民法94条２項および民法110条の類推適用について

後　藤　泰　一

〔最高裁平成18年２月23日第一小法廷判決（平成15（受）第1130号所有権移転登記抹消登記手続請求事件）（民集60巻２号546頁，判時1925号92頁，判タ1205号120頁，金融・商事判例1253号14頁，金融商事法務1778号87頁）〕

【事実の概要】

概要以下のような事実が認定されている。⑴X（原告・控訴人・上告人）は，平成７年３月にその所有する土地を大分県土地開発公社の仲介により日本道路公団に売却した際，同公社の職員であるＡと知り合った。⑵Xは，平成８年１月11日ころ，Ａの紹介により，Ｂから，本件土地及び建物（以下，これらを併せて「本件不動産」という）を代金7,300万円で買受け，同月25日，ＢからXに対する所有権移転登記がされた。⑶Xは，Ａに対し，本件不動産を第三者に賃貸するよう取り計らってほしいと依頼し，平成８年２月，言われるままに，業者に本件不動産の管理を委託するための諸経費の名目で240万円をＡに交付した。Xは，Ａの紹介により，同年７月以降，本件不動産を第三者に賃貸したが，その際の賃借人との交渉，賃貸借契約書の作成及び敷金等の授受は，すべてＡを介して行われた。⑷Xは，平成11年９月21日，Ａから，上記240万円を返還する手続をするので本件不動産の登記済証を預からせてほしいと言われ，これをＡに預けた。また，Xは，以前に購入しXへの所有権移転登記がされないままになっていた大分市大字松岡字尾崎西7371番４の土地（以下「7371番４の土地」という）についても，Ａに対し，所有権移転登記手続及び隣接地との合筆登記手続を依頼していたが，Ａから，7371番４の土地の登記手続に必要であると言われ，平成11年11月30日及び平

成12年１月28日の２回にわたり，Ｘの印鑑登録証明書各２通（合計４通）をＡに交付した。なお，ＸがＡに本件不動産を代金4,300万円で売り渡す旨の平成11年11月７日付け売買契約書（以下「本件売買契約書」という）が存在するが，これは，時期は明らかでないが，Ｘが，その内容及び使途を確認することなく，本件不動産を売却する意思がないのにＡから言われるままに署名押印して作成したものである。(5)Ｘは，平成12年２月１日，Ａから7371番４の土地の登記手続に必要であると言われて実印を渡し，Ａがその場で所持していた本件不動産の登記申請書に押印するのを漫然と見ていた。Ａは，Ｘから預かっていた本件不動産の登記済証及び印鑑登録証明書並びに上記登記申請書を用いて，同日，本件不動産につき，ＸからＡに対する同年１月31日売買を原因とする所有権移転登記手続をした（以下，この登記を「本件登記」という）。(6)Ａは，平成12年３月23日，Ｙ（被告・被控訴人・被上告人）との間で，本件不動産を代金3,500万円で売り渡す旨の契約を締結し，これに基づき，同年４月５日，ＡからＹに対する所有権移転登記がなされた。Ｙは，本件登記等からＡが本件不動産の所有者であると信じ，かつ，そのように信ずることについて過失がなかった。(7)Ｘは，平成12年４月５日付のＡからＹへの所有権移転登記ならびに同年２月１日付のＸからＡへの所有権移転登記の抹消を求めた。

第１審（大分地判平成14年４月19日判時1842号79頁）は，ＸからＡに対して本件不動産および別件の土地に関する様々な代理権を付与されており，Ｙには本件不動産の所有者はＡであると信じたことについて「正当な理由」があると述べて，民法110条を類推適用しＸの請求を棄却した。

原審（福岡高判平成15年３月28日判時1842号79頁）は，第１審と同じく民法110条の類推適用により，Ｙが本件不動産の所有権を取得したと判断した。なお，Ｘはこの点につき，本件は第三者が不動産の不実の外形（登記等）を信じて取引関係に入った事案であるから，まず民法94条２項の類推適用が認められる場合か否かについて検討し，それが肯定される場合に民法110条の類推適用が検討されるべきである旨の主張をしていたのであるが，原審は，

ＸがＡを全面的に信頼し，本件不動産に関してその購入からその後の管理に至るまで一切を任せるという内容の代理権を授与していたところ，ＡがＸから信頼されていることを奇貨として，授与されていた地位や権限を濫用して本件不動産につき虚偽の外観（登記済権利証の所持，ＸからＡへの所有権移転登記の経由）を作出し，本件不動産を第三者であるＹに処分したという場合においては，権限のある者の処分行為であることを信頼して取引した第三者の保護を図る民法110条の類推適用（第三者の側の正当理由だけを問題にするのではなく，基本代理権授与の有無及び代理人の権限踰越の事情等の観点から本人側の帰責事由の有無をも問題とする）の可否を検討するのが相当であるとして，Ｙ名義の所有権移転登記の抹消登記請求は認めずに平成12年２月１日付のＸからＡへの所有権移転登記の抹消登記の請求だけを認めた。

Ｘ上告。代理形式ではなく訴外Ａが自己名義にした不実登記を信頼して本件不動産を購入した相手方の保護は，民法94条２項が類推適用される場合にのみ民法110条の類推適用が検討されるべきであり（すなわち，民法94条２項と民法110条の併用がなされるべきである），民法94条２項が類推適用される余地のない場合にまで，民法110条のみを類推適用することは許されないというべきであると主張した。

【判旨】

上告棄却　「前記確定事実によれば，Ｘは，Ａに対し，本件不動産の賃貸に係る事務及び7371番４の土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7371番４の土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使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。Ｘの請求を棄却すべきものとした原審の判断は，結論において正当である」として，Ｘの上告を棄却した。

【研究】

一．本判決の趣旨および問題点の整理

１．本判決の趣旨

本判決は，Ｘ所有の不動産につき，Ｘの「余りにも不注意な行為」によりＡによって虚偽の外観（Ａ名義の不実の登記）が作出され，これを買い受けたＹが善意・無過失である場合に，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るかどうかが争われたものである。最高裁は，ＸにはＡによる虚偽の外観（Ａ名義の不実の登記）が作出されたことにつき，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「同視できるほど重い」と述べ，94条２項および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とした（善意・無過失のＹを保護した）。要するに，Ｘの一連の行為，すなわち，

