

## 第2節. 通謀虚偽表示

A

[現] 94条

- ① 相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする。
- ② 前項の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。

### 1. 意義

民法(全) 49~50頁、佐久間 I 119

~120頁

「相手方と通じてした虚偽の意思表示」は、①意思表示が表意者の真意に基づかない「虚偽」のものであることと、②相手方との「通」謀(=意思の連絡)を要件とする。当事者が、意思表示が外形上のものにすぎず、その意思表示から法律効果が生じないことについて合意している場合に①・②を満たす。

通謀虚偽表示が無効であるとされる理由は、意思表示が法律効果を形成するための手段であるため法律効果不発生について合意してなされた通謀虚偽表示に法律効果を認める理由がないことと、表意者のみならず通謀した相手方も保護する必要がないことにある。

case1 : Aは、Bとの間で、Aが所有する甲建物の売買契約を仮装することについて合意した上で、甲建物を代金1000万円で売買する旨の契約を締結した。その後、Aは、Bに対して、代金1000万円の支払いを求めた。

Aは、Bとの間で、AがBに甲建物を代金1000万円で売却する旨の売買契約を締結した事実を根拠として、本件売買契約に基づき代金1000万の支払いを請求している。

これに対し、Bは、本件売買契約がAB間の通謀虚偽表示によるものだから無効であるため(94条1項)、本件売買契約に基づく代金支払請求は認められないと反論する。この反論は認められる。

### 2. 「善意の第三者」の保護

#### (1) 概要

民法(全) 50頁、佐久間 I 120~121

頁

通謀虚偽表示の表意者やその相手方は、「善意の第三者」に対して通謀虚偽表示の無効を主張できない(94条2項)。

94条2項の趣旨は、権利外觀法理、すなわち、虚偽の外形の作出につき帰責性のある真正権利者の犠牲において虚偽の外形に対する第三者の信頼を保護することで、真正権利者と第三者の利益調整(静的安全と動的安全の調整)を図るという考えにある。

なお、善意の第三者は、通謀虚偽表示の無効を主張することもできる。94条2項は、通謀虚偽表示の無効という効果は生じているところを、善意の第三者を保護するために無効主張を制限するものにすぎないため、第三者としてはその保護の享受を強制されるいわれがないからである。

case2 : 前記case1の事例を発展させ、Bは、AB間の通謀虚偽表示による本件売買契約に基づきAから甲建物の引渡しを受けたことを奇貨として、甲建物の

売却代金を得たいと考え、C との間で甲建物を代金 1500 万円で売却する旨の売買契約を締結し、甲建物を C に引き渡したとする（なお、甲建物の登記名義は A のままである。）。

A は、甲建物に C が居住していることに気が付き、甲建物の所有権に基づき、C に対して、甲建物の明渡しを求めた。

A は、自分が甲建物の所有者であることと、C が甲建物に居住（占有）することで A の甲建物の所有権を侵害していることを理由として、C に対して、甲建物の所有権に基づき甲建物の明渡しを請求している。

C は、A は甲建物に関する AB 間の売買契約により甲建物の所有権を喪失しているから甲建物の所有権を有しないと反論する。

A は、C が所有権喪失原因として主張している AB 間の売買契約は通謀虚偽表示により無効であるから（94 条 1 項）、A は甲建物の所有権を喪失していないと再反論する。

C は、自分は AB 間の売買契約が通謀虚偽表示によることについて知らなかったため「善意の第三者」（94 条 2 項）に当たるから、AB 間の売買契約の無効を対抗されず、その結果、A は C との関係では甲建物の所有権を失っていることになると再々反論する。この文脈で、94 条 2 項が登場する。

## （2）「第三者」の意義

94 条 2 項の「第三者」は、通謀虚偽表示の当事者以外の者全般を意味するわけではない。

### 〔論点 1〕「第三者」の意義

94 条 2 項の「第三者」とは、虚偽表示の当事者及び一般承継人以外の者であって、虚偽表示に基づいて新たにその当事者から独立した利益を有する法律関係に入ったため、通謀虚偽表示の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至った者を意味する（判例）。

