

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(2) 完

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171号)
- III 近時の判例に見る94条2項・110条の類推適用
 - 1 これまでの判例の流れ
 - 2 94条2項・110条を類推適用した最高裁判決
 - 3 94条2項・110条を類推適用した下級審判例
 - 4 まとめ
- IV 他の第三者保護法理との関係
 - 1 110条の要件との関係
 - 2 96条3項ならびに545条1項但書との関係
 - 3 まとめ
- V 評価及び展望 (以上本号)

Ⅲ 近年の判例にみる 94 条 2 項・110 条の類推適用

1 これまでの判例の流れ

ここで、改めて、94 条 2 項類推適用判例の登場から平成 12 年 12 月 19 日判決までの判例の展開を確認しておこう。

94 条 2 項の類推適用を初めて明言した判例は、外形自己作出型の事案である最高裁昭和 29 年 8 月 20 日判決であった。判例は当初、94 条 2 項とのアナロジーを相当意識しており、同条項類推適用の要件として、真の権利者と名義人との「通謀」、あるいは少なくとも「名義人の承諾」を必要としていたが、その後、最高裁昭和 45 年 7 月 24 日判決により「名義人の承諾」が不要とされるに至り、いわゆる「名義人の承諾」要件の拘束から自由になるとともに、「真の権利者による虚偽の外形の作出」を帰責根拠として 94 条 2 項が類推適用されるようになった。昭和 50 年代をピークにして事案の主流はこの類型から外形他人作出型に移行したものの、その後も事案としてはコンスタントに判例に現れており、そこでは、外形自己作出型の典型事例というよりむしろ限界事例が争われる傾向にある。

こうした流れと併行して、最高裁昭和 43 年 10 月 17 日判決以来、判例は意思外形非対応型の事案においても、同条項を類推適用するようになる。もっとも、当時は、外形自己作出型の事案においても、「通謀」ないし「名義人の承諾」が必要とされていた時期であったこともあり、第三者の信頼した外形の作出に真の権利者が直接関与していない意思外形非対応型の事案において、外形自己作出型と同様に 94 条 2 項を類推適用するのは困難と解されていた。こうした事情から、真の権利者が作出・承認した外形を越えて、仮装登記名義人がより過大な虚偽の外形を作出した点を、本人が代理人に与えた基本代理権の範囲を越えて代理行為がなされた場合のアナロジーと捉え、110 条を併せて類推適用するという処理が考え出され

たのである。もっとも、意思外形非対応型は事案として現れにくいこともあり、外形他人作出型の事例に94条2項が類推適用される判例が急増するのに伴って、判例上ほとんど見られなくなっている。

外形他人作出型の判例は、これら二つの類型に少し遅れる形で、最高裁昭和45年4月16日判決において登場したが、そこでは、外形他人作出型に94条2項を類推適用するための要件として、外形自己作出型の要件となっている「真の権利者による外形の作出」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」していたことが要求されている。そして、この「承認」は事前のものでも事後のものでもかまわないとされた。この判決に続く2件の最高裁判決において、外形他人作出型に対する94条2項類推適用の要件はこのまま定着し、その後の下級審判決では、どのような事情をもって真の権利者による「承認」があったものと評価するか、とりわけ黙示の事後的承認の限界はどこかをめぐって様々な判断が示され、判例が蓄積されつつある状況である。黙示の事後的承認に「放置」を含むかについて、下級審判例の分析によれば、当初は、真の権利者に虚偽の登記を是正し第三者の登場を阻止するべく積極的な措置をとるべきことを要求し、それを怠ること（＝「放置」）をもって本人の帰責事由と評価していたが、その後は「承認」の意味をより限定的に解するようになり、「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」あるいは「不実登記を利用して行われた新たな行為」があって初めて、94条2項が類推適用されると解されるようになってきている。

このように、94条2項類推適用をめぐる判例群のうち、外形自己作出型については、同条項の類推適用法理がほぼ確立し、要件等についてはもはや争いはなく、また、意思外形非対応型についても、同条項と110条を併せ適用する法理が定着し、かつ判例の集積から、3類型の中で最もレアな類型としての位置づけが明確となっている。これに対して、外形他人作

出型については、最高裁判決が要件を確立した後も、その要件の具体化をめぐる下級審でさまざまな判断がなされており、その判断基準を明確化するような最高裁判決ははまだ出されていないという状況であった。

このような状況の中で登場した外形自己作出型に対する最高裁判決が、最高裁平成15年6月13日判決・裁時1341号184頁と最高裁平成18年2月23日判決・裁時1406号7頁である。これらの判決は、最高裁昭和62年1月20日判決から実に16年ぶりとなる外形他人作出型の最高裁判決であり、これまで蓄積されてきた下級審判決における「承認」要件の具体的な判断を踏まえて、最高裁判所が何らかの客観的・一般的な判断基準を提示するものとなりえたか、という意味で注目されるものである。しかしながら、より重要なのは、これら2件の判例は、外形他人作出型の事案でありながら、いずれも94条2項と110条が併せて類推適用されているということである。これまでも、下級審レベルでは、外形他人作出型の事案において、94条2項と110条を併せ類推適用した判例は存在していたが（否定判例③④⑥、肯定判例⑥⑨⑩）、最高裁判決としては初めてである。平成15年判決及び平成18年判決では、なぜ94条2項と110条が類推適用されるに至ったのであろうか。また、同じ外形他人作出型の事例に属しながら、94条2項が単独適用される場合と110条が合わせ適用される場合があるのはなぜか、両者の違いはいかなる点にあるのか。

以下では、この2つの判例の事案と、そこで示された判断を詳細に紹介し、外形他人作出型のこれまでの判例の流れの中で、これらの判例がどのように位置づけられるのかを明らかにするとともに、外形他人作出型の事案に94条2項と110条が併せ適用される場合の要件——特に110条から導き出される「無過失」要件——について検討していこう。

2 94条2項・110条を類推適用した最高裁判決

まずは、近年出された2件の最高裁判決が、ここまで検討してきた「承

認」要件についてどのような判断を行っているかを中心に、判旨を詳細に追って検証してみよう。

(1) 最高裁平成15年6月13日判決⁽¹⁾

(事案)

Xは、平成11年2月28日、A会社との間で、5月31日を期限として、X所有の本件土地建物の所有権移転及び所有権移転登記手続と売買代金8200万円の支払とを引き換えにするとの約定で、本件土地建物の売買契約を締結した。その際、A会社の代表者Sが、本件土地の地目を田から宅地に変更し、道路の範囲の明示や測量をし、近隣者から承諾を得るために委任状が必要であるというので、Xは委任事項が白紙の委任状2通を作成して、これをSに交付した。この際、Sは、5月31日の所有権移転登記に間に合わせるために所有権移転の事前準備の必要があると称して登記済証の交付を求め、Xは言われるままにこれらをSに預けた。登記済証の受領に当たり、SはXに対して交付した預り証には、「事前に所有権を移転しますので、本日、土地、建物の権利証を預かります」と記載されていたが、Xはその記載を見たものの、深く考えなかった。その後も、道路の範囲の明示に必要なとのSの説明に従い、Sに対し更に白紙委任状と自己の印鑑登録証明書を交付した。XはSから各委任状の写しの交付を受けたところ、それらには「事前に所有権移転をしてもらってもけっこうです」または「上記の物件の土地、建物の売買に関して一切の権限を

(1) 本判決の評釈としては、以下のものがある。大矢一彦・銀行法務21 48巻14号71頁(2004)、田中淳子・法律時報76巻10号103頁(2004)、武川幸嗣・民商129巻3号411頁(2004)、川井健・NBL793号69頁(2004)、塩崎勤・登記インターネット54号69頁(2004)、田原=印藤・金法1697号4頁(2004)、松尾弘・法教280号112頁(2004)、谷本誠司・銀行法務21 47巻14号73頁(2003)、古積健三郎・法セミ48巻10号108頁(2003)。

