

〔判例研究〕

## 不実の所有権移転登記と民法第94条第2項、 第110条の類推適用について

最高裁平成18年2月23日第一小法廷判決  
(平成15年(受)第1103号所有権移転登記抹消登記手続請求事件)  
(最高裁民集第60巻第2号546頁以下)

宇都宮 充 夫

### 〈事実の概要〉

(1) X(原告、控訴人、上诉人)は、平成7年3月15日、日本道路公団に対し、その所有する土地(大分市大字松岡字白水7091番)などを九州自動車高速道路用地として売却した。その際、仲介したのが大分県土地開発公社であり、そのとき知り合ったのが同公社職員のAであった。その後、Xは、代替地を買い受けるときに、Aを立ち合わせ、所有権移転登記手続のため、測量士や司法書士への依頼等を代行させたり、自宅裏の土地を畑から宅地に地目変更するときにも、測量士や司法書士への依頼、費用の支払いを代行させたりした。

(2) Xは、平成8年1月11日頃、Aの紹介により、Bから本件土地(宅地、264.46平方メートル)及び建物(居宅、木造スレート葺2階建、床面積1階46.93平方メートル、2階42.94平方メートル)を代金7300万円で買い受けることにした(以下、これらの土地及び建物を併せて「本件不動産」という。)。Xは、同年1月11日に4000万円、同年3月6日に3300万円を、Aから指定されたB名義口座に振り込んで支払った。この売買契約において、Xは、Bとの間の交渉等すべてをAに任せた。そして、平成8年1月25

日には、BからXへの本件不動産の所有権移転登記手続も完了した。

(3) この頃、Xは、本件不動産を購入したものの、当分の間、これを使用する予定がなかったので、Aに対し、本件不動産を第三者に賃貸することの世話をしてほしいと依頼した。平成8年2月頃、Xは、Aに言われるままに、本件不動産を賃貸するについては、業者に管理を委託することになり、その諸経費として6年分の240万円を支払う必要があると言われ、同年2月9日、Aに対し240万円を渡した。そして、Xは、Aの紹介により、平成8年7月以降、本件不動産を第三者Cに賃料1か月10万円(平成11年9月から1か月10万5000円)で賃貸したが、その際の賃借人Cとの交渉、賃貸借契約書の作成及び敷金等の授受は、すべてAを介して行った。

(4) Xは、平成11年9月21日、Aから、管理料として預かった240万円を返還する手続をするので、本件不動産の登記済証を預からせてほしいと言われ、同日これをAに交付した。また、Xは、Aに対し、昭和51年に購入し、Xへの所有権移転登記をしないままになっていた公民館横の土地(大分市大字松岡字尾崎西7371番4)についても、所有権移転登記手続及び隣接地との合筆登記手続を依頼していたが、平成11年11月29日、Xは、Aから、これらの手続に必要であるとして印鑑登録証明書2通を準備するように指示され、同年11月30日、自宅でこれをAに渡した。さらに、Xは、平成12年1月28日にも、Aに対し印鑑登録証明書2通(合計4通)を渡した。

なお、XがA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日付け不動産売買契約書が存在するが、これは、時期は明らかでないが、Xがその内容及び用途を確認することなく、本件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署名押印して作成したものである。

(5) Xは、平成12年2月1日、Aから公民館横の土地の登記手続に必要であると言われて実印を渡し、A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。Aは、Xから預かっていた本件不動産の登記済証及び印鑑登録証明書並びに上記登記申請書を用いて、同日、本件不動産につき、XからAに対する平成12年1月31日売買を原因とする所有権移転登記手続をした。

(6) D銀行は、平成12年2月3日、Aに対し1500万円を貸し付け、同日、Aは、本件不動産に対し抵当権者をD銀行とする抵当権を設定した。D銀行行員は、Aから関係書類の提出を受け、XからAに対する本件不動産の売買価格が4300万円であることを把握した上で融資した。その後、Aは、D銀行から融資を受けた1500万円を使い果たしてしまい、平成12年2月下旬頃、本件不動産をY(被告、被控訴人、被上告人)に売却しようと考え、Yからバイパス用地の売却に伴う所得税の申告の相談受けた機会を利用して、Yを本件不動産の所在地に案内し、この土地を処分したい旨の話をした。しかし、Yから所得税の申告が終わってから考えたいとの意向が示されたので、そのときは、積極的に購入を求めなかった。

