

# 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)

久須本 かおり

## 目 次

- I 問題の所在
- II 判例における94条2項類推適用法理の展開
  - 1 94条2項類推適用判例の分類
  - 2 94条2項類推適用の登場と外形自己作出型の展開
  - 3 意思外形非対応型の登場
  - 4 外形他人作出型の登場
  - 5 外形他人作出型における「承認」要件の分析
    - (1) 外形他人作出型における94条2項類推適用の要件
    - (2) 判例の紹介
    - (3) 分析
    - (4) まとめ (以上本号)
- III 近時の判例にみる94条2項および110条の類推適用
- IV 他の第三者保護法理との関係
- V 評価及び展望

## I 問題の所在

登記簿に所有者であると記載された者から不動産を購入したところ、実はその登記名義人に所有権がなかったという場合に、登記を信頼した善意の第三者を保護するため、判例上発展してきた法理として、94条2項類

推適用がある。この法理は、いくつかの段階を経て拡大・発展せられ（94条2項と110条の重畳的な類推適用もその過程で生み出されたものである）、今日では、わが国の不動産登記に公信力がないことを補う機能を持つものとして、あたかも一個の条文であるかのごとく裁判上定着をみている。

しかし、これほど確立した法理でありながら、類推適用という解釈手法ゆえか、その適用要件はいまだ曖昧な点を多く残しており、他の第三者保護規定、例えば96条3項や表見法理との適用領域の住み分けもあまり明確ではない。一方で、これまでの判例は、94条2項類推適用に際して、94条2項の要件である「通謀」を、真の権利者の意思的関与としての「承認」へと緩和することにより、真の権利者の最小限の関与で類推適用を認める方向に拡大し、一時は94条の文言からかけ離れた限界に近いところまできていた。しかしながら、下級審レベルでは、ある時期を境にして、真の権利者の意思的関与を厳格に解して類推適用を否定したり、あるいは94条2項と110条を併せ類推適用することにより、第三者保護要件を厳格に要求し、結果として類推適用を否定する判例が多く見られるようになっており、これを受ける形でごく最近、最高裁判決が出されるに至っている。このように、判例上、94条2項類推適用は、かつての拡大のピークを超えて、むしろ制限的な方向へ収束しつつあり、そこに94条2項類推適用の限界を読み取ることのできる状況が生まれているように思われる。

このような状況を踏まえて、本稿は、94条2項類推適用、あるいは94条2項および110条類推適用の諸判例、とりわけ近年多く見られる類推適用を否定した判例群の分析を通じて、同法理の適用要件をより明確化するとともに、民法の他の第三者保護規定との整合性及び均衡を考慮しつつ、同法理の妥当な適用領域を探ることを目的とする。

そこで、以下では、次のように検討を進めるものとする。まず、94条2項類推適用法理の登場から現在に至るまでの展開過程を、判例の紹介を通じて明らかにする。これにより、各段階における判例の特徴、とりわけ近

年見られる同条項類推適用を制限的に解した判例の特徴を浮き彫りにするとともに、同法理の適用要件をできる限り一般的・客観的に抽出するよう試みる。さらに、このようにして明らかにされた同法理の適用要件を、他の第三者保護法理の適用要件と比較検討することにより、前者の妥当領域を明確化していきたい。

なお、94条2項類推適用法理の展開過程については、すでに学説によって数多くの整理・分析が行われており、本稿もこうした先行業績に負うところが大きい<sup>(1)</sup>。しかしながら、本稿は、これらの先行業績によりフォローされていない比較的新しい判例群——類推適用に否定的あるいは制限的——を分析対象に加えることにより、現在における同法理の帰着点を明らかにすること、そこに現れた同法理の適用を限界付ける要素を抽出することに重点を置いているという点において、先行業績による分析を更に深化させることができるものとする。

## II 判例における94条2項類推適用法理の展開

### 1 94条2項類推適用判例の分類

94条2項が類推適用された判例は、学説により次の3類型に整理分類

---

(1) この問題に関する先行業績は枚挙に暇がないが、中舎寛樹『日本民法の展開(3)判例の法形成——無権利者からの不動産の取得』『民法典の百年(1)』(1998年)397頁以下、ならびに同『登記と民法94条2項類推適用』『新／不動産登記講座・第二巻 総則Ⅱ』(1997年)172頁以下は、こうした先行業績を踏まえた上で判例の総合的横断的な分析を行ったものとして非常に優れており、本稿もこれに依拠するところが大きい。中舎論文以前までの先行業績については、同論文を参照されたい。同様の判例分析を中心とした研究としては、高森八四郎『民法94条2項と民法110条——虚偽表示と表権法理』関大法学論集45巻2・3号(1995年)3頁以下がある。

されている。

第一に、「外形自己作出型」。これは、真の権利者と仮装登記名義人との間に虚偽の意思表示はないが、真の権利者自身が虚偽の登記名義を作出した場合である。

第二に、「外形他人作出型」。他人が真の権利者から自己に勝手に登記名義を移転して虚偽の外形を作出したが、その外形を権利者が承認している場合である。真の権利者自身が虚偽の外形を作出していない点で第一類型と異なる。

第一類型・第二類型はいずれも、権利者自身が外形を作出する、あるいは他人が作出した外形に権利者が承認を与えるという形で、外形作出に対して真の権利者の意思的関与が何らかの形で認められる場合であり、そうした真の権利者の意思と第三者の信頼の対象となった外形とが対応しているため、両類型をまとめて意思外形対応型と称し、次に示す第三類型と区別される。

第三に、「意思外形非対応型」。真の権利者が虚偽表示をすることについて合意し、いったん権利者が承認した虚偽の外形が作出された後、仮装登記名義人の背信行為によって、合意の範囲を超える第二の虚偽の外形が作出されてしまった場合である。第三類型では、第二の外形に対する真の権利者の意思的関与が認められないので、意思外形対応型と同じ論理で権利者に責任を負わせることができないことから、判例は94条2項に併せて110条も類推適用し、意思外形対応型とは異なる扱いをしている。

この類型論は、1986年に四宮教授により示されて以来<sup>2)</sup>、数多の論文で引用されてきたものである。近年の判例の動向に照らすと、必ずしも適合的とは言い難い部分があるものの、判例の流れを追うにはこの類型論に従って整理するのが最も便宜であると考えられる。以下では、この類型論を基本と

---

(2) 四宮＝能見「民法総論 第7版」(2005年)170頁。

しつつ、判例の展開を検証することとする。

## 2 94条2項類推適用の登場と外形自己作出型の展開

94条2項の類推適用を判例上初めて明言したのは、最高裁昭和29年8月20日判決(民集8巻8号1505号)である。事案は、Xの夫が、その妻Yから不動産を買ってくれるように頼まれ、Xの同意を得てXの出捐により不動産を買ったところ、夫とYが協議の上、Y名義で売主から直接移転登記を経由し、その後YからZに売却されたため、XからZに登記抹消請求がなされたというものであり、外形自己作出型の事案であった。判決は、売主から直接Y名義に所有権移転登記したことが、Xの意思に基づくものならば、実質においては、Xが売主からいったん所有権移転登記を受けた後、所有権移転の意思がないにもかかわらず、Yと通謀して虚偽仮装の所有権移転登記をした場合と異なるものとして、94条2項を類推適用した。この事案において「類推適用」という表現が用いられたのは、Y名義に移転登記したことがXの意思に基づくとはいえず、XがYの名義を利用して移転登記したに過ぎないため、厳密な意味でXY間に外形的に虚偽の意思表示(法律行為)があったとはいえないからであると解されている。もっとも、この判決以前にも、昭和29年判決のように「通謀」はあるが、外形的には「虚偽の意思表示」がないという事案は存在してはいるが、いずれも「類推適用」という表現は用いられず、もっぱら94条2項そのものの適用の可否が問題となっているに過ぎない<sup>(3)</sup>。こうした判例の流れの中で、昭和29年判決がどのような経緯で「類推適用」を明言するに至ったのかは必ずしも明らかではないが、その表現にこめられた意図がなんであれ、この判決がその後の「類推適用」判

---

(3) 大判明治42年1月26日(民録15輯28頁)、大判大正11年5月23日(新聞2011号21頁)。

例展開の契機となったことは間違いない。

その後しばらくして、最高裁昭和 37 年 9 月 14 日判決（民集 16 卷 9 号 1935 頁）、最高裁昭和 41 年 3 月 18 日判決（民集 20 卷 3 号 451 頁）、最高裁昭和 44 年 5 月 27 日判決（民集 23 卷 6 号 998 頁）<sup>(4)</sup>と、最高裁において立て続けに 94 条 2 項を類推適用する判決が出された。これらはいずれも外形自己作出型の事案であり、昭和 29 年判決と同じく、当事者間に「通謀」ないし名義人の「了解」があり、虚偽の外形が存在しているが、当事者間に虚偽の意思表示がないことから、類推適用という表現が用いられたものである。

外形自己作出型は、虚偽の外形を作り出したのが権利者自身であり、本来の虚偽表示に近く、権利者の帰責性も強いことから、94 条 2 項を最も類推適用しやすい類型であったこともあり、この類型に対する 94 条 2 項の類推適用は、この三つの最高裁判決により判例上ほぼ定着するに至った。もっとも、この時期には、昭和 41 年判決で示されているように、「虚偽の意思表示」の要件に代えて「通謀」か「名義人の承諾」が必要であり、これを欠く場合には 94 条 2 項の類推適用では処理できないと解されており、虚偽表示とのアナロジーが相当意識されていた点に注意が必要である。

しかしながら、最高裁昭和 45 年 7 月 24 日判決（民集 24 卷 7 号 1116 頁）

---

(4) 最高裁昭和 37 年 9 月 14 日判決の事案は、X が Y を代理人として不動産を購入したが、契約書が Y 名義になっていたので、Y 名義のまま所有権移転登記請求の勝訴判決を得、それに基づいて Y 名義で登記したところ、Y の相続人が Z に売却してしまったというもの。最高裁昭和 41 年 3 月 18 日判決の事案は、X が Y 名義で融資を受けて建物を建て、Y 名義で建物保存登記をしたところ、Y が W と共謀して Y から Z へ、Z から W へ売却されてしまったというもの。最高裁昭和 44 年 5 月 27 日判決の事案は、X は、競売に付された自己の不動産が他人に競落されるのを防ぐために、実弟の妻の母である Y 名義で競落したところ、Y が Z に売却してしまったというもの。

