

「背信的悪意者」は民法177条の「第三者」に 当たらないとの法命題について

大 河 純 夫

目 次

はじめに

1. 物権変動に関する民法典の構成の比較法史的な位置
2. 民法177条の「第三者」の範囲に関する「制限説」の根拠
3. いわゆる「背信的悪意者排除論」の類型とその法理

結 語

は じ め に

最判昭和44・1・16民集23巻1号18頁は、

「実体上物権変動があった事実を知り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。」

とした。

本稿は、「背信的悪意者」は民法177条の「第三者」に当たらないとの判例の論理¹⁾を検討対象とする。その前提として、民法176条・177条の構成の意味を再確認し、次いで背信的悪意者排除論の構成を整理し、最後に「第三者」の「制限説」と「背信的悪意者排除論」との関係に立ち入ることにした。

1. 物権変動に関する民法典の構成の比較法史的な位置

民法は、物権変動の効力が当事者の意思表示のみによって生ずるとし、登記・引渡しを対抗要件とする。この民法典の法律構成の意味は、物権取引に関する法的規律の歴史的諸類型の中に位置づけることによって、鮮明になるものと思われる。この作業は、フランス法を継受したとされてきた民法典の規定の基本構造を明らかにするうえでも重要である。

(1) 物権変動に関する民法典の構成の比較法史的な位置

売買による所有権移転に対する法的規律を中心に問題を考えるとき、近代ヨーロッパ法における物権取引についての法的規律は、三ないし四の歴史的な基本類型として把握できる。

1) フランス法の契約主義ないし合意主義（いわば「債務効主義」）

その第一は、一般に「意思主義 *spiritualisme*」と表現されてきたフランス法の契約主義（*Vertragsprinzip*）もしくは合意主義（*consensualisme*, *Konsensprinzip*）で、物権変動は債権契約のみで足り（物権契約概念を知らない）、公示。方法としての登記・引渡しは、第三者に対する対抗要件であり、物権変動の効力発生要件ではないとしている。

フランス民法は、第3編「所有権取得の諸方法」の冒頭で、「物の所有権は、相続により、生前贈与もしくは遺贈により、または債務の効力として *par l'effet des obligations* 取得され、移転される」（711条）と規定する。そして、物の引渡債務につき、1138条は、「物を引渡す債務は、契約締結者の合意のみによって、完全に成立する。この債務は、引渡がなされなかった場合においても、物を引渡すべきときから直ちに債権者をその所有者とし、その物についての危険を債権者に負わせる。（以下省略）」とし、さらに、第6章「売買」の冒頭で次のように規定している。「1582条 売買は、当事者の一方がある物を引渡す義務を負い、相手方がその代金を支

「背信的悪意者」は民法177条の「第三者」に当たらないとの法命題について（大河）

払う合意である。」、「1583条 売買は、物が未だ引渡されておらず代金が未だ支払われていない場合であっても、物と代金についての合意がなされたときから、当事者間においては完全であり、買主は売主との関係において所有権を取得する。」²⁾。

そして、1798年11月1日の抵当貸付法26条が所有権および抵当権の目的となる権利の移転は、騰記（transcription）を要し、騰記なしには売主と契約を締結する第三者に対抗することができないとし、1855年3月23日法は、この趣旨を抵当権の目的としえない権利にまで拡大した。騰記を第三者に対する対抗要件とする構造の確立である。1955年法は、騰記の申請は公証人が作成する契約証書によらなければならないとした。

このようなフランス法を所有権の移転に即して要約すると次のようになる。つまり、物の引渡義務（財産権移転義務とか権利供与義務ではない）と代金支払義務とについての合意によって売買契約は成立し（1582条）、引渡債務は完全に成立し（1138条1項）、所有権は引渡「債務の効力として」買主に移転する（711条）。引渡債務一般では物を引渡すべきときから所有権を買主が取得するとしているが（1138条2項）、売買契約の場合には合意のときに当事者間では買主に所有権が移転することを確認している（1583条）。要するに、フランス法においては、契約は権利供与義務を課していないから、所有権は債務の効力として移転するとの構成が採用されている。この意味で、正確には、「債務効主義」とでも表現すべきものである。

2) オーストリア民法等の引渡主義ないし登記主義

第二の型は、プロイセンの一般ラント法（1794年）やオーストリア民法（1812年）がとる立場である。物権変動に債権契約と登記・引渡しを要求するもので、ここでも、まだドイツ法のような物権契約は知られていない。引渡主義（Traditionsprinzip）ないし登記主義（Eintragungsprinzip）である。現在でも、ハンガリー、ロシア等、多くの国に影響を与えている構成である。