(7) Yの所得税申告が終わった後の平成12年3月下旬頃、Aは、Y方を訪れて、Yに本件不動産を代替地として購入してほしい旨を申し入れた。その際、Aは、Yやその妻に対して、前所有者との関係で不本意であったが、本件不動産を購入したこと、購入資金は、父の遺産と銀行からの借入金で賄ったこと、義父のために現在造成中の隣りの土地を購入する資金として本件不動産を売却して調達する必要があること、そのため、少し損をしても構わないから、本件不動産を急いで売却したいと思っていることなどを説明した。その上で、Aは、平成12年3月23日、Yとの間で本件不動産を代金3500万円で売り渡す旨の売買契約を締結し、これに基づいて平成12年4月5日、AからYに対する所有権移転登記がなされた。Yは、Aが本件不動産の所有名義人になっていることや、Aが大分県土地開発公社の職員であって、信用できる人物であると思いついていたことから、Aが本件不動産の真の所有者であると信じ、かつ、そのように信

じることについて過失がなかった。

(8) Xは、本件不動産の所有権に基づき、Yに対し、AからYに対する所有権移転登記の抹消登記手続を求めた。

第1審は、民法第110条の法理を類推適用して、Yは、本件不動産の所有権を取得したものと認めるのが相当であり、従って、反射的にXは、本件不動産の所有権を喪失したと認められるから、Xの請求は、いずれも理由がないものとしてこれを棄却するとした。(大分地裁平成14年4月19日判決)

第2審は、民法第110条を類推適用して、Yに対し、本件不動産の所有権を取得することを認めるのが相当であり、そうすると、Xは、Yとの間では本件不動産の所有権を喪失したことになるので、Yに対する同人名義の所有権移転登記の抹消登記手続請求は理由がないことになり、Xの請求は、これを棄却すべきものとした。(福岡高裁平成15年3月28日判決)

Xより上告。本件のように代理形式ではなく、Aが自己名義にした不実登記を信頼して本件不動産を購入した相手方の保護は、民法第94条第2項が類推適用される場合にのみ民法第110条の類推適用が検討されるべきであり(即ち、民法第94条第2項と民法第110条の併用がなされるべきである。)、民法第94条第2項が類推適用される余地のない場合にまで、民法第110条のみを類推適用することは許されないというべきである。そうすると、本件について、本件を第三者の側から見た場合には、第三者が信頼したのは代理権の存在ではなく、不実の登記等であると判示しつつ、結局、民法第94条第2項の類推適用の可否(要件の有無)を検討することのないまま、民法第110条の類推適用のみを行っていることは、法令の解釈適用について重大な誤りが存するということになる。なお、原審が引用した最高裁の判例(最判昭和44年12月19日最高裁判集第23巻第12号2539頁)は、代理

人が直接本人の名において権限外の行為をした事案（代理人が本人と名乗って本人名義の不動産を売却した事案）についてのものであり、そもそも不実登記等が存する場合にはなかったのであるから、民法第94条第2項の類推適用が検討される余地がない事案であって、本件の場合とは全く異なるものである。

### 〈判 旨〉

上告棄却。「Xは、A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、A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、Aの言うままに実印を渡し、AがX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、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、民法第94条第2項、第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。」

〈参照条文〉 民法第94条第2項、第110条

## 〈研究〉

1 外観主義とは、真実に反する外観が存在する場合において、その外観を作出した者に作出したことについての何等かの責任があり、それに対して、その外観を信頼した者について何等の責任もないときは、外観の作出者を犠牲にしても、外観の信頼者を保護しようとする考え方である。これを権利外観主義とか、権利外観理論ともいう。これは、取引の安全（動的安全）を保護するのに役立つ理論である。民法の表見代理（第109条、第110条、第112条）、動産の即時取得（第192条）、債権の準占有者に対する弁済（第478条）は、すべてこの理論の現れである。同様に、民法第94条第2項も、この権利外観法理の現れであるが、同条項は、真実の権利者の意識的積極的関与（意思的関与）によって名義人をして権利者であるかのような外観が作出されたときは、それを信頼して取引関係に入った善意の第三者を保護すべきものとし、虚偽の外観を作出した帰責任ある真実の権利者は、これによって権利を失っても止むを得ないとするものである。この第94条第2項は、本来真実の権利者が名義人と通謀して虚偽の意思表示をした場合に適用される条項であるが、そうでない場合においても、特に、不動産登記について判例は、同条項を類推適用することによって取引の安全を図るため善意の第三者を保護し、その適用範囲を拡大する傾向にある（最判昭和29年8月20日最高裁判集第8巻第8号1505頁等）。これは、不動産登記に公信力を認めていない我国において、一定の場合に、不動産登記に公信力を認めようとするものであり、その結果、取引関係に入った善意の第三者が保護されることになる。

問題は、本件のように代理人が本人の所有名義の不動産を無断で自己名義に所有権移転登記をした後に、自己の所有であるとしてその不動産を第三者に売却した場合、第三者は、その不動産の所有権を取得することがで