委任します」との記載が書き加えられていることに気づいたが、Xは、5月31日に売買代金の決済と同時にA会社に本件土地建物の所有名義を移転するとするSの言を信じており、それ以前に所有権を移転させる意思はなかった。Xは、白紙委任状や登記済証等を交付したことなどから不安を抱いていたが、SはXからの度重なる問い合わせに対し、言葉巧みな説明をして言い逃れをしていた。結局、Sは、Xから交付された各書類を悪用して、Xに対し本件土地建物の売買代金を支払うことなく、4月5日付でA会社への所有権移転登記をした。A会社は、本件土地建物を、4月15日にY1会社に対し代金6500万円で売り渡し、Y1会社は4月28日にY2会社に対し代金6500万円で転売して、それぞれ所有権移転登記がなされた。そこで、Xが、Y1・Y2に対し、本件土地建物の所有権に基づき、本件土地建物についてのY1・Y2の所有権移転登記の各抹消登記請求をした。なお、Y1およびY2は、A会社に本件土地建物の所有権が移転していないことにつき善意無過失であった。

原審（大阪地判平成13年1月18日）は、94条2項、110条を類推適用し、Xは、善意無過失のY1、Y2に対し、本件土地建物の所有権が移転していない事を対抗することができないとした。理由としては、Xは、不動産取引、不動産登記手続において重要な登記済証、白紙委任状及び印鑑証明書等を安易にSに交付していること、XはA会社に移転登記される前に預り証の記載や書き加えられた各委任状の写しの記載を見ており、事前にA会社に対して本件土地建物の所有権移転登記がされる危険性があることを予測することができるとともに、Sにこれを問いただすことが十分でき、それによってSからA会社への不実の登記がなされることを防止することは十分に可能であったことから、Xに落ち度があったものといえ、その後取引を行った者との関係ではXに帰責事由があったものと評価せざるを得ないとしている。

(判旨) 破棄差戻

①Xは、地目変更などのために利用するに過ぎないものと信じ、Sに白紙委任状、登記済証、印鑑登録証明書等を交付したものであって、もとよりA会社への登記がされることを承諾していなかったところ、XがSに印鑑登録証明書を交付した日の27日後にA会社に移転登記がなされ、その10日後にY1への移転登記が、その13日後にY2への移転登記がされるというように、接着した時期に3つの移転登記がなされていること。②Xは、工業高校を卒業し、技術職として会社に勤務しており、これまで不動産取引の経験のない者であり、不動産売買等を業とするA会社の代表者であるSからの言葉巧みな申し入れを信じて、Sに白紙委任状、登記済権利証、印鑑登録証明書等を交付したものであって、Xには、本件土地建物につき虚偽の権利の帰属を示すような外観を作出する意図は全くなかったこと。③XがAへの移転登記がされている事実を知ったのは5月26日の事であり、Y1・Y2が本件土地建物の各売買契約を行った時点において、XがAへの移転登記を承認していたものでないことはもちろん、同登記の存在を知りながらこれを放置していたものでもないこと。④Sは、白紙委任状や登記済証等を交付したことなどから不安を抱いたXやその妻からの度重なる問い合わせに対し、言葉巧みな説明をして言い逃れをしていたもので、XがA会社に対して本件土地建物の所有権移転登記がされる危険性についてSに対して問いただし、そのような登記がされることを防止するのは困難な状況であった。以上の事情等を総合して考察すると、Xは、本件土地建物の虚偽の権利の帰属を示す外観の作出につき、なんら積極的な関与をしておらず、Aへの移転登記を放置していたと見ることもできないのであって、民法94条2項、110条の法意に照らしても、Aに本件土地建物の所有権が移転していないことをY1Y2に対抗し得ないとする事情はないというべきである。

この判決で示された真の権利者の帰責性要件は、これまでの下級審判例の流れの中でどのように位置づけられるのであろうか。まず、この事案において、真の権利者 X は、不実の登記の存在を第三者が登場するまで終始知らない。これだけであれば、先の分析に示した「真の権利者が不知の場合」に該当し、94条2項類推適用が常に否定されるという結論がすぐに導き出されることになり、特に問題はない。ところが、本件では、原審で認定されているように、真の権利者が不動産登記手続において重要な登記済証、白紙委任状及び印鑑証明書等を安易に仮装登記名義人に交付しているという事実、加えて真の権利者が預り証の記載や書き加えられた各委任状の写しの記載を見ており、ここから不実の登記が作出される危険性を予測することが不可能ではなかったという事実が認められ、こうした X のいわば「落ち度」をもって、真の権利者に責任を問うことができるかが問題の中心となっているのである。

書面の交付に関しては、真の権利者が移転登記に必要な書類を「自発的に」交付したからといって、それだけで虚偽の外形作出に対する意思的関与があったものとは判断されないというのが下級審判例の流れである。このような流れを前提とし、本件において真の権利者 X が交付した書類は、いずれも本件不動産売買に必要な書類との説明を信じて交付したものであり、交付された書類の量や種類がとりたてて不相当なものとはいえないこと、また、書類を交付したことに不安を抱いた X からの度重なる問い合わせに対し、S は言葉巧みな説明をして言い逃れをしていたという事情を併せ考慮した場合、本件において書面の交付自体が結論を左右する決定的な事情として判断されたものとは考えにくい。むしろ決め手となっているのは、X が預り証の記載や委任状の写しの記載を見ていたにもかかわらず、これに対する明確な説明を求める、さらには法務局に確認に出向く等、不実の登記が作出される危険を回避する積極的な措置をとらなかったことをどう評価するかという点である。判旨は、X が不動産取引の経験のな

い者であり、Sの言葉巧みな言い逃れによって、不実の登記がなされることを防止するのは困難な状態にあったと評価し、これをもって真の権利者の帰責性を否定している。このように、真の権利者の帰責性の判断において考慮される過失（注意義務違反）のレベルが、真の権利者と仮装登記名義人の属性（消費者と不動産業者（しかも詐欺的要素の強い地面師））を勘案して設定されるべきことを明示した判例は、本判決が初めてである。しかしながら、こうした当事者の「属性」が、実は94条2項と110条を重疊的に類推適用する際の重要な要素となっていることは、これまでの下級審判例の流れからも明らかである。この点は後で詳しく検討する。

さらに、本判決には、もうひとつの大きな特徴がある。これまでの外形他人作出型の判例は、いずれも有効な移転登記原因がないにもかかわらず他人によって不実の移転登記がなされたというものであったが、本件では、XからAに対する登記は有効な売買契約に基づくものであり、その契約の履行過程に問題が生じた（代金完済まで所有権が留保されていたにもかかわらず、代金完済前に移転登記が行われた）ために、結果として本人の意思に基づかない不実の移転登記が生じたということである。SのXに対する言動や、第三者Y1・Y2への本件不動産の売却価格・移転登記の時期の接着性などからSの詐欺的態様が伺われるが、仮にSが契約締結時から不動産詐欺を意図していたことが証明できれば、Xとしては詐欺取消の主張も可能であろう。現に、第一審では、Xは仮定主張として所有権移転行為の詐欺取消を主張しているようである⁽²⁾。また一方で、本件では、結局Sが売買代金を支払っていないことが紛争の原因であるのだから、Xとしては債務不履行解除の主張をすることは当然可能である。このように本件の解決のあり方を多面的に考えてみたとき、94条2項と110

(2) 前掲注(1)武川・415頁(2004)。

条の重畳的類推適用による第三者保護と、96条3項あるいは545条1項但書との関係が問題となってくる。後述するように、94条2項・110条類推適用の場合、第三者保護要件として善意無過失が要求されるが、詐欺取消前に現れた第三者あるいは解除前に表れた第三者には、無過失まで要求されていない。これらの整合性はどのように考えたらよいのであろうか。この点も、他の第三者保護法理との関係の中で改めて検討することとしよう。

