

# 不動産の二重売買

西台 満

## Reselling of a Real Estate

Michiru NISHIDA

The second buyer can get the full ownership of an immovable property if he anticipates the first buyer in getting it registered. Both judicial precedents and the common opinion are confident of seller's breach of faith against the first buyer who has already paid the price for the property guilty of embezzlement. I insist that if civil law gives the second buyer legal sanction, criminal law should also not regard the double transaction as any crime.

### 第一章 序 論

不動産の所有者甲が、その不動産を乙に売却した後、重ねて丙にも売却し、丙に登記を移転した場合を「不動産の二重売買」と言うのであるが、甲は乙に対する債務不履行責任を負うに過ぎないのか、それとも何らかの犯罪を構成することにもなって刑事責任を負うのか、という問題がある。

大審院は、既に所有権を失っているにも拘らず登記簿上所有名義が残っているのを利用して、自分が所有者であるかのように丙を欺罔して売り付けた行為は「詐欺罪ヲ構成スル」と判示した<sup>(1)</sup>。実際に損害を

被ったのは乙のだが、「被欺罔者ト被害者トハ必スシモ同一人ナルコトヲ要セス」と、その点は全然問題視していない。

しかし、結果的に丙は完全な所有権を認められているのであるから、果して本当に甲は丙を騙したのか、疑問が生ずる。甲は所有権がないにも拘らず、あたかもあるかのように装った、と判例は考えるのであるが、無から有は決して生じない。甲に所有権がないのなら、丙に所有権が移転するはずがなく、損害も丙に帰すのでなければ論理的でない。

そういうわけで、この大審院判例は拘束力を維持できず、今日では二重売買は横領罪になる、とするのが判例・通説である。即ち、昭和八年一二月四日の大審院判決は「他人に売り渡した土地につき、まだ所有権移転登記をせず、登記簿上自己の所有名義になっているのを奇貨とし、買受人等の承諾を得ないでほしいままに右土地につき抵当権を設定しその登記を経由した場合は、横領罪を構成する<sup>(2)</sup>」とし、昭和三十一年六月二六日の最高裁判決によって踏襲されている。

その根拠を、検討しなければならない。刑法二五二条には、「自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ処ス」とある。先ず、甲の所有名義になっている不動産が、第二の買受人丙に売渡す時には既に最初の買受人乙の所有物になっていたのか、換言すると、当該不

動産が「他人ノ物」と言えるのかどうか、が問題になる。通説によれば、「売買契約が成立した以上は、動産、不動産を問わず目的物の所有権は譲受人に帰属するから、譲渡人にとって該物件は他人の物となる<sup>(3)</sup>」。

売買契約の成立によって所有権が移転すると考えるのは、民法上の原則である。即ち、民法一七六条は「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」と規定する。これを「意思主義」と呼び、物権の変動には意思表示だけではならず、更に登記（不動産の場合）とか引渡し（動産の場合）が必要とする「形式主義」に対する。それでは、意思主義を採用する民法の下では、登記はいかなる意味をもつのか。民法一七七条に「不動産ニ関スル物権ノ得喪及ヒ変更ハ：登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」とあるように、それは「對抗要件」とされている。以上のことから、「甲・乙間に売買契約すなわち所有権移転の意思表示があれば（登記を待たずともなく）、両者間においては、ただちにその不動産の所有権が乙に移転（し）：甲にとっては、その不動産は、『他人ノ物』となる<sup>(4)</sup>」との結論が導き出されるのである。――

しかし、この通説の見解には疑問がある。民法の意思主義を前提にしておきながら、他の形態の二重売買では横領罪の成立を否定するからである。即ち、「甲・乙間に売買の意思表示がなされたのみで、いまだ代金の授受、登記に必要な書類の授受もない状況の下で、丙に不動産を売却し、登記が完了した場合：学説は、横領罪の成立を否定する<sup>(5)</sup>」。

ここでは、意思表示のみで物権の変動が生ずるとする意思主義が、見事に無視されている。横領罪不成立の根拠として、山火によれば二つの理由づけが考えられる。「第一は、横領罪にいう『他人ノ物』の基礎となる所有権は、民法上の所有権と全面的に重なり合うものではないという方向である。横領罪は、財産に対する実害犯であり、横領罪で問題とされる『他人ノ物』は、財産侵害との関連性を有するものでなければならぬからである。民法上、意思主義を一貫させ、売買契約の成立によつ

て、その不動産が乙の物となったとしても、いまだそれは、損害されうる客体としての他人の物にいたっていない<sup>(6)</sup>」、とするのである。

しかし、それでは民法と刑法の統一性、即ち「法秩序」というものが否定されてしまう。そんなものは必要ない、とは言えない。なぜなら、違法性という根本概念は、そうした法秩序を前提に置いていなければならない。刑法に定める構成要件に当ってはまるだけでは、犯罪の客観面として十分ではない。更に、刑法をほんの一部として包摂する「法秩序全体」を考え、その精神にも違反する行為でなければならぬのである。そして、刑法では民法と関係なく独自に所有権の移転を考えると言うのであれば、民法が一七六条に意思主義を規定していることは、二重売買の罪責を考える上であまり参考にならないことになってしまふのである<sup>(7)</sup>。

そこで、横領罪不成立の第二の理由づけとしては、契約だけで代金の授受等のない場合は「甲の占有について、横領罪が予定するような『委託信任関係』がそもそも存在しないという方向である。この場合、登記について特約がない以上は、委託信任関係が存在しないか、かりに存在したとしても、極めて薄いものであって、保護に値しないようなものと考えられる。甲は、登記について、代金支払いあるまでは同時履行の抗弁権をもって、その協力を拒否しうる地位にあるからである<sup>(8)</sup>」。

これは刑法二五二条「自己ノ占有スル」に関連する。そこで明記されているわけではないが、いかなる理由で自己が占有するに至ったかを考えると、「占有離脱物の拾得、所有者・占有者からの奪取によるほかは、所持者などの委託信任関係にもとづくばあいしか考えられないのである。前二者にはそれぞれ処罰規定が定められているので、「結局、本罪において、行為者が他人の物を占有するにいたった原因は、物の所有者たる他人（これに準ずる者を含む）：との間の委託信任関係にもとづくばあいかぎられることになるのである<sup>(9)</sup>」。

売買契約は終わったものの代金授受等がまだなされていない段階で、登記名義が売主に残っている、つまり他人の物が自己の占有下にあるの

は、「偶然に自己の支配内に入ってきた」<sup>(9)</sup> わけてないことは明らかである。登記名義を誰かからその意思に反して奪取したのでもない。そうすると、残るは委託信任関係しかない。通説によれば他人の物の占有原因は三つしかないのであるから、結局、山火の言う「横領罪が予定するよるな『委託信任関係』がそもそも存在しない」<sup>(10)</sup>は、あり得ないのである。

しかも、いくら売主に同時履行の抗弁権があるからと言って、登記名義を売主の好き勝手に他の誰かに変更してよいとは、到底考えられない。売買契約によって所有権は既に買主乙に移っているからである。登記の不一致を除去するため、法律上当然に登記請求権が発生する<sup>(11)</sup>。

