

法規範対立ケースにおける 民法規範の衝突 (4)

執 行 秀 幸*

- I はじめに
- II 法規範対立・優先適用型ケース
(以上, 11 卷 3 号)
- III 法規範対立・適用併存型ケース
 - 1. 指名債権の二重譲渡と民法 478 条
(以上, 12 卷 1 号)
 - 2. 民法 177 条と民法 424 条
(以上, 12 卷 3 号)
 - 3. 二重譲渡と不法行為責任
(以上, 本号)
 - 4. ま と め
- IV 法規範対立ケースにおける法解釈の方略
- V 結 語

III 法規範対立・適用併存型ケース (承前)

3. 二重譲渡と不法行為責任

本稿は、法解釈の方略を明らかにする研究の一環として、適用可能性のある複数の条文・規範の関係につき争いがある場合のうち、それぞれの法規範を援用する者が相対立する者同士であるケース（法規範対立ケース）における解釈上の方略を探求することを目的とする。これまで、「法規範対立・優先適用型ケース」を検討した後、「法規範対立・適用併存型ケース」のうち最判昭和 61 年 4 月 11 日民集 40 卷 3 号 558 頁（指名債権の二

* 中央大学法科大学院教授

重譲渡と民法 478 条), 最判昭和 36 年 7 月 19 日民集 15 卷 7 号 1875 頁・最判昭和 53 年 10 月 5 日民集 32 卷 7 号 1332 頁およびそこでの議論(民法 177 条と民法 424 条との関係)を分析してきた。そこで, 次に, 最判昭和 30 年 5 月 31 日民集 9 卷 6 号 774 頁およびそこでの議論を(二重譲渡と不法行為)を分析・検討していき, 「法規範対立・適用併存型ケース」さらには, 「法規範対立ケース」における民法解釈の方略を整理することが課題となる。

(1) 問題

「民法 177 条と民法 424 条」では, 次のようなことが問題となった。不動産の二重譲渡にあって, 第二買主が第一買主より先に登記を備えた場合には, 民法 177 条にもとづけば, 第二買主が唯一の所有者となる。そこで, 第一買主は売主に対して債務不履行の損害賠償請求をする以外にないことになる。その際, 売主が第二買主への当該不動産の譲渡により無資力となった場合に, 未登記の第一買主は, 登記を備えた第二買主に対して, 詐害行為取消権(民法 424 条)を行使することができるかが問題となる。

これに対して, ここでは, 以下のような点が問題となる。第一に, 第一買主は, 先に登記を備えた第二買主に対して民法 709 条にもとづき損害賠償請求をなすことができる場合があるかである。第二に, 一般的に, その可能性があるとして, どのような場合に可能か, とくに, 売主が当該不動産を, すでに第一買主に譲渡する契約を締結していることを, 第二買主が認識しているような場合にあって, 不法行為に基づく損害賠償請求の可能性があるかが問題となる。判例・通説によれば, 先に登記を備えた第二買主が, 当該不動産が第一買主に譲渡されたことを認識していたとしても, 第二買主が唯一の所有者となると解されている。そこで, このことは, 先の問題を考えるにあたりどのような影響をもたらすかが重要となる。

(2) 検討の順序

最判昭和 30 年 5 月 31 日民集 9 卷 6 号 774 頁(以下, 「最高裁昭和 30 年判決」という。)は, 後にみるように, 必ずしも明確なものではない。そこで, この判決前の, ここでの問題に関係する大審院判例・最高裁判例をみておく。また, 本判決は, いわゆる背信的悪意者排除説が判例により確立される前¹⁾の判決である。そこで, 背信的悪意者排除説が判例・通説ないし多数説となっている現在, 上記のような問題は, はたして, どうなっているかについて, その後の裁判例をみておきたい。これらを前提にして, まず, 第二買主の不法行為責任の法的構成(所有権侵害としてとらえるのか, 債権侵害としてとら

えるのかという)につき検討しよう。やや混乱しているように思われるからである。その上で、最高裁昭和30年判決・裁判例の意義を明らかにし、学説を簡単にみた後、民法177条と民法709条との関係を中心に、ここでの解釈問題を詳細に分析・検討していきたい。そして、ここでの分析から、「法規範対立・適用併存型ケース」における法解釈上の方略を探求していくことにしよう。

(3) 判例・裁判例

① 最高裁昭和30年判決前の判例

(i) 大判明治44年12月25日民録17輯907頁

不動産の二重譲渡における不法行為が問題となったものとして、大判明治44年12月25日民録17輯907頁を、まずあげることができる。AはXに銅鉞試掘権を譲渡する旨の契約を結んだ(X未登録)後、その契約に立ち会い契約内容を熟知するYが、Aと共謀して同一試掘権をBらに売却して登録も終了させてしまったため、XがYに債権侵害を理由とする不法行為責任を追及したものである。

大審院は、次のように判示した。不動産の二重売買がなされた場合、第二買主が当初より前の買主があることを知って登記をしても、第二買主は、その不動産の所有権取得をもって第一買主に対して対抗できることは疑いがないので、第二買主が悪意で買い受け登記をして第一買主を害したため不法行為責任を負うとした場合、一面ではその所有権取得をもって前の買主に対抗できるのに対して他面では買主に不法行為責任を負うため、その得たところは有名無実に戻し登記制度を設けた趣旨が貫徹されなくなり民法の趣旨に反する。この事案にあっても同様に考えることができ、Yは不法行為責任を負うことはない。

(ii) 大判昭和6年5月29日民集10輯360頁

また、大判昭和6年5月29日民集10輯360頁をあげることができる。AがXに三棟の建物を売却しその代金を受領したものの未登記であったが、その後、一棟をYに売却し、Yは仮登記後、その建物を取り壊した。このような事案で、XからYに所有権侵害を理由として損害賠償を請求したものである。原審は、Yは二重譲受人で登記の欠缺を主張する正当の利益を有する第三者でありXは登記がないので所有権をもって対抗できないとした。これに対し、Xの上告論旨は、当該登記は対抗力がないことからYの行為は不法行為で、Xは登記なくして、これに対抗できるとするものであった。

大審院は、Xは所有権取得をもってYに対抗できないことから、その所有権侵害を理由として損害賠償の請求をなしえないと判示した。同一不動産の二重譲渡にあつて、第

二買主が本登記をした場合はもちろん仮登記をなしたに止まるときにも²⁾ 第二買主は登記の欠缺を主張する正当利益を有することは明らかであり第三者に該当することから、Xは所有権取得をもってYに対抗できないとの理由からである。