に至って、類推適用のためには名義人の承諾は不要であることが明示された。事案は、Xが自ら買い受けた山林について、相続税対策として息子Yの承諾なくY名義で移転登記を受けたところ、YがZに売却してしまったというものである。判決は、仮装登記名義人の承諾の有無によって、真の権利者の意思に基づいて作出された虚偽の外形を信頼した第三者の保護に差等を設ける理由はないとして、虚偽の登記について名義人の承諾がない場合でも、それが真の権利者の意思に基づくものである場合には、94条2項を類推適用するべきであるとした。この判決を契機として、当事者間の「通謀」を構成する一方の要素たる「名義人の承諾」が不要となったことから、実質的に94条2項の要求する「通謀」要件の拘束が外れたため、94条2項類推適用法理は、同条項の文言から離れてより自由に理論展開が可能になった。これと同時に、同条項類推適用の判断に当たって、もう一方の構成要素である「真の権利者の意思」に基づく虚偽の外形の作出に要件が集中することとなった結果、真の権利者の帰責性を責任の根拠とする方向性がより明確になったといえる。

その後は、下級審も含め、昭和50年代後半まで、昭和45年判決を引用して94条2項の類推適用を積極的に肯定する判例が多く見られるようになったが<sup>(5)</sup>、後述する外形他人作出型の事案が増えるにつれ、外形自己作

---

(5) 類推適用を肯定した判例として、岡山地判昭和46年1月27日(判時629号79頁)、最判昭和47年2月17日、大阪高判昭和47年8月2日(下民集23巻5=6=7=8号414頁)、最判昭和50年4月25日、大阪地判昭和50年11月17日(判時818号79頁)、名古屋高判昭和51年10月27日(金商815号31頁)、東京高判昭和55年11月18日(判タ435号107頁)、東京地判昭和56年8月31日(判時1031号132頁)、東京地判昭和58年2月25日(判時1090号137頁)、東京高判昭和58年10月31日(行集34巻10号1879頁)がある。また、当該事案において要件を欠くとして、結果として類推適用を否定してはいるが、一般論として類推適用を肯定している判例として、大阪地判昭和48年2月26日(訴務

出型の裁判例は次第に減少する傾向を見せている。また、そこでは、もはや「真の権利者」対「仮装登記名義人からの譲受人」という典型的な対立が問題とはなっているのではなく、94条2項類推適用事案のバリエーションとしてどこまでが許容されるのかが争われている。例えば、94条2項類推適用によって善意の第三者に対抗できない真の権利者には、真の権利者からの譲受人も含まれるか（最判昭和47年2月17日金商643号32頁）、担保権者が権利者名義を偽った場合にも94条2項が類推適用されるか（最判昭和50年4月25日裁判集民114号649頁）、建物質借権の対抗問題に94条2項類推適用が及ぶか（最判昭和47年2月24日民集26巻1号146頁、最判昭和61年11月18日裁判集民149号115頁）、94条2項類推適用にいう「第三者」に以下の者が該当するか——国（最判平成9年12月18日訴月45巻3号693頁）、第三者の抵当権者（福岡高判平成11年6月29日判タ1026巻201頁）、仮装登記名義人の一般債権者（東京高裁平成12年7月27日判時1723号51頁）——、譲渡担保権が設定され、不動産の所有名義が9年間も担保権者に移転したままになっていた場合に94条2項が類推適用されるか（東京地判平成10年3月31日金法1534号78頁）などである。

### 3 意思外形非対応型の登場

外形自己作出型への94条2項類推適用の展開と併行して、判例は、虚偽の外形が真の権利者により作出されたのではない場合にも、同条項を類

---

19巻5号51頁・第三者に該当せず）、東京地判昭和57年3月19日（判タ475号116頁・第三者悪意）、大阪高判昭和58年2月16日（判タ496号110頁・不動産の事例ではない）、東京地判平成4年4月14日（判時1425号61頁・第三者悪意）、名古屋地判平成10年1月30日（税53巻10号20頁・第三者悪意）、東京高判平成10年10月28日（判タ1006号207頁・第三者悪意）がある。

推適用するようになった。

最高裁昭和43年10月17日判決(民集22巻10号2188頁)は、XがYから取引先の信用を得るために不動産の登記名義を貸してほしいと頼まれたため、売買予約を仮想して仮登記をしたところ、Yが勝手に本登記にしてZに譲渡し、さらに転々譲渡されてしまった事案において、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から、真の権利者は善意無過失の第三者に対抗できないと判示している。また、最高裁昭和44年10月16日判決(判例集未搭載のため、野田宏「最高裁民事破棄判決の実情(4)」判時592号20頁参照)は、Xが自己の財産を保全するためYと通謀の上、建物の売買予約を仮装して仮登記をしたところ、Yが勝手に本登記にしてZに譲渡した事案において、前掲昭和43年判決を引用して同様の判示をしている。さらに、最高裁昭和45年6月2日判決(民集24巻6号465頁)は、Xが融資を受けるためにYと通謀して不動産の登記名義を移転したが、YがさらにZに対し融資の斡旋方を依頼してXから預かっていた書類等を預けたため、Zがこの書類を用いて自己に虚偽の登記名義を移転した上、ZからWに譲渡された事案においても、昭和43年判決を引用して同旨の判示をしている。

これらの裁判例はいずれも、意思外形非対応型の事案である。ここでは、真の権利者が作出・承認した外形を基に、仮装登記名義人が勝手にそれを超える外形を作出しており、過大な外形の作出に真の権利者が直接関与していない。当時は、外形自己作出型の事案においても、94条2項を類推適用するに当たっては「通謀」あるいは「名義人の承諾」が必要とされていたこともあって、通謀を超える外形を信頼した第三者を外形自己作出型と同じ論理で94条2項に引き付けて処理することは困難であった。そこで、判例は、真の権利者が作出・承認した外観を超えて、より過大な虚偽の外形が作出されている点を、ちょうど本人が代理人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、代理権踰越

に関する 110 条を併せて類推適用するという理論で第三者の保護を図った<sup>(6)</sup>。その意味では、当時存在していた 94 条 2 項の拘束を免れるための法律構成上の工夫にすぎず、また、この類型において第三者に要求されている善意無過失という要件も、真の権利者と第三者との利益調整の必要上要求されたというよりも、単純に 110 条が要求しているという理由から導かれたものに過ぎなかった。しかしながら、意思外形非対応型に 94 条 2 項を類推適用したインパクトは予想を遥かに超えるものであり、後に外形自己作出型において「通謀」要件が要求されなくなったことと相まって、真の権利者の意思的関与が限りなく低い場合にも責任を肯定する方向で同条項の類推適用が拡張していくことが危惧されるようになり、これに限界を画する要件として第三者の「善意無過失」に積極的な意味が与えられるようになった<sup>(7)</sup>。

その後、意思外形非対応型の裁判例としては、最高裁昭和 47 年 11 月 28 日判決（民集 26 卷 9 号 1715 頁）、最高裁昭和 52 年 12 月 8 日判決（裁判集民 122 号 303 頁）<sup>(8)</sup>が現れたが、外形他人作出型への類推適用判例が急激に増えた時期に対応して、この類型は裁判上姿を消していき、その後

---

(6) この論理は、外形他人作出型の事案ではあるが、東京地裁昭和 40 年 3 月 16 日判決（下民集 16 卷 3 号 450 頁）においてすでに示されていた。事案は、X が Y に金融を得させる目的で Y に担保権設定の代理権を与え、印鑑や書類を交付したところ、Y が印鑑を冒用して X 名義の委任状を偽造し、Y に移転登記した上、Z に譲渡したものである。

(7) 星野栄一「判批」法協 88 卷 11-12 号（1971 年）1023 頁、川井健「判批」民商 64 卷 3 号（1971 年）481 頁。

(8) 最判昭和 47 年 11 月 28 日は、X が暴力団から恐喝されるのを防ぐために、Y に仮登記をすることを依頼したが、Y が勝手に移転登記をして Z らに売却した事案。最判昭和 52 年 12 月 8 日は、X らが買い入れた土地につき、民法上の組合を結成し、便宜上 Y らのみの共有名義で登記しておいたところ、Y らがこれを Z らに虚偽の移転登記をし、そこからさらに第三者に譲渡された事案。

は、随分間において最高裁平成12年12月19日判決(判時1737号35頁)<sup>(9)</sup>が1件現れたきりである。その理由としては、意思外形非対応型に見られるような、通謀の相手方がいったん通謀に基づく虚偽の登記をしたうえで、それを改ざんしてより過大な虚偽の外形を作出した場合よりも、外形他人作出型に見られるような、通謀に基づく登記をせずに、直接通謀を超える登記をした場合のほうが事案として現れやすいことが考えられる。現に、昭和47年判決の事案は、Xが暴力団から不動産を喝取されることを防止するため、通謀の上Yに仮登記をすることを依頼して書類を交付したところ、この書類を用いてYが勝手に自己に移転登記をしたうえ、Zに譲渡したというものであり、通謀に基づく虚偽の外形が一度も作出されていない。この点、事案としてはむしろ外形他人作出型に分類されるべき事案であるところ、110条が併せ類推適用されたのは、真の権利者の関与が低い点を第三者の無過失を要求することで調整しようと考えたためであったと解されている。この視点は、外形他人作出型の近時の判例に多く見られるようになっており、その魁ともいえる判決となっている。

#### 4 外形他人作出型の登場

外形他人作出型の判例も下級審レベルでは古くから存在してはいたが<sup>(10)</sup>、最高裁レベルでは意思外形非対応型の最高裁判例に少し遅れる形で、最高

(9) Xが新築建物につき税金対策のために息子Y名義で建築確認申請を行い、Y名義で家屋補充課税台帳に登録されたが、Xは11年間、Y名義のまま固定資産税を支払い、かつ家屋補充課税台帳の登録について異議を述べなかったところ、Yが勝手に自己名義の保存登記をしたうえ、第三者に譲渡した事案。

(10) 横浜地判昭和34年7月25日(下民集10巻7号1566頁)、大阪地判昭和39年5月11日(判時381号41頁)、東京地判昭和40年3月16日(下民集16巻3号450頁)、東京高判昭和40年6月17日(判夕180号122頁)、大阪高判昭和42年1月23日(判時490号56頁)などがある。

裁昭和 45 年 4 月 16 日判決（民集 24 卷 4 号 266 頁）が登場した。事案は、X が贈与を受けた未登記建物につき養母の名義とすることを許容したが、養母がその息子 Y を所有者として家屋台帳の登録を行い、X はこれを知りながら Y 名義のまま建物の固定資産税を支払ってきたところ、Y が自己名義で建物の保存登記をし、Z のために停止条件つき代物弁済契約を締結して仮登記を経由し、結局条件成就により Z に本登記がなされたというものであった。判決は、虚偽の外形が保存登記であるという点で共通する最高裁昭和 41 年 3 月 18 日判決（外形自己作出型）を引用しつつ、未登記建物の所有者が、家屋台帳に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っても、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した。その理由として、未登記建物については、家屋台帳上の所有名義が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、その外形を信頼した第三者の保護の程度に差等を設けるべきではないとする。

