

研究ノート

民法94条2項と同110条の類推適用が認められた最高裁平成18年2月23日第一小法廷判決における真正権利者の帰責性判断

—最高裁平成15年6月13日第二小法廷判決との比較から—

中山 布 紗

I はじめに

1. 問題の所在

我が国では、不動産登記に公信力が認められないために、登記名義人を不動産の所有権者であると信じて取引関係に入っても、登記への信頼は直ちに保護されない。このような立法上の不備を埋めるべく、不動産の真正権利者と仮装名義人の間に、民法94条1項が要求する通謀と法律行為が存在しなくとも、虚偽の外観が真正権利者の関与に基づいて作出されたと認められる場合、民法94条2項の類推適用によって、当該外観を信じた善意あるいは善意無過失の第三者を保護するという法理が、判例において形成された。民法94条2項類推適用法理は、その後、適用要件の緩和と適用場面の拡大という展開を見せ、民法94条2項を単独で類推適用する「単独類推型」と、民法110条を併せて類推適用する「重畳類推型」の2つがある。

現在学説において、民法94条2項は、虚偽の外観を作出した者あるいは虚偽の外観作出について帰責性のある者は、当該外観を信頼して取引関係に入った第三者に対し、外観が虚偽であることを主張しつつ自己の権利を対抗することができないといういわゆる権利外観法理の表れであると理解されている⁽¹⁾。

近時進められている、民法（債権関係）の改正作業の中で、現行民法94

民法94条2項と同110条の類推適用が認められた最高裁平成18年2月23日第一小法廷判決における真正権利者の帰責性判断（中山）

条に関して、民法94条2項類推適用法理をこれまでの判例の展開をふまえ、条文化するか否かについて、議論がなされている。民法（債権法）改正検討委員会による基本方針によれば、判例法理の条文化はさしあたり行なわず、現行規定を維持する方向を示している⁽²⁾。しかしながら、法制審議会民法（債権関係）部会第10回会議において、これまで判例が多く出ている以上、判例法理を条文化すべきだという声⁽³⁾が少なくなかった。そればかりか、平成23年8月30日に開催された法制審議会民法（債権関係）部会第31回会議に至っては、心裡留保・錯誤・詐欺等に関する第三者保護規定との整合性を図る観点から、民法94条2項の第三者が保護されるための主観的要件を見直す必要性と併せて第三者保護規定の配置の在り方についても検討すべきではないかという提案がなされたところ、後者について、分科会において⁽⁴⁾補充的に議論されることとなった。

民法94条2項類推適用にかかる真正権利者の帰責性の認定に関しては、新たな判例が出されるたびに要件拡大の一途をたどり、学説において、真正権利者の帰責性という要件それ自体が無限定であるために、民法94条2項類推適用が許される要件の明確化が目指されてきたものの、今なお迷走の最中にあるといえる⁽⁵⁾。

このような状況のまま、現行民法94条の改正として判例法理を条文化し、同条項の類推適用が認められる要件を固定してしまうことは、法的安定性の観点からも妥当ではない。まず、意思表示の準則を規定する場所に、権利外観法理⁽⁶⁾といった性質が異なる準則を移植してよいのかという問題がある。次いで、民法94条2項類推適用法理は、前述のように、不動産登記に公信力が認められていない我が国の現状を実質的に修正するものとして機能している。そのため、この法理の明文規定を設けることは、物権変動に関する第三者保護規定を新設することとなり、物権法秩序に甚大な影響を与えること⁽⁷⁾となってしまふ。仮に、民法94条2項類推適用法理を条文化するとしても、前提作業として、現行法の解釈から、同条項の類推適用が許される限界事例を画する基準を最低限明確にする必要がある。