(iii) 大判大正8年5月26日民録25輯892頁

さらに、立木の二重譲渡の事案がある。大判大正8年5月26日民録25輯892頁は、立木の二重譲渡があり、各譲受人が公示方法を施さないうちに第二買主が立木を伐採したことにより、第一買主が当該立木の所有権が侵害されたとして不法行為にもとづく損害賠償請求した事案で、第二買主は第一買主の公示の欠缺を主張する正当な利益のある第三者であるとの理由で不法行為を否定した。

(iv) 最判昭和28年9月18日民集7巻7号54頁

最判昭和28年9月18日民集7巻7号54頁も、立木の二重譲渡にあつて、第二買主の立木の一部伐採は、第一買主の立木の所有権侵害にあたるとして損害賠償請求がなされた事案である。第二買主は、本件立木につき有効な取引関係に立つ第三者であるから、原告の対抗要件の欠缺を主張する正当な利益を有するとして、損害賠償請求が棄却されたため、第一買主が上告。最高裁は、第一買主は、本件立木の所有権取得について対抗要件を備えていず、第二買主は、本件立木の所有権を取得しているか、少なくともその所有権を自己に移転させる債権を取得したもので、いずれの場合にも第一買主の対抗要件の欠缺を主張する正当な利益を有するとして、上告を棄却した。

② 最高裁昭和30年判決

(i) 事案

本判決の事案は簡単に述べると次のようなものであった。Xは、Aから本件建物を代金8万円で買い受け、その所有権を取得し、4万円を手付金として支払い、後に、残代金4万円を支払うことと引換に本件建物の引渡および所有権移転登記を受ける約束をした。しかし、本件建物の引渡がなされる前にAは死亡した。Yは、AX間の売買を知っていたが、Aの死後、Aの相続人Bから本件建物の所有権移転登記を受け、さらに、これをCに代金23万円で売り渡し、その登記を経由した。そのため、Yが、Bから本件建物の引渡および所有権移転登記をXが受けることを不能にし、Xの「右権利を不法に侵害した」として、Xは、本件建物の当時の時価23万円と前期代金8万円との差額15万円の得べかりし利益の喪失による損害賠償をYに対し求めた。

原審は、YがX主張の売買、登記等の事実をおおむね認めた外、YがBのXに対する債務の履行を引き受けたものであるとの事実を認定して、Yの行為によりXの所有権取得はCに対抗できなくなったのであるから、YはX「の権利を故意に侵害したもの」

として、Xの請求を認容した。Y上告。主たる上告理由は次の通りである。①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177条の第三者に該当するから、XはYに対し、Yの行為によってXの所有権もしくは建物引渡並に所有権移転登記請求権を侵害されたといえない。また、大審院明治44年12月25日判決³⁾もいうように、仮にYが悪意の取得者であるとしてもYには不法行為責任はない。②YがBの債務の履行を引き受けたとの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。

(ii) 判決

最高裁は、次の理由で破棄差戻した。原判決の「認定によれば、Yは不動産のいわゆる二重売買における第二の買主であって、しかも第一の売買の事実を知りながら（悪意で）買い受けたものに外ならないけれども、一般に不動産の二重売買における第二の買主は、たとえ悪意であっても、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、たとえ悪意ではあつても、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C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。したがって、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Cに売り渡してその登記をなしたというだけでは、たとえこれがためXがその所有権取得を権次郎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りないものといわなければならない」。

また、YがBのXに対する債務の履行を引き受けたものであるとの事実を認定してYに不法行為を認めたのは、かかる事実の加わることによって始めてYの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でたもののように推測されないことはないけれど、判決簡略にすぎ意を尽くして、その事実は、当事者が主張しない事実を認定しもので、これにもとづいて請求の当否を判断した違法がある。原判決の趣旨が、それとは異なり、他の理由により不法行為の成立を認めるものであれば、原判決はその理由を尽くしていない違法がある。このようにして、原判決を破毀した。

③ 最高裁昭和30年判決後の下級審裁判例

本判決当時も、民法177条の第三者の範囲につき善意・悪意不問説が判例⁴⁾・通説であったが、背信的悪意者排除説は判例⁵⁾・通説にはなっていなかった。そこで、背信的悪意者排除説が判例・通説化された段階において、不動産の二重譲渡における不法行為に関して、裁判例がどのような見解をとっているかみておこう。もっとも、最高裁判例

はなく、下級審裁判例のみである。

(i) 鳥取地判昭和 46 年 10 月 18 日判時 654 号 80 頁

A は B に、その所有する土地を売却した。その土地の一部が後に分筆され X に転売されたが未登記であった。A の相続人 Y1 は、本件土地が X に転売されている事実を告げ一旦これを拒絶したが、不当な転売利益を得べく、Y2、Y3 の再三の説得で、本件土地の二重売買を決意して、本件土地を Y2、Y3 に二重に売却し、その所有権移転登記を経由した。その後、Y2、Y3 は、本件土地を C、D に売却し所有権移転登記をなした。このような事案で、Y1 の横領の不法行為責任を認めた上、Y2、Y3 は、右事実を知っていただけでなく、積極的に Y1 の横領行為を教唆した共同不法行為者で、不法行為責任を免れないだけでなく、背信的悪意者として民法 177 条の第三者に該当しないとされた。

(ii) 大坂高判昭和 54 年 3 月 16 日判タ 384 号 105 頁

不動産（溜池）の二重譲渡で、売主 Y1 が X（第一買主）に本件不動産を売却していることを、Y2（第二買主）が知りながら Y1 から本件不動産を購入する契約を締結し登記がなされた事案である。大阪高裁は、Y2 は悪意の第三者といわざるをえないが、売買の動機、目的、態様等に不法、背信性が顕著であるとはいいがたく、背信的悪意者であるとまでは認められないとされ、また、Y2 は、先行の売買について悪意者であったが、その買受は正当な取引行為の範囲内にあるものとして容認すべきであって違法とはいえず、Y2 は、Y1 と X の間の売買等に関する事情を十分注意すべき義務があったとの主張も採用しえない、と判示した。

