

不動産の二重譲渡に関する日韓の比較研究

李 采 雨

- I はじめに
 - 1 問題意識
 - 2 問題提起および論文の構成
- II 不動産の二重譲渡の効力
 - 1 韓国における判例理論の問題点と批判
 - 2 大法院の判断
 - 3 矛盾を解決するための理論構成
- III 不動産の二重譲渡に関する判例の検討
 - 1 反社会性を認めるための要件および判断基準
 - 2 反社会的二重譲渡の成立時期に関する検討
 - 3 いわゆる「積極的な加担」に関する判例の類型化
- IV 日本民法における「背信的悪意者排除論」
 - 1 初期の対応
 - 2 判例と学説の揺らぎ
 - 3 最高裁による「背信的悪意者排除論」の類型
- V 転得者の地位
 - 1 基本的な考え方
 - 2 韓国における判例の態度
 - 3 背信的悪意者排除論の相対的適用
- VI おわりに

I はじめに

1 問題意識

韓国の民法は、法律行為による不動産の物権変動について、「登記をしなければその効力を生じない」と定めている⁽¹⁾。したがって、不動産の所有者(譲渡人)は他人(第一譲受人)との契約があるとしても、当該不動産を第三者(第二譲受人)に譲渡し得るし、この第三者は所有権移転登記を経ることによって(第一譲受人の存在にもかかわらず)有効に当該不動産の所有権を取得することができる。このような不動産の二重譲渡について、韓国の大法院は、譲渡人の第一譲受人に対する譲渡義務があるにもかかわらず、第二譲受人に当該不動産を譲渡し、さらに所有権移転登記まで経由した場合、第二譲受人は所有権を取得する、と判断している。しかし、第二譲受人が譲渡人とともに、第一譲受人に対する背任行為に「積極的に加担」した場合(日本民法にいう背信性の存在)、この第二譲受人への譲渡は韓国民法103条が定める「善良な風俗その他社会秩序(いわゆる、反社会性)」に違反して無効であり、この場合、第一譲受人は譲渡人を代位して第二譲受人名義の登記を抹消することができると、判断している。

それでは、どのような場合に、不動産の二重譲渡が韓国民法103条の善良な風俗その他社会秩序に違反して無効となるかが重要な論点になるであろう。ここに大法院は「第二譲受人が、譲渡の目的である不動産をすでに譲渡人から他人に譲渡したことを知りながら、譲渡人からその不動産を譲渡されたとしても、それだけではその譲渡契約を反社会的法律行為と断定しえず、第二譲受人の背任行為に積極的に加担するなど、十分かつ明白な理由がある場合に、その〔第二〕譲渡契約は無効」である、と判示している⁽⁴⁾。

したがって、本論文では、不動産の二重譲渡に関する韓国の大法院の判決と、それに関係する学説を中心として比較検討し、日本民法への示唆を得ることを目的とする。

2 問題提起および論文の構成

意思主義（対抗要件主義）を採っている日本とは異なり、成立要件主義を採る韓国において、「登記」は不動産の物権変動をなす成立要件であり、所有権移転登記がなされないかぎり、物権変動の効力は生じない。両国の不動産物権変動に関する民法の在り方には、このようは根本的な相違があるにもかかわらず、「登記の公信力を認めていない」という法状況は一致している。これらのことを前提にすれば比較の意義があると思われる。そして、このような異同についての比較検討から、日本民法の不動産物権変動論に対していかなる示唆が得られるか。

このような問題意識に基づき、本論文では韓国の例を中心として、Ⅱ. 韓国における不動産の二重譲渡の効力、Ⅲ. Ⅱにかかわる判例の検討、Ⅳ. 日本民法における「背信的悪意者排除論」、Ⅴ. 二重譲渡された不動産を新たに転得した第三者の地位について検討する。そして、最後に、以上の内容を踏まえ、どのような示唆を得ることができるかについて検討する。

Ⅱ 不動産の二重譲渡の効力

1 韓国における判例理論の問題点と批判

一般に、不動産の二重譲渡とは、譲渡人が目的不動産を第一譲受人に譲渡した後、まだ移転登記がなされていない間に、当該不動産を第二譲受人に譲渡する行為をいう。広義の不動産二重譲渡は同一の不動産に二重の譲渡契約が締結されることを意味するが、狭義の不動産二重譲渡は譲渡人が第一譲受人と譲渡契約を締結して中間金または残金まで受領した後、第一譲受人の所有権移転登記の経由前に、第二譲受人に所有権と登記を移転することをいう。⁽⁵⁾ 韓国民法の186条を前提とすれば、前者のように手付金だけを授受した段階においては、当事者は自由に契約を解除することができるので、⁽⁶⁾ 結局、⁽⁷⁾ 問題となるのは、第一譲受人による履行の着手がなされた後に、譲渡人が

二譲受人と結んだ契約の有効性である。

2 大法院の判断

これについて韓国の判例は、第二譲受人が譲渡人の背任行為に積極的に加担し、自分名義の所有権移転登記まで済ませたケースについて、第一譲受人は実質的に所有者とも言える譲渡人を代位して、第二譲受人名義の登記に対する抹消を請求することができる⁽⁸⁾と判断してきた。こうした判例理論は、債権者代位権の趣旨に鑑み、債権者の債権を保全するために、債務者の権利を代位行使することを認めて、譲渡人が第二譲受人に対して「所有権移転登記の抹消請求権を有する」という前提に立っていると思われる。しかし、反社会的法律行為として無効である二重譲渡行為は不法原因給付となり、給付者たる譲渡人は当該不動産についての不当利得返還請求権を行使することができない⁽⁹⁾。そこで、特に不法原因給付の不動産について、給付者の所有権に基づく返還請求権を認めてきた従来の大法院の判断は、1979年の全員合議体⁽¹⁰⁾(判例変更)の判決により、給付者(譲渡人)が返還請求できなくなる「反射的效果」として、所有権は受益者である第二譲受人に帰属すると、変更された。

「民法第746条は、不法の原因によって財産を給付したときには、その利益の返還を請求し得ないと定めているところ、一般の法理に従うと、不法の原因による給付は法律上の原因がないため、不当利得となり、その利益の返還を請求することができない。ところが、このような請求を認めることは、法の理念に反する行為者の主張を認め、かつ保護することになり、公平の理念に即した不当利得制度の根本趣旨に合わないのみならず、法律全体の理念にも合わない。そのため、この規定は善良な風俗、その他社会秩序に反した事項を内容とする法律行為を無効とする民法第103条と表裏を成し、社会的妥当性のない行為者は保護し得ないという法の理念を実現しようとすることで

ある。

こうして、民法第746条は民法第103条とともに私法の基底を成す一つの大きな理想の表現として、たとえこれが民法の債権編の不当利得の章に定められているとしても、これは、一般に社会的妥当性がない行為の復帰が不当利得の返還請求という形式をもって主張されるケースが多いからであり、その根本においては、ただ不当利得制度のみを制限する理論としてとどまるものではなく、いっそう大きな私法の基本理念として君臨し、結局社会的妥当性のない行為者はみずから不法な行為を主張して、復帰を、その形式如何にかかわらず、訴求し得ない理想を表現しているといえるだろう。

したがって、給付者は、その原因行為が法律上無効であるとして相手方に不当利得を原因とした返還請求をし得ないことはもちろん、その原因行為が無効であるため給与した物の所有権は依然として自分自身にあるとして、所有権に基づく返還請求もできないのであり、そうしてその反射的效果として給付した物の所有権は給付を受けた相手方に帰属すると解釈することが妥当であろう⁽¹¹⁾と。

このような判例の変更によって、譲渡人は第二譲受人に対する登記の抹消請求権ももはや持たないという結果になってしまった⁽¹²⁾。そして、第二譲受人の「積極的な背任行為」による二重譲渡行為は反社会的秩序の違反として無効であり、不法原因給付にあたる。そして、その所有権が受益者である第二譲受人に帰属すれば、原則的に譲渡人は第二譲受人に対して登記の抹消を請求することができない。言い換えれば、第一譲受人が譲渡人を代位しようとしても、譲渡人にはもはや請求できる権利が存在しないため、判例理論だけでは解決し難い矛盾が生じる⁽¹³⁾。

さらに、第二譲渡における所有権移転登記に対する確定判決、または、「訴え提起前の和解手続」による和解調書の作成などによって既判力が生じる。こうした既判力に抵触することはできないため、譲渡人が第二譲受人の

所有権移転登記の抹消を請求することができないことはもちろん、第一譲受人が譲渡人を代位して登記の抹消を請求することも当然許容されず、第二譲受人は確定的に所有権を取得することになる⁽¹⁴⁾。

3 矛盾を解決するための理論構成

このような矛盾を解決しようとする動きの一環として、①二重譲渡においては韓国民法746条を排除するべきという見解、②第一譲受人が有する債権を第二譲受人が侵害したことを理由として、第一譲受人は第二譲受人に不法行為責任を問えるという見解、③不動産の二重譲渡の場合には、第一譲受人に詐害行為取消権を認めて譲渡人の代位がなくてもただちに登記の抹消を請求し得るという見解、④韓国民法186条は、法律行為による不動産の物権変動は、公示方法としての登記を備えなければならないと定めているにもかかわらず、これを怠る第一譲受人をあえて保護する必要性はないという見解が主張されている。これら学説の詳細は次のとおりである。

(1) 韓国民法746条の適用排除説

この見解によると、反社会的二重譲渡行為は、韓国民法103条に違反して無効ではあるが、例外的に「不動産の二重譲渡のケース」においては、不法原因給付にあたらぬと解釈して746条を適用しないとする見解である。具体的には、二重譲渡行為の無効による給付物の終局的な所有者が、不法に第二譲渡に加担した譲渡人ではなく第一譲受人であるとされるべき場合には、例外的に746条を適用せず、第一譲受人は譲渡人の不当利得返還請求権を代位して第二譲受人に対して当該不動産の返還を請求するとともに所有権移転登記の抹消を請求することができる⁽¹⁵⁾、とする。より本質的には、不動産の二重譲渡は他の社会秩序違反の法律行為とは異なると理解しつつ、譲渡人と第二譲受人の間の反社会的な二重譲渡による給付は746条の「不法原因給付にあたらぬ」とする。特に、二重譲渡行為においては、もっぱら第一譲受人のみがその無効を主張して第二譲受人に当該不動産の返還を請求することが

できる。第二譲受人はこのような第一譲受人の請求を拒絶することができないので、その「反射的な効果」として譲渡人にも第二譲受人に対する返還請求権が存在することになる。

また、第一譲受人はこの譲渡人の権利を代位して第二譲受人に当該不動産の返還を請求することができる、とも説明される⁽¹⁶⁾。第一譲受人は、自身は不法原因による給付者ではないので、自ら不法を主張して法の保護を要求するのではなく、ただ譲渡人と第二譲受人の間の法律行為が無効であると主張すれば足り、第二譲受人に利益を帰属させるよりは、第一譲受人を保護した方が正義観念にも適合するから、譲渡人を代位して不動産の返還を請求することができるとする見解もある⁽¹⁷⁾。さらに、不動産の二重譲渡は反社会的な法律行為のため、韓国民法103条に反して絶対的無効であり、第一譲受人は利害当事者として無効確認の訴えの利益を有する者である。そのため、第一譲受人は第二譲受人に対して所有権移転登記の抹消を請求するとともに、譲渡人には自分名義への所有権移転登記を請求し得るとする見解も、不動産の二重譲渡に関しては韓国民法746条の適用を排除している⁽¹⁸⁾。

（２）不法行為に基づく原状回復説

不動産の二重譲渡における第一譲受人の保護のために、第一譲受人が譲渡人に対して有する債権を第二譲受人が侵害したことによる不法行為を認めた上で、その効果として第二譲受人に原状回復義務（すなわち、二重譲渡された不動産を二重譲渡が生じる前の状態に回復する義務）を負担させることが合理的だという主張である⁽¹⁹⁾。

これによると、社会秩序に反して第三者が有する債権を侵害した場合には不法行為が成立し得るという見解に即して、不動産の二重譲渡もまたこのようなカテゴリに含まれると説明される。また、現行の民法は損害賠償の方法として「金銭賠償の原則」を採用しているものの、原状回復については特に明文の規定が存在しないことから、裁判所は損害賠償の方法として原状回復という例外の可能性も認めている⁽²¹⁾。こうした方法によるとしても、特に債務

者にも不利ではなく、債権者を確実に保護することができるし、そして、その手続も簡単であるので、金銭賠償の原則だけを貫徹する必要はない、とす⁽²²⁾る。もちろん、第一譲受人に対する債権侵害による不法行為の成立を認めつつも、上の見解のような原状回復による方法は否定し、金銭賠償に限る見解⁽²³⁾もある。