2. 本稿の目的

思うに、単独類推型にせよ、重畳類推型にせよ、民法94条2項が類推適用される要件のうち「真正権利者の帰責性」が認定される場合は、外観を作出することについて、係争不動産の真正権利者の意思が存在すると認められる場合に限られるべきである。本稿では、意思こそが民法94条2項類推適用の限界を画する要素であることを打ち出した⁽⁸⁾。真正権利者の意思を根拠に帰責性が認定できる場合が、民法94条2項類推適用の限界であると解さなければ、適用要件の拡大に歯止めが効かなくなり、もともと「仮託理論」にすぎない法理が条文の趣旨という防波堤を失って、法的安定性を欠く法理を常態化⁽⁹⁾してしまうだろう。

3. 検討の対象と手順

本稿は、民法94条2項類推適用法理のうち、重畳類推型判例を検討対象として限定する。その理由は、重畳類推型の事例において、民法94条2項に加え同110条が類推適用される根拠が、判例の展開が進むごとに不明瞭になっているばかりか、真正権利者の帰責性の認定が、民法94条2項を単独で類推適用する事案と比べて、揺らぎがあるように思われるからである⁽¹⁰⁾。とりわけ、本稿においては、これまでに出示された重畳類推型判例のうち、最高裁判平成18年2月23日第一小法廷判決（民集60巻2号546頁）（以下本文と註において「平成18年判決」という。）における真正権利者の帰責性判断の再検証から、類推適用の可否と真正権利者の意思とがどのように関連していると考えべきであるかについて検討したい。

筆者は、拙稿「民法94条2項および同110条の重畳類推適用法理における真正権利者の帰責根拠に関する一考察—四宮和夫教授による判例の判断枠組みの類型化プロセスに着目して」⁽¹¹⁾において、四宮和夫教授の判断枠組みにおける真正権利者の帰責根拠が、重畳類推型においても「意思」にあることを指摘し、平成18年判決のように真正権利者がそもそも外観を作出する意図を有していなかった場合にまで真正権利者に帰責性を認めることは民法94条2項を類推する前提を欠き妥当ではなく、類推適用が認められる

民法94条2項と同110条の類推適用が認められた最高裁平成18年2月23日第一小法廷判決における真正権利者の帰責性判断（中山）限界を越える事例であると結論付けた。そこには、真正権利者の帰責性が認められるためには、私的自治の観点からしても、虚偽の外観作出について真正権利者の意思的関与がなければならないという思いが込められている。

しかしながら、前記拙稿においては、平成18年判決が民法94条2項と同110条の重畳類推適用が許される限界を越える事例であることを、具体的に検証することができなかつたため、本稿では、平成18年判決の1つ前に出された最高裁判決で、第三者の信頼の基礎となった外観作出について真正権利者の帰責性が否定された最高裁平成15年6月13日第二小法廷判決（判時1831号99頁）（以下本文と註において「平成15年判決」という。）と比較しつつ、前述の目的を果たしたい。

なお、本稿において、事案を説明する際、係争不動産の真正権利者をA、虚偽の外観を作出した者および虚偽の外観の名義人をB、第三者をC、転得者をD、Eとそれぞれ表記する。

II 検討

1. 最高裁平成18年2月23日第一小法廷判決の理論構成

平成18年判決の事案は、Aが本件不動産の賃貸業務をBに一任していたところ、BはAから交付された不動産権利証、印鑑証明書、住民票、実印などを悪用し、本件土地にB名義の所有権移転登記を行い、その後、Cに売却したというものである。なお、本件不動産にB名義の所有権移転登記が行われる以前、数回にわたり、BはAの目前で関係書類にAの実印を押印したが、Aは本件不動産の賃貸業務に必要な書類に押印しているものと信じ、B名義に所有権移転登記が行われたことを認識していなかった。

原審は、民法94条2項類推適用の可能性について言及しつつも、虚偽の外観作出と真正権利者Aの関連性を検討し、不実の外観が作出される基礎となった事情は真正権利者Aの意思ではなく、AのBに対する基本代理権の授与および代理人であるBの権限逸脱行為であると捉えた。その上で、Bの権限逸脱行為についてAには重過失があり、CがBを本件不動産の所

