三年二月七日判決（民集一七卷五九頁）は、Xの失踪宣告により相続人となったAが、相続不動産をBに売却し、さらにYに転売がなされ、移転登記もなされたという事案である。A、Yは悪意、Bは善意であったが、判決は民法三二条一項但書の適用を受ける契約は当事者双方が善意でなければならぬと論じ、A Bの売買が効力を失う以上B Yの売買も無効であるとして、Xからの登記抹消請求を肯定した。<sup>(22)</sup>上告理由は、Bが善意である以上Bの所有権取得は確定するから、たとえYが悪意であってもB Yの売買は有効であると争っており、これに反論する必要上、判旨はYの悪意を強調していると読めるが、理論構成としては、絶対的構成に依っていると解される。批判説としては、まずA Bの売買に関して、Aが悪意でも善意無過失のBを保護することが取引の安全上必要であると指摘され、<sup>(23)</sup>さらにその延長上に、悪意のYは保護されるべきではないとする相対的構成の主張が必然的に出てきた。Yが目的物をXに返還した場合には、Yは悪意のAからA Bの売買の対価を不当利得返還請求できると論じている。<sup>(24)</sup>また、利得と損失の因果関係に疑問も投じられている。<sup>(25)</sup>私見によれば、民法三二条一項但書は、「善意ヲ以テ成シタル行為」の直接の主体としては相続人を指すと考えられ、相手方、転得者については、取引安全等に配

慮しつつそれぞれに独自の解釈論を要するものと解したい。<sup>(26)</sup> 相対的構成は、主観的要素を重視した結論の妥当性を主張するものであり、その問題提起は重要であるが、ここでの学説は、理論構成という点では未だ評価すべき内容を示していないようである。これに対して、前出最高裁昭和三十六年四月二十七日判決との関連で転得者問題が論じられた際には、公序良俗違反に伴う結果の絶対性を回避するために、信義則違反を援用して相対効を導くという提案が説かれて<sup>(27)</sup>いる。しかし、信義則によっても絶対効を認めるべきであるような状況がむしろ通常であるとされ、信義則違反がなぜ相対効に結びつくかはそこでも必ずしも明確に示されていない。<sup>(28)</sup>

次に、民法九四條二項において、第三者からの転得者の所有権取得が争われた最高裁昭和四五年七月二十四日判決（民集二四卷七号一一一六頁）<sup>(29)</sup>に注目したい。事案は、山林についてXの子B名義で虚偽登記がなされていたところ、これを奇貨としたBがY<sub>1</sub>に売却し、さらにY<sub>1</sub>からY<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>へと転売がなされ、所有権移転登記がなされたものである。転得者に焦点をあてるならば、XとY<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>の間では売買の合意解除、登記抹消等の経緯があつた後、XからY<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>に所有権確認請求の本訴、Y<sub>2</sub>からXに対しては損害賠償を求める反訴が提起された。原審は、Y<sub>1</sub>が所有権を取得しえない以上、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>も所有権を取得しえないと論じたのに対して、Y<sub>2</sub>は、善意悪意はY<sub>2</sub>自身について決すべきであるとして、相対的構成を主張して争っている。判旨はこの点について、民法九四條二項の第三者とは、「虚偽表示の相手方との間で右表示の目的につき直接取引関係に立つた者のみならず、その者からの転得者もまた右条項にいう第三者にあたるものと解するのが相当である」と論じて上告を容れた。

学説はこの結論を異論しないものとして受け入れている。問題をA↓B↓C↓Dの取引に置き換えてみよう。AB間が虚偽表示であり、直接の第三者Cが善意であれば所有権を取得するという結論は、民法三三一條一項但書の場合同類化する。しかし、民法九四條二項が善意の第三者保護すなわち取引の安全を念頭に置くのに対して、失踪宣告の場合には、相続人の行為態様如何に規定の重点が置かれているように解される。それ故、Dが悪意の転得者で

あるとしてC Dの取引の効力を覆すならば、善意のCが追奪担保責任を負うという問題を生じることとすでに指摘されており、現に、悪意のDはCの権利を承継するとした古い判例も見られる<sup>(30)</sup>。しかし、最高裁昭和四五年判決についてこの議論が再燃しなかったのは、事案においてDの善意が予想されていたからであろう。取引の安全・善意の第三者保護という構図の下では、たしかに民法九四条二項の善意の第三者にD以下の転得者をも含ませておくことが便宜である。売買の目的物がすでにDの手元にあるような場合には、AがDを相手取って虚偽表示の無効を主張する必要も当然生じるのであるから。

ただ、転々譲渡された先で虚偽表示の主張がなされる場合には、C Dともに善意の場合のみならず、C悪意D善意とその逆、さらにC Dともに悪意という四つの可能性が含まれる。最初と最後のケースにおいては、絶対的構成を採っても相対的構成でも結論は同じであるため、特に問題はないであろう。C善意D悪意の場合については、民法三二条一項但書の議論が当てはまり、前述のように、通説は絶対的構成が望ましいと見たわけである<sup>(31)</sup>。最後に、C悪意D善意の場合である。ここでは、Cの無権利の結果を善意(無過失)のDに負担させることが取引の安全に反し、かつ虚偽表示をしたAの帰責との関係でも公平を欠くという実質的判断によって、Dの所有権取得が肯定されるのであり、DはBの無権利ではなくCの無権利に対して保護されると解される。すなわち、判例・通説のような相対的な条文解釈を採った場合には、個々の転得者毎に独自の理由づけによる排除や権利取得を確認することが必要かつ妥当となる。この意味で、D以下の転々譲受人をも条文の第三者に含めうるのは、民法九四条二項が本来虚偽表示に対する信頼を保護する趣旨の規定であるために、公信力的な保護という一般性をもつところから可能になった便宜的な解釈ではないかと思いたい。

