

## 判例における「法意」の意義

藤 村 和 夫

### I はじめに

私的紛争の解決を委ねられた裁判所は、何であれ最終的に一定の解決を導くことになるが、その際には当然のことながら、そのような解決を導くための法的根拠が求められる。ここでの法的根拠は、具体的な紛争事案の解決として導かれる結論を支えるものであるから、紛争当事者にとっては勿論、およそ当該判例に接する者にとっても説得力を伴うものでなければならぬ。

裁判所は、その法的根拠をいずれかの法源に求めることになるが、それが成文法である場合には、当該法（明文規定）の具体的解釈という作業を必然的に伴う。その解釈手法にも種々のものがある<sup>1</sup>ということは夙に知られており、裁判所は、そのうちのいずれかの手法に基づき、あるいはそれらを重複させるといふ手法を用いる等の解釈を通じて

具体的紛争の解決を図り、結論を導くことになる。

しかしながら、判例は、その判決理由において、ときに、それら従来の典型的な解釈手法に拠ることなく法的根拠を示すことがある。その中に「法意」があり、「〇条の法意に照らし」ないし「〇条の法意により」あるいは「〇条の法意に鑑み」等の表現が用いられる。

しかし、「法意」という表現で表されるものの内実が何であるかは曖昧であり、その表現に接した者の受け取り方(理解)も一様ではなからう。

そこで、判例が「法意」を法的根拠とする意図―はたして、そこには特別な意味が込められているのか、あるいは従来から行われている典型的な解釈手法に拠ることができたものを、特に深い意味もなくこれが用いられたものであるのか等―を探ることが、「法意」の意義のみならず、判例の論理・思考過程の理解に資することになるものと思われる。

判決理由において「法意」という表現を用いる判例は頻出しているというわけではないが、特にそのような判例を探してみるという姿勢をとらなくても散見されるものである。ここでは、それらすべての判例を対象にして検討することは叶わないので、民法(および不動産登記法)が関わる興味深い二、三の判例を対象として若干の検討を試みてみたい。

## Ⅱ 「法意」を用いて結論を導いた判例

### 一 最判平成九年六月五日（民集五一卷五号二〇五三頁）

本判決は、譲渡禁止特約の付されている債権の悪意者（または重大な過失により同禁止特約の存在を知らない者）に対する譲渡の後に、債務者が同譲渡を承諾した場合における、その承諾の効力を判断するに際し、「民法一一六条の法意に照らし」と表現されるものを根拠として示したものである。

#### 1 事実の概要

本件は、三つの事件が併合審理されたものであるが、若干整理した上で概要を述べれば以下のようである。

昭和六二年一月九日当時、Aは、Bに対し、譲渡禁止特約を付した売掛代金債権（甲債権）を有していたところ、Xは、同債権に譲渡禁止特約が付されていることを知っていたか、そうでないとしても同特約の存在を知らないことにつき重大な過失があった。

Aは、Bに対し、同月一〇日に到達した内容証明郵便により、甲債権をXに譲渡した旨の通知をした（同譲渡は、代物弁済としてなされたものであった）。

その後、同月一日、Y（国…C社会保険事務所長）は、甲債権に対し滞納処分による差押えをなした。

同月二日、D（Aの一般債権者）の申立により、甲債権に対する仮差押えの執行がなされた。

同月二日、Y（国…E税務署長）は、甲債権（の一部）に対し滞納処分による差押えをなした。

昭和六三年一月一日、Xの申立により、甲債権に対して強制執行による差押えがなされた。

そこで、昭和六三年一月二十九日、Bは、真の債権者を確知することができず、かつ、滞納処分による差押えと強制執行による差押等が競合したことを理由として、いわゆる混合供託(民法四九四条および滞納処分と強制執行等との手続の調整に関する法律〔滞調法〕二〇条の六第一項を根拠法条とする)をすると同時に、AからXへの甲債権譲渡を承諾した(これは、原審において、上記「供託書」には、本件譲渡禁止の特約に違反することの記載がなく、本件売掛代金債権の譲渡自体についてはこれを認めたくえで、真の債権者を確知できないとして供託していることが認められるから、)Bは、同供託の際、AからXへの甲債権の譲渡を承諾した「ものというべきである」とされたものである。

このような状況において、Xは、Yらを被告として、Xが供託金還付請求権を有することの確認を求める訴を提起し、他方Yも、Xらを被告として(甲債権に譲渡禁止特約が付されていたことを理由として)Yに供託金還付請求権の取立権があることの確認を求める反訴を提起した。

一審はXの請求を全面的に認容したが、原審は、最判昭和五二年三月一七日(民集三一巻二号三〇八頁)(以下、「五二年判決」という)を引用して、債務者Bが譲渡につき承諾を与えることによって甲債権譲渡は譲渡の時に遡って有効になるとしつつ、その対抗力は譲渡の時まで遡及するものではなく、承諾の時まで遡及するにとどまるものと解すべきであるから、Xは、その(承諾の)前に対抗要件を具備したYに対抗することができないとして(AからXへの甲債権譲渡が証拠上認められるかどうかを判断するまでもなくYの差押えが優先するとして)、Yの反訴請求を認容した。X上告。

## 2 本判決の内容

### (1) 判旨

「譲渡禁止の特約のある指名債権について、譲受人が右特約の存在を知り、又は重大な過失により右特約の存在を知らないでこれを譲り受けた場合でも、その後、債務者が右債権の譲渡について承諾を与えたときは、右債権譲渡は譲渡の時にさかのぼって有効となるが、民法一六条の法意に照らし、第三者の権利を害することはできないと解するのが相当である」とした上で、甲債権の譲渡当時、同債権の譲渡禁止特約の存在を知り、または重大な過失によりこれを知らなかったXは、同譲渡によって甲債権を「直ちに取得したということはできない」ところ、Bの承諾により同債権譲渡が譲渡の時に遡って有効になるとしても、その承諾の前に滞納処分による差押えをしたYに対しては「債権譲渡の効力を主張することができない」とした（ここでは、最判昭和四八・七・一九民集二七卷七号八二三頁と五二年判決とが引用されている）。

### (2) 五二年判決との関係

債権譲渡禁止特約の効力をどのように解するかについては、よく知られているように、物権的効果説と債権的効果説とが存するが、通説・判例は前者によつて<sup>②</sup>いる。

