

第2節. 通謀虚偽表示

A 基礎・応用 41～51 頁

1. 意義

「相手方と通じてした虚偽の意思表示」は無効である（94条1項）。

「相手方と通じてした虚偽の意思表示」とは、法律効果不発生の合意に基づく意思表示のことであり、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。

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。

2. 「善意の第三者」の保護

(1) 概要

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。

(2) 「第三者」の意義

[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ものであって、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）。

A
大判 T5.11.17

(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。¹⁾

[論点2] 「善意」（無過失の要否）

94条2項では、「善意」と定められているにとどまる（96条3項対照）。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ところ、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べきではない。

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

(4) 登記の要否

[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

A
最判 S44.5.27

¹⁾ 「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）。

について対抗要件を備える必要があるか。

例えば、AがBに対して通謀虚偽表示による売買契約に基づき甲建物を引渡し、BがCに対して甲建物を売却して引き渡したとする。

Cは、通謀虚偽表示によりAB間の売買契約は無効であるから甲建物はAの所有に属する旨のAの主張に対して、自分は「善意の第三者」として保護されるから甲建物の所有権を取得した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。

「善意の第三者」との関係で虚偽表示が有効と扱われる結果、権利が順次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。

そこで、「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。

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、「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

(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、〔論点3〕の事例において、AがDとの間で、甲建物に関する売買契約を締結していたとする。

Dは、甲建物を占有する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と主張する。これに対し、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、Cは「善意の第三者」として保護されるから甲建物の所有権を取得したと反論する。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。

「善意の第三者」との関係で虚偽表示が有効と扱われる結果、権利が順次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、対抗関係を観念できる。

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。

A

(6) 直接の第三者からの転得者の保護

例えば、[論点 3] の事例において、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、D に対して、甲建物の所有権を主張する。

D は、A は AB 間の売買契約により甲建物の所有権を喪失していると反論する。

A は、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と、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 - 判例)。

[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。

権利外観法理という 94 条 2 項の趣旨からすれば、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)。

(7) 94 条 2 項による権利取得の法的構成

「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」

B

最判 S42.10.31

B

最判 S45.7.24

法定承継取得説もある。

はこれを前提として権利を承継取得する（順次取得説）。

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。

もっとも、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）が取り除かれない限り、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）。

(2) 94条2項類推適用

例えば、BがAに無断でAが所有する甲土地について登記名義をBに移転した上で、Cに対して甲土地の登記簿を見せて甲土地がBの所有に属すると信じさせ、甲土地をCに売却したとする。

不動産登記には公信がない以上、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。

もっとも、これでは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

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觀法理にある。

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

A

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。

A

最判 H18.2.23・百 I 22

前述した94条2項の趣旨からすると、真正権利者と第三者の保護必要性の利益衡量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）。

〔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。

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。

A

最判 S45.9.22・百 I 21

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には、真正権利者の帰責性が大きいから、第三者の正当な信頼としては善意で足り、無過失までは不要と解する（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には、真正権利者の帰責性は小さいから、110条の法意も考慮し、第三者の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）。

最判 S43.10.17、最判 S47.11.28

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には、真正権利者の帰責性は小さいから、110条も類推適用し、第三者の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）。

最判 H18.2.23・百 I 22

(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)