

日本民法の所有権譲渡における意思主義の規範性と妥当性

松尾 弘

- 一 はじめに
 - 二 意思主義の規範性
 - 三 意思主義の妥当性
 - 1 所有権移転の意思表示の存在と所有権移転時期
 - 2 所有権譲渡に対する附款の承認
 - 3 所有権移転請求権の保全
 - 4 意思表示のみによる所有権移転の承認
 - 5 二重売買および二重譲渡をめぐる法規範
 - 6 権利移転原因の失効と復帰のないし巻戻しの物権変動
- 四 おわりに

一 はじめに

民法一七六条に規定されたいわゆる意思主義の意義を正確に理解することは、物権変動における登記（一七七条）・引渡（二七八条）の効力をめぐる対抗要件主義の諸問題（とりわけ「第三者」の範囲）や、権利変動原因が失効した場合の復帰のないし巻戻しの物権変動の効果をめぐる有因主義の諸問題（とりわけ第三者の権利保護要件）を、首尾一貫した形で解決するための前提問題として、重要な課題である。しかし、一七六条の「物権ノ設定及ヒ移転ハ当事者ノ意思表示ノミニ因リテ其効力ヲ生ス」との規定は、それ以上何らかの解釈を施すにはあまりに明快である反面、そこから何か具体的帰結を引き出すにはあまりに抽象的である。そこで、本稿では、第一に、同条の立法過程から、とりわけ旧民法の意思主義との相違に注意しながら、その規範的意義を再確認したうえで（以下二）、第二に、そうした一七六条の規範性が、どの程度の現実的妥当性をもっているかを、裁判例を手がかりに、個々具体的な場面に則して検証することを目的とする（以下三）。そして、その検討結果が、法解釈論および法政策論のうえでもちうる意義について、若干の展望を試みたい（以下四）。

二 意思主義の規範性

現行民法一七六条は、起草委員・穂積陳重による法典調査会原案一七七条「物権ハ別段ノ定アル場合ヲ除ク外当事者ノ意思ノミニ因リテ之ヲ設定又ハ移転スルコトヲ得」を下敷に、法典調査会委員・土方寧の指摘により、「意思ノミニ因リテ」を「意思表示ノミニ因リテ」に修正するなど、若干の変更を経て成立した。⁽¹⁾ 同条の立法過

程では、①物権の設定・移転には引渡を要せず、「意思（表示）ノミ」で足りるが、②その「意思（表示）」は、売買契約などの債権契約とは概念的に区別されること、③しかし、その「意思表示ノ方法」には方式上とくに限定は設けず、したがって、④後に要求される登記（原案一七八条、現行一七七条）および引渡（原案一七九条、現行一七八条）は、「物権移転ノ原因」や「方法」ではなく、あくまでも「公益ニ基ク公示法」であることが明らかにされた。⁽²⁾

このうち、右②・③・④は、旧民法の意思主義規定との相違をとくに意識して、⁽³⁾現行民法の意思主義規定へと再編したものである。そして、その核心にある一七六条の規範的含意は、第一に、物権の設定・移転は当事者間におけるその旨の意思表示の効果であり、その具体的内容（時期、条件、期限など）および証拠の問題は、可能なかぎり国家的束縛を排し、比較的広範に当事者間の私的自治に任せるべきこと（以下「意思主義規範A」と呼ぶ）、第二に、物権の設定・移転に関する煩雑な手続を可能なかぎり簡易化し、取引費用を削減すべきこと（以下「意思主義規範B」と呼ぶ）であったことが確認できる。⁽¹⁾しかも、かかる一七六条の規範性は、⁽⁵⁾たんなる法政策的選択の結果ではなく、権利概念を採用した法の理論的帰結でもあることが、起草者自身によって自覚されていた。⁽⁶⁾では、これらの規範は、その後わが国の取引実務や法解釈の中で、どの程度の現実的妥当性を獲得したであろうか。

三 意思主義の妥当性

1 所有権移転の意思表示の存在と所有権移転時期

最初に、意思主義規範 A の妥当範囲から検討してみよう。ここではまず、所有権移転そのものに向けられた意思表示の存在を認定し、それに基づいて所有権移転時期を確定することが、どの程度可能かが問題になる。すなわち、一七六条の「意思表示」が、所有権移転を義務づける債権契約上の意思表示とは概念的にも体系的にも區別されながら、何らの方式も要求されなかったことは、起草委員・梅謙次郎も承認するように、一個の行為の中で、売買の意思表示と所有権移転の意思表示を行いうることを意味する（物権行為の独自性否定）。その場合に、「債権契約とも區別され、外形的形式も伴わない物権的合意」が存在すると言ってみたところで、どれほどの意義があるのか問題である。⁽⁷⁾ 独自の存在形式をもたない物権的意思表示には、何ら存在意義がないとすれば、梅のボアソナード批判に基づき、現行民法五五五条および一七六条の立法過程で否定された筈の旧民法財産取得編二四条（注 3 参照）が、現行法の解釈をとおして復活する可能性も否定できない。実際、売買契約の直接的效果として所有権移転を認める説（一般に売買契約時移転説）が通説的地位を占めてきたことは、まさにその可能性が現実化したものであったとも言えよう。

判例もこれに沿ったかにみえる。例えば、【一】最判昭和三三年六月二〇日民集一二卷一〇号一五八五頁は、「売主の所有に属する特定物を目的とする売買においては、特にその所有権の移転が将来なされるべき約旨に出たものでないかぎり、買主に対し直ちに所有権移転の効力を生ずるものと解するを相当とする」と判示した。⁽⁸⁾ ただし、ここで言う「直ちに」とは、『債権契約のみでただちに』という趣旨ではないことに注意を要する。⁽⁹⁾ すなわち右判旨は、買主が約定に従い、再三にわたって残代金を提供したにもかかわらず、売主が言を左右にして土地・建物の移転登記にも引渡にも応じず、履行を引き延ばすなど、極めて不誠実な態度をとっていたことから、『本事案では、代金元済、引渡、移転登記手続などがまだ行われていなくとも、すでに所有権移転は生じている』

ということを承認したものである。したがって、同判決は所有権移転時期をとくにこれとは特定していないものの、所有権移転の意思表示の存在を積極的に否定したり、不要としたものでもない。⁽¹⁰⁾

もつとも、判例は反対に、所有権を譲渡するためには《今まさに所有権を移転する》との意思表示がつねに必要である、と厳格に解しているわけでもない。これに関して、つぎの二事例が想起される。第一に、【二】最判昭和四〇年一月一九日民集一九卷八号二〇〇三頁は、特定物につき他人物売買が行われた後、売主が所有権を取得したときは、「買主への所有権移転の時期・方法について特段の約定がないかぎり、右物件の所有権は、なんらの意思表示がなくても、売主の所有権取得と同時に買主に移転する」とした。本事案では、AがP所有船舶の付属品をBのために譲渡担保に供して占有改定をした後、Aが同船舶の所有権を取得し、登記も具備したうえで、S・Tのために根抵当権を設定したが、S・Tの申立によって競売手続開始決定が行われた。これに対し、Bが右付属品の引渡を求めて第三者異議の訴えを提起したところ、すでに競売されて執行が終了した物件を除き、Bの請求が認められた。⁽¹¹⁾

第二に、【三】最判昭和三五年六月二四日民集一四卷八号一五二八頁は、不特定物売買でも、「特段の事情のいかぎり」、「原則として目的物が特定した時（民法四〇一条二項参照）に所有権は当然に買主に移転する」とした。本事案では、Aが亜鉛華をBに売却・出荷し、代金はC振出の約束手形で支払う約定であったが、Cは代金額に満たない約束手形しか振り出さず、BからCに転売された右亜鉛華の代金債務と、CのBに対する債権とを対当額で相殺した。Aは、右亜鉛華の所有権はまだAにあるから、これを転売したCはAの所有権を侵害したとして、Bの未払代金相当額の損害賠償をCに請求したが、棄却された。

右【二】・【三】は何れも、他人物売主の所有権取得時および不特定物売買の目的物特定時に、所有権の「当

然」移転を認めた。しかし、どちらの事案でも、それぞれの所有権移転時に先立ち、売買契約時以後に、『将来所有権移転が可能になった時点でただちに所有権を移転する』旨の意思表示が、少なくとも黙示的には存在し、まさにそのような意思表示の効果として、あるいはその時点が到来するまでのその効果の存続（言わば物権的意思表示の余韻的效果）を前提に、他人物売主の所有権取得時または不特定物売買の目的物特定時に再度所有権移転の意思表示がなくとも、所有権移転が認められた、とも解しうる。⁽¹²⁾ 仮にそうであるとすれば、これらの事案でもなお意思主義規範 A（前述二）が妥当しているとみることができる。また、【一】の事案でも、代金完済時に所有権移転登記手続と目的物の引渡を行うものとした売買契約において、所有権移転時期（残代金提供時）に関する特約が黙示的に含まれていたとも解しうる。こうした見方は、つぎの条件付所有権移転の意思表示の承認とも符合する。

2 所有権譲渡に対する附款の承認

意思主義の下では、先の意思主義規範 A の帰結として、今ただちに所有権を移転する旨の意思表示のみならず、所有権移転の効力の発生や消滅を将来の事実依存させる附款も、比較的広く認められている。⁽¹⁴⁾ 【四】最判昭和三十五年三月二二日民集一四巻四号五〇一頁は、解除条件付所有権移転の意思表示を認めた。本事案では、B が C にハンカチーフを第三者から仕入れて売却する旨の不特定物売買をした後、A が X 倉庫に寄託中のハンカチーフを B が購入したが、その際に三日後の午後四時までに代金支払がなければ売買は失効する旨の解除条件が付されていた。B は C を荷渡人とする荷渡依頼書の発行を受け、これを C に交付したが、B の代金不払により、A は X に対し、右荷渡依頼を撤回した。しかし、X は C に懇請され、右ハンカチーフを C の指図する D に引き渡ししてし

まった。本判決は、Xに対するAの損害賠償請求を認め、その前提として、本件ハンカチーフの所有権はAからBに移転しなかったと認定した。これは、所有権移転の効力発生時期は当事者の意思表示の内容及次第で決まる、という一七六条の原点を確認したものと評価されている⁽¹⁵⁾。

一般に、所有権移転時期の問題は、当事者間に特約がある場合にはそれによるのが第一次的原則であり、多岐に分かれる諸説も、この一点に関しては異論をみないとされる⁽¹⁶⁾。これは意思主義規範Aの趣旨を端的に表現したものであり、先にみた特定物売買、不特定物売買ならびに他人物売買の例、および右の解除条件付所有権移転の承認も、そうした特約の効果——その場合、特約された将来の時点であらためて所有権移転の意思表示を要するものとは考えられていない。すなわち、右第一次的原則からして、《今まさに所有権を移転する旨の意思表示による所有権移転》といった厳密な意思主義命題に必ずしも従っておらず、既述のような物権的意思表示の余韻的效果を承認している——が広範に認められていることの帰結として、したがって、意思主義規範Aの具体化として、理解しうるものと思われる。

3 所有権移転請求権の保全

さらに、所有権移転に対する附款の承認の延長線上に捉えうるのが、とりわけ売買予約に基づく将来の所有権移転請求権の保全である。この場合、条件付所有権移転の意思表示すら行われていない段階でも、売買予約をすれば、予約完結の意思表示前であっても、所有権移転請求権が将来発生した場合に備えて、所有権移転請求権保全の仮登記（不動産登記法二条二号、七条二項）により、所有権移転の順位を保全することができる。しかも、この仮登記による順位保全効は相当強力である。例えば、【五】最判昭和三五年一月二四日民集一四卷一三二二

八五三頁は、不動産売買予約上の権利がいったん仮登記（不動産登記法二条二号）によって保全された場合は、この予約上の権利を譲渡するときでも、それを予約義務者、その他の第三者に対抗するのに、債権譲渡の對抗要件を具備する必要はなく、仮登記に権利移転の附記登記をすれば足りるとした。しかも、権利移転の附記登記の順位は主登記たる仮登記の順位によることから、たとえ仮登記後、附記登記（および債権譲渡の對抗要件具備）以前に、同一不動産に第三者が仮差押登記をし、その後に予約上の権利の譲渡に関する附記登記および同権利に基づく予約完結の意思表示が行われた場合であっても、仮登記の順位に従って所有権移転の本登記が行われるがゆえに、予約上の権利の譲受人が仮差押債権者に優先することになるからである。¹⁷⁾