#### 〔肯定〕

- ・不動産の仮装譲受人からの転得者（最判 S48.6.21：通謀による虚偽の登記名義を真正な者に回復するための所有権移転登記抹消手続請求訴訟で、登記名義人たる被告が敗訴し判決が確定しても、上記訴訟の口頭弁論終結後、被告名義の当該不動産を競落した善意の第三者に対しては、上記確定判決はその効力を有しない。）
- ・不動産の仮装譲受人から抵当権の設定を受けた者
- ・仮装の原抵当権者から、転抵当権の設定を受けた者（最判 S55.9.11：転抵当権の取得につき 377 条 1 項所定の要件を具備しておらず、権利を行使し、権利取得の効果を原抵当権設定者に主張することができない場合であってもよい。）
- ・虚偽表示の目的物を差し押えた相手方の一般債権者（最判 S48.6.28）
- ・仮装債権の譲受人（大判 S13.12.17）

#### 〔否定〕

- ・一番抵当権が仮装で放棄され順位が上昇したと誤信した二番抵当権者

A

大判 T5.11.17、民法（全）50 頁、  
佐久間 I 121 頁

（短）

（短）

- ・代理人や法人の理事が虚偽表示した場合における本人や法人
- ・債権の仮装譲受人から取立てのために債権を譲り受けた者
- ・仮装譲受人の単なる債権者（大判 T9.7.23：仮装名義人に金銭を貸付けた者）
- ・仮装譲渡された債権の債務者
- ・土地が仮装譲渡された場合の地上建物の賃借人
- ・土地の賃借人が地上建物を他に仮装譲渡した場合における土地賃貸人（最判 S38.11.28）

### （3）「善意」の意味

ここでいう「善意」とは、通謀虚偽表示であること（＝法律効果不発生の合意）について知らなかったことを意味する。<sup>1)</sup>

#### 〔論点 2〕「善意」

通謀虚偽表示であることを知らなかったことについて過失がある場合も、「善意」に含まれるか。

例えば、case2 において、C が AB 間の売買契約が通謀虚偽表示によることを知らなかったが、知らなかったことについて過失があるという場合にも、C が「善意の第三者」に当たるか。

94 条 2 項では、「善意」と定められているにとどまり、96 条 3 項のように「善意でかつ過失がない」という文言は用いられていない。

また、94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外形の作出につき帰責性のある真正権利者の犠牲において虚偽の外形に対する第三者の信頼を保護することで、両者間の利益調整を図ることある。

そして、通謀までした真正権利者の帰責性は大きいから、第三者に無過失まで要求することは、両者間の利益調整として妥当ではない。

そこで、94 条 2 項の「善意」では無過失までは不要と解する（判例）。

A

最判 S62.1.20

民法（全）50 頁、佐久間 I 123 頁

### （4）登記の要否

例えば、通謀虚偽表示に係る契約の目的物が不動産である場合、「善意の第三者」として保護されるためには登記を備える必要があるか。

#### 〔論点 3〕対抗要件としての登記

94 条 2 項の「善意の第三者」として保護されるためには、自らの物権変動について対抗要件を備える必要があるか。

例えば、case2 において、C が、通謀虚偽表示により AB 間の売買契約は無効である旨の A の主張に対して、自分は「善意の第三者」として保護されると主張するためには、BC 間の売買契約による所有権移転について対抗要件としての登記（177 条）を備えておく必要があるか。<sup>2)</sup>

A

最判 S44.5.27、佐久間 I 126 頁～

128 頁

<sup>1)</sup> 「善意」は、94 条 2 項の適用対象となる法律関係ごとに、当該法律関係について第三者が利害関係を有するに至った時期を基準として判断される（最判 S55.9.11、佐久間 I 123 頁）。

<sup>2)</sup> 例えば、A が甲建物を B と C の双方に売却したという二重譲渡事例では、BC 間において B と C のいずれが甲建物の所有者であるのが問題となる。177 条は、不動産物権変動に関する登記による対抗要件制度を定めており、これによると、所有権移転登記を備えた者が所有者として扱われることになる（詳細については、物権の章で説明する）。

