

論 說

不動産物権変動に関する近時の判例の特徴について

石 尾 賢 二

はじめに

近時の不動産に関する判例、法制度においては特徴的な傾向が見られる。本稿では、不動産取引において、対抗問題にあたるか否か、背信的悪意者にあたるか否か、善意者保護が認められるか否かに関する近時の最高裁判例の特徴を概括的に取り上げ、今までの判例の考え方との関連性、相違を検討する。その際、相争う権利主張者間の問題について、一方権利主張者が他方権利主張者に対して登記すべき関係にあるのかどうか、登記をしないことが他方との関係において権利喪失をもたらすべきであるのかどうかという問題点に絞って概括的に考察する。^①

一、近代的不動産取引制度の導入と伝統的な判例の考え方

上に述べたように、不動産登記のかかわる取引事例において、登記をしないことによって権利を失う場合があると

共に登記を信頼して取引することによって権利を取得する場合がある。登記をしないことによって権利を失う場合とは登記がなければ対抗できないとされる場合のことであり、一七七条の問題とされる。登記を信頼して取引をして権利を取得する場合は、登記に公信力が認められていないにもかかわらず、虚偽の登記の信頼保護としての役割を果たす九四条二項の類推適用される場合であり、一般に不動産取引特有の信頼の保護される場合（表見代理）と併せて考察する。

登記をしない者がそれによって権利を失うとは、登記をしないことが他方権利主張者に対する関係において権利を失うに足る帰責性を有することを意味し、このことは個別の事例ごとに、登記をしなかった権利主張者と登記をした権利主張者の間で判断すべき事柄である。この点、我が国の法制度は一七七条の規定を置き、それに関する判例準則が形成されている。

登記を信頼した者が権利を取得するとは、虚偽の外形作出に帰責性のある者の帰責性がそれを信頼した者に対して権利を失うに足る帰責性であることを意味する。このような判断基準は一般に九四条二項を類推適用する判例において用いられている基準である。⁽²⁾

以下、まず登記制度と一七七条についての今までの考え方と信頼保護に関する今までの考え方を見る。

不動産譲渡についてはフランス法にならって意思主義、対抗要件主義がとられた。一般論として合意による所有権移転を認めることに妥当性は認められるのであるが、伝統的に方式主義がとられていた不動産について、形式主義との優劣がいわれる。一般に指摘しうる点としては、多くの論稿が指摘していることであるが、諸外国において不動産

売買契約はより慎重な手続で行われているということである（形式主義の方が慎重であるといわれるが（ドイツのアウフラッシング、イギリスのソリシター関与。ただし、ドイツでは無因主義あるのに対して、イギリスのシステムは真の権利者への配慮が存する）、フランスにおいては公証制度が用いられる）。

登記制度自体は合理的な不動産金融制度（抵当制度）の手段として発展したのであるが、伝統的な不動産譲渡の方式の意味も持つものである。即ち、不動産譲渡の方式性を補う手段として厳格な手続に基づく登記制度が利用されると共に、不動産に関する権利関係の画一的処理のために登記制度が利用されるのである。このために、慎重な手続においてなされた登記に強い効力が認められるのである（手続、効力については登記の画一的効力の尊重の度合いに応じて諸外国において差異が見られる）。登記の意義についてはこのような登記制度の意義が考慮されなければならない。⁽³⁾

登記制度の導入に関して、我が国においては不動産譲渡の方式性について十分な実務がなく、紛争が多く生じることとなったのであるが、判例はほぼ一貫して登記を重視する（登記をしていない落ち度を重くみる）。不動産取引の十分な慎重さが保障されていない段階において、登記をしないことの落ち度を重視し、政策判断として、登記できる者は登記すべきであるという点を最も重視するのである（判例がこの姿勢を修正するのは背信的悪意者の排除においてであり、それについては明治四一年第三者制限判決が影響する⁽⁴⁾）。

この点についてのリーディングケースは二つの明治四一年二月二五日事例である。⁽⁵⁾

家督相続に関する事例では(民録一四輯一二七六頁)、一七六条が当事者間の関係を規定し、一七七条が当事者と第三者の関係を規定したもので、別異の関係を規定したものであるので、一七七条の当てはまる物権変動は意思表示を原因とするものに限られることなく、意思表示によらない物権変動についても当てはまるとする(一七七条は当該不動産に正当な利益を有する第三者を保護する規定であり、保護の必要性は変動原因の如何を問わない)。

所有権、抵当権等の物権、賃借権を取得した者、差押え債権者等は第三者にあたるが、正当な権原を有しない者、不法行為者はあたらなとする事例(民録一四輯一三〇一頁)では、物権は絶対権であり、一七七条の第三者とは当事者、その包括承継人以外の者であるように思われるけれども、民法が登記を成立要件ではなく、對抗要件とした点からして、物権の絶対性は貫徹されず、第三者の意義を定めるにあたって重視することはできないとし、また、一七七条は同一不動産に正当の利益のある第三者をして登記によって権利を知悉させ、不慮の損害を被らせないようにする規定であり、利害関係にない第三者、保護を受けるに値しない第三者はこれにあたらなとする。

二重譲渡の法的構成、即ち、所有権を有するが登記がなければ第三者に主張できないということの理論的説明として様々な考え方が提示されている。伝統的な考え方として基本的には効力を相対的に考える考え方、登記のない者の所有権取得は登記のある者の所有権取得によって否定されうるとする考え方、例えば、登記を備えていない物権変動は不完全であるとする不完全物権変動説、また所有権概念等をより技巧的に構成する説、登記のある第三者からの否定的主張が可能であるとする説、登記が訴訟の際の所有権の法定証拠とする説⁽⁶⁾などである。

それに対して、その後有力に主張されたのが、第一譲渡によって完全な所有権が移転するが、善意取得により登記

を備えた第二譲受人が所有権を取得するとする公信力説である（この場合に登記の公信力が認められるとする）。九
四条二項類推適用説は、第二譲受人の所有権取得根拠は公信力説と同様に第二譲受人の虚偽の登記に対する信頼とす
る（公信力説は虚偽登記作出とは考えない）。いずれも所有権概念を嚴格に考え、第三者の取得根拠を善意者保護と
し、権利者の帰責性と第三者の善意から判断する。⁽⁷⁾

また、所有権移転を確定する必要がないとする考え方、単に制度上登記による無権利者からの取得が認められたと
する考え方もある。⁽⁸⁾

私はこの問題について、ある取得原因によって取得した際に登記をなさないことが、もう一つの取得原因によって
取得した者に対してどのように判断されるのかを考慮すべきとした。即ち、売買によって取得した者が登記をなさな
いことは、後の売買によって登記をした者に対する関係では、競争関係にある同一の取引関係における手続上の落ち
度のある者として、全面的に劣後すべきである場合があると考ええる。このように純粹に登記の有無のみによって優劣
が決せられるのは競争関係にある取得原因によって手続をした者の間に限定されるべきである（所有権の對抗要件は
同一の条件である者の間の優劣を決める）。このことは伝統的に食うか食われるか（早い者勝ち）の関係といわれて
いることであるが、そのような関係にあるものは少ないと考ええる。即ち、基本的には二重売買等意思表示に基づくも
のに限定されるべきであると考ええる（この点において判例は基本的に登記をなし得る者はすべて同一の条件と考え、
登記をなしうる者が登記をなさないことはすべて権利喪失に値する落ち度であるとする）。そして、二重売買の場合
でも第二買主に背信的な事情があるとき、第二買主は優先を主張できず、このことは売主に背信的な事情のあるとき

も同様であり、第二買主は優先を主張できないと考えるべきであるとした(売主の背信性により公序良俗の問題となりうる場合もあるが、不動産取引においては背信性から取引の効力を否定する場合はより広く認めるべきであると考える)。

また、その他の場合、即ち、競争関係、同一の条件にない者の間で権利が主張される場合においては、あくまでも最初に取得した者が優先し、その後に取得した者は、第一取得者の登記をしないことの落ち度がその他の要因と併せて第一取得を否定すべきと考えられるときに権利取得が認められる、あるいは善意者保護制度の適用を考えるべきときはそれによって保護されるにすぎない(九四条二項類推適用)。即ち、真の権利者、第一の取得が第二の取得に対して原則として優先すべきであるという価値判断がなされるべきである。この場合も不動産取引の性質が影響するために、例外として第二取得が認められる場合には権利者の落ち度が重大であると評価されることに加えて第三者には善意無過失が要求されることになると考えられる。

具体的に考えてみると、例えば第一に取得した者が時効によって取得し、第二に取得した者が売買によって取得したとすると、時効によって取得した者と売買によって取得した者は対抗関係ではなく、時効によって取得した者の登記をしないことが後の売買によって取得した者との関係において落ち度として捉えられるのが問題とされなければならない。そして基本的には時効制度の意義から時効取得者を真の所有者と考えるべきであるために、第一の取得が尊重されなければならないのであるが、第一取得者にとって登記をしない落ち度が他の要因と合わさって当然に登記すべきであったときに正当な手続きを経た第二取得者との関係で劣後することが考えられうる。あるいは、第一取得者の登記をしない落ち度が長期間継続することによって、虚偽の外観が継続し、そのことを信頼した者を保護する要

請が生じうる。そして、これらの際には第二取得者の悪意・背信性だけでなく、譲渡した者の背信性も考慮されることになる（譲渡した者が背信的であるときは取得者が善意無過失であつても取引が否定されうる）。このようにそれぞれの取得関係を全体としてみた上で、第一取得者の登記をしなかつたことの落ち度をどのように捉えるのが判断されなければならず、さらに、取得関係全体から判断するので、第二取得者の悪意・背信性だけではなく、譲渡人の背信性も判断に入れなければならない。特に不動産取引については、悪質な取引に対する抑止力が重要であるために、名義人、処分者の態様によっては善意無過失の第三者に対しても取引全体を否定すべき場合があると考えられる。⁽⁹⁾

二. 登記を要する物権変動についての代表的な判例

意思表示以外の変動原因においても登記がなければ対抗力を有しないとされるのであるが、あらゆる変動原因についてそのようにいうことができるのか、全ての変動原因について変動があつたときには直ちに登記しなければならぬのか、登記をしないことが権利喪失に値する落ち度であるのかが問題となる。この点について、変動原因ごとに個別に判例が存する。以下、代表的な判例を中心に伝統的な立場の概要を見る（主旨を明確にするために判旨を引用する）。

1. 相 続

まず、前提として法定相続分の所有権を第三者に主張するのに登記は不要である（最判昭和三八年二月二日民集一七卷二三五頁「相続財産に属する不動産につき単独所有権移転の登記をした共同相続人中の乙ならびに乙から単独

所有権移転の登記をうけた第三取得者丙に対し、他の共同相続人甲は自己の持分を登記なくして対抗しうるものと解すべきである。ただしこの登記は甲の持分に関する限り無権利の登記であり、登記に公信力なき結果丙も甲の持分に関する限りその権利を取得するに由ないからである(大正八年一月三日大審院判決、民録二五輯一九四四頁参照)。⁽¹⁰⁾この点については、学説においても基本的に支持される。

その後、相続人の法定相続分を差し押さえようとする債権者と法定相続分とは異なる相続を意図する被相続人、相続人の意思表示の効力の問題となる。

(1) 相続放棄については、相続放棄の遡及効の絶対性から、他の相続人はそれによって増加した持分を登記なしに対抗できるとされ、法定相続分に対する代位登記を経た仮差押えが無効とされた(最判昭和四二年一月二〇日民集二二巻一六頁「民法九三九条一項(昭和三十七年法律第四〇号による改正前のもの)」「放棄は、相続開始の時にさかのぼってその効果を生ずる。』の規定は、相続放棄者に対する関係では、右改正後の現行規定「相続の放棄をした者は、その相続に関しては、初から相続人とならなかつたものとみなす。』と同趣旨と解すべきであり、民法が承認、放棄をなすべき期間(同法九一五条)を定めたのは、相続人に権利義務を無条件に承継することを強制しないこととして、相続人の利益を保護しようとしたものであり、同条所定期間内に家庭裁判所に放棄の申述をする(同法九三八条)、相続人は相続開始時に遡って相続開始がなかつたと同じ地位におかれることとなり、この効力は絶対的で、何人に対しても、登記等なくしてその効力を生ずると解すべきである)。