有権者であると信じたことにつき正当理由があるとして、民法110条の類推適用により、Cを保護した。ここで、AのBに対する基本代理権の授与があったと認定されているにもかかわらず、民法110条が「類推」適用されたのは、BはCに本件土地を売却する際、自分がAの代理人である旨の頭名をしておらず、代理行為が存在したとはいえないためであろう。

これに対し、最高裁は、以下のような理由から、民法94条2項および同110条を類推適用し、善意無過失の第三者Cを保護した。まず、Aの行為を「Bの言うままに実印を渡し、BがA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」ことを理由に、「余りにも不注意な行為」であると評価した。そして、「Aの余りにも不注意な行為」が、Bによる本件不動産の登記名義をBからCに移転することを可能とし、「B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、自らが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うる」と判断し、Aの不注意と虚偽の外観との関連性を、すなわち、真正権利者の帰責性を認めたのである。

民法110条を単独で類推適用するにせよ、民法94条2項と併せて重畳類推適用するにせよ、第三者に無過失が要求されることに変わりはない。実際、AがCに自己の権利を対抗できないとする結論そのものは、原審、最高裁で何ら異ならない。それにもかかわらず、最高裁が民法110条を単独で類推適用した原審の判断を維持しなかったのは、Cの信賴の対象と、それに対応する条文を以下のように捉えたからではないだろうか。すなわち、本件において、BはAの代理人として行動したわけではないし（代理行為の不存在）、また、Cが信賴したのは、BがAの代理人であるということではなく、Bが本件不動産の所有者であるということである⁽¹²⁾。それゆえ、真正権利者Aが基本代理権をBに与えたという責任と、Cの信賴の対象とは、民法110条が想定する対応関係にないと評価できる。

以上のことから、民法110条の類推適用による法律構成を採った原審は妥当であると言い難い。そこで、最高裁は、BがAから与えられた基本代

民法94条2項と同110条の類推適用が認められた最高裁平成18年2月23日第一小法廷判決における真正権利者の帰責性判断（中山）
理権を逸脱する行為、すなわち、顕名を行わずに、基本代理権に含まれていない「A所有の本件不動産を他人に売却する」という行為をなしたことを、代理人の権限逸脱類似の状況として捉えたために民法110条を類推適用し、他方、自ら積極的に外観作出に関与したことにAの帰責性を求めることができないとしても、本件Cが信頼した「B名義の外観」がAの意思的関与のもと作出されたと同視しうる「余りにも不注意な行為」により作出されたことを、民法94条2項類推適用の問題と捉えた—真正権利者の意思はないが関与はあった—とみることができる。

2. 最高裁平成15年6月13日第二小法廷判決の理論構成

平成15年判決は、土地建物の所有者Aが、不動産業者Bを買主として、売買代金の支払いを引き換えに、右土地建物の所有権移転ならびに所有権移転登記を行う旨の約定で、本件土地建物の売買契約を締結していたところ、Bが約定に反し、売買代金支払前の段階で本件土地につきB名義の所有権移転登記を行い、その後第三者C、次いでDに輻転譲渡されたという事案である。

原審は、Aが本件土地建物の登記済証や白紙委任状及び印鑑証明書などを安易に交付しており、B名義の所有権移転登記が行われる直前に「事前に所有権移転をしてもらってけっこうです」「上記の物権の土地、建物の売り買いに関して一切の権限を委任します」という預かり証の記載を見ていることから、Aは事前に、B名義に本件土地建物の所有権移転登記がなされる危険性があることを予測することができたとともに、Bに対してこれを問い正し、Bへの不実の登記がなされることを防止することが十分に可能であったにもかかわらず、Aには前述のような落ち度があったと評価した。その上で、Aは、民法94条2項、110条の類推適用により、Bから本件土地建物を買い受けた善意無過失のC、Dに対抗できないと判示した。

