

<<論説>>

「民法第94条2項と第177条」論再論

高森 八四郎

一 序

二 虚偽表示における真の権利者（A）は対抗要件を具備していない善意の第三者（C）に対して仮装名義人（B）との間の無効をもって対抗できるか

三 虚偽表示における真の権利者（A）からの賃借権者（D）は仮装名義人（B）からの善意の譲受人（C）とは民法177条における対抗関係に立つか

四 結び

一 序

1 民法94条1項は、「相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする。」と定め、第二項において、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。」としている。一項の虚偽表示の無効は、心裡留保（93条）、錯誤（95条）と共に、いわゆる「意思ノ欠缺」すなわち「意思と表示の不一致」（現、「意思の不存在」101条）に基づく意思表示の無効を規定しているものとの理解には全く異論はない。問題は、第二項で、前項の「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。」という規定の

文言の解釈にある。本稿では、「善意の第三者」の範囲を問題にしようとしているのではなく（この問題も重要ではあるが、後日に期したい）、「対抗することができない」の具体的解釈論を改めて論じたいのである。

端的に言えば、こうである。虚偽表示者（A）は相手方（B）に対しては、意思表示は無効である、と主張することができる結果、例えば、売買を原因とする不動産の所有権移転登記について言えば、AはBに対してB名義の登記の抹消登記手続（または、所有権移転登記手続）を請求するか（①）、虚偽表示の無効を理由に処分禁止の仮処分の申請（②）をして、善意の第三者が登場する可能性を事前に防止することができるが、不幸にして、善意の第三者（典型的には、Bからの譲受人、C）が現われた場合には、Aは、このCに対しては虚偽の意思表示の無効を「対抗することができない」という文言の具体的解釈として、二説があるからである。すなわち、第一説は次のように解釈する。AはBに対してする前記の請求（以下、特にことわらない限り、上記の①に限定して論じる）と、善意の第三者（C）が有効な契約に基づいて、Bに対して所有権移転登記手続請求をすることが、Bを頂点とする、いわゆる二重譲渡との関係と同じと考え、177条を適用して優劣を決し、いわば早く登記手続を完了した者が優先するという立場である。これに対して、第二説は次のように説く。Aは善意の第三者Cに対しては、意思表示の無効を対抗できないということは、すなわち意思表示が無効であると主張できないのであるから、Cからみたら（ないしA・C間の関係においては）、A・B間有効、B・C間有効であり、たとえ、いまだ、Bの所に登記があり、Cが登記を具備していなくてもCが優先すべきであるという立場である。

2 かつて私は（「民法第94条2項と第177条」法律時報42巻6号123頁、1970年5月号）、上記第二の立場に立脚して、さらに、善意

の第三者Cが現われた後、AがCよりも先に登記を取戻していた場合でも、AはCに対して意思表示の無効をもって対抗しえないのであるから、いわばCの立場からみたならば、A—B—Cという順次譲渡の型となり、AはCの前主となるとみなしうるから、Cが優先すべきである、と主張した。それは、94条2項の適用ないし類推適用しうる場合には、物権変動について、登記が第三者に対する対抗要件とされるときでも、AはCの登記の欠缺を主張して、該物権変動の効果を否定することができない、と判示して、第177条の適用を排斥した最判昭和44年5月27日（民集23巻6号998頁）の見解に賛意を表する判例研究（上記法律時報）においてであった¹。私見に対しては、幾代通先生の批判的論稿²が現われ、幾代先生亡き後、私の反論（民商法雑誌96巻6号839頁、昭和62年9月号）も発表されたが、前稿との関連性を深く論じていなかったので、本稿で改めて論じ直したいと考える。

二 虚偽表示における真の権利者（A）は対抗要件を具備していない善意の第三者（C）に対して仮装名義人（B）との間の無効をもって対抗できるか〔最判昭和44年5月27日（民集23巻6号998頁、土地所有権移転登記手続請求事件）について〕

- 1 甲が乙の承諾を受けて乙名義で不動産を競落し、丙が善意で乙からこれを譲り受け、未だ乙から移転登記を経由していない場合に、甲は乙に対して、登記の欠缺を主張して、右不動産の所有権の取得を否定することができるか。この問題について先例とされるべき判例はないようである。学説は一般に、甲は否定できないとして丙を保護するが、対抗問題と理解して、第177条を適用し、登記の有無によって決する見解もある。本判決は、第94条2項を類推適用し、物権変動について、登記が第三者に対する対抗要件とされるときでも、甲は丙の

登記の欠缺を主張して、該物権変動の効果を否定することはできないと判示して、第177条の適用を排斥した。

2 最判昭和44・5・27の事実関係

原審の認定した事実関係はおおよそ以下のとおりである。原・被告らは、相続人であるため、前者は六名、後者は五名であるが、以下においては、単にX・Yで表記したい。本件土地はもと原告（控訴人・上诉人）岡本シズエほか五名（X）の先々代たるAの所有であったが、大正12年2月2日、Aは他から金1万円を借受け、この債務を担保するため抵当権を設定したところ、債務を弁済しえず抵当権の実行として競売に付されるに至った。そこでAは実弟たる訴外B、息子でXの先代にあたるA'などと協議の結果、Bの妻の実母であって、被告（被控訴人・被上诉人）岡本ヨシエほか4名（Y）の先々代たるDの承諾を受けて、同女名義で、大正15年2月18日、本件土地を競落した。この競落代金調達のため、B・A'・D3名が連帯借用主となり訴外三津浜銀行から金1万6,000円を借受け、担保として、本件土地その他につき抵当権を設定した。