しかし、問題は、仮登記権利者が何時、どのようにして所有権を取得するかである。【六】最判昭和三六年六月二九日民集一五卷六号一七六四頁は、Aがその所有する土地・建物につき、債権者Bとの間で売買一方の予約をし、Bはこの債権および予約上の権利一切をCに譲渡し、Cのために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した。その後、右建物がAからDに賃貸され、約半年後、右土地・建物につきAからCへの所有権移転の本登記が行われた。そこで、CはDに対し、本件建物の明渡とともに、Dが同建物に賃借権を取得した日の翌日から明渡済に至るまで、不法占拠による賃料相当損害金の支払を請求した。ここで問題になったのが、Cによる仮登記後、本登記までの間に、右建物の所有権が誰にあったか、という点である。最高裁は、Cの請求を認めた原判決に対し、右金員の支払を命じた部分を破棄し、原審に差し戻した。判旨は、「所有権移転の本登記によつて、仮登記の時以後における、これと相容れない中間処分効力が否定されるということは、決して仮登記の時に所有権の移転があつたという事実を擬制するのではないから、上告人〔D〕の本件家屋の占拠によつて被上告人〔C〕に仮に損害があつたとしても、その損害の発生は、特段の事情のないかぎり被上告人〔C〕に

において、現実には、本件家屋の所有権を取得した以後でなければならぬ。／しかるに原判決は、被上告人〔C〕が本件家屋の所有権を現実取得した時期についてなんらこれを明らかにするところなく、漫然として上告人〔D〕賃借の翌日……以降の損害金の支払を命じたのは、審理不尽、理由不備の違法あるもの……」(傍点引用者)とした。⁽¹⁸⁾

ここでは、賃料相当損害金の算定基準として、仮登記を本登記に改めた者が「現実」に所有権を取得した時期が問題になる。実際には、所有権移転の本登記における所有権移転原因の日付、その他の証拠により、所有権移転時期が認定されることになろうが、何れにしてもこの種の事案においても、登記とは独立に、実体的な所有権移転の時期を定める実益が存在し、またそこにおいて、意思主義規範Aの妥当領域ないし存在意義を認めることができる。

4 意思表示のみによる所有権移転の承認

つぎに、意思主義規範A・B双方の妥当範囲に関わる問題として、意思表示のみによる所有権移転ということがどの程度の現実性をもちうるかを確認しておこう。まず、条文上は、意思表示の合致のみで所有権移転を認める一七六条に対し、公示法たる一七七条・一七八条は、登記・引渡がなければ対抗できない第三者の範囲を法政策上あえて限定せず、また、判例は、登記・引渡がなければ対抗できない物権変動の範囲について、一七六条の後に置かれた一七七条・一七八条の条文間の位置関係にもかかわらず、それらは意思表示による物権の設定・移転に限定されないと解釈により、公示の不具備に対して強力なサンクションを加えている。⁽¹⁹⁾しかしなお、登記・引渡の形式にかかわらず所有権の存在や移転が認められる事例も、けっして少なくない。すなわち、――

(1) 動産所有権譲渡の對抗要件たる引渡の方法として、占有改定（一八三条）が行われたときは、当事者間の意思表示（一七六条、一八三条）のみで、第三者にも對抗可能な所有権移転が認められる。⁽²⁰⁾

(2) 不動産に関する物権の得喪・変更につき、「利害関係アラサル者」および一七七条の規定した保障を「享受スルニ直セサル利害関係ヲ有スル者」、つまり、「同一ノ不動産ニ関シ正當ノ権原ニ因ラスシテ權利ヲ主張シ或ハ不法行為ニ因リテ損害ヲ加ヘタル者」などに対しては、對抗要件を具備していない譲受人も、所有権取得を主張しうる【七】大連判明治四一年二月一五日民録一四輯一二七六頁。⁽²¹⁾

(3) 農地を取得したが未登記の者も、同一農地を農地買収処分（旧）自作農創設特別措置法三条一項）によって取得した国または農地委員会に対しては、自己の所有権取得を主張して、同処分の取消を請求できるとされた【八】最大判昭和二八年二月一八日民集七卷二号一五七頁。もともと、その理由は、「国家が権力的手段を以て」行う農地買収処分は、「対等の関係にある私人相互の経済取引を本旨とする民法上の売買とは、その本質を異にする」から、「私経済上の取引の安全を保障するために設けられた民法一七七条」は適用されず、国が農地買収をするときは、「単に……登記簿上の農地の所有者」ではなく、真実の農地の所有者から、これを買収すべきものである」と説明された。⁽²²⁾

しかしながら、元来「公益ニ基ク公示法」たる一七七条を、「私経済上の取引の安全を保障するために設けられた」ものと狭く解釈することは、ただちに説得的ではないし、「真実の」所有者を取引の相手方とすべきことは、権力関係に特有の論理でもない（後述⁽²³⁾参照）。一七七条の適用条件として、大連判明治四一年二月一五日民録一四輯一三〇一頁（注19）が掲げる、①第三者保護の必要性と②譲受人の登記可能性に鑑みれば、②については一般の売買と同じ（と言うかそのもの）であるから、問題は①に関して、一般の第三者に比し、国（農地委員

会) に対しては一七七条による保護を弱めて然るべきか否かである。多数意見は、短期間に大量の農地買収を行う「処分行政庁としては表見主義的に登記簿上の名義人を信頼し処分を為す以外に方法はない」との上告理由を敢えて退け、⁽²⁴⁾「真実の」所有者を相手方とすべきであるとし、その結果として、一七七条の適用が否定された。⁽²⁵⁾しかし、仮に一七七条が適用されれば、登記名義人が「真実の」所有者と認定されるのであるから、右の論理は理由づけとしては弱い。むしろ、本事案に即して考えれば、先に登記名義人A(不在地主)から農地を購入し、代金支払も引渡も終え、小作料も受領しているB(在村地主)の存在を農地委員会Cが知りながら、Bの所有権取得が未登記であることから、あえて登記名義人で不在地主たるAを相手方に農地買収手続を進めた点に、真の問題があったと言うべきであろう。だとすれば、一七七条の適用を認めたくえて、Cをいわゆる背信的悪意者として排除する方法も、今日の判例法を前提にすれば、可能であろう(なお、後述5(2)参照)。しかし、何れにせよ、登記によらない「真実の」所有権が存在しうることは、裁判上も確固として認められていることが、本判決からも確認されうる。⁽²⁶⁾

(4) 「袋地の所有権を取得した者は、所有権移転登記を経由していなくても、囲繞地の所有者ないしこれにつき利用権を有する者に対して、囲繞地通行権を主張することができる」とされる(【九】最判昭和四七年四月一四日民集二六卷三号四八三頁)。その理由は、民法二二〇条の囲繞地通行権は、「相隣関係にある所有権共存の一態様として、囲繞地の所有者に一定の範囲の通行受忍義務を課し、袋地の効用を完からしめよう」とするもので、「袋地の所有者が囲繞地の所有者らに対して囲繞地通行権を主張する場合は、不動産取引の安全保護をはかるため、の公示制度とは関係がない」から、「実体上袋地の所有権を取得した者は、対抗要件を具備することなく、囲繞地所有者らに対し囲繞地通行権を主張しうる」(傍点引用者)というものである。ここでは、一七七条適用否定

の実質的根拠は、①第三者の範囲の限定性、②第三者の受けうる不利益の限定性と予測可能性、③袋地の客観的屬性としての圍繞地通行権の性格に求められているように思われる。何れにせよ、ここでも袋地所有権取得者は、未登記でも、「実体上……所有権を取得した者」と認識されている。⁽²⁷⁾

(5) 所有権移転時期の認定が紛争解決の実質的基準となる場合は、對抗要件の機能はさらに限定されたものとなる。判例上、所有権移転時期の認定は、第三者との関係においても、對抗要件具備時ではなく、譲渡行為時によっている。例えば、A から B への贈与に基づく土地所有権譲渡が行われた後に、A に対する P の債権（手形債権）が成立したときは、その債権成立が右土地所有権の移転登記前であつたとしても、P は右 A・B 間の譲渡行為を詐害行為を理由に取り消すことはできないとされた（二〇【最判昭和五五年一月二四日民集三四卷一号一一〇頁】）。つまり、「詐害行為と主張される不動産物権の譲渡行為が債権者の債権成立前にされたものである場合には、たとえその登記が右債権成立後にされたときであつても、債権者において取消権を行使するに由はない（大審院大正六年（オ）第五三八号同年一〇月三〇日判決・民録二三輯一六二四頁参照）。ただし、物権の譲渡行為とこれについての登記とはもとより別個の行為であつて、後者は単にその時から始めて物権の移転を第三者に對抗しうる効果を生ぜしめるにすぎず、登記の時に右物権移転行為がされたこととなつたり、物権移転の効果が生じたりするわけのものではないし、また、物権移転行為自体が詐害行為を構成しない以上、これについてされた登記のみを切り離して詐害行為として取り扱い、これに対する詐害行為取消権の行使を認めることも、相当とはいえないからである（破産法七四条、会社更生法八〇条の規定は、これらの手続の特殊性にかんがみて特に設けられた規定であつて、これを民法上の詐害行為取消の場合に類推することはできない。）」（傍点引用者）⁽²⁸⁾。ここでも登記から切り離された所有権譲渡がその存在性を承認されており、これもやはり意思主義規範 A・B の表れとみることができる。

(6) Aの所有する不動産の賃借人Bが、当該不動産の所有権を譲り受けたときは、AからBへの所有権移転登記がなくとも、Bの賃借権は混同(五二〇条)によつて消滅する(二一)最判昭和四〇年二月二日民集一九卷九号三三二頁)。混同による賃借権の消滅は、賃借人への所有権の実体的移転を前提とする。しかし、本事案では、建物の賃借人Bが賃借人Aから同建物を譲り受けてその旨の所有権移転登記をしないうちに、同建物の敷地の所有者である第三者Cがこれを二重に譲り受け、その旨の所有権移転登記を経由した。判旨は、Cが「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」には該らず、本件建物の所有権がCに帰属することを認めたうえで、「一たん混同によつて消滅した右賃借権は、右第三者(C)に対する関係では、同人(C)の所有権取得によつて、消滅しなかつたものとなる」とし、Bに対する建物明渡請求および建物の賃料相当損害金支払請求を認容した原判決を破棄し、差し戻した。⁽²⁹⁾

ここでは第一に、賃借人の建物所有権取得による混同によつて消滅した賃借権が、右所有権取得が生じなかつたことにより、当然に復活することが認められ、これを認めなかつた原判決が破棄された点が注目される。また、第二に、本稿との関係から重要な問題は、賃借人Bへの当該不動産所有権の譲渡後、第三者Cへの同不動産所有権の譲渡および移転登記までの間における、同不動産所有権の所在である。具体的には、①この間の賃料支払義務をBが負うかどうか、②この間の公租公課は誰が負担するか、そして、③Bの賃借権はいつ復活するか(当該不動産のAからBへの譲渡時に遡るか、AからCへの譲渡時か、AからCへの移転登記時か)が問題になる。ここでも、紛争解決の前提問題として、所有権移転時期を確定することが必要になる。右判旨は、Cの所有権取得時からのBの賃貸権の復活を認め、また、それ以前についてもCのBに対する賃料相当損害金請求を否定していることからみて、当該建物のAからCへの譲渡時または移転登記時までは、右建物の所有権はB(未登記)にあったと認