きるかどうかということである（以下「本問題」という。）。すなわち、真実の権利者である本人の保護（静的安全）と取引の相手方である第三者の保護（取引の安全）とどちらが優先されるのかという問題である。この場合、民法第94条第2項の類推適用が認められるか否かが問題となるが、同条項の類推適用は、虚偽の外観を作出した真実の権利者本人の犠牲のもと善意の第三者の保護を図るものであるから（取引の安全）、真実の権利者について虚偽の外観を作出したという帰責性がどの程度のものであるかが問題となる。この点についてこれまでの最高裁の判例では、少なくとも民法第94条第2項の類推適用について、真実の権利者が虚偽の外観を作出したことについて何らかの意思的関与があったとか（最判昭和41年3月18日最高裁民集第20巻第3号451頁、最判昭和44年5月27日最高裁民集第23巻第6号998頁、最判昭和45年7月24日最高裁民集第24巻第7号1116頁等）、真実の権利者が虚偽の外観を自ら作出したものでなくとも、他人が作出した虚偽の外観を明示又は黙示に承認したとか（最判昭和45年4月16日最高裁民集第24巻第4号266頁、最判昭和45年9月22日最高裁民集第24巻第10号1424頁、最判昭和48年6月28日最高裁民集第27巻第1号724頁等）などの事情が必要であるとされてきた。その結果、取引関係に入った善意の第三者が保護される。また、真実の権利者が自ら虚偽の外観を作出し、又はその外観を承認した後に、それをもとに名義人の背信行為によって新たに虚偽の外観が作出されたという場合には、単なる民法第94条第2項の類推適用ではなく、民法第94条第2項、第110条の法意に照らして取引関係に入った善意無過失の第三者が保護されるとした（最判昭和43年10月17日最高裁民集第22巻第10号2188頁、最判昭和45年6月2日最高裁民集第24巻第6号465頁、最判昭和45年11月19日最高裁民集第24巻第12号1916頁、最判昭和47年11月28日最高裁民集第26巻第9号1715頁等）。そんな中で、本判決は、それらの事情が全くなくても、それらと同視し得るほどの重い帰責性が真実の権利者にあるとして、民法第94条第2項、第110条両条の直接的な類推適用を初めて認めたものである。その意味において注目に値するものであるといえよう。

2 従前の判例は、本問題の基礎となる民法第94条第2項の類推適用についてどのような考え方をしているのであろうか。民法第94条第2項は、本来、真実の権利者が名義人と通謀して虚偽の意思表示をした場合に適用される条項である。しかし、真実の権利者と名義人との間に通謀がない場合でも、真実の権利者が自ら意思的な関与のもと虚偽の外観を作出したとか、真実の権利者が他人の作出した虚偽の外観を明示又は黙示に承認したとかなどの場合には、判例は、民法第94条第2項の類推適用を認め、善意の第三者を保護してきた（最判昭和29年8月20日最高裁判集第8巻第8号1505頁等）。これらの判例は、一般に意思外観対応型（外観自己作出型、外観他人作出型）と意思外観非対応型に類型化できるとされる（四宮和夫・能見善久著「民法総則 [第7版]」弘文堂平成17年5月15日発行184頁～186頁）。

(1) 意思外観対応型 これは、真実の権利者の意思と第三者の信頼の対象となった外観とが対応する類型である（外観に対応する意思が存在する類型）。これには、真実の権利者自身が外観を作出した類型である「外観自己作出型」と、真実の権利者自身が外観を作出したのではなく、他人が作出した外観を真実の権利者が承認する類型である「外観他人作出型」がある。

まず、外観自己作出型に該当する最高裁の判例であるが、(i) 最判昭和29年8月20日は、他から建物を買い受けたのに、他人名義で所有権移転登記をしていたところ、これを名義人が第三者に譲渡したという事例であるが、「……本件家屋を買受人でないY名義に所有権移転登記したことが、Xの意思にもとづくものならば、実質においては、X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、Y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無いわけであるから、民法94条2項を類推し、XはYが実体上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ものと解するのを相当とする。」として、民法第94条第2項の類推適用を最高裁として初めて認めた。(ii) 最判昭和41年3月18日は、建物を新築し、それを他人名義で所



