HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	最高裁判所破棄判例研究(三)
Author(s)	北海道大学法学会
Citation	北海道大學 法學會論集, 7(3-4), 84-97
Issue Date	1957-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/17053
Type	departmental bulletin paper
File Information	7(3-4)_p84-97.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資料

最高裁判所破棄判例研究 (三)

北海道大学法学会

民事判例

不動産の二重売買における第二の買主が惡意の場合と第一の買主に対する不法行為責任の有無

昭和三〇年五月三一日第二小法廷判決（昭和二七年(オ)第一〇七八号所有権移転登記抹消等請求事件）最高裁民集九巻六号七七四頁

〔事実及び判旨〕 Xは、昭和二一年六月五日、未登記のままA→B→Cと転売されてきた建物を、Cから、代金八万円で買受け、手附四万円を渡して、残額四万円は同年六月末までに建物を空家にして引渡すのと引換えに支払い、同時に所有権移転登記手続をもすませる旨を約した。ところが、同年六月二八日Cは死亡し、その相続人D（Cの孫）がCのXに対する建物引渡、移転登記の債務を承継することになつたが、Dが未成年者であつたため、その祖母C'（Cの妻）が遺産に関する一切の管理処分権を握つていたところ、C'は本件建物をY（Cの養子、したがつてDのオジに当る）に譲つてしまつた。そしてYは、同年八月三一日A名義の所有権保存登記をすませ、更に同日中間登記を省略してAからY自身に登記を移してしまつた。その後（昭和二二年六月四日）XはDに対し履行を催告したところ、Dから「移転登記の準備ができているから、六月一二日残代金を用意の上登記所に出頭されたい」旨の通知を受けたが、当日登記所に行つてみると、そこにはDの代理人としてYが来ており、Yから「建物を空家にして引渡すなどという契約はなかつた、住居人がいるままで引渡すから直ちに残代金の支払をされたい」と要求された。そこで、それを不満とするXとYとの間で口論がたたかわれたが、結局Yの方で善処することになり、残代金の支払と登記手続は後日のこととして別れた。（この点につき控訴審は、「Yは……XがDに対し

売買残代金の支払をすれば、Xに対し、本件建物の所有権移転登記をするつもりで……Dの代理人としてXと交渉にあたつたものである」と認定している)。ところが、それから一年余り経た昭和二三年一〇月二五日、Yは本件建物を二三万円でEに売却し、昭和二四年七月五日YからEに所有権登記を移してしまつた。

そこで、Xは、Y、E、Aを相手方としてY、Eの所有権取得登記の抹消とAからXへの所有権移転登記手続を求める訴を青森地裁に提起したが、第一審判決では、その請求は棄却された。Xは更に、原判決の取消を求めて仙台高裁に控訴したが、控訴審では、予備的請求として、Yの不法行為による損害の賠償を請求した。すなわち、Yは、XがDに対し本件建物の所有権移転登記請求権を有しているのを知りながら、自分に所有権移転登記をなし更にEに代金二三万円で売渡し、これに所有権移転登記を行なつて、XがDから本件建物の引渡及び所有権移転登記を受けることを不能ならしめ、Xの有する右権利を不法に侵害した、という理由で、当時の建物の時価二三万円と自分が買受けた代金八万円との差額の一部を請求した。控訴審判決は、「Yは、XがDに対し残代金の支払をすれば、Xに対し、本件建物の所有権移転登記をするつもりで、Dの代理人としてXと交渉にあたつたものである」こと、したがつて、「YはDから本件建物を譲受けた当時、これを譲受け自己名義に所有権取得登記を経由しても、Dに対しては Dの相続したXC間の本件建物の売買契約に基づく債務の履行を引受けたものである」ことを認定した上で、Yが本件建物をEに売却して所有権移転登記をしたことにより、Xをしてその所有権所得をEに対抗することができぬようにしたのは、Xの権利を故意に侵害したものといわねばならない、としてXの請求を認めた。Yは上告した。上告理由の骨子は次のとおりである。(一)、原判決は、Yの所有権取得登記を有効だと認定しているのだから、Yは民法一七七条にいう第三者に該当し、したがつて、Yの行為によつてXの権利が侵害されたということはあり得ない。しかして、大審院明治四四年一二月二五日判決もいう如く、仮りにYが悪意の取得者であるとしても、Yには不法行為上の責任はない。(二)、原判決は、YがDの売買契約上の債務の履行を引受けたものであるとしてYの不法行為責任を認めているようであるけれども、右認定は証拠によらないものであり、Xの主張していないところである。最高裁は次の理由で破棄差戻した。「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Yは、たとい悪意であ