②最高裁平成18年2月23日判決

(事案)

Xは、平成8年1月11日ころ、Aの紹介により、Bから本件不動産を代金7300万円で買い受け、同月25日、BからXに対する所有権移転登記がされた。Xは、Aに対し、本件不動産の賃借人の斡旋を依頼し、平成8年2月、いわれるままに、業者に本件不動産の管理を委託するための諸経費の名目で240万円をAに交付した。Xは、Aの紹介により、同年7月以降、本件不動産を第三者に賃貸したが、その際の賃借人との交渉、賃貸借契約書の作成及び敷金等の授受は、すべてAを介して行われた。Xは、平成11年9月21日、Aから上記240万円を返還する手続きをするので本件不動産の登記済証を預らせてほしいといわれ、これをAに預けたほか、Xが以前に購入しXへの所有権移転登記がされないままになっていた訴外不動産についても、Aに対し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ところ、Aから訴外不動産の登記手続に必要であるといわれ、Xの印鑑登録証明書4通をAに交付した。さらに、Xは、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日付の売買契約書に、その内容や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た。また、平成12年2月1日、Aから訴外不動産の登記手続に必要であるといわれ

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に対する同年1月31日売買を原因とする所有権移転登記をした。Aは平成12年3月23日、Aが本件不動産の所有者であると信じるにつき善意無過失のYとの間で本件不動産を代金3500万円で売り渡す旨の契約を締結し、同年4月4日、AからYに対する所有権移転登記がされた。そこで、Xは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て訴えを提起した。

(判旨) 請求棄却

Xは、Aに対し、本件不動産の賃貸にかかる事務及び訴外不動産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理由もないのにAに預けて数ヶ月にわたってこれを放置し、Aから訴外不動産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、本件不動産を売却する意思がないのにAの言うままに本件不動産の売買契約書に証明押印するなど、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、更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印したのに、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のあま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敢えて放置した場合と同視しうるほど重いものというべきである。そして、Yは、Aが所有者であるとの外観を信じ、また、そのように信じることに於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。

これは、先の平成15年判決とは異なり、外形他人作出型の典型的な事案であり、かつ真の権利者の帰責性も明白である。XがAに交付した書類は、その量、種類ともに、XがAに委任した行為のために必要であるとは到底考えられないものであった。このように、交付された書類の種類や内容が相当な範囲を越える場合には、かえって本人の帰責要素と評価されることは、下級審判例でも明らかである。また、Xは、事案から推察するに、不動産取引の経験を持つ者であり、このような者が、本件不動産を売却する意思がないのに、売買契約書に署名押印し、さらには登記申請書にまで押印をする行為は、どう考えても不注意極まりなく、真の権利者には、自ら不実の登記作出に積極的に関与した場合に限りなく近い帰責性が認められることになる。このように、真の権利者の帰責性に関しては、これまでの判例の流れに沿った判断がなされたものといってよい。

むしろ、この判決の意義は、典型的な外形他人作出型の事案であるにもかかわらず、そして、明らかに本人の帰責性が強いから、94条2項単独の類推適用によっても本人の責任が肯定されるであろうと思われる事案であったにもかかわらず、94条2項のみで処理するのではなく、110条をも併せて類推適用したということである。先の平成15年判決と併せて考えた場合、最高裁は、ここに来て、外形他人作出型の事案を処理する法理として、94条2項類推適用に代えて、94条2項と110条の重疊の類推適用を正式に採用したものと見ることも可能ではないだろうか。しかしながら、

その必要性はどのように説明されるのであろうか。

重疊的類推適用の法理は、平成15年判決からいきなり判例上に登場したというわけではない。これまでの下級審判決においても、外形他人作出型の事例において同条項を重疊的に類推適用した判例が複数みられる。そこで、次に、これまでの下級審判例のどのような流れを受けて平成15年・平成18年判決が導かれるに至ったのかを明らかにしよう。

3 94条2項・110条を類推適用した下級審判例

外形他人作出型の事案において初めて94条2項、110条が併せ適用されたのは、東京地裁昭和40年3月16日判決である。事案は、Xが、Aに金融を得させる目的でX所有の不動産に担保権を設定する代理権をAに与え、印鑑、印鑑証明書、登記済証を交付したところ、Aが委任状を偽造し、Xに無断で、XからAに対する売買を原因とする所有権移転登記をしたうえ、借金の担保としてYに対して当該不動産に譲渡担保権を設定し、Yに所有権移転登記をしたというものである。当該不動産にXが居住していたことから、担保権の実行を確実にするために、Yは、XならびにAに対し、Aの借入金の弁済期後不動産の任意明け渡しを約束させる公正証書を作成しているが、XはAが委任されたとおりに当該不動産に担保権を設定したものと誤解し、この公正証書の作成を承諾している。判旨は、XがAに対し任意に登記済証、印鑑証明を交付した行為は、外観上担保権設定の代理権授与というより、あたかも同人に対し所有権を移転し、あるいは包括的な処分権限を授与したかのごとき状態を示しており、かつXはAが代理権限を濫用して作出した当該不動産に関するAの所有名義あるいは処分権限を是認したともとれる任意明渡の公正証書作成に応じたのであるから、Yは正当な理由があってAを所有者と信じたものと認定し、94条2項、109条、110条等の類推によりXの責任を肯定している。

この判例は、外形他人作出型の判例として3件目であり⁽³⁾、かつ意思外形非対応型の判例もまだ現れていない時期に出されたものである。この判決において、なぜ110条を持ち出す必要があったのかは判旨から明らかではないが、判旨において、不実の登記を是認したともとれると評価された任意明渡の公正証書作成に応じたXの行為が、Xの誤解に基づくものであって、真の権利者の虚偽の外形に対する本当の意味での「承認」があったと評価できないことが、このような判断を導いたのではなかろうか。もっとも、この判決では、110条を併せ適用することの結果として、第三者が「無過失」であることが必要であることは明示されていない。

その後、肯定判例⑥（東京地判昭和56年3月31日）、否定判例③（浦和地判昭和58年11月18日）、肯定判例⑨（大阪高判昭和60年1月29日）、否定判例④（東京高判昭和60年1月29日）、否定判例⑥（東京高判昭和60年4月24日）、肯定判例⑪（高松高判昭和63年3月31日）において、94条2項、110条が併せて類推適用がされ、第三者には保護要件として善意のみならず無過失まで明示的に要求されている。これらの事案に共通しているのは、いずれも虚偽の外形が仮装登記名義人の専断的行為によって作出された側面が強く、それに対応して真の権利者の外形作出に対する意思的関与の度合いが低いということである。すなわち、肯定判例⑥では、真の権利者が別の目的で交付した委任状等を悪用して移転登記がなされ、否定判例③では、真の権利者を騙して取得した書類等を悪用して移転登記がなされ、肯定判例⑨では、真の権利者を騙して取得した書類等を悪用して移転登記がなされ、否定判例④では、真の権利者を騙して取得し、あるいは不正手段によって取得した書類等を悪用して移転登記がなされ、否定判例⑥では、真の権利者を騙して取得した書類等を悪用して移転登記がな

(3) この判決以前の外形他人作出型の判例としては、横浜地判昭和34年7月25日、大阪地判昭和39年5月11日がある。

され、肯定判例⑩では、真の権利者を騙して取得した書類等を悪用して移転登記がなされている。これらの判例から、外形他人作出型において、仮装登記名義人の行為の悪性が強く、真の権利者の外形作出に対する意思的関与の度合いが低い場合には、これを考慮して第三者保護要件を厳格に解するべく、110条を併せ類推適用しているものと解することができる。先に紹介した最高裁平成15年判決並びに平成18年判決も、ともに真の権利者が騙されて交付した書類をもって移転登記がなされた事案であり、これらの事案に94条2項と110条を重疊的に類推適用するという処理は、これまでの判例の流れから当然に導き出されるものであったといえる。