確かに、177 条は、不動産物権変動を「第三者」に対抗するためには、それを公示する不動産登記が必要である旨を定めている。

しかし、94 条 2 項の趣旨は、「善意の第三者」との関係では虚偽表示を有効なものとして扱うことにある。

そうすると、真正権利者、相手方、第三者へと権利が移転したことになるから、真正権利者と「善意の第三者」とは、前主と後主の関係に立ち、二重譲渡のような対抗関係には立たない。<sup>3)</sup>

そこで、94 条 2 項の「善意の第三者」として保護されるためには、対抗要件としての登記（177 条）は不要であると解する（判例）。

#### 〔論点 4〕 権利保護資格要件としての登記

94 条 2 項の「善意の第三者」として保護されるためには、自らの物権変動について対抗要件を備える必要がないとしても、権利保護資格要件を備える必要があるのではないか。

例えば、case2 において、C が、通謀虚偽表示により AB 間の売買契約は無効である旨の A の主張に対して、自分は「善意の第三者」として保護されると主張するためには、BC 間の売買契約による所有権移転について権利保護資格要件としての登記を備えておく必要があるか。

確かに、94 条 2 項の「善意の第三者」が保護される結果として、真正権利者が自己の権利の喪失・制約といった重大な不利益を受ける。

そうすると、このような真正権利者の犠牲の下に保護される「善意の第三者」には、権利保護資格要件としての登記を要求するべきとも思える。

しかし、94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外形の作出につき帰責性のある真正権利者の犠牲において虚偽の外形に対する第三者の信頼を保護することで、両者間の利益調整を図ることある。

そして、通謀までした真正権利者の帰責性は大きいから、「善意の第三者」に権利保護資格要件としての登記まで要求することは、両者間の利益調整として妥当ではない。

そこで、94 条 2 項の「善意の第三者」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も不要であると解する（判例）。

A

最判 S44.5.27、佐久間 I 128 頁～  
129 頁

### （5）真正権利者からの譲受人との関係

#### 〔論点 5〕 真正権利者からの譲受人との関係

「善意の第三者」が真正権利者からの譲受人に対して 94 条 2 項による権利取得を対抗するためには、対抗要件を備えることを要するか。

例えば、case2 において、A が D との間で、甲建物を代金 1300 万円で売却する旨の真実の売買契約を締結していたとする。

D は、C に対して、AD 間の売買契約により甲建物の所有権を取得したことを根拠として、甲建物の所有権に基づき、甲建物を自己に明け渡すように請求することが考えられる。

A

<sup>3)</sup> これと少し異なり、通謀虚偽表示をした真正権利者は、「善意の第三者」との関係では、通謀虚偽表示の無効を対抗できないために当該不動産の権利を有することも主張できなく結果、無権利者として扱われるから、177 条の「第三者」に当たらないとして、無権利構成によって説明する見解もある（佐久間 I 128 頁）。

Cは、AB間の売買契約は通謀虚偽表示によるものであるが、「善意の第三者」に当たるCとの関係ではAB間の売買契約は有効なものとして扱われるから、CはBC間の売買契約により甲建物の所有権を取得できていると反論する。

Cが上記の反論をする際、甲建物について対抗要件としての所有権移転登記を備えている必要があるか。

94条2項の趣旨は、善意の第三者の関係では虚偽表示を有効なものとして扱うことにある。

そうすると、真正権利者、相手方、第三者へと権利が移転したことになるから、真正権利者と「善意の第三者」とは、前主と後主の関係に立つ。

その結果、真正権利者を起点とした二重譲渡があったのと同様に考えることにより、真正権利者からの譲受人と「善意の第三者」とは二重譲渡における対抗関係に立つと考えることができる。

そこで、真正権利者からの譲受人は177条の「第三者」に当たり、「善意の第三者」が当該譲受人に対して94条2項による権利取得を対抗するためには、対抗要件としての登記を備える必要があると解する。

