



Title	最高裁判所破棄判例研究(二)
Author(s)	北海道大学法学会
Citation	北海道大學 法學會論集, 7(2), 99-118
Issue Date	1956-12
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/27757">http://hdl.handle.net/2115/27757</a>
Type	bulletin (article)
Note	資料
File Information	7(2)_P99-118.pdf



[Instructions for use](#)

最高裁判所破棄判例研究 (二)

北海道大学法学会

民事判例

自作農創設特別措置法第五条第五号による指定のない農地を買収することの適否

昭和三〇年四月五日第三小法廷判決(昭和二十四年オ三三五号、土地買収禁止等請求事件)最高裁判集九卷四号四一一頁

〔事実及び判旨〕 札幌市に居住する原告(被控訴人、上告人)

伊藤は、旭川市に農地甲及び乙を所有していたが、右につき、旭川市旭川地区農地委員会及び同市旭川新地区農地委員会は、それぞれ買収計画を樹てた。伊藤は、右甲地につき、近くその使用目的を変更することを相当とする土地であるから、自創法第五条第五号により買収から除外せらるべきであるとして、異議、訴願を提起したが却下された。又、乙地については、買収計画の樹てられたことを知らず、異議、訴願の手續を経ない儘に、買収令書の交付を受けた。

そこで伊藤は、国を被告として、右甲地については、買収処分

の禁止を求め、又、乙地についても同じ事情にありとの理由で買収処分

取消を求めて出訴した。  
第一審旭川地裁は、自創法五条五号にいう、「近く土地使用の目的を変更することを相当とする農地で市町村農地委員会が、都道府県農地委員会の承認を得て指定し、又は都道府県農地委員会の指定したもの」は買収しない旨の規定は、近くその使用目的を変更するのが相当である農地は買収から除外するとの趣旨と解すべく、右に該当するか否かは該土地に関する諸般の状況により客観的に決定すべきもので、その指定は所謂法規裁量に属する。しかして、甲、乙両地の中、甲地は右要件に該当すると認められるから、農地委員会がその指定を為さなかつたのは不法である。又このような場合に、予め行政処分の禁止を求めるとなる原告の請求が許されるや否やについては、一般的には、かかる請求は許されざるべきも、本件の場合のように、異議、訴願を経て、農地委員会の意見は確定しており、従つて買収処分を為されること

が必然で、原告の甲地に対する所有権は將に不法な買収処分により侵害されようとしているというべき場合には、かかる請求もゆ

るされるところとして、結局、原告の請求を、甲地については認容し、乙地については棄却した。

右判決に対しては、原被告双方より控訴したが、第二審札幌高裁では、国を被告とした点については、行政事件訴訟特例法施行前の提起に係る訴であるから適法と判示し、又、買収禁止の請求については、まさに違法の行政処分がされようとする必至の場合にはその行政処分の差止を求めらるるに於いて法律上の利益を有する限りかような請求をなし得ない理由がないとし、且つ、甲地は近くその使用目的を変更して宅地とすることを相当とする農地であることも認められたが、右農地についても農地委員会が指定することを要件とし、ここに行政庁が急速な農地改革と遠大な都市計画の遂行との両者を適当に調整する自由裁量の余地を残しているのだから、かかる制度の利弊は別論として、かかる要件の満たされていない甲地について直ちにこれを買収から除外すべきものと断ずることは、裁判所が自らこの指定を行うと同一の結果に帰するのであつて行政の分野に立入るものであり正当でない」と判示して、結局、原判決中原告勝訴の部分を取消し、その請求を棄却し、且つ、乙地についての原告の控訴も棄却した。すなわち、控訴審においては、原告の全面的敗訴となつた訳である。

次に、右に対する上告判決においては、最高裁は、「市町村農

地委員会が同法三条による買収計画を樹立するにあつて、その農地が本件のように客観的に同法五条五号所定の「近く土地使用の目的を変更することを相当とする農地」に該当する場合においては、都道府県農地委員会の承認を得て同号所定の指定を行い、これを同法三条の買収の目的から除外すべきものであつて、かかる農地につき右の指定を行わずして買収計画を樹立することは違法であり、このような違法な買収計画に基づき買収処分もまた違法たることを免れない。(昭和二十七年(オ)八五五号、同二十八年一月二十五日第二小法廷判決)。そうだとすれば第一審判決が甲地を買収すべからざるものとして上告人の請求を認容したのは正当」として、原審が甲地について、第一審判決を取消し、原告の請求を棄却した部分を破棄し、被上告人国の控訴を棄却する判決を下した。

〔評 釋〕

一 自創法五条五号の、(イ)近くその使用目的を変更することを相当とする農地で、(ロ)市町村農地委員会が都道府県農地委員会の承認を得て指定し、又は都道府県農地委員会が指定したものは、買収しないとの規定は、

(甲) (イ)に該当する農地の中、(ロ)の指定があつたものを買収から除外するという趣旨なのか(すなわち、(イ)及び(ロ)を別個

立との要件と見る。)

或は又、

(乙) (イ)に該当する農地は買収から除外することを定めたもので、(ロ)の指定は、(イ)に該当する農地であることの宣言的意味をもつにすぎぬものか、

規定の上からは必ずしも明らかではない。

原審札幌高裁は(甲)説をとり、且つ、その指定は、農地委員会の自由裁量処分と解した。<sup>(1)</sup>その根拠は、法が、農地委員会の政策的判断を認めている、というにあるようであるが、「急速な農地改革と遠大な都市計画との調整」をはかる権限が農地委員会にあるという根拠は何処にも見出せないし(農地潰廃に対する統制権限は都道府県知事に与えられている。農調法六条参照)、その他にも、政策的判断を容れる余地乃至その必要は見出せない。<sup>(2)</sup>さて、(ロ)の指定を法規裁量と解するならば、その基準は、(イ)の点にしか見出せないから、結局、独立要件説は成り立たないことになる。<sup>(3)</sup>

従つて(乙)説を正当と認むべく、従来大多数の裁判所は、この立場をとつている。しからば何故「指定」の手續をとり入れたのか。この点についての充分な説明は与えられていないが、おそらくこれは、市町村農地委員会が、情実などにより、安易に(イ)に該

当する農地であることを認めて買収を怠ることを防ぐ為、その判断を上級委員会に統制下においたものであろう。かく解するならば、指定がない場合にも、(イ)に該当する農地は、買収すべきではないという結論が可能となる。

