

速修

矢島の 体系整理テキスト

[速修]～矢島の速修インプット講座

民法 サンプルテキスト [抜粋版]

(2) 94条2項の善意の第三者の意義

ア 「第三者」の意義

→94条2項は、虚偽の意思表示の無効は善意の第三者に対抗できないとする。「第三者」とは、どの条文のものであっても、法律上一般的にいえば、当事者及び相続や合併等により当事者の地位を包括承継した者を除く全ての者を意味する。問題は、当事者や包括承継人以外の者なら全て94条2項の「第三者」として保護されるかである。判例は、同項の「第三者」とは、当事者及び包括承継人以外の者であって、虚偽表示の目的につき法律上の利害関係を有するに至った者をいうとして、同項の「第三者」の範囲に限定を加えている（大判大5.11.17）。○

メモ：法律上よく登場する「第三者」の概念は、それぞれの制度趣旨を踏まえて限定的に解釈されている。94条2項は、真の権利者の帰責性により作出された虚偽の外観を信頼して取引関係に入った第三者の取引の安全を保護するという権利外観法理のあらわれと解されており、上記「第三者」の意義は、こうした観点から限定的に解釈されている。「第三者」の意義を限定する例として、他には例えば、177条の第三者とは、善意である必要はないが、不動産取引の安全を保護するという177条の趣旨を踏まえて、〔①〕当事者及び包括承継人以外の者であって、〔②〕登記の不存在につき正当な利益を有する者を意味すると解されている。177条については物権総論の分野で学習する。○

- ・94条2項の善意の第三者における「第三者」の意義 ● H19-1、H29-4

94条2項の「第三者」とは、当事者及び包括承継人以外の者で、虚偽表示により形成された外観を前提にして新たに法律上の利害関係に入った者をいう。

メモ：論文試験で94条2項の第三者の意義を示すときは、この枠組みを用いとよい。

メモ：94条2項の善意の第三者にいう「第三者」とは、詳細に定義すると、虚偽表示の当事者及び包括承継人以外の者であって、虚偽表示による外形を前提にして、①新たな、②独立の、③法律上の利害関係に入った者をいう。こうした第三者こそが、真の権利者に不利益を負わせてでも、94条2項による保護に値すると理解することになる。ここでの詳細な定義は、特に、短答試験で出題される94条2項の「第三者」に該当しない具体例を理解する際に役に立つことがある。上記①②③は、「第三者」に該当するための絶対的な要件というわけではなく、具体的事案ごとに「第三者」の該当性を判断する考慮要素（着眼点）の1つにすぎない。事案に応じて必要な考慮要素に着目して94条2項の第三者の該当性を判断するとよい。○

イ 「善意」の意義

→94条2項の「**善意**」とは、第三者が、虚偽の意思表示を前提に利害関係に入った時点で、その意思表示が**虚偽表示**であることを**知らなかった**ことをいう。●

関連問題：予備論文H23

・94条2項の「善意」の意義の詳細 ○

権利外観法理における善意かつ無過失は、**通常**は、外観に対する信頼が正当なものとして、外観どおりの権利又は権限があると信じ（善意）、かつ、そう信じたことに過失がないこと（無過失）を意味する。しかし、虚偽表示の場合は、外観作出に対する本人の帰責性が特に大きいため、第三者は、単に、虚偽表示がされたことを知らなかったことで保護に値する。そのため、**94条2項の「善意」といえるには**、第三者において、表意者の意思表示が**虚偽表示であることを知らなかった**ことで**足り**、表意者の意思表示が真意によるものと**信じたことまでは要求されない**（通説）。

参考：民法の基礎1 第5版 佐久間毅 126頁 2020年4月10日

・善意の基準時 ○

善意の判断基準時は、第三者が利害関係に入った時点となる（最判昭55.9.11）。

メモ：後から事情を知ったことを理由に、悪意者として保護の対象から除外することは利益衡量上、正当化することができず、不合理である。

・善意の主張立証責任 ○

善意の主張立証責任は、その主張により利益を受ける**第三者**が負う。 H27-4

メモ：自己に有利な法律効果を導く法律要件については、それにより利益を受ける者に主張立証責任を負わせるのが公平である。

メモ：**例えば**、Aが、Bとの間で、通謀虚偽表示によりA所有の甲土地をBに売り、BがCに甲土地を売って甲土地を引き渡したとする。Aが、甲土地の所有権はAにあるのにCが甲土地を何の権原もなく占有していることに不満を抱いて、Cに対し、甲土地の所有権に基づいて甲土地の明渡しを**請求**したのに対し、Cは、甲土地の所有権が売買によりAからB、BからCに移転したと**反論**した場合、Aは、Cの所有権を否定するために、Cの所有権取得の前提となるAからBへの売買が通謀虚偽表示（94I）によるものだ**と再反論**できる。これに対し、**Cは、自己が「善意」であることを主張して、自己が94条2項の善意の第三者として保護される旨の再再反論**することができる。

・無過失の要否 ○

94条2項は、権利外観法理のあらわれである。**権利外観法理**は、本人の帰責性の下で作出された虚偽の外観に対する信頼が正当といえるときに、外観を信頼した者を保護する法理である。外観に対する信頼が正当といえるためには、**通常は、善意かつ無過失**が要求される（典型例：110条の権限逸脱の表見代理）。**しかし**、虚偽表示の場合は、真の権利者は意図的に外観を作出しており、真の権利者の外観作出の帰責性が特に大きいことを考慮し、真の権利者の利益と第三者の取引の安全との利益衡量上、外観を信頼した「第三者」の保護要件として無過失まで要求するのは妥当ではない。そこで、94条2項の善意の第三者として保護されるためには、**原則として、条文の文言どおり「善意」**であれば足り、**無過失は不要**である。こうした価値判断を、理論構成して最初から条文に明文化したものが94条2項の「善意」なのである。

ウ 第三者の対抗要件の要否

→表意者と第三者は前主後主の関係にあり対抗関係にないので、第三者が表意者に権利主張するには対抗要件（不動産なら177条の登記、動産なら178条の引渡し）の具備は不要と解されている。判例も結論は同じである（**最判昭44.5.27**）。○

H27-2、プレ7

メモ：94条2項の第三者は、目的物が誰かを起点にして二重譲渡されたときのような関係に入ったわけではない。下の図でいえば、第三者が94条2項の善意の第三者として保護される場合は、実際にはそうではないが、あたかも、表意者、相手方、第三者と順次売買があったかのように、表意者と第三者は前主後主の関係に立つとみることができる。そのため、表意者と第三者は前主後主の関係にあり対抗関係にないと理解することができる。



・権利保護要件の要否 ◇

94条2項の「第三者」として保護されるためには、対抗要件が不要だとしても、権利を取得する第三者と権利を失う表意者との利益衡量上、権利保護要件（不動産なら登記、動産なら引渡し）を具備していることが必要となるかが**問題**となりうるが、利益衡量上、真の権利者の帰責性により作出された虚偽の外観に対する第三者の信頼を害してまで真の権利者を保護する必要性はないので、第三者として保護されるためには**権利保護要件**としての登記も**不要**である。

エ 94条2項の第三者に当たる具体例 ～次の(ア)から(エ)までの者

(ア) 不動産の仮装譲受人から当該不動産を譲り受けた者 ○

- ・例えば、AがBと通謀して甲所有の土地をBに売るとの虚偽の意思表示をしたところ、Bから善意で甲土地を譲り受けたCは、94条2項の第三者として保護される。

(イ) 不動産の仮装譲受人から抵当権の設定を受けた者 (大判大 4.12.17) ○

- ・例えば、AがBと通謀して甲所有の土地をBに売るとの虚偽の意思表示をしたところ、甲土地につきBから善意で抵当権の設定を受けたCは、94条2項の第三者として保護される。

メモ：なお、抵当権のような担保物権を含む物権の設定は、目的物の所有者にしかなしえない物権行為といわれている。このことから、目的物に抵当権を設定する契約は、目的物の所有者にしかなしえない物権契約といわれることがある(物件契約については改めて抵当権の項目で学習する)。上記事例のBは、実際には所有者ではないが、真の権利者Aの帰責性の下に作出された外観を信頼した94条2項の第三者Cとの関係では、BがAから目的物の所有権を譲り受けたものとして扱われ、その結果、BがCに抵当権を設定した行為が、有効なものとして扱われる。Aの立場からみたら、Aは、AB売買の無効をCに対抗できない結果(94II)、その売買の無効を理由にAからBへの所有権移転を否定した上でBのCに対する抵当権設定行為が無効であることをCに主張できないことになる。

(ウ) 仮装譲渡された債権の譲受人 ○

- ・例えば、AがBと通謀してAのWに対する債権をAがBに売るとの虚偽の意思表示をしたところ、Bから善意でその債権を譲り受けたCは、94条2項の第三者として保護される。

(エ) 仮装譲渡された土地を差し押さえた一般債権者(差押え債権者) (最判昭 48.6.28)