B・A・D等は、昭和2年11月22日、訴外大分県農工銀行から連帯して金4万8,000円を借用し、その借用金のうちから前記三津浜銀行に対する債務を弁済し抵当権を消滅させた後に、さらに前記農工銀行のため、D所有名義の本件土地その他に抵当権を設定した。ところが、この銀行は、のちに日本勧業銀行に合併せられ、昭和16年8月20日、同勧業銀行は、B・A・D等に対する貸金債権および抵当権をともに訴外土予銀行に譲渡し、即日、参加人（被控訴人・被上诉人）山泉真也（Z）は、B・Dの相続人D'・Bの妻の3名から抵当物件全部を買受け、土予銀行に対する3名の債務を引き受けて肩代わりをなし、代金の支払いに代えたのであった。

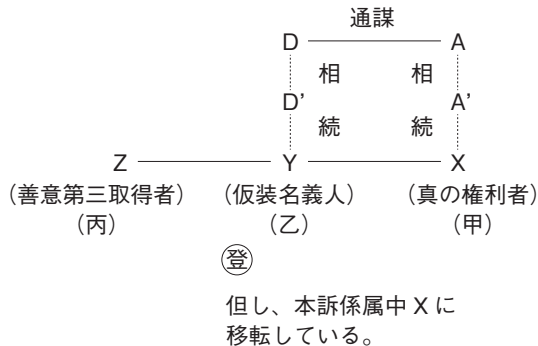
XはD'の相続人たるYに対し、Yの先代D'および先々代Dは単

に登記簿上の所有名義人にすぎず、真の所有権者は A' の相続人たる X に存する、したがって、本件土地の所有権移転登記を求め、と主張。Z は D が競落し、その所有に属していたものと信じ、その相続人 D' から買受けたのであるから、本件物件の取得について、善意であり、たとえ真の所有権者が A であっても、A・D 間の虚偽表示の無効を Z に対しては主張しえない、と主張して、Y には、所有権移転登記、本訴係属中 Y から所有権移転登記手続を了した X には、その抹消登記手続を求めた。

第一次一審は X の請求を認容したが、Y のうち 1 名を脱落したため、二審で破毀差戻され、審理し直した。第二次一、二審ともに X の請求を棄却し、本件土地は Z の所有であることを確認した。

X 上告。X は「本件土地の実体上の所有者としてその所有権にもとづき、本件土地の登記名義移転の請求をなす正当な利益を有する」。しかるに原判決は、正当な利益を有しないと判断しているがゆえに、理由に不備齟齬がある、と主張した。

図 1



3 上述最判の判旨内容

上告棄却

第 94 条 2 項の趣旨は、通謀虚偽表示において「善意の第三者がその外形を信頼して取引関係に入った場合においては、その取引から生

ずる物権変動について、登記が対抗要件とされているときでも、右仮装行為者としては、右第三者の登記の欠缺を主張して、該物権変動の効果を否定することはできないものと解すべきである。」この理は、本件のごとく、民法94条2項を類推適用すべき場合においても異ならない。原判決は正当であって論旨は援用できない（飯村義美・田中二郎・下村三郎・松本正雄・関根小郷）。

4 検討

- (1) 真の競落人 X が他人 D の承諾のもとに、同人名義で不動産を競落し、D がさらに、善意の第三者にその競落物権を譲渡した、というのが本件の事案であるが、かかる場合に、第94条2項を類推適用することは、判例・学説において一般に承認されているところである（最判昭29・8・20民集8巻8号1505頁，同37・9・1民集16巻9号1935頁，同41・3・18民集20巻3号451頁，柚木・民商32巻1号30頁，我妻・新訂民法総則292頁以下，舟橋・民商48巻6号928頁，高津・法協84巻2号120頁，青山・法協85巻10号105頁）。

最判昭和29年によれば、真の買受人甲が名義人を乙とすることに承諾を与えた場合は、いったん自己に登記を経由した後、甲乙間の通謀虚偽表示によって、乙に仮装の所有権移転登記をした場合とならえらぶところはないから「民法第94条2項を類推して、乙が実体上所有権を取得しなかったことを以って善意の第三者に対抗し得ない」と解する。しかし本件の事案は、これらの判例とは異なり、いまだ善意の第三取得者は登記を受けておらず、本訴係属中ではあるが、仮装行為者 X に移転登記が経由されているので、はたして、第三取得者 Z は登記なくして X に対抗しうるか、という形で第94条2項の第三者と第177条の第三者との関係を正面から論じなければならないものであった。ここに事案としての特殊性があり、前記諸判例がいずれも本件事案に対する先例とはなりえない理由があったのである。

(2) 本件事案に第94条2項が類推されるとして、仮装行為者Xと第三取得者Zとの優劣関係をいかに考えるか。これについての直接の先例は存しない(川島・民法1170頁は大判昭10・5・31を引用するが適切ではない)。そこで学説ではいかに理解されているか。これはまずX・Z間の関係をYを頂点とする二重譲渡の関係とみる見解がある。X・Zの関係についても登記の先後によって決しようとする、川井教授の説である(判例評論102号13頁)。川井教授によれば、善意の第三取得者が登記を具えていないときにまで第94条2項の保護を与えることには疑問をもつとして、たしかにZは保護に値するとしても、他方Xも名義をみずからに復帰せしめるにつき利益を有するのであり、Zが未登記であるにかかわらず一方的にZを勝たせるのはXの立場を無視しすぎることになる、と主張される(本件上告理由参照)。