しかし、(乙)説をとつても、(イ)に該当する農地として(ロ)の指定を行うべきや否やは、農地委員会の自由裁量に属する、と解する余地が残つている。その一つは、(イ)に該当する農地であることの認定が、農地委員会の自由裁量権限に属する、と解するのであるが従来の裁判例は、圧倒的にこれを否定し<sup>(4)</sup>、そのことから、(ロ)の指定は、法規裁量なりとの結論を導き出している。<sup>(5)</sup>おそらく、(イ)の認定は、社会通念に従い、客観的になされるべきものであろうから、これを自由裁量と解することは、正当ではあるまい。

しかし更に、(イ)に該当する農地であつても、買収から除外する<sup>(6)</sup>と否とは委員会の自由である、との説もあり得る。これは、(甲)説と結局同じことに帰着するが、考え方としては、買収除外という特例を認めるかどうか、委員会の自由裁量権ありとするのである。すなわち、処分の性質を基礎に立論して、指定をする<sup>(7)</sup>と否との自由が委員会に認められている場合に当るとするのであるが、既存の権利の剝奪に関する問題であるから、処分の性質から見れば、むしろ、自由裁量と解する余地はない、ということになる。<sup>(8)</sup>

二 かくて結局判旨正当ということになるが、これには次のような実質的考慮を附加しておきたい。

すなわち、自創法の目的は、旧来の地主的土地所有を廢絶し、独立自営農民の創出を図るにあるのだが、それは、在村地主に一定限度の保有地を認めることにも明らかなように、必ずしも徹底したものではない。従つて、一個の農地に対する地主と小作人との利害關係を衡量する場合にも、従来耕作者であつた、ということにウェイトがあるのではなく、将来に続く耕作者としての地位を保護しよう、というのである。従つて、或る農地が近く宅地化すべき状況の下にある、という場合には、その農地を従来の耕作者に与える理由はなく、地主の所有者としての地位が絶対的な意味をもつ。言葉を代えれば、農地の転用によつて生ずる利益は、従来の耕作者ではなく所有者に帰属すべきもの、ということになるのである。これが、自創法五条五号の法意であろう。それは、確に、耕作者よりも地主の保護に厚い結果となるけれども、現行財産法秩序の中においてこの規定を考へるときには、自創法の中にかかる規定の存することは不思議ではない。

しかし、その反面において、耕作者は、従来の実績により、農地所有者たる地位を有し得るのであるから、将来、その農地が他に転用されることになつても、その故に、その農地の取得が不当

視される理由はない。従つて、五条五号の要件は、むしろ、嚴重に解釈されるのが至当であつて、問題の眞の岐れ目は、そこにあるといつてよい。

三 次に、本件に関しては、次の二点において、司法権の限界に関する問題がある。

(1) その一つは、裁判所が、農地委員会が除外指定を為さずして買収したことを違法として当該買収行為を取り消すことは、実質的に、裁判所が、委員会に代つて買収除外指定を為すことに帰着し、司法権の限界をこえることにはならないかの問題である。原審札幌高裁は、指定が自由裁量であることに關係づけてこの議論を述べているが、自由裁量ならば、指定をしないことの違法は問題にならないから、当然買収も取り消せない。指定が法規裁量であることを前提としてはじめて、この問題は生じ得るのである。ところで、司法権の限界に関する根本問題はここでは論外とし、裁判所が買収を取り消すことが、農地委員会に代つて指定することになるのかどうかという点に限つて、問題を考察しよう。

第一に、自創法五条五号の指定は、前述のように、宣言的意味をもつに過ぎず、買収除外の実質的要件ではない。指定の有無に拘わらず、近く使用目的の変更を相当とする農地は買収できないのであるから、指定なき農地の買収を取り消したとしても、それ

は、農地委員会が指定すべきであるのにしなかつたという判断を含んでいる中で、裁判所が指定行為を代行したことにはならない。

第二に、指定行為にもつとウェイトを置いて考えても、結論は同じである。すなわち、この場合には、指定を為すべきであるのになさなかつた違法が、買収を瑕疵あらしめたということになるのであるから、それは丁度、先行行為の違法が後行行為を瑕疵あらしめる場合と異なる所はない。先行不作為の違法が後行行為に承継されたと云つてもよい。従つてそれは、後行行為の違法判断の基準となるのであつて、裁判所が、行政権の行使を代行したのではない。実質的に見て同じ事に帰着するからといつて、その故に、裁判所の審理権が妨げられることはないのである。<sup>(8)</sup>

第三に、裁判所が、行政庁の不作為の違法を判断するということは、通例、行政権のイニシアティブを奪うこととなる点に問題がある。すなわち、行政庁が指定するかしないかがまだ将来の問題に残されているときに、指定しないことの違法をとり上げることは問題がある。しかし本件の場合には、指定しないことを前提とする次の行為が行われているのであるから、指定しないことの違法を論ずるのは、いわば、不作為の違法の事後審査であつてこの点から見ても、司法権の限界をこえたことにはならないのである。

(2) 次に、問題は、行政庁に対する買収禁止の請求を認めることが、司法権の限界をこえることにはならないか、の点について生ずる。

本判決は、原告の国に対する買収禁止の請求を認容した原判決を正当として支持している。しかし、この判決については、それが、右の問いに対する最高裁判所の回答を為すものであるかどうかについて、先ず問題がある。

すなわち、本判決は、この訴が適法であるかどうかについては、一言半句の言及もない儘に、第一審判決を支持している。これについては、本件の場合、最高裁は、本件訴の適否について判断を下す必要がなく、従つて、本判決は、最高裁判所が、暗黙にもせよ、右訴を適法と認めたものと解することはできない、とする見解がある。<sup>(9)</sup>しかし、訴訟要件に関する問題は職権調査事項であるから、この見解には疑問がある。矢張り、本判決において、最高裁は、農地買収計画を違法と認むべき場合には、買収禁止の裁判を為し得ることを認めたものと解するの外はないが、最高裁がこの点について明白な判断とその理由を示さなかつたことは、問題を故意に回避した失態であるように思われる。従来の学説判例における通説に反する判断と思われるに、一層、その感が深い。

資料

しかし、本件判決をどう解するかはさておき、第一審及び第二審判決は、はつきりと、この訴を適法と認めている。これに対してはどう考えるべきか。

私も、行政処分に対する裁判所の権能は、原則として、その事後審査に限られるべきものと考ええる。従つて、原則として、行政庁に、作為、不作為を命ずる裁判は為し得ない。しかし、私は、これを、権力分立制における、行政権の、司法権に対する独立という観点から導き出すのではなく(そうなれば、絶対的な原則となる)、むしろ、機能的に、裁判所は、行政権のインシアティヴを尊重すべきものと考え、ことに基づく。従つて、実質的に見て、行政権のインシアティヴを侵すことにならないような場合には、かかる裁判も許されてよいのではないかと思う。いかなる場合がそれに当るかは問題であるが、少なくとも本件の場合のように、買収計画は、買収処分を目的として樹立されるものであり、実質的な権利保護の利益は、買収処分の許否を巡つて存する場合には、買収計画の違法を理由に、買収禁止の裁判を為し得ないとする根拠には乏しいと思う。しかし、この問題については、なおよく考えたい。