たとえば、1812年のオーストリア民法は、「所有権は権原 (Titel) と法の取得方法とによってはじめて取得される」(380条)とし、既に何人かに帰属している所有権の取得である間接取得 (mittelbare Erwerbung) の原因の一つとしての契約 (Vertrag) も権原 (Titel) であるが、権原だけでは所有権を取得することはできないのであって (423~425条)、動産にあっては引渡し (426条以下)、不動産にあっては公簿への取得行為の記載 (登記) が必要である (431条)。

3) ドイツ法の物権的合意主義

第三の類型は、一般に「形式主義」と呼ばれているが、1900年のドイツ民法典がとる物権的合意主義 (Einigungsprinzip) であり、物権変動について、その基礎となる債権契約のみならず、物権契約および登記または引渡しを要求するもので、土地所有権の譲渡を例にとると、債権・債務のみを生ずる契約としての売買契約 (債権契約) によっては物権変動は生ぜず、特別の方式を要する不動産所有権譲渡の合意 (Auflassung) と登記とが土地所有権移転の効力発生要件である。

ドイツ民法のもとでは、原因行為としての債権契約 (たとえば、売買契約) は当事者に債権的義務負担を発生させるにすぎず、物権変動のためには債権契約とは別個独立の物権変動そのものに向けられた法律行為 (物権契約・物権行為) が必要とされる。これが、物権行為の独立性である (債権行為・物権行為の分離原則 Trennungsprinzip。日本では、これを「債権行為に対する物権行為の独自性の原則」と表現することが多い)。しかも、所有権移転が有効か否かは、物権契約の有効性にかかっているとされ、物権契約の実質的原因である債権契約の有効・無効から無関係であるとされる (物権行為の抽象性ないし無因性 Abstraktionsprinzip³⁾)。

4) イギリス法の「意思主義」

この国の民法解釈学では全く無視されているが、日本民法の編纂過程で検討されたものに、英米法がある。ニューヨーク州契約法草案、インド契約法 The Indian Contract Act 1872.、イギリス動産売買法 Sale of Goods

「背信的悪意者」は民法177条の「第三者」に当たらないとの法命題について（大河）

Act 1893.（現在は，Sale of Goods Act 1979.）の系譜である。いずれも，法典調査会において利用されたものである。

たとえば，1893年のイギリスの動産売買法は，契約に基づいて動産の所有権が買主に移転するものを「売買 a sale」とし，所有権の移転を後日としたり条件成就に委ねるものを「売渡の合意 an agreement to sell」とする（1条3項）。同法は次の内容を含んでいた（ここでは，法典調査会用紙での翻訳で引用する）。

16条 不定動産の売買を契約する場合にありては其動産を指定するにあらざれば之が所有権は買主に移転せず。

（所有権を移転せんとするときに移転）

17条 (一) 特定若くは指定したる動産の売買を契約する場合にありては，其動産上の所有権は，当事者之を移転せんと欲するときに，買主に移転するものとす。

(二) 当事者の意思を定むるに当りては，契約の条項，当事者の挙動及び場合の状況を斟酌すべし。

（意思を定むる規則）

18条 動産上の所有権の買主に移るべき時に關して当事者の意思を定むるに當りては，左の規則に従ふべきものとす。但別段の意思の表はるゝときは此限にあらず。

規則（rule）第一 引渡し得べき情況に在る特定動産の売買を無条件にて契約する場合に於ては，其動産上の所有権は，契約の取結の時に買主に移転す。支払若くは引渡の時の何れか又は双方共に延長せらるゝも，妨げなし。

規則第二～第五（後掲）

特定動産の売買において，所有権の移転時期に關する当事者の意思（合意）が基準になり，その合意がないとか明確でない場合の解釈の準則が18

条で定められている。引渡し可能な特定動産についての契約時移転の準則 (rule) は注目すべきものであろう。明治民法の制定過程で考慮されたのは、この意味での「意思主義」であったと思われる。不動産権 estate の譲渡については、1845年の Real Propety Act 1845. が、すべて譲渡証書の交付によってなされるものとした (現在は、Law of Propety Act 1925.)。この土地譲渡証書 (deed of grant) が土地の継続した事実上の占有ないし享有の証拠を提供し、買主に権原の有効なルーツ (a good root of title) を提供するとされている (1925年財産法52条1項は土地または土地についての普通法上の権利の譲渡が土地譲渡証書によってなされなければ無効であるとしている)。他方で、1862年の土地登記法 (1867年、1897年改正) にはじまる1925年の土地登記法 (Land Registration Act 1925) が、登記官によって作成され権利者に交付される土地登記証明書 (land certificate) が土地譲渡証書と等価値であるとし、登記が効力発生要件の一つとされるに至っている⁴⁾。