佐久間 I 129 頁

#### (6) 直接の第三者からの転得者の保護

例えば、case2において、CがDに対して甲建物を売却して引渡しも終えていたとする。

Aは、自分が甲建物の所有者であることと、Dが甲建物を占有することでAの甲建物の所有権を侵害していることを理由として、Dに対して、甲建物の所有権に基づき甲建物の明渡しを請求することが考えられる。

Dは、Aは甲建物に関するAB間の売買契約により甲建物の所有権を喪失しているから甲建物の所有権を有しないと反論する。

Aは、Dが所有権喪失原因として主張しているAB間の売買契約は通謀虚偽表示により無効であるから(94条1項)、Aは甲建物の所有権を喪失していないと再反論する。

Dの再々反論として、いかなる法律構成が考えられるかが問題となる。

##### [論点6] 善意の第三者からの悪意の転得者

Dは、Cが「善意の第三者」である場合には、再々反論として、自己の善意・悪意にかかわらず、CD間の売買契約によりCが94条2項により取得した甲建物の所有権を承継取得できるから、その結果としてAは甲建物の所有権を喪失することになると主張することが考えられる。

そこで、直接の第三者が善意・転得者が悪意である場合において、悪意の転得者は「善意の第三者」が94条2項により取得した権利をそのまま承継取得できるのかが問題となる。

虚偽表示の無効主張の可否を第三者と転得者ごとに相対的に判断する立場(相対的構成)からは、善意の第三者が悪意の転得者から権利供与義務違反(555条・561条)を理由とする債務不履行責任(415条、541条・542条等)を追及されることとなり、善意の第三者保護という94条2項の趣旨

B

最判 S42.10.31、内田 I 57 頁、佐久間 I 130~131 頁

に反する。

そこで、「善意の第三者」が 94 条 2 項によって確定的に権利を取得し、転得者は善意・悪意にかかわらず「善意の第三者」の権利を承継取得すると解する（絶対的構成）。

#### 〔論点 7〕 悪意の第三者からの善意の転得者

D は、C が悪意である場合には、〔論点 6〕 の法律構成を用いることができないため、再々反論として、自分は AB 間の売買契約が通謀虚偽表示によることについて知らなかったため「善意の第三者」（94 条 2 項）に当たるから、AB 間の売買契約の無効を対抗されず、その結果、A は D との関係では甲建物の所有権を失っていることになることと主張することが考えられる。

そこで、直接の第三者が悪意・転得者が善意である場合において、悪意の第三者からの善意の転得者も 94 条 2 項の「第三者」に含まれるかが問題となる。

94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外形の作出につき帰責性のある真正権利者の犠牲において虚偽の外形に対する第三者の信頼を保護することで、両者間の利益調整を図ることある。

この趣旨からすれば、直接の第三者が悪意である場合、真正権利者は、直接の第三者から目的物を取り戻すことで虚偽の外形を取り除くことができた以上、これを怠った真正権利者の犠牲において虚偽の外形を信頼した転得者を保護するべきである。

そこで、転得者も 94 条 2 項の「第三者」に含まれると解する（判例）。

B

最判 S45.7.24

佐久間 I 130 頁、内田 I 56 頁

### （7） 94 条 2 項による権利取得の法的構成

#### ア. 法定承継取得説

「善意の第三者」による権利取得の法的構成について、虚偽表示の相手方の地位が真正権利者のように扱われるのは、「善意の第三者」の有効な権利取得という結論についての一種の擬制であり、94 条 2 項による権利変動の実体的過程は、真正権利者から「善意の第三者」への同条項による法定の承継取得であると理解する。

この見解によると、「善意の第三者」は真正権利者から直接に権利を承継取得することになるから、真正権利者の所有権主張→売買契約を理由とする所有権喪失の抗弁→通謀虚偽表示の再抗弁→「善意の第三者」の主張という主張展開がなされる場合において、「善意の第三者」の主張は、再抗弁によりいったん覆滅した所有権喪失の抗弁による真正権利者の所有権喪失の効果を復活させるものではないため、再々抗弁には当たらない。<sup>4)</sup>