乙は甲に対して登記請求権を有するのであるが、ただその請求が代金支払いがあるまで停止されるに過ぎない。「抗弁権の効力は、本条(民五三三―筆者註)の示すとおり、『相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得』<sup>(12)</sup>ということにある。したがってこの抗弁権は、相手方の債務を否認する否認的ないし永久的抗弁権(たとえばドイツ民法における時効の抗弁権)ではなく、債権の行使を延期せしめる一時的ないし延期的抗弁権である<sup>(13)</sup>。故に、相手方が履行の提供と共に請求してきた時は、もはやこちらの債務履行を拒絶することはできないのである。「横領罪が予定する委託信任関係が存在しない」との理由づけは、単なる債務履行時期の未到来を、債務の不存在と混同したとの批判を免れない。

契約の成立だけで所有権が甲から乙に移ったと考えるのがおかしい、との反論が予想できるが、そうなる委託信任関係の存否も、結局は物権変動がいつ生じたかの問題に帰着し、横領罪不成立の理由としては「他人ノ物」と言えるのかどうかが焦点となる。

## 註

- (1) 大判昭和二年九月一〇日―新判例体系刑事法編 刑法(9)七〇〇ノ二〇五。

(2) 新判例体系刑事法編 刑法(9)七二〇ノ二二七。

(3) 大谷 実、「不動産の二重売買と横領」刑法判例百選Ⅱ各論(第二版)、一一五頁。

(4) 山火正則、「二重売買と横領」刑法の争点(藤木英雄編)〔以後、山火と略す〕、二四八頁(丸括弧内筆者)。

(5) 山火、同右。

(6) 山火、二四八―九頁。

(7) 「財産法秩序の中核をなす所有権概念の相対的理解が許されるか疑問である」正田満三郎、「刑法における占有の概念とその機能的意味(下)」法曹時報 二三卷一―号、二三―四頁。

(8) 山火、二四九頁。

(9) 大塚 仁、注釈刑法(6)(田藤重光編)、四〇〇頁。

(10) 石田喜久夫、「登記請求権」注釈民法(6)(舟橋諄一編)、二一七頁。

(11) 沢井 裕、「同時履行の抗弁権」注釈民法(13)(谷口知平編)、二六七頁。

## 第二章 物権の変動

契約の成立だけで代金授受等のない段階で第三者に売却・登記した場合、横領罪は成立しないとする通説の結論は正当と思われる。その理由は、「民法三編第二章の契約は：債権の発生を目的とする債権契約を指している<sup>(14)</sup>」から、これが本来の用法と考えられるからである。従って売買契約の成立は、買主に代金支払いの債務を、売主に所有権移転の債務を負わせるに止まる。

民法五五五条も「売買ハ当事者ノ一方カ或財産権ヲ相手方ニ移転スルコトヲ約シ、相手方カ之ニ其代金ヲ払フコトヲ約スルニ因リテ、其効力ヲ生ス」(傍点筆者)と規定している。

この規定では、財産権の移転と代金支払いとが同時履行の関係に立たされ、当事者双方に「相手方が債務の履行を提供するまで、自己の債務

の履行を拒むことができる権利」即ち「同時履行の抗弁権」が与えられることになる。従って、売買目的物が動産であれば、「売主は買主が代金を提供するまで、目的物の引渡しを拒むことができる」<sup>13)</sup>。不動産であれば当然、登記も拒むことができる。引渡しも登記も民法上は對抗要件とされているが、結局、この對抗要件がなされる時に、財産権が移転する、と考えねばならない。

判例や通説は「意思主義」という言葉に惑わされて所有権は売買契約成立時に移転すると考えてきたのであるが、それでは「人びとの意識と法理論との間に大きなギャップが生じてしまう。「売買契約の成立と代金支払・登記・引渡との間がはなれている場合、人びとは、契約成立時でなく代金支払・登記・引渡時(以下、代金支払時等という)に売主から買主に所有権が移ったと考えるのが普通であろう」。前記ギャップを埋めるために「一部の学説は、物権行為の独自性を主張し」てきたのであるが、敢えてそういう主張をする必要はないという解釈もある。なぜなら「判例・通説は、物権変動の効力発生原因と物権変動の時期とをいっしょに考えている。売買の例でいえば、所有権移転の効力発生原因は売買契約であるとみてよい。だが、いつ移転するかは契約に含まれる当事者の意思内容によって定まるのである。有償性(同時履行)の原理は商品交換社会では定着された法意識となっておりと考えるとよいから、取引慣行上、反対の特約がない限り、所有権は代金支払時等に移転する旨の黙示の合意が売買契約に含まれていると推定してよい」<sup>14)</sup>。

この解釈は正鵠を得ているが、民法一七六条との関連では若干問題がある。そこでは「物権ノ移転ハ当事者ノ意思表示ノミニ因リテ其効力ヲ生ス」とあるのに、物権移転の発生原因(ここでは契約)は効力を生ずると読み替え、条文を改変してしまっている点である。そのような解釈をすると、果して一七六条は物権総則(第二編第一章)として適当かどうか、という根本的疑問を呼び起こす。やはりここは、売買契約の効力発生ではなく、物権変動時期を定めていると解するのが自然である

う。

契約は、近い将来に物権を移転する、との意思表示である。他方、登記は、この時点で物権を移転するとの売主の意思表示である。物権変動の時期は、契約に含まれる黙示の合意というような漠然としたもので決められてはならない。不動産は極めて価格が高いのが通常であり、動産における引渡し以上に、外見的に明確でなければならぬからである。そのため設けられたのが、国家の登記制度である。

では、登記という意思表示のみによって物権変動の効力が生ずる、とはどういうことなのか。一般に、物権変動の法律行為についても、他の「法律行為におけると同様に意思表示のみをもって成立し、これによって当事者間においては完全に物権変動の効力が生じ、何ら特別な形式を必要としない」<sup>15)</sup>と解されているが、この解釈も先に引用した見解と同様、物権総則規定としてふさわしい内容を与えることに失敗している。なぜなら、物権には「いったん物の上に物権が成立して支配が確立すると、同一物上にこれと両立しえない支配を目的とする物権は、成立することができない」という意味の排他性があるため、債権と異なって「第三者に対して、重大な影響を及ぼす」ことを特徴としている。にも拘らず、一七六条が「当事者間において」の効力の発生の有無を規定したと解するのは、何とも奇異に感じられるからである。

これまで見た見解は、いずれも民一七六条に言う「当事者の意思表示」を、効力発生原因たる債権契約と解している点で共通性がある。そのため、債権に関して当然と思われる内容が、ここでなぜか念を押すためだけに再び規定された、というようなことになってしまったのであった。物権の変動は「物権法のうちでも最も重要な分野であるにもかかわらず、条文はわずか三カ条しかない」<sup>16)</sup>のであるから、やはりそれにふさわしい物権法の原則について定めていると解すべきであろう。