最後に、東京高裁昭和五七年八月三一日判決の場合はどうであったか、である。A↓Bの土地の譲渡後に、BはC、Xにこれを転売したが、まだ登記を移転しないうちに、その一部である係争地を分筆してD、Yに二重譲渡し、

移転登記も済ませた。XがYに所有権移転登記を訴求。判旨は、Dの善意とともに、YがB↓C↓Xの売買に深く関与した背信的悪意者であることを認定し、次のように述べてYの控訴を棄却している。「背信的悪意者は、Xの主張するように、信義則の理念に基づいて背信的悪意者を登記制度の庇護の下から排斥せんとする法理であるから、登記欠缺者と当該背信的悪意者間の法律関係について相対的に適用されるべきものであり、善意の中間取得者の介在によつて、その適用が左右される性質のものではないと解するのが相当である。」<sup>(32)</sup>

結論に異論はないであろうが、そのことと判旨の論理を受け入れることは別である。わたくし自身は、Yが民法一七七条を援用してXの登記請求を拒むことは、信義則違反、あるいは権利濫用であり、Yの行為はXに対する不法行為でもあるから、登記の移転は現物賠償として肯定すべきであると論じた。<sup>(33)</sup>しかし、Dはいわゆる藁人形に近く、Yの背信性が顕著である本件事案においては、DYを實質的に一体と把握し、他方CX間では、未登記所有権とともにBに対する登記請求権の譲渡がなされたと見るならば、XYを直接Bの二重譲受人と見なして民法一七七条の對抗関係に取り込む、という処理も可能ではないかと付け加えたい。この判決の問題処理にそれほど異論が出なかつたのは、事案のこのような特徴の故と見うる。

したがつて、最高裁判平成八年判決が右の判旨の論理を念頭においたことも頷けるのであるが、事案はまったく逆で善意の第三者保護が求められている。ということは、機械的な相対的適用は不合理であり、むしろ絶対的構成を踏まえて、問題状況に即した解釈論を試みる必要があつたと見るべきであろう。相対的構成の立場からは、善意悪意さらには背信的悪意といった主観的要素は、個人個人について判断される特性であり、前主の特性を承継させるべきではないと論じられる。確かにそうであるが、権利の得失は主観的要素だけで決まるわけではない。承継されるのは、それらを含めて判断された結果である権利そのものであることが確認されるべきであろう。

- (9) 上告理由が相対的構成を主張するに当たって、学説として依拠したのは、吉原節夫「一七七条における背信的悪意者——「第三者」の範囲——」民法の争点I一七七頁、鎌田薫「対抗問題と第三者」民法講座二物権(1)一二九頁である。
- 「第三者」の範囲——」民法の争点I一七七頁、鎌田薫「対抗問題と第三者」民法講座二物権(1)一二九頁である。判旨の推論から、最高裁もまた依るべき通説をこれらに認めたものと解される。とくに鎌田教授はそこで、学説の大多数が相対的に背信性を認定すると明言されるのであるが、そのような議論の傾向は確かにあるとしても、種々の疑問は投げられており、やや安易な把握かと考える。また、同じ箇所でも鎌田教授は「今日の学説は、背信的悪意者からの善意転得者を保護すべきことを異論なく認めている。」と述べておられる。悪意の転得者の扱い如何に不明確さがあることは、前注(3)の船橋説と同じである。
- (10) 前掲七戸批評・民商一一七巻一号一二九頁以下によれば、判旨は、背信的悪意者Bに対してXが有効に道路供用開始をなしたことを前提に、絶対的構成の考え方で、Yに対するXの道路管理権を肯定しつつ、他方で、民法一七七条における背信的悪意者排除の相対的適用を説いており、矛盾があるとされる。また、Yが所有権を取得した場合には、「週及的にXの無権原ないし供用開始行為の無効が発生する」のが、判例(最判昭和四四年二月四日民集三三卷一二号二四〇七頁参照)の考え方であるとも指摘される。公法上の議論に関しては、本稿は七戸評釈に加えるものはない。しかし、一般論としても、民法一七七条を通して、行政の主体である市が私人と不動産所有権を争っている事案のような状況において、対抗の理論によってYが保護される場合には、Yは完全な所有権を取得すると考えるのが本来である。問題を登記名義だけに縮減している判旨の処理は、便宜的と言わざるを得ない。
- (11) 最判昭和四五年七月二四日民集二四卷七号一一一六頁等参照。
- (12) 最判平成一〇年二月一三日民集五二卷一六五頁参照。なお、本判決に対する私見の評価は、最高裁平成一〇年二月一八日判決に対する批評・民商一一二巻三三三号四二六頁以下に論じている。
- (13) このような結論が公法理論としても疑問であることを、前注(10)の七戸批評が指摘される。
- (14) 前注(9)参照。
- (15) 滝沢・前掲論文判タ四九九号一二六頁でこの点を論じている。民法三二条一項但書の場合に典型的に見られるように、相対的構成は本来転得者の善意・悪意を対象とするもので、背信的悪意の問題ではなかった。四宮和夫Ⅱ能見善久・民法総則(第五版)六五頁、石田稜・民法総則九〇頁等参照。
- (16) 前注(2)の諸文献、鎌田・前掲論文民法講座2物権(1)一二九頁等参照。