有権保存登記したという事例であるが、「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偽装の行為をし、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なら異ならないから、民法94条2項を類推して、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ったことをもって、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。……」として、民法第94条第2項の類推適用を認め、真実の建物の所有者は、名義人が本件建物について所有権を取得しなかったことをもって、善意の第三者に対抗することができないとした。(iii) 最判昭和44年5月27日は、自己の土地が競売される時に、第三者の手に渡るのを防ぐため他人の承諾を得て、他人名義で競落したという事例であるが、「……外形を信頼した者の権利を保護し、もって、取引の安全をはかることにあるから、この目的のためにかような外形を作り出した偽装行為者自身が、一般の取引における当事者に比して不利益を被ることのあるのは、当然の結果といわなければならない。したがって、いやしくも、自ら偽装行為をした者が、かような外形を除去しない間に、善意の第三者がその外形を信頼して取引関係に入った場合においては、その取引から生ずる物権変動について、登記が第三者に対する対抗要件とされているときでも、右偽装行為者としては、右第三者の登記の欠缺を主張して、該物権変動の効果を否定することはできないものと解すべきである。この理は、本件の如く、民法94条2項を類推適用すべき場合においても同様であって、……XはYが本件不動産について所有権取得登記を経由していないことを理由として、Yのこれに対する所有権の取得を否定することはできないものというべきである。」として、民法第94条第2項の類推適用についても、善意の第三者に対して登記の欠缺を主張することができないとする判例法理が適用され

るとした。(iv) 最判昭和45年7月24日は、山林の所有権移転登記を受けるときに、自己の二男の承諾を得ずして、二男の名義で登記をしていたという事例であるが、「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、……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異を設けるべき理由はないからである。」として、民法第94条第2項の類推適用について、登記名義人の承諾がない場合でも、不実の登記が真実の所有者の意思に基づくものであれば、当該類推適用が認められるとした。(i) (ii) (iii) (iv) 等いずれも、真実の権利者が自ら虚偽の外観を作出したものである。そのうちの(i) (ii) (iii) は、真実の権利者が名義人の承諾を得ている場合であるのに対して、(iv) は、真実の権利者が名義人の承諾を得ない場合である。名義人の承諾があろうとなかろうと、真実の権利者が自らその意思で虚偽の外観を作出した以上、そこに民法第94条第2項を類推適用する根拠(帰責性)があるといえる。従って、そのことによって善意の第三者の保護に差異を設けるべきではない。すなわち、判例は、民法第94条第2項(通謀虚偽表示)の類推適用であるから、当初、名義人の承諾が当然に必要であるとしていたが、その後、名義人の承諾を当然に必要としないというようになった。ここに、真実の権利者の意思に基づいて自ら虚偽の外観を作出した場合には、善意の第三者を保護するため、民法第94条第2項の類推適用が認められるという法理が確立された。そして、第三者の保護要件としては、条文通り「善意」であれば、それで十分であるとき

れている。

次に、外観他人作出型に該当する最高裁の判例であるが、(i) 最判昭和45年4月16日は、未登記建物の贈与を受けた者が養母の名義とすることを許容しながら、その建物の固定資産税を終始自分が負担してきたが、養母は、他者の名義で家屋台帳上の届出をし、その者の名義に登録がなされ、その後、それに基づいて所有権保存登記をした上で、当該建物について根抵当権設定契約、停止条件付代物弁済契約及び賃貸借契約がなされたという事例であり、「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ったことをもって、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、当裁判所の判例とするところである。そして、このことは、未登記の建物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、これを明示又は黙示に承認した場合であっ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からである。」として、未登記建物の所有者がその建物について家屋台帳上他人の所有名義で登録されていることを承認した場合には、民法第94条第2項の類推適用が認められるとした。(ii) 最判昭和45年9月22日は、夫が妻の所有する土地を勝手に自己名義に移したのを知りながら、妻は、抹消登記手続を4年余に渡って放置し、他から金融を受ける際にも、そのままの登記名義で根抵当権設定登記が経由されていたところ、夫が他に当該土地を譲渡したという事例であるが、「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94条2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又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ある。ただし、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。」として、不実の所有権移転登記が真実の所有者の承認のもとに存続していたということで、民法第94条第2項の類推適用が認められるとした。(iii) 最判昭和48年6月28日は、妻は、自分の所有する未登記建物が固定資産課税台帳に夫の所有名義で登録されていたのを知りながら、長年に渡ってこれを黙認していたところ、夫の債権者が、この建物を夫の所有に属するものと信じて差し押さえたという事例であるが、「……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、これを明示又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。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。」として、未登記建物の所有者において、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承認し

ていた場合には、民法第94条第2項の類推適用が認められるとした。(i)  
(ii) (iii) 等いずれも、真実の権利者が自ら虚偽の外観を作出したもので  
はなく、真実の権利者が名義人によって作出された虚偽の外観を明示又は  
黙示に承認したものであり、その場合に、民法第94条第2項を類推適用し  
て善意の第三者を保護しようとする。すなわち、外観他人作出型では、真  
実の権利者が自ら虚偽の外観を作出したわけではないが、真実の権利者が  
名義人によって作出された虚偽の外観を明示又は黙示に「承認」したこ  
とが、民法第94条第2項を類推適用する根拠（帰責性）となっているので  
ある。そして、第三者の保護要件としては、条文通り「善意」であれば、そ  
れで十分であるとされている。