定したものと解される⁽³⁰⁾。

(7) 所有権取得者が移転登記を経ずに所有権を主張する場面ではないが、不動産の時効取得者が未だ移転登記を経ずに所有権を主張するのに対し、この土地を所有者から買い受けて移転登記を具備した者が、時効取得者の登記欠缺を主張しうるか否かに関し、この者が時効完成前の第三者か、時効完成後の第三者かは、この者が所有者から当該土地を譲り受けた譲渡行為の時点によって判定され、移転登記の時点ではないと解されている。その結果、A 所有地の時効取得者 B は、この土地を B の取得時効完成前に A から譲り受け、B の取得時効完成後に移転登記した C に対しては、移転登記がなくても所有権を対抗することができる。すなわち、【一二】最判昭和四二年七月二日民集二一巻六号一六五三頁では、① A がその所有地とそれに隣接する P 所有の本件土地を自己所有地であるとして B に売却し、B は本件土地上に建物を建築した。他方、② P から本件土地を相続した Q は、A B 間の売買があった後、これを C に売却し、C は代金を支払った。その約一か月後、本件土地について B のために二〇年の取得時効が完成した（A の占有期間を通算）。さらにそれから九か月近く経って（Q C 間の売買からは約一か月後）、本件土地について C 名義の登記が行われた。判旨は、「原判決の確定した事実によると、被上告人〔B〕は本件土地の占有により昭和三三年三月二日に二〇年の取得時効完成したところ、上告人〔C〕は、本件土地の前主〔Q〕から昭和三三年二月本件土地を買い受けてその所有者となり、同年二月八日所有権取得登記を経由したというのである。されば、被上告人〔B〕の取得時効完成当時の本件土地の所有者は上告人〔C〕であり、したがって、上告人〔C〕は本件土地所有権の得喪のいわば当事者の立場に立つのであるから、被上告人〔B〕はその時効取得を登記なくして上告人〔C〕に対抗できる筈であり、このことは上告人〔C〕がその後所有権取得登記を経由することによつて消長を来さない」（傍点引用者）とした⁽³¹⁾。

同様に、九六条三項の適用範囲に關しても、第三者が取消前の第三者に該當するか否かの判定は、第三者が登記をした時ではなく、売買契約、抵当權設定契約、代物弁済予約など、第三者が現実に權利關係に入つた時点で、⁽³²⁾と解されている（【二三】大判昭一七年九月三〇日民集二二卷九一一頁）。

(8) 不動産の代物弁済契約による所有權、移轉は、所有權移轉登記を経ていなくとも、代物弁済契約自体によつて生じると解されている。ただし、代物弁済による債務消滅の効力は、所有權移轉登記手續の完了によつて生じるものとされる。すなわち、【二四】最判昭和三九年一月二六日民集一八卷九号一九八四頁は、「代物弁済が債務消滅の効力を生ずるには、債務者が本来の給付に代えてなす他の給付を現実に実行することを要し、単に代りの給付をなすことを債權者に約すのみでは足りず、従つて他の給付が不動産の所有權を移轉することに存する場合においては、当事者がその意思表示をなすのみでは足りず、登記その他引渡行為を終了し、法律行為が当事者間のみならず、第三者に対する關係においても全く完了したときでなければ代物弁済は成立しない……」（大正六年八月二二日大審院判決、民録二三輯下一二九三頁参照）とした。また、【一五】最判昭和四〇年四月三〇日民集一九卷三三七六八頁も、「不動産所有權の譲渡をもつて代物弁済する場合の債務消滅の効力は、原則として単に所有權移轉の意思表示をなすのみではならず、所有權移轉登記手續の完了によつて生ずる」とした。しかしながら、【二四】では、Bから金銭消費貸借を受けたAが、その担保としてA所有山林に抵当權を設定し、履行期までに弁済しなければ、改めて意思表示をすることなく、右履行に代えて本件山林の所有權をBに移轉し、所有權移轉登記手續をすることを約していた事案で、右抵当權が実行され、Bはその債權の一部の配當を受けて、これを利息の一部に充たしたうえで、残額の支払をAに請求したものである。原審が「前記貸金債務は前記山林の代物弁済により消滅したものとみるべきである」としたことから、Bが上告し、破棄・差戻となつたものである。

また、【二五】でも、AがBからの貸金の担保として、A所有の土地に抵当権を設定したが、その後、他の債務も含め、その弁済として、右土地を代物弁済としてBに譲渡する旨の契約を締結した。しかし、Aが移転登記を遷延しているうちに、Bが抵当権を実行し、自ら競落したことから、AがBに対する債務不存在確認を請求したのに対し、BはAに残金の支払を請求した。第一審・第二審ともにAの債務不存在確認請求を認容したことから、Bが上告し、こちらも破棄・差戻となった。

これに対し、【二六】最判昭和五七年六月四日判時一〇四八号九七頁は、A B間でA所有の土地を代物弁済とする旨の契約が成立し、所有権移転登記をしないで行っているうちに、Bがこの土地をCに売却し、中間省略登記によってAからCへの所有権移転登記が経由された事案で、Aが所有権移転は代物弁済契約のみではまだ生じていないとして、Cに対して移転登記の抹消を請求したのに対し、判旨は【二四】の要旨を引用し、「不動産所有権の譲渡をもってする代物弁済による債務消滅の効果は、単に当事者がその意思表示をするだけでは足りず、登記その他引渡行為を完了し、第三者に対する対抗要件を具備したときでなければ生じない」としながら、「そのことは、代物弁済による所有権移転の効果が、原則として当事者間の代物弁済契約の意思表示によって生ずることを妨げるものではない……(昭和三九年(特)第九一九号同四〇年三月十一日第一小法廷判決・裁判集民事七八号二五九頁)」とし、「原審が、不動産の代物弁済による所有権移転の効力を生ずるためには債権者への所有権移転登記がされなければならないと判断したのは失当である」とした。⁽³³⁾

また、【二七】最判昭和六〇年十二月二〇日判時一二〇七号五三頁では、BからP所有店舗の賃借権を譲り受けたAが、残代金支払に代えて、A所有不動産を代物弁済とする契約を締結したが、AはPからP B間の賃貸借契約解除を理由に右店舗の明渡請求を受けたことから、Pと交渉して新たに右店舗の賃借権を取得し、本件不動

産はCに二重譲渡し、移転登記もしたうえで、AB間の右賃借権譲渡契約を解除した。これに対してBは、AからCへの本件不動産の二重譲渡・移転登記は、代物弁済契約によってBに移転した所有権の侵害であるとして、不法行為に基づく損害賠償を請求した。原審が、代物弁済契約のみによる所有権移転を否定し、それを理由にBの請求を棄却したのに対し、本判決はその結論を是認しつつも、それは代物弁済契約によっていったん生じたAからBへの本件不動産の所有権移転の効果が、AB間の債権発生原因たる賃借権譲渡契約の解除によって遡及的に消滅したからであるとした⁽³⁴⁾。何れにせよ、【一六】・【一七】の論理においては、代物弁済に関しても、意思主義規範Aが貫徹されており、そのことは、代物弁済による債務消滅の効果が所有権移転登記手続の完了によって生じるものとした【一四】・【一五】と矛盾するものではないと言えよう。

(9) 不動産の売買予約に基づく仮登記を経由した者は、第三者が強制競売の申立をした後でも、予約完結権を行使し、残代金を支払い、実体上所有権を取得した場合は、本登記を経ていなくとも、仮登記のままで第三者異議の訴えを提起できるとされた(【一八】東京高判昭和五七年一月三〇日判時一〇六四号五九頁(確定))。判旨は、①担保仮登記権利者は、仮登記担保契約に関する法律一五条二項により、差押債権者に対して第三者異議の訴えを提起しうると解されること、②同法制定前にも、仮登記担保としての所有権移転に関し、仮登記のままで第三者異議の訴えを肯定した先例(最大判昭和四九年一〇月二三日民集二八巻七号一四七三頁)があること、および③競売目的不動産の所有権を被保全権利とする処分禁止の仮処分債権者も、第三者異議の訴えにより、競売手続の排除を求めうると解される(大判昭和八年四月二八日民集一二巻九号八八八頁)ことから、担保目的でない所有権移転請求権保全の仮登記の場合も、仮登記権利者がすでに「実体上所有権を取得している場合」は、第三者異議の訴えを許すのが合理的であるとする⁽³⁵⁾。

(10) 最後に、(7)と同様、所有権取得者自身が未登記のまま所有権を主張する場合ではないが、土地所有者がその土地上に無権原で存在する建物の収去および土地の明渡を請求するときは、「現実に家屋を所有することによって現実にその土地を占拠して土地の所有権を侵害しているものを被告としなければならない」とされている（一九）最判昭和三十五年六月一七日民集一四卷八号一三九六頁）。すなわち、当該家屋の所有権がすでに譲渡されているときは、「現実に家屋を所有する」者は、登記名義人ではなく、譲受人となる。本事案では、P所有の土地上にBによって建築・所有されていた未登記建物が、未登記のまま、Cに譲渡され（公正証書作成）、その後、Pから右土地を譲り受けたAが、Bに対して右建物の処分禁止の仮処分命令を得て、B名義の保存登記が行われ（裁判所の嘱託による）、Bに対して建物収去・土地明渡を請求したが、棄却された。つまり、BからCへの建物所有権の移転が、移転登記なしに、第三者たる土地所有者に対する関係でも認められた。もともと本件では、①AがBに対して処分禁止の仮処分を申請し、その仮処分登記の前提としてB名義の保存登記が裁判所の嘱託によって行われたこと（したがって、Bが自ら保存登記しながら、Cへの譲渡後も所有権移転登記を懈怠していた場合とは異なる）⁽³⁶⁾、また、②AはBC間の譲渡後にPから土地を譲り受けて明渡請求しており、BがAから明渡請求を受け（あるいは受けそうになり）、それを回避するために慌ててこれをCに譲渡したような事実とは異なる点にも留意すべきである。⁽³⁷⁾

また、【二〇】最判昭和四七年一二月七日民集二六卷一〇号一八二九頁は、Aの所有地上にCが無権原で建物を建築し、これをB名義で登記した事実で、Aが登記名義人Bに対して建物収去・土地明渡を請求したのに対し、「建物の所有権を有しない者（B）は、たとえ、所有者（C）との合意により、建物につき自己のための所有権保存登記をしていたとしても、建物を収去する権能を有しないから、……建物収去義務を負うものではない」と

して、Bの建物収去義務を認めた原判決をそのかぎりで破棄し、差し戻した。⁽³⁸⁾ さらに、【二一】最判昭和四九年一月二四日判時七六〇号五六頁では、A所有地上にB₁およびB₂が無権原で所有する建物をCに譲渡したが、移転登記が未了だった事案で、AがB₁・B₂を相手に建物収去・土地明渡を、また、Cを相手に建物退去・土地明渡を請求した。その後、Cは口頭弁論終結前にB₁・B₂から所有権移転請求権保全の仮登記を受け、口頭弁論が終結し、Aの勝訴判決が確定した後に、代金を完済して、本登記を経由した。CはAから右訴訟の口頭弁論終結前の承継人に該るとして、B₁・B₂の建物収去・土地明渡義務を承継するものとされたことから、請求異議の訴えを提起した。第一審および原審がCの異議を認容し、強制執行の排除を認めたが、本判決は、原判決を破棄、第一審判決を取り消し、Cの訴えを却下した。すなわち、「上告人（C）がB₁・B₂から本件建物の譲渡を受けたのは、本件（右）確定判決の訴訟の第二審口頭弁論終結時以前のこと」がらであり、上告人（C）は、右譲渡についての登記の如何にかかわらず、右終結時以前に本件建物収去義務をB₁・B₂から承継したことが前記説示に照らして明らかであるから、……上告人（C）は、口頭弁論終結後の承継人にあらず、したがって右債務名義に対する請求異議の訴えにつき原告適格を有するとはいえない」。この判断も、B₁・B₂からCへの本件建物所有権の移転は、たとえその登記が右確定判決の口頭弁論終結後であっても、すでに口頭弁論終結前に生じていた、との認定を前提にしている。⁽³⁹⁾

もっとも、【二二】最判平成六年二月八日民集四八卷二号三七三頁は、「他人の土地上の建物の所有権を取得した者が自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由した場合には、たとい建物を他に譲渡したとしても、引き続き右登記名義を保有する限り、土地所有者に対し、右譲渡による建物所有権の喪失を主張して建物収去・土地明渡しの義務を免れることはできないものと解するのが相当である」と判示し、建物登記名義人に対する建物収

去・土地明渡請求を棄却した第一審判決に対し、これを認容した原判決を破棄し、第一審判決を取り消した。⁽⁴⁰⁾ 判旨は、「建物は土地を離れては存立し得ず、建物の所有は必然的に土地の占有を伴うものであるから、土地所有者としては、地上建物の所有権の帰属につき重大な利害関係を有するのであって、土地所有者が建物譲受人に対して所有権に基づき建物収去・土地明渡しを請求する場合の両者の関係は、土地所有者が地上建物の譲渡による所有権の喪失を否定してその帰属を争う点で、あたかも建物についての物権変動における對抗関係にも似た関係というべく、建物所有者は、自らの意思に基づいて自己所有の登記を経由し、これを保有する以上、右土地所有者との関係においては、建物所有権の喪失を主張できない。」(傍点引用者)との法的構成(二七七条の適用肯定)を採用した。その実質的理由は、①土地所有者がつねに「実質的所有者」を建物収去・土地明渡請求の相手方にしなければならぬとすれば、その探求の困難を強いられること、②無権原の建物所有者は当該建物所有権の移転を主張すれば、容易に明渡義務を免れうること、および③建物所有者が真実に所有権を譲渡したのであれば、登記を行うのは困難でないから、登記を自己名義にしたまま自らの所有権喪失を主張し、建物収去義務を否定することは、「信義にもとり、公平の見地に照らして許されない」という点にある。