しかも、これらの下級審判例のうち、肯定判例⑨・⑩、否定判例⑥・④は、いずれも真の権利者が一般市民であるのに対して仮装登記名義人が不動産業者であるという事案である。また、以下で詳しく紹介している否定判例⑨・⑩は、類推適用されたのが94条2項のみであるものの、第三者保護要件として無過失まで要求されている点では、110条との重疊的適用の判例と要件を同じくする事案であるが、真の権利者と仮装登記名義人との関係は、同じく一般市民対不動産業者である。真の権利者が不動産取引の知識や経験の乏しい一般市民である場合には、その相手方たる不動産業者の言動に十分注意を払い、虚偽の外形が作出されないような措置をとらなければならないという高度の注意義務を課すことは酷である。このように真の権利者の属性（一般市民）ゆえにその帰責性が弱まり、それに比例して第三者の保護される範囲を狭くすべき場合に、判例は、これを第三者に善意のみならず無過失を要求することによって実現しているものとみることができまいか。とりわけ、平成15年判決は、後述するように、詐欺取消や債務不履行解除が可能であるにもかかわらず、あえて94条2項・110条を類推適用している点に、その傾向を見てとることができるように思われる。

しかしながら、そもそも、110条を持ち出さなければ、第三者保護要件

として無過失を要求することは不可能なのであろうか。外形他人作出型は、他の2類型に比して真の権利者の意思的関与の度合いが低い類型であるから、この類型に94条2項を類推適用するにあたっては、他の2類型以上に第三者保護要件を厳格に解すべきであるという帰結は導かれやすい。現に、外形他人作出型に対し94条2項を類推適用するにあたっては、第三者の保護要件を厳格に解すべきであるという認識は、外形他人作出型初の最高裁判決である最高裁昭和45年4月17日判決の調査官解説において問題提起がなされていた⁽⁴⁾。またこれをうけて、学説上も、真の権利者と第三者との関係を相関的な調整問題として捉えていこうとする見解が有力に主張されていた⁽⁵⁾。それにもかかわらず、判例上は、94条2項のみを類推適用するにあたっては善意のみ要件とすることをなんら問題としていないものが多く、外形他人作出型の事案において善意のみで足りることを明言している判例すらみられる⁽⁶⁾。ここから、判例上は、外形他人作出型に属する事案について、原則として94条2項のみを類推適用し、その場合には第三者が善意で足りるとしながらも、真の権利者の意思的関与が低く、第三者保護要件を厳格に解する必要がある場合には、例外的に110条を併用して第三者に無過失も要求するという形式が維持されており、それが最高裁平成15年判決ならびに18年判決に繋がったものと思われる。そこに

(4) 柳川俊一・最高裁判所判例解説民事篇昭和45年4事件33頁。

(5) 星野英一「判批」法協81巻5号607頁以下(1965)、同「判批」法協89巻6号731頁(1972)、同「判批」法協89巻7号866頁(1972)、川村俊雄「判批」民商60巻6号916頁(1969)、藤原弘道「判批」民商68巻5号816頁(1973)、米倉明「判批」法協92巻2号183頁(1975)、半田正夫「民法94条2項類推適用論の一考察」内山＝黒木＝石川遷暦・現代民法学の基礎問題(上)113頁(1983)など。

(6) 肯定判例⑦(東京地裁昭和58年2月25日)、肯定判例⑩(最判昭和62年1月20日)、肯定判例⑫(東京高判平成2年2月13日)。

は、少なくとも、第三者の意思的関与が低いという事案の特殊性に鑑みて、「善意」の意味を善意無過失と解することで、なお94条2項のみの類推適用によって処理しようとする発想はみられない。

一方で、近年、94条2項のみを類推適用した事案において、第三者に無過失を要求する判例も僅かながら見られるようになっている。否定判例⑨は、金融業者である第三者が不実の登記がなされた土地を譲渡担保に取ったケースにおいて、第三者は、金融業者という立場上、譲渡担保権を設定するにあたって、登記簿上の所有名義人が真実の所有者であるか否か、物件の担保価値がどの程度のものであるか等を調査するのが当然であるところ、土地に登記名義人の所有ではない建物が有り、土地の担保力に重大な疑義が生じているにもかかわらず、土地の利用関係について調査をしないまま譲渡担保契約を締結してしまった点に重過失が認められている。また、否定判例⑩は、第三者が、購入する不動産の現地検分をしておらず、かつ仲介者を通じて交渉を進め、最後まで売主たる仮装登記名義人に会っていないことから、不動産売買において当然なすべき確認をしていなかったものと評価され、また、真の権利者と仮装登記名義人との間の売買契約を証する書類として第三者に提示された念書には、加筆された形跡が明白に存在し、一見して真正に成立したか否かを疑ってしかるべき文書であったこと、第三者が仮装登記名義人から取得した不動産の前主が隣接地の所有者であり、真実売却したかどうかを問い合わせることが容易であることなどを総合的に勘案して、第三者には過失なかったとはいえないとしている。このように、下級審レベルでは、94条2項のみの類推適用では善意、110条との併用型では善意無過失という形式論に必ずしもとらわれない判断が示されつつあった。このような中で、最高裁平成15年判決ならびに平成18年判決は、外形他人作出型の事案において94条2項と110条を重疊的に類推適用することを明言したのであるから、94条2項のみの類推適用により第三者に無過失まで要求する処理を最高裁では採用しないこと

が明らかになったと見ることができよう。

4 まとめ

以上の検討から、外形他人作出型に関する現在の判例の到達点は、次のようにまとめることができる。

近年の下級審判例では、外形他人作出型の事案において、仮装登記名義人の行為の悪性が強く、真の権利者の意思的関与が低いと評価される場合には、第三者保護要件として無過失を要求することにより、真の権利者と第三者との利益状態を相関関係的に調整するという立場がとられてきた。もっとも、無過失要件を加重する方法としては、110条を併せ類推適用する判例が多くみられるが、一方で94条2項類推適用の「善意」要件を読み替えることで、同条項のみの類推適用によって第三者保護要件を厳格にする下級審判例もごく最近見られるようになっていた。このような中で出された最高裁平成15年判決ならびに18年判決は、外形他人作出型の事案については、94条2項と110条を併せ類推適用することにより、第三者保護要件として無過失を要求するという構成を、最高裁として採用することを明らかにした。とりわけ平成18年判決は、典型的な外形他人作出型の事案であり、かつ本人の帰責性が高く、従来どおり94条2項のみを類推適用しても第三者が保護されるという結論に変わりはない事案であった。したがって、事案としては、本人の帰責性が認めがたいため、110条の援用が必要と解されるような場合とは言い難く、それでもなおこの事案に対して重疊的類推適用を行い、第三者保護要件として無過失を要すべきことを示した点で、重大な意味を持つものである。今後は、外形他人作出型の事案には94条2項と110条が重疊的に類推適用されるという処理が判例上定着するものと思われる。

IV 他の第三者保護法理との関係

もともと、94条は、反対証書は秘密のものであるがゆえに当事者間でのみ効力を有することの当然の結果として、善意の第三者にはその証書の効力を対抗できないとするフランス法に由来する旧民法の規定を、証書の問題に限るのは偏狭に失するものとして、ドイツ民法に倣い、意思表示の一般規定という体裁に変更したものである。その結果、94条2項では、善意の第三者に「意思表示の無効を」対抗できないと規定され、これにより本来は無効なものについて特別に第三者保護が図られることになった⁽⁷⁾。このような規定の構造上、「通謀虚偽表示」の意味を広く解釈することにより第三者保護の幅が広がりうるのは当然のことであり、同条項はわが国における登記の公信力の欠如を補うものとして機能し、更には類推適用という形で適用範囲をどんどん拡張してきたことは上述したとおりである。そして、94条2項類推適用に関する判例の現在の到達点は、限りなく本来的な虚偽表示に近い場合である外形自己作出型と、虚偽の外形作出に対する本人の意思的関与が少なく、その意味で限りなく表見代理に近い場合である外形他人作出型の2類型にほぼ集約され、それらを両端とする範囲内に収束しているものとみることができよう。