- (1) 同旨、盛岡地、昭二四・七・一二行裁月報三二(375)
- (2) 山田幸男・最近の判例よりみた自由裁量問題、判例時報

五七号附録判例評論二五頁は、「かかる指定はその技術的理由から行政庁の自由裁量に委ねられるのである」として、本件札幌高裁の立場を支持される。

- (3) 指定なき場合の買収計画は適法、とのみ述べている奈良地、昭二四・二・二六行裁月報一九(295)も独立要件説である。
- (4) 本体原審札幌高裁判決もこの点は同様である。
- (5) 岡山地、昭二四・一・一七行裁月報一六(248)、福島地、昭二五・一・一三行裁例集一の二一(204)、和歌山地、昭二六・六・二五行裁例集二の七(152)、東京高、昭二七・一・三〇行裁例集三の一〇、仙台高、昭二七・七・七行裁例集三の六(134)、静岡地、昭二八・六・四行裁例集四の六(134)など。なお、本判決において先例として引用されている最高裁判例(民集七の一三、一六六九頁)は、右仙台高判決に対する上告を棄却したもの。
- (6) この考え方をとつた例はない。逆に、「既存の権利を剝奪することとなるから」(京都地、昭二三・一一・三行裁月報一六(245))、「農地以外の目的に使用することの方が土地の利用価値を増進するという理由で除外例を設けたのだから」(大阪高、昭二七・七・一一行裁例集三の六(155))の如く、(イ)の要件該当農地は必ず指定して買収から除外すべき旨を積極的に説いた例がある。なお、秋田地、昭二三・一〇・六行裁月報一四(209)、同判批、藤田晴子・自治研究二六卷一、二、七三頁および本件判批、東民夫・民商三三卷三、四七頁

の理由づけ参照。

(7) 裁判所が農地委員会に対し、指定を命ずる裁判を求めることは許されない(盛岡地、昭二四・二・二二行裁月報一七(287))。

(8) 大阪高、昭二七・七・一一行裁例集三の六(198)参照。

(9) 東氏前掲判批。

(10) 東氏は、「最高裁における民事上告事件の審判の特例に関する法律」を根拠とされるが、同法は民訴四〇二条の特例であつて、四〇五条の特例を定めたものではないから、かく解することには疑問がある。

(今村成和)

### 不当利得につき使用人に悪意ある場合における法人の悪意の有無

昭和三〇年五月二三日第二小法廷判決(昭二六年(オ)二九八号預ケ金返還請求事件)最高裁判集九卷六号二三頁

〔事実及び判旨〕 X(鳥取県農業会)——原告、被控訴人、被上告人)はその会員に支給するため、訴外南都商事株式会社との間に煮干鱈の買受契約をなし、その出荷斡旋の労をとるY(長崎県水産業会)——被告、控訴人、上告人)の当該支所長事務取扱なる田中某に金七六万円を寄託し、訴外会社が右煮干鱈の船積を完了したときに之を同会社に交付せしむる旨の寄託契約を締結して、

Yの預金口座に右金額を払込んだ。然るにその後、右売買契約が合意解除せられたので、XはYに対して、仮りに右寄託契約がYの事業目的の範囲外の行為であるとしてもYには不当利得が成立するとして寄託金の返還を請求して本訴に及んだ。之に対し、右寄託契約が締結された二箇月前より、加工水産物配給規則によつて加工水産物の集荷出荷及び販売に関する一切の事業を行なうことが出来なくなつていたYは、右寄託契約を無効としさらに同契約の締結者を使用人たる田中某なりとして、自己の返還義務を否認して争つた。第一審X勝訴。そこでYは、(1)本件受託契約につきYの預金口座が冒用されたものであること、(2)当該金員は既に訴外会社に対して返還したことを主張して控訴したが、原審は、(1)預金口座に払込まれた以上本件においてはYに不当利得が成立するとして、Yを悪意なりとするXの主張を容れて、(2)本件田中某は右受託契約を締結する際、それが法人たるYの事業目的の範囲外の行為であり、従つて法律上の原因なくして当該金員を取得するものであることを知つていたことを認めうるから、Yの支所長事務取扱なる同人において右の事実を知悉していた以上、Y自身右金員を取得するにつき悪意であつたものとして、Yに返還義務を認めXを勝訴せしめた。そこでYは、原審における主張を繰返し乍ら、更に原判決には法人の行為と使用人の行為と



## 資 料

を混淆し、代理権なき者の意思を以て法人たるYの意思なりとした違法があるとして上告した。

最高裁は右上告理由の後段を容れて、次の通り判示した。「原判決が」右受託契約を上告人水産業会(Y)の目的の範囲外の行為であるとする以上、右水産業会の支所長事務取扱に過ぎない田中仁作の悪意を以て直ちに右法人たる上告人の悪意と解するについては、すべからず、その法的根拠を示さなければならぬ。

(中略) 同人が単なる法人の使用人に過ぎないならば法人の目的の範囲外に属する事項について法人を代理する権限のないことは勿論であつて、従つて代理権なきものの悪意を以て直ちに、本人の悪意と目すべき法的根拠を欠くからである。原判決が右田中仁作の上告人水産業会における地位を明確にすることなく、たやすく同人の悪意を以て上告人の悪意と解したことは、この点に関する法令の解釈をあまり審理不尽の違法に陥つたものといわざるを得ない」として原判決を破毀し差戻した。

之については、二つの少数意見がある。

まず、小谷裁判官の少数意見について。——法人の目的の範囲外の事項については、使用人はもとより機関と雖も法人を代理する権限なく、従つてその法律行為本来の法律上の効果は法人には帰属せしめえない。ただ本件のように不当利得となる場合の善意

悪意の問題は、機関と使用人とは本質的差異があり、使用人は特に機関の命令・指示・委任または承認ある場合にのみ、機関自らが行つた行為の場合と同様の法律上の効果を法人に及ぼし得る。