Xが登記済証を預けた行為・印鑑登録証明書4通を交付した行為・売買契約書に署名押印した行為等々は，後々「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」させてもおかしくない行為であり，そしてまた，そういう状況を生じさせているにもかかわらずXはこれを顧みることがなく，さらに，Aのいうがままに実印を渡し，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際に――本来であれば，その内容を確認したり，また，使途を問いただすなどして，Aによって本件不動産がほしいままに処分されるようなことがないように確認すべきところを――ただ漫然とこれを見ていたということが，「余りにも不注意な行為」と評価されたのである。だからこそ，その帰責性は（Xが自ら積極的に外観を作出したわけではないが），「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」と同じように重いと解されたのである。

そもそも94条2項は，一般に権利外観法理の現れと見られており，本件のように，通謀虚偽表示以外の事案であっても取引の安全を図る必要性がある場合に，この規定がしばしば類推適用される。「94条2項本来の趣旨からいえば，あくまで権利者本人に，虚偽の外観を作り出したに等しい落ち度が必要だということである。この落ち度（換言すれば，権利の外観に対する何らかの関与）がどの程度のものであれば虚偽表示という積極的行為に等しいと評価できるかは難しい問題である」[1]といわれるように，本件も難しい問題のように思われる。ただ，94条2項の類推適用の要件（帰責性の判断基準）を緩和し過ぎると――取引の安全のみを重視し過ぎると――静的安全が必要以上に害されるという危惧も出てくる[2]。

2．問題点の整理

学説の多くは，本判決における結論の妥当性を肯定しているようであり，私も本判決の結論には賛成である。ただ，一般論として考えたとき，登記に公信力を認めるに等しい結果をもたらすものであればこそ，権利者の帰責性についての明確な基準はいっそう厳格に扱われなければならないものと考える。本最高裁判決に則して，これまで既に様々な視点から多くの研究がなさ

れているが，本稿では，私なりに３点ほど問題点を取り上げて考えてみようと思う。

まず，第一に，権利者Ｘの帰責性に関して，権利者Ｘの行為がなぜ不動産所有権を失っても仕方がないとされるほどの行為と評価されたのか（信頼した第三者をなぜ保護しなければならないと評価したのか）を取り上げてみる。本判決のように，Ｘ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もの」という構成がはたして適切だったのだろうか。権利者Ｘが不動産所有権を失うかどうかがかかっているだけに，Ｘの帰責性の判断は慎重かつ厳格でなければならないことは疑いのないところである。そういう視点を強調すれば，Ｘの帰責性は，「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」という構成の仕方はやや疑問に思う。むしろ，Ｘの一連の「余りにも不注意な行為」は，客観的にみれば，Ａによる虚偽の外観作出に何らかの形で関与していると見られても仕方のない行為，あるいは，作出に至る段階におけるＸの一連の行為から黙示的な承認があったとみられてみ仕方のない行為といってもいいのではないか。もし，そうであれば，民法94条２項類推適用の要件とされる虚偽の外観作出への関与や明示または黙示の承認を満たしている事案として，従来の判例の基準に則って処理することも可能だったのはなかろうか。この点，もう少し検討すべき余地があると思われる。

つぎに，第二として，第三者の保護要件に関して，第三者の善意・無過失を要するという点においては，判例も多くの学説も一致しているが，その法的根拠をどこに求めるか，どのような法律構成がいいのかといった問題を考えてみる。本判決のように，94条２項のほかに110条を持ち出して処理するのがいいのか，あるいは94条２項単独の類推適用問題として処理するのがいいのか，という問題である。

そして，第三に，本件のような事例は，この種の問題――民法94条２項類推適用に際しての権利者の不注意の程度――に関する限界事例なのかどうか

といった問題も検討しておきたい。

二．民法94条２項および110条の法意の適用ないし類推適用に関する判例・学説

１．判例の概観

⑴ 権利者が承認した外観（外形）以上の外観を他人が作出し，第三者が後者の外観を信頼して（善意・無過失）取引した場合において，判例は，94条２項および110条の法意により，権利者は第三者に対して権利を主張できないとして問題の解決を図ってきた――94条２項の類推適用要件としての権利者の事情（帰責性）と110条の法意（ないし類推）適用要件としての第三者の事情（善意・無過失）との総合的判断によって解決が図られているということである（権利者が自ら虚偽の外観を作出した場合や他人が作出した虚偽の外観を放置しただけでなく黙示的ないし明示的にこれを承認した場合には，94条２項の単独の類推適用によって解決が図られているが，この場合には，必ずしも通謀性を要しない）。

① 不動産について売買予約がされていないのにもかかわらず，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，民法94条２項，110条の法意に照らし，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（最判昭和43・10・17民集22巻10号2118頁）――権利者Ａが承認した外観（仮登記）以上の外観（本登記）を他人Ｂが作り出し，この外観を信頼した善意・無過失の第三者Ｃが現れたときは，Ａは94条２項および110条の法意に照らし外観の尊重および取引保護の要請上この第三者Ｃに対しては権利を主張することができないというものである。

② 融資を受けるために売買を仮装してＡ所有の不動産をＢ名義にした場合，Ｂから所有権移転登記を経由した善意・無過失のＣに対して所有権取得の無効を対抗できない。それは，民法94条２項，110条の法意に照

らし，外観尊重および取引保護の要請に応ずるゆえんだからであるという（最判昭和45・６・２民集24巻６号465頁）。

③　Ｂから不動産を買受けたＡが所有権移転登記ではなく抵当権および所有権移転請求権保全の仮登記をした場合において，ＣがＢから善意無過失でこの不動産を買受けて所有権取得登記をしたときは，ＡはＣに対して所有権を主張できない。「不動産について売買の予約がされていないのにかかわらず，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いままに右仮登記に基づき所有権移転登記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ころ」であるとして，①の判例を引用する（最判昭和45・11・19民集24巻12号1916頁[3]）。

④　仮装の所有権移転請求権保全の仮登記をする意思でＡの署名押印した書類をＢがほしいままに用いて行った所有権移転登記につき，Ａは民法94条２項，110条の法意に照らしてＢの所有権取得の無効を善意無過失の第三者に対抗できない（最判昭和47・11・28民集26巻９号1715頁）。

