

民法94条2項における本来適用と類推適用の二元的構成の可能性(1)

——最高裁平成18年2月23日判決の残した課題——

多治川卓朗

目次

- 1 問題の所在
- 2 平成15年判決と平成18年判決
 - 2-1 従来判例の状況
 - 2-1-1 特殊事案
 - 2-1-2 外形自己作出型の意味外形対応型
 - 2-1-3 外形他人作出型の意味外形対応型
 - 2-1-4 外形他人作出型の意味外形非対応型
 - 2-2 平成15年判決
 - 2-2-1 事実の概要
 - 2-2-2 判旨
 - 2-2-3 平成15年判例の評価
 - (1) 平成15年判決の類型または位置づけ
 - (2) 真の権利者の関与
 - 2-3 平成18年判決
 - 2-3-1 事実の概要
 - 2-3-2 判旨
 - 2-3-3 平成18年判例の評価
 - (1) 平成18年判決の類型または位置づけ
 - (2) 真の権利者の関与
 - (3) 平成15年判決と平成18年判決の結論を分けたもの (以上、本号)

1 問題の所在

取引の安全を図るための諸規定には、権利外観理論に基づく規定や第三者保護規定が存在する。民法上、権利外観理論に基づく規定としては、通常、表見

民法94条2項における本来適用と類推適用の二元的構成の可能性（1）

代理（民109条・110条・112条）、即時取得（民192条）、債権の準占有者に対する弁済（民478条）などが挙げられ、第三者保護規定としては、通常、通謀虚偽表示（民94条2項）、詐欺（民96条3項）、解除（民545条1項但書）などが挙げられる¹⁾。これら権利外観理論に基づく規定や第三者保護規定と、取消後・解除後の第三者に関する判例法理（大判昭和17年9月30日民集21巻911頁、最判昭和35年11月29日民集14巻13号2869頁）とは並存し、事案に応じて複合的に適用されることで取引の安全を実現する。

他方、通謀虚偽表示における第三者保護規定たる民94条2項に関しては、不動産登記に公信力を認めないわが民法の下で、転々譲渡型における第三者を保護するための法理が、昭和30年代から40年代にかけて判例主導で形成されてきた。いわゆる民94条2項類推適用である²⁾。民94条2項類推適用の特徴は、真の権利者と相手方の間に通謀虚偽表示が存在しないにも拘わらず、善意（または善意無過失）の第三者の権利取得を認める点にある。

不動産がAからB、BからCへと転々譲渡されたとする。A B間の取引が通謀虚偽表示により無効であっても（民94条1項）、善意のCは特別に保護され（民94条2項）、有効に所有権を取得しうる。それでは、A B間に通謀はないが、通謀に類する関係があればどうなるか。たとえば、A所有不動産につきAがBに無断でBへの所有権移転登記を経由していたところ、事後的にこれを知ったBが、この不動産を第三者Cに売却した場合などである。ここでは、A B間に通謀がないため民94条2項を適用することはできないが、A B間に通謀類似の関係が存在するものと評価することが可能であって、同条を類推適用することにより善意のCを保護すべきものと考えられる。民94条2項類推適用の法理が生成される契機となったのは、このような「通謀」概念の類推であり、すなわち、通謀虚偽表示に類する関係の存在であった。その後、判例の蓄積により、虚偽の外形が真の権利者の意思的関与（認識と放置）に基づいて存在するときには、真の権利者はこれを信頼した第三者に対して外形が虚偽であって無効であることを主張できない、とする法理が確立する。

このような考え方は、実は、従来の伝統的理解に基づくもので、ある時期ま

での判例もこのような考え方に立脚していたものと評価されている。すなわち、外形他人作出型・意思外形非対応型とされる類型において、真の権利者の承認は不動産の所有権移転の仮登記まででありながら、仮装取引の相手方がこれを本登記に改めたうえ、当該不動産を第三者に売却した事案において、民94条2項類推適用ではなく、民94条2項と民110条の重疊的類推適用により第三者の所有権取得を認めた判例である（最判昭和43年10月17日民集22巻10号2188頁）。同判例は、当時の学説によれば、真の権利者はその意思的関与が及ばない範囲については民94条2項類推適用のみにより責任を負うことはない、という理解を前提にしているものとされる³⁾。

他方、以上の伝統的理解に対しては、従来より、民94条2項類推適用を権利外観理論の一環として理解する有力説が主張されており⁴⁾、現在では、この有力説の方が多数派ともいえる学説状況にある⁵⁾。権利外観理論とは、いっばんに、真実に反する外観を自ら作出した者は、その外観を信頼して行為した者に対して外観に基づく責任を負担しなければならない、とする考え方をいう。権利外観理論では、真の権利者の帰責性（外形作出に対する与因・過失など）と第三者の信頼（善意無過失）を要件として、第三者の保護が図られることになる⁶⁾。たとえば、表見代理では、無権代理人の行為につき本人が責任を負うことはないはずであるが（未確定無効、民113条1項・116条）、本人と無権代理人との間に所定の関係があつて（帰責性）、相手方が代理権の存在を信頼していれば（善意無過失）、無権代理人の行為につき本人が責任を負わなければならないものとされる（民109条・110条・112条）。これと同様に、民94条2項類推適用においては、転々譲渡型の不動産取引において、表意者から相手方に対して有効に所有権が移転されていなくても、相手方が登記を経由していることにつき表意者に帰責性があり、相手方の登記を第三者が信頼していれば、第三者は有効に権利を取得できる、と解することになる。この立場では、必ずしも通謀虚偽表示に類する関係の存在が要件とはされない⁷⁾。

これら伝統的理解と有力説とでは、法律構成の違いから要件論や効果論に差異を生じるが、従来、これらは理論的問題に留まっていたように思われる。と

民法94条2項における本来適用と類推適用の二元的構成の可能性（1）

ころが、伝統的理解と有力説とで明確に結論が異なるべき事案につき、相次いで最高裁判所の判決が下されている。最判平成15年6月13日判時1831号99頁（以下、平成15年判決という）、最判平成18年2月23日民集60巻2号546頁（以下、平成18年判決という）である。この両判決の事案の特徴は、転々譲渡型の不動産取引において、真の権利者に相手方が登記名義を経由していることについての認識が完全に欠けていることであった。既述のとおり、民94条2項類推適用における真の権利者の関与につき、伝統的理解では、意思的関与（認識と放置）が必要であるが、有力説では、抽象的な帰責性で足りる。そうすると、ごく形式的に考えれば、真の権利者に相手方が登記名義を経由していることについての認識が完全に欠けている事案について、伝統的理解では、意思的関与（認識と放置）を欠くため民94条2項類推適用がおおよそ認められるべきでなく⁸⁾、他方、有力説では、帰責性の程度によっては民94条2項類推適用の可能性がありうることになる。

さて、民94条2項類推適用（と民110条類推適用）につき、平成15年判決は否定、平成18年判決は肯定した。このように、平成18年判決の結論は伝統的理解の立場からは説明しがたく、その意味で、同判決の理論構成やその射程が注目を集めることになった。そして、同判決の結論を前提にすると、少なくとも、通謀虚偽表示の存在を成立要件とする民94条2項本来適用、通謀虚偽表示に類する関係の存在を成立要件とする民94条2項類推適用、通謀虚偽表示に類する関係は存在しないが、通謀虚偽表示に類する関係が存在するのと同様であると規範的に評価しうることを成立要件とする民94条2項類推適用⁹⁾が並存することになり、それゆえに、民94条2項の本来適用と類推適用の関係や、権利外観理論としての民94条2項類推適用の要件論・効果論の再検討が急務になったとも解される¹⁰⁾。

本稿では、以下の手順にしたがって、これらの問題について検討を進めることにしたい。第一に、民94条2項類推適用に関する従来判例の経緯を踏まえた上で、平成15年判決と平成18年判決の内容を再確認し、これら判決に対する学説の評価を整理する（以上、本号）。第二に、民94条2項の本来適用と類推

適用の関係につき、伝統的理解と有力説の考え方の違いを検討する。第三に、民94条2項を第三者保護規定として構成した場合と権利外観理論として構成した場合の、要件論・効果論の差異を検討する。最後に、解釈による民94条2項の本来適用と類推適用の二元的構成の可能性を検討することで¹¹⁾、問題解決の糸口を摸索することとしたい。