学説において、この問題について取引安全から持分変動の登記を要するとする見解はなく、相続人が保護される

とする。根拠として、遡及効からの説明に対しては実質的な理由が挙げられている⁽¹⁾。

(2) 遺産分割については、分割時に新たな権利変動があったので、持分変更等は登記しなければ第三者に対抗できず、遡及効に対する限定から相続放棄と同様に解することはできないとされ、相続人の更正登記承諾請求を否定する(最判昭和四六年一月二六日民集二五卷九〇頁「遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずるものではあるが、第三者に対する関係においては、相続人が相続によりいったん取得した権利につき分割時に新たな変更を生ずるのと実質上異なるものであるから、不動産に対する相続人の共有持分の遺産分割による得喪変更については、民法一七七条の適用があり、分割により相続分と異なる権利を取得した相続人は、その旨の登記を経なければ、分割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対抗することができないものと解するのが相当である。論旨は、遺産分割の効力も相続放棄の効力と同様に解すべきであるという。しかし、民法九〇九条但書の規定によれば、遺産分割は第三者の権利を害することができないものとされ、その限度で分割の遡及効は制限されているのであって、その点において、絶対的に遡及効を生ずる相続放棄とは、同一に論じえないものというべきである。遺産分割についての右規定の趣旨は、相続開始後遺産分割前に相続財産に対し第三者が利害関係を有するにいたることが少なくなく、分割により右第三者の地位を覆えずことは法律関係の安定を害するため、これを保護するよう要請されるというところにあるものと解され、他方、相続放棄については、これが相続開始後短期間のみ可能であり、かつ、相続財産に対する処分行為があれば放棄は許されなくなるため、右のような第三者の出現を顧慮する余地は比較的乏しいものと考えられるのであって、両者の効力に差別を設けること

にも合理的理由が認められるのである。そして、さらに、遺産分割後においても、分割前の状態における共同相続の外観を信頼して、相続人の持分につき第三者が権利を取得することは、相続放棄の場合に比して、多く予想されるところであって、このような第三者をも保護すべき要請は、分割前に利害関係を有するにいたった第三者を保護すべき前示の要請と同様に認められるのであり、したがって、分割後の第三者に対する関係においては、分割により新たな物権変動を生じたものと同視して、分割につき対抗要件を必要とするものと解する理由があるといわなくてはならない。

判旨は相続放棄に対して、遡及効の相違、第三者保護要請の相違を述べる。この点について批判が存するが、多くは結論を妥当とする。但し、遺産分割時から権利帰属が生じ、第三者とは対抗関係にならないとする主張があった。¹²⁾

(3) 遺贈は、受遺者に財産を与える遺言者の意思表示であり、贈与と異なるところはなく、登記がなければ對抗できないとされ、相続人の相続分を差し押さえた債権者に対する第三者異議を否定した(最判昭和三九年三月六日民集一八卷四三七頁「不動産の所有者が右不動産を他人に贈与しても、その旨の登記手続をしない間は完全に排他性ある権利変動を生ぜず、所有者は全くの無権利者とはならないと解すべきところ(当裁判所昭和三一年(オ)一〇二二号、同三三年一〇月一四日第三小法廷判決、集一二卷一四号三二一一頁参照)、遺贈は遺言によって受遺者に財産権を与える遺言者の意思表示にはかならず、遺言者の死亡を不確定期限とするものではあるが、意思表示によって物権変動の効果を生ずる点においては贈与と異なるところはないのであるから、遺贈が効力を生じた場合にお

いても、遺贈を原因とする所有権移転登記のなされない間は、完全に排他的な権利変動を生じないものと解すべきである。そして、民法一七七条が広く物権の得喪変更について登記をもって対抗要件としているところから見れば、遺贈をもってその例外とする理由はないから、遺贈の場合においても不動産の二重譲渡等における場合と同様、登記をもって物権変動の対抗要件とするものと解すべきである」。

但し本事例は遺言執行者が選任される前の処分行為であり、選任後に関しては一〇一三条の適用可能性が指摘されている。⁽¹³⁾

昭和四六年一月一六日民集二五卷一一八二頁は遺言者による遺贈と贈与を対抗関係とし、登記の有無によって優劣が決するとする（「被相続人が、生前、その所有にかかる不動産を推定相続人の一人に贈与したが、その登記未了の間に、他の推定相続人に右不動産の特定遺贈をし、その後相続の開始があった場合、右贈与および遺贈による物権変動の優劣は、對抗要件たる登記の具備の有無をもって決すると解するのが相当であり、この場合、受贈者および受遺者が、相続人として、被相続人の権利義務を包括的に承継し、受贈者が遺贈の履行義務を、受遺者が贈与契約上の履行義務を承継することがあっても、このことは右の理を左右するに足りない」）。

被相続人の二重処分については、このような解決方法の他に贈与による権利変動後は遺贈の効力が生じない、あるいは贈与が後の遺贈によって撤回された可能性なども考慮すべきとされる。⁽¹⁴⁾

一般に遺贈を意思表示に基づく物権変動として登記がなければ第三者に対抗できないとしたのであるが、遺贈に登記が必要とされることは、登記の困難さ、法定相続を修正する遺贈の効力の否定による被相続人の意思の軽視などの

批判が存する。

最判昭和六二年四月二三日民集四一卷四七四頁は、被相続人が不動産を遺贈し、遺言執行者を指定し、死亡した後、相続人の一人が当該不動産に根抵当権を設定し、競売手続きが開始された事例において、遺言執行者の就職の承認の有無にかかわらず、一〇一三条違反の行為が無効であり、受遺者が登記なしに所有権を主張しようとした。「民法一〇一二条一項が『遺言執行者は、相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有する。』と規定し、また、同法一〇一三条が『遺言執行者がある場合には、相続人は、相続財産の処分その他遺言の執行を妨げるべき行為をすることができない。』と規定しているのは、遺言者の意思を尊重すべきものとし、遺言執行者をして遺言の公正な実現を図らせる目的に出たものであり、右のような法の趣旨からすると、相続人が、同法一〇一三条の規定に違反して、遺贈の目的不動産を第三者に譲渡し又はこれに第三者のため抵当権を設定してその登記をしたとしても、相続人の右処分行為は無効であり、受遺者は、遺贈による目的不動産の所有権取得を登記なくして右処分行為の相手方たる第三者に対抗することができると解するのが相当である（大審院昭和四年（オ）第一六九五号同五年六月一六日判決・民集九巻五五〇頁参照）。そして、前示のような法の趣旨に照らすと、同条にいう『遺言執行者がある場合』とは、遺言執行者として指定された者が就職を承諾する前をも含むものと解するのが相当であるから、相続人による処分行為が遺言執行者として指定された者の就職の承諾前にされた場合であっても、右行為はその効力を生ずるに由ないものといふべきである。」

指定遺言執行者未就職の間の処分制限開始時について、遺言の効力発生時と承認時の間で議論があつたとされる。⁽¹⁵⁾

以上のように、判例においては共同相続、相続放棄については登記がなされなくとも変動を第三者に主張することができるが、遺産分割、遺贈による権利変動については登記が必要と解されていた（遺言執行者のいないとき）。即ち、持分変動を登記すべきであると考えられる場合には一七七条の問題とされるのであり、遺産分割、遺贈については登記すべきであり、登記をしないことが権利喪失に値する帰責性とされる。相続放棄による持分増加については登記をしないことの帰責性は権利喪失をもたらさないとされる。

その際、主に相続人の債権者の相続分の差押えとの関係が問題となるのであるが、債権者の代位登記、差押えが遺産分割、遺贈による権利変動に対して優先するとされ、相続放棄による権利変動には優先しないとされた。

学説においては、概ね判例に好意的であるが、相続関係を全体として競争原理に置くべきではないという主張があり、妥当であると考え⁽¹⁶⁾える。

2. 時効と登記

時効取得についての判例理論は時効完成前の所有者（所有者からの取得者）に対して時効取得者は登記なしに主張することができるが（大判大正七年三月二日民録二四輯四二三頁、最判昭和四一年一月二日民集二〇卷一九〇一頁）、時効完成後の第三者に対しては登記がなければ主張できないとされ（大判大正一四年七月八民集四卷四一二頁日、最判昭和三三年八月二八日民集一二卷一九三六頁）、時効起算点はずらすことができないとされる（大判昭和一四年七月一九日民集一八卷八五六頁、起算点は登記時ではない昭和四六年一月五日民集二五卷一〇八七頁）。ただ

し、自己物の時効取得は認められる（最判昭和昭和四二年七月二日民集二二卷一六四三頁、最判昭和四六年一月五日は二重売買の際の理論構成を述べる）。そして登記によつて所有権を對抗できなくなった時点からの再時効期間経過による取得も認められる（最判昭和三六年七月二〇日民集一五卷一九〇三頁）。

大正一四年七月八日は未登記不動産について他の者の取得時効完成後に保存登記を得ることは無効ではなく、この登記を基礎として時効による登記のない間に第三者に移転登記が行われた場合、二重売買と同様に論じられるとする（所有権ノ保存登記ハ現ニ所有権ヲ有スル者カ之ヲ受クルニ非サレハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ無効トスヘキ理由ナク却テ未登記不動産ノ所有権カ甲ヨリ乙ニ移転シタルカ如キ場合ニ於テハ乙カ直ニ所有権ノ保存登記ヲ受クルハ固ヨリ適法ナリト雖甲ニ於テ先ツ自己名義ニ保存登記ヲ受ケタル後乙ノ為メニ所有権移転ノ登記ヲ受クルモ其ノ保存登記及移転登記ハ決シテ無効ニ非サルノミナラス（大正五年二月二日第三民事部判決、大正六年五月二十一日第二民事部判決参照）時効ニ因ル不動産ノ所有権取得ハ移転登記ノ方法ニ依リ之ヲ登記スヘキモノナルカ故ニ其ノ不動産カ未登記ノモノナル場合ニハ時効完成後ニ於テ従来ノ所有者カ自己名義ニ保存登記ヲ受クルモ其ノ登記ハ叙上ノ場合ニ於ケル保存登記ト其ノ取扱ヲ異ニスヘキ理由ナキカ故ニ之亦有効ナリト謂ハサルヲ得ス然レハ上告人と雄ノ先代正助ノ受ケタル本件ノ保存登記ハ決シテ原判決ノ説示セル如キ無効ノ登記ニ非サルノミナラス被上告人カ該登記ヲ基礎トシ時効ニ因ル所有権取得ノ登記ヲ受ケサル間ニ上告人誠治郎及雄記カ売買ニ因ル所有権移転ノ登記ヲ受ケタルハ二重売買ノアリタル場合ニ後ノ買主カ前ノ買主ニ先ンシテ登記ヲ受ケ更ニ他人ニ登記手續ヲ為シタル場合ト同一ニ論スヘク何等之ヲ区別スヘキ理由ナキカ故ニ右上告人等ノ受ケタル登記モ亦有効ナリト論断スヘキモノトス⁽¹⁷⁾。

昭和一四年七月一九日は起算点をずらせないとする（時効ニ因ル地役権ノ取得ハ時効完成ノ時ニ於ケル承役地ノ所有者ニ対シテハ登記ナクシテ其ノ取得ヲ對抗シ得ヘキモ時効完成後承役地ノ所有者ヨリ該土地ヲ買受ケタル第三者ニ対シテハ登記ヲ為スニアラサレハ其ノ取得ヲ以テ對抗スルコトヲ得サルハ大正十三年（オ）第四八二号所有権保存登記及移転登記抹消請求事件ニ付示シタル当院判例ノ趣旨（同十四年七月八日判決参照）及昭和十一年（オ）第二〇六七号所有権等確認請求事件ニ対スル当院判例（同十二年二月十八日判決参照）ニ照シ明ナリ又其ノ時効完成ノ時期ヲ定ムルニ際リテハ取得時効ノ基礎タル事実カ法律ニ定メタル時効期間以上ニ継続シタル場合ニ於テモ必ス時効ノ基礎タル事実ノ開始セラレタル時ヲ起算点トシテ計算シ之カ完成ノ時期ヲ決定スヘキモノニシテ取得時効ヲ援用シタル者ニ於テ任意ニ其ノ起算点ヲ選択シ時効完成ノ時期ヲ或ハ早く或ハ遅ク為シ以テ對抗要件ノ存在ヲ不必要トナラシムルコトヲ得サルハ之亦当院ノ判例トスル所ナリ（昭和十二年（オ）第二三〇四号同十三年五月七日判決参照）。

昭和三六年七月二〇日は時効完成後に取得し、登記を備えた者に対して、登記時から再度の時効期間経過による取得を認める（「本件山林はもと藤沢部落の所有するところであつたが、被上告人（控訴人、原告）の被承継人第一次葉山神社は明治三八年五月二九日より大正四年五月二九日まで一〇年間これを所有の意思をもつて平隠、公然、善意、無過失に占有を継続し、ために大正四年五月二九日取得時効が完成したもののその登記を経ることなく経過するうち、同一五年八月二六日上告人（被控訴人、被告）が藤沢部落より右山林の寄附をうけてその旨の登記を経由するに至つたところ、第一次葉山神社はさらに右登記の日より昭和一一年八月二六日まで一〇年間引き続き所有の意思をもつて