⑤　Ｘ所有の不動産につきＡが自己への虚偽の移転登記をしてＹに転売したという事案であるが，以下のような事情があった。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，Ａ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が，もとより本件第１登記がされることを承諾していなかったところ，ＸがＡに印鑑登録証明書を交付した３月９日の27日後の４月５日に本件第１登記がされ，その10日後の同月15日に本件第２登記が，その13日後の同月28日に本件第３登記がされるというように，接着した時期に本件第１ないし第３登記がなされた。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Ｂの代表者であるＡからの言葉巧みな申入れを信じて，同人に上記の趣旨

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すような外観を作出する意図は全くなかった。Ｘが本件第１登記がされている事実を知ったのは５月26日ころであり，Ｙ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１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く，Ａ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Ｂ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Ａ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。最高裁は，以上のような事情を総合した上で，「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１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Ｙらに対抗し得ないとする事情はないというべきである」とした（最判平成15・６・13判時1831号99頁）。

⑵　上記⑤の最高裁平成15年６月13日判決につき，川井教授は，実務への影響に言及し，つぎのように述べられる。すなわち，「本判決は，『取引の安全』が独り歩きをして，不動産の所有権が安易に奪われるのを警めたものである。従来から，権利者が他人名義の登記になっているのを放置していたというだけで，94条２項の類推適用を認めるのは疑問とする学説が有力であったが，本判決は，民法94条２項・110条の法意の適用ないし類推適用のケースにつき，権利者保護に傾いた判断を示したものである」[4]と。このような視点で捉えるならば，本件において「取引の安全」と「権利者の保護」とのどちらを重視すべきかにつき難しい判断を求められるが，本最高裁は，取引の安全を重視した判断を示したものといえる。

２．学説の立場

⑴　このように，判例においては，不動産所有権が移転していないのに移転しているかのような外形（登記）が作られている場合，一定要件のもとで真実の権利者は，その外観を信頼して取引関係に入った第三者に対して，外形が真実の権利を伴わないものであることを主張することができないとする理論が確立しているのであるが，このような態度につき，学説は大方理解を示しているように思われる[5]。例えば，内田貴教授は，上記①の判例に関して，「最高裁がわざわざ110条を持ち出したのは，Ａが自ら作り出し出した外観と第三者が信頼した外観とが一致しておらず（意思外形非対応型と呼ばれる），外観作出に果たしたＢの背信的行為の度合いが大きいため，第三者保護の要件として110条におけるように正当理由（善意・無過失）を要求するためだと理解できる。もっとも，94条２項の『善意』とは，無過失を含んでいると解釈すれば，あえて判例のような法律構成をとる必然性はなさそうであるが，単なる虚偽表示よりＢの背信性の程度が大きいことから，通常の虚偽表示と比べて第三者に要求される注意義務の水準が高くなる（『過失』の判断に影響する）ことを表現する点では，意味のある法律構成といえる」[6・7]とされる（なお，判例は，94条２項本来の適用の場面で，「第三者保護の要件としての『善意』を文字通りに解して，『無過失』までは必要としないという立場をとっているが，これを94条２項類推適用の場合にもあてはめている（非対応型は別である）。これに対しては，学説の批判が強い」[8]とされている（なお，この点については後述する――本稿三・２「第三者の保護要件（善意・無過失）との関連」参照）。

⑵　学説は，94条２項の類推適用に関する判例が大きく２つに分類されること，そしてその類型に応じて扱いが異なることなどを指摘する[9]。

㈠　第一の類型として，「意思外形対応型」がある。通謀虚偽表示があったというわけではなく権利者自身が外形（外観）を作り出したという場合（「不実登記の形成に真正権利者が直接かつ積極的に関与する場合」[10]）に（「外形自己作出型」），それを第三者が信頼したときには，

「同条２項が保護しようとしている利益状況に類似する」[11]ので，第三者は94条２項の類推適用によって保護を受けるとされてきた[12]。さらに，判例は，権利者自身が虚偽の外形を作出したのではなく他人が権利者の権利証や印鑑等を勝手に使って登記名義を自分に移したというような場合（「不実の登記が，他者の手によって経由され」，それが真正な権利者の「消極的な関与のもとに存続したケース」[13]）においても（「外形他人作出型」），権利者がその外形（他人名義の登記）を後から承認したようなときには94条２項を類推適用するようになった。例えば，これについての代表的な判例である最高裁昭和45年９月22日判決（民集24巻10号1424頁）は，Ａ所有不動産の名義をＢが勝手にＢ名義にしたのをＡが知りながら，Ａは登記の抹消を４年余りもせずにそのまま放置したのみならず，その間において，Ａの債務を担保するのにＢ名義のまま当該不動産に抵当権を設定したという場合において，Ａには明示または黙示の承認があったとして94条２項の類推適用によりＡは，Ｂからの善意の譲受人Ｃに対して所有権移転を否定することができないとした[14]。

(イ) 第２の類型として，「意思外形非対応型」がある。これは，真実の権利者の意思と第三者の信頼の対象となった外形との対応が欠けており，外形が意思を逸脱する場合――権利者Ａが作出または承認した「第１の外形」が作られた後，それを基礎にして他人が別の「第２の外形」を作出し，これを信頼した第三者が取引関係に入ってくる場合――である。この場合には，「第２の外形」に対する権利者の承認がない――例えば，上記①の判例（最高裁昭和43年10月17日判決）の事案は，Ａの信用を外見上増大させる目的でＸの不動産について仮登記をしたところ，ＡがＸの印鑑を無断使用して本登記に改めた上でＹに対する処分がなされたというものであったが，本登記（「第２の外形」）に対するＡの承認はない――という事情があるために，「『意思外形対応型』と同じ論理で権利者に責任を負わせることはできないということになる。そこで，判例は，『94条２項・110条の法意に照らし，外観尊重および取引保護の要請』か

ら，善意無過失の第三者を保護する。110条が援用されているのは，本人が代理人に与えた基本代理権の範囲を超えて代理行為がなされた場合に類似するからである。第三者の充たすべき要件として，意思外形対応型では単なる『善意』でよいとしているのに対して，非対応型では『善意・無過失』を要求するのもこのためである」[15]とされる[16]。