そこで、本件において該金員がYの預金口座に払込まれてその一般経理に属するに至つた時以降、本件田中のした受託契約は(同人が使用人であるとしても)Yにおいて少なくとも承認したものと解されるから、Yは右時以降悪意の受益者となるとして、原判決の結論を是認し上告棄却を主張する。なお、仮りに多数意見のように破毀差戻すとしても、本件田中のした受託契約につき、少なくともYの承認があつたか否かの点をも併せて再審理させるべきものとする。

次に、谷村裁判官の少数意見について。——本件は、田中にYの従たる事務所の業務一切を担当処理する権限があるものと認められ、且つXに、田中が右受託契約を締結する代理権を有するものと信すべき正当の事由がある場合に相当するから、民法表見代理の規定及び第一〇一条の規定に則り、田中につき悪意の有無を決すべきであるとして原判決を支持する。

〔評釈〕 本判決は、法人の不当利得における善意悪意の問題につき重要な解釈を示したものと見て注目されるが、判旨には疑問がある。

判旨は、法人の事業目的の範囲外に属する事項については、(1) 機関ならば兎も角、(2) 単なる使用人には代理権なく、(3) 代理権なき者の悪意を以て直ちに本人の悪意とすることは出来ないと言ふ。(以下に(1)(2)(3)とあるは右の各論点を示す)。

先ず判例は、法人のうち営利法人についてはその「目的の範囲」を広く解し(例、昭一三・二・七民集五〇頁)、公益法人や特殊法人については之を嚴格に解する傾向(例、昭八・七・一九民集二二九頁)にあり、通説もこの立場を認める。従つて本件の如く経済統制を目的として法令により設立せられた国策的な特殊法人にあつては、その事業目的の遂行上法人の管掌事項は一定の限界を与えられ、例えば物の生産、集出荷、販売等については、それぞれにつき法人の設立されることが多い。斯る法人の事業「目的の範囲」は特に法令に従つて嚴格に解されなければならないであろう。本件において、Yが煮干鰯の集出荷、販売に関する一切の権限を法令上失うに至つたというのであるから、その時以降Yは右の事項につき権利義務の帰属権を有しないこととなつたのである。然らば、判旨が斯る事項についても法人の「機関」には代理権あるかの如き表現をとつている(1)のは誤であつて、之はむしろ小谷裁判官の云う如く、「機関」と雖も代理権を有しないと云わねばならぬ。従つて単なる使用人に代理権のない(2)ことは

当然であらう。本人たる法人に権利義務の帰属権のない事項について無権代理の成立する余地なく、従つて表見代理の規定を援用せんとする谷村裁判官の少数意見には基本的な難点がある。

ところで、右に問題となつてゐる代理権は、法人の事業「目的の範囲」外の事項に関するものであり、斯る代理権は所謂「機関」と雖も之を有しないことは右に述べた通りである。然らば、斯る意味での代理権につき、之を有しない者の悪意を以て直ちに本人の悪意となし得ず(3)としてゐるかにみえる判旨は大いに問題であらう。蓋し、斯る意味での代理権は「機関」と雖も之を有しないものであるとすれば、判旨の理論上本人たる法人に悪意の成立する余地がないこととなつて妥当性を欠く。従つて判旨が民法一〇一条により「代理権なき者の悪意を以て、直ちに本人の悪意となしえず」と云う場合の代理権は、本来、本人を代理する正当な権限、本件について云えば、法人を代理する権限(代表権)及び特別事項の受任に基づく代理権)の謂でなければならぬ。然るに判旨は、斯る意味での代理権と、前述の「機関」と雖も「目的の範囲」外の事項については代理権を有しないという)意味での代理権とを混淆し以て右の如き妥当性を欠く理論的結論を招いたものと思われる。而してこの点の洞察を欠いた為に、小谷裁判官は、法人の「目的の範囲」外の事項については「機関」と

使用人との間に代理権の有無につき何等差異はないが、不当利得となる場合の善意悪意の問題は兩者間に本質的差異があるとして、使用人の悪意までも「機関」に承認せしめんとする無理な理論構成を敢てする結果となつたようである。本件田中のした受託契約は、その受託金がYの預金口座に払込まれて一般経理に属するに至つた時は、「機関」の承認があつたものと為しうるにしても、その悪意まで承認されたものと擬制するのは困難ではあるまいか。

そこで、むしろ本件の如き法人の「目的の範囲」外の事項に関する不当利得の問題は、法人の不法行為上の責任の問題と関連せしめて考察するのが妥当と考える。兩者は共に、正当な権限（目的の範囲）内の代理権、「職務」権限の行使に当たらないという点で本質上その軌を一にするからである。然る時は、「機関」乃至「理事その他の代理人」の行為の効果は、その何れの場合（目的の範囲）外の事項に関する場合並びに不法行為の場合）に於ても直接本人たる法人に帰属し、法人において責に任ずることは云うまでもない。問題は被用者の場合である。不法行為については、その選任・監督上の過失ある場合に本人たる法人が責任を負う（民七二五但書）のであるが、使用者たる法人の過失は誰について決すべきであらうか。従来の判例通説は、「機関」たる理事について決すべきものとしているようであるが、使用者の不法行

為責任の性質上、理事に限るよりは、むしろ實際上その被用者の選任・監督につき責任を負うべき立場にある者について決すべきものと思う（川島「民法」三三七八頁参照）。右は「目的の範囲」外の事項に関する不当利得についても同様であつて、その善意悪意は「機関」たる理事に限らず、当該法人の「目的の範囲」内の事業につき、實際上之を担当処理すべき地位にある者について決すべきではあるまいか。理事以外の者の善意悪意を理事の善意悪意として無理に擬制する必要はないであらう。本件においては支所長若しくは之と同等の地位にある者が右に含まれる。ところで、本件田中は支所長事務取扱と云うのであるが、寄託契約の相手方は田中個人ではなくYなりとするXの主張、並びに「支所長事務取扱たる田中仁作において右事実を知悉していた以上」という原審の判文を照合し、且つ殊に谷村判官の「田中仁作は上告人（Y）の委任により従前から北松支所長または支所長事務取扱として同支所の業務一切を処理していた」とする少数意見を参照して考察すれば、支所長事務取扱なる田中の地位は（対外的にも）支所長に相当する地位の如くであり、亦経験上支所長事務取扱は支所長缺欠の場合に置くことが多い点からみて、斯る田中のYにおける対内的地位は、悪意の有無を彼について決せしむるに足るものもの如く解される。併しこの点は必ずしも原審によつて明確に認定され