これに対し、最高裁は、以下の理由から原審を破棄し差戻した。すなわち、①AからBへの所有権移転登記、BからC、CからDへの移転登記が

接着した時期に行われていること、②Aが工業高校を卒業し、技術職として会社に勤務しており、これまでに不動産取引の経験のない者であること、③本件土地建物につき虚偽の外観を作出する意図もなく、同登記の存在を知らながらこれを放置していたものでもないこと、④Bの言葉巧みな説明や言い逃れのため、Aには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Aに問いただし、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を踏まえ、A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、B名義の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94条2項、110条の法意に照らしても」、Bに本件土地建物の所有権が移転していないことを、C、Dらに対抗し得ないとする事情はないと判示し、第三者の信頼の基礎となった虚偽の外観作出につき、真正権利者Aの帰責性を否定し、Aの権利を保護した。

平成15年判決は、原審と最高裁で結論が異なっているものの、両者の共通認識を1点挙げることができるように思われる。それは、第三者の信頼の基礎となった本件土地建物に関するB名義の所有権移転登記という虚偽の外観作出が、真正権利者Aの意図によってなされていない—ゆえに虚偽の外観作出についての真正権利者の意思的関与を認められない—ことが、真正権利者の帰責性を判断する前提とされていることである。その上で、BがAとの約定に従わず、代金支払い前にB名義に登記を移転する際、Aが上記預かり証の内容に気づいた点、すなわち、真正権利者の意思以外の要素が、外観作出に直結する落ち度であったと評価されるかどうかという観点から、Aの帰責性が判断されているのである。この点、最高裁は、民法94条2項と110条の「類推適用」ではなく「法意」という表現を用いていることが特徴的である。

従来の重量類推型判例は、外形作出の回数に関係なく、真正権利者が虚偽の外観の作出を望んでおり、そのことに「意思的関与」を求められるため94条2項が類推され、これに加えて民法110条が類推されるのは、第三者の信頼の基礎となった外観が、真正権利者の意図を越えているからであ

民法94条2項と同110条の類推適用が認められた最高裁平成18年2月23日第一小法廷判決における真正権利者の帰責性判断（中山）

と説明できる。⁽¹³⁾これを本件にあてはめると、真正権利者が望んでいたのは真正な契約に基づく移転登記であるために、そもそも民法94条2項の法意を適用する前提を欠くといえる。これに対し、原審は、平成18年判決と同様、民法94条2項と110条の「類推適用」という表現を用いているが、預かり証の記載内容に気づいたという落ち度に真正権利者の帰責性を認定したため、真正権利者の意思的関与に帰責性を認められない以上、「法意」を類推することができないとの意図があると解することができるように思われる。

3. 検討—最高裁平成18年2月23日第二小法廷判決における真正権利者の帰責性判断

平成18年判決と平成15年判決の各事案について、**観点①**：真正権利者の不動産取引経験、**観点②**：真正権利者は第三者の信頼の基礎となる外観を作出した者にどのような代理権を授与したか、あるいは、何らかの行為を委託したか、**観点③**：②が肯定される場合、外観作出者は第三者と取引を行う際、当該取引を真正権利者（本人）のために行うことを示したか、**観点④**：真正権利者は外観作出者に印鑑や関係書類を交付したか、**観点⑤**：外観が作出されてから第三者が出現するまでの期間はどれくらいであったか、という観点から比較し、平成18年判決における真正権利者の帰責性判断が先例と異なることを指摘したい。

まず、**観点①**について、平成15年判決において、Aに不動産取引経験はなかったが、平成18年判決において、Aは従前より不動産取引経験が複数あった。

次いで、**観点②**について、平成15年判決は、AがBに代理権を与えたという認定はされていない。しかし、AはBに自己が所有する土地建物を売却する予定であり、代金支払いと引き換えに登記名義をBに移転することをBに委託していた。したがって、BがAから与えられた権限の範囲は極めて限定的であることが窺える。これに対し、平成18年判決において、AはBに対し、自己が所有する不動産の借り手を探し賃貸借契約手続きを一