三．本判決の位置付けおよび妥当性

１．本判決の位置付け――「意思外形対応型―外形他人作出型」の可能性

⑴　ところで，本件における第１審および原審では，ＸからＡに対して本件不動産および別件の土地に関する様々な代理権を付与されているとの認定のもとに民法110条の類推適用による解決を図ったのであるが，本最高裁判決は，94条２項のほかに110条をも類推適用したことの根拠について何ら明確な言及をしていない[17]。

本判決では，権利者Ｘが登記に必要な書類や実印などを手渡したりしているが，不実の登記＝虚偽の外形を認識・容認していたとの前提には立っていない（原審での主張によれば，Ａ名義の登記がなされたということをまったく知らなかったとされている）。そうなると，従来の判例理論ではＸは所有権を失わない（善意の第三者は保護されない）ということになる。この点につき，学説は，「ＸがＡに不動産に関する取引や事務を広範かつ継続的にゆだね，それらの取引に必要のない書類を・実印等を自ら与えたために，Ａが権限外行為にあたる自己名義への登記手続をし，その結果として本件登記がされたことから，本件登記の作出につき民法110条が類推され，Ｘは不実の本件登記を自ら作出したものと同視されることを拒めないとみるべきではないかと思われる」[18]と解したり，あるいは，Ｘの「余りにも不注意な行為」によってＡによる外形が作出されたのであり，「そこで，本判決は，善意無過失の第三者Ｙを保護するために，民法94条２項と110条の『類推適用』という新たな類型を認めた」[19]と解したりしている。あるいは，「本件事案における真正権利者Ｘには，何らの権利外観を作出

し，あるいはこれを承認する意思を有していたわけでなく，……Aの言うがままに行動することによってAの権利者としての外観を結果的に作出することになった点で著しい不注意があったというにとどま」り，「そのような意思的承認を欠く場合であっても，それと同視できるような重大な帰責性が認められる場合に，民法94条２項・110条の類推適用可能性を認めたという点で，本判決は，従来の類推適用型事例とは異なる新たな類推適用型を認めたものであり，本判決の最も重要な意義はこの点にある」[20]と解するものもある[21]。

ただ，このように解したとしても，本件では，94条２項に加えて110条をも援用する場合に従来の判例理論が前提としてきたところの権利者が関与ないし承認した「第１の外形」とは何なのかという問題が残る。たしかに，原審のように，AがXから全面的に信頼されていること――本件不動産に関してその購入からその後の管理に至るまで一切を任せるという内容の代理権を授与されていること――を奇貨として，Aはその授与されていた地位や権限を濫用して本件不動産につき虚偽の外観を作出し本件不動産を第三者であるYに処分したという事情を捉えるならば，本人が代理人に与えた基本代理権の範囲を超えて代理行為がなされた場合に類似しており，したがって，そこに110条が援用される素地があるといえなくもいない。しかしながら，110条を援用する場合に従来の判例理論が前提としてきたところの「第１の外形」について本件事案ではもう一つはっきりしない。

⑵　この点につき，吉田克己教授は，本件事案を分析され，「従来の非対応型で想定されているのは，非対応といっても，実は，外形の一部のみが非対応のケースである（一部非対応型）。本件においては，第１の虚偽の外形も作出されていないのであるから，外形に対応する意思が全くない。その意味で，本件は，意思外形全部非対応型なのである」[22]との指摘をされた上で，この場合に94条２項と110条が類推適用されるのだといわれる[23]。

⑶　吉田克己教授のいわれるよう，やはり，第１の虚偽の外形も作出されていないとみるべきであり，本判決を94条２項と110条の「新たな類推適用

型」を認めたものという捉え方にもたしかに一理ある。

ただ，敢えていうならば，そもそも「第２の外形」のもとになる「第１の外形」が存在しない（はっきり明示されていない）――そういう意味で二つの（二重の）外形が作出されているとはいえない――以上，本件事案に110条を「類推適用」するという法律構成（第三者の善意・無過失を要求するためという判例の立場はあるにせよ）は，適切とはいえないのではないかという疑問をもっている。本件事案は，むしろ，上述したようにXがAのやっていることを黙ってみていたというのが真相であり，Aによって作り出された虚偽の外形に何らかの形でXもかかわりがあったと見られても仕方のないケース，あるいは，その外形を黙示的に承認していたとみられても仕方のないケースであって（この点，吉田教授は，上記のように「外形に対応する意思が全くない」とされる），いわば広い意味での意思外形対応型（外形他人作出型）の一事例（94条２項（単独の）類推適用事例）として処理されてもよかったように思われる（ただ，その場合，第三者保護要件（善意・無過失）をどう考えるかという問題があるが，この点は後述する）。以下のような理由による。

(i) 本件不動産がAによって欲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，Xはこれを顧みることなく，さらに，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使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ような「余りにも不注意な行為」がXには存在している。このように，Aによる虚偽の外観が作出されるまでの過程において――本件不動産につきAによって欲しいままに処分されかねない状況が作り出されるまでの過程（あるいは虚偽の外観作出の前段階）において――Xは「余りにも不注意な行為」を通して深くかかわっているのである。

(ii) そうであるならば，これだけの余りにも不注意な行為をしたXが（そこまでしたXが），Aによる虚偽の外形作出に関して如何なる意味にお

いても一切関与していないとは到底いえないと考えるべきであろう。むしろ，Xは――明確な意思があったとはいえないが――このまま事態が進めば不動産を失うことになるかも知れないという状況にありながら（あるいは，そういうことを感じつつも）「余りにも不注意な行為」をとってしまったというように理解すべきではないだろうか。要するに，客観的にみれば，Xには，Aが虚偽の外観・外形を作出するに至る過程において（外形作出に至るまでの事前段階において），積極的ではないにせよ複数の消極的な関与があったのであり，また，それらの行為を通して事前の段階に黙示の承認があったとみなされても仕方がない状況が存在したとみることができるのである。ちなみに，権利者の積極的な関与の場合からさらに一歩踏み込んで，単なる承認の場合にまで94条２項の類推適用範囲を広げた最高裁昭和45年９月22日判決[24]は，その理由につき，「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で理由はないからである」と述べている。

(iii) かくして，本件事案は，本来の典型的な意思外形対応型とはいえないにしても（権利者Xが不実の登記（虚偽の外形）を認識ないし容認していたとの認定はされていない），しかしながら，広い意味で考えれば，意思外形対応型（外形他人作出型）に属する事例ないしその一つの類型（94条２項単独の類推適用の事案）と理解することができるのである。

