

民法 94 条 2 項の類推適用について

——処分禁止の仮処分をしなかったことによる帰責性——

鳥 山 泰 志

一 はじめに

最初に、以下の【事案】⁽¹⁾を設定する。

【事案】X は、甲不動産を所有していたところ、A が X に無断で自己への移転登記をし、さらに A は B に甲不動産を転売し、その旨の登記を了した。X は、A への虚偽の移転登記を知ってから 1 年ほど経った後、A 及び B に対して所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えを起したが、処分禁止の仮処分を申し立てることがなかったため、甲不動産は B から C、さらに、Y に譲渡され、それぞれその旨の登記がされた。Y は、A が無権利者であり、ゆえに、B から C への譲渡が無効であったことを過失なく知らなかった。以上の場合において、X が Y に抹消登記手続を請求したとき、Y は、これを拒むことができるか。

不動産登記に公信力はない。このため、不動産の譲受人が、取引の相手方を名義人とする登記を信頼したとしても、その者が無権利者であれば、当該不動産の所有権を取得できない⁽²⁾。しかし、それでは不動産取引の安全をあまりに害する。そこで、民法 94 条 2 項（以下、民法の条文については法令名を

(1) 【事案】は、現在、ある地方裁判所に係属中の事件について担当弁護士から断片的に伝え聞いたものを簡略化したものである。

(2) 半田正夫「不動産登記と公信力」星野英一ほか編『民法講座 第 2 巻』（1984）197 頁以下、中舎寛樹「日本民法の展開（3）判例の法形成」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年 I』（1998）397-400 頁。

省略する)を類推適用し、場合によってはさらに110条を重畳適用することで、善意(かつ無過失)の譲受人の保護が図られることがある。この救済は、真正権利者において権利を失うことにつき帰責性がある場合に与えられる。【事案】でも、その有無が結論を左右する。いかなる事実から真正権利者Xに帰責性ありと判断しうるか。本稿は、処分禁止の仮処分(民保53条1項)を求めなかったことをもって帰責性があると考えうるかを検討する。

幾代通が次のように述べ、その可能性を指摘していた。

「(不動産の譲渡が無効であり、または取り消しうるときに、無効原因や取消原因の存在を知っているにもかかわらず：筆者注)登記の抹消など(それらのための仮処分登記、仮登記をふくめて)を怠る者は、その後は、客観的には現登記名義人と共同して、虚偽の外形の存続に寄与しているのであるから、虚偽表示者に準ずるものとして、94条2項を類推して善意の第三者を保護するという解釈はできないものであろうか。」「いかなれば、不作為による後発的虚偽表示といったものであり、要するに、世人を迷わすような外形を除去しうる立場にある者は、これを除去すべく合理的な措置をとる信義則上の義務を負い、それを怠ることによって生ずる取引事故については、その危険を負担すべし、という思想である(傍点筆者)」⁽³⁾。

このような主張がされた頃の判例および多数説は、真正権利者の意思関与(「承認」)がある場合にのみその帰責性を認定し、94条2項の類推適用を認めていた。これに対して、幾代は、不実の外形を是正しなかったという不作為(いわば「放置」)から虚偽の外形の存続への寄与があったとして帰責性を認定しようとする。上記引用文の「…解釈はできないものであろうか」とい

(3) 幾代通『民法総則〔第2版〕』(1984)436頁、437頁注3。幾代通〔徳本伸一補訂〕『不動産登記法〔第4版〕』(1994)245頁(同書の新版(1971)223-224頁にすでに存在する記述)も参照。本文の理解は、「取消しと登記」のうち第三者が取消し後に登場した場合について、(取消しによる復帰的物権変動を認めて177条を適用するのではなく)取消しによる遡及的無効を貫いたうえで94条2項の類推適用によって第三者を救済しようとするための前提でもある(幾代通「法律行為の取消と登記」於保還暦『民法学の基礎的課題(上)』(1971)64頁〔幾代通『不動産物権変動と登記』(1986)所収〕。

う言葉にあるように、自身の見解が一般に受け入れられにくいものであることは幾代自身が自覚するところであった。

もっとも、平成 16 年に不動産登記法が改正され（平成 16 年法律第 123 号）、予告登記が廃止され、その機能を処分禁止仮処分の登記が代替することになった。七戸克彦は、これをきっかけに「94 条 2 項類推適用法理の要件・効果との整合性の確認作業が必要となってこよう」と指摘する⁽⁴⁾。