本判決には、「他人の土地上の建物の所有権を取得した者(C)」が自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由した場合には」との一般的限定が付されており、また、これに付加された①～③の実質的理由も、判旨の射程を画していることから、⁽⁴¹⁾ 本判決が判例変更を意味するものとは解し難い。⁽⁴²⁾

以上、例示にすぎないが、登記、引渡などの方式から独立した所有権譲渡、その他の物権変動の存在、したがってまた、意思主義規範 A・B の妥当領域の存在を確認することができよう。⁽⁴³⁾

5 二重売買および二重譲渡をめぐる法規範

さらに、二重売買および二重譲渡の法律関係における意思主義規範の妥当性ないしはその作用について検討してみよう。もつとも、二重売買および二重譲渡に関する一連の法的ルールの内容を正確に理解するためには、二重譲受人同士の関係だけでなく、売主A・第一買主B・第二買主Cの三者間に成立する規範の内容を包括的に検証する必要がある。しかしここでは、主要な裁判例に限定して概観するにとどめる。

(1) まず、二重売買をした売主Aの行為は、横領罪（刑法二五二条一項）に問われうる。【二三】最判昭和三〇年一月二六日刑集九卷一四号三〇五三頁は、AがBに売却したが登記名義を移転していなかった山林を、一三年余り後になってCに売却し、代金を受領して移転登記を経由した事案で、「不動産の所有権が売買によつて買主に移転した場合、登記簿上の所有名義がなお売主にあるときは、売主はその不動産を占有するものと解すべく、従つていわゆる二重売買においては横領罪の成立が認められる」とされた。⁽⁴⁾ 本件では、右山林が「なお登記簿上被告人（A）名義であるのを奇貨とし」て二重に売却された点にとくに着目して、横領罪の成立が認定された。

これに対し、【二四】最決昭和三三年一月八日刑集一二卷一四号三三三七頁は、AB間の第一譲渡で、所有権が現実に移転していた事実に一層注意を払っている。本事案では、AB間で宅地が売買され、Bは売買代金六五万円余のうち、契約時に内金として五〇万円を支払い、引渡を受け、約一か月後から建物の建築を開始し、その約二か月後に完成した。他方、残代金は売買契約の一か月後に移転登記手続と同時に支払う約束であったが、書類不備のため移転登記に至らなかった。その後、AB間で調停が行われ、残代金の一部が支払われ、残りは一か月後に移転登記手続と同時に支払う約束であったが、Bが約束した場所に残金を用意して赴いても、Aは無断で現れなかった。その後、固定資産税の支払等をめぐる争いなどもあり、Aは本件土地をC（Bの建物建築につ

いて悪意)に売却し、代金二〇万円を受領して、Cに移転登記した。右決定は、「被告人(A)が本件不動産をCに二重売買をした当時は既にその所有権は第一の買主Bに移転しておつたものと認めるを相当とし、したがって被告人(A)の本件所為を横領罪に問擬した第一審判決を是認した原判決は正当である」とした。⁽⁴⁵⁾

何れにせよ、横領罪に問われうるAの第二行為としては、必ずしもCへの所有権譲渡や登記まで要求されず、Cとの売買契約や自己の所有権の主張でも、横領罪は成立しうる。⁽⁴⁶⁾ こうして、二重売主の行為に対しては、比較的厳格な行為規範が判例上形成されており、これらはとくに意思主義規範Aの帰結として、肯定的に捉えうる。この側面では、「自由競争論」の妥当する余地は、売主Aが買主Bと売買契約を締結し、とりわけ所有権を移転した後はほとんどないことになる。⁽⁴⁸⁾

なお、これと関連して、不動産の二重売買で、第一買主に対する売主の債務は、「特段の事情のないかぎり」、第二買主に対する所有権移転登記完了時に履行不能になるとされる(「二五」最判昭和三五年四月二一日民集一四卷六号九三〇頁)。しかし、本判決と先の【二三】・【二四】とは、必ずしも矛盾しない。なぜなら、第一に、現実に行われた二重売主の行為の悪性に対するサンクションを科したうえで、なお売主に登記があれば、第一買主への移転登記をさせることもなお可能である。第二に、日本民法の構造上、第二譲受人への移転登記が未了であれば、二重譲渡後でも、依然として第一譲受人に移転登記して債務を履行することが、不能とは言えない。第三に、二重売主の債務の履行不能時期の画定は、第一買主に対する損害賠償額算定の基準時と絡んでいる。つまり、二重売買が行われた場合、何れかの買主が移転登記を受ければ、その時点で、これを第三者に転売するなりして、その時点の不動産価値を実現し、獲得することができる。したがって、移転登記を受けなかった買主は、その時点で約束どおり売買契約が履行されていれば得られたであろう利益の分だけ損失を被っていることになる。もち

ろん、第一買主は、第一売買後、履行期までに登記がされなかったことにより、契約後に不動産価格が下落し、転売時期を逸したような場合は、所定の履行期における履行利益の賠償を請求しうる。しかし逆に、第一売買後、履行期までに移転登記がされないうちに、当該不動産価格が上昇したような場合は、第二買主への移転登記時〓履行不能時に移転登記されていれば得られたであろう利益を損害として、二重売主に請求することもなお可能である。右判例は、このことを認めている。⁽⁴⁹⁾したがって、【二五】もまた、横領罪の成立時期に関する判例準則【二三】・【二四】と同様に、二重売主に対するサンクションとしての性質をもつ。

(2) 他方、二重売主Aに比べると、第二買主Cに対して判例上形成された行為規範は、比較的緩やかである。まず、第二買主Cは悪意でも所有権取得しうるとされ(一七七条の「第三者」に関する悪意者包含)、かつ、その場合Cは第一買主Bに対して不法行為責任を負わないと解されている。【二六】大判明治四四年一月二五日民録一七輯九〇九頁は、悪意者包含と不法行為責任否定とが不可分の関係にあるものと捉えている。⁽⁵⁰⁾すなわち、「後ノ買主ハ悪意ニテ買受テ登記ヲ為シ以テ前ノ買主ヲ害シタルカ故ニ不法行為ノ責ニ任スヘキモノトセンカ一面ニ於テ其所有権取得ヲ以テ前ノ買主ニ対抗スルコトヲ得ルモ他ノ一面ニ於テ前ノ買主ニ対シ不法行為ノ責アルカ為メニ其得ル所ハ有名無実ニ帰シ登記ノ制度ヲ設ケタル所以ノ趣旨ハ遂ニ之ヲ貫徹スルコト能ハサルニ至ルヘシ」。⁽⁵¹⁾

右の論理は、その後、【二七】最判昭和三〇年五月三十一日民集九卷七号七七四頁でも繰り返された。本事案では、A₁がその所有建物(附属機械設備を含む。未登記)をBに八万円で売却し、Bは手付金として四万円を支払った。残額は、A₁が売買契約當時に右建物に居住していたPを立ち退かせたうえ、所有権移転登記手続と引き換えに支払われる約定であった。A₁は右約定を果たさなまま死亡し、A₁の権利・義務はA₂(A₁の孫)が相続し、さらに右建物はA₃(A₁の養子)に譲渡された。その後A₃は、A₂の代理人として、Bの残代金支払の提供を受け、引

渡方法の交渉にあつたが（A₁B間の売買について悪意）、Bに対する引渡義務を履行しないまま、この建物をA₁の前々主たるL名義で保存登記したうえで、LからA₃自身が買い受けた旨の中間省略登記をし、さらにこの建物をCに売り渡し、移転登記手続を経由した。原判決が第一審判決を変更し、悪意のA₃に対するBの損害賠償請求を認めたのに対し、本判決はこれを破棄・差戻とした。すなわち、「上告人（C）は不動産のいわゆる二重売買における第二の買主であつて、しかも第一の売買の事実を知りながら（悪意で）買い受けたものに外ならないけれども、一般に不動産の二重売買における第二の買主は、たとい悪意であつても、登記をなすときは完全に所有権を取得し、第一の買主はその所有権取得をもつて第二の買主に対抗することができないものと解すべきであるから、本件建物の第二の買主で登記を経た上告人（C）は、たとい悪意ではあつても、完全に右建物の所有権を取得し、第一の買主たる被上告人（B）はその所有権取得をもつて上告人（C）および同人から更に所有権の移転を受けその登記を経たDに対抗することができないことは、当然の筋合というべきである。したがつて、上告人（C）が悪意で本件建物を買い受けその登記を経由しこれを更にDに売り渡してその登記をなしたというだけでは、たといこれがため被上告人（B）がその所有権取得をDに対抗することができなくなつたにしても、いまだもつて上告人（C）に不法行為の責任を認めるには足らない……」とした。⁽⁵²⁾

右のような、言わば規範のアンバランス——すなわち、二重売主は横領罪、あるいは場合により、詐欺罪、背任罪などに問われるのに対し、第二買主は悪意でも横領罪の共犯とはならず、所有権取得し、しかも不法行為責任すら問われないこと——に対しては、債権侵害論などの理論枠組に基づく悪意（有過失）者排除説が有力化し⁽⁵³⁾ており、あるいは逆に、二重売主に対する行為規範自体を第二買主のそれに合わせて緩めるべきであるとの議論も可能かも知れない。しかし、悪意の第二買主Cの行為を規制する規範が存在しないわけではない。ここで理論

的にも実務的にも重要な役割を果たしているのが、①不動産登記法四条・五条、②公序良俗違反行為の無効（九〇条）、そして、③Bに対する関係で信義則（二条二項）に反する行為をしたCは、Bの対抗要件の欠缺を主張する正当な利益を有しないとする、背信的悪意者排除論である。そして、これら個別的規範の組合せからなる悪意者包含・背信的悪意者排除論は、とりわけ取引費用の削減に関する意思主義規範Bの観点から、正当化されうる。すなわち、原則として善意・悪意不問とし、明らかに取引倫理を逸脱した者だけを例外的に排除する方が、これから権利を取得しようとする者が、自ら悪意でないことを絶えず確認する費用、およびすでに行った権利取得について第三者（第一譲受人）からクレームをつけられた者が悪意であったか否かを確認する費用などの取引費用（transaction cost）を削減し、取引制度を効率的にして、社会全体の効用を高めうると考えらえる。⁽⁵⁴⁾

(3) 最後に、第一買主ないし第一譲受人Bが服する行為規範は、「公益ニ基ク公示法」たる一七七条・一七八条を中心とするものであり、《物権変動の当事者は、物権変動が生じた後、可能ながぎり速やかに、これを公示するためになしうるだけのことをしておくべきである》⁽⁵⁵⁾とも言うべき規範が成立している。ここでは、当事者間の意思表示のみによる所有権移転をできるだけ広く認めようとする意思主義規範Aと、取引費用を削減するために行うだけ登記を促そうとする（注65および該当本文参照）意思主義規範Bとが拮抗する。しかしながら、そうした両者の緊張関係は、必ずしも両者間の矛盾を意味しない。両者間にどのような均衡をつくり上げてゆくかは、法政策的課題であるとともに、登記がなければ対抗できない場面を個別的に画定してゆくべき個々の解釈論の課題でもある。

何れにせよ、売主（1）および買主（2）・（3）に課される行為規範は、一見したアンバランスにもかかわらず、右規範A・Bの均衡が保たれる場合には、取引制度全体としては、バランスのとれたものになりうるとも考えら