(4) 94条２項類推適用のための権利者の帰責性については，権利者が何らかの意味において外観・外形の作出に関与したという事情，あるいは，少なくともこれを放置し承認したとされるような事情を要求する従来の明確な基準を崩してはならないと考える。このことは，登記に公信力を認めていないわが民法のもとではきわめて重要な点である。第三者が保護されて所有権を取得するということは，本来の所有者が所有権を失うことであり，だからこそ，所有者には帰責性とか非難に値する事由が必要なのであり，

「これを軽視してはならない」[25]のである。この点，上述のように，（私見によれば）Ｘは外観作出について消極的であるにせよ明確な形で関与しており，そこに帰責性ないし非難に値する事由が認められるのである。これを本判決に沿っていうならば，Ｘの帰責性の程度はＡによる外観作出につき事前に消極的な関与があった場合も，「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」ということになる。ただ，94条２項単独の類推適用を前提にすると，第三者の保護要件をどう考えるかという問題が残るが，この点については，以下において考察を加えていこう。

２．第三者の保護要件（善意・無過失）との関連

⑴　94条２項の類推適用の要件として，①他人名義の放置（自己の権利の名義が他人名義になっていることを知りながらこれを放置していること――権利者自ら他人名義にしたか，他人が勝手に自己の名義にしたかは問わない），②他人名義の承認（権利者が自己の権利の名義が他人名義になっていることを明示または黙示に承認していたこと），③第三者の善意（第三者が名義人を権利者と信じたこと）があげられる。さらに，④第三者の無過失の要否については議論がある。94条２項本来の適用の場合には，学説は必要説[26]と不要説[27]に分かれるが，判例は無過失不要説の立場をとっている[28]。判例は，さらにこれを94条２項の類推適用の場合（意思外形非対応型でないケース）にも当てはめ，無過失を不要としている[29]。

これに対して，学説は，94条２項類推適用の場合には第三者の無過失を必要とする学説が有力である。例えば，川井教授は，94条２項の類推適用の場合には，94条２項の本来の適用の場合とは異なり，第三者の無過失を必要とし，あえて110条の法意を持ち出すまでもなく，94条２項の類推適用によって処理が可能となり，また，それで足りるとされる[30]。さらに，近江教授も，94条２項の類推適用が，「外観を信頼した者を保護するという思想である以上は，外観を信頼したことにつき，過失ある者まで保護しようとする制度ではない」のであって，第三者には「善意」・「無過失」

が当然に要求されるべきものと述べられる[31]。この立場では，「判例のいう110条の併用の場合のみならず，通謀性の判断が等閑視される類推適用の場面では一般に「無過失」が要求されるべきものと解するとともに，判例のように，「無過失」を引き出すために110条を持ち出すことは必要なしといわなければならない」し，「結局，94条２項の類推適用に際しては，真の権利者……の外観存在に対する「帰責性」と，第三者の「善意・無過失」の相関関係で判断されることになる。」[32・33]　もっとも，「登記には推定力があるので（登記名義人には所有権があると推定される），無過失を要求しても，判例の立場とたいしてかわらない」というのが実際であろう[34]。以上のような見解に従えば，本件事案について，94条２項単独の類推適用によって処理することが可能であり，また，本判決と同じ結論に達することができる[35・36]。第三者の立場から考えてみると，信頼した外観（外形）が，意思外形対応型（外形自己作出型・外形他人作出型）における（虚偽の）外形であったならば善意だけで保護されるが，それがたまたま（非対応型における）「第２の外形」であった場合には，善意に加えて無過失でなければ保護されないというのでは，取引に安定性を欠くといわざるをえない。外形を信じた第三者の保護要件が外形の作出に対する権利者の係わり方によって異なってくるというのは整合的でない。外形の作出に何らかの関与をしたとはいえ権利を失うことになるかも知れない権利者とのバランスからいって，やはり，外形を信頼したことに過失がない（善意・無過失の）第三者のみが保護されるということで一貫すべきであろう。

⑵　ところで，従来，民法94条２項および110条の「法意」によって解決するという手法そのものに批判的な学説がある。例えば，川井健教授は，前掲最判平成15・６・13（上記⑤の判例）の研究において，以下のように述べられる。すなわち，「この基準は，第一小法廷の松田二郎裁判官たちが創造した裁判官法といえる。①判決（本稿裁判例①に相当する。以下同じ――カッコ内・後藤）の担当最高裁判所調査官は鈴木重信であった。同氏の判例解説では，英米法のエストッペルや大陸法のレッヒツシャインが引

用され，94条２項の第三者につき多数説は無過失を要しないとしていること，他方，民法110条につき相手方の無過失が要求されているところから，判決は『民法94条２項および110条の法意に照らし，外観尊重および取引保護の要請』という一般法理を根拠に採用したといわれる（昭和43年度最高裁判所判例解説民事篇126・1200頁）。しかしながら，鈴木氏自身は，①判決を『民法94条２項の類推適用でまかなえなかったものでもないと私は考える』と言っておられる」[37]と。そして，民法94条２項および110条の法意という基準に疑問をもつとされ，94条２項の類推適用は，適用と異なり，「修正的適用が可能と思う。したがって，94条２項の類推適用の場合に，実質的には94条２項を借用して登記の公信を一定要件の下に認めるものであり，この場合には，第三者の無過失を要件とすべきものと考えられる。この考え方によると，『民法94条２項および110条の法意』という基準は不要であり，単純に民法94条２項の類推適用で十分だといえる」と指摘される[38]。

(3)　それでは，「法意適用」と「類推適用」とでは実際にどのように違ってくるのか。この点についても，川井教授は重要な指摘をされている。すなわち，「条文の類推適用の場合には，条文の要件に従って主張・立証の配分を決定することができる。しかし，『法意』の場合には，鈴木重信氏のいわれるように，一般条項であって，主張・立証の配分が不明である。訴訟当事者は，この基準の下で，具体的に何を主張・立証すればよいのかわからない。さらに具体的な基準の明確化が必要と思われる。ただし，従来『法意』といわれてきた場合の多くは，類推適用と同義であったように思われる。むやみにあいまいな『法意』を創造すると，条理裁判になると思われる」と[39]。川井教授のこの指摘は，まさに「むやみにあいまいな『法意』」の創造が行われることへの一つの警鐘を鳴らしたものとして理解しうるのではあるまいか。本判決は法意の適用ではなく類推適用によって処理をしたのであるが，上述のような学説の指摘が本判決に影響したものとは考えられないだろうか[40]。