また、最判平成 18 年 2 月 23 日（民集 60 巻 2 号 546 頁）（以下、「平成 18 年判決」という）は、外形作出に真正権利者の意思関与がない事案でも第三者の保護を認めるようになった。したがって、上記の幾代の主張は、従来よりも受け入れやすくなっている可能性がある。

以下では、予告登記の廃止をめぐる議論と、94 条 2 項の類推適用に関する判例および学説を概観し、処分禁止仮処分の不作為から 94 条 2 項を類推適用するための帰責性を認めることができるかどうかを検討する。

二 予告登記の廃止と第三者保護の要請

1 旧法下における予告登記制度

予告登記とは、登記原因の無効または取消しによって登記の抹消または回復の訴えが提起された場合に、受訴裁判所の書記官の嘱託によって、その訴えの提起があった事実を登記簿に記載する登記をいう（平成 16 年改正前不動産登記法〔以下、「改正前不登法」という〕3 条本文、34 条）。

予告登記の効力を定める規定はなかった。過去、それに積極的な効力を認めようとする見解がなかったわけではない⁽⁵⁾。しかし、全く根拠のない提訴が可能であるところ、予告登記は、原告の主張内容の真実性についての疎明を経ることなく、提訴によって自動的にされる登記であった。このため、予

(4) 七戸克彦「予告登記の廃止」登情 501 号（2003）34 頁。

(5) 例えば、石田文次郎『物権法論』（1932）192 頁は権利保全効を認める。

告登記は、善意の第三者に警告を与えるという事実上の効果しか持たないとされた。

原告が無効や取消しを善意の第三者に対抗できない場合には、第三者に不測の損害が生じないから、予告登記はされない（改正前不登法3条但書）⁽⁶⁾。また、予告登記が訴訟の当事者に何らかの保護を与えることはない。原告が自己の権利の保全を確実なものにするならば、処分禁止の仮処分登記をしておく必要がある。予告登記の存在が登記原因の無効または取消しによる登記の失効についての推定を生じさせることはないし、その登記後に登場した第三者が無効や取消しについて悪意であったと推定されることもない⁽⁷⁾。

予告登記は、原告が登記の抹消または回復の訴えが提起された場合に登記の囑託がされる。したがって、【事案】のXが登記の抹消ではなく、真正な

-
- (6) 改正前不登法3条但書の文言は「取消」のみを規定していたが、94条2項の適用等によって第三者に「無効」に対抗できない場合にも予告登記がされないと拡大解釈されていた（大判大正14・9・22民集4巻467頁。幾代・前注(3)『不登法』245頁，山川一陽「予告登記」鎌田薫ほか編『新不動産登記講座 第3巻』（1998）336頁）。
- (7) 大判大正5・11・11民録22輯2224頁，最判昭和35・11・29民集14巻13号2869頁，最判昭和43・10・8判時541号34頁，最判昭和45・12・10民集24巻13号2004頁。以上につき，舟橋諄一『物権法』（1960）98頁，幾代・前注(3)『不登法』473-474頁。

下級審裁判例では予告登記の事実上の効果から実体法上の効果が引き出されることがある。例えば，名古屋地岡崎支判平成20・9・26判時2031号85頁は，（善意重過失の者は94条2項にいう「第三者」に当たらないことを前提にしつつ）予告登記の存在「から予想される問題点の把握及び調査，検討，裏付けを順に進めていくことは通常当然に必要とされる調査というべきである」とし，その調査を欠いた第三者につき重過失を認定し，94条2項の類推適用を否定した（吉岡伸一「民法94条2項の類推適用による登記を信じた者の保護について」岡法59巻1号（2009）52，70頁が本判決を支持）。その控訴審である名古屋高判平成21・2・19判時2045号123頁は，予告登記があるため虚偽の外形が存在しないとして，やはり94条2項の類推適用を否定した（中山布沙「判批」北九州38巻1＝2号181頁が支持）。これら2つの裁判例には従来の予告登記に関する考え方からの逸脱があるとの批判がある（畠山新「判批」登情528号18-19頁，中川敏宏「判批」法セ677号122頁）。