民法94条2項と同110条の類推適用が認められた最高裁判平成18年2月23日第一小法廷判決における真正権利者の帰責性判断（中山）
任することと、所有する別の不動産の合筆登記をしてもらうための代理権を授与したことが認定されている。AがBに与えた権限の範囲は広範であるといえる。

観点③について、平成18年判決、平成15年判決ともに、Bは第三者Cに係争不動産を譲渡するに際し、真正権利者のためであることを示さず、登記名義を奇貨として、あたかも自分が所有権者であるかのごとく振舞っている。

観点④に関して、平成15年判決では、AがBから白紙委任状2通、登記済証、印鑑証明書を事前準備として求められて交付しているが、いずれも、AB間でなされた土地建物の真正な売買契約にかかる手続に使用する目的を有していた。他方、平成18年判決において、AはBに対し、観点②で挙げた目的のために、不動産権利証、印鑑証明書、住民票、実印などを数回にわたり交付している。

最後に、観点⑤に関して、平成15年判決においては、第三者が出現するまでの期間はわずか1か月であったのに対し、平成18年判決においては、数か月という違いがある。

以上の整理から、2つの判例を比較していきたい。

まず、平成15年判決において、Aはそもそも係争土地建物の登記移転を望んでいた、すなわち、当該土地建物をBにどのみち売却する予定になっていたのだから、A不知の間にB名義の登記が経由されたとしても真正権利者を保護する必要性に乏しいという見方ができるように思われる。しかし、平成15年判決は、取引目的がきわめて狭いがために明確であったところ、Aは不動産取引の経験がなかったとはいえ、Bの対応に疑念を抱き、逐一Bに確認の連絡をしているため、約定どおり売買代金を支払ってもらうまでは登記名義をBに移転する気はないという断固たる意思をもって行動していると評価できる。

それゆえ、Aは売買契約が約定どおりに進められることを前提に係争不動産の登記名義をB名義に移転することを望んでいたとはいえ、約定に違反する形での登記名義をB名義に移転するという意味において虚偽の外観

作出に対するAの意思的関与を認めるべきでないとの判断から、民法94条2項の前提となる真正権利者の外観作出の意思を有してはいるものの、上記の事情により真正権利者の帰責性が否定されたのであろう。さらに、Aの重過失があったために虚偽の外観が作出されたという事情も認められず、第三者C、転得者Dが善意無過失であるかも疑わしかったために、民法110条の法意を類推するまでもないと評価されたのではないだろうか。⁽¹⁴⁾

他方、平成18年判決において、Aはそもそも係争不動産をBに売却する気はなく、したがって、AB間に通謀がないことはもとより、AはB名義の虚偽の外観が作出されたことさえ認識しないままであったのだから、A側に「余りにも不注意な行為」があったとはいえ、第三者保護を優先するのは酷であると評価することができよう。しかし、先に見た、「Aの帰責性の程度」が、「自らが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うる」と判示した平成18年判決は、第三者の信頼の基礎となった虚偽の外観作出について、真正権利者の意思的関与が全くない場合でも、従来、第三者の信頼の基礎となった虚偽の外観と、外観作出にいたる契機と、真正権利者の意思の3つを関連付け、真正権利者の帰責性を認定し、民法94条2項と同110条の法意を類推することによって善意無過失の第三者保護を図った法理を、さらに類推適用するという形をとっていると考えることができる。

それゆえ、平成18年判決は、従来の重畳類推型判例のように、民法94条2項、同110条の「法意」の類推ではなく、端的に「類推適用」という文言を使用しており、先例の延長線上に直ちに位置づけられない事例として、先例とは扱いを別にすべきであり、民法94条2項の類推適用が許される限界を越える事例であると見ることもできるように思われる。⁽¹⁵⁾