つても、完全に右建物の所有権を取得し、第一の買主たるXはその所有権取得をもつてY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E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Y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E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Xがその所有権取得をE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Yに不法行為の責任を認めるには足らないものといわなければならない。」「思うに、原判決が……YはDに対し同人のXに対する本件建物の売買契約（第一の売買）上の債務の履行を引き受けたとの事実を認定し、この事実を一の資料としてYに不法行為責任を認めたのは、かかる事実の加わることによつて始めてYの前記一連の行為が違法性を帯び不法行為を構成するとの見解に出でたもののように推測されないことはないけれども、判文簡略にすぎてその意をつくさないうらみがあるばかりでなく、仮に右の如き趣旨とすれば、前記の事実は本件不法行為の成否を決するにつき極めて重大な関係ある事実というべきところ、本件当事者が原審においてかかる事実を主張した事跡は記録上全くこれをうかがうことはできないから、原判決は当事者の主張しない事実を認定しこれにもとづいて請求の当否を判断した違法があるに帰する。またもし原判決の趣旨が右と異なり、他の理由によつて不法行為の成立を認めるにあるものならば、原判決はその理由をつくさない違法があるとなさざるをえない。」

〔評釈〕　最高裁は、原判決と同様、D（売主）X（第一の買主）間において売買契約と同時に所有権移転があつたという認定に基づいて議論を展開しているが、かかる前提に立つ限り(1)、判旨には疑問がある。

(1)　というのは、この前提がくずれると、Yには債権侵害に伴なう不法行為責任があるかどうか、という点に問題が限られることになり、結論が全く異なつてくるからである。この点については、売買契約と同時に特定物の所有権はむしろ移転しないとする有力な説（末川「物権法」新法学全集七六頁以下、川島「所有権法の理論」二四八頁）があり、本件の場合にも、裁判所の認定にはかなり疑問の点があるけれども、ここでは、一応、裁判所の認定にしたがつて批評を試みてゆくことにする。

一　不動産の二重売買における第二の買主は、たとい悪意であるにせよ、第一の買主に対して不法行為責任を負わない、とする判旨は殆ど確定した判例通説であり、この点については私も異論がない。しからば次に、第二の買主が売主と共謀（もしくはこれ

を教唆）した場合はどうか。判例はこの場合にも共謀を悪意と同視して不法行為責任を否定しており[1]、学説でこれに反対しているものも又ない[2]。

しかし、右の理論構成には、なお検討されるべき余地があると考える。以下、少しくその吟味を試みるであろう。

(1) 上告理由が引用している大審院明治四四年一二月二五日判決（民録九一四頁）は、第二の悪意の買主の不法行為責任を否定した後、第一の売買契約に立会いその内容を知っている者（Y）が売主（A）と共謀して更に他に売却せしめ前契約による登録義務の履行を不能に帰せしめた場合について、「前設例ノ場合（第二の買主が悪意の場合）ト異ナル所ハ唯Yガ前譲渡契約ノ内容ヲ知リAト共謀シテ後ノ譲渡契約ヲ為サシメタル一事ナリ。若シYガ悪意ニテ自ラ之ヲ譲受ケ登録ヲ経タリトセバ前設例ノ場合ト全ク同一ニシテ、Yニ不法行為ノ責ナキコトハ前ニ説明シタルガ如シ。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ズルコトヲ得ザルハ当然ノ事理ナレバ……Yハ不法行為ノ責ナキモノト謂ハザルヲ得ズ」と判示している。これによれば、判例は、「共謀」と「悪意」との間に差異を認めていないといえるであろう。

(2) 尤も、岡村玄治「民法第百七十七条ニ所謂第三者ノ意義ヲ論ジ債権ノ不可侵性排他性ニ及ブ」（法学誌林一七巻六号）は、直接不法行為責任の問題を扱ってはいないが、判例通説に反対する考え方を示す唯一のものといえる。

二 先ず、不動産の二重売買における第二の買主が登記をすませたとき、彼は完全に所有権を取得し、第一の買主がその所有権取得を第二の買主に対抗できないことはいうまでもない。そしてこの結論が第二の買主の善意悪意により左右されるものでないことも又当然である。この点については問題がない。