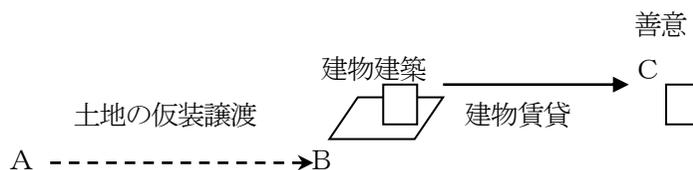
- ・例えば、AがBと通謀して甲所有の土地をBに売るとの虚偽の意思表示をしたところ、甲土地を善意で差し押さえたBの債権者Cは、94条2項の第三者として保護される。 ○ プレ-7、H18-32、H21-4

オ 94条2項の第三者に当たらない具体例

→次の(ア)から(エ)までの者は、94条2項の第三者に当たらない者の具体例である。

- (ア) 仮装譲渡された土地の譲受人について、差押えすらしていない単なる一般債権者は、仮装譲渡された土地が譲受人所有であることを信託して利害関係に入ったとはいえないので、虚偽の外観を前提に、①新たに、利害関係に入ったとはいえず、あるいは、③法律上の利害関係にあるとはいえず、94条2項の第三者に当たらない。これと同旨の判例がある（最判昭48.6.28）。○ プレ7、H27-2
- (イ) 1番抵当権が仮装で放棄されたときに、自己の抵当権の順位が上昇したと誤信した2番抵当権者は、1番抵当権の存在を信託して①新たに利害関係に入ったといえないから、94条2項の第三者に当たらない。○
- (ウ) 債権の仮装譲受人から債権取立てのためだけに債権を譲り受けた者は、譲渡人と譲受人の内部関係においては、受任者として委任契約に基づき債権を行使するに過ぎず、受領した金銭その他の物を譲渡人に引き渡す義務を負うため、真の権利者との利益衡量上、94条2項で保護すべき程度の②独立の、あるいは③法律上の利害関係があるとはいえず、94条2項の第三者に当たらない。理由の詳細は述べていないが、こうした者は「法律上利害関係を有せざる者」であるから94条2項の第三者に当たらないとした判例は、上記と同旨のものである（大決大9.10.18）。△
- (エ) 土地の仮装譲受人がその土地上に建物を建築し、土地の仮装譲受人からその建物を賃借した者は、土地の仮装譲渡につき③法律上の利害関係があるとはいえず、事実上の利害関係があるに過ぎないため、94条2項の第三者に当たらない。判例は、これと類似の事案で、土地所有者の建物賃貸人に対する土地所有権を根拠とする建物退去土地明渡請求を認容した（最判昭57.6.8）。◇ H21-4、H30-3

補足すると、**建物の賃借人Cは、建物については建物の賃貸借契約に基づき占有権原を取得しているため法律上の利害関係があるといえるが、土地については土地所有者と契約関係がなく直接の法律関係に入っていないため、土地の仮装譲渡については事実上の利害関係があるにすぎないと説明することができる。**



・資料 94条2項の第三者の権利取得の理論構成 ◇

AB間の通謀虚偽表示を信頼した善意の第三者Cの権利取得の理論構成に関する学説として、まず、(1) AからCが直接に権利を取得するという見解(法定承継取得説又は原始取得説)と、(2) Cが94条2項の第三者として保護されたときは、A、B、Cと権利が順次移転するという見解(順次取得説)の大きく2つに分かれる。この点については、94条2項の第三者の保護の制度は、前主が無権利であるにもかかわらず外形を信頼した者を保護するものであることに鑑みると、Bの権利取得を認める必要はなく、(1)の見解の方が、こうした94条2項の制度を反映するものとして妥当である。

次に、AからCが直接に権利を取得するという(1)の見解を前提に、AからCが直接権利取得することを、(7)原始取得であると説明する見解(原始取得説)と、(4)AからCへの法定の承継取得であると説明する見解(法定承継取得説)とに分かれる。

法定の承継取得であるとする見解は、CがAから法定の承継取得をしたと捉えると、AがDに甲土地を売ったときに、Aを起点とするCとDへの二重譲渡があったときと類似の関係にあるとしてCとDが対抗要件に立つことを説明しやすいため承継取得として理解をしているとの指摘がある。最高裁昭和42年10月31日判決は、この見解に整合する。

原始取得説から法定承継取得説に対して、無権利者から権利取得したことを承継取得と捉えるのは無理があり、原始取得というべきであるとの指摘がされている。その上で、「時効と登記」にみられるように、原始取得と捉えても、177条の適用可能性〔対抗関係として構成する余地〕はあるとの指摘がされている(法政論集 254号 2014・難波譲治「論説 虚偽表示における転得者保護」65-66頁)。この点、時効取得後の第三者の保護の理論を参考に、登記懈怠責任を根拠にDC間を対抗関係で決着を付けるという理論構成が考えられる。



メモ：AB間の通謀虚偽表示を信頼してA所有の土地を売買により取得した善意の第三者Cは、A所有の土地が負担している担保物権や賃借権等の用益権の負担を承継するはずであり、何の負担もない所有権を取得するわけではないので、善意の第三者の権利取得を原始取得と表現するのは、実体に整合しないように思える。こここのところは、AからCへの直接の権利の取得があったとした上で、それは法定の承継取得であると捉えるのが実体に整合するものとして妥当な理論構成であると思われる。以上のことから、とりあえずここでは、最高裁判決に整合するとの指摘もされている法定承継取得説といわれる見解を採用することにする。

(3) **94条2項類推適用** ～通謀して虚偽の意思表示をしていない場合の処理

ア **意義**

→例えば、Aが自己の所有地を強制執行逃れのために息子Bに無断でB名義に所有権移転登記をしたところ、Bが、これをいいことに、AからBに所有権移転されたとの外観を信頼した第三者CにAの所有地を売った場合のように、真の権利者の関与により作出された虚偽の外観を信頼して利害関係に入った第三者がいても、真の権利者が相手方と**通謀して虚偽の意思表示をしていない事例**（94条1項における虚偽の外観を作出する通謀虚偽表示がない事例）では、**94条2項を直接適用**して第三者を保護することはできない。○

もっとも、94条2項は、真の権利者の帰責性がある行為により作出された外観を信頼した第三者を保護する**趣旨**のものであることから、通謀による虚偽の意思表示がなくても、真の権利者が自ら虚偽の外観を作出した場合（外形意思対応型のうち外形**自己作出型**）や、他人が作出した外観の存在を知らながら明示又は黙示に承認して外観をあえて放置した場合（外形意思対応型のうち外形**他人作出型**）、あるいは、本人の帰責性の程度が外観自己作出型や他人作出型における本人の帰責性に匹敵するような場合（後掲の**外観与因型**を参照）は、本人の帰責性は通謀虚偽表示をしたときと同程度に肯定できる。そこで、これらの場合には、**94条2項を類推適用**して、外観を信頼した第三者を保護することができるかと解されている。○

関連問題：司法論文H28 設問1(2)、R4 設問1(1)、予備論文H29 設問1

・司法論文H28 設問1(2)（出題の趣旨・抜粋）

無権利者Eと取引をした第三者Fの保護について論ずることが求められる。第三者Fの保護の点に関しては複数の考え方があり得る。まず、乙土地はAとDの共有物であるのにE名義の登記がされていたことを理由に、**民法第94条第2項を類推適用**してFを保護する考え方である。これによれば、Cやその地位を包括承継したA及びD〔真の権利者〕が虚偽の外観を作出し、あるいはあえて虚偽の外観を放置したと評価される場合に、Fは乙土地の所有権を取得する可能性がある。

・メモ ～94条2項の類推適用が問題となる事例のポイント ○

94条2項の類推適用の肯否が問題となるのはどのような事例なのかということを理解しておかないと、論文試験の際に、同項の類推適用による事例処理が要求されているのに同項の類推適用を論じないという失敗をし、逆に、同項の類推適用が問題とならない事例なのに同項の類推適用を論じてしまうという失敗をするおそれがある。

例えば、真の権利者Aが、A所有の甲土地を実際にBに売る意思がないのに、Bと通謀してAがBに甲土地を売る旨の虚偽の意思表示（通謀虚偽表示）をした場合は、その意思表示は94条1項により無効とされる。94条1項による通謀虚偽表示が無効とされた場合において、AのBとの間の通謀虚偽表示を信頼して取引関係に入った善意の第三者は、94条2項の直接適用により保護される。この場合は94条2項の類推適用を論じる必要はない。94条2項が直接適用される事例では、第三者の信頼の対象は、通謀虚偽表示（例：AがBと通謀してA所有の甲土地をBに売る旨の虚偽の意思表示）となる。

94条2項の類推適用が問題となる事例は、上記のような通謀虚偽表示（94I）が存在せず94条1項の適用場面ではないが、通謀虚偽表示をしたのと同視できる程度の真の権利者の帰責性により、他人が権利を有するかのような虚偽の外観（例：真の権利者Aが所有する土地の所有権移転登記が売買を原因としてAからBに経由されている事実）が存在する場合である。この虚偽の外観が第三者の信頼の対象となる。