登記名義の回復を原因とする所有権移転登記を求めて提訴していたとすれば、予告登記はされない⁽⁸⁾。

2 廃止の理由

(1) 平成 16 年改正前の廃止論

幾代が予告登記を廃止すべき旨を唱えていた。

その理由の 1 つは、(順位保全効や権利保全効を持たない) 予告登記の効力が中途半端であることである⁽⁹⁾。

もう 1 つは、予告登記をする実益がある場面がほとんどないことである。

すなわち、⑦取消権を行使した A と取消し後に登場した B との間では、177 条が適用されるため、C は登記さえ備えていれば悪意でも所有権の取得を A に対抗できる。善意の第三者の保護を旨とする予告登記をしておく意味はない。

また、④真正権利者が錯誤や文書偽造により無効な登記を発見したのに仮処分もかけずに放置していたときは後発的虚偽表示があった扱いとすることができるところ、その無効は善意の第三者に対抗できず (94 条 2 項)、予告登記をすべき場面ではなくなる。したがって、結局、予告登記が必要なのは強行法規違反や公序良俗違反というごく限られた場合だけである⁽¹⁰⁾。

最後の④は、先に紹介した 94 条 2 項の (類推) 適用を広く認める固有の

-
- (8) 昭和 47・9・14 民甲 3736 号局長回答。このような登記実務には批判があった (野田宏「登記原因の無効取消を理由とする所有権移転登記請求の訴と予告登記の可否」不動産登記先例百選〔別冊ジュリ 30 号〕180-181 頁)。
- (9) 例えば、我妻栄「判批」判民昭 4 年 33 頁も、予告登記の効力を強化する改正をすべきであると考えていた。前注 (5) で紹介した石田文次郎の見解は、それを解釈論のうちで認めようとするものである。
- (10) 以上、幾代・前注 (3)『不登法』244-245 頁。吉野衛『注釈不動産登記法総論上〔新版〕』(1982) 167-168 頁は、⑦に着目して、予告登記ができる場合を登記原因が絶対無効の場合に限るべきだとする改正論を唱えていた。

立場⁽¹¹⁾を前提にするものである。したがって、この点は、独自色の濃い立場からの提言であったといえる。

(2) 平成 16 年改正時の廃止論

平成 16 年の不動産登記法の改正で予告登記を廃止する際の主な論拠は、予告登記が執行妨害目的で濫用されていた弊害の除去にあった。すなわち、抵当権実行の前後、目的不動産の所有者と第三者が馴合訴訟を提起し、予告登記をさせ、その警告機能によって買受人の出現を妨げることが横行していた。そこで、予告登記制度を廃止することで、その手口を封じ込めようと考えられたのである。加えて、予告登記の警告機能は効力として中途半端であることと、登記原因の無効または取消しにより自己の権利の回復のために訴えを提起する者は処分禁止の仮処分をするはずであるから、予告登記の警告機能は処分禁止の仮処分登記によって代替することができるということも指摘された⁽¹²⁾。

ここでは、予告登記の廃止によって善意の第三者の保護に不足が生じることとは予定されていなかったことに注意を要する。

3 検討

登記に公信力がないからこそ、事実上のレベルであれ、善意の第三者が不測の損害を被る可能性を減少させる必要がある。予告登記はその役割を担っ

(11) 前注 (3) 該当本文参照。

(12) 古賀政治「予告登記と執行妨害」金法 1625 号 (2001) 13, 16 頁, 同「望まれる予告登記制度の廃止」金法 1644 号 (2002) 1 頁, 法務省民事局民事第二課「電子情報処理組織を使用する方法による申請の導入等に伴う不動産登記法の改正に関する担当者骨子案」登情 500 号 (2003) 51 頁, 法制審議会不動産登記法部会第 3 回会議 (平成 15 年 11 月 26 日) 議事録, 清水響「新不動産登記法の概要について」民月 60 号号外〔平成 16 年 改正不動産登記法と登記実務 (解説編)〕(2005) 90-93 頁, 同『Q & A 不動産登記法』(2007) 23-24 頁。

ていた。不動産登記法改正時の廃止論では触れられていなかったが、94 条 2 項類推適用の法理が発展したことは、予告登記が必要とされた前提である登記の公信力の欠如を大きく埋め合わせる。このことも、予告登記を不要とする論拠となりえたかもしれない⁽¹³⁾。しかし、善意の第三者は常に 94 条 2 項の類推適用で救済されるわけではない。それには真正権利者に帰責性がなければならない。