- 1) 権利外観理論または表見法理の概念を広く理解して、第三者保護規定をこれに含めるグルーピングも可能であるし、近時ではこの立場が一般的である。河上正二『民法総則講義』(日本評論社, 2007年) 335頁以下, 内田 貴『民法I 総則・物権総論(第4版)』(東京大学出版会, 2008年) 53頁, 佐久間毅『民法の基礎I 総則(第3版補訂)』(有斐閣, 2009年) 120頁, 山本敬三『民法講義I 総則(第3版)』(有斐閣, 2011年) 153頁ほか多数。
- 2) 民94条2項に関する判例法理の展開に関する近時の文献として、以下を参照。吉田 豊「不動産登記と民法94条2項」新報100巻3・4号315頁(1994年), 同「不動産登記の公信力と民法94条2項」白門47巻9号6頁(1995年), 高森八四郎「民法94条2項と民法110条」関法45巻2・3号1頁(1995年), 高森八四郎「民法94条2項類推適用判例の検討」『山島・五十嵐・藪古希記念 民法学と比較法学の諸相I』(信山社, 1996年) 43頁, 中舎寛樹「登記と民法94条2項類推適用」鎌田 薫・寺田逸郎・小池信行編『新不動産投機講座 第2巻 総論II』(日本評論社, 1998年) 155頁, 同「日本民法の展開(3) 判例の法形成——無権利者からの不動産の取得」広中俊雄・星野英一編『日本民法の百年I』(有斐閣, 1998年) 397頁, 同「民法94条の機能」内田 貴・大村敦志編『民法の争点』(有斐閣, 2007年) 65頁, 同「不動産登記の公信力にかわる法理として, 94条2項類推適用の判例法理をどのように考えるか」椿 寿夫・新見育文・平野裕之・河野玄逸編『民法改正を考える』(日本評論社, 2008年) 124頁, 田口 勉「民法94条2項の拡大適用と取引法」伊藤 進・國井和郎・堀 龍兒・新見育文編『椿古希記念 現代取引法の基礎的課題』(有斐閣, 1999年) 25頁, 奥田昌道「民法94条2項の類推適用と不動産登記の公信力」同法52巻5号360頁(2000年), 久須本かおり「94条2項類推適用あるいは94条2項・110条重疊的類推適用の限界(1)(2)」愛大171号1頁, 172号121頁(2006年), 同「民法94条2項類推適用の要件と限界」みんけん618号2頁(2008年), 武川幸嗣「不実登記に対する信頼保護と94条2項」法セミ596号16頁(2004年), 小林資郎「不実登記に対する信頼と民法94条2項, 110条の類推適用」北海学園大学法学部編『北海学園大学法学部40周年記念論文集 変容する世界と法律・政治・文化(上巻)』(ぎょうせい, 2007年) 87頁, 神田英明「民法94条2項類推適用の限界」法論80巻6号125頁(2008年), 七戸克彦「民法94条2項の類推適用に関する判例の表現について」慶應大学法学部編『慶應の法律学 民事法』(慶應義塾大学出版会, 2008年) 81頁, 松井宏興「民法94条2項類推適用の類型について」関学62巻1号87頁, 渡辺 論「民法94条2項の類推適用(上)(下)」判タ1363号17頁・1364号23頁

民法94条2項における本来適用と類推適用の二元的構成の可能性（1）

（2012年）。

- 3) 鈴木重信「調査官解説 最判昭和43年10月17日」『最高裁判所判例解説民事篇昭和43年度』（法曹会，1969年）1189頁，1197頁以下，星野英一「判批 最判昭和43年10月17日」法協87巻5号618頁，620頁以下（1970年）。
なお、権利外観理論の立場から、民94条2項類推適用を登記の公信を実現する制度と理解すれば、外形他人作出型の意思外形非対応型についても、民94条2項と民110条の重疊的類推適用ではなく、民94条2項の単独の類推適用で足りると解することも可能である。川井 健「判批 最判平成15年6月13日」NBL 793号71頁（2004年）。
- 4) 幾代 通『民法総則（第2版）』（青林書院，1984年）257頁，四宮和夫『民法総則（第4版）』（弘文堂，1986年）162頁以下。
- 5) 本稿「2-2 平成15年判決」と「2-3 平成18年判決」における学説状況を参照。
- 6) 前掲注1)の各文献を参照。
- 7) 本稿「2-3 平成18年判決」における学説状況を参照。
- 8) 中舎寛樹「判批 最判平成18年2月23日」リマークス34号6頁，8頁，9頁（2007年），同「判批 最判平成18年2月23日」不動産取引判例百選（第3版）104頁，105頁（2008年），磯村 保「判批 最判平成18年2月23日」平成18年度重判66頁，67頁（2007年），同「判批 最判昭和45年9月22日」民法判例百選I総則・物権（第6版）44頁，45頁（2009年），中山布紗「判批 最判平成18年2月23日」北九州34巻1=2号156頁，138頁（2006年），同「民法94条2項と同110条の類推適用が認められた最高裁平成18年2月23日第一小法廷判決における真正権利者の帰責性判断」北九州39巻3=4号125頁，134頁（2012年），高森八四郎「判批 最判昭和45年9月22日」不動産取引百選（第3版）102頁，103頁（2008年）。
- 9) 平成18年判決は次のように述べている。「そうすると，Bが本件不動産の登記済証，上告人Aの印鑑登録証明書及び上告人Aを申請者とする登記申請書を用いて本件登記手続をすることができたのは，上記のような上告人Aの余りにも不注意な行為によるものであり，Bによって虚偽の外観（不実の登記）が作出されたことについての上告人Aの帰責性の程度は，自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いものというべきである。」
この点に関して，「類推適用法理の類推」という指摘につき，中山・前掲注8)北九州34巻1=2号138頁。「類推適用の類推適用」という指摘につき，吉田克己「判批 最判平成18年2月23日」判タ1234号49頁，52頁（2007年）。
- 10) 吉田(克)・前掲注9)52頁，櫻井博子「判批 最判平成18年2月23日」法学72巻2号174頁，183頁以下（2008年），中山・前掲注8)北九州39巻3=4号136頁。
- 11) 民法（債権法）改正検討委員会の議論は，次のとおり。民94条2項類推適用法理が適切なものかどうか，今後も維持すべきかどうかは，大きな検討課題である。そして，仮にこの法理を維持するとすれば，物権変動に関する第三者保護規定を新設することになる。そうすると，現民94条2項についても，類推適用の必要がなくなるため，その趣旨や内容を再検討する余地も生じる。しかし，これは物権変動に

関する現民法の立場を維持するかどうかという、物権法制の根本に関わる問題である。したがって、本提案では、差し当たり、現民94条の基本構成を維持して、これを見直すかどうかは物権法制の改正の検討に委ねる。民法（債権法）改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本方針Ⅰ——序論・総則』（商事法務，2009年）99頁。

その後、法制審議会民法（債権関係）部会において、民法94条2項類推適用に関する条文化が議論されている。『民法（債権関係）部会資料集 第1集（第2巻）——第7回～第10回会議 議事録と部会資料——』（商事法務，2011年）232頁以下、『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（商事法務，2011年）239頁。

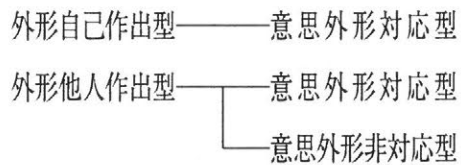
2 平成15年判決と平成18年判決

2-1 従来の判例の状況

既述のとおり、民94条2項類推適用は、不動産登記に公信力を認めないわが民法の下で、昭和30年代から40年代にかけて、転々譲渡型における第三者を保護するために、判例主導で形成されてきた法理である。

民94条2項類推適用の特徴は、真の権利者と相手方の間に通謀虚偽表示が存在しないにも拘わらず、善意（または善意無過失）の第三者の権利取得を認める点にある。この民94条2項類推適用が認められる類型として、従来より、三つのものが挙げられるのが通例である。これは二つの基準の組み合わせによる。第一の基準は、虚偽の外観と表意者の意思が合致するか否かであって、合致するものを意思外形対応型、合致しないものを意思外形非対応型という。第二の基準は、外形を作出した者が表意者自身なのか表意者以外の者かであって、表意者自身の場合を外形自己作出型、表意者以外の者の場合を外形他人作出型という。この二つの基準には相関関係がある。外形自己作出型は、常に、意思外形対応型となる。虚偽の外観を表意者自らが作出しているのであれば、虚偽の外観と表意者の意思が合致するのは当然だからである。これに対して、外形他人作出型では、意思外形対応型と意思外形非対応型の両方がありうる。他人が作出した外形を表意者が承認して、第三者がその外形を信頼して取引に入れば、外形他人作出型の意思外形対応型となる。これに対して、表意者が承認していた外形に他人が更に手を加えて、第三者がその外形を信頼して取引に入れば、

外形他人作出型の意思外形非対応型となる。



以下、外形自己作出型の意思外形対応型、外形他人作出型の意思外形対応型、外形他人作出型の意思外形非対応型の三類型について概観するが、それに先立って、特殊事案にも触れておく。

2-1-1 特殊事案

表意者と相手方の間に通謀虚偽表示が存在する場合には、民94条2項が本来適用される筈である。しかし、表意者と相手方の間に通謀虚偽表示が存在する場合であっても、民94条2項が類推適用される事案が存在する。たとえば、AからBが不動産を購入したが、BC間の通謀虚偽表示によりAから直接にC名義に所有権移転登記が経由されたところ、CがDに不動産を売却した事案や¹⁾、Aが建物を新築したが、AB間の通謀虚偽表示によりB名義の保存登記が経由されたところ、BがCに不動産を売却した事案などである²⁾。これらの事案の特殊性は、外形上、真の権利者の存在が現れない点にある。それゆえ、第三者Cにとって、真の権利者と相手方の間の通謀虚偽表示それ自体ではなく、相手方名義の登記に対する信頼が直裁に問題となるために、民94条2項が類推適用されるものと解されている³⁾。