本判決も、債務者の承諾に遡及効を認めているところから物権的効果説に立っているものといえる。

本判決が引用する五二年判決も、「譲渡禁止の特約のある指名債権をその譲受人が右特約の存在を知つて譲り受けた場合でも、その後、債務者が右債権の譲渡について承諾を与えたときは、右債権譲渡は譲渡の時にさかのぼって有

効となり、譲渡に際し、債権者から債務者に対して確定日付のある譲渡通知がされている限り、債務者は、右承諾以後において債権を差し押え転付命令を受けた第三者に対しても、右債権譲渡が有効であることをもって対抗することができると解するのが相当であり、右承諾に際し改めて確定日付のある証書をもつてする債権者からの譲渡通知又は債務者の承諾を要しないというべきである」として、やはり物権的効果説に立ったものであったが、譲渡禁止特約の付された債権の悪意者への譲渡が、債務者の承諾によつて「譲渡の時にさかのぼつて」有効となることの法的根拠を何ら示していなかった(五二年判決は、参照条文として民法一一九条、四六六条、四六七条を挙げているが、そのうち一一九条は遡及効を明示的に否定するものであつて、五二年判決の判示内容とは整合しないといわなければならない)。

この五二年判決は、債権譲渡→債務者の承諾→差押え転付命令の順で事態が推移したものであるところ、承諾に遡及効を認め、かつ、譲渡時の対抗要件具備により、承諾後に現れる第三者に対しても、債権譲渡が有効であることを対抗し得ると解したものであり、承諾(および対抗要件具備による対抗力)に遡及効を認めることのみによつて事案の解決を図ることができたものではあつた。

これに対して本判決は、債権譲渡→差押え→債務者の承諾という順で推移したものであるところ、その承諾前に現れた差押債権者(第三者)に対する承諾の効力を判断する必要があつたものであり、債務者の承諾に遡及効が認められること、しかし、その遡及効によつても(承諾前に現れた)第三者の権利を害することができないとしつつ、その根拠として一一六条を挙げ、その際、「一一六条の法意に照らし」という表現を採つたものである。

しかし、債務者の承諾に遡及効を認めることについても当然に一一六条に依拠しているものと考えざるを得ないから、本判決は、「…その後、債務者が右債権の譲渡について承諾を与えたときは、右債権譲渡は譲渡の時に遡つて有

効となるが、民法一一六条の法意に照らし、第三者の権利を害することはできないと解する…」と述べているものの、本来は、「…その後、債務者が右債権の譲渡について承諾を与えたときは、民法一一六条の法意に照らし、右債権譲渡は譲渡の時に遡って有効となるが、第三者の権利を害することはできないと解する…」と述べるべきであったと思われる。

### 3 「法意」の意義

本判決は、譲渡禁止特約が付されている債権の（悪意者への）譲渡が債務者の承諾によつて譲渡の時に遡って有効になるが、その遡及効によつても第三者の権利を害することができないとする根拠として、初めて「民法一一六条の法意に照らし」という表現を用いたものである。「法意に照らし」という表現を採った意図が奈辺にあるかはさておき、一一六条に依拠する姿勢をみせていることにより、本判決は、このように判断する前提として、譲渡禁止特約の付された債権の譲渡を未確定無効と理解しているものといえる。もちろん、このことは五二年判決にも共通していることである（そして、この判断は後掲一〇年判決に由来するものである）。

ここでは、まず譲渡禁止特約の付されている債権の譲渡につき、その「法意に照らし」という言葉を付してはいるものの、なぜ無権代理行為の追認に関する規定である一一六条が引用されているのかが問われてよいであろう。これを明らかにすることを起点として、本判決が一一六条の類推適用ではなく、「一一六条の法意」を根拠にして結論を導いたこととの理解に繋がる。

(1) 「法意」の意義への言及

この「法意」の意義をどのように理解するかについては、これまで意識的に論じられたことはなかったようであるが、本判決の評釈等において若干の言及がみられる。その主なものを紹介しよう。

① 「法意に照らし」という表現の意味は、類推適用よりも更に事実と規定の距離が大きい場合を意味すると理解するもの、<sup>(4)</sup>

② 物権的効果説に立つて債務者の承諾に遡及効を認めるとしても、その承諾によって第三者の権利を害することができないことになることの根拠を何処に求めるかと自ら問いかけ、「一種の非権利者である無権代理人の法律行為と譲渡禁止特約のある債権の譲渡人の債権譲渡との間にまったく類推適用の基盤がないとはいえないにもかかわらず、本判決が同条の類推適用ではなくその法意によった趣旨は必ずしも明らかでないが、あるいは本件の権利者の追完の対第三者効を非権利者の無効な処分行為の場合にとどまらず未確定行為全体の視野のなかで解したことになるのであろうか」として、「一一六条の類推適用」としても差支えなかったと思われるにも拘わらず「一一六条の法意」とした趣旨が必ずしも明らかではないとするもの、<sup>(5)</sup>

③ 無権利者による処分行為は、それが代理の形式をとっていない場合であっても、実質的には(無権)代理とみることもできるのであり、したがって、権利者による追認は、本人による無権代理行為の追認に擬しやすく一一六条の類推適用といいやすいのに対し、譲渡禁止特約付債権の譲渡においては、債権者による譲渡行為は、あくまで権利者による処分行為であって行為の効力が生じない理由が権利の不帰属にあるわけではないことから、根拠条文を



明記しにくかったところ、何らかの条文に基礎を求めることのできない「無効行為の追完」法理を積極的に認めたいのである。譲渡の実効的効力も對抗要件の具備の時期も遡及することの根拠として最高裁が採ったのが、「一一六条の法意に照らし」であったとするもの<sup>⑥</sup>、

④ 「一一六条が適用される場面にあつては、一種の非権利者である無権代理人による処分を、権利者である本人が追認するという状況にあるのに対して、譲渡禁止債権の譲渡の場合には、譲渡人である債権者は非権利者ではないという点で、「類推適用」というには両者の状況は共通性がやや弱いという考えによるものと思われる」としつつ、「従来の最高裁判決には、類推適用と同様の趣旨で「法意に照らし」という表現を用いているものもあり、本判決が、『法意に照らし』と判示している点についても、必ずしも『類推適用』とは別の何らかの意味があるわけではないと解することも可能であろう」とするもの<sup>⑦</sup>、