ている訳ではないのであるから、之を理審せしむる必要があり、従つて原判決を破毀差戻す本判決の結論には斯る意味で賛成しておきたい(なお、田中は「情義上これを断ることが出来ず」止むなく寄託契約を締結したのだという第一審におけるYの主張からも、田中の悪意を推定しうる)。

本件におけるその他の問題は紙幅の都合上之を割愛する。

本判決には大阪市大谷口教授の評釈がある。(民商法雑誌第三十三巻第四号) (菅原勝伴)

### 賃借権譲渡の承諾撤回の許否

昭和三〇年五月一三日第二小法廷判決(昭和二七年(オ)第一〇五五号家屋明渡等請求事件) 最高裁民集九卷六号六九八頁

〔事実及び判旨〕 被告(控訴人・上告人)は原告(被控訴人・被上告人)から本件係争家屋を昭和一七年以来引続き賃借していたが昭和二三年にいたり転勤の事由を生じその移転費捻出のため原告に対して賃借権譲渡についての承諾を求めた。これに対し原告は当時転居先を物色中であつたため被告の申出を拒絶したが、その後転居先賃借の見込がいたのでこの事実をつけて賃借権譲渡承諾の意思表示をし、この承諾の代償として原告の移転料の一

部を被告に負担させる交渉をする段階にあつた。しかるに原告はその賃借がその後不可能となつたためこの間の事情を述べて被告に先の承諾を撤回する旨の意思を表示したが、当時なお賃借権の譲受人を物色中であつた被告は原告の申出にも拘らず他の被告との間に賃借権の譲渡契約を締結しついで譲受人たる被告は本件家屋に居住するにいたつた。そこで原告は賃借人たる被告に対しては賃借契約を解除したうえ、被告それぞれに対して家屋明渡ならびに損害金の支払を求めて本訴を提起した。

第一審は、原告の承諾撤回の意思表示が被告の譲渡契約成立前になされている事実を認定したうえで、つぎの理由によつて原告の請求を認容した。民法六一二条の賃借権譲渡の承諾は賃借人以外の第三者に目的物を使用させることの許諾という単独行為であり、この承諾は、賃借人が他人と譲渡契約を締結しあるいは締結の段階に近い程度に具体化している場合には、賃借人の同意ある場合のほか、撤回は許されない。しかし右の段階にいたる以前の状況においては、一旦承諾をした以上いかなる理由あるも撤回できぬというものではなく、撤回の許否は当事者双方の利害関係を公平に比較したうえで決定さるべきものである。そして本件における原告被告相互の利害関係を比較考量すれば、原告の軽率もさることながら、賃借人たる被告が撤回の意思表示後において譲渡

契約を成立せしめた点、譲受人たる被告が直接原告の意思を確めなかつた点において、原告に参酌すべき点多しと判断した。被告の控訴に対して、原審は第一審判決と同一の理由により控訴棄却。そこで控訴人は上告したが最高裁はつきのごとく判旨して原判決を破棄差戻した。

「民法六一二条に規定するところの賃借人の賃借権譲渡に関する賃借人の承諾は、賃借権に対し、譲渡性を付与する意思表示であつて、(相手方ある単独行為)賃借権は一般には、譲渡性を欠くのであるが、この賃借人の意思表示によつて賃借権は譲渡性を付与せられ、その効果として、賃借人は、爾後有効に賃借権を譲渡し得ることとなるのである。そうして賃借権が譲渡性をもつかどうかというものは賃借人の財産権上の利害に重大な影響を及ぼすことは勿論であるから、賃借人が賃借人に対し一旦賃借権の譲渡について承諾を与えた以上、たとえ、本件のごとく賃借人が未だ第三者と賃借権譲渡の契約を締結しない以前であつても、賃借人一方の事情に基づいて、その一方的の意思表示をもつて、承諾を撤回し、一旦与えた賃借権の譲渡性を奪うということは許されない」

右の多数意見に対して小谷裁判官は、賃借権譲渡承諾は、かならずしも単独行為の場合だけとはかぎらず、契約に基づくことも

ありこの場合には法定約定の事由により承諾解除の余地があり、さらに単独行為たる場合でも条件附の場合には同様撤回が可能であるとしたうえ、本件承諾は無条件のものであるから相手方の同意なきかぎり撤回は不可能であるとして、多数意見に補足的に賛成する。

これに対して谷村裁判官は、承諾が契約に基づく場合及びすでに譲渡契約が成立した場合は別として、本件のごとく譲渡契約成立前の単独行為においては、一審判決の判旨が正当であり、多数意見の見解は承諾の性質に副わらないばかりでなく、賃借人の保護の点にのみ考慮を払うの余り賃借人の權益を害する結果を招来し衡平の観念に反するものとし、上告棄却が相当であると少数意見を提出する。

〔評釈〕 小谷裁判官の補足意見を含めた多数意見の結論に賛成する。

賃借権の譲渡の承諾に撤回が許されるかどうかに関しては、多数意見と同趣旨の下級審の判決(広島地、昭和八・三・二三新聞三七三三号八頁)があるのみで、上告審の判決としては本判決が最初のものようである。多数意見と一・二審および少数意見との見解の分れ目は、賃借権譲渡の承諾の法律上の性質をいかにみるかにかかっている。

一 およそ意思表示は、一旦これをなした以上、相手方の承諾なくして一方的に撤回しえぬのが原則であり、民法四〇七条二項、五四〇条二項、九一九条一項、九八九条一項のときは当然のことを規定したにとどまる。もつとも法律の規定によつて例外の認められることはある——民法六条二項(八二三条二項)、五二四条、一〇二二条など。これらはそれぞれの制度の趣旨にもとづいて民法が先の原則に対して特別を定めたものである。しかしこれらの場合は当面の質借権譲渡の承諾との間に類似性を有しない。問題となるのは同じく単独行為たる未成年者の法律行為に対する法定代理人の同意である。この同意に関しては、ドイツ民法一八三条の規定にならない、未成年者が同意にもとづき法律行為をなす以前の段階においては、法定代理人はこの同意を無条件に撤回しうると解するのが通説である(我妻・民法総則六三頁、柚木・判例民法総論上二二〇頁)。一・二番および谷村裁判官の少数意見は、質借権譲渡の承諾の性質をこの同意と同様にみて、質借権譲渡契約の締結(ないし締結に近い具体化の段階)以前においては、撤回の許容しうる場合もあると考えたものと思われる。ただ未成年者の法律行為に対する法定代理人の同意の場合には、同意がもつぱら未成年者の保護を目的として設けられているところから、無条件に撤回しうると解されているに反し、質借権譲渡の承諾の場合