(iii) 名古屋高判昭和 54 年 7 月 30 日判時 946 号 61 頁、判タ 401 号 85 頁

山林の二重譲渡に関する事案である。A は X に本件山林を売却した。X は代金を完済し、本件山林の引渡を受け、その占有管理をしていたが、所有権移転登記は未了であった。他方、A の相続人 Y1 は、本件山林を Y2 に売却し、さらに B に転売され所有権移転登記が経由された。X は、Y1、Y2 に共謀して本件山林の X の所有権を失わせたとして不法行為責任による損害賠償請求を訴求した。

本判決は、第二の買主 Y2 の不法行為責任に関し、「一般に不動産の二重売買が行われた場合において、単に第二の買主が第一の買主の存在を知っていただけでは第二の買主の行為が第一の買主に対する不法行為となるものではないけれども、第二の買主が第一の買主を害する目的で自由競争の許容される範囲外の不法手段を用いたり、もしくは売主と共謀して第一の買主の所有権を失わしめる等信義則に照して不当な手段を用いたりしたような場合には、第二の買主の行為は不法行為となるものと解される」とした上

で、Y2は本件山林をXが買受けて占有管理していることを知りながら、その未登記に乘じこれを買受け登記を経由したとしても、ただそれだけでは、それ以上の不法不当な手段と認めるに足る証拠はない、と判示した。

(4) 分析・検討

① 法的構成

不動産の二重譲渡において、第二買主が不法行為責任を負うかという問題を考えるにあたり、まず、所有権侵害としてとらえるのか、それとも債権侵害の問題としてとらえるのが問題となる。この点、第二買主が不法行為責任を負うかという問題は、日本の不動産システム（とくに、意思主義をとる民法176条）に即して考えるならば、所有権侵害ないし物権競合の調整の問題とするのが素直であるが、従来どういうわけか債権侵害の題材とされるのが通例である、との指摘がある⁶⁾。たしかに、この点、やや混乱しているようにも思われる。そこで、まずは、この点につき検討していこう。

(i) 最高裁昭和30年判決前の判例

大審院明治44年12月25日判決は、第二買主の第一買主に対する債権侵害が問題とされている。だが、他は、第二買主が、当該建物を取り壊したり、当該立木を伐採したりしたことが第一買主の所有権を侵害したことによる不法行為が問題となっている。ここでは、第一買主はいずれも対抗要件を備えていず、第二買主（所有権を自己に移転させる債権を取得したものでよいとする）は民法177条の第三者にあたり、第一買主の所有権取得を第二買主に対抗できないことから、そもそも所有権侵害があったとはいえないからである。物権の対抗関係と不法行為とは次元を異にするとしても、民法177条からすると第一買主が、その所有権取得を第二買主に対抗できないにもかかわらず、不法行為が法上、第一買主の所有権が侵害されたとすることはできないであろう。

(ii) 最高裁昭和30年判決

このことからすると、最高裁昭和30年判決におけるような事案にあっても、悪意であれ第二買主が第一買主より先に登記を済ませているのであるから、判例・通説の見解によれば、第一買主は、当該不動産の所有権が侵害されたとして、第二買主の不法行為責任を追及できないことになろう。最高裁昭和30年判決も、このような理由から、第二買主の不法行為責任が否定されたと理解できなくはない。当該不動産の所有権が売主から第一買主に移転していたと思われることから、そのようにいえるかもしれない。本判決の評釈である藪・判例批評⁷⁾は、最高裁昭和30年判決をそのように理解しているように思われる。そこでは、最高裁が、原判決と同様、売主と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ったという認定に基づいて議論を展開しているとの前提で、不動産の二重売買における第二の買主は、たとえ悪意であるにせよ、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ほとんど確定した判例通説で、この点について異論はないとした上で、この判例通説の根拠につき、やや詳しく検討する。そして、その根拠として、次のように言う⁸⁾。悪意の買主も民法 177 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）と評価される、(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對抗できないからということになる。だが、根拠として(イ)は妥当でない。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(ロ)の点にある。つまり、第二の買主の行為が不法行為の要件（「権利侵害」）を満たさないからであるという⁹⁾。

むろん、このように理解することも考えられよう¹⁰⁾。しかし、当該不動産が売主から第一買主に所有権が移転したとしても、売主の第一買主に対する債務が消滅してしまうわけではない。売主には、登記の移転、当該不動産の引渡義務が依然として存在している。そして、売主から第二買主に対して所有権移転登記が完了した時に、売主の第一買主に対する債務は履行不能となり¹¹⁾、第一買主は売主に対して債務不履行責任を追及できる。基本的には、当該不動産が売主から第二買主に所有権が移転していない場合と同様である。その意味からすると、本判決にあっても、第二買主の債権侵害にもとづく不法行為責任という法的構成が考えられる。控訴審において、Y（第二買主）が X（第一買主）から本件建物の引渡および所有権移転登記を受けることを不能にし、X の「右権利」を不法に侵害したとして Y に損害賠償請求を求めていることからすると、本判決は、債権侵害を理由としたものだとも十分に解すことができよう。その履行不能によって、X は結局、当該不動産の完全な所有権を取得することができなくなったわけである¹²⁾。

本判決に関する本田・解説¹³⁾も、民法 177 条で所有権を第二買主に對抗できない第一買主が所有権侵害を理由として第二買主に対して不法行為責任を追及できるとすることは妥当とは思われずとして¹⁴⁾、本判決を、債権侵害を理由とする悪意の第二買主に対する不法行為責任について判断したものとみる¹⁵⁾。また、平野教授も、不動産の二重譲渡において、悪意で先に所有権移転登記をした第二買主は第一買主に対して不法行為責任を負うかにつき、所有権侵害については、第二買主は第三者に該当するために第二買主との関係では第一買主は所有者でないので考える必要はないとする。その上で、悪意の第二買主は、先に所有権移転登記を受けることにより、第一買主の売主に対する債務が履行不能になるため、第一買主の債権を侵害しており、債権侵害の事実是否

定しえないとして、本判決も、債権侵害にもとづく不法行為責任の成否の問題として位置づけて紹介している¹⁶⁾。そして、本判決を所有権侵害の問題と位置づけて論ずるものもないではない¹⁷⁾が、一般には、債権侵害の問題として論じている¹⁸⁾。