その後、この判決に続く形で、同旨の最高裁判決が 2 件出された。最高裁昭和 45 年 9 月 22 日判決（民集 24 卷 10 号 1424 頁）は、妻 X が他から取得した建物につき、夫 Y が勝手に自己名義の移転登記を経由したが、X は事情を知った後も 4 年余りこれを放置し、X が融資を受ける際にもそのままの登記名義で根抵当権を設定していたところ、Y が Z に譲渡してしまったという事案につき、不実の登記が X の承認のもとに存続せしめられていたとして、また、最高裁昭和 48 年 6 月 28 日判決（民集 27 卷 6 号 724 頁）は、X は、自己所有の未登記建物につき、固定資産課税台帳に夫 Y の所有名義で登録されていることを知りながら、長年 Y 名義のまま税金を支払ってきたところ、Y の債権者 Z がこれを差し押さえたという事案につき、X は建物が家屋台帳に Y 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として、いずれも先の昭和45年4月16日判決を引用しつつ94条2項を類推適用している。

これらの一連の判決において注目すべきは、「通謀」ないし「真の権利者による外観の作出」という要件に代えて、真の権利者が仮装登記名義人により作出された虚偽の外形を明示または黙示に「承認」していたことが、94条2項類推適用の根拠とされている点である。そして、その「承認」は事前でも事後でもよく、かつ明示でも黙示でもよいとする。つまり、真の権利者と仮装登記名義人の間に意思的な連絡が全くなく、虚偽の外形が真の権利者の全くあずかり知らないところで作出された場合であっても、真の権利者の事後的な「承認」さえあれば類推適用を肯定でき、かつ「黙示」の承認(＝すなわち「放置」)のように限りなく消極的な場合であってもよいと解する余地を残すものである。ここではもはや、真の権利者に「虚偽表示」に近い行為があったことは要求されず、「承認」という最小限の意思的関与のみで責任を負わせるものであり、読みようによっては、真の権利者の帰責性が限りなく小さい場合でも、取引安全のために第三者の信頼を保護すべきとする一般的な権利外観保護の法理に展開する可能性がある。

では、その後の判例はどのように展開していったのであろうか。最高裁レベルでは、先の判例の流れを受けて出された判決としては、最高裁昭和62年1月20日判決(訴月33巻9号2234頁)が1件あるのみである。妻Xから融資を受ける手続を委任された夫Yが、融資を得やすくするためにXの承諾を得ることなくY名義に移転登記し、抵当権を設定したが、Xはこれを知りながら4年間放置していたところ、国がYに対する滞納処分として差し押さえ、Zに競売されてしまった事案において、最高裁昭和54年4月16日判決並びに同昭和45年9月22日判決を引用して、94条2項を類推適用している。

一方、下級審レベルでは昭和50年代から60年代にかけて集中的に判例が出されており、その後も平成12年ごろまでコンスタントに判例が

出続けている。注目すべきは、肯定判例・否定判例とも数の上ではほぼ拮抗しているということであり、ここから、下級審では、上述したような94条2項の類推適用をより広く適用していこうとする最高裁の傾向に逆行して、同条項がより限定的に類推適用されていることが伺われる。下級審判決においては、どのような要素が類推適用を限界付けているのであろうか。

そこで、以下では、最高裁昭和45年4月16日判決をはじめとする外形他人作出型に属する最高裁・下級審の各判例において、具体的にどのような事情が類推適用の可否を決定付けたのかを、細かく検討してみたい。

なお、外形他人作出型の事案については、平成12年以降にも最高裁判決が2件、下級審判決が2件出されている。最高裁判決については、いずれも昭和45年4月16日判決以降の流れとは事案の性質も適用法理の理解も明らかに異なるものであるため、これらについては章を改めて取り上げることとする。また、下級審判決のうち、1件は不動産の事案ではないので本稿では取り上げないこととし<sup>(11)</sup>、残りの1件を以下の分析の対象に含めることとした。

---

(11) 東京地判平成16年9月15日（判例集未搭載）。事案は、Aが取得した特許について、Bに出願主義人変更届呼びし出願審査請求の手続を依頼し、委任状、印鑑登録証明書などを交付したところ、Bはこれを利用してAからBへ特許権の移転登録を経た上、Cに対して本件特許につき専用実施権を設定したというものである。94条2項及び110条の重疊的類推適用により、善意の第三者として保護されるとのCの主張に対して、判旨は、AはBとの間で特許権の譲渡に関するなんらの意思表示をしたこともなく、Bに対して特許権の移転に関連してなんらの代理権を授与したこともないこと、またAが本件移転登録の作出に関与し、あるいは本件移転登記によりBが特許権者であることを示す外観を容認していたことをうかがわせる事情も認められないとした。

## 5 外形他人作出型における「承認」要件の分析

### (1) 外形他人作出型における94条2項類推適用の要件

判例の分析に入る前に、ここで改めて外形他人作出型の事案に94条2項を類推適用する際の要件を確認しておこう。

第一に、虚偽の外形が存在すること。真の権利者と仮装登記名義人の間に虚偽の法律行為があることは必要ないが、少なくとも虚偽の外形は必要である。何をもって虚偽の「外形」とするかについては、判例はかなり緩やかに解しており、土地の所有権移転登記はその典型であるが、建物の保存登記<sup>(12)</sup>や家屋台帳<sup>(13)</sup>ないし固定資産税課税台帳<sup>(14)</sup>、仮登記<sup>(15)</sup>もこれに含まれるものとしている。

第二に、他人が作出した虚偽の外形につき、真の権利者の承認があること。以下では、どのような事情を持って「承認」があったと認定されるのかを検討することになる。

第三に、第三者が善意であること。上述した意思外形非対応型では、110条を併せて類推適用する結果として、第三者は無過失であることも要求されるが、94条2項のみの類推適用では、善意のみを要件とすることにつき、判例上なんら問題とされていない<sup>(16)</sup>。しかし、学説では、外形自己作出型に比べ、真の権利者の帰責性要件がさらに希薄となっている（虚偽の外形が「真の権利者の意思に基づいて作出」されたことから、真の権利者の単なる「承認」へ）状況を踏まえて、また他の権利外観法理とのバランスをとるために、善意だけでなく無過失も要求して調整を図るべきで

---

(12) 最判昭和41年3月18日。

(13) 最判昭和45年4月16日。

(14) 最判昭和48年6月28日。

(15) 最判昭和45年11月19日。

(16) 最判昭和43年11月19日は、第三者は善意のみで足りるとしている。

はないかが議論されている<sup>17)</sup>。下級審レベルでは、外形他人作出型の事案においても110条を併せ適用して第三者に無過失を要求する判例も見られ、平成15年ならびに平成18年の最高裁判決はいずれも110条を併せ適用する立場を採用している。そこで、第三の要件については、これらの最高裁判決を検討する中で扱うこととしよう。

以上より、(2)および(3)では第二の要件を中心に分析をすることとなる。

## (2) 判例の紹介

まず、94条2項類推適用が肯定された判例について、その簡単な事案と、肯定を決定付けたと思われる事情を紹介する。

### ①最判昭和45年4月16日（民集24巻4号266頁）

事案は、Xが贈与を受けた未登記建物につき養母の名義とすることを許容したが、養母がその息子Yを所有者として家屋台帳の登録を行い、Xはこれを知りながらY名義のまま建物の固定資産税を支払ってきたところ、Yが自己名義で建物の保存登記をし、Zのために停止条件つき代物弁済契約を締結して仮登記を経由し、結局条件成就によりZに本登記がなされたというもの。

Xが、家屋台帳上Yの所有名義に登録されていることを承認していたか事実を確定するため、原審に差し戻しているので、原審においてどのような判断がなされたかは不明。

---

17) 星野英一「判批」法協87巻6号（1970年）731頁，同「判批」法協89巻7号（1972年）866頁，米倉明「判批」法協92巻2号（1975年）183頁，半田正夫「民法94条2項の類推適用」内田＝黒木＝石川先生還暦記念「現代民法学の基本問題（上）」（1983年）113頁。

②最判昭和45年9月22日(民集24巻10号1424頁)

事案は、妻Xが他から取得した建物につき、夫Yが勝手に自己名義の移転登記を経由したが、Xは事情を知った後も4年余りこれを放置し、Xが融資を受ける際にもそのままの登記名義で根抵当権を設定していたところ、YがZに譲渡してしまったというもの。

虚偽の登記がなされていることを知りながら、4年間放置したこと、Y名義のまま根抵当権を設定したことが、Xの承認の下に不実の登記が存続せしめられていたという評価につながっている。

③最判昭和48年6月28日(民集27巻6号724頁)

事案は、Xが、自己所有の未登記建物につき、固定資産課税台帳に夫Yの所有名義で登録されていることを知りながら、長年Y名義のまま税金を支払ってきたところ、Yの債権者Zがこれを差し押さえたというもの。

虚偽の登録がなされていることを知りながら長年放置していたことが、決め手となっている。

④東京高判昭和49年5月29日(金商426号8頁)

夫Xが所有する不動産につき、妻YがXの承諾を得ないで勝手に自己名義の移転登記をし、その直後にY名義の権利証をXに示したところ、Xは怒ったものの、誰の名義にしておいてもかまわないといって12年間もY名義のままとし、固定資産税もY名義のままXが支払っていたというもの。

虚偽の登記がなされていることを知りながら12年間もの長期にわたってこれを放置していたことが、決め手となっている。

⑤大阪地判昭和54年12月5日(判時967号95頁)

共有地の所有権一部移転登記を受けた買主Xが、地積更正・分筆のた

めに売主と通じていったん登記を抹消したところ、Xに無断で他の共有者Yに共有地全部の所有権移転手続が行われ、Yから更に第三者Zに移転登記がなされた事案。

判旨は、Xが売主と通じて登記を抹消したことを、虚偽の意思表示をしたのに等しいと解して94条2項を類推適用している。しかし、ここで問題とすべきZが信頼した虚偽の外形とは、Xと売主との間で登記の抹消により作出された、あたかもXに所有権が移転していないかのような外観ではなく、その後、売主がXに無断でYに共有地全部の移転登記をした結果として生じた外形であるから、前者を虚偽の意思表示とみなして94条2項を類推適用するのはおかしい。むしろ、共有地の一部を所有している真の権利者Xに無断で、元売主が便宜的理由のため自己に所有名義を移転し、これを第三者に譲渡したという、典型的な外形他人作出型のケースとして理解すべきである。そのように捉えると、この事例では、Yへの全部移転登記に対するXの承認は全く認められないのであるから、結論として94条2項類推適用が否定されるべき事案であったと考える。

#### ⑥東京地判昭和56年3月31日(判タ448号115頁)

Xは、不動産を購入したが、その資金をYらから借り受ける際、信用を裏づけ保証するために不動産の権利証、Xの印鑑証明および白紙委任状をAらに交付したところ、AらはYらから金融を得る担保としてこれらの書類を差し入れたため、Yらがこれを利用して自己に移転登記をした上、さらにZに譲渡された事案。94条2項の法意、外観尊重及び取引保護の要請ないし信義則を適用し、Xは登記の無効をもって「善意無過失」のZに対抗できないとした。