3．本件は限界事例か――平成15年6月13日判決との対比から

⑴ 本判決は，権利者の帰責性の程度につき，「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」という判断をした。そうすると，本判決は，94条2項類推適用おける帰責性の判断について，一見，従来の判例による基準を緩和したもの，あるいは，従来の認定基準の限界点を一歩広げたもの[41]という理解もできなくはない。しかしながら，本稿の立場のように本件事案を虚偽の外形（不実の登記）が作出されるまでの間にXの消極的な関与（ないし事前の黙示の承認）があった事例（広い意味での「意思外形対応型」の一例）と捉えるならば，従来の判断・認定基準の枠内にある事例と見ることができる。この点に関して若干の検討を加えておこう。

⑵ 平成15年6月13日判決（上記⑤の判例）の事案において，真の権利者は，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，不動産売買を業とする者の言葉巧みな申し入れを信じて各種の書類等を交付し，虚偽の権利の帰属を示すような外観を作出する意図はまったくなかったというものであった。この平成15年6月13日判決もそして本判決も事案としては，真の権利者が，虚偽の外観の作出自体に直接的・積極的に関与しているわけではないが，本判決の場合には，消極的な関与があったからこそ，両者の結論は逆のものになったのである。本件事案は――権利者の帰責性に関しては――たしかに，これまでの裁判例と比較すれば限界に近い事例であることは間違いない。ただ，私は，平成15年6月13日判決の事案と本判決に事案との中間に位置するようなケースも論理的には存在しうるだろうと考えており，そのような事案における裁判所の具体的な判断があってようやく帰責性に関する判断基準が緩和されたのか否か，あるいは限界が拡大されたのか否かがはっきりしてくるのではないかと思っている。例えば，以下⑶のような場合にはどう考えればいいのか。

⑶ 不動産取引の経験がまったくなく，取引関係書類の重要度の認識や扱い

方についてもまったく疎い状態にある権利者が，周囲の者（身近な人）から取引に際しては慎重に進めるよう忠告を受けながらも，あるいは不利益の可能性を教えられながらも――虚偽の権利の帰属を示すような外観を作出する積極的な意図・行為はないけれども――その者の不注意により他人によって虚偽の外観（不実の登記）が作出されてしまい，結果的にみれば，その外観を放置・黙認してしまったというような事態が生じたとしよう。これは，まさに，本判決と平成15年６月13日判決（上記⑤判例）の間に位置するような事例ともいえるが，このような場合にはどう考えればよいのだろうか。権利者の帰責性を認め所有権を失わせるのか，あるいは，平成15年６月13日判決のように，帰責性を認めず所有権を保護するのか，これをどのように解するかによって，帰責性についの判断基準の限界点が動いたのかどうかがいっそうはっきりしてくるものと思われる。そして，その帰責性の判断に際しては，不動産取引の専門家は別として，一般の人々は不動産取引をしょっちゅう繰り返すわけではない（生涯に一度きりという場合も多い）といった事情を十分考慮すべきであろう。多くの人々は，不動産取引やそれに関する手続や書類について精通し十分に理解しているわけではないのであり，そういう人々と取引の業者・専門家と同等に扱ってはならない――取引経験の乏しい不動産所有者が安易にその所有権を失うおそれが生じるようであってはならない。そう考えると，権利者の帰責性については，なおのこと個別事案に則した慎重かつ妥当な判断が求められることになる[42]。

注

[1] 内田貴・前掲『民法Ⅰ［第４版］総則・物権』（2008年・東京大学出版会）61頁。

[2] 本件控訴審判決に関し，「代理人が本人名義の本件不動産を勝手に自己名義にしたうえ，これを第三者に売却した場合に民法110条の類推適用を肯定することができるかどうかが争われたが，本判決は，判示のような判断をして，これを肯定した。このような解釈を前提とすると，登記に公信力を認めていない民法の原則に反し，静的安全性を害するということにもなるが，理論的な構成も含め第三者保護の限界事例として

注目される」（判時1842号72頁）との解説が付されている。ちなみに，代理人が本人名義で行った法律行為も代理行為として有効に成立するとされているが（例えば，我妻栄『新訂民法総則』（1965年・岩波書店）346頁，幾代通『民法総則』（1984年・青林書院）308頁），代理人が直接本人名義で権限外の行為をした場合に民法110条が類推適用されるかどうかにつき，最判昭和44・12・19（判時581号32頁）は肯定しているところである。

[3] なお，伊藤進「民法94条２項，110条により第三者を保護した事例」星野英一・平井宜夫・能見善久編・別冊ジュリスト『民法判例百選Ⅰ総則・物権［第五版新法対応補正版］56頁を参照。

[4] 川井健「民法94条２項・110条の法意の適用の有無」NBL793号（平成16年）71頁。

[5] 例えば，四宮和夫＝能見善久『民法総則（第７版）』（2005年・弘文堂）184頁以下，内田・前掲『民法Ⅰ［第４版］総則・物権』199～200頁。

[6] 内田・前掲『民法Ⅰ［第４版］総則・物権』199～200頁。遠藤浩教授は，「第二の外形の作出に第一の外形は関連するが，C（第三者）が信頼したのは第二の外形であり，それだけA（権利者）の帰責性が少ないとみたのであろう。それに対応してCの要件を重くした。それならなぜ110条かというとよくわからないが，B（外観を作出した者）が一細工していることが110条と似ているからだろう」といわれる（遠藤浩「民法94条２項の精神の適用」『民法基本判例１総則』（1995年・信山社）83～84頁）。

[7] なお，内田教授の『民法Ⅰ［第３版］総則・物権』199～200頁では，注６で引用した文章の後に続けて「なお，94条２項の善意ないし無過失の立証責任が本人にあると考えれば……，110条を持ち出すことは，立証責任の点でも意味があるといえよう」とされていたが，同４版では削除されている。ちなみに，判例は，94条２項の善意の立証責任は第三者にあるとする――例えば，最判35・２・２民集14巻１号36頁，最判昭和41・12・22民集20巻10号2168頁。

