

民法演習 I ・ 第5回講義の補足説明

2017年5月10日

松岡 久和

時間配分を誤って昭和43年判決については骨組みだけしか触れられませんでしたので、そこは少し詳しく補足します。

1 本日の学習の中心的なポイント

- ・ 94条2項自体が、権利者の静的安全（自己の意思によることなく権利を失わない）を保護し、他人の結んだ契約には縛られない（契約の相対効。他人物売買は債権的に有効であるが物権変動を生じない）ことの例外であることを出発点として確認すること。
- ・ 94条2項の本来的適用には、通謀虚偽の意思表示が要件であり、第三者は善意で足り（故意の外観作出という重い帰責事由との均衡）、登記具備を要しないこと（取引安全保護、真の権利者と善意の第三者は、対抗関係に立たない輻轉譲渡の前主・後主の関係にあること）。
- ・ 94条2項の類推適用は、本来的適用の要件を充たさないものの、その中心的な価値判断において共通する（外観作出に対する故意の通謀に類する真の権利者の強い帰責性と第三者の要保護性の衡量。中間の虚偽の名義人のかかわり方は重要でないという判断）と評価される事例において問題になること。
- ・ 昭和29年判決（参考判例）では、X（妻）とY₁（妾）には、X⇒Y₁の直接の通謀の意思表示がない点で、94条2項は適用できない。しかし、「本件家屋を買受人でないY₁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、Y₁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無い」として94条2項の類推適用を肯定。意思に対応した外形自己作出型または他人作出型（どちらかは必ずしも明確でない）における帰責性の高さに注目して類推適用を肯定できたとした初期判例。Xの承諾の有無とY₂の善意・悪意を検討せよと破棄差戻。

もともと、1棟である建物でXが料理屋を営んで建物全体の占有を継続しており、Y₂が善意であるとは認められにくい事案である。
- ・ 検討判例1は、他人外形作出型においても、事後的「承認」があれば、94条2項が類推適用されることを明確にした（あくまで土地についてのみであり、区分所有建物でない建物については一部を譲り受けることができないので94条2項の類推適用以前にYが権利を取得する余地がない点に注意）。

長期にわたる不実登記の放置（登記費用が足りなかったというが料理屋「金竜」の経営はうまくいって建物の新築・増築のための借入金は順調に弁済できているもよう）に加えて、B（夫）名義で根抵当権を設定する物上保証の形をとって、B所有名義を利用した点が明示又は黙示の「承認」と評価されたようである。

学説には、帰責要件としての意思的関与を重視する立場から、より積極的な態様が必要であり、また、夫婦間では登記名義の回復を期待できないとして、承認の認定に批判的な見解が多い（磯村45頁。佐久間47頁）。しかし、その後の判例の展開は、発展課題の検討判例のように、重過失による外観作出まで通謀虚偽表示に類する強い帰責

性があるとし、帰責性の弱さを保管するように110条の類推適用を用いて第三者に無過失を求めることで、不動産取引の安全の保護をいっそう拡大して一般ルール化する方向にあるようにみえる。

2 予告登記について

- ・登記が無効であるという訴訟が提起された場合に、その登記の有効を前提に取引に入る者（本件ではYからの転得者）に登記が無効となって権利取得ができないおそれがあることを警告するための登記で、裁判所書記官の嘱託により行われた（下記の旧不登3条）。しかし、復帰的物権変動は取消後に登場した第三者に対して登記しなければ対抗できないとする判例法理により警告的効力が発揮できなくなった（登記は無効ではない）。さらに、執行妨害目的での濫用があるなどの指摘があり、平成16年の不動産登記法改正で廃止された。九州大学の七戸克彦教授に、改正についての批判的な次の論文がある。

<http://catalog.lib.kyushu-u.ac.jp/handle/2324/6299/b-43.pdf>

- ・旧不動産登記法3条

予告登記ハ登記原因ノ無効又ハ取消ニ因ル登記ノ抹消又ハ回復ノ訴ノ提起アリタル場合ニ於テ之ヲ為ス但登記原因ノ取消ニ因ル訴ニ付テハ其取消ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ル場合ニ限ル