(3) 詐害行為取消権説

この見解によると、譲渡人が無資力でない場合⁽²⁴⁾や特定物債権⁽²⁵⁾の保全のためにも、第一譲受人に「債権者取消権」を認めて、第二譲渡契約の取消しはもちろん、第二譲受人に対する所有権移転登記の抹消を求めることができる、とされる⁽²⁶⁾。言い換えれば、譲渡人と第二譲受人との二重譲渡が、韓国民法⁽²⁷⁾406条が定めている「詐害行為」となるならば、第一譲受人は第二譲渡を取り消して目的物の原状回復を請求することができるという理論構成である⁽²⁸⁾。その根拠として、特定物債権の保護のために債権者代位権の転用が認められることと同様に、債権者取消権にも特定物債権の保全を肯定する必要がある⁽²⁹⁾、不動産の二重譲渡を反社会的な行為と見るのは難があることを挙げる。さらに、この問題を詐害行為取消権により解決すれば、取消しや原状回復には相対的効果のみが生じることになるから、善意の転得者を保護することができる。何よりも、「除斥期間」による動的安全（知った時から1年・法律行為があった時から⁽³⁰⁾5年）の確保というメリットをあげている。

(4) 二重譲渡有効説

現在の高度に情報化された社会においては、一般人でも法律の知識を十分有していることを前提とし、法律行為による不動産の物権変動には公示方法、すなわち登記まで具備しなければならないということは一般常識であるから、売買契約を結んだのに登記をしない買主は多くない。したがって、第二売買契約を無効とし、債権行為である売買契約の債権者に過ぎない未登記の第一譲受人を厚く保護する必要性は乏しい⁽³¹⁾。また、不動産の第一譲受人はその売買契約時から、ただちに所有権の移転登記ができないとしても、「仮

登記」を利用して、将来の所有権を事前に確保する方法が存在するにもかかわらず、自分自身の権利行使を怠る者を保護する法益は存在しない。そして、第一譲受人が被る損害は譲渡人が賠償すれば足りるとされる⁽³²⁾。

さらに、資本主義下での自由競争体制が定着しており、かつ、今日の高まった法意識に照らせば、不動産の二重譲渡は適法である。一般的な法制度に従って、譲渡人は第一譲受人に対して履行不能を理由とした金銭賠償をすれば足りるとする⁽³³⁾。

Ⅲ 不動産の二重譲渡に関する判例の検討

上述のように、韓国の大法院は「第二譲受人が、第一譲受人に対する譲渡人の背任行為に積極的に加担するなど、十分かつ明白な理由がある場合」には、当該不動産の二重譲渡を無効としてその効力を否定している。

したがって、以下では問題となる事案ごとに、その類型を分類して判例理論を分析し、その判断基準を導き出すことにしたい。

1 反社会性を認めるための要件および判断基準

大法院は、不動産の二重譲渡に反社会性を認めるためには、「第二譲受人が譲渡人の背任行為を知るだけでは足りない……」ということを前提とし、そのさらなる要件として、「……背任行為を誘因、教唆またはこれに協力するなど、積極的に加担することが必要である。この際に、第二譲渡行為の相当性と特殊性、および、第二譲渡契約の成立過程・経緯、そして譲渡人と第二譲受人との関係などを考慮して判断しなければならない」と、説示している⁽³⁴⁾。

これに関しては、①すでに、目的不動産に極度額 7 億 5500 万ウォンの根抵当権を設定して、任意競売の開始手続が進んでおり、登記名義も他人の名義になっていたことに鑑みると、通常の場合、この不動産を目的物とする売買契約はなされ難いので、譲渡人と第二譲受人が通謀して、その背任行為に協

力して積極的に加担したというしかないとし、善良な風俗その他社会秩序に反する行為として、韓国民法103条に従って無効とした判例、⁽³⁵⁾②所有権移転登記を受けた第二譲受人から当該土地を買い受けた者が、第一譲受人から贈与を受けた受贈者が目的物の事実上の所有者であり、家屋の敷地を占有・使用していることを知っていたとしても、背任行為を誘因・教唆、または、これに協力したことがないかぎり、韓国民法103条所定の反社会秩序の法律行為にあたらぬとした判例、⁽³⁶⁾③譲渡人から係争土地の一部を買い受けた第一譲受人の存在を知りながらも、譲渡人と契約を結んだ第二譲受人の取引は、反社会的な法律行為と断定し得ないとした判例がある。⁽³⁷⁾すなわち、韓国の大法院は判例理論として、不動産の二重譲渡の「反社会性」を認めるための要件および判断の基準（言い換えれば、単純悪意だけでは足りず、積極的に加担すること）を示している。

2 反社会的二重譲渡の成立時期に関する検討

たしかに、近代民法が成立して以来、「契約自由の原則(Vertragsfreiheit)」や、「私的自治の原則(Privatautonomie)」を理由として、二重契約の締結は有効であるとされている。しかし、譲渡人が第一譲受人と譲渡契約（通常は、売買契約）を締結した後、手付金を受領し、中間金または売買代金の全額支払いがあったにもかかわらず、第二譲受人に目的不動産を引き渡し、所有権移転登記まで完了した場合にも、その有効性を認めることができるか。⁽³⁸⁾

このような不動産の二重譲渡の有効性を判断するにあたって、「時期」の問題もまた看過してはならない。すなわち、大法院による判例理論としての反社会的二重譲渡の「反社会性」は、「どの時点」で認められるかに関して、その基準を確認する必要があるだろう。

韓国民法565条⁽³⁹⁾の規定により、単に、譲渡人が手付金だけを受領した場合ならば、第一譲受人にその倍額を償還して自由に契約を解除することができるため、この時点では反社会的二重譲渡は、原則として成立する余地がな

い。しかし、譲渡人が第一譲受人から中間金、または、すでに売買代金の全額を受領した場合には、適用可能な規定が存在しないので、まず、これに関して検討する。

（１）反社会的二重譲渡の「認定時期」に関する判例の検討

大法院は、こうした不動産の反社会的二重譲渡の認定時期に関して、「売渡人が手付金、中間金の全部と残金の一部を受領しているならば、売渡人は一方的にその売買契約を解除する権利はなく、残金の受領と同時に売渡人には所有権移転登記を履行する義務が発生する⁽⁴⁰⁾」として、中間金以上の金員を授受した場合には、反社会的二重譲渡の成立を認めており、また、「不動産の所有者が同不動産を第一買受人に売渡し、手付金と中間金まで受領した以上、特段の約定がなければ、残金の受領と同時に買受人の名義への所有権移転登記に協力する義務を有しており、この債務は主に右買受人のために負担する義務ともいえるから、この売買契約が適法に解除された場合でなければ、……ふたたび第三者とその不動産に関する売買契約を結び、手付金と中間金まで受領したことは第一買受人に対する所有権の移転登記の協力義務と密接な行為〔である〕⁽⁴¹⁾」と示し、第一譲受人との契約が適法に解除されるかまたは特約が存在しない限り、「手付金と中間金の受領」をその判断の基準としている。

これに関して、比較的最近の判例として、「債権者らと不動産譲渡担保の趣旨で、分譲契約を締結した被告がその所有権移転登記を済ませる前に、任意にその不動産を処分した場合には譲渡担保権者の債権に対する担保能力の減少の危険が発生〔する〕⁽⁴²⁾」とするものがあり、反社会的二重譲渡の射程を一般の不動産売買だけに限っていないようにみえる。

最後に、「不動産を二重に売り渡した場合に、売渡人が先買受人〔第一譲受人〕に所有権の移転登記の義務を履行したとしても、後買受人〔第二譲受人〕に対する関係において、売渡人の義務に違法に違背したとはいえない⁽⁴³⁾」と判示した判決では、譲渡人が第二譲受人と契約を結んでいたが、むしろ第

一譲受人に所有権を移転した場合については、第二譲受人に対する違法性を認めなかつた。⁽⁴⁴⁾

(2) 反社会的二重譲渡の認定時期に関する議論

これに関して、学説は二つに分かれている。一つ目は、物権行為が、残金の支給と同時に登記に必要な書類を交付する時点に行われ、これとともに物権的期待権を取得するという前提に立ち、手付金や中間金の支給だけでは物権的期待権が発生せず、譲渡人が第一譲受人から売買代金の全額の支払いを受けて登記に必要な書類を交付した時点（すなわち、物権的期待権を取得した時点）の後に、第二譲渡契約が結ばれた場合には、その二重譲渡は無効とする見解である。⁽⁴⁵⁾ すなわち、この見解によれば、売買代金の全額の支払いがあった時点以後に、はじめて不動産の二重譲渡の反社会性が認められ、その前に行われた複数の譲渡契約は有効であるといえるだろう。

二つ目の見解は、不動産の二重譲渡にかかわる背任罪が、①譲渡人の背任行為と、②第二譲受人の積極的な加担を要件としている刑法上の理論と判例⁽⁴⁶⁾に基づき、譲渡人が第一譲受人から中間金を受領したならば、第一契約は一方的に解除することはできず、契約に従って売買代金の支払いとともに所有権移転登記の履行義務が発生する、とする。⁽⁴⁷⁾

(3) 判例の揺らぎ

以上の判例からわかるように、韓国の大法院は中間金以上の授受が行われると、当該不動産の第二譲渡を刑法上の「背任罪」の規律対象にしている。このような背任罪については本稿の対象ではないから、本稿では関係のある部分についてのみ検討するにとどめる。

事例は、XがYに対する借金の弁済を行えない場合に備えて、Xの母が所有する不動産の「相続分」を、Yへの代物弁済予約として約定したというものであった。その後、Xは遺贈を原因とする当該不動産の所有権移転登記を経た後に、Zら（Xの姉と姉の夫）に売り渡した。これに対して、大法院は、債務者が債権に対して消費貸借などによる債務を負い、その担保のため

に設定した代物弁済予約に関して約定の内容に従った債務は特別の事情がない限り、「自分の事務」にあたと判断した。これによって、「債務者の代物弁済予約による所有権移転の義務は、予約時に確定的に生じるのではなく、債務者が借金を適時に弁済せず、債権者による予約完結権の行使があってはじめて問題となり、債務者は予約完結権の行使を受けた後でも、金銭債務を弁済して当該不動産に関する所有権移転登記手続義務を消滅させ、義務からは解放され得る。……代物弁済の究極の目的は、借金返還債務の履行の確保にあり、債務者が代物弁済予約に従って不動産に関する所有権移転登記手続を履行する義務は、究極の目的を達成するために債務者に要求される付随的な義務であるから、これをもって背任罪にいう信任関係に基づいて債権者の財産を保護または管理する『他人の事務』に当たるとはいえない」として、不動産の二重譲渡と類似した法律関係にある代物弁済予約の目的物を第三者に処分したケースについては、背任罪の構成を否認し、従来の態度を変更し⁽⁴⁸⁾た。⁽⁴⁹⁾

次に、動産の二重譲渡についてではあるが、右判決と同様に動産の二重譲渡に関しても「背任罪」が成立しないとして従前の態度を変更した判決⁽⁵⁰⁾（全員合議体、判例変更）がある。Xが、印刷機をYに1億3500万ウォンで譲渡することを約定し、二回にわたって4351万82ウォン相当の材料の提供を受けた。しかし、Xは中間金の受領があったにもかかわらず、当該印刷機をXの債権者であるZに対し、既存の債務の弁済に代えて譲渡した事例である。

これに対して、大法院は、まず、「売買のように、当事者の一方が財産権を相手方に移転することを約定し、相手方がその代金を支払うことを約定することによって、その効力が生じる契約の場合には〔筆者注——韓国民法⁽⁵¹⁾563条（日本民法の555条に対応）〕、双方がその契約の内容に従って履行する債務は特別な事情がない限り、「自己の事務」に該当する」とし（代物弁済予約と同じく「自己の事務」）、「売買の目的物が動産である場合、売渡人は買受人に契約の定めに従ってその目的物たる動産を引き渡すことによって契

約の履行となり、その時、買受人は売買目的物に対する権利を取得することになるから、売渡人に自己の事務である動産引渡義務のほか、買受人の財産の保護ないし管理行為に協力する義務があるとは言えない。動産売買契約における売渡人は買受人に対してその事務を処理する地位にないため、売渡人が目的物を買受人に引き渡さずに、これを他人に処分したとしても刑法上の背任罪が成立するものではない」と判決の理由を述べた。⁽⁵²⁾

最後に、不動産の二重譲渡に関する背任罪の裁判例である。ただし、本件は大法院にて審理中であり、判決はまだ下されていない(2018年3月現在)。しかし、その帰趨が注目される事案である。その事案の重大性に鑑み、大法院は「公開弁論」を開き、弁論映像とその速記録を公開した。⁽⁵³⁾二つの事案であり、典型的な不動産の二重譲渡に関するケースである。それぞれの事案の内容は、①Xは、Yに当該土地を売り渡して手付金と中間金の一部を受領した(代金の三分の一程度)が、Zに本件土地を含めた不動産を担保に供して、根抵当権を設定した(2015年⁽⁵⁴⁾12692)。②Xは、Yと当該不動産の譲渡契約を締結し(売買代金13億8000万ウォン)、手付金(2億ウォン)と中間金(6億ウォン)を受領した。Xは、残金支払期日を徒過して、Zに対して当該目的不動産を14億ウォンで売り渡し、所有権移転登記まで移転した(2017年⁽⁵⁵⁾4027)。

