

民法94条2項の類推適用に関する一考察

西 牧 正 義

目次

- 1 問題の所在
- 2 判例の推移
 - (1) 意思外形対応型の判例
 - ①外形自己作出型の判例
 - ②外形他人作出型の判例
 - (2) 意思外形非対応型の判例
 - (3) 最高裁判所平成18年2月23日判決
- 3 最高裁平成18年2月23日判決の検討
 - (1) 権利者の帰責性
 - (2) 民法94条2項, 110条の類推適用という法律構成の評価
- 4 3の検討を踏まえ民法94条2項の類推適用一般を考える。
 - (1) 民法94条2項類推適用に求められる権利者の帰責性
 - ①考察の方向性
 - ②最高裁判所平成15年6月13日判決との比較
 - ③「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」帰責性を限定する試み
 - (2) 虚偽の外観に対する権利者の承認がない場合に民法94条2項を類推適用するについての法律構成の検討
- 5 結び

1 問題の所在

民法94条2項は、虚偽の外観の存在、虚偽の外観の存在について真の権利者に帰責性があること、第三者に虚偽の外観を信頼したという保護事由があることを要件として第三者を保護し、それをもって取引の安全をはかろうとする権利外観法理の一類型であると一般に考えられている。また民法94条2項は権利者と虚偽の外観を有する無権利者との間の通謀を前提とする通謀虚偽表示の規定であるが、権利者の帰責性が極めて大きい通謀という要件が欠ける場合であっても、虚偽の外観の存在について権利者に重大な帰責性が見出せる他の事情が存在したときには、上記三つの要件を満たすことを前提に民法94条2項を類推適用することにより第三者を保護するという法律構成がとられてきている。

そして民法94条2項の類推適用については判例が積み重ねられてきているところであり、一般的には次のような類型に分類、把握されてきた¹⁾。

まず、虚偽の外観を権利者自らが作り出した場合（外形自己作出型）や他人が作り出した虚偽の外観を権利者が承認していたような場合（外形他人作出型）を意思外形対応型とし、この場合には民法94条2項単独の類推適用がなされるとする。

次に、権利者によって第1の虚偽の外観が承認された後、当該権利について第1の虚偽の外観を有する者が背信行為を行い第2の虚偽の外観を作出したという場合は、第2の虚偽の外観については権利者の承認がないので意思外形非対応型とし、虚偽の外観を有する無権利者が真の権利者が承認した外観を超えて新たな外観を作出していることから、代理権限を越える形の表見代理に類似すると考え、民法94条2項と同110条の重疊的類推適用がなされるとする。

ところが平成18年2月23日最高裁判所第1小法廷判決²⁾において、上に記した民法94条2項の類推適用に必要な要件とは必ずしも一致しない事実関係であるにもかかわらず、民法94条2項と同110条の類推適用を肯定する判断がなされた。

従来、民法94条2項を類推適用するについては、それが意思外形対応型であろうと意思外形非対応型であろうと権利者が虚偽の外形の存在について承認していることが要件として必要であった。これに対して平成18年2月23日の最高裁判決は権利者が虚偽の外形の存在について承認しているという事実がないにもかかわらずそれに言及することなく、「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」権利者の帰責性という要件を認定し民法94条2項と同110条を類推適用した。

本稿においては、この平成18年2月23日の最高裁判決と従来からの民法94条2項の類推適用に関する判例の立場とを比較検討しながら、この平成18年2月23日判決をどのように位置づけるべきなのかを考察し、あわせて民法94条2項の類推適用の場面における真の権利者と第三者との適切な利害調整について検討を試みたいと考えている。

2 判例の推移

ここでは民法94条2項の類推適用について判例がどのような推移を辿ってきたのかをみることにする³⁾。

まず、最初に民法94条2項の類推適用を肯定した判例が最高裁判所昭和29年8月20日の第2小法廷判決である⁴⁾。

この判決は、Aが買い受けた不動産をC名義に登記したところ、Dが当該不動産の所有権をCから取得したという事実において「本件家屋を買受人でない上告人C名義に所有権移転登記したことが、被上告人（A）の意思にもとづくものならば、実質においては、被上告人（A）が訴外B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、上告人Cと

1) 民法94条2項類推適用の類型については四宮和夫、能見善久・民法総則〔第8版〕（弘文堂、2010年）208頁以下を参照した。

2) 最高裁判所民事判例集60巻2号546頁、判例タイムズ1205号120頁、判例時報1925号92頁。

3) 判例の整理については、神田英明「民法九四条二項類推適用の限界」法律論叢80巻6号（明治大学法律研究所、2008年）136-143頁、四宮、能見・前掲注1）208-213頁を参照した。