不動産の二重譲渡において、第二買主が不法行為責任を負うかについての一般的な議論ではあるが、有泉亭「民法第177条と悪意の第三者」は、第一買主の利益の侵害が不法行為法の立場から違法と評価されるならば不法行為が成立するとした上で、次のようにいう¹⁹⁾。第一買主の「利益」とは、第一買主は、その所有権をもって第二買主に對抗し得ないのだから、もちろん所有関係を捨象した利益でなければならない。売主・第一買主・第二買主の関係から所有関係を捨象したものは即ち債権関係に外ならない。即ち第一買主は民法177条によってその所有権をもって第二買主に對抗し得ないが、第二買主は第一買主の債権を侵害する者であるということになる。

(iii) 所有権侵害構成の可能性

たしかに、不動産の二重譲渡にあって、民法177条に基づけば、第一買主が当該不動産の所有権取得を第二買主に對抗できず、悪意でも先に移転所有権移転登記をした第二買主が完全な所有権を取得できるとしながら、民法709条にもとづく不法行為責任のレベルでは、第一買主には、当該不動産の完全な所有権があり、第二買主が悪意で先に登記したことは、第一買主の所有権侵害となることは妥当とはいえない。民法177条レベルでは第二買主に完全な所有権があるとしながら、民法709条レベルでは、第一買主に完全な所有権があるとの前提で考えていくことは、民法体系全体から考えると矛盾しているといわざるを得ないからである。民法709条にもとづく不法行為責任を判断する前提として、第一買主と第二買主のどちらに当該不動産の完全な所有権があるか否かは、民法177条の解釈によって決まると考えざるを得ないであろう。むしろ、不法行為者は「第三者」に該当しないことに異論はない²⁰⁾ので、悪意の移転登記をした第二買主が「不法行為者」だといえれば、第一買主は第二買主に対して登記なくして所有権取得を對抗できることから、その所有権侵害による不法行為を主張できるとも考えられないではない。しかし、判例・通説の立場に立てば、移転登記をした悪意の第二買主は「第三者」に該当すると見る以上、第三者に関する「不法行為者」とみることが困難であろう²¹⁾。

もっとも、このような理解は、民法176条および民法177条に関しての判例・通説(多数説か)による理解にもとづいたものである。そこで、民法176条および民法177条のそれぞれの趣旨および両者の関係、さらには、民法177条と民法709条との関係についても、判例・通説と異なる理解によれば、第二譲受人の第一譲受人の所有権侵害によ

る不法行為責任も考えられないではない。たとえば、松岡教授は、次のような法的構成によって、第二譲受人による第一譲受人に対する所有権侵害に基づく不法行為責任を肯定する。まず、民法176条により第一譲受人に帰属した所有権は排他性をもった完全な所有権であり、第一譲受人は登記なくして全ての者に対し所有権を主張できるのが原則であるとする。そこで、第一譲受人の所有権は、譲渡人との契約を介した第二譲受人の不法行為に対しても保護されなければならない。しかも、両譲受人間の保護の衡量上の限界線は、第二譲受人が契約を介した不法行為を侵しているか否かという点による。つまり、仮に第二譲受人に所有権の帰属を認めるならば第一譲受人の所有権侵害の不法行為が成立すると評価される場合には、サンクションとして第二譲受人の所有権取得を認めるべきではないとする。そして、所有権が譲渡人以外の何人かに帰属していることを(第二)譲受人が知り又は知りうべき場合には、その譲受人がその何人かの所有権を違法に侵害するものと評価されうる(民法709条)とする²²⁾。要するに、第一譲受人が民法176条により所有権を取得した後、第二譲受人が先に移転登記を済ませていたとしても、第一譲受人の所有権取得を知り又は知り得べき場合には、第二譲受人は、第一譲受人に対する所有権侵害の不法行為が成立し、第二譲受人の所有権取得は認められないというわけである。

民法176条および民法177条に関しての判例・通説(多数説か)による場合、前述のように、通常の意味での「所有権」侵害があったとはいえないとしても、第一買主が売主から所有権を取得した場合、悪意の第二買主が先に移転登記を済ませた場合、第一買主の「未登記の所有権」の侵害があったと解せないことはない²³⁾。ただ、「未登記の所有権」は、第三者に対抗できないことから、通常の「『所有権』と異なり、弱い」²⁴⁾ものと解されている。第一買主の侵害利益としては、「未登記の所有権」の他に、移転登記請求等の第一買主の売主に対する債権が考えられるが、「不法行為の対象たる被侵害利益という観点からは、両者に共通の性質をみることができる」²⁵⁾との指摘もある。「未登記の所有権者である第一の買主が未登記のゆえに被る損害は、結局、売主の信義を頼りとするほかに、これが第三者に『対抗できない』ということの不法行為の次元における評価で」あり、結局、「未登記の所有権」は、「売主の意思を媒介として成立する対人的利益であることを示すから、登記を経た所有権に比較すれば弱いものといわざるを得ず、その関係で侵害行為たる第二買主の行為の違法が特に強い場合に、はじめて全体として違法性を帯びるに至る」²⁶⁾。「登記を得ていない第一買主の権利は、登記をいまだ備えておらず第三者に権利主張できないという、いわば債権的なものといえる」²⁷⁾ともいわれている。

もっとも、第一買主に売主から当該不動産の所有権の移転があった場合にあっても、前述のように、売主の第一買主に対する、所有権移転登記義務、当該不動産の引渡義務という債務が、売主の第二買主に対する所有権移転登記の完了によって履行不能となるという債権侵害も問題となりうる。

しかし、第一買主の立場からすると、どのような損害の賠償を望んでいるかといえば、第二買主が売主と二重に契約をし先に移転登記をしたことにより、第一買主が「未登記の所有権」を喪失したというだけでなく、完全な所有権を取得できなくなったという損害の賠償であろう。「未登記の所有権」の侵害のみを根拠として、第一買主が第二買主に対して不法行為に基づく損害賠償請求をした場合、その損害は、「未登記の所有権」を喪失したという損害であり、完全な所有権を取得できなくなったことによる損害ではないということになる。そこで、「未登記の所有権」の侵害だけでなく、売買契約に基づく売主に対する第二買主の債権侵害をも根拠にすることが考えられる。しかし、そのような債権侵害を根拠にするだけでも、同一の損害の賠償を求めることができよう。売主の第一買主に対する所有権移転登記義務等の債務が、第二買主への移転登記等により履行不能となり、第一買主の第二買主に対する債権侵害による不法行為にもとづく損害賠償請求が可能となれば、第一買主は、完全な所有権を取得できなくなったことによる損害の賠償を請求できるからである。