- (17) これを明確に主張されたのは、吉原教授のみであった。吉原・前掲論文ジュリスト増刊民法の争点一七一七頁、同・前掲論文民事研修三二九号九頁以下、みんけん四八五号一六頁以下等参照。ただし、吉原説も善意転得者の保護を念頭に置いて論じておられるのであり(前掲民法の争点一七一七頁参照)、ここでも前注(3)に引用した船橋説同様の混迷が見られる。
- (18) Yが背信的悪意ではないとされ、Yの所有権取得が肯定される場合には、Xに対する土地の返還請求は権利濫用となつても、損害賠償請求は認められるであろうと、七戸・前掲批評民商一一七卷一号一三〇頁以下が論じておられる。Yが善意でなければ、このような結論は疑問であろう。
- (19) *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet.* の訳で、ローマ法以来の権利承継のルールである。手になものは渡せない、渡せばなくなるといふ論理は、明らかに物の秩序の投影であるが、それ故にこそ公平感の基礎となり、物権法理論の根底を支えてきたと解される。
- (20) ただし、民法四二四条但書を通常の意味での第三者保護規定と見ることに疑問が残る。詐害行為取消権の特性として、取消債権額による清算の余地があるため、物権の譲渡とは異なる相対的処理が可能かつ必要となるからである。
- (21) 山本進一「相対的(対人的)効力関係について——法律関係の技術的構造の一側面として——」法律論叢三一巻四号二五頁以下は、相対的構成の基礎を固める議論としてしばしば援用されている。しかし、ここでは相対効が法律関係の技術的性格の発現として極めて広く捉えられており、相対的構成そのものを論じるものではない。
- (22) 我妻栄・判民昭和一三年度六事件は判旨を支持し、通説でもあるとされる。
- (23) 柚木馨・批評民商七卷六号一一八二頁以下参照。
- (24) 谷口知平・注釈民法(1)二九四頁以下参照。
- (25) 石田・前掲書九〇頁参照。
- (26) 民法三三二条二項の規定も財産を得た相続人等を念頭においており、一項但書は、これらの者が取引等で第三者と法律行為をした場合である。ただし、後者においては相手方の存在が想定されるため、規定の趣旨は双方の善意を想定すると解することが妥当であろう。大審院昭和一三年判決もそう論じた。これに対して、相続人が悪意、相手方のみ善意の場合をどう扱うかは、文理を超えた解釈問題である。取引安全を重んじてこれを一項但書に含める柚木説は、相続人に対する制裁の意味を希薄化させた時代の影響とともに通説となった。さらには、それ以上に転々譲渡された場合には、

文字通りの相対的救済をこの解釈に含めうるか、加えていかなる理論で実現するかという難問が生じる。

- (27) 川井・前掲論文判タ一二七号二頁以下は、最高裁判昭和三六年判決が公序良俗違反を援用して転得者保護の道を断つたことに疑問を提起し、これを信義則違反に置き換えることにより、相対的無効を導くことを考えられた。すなわち、信義則違反の程度が小さい場合には、相対的無効により転得者を保護するという構想である。

- (28) 信義則を論じる最近の論文としては、渡辺博之「信義誠実の原則の構造論的考察——信義則の行為規範的側面の再評価——(二・完)」民商九二巻五号七〇八頁以下等が見られるが、未だ具体的な効果は検討されていない。民法一七七条との関係では、川井教授のように、信義則違反の第一買主は所有権を取得しうるので、第一買主の登記の欠缺を主張しえないけれども、善意の転得者への譲渡は可能であると説かれるのが通常である。しかし、第一買主の登記の欠缺を主張しえないのであれば、結局第一買主は登記なしに所有権者であると認めざるを得ず、結果的に第二買主の無権利は避け難いであろう。

- (29) 下森定評釈・判時六一八号(評論一四五号)一二二頁以下、横山長解説・曹時二三巻七号一四九頁以下、遠藤浩批評・民商六八巻三号五一八頁以下、山本進一解説・ジュリスト四八二号三九頁以下、高森八四郎解説・別冊ジュリスト一二号六四頁以下参照。

- (30) 大判昭和六年一〇月二四日新聞三三三四号四頁等参照。石田・前掲書三三二頁、能見・前掲書六五頁等もこの結論を肯定される。

- (31) 民法九四条二項の場合と比較すると、悪意の内容に質の相違があると言えるであろうか。すなわち、生存の事実を知っているだけと売買の無効・前主の無権利についての悪意という相違において後者の方が重大であり、絶対的構成に馴染まないという見方は可能であるかもしれない。その場合の理論構成は、一般条項による例外的除外が適当かと考えられる。

- (32) 転得者の背信的悪意を認めたその後の類例として、西田一郎「転得者が背信的悪意者と認められた事例」大阪学院大法学研究一三巻一―二号七三頁以下が紹介される最判昭和六年七月一〇日(判例集未登載?)を挙げうる。事案は背信的悪意者からの未登記者に対する建物収去土地明渡請求であり、背信的悪意者の複数の前主も悪意と見うる。権利濫用が適切に機能する事例ではなからうか。裁判例には、転得者が背信的悪意者であるケースの方が極めて多いようであるが(七戸・前掲評釈民商一一七巻一―一四頁以下参照)、上例に準ずるケースの取り扱いが比較的容易である。