れる。

6 権利移転原因の失効と復帰のないし巻戻しの物権変動

最後に、意思主義規範（とくにA）の妥当性を検証すべき領域として、意思表示に基づく権利移転原因が失効した場合に、いったん発生した所有権移転がどのような影響を受けるか、という問題がある。しかし、権利移転の失効原因は、意思表示の無効（意思無能力、九〇条、九一条（強行法規違反）、九三条但書、九四条、九五条など）、同じく取消（四条、九条、一二条、九六条など）、公売処分取消、無権代理行為の追認拒絶（一二三条）、法律行為の解除条件成就（一二七条二項）、契約解除（五四〇条）、合意解除、再売買予約（五五六条）、解約手付（五五七条）、買戻（五七九条）など、きわめて多岐にわたり、一概に論じえない。ここでは、意思表示の取消（一二〇条以下）に關し、若干言及するにとどめる。⁽⁵⁶⁾

意思表示の取消に關しても、日本民法の構造は折衷的かつ曖昧である。仮に一二一条が、ドイツ民法（一二二条一項）と同様に、法律行為の遡及的無効を規定したものであるとしても、わが民法はドイツ民法のような物権行為の独自性および無因性の原則を承継しなかった。他方、わが民法は所有権譲渡の意思主義をとりながら、フランス民法のように、無効または取消訴権（一二七条、一三〇四条以下）による無効・取消の主張を要求していない。こうした民法の基本構造の下では、裁判外での、無方式の取消の意思表示（一二三条）により、所有権移転の遡及的無効まで生じさせることができるかは、きわめて疑問であり、意思主義規範Aがそこまで含意しているとはできない。

判例上は、原因契約の意思表示の取消の効果（一二一条）として、物権変動の遡及的消滅まで生じるとの理解

が伝統的に行われてきた（もつとも、判例には、物権変動が文字どおり最初からなかったことになるとの理解と、あたかも物権変動が最初からなかったかのように原権利者に「復帰」するとの理解がある⁽⁵⁸⁾）。ただし、最近の裁判例には、土地売買が詐欺を理由に取り消された事案で、被詐欺者たる売主は「売買の効果が遡って消滅したため……売買取消の効果が生じたときから再び……土地の所有者になった」と認定したものもある。つまり、売買の意思表示の取消により、売買契約の効果が遡及的に消滅するが、所有権移転の効果が遡及的に消滅するのではなく、取消の効果が生じた時点（本件では、詐欺者たる買主への訴状送達による取消の意思表示到達の時点）で、Aが「右各土地の所有権を回復した」と認められた（二八）東京高判昭和五四年一月一六日判タ四〇七号八八頁⁽⁵⁹⁾。

取消の遡及効の理解は、原権利者と第三者との関係がいわゆる対抗問題になるか否かという問題と関連し、さらに、第三者の登場が取消前か取消後かで区別すべきか、第三者保護規定がある場合にその趣旨をどう解釈すべきかなどの問題も加わり、複雑化している。本稿ではこの問題にこれ以上立ち入る余裕がないが、私見は基本的に、【二八】と同様に原因契約の意思表示の取消が物権変動の遡及的消滅をもたらすものではないとの解釈（取消の遡及効の否定）をとりつつ、それはただちに原権利者との第三者との関係を厳格な対抗問題として把握すべきとの主張に通じるものではないが、物権変動の意思主義、とくにその規範Aは、原権利者にやや有利な地位を与えるものであり、ここに一つの有因主義的な解決方法がありうると考える。それは、①第三者（その出現が取消の前か後かを問わない）に対しては、一定の保護に値する事由（対抗要件のように画一的ではないが、事案に応じ、登記・仮登記・引渡・代金支払など、権利者としてなお保護に値する利害関係の深さを示す尺度。いわゆる権利保護資格要件）を要求する一方、②原権利者に対しては、第三者がかかる権利保護資格要件を備えていなければ、自らは対抗要件を備えていなくとも、権利の復帰を主張しうることを許容すべきであると解する⁽⁶⁰⁾。とは言え、かかる解

釈の可否は、意思表示の取消に関する日本民法の構造的特色の比較法的検討、その他の権利移転原因失効の場合との関係、権利保護資格要件自体の精緻化などを経ずには、容易に論証できない。ここでは、取消の遡及効を否定する裁判例の存在、およびそれが意思主義規範 A と必ずしも矛盾するものではないこのみを指摘するにとどめる。

四 おわりに

以上の裁判例（主要なものの一部にすぎないが）の概観からは、先に二でみた意思主義規範 A・B が、様々な場面ですべてに妥当していることを窺い知ることができる。このことは一七六条が、たんなる理念の表明ではなく、現実に妥当性を獲得していることを意味するものと解しうる。もちろん、そのことがただちに、そうした現実そのものを全面的に肯定すべき理由とはならないし、裁判例の中にも結論的に検討の余地があるものや、変更が予想されるものも存在する。しかしまた、一七六条の意思主義が現実にある程度妥当しているとすれば、その規範的含意を可能なきがりに活かす形で、法解釈論や法政策論を展開することが望ましいのではなからうか。

例えば、不動産売買のどの時点で一七六条の意思表示ありと認定すべきかをめぐっては、一方では、フランス民法・旧民法的な理解に基づき、売買契約書および所有権移転を証する書面（売買契約書に代金完済時に所有権が移転するものとされていれば、代金完済の事実を証明する書面）⁽⁹⁾ 登記原因証書⁽¹⁰⁾ 一七六条の意思表示とみる立場がある。他方で、ドイツ法的な形式主義に接近させるべく、登記申請書作成⁽¹¹⁾ 一七六条の意思表示（さらに、物権変動の効果発生を登記時とする黙示の条件あり、または登記と代金支払とを引換給付とする事実たる慣習ありと解釈し、

物権変動時期は登記時とする」と解釈しようとする立場があり、前者と拮抗する。⁽⁶²⁾しかし、現行民法の意思主義の特色とその規範性、とくに意思主義規範Aをさらに活かすとすれば、売買契約そのものとは異なり、かつ登記申請以前に現実に存在する一七六条の意思表示そのものとして、これを記載した譲渡証書（譲渡人・譲受人・その各証人の署名・捺印、目的物の表示、譲渡の日付、譲渡文言、代金受領文言などを含む）の作成が、自発的に、簡便に、かつ安価に行われるような慣行の形成が、最も相応しいのではなからうか。⁽⁶³⁾

所有権譲渡を中心に意思主義の規範性とその妥当性を検証した本稿は、對抗要件主義や有因主義の諸問題に対し、ただちに具体的な解決指針を与えることはできない。⁽⁶⁴⁾しかし、例えば一七六条と一七七条との関係をとれば、後者に基づく登記制度は、所有権移転の当事者間の交渉成功と自発的交換が、協力による余剰を生み出し、相互利益に適用ことから、交渉成功を阻む障害要因を取り除くべく設計されたものであるとすれば、⁽⁶⁵⁾それは前者、とくにその意思主義規範Bと目的を同じくするものであり、両者が矛盾しない共通解がどこかにある筈である。⁽⁶⁶⁾そうした共通解を一つひとつ明らかにし、それらの組合せによって首尾一貫した権利移転のシステムを構築するためにも、意思主義の存在意義を再認識する必要があるのではなからうか。

（1）「法典調査会・民法議事速記録一」法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書1』（商事法務研究会、一九八三）所収五七九頁以下。なお、松尾弘「不動産譲渡法の形成過程における固有法と継受法の混交」（3・完）「横浜国際経済法学四巻一号（一九九五）一一一頁以下参照。

（2）「法典調査会・民法議事速記録一」前掲（注1）五七九頁以下、五八四頁以下。なお、松尾弘「所有権譲渡の『意思主義』と『第三者』の善意・悪意」（二・完）「一橋論叢一一一巻一号（一九九四）九九頁以下参照。ただし、現行民法上、登記が権利変動の効力要件とされる場合もある（抵当権の順位の変更（三三七条三項）、短期貸貸借（三九五条）、また争いはあるが、不動産先取特権の効力の保存（三三七条、三三八条一項、三四〇条）など）。

(3) 例えば、②に關し、梅謙次郎は、特定物売買の場合、売買契約によつてただちに権利が移転するので、権利を移転する義務を生じる余地がない、との趣旨で規定された旧民法財産取得編二四條（一項）「売買ハ当事者ノ一方カ物ノ所有權又ハ其支分權ヲ移轉シ又ハ移轉スル義務ヲ負擔シ他ノ一方又ハ第三者カ其定マリタル代金ノ弁済ヲ負擔スル契約ナリ」(傍点引用者)に對し、特定物売買における權利移轉義務の發生は、「ばあそなあーど氏ノ草案ニハ出來ヌト言ツテアリマシタガソレガ出來ルトシテ居ル方ガ多イト思フ」とし、特定物の場合でも不特定物の場合でも、売買契約は權利移轉の義務を生じさせるものであり、特定物の場合はその義務が生じた瞬間に「直チニ履行セラルソレハ……物權ノ總則第一百七十七條（現行民法一七六條に該當）ノ規定ニ依テ直チニ移轉スル」との理解の下に、法典調査會原案五五五條（現行民法五五五條に該當）を起草した（「法典調査會・民法議事速記録三」法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書3』（商事法務研究會、一九八四）八六一頁、八七一頁、八九九頁）。

③に關しては、合意による不動産質および抵当（旧民法債權擔保編一九九條一項・二〇五條により、公正証書または私署証書によらなければ設定不可）、贈与契約および夫婦財産契約（旧民法財産取得編三四九條・三五八條、四二二條一項により、公正証書によらなければ成立せず）についても、公正証書も私署証書も要求されず、方式自由とされた（法典調査會原案三四一條、五四九條、八〇九條。「法典調査會・民法議事速記録二」法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書2』（商事法務研究會、一九八四）六七七頁（富井）、七八三頁（梅）、八四〇頁（穗積）、「法典調査會・民法議事速記録六」法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書6』（商事法務研究會、一九八四）三〇一頁以下（梅））。

また、④に關して、穗積陳重は、不動産の登記・動産の引渡は、「物權移轉ノ原因ニスルトカ物權移轉ノ方法ニスルトカ云フノハ宜シクナイ」が、「成ル可ク人民ノ取引ト云フモノヲ容易クシテ夫レト同時ニ取引ノ間違ハヌヤウニスル方法」（傍点引用者）として、登記・引渡を間接的に促すために、登記・引渡をしなければ對抗できない第三者には、法政策的考慮により、限定を設けず、「単ニ『第三者ニ對抗スルコトヲ得ス』ト書キ下シタノデアリマス第三者ノ善意トカ惡意トカ云フ形容詞ヲ付ケナカツタ訳デアリマスこゝらガ既成法典トハ趣ヲ異ニシテ居ル点デアリマス」とする。さらに、先に登記・引渡をした第二讓受人が所有權を取得するのは「法律ノ働キ」によるものであり、

「第二ノ権利ヲ得マシタ者ニ対シテ始メノ者ガ賠償スルノデアルト云フヨウナ風ノ巧ミナル所ノ理論ハ採ツテ居リマセヌ」(穂積)とされ、したがって、先に登記・引渡をした第二譲受人は「譲渡人」から所有権を取得するものと理解されていた(富井政章)『法典調査会・民法議事速記録一』前掲〔注1〕五八四頁以下)。

(4) 例えば、①意思主義規範Aとの関係では、意思とその表示のみによる所有権移転が承認されたことのほか、そうした意思表示の方式自由は「束縛ハ……避ケル丈ケハ避ケルト云フ主義」(梅)により、公正証書は「随分手数ノ」、「甚ダ煩ハシイコト」(穂積)であるし、契約当事者間の利益が偏らぬよう公証人が「説諭」することは「日本杯デハ到底出来ハシナイ」とされ、「証拠ニ付テハ命令的ノ規定ハ置カナイ」(梅)こととされた(『法典調査会・民法議事速記録一』前掲〔注1〕五七九頁以下、『法典調査会・民法議事速記録二』前掲〔注3〕七八三頁、八四〇頁、『法典調査会・民法議事速記録六』前掲〔注3〕三〇一頁以下)。さらに、登記もあくまで公示法であるから、「チャント権利ノ方ノコトラ極メテ仕舞ツテカラ」登記申請が行われるべきものと認識されていた(田部芳)『帝國議會・衆議院委員會議録10』(東京大学出版会、一九八六)四五三頁以下)。