には、質貸人の利益を保護することを目的として設けられているところから、この撤回の許容は無条件に認められるのではなく、質貸借の当事者双方の利害関係を比較考量した上で、承諾を撤回すべき相当の理由があるかどうかによつて判断すべきものと考えたものであろう。一見きわめて妥当な見解のように思われなくもない。しかしこの見解が容認されるためには、未成年者の法律行為に対する法定代理人の同意が質借権譲渡に対する質貸人の承諾と同様の性質のものであることが論証されねばならぬと考えられる。

二 わが民法は、質借権に関しては、譲渡・転貸自由の原則(フランス民法一一七条、スイス債務法二六四条)を排して、ドイツ民法五四九条と同様、承諾なくして譲渡・転貸をなしえないものとし質借権に譲渡性を認めていない。わが国の旧慣を参酌したものといわれるが、その理由は「質借人ノ何人ナルカハ質貸人ノ利益ニ関シ至大ノ関係ヲ有スル事項ニシテ質借人ノ資力性行職業等異ナルトキハ自ラ物ノ使用収益ノ程度方法ニモ差異ヲ生ス」るためと説明されている(大判大正八・一一・二四録二五輯二〇九九頁)。ところでこのように一般的には譲渡・転貸の自由のない質借権も質貸人の承諾によつて譲渡・転貸をなしうるわけであるが、この場合の承諾はいかなる性質のものであろうか。この場合注意

さるべきは、未成年者の法律行為に対する法定代理人の同意とちがつて、質貸人の承諾は、転貸借契約ないし譲渡契約自体とは一応無関係であるという点である。このことは転貸の場合には明白である。ただし転貸借契約は、承諾の有無とは無関係に当事者間においては有効に成立しうるからである。承諾は、転借人が直接質貸人に対して適法なる地位を取得する効果を付与するにとどまらず、またこの承諾によつて生ずるその効果から考えても、相手方の同意なくして承諾を撤回できぬと考えるべきは当然であろう。この意思表示によつて、質借人のもつ質借権の内容に変容をきたすからである（ドイツの学説も撤回を認めない。Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, S. 508）。質借権譲渡は転貸とはその性質が異なる。前者は一種の債権譲渡とみられるからである（わが民法はフランス民法と同様質借権譲渡と転貸を同一に規定するが、ドイツ民法は転貸のみを規定し質借権譲渡にふれていない。質借権の非譲渡性は使用貸借の性質自体（三九九条）に由来するもので、ただこれは質貸人の利益のために認められたものゆえ、質貸人の同意によつて譲渡しうるものとされる。Enneccerus-Lehmann, S. 509）。質借権譲渡契約が承諾の有無と無関係に有効に成立するかどうかは問題である。判例は転貸と同

視する（同旨我妻・民法Ⅱ六三七頁）。通説はこれに反対して原因たる債権行為は有効なるも質借権譲渡の物権的行為は無効と解する（鳩山・債権法各論四七八頁、末弘・債権各論六〇九頁、末川・所有権・契約その他の研究一八四頁、勝本・契約各論一卷二二九頁）。しかし質借権譲渡契約と転貸借契約との性質は異なるにしても、承諾が譲渡契約それ自体に向けられているとみることはできない。この点は多数意見のいうごとく、承諾は質借権が一般には欠くところの譲渡性を附与する意思表示とみるべく、それは直接質借権自体に向けられていると考えるのが妥当である（末川・前掲一九三頁）。この点で質借権譲渡の承諾は、転貸の承諾が転貸をして質貸人に対する関係で適法ならしむる効果をもつに對して、本来譲渡性なき質借権をして譲渡性あるものに転化せしめる効果をもつわけで、その効果は転貸の場合よりもより強力かつ直接的であるといえる。この場合には、同じく質借権の内容に変容をおよぼすのではあるが、その効果は転貸の場合に比して一層大きく、それは質借権の財産的価値をも変えるものといわねばならぬ。そしてこれは質借権について一般的には社会的にも承認されている事実である。質借権譲渡承諾の性質を右のごとく解すべきとすれば、その一方的撤回が許されぬのは当然というべきである（もつとも、承諾の性質を本判決のごとく解するとき、承諾なき質借

権譲渡の効力を単に質貸人に対抗しえざるにとどまると解する従来の判例理論との関連をどうつけるかは問題である。あるいは質借権譲渡の承諾の性質をそう解するにしても、なお撤回を絶対に許さずとすることなく、当事者の利害の比較考量という限度で撤回の認められる余地があると考えられるかもしれない。しかし一般条項の場合ならともかく、当事者の意思によつて財産的価値を変更させるごとき場合には、この議論は通用しない。もしもまた質貸人にとつてあまりに酷というような場合には、普通にはそれはつぎに述べるごとく承諾の問題であることが多く、撤回を認めるかいなかの問題ではない。

右のように質借権譲渡承諾は一旦これをなした以上、相手方の同意なく、一方的に撤回しえざるものと解するのが妥当と考えられるが、この承諾はその内容において多様でありうるから、具体的な場合に充分に吟味される必要がある。すなわち、承諾はなんらの制限なく一般的になされることもあり、また特定の譲受人を指名してなされることもある。また条件附でなされる場合のあることはもちろんである。また有効ならざる承諾の場合も考えられる。この点質借権譲渡に関する慣行は地域によつてかならずしも同一ではないと思われ、また質貸人の主観的意識においても種々差異のあることが考えられる。質借借契約自体の人的色彩の

濃度によつて大いに影響をうけることもある。したがつて、一般的に質借権の譲渡性をなるべく認めてゆくべきは当然としても、譲渡承諾の意思表示の意思解釈にあつては充分に留意すべきものと思う。この点原審の審理は不充分といわねばならぬ。

三 質借権譲渡の承諾は、質借権が一般に欠く譲渡性付与の単独行為であるが、このことはこの承諾が質借人よりの申込に對してなされた場合に契約によつて譲渡権が設定されることを排斥するものではない。本件において承諾が契約の内容としてなされたとは断定しえないが(この点も審理不盡——上告理由の第一点)、一般に代償を対価として承諾がなされることが多く、この場合には補足意見および少数意見のいうごとく、相手方の同意によるほか債務不履行によつて承諾を解除しうることは当然である。

(山 島 正 男)