4) 最高裁判所民事判例集8巻8号1505頁。

通謀して虚偽仮装の所有権移転登記をした場合と何等えらぶところがないわけであるから、民法九四条二項を類推し、被上告人（A）は上告人Cが実体上所有権を取得しなかつたことを以て善意の第三者に対抗し得ないものと解するのを相当とする。」⁵⁾と判示し、通謀という事実がなくとも権利者の意思に基づき虚偽の外観が作出された場合には民法94条2項の類推適用が可能であることを示した。

（1）意思外形対応型の判例

①外形自己作出型の判例

前記の最高裁昭和29年8月20日判決以降、民法94条2項の類推適用を認める判例が積み重ねられ、その一つの類型として意思外形対応型の類推適用が認められている。

まず、意思外形対応型のうち権利者が自ら虚偽の外観を作出している外形自己作出型の判例についてみたいと思う。

この類型に属する判例としては最高裁判所昭和41年3月18日第2小法廷判決⁶⁾がある。この判決は、「未登記の建物の所有者が、他人に右建物の所有権を移転する意思がないのに、右他人の承諾を得た上、右建物について右他人名義の所有権保存登記を経由したときは、実質において、右建物の所有者が、一旦自己名義の所有権保存登記を経由した後、所有権移転の意思がないのに、右他人と通謀して所有権を移転したかのような虚偽仮装の行為をし、これに基づいて虚偽仮装の所有権移転登記を経由した場合となら異なるから、民法九四条二項を類推適用して、右建物の所有者は、右他人が実体上右建物の所有権を取得しなかつたことをもつて、善意の第三者に対抗することができないものと解するのが相当である。」と判示し、権利者自らが虚偽の外観を作出している場合には民法94条2項の類推適用が可能であることを示した。なお、同旨の判例としては、最高裁判所昭和37年9月14日第2小法廷判決⁷⁾、最高裁判所昭和44年5月27日第3小法廷判決⁸⁾、最高裁判所昭和45年7月24日第2小法廷判決⁹⁾などがある。

②外形他人作出型の判例

次に、意思外形対応型のうち他人が作り出した虚偽の外観を権利者が承認していたというような外形他人作出型の判例についてみたいと思う。

この類型に属する判例としては最高裁判所昭和45年9月22日第3小法廷判決¹⁰⁾がある。この判決は、「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つ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路が所有者の不知の間に他人の専断によつてされた場合でも、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、右九四条二項を類推適用し、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つ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つて対抗することをえないものと解するのが相当である。

5) 当事者のアルファベット表記は筆者が変更したものである。
6) 最高裁判所民事判例集20巻3号451頁。
7) 最高裁判所民事判例集16巻9号1935頁。
8) 最高裁判所民事判例集23巻6号998頁。
9) 最高裁判所民事判例集24巻7号1116頁。
10) 最高裁判所民事判例集24巻10号1424頁。

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つて、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」と判示して、権利者自らが虚偽の外形を作出した場合でなくとも他人が作出した虚偽の外観を承認していた場合には民法94条2項の類推適用が可能であることを示した。同旨の判例としては最高裁判所昭和45年4月16日第1小法廷判決¹¹⁾、最高裁判所昭和48年6月28日第1小法廷判決¹²⁾などがある。

(2) 意思外形非対応型の判例

上記の意思外形対応型の類推適用においては第三者が信じた虚偽の外観に対して権利者の承認が存在していたわけであるが、第三者が信じた直接の外観に対しては権利者の承認が存在していないのが意思外形非対応型の類推適用である。ここではこの意思外形非対応型の判例についてみたいと考える。

この類型に属する判例としては、最高裁判所昭和43年10月17日第1小法廷判決¹³⁾がある。この判決は、「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つて善意無過失の第三者に対抗できないと解すべきである。けだし、このような場合、仮登記の外観を仮装した者がその外観に基づいてされた本登記を信頼した善意無過失の第三者に対して、責に任ずべきことは、民法九四条二項、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。」と判示して、第三者が信じた直接の外観に対しては権利者の承認が存在しないときでも、権利者が承認した第1の虚偽の外観を有する無権利者がその外観を利用して第2の虚偽の外観を作出し、第三者が第2の外観を信じそのことに過失もない場合には民法94条2項及び同110条の重畳の類推適用が可能であることを示した。同旨の判例としては最高裁判所昭和45年6月2日第3小法廷判決¹⁴⁾、最高裁判所昭和47年11月28日第3小法廷判決¹⁵⁾などがある。

(3) 最高裁判所平成18年2月23日判決

ここまでの判例の流れにおいては、民法94条2項類推適用の前提として真の権利者が虚偽の外観(意思外形非対応型においては第1の外観)について承認していることが必ず必要であった。これに対して権利者の外観に対する承認が認められないケースであるにもかかわらず、民法94条2項、同110条の類推適用を認めたのが前掲の平成18年2月23日の最高裁判決である¹⁶⁾。その内容は次のようなものである。

〔事実〕

Xは、自ら所有する不動産(以下本件不動産という)を賃貸するよう取り計らってほしいとAに依頼し、本件不動産の管理を業者に委託するための諸経費240万円をAに交付していた(X