・メモ ～94条2項の類推適用を基礎付ける本人の帰責性と第三者の信頼 ○

94条2項の類推適用の事例で本人の帰責性を何に求めるかという点や、そのこととの関係で「第三者」の保護要件として善意のみならず無過失まで要求すべきかという点については、事案を類型化して判例法理として整理されている。 → **次頁を参照**

論文試験対策上のポイントは、事案類型に応じた解釈論を理解して、試験本番で初めて見る事例において、外観作出について本人に帰責性があるため94条2項の類推適用が問題となる事案であることを判断し、事案類型に応じて第三者の保護要件を的確に提示して、事案に即して具体的に当てはめをして結論を導けるようにすることである。

- 判例が94条2項(及び110条)の**類推適用**を肯定してきた事案の**類型化** ○
94条2項(ケースによっては94条2項に加えて110条も)類推適用してきた数々の判例は次のように類型化して整理されている。

メモ:なお、ここで紹介するのは整理の仕方の一例である。他の整理の仕方もある。

【1】外形意思対応型(意思外形対応型) ~外形**自己**作出型 ○

真の権利者が自ら第三者の信賴の対象となる**外観**を作出した事例

メモ:第三者の保護要件は「**善意**」で足りる。

【2】外形意思対応型(意思外形対応型) ~外形**他人**作出型 ○

真の権利者は自ら外観を作出していないが、**他人が作出した外観**の存在を知りながら、**明示又は黙示に承認**してあえて放置した事例

メモ:第三者の保護要件は「**善意**」で足りる。

【3】外形意思**非**対応型 ○

例えば、真の権利者はその所有する不動産につき虚偽の仮登記の外観作出に関与したが外観の名義人が勝手に本登記に変えて第三者に売却した場合など、真の権利者は一定の範囲の外観の作出に意思関与をしたが、その範囲を超える外観が他人により作出された事例

メモ:判例は、第三者が信賴した外観に対応した本人の意思が存在しないケースでは、権限逸脱行為が介在した場合に類似することを理由に**94条2項**に加えて**110条**を**類推適用**して、「**善意**」かつ「**無過失**」を第三者の保護要件として要求していると説明する見解がある。

【4】外形与因型(平成18年判決による新たに加わった類型) ○

真の権利者は外観の存在を認識していないが、自ら外観を作出したり他人が作出した外観を明示又は黙示に承認しあえて放置したりしたのと**同視**できる程度の**著しい不注意**な行為が認められる事例

メモ:上記【3】の「メモ」と同様の理由で、**94条2項**と**110条**を**類推適用**して、「**善意**」かつ「**無過失**」を第三者の保護要件として要求していると説明する見解がある。

・司法論文R4 設問1(1) (出題の趣旨・抜粋)

民法第94条第2項が類推適用される要件である本人の帰責性が認められる場合としては、本人自らが虚偽の外観を作出したとき(外形意思対応=外形自己作出型)や、虚偽の外観の作出が他人によるものであっても、本人がその存在を知りつつその存続を明示又は黙示に承認していたとき(外形意思対応=外形他人作出型)が挙げられる。

・司法論文R4 設問1(1) (出題の趣旨・抜粋)

本人が作出した虚偽の外観に他人の行為が加わって更なる虚偽の外観が作出されたが、本人がそれを知らなかった場合(外形意思非対応型)や、本人が他人を信用して交付した書類が濫用されて虚偽の外観が作出されるなど、本人が虚偽の外観作出の原因を与えていた場合(外形与因型)には、判例は、法第94条第2項と第110条の「法意」又は「趣旨の類推」により、善意無過失の第三者を保護するものとしている(最判昭和43年10月17日、最判平成15年6月13日、最判平成18年2月23日)。

イ 事案類型ごとの94条2項の類推適用の要件

→この項目では、判例を踏まえて事案類型ごとに94条2項の類推適用の要件を明らかにしていく。

(ア) 外形意思対応型（意思外形対応型） ～外形自己作出型

→Aが強制執行逃れのためにBに無断でA所有の甲土地の所有権移転登記をAからBに経由したところ、BがこれをいいことにB名義の登記を信頼したCに甲土地を売却した場合がこの類型の典型例となる。○

- ・上記(ア)の事案類型と通謀虚偽表示に代替する本人の帰責性

未登記の建物の所有者甲が、乙にその所有権を移転する意思がないのに、乙の承諾を得て、その建物について乙名義の所有権保存登記をしたという事案（所有者甲から乙への所有権移転の原因となる売買につき通謀による虚偽の意思表示がない事案）で、判例は、この場合、他人と通謀して甲から乙に所有権を移転したかのような虚偽偽装の行為（例：甲乙間の売買や贈与）をし、これに基づいて虚偽偽装の所有権移転登記を経由した場合と何ら異ならないとして94条2項を類推適用（類推適用に必要な本人の帰責性を肯定）し、甲は、乙が建物の所有権を取得しなかったことをもって、乙から建物を譲り受けた善意の第三者に対抗することができないとしている（最判昭45.7.24）。

・最判昭45.7.24

判旨：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、民法九四条二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って、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〔比＝たびたび〕の判例によって判示されて来たところである。（昭和二九年八月二〇日第二小法廷判決、昭和三七年九月一四日第二小法廷判決、昭和四一年三月一八日第二小法廷判決参照）が、右登記〔注：新の権利者から他人への所有権移転登記〕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。ただし、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。

注：本件（最判昭和45年7月24日）の事案は、甲が甲所有の建物につき乙名義の虚偽の登記を作出するに当たり、乙の承諾を得ていることから、甲が乙と通謀して虚偽表示をしたものとして、94条2項が直接適用されうる旨の勘違いするおそれのある事案である。

この点を補足説明する。外観作出につき相手方と通じていれば何でも94条2項が直接適用される事案となるわけではない。94条2項が直接適用されるのは、例えば、甲と乙が通謀して、甲所有の土地を売買などにより甲から乙に所有権移転をする旨の虚偽の意思表示（例：甲が建物を乙に売る旨の売買の意思表示や甲が乙に建物を贈与する旨の贈与の意思表示＝丙の信託の対象）があった事案についてである。こうした通謀虚偽表示は、94条2項の適用の前提となる94条1項の通謀虚偽表示を意味する。ちなみに、ここで94条2項が直接適用されるには、例えば、未登記の建物の所有権保存登記を一度甲名義で行ってから、甲と乙が通謀して、甲から乙に虚偽の売買や贈与など虚偽の意思表示をする必要がある。

本件（最判昭和45年7月24日）の事実関係から、甲の発案に対する乙の承諾があるため甲乙間の通謀は認められるものの、甲が上記のように94条2項が予定している内容の虚偽の意思表示をしたとはいえないため、本件は、94条2項が直接適用される事案ではない。

なお、仮に、もともと登記が甲の名義となっている建物につき、甲が、乙の承諾を得て、所有権移転の意思がないのに、売買を仮装して、売買を原因とする所有権移転登記を乙に具備させたとしたら、甲乙間で通謀の上で甲が乙に建物を売るとの94条が想定する虚偽の意思表示をしたものと評価して同項が直接適用しうる事案になる。

(イ) 外形意思対応型（意思外形対応型） ～外形他人作出型

・上記(イ)の事案類型と通謀虚偽表示に代替する本人の帰責性 ○

判例は、不動産の所有者甲は、自己が知らない間に甲から乙に対する不実の所有権移転登記の経由されたことを知りながら、登記費用の都合や、後に乙と結婚して同居するようになったこともあって、抹消登記手続を4年余にわたって見送り、その間に甲において他から金融を受けた際にもその債務を担保するため乙所有名義のままその不動産に対する根抵当権設定登記が経由されたような事情（本人の帰責性）があることに着目し、甲から乙への所有権移転登記は、実体関係に符合しない不実の登記であるとはいえ、所有者たる甲の承認のもとに存続していたといえるとして、94条2項を類推適用し、甲は、不動産の所有権が乙に移転していないことをもって、その後これを乙から買受けた善意の第三者丙に対抗できないとした（最判昭45.9.22）。

メモ：外観を作出したのが真の権利者ではなく他人である事例（外形他人作出型）で、外観をあえて放置したものと、94条2項の類推適用上、真の権利者の帰責性が肯定されるには、真の権利者が他人の作出した外観を単に放置していたというだけでは足りず、明示又は黙示の承認など、虚偽の外観を積極的に承認したといえる程度の関与が必要となると解されている。こうした関与があつてはじめて、表意者自ら通謀虚偽表示をしたと同程度の帰責性があると評価できるからである。○

・最判昭45.9.22

判旨：およそ、不動産の所有者が、真実その所有権を移転する意思がないのに、他人と通謀してその者に対する虚構の所有権移転登記を経由したときは、右所有者は、民法九四条二項により、登記名義人に右不動産の所有権を移転していないことをもって善意の第三者に対抗することをえないが、不実の所有権移転登記の経由が所有者の不知の間に他人の専断によってされた場合でも、所有者が右不実の登記のされていることを知りながら、これを存続せしめることを明示または黙示に承認していたときは、右94条2項を類推適用し、所有者は、前記の場合と同じく、その後当該不動産について法律上利害関係を有するに至った善意の第三者に対して、登記名義人が所有権を取得していないことをもって対抗することをえないものと解するのが相当である。けだし、不実の登記が真実の所有者の承認のもとに存続せしめられている以上、右承認が登記経由の事前に与えられたか事後に与えられたかによって、登記による所有権帰属の外形に信頼した第三者の保護に差等を設けるべき理由はないからである（最高裁昭和四五年四月一六日第一小法廷判決参照）。