処分禁止の仮処分前の処分行為に基づく権利取得の登記が右仮処分の登記後になされたとき、それと仮処分債権者に対抗できるか。

昭和三〇年一月二五日第三小法廷判決(昭和二六年(オ)第一三七号所有権確認並びに所有権移転登記手續請求事件)最高裁判集九卷一一号一六七八頁



〔事實及び判旨〕 本件建物は訴外Aから訴外Bが買い、所有権は移転し、B名義の所有権移転登記があつた。この買受資金はX会社（原告、控訴人・上告人）から支出されておりXB間では本件建物の所有権をXのものとする了解があつた。しかしBからXへの所有権移転登記はない。Bは死亡し、本件建物をY等が相続した。Y等は昭和二年四月九日右建物をZに売却した。XはY等に対し右建物につき「売買譲渡質権抵当権設定その他一切の処分行為を禁止する」旨の仮処分決定を昭和二年四月二日附で受け同月三〇日その旨の登記をした。昭和二年六月一日、右建物につき、Y等からZへの所有権移転登記がなされた。（昭和二年一月一日右仮処分決定は取消されたとの主張があつたが認定されていない。）Xは本案訴訟としてY等を相手方とし右建物の所有権確認とXへの移転登記手続をなすべきことを求める訴を名古屋地裁に提起した。ZはY等の側に補助参加した。第一審X敗訴。Xは名古屋高裁に控訴。控訴審では、XはBから所有権移転の登記を受けていないからその所有権取得を第三者に対抗できず、Y等Z間の売買が処分禁止の仮処分の前になされている以上その登記が右仮処分決定以後になされたところで何等仮処分の制限を受けるものでないとして、Zは六月一日の登記によつてその所有権取得が第三者に対抗しうることとなつたとして、所

有権のZへの移転を確認しY等は登記名義人でないからY等に対し、Zの登記の抹消を請求することは失当でXへの所有権移転登記を求めることは不可能であるとして控訴を棄却した。Xは上告した。上告理由の骨子は次のとおり。「原判決が如斯判断を下すについては従来判例が処分禁止の仮処分決定の登記の後に於てもその決定以前に為された不動産の売買については所有権移転登記をなすことができるという解釈によつたものと考えられる」。

（従来判例とは上告理由が引用しているのは大審院昭和六年七月三日判決である。）「然し右趣旨の判例は果して民法第七十七條所定の不動産登記が権利移転の事実を第三者に対抗する要件であることの規定の趣旨を正しく解釈したものであるかどうか甚だ疑わしいものと思われる。」「右仮処分登記後に為されたる所有権移転登記については第三者である仮処分債権者に対する関係においてはその仮処分登記以前の不動産売買契約に基づいて為されたときでもその所有権移転登記の為されたときに不動産の売買が為されたと同一である。」「また前記のように我國の不動産登記の性質が第三者に対する関係に於ては登記即権利移転であるから仮処分によつて禁止せられた処分行為とは仮処分登記後は登記即権利移転を禁ずるという意味でなければならぬ。」「最高裁は次の理由で破棄差戻した。」「もとより処分禁止の仮処分は単に将来の仮処分

債務者の処分を禁ずるに止まり、仮処分前における仮処分債務者の処分行為をまでも禁止する効力はないから仮処分債務者がその処分行為によつて義務づけられた登記をなすことを妨げることができない。しかし処分禁止の仮処分前に仮処分債務者の処分行為により目的不動産につき権利を取得した場合であつても、仮処分登記当時未だその登記を経由しない場合にあつては、その権利取得をもつて第三者に対抗することができない関係にあるのであり、従つてその登記前すでに処分禁止の仮処分登記がなされた以上その後権利取得の登記をしても、その権利取得が仮処分前なることを理由としてはもはやこれをもつて仮処分債権者に対抗することはできないものといわなければならない。換言すれば、仮処分債権者はこの場合においては仮処分当時第三者の権利取得につき登記の欠缺を主張しうべき地位にあり、しかも自己の被保全権利に仮処分登記により第三者に対する関係においても保全せらるべき地位を取得したものと認むべきであるから、その後の権利取得の登記はその取得の時期いかにかわからず仮処分の対抗を受け仮処分債権者に対して対抗力を生ずるに由ないものと認むべきだからである。」

〔評 釈〕

一 BがAから本件建物を買ひBが所有者となつた。しかし、

所有権はXに移転するという約束がB・X間にあつた。その建物をBからYが相続してZに売つた。これが本件の骨子である。この場合はしかし、Yが本件建物の所有権をXに移転する約束をXとの間にしておきながら、一方同一物をZに売つた場合と同一に考えることができる。この点は異論あるまい。さらに、この場合、問題は同一物の二重譲渡の問題であるといふことができる。この点についても、おそらく、異論はあるまい。

二 一般に、甲が所有不動産を乙に譲渡したにもかかわらず、二重に丙にも譲渡し、後に譲渡した丙に対し登記を移転しようとするおそれがある場合、乙は自分の権利を守るためにどんな手段をとることができるか。乙への所有権移転登記を求める訴を甲を被告として提起し、その確定判決に基づき登記するよりほかはない。乙への譲渡が争われるときは、乙の所有権の確認の訴を甲を被告として提起するほかはない。右の登記を求める訴に対する判決を待つておられないときは、甲に対し処分を禁止することを命ずる仮処分を得るほかはない。本件においては、B・Yを甲、乙をX、丙をZと見ることができる。

三 YからZに譲渡した後、Yに対し譲渡禁止の仮処分命令があつたとき、先の譲渡行為は失効するわけではない。しかし譲渡と譲渡禁止とはどちらが優先するか。どちらも互に優先しないで

ある。どちらも登記なしには排他性をもちえないからである。

(1) 譲渡禁止の仮処分命令があつた後に譲渡行為がなされたときでも、それが仮処分登記前であるならば、その譲渡行為は絶対無効ではない。したがつて右譲渡行為を原因として所有権は移転しないわけではない。いずれか先に登記されたものが対抗力を備えるわけである。(仮処分登記後の譲渡行為については後述)。要するに、仮処分命令前の譲渡も仮処分命令後の譲渡も、仮処分命令の登記前かつ譲渡を原因とする所有権移転登記前においては、その効力にかわりはない。

四 譲渡を原因とするZへの所有権移転登記前に、譲渡禁止の仮処分の登記があつたときは、どうなるか、YZ間の譲渡の契約は失効するか。失効しないであろう。Zに所有権は移転する。しかし、それは仮処分権利者Xに対抗できない。登記がないからである。この点判旨は正しい。逆にむしろ、譲渡禁止の仮処分がZに対抗できる。登記があるからである。判旨の表現をかりれば、Xは自己の被保全権利に仮処分登記により第三者に対する関係においても保全せらるべき地位を取得したのである。この点判旨は正しい。したがつて、XはYからZへの所有権の移転を、いわば否定することができる。