むろん、売主から第一買主に所有権が移転してない場合には、債権侵害のみが問題となる。このようなことから、二重譲渡における第二買主の第一買主に対する不法行為については債権侵害の問題として論じられてきたものと考えられ、それは合理的なものであったと解すことができよう²⁸⁾。

② 最高裁昭和 30 年判決・裁判例の意義

(i) 最高裁昭和 30 年判決の意義

以上からすると、本判決は、単に、移転登記を済ませた悪意の第二買主は、第一買主の所有権を侵害としたとはいえないことから不法行為責任を負わないと判断しただけのものではないと解されよう。むしろ、第一買主の売主に対する債権侵害を根拠にしたとしても、①「不動産の二重売買における第二の買主は、たとえ悪意であっても、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對抗することができない」ことから、②第一買主は移転登記を済ませた悪意の第二買主に不法行為責任を追及できないとしたものと理解できる。つまり、①から②が「連動するものと」解されているとみることができなくはない²⁹⁾。

本判決は、また、不動産の二重売買において移転登記がなされた第二買主が第一買主

に対して不法行為が成立するには、「第2譲受人に信義則違反その他特に違法と認められる特別な事情がなくてはならず、単なる悪意では足りない」³⁰⁾としたとの指摘もなされている。単なる悪意では足りないとする点については、異論はないが、「第2譲受人に信義則違反その他特に違法と認められる特別な事情がなくてはならず」とまでは、具体的に明確に述べたとはいえないのではないか。むしろ、本判決の理解としては、「本判決は、原審認定の事実関係を前提とするかぎりでは不法行為責任の成立が認められなかったとしたが、それだけにとどまらず、何らかの事実が加わることによって悪意者の行為が違法性を帯びるときは不法行為を構成する可能性を柔軟に示唆し」³¹⁾ているというのがより正確といえよう³²⁾。

(ii) 最高裁昭和30年判決と裁判例の法理との関係

では、最高裁昭和30年判決とその後の下級審裁判例の法理との関係はどう理解したらよいか。本判決は、第二買主が悪意であるというだけでは第二買主は第一買主に対して不法行為責任を負うものではないとしたが、下級審裁判例では、そのことを前提にして、第二買主が背信的悪意者に当たらないような場合には、第二買主の不法行為責任を肯定し、反対に、第二買主が背信的悪意者に当たる場合には、第二買主の不法行為責任を否定しているように思われる。

本判決は、第二買主が悪意であっても登記がなされていれば、完全に所有権を取得し、第一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ことから、第二買主の不法行為責任を否定する。この当時は、背信的悪意者排除説が判例により確立されていなかったが、背信的悪意者排除説がとられるようになった時期からは、第二買主が悪意でも、背信的悪意者であれば、先に登記がなされていても、第二買主は完全な所有権を取得できず、第一買主は第二買主に所有権取得を対抗でき、登記そのものを取得できる³³⁾ことになった。そこで、本判決の論理からすれば、第一買主は、そのような方法を選択せず、不法行為責任にもとづく損害賠償を求めることも可能となったといえよう³⁴⁾。他方、第二買主が悪意でも、背信的悪意者でなければ、先に登記がなされていれば、第二買主は完全な所有権を取得できることから、本判決の論理からすれば、第二買主の不法行為責任は認められないことになろう。要するに、本判決は、背信的悪意者排除説が判例となっていない時期のものであったが、第二買主の不法行為責任の成否を、背信的悪意者排除説を前提として、本判決の論理からすると、下級審裁判例の法理が導かれるといえよう。

本判決は、何らかの事実が加わることによって悪意者の行為が違法性を帯びることが否定されていない。だが、本判決の論理との関係も明確でなく、判決で述べられている

文脈からすると、その点に重要な意味をもたせることはできないであろう。いずれにせよ、下級審裁判例により示された法理に関して、正面から判断した最高裁判決はない。そこで、判例は、第二買主が背信的悪意者でなければ単なる悪意者であっても、第一買主は第二買主に対して不法行為責任を追及できないが、背信的悪意者であれば、第二買主の不法行為責任を認めることができるとの見解をとっているとは、厳密にはいえない。しかし、下級審裁判例が、そのような法理をとっているとみることができ、その法理は、前述のように、背信的悪意者排除説を前提として本判決の論理から導くことができると考えられることから、広い意味での判例だといえなくはない。そして、そのような見解を判例としているものもある³⁵⁾。

(iii) 最高裁昭和 30 年判決・裁判例の意義

もっとも、先に所有権移転登記を済ませた第二買主であっても悪意者であれば、第一買主（売主から所有権の移転を受けている）に対して不法行為責任を負うことはないが、その第二買主が背信的悪意者であれば、第二買主の不法行為責任が認められるとの見解をとると、第二買主が背信的悪意者であれば、第一買主は第二買主に所有権を主張できるのであるから、第一買主に、そのような不法行為にもとづく損害賠償請求を認めることに、実質的意義はないのではないか、また、そもそも、第一買主は第二買主に対して所有権を主張できる以上損害は発生していないので、第二買主に対して不法行為にもとづく損害賠償請求をなすことはできないとも考えられよう。

しかし、背信的悪意者である第二買主が、当該不動産の所有権を他に譲渡し所有権移転登記も済ませ、その転得者が第一買主に対して背信的悪意者でないような場合、そのような転得者は、第一買主に対して所有権取得を対抗できると解されている³⁶⁾。そこで、第一買主は、そのような転得者に対して所有権取得を主張できない。したがって、第一買主は、背信的悪意者である第二買主に対して不法行為にもとづく損害賠償を請求する必要性が生ずることになる。他方、転得者が背信的悪意者である場合には、第一買主は、その転得者に所有権を登記なくして主張できることから損害は発生していず、第二買主に対して不法行為にもとづく損害賠償請求をなしえないとも考えられる。だが、そのことは妥当ではなく、第一買主は、第二買主に対して損害賠償請求と転得者に対する所有権主張と選択的に行使できるとすべきであるとの指摘もなされている³⁷⁾。転得者が現れない場合でも、第一買主は、第二買主に対して背信悪意者であるとして登記なくして、その所有権取得を主張せずに、民法 709 条にもとづく損害賠償請求をなすこともできると解されている³⁸⁾。ただ、このように解することができるとしても、第一買主は転得者ないし第二買主に所有権を主張できるので、第二買主の不法行為責任を認める