しからば、次に、悪意の第二の買主は第一の買主に対し不法行為責任を負わないのか。負わないのだと判例通説はいう。何故か。第二の買主に不法行為責任ありとするには、第二の買主の違法な行為により第一の買主の権利が侵害せられたことを必要とするが、悪意の買主も民法一七七条にいう第三者に該当する結果、(イ)第二の買主の行為は適法な売買行為（所有権取得）と評価され、(ロ)他方、第一の買主は彼が侵害されたと主張する権利（取得された所有権）を以て第二の買主に対抗できないからだということになろう。

しかし、(イ)についていえば、第二の売買行為が取引法上有効であり且つ第一の売買行為に優先するものであるからといって、このことは必ずしもその行為の適法性を裏づけることにはならない、

例えば、売主についてみれば、彼と第二の買主との売買契約は、明かに第一の買主に向けられた違法な行為であり、(1)彼は不法為行責任を免れることはできない。かくして、悪意の第二の買主につきその不法行為責任を否定する根拠は、主として㈠の点にあるといえよう。一般的に問題を考える限り、私も㈠の見解に異論はない。だが㈠の理論は、単なる悪意の場合に適用せられる一般論としてはともかく、売主と共謀した第二の買主の不法行為責任まで同時に否定する根拠にはならないであろう。第二の買主の不法行為責任につき、悪意の場合と共謀の場合とを同視するか、或いは少なくとも両者の間に本質的な差異を認めない前記判例の理論は、物権変動の対抗力の有無という財産取引法上の要素を直ちに不法行為責任の有無という不法行為法上効果に結びつける誤りを犯していないであろうか。(2)

思うに、民法一七七条にいう第三者についてその善意悪意を問わないとする判例通説の見解は、不動産取引の紛糾を防止しようという政策技術的考慮に基づいている。(3)この配慮は勿論至当であり、又この見地からすれば、第三者についてはその悪意のみでなく売主と共謀した事実があったかどうかをも問題とすべきではないであろう。つまり、不動産取引法上、第三者の悪意と共謀とを区別する意味はないといえる。しかし、これは問題を民法一七七条（不動産取引法上の効果）に限った場合の話である。不法行為法上、悪意の、或いは更に売主と共謀した、第二の買主が責任を負うかどうかは、あくまで不法行為法の領域において決定されるべき問題である。何故なら、財産取引法（取引の安全）と不法行為法（個人に向けられた違法からの救済）とは、そのよって立つ基盤を異にしているのだから。しかして、右のような見解に立てば、一方において第二の買主の所有権取得を有効なものとしつつ他方において第二の買主の第一の買主に対する不法行為責任を認めることさえ一向差支えないことなのである。両者は決して矛盾しないし、不法行為責任を認めることはいささかも不動産取引を紛糾させるものではない。(4)要するに、一般論として、悪意の第二の買主の不法行為責任が否定されるのは、民法一七七条によって第一の買主が第二の買主に対抗できないからではなく、その結果第二の買主の行為が不法行為の要件（「権利侵害」）を満たさないからなのである。

さて、以上のようにみることができるとするなら、不法行為法上、売主と共謀した第二の買主は、彼が単に悪意である場合と明瞭に区別して考えられなければならないだろう。何故なら、共謀した第二の買主には、第一の買主に対する売主との共同不法行為（民法七一九条）が成立するから。しかして、この場合、当事者

である売主と第一の買主との間には民法一七七条の対抗の問題は生ずる余地がないわけであり、したがつて第一の買主は、売主及びそれと共謀した第二の買主に対して、彼の権利が侵害された損害の賠償を請求できる筈である。

ところで、本件のYは、売主である未成年者Dのオジの立場において、DやDの財産管理人たるC′（Yの母、Dの祖母）に対して強力な発言権を有しているようであり、自らD側の代理人としてDX間の交渉に関与している。そこには、故意（悪意）ばかりでなく、D側の実権者としてDを教唆するか、或いはこれと共謀した形跡が明瞭に看取される。してみれば、YはDとの共同不法行為によつてXの権利を侵害したものとして、不法行為責任を負わなければならないといえよう。(5)

(1) 売主の所有権が売買契約と同時に第一の買主に移転したという前提に立つ限り、二重買売は単なる債務不履行に止まらず、民事・刑事上の違法行為を構成する（刑法上、二重売買が横領罪を構成することについては、大判明治四四年二月三日刑録一〇三二頁、大判昭和七年三月一一日刑集一一巻一六七参照）。