この見解からは、「善意の第三者」の主張は、売買契約を理由とする所有権喪失の抗弁と通謀虚偽表示の再抗弁を前提とする予備的抗弁に位置づけられる。

（総・実）

紛争類型別 88～90 頁

<sup>4)</sup> 抗弁とは、主張事実が請求原因事実と両立し、かつ、請求原因事実から生じる法律効果を覆滅（障害・消滅・阻止）する機能を有するものである（新問題研究 14 頁）。これに対応して、再々抗弁とは、主張事実が再抗弁事実と両立し、再抗弁から生じる法律効果を覆滅するとともに、抗弁から生じる法律効果を復活させる機能を有するものを意味する（要件事実論 30 講義 132 頁）。

## イ. 順次取得説

「善意の第三者」による権利取得の法的構成について、「善意の第三者」が出現することにより、真正権利者と相手方の間における通謀虚偽表示に係る契約が有効であったものとして扱われ、「善意の第三者」はこれを前提として権利を承継取得するものであると理解する。

この見解によると、真正権利者の所有権主張→売買契約を理由とする所有権喪失の抗弁→通謀虚偽表示の再抗弁→「善意の第三者」の主張という主張展開がなされる場合において、「善意の第三者」の主張は、再抗弁によりいったん覆滅した所有権喪失の抗弁による真正権利者の所有権喪失の効果を復活させるものとして、再々抗弁に位置づけられる。

## 3. 虚偽表示の撤回

通謀虚偽表示の当事者は、当事者間の合意により、虚偽表示を撤回することができる。

もともと、虚偽表示を撤回しても、虚偽表示に基づく外形（登記名義、占有）が取り除かれぬ限り、第三者の信頼の対象となる虚偽の外形が存在している点において撤回前と変わらない。

そこで、虚偽表示の撤回を第三者に対抗するためには、虚偽表示を撤回することに加え、虚偽表示に基づく虚偽の外形（登記名義、占有）を除去することまで必要であり、虚偽表示の撤回後、虚偽表示に基づく外形の撤回前にその外形を信頼して登場した第三者は、94条2項の「善意の第三者」として保護されると解する。

## 4. 94条2項の類推適用

### (1) 不動産物権変動における公信の原則の有無

公信の原則とは、真の権利状態と異なる公示が存在する場合に、公示を信頼して取引した者に対して、公示通りの権利状態があったのと同様の保護を与えることをいう。

判例・通説は、不動産物権変動について公信の原則を認めない（＝不動産登記には公信力が認められない）。不動産には192条のような規定がないことや、登記官には形式面についての審査権限しかないこと（＝形式的審査主義：登記官は、登記申請が正しい内容かどうかという実質面まで審査する権限を有しない）などが理由である。

case3：Bは、同居している父Aの書斎にある机の引出しからAの実印、Aが所有する甲土地に関する登記済証（権利証）、印鑑登録証明書等を持ち出し、これらを利用して甲土地の登記名義をAからBに移した。その後、Bは、甲土地をCに売却し、登記名義をBからCに移転した。Cは、Bとの売買の際、Bから示された甲土地の登記簿を見て、登記名義人であるBが甲土

(総)

民法（全）129～130頁

地の所有者であると信じていた。

A は、自分が甲土地の所有者であるとして、C に対して、甲土地の所有権に基づき、甲土地に関する C 名義の登記を抹消するように請求することが考えられる。

C は、自分は登記簿を見て甲土地に関する B 名義の登記を信じた上で B との間で売買契約を締結したのだから、甲土地の所有権を取得しており、その結果として A は甲土地の所有権を喪失していると反論する。

もっとも、不動産登記には公信力がないから、C は、甲土地に関する B 名義の登記を信じて甲土地に関する売買契約を締結していても、甲土地の所有権を取得できないのが原則である。

したがって、C の反論は、原則として認められない。

## (2) 94 条 2 項類推適用

case3 において、甲土地に関する B 名義の登記を信頼した C が甲土地の所有権を取得できないという結論では、C の取引安全が害される。そこで、C による甲土地の所有権の取得を認めることができないか、不実の不動産登記を信頼した第三者を保護するための法律構成が問題となる。