前述のように、ここでの意思表示とは、物権変動の義務を負担するそれではなく、義務に従って変動させる意思表示、と解釈しなければなら

ない。換言すると、変動原因に関する意思表示ではなくて、変動時期に  
関する意思を外部に明らかにする行為、即ち「登記」である。そこで、  
登記のみによって変動の効力が生ずるとは、所謂「物権行為の無因性」  
を意味することになる。つまり「売買または贈与契約を原因として、そ  
の履行のために物権行為が別になされた場合に、原因となった売買また  
は贈与契約の不存在・無効ないし失効が、物権行為の効力にどのように  
影響を与えるか」という問題で、原因となった「契約が存在または無  
効であっても、物権行為は当然には無効とならない」場合に、この物権  
行為は無因であると言<sup>49</sup>う。

この物権行為無因説によってこそ、諸々の現象をよく説明できるよう  
に思われる。例えば、二重譲渡において、意思主義に忠実な判例によれ  
ば、先の買主乙に所有権が移転し、売主甲の元にはもはや所有権は残ら  
ない。にも拘らず、甲が後の買主丙とも売買契約を結びこちらに登記を  
移せば、どうい<sup>50</sup>うわけか突然乙から丙に所有権が移転し、その丙の所有  
権は何人に対しても対抗できる完全なものになる。——こういう何とも  
不可解な理論構成をしてきたのが判例である。その原因は、「意思主義」  
についての誤解、それはこういうものだ<sup>51</sup>という思い込みと固執、であ  
る。普通の契約（合意）は債権を生じさせるが、この契約のみで同時に  
物権変動も生じるとするのが意思主義で、他方、債権を生じさせる契約  
と物権を変動させる契約（物権的合意）とは異なるとするのが形式主義  
だ、と先ず前提する。そして、民法一七六条に定める「意思表示」とは  
債権的合意のことで、物権の変動にはそれ以外何らの形式（物権的合  
意）も要しないこと、即ち意思主義を採用することを鮮明にしたのである、  
と解する。形式主義が物権変動には物権行為なるものが独自に必要だと  
するのに対し、意思主義はその「物権行為の独自性」を否認する。

判例は、独自性の理論を認め難いがゆえに、物権変動の生ずる時期  
を契約の効力発生と同時に点においてとらえようとしているのではないか  
と思われてならない。すなわち、契約の効力発生と別の時点において物

権の変動を認めることは、そのまま、独自性理論を認めることになり、  
これは意思主義をとる民法の態度に反する、との意識があまりに強すぎ  
るのではあるまいか。そうでなければ、特定物の売買において、目的物  
の引渡の有無や代金の支払の有無に、あまりにも無関心でありすぎる判  
例の基本的態度は、まことに理解に苦しむところである<sup>52</sup>。しかも、不  
特定物の売買では、既に独自性論の軍門に下っているのである。即ち、  
所有権の移転は、契約時ではない。「昭和三五・六・二四の判決は：『不  
特定物の売買においては、原則として目的物が特定したとき（民法四〇  
一Ⅱ）に所有権は当然に買主に移転する。』と判示し、ついで昭和四〇  
・一一・一九の判決も、特定物の売主が売買契約の当時は所有権をもた  
なかったがその後<sup>53</sup>にその所有権を取得したときは：所有権取得と同時に  
買主は売主からこの所有権を取得する<sup>54</sup>』として<sup>55</sup>いる。判例は、一七六  
条の「意思表示のみに因りて其効力を生ず<sup>56</sup>」を、極端にも「意思のみに  
因りて」と読んでしまったのである。

物権行為に独自性を認めると、二重譲渡の場合、売買契約という債権  
行為だけではまだ所有権は移転しない。従って所有権はまだ売主甲の元  
にあり、第二の買主丙と売買契約を結び且つ移転登記した時に初めて甲  
から丙に移るのである。何人も認めているこの結論に至るのに、通説・  
判例は「無から有が生ずる<sup>57</sup>」ような説明を強いられるのに対し、独自性  
説からの説明は単純明快である。

しかし、物権行為を独自かつ無因とすると、取引の安全は守られるか  
も知れないが、真実の権利者を犠牲にする、との批判を受けることにな  
る。例えば、Bは登記簿上の所有者Aから土地を買受け、代金も支払っ  
た。ところが、後になってDが真実の所有者であることが判明した場  
合、「BがAの登記を信頼してAから右土地を買い、所有権移転登記を  
受けたとしても、BはDに対し所有権を主張できないのである。真実で  
ない公示を真実と信頼して取引した者に、真実の公示と同様な効果を与  
えるのを公信の原則というが、わが国では、ドイツと異なり、登記制度

に公信の原則は採用されていない。だから、登記には公信力が認められないのである<sup>22)</sup>。こうして、真実の所有者は守られ、無因の物権行為なるものの否定の論拠とされてきたのである。

しかし、このような結論、即ち真実の権利者の保護は、無因説によっても論証することができる。典型的なケースとして、Aが登記に必要な書類を偽造し、Dの知らないうちに売買に基づく所有権移転を登記したとする。この場合、DからAへの移転登記は、Dの意思に基づいて行われていない。即ち、物権変動を生ぜしめようとのDの意思表示として登記がなされたのではない。故に、民法一七六条に所謂「当事者ノ意思表示」を欠き、「其効力ヲ生ス」ることがない<sup>23)</sup>と結論することができる。

このように、登記簿を信じて取引を行なった者が不測の損害を被るこゝとがあり得るので、我国では登記に公信力がない、と言われるのである。従って、債権行為とは別個に物権行為というものを認め、物権行為によって物権の変動が生ずるとする独自説を採ったからと言って、登記に公信力を与える形式主義になっってしまうわけではない。

独自性について、もう少し具体例で補強しておくことにする。民法九三条は「心裡留保」として、次のように規定する——「意思表示ハ表意者カ其真意ニ非サルコトヲ知りテ之ヲ為シタル為メ其効力ヲ妨ケラルコトナシ」。これは第四章「法律行為」の中に置かれてある総則的な規定であるから、「物権変動を生ぜしめようとする意思表示を包含して成立する法律行為<sup>24)</sup>」にも当然適用がある。もし意思主義というものが判例の理解しているように、純然たる「意思」に法律効果を付与する原則を意味するのなら、心裡留保の場合、表意者にはその意思がないのであるから、其効力は妨げられるはずである。ところが民法は逆に、真意(意思)よりも表示(形式)に従うべきことを命じている。「たとえば、時価六〇万円の車の所有者Aが、Bに対し、冗談で三〇万円で売るよと言ったので、Bがよし買ったと言って売買が成立したとしよう。Aの意思は真実の意思ではない。かような場合を心裡留保(單純虚偽表示)とい

い：Bが冗談と知らず本気でとってしまった場合(つまり善意・無過失)につき、Aの意思表示を有効と定め<sup>25)</sup>」たのである。

ここで、念のため判例の立場を説明しておくのと、「ずっと一貫して、売買・贈与などのように債権発生を目的とする法律行為も、一七六条にいう『意思表示』に当たり、したがって、売買・贈与などの契約が締結されれば、特別の独立した物権的意思表示がなくても、それだけで物権変動が生じうるという<sup>26)</sup>」。言い換えると、物権の変動を生ぜしめる物権的合意を特に必要とはせず、「債権のみを生じさせる普通の契約<sup>27)</sup>」で物権の変動も生じる、とするのである。従って、将来物権を変動させるという意思は契約となって表示されるが、この時点から変動させるという意思は、外部的には全く表示されない。それ故に、判例は「純然たる意思に法律効果を付与する」立場であると先に述べたのであり、非形式主義「との意識があまりに強すぎるのではあるまいか」との批判を呼ぶのである。仮に契約で「所有権は契約時に移転する」と明示したとしても、契約はあくまでも債権行為であるから、「当事者間では、契約と同時に移転したものとして取扱う」との意味しかも得ない。对人的効力しかない権利を、当事者の話合いで勝手に対世的効力をもつ物権にまで高めることはできない。だからこそ民法一七五条は「物権ハ本法其他ノ法律ニ定ムルモノノ外之ヲ創設スルコトヲ得ス」と規定したのである。