実質的意義は、それほど大きくないであろう。

むしろ、そもそも、第二買主が不法行為責任を負うような場合、第一買主は、売主に対して債務不履行責任を追及することができる。そこで、第二買主の不法行為責任が、実質的に意義があるのは、売主（債務者）が無資力であるとか、なんらかの理由で第一買主が売主に対して債務不履行責任を追及しても意味がない、ないし、困難である場合に限られるのである。（続く）

注

- 1) 最判昭和31年4月24日民集10巻4号417頁は、第三者が登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有しない場合とは、当該第三者に、不動産登記法4条、5条により登記の欠缺を主張することの許されない事由がある場合、その他これに類するような、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事由がある場合に限る、との一般論を述べたが、適用を否定した。その後、最判昭和40年12月21日12月21日民集19巻9号2221頁は、「背信的悪意者」は民法177条の第三者から除外すべきであると判示したが、背信的悪意者の適用は否定された。そして、最判昭和43年8月2日民集22巻8号571頁が、具体的に背信的悪意者に該当すると認めた最初の判例である。最判昭和43年11月15日民集22巻12号2671頁、最判昭和44年1月16日民集23巻1号18頁、最判昭和44年4月25日民集23巻4号904頁も、具体的に背信的悪意者と認定した。背信的悪意者排除説の判例法理の生成過程については、湯浅道男「背信的悪意者」石田喜久夫他編『不動産法の課題と展望』（日本評論社、1990年）78-87頁参照。
- 2) 我妻栄・法協51巻4号782頁（1933年）は、判旨の結論には意義はないとした上で、二重譲受人は、第一の売買に登記なき限り正当なる取引関係に立つ者なることは何らの疑いはないので、Yには本登記はもちろん仮登記もなくともXはこれに対して対抗しえないはずである。そこで、本件の判旨がYに仮登記あることが問題解決の要点をなすことについては反対せざるをえないという。
- 3) 民録17輯907頁。
- 4) 大判明治43年11月1日刑録16輯1821頁、同明治45年6月1日民録18輯569頁、大判昭和11年10月31日法学6巻227頁。その後、最判昭和32年9月19日民集11巻9号1574頁、最判昭和35年11月29日民集14巻13号2869頁ほか。
- 5) 最判昭和31年4月24日民集10巻4号417頁、最判昭和40年12月12日21日民集19巻9号2221頁、最判昭和43年8月2日民集22巻8号1571頁、最判昭和44年4月25日民集23巻4号904頁ほか。
- 6) 吉田邦彦『債権侵害論再考』（有斐閣、1991年）570頁。吉田教授は、「ここにも、ドイツ法の影響が見られるのであろうか」と言われる（同589頁注〔23〕）。なお、ドイツ法では、登記を効力要件としているので、未登記の買主に関して債権侵害の不法行為が議論される（同589頁注〔23〕）。
- 7) 藪重夫「不動産の二重売買における第二の買主が悪意の場合と第一の買主に対する不法行為責任の有無」北大法学会論集7巻3=4号（1957年）84頁。
- 8) 藪・前掲（注7）88頁。
- 9) ただ、(ロ)の根拠は、単なる悪意の場合に適用される一般論としては、それでよいが、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ず、その場合には、あくまでも不法行為法の領域において決定されるべきで、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719条）が成立し、この場合には、当事者である売主と第一の買主

との間には民法 177 条の対抗の問題は生ずる余地がないが、第一の買主は第二の買主に対して損害の賠償を請求できるといふ。この当時は、民法 177 条に関して背信的悪意者排除説が定着していない段階であり、背信的悪意者排除説が判例として定着している現在では、上記のような第二買主は、基本的には、背信的悪意者となり、第一買主の、第二買主に対する不法行為責任の成立が認められよう。