(2) 日本法の構成

このような類型からみるならば、日本民法の176~178条、とくに、176条はどのように位置づけられるか。たとえば、未定稿本・民法修正案理由書158頁は、次のように述べる。

「当事者の意思を重んじ其意思のみに因りて物権を設定し又は之を移転し得ることを認むるものなり。蓋物権の設定又は移転に付き物の引渡を要するは、物権の性質上より生じたる規定にあらず、証明法の未だ完備せず、取引の未だ頻繁ならざる時代に於て行はるべき規定なりと雖も、既に我国今日の状況に在りては、此の如き規定は徒に取引の不便を生ずるに過ぎざるを以て、本案に於ては、實際上の便宜を図り、当事者の意思のみに因りて之を移転することを得るの主義を採れり。」

ここでは、引渡主義とか登記主義といった「証明法」を採用せず、当事

「背信的悪意者」は民法177条の「第三者」に当たらないとの法命題について（大河）

者の意思のみによって物権変動が生ずるとされているにとどまる。また、梅・民法要義巻之二〔初版〕（明治29年）も、「……例へば甲が乙に其不動産の所有権を移転すべきことを約するときは、其意思直ちに行はれて所有権即時に乙に移転すべし……」（6頁）、という。ここでも、「物権の設定又は移転」についての「当事者の意思表示」のみによって、物権変動が生ずることが語られているにすぎない（括弧で引用したのは176条の文言）。

そして、次の3点に留意したい。第一は、176条ないし178条の後に起草された売買その他の債権契約に関する民法の規定が、売買契約等を義務負担契約とし、権利供与義務を含む財産権移転義務を売主等に課したことである。フランス法では、売主の義務は物の引渡義務にとどまるのであって、財産権移転義務とか権利供与義務は課せられていない。第二は、日本民法は、フランス民法711条のように権利が「債務の効力として」移転する旨の明文の規定を置いていないのであるから、権利の移転の根拠は、民法が規定する「当事者の意思表示」（176条）に求められなければならないことである。民法176条がフランス法の系譜にあると説かれることが多いが、以上二つの点から、フランス法との差異は明確である。第三に、穂積陳重が176条～178条の起草を担当したことに示されるように、また176条の文言が示しているように、176条は1893年のイギリスの動産売買法17条を継承したものであった。登記・引渡しを對抗要件とする177条・178条を考慮するなら、物権変動に関する日本民法の法的構成は、物権変動に関するイギリス法の意味主義⁵⁾と登記を對抗要件とするフランス法との縫合であったように思われる。

したがって、民法の解釈では、たとえば、売買契約によって売主が負担する契約上の義務として権利供与義務が課せられており、その義務の履行によって権利が移転すると構成することは、民法の体系全体からすれば、何ら背理でないことになる。この意味で、権利供与義務の履行行為が觀念され、その履行行為をこれまでしばしば用いてきた物権契約・物権行為とすることも可能である。民法176条の「意思表示」をこの意味での物権行

為と構成することによって、民法典の権利供与義務構成⁶⁾と民法176条の構成との整合的な解釈を導くことができると思われる。

2. 民法177条の「第三者」の範囲に関する「制限説」の根拠

(1) 民法177条の「第三者」

民法177条の「第三者」の前史、とくに裁判実務は、独自に検討されるべき課題であるから、ここでは立ち入らない。

1887年(明治20年)施行の(旧)登記法6条は、「登記簿に登記を為さざる地所建物船舶の売買譲与質入書入は第三者に対し法律上其効なきものとす」と規定した。これを踏まえて、富井政章・契約法講義(時習社1888年=明治21年)は、

「千八百五十五年即ち現行登記法⁷⁾に於ては登記なき旨を申立てる権利を有する者を狭くせり。登記せざる権利は同一の不動産上に権利を得て先に登記したる第三者に対して其効なしとす(三条)。我現行登記法⁸⁾には唯『第三者二対シテ効ナシ』とあり(六条)。其文少し簡に過ぐと雖も、旧国登記法に云う第三者と全く同一義なること擬を容れず。第三者とある以上は、取引者双方の間には合意のみを以て所有権移転するものと云はざる可からず(然れども實際に於いては登記を以て売買書入の要素と解する人少なからずと云ふ)。故に又尋常一般の債主(=一般債権者:引用者)の如き特定財産上に権利を有せざる者は第三者の内に入らざるなり(後第二百四十三頁参看)(169頁)」とした。