(1) 「不測の損害」からの救済

冒頭の【事案】では、不動産登記法の改正前であれば、真正権利者 X が訴えを提起することで、予告登記がされていた。その警告があったにもかかわらず、あえて C と取引をした Y を 94 条 2 項の類推適用によって保護する必要性はそれほど高いとはいえない。予告登記後に登場した第三者は、前述のように無効について悪意であったと扱われないが、そうだとすると、予告登記の存在から従前の権利関係を調査する事実上の機会を得られるため、第三者は全くの不測の損害を被るわけではなかったからである⁽¹⁴⁾。そうであれば、処分禁止の仮処分の不作為に真正権利者の帰責性を求めて第三者を救済しようという考えは生じにくい⁽¹⁵⁾。

これに対して、現行不動産登記法のもとでは予告登記がされない。もちろん、予告登記の廃止時に指摘されたように、真正権利者は、提訴の段階で通常、処分禁止の仮処分を求めるであろうが、常にこれを求めるわけではない。それが求められなかった【事案】の第三者 Y は、登記を確認しただけ

(13) 七戸・前注 (4) 31, 33 頁参照。

(14) 前注 (7) で紹介した、前掲・名古屋地岡崎支判平成 20・9・26 は、(行き過ぎだと思われるが) その調査懈怠をもって第三者の重過失を認定していたほどである。

(15) もっとも、畠山・前注 (7) 16 頁は、予告登記が廃止される前であった前掲名古屋高判平成 21・2・19 の事件ですら、真正権利者は「処分禁止の仮処分等のより適切な措置を講じることが必要であった」と述べていた。

では、真正権利者 X が訴えを提起したことと、登記名義人 C から権利を取得できない可能性があることを知る由がない。改正前の Y と比べ、改正後の Y は、真正権利者の振舞い方次第によっては、文字通り不測の損害を被る可能性があり、ゆえに 94 条 2 項の類推適用によって救済される必要性が高い。その救済を与えるため、処分禁止の仮処分をしなかったことをもって真正権利者の帰責性を認めようとの考えに傾きやすい。

(2) 紛争予防機能の確保

不動産登記法の改正前であれば、【事案】では、予告登記がされて、第三者 Y は、登記を閲覧することで、登記名義人 C との取引を控える判断をすることができた⁽¹⁶⁾。このような買い控えがされた分、Y が善意の第三者として登場し、94 条 2 項の類推適用を検討しなければならない事態が抑制されていた。予告登記には、——これが登記される場面が限定されていたため、不十分ではあったが——第三者が望まぬ紛争を避けることを可能にする機能（紛争予防機能）があったのである。

処分禁止の仮処分は、改正前からその役割の一翼を担い、改正後はそれを一手に引き受けるようになった。【事案】の第三者 Y は、真正権利者 X が処分禁止の仮処分をしない限り、否応なしに紛争に巻き込まれる。Y にしてみれば、それ自体が不測の損害である。これを防ぐには、処分禁止の仮処分が行われることを促進する必要がある。そのための方策として、処分禁止の仮処分を申し立てておかなければ 94 条 2 項の類推適用によって権利を失うという制裁を用意しておくことが考えられる（登記促進のために 177 条が登記懈怠者に制裁として物権変動の対抗を認めないのと同じである）。要するに、紛

(16) 予告登記が執行妨害たりえたことから、その警告機能はそれなりに働いているという評価が与えられていた（清水・前注（12）「新不動産登記法の概要について」91 頁）。

争予防の観点から処分禁止の仮処分の実施をより常態化させるためにも、94 条 2 項の類推適用を認める必要性がある。このため、処分禁止の仮処分をしなかった真正権利者に帰責性を肯定すべきように思われるのである⁽¹⁷⁾。

- (17) 七戸・前注 (4) 34 頁がドイツにおける異議 (Widerspruch) の登記制度を参照する必要を求めているので、簡単に触れておこう。

ドイツにおいては、土地登記に公信力が認められている (以下については、MünchKomm/Kohler, 7. Aufl. (2017), § 899 S. 358 Rn. 9 u. S. 362 Rn. 20ff. また、手近な邦語文献として、ヴォルフ／ヴェレンホーフアー (大場浩之ほか訳) 『ドイツ物権法』(2016) 329 頁以下 [特に異議の登記については 340-341 頁。ドイツ民法典の翻訳についても同書参照のこと]、石川清＝小西飛鳥『ドイツ土地登記法』(2011) 248-256 頁)。このため、譲渡人が無権限者であったとしても、権利者として登記されているならば、その者と善意で取引をした譲受人は善意取得によって土地所有権その他の物権を取得できる (ドイツ民法 892 条, 893 条)。これに対して、真の権利者は、異議を登記することによって、土地登記の公信力を遮断できる (同 892 条 1 項 1 文)。