これに反し、X・Zの関係を仮装譲受人Yを頂点とする二重譲渡の関係とは考えず、したがってZはXに対して、その第三取得者の実質的な権利取得を登記なくして対抗しうることを肯定する学説は、さらに、その理由づけを異にする二つの考え方に分かれる。一つは、川島教授の説であって、端的にXは虚偽表示者であることに求められるものである(民法総則280頁)。二つは、ZがXに登記なくして対抗しうるのは、Xが虚偽表示者であるからではなく、Xが従来の学説(舟橋・物権法201頁, 川島・民法1172頁)および判例(大判明43・7・6民録16輯537頁, 大判明44・6・20民録17輯411頁)により、登記なくして対抗しうる第三者の一例とされている、不動産の転讓移転した場合の前主にあたるからにすぎない、と考える立場である(青山・法協85巻10号112頁)。この説はいわば、虚偽表示者Xは善意の第三者Zに虚偽表示の無効をもって対抗しえない結果、Zよりみれば、X—Y—Z間の順次移転行為が有効とみなされることになり、結局、X—Z間は、前主・後主の関係となる、と論ずるも

のほかならない。本件判決の立場が川井説に反するのは明らかであるが、川島説・青山説のいずれに属するかは必ずしも明白ではない。本件判旨が、外観を作出して第三者に信頼を与えた仮装行為者Xの外観作出行為の責任を重視する点をかながみれば、より川島説に近いとみられようか。

- (3) ところで第94条2項と同じく「第三者保護」規定と目されるべきものに、詐欺による取消の場合の第96条3項ならびに解除における第545条1項但書とがあり、これら三者を比較すると、判例は、おのおのについて異なった態度をとっていることがわかる。詐欺の場合、取消後の第三取得者と取消権者とは、取消前の場合とは異なり、対抗要件の問題として扱われているし、解除の場合は、解除権者と第三者の関係を、必ずしも解除の前後によって区別せず、解除前の第三取得者に対しても対抗要件を要求する判例がある（詐欺について、大判昭17・9・30民集3巻17号911頁、解除について、大判大10・5・17民録27輯929頁、大判昭7・1・26法学10巻上648頁、最判昭33・6・14民集12巻9号1449頁）。これらによれば、第三者は登記・引渡なくして解除権者に対抗しえないとされている。第三者保護の観点からみれば、第94条2項・第96条3項・第545条1項但書の順序でより保護が薄くなっている（ただし善意を要件としない点では解除の場合のほうが保護は厚い）。このように三規定がともに「第三者保護」の規定でありながら（ただし545条1項但書については異論あり、原島・注釈民法(6)290頁）、判例が異なった態度をとる実質的根拠は、虚偽表示者、詐欺による意思表示の取消権者および法定解除権者と各第三者との間にはいずれを優先させるべきかの利益衡量において、おのおの異なるところあり、との考えに基礎づけられているものとみられうる（同旨、千種・法曹時報21巻9号204頁、本件解説）。前記川井教授の見解は、これら三者の間の保護利益に差を認め

ず、虚偽表示者も詐欺取消権者や解除権者と同様に、自己に移転登記請求しうる正当な利益を有する者であるとみて、すべて対抗問題として処理しようとするものにはかならない。利益衡量の観点に立つ限り、判例の態度は妥当であるといわなければならない。しかし、かかる取消や解除に関する判例および学説に対しては、その背景に登記請求についての変動原因無制限説が前提となっており、それは「対抗問題」と「第三者保護」という一般的な問題とを混同するものだとの批判が有力になされている（原島・前掲286頁）。第96条3項は、第三者保護の観点から、とくに善意の第三者を保護する点において、第94条2項と同一の基盤に立っており、詐欺取消者は、善意の第三者に対する限りでは、その取消をもって対抗しえず、したがって、X—Y—Zの順次移転行為がZとの関係においては有効とみなされるわけであるから、Xの地位は順次譲渡における前主となり、取消の前後にかかわらず対抗問題は生じないと解すべきではあるまいか。そしてこの趣旨は第545条1項但書についてもあてはまるものではないであろうか。ただ解除の場合は、その遡及効の本質論ともかかわる問題でもあり、断定は避けたい。

なお、英米法のConstructive trustの法理を参考にして善意有償の第三者のみを保護すべしとの見解があるが（谷口・民法演習Ⅱ27頁以下、同不当利得の研究445頁以下）、その理論は第96条3項のみならず、第94条2項にも援用しうるであろうと思われる。

- (4) 前記川井教授が、原審の判決を批評された最判昭和42年10月31日（民集21巻8号2232頁）は、通謀虚偽表示者（真の権利者）甲（A）から取得した丁（D）と仮装譲受人（名義人）乙（B）から善意取得した丙（C）との優劣が問題となった事案で、丙（C）は登記を具備していなくては、丁（D）に対抗しえない旨を判示している。原審判決が、判例（大判大9・7・23民録26輯1151頁）と学説（末

弘・物権法（上）163頁，川島・民法総則280・281頁）に従って，丙（C）に登記を要求せずに丁（D）に優先せしめたのを最高裁は破毀差戻している。本件判決では第177条を排したのに反し，昭和42年判決は対抗問題として扱っていると解されうる（青山・法協85巻10号108頁，松浦・民商58巻6号908頁）ので，一見すると両者は抵触しているかに見えるが，前者は甲（A）と丙（C），後者は丙（C）と丁（D）との争いという点で事案は異なっているから，理論的には抵触していないとみたい（同旨，千種・前掲204頁）。しかし昭和42年判決がその結論において妥当であるか否かについては疑いなしとはしない。ことに，大正9年判決を不当とし，昭和42年判決を是認する，前記学説（青山・前掲）のごとく，丙（C）が登記なくして丁（D）に対抗しえると認めると，真の権利者からその権利を取得した場合よりもより以上の効力が認められることになる，と論じて，両者の優劣を登記の先後によって決し，あたかも二重譲受人の関係にあるというが，はたしてそういえるであろうか。この見解は，登記が仮装譲渡人甲（A）にあるときと仮装譲受人乙（B）にあるときとを混同しているのではあるまいか。甲—乙—丙と順次移転した場合，乙（B）が真の権利者であって，現に登記を有しているとすれば，その後，さらに，甲（A）から譲り受けた丁（D）はもはや無権利者からの承継人にすぎず，乙（B）とは対抗関係にない結果，したがって丙（C）にも対抗しえないものと解すべきである。乙（B）が虚偽表示における仮装譲受人であって真の権利者ではないからこそ，甲（A）よりの承継人丁（D）は，甲乙間の譲渡行為の無効を主張して乙（B）に対抗できるのである。しかし善意の第三者丙（C）に対する関係では，この無効を主張しえないのであるから，丙（C）に対抗するためには，乙丙間の譲渡行為がいまだなされていない時点で，乙（B）から移転登記ないしは処分禁止の仮処分登記などを經由しなければならない。換言すれば，甲（A）に代わって権利の外観を除去しなければ

