

民法九四条二項と民法一一〇条 : 虚偽表示と表見 法理

その他のタイトル	Scheingeschaft und Rechtsscheinsvollmacht
著者	?森 八四郎
雑誌名	關西大學法學論集
巻	45
号	2-3
ページ	253-300
発行年	1995-08-27
URL	http://hdl.handle.net/10112/00024601

民法九四条二項と民法一一〇条

——虚偽表示と表見法理——

高
森
八
四
郎

- 一 はじめに
- 二 民法九四条二項類推適用判例
- 三 民法九四条二項・同一〇条併用適用判例
- 四 おわりに

一 はじめに

(一) 民法九四条二項を類推適用して仮装登記名義人よりの善意の第三者を保護する判例群は注目すべき展開を見せている。その流れを一べつすれば、当初は虚偽表示者ないし仮装外観作出者(甲)と仮装登記名義人(乙)との仮装外観作出合意の存在する事案から出発して(仮装登記面上甲が現われていない点で類推適用と呼ばれた。後掲判例①・②・③・④)、甲が乙の承諾も受けずに勝手に外観を作出した事案に拡大され(判例⑤)、ついで甲の知らぬ間に乙によって作出された外観を承認継続せしめたといつて甲の責任が問われたものから(判例⑥・⑦)、さらに甲の承認した以上の外観を乙が勝手に作出した場合に民法一一〇条の法理を併用して善意無過失の丙との関係につき、甲の権利の喪失が帰結されるようになり(判例⑨・⑩・⑪・⑫)、ついには、甲の全く知らぬ間に第三者が作出した外観を単純に放置したにすぎない場合にすら民法九四条二項が類推適用されるに至った(判例⑧)。最後のケースはもはや「類推」の枠を超えていることは明らかである。

この傾向に対し、学説はほぼこぞつて賛成の態度を示しているといつてよい(但し、最後の事案については、藤原・民商七〇巻三号二二二頁、米倉・法協九二巻二号二七一頁は反対)。甲と善意(無過失)の第三者(丙)ないし転得者(丁)との利益の比較衡量だけが結論を導く基準となっており、九四条二項の類推は単に「判断根拠を実定法に求めるための解釈上のテクニクにほかならない」(横山・法曹時報二(三巻七号二四九頁))とすら断言されている。しかし類推適用が問題とされるかぎり、利益衡量だけが基準とされるべきではなく、丙・丁の保護の限界もまた類推が及ぶか否かという角度から導かれなければならない。判例⑤の判旨のいうように、「不実の登記の存在が真実の所有者の意思に基づく」場合を超えて、

九四条二項を類推すべきではない。

(二) 右の判例群のうち、民法一一〇条を併用して善意のほか無過失を要求して第三者を保護している一群の判例、すなわち⑨・⑩・⑪・⑫の各判例が存在している。いわば、九四条二項と一一〇条とを併用適用しているのである。

民法九四条二項と一一〇条の併用適用というのは、例えば、Bの信用を高めるためにAの不動産についてBに仮登記を与えたところ、BはAの印鑑を無断使用してB名義の本登記に改めた上で善意無過失のCに転売した場合(判例⑨)最判昭和四三年一〇月一七日民集二卷二二八頁)、または融資を希望しているAのために、その融資の必要上、いったんB名義にするのが便宜であるとして、A所有の不動産をB名義に仮装譲渡したところ、BがさらにCに融資方を依頼して登記用書類を預け、これを預かったCがこの書類を利用してC名義に登記を移して善意無過失のDに売却した場合(判例⑩)最判昭和四五年六月二日民集二四卷四六五頁)などに行われている。最高裁は右のような場合には「九四条二項、一一〇条の法意に照らし、外觀尊重および取引保護の要請に応ず」べきであることを根拠として、善意無過失の第三者たるC・Dを保護しようとしている。

右のような場合に、九四条二項のみを適用したなら、善意だけの第三者をも保護されることになるが、それでは妥当でないとして、単なる仮装行為者の作出した表見的外観ではなく、中間者(仮装名義人)がさらに加功して仮装行為者の意思を超えた外觀を作出しているところに着目し、善意のほか無過失の要件をも第三者に課して保護の要件を加重すべく、一一〇条の法理を援用しているものである。しかし、なぜ権限踰越の代理行為が介在しているわけではないのに代理行為に関する規定たる一一〇条が援用されるのか、また、一一〇条は代理権限ありと信ずべき「正当ノ理由」と表現しており、善意・無過失の第三者という文言を使用していないのになぜこの規定が援用されたのか、そ

れなら、むしろ善意・無過失という明示的な表現を有する一一二条が援用されるべきではなかったかなどただちに疑問が生ずるのである。

(三) 本稿は、最高裁判例における九四条二項の類推適用のうちでも、さらに一一〇条の法理を一般的な「外観尊重の法理」や「禁反言の法理」と共に援用して「善意・無過失の第三者」を保護している判例群に着目して、それらの判例法理の理論的妥当性ならびに具体的な問題解決の合理性について問題点を明らかにしたいと意図したものである。

二 民法九四条二項類推適用判例

(一) 一において提示した問題意識を明確にするためには、まずもって、九四条二項類推適用判例を類型的に概観する必要がある。類型化は種々の観点からいくつか可能であるが、本稿の視点からは、**Ⅰ**九四条二項のみが類推適用された判例と**Ⅱ**九四条二項のほか一一〇条が併用適用された判例とに大別することが不可欠である。**Ⅰ**系列の判例について、真実の権利者(甲)が仮装登記等の発生・存続にかかわっているかという観点から判例事案を類型化してみると以下の**Ⅰ**、**Ⅱ**、**Ⅲ**のように、**Ⅱ**系列は**Ⅳ**のようになるであろう。

判例一覧

Ⅰ 甲の事前の承認のある場合

判例① 最判昭和二九年八月二〇日(民集八卷八号一五〇五頁)

判例② 最判昭和四一年三月一八日(民集二〇卷三号四五一頁)

判例③ 最判昭和四四年五月二七日(民集二三卷六号九九八頁)

民法九四条二項と民法一一〇条

判例④ 最判昭和四五年四月一六日 (民集二四卷四号二六六頁)

判例⑤ 最判昭和四五年七月二四日 (民集二四卷七号一一一六頁)

(Ⅱ) 甲の事後の承認のある場合

判例⑥ 最判昭和三七年九月一四日 (民集一六卷九号一九三五頁)

判例⑦ 最判昭和四五年九月二二日 (民集二四卷一〇号一四二四頁)

(Ⅲ) 他人の作出した仮装外観を甲が放置していたにすぎない場合

判例⑧ 最判昭和四八年六月二八日 (民集二七卷六号七二四頁)

(Ⅳ) 民法九四条二項と一一〇条が併用適用された場合

判例⑨ 最判昭和四三年一〇月一七日 (民集二二卷一〇号二一八八頁)

判例⑩ 最判昭和四五年六月二日 (民集二四卷六号四六五頁)

判例⑪ 最判昭和四五年一月一九日 (民集二四卷二二号一九一六頁)

判例⑫ 最判昭和四七年一月二八日 (民集二六卷九号一七一五頁)

(二) (1) 真の権利者甲が仮装登記を作出するにあたり、事前に仮装名義人乙に承認ないし同意を与えていた事例として、最高裁に初めて登場したのが判例① (最判昭二九・八・二〇) (添木・民商三二卷一〇号三〇頁、川添・法曹時報六卷一〇号三三四頁) であった。事案はつぎのとおりである。

X女は夫Aの懇請により、当時Bが所有していた家屋を自ら買い受けた上Aの妾であるY₁に使用させることとした。Y₁はAと協議して便宜上Y₁名義に所有権取得登記をした。その後、Y₁はY₂に家屋を譲渡しY₂への移転登記もなされた。Xが自らの所

有権を主張して、 Y_1 に対しては移転登記手続を、 Y_2 に対しては抹消登記手続を訴求した。原審はXの請求を認めたので、 Y_1 ・ Y_2 が上告した。

最高裁は破棄差戻してつぎのように判示した。

「本件家屋を買受人でない Y_1 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、 Y_1 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ないわけであるから、民法九四条二項を類推し、Xは、 Y_1 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。

されば、原審が、 Y_1 名義に所有権移転登記を受けるにつき、 Y_1 とA間に協議のあつた事実を確定したに止まり、Xがこれに承認を与えたかどうか及び Y_2 の善意悪意につき何等事実を確定することなく、たやすく Y_2 に対するXの本訴請求を認容したの
は、審理をつくさない違法があるものといわなければならない。」

(2) 本件において九四条二項が類推適用されたのは、本件家屋をBからXが購入していったんX名義に登記され、しかるのちXから Y_1 名義にXの意思に基づいて移転登記された場合には、完全に九四条二項の直接適用さるべき事例であつたのに、じつさいには、BからXへの登記の移転はなく、Bから直接 Y_1 に移転され、 Y_1 からさらに Y_2 に移転されたために、登記面上、真実の権利者たるXの名前が現われていない、ということにあるであらう。まさに判旨にあるとおり、本件物件の買受人でもない Y_1 名義にXの意思に基づいて所有権移転登記をしたことは、XがBからいったん名義を得て、しかるのち、 Y_1 と通謀して、所有権移転の意思なくして、虚偽仮装の登記行為をした場合と実質的には何らえらぶところはないのであるから、九四条二項を類推適用して善意の第三者を保護することは真に妥当な結論だつたといふべきである。

(三) (1) つぎの判例② (最判昭和四一・三・一八) (高津・法協八四卷二号三八頁、於保・民商五五卷)の事案はつぎのとおりである。

Xは本件建物を新築してその所有権を原始的に取得したものであるが、右新築にあたって、Y₁の名義を借りて、A (住宅金融公庫) から建築費用の融資を受けた関係上、Y₁の了承を得て、右建物につきY₁名義で所有権保存登記をし、Aのために抵当権設定登記をした。Y₂はY₁から右建物を買い受けて登記し、さらに善意のY₃にこれを売却し登記も移した。XからY₁・Y₂・Y₃に対し、右各登記の抹消を訴求した。Y₁・Y₂に対してはX勝訴。Y₃に対しては民法九四条二項の类推適用によりX敗訴。Xより上告。

最高裁は上告を棄却してつぎのように判示した。

「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、右建物の所有権が、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、民法九四条二項を类推適用して、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。」

(2) 判例②の①との相違点は、判例①が既登記の建物を購入した真実の買受人が自己に登記名義を経由せず直接仮装名義人に移転登記したものであったのに対して、判例②は未登記の新築建物を原始的に取得した真実の権利者が名義人の名義を借りて融資を受けた関係で仮装名義人の名前で保存登記をして、その上で融資人のために抵当権設定登記をしたという点である。甲と乙との通謀性の存在と仮装登記の発生という事実の点では全くちがいが無い。ちがいは

は①は移転登記の仮装であったのに対して②は新築建物の保存登記が仮装された点だけである。それゆえ九四四条二項を類推適用する根拠も判例①と全く同一であつて妥当である。