[8] 四宮＝能見・前掲『民法総則（第７版）』185頁。

[9] 四宮＝能見・前掲『民法総則（第７版）』184頁。

[10] 稲本洋之助『新版注釈民法(3)総則(3)』（川島武宜・平井宜雄編集・2003年・有斐閣）369頁。

[11] 四宮＝能見・前掲『民法総則（第７版）』185頁。

[12] 例えば，最判昭和41・３・18民集20巻３号451頁。

[13] 稲本・前掲『新版注釈民法(3)総則(3)』369頁。

[14] 磯村保「民法94条２項の類推適用」前掲・別冊ジュリスト『民法判例百選Ⅰ総則・物権［第五版新法対応補正版］54頁を参照。

[15] 四宮＝能見・前掲『民法総則（第７版）』185頁。

[16] 本稿二・１の「判例の概観」を参照。

[17] なお，110条の適用要件として，(ア)基本代理権の存在，(イ)代理人がその権限外の行為をしたこと，(ウ)第三者が代理人に権限があると信ずべき「正当な理由」（善意・無過失）を有することがあげられる（例えば，川井健『民法概論１民法総則（第４版）』（2008年・有斐閣）241～250頁を参照）。

[18] 佐久間毅・本件解説・判例セレクト2006〔民法３〕19頁，高田淳・前掲法学セミナー618号115頁も同旨。

[19] 佐久間・前掲判例セレクト2006〔民法３〕19頁。

[20] 磯村保・本件解説・ジュリスト1332号67頁。

[21] さらに，増森珠美（最高裁調査官）・本件解説・ジュリスト1333号112頁以下，佐久間毅・本件批評・ NBL834号19頁以下，高田淳・本件評釈・法学セミナー618号115頁なども参照。

[22] 吉田克己・本件評釈・民法判例レビュー96・判タ1234号51〜51頁。

[23] そうすると，判例において94条２項の類推適用が認められる類型としては，①意思外形対応型，②意思外形一部非対応型，③意思外形全部非対応型に分類され，①については単純類推適用，②と③については，「外形が名義人によって拡大されることから，民法110条もまた援用される（②ではその法意が参照され，③では同条の類推適用が行われる）。その結果，第三者の保護要件が異なってくるわけである」（吉田・前掲判タ52頁）。

[24] 注14を参照。

[25] 遠藤浩・前掲「民法94条２項の精神の適用」『民法基本判例１総則』82頁。

[26] 例えば，四宮＝能見・前掲『民法総則（第７版）』179頁，幾代通『民法総則（第２版）』（1984年・青林書院）257頁，内田・前掲『民法Ⅰ［第４版］総則・物権』55頁参照。遠藤浩・前掲「民法94条２項の精神の適用」『民法基本判例１総則』83頁は，「条文は善意とだけしか書いていないが，無過失をも要件とすべきだと解するのが妥当である。94条２項が拡張されていくことを考えればなおのことである。判例はある態様の場合に民法94条２項や110条を類推して無過失を保護要件としている」とされる。

[27] 例えば，我妻栄『新訂民法総則』（1965年・岩波書店）292頁，なお，川井・前掲『民法概論１民法総則（第４版）』162頁によれば，94条２項本来適用の場合には，「第三者が虚偽表示の有無を調査しないで取引関係に入るのが過失になるというのは妥当ではない」とし，第三者に対していちいち虚偽表示が行われなかったかどうかにつき調査の義務を課すことは妥当とはいえないとされる。

[28] 大判昭和12・８・10新聞4181号９頁，大判昭和17・３・22法学11巻1288頁。

[29] 注12および注14を参照。

[30] 川井・前掲「民法94条２項・110条の適用の有無」NBL793号69頁，さらに，川井・前掲『民法概論１民法総則（第４版）』169頁も参照。

[31] 近江幸治『民法講義Ⅰ民法総則（第６版）』（2008年・成文堂）209頁。

[32] 近江・前掲『民法講義Ⅰ民法総則（第６版）』209頁。

[33] 四宮＝能見・前掲『民法総則（第７版）』185頁は，いわゆる非対応型における「『第２の外形』に対しては権利者の承認がないのであるから，意思外形対応型と同じ理論で権利者に責任を負わせることはできない。判例は『94条２項・110条の法意に照らし，外観尊重および取引保護の要請』から，善意無過失の第三者を保護する。110条が援用されているのは，本人が代理人に与えた基本代理権の範囲を超えて代理行為が

なされた場合に類似するからである。第三者の充たすべき要件として，意思外形対応型では単なる『善意』でよいとしているのに対して，非対応型では『善意・無過失』を要求するのもこのためである」とされる（なお，注６も参照されたい）。

[34] 四宮＝能見・前掲『民法総則（第７版）』185頁。

[35] 中舎寛樹・本件評論・私法判例リマークス34（2007［上］）９頁は，「従来の判例の表現は事案と110条との異質性を意識したものであったとも思われるが，本判決が本当に110条と同質性があると考えていたとしたら問題である。裁判所には一般的に何らかの条文上の根拠を求める傾向があるといわれるが，無理な引用は混乱を招くだけである。94条２項類推適用は，同条のみの適用とし，かつ，真の権利者の直接的な帰責性を要求する限度で運用すべきである」と述べる。

[36] なお，94条２項類推適用の効果として，権利者Ⓐは自分の権利を善意の第三者に対抗できないことになり，その結果，第三者Ⓒは，無権利者Ⓑから反射的に権利を取得することになる（川井・前掲『民法概論１民法総則（第４版）』168頁）。しかし，これは，Ａが権利行使を否定された結果であって，ＡＢ間の行為が有効とされたり，また，Ｂが権利者とされたりするわけでは決してない（94条２項の本来の適用の効果に関する説明――近江・前掲『民法講義Ⅰ民法総則（第６版）』195頁参照）。なお，四宮＝能見・前掲『民法総則（第７版）』182頁は，「結局，有効となる」とする）。