- ・ 未登記建物の所有者は、その建物が固定資産課税台帳上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ていた場合には、民法94条2項の類推適用により、右名義人が所有権を有しないことを善意の第三者に対抗することができないとした判例がある（最判昭48.6.28）。この判例も、「外形意思対応型（意思外形対応型）～外形他人作出型」の事案類型のものである。

- ・ **最判昭48.6.28**

判旨：未登記建物の所有者が旧家屋台帳法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ていた場合には、民法94条2項の類推適用により、所有者は、右台帳上の名義人から権利の設定を受けた善意の第三者に対し、右名義人が所有権を有しないことをもって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（最高裁昭和四五年四月一六日第一小法廷判決・民集二四巻四号二六六頁）。そして固定資産課税台帳は、本来課税のために作成されるものではあるが、未登記建物についての同台帳上の所有名義は、建物の所有権帰属の外形を表示するものとなっているのであるから、この外形を信頼した善意の第三者は右と同様の法理によって保護されるべきものと解するのが相当である。

- ・ 以下の最高裁昭和62年1月20日判決も、「外形意思対応型（意思外形対応型）～外形他人作出型」の事案類型のものである。本判決は、民法94条2項類推適用がされる場合の善意無過失の主張立証責任を判示したものである。本判決は、滞納処分として差押えをした行政庁が民法94条2項の第三者に該当することも認めている。

- ・ **最判昭62.1.20**

判旨：不動産の所有者が、その不知の間に不実の所有権移転登記の経由されたことを知りながら、その存続を明示又は黙示に承認していた場合には、民法94条2項が類推適用されると解すべきであり、この場合に第三者が、同項の保護を受けるためには、自己が善意であったことを主張立証するをもって足り、その善意について無過失であることを主張立証するを要しないと解するのが相当である（最高裁昭和四五年四月一六日第一小法廷判決、同昭和四五年九月二二日第三小法廷判決、同昭和四二年一月一九日第一小法廷判決参照）。

そして、右にいう**第三者**とは、虚偽表示の当事者又はその一般承継人以外の者であって、その表示の目的につき法律上利害関係を有するに至った者をいい、不実の登記に係る名義人に対する滞納処分として右登記に係る不動産について差押をした行政庁及び当該公売に係る買受人は右にいう第三者に当たると解するのが相当である（最高裁昭和四五年七月二四日第二小法廷判決、同昭和三年四月二四日第三小法廷判決、同昭和四四年一月一四日第二小法廷判決参照）。

(ウ) 外形意思非対応型

→ここでは、第三者の保護要件として「善意かつ無過失」が要求される**事案**を紹介する。
真の権利者の帰責性により外観が作出されているが、真の権利者がその外観の内容を理解（認識）していない事案で「意思外形非対応型」の事例といわれる。○

メモ：この類型は、真の権利者は、第三者が信頼した第2外観（例：本登記）を自ら作出したり他人が作出したのを知りながら明示又は黙示に承認したりして意思的関与をしていたわけではないが、第2外観の作出の原因となった第1外観（例：仮登記）の作出につき意思的関与をした事案として整理することができる。

・上記(ウ)の事案類型と通謀虚偽表示に代替する本人の帰責性と第三者の保護要件 ○

～本人の関与で直接作出された外観よりも大きな外観が作出されたケース
真の権利者が不動産の売買予約をしていないのに通謀虚偽表示によりその予約を仮装して所有権移転登記請求権保全の仮登記をして虚偽の外観作出にかかわったが、後で虚偽表示の相手方が真の権利者に無断で所有権移転の本登記に改めて、その不動産を第三者に売却した場合、本人は虚偽の仮登記の外観を作出しただけであり、虚偽の本登記という大きな外観を作出したわけではない。このような場合、作出された外観の大きさに対して本人の帰責性が小さいので、それとの均衡を図るために第三者の保護要件を加重して、94条2項、110条の法意に照らして（94条2項に加えて110条も類推して）、第三者の保護要件として善意だけでなく無過失も要求される。

上記の同旨の判例がある（**最判昭43.10.17**）。

注：仮登記とは、将来行われるかもしれない登記（本登記）の順位を確保しておくためになされる仮の登記である（不動産登記法105条）。

A ----- B → C

・**最判昭43.10.17**

判旨：不動産について売買の予約がされていないにもかかわらず、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っ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。ただし、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、民法九四条二項、同法一一〇条の法意に照らし、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。

注：判例は、「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」とする（最判昭43.10.17）。これは、真の権利者が関与した外観たる仮登記に照応する権利が実際には存在しないところの第三者保護は94条2項で捉え、それを超える外観保護のところを、権限外の行為の表見代理の趣旨を参考にして110条を持ち出す理論操作をしていると分析する見解がある。○ プレ-7、H27-4

上記を補足する。94条2項の直接適用が想定するCの信頼の対象は、AからBに所有権を移転する旨の虚偽表示なのであるが、本件ではこのような虚偽表示がないので同項を直接適用できる場面ではない。しかし、Aが関与した虚偽の仮登記をきっかけにB名義の本登記という外観が作出されたことから、同項を類推適用できるだけのAの帰責性を肯定しうる。その上で、本件では、Cが信頼した外観につきAが認識していないことを考慮し、利益衡量上、Cの保護要件を加重し、Cに無過失を要求するのが妥当である。そのための理論構成として、94条2項と同じ権利外観法理のあらわれである110条の無過失要件を流用するため、「94条2項、110条の法意」というものを指摘したものとみられる。

ここでは、顕名がされたわけではないので、代理の事案とは異なるが、94条2項類推適用の意思外形非対応型の事案は、本人の意思の範囲を超える外観の作出につき本人の責任が問われるべき事案だという点では、110条の適用場面と類似するところがあるとみえる。

(エ) 外形与因型

- ・上記(エ)の事案類型と通謀虚偽表示に代替する本人の帰責性と第三者の保護要件 ○

～本人が外観の存在を認識していないが本人に著しい不注意があるケース
従来の判例では、外形意思対応型でも外形意思非対応型でも、程度に違いがあるものの、外観の作出又は存続について真の権利者に何らかの意思的関与がある場合に真の権利者の帰責性を認めて、94条2項（及び110条）の類推適用を肯定してきた。もともと、ここで紹介する判例は、真の権利者が外観の作出や存続に意思的関与をしていないケースで94条2項（及び110条）の類推適用が認めたもので、**従来の判例に新たな類型を追加**する意義を有する。

事案の概要：本件は、X所有の土地について、Xが全く認識しないままにAによりXからAへの所有権移転登記が経由され、その登記を信頼した善意無過失の第三者Yが保護されたものである。

最高裁は、概ね次のとおり判示した。不動産の所有者であるXから当該不動産の賃貸に係る事務や他の土地の所有権移転登記手続を任せられていたAが、Xから交付を受けた当該不動産の登記済証、印鑑登録証明書等を利用して当該不動産につきAへの不実の所有権移転登記を了した場合において、Xが、合理的な理由なく上記登記済証を数か月間にわたってAに預けたままにし、Aの言うままに上記印鑑登録証明書を交付した上、AがXの面前で登記申請書にXの実印を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なく漫然とこれを見ていたなど判示の**事情**の下では、Aが本件不動産の登記済証、Xの印鑑登録証明書及びX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Xの**余りにも不注意な行為**によるものであり、Xには、**不実の所有権移転登記がされたことについて自らこれ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**重い帰責性**があり、Xは、**民法94条2項、110条の類推適用**により、Aから当該不動産を買受けた**善意無過失**のYに対し、Aが当該不動産の所有権を取得していないことを主張することができない（**最判平 18. 2. 23**）。 H27-4

X ----- A → Y

メモ：本件における真の権利者Xの帰責性を基礎付ける根拠は、虚偽の外観を自ら作出したり他人が作出した外観を知りながら明示又は黙示に承認してあえて放置したりしたのと**同視**できる程度の「**余りにも不注意な行為**」をしたといえる点に求められる。○

メモ：本判決は、94条2項に加えて110条をも類推適用するという理論構成を示して、第三者の保護要件を善意かつ無過失にまで加重した。その理由は、第三者が信頼した外観が権利者の意思に対応していない点で、権限逸脱行為が介在した場合に利益状況が類似しているからだと分析する見解がある。○