物権には何人にも主張できるという意味の対世的効力、換言すると同一物上に同一内容の権利は重ねて成立し得ないとの「排他性」がある。故に、もし「各人が自由な内容の物権を創設すれば、財産および取引の秩序は混乱する。そこで、(民)法は物権法定主義を宣言したのである<sup>28)</sup>」。この排他性によって物権は「第三者に対して、重大な影響を及ぼすものであるから、これらの第三者を保護するため、物権の現状を第三者が知りうるような法的手段を講ずる必要がある。かようなものとして認められたのが、登記・占有などの公示方法である。法がいやしくも排他性ある権利を認める以上は、必ずそれに伴う公示方法を認めざるを得ない

のである<sup>10)</sup>。従って、判例が意思主義という言葉に惑わされて、物権変動を公示と切り離して解釈したことは、誠に驚くべき過誤であったと言わねばならない。

先程は心裡留保において、表示が意思と一致しないことを知りながらも表示した場合は、表示に従った法律効果が発生することを見た。取引の相手方や第三者との関係を度外視した極端な意思主義は、決して民法の採るところではない、と言いたかったからに他ならない。民法九四条の虚偽表示では「相手方ト通シテ為シタル虚偽ノ意思表示ハ無効トス」とされ、「表示された意思に対応する内心の意思が欠けている<sup>11)</sup>」場合であるから、「無効」は意思主義の当然の帰結ということになる。しかし、判例のような表示ないし外形というものを無視する極端な意思主義と、意思とその表示をそれぞれ分離して考え、両者が衝突した場合は表示の方を優先させるべしと考えるのとは、かなり結論が異ってくる。便宜のため前者を内心的意思主義、後者を表示的意思主義と呼ぶことにする。

では、その両者でどのような相違が出てくるかを見ておくことにしよう。「債務者Aが、債権者Bによる強制執行を逃れるため、Cと相談し、Aの不動産をCに売った形(売買契約書を作製し、所有権移転登記をすませる)にし」たとしても、これは形ばかりで実質を伴っていないので、「Cの所有権取得は無効」である。通説によれば、意思主義に基づくこの帰結が、物権が関係しているにも拘らず債権的に、当事者間に適用される。即ち「Bの強制執行の恐れがなくなったとき、Aが返還を請求したら、Cは拒むことができない<sup>12)</sup>」——と。しかし、この行為は刑法で犯罪とされている。九六条ノ二によれば「強制執行ヲ免ルル目的ヲ以テ財産ヲ隠匿、損壊若クハ仮装・譲渡シ又ハ仮装ノ債務ヲ負担シタル者ハ二年以下ノ懲役又ハ五十万円以下ノ罰金ニ処ス」。民法の通説では、刑法で違法とされている行為が、民法でわざわざ適法なものとして保護されることになるが、常識で考えてもあり得べからざることである。

民法の領域で考えるなら、七〇八条に「不法原因給付」というのがある。「不法ノ原因ノ為メ給付ヲ為シタル者ハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス」。強制執行免脱という不法原因のために、Aは自己所有の不動産をCに売る契約書を作成したのみならず、登記まで備えさせて給付として完成させたのである。強制執行の恐れがなくなったからと言って、AはCに返還を請求することはできない——これが七〇八条の趣旨である。通説の九四条解釈では、七〇八条と真正面から衝突することになる。判例でも、強制執行を免れるためにした不動産の仮装譲渡「は、民法七〇八条の不法の原因のためになされた給付に当たるとして、給付者において給付の返還を請求し得ない場合があることはいうまでもない<sup>13)</sup>」と判示されている。

民法九四条は、そのような仮装売買をした者を保護するために置かれているのではない。内心的意思主義を採ると、このように本末転倒の結論が導き出されてしまうのである。意思を第三者との関連において捉えようとする表示的意思主義によれば、九四条二項「前項ノ意思表示ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」は、Aの権利ではなくて、Bの権利を制限していることになる。ここでも、C名義という登記簿上の表示を信頼して、Cから不動産を購入したDが、Bより上位に置かれる。つまり、意思(不動産はAのもの)と表示(Cのもの)が衝突した場合は、表示が優先するとの原則である。

さて、ここまでは通説に従い、心裡留保でも虚偽表示でも、表示の裏付けとなる「効果意思が欠けている<sup>14)</sup>」の理由で、外形行為を無効と考えてきた。そうすると所有権はAからCに移転し得ないことになり、善意の第三者DはCから所有権を譲り受けることができない、という先の二重譲渡と同じ困難に逢着してしまふ。それ故、もう少しAの真意を

推測してみると、所有権を手放す意思は全くなかったとしても、登記名義だけはしばらくCに移転しておかねば…と考えたわけであるから、原因となるべき契約が無効であっても登記だけは有効、即ち不動産の所有権は無因でCに移ったと解すべきであろう。こうして、虚偽表示を無効と宣言する九四条一項と、Cから善意で譲り受けた第三者の権利に対抗力を認める同条二項とが、矛盾なく説明できることになる。

錯誤についても全く同様である。「意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効」(九五条)であるが、登記名義を移すことは換言すると所有権を移転させる物権行為は、錯誤によって結ばれた契約とは切り離されて独自に有効になされ得るので、「表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス」(同条但書)。相手方は対抗力を備えた所有権者となるのである。

詐欺の場合は、心裡留保・虚偽表示・錯誤のように無効ではなく、取消しできると定められたが、大筋においては変わりがない。「詐欺又ハ強迫ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得」(九六条一項)るが、詐欺の場合、この取消「ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」(同条三項)と規定されている。「BがAを欺いてAの土地を安く買って、その土地をCに転売した」のだが、「CがAの取消後に出現した場合は、二重譲渡の取扱いと同じく、取消に基づく登記とCの移転登記とのどちらが早いかによって、権利取得が決まる」と解するのが判例で「通説もこれを支持する」ようである<sup>82)</sup>。

内心的意思主義によれば、Aが取消した時点で所有権はBからAに戻り、Bはもはや所有権者ではない。従って、いかにCが善意で同情に値するとしても、Bから土地を買受けることはできない。これを、登記には公信力がないと言い、真の権利者を保護するため、取引の安全が多少犠牲にされると説明されるはずであった。