平隠、公然、善意、無過失に占有を継続したというのである。されば、前記第一次葉山神社は右時効による所有権の取得をその旨の登記を経由することなくとも上告人に対抗することができること前示当裁判所の判例に照し明らかであり、従つて、右第一次葉山神社の包括承継人である被上告人もまた同一の主張をなしうることを論を待たない。原判決は、上告人の前記登記によつて時効が中断されるものと判示したのは失当たるを免れないが、結局その結論において正当であるから、所論は採ることができない」。

昭和四二年七月二一日は自己物の時効取得を認める（「民法一六二条所定の占有者には、権利なくして占有をした者のほか、所有権に基づいて占有した者をも包含するものと解するのを相当とする（大審院昭和八年（オ）第二三〇一号同九年五月二八日判決、民集一三卷八五七頁参照）。すなわち、所有権に基づいて不動産を占有する者についても、民法一六二条の適用があるものと解すべきである。ただし、取得時効は当該物件を永続して占有するという事実状態を、一定の場合に、権利関係にまで高めようとする制度であるから、所有権に基づいて不動産を永く占有する者であっても、その登記を経由していない等のために所有権取得の立証が困難であったり、または所有権の取得を第三者に対抗することができない等の場合において、取得時効による権利取得を主張できると解することが制度本来の趣旨に合致するものというべきであり、民法一六二条が時効取得の対象物を他人の物としたのは、通常の場合において、自己の物について取得時効を援用することは無意味であるからにはかならないのであって、同条は、自己の物について取得時効の援用を許さない趣旨ではないからである⁽¹⁸⁾」。

昭和四六年一月五日は時効起算点を第二買主の登記時ではなく占有開始時とする（不動産の売買がなされた場合、特段の意思表示がないかぎり、不動産の所有権は当事者間においてはただちに買主に移転するが、その登記がなされない間は、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対する関係においては、売主は所有権を失うものではなく、反面、買主も所有権を取得するものではない。当該不動産が売主から第二の買主に二重に売却され、第二の買主に対し所有権移転登記がなされたときは、第二の買主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であることはいうまでもないことであるから、登記の時に第二の買主において完全に所有権を取得するわけであるが、その所有権は、売主から第二の買主に直接移転するのであり、売主から一旦第一の買主に移転し、第一の買主から第二の買主に移転するものではなく、第一の買主は当初から全く所有権を取得しなかつたことになるのである。したがって、第一の買主がその買受後不動産の占有を取得し、その時から民法一六二条に定める時効期間を経過したときは、同法条により当該不動産を時効によって取得しうるものと解するのが相当である（最高裁判所昭和四〇年（オ）第一二二六五号、昭和四二年七月二二日第二小法廷判決、民集二二卷六号一六四三頁参照^⑩）。

このように判例は時効起算点を動かすことができなかつた上で時効完成前後で登記を要するか否かを分けることによつて、登記ができる者は登記すべきであり、登記しないことは権利喪失をもたらす帰責性であるとする。

時効と登記について、学説は完成時点の前後で区別する不自然さに対する疑問が提起されている。そして、登記による時効中断を認める登記尊重説、起算点の任意選択を認める、あるいは時効取得に登記を不要とする占有尊重説、さらに類型的考察すべきとする学説があり、時効制度の意義である真の所有者保護という点から占有尊重説を妥当と

考える。⁽²⁰⁾

その他、登記可能時点の前後で区別するものとして以下の場合があり、いずれもその区別に対する批判が存する。

取消と登記について、詐欺による取消の結果、所有権が復帰し、最初から移転しなかつたものとされる場合でも、この物権変動は登記をしない限り第三者に対抗できないものとされる（大判昭和一七年九月三〇日民集二一卷九一頁）「凡ソ民法第九十六条第三項ニ於テ詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得サル旨規定セルハ取消ニ因リ其ノ行為カ初ヨリ無効ナリシモノト看做サルル効果即チ取消ノ遡及効ヲ制限スル趣旨ナレハ茲ニ所謂第三者トハ取消ノ遡及効ニ因リ影響ヲ受クヘキ第三者即チ取消前ヨリ既ニ其ノ行為ノ効力ニ付利害關係ヲ有セル第三者ニ限定シテ解スヘク取消以後ニ於テ始メテ利害關係ヲ有スルニ至リタル第三者ハ仮令其ノ利害關係發生当時詐欺及取消ノ事実ヲ知ラサリシトスルモ右条項ノ適用ヲ受ケサルコト洵ニ原判示ノ如クナリト雖右条項ノ適用ナキノ故ヲ以テ直ニ斯カル第三者ニ対シテハ取消ノ結果ヲ無条件ニ対抗シ得ルモノト為スヲ得ス今之ヲ本件ニ付テ觀ルニ本件売買力原判決説示ノ如ク其ノ要素ニ錯誤アルモノニアラスシテ詐欺ニ因リ取消シ得ヘキモノナリトセハ本件売買ノ取消ニ依リ土地所有権ハ被上告人先代ニ復帰シ初ヨリ松井ニ移転サリシモノト為ルモ此ノ物権変動ハ民法第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ヲ以テ取消後松井トノ契約ニ依リ権利取得ノ登記ヲ為シタル上告人ニ之ヲ対抗シ得ルモノト為スニハ取消ニ因ル右権利変動ノ登記ナキコト明カナル本件ニ於テハ其ノ登記ナキモ之ヲ上告人ニ対抗シ得ヘキ理由ヲ説明セサルヘカラス、最判昭和三二年六月七日民集二一卷九九九頁同旨）。

このように法律行為の取り消しについては取消前後で区別され、取消前の第三者に対しては善意者保護規定によるが、取消後の第三者に対しては登記がなければ取消による復帰的所有権を主張できないとされる。²¹⁾

解除と登記について、解除後の第三者に対しては登記がなければ解除による復帰的所有権を主張できないとされる（大判昭和一四年七月七日民集一八卷七八八頁「不動産ヲ目的トスル売買契約ニ基キ買主ニ対シ所有権移転ノ登記ヲ為シタル後ニ於テ該売買契約カ解除セラレテ不動産所有権カ売主ニ復帰シタル場合ニ於テモ売主カ其ノ所有権取得ノ登記ヲ為スニ非サレハ該解除後ニ買主ヨリ不動産所有権ヲ取得シタル第三者ニ対シ売主ハ其ノ所有権ノ取得ヲ以テ對抗スルコトヲ得サルモノト解スルヲ相当トス蓋シ売買契約ノ解除ニ因リ所有権カ売主ニ復帰スル場合ニ於テモ所有権ノ移転存スルヲ以テ民法第百七十七条ヲ適用スヘキモノナレハナリ」、最判三五年一月二九日民集一四卷二八六九頁同旨）。

解除についても解除前後で区別され、解除前の第三者は五四五条但書によって保護されるが、解除後の第三者に対して復帰的所有権を主張するためには登記を要するとされる（取消と解除を同一に論じることとはできない²²⁾）。

このように判例は、権利取得時以降二重譲渡類似の關係が生じる場合に、権利取得時点において登記をしない限り、以後、権利を取得し、登記を備えた者に対抗することができなくなるとする。権利取得時に登記をしないことが権利喪失をもたらす帰責性とされるのである。

この点については権利取得時の前後で結論が代わることに對する批判があり、九四条二項類推適用によつて対応す

べきとする学説がある。⁽²³⁾

この点について、對抗問題ではないと解すべきであり、取り消した者、解除した者が登記をなさないことが必ずしも取得者に対して権利喪失をもたらす帰責性ではなく、取り消された者、解除された者の帰責性が取得者に影響する⁽²⁴⁾と考える(合意解除は對抗関係の余地が存する)。従って、取消解除においては原則として善意者保護による解決が妥当である。その際、取り消される者、解除される者の落ち度をここでも問題にすべきである⁽²⁵⁾と考える。

三・九四条二項類推適用事例、九四条二項・一一〇条類推適用事例と一一〇条適用事例

對抗関係にある場合には登記によつて優先効を主張しうるのであるが、對抗関係にない場合も虚偽の登記を信頼して取引した者に一定の保護が与えられる(虚偽の登記を訂正する行為とそれに基づく取引行為は對抗関係とされない)。

虚偽の登記の存する場合にそれを信頼して取引を行った第三者が保護される根拠として、虚偽の登記の作成に通謀がない場合であっても、類推適用が認められる場合がある。所有者の意思に基づき虚偽の登記の作成される場合について、最判昭和二九年八月二〇日民集八巻一五〇五頁、最判昭和四五年七月二四日民集二四巻一一一六頁などがあり、虚偽の登記を放置していたことが黙認とされる場合について、最判昭和四五年四月一六日民集二四巻二六六頁、最判昭和四五年九月二二日民集二四巻一四二四頁などがある⁽²⁴⁾。

最判昭和四五年九月二二日は以下のように判示する。「不実の所有権移転登記の経由が所有者の不知の間に他人の

専断によってされた場合でも、所有者が右不実の登記のされていることを知りながら、これを存続せしめることを明示または黙示に承認していたときは、右九四条二項を類推適用し、所有者は、前記の場合と同じく、その後当該不動産について法律上利害関係を有するに至った善意の第三者に対して、登記名義人が所有権を取得していないことをもって対抗することをえないものと解するのが相当である。ただし、不実の登記が真実の所有者の承認のもとに存続せしめられている以上、右承認が登記経由の事前に与えられたか事後に与えられたかによって、登記による所有権帰属の外形に信頼した第三者の保護に差等を設けるべき理由はないからである（最高裁昭和四二年（オ）第一二〇九号同第一二一〇号、同四五年四月一六日第一小法廷判決、民集二四卷四号参照⁽²⁵⁾）。

虚偽の外形作出に關与したときに、権利者の意図と異なる外形が作出された場合には九四条二項と一一〇条の類推適用によって善意無過失の第三者が保護されうる。虚偽の仮登記の作出を承認していたときに本登記がなされ、それを信頼して取引をした第三者が保護された事例として昭和四三年一〇月一七日民集二二卷二一八八頁、昭和四五年六月二日民集二四卷四六五頁などがある。

最判昭和四三年一〇月一七日は以下のように判示する。「不動産について売買の予約がされていないのかかわらず、相通じて、その予約を仮装して所有権移転請求権保全の仮登記手続をした場合、外觀上の仮登記権利者がこのような仮登記があるのを奇貨として、ほしのままに売買を原因とする所有権移転の本登記手続をしたとしても、この外觀上の仮登記義務者は、その本登記の無効をもって善意無過失の第三者に対抗できないと解すべきである。ただし、このような場合、仮登記の外觀を仮装した者がその外觀に基づいてされた本登記を信頼した善意無過失の第三者に対

して、責に任ずべきことは、民法九四条二項、同法一一〇条の法意に照らし、外観尊重および取引保護の要請といふべきだからである。⁽²⁶⁾

最判昭和四五年六月二日は以下のように判示する。「ところで、甲が、融資を受けるため、乙と通謀して、甲所有の不動産について甲乙間に売買がされていなく、売買を仮装して甲から乙に所有権移転登記手続をした場合、その登記権利者である乙がさらに丙に対し融資のあっせん方を依頼して右不動産の登記手続に必要な登記済証、委任状、印鑑証明書等を預け、これらの書類により丙が乙から丙への所有権移転登記を経由したときは、甲は、丙の所有権取得登記の無効をもつて善意無過失の第三者に対抗できないと解すべきであり、このような場合、乙に対し所有権移転登記の外観を仮装した甲は、乙から右登記名義を取り戻さないかぎり、さらに乙の意思に基づいて登記済証、登記委任状、印鑑証明書等が丙に交付され、これらの書類により丙のため經由された所有権取得登記を信頼した善意無過失の第三者に対して責に任ずべきものといわなければならない。それは民法九四条二項、同法一一〇条の法意に照らし、外観尊重および取引保護の要請に応ずるゆえんだからである（最高裁判所昭和四一年（オ）第二三八号、同四三年一月一七日第一小法廷判決、民集二二巻一〇号二一八八頁参照）。」⁽²⁷⁾

九四条二項と一一〇条の類推適用は、真正権利者の承認した外観が作出された後、外観を有する者の背信行為によつて新たな外観が作出された場合とされ、代理権を逸脱して代理権が行使された場合と類似するとされる。⁽²⁸⁾

このように、九四条二項は権利外観法理の一般条項としての役割を果たすものであり、九四条二項の類推適用が行われるときには権利者の帰責事由がどのようなものであれば認められるかが問題となる。即ち、どこまで類推適用