公開弁論の速記録の内容から見る限り判例変更に対する見解の論理は、従前の内容を踏襲するにすぎないが、賛成する見解は、契約上の履行不能を理由としては拘禁されないとする、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」⁽⁵⁷⁾の⁽⁵⁸⁾第11条をその根拠として、判例変更を肯定している。

本件の対象は、前掲の代物弁済予約の目的物かまたは動産ではなく、直接に「不動産の二重譲渡」に関する判断であるため、今回の全員合議体の判断結果によっては、今後の二重譲渡に関する判例が大きく変わると思われる。

私見によれば、上記判例からもうかがえるように、民事制度の不備を刑法から補完する、いわゆる「民事の刑事化」を防ぐための大法院の一連の動き

からして、判例変更の可能性は高いと思われる。

3 いわゆる「積極的な加担」に関する判例の類型化

大法院の判例は、不動産の二重譲渡に関連する要件として、第二譲受人が不動産の二重譲渡に積極的に加担する等の十分かつ明白な理由の存在を前提としている。これに関して、第二譲受人の積極的な加担を認めるためには、単に目的不動産の第一契約の存在を知っていることだけでは足りず、第二譲受人が二重譲渡を強く求めるなどの積極的な加担を要件としている。さらに、積極的な加担以外にも、①第一譲受人の占有態様、②譲渡人と第二譲受人との関係、③目的物の相場、④第二譲渡の実質的目的などを総合的に考慮して判断していると思われる。⁽⁵⁹⁾

このような分類に基づき、大法院の判例理論を分析すると次のとおりである。

(1) 第二譲受人の積極的な加担

大法院の判例は、第二譲受人が譲渡人と当該不動産の売買契約を結ぶ時、すでに、当該不動産が7ヶ月前に第一譲受人に引き渡されており、占有している事実を第二譲受人が知りながら行なった二重譲渡契約の有効性を判断するにあたって、単に、不動産の二重譲渡ということだけではそれが社会正義に反するとは言い難く、他人に売り渡した事情を知りながら、自分自身に売りつけるように頼んだだけであれば、こうした二重譲渡を反社会的法律行為と認めることはできないとした。すなわち、第一譲渡に対する単純悪意のみでは、その有効性を否定できないというのが大法院の確固たる立場である。

このような前提に即し、第二譲受人が積極的に加担したと認められたケースとして次のような者ものがある。⁽⁶¹⁾すなわち、譲渡人が第一譲受人に当該不動産を売り渡し、売買代金の全額を受領した。しかし、譲渡人は第一譲受人から追加金をもらうか、既存の売買代金より高価で再売却するために、故意に登記手続を遅延させていた。このような事実を知っていた第二譲受人は、

第一譲受人から受領した売買代金を返還して契約を解除することができる
誘い、さらに、これによるすべての民刑事上の責任は自分が負うと言いつ
つ、自分への売り渡しを要求した。譲渡人は、ただちに第一譲受人に対して
契約を解除する旨の通知書とともに受領した売買代金を同封して郵送した。
その後、第一契約より高額な契約を第二譲受人と結び、第二譲受人名義の所
有権移転登記をした。

これに対して、大法院は、譲渡人と第一譲受人との契約は適法に解除され
たとはいえ、第二譲受人が譲渡人の背任行為に積極的に加担して行われた
社会秩序に反する法律行為であるとして無効であると判断した。すなわち、
積極的な加担の一形態として、売買代金を受領したにもかかわらず、「売買
代金を返還して契約の解除が可能である」、「自分自身がこれに対する民刑事
上の責任を負う」、「差益を得ることができる」、「法律上、二重譲渡は何の問
題もない」など、譲渡人を欺罔する言動がこれにあたるといえる。⁽⁶²⁾

また、別のパターンとして、もともと第一譲受人が所有していた不動産を
譲渡人に売り渡したが、売買代金にかかる債務のために、再び、第一譲受人
が買い受けることになった。このような事情を譲渡人から聞いて熟知してい
る第二譲受人が、無知な譲渡人に債務の弁済を強要しつつ、第一契約より前
の日付で契約書を作成するとともに、自分への譲渡を要求した。そして、譲
渡人には、身を隠すように伝えた上で、本件に関しては自分が処理をして、
さらに金銭謝礼まですることを約束した。譲渡人が身を隠しているうちに、
第二譲受人は譲渡人の印鑑を偽造して自分への所有権移転登記をした。

大法院は、このように、第二譲受人が、本件不動産が第一譲受人に売り渡
された事実を知りつつも、自分への二重譲渡を強要し、背任行為を積極的に
誘引しかつそれに加担したことは、反社会的法律行為として、当然無効であ
り、したがって、第二譲受人名義の登記は原因無効の登記と判断した。

類似の事例として、すでに、第一譲受人に目的不動産を引き渡したが、不
渡手形の件で身を隠していた譲渡人に対して、後のことは自分が責任を負う

と説得するなど、譲渡人の窮迫な事情を利用し、譲渡人に売る気がないにもかかわらず行われた二重譲渡に関しても、善良な風俗その他社会秩序に反することを理由として、無効と判断した。⁽⁶⁴⁾

すなわち、「譲渡人の無知・窮迫・債務返済」などを悪用した二重譲渡の場合は、積極的な加担があると判断し、こうした二重譲渡の契約については効力を否定し、無効としている。

（２）譲渡人と第二譲受人との特殊な関係

通常の場合、不動産の二重譲渡の契約が結ばれるには譲渡人と第二譲受人との間に何らかの関係が存在するのが普通であろう。大法院は、このような「特殊な関係」の下で行われた不動産の二重譲渡の場合においても、その効力を認めていない。

これに関しては次のような事例がある。すなわち、第一譲受人は譲渡人から不動産を買い受けたが、所有権移転登記はしなかった。譲渡人の死亡により長男Xに相続登記が行われた。その後、当該不動産は登記簿上、売買を原因としてXの弟に移転され、⁽⁶⁵⁾所有権移転登記までなされた事案につき、譲渡人がこの土地をすでに第一譲受人に売り渡したことをXの弟が知っていることを前提としたうえで、兄弟間の所有権移転登記は、お互いに通謀した虚偽の意思表示と判断された。また、第二譲渡に特別な事情がない限り、第一譲受人に対する所有権移転登記を履行する義務に違背する背信行為に第二譲受人が加担し、共謀して所有権を取得したので、これは背信的悪意者による取得にあたり、⁽⁶⁶⁾このような所有権取得行為は無効とされた。

また、譲渡人が第一譲受人に目的物を売り渡した後、再び、譲渡人の息子である第二譲受人に贈与した事案において、すでに売買の目的物が第一譲受人に売り渡され、登記の督促を受けている事情を第二譲受人がよく知っていたこと、贈与者と受贈者の間の身分関係を第一譲受人がどの程度知っていたかなどを考慮し、第二譲受人は目的物の受領により父の背任行為に積極的に加担したことになり、二重譲渡における第二譲受人の積極的な加担行為は反

社会的法律行為の成立要件になると解釈された⁽⁶⁷⁾。

このような家族法上の身分関係にかかわる二重譲渡とは異なる形態として、次のような判例がある。名義信託の終了の通知を受けた名義受託者が名義信託者の意思に反し、名義受託者本人が住職である寺(名義受託者の単独所有)に信託不動産を贈与した事案において、大法院は、「この寺は実質的に名義受託者と同一視し得る」から、このような贈与は無効と判断した⁽⁶⁸⁾。

すなわち、譲渡人と第二譲受人を「実質的に同一人格と把握」できる場合には、譲渡人と第二譲受人の間に「積極的な加担」が存在するかについて判断をすることもなく、第一譲受人は第二譲渡行為の効力を否認しうると解釈することができる⁽⁶⁹⁾。

(3) 目的不動産の相場

不動産の二重譲渡の効力を認めるか否かの問題において、当該目的物の取引金額も重要な判断基準となる⁽⁷⁰⁾。

これに関して、名義受託者が受託不動産を悪意の第三者に売り渡した事案において、「名義受託者が信託された財産を売却した後、第三者が横領の事実を知りつつ廉価で買い取って暴利を得たならば、これは社会の道德観念に背馳するものであ[る]」として、目的不動産の取引金額が当時の相場の3分の1にすぎなかったことを強調している⁽⁷¹⁾。

また、第二譲受人が、目的不動産がすでに第一譲受人に寄贈された事実を知りつつも、その相場が寄贈の当時に比べて相当上昇していたので、まだ登記が譲渡人の名義であることを奇貨とし、比較的学歴が低い譲渡人に対して、この不動産を寄贈したことがあったとしても再売却することは法律上許されるなどとして、積極的に背任行為を教唆して登記した事案において、「背任行為を積極的に教唆して低廉な値で売られたものであるから、このような売買は正義観念に違背する反社会的法律行為であり、したがって、民法103条により無効である」と判示された⁽⁷²⁾。

もっとも、売買代金に関する判例のうち、不動産についての二重譲渡が譲

渡人を積極的に誘って行われたとしても、譲渡人が無資力であり、その債権者がその債権回収の一環として結んだことが明白であり、その売買代金も不当に低廉ではないといえるのであれば、二重譲渡の事実があったとしても、その法律行為を否認することはできないとした判決もある。⁽⁷³⁾

（４）譲受人に対する履行義務の免脱を意図した場合

譲渡人が二重譲渡をするのにはいろいろな理由があるが、その中でも、第一譲受人に対する履行義務を免脱する目的で二重譲渡を行う場合もある。このような履行義務の免脱の目的から行われた二重譲渡の効力に関しては、「**「通情虚偽表示〔通謀虚偽表示〕」**の問題ととらえられることが通常であろう⁽⁷⁴⁾が、大法院は、二重譲渡の問題としても扱っていることに留意すべきである。

次の判例がある。すなわち、第一譲受人は、譲渡人の父から土地を買って池を作った。現在に至るまで、当該土地は池の一部分をなしている。⁽⁷⁵⁾その後、相続を原因として、譲渡人名義への登記手続が行われた。譲渡人はこの土地に関して売買を原因として第二譲受人に売り渡した。

これについて大法院は、「〔譲渡人は、〕本件土地を先代がすでに売り渡した事実を知っていたとみるべきであり、このような事情を知りながら……この土地の形式上の所有者名義であることを奇貨として、兄弟である原告〔第二譲受人〕に所有権移転登記をしたことは、互いに通謀した虚偽表示とみるのが妥当であり、たとえ、原告の主張通り、贈与の事実があったとしても……所有権移転登記を履行する義務に違背する背信的悪意による取得にあたるから、原告の所有権取得行為は無効である」と判断した。⁽⁷⁶⁾

また、譲渡人の第一譲受人に対する所有権移転義務の免脱を目的として、このような事実を知っている第三者と通謀して仮装の債権を作った後、強制競売を申請し、第三者が競落を受ける形態による二重譲渡に関して、大法院は、反社会的二重譲渡の法理を適用し、その効力を否定した。⁽⁷⁷⁾すなわち、「所有権移転登記の義務を免脱するために、原告に対する譲渡手続の履行を断り、……仮装債権による被告の債務名義を利用して代位による所有権移転

登記を完了するために強制競売を行うに至ったものであり、被告が積極的に加担したことがあれば、これは形式的には強制執行の手続に従ったとしても、法が保護し得ない反社会的な行為であると言え、これは、二重売買の買受人が売渡人の背任行為に積極的に加担する場合や、二重売買の売渡人と買受人が直接に売買契約を締結する代わりに仮装債権に基づく債務名義を作り出して強制競売手続によって買受人が競落取得する方法をとる場合と、同様の法理が適用され、無効である」と判断した。

IV 日本民法における「背信的悪意者排除論」

本稿の主な検討対象は、韓国における不動産二重譲渡ではあるが、日韓両国の比較検討もまた意味があると思われる。このような理由から、本章では日本民法における背信的悪意者排除論にも少しだけ触れておくことにする。

とはいえ、すでにこの分野については、優れた研究業績が積み重ねられているため、詳しい検討は避け、必要最小限にとどめる。

1 初期の対応

民法177条の「第三者」は、同法176条による物権の得喪変更、すなわち、不動産物権変動の当事者以外の者で、「登記欠缺を主張する正当の利益」を有する者を意味する⁽⁷⁹⁾。さらに、最高裁判所は、背信的悪意者について、「実体上物権変動があった事実を知る者において右物権変動について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ある場合には、かかる背信的悪意者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しない」と定義している⁽⁸⁰⁾。現在に至っては疑いの余地のない確固たる地位を占めている概念であるが、民法施行の初期には「第三者」の解釈について善意悪意不問説に立っていたため、しばらくは、背信的悪意者排除論は成立する余地がなかった。