ところが、判例も通説もそういう結論をここでは否定するのであるから、論理一貫性がないとの批判を免れないであろう。表示的意思主義に

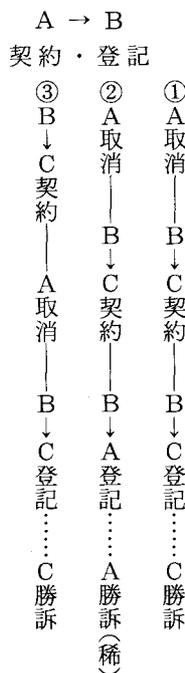
よれば、騙されて契約したとしても、その契約に基づいて物権を変動させる意思で登記名義を変更したのであるから、所有権はAからBに移る。その後、Aが騙されていたことに気づいて契約を取り消したとしても、登記がそのままになっている限りBが所有権者であるから、BがCに転売し登記もしてやると、Cは対抗力を有するに至るわけである<sup>83)</sup>。

CがAの取消前に出現した場合、即ちAから騙し取った土地を早速Cに売り付けたところ、Aから取消されたのでBはCへの売却を断念し、登記をAに戻した場合、CはAに対抗できるであろうか。内心的意思主義では、所有権は未登記でもCに移る。それ故、その後でAが取り消しても九六条三項で「善意ノ第三者」たるCに、Aは対抗できない。無権利者であるBから登記を戻してもらっても、それは真実の権利関係を反映したものでないから、Cから移転登記を請求されればAは拒むことができない。――

しかし、表示的意思主義からすると、売買契約だけではまだCに所有権は移らない。移すという義務をBに負わせたに止まる。取消があったことによりBには更にAに所有権を戻す義務が加わり、Bはこちらの義務を選択してAに登記したのであるから、CはBに対し債務不履行責任を追及できるに止まる。このように解して初めて、不動産物権の変動は登記がないと対抗できないと定めた一七七条と調和がとれるのである。

これに対しては、一七七条とは調和できても、詐欺に基づく取消は善意の第三者に対抗できないとする九六条三項を無視する結果になる――との反論が考えられる。しかし、Aの取消によってBは二つの相矛盾する義務を負い、先程はAに登記を戻す例(図④)を見たが、Bがあくまで予定を強行しCに登記を移した場合(図③)はCが対抗力を得るのであるから、九六条三項に定める通りとなる。更にその前の、Aが取り消したにも拘らずBがC登記まで強行した場合(図①)、Aの取消は効力が認められなかった。結局、民法の立場は、内心的意思に基づいた法律関係の形成を原則とするも、それを貫徹すると社会に与える弊害が大きい

ことに鑑み、公示の段階まで進んだ場合はその原則に譲歩させる—に他ならないのである。



ここに、理論と現実の調和という、法律の本来の姿を見ることができ。実際、Aから土地を騙し取ったBが予め転売先まで考えていて迅速に売却したか、騙し取ってから転売先を探したため取消の意思表示が先に来てしまったかに、Cの登記の要不要を決定する程大きな意味があるとは思えない。そのことはBに心理的影響を与えることにはなっても、善意の第三者たるCにとっては何の関係もないことだからである。従って、結論を言えば、Aの取消とCの出現の前後を問わず、「取消に基づく登記とCの移転登記とのどちらが早いかによって、権利取得が決まる」ということで、二重売買と統一的に考えることができるわけである。

### 註

- (12) 新法律学辞典第三版(竹内・松尾・塩野編)、三四四頁(項目は契約)。
- (13) 同右、一〇五五頁(項目は同時履行の抗弁権)。
- (14) 水本 浩、注釈民法(1)(有斐閣新書)、「以後、新書注釈と略す」、一七五—一六頁。
- (15) 山本進一、注釈民法(6)(舟橋諄一編)〔以後、注釈(6)と略す〕、一一四頁。
- (16) 舟橋諄一、注釈(6)、六頁。
- (17) 同右、二頁。
- (18) 山本、注釈(6)、一三二—一三三頁。「二七六条にいう『意思表示』は物権行為であ

り、物権変動は、売買などの債権行為だけでは生じないで、それとは別個に物権行為がなされてはじめて生じる」とするのが「明治末から大正期までの通説」であった。「この立場では…原則として物権行為は無因性を有し、債権行為の効力がなくても物権行為及びその効力たる物権変動は有効のままである」中山充、物権法(水本・遠藤編)、二八頁。

- (19) 山本、注釈(6)、一三二頁。
- (20) 山本、同右、一二四—一五頁。
- (21) 水本、新書注釈、一七七—一八頁。
- (22) 山本、注釈(6)、一〇頁。
- (23) 水本、新書注釈、八三—一四頁。
- (24) 中山、前掲、二七頁。
- (25) 山本、注釈(6)、一一二頁。
- (26) 水本、新書注釈、一七一—一二頁(丸括弧内筆者)。
- (27) 山本、注釈(6)、六頁。
- (28) 稲本洋之助、注釈民法(3)(川島武宜編)、一五六頁。
- (29) 水本、新書注釈、八五頁。
- (30) 最判昭和五年三月一八日—民集六卷三三—三五頁。但し、仮装讓渡が刑法九六条ノ二施行の約一五年も前になされていたので、その当時は公序良俗違反とは言えないとの理由で売主の返還請求を認めている。犯罪でなくても、民法で認められている権利を無にする行為の不当なことは言うまでもない。
- (31) 水本、新書注釈、八三頁。
- (32) 水本、新書注釈、九一—一二頁。
- (33) Aに取消されたにも拘らずBはCと売買契約を結び、登記はCにはなくAに移す—という逆のケースは、実際には起こり得ないように思われる。

### 第三章 二重売買

前章冒頭で述べたように、契約の成立だけで代金授受・登記のない段

階で二重譲渡した場合は横領罪にならない、とする点では殆ど異論を見ない。即ち、契約という形で意思表示ではまだ物権は変動しないという点で、ここでも内心的意思主義は退けられている。

そこで、本来のテーマである「典型的な二重売買」即ち「甲が自己所有の不動産を乙に売却し、代金の受領はあったが、所有権移転登記がなされないうちに、その不動産をさらに丙に売却し、丙が所有権移転登記を完了した場合」の検討に入ろう。「通説・判例は、この場合、甲に横領罪が成立するとする<sup>84)</sup>」点で一致している<sup>85)</sup>。その理由は、「民法上、物権変動について、意思主義がとられており、甲・乙間に売買契約すなわち所有権移転の意思表示があれば、両者間においては、ただちにその所有権が乙に移転する。すなわち、甲にとっては、その不動産は、「他人ノ物」となる<sup>86)</sup>」と言うにある。

しかし、売買契約＝所有権移転の意思表示、と見る内心的意思主義は、他の民法の諸規定との衝突を招く解釈であること、前章で詳しく述べた。そればかりではない。かなり大きな金額の動く不動産取引が、動産取引以下の法的保護しか受けられない、という矛盾を生み出す。動産では、登記に相当する對抗要件は引渡しと定められている（民一七八条）が、一九二条（即時取得）の規定によってこの引渡しが公信力をもつことになる。即ち「商品がA↓B↓Cと取引された（のであるが、後に）Aは右商品の所有権を有せず、Dが真実の所有権者であることが判明したとしよう。：（それでも、一九二）条により、BもCも有効に所有権を取得するのである<sup>87)</sup>」。

金額が大きいからこそ、取引の安全より権利者の保護が優先されるのだ、と反論があるかも知れない。しかし、その両者は互に関係なく孤立しているわけではない。自分が真実の権利者であることをどのようにして証明するのか。取引安全のための制度は、同時に、権利者のための制度でもあるのである。