11) 最高裁判所民事判例集24巻4号266頁。

12) 最高裁判所民事判例集27巻6号724頁。

13) 最高裁判所民事判例集22巻10号2188頁。

14) 最高裁判所民事判例集24巻6号465頁。

15) 最高裁判所民事判例集26巻9号1715頁。

16) 前掲 注2) 最高裁判所民事判例集60巻2号546頁、判例タイムズ1205号120頁、判例時報1925号92頁。

の本件不動産の取得についてもAが仲介をしている)。その後、Aは預かっていた諸経費240万円のXへの返還のためとってXから本件不動産の登記済証を預かり、またXが以前に購入し、まだX名義への所有権移転登記がなされていなかった土地(以下甲地)の登記手続きに必要であるとしてXから印鑑登録証明書も交付させた。さらにAは、甲地の登記手続きに必要であるとしてXの実印も渡させ本件不動産の登記申請書に押印した(Xがこれを漫然と見ていたという事実が認定されている)。以上のような経過で取得した本件不動産の登記済証、印鑑登録証明書、Xの実印を押印した本件不動産の登記申請書を利用して、Aは本件不動産について売買を原因とするXからAへの所有権移転登記手続をXに無断で行い、続いて本件不動産をYに売却しAからYへの所有権移転登記も行った。

以上のような事実に対してXは、本件不動産の所有権に基づきAとYを相手に本件不動産についての所有権移転登記の抹消登記手続を求めた。

1審、2審においては、民法110条が類推適用されるとしてYによる本件不動産の所有権取得を認め、Yへの抹消登記手続請求が棄却されている。

Xはこれを不服として上告した。

〔判旨〕

「Xは、Aに対し、本件不動産の賃貸に係る事務及び乙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から乙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。」¹⁷⁾

このように平成18年2月23日の最高裁判決は、権利者の外観に対する承認が認められないケースであっても、虚偽の外観に対する真の権利者の帰責性が「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」場合であって第三者が虚偽の外観を信じそのことに過失もないときには、民法94条2項、同110条の類推適用が可能であることを判示した。

17) 当事者のアルファベット表記、並びに「乙地」との表記は筆者において変更した。

3 最高裁平成18年2月23日判決の検討

ここでは最高裁平成18年2月23日判決がどのように評価されているのかについて考察したいと考える。

(1) 権利者の帰責性

この判決は、虚偽の外観を権利者（本人）自らが作り出したり、他人が作り出した虚偽の外観を権利者が承認していたような場合ではなく、また権利者が承認した第1の虚偽の外観が背信行為に利用され第2の虚偽の外観が作出されたというような場合でもないため、従来から認められていた民法94条2項類推適用の要件には合致しない。しかしながら権利者に「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」帰責性が認定され、民法94条2項、110条の類推適用が認められている。本判決の場合、権利者が虚偽の外観を作出したAに対し本件不動産の賃貸に係る事務を任せていただけでなく、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に預けて数か月もこれを放置していたこと、さらに権利者は、Aの言うままに実印を渡し面前でAが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から、民法94条2項、110条の類推適用を肯定する「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」帰責性が認められるについては肯定する見解が多い¹⁸⁾。しかし本判決が事例判断だったとしても¹⁹⁾、民法94条2項の類推適用が無制限に拡大しないためには「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」帰責性はより厳格に位置づけることが必要であろう。この点について佐久間「論文 注18)」22-24頁は、民法94条2項類推適用の場面においては、表見代理の場合より保護されるべき第三者が登場しやすいことを指摘し、民法94条2項を類推適用する基礎たる権利者の帰責性が満たされるためには、表見代理の成立に必要な帰責性のみならず「まったく必要のない書類を不用意に与えるなど背信行為を容易にし得る状況を作ったという非難すべき事情が権利者にさらに必要である」とし、判決がいう「あまりにも不注意な行為」はこれを指しているとする。中山「判例評釈 注18)」23-25頁は、本判決は、判決説示の理由から権利者において「不实登記を知らなかったとはいえ「知っていて放置した」状況と同視しうると評価されてもやむをえない事情である」と解し、「民法九四条二項類推適用の核心は、虚偽外観に対する意思的関与」であり、「虚偽の外観が存在することに対する認識を真正権利者が有している場合」にのみ類推適用を肯定すべきであるところ、本判決においては、判決説示の理由から「余りにも不注意な行為」が権利者にあると評価され、そこに帰責性が認められたとする。またこの見解は「余りにも不注意な行為」という言葉が権利者の帰責性要件を際限なく広げる危険性を指摘する。さらに本判決が権利者の帰責性について「あえて放置」という文言を使用していることに対して、権利者が虚偽の外観を知っていて単に「放置」していたというだけの場合にまで民法94条2項の類推