ならないものと解すべきである。丙（C）が登記なくして丁（D）に対抗しようとすることは、真の権利者から取得した場合と同一の効力を認められるにすぎず、けっしてそれ以上の効力が是認されているわけではない。民法94条2項は、善意の第三取得者に真の権利者よりの承継人たる地位を与えることをその本来の趣旨としているものと思われる。

三 虚偽表示における真の権利者（A）からの賃借権者（D）は仮装名義人（B）からの善意の譲受人（C）とは民法177条における対抗関係に立つか〔最判昭和61年11月18日（民商法雑誌96巻6号839頁，土地建物賃借権不存在確認請求事件）について〕

1 最判昭和61・11・18の事実関係

訴外Aは、本件土地建物を昭和52年12月16日、訴外Sより買い受けたが、その買受資金を訴外N名義で借り受けた関係上、N名義で所有権移転登記をした。Aは間もなく本件建物を訴外Tに賃貸し、Tは娘夫婦とともにこれに居住していた。ところで、被告Y（控訴人・上告人）は、Aに対して約5,000万円の債権を有していたが、その返済が得られなかったところから、昭和53年8月26日Aと本件建物の賃貸借契約を結んだうえ、Tとの間で転貸借契約を結び、以来Tから月額5万円の賃料の支払を受けて、Aに対する債権の回収に充ててきた。他方、訴外Bは、昭和54年8月29日Nとの間で本件土地建物の売買契約を締結し、その買受資金を原告X（被控訴人・被上告人）から住宅ローンで借り入れるべくその申込みをした。その際Bは本件土地建物の真実の所有者がAであることを知っていたが、Xに対してN名義で所有権移転登記がなされた本件土地建物の不動産登記簿謄本を示して、本件土地建物はNの所有である旨の虚偽の申告をするとともに、現居住者は買受後直ちに立ち退くことになってい

る旨の説明をした。Xはこれを信じ同年9月4日Bに対し940万円を貸し付け、右貸金債権を担保するため本件土地建物に抵当権の設定を受けて、同日付でその登記を経由した。そしてBが右債務を弁済しなかったので、Xは右抵当権に基づいて競売の申立をし、昭和57年3月24日自ら競落して本件土地建物の所有権を取得し、同年5月6日所有権移転登記を経由した。そこでXは、Yに対して本件土地建物の賃借権不存在確認請求及び昭和57年3月24日から判決確定まで1ヵ月金5万円の割合による不当利得の返還を求めて本訴に及んだ。

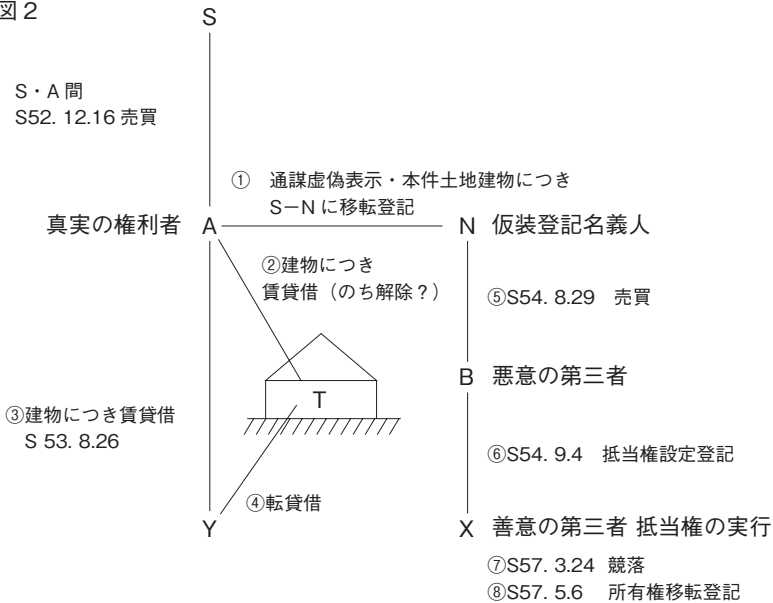
第一審（京都地裁）は、本件建物についてA・Y間及びY・T間にY主張のごとき賃貸借・転貸借の事実は認められないとして、Yが本件土地建物について賃借権のないことの確認と、YがTから收受した昭和57年3月24日から昭和58年12月7日までの月額5万円の本件建物の賃料につき不当利得の返還を求める限度でXの本訴請求を認容した。

第二審（大阪高裁）は、本件建物についてA・Y間及びY・T間にY主張のごとき賃貸借・転貸借が存在することを認めたが、Xは本件土地建物の登記簿の記載により、本件土地建物がNの所有でありBはNからそれを買うものと信じ、Bに対する貸付をして本件土地建物に抵当権設定登記を経由し、その実行により本件土地建物の所有権を取得したものであって、本件土地建物の真実の所有者がNではなくAであり、しかもAとYとの間で本件土地の賃貸借契約が締結されていることを知らなかったのであるから、Yは民法94条2項により、Aとの間で締結した本件建物の賃貸借契約をXに対抗することはできないとして、第一審判決を正当であると是認し、Yの控訴を棄却した。