(2) 悪意と共謀との間に差異を認めない前記明治四四年一二月二五日の大審院判決は、悪意の第二の買主の不法行為責任を否定して次のようにいう、「若シ此ノ場合ニ於テ後ノ買主ハ悪意ニテ買受ケ登記ヲ為シ以テ前ノ買主ヲ害シタルガ故ニ不法行為ノ責ニ任ズベキモノナリトセンカ、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ガ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ザルニ至ルベシ。」ここには、明らかに財産取引法と不法行為法との混同が認められる。

(3) 例えば我妻栄（物権法）一〇一頁

(4) 前記の判例は、これを混同している点において基本的な誤りを犯している。この点を売主についてみれば、一方において売主の二重売買に不法行為責任を認めつつ、財産取引法上、その二重売買を有効とすることは、決して矛盾ではないのである。

(5) 原審の判決が、YはDのXに対する債務の履行を引受けたのだという認定に基づきYの不法行為責任を認めているのは、むしろ、YがD側の人間である事実に着目し、Yは売買の当事者たる地位にあると考えたためであろう。その理論構成に多少無理な点があるのは避けがたいとしても、解釈の態度としては、最高裁の形式論理的なそれよりも遥かにすぐれているといい得よう。

本評釈の判決については末川博先生の批評が民商法雑誌三三四号にある。

（藪　重　夫）

原告の所有権を確認して被告名義の所有権の登記の抹消請求を認容した確定判決は原告の所有権の存否につき既判力を有するか。

最高昭和三〇年一二月一日第一小法廷判決（昭和二八年(オ)四五七号土地返還請求事件）民集九巻一三号一九〇三頁―破棄差戻

〔事実及び判旨〕　XはYに対し本件土地の上に存するYの建設物一切を収去して右土地を明渡すことを求める訴を提起した。理由は、Xは訴外Aから右土地を買受け登記を経由したところ、Yはほしいままに右土地をXから贈与されたとしてXの名を冒用し所有権移転登記をしたので、XはYに対し右所有権移転登記の抹消登記手続を訴求したところ、右訴訟において、Xの所有権が確認せられて、X勝訴の判決が確定し、右所有権移転登記は抹消せられたがYは何等正当の権限がないのに、右土地の上に建物を建設し、Xの所有地を不法占拠しXの右土地の利用を妨げているから、というのである。Yはこれに対しXに対し右土地の所有権確認と右土地につきYのために所有権移転登記をなすことを求める反訴を提起した。理由は、Yは右土地を訴外Aから買受けその所有権移転登記手続をX（Yの養子の妻）に委任したところXはほしいままに自己名義に所有権移転登記をしたが、Yは右事実を発見したので贈与の形式でXからYに所有権移転登記をしておいたところ、Xは偽証により前記判決を得て右登記を抹消したが、右判決により贈与を原因とする右所有権移転登記は抹消せられなければならないとしても所有権は依然としてYに属する、というのである。第一審名古屋地裁は、本件土地につきXの所有権を認め明渡の本訴請求を認容し反訴請求を棄却した。理由は次のとおり。「右判決の主文に於いては単に右贈与を原因とする所有権移転登記の抹消登記手続のみを命じたるに止まるが」それは、「本件土地の所有権がXに存することを確認し、而してYがX所有の本件土地を檀に贈与名義を以て為した所有権移転登記の無効を認定したる上」命じたもので、「判決の理由において所有権の存在を確認し、之を前提として登記請求権の存在を認定した場合には所有権の確認と登記請求権の認定とは不可分の関係にあり、仮令当事者に於いて訴状の請求の趣旨に所有権の確認を求めず、従つて判決においても所有権確認の主文がなくても、登記請求権と共に所有権も訴訟物となつていると解するのが相当である。蓋し当該訴訟の原告が所有権に基づき登記手続を訴求する場合には、請求の趣旨に於いて所有権の確認を求めると否とに拘らず、其の訴訟全体の趣旨としては、先ず所有権の確認を求め、而して其の所有権に基づく物権的請求権としての登記請求権を主張していると解す