⑤ 「一一六条が対象としている状況と「債権者による譲渡に対する債務者の承諾との間に類推適用の基礎が脆弱であるためであろうか」としつつ、譲渡禁止特約が付された債権を債権者が譲渡することは、一種の非権利者による処分といえないこともないので一一六条を類推適用する基礎はあるといえようとし、結局、本判決が一一六条の法意によつた趣旨は、「譲渡禁止特約のある債権の譲渡を、非権利者による処分という文脈にとどまることなく、広く、無効行為の追完という文脈でとらえていることに起因すると解することもできよう」とし、「このように解した場合には、債務者の承諾を譲渡の効力要件としてとらえていることにならうか」とするもの<sup>⑧</sup>、

⑥ 「一一六条の法意に照らし、第三者の権利を害することはできない」としたことの趣旨は、「譲渡禁止特約付債権の譲渡に対する譲渡後の債務者の承諾により、譲渡が遡及的に有効となることによつて害されるべきではない理由

を有する第三者を保護する、ということに限定すべきである」と解するもの<sup>(9)</sup>等である。

ここに現れた各見解は、なるほどと思われるものもあるものの、若干疑義を抱かざるを得ないものもあり、「法意」ないし「法意に照らし」の意義を明らかにするものとしては心許ない。

まず、①の理解は、「類推適用」と「法意」とを比較した場合の素直な受け止め方ではないかとの印象を受けるが、②の「権利者の追完の対第三者効を非権利者の無効な処分行為の場合にとどまらず未確定行為全体の視野の中で解したことになるものであろうか」とする理解については、これで何を言わんとしているのか明確でないといわざるを得ない。

また、「未確定行為全体の視野の中で」とするが、未確定行為には、未確定有効行為と未確定無効行為とがあるのであって、本件のような事案においては前者は含まれるべきではないであろうから、「未確定行為」という用語を用いるのは適切とは思われない。

③においては、債権者による譲渡行為は、権利者による処分行為であって行為の効力が生じない理由が権利の不帰属にあるわけではないとされているが、この点も疑問である。

譲渡禁止特約の付されている債権の債権者は、たしかに債権者ではあるが、譲渡禁止特約が付されていることによつて当該債権の処分権（債権譲渡権限）を失っていると解すべきものであり、したがつて、債権者による譲渡行為は、権利者による処分行為とはいえないといわなければならない。③の論者は、ここでの権利者の意義を取り違えているのではなからうか。

同様のことは④についてもいえる。ここでも「譲渡人である債権者は非権利者ではない」としているのであるが、③について述べたところと全く同様のことがいえよう。

その意味で、この部分については、「譲渡禁止特約が付された債権を債権者が譲渡することは、一種の非権利者による処分といえないこともない」とする⑤の理解が適切であろう。

そして、⑤が、本判決が一一六条の法意に拠った趣旨を、「譲渡禁止特約のある債権の譲渡を：広く無効行為の追完という文脈でとらえていることに起因すると解することもできよう」とするところは、未確定無効行為の追完という意味ではその通りだといえよう。しかし、それに続いて「このように解した場合には、債務者の承諾を譲渡の効力要件としてとらえていることになろうか」とする部分、つまり、債務者の承諾を、譲渡禁止特約のある債権の譲渡の効力要件とするということが、一一六条の法意とどのように関わることになるのか定かではない。とりわけ、債務者の承諾により譲渡が遡及的に有効になるとしても、第三者の権利を害することはできないということを、債務者の承諾を効力要件と捉えていると解することによってどのように説明できるのか理解が容易でない。

また、⑥については、「一一六条の法意に照らし、第三者の権利を害することはできない」としたことの趣旨は、「債務者の承諾により、譲渡が遡及的に有効となることによって害されるべきではない理由を有する第三者を保護する、ということに限定すべきである」とするが、一一六条の本文とただし書きの双方に目を向ければ、そこには「追認の遡及効」と「第三者の権利を害し得ない」という二つの内容が盛り込まれているのであって、そうであれば、「一一六条の法意に照らし」としたことの趣旨を「譲渡が遡及的に有効となることによって害されるべきではない理由を有する第三者の保護」のみに限定したものと解することには無理があらう。

以上のように、本判決が、「二一六条の法意に照らし」という表現を用いて結論を導いた趣旨については種々の推測がなされてきてはいるものの、いずれも明晰性を欠くものといえようか。それゆえ、「法意」の意義についても明らかにされたとはいい難い状況であった。そこで、改めてその意義を問うてみよう。

## (2) 検討

本件事案における債務者の承諾に遡及効を認めるかどうかについて検討する際には、最判昭和三七年八月一〇日(民集一六卷八号一七〇〇頁)(以下、「三七年判決」という)に遡る必要がある。本判決が、この三七年判決を引用しているわけではないが、三七年判決は、無権利者がなした処分につき、真実の権利者がこれを追認したときは、その無権利者の処分の時に遡って同処分が効力を生ずるとするに際し一一六条を類推適用しているものであり、ここで一一六条と結びつくことになる。そして、三七年判決が一一六条を類推適用したのは、その原審判決(東京高判昭和三四・三・二三民集一六卷八号一七〇九頁)が大判昭和一〇年九月一〇日(民集一四卷一九号一七一七頁)(以下、「一〇年判決」という)を引用したのを受けてのことであり、したがって、さらに一〇年判決にまで遡ることが要請される。そして、ここまで遡ってみることによって、本判決が「二一六条の法意」という表現を採った理由に近づけるであろうし、それがまた、「法意」の意義を明らかにすることにも資するものと思われる。

この一〇年判決も三七年判決も他人の権利の処分とその追認に関するものである。どのような事案においてどのような判断がなされたのか、まずは一〇年判決が登場するに至る経緯を瞥見した後、両判決の概要をみていこう。

① 一〇年判決

(ア) 一〇年判決登場の経緯

今日においては、非権利者の処分行為の追認をめぐる議論が盛んであるが、かつては殆ど論じられていなかったものである。

すなわち、非権利者が何らかの処分行為をなしたとしても、それが何の効力も生じないことは当然であり、また無権代理行為でもないから、非権利者の処分行為の無効は、無権代理行為のような未確定無効ではなく、単なる無効と観念すべきものと考えられていた。

しかし、その後、これも未確定無効と解すべきであると考えられるようになったものである。

無効な行為といえども、その効力を生じさせる余地が全くないわけではない。一一九条の存在がそれを可能にする。無効な行為を単に追認しただけでは未だその効力を生ずるものではないが、当事者がその無効であることを知り、かつ、無効原因がなくなった後に追認したときは、同じ内容の行為をしたものとみなされるのである。