- 10) 加藤一郎『不法行為〔増補版〕』(有斐閣, 1974 年) 107 頁は、本判決を所有権侵害の不法行為の問題として認識されているように思われる。
- 11) 不動産の二重売買の場合において、売主の一方の買主に対する債務は、特段の事情のない限り、他の買主に対する所有権移転登記が完了した時に履行不能になると解されている(最判昭和 35 年 4 月 21 日民集 14 卷 6 号 930 頁〔最高裁判所判例解説民事篇昭和 35 年度 140 頁(井口)参照])。
- 12) なお、大判明治 44 年 12 月 25 日民録 17 輯 907 頁にあっても、第一買主は、第二買主に対して、債権侵害を理由とする損害賠償請求を求めている。当該銅鉞試掘権は売主から第一買主に移転していると考えられる。
- 13) 本田純一「二重譲受人の不法行為責任」『不動産取引判例百選(第 2 版)』(1991 年) 160 頁。
- 14) 同 160 頁。
- 15) 本田・前掲(注 13) 160 頁。
- 16) 平野裕之『新論点講義シリーズ物権法』(弘文堂, 2012 年) 102 頁。
- 17) 加藤・前掲書(注 10) 107 頁, 前田達明『民法Ⅵ 2(不法行為法)』(青林書院新社, 1980 年) 75 頁, 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為 中巻』(青林書院新社, 1983 年) 312-313 頁。もっとも、関連する判例があげられているが、いずれも、どのような意味で所有権侵害となるのかについての説明は必ずしもない。これに対して、澤井裕『テキストブック事務管理, 不当利得・不法行為〔第 3 版〕』(有斐閣, 2001 年) 154 頁は、そこで問題となっている「所有権」は、通常の所有権と異なる弱い「所有権」だとする。吉村良一『不法行為法〔第 4 版〕』(有斐閣, 2010 年) 55 頁も澤井説と同様である。平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』(弘文堂, 1992 年) 42 頁は、「所有権その他の物権」において、所有権侵害は原則として不法行為を成立させるが、現在の判例理論は、第二譲受人が第一譲受人との間の売買契約の存在につき悪意でも、第二譲受人は第一譲受人に対し不法行為を負わないとするとして、本判決を引用し、しかし、売買契約の存在を知りつつ買い受けるのは、不動産という重大な利益侵害の危険を生じさせる行為であり、二重譲渡に関する考え方如何にかかわらず、取引上の義務違反として不法行為の成立を認めるべきである、とする。
- 18) 我妻榮『新訂債権総論』(岩波書店, 1964 年) 80 頁, 於保不二雄『債権総論〔新版〕』(有斐閣, 1972 年) 85-86 頁(注 12), 星野英一『民法概論Ⅲ(債権総論)』(良書普及会, 1978 年) 127 頁(もっとも、「物権の二重譲渡の場合は物権をも侵害しているといえよう」という。ただ、本判決が所有権侵害をも問題としているかは述べていない。), 林良平・石田喜久夫・高木多喜男『債権総論〔改訂版〕』(青林書院, 1982 年) 65-66 頁, 広中俊雄『債権各論講義第 6 版』(有斐閣, 1994 年) 451 頁, 平井宜雄『債権総論第 2 版』(弘文堂, 1994 年) 117 頁(もっとも、平井・前掲書(注 17) 42 頁では所有権侵害に関する問題でもあるとする), 大村敦志『基本民法Ⅲ債権総論・担保物権〔第 2 版〕』(有斐閣, 2005 年) 156 頁, 潮見・前掲書(注 17) 111 頁, 前田陽一『債権各論Ⅱ不法行為法〔第 2 版〕』(弘文堂, 2010 年) 36-37 頁, 幾代通=徳本伸一補訂『不法行為法』(有斐閣, 1993 年) 74 頁(注 14), 内田貴『民法Ⅲ〔第 3 版〕』(東京大学出版会, 2005 年) 185 頁, 内田貴『民法Ⅱ 第 3 版』(東京大学出版会, 2011 年) 363 頁, 潮見佳男『債権侵害(契約侵害)』『新・現代損害賠償法講座第 2 巻』(日本評論社, 1998 年) 250-51 頁, 淡路剛久『債権総論』(有斐閣, 2002 年) 220 頁, 加藤雅信『新民法大系Ⅴ事務管理・不当利得・不法行為 第 2 版』(有斐閣, 2005 年) 194-195 頁, 平野裕之『プラクティスシリーズ債権総論』(信山社, 2005 年) 180-181 頁, 中田裕康『債権総論 新版』(岩波書店, 2011 年) 277 頁, 小野秀誠『債権総論』(信山社, 2013 年) 62 頁, 高橋眞『入門債権総論』(成文堂, 2013 年) 147 頁等。船越隆司『債権総論』(尚学社, 1999

- 年) 248 頁, 窪田充見『不法行為法』(有斐閣, 2007 年) 103-104 頁は, 本判決を引用していないが, 本判決のような事案の問題につき債権侵害の問題として扱っている。
- 19) 法協 56 卷 8 号 (1938 年) 95 頁。甲乙丙を売主, 第一買主, 第二買主にかえるとともに, 文語調の表記を読みやすいものとした。
 - 20) 大連判明治 41 年 12 月 15 日民録 14 輯, 大判昭和 12 年 5 月 20 頁法学 6 卷 1213 頁, 大判昭和 13 年 12 月 2 日民集 2269 頁。学説は, かつては「第三者」の範囲につき無制限説を採るものもあった(鎌田薫「対抗問題と第三者」星野英一編『民法講座第 2 卷物権 (1)』182-86 頁(有斐閣, 1984 年) 参照) が, 現在では, 制限説をとり, 不法行為者は「第三者」に該当しないことに異論はない(船橋諄一・徳本鎮『新版 注釈民法 (6) 物権 (1)』(有斐閣, 1997 年) 578 頁)。
 - 21) 松尾弘「悪意の二重譲受人の不法行為責任—「自由競争」論の再構築に向けて」円谷俊・松尾弘『損害賠償法の軌跡と展望 (山田卓生先生古稀記念論文集)』384 頁(日本評論社, 2008 年) 参照。
 - 22) 松岡久和「不動産所有権二重譲渡紛争について (二)・完」龍谷法学 17 卷 1 号 13-14 頁。
 - 23) 大石忠生「二重譲渡と悪意の第二授受人」林良平・中務俊昌『判例・不法行為法』(高陽堂, 1966 年) 157 頁。
 - 24) 澤井・前掲書(注 17) 154 頁。吉村・前掲書(注 17) 55 頁も, 同様に, 未登記所有権は, 通常の所有権とは異なり弱いものと理解し, そのことと, 物権法上の要保護性と不法行為法上のそれが食い違うことには問題があることなどから, 悪意(背信的悪意を除く)の第三者をも民法 177 条の第三者にあたるとする物権法の判例・通説を前提とする限り, 基本的には通説の立場が妥当なのではないか, という。
 - 25) 大石・前掲(注 23) 157 頁。
 - 26) 大石・前掲(注 23) 157 頁。
 - 27) 田高寛貴『クロススタディ物権法』(日本評論社, 2008 年) 75 頁。
 - 28) ただ, 未登記所有権の侵害と第一買主は売主に対し, 所有権移転登記請求, 当該不動産の引渡請求という債権の侵害とでは, 違法性判断は同一でないという見解も考えられないではない。未登記所有権の侵害については違法だが, 債権侵害については違法だともいえないとすると, 全体としては, どのように解すべきであろうか。そして, おそらく, 債権侵害とともに, 未登記の所有権侵害をも考える見解にあっては, 第一買主の第二買主に対する不法行為における違法性を考える際の判断基準は同一のものと解していると思われる。なお, 債権侵害のみを根拠にする不法行為による損害賠償請求にあっては, その違法性を判断する際に, すでに, 第一買主に売主から所有権が移転していたというようなことを考慮することは十分可能であろう。
 - 29) 松尾弘「悪意の二重譲受人の不法行為責任—「自由競争」論の再構築に向けて」円谷俊・松尾弘『損害賠償法の軌跡と展望 (山田卓生先生古稀記念論文集)』(日本評論社, 2008 年) 384 頁。
 - 30) 本田・前掲(注 13) 161 頁。潮見・前掲書(注 17) 112 頁は, 「悪意の第二買主に民法 177 条により所有権取得を対抗できない第一買主が, 第二買主に対して民法 709 条により不法行為責任を請求することは, 原則とし否定されるべきであるが, 第二買主の行為に信義則違反その他特に違法と認めるべき格別の事情がある場合には, 不法行為責任を伴うこともありうべきだとの共通の発想に出たもの」だとする。
 - 31) 松尾・前掲(注 29) 383 頁。
 - 32) 本判決は, 原判決は当該事実が加わることによって始めて「Yの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でたもののように推測されないことはないけれども」, 判決簡略にすぎ意を尽くしてせず, その事實は, 当事者が主張しない事実を認定しもので, これにもとづいて請求の当否を判断した違法がある, として原判決を破毀したのである。そこで, 本判決が, 何らかの事実が加わることによって悪意者の行為が違法性を帯びると明確に述べているわけではない。また, 本判決は, 「不法行為を構成する」可能性を否定しないとしても, その論理はいくつかあり, 当然のことながら明らかにされていない。