が認められるのかである。

判例によると、虚偽の外形への意思的関与は黙認まで権利喪失の帰責性とされ、善意の第三者が保護される。

意図した外形とは異なる外形が作出されたときも一一〇条を併せて用いることによって、意思的関与が権利喪失をもたらず帰責性とされ、善意無過失の第三者が保護される。

無権代理人の代理行為による不動産取引について一〇九条の授与表示、一一〇条の権限踰越の表見代理などが問題となりうる。この場合も本人の代理権の授与と諸書類の交付（本人の帰責性）とそれに対する相手方の善意無過失により有効な取引とされうるのである。印鑑、書類の交付が直ちに代理権の授与となるのではなく、何らかの代理権の授与（授与表示としては白紙委任状交付などが含まれる）があつて書類交付などが正当理由において判断される²⁹。

代理権授与に関して自ら書類を交付した者の行為に対する帰責性として最判昭和四四年一〇月一七日判タ二四二号一六一頁は金策のために実印などを交付したことが特段の事情のない限り代理権授与にあたるとし、最判昭和四五年七月二八日民集二四卷一二〇三頁は、不動産売買契約の売主が買主に登記申請に関する代理権を授与し、相手方の代理人に権利証、印鑑証明書、白紙委任状を交付したところ、買主が他の者とその交換契約を締結し、買主の代理人が売主の代理人として契約した事例において、一〇九条、一一〇条の適用によつて交換契約の相手方が保護されうるとした。

書類交付に関する正当理由判断については、最判昭和五三年五月二五日判タ三七二号七九頁がある。融資の際に不動産に担保を設定する代理権を授与し、契約書、権利証、白紙委任状、印鑑証明書などを交付したところ、その者が

金融を得ようとした者自身の金融のための担保設定に利用された事例において、交付された契約書の記載から疑念が生じるべき場合であるとした。(「代理人と称する者が本人の白紙委任状、印鑑証明書及び取引の目的とする不動産の登記済権利証を所持しているときでも、なおその者に当該本人を代理して法律行為をする権限の有無について疑念を生じさせるに足りる事情が存する場合には、相手方としてはその自称代理人の代理権の有無についてさらに確認手段をとるべきものであるから、その調査を怠りその者に代理権があると信じて、そのように信じたことに過失がないとはいえない」。⁽³⁰⁾)

先に述べたように、虚偽の外観に帰責性のある権利者に対して善意(無過失)の第三者が保護される権利外観理論として共通の根拠を有するとされる九四条二項と一一〇条の判断枠組みは類似する。

九四条二項については虚偽の外形作出に対する帰責性(通謀)、外形作出を実質的に委ねたことの帰責性(黙認)であり、一〇九条、一一〇条については、無権代理人に代理人として扱われるほどのことを委ねた、あるいは代理権限を越える行為を認める余地があつたという帰責性である。

九四条二項類推適用の要件の詳細な検討として、権利者の帰責性、名義人の態様、取得者の主観的態様について、それぞれ登記申請・明示承認・黙示承認・放置、承認・登記申請・偽造登記、善意・無過失・登記などの区分で検討するものもある。(この点、私は名義人の態様を重視すべきと考える。⁽³¹⁾)

代理についても正当理由判断を中心とする考え方から、本人の帰責性を問題とすべきという問題提起があるとされ

る。(私はここでも代理人の態様が考慮されるべきであると考え⁽³²⁾る)。

九四条二項と一七七条の区別については、判例は一七七条を広く捉えるが、狭く捉える見解もあり、区別の不明確な事例も考えられる。権限内の処分であるのか、権限外の処分であるのかという区別、對抗問題であるのか、對抗問題ではなく、第三者保護の問題であるのかという区別(それぞれの区別が一致するわけではない)とされうるが、對抗問題は狭く解すべきであり、それ以外の問題には共通点も存しうる。

また判断方法も、権利主張者の登記をしない帰責性をどのように捉えるのかを基本とすることによって類似する面が生じる。さらに、名義人の帰責性を考慮すべきという点でも共通すると考える。ただし、一般論として登記をなすことができる者は登記すべきであるという判例の立場は一貫している。登記をなしうる者が登記しない落ち度が権利喪失に値するのかを個別に判断するのではない。

これらの問題において、以前、登記をなすべき者の落ち度のみを考慮するのではなく、第三者の信頼保護のみを重視するのでもなく、処分者の落ち度が第三者にとって不利に働くべきであると論じた。

以上の点について、對抗問題に関しては登記をしないことの落ち度が当該取得関係全体において判断されるべきであり、純粋な二重売買、及びそれに類する食うか食われるかの関係以外では権利を否定される落ち度とは思われず、一律に登記のみによって判断されるべきではないと考えられる。また、九四条二項、一一〇条については権利外観法理により権利者の落ち度と第三者の善意(無過失)から判断されるのであるが、この点でも当該関係(本人代理人相手方間の関係、真の権利者と虚偽の名義人と相手方間の関係)が全体として捉えられるべきであり、この点において、

代理人、虚偽の名義人の帰責性が全体として重視されるべきである。代理人、虚偽の名義人の帰責性の大きい悪質な取引は否定すべきであり、善意者保護も認めるべきではない。このことが効力を認めるべきではない不当取引の抑制的効果をもたらす。⁽³³⁾

四 第三者の範囲

登記の欠缺を主張する第三者は正当な利益を有する者とされ、同一不動産の物権取得者、差押債権者などが含まれ、無権利者、不法行為者は含まれないとされる(差押債権者が含まれるとされる点についてはさらに議論がなされるべきである)と考える。即ち、差押債権者は基本的には債務者の立場を引き継ぐべき者であると考えられ、新たに對抗関係に立つべき者ではないと解すべきである。判例通説は差押債権者と債務者の関係が新たな関係であり、對抗関係であると考えているが、従前の関係、真の所有関係が尊重されるべきである。このように第三者の範囲については、正当な利益を有する者に限定されていたのであるが、登記の欠缺を奇貨として詐害目的で取得した背信的悪意者は正当な利益を有する第三者にあたらぬとされた。

この問題が一七七条の問題について重要な役割を果たしていき、判例が集積していく。判例は背信的悪意者概念によって個別に妥当性を志向する。⁽³⁴⁾

昭和四三年八月二日民集二二卷一五七一頁は以下のように判示する。「実体上物権変動があった事実を知る者にお

いて右物權變動についての登記の欠陥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、登記の欠陥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らないものと解すべきところ（最高裁判所昭和二十九年（オ）第七九号、同三一年四月二四日第三小法廷判決、民集一〇卷四号四一七頁。同昭和三十七年（オ）第九〇四号、同四〇年一月二二日第三小法廷判決、民集一九卷九号二二二頁参照）、原判決認定の前記事実関係からすれば、上告人が被上告人の所有權取得についてその登記の欠陥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、上告人は、右登記の欠陥を主張する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る⁽³⁵⁾。」

不動産登記法四条、五条の趣旨に照らして登記の欠缺を主張することが信義に反する者は主張できない旨判示する昭和三十一年四月二四日民集一〇卷四一七頁、昭和四〇年一月二二日民集一九卷二二二頁に對して、この判決は明確に背信的悪意者を判示する。このことは一般条項よりも広く適用されることを意味すると考えられる。

背信的悪意者の具体例として、一、第三者が讓渡人の近親者など近接した立場にある、二、第三者の權利取得が無償に近い、三、第三者が一旦問題の權利變動を承認していた、四、第三者が積極的に讓渡人に二重讓渡を働きかけた、五、登記の具備を讓渡人が不法な方法で妨げるのに協力した、六、特別な害意を有する、七、占有の所在、八、代金支払いの有無が挙げられている⁽³⁶⁾。

具体的妥当性を志向する場合には第三者の主觀的態様だけでなく、当該取引の効力を否定すべき多様な事情の考慮が必要となる。

五 近時の判例

1. 背信的悪意者からの転得者

最判平成八年一〇月二九日民集五〇巻九号二五〇六頁

市が買い受け、市道として長年使用してきた土地について、分筆手続の手違いから登記がなされなかったために、その土地を買い受けた不動産業者が、転売し、最終的に買い受けた不動産業者が登記を取得し、工作物を設置したために、市が真正名義の回復を原因とする移転登記と道路管理権に基づく明け渡しを求め、最終的に買い受けた不動産業者が市の違法な仮処分申請によって被った損害賠償を請求した事例である。

一審において、最初に買い受けた不動産業者から、最終的な不動産業者までの全ての買い受け人が背信的悪意者であるとの事実が認定されず、不動産業者の所有権が認められたが、最初の買い受け人は市道として適法に供用開始された土地の所有権を取得したものであるので、市の道路管理権による制限を受け、その承継人もそれに拘束されるために、市の道路管理権による明渡請求は認められ、不動産業者の損害賠償請求も理由がないとされた。

この一審判決に対してそれぞれ控訴が行われ、二審においては、最初に買い受けた不動産業者が背信的悪意者にあつたとされ(他人の所有土地であること、道路として使用されていたことを知りつつ、自己の利益を図るために購入した)、背信的悪意者から譲り受けた者も所有権を主張し得ないとされた。

最高裁は、背信的悪意者からの転得者も所有権を主張し得ないとした点を破棄し(売買契約が無効になるのではなく、その後の譲受人も無権利者から取得したことにはならない)、最終的な買い受け人が所有権を争っている者に対

して背信的悪意者にあたるか否かを個別に判断すべきとした上で、道路法一八条に基づく区域決定、供用開始について、最初に買い受けた不動産業者に対しては権原なくして行ったものということができず、無効ではなく、適法に供用開始され、その後の買い受け人もこの制限の付いた土地を取得したとして明渡請求を認め、不法行為を否定した原審を是認する⁽³⁷⁾。

本判決は背信的悪意者からの転得者が背信的悪意者にあたらない限り、所有権取得を主張しうるとするものであり、判例が背信的悪意者排除をとることから、背信的悪意者に対する契約が当然に無効になることはなく、善意の転得者が保護されるべきという転得者に対する判例の考え方を具体的に述べたものとする（背信的悪意者からの善意転得者の保護が当初から考えられていたとする。また、善意者からの転得者が背信的悪意者である場合は取得が否定されるという旨の叙述もある⁽³⁸⁾）。

考え方としては、背信的悪意者が無権利者であり、転得者は権利を取得しない（九四条一項は当てはまりうる）、背信的悪意者は無権利者であるが、善意者保護が認められうる、背信的悪意者からの転得者は背信的悪意者でない限り権利を取得するというものがあると考えられる。

本判決が道路負担については最終的な買主が背信的悪意者であるか否かに拘わらず、拘束を認めながら、最高裁が所有権に関して相対的に判断する点について、背信的悪意者判断の相対性を強調したかったと考えられる。（善意者保護制度において悪意者からの転得者が善意である場合には転得者を第三者にあたるとして保護するのが通常である）。この点には背信的悪意者を取引全体から望ましくないとする配慮（絶対効）よりも、判例の伝統的立場

である登記の形式的効力の重視が見られるのである(判例は転得者ごとに背信性を判断することで個別に妥当性を判断するように思われるが、そうではなく、取引安全を重視する姿勢を出したものである。一つ一つの取引を以前の取引と有因的に考えるのが自然であると考えられるが、個々の取引を以前の取引と切り離して考えることは取引安全を重視するものである)。

本事例は背信的悪意者から譲り受けた者の保護される可能性が高いことを肯定する事例であるが、背信的悪意者でない者から譲り受けた者が背信的悪意者である場合には、絶対効と相対効の問題として考えられ、わら人形など信義に反する事情のない限り、完全な取得が認められると解されるが、否定されると解することも十分可能である(背信的悪意者からの契約責任の追及を認めないことによつて)。

この結論は当初の背信的悪意者が単純悪意に近い場合にはその後の転得者について個別に背信性を検討する妥当性が認められうるが、当初の取得が非常に背信的なものであったときに、後の取得者の背信性が個別に認定されることは稀であるために、転得者は保護されることになる結論が妥当かどうかは検討を要するであろう。当該取得者が当初の所有者に対して背信的悪意者とされる場合について、当該取引経過を全体として捉えた上で背信性を判断すべき場合もある。また、そもそも原則として背信的悪意者の転得者は、権利者と背信的悪意者の取引が望ましいものではないために、その取引の効力を否定する趣旨から当該取引の効力も否定されるべきであると考えられる余地もあると考えられる。当初の権利取得者の未登記の帰責性が転得者に対して自らの権利喪失に値するものであるのかについて、背信的悪意を認定された者の行為など取引経過全体を考慮すべきである。

2. 九四条二項、一一〇条類推適用事例

最判平成一八年二月三日民集六〇巻五四六頁

原告は所有地を道路公団に道路用地として売却するに際して、当該手続、代替物件取得手続を被告（土地開発公社職員）に依頼した。そのおよそ五ヶ月後、原告は地目変更手続を被告に依頼し、その後他の物件の購入手続も被告に依頼し、本件不動産を七三〇〇万円で購入し、手続全般を任せていた。そして、本件不動産の賃貸に関する手続も一任した。そのおよそ三年後、原告は被告の交通事故の示談金を貸与した。さらにその五ヶ月後、被告は賃貸借契約に関する手続のためとして権利証を預かり、売買契約書に署名押印させ、その一ヶ月後、依頼された別の原告土地の合筆手続のためとして書類に押印し、印鑑証明書、住民票などを預かり、本件土地を自己の名義にし、抵当権を設定し、銀行から一五〇〇万円借りた。そしてその一ヶ月半後、バイク用売却した共同被告にすぐに売却すべき事情があり、価格が多少安くなるが売却したい旨説明し、代替地の購入を勧め、権利証を示し、三五〇〇万円で購入し、移転登記した（その後抵当権が抹消された）。