それ故、社会の人々も、決して登記を軽んじていない。「所有権は、意

思表示だけで成立する諸成的な売買と同時に買主に移転するのではなくて外部徴表を伴う行為があるときに移転すると解することが、取引の実際によく適合する。：（そういう）行為があるときに所有権の移転に向けられた意思表示があるとみて、そこに（債権契約とは区別される、独自の）物権契約を認め得る」のである。「不動産の売買について今日広く行われているところをみれば：移転登記手続と共に所有権の移転があるとみるのが妥当であって、それ以前にはただ所有権移転の債務が成立しているにとどまる<sup>88)</sup>」。契約は不動産取引の着手であって、登記こそが最終目的である。契約は当事者間の約束に過ぎず、それだけではまだ権利が社会的に認知されたとの安心感が得られないからである。誠に裁判官の頭と社会の現実との間には大きな隔たりが存する、と言わざるを得ない。

最初の設例に戻ると、最初の買主乙は契約し代金の支払いも済ませたのに、売主甲は新たに丙と契約し登記も丙としたのであった。これまで繰り返し述べたように、代金の支払いでは物権は変動しない。それは確かに、物権変動の意思表示としての意味を大いにもち得るものではあるが、契約と同様、当事者間の行為であって、公示性に欠ける。物権が対世的な効力をもつ強力な権利である以上は、社会的に認識可能な明確な外形を伴う行為でなければならぬ。やはり、公示性という点で「登記」に優るものではなく、登記こそが民法一七六条に言う「物権ノ設定及ヒ移転」のための「当事者ノ意思表示」だと解さねばならない。

従って、既に代金まで支払い済みであろうとも、不動産の所有権はまだ甲の元であり、甲は有効に別の買主を探し且つ売却することができるのである。甲の売った不動産は「他人ノ物」（刑二五二条）でないわけだから、横領罪は成立しない。これが、表示的意思主義の結論である。

甲の行為は横領になるとする判例・通説にしても、丙の所有権取得は承認している。その根底には、次のような共通の認識があるように思われる。乙が「登記を為さず放置したのは、一般的に見て、一種の過失あ

りとも言い得るのであるから、斯かる場合には丙が其所有権を取得して乙は之を失うものとするのが相当である」と。一般常識から考えても、登記を自己名義に変更もしないで何ら不安を感じない、というのが少々変である。法律上も「同時履行の抗弁権」という武器を与えてもらって、登記請求権が確実に実現できるように取り計らわれている。乙は自らその武器を放棄して、相手方の債務履行を求めている。そして、民一七七条には「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ス」と明記もされている。法律知識がない、ということとは弁解にならないであろう。それは漠然とはあっても、前述の一般常識に取り込まれている、と思われるからである。

丙が、法律的に何の問題もなく不動産取引を完了したと何人も承認することは、甲の行為の評価にも影響を与えずにはおかない。乾によれば、「判例通説は：民法上有効であっても刑法上横領罪の成立に差支えないという二元説を採っている。：しかしながら、形式的違法としてそれぞれ特殊的部分的に顕在化しているものの根底に流れる普遍的全体的な統一理念が潜在していると考え、これを実質的違法と名づけるとき：一個の行為の評価は唯一でなければならぬ。したがって二重売買における売主と第二の買主との物権契約は果して違法か、適法かの二者択一である。もし適法であるとすれば、刑法上これを横領罪とすることは誤っている<sup>40)</sup>。——」

前提となる甲と丙の契約・登記行為が既に適法なのであるから、丙の責任即ち心理状態の如何は全く問題にならない。つまり、甲が自分より先に乙と契約を結んだこと、あるいは乙から代金まで受領していることを丙が知った上で、甲から不動産を買受けたのであっても、丙の所有権取得に何の妨げともならない。「判例・通説は第三者の善意・悪意を問わないとする<sup>40)</sup>」が、当然であろう。

しかし逆に、二重売買は実質的に違法なのだが、もしそれを「無効とすれば反って取引界に混乱を生ずる：あるいは訴訟上の処理が困難であ

る」とかの理由で、民法はやむなく有効としているに過ぎない——という考え方もある<sup>40)</sup>。しかし、ここには論理的虚偽が存する。取引の安全とか訴訟における証明の難易は、形式的違法(民法)の次元ではなく、実質的違法のそれに属する。それらを勘案して二重売買の効力を承認する方が社会的利益が大であると結論される時は、実質的に適法なのである。実質的違法行為を民法が保護するということは、まさに矛盾であって起こり得ない。もしあるとすれば、民法だけが「普遍的全体的な統一理念」から一人外れてしまうことになるからである。

民法は他人の権利の売買まで予想し、その契約を有効としている。即ち、五六〇条によれば「他人ノ権利ヲ以テ売買ノ目的トシタルトキハ売主ハ其権利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移転スル義務ヲ負フ」。表示的意思主義によれば、代金を受取ろうと甲はまだ所有権者なのであるから、更に有利な買手を探すことは当然に許される。仮に、内心的意思主義が言うように所有権は既に乙に移ってしまったっており、甲は他人即ち乙の不動産を丙に売ったのだとしても、民法上何の問題もないわけである。

甲丙間で契約を結ぶことは確かに問題ないが、甲が登記を丙に移し、乙から所有権を奪ったことが問題なのだ——と反論があるかも知れない。しかし、そのような反論は、内心的意思主義からは不可能である。なぜなら内心的意思主義は、債権契約が同時に物権変動をもたらすとし、物権行為の独自性を否定するからである。先のような反論は、債権行為と物権行為を峻別する立場からしか出て来ないものである。

結局、民法は第二の買主の方に味方し、その所有権を保護する以上、そういう結果をもたらした甲の行為は適法と考えざるを得ない。なのに、なぜ横領罪になる、などと考えられたのか。甲は乙を騙したのであり、その行為が実質的に違法なことは、乙に対して「債務不履行」責任を負わされることから明らかである。と考えられたのであろう。

確かに、他人とした約束を守る、というのは我々の日常生活における最も基本的な規範・道徳である。しかし、実質的違法性を決定する基準

となる「法」は、生活規範あるいは社会倫理と大筋で一致しているとは言え、もう少し複雑である。なぜなら、それは形式的違法の根底に横たわる理念だからである。「違法性は端的な社会倫理規範ないし文化規範の違反ではなく、法秩序の裏づけとなつて、限度における、かような規範の違反<sup>42)</sup>」なのである。

ここで、法秩序の目的について考えてみる。近代法はすべての個人に「権利能力を認め、これを社会生活の単位として保護してゆくことによつて社会生活を最も妥当に維持しうる<sup>43)</sup>」と考えた。これが契約の自由あるいはもう少し広く法律行為自由の原則と言われるものであるが、「法律行為は、当事者が何等かの効果を発生を欲する意思表示した場合に、法律がこれを是認して、その効果の確実な発生することに助力する制度である」。つまり法律は道徳・理念に強制力を付与するものである。ところで「ある法律行為の効果に関して当事者に何等かの争いを生じたときは、法律は、まずその法律行為の目的——当事者がその法律行為によつて発生させようとした効果——を確定し：(次に)現代の法律理想からみて許されるべきか、などを審査して(助力すべきかどうか)その態度を決することになる<sup>44)</sup>」。