(2) 意思外観非対応型（外観に対応する意思が存在しない類型）である  
が、これは、真実の権利者の意思と第三者の信頼の対象となった外観とが  
対応しない類型である。すなわち、真実の権利者が自ら虚偽の外観を作出  
し、又はその外観を承認した後に（第1の外観）、それをもとに名義人の背  
信行為によって新たに虚偽の外観が作出され（第2の外観）、これを信頼し  
た第三者が取引関係に入ってくる場合である。この場合、名義人の作出し  
た第2の外観について真実の権利者の承認はないから、意思外観対応型と  
は当然に異なる取り扱いがなされることになる。

意思外観非対応型に該当する最高裁の判例であるが、(i) 最判昭和43  
年10月7日は、Aの取引先に信用を与えるため、X所有の不動産について  
Aとの売買予約を仮装し、虚偽の仮登記手続をしたところ、Aは真正  
に成立したものでない委任状によって自己に本登記手続をして、他に当該  
不動産を譲渡したという事例であるが、「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。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、民法第94条第2項、同法第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。」として、不動産について売買予約を仮装し、虚偽の仮登記手続をし、さらに、仮登記名義人によって虚偽の本登記手続がなされた場合に、民法第94条第2項、第110条の法意に照らし、外観を信頼して取引関係に入った善意無過失の第三者を保護すべきものとした。(ii) 最判昭和45年6月2日は、Xは融資を受けるため、Aと通謀して自己の土地所有権をAに移転する旨の契約を仮装し、XからAへの所有権移転登記を経由し、Y<sub>1</sub>は、Aに対し融資をあっせんすると称してAから土地の登記済証、登記手続委任状、印鑑証明書を預かり、それらの書類によってAからY<sub>1</sub>への所有権移転登記を経由し、さらに、Y<sub>2</sub>は、Y<sub>1</sub>から当該土地を買い受けたという事例であるが、「ところで、甲が、融資を受けるため、乙と通謀して、甲所有の不動産について甲乙間に売買がされていないにもかかわらず、売買を仮装して甲から乙に所有権移転登記手続をした場合、その登記権利者である乙がさらに丙に対し融資のあっせん方を依頼して右不動産の登記手続に必要な登記済証、委任状、印鑑証明書等を預け、これらの書類により丙が乙から丙への所有権移転登記を経由したときは、甲は、丙の所有権取得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り、このような場合、乙に対し所有権移転登記の外観を仮装した甲は、乙から右登記名義を取り戻さないかぎり、さらに乙の意思に基づいて登記済証、登記委任状、印鑑証明書等が丙に交付され、これらの書類により丙のため経由された所有権取得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ものといわなければならない。それは民法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に応ずるゆえんだからである。」として、登記名義人がその不実の登記をもとに権限外の行為を行った場合に、民法第94条第2項、第110条の法意に照らし、外観を信頼して取引関係に入った善

意無過失の第三者を保護すべきものとした。(iii) 最判昭和47年11月28日は、土地を喝取されることを防止するため、XはAと通謀し、仮装の所有権移転請求権保全の仮登記手続をする意思で、Aが提示した所有権移転登記手続に必要な書類を仮登記手続に必要な書類と誤解して署名押印したところ、Aがこれらの書類を用いて所有権移転登記手続をし、その後、Yへの所有権移転登記を経由したという事例であるが、「Xは、本件土地を喝取されることを防止するため、これにつき、他と相通じ、原因がないのかかわらず原因の成立を仮装して所有権移転請求権保全の仮登記手続を経由しようとして、Aの提示した所有権移転登記手続をするに必要な諸書類に署名・押印等をしたところ、ほしいままに右書類を用いて本件土地につき所有権移転登記手続をしたのであって、本件土地につき、Xの意図した仮登記手続こそされなかったが、Xにおいて仮登記の外観を仮装しようとし、そのことによって本件土地につきAを権利者とする所有権移転登記手続がされる結果が生じたのであるから、このような場合には、民法94条2項、同法110条の法意に照らし、第三者であるYらにおいて、本件土地中Yらの主張にかかる各土地につき、その主張のようにAとそれぞれ所有権取得契約をし、しかも、該契約をするにつき善意・無過失であるならば、Xは、Aの所有権取得の無効をもってYらに対抗しえないものと解するのが相当である。」として、真実の権利者が仮装の仮登記手続をする意思で署名押印した書類を名義人が悪用して本登記手続をした場合には、それを信頼して取引関係に入った善意無過失の第三者は、民法第94条第2項、第110条の法意に照らして保護されるとした。(i)(ii)(iii)等いずれも、真実の権利者が自ら虚偽の外観を作出し、又はその外観を承認した「第1の外観」をもとにして、名義人が背信行為によって新たに「第2の外観」を作出し、それを善意無過失の第三者が信頼して取引関係に入った場合である。この場合、真実の権利者は、第三者が前提とした第2の外観に全く関与していないから、単なる民法第94条第2項の類推適用というわけにはいかない。しかし、第2の外観は、第1の外観と密接