土地登記の内容が真の権利関係と符号しないとき、自己の権利につき登記をされていない者等は、ドイツ民法 894 条により、利害関係人に対してその訂正に同意するよう請求できる。異議は、この利害関係人の許諾が仮処分に基づいて登記される (同 899 条 2 項 1 文)。仮処分によるのが通常であり、その発令には、規定上は異議を申し立てた者の権利の危険が疎明されることを要することになっている (同 899 条 2 項 2 文) が、善意取得によって権利を喪失する可能性が常にあることから、その危険は当然に存在するものとして、訂正請求権 (同 894 条) の要件についての疎明があればよい。ドイツ民事訴訟法 936 条が準用する 921 条により、担保の提供があったときは、その疎明を要しない (職権によって異議の登記がされることもあり、これは、土地登記所が違法な登記をし、これによって土地登記が不真正なものとなったときに行われる [ドイツ土地登記法 53 条])。

ドイツの立法例は、日本で不実登記がある場合の真正権利者に処分禁止の仮処分をするよう期待してよいことを示唆する。ドイツの異議登記は、土地登記の公信力を前提とする制度であり、日本の不動産登記には公信力がない。このことから、安易にドイツ法に倣って日本の真正権利者に処分禁止の仮処分を求めることは許されない、との批判はあり得よう。しかし、その違いは、真正権利者が不実登記を放置していた場合において、ドイツにおいては一律に第三者が保護され、日本においては真正権利者に提訴も含めた不実登記の是正措置を期待し得る (しかし措置を講じなかったために帰責性がある) 場合に限って 94 条 2 項の類推適用によって第三者が保護されるという差異につながる。問題は、日独で前提とする法制の違いから生じるこの差異すら受け入れられないものかどうかにあるのではないか。

本章でのここまでの考察は、まさに「裸の利益衡量」⁽¹⁸⁾である。次章では、一連の94条2項（および110条）の類推適用をめぐる判例および学説のなかで、処分禁止の仮処分をしなかった真正権利者に帰責性を肯定する理論上の余地があるかどうかを検討しよう。

三 94条2項の類推適用による第三者保護の理論的根拠

1 判例の概観

以下では判例の推移を中心に紹介する。数多の論文で詳細な検討が加えられている⁽¹⁹⁾から、ごく簡単なものにとどめる。それらの論稿と同じく、基本的に四宮和夫が提示したモデル⁽²⁰⁾に従って説明する。

(1) 意思外形対応：外形自己作出型

意思外形対応型とは、真正権利者の意思と第三者の信賴の対象となった外形とが対応する場合である。そのうち、外形を真正権利者自らが作出した場合が外形自己作出型に当たる（以下、「㊤型」という）。最判昭和29・8・20（民集8巻8号1505頁）がこの類型の事案において、94条2項の類推適用を初めて認めた⁽²¹⁾。より具体的には、最高裁は、登記名義人の承諾のもと真正権利者の意思に基づいて不実登記が作出されたが、真正権利者と前主との間に通謀虚偽表示がなかった事案で、実質的に通謀虚偽表示があった場合と異ならないとして、94条2項の類推適用を認めた。

その後、最高裁は、最判昭和37・9・14（民集16巻9号1935頁）で同様の

(18) 佐久間毅「判批」民法判例百選Ⅰ〔第8版〕47頁。

(19) 比較的最近のものとして、中舎・前注(2)407頁以下、久須本かおり「94条2項類推適用あるいは94条2項・110条重疊的類推適用の限界(1)(2)完」愛大171号1頁、172号12頁以下(2006)。

(20) 四宮和夫＝能見義久『民法総則〔第9版〕』(2018)238-239頁。

(21) ただし、実質的に94条2項の類推適用によって事件を解決した判例は戦前からある（例えば大判昭和6・6・9民集10巻8号470頁）。

判断を示し、さらに、最判昭和 41・3・18（民集 20 卷 3 号 451 頁）においては登記名義人の承諾が 94 条 2 項類推適用の要件であると明言した。だが、学説からはそれを要しないとの見解が主張され⁽²²⁾、その後、最高裁も、最判昭和 45・7・24（民集 24 卷 7 号 1116 頁）において、登記名義人の承諾がないまま真正権利者の意思に基づいて不実登記が作出された事案で 94 条 2 項の類推適用を肯定する。