(四) (1) つぎの判例③ (最判昭和四四年・五・二七) (加藤・法協八八巻五・六号六二四頁、田中・民商六二巻三三四五頁、千種・法曹時報二二巻九号一九九八頁、高森・法律時報四二巻六号二三三頁) の事案はつぎのとおりである。

真の競落人XがYの承諾のもとにY名義で不動産(土地)を競落したところ、ZがYから善意で右不動産を買受けたという事例で、XはYに対して所有権移転登記の請求、Z(参加人)からは、Yに対して所有権移転登記、本訴係属中Yから所有権移転登記手続を了したXに対しては、その抹消登記手続を求めたものである。一、二審ともXの請求棄却、本件土地はZの所有であることを確認した。Xから上告。

最高裁は上告を棄却して次のように判示した。「原審の確定した右事実関係に対し通謀虚偽表示に関する民法九四四条の規定を類推適用すべきものとした原審の判断は、正当である。」「仮りに……通謀虚偽表示の撤回があつたとしても、虚偽表示の外形をとり除かない限り、右虚偽表示の外形を信じその撤回を知らずに取引した善意の第三者にはこれをもって対抗しえないと解すべきである……。」「いやしくも、自ら仮装行為をした者が、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賴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るときでも、右仮装行為者としては、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、民法九四四条二項を類推適用すべき場合においても同様である。」

(2) 判例③の特殊性は三点ある。一点は類推適用上の要件の問題として、競売が問題になつている点である。これまでは競売が問題となつたことはない。すなわち、真の競落人が他人の名前を使って他人の名義で競売したので、あたかも仮装名義人が競落人であるかの如き外觀が作出されたというものである。仮装競落人の承諾を得ていたので、

通謀性に問題はなく、真の競落人が登記面上名前が出ていない点において類推が問題にされたのである。第二点は、本件においては通謀虚偽表示の撤回が問題になっていたという点である。判旨は「撤回があったとしても、虚偽表示の外形をとり除かないかぎり……善意の第三者には（撤回）をもって対抗しえない」としている。正当であろう。第三点は、本件においては、善意の第三者はいまだ登記を受けておらず、本訴係属中ではあるが、仮装行為をした真の競落人（所有権者）Xに名義人Yから移転登記が経由されているので、はたして第三者Zは登記なくしてXに対抗しうるかという形で九四条二項の第三者と一七七条の第三者との関係が正面から問題となったという点である。判旨は、九四条二項の直接適用と類推適用を区別することなく、XとZ間は対抗関係ではなく、Zがつねに優先することを承認している。私見は、本件の事案ではX—Y—Z間は順次譲渡における前主、後主の関係となると考へるので、判旨が対抗問題としなかつたことに賛成するものであつて、その結論は妥当であると思う（拙稿・本件判批・法時四二巻六号一二三頁参照）。

(五) (1) 判例④（最判昭和四五・四・一六）（四宮、法協八八巻三三六五頁、金山・民商六四巻一〇八頁、柳川・法曹時報三三巻八号一六七二頁）の事案はつぎのとおりである。

Xは、Bから未登記の建物を贈与されて所有権を取得したが、その後（昭和二六年頃）、養母Aの名義にすることを許容した。Aは、その事実上の養子Y₁を所有者として家屋台帳上の届出をしたので、右建物は、久しきにわたり未登記のまま、家屋台帳上Y₁の所有名義に登録されていたが、Xは右建物を名実ともにAの所有としてしまうつもりはなく、右建物の固定資産税は終始Xが負担して支払ってきた。Y₁は昭和四〇年一月九日、右登録名義に基づき、Y₁名義で所有権保存登記をした上、同月一日Y₂との間で、Y₂のために右建物につき根抵当権設定契約、停止条件付代物弁済契約および賃貸借契約をなし、それぞれ必要な登記を経た。ついでY₁の債務不履行の結果、同年五月、Y₂は代物弁済契約の条件成就により所有権移転登記（本登記）を得

た。Xは、Y₁に対しては所有権の確認と登記の抹消、Y₂に対してはY₂の經由した各登記の抹消を訴求した。一審、二審ともにX勝訴。Y₁・Y₂上告。

最高裁は破棄差戻してつぎのように判示した。

「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登記を経由したときは、建物所有者は、民法九四条二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と解すべきことは、当裁判所の判例とするところである（最判昭和四一年三月一八日参照）。そして、このことは、未登記の建物所有者が旧家屋台帳法（昭和二十二年法律第三二号）による家屋台帳にその建物が他人の所有名義で登録されていることを知りながら、これを明示または黙示に承認した場合であつても、同様に解すべきものである。ただし、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。」

「ところで、右の場合、Xが右建物につき家屋台帳上Y₁の所有名義に登録されていること（右建物につき表示の登記があつた後においては、その登記においてY₁の所有名義に登録されていること）を明示または黙示に承認しており、かつ、Y₂が家屋台帳または登記簿上でY₁の所有名義が不実であることにつき善意であつたとするならば、Xは、民法九四条二項の法意に照らし、Y₁が本件建物の所有権を取得しなかつたことをもつてY₂に対抗することができず、したがつて、右Y₂において右建物の所有権を取得したことにより、Xはその所有権を失つたものといわなければならない。

したがつて、原審が、Xにおいて家屋台帳上Y₁の所有名義に登録されていることを承認していたかどうか、およびY₂が前記の点につき善意であつたかどうかにつき何ら事実を確定することなく、XのY₁・Y₂両名に対する本訴請求を認容したのは違法である。」

(2) 本件においては、権利者はみずから取得した未登記の建物を養母Aの名義にすることを許容したのであるから、通謀性の要件を満していることはいうまでもない。ただ、Aの名義に登記されたのではなく、Aはそれをせずに事実上の養子Y₁の名義で家屋台帳上所有者として登録したという点に事案上の特殊性がある。それゆえ本件では、家屋台帳上の所有者名義の登録が九四条二項を類推適用する場合に必要な要件たる「虚偽の意思表示の外形作出」とみなすことができるかという問題がある。判旨は、これを肯定するにあたり「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」であることに求めている。不動産登記は所有権帰属の外形にあたるとの考えは多数の判例において肯定されており、これに準ずるものとして家屋台帳上の登録を位置づけた訳である。限界的な事例とも目しうるが一応肯定してよい判断だと思われる。

判旨は、家屋台帳上の登録について権利者Xの事前の承認はなかつたが、事後的に明示ないし黙示に承認していたと判断し、これを事前の承認に同視しうる旨を詳論しているが、XはもともAへの登記名義を事前に許容していたのであるから、AからY₁への登録からさらに発展してY₁による保存登記を経て、第三者がこの登記名義を信頼して取引関係に入っていたとしても、これは通常の虚偽表示において、甲から乙名義に登記され、乙がさらに丙名義に移転したのち、善意の第三者丁が登場したという場合と同じく、当然九四条二項によって処理されるべき場合なのであって、決してXの意思に対応しない外形が作出され、この外形に第三者が信頼したケースとみるべきものではないのである。したがって本件は、Xの事前の承認のある場合に位置づけてよいケースである。四宮前掲書（民法総則 第四版）一七〇頁は本件を一応「意思外形対応形」に入れつつも「第三者の信頼した外形を他人が作出したもので、権利者の意思とくいちがう場合（外形他人作出型）であっても、権利者がその外形をあとから承認したときは、その第三

者は九四條二項の類推適用によって保護される。」として本件を引用されるが、本件は「外形他人作成型」という必要もないし、「外形事後承認」にふれる必要もないケースである。本件は、XがAと通謀してA名義に登記され、さらにAによってY₁名義に登記されたのち善意の第三者Y₂がY₁名義を信頼して取引関係に入った事例と実質上同視してよい事案であったところに九四條二項の類推適用が肯定されたものと評価すべきである。

六 (1) 判例⑤は（最判昭和四五・七・二四）（横山長・法曹時報三三卷七号一四九頁、遠藤浩・民商法雜誌六八卷五号五一八頁、下森定・判例評産取引判例百選（第三版）六四頁） つぎのような事案であった。（論一四五号（判例時報六一八号）一一二頁 山本進一・昭和四五年度重要判例解説（ジュリスト四

本件係争地（山林）はもともとX（原告・反诉被告・被控訴人・被告）の所有地を実弟Aの名義にしていたものとXが他から買受けたものを含み合計二三筆あった。Xは将来の相続税を考えて右土地を実子Bの名義にしておいた。いずれもXはBに所有権移転の意思はなく、名義のみをBの知らぬ間にBにしたものであった。Bは家出して生活にゆきづまり司法書士Dに相談の上借金を申し入れたところDは自分の妻Yの代理人となって、本件土地をY（被告・反訴原告・控訴人・上诉人）に売却させ、所有権移転登記を了した。Yは一一筆をZ₁（被告・反訴原告・控訴人・上诉人）に、一二筆をZ₂（反訴の点を除きZ₁に同じ）（Yの実兄）に売却し、それぞれ所有権移転登記を経由した。XはZ₁Z₂を債務者として本件山林の処分禁止の仮処分をかけ、YZ₁Z₂に対して所有権の確認を求めたのが本件である。YZ₁は、Xの違法な仮処分による損害賠償を求めて反訴を提起した。一、二審ともX勝訴。YZ₁Z₂が上告。

最高裁はZ₁の反訴に関する部分破棄差戻、YZ₂の本訴に関する部分上告棄却してつぎのように判示した。

(一) まず本件事案に民法九四條二項の類推適用の許否につき、「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、所有有は、民法九四條二項の類推適用により、登記名義人に右不動産の所有権が移転していないことをもって、善意の第三者に対抗する

ことができないと解すべきことは、当裁判所の屢次の判例によって判示されて来たところである(判例①判例⑦判例②参照)が、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、右九四条二項の法意に照らし、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等を設けるべき理由はないからである。」したがってYの代理人Dの悪意を認定し、Yは善意の第三者にあたらないとして、本件山林がXの所有に属するとのXの主張を是認した原審の判断は正当である。

(二) さらにZのXに対する反訴請求に関して、「民法九四条二項にいう第三者とは、虚偽の意思表示の当事者またはその一般承継人以外の者であつて、その表示の目的につき法律上利害関係を有するに至つた者をいい……、虚偽表示の相手方との間で右表示の目的につき直接取引関係に立つた者のみならず、その者からの転得者もまた右条項にいう第三者にあたるものと解するのが相当である。そして、同条項を類推適用する場合においても、これと解釈を異にすべき理由はな」い。Zはここにいう第三者にあたるから、善意であるかぎり、保護を受けたいというべきであり、善意か否かを判断すべきであつたのに原審はこれを怠つたから、違法である。

(2) 本件は甲(真の権利者)の事前の承認のある場合に位置づけられることは異論がないであろう。なぜならば、Xは強制買収を免れる目的で実弟Aに仮装譲渡した本件山林を自己に回復するにあたり、独断で実子Bに名義を移した場合だからである。