べきであり、当該訴訟の被告も又裁判所も所有権の存否に付最も重点をおいて審理して来たのであるから、所有権は表面的な訴訟物である登記請求権と表裏一体を為し、不可分の関係にあると謂うべきであるからである。然らば所有権に基づく登記手続請求の訴訟において、登記請求権が判決の主文に於いて確認された場合には其の裏面の訴訟物たる所有権についても既判力を生ずると解するのが相当である（兼子一著判例民事訴訟法第一〇〇号事件大審院昭和一二年四月七日判決に対する評釈参照。）然らば、本件土地についてはXの所有なることの確定判決があると謂うべきであるから、Yが本訴において本件土地の所有権を再び争うことは許されない……」。Yは控訴した。控訴審名古屋高裁は同じ理由で控訴を棄却した。Yは上告した。上告理由の要旨次のとおり。登記簿上はAよりXに（甲号欄第弐番）、XよりYに（甲号欄第参番）所有権が移転している。問題の確定判決に基づき後者の登記が抹消された。これは前者第二番の登記とは関係がない。本件はこの第二番の当否の判断を求めているのである。AよりYに所有権が移転し現にYが所有権者であることを理由として所有権確認とYへの移転登記を求めているのである。したがって第三番の前記確定判決の既判力をもって第二番にまで拡張類推すべきでない。最高裁は、上告を容れ、全員（岩松・真野・斎藤・入江）一致で原判決を破棄差戻した。

すなわち詳細な理由を展開した後に、「果して然りとすれば、所有権に基づく物上請求権による訴において、原告がその基本たる所有権をも訴訟物たらしめんとする意思をその請求の趣旨で黙示的に表明し、裁判所も又主文において黙示的にその存否について裁判をしている場合、その判決が当該所有権の存否につき既判力を有すべきことは勿論であるが、原判決が前説示の如く判示して前掲登記請求事件の確定判決に、請求の趣旨にも又主文にも何等表明されていない本件土地の所有権の存在についてまで既判力のあるものとしたことは失当であり破棄を免れない」。

〔批　評〕

一　判旨は、大審院時代の判例を確認したものである。さらに本判旨を最高三一・四・三(1)が、踏襲している。

(1)　第三小法廷判決、民集一〇巻四号二九七頁

二　すなわち従来の判例は、(1)登記変更の請求における訴訟物を厳格に登記請求権それ自身だけに局限して、その背後の実質的権利関係の存否の主張を包含しないとして、右主張に関する既判力を否定している。

(1)　例えば、大審大正一四・四・二二新聞二四一八号一八頁

三　ところが、被告Yの主張によればYが家屋を建築し、その保存登記をすることをAに委任したところ、Aが不法に自己名義に所有権保存登記をした上、さらにBに売買により移転登記をしBはCに対する債務のために右家屋に抵当権設定登記をしたという関係において、YはABCに対し右事実を理由に所有権保存登記及び抵当権設定登記の抹消請求の訴訟をし、その結果Aに対しては勝訴したがBCに対してはYは登記なくして所有権を主張できないという理由でY敗訴の判決が確定し、一方Cの抵当権実行により、Xが右家屋を競落し、Yに対し右家屋の明渡を求めた事件が生じた。この事件の控訴審は、YC間の訴訟のY敗訴の確定判決――これがおかしい判決であった――を採用して、Cの抵当権に基づく競売は適法で競落人Xは本件家屋の所有権を取得すると判決した。大審院は右控訴審判決を破棄し事件を差戻した。「原審ガYノCニ対スル抵当権登記抹消請求ヲ棄却スル判決ヲ確定シタル事実ニ専ラ著眼シテ、其ノ棄却ノ理由ヲ実質的ニ該抵当権ノ有効ナルコトヲ確認シタルニアラザルコト」（Yカ当時右家屋ノ所有権登記ヲ為サザル為該家屋ノ所有権ヲ取得シタルモノナリトスルモ、之ヲ以テ抵当権設定登記ヲ有スル右Cニ対抗シ得ザルコトヲ理由トスルモノナルコト）「ヲ看過シテ、Yノ右所有権ガ」その後Aに対する関係では「確認セラレタル今日ニ於イテモ、右抵当権抹消請求棄却ノ判決ノ既判力ヲ採用シテ轍ク右抵当権カ実質的ニ有効ナルガ如ク論断シ……Xノ本訴請求ヲ認容シタルハ、右判決ノ実質的確定力ノ範囲ヲ正当ニ解セザルノ違法アリ」というのである。