また、1890年(明治23年)公布の旧民法財産編350条は、

「第三百四十八條⁹⁾に掲げたる行為、判決又は命令の効力に因りて取得し変更し又は取回したる物権は其登記を為すまでは仍ほ名義上の所有者と此物権に付き約束したる者又は其所有者より此物権と相容れざる権利を取得したる者に対抗することを得ず。但其者の善意にして

「背信的悪意者」は民法177条の「第三者」に当たらないとの法命題について（大河）

且其行為の登記を要するものなるときは之を為したるときに限る。

悪意及び通謀に付ては第三百四十七条の規定に従ひて之を証することを得。」

と規定していた。

(2) 起草者の「思想」と「表現」

民法の起草者が177条の「第三者」を「同一前主から同一不動産につき相抵触する権利を取得した者」と考えていたことは、次の事実から明らかである。

「本条（＝177条：引用者）の主として居る所と（は）、前に譲渡があつて夫れから又後に譲渡の行為を為す前後二者の譲渡の行為が抵触する時に、重もに此箇条が實際上必要になるのであらうと思ひます」（日本近來立法資料叢書1 民法議事速記録一 584頁下段。穂積陳重発言）

「例へば不動産に関する物権の取得は其登記を為すに非ざれば之を以て第三者に対抗することを得ざるを原則とするも（一七七条）、登記なきに拘らず其取得を目的とする行為は既に成立し且其効力を生じたるものと解すべし。固より対抗力なき権利は實際之を有せざるに近しと雖も、利益相反する者との間に権利の争を惹起せざる間は法律行為は完全に其効力を生ずるものなり。又之を以て対抗せらるることなき者より其効力を主張することは妨げざる所なりとす。」（富井政章・民法原論一卷総論（有斐閣 192年＝大正11年）105頁）

しかし、この考えを法律に表現するにあたって「第三者」としてしまった。ここには、その思想の表現が不十分さ、または「表現誤謬」があったのであるから、その思想に立ち返って修正することが許される。民法177条の「第三者」の縮小解釈（目的論的縮減）の根拠は、イギリス法・フランス法・旧民法・旧登記法等と応接しながら176条・177条の起草にあつた起草者の構想＝思想によって根拠づけられる¹⁰⁾。

3. いわゆる「背信的悪意者排除論」の類型とその法理

(1) 登記の有無についての主張・証明責任

法律効果の発生要件を充足する事実が弁論に現れていない場合、裁判所はその要件事実が存在しないものと扱うから、登記の存在が弁論に現れていない場合、登記がないとされる危険を誰が負担するかの問題が生ずる。

物権変動の主張者Bが、物権変動を生ずる意思表示の存在だけでなく、自己の登記経由についても主張・証明責任を負担するとする説(請求原因説)がある。しかし、これは登記を物権変動の効力発生要件とするに等しいから、これに与することはできない。これに対して、Bは物権変動の意思表示の在ることにつき主張・証明責任を負担するに過ぎないのであって、第三者Cが反対事実である意思表示の存在とBに登記がない(欠缺)事実とについて主張・証明責任を負担すると説く抗弁説がある。しかし、これでは、本来同一の地位にある者同士で、先に権利を主張することによって、危険を相手方(C)に転嫁できることになる。したがって、Cは自己の物権変動を生ずる意思表示の存在(Bの物権取得に対する反対事実の存在)につき主張・証明責任を負担するにとどまり、Bが再抗弁として自己の登記経由につき主張・証明責任を負担すると解することになる(再抗弁説)。この理解によれば、「対抗」の意義については、登記を得ていない物権変動は、これと反対ないし両立しえない事実を主張する者(177条にいう「第三者」)に対しては、その効力を貫徹しえないことを意味することになる。

なお、司法研修所編・増補民事訴訟における要件事実第一巻(法曹会1986年)は、第三者Cは、抗弁として、(i) 反対事実だけでなく、(ii) Bが対抗要件を具備するまではBの物権取得を認めない旨を主張(対抗要件の有無を争う旨の一種の権利主張)しなければならないとしている(249頁参照)。司法研修所編・9訂民事判決起案の手引(法曹会2001年)も、

「背信的悪意者」は民法177条の「第三者」に当たらないとの法命題について（大河）

この立場を「権利抗弁説」としている¹¹⁾。これは、判例が伝統的に「登記欠缺（登記がないこと）を主張するにつき正当な利益を有する者」との措辞を使用していること、他方で、Bの登記欠缺（登記がないこと）につきCに主張証明責任を負担させること（これは抗弁説の見解）はCに酷であること、が考慮されたものであろう。

「登記欠缺を主張する」といった表現を廃棄し、反対事実を主張・証明することによってBの所有権取得の効果の主張を排斥することができる、とすれば足りる問題である。したがって、登記の主張・証明責任に関する「再抗弁説」を採用すべきことになる。