な関連性を有するから、真実の権利者は、第2の外観を前提に取引関係に入った善意無過失の第三者に対して帰責性を有することになる。従って、民法第94条第2項、第110条の法意に照らして、取引関係に入った善意無過失の第三者を保護すべきものとした。民法第94条第2項に加えて第110条の法意を併せるのは、真実の権利者から外観を委ねられた者がそれを超える外観を作出したという点で、代理人の権限外の行為（表見代理）と類似するところがあるからである。このようにして、意思外観非対応型では、民法第94条第2項、第110条の法意に照らして、作出された外観を信頼して取引関係に入った善意無過失の第三者を保護すべきであるという法理が確立された。そして、第三者の保護要件としては、「善意」であるとともに「無過失」であることが求められている。

3 本判決は、本問題についてどのような考え方をしているのであろうか。本判決は、まず、次のような諸事情を明らかにしている。すなわち、(i) Xは、本件不動産の賃貸に係る事務及び公民館横の土地についての所有権移転登記等の手続をAに任せていたのであるが、そのために必要であると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渡ってこれを放置していたこと、(ii) Aから公民館横の土地の登記手続に必要といわれて2回に渡って印鑑登録証明書4通をAに交付したこと、(iii) 本件不動産を売却する意思がないのにAのいうままに本件不動産の売買契約書に署名押印したこと、(iv) Aのいうままに実印を渡し、AがX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ことなどである。次に、本判決は、これらの諸事情に基づいて、Aが自己名義に本件不動産の不実の所有権移転登記をなすことができたとしている。すなわち、Aは、本件不動産に関するX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順次手に入れ、これらを用いて本件不動産の所有権移転登記手続をすることができたのである。従って、本判決は、(i)乃至(iv)の一連の



諸事情を「Xの余りにも不注意な行為」とであると認定した上で、この余りにも不注意な行為がなければ、Xの所有名義からAの所有名義への本件不動産の所有権移転登記手続はなし得なかったわけであるから、Aによる虚偽の外観（不実の所有権移転登記）作出について、Xの帰責性の程度は、自ら虚偽の外観の作出に積極的に関与した場合とか、他人が作出した虚偽の外観を知りながら敢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と評価した。そして、本判決は、本件不動産を買い受けたYは、Aが本件不動産の所有者であるという虚偽の外観を信じ、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ことから、民法第94条第2項、第110条両条の類推適用をそのまま認めたのである。その結果、Xは、Yに対して、Aが本件不動産の所有権を取得していないことを対抗することができないと結論付けた。このようにして、本判決は、真実の権利者が虚偽の外観の作出について意思的関与又は他人の作出した虚偽の外観について承認をしていない場合であっても、真実の権利者にこれらと同視し得るほどの重い帰責性があれば、民法第94条第2項、第110条両条を類推適用して、虚偽の外観を信頼して取引関係に入った善意無過失の第三者を保護するとした。これは、従前の判例によって形成されてきた意思外観対応型（外観自己作出型、外観他人作出型）とも、意思外観非対応型とも異なる新たな類型であるといえる。なぜなら、意思外観対応型では、民法第94条第2項だけが単独で類推適用され、取引関係に入った第三者は、善意であることによって保護され（「本来型」という。）、意思外観非対応型では、権限外の代理行為の場合（表見代理）と類似しているところから、民法第94条第2項、第110条の法意により、取引関係に入った第三者は、善意無過失であることによって保護される（「法意型」という。）のに対して、新たな類型では、民法第94条第2項、第110条両条がそのまま直接的に類推適用され、その結果、取引関係に入った第三者は、善意無過失であることによって保護される（「同視型」という。）からである。もちろん、新たな類型（同視型）も従前の類型（本来型、法意型）も共に第三者の保護

(取引の安全) という点では共通しているが、しかし、その成立要件(類推適用要件)において異なるということである。いずれにしても、従前の判例によって形成されてきた民法第94条第2項の単独類推適用型である「本来型」、民法第94条第2項、第110条の法意型である「法意型」に、さらに、本判決の民法第94条第2項、第110条両条の類推適用型である「同視型」が加わり、ここに三つの類型化が形成されたことになったといえる。