3 検討判例2について

【当事者】

- | | |
|------------------------|------------------------------------------------|
| ・原告・被控訴人・被上告人 | 宮本謙伍（X） |
| ・被告・控訴人・上告人 | 藤田鉄弥（Y ₁ ）
築館富雄（Y ₂ ） |
| ・名義冒用者・津軽第一物産株式会社代表取締役 | 盛永義夫（A） |
| ・最初の第三取得者 | 太平洋石油販売株式会社（B） |

【事案】

- ・昭和28年9月11日、Xは本件第一・二の土地建物を競落により取得して登記。
- ・昭和30年11月18日、XはAから取引先の信用を得るためと称して依頼され、本件(1)(2)不動産（元は一筆の土地とそのうえの建物+附属建物）につき、売買予約契約を仮装し、所有権移転保全の仮登記。
- ・昭和31年7月5日、AはXの印鑑・印鑑証明書・本登記申請書を偽造し、仮登記を本登記に。
- ・同年9月7日、AからB（地位不詳）に譲渡（原因不詳）・移転登記。
- ・昭和32年1月4日、BからY₁へ譲渡（原因不詳）・移転登記。
- ・昭和32年3月15日、附属建物とその敷地部分を分離して登記し、本件(1)不動産のみを、Y₁からY₂へ譲渡（原因不詳）・移転登記。
- ・同月25日頃から、Y₂は(1)上の建物に居住し占有。二審の認定によれば、Y₂は、荒れ

果てていた家の大修繕、建具類の購入、流しや電灯の設置などを行い約30万円を支出した。

- ・意思非対応型（佐久間46頁のⅡ型）：通謀したよりも過大な虚偽外形が作出された場合

【請求内容】

- ・ Y₁・ Y₂に対して、所有権確認、移転登記手続請求。
- ・ Y₂に対して、建物退去請求。

【訴訟の経緯】

- ・ 第一審：請求全部認容
 - ・ (Xの主張) Xは、Aに依頼されて売買予約を仮装したところ、Aが登記申請書を偽造し、本登記をした。しかし、Aが予約完結権行使をしたことがなく、XはAと売買契約を結んでいないため、Aへの移転登記もそれ以後の登記も無効であると主張した。
 - ・ (Yらの主張) Yらは、売買予約や予約完結の意思表示がされて移転登記は有効であることを主に主張した。さらに、仮に登記が無効であっても、Aの登記が抹消されない現在では請求に応じられないこと、及び、Xは仮登記を長期間抹消せずに放置しており、善意無過失のYらに対して移転登記を請求するのは権利の濫用だと主張した。
 - ・ Aの真正な本登記委任状はなく、XとAの間に売買契約が成立しておらず、所有権移転登記は無効で、その後のB・Yらの登記も無効。
 - ・ 真の所有者は無効な登記を抹消しなくても所有権を名義人に対抗できる。
 - ・ Yらの主張する事実だけではXの権利濫用があるとはいえない。
- ・ 第二審：Y₂の留置権の抗弁を一部認めて、請求一部認容に判決を変更
 - ・ (Yらの追加主張) ①本登記は通謀した仮登記の自然的発展であるから、仮登記の無効を善意の第三者に対抗できない以上、本登記の無効も対抗できない。②昭和36年に至るまで登記名義を調査していなかったXには管理に重過失があり、保護されるべき善意・無過失のYらに対して所有権を主張するのは「公共ノ福祉」(1条)にそわない。③Y₂は建物を改造修理し、約30万円余の必要費を支出したので留置権を主張する。
 - ・ ①について。本登記は、予約完結の意思表示をしたうえ、共同申請で行うものであり、仮登記の自然的発展ではない。仮登記が有効であっても、予約完結の意思表示をせず本登記をしない場合には、所有権の帰属には変動がなく、登記は無効で転得者が所有権を取得する余地はない。本件では予約完結の意思表示はない。「仮登記が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」(2201頁)。
 - ・ ②について。主張事実からはXの本訴請求が「公共の福祉(社会一般の利益)」に反するとはいえない(2201頁)。
 - ・ ③について。支出のうち、土台・床板・天井・壁塗・屋根葺き替え工事代金19万5470円は「特別の必要費」として償還請求ができ(196条1項ただし書参照)、留置権を主