メモ：平成18年判決は、94条2項（類推適用）が問題となる場面で、善意のみならず無過失の要件を持ち出すために、110条を類推適用する形で、110条を援用している。本件では、代理行為はなされておらず、110条の表見代理による処理がされたわけではないので、この点を勘違いしないようにしておきたい。なお、本判決が、94条2項に加えて110条を「類推適用」して無過失要件を付加しているのに対し、前掲の昭和43年判決は94条2項に加えて110条の「法意に照らし」て無過失要件を付加している。両判決は、言葉の言い回しに違いがあるものの、無過失要件を持ち出すために明文上の根拠を提示した方が望ましいとの基本的な考え方を同じくするものとみられる。○

注：「法意」＝法の趣旨

・R4 司法論文設問1(1) (採点実感・抜粋)

多くの答案が民法第94条第2項の類推適用の可否を問題としていたが、BをAの代理人と捉えた上で、BのCに対する譲渡は無権代理行為であり、表見代理の成否が問題になるとした答案も散見された。BはCに対してBの所有するものとして土地を譲渡しているのであり、Aの代理人としてAの土地を譲渡したわけではないから、これを無権代理行為とするのは誤りである。

・資料 本判決の真の権利者の帰責性についての考え方

本判決の調査官解説に次の指摘がある。すなわち、「本判決は、権利者に虚偽の外観の作出（存在）自体について認識がなく、虚偽の外観の作出に自ら関与したとかその存在を知ってこれを承認したとは認められない場合であっても、虚偽の外観が作出されたことにつき、権利者に自らこれ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うるほど重い帰責性があり、そのため真の権利者が権利を失ってもやむを得ないとの価値判断が妥当する場合には、不動産取引における動的安全と静的安全の調和を図る権利外観法理の趣旨からして、善意無過失の第三者は保護されるべきであるとの判断を示した。

（注6）「（注6）権利者の帰責性が重大であるといっても、権利者の意思に対応した外観が作出されたわけではなく、Aの権限逸脱行為が介在して外観が作出されたものであることから、本判決は、第三者が保護されるためには善意無過失を要するとしたものと考えられる。」との指摘が参考になる。

参考：最高裁平成18年2月23日の最高裁判所の調査官解説 増森珠美 法曹会 305頁

・メモ 平成18年判決の簡単な理解の仕方 ○

真の権利者甲が、相手方乙に実印を渡し、目の前で相手方が不動産の登記申請書に押印しているのにその書類の中身を確認しないまま漫然と見ているなどして、意図せずに外観(甲から乙への所有権移転登記)の作出に関わったという真の権利者の**不注意の程度が非常に大きい事例では、真の権利者が虚偽の外観の作出に関与したことを認識(明示・黙示の承認)していなくても、外観作出につき積極的に関与した場合や、作出された外観を知らずながらあえて放置した場合と同様、本人の帰責性の程度は、94条2項の類推適用を肯定するもの**といえる(本人の帰責性の要件の議論)。

もっとも、外観作出への関与を全く認識していない本人の帰責性の程度は、それを認識している場合のものと比べると大きくない。そこで、本人保護と第三者保護の**均衡**を図るために、94条2項だけでなく、110条も類推して、第三者の保護要件を加重して第三者の善意だけでなく無過失も要求される(第三者の信頼の要件の議論)。

メモ：上記のブロックのうち「**もっとも**」の**手前**においては、本人の帰責性の要件について、本件における**本人の帰責性が94条2項を類推するに値するもの**だということ述べている(本人の**帰責性要件**に関する論点)。これを前提に、次に、「**もっとも**」**以下**において、本件のような事例では、第三者保護要件としての第三者の信頼の内容として、善意だけでは足りず無過失まで要求する(この点、判例は110条類推適用を根拠とする)ということ述べている(第三者の**信頼要件**に関する論点)。

・R4 司法論文設問1(1) (採点実感・抜粋)

優秀に属する答案の例は、Cは無権利者からの譲受人として権利を取得することができないのが原則であること、民法第94条第2項の類推適用が問題になることという問題の基本構造を的確に把握した上で、本来の権利者が虚偽の外観の作出の原因を与えているが意思に基づく関与はしていないケースにおいてどのような要件の下で第三者の信頼が保護されるかを検討し、民法第110条の法意や趣旨の類推適用がされ得ること、第三者の無過失が必要であることなどを論じて、定立した規範に詳細に事案を当てはめたものなどである。

・最判平 18. 2. 23

X -----> A -----> Y

Xは、平成7年3月に日本道路公団に土地を売却した経験があり、それ以来、日本道路公団の職員であったAと個人的に付き合いがあった。Xは、Aに、自己所有の甲不動産の賃貸と、乙不動産の合筆登記に関する代理権を授与していたところ、平成11年9月から同12年2月にかけて、Aから、甲不動産の管理費用の返還に必要と言われたのを安易に信じて甲不動産の登記済証をAに交付し、また、乙不動産の登記に必要と言われて印鑑登録証明書及び実印をAに交付した。Xは、Aが甲不動産の登記申請書にXの実印で押印するのを、意図を確認することなく漫然と見ていた。Aは、甲不動産の登記済証、Xの印鑑登録証明書、登記申請書を用いて、甲不動産につき、XA間の売買を原因とする所有権移転登記を経由した。他の事情として、Xは、甲不動産を売却する意思がないのに、Aから言われるままに、その内容及び使途を確認することなく、XからAに甲不動産を売却する旨の売買契約書に署名押印した。Aは、この売買契約書を、甲不動産を担保に融資を受けるために銀行に提出している。平成12年3月23日、Aは、A名義となっている甲不動産が真実はX所有であることを知らず、かつ知らなかったことに過失がなかったYに対して、甲不動産を売却して、後日、所有権移転登記をYに經由した。以上の事実を経て、Xは、Yに対し、甲不動産の所有権に基づいて乙から丙への所有権移転登記の抹消登記手続を求めた。

最高裁は、判旨の概要は次のとおりである。**前記確定事実によれば、Xは、Aに対し、本件不動産の賃貸に係る事務及び別件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的な理由もないのにAに預けて数か月間にわたってこれを放置し、Aから別件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Aに交付し、本件不動産を売却する意思がないのにAの言うままに本件売買契約書に署名押印するなど、乙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。それにもかかわらず、Xは、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、Aの言うままに実印を渡し、Aが甲の面前でこれを本件不動産の登記申請書に押印したのに、その内容を確認したり使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、**Aが本件不動産の登記済証、Xの印鑑登録証明書及びX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Xの余りにも不注意な行為によるものであり、A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X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〔明示又は黙示の承認〕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、**Yは、A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、**Xは、Aが本件不動産の所有権を取得していないことをY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**（判旨以上）。

- ・参考 94条2項の類推適用が認められる**限界**はどこまでか？

自己が積極的に外観を作出した事例ではなく、他人が外観を作出した事案において94条2項の類推適用が可能な範囲をどこまで広げられるかということを考えてみたい。

この点、真の権利者が、他人の作出した外観を、明示又は黙示に承認してあえて放置した場合は、外観を信賴した第三者との関係で、真の権利者の帰責性は、通謀虚偽表示により外観を作出したのに匹敵するものとして、94条2項の類推適用が肯定されるとするのが従来の考え方であった。もっとも、平成18年最高裁判決においては、真の権利者が外観の存在に気付いておらず、「あえて放置」した場合に当たらないのに94条2項の類推適用（第三者保護要件を加重する点で110条類推適用も含む）が肯定されているため、最高裁は、94条2項の類推適用が肯定される範囲を、従来の考え方よりも**拡張**したものといえる。

平成18年判決（最高裁平成18年2月23日判決）に対しては、(1)軽率な行動に出るAを真正な権利者として保護しなければならない要請は乏しく「**利益考量の感覚**は、理解することができないでもない」し、(2)平成18年判決の**事案と異なり**、仮に、Bが一度登記名義人になるという手順を踏まずに、AがBの代理人として直接AからCに所有権を移転させる法律行為をした場合は、本件でBは他の法律行為をすることについての代理権があったため、これを基本代理権とする110条の表見代理の成立などを理由に、「Cが表見代理のいずれかの類型で保護される余地があることとの**権衡**を考えても、Cを何らかの表見法理の手法で保護しようとすることは、**理解可能**」として、最高裁の考え方に対して**一定の理解を示しつつも、次のとおり、際限のない94条2項の類推適用に省察を求める旨の指摘**が参考になるので紹介する。

すなわち、「虚偽表示と類似する容態であるとみるためには、たとえば売買を原因とする登記に加功したから、売買はされていないものの売買の虚偽表示に準じてみることができる、という関係が認められることを要する」とした上で、真の権利者が、売買あるいは贈与を原因とする所有権移転登記や、抵当権の設定登記など、**いろいろな登記をすることができる可能性のある書類を渡した事実**から、「結果としてされた登記の原因について、遡って、それに準ずる**虚偽の容態**があったという物語にすることは、**やや粗い理論の運び**である。」との指摘である。平成18年判決の事例において、所有権を取得することができないCは、不注意なAに不法行為に基づく損害賠償請求をすることができること等のことを考慮すると、本件に**94条2項を類推適用すべきではなく、「ある場合に94条2項（ないし加えて110条）の類推解釈を働かせると、次は似た場合も、という思考を重ねる際限のない拡張が進んでいくことについて、**省察が要請****」されているとの指摘が非常に参考になる。