4 本判決は、本問題について最高裁として初めての判断を示したものであるが、そこにおける若干の問題点を取り上げて言及することにした。 (i) 本判決は、「Xの余りにも不注意な行為」によって、Aが自己名義に本件不動産の不実の所有権移転登記手続をすることができたとしているが、その余りにも不注意な行為とは、単なる不注意としての「過失」を意味するものであるのか、それとも著しい不注意としての「重過失」を意味するものであるのか明らかにしていない。「余りにも」という文言からすれば、単なる過失ではなく、重過失であると解されるであろう。だとすると、本判決で示された「Xの余りにも不注意な行為」としての一連の諸事情(3の(i)(ii)(iii)(iv)等)は、すべてXの帰責性による重過失の内容を有するものであるといえる。しかし、3の(ii)のように、「Aから公民館横の土地の登記手続に必要と言われて、2回に渡って印鑑登録証明書4通をAに交付したこと」は、Xにとって当然の行為であって、単なる過失でも、重過失でもない正常な行為であったといえる。従って、一連の諸事情の中にXの余りに不注意な行為に該当しない事情が含まれているということになる。この事情を除外すると、Aは、自己名義に本件不動産の不実の所有権移転登記手続を了することができなかつたことになる。その点について本判決は何も言及していない。本判決は、あくまで一連の諸事情を通して、Aによって虚偽の外観(本件不動産の不実の所有権移転登記)が作出されたとするもので、それが「Xの余りにも不注意な行為」によるとしているのは、それを構成している一つ一つの事情の重過失であるというよりも、全体を通しての「総合的な重過失」であると

いうことを示しているといえるであろう。それを「Xの余りにも不注意な行為」と称したのである。実際、Xの行為が余りにも不注意な行為であるのか否かの識別は、その構成要素たる諸事情によって全体として総合的に判断せざるを得ないであろうが、その帰責性の判断基準をどのようになすべきであるのかが問題となる。(ii) 本判決は、Aによって虚偽の外観（本件不動産の不実の所有権移転登記）が作出されたことに関するXの帰責性の程度は、X自ら虚偽の外観の作出に積極的に関与した場合とか、他人が作出した虚偽の外観を知らながらあえてこれを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として、民法第94条第2項、第110条両条を類推適用すべきであるとしているが、この評価は、果たして当を得たものであるといえるであろうか。まず、Xの帰責性は、X自ら虚偽の外観の作出に積極的に関与した場合と同視し得るほど重いものというべきであるとしている点であるが、これは、従前の判例によって形成されてきた類型でいえば、意思外観対応型の中の「外観自己作出型（真実の権利者自身が虚偽の外観を作出した類型）」に該当するものといえる。だとすると、本件の場合には、民法第94条第2項だけが単独で類推適用されることになるかと解すべきである。しかし、本判決では、これは、新たな類型であるとして民法第94条第2項に加え、第110条を併せて両条をそのまま直接的に類推適用すべきものとした。本件が外観自己作出型と同視し得るものであるとするなら、当然に民法第94条第2項だけの単独類推適用であって然るべきであるのに、何故に民法第110条を併せて類推適用すべきであるとしたのであろうか。次に、Xの帰責性は、他人が作出した虚偽の外観を知らながらあえてこれを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としている点であるが、これは、従前の判例によって形成されてきた類型でいえば、意思外観対応型の中の「外観他人作出型（他人が作出した虚偽の外観を真実の権利者が承認する類型）」に該当するものといえる。だとすると、先の外観自己作出型の場合と同様に、本件の場合には、民法第94条第2項だけが単独で類推適用されることになるかと解すべきであ

る。しかし、本判決では、これは、新たな類型であるとして民法第94条第2項に加え、第110条を併せて両条をそのまま直接的に類推適用すべきものとした。本件が外観他人作出型と同視し得るものであるとするなら、当然に民法第94条第2項だけの単独類推適用であって然るべきであるのに、何故に民法第110条を併せて類推適用すべきであるとしたのであろうか。いずれにしても、外観自己作出型であれ、外観他人作出型であれ、従前の判例の意思外観対応型と同視し得るものであるとしながらも、本判決は、従前の判例と異なる類推適用要件を示したことになるといえる。なお、本判決では、「……あえて放置した場合」という表現を用いているが、これは、どういう意味内容を示しているのであろうか。この点については何も言及されていない。「本来型（民法第94条第2項の単独類推適用型）」では、真実の権利者が自ら意思的な関与のもと虚偽の外観を作出したとか、真実の権利者が他人の作出した虚偽の外観を明示又は黙示に「承認」したとかなどの場合に、民法第94条第2項の類推適用を認めるとしているのであるが、この中で従来一般的な表現であった「承認」という文言に代えて、本判決では、「あえて放置」という文言を用いたのである。「承認」の場合であれば、他人の作出した虚偽の外観を真実の権利者が意図的に積極的に認めたことになり、それに対して、「あえて放置」の場合であれば、他人の作出した虚偽の外観を真実の権利者が意図的ではないが、消極的に認めたことになり、それだけ真実の権利者の意思的関与が拡大され、帰責性の判断基準がより緩和されたことになる。これは、民法第94条第2項類推適用法理の根本にかかわる問題であるといえるから、その意味内容を明確にする必要があると思われる。(iii) 本判決は、民法第94条第2項だけの単独類推適用ではなく、民法第94条第2項に加え、第110条を併せて両条をそのまま直接的に類推適用することによって、取引関係に入った善意無過失の第三者を保護するものとしているが、この法律構成は、いかなる意味を有するものであるといえるであろうか。特に、民法第110条を併用して類推適用することの意味は、どこにあるといえるであろうか。民法第94条第