そこでYは上告して、民法94条2項の法理とは、Aが本件土地建物の真実の所有者でありながらその登記簿上の所有名義人をNとし

た結果、その外観を信頼して本件土地建物を N から B が買い、さらに X が所有権を取得した場合に、取引の安全の見地から X に所有権取得が認められるというものであり、民法 94 条 2 項は、A と X との間の法律関係について適用されるものであるところ、原判決は本件土地建物の真実の所有権者である A から本件建物を賃借した Y と X との間の法律関係即ち、Y の本件建物に対する賃借権と X が取得した本件土地建物の所有権との対抗問題について何らの理由を示すことなく民法 94 条 2 項に規定する典型的な事案と即断して同条を適用したうえ、Y の本件建物の賃借権は X に対抗できないとの判断を示したのは、民法 94 条 2 項の法律の解釈適用を誤った違法があると主張した。

図 2



2 上述最判の判旨内容

「上告人 (Y) は、被上告人 (X) が本件土地建物につき抵当権の設

定を受け、その実行により所有権を取得する以前に、本件建物の真実の所有者である三盛産業（A）との間で本件建物の賃貸借契約を締結していたのであり、右賃貸借契約に通謀虚偽表示等の無効原因があることについては当事者の主張がなく、原審の認定しないところであるから、上告人は本件建物の賃借権を有効に取得したものであるべきである。他方、被上告人は、その後において、本件土地建物についてされた中村（N）のための所有権移転登記が仮装のものであることを知らず、三輪（B）が本件土地建物の所有者である中村からこれを買受けるものと信じて、その買受資金を三輪に貸し付け、その債権を担保するため本件土地建物に抵当権の設定を受け、その実行としての競売手続において本件土地建物を競落したものであって、民法94条2項の類推適用により、本件土地建物の真実の所有者である三盛産業（A）がその所有権を被上告人（X）に対して主張しえないものとされる結果、被上告人は本件土地建物の所有権を取得したというべきである。そうとすれば、本件は、上告人（Y）が本件建物について取得した賃借権をもってその後本件建物の所有者となった被上告人（X）に対抗することができるかどうかという対抗問題に帰着するところ、原審の認定によれば、上告人（Y）は、三盛産業（A）と本件建物の賃貸借契約を締結した後、それ以前に三盛産業からこれを賃借して占有していた田原（T）と転賃貸借契約を結び、以来同人から賃料を受け取っているというのであるから、指図による占有移転によって本件建物の引渡を受けていたものとみるほかはなく、右賃借権について対抗要件（借家法1条1項）を具備しているものというべきである。したがって、右のような原審の認定事実を前提とする限り、上告人（Y）は、被上告人（X）が本件建物の真実の所有者及び三盛産業（A）と上告人（Y）間の賃貸借契約締結の事実を知っていると否とにかかわらず、右賃借権をもって被上告人（X）に対抗することができ、この間に民法94条2項を適用ないし類推適用する余地はないものとい

うべきであるから、上告人（Y）が本件建物の賃借権を有しないことの確認を求める被上告人（X）の請求は理由がなく、また、上告人が田原から本件建物の賃料として月額5万円の金員を受領するについては法律上の原因があるというほかはないから、被上告人の不当利得返還請求も理由がないことに帰着する筋合である。

そうすると、被上告人（X）が、本件土地建物の真実の所有者が三盛産業（A）であること及び同会社と上告人（Y）との間で本件建物の賃貸借契約が締結されていることを知らなかったことを理由に、上告人は、民法94条2項により、三盛産業との間で締結した賃貸借契約を被上告人に対抗することはできないとした原審の判断には、法律の解釈適用を誤った違法があるというべきであり、右違反は判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、論旨は理由がある。

したがって、原判決中、本件建物について上告人は賃借権を有しないことの確認と上告人が田原から収受した昭和57年3月24日から昭和58年12月7日までの月額5万円の本件建物の賃料につき不当利得の返還を求める被上告人の請求を認容した部分は破棄を免れないが、原判決のその余の部分、すなわち本件土地について上告人が賃借権を有しないことの確認を求める被上告人の請求を認容すべきものとした部分は正当であり、右部分に関する上告人の上告は理由がないから、これを棄却すべきである。そして、右破棄部分については、前示の観点に照らし更に審理を尽くさせる必要があるものと認められるから、右部分につき、本件を原裁判所に差し戻すこととする。」

裁判官全員一致の意見で、一部破棄差戻、一部上告棄却（伊藤正己，安岡満彦，長島敦，坂上壽夫）。

【参照条文】民法94条2項

3 検討

本件判決はきわめて重要な判決である。私の知る限り新判例ではない

かと思う。原審の判断も最高裁の判断もそれぞれ説得力があり、にわか
に優劣を決しがたいものがある。

- (1) 本件事案は少々複雑なので上図（図2）をかかげることにする。か
んたんにいえば、本件事案は、真実の権利者（A）からの権利取得者
（Y）と仮装名義人（N）からの権利取得者（X）との優劣問題なので
あって、最高裁はこれを単純な対抗関係と見たのに対し原審は通謀虚
偽表示における善意の第三者の範囲如何の問題とみているのである。