その理由は、現行民法の立法者の一人である富井博士の考え方から推察で

⁽⁸¹⁾ きる。すなわち、第三者の概念について「當事者以外及ヒ其包括承繼人以外ノ者（傍点は原文）」と定義した上で、「第三者」の善意・悪意を区別しなかった理由は、「実際上の便宜」を最大の理由として挙げている。言い換えれば、善意悪意の立証は極めて困難であり、立証責任からしばしば善意者が保護を受けないおそれがある⁽⁸²⁾。したがって、第三者の利益とともに取引の安全を保障するために善意悪意の区別を採用しないと説明している⁽⁸³⁾。このような状況の下では、判例および学説も善意悪意を区別しなかったことは当然であろう⁽⁸⁴⁾。

2 判例と学説の揺らぎ

昭和25年頃、悪意者は取引の安全を目的としている登記を信頼した者ではないので保護に値しないとす、いわゆる悪意者排除説⁽⁸⁶⁾が有力になった⁽⁸⁷⁾。このような判例・学説の揺らぎから、下級審裁判例ではあるが、背信的悪意者をもって、登記の欠缺を主張する正当の利益を有する第三者には該当しないとす、背信的悪意者排除論⁽⁸⁸⁾が台頭しはじめる。

こうした従前のパラダイムシフトを招いた舟橋教授の説明を以下引用する。

「公示方法たる登記制度は、これに対する第三者の信頼を保護することによってこの機能を営むものであるから、現実に登記を信頼しない悪意の第三者は、登記によって保護するに値しないものである。しかし、他面において、資本主義的自由競争の原理が認められているかぎり、特に売買取引による場合は、たとい他人が物権を取得した場合においても、さらに原権利者に対し、いっそう有利な条件を提供してその他人と争うことも許されているわけであり、他方、自由競争の世の中に対処するためには、物権取得者は直ちに登記をして自己の地位を確保すべきであるのに、それを怠るのは、その手落ちともいふべきであるから、第三者は、たとい悪意であっても、社会生活上正当な自由競争と認められる範囲をこえないかぎり、保護せらるべきであ

ろう。この意味で、信義則に反して悪意なる者は、たとい前述の基準に適合する場合でも、第三者から除外せられるものと解する⁽⁸⁹⁾」

要するに、こうした判例と学説は、背信的悪意者を177条の「第三者」から排除しようとし、具体的妥当性の観点から民法177条の「第三者」に対する問題にアプローチして「悪質の第三者を排除」するその後の学説に影響を与えたともいえよう。⁽⁹⁰⁾

3 最高裁判所による「背信的悪意者排除論」の類型

上記の過程を経て、「背信的悪意者排除論」は確固たる判例理論として位置付けられるに至った。すなわち、登記の欠缺を主張することが、信義則に違反し、あるいは公序良俗に違反し、または権利濫用と認め得るなど、民法の基本精神に反する者を177条の「第三者」から排除する判例理論が形成され、確立されたのである。⁽⁹¹⁾

最近の代表的な文献によれば、背信的悪意者については、多少の差はありつつも大きく分けて3つないし4つのパターンに類型化されている⁽⁹²⁾。以下、その類型を見ていく。

(1) 不動産登記法5条にあたる場合(旧不動産登記法4・5条)

同法5条は、不動産登記に関する手続法でありつつも、「登記がないことを主張することができない第三者」の類型を直接規定している。すなわち、「詐欺または脅迫」によって登記の申請を妨げた第三者(1項)と、「他人のために登記を申請する義務を負う」第三者(2項)は、当然登記がないことを主張することができず、177条の第三者から排除される。

さらに、最高裁判所は、同条の定め directly に該当するわけではないが、類似性を帯びる者についても、同様に177条の第三者から排除している。例えば、Zが、Yの登記手続を欺罔によって妨害し、その間に自らに登記を経由したケースにおいて、「Zは、本件不動産を買い受ける際その所有権の帰属

につきXとYとが係争中であることを知っていたばかりでなく、XがYを欺罔して前記仮処分⁽⁹³⁾の執行を取り消させ、本件不動産がY名義になることを妨げるにつき協力したものであるべきである。したがって、Zはいわゆる登記の欠缺を主張することができない背信的悪意者にあたると解するのが相当⁽⁹⁴⁾であると判断し、不動産登記法5条1項をその根拠とした。

そして、不動産登記法5条2項を根拠とした判例としては、Zが第一譲渡に関する和解の立会人として署名捺印したが、その後、自ら第二譲受人となったケースが挙げられる⁽⁹⁵⁾。こうしたケースについて、最高裁判所は、「立会人として署名捺印することは、そのような和解の成立したことを確認することによって、その内容となっている法律関係が終局的に確定することを是認するとともに、仮りに後に至って右和解について紛争が生じるような事態に立ち至った場合には、自らその内容を証明すること等によって、紛争を解決すべき立場に立つことを表明したに外ならず、これによって何らかの利益を受ける等の特段の事情が存在しなくとも、その後に至って、自らその内容を否認するが如きは、著しく信義に反し、許されないものといわなければならない……」⁽⁹⁶⁾と判断した。

（2）家族（親族）関係・法人とその代表者等の、同一性が認められる場合

XとZとの法律関係を綿密に分析して、実質的に両者を同一人と認めることのできる場合がある。例えば、両者が家族や親族などの身分関係（内縁関係を含む）を有し、または、法人とその代表者との関係といった密接な関係性が認められる場合も想定し得る。しかし、判例の中でこうした類型に直接あたる判例はまだない。下級審裁判例において、内縁の女性Yに不動産を売買により譲渡したが、当該不動産を妻Zにも後になって贈与した事例がある⁽⁹⁷⁾。神戸地裁は、「婚姻中の夫であるXから本件建物の贈与を受けたところ、Yの所有権を失わせる目的をもって、Xが、すでにYに売り渡していたため自ら所有権を主張することを避けて、Xの内妻であったZが居住していることを奇貨として、右贈与が二重譲渡であることをZが熟知していなが

ら、あえてこれをZが譲り受け、その登記名義を取得したものであるから、Zは背信的悪意者である」(XYZへの変更は筆者による)と判断した。

(3) 害意を有し復讐等の目的がある場合

例えば、Zが何らかの理由でYに害意を持ち、損害を与えるために(典型的には、復讐の目的)当該目的物(すなわち、第一譲渡の不動産)を譲り受けて登記まで完了したケースもあり得る。こうした場合には、背信的悪意者排除論としても、公序良俗違反としても扱うことができよう。

YがAから山林を買い受けその引渡しまで受けて20数年を経た後に、第一譲渡の事実を熟知していたZが、Yの所有権移転登記が未了なのに乘じ、Yに対する別の紛争を理由に復讐しようとし、Aの相続人Xに対し、その意図を打ち明けて当該山林の売却を懇請し、低廉な価格でこれを同人から買受けたうえで、登記をする等の事情があったケースにおいても、所有権移転の効力を認めなかった。⁽⁹⁸⁾最高裁判所は、「本件山林につきXとZとの間に締結された売買契約は、公の秩序、善良の風俗に反する行為であって無効たるを免れない旨、並びに、従って、Zは、民法一七七条にいわゆる「第三者」に該当しない」(XYZへの変更は筆者による)と判断した。⁽⁹⁹⁾

(4) 近時の通行地役権に関する判例

次の二つの判例は、典型的な不動産の二重譲渡にあたるケースではないが、いわゆる「背信的悪意者排除論」との関係で注目すべきものである。

①Aは所有地の一部である甲土地をXに分譲した。甲土地は公道に面していなかったので、黙示的にAの乙土地を承役地とする無償かつ無期限の通行地役権を設定することを合意し、Xは乙土地を通路として継続的に使用していた。その後、Aは乙土地を含む所有地をBに売却し、BがYに転売した。そこで通行地役権の対抗問題が発生した。⁽¹⁰⁰⁾

これに対して、最高裁判所は、「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」(傍点は筆者によるもの)と判断した⁽¹⁰¹⁾。

②通路部分の土地につきAが所有の意思をもって占有を開始し、Yの前主BがAの占有を承継し、さらにYが引き続き所有の意思をもってBの占有を継続してAの占有開始から22年余が経過した時点で、当該土地をXが同土地の所有者Cから購入し所有権移転登記を経由した事情の下で、XからYに対する所有権確認請求、YからXに対する時効取得についての反訴請求等があった事案である⁽¹⁰²⁾。

これに関して、最高裁判所は、「民法177条にいう第三者については、一般的にはその善意・悪意を問わないものであるが、実体上物権変動があった事実を知る者において、同物権変動について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ある場合には、登記の欠缺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、このような背信的悪意者は、民法177条にいう第三者に当たらないものと解すべきである」としたうえで、「Yが時効取得した不動産について、その取得時効完成後にX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、Xが、当該不動産の譲渡を受けた時点において、Y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、Y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、Xは背信的悪意者に当たるといふべきである」⁽¹⁰³⁾と判断した。

V 転得者の地位

前述したように、日韓両国の判例は、特定の条件下⁽¹⁰⁴⁾の不動産の二重譲渡について、その効力を否定している。このように有効性を失った第二譲受人か

ら新たに所有権を譲り受けた「転得者」が現れたケースも十分考えられるし、本論文の射程内にある問題として扱うべきであろう。

例えば、AとBは不動産甲に対する譲渡契約を結んだが、さらにAはCに甲を二重譲渡し、Cは登記まで済ませた後、あらためてDに甲を譲渡したと仮定しよう。ここで、Cへの二重譲渡が、韓国民法における「反社会的二重譲渡」にあたるか、あるいは、日本民法における「背信的悪意者」にあたり、前者は「善良な風俗その他社会秩序」の違反——日本民法にいう、いわゆる公序良俗違反——として無効となり（韓国民法103条）、後者は、主に「信義則」違反（日本民法1条2項）としてBの登記欠缺を主張し得ない、ということが両国の判例理論である。

この場合に、転得者Dはどのような地位を有するか。判例が採っている結論から述べると、①日本の判例は、Bとの関係からみてCとDそれぞれが背信的悪意者にあたるか否かを個別的に判断した上で、Dが背信的悪意者でなければB対D間是对抗関係であり、Bは登記がない限り、Dに対抗することができないとする（いわゆる、⁽¹⁰⁵⁾相対的構成）。②韓国の大法院は、CがAの背任行為に積極的に加担してその売買契約が反社会的法律行為に当たるときには売買契約は絶対的に無効であり、当該不動産につきCと契約をしたDは、たとえCが当該不動産の所有権を有効に取得していたと自ら信じていたとしても、自らの所有権取得が⁽¹⁰⁶⁾有効であると主張し得ないとする。

すなわち、Dの地位について、日本民法は「相対的構成」を、韓国民法は「絶対的構成」を採っていることがわかる。以下では、このような判例を中心として、その詳しい内容を考察することにする。

1 基本的な考え方

韓国でも、法律行為が公序良俗に反するとその行為は遡及的に無効となる⁽¹⁰⁷⁾。その結果、法律行為が、たとえ個別の強行法規には反しないとしても場合によっては「社会的妥当性」を理由として無効となり得る。韓国民法103

条にいう「善良な風俗その他社会秩序」は、強行法規とともに「私的自治の限界」⁽¹⁰⁸⁾を成す。

このような無効の効果は、何人に対しても主張し得る、いわゆる絶対的無効であるために、自ら公序良俗に反する行為をした本人も主張することができる⁽¹⁰⁹⁾、また善意の第三者に対してもその無効を主張することが可能である⁽¹¹⁰⁾。さらに、当事者は公序良俗に違反する契約の履行を請求することはもちろん、その不履行を理由とした損害賠償の請求もできず、追認しても効果は生じない⁽¹¹¹⁾。

学説をみると、二重譲渡された不動産の転得者に関する問題について、まず、①判例と同様に不動産の反社会的二重譲渡の「絶対的無効性」を採用とともに、登記簿に公信力が認められない限り、転得者を保護することはできないとする立場⁽¹¹²⁾、②不動産の二重譲渡の場合についてのみ、登記に公信力を与えようとする立場⁽¹¹³⁾、③物権行為の無因性を前提として、不動産の二重譲渡が反社会的法律行為として無効となるのは債権行為（二重売買契約）だけであり、物権行為に瑕疵がない限り善意の転得者は有効に所有権を取得するとみる立場⁽¹¹⁴⁾、④①説とは逆に転得者を絶対的に保護しようとする立場⁽¹¹⁵⁾、最後に、⑤善意の転得者の保護のために、反社会的二重譲渡についての無効は絶対的無効ではなく、韓国民法の108条2項⁽¹¹⁶⁾（日本民法の94条2項に対応）を類推適用して相対的無効とすべきであるとみる立場⁽¹¹⁷⁾などにわかれている。

2 韓国における判例の態度

(1) Xは、1943年、「緊急増米用水源拡充施設事業」の一環として、訴外Aから本件土地を買収し、堤を築造した。その後、Xは公共の水源として使用しつつ、維持・管理を行ってきた。しかし、Xは、堤に編入された土地の所有権移転登記を経ていない状態であったため、従前の所有者とのトラブルが多発した。1977年頃、Xは、このような紛争を防ぐために、すでに堤の築造時に補償金の支払いがあったことを根拠とし、本件土地の所有権がXに