2項を類推適用するための要件は、①虚偽の外観が存在すること、②その虚偽の外観が真実の権利者の意思的関与又は承認によるものであること、③第三者がその虚偽の外観を信頼して取引関係に入ることである。本件では、①と③の要件はそれぞれ具備されていたが、②の要件が欠けていたので、本判決は、Xにそれと同視し得るほどの帰責性があるとして②の要件も具備されると評価した。それだけ類推適用要件を緩和・拡大したことになる。そして、本件は、(ii)でも述べたように、民法第94条第2項だけが単独で類推適用されると解すべきところ、本判決は、民法第94条第2項に加え、第110条を併せて両条を類推適用すべきであると解した。何故に民法第110条を併せて類推適用すべきであるとしたのであろうか。本件では、Xは、Aを全面的に信頼して、本件不動産の賃貸に係る事務及び公民館横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から、A自身の名義に本件不動産の不実の所有権移転登記を作出することができたのであり、民法第110条を類推適用する余地があったのである。つまり、民法第110条の権限外の代理行為に類似する行為をなすことができる下地があったということである。民法第110条は、代理人が権限外の行為をした場合に、その相手方がこの代理人にはその権限がある信じ、そのことが当然であるといえる事情があれば、本人は、代理人のした行為について責任を負うとするものであるから、本件では、XはAを信頼して、安易に本件不動産の登記済証、印鑑登録証明書、実印等を渡している以上、A名義による本件不動産の不実の所有権移転登記についてXは、当然に責任を負うことになるであろう。本判決では、X自らが意識的にかかわりをもったと同様に扱われることになるから、この点を踏まえてXの帰責性を認め、民法第94条第2項に加え、第110条を併せて両条を類推適用するものとした。民法第110条の本人の帰責性と本件のXの帰責性が類似しているところから、Xは、民法第110条の類推適用によって、その代理人Aの作出した虚偽の外観である本件不動産の不実の所有権移転登記について責任を負うことになるかと解されるに至った。また、本判決が

民法第94条第2項だけの単独類推適用ではなく、民法第110条を併用して類推適用したのは、Xが虚偽の外観の作出に積極的に関与しておらず、他人の作出した虚偽の外観について承認してもいないので、Xの帰責性の程度がそれだけ弱いものであったといえるからである。そこで、その弱さを補充する意味において民法第110条を併せ類推適用することにしたのである。本人の保護と第三者の保護との均衡を保つためである。第三者の保護要件は、民法第94条第2項だけの単独類推適用では、「善意」であれば、それで十分であるとされているのに対し、民法第94条第2項に加え、第110条を併用する類推適用では、「善意」であるとともに「無過失」であることが求められている。いずれにしても、本判決は、本件の一連の事実関係をAによる権限外の代理行為と類似したものとして、民法第110条を併せて類推適用するという法律構成を採用し、取引関係に入った善意無過失の第三者を保護しようとするものであったといえる。すなわち、本判決は、本問題について本件不動産を買い受けたYは、Aが本件不動産の所有者であるとの虚偽の外観を信じ、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ことから、民法第94条第2項、第110条両条の類推適用をそのまま認めたものであり、その結果、Xは、Yに対して、Aが本件不動産の所有権を取得していないことを対抗することができないと結論付けたのである。

〈参考〉 本判決については、佐久間毅氏の判例紹介（NBL第834号18頁～24頁）、同氏の判例解説（別冊ジュリスト第195号民法判例百選I総則・物権〔第6版〕46頁、47頁）、村中玲子氏の判例紹介（民事研修第592号37頁～44頁）、中山布紗氏の判例評釈（北九州市立大学法政論集第34巻第1・2合併号7頁～30頁）、増森珠美氏の判例解説（法曹時報第59巻第4号221頁～234頁）、同氏の判例解説（ジュリスト第1333号112頁～114頁）、吉田克己氏の判例評釈（判例タイムズ第1234号49頁～54頁）、武川幸嗣氏の判例批評（民商法雑誌第135巻第2号407頁～417頁）、渡邊拓氏の判例評釈（判例時報第1950号184頁～187頁、中舎寛樹氏の判例解説（別冊ジュリスト第192号104頁、105頁）等がある。

（2009年9月28日稿了）