四　右の判決については兼子教授の評釈がある（判例民事法昭和一二年度二八事件）。本件第一審判決が引用した評釈である。前の確定判決が抵当権登記の抹消請求を棄却した理由が抵当権の存在を肯定したことに基づくのでなく、更にYの登記の欠缺に基づき請求権者としての無資格を理由としたものであれば、その基礎たる実質上の権利関係について既判力を生じない点については兼子評釈は右判旨を支持している。が、兼子評釈は、右判旨の中に、若し前判決がCの抵当権を実質的に存立することを肯認してこれに対する抹消請求を棄却したのであれば、その既判力により抵当権の存在が確定され、したがつてXもまたCの承継人としてこれを援用しうるかのような口吻を認め、この口吻を一般論として重要視し、この口吻に賛成している。賛成の理由は次のとおりである。「蓋し登記や戸籍は実質上の権利関係を反映すべきもので、実質上の権利関係との不一致を理由に之が変更訂正を求める訴に於いては、常に実質上の権利関係の存否自体が請求の主内容を成し、抹消訂正等に協力すべき旨の請求は技術的に之に附随し

て為されるに止ると云うべきで、登記請求のみを独立の訴訟物と考えるのは甚だ概念的に過ぎるからである。隨つて原告の物権の主張であれば当該物権の存否が判断された限り、之に付て既判力を生ずる。尤も登記の移転、設定等の請求が売買其の他の債権関係に基づく場合は当該契約上の請求権が確定されるに止まる訳である（かかる理論を拡張して行けば、物上請求権に基づく返還請求の場合も其の物権自体に付て既判力を生ずると解すべきこととなるが、此の点は別の機会に留保する）。」

五　ドイツにおける、この問題の通説は、所有権の登記訂正請求の認容又は棄却の判決は、実体的に所有権自体の確認又は否認にほかならないとしている（Stein-Jonas: ZPO. § 322 V. 2 a. Anm. 78）。それは、ドイツ法においては、登記が物権の効力発生要件であるからである。登記が対抗要件であるに止まるわが法の下ではどう解釈すべきであろうか。

六　所有権を原因とする登記請求（抹消登記請求の場合も含む）の訴訟物は、登記請求権だけであつて、所有権の確認請求は当然には訴訟物でない、と考えることは、訴訟物を権利主張と考えるかぎり、兼子説の批判のとおり、概念的に過ぎる。しかし、登記請求の訴の訴訟物は、常に登記請求の原因である実質上の権利の存否の確認の請求である、と考えることは行過ぎである。(1)

(1)　例えば、甲より乙、乙から丙へと順次なされた所有権の移転が、いずれも無効であるときは、乙もまた、丙に対しその取得登記の抹消を求めることができる、と考えられるが（大阪高等三一・四・七高裁民集九巻七号四三五頁をみよ）右の場合、抹消登記請求の訴の訴訟物は、乙の所有権の確認請求であるということはできない。（丙の所有権の不存在確認請求であるということはできるかもしれないけれども）。もつとも、登記請求の原因たる実質上の権利は何かについても問題がなくはない。本件原判決は、贈与を原因とするXからYへの所有権移転登記の抹消請求の原因＝したがつて訴訟物は、Xの所有権の確認の請求であると考えている。しかし、抹消請求を理由あらしめるためには、Yが所有権を有しないことの主張と立証で十分なのではなかろうか。Xが所有権を有することの主張と立証は、――Yの所有でないことの立証の手段としてならば別として――必要ではないのではなかろうか。つまり所有権を原因とする移転登記請求の場合とは異なるのではなかろうか。したがつて、抵当権の不存在を否定（＝存在を肯定）して抹消請求を棄却した場合についての兼子説（前掲）を原判決のように援用するのは、どういうものであろうか。例えば、一番抵当権の抹消請求を理由あらしめるためには、一番抵当権の消滅の主張と立証だけでは足りず所有権者が原告である場合には、原告の所有権、二番抵当権者が原告である場合には、二番抵当権の主張と立証が必要であろうか。

では、実質上の権利の存否を理由として登記請求を認容又は棄却した場合だけについて、右実質上の権利も訴訟物と考えるべきであろうか。兼子説や本件原判決は、そう考えていそうである。しかし、右の考え方は、――通説判例の訴訟物概念を前提とする限り――登記請求の訴の訴訟物の概念的統一を乱すことになるのではなかろうか。