（2）いわゆる「背信的悪意者」の類型と法理

「第三者」であっても、権利取得主張者に対し、その第三者が反対事実である自己の権利取得を主張することが許容されない場合がある。

民法177条は、第三者について善意を要件としていないから、悪意の第三者に対しても、登記なくして対抗できないことになる。判例・学説は、善意・悪意を問わないとしていた。もっとも、新不動産登記法5条（旧不動産登記法4条・5条）に規定する者は登記がないことを主張できないし、大審院判例にも、悪意の第三者を排除した例はあった（大判大正10・12・10民録27輯2103頁）。

しかし、すでに物権変動が生じていることを知りながら、その物権変動についての登記のないことを理由に、物権変動の効果を否認することが許されることについての批判説が台頭した。悪意者は第三者でないとしたり、悪意者の中の背信的悪意者は第三者でないとする考え（悪意者排除説ないし背信的悪意者排除説）がそれであり、とくに後者が有力となった。最高裁も、背信的悪意者排除の立場をとるにいたった。

とする。

判例上、背信的悪意者であるとして登記がないこと（登記欠缺）を主張することが許されないとされているのは、 当事者または準当事者、

登記がないこと(自己の物権取得)を主張することが、自己の先行行為に矛盾する行為で、許されない、登記がないこと(自己の物権取得)を主張することが不誠実に取得した権利の行使であり許されない、権利取得行為が公序良俗違反であるから張しうる権利を取得していない、以上の類型であるが、その法理論的基礎の差異が着目されてきた。

1) 準当事者

第一類型は、第三者が当事者または当事者に準ずる地位にある場合である。最近の裁判例の分析¹²⁾によれば、当事者またはその包括承継人そのものに該当する場合、実質的には第一契約の当事者でありながら法人格を利用して形式的に第三者となっている場合(売主の支配下の会社が第三者となっている東京高判昭和55・12・15判時993号51頁)、第一契約の当事者と夫婦・親子・兄弟等の親族関係にある者が第三者である場合(第一譲受人が内縁の妻で、売主の妻が受贈者である神戸地判昭和48・12・19判時749号94頁)で、背信的悪意者論が展開されている。は契約当事者としての義務の履行の問題であり所有権帰属・登記の有無を紛争解決の基準とする必要はない。は法人格否認の法理で信義則の一場面である。第三者(会社)が売主と法人格を異にし売主から権利を取得したことを第一買主に対して主張することが信義則に反し許されない、とされる。

では、とともに、第三者は譲渡人の藁人形(man of straw, Strohmännchen)にすぎない¹³⁾。

2) 自己の先行行為に矛盾する態度の不許容(の主張)

第二は、第三者の権利取得の主張または登記がない旨の主張が第三者自身の先行行為(態度)と矛盾した行為であり、信義則に反し許されないと言われる場合である。大審院の裁判例でも、抵当権者として公売代金からの配当を受けた者が、競落登記未了を奇貨として、登記名義人の所有物として強制競売を申し立てたので、所有権取得を理由とする競落人の第三者異議の訴えに対し、登記がない旨の主張をその第三者がすることは許されないとしたものがある(大判昭和9・3・6民集13巻230頁)。

「背信的悪意者」は民法177条の「第三者」に当たらないとの法命題について（大河）

また、抵当権付不動産を抵当権の負担を算入した評価額で購入した者が、抵当権の登記の無効を主張することは許されない（大判昭和11・1・14民集15巻89頁）。これらの場合、登記がないことを主張する者が以前にその対象である物権変動を承認した上での行為ないし態度をとっており、登記がない旨の主張は自己の先行行為と相容れない行為であり、信義則に反するとされているのである（最判昭和35・3・31民集14巻4号663頁，最判昭和42・5・25裁判集民事87号815頁）。最高裁の判例で、物権変動の立会人として関与した者、根抵当権放棄の交渉に関与した者、つまり、物権変動に肯定的に関与した者が当該物権変動についての登記がないと主張することは許されないとしている（最判昭和43・11・15民集22巻12号2671頁）のもこの類型に属する。信義則の小類型である「自己の先行行為に矛盾する態度の不許容」（*Verbot des venire contra factum proprium*）の原則の適用である。権利主張者（第三者）の訴え提起時点における悪意を問題とするドイツ普通法の現在のまたは一般の悪意の抗弁 *exceptio doli praesentis oder generalis*，あるいは英米法でのエストッペル *estoppel*（禁反言）の法理の系譜にある。