判旨は、次の2点をもって94条2項類推適用を肯定している。第一に、Yらの移転登記に気づいたXが、Aらを刑事告訴するとともに、同人らと登記名義をXに回復することを条件に告訴を取り下げる示談をしてい

ることから、XがYらの登記の存在を知りながらこれを承認したとまでは認められないとしながらも、登記名義人となっているYらに対して、示談交渉に参加させ、あるいは速やかに処分禁止の仮処分等自己の権利を保全し、その後の登記名義の移転を防止するための法的措置をとることが十分可能であったと認められるのに、Yらの登記の存在を知りながら、その後約1年2ヵ月間、示談成立後からでも約5ヵ月近くの間、なんらの措置も執らずに放置したため、Zへ登記が経由される結果となったとしている。第二に、紛争の発端は、Xが権利証のみならず印鑑証明書と白紙委任状をも不用意に他人に交付し、その所持人が事実上登記手続をとることができる状況を作り出したことを挙げている。

⑦東京地判昭和58年2月25日(判時1090号137頁)

Xは、自己が購入した土地につき、跡継ぎであるY名義に登記を移転したが、その上に建てられた建物については未登記のまま10年が経過したころ、YがXに無断で建物についてY名義で保存登記をしたうえ、Yの債務を担保するため土地建物につきZのために根抵当権設定登記がなされたという事案。

判旨は、Xが土地を買い受け、その上に建物を建築した際、Xには妻子もなく病弱であったため、自らが経営している工場の従業員であるYに跡を継がせるつもりで、土地をY名義とし、建物についても、建築確認、工場許可をY名義で取り、取引先にもYを跡継ぎとして紹介し、まもなく営業をYに任せて自らは別の場所に移住したものの、土地建物についてはそのまま放置されていた点をもって、Xは建物についても土地と同様にY名義とすることを容認していたものであって、保存登記はXの意思に反したものと認められないとした。

⑧大阪高判昭和59年11月20日（高民集37巻3号225頁）

XがYから購入した不動産につき、登記移転手続きをしないでいたところ、YからAへ、AからZへ移転登記がなされた事案。94条2項類推には言及されておらず、禁反言もしくは権利外観法理により、Xは善意の第三者に対抗できないとしている。

Xは、移転登記に必要な一切の書類を受領していたにもかかわらず、土地を買い受けてから10年、その後Aへの不実の登記の存在を知るも、さらに5年にわたってこれを放置しており、この放置期間はきわめて長期間であると評価されたことが決め手となっている。

⑨大阪高判昭和60年1月29日（判タ550号146頁）

Yは土地開発業者であり、X所有の土地を宅地に造成し、第三者に販売した上、その販売金の中から土地の分量に見合う売買代金をXに支払うこと、また支払いを受けたときに当該土地の所有権をYならびに買主に移転するという所有権留保の約定がなされていたところ、Yは対象土地の分筆・合筆・地積訂正に必要であると称してXから対象土地の権利証、Xの白紙委任状・印鑑証明書の交付を受け、これらの書類を利用して無断で譲渡担保権や抵当権、根抵当権を設定した事案。民法94条2項、110条の法意に照らして、Xは善意無過失の第三者に対抗できないとした。

XはYとの関係では所有権を留保しつつも、対外的にはY所有の土地として第三者に分譲販売することを承諾していたこと、対象土地の登記手続を司法書士に委任する事務をXがYに広く委任していたこと、当初は分譲宅地の買受人への移転登記の必要をYが連絡してきた都度、登記移転に必要な書類を交付してきたが、途中からは未分譲の土地全部の権利証を交付し、かつ必要以上の枚数の白紙委任状、印鑑証明書、白紙売渡証書を交付し、それらの返還を求めることもしなかったことが、不実の登記を発生させ、第三者に本件土地がYの所有であると誤信させた重大な原因

になっているとした。

⑩最高裁昭和62年1月20日(訴月33巻9号2234頁)

妻Xから融資を受ける手続を委任された夫Yが、融資を得やすくするためにXの承諾を得ることなくY名義に移転登記し、抵当権を設定したが、Xはこれを知りながら4年間放置していたところ、国がYに対する滞納処分として差し押さえ、Zに競売されてしまった事案。

Xは、YがXとの間で不動産の売買契約を仮装して銀行から融資を受けようとしていることを知りながら、銀行の担当者に対してもなんら異議を述べることもなく、Yの保証人となるべく申し込んだものとして銀行担当者と面接していること、4年間の放置、法務局よりXからYへの移転登記申請があったことを知らせる通知書がXの自宅に到達し、また固定資産税の通知書も来なくなったが、なんらの手続も執らなかつたこと、税務署からの売買契約に伴う譲渡所得申告の指導に対し、なんら異議を述べなかつたことを理由として挙げる。

⑪高松高裁昭和63年3月31日(判時1282号125頁)

土地開発に絡み、地権者であるXらは、土地開発業者Yに、分筆及び所有権移転登記手続のために必要であるといわれて、委任状、印鑑登録証明書、土地権利証等をYに交付したところ、Yがこれらの書類を用いて交換を原因とする移転登記をしたうえ、Zに譲渡した事案。94条2項、110条の類推適用により、Xは善意無過失の第三者に対抗できないとした。

Xは、分筆及び所有権移転手続だけでなく、交換を原因とする登記移転手続についても、土地開発に必要な手続の一環と理解し、それに協力する趣旨で押印の承諾、権利証の交付を行ったものであると判断された。

⑫東京高裁平成2年2月13日（判時1348号78頁）

Xは、当該建物が義理の甥であるY名義に保存登記がなされていることを知りながら8年間放置していたところ、YがこれをZに譲渡し移転登記をした事案。

Xは不動産登記について相当の知識を有すること、Xは会社の経営をYに委ねているという関係にあることから、Yの保存登記の抹消登記手続を実行させることはきわめて容易であったと考えられるのに、これをあえてせず、8年間放置したこと、その間、何度も当該建物に抵当権が設定された際、Xは抹消登記を求めるなど適当な措置を講じたものの、Y名義の保存登記については、実体関係に符合させるような措置をとることを要求しなかったことをもって、XはY名義の保存登記を明示的に容認していたと評価された。

⑬東京地裁平成9年12月25日（金商1044号40頁）

Xは、自己所有の土地にアパートを建築することをYに依頼したが、YがAから建築資金の融資を受ける便宜上、Yに土地の登記名義を移転するとともに、同土地につきAのために抵当権設定登記を経ていたところ、一方で、この登記に基づいて税務署がYに対する滞納処分として差押登記をしたが、その後、Xが真正な登記名義の回復を原因として所有権移転登記が経由され、さらにZに移転登記がなされ、Zが差押登記の抹消登記手続を求めた事案。

XはYが無断で所有権移転登記をしたと主張しているが、YがAから融資の受ける際になされた確認手続において、Y名義となっていることにつきなんら異議を述べなかったこと、また執行官に対し、電話でYが融資を受けるために一時的にXからYに所有権が移転したものである旨応答していることから、Xは土地の登記名義がYに移転していることについて承諾していたものと判断した。

⑭東京地裁平成11年9月27日(高民集53巻2号199頁)

Xは、自己所有の土地につき、Y名義になっていることを知りながらこれを8年間放置していたところ、YがAのために当該土地に根抵当権を設定しこれを登記したが、結局根抵当権が実行されてZが買い受けたという事案。

XとYは同族会社であること、Xは所有権移転登記抹消登記手続訴訟を提起したものの、当該土地の抵当権実行手続においてはなんら手続停止のための措置を講じることなく経過したことが考慮されている。

⑮最高裁平成12年12月19日判決

Xは、自己所有の土地に建物を建て、税金対策のためこれをY名義で建築確認申請したため、家屋補充台帳にはY名義で登録されていたところ、YがXに無断で建物についてY名義の所有権保存登記を行ったうえ、これをTに譲渡した。Tは当該建物に根抵当権を設定したが、根抵当権が実行されZが買い受けたという事案。

ここでは、主として、建物に抵当権を設定したTが敷地の賃借権を有しない場合に、建物の買受人Zが敷地の賃借権も取得できるかが争点となっており、その前提として、Zが本件建物について所有権を取得できるかが論じられている。Yの作出した不実の登記は、Xがした家屋補充台帳上の不実の登録を利用することによって初めて可能となるのであるから、不実の登録名義の作出に関与し、これを承認していたXは、その後の保存登記まで承認していなかったとしても、94条2項、110条の法意により、善意無過失のZに対抗できないとした。

⑯大阪高裁平成16年11月17日判決(判時1897号17頁)

Xが当該土地について共有持分権を有していたところ、右持分権についてXに無断でYらへの共有持分移転登記がされ、さらにZのために当

該土地全体について根抵当権設定登記がなされた事案。

X が Y に実印や印鑑登録カードを預けていたこと、持分権移転登記の存在を知った後も、約 9 年近くこれを放置してきたこと、X が破産宣告を受けた際、X は破産管財人に対して当該土地に関する共有持分権を破産申立書に記載するなどして説明しておらず、これは X が不実の持分権移転登記の外観を承諾して利用したというほかないことが、94 条 2 項類推適用を肯定する根拠となっている。

次に、94 条 2 項類推適用が否定された判例を紹介しよう。

①東京地裁昭和 57 年 2 月 8 日（訴月 28 卷 5 号 952 頁）

X（国）が Y から自作農創設特別措置法により買収し、その旨表題部欄外登記がなされた土地につき、登記官が右登記を看過して Y1 を被相続人とする相続登記をした後、Y の相続人 Y2 が A に対する債務を担保するために当該土地に抵当権を設定したが、結局抵当権が実行され、Z が競落したという事案。

本件における虚偽の登記はもっぱら登記官の過誤により作出されたものであって、X の意思に淵源を有すると認められないことを根拠として、94 条 2 項は類推適用されないと判示している。なお、登記官も国の機関であるから、登記官による行為も国の処分行為と同視できるので、虚偽の登記の作出が国の意思に淵源を有するといえとの原告の主張に対し、登記官はあくまで登記事務という一の公証事務を分掌するに過ぎないのであって、登記官の行為に国の財産につき処分意思を認めることは論理の飛躍であることも明らかにしている。

②東京地裁昭和 58 年 7 月 19 日（判時 1102 号 77 頁）

①と同一当事者の別事件。判事事項もほぼ同じ。

③浦和地裁昭和58年11月18日(判時1111号131頁)

XがYに不動産の買主の斡旋を依頼したところ、Yは転売利益を得ようと、不動産の所有名義をいったんYに移転した上で転売する形式をとろうと図り、Xを騙してXから不動産の権利証、印鑑証明書および白紙委任状を取得した上、Yに移転登記をしたところ、Yに対する市税滞納処分としてZ市が不動産を差し押さえたという事案。