参考：民法概論1 民法総則 第2版 山野目章夫 有斐閣 192頁 2022年3月30日

・最判平 15. 6. 13 本人の帰責性が否定された事例

ポイント:ここで紹介する「平成15年判決」の事案と最高裁平成18年2月23日判決(「平成18年判決」)の事案は、真の権利者が、自ら積極的に外観を作出したわけではなく、外観の存在を認識していないという点では類似する。しかし、外観の作出につき本人の帰責性を肯定しうるだけの不注意が本人にあるといえるか否かという点については、平成18年判決の事案ではこれが肯定され、平成15年判決ではこれが否定されたと理解することができる。

事案:事案を単純化すると次のとおりである。真の権利者Xは、不動産業者Z(代表者A)に対し、Xが所有する土地建物を8200万円で売ったが、XからZへの所有権移転登記はZの代金支払と同時にすることとされていた。ところが、Zの代表者Aは、Xに対し、本件土地の地目を田から宅地に変更したり近隣者の承諾を得たりするために委任状が必要であると説明して、Xに委任事項欄が白紙の白紙委任状2通を交付させた。また、Aは、Xに対し、測量など所有権移転の事前準備に必要なので登記済証(土地の権利書)を預かりたいと言葉巧みに申し向けて、登記済証を交付させたり、道路の範囲の明示必要であると説明して、更に白紙委任状や印鑑登録証明書Xに交付させたりした。XやXの妻は、白紙委任状や登記済証を事前に交付したことを不安に思ってAに何度も問い合わせをしたが、AはXに言葉巧みに説明して、代金支払前に登記の移転はしないと信じ込ませた。Xは、Aの言葉を信じていたため、登記済証を預けたことに関してAから交付を受けた預り証に「事前に所有権移転しますので、本日、土地、建物の権利証を預かります」と記載されていたことや、XがAにXが使用した白紙委任状の写しの交付を求めて交付されたその写しに「事前に所有権移転してもらってけっこうです」「上記物件の土地、建物の売買に関して一切の権限を委任します」との記載が加筆されていることに気付いたが、Aから、売買代金の決済と同時にXからZに登記を移転すると言われていたことを信じていたので、Aを追及しなかった。ところが、Aは、Xに代金を支払う前に、本件不動産のXからZに登記を移転して、善意無過失のYに売って登記をYに移転した。Xは、Yに、所有権移転登記の抹消を求めて出訴した。訴訟では、Xは、XからZに所有権移転登記が経由されるという虚偽の外観それ自体を認識していなかったが、XがAに対して不動産の所有権移転登記手続を可能とする重要書類(白紙委任状、登記済証、印鑑登録証明等)を交付した行為等の事情からXに帰責性が認められるかが争われた。

1審はXの請求を認容した。一方、**原審**は、Xが登記に必要な重要書類を交付したことや、Xは預り証の記載を見て事前に登記が移転される危険性があることを予測してAを問いただすことができたのにそれをしなかったことなどからXの帰責性を肯定して、Xの請求を棄却した。

最高裁は、白紙委任状等を交付したXが不安になってAに度重なる問い合わせしたのに、Aが言葉巧みな説明をして言い逃れをしていたなどの本件の事実関係を踏まえて、概ね次のとおり判示して、Xの帰責性を否定し、本件を原審に差し戻した。

判決の要旨：不動産の売買等を業とする会社が、地目変更等のためと偽って不動産の所有者から交付を受けた登記済証、白紙委任状、印鑑登録証明書等を利用して、当該不動産につき同社への不実の所有権移転登記を了したが、当該所有者が、虚偽の権利の帰属を示すような外観の作出につき何ら積極的な関与をしておらず、上記の不実の登記の存在を知らずながら放置していたとみることもできないなど判示の事情の下においては、民法94条2項、110条の類推適用により当該所有者が善意無過失の第三者に対して同社に当該不動産の所有権が移転していないことを対抗することができないとした原審の判断には、違法がある。

・ R4 司法論文設問1(1) (採点実感・抜粋)

〔注：本問の事案の当てはめについて、〕所有権移転登記それ自体にAが意思に基づく関与をしたわけではないこと、売買契約書はBによって偽造されていること、Bによって作出された虚偽の外観をAが是正する契機も見いだせないことなどの事情を踏まえて判断する必要があるが、事案について詳細に検討した答案は少数であった。

最判平成15年6月13日判時1831号99頁、最判平成18年2月23日民集60巻2号546頁などの事案と比較しても、Aに帰責性があつたと容易には認められない事案であると考えられるが、Bに求められるままに登記に必要な書類を交付したことをもって簡単に帰責性を認めている事案が非常に多かった。

ウ 94条2項類推適用の論証例

〔論証例〕 94条2項類推適用 オリジナル論証例 ●

真の権利者の関与により作出された虚偽の外観が存在し、外観を信頼して取引関係に入った第三者がいても、真の権利者が、相手方と通謀して虚偽の意思表示をしていなければ、94条2項を直接適用して第三者の保護を図ることができない。そこで、外観を信頼した第三者の取引の安全を図るために、妥当な理論構成を考察する必要がある。94条2項の趣旨は、本人の帰責性がある行為により作出された虚偽の外観を信頼した第三者の取引の安全を図るところにある。この趣旨から、通謀による虚偽表示がなくても、①虚偽の外観が存在し、②外観作出につき真の権利者に帰責性があり、③その外観を信頼して取引関係に入った第三者がいるときは、94条2項を類推適用して第三者を保護すべきものと考える。

メモ：上記論証は94条2項類推適用の法規範の大枠である。論文試験の事案を処理するときは、必要に応じて、上記論証に続けて、「要件②の真の権利者の帰責性は、自ら積極的に外観作出に関与した場合や、外観の存在を知りながら明示又は黙示に承認するなどしてあえて放置したといえる場合に認められる。」「また、本人の不注意の程度が著しく、これらの場合と同視できる程度の帰責性が認められる場合にも本人の帰責性を肯定できると考える。」などと事案の処理に必要な限度で要件を具体化した上で、あてはめをする。要件③も同様である（書き方はこの下に掲載した要件③を参照）。○

・要件② 「真の権利者の帰責性」の意義 ●

(1)真の権利者が自ら積極的に外観を作出した場合や（外形自己作出型）、(2)他人が外観を作出したときでも、外観の存在を知りながら、明示又は黙示に承認してあえて放置した場合は（外形他人作出型）、94条2項を類推適用できるだけの真の権利者の帰責性が肯定される。

また、(3)第三者が信頼した外観を直接作出していないが、その外観作出の原因となる別の外観作出に意思的関与をした場合や（外形意思非対応型）(4)、外観作出の認識はないが前記(1)(2)と同視できる程度の著しい不注意がある場合も（外形与因型）、帰責性が肯定される。なお、(3)と(4)は後述のとおり第三者の保護要件が加重される。

メモ：真の権利者の帰責性というのは、第三者の保護との関係で真の権利者の権利喪失を正当化するための要件といえるので、真の権利者による明示又は黙示の承認などの意思的関与がない場合でも、権利喪失に値するだけの著しい不注意があるときは帰責性が肯定される（最高裁判平成18年2月23日判決を参照）。○

・要件③ 外観に対する「第三者の信頼」の意義 ●

第三者保護要件として要求される要件③の第三者の信頼は、通謀虚偽表示による外観作出に本人の帰責性があることとの利益衡量上、94条2項に明示された要件を加重すべきではないため、通常は、条文の文言どおり「善意」で足りる。

ただし、他人の行為により本人の意図する以上の外観が作出された場合や、そもそも本人が外観の存在を認識していない場合など、第三者が信頼した外観の内容を本人が認識していないときは、本人の帰責性が相対的に小さくなるため、本人と第三者との利益衡量上、第三者の保護要件を加重するのが妥当である。このようなときは、権限逸脱行為が介在した場合に利益状況が類似することから94条2項に加えて110条も類推適用し、第三者保護要件として、善意かつ無過失を要求すべきと考える。

メモ：第三者が信頼した外観を真の権利者が認識していない意思外形非対応型、外形与因型の事例では、94条2項に加えて110条も類推適用して第三者の保護要件として善意かつ無過失を要求する。○

メモ：上記において、94条2項に加えて、「110条」も類推適用しているのは、当該事案が110条の表見代理の事案であるからではない。例えば、真の権利者AがBの作出した外観を信頼したCに対して94条2項と110条の類推適用により責任を負う場面では、Bは、Aの代理人としてCに売買などの意思表示をしたのではなく、Bが自ら本人としてCに売買などの意思表示をしているため、表見代理を含めて代理行為が行われた事案とは違う。ここでは、Cが信頼した外観として、BがAの認識しない外観を作出したことが、110条の権限逸脱行為に似ているという理由で、「110条」が類推適用されている。なお、ここで「110条を類推適用して」と表記したときと、「110条の法意に照らして」(=110条の趣旨に照らして)と表記した場合とで、意味が異なるわけではない。どちらでも意味は同じである。○