(33) 滝沢・前掲論文判タ四九九号二二六頁以下参照。本判決のように、前主が善意である場合の転得者の排除が、もっとも難しい議論となるようである。

(34) このような条件の下でならば、転得者を本来の二重譲渡の對抗関係に引き込む余地があると見てきた。ここに契約上の地位の譲渡という構成を持ち込むことも可能かと考えている。

### 三 日仏法の比較考察

(1) フランス破毀院一九九二年六月二一日判決  
事実と判旨

転得者保護の問題は、不動産登記法に極めて詳細な規定を置いているフランス法の下でも、未だ明確な解決を見ない状況にある。そもそもフランス法は意思主義の伝統に立つのであるから、動的安全に対する法的配慮は必然的に少なく、真の権利者保護を中心とする法体系が確認される<sup>(35)</sup>。さらに、物権変動の領域においては、周知のように公証人の存在が大きく、取引の安全はこの職務の介入によって確保されるため、立法や解釈への要請が相対的に少なかったと見てよいであろう。その中で、破毀院一九九四年五月一〇日判決<sup>(36)</sup>を契機として、はじめて登記法上二重譲受人からの転得者保護に配慮する必要があるようになった。やがて、破毀院一九六八年三月二二日判決<sup>(37)</sup>は、不動産登記法の解釈にあらたに不法行為理論（フォートの理論）を導入するという判例変更を行う。それとともに、伝統的に採用されてきた背信的悪意者の理論から悪意者排除論への転換がなされ、フランス法における転得者保護への道が開かれたと解される。これらの経緯に関しては、日本でもすでに度々紹介され、公信力説ないし悪意者排除説に比較法的な裏付けを与える結果ともなってきた<sup>(38)</sup>。

しかし、私見は比較法の視点から、右の判例変更には批判的であり、不法行為の理論は便宜的な援用にすぎない

と見た。また、不動産登記法の本来の理論を明確にするとともに、転得者保護については登記の公信力の部分的導入という立法的解決によること、フランス法の今後の課題であると論じてきた。<sup>(39)</sup> 破毀院一九九二年六月一日判決は、今ではかなり古い判決になってしまったが、転得者問題についてのフランス法の動向を占うのに相応しい事例であり、検討しておきたいと思いつつ機を得なかつたものである。<sup>(40)</sup>

本判決の事案は、一九八一年二月二日にVとDe夫妻との間で土地の売買予約がなされたが、Vは一九八二年一月二十九日にこの土地をWに二重譲渡し、Wはこれを分筆の上DaとBに転売したというものである。De夫妻とDaの間で所有権の取得が争われた。原審は、Wの悪意を認定し、De夫妻は登記はないけれども売買の双方予約の受益者であるからWに対抗できるとする一方、Daは前主の権利以上のものを取得しえないので、De夫妻の登記の欠缺を主張することはできないと論じた。破毀院は、「登記を取得しているDa夫妻が、先行するDe夫妻の売買について悪意であつたかどうかを審議しなかつた原審判決は審理不<sub>レ</sub>尽である」として、転得者との関係についてだけ破毀し、アミアン控訴院に移送している。

#### 判決の検討

類型的に見て、右の事案は最高裁判平成八年判決と同じものであり、フランス法が善意の第三者保護を目指していることは明らかである。仮にDaが善意であつたならば、W→Daの契約はDe夫妻の権利を奪うという不法行為に当たらない。悪意であれば、不法行為の現物賠償としてDaはDe夫妻に取得した不動産を返還することになる。この論理はWにもそのまま当てはまり、悪意で第二契約をしたことがDe夫妻に対する不法行為に当たするため、WはDe夫妻の登記の欠缺を主張することができないのである。しかし、第三者には第一契約の存在についての調査義務はないとされており、本来の不法行為の理論とは異なる。また、不法行為であるにもかかわらず、過失相殺もなく、現物賠償という責任しか認められないことの不自然もあり、破毀院の新判例に対しては、学説の批判もかな

り見られた。<sup>(41)</sup> フランス法としても、転得者保護を視野にいたした場合、当面この判例理論にまさる適切な構成を見出し難いという現状と見るべきであろう。

さて、関心の的は、ここでもフランス法が相対的構成を採っている点である。転得者を第二譲受人とまつたく同じに扱って、第一譲受人と對抗関係に置いており、また、善意悪意を個別的に判断し、前主の権利の承継という理論を用いていない。前述の破毀院一九四九年判決は、転得者は背信的悪意者である前主の無権利を承継する、という絶対的構成を説いたケースである。フランスの伝統的な議論によれば、この結論は疑いもなく肯定されていたのであるが、それでは取引の安全をも切り捨てざるをえない。こうして理論的転換が求められた際に、不法行為というもつとも柔軟な議論を導入することがフランス法の対応となった。意思主義・対抗要件主義の長い伝統にもかかわらず、フランス法も未だ狭義の対抗要件主義の理論を十分明らかにしていないのであり、登記の公信力は意図的に否定してきた経緯がある。<sup>(42)</sup> また、登記による對抗は同一前主の承継人間に適用されると明文化しているフランス法の下では、第一譲受人と転得者は對抗関係にないと解することが当然と考えられてきた。それを飛び越えて転得者保護を導入するためには、過渡的な解決として、不法行為理論による相対的構成が不可欠であったと見うる。