七　したがつて、登記請求権と実質上の権利との密接不可分な関係を十分に考慮に入れ、しかも訴訟物概念の概念的統一を乱さないためには、訴訟物概念の再構成をするよりほかはないのではなかろうか。再構成するとすれば、それは、まさに登記請求権の主体、すなわち、登記権利者が有すべき利益、すなわち、当該登記をなすにつき直接に受くべき利益そのものが登記請求の訴の訴訟物であるとすべきではなかろうか。これを本件についていえば、Y名義の所有権移転登記の抹消の請求における利益は、右所有権移転登記の抹消そのものである。[1] したがつて、右抹消を認容する判決が確定したときは、XY間ではもはや抹消は争いえないものとなる。しかし、Yに所有権がないことやXに所有権があることはXY間で争いえないものとなつたとはいえない。したがつて、Xの本訴については、Xの所有権の有無を判断すべきであつたのではなかろうか。[2]

(1)　所有権移転登記の抹消が認容されるのは、登記名義人が所有権を有しない場合か、何らかの原因（例えば特約）によつて、登記をしないことになつている場合である。したがつて右抹消を認容する判決が確定した場合には、登記名義人が所有権を有しないことが確定したとは限らない。又右抹消請求を棄却する判決が確定した場合には、登記名義人が所有権を有したことが確定したとは限らない。

ちなみに、例えば甲所有の不動産上に丙が不法に制限物権設定の登記をした後甲がその所有権を乙に移転したような場合には、乙は自己に移転登記を受けてはじめて、丙名義の不正登記の抹消登記を申請できるといわれている。この場合には乙は、自己に移転登記を受ける以前に、丙に対し不正登記抹消の訴を提起しても、敗訴するであろう。しかし、それは当事者適格がないという理由であり、丙に制限物権があるという理由ではない（乙に所有権がないという理由でもない）。

(2)　抹消登記以外の登記（例えば所有権移転の登記）の場合も考え方は同じである。所有権移転登記請求が認容されるのは、原告に所有権がある場合か、何らかの原因によつて、原告が登記できる場合である。後者の場合の例として、甲から乙、乙から丙に有効に所有権が移転し、乙が登記名義人甲に対し、乙への移転登記を請求する場合（大判大正五・四・一民録二二輯六七四頁）があげられる。したがつて、請求認容の判決が確定した場合には、原告の所有権は原告被告間において争いえないものではない。請求棄却の判決が確定した場合

も同様である。

（小山昇）

農地売渡処分の取消処分に対する出訴期間

昭和三〇年一二月二日第二小法廷判決（昭和二八年(オ)一三三〇号農地売渡承認取消請求事件）最高裁民集九巻一三号一九四七頁）

〔事実及び判旨〕 上告人（被控訴人、原告）Xは、自作農創設特別措置法に基づき、昭和二三年六月一日、本件係争農地を、被上告人（控訴人、被告）宮城県知事より売渡を受けていたが、訴外A農地委員会は、右農地の買受有資格者は訴外BおよびCであつたとして、改めて、昭和二五年一〇月七日右両名に対する農地売渡計画をたて、次いで、被上告人宮城県知事は、昭和二六年一月二九日、Xに対する売渡処分を取り消すと共に、昭和二六年三月二日、B、Cに対し当該農地を売渡した。

そこで、Xは、右取消処分および訴外B、Cに対する売渡処分の無効確認を求めて出訴した。第一審秋田地裁は、右取消処分は違法ではあるが無効ではないとしつつ無効確認の請求は同時にその取消の請求をも包含すると解すべく、その限度において理由ありと認め、且つ、かく解する場合の出訴期間については、取消処分の取消を求める訴には自作農創設特別措置法第四七条の二の適用はなく、行政事件訴訟特例法第五条の一般規定に従うべきものだから適法の訴と認められるとした。

これに対し、第二審仙台高裁は、右取消処分の効力については第一審と見解を同じくしたが、出訴期間の点については、右のような取消処分も、自作農創設特別措置法による行政庁の処分に外ならないから、その取消を求める訴にも同法第四七条の二の適用があり、同条に照らし、出訴期間を経過した本件訴は不適法とした。

なお、訴外BおよびCに対する売渡処分については、第一審、第二審共その無効を認めている。

最高裁は、上告論旨を容れて、「農地売渡処分は自創法の規定に基づいて行なわれるものであるけれども、その売渡処分の取消処分は同法の規定に基づいてなされるものではなく、行政行為の一般的法理に従つてなされるものであるから、右取消処分に対する出訴期間は、自創法の規定によつて定まるのではなく、行政特例法第五条の規定により、『右処分のあつたことを知つた日から六箇月以内』と解すべきである」と判示し、原判決を破棄した上第一審判決に対する被上告人の控訴を棄却した。