18) 佐久間毅「民法94条2項および民法110条の類推適用による不動産登記名義に対する正当な信頼の保護」NBL834号(2006)21-23頁、増森珠美「本件判例解説」法曹時報59巻4号(2007)230頁、中山布紗「本件判例評釈」北九州市立大学法政論集34巻1-2号(北九州市立大学法学会、2006年)23-25頁。

19) 増森・前掲 注18) 解説230頁。

適用が広げられたと解すべきではない²⁰⁾として、民法94条2項が類推適用されるためには、権利者が虚偽の外観を知っていて単に放置しただけでは足りず、さらに付加される権利者の帰責性が必要であると指摘する見解がある。

権利者の帰責性を以上のように解すれば、本件のような場合にAが無権代理人として行為して無権代理の規定を適用できる事件と比較して、きわめて重い権利者の帰責性が認定できる場合にしか民法94条2項の類推適用が認められないことになる。しかしこのことについては、民法94条2項類推適用の成立に必要な権利者の帰責性を肯定するについてはあくまでもAが所有者としての外観をもって行為したときでなければならないのであるから2つのケースの間に差が生じてやむをえないとしながら、現実にはAが権利者に無断で虚偽の外観を作出して行動するような場合には「基本代理権授与以上の帰責事由が認められる場合も少なくないであろう」²¹⁾と指摘するものや、白紙委任状や登記済証を手に入れてしまえばAは無権代理人として行動するより自己名義で行動するほうが容易で、第三者の過失についても無権代理の方が認定しやすい状況にあるとの指摘²²⁾が存在する。

なお、民法94条2項類推適用の基礎たる権利者の帰責性の認定について、権利者の「意思的承認」が必要である²³⁾、または「権利者の直接的な帰責性」が必要である²⁴⁾として本判決のような場合における民法94条2項の類推適用に否定的な見解も存する。

(2) 民法94条2項、110条の類推適用という法律構成の評価

ここでは、民法94条2項、110条の類推適用という法律構成がどのようなものであり、これまでの判例において形成されてきた民法94条2項類推適用の類型との関係でどのように評価されているのかについて検討したいと考える²⁵⁾。

まず本判決が、民法94条2項と110条の法意を考慮しという表現をとらず「民法94条2項、110条の類推適用」という表現をとったことに対して、従来の意思外形非対応型の判例において採用されていた民法94条2項および110条の重畳適用とは別の法律構成がとられていると解するものがある²⁶⁾。この見解は、本件において虚偽の外観に対する権利者の承認（認識）は認められないが、虚偽の外観が存在したことについては民法110条の類推適用により自らの意思に基づいて虚偽の外観を存在させた場合と同様の責任を権利者が引き受けなければならないほどの重い帰責性が認定されているのであるとする²⁷⁾。つまり本判決の「民法94条2項、110条の類推適用」という法律構成を、意思外形非対応型の判例において従来から採用されていた民法94条2項および110条の法意型類推適用と違い、民法94条2項と同110条の効果が働く場面（部分）を分けて考えている新たな法律構成と解している。

次に本判決が民法94条2項、110条の類推適用という表現をとったのは、虚偽の外観に対する

20) 佐久間・前掲 注18) 論文23-24頁、増森・前掲 注18) 解説232頁。

21) 増森・前掲 注18) 解説228-229頁。

22) 佐久間・前掲 注18) 論文22頁。

23) 磯村保「最判平成18・2・23判例解説」平成18年度重要判例解説ジュリスト1332号（2007）67頁。

24) 中舎寛樹「最判平成18・2・23判例評論」私法判例リマークス34号（2007〈上〉）9頁。

25) 3（2）の作成については伊藤進「民法94条2項類推適用の射程範囲についての一考察-最高裁平成18年2月23日判決を契機として-」民事研修601号（2007）7-9頁を参照した。

26) 佐久間・前掲 注18) 論文21頁以下。なお、高田淳「不実所有権登記をめぐる民法94条2項・110条の類推適用」法学セミナー618号（2006）115頁も新たな類型の判例と評価している。

27) 佐久間・前掲 注18) 論文21頁以下。

権利者の承認（認識）がない本件において、権利者が登記済証や実印を他人に渡したところ他人がそれを悪用し権利者の意思に反して虚偽の外観を作出したという点に、民法110条にいう権限逸脱行為との類似性を見出し、もって権利者の帰責性認定基準の限界を広げることと、第三者に善意のみならず無過失も要求して権利者の帰責性と第三者の保護事由とのバランスをとることを目的としたものであるとの見解がある²⁸⁾。この見解は意思外形非対応型について民法94条2項および110条の「法意」、本判決のような虚偽の外観について権利者の承認のない場合にそれと同視できるような権利者の帰責性が見出せるときには民法94条2項、110条の「類推適用」と使い分けることは妥当ではないとし²⁹⁾、本判決を、法意型の類推適用（両条の趣旨を類推しての適用）という法律構成を維持したものと位置づけているように解される。