この破毀院一九九二年判決に対するフランスの学説のコメントには、あまり見るべきものがない。フルニエ教授の評釈は、前出一九四九年判決までの伝統理論に従った議論を展開しつつも、他方で破毀院の新判例の妥当性を肯定し、両者を不法行為の理論によって可能な限り整合的に説明しようとして試みている。その過程で、登記した善意の第二譲受人から悪意の承継人が権利を取得した場合に言及し、悪意者排除の結論を肯定している点も興味深い。疑問を投じる余地はもちろんあるとしても、<sup>(43)</sup> 具体的妥当性を求めた破毀院の確定判例に、民法典一三八二条の不法行為を当てはめるのであるから、後者の柔軟さによって、議論は一応の説得力を伴っている。善意悪意は個別的な判断になじみ、承継されることはないという指摘も、日本の議論と共通である。教科書では、シムレール、ドウルベ

ツク教授の共著にコメントが見られる。<sup>(44)</sup> 結論を支持しつつも、「不動産登記は公示された証書の瑕疵を治癒しないという理念には、ある意味で、反している。」と付け加えられており、注目される。すなわち、学説は、この解決が對抗要件主義の伝統的な論理をはみ出していることには気づいているのであるが、それを伝統的な法体系理論にどう位置づけるかは未だ見出ししていない。フランスの不動産登記法の発展は、破毀院一九六八年判決によるフォートの理論の導入以来あまり大きな変化もなく、緩慢に推移してきたと概観される。<sup>(45)</sup> しかし、その中で、典型的な不動産所有権の譲渡以外の領域では登記の絶対性が強調される傾向にあり、第三者の認識（悪意）がある場合には登記による對抗を不要とするという不法行為理論の立場、言い換えれば悪意者排除説を否定する判例が続出して、状況を、学説は指摘している。<sup>(46)</sup> この動向は、判例の一貫性を求めるならば、当然不動産所有権の移転にも及ぶはずであり、破毀院一九六八年判決の立場は破棄されるかもしれないのであるが、著者は「今後明らかになろう。」と見ている。<sup>(47)</sup> 結局あるべき理論は、背信的悪意者排除と公信力的保護に帰するのではないか、私見はそう解したいところである。

いずれにしても、ここでの課題は相対的構成の当否にあり、以下では、この点にもう少し立ち入っておきたい。

## (2) 相対的構成の論理

### 絶対的構成との相違

前述のように、民法一七七条との関係では、転得者を第二譲受人と同等に捉えて、第一譲受人と對抗関係に立たせるのが相対的構成であった。こうした理解の当否は、当然、二重譲渡の法的構成を踏まえて検証されなければならぬであろう。そこでまず、法定取得—失権という私見の考え方に基づき、背信的悪意者の法的地位を確認しておきたい。すなわち、私見によれば、A→Cの第二譲渡は他人物売買の契約としてのみ有効であり、<sup>(48)</sup> また内容的にそ

のようなものでなければならぬが、Cが背信的悪意者と認定されることにより、Cは登記をしても民法一七七条の援用権を失い、法定取得の道を断たれるのであるから、必然的に無権利者である。

転得者DはこのCと契約した者であり、Bは譲渡人Aと契約した者であるから、それぞれ前主を異にし、BDは競合的な契約関係にないため、本来BDの間に対抗関係を生じる理由はない。仮にDが善意・無過失であり保護に値する場合には、取引安全の一般論から独自の配慮がなされるのであって、それに相応しい法的技術が援用されるべきであろう。それ以外の場合には、DはCの有する以上の権利を取得しえない。ただし、BCの対抗関係がそのままBDにずれ込むと見る余地もあり、CDの法的地位がほとんど変わらないというような状況を想定することはできるであろう。例えば、Cが未登記のまま直ちにDと転売契約を結んだような場合には、第一譲渡の優先を前提とした場合にも、Dは先に登記を取得することにより、法定取得をしてBを失権させうる権利をCから承継すると解することができる。ここでは契約上の地位の譲渡という構成が適切であるかを見た。<sup>(49)</sup>DがAに対して中間省略登記を請求するような状況の下では、BD間に対抗関係が生じることも肯定できるとこれまでも論じてきたが、<sup>(50)</sup>このような理解によることになろう。

右のような例外的状況を除くと、結局、登記をしたCの下で権利取得の有無が確定された以上は、前主の権利の承継如何を不問としなければ、BDの関係を、BCと同じ意味での対抗関係と捉えることは無理である。にもかかわらず、具体的妥当性を求めるために、必要な権利関係の説明をあえて省略して、当事者の主観的要素だけに注目しているのが相対的構成であると言えよう。それはまた、契約的繋がりがないところに法的関係を認める考え方である故に、不法行為理論に依拠することは確かに説得的である。

さて、主観的要素は、善意、悪意、背信的悪意の三種が問題とされているが、ここでは善意、悪意に注目し、フランス法とも共通する悪意者排除を前提に、転得者の処遇を検討して見たい。前述したように、<sup>(51)</sup>C、Dの善意、悪