一番では原告が被告に対して与えた本件不動産購入に関する一切の代理権、他の土地の移転登記手続に関する代理権、本件不動産の賃貸に関する一切の代理権の授与を認め、また、原告被告間の不動産売買契約書についての署名、押印、権利証、印鑑登録証明書交付による処分権の付与を認め、これらの権限が私法上の取引を予定した一一〇条の基本代理権にあたるとし（当該取引との乖離については正当事由で判断するとする）、九四条二項の類推適用されない事例に一一〇条を類推適用する問題点については、原告の代理権授与、書類交付、書類署名押印など原告に責任を帰せられるのはやむを得ないとし、相手方である共同被告が被告を所有者と信じたことは容易に認められ、権利証、

印鑑証明書など代理権の存在をうかがわせる事実があるときでも、疑念を生じさせるに足りる事実のあるときは確認手段をとるべきとされるが、本件においては価格が廉価であることも当事者の信頼関係などから正当理由がないということはできないとし、一一〇条が類推適用されるとする。

控訴の理由として、処分権、代理権の授与のないこと、九四条二項類推適用を検討することなく、一一〇条類推適用を検討することが正しくないこと、一一〇条の正当理由がないこと、九五条の類推適用が主張された。

二審においても、本件不動産購入に関する一切の代理権、他の土地の移転登記手続きに関する代理権、本件不動産の賃貸に関する一切の代理権の授与が認められ、また、本件不動産購入と賃貸が一連の行為であり、賃貸事務が現在も継続し、書類交付、書類署名押印が存することなどから何らかの処分権付与も認められた。

不実の外形作出に帰責事由のある場合に外形を信頼した第三者を保護する権利外観法理、表見法理は条文をそのまま適用できる場合だけでなく、その要件とする事実関係に類似する状況においても類推適用という形で第三者保護を図っており、代理形式によらない取引においても第三者の正当理由だけを問題とするのではなく、基本代理権授与の有無、代理人の権限踰越の事情等の観点から本人側の帰責事由の有無も問題とし、それらを比較考量することによって取引の安全と静的安全の調和を図るものである。そして本件において、第三者側から見たときは不実登記を信頼したのであるから、九四条二項類推適用の問題と考えることができるが、本人側から見たとき、不実の外形の作出される事情は基本代理権授与、権限踰越の事情であるから、一一〇条類推適用の事案とも考えられ、本件紛争実態からは権限のある者の処分行為を信頼して取引をした第三者の保護に関する問題であるので、一一〇条類推適用の可否を検討するのが相当である（署名代理と類似）とし、正当理由については売買価格が廉価とは言い難く、短期譲渡も不自

然と決めつけられず、抵当権の処理についての説明を鵜呑みにしたこと、時価調査をしなかったことも慎重さを欠くものの諸経緯から疑念を生じさせるに足る事情とまではいえず、書類の騙されたことによる交付、不実登記について承認的言動をしていないこと、書類交付目的と本件取引との乖離の大きさ、損失の大きさは控訴人側の事情として考慮されうるが、書類への署名押印、実印交付、押印放置等控訴人には重大な過失があり、被控訴人の信頼事情と比較考量すると控訴人の帰責事由がはるかに大きいので正当理由に準じた事由があるとする。

最高裁は「上告人は、Aに対し、本件不動産の賃貸に係る事務及び七三七一番四の土地についての所有権移転登記等の手続を任せていたのであるが、そのために必要であるとは考えられない本件不動産の登記済証を合理的な理由もないのにAに預けて数か月間にわたってこれを放置し、Aから七三七一番四の土地の登記手続に必要と言われて二回にわたって印鑑登録証明書四通をAに交付し、本件不動産を売却する意思がないのにAの言うままに本件売買契約書に署名押印するなど、Aによって本件不動産がほしのままに処分されかねない状況を生じさせていたにもかかわらず、これを顧みることなく、さらに、本件登記がされた平成一二年二月一日には、Aの言うままに実印を渡し、Aが上告人の面前でこれを本件不動産の登記申請書に押捺したのに、その内容を確認したり用途を問いただしたりすることもなく漫然とこれを見ていたというのである。そうすると、Aが本件不動産の登記済証、上告人の印鑑登録証明書及び上告人を申請者とする登記申請書を用いて本件登記手続をすることができたのは、上記のような上告人の余りにも不注意な行為によるものであり、Aによって虚偽の外観（不実の登記）が作出されたことについての上告人の帰責性の程度は、自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いものというべきである。そして、前記確定事実によれば、被上告人は、Aが所有者であるとの外観を信じ、また、そのよ

うに信ずることについて過失がなかったというのであるから、民法九四条二項、一一〇条の類推適用により、上告人は、Aが本件不動産の所有権を取得していないことを被告原告人に対し主張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、同様の事実から本件を九四条二項、一一〇条類推適用が認められる事案とした。⁽³⁹⁾

平成一五年六月一三日判時一八三二号九九頁

原告が訴外会社と平成一一年二月二八日所有土地の売買契約を締結し(代金八二〇〇万円と所有権移転・移転登記は五月三十一日を期限として同時履行)、訴外会社代表者に地目変更、道路の範囲の明示、測量、近隣者の承諾のために白紙委任状二通交付し、その後、登記済証を交付した(「事前に所有権を移転しますので、本日、土地、建物の権利証を預かります」という預り証の交付を受けた)。さらにその後、白紙委任状、印鑑登録証明書を交付した(委任状写しには事前所有権移転、土地建物売買に関する一切の権限の委任の記載があった)。訴外会社代表者は四月五日に移転登記を行い、四月一五日、善意無過失の第一被告に六五〇〇万円で売却・移転登記し、四月二八日、第一被告から善意無過失の第二被告に六五〇〇万円で売却され、移転登記がなされた。

二審は、原告が登記済証、白紙委任状、印鑑登録証明書等を交付していること、預り証、委任状記載を見ていることから原告には帰責事由があるために九四条二項、一一〇条類推適用により訴外会社に所有権が移転していないことを善意無過失の第三者に主張することができないとした。

最高裁は、原告が地目変更などのために白紙委任状、登記済証、印鑑登録証明書等を交付したのであり、また、原告は専門的な知識がなく、訴外会社代表者の言を信じて交付したのであり、虚偽の外観を作出する意図はなく、承

認・放置もして、虚偽の登記を防止するのが困難な状況にあったなどの事情をうかがうことができる。従って、原告は虚偽の外観作出について積極的な関与をしておらず、放置していたとみることもできないので、九四条二項、一一〇条の法意に照らしても第三者に所有権を対抗し得ない事情はないというべきであるとして、さらに審理を尽くさせるために原審に差し戻した⁴⁰⁾。

以上のように九四条二項類推適用事例として、虚偽の登記を知らながらあえて放置したときと同視しうる帰責事由のあるときに類推適用が認められる。同視しうる場合としては代理権授与、書類交付・署名押印などが挙げられるが、単に書類交付したに過ぎず、積極的関与のない場合には認められないとされる。

平成一八年判決は従来の九四条二項類推適用事例、九四条二項、一一〇条類推適用事例に新たな類型を加えたと評価され、真正権利者の意思的承認と同視しうる帰責性のある場合に九四条二項、一一〇条の類推適用の可能性を認めたとされる。

平成一八年事例においては本人が代理人にどれほど委ねたのかという帰責性をもとに判断が行われているために一一〇条と同様の枠組みと考えることができる。

先に述べられているように、最高裁が九四条二項、一一〇条類推適用と述べたのは、本人が代理人に委ねていた帰責性が虚偽の外形に対する帰責性として意思的関与する場合と同等であると判断されうることを意味する。但し一一〇条を併せて類推適用を行っているために、虚偽の外形作出に直接的な意思的関与の認められる場合よりも代理権授

与として関与している場合の方が帰責性の程度は軽いと考えられるために第三者に善意無過失が要求されると考えられる(九四条二項と一一〇条の相違)。

平成一五年事例と比較して平成一八年事例において善意者保護を認めたことについて、判例は権利者の帰責性の程度が異なるとするが、代理権授与、書類交付など権利者の帰責性の程度の軽重の判断が困難と考えることもできる。事案の相違としては、専門的不動産業者が濫用した場合と業として不動産取引を行わないものが濫用した場合の結論の差異として捉えることができる。即ち専門的不動産業者の濫用的取引は否定すべきであると考えられることもできる。この点の相違と考えるならば、取引経過全体について専門的業者の関与する場合には取引をより厳格に考え、不当な取引の効力を否定すべきであり、九四条二項、一一〇条の類推適用が否定されたと考えることもできる(この点、第三者の信頼を重視する立場からは逆に業者からの取得のために保護される要請が強いと考えられる場合も生じうる)。

ただし、判例は一方で多くの権限を委ねた者の帰責性を否定し、他方で肯定するために、この相違を従来の帰責性のとらえ方との関連において判例上明記すべきであったと考えられる。そのために九四条二項、一一〇条類推適用事例に新たな類型を加えた点について、帰責性の程度問題として不明確なところが生じると考えられる。

また、代理行為ではない事例において一一〇条の類推適用ではないとされるのであるが、実質的には一一〇条の要件が備わることが九四条二項の帰責事由にあたりとみることもできるのかを問題とすることもできる。

そして、平成一五年事例、一八年事例を代理事例として捉えた場合、正当理由、善意無過失の点で差異は認められるのであろうかという点についても、代理人が専門的業者であるのか否かによって判断が相違しうると考えられる。実際問題として代理人が権限を逸脱して自己名義で売却した事例は、第三者側から見ると九四条二項の問題というより

も、代理人側から見ても一一〇条の問題として捉えることもでき、逸脱の程度を問題とすることもできる。

3. 取得時効事例

平成一五年一〇月三二日判時一八四六号七頁

A所有土地を原告は昭和三七年二月一七日以降自主占有している。Aは昭和五八年一月一三日Bに対して本件土地に抵当権を設定した。被告はBから平成八年一〇月一日抵当権を譲り受け、平成九年三月二六日付登記がなされた。原告はAに対して昭和三七年二月一七日を起算点とする二〇年間の占有による取得時効を援用し、平成一一年六月一五日時効取得を原因とする移転登記を了した。原告はさらに昭和五八年一月一三日から一〇年間の占有による取得時効を援用し、被告に対して抵当権の消滅を主張した。

一審、二審は、原告が昭和三七年二月一七日から二〇年間の占有継続により本件土地を時効取得したが、未登記のうちには抵当権設定登記がなされた。抵当権設定登記日である昭和五八年一月一三日から一〇年の占有継続により原告は再度時効により所有権を取得し、登記がなくとも対抗することができる。抵当権の抹消登記を請求することができる。

最高裁は、一旦時効取得し、登記をなし、確定的に所有権を得た後、再度時効を援用することはできないとして、抵当権抹消登記請求を否定した。

本判決は、取得時効によって取得した土地について抵当権設定時を起算点とする再度の取得時効の完成を起算点をずらすものとして否定する。あくまでも時効起算点をずらせないものであるが、再度の時効期間経過による取

得を認める判例、自己物に時効取得を認める判例との整合性についての問題点が指摘されている⁽⁴¹⁾。

時効取得者は真の所有者から多年の占有により所有権を取得するという時効制度の側面が考慮されたものと考えられるが、時効取得者が真の所有者であり、時効制度は真の所有者を保護するものであるという本来の意義に基づいて考察する場合、登記を怠った落ち度はそれだけでは権利喪失をもたらすものではないと解される。

平成一八年一月一七日民集六〇巻二七頁

原告らは鮮魚店開業のために平成七年一〇月二六日に甲乙丙地を購入し、移転登記を了した。平成八年二月六日に間口を広げる目的で丁地(本件土地、上記土地と併せて本件土地等)を購入し、二月一三日に移転登記を了した。四月一八日には戊地を購入し、移転登記を了した。被告は本件土地の西側隣地五筆を所有している。本件通路部分(その一部が本件土地である)については、昭和四八年三月から被告の前々主が自己の所有土地建物の進入路として所有の意思を持って占有し、前主が昭和六一年四月にその土地建物を購入し、その三ヶ月後本件通路部分をコンクリート舗装し、被告が平成三年七月に前主の現物出資を受け、引き続き本件通路部分を専用進入路として使用している。原告らが被告に対して本件土地の境界確認と本件土地内にある通路部分のコンクリート舗装の撤去を求めたのに対して、被告は昭和四八年三月からの二〇年間の占有による所有権または通行地役権の時効取得等を主張した。