### 〔論点 8〕 94 条 2 項類推適用による権利取得

確かに、我が国では不動産登記に公信力が認められないから、登記そのものの効力として、不実登記を信頼した者について登記により公示された通りの権利の取得を認めることはできない。

また、通謀・虚偽表示がない場合には、94 条 2 項を直接適用することができない。

しかし、94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外形作出について帰責性のある真正権利者が第三者の信頼保護のために権利を失ってもやむを得ないとする権利外観法理にある。

そこで、①不実登記の存在、②真正権利者の帰責性及び③第三者の正当な信頼がある場合には、94 条 2 項の類推適用により、第三者には不実登記に対応する権利取得が認められると解する（判例）。

### 〔論点 9〕 真正権利者の帰責性

②真正権利者の帰責性の典型例として、㊦真正権利者が自ら不実登記を作出した場合（積極的関与）、㊧真正権利者が他人が作出した不実登記を存続させた場合（意思的承認＝真正権利者が不実登記の存在を知りながら、それを存続させることについて明示又は黙示に承認した場合）が挙げられる。問題は、㊦不実登記に対する積極的関与も意思的承認もない場合であっても、②真正権利者の帰責性が認められるか否かである。

例えば、A が B から騙されて、B から言われるがままに、内容・用途を確認することなく自己が所有する甲土地に関する売買契約書に署名・押印するとともに、甲土地の登記済証、実印、印鑑登録証明書を B に交付し、その後、B がこれらを用いて甲土地について AB 間の売買契約を原因とする所有権移転登記手続を行った上で、C に対して登記簿を見せて甲土地を売却したとい

A

佐久間 I 133～134、民法（全）130  
頁、

百 I 22 解説 5

A（総）

最判 H18.2.23・百 I 22

前掲 H18 最判の事案を参考

う事案では、B名義の不実登記について、Aによる積極的関与も意思的承認も認められない。もっとも、Aには、B名義の不実登記の出現について落ち度があるため、これをもってAの帰責性ありといえるかが問題となるのである。

94条2項の趣旨は、虚偽の外形作出について帰責性のある真正権利者が第三者の信頼保護のために権利を失ってもやむを得ないという権利外観法理にある。

そうすると、②不実登記についての真正権利者の帰責性としては、第三者保護のために権利を喪失させられてもやむを得ないといえるほどのものであることを要する。

そして、94条2項の類推適用が問題となる場面では、権利者と第三者の保護必要性の利益衡量が問題となり、この利益衡量の基礎をなすものが権利者の帰責性であり、外形作出に対する積極的関与や意思的承認は帰責性の徴表の典型にすぎない。

そこで、不実登記に対する積極的関与や意思的承認がない場合であっても、これらと同視し得るほど重い落ち度があれば、②真正権利者の帰責性が認められると解する(判例)。<sup>5)</sup>

#### [論点10] 第三者の正当な信頼

ここでいう信頼とは、登記が真実であると信じたことを意味する。問題は、正当な信頼というためには、善意のみならず無過失まで必要であるか否かである。

94条2項類推適用が問題となる画面では、真正権利者の静的安全と第三者の取引安全の調整が問題となっていることから、真正権利者の外形作出に対する帰責性の程度に応じて第三者の無過失の要否が変わると解される。すなわち、真正権利者の帰責性が94条2項が直接適用される場合と同程度に大きい場合には、第三者は無過失まで要求されないが、真正権利者の帰責性が94条2項が直接適用される場合よりも小さい場合には、110条も援用することにより第三者に無過失まで要求することになる。

##### 1. 意思外形対応型(94条2項単独類推適用)

真正権利者が認めた外形と第三者の信頼した外形とが一致する場合(不実登記の事案であれば、第三者が信頼した不実登記そのものに対する真正権利者の積極的関与又は意思的承認が認められる場合)には、真正権利者の帰責性が大きいから、利益衡量上、第三者に無過失まで要求するべきではない。