意に応じて可能な四つの組み合わせの中で、絶対的構成と相対的構成とで結論が異なる結果になるケースは二つあり、C善意、D悪意の場合と、C悪意、D善意の場合である。問題処理が容易であるのは後者であり、登記の公信力という考え方で適切に対応でき、またそれが適当であると見てきた。<sup>(52)</sup> 前者については、先に東京高裁昭和五七年八月三十一日判決を検討した際に論じたとおり、悪意者を保護する結果になる点が絶対的構成の問題点であった。これを排除する理論は難しく、悪意者排除の場合には、不法行為による現物賠償と論じるよりないかと考えられる。<sup>(53)</sup> これに対して、背信的悪意者排除を採り、民法九〇条を援用することができるならば、無効の論理で転得者を排除できるため、議論はより容易である。逆にCが背信的悪意者の場合には、善意のDを保護する必要に変わりはないため、同じく公信力の導入に依りうる。したがって、悪意者排除と背信的悪意者排除とは、議論にあまり大きな相違は生じないとしても、後者の方が問題処理は容易である。

他方、Bが未登記である場合には、悪意のCを排除しても未だ登記による権利者の確定は終わらないため、それが実現するまで対抗関係は終わるべきではないとの要請もありうる。つまり、できるだけ早い機会にBに失権の制裁を与えるべきであるという政策論である。仮にそのためにB、Dの対抗関係を残すのであれば、Cが善意で登記した場合にはそこで対抗関係を終わらせる絶対的構成の方が、やはり論理に適う。Cからの転得者Dを、悪意だけのために排除することは、不法行為以外の論理ではほとんど難しいことを先にも検討した。また、登記した善意のDの保護は、もはや本来の対抗要件主義の枠内になく、そのヴァリエーションとしての登記の公信力の発現と解さなければならぬ。<sup>(54)</sup>

#### 相対的構成の根拠

このように、相対的構成にとつては、善意の転得者を保護し、悪意の転得者を排除するという解決を可能にするために、権利取得の個別的性質を強調し、権利の承継という論理を排除する必要があった。そこで、たとえば山本



教授は、このような権利関係のあり方を正当化するために、法律関係の相対性を強調され、虚偽表示における無効の相対性や民事裁判における既判力の相対性を指摘しつつ、法律関係の概念構造がもつ技術的性格の一端が示されたものと論じられた<sup>(55)</sup>。しかし、この議論はやや視野を広げすぎており、その限りで妥当な指摘ではあるとしても、当面の論点を十分捉えていないと見うる。主たる関心はここでも民法一七七条の對抗関係の基本構造にあるが、これに関する私見の立場はすでに論じてきた通りである。山本教授が相対的な法律関係の一例とされた民法九四条二項の場合については、私見も相対的無効と解してきた<sup>(56)</sup>。ただし、ここでは一個の無効の効果について相対効が導入された結果、権利取得の変形が生じるものと解することができ、承継の論理は必ずしも否定されていない<sup>(57)</sup>。これに對して、相対的構成では、異なる契約が存在する毎に権利の所在が変わりうるのであるから、通常の相対効を超えており、少なくとも伝統的な議論の枠内でこれを正当化することは無理であろう。

善意悪意という個別的、主観的要素を生かすための構成は、日本法の体系の中では、民法一条二項の信義則ともつとも馴染み易いようである。それ故、早くから相対的構成の必要性を説かれた川井教授、好美教授は、信義則違反を援用してBC、BD間の相対的な効力を説明することを試みておられる。しかし、川井教授の検討によれば、信義則違反が強度の場合には、結局絶対的構成と同様の結論が導かれ、それが軽度の場合になぜ相対効が可能となるかについては明らかにされていない<sup>(58)</sup>。ただ、DがACの譲渡の信義則違反について善意であれば、CDの契約は信義則に反しないと見ておられ、目指される結論は善意の転得者保護である。他方、好美教授は、BがC、Dに信義則違反を理由として所有権移転、登記抹消等を請求できる権利を、相対的対人的な債権的請求権と構成することによって、個別的な問題処理を目指しておられる<sup>(59)</sup>。直接の契約関係がないところに生じる債権的請求権であれば、不法行為に極めて近いと見て差し支えないであろう。問題は信義則の法的効果をどう捉えるかにも繋がるのであるが、契約関係を念頭に置いて規定されている民法一条二項が、新たな解釈論を導くための手掛かりとして拡大的に

活用されている現象は、安全配慮義務の場合などにも見られた。<sup>(60)</sup>

#### フランス法との比較

このように、對抗要件主義の解釈が転得者の保護という問題に直面している状況は、日仏法に共通して認められ、比較法的考察に解決への示唆を求めるとも考えられる。実際、フォートの理論はフランス流の相対的構成に他ならない。しかし、不法行為理論を導入としたフランス法は、そのスタンスが明確であるだけに、問題点も明らかであり、過失論の回避、過失相殺の否定等に不法行為からの逸脱が確認されている。對抗要件主義を生み出したフランス法がその理論的把握に窮していることは矛盾であるかもしれないが、歴史的、自生的な制度である不動産登記法が共通法 (*droit commun*) と呼ばれる民法の基礎理論とどのように接点を形成していくかのプロセスとして、長期的な時間のスパンで問題を観察する必要があると見られている。<sup>(61)</sup>