3) 不誠実に取得した権利の行使は許されない（との主張）

第三は、第一買主の買い受けた山林に登記もれがあることを奇貨として、第一買主に高値で売却するために売主から買い受けた者が、第一買主の所有権取得についての登記欠缺を主張することは許されないとする最判昭和43・8・2民集22巻8号1571頁のように、権利取得の方法がきわめて不誠実な場合である¹⁴⁾。

昭和43年判決では、Xが、当該山林はすでにAからYに譲渡され占有されていることを知りながら、その登記が経由されていないこと（いわゆる「落地」=登記漏れの土地）を奇貨として、その権利証をYに高く売りつける目的で、この山林をごく安い価格（自己の評価額120万円の1/31の3万5千円）で譲り受け、Yへの売りつけに失敗すると、Dに転売したが、Dが本件訴訟を提起したことを知るや本件山林を買い戻しその所有権を主

張し本件訴訟に参加するに至ったものである(原審:名古屋高判昭和42・2・14高民集20巻50頁=判時489号58頁)。民法(2)物権〔改訂版 1973年〕は、

「第二の買主が、不当な利得を得んがために売主と共謀したり、第一の買主に高値で売りつけんがために不動産を買い取ったりするなど、権利取得の方法がきわめて不誠実であり(unredlicher Rechtserwerb)、第一の買主と第二の買主の間に著しい利益の不均衡を生ずるとき、第二の買主の登記欠缺の主張は『著しく社会的正義に反し、信義にもとるもの』として『正当の利益』なしとされる」(108頁)

としている(もともと、3版以降、アンダーラインの部分(ドイツ語)は削除されている。4版87頁参照)。ここでは、権利取得の方法が極めて不誠実であり、かつ著しい利益の不均衡があることが着目されている。これは、「不誠実な権利取得(unredlicher Rechtserwerb)の抗弁」(不誠実に取得した権利行使の不許容)の原則の一適用例である。後掲・最判平成8・10・29民集50巻9号2506頁での第三者もこの類型。一般的には、ドイツ普通法の過去のまたは特定の悪意の抗弁 *exceptio doli praeteriti oder specialis*、英米法でのクリン・ハンツの原則(He who comes into a court of equity must come with clean hands. エクイティ裁判所に救済を求めにくる者は、その手が汚れていてはならない。)に対応するもので、130条、708条、商法641条等はこの顕れである。

最判平成8・10・29民集50巻9号2506頁、第3類型の事件につき、相対的構成を採ることを明らかにしているが、次の説示部分が着目されなければならない。

「本件土地は、遅くとも昭和44年7月までに、……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与されてきており、近隣の住民からも市道として認識されていたところ、Bの代理人B'は、現地を確認した上、昭和57年当時、道路でなければおよそ6000万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

「背信的悪意者」は民法177条の「第三者」に当たらないとの法命題について（大河）

にも代金の返還は請求しない旨の念書まで差し入れて、500万円で購入したというのであるから、B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うことができ、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うべきである。したがって、Xは、Bに対する関係では、本件土地につき登記がなくても所有権取得を対抗できる関係にあったといえる。……」

以上の背信的悪意者の類型は、給付義務の具体化・個別化，権利行使の制限，事情変更の原則の基準の三機能類型に整理することのできる信義則の，厳密には「権利行使の制限」の，小類型の適用にほかならない。とすれば，民法177条の「第三者」に該当し反対事実を主張することができる地位を取得した者であっても，一般条項としての信義則が適用され，第三者の権利取得の主張が許されないとされるのであり，この信義則の177条の領域への具体化がいわゆる「背信的悪意者」論であることになる。したがって，「背信的悪意者」は民法177条の「第三者」に当たらないとの表現は，誤解を招きかねない定式である。

4) 第三者の権利取得行為が公序良俗違反で無効な場合

第四は，第一買主に対する害意に基づき，売主を教唆して同一不動産を取得するなど，第二の売買が公序良俗違反で無効とされる場合である（最判昭和36・4・27民集15巻4号901頁）。しかし，ここでは，有効な権利変動は一つしかないのだから，本来「対抗問題」は生じていない。

(3) 「背信的悪意者」排除の法理

第四類型のように，背信的悪意者の物権取得行為が公序良俗違反で無効であるとされるのであれば，転得者は無権利者からの取得者であり，権利

を取得しえないことになる。しかし、その他の類型では、第一譲受人に対し第三者が自己の権利取得を主張すること（判例の表現によれば、第一譲受人が登記を得ていない旨を主張すること）が信義則に反し許されないとされるにとどまるのであるから、判断は第一譲受人と第三者との関係に即してなされている。この判断枠組みからすれば、転得者が第一譲受人の物権取得の反対事実である自己の物権取得を主張することが許されるかどうか、第一譲受人と転得者との関係において判断されるべきことになる。