4. 小括

以上の検討から、私は2つの判決について、以下のように区別したい。

平成15年判決の事案は、Aが外観を作出する意思を有していたために、民法94条2項の法意の類推が許される事例ではあるものの、AB間の契約

民法94条2項と同110条の類推適用が認められた最高裁判平成18年2月23日第一小法廷判決における真正権利者の帰責性判断（中山）上のやり取り等の事情から真正権利者に外観作出の意思がなく、それゆえ帰責性が否定されたものといえる。さらに、BからC、CからDへの係争不動産の移転登記が接着した時期に行われているということから、おそらく第三者および転得者が善意無過失であることが疑わしいために第三者保護をも行う必要性がないとして民法94条2項および同110条の類推適用を行わなかった（先例どおり民法94条2項および同110条の法意の類推が可能かという基準で判断すれば足りる）のが平成15年判決である。

これに対し、平成18年判決の事案は、真正権利者Aの帰責性を意思に求めることができないうまでも同等に評価し得るほどの落ち度があり、かつ、第三者保護を行う必要があるものの、先例の判旨における文言でいうところの民法94条2項および同110条の法意の類推が認められる限界を越える事例であるがゆえ、民法94条および同110条の類推適用が行われたのである。

Ⅲ むすびにかえて

本稿では、拙稿における検討結果をもとに、第三者の基礎となった虚偽の外観を信頼した第三者を保護するにあたって、真正権利者の帰責性が認められる限界事例は、真正権利者の意思に求められるべきであるという観点から、平成18年判決と平成15年判決の事案と理論構成を比較し、平成18年判決が民法94条2項および同110条の限界を越える事例であることを指摘した。

しかしながら、比較検討において、平成18年判決と平成15年判決の差異を論じる際、前者は「類推適用」、後者は「法意」という両判決の適用条文の表現の違いの意味にまで踏み込んだものの、これまでの重畳類推型における表現はもとより、下級審判決、ひいては単独類推型も併せて検討し、表現の使い分けの意義を厳密に論じる必要がある。⁽¹⁶⁾この点に関する検討は、稿を改めたい。

また、平成18年判決を真正権利者の帰責性が認められる限界事例を越えるものであると評価した場合、類似の事案を、どのような規範を用いて解

民法94条2項と同110条の類推適用が認められた最高裁平成18年2月23日第一小法廷判決における真正権利者の帰責性判断(中山) 決を図ればよいか、すなわち、民法94条2条と同110条の「法意」は類推できなくとも、同条項の「類推適用」という形をとるのか、あるいは、同条項の類推適用をも否定するの⁽¹⁷⁾かという問題も、依然として残される。本稿のように、真正権利者の意思を帰責性判断に厳格に取り込むという立場からは⁽¹⁸⁾後者の方向性が妥当であるが、その場合、民法94条2項類推適用法理に代わる理論の構築を目指すという重責を⁽¹⁹⁾背負うこととなる。このことを改めて肝に銘じ、研究を続けたい。

【註】

- (1) 最近の概説書は、民法94条2項の第三者保護規定を、帰責性を前提として外観に対する信頼を保護する表見法理であると説明しているものが多いが、権利外観法理という用語も表見法理と同じ意味で用いている場合がある。しかしながら、我妻榮『新訂民法総則』(岩波書店、1965年)291頁が指摘するように、権利外観法理はドイツ民法典において一般的に採用されている考え方であり、我が国には存在しない法制であるとともに、取引の外形を信頼した者は保護されるという考え方である。他方権利外観法理の場合、帰責性を前提とするよりは取引安全という観点が前面に出ていると考える。そこで、本稿においては、表見法理と権利外観法理を別異に扱う。最近の概説書では、例えば、山本敬三『民法講義I総則』〔第3版〕(有斐閣、2011年)も本稿の立場と同様である。
- (2) 民法(債権法)改正委員会編『詳説債権法改正の基本方針I序論・総則』(商事法務、2009年)96-97頁。
- (3) 法制審議会民法(債権関係)部会第10回会議議事録(<http://www.moj.go.jp/content/000050017.pdf>)27-31頁(最終アクセス2012年1月12日)、商事法務編『民法(債権関係)部会資料集第1集(第2巻)』(商事法務、2011年)232-235頁。なお、民法改正研究会(代表・加藤雅信)による改正草案は、現行民法94条1項と2項を切り離し、とりわけ後者は心裡留保と虚偽表示、錯誤、そして強迫の場合における第三者保護規定を一括して規定するとともに、民法94条2項の類推適用に関して判例法理の展開を「外観法理」として規定することを提案している。民法改正研究会編『民法改正国民・法曹・学会有志案一仮案の提示』(日本評論社、2009年)125頁。