他方、日本法がこの不法行為理論を取り込みえないことも確かである。悪意の第二譲渡も不法行為には当たらないと判例が明言している事情があり、またそれ以上に、民法一七七条の第三者についての無制限説から制限説への転換後にもなお残されているドイツ法主義への傾斜が、簡単には悪意者排除に踏み切らせない伝統を形成したと見受けられる。制度的には、民法四一七条の金銭賠償の原則がフランス法的な解決を拒んでいる。その代替として、日本法の下では信義則が援用され、具体的妥当性と理論との間の緩衝剤とされてきたと言えよう。背信的悪意者排除を前提とするならば、背信的悪意者イコール信義則違反者と論じることもちろん可能であり、<sup>(62)</sup>このようにして相対的構成が可能になると最高裁判平成八年判決も考えている。しかし、その結果は、悪意と背信的悪意の結合を許し、取引倫理に反するものとなる。具体的妥当性と論旨の一貫性において、フランス法の不法行為構成の方により合理性を認めざるをえないであろう。

しかし、フランス法のフォートの理論も仮装のものに過ぎないことは、指摘してきたとおりである。根本的な問

題は、権利の承継の論理を放棄しているために、物権法の理論となりえていない点ではなからうか。フランス法がこれを克服するためには、登記の権利補強的效果 (*effet confortatif*) の他に、権利設定的效果 (*effet constitutif*) を正面から肯定していく必要がある、将来的にはこの方向に行き着くものと予想される。これに比べれば、背信的悪意者排除を維持し、登記の公信力に肯定的な日本法にとって、転得者保護は極めて容易な課題のはずである。

- (35) 登記の公信力は認められず、登記の他に証書登録制度 (*enregistrement*) を持つこと、無効・取消の場合の第三者保護規定を置かず、予告登記による警告的效果が期待されている等である。
- (36) *Cass. civ. 10 mai 1949, D. 1949, 277, note R. Lenoan.*
- (37) *Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 1986, D. S. 1986, 412, note J. Mazeaud.*
- (38) 滝沢・前掲書一五〇頁以下、二三八頁以下等、鎌田薫「不動産二重売買における第一買主の悪意と取引の安全——フランスにおける判例の「転換」をめぐって——」比較法学九卷二号三一頁以下等参照。
- (39) 滝沢・前掲書一五四頁参照。
- (40) 判決の存在と意義について、パリ第二大学のアラン・ゴジ教授からご教示を受けたことを記して感謝したい。
- (41) 滝沢・前掲書一四四頁以下参照。判決の当時から学説の批判はかなり見られたのであるが、後述するように、最近の判例が再び悪意者包含への傾斜を示しているとの指摘もあり、注目される。
- (42) 登記 (*publicité*) の効力は、権利補強的 (*confortative du droit*) であり、権利創設的 (*constitutive du droit*) ではないと、伝統的に論じられてきた。しかし、最近の学説には、抵当権・先取特権の登記に後者の要素が含まれると論じるものも見られる。C. Barreau-Salou, L. Aynès 等『S議論』(S) 237。Cf. P. Crocq, obs., RTD civ. 1997, n° 2, p. 468 et s.
- (43) たとえば、フルニエ評釈 (Fournier, op. cit., D. S. 1993, p. 528 et s.) は登記による対抗が同一前主の承継人間でのみ機能することを当然の前提としながら、不法行為を援用することによって、第一譲受人と転得者の実質的な対抗関係を疑問もなく肯定する点(イ)・ロ) などである。また、Faite と旧理論の *Faute* を混用 (あるいは併用) する議論の仕方(エ) も不適切と考えられる他、前主の権利の承継が前提と論じつつ、不法行為を援用するだけで、悪意の第二譲受人が有効に転得者に所有権を取得させようと簡単に肯定する点(ウ)・エ) なども疑問である。

- (44) Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 2<sup>e</sup> ed., 1995, n° 750.
- (45) この事情は、判例四季報が掲載されている *Revue trimestrielle de droit civil* の *Publicité foncière* の項目の下には、「不法行為理論が一応固まった後は、紹介判例がほとんど見られない状態が続いてきたことから、伺われる。」
- (46) たとえば、銀行が売主の先取特権と抵当権の登記を失効させていた場合に、その権利についての悪意が公示の代替となることはありえないと判示した *Civ. 3<sup>e</sup>, 17 juill. 1986, Bull. civ. III, n° 118*, 不動産賃借権の登記を欠く場合には、二重賃借人が先行する権利者の存在に悪意であったとしても、未登記者はその権利を対抗しえないとした *Civ. 3<sup>e</sup>, 19 juill. 1995, Bull. civ. III, n° 205* 等の例が挙げられている。 *Crocq. op. cit., p. 468 et s.*
- (47) *Crocq. op. cit., p. 472*.
- (48) フランス法の議論に従えば、契約は無効であるが *juste titre* (正権原) ではあると解することになる。日仏いずれの議論も前主が無権利であることを確認するものであると言えよう。
- (49) 前注(34)参照。すなわち、CD間でAに対する登記請求権を譲渡し、それとともにBとの対抗関係におけるCの契約上の地位の譲渡が合意されると構成することにより、DをBCの対抗関係に引き込みうると考える。Bとその転得者との関係も同じである。代金債務の移転等は念頭にないので、契約上の地位の譲渡の理論にとつてはマージナルに過ぎるかもしれないが、よりよい説明が可能であれば、活用には足りると言えよう。
- (50) 滝沢幸代「物権変動論のその後の展開(二・完)」成城法学五二号一八六頁参照。
- (51) 本稿前節三〇頁参照。
- (52) 登記の公信力を援用することは、立法による解決であるから解釈論にはならないという批判はもちろん考えられる。しかし、本来そうあるべきことが肯定されるならば、民法九四条二項の類推適用でも対応できるし、また民法一七七条の拡大された対抗要件主義の中で自覚的に目的を達成する道も考えられるわけである。
- (53) 滝沢・前掲論文判タ四九九号一二六頁以下参照。ただし、東京高裁昭和五七年判決の事案はDが背信的悪意者であるため、権利濫用、信義則違反を援用してB→Dの登記請求をDは拒めないと論じている。単なる悪意の場合にはこの議論は無理であろう。しかも、日本法の下では不法行為による現物賠償という構成にも厳しいものがある。
- (54) 日本法の公信力説においては、この点は自明の結論であった。のみならず、ACの第二譲渡の有効性について同様の説明を導入すると同説の独自の意義があったわけである。前主の登記に対する信頼という本来的な公信力の意味