一番は、被告の占有開始時に過失があるために取得時効の成立を否定した(開始時点を昭和六一年としていた)。二番は、昭和四八年三月から二〇年の自主占有により平成五年三月に所有権を時効取得した。原告らは時効完成後の平成七年一〇月、平成八年二月、四月に本件土地等を購入したが、購入時において係争地が被告の専用進入路とし

てコンクリート舗装され利用されていたこと、その通路が利用できないと進入が困難となることを知っていたことが認められ、調査すれば時効取得していたことも容易に知ることができたのであるから、登記の欠缺を主張する正当な利益を有しないとされた。

最高裁は、背信的悪意者の認定について、「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、その場合であっても、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であるからである」として、原審に差し戻した。

本判決は時効と登記の問題における背信的悪意者の悪意認定を緩和したものとされる（従来からこのような傾向があったという点についての議論があり、悪意であれば足り、背信性の要件は重視されないとする見解、準当事者類型では第三者の悪意を要件とせず、不当競争類型では悪意であれば背信性の有無を判断するまでもなく排除されているとする見解、背信的悪意認定の実質的基準を行為態様の客観的正当性に求めるべきとする見解があるとされる⁽⁴²⁾）。背信的悪意者論を採らない平成一〇年の地役権判決との関係については不明確であるが、異なる判断であるとされる⁽⁴³⁾。

通常の取引の場合と背信的悪意者の認定が異なるのは、異なるものとして理解していることを意味し、このことか

ら、取得時効において背信的悪意者の認定を緩やかにしたこと（長期間占有の認識）を意味するものと考えられる。背信性をどのように判断するのか、緩やかに判断をするのかどうかは未定であるが（下級審では悪意者排除として考えられる事例がある）、時効と登記の一般論である完成前後で区別することの不合理性（占有尊重説が妥当であり、境界紛争と売買登記未履行型のどちらも登記をしなかった事情を配慮すべきである）から広く認める余地があるものと考えられる。

本判決は時効と登記に関する判例理論の枠組み内での時効取得者への配慮として捉えることができるが、占有尊重説が採られるべきであり、時効制度の意義から、まず時効取得者を真の所有者と考えるべきであり、名義人は真の所有者でなく、未登記の落ち度は権利喪失をもたらすものでなく、名義人から譲り受けた者の権利取得は原則として否定されるべきである。

最判平成一〇年二月一三日民集五二卷六五頁（地役権事例）

元の土地所有者が、昭和四六年に土地を分筆し、六区画の宅地と東西三区画の中央を南北に貫く幅員四mの通路とした。元土地所有者は昭和四九年九月に西側中央の土地を原告に売却し、その際、黙示に通路部分の北側半分に相当する本件係争地に無償無期限の通行地役権を設定した。元土地所有者は昭和五〇年一月、東側三区画と通路部分（その後分合筆を経て、昭和五九年一〇月に一筆の土地となった）を前主に売却し（通行地役権設定土地の地位承継の合意があった）、自宅を建築し、本件係争地をアスファルト舗装した。原告は昭和五八年に自宅を建築し、東側に駐車スペースを設けた。前主は平成三年七月に土地を被告に売却した（通行地役権設定土地の地位承継の合意はなされて

いないが、通路利用の認識はあった。

一番は被告が背信的悪意者であるとはいえないとしたが、囲繞地通行権を有するとした。二番は被告が背信的悪意者であるとした。

最高裁は以下のように判示する。「通行地役権（通行を目的とする地役権）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ったときは、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らなかったとしても、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対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のある場合のほか、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の有無、内容を容易に調査することができる。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た。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うべきである。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について正当な利益を有する第三者に当たらないものといふべきである。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。⁴⁴⁾

外形上明白な地役権について、悪意有過失であれば登記の欠缺を主張することが信義に反するとし、地役権設定のあったことの認識を要求する背信的悪意者概念をとらない点で、正当な利益を有しない者を非常に広く捉えるものである。

従来の判例の概観として、地役権設定登記のされていない通行地役権でも、承役地を取得した者に対する対抗力を比較的緩やかに認める努力をし、理由付けとして背信的悪意者排除論を用いるものと用いないものがあるとし、地役権設定の認識を要する従来の背信的悪意者概念では地役権者の保護が十分でなく、それによらずに信義に反するか否かの判断によることもできる(二重譲渡事案かそうでないかによって信義に反する場合は異なるとする)。本判決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かどうかを判断し、容易に推認、調査できる場合に欠缺を主張

することは信義に反するとし、背信的悪意者概念をとらない。⁽⁴⁵⁾

本判決の射程距離について、賃借権による場合、また、二重譲渡で引き渡しを受けた場合が指摘されている。明白な占有を有する権利について基本的に同様の結論になるものと考えられる。

登記による画一性、物権法定主義から、負担についても登記による対抗力具備が必要であり（物権は法によって定められたものであり、物権を有する者は登記すべきである）、背信的悪意者による限定が存する。但し、物権的負担の対抗力の意義については、取引関係における所有権登記の意義と異なり、登記のない場合でも認識可能性が重要な意義を持つ。賃借権は物権ではないが、登記可能である。賃借権の対抗力については様々な緩和が図られ、占有による対抗力も認められる。このような賃借権の物権的効力については賃借人保護の要請も存しうる（立法は投下資本の回収という）。また慣習上の物権は対世的効力が認められる。

4. 相続させる遺言事例

平成一四年六月一日〇日判時一七九一号五九頁

原告の息子は平成四年に被告らから七七〇〇万円借り受けた。被告らは平成五年、残債権について公正証書を作成した。父親は不動産四筆を有していた（そのうち一つは息子の購入した不動産が差し押さえられ、競売されたのを買い受けたものであり、一つは共有持分権である）。父親は平成五年三月六日に不動産三筆についての権利一切を母親である原告に相続させる遺言をした。平成六年七月一日には追加としてその他一切の権利を原告に相続させ、原告を

遺言執行者に指定する遺言をした。父親は平成八年七月一〇日に死亡した。二通の遺言書は平成八年一月二九日に検認された。被告らは債権に基づき平成八年一〇月一八日に仮差押えを得て、息子を権利者とする相続に基づく移転登記(持分二分の一)を得た上で、仮差押えの登記がなされた。また、公正証書に基づく競売申立に対しては平成九年二月一〇日に差押え登記がなされた。原告は第一遺言、第二遺言に基づく所有権により仮差押えの執行、強制執行の不許を求めた。

基本的には一審、二審と同様に最高裁は以下のように述べる。特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」趣旨の遺言は特段の事情のない限り、被相続人の死亡時に直ちに当該遺産が当該相続人に相続により承継される。これは法定相続分、指定相続分の相続と異ならない。法定相続分、指定相続分の相続による不動産の権利の取得は登記なくして第三者に対抗でき、従って相続させる遺言によって取得した不動産の権利は登記がなくとも第三者に対抗することができる。⁽⁴⁶⁾

この結論については平成三年判決から予測されるものであったが、登記を要するという解釈の可能性もあった。平成三年判決が相続させる遺言を直接効果を有する遺産分割方法の指定としたのであるが、登記に関して、登記することなく効果を主張しようという立場と効果を主張するために登記を要するという立場があった。

実務上用いられてきた相続させる遺言についての判例理論は平成三年四月一九日民集四五卷三六七頁によって、以下のよう述べられる。

「被相続人の遺産の承継関係に関する遺言については、遺言書において表明されている遺言者の意思を尊重して合

理的にその趣旨を解釈すべきものであるところ、遺言者は、各相続人との関係にあつては、その者と各相続人との身分関係及び生活関係、各相続人の現在及び将来の生活状況及び資力その他の経済関係、特定の不動産その他の遺産についての特定の相続人のかかわりあいとの関係等各般の事情を配慮して遺言をするのであるから、遺言書において特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」趣旨の遺言者の意思が表明されている場合、当該相続人も当該遺産を他の共同相続人と共にではあるが当然相続する地位にあることにかんがみれば、遺言者の意思は、右の各般の事情を配慮して、当該遺産を当該相続人をして、他の共同相続人と共にではなくして、単独で相続させようとする趣旨のものとして解するのが当然の合理的な意思解釈といふべきであり、遺言書の記載から、その趣旨が遺贈であることが明らかであるか又は遺贈と解すべき特段の事情がない限り、遺贈と解すべきではない。そして、右の「相続させる」趣旨の遺言、すなわち、特定の遺産を特定の相続人に単独で相続により承継させようとする遺言は、前記の各般の事情を配慮しての被相続人の意思として当然あり得る合理的な遺産の分割の方法を定めるものであつて、民法九〇八条において被相続人が遺言で遺産の分割の方法を定めることができるとしているのも、遺産の分割の方法として、このような特定の遺産を特定の相続人に単独で相続により承継させることをも遺言で定めることを可能にするために外ならない。したがつて、右の「相続させる」趣旨の遺言は、正に同条にいう遺産の分割の方法を定めた遺言であり、他の共同相続人も右の遺言に拘束され、これと異なる遺産分割の協議、さらには審判もなし得ないのであるから、このような遺言にあつては、遺言者の意思に合致するものとして、遺産の一部である当該遺産を当該相続人に帰属させる遺産の一部の分割がなされたのと同様の遺産の承継関係を生ぜしめるものであり、当該遺言において相続による承継を当該相続人の受諾の意思表示にかからせたなどの特段の事情のない限り、何らの行為を要せずして、被相続人の死亡の時（遺言

の効力の生じた時)に直ちに当該遺産が当該相続人に相続により承継されるものと解すべきである。そしてその場合、遺産分割の協議又は審判においては、当該遺産の承継を参酌して残余の遺産の分割がされることはいうまでもないとしても、当該遺産については、右の協議又は審判を経る余地はないものというべきである。もつとも、そのような場合においても、当該特定の相続人はなお相続の放棄の自由を有するのであるから、その者が所定の相続の放棄をしたときは、さかのぼって当該遺産がその者に相続されなかったことになるのはもちろんであり、また、場合によっては、他の相続人の遺留分減殺請求権の行使を妨げるものではない。⁽⁴⁷⁾

相続させる遺言が遺産分割方法の指定であるのか、遺贈であるのか等の議論がなされていたのであるが、実際上の差異としては、不動産についての登記申請手続き(単独申請か共同申請か)、登録免許税、農地法上の知事の許可、賃借権に関する賃貸人の承諾、對抗要件の必要性が挙げられていた。⁽⁴⁸⁾

相続させる遺言の法的性質に関して、本判決の立場以外に、遺産分割方法の指定として分割協議を経る必要があるとする主張、遺言者の意図するように直接効果の生じる遺贈とする主張、それらのいずれでもなく、遺言者の意思に従った効果が直接生じる特殊の処分とする主張⁽⁴⁹⁾があった。

最高裁判旨として、被相続人の遺産分割方法の指定は相続人を拘束し、相続させる遺言はこれと同趣旨のものであり、遺言者の死亡と同時に遺産分割協議を経ることなく、直ちに相続人に承継されるとする。

相続事例においては債権者が相続人の持分を差し押さえる事例が多く存するのであるが、このように平成三年事例

による性質決定と平成一四年事例によつて相続させる遺言にはそれに基づき登記がなされなくとも絶対的な優先が認められることになる（今までの判例において、相続放棄には登記がなされなくとも絶対的効力が認められていた。遺産分割、遺贈については登記がなされない限り差押えを排除する効力はなかった）。また相続させる遺言においても遺留分減殺請求権の行使は認められるが、相続人の債権者によるその代位行使は認められない。

このように相続させる遺言を直接効果を有する遺産分割方法の指定とすることによつて、遺言者の意思の優先が一般に認められた。このことは遺贈に対しても影響すると考えられ、遺贈についても登記不要と解すべきである（既に遺言執行者の指定されている場合の優先が認められているが）。相続事例においては相続手続上相続人、受遺者のなすべき手続が問題となるのであるが、判例は相続させる遺言については相続人に対抗要件をとることを要求していない。平成三年判決の相続させる遺言の効力に基づき、直接持分変動の効力が無条件に生じるとする。いずれの相続手続について相続人、受遺者が登記をなすべき場合であるのか、登記をしないことに落ち度がない場合であるのかについて判例は条文に基づいて区別するのであるが、実質的には同視できる手続であるとも考えられ、いずれにしても登記不要と解することもでき、妥当である。特に相続させる遺言と遺贈の扱いを異にする根拠はそれほどないと思われる。

遺産分割の効力に対して、これを対抗問題とすべきではない方向での検討を要すべきと考えられるが、少なくとも背信的悪意者として分割協議を調べるべき義務が考慮されるべきであると考ええる。