2-1-2 外形自己作出型の意思外形対応型

この類型が想定するのは、A所有不動産につきAがBへの所有権移転登記を経由していたところ、事後的に、Bがこの不動産を第三者Cに売却した事案などである。ここで、AがB名義の登記を経由するに際して、AB間の通謀（通謀虚偽表示としての意思表示ではない）またはBの了解がある場合と⁴⁾、そもそもBの了解さえない場合がありうる⁵⁾。判例は、民94条2項類推適用の範囲を、この前者の例から後者の例に拡大するという経緯をたどったとされる⁶⁾。

この外形自己作出型の意思外形対応型に関して、虚偽の外形を真の権利者が自らの意思で作出している以上、民94条2項が類推適用されるための根拠は充分に存在している。現在では、判例は、外形自己作出型の意思外形対応型における民94条2項類推適用の成立要件として、虚偽の外形を真の権利者自らが作出したことが重要なポイントであって、相手方の関与（真の権利者と相手方の間の通謀またはBの了解）を問題としない、とする立場を確立している⁷⁾。

2-1-3 外形他人作出型の意思外形対応型

この類型が想定するのは、A所有不動産につきBがAに無断でBへの所有権移転登記を経由していたところ、事後的にAがこれを承認し、その後に、Bがこの不動産を第三者Cに売却した事案などである。ここで、B名義の登記を事後的にAが承認したとされる場合について、Aの承認またはこれに類する積極的な行為がある場合と、B名義の登記の存在を認識しながらAがこれに対して特に対応しなかった場合がありうる。判例は、真の権利者の承認があったとされる場合を広く認めて、民94条2項類推適用を肯定する立場を採用する。

前者の例として、最判昭和45年9月22日民集24巻10号1424頁が挙げられる⁸⁾。本件の事案は、BがA所有土地につき、Aに無断でAからBへの所有権移転登記を経由したところ、これを知りながらBは経費の都合から抹消登記手続を見送り、不実登記を放置した。その後、Aが銀行より融資を受けるに際して、AはB所有名義のままこの土地にAを債務者とする根抵当権設定登記を経由した。更にその後、BがCに土地を売却した、というものであった。本件では、B名義の不実登記を基礎に、Aが自らを債務者とする根抵当権を設定した行為が、承認またはこれに類する行為として評価可能なものであったといえる。

後者の例として、最判昭和45年4月16日民集24巻4号266頁が挙げられる⁹⁾。本件の事案は、真の権利者Aがその所有する未登記建物につき、Bに対してB名義とすることを許容していたが、Bは勝手にC名義で家屋台帳上の届出をなした。Aは、家屋台帳上はC名義となっているまま未登記建物の固定資産税の支払を負担し続けていたところ、Cは勝手に未登記建物につきC所有名義の登

民法94条2項における本来適用と類推適用の二元的構成の可能性（1）

記を経由したうえ、これを第三者Dに処分した（根抵当権の設定ほか）、というものであった。本件では、上記の最判昭和45年9月22日の事案とは異なって、少なくとも、真の権利者が不実登記の存在を基礎に新たな行為をなしたという事情は存在しない。

これら判例、とりわけ後者の判例の評価は難しい¹⁰⁾。最判昭和45年9月22日の評釈では、B名義の不実登記を基礎に、Aが自ら債務者とする根抵当権を設定した行為を採り上げて、本件がまさに限界事例であると指摘するものが有力であり¹¹⁾、また、後者の例に属する最判昭和48年6月28日民集27巻6号724頁の評釈では、民94条2項類推適用を肯定する判例の結論に疑問を呈するものが有力であった¹²⁾。これに対して、最判昭和48年6月28日の調査官解説は、同判決は、A所有家屋につき、固定資産課税台帳上はB所有名義とされていることをAが認識しながら、約8年間も固定資産税を納入してきた事実を、Aによる承認として評価したとする¹³⁾。このような理解を前提にすると、外形他人作出型の意思外形対応型における民94条2項類推適用の成立要件として、少なくとも、真の権利者の意思的関与（認識と放置）が必要である、との考え方が導き出されることになる¹⁴⁾。

2-1-4 外形他人作出型の意思外形非対応型

この類型が想定するのは、A所有不動産につきAからBへ所有権移転の仮登記を経由することをAが承認していたところ、BがAに無断でこの仮登記を本登記に改めたうえ、Bがこの不動産を第三者Cに売却した事案などである。この事案の特徴は、相手方Bの背信行為が介在することにより、真の権利者Aの承認した外形よりも第三者Cの信頼した外形が拡大している点にある。この場合、先の外形他人作出型の意思外形対応型における判例の考え方によれば、意思的関与の及ばない範囲について、真の権利者が民94条2項類推適用により責任を負うことはない。そこで、判例は、民94条2項と民110条の重疊的類推適用という法律構成により、第三者の主観的保護要件を善意から善意無過失に加重することで、第三者Cの保護を図る立場を採用している¹⁵⁾。

これら判例の評価は難しい。最判昭和43年10月17日民集22巻10号2188頁の調査官解説は、同判決が一般的な権利外観理論に依拠したものと解する。この立場では、第三者の主観的要件を善意無過失に加重することは、信頼保護という権利外観理論からの帰結とされる¹⁶⁾。加えて、相手方Bの背信行為により真の権利者の承認した外形よりも第三者Cの信頼した外形が拡大しており、この点、外形作出に対するAの帰責性が少ないため、これに対応して、第三者Cの主観的要件が善意無過失に加重される、という点も指摘される¹⁷⁾。これに対しては、相手方Bの背信行為が介在することにより、真の権利者Aが承認した外形を超えて、より過大な虚偽の外形が作出されている点を、ちょうど本人Aが代理人Bに与えた基本代理権の範囲を超えて代理行為がなされた場合のアナロジーと捉えて、権限踰越による表見代理に関する民110条を併せて類推適用することにより第三者の保護を図ったものとする見解がある¹⁸⁾。この理解では、第三者の主観的保護要件を善意無過失に加重する点も、民110条の成立要件から導かれるものと解することになる。

2-2 平成15年判決

最判平成15年6月13日判時1831号99頁の事実の概要と判旨は、次のとおりである。判旨に関して、やや冗長にはなるが、認定事実の箇所についても収録させていただく。

2-2-1 事実の概要

Aは不動産取引の経験のない者であり、Bは不動産の売買を業とする会社である。平成11年2月28日、AはBとのとの間で、5月31日を期限として、A所有の本件土地建物の所有権移転及び所有権移転登記手続と売買代金8200万円の支払とを引換えとするとの約定で、本件土地建物の売買契約を締結した。その後、Bの言葉巧みな申入れにより、AはBに対して白紙委任状、本件土地建物の登記済証、印鑑登録証明書などを交付したものの、AはBに対して所有権移転登記がなされることを承諾していなかった。

民法94条2項における本来適用と類推適用の二元的構成の可能性（1）

AがBに印鑑登録証明書を交付した3月9日の27日後の4月5日に、BはAに対して売買代金8200万円を支払わないまま、Aに無断で、AからBへの所有権移転登記を経由した。その10日後の同月15日に、Bは本件不動産をCに転売のうえ、BからCへの所有権移転登記を経由した。その13日後の同月28日に、Cは本件不動産をDに転売のうえ、CからDへの所有権移転登記が経由された。AはB・C・Dに対して、これら所有権移転登記の抹消を訴求した。第一審はBに対する請求を認容したものの、C・Dに対する請求を棄却。C・Dに対する請求につき、原審も第一審判断を維持したため、Aより上告。

2-2-2 判 旨

破棄差戻。

〔(1) 前記原審の認定の事実によれば、上告人Aは、地目変更などのために利用するにすぎないものと信じ、Bに白紙委任状、本件土地建物の登記済証、印鑑登録証明書等を交付したものであって、もとより本件第1登記がされることを承諾していなかったところ、上告人AがBに印鑑登録証明書を交付した3月9日の27日後の4月5日に本件第1登記がされ、その10日後の同月15日に本件第2登記が、その13日後の同月28日に本件第3登記がされるというように、接着した時期に本件第1ないし第3登記がされている。

(2) また、記録によれば、上告人Aは、工業高校を卒業し、技術職として会社に勤務しており、これまで不動産取引の経験のない者であり、不動産売買等を業とするベルファーストの代表者であるBからの言葉巧みな申入れを信じて、同人に上記(1)の趣旨で白紙委任状、本件土地建物の登記済証、印鑑登録証明書等を交付したものであって、上告人Aには、本件土地建物につき虚偽の権利の帰属を示すような外観を作出する意図は全くなかったこと、上告人Aが本件第1登記がされている事実を知ったのは5月26日ころであり、被上告人らが本件土地建物の各売買契約を行った時点において、上告人Aが本件第1登記を承認していたものでないことはもちろん、同登記の存在を知らながらこれを放置していたものでもないこと、Bは、白紙委任状や登記済証等を交付したことなど

から不安を抱いた上告人Aやその妻からの度重なる問い合わせに対し、言葉巧みな説明をして言い逃れをしていたもので、上告人Aがベルファーストに対し本件土地建物の所有権移転登記がされる危険性についてBに対して問いただし、そのような登記がされることを防止するのは困難な状況であったことなどの事情をうかがうことができる。