あるという公文書まで発送するに至った。そして、Y 1は、Aの長男であり1950年にAの死亡により本件土地を相続して1984年に相続を原因とする所有権移転登記を経た。その後、本件土地は、売買を原因としてY 1からY 2に譲渡され、Y 2は本件土地の一部の持分をY 3に売り渡し、残りの持分についてもY 4に所有権移転登記とともに譲渡した。Y 5とY 6に転々譲渡され、裁判の当時には、Y 7～Y 12の共有の所有権登記がなされており、Y 12の持分に対してはY 13の根抵当権が設定されていた⁽¹¹⁸⁾。

この事案について、原審は、⁽¹¹⁹⁾ Y 1がXとAとの取引を知ったか、またはY 2が、Xが本件土地を買い受けた事実を知りながら、Y 1の処分行為に積極的に加担したとはみえず、Y 1のXに対する所有権移転登記の義務は履行不能となったとしてXの請求を棄却した。

しかし、大法院は、Y 1のY 2に対する所有権譲渡を反社会的行為と判断した上で、「不動産の第二買受人が売渡人の背任行為に積極的に加担して第二売買契約が反社会的法律行為にあたる場合には、第二売買契約は絶対的無効であるため、当該不動産を第二買受人から新たに取得した第三者はたとえ第二買受人が当該不動産を有効に取得したと信じていたとしても、第二売買契約が有効であると主張することができない」と判断し、差し戻した。⁽¹²⁰⁾⁽¹²¹⁾

(2) 最近の判例として、次のような事案がある。対象判決の事実関係は、⁽¹²²⁾ 韓国の慣習法から認められた権利能力なき社団が所有する不動産に関する事例であるが、事実関係が複雑であり紙面の関係上、簡略に説明することにする。

権利能力なき社団が所有する不動産の名義受託者が死亡して、その妻と子が相続してその登記を経た。その後、第三者が名義受託者の相続人から当該信託財産を取得し、所有権移転登記まで経た(当該売買契約は反社会的法律行為と判断された)。第三者は金銭借用のために取得した不動産に根抵当権を設定した。

まず、大法院は、実質的な所有者が知らないうちに、第三者が名義受託者

に信託財産を不法処分するように積極的に要請または誘導するなどの行為は、反社会的な法律行為として無効と判断した上で、「不動産の買受人が売渡人の背任行為に積極的に加担してその売買契約が反社会的法律行為に該当する場合には、売買契約は絶対的に無効であるため、当該不動産を買受人から再び取得した第三者はたとえ買受人が当該不動産の所有権を有効に取得したと信じたとしても、売買契約の有効性を主張できず、このような法理は担保権設定契約においても同様である」として、その根拠当権設定登記についても、その原因が消滅したから、背任行為に積極的に加担したかどうかには関係がなく、無効であると判断した。

（3）（2）のケースと同様に、名義受託者による第三者への信託財産の処分についての判例において、反社会的法律行為として無効となった売買契約について、その契約の履行不能を理由とした損害賠償請求に関する事例もある。

Xは、当該不動産の売買を目的として権利能力なき社団Aとの交渉に臨んだが、希望売買代金の差を埋めることができず、交渉は決裂した。Xは、改めてAから名義信託を受けていた登記名義者Yと売買契約を締結して、売買代金の支払いと所有権移転登記を経た。Aは、当該不動産はAがYに名義信託した財産であることを理由として、所有権移転登記の抹消を求めて勝訴した。これに対して、Xは、右売買契約が履行不能に陥り、目的物の相場相当の損害が発生したとしてYに損害賠償を請求して、⁽¹²³⁾原審はXの請求を認容した。

このような原審の判断に対して、大法院は、X—Y間の売買契約をAに対する背信行為としたうえで、「一般に名義受託者は信託財産を有効に第三者に処分することができ、第三者が名義信託の事実を知ったとしてもその所有権の取得に影響がないものの、この事件のように、特別な事情がある場合、すなわち、名義受託者から信託財産を買い取った第三者が、名義受託者の名義信託者に対する背信行為に積極的に加担した場合には、名義受託者と第

三者間の契約は反社会的法律行為として無効であると言わざるを得ず……〔X—Y間の〕売買契約は無効としなければならない。そして、〔X—Y間の〕右契約が反社会的法律行為として無効であるとするならば、XとAとの間においてのみ相対的に効力がないものとは言えず、XとYとの間においても無効であるとするべきであるから、XがYに対して右契約は有効であるとしてその不履行を理由とする損害賠償を請求することはできない」(傍点とXYAの変更は筆者による)として、原審の判断を破棄し、差し戻した。⁽¹²⁴⁾

(4) まとめ

以上の判例からわかるように、先行する行為が「反社会的法律行為(いわゆる、公序良俗違反)」として無効となった場合には、後の行為が売買にせよ((1)の判例)、担保権の設定にせよ((2)の判例)、原因の欠如を理由として絶対的に無効であり、その無効となった契約に基づく損害賠償請求まで((3)の判例)、その効力が否定されている。

このような韓国の大法院の態度は、日本の最高裁判所がとっている「相対的無効論」とは相反する見解を示している。したがって、以下では項目を改めて、日本における転得者の問題を扱うことにする。

3 背信的悪意者排除論の相対的適用に関する判例

背信的悪意者または反社会的二重譲渡から当該不動産を譲り受けた転得者の問題について、日本と韓国は異なるスタンスをとっている。そのコントラストを示すために、代表的な判例を取り上げることにする。⁽¹²⁵⁾

(1) 事実関係

Xは、昭和30年ごろ、旧国鉄松山駅前整備事業の一環として、貨物の搬出、搬入用の道路を造るため、Aから本件土地を買い受け、代金も完済したが、本件土地の合筆・分筆のため所有名義の登記が経由されないままとなっていた。その後、Xは、本件土地にアスファルト舗装するなど道路として整備する一方、本件土地内に市道金属標を設置することによりXの管理に係る

道路であることを明確にした。このようにして本件土地は、遅くとも昭和44年、Xの道路（市道）として市民の通行の用に供され、付近住民からも市道として認識されてきた。

Aの財産管理に関与していたDは、Aから、本件土地を処分したい旨の相談を受けた。このため、Dは、知人のEにこの話を伝え、協力を求めた。

Eは、E 1、E 2及びE 3のオーナーとしてこれらの会社を実質的に経営する者であるが、昭和57年、E 1を代理して、Aを代理するDとの間で、売買契約を締結し、E 1名義で所有権移転登記を経由した。Dは、Eから万一本件土地が実在しない場合にもAに代金の返還を請求しない旨の念書をとった。E 1は、昭和58年にE 2に、次いで昭和59年にE 3に、それぞれ所有権移転登記を経由した。

Yは、昭和60年、E 3から本件土地を買い受けて所有権移転登記を経由し、本件土地が市道ではない旨を主張しながら、プレハブ建物二棟およびバリケードを設置した。Xは、本件土地について所有権および道路管理権を有すると主張して、Yに対し、①所有権に基づき真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続、②道路管理権に基づき道路の敷地であることの確認、③所有権または道路管理権に基づき本件土地上に設置されたプレハブ建物およびバリケード等の撤去を求めた。

これに対し、Yは、本件土地がYの所有であることを前提として、Xに対して、Xが本件土地上のプレハブ建物およびバリケード等を撤去して本件土地を執行官に保管させた上、市道としての使用に供することができる旨の仮処分決定を得てその執行をしたことは、Yに対する不法行為に当たると主張して、損害賠償を求めた。

（2）裁判の経過

第一審の松山地裁は、⁽¹²⁶⁾ Yは背信的悪意者でないから、その所有権をもってXに対抗することができるが、Xから道路管理権を対抗されるとし、上述の②と③の請求のみが認容された。

次いで、第二審の高松高裁⁽¹²⁷⁾は、E 1が背信的悪意者であることを前提とし、E 1がXに所有権取得を主張し得ない以上、E 2およびE 3を経由したYも同様にXに対抗することができないとして、Xの右の請求は認められ、かつ、Yの請求は棄却された。これに対して、Yは上告した。

(3) 最高裁判所の判断

以上の原審の判断について、最高裁判所は以下のように解して、原審の判断を差し戻した⁽¹²⁸⁾(正確には、一部破棄差し戻し・一部上告棄却)。すなわち、「所有者AからXが不動産を買い受け、その登記が未了の間に、E 1が当該不動産をAから二重に買い受け、更にE 1から転得者Yが買い受けて登記を完了した場合に、たといE 1が背信的悪意者に当たるとしても、Yは、Xに対する関係でY自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、当該不動産の所有権取得をもってXに対抗することができるものと解するのが相当である」としたうえで、「(一) E 1が背信的悪意者であるがゆえに登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないとされる場合であっても、Xは、E 1が登記を経由した権利をXに対抗することができないことの反面として、登記なくして所有権取得をE 1に対抗することができるというにとどまり、A・E 1間の売買自体の無効を来すものではなく、したがって、Yは無権利者から当該不動産を買い受けたことにはならないのであって、また、(二) 背信的悪意者が正当な利益を有する第三者に当たらないとして民法一七七条の「第三者」から排除される所以は、第一譲受人の売買等に遅れて不動産を取得し登記を経由した者が登記を経ていない第一譲受人に対してその登記の欠缺を主張することがその取得の経緯等に照らし信義則に反して許されないということにあるのであって、登記を経由した者がこの法理によって「第三者」から排除されるかどうかは、その者と第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄であるからである」という、いわゆる「相対的構成」を示した⁽¹²⁹⁾。

(4) 対象判決の意義

上記平成8年10月29日判決からわかるように、背信的悪意者は第一譲受人との関係で登記欠缺の主張が許容されないだけであり（そして、かような所以は信義則に反するから）、第二譲渡契約自体が無効ではないために、転得者は無権利者から当該不動産を買い受けたのではなく、その転得者が177条の「第三者」から排除されるかどうかは第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄⁽¹³⁰⁾であるとし、いわゆる背信的悪意者排除論の相対的適用が示されている⁽¹³¹⁾。すなわち、相対的構成は、177条に基づいて転得者が第二譲受人と同一線上にあると把握し、第一譲受人と対抗関係に位置づけられているともいえる⁽¹³²⁾。

さらに、東京高裁昭和57年8月31日判決も⁽¹³³⁾、転得者が背信的悪意者である場合について、背信的悪意者排除論の適用について、以下のような理由から肯定した。

すなわち、「背信的悪意者排除論は、被控訴人の主張するように、信義則の理念に基づいて背信的悪意者を登記制度の庇護の下から排斥せんとする法理であるから、登記欠缺者と当該背信的悪意者間の法律関係について相対的に適用されるべきものであり、善意の中間取得者の介在によって、その適用が左右される性質のものではないと解するのが相当である。蓋し、斯く解したからとて、その適用の結果が中間に介在する善意の第三取得者の法律関係、法的地位に影響を及ぼすものでもなく、又反面、控訴人の主張するような、悪意の遮断を認めると、善意の第三者を介在させることにより背信的悪意者が免責されるという不当な結果を認めることになるからである」ことを根拠として示した。本判決によると、善意中間者の介在による背信的悪意者の保護を防ごうとする措置を設けていることがわかる。

VI おわりに

ここまで、韓国民法における「不動産の二重譲渡」に関する判例と学説、そして日本民法における「背信的悪意者排除論の類型」について概観してき

た。結論に代えて、以上の内容を整理してみたい。

(1) 韓国の大法院も、日本の最高裁判所も、「単純悪意者」による不動産の二重譲渡については、その効力を否定していないことがわかる。両国とも、明示的な言及はないが、おそらく、他人より良い条件を提示した者が勝つという「資本主義に基づく経済論理(つまり、自由競争)」から同じ結論となるのではないかと思われる。

(2) 両国の判例と学説を分析した結果、韓国民法の「反社会的二重譲渡」と日本民法の「背信的悪意者」とは、その軌を一にする。両者には、「反社会的悪意者≒背信的悪意者」という式が成立するともいえるだろう。言い換えれば、第一譲渡があったことに関する認識(悪意)に、さらなるプラス・アルファを要求している。そのプラス・アルファが、韓国においては、「積極的な加担(による反社会性)」であり、日本においては、「悪質性または背信性」として理解される。具体的には、①譲渡人に対する第二譲受人の積極的な誘引および説得または教唆等の積極的な背任行為、②譲渡人と第二譲受人との人的関係、③二重譲渡された不動産の相場、④譲渡人の第一譲受人に対する履行義務の逸脱の目的、⑤譲渡人の無経験や無知、窮迫、脅迫等を悪用する場合が、日韓共通の要素として挙げられる。

(3) しかし、以上のような事項にも関わらず、注意を払わなければならないことは、韓国における不動産の物権変動については、登記を不動産物権変動の一要件とするいわゆる「成立要件主義」を採用していることである。したがって、第一譲渡契約を結んだとしても第一譲受人への登記の経由までなされない限り、その後の第二譲渡契約の場面でも相変わらず譲渡人が所有者であり、所有者による二重譲渡となることである。⁽¹³⁴⁾