遺言執行者の立場については、相続させる遺言によつて取得者が登記をなすことができ、遺言執行者は登記手続き義務を負わないとする最判平成七年一月二四日民集四九卷二五頁、他の相続人が移転登記をした場合には遺言執行者

が抹消登記手続き、真正な登記名義の回復を原因とする移転登記手続きを求めるとする最判平成一一年二月一六日民集五三巻一九八九頁がある。

5. 譲渡担保受戻権事例

最判平成六年二月二二日民集四八巻四一四頁

被告がAからの借金の担保として昭和三二年一〇月二二日頃に本件建物を贈与した(譲渡担保)。被告の支払は昭和三八年五月から滞った。また、原告らが昭和三八年頃から本件建物に居住し、被告は引越した。その後、被告からA、原告に対して抹消登記、明け渡しを請求され、明け渡しは認められたが、抹消登記は否定された。その後、Aは原告に本件建物を昭和五四年八月二九日に贈与し、移転登記した。被告は昭和五六年八月二〇日に残金を供託した。原告は被告に対して明け渡しを求めた。

一審、二審では原告の所有権と被告の受戻権による復帰が対抗関係にあるとして、原告が背信的悪意者であれば被告の所有権を主張できるのであるが、本件では背信的悪意者ではないとした。

最高裁は以下のように述べる。「不動産を目的とする譲渡担保契約において、債務者が弁済期に債務の弁済をしな
い場合には、債権者は、右譲渡担保契約がいわゆる帰属清算型であると処分清算型であるとを問わず、目的物を処分
する権能を取得するから、債権者がこの権能に基づいて目的物を第三者に譲渡したときは、原則として、譲受人は目
的物の所有権を確定的に取得し、債務者は、清算金がある場合に債権者に対してその支払を求めることができること
どまり、残債務を弁済して目的物を受け戻すことはできなくなるものと解するのが相当である(最高裁昭和四六年

(オ) 第五〇三号同四九年一〇月二三日大法院判決・民集二八巻七号一四七三頁、最高裁昭和六〇年(オ)第五六八号同六二年二月二日第一小法院判決・民集四一巻一号六七頁参照)。この理は、譲渡を受けた第三者がいわゆる背信的悪意者に当たる場合であっても異なるところはない。けだし、そのように解さないと、権利関係の確定しない状態が続くばかりでなく、譲受人が背信的悪意者に当たるかどうかを確認し得る立場にあるとは限らない債権者に、不測の損害を被らせるおそれを生ずるからである。⁵⁰⁾

受戻権は譲渡担保を原因とする所有権移転については公示が存すると解されるが、その他の場合は公示されない。譲渡担保について清算義務が判示され(清算金と引渡しと同時に履行)、清算金支払いまで取り戻すことができることとされ、また、担保としての性質を表すいくつかの判決があると共に、所有権移転を表す判例もいくつかある(清算がなされていないことも、弁済期後の譲渡により所有権は譲受人に移転する)。受戻権については昭和五七年一月二二日判決が弁済期経過後も換価処分が完結するまで債務を弁済して受け戻すことができる旨判示し、昭和六二年一月一日判決は受け戻しによる所有権の移転を復帰的変動として登記を要するとする。受戻権の消滅時期は帰属清算については清算金の支払いあるいは清算金のない旨の通知まで、処分清算については処分まで受け戻しができるが、それまでに売却などを行ったときには受戻権は失われるとした。そして、本判決はこのような考え方(処分により受戻権が失われ、所有権は譲受人に移転する)を第三者の主観的態様にかかわらないことを確認したものであるとする。⁵¹⁾

平成一八年一〇月二〇日事例においては弁済期後の差押えを設定者は第三者異議によって排除できないとされる。

譲渡担保の実行方法の確定による受戻権排除は、譲渡担保としての一般論から導かれる結論であり、弁済期後の私的実行に関する担保権者の権利を全面的に保護するものである。そして、不動産譲渡担保に仮登記担保にない実行面での利点を与える。ただし、このような早期の実行は清算義務が確保されて初めて可能になるものである（流質のような不当な所有権喪失の危険性）。

本事例においては一般論として弁済期後の完全な所有権の処分が可能であるとされたので、債権者、債務者、譲受人の個別具体的事情が考慮されないという問題が生じる。この点について、背信的悪意者概念を用いる余地は存したと考えられる。

六 結 語

今までの判例理論をまとめると以下である。

対抗問題を広く解する。即ち、登記可能な者は登記しなければならぬとする。

第三者の範囲については正当な利益を有する者に制限し、さらに背信的悪意者が排除される。この点において様々な利益の調整が可能とされる。

この判例理論はまず対抗問題を広く解するという政策的判断を示すものである。即ち、登記をしない落ち度を個々の事例において相対的に判断するのではなく、取得原因に応じて一律に当該取得原因においては登記をしないことが権利喪失に値する手続上の落ち度であるとし、ほとんどの取得原因について、このことがあてはまるとする。

そして、個々の具体的妥当性については背信的悪意者を除外することによつてもたらされるとするのである。

この点について当事者の意思表示を原因とし、競合関係にある場合以外は登記をしない落ち度は権利喪失をもたらしさないと考えられるとし、善意者保護が認められる場合と共に個別具体的にその落ち度が相手方や不正行為者との関係においてどのように考慮されるのかが判断されるべき場合があるとした。

また、不動産取引において善意者保護が認められる場合には個別具体的に外観に対する権利者の落ち度と取得者の善意（無過失）によつて判断される（但しこの判断においても行為者の帰責性は組み入れられにくいので、取引経過全体の悪質性から積極的に取り入れるべきであるとした）。

今回取り上げた事例をまとめると以下である。

背信的悪意者からの転得者は排除されるのではなく、転得者が権利を主張する者に対して背信的悪意者にあたるのか否かを個別に判断しなければならないとする。このような相対的判断は今までの取引重視の姿勢に基づくものであり（転得者が保護される）、背信的悪意者理論の主たる意義である広く認定されることによつて諸利益の調整が可能とすることに基づくものである（ただし、背信性の強い者から取得した場合は否定されるべきとも考えられる）。

九四条二項、一一〇条の類推適用事例では、虚偽の外観に対する権利者の意思的関与、放置・承認のない場合にもそれに準じる帰責性のある場合に類推適用を認めるものである。同様に取引重視の姿勢である。ただし、一五年事例と一八年事例では虚偽の外形作出に対する帰責性について異なる判断がなされ、委ねた権限の差とされるが、この点についての明確な説明が求められる（外形作成者が不動産業者の場合とそうではない場合とで異なる判断がなされた

のか、外形作出への何らかの関与が考察されるのか、重大な代理権授与で良いのか。

譲渡担保事例においては債権者の私的実行が確保され、判決のように実行方法確定することによって受戻権を排除する。このことは従来から判断されてきたことであり、担保権者重視の政策判断である。ただし、清算金が支払われるまで受け戻し可能であるために、背信的悪意者に対しては受け戻し可能であると解することもできた。

以上の事例においては画一的に転渡者を相対的判断によって保護すること、九四条二項、一一〇条類推適用事例に新たな類型を加えること、譲渡担保執行方法において背信的悪意者を否定しないことなど取引（金融取引）重視の結論が出された。

相続、時効、地役権に関する事例は今までの事例と異なる判断を示す、あるいはその可能性を有するものである。

時効の事例においては、背信的悪意者判断が取引事例と異なる。取得原因によっては背信的悪意者認定が緩和される可能性があることを示すものである。この点は実質を重視するものである。ただし、起算点前後の区別は否定されない（平成一五年事例は時効によって取得した自己物の抵当権設定登記を起算点とする再度の時効取得を再度時効期間が経過した場合ではなく、起算点をずらすものとして否定した）。

地役権事例では、外形的に明白な負担に対して登記の欠缺を主張することが信義に反する者として悪意有過失者が当てはまるとされ、新たな第三者の排除を認めるものである。

相続させる遺言の事例においては、平成三年判決に基づき全面的に相続人の債権者の排除を可能とする新たな判断が行われた。

時効については時効と登記の従来の枠組み内で時効取得者に配慮し、地役権事例においては新たに排除されるべき第三者を述べ、相続においては今までの遺贈の判断とは異なる被相続人の意思を尊重する判断がなされたのである。

このように、取引関係における登記重視の姿勢は相変わらず見られるものの、他の事例においては個別関係を重視する、一般論として占有尊重、被相続人の意思尊重が見られるのである。

取引関係において取引安全を重視し、その他の関係では真の権利者の尊重についての配慮を行うという判例の対応は全体としてみたときに矛盾するものではないのか、判例は生活関係と取引関係を区別する判断を示したのであるか。この点の区別は對抗関係、非對抗関係の区別と捉えるならば是認されうる（但し、いずれもさらに不動産の特質を考慮すべきである）。

これらの事例から具体的に考えてみると、不動産を登記名義人から譲り受けた者の立場からすると、時効取得に対しては背信的悪意者とされうる可能性が高くなり（地役権には拘束される）、相続させる遺言に対しては全面的に劣後し、転得者であるときは前主の背信性によって否定されることはなく、九四条二項、一一〇条に関しては外観信頼が取引態様によって保護される。弁済期後の譲渡担保財産については無条件に取得が認められる。

これらの点は統一していないのではないのかという問題と共に、そもそも取引事例において取引重視、不動産価値保護が見られるが（このことは近時の抵当権者保護姿勢にも見られる）、不動産に取引的価値をどれほど認めるべきであるのかという問題が存する（不動産は取引対象として扱われることを重視すべきでないと考えるが、このような理解は不動産担保を重視する考え方と対立する）。ここでも当初の登記制度の二つの意義の問題となる（譲渡の方式性

としての意義と権利関係の画一的処理としての意義)。

従って、取引重視事例においては取引過程を全体としてみたとときに否定される余地があるのではないかと考える。そもそも転得者事例、九四条二項、一一〇条事例は純粹な競争関係ではない。これらの場合にこのような一般論を提示する、一般的な類型を定立することは、他に保護すべき者が生じうるといふ政策判断に基づくと考えられる。また、譲渡担保事例は政策判断として担保権者優遇を認めたと考えられる。ただし、九四条二項事例の結論の相違では、虚偽の外観作出について多くを委ねていたことだけで判断されたのではなく、外観作出者が考慮され、ひいては取引全体の意義が考慮されたものと考えられる。

このように考えると、相続させる遺言事例のように対抗関係にないとの認識が重要であり、時効においてもそのように解すべきであり(競争関係にない取得については対抗関係にない)、背信的悪意者の範囲の拡大は次善の策であると考えられる。即ち、相続関係においては実質的には相続人の債権者の権利主張を認めるよりも相続人間の公正な配分を重視すべきである(相続人の債権者の権利は詐害される場合には権利主張が認められる)。相続人の不当な権利処分の効力は公正な配分の効力に劣後すべきであると考ええる。この点からは相続させる遺言だけでなく、他の相続による物権変動(遺贈、遺産分割)も基本的には対抗問題とはならないと解すべきである。時効においても完成前後で区別するという判例の見解に合理性はあるものの、一律に占有者を優先する判断の持つ合理性の方が優れていると考える。時効制度とは正当な権利者の権利を保障するものであり(所有権の証明はできないが、時効取得者がそもそも所有者である)、そのために他人の不動産を占有する者が保護されることになる場合が生じるのは避けられない。個別の事情を考慮することなく一律に時効による権利取得を認めるのは時効制度の趣旨を重要と考えるものであり、

その点からも時効取得者の取得は登記がなくとも第三者に主張しうると解すべきである。競争関係にない場合は対抗関係ではなく、登記の有無が結論を決するのではなく、多様な要因から他方取得者の取得が認められるのが判断されるべきである。

また、一般論としての権利喪失に値する落ち度の問題（競争関係にある場合には背信的悪意者でない限り登記しないことが権利喪失をもたらし、競争関係にない場合は登記しないことは手続上の落ち度として捉えられず、原則として権利喪失をもたらす落ち度ではなく、あくまでも第一取得者が正当な取得者であるが、一般論として処分者に不当性のない場合、取得者に落ち度のない場合に落ち度として評価されうる場合はあり、登記の有無だけでなく、詳しい事実関係に基づき判断すべきである）、善意者保護の問題については、権利者の帰責性だけを問題とするのではなく、処分者の違法性を問題とすべきであるとしてきた。

このように、あらゆる変動原因について登記をしないことの落ち度を画一的に権利喪失をもたらすとすべきでなく、変動原因によつては権利喪失をもたらさず（対抗関係ではなく）、また、もたらす場合でも背信的悪意者排除論において不当処分者の態様など取引経過を全体的に考察すべきである。即ち処分行為の違法性によつて効力が否定されるべきであり、取引経過全体から見ても認められない取引に対して効力を否定すべきであると考えるのである。このことは権利喪失をもたらす落ち度として認定される場合、善意者保護事例においても同様であり、名義人の態様など全体として考察すべきである。登記をなすべきであることよりも不当と判断されうる取引の効力を否定すべきである（不動産の持つ伝統的意義を重視し、取引的価値を重視すべきではない）。