(1) 処分禁止の仮処分命令の執行は、仮処分の目的物の処分を債務者に対し禁止する効力を生ずる。この場合、債務者が

処分禁止を無視し又は看過して行なつた処分は、しかし、絶対的に無効ではなく、単にその処分を債権者に対抗できないという相対的な効力を有するに過ぎない、というのが現在の学説と判例(大判大正一一・五・二二集二巻七号三〇五頁)の支持するところである。

(2) 譲渡禁止の仮処分は、目的物についての譲渡性を喪失させる国家権力に基づく処分である。所有権の目的物についてその譲渡性が喪失することは、物権に関する一つの變動である。物権變動であるから、その対抗要件が必要である。しかしかかる物権變動は、国家権力の介入によつて、当事者間に生ぜしめられたものである。したがつて、対抗要件を備えることも、国家権力によつて、なされることが合目的である。そこで、仮処分の登記は裁判所の囑託によりなされるのである。

原審は、YZ間の売買が処分禁止の仮処分の前になされている以上その登記が右仮処分決定以後になされたところで何等仮処分の制限を受けるものでない、といつているが、右登記が仮処分決定後であつても、仮処分の登記前であつたならば、原審のいうとおりであるが、仮処分の登記後であつたならば、仮処分債権者Xが譲渡禁止をZに対抗できるのである。

五 譲渡禁止の仮処分の登記の後に、譲渡処分を原因とする所有権のZへの移転の登記はできるか。明治三二年八月八日附司法

省民刑局長回答によれば、仮処分命令により所有権移転禁止の登記のある土地について売買の登記の申請があつてもこれを却下すべきであることとなる。しかし、譲渡処分を原因とする登記をすること自体は、その譲渡処分が、仮処分の登記の以前である場合はもちろん、以後である場合でも、登記法上は妨げられないであらう。<sup>(1)</sup>

(1) 理由はこうである。第一に、仮処分は一時的であり、仮であり、取消される可能性を含んでいるから、譲渡処分を原因とする登記とは次元を異にするものであり、完全に抵触するとはいえない。第二に、仮処分命令が取消され仮処分の登記が抹消された場合を予想して、予め登記をしておくことは、いち早く登記をする必要がある場合には、十分に理由がありかつ実益があることである。

例えば判民大正一二年五九事件(前掲)末弘評釈はいう。「仮処分の趣旨に反する処分行為と雖も、初めより当然之を無効のものとは見ないで、一先ずその登記を受け記入したる上、後日その効力如何が問題となる前に仮処分が取消されたならば、その行為を初めより有効のものとし、之に反し仮処分がまだ取消されないならば仮処分申請人はその処分行為の効力を否定し得ると云うのが新判例の主旨であつて、私は寧ろこれに賛成したいと考える。何

故なれば、仮処分に反する処分行為を初めより全然無効として取扱うことは仮処分の目的を達するに付き決して必要ではない。寧ろ本判決に於けるが如く——仮登記の場合と同じような考で——仮処分に反する処分行為でも一先ず有効であり又登記し得るものと解することが仮りの権利保全行為たる仮処分の本質に適合したものと考えるからである。」

したがつて、仮処分の登記以後の(譲渡処分を原因とする)登記は、当然無効ではない。しかし、仮処分債権者に対抗できない。すなわち登記の存在を根拠にして所有権の移転の排他性を仮処分債権者に対しては主張できない。判旨は、仮処分前における仮処分債務者の処分行為によつて義務づけられた登記を仮処分登記後にすることは妨げられないといつている。これは右の理由で正しい。しかし仮処分命令後又は仮処分登記後における処分行為によつて義務づけられた登記も同様であらう。

六 要するに、本件においては、YZ間の売買契約は無効とはならないし、これを原因とするZへの所有権移転登記は絶対無効ではない。しかし、Xに対抗できない。すなわち、Xの被保全権利(所有権)は第三者に対する関係でも保全されることになつたわけであるから、XがY及びZに対し、所有権を主張し、Xに移転登記をすべきことをYに対し主張することができる状態にある

ことを、仮処分登記があることによつて、主張することができるわけである。したがつて、原審では、Xに所有権が譲渡されたかどうかを審理すべきであつた。

七 本件によく似た事件があり、これについて高松高裁昭和二八年一〇月二八日第四部判決（高裁民集六卷一三号八四三頁）がある。甲が土地を乙に売りついで丙に売り、丙が甲を相手として右土地の所有権移転登記請求の訴を提起し、右訴を本案訴訟として右土地について一切の処分禁止の仮処分の申立をし、その仮処分の登記後に、甲から乙に右土地の所有権移転登記がなされたので、丙が甲と乙とを相手として、右登記の無効確認及び抹消登記請求の訴を提起した事件である。高松高裁は、控訴審として、第一審判決を取消し、丙の請求を認容した。仮処分の趣旨に反する処分行為の効力については大体本判旨と同様であり、仮処分と処分行為を原因とする登記との関係については、次のようにいつている。「然らば丙の本件仮処分を以て甲乙の登記手続行為に對抗することができるようになれば本件保全処分は、被保全権利の範囲を超えてその効力があることになり、仮処分の本質に反することにはならないだろうかという極めて困難な問題に逢着する。この点における本件仮処分の効力については、当裁判所は次のような見解をとる。即ち本件仮処分の登記があれば因よりその登記

は被保全権利の對抗要件としての効力を発生するものではなく、主として仮処分権利者の保護を図る目的の為に為されるものではないが、それは恰も本登記の順位保全の為に為さるる仮登記と同様の効果を予期して為されその結果も亦実質上においては殆んど同様の効果を發揮する点より考慮して、斯かる保全処分には仮登記同様の効力があるものと解するを妥当とする。然らば本件仮処分は反して為した甲乙の前記所有権移転の登記は仮処分権利者たる丙に対する関係においてはその効力がないものと認める。」と。右判決に対し上告があつたが、最高三〇・一二・二六第二小法廷判決（民集九卷一四号二一四頁）は「蓋し、右の如き仮処分の目的は、被保全権利の将来の執行が、債務者の行為により、不能又は著しく困難となる危険を防止するにあるのであるから、仮処分後の譲渡等の処分行為のみならず、仮処分等の行為処分につき、對抗要件を具備するための登記もまた不動産物権の変動を完了する行為として、処分行為と同一視し、処分禁止の仮処分の禁ずるところとしなければ、右仮処分の目的は達せられない」という理由で、右判決を支持した。

本評釈の判決については山木戸克己教授の評釈が判例評論四号にある。

（小山昇）