このような中で、94条2項類推適用の妥当な適用領域、とりわけ外形他人作出型の限界を探るためには、類似する場合について第三者を保護している民法の他の規定との要件面での比較検討が不可欠である。こうした検討を通じて初めて、他の規定と整合的な要件論を定立することができるのみならず、判例が示す同条項類推適用の要件の妥当性を客観的に評価することも可能となるであろう。

(7) 94条の沿革については、注釈民法(9) 149頁以下参照。

そこで、以下では、民法上の類似の制度のうち、110条ならびに96条3項を取り上げ、要件面での比較検討を行うこととする。なお、最高裁平成18年判決のように、債務不履行解除の問題として争う場面でも94条2項類推適用が問題となるケースも今後出てくる可能性があることから、545条1項但書との整合性も併せて検討の対象とする。

1 110条の要件との関係

110条の表見代理は、何らかの代理権が存在していたところ、代理人がその代理権の範囲を越えた無権代理行為を行い、これを相手方が代理権の範囲内の行為と信頼したことを保護するものである。110条が適用されるための要件としては、一般に、①基本代理権の存在、②権限の踰越、③正当な理由の存在が挙げられる。伝統的な見解は、①を本人の帰責性を問う要件として理解し、③では相手方の事情のみが考慮されると考えるが、これに対して、近年、①の要件を広く解する反面、③の要件中に本人側の事情も取り込んで、双方の事情を考慮することにより、相手方を保護し、本人に責任を課すべきかどうかを総合的に判断するための要件として位置づける見解が有力となっている⁽⁸⁾。

これに対して、94条2項類推適用の要件は、①虚偽の外形の存在、②虚偽の外形に対する真の権利者の承認、③第三者の善意である⁽⁹⁾。110条の要件に対応させるとすれば、110条の①要件が94条2項類推の②に相当し、110条の③要件が94条2項類推の③に相当することになるが、94条2項類推適用においても②と③の要件を相関関係的に考慮すべきとする判例・学説が見られることは、すでに上述したとおりである。以下で

(8) 表見代理の成立要件とそれに関する判例学説の紹介については、山本敬三「民法講義Ⅰ」352頁～362頁(2001)参照。

(9) 要件の詳細は、本稿Ⅱ5(1)を参照。

は、110条と94条2項類推の各要件について、もう少し詳しく比較検討してみよう。

①の要件が前提としているのは、次のような理解である。すなわち、表見代理が成立してしまうと、無権代理人のした法律行為について本人に効果が帰属してしまうが、このような重い責任を本人に負わせるからには、本人にはそれに相当する帰責性が必要である。この点、本人が代理人に基本代理権を与えるということは、無権代理人があたかも当該代理行為をする権限があるかのような外形作出の「原因を」与えるものである。110条では、基本代理権の付与という形での本人による外形作出への関与が重要な判断要素となっているが、一方で、外形他人作出型の事案において94条2項が類推適用される場面でも、真の権利者の虚偽の外形作出に対する「意思的」関与が要求されている点で、判断基準は極めて類似しているといえる。

先に述べたように、110条の適用場面と94条2項類推適用の場面の違いは、前者では、不動産が真の権利者の名義のまま直接第三者に譲渡されているのに対して、後者では、一旦虚偽の外形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。後述するように、第三者側にとっては、自己の取引の相手方が不動産の名義人本人かその代理人かは重大な違いであるが、本人側からすれば、自己から直接第三者に登記移転が行われようと、仮装登記名義人が介在しようと、いずれにせよ自分の意図しない登記移転が行われているという点では同じである。①要件がもつばら本人側の帰責性を判断する基準であることに鑑みれば、本人側から見た類似性ゆえに、94条2項類推適用の場面で要求される真の権利者の「意思的」関与の度合いは、110条が要求する代理権授与に匹敵する程度のものでなければならないと考えるべきであって、110条とのバランスを崩して無制約に「意思的関与」の度合いが薄められていくべきではない。

そこで、「意思的関与」という観点から110条の要件をとらえ直してみ

よう。そもそも、110条が基本代理権の存在を要件としていることの意味は、代理人に基本代理権を授与した本人は、その代理人を通じて自己と相手方との間に新たな私法関係を形成する意識を持っているがゆえに、代理人の行った行為に責任を負わせることができるということにある。よって、94条2項類推が要求する「意思的関与」も、仮装登記名義人を通じて、第三者との間に新たな私法関係を形成しようとする、あるいは形成されようとしていることを認識していることが必要である。このように考えれば、判例が、94条2項を類推適用するにあたって、虚偽の外形に対する真の権利者の「承認」があったといえるためには、「真の権利者が不実登記の存在を積極的に認容した事実」がなければならないと判示していること、具体的には、「不実登記の存在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」が存在することを要求していることは、判断基準として極めて適切であると評価できよう。

もっとも、94条2項類推適用の事案では、基本代理権の授与のような明確な帰責性の徴表が存在するわけではないため、それに代わるどのような外形の徴表があれば真の権利者に帰責性ありと評価されるのかは、そのような外形に対する相手方の信頼が保護に値するかどうかという判断と密接不可分の関係にあるといえる。したがって、94条2項類推適用においては、110条の適用場面以上に、②要件を④要件と分離して考えることは困難であって、先に示した真の権利者の帰責性要件についても、第三者の保護要件との相関において判断される必要がある。とはいえ、どのような事実が重なれば②の要件を充足しやすいかは判例の分析から明らかにすべきであり、その結果は本稿Ⅱ5において示したとおりである。

一方、③の要件である「正当な理由」については、この要件をめぐる判断の中で本人側の事情も併せて判断すべきかどうかについて見解の対立があるものの、少なくとも、相手方が自称代理人に代理権があると信じたことに過失がなかったこと、すなわち善意無過失であると解することには争

いはない。では、相手方が自称代理人に代理権があると信じたことに過失があったか否かをどのように判断するのか。この点、判例・通説によれば、代理権の有無につき、相手方が本人に調査確認すべきなのにそれを怠った場合に、相手方に過失が認められ、正当の理由が否定される。より具体的には、自称代理人に代理権の存在を推測させる徴憑——実印・印鑑証明書・委任状・権利証等——がある場合には、代理権の有無について疑念を生じさせるに足りる事情がない限り、相手方に過失はなく、正当な理由が肯定されるが、代理権の有無について疑念を生じさせる事情がある場合には、相手方は本人に調査確認すべきであり、それを怠れば正当な理由がないとされる。代理権の有無について疑念を生じさせる事情として、①関係書類に不備や改ざんの形跡がある場合など、代理人が有する徴憑に疑念があるとき、②自称代理人が本人の家族等であり、実印を入手し濫用しやすい立場にある場合など、自称代理人に疑念があるとき、③自称代理人の債務につき、本人が連帯保証する旨の代理行為が行われた場合など、代理行為によって自称代理人が利益を受けるとき、④本人が重い保証債務を負担する旨の代理行為が行われた場合など、本人に重大な不利益を負わせる代理行為がなされているとき、などが挙げられる。なお、調査確認義務の程度は、相手方の属性によって異なり、例えば相手方が金融機関である場合は、外部的徴表があるときでも、他に代理権の存在を信頼するに足りる事情がない限り、一応本人に調査確認すべきだと解されている。