本件最判に先行する判例としては最判昭和42年10月31日（民集
21巻8号2232頁）があった。事案はつぎの通りである。真実の所有
権者AはBと通謀してB所有名義の登記をしたあとで、DがAか
ら、代物弁済によって不動産の所有権を取得した。一方、CはBか
ら善意で当該不動産を買い受け、BからCへの所有権移転登記を受
けた。しかしその買受けと移転登記との間に、Dは、Bに対して自己
への移転登記請求を本案として、処分禁止の仮処分を申請し、その仮
処分の登記がなされていた。この状態のもとで、DはBに対しては、
Dへの移転登記に協力すべきことを、Cに対しては、不動産の明渡と
損害金の支払いとを、それぞれ訴求した。原審の名古屋高裁は、「民
法第94条1項によって虚偽表示の無効を主張する者（D）と同条2
項によって虚偽表示の無効の対抗力なきことを主張する者（C）とが
存するとき」は、「前者（D）は真の権利者（A）から権利を承継取
得する筋合であるが、これをもって後者（C）に対抗するがために
は、その前提として右通謀虚偽表示の無効を主張しなければならない
けれども、かかる主張をなすことを民法第94条2項によって許され
ないのであるから、結局前者（D）の主張は後者（C）のそれに優位
を譲るほかなきもの」であり、「Cが本件不動産につきその所有権取
得をDに対抗するには登記を経由することを要しないと解すべきで
あるからCの所有権取得登記以前にDの前記処分禁止の仮処分登記
のなされた事実はなんらCの前記所有権取得の妨げとなるものでは

ない」と判示して、Dの請求を棄却した。しかし最高裁はDの上告を容れて原審判決を破毀差戻した。すなわち「不動産の譲受人がまだその取得登記をしない間に、その不動産について譲渡人を債務者として処分禁止の仮処分登記が経由された場合には、譲受人がその後に所有権取得登記をしても、譲受人は所有権取得そのものを仮処分債権者に主張することができない」とし、「したがって、Cの所有権取得登記以前にDから処分禁止の仮処分登記があった事実は、なんらCの所有権取得の妨げとならない旨の原判決の法律解釈は誤りというべく、この点において原判決は破棄を免れない。」と判示した。

- (2) 本件判決は右最判昭和42年とほぼ同一の見解に立つものであり、その流れにそっているものと評することができるし、本件原審判決は右最判昭和42年の原審判決とほぼ同じ立場に立っているもののようにも見える。私は、先に（高森「民法第94条2項と第177条」法時42巻6号（昭45年）123頁）、最判昭和42年の最高裁の見解を批判し名古屋高裁の見解に従うべき旨を説いた。そのことからいえば、本件の最判を批判し、高判を是認すべきようにも思える。しかし、最判昭和42年と本件とは事案上決定的な相違点がある。それは、最判昭和42年は真正権利者（A）からの権利取得者（D）の仮処分登記よりも仮装名義人（B）からの譲受人（C）の方が先に権利を取得しているのに反し、本件では、真正権利者（A）からの権利取得者（Y）の賃借権及び引渡による対抗要件は仮装名義人（N）からの譲受人（競落人）（X）の権利取得よりも先に取得されているという点である。かような場合のYはA・N間の虚偽表示の無効を主張してXの権利を否認する必要はなく、真正権利者からの有効な権利取得を主張し、Xに対して自己の賃借権をもって対抗するにすぎない。善意の第三者は94条2項によって、仮装名義人を真正権利者とみなして自己の権利取得を保護されうる立場に立つといってもA・B間が有効であ

ると実体化される訳ではないから、真正権利者 A からの権利取得者が対抗要件をも備えた場合にその権利取得を否定することまでは認められていないというべきである。ただし本件においては Y は A から賃借権を取得し引渡によって対抗要件を取得していたから自己の権利取得を主張しうるるのであって、かりに Y が A から所有権を取得したのならば、N (B) に登記があるかぎり、X の権利取得を否認しなければならず、それが94条2項によって、善意の第三者 X に対して主張しえないのであるから、Y は、自己の権利取得をもって X に対抗しえないことはいうまでもない。

結局、最判昭和42年と異なり、本件判決は正当に帰するということになる。

幾代通「通謀虚偽表示に対する善意の第三者と登記—補論³」において、94条2項の善意転得者に関する私見について「善意転得者 C の出現によって、B の地位は、A からの真実有効な譲受人たるⒺの地位へと客観的に格上げされ——つまり「B の地位のⒺ化」ひいては「C の地位のⒸ化」は実体化され——したがって B 名義の登記は、爾後は、C の D に対する優位を当然に保障するところの有効な登記に変わる」(A から真実・有効に譲渡を受けた者、およびそれからの転得者を、それぞれⒺⒸと表記されている) (16 頁) 構成と評し、B の登記を信頼して取引に入った善意の C がいまだ登記を得ないでいる間に登記をとり戻した A からなにも知らない D が権利を譲受け登記を得てしまったあとでも C が D に優先する立場と解して (17 頁) 批判されておられるが、これは私見に対する誤解であり、私見は、上述のように、D が A・B 間の虚偽表示の無効を主張し C の権利取得を否定する場合は C の D に対する優位を認めるが、A からの有効な権利取得のみを主張しかつ対抗要件を備えた場合をも D に対する C の優位を認めようとするものではない。