・R4 司法論文設問1(1) (採点実感・抜粋)

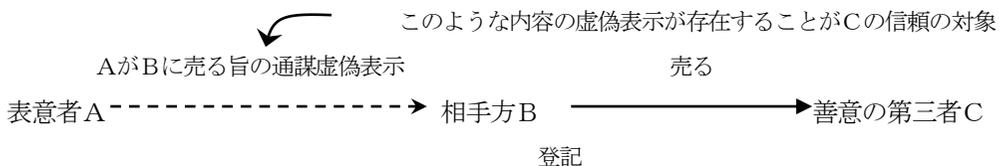
判例は、虚偽の外形の作出に関与した権利者の帰責性の程度に応じて、いわゆる外形意思非対応型、外形与因型については民法第110条の法意又は趣旨の類推適用による保護を図っている。しかし、いわゆる外形意思対応型と本問のような外形与因型との区別に言及した上で、真の権利者の意思的関与なしに作出されていることが本問でのポイントとなることを指摘できていない答案が多く、判例法理について触れる答案もごく少数であった。また、同条の法意又は趣旨の類推適用をする根拠について、本問においてはAの帰責性が小さいことから、AとCの利益の調整を図る観点から、Cが保護されるための要件として無過失が必要であるという点を挙げるにとどまるものがほとんどであり、それ以上に詳細な理由を挙げるものはほとんどなかった。

*おまけ

94条2項の**直接適用**の事例と**類推適用**の事例を**区別**するには、直接適用の事例における第三者の信頼の対象となる虚偽の外観の内容をしっかりと理解しておくことが必要となる。

- 94条2項の**直接適用**の**事例**における第三者の信頼の対象となる虚偽の外観の内容
直接適用の事例では、下図でいえば、実際にはAはBに物を売る意思がないのにAがBと通謀してAがBに物を売る旨の虚偽の意思表示をしたことが、虚偽の外観となり、これがCの信頼(善意)の対象となる。Cとしては、Bが、物の所有権を有するAから売買により所有権を取得しているのだから、CがBからその物を買えば所有権をきちんと承継取得できると信頼してBと取引をしているわけで、こうしたCの信頼を保護するための理論構成が、94条1項を前提とする94条2項なのである。つまり、これが94条2項が想定する典型事例といえる。

なお、直接適用の事例では、登記の有無は94条2項の適用上の直接の要件にはならない。この点にひっかかる人は、94条1項と2項の条文をよく見て欲しい。条文上に「登記」という言葉は一言たりとも掲載されていない。なお、AB間の売買を原因とする現在B名義のAからBへの所有権移転登記が存在する事実、AとBが通謀してAがAからBに目的物を売るという虚偽の意思表示をした事実(主要事実)を推認するのに役立つ事実(間接事実)として意味がある。AとBが通謀してAが虚偽の意思表示をしたとの事実は、94条2項を適用する前提となる94条1項の要件である。



- なお、94条2項の**類推適用**の**事例**は様々なケースがありうる。直接適用の事例には当たらないけれど、94条2項類推適用の要件(①Bが所有者であるとの虚偽の外観、②Aの帰責性、③Cの信頼)が妥当するときは、類推適用の事例になる。類推適用の事例だと、①Bが所有者であるとの虚偽の外観という要件の具体的内容として、B名義の登記の存在を認定するのが通常である。このとき、B名義の登記の内容は、事例によって様々なものがありうる。例えば、A所有の未登記の建物について、Aの関与の下でなされたB名義の所有権保存登記や、R2予備論文の法律実務基礎科目(民事)の〔設問1〕のように、真の権利者(R2の問題文中の「X」)の関与の下でなされた真の権利者以外の者(R2の問題文中の「A」)からBになされた所有権移転登記は、類推適用の要件の1つとなる①虚偽の外観の内容(=第三者の信頼の対象)となる。ちなみに、R2予備論文の事案で、仮に、AからXに所有権移転登記がなされ、真の権利者XからBに所有権移転登記がされたとしたら、真の権利者XからBへの所有権移転の虚偽の意思表示(通謀虚偽表示)が存在することを推認させるものとして直接適用の事案になりうる。

*おまけ ～94条2項の直接適用の事案と類推適用の事案の見極め

令和2年度の予備試験の論文試験の法律実務基礎科目（民事）の【設問1】では、所有者Aから不動産を買って所有権を取得した真の権利者Xが、AやXの兄弟Bと話し合いをして、AからBに実体と異なる所有権移転登記を経由〔虚偽の外観を作出〕したところ、YがB名義の登記を信託してBから抵当権の設定を受けたという事案で、真の権利者Xと外観を信託した第三者Yの利益調整をするための理論構成を理解していることを前提に、要件事実を問う出題がされた。本問の第三者Yの保護の対象となる虚偽の意思表示は、真の権利者XからBへの所有権移転を内容とするものではないため、Yの保護は、94条2項の直接適用ではなく、類推適用により構成する。なお、この問題の解説は、予備試験の受験生に向けて、「矢島の法律実務基礎科目」のテキストに掲載している。民法の基本を理解していれば十分解答できる問題である。

メモ：本問でYの信託した外観 → AからBへの所有権移転登記

メモ：仮に、Yが信託した外観が、通謀虚偽表示による「X→A→B」又は「X→B」の所有権移転の意思表示というように、真の権利者Xを起点とするものなら、94Ⅱの直接適用の可能性があった。



【設問1】 弁護士Pは、Xから次のような相談を受けた。以下は【Xの相談内容】〔抜粋〕

私(X)は〔中略〕甲土地の所有者であるAが甲土地を売りに出していることを知り、立地も良かったことから、甲土地を買うことにしました。

私は、令和2年5月1日、Aから、売買代金500万円、売買代金の支払時期及び所有権移転登記の時期をいずれも同月20日とし、代金の完済時に所有権が移転するとの約定で甲土地を買い受け、同月20日に売買代金を支払いました。なお、所有権移転登記については、甲土地の付近に居住し、料亭を営む私の兄のBを名義人とした方が都合がよいと考え、AやBと相談の上、B名義で所有権移転登記を経由することになりました。ところが、〔中略〕登記原因を令和2年8月1日金銭消費貸借同日設定、債権額を600万円、債務者をB、抵当権者をYとする別紙登記目録(略)記載の抵当権設定登記（以下「本件抵当権設定登記」という。）がされていることが判明しました。

私は、慌ててBに確認したところ、Bは、経営する料亭の資金繰りが悪化したことから、令和2年8月1日、友人のYから、返済期限を同年12月1日、無利息で、600万円の融資を受けるとともに、甲土地に抵当権を設定したが、返済が滞っているとのことでした。

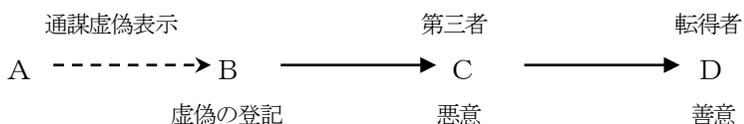
以上のとおり、甲土地の所有者は私であり、本件抵当権設定登記は所有者である私に無断でされた無効なものですので、Yに対し、本件抵当権設定登記の抹消登記手続を求めたいと考えています。

(4) 第三者が悪意であった場合の善意の転得者の保護

→例えば、Aが、Bとの間で通謀虚偽表示によりA所有の甲土地をBに売る旨の意思表示をした後に、Aの意思表示が通謀虚偽表示であることを知っている第三者Cから甲土地を買った転得者Dが、転得時に、Aの意思表示が通謀虚偽表示であることを知らず善意である場合など、94条2項で保護されない**悪意の第三者**から**善意**で目的物を転得した**転得者の保護**をどのように解すべきかが**問題**となる。

この点、第三者が悪意で転得者が善意の場合でも、最初に通謀虚偽表示という真の権利者の帰責性のある行為により虚偽の外観が作出されていること、そして、真の権利者は、自ら作出した虚偽の外観の存在を前提にして第三者のみならず転得者が登場するまでに外観を除去する機会があったはずなのに外観を除去しなかったことを考慮すると、真の権利者の利益は、利益衡量上、その外観を信頼した転得者の利益に劣後する。

以上を踏まえると、真の権利者が作出した外観に起因して作出された外観（悪意の第三者が権利者であるかのような外観）を信頼した善意の転得者の取引の安全を保護する必要性は、善意の第三者を保護する必要性がある場合と変わらない。したがって、悪意の第三者から目的物を譲り受けた善意の転得者は**94条2項**により**保護**されるとの見解がある。判例も同じ結論の立場に立つ（**最判昭45.7.24**）。● R5-5



・最判昭45.7.24

〔判旨〕

民法94条2項にいう第三者とは、虚偽の意思表示の当事者またはその一般承継人以外の者であって、その表示の目的につき法律上利害関係を有するに至った者をいい（最高裁昭和同四二年六月二九日第一小法廷判決、裁判集民事八七号一三九七頁参照）、虚偽表示の相手方との間で右表示の目的につき直接取引関係に立った者のみならず、その者からの**転得者**もまた**右条項にいう第三者にあたる**ものと解するのが相当である。そして、同条項を類推適用する場合においても、これと解釈を異にすべき理由はない。