さらに、日本民法にいう「背信的悪意者」による二重譲渡は、信義則違反による無効であり、韓国民法にいう「反社会的二重譲渡」による二重譲渡は、公序良俗違反による無効である。このような相違から、転得者の保護は異なる結論が導き出される。

（４）「背信的悪意者排除論」は、悪質な第二譲受人から176条に基づいて所有者となるはずの第一譲受人を保護しようとする、いわゆる真正なる権利者の保護の一環として理解し得る。他方、背信的悪意者から譲り受けた善意の転得者の保護に関する問題については、「相対的構成」による取引の安全の確保ともいえよう（もちろん、このような理解は両法理の結論からみたものではあるが）。しかし、V（３）に掲げた平成8年10月29日判決からわかるように、動的安全と静的安全という、二つの相容れない利益を勘案して「転得者」を保護しようとする態度は平仄が合わない。むしろ、転得者の保護を図る目的ならば、第一譲受人の「登記懈怠」から非難可能性（*Vigilantibus non dormientibus aequitas subvenit* 権利の上に眠る者は保護に値せず）を導いた方が素直ではないかと思われる。

（５）周知のように、日本民法の起草者は177条の「第三者」の範囲に関して、善意と悪意を区別しないことによって登記を促そうとしたことについてはもはや説明を要しない。しかし、その後の解釈により、第三者の範囲について「登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者」との制限を設け、さらに、背信性または悪質性を持つ「背信的悪意者」もまた177条の「第三者」から排除する解釈論を展開してきた。こうした解釈論は、第一譲受人——登記ができたのにしなかった、または、登記がないと第三者に対抗し得ないにもかかわらずしなかった——を救済するための結果論の産物なのではないか、換言すれば、例外の余地をさらに広げたのではないかと考える。この問題については起草者の考え方に鑑み、原点から考え直す必要があるであろう。

最後に、本稿は、韓国における不動産の二重譲渡とかかわる派生問題を主なテーマとして扱った。しかし、これらの問題を一層深く理解するためには、韓国における不動産物権変動のメカニズム、および、不動産物権変動の一要件として「登記」が有する位置づけまで、論じる必要があるが、紙幅の関係上、残された問題として別稿に譲りたい。

- (1) 韓国民法186条(不動産物権変動の効力)「不動産に関する法律行為による物権の得喪変更は登記をしなければその効力を生じない。」すなわち、日本民法(176条および177条)とは異なって、第一契約が存在していても、第一譲受人への所有権移転登記がなされないかぎり、所有権は譲渡人にある。
- (2) 日韓両国とも、二重譲渡、二重売買あるいは二重契約といった用語を混用しているが、不動産の二重契約が問題となるのは、かならずしも売買に局限されないし、すでに当該不動産は第二譲受人に譲渡されているので、本論文では引用する場合を除き、二重譲渡と表現する。
- (3) 韓国民法103条(反社会秩序の法律行為)「善良な風俗その他社会秩序に違反する事項を内容とする法律行為は無効とする。」
- (4) もちろん、これに関しては多数の判例が存在する。詳しい判例の内容については後述する。
- (5) 中間金について、日本やドイツでは「中間金の授受」という慣習はあまり存在しないが、韓国における不動産の取引の場面に少し触れてみると、買主は、①売買代金の1割前後の手付金を交付して契約を結び、②1~2回にわたる中間金の支払いと、③残金の決済とともに登記に関する書類を受領することが一般的である。本稿では、日本語との関係から中間金と表記しているが、韓国では「中途金」と呼ぶのが実務上通例である。
- (6) 本論文では、日本語との関係から手付・手付金という用語を使っているが、韓国では「契約金」という用語が使われている。
- (7) 韓国民法565条(解約金)「①売買の当事者の一方が契約のときに金銭その他の物を手付金、保証金等の名目で相手方に交付したときは、当事者間に他の約定がない限り、当事者の一方が履行に着手するまでにこれを放棄し、受領者はその倍額を償還して売買契約を解除することができる。」この帰結は、韓国民法の565条(日本民法の557条に対応する)の解釈上当然であろう。
- (8) 大法院1968.2.27. 宣告67다2285判決、大法院1980.5.27. 宣告80다565判決、大法院1983.4.26. 宣告83다카57判決など。
- (9) 韓国民法746条(不法原因給与)「不法の原因により、財産を給与または労務を提供したときは、その利益の返還を請求することができない。ただし、その不法原因が受益者のみにあるときはこのかぎりでない。」
- (10) 大法院1960.9.15. 宣告4293民上57判決、大法院1977.6.28. 宣告77다728判決。
- (11) しかし、上記のような多数意見に対し、反対意見は、「民法746条は、不当利得

の章に定められている不当利得の返還請求に関する条文であるところ、債権的請求権たる不当利得返還請求権を制限する右法条〔文〕が債権的請求とは全くその根拠を異にする、物権的請求権まで制限する効力があるとするのは、論理の飛躍はもちろん、法の規定から離れた解釈と言わざるを得ない。……多数意見は所有権に基づく請求権も排斥して受益者に権利が帰属することが私法の基底を成す理想の表現と説示したが、不法原因による給付が行われる場合には、たいてい受益者も不法原因で受領する場合が多く、場合によっては給付者の不法行為よりも受領者にもより重大な不法行為がある場合があるはずだが、このような場合に、同行為は民法103条に違背して受領者はその所有権を取得することはできなくなり、給付者の返還請求の不能という反射的効果で、法の根拠なく受領者が権利を取得する結果となることは、公平の理念に合うと言えず、法律の理想の表現とも言い難い。むしろ、給付者に原状回復させて両者が法律上根拠のない利益を取得し得なくした方がより公平の理念に符合する結果となると言わざるを得ない」と反論した。

- (12) 大法院1979.11.13. 宣告79다483全員合議体判決。
- (13) 鄭相鉉「不動産의 二重売買와 第一買受人의 保護」比較私法7巻1号（2000）323頁。
- (14) 「不動産の所有名義人に対して所有権移転登記請求権または所有権移転登記の抹消請求権を有する者が、まだその登記を了しないうちに、右不動産の所有名義人が第三者と当該不動産に関する所有権移転登記手続を履行する旨の訴え前和解手続を経て、その和解調書による所有権移転登記を経たときには、その和解調書が当然無効か、または、準再審手続による取消しがない限り、従前の所有名義人に対して、右登記請求権を有する者が自己の権利を保全するために譲渡人を代位して右第三者名義の右所有権移転登記が原因無効であることを理由としてその抹消を求めることは、右和解調書の既判力に抵触するため不適法であり、さらに右第三者名義の右所有権移転登記に基づいてなしたその後の登記の抹消を求めることも同様に不適法である」とし、「既判力の抵触」を理由として第二譲受人による当該不動産の所有権取得を認めている。詳しくは、大法院1996.6.25. 宣告96다8666判決、大法院1999.2.24. 宣告97다46955判決、大法院2000.7.6. 宣告2000다11584判決、大法院2003.3.28. 宣告2002다57140判決を参照。
- (15) 金相容『債権各論（下）』72頁（法文社・1998）、李英俊『民法総則』257頁（博英社・1991）、高翔龍「不動産의 二重売買와 第一買受人의 保護」『民法学特講』354頁（法文社・1995）。

- (16) 李容勲「反社会的 二重譲渡外 不法原因給与」温山方順元先生古希記念『民法法の諸問題』34頁(博英社・1984)。
- (17) 金先錫『註釈債権各則(3)』〔金容漢編〕206頁(韓国司法行政学会・1986)。
- (18) 尹眞秀「不動産の二重譲渡外 原状回復」民法法學第6号(1986)177頁。
- (19) 尹眞秀・前掲注(18)179頁。
- (20) 韓国民法394条(損害賠償の方法)「別段の意思表示がなければ、損害は金銭をもって賠償する。」
- (21) 大法院1997.3.28. 宣告96다10638判決、大法院1994.3.22. 宣告92다52726判決、大法院1996.7.30. 宣告94다32122判決:「……不法行為に準用する民法第394条は、別段の意思表示がなければ損害は金銭をもって賠償すると定める、いわゆる、金銭賠償の原則を規定しているので、法律に別段の規定があるか、または当事者が〔金銭賠償の原則と〕異なる意思表示をするなど、特別な事情がない限り、原状回復請求はできないであろう。」
- (22) 尹眞秀・前掲注(18)179頁。
- (23) 権五乗「不動産の二重譲渡」『民法の争点』50頁(法元社・1990)。
- (24) 大法院は、詐害行為について、「……債務者による財産処分の行為が詐害行為となるためには、その行為によって債務者の総財産の減少を招き、債権の共同担保に不足を生じること、すなわち、債務者の消極財産が積極財産より多くなること(大法院2001.4.27. 宣告2000다69026参照)……」として、債務者の無資力をその要件としている。大法院2001.10.12. 宣告2001다32533判決、大法院2005.1.28. 宣告2004다58963判決、大法院2006.2.10. 宣告2004다2564判決などを参照。
- (25) このような学説に対して、大法院は、「……詐害行為取消権を特定物に対する所有権移転登記請求権を保全するために行使することは許されないから、不動産の第一譲受人は自分の所有権移転登記請求権の保全のために、譲渡人と第三者との間になされた二重譲渡行為に対して債権者取消権を行使することはできない……」としている。大法院1999.4.27. 宣告98다56690判決、大法院1996.9.20. 宣告95다1965判決などを参照。
- (26) 金曾漢「不動産二重売買の反社会性」JUSTICE 第10巻第1号(1972)193頁、黃迪仁『債権総則(現代民法論3)』172頁(博英社・1983)、金旭坤『註釈民法債権総則(上)』〔金曾漢編〕407~409頁(韓国司法行政学会・1984)。
- (27) 韓国民法406条(債権者取消権〔詐害行為取消権〕)「①債務者が債権者を害することを知りつつ、財産権を目的とする法律行為をしたときは、債権者はその取消し

および原状回復を法院に請求することができる。ただし、その行為によって利益を受けた者または転得者が、その行為または転得の当時に債権者を害することを知らなかったときは、この限りでない。

②前項の訴えは、債権者が取消の原因を知った日から1年、法律行為のあった日から5年以内に提起しなければならない。」

- (28) 金尙法「不動産二重譲渡의 法理 再考」法学研究第32輯（2008）139頁。
- (29) 詳しくは、洪春義「不動産의 二重売買와 第1 買受人의 保護」石霞金基洙教授 華甲記念『不動産法学的 諸問題』245頁以下（博英社・1992）。
- (30) 姜信雄「不動産 二重譲渡에 関한 判例의 法理的 検討」人權과 正義第367号（2007）39頁以下。
- (31) 姜台星「二重売買의 法律關係」財産法研究22卷1号（2005）10頁。
- (32) 姜台星・前掲注（31）10頁。
- (33) 金尙法・前掲注（28）141頁。
- (34) 大法院1995.2.10. 宣告94다2534判決、大法院1976.4.27. 宣告75다1783判決、大法院1967.12.5. 宣告66다2451判決などを参照。
- (35) 大法院2008.2.28. 宣告2007다77101判決。
- (36) 大法院1989.11.28. 宣告89다카14295判決。
- (37) 大法院1981.1.13. 宣告80다1034判決。
- (38) 姜敬웅＝유충호「不動産의 反社會性에 對한 判斷 基準」法学論文集34輯 2号（2010）100頁。
- (39) 前掲注（7）を参照。
- (40) 大法院1983.4.26. 宣告82도49判決。
- (41) 大法院1984.8.21. 宣告84도691判決。
- (42) 大法院2010.9.9. 宣告2010다6975判決。
- (43) 大法院2010.4.29. 宣告2009다1427判決。
- (44) 目的不動産に対して、2006年1月11日に第二譲受人に対する代物弁済の予約が締結され、2006年9月に完成した。しかし、この代物弁済の予約に先立って、2005年6月27日、第一譲受人に信託登記の予約があった。すなわち、代物弁済の予約の後に、信託登記が完了しても、これは代物弁済の予約に先立つ担保信託の予約による登記ができることになる。したがって、代物弁済の予約権者である第一譲受人に対する任務違背ではないと、大法院は判断した。
- (45) 金曾漢「二重売買의 反社會性」法政19卷9号（1964）7頁、崔敏根「不動産

二重譲渡の反社会性の判断基準」晴軒金曾漢博士華甲記念論文『現代民法学の諸問題』106頁(博英社・1981)、金容漢「不動産の二重買買에 있어서의 問題点」考試研究第14巻1号(1987)87頁、尹眞秀「不動産の二重譲渡에 관한 研究——第一譲受人의 原状回復 請求를 中心으로」서울大学校博士学位請求論文18頁(서울大学校・1993)。