この一一九条によるときは、無効であった行為そのものが有効になるのではなく、無効行為と同一の内容を有する他の行為が有効に成立することになる。したがって、その追認の時から将来に向かつてのみ効果が生ずる（ただし、当事者間において、遡及して行為の時から有効だったような取り扱いをすることは妨げられない）。

ところで、無効な行為という場合の無効とは、常に絶対的・確定的無効のみを意味するものではなく、後にある事由が付加されることよって有効となり得る場合も存する。このような無効を一般に未確定無効と呼ぶのであるが、無権代理行為の無効が、この未確定無効の一場合だとされている。

非権利者の処分行為が未確定無効の場合であるか否かについては、民法典に明文規定は存しない。これに対し、BGBは、一一九条ただし書と同趣旨の規定(二四一条)のほかに、同意、追認に関する一般的制度を設けており、そのうちの一八五条は以下のような内容である。

一項「非権利者が目的物につきなした処分は、権利者の同意を得てなされたときは有効である。」

二項「権利者が処分を追認したとき、処分者が目的物を取得したとき、または権利者が処分者を相続し、かつ、遺産債務につき無限責任を負うときは、その処分は有効なものとなる。後二者の場合において、目的物について互いに相容れない数個の処分がなされたときは、最初の処分のみ有効となる。」

いわゆる追完法理と呼ばれるものであるが、このドイツ民法の影響を受けて、我が国にも、非権利者の処分行為が未確定無効である旨を肯定する学説が出現し、<sup>⑩</sup>その直後ともいえる時期に一〇年判決が登場することになった。そして、そこで、追完法理に関する一般規定を持たない日本民法において、その(追完法理の)現れであると解されている一一六条(を明確に引用しているわけではないものの、その考え方が借用されたのである)。

#### (イ) 一〇年判決の事実の概要

時系列に従って要約すれば以下のような事実が認められる。

大正一二年一〇月一三日、A、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>らは、その共有山林(甲山林)を協議により分割し、Aがこれを単独所有す

ることになったが、持分登記は従前のままであった。

昭和四年二月一〇日、Xは、Aから甲山林を譲受け、持分取得の登記をした。

同年八月二四日、Bが何ら権限を有しないにも拘わらず、自己の名において甲山林の毛上（樹木等）をCに譲渡した。昭和七年六月頃より、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>は甲山林の立木を伐採して製炭事業を開始した。

同年一〇月四日、Xが、BC間の譲渡を追認した。

同年一〇月、Xは、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>を相手に伐採等を禁ずる仮処分をなし、その後、本訴を提起して立木伐採等の侵害行為禁止および損害賠償を請求したというものである。

#### （ウ）判決の内容

「…凡ソ他人ノ権利ヲ自己ノ名ニ於テ処分シタル場合ニ本人カ後日其ノ処分ヲ追認シタルトキハ右ノ処分ハ本人ノ為メニ効力ヲ生スルコト夫ノ無権代理ノ追認ト扱フトコロ無シ蓋追認ハ代理行為ノ場合ニノミ限局セサル可カラスト云フカ如キハ寧ロ偏狭ニ失スルコトアルモ何等取引ノ円滑ニ資スルトコロ無ケレハナリ而シテ此理ハ他人ノ権利ヲ自己ノソレトシテ自己ノ名ニ於テ処分シタル場合ニマテ拡張スルヲ得ヘシ…」と述べて原判決を破棄し、一審裁判所に差戻した。

Xの追認によりBC間の譲渡の効力がXのために生ずることは、（たとえ顕名がなされていないとしても）無権代理の場合と何ら異なるものではないから、Yらの不法伐採は、BC間の譲渡（処分）行為以降は、Xに対しては不法行為を構成するものではないとして、Xの請求を斥けた。すなわち、何ら権利を有しない者（非権利者）が他人の権利を

自己の名で処分した場合に、権利者(本人)がその処分を追認したときは、その処分が本人のために効力を生ずることとは無権代理の場合と同様であつて、追認は代理行為の場合にのみ限定されると解釈するのは狭きに失するとし、非権利者Bの讓渡(処分)行為を権利者(所有者)Xが追認したときは、無権代理行為の追認の場合と同じく、BC間での処分の時点に遡つて有効な物權變動があつたものと認めることとしたのである。

このように、本判決は、他人の權利の処分とその追認の遡及効に関するものといえるが、その前提的理解として、非権利者の処分行為は未確定無効であるとしたのであり、ここで前記の学説の主張が採り入れられたものである。

## ② 三七年判決

一〇年判決は学説一般の支持を得たが、その後、最高裁も三七年判決において一一六条の類推適用という形でこの法理を踏襲した。<sup>(12)</sup>

### (ア) 事實の概要

昭和二八年六月六日、X所有の不動産(甲不動産)につき、XからA(Xの子)への(同年五月二五日の)贈与(これは、Aが、Xに無断でその印鑑を持ち出して贈与契約書を偽造した上でなされたものである)を原因とする所有權移轉登記がなされた。

同年七月三十一日、Aが、YのBに対する債權を担保するために甲不動産に根抵當權を設定し、その旨の登記も備えた。



同三〇年六月頃、Xが、上記所有権移転登記と同根抵当権設定の事実を知った。

同年一二月、Xが、Yに対し、根抵当権は当初から有効に存続することを承認し、根抵当権設定登記を追認した（なお、原審は、Xが、右贈与契約を追認したことを認めるには証拠が十分ではないとしている）。

ここにおいて、Xは、本件贈与契約およびそれに基づく所有権移転登記は、右のような経緯でなされたものであって、甲不動産の所有権はAに移転することなく依然としてXに属しているから、全くの無権利者であるAと根抵当権設定契約を結んだYが根抵当権を取得するいわれはないとして、Yを相手に、Yを債権者、Bを債務者、Aを所有者として甲不動産に設定された根抵当権は存在しないことの確認を求め、同根抵当権設定登記の抹消手続をなすべきことを求めて訴を提起した。一審はX勝訴。原審はY勝訴。

#### (イ) 判決の内容

「或る物件につき、なんら権利を有しない者が、これを自己の権利に属するものとして処分した場合において真実の権利者が後日これを追認したときは、無権代理行為の追認に関する民法一一六条の類推適用により、処分の時に遡って効力を生ずるものと解するのを相当とする」として一〇年判決を引用した上で、原審が、Xは、昭和三〇年六月頃に至り、Aが甲不動産につき無断で所有権移転登記手続および本件抵当権設定をしている事実を知ったところ、同年一二月中、Yに対し、同抵当権は当初から有効に存続するものとすることを承認し、Aのなした本件抵当権設定を追認したことを認めて同抵当権の設定はXのために効力を生じたものと判断したのは正当であるとした（なお、原審が、Xは同抵当権が当初から有効に存続することを承認し、同抵当権の設定を追認したと認めた理由は定かではない）。