ここで見られる判断構造を、94条2項類推適用の場面にも持ち込むことができるであろうか。そもそも、94条2項は文言上、第三者保護要件として「善意」しか要求していない。この点、判例は、94条2項を類推適用するにあたって、第三者の過失を要件としないことを原則としている。この見解に立つ限り、「善意」要件の中で本人側の事情を斟酌することは困難であるため、結局、94条2項類推適用の可否を決定づけるのは、外形作出に対する本人の「意思的関与」の存否（要件②）へと集約される

ことになる。そうすると、110条における基本代理権の要件とのバランスからすれば、本人には相当明確な形での「意思的関与」が要求されることになろうが、かつての判例は、この「意思的関与」をかなり希薄化し、94条2項類推適用の範囲をかなり拡張して第三者保護を図ってきたことはすでに見たとおりであり、これに対して学説からは危惧が示されていたところである。94条2項を「類推適用」という時点で、厳密にはもはや94条2項の文言上の拘束を離れているともいえるので、善意のみならず無過失をも要件とするために110条を併せ類推適用しなければならない必然性はない。この点は置いておくとしても、外形他人作出型の事案では、本人の帰責性が強く現れにくく、またその現れ方も多種多様であることを考えると、第三者の保護要件には総合的な考慮が可能となるような柔軟性を持たせるのが望ましい。したがって、94条2項を類推適用するにあたっては、第三者保護要件として善意のみならず、無過失まで要求すべきであるとする。この点、「意思的関与」の要件を厳格に解すると共に、110条を併せ類推適用することで、第三者保護要件として善意無過失を要求し、本人と第三者双方の事情を総合的に考慮することにより、保護のバランスを図るという手法を採用している近年の下級審あるいは先に示した2件の最高裁判決は支持できる。

そうすると、問題は過失をいかに判断すべきかということになる。基本的には、110条の判断構造を援用することが可能であろうが、少なくとも94条2項類推適用の事案と110条の事案との決定的違いを判断構造に反映する必要がある。すなわち、両者の違いは、第三者の取引の相手方が、不動産の（仮装）名義人であるか、その代理人であるかにある。したがって、110条で採用されている「調査確認義務」違反をもって過失を認定するという判断基準を、94条2項類推の場面に持ち込む場合には、仮装登記名義人が不動産の真の所有者であるか否かにつき、相手方が調査確認すべきなのにそれを怠った場合には、相手方の過失が認定されるという形で

読替が行われなければならない。そして、その際に要求される調査確認義務の程度も、110条に要求される義務に比べて弱いものとならざるを得ないであろう。なぜなら、94条2項類推適用の場面では、第三者の取引の相手方は曲がりなりにも不動産の登記名義を有している者であり、登記に公信力がないとはいえ、94条2項類推適用法理が、この不備を補うために発展してきたという経緯を踏まえれば、第三者が取得した不動産の前主として現れるにすぎない真の権利者にまで遡って、不動産の所有名義の真正性を調査確認するよう第三者に要求することは、あまりにも酷といえるからである。したがって、94条2項類推適用の場面における過失の判断は、仮装登記名義人に真の権利者であることを推測させる徴憑——実印・印鑑証明書・委任状・権利証等——がある場合には、権利の真正性について客観的に見て「明らかに」疑念を生じさせるに足りる事情がない限り、原則としてそれを信じた相手方に過失はないとすべきである。そして、疑念を生じさせる事情がある場合に初めて、相手方には権利の真正性について一定の調査確認義務が課され、それを怠れば過失ありとするべきである。調査確認義務のレベルは、110条で要求されるほど重いものと解するべきではないが、第三者の属性によって変動しうるものであり、例えば第三者が不動産業者である場合には、一般人よりも高度な調査確認義務が課されると考える。実際、第三者の過失が認定された判例では、関係書類に不備や改ざんが見られ、書類の真正性が疑われてしかるべきである場合や、現地検分をしていない、あるいは現地検分の結果、疑わしい事実が発見された場合において、これについて調査確認を怠ったことをもって過失ありとする判断がみられる⁽¹⁰⁾。

(10) 否定判例⑥（東京高判昭和60年4月24日）、否定判例⑨（東京地判平成3年10月9日）、否定判例⑩（東京地判平成8年12月26日）。

2 96条3項ならびに545条1項但書との関係

前掲の最高裁平成15年6月13日判決は、結果的に外形他人作出型の事案として94条2項と110条とを併せ類推適用することにより処理された判例であるが、同時に真の権利者による詐欺取消ないし債務不履行解除の主張も可能な事案であったことは、すでに指摘したとおりである。では、94条2項と110条を併せ類推適用した場合と、96条3項あるいは545条1項但書を適用した場合とで、第三者保護要件にどのような違いが存在するのであろうか。

96条3項は、詐欺による意思表示の取消は、善意の第三者に対抗できないと定めている。詐欺取消がなされると、121条本文により契約がはじめから無効となるが、詐欺の事実を知らずに一旦権利を取得したはずの第三者が、こうした取消の遡及効によって権利を失うのを防ぐため、特に取消の効果を第三者に対抗できないものとしたのが96条3項であり、したがってここでいう第三者とは、取消の遡及効によって影響を受ける者、すなわち取消前に現れた第三者を対象とすると解するのが判例・通説である⁽¹¹⁾。取消後の第三者をいかに保護するかを巡っては判例・学説上の大きな対立があるものの、94条2項・110条の重疊的類推適用と競合しうる事案は、常に取消前の第三者の事案であるから、ここでは、取消前の第三者の要件に限って検討していこう。

96条3項によって第三者が保護されるためには、明文上、善意であることしか要求されていないため、善意のみで足りるとするのが判例・通説である。これに対して、第三者は無過失まで必要とする説も有力である。その理由とするところは、第一に、96条3項の基礎には表見法理があり、これによれば、外形に対する信頼が保護されるためには、その信頼が正当

(11) 詐欺取消と第三者の問題に関する判例学説の紹介については、山本・前掲注(8) 207頁～212頁参照。

なものであることが要請されるのであり、たとえ第三者が善意であっても過失がある場合には、その信頼は正当なものとはいえないこと、第二に、詐欺の場合は、自ら虚偽の外形を作出する虚偽表示の場合と比べて、表意者の帰責性は小さく、こうした表意者から権利を奪うためには、虚偽表示の場合以上に、第三者の信頼が正当なものであることが要請されること、である。もっとも、前説に立つ場合でも、善意の第三者が保護されるために登記を備える必要があるかという問題において、権利保護資格要件としての登記を必要とすると解することで、有力説が無過失要件の中で考慮しようとしている詐欺による表意者の帰責性の小ささを、ここで斟酌しようとする見解もみられる。

有力説に立てば、第三者には善意無過失が要求されることになるので、要件的には94条2項・110条の重疊的類推適用と同じであるから、真の権利者はいずれかの方法を選択すればよいことになる。これに対して、判例・通説に立った場合、第三者保護要件は善意のみということになるので、善意無過失を要求する94条2項・110条の重疊的類推適用と比べて、要件面では96条3項の方が第三者保護に傾きやすいということになる。なお、94条2項類推適用においては第三者に登記が要求されないから、第三者に権利保護資格要件としての登記を要求する立場に立てば、第三者保護への傾斜はある程度緩和される。

他方、545条1項但書は、解除によって第三者の権利を害することができないと規定している。解除の効果を遡及的消滅と解する判例・通説に立つと、96条3項と同様、545条1項但書は遡及効により害される第三者を保護するための規定と解されるから、解除前に現れた第三者に適用されると考えられる⁽¹²⁾。もっとも、545条1項但書は、96条3項と異なり第三者