法律行為の目的ないし内容が強行法規に反する時はもちろん、「その社会の一般の秩序または道徳観念に違反する(時)も」、その法律行為は無効である。：第九〇条はこれを明言する。：すべての法律関係は、公序良俗によつて支配されるべきであり、公序良俗は、法律の全体系を支配する理念と考えられる<sup>45)</sup>。本稿で実質的な違法とか適法と言っているのが、まさにこれである。公序良俗に反する事項を目的とする法律行為に対し、強制力をもつて助力することはできないから、民法はそれを無効とするのである。

元の問題に戻れば、甲が乙を裏切つて別の者に不動産を売る行為が、もし横領という犯罪を構成するような違法行為であるのなら、民法はそれを無効とし、決して丙の所有権取得を是認しないであろう。ところ

が、事実は逆で、民法は対抗力という規定によつて丙を保護し、当然のことながら判例・通説もそのことを認めている。

乙が不動産の所有権取得につき、自己の権利を債権のままに放置したことに二重売買の原因がある。「債権は、債務者の意思に基づく行為を目的とする権利であるから」物権のような排他性をもたず、従つて「同一内容の債権の併存的成立<sup>46)</sup>」が許容される。財産権におけるこの区別は民法の、ひいてはその背後にある経済生活の最も基本的な規範となっている。

しかし、甲は既に乙から代金を全額受領しており、これを甲の手に残すことは公平を失する。甲の責に帰すべき事由によつて履行不能になったのであるから、乙は甲と結んだ売買契約を解除して(民五四三条)代金の返還を請求することができる。契約が解除されると「当事者ハ其相手方ヲ原状ニ復セシムル義務ヲ負フ」(民五四五条)からである。別に損害が発生しておれば、「一般に生ずるであろうと認められる損害<sup>47)</sup>」に限つて、同時に請求することができる(民四一六条一項)。なお、契約を解除しないで、代金と損害を合算して債務不履行による損害額として請求してもよい。

ここで注意しなければならないのは、「履行不能を理由として請求する損害賠償は、目的物に代る損害の賠償(填補賠償)に限る<sup>48)</sup>。言い換えると、「債務不履行による損害賠償請求権は、本来の債権の：内容の変更(填補賠償の場合)であつて、本来の債権と同一性を有する<sup>49)</sup>」ということである。債務不履行責任というのは通常イメージされるように、違法行為に対する制裁といったものではない。本来目的とされたAという特定物の給付が不可能になったために、それに代わるものとしてB(金銭)が債権者に給付される、つまり最初から契約がなかったことにする、原状回復のための処理にすぎず、「もつて当事者間の公平をはかろうとする制度<sup>50)</sup>」に過ぎない。甲の二重売買は債権の性質から許容される適法行為であるから、乙としては「本来の給付に代る賠償<sup>51)</sup>」で満

足するしかない。債権の目的と賠償が同一性を有すること、及び賠償は必ずしも制裁の意味をもつものでないことは、「債務不履行の事実があっても、債権者に損害を生じないときは、損害賠償の請求をなしえないこと<sup>62)</sup>」からも、明らかである。

## 註

34) 山火、刑法の争点、二四八頁。

35) 「二重売買における売主が横領罪を構成することはすでに判例上確定しており、「刑法上の学説もまた：異論を見ない」乾昭三「不動産の二重売買と横領罪」民商法雑誌三七卷四号（昭三三）、五七四―五頁。

36) 水本、新書注釈、二〇五―六頁（丸括弧内筆者）。

37) 末川博、物権・親族・相続〔末川博法律論文集Ⅳ〕、三〇、一七一―八頁（丸括弧内筆者）。

38) 岡村玄治、「一物一所有権の公理と不動産登記の効力」法学志林五四卷四号、九頁。

39) 乾、前掲、五七九―八〇頁。

40) 水本、新書注釈、一八四頁。

41) 乾、前掲、五八〇頁。

42) 団藤重光、刑法綱要総論改訂版、一七一頁。

43) 我妻栄、新訂民法総則（民法講義Ⅰ）、二二六頁。

44) 我妻、同右、二四八頁（丸括弧内筆者。以下同じ）。

45) 我妻、同右、二七〇頁。

46) 我妻、新訂債権総論（民法講義Ⅳ）、八頁。

47) 我妻、同右、一一八頁。

48) 我妻、同右、一四六頁。（傍点筆者）

49) 我妻、同右、一〇一頁。填補賠償と対置される「遅延賠償」は、本来の債権の拡張と性格づけられている。

50) 我妻、同右、一一九頁。

61) 我妻、同右、九九頁。

62) 我妻、同右、一一七頁。

## 第四章 結 論

二重売買においては不動産の所有権はまだ最初の買主に移転していないが故に、横領罪の「他人ノ物ヲ」要件を充足しない―と述べ来たったが、「自己ノ占有スル」要件についても自説補強のため触れておきたい。判例によれば、たとえ売主が「不動産を引渡し、買主においてその不動産につき事実上支配している場合であっても、（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していると解さねばならない。なぜなら）売主は右不動産を引渡した後においても第三者に対し有効に該不動産を処分し得べき状態にあるから<sup>63)</sup>」である。――

判例のこの見解は、表示的意思主義に立たなければ成り立ち得ないものである。即ち、所有権が登記と運命を共にするからこそ、登記簿上の名義人が「不動産を有効に処分」できる。もし内心的意思主義を立てば、所有権は既に第一の買主に移ってしまっており、ただ名義人であると言うだけでは、不動産を有効に処分することはできないのである。第二の買主が手にいれることができるのは、せいぜいが「對抗要件」であって、これは所有権に裏づけられない限り無意味なものである。第一の買主から、所有権に基づく登記移転請求が出されるのは時間の問題である。

故に、判例を批判するとすれば、「他人の物」に関しては内心的意思主義に立脚し、「自己ノ占有」に関しては表示的意思主義を用いるという支離滅裂である。

所有権は登記と運命を共にすると言えば、登記名義が事実上の支配ではなく、法律上の支配になってしまうのではないか、との批判を受けるかも知れない。しかし、所有権と登記は大いの場合一致しているが、

常にではない。従って、所有権者が不動産を法律的に支配し、登記名義人がそれを事実的に支配している、と区別することが可能である。つまり、登記の事実的支配性は、登記に公信力がないことによって根拠づけられるのである。板倉が「登記簿上の所有名義を保有することをもって、事実的支配とは区別されるところの法律的支配である」とし、横領罪における占有は、かような法律的支配をも含むものであるとするのが一般的な考え方となっているようであるが、そのように考える必要はなからう<sup>54)</sup>と主張するが、方向として正当である。民法と刑法の乖離を防ぐからである。

民法と刑法は其の目的を異にするので、両者で食い違いがあってもやむを得ない、とする考え方の不当なことは、既に述べた。更に土本の言葉を借りると、「民事上適法視されるものが刑事上違法視されるという事態を招来するような解釈・運用は可及的に回避されるべきであろう。何故なら：民事上適法な行為を刑罰の威嚇によって禁圧するという不都合な事態を招来するからである<sup>55)</sup>」。