しかし通謀性についてはどうか。いま甲の事前の承認ある場合をさらにつぎのように分類したとすればどうなるであろうか。すなわち、①乙(仮装名義人)が仮装外形の作出につき当初より承認していた場合、②のちにそれを承認した場合、③単に自己名義への存在をのちに了知したにすぎない場合に分けたとして、②と③のいずれに属

するかは必ずしも判然としない。原審は、Bが自己名義の存在を知ってDを通じてYに本件山林を売却した時点をとらえて、X・B間に死因贈与が締結されたとみていた。しかし最高裁は、九四条二項の類推を図る意図で、贈与の成立というよりも、Bの単なる了知ととらえて自己の意思に基づく外形作出行為という点にXの帰責の根拠を見出そうとしているように思われる(③)。九四条二項の類推適用のきつかけとなった前掲(判例①)判決をはじめ他の諸先例はいずれも仮装名義人(乙)の承諾を積極的に認定して、虚偽表示における通謀性の要件を充足させようとしていたのに反し、本件は、この先例を踏台に、それをはるかに超えて、乙の承諾の有無を問わず、「不実の登記の存在が真実の所有者の意思に基づく」ことのみが九四条二項の類推の根拠をなし、その理由を乙の承諾の有無によって「真実の意思に基づいて表示された所有権帰属の外形に信頼した第三者の保護の程度に差等」を設ける必要がないことに求められている。私見によれば、前記の①及び②はいずれも通謀要件を満たすと考えられ、仮装登記の作出行為に九四条を類推というまでもなく、直接適用してよいと思う。しかし、③の場合は、「通謀」ということはむずかしく、やはり類推が問題とされるべきであると思われる。

私見によれば、九三条但書の適用される場合にも、九四条二項が類推適用されてよいであろう。この意味において本件判旨は正当である(於保・民商五五巻四号一一頁以下は、所有者自らが他人名義の登記をしたか、またはそれを承認したことをもって必要かつ十分である、と早くより、卓見を示されていた)。

(七) (1) 判例⑥(最判昭和三七・九・一四)(星野・法協八・巻五号六〇二頁、舟橋・民商四八巻六号九二八頁、真船・法曹時報一(五巻三号四三三頁、乾・法律時報三五巻七号八一頁、金山・同志社法学八三号八〇頁))の事案はつぎのとおりである。

XはBを代理人としてAの先代Aから土地を買い受けたが、たまたま右の売買契約書に買主名義がBとなっていた関係上、

BをしてA'に対する所有権移転登記手続請求の訴を起させた。Bは勝訴し、その確定判決に基づいて自己に対する移転登記をした(昭和十一年)。その後XはしばしばBに対し移転登記をするよう請求したがBはこれを怠っていた。昭和十九年にB死亡。Bの相続人Y₁への相続登記は昭和二十七年三月二日になされ、同日Y₁からY₂への売買を原因とする移転登記が、次いで同月二五日にY₂からY₃への売買による移転登記がなされた。Xは、所有権の確認と、Y₂・Y₃に対し登記の抹消、Y₁に対し移転登記を求めて本訴を提起した。原審は、BはXの代理人であるから本件土地所有権を取得する理由がなく、したがってY₁・Y₂・Y₃も所有権を取得する理由がないとして、X勝訴。Y₁ら上告。

最高裁はつぎのように判示し、原判決を破棄して差戻した。

B名義の登記はXの意思に基づいてなされたものであるから、「実質的にはあたかもXが、Bと通謀して同人名義に虚偽仮装の所有権移転登記をなした場合とえらぶところはなく、民法九四条二項の法意に照し、XはBが本件土地の所有権を取得しなかつたことをもって善意の第三者に対抗しえないと解するのが相当である」として、Y₂・Y₃が善意の第三者にあたるか否かを審理せよとして差戻した。

(2) 本件においてXは、当初は、B名義への虚偽仮装の登記を作出しようとする意思は全くなかつたのである。Bを代理人として不動産取引をさせたところ、Bは代理人としてではなく、本人として所有権を取得してしまったので、やむなく、売主に対してB名義で訴の提起をせざるを得なくなつたものである。しかしB名義で売主を訴えた以上は、B名義の仮装登記を是認し、その上で法律関係を形成しているのであるから、それ以後は、判例⑤の判旨のいうとおり「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、右九四条二項の法意に照らし、同条項を類推適用すべきものと」解するのが相当なのである。このことは、虚偽仮装の外観たるB名義の登記を除去しようとして、自己名義に回復するため、Bに移転登記をせよと請求していたとしても、結論的には変わりはないのである。すなわ

ち、虚偽表示の撤回は、外観を除去しなかり、撤回後に登場した善意の第三者には対抗しえない旨を判示していた先例（判例③）に照らしても本件のXは救済されえないこととなるのである。

(八) (1) 判例⑦（最判昭和四五・九・二二）（星野英一・法協八九卷六号七二六頁、石田喜久夫・民商六五卷三号四〇一頁、横山長・法曹時報三

頁、鈴木重信・民法判例百選I（第三版）五八頁）の事案はつぎのとおりである。

X（原告・反诉被告・被控訴人・被上告人）の愛人Aは、Xの印鑑等を無断で使用し、XからAへの所有権移転登記を了した。Xは、後日に至りそのことを知ったのであるが、費用やA・Xが正式の婚姻をし同居するに至ったといった事情もあったため、登記名義を変更しなのまま放置していた。しかも、XがB相互銀行と取引をなすに際しては、A名義のまま右不動産に根抵当権を設定し、その登記を了した。しかし、その後まもなく、AはXを相手に離婚の訴を提起し、その費用調達のため、本件建物の一部を担保に供し、Y（被告・反訴原告・控訴人・上告人）から借金したのであるが、弁済の見込がなかったため、当該担保目的物をYに譲渡し、所有権移転登記をも了した（建物の一部であったが、登記簿上独立の不動産となっていたため、登記をなした）。そこでXは、Yを相手とし、家屋明渡等を訴求し、Yは、所有権確認等の反訴に及んだ。第一審、原審とともに、XからAへの所有権移転登記は、Aが勝手になしたものであり、虚偽表示がなされたことは認められないから、無効の登記であり、Yは所有権を取得することはないとした。Yは、X・Aの行為（根抵当権の設定を含む）は、虚偽表示（類似のもの）であり、Yは善意、無過失であるとして上告。

最高裁は、上告理由を一部棄却、一部破棄差戻してつぎのように判示した（破棄部分にかかわる）。

「およそ、不動産の所有者が、真実その所有権を移転する意思がないのに、他人と通謀してその者に対する虚構の所有権移転登記を経由したときは、右所有者は、民法九四条二項により、登記名義人に右不動産の所有権を移転していないことをもって善意の第三者に対抗することをえないが、不実の所有権移転登記の經由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った善意の第三者に対して、登記名義人が所有権を取得していないことをもって対抗することをえないものと解するのが相当である。ただし、不実の登記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(判例④参照)。

(2) 本件は、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(名義人)の専断によってなされた」場合であっても、所有者が不実の登記の存在を知っていながら、この不実の登記の存続につき、「明示または黙示に承認していたとき」には、九四条二項を類推適用して、善意の第三者を保護すべきであると、判示したものである。そして不実の登記の存続を明示・黙示に承認したという事実についても、明確に他人によってなされた不実の外観を後になって知るに至った権利者がそれを知ったのちにその存続について承認していたという事案である点に特殊性がある。この間の事情についての原審の認定によれば、所有者は、不実登記がなされた翌日そのことを知ったが、登記の回復のための費用を調達できなかつたため、回復を見送っているうち、一年一ヶ月たつて名義人と結婚し、さらにその二年三ヶ月後、その商売上の資金を銀行から借り入れるにあたり、名義人の所有名義のままで目的不動産に根抵当権を設定しその旨の登記をも経由したということである。事後的な明示または黙示の承認というのは、実質的には右の名義人の所有名義のまま根抵当権を設定したという点に求めることができるであろう。この事後的承認には、不実の外観に基づく新たな法律関係の形成があるので、「不実の登記の存在が真実の所有者の意思に基づい」(判例⑤)

の判旨)て發生・存続せしめられたという、九四条二項類推適用の実質的根拠となるとみなしてよいものである。まさに本件判旨が「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」と述べているとおりであり、九四条二項を類推適用して善意の第三者を保護したのは妥当であつたといふべきである。

(3) かような判例の態度を所有者の保護(静的安全の保護)よりも第三者の保護(動的安全の保護)に傾いたものであり、民法九四条二項を根拠にして、登記簿に公信力を与えたのと同じ結果を認めようとする努力がなされたといえよう(星野・前掲七三二頁、鈴木「登記と外觀理論」東洋法学一三卷三・四号(三三三頁、柳川「不動産の売買と公信の原則」不動産法大系一三三二頁)とか、この問題の解決は、真の権利者側の権利を失つてもやむをえない事情と第三者側の保護に値する事情との比較考量、ことに真の権利者が登記という外觀を作り出したことに対する関与の仕方・目的等を参酌してきめるべきである(星野・前掲七三二頁、鈴木・前掲五一頁、鈴木「木重信・民法判例百選Ⅰ(第五版)五九頁」というような、一般的利益衡量や公信力付与への努力などと評価すべきものではない。あくまでも端的に九四条二項の類推適用の射程範囲をめぐる解釈論の問題なのである。それゆえ、類推適用が問題とされるかぎり、利益衡量だけが基準とさるべきではなく、善意の第三者の保護の限界もまた類推が及ぶか否かという角度から導かれなければならない。判旨のいうように、「不実の登記等権利帰属の外形の存在が真実の所有者の意思に基づく」場合を超えて、九四条二項を類推すべきではない。

(九) (1) さらに判例⑧(最判昭和四八・六・二八)(藤原弘道・民商七〇卷三号五一九頁、田尾桃二、法曹時報二二五卷九号一五五頁、米倉明・法協九二卷二号一七七頁)が九四条二項を類推適用している。

この判例③の事案は、Xは、その所有の未登記建物が区役所の担当係員によって固定資産税課税台帳にXの夫Aの所有名義で登録されていたのを知りながら、長年これを放置していたところ、Yは右所有名義により本件建物がAの所有に属するものと信じて、Aに対する債権に基づきこれを差し押えた、というものである。最高裁は上告を棄却してつぎのように判示した。

「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。」

(2) 本件判旨は、判例④(最判昭和四五・四・一六)を引用している。判例④は、家屋台帳上他人名義になつてゐることを権利者は明示・黙示に承認していた事案とみられているが、これと本件の固定資産税課税台帳への他人名義の登録とを同一視しようとし、その根拠を未登記の建物についての同台帳上の所有名義は不動産登記・家屋台帳上の登記とともに「建物の所有権帰属の外形を表示するものとなつてゐる」ことに求めている。しかしこれはいかにも無理な同一視であらうと思う。第三者たる区役所の係員が勝手に作出した固定資産税課税台帳への登録を長年に亘つて放置してきたことをもつて虚偽表示に準ずる容態であると評価するのは行きすぎであると考ええる。それゆゑ、本件は九四条二項の類推適用を否定すべきであつたというべきである(詳細な評論は別稿に譲りたい)。