本判決が出された段階では, 民法 177 条の解釈として, 背信的悪意者排除説が判例により確立

されてはいなかった。つまり、当時は、たとえ第二買主が「背信的悪意者」であったとしても、第一買主よりも先に登記がなされていれば、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って第二の買主に對抗することができなかつたはずである。とすれば、本判決が、第一買主は移転登記を済ませた悪意の第二買主に不法行為責任を追及できないとした論理からすれば、第二買主が背信的悪意者であるような場合にあっては、移転登記を済ませた背信的悪意者である第二買主に第一買主は不法行為責任を追及できないことになろう。現に、大審院明治44年12月25日判決(民録17輯907頁)は、共謀を悪意と同視して不法行為責任を否定しており、学説でこれに反対しているものもなかつたという(藪・前掲(注7)84頁)。

本判決の事案にあっては、第二買主は売主の養子で、第一売買における売主相続人の代理人であり、第一売買にあっては第一買主と接触して交渉していることから、現在では、第二買主は背信的悪意者となり、第一買主は所有権取得をもって第二買主に対して対抗でき、本判決の先の論理からしても不法行為責任の追及も可能であろう。しかし、当時は、背信的悪意者排除説がとられていなかったため、そのような結論を導くことはできなかったといえよう。そこで、「何らかの事実」があって、先に登記をなした第二買主が完全な所有権を取得できないような場合であれば、第一買主は第二買主に対して不法行為責任を追及できるとしても、先の本判決の論理と矛盾することにはならないことになろう。すなわち、一般論としていえば、そのような「何らかの事実」があれば、第二買主に第一買主は不法行為責任を追及する可能性は考えられないではない(原判決は、理論構成は多少無理があるが、「第二買主は売買の当事者たる地位にある」と考えて第二買主の不法行為責任を肯定したのではないかと指摘されている(藪・前掲(注7)89頁(注5))。的確な指摘であろう)。

当時の民法177条の判例法理からすると、移転登記を済ませた第二買主が「背信的悪意者」であっても、第二買主は完全な所有権を取得できるとしても、第二買主について、「何らかの事実」があれば、不法行為法上の違法性を認めることができると考えることも不可能ではない。戦前の論文であるが、有泉亨「民法177条と悪意の第三者」(法協56巻8号[1938年]93-96頁)は、物権帰属に関する民法177条と不法行為の成立は別個に考えればよいとする。しかし、第一買主と第二買主が競争的地位に立つような場合、競争者に損害を与えても違法とは評価されないのが故意でも不法行為は成立せず、客観的または主観的な条件が加わってその行為が違法と評価される場合のみ第二買主の不法行為の成立が認められるとする。また、本判決後で、やはり背信的悪意者排除説が判例により確立されていない時期において、本判決を引用して、第二買主が悪意であっても、対抗要件を備えれば完全な所有権を取得でき、その買受については違法性がなく、第一買主の第二買主に対する不法行為は成立しない(加藤・前掲書(注10)107頁)とした上で、だが、第一買主を「害する目的で自由競争の範囲外の不法な手段を用いて譲り受けた場合などには、理論的には違法性がある」(加藤・前掲書(注10)109頁(注4))との主張もある。本判決の研究においても、「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)……一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」として、本判決の事案では第二買主は売主と共謀したとして、民法177条の解釈にあっては、第三者の悪意と共謀を区別する意味はないが、第一買主に対する売主との共同不法行為(民法719条)が成立するとの主張がなされていた(藪・前掲(注7)88-89頁)。

33) 最判昭和44年1月16日民集23巻1号18頁。

34) 澤井・前掲書(注17)155-156頁参照。

35) 澤井裕『テキストブック事務管理、不当利得・不法行為[第3版]』(有斐閣,2001年)155頁は、第二譲受人が背信的悪意者にあたらないため、第一譲受人として登記を取得できないが賠償は請求できるというように、不法行為の成立はより広く認めるべきである、として、したがって、判例・通説と平井説(知って買い受けるのは不法行為になるとする見解)との「中間が妥当」という。そこで、「判例」をそのように理解しているように思われる。潮見・前掲(注18)250-51

頁は、判例（最判昭和30年5月31日民集9巻6号774頁）および通説は、第一買主と第二買主の関係は自由競争の場に位置づけ、自由競争の域を超えた第二買主の不公正な取引のみを、例外的に、第一買主の有する債権への違法な侵害行為（不法行為）として評価しようとする。そして、ここでの不法行為責任の主観的成立要件は、物権法にいう背信的悪意者論と連動させるのが比較的合理的であるとする。

- 36) 最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁。
- 37) 田高・前掲書（注27）75頁。
- 38) 澤井・前掲書（注17）155頁。

●Summary

Developing students' skills in solving complicated legal problems is an important component of legal education. "Structured legal knowledge" and "relevant strategies" are necessary tools. Borrowing insights from cognitive psychology, the author has studied legal interpretation strategies.

"The process of discovery" of legal interpretation may be restrained by "the structure and the way of legal justification," which may, in turn, be restricted by the type of legal interpretation problem involved. Different strategies may be appropriate for different types of problems. They can be grouped into categories:

- ① where the contents of a related rule can be found but its application is uncertain because the content of the rule is not clear;
- ② where the contents of a related rule is clear, but its application leads to an unreasonable result;
- ③ where no relevant rule defining the relationship between two rules that could be applied to the case can be found;
- ④ where no related rule can be found.

Type ③ can be further classified into two categories:

- ③-1 where two rules are competing against each other;
- ③-2 where two rules are facing each other.

The author has already examined strategies for types ① and ② and published the results of this research in this journal. The current article considers strategies for type ③, particularly ③-2 based on an analysis of judicial precedents and theories.