不動産買主の斡旋をする場合には、便宜上、登記手続に必要な書類をあらかじめ仲介人に交付しておくのは一般的であること、YはXの会社の非常勤取締役であり、人的信頼関係があったこと、Zによる差押処分がYへの所有権移転登記経由のわずか3ヵ月足らず後になされていることから、Xが登記簿を点検し、Yに所有権移転登記のなされたことを知り、かつ、直ちにそれを除去するか、またはその後の登記名義の変動を防止するための法的手段を講ずることが可能であったものということもできないことをもって、Xが虚偽の外形の作出について、事前もしくは事後に関与したことを認めることができないとしている。

④東京高裁昭和60年1月29日(判時1144号92頁)

Xは、Yに当該不動産売却の仲介を依頼したところ、当該不動産についている抵当権と保険契約を解除するために必要であるといわれて、実印を押した白紙委任状と印鑑証明書、固定資産課税台帳登録証明書を交付したが、さらにYは銀行に預託してあった当該不動産の登記済証も不正手段により入手した上、これらの書類を利用して自己へ移転登記をした上、借金の担保にZのために当該不動産に抵当権を設定した事案。

判旨は、登記の外観上何らかの不実登記を作出する意思がXに少しでもあったものとは認められず、かつXにおいて不実の登記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ものとも認められないこと、また、Xが交付した各書類は、右登記手続とはなんら関係

ない別個の目的のために交付したものであり、これらの書類が不実登記に冒用されることを X が予知しえたものとは認めがたいとした。

⑤東京高判昭和 60 年 4 月 24 日（東京高裁判決時報民 36 卷 4=5 号 77 頁）

X は、Y の借金の担保として X 所有の不動産に抵当権を設定することを了承した上で、設定登記手続に必要な書類を A に交付し、A がこれらの書類を冒用して Y に所有名義を移転していたところ、Y の債権者 Z が当該不動産に抵当権を設定した事案。

この判例では、本人の「承認」があったかどうかは論じられておらず、もっぱら第三者 Z が保護に値する者かどうかの問題とされている。すなわち、「94 条 2 項、110 条の基礎にあるいわゆる権利外観ないし禁反言の法理を援用することは、登記という権利の外形の存在に原因を与えたものとしての責を問うことによって真実の権利者の主張を排し、登記を信頼して取引関係に入った第三者の保護を図ろうとするものであるから、右法理の援用が肯定されるためには、その結果として真実の権利者が失権（本件に則していえば、抵当権等の負担の引き受け）の不利益をこうむらされてもやむをえないと認められるような、保護に値する事情が第三者について認められる場合でなければならない」として、本件の場合、Z が Y の登記を信頼し、当該不動産を担保にとって融資をしたわけではなく、融資後、たまたま Y の所有名義とされた不動産を担保に取っただけであるから、かりに Y の所有権取得が否定され、当該不動産から Z の債権回収ができなくなっても、当該不動産を回収の引き当てとはしないで融資をした Z にとって、不慮の損失は存しないから、真の権利者 X の利益を排してまで Z の利益を保護すべき事情は認められないとしている。

⑥東京高判昭和 60 年 4 月 24 日（判時 1154 号 85 頁）

X が Y から訴外不動産を購入するために、本件不動産を Y に下取りに

出すことにしたところ、Yは訴外不動産の登記手続に必要なと称して印鑑証明書、白紙委任状および登記済権利証の交付を受け、これを用いて自己に移転登記をした上、Zから金融を得るに際して当該不動産を担保に供したという事案。

XはYが自己名義に不動産の移転登記をすることを容認していたものではないし、Xが不実の登記をされたことを知りながらこれを存続せしめることを是認していた事実も存在しないこと、また本件不動産については、Y名義の移転登記と抵当権設定登記が同時なされており、ZがYの所有権移転登記の存在を信頼して抵当権を取得したという関係にないことから、Xが関係書類をYに交付したという行為だけでは94条2項類推適用によりZを保護すべき場合に当たらないとしている。後半の判示は、④判決とほぼ同旨。

⑦横浜地裁昭和61年2月26日(判タ605号55頁)

Xは、地番の認識を誤っていたため、自己の所有地につきY名義の登記がなされていることに気づかず、是正措置をとりえなかったところ、第三者Zがこれを取得した事案。

94条2項を類推適用するためには、真の所有者が誤った登記上の表示、外観を自ら作り出したか、そうでなくても右表示、外観を認識の上、これを承認していることを要件とすべきであるとして、Xは登記の誤りに長らく気づかず、したがって是正措置もとりえなかったのであるから、Xは右表示、外観を認識承認していたとはいえないとした。

⑧名古屋高裁昭和62年10月29日(判時1268号47頁)

X所有の不動産につき、息子YがXの承諾を得ることなく不動産の権利証や印鑑を持ち出し、Yの妻名義に移転登記をしたところ、YはZらに対する借金の担保としてZらに所有名義を移転したという事案。

「94条2項を類推適用することができるのは、真実の所有者が自ら不実登記を作出したり、不実登記の作出に原因を与えたりした場合や、不実登記の存在を知った上でこれを利用して新たな行為に及んだ等、その実質において94条2項と同視できる場合に限るべきものであり、単に不実登記の抹消手続を怠りこれを放置していたに過ぎないような場合にはいまだこれを類推適用する余地はない」として、Xが不実登記の作出に関係したり、原因を与えたような事実や、不実登記の存在を知った上でこれを利用して新たな行為に及んだ事実等、不実登記の存在を積極的に容認したような事実を認めるに足る証拠はなく、その抹消を求めたが応じてもらえず、その後、単にこれを放置していたに過ぎない場合には、94条2項を類推適用できないとしている。

⑨東京地裁平成3年10月9日（判時1445号158頁）

XがYの紹介でA信用組合から融資を受けるため、AにX所有不動産の権利証及び委任状等を交付していたところ、YがAを欺いて権利証等を受けだし、これを用いて自己名義に移転登記をしたところ、Xはこれに気づいて訴訟を提起したが、その後裁判上の和解が成立し、弁護士から本件不動産の所有者が無事Xに戻ったと告げられたため、軽率にも登記も回復したものと信じてなんらの措置も講じないまま13年間、Y名義の登記が放置されており、その登記を信頼してZがYに対する債務につき、本件不動産に譲渡担保を設定したという事案。

判旨では、XがY名義の登記を抹消することが可能になったあとも、13年間の長きに亘り軽率にもこれを抹消しないまま放置していることが、Zを登場させる結果となったと判示しながらも、真の権利者の「承認」があったか否かについては特に言及されていない。むしろ、第三者の要件との関係で94条2項類推適用を否定している。すなわち、Zは金融業者であり、貸金の譲渡担保として当該不動産を取得しようとする以上、登記簿

上の所有名義人が真実の所有者であるか否か及び物件の担保価値がどの程度のものであるか等の事実を調査確認するのが当然であるところ、登記簿記載の建物とは明らかに異なる形状のX所有の建物が存在し、かつ右建物において賃借人が営業・居住しているのに、なんらの調査もしていないから、Zの所有権取得につき重大な過失があるとしている。

⑩東京地裁平成8年12月26日(判タ953号186頁)

Xは訴外土地をYに売却する契約を結んだが、公図混乱地域であったため、合筆、地積訂正の必要からXより登記委任状と念書を得ていることを奇化として、土地家屋調査士の手を借りてこれらの書面を偽造・変造して、Yの所有名義と書き換え、Zに譲渡したという事案である。

本人側の事情に関しては、虚偽の登記は、土地家屋調査士とYに変造された登記委任状と、Xが知らない間に作出された土地の権利証により経由されたものでありかつ念書もすべて同人らに偽造・変造されたものであって、土地家屋調査士の公的資格性とその社会的地位に鑑みれば、Xにおいて土地家屋調査士が登記委任状や念書等を偽造・変造することまでを予測して行動すべきことを要求することは酷であること、当時は土地家屋調査士による土地の合筆・分筆登記が頻繁に行われており、実際の取引にはXの代理人が当たっていたことなどから、Xが登記の具体的内容や経過について錯誤に陥ったのもやむをえないことから、通謀に準ずる帰責性があったと認めることはできないし、また、原告が虚偽の登記の存在を知ったのはZが登記を経由したときであり、それ以前に虚偽の登記の存在を知ってこれを放置したことを認めることはできないとした。

第三者の事情については、Zが本件不動産の現地見聞をせず、売主であるXにも会わなかったこと、またZが見せられたXY間の売買契約を証する念書の記載は偽造がうかがわせるものであり、契約が真正に成立したか否かについて当然に疑問を持つべきであるのに、何の確認もしていなかつ

たことから、Zに過失がなかったとはいえないとした。

①那覇地裁平成9年3月24日（判例集未搭載）

X所有の不動産を別居中の妻YがXの実印及び登記済証を冒用してY名義に移転登記した上、Zのために当該不動産に抵当権を設定し、また租税債権に基づく差押がなされた事案。

Xが本件不動産の実印や登記済証の管理を別居中の妻に委ねて放置していた点は、保管状態がずさんであるといえなくもないが、夫婦の関係にあるものが、たとえ別居に至っていたとしても、実印及び登記済証を妻の利用しうる状態においていたこと自体をもって、これを冒用してXに無断で移転登記をすることにつき帰責事由があるということではできないとした。確かに、固定資産税納付書がY宛に送付されているが、Xは虚偽の登記作出に何らかの関与をしたものとは認められず、さらに、納付書交付後もY名義の登記の存続に積極的に関与したりこれを利用して何らかの行為を主なったものとは認められず、単に放置しただけであるから、Xが本件不動産のY名義の登記を存続せしめるにつき明示または黙示の承認をしたものとまで認めることはできないとしている。

②東京地裁平成9年12月8日（判タ976号177頁）

Xは、Yに騙されて自己所有の不動産を売却することとし、Z銀行から融資を受けて購入するために当該不動産をその担保とすることに応じたところ、Yが結局代金を支払わず、詐欺罪でつかまったという事案。

第三者保護規定については、本件のような典型的な詐欺の事案であって、詐欺による錯誤であるがゆえに要素の錯誤とされ無効となる場合には、民法94条2項の類推適用ではなく、詐欺の規定である96条3項の適用を認めるのが相当であるとして、ZはYに真実に所有権が移転されたものと信じ、そのように信じたことについて過失がなかったものと認めるのが相

当であるとした。

### (3) 分析

以上に紹介した判例から、真の権利者の帰責性要件に関する判断にいかなる特徴や傾向が読み取れるか、具体的に検証していこう。

他人が虚偽の外形を作出し、真の権利者がその作出・存続につき意思的関与をしていないとされる場合にも、以下の三つの場合が考えられる。第一に、真の権利者が不実の外形の作出・存続を知りつつ、これを積極的に消滅させようとせず放置していた場合（単なる放置）、第二に、真の権利者は、不実の外形の作出・存続に対し、積極的にこれを消滅させるべく行動をとったが、いまだ消滅させるまでに至っていない場合、第三に、真の権利者が不実の外形の作出・存続を終始知らず、第三者が登場して初めて知った場合である<sup>(18)</sup>。