(46) 大法院1983.4.26. 宣告82도49判決、大法院1984.8.21. 宣告84도691判決。

(47) 항경웅=유홍호・前掲注(38)101頁。

(48) このような多数意見に対して、反対意見は以下のような理由から従前の立場を維持しようとした。すなわち、「①従前の判例の蓄積からみて、登記協力義務等の相手方の財産保全に協力する義務のある者が、取引の相手方に回復し難い損害を与えた場合には背任罪として処罰を受けるということが法原則として位置付けられており、このような法原則には、典型的な背信行為に刑法を介入させることが正当であるという社会的合意が存在する。②担保契約を締結した債権者と債務者との間には担保契約それ自体から、被担保債権の発生原因となる法律関係とは異なる独自の信任関係が生じると見るべきである。③担保の目的のために不動産に代物弁済予約を締結した債務者が信任関係に違反し、当該不動産を第三者に処分して債権者の不動産取得を不可能にし、または、著しく困難にしたならば、信任関係に反した背任罪に当たるとみるべきであり、そのようにすることによって、不動産の二重売買・二重根抵当権の設定・二重傳賃權^{전세권}の設定に関して背任罪を認めてきた判例の確立された態度とも論理的に符合する」との三つの理由から、判例変更に反対した。

(49) 大法院2014.8.21. 宣告2014도3363全員合議体判決。

(50) 大法院2011.1.20. 宣告2008도10479全員合議体判決。

(51) 韓国民法第563条(売買の意義)「売買は、当事者の一方が財産権を相手方に移転することを約定し、相手方がその代金を支払うことを約定することによってその効力を生じる。」

(52) 多数意見に対する反対意見としては、①売買契約の当事者間に中間金を授受するなど、契約の履行が進んでおり、特段の事情がなく、任意に解除し得ない段階に至ったときには、その契約の内容に従った債務の履行は債務者としての自己の事務の処理という側面と合わせて、相手方の財産保全に協力する他人の事務の処理という性格を同時に有するため、このような地位にある者がその義務の履行による相手方の財産取得の前に、第三者に処分するなど相手方の財産取得あるいは保全に支障を来す行為をするときは、相手からの正当な信頼を破るものとして、非難可能性の

高い典型的な任務違背行為にあたる。②動産売買においても、当事者間に中間金が授受されるなど、契約の履行がある段階を超えたときには、売渡人が売買の目的物を第三者に処分する行為は背任罪として処罰することが論理的に一貫しており、動産のみを他の財産とは異なる扱いをする何らの理由もない。さらに、類似した事案について、合理的な理由もなく財産権の二重売買または二重譲渡の全般にわたって背任罪の成立を認めることによって取引における信頼関係の保護に寄与してきた大法院の判例の意味を退色させることになる、という。

(53) 全体の弁論は、2018年 3月22日に行われ、その映像は生中継された。弁論映像（韓国語）とその速記録（韓文）は、以下のリンクを参照。<https://www.scourt.go.kr/supreme/medim/MediaActivityViewAction.work?gubun=710&pageIndex=1&pageSize=12&seqnum=12>（最終閲覧：2018年 4月23日）。

(54) 当然ながら、第一審と原審は従前の大法院の判例に従い、Xの背任罪の成立を認めた。

(55) 本事案の第一審は、上掲判断と同様に背任罪を認めたが、原審의 서울（ソウル）高等法院は「他人の事務を処理する者の地位にあるとはいえない」ことを理由とし、背任罪を認めなかった。

(56) すなわち、中間金を受領した状態で当該目的物を他に処分することは処罰の対象になるとみることが一般人の法感情であり、突然、二重譲渡が私的自治または民事的事案であることを理由に挙げ、処罰しないとすると、一般の法感情にも符合しないことはもちろん、不動産取引の秩序にも混乱をもたらすことを理由としている。さらに、公開弁論に関して意見を提示している実務界（例えば、大韓弁護士協会・全国銀行連合会・公認仲介士協会など）からも、法論理の不完全性は認めるものの、取引の安全のためには、ある程度不可避であるとの意見が提示されている。

(57) 当該条約については、以下のリンクを参照。<http://www.ohchr.org/en/professionalinterepr/pages/ccpr.aspx>。（最終閲覧：2018年 4月23日）。

(58) *Article 11*

No one shall be imprisoned merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation.

第11条

何人も、契約上の義務の履行不能のみを理由としては、拘禁されない。

(59) 尹眞秀「不動産二重譲渡의 經濟的 分析——背任行為 積極加担論의 批判——」JUSTICE29卷 1号（1996） 9頁。

- (60) 大法院1977.4.12. 宣告75다1780判決。
- (61) 大法院1980.6.10. 宣告80다569判決。
- (62) このような判例として、大法院1969.11.25. 宣告66다1565判決、大法院1972.4.28. 宣告72다343判決、大法院1980.6.10. 宣告80다569判決など。
- (63) 特に、譲渡人は一般より教育水準が低かったし、本件債務についても第二譲受人が直接有する債権ではなく、第二譲受人の母が、譲渡人に対して有していた債権であった。
- (64) 大法院1979.3.27. 宣告78다2303判決。
- (65) 登記原因には、「売買」と記載したが、実際には贈与であることをXも認めていた。当該不動産を売買した事実がない以上、売買を原因としてした第二譲受人名義の所有権移転登記は、その所有権に関する推定力が破れ、同登記の実体的権利関係は第二譲受人が主張・立証しなければならないと判示した。
- (66) 大法院1978.1.24. 宣告77다1804判決。
- (67) 大法院1982.2.9. 宣告81다1134判決。
- (68) 大法院1991.10.22. 宣告91다26072判決。
- (69) 同旨のものとして尹眞秀・前掲注(59) 103頁。
- (70) 尹眞秀・前掲注(59) 103頁。
- (71) 大法院1963.3.28. 宣告62다862判決。
- (72) 大法院1972.4.28. 宣告72다343判決。
- (73) 大法院1976.4.27. 宣告75다1783判決。
- (74) 尹眞秀・前掲注(59) 104頁。これによれば、当事者間で金銭授受があった場合は、これを「通情虚偽表示とみるのは難しい」とされている。
- (75) 第一譲受人は、国であり、売買契約を締結した当時は、日本民法が適用されていたから(すなわち、意思主義・對抗要件主義)、登記名義の変更が行われなかった。また、譲渡人は、売買によって当該不動産が第一譲受人の池の一部分をなしていることを明確に認識していた。
- (76) 大法院1978.1.24. 宣告77다1804判決。
- (77) 大法院1985.11.26. 宣告85다1580判決、大法院1988.9.27. 宣告84다2267判決。
- (78) 舟橋諄一「登記の欠缺を主張し得べき『第三者』について」『加藤先生還暦祝賀論文集』639頁以下(有斐閣・1932)、有泉亨「民法一七七条と悪意の第三者」法学協会雑誌第56巻第8号(1938) 1586(86)頁以下、川井健「不動産物権変動における公示と公信——背信的悪意者論、民法九四条二項類推適用論の位置づけ——」

我妻栄先生追悼論文集『私法学の新たな展開』299頁以下（有斐閣・1975）、水本浩「不動産物権変動における利益衡量」我妻栄先生追悼論文集『私法学の新たな展開』271頁以下（有斐閣・1975）、松岡久和「判例における背信的悪意者排除論の実相」林良平先生還暦記念論文集『現代私法学の課題と展望 中』65頁以下（有斐閣・1982年）、石田喜久夫「登記の欠缺を主張することができないいわゆる背信的悪意者にあたる」とされた事例」民法研究第四卷『民法第一七七条の判例』164頁以下（成文堂・1984）、湯浅道男「背信的悪意者」石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集・上巻『不動産法の課題と展望』77頁（日本評論社・1990）、吉原節夫『新版注釈民法（6）物権（1）物権総則 § 175～179』〔舟橋諄一＝徳本鎮編集〕582頁（有斐閣・1997）、石田剛「背信的悪意者排除論の一断面（一）——取得時効に関する最判平成一八年一月十七日を契機として——立教法学第73号（2007）67頁以下、同「背信的悪意者排除論の一断面（二・完）——取得時効に関する最判平成一八年一月十七日を契機として——立教法学第74号（2007）120頁以下、鎌野邦樹「不動産における登記と占有の機能——背信的悪意者論再考：最高裁平成10年2月13日判決・平成18年1月17日判決を契機として——」法曹時報67巻4号（2015）919（1）頁以下、大場浩之「不動産所有権の二重契約における生存利益の保護——ドイツ物権行為論の展開を手がかりとして——」浦川道太郎先生・内田勝一先生・鎌田薫先生古希記念論文集『早稲田民法学の現在』110頁以下（成分堂・2017）、田中豊「土地の所有権をめぐる紛争③——二重譲渡における「背信的悪意者」の認定」市民と法 No.100（2017）96頁以下、滝澤孝臣「背信的悪意者をめぐる判例法の現状と課題」市民と法 No.102（2017）3頁以下など多々の文献が存在する。また、磯村保「二重売買と債権侵害（一）～（三・完）：『自由競争』論の神話」神戸法學雑誌35（2）・36（1）・36（2）（1985～1986）385・25・289頁以下、吉田邦彦『債権侵害論再考』570頁以下（有斐閣・1991）などの文献は、「債権侵害」の視点からこの問題を扱っている。

(79) 大連判明治41・12・15民録14輯1276頁。

(80) 最判昭和31・4・24民集10巻4号417頁、最判昭和40・12・21民集19巻9号2221頁など。

(81) 富井政章『訂正民法原論 第2巻 物権（復刻版）』60～62頁（有斐閣・1985）。

(82) 富井政章・前掲注（81）61頁、そして、このような理由に加えて、善意悪意について「疑義ヲ生シ訴訟ノ増加ヲ來ス」点を具体的に指摘している文献もある。岡松参太郎『註釋民法理由上巻』15頁（有斐閣書房・1898）。

- (83) もちろん富井博士も、このように善意悪意を区別しない態度が「從來ノ慣習及ヒ舊民法ノ規定ト相異」するものであることもまた明らかにしている(富井政章・前掲注(81)62頁)。たしかに、旧民法346条は「……但其者カ自己ノ合意ヲ爲ス當時ニ於テ前ノ合意ヲ知ラ〔ざる〕……コトヲ要ス」と規定している。このような旧民法の規定とフランス民法典の規定との比較研究の必要性もあるが、筆者の能力を超える。
- (84) 代表的なものとして、大判明治38・10・20民録11輯1378頁。その内容は、「民法第七十七条ハ第三者ヲ保護シ且一般取引ノ安全ヲ保護スル爲メニ……規定シ其得喪ヲ生セシメタル法律行爲カ犯罪ニ原因シタルト否ト又第三者カ善意ナルト悪意ナルトヲ區別セサルヲ以テ苟モ其法律行爲カ當然無効トナラサル以上ハ該規定ノ適用ヲ妨クルコトナシ……」と判断した。
- (85) 石田文次郎『物権法論』144頁(有斐閣・1935)、柚木馨『判例物権法總論』200~201頁(有斐閣・1961)。ここで、柚木博士は旧著から見解を変えた理由について詳細に述べている。
- (86) 舟橋諄一・前掲注(78)641頁。
- (87) 松岡久和・前掲注(78)66頁も参照。
- (88) 広島高判昭和29・3・11高裁民集7巻3号277頁、東京地判昭和30・11・28下級民集6巻11号80頁、同昭和32・11・25下級民集8巻11号2174頁、同昭和33・3・22下級民集9巻3号476頁、同昭和34・2・9判例時報179号20頁、同昭和34・11・16判例時報209号17頁、同昭和33・3・29下級民集9巻3号535頁、同昭和30・11・27下級民集6巻12号2801頁など。このような判例の分類については、舟橋諄一『物権法』183頁(有斐閣・1960)。
- (89) 舟橋諄一・前掲注(88)183~184頁。
- (90) 湯浅道男・前掲注(78)79頁、好美清光「民法一七七条の背信的悪意者にあたらぬ例等〔判例批評〕」民商法雑誌第5巻第2号(1966)269~273頁。特に、好美博士は、第二買主は、たとえ背信的悪意者であっても民法176・177条の原則どおりに売買契約と登記により所有権を取得できるし、これによって、第一買主は物権法の次元では無権利者になる。しかし、第二買主が第一買主に対する関係で信義則違反と認められるときは、自己の所有権にもとづく諸請求権を第一買主に対して行使することは、信義則違反となり債権法的に制約されると説明する。すなわち、この背信的悪意者の問題を「信義則」により解決しようとしている。具体的には、エストッペルの法理、または、自分の行為に矛盾した態度をとることは信義則に反する