③ 非権利者の処分とその追認への一一六条の類推適用

非権利者の処分行為とその追認をめぐる議論に関しては、今日、学説、判例の姿勢はほぼ固まっているということができるのであるが、本判決に至るまでには、次のような経緯を辿ってきたとみることができる。

すなわち、まず、学説<sup>10</sup>が非権利者の処分行為を未確定無効と捉え、一〇年判決がこれを前提としてその追認に遡及効を認め、三七年判決がそれに一一六条の類推適用という法的根拠を用意し、そして、五二年判決を経て本判決が登場したのである。

したがって、本判決における「一一六条の法意に照らし」の意義を明らかにしようとする場合には、五二年判決も含めての考察が有用であることは改めて述べるまでもないであろう。

本判決に先立つ五二年判決は、譲渡禁止特約の付された債権の（悪意者への）譲渡を（債務者が）承諾したことにつき、その承諾の遡及効を認めたものであるところ、そこでは何らの法的根拠も示されなかった。しかし、五二年判決が、この学説、判例の流れに乗ってその判断を導いたであろうことは容易に推測し得る。すなわち、五二年判決は、譲渡禁止特約に反して譲渡した債権者Aを無権代理人のように考えて、そのAの処分行為により不利益を受ける債務者B（債権譲渡禁止特約は専ら債務者の利益を慮って約定される）を本人と考え、その承諾（追認）により、債権譲渡は遡及的に有効となると解したものだといえよう（なお、この五二年判決は、譲渡禁止特約違反の債権譲渡の効力を第三者に対抗し得る時期は、確定日付ある証書による譲渡通知の日からであって、Bの承諾の際、改めて確定日付ある証書で債権者からの譲渡通知または債務者の承諾を要しないともしていた）。

本判決が「一一六条の法意に照らし」という表現を採るに至ったこの経緯を、当事者の法的地位に着目しながら検

討を加えてみよう。

右一〇年判決のB、三七年判決のAは、いずれも何ら権利を有しないにも拘わらず他人の権利を自己の名において処分した者であり、それゆえ、両名のなした行為は非権利者の処分行為と捉えられるが、その際、非権利者が、たとえ顕名をしていない場合であっても、その非権利者の処分行為は、実質的に無権代理人の行為と同視することができる、したがって、その非権利者の処分行為が権利者によつて追認されたときは、無権代理人の行為が本人によつて追認された場合と同様に考えてⅡ一一六条本文に基づいて当該処分行為がなされた時に遡つて効力を生ずることになる、右両判決はこのように考えたのである。

すなわち、一〇年判決は、根拠条文を明確にすることはなかったものの、非権利者であるBを無権代理人に擬し、権利者であるXを本人に擬してその結論を導いたものであった。

同様に、三七年判決は、やはり非権利者Aを無権代理人に擬し、真実の権利者Xを本人に擬した上で、一〇年判決とは違い一一六条の類推適用に拠ることを明確にしたのである。

一〇年判決の説示にみられるように、顕名していない非権利者は無権代理人となるものではないが、その非権利者の処分行為は、実質的には無権代理人の行為と同視することができるものであるから、非権利者の処分行為を権利者が追認した事案に一一六条を類推適用する基盤は十分に調つていたといえる。したがって、三七年判決の姿勢は容易に肯んじることができるとであった。

④ 譲渡禁止特約の付された債権の譲渡を債務者が（事後に）承諾した場合と一一六条

一〇年判決・三七年判決と五二年判決・本判決とを比較するに際して着目しなければならない相違は、

(ア) これまで繰り返しみてきたように、前二者は非権利者の処分行為(権利者によって)追認された場合の効力のみが問題となっているものであるが、後二者は譲渡禁止特約の付された債権の(債権者による)譲渡を(債務者が)承諾した場合の同譲渡の効力とそれに伴う対第三者効とが問題となっているという点と、

(イ) 一〇年判決のB・三七年判決のAと五二年判決の債権者・本判決のAおよび一〇年判決・三七年判決の各Xと五二年判決の債務者・本判決のBとの法的地位を同視することはできないという点である。

一一六条との関係をみると、(ア)につき、前二判決は一一六条本文と後二判決は一一六条本文および同ただし書きとが関わるものとなり、(イ)は同条を類推適用するか否かということと関わることになる。

本稿の目的との関係では、(イ)を中心にみていけばよいと思われるところ、前記四判決を並記していくことは若干煩瑣でもあり、特に理解を助けることにもならないと思われるところから、以後は、三七年判決と本判決とを対象としてみていくこととし、一〇年判決と五二年判決は必要に応じて参照することとする。

さて、三七年判決が、非権利者Aを無権代理人に、権利者Xを本人にそれぞれ擬して一一六条を類推適用したことは既にみてきたとおりであるが、本判決のAを無権代理人に、同Bを本人にそれぞれ擬することはできるであろうか。これが当然の如く受け容れられるのであれば、本判決も一一六条の類推適用という手法で結論を導くことができたはずである。しかし、本判決が、そうはせずに「一一六条の法意」を根拠としたことには、それなりの理由がある。以下のように解すべきであろう。

本判決において、その効力が問題となる処分行為は、Aのなした債権譲渡である。Aは債権者自身であり、その意

味で無権代理人に擬し得るものではないが、同債権に譲渡禁止特約が付されていることから、同債権を処分する権限（債権譲渡権）を有する者ではない点に着目し、その意味でAを非権利者と捉え、Aのなした債権譲渡は非権利者による処分行為であるから権利者の追認により遡及的に有効になると解することも強ち不可能ではない。そうであれば、三七年判決と同様、非権利者Aを無権代理人に擬して一一六条の類推適用で処理できたのではないか。それにも拘わらず、本判決がそうしなかったのは、まさに前記（イ）と関わる。まずは、Aの「非権利者」性である。

三七年判決のAは、X所有の甲不動産を自己所有のものとして根抵当権を設定したのであるから、当初より全くの無権利者（非権利者）である。これに対して、本判決のAは、債権譲渡という処分行為に限ってみても、元来、その譲渡権を有するものであるところ、譲渡禁止特約という当事者間の約定によってその譲渡権を奪われたものであって、同じ非権利者と捉えるとしても、三七年判決のAとは様相を異にするといわなければならない。それゆえ、本判決のAを無権代理人に擬して一一六条を類推適用することは、できないことではないであろうが、それを三七年判決の場合のようにはば違和感なく受け容れることができるものということではできない。