(12) 解除と第三者の問題に関する判例学説の紹介については、内田貴「民法Ⅱ」99頁～100頁(2000)参照。

に善意を要求していない。これは、債務不履行があったとって当然に解除されるわけではなく、第三者が債務不履行の事実を知っているかどうかはあまり意味を持たないからである。結果として、解除の場合には、詐欺の場合に比べて第三者の保護が厚くなるが、解除の場合には、詐欺の場合と違って、契約自体に瑕疵があるわけではなく、したがって、契約ははじめから完全に有効であり、それが後発的な債務不履行という事情によって解除しうるものとなるのであるから、解除前の第三者を保護すべき要請はより強いという理由で正当化される。もっとも、解除権者の利益も考える必要があるため、第三者に善意を要求しない代わりに、権利保護資格要件として登記を備えることを要求するのが判例・通説である。結局、545条1項但書の第三者として保護されるためには、権利保護資格要件としての登記を備えていれば足りるのに対して、94条2項・110条の重畳的類推適用では、第三者には善意・無過失が要求されるのであるから、明らかに545条1項但書の方が第三者に有利となる。

このように、どの条文を適用するかによって、第三者保護要件に差が生じることになるが、最高裁判平成15年6月13日判決のように、どの条文をもってしても争いうる場合には、いずれの条文を適用すべきか、その整合性を考える必要がある。

ここで、改めて、詐欺取消や債務不履行解除が問題となる場面と、94条2項と110条が併せ類推適用される外形他人作出型の典型的な事案との違いを考えてみよう。前者の場面では、真の権利者と仮装登記名義人との間に、問題となっている不動産について一旦は有効な売買契約が成立していることが前提となっており、それが事後的な事情によってははじめからなかったものとして取り扱われているにすぎない。これに対して、後者においては、そもそも真の権利者による意思表示が存在せず、したがって、真の権利者と仮装登記名義人との間には売買契約は全く成立していない。ここでは、虚偽の意思表示すら存在しないのであって、だからこそ94条2

項を「類推適用」とするという手法が取られているのである。このように、詐欺取消や解除が問題となりうる事案では、仮装登記名義人に登記を移転させる原因行為について、同人に意思表示という形での明確な意思的関与が見られる点に、外形他人作出型の事案との決定的かつ重大な違いがある。真の権利者による意思表示があるからこそ、その意思表示の結果形成された私法関係を信頼して取引に入った第三者に対して、一定の責任を負わされるのであって、詐欺取消や債務不履行解除における第三者保護要件が、94条2項と110条の重疊的類推適用における要件よりも緩やかなのは、この点に起因するものであると理解できよう。このように考えると、96条3項あるいは545条1項但書と94条2項・110条の重疊的類推とは、本来、その適用場面が重なり合うべきものではなく、また、その要件の違いも、真の権利者の帰責性のレベルが異なることを反映したものとして、当然に正当化されるものであるといえる。

以上の考察を踏まえて、再び最高裁判平成15年6月13日判決を検証してみよう。この事案では、真の権利者Xと仮装登記名義人Aとの間には有効な売買契約が締結されており、Aへの登記移転は有効な契約に基づくものであった。ただ、その登記移転が、代金完済前すなわち所有権移転前に行われた点で本人の意思に反しており、これをいかに評価するかが問題となったのである。詐欺取消や債務不履行解除によって処理することも可能な事案であるにもかかわらず、94条2項と110条の重疊的類推適用がなされた理由は、先に示したとおり、本事案の特殊性にあると思われる。すなわち、真の権利者Xは不動産取引の経験のない者であるのに対して、Sは詐欺的要素の強い地面師であることが伺われ、Sの言葉巧みな言い逃れによって不実の登記がなされることを防止するのは困難であるという点で、真の権利者の帰責性が相当に弱い事案であった。先に見たように、96条3項や545条1項但書の方が、第三者保護要件が緩やかであるから、この事案を詐欺取消や解除の法理で処理すれば、第三者が保護される可能性は極め

て高い。判旨によれば、第三者Y1・Y2は共に善意無過失であると認定され、しかもY2は登記を備えているからである。そこで、94条2項と110条の重疊的類推適用の法理を持ち出すことで、真の権利者に対し、売買契約についてではなく、登記移転そのものについての積極的な「意思的関与」を求めると共に、第三者に善意無過失を要求するという二重の絞りをかけることにより、結果として本人保護を図ったものと考えられる。

しかしながら、先の考察に従えば、真の権利者と仮装登記名義人との間に、前者の意思に基づく有効な登記移転原因が存在している場合には、94条2項と110条を併せ類推適用することによって、第三者保護の範囲を不当に狭めるべきではない。また、判旨では第三者Y1・Y2が善意無過失であると認定されているが、AからY1・Y2への不動産の売却価格・移転登記の時期の接着性から、Y1・Y2は悪意（あるいは有過失）であることが伺われ、Xが詐欺取消の主張をしてもY1・Y2は96条3項の第三者として保護されないという結論を導き出すことは十分に可能であったと考える。この点、否定判例^⑫は、平成15年判決と同様、有効な売買契約に基づいて移転登記がなされた事案において、典型的な詐欺の事案であると判断し、「詐欺による錯誤であるが故に要素の錯誤とされ無効となる場合には、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」としており、平成15年判決もこのように処理されるべきであったと考える。

3 まとめ

以上より、94条2項あるいは110条の類推適用と、他の第三者保護法理との関係は次のように理解すべきである。

まず、110条との関係について。そもそも、110条と94条2項類推は、不動産が真の権利者名義のまま直接第三者に譲渡される場合に前者が、他方、一旦仮装登記が作出され、仮装登記名義人から第三者に譲渡される場

合に後者がそれぞれ適用されるというように、適用場面を明らかに異にし、適用領域が重なるものではない。しかしながら、外形他人作出型の多くの事案で、真の権利者と仮装登記名義人との間に一定の委任関係が認められ、委任事項を越えて不実の登記が作出されている事実が認められ、これが表見代理の問題とする場面に極めて近いことから、94条2項を類推適用するにあたっては、110条との要件面でのバランスが意識される必要性が高いといえる。したがって、外形他人作出型の事案を処理するにあたっては、110条と平行な要件を定立すべきである。すなわち、虚偽の外形作出に対する真の権利者の帰責性と、第三者の要保護性を柱としつつも、両要件を相関関係的に考慮するために、94条2項に加えて110条も類推適用することにより、第三者保護要件として無過失も要求する。そして、過失の判断は、仮装登記名義人に真の権利者であることを推測させる徴憑がある場合には、権利の真正性について客観的に見て「明らかに」疑念を生じさせるに足りる事情がない限り、原則としてそれを信じた第三者に過失はないとすべきであり、また、疑念を生じさせる事情がある場合に初めて、第三者には権利の真正性について一定の調査確認義務が課され、それを怠れば過失ありとするべきである。なお、調査確認義務のレベルは、110条で要求されるほど重いものと解するべきではない。

次に、96条3項ならびに545条1項但書との関係について。第三者保護要件について、94条2項と110条を併せ類推適用する場合には善意無過失が要求されるのに対して、96条3項では善意のみ(判例・通説)、545条1項但書では権利保護資格要件としての登記のみ要求されるという違いがあるが、これは登記移転の原因行為としての意思表示が存在するか否か、また意思表示に瑕疵があるか否かの違いに起因するものであって、問題はない。また、94条2項・110条は、本来、真の権利者と仮装登記名義人との間に有効な移転登記原因がない場合にのみ類推適用されるべきであって、有効な登記原因が存在する場合には、96条ないし545条で処理すべきで

ある。有効な登記原因が存在する場合に94条2項・110条を持ち出すことは、第三者の保護範囲を不当に狭めることになる。

V 評価及び展望

本稿では、94条2項類推適用、あるいは94条2項と110条の重疊的類推適用の諸判例の分析を通じて、同法理の適用要件を明確化するとともに、民法の第三者保護法理との均衡を考慮しつつ、同法理の適用領域を探ることを目的として検討を進めてきた。