三 民法九四条二項・同一一〇条併用適用判例

(一) 二において述べたように真実の権利者がその意思なくして虚偽の外観を作出した場合(自己外形作出型)には、厳密には仮装名義人との間に通謀性が欠けていても九四条二項を類推しうるし、権利者自ら外観を作出したのではな

く、他人たとえば名義人が独断で作出した外觀をのちに権利者がその外觀が作られたことを知りつつ、さらに新たな法律関係を形成したとみとめられる場合(他人外形作出型)にも九四二条二項を類推して、その虚偽の外觀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であると考ええる。これらの二類型は「不実の登記ないし外觀の存在が真実の所有者(権利者)の意思に基づいて作出されている」とまとめることができ、ここに九四二条二項を類推しうる帰責性が認められるからである。判例は、判例⑧においては、全く関わりのない第三者(区の税務係員)が勝手に作り出した虚偽の外觀を単に放置していたにすぎない場合にすら九四二条二項を類推適用しているが、これがいきすぎであることについては、すでにいくつかの学説によって指摘されているところである。

しかし最高裁は九四二条の類推事例において第二の系列ともいべき重要な判例を現出させている。すなわち②系列の判例群であって、この場合には、九四二条二項、一一〇条の法意に照らし、善意無過失の第三者を保護しようとしている。かような九四二条二項・一一〇条併用適用型ともいべき判例を改めて以下において検討してみたいと思う。

(1) 判例⑨(最判昭和四三・一〇・一七) (川村俊雄・民商六〇巻六号九二頁、星野英一・法協八七巻五号六一八頁、金山正信・法時四二巻八号二二三頁、川井徳・金融商事判例体系(1)資産管理二二三頁、鈴木重信・曹時二二巻六号二二八頁)の事案は以下のとおりである。

Xは、某会社代表取締役Aから、取引先の信用を得るために所有名義を貸してほしいと頼まれ、X所有の不動産につき、売買予約をしたと仮装し、所有権移転登記請求権保全の仮登記をした。ところが、Aは、「X」と刻んだ印章を使用しその印鑑届をして印鑑証明書の交付を受け、所有権移転登記申請書委任状を偽造し、本登記をした。そしてこれをB会社を経てY₁に売却し、Y₁はその一部をY₂に売却、Y₂はそのうちの建物に居住している。XはA以下の本登記はすべて無効であるとして、Y₁・Y₂に対して所有権確認と移転登記手続、Y₂に対して建物退去明渡を訴求した。一番ではX勝訴。二番でY₁・Y₂はX・A間の仮

登記は通謀虚偽表示であり、これに基づく本登記は「仮登記の自然的発展」であるから、Xは、仮登記原因の無効、したがって仮登記自体の無効をもって善意の第三者に対抗できない以上、本件本登記の無効をY₁・Y₂に対抗できないと主張した。しかし二審判決は、予約完結の意思表示がなされていない以上、所有権はXからAに変動していないし、登記に公信力のない日本法のもとでは、第三者は所有権を取得する余地がないとして、X勝訴。Y₁・Y₂上告。

最高裁は破棄差戻してつぎのように判示した。

「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、ほしの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ふべきだからである。」「原審はすべからくY₁らは本件不動産の取得につき善意無過失であったかどうか、すなわちXは本件の本登記の無効を以てY₁らに対抗できるかどうかについて、審理すべきであったのである。」

(2) 本件は、単純な「九四条二項類推適用型」との比較でいえば、つぎの二点において違いがある。すなわち、第一点は、「類推型」の場合は、虚偽の外観の作出・存続について権利者の承認があり、その承認された外形に第三者が信頼を置いて仮装名義人と取引関係に立ったというもので、権利者の承認した意思と外形とが対応ないし一致していた(四宮教授は、「意思外形対応型」と呼ぶ、前掲書一七〇頁)。これに対し本件の如き「併用型」は、権利者の作出したないし承認した外形に仮装名義人がさらに背信行為を介在させて加功し(仮登記を偽造印、偽造文書を用いて本登記に加功)、したがって権利者の承認の外形と対応しないしそれよりも増大した虚偽の外観が作出され、この虚偽の

外觀を信頼して第三者が取引關係に立つたいうものであるところにある（「意思外形非対応型」）。

第二点は、いわゆる「意思外形対応型」において第三者が保護されるためには、善意のみが要求され、無過失は要求されていなかった。しかし、「非対応型」においては、第三者の信頼した外形が権利者が作出ないし承認した外形を超えていないし逸脱しているがゆえに第三者が保護されるためには善意のほか無過失まで要求される、という訳である。判旨において「仮登記の外觀を仮装した者がその外觀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」だといっているのはこれを示している（傍点筆者）。

(3) 問題は、権利者（仮登記を仮装した者）が善意無過失の第三者に対して、名義人が専断的に作出した「本登記」に対してまで責を負わなければならない、その根拠が何であるのかということである。判旨はこれについて、責に任ずべきことは、①「民法九四條二項、同法一一〇條の法意に照らし」、②「外觀尊重および取引保護の要請」というべきだからである」と説明している。しかし良く考えるならば、②の「外觀尊重および取引保護の要請」からは、ある法律關係ないし権利の外觀を善意無過失で信頼して取引關係に入った者を保護することは望ましいという原理を抽き出しえても、仮登記しか仮装していない者が「本登記」についてまで責任を負うべきであるとの帰結をただちには抽き出せないのであるから、結局、判旨の法理的根拠は、①の「九四條二項、同一一〇條の法意」に求められることになる。ところがさらにつきつめれば、九四條二項そのものは作出した外形を信頼して取引關係に入った者に対して作出された範圍内（本件では、「仮登記」の範圍内）で責任を負うという法理であって作出した範圍を超えた、増大した外形（本件では「本登記」）についてまで責に任ずべきものとする法理ではないのであるから、最終的には、一一〇條の法理に求められていることにならざるを得ない。

(4) さて、一一〇条は権限踰越の表見代理の規定である。本人によって与えられた代理権の範囲を越えて、権限外行為をした代理人と取引した相手方に代理人に権限ありと信ずべき「正当ノ理由」があるならば、代理人の権限外行為について本人に責を負わせることができる旨を定めている。そして通説によれば、「正当ノ理由」は、代理権限の不存在についての相手方の善意無過失と同義と解されている。そこで、「本人によって与えられた代理権の範囲を超えた代理人の行為」について「善意無過失の第三者」は本人に対して責任を追及するという表見代理の法理を「権利者によって許容された仮装の外形を超えた仮装名義人の外観作出行為」について「善意無過失の第三者」は本人たる権利者に責任を追及しようという法理へと改変ないし「転釈」しようとしているのである。巧妙な解釈的操作といえはいるが、はたしてかような表見代理法理と虚偽表示法理とを結合ないし融合して新しい外観尊重法理を構成することが理論的に可能なのであろうか。

(5) 本判決の原審は適切にもつぎのように判示している。「Y等は、本登記は仮登記の自然的発展であるから、Aへの売買予約を原因とする仮登記を通謀虚偽表示として善意のY等にその無効を主張しえないXは、右AがXに無断でなした本登記を無効なものだとしてY等に主張しえない旨抗弁しているけれども、右本登記は、売買予約完結の意思表示をしたうえ、原則として双方申請によりなすものである故、仮登記の自然的発展ということとはできない。のみならず売買予約の仮登記が通謀虚偽によるものでなく真実のものであっても、売買予約完結の意思表示をせず、本登記を了した場合には、所有権の帰属には変動がないので、登記簿の記載に公信力を認めていない我国の法律のもとでは、その後当該不動産を買受けた者はその所有権を取得する余地はないものである。そして、本件では売買予約完結の意思表示がなされたと認められず、また通謀虚偽によるものとの理由で、真実の意思に基づくものである場合以

上に第三者を保護すべき必要はないので、Y等の前記抗弁は理由がないといわねばならない。」

(6) この原審の判決の骨子は、つぎの三点である。①仮登記を名義人が一方的に本登記にすることは仮登記の自然的发展といふことはできない。②仮登記について通謀虚偽表示がなされても、それが真実の意思に基づくものである場合以上に善意の第三者を保護すべき必要はない。③予約完結の意思表示をせず本登記を了した場合は、この本登記は実体を欠く登記であつて、したがつて登記簿に公信力を認めていなければ、この原審の判断は三点とも全く正しい理論であるところがある。ところがこれに対してつぎのような反論がある。すなわち、川村俊雄弁護士の本件判批(民商六〇卷六号九二六頁)は「さて、民法九四条二項が直接規定している仮装行為(虚偽表示)者の責任が、その表示の範囲内における責任であることは否定しようべくもない。しかし、民法に明文の規定がないからといって、同法の解釈上も、虚偽表示者の責任は常にその表示の範囲内にかざられると断定することは、いささか早計にすぎるであらう。虚偽表示の場合と同様の表示責任について規定した民法一〇九条も、その責任の限度を、一応代理人として表示された者の表示された「代理権ノ範囲内」における代理行為に限定しているが、表見代理の場合には、表示された代理権の範囲外の代理行為についても、民法一〇九条の権限踰越による表見代理が成立しうると解釈されている(我妻・前掲書三七〇頁、於保・民法総則講義二三八頁、川島・民法総則三七四頁、東京高判昭和三九・三・三高三民集一七卷二号八九頁など参照)からである。」と述べている。

なるほど現在の通説判例によれば、一〇九条の表示された代理権の範囲を超えた代理行為について一一〇条の規定が重疊的に適用されうるものが肯定されている。しかし、私見によれば、(拙稿「競合型表見代理論の批判的考察」『表』、一〇九条と一一〇条及び一一二条と一一〇条の競合適用によつて処理されなければならない判例事案はこれまで一件もなく

(一一〇条が一〇九条の表見代理権を基本代理権として適用しうる旨を明言した東京高判昭和三九年三月三日高民集一七卷二号八頁は一〇九条だけを適用して解決しえた事案であり、しかも正当理由が肯定されえたか疑問の多い判例である)、理論的可能性を説いた前記我妻博士(とくに判民大正一〇年度一七一事件)は「取引の安全」を過度の解釈学的指導原理とした抽象論にすぎないことを論証している(高森・前掲書^(二二三頁参照))。それゆえ、川村弁護士^(六)の論述は今日では反省されるべきではないかと思われる。

(7) 同じく本件判決に賛意を示しつつ、本件判決が禁反言および権利外観理論という信義則の法理の適用を図ったものだとし「本判決は、レヒツシャインの法理の適用において従来の判例を一步前進せしめたものとして重要な意義を有する」と高く評価される、鈴木重信調査官の見解に対しても反省をうながしたい(鈴木・法曹時報三一巻^(六)九五頁本件解説)。なぜかといえば、禁反言の法理においても、権利外観の理論においても、本人の「表示」した以上の外観について本人が責任を負うとする法理ではないのである。この「表示」は、不実表示を含む、一定範囲の外観を作出、容認する本人の一定の容態(陳述ないし行為)を指し、意思表示ではなく、エストッペルの法理における本人の帰責事由としての *holding out* を意味している。イギリス代理法では右 *holding out* の範囲内においてのみ本人は代理人の行為について責任を負い、この場合の代理人の代理権を *apparent authority* と呼ぶのである(英語文献については以下のとおりである。

Fridman: *The Law of Agency* 1990, p. 101; 108; p. 111, Powell: *The Law of Agency* 1951, p. 51. Guest: *Anson's Law of Contract* 1984, p. 534. 表示は本人から生じなければならぬ。代理人から生じさせることはできない。Argamas Ltd v. Mundogas SA [1985] 3A 11ER 795 at 804.