は、日本法においてより当てはまり易く、フランス法の下では、立法による独自の「公信力的な」対応が必要となると論じてきた。

- (55) 山本・前掲論文法律論叢三一巻四号二七頁参照。
- (56) 滝沢幸代「物権変動の遡及的消滅と登記(三・完)」成城法学六〇号二七頁参照。
- (57) 滝沢・前掲論文(三・完) 成城法学六〇号三九頁参照。幾代教授が示されたA↓Cの法定承継取得という理解を支持している。
- (58) 川井・前掲論文判タ一二七号二二頁以下参照。
- (59) 好美・前掲論文手形研究五巻七号二二頁参照。
- (60) 周知のように、最判昭和五〇年二月二五日民集二九巻二号一四三頁は、特別な社会的接触関係にある者の間に信義則上の安全配慮義務が認められると論じた。同様にして、B、Dの間には、近接の契約の関係がある故に、信義則上の義務が生じると論じることができるであろう。
- (61) ドゥルベック、シムレール教授による評釈(Delbecque et Simlar, op. cit., p. 532 et s.)によれば、前出の破毀院一九六八年判決後四半世紀を経て、転得者問題がはじめてこのようなかたちで新たな議論を見たわけであり、この点に関する破毀院の立場が明確にされるまでにはさらに四半世紀を要するであろうという息の長い見方が示されている。
- (62) 最判昭和三〇年五月三一日民集九巻六号七七四頁等参照。
- (63) 川井教授が論じられたところであり(前注(58)参照)、わたくしも同種の議論を試みている(滝沢・前掲批評民商一一二巻三号四一二頁参照)。

#### 四 結び

ここに取り上げた最高裁平成八年一〇月二九日判決は、民法一七七条の第三者の範囲に関する判例理論と背信的悪意者排除をそのまま転得者にも及ぼすという判断をはじめて明示し、相対的構成として一般的に受容された。ここでは、その結果導かれる結論の不当と判決の論旨の不透明を指摘し、それとともに、いわゆる相対的構成の理論

構造を明らかにしようと試みてきた。それは結局、取引の倫理的側面を強調するために、権利の承継という論理を例外的に犠牲にするものであり、いわば過渡的な議論として、可能なかぎり絶対的構成を踏まえた理論に置き換えることが望ましいのではないかと見ている。<sup>(64)</sup>もとより裁判の理由づけに、完璧な理論的詰めを要求しえない状況はありうるであろう。具体的妥当性を前面に据えた信義則論、相対的構成などは、必要な緩衝材と呼ぶべきであるかもしれない。しかし、学説がそれらに安易に依拠することは問題である。とりわけ、信義則論の本質は、今後さらに明確にされる必要がある。<sup>(65)</sup>

当面の判決は、背信的悪意者論の相対的適用というあまり論じられてこなかった理論構成を援用しつつ、本質的な事案の解決を公法上の議論に委ね、民法一七七条の對抗関係を形式的な登記名義の問題に縮減させて、ほとんど無意味なものとしている。立ち入った検討を加えるならば、判旨の推論に疑問を抱かざるをえないことは、各評釈のうちでも、この分野の研究者の手によるものによって明確に指摘されている。<sup>(66)</sup>最高裁が、このような苦法に満ちた構成を余儀なくされたのは、對抗問題の理論を軽視し、過去の議論の蓄積をあまり真摯に受け止めてこなかった近時の学説の傾向の故ではなからうか。

二重譲渡の転得者を相対的構成によって救済する考え方は、フランス法にも見られる。しかし、そのフォートの理論は信義則論よりは理論的基盤が明確であり、また、学説の批判を通して今後の発展の方向をある程度見通すことができると思つた。フランス法への比較法的関心は、今後とも必要かつ有意義であるに違いない。

(64) このような方向は、すでに民法一七七条の對抗問題の理論構成としてわたくしが試みたところにより前進し、民法九四条一項における法定承継取得という構成によっても一つの克服がなされたと解される。

(65) ここでは、信義則が契約関係を超えて不法行為の領域をも取り込むことにより、理論の柔軟化に活用されている状況を指摘した(前注(60)参照)。この意味では、当面の相対的構成は、実はフランス法的な不法行為的構成を志向するも

のと解することが適當であるかもしれない。また、このような信義則の中間的性質、曖昧さをどう評価し、理論化するかが今後の課題であると見たい。

(66) 前注(6)に引用した文献のうち、大橋調査官、大西、安永教授の解説は全面的な賛成である。吉原教授の見解については別に論じた(前注(17)参照)。これに対して、横山助教授、石田、七戸教授は判旨の推論に反対と解される。

(たきざわ・いつよ) 本学教授