まず、第三の、真の権利者が「不知」の場合においては、94条2項類推適用は常に否定される。否定判例①、②、③、④、⑤、⑥、⑦、⑩がこの場合に属する。このうち、①、②は登記官の過誤により虚偽の登記がなされたため、また⑦は地番の認識を誤っていたため、いずれも虚偽の登記に気づかず、是正措置を取りえなかった事案であって、真の権利者の帰責性がないあるいは限りなく希薄であることから、94条2項の類推適用が否定されることに異論はなからう。一方、それ以外の判例では、いずれも真の権利者が仮装登記名義人に対して委任状・印鑑証明書・登記済証など、移転登記手続に冒用しうる書類を交付している事案であり、ある意味で、虚偽の外形作出の原因を与えたとも評価できなくもないが、この点、判例は、虚偽の登記を知らなかった場合には、直ちにそれを除去するか、またはその後の登記名義の変動を防止するための法的手段を講ずることができ

---

(18) 米倉・前掲注(17)・184頁。

ないことを理由に、いずれも94条2項類推適用を否定している。ここから、94条2項が類推適用されるためには、まずもって真の権利者が虚偽の外形の存在を「知っている」ことが必要となることは明らかであろう。

次に、第二の、真の権利者が不実の外形を消滅させるべく何らかの行動をとった場合については、これを理由として結果的に94条2項類推適用を否定した判例は2件しかなく、かえってその行動が徹底したものではないことが、真の権利者の帰責性として評価されている判例が3件見られる。

否定判例⑧は、真の権利者である父が、虚偽の外形を作出した息子に抗議し、不実登記の抹消を求めている事案である。父は、結局、息子の「自分の手で解決する」との言を信頼して、それ以上何らの積極的行動にてでない。それにもかかわらず、判例は、少なくとも不実登記の存在を積極的に容認しているとはいえず、単にこれを放置していたに過ぎないとして、94条2項類推適用を否定している。以下の他の判例が真の権利者に要求する行動の程度に比べて、かなり緩いものとなっている。真の権利者と仮装登記名義人が親子関係にあることが、断固とした法的手段をとりえない原因になっている点が考慮されたものと思われる。否定判例⑨は、真の権利者が不実の登記がなされたことに気づいて訴訟を提起し、その後裁判上の和解が成立したという事案である。注意すべきは、この判例が94条2項類推適用を否定した主たる理由は、もっぱら第三者が保護要件を満たしていないからであって、真の権利者のとった上述の行動が積極的に評価されたわけではないということである。不実の外形の消滅行動という点に着目すれば、この事案では、真の権利者が和解によって登記名義が自己の元に回復したと軽率にも誤解したため、虚偽の登記が是正されることなく13年間も放置される結果となっており、真の権利者のとった訴訟提起・和解が、実質的になんら功を奏さなかったものと評価できる。したがって、この事案において仮に第三者保護要件が問題とならなければ、以下で紹介する肯定判例と同様、真の権利者のとった消滅行動が徹底していないこと

をもって94条2項類推適用を肯定するという結論が採られていた可能性が高い。

他方、肯定判例⑥は、虚偽の登記に気づいた真の権利者が、その原因を作った者を刑事告訴するとともに、登記名義の回復を条件に告訴を取り下げる示談をしたという事案である。判例は、この行動をもって、真の権利者が虚偽の登記の存在を知りながらこれを承認したとまでは認められないと評価しながらも、仮装登記名義人に対して、示談交渉に参加させ、あるいは速やかに処分禁止の仮処分等自己の権利を保全し、その後の登記名義の移転を防止するための法的措置をとるべきであったとして、類推適用を否定している。また、肯定判例⑫は、真の権利者が、不実の保存登記に基づいて設定された抵当権の抹消を求めたり、更なる抵当権設定を防止するための措置を講じたり、あるいは第三者に対して内容証明郵便により当該不動産が真の権利者に属する旨の申し入れを行っている事案である。判例は、こうした行動にもかかわらず、真の権利者が不実の保存登記自体についてなんらは是正手続をとらなかったことを重く評価し、不実の保存登記を「明示的に容認」していたものと判断している。さらに肯定判例⑭は、真の権利者が仮装登記名義人に対して、所有権移転登記抹消登記手続訴訟を提起する一方で、第三者による当該土地の抵当権実行手続においてはなんら手続停止のための措置を講じていない点をもって、94条2項類推適用を肯定している。

以上の肯定判例から、真の権利者のとった行動が、94条2項類推適用を否定する要素として評価されるためには、真の権利者が不実の外形「それ自体」を是正するための相当徹底した行動——不実登記の抹消登記請求訴訟の提起や仮装登記名義人に対する処分禁止の仮処分など——をとることが要求されていることは明らかである。そして、更には、真の権利者に一定の行動が見られるにもかかわらず、それが中途半端に終わってしまった場合には、逆に不実登記の存続を容認しているとのマイナス評価に

つながり、かえって94条2項類推適用が肯定されやすくなっているようである。

では、最後に残った、第一の、単なる放置の場合についてはどうであろうか。一言で「放置」といっても、その態様はさまざまである。そこで、以下では、単なる放置の事例において、真の権利者の帰責性に関わり94条2項類推適用を決定付けている要素を判例の中から抽出し、順番に分析していこう<sup>19)</sup>。

#### ④放置期間の長さ

不実登記の存在を知りながら、これを放置する期間が長ければ長いほど、この要素のみをもって94条2項類推適用が肯定される。例えば、肯定判例③では、具体的な年数は不明であるが、「長年」、④では12年、⑧では10年、⑫では8年、⑭では、正確な年数は不明であるが、少なくとも8年以上、⑮では11年、⑯では9年放置されているが、いずれも94条2項が類推適用されている。⑧判決に判示されているように、ここでは、真の権利者が不実の登記の存在を知りながら相当期間放置したときは、第三者の出現を予測できるはずであるから、これを是正する手段を講ずべきものであり、これを怠ったものが第三者よりも厚く保護されるべきではない、という考慮が働いている。注目すべきは、上掲の判例では、⑧判決と⑯判決を除き、いずれも真の権利者と仮装登記名義人との間に身分関係が認め

---

19) 本人の帰責性の存否を判断する規準として、米倉教授は次のようなものをあげておられる。(a)真の権利者と不実名義人との間に夫婦・親子などの家族関係が存するかどうか。(b)不実名義作出の事情。(c)不実名義存続の事情。(d)不実名義の存在に気づいてから以後の放置の期間の長短。(e)不実名義人の処分の可能性が特に大きいかどうか。(f)不実名義が原因となって、かつて取引の安全が脅かされたことがあったかどうか。本稿では、この規準を参考としつつも、分析の結果を踏まえて、規準となる要素を見直したものである。

られるということである。③④では夫婦関係、⑫では姻族関係（義理のおじ・甥）、⑭では同族会社、⑮では親子というように。なお、⑩判決では、身分関係はないものの、雇用関係があったことが認められる。このように、真の権利者と仮装登記名義人との間に身分関係が存在する場合には、往々にして放置の期間が長くなり、結果として94条2項が類推適用されるケースが多くなるという傾向が見られる。

他方で、何年を経過すれば放置期間が長いものとして評価されるのか、具体的基準は明らかではない。とりわけ、放置期間が3年から5年といった中程度である場合には、以下で示す他の要素——最も多いのは、真の権利者が対外的に不実の登記を前提としてとった行動——も合わせ考慮することにより、94条2項類推適用の適否が決定されているようであり、放置期間のみをもって本人の帰責性が十分であると判断されていない。例えば、肯定判例②⑩判決がこれに当たる。

#### ⑤真の権利者と仮装登記名義人との関係

94条2項類推適用が問題となる事案において、真の権利者と仮装登記名義人との間に身分関係が存在するか否かによって、結論は左右されるのであろうか。この点、米倉教授は、94条2項類推適用における本人の帰責の存否を決定する規準を定式化された際、真の権利者と不実名義人との間に身分関係が存在する場合には（とくに緊密な共同生活を営む夫婦関係）、不実名義の出現を知っていても必ずしも阻止しがたく、また、名義回復も通常困難であり、それらのことも特殊な身分関係が存する以上無理からぬものがあるから、身分関係が存する場合には本人の帰責性なしに傾斜すべきであると分析されている。

この点、上掲した判例のうち、真の権利者と仮装登記名義人との間に身分関係が存在するものとしては、肯定判例①（養女と養母の息子）、③（夫婦）、④（夫婦）、⑦（仕事上の跡継ぎ）、⑩（夫婦・離婚）、⑫（義理

のおじと甥)、⑭(同族会社)、⑯(親子)、否定判例⑧(親子)、⑪(夫婦・離婚)である。実に、10件中8件において、結果的に94条2項が類推適用されており、身分関係の存在が米倉教授の指摘されるような形で結論に影響を与えているようには見受けられない。むしろ、身分関係が存在する場合には、不実の登記の存在を知りながらも、そうした関係ゆえに不実の外形を是正する断固たる措置がとられることが少なく、結果として放置期間が長くなってしまふ、あるいは、真の権利者が、そうやってなんとなく是正措置を怠っている間に、対第三者との関係で不実の登記を前提とした一定の行動をとってしまう、これらの事情が帰責根拠となって94条2項が類推適用されてしまうということのように思われる。このように、身分関係の存在は、それ自体としては結論を左右する帰責要素とは評価されないが、そうした関係が他の帰責要素を導き出す原因を作っているという意味で、94条2項類推適用を否定する方向へ間接的に影響を与えているといえるのではなからうか。

他方、真の権利者と仮装登記名義人との間に身分関係が存在しない場合にも、両者の間には不動産に関連する何らかの委任関係が存在することが多い。肯定判例⑨(移転登記手続の委任)、⑪(土地開発に必要な分筆・移転登記手続を委任)、否定判例①②(職権による移転登記手続)、③(不動産買主の斡旋を委任)、④(不動産売買の仲介・不動産についている抵当権と保証契約の解除手続・抵当権設定契約の委任)、⑤(移転登記手続の委任)、⑥(抵当権設定登記手続の委任)、⑨(融資先の斡旋の依頼)、⑩(移転登記手続、合筆、地積訂正手続の委任)、などがその例である。これらの事案は、真の権利者と仮装登記名義人との間に身分関係が存在する場合に多く見られるような、両者の間に全く何の委任関係もないのに真の権利者に無断で不実の登記が作出されるということはほとんどありえず、一定の委任関係を前提に、委任事項ではない移転登記行為が行われてしまったというものである。この点、代理人が与えられた代理権の範囲を超えて

代理行為を行ってしまう、いわゆる表見代理が問題となりうる場面に極めて近い。両者の違いは、表見代理の事例では、不動産が真の権利者名義のまま直接第三者に譲渡されているのに対して、94条2項類推適用の事例では、いったん虚偽の登記が作出された後に第三者に譲渡されているという点だけである。その意味で、こうした事案において94条2項を類推適用するに当たっては、110条との要件面でのバランスが特に意識される必要がある。この点については後で改めて検討する。