まず、判例の分析から、以下の点が明らかになった。外形自己作出型においては、94条2項の類推適用法理がほぼ確立し、要件等についてはもはや争いのない状態となっている。また、意思外形非対応型についても、94条2項と110条を合わせて類推適用する法理が定着しているが、類型的に最もレアな存在であり、現在では判例上ほとんど見受けられなくなっている。これに対して、外形他人作出型においては、他人が作出した虚偽の外形に対する真の権利者の「承認」と第三者の善意を要件として確立した最高裁判決が出された後も、どのような事実をもって「承認」があったものと評価すべきか、また、真の権利者の帰責性が極めて希薄な場合に、第三者に無過失をも要求することによって、真の権利者と第三者との保護のバランスを図るべきかを巡って、下級審で様々な判断がなされてきた。この点、前者の問題については、外形他人作出型の判例で示された「承認」要件の分析を通じて、真の権利者の帰責性について一定の判断基準を類型化することができた。また、後者の問題については、平成15年と平成18年の二つの最高裁判決の分析を踏まえて、あるいは他の第三者保護法理の要件面での比較検討を通じて、外形他人作出型においては、94条2項と110条を併せ類推適用することにより、第三者に善意無過失を要求するという処理が妥当であることを示した。

そして、民法上の他の第三者保護法理との関係については、それぞれが本来対象とすべき問題類型は重複しないものであることから、その境界を常に前提とし、それを逸脱する形で94条2項・110条の重疊的類推適用法理が拡張されていくべきではないこと、また外形他人作出型に94条2項・110条を類推適用するにあたっては、事案の現れた方として酷似している110条の要件論とのバランスに配慮すべきであり、とりわけ、110条の「正当な理由」要件においてなされている判断を参考に、94条2項と110条の重疊的類推適用の要件も明確化すべきであることを明らかにした。

今後も、外形他人作出型の事案においては、94条2項と110条が併せ類推適用するという処理がなされていくものと予想される。そこで、判例の一定の集積を待ったうえで、そこでどのような判断がなされているのか、改めて検証が必要であろう。とりわけ、どのような事実をもって第三者の無過失が判断されているのか、あるいは本人の帰責性要件と第三者保護要件との相関的な判断がどのような形で行われているのかを、一定の形で類型化し、判断基準として一般化・客観化していく作業を継続する必要がある。

外形他人作型における

	判決年月日	適用法理	明確な承認あるいは設置の形式 ①単なる設置 ②消滅行動 ③不知	②消滅行動の内容	放置期間
肯定⑮	最高裁判成 18・2・23	94-2, 110 の類推適用	3		
肯定⑯	大阪高裁判成 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
肯定⑭	東京地判平成 16・9・15	94-2, 110 の重畳的類推適用	2	特許権登録を原状に戻すよう警告書の発送	
否定⑬	裁判平成 15・6・13	94-2, 110 の類推適用	3		1ヵ月半
肯定⑫	裁判平成 12・12・19	94-2, 110 の法意	3		11年間
肯定⑪	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⑩	東京地判平成 9・12・25	94-2 類推適用	承認		3年間
否定⑨	東京地判平成 9・12・8	96-3			
否定⑧	那覇地判平成 9・9・24	94-2 類推適用	1		不明
否定⑦	東京地判平成 8・12・26	94-2 類推適用	3		
否定⑥	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、弁護士の「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⑤	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④	高松高判昭和 63・3・31	94-2, 110 の類推適用	承認		
否定③	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②	最高裁判昭和 62・1・20	94-2 類推適用	1		4年間
否定①	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⑥	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⑤	東京高判昭和 60・4・24	94-2 類推適用	3		
否定④	東京高判昭和 60・4・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③	大阪高判昭和 60・4・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②	大阪高判昭和 59・11・20	禁反言・権利外観法理	1		10年間
否定①	浦和地判昭和 58・11・18	94-2, 110 の法意	3		
否定②	東京地判昭和 58・7・19	94-2 類推適用	3		
肯定⑦	東京地判昭和 58・2・25	94-2 類推適用	承認		
否定①	東京地判昭和 57・2・8	94-2 類推適用	3	登記官の過誤	
肯定⑥	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則の適用	2	告訴したもの、示談成立後放置	示談成立後 5ヵ月間
肯定⑤	大阪地判昭和 54・12・5	94-2 類推適用	1		
肯定④	東京高判昭和 49・5・29	94-2 類推適用	1		12年
肯定③	裁判昭和 48・6・28	94-2 類推適用	1		長年
肯定②	裁判昭和 45・9・22	94-2 類推適用	1		4年
肯定①	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条重疊の類推適用の限界(2) 完

「承認」要件の分析

			詐欺的要素
真の権利者と仮装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譲るものとして処理していない	
出願主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答えていること	
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			
義理のおしと甥		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	
土地開空に必要な分筆・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	銀行担当者に何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、不動産についての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 項類推適用判例一覽

外形自己作出型	意思外形非对应型	外形他人作出型		
大判明治 32・6・7			東京高判昭和 55・11・18	
大判明治 42・1・26			東京地判昭和 56・8・31	東京地判昭和 56・3・31
大判大正 11・5・23				東京地判昭和 57・8・2
最判昭和 29・8・20			東京地判昭和 57・3・19	
東京高判昭和 32・8・10			最判昭和 57・7・1	
		横浜地判昭和 34・7・25	大阪高判昭和 58・2・16	
名古屋地判昭和 35・10・14			東京地判昭和 58・2・28	東京地判昭和 58・2・25
最判昭和 37・9・14				東京地判昭和 58・7・19
東京地判昭和 38・10・29			東京高判昭和 58・10・31	
		大阪地判昭和 39・5・11		浦和地判昭和 58・11・18
		東京高判昭和 39・10・29		大阪高判昭和 59・11・20
		東京地判昭和 40・3・16		大阪高判昭和 60・1・29
最判昭和 41・3・18				東京高判昭和 60・3・24
		東京高判昭和 42・1・23		東京高判昭和 60・4・24
	東京高判昭和 43・1・30			横浜地判昭和 61・2・26
東京地判昭和 43・8・1	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 43・11・15				最判昭和 62・1・20
最判昭和 44・5・27	最判昭和 44・10・16			名古屋高判昭和 62・10・29
				高松高判昭和 63・3・31
最判昭和 44・11・14		最判昭和 45・4・17		東京高判平成元・12・21
				東京高判平成 2・2・13
	最判昭和 45・6・2			東京地判平成 3・10・9
最判昭和 45・7・24		最判昭和 45・9・22	東京地判平成 4・4・14	
		最判昭和 45・11・19		最判平成 4・12・15
岡山地判昭和 46・1・27				浦和地判平成 7・3・22
名古屋高判昭和 46・11・30		旭川地判昭和 48・1・29		東京地判平成 8・12・26
最判昭和 47・2・17				那覇地判平成 9・3・24
最判昭和 47・7・27		最判昭和 48・6・28		東京地判平成 9・12・8
大阪高判昭和 47・8・2		東京高判昭和 49・5・29		
	最判昭和 47・11・28		最判平成 9・13・18	東京地判平成 9・12・25
大阪地判昭和 48・2・25			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			東京高判平成 12・7・27	東京地判平成 11・9・27
大阪地判昭和 50・11・17				最判平成 12・12・19
最判昭和 51・6・18				最判平成 15・6・13
名古屋高判昭和 51・10・27	最判昭和 52・12・8			東京地判平成 16・9・15
				東京地判平成 16・9・27
水戸地判昭和 54・7・4				大阪高判平成 16・11・17
東京地判昭和 54・11・6				最判平成 18・2・23
		大阪地判昭和 54・12・5		