〔評釈〕 自創法第四七条の二は、「この法律による行政庁の処分」の取消、変更の訴につき、短期の――一箇月以内――出訴期

間を特別に定めている。そこで、同法による処分の取消処分の出訴期間は、同法によるべきか、又は一般法たる行政事件訴訟特例法五条の規定によるべきかにつき疑を生じ、東京高昭和二七・五・一判決（行政事件裁判例集三巻四号六七二頁）では、「右売渡計画の取消処分については自創法上特別の規定があるわけではなく、もつぱら行政行為の一般的法理にもとづくべきものと解するのを相当とするから」として行政事件訴訟特例法の定めによるべきものとする立場をとつたが、本判決において、最高裁も、この立場に組することを明らかにした訳である。

ここで直接の論点となつているのは、自創法による処分の取消処分が、ひとしく自創法による処分の中に含まれるのか、あるいは又、そうではなくて、一般法理に基づくものなのか、という点であるが、それ自体としては、まことに無意味な議論というの外はない。自創法の中に取消処分ができると書いてないのにそれができるのは、一般法理によつて認められるからだ、といえば、それはその通りであろう。しかし、自創法に基づく処分の取消処分は、自創法を前提としてはじめて存在しうるもので、しかも、取消の要件および権限根拠の如き、自創法をはなれては判断し得ない点ではやはり自創法に基づく処分といつて差支ない筈である。自創法の中に取消についての明文の規定がないのは、一般法理を前提することにより、その必要がなかつたから規定しなかつた迄のことで、だからといつて、同法に基づく処分ではないといつて了うのは、奇妙な議論である。

要するに取消処分が一般法理に基づくか自創法に基づくかは、相排斥し合う関係にはないもので、この点丈を切離していえば、最高裁の見解は、むしろ、正しくない。しかし、問題は、自創法四七条の二の適用に関し取消処分が、同条にいう「この法律による処分」に当るかどうかにあるのであつて、その解決はもつと別の観点からなされるべきものであろう。

すなわち、同条の規定は、出訴期間につき、行政事件訴訟特例法第五条に定める期間を著しく短縮した例外規定である。それにはその必要があつて為された事であろうが、それは、訴訟そのものの性格から来ることではなく（訴訟としては、いずれも抗告訴訟で、その点では、何等の区別も存しない）、専ら、自創法の目的に由来することであろう。いいかえれば、農地改革の急速な実現、確定が望まれたから、極く短期の出訴期間が定められたのであろう。そして、それは、訴権の制限という、国民の権利をある程度犠牲に供して迄達成する価値ありと認められたことによるものであろう。そのような判断は、立法者の任意に為し得る所で法的批判の限りではない。

しかし、農地改革を急速に実施してゆく必要の中に、一旦為した買収又は売渡処分の是正措置(=取消)の急速な確定までも含まれているのかどうか、「この法律による処分」ということの文字解釈丈からは、何ともいえないように思われる。けだし、自創法(とは限らないが)に基づく処分の取消処分は、少なくとも、同法の目的達成に、直接に仕えるものではなく、又、同法に基づく処分の要件は同法丈で定まるが、取消については、一般法理に基づく制限があるから、純粋に同法に基づく処分といい得ないことも確かである。

従つて、同法に基づく処分であれ、その取消処分であれ、同法の執行に関する処分はすべて早期確定を要するのだ、といつて了えばそれ迄であるが、もつと具体的に法の趣旨目的、および処分の性格について考えれば、自創法四七条のこの規定が、取消処分に対する取消請求訴訟について迄、国民の権利を制限し、例外的に短期の出訴期間を定めたものと解さなくてはならぬ根拠はなさそうに思われる。

最高裁の判決においても、形式的な論理操作の背後に、何らかの実質的考慮は伴いているのであろう。唯、その実質的考慮を法解釈の上に生かす為めの、充分な配慮が為されなかつたのではないかと憶測される。従つて、私は、結論において、判旨に賛成しておきたい。その理由付けには、不賛成である。

なお、本判決については、磯崎辰五郎、判例評論第五号九頁以下(判旨反対)、山田幸男、民商三四巻四号七〇頁以下(判旨賛成)に評釈があり、又、小島和司、自治研究三二巻四号一六三頁以下には、本判決が発表された後に、これを考慮に入れつつ、原審を評釈してその判旨に反対(従つて本判決には賛成)される。いずれも論点は、処分の取消が一般法理に基づくか又は自創法に基づくかの点で、それぞれ判旨に反対し、又は賛成しておられるのである。

(今村成和)