他方、無権代理人との関係で本人に当たる者についても問題にしなければならない。

無権代理行為においては、その無権代理行為を本人が追認すると、無権代理行為の効果は本人に帰属することになるのであるから、当然のことながら、本人の権利関係に影響を及ぼすことになる。三七年判決におけるXは、甲不動産上の根抵当権が当初から有効に存続することを承認し、根抵当権設定登記を追認したことによって根抵当権設定者としての地位にかなければならなくなる。つまり、Xは、「甲不動産」の所有権者からYの「抵当権が付着した甲不動産」の所有権者となるということである。<sup>13</sup>

これに対して本判決の場合はどうであろうか。本判決における債務者Bは、そもそも無権代理行為における本人に擬せられるといえようか。Bは、Aの行った債権譲渡を承諾したものであるが、その承諾により債権譲渡が遡及的に有効になるからといって、Bの権利関係に何らかの影響が生ずるものではなく、それゆえ、本判決のBを無権代理行為における本人に擬することはできない。そもそも、無権代理の場合は、追認するか否かによって、本人の権利関係に差異が生ずるが、譲渡禁止特約の解除の場合は、解除する債務者の債務の内容には影響はない等として、一一六条ただし書が適用される場合はないとする見解もある<sup>14</sup>。

それでは、このBは三七年判決の権利者Xと同視し得るであろうか。

Bの承諾によって(債権譲渡権を有さず、その意味で非権利者といえる)Aの行った債権譲渡は遡及的に有効になるのであるが、では、Bは、Aの行った債権譲渡を有効にする権利を有しているといえるのであろうか。たしかに、Bの承諾によりAの行った債権譲渡は遡及的に有効になるものではあるが、それは、もともとBがそのような権利を有していたからではなく、(物権的効果説に立った上で)(五二年判決および)本判決が、Bの承諾によってAの行った債権譲渡が遡及的に有効になるとの解釈を施したからに他ならない。すなわち、本判決のBを三七年判決のXと同視して権利者とみることができない。

このように、本判決におけるA、Bの法的地位に鑑みれば、これらを三七年判決のA、Xと同視し得るものではないところから、三七年判決のように一一六条を類推適用して事案の解決を導くことは叶わなかったのである。

しかし、ここにおいて本判決は、債権譲渡権を有しない(非権利者)Aを三七年判決の非権利者Aに擬し、その承諾により結果的に債権譲渡を有効にするという効果をもたらすBを三七年判決の権利者Xに擬することを通して三七

年判決を類推するという考え方を採ったのである。そして、その際、対第三者との関係も適切に処理するために一一六条本文のみならず、同条ただし書の力も借りることとし、「一一六条の法意に照らし」という表現を以てその法的根拠とすることとしたものである。すなわち、一一六条を類推適用して結論を導いた三七年判決をさらに類推して結論を導いたものといえる。

このようにみてくると、本判決は、事案の解決に際し、一一六条に基づいてこそ導き得る結論に至ったのであるが、その結論を導く法的根拠として一一六条を適用することはもちろん、同条を類推適用することも叶わなかったところ、一一六条を類推適用した三七年判決をさらに類推するという手法を採り、そこで「一一六条の法意」に拠ることとしたと解するのが素直な見方ではないかと思われる。

## 二 最判昭和三七年九月一日（民集一六卷九号一九三五頁）

本判決は、明確な通謀虚偽表示によらない土地所有権の移転とそれに伴う登記がなされた後に現れた第三者との関係を処理するに際し、「九四条二項の法意」に拠ったものである。

### 1 事実の概要

原判決の認定したところによれば、以下の事実が認められる。

X（原告、被告人）は、訴外A所有の甲土地を買受けることとし、その交渉をC（Xの姉の夫、司法書士、Y<sub>1</sub>の先代）に任せ、昭和九年六月上旬頃、CがXの代理人となってAとの間で甲土地の売買契約を締結し、Xはその代金四〇〇

円をCに交付し、これをCがAに支払ったが、Aが同月一四日頃急死したため、同売買につき争いが生じ、任意の所有権移転登記の履行を求めることができなくなった。

他方、Xは、Cから売渡証書を取り寄せてみたところ、買受人の名義がCにしてあったので、Cに不法を責めると共に、訴訟費用はXの負担として、C名義でAの家督相続人、Aを被告として甲土地の所有権移転登記手続請求の訴を提起させ、昭和十一年四月三〇日にC勝訴判決があり、これが確定し、Cは、同判決に基づいて自己に対する所有権移転登記をしたが、Xの屢々の要求にも拘わらずXに対する所有権移転登記を怠っていた。

その後、Y<sub>1</sub>は、甲土地につき、昭和二十七年三月二二日にC死亡による所有権移転登記を受け、次いで同日、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>間の売買により、Y<sub>2</sub>がその所有権移転登記を、さらに同月二五日、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>間の売買により、Y<sub>3</sub>がその所有権移転登記を受けた。

ここにおいてXは、Y<sub>1</sub>らに対し、甲土地がX所有であることの確認、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>に対し、各所有権移転登記の抹消、Y<sub>1</sub>に対し、Xへの所有権移転登記をそれぞれ求めた。

これに対し、Y<sub>1</sub>らは、Xが訴外Aより甲土地を買受けた事実を否認した上、仮にXが甲土地を買受けたものであるとしても、その所有名義をCとしたのは、XとCとの合意に基づくものであつて、同合意はX、Cが通謀してなした虚偽の意思表示によるものであるから、Xは、その無効を善意の第三者であるY<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>に対抗し得ないとの抗弁をなした。

原判決は、上記認定に基づき、XがCに前記訴を提起させるために甲土地の譲渡を仮装した事実は認められないとして、Y<sub>1</sub>らの抗弁を排斥し、Xの請求を認めた。Y<sub>1</sub>ら上告。



## 2 判決の内容

本判決は、原審の認定した事実に基づき、AからCに対する所有権移転登記は、XがC名義で出訴させた上確定した判決に基づいてC名義で登記をすることを許したものであるから、それは畢竟Xの意思に基づきC名義に所有権移転登記をなさしめたものであつて、実質的には、恰もXが、Cと通謀してC名義に虚偽仮装の所有権移転登記をなした場合と選ぶところはなく、九四条二項の法意に照らし、Xは、Cが甲土地の所有権を取得しなかつたことを以て善意の第三者に対抗し得ないと解するのが相当であるとした。