民法94条2項と同110条の類推適用が認められた最高裁平成18年2月23日第一小法廷判決における真正権利者の帰責性判断 (中山)

- (4) 民法(債権関係)部会資料27「民法(債権関係)の改正に関する論点の検討(1)」(<http://www.moj.go.jp/content/000077664.pdf>) 28頁(最終アクセス2012年1月12日)、商事法務編『民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明(商事法務、2011年)239—240頁参照。さらに、本会議において資料として提供された松岡久和「権利外観規定の新設に関する意見」(<http://www.moj.go.jp/content/000078878.pdf>) 1—2頁(最終アクセス2012年1月12日)において、類推適用法理の明文化が提唱された。松岡教授は、権利外観法理の核心を「第94条の『通謀』要件を不要とすること、権利の外形の作出が故意による場合とそうでない場合では帰責性の程度に違いがありそれに対応して第三者の保護要件もたんに善意で足りるのか善意無過失まで必要とすることと分岐すること(帰責事由と保護事由の衡量)にある」とし、それ以上に細部の類型を規定化することは困難であり適切でないとする。その上で、松岡教授は、限定の方向性を示したうえで、具体的には判例・学説による今後の解釈運用に委ねる要件設定の方がのぞましいとの考えを示されている。この点について筆者も基本的に異論はないが、第三者保護規定すなわち判例法理の条文化は、本文で述べている理由から時期尚早であるとする。
- (5) 中舎寛樹「民法94条の機能」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』(有斐閣、2007年) 65頁。
- (6) 前掲(註3)法制審議会民法(債権関係)部会第10回会議議事録、29頁、深山幹事発言(最終アクセス2012年1月12日)、前掲書(註3) 233頁。
- (7) 民事法研究会編『民法(債権関係)の改正に関する検討事項—法制審議会民法(債権関係)部会資料(詳細版)』(民事法研究会、2011年) 327頁。
- (8) もっとも、単独類推型において、真正権利者の帰責性を認める判例の限界事例は、最高裁昭和45年9月22日第三小法定判決(民集24巻10号1424頁)における「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」という判旨から、真正権利者による不実登記の事後的な承認であると解されている。四宮和夫『民法総則』〔第4版〕(弘文堂、1972年) 170頁参照。不実の外形を知りながら単に放置していた場合にも真正権利者の帰責性が問えるか否かについては、学説上争いがあり、下級審においては肯定例がいくつかあるものの、判例においては未だ存在しない。この点については、磯村保「判批」『民法判例百選I』〔第6版〕(有斐閣、2009年) 45頁を参照。
- (9) 同趣旨の主張は、拙稿「判批」北九州第34巻第1・2合併号138頁においても指摘し

民法94条2項と同110条の類推適用が認められた最高裁平成18年2月23日第一小法廷判決における真正権利者の帰責性判断（中山）

た。すなわち、本判決法理を一般化することは、「余りにも不注意な行為」がマジックワードとなって、これまでの判例法理の再借用、すなわち、「類推適用法理の類推」とでもいうべき理論構成を常態化させ、本人の帰責性要件が不当かつ際限なく緩和される危険性が潜んでいる。