これに対する抵抗として、次のような折衷説が出されたりもする。売主が悪意の第三者と二重売買しても、その取引は適法なものとして保護されるが、それもあくまで「正当な自由競争の範囲内にあるかぎりにおいてであって、その範囲を逸脱するときは民事上保護され<sup>56)</sup>」ない。その時は、二重売買は無効であり、「刑事法上も、(売主については)実質的な可罰性があるものとして横領罪の成立を認めるべきであり<sup>57)</sup>」、第二の買主については背信的悪意者として横領罪の共同正犯になる——と。

しかし、自由競争の範囲を逸脱しているとか、信義則に反するとかの基準は、あまりにも漠然としている。民法一条には公共の福祉(一項)、信義誠実(二項)、権利濫用の禁止(三項)が定められているが、「これは立法論上および解釈論上判断基準として機能するが、一般条項であるから、判断基準としては大まかすぎる<sup>58)</sup>」のである。民事裁判ですらこういう一般条項で裁判するのは問題であるのに、刑事裁判ではなおさ

らである。なぜなら、当該二重売買が信義則に反するものであるか否かの一点に、売主及び第二買受人の有罪・無罪がかかってくるからである。

売主が代金を受領済みであろうとなかろうと、引渡しが終わっていないといまいと、二重売買では、横領罪成立に必要な「他人ノ物」要件を充足していないのであるから、信義誠実を論ずる余地はない。刑事責任の有無は、このように明確な基準で決せられるのでなければならぬ。

下級審の判決で、第二買受人が「背信的悪意者」とされたのは、四〇年近くも前に譲渡した山林の登記名義がまだ売主になっているのを目をつけ、売主がいやがっているのに執拗且つ積極的に働きかけ、遂に二重譲渡させた、という事例である<sup>59)</sup>。民法には「取得時効」という制度があり、「二十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ物ヲ占有シタル者ハ其所有権ヲ取得ス」(六一一条一項)ることになっているから、第一買受人に所有権があり、売主にはもはや譲渡すべき権利がなかった、とも考えられる。従って、四〇年後の二重売買は、信義則違反という一般的な条項を持ち出さなくても、時効規定を使って第二買受人の所有権を否認できたわけである。

ところが、時効取得者は時効完成後の第三取得者との関係で登記が必要かという問題で、「大審院は大正一四年に連合部判決をもって登記要求を宣言し(大連判六一四・七・八民集四・四一二)、以後、裁判所はこの線に従う。：時効取得者と時効完成後の所有者(Ⅱ従来の所有者から時効完成後に取得した者)との関係は、従来の所有者からの二重譲受人であって『対抗関係』にあるから登記が要求される<sup>60)</sup>、と理由づけられる。従って判例によれば、時効取得者と雖も例外ではなく、第三者に對抗するためには、登記名義を予め変更しておかなくてはならない。先の山林の事例においても、二重売買は適法で、第二買受人は保護される。売主が横領罪に問われないのはもちろん、第二買受人も横領の共同正犯とされるべきではない、という結論になる。

最後に、なぜ民法上適法な取引が刑法で犯罪として処罰されるという不可思議な事態になったのか、歴史的経緯にも言及しておきたい。佐藤によれば、それは旧刑法の名残である。起草者ポアソナードの反対にも拘らず、我国の希望で三九三条「冒認罪」というのが入れられた。その一項は「他人ノ動産不動産ヲ冒認シテ販売交換シ又ハ抵当典物ト爲シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス」と定め、「もし、この規定が、現行刑法のなかに存在したならば、不動産の二重売買に適用されるであろうと考えられる<sup>60)</sup>」。現行刑法はしかしこの規定を排除したのであるから、二重売買は無罪と変化すべきであったのに、判例は無自覚に前例を踏襲し続けたのである。

なぜポアソナードは反対したのか。冒認罪が「フランス法では、法制史上、民事上の問題として取扱われていたものを特に（刑法で）規定したもの<sup>61)</sup>」だからである。そのような行為を特に刑罰の威嚇で抑圧しなければならなかった我国の明治初期の事情を考えてみるならば、まだ物権変動に関する公示制度（登記）が未整備であったことに止めを刺す。登記制度の完成を見た今日、二重売買の法的取扱いについては「改めて検討する必要があるのではないかということ<sup>62)</sup>」が言える。

因に、ドイツでも「民事的な制度が基礎となっている問題は、民事法上解決すべきであるとの考えが基調をなしている」。しかも、刑法典で「横領は窃盗と同じく動産を対象としているから、不動産の二重売買は、横領罪としては考えられない<sup>63)</sup>」。

イギリスでは「一九六八年制定のセフト法（が）それまでの各種の財産犯罪を一括して規定しており：横領罪等がここに吸収されているのである<sup>64)</sup>」が、やはり二重売買は犯罪とされていない。セフト法五条一項によれば、「何人かに占有・支配され若しくは財産的権益とされている財産は、その者の所有物と見なす（但し、利益を譲渡・移転する合意から生ずるに過ぎない衡平法上の利益は、財産的権益から除く）<sup>65)</sup>」。クロース&ジョーンズによれば、この但書の意味は「例えば、土地とか株とか

を売る契約を結んだとすると、法律上の所有権は依然売主の手元に残る。買主が得るのがここで言う衡平法上の利益である。法がこの利益を除外する趣旨は、所有者が自分の財産をAに売る契約を結び、その後それをBに売る契約を結んだとしても、所有者はそれをAから盗んだことにはならない、ということなのである<sup>66)</sup>。――

### 註

- 53 最判昭和三四年三月一三日一集一三卷三号、三一四頁（丸括弧内筆者）。
- 54 板倉宏、「刑事判例研究三六一」警察研究二九卷一〇号（昭三三）、九五頁。
- 55 土本武司、「民事責任と刑事責任―二重売買をめぐる―」民事研修三五七号（昭六一）、一四頁。
- 56 大谷、刑法判例百選Ⅱ各論（第二版）、一一五頁。
- 57 土本、前掲、二三頁（丸括弧内筆者）。
- 58 水本、新書注釈、一頁。「結局、具体的ケースにおける諸々の事情を総合的に判断するはかない」（吉原節夫、注釈民法（6）〈舟橋編〉、三四五頁）、と基準のなことを自白することになる。
- 59 福岡高判昭和四七年一月二日（刑事裁判月報四卷一一号、一八〇三頁）。
- 60 原島重義、注釈（6）、三〇八―九頁。
- 61 佐藤昌彦、「二重売買と二重抵当」警察研究五三卷四号（昭五七）、三〇頁。
- 62 佐藤、同右、三一頁（丸括弧内筆者）。
- 63 佐藤、同右、二八頁。ドイツ刑法二四六条では「bewegliche Sache」動かしうる物」と規定されている。Vgl. StGB (Beck-Texte 17Auff. 1977), S. 132.
- 64 佐藤、同右、三二頁。
- 65 Cf. Smith & Hogan, Criminal Law 478 (5th ed. 1983).
- 66 R. Card, Cross & Jones Introduction to Criminal Law 197 (9th ed. 1980). 窃盗法五条一項は「売主が財産を別人に再度売っても、窃盗にならないことを明らかにしている」Smith & Hogan, *ibid.* 481.