また、②意思主義規範Bとの関係では、引渡主義の否定は「實際上便利」であり、「實際上差支ナク又必要」で、「人民ノ志望ニ適ウ」(穂積)とされた。

しかしながら、これら意思主義規範の淵源を辿れば、一七世紀自然法論、とりわけグロティウスおよびプーフエンドルフの意思主義理論に遡りうる。そこでは、ローマ法の引渡主義の対立物として構築された意思主義理論の規範的含意は、①目的物とは概念的に区別された権利の移転としての所有権移転の究極的根拠は、社会的妥当性をもつ当事者の意思(「理性的意思」)にあり、国家法上の形式要求も人びとの一般的合意によって支持されるべきとする意思理論の承認、および意思主義に則った一層自由な取引による各人の利益追求の促進が、社会全体の利益の増大にも通じるとの効用判断の承認にあった。かかる意思理論および功利主義的発想は、各国に固有の制度的および文化的条件に応じて多様な形で、フランス民法典、ドイツ民法典をはじめとする実定法に具体化されていった。そして、これら双方の民法典から意思主義規定を継承した現行日本民法典は、結果的に、これらの母法以上に一七世紀自然法論の意思主義の原型に接近する形になったものと解される。以上の経緯につき、松尾弘「グロチウスの所有権論(一)」、(二・

完)「一橋研究」四卷三号(一九八九)、四号(一九九〇)、同「プーフェンドルフの所有権論」比較法史学会編『歴史と社会のなかの法』(未来社、一九九三)、同「所有権譲渡理論における意思主義の規範性とその射程」私法六二号(二〇〇〇)掲載予定参照。

(5) 一七六条の規範性をこのように解した場合、その規範の一般的性質と名宛人が問題になる。ここではひとまず、物権の設定・移転の当事者に対しては、権能付与規範、そうした取引に関与する第三者(代理人、登記官吏、そのほか取引制度の管理者)に対しては、義務賦課規範と解するが、さらに検討を要する問題である。義務賦課規範、権能付与規範、許可的規範、権利設定的規範など、法体系を構成する各種規範とその相互関係に関しては、J・ラズ／松尾弘訳『法体系の概念——法体系論序説——』(慶應義塾大学出版会、一九九八)、とくに一七三頁以下、一八三頁以下参照。

(6) 例えば、法実証主義者と目されている穂積ですら、「権利ヲ移転スルノニ引渡ト云フコトハ要セヌモノ」であることが、「理論ニ於テモ正シイ」とする「法典調査会・民法議事速記録一」前掲(注1)五八〇頁、五八三頁。このように解すると、一七六条は自然法命題を比較的忠実に実定法化したものであり、それを間接的に実現する手段としての「公示法」たる一七七条は、国家法に固有の命題であることとみることができる。

(7) 滝沢教授は、「純然たる物権的意思表示は、恐らくそれ自体では取引における実質的存在意義をもちえず、……何らかの外部的徴表と結合して形式主義の基礎となることによりはじめて独自の意義を持つのではないか」とされ、「確たる立証手段の保障もなしに、特約ともまた異なる物権的合意の存在を主張することによって、随意に所有権移転時期を選択出来ることになり、取引の混乱は免れないであろう。そのような主張を認めること自体無意味である」として、方式自由の物権的意思表示の存在意義を否定される(滝沢幸代『物権変動の理論』〔有斐閣、一九八七〕四七頁、同「物権変動の時期」星野英一編集代表『民法講座・第2巻・物権(1)』〔有斐閣、一九八四〕五四頁)。

(8) 判旨は先例として、大判大正二年一〇月二五日民録八五八頁を引用する。

(9) 事案は、土地・建物の売買契約に際し、代金一六三万一千八百七円中、内金として六〇万円が支払われ、残代金についても約定期間内に四〇万円の支払と六三万一千八百七円の提供が行われ、さらに売主の要求に応じて二〇万円の支

払（計一二〇万円）がすでに行われていたものである。本件売買契約上は、代金完済と同時に所有権移転登記手続と地上建物の明渡を行う約定であった。

(10) 本件評釈は、本判決が所有権売買契約時移転説という「大審院以来の伝統的な立場」を正面から明示したとの解釈（滝沢幸代「物権変動の時期」星野英一・平井宜雄編『民法判例百選Ⅰ（第三版）』〔有斐閣、一九八九〕一〇六頁、同・第四版（一九九六）一〇二頁）と、本判決は必ずしも所有権移転時期についての判決ではなく（判旨は傍論）、所有権移転時期については、引渡、代金支払（代金全額の提供にもかかわらず、売主が正当な理由なく受領を拒む場合も含む）または登記の何れかと結びつける見方に合理性があるとの見解（奥田昌道「所有権移転の時期」加藤一郎・森島昭夫編『不動産取引判例百選（第二版）』〔有斐閣、一九九一〕一二五頁）とに分かれる。

(11) なお、上告審判決は、かかるBの所有権取得について、大判大正八年七月五日民録二五輯一二五八頁を先例として引用する。同判決は、「売買ノ目的タル物カ他人所有ノ特定物ナル場合ニ、売主カ後日其物ノ所有権ヲ取得スルニ至リタルトキハ、当事者ニ於テ更ニ何等ノ意思表示ヲ為スコトヲ要セス、其物ハ当然直ニ買主ノ所有ニ帰スルモノトス」と判示した（傍点引用者）。その理由は、「売買ニ因リテ所有権ヲ移転スルニハ売買契約ノ外尚所有権ノ移転ヲ目的トスル物権契約ヲ締結スルコトヲ必要トスル法制ニ在リテハ、叙上ノ場合ニ売主ハ更ニ買主ニ対シ所有権ヲ移転スヘキ意思表示ヲ為スコトヲ要スルハ当然ナレトモ、我民法ノ如ク特定物ニ関スル所有権ハ売買ノ意思表示ニ依リテ直ニ買主ニ移転スヘキ法制ノ下ニ在リテハ、上記売買ノ目的タル第三者所有ノ特定物ノ所有権カ売主ニ帰属スルニ至リタルトキハ、売買ノ効力ハ直ニ実現シ、其物ノ所有権ハ何等ノ意思表示ヲ為スコトナク当然直ニ買主ニ移転スルモノト謂ハサル可カラス」というものであった。ここでは、右当然移転説が、物権行為の独自性否定の帰結として理解されていることが確認できる。しかし、さらに進んで、右当然移転説が所有権の契約時移転説に直結し、「契約時移転の原則の延長上にある」（滝沢幸代「他人の不動産の売買と所有権移転の時期」加藤・森島編・前掲（注10）一二二頁）とまで言い切れるかどうかは、検討の余地がある。事案は、BがAの家督相続人であると誤信して身分登記をし、土地をCに売却したところ、Bの遺産相続人Dが、その後になってAの正当な家督相続人として選定されたことから、Aの死亡時に遡って右土地の所有権を取得したとして、CおよびCからの転得者らに対し、同土地の所有権移

転登記の抹消を請求したものである(棄却)。

(12) 前者の判旨に言う「特段の約定がないかぎり」や、後者の判旨に付された「特段の事情のないかぎり」との留保は、《将来所有権移転が可能になった時点でただちに所有権を移転する旨の意思表示についてとくに変更が認められないかぎり》という留保をも含む趣旨と解される。

(13) なお、最判昭和六一年三月一七日民集四〇巻二四二〇頁は、農地売買において、買主が売主に対してもつ県知事に対する許可申請への協力請求権が消滅時効にかかって、売主がこれを援用しないうちに農地が非農地となったときは、その時点において所有権移転の効力が当然に生ずるとした。

(14) この点に関して、条件付または期限付所有権譲渡を無効とするドイツ民法九二五条二項のような制限は、日本民法には存在しない。

(15) 吉原節夫「物権変動の時期——特約ある場合」星野平井編・前掲(注10)(第三版)一〇九頁。なお、最判昭和三八年五月三一日民集一七巻四号五八八頁も参照。

(16) この意味で、「所有権移転の時期は、まずは契約解釈・意思解釈の問題である」ことが広く承認されている(奥田・前掲(注10)一二五頁)。

(17) 事案は、A所有の建物につきBとの間に売買予約が行われ、仮登記が経由された。Bはこの売買予約に基づく予約完結権をCに譲渡した。ついで、Aの債権者Dが当該建物について仮差押決定を得て、仮差押登記が行われた。その後、先のBC間における予約完結権譲渡につき仮登記への附記登記が行われ、Cが予約完結の意思表示をしたというもの。Dが得た仮差押決定の執行に対し、Cの異議が認められた。

(18) なお、この判旨の判断を前提とするものとして、後掲(注39)・最判昭和五二年二月二三日参照。

(19) その理由として、物権変動原因無制限説のリーディング・ケースたる、大連判明治四一年一月一五日民録一四輯一三〇一頁(大判明治三八年一月一日・明治三八年(オ)二〇三号を変更)は、つぎの二点を挙げる。①まず、第三者保護の観点から、「第百七十七条ノ規定ハ同一ノ不動産ニ関シテ正当ノ権利若クハ利益ヲ有スル第三者ヲシテ登記ニ依リテ物権ノ得喪及ヒ変更ノ事情ヲ知悉シ以テ不慮ノ損害ヲ免ルコトヲ得セシメンカ為メニ存スルモノニシテ

畢竟第三者保護ノ規定ナルコトハ其法意ニ徴シテ毫モ疑ヲ容レス而シテ右第三者ニ在リテハ物權ノ得喪及ヒ変更カ當事者ノ意思表示ニ因リ生シタルト將タ之ニ因ラスシテ家督相統ノ如キ法律ノ規定ニ因リ生シタルトハ毫モ異ナル所ナキ」ことから、偶々一七七条が一七六条の次条にあるからと言って、一七七条が意思表示のみによる物權の設定・移転に限って適用されるのではない。「物權ノ設定及ヒ移転ニ於ケル當事者間ノ關係ヲ規定」した一七六条と、「當事者ト其得喪及ヒ変更ニ関与セサル第三者トノ關係ヲ規定」した一七七条とは、「全く別異ノ關係ヲ規定シタ」ものである、と説明する。②つぎに、登記を行うべき權利取得者の観点からみても、「家督相統ノ如キ法律ノ規定ニ因リ物權ヲ取得シタル者ニ於テハ意思表示ニ因リ物權ヲ取得シタル者ト均シク登記法ノ定ムル所ニ從ヒ登記ヲ為シ以テ自ラ其權利ヲ自衛シ第三者ヲモ害セサル手續ヲ為シ得ヘキハ言フ俟タル所」である。

もつとも、現行民法および不動産登記法上、登記できない物權（入会權など）や登記できない物權の内容（地役權の対価など）も存在することに注意を要する。

(20) 前掲【二】の事案参照。

(21) 換言すれば、「當事者若クハ其包括承繼人ニ非スシテ不動産ニ関スル物權ノ得喪及変更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者」、すなわち、「同一ノ不動産ニ関スル所有權抵当權等ノ物權又ハ賃借權ヲ正當ノ權原ニ因リテ取得シタル者」、「同一ノ不動産ヲ差押ヘタル債權者若クハ其差押ニ付テ配当加入ヲ申立テタル債權者」などに該当しない者である。同判決によれば、かかる第三者範圍制限説は、登記を物權の得喪・変更の成立要件とせずに対抗要件としたことの必然的帰結であり、それによって「絶対ノ權利」という物權の性質を貫徹することはできず、時には「待對ノ權利ニ類スル嫌アルコトハ必至」であるとされている。

(22) 事案は、農地委員会Cが、登記名義人A（不在地主）からの農地買取計画を作成したのに対し、それ以前にAから同一農地を買い受けたものの未登記であったB（在村地主）による異議申立が認められたものである。ちなみにこの事案では、すでにBからAに代金支払と引渡が行われ、Bは小作料の受領もしていた。しかも、Cはこの農地の「実際の所有者」（農地調査規則（昭和二年一月一日農林省令二号）一条）はBであることを認識していたが、あえて登記簿上のAを相手に買取計画を進めたという経緯がある。

(23) 本判決にも、一七七条を適用すべきとする三裁判官の少数反対意見がある。

(24) 裁判官真野毅の少数補足意見では、「仮装譲渡の脱法行為をおそれるのあまり、正義の顕現であるべき国家が、却つて真実の売買等による実際の所有者の権利の保護を奪い得るような解釈を打ち立てることの方が、角を矯めんとして牛を殺すというか、アツモノに懲りてナマスを吹くというか、物の本質、事の軽重の判断に誤りがあるそしりを免れない」として、多数意見に対する補強理由が挙げられている。