このように判例は、当初は真正権利者と登記名義人両者に外形作出に向けた意思干与がある場合に通謀に準じる意思があるとして 94 条 2 項を類推適用していたが、登記名義人の承認がなくとも真正権利者の意思関与さえあれば 94 条 2 項の類推適用をすることができるという立場に変わり、94 条 2 項が直接適用される場合から離れることとなった。これは「条文のアナロジーからの脱却」と呼ばれる⁽²³⁾。

(2) 意思外形対応：外形他人作出型

意思外形対応型のうち、外形が他人によって作出され、真正権利者がその外形を後から承認した場合が外形他人作出型である（以下、「㊤型」という）。この類型に属する最初の判例は、最判昭和 45・4・16（民集 24 卷 4 号 266 頁）である。最高裁は、真正権利者が旧家屋台帳法による家屋台帳にその建物が他人の所有名義で登録されていることを知りながら、これを明示または黙示に承認した場合には、承認を事前と事後のどちらにしたかで区別することでその外形を信頼した第三者の保護を区別する理由はないとして、94 条 2 項を類推適用した。この判例によって、真正権利者の帰責性は、黙示の事後承認があったときには認められることが明らかにされた。また、最判昭和

(22) 於保不二雄「判批」民商 55 卷 4 号 663, 665-666 頁、高津幸一「判批」法協 84 卷 2 号 332 頁。

(23) 中舎・前注 (2) 415 頁。

45・9・22（民集24巻10号1424頁）は、真正権利者がその夫名義の不実登記がされたことを知ったが、登記費用の捻出が困難であったため、名義の回復を見送り、その後、夫名義のまま根抵当権の設定登記がされた事案で、同様の判断をした。

もっとも、放置があった場合と黙示の承認があった場合との区別は難しい。星野英一は、前掲最判昭和45・9・22に関する評釈で、真正権利者が知ってしまったためにかえって不利になりかねず、したがって、「承認」はかなり厳格に認定すべきであると警告していた。あるいは、その事件は94条2項を類推適用する「ボーダーラインケース」と呼ばれていた⁽²⁴⁾。しかし、最判昭和48・6・28（民集27巻6号724頁）（以下、「昭和48年判決」という）は、未登記建物の真正権利者が固定資産課税台帳に職権でその夫名義で登録され、これを知りながら夫名義で納税をしたことから黙示の承認を認めた。納税という積極的行為がされているから単なる放置とは違うといわれる⁽²⁵⁾が、そのような見方を疑問視する学説が優勢である⁽²⁶⁾。

（3） 意思外形非対応：一部非対応型⁽²⁷⁾

意思外形非対応型とは、真正権利者が承認した外形が作出された後、登記名義人の背信行為によって第2の外形が作られ、これを信頼した第三者が取

（24） 横山長「判解」最判解民昭45年674頁（石田喜久夫「判批」民商65巻3号412頁がこれを支持）。

（25） 田尾桃二「判解」度最判解民昭48年16頁。

（26） 昭和48年判決を疑う学説の対応はさまざまである。四宮和夫『民法総則〔第4版〕』（1986）170頁は、94条2項を類推適用することに反対する。米倉明「判批」法協92巻2号176-177,182-183頁は、他の理論構成を探求する（後述2（1））。吉田真澄「民法94条2項の類推適用とその限界について」民法の争点Ⅰ（1985）43頁は、端的に、単なる放置がある場合でも94条2項の類推適用を認めてよいという。

（27） 意思外形非対応型を一部非対応型と全部非対応型とで分類するのは、吉田克己「判批」判タ1234号51頁に倣ったものである。

引関係に入ってくる場合をいう。真正権利者の意思と第 2 の外形とが一部しか対応しない（以下、「◎型」という）。この類型に属する最初の判例が最判昭和 43・10・17（民集 22 卷 10 号 2188 頁）である。最高裁は、真正権利者と通謀して甲不動産につき所有権移転請求権保全の仮登記を経た登記名義人が勝手に本登記を経て、第三者に甲不動産を譲渡した事案において、「外観尊重および取引保護の要請」を根拠に 94 条 2 項および 110 条の法意に基づいて善意かつ無過失の第三者が保護されることを明らかにした。その後も、同種の判断を最判昭和 45・6・2（民集 24 卷 6 号 465 頁）や最判昭和 45・11・19（民集 24 卷 12 号 1916 頁）で繰り返す。