(3) 仮に上記(2)の事実等が認められる場合には、これと上記(1)の事情とを総合して考察するときは、上告人Aは、本件土地建物の虚偽の権利の帰属を示す外観の作出につき何ら積極的な関与をしておらず、本件第1登記を放置していたとみることもできないのであって、民法94条2項、110条の法意に照らしても、ベルファーストに本件土地建物の所有権が移転していないことを被上告人C・Dらに対抗し得ないとする事情はないというべきである。そうすると、上記の点について十分に審理をすることなく、上記各条の類推適用を肯定した原審の判断には、審理不尽の結果法令の適用を誤った違法があるといわざるを得ず、論旨はこの趣旨をいうものとして理由がある。」

2-2-3 平成15年判例の評価

ここでは、平成15年判決が下された当時の、同判決に対する学説の評価を概観する¹⁹⁾。その際、本稿の目的より、同判決の類型または位置づけと真の権利者の関与の二点にポイントを絞り込むことにする。

(1) 平成15年判決の類型または位置づけ

平成15年判決の類型または位置づけについて、事案の特殊性が一般に認識されていたと解される。すなわち、同判決の事案は、外形他人作出型ではあっても意思外形非対応型とは言い難いとの評価²⁰⁾、従来の意思外形非対応型（民94条2項と民110条の重疊的類推適用型）とは真の権利者が当初より虚偽の登記申請を行う意思を有していない点が異なっているとの評価²¹⁾、判例が民94条2項類推適用を肯定したいずれの類型にも該当しないとの評価²²⁾、などがなされている。

(2) 真の権利者の関与

真の権利者の関与に関して、虚偽の外観作出に権利者の積極的な関与がなく、その外観を放置したとも言えないとして、民94条2項類推適用を否定した最高裁の判断を支持するものがある²³⁾。また、伝統的理解に立脚したうえで、外形他人作出型においては真の権利者の意思的関与（認識と放置）が必要であって、本件では、そもそも不実登記に関する認識（または放置）を欠くために民94条2項類推適用が認められないとするものも多い²⁴⁾。不実登記がなされる危険性の認識可能性では足りないとする指摘も、同様の立場に立つものと評価される²⁵⁾。

他方、帰責性の要件に踏み込んで、真の権利者の関与を検討するものもある²⁶⁾。松尾(弘)説は²⁷⁾、本件におけるAの事情として、(a) 白紙委任状、登記済証、印鑑登録証明書を安易に交付したこと、(b) 登記済証預り証と補充後の委任状の写しを見たが、問いただしたり訂正要求しなかったこと、の二点を指摘する。そして、① Bの言葉巧みな申入れにより、AはBに対してこれら重要書類を交付したこと、加えて、A側からの度重なる問い合わせに対して、Bは言葉巧みな説明をして言い逃れをしていたこと、② Aは不動産取引の経験のない者でBは不動産取引業者あるという当事者の属性、③ Bが詐欺的手段を用いて移転登記を経由し、接着した時期に転売・移転登記がなされていること、④ Aには所有権移転登記に関する意思、利益、不正・不当な動機もなかったこと、ことの4点を考慮して、上記(a)(b)の二点の帰責事由も民94条2項類推適用を肯定するには充分でないとする。なお、松尾(弘)説にあっても、虚偽外観形成・存置意思の有無が類推適用肯定の限界になることが、本判決において確認されたものと指摘する。

2-3 平成18年判決

最判平成18年2月23日民集60巻2号546頁の事実の概要と判旨は、次のとおりである。

2-3-1 事実の概要

平成7年3月、Aは自らの土地売却を通じてBと知り合い、懇意になった。平成8年1月11日ころ、AはBの紹介により某から本件不動産を購入し、所有権移転登記が経由された。AはBに対して、本件不動産を第三者に賃貸することを依頼し、賃借人との交渉、賃貸借契約書の作成及び敷金などの授受はBを介して行われた。

BはAより、諸々の機会を通じて、平成11年9月21日に本件不動産の登記済証、平成11年11月30日と平成12年1月28日にAの印鑑登録証明書各2通（合計4通）を入手し、更に、AがBに本件不動産を代金4300万円で売り渡す旨の平成11年11月7日付け売買契約書（本件売買契約書）を取得した。これは、時期は明らかでないが、Aが、その内容を確認しないまま、Bから言われるままに署名押印して作成したものであった。平成12年2月1日、AはBから言われるまま実印を渡し、Bがその場で所持していた本件不動産の登記申請書に押印するのを漫然と見ていた。

Bは、これら本件不動産の登記済証、印鑑登録証明書、登記申請書を用いて、平成12年2月1日、本件不動産につき、AからBへの所有権移転登記を経由した。更に、平成12年3月23日、BはCとの間で、本件不動産を代金3500万円で売り渡す旨の契約を締結し、これに基づき、同年4月5日、BからCへの所有権移転登記が経由された。なお、Cは善意無過失であった。AはB・Cに対して、これら所有権移転登記の抹消を訴求した。第一審は、B・Cに対する請求を棄却。原審は、Bに対する請求を認容したものの、Cに対する請求につき第一審判断を維持したため、Aより上告。

2-3-2 判 旨

上告棄却。

「前記確定事実によれば、上告人Aは、Bに対し、本件不動産の賃貸に係る事務及び7371番4の土地についての所有権移転登記等の手続を任せていたのであるが、そのために必要であるとは考えられない本件不動産の登記済証を合理

民法94条2項における本来適用と類推適用の二元的構成の可能性（1）

的な理由もないのにBに預けて数か月間にわたってこれを放置し、Bから7371番4の土地の登記手続に必要と言われて2回にわたって印鑑登録証明書4通をBに交付し、本件不動産を売却する意思がないのにBの言うままに本件売買契約書に署名押印するなど、Bによって本件不動産がほしいままに処分されかねない状況を生じさせていたにもかかわらず、これを顧みることなく、さらに、本件登記がされた平成12年2月1日には、Bの言うままに実印を渡し、Bが上告人Aの面前でこれを本件不動産の登記申請書に押捺したのに、その内容を確認したり用途を問いただしたりすることもなく漫然とこれを見ていたというのである。そうすると、Bが本件不動産の登記済証、上告人Aの印鑑登録証明書及び上告人Aを申請者とする登記申請書を用いて本件登記手続をすることができたのは、上記のような上告人Aの余りにも不注意な行為によるものであり、Bによって虚偽の外観（不実の登記）が作出されたことについての上告人Aの帰責性の程度は、自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いものというべきである。そして、前記確定事実によれば、被上告人Cは、Bが所有者であるとの外観を信じ、また、そのように信ずることについて過失がなかったというのであるから、民法94条2項、110条の類推適用により、上告人Aは、Bが本件不動産の所有権を取得していないことを被上告人Cに対し主張することができないものと解するのが相当である。上告人Aの請求を棄却すべきものとした原審の判断は、結論において正当であり、論旨は理由がない。」

2-3-3 平成18年判決の評価

ここでは、平成18年判決の類型または位置づけと真の権利者の関与に加えて、平成15年判決と平成18年判決の結論を分けたものの三点にポイントを絞って、同判決に対する学説の評価を概観する²⁸⁾。

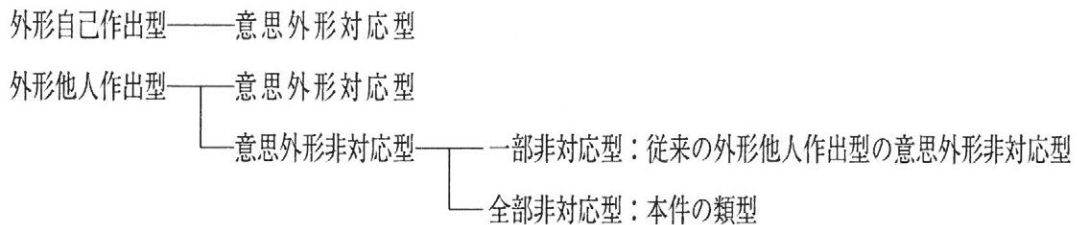
(1) 平成18年判決の類型または位置づけ

平成18年判決の類型または位置づけについては、調査官解説²⁹⁾によれば、

① 外形自己作出型の意思外形対応型、② 外形他人作出型の意思外形対応型、

③ 外形他人作出型の意思外形非対応型のいずれにも該当しないものとされる。その理由として、本件では、虚偽の外形作出について真の権利者Aが積極的に関与しておらず、Aが本件登記の存在につき認識や承認をしていないことが挙げられる。これは、既に、平成15年判決においても同様の指摘がなされていた点であり、平成18年判決においても同様の指摘が数多くなされている³⁰⁾。

これに対して、平成15年判決と平成18年判決に共通する、真の権利者に相手方が登記名義を経由していることについての認識が完全に欠けている、という事情を採り上げて、従来の類型の中に位置づけようと試みる見解もある。すなわち、外形他人作出型の意思外形非対応型のうち、意思外形全部非対応型にあたる、とする分類である³¹⁾。つまり、従来の外形他人作出型の意思外形非対応型を一部非対応型として限定的に理解し、これに全部非対応型という新たな類型を付加するのである。