三つ目に、「本件事案では、第三者の信頼の内容は、Aによって作出された不実の所有権移転登記であるわけであるから、真正権利者の帰責性の存否は、この不実登記との関係で判断しなければならない」とし権利者に110条の表見代理責任を負担すべき帰責性があるかどうかを加味しても、不実登記に対する帰責性を論理的に導き出すことは出来ないのではないかと説くものがある³⁰⁾。この見解は、本判決について「真正権利者の不実の登記についての事前ないし事後の「意思関与」のない場合でも、客観的な行為態様から「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」帰責性が認められるときには、第三者がその不実の登記を信頼し、かつ無過失であれば民法94条2項単独類推適用により処理できるという法理を展開したものと評するのが妥当である」³¹⁾としている。

4 3の検討を踏まえ民法94条2項の類推適用一般を考える。

(1) 民法94条2項類推適用に求められる権利者の帰責性

①考察の方向性

すでにみてきたように、民法94条2項類推適用に求められる権利者の帰責性が充足されるためには、権利者が虚偽の外観（意思外形非対応型においては第1の外観）について承認していることが必ず必要である、としていたのが従来からの判例の立場であった。これに対して、前掲の最高裁平成18年2月23日判決（以下平成18年判決という）は、権利者の外観に対する承認が認められないケースであっても、虚偽の外観に対する権利者の帰責性が「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」場合であって第三者が虚偽の外観を信じそのことに過失もないときには、民法94条2項、同110条の類推適用が可能であることを判示した。この平成18年判決のケースにおいて民法94条2項の類推適用に道を開いたについては肯定的な意見が多いようであるが、一方で民法94条2項類推適用の範囲が無制限に拡大することについては懸念を表明する見解も少なくない。3 (1) においてみてきたように、民法94条2項類推適用の基礎たる権利者の帰責性の認定には厳格な基準を設けるべきであろう。民法94条2項が権利外観法理の一類型であったとしても、それを外観法理の一

28) 渡辺拓「最判平成18・2・23判例評論」判例時報1950号187頁。なお、武川幸嗣「最判平成18・2・23判例批評」民商法雑誌135巻2号（2006）413頁参照。

29) 渡辺・前掲 注28) 評論187頁。

30) 伊藤・前掲 注25) 論文9頁。

31) 伊藤・前掲 注25) 論文11-12頁。

般規定のように扱うことには無理があろうし、その場合、真の権利者保護に十分な配慮ができるかは疑問である³²⁾。

以上のように考えれば、権利者の帰責性要件を厳格に捉えることにより、最高裁判平成18年判決のような事例について民法94条2項の類推適用を否定することももちろん可能であるが³³⁾、18年判決の事案における具体的妥当性を肯定する立場から、民法94条2項類推適用の基礎たる権利者の帰責性の限界を以下において検討したいと思う。

②最高裁判所平成15年6月13日判決との比較

最高裁判平成18年判決と類似した事案において、民法94条2項、110条の類推適用（法意型）が否定された判例として最高裁判所平成15年6月13日第2小法廷判決（判例時報1831号99頁、判例タイムズ1128号370頁・以下平成15年判決という）がある。そこで平成18年判決とこの平成15年判決との比較から民法94条2項類推適用の基礎たる真の権利者の帰責性の限界を探りたいと思う。

〔事実〕

Xは、Aとの間で、X所有の土地建物につき売買契約を締結したが、X所有の本件土地建物の所有権移転および所有権移転登記手続と売買代金の支払とを引き換えとする約定になっていた。その際Aの代表であるBは、地目変更のためといって白紙委任状を、また期日までに地目変更間に合わせるためといって登記済証を、さらには後日、道路範囲の特定に必要なとして別の白紙委任状と印鑑登録証明書を、それぞれXから交付を受けた。ところがBないしAは、Xから交付を受けた上記書類を悪用し代金を支払うことなく本件土地建物の登記をA名義に移転した。ついでAは本件土地をY1に売り渡し、その登記も移転した（Y1はAに本件土地建物の所有権が移転していないことについて善意無過失である）。さらにY1はY2に本件土地建物を売り渡し、その登記も移転した。

以上のような事実に対してXは、A、Y1、Y2に対して本件土地建物についての所有権移転登記の各抹消登記手続を請求した。

しかし原審において、Y1、Y2に対しては、民法94条2項、110条の類推適用により、Xが各所有権移転登記の抹消登記手続を請求することはできないとされたため、Xがこれを不服として上告した。

〔判旨〕

「(1) 前記原審の認定の事実によれば、Xは、地目変更などのために利用するにすぎないものと信じ、Bに白紙委任状、本件土地建物の登記済証、印鑑登録証明書等を交付したものであって、もとより本件第一登記がされることを承諾していなかったところ、XがBに印鑑登録証明書を交付した三月九日の二七日後の四月五日に本件第一登記がされ、その一〇日後の同月一五日に本件第二登記が、その一三日後の同月二八日に本件第三登記がされるというように、接着した時期に本件第一ないし第三登記がされている。