（4） 意思外形非対応：全部非対応型

平成 18 年判決は、第三者と登記名義人とが売買契約を結んだ時点では真正権利者が不実登記の存在を知らなかったため、外形作出に意思関与を認めることができない事案において、真正権利者の行為が「あまりにも不注意な行為」であり、その帰責性の程度が「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できるほど重い」のであれば、94 条 2 項と 110 条の類推適用がされることを明らかにした。意思と外形が全部対応していないという点で上記 3 つのどの型にも収まらない新たな類型である⁽²⁸⁾（以下、「⑩型」という）。

この判決の特徴は、形式的な意思関与の有無に関係なく、実質的な観点から帰責性があるかどうかを判断することで真正権利者と第三者との間の適切な調整を図ろうとすることにある。第三者の保護は真正権利者の意思関与がある場合に限られるべきであるとして、平成 18 年判決を批判的に評価し、

(28) 四宮＝能見・前注 (20) 239-240 頁，武川幸嗣「判批」登情 542 号 56 頁，磯村保「判批」平成 18 年度重判 67 頁，佐久間・前注 (18) 46-47 頁，増森珠美「判解」平成 18 年度判解 304-305 頁。

またはこの類型が拡大していくことを消極的に捉える学説がある⁽²⁹⁾。他方で、その方向性を受け入れようとする学説もある⁽³⁰⁾。

(5) 【事案】について

⑩型の平成 18 年判決は、外形作出過程における真正権利者のあまりにも不注意な行為にその帰責性を結び付ける。外形作出過程での行為を問う点で、㉔型と⑩型との事件類型には連続性がある。これに対して、【事案】の真正権利者 X は外形の作出に関与していない。外形作出後の行為から帰責性を肯定できるかが問われる。この点では、【事案】と、事後承認からの帰責性を問題とする㉔型の事件類型は共通する。

【事案】の真正権利者 X は、外形作出について意思関与がない。㉔型は、意思外形対応型というラベルが貼られているとはいえ、黙示の事後承認という認定することが疑わしい真正権利者の意思関与からその帰責性が肯定されうることを前提とする。したがって、そのラベルを真に受けるべきではない。紛争の実態からすれば、意思非対応型と呼ぶべき事例が含まれる。

このように、帰責行為の事後性と意思関与の希薄性から、【事案】は㉔型の事件類型の 1 つとして検討するのが妥当である。そして、㉔型の判例の立場は、真正権利者の意思関与がなければ 94 条 2 項の類推適用は認められないとの理解を基礎とするが、平成 18 年判決は、意思関与を不可欠としなくなった。このため、現在の最高裁は、㉔型の理論構成を見直し、【事案】の真正権利者 X の帰責性を肯定する可能性を開いていると考えうる⁽³¹⁾。

(29) 中舎寛樹「判批」リマックス 34 号 9 頁、磯村・前注 (28) 67 頁、四宮＝能見・前注 (20) 242 頁。

(30) 武川幸嗣「判批」民商 135 巻 2 号 411-412 頁、近藤昌彦＝影山智彦「判批」判タ 1276 号 32-33 頁。

(31) 増森・前注 (28) 309 頁注 8 は、平成 18 年判決は「権利者が外観の存在を知りながら単に「放置」していた場合等にまで民法 94 条 2 項の類推適用の範囲を拡張するか否か」という問題に影響を及ぼすことはなく、「従前の議論がそ

2 94 条 2 項と信義則

(1) 米倉説

昭和 48 年判決に批判的な立場にあった米倉明が 30 年以上も前に平成 18 年判決で問題となった事案の出現を予想し、その解決策を示していた。次のように述べていた。

「真の権利者が不実の外観の作出・存続につき意思関与をしていない場合にも、(i) 真の権利者が不実の外観の作出・存続を知りつつ…、これを積極的に消滅させようとせず放置していた場合（たんなる放置）、(ii) 真の権利者は不実の外観の作出・存続に対し、積極的に消滅させるべく行動を採った（たとえば不実名義人に対し不承認の申入れ、訴提起）が、未だ消滅させるに至っていない場合、(iii) 真の権利者が不実の外観の作出・存続を終始知らず、第三者が登場してはじめて知った場合、が考えられる。…(ii)(iii) の場合だからといって真の権利者は不利益な扱いを受けるべきでない、とは断定すべきではない⁽³²⁾。」