邦語の文献については次のものを参照。高森哉子「イギリス代理法と表見代理」(一)、(二)関西大学法学論集四三巻三号、四号)。

またドイツの権利外観理論の主張者においても、川村フク子弁護士の研究に従えば（川村・「ドイツにおける表見代理論」(一)、三五頁）、例えば、ゼーラーは「本人はその容態を通じて、授權が行われたと認めるのが正当な外的事実の惹起に關与したのであるから、これにもとづく第三者の公信 öffentliches Glauben には、あたかも実際に授權がなされた場合と同じ法的保護が与えられるべきである。そしてこの場合の本人の容態は、作為であつても不作為であつてもよく、意思表示の形をとる必要はなく」（川村・「三頁、脚点高森」）としているし、ヴェルスパツヒエルは「善意者保護の理由を、善意を生ぜしめるに至つた客観的に正当とされるべき一定の外部的事実が信頼に基礎を与えていることに求め、また、信頼の基礎となつた外部的事実を成立せしめた者が責任を負担する理由を、外部的事実に対するその者の助成、Zusatz に求めた。そして善意を正当化する外部的事実の基本類型として、登記簿と占有を挙げ、現実に妥當する外部的事実として、法または取引によつて創造された外部的事実（土地登記簿、社団登記簿、婚姻登記簿、夫婦財産登記簿、相続証書、遺言執行者証書）と、法律生活の中に現われる自然的な外部的事実（たとえば債務証書、讓渡証書、代理権及び委任に關する証書等）を認め」（川村・「三頁、脚点高森」）ていたにすぎないのである。仮登記を仮装した者が他人によつて勝手に作出された本登記に対してまで責任を負うという趣旨なのではないのである。このことはヴェルスパツヒエルの理論を發展させたとされているクラウゼにおいても同様で、クラウゼは、「商人間の取引で、他人が外部に対して代理人として行為するのを容認し、もしくは他人を代理権を具備するのを通常とする地位に就けた人は、この他人に実際に代理権がなくとも、この他人のなした法律行為から生ずる義務を負う」とされた数多くの判例から、これに共通する要件事実として、「第三者をして代理権の存在を推測せしめるような、本人によつて惹起されもしくは容認された一定の外的事情の存在」を引き出した（川村・「三七頁」）とされている（なお、クラウゼについては、本人が責任を負うべき代理権の外観は、本人によつて作出

せしめられたものでなければならぬし、荷造人、家事使用人、出張販売人が、本来委ねられたのと異なる地位を僭称する場合、その代理行為が本人を拘束するには、本人が長期に亘り、彼らの行為を容認していることが必要である。なぜなら、彼らが僭称する地位は、本人によって惹起されたものでないからである、とされている。川村・(二)三七二頁)。

(8) 以上の川村論文からも明らかのように、ドイツの外観理論といえども授權の外観があることとその外観が本人によって表示ないし惹起(長期に亘る容認を含む)(Nahm)されたものであることという二要件は善意の第三者を保護する際の絶対的要件なのである。鈴木前掲本件解説は一二二九頁(注六)において、イギリス法の過失禁反言にふれて、「表示者の言辭または行為の意義を拡張し、たとえ表示者はそう思っていないとしても、一般の人が表示者の行為または言辭からある事実を推測するのが当然である場合には、表示者は自己の言動から生じた正当な推測的事実の存在を拒みえない」と述べて、あたかも本件の仮登記の仮装を合意した本人が本登記についても責任を負うのは当然として比較しているが、右引用文の中味は、ある表示ないし言辭が表示者の理解した意味と客観的合理的意味とがくいちがついていても、表示者は表示の客観的範囲において責任を負うべき旨を意味しているにすぎないのであって、仮登記の仮装の表示ないし言辭が外部にたとえ公示されていても、客観的には本登記と誤解されるという事態は生じないのである。

(9) 以上論じたように、私見によれば、本件において仮装行為者は仮登記について責任を負うのはやむを得ないとして本登記についてまでは責任を負う必要はないとの原審判決の方が比較法的にみても、理論的にいっても妥当なのではないかと思われる。仮装行為者は、みずから仮装した外観につき真実の権利関係が発生したものであるとみなされる範囲内においてのみ責を負うというのが九四条二項の趣旨なのであって、たとえ一一〇条との結合によって第三

者に善意のほか無過失を要求したとしても、他人によつて勝手に作出された、増大した外観に対してまで責任を負うという法理的根拠を見出し難いのである。

(10) そこで本件を考察するに、本件のXは、Aに頼まれて、取引先の信用を得るために、本件不動産につき売買予約を結んだように仮装し、これを原因として所有権移転請求権保全の仮登記を経由したところ、Aは勝手にXに無断で本登記申請書を偽造印によつて偽造して本登記をしてしまったというのであるから、本来、Xが負うべき責任は、その意思に基づいて仮登記がなされた場合以上のものではないのである。もしそうであれば、Aの勝手になした本登記は虚偽無効の登記なのであるから、たとえ善意、無過失の第三者といえども、本登記上の権利、すなわち所有権を取得することはできず、せいぜい、仮登記上の所有権移転請求権を保全する地位のみを九四条二項によつて取得するといわなければならない。ところで売買予約自体が仮装でなされた本件においては、いかなる要件がととのえば、予約完結権を行使して本登記請求できるかを確定することができないのであるから、今日の仮登記担保法という制定法の解釈を参酌するならば善意の第三者Yは、清算金と引換えにXに対して本登記承諾をせよと求めることができる地位を取得すると考えるべきではなからうか。YがA(ないしB)にまだ代金を払っていないければ、それが時価相当であるかぎり、Xにそれを提示して、本登記の承諾を求めうる。時価の半額で買受けて、すでにAに支払っていれば、あと半額と引換えに同じ請求を行うことができる。時価相当金額をすでにAに支払っていれば、Yは清算金の残額がないことを証明して、Xに対して本登記をなすよう請求することができるということになるであらう。このような処理はX・Yの両当事者の利益のバランスもそれなりに公平に図りうる妥当な解決であると思う(最高裁の立場なら、AからYが善意・無過失で贈与を受けた場合にも、Xに対して全面的に勝訴を収めうることになって利益衡量上必ずしも妥当ではな

いのではないだろうか。

(三) (1) 判例⑩ (最判昭和四五・六・二) (鈴木重信・曹時三三卷一五二頁、木下毅・法協八八卷一) の事案は以下のとおりである。

Xは、融資を受けるため、Y₁と通謀して、本件土地の所有権を同人に移転する旨の契約を仮装し、それに基づき、XからY₁への所有権移転登記を経由し、Y₂は、Y₁に対し融資をあつせんすると称して同人の承諾のもとに同人から本件土地の登記済証、登記手続委任状、印鑑証明書を預かり、同人から右土地の所有権を取得していないにもかかわらず、右書類により同人からY₂への所有権移転登記を経由し、さらに、Y₃は、Y₂から右土地を買い受け、代金の支払を完了し、本件土地につき所有権移転請求保全の仮登記を経由した。そこでXは本訴に及び、Y₁以下の本登記および仮登記はすべて無効であるとし、Y₁・Y₂・Y₃に対して各登記の抹消登記手続を求めた。原審ではX勝訴。Y₂・Y₃上告。

最高裁はY₂に対して上告棄却。Y₃に対して破棄差戻してつぎのように判示した。

「Xが、融資を受けるため、Y₁と通謀して、X所有の不動産についてX・Y₁間に売買がなされていないのかかわらず、売買を仮装してXからY₁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Y₁がさらにY₂に対し融資のあつ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Y₂がY₁からY₂への所有権移転登記を経由したときは、Xは、Y₂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、Y₁に対し所有権移転登記の外観を仮装したXは、Y₁から右登記名義を取り戻さないかぎり、さらにY₁の意思に基づいて登記済証、登記委任状、印鑑証明書等がY₂に交付され、これらの書類によりY₂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責に任ずべきものといわなければならない。それは民法九四条二項、同法一一〇条の法意に照らし、外觀尊重および取引保護の要請に應ずるゆえんだからである (最判昭和四三年一〇月一七日参照)。」原審は、右見地

に立って本件を釈明し、 Y_2 が本件土地の取得につき善意無過失であったかどうか……について審理すべきであったのである。」

(2) 本件は、第一審では錯誤の問題として扱われ、原審においては解除条件付契約の問題として扱われた(X は自己所有の土地を担保に金融を受けられるよう Y_1 に依頼し、 Y_1 は Y_1 名義にした方が融資を受けられ易いといって、 X 、 Y_1 間に売買を仮装した所有権移転登記がなされたが、 X は Y_1 にも金融を受けられないときはただちに X に名義を返すことを確約させていた)。ところが上告審ではじめて通謀虚偽表示の問題として判断されたものである。

通謀虚偽表示の問題とみた場合、本件に対する前掲各判批においては、 X 、 Y_1 間で通謀虚偽表示がなされ所有権移転の外観が作出されたところ、 Y_1 が権限を超えて(判批)、または Y_1 の二重の背信行為が介在して(判批) Y_2 に移転登記し Y_2 がさらに Y_3 に所有権移転請求権保全の仮登記をした。すなわち、「意思外形非対応型」であると考えて、判例⑨と同じく九四條二項、一一〇條の併用適用によって、善意無過失の第三者 Y_3 に対して X は責に任ずべきであると評している。そしていずれも判例⑨の先例に一事例を加えたものとも評している。しかし私見によれば、本件こそまさに九四條二項の適用事例なのであって、いささかも一一〇條を持ち出して、 Y_3 に無過失を要求する必要のない事案なのである。

(3) 九四條は甲乙間の通謀によって虚偽表示たる売買が仮装されたとき、仮装の登記が乙になされたのち、乙がこれを勝手に丙に売買したという場合に、丙が悪意であれば、甲は、甲乙間の売買の無効をもって丙に対抗できるが、丙が善意のときには、右無効をもって対抗できない結果、丙は完全な所有権を取得しうることを認めたものである。いま丙が悪意であって、丙からの転得者丁が善意であるときには、丁もやはり九四條二項によって保護を受けるであろう。これは九四條二項の解釈において一般的に承認されていることではなからうか(判例⑤最判昭和四五・七・二四

もこれを認めている。四宮教授も九四条二項の「第三者」に「第三者」からの転得者も含まれることを承認しておられる(前掲書一六五頁、ただし七一頁において本件を引用する際には一一〇条との併用適用の事例として取扱っている)。