(25) 裁判官井上登、岩松三郎の反対意見参照。

(26) 裁判官真野・前掲(注24)の少数補足意見では、「社会の実際においては民法上の所有者と登記名義人とが違ふ場合が生ずる」(傍点引用者)との表現も見られる。

(27) 本件袋地(未登記、無番地)は、他の四筆の土地とともに、Aの所有であったが、これらを相続したBからCが買い受け、代金が支払われ、本件袋地以外の四筆の土地については、BからCへの所有権移転登記が經由されていたCが通行権を主張する囲繞地は、Aが本件袋地を他の四筆の土地とともに畑として利用していた頃(Cが買い受ける約三〇年前)から、Aが通行していた。

(28) 本件事案では、①問題となった土地の贈与が昭和四九年一月二二日に行われ、その後、②昭和五〇年七月三〇日、Aに対するPの手形債権が成立し、さらに、③昭和五一年三月一三日、右土地について所有権移転登記が行われた(登記原因は、「昭和五〇年五月一日贈与」とされていた)。ちなみに、本判決は、一般債権者が一七七条の「第三者」に該当しないことをも判示したものと解しうるであろうか。

(29) 事案は、AがCの土地を賃借し、その地上に所有する建物を、その建物の賃借人Bに贈与した(昭和二三年八月)。建物所有者が変わったことを知ったCは、直接Bに土地を賃貸することにした(昭和二三年暮頃または遅くとも昭和二四年一月二四日)。その後Aは、Bが右建物の所有権移転登記に必要な登録税支払わなかったことから、右建物をCに売却し(昭和三二年六月一八日)、移転登記を経由した(同日)、というもの。

(30) もっとも、判旨の以下の文言からすれば、AからCへの当該建物の移転登記時を基準に、それ以前はBが所有者であったと認定しているとも解される。すなわち、「本件において、……原審認定の事実関係に照らすと、昭和二三

年六月一八日被上告人Cが本件家屋を被上告人Aより買い受けて、その旨の所有権移転登記を経由した時から、本件家屋のうち少なくとも上告人Bの占有部分……についての同人の賃借権は、被上告人Cとの関係においては、消滅しなかつたものとして取り扱うべきであつて、結局、被上告人Cは上告人Bに対する右賃貸人たる地位を当然承継したものと解すべきである」(傍点引用者)。ただし、本件ではAからCへの当該建物の売却日と移転登記日は同日であつた。

なお、何れにしても、AからBへの譲渡後、AからCへの譲渡または登記までの間、所有権がBにあった(したがって、Bは果実取取可能)と解することと、CはAから所有権取得すると解釈すること(そのかぎりでは、所有権の「二重譲渡」が生じるとみること)とは、現行民法の意思主義規定の構成上の特色(前述二の①④、とくに当事者間における方式自由の意思表示のみで、第三者に対しても当然に効力をもちうる所有権移転を行いうること)に鑑みれば、実定法の解釈として、矛盾があるとはまでは言えず、合法性(legality)の原理の範囲内にあるものと考えられる。

(31) ちなみに、本件のような事例で、Q C間では売買契約が行われたのみで、所有権移転時期の特約はなく、代金支払は後日所有権移転登記手続と引き換えに行うとの約定があり、これに従つて移転登記手続時に代金支払があつた場合には、結論は異なりうる。Cによる現実の所有権移転時(本文に引用した判旨の傍点部分参照)が、Bの時効取得完成後になるからである。ここでも、所有権移転行為が何時あつたかが、事件の解決にとって決定的な意味をもつ。

(32) 事案は、抵当権設定契約等が、被詐欺者による取消(一月二一日)前に、かつ取消原因について悪意になる前に(一月一三日)行われたが、抵当権設定登記は悪意になつて(一月二一日)から行なわれた(同二日)というものである。

(33) ただし、結論的には、Cが所有権取得を主張する土地は、Aが所有権移転登記の抹消を請求する本件土地とは異なるとし、原審もそのように判示しているものと解されなくてはならないとして、原判決を認容した。

(34) すなわち、A B間の賃借権譲渡契約は「被上告人(A)のした右解除の意思表示により適法に解除され、これによつて右譲渡代金債務は遡及的に消滅し、代物弁済契約による本件不動産の所有権移転の効果も遡つて失われたもの」といふべきである。そうすると、右所有権の侵害による不法行為を原因とする上告人(B)の主位的請求を棄却した

原審の判断は、その結論において是認することができる」(傍点引用者)。

(35) すなわち、「仮登記担保でない純然たる所有権移転に関する仮登記、例えば売買により目的不動産の所有権を取得した者が所有権移転の仮登記を受けている場合について考えるに、かかる仮登記権利者は、目的不動産の競売手続に参加して優先弁済を受けるといふようなことはあり得ないのであって、仮登記担保契約に関する法律第十五条第二項の清算金の債務の弁済後又は清算金がないときの清算期間経過後の担保仮登記、すなわち所有権が担保仮登記権利者に移転し、優先弁済権の行使があり得なくなった仮登記と軌を一にし、同視し得るものである。そして、このような仮登記について、競売手続の排除を求める第三者異議の訴えを許さない場合には、先順位の担保仮登記の場合と同じく、競売手続が競落(買受)により完結した後においても、競落人(買受人)の取得した所有権が追奪されることとなり、競売手続の安定を著しく阻害する結果を生ずることには変わりないわけである。従って、担保仮登記でない純然たる所有権移転に関する仮登記についても、仮登記担保契約に関する法律第十五条第二項の規定に準じ、少なくともその仮登記権利者が実体上所有権を取得している場合にあつては、第三者異議の訴えを許すのが合理的であると解する」とする。なお、竹下守夫「仮登記担保と不動産競売」星野英一編集代表『私法学の新たな展開』(有斐閣、一九七五)所収六三九頁以下参照。

(36) 奥野健一裁判官の補足意見はこの点(とくに本文の括弧内)に着目しており、これは後述【二二】判旨を先取りしていたとも言える。

(37) ただし、二裁判官(小谷勝重、河村大助)の反対意見があり、「公示の原則を採用しているわが民法の解釈上登記のない限り物権変動は第三者に対し完全な効力を生ぜず、換言すれば譲渡人は完全な無権利者となるものではない」ことを強調し、一七七条の適用を肯定する。

(38) 本件では、C B間に虚偽表示に準じる行為があつたとして、九四条二項を類推適用すべき(ただし、建物所有権がBにないことを知っていたAは善意の第三者に該当しないから、結論に変わりなし)との意見(大隈健一郎)がある。

(39) ただし、大隈裁判官の反対意見(岸上康夫同調)があり、「公示の原則を尊重し、土地所有者からの責任追及の

相手方を明確ならしめる利益を重視して、民法一七七条の原則をこの場合に類推適用するのが相当である」とし、それによれば土地所有者は「建物の譲受人（C）」を不法占拠者と認めることはもとより妨げないが、登記名義人である譲渡人（B₁・B₂）を建物所有者すなわち不法占拠者と認めることもできる」とする。このことを前提として、「上告人（C）」は、本件建物の前所有者B₁・B₂から事実審口頭弁論終結後に同人らの右確定判決に基づく建物収去土地明渡義務を承継したものであるとして、同判決を債務名義とする建物収去土地明渡の執行を忍受すべき立場にある」として、「本件はこのような理由により上告を棄却すべき」（傍点引用者）であるとする。

なお、その後本件では、Cが執行文付与に対する異議訴訟も提起したが、最高裁はこちらについては、Cが代金を完済して所有権を取得したのが口頭弁論終結後であった点に鑑みて、仮登記や本登記の有無に関わりなく、口頭弁論終結後の承継人に該り、B₁・B₂の建物収去・土地明渡義務を承継したとして、Cの上告を棄却した（最判昭和五二年一月二三日判時八八一号一〇五頁）。

(40) 事案は、P所有地上に無権原で存在する建物（木造二階建の教習所）は元Bの所有であったが、Cがこれを相続し、さらにDに売却したが、登記名義はC（CはDへの売却から約六か月半後に、自己名義に相続登記を経由）のまゝになっていた。その後、Pの右土地を競売によって競落したAが、登記名義人Cに対し、建物収去・土地明渡を請求したというものである。

(41) なお、本件では一七七条の適用が認められたが、それによってC自身が「実質的所有者」であると言うことができよう。これに対し、「他人の土地上の建物につき譲渡担保権を取得して所有権移転登記を経由した者は、たとい譲渡担保権の実行前であっても、譲渡担保権設定者が土地に対する占有権原を喪失した場合には、土地所有者に対し、建物収去・土地明渡しの義務を負い、建物所有が債権担保目的にすぎない旨を主張して右義務を免れることはできない」（大阪高判平成七年五月二五日判時一五四九号六三頁（確定））とされるときには、土地所有者にとつての建物の「実質的所有者」の探求困難に対する政策的配慮が、相当濃厚になっているように思われる。

(42) 前掲【一九】に付された奥野補足意見（注36）参照。

(43) このほか、一般の先取特権は、登記がなくとも、一般債権者のみならず、不動産の第三取得者（未登記）に対し

ても主張しうる（三三六条）。また、共同相続持分権は、相続登記がなくとも、他の共同相続人のみならず、第三者に対しても主張しうる（最判昭和三八年二月二日民集一七卷一号二三五頁）。

(44) 判旨が引用する先例は、大判大正十一年三月八日刑集一卷一号一二四頁、大判昭和七年三月一日刑集一卷一六七頁、大判昭和七年四月二一日刑集一卷三四二頁である。なお、Aは懲役一〇月（執行猶予二年）を宣告された。

(45) 決定要旨は「甲がその所有にかかる不動産を第三者に売却し所有権が移転したものと認められる場合に、未だその旨の登記を了していないことを奇貨とし、乙に対し右不動産を売却しその旨の登記を了する所為は、横領罪を構成する」とする。

(46) 「横領」とは、他人の物を自分の物のように処分し、もしくは処分しうべき状態に置くことを言い、所有権を移転させることではない、とされる（大判明治四二年八月三一日刑録一五輯一〇九七頁）。また、横領罪の成立に必要な不法領得の意思とは、他人の物の占有者が委託に背いて、その物につき権限がないのに、所有者でなければできないような処分をする意思を言う（最判昭和四年三月八日刑集三卷三号二七六頁）。そして、登記簿上所有名義人となり、他人の不動産を保管中の者が、その不動産について所有権移転登記手続請求の訴えを提起されたのに対し、自己の所有権を主張して抗争する行為は、不法領得の意思の確定的発現であり、横領罪を構成するとされる（最決昭和五年一月二七日刑集一四卷一四号二二九頁）。

ちなみに、不動産に関する詐欺取財罪（旧刑法三九〇条）の成立時期も、売買契約時ないし所有権移転時であると解されている。すなわち、「不動産ニ関スル詐欺取財ハ売買契約ト同時ニ成立シ其登記ノ如キハ単ニ第三者ニ対スル公示方法ニ過キサル……」（大判明治三六年五月一二日民録八四九頁）。また、恐喝に關しても、詐欺取財罪（旧刑法三九〇条）の成立要件としては、被恐喝者の承諾による所有権の移転で足り、登記も引渡も要しないと解されている。すなわち、「不動産ハ登記ニ依テ其所有ヲ証明スルニ相違ナキモ登記其モノト不動産其モノトハ全然別個ノ物体タルコト多言ヲ要セス」、「不動産ヲ目的トスル詐欺取財罪ハ犯人カ欺罔恐喝ヲ用キ其結果他人ノ所有ニ属スル不動産ノ所有権ヲ形式上自己ニ移付セシムルニ因リテ完成シ登記又ハ引渡ヲ必要トセサルコトハ当院從來ノ判例ニ依リテ認メラレタル所ナリ」、「果シテ然ラハ本件ニ在テハ被告等ハ半右衛門（被恐喝者）ヲシテ地所建物ノ譲渡ヲ承諾セシメ形式

上其所有権カ自己ノ所有ニ帰シタル時ヲ以テ其犯罪ハ完成シタル筋合ナレハ原院カ被告等ニ対シテ刑法第三百九十条ヲ適用処断シタルハ相当ニシテ上告論旨ハ理由ナシ」(大判明三十九年二月一三日刑録一二輯一二六〇頁)。

(47) もっとも、判例は、二重抵当の事例(Aが最初にBのために抵当権を設定する旨契約しておきながら、その登記前に、Cと抵当権設定契約をし、CのためにA・B間の抵当権設定契約と抵触する登記をしてしまった場合)で、かつてはBを被害者、Cを被詐欺者とする詐欺罪の成立を認めたが(大判大正元年一月二八日刑録一八輯一四三二頁)、最近ではBに対する背任罪のみを認めているようである(最判昭和三十一年二月七日刑集一〇巻一二号一五九二頁)。