張できるが、それ以外の費用は特別の必要費に当たらない。建具類・畳・流し・電灯施設は造作。諸経費は内容不明（2202頁）。

【上告理由要旨】

- ・ Aの名義になった不動産が金策の為に利用される事はXも承知。Aが仮登記だけで金策を図つたが思うようにならずXの印鑑を偽造して本登記を為した行為もXとAの通謀に因る虚偽の仮登記の延長であり密接不離の関係にある一方、Yらは善意無過失で責めるべき点がない。

【上告審判決】

破棄差戻

「不動産について売買の予約がされていないにもかかわらず、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、ほしい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」

←「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94条2項、同法110条の法意に照らし、外観尊重および取引保護の要請」。

補足 仮登記につき通謀虚偽表示がある（Xに強い帰責性がある）こと＋承諾した以上の虚偽外観が作り出された点では本来型よりは帰責性が弱いことに注目した実質的な新ルールの提示

⇒Yらの善意無過失について判断せよ。

補足 前提として、判例は、Bが悪意であってもYらが善意・無過失であればよいとするいわゆる相対的構成を採っている（最判昭45・7・24民集24・7・1116）。絶対的構成を採れば、Bが善意・無過失であればYらは主観的態様を問題にせず保護される。Bの権利取得によってXの所有権が失われ請求が立たないからである。絶対的構成には、善意・無過失のBの転売を保障する（それ以前のトラブルを知っている者にも解決済と説明して売れる）という意味もある。

- ・ 作り出そうとした外観（仮登記）とAが委任状を偽造して作り出した外観（本登記）にズレがあるので、110条をも持ち出したが、そうすることによって第三者に無過失をも求めることが可能になった《効果からみた要件操作＋条文根拠》。
- ・ 代理とは無関係。一定の類似性を有するが違和感がないわけではないために「法意」（佐久間47頁）。

4 発展課題についてのヒント

- ・ 94条2項＋110条の類推適用により、重過失のある真の権利者の責任を認めた検討判例（平成18年判決）と、責任を否定した参考判例（平成15年判決）の分かれ目（＝類推適用によるルール拡張の限界線）はどこになるのかを考えて欲しい。

- ・ 検討判例の特徴
 - ・ 他人作出型で「通謀虚偽表示」はもとより「承認」もない（意思的関与が稀薄）。
 - ・ しかし、善意との関係で権利を失う「通謀虚偽表示」や「承認」の場合と同視しうるほど帰責性が大きい重過失がある。
 - ・ 代理行為は問題になっていないが、財産管理を全面的に委ねているAが許されない権限外の行為をした点で110条の表見代理の場合と似ている。帰責事由を緩めることとの均衡で第三者に善意・無過失を要求する根拠条文として110条が最も近い。
- ・ 本判決の位置づけ
 - ・ 意思的関与は、「通謀虚偽表示」や「承認」の場合と同視しうるほどという帰責性判断の限定はあるが、稀薄。帰責事由と保護事由の相関的衡量によって一般化した第三者保護の新ルールを作るという趣旨も感じられる。
- ・ 参考判例の特徴＝意思的関与がさらに稀薄で「承認」とは評価されないケース
 - ・ 地目変更のためと信じた白紙委任状・登記済証・印鑑登録証明書等の交付
⇒承認なし。私法上の権限付与ではないため110条の類推適用もしにくい。
 - ・ 短期間での輾轉売買と移転登記
 - ・ 不動産取引経験なし。不動産業者Y₁の代表者の巧みな詐欺的行為による隠蔽
⇒放置もなし。真の権利者の防止は困難

5 民法改正案

- ・ 私は、2011年の段階で、民法改正研究会の案を参考に、判例を抽象的に定式化して解釈運用を今後の判例・学説に委ねる提案をした（別添意見。2頁で本日の講義のおさらいにもなるので読んでいただきたい）。しかし、そこに紹介する反対意見や慎重意見が根強く、中間試案の段階で改正案から脱落した。