(2) また、記録によれば、X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の代表者であるBからの言葉巧みな申入れを信じて、同人に上記(1)の趣旨で白紙委任状、本件土地建物の登記済証、印鑑登録証明書等を交付したものであって、Xには、本件土地建物につき虚偽の権利の帰属を示

32) 当事者、取引対象を限定または分類するなどの要件を整備した上で、権利外観法理の一般規定を存在させることの是非については、今のところ判断できていない。

33) 磯村・前掲 注23) 解説67頁、中舎・前掲 注24) 評論8-9頁参照。

すような外観を作出する意図は全くなかったこと、Xが本件第一登記がされている事実を知ったのは五月二六日ころであり、Y1、Y2らが本件土地建物の各売買契約を行った時点において、Xが本件第一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、Bは、白紙委任状や登記済証等を交付したことなどから不安を抱いた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Bに対して問いただし、そのような登記がされることを防止するのは困難な状況であったことなどの事情をうかがうことができる。

(3) 仮に上記(2)の事実等が認められる場合には、これと上記(1)の事情とを総合して考察するときは、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何ら積極的な関与をしておらず、本件第一登記を放置していたとみることもできないのであって、民法九四条二項、一一〇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Y1、Y2らに対抗し得ないとする事情はないというべきである。そうすると、上記の点について十分に審理することなく、上記各条の類推適用を肯定した原審の判断には、審理不尽の結果法令の適用を誤った違法があるといわざるを得ず」(破棄差戻)³⁴⁾

このように平成15年判決も、平成18年判決同様、権利者の外観に対する承認が認められないケースである。しかし民法94条2項、110条の類推適用は認められていない。このことについて、平成18年判決のような事実においても民法94条2項、110条の類推適用を認めるべきではないとする立場からは、両判決における権利者の帰責性に本質的な違いはないとする見解もある³⁵⁾が、両判例が指摘した権利者の帰責性の違いについては次のような分析がある³⁶⁾。1)書類の交付について、平成18年判決の場合には不動産取引の委任に関連し交付されているのに対して、平成15年判決ではXA間の取引にかかる手続のための交付であり、対外的取引への使用を前提としていない。2)平成18年判決においては、権利者が、自己の不動産取引につきその多くを虚偽の外観を作出した者に対して任せていたのに対して、平成15年判決においてはそのような当事者の事情は存在しない。3)平成18年判決の権利者は不動産取引にそれなりの経験があったのに対して、平成15年判決のXにはそのような経験がない。4)書類の交付から第三者が出現するまでの期間が平成18年判決では数ヶ月であるのに対して、平成15年判決では約1ヵ月である。5)平成15年判決において、Xは書類の交付につき不安を抱きAに何度も問い合わせをしたが、それに対しAは言葉巧みに言い逃れをしていたということであり、Xは自己の財産管理について注意を払っていなかったわけではない。

以上の事柄が平成15年判決と平成18年判決における権利者の帰責性の違いとして指摘されているわけであるが、両判決を一体のものとして読む限りにおいては、権利者の帰責性の程度が「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」と評価するについて、上記1)~5)のような要件がすべて揃っているような場合は除かれるということになろう。それでは「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」帰責性があると評価される限界はどこに

34) 当事者のアルファベット表記は筆者において変更した。

35) 中舎・前掲 注24) 評論9頁、磯村・前掲 注23) 解説67頁。

36) 佐久間・前掲 注18) 論文23頁、吉田克己「判例評釈〔不動産〕不実登記への信頼と民法94条2項、110条の類推適用」判例タイムズ1234号(2007年)53頁、増森・前掲 注18) 解説232-233頁参照。

あるのだろう。まず平成15年判決の事実は当然関連しあっているものであり、完全に独立して認定できる事実は少ないと考える。例えば不動産取引に明るくないということを前提として、Aに言葉巧みに言い逃れられているのであり、言い逃れられている間に短期間に不動産の売却、転売が行われている。書類交付の態様とXA間の信頼関係にも当然関連があろう。また民法94条2項の類推適用が無制限に拡大しないという命題を考えた場合には、権利者の帰責性の程度が「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」と評価しないについて、上記1)～5)の要件がすべて揃うことを求めるのも適切ではない。そうすると1)～5)の項目を参考にしながら権利者の帰責性の程度が、「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」事件なのかどうかを事例ごとに判断してゆくしかないであろう。

③「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」帰責性を限定する試み

上記4, (1), ②のように考えることを前提に（そのこと自体は民法94条2項の類推適用により慎重さをもたらす方向で機能するのではないかと思うが）、さらに「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」という帰責性を少しでも限定するという趣旨から、上記4, (1), ②, 1)～5)の項目を参考にしながら、権利者の帰責性認定の過程を整理したい。具体的には次のように考えたい。