以上に対しては、平成18年判決を「広い意味での意思外形対応型（外形他人作出型）の一事例（民94条2項（単独の）類推適用事例）」と位置づける見解もある³²⁾。この見解は、Bが虚偽の外観を作出する過程において、Aには複数の消極的関与が存在しており、これらの行為を通じて黙示の承認があったとみなされても仕方がない状況が存在したとみることができる、とする。

(2) 真の権利者の関与

平成15年判決と平成18年判決の両事案のいずれも、転々譲渡型の不動産取引において、真の権利者に相手方が登記名義を経由していることについての認識が完全に欠けている、という特徴を有していた。この場合、伝統的理解では、意思的関与（認識と放置）を欠くため民94条2項類推適用がおよそ認められる

民法94条2項における本来適用と類推適用の二元的構成の可能性（1）

べきでなく、他方、有力説では、帰責性の程度によっては民94条2項類推適用の可能性がありうることになる。それゆえ、民94条2項類推適用（と民110条類推適用）を肯定した平成18年判決の結論は、伝統的理解の立場からは説明しがたく、その意味で、同判決の理論構成やその射程が注目を集めることになった。実際、平成18年判決については判例評釈の数も多く、同判決の理解や評価についても見解が分かれている。

ここでは、まず、伝統的理解に立脚して意思的関与（認識と放置）が必要であると解する見解（中舎説）と、帰責性という観点から真の権利者の関与を検討する見解のうち、外形作出に対する真の権利者の関与に着目する見解（近藤・影山説）と、重要書類交付を先行行為とする真の権利者の冒用防止行為の懈怠に着目する見解（櫻井説）を採り上げる。更に、帰責性の有無の判断に際して、平成18年判決の判断を帰責事由の客観化として理解して、帰責要件の緩和ではないとする見解（武川説）、同判決の事案から量的差異ではない質的差異を抽出して、民94条2項と民110条の重疊的類推適用としての帰責性を検討する見解（佐久間説）を見ることにする。

（2-1） 中 舎 説

意思的関与（認識と放置）を必要とする見解は、伝統的理解に立脚している。ここでは、中舎説を採り上げる。本来、民94条2項は通謀虚偽表示における第三者保護規定であって、表意者Aは善意の第三者Cに対して通謀虚偽表示による意思表示の無効を主張できず、そのため、表意者Aと相手方Bの間の法律行為が第三者Cとの関係で有効なものとして取り扱われるに過ぎない。善意の第三者Cに対する関係で虚偽の登記が有効なものとして取り扱われるのは、その結果に過ぎない。したがって、有効とされるべき意思表示が存在せず虚偽の登記名義のみが存在する場合に、虚偽の登記名義に対する結果責任を問題にするだけでは不十分である、と指摘する。結局のところ、わが国において一般的な権利外観保護法理を導入するのではなく、あくまで既存の規定のたる民94条2項類推適用による以上は、虚偽表示があったのと同様であると評価できるだけ

の積極的な帰責性が必要であり、それが類推適用の限界であるというべきであって、それは真の権利者の意思的関与である、という。加えて、最判平成18年判決は、真の権利者に相手方が登記名義を経由していることについての認識が完全に欠けている事案において、民94条2項と民110条の重疊的類推適用により善意無過失の第三者を保護するとの結論を採るが、これは自らの知らない虚偽の登記名義を発見し除去する義務を真の権利者に課するに等しく、なすべき登記を怠るという登記の懈怠以下の落ち度により登記に対する信頼を保護するものであって、登記を対抗要件とするわが民法の法体系にそぐわない、という³³⁾。

(2-2) 近藤・影山説

近藤・影山説は、次のとおり指摘する。平成18年判決が述べる「Aの余りにも不注意な行為」の帰責性は、Bが容易に虚偽の外観を作出しうることを可能にしたうえ、これを放置したという意味での帰責性であり、外観作出に対する権利者の意思関与や承認とは異なる。そして、Aの帰責性の程度が「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」というのは、実質的判断によるものである。すなわち、外観作出について真の権利者の意思関与や承認が認定できる場合には権利を喪失してもやむを得ないといえるほどの帰責性があると評価できることが多いであろうが、このような意思関与や承認がない場合であっても、真の権利者の行為態様から権利を喪失してもやむを得ない帰責性があると実質的に判断しうるもありうる。平成18年判決は、権利者の意思関与や承認の有無にとらわれずに、真の権利者にその権利を喪失してもやむを得ないと言えるほどの帰責性があったかどうかという実質的な観点から、民94条2項類推適用の余地を認めたものと解される、という。そして、同判決の判断につき、民94条2項類推適用における真の権利者の帰責性を、外観作出についての意思関与だけでなく、真の権利者が権利を喪失してもやむを得ないといえるほどの重大な不注意がある場合にも拡張された、と評価する。なお、同判決が民94条2項と民110条の重疊的類

民法94条2項における本来適用と類推適用の二元的構成の可能性（1）

推適用という法律構成を採用した理由については、真の権利者に相手方が登記名義を経由していることについての認識が完全に欠けているという事情を考慮して、第三者の主観的態様として善意無過失まで要求すべきであったこと、本件ではAがBに不動産の管理などを依頼していたことから表見代理に類する関係が存在したことが挙げられている³⁴⁾。

（2-3）櫻井説

帰責性の内容については、平成18年判決が、真の権利者に相手方が登記名義を経由していることについての認識が完全に欠けているという事案であったことから、冒用防止行為に着目する見解も存在する。櫻井説は、次のように指摘する。真の権利者Aが相手方Bに重要書類を交付して、このことによりBによる書類冒用の可能性が高まったことをAが認識しえたか認識すべきであった場合に、Bによる不実登記作出を防止するための配慮をAがなしていたか、が問題である。そして、Aが重要書類を交付したとしても、Bによる書類冒用の可能性を認識しえないか、配慮をなしたとしてもBによる不実登記を防止しえないと評価される場合には、Aの帰責性は認められず、平成15年判決においてもこの判断枠組みが示唆されていた。そして、既にBに対して重要書類が交付され書類冒用の可能性が高まっていることを容易に認識しうるはずのAが、自らの面前で作成されている書類の内容・用途の確認という、容易に実行しうる冒用阻止行為すら懈怠したことが「余りにも不注意な行為」と判断された、という。なお、同判決が民法94条2項と民法110条の重疊的類推適用という法律構成を採用した理由については、真の権利者に相手方が登記名義を経由していることについての認識が完全に欠けているという事情を考慮して、第三者の主観的態様として善意無過失まで要求すべきであったことが挙げられている。このように、平成18年判決は、民法94条2項類推適用を基礎とすることを前提に、あくまで不実登記作出に対する本人の帰責性を問う趣旨であると解する³⁵⁾。

（2-4）武川説

武川説は、平成18年判決の判断を帰責事由の客観化という観点から理解し、

帰責要件の緩和とは見ない。たとえば、民事責任や第三者保護要件において、いっばんに重過失が故意または悪意に準じる態様として評価されるが、これは故意・悪意の要件の緩和ではなく、故意・悪意の客観化・実質化のための評価基準として把握されるとする。これと同様に、民94条2項における真の権利者の帰責事由についても、形式的に意思の有無を認定するだけでなく、所有権の喪失を正当化するに値する、非難すべき事情としての「意思関与」が問われるべきとする。このように考えるならば、たとえ真の権利者の主観的な意思関与が存在しなくても、客観的な行為態様から帰責事由ありと評価すべき場合もありうる、という。そして、平成18年判決では、真の権利者には、不実登記作出の全過程にわたる重大な関与が認められ、自己所有不動産が他人により容易に処分されうる状況の作出と合理的理由のない放置が見受けられる。このような事情を総合評価すれば、善意無過失の第三者に対して「本件登記は自己の意思に基づいて作出されたものではない」と主張することが許されない程度の非難すべき関与があると評価される。更に、真の権利者によるこれら外観作出に対する関与が、Aの代理人Bに対する委任関係を前提として行われた点が、Aの帰責事由の認定に際して肯定的に作用するのであって、それゆえに民110条が併用されたという³⁶⁾。

(2-5) 佐久間説

佐久間説は、「上告人Aの帰責性の程度は、自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」との判例の文言について、これを単なる程度問題として理解すべきではないとして、次の二点を指摘する。第一は、不注意に基づく行為と意思に基づく行為とは帰責根拠として質的に異なっていること、第二は、この質的差異を基礎づける事情として、本件のAには「その意思に基づいてB名義の登記を存在させた」という評価を拒めない事情が存在していることである。そして、この事情として、権限踰越による表見代理（民110条）の成立可能性を挙げる。本件において、仮に、Bが無権代理人として本件不動産をCに売却していれば、AはCの権利

民法94条2項における本来適用と類推適用の二元的構成の可能性（1）

取得を否定できない立場にあった。もちろん、実際にはBは自らが売主として本件不動産をCに売却していたのであるが、このことは、Aの関与しえない事情であって、事情によっては本件不動産の所有権を喪失すべき帰責性が既にAに備わっていたという評価を変えるものではない。したがって、Cが保護に値する者であれば、Aの権利喪失は致し方ないものである、という。そして、この民94条2項と表見代理規定の類推適用型における真の権利者の帰責性としては、表見代理の成立を満たすものであることに加えて、まったく必要のない書類を不用意に与えるなど背信行為の実施を容易にしたという事情が必要である、とする³⁷⁾。