という公理（*Venire contra factum proprium*）の一例とみている。

- (91) 近江幸治『民法講義Ⅱ 物権法〔第3版〕』84頁（成文堂・2006）。
- (92) 近江幸治・前傾注（91）83頁以下、吉原節夫・前掲注（78）650頁以下、鎌田薫『民法講座2 物権（1）』「対抗問題と第三者」〔編集代表星野英一〕67頁以下（有斐閣・1984）、川井健『民法概論2（物権）〔第2版〕』36頁以下（有斐閣・2005）、加藤雅信『新民法体系Ⅱ 物権法〔第2版〕』116頁以下（有斐閣・2005）、鈴木祿弥『物権法講義〔第5版〕』153頁以下（創文社・2007）、田山輝明『物権法〔第3版〕』58頁以下（弘文堂・2008）、山野目章夫『物権法〔第5版〕』46頁以下（日本評論社・2012）、滝澤聿代『物権法』78頁以下（三省堂・2013）、七戸克彦『物権法Ⅰ』87頁以下（新世社・2013）、秋山靖浩＝伊藤秀寿＝大場浩之＝水津太郎『物権法』65頁以下（日本評論社・2015）、平野裕之『物権法』91頁以下（日本評論社・2016）、松岡久和『物権法』134頁以下（成文堂・2017）などを参照。
- (93) 最判昭和44・4・25民集23巻4号904頁。
- (94) 当該判例についての判例批評として、石田喜久夫「登記の欠缺を主張することができない背信的悪意者にあたる」とされた事例」民商法雑誌第62巻第5号（1970）907頁以下。
- (95) 最判昭和43・11・15民集22巻12号2671頁。
- (96) 当該判例についての判例批評として、本城武雄「登記の欠缺を主張することができないいわゆる背信的悪意者にあたる」とされた事例」民商法雑誌第61巻第3号（1969）450頁以下。
- (97) 神戸地判昭和48・12・19判例時報749号94頁。
- (98) 最判昭和36・4・27民集15巻4号901頁。
- (99) 当該判例についての判例批評として、中元紘一郎「最高裁判所判例研究 四九 二重売買が民法九〇条により無効とされた事例」法学協会雑誌第80巻第1号（1963）157頁以下。
- (100) 最判平成10・2・13民集52巻1号65頁。ここで、Yは、Bから通行地役権設定者の地位を承継するとの合意はされていない。さらに、Xが乙土地を通路として利用していることをYは認識していたが、通行権の有無について確認することはしなかった。この判決の評釈として、秋山靖浩『不動産取引判例百選〈第3版〉』184・185頁（有斐閣・2008）、近藤崇晴「設定登記のされていない通行地役権について承役地の譲受人が登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないと解すべき場合（平成10.2.13）」法曹時報第50巻第12号（1998）3118頁以下などを参照。

(101) この判決の重要なポイントとして、背信的悪意者排除論を直接適用したわけではなく、信義則に鑑みて177条にいう第三者性を否定した点がある。すなわち、背信的悪意者を排除するには、悪意という要素が必要であるが、このケースのように通行権があるという事実に関して善意だとしても、「調査して認識可能」だったのに知らなかったことについての過失から、177条の「第三者性」を否定した。

(102) 最判平成18・1・17民集60巻1号27頁。

(103) これに対して、右①②の判例のように「通行地役権」に直接かかわる判例ではないが、韓国において、取得時効の完成を理由として所有権移転登記を請求したが、その「訴状副本」の送達後に行なわれた根抵当権設定の効力が問題となった判例がある。簡略に事実関係を見ると、Xが所有していた敷地甲の上にYは住宅を建て長年居住しながら改築をするなど、甲土地を占有・使用してきた。Yは、取得時効の完成を理由とし、Xに対して甲土地の所有権移転登記請求をした。Xは、その「訴状副本の送達」の直後、Zとの契約で根抵当権を設定した。

この事案について、大法院は、「不動産に関する占有取得時効の完成後にその取得時効を主張するか、あるいは、これによる所有権移転登記請求を行なう以前なら、その登記名義人たる不動産の所有者としては、特段の事情がない限り、その時効取得の事実を知ることができないために、これを第三者に処分したとしてもそれによる損害賠償責任を負わないが、……登記名義人たる不動産の所有者がその不動産に隣接して居住するなどしてその不動産の占有・使用関係を熟知しており、時効取得を主張する権利者が登記名義人を相手方として取得時効完成を原因とした所有権移転登記請求をし、登記名義人がその訴状副本の送達があった場合には、登記名義人がその不動産の取得時効完成の事実を知りまたは知り得ると見るのが相当であるため、それ以後、登記名義人がその不動産を第三者に売り渡すか、または根抵当権を設定するなどの処分をして、取得時効完成を原因とした所有権移転登記義務が履行不能に陥ったならば、そうした登記名義人の処分行為は時効取得者に対する所有権移転登記義務を免脱するためのものであるとして違法といわざるを得ず、不動産を処分した登記名義人は、これによって時効取得者が被った損害を賠償する義務がある」(傍点は筆者による)と説示した。大法院1999.9.3. 宣告99다20926判決。すなわち、取得時効完成の事実は、特段の事情がない限り、簡単に知ることができるのではない。その特段の事情として、「訴状副本の送達」等の所有者が認識可能な何らかの行為を求めている。こうした大法院のスタンスは、「物理的状況から客観的に明らか」という最高裁判所の立場とは著しく異なる。

- (104) 当然ながら、日本民法においては、「背信的悪意者」であり、韓国民法においては、「反社会的二重譲渡」である。
- (105) 最判平成 8・10・29民集50巻 9号2506頁。
- (106) 大法院2008.3.27. 宣告2007다82875判決。
- (107) 尹眞秀=李東珍『註釈民法 [民法総則(2)]』〔編集代表金龍潭〕441頁（韓国司法行政学会・2010）。
- (108) 宋徳洙『新民法講義（第5版）』139～140頁（博英社・2012）。
- (109) 大法院1973.5.22. 宣告72다2249判決。このことは判例の内容からも明らかである。すなわち、「強行法規に違反した者が自らその約定の無効を主張することが信義則に反するという理由から、その主張を排斥すると、これは逆に強行法規によって排除しようとする結果を実現させる形になってしまい、立法趣旨を完全に没却させることになるため、特段の事情がない限り、右のような主張は信義則に反するものではなく、一方で、信義誠実の原則に反するという理由からその権利の行使を否定するためには、信義を供与したか、または客観的に見て相手方が信義を有するに正当な状態にいないなければならないし、このような相手方の信義に反して権利を行使することが正義観念に照らして容認されえない程度の状態に至らなければならない」として、その無効を自ら主張することも認めている（大法院2003.4.22. 宣告2003다2390、2406判決、大法院2004.6.11. 宣告2003다1601判決なども参照）。
- (110) 大法院1996.10.25. 宣告96다29151判決など。
- (111) 尹眞秀=李東珍・前掲注(107) 442頁。さらに、無効であることを知りながら追認しても、新しい法律行為としての効果は発生しない。大法院1973.5.22. 宣告72다2249判決を参照。
- (112) 崔敏根・前掲注(45) 108頁、鄭相鉉「不動産二重売買의 法律關係」判例研究（서울地方弁護士会）第19輯（1）（2005）187頁以下など。この学説によると、「絶対的無効」を回避するためには、その「反社会性」が消滅するまでは不可能であるとされる。
- (113) 金應烈「不動産의 二重売買에 関한 考察：悪意取得者를 中心으로」法院行政処・司法論集第15輯（1984）26頁以下。この見解によると、不動産の二重売買における第二譲受人からの転得者が、第二譲受人の登記を信頼し、かつ善意ならば（無過失まで要求するかについては言及がない）、取引の安全のために、制限的に登記に公信力を認める必要があるとされる。
- (114) 金顯泰「反社会的 二重売買의 境遇 展開될 수 있는 法律關係」小峰金容漢教授

華甲記念『民事法学の諸問題』145・146頁(博英社・1990)。

- (115) 崔珍洙「反社会的二重譲渡에 있어서 主觀的要件의 要否 및 転得者 保護 与否」法曹48巻4号(1999)181頁。この学説は、まず、二重譲渡が不法原因給付だとしても韓国民法746条によって第二譲受人は所有権を確定的に取得し、第二譲受人は譲渡人から承継取得したために、反社会的二重譲渡以前の所有権移転過程にあった瑕疵の影響を受け、当該法律行為は一般理論によって規律されるが、反社会的二重譲渡という瑕疵は譲渡人と第二譲受人の間の法律関係において断絶され、転得者はその瑕疵を承継しないと説明する。
- (116) 韓国民法108条(通じてした虚偽の意思表示)「①相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする。
②前項の意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。」
- (117) 高翔龍・前掲注(15)355頁以下、洪性載『不動産物権変動論』332~333(法文社・1992)。
- (118) 詳しい事実関係については、尹眞秀「反社会的 不動産 二重譲渡에 있어서 転得者의 地位」法曹47巻9号(1998)141~145頁。
- (119) 光州高等法院19994.5.4. 宣告93다2130判決。
- (120) 対象判決は、大法院1996.10.25. 宣告96다29151判決であり、差し戻し判決は、大法院1995.2.19. 宣告94다28307判決である。
- (121) 日本民法の解釈と関連して特筆すべき内容として、被告らの上告理由には次のような主張があった。すなわち、「譲渡人またはこれを代位する第一譲受人が、反社会的秩序を理由にして第二譲渡行為について無制限にその無効を主張できるようにすると、第三者たる転得者に対しても主張できるし、これは取引の安全を害することになるため、不動産の二重譲渡のように真正な所有者との意思の合致または意思の関与のもとで行なわれた場合には、不動産の真正な所有者の意思介入が全くなかった場合とはその登記の効力を異にする必要がある。譲渡人が第二譲受人を通じてした二重譲渡行為は、……民法第108条第2項〔日本民法の94条2項に対応〕を準用して善意の第三者には対抗し得ないと解釈しなければならない」と主張した。しかし、大法院は、被告側から主張されたいわゆる「相対的無効」に対して、「不動産の二重譲渡が反社会的法律行為に該当して無効である場合に、禁反言ないし信義則の原則上、通謀虚偽表示のように、善意の第三者に対しては、その無効を主張し得ないとみるが、これは、独自の見解として採用することができない」として、「相対的無効」を認めなかった。

- (122) 大法院2008.3.27. 宣告2007다82875判決。
- (123) 서울高等法院1991.7.12. 宣告90다28561判決。
- (124) 大法院1992.6.9. 宣告91다29842判決。
- (125) 最判平成 8・10・29民集50巻9号2506頁。
- (126) 松山地判平成 2・2・19民集50巻9号2532頁。
- (127) 高松高判平成 5・3・25前掲民集2550頁。
- (128) 対象判決に関する文献としては、七戸克彦「背信的悪意者からの転得者と民法一七七条の第三者」民商法雑誌第117巻第1号（1997）104頁以下、横山美夏「背信的悪意者からの転得者と民法177条の第三者」月刊法学教室200号（1997）140頁以下、石田喜久夫「背信的悪意者からの転得者と民法一七七条の第三者（判例評論468号）」判例時報1621号（1998年）189頁以下、松岡久和『判例セレクト'86～'90』「背信的悪意者からの転得者と民法一七七条の『第三者』」314頁（有斐閣・2002）、滝沢聿代「二重譲渡と転得者——相対的構成とは何か——」『物権変動の理論Ⅱ』157頁以下（有斐閣・2009）などを参照。
- (129) このような最高裁判所の判決につき、多数説（滝沢博士も指摘しているように、多数説といえるかについても疑問はあるが）は、判例と同様に相対的構成をとっているが、絶対的構成をとる論理構成も主張されている。学説の詳しい紹介については、七戸克彦・前掲注（128）113頁以下、滝沢聿代・前掲注（128）168頁以下に譲る。
- (130) 対象判決にいう背信的悪意者排除説の相対的適用について、「首尾一貫して最も明快であり妥当な法理構成である……」と高く評価する論者もいるが（例えば、吉原節夫・前掲注（78）592頁）、このような評価には賛同し難い。
- (131) ただし、七戸克彦・前掲注（128）108頁も指摘しているように、かような相対的構成を認めたのは、土地所有権に基づく主張に関する部分のみであり、道路管理権にかかわる部分については絶対的構成を採っていることに注意を要する。これについて、七戸論文は「かかる矛盾した判決内容の前半部分のみを取り上げてこれに先例的価値を付与することには、いささか疑問がある」として、対象判決の限界を指摘している。
- (132) 滝沢聿代・前掲注（128）179頁。
- (133) 東京高裁昭和57・8・31下級裁判所民事裁判例集33巻5～8号978頁。
- (134) この点については、日本民法176条のように、登記の有無に関係なく第一譲渡契約の成立によって第一譲受人が新たな所有者となることは異なる。

【追記】

2018年5月17日に上記「Ⅲ-2-(3)」の未確定の判例に関する判決が下された。大法院は、「不動産売買契約の際に、中間金の支払いなどのように契約が本格的に履行される段階に至った場合、その時から売渡人は、背任罪における『他人の事務を処理する者』にあたる。さらに、そのような地位にある売渡人が、買受人に契約内容に従った不動産所有権を移転する前に、当該不動産を第三者に処分し、第三者名義で登記までした場合、背任罪が成立する」と判断して従前の態度を維持した(破棄差戻し)。大法院2018.5.17. 宣告2017다4027全員合議体判決。