そこで、正当な信頼としては、善意だけで足りると解する(判例)。

##### 2. 意思外形非対応型(94条2項類推適用+110条の法意)

真正権利者が認めた外形が第三者の信頼した外形の生じた原因になっ

佐久間 I 138 頁

百 I 22 解説 4

A (総)

民法 (全) 130 頁

佐久間 I 136 頁

民法 (全) 131 頁、佐久間 I 136 頁

最判 S45.9.22・百 I 21

民法 (全) 131 頁、佐久間 I 137 頁

最判 S43.10.17、最判 S47.11.28

<sup>5)</sup> 前掲最高裁平成18年判決は、[論点9]の事例と同種の事案において、「Xの帰責性の程度としては、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ものといふべきである」と述べて②真正権利者の帰責性を認めた上で、③第三者の正当な信頼として善意・無過失まで要求した。

ているにすぎないために、真正権利者が認めた外形と第三者の信頼した外形とが一致しない場合（不実登記の事案であれば、真正権利者の積極的関与又は意思的承認のある不実の第 1 登記をもとに、その登記名義人が背信的行為により真正権利者の意思を逸脱する不実の第 2 登記を作出した場合）には、第三者の信頼の対象となった外形そのものについて真正権利者の積極的関与又は意思的承認がある場合に比べて、真正権利者の帰責性は小さいといえる。

そうすると、真正権利者と第三者との間の利益調整においては、第三者に無過失まで要求するべきである。

そこで、110 条の法意も考慮し、正当な信頼としては善意・無過失まで必要であると解する（判例）。

### 3. 真正権利者の意思によらないで外形が作出された場合

外形作出について、真正権利者の積極的関与や意思的承認そのものはないが、これと同視し得るほど重い落ち度が認められるという場合、第三者の信頼の対象となった外形そのものについて真正権利者の積極的関与や意思的承認がある場合に比べて、真正権利者の帰責性は小さいといえる。

そうすると、真正権利者と第三者との間の利益調整においては、第三者に無過失まで要求するべきである。

そこで、110 条も類推適用し、正当な信頼としては善意・無過失まで必要であると解する（判例）。<sup>6)</sup>

民法（全）131 頁～132 頁、佐久間

I 138～139 頁

最判 H18.2.23・百 I 22

## （3）公信の原則と公示の原則の違い

（総）

### ア. 公信の原則

公信の原則は、無いものを有るものとして扱ってもらえるかの問題である。すなわち、権利関係が存在しないのにそれが存在するような不実の「公」示がなされた場合に、その不実の公示を見て公示された通りの権利関係が存在すると「信」じた第三者との関係で、公示された通りの権利関係が存在したものととして扱うべきかという問題である。

不動産取引であれば、C が、A 所有の甲不動産について B 名義の所有権移転登記がなされているのを見て甲不動産が B 所有に属すると信じ、B との間で甲不動産の売買契約を締結した場合に、B 名義の所有権移転登記により公示された通りに甲不動産が B 所有に属することを前提として、C による甲不動産の所有権取得を認めることができるか、という問題である。

民法は、不動産取引については公信の原則を認めていないため、不実登記を見て甲不動産が B 所有に属すると信じた C が当然に甲不動産の所有権を取得することはできない。上記事例における C の保護は、民法 94 条 2 項類推適用の要件を満たす限りにおいて、図られるにとどまる。

<sup>6)</sup> 110 条の「法意」と「類推適用」については、⑦いずれも第三者の主観的要件が善意・無過失とされることを基礎付けるためのものであり、両者に区別はなく、「法意」も「類推適用」にほかならないとする説明と、⑧両者を区別した上で、110 条が「類推適用」されるのは真正権利者が授権に相当する行為をした場合であろうとする説明がある（民法講義 I 177 頁、佐久間 I 139 頁）。

これに対し、民法は、動産取引については、192条（即時取得）を定めることにより、公信の原則を採用している。これにより、Cは、Bによる動産甲（A所有）の占有を見てBが動産甲の所有者であると信じてBとの間で動産甲の売買契約を締結した場合、192条の他の要件も満たせば、Bの帰責性の有無にかかわらず、動産甲の所有権を取得（原始取得）できる。