★ショート問題（論文初学者向け） ～虚偽表示

次の事例を読んで設問に答えなさい。（解答の目安となる時間：25分）

・事例

Aは、甲土地を所有している。成年者であるAの息子Bは、甲土地は将来、自分が相続することになるはずなので、今のうちから自分のものにしておいてもかまわないだろうと考え、甲土地の所有権移転登記に必要な書類を偽造して、Aに無断で、AからBへの贈与を原因として、甲土地の所有権移転登記をAからBに移転した。

後日、そのことを知ったAは、Bに対して、甲土地の登記名義をAに戻すように命じたが、Bは登記に必要な資金がなかったため登記名義を戻すことができなかった。Aは、Bに対して、資金ができれば直ちに登記名義をAに戻すよう述べたものの、Bが登記費用を捻出するまで、甲土地の登記名義はB名義のままにしておくことを黙認することにした。

その後、Bは、遊ぶ金欲しさに、甲土地の登記がBの名義のままであることをいいことに、Cに、甲土地を代金2000万円ですべて、所有権移転登記をCに移転した。Cは、売買の際、登記事項証明書を見て甲土地が2週間前にAからBに贈与されたものであることが分かったので、Bに対し、AがBに甲土地を贈与した理由やBが2週間という短期間で甲土地を手放そうとしている理由を尋ねたところ、Bがきちんと理由を説明できず、曖昧な態度をとっていた。Cは、Bのこのような態度があったものの、BがAに無断で甲土地の登記名義をBに移転したとまでは思わず、甲土地の所有権は登記どおり贈与を原因としてAからBに移転したと考えた。

なお、Bの態度を踏まえると、甲土地の登記名義がAに無断でBに移転されたことを知らなかったことにつき、Cに確認義務（注意義務）が生じるというべきで、その義務違反を理由とする過失が認められるものとする。

[設問]

Aは、Cに対して、甲土地の所有権を主張することができるか。

メモ：問題文に関する補足説明

本問では、初学者向けに問題を簡単にするために、登記請求権に関する論述をしないで済むような設問の形式にした。事案を現実的に処理するなら、Aは、自己に甲土地の所有権がある理由に、所有権に基づく妨害排除請求権としての、BC間の所有権移転登記の抹消登記請求と、AB間の所有権移転登記の抹消登記請求の2つの請求をするか、これら2つの請求に代えて、所有権に基づく妨害排除請求権としての真正な登記名義の回復請求権を根拠とするCからAへの所有権移転登記請求をすることとなる。これらAの登記請求が認められるためには、Aに甲土地の所有権があることが必須の要件となるため、事例処理に必要な中心論点は、Aに甲土地の所有権が帰属するか否かという点になる。以上の登記請求権に関する知識は、物権総論の分野で学習するので、現時点では気にしないでよい。

今回の〔設問〕では、登記請求権に関する検討を求めておらず、単純に、AがCに甲土地の所有権を主張することができるか否かという問いに答えることを求めている。

〔答案構成〕

- 1 無権利者Bから甲土地を買ったCは所有権の承継取得は不可
- 2 AB間で通謀して虚偽の意思表示をしていないので94条2項の直接適用も不可
94条2項の趣旨から、①②③の要件を充足すれば類推適用により保護
 - ・要件②は、真の権利者が自ら積極的に外観作出に関与した場合だけでなく、外観の存在を知らながら明示又は黙示に承認して外観を**あえて放置**した場合も含む。
メモ：本問の事案の処理に必要な限度で、②本人の帰責性の要件を具体化する。本問の事案は、Cが信頼したが外観をBが作出したもので、Aが自ら積極的に外観を作出したわけではないので、**外観他人作出型**の事案になる。
 - ・要件③は、「善意」で足りる。
メモ：本問の事案は、Cが信頼した外観の内容を、Aが認識しているため、判例法理によると、第三者の保護要件として無過失までは要求されない。
- 3 あてはめ
 - ①虚偽の外観あり、②Aに帰責性あり、③Cには過失はあるものの善意
 - Cは94条2項類推により保護され甲土地の所有権を取得。Aの主張は認められない。

[考え方の一例]

1 甲土地の所有権はもともとAに帰属しており、無権利者Bから甲土地を買ったCはその所有権を承継取得することはできない。もっとも、Cは、登記事項証明書を見て甲土地の所有権がAからBに移転していると思って、Bから甲土地を買っているため、Cの取引の安全に配慮した上で、AとCの利益調整をする法律構成を以下検討する。

2 この点、**AはBと通謀して甲土地をBに贈与する旨の虚偽の意思表示をしたわけではないため、94条2項を直接適用してCの保護を図ることはできない。**もっとも、94条2項の趣旨は、本人の帰責性ある行為により作出された虚偽の外観を信頼した第三者の取引の安全を図るところにある。この趣旨から、通謀による虚偽表示がなくても、①虚偽の外観が存在し、②外観作出につき真の権利者に帰責性があり、③その外観を信頼して取引関係に入った第三者がいるときは、94条2項を類推適用して第三者を保護すべきものと考える。

②については、真の権利者が自ら積極的に外観作出した場合だけでなく、他人が作出した外観の存在を知らながら明示又は黙示に承認してあえて放置した場合も、外観を信頼して取引関係に入った第三者を保護する必要性は変わらず、本人の帰責性の程度は、自ら積極的に外観を作出したのと同視できると考えられる。

③については、第三者が信頼した外観の具体的内容を真の権利者が認識していない場合は、その認識がある場合と比べて真の権利者の落ち度が低いため、第三者の保護要件として善意のみならず無過失まで要求することが考えられる。しかし、そのような事情がない場合は、虚偽表示により第三者が信頼した外観を作出した真の権利者の帰責性の程度は高く、第三者の保護要件として94条2項所定の「善意」要件を加重する必要はない。したがって、「善意」であれば第三者として保護されると考えられる。

3 本問をみると、①CがBから甲土地を買った当時、A所有の甲土地の登記名義人がBとなっていたため虚偽の外観が存在する。

②Aは、Bに登記をAに戻すよう述べて外観の除去を指示したといえるものの、結局、Bが登記費用を捻出するまで、甲土地の登記名義はB名義のままにしておくことを黙認しているため、虚偽の外観を黙示に承諾してあえて放置したといえる。このことから、Aに帰責性が認められる。

③Cは、甲土地の登記事項証明書を見て、甲土地の所有権は贈与を原因としてAからBに移転したと考えていたことからCは善意といえる。問題文によるとCには過失が認められるものの、本問の事案では、Cの保護要件として無過失までは要求されないため、Cに過失があることは結論に影響を及ぼさない。

以上、①②③の要件を充足するため、Cは、94条2項の類推適用により保護される。よって、Aは、Cに対して、甲土地の所有権を主張することができない。

以上

メモ：答案の作成に関する補足説明 ～その1

本問の事例のポイントは、AとCが甲土地の所有権がそれぞれ自己に帰属することを主張している点にある。このような事例を処理する際は、答案の冒頭でいきなりCが94条2項類推適用で保護されるかを検討するのではなく、まず、無権者Bから甲土地を買ったCは、甲土地の所有権を承継取得しないこと、また、AB間で94条1項の通謀虚偽表示が存在しないため、Cは94条2項の直接適用では保護されないことを指摘しておくとうい。これらは原則論であり、この原則を貫くことで生じる不都合を回避するための修正理論が94条2項類推適用ということになる。

メモ：答案の作成に関する補足説明 ～その2

初学者の用の問題として簡単にするために、Cに過失があることを問題文に明示した。答案上でCの過失の有無に言及する場合は、問題文の記載からCに過失があることを端的に指摘すれば足りる。

メモ：答案の作成に関する補足説明 ～その3

本問は、真の権利者Aが、自ら積極的に外観を作出した事案ではなく、他人が作出した外観を放置した事例である。こうした事例に対応できるようにするため、要件②について解釈論を展開している。

メモ：答案の作成に関する補足説明 ～その4

本問は、第三者Cは善意ではあるが過失があることが問題文に示されている。一般論としていえば、問題文の事実を踏まえた答案構成をすると出題者の意図に沿った答案を作成しやすい。そこで、本問の答案を作成する際は、Cに過失がある事実を答案上で言及できるようにするために、第三者の保護要件につき善意のみならず無過失まで要求すべきかについての法解釈論を示して論じるとよい。

メモ：おまけ

私は、「答案」では用いる言葉はなるべく日常用いる言葉を使いたいと考えているため、「解する」と書くところを「考える」と書いたり、「解される」と書くところを「考えられる」と書いたりしている。[考え方の一例]は答案例のようなものなので、答案作成に用いるのと同様の言葉遣いをしている。ここは気持ちの問題なので、受講生各自において自分がこれだと思ふ表現をすればよい。

なお、テキストの本体で法律論の説明をするときは、「答案」を書くときと違って「解する」という言葉を用いることが多い。