## 3 「法意」の意義

周知のように、本来の意味における通謀虚偽表示が存するわけではないが、何らかの契機に基づいて不実の外観（その多くは虚偽登記）が存する場合に、その外観を信じて取引関係に入った者（第三者）を保護するために、そのような虚偽登記の作出（存在）に対して何らかの関与をなした真実の権利者に帰責性を認め、この真実の権利者は、善意の第三者に対して自己の権利を主張することができないと解するものが、いわゆる九四条二項の類推適用である。

その九四条二項の類推適用に係るリーディングケースとされる判例は最判昭和二十九年八月二〇日（民集八卷八号一五〇五頁）であるところ、时期的にみて、本判決の時点において九四条二項類推適用論が完全に定着していたという状況にあつたとまでは、なおいえないかもしれない。しかし、真実の権利者の関与という点に着目すれば、本件のようなケースについて九四条二項を類推適用することについてはさほど抵抗はなかつたと思われる。したがって、本

判決において「九四条二項の類推適用により、Xは、Cが甲土地の所有権を取得しなかったことを以て善意の第三者に対抗し得ない」としても一向に差支えなかったものである。

このようにみてくると、本判決は、敢えて「九四条二項の法意に照らし」という表現を採ってはいるものの、その「法意」という表現に特別な意味が込められているとは解し難く、素直に九四条二項の類推適用という範疇で捉えることができるものといえよう。

### 三 東京高判昭和五三年六月二八日（判時三七〇号八五頁）

下級審裁判例にも目を向けておくことにしよう。

本判決は、土地売買に伴う所有権移転登記手続を委任された者を相続した者が、登記の欠缺を主張することができ、どうかを判断するに際し、「不動産登記法五条の法意に鑑み」としたものである。

#### 1 事実の概要

Aは、甲の代理人として甲所有の土地五〇坪をXに売却し、Xは、その所有権移転登記手続をAに委任したところ、Aは、そのうちの四〇坪についてのみ（分筆して）X名義に所有権移転登記手続をなした。その後、Aは、甲から、右五〇坪の土地の一部を含む一四九・九一㎡をY（Aの子）のために買受け、Y名義で所有権移転登記をなした。さらにその後、Aが死亡し、YがAの地位を相続した。

ここにおいて、Xが、Yに対し、右買受けした土地五〇坪のうち、X名義で所有権移転登記されていない一〇坪分に

ついて、所有権移転登記手続をするよう求めたものである。

## 2 判決の内容

「亡」Aは、…甲の代理人として、本件土地をXに売却し、同人よりその所有権移転登記手続を委任されながらこれを怠り、一方で右売買契約成立後に本件土地を自らあるいは実子であるYの代理人として甲から買受けているものであるから、不動産登記法五条の法意に鑑み、Yは、Xに対し本件土地の所有権移転登記の欠缺を主張することができないものというべきである。」

## 3 「法意」の意義

民法一七七条にいわゆる第三者は、当事者もしくはその包括承継人以外の者であつて、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者と解されている（大連判明治四一・一二・一五民録一四輯二二七六頁）ところ、その「登記の欠缺を主張する正当な利益を有しない者」の典型の一つが不動産登記法五条二項の定める、他人のために登記を申請する義務を負う（にも拘わらず、その義務を履行していない）者である。

したがつて、Xから、同人が買受けた甲土地五〇坪につき所有権移転登記手続を委任されたAが、その五〇坪のうち四〇坪についてのみ所有権移転登記手続をし、所有権移転登記手続を怠つた一〇坪について、その登記の欠缺を主張する正当な利益を有しない者であることは明らかである。そして、そのAを相続したYは、当然のことながら、Aの所有権移転登記申請義務をも相続しているのであり、Y自身も不動産登記法五条二項の適用対象となる。

そうであれば、Yが、Xに対し、右一〇坪についての所有権移転登記の欠缺を主張することができない者に当たると述べるに際し、不動産登記法五条二項をストレートに適用して然るべきであったということができよう。あるいは、Yが同登記申請義務者となるについては、Y自身が当初より義務者であったのではなく、Aからその義務を相続したという事情があることに、敢えて意味を持たせるとしても、同条の類推適用ということで処理することに何ら問題はなかったであろう。

すなわち、本判決が「法意に鑑み」という表現を採ったことについては、そこに特段の意味はない、あるいは、せいぜい類推適用と同様の意味を見出し得るに過ぎないといえる。

### Ⅲ 判例における「法意」の意義

Ⅱでは、僅か二件の判例と一件の裁判例を対象にしてではあるが、若干の検討を試みた。とりわけ、Ⅱ一の最判平成九年六月五日につき、関連判例に遡って同判決が登場することになった経緯を辿り、同判決が、なぜ「一一六条の法意に照らし」という表現を採ることになったのか、一応の結論に達することができたといえる。

すなわち、判決理由において明言しているわけではないものの、一一六条を類推適用した判例(三七年判決)をさらに類推することによつて一一六条によつてもたらされる効果を導こうとしたがゆえに、単に「一一六条を類推適用して」とすることを避け、「一一六条の法意に照らし」という表現を採るに至つたものと理解することができる。

これに対して、Ⅱ二の最判昭和三七年九月一四日は、九四条二項の類推適用という手法によつて結論を導くことができた紛争事案につき「九四条二項の法意に照らし」としたものであつて、ここでの「法意」は「類推適用」と同義

であると理解することができる。

さらに、Ⅱ三の東京高判昭和五年六月二十八日の「法意」には特段の意味はない、ないしは、せいぜい前掲最判昭和三十七年九月一四日と同じく「類推適用」と同義であるとの理解が妥当しよう。

また、本稿では事案等について詳細に紹介する余裕がないが、「九四条二項、一一〇条の法意に照らし」て外觀尊重と取引保護の要請に応じようとする判例が散見される（最判昭和四三・一〇・一七民集二三卷一〇号二一八八頁、最判四五・六・二民集二四卷六号四六五頁、最判昭和四七・一一・二八民集二六卷九号一七一五頁）。

これらは、九四条二項・一一〇条両規定の趣旨を総合して初めて得ることができる（外觀尊重と取引保護の双方の要請に応ずる）法理に基づいて処理するに際し「九四条二項、一一〇条の法意に照らし」という表現を採ったものと理解できよう。