#### イ. 公示の原則

公示の原則は、有るものを有るものとして扱ってもらえるかの問題である。すなわち、実際に存在する権利変動（等）を、第三者（債権譲渡では債務者も含む）との関係でも存在するものとして扱ってもらうためには、公示する必要があるかという問題である。

民法177条（不動産取引）、民法178条（動産取引）及び467条（債権譲渡）等は、公示の原則について定めている。

公示の原則は、実際に存在する権利変動（等）を第三者との関係で存在するものとして扱ってもらうための公示の要否の問題であるから、公示の要否・有無を問題にする前提として権利変動（等）の存在が必要であり、権利変動（等）が存在しないのであれば公示の要否・有無の問題に辿りつかない。

公示の原則では、①権利変動（等）の存否（例えば、賃借権では、その効力が第三者に及んでいるか）、②公示の要否（正当な利益を有する第三者であるか）及び③公示の有無に分けて考える。

このように整理すると、「存在しない権利変動（等）は、公示の要否（②）や有無（③）を問題とするまでもなく、第三者を含む他者との関係で存在するものとして扱われない」ということを理解しやすい。

①権利変動（等）は、不動産賃借権を新所有者に対抗できるかという場面などで問題になる。

債権の相対的効力を強調し、対抗要件を具備しない賃借権の効力は第三者に及ばないと理解するならば、話が①で終わり、効力が及んでいる通りに扱ってもらうために公示を要するかという②の問題に進まないため、第三者が背信的悪意者であったとしても、第三者に対して賃借権を対抗することはできないということになる。<sup>7)</sup>

<sup>7)</sup> 平成29年司法試験設問3の出題趣旨でも、新所有者Eから賃借人Cに対して物権的返還請求がなされた事案について、対抗関係構成の採否では、「対抗関係構成」が「Cの権利がEに対しても効力を有すること」を「前提」とするものであることと、「賃借権」が「債権である」ことが問題になると指摘されている。



(参考文献)

- ・「民法(全)」第2版(著:潮見佳男-有斐閣)
- ・「基本講義 債権各論Ⅰ」第2版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「基本講義 債権各論Ⅱ」第3版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「プラクティス民法 債権総論」第5版補訂(著:潮見佳男-信山社)
- ・「民法(債権関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)  
→「概要○頁」と表記
- ・「民法(相続関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)  
→「概要・相続○頁」と表記
- ・「詳解 改正民法」初版(著:潮見佳男ほか-商事法務)  
→「詳解○頁」と表記
- ・「詳解 相続法」初版(著:潮見佳男-弘文堂)  
→「詳解・相続法○頁」と表記
- ・「Before/After 民法改正」初版(編著:潮見佳男・北居功ほか-弘文堂)
- ・「Before/After 相続法改正」初版(著:潮見佳男・窪田充見ほか-弘文堂)
- ・「民法Ⅰ 総則・物権総論」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅱ 債権各論」第3版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅲ 債権総論・担保物権」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅳ 親族・相続」補訂版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「LEGAL QUEST 民法Ⅵ 親族・相続」第3版(著:前田陽一ほか-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅰ 総則」第3版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅳ-1 契約」初版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法の基礎1 総則」第4版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「民法の基礎2 物権」第2版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「担保物権法 現代民法Ⅲ」第3版(著:道垣内弘人-有斐閣)
- ・「要件事実論30講」第4版(編著:村田渉・山野目章夫-弘文堂)
- ・「紛争類型別の要件事実」3訂(法曹会)
- ・「新問題研究 要件事実」付-民法(債権関係)改正に伴う追補-(法曹界)
- ・「民事判決起案の手引」(法曹界)
- ・「要件事実マニュアル1」第4版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「要件事実マニュアル2」第4版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「民法判例百選Ⅰ 総則・物権」第8版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅱ 債権」第8版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅲ 親族・相続」第2版(有斐閣)
- ・「最新重要判例解説」平成18年度～令和2年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2021(日本評論社)