(48) 以上の問題に関しては、道垣内弘人・佐伯仁志「民法と刑法・二重譲渡」法学教室二二八号(一九九九)六五頁以下が、多面的かつ詳細な検討を加えている。

なお、売主の自由に関連して、不動産の二重売買における第一買主B(代金一部支払済、未登記)が、売主Aに対する第二買主C(移転登記済)の強迫を理由に、売主Aの第二売買(第一売買の約一〇か月後)の意思表示を、Aに代位して取り消すことはできないとされた(大阪地判昭和五〇年七月一日下民二六巻五〇八号六〇四頁)。その理由は、「売主が、登記のある売買の買主に対し強迫による取消権を行使するかどうかは、売主の自由である筈であり、登記のない売買の買主が取消権の代位行使の名目であれ、この売主の自由を干渉することは許されない筋合」だからである。しかし、ここでの「売主の自由」はせいぜい取消権行使の自由にすぎず(なお、取消権者に関する一二〇条参照)、すでに第一売買をした売主も、移転登記をするまでは、二重売買するも「売主の自由」である、ということまでは含意しない。ちなみに、第三者が表意者の錯誤無効を主張することが、例外的に認められる場合に関する、最判昭和四五年三月二六日民集二四巻三号一五一頁参照。

(49) 事案は、Aが所有する土地・建物をBに売却し(昭和一八年四月)、代金(七五〇〇円)を受領しながら(昭和一八年六月七日)、その約二年後に、この土地・建物をCに売却して代金(七五〇〇円)を受領し(昭和二〇年九月二二日)、仮登記を経由したうえで(昭和二〇年一月九日)、本登記した(昭和二五年八月二四日)、というものである。第一審判決が、BのAに対する損害賠償額を七五〇〇円と認定したのに対し、原審はこれをAからCへの移転登記完了時(昭和二五年八月二四日)の時価である二二万二〇〇〇円と認定し、上告審も原審のこの判断を認容した。

すなわち、「原判決がその判示のような事実関係の下において、本件売買契約に基いて上告人（A）の負担する債務は判示移転登記の完了した時において、結局履行不能に確定したものとした判断は当裁判所もこれを正当として是認する。……従つて右履行不能の時を標準として本件損害賠償の価額を算定した原判決の判断もまた正当である」。

(50) この両者の関連性への言及は、フランス法やドイツ法における悪意の第二買主による所有権取得の否定が、まずはBに対するCの不法行為の成立を前提とし、Cによる所有権取得の否定は、不法行為の効果としてBからCへの原状回復請求が認められることの帰結にすぎないことを想起するとき、興味深いものがある。ただし、判旨の論理は、本文に引用したように、この先後関係を逆転させて理解している。なお、悪意者包含とその者の不法行為の成立とが必ずしも矛盾しないことを示唆するものとして、星野英一『民法概論Ⅲ』（良書普及会、一九七八）一二七頁参照。

(51) ただし、判旨のこの部分は傍論である。事案は、Aが銅鉱試掘権をいったんBに譲渡することを約束し、その登録義務を負いながら、これを右契約の立会人としてその内容を知っていたXを介して、Cほか一名に譲渡し、登録を経由したことから、Bがこの第二売買を斡旋したXに対し、不法行為に基づく損害賠償を請求したものである。判旨は、「若シ被上告人（X）カ悪意ニテ自ラ之ヲ譲受ケ登録ヲ経タリトセハ前設例ノ場合（本文中の引用部分参照）ト全ク同一ニシテ被上告人（X）ニ不法行為ノ責ナキコトハ前ニ説明シタルカ如シ」、「既ニ悪意ニテ直接ニ自ラ譲受ケタル場合ニ不法行為ノ責ナキニ於テハ間接ニ他ニ譲渡セシメタル場合ニ却テ不法行為ノ責アリト論スルコトヲ得サルハ当然ノ事理ナレハ本件ノ場合ニ於テモ被上告人（X）ニ不法行為ノ責ナキモノト謂ハサルヲ得ス」として、BのXに対する損害賠償請求を棄却した原判決を認容した。

もっとも、判旨の言う設例のケース（X自らが買い受けた場合）は、今日ではXが背信的悪意者に該当するとして、Bの損害賠償請求が認められ、またはXの所有権取得が否定される可能性が高いであろう。

(52) なお、悪意の第二譲受人と譲渡人との横領罪の共犯の成否に関し、最判昭和三十一年六月二十六日刑集一〇巻六号八七四頁は、代物弁済という民法上の原因によって不動産の登記名義人（A）からこれを適法に取得した者（C）は、たとえその不動産が先に第三者（B）に譲渡されたものであることを知っていたとしても、横領罪の共犯にはならないとした。さらにその他の裁判例につき、道垣内Ⅱ佐伯・前掲（注48）七一頁以下（佐伯）参照。

- (53) 磯村保「二重売買と債権侵害(一)、(二)、(三)」神戸法学雑誌三五卷二号(一九八五)三八五頁以下、三六卷一号(一九八六)二五頁以下、二号(一九八六)二八九頁以下、吉田邦彦『債権侵害論再考』(有斐閣、一九九一)五七六頁以下。さらに、松岡久和「不動産二重譲渡紛争について(一)、(二・完)」龍谷法学一六卷四号(一九八四)六五頁以下、一七卷一号(一九八四)一頁以下が詳細な構成を提示している。
- (54) 悪意者包含・背信的悪意者排除の方が、悪意者排除よりも、取引費用の削減と効率的な資源分配に適合することを、法と経済学の観点から論じるものとして、林田清明『法と経済学』の法理論(北海道大学図書刊行会、一九九六)五四頁以下、同『法と経済学』(信山社、一九九七)八九頁以下がある。なお、道垣内教授は、二重譲渡の場合と、差押債権者、担保権者などが第三者として現れる場合とで、区別して議論すべきとの視点を提示される(道垣内 佐伯・前掲〔注48〕七七頁以下)。
- (55) 前掲〔注19〕大連判明治四一年一月一日民録一四輯一三〇一頁参照。
- (56) 九六条に関しては、中舎寛樹「民法九六条三項の意義」南山法学一五卷三・四号(一九九二)一五頁以下、田中教雄「日本民法九六条(詐欺・強迫)の立法過程」香川法学一三卷四号(一九九四)七七頁以下、武川幸嗣「法律行為の取消における第三者保護の法律構成序説」法学研究六九卷一号(一九九六)五一三頁以下などがある。なお、九四条二項、九六条、五四五条一項但書に限定した拙稿として、松尾弘「権利移転原因の失効と第三者の対抗要件」一橋論叢一〇二卷一号(一九八九)七八頁以下、同「叢書民法総合判例研究 詐欺・強迫」(一粒社、近刊)参照。
- (57) ただし、この点には議論の余地がある。たしかに日本民法は、ドイツ民法ほど物権行為と債権行為とを峻別していない(もつとも、ドイツ民法における物権・債権峻別自体も変容してきているが、この点は別稿に譲る)から、一般論としては、原因行為の意思表示の取消が権利移転に及ぼす影響も、一層大きくなって然るべきと言えるかも知れない。しかし、例えば、詐欺取消の効果(九六条三項)は、詐欺者に対する「補償ノ名義」での取消を認めた旧民法財産編三一二条三項を承継し、債権的色彩を残している。さらに、一二一条も、少なくとも直接的には、当事者間の清算義務の範囲を画定する基準であり、法律行為の遡及的無効まで規定したものか否かは、検討の余地がある(松尾・前掲〔注56・一九八九〕八七頁以下参照)。

(58) 大判昭和四年二月二〇日民集八卷五九頁は、強迫による抵当権放棄行為の取消の効果として、「放棄行為ハ始メヨリ無効トナリ嘗テ放棄行為ナカリシト同一ニ帰スル結果……抵当権ハ始メヨリ消滅セサルコトナル」とし、これを取消後の第三者に対しても、回復登記なしに主張しうるとした。また、同判決を実質的に変更し、取消後の第三者と原権利者との関係は対抗問題であるとした、大判昭和一七年九月三〇日民集二一巻九一一頁も、「本件売買ノ取消ニ依リ土地所有権ハ被上告人先代(原権利者たる被詐欺者)ニ復歸シ、初ヨリ松井(詐欺者たる買主)ニ移転セザリシモノト為ル」としつつ、「此ノ物権變動ハ民法第百七十七条ニ依リ登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得サルヲ本則ト為ス」とし、取消後に権利取得の登記をした第三者に対しては、「取消ニ因ル権利變動」を對抗しえないとした(傍点引用者)。

(59) 事案は、Pによる任意競売申立登記後に、目的物件(所有名義人はB)の所有権移転原因をBの詐欺を理由に取り消し、所有権を回復したAが、競売手続の利害関係人であるにもかかわらず、競売期日の通知がなされていないとして、競落許可決定に対して抗告したもの(抗告却下)。

(60) 松尾・前掲(注56・近刊)二・二4、5、三・二2(2)参照。

(61) 藤原勇喜『登記原因証書の理論と実務』(金融財政事情研究会、一九八六)一一頁、四五八頁、鎌田薫「不動産物権變動の理論と登記手続の実務」法務省法務総合研究所編『不動産登記をめぐる今日の課題』(日本加除出版、一九八七)五七頁以下、同「登記原因と登記原因証書」日本司法書士会連合会『市民社会と法をめぐる今日の課題』(民事法情報センター、一九八九)二七七頁以下、高橋良彰「登記原因証書についての一考察(1)・(2)・(3)」月報司法書士一九九三年一〇月号二頁以下、一一月号一二頁以下、一二月号一四頁以下。

(62) 七戸克彦「意思主義の今日的妥当性」森泉章ほか編『民法と著作権法の諸問題・半田正夫教授還暦記念論集』(法学書院、一九九三)四六頁以下。

(63) それが、登記所や司法書士団体による統一の雛形の作成、印紙の貼付、司法書士の署名、登記手続での利用などをとおして、次第に一定の公的意義をもつようになることがあっても、そのこと自体がただちに意思主義の規範性に反することにはならないと考える。問題は、譲渡証書の入手・作成にかかる費用、時間、その他のトータル・コスト

が、それを作成しなかった場合のトータル・コストを最終的に上回らないようにコントロールできるかどうかである。松尾弘「日本の不動産物権変動システムと登記制度をめぐる問題点」THINK九五号（一九九九）一六二頁参照。

〔64〕 本稿でみたような一七六条の規範性を前提とした場合、「公示法」としての登記との関係は非常に微妙なものとなることは否めない。例えば、登記手続に要する費用が、契約費用（五五八条、五五九条）か履行費用（四八五条）かをめぐる争いも、登記の位置づけの曖昧さないし微妙さを表している（大判大正七年一月一日民録二四輯二一〇三頁は、不動産の買戻の効果をめぐり、五七九条が言う「契約ノ費用」の中には、当初の売買に基づく登記のために買主が支出した登録税も含まれるとの原審の判断を認容した）。

〔65〕 ここに登記制度の存在意義を認めるものとして、ロバート・D・クーター||トーマス・S・ユールン／太田勝造訳『法と経済学』（商事法務研究会、一九九〇）一一三頁、林田・前掲（注54・一九九七）八五頁以下参照。

〔66〕 その一つの解としての善意・悪意不問、背信的悪意者排除論とその妥当根拠につき、前述三五(2)末尾、松尾・前掲（注4）「所有権譲渡理論における意思主義の規範性とその射程」参照。

【付記】 新田敏教授からは、法学部二年次（一九八二年）の「物権法」の講義に始まり、三・四年次のゼミナール、大学院、研究会などを通じて、多くの教えと暖かいご配慮をいただいた。今あらためて振り返ると、その絶妙な解釈論に心を打たれたことや、不動の学者的良心に貫かれた姿勢にわが身を正される思いをしたことが、鮮明に蘇えるにもかかわらず、文字どおり不肖の弟子の私は、方法論上の惑いから抜け切れず、いまだに彷徨していることを恥じ入るばかりであるが、遅々とはあれこれまでの教えを消化してゆけるようお願いしつつ、その学恩に心からの感謝を捧げたい。

【追記】 本稿は、平成一一年度文部省科学研究費補助金（基盤研究C）による研究成果の一部である。