これら以外にも、「六五三条の法意」によつた最判平成四年九月二二日（金法一三五八号五五頁：入院加療中であつた委任者が、かねて面倒を見てもらつていた受任者に対し、入院中の支払、葬式費用、入院中に世話になつた家政婦・友人等に対する謝礼金の支払いを依頼する委任契約は、当然に、委任者の死亡によつても同契約を終了させない旨の合意を包含する趣旨のものというべきであつて、六五三条の法意はかかる合意の効力を否定するものではないとした）、「一五八条の法意」に照らし、七二四条後段の効果は生じないとした最判平成一〇年六月二二日（民集五二卷四号一〇八七頁：不法行為被害者が、不法行為時から二〇年経過する前六ヶ月以内において、その不法行為を原因として心神喪失の常況にあるにも拘わらず法定代理人を有しなかつた場合において、その後、禁治産宣告を受け、後見人に就任した者が、その時から六ヶ月内に不法行為に基づく損害賠償請求権を行使した等の特段の事情があるときは、一五八条の法意に照らし、七二四条後段の効果は生じないと解するのが相当であ

るとした)、等があり、判例が用いる「法意」の意義を理解するためにはさらなる検討が要請されよう。

#### IV おわりに

判例が、具体的な事案の解決を導く際の法的根拠として「〇条の法意」を示すとき、その「法意」の意義は決して一義的ではなく、そこには、いくつかの思考回路が存すると推測することができる。従来の解釈手法、とりわけ類推適用によって解決を図ることができると思われるにも拘わらず(敢えていえば安易に)「法意」を持出したものもあれば、その従来の解釈手法をストレートに用いたのでは(適切な)解決を導くことが容易ではない場面においてこれを持出したものもあって、その理解と評価は慎重になされるべきものである。そして、この「法意」なるものが新たな解釈手法として、解釈論の一隅をしめることができるものとなるのか、興味が惹かれるところでもある。

#### 注

- (1) たとえば、藤村和夫「民法を学ぼう ようこそ民法ワールドへ」(法学書院、二〇〇八年)二五〇頁以下参照。
- (2) 大判大正四年四月一日(民録二二輯四二二頁)、大判昭和六年八月七日(民集一〇巻七八三頁)、我妻栄「新訂債権総論」(岩波書店、一九六四年)五二四頁、柚木馨Ⅱ高木多喜男「判例債権法総論(補訂版)」(有斐閣、一九七一年)四〇〇頁等、最判昭和五二年三月一七日(民集三一巻二号三〇八頁)等。ちなみに、債権的効果説を支持するのは、前田達明「口述 債権総論(第三版)」(成文堂、一九九三年)四〇〇頁等。
- (3) 本判決につき『「二六条但書の法意に照らし」とするが、自明のことといつてよい」とするものがある(我妻栄等「我妻・有泉 コメントータル民法 総則・物権・債権(第三版)」(日本評論社、二〇一三年)八六二頁)程度で、教科書等にお

いては、たとえば本判決を、「民法一一六条の法意に照らし」て結論を導いたと紹介するのみであつて、「法意」という表現を採ったことが如何なる意図に基づくものであるかを追究しようとする姿勢を見せるものは見出せない。

(4) 大島和夫「讓渡禁止の特約のある指名債権の讓渡後になされた債務者の讓渡についての承諾と債権讓渡の第三者に対する効力」法学教室二〇六号(一九九七年)一〇〇頁。

(5) 並木茂「讓渡禁止の特約のある指名債権が讓渡された後に債務者が讓渡につき承諾を与えた場合と讓渡後承諾前に差押えをした第三者に対する債権讓渡の効力」金法一五〇四号三四頁(一九九八年)(四一頁)。

(6) 道垣内弘人「讓渡後に債務者が讓渡を承諾した讓渡禁止の特約のある指名債権の讓渡の対第三者効」金法一五二四号二六頁(一九九八年)(二八頁)。

(7) 三村量一「讓渡禁止の特約のある指名債権の讓渡後にされた債務者の讓渡についての承諾と債権讓渡の第三者に対する効力」曹時五一卷一〇号(一九九九年)二四九頁(二五一頁以下)。

(8) 角紀代恵「讓渡禁止の特約のある指名債権の讓渡後にされた債務者の讓渡についての承諾と債権讓渡の第三者に対する効力」民商一一八卷一号(一九九八年)一〇六頁(一一一頁以下)。

(9) 四ツ谷有喜「民事判例研究 讓渡禁止の特約のある指名債権について、讓受人が右特約の存在を知り、又は重大な過失により右特約の存在を知らないでこれを譲り受けた場合でも、その後、債務者が右債権の讓渡について承諾を与えたときは、右債権は讓渡の時にさかのぼって有効となるが、民法一一六条の法意に照らし、第三者の権利を害することはできないと解するのが相当であるとされた事例」北大法学論集四九卷四号(一九九八年)九九五頁(一〇〇二頁、一〇〇六頁)。

(10) 田島順「非権利者の処分と其追完」論叢三三卷二号(一九三五年)四二二頁、於保不二雄「追完(Konvaleszenz)に就て」論叢三三卷一号(一九三五年)四五頁。

(11) 末川博「他人の権利の処分と其の他人の追認」民商三卷四号(一九三六年)七一八頁、川島武宜「自己の名に於いてする他人の権利の処分とその追認の遡及効」法協五四卷三号(一九三六年)五七三頁。

(12) 三七年判決を支持するのは、宮田信夫「他人の権利の処分と追認」曹時一四卷一〇号(一九六二年)一七二八頁等。

(13) 一一六条(本文)が類推適用されることによって、甲不動産の所有権もXからAに移っていると解すべきかは一個の問題である。三七年判決の原審が、わざわざ、Xが、X A間の贈与契約を追認したと認める十分な証拠はないとしているのは、このことを意識しているものと思われる。すなわち、Xの追認が、Aの処分行為を全面的に認めるといふ趣旨であるならば、Aが甲不動産を取得していることになるが、Aの処分行為によって相手方Yが取得した権利(根抵当権)の存立を否認する権利を放棄するにとどまる趣旨であるならば、甲不動産の所有権は依然としてXに帰属していると考えて差支えなく、このように解してもYは何ら不利益を被るものでもない。三七年判決の原審には、このことを明確にしておく意図が存したものと考えられる。

(14) 秦光昭「譲渡後に譲渡禁止特約が解除された場合の第三者対抗要件の効力発生時期」金法一三六八号(一九九三年)二三三頁(二七頁)。