### ◎不動産処分に関連する各種書類の交付

上掲の判例のうち、登記官の過誤により不実の登記がなされた否定判例①②、地番の認識を誤っていた否定判例⑦を除き、その他すべての判例において、仮装登記名義人が登記移転に必要な書類を何らかの形で真の権利者から取得している。取得の方法としては、真の権利者と仮装登記名義人の間に身分関係が存在しない場合には、両者の間に存在する何らかの委任関係に基づいて、委任事項の履行に必要な書類を真の権利者の意思に基づいて自発的に交付しているケースが大半であるが、中には、委任事項に必要なではない書類を必要であると騙されて交付してしまったケースもみられる(否定判例④⑤)。他方、身分関係が存在する場合には、真の権利者に無断で書類が持ち出されている事案も見受けられる(肯定判例④、否定判例⑧⑩)。仮装登記名義人が真の権利者から取得した書類としては、当該不動産の登記済証、権利証、実印、印鑑証明書、委任状等が挙げられるが、これらの一部を真の権利者から取得した上、移転登記になお不足する書類を偽造・変造したり(否定判例⑩)、あるいは第三者に預託されている書類を不正手段を用いて取得するなどして(否定判例④⑨)、不実の登記を作出したケースも見られる。

94条2項類推適用のためには、虚偽の外形作出に対する真の権利者の意思的関与を必要とするのであれば、不実の登記を作出するため

の書類が真の権利者の意思に基づかずに仮装登記名義人の手にわたったような場合（無断持ち出しや偽造）には、真の権利者の帰責性は限りなく低くなることは疑いないであろう。問題は、真の権利者がどんな理由にせよ移転登記に必要な書類を「自発的に」交付することそれ自体をもって、虚偽の外観作出に対する真の権利者の意思的関与を認めてよいかである。

この点、判例は限定的に解しているようである。例えば、否定判例③は、真の権利者が仮装登記名義人に対する信頼と浅慮から、移転登記に必要な種類を不用意に交付し、それが結果として不実の登記を可能とする状況を作り出したことに紛争の発端があるとしながらも、不動産売買の斡旋を依頼する場合には、取引の便宜上、登記手続に必要な書類をあらかじめ交付しておくのは一般的によくあることであるとして、必要な書類を交付したとの事実のみから、94条2項及び110条の法意である外観法理の適用の前提たる外観作出行為と見ることは相当ではないとしている。また、否定判例④は、不実登記に冒用された書類は、もともと不実登記とは関係のない別個の目的のために交付されたものであって、これらの書類が不実登記に冒用されることを真の権利者が予知しえたものとは認めがたいとし、もし真の権利者が書類を交付していなければ不実登記が作出されることがなかったとしても、そのことだけから不実登記の作出自体に真の権利者が関与したものであるとか、あるいは不実登記の作出が真の権利者に原因するものであるということは到底できないとしている。

このように、判例は、真の権利者の自発的な書類交付行為のみをもって、虚偽の外観作出に対する意思的関与とは捉えていないが、若干留意すべきは、以上のような考慮が働くのは、あくまで交付される書類の量や種類が、相当な範囲にとどまっている場合であって、これを超える場合には、逆に真の権利者の帰責要素と評価され、94条2項類推適用が肯定されるということである。例えば、肯定判例⑥は、金融を得るための担保として当該不動産の権利証のみならず、印鑑証明書と白紙委任状をも交付した行為を

「不用意」であると評価し、これが事実上、当該不動産について不実登記が作出される状況を生み出したものであるから、真の権利者は、不実の登記の存在を知らながらこれを承諾した場合と同等の法的不利益を受けてもやむをえないとしている。また、肯定判例⑨は、真の権利者が、必要以上の枚数の白紙委任状、印鑑証明書、白紙売渡証書を交付し、それらの返還を求めることもしなかったことが、不実の登記を発生させ、第三者に信頼を与えた重大な原因になっているとしている。

#### ④放置の態様—対外的行為

最高裁昭和45年4月16日判決が、94条2項を類推適用するためには、他人が作出した虚偽の外形につき真の権利者の明示または黙示の「承認」があればよく、その「承認」は事前のもので事後のものでかまわないと判示したことは上述のとおりである。この見解によれば、ここで言う「承認」には、積極的かつ明示的承認から、黙示の事後的「承認」の最たるもの、つまり単なる「放置」まで、さまざまな態様の「承認」を含むと解する余地がある。この点、実際の判例ではどのように解されているのであろうか。すなわち、不実の登記がなされていることを知らながら、それに対して真の権利者がどのような対応をとることが、ここでいう「承認」があったものと評価されているのであろうか。

判例は、当初、不実登記の存在を知った真の権利者に、それを是正し、あるいはそれを信頼した第三者の登場を阻止する手段をとるべきことを要求し、これを怠ったことを真の権利者の帰責事由と評価して、94条2項類推適用を肯定していた。例えば、肯定判例⑥は、真の権利者が不実の登記を知らながらこれを承認していたとまでは認められないとしながらも、自己の権利を保全し、不実の登記を前提とした更なる登記名義の移転を防止するための法的措置をとることが十分可能であったのにこれを怠ったことをもって、登記の存在を知らながらこれを承諾した場合と同等の法的不

利益を受けてもやむをえないとしている。また、肯定判例⑧は、「真実の権利者が、不実の登記の存在を知りながら、相当の期間これを放置したときは、その登記を信頼して利害関係をもつに至る第三者の出現が予測できるはずのものであるから、真実の権利者において当該不実の登記を是正する手段を講ずべきものであり、これを怠った者が、登記を信頼して取引関係に立った第三者よりも厚く保護されるべき理由はない」としている。このように、判例は、不実登記の存在を知った真の権利者にその是正措置を講ずることを相当厳しく要求しており、これを反対解釈すれば、不実の登記を知った以上これを単純に放置することは、こうした是正措置を明らかに怠るものと評価されることにつながるものであった。その意味では、94条2項類推適用の「承認」要件は、限りなく消極的な意思的関与である「放置」も当然に含むものと解されていたようである。

しかしながら、その後、判例は徐々に、「承認」の意味を限定的に解するようになる。否定判例⑨は、「民法94条2項を類推適用することができるのは、真実の所有者が自ら不実登記を作出したり、不実登記の作出に原因を与えたりした場合や、不実登記の存在を知った上でこれを利用して新たな行為に及んだ等、権利者が当該不実登記の存在を積極的に認容した事実があり、その実質において民法94条2項と同視できる場合に限るべきものであり、単に、不実登記の抹消手続を怠りこれを放置していたに過ぎない場合にはいまだこれを類推適用する余地はない」としている。同様に、否定判例⑩は、真の権利者が不実の登記の存続に積極的に関与したり、これを利用して何らかの行為を行ったものとも認められず、単に右登記を放置しただけであるから、不実の登記を存続せしめるにつき明示または黙示の承認をしたものとまで認めることはできないとしている。このように、一時はかなり緩やかに解されていた「承認」要件も、現在では、不実登記の存在を知りつつ、これを是正しないで単に放置していたに過ぎないというだけでは、黙示の「承認」要件を満たさないと解されるに至っている。

では、上記の否定判決⑧⑩において、94条2項が類推適用されるために必要であるとして示されている「真の権利者が不実登記の存在を積極的に容認した事実」、より具体的には「不実登記の存続に積極的に関与する行為」あるいは「不実登記を利用して行われた新たな行為」と表現されているが、これは具体的にどのような行為をさすのだろうか。

「不実登記の存続に積極的に関与する行為」としては、仮装登記名義のまま真の権利者が固定資産税の支払いを継続する行為（肯定判例①④⑮）が挙げられる。また、真の権利者に不実の登記を是正する措置をとろうという行動が見られるものの、結局、徹底した手段が講じられずに終わっているという場合には、逆に本気で是正する気持ちが見うけられず、不実の登記を是認しているものと評価されていることは上述のとおりである（肯定判例⑫⑭）。さらに、上述した放置期間についても、否定判例⑧において、単に不実登記の抹消手続を怠りこれを放置していたに過ぎない場合には、不実登記の存続に積極的に関与したとは評価できないとされているものの、放置期間が長くなればなるほど、それだけ長期間、不実登記の存在を容認し続けること自体が、不実登記の存続に積極的に関与する行為として評価されているようである（肯定判例④⑩⑮⑯）。一方、「不実登記を利用して行われた新たな行為」として挙げられるのは、真の権利者がとった不実の登記を対外的に承認するような行動であろう。例えば、真の権利者が銀行から融資を受けるに当たって、不実の登記名義のまま当該不動産につき根抵当権設定登記を経由した場合（肯定判例②）、仮装登記名義人が銀行から融資を受ける目的で不実の移転登記手続をとったことを知っている真の権利者が、銀行担当者との面接でなら異議を述べなかった場合（肯定判例⑩）、真の権利者が不実の登記の存在を知らながらこれを放置していた8年間に、再三にわたり当該不動産につき抵当権が設定されている場合（肯定判例⑫）、不実の共有持分権の登記がなされていることを破産管財人に告げることなく破産手続を進めた場合（肯定判例⑯）などである。

これらの場合には、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ていたものといわざるを得ないから、当初から真の権利者が仮装登記名義人と通謀して仮装登記を経由した場合と同様な責を負うべき地位、換言すれば、民法94条2項の類推適用による不利益を甘受すべき地位にあるものというべきであるとされる（肯定判例⑩）。

#### (4) まとめ

以上の分析から、94条2項を類推適用するために必要な、真の権利者の帰責性判断の基準としては、次のようにまとめることができよう。

まず、真の権利者が不実の外形の作出・存続を終始知らず、第三者が登場して初めてこれを知った場合には、虚偽の登記を是正する措置をとることが期待できず、真の権利者の帰責性が限りなく希薄であるから、94条2項類推適用は否定される。

次に、真の権利者が、不実の外形の作出・存続に対し、積極的にこれを消滅させるべく行動をとったが、いまだ消滅させるまでに至っていない場合には、とられた行動が相当徹底したものでない限り、本人の帰責性を薄める効果を持たない。むしろ、中途半端な行動に終わることが、かえって不実登記の存続を容認するものとして評価され、94条2項類推適用が肯定されやすくなる。

真の権利者が不実の外形の作出・存在を知りつつ、これを積極的に消滅させようとせず放置していた場合には、真の権利者の帰責性判断に当たってさまざまな要素が考慮されている。まずは放置期間の長短である。放置期間が長いほど、真の権利者は第三者の出現を予測して是正措置を講ずるべきであるとして、あるいは長期間の放置は実質的に不実名義の登記の存続を積極的に容認するものと同視できるとして、94条2項類推適用が肯定される。放置期間が中程度である場合には、これに併せて真の権利者が不実登記の存在を積極的に容認した事実が必要とされる。次に、真の権利