(4) 右のとおりであるとすれば、本件は典型的な九四条二項の適用事例であり、あえて特殊性をいうならば悪意の第三者からの転得者が善意であったというものを指摘すれば足りた事例である。決して表示以上の越権行為がなされた場合とみて、第三者に無過失要件を加重する必要はないのである。ましてや、「自ら作出した外観以上についての損失を負担するには、虚偽表示以外の法理、就中英米法にいう禁反言の法理ないし信義則の場合であるレヒツシャインの法理に訴える必要があったもの」(木下本件判批法協八八巻(一一・一二号一〇二四頁))というのは、九四条二項の射程範囲を誤解しているのみならず、判例⑨の分析において明らかにしたように、禁反言の法理といえども作出した外観以上について本人に責を負わせる法理ではないという意味においても二重の誤解があるのではないかと思われる。木下本件判批一〇二五頁が金融担保の便宜のために不動産所有名義を移転した場合、禁反言による代理が成立し、Y₁Y₂に基本代理権類似の権限が存するものとして扱われると述べている。しかし本人が開示の場合には所有名義人が通常客観的に行為しうる範囲内の行為についてかくれている本人は責を負わねばならないとされてはいるが、これは、禁反言による apparent authority ではなく real authority のうち usual authority なのである (See Fridman, The Law of Agency, 1990, p.65.)。

(四) (1) 正確にいえば、九四条二項・一一〇条の併用適用の事例ではないのに、そのようなものとして論ぜられるものにつぎの判例がある。判例⑩(最判昭和四五・一一・一九)(鈴木重信・法曹時報三巻五号二一九六頁、同・民法判例百選I総則・物

二〇頁)村松俊夫・金融法務事情六一二号二頁、星野英一・法協八九巻七号八五八頁、鈴木楳弥・生熊長幸・判夕二六〇号九七頁、玉田弘毅・民商六七巻六号一〇三八頁)

の事案は以下のとおりである。(権(第三版)六〇頁、幾代通・判例評論一四八号一四頁(判時六二七号一

被告Y（被告・被控訴人）は、Aから本件宅地を買い受け、代金額は後日決定することとして、一応内金として五万円を支払い、次いでAとの間で右代金額を一〇万円と定め、その後、代金全額の支払を完了した。この代金完済前にYはAに対し、右宅地の所有権を確保するため、仮登記手続をすることを求め、Aはこれに応じて該登記手続をするための書類の作成方を司法書士に依頼した。しかし、その際、AはYがAに対し金一〇万円を貸しつけ、Aはその担保として本件宅地に抵当権を設定する旨の「借用証書」と題する書面および該貸金債務をAが弁済期間に弁済しないことを停止条件として本件宅地の所有権をYに代物弁済として移転する旨の「停止条件付代物弁済契約書」と題する書面を司法書士に作成させたうえ、Yに対し右各書面に押印することを求めた。Yは、右書面を前記売買による本件宅地に対する所有権を保全するための仮登記手続に必要なものであると信じ、これに押印し、Aとともに同司法書士に登記手続を委任した。同司法書士は、右委任に基づき、前記書面を登記原因を証する書面として、本件宅地につき抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記をした。

その後本件宅地は、AからBに二重譲渡され、更にBから原告X（原告・控訴人）に売買され、Xは所有権移転登記を取得した。

そこでXは、Yに対し、AのYに対する債務金一〇万円およびその利息および損害金を弁済のため提供したが、受領を拒絶されたので、上記金員を弁済供託したと主張して、抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記の抹消を求めて、本訴を提起した。

第一審は、Xの請求を全部棄却したが、原審は、Xの請求中抵当権設定登記の抹消を求める部分を認容し、その余を棄却した。X上告（事案のまとめは鈴木Ⅱ生態、判夕二六〇号九七頁によった。記して謝意を表す）。

最高裁は破棄差戻してつぎのように判示した。「①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において、外観上の仮登記権利者がほしのままに右仮登記に基づき所有権移転の本登記手続をしたときは、外観上の仮登記義務者は、右本登記の無効をもって善意無過失の第三者に対

抗することができないと解すべきであることは当裁判所の判例とするとあり(最判昭和四三・一〇・一七民集三二卷一〇号二一八八頁)、また、②貸金債権担保のため、不動産に抵当権設定と停止条件付代物弁済契約とが併用されるときは、特別の事情のないかぎり、右の停止条件付代物弁済契約を清算型担保契約と解すべきであることは、当裁判所の判例とするとある(最判昭和四二・一一・一六民集二二卷九号二四三〇頁)。」

「本件においては、Yは、登記の記載上は抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記を有する者であるが、真実はAから所有権を取得した所有者であり、その所有権の保全のために仮登記手続をすべきところを前記のような事情で、登記手続を委任された司法書士が抵当権設定登記および停止条件付代物弁済契約に基づく所有権移転請求権保全の仮登記手続をしたものであることは、前記のとおりである。したがって、右抵当権設定登記および停止条件付代物弁済契約に基づく所有権移転請求権保全の仮登記はYの意思に基づくものというべきである。そうすれば、前記①の判例の趣旨からみて、Yは、善意無過失の第三者に対し、右登記が実体上の権利関係と相違し、Yが仮登記を経た所有者であり、抵当権者ないし停止条件付代物弁済契約上の権利者ではないと主張しえないものというべきである。その結果、右のような第三者がYを抵当権者ないし停止条件付代物弁済契約上の権利者として取り扱うときは、前記②の判例の趣旨に徴し、Yはその第三者に対しては担保権者でない旨を主張することができず、ひいて第三者は、登記にかかるAの債務の弁済供託をして、Yに対し抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記の抹消を求めることができる」と解すべきである。……原審は、……Xが右にいう善意無過失の第三者にあたるかどうか、およびXのした弁済供託が適法になされたものかどうか等について「審理不尽の非難を免れない。

(2) 本件は、Aからの第一譲受人Yと同じくAからの(じっさいにはAからB、BからXへと譲渡されたのであるが、Bを無視するならば)、第二の譲受人Xとの争いで、典型的な二重譲渡の對抗関係の問題であるから、民法一七七条が適用されるべき事案であった。しかるに判旨は、一方で、判例⑨(最判昭和四三・一〇・一七)を引用して九四条二項

と一〇条の併用適用の判例理論に依拠し、他方で、最判昭和四二年一月一六日（民集二二卷九号二四三〇頁）を引用して抵当権と併用された停止条件付代物弁済契約にもとづく所有権移転請求権保全の仮登記は一種の変型担保権（清算型の非典型担保）と解すべしとの判例理論に依拠して結論を導いている。

(3) 本件のYは、本来は所有権を確保するための売買予約に基づく所有権移転請求権保全の仮登記（鈴木Ⅱ生熊判批にしたがい以下単純な仮登記という）をなすつもりであったのに、Aに欺かれて実際には債権担保のための抵当権と併用した停止条件付代物弁済契約に基づく所有権移転請求権保全の仮登記（以下代物弁済仮登記という）がなされてしまった訳であるから、九四条を類推すべき根拠を見い出すことはむづかしい。判旨は、右代物弁済仮登記はYの意思に基づくものであるといとも簡単に虚偽表示の成立を肯定しているが、きわめて問題が多い。本件のYの意思表示は決して虚偽表示ないしそれに準ずるものと評価されてはならないものである。すなわち、Yの行為はAの詐欺による錯誤に基づく行為なのである。Yとしては単純な仮登記によって順位の保全を図ろうとしたのであるから、代物弁済仮登記が無効行為の転換の理論ないしは登記流用の理論によって順位保全効を認められるなら、無効を主張せず追認すればよいのである。右のような場合に虚偽表示であると判定されたなら、使用貸借契約のつもりで貸貸借（の登記）が成立してしまったり、売買のつもりで贈与（の登記）が成立してしまったりした場合は、表意者の（虚偽仮装の）意思に基づく行為ということになって無効の主張はつねに善意（無過失）の第三者に対して対抗しえないことを承認する理論となってしまうのである。したがって本件の問題は、代物弁済仮登記が単純な仮登記としての順位保全効が認められるか否かということに帰するのである。順位保全効が認められるなら、Yは順位が保全されるから、所有権登記を取得した第二譲受人に優先して全面的に勝訴することになる。順位保全効が認められなければ、Yは無効

な代物弁済仮登記を追認して担保権の成立を主張するほかXに敗訴せざるを得ない。この順位保全効を認めずにYの錯誤無効の追認を肯定すれば、代物弁済仮登記は、清算型担保権として有効となるから、結局本件判旨の結論（Xは一〇万円を供託して債務額を弁済しているからそれと引換えにYの仮登記は抹消される）とはほぼ同じに帰するのである。しかるに本件判旨は、代物弁済仮登記が登記の流用ないし転換の理論によつて単純な仮登記としての順位保全効があることを当然の前提としているという（鈴木重信、星野英一、鈴木重信、星野英一、民集一一卷六号九三六頁）が一号仮登記と二号仮登記は相流通でき順位保全効を有することを認めており、本判決もこの右最判昭和三年の理論を前提としていてと解されるわけである。そうであるならば、本件の代物弁済仮登記も単純な仮登記に流用され、それとして順位保全効を認めざるを得ないものである以上、抵当権と併用の代物弁済仮登記手続を完了しているYは、当然Xに對抗しうることとなつて、Yの勝訴は動かないものとなる。

(4) 前記諸評釈（ただし幾代評釈は別）は右Y勝訴の結論に利益衡量上不満をもつていたのであろう。Yの二つの登記に所有権移転の對抗要件性を認めれば、Y勝訴、それを否定すれば、X勝訴というオール・オア・ナッシングの結論をなぜか妥当でないと感じているように思われる（これを明言するものに前掲鈴木評釈、同星野評釈、同玉田評釈など）。しかし最判昭和三年判決を理論上当然とする立場を採る限りは、右のオール・オア・ナッシングは当然の帰結であり、それを利益衡量上妥当でないとする根拠は見出しがたい。前掲鈴木評釈（頁二頁）は、「事件の実質に即して、Yが権利を失つてもやむをえない事情とX側の保護に値する事情との比較考量によつて問題を解決する」のが妥当だとし、Yが権利を失つてもやむを得ないとする事情をYがAに欺されて書類を十分にみないで署名押印してしまつたということが「Yがその登記という外観を作り出すのに大きく関与したものである」（右のような関与が虚偽表