▼本件原審の資料等の入手につきましては、和田政純弁護士のご協力を得ました。

なお附言すれば、本件は事案としても珍しく理論的にも吟味すべき点が少なくないので民集に登載されないとすれば、まことに遺憾である。再考さるべきではなかろうか。

四 結び

1 94条2項の第三者(C)が自己の権利取得を主張することと、虚偽表示者、すなわち、真実の権利者(A)が自己の権利を主張することとはいかなる関係に立つべきか、という問題は、合理的な利益衡量を前提とした上で、条文の文言に即した理論的な問題だと思う。再三、再四、繰り返して述べてきたが、94条2項は「前項の規定による無効は、善意の第三者に対抗することができない。」と規定しているのである。「無効」をもって、「対抗することができない」という文言は非常に重たい価値を有していると考えべきである。民法が、意思と表示とはそれが一致することが「必然の関係」であるとするサヴィニーの理論を承継しつつ、それを自らが自己の利を図って不一致ならしめ、意思表示上の混乱を惹起せしめた者を強く非難し、そうして作出された虚偽の外観を信頼し、善意で(虚偽表示と知らずに)取引関係に入り、権利を取得した者を外観作出者に比して厚く保護すべきであるとの「理」と「利」の衡量を前提に、虚偽表示者に重たい責任を課したものだといえるべきである。だからといって、虚偽表示は意思の欠缺の故に無効なのであるから、善意の第三者(C)に対して、仮装名義人(B)が仮に真の権利者であって、その権利を承継した者である以上の権利性ないし法的保護を付与する必要はないといえるべきである。

かつて私が「民法第94条2項と第177条」(1970年5月号、法律

時報⁴)において、「民法94条2項は、善意の第三取得者(C)に真の権利者よりの承継人たる地位を与えることをその本来の趣旨としているものと思われる。」と論じたのは、正に上述の意味においてであった。ただし、私のこの考え方は、真の権利者(A)が仮装名義人(B)より、善意の第三者(C)がBと取引して、権利を取得するより前に、虚偽表示の無効を主張して、Bより先に権利の外観たる不動産登記をとり戻した上でDに譲渡した場合に、善意の第三者(C)と真の権利者たるAからの承継人たるD、すなわち、C・D間が対抗関係に立ち、登記取得の前後で優劣が決まることを否定するものではない。⁵

しかるに、私の第1研究の(特に前述の「民法94条2項は、善意の第三取得者(C)に真の権利者よりの承継人たる地位を与えることをその本来の趣旨としているものと思われる。」までの部分)論述に対して、幾代通先生は、⁶強くこれを批判し、自説を展開されておられる。結論的には、前説川井先生の説⁷と同じく、真の権利者Aと善意の第三者Cとの関係を仮装名義人Bを頂点とする二重譲渡の関係と理解して、①A—B間の虚偽表示によるB名義の登記の経由、②AからDへの代物弁済による所有権移転、③BからCへの売買契約、④Cの登記未了の間の虚偽表示の撤回によるB—A間の登記経由(事実は、Dによる処分禁止の仮処分登記)、⑤Aからの権利承継人たるDによるCへの明渡請求、すなわち、最判昭和42年10月31日の事案においても、A—C間を対抗関係にあるとみて、Aからの承継人Dが現われた場合には、D—C間も対抗関係にあり、登記取得の前後によって優劣を決するべき旨を主張しておられる。

- 3 すなわち、幾代先生は、繁雑をいとわず、再録するならば、次のように説いておられる(この場合、真の権利者をA、仮装名義人をB、善意取得者をC、Aからの承継人をDと表記する)。94条2項の善意取得者に関する私見について『善意取得者Cの出現によって、Bの

地位は、Aからの真実有効な譲受人たる⑧の地位へと客観的に格上げされ——つまり「Bの地位の⑧化」ひいては「Cの地位の⑨化」は実体化され——したがってB名義の登記は、爾後は、CのDに対する優位を当然に保障するところの有効な登記に変わる』（Aから真実・有効に譲渡を受けた者、およびそれからの転得者を、それぞれ⑧⑨と表記されている）（16頁）構成と評し、Bの登記を信頼して取引に入った善意のCがいまだ登記を得ないでいる間に登記をとり戻したAからなにも知らないDが権利を譲受け登記を得てしまったあとでもCがDに優先する立場と解して（17頁）批判されておられる。私見につき、幾代先生は「Bの地位の⑧化」ひいては「Cの地位の⑨化」は「実体化され」、したがって「B名義の登記は、爾後は、CのDに対する優位を当然に保障するところの有効な登記に変わる」構成と評して、Cの立場を保護しすぎると批判されておられる。私は、この幾代説を十分に理解することができない。すなわち、「Bの地位の⑧化」、「Cの地位の⑨化」は「実体化」されるといういい方が具体的に何を表現されようとなさっているのかは、私によっては、よく理解しえないところなのである。しかし、事案との関係でいうならば、幾代先生は、登記が何時の時点で何処にあったかを十分に理解せずに、登記をとり戻した真の権利者Aから譲り受けたDがすでに登記を具備しているのに、善意の第三者たるCが登記なくしてDに優先することは、Cを保護しすぎるものと解しているのであろうと推測することはできる。しかし、最判昭和42年の事案においては、Aからの承継人たるDによる処分禁止の仮処分登記は、CによるBからの所有権移転登記の前とはいえ、B—C間の売買契約の後なのである。この場合、DはCに対抗するためには、A—B間の虚偽表示による無効を主張しなければならないはずである。このD（A）による主張が善意の第三者たるCとの関係においては、94条2項によって「無効」をもって「対抗することができない」と明文で規定されているのであ

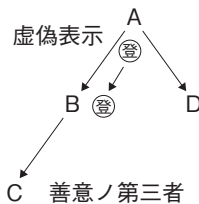
るから、D (A) の主張は、C には対抗しえず、結局、C の有効な権利取得を（たとえCが登記を了していなくとも）否定することはできないというべきなのである。決して過度に善意の第三者Cを保護しているわけではないのである。