[37] 川井・前掲「民法94条２項・110条の適用の有無」NBL793号71頁。

[38] 川井・前掲「民法94条２項・110条の適用の有無」NBL793号71頁。

[39] 川井・前掲「民法94条２項・110条の適用の有無」NBL793号71頁，良永和隆・本件コメント『ハイローヤー』2006年12月号65頁も同旨，近江・前掲『民法講義Ⅰ民法総則（第６版）』209頁も参照。ちなみに，94条２項本来の適用の場合における「善意」の主張・立証責任について，第三者保護の観点から本人が第三者の悪意を主張・立証すべきとする学説（本人主張・立証説）があるが（例えば，我妻・前掲『新訂民法総則』292頁），通説・判例は，第三者が『善意』であったことを主張・立証しなければならないとする（第三者主張・立証説――例えば，川島・前掲『民法総則』281頁，川井・前掲『民法概論１民法総則（第４版）』161頁は，「原則として，伝統的な法規分類説に従い，例外の利益を受ける者がその要件の主張・立証責任を負うべきである。この考え方によると，94条２項が例外規定だからその適用による利益を受ける第三者が自己の善意を主張・立証すべきである」とする。判例としては，最判昭和35・２・２民集14巻１号36頁，最判昭和41・12・22民集20巻10号2168頁などがある）。判例が94条２項の善意につき文字通り善意だけを要件とするのは，「第三者が保護を受けるための要件として自己の善意のほか無過失まで立証しなければならないのは負担が重過ぎるとの考慮があるのかもしれない」とされる（内田・前掲『民法Ⅰ［第４版］総則・物権』55～56頁）。ただ，判例によれば，登記あるところに所有権があると推定されるので（最判昭和34・１・８民集13巻１号１頁，なお，川井健『民法概論２物権（第２版）』（2005年・有斐閣）40～41頁，近江幸治『民法講義Ⅱ物権法（第２版）』（2003年・成文堂）128～129頁参照），仮装名義人と取引する第三者（仮装譲渡の買主に移転した登記を信頼した第三者）の善意・無過失が事実上推定されると考えれば

（四宮＝能見・前掲180頁，川井・前掲『民法概論１民法総則（第４版）』161頁ほか参照），第三者主張・立証説が実質的に第三者にとって不利に機能することはなく，その限りでは，本人主張・立証説と大差はなくなる。この点につき，内田教授は，「判例によると94条２項の善意の立証責任は第三者側にあるとされているが，これを厳格に貫くことは，109条とのバランスを考えると問題がある。なぜなら，虚偽表示においても，109条の代理権授与表示に相当する外観作出が存在するからである。また，仮に善意の立証責任は第三者にあるとしても，信頼に値する外観の存在から善意は事実上推定されると考えるべきである。……なお，信頼に値する外観もないのに第三者が虚偽表示について善意であったことが証明されたときは，虚偽表示をした側が，第三者の過失を証明して第三者の保護を否定できると解すべきである。その意味で94条２項の第三者は善意・無過失でなければならないというべきであるが，第三者が保護を受けるために立証責任を負う事実は善意のみということになる」とされる（内田・前掲『民法Ⅰ［第４版］総則・物権』186頁）。

他方，94条２項のほかに110条をも持ち出す場合，110条の「正当な理由」（善意・無過失）の立証責任につき（110条本来の適用の場合），学説は分かれ，相手方が保護を受けるには，相手方がその要件である正当な理由の存在について立証責任を負うとする学説（相手方負担説――相手方主張・立証説）と本人が免責されるには本人が相手方に正当な理由がなかったことを主張・立証しなければならないとする学説（本人負担説――本人主張・立証説）がある。相手方負担説は，例えば，「110条の表見代理の成立を主張する相手方が『正当な理由』を基礎づける事実（実印や委任状の存在）を主張・証明しなければならない」とする（四宮＝能見・前掲『民法総則（第７版）』308頁。さらに，星野英一『民法概論Ⅰ［改訂版］』（1978年・良書普及会）228頁参照。また，川島武宜『民法総則』（1965年・有斐閣）386頁は，正当な理由の証明は相手方が負担すべきであるが，善意の点については本人が立証責任を負うとする）。本人負担説として，例えば，川井教授は，「学説・判例上形成された表見代理制度全体を通じて相手方の保護を重視する必要があり，109条の場合と同じく110条についても，本人負担説をとるのがよいと考えられる」とされる（川井・前掲『民法概論１民法総則（第４版）』248～249頁，さらに幾代・前掲『民法総則（第２版）』385頁も参照）。また，内田教授は，110条の「正当な理由とは，単に相手から見た事情だけではなく，本人側の事情も含んで，表見代理の成立を認めるべきか否かの総合的判断が行われる要件だとみるべきだろう」とされた上で，正当理由の内容について一般的に語るのは困難であり，また，その立証責任についても，どちらの当事者にあるかを一般的に論じることは困難であるとされながらも，「まず，相手方が基本代理権の存在と，権限踰越行為についても代理権があるかのような外観があったことを証明すれば，今度は本人の側で相手方の悪意・過失を証明しなければならないとするのが合理的である。つまり，『正当理由』を基礎づける事実について，立証責任の分配が行われていると見ることができる」とされる（内田・前掲『民法Ⅰ［第４版］総則・物権』196～197頁）。

[40] 平成16年に全面改正された不動産登記法によれば，登記申請に際しては，印鑑および

印鑑証明書に代えて電子署名および電子証明書を利用し，また，登記済証（権利証書）・保証書を廃止し，登記識別情報による本人確認制度を設け（不登法２条14号・22条・24条），登記識別情報の安全の確保（151条）などの方法がとられるようになった。現行不動産登記法の下で，改正前（旧）不動産登記法の下で起こったのと同じ様な事件が起こりうるのかどうか分らないが，この点，さらに検討していきたい。

[41] 渡邉拓・本件評釈・判時1950号187頁参照。

[42] なお，本判決に関しては，本文中で引用した文献のほかさらに中山布紗・本件評釈・北九州大学法政論集第34巻１・２合併号156頁以下，武川幸嗣・本件批評・民商法雑誌135巻２号407頁以下，田中淳子・本件研究・法律時法76巻10号104頁以下，黒田直行・本件解説・金融法務426号54頁以下，庄菊博＝杉江隆司・本件研究・専修法学論集99号161頁以下等を参照。

＊校正の段階で，中舎寛樹「実体に合致しない登記と善意無過失の第三者」（安本・鎌田・山野目編別冊ジュリスト『不動産取引判例百選［第３版］』104～105頁）に接した。