(3) 平成15年判決と平成18年判決の結論を分けたもの

平成15年判決と平成18年判決の両事案のいずれも、転々譲渡型の不動産取引において、真の権利者に相手方が登記名義を経由していることについての認識が完全に欠けている、という特徴を有していながら、民94条2項類推適用（と民110条類推適用）につき、平成15年判決は否定、平成18年判決は肯定した。このように、平成15年判決と平成18年判決の結論を分けたポイントは何か。上記「(2)真の権利者の関与」で述べた諸説により、この点の評価はまったく異なる。

伝統的理解に立脚して意思的関与（認識と放置）が必要であると解する見解では、平成15年判決と平成18年判決のいずれにおいても、およそ民94条2項類推適用が認められるべきではないとの結論に至る。これに対して、帰責性という観点から真の権利者の関与を検討する見解では、いっばんに、帰責性を基礎づける事実の差異を指摘することになる。その際、外形作出に対する真の権利者の関与に着目する見解では、重要書類の交付から虚偽の外形が作出された後に至る一連の諸事情が評価対象になるし、重要書類交付を先行行為とする真の権利者の冒用防止行為の懈怠に着目する見解では、重要書類が交付された後の諸事情が評価対象になる。このことは、武川説のように、平成18年判決を民94条2項類推適用における帰責事由の客観化という観点から理解する見解も同様

である。他方、佐久間説のように、平成18年判決の事案を民94条2項と民110条の重疊的類推適用型として処理する見解では、これら諸事情に加えて、真の権利者Aが相手方Bに対して基本代理権を付与していたことが不可欠の事情であると解することになる。

(2-1) 中 舎 説

中舎説は、伝統的理解の立場から、以下を指摘して、平成18年判決の採用した結論に疑問を呈する。すなわち、従来の民94条2項と民110条の重疊的類推適用の事案においては、真の権利者には第三者が信頼した権利外観ではないが、真の権利状態とは異なる権利外観の作出を許容していた、という事情があった。これに対して、平成18年判決の事案においては、真の権利者は何ら虚偽の外観作出を許容したことはない。この点、真の権利者の直接関与を欠く平成15年判決と比較すると、たしかに平成18年判決とは真の権利者の対応に程度差があることは否めないが、平成15年判決の事案においても重要書類は交付されており、平成18年判決と結論と異にするほどの差があると言えるか疑わしい。結局、真の権利者の関与という観点からは、平成18年判決は、民94条2項類推適用において要求されるべきの直接の意思関与を民110条により軽減しているだけでなく、従来の重疊的類推適用の事例ではわずかに残されていた虚偽の外観作出の許容という要素をも不要としており、この両面において賛成することができない、とする³⁸⁾。

(2-2) 近藤・影山説

近藤・影山説は、一般論として、平成15年判決が民94条2項と民110条の重疊的類推適用を否定した理由として、同判決の事案において、真の権利者が権利喪失をしてもやむを得ないような帰責性が存在していなかったことを挙げる。そして、帰責性の判断に関して、平成18年判決と平成15年判決を対比して、次のように述べる。まず、平成15年判決が考慮した事情を、次のとおり整理する。すなわち、(a) 不実登記が作出されうる契機の作出の有無（白紙委任状，登記済証などの重要書類の交付），(b) 当事者の能力・不動産取引経験の格差，(c)

民法94条2項における本来適用と類推適用の二元的構成の可能性（1）

不実の登記が作出されるまでの経緯における真の権利者の行動、の三点である。これを踏まえて、平成18年判決では、(a) 真の権利者Aは相手方Bに対して不注意に重要書類を交付し、(b) Aは従前にそれなりの不動産取引経験があり、(c) Aは本件不動産の賃貸事務などをBに任せ切りにしていた、というような事情がある、とする。これに対して、平成15年判決では、(a) Aは重要書類をBに交付したものの、(b) Aには不動産取引の経験がないのに対して、Bが不動産取引業者であったこと、(c) Aが白紙委任状などの交付をしたのもBから地目変更に必要ななどと言われたためであり、白紙委任状の交付後もAが不安に思っ問い合せをしたところ、言葉巧みに言い逃れをされ、不実登記の作出を防止することが困難であったという経緯があること、を指摘して、これらの事情に対する評価が両判決の判断を分けたものと解する³⁹⁾。

(2-3) 櫻井説

櫻井説は次のように指摘する。平成15年判決では、冒用されないように本人が一定の防止行為を行っていたことが認定され、本人の帰責性が否定されたため、重要書類を交付後、冒用されないために払うべき注意や行うべき防止行為の程度などに言及がなかった。これに対して、平成18年判決は、重要書類を必要以上に交付したうえ、内容確認などの防止行為を一切行っていない状況を「余りにも不注意」と認定した事例判決である。そして、その認定に際して、「Bの言うままに実印を渡し、Bが上告人Aの面前でこれを本件不動産の登記申請書に押捺したのに、その内容を確認したり用途を問いただしたりすることもなく漫然とこれを見ていた」ことが重要な判断要素であったように読めるが、その他の要素が認定にどの程度影響を及ぼしているかは明らかではない、とする⁴⁰⁾。

(2-4) 武川説

武川説は次のように指摘する。平成15年判決の事案には、(1) 本人が重要書類の交付により不安を抱き、移転登記がなされる危険性につき不動産業者に問い合わせていたが、言葉巧みな回答によりかかる状態の存続を余儀なくされて

おり、本人において不実登記の防止が困難な状況にあったこと、(2) 目的不動産が極めて短期間に転々譲渡されており、悪質な不動産侵奪としての側面も見受けられること、の二つの事情が存在し、これが平成18年判決と異なる点であるとする。また、平成15年判決が、所有権留保売買において売主の意思に反して所有権移転前に買主が登記を経由してしまった事案である点を捉えて、善意無過失の第三者の犠牲において、売主が買主の代金未払いのリスクを回避し、担保としての意味を有する留保所有権を確保する必要性がどこまで認められるか、という観点からの検討の必要性をも指摘する⁴¹⁾。

(2-5) 佐久間説

佐久間説は次のように指摘する。平成15年判決の事案は、仮に、相手方Bが真の権利者Aの代理人として当該不動産を善意無過失の第三者Cに売却しておれば、代理権授与表示による表見代理（民109条）の成立が認められた可能性が高いものである。にも拘わらず、平成15年判決が民94条2項類推適用（と民110条類推適用）を否定した事情としては、(1) 両判決において、真の権利者Aが相手方Bに対して交付した重要書類はほぼ同じであるが、平成18年判決では、AはBに対して数年にわたって本件不動産を含む不動産取引を委ねており、これら重要書類はその委任に関連してAがBに交付したものであるのに対して、平成15年判決では、これら重要書類はA B間の取引のためのものであって、対外的取引（筆者注：代理取引を含む広義の概念か？）への使用を前提としたものでなかったこと、(2) 上記(1)に関連して、平成18年判決では、AはBに対して多くを任せ切りにしていたが、平成15年判決では、そうではなかったこと、(3) 平成18年判決では、Aには不動産取引の経験がそれなりにあるのに対して、平成15年判決では、Aには不動産取引の経験がなかったこと、(4) 重要書類が交付されてから第三者が現れるまでの期間が、平成18年判決では数ヶ月であったのに対して、平成15年判決では約1ヶ月であったこと、といった相違が重要な意味を持ったのではないか、という⁴²⁾。

1) 最判昭和29年8月20日民集8巻8号1505頁を参照。同判決は、次のように述べて

民法94条2項における本来適用と類推適用の二元的構成の可能性（1）

いる。「本件家屋を買受人でないC名義に所有権移転登記したことが、Bの意思にもとづくものならば、実質においては、BがAから一旦所有権移転登記を受けた後、所有権移転の意思がないに拘らず、Cと通謀して虚偽仮装の所有権移転登記をした場合と何等えらぶところがないわけであるから、民法94条2項を類推し、BはCが実体上所有権を取得しなかつたことを以て善意の第三者Dに対抗し得ないものと解するのを相当とする。」