以前、信託受益権の物権的効力に関する論稿において信託受益権の物権性を主張したが、それを考える上でも上述

の考察が参考となる。即ち、設定者・受託者間の強い信賴關係に基づく受益者の権利の性質について、強い信賴關係にあるために強い権利が認められるのであり(物權性)、それに反する受託者の信託義務違反は重大な責任をもたらすものであり、第三者は善意無過失の場合に限って保護される場合があるにすぎない。⁽⁸²⁾

〔注〕

(1) この問題を扱う拙稿として「公示原則と登記の意義」『イギリス土地信託法の基礎的考察』(二〇〇〇年) 四四頁、「不動産の二重売買と権限外処分」商大論集五五巻一号六三頁がある。登記の意義について政策的配慮など外部的な要因、不動産取引手続においてどのような点が重視されるべきかを考慮すべきとした。不動産物權變動については数多くの文献があるが、今までの議論をまとめるものとして以下の文献を挙げておく。原島重義『注釈民法(6)』(昭和四二年)、鎌田薫「対抗問題と第三者」『民法講座2』(昭和五九年) 六七頁以下、池田恒男「登記を要する物權變動」『民法講座2』一三七頁以下、ジュリスト増刊『不動産物權變動の法理』(一九八三年)。

(2) 拙稿前掲「不動産の二重売買と権限外処分」六三頁。

(3) 拙稿前掲「公示原則と登記の意義」五五頁以下。

(4) 鎌田前掲論文八六頁、拙稿前掲「公示原則と登記の意義」七五頁以下。

(5) 池田恒男「明治四一年大審院『第三者』制限連合部判決の意義—不動産物權變動論の歴史的理解のために」社研二八巻二号一六三頁、川井健「民法一七七条第三者制限判決—民法判例と時代思潮」『民法判例と時代思潮』(昭和五六年) 三一頁、田中淳子「相続と登記」(平成一年) 九頁、拙稿前掲「公示原則と登記の意義」四五頁。

- (6) 我妻栄『物権法』（昭和二十七年）九三頁、石田文次郎『物権法論』（昭和二十二年）一〇一頁、末弘巖太郎『物権法上』（大正一五年）六七頁、舟橋諱一『物権法』（昭和三五年）一四六頁、石坂音四郎『意思表示以外ノ原因ニ基ク不動産物権變動ト登記（二）』法協三五卷三三頁六一頁など。
- (7) 半田正夫「不動産二重譲渡論への一つのアプローチ」北法一六卷四号三八頁、篠塚昭次「物権の二重譲渡」『論争民法学Ⅰ』（昭和四五年）二四頁、石田喜久夫「現代の物権変動論」『物権変動論』（昭和四四年）一九九頁、月岡利男「不動産物権変動と対抗問題」沖大論叢一三卷一頁一頁など。
- (8) 鈴木祿弥「民法一七七条の『対抗スルコトヲ得ズ』の意味」『物権法の研究』（一九七六年）二四二頁、滝沢隼代「物権變動における意思主義・対抗要件主義の継授」法協九四卷七号一〇五三頁。論争をまとめたものとして鎌田薫「二重譲渡」の法的構成」『民法の争点』一〇〇頁がある。
- (9) 拙稿前掲「不動産の二重売買と権限外処分」六三頁。
- (10) 判例批評として多くの文献があるが、まとめたものとして、松岡久和『民法判例百選Ⅰ（第五版増補版）』一一二頁、乾昭三『家族法判例百選（新版）』一七二頁、品川孝次『民法の判例（第三版）』六一頁、東海林邦彦『家族法判例百選（第三版）』二二六頁、佐藤義彦『民法の基本判例』六四頁、西原道雄『不動産取引判例百選』四六頁、小野幸二『家族法判例百選（第五版）』一四六頁がある。
- (11) 判例批評として多くの文献があるが、まとめたものとして、石田喜久夫『民法第一七七条の判例』（昭和五九年）一一五頁、甲斐道太郎『家族法判例百選（第三版）』二二二頁、山本敬三『家族法判例百選（第五版）』二〇一頁がある。
- (12) 判例批評として多くの文献があるが、まとめたものとして、松岡久和『民法判例百選Ⅰ（第五版増補版）』二二三頁、遠藤浩『家族法判例百選（第三版）』二二八頁、品川孝次『家族法判例百選（第五版）』二二〇頁などがある。

- (13) 判例批評として多くの文献があるが、まとめたものとして、浦野雄幸『家族法判例百選(第二版)』二四五頁、石田喜久夫『家族法判例百選(第三版)』一二三頁がある。
- (14) 判例批評として多くの文献があるが、まとめたものとして、石田喜久夫『家族法判例百選(第五版)』二〇二頁がある。
- (15) 判例批評として、泉久雄・民商九九卷一号七九頁、沖野真巳・法協一〇五卷二二号二〇七頁がある。まとめてものとして、小石侑子『家族法判例百選(第六版)』一八〇頁。
- (16) 相続と登記について、田中淳子前掲書。また高木多喜男「相続と登記」前掲ジュリ増刊『不動産物権変動の法理』一〇四頁。
- (17) 判例批評としていくつかの文献があるが、まとめたものとして、舟橋諱一『判例百選(第二版)』六〇頁、山田卓生『民法判例百選Ⅰ』一一八頁。
- (18) 判例批評として、瀬戸正二・法曹一九卷一六〇頁、於保不二雄・民商五八卷二二八八九頁。
- (19) 判例批評として多くの文献があるが、まとめたものとして、山田卓生『民法判例百選Ⅰ(第五版)』一一六頁。
- (20) 時効と登記について、安達三季生「取得時効と登記」法学志林六五卷三三三頁、星野英一「時効取得と登記」民法論集第四卷三二五頁、水本浩「取得時効と登記(一)(二)」立教法学一九九頁・二〇号一六九頁、加藤一郎「取得時効と登記」法学教室一九八一年二月号五二頁、山田卓生「取得時効と登記」『民法学の現代的課題』(一九七二年)一〇三頁などがある。
- (21) 取消と登記について多くの文献があるが、まとめたものとして、伊藤進『民法の判例(第二版)』四九頁。
- (22) 解除と登記について多くの文献があるが、まとめたものとして、高森八四郎『民法の判例(第二版)』五九頁。
- (23) 幾代通「法律行為の取消と登記」『民法学の基礎的課題上』五三頁など。

- (24) 九四条二項類推適用について半田正夫「不動産登記と公信力」『民法講座2』二一九頁以下、能見善久「民法九四条二項の類推適用」『判例に学ぶ民法』（一九九四年）二六頁、松井宏興「民法九四条二項類推的要論の一考察―特に民法一七七条との関係について」『磯村哲還暦・市民法学の形成と展開（下）』（一九八〇年）八五頁などがある。
- (25) 判例批評として多くの文献があるが、まとめたものとして、磯村保「民法判例百選Ⅰ（第五版増補版）」五四頁。
- (26) 判例批評として、川村俊雄、民商六〇巻六号九一一頁などがある。
- (27) 判例批評として、川井健・民商六四巻三三四七六頁などがある。
- (28) 磯村保「平成一八年度重要判例解説」六六頁。
- (29) 一一〇条について安永正昭「表見代理」『民法講座Ⅰ』（昭和五九年）四八九頁などがある。
- (30) 判例批評として、遠田新一・判夕臨増三九〇号一六頁。
- (31) 川井健「九四条二項類推適用論」前掲ジュリ増刊『不動産物権変動の法理』八頁。
- (32) 拙稿「不動産の二重売買と権限外処分」六三頁。
- (33) 拙稿「不動産の二重売買と権限外処分」六三頁。
- (34) 背信的悪意者について、石田剛「不動産二重売買における公序良俗」『奥田昌道還暦・民事法理論の諸問題（下）』（一九九八年）一五九頁以下、松岡前掲「民法一七七条の第三者・再論」一八八頁以下などがある。
- (35) 判例批評として多くの文献があるが、まとめたものとして、池田恒男「民法判例百選Ⅰ（第三版）」一三〇頁、北川弘治「民法判例百選Ⅰ」二二六頁がある。
- (36) 鎌田前掲論文一〇六頁。
- (37) 判例批評として、瀬川信久「民法判例百選Ⅰ（第五版増補版）」一二五頁、横山美夏・法教二〇〇号一四〇頁、吉原節

夫・民事研修四八五号六頁、七戸克彦・民商一一七卷一〇四頁、半田吉信・ジュリ一一二七号一二七頁、鎌田薫「民法の基本判例(第二版)」四五頁などがある。

(38) 大橋弘「最高裁判所判例解説民事編平成八年度」八三一頁。

(39) 判例批評として磯村保前掲「平成一八年度重要判例解説」、武川幸嗣・民商二三五卷二二二頁、佐久間毅・NBL八三四号一八頁、高田淳・法七六一八号一一五頁、渡邊拓・判評五七六号六頁、中舎寛樹・リマークス三四号六頁、村中玲子・民事研修五九二号三七頁、中山布紗・北九州市立大学法政論集三四卷一・二号一五六頁などがある。

(40) 判例批評として、武川幸嗣・民商一二九卷三号一一八頁。

(41) 判例批評として、生熊長幸・リマークス三〇、一四頁、尾島茂樹LEX/DB速報重要判例解説No.二〇〇四一〇〇二、草野元己・法教二八六号一〇四頁、松久三四彦・金法一七一六号三〇頁、辻伸行・判評五四八号二二頁、川井健・NBL七八四号七七頁、原田剛・法七五九四号一一五頁などがある。

(42) 鎌田薫・リマークス三四号一五、一六頁

(43) 判例批評として、石田剛「平成一八年度重要判例解説」六八頁、福永礼治NBL八二九号、一〇頁、高田淳・法七六一六号一一九頁、河津博史・銀法六六二号四〇頁、笠井修・金判一二四八号二頁、小山泰史LEX/DB速報重要判例解説No.二〇〇六一〇〇三、池田恒男・判タ一二二九号三八頁、野澤正充TKCローライブラリー速報判例解説民法(財産法)No.二、鎌田薫・リマークス三四号一四頁、松岡久和・セレクト二〇〇六、二二頁、関武志・判評五七七号一一頁などがある。

(44) 判例批評として、川井健・民商一一九卷三号一〇三頁、大野秀夫・判評四七七号三三頁、松岡久和・セレクト一九九八、一四頁、石田剛・法教二一五号一一〇頁、野澤正充・リマークス一九九九(上)二二頁、横山美夏「平成一〇年度重要判例解説」六三頁などがある。

- (45) 近藤崇晴『最高裁判所判例解説(民事編平成一〇年度)』一八六頁。
- (46) 判例批評として犬伏由子・リマークス二七号七二頁、池田恒男・判タ一一一四号八〇頁、松尾知子・判タ一一一四号八七頁などがある。
- (47) 判例批評として、伊藤昌司『平成三年度重要判例解説』八三頁、倉田卓次・家月三八卷八号一二三頁・判タ七五六号一〇一頁、有地亨・リマークス三三号八二頁、右近健男・判評三九五号四〇頁、岩城謙一・NBL四八二号六頁、揖斐潔・登記研究五二三号一頁、吉田光硯・判タ七六四号六八頁、小林亘・金法一三〇六号一〇頁、半田吉信・ジュリ九九六号一〇六頁、山口純夫・リマークス四号九三頁などがある。
- (48) 塩月秀平『最高裁判所判例解説民事編平成三年度』二二二頁。
- (49) 学説として、泉久雄「遺言法の新たな展開」『講座現代家族法6』(一九九二年)一〇頁、右近健男・大阪府大経済研究三巻二二二四頁、伊藤昌司・法政研究五七巻四号六五一頁、水野謙・法時六二巻七号七八頁、島津一郎・判時一三七四号三頁などがある。
- (50) 判例批評として、松岡久和・民商一一一巻六号九三七頁、山野目章夫『平成六年度重要判例解説』七九頁、湯浅道男・セレクト九四、二四頁、鳥谷部茂・リマークス一一号五二頁、石田喜久夫・京都学園法学一九九五年一四二頁、道垣内弘人・法協一一二巻七号九八三頁などがある。また、徳本伸一「不動産の譲渡担保と弁済期到来後の第三者」『民事法秩序の生成と展開』(一九九六年)六〇一頁。
- (51) 水上敏『最高裁判所判例解説民事編平成六年度』二〇八頁。
- (52) 拙稿「信託受益権の物権的効力について」商大論集五二巻二・三三七七頁、「信託受益権の物権的効力に関する解釈上の問題について」商大論集五四巻二一七頁。