示に準ずると評価するのはいかにも無理だと思われる」ということに求め、その外観（登記）を信頼した（善意・無過失の）第三者に対して、Yは外観法理上責に任ずるのが当然であると論じている。しかしこの考え方にはつぎのような疑問がある。すなわち、最判昭和三年にしたがい一号仮登記と二号仮登記の相流通を承認して順位保全効を肯定しかつ最判昭和四二年一月一六日及び仮登記担保契約に関する法律の制定の結果、停止条件付代物弁済契約の仮登記がなされた場合には、それは清算型担保契約と解すべきであるとの理論が定着しているのならば、（抵当権と併用の）代物弁済仮登記がなされている登記簿を閲覧した上で所有者と取引する者はまずもつてこの仮登記は単純な仮登記として流用されることを覚悟しなければならず、それを欲しなければ、仮登記権利者に真意を確認すべく問い合わせないかぎり、つねに過失ある者となってしまうであろう。それゆえ外観（登記）を信頼した善意、無過失の第三者など登場しうるはずがないことになる。これは要するに、前記各本件判批が、「二号仮登記だけならば、なお一号仮登記としての順位保全効を有し、YはXの請求に対する抗弁としうるが、抵当権併用の仮登記の場合には、客観的には清算型担保権と解すべきであり、そのような担保権であると信じた『善意無過失』のXに対しては、Yは担保権者ではなく所有権者であると主張することはできない」などと論じているが、そのような見解は成り立たないといべきである。最判昭和三年を理論的に前提している以上は、その流用を認めて順位保全効を認められるのは併用型停止条件付代物弁済契約に基づく仮登記でも同じなのであり、前述のとおり無過失の第三者が登場することはありえないといわなければならない。本件の合理的な解決のためには、むしろ端的につきのような結論を承認すべきであろう。すなわち最判昭和四二年一月一六日と仮登記担保法の下での代物弁済仮登記は単純な一号仮登記には流用できず、したがって順位保全効を認めるべきでないという結論を妥当とすべきなのではないかということである。本件は二重譲渡に関

する對抗要件による優劣の問題にはかならない。いずれにせよ、本件は虚偽表示の九四条二項の類推適用の問題ではないことに注意すべきである。

(五) (1) 判例⑫ (最判昭和四七・一一・二八) (鈴木弘、法曹時報二五卷二二号一五八頁、藤原弘道、民商六八卷五号八一〇頁、四)の事案は以下のとおりである。

X (原告・被控訴人・被告人) は寺院であつて、本件宅地 (一、三〇〇坪) を所有していたが、Y₁ (被告・控訴人) 名義の所有権移転登記、ついで売買予約を原因とする Y₂ (被告・控訴人) 名義の所有権移転請求権保全の仮登記がなされ、さらに、うち一部について Y₃ (被告・控訴人・上告人) 名義の所有権移転登記、うち一部につき Y₄、Y₅ (とも被告・控訴人・上告人) 名義の所有権移転登記がなされており、これはいずれも X が関与していないのになされた無効なものであるから、右各登記の抹消登記手続を求めると主張したのが本訴である。これに対して Y₁ は、X に対する一五〇万円の貸金債権についての譲渡担保としてその所有権の移転を受けたものであると主張し、Y₂ らは、これを所有者である Y₁ から適法に買い受け (Y₃、Y₄、Y₅) または売買予約をして (Y₂) 右各登記を経由したものであると争つたが、一、二番とも X の勝訴となり、Y₁・Y₂ は上告せず、Y₃・Y₄・Y₅ らが上告をした。

事実関係は複雑であるが簡略化するならば、X は、戦災で焼失した幼稚園および本堂再建を企図して、代表役員 A、A の叔父 B、A・B から土地売却を委任された C、C から尽力方を依頼された D などがいて、他方、D・E・Y₁ などを代表者とする N 株式会社が設立されたばかりであつたので、N が園舎の建築を引受け、X 所有の本件土地以外の四〇〇坪を担保に入れたり、売却などをして幼稚園を完成せしめるべき旨を E が A・B に対して申し向け、その手筈を整えるために右四〇〇坪を E 個人名義にいったん移す必要があるとして移転登記をさせた。その二日後、E は Y₁ から四一万円を借り受け Y₁ 名義の所有権移転請求権保全の仮登記を経由し、借りた四一万円は自己と N 会社の用途に費消してしまつた。C はなんとか建築工事を進行させよう

としていたが、Eの横領や土地売却の行づまりなどのため、思うにまかせず、こんどは、本件土地を担保に請負代金を工面しようとしてY₁に相談したところ、Y₁がこれを了承し右土地の譲渡担保に必要な登記関係書類を作成させていた。ところが、A・B兩名は前記四〇〇坪の土地の売却斡旋方を依頼したことのあるGほか数名のヤクザ者に監禁、脅迫され、結局Aの個人所有の土地四〇〇坪余を喝取されてしまった。そこでA・BはC・D・Y₁らと会合して本件土地が重ねてGらに喝取されることを防止するため話し合った席上、Bは本件土地につきXの代表者Aの押印のみでは所有権移転の実質的效果を収め得ない登記方法として「保存登記」なるものがあり、これを講じたらどうかとの発言があった（Bはこれを所有権移転請求権保全の仮登記を意図していたようであるが、Bはこれを保存登記と称していた）。その夜半、A・B・D・Y₁らがX方に集った際、Y₁は、Aをたくみに誘導して所有権移転請求権保全の仮登記と思わせて、かねて用意しておいた本件土地につき譲渡担保契約によって所有権移転登記手続をするに必要な諸書類にAをして署名・押印せしめた。その際Aは、前夜来の監禁事件のため一睡もせず疲労困憊して、右書類がBのいう「保存登記」に必要な書類とたやすく信じていた。そこでY₁は金一五〇万円をN株式会社に貸与したうえ、昭和三〇年一月一二日右書類を用いて本件土地につき自己名義に所有権移転登記をなし、ついでX主張のようにY₃・Y₄・Y₅のために売買による所有権移転登記等がなされた。

原審は、Y₁らの譲渡担保の主張を排斥し、Y₁の本件土地所有権移転登記が無効である以上、Y₂・Y₃・Y₄・Y₅の各登記もすべて無効であると判示してXを勝訴させた。一審判決を相当として控訴を棄却した。Y₁らが上告。
最高裁は破棄差戻してつぎのように判示した。

「右認定事実によれば、X代表者Aは、Gから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、原因がないのに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、Y₁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、Y₁はほしの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、このことによつて本件土地につき Y_1 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、民法九四条二項、同法一一〇条の法意に照らして、第三者である Y_3 Y_4 Y_5 において、本件土地中 Y_3 らの主張にかかる各土地につき、その主張のように Y_1 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、 Y_1 の所有権取得の無効をもつて Y_3 らに対抗しえないものと解するのが相当である(最高裁昭和四一年(オ)第二三八号同四三年一〇月一七日第一小法廷判決・民集二二卷一〇号二一八八頁参照)。しかるに、この理を解せず、本件土地につき X の意図する所有権移転請求権保全の仮登記がされなかつたとの一事をもつて、ただちに Y_3 らの右趣旨の主張を排斥した原判決は、法の解釈を誤り、その結果審理不尺の違法を犯したものとすべきであつて、論旨は、この点において理由がある。」

(2) 本件は X (代表者 A)が Y_1 と相通じ、原因がないにもかかわらず、それ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たところ、 Y_1 に誘導ないし欺罔されて譲渡担保契約に基づく Y_1 名義への所有権移転登記手続をしてしまったという事案に対して、最判昭和四三年一〇月一七日(判例⑨)を引用して、第三者 Y_3 Y_4 Y_5 が Y_1 と取引するにあたり、善意無過失であるならば、民法九四条二項、同法一一〇条の法意に照らし、 X は、 Y_1 の所有権取得の無効をもつて Y_3 らに対抗しえないものと解すべきであると判示したものである。

いうまでもなく、九四条二項と一一〇条併用適用の一事例であるが、甲と乙とが仮装しようとした外形 α (所有権移転請求権保全の仮登記)は現実には作出されず、乙の欺罔によつてそれとは異なる外形 β (所有権移転登記)が作出されたという点に先例⑨との顕著な相違がある。判例⑨は、 X が知人の A から取引先の信用を得るために所有名義だけを貸してほしいと頼まれて、自己所有不動産につき、 A 名義に売買予約を原因とする所有権移転請求権保全の仮登記

を經由したところ、AがXの委任状等を偽造して勝手に自分名義に本登記をしたうえ、これを第三者Bに売却し、BからさらにY₁、Y₂と売り渡され、登記も了えたというものであった。

私見によれば、この兩判例の事案の相違は決定的に重要なものである。本件判例⑫には、要素の錯誤が成立するの
に反して、判例⑨は要素の錯誤が成立する可能性の全くない事案である。すなわち、Aの所有する不動産をBに売却
するに際して、AはBを信用して書類の作成を委かしたところ、Bは売買契約書ではなく、贈与契約書を作成し、た
くみにAに署名・押印させ、それによってB名義の移転登記を經由した場合には、客観的に贈与契約が成立している
と解釈される限り、Aは法律行為の性質ないし種類に関する錯誤としての要素の錯誤による無効を主張しうるはずで
ある。それと同様に本件においてαたる「売買予約に基づく所有権移転請求権保全の仮登記手続」をしようとして、
相手に欺罔されβたる「讓渡担保に基づく所有権移転登記手続」がなされたならば、外形βは要素の錯誤で無効とな
らざるを得ないのである。この場合、表意者たる錯誤者に重大な過失があるか否かが問われる可能性はあるが、重大
過失があるならば、表意者は錯誤無効の主張をすることができない結果、外形βは有効として扱われる。だが、錯誤
が相手方によって意図的に惹起された場合には、重大過失による錯誤無効の主張を表意者から奪うべきではないので、
いずれにせよX・Y₁間の行為の錯誤無効は承認されざるを得ないと思われる。

本件事案の解釈の困難性は、外形αが真意に基づかない仮装の行為であるという点である。第三者が信頼した外形
はβであり、権利者によって仮装的に作出されるはずの外形αではない。それゆえ、もしXが真意に基づいて外形α
を形成したのち、Y₁が偽造文書等によってY₁名義への所有権移転登記をしたとすれば、Y₁からの善意の譲受人Y₂等に
対してXは外形βの無効主張は認められるかもしれないが、外形αの無効主張をもって對抗することはできないもの

と考へるべきである。このことは、先きの売買契約の意思で贈与契約が成立してしまつたという設例の場合も同様で、表意者は、贈与契約の錯誤による無効を相手方または第三者に対して主張しうるが、売買の無効を相手方または第三者に主張することはできないといふべきであり、このことは、売買契約が相手方との間で仮装的に合意されていた場合であつても善意の第三者に対する関係では同様に扱ふべきである。なぜならば、虚偽表示における仮装的外形につき、虚偽表示者が善意の第三者に対して責任を負う（無効をもつて対抗できない）範囲は、原則として、仮装外形が真意に基づいて形成され、従つて有効な行為が成立した場合に負ふべき範囲に限定されるはずだからである。