- 2) 最判昭和41年3月18日民集20巻3号451頁。同判決は、次のように述べている。
「未登記の建物の所有者が、他人に右建物の所有権を移転する意思がないのに、右他人の承諾を得た上、右建物について右他人名義の所有権保存登記を経由したときは、実質において、右建物の所有者が、一旦自己名義の所有権保存登記を経由した後、所有権移転の意思がないのに、右他人と通謀して所有権を移転したかのような虚偽仮装の行為をし、これに基づいて虚偽仮装の所有権移転登記を経由した場合となんら異ならないから、民法94条2項を類推適用して、右建物の所有者は、右他人が実体上右建物の所有権を取得しなかつたことをもつて、善意の第三者に対抗することができないものと解するのが相当である。」
- 3) 磯村 保「判批 最判昭和45年9月22日」民法判例百選I総則・物権（第4版）54頁，55頁（1996年），同「判批 最判昭和45年9月22日」民法判例百選I総則・物権（第5版）54頁，55頁（2001年），同「判批 最判昭和45年9月22日」民法判例百選I総則・物権（第5版新法対応補正版）54頁，55頁（2005年），同「判批 最判昭和45年9月22日」民法判例百選I総則・物権（第6版）44頁，45頁（2009年），久須本かおり「94条2項類推適用あるいは94条2項・110条重疊的類推適用の限界（1）」愛大171号1頁，5頁（2006年），笹部将甫「民法94条2項の類推適用と限権利者の帰責性」関院85号75頁，79頁（2010年）。
- 4) 最判昭和37年9月14日民集16巻9号1935頁，最判昭和41年3月18日民集20巻3号451頁，最判昭和44年5月27日民集23巻6号998頁を参照。最判昭和37年9月14日は、次のように述べている。「右認定事実によれば、AよりC'の先代Cに対する本件土地の所有権移転登記は、前記のような事情により、BがC名義で出訴せしめたる上確定判決に基づいて同人名義で所有権移転登記をすることを許したものであるから、それはひつきようB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あたかもBが、Cと通謀して同人名義に虚偽仮装の所有権移転登記をなした場合とえらぶところはなく、民法94条2項の法意に照し、BはCが本件土地の所有権を取得しなかつたことをもつて善意の第三者に対抗しえないと解するのが相当である。」
- 5) 最判昭和45年7月24日民集24巻7号1116頁を参照。同判決は、次のように述べている。「ところで、不動産の所有者が、他人にその所有権を帰せしめる意思がないのに、その承諾を得て、自己の意思に基づき、当該不動産につき右他人の所有名義の登記を経由したときは、所有者は、民法94条2項の類推適用により、登記名義人に右不動産の所有権が移転していないことをもつて、善意の第三者に対抗することができないと解すべきことは、当裁判所の屢次の判例によつて判示されて来たこと

ろである。(略)が、右登記について登記名義人の承諾のない場合においても、不実の登記の存在が真実の所有者の意思に基づくものである以上、右94条2項の法意に照らし、同条項を類推適用すべきものと解するのが相当である。けだし、登記名義人の承諾の有無により、真実の所有者の意思に基づいて表示された所有権帰属の外形に信頼した第三者の保護の程度に差等を設けるべき理由はないからである。」

- 6) 中舎宏樹「日本民法の展開(3)判例の法形成——無権利者からの不動産取得」
 広中俊雄 = 星野英一編『日本民法の百年 I』(有斐閣, 1998年) 397頁, 413頁以下,
 久須本・前掲注3) 7頁 (2006年)。
- 7) 横山 長「調査官解説 最判昭和45年7月24日民集24巻7号1116頁」『最高裁判所判例解説民事篇昭和45年度』(法曹会, 1971年) 562頁, 571頁以下。
- 8) 最判昭和45年9月22日民集24巻10号1424頁は、次のように述べている。「叙上の見地に立つて本件を見るに、原審の認定するところによれば、Aは、その所有する第一目録記載(一)の土地につき昭和28年6月4日にBがAの実印等を冒用してAからBに対する不実の所有権移転登記を経由した事実をその直後に知りながら、経費の都合からその抹消登記手続を見送り、その後昭和29年7月30日にBとの婚姻の届出をし、夫婦として同居するようになった関係もあつて、右不実の登記を抹消することなく年月を経過し、昭和31年11月12日にAが株式会社新潟相互銀行との間で右土地を担保に供して貸付契約を締結した際も、Bの所有名義のままで同相互銀行に対する根抵当権設定登記を経由したというのであるから、AからBに対する所有権移転登記は、実体関係に符合しない不実の登記であるとはいえ、所有者たるAの承認のもとに存続せしめられていたものといふことができる。してみれば、昭和32年9月に右土地を登記簿上の所有名義人たるBから買い受けたものと認められているCが、その買受けにあたり、右土地がBの所有に属しないことを知らなかつたとすれば、Aは、前叙のとおり、民法94条2項の類推適用により、右土地の所有権がBに移転していないことをもつてCに対抗することをえず、Cの所有権取得が認められなければならない筋合いとなる。」
- 9) 最判昭和45年4月16日民集24巻4号266頁, 最判昭和48年6月28日民集27巻6号724頁, 最判昭和62年1月20日訟月33巻9号2234頁を参照。最判昭和45年4月16日は、次のように述べている。「およそ、未登記の建物所有者が他人に右建物の所有権を移転する意思がないのにその他人の承諾をえて右建物につきその他人名義の所有権保存登記を経由したときは、建物所有者は、民法94条2項の類推適用により、登記名義人がその所有権を取得しなかつたことをもつて、善意の第三者に対抗することができないと解すべきことは、当裁判所の判例とするところである(略)。そして、このことは、未登記の建物所有者が旧家屋台帳法(略)による家屋台帳にその建物が他人の所有名義で登録されていることを知りながら、これを明示または黙示に承認した場合であつても同様に解すべきものである。けだし、未登記の建物については、家屋台帳上の所有名義が、右建物の所有権帰属の外形を表示するものであり、建物所有者が右外形の表示につき事前に承認を与えた場合と事後に承認した場合とで、その外形に信頼した第三者の保護の程度に差等を設けるべき理由はない

民法94条2項における本来適用と類推適用の二元的構成の可能性（1）

からである。」

- 10) 柳川俊一「調査官解説 最判昭和45年4月16日民集24巻4号266頁」『最高裁判所判例解説民事篇昭和45年度』（法曹会，1971年）29頁，33頁は，次のように述べる。「事後の承認が単純な放置とみられる程度に，きわめて不明瞭かつ消極的なものであれば，真の所有者の登記の存続に原因を与える程度がきわめて弱くなるから民法第94条Ⅱ（ママ）のみの類推適用ではまかなえないことになると思われる。」他方，横山 長「調査官解説 最判昭和45年9月22日民集24巻10号1424頁」『最高裁判所判例解説民事篇昭和45年度』（法曹会，1971年）664頁，671頁は，次のように述べる（登場人物の表記は本稿の表記に即して書き替えた）。「Aは，自己の所有地に対する不実登記の存在を認識しながらさしあたっては右登記がそのまま存続することをあえて異としなかったと認められるにとどまらず，Bを担保提供者とする根抵当権の設定をして記入を受けることにより，少なくともその限度では不実登記の表示する権利関係を前提とした法律関係の形成に積極的に同意を与えたものといわざるをえない」。
- 11) 横山・前掲注10)674頁，石田喜久夫「判批 最判昭和45年9月22日」民商65巻3号401頁，412頁（1971年），磯村・前掲注3）（第4版）55頁，同・前掲注3）（第5版）55頁，同・前掲注3）（第5版新法対応補正版）55頁，同・前掲注3）（第6版）45頁。
- 12) 米倉 明「判批 最判昭和48年6月28日」法協92巻2号171頁，187頁以下（1975年），藤原弘道「判批 最判昭和48年6月28日」民商70巻3号519頁，528頁以下（1974年）。なお，高森八四郎「判批 最判昭和45年9月22日」不動産取引百選（第3版）102頁，103頁（2008年）も同旨。
- 13) 田尾桃二「調査官解説 最判昭和48年6月28日」『最高裁判所判例解説民事篇昭和48年度』（法曹会，1977年）10頁，16頁。
- 14) 本稿「1 問題の所在」の注8）の文献を参照。
- 15) 最判昭和43年10月17日民集22巻10号2188頁，最判昭和45年6月2日民集24巻6号465頁，最判昭和47年11月28日民集26巻9号1715頁，最判平成12年12月19日判時1737号35頁を参照。最判昭和43年10月17日は，次のように述べている。「思うに，不動産について売買の予約がされていないのかかわらず，相通じて，その予約を仮装して所有権移転請求権保全の仮登記手続をした場合，外観上の仮登記権利者がこのような仮登記があるのを奇貨として，ほしいままに売買を原因とする所有権移転の本登記手続をしたとしても，この外観上の仮登記義務者は，その本登記の無効をもつて善意無過失の第三者に対抗できないと解すべきである。けだし，このような場合，仮登記の外観を仮装した者がその外観に基づいてされた本登記を信頼した善意無過失の第三者に対して，責に任ずべきことは，民法94条2項，同法110条の法意に照らし，外観尊重および取引保護の要請というべきだからである。」
- 16) 鈴木重信「調査官解説 最判昭和43年10月17日」『最高裁判所判例解説民事篇昭和43年度』（法曹会，1969年）1189頁，1199頁以下。
- 17) 藤原弘道「判批 最判昭和47年11月28日」民商68巻5号810頁，817頁（1973年）。