「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」という権利者の帰責性を認定すべきケースにおいては、

a) 権利者が、土地の登記済証、印鑑登録証明書、実印、白紙委任状などを他人に交付することに起因して虚偽の外観が作出されてしまった場合には、権利者には「一定の義務」が生じうるとする。この義務を果していないときは民法94条2項類推適用の前提たる権利者の帰責性を満たすこととなる（つまり「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」帰責性を満たすことになる）。

b) 「一定の義務」が生じるかどうか、またどの程度の義務なのか、は権利者の個別事情を考慮して決定される。原則として4, (1), ②に紹介した1), 2), 3)の項目の検討により「一定の義務」を特定することになる。例えば、不動産取引に知識があるのか、そうではないのかによって義務の範囲は変わり、後者の場合義務の範囲は小さくなる。

c) 当事者個々の「一定の義務」が認定されたにもかかわらず、その義務が果されず、虚偽の外観が作出され、それを前提に善意の第三者が権利関係を有するに至った場合にのみ、民法94条2項類推適用の前提たる帰責性を認定する。それには4, (1), ②に紹介した4) 5)の項目や、目的外の書類を作成し目の前でその書類に自己の実印を捺されているにもかかわらず、問いただすこともなく漫然と見ていた、というような事実が判断材料になろう。

以上のように、a), b), c)の順で権利者の帰責性認定の過程を想定し、いずれかの段階で要件が欠けたとすれば民法94条2項類推適用の基礎たる「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」という権利者の帰責性は生じていないものとする。

以上のように考えれば、例えば平成15年判決のように、不動産取引に詳しくない者が白紙委任状などの書類を交付してしまったことを不安に思い問い合わせをしたのに、書類の交付を受けた者が言葉巧みに言い逃れをして、その間に虚偽の外観を作出し、短期間に目的不動産の売却が行われたというような場合には、権利者の帰責性は否定されるべきであろう。また平成18年判決のように、不動産取引に詳しい者が、目的外の書類を作成され目の前でその書類に自己

の実印を捺されているにもかかわらず、問いただすこともなく漫然と見ていたというような場合には、帰責性は肯定されることになろう。

なお、平成18年判決において、権利者が虚偽の外観作出を知りながら「あえて放置した」場合を民法94条2項類推適用の前提たる権利者の帰責性要件として位置づけていることに対して、虚偽の外観に対する権利者の「承認」という従来からの帰責性要件から緩和されているのではないかという批判的指摘がなされている³⁷⁾。これについては民法94条2項の類推適用を無限定に拡大させないためにも、「承認」という原則的基準が後退したと解するべきではないと考える。虚偽の外観を知りながら「あえて放置」という文言が「承認」という原則的基準を変更したのではないと解する限り、「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」という実体があった場合、従来からの類推適用類型のなかでも権利者の帰責性を認めているのであるから、それと「同視し得るほど重い」帰責性が存在するのであれば、民法94条2項の類推適用を考えるについて不合理とはいえないように思われる。問題なのはどのようなケースにおいて意思的関与同等の帰責性が認定できるかである。従来からの類型論の中で認定された権利者の帰責性と重さにおいて同等の帰責性を特定することが重要であろう。

(2) 虚偽の外観に対する権利者の承認がない場合に民法94条2項を類推適用するについての法律構成の検討

すでにみたように平成18年判決においては民法94条2項、110条の類推適用という法律構成がとられたわけであるが、このことを踏まえ従来からの民法94条2項類推適用の法律構成と比較しながら、虚偽の外観に対する権利者の承認がない場合に民法94条2項を類推適用するについてふさわしい法律構成を考えてみたい。

2においてみたように従来からの民法94条2項類推適用の場面は、意思外形対応型（外形自己作出型・外形他人作出型）、意思外形非対応型に類型化されていた。意思外形対応型においては民法94条2項の類推適用が、意思外形非対応型については民法94条2項と110条の法意型類推適用が認められてきたわけである。これに対し虚偽外形に対する権利者の承認が認められない平成18年判決においては民法94条2項、110条の類推適用という法律構成がとられているが、私は平成18年判決のような事例においても民法94条2項単独の類推適用を考えるべきではないかと思う。3 (2) においてみたように、平成18年判決が民法94条2項と110条の類推適用という構成をとったことについて理論的な説明を試みる見解は確かに存在している。しかし平成18年判決が民法94条2項と110条の類推適用という構成をとった事実上の意味は、虚偽の外観に対する「承認」という従来からの権利者の帰責性を、「承認」以外のケースに拡大させることのバランスから、虚偽の外観を信頼した第三者の保護事由の厳格化をはかった（無過失の要求）ということに他ならないであろう³⁸⁾。私はそのこと自体に問題が含まれているように思う。そもそも平成18年判決は「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」権利者の帰責性を認定している。4 (1) ③において述べたようにこの「あえて放置」という文言が虚偽外観に対する権利者の「承認」という従来からの原則的な基準を緩和したと解するべきではないと考える。また平成18年判決の事実からすれば、権利者の帰責性は第三者が信頼した虚偽の外観に対し直接的に認定されているもので、また虚偽の外観作出の前提になった第1の外観が認定されているわけでもないと思われる。この2点から考えれ