(3) 前掲藤原判批は、本件の批評において、本件の事案は、Xの代表者Aが本件土地について所有権移転請求権保全の仮登記の外觀を仮装しようとし、そのつもりでY₁の提示した書類に署名押印したところ、Y₁が勝手に右書類を用いて本件土地につき自己名義に所有権移転登記を経由したうえ、これをY₃に売り渡した事案としてまとめた上で、この事案の形を「背信行為介在型」のうちの「単一外形型」（権利者の承認した外形は一度も作出されず、最初からそれと異つた外形が作出された事案類型 四宮教授の分類）に属すると見て、判例④（最判昭四五・四・一六）と比較している。しかし判例④は、九四条二項類推適用判例で第三者は保護されるべき要件として善意のみを要求されているにすぎないので、むしろ、「外形連鎖型」（権利者の承認した外形がいったんは作出されたが、名義人等の背信行為により、これに基づいてさらに第二の外形が作出されるにいたつた場合―四宮教授の分類）の判例⑨（最判昭四三・一〇・一七）の事案に引きつけて分析し、Xの承認した外形が所有権移転請求権保全の仮登記であつたのに、第三者の信頼した外形が所有権移転登記（本登記）であつたという点を判例が重視し、権利者の意図した仮登記がいったんなされたうえで名義人が勝手にその本登記をしてしまつた場合と、（本件のように）名義人が仮登記をしないでいきなり自己名義に所有権移転登

記をしてしまった場合とで、第三者保護の要件に差等を設ける必要はないとみて、判例⑨の先例に従い、Y₃らが善意無過失であるかぎり、XはY₁の所有権取得の無効をもってY₃らに対抗することができないとしたものであるとも評価し、「本判決がこのように第三者側の要件を加重する」判例⑨の「立場から本件事案の解決を図ろうとしたことは、結論的にみてきわめて妥当であった」(一七頁)と評論している。

(4) しかしながら、前述のとおり本件事案を権利者の真実の意思に基づいて「仮登記」をすべきところ、名義人の誘導によって「本登記」が成立した場合とみたならば、本登記の錯誤による無効をXが主張する限り、善意(無過失)の第三者たるY₃といえども救済されないのではなからうか(Y₃によるXの重大過失の抗弁はとりあえず無視する)。第三者の保護要件として善意のほか無過失を要求することを積極的に評価することよりも、それが外観法理的発想によつて導き出されたものであるかぎり、本人の帰責性を根拠づける法理を検討することがより重要ではないかと思われる。本件における仮装の所有権移転請求権保全の仮登記についてのXの承認が売買契約(実は譲渡担保契約であるが書類上は売買契約書であった)に基づく所有権移転の本登記という外観に対して善意・無過失で信頼した第三者に対するXの責任を基礎づけるとは考えられないのである。無過失の第三者保護を導き出すために、代理人の権限踰越でもないのに一一〇条の法意をもち出し、かつ、一一〇条が第三者保護の要件として権限ありと信ずべき「正当ノ理由」と規定し、無過失という文言もないのに同条の法意をもち出すことは、私見によれば、法解釈として逸脱したテクニクであると考ええる。現在における(仮登記担保法の成立をみた今日から見ても)Y₃らの保護の程度は、Xの所有権移転請求権保全の仮登記がなされたとして、その無効をもってXはY₃らに対抗しえず、従つて善意のY₃らは、右仮登記上の権利を取得しうる地位に止まるべきであると考ええる(従つて、本件土地を取得するためには、Xに対して清算金を支払う

ことなるうか)。判例⑨に対する私見を参照していただきたい。

四 おわりに

(一) 二において九四条二項類推適用判例を概観しつつ、その問題点を指摘し、類推適用の根拠として、第三者が信頼をおいた仮装外形の発生存続が真の権利者の意思に基づいていることに求め、従って類推の射程範囲も権利者の意思に基づく仮装の意思表示とその外形への信頼に限定されるべき旨を説いてきた。その結果、相手方の仮装外形についての承諾の有無や厳密な意味での通謀性の要件等の緩和には賛成しえるが、本人たる権利者が作出したのでもなく、相手方が作出したのでもなく、全く関係のない第三者たる区役所の係官が作出し、権利者が単にその仮装外形の存続を放置していたにすぎない場合には、もはや九四条二項の類推適用の枠を越えており、それは許されないとの見解を明らかにして、判例⑧(最判昭四八・六・二八)の結論に反対してきた。

(二) 九四条二項は、表意者が相手方と通謀してなした意思表示の無効を善意の第三者に対して對抗しえない旨を規定しており、換言すれば、虚偽・仮装の外形的意思表示の無効を主張しえない結果、それが善意の第三者との関係において有効として扱われることを意味しており、またそれに尽きるべきものである。このことから、たとえば、一一〇条の併用適用判例は根本的な問題をはらんでいる。甲が仮登記の作出についてしか承認していないのに、乙の背信行為によって作出された所有権移転本登記を信頼した第三者に対して責任を負わなければならないとすれば、その法的根拠を何に求めればよいのかということである。

(三) 判例④に対する四宮判批(法協八八卷三 号三六五頁)は次のように論ずる。「背信行為介在型」の「外形連鎖型」(仮装の仮登記

を承認したが、名義人がさらに本登記した事案類型)の場合には、①第二の外形に対する権利者の承認があれば問題がない、とする。これは真に正しい指摘であり、私見も権利者の承認がある以上、権利者に帰責せしめてかまわないと思う。ただ右の場合は、単純な九四条二項類推適用型に属し、一一〇条の法意を問う必要はなくなることに注意すればよい。つぎに②「承認」がない場合でも、第一の外形について権利者の承認があり、そして第二の外形が第一の外形との間に「適当な関連」を有するものであるかぎり、表見法理の適用に必要な、権利者側の帰責原因は存するとみてよいであろう、と述べている。つまり裏からいえば、第三者側の主観的態様とにらみ合わせながら、権利者に権利喪失の犠牲を強いることをやむをえないとするような関連性が要求される、といえよう、とも述べている。さてこの②の四宮意見には問題が多い。まず「適当な関連性」と「権利者に権利喪失の犠牲を強いることをやむをえないとする関連性」との間には大きな距たりがある。一般的な表見法理の問題として、ということからも、その引用するヴェルスバッヒアの外觀信頼保護の理論に基づくものようであるが、この理論は、外部的構成要件を信じて法律行為をした者は、その外部的構成要件が、信頼保護によって不利益を受ける者の「関与 (Zumin)」によって発生したものであるときは、その信頼は保護される、というものである。ヴェルスバッヒアの関与は、第一の外形が仮装のものであった場合にさらに他人によって作出された第二の外形が第一の外形と適当な関連性があればよいというようなものではなく、第三者が信頼をおいた外形そのものについての外的容態としての関与を問題としているものであって、第一の外形と第二の外形との何らかの関連というようなものではないのである。「保護に値いする信頼を惹起せしめるような外的事実が本人の助成 (Zunim) — 高森) によって成立するに至ったか」(川村フク子、ドイツにおける表見) (代理理論) 民商五八巻三号四四頁) を問題としている。

つぎに、判例によれば、仮登記の仮装作出を承認し仮登記したところ、他人が勝手に自分名義に偽造文書を使って本登記にした場合（判例⑨）、所有権を取得した者が相手の欺罔によつて停止条件付代物弁済契約に基づく仮登記と抵当権設定登記をなされてしまった場合（判例⑩）、仮装の所有権移転請求権保全の仮登記手続をする意思だったところが、相手方が欺罔して勝手に自分名義に所有権移転登記手続をした場合（判例⑫）のいずれにも、他人の作出した第二の外形を信頼して取引した善意・無過失の第三者を「九四条二項、一一〇条の法意に照らし、外觀尊重および取引保護の要請に应ずべき」ことを根拠にして権利者の責任を肯定しているのであるから、ほとんど第一の外形と第二の外形の関連性というよりは、第一の外形についての権利者の仮装表示の承認にのみ帰責性を見出し出していることができる。すなわち、四宮判批は「適当な関連性」、星野判批は「何らかの関連性」（法協八七巻五）、川村判批は「何らかの牽連性」（民商六〇巻六）というが、それらはなんの歯止めにもなっていないのである。

（四）前掲の藤原判批は、右川村判批を引用しつつドイツの権利外観法理は、善意者保護の要件として、「外形の作出に対する本人の関与 (Zurum)、外形の作出についての本人の了解と意思 (Wissen und Wille)」が問題とされ、「本人の帰責根拠の追及がしつように行なわれてきたこと」に言及されながら、前述の四宮判批、星野・川村各判批に基本的に賛意を示し、第三者保護の要件として無過失を要求するかぎり、判例⑫や同⑨の場合のように、「権利者が作出することを承認した外形が所有権移転請求権保全の仮登記であったのに、第三者の信頼した外形が所有権移転登記であったような場合」に限定して「両者の間の『関連性』は比較的容易に肯定される」としている。これではせっかくドイツ権利外観法理において、（第二の）外形の作出に対する本人の「関与」、「本人の了解と意思」を要求している趣旨を生かききっていないといわざるをえない。

(五) 私見は、本人の虚偽の意思表示が、仮に真実の意思に基づくものである場合を越えて第三者を保護すべき必要はない、と考へる。その考へを貫くべきであると思ふ(判例⑨の原審の意見)。川村前掲はじめ、その他の学説もこの意見に反論しているが、これらの反論は、第一に、虚偽表示者の表示責任の問題と表見代理における本人(授權)表示の問題とを安易に同一レベルで論じている点(たとえば、一〇九条と一一〇条の競合や一一二条と一一〇条の競合的表見代理について言及し、九四条についても一一〇条の併用を肯定的に論ずるなど。なお、右の競合型表見代理に対する反論としては高森¹⁾高森「競合型表見代理論の批判的考察」『表見代理論の再構成』三〇五頁参照)、第二に、一一〇条の表見代理規定を本人の基本代理権授与と相手方の(代理人によつて作出された)外觀への信頼を保護する、すなわち外觀に対する「善意・無過失」の第三者を保護する制度と解している点などに疑問を感じる。すでに触れたように、ドイツの権利外觀法理やイギリスの禁反言の法理は、第三者が信頼をおいた外觀が本人によつて表示ないし作出されたと客観的に判断されうる場合、すなわち、本人の外觀に対する作出的関与や holding out が認められる場合にのみ本人に責任を負わせる制度である。この点、わが国のこれまでの右二理論に対する諸学説の理解には根本的な誤謬が存していたのではなからうか。

(六) 最後に、仮登記を他人がほしのままに本登記にした場合(偽造印や偽造文書等による)を「自然的發展」ととらえる説もあるが(たとえば、星野判批・法協八七卷五号六二三頁は「仮登記の延長ないし自然的發展にすぎない」という)、仮登記を本登記に直すためには、予約完結権の行使等の一定の要件が要求されるのであるから、そのように解することはできないと思はれる。

参考文献(本文中に引用したものを以外で網羅的なものに限る)

川井健「民法九四条二項類推適用論」ジュリスト増刊『不動産物権変動の理論』八頁以下。

下森定「不実登記と民法九四条二項の類推適用」『現代判例民法学の課題』八七頁以下（法学書院）。

下森定「不実の登記と民法九四条二項の類推適用」『民法基本論集』第一卷総則二二八頁以下（法学書院）。

高田喜博「民法九四条二項の類推適用について」北海学園大学法学研究二四卷一七頁以下、二二二八七頁以下。

吉田真澄「民法九四条二項と登記」金山教授還暦記念同志社法学一六一卷五六号九〇頁以下。