者と仮装登記名義人との間の関係については、両者の間に何らかの委任関係がある場合に、委任事項と不実登記の作出とが、行為の性質上あまりにもかけ離れているときには、110条で行われている判断と同様、94条2項類推適用も否定的に解されるべきである。両者の間に身分関係があることは、結論を直接左右するものではないが、身分関係ゆえに不実の登記を是正する手段が取りにくく、結果として放置期間が長くなったり、対外的に不実登記を前提とした新たな行為を行ってしまうことが多くなるという意味で、94条2項の類推適用を肯定する他の帰責要素を導き出す原因となっているといえる。更に、移転登記に必要な書類が真の権利者の意思に基づかずして仮装登記名義人の手に渡った場合には、真の権利者の帰責性が限りなく低くなり94条2項類推適用は否定される。また、真の権利者が自発的に書類を交付した場合でも、それだけで不実登記の作出に関与したものは評価されないが、交付される書類の量が妥当な範囲を超えていたり、真の権利者が仮装登記名義人に委任した事柄に明らかに不必要な書類を交付した場合には、不実登記の発生の原因を作ったものと評価され、94条2項が類推適用される。最後に、真の権利者が不実の登記を知った後も、その抹消手続を怠り放置していたに過ぎない場合には、94条2項は類推適用されない。真の権利者が不実登記の存在を積極的に容認した事実、すなわち不実登記の存続に積極的に関与する行為、もしくは不実登記を利用して対外的に行われた新たな行為が存在することが、要件として更に必要とされる。

外形他人作成型における

判決年月日	適用法理	明確な承認あるいは放置の形式 ①単なる放置 ②消滅行動 ③不知	②消滅行動の内容	放置期間
否定⑲ 最高裁判平成 18・2・23	94-2, 110 の類推適用	3		
肯定⑳ 大阪高裁判平成 16・11・17	94-2 類推適用	2	相手方に持分権移転登記の抹消登記訴訟を提起	9年間
否定㉑ 東京地判平成 16・9・15	94-2, 110 の重疊的類推適用	2	持分権登録を原状に戻すよう警告書の発送	
否定㉒ 裁判平成 15・6・13	94-2, 110 の類推適用	3		1ヵ月半
肯定㉓ 裁判平成 12・12・19	94-2, 110 の法意	3		11年間
肯定㉔ 東京地判平成 11・9・27	94-2 類推適用	2	仮登記名義人に対し所有権移転登記抹消登記手続訴訟を提起しつつも、抵当権実行手続については手続停止措置をとらず	8年間以上
肯定㉕ 東京地判平成 9・12・25	94-2 類推適用	承認		3年間
否定㉖ 東京地判平成 9・12・8	96-3			
肯定㉗ 那覇地判平成 9・3・24	94-2 類推適用	1		不明
否定㉘ 東京地判平成 8・12・26	94-2 類推適用	3		
否定㉙ 東京地判平成 3・10・9	94	2	登記抹消の裁判を提起し和解したが、弁護士「所有権は無事戻った」との言を信じて登記を回復しないまま放置	13年間
肯定㉚ 東京高判平成 2・2・13	94-2 類推適用	2	抵当権抹消登記請求・更なる抵当権設定を防止するための措置、内容証明郵便により本人の所有に属している旨の申し入れ	8年間
肯定㉛ 高松高判昭和 63・3・31	94-2, 110 の類推適用	承認		
否定㉜ 名古屋高判昭和 62・10・29	94-2 類推適用	2	息子に抗議したところ、自分の手で解決するとの言を信頼して、それ以上の行動に出なかったこと、第三者に仮登記の抹消を求めたが拒絶された	
肯定㉝ 最高裁判昭和 62・1・30	94-2 類推適用	1		4年間
肯定㉞ 横浜地判昭和 61・2・26	94-2 類推適用	3	地番の認識を誤っていた	
否定㉟ 東京高判昭和 60・4・24	94-2, 110 の基礎にある権利外観ないし禁反言の法理	3		
否定㊱ 東京高判昭和 60・4・24	94-2 類推適用	3		
否定㊲ 東京高判昭和 60・1・29	94-2, 110 の法意と概観尊重および取引保護の要請	3		
肯定㊳ 大阪高判昭和 60・1・29	94-2, 110 の法意	承認	本人は所有権留保をしていたので土地登記の移転自体は承認していなかったが、対外関係では当該土地を名義人の土地として第三者に売却することを承諾していた	
肯定㊴ 大阪高判昭和 59・11・20	禁反言・権利外観法理	1		10年間
否定㊵ 浦和地判昭和 58・11・18	94-2, 110 の法意	3		
否定㊶ 東京地判昭和 58・7・19	94-2 類推適用	3		
肯定㊷ 東京地判昭和 58・2・25	94-2 類推適用	承認		
否定㊸ 東京地判昭和 57・2・8	94-2 類推適用	3	登記官の過誤	
肯定㊹ 東京地判昭和 56・3・31	94-2 の法意、外観尊重および取引保護の要請ないし信義原則の適用	2	告訴したものの、示談成立後放置	示談成立後 5ヵ月間
肯定㊺ 大阪地判昭和 54・12・5	94-2 類推適用	1		
肯定㊻ 東京高判昭和 49・5・29	94-2 類推適用	1		12年
肯定㊼ 裁判昭和 48・6・28	94-2 類推適用	1		長年
肯定㊽ 裁判昭和 45・9・22	94-2 類推適用	1		4年
肯定㊾ 裁判昭和 45・4・17	94-2 類推適用	1		

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)

「承認」要件の分析

			詐欺的要素
真の権利者と仮登記名義人との関係	書類の交付	対外的行為	
当該不動産賃貸にかかる事務と別の不動産の所有権移転登記手続を委任	登記済証・印鑑証明書・実印		
	印鑑登録カード	当該土地に対する本人の持分を破産財団に属するものとして処理していない	
出願名義変更届および審査請求手続の仲介と費用負担	委任状・印鑑証明書・「出願効果のお知らせと審査請求の確認」という書面		
地目変更等の手続の委任	白紙委任状、登記済証、印鑑証明書		有
親子		固定資産税支払	
同族会社			
アパートの建築を依頼		銀行からの確認手続において虚偽の登記名義につき異議を述べなかったこと、執行官に対し融資目的で所有権を一時的に移転した旨言明していること	
夫婦（離婚）	実印と登記済証を冒用		
移転登記手続、合筆・地積訂正手続の委任	本人が交付した登記委任状を土地家屋調査士が偽造・変造、土地権利証も偽造、念書も偽造、変造		有
融資先の斡旋の委任			
義理のおじと甥		不実の登記を知りながら、抵当権設定登記を禁ずる措置を講じただけで、名義人の変更を求めていない、当該不動産を何度も担保化している	
土地開発に必要な分筆・移転登記手続を委任	印鑑登録証明書・権利書		
親子			
夫婦（離婚）・銀行から融資を受ける手続を委任	印鑑	銀行担当者にも異議を述べなかったこと、税務署からの売買契約に伴う譲渡所得申告の指導に対し、自分のものであるとの主張をしていないこと	
抵当権設定登記手続を委任	抵当権設定登記に必要な書類		
移転登記手続の委任	印鑑証明書・登記申請用の白紙委任状、登記済証		
不動産売買の仲介、不動産についている抵当権と保証契約の解除手続、抵当権設定契約の委任	白紙委任状、印鑑証明書、登記済証は不正手段により取得、固定資産課税台帳登録証明書		有
移転登記手続を委任	権利証、印鑑証明書、必要以上に多くの白紙委任状交付		
名義人は本人会社の非常勤取締役・不動産買主の斡旋を委任	権利証・印鑑証明書・白紙委任状		
職権による移転登記手続			
跡継ぎ			
職権による移転登記手続			
	権利証・印鑑証明書・白紙委任状		有
地積更生及び分筆合筆手続の委任			
夫婦		固定資産税支払	
夫婦		固定資産税支払	
夫婦		抵当権設定登記	
養女と養母の息子		固定資産税支払	

94条2項類推適用判例一覧

外形自己作成型	意思外形非対応型	外形他人作成型		
大判明治 32-6-7 大判明治 42-1-26 大判大正 11-5-23 最判昭和 29-8-20 東京高判昭和 32-8-10			東京高判昭和 55-11-18	
名古屋地判昭和 35-10-14 最判昭和 37.9.14 東京地判昭和 38-10-29		横浜地判昭和 34-7-25	東京地判昭和 56-8-31	東京地判昭和 56-3-31 東京地判昭和 57-8-2
		大阪地判昭和 39-5-11 東京高判昭和 39-10-29 東京地判昭和 40-3-16	東京地判昭和 57-3-19 最判昭和 57-7-1 大阪高判昭和 58-2-16 東京地判昭和 58-2-28	東京地判昭和 58-2-25 東京地判昭和 58-7-19
最判昭和 41-3-18		東京高判昭和 42-1-23	東京高判昭和 58-10-31	
東京地判昭和 43-8-1	東京高判昭和 43-1-30			浦和地判昭和 58-11-18 大阪高判昭和 59-11-20 大阪高判昭和 60-1-29 東京高判昭和 60-3-24 東京高判昭和 60-3-24 横浜地判昭和 61-2-26
最判昭和 43-11-15 最判昭和 44-5-27	最判昭和 43-10-17		仙台高判昭和 61-3-28 最判昭和 61-11-18	
最判昭和 44-11-14	最判昭和 44-10-16	最判昭和 45-1-17		最判昭和 62-1-20 名古屋高判昭和 62-10-29 高松高判昭和 63-3-31 東京高判平成元-12-21 東京高判平成 2-2-13 東京地判平成 3-10-9
最判昭和 45-7-24	最判昭和 45-6-2	最判昭和 45-9-22 最判昭和 45-11-19	東京地判平成 4-4-14	最判平成 4-12-15 浦和地判平成 7-3-22 東京地判平成 8-12-26 那覇地判平成 9-3-24 東京地判平成 9-12-8 東京地判平成 9-12-25
岡山地判昭和 46-1-27 名古屋高判昭和 46-11-30 最判昭和 47-2-17 最判昭和 47-7-27 大阪高判昭和 47-8-2	最判昭和 47-11-28	旭川地判昭和 48-1-29	最判平成 9-12-18	
大阪地判昭和 48-2-26		最判昭和 48-6-28 東京高判昭和 49-3-29	名古屋地判平成 10-1-30 東京地判平成 10-3-31 東京高判平成 10-10-28 福岡高判平成 11-6-29	
最判昭和 50-4-25 大阪地判昭和 50-11-17 最判昭和 51-6-18 名古屋高判昭和 51-10-27	最判昭和 50-12-8		東京高判平成 12-7-27	東京地判平成 11-9-27
水戸地判昭和 54-7-4 東京地判昭和 54-11-6		大阪地判昭和 54-12-5	最判平成 12-12-19	最判平成 15-6-13 東京地判平成 16-9-15 東京地判平成 16.9.27 大阪高判平成 16-11-17 最判平成 18-2-23