- 4 これに対して、四宮先生は、あえて幾代説を採るべきではない、高森説を支持すべきと言明された⁸。すなわち（次頁下図参照）、四宮先生は、94条2項の「善意の第三者としての保護を受けるのに対抗要件が必要」かと題して、Aが虚偽表示によってA所有の不動産をBに譲渡し、Bがさらに「善意の第三者」Cに譲渡した場合、CはAに対して登記なくして自己が権利取得者であることを主張することができる、と明言されておられる。その理由として、先生は「Cにとっては、94条2項により、AB間の譲渡は有効だったものとみなされるから、不動産がA—B—Cと移転した場合、「CとAとの関係は対抗問題（177条参照）ではない、と考えられる」からであるとされている。そして、最判昭和44年5月27日を引用して、判例も同旨であるとされておられる。上記の例において、さらに一步をすすめ、Aが同じ不動産をさらにDに譲渡した場合（下図を参照）、このDに対する関係はどうなるか。先生は、Cは「善意の第三者」だから、94条2項によって、DもAB間の譲渡の無効——Bの無権利——Cの無権利を主張することができないことになり、「A—B—CとA—Dという二重譲渡があったのと同じになる。」といわれる。そして、この場合にCとDのいずれを優先せしめるかは、困難な問題であるとしつつ、幾代説¹⁰を引用し、「Aを起点として有効な譲渡がCとDとに行なわれた場合と同じように、C・Dのうち先に登記を備えた者が勝つと考える。」見解であり、通説¹¹でもあるとされつつも、私見を照会して、この幾代説に対して、「Dに対する関係では」A—B—Cの譲渡が有効とされるから、「Bに登記がある以上」DはBに優先さ

れ、その結果、Bの承継者たるCは、Dに対して「登記なくして所有権取得を対抗しうる見解」であると要約され、高森説の方が「94条2項の趣旨に適合している」として私見に全面的に賛同なさっておられる。私見と同様の考え方は、川島先生の見解でもあり、DがAの債権者である事案に関してであるが、「94条1項の主張者（D）は同2項の主張者（C）に対抗しえない」との趣旨を述べておられる。川島『民法総則』¹²280頁によれば、「虚偽表示の当事者以外の間で虚偽表示の効力が争われる場合（たとえば、虚偽の不動産譲渡があった場合に、譲渡人の債権者がその譲渡の無効を主張し、譲受人から譲受けた者が『第三者』たることを主張する場合）には、結局94条1項の主張者と同条2項の主張者とが対立することになり、後者に対し前者は対抗し得ぬものと解すべきである（Planiol-Ripert-Esmein, IVⁿ 336参照）」と述べられている。

私も四宮先生も、ここでの問題においては（下図参照）、Dは登記をもたないAから譲り受けた者だから、94条2項の趣旨を無視してまでDをCに優先して保護するには値しない、と考えているわけである。

以上が私の幾代説批判である。



註

- 1 四宮和夫「民法総則第4版」（昭和61年9月刊）は、私の法律時報の研究に対して賛意を示され、第1版の記述を改説された。私としては、大変な学恩をいただき、感謝しているが、現版（8版）にはそれが削除されているの

で、再掲させていただく。

- (1) たとえば、Aが虚偽表示によってA所有の不動産をBに譲渡し、Bがさらに「善意ノ第三者」Cに譲渡した場合、Cは——Bに対してはもちろん——Aに対しても登記なくして自分が権利取得者であることを主張することができる。Cにとっては、94条2項により、AB間の譲渡は有効だったものとみなされ、そして、不動産がA—B—Cと移転した場合、CとAとの関係は対抗問題（177条参照）ではない、と考えられるからである。判例も、94条2項を類推適用すべき場合に関してであるが、虚偽表示をした者は「第三者」の登記の欠缺を主張して物権変動の効果を否定することができないという（最判昭44・5・27民集23—998）。
 - (2) 右の例で、Aが同じ不動産をさらにDに譲渡したとして、Dに対する関係ではどうか。Cは「善意ノ第三者」だから、94条2項によって、DもAB間の譲渡の無効—Bの無権利—Cの無権利を主張することができないことになり、A—B—CとA—Dという二重譲渡があったのと同じになる。この場合にCとDのいずれを優先せしめるかは、困難な問題である。
 - (a)通説は、Aを起点として有効な譲渡がCとDに行なわれた場合と同じように、C・Dのうち先に登記を備えた者が勝つ、と考える（たとえば、幾代「通謀虚偽表示に対する善意の第三者と登記（『林還暦下』）」）。判例も、この立場を前提とするように思われる（最判昭42・10・31民集21—2232〔Cの登記取得前にDが（Bを債務者とする）処分禁止の仮処分の登記を経ているときは、Cはその所有権取得をDに対抗しえない〕）。
 - (b)これに対し、Dに対する関係ではA—B—Cの譲渡が有効とされるから、Bに登記がある以上、DはBに優先され、その結果、Bの承継者たるCは、Dに対し登記なくして所有権取得を対抗しうる、とする見解がある（高森「民法94条2項と177条」法時42巻6号）。——（i）bのほうが94条2項の趣旨に適合しており（川島『民法総則』もDがAの債権者である場合に関してであるが、94条1項の主張者（D）は2項の主張者（C）に対抗しえない、という）、（ii）それに、Dは登記をもたないAから譲受けた者だから、同項の趣旨を無視してまで保護するには値しない。あえてb説を支持するゆえんである。
- 2 幾代通「通謀虚偽表示に対する善意の第三者と登記—補論」（林良平先生還暦記念論文集『現代私法学の課題と展望下』）
 - 3 前記註2参照

- 4 42 卷 6 号 123 頁
- 5 高森八四郎・高森哉子『物権法講義<第1分冊>—物権法総論—』関西大学出版部 68 頁（平成 10 年 4 月刊）参照
- 6 前掲註 2
- 7 本稿 5 頁，判例評論 102 号 13 頁
- 8 前掲註 1
- 9 民集 23 卷 6 号 998 頁
- 10 前掲註 2
- 11 前掲註 4
- 12 1965 年，有斐閣