- 18) 久須本・前掲注3) 9頁以下(2006年)を参照。
- 19) 平成15年判決の評釈等として、以下の文献を参照した。武川幸嗣「判批 最判平成15年6月13日」民商129巻3号411頁(2003年), 古積健三郎「判批 最判平成15年6月13日」法セミ586号108頁(2003年), 塩崎 勤「判批 最判平成15年6月13日」登記インターネット6巻5号69頁(2004年), 田中淳子「判批 最判平成15年6月13日」法時76巻10号103頁(2004年), 川井 健「判批 最判平成15年6月13日」NBL 793号69頁(2004年), 澤田省三「判批 最判平成15年6月13日」登研679号23頁(2004年), 松尾 弘「判批 最判平成15年6月13日」法教280号112頁(2004年), 太矢一彦「判批 最判平成15年6月13日」銀法640号71頁(2004年), 谷本誠司「判批 最判平成15年6月13日」銀法626号73頁(2003年), 同「判批 最判平成15年6月13日」銀法630号90頁(2004年), 田原睦夫・印藤弘二「判批 最判平成15年6月13日」金法1697号4頁(2004年), 吉岡伸一「判批 最判平成15年6月13日」判タ1134号91頁(2004年), 橋本恭宏「判批 最判平成15年6月13日」CHUKYO LAWYER 3号89頁(2005年)。
- 20) 松尾(弘)・前掲注19)113頁。
- 21) 武川・前掲注19)414頁。
- 22) 澤田・前掲注19)38頁, 橋本・前掲注19)94頁。
- 23) 塩崎・前掲注19)72頁, 谷本・前掲注19)銀法626号73頁, 同・前掲注19)銀法630号90頁, 吉岡・前掲注19)95頁。
- 24) 川井・前掲注19)69頁, 71頁, 太矢・前掲注19)75頁, 田原・印藤・前掲注19)5頁, 橋本・前掲注19)95頁。
- 25) 武川・前掲注19)413頁, 澤田・前掲注19)39頁。
- 26) 田中・前掲注19)106頁, 古積・前掲注19)108頁。
- 27) 松尾(弘)・前掲注19)113頁。
- 28) 平成18年判決の評釈等として、以下の文献を参照した。高田 淳「判批 最判平成18年2月23日」法セミ618号115頁(2006年), 佐久間毅「判批 最判平成18年2月23日」NBL 834号18頁(2006年), 同「判批 最判平成18年2月23日」法教318号別冊附録(判例セレクト2006)19頁(2006年), 同「判批 最判平成18年2月23日」民法判例百選I総則・物権(第6版)46頁(2009年), 荒木新五「判批 最判平成18年2月23日」登情538号1頁(2006年), 村中玲子「判批 最判平成18年2月23日」民研592号37頁(2006年), 良永和隆「判批 最判平成18年2月23日」ハイローヤー254号62頁(2006年), 中山布紗「判批 最判平成18年2月23日」北九州34巻1=2号156頁(2006年), 同「民法94条2項と同110条の類推適用が認められた最高裁平成18年2月23日第一小法廷判決における真正権利者の帰責性判断」北九州39巻3=4号125頁(2012年), 武川幸嗣「判批 最判平成18年2月23日」民商135巻2号407頁(2006年), 同「判批 最判平成18年2月23日」受新667号18頁(2006年), 同「判批 最判平成18年2月23日」登情47巻1号54頁(2007年), 渡邊 拓「判批 最判平成18年2月23日」判時1950号184頁(2007年), 中舎寛樹「判批 最判平成18年2月23日」リマークス34号6頁(2007年), 同「判批 最判平成18年2月23日」不

民法94条2項における本来適用と類推適用の二元的構成の可能性（1）

動産取引判例百選（第3版）104頁（2008年），伊藤進「民法94条2項類推適用の射程範囲についての一考察」民研601号2頁（2007年），増森珠美「判批 最判平成18年2月23日」ジュリ1333号112頁（2007年），同「調査官解説 最判平成18年2月23日」曹時59巻4号221頁（2007年），同「判批 最判平成18年2月23日」最高裁時の判例VI94頁（2010年），吉田克己「判批 最判平成18年2月23日」判タ1234号49頁（2007年），磯村保「判批 最判平成18年2月23日」平成18年度重判66頁（2007年），庄菊博・杉江隆司「判批 最判平成18年2月23日」専法99号161頁（2007年），櫻井博子「判批 最判平成18年2月23日」法学72巻2号174頁（2008年），中本敏嗣・中村修輔「判批 最判平成18年2月23日」判タ1245号（平成18年度主要民事判例解説）22頁，23頁（2007年），後藤泰一「判批 最判平成18年2月23日」信法11号211頁（2008年），近藤昌昭・影山智彦「判批 最判平成18年2月23日」判タ1276号27頁（2008年），宇都宮充夫「判批 最判平成18年2月23日」中央学院23巻1号103頁（2010年），笹部・前掲注3）75頁。

- 29) 増森・前掲注28)曹時59巻4号227頁，同・前掲注28)ジュリ1333号114頁，同・前掲注28)時の判例VI95頁。
- 30) 高田・前掲注28)115頁，佐久間・前掲注28)NBL 834号21頁，同・前掲注28)判例セレクト2006 19頁，同・前掲注28)民法判例百選I総則・物権（第6版）47頁，村中・前掲注28)42頁，中山・前掲注28)北九州34巻1=2号148頁，同・前掲注28)北九州39巻3=4号134頁，渡邊・前掲注28)185頁，中舎・前掲注28)リマークス34号8頁，同・前掲注28)不動産取引判例百選（第3版）105頁，磯村・前掲注28)67頁，庄・杉江・前掲注28)173頁，櫻井・前掲注28)179頁，中本・中村・前掲注28)23頁，近藤・影山・前掲注28)30頁。なお，民94条2項と民110条の「法意型」と「類推適用型」の区別を指摘する見解として，宇都宮・前掲注28)119頁以下。
- 31) 吉田(克)・前掲注28)51頁。もっとも，同説にあっても，意思外形非対応という点では同一の類型に属するともいえるが，一部非対応型と全部非対応型との間には，量的な差異ではなく，質的な断絶があるという。それゆえに，この両者を別の類型に位置づけることが適切であるとする。なお，笹部・前掲注3)79頁以下，渡辺論「民法94条2項の類推適用（上）」判タ1363号22頁以下を参照。
- 32) 後藤・前掲注28)224頁。なお，民94条2項単独類推適用による処理類型を新たに創設したものと解する見解として，伊藤・前掲注28)10頁。
- 33) 中舎・前掲注28)リマークス34号8頁以下，同・前掲注28)不動産取引判例百選（第3版）105頁。その他の文献として，磯村・前掲注28)67頁，同・前掲注3)（第6版）45頁，中山・前掲注28)北九州34巻1=2号148頁，同・前掲注28)北九州39巻3=4号125頁。なお，良永・前掲注28)は，民94条2項類推適用における帰責性につき，「放置といっても，二重譲渡における第一譲受人の登記の懈怠とは意味が相当に異なり，登記名義を回復しないこと自体を懈怠と解しうるのか疑問である」と指摘する。
- 34) 近藤・影山文献の公刊は2008年であって，平成18年判決の評釈としては後発の部に属する。にも拘らず，ここで同説を採り上げたのは，極めて論旨が明解であり，

この立場の典型モデルを提示していることによる。なお、学説により差異はありうるが、この立場は多数派と見られる。以下の文献を参照。高田・前掲注28)115頁、荒木・前掲注28)1頁、村中・前掲注28)43頁、渡邊・前掲注28)185頁以下、中本・中村・前掲注28)23頁、笹部・前掲注3)96頁以下。なお、民110条を併用しない、民94条2項単独類推適用という構成を採用する見解について、伊藤・前掲注28)9頁以下、後藤・前掲注28)224頁以下。

- 35) 櫻井・前掲注28)179頁、庄・杉江・前掲注28)175頁。
- 36) 武川・前掲注28)民商135巻2号412頁、武川・前掲注28)受新667号19頁、武川・前掲注28)登情47巻1号56頁。
- 37) 佐久間・前掲注28)NBL 834号19頁(2006年)、同・前掲注28)判例セレクト2006 19頁、同・前掲注28)民法判例百選I総則・物権(第6版)47頁。なお、吉田(克)・前掲注28)52頁以下を参照。
- 38) 中舎・前掲注28)リマークス34号8頁以下、同・前掲注28)不動産取引判例百選(第3版)105頁。その他の文献として、磯村・前掲注28)67頁、同・前掲注3)45頁、中山・前掲注28)北九州34巻1=2号138頁、同・前掲注28)北九州39巻3=4号134頁。
- 39) 近藤・影山・前掲注28)34頁以下。
- 40) 櫻井・前掲注28)183頁。なお、庄・杉江説は、平成15年判決について、真の権利者に相手方が作出した虚偽の外観の放置さえなかったこと、また、権利の帰属を示す外観の作出について積極的な関与もなかったことを指摘し、民94条2項と民110条の法意を適用する上での限界を示す事例として位置づけられる、とする。庄・杉江・前掲注28)171頁以下。
- 41) 武川・前掲注28)民商135巻2号415頁、武川・前掲注28)登情47巻1号58頁。
- 42) 佐久間・前掲注28)NBL 834号23頁。なお、吉田(克)説は、次のように指摘する。平成18年判決と平成15年判決の結論を分けたものは、真の権利者Aの相手方Bに対する代理権授与の有無である。平成18年判決では、AはBに対して、本件不動産の購入や賃貸のための代理権、別の不動産の登記手続などに関する代理権を授与していた。これに対して、平成15年判決では、白紙委任状の交付はあるが、代理権授与の事実は存在しない。この差異に基づいて、平成18年判決では(民94条2項と)民110条の類推適用が肯定され、平成15年判決では、民110条類推適用の基礎を欠くために、これが否定されたとする。吉田(克)・前掲注28)52頁以下。