37) 吉田・前掲 注36) 評釈54頁、佐久間・前掲 注18) 論文23-24頁。

38) 中本敏嗣、中村修輔「最判平成18・2・23判例解説」判例タイムズ1245号23頁参照。

ば、第三者の保護事由として無過失を要求する前提で、平成18年判決のような虚偽外観に対する権利者の「承認」がない場合における民法94条2項の類推適用を考えることは、かえって権利者に要求される帰責性認定の緩和ということにつながりはしないかと思う。つまり、従来からの意思外形対応型における権利者の帰責性と重さとして（量的に）同等の帰責性が見出せた場合に限定して、虚偽外観に対する権利者の「承認」がない場合への民法94条2項類推適用を検討するべきではないか考える。意思外形対応型において第三者に無過失は要求されていない。権利者の帰責性において意思外形対応型と同等であれば、第三者の無過失は必ずしも要求されないということになる。もちろん、民法94条2項単独類推適用に関し第三者の無過失を要求すべき場面が存在しないといっているわけではない。平成18年判決のような事実として虚偽外観に対する権利者の「承認」がない場合において、権利者の帰責性認定につきどのような限界が示されるかは、今後の判例の累積を待つしかない³⁹⁾。その場合に、第三者の保護事由として無過失を要求するところまで権利者の帰責性認定を緩和できるという前提で帰責性の限界を考えるべきではなく、少なくとも第三者に要求される保護事由は善意の場合も善意無過失の場合もあり得る状態で検討すべきと考える。平成18年判決の示した「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」権利者の帰責性は、文言からいえば、量的に意思外形対応型に相当する権利者の帰責性であると解釈すべきであるし、その帰責性が認定されるのかをまず検討すべきである。意思外形非対応型との類似性等から第三者に無過失を要求すべきかどうか（結果として権利者の帰責性の認定を意思外形対応型より緩和して考えるべきかどうか）というようなことは別途検討されるべきであろう。

5 結び

民法94条2項の類推適用を無制限に拡大させないという方向性でのここまでの考察をまとめたいと思う。

平成18年判決は虚偽の外観に対する権利者の承認のない場合においても民法94条、110条の類推適用が可能なことを示した。その根拠としては「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」権利者の帰責性を認定したわけである。このことについて、4(1)③において検討したように、虚偽の外観を知りながら「あえて放置」という文言が虚偽外観に対する権利者の「承認」という原則的な権利者の帰責性基準を変更したものではないと解する。従来からの類型論の中で認定された権利者の帰責性と重さにおいて同等の帰責性が、虚偽外観に対する権利者の承認がなかった場合にも求められていると考える。その具体的な限界は平成15年判決との相違点を参考にしながら個別具体的な事例の検討、累積が必要となろう。4(1)③においては、帰責性の限界を検討する過程を整理することにより、少しでも制限的な帰責性の認定につなげられはしないかと考えた。

つぎに、平成18年判決のいう「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」権利者の帰責性は虚偽外観に対する直接的な帰責性であると考え（虚偽外観の前提となった外観ではなく）、意思外形対応型の類推適用を認める場合と重さにおいて同等の権利者の帰責性が認められなければ、その要件は満たされないと解

39) 中本, 中村・前掲 注38) 解説23頁参照。

する。4 (2) において検討したように、虚偽外観を信じた第三者の保護事由として善意に加え無過失も要求することを前提に権利者の帰責性について判断することは、「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」権利者の帰責性の限界を事例の蓄積によりこれから特定してゆくという段階においては、かえって権利者の帰責性認定の緩和という危険を伴うように考える。

また意思外形非対応型の民法94条2項、110条の法意型類推適用においては、第三者が信頼した虚偽外観の基礎となる第1の外観の存在が前提となり、どのような場面に類推適用が肯定されるかについては、形式からある程度特定できるのではないか。それに対して、特別な形式を要求することなく、虚偽の外観に対する権利者の「承認」のないケースにおいて、民法94条2項類推適用の基礎となる帰責性を認定するにはより厳しい基準が必要である。つまり、第三者に過失がなくとも類推適用を肯定するに足るだけの本人の帰責性を原則としては求めるべきである。第三者に無過失を求めるべきケースが出現するのはあくまで結果であり、その意味からも、意思外形非対応型の類推適用のような第三者が信頼した虚偽外観の基礎となる第1の外観の存在があるわけでもなく、さらに虚偽外観に対する権利者の承認という事実もないような場面の解決については、民法94条2項の単独類推適用を検討するべきではないかと考えた。

(2011年10月3日受理)