登記の有無について証明責任につき抗弁説に立つ場合には、第二譲受人Cは、現所有者未登記のBの物権取得の反対事実である自己の物権取得とBに登記がないことを抗弁として主張・立証（抗弁）し、Bは、再抗弁として、Bに登記がない旨のCの主張が信義に反し許されない旨の主張・証明をしなければならないことになる。登記の有無について証明責任につき再抗弁説に立つ場合には、CはBの物権取得の反対事実である自己の物権取得を抗弁として主張・立証し、Bは再抗弁として、自己の登記具備の主張・証明に代わるCの物権取得の主張が信義に反し許されない旨の主張・証明を負担することになる。

結 語

民法177条の「第三者」と「背信的悪意者」との関係についての一般的理解は「背信的悪意者は第三者でない」というものである。しかし、民法177条の「第三者」が反対事実を主張することが信義則上許されない場合を擬人化して「背信的悪意者」と表現されているにすぎない。

- 1) こく最近の最判平 18・1・17 裁判所時報1403号 4頁参照。
- 2) 贈与・交換についても、以下のように規定されている。「938条 適法に承諾された贈与は、当事者の同意のみによって完全となる。贈与物の所有権は、別段の引渡 tradition の必要なしに、受贈者に移転される。」、「1703条 交換は売買と同一の仕方では合意のみによって行われる。」
- 3) したがって、売買契約に瑕疵があっても物権行為はその影響を受けず、買主からの譲受

「背信的悪意者」は民法177条の「第三者」に当たらないとの法命題について（大河）

人は保護されることになる。これは、ドイツにおける登記官吏の実質的審査の権限を物権行為のみに制限し、原因である債権契約の有効・無効までは及ぼさせないとする歴史的意義を持ったものであった。しかし、物権行為も法律行為であるから、物権行為そのものについて、無能力・無権代理・錯誤・詐欺・強迫などの瑕疵を問題にしたり、物権行為について債権行為の有効という条件（とくに、黙示の条件の構成）がついているとしたり（ただし、不動産所有権譲渡を除く）、さらには、暴利行為とすることなどによって、当事者の保護がはかられており、物権行為の抽象性ないし無因性は必ずしも貫徹されていないのが現実である。

なお、土地所有権の譲渡に要する合意（Einigung）は、とくにアウフラッシング Auflassung の用語が充てられており、これは両当事者（または代理人）が管轄官庁（公証人）に出頭しその面前で行うものとされ、かつ条件を付すことは許されないとされている（ドイツ民法925条）。公証上の証書（313条1段）が提出されなければ、登記官吏は登記を不受理とする（ドイツ不動産登記法20条）。

- 4) フレデリック・ポロック（平松紘監訳）・イギリス土地法 その法理と歴史（日本評論社 1980年）169頁以下、大澤正男「イギリス不動産法の単純化と土地移転の簡易化」早稲田法学72巻4号（1997年）93頁以下、國生一彦・現代イギリス不動産法（商事法務研究会 1991年）、金光寛之・イギリス土地登記制度の研究（慶応大学出版部 2001年）参照。
- 5) 川村泰啓・個人史としての民法学 思想の体系としての比較民法学をめざして（中央大学出版部 1995年）144～159頁参照。この点は、独自に検討することにしたい。

1893年のイギリスの動産売買法18条が定める「所有権移転の当事者の意思」の解釈に関する準則を転記しておこう。典拠は梅謙次郎文書 A5a/26 の22.「千八百九十三年動産売買条例」（法典調査会13行茶碁紙での翻訳。原文カタカナ）。

（意思を定むる規則）

18条 動産上の所有権の買主に移るべき時に於ては、
左の規則に従ふべきものとす。但別段の意思の表はるゝときは此限にあらず。

規則（rule）第一 引渡し得べき情況に在る特定動産の売買を無条件にて契約する場合に於ては、其動産上の所有権は、契約の取結の時に買主に移転す。支払若しくは引渡の時の何れか又は双方共に延長せらるゝも妨げなし。

規則第二 特定動産の売買を契約する場合に於て、之を引渡し得べき情況に置く為め売主は其動産に関してある事を為すべきものなるときは、之を為し買主其通知を受くるまでは、所有権は移転せず。

規則第三 引渡し得べき情況にある特定動産の売買を契約する場合に於て、売主は代償を確定する為に其物を量定するか若しくは其物に関してある他の事を為すべきときは、彼は之を為し買主其通知を受くるまでは、所有権は移転せず。