- (10) 重畳類推型に関しては、本稿の主たる検討対象である平成18年判決が、真正権利者が何らかの虚偽の外観を作出することにつき真正権利者の意思的関与が全く存在しない場合に帰責性が認められたため、真正権利者の帰責根拠自体を再検討しなければならないと学説上認識されている。この点につき、磯村保「判批」重判解（有斐閣、2007年）67頁、佐久間毅「判批」NBL834号（2006年）22頁、中舎寛樹「不動産登記の公信力にかかわる法理として94条2項類推適用の判例法理をどのように考えるか」椿寿夫＝新美育文＝平野裕之＝河野玄逸編『民法改正を考える』（日本評論社、2008年）126頁を参照。
- (11) 民事研修642号（2010年）2—16頁。
- (12) 高森八四郎「判批」リマークス30号（2005年）13頁も、本件事案を、代理人の代理行為の存在しない場合で宛、代理人が巧みに本人を欺罔して本自分名義にした上で、事情を全く知らない相手方に、本人である売主として売却したものであるとして、存在しない代理権が存在していると誤信したのではない以上、表見代理の規定を類推し得ないと指摘する。
- (13) 拙稿「前掲論文（註11）」12頁を参照。真正権利者の帰責性を認定するために要求される「真正権利者の意思」とは、厳密には真正権利者の外観作出の意思であるのだから、民法94条2項類推適用が認められるためには、真正権利者が少なくとも、実際に作出されたか否かを問わず、何らかの外観を作出したいと望んで行動したことが最低限の前提とされるべきであることを指摘した。すなわち、実際に作出されたか否かはさておき、真正権利者が登記等の外観作出を望んで行動したことに民法94条2項が類推され、真正権利者の望みにそぐわない外観が作出されたことに民法110条が類推されるのである。
- (14) 佐久間「判批」NBL834号（2006年）23頁は、このことに関連して、AがBに不動産取引に関連する書類一式を与えているものの、それがAB間の取引にかかる手続のためにすぎず、対外的取引への使用を前提としたものではなかったと指摘している。
- (15) 中舎寛樹「判批」リマークス36号（2007年）8頁も、あくまで既存規定の類推適用による以上は、虚偽表示があったと同様であると評価できるだけの積極的な帰責

民法94条2項と同110条の類推適用が認められた最高裁平成18年2月23日第一小法廷判決における真正権利者の帰責性判断(中山)

性が必要であり、それが類推適用の限界であるというべきであると主張する。

- (16) 七戸克彦「民法九四条二項の類推適用に関する判例の表現について—『類推適用』と『法意』の異同問題を基点として—」慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学民事法』(慶應義塾大学出版会、2008年)81頁以下が、この問題について検討している。
- (17) 武川幸嗣「第三者保護制度の改正について考える—不動産取引における第三者保護法理はどうあるべきか—」円谷峻編『社会の変容と民法典』(成文堂、2010年)104頁も、類推適用の可否の判断枠組みに関する方向性として、①不実登記に対する本人の意思関与という、現行民法94条2項本来の判断枠組みをあくまで重視する方向、②民法94条2項類推適用法理をその制度本来の枠組を超えた新たな法創造であると捉えた上で、さらに進んで意思関与の有無に固執しない規範の提示を目指す道がありうると指摘する。
- (18) 本件が検討対象とした平成18年判決の位置づけに関して、四宮和夫=能見義久『民法総則』〔第8版〕(弘文堂、2010年)211頁は、第三者の信頼の基礎となった外観作出に何らかの原因を与えたことが真正権利者の帰責性を認定するために重要な要素であると解すれば、従来の重畳類推型と平成18年判決における真正権利者の帰責性認定に違いはないとする。しかし、かような判断基準は、きわめて抽象的であるのみならず、意思以外の多様な要素を無制限に取り込むこととなり妥当ではない。
- (19) 七戸「前掲論文(註16)」104頁も、類推適用の射程範囲を、94条(1項)2項の本来の適用範囲に近づける形で収める方向性に立脚したとして、それまで94条2項類推適用論の無限定な拡大により救済されていた「通謀」なき場合の第三者を、いかなる法理で救済するというのかという問いを投げかけている。

(本学法学部准教授)