規則第四 動産は意に協へばとか或は買ふか返るへすかとか又は之に類する條項附にて買主に引渡されたるときは、其所有権は、左の場合に於て、買主に移転す。

(a) 買主は、売主に対して其物の意に協ひしこと又は其物を受諾することを示すか或は其他の行為によりて、売買を認めたるとき。

(b) 買主は売主に対して其物の意に協ひしこと又は其物を受諾することを示

さぐるもさりとて拒絶の通知を為さずして動産を保持する場合にありては、動産返却の時間の一定せざるときは、其時間の経過したるとき、若し此時間一定せざるときは相当の時間の経過したるとき。何の相当の時間なりやは、事実の問題なりとす。

規則第五 (一) 不定若くは将来の動産を説明に依りて売買するの契約を為したる場合に於て、其説明に依り引渡し得べき情況にあるの動産が、或は買主の同意を経て売主に依り、或は売主の同意を経て買主に依り無条件にて契約に^{アップフロント}適採せられたるときは、其動産の所有権は買主に移転す。此の如き同意は、明示若くは黙示にて為され、且適採の前若くは後に為され得るものとす。

(二) 契約に従ひ売主は動産を買主に移転するの意思を以て之を買主、運送人又は其他の受寄者(買主の指定したる者たると否とを問はず)に引渡し、而して自己の処分権を留保せざるときは、無条件にて其動産を契約に適採したるものと看做す。

- 6) もっとも、権利供与義務を否定する見解もある。たとえば、三宅正男・契約法総論42、206頁参照。
- 7) とともにフランスの1855年3月23日法を指している。
- 8) 1887年(明治20年)施行の(旧)登記法6条を指す。
- 9) 旧民法財産編348条は、不動産所有権その他の不動産物権の譲渡、右の権利の変更または放棄、差押えた不動産の競落、公用徴収を宣告した判決または行政上の命令、につき登記を要するとしている。また、旧民法財産取得編45条1項は、「売買の目的が不動産なるときは其契約を以て売主の特定且善意の承継人に対抗するには財産編第三百四十八条以下の規定に従ひて登記を為すことを要す。」と規定していた。
- 10) たしかに、民法典が成立した後に、「制限説」を説く判例を批判して、梅「民法一七七、一七八条等二所謂『第三者』ノ意義」最近判例批評〔復刻版〕(新青出版 1995年)44頁以下、富井・民法原論第二巻上冊物権上(有斐閣書房 1906年)60頁は、文理解釈を振りかざして、判例の制限説を批判するにいたる。起草者自身が自己の法的思考をいとも簡単に放棄する一典型例である。
- 11) 事実摘示記載例集13~14頁, 30~31頁参照。
- 12) 松岡久と「判例における背信的悪意者論の実相」現代私法学の課題と展望(中)(有斐閣 1982年)113頁以下参照。
- 13) 法律学辞典第1巻(岩波書店 1939年)45頁上欄(竹井廉), 186頁下欄(西原寛一)参照。
- 14) ところで、第一譲渡契約において譲渡人の代理人となった者(相川簡判昭和25・4・8下民集1巻524頁, 東京地判昭和30・12・27下民集6巻2801頁=判タ53号74頁, 東京高判昭和49・5・15判時750号53頁), 第一契約の仲介人(横浜地判昭和39・11・28判タ172号210頁), 譲渡人から移転登記手続を依頼された司法書士(東京地八王子支判昭和55・7・14判時978号60頁)などもこの類型に属するが、不動産登記法5条(現5条2項)が定める「他人の為め登記を申請する義務有る者」に類することに示唆されて、「登記欠缺が問

「背信的悪意者」は民法177条の「第三者」に当たらないとの法命題について（大河）

題となる当該物権変動にみずから関与しておきながら、後に登記欠缺を主張する者」を「物権変動への関与によって、当該物権変動の（存在）を尊重し、その完成に協力すべき信義則上の義務を負う……不動産登記法5条に定める者に類比しうる……」（乾＝荒川編・新民法講義3 150頁〔荒川重勝〕）とするものがある。第一譲受人に対する第二譲受人の義務を構成することは可能であろうが、この義務違反の効果として登記欠缺主張の不許容を導くことには疑問がある（不法行為に基づく損害賠償、信託利益の賠償の余地もあろう）。第一譲受人と第二譲受人との接触過程における後者の行為（先行行為）によって、後者との関係においても第一譲受人が自己を物権取得者として取り扱ってもかまわないという信頼を獲得したこと、逆にいえば、このような信頼を後者自身が惹起しながら、反対事実を主張することは信義則に反し許されない、と説明すれば足りることである。

* 本稿では、原文がカタカナ表記の場合であっても、原則として、平仮名表記に改め、濁点、点を付している。しかし、これは筆者の読み方に過ぎない。