米倉のいう (iii) が平成 18 年判決の事案に該当し、(ii) が本稿の課題である、処分禁止の仮処分をしなかった真正権利者に帰責性を肯定することの可否に関わる。

では、いかなる根拠から真正権利者の帰責性は肯定されるか。米倉は、昭和 48 年判決が、真正権利者が黙示の承認をしていたと構成したことを疑問視したうえで次のように述べる。

「たんなる放置の場合すなわち真の権利者の「承認」ありと解し難い場合に、民法 94 条 2 項類推適用ないしはそれもふくめての表見法理（真の権利者に不利益な扱いをする基礎をその帰責＝意思関与に求める）を援用するのは無理なのではないか。このような場合はもはや右法理の「ち」外の場合として、たとえ真の権利者の意思の関与がなくても、信義則上、なおこれに不利益を負担させるべき場合ありと解すべきである

のまま妥当する（傍点筆者）」という。「等」に何が含まれるかが問題である。
(32) 米倉・前注 (26) 184 頁。

(傍点原文，下線筆者)⁽³³⁾。」

つまり，信義則の観点から真正権利者の帰責性を肯定するのが適切な場合があるという。ちょうど幾代も，(ii)に相当する場合を想定し，信義則上の義務違反から94条2項の類推適用を肯定していた⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾。

信義則に依拠すると法的安定性が害されるという批判はあろう。しかし，昭和48年判決にみられるように，黙示の事後承認という認否の困難な事実のみから第三者に保護を与えるか否かを判断することが法的安定性を害さないとは言えまい。

幾代や米倉の説は，①真正権利者が外形の存在を知り，②その除去に向けた是正措置を講じることを期待し得た場合において，これをしなかったときに，③「承認」がなかったとしても，信義則(1条2項)に照らして，①②を経た段階で帰責性を肯定する。③'「承認」があった場合に94条2項の類推適用によって解決することを排するものではない。したがって，意思関与がある場合のみにその類推適用を認めるべきだとする考え方に反する説ではない。むしろ，実際には「承認」があったとは考えにくい事案で，あったと強弁して94条2項の類推適用のみによって解決しようとする見解よりも，その考え方に忠実であるとさえいえる。

仮に，①真正権利者が不実の外形を知った後，②'是正措置を期待し得ないために，これをしないでいた場合において，形式的には③'「承認」に該当すると考える行為があったとき(例えば，真正権利者が夫名義の登記がされていることを知ったが，納税期限が差し迫っていたため，そのまま納税をしたとき)，

(33) 米倉・前注(26)176-177,182-183頁。

(34) 前注(3)該当本文の2つ目の傍点箇所参照。

(35) 安永正昭「民法における信託保護の制度とその法律構成について(2)」神戸28巻2号(1978)152頁以下が，米倉説を批判する。ただし，安永の立場からは，(前注(29)で紹介した学説と同じく)平成18年判決の結論も否定するであろうことに注意を要する。

帰責性は否定されよう。期待可能な是正措置の不作为こそが帰責性を肯定するための要素であるといえる。とはいえ、②の場合でなければ③'の「承認」が認定されることはないだろう。判例における「承認」の認定は便宜的であり、実質的には、①②を経ている段階にあることの認定であるように思われるからである。従来の判例の立場よりも幾代や米倉の説の方が紛争の実態に適合的であり、説得力を感じる⁽³⁶⁾。

(2) 禁反言法理による 94 条 2 項の類推適用の正当化

94 条 2 項の類推適用に信義則の視点を取り込むことは、幾代や米倉に特有の発想ではない。むしろ、94 条 2 項の類推適用によって第三者保護が図られるようになった初期の頃、その保護は禁反言法理という信義則からの派生原則⁽³⁷⁾から要請されると明言されていた。それから離れ、外観法理が論じられているように見受けられるようになっていても「判例においては、…禁反言と…権利外観法理は同義である。それゆえ、判例が…権利外観法理の用語を用いている場合、ドイツ本流の要件・効果を念頭に置くのは危険であり、むしろそれをイギリス法の…禁反言と読み替えて、その要件・効果を思い描くのが無難」であるとの評価⁽³⁸⁾が与えられることさえある。

例えば、前掲最判昭和 37・9・14 の調査官解説では、94 条 2 項の趣旨は、表示行為の外形を信頼した第三者の利益を保護しようとすることにあり、こ

(36) 真正権利者の外形作出への関与の度合いは、⑥型の方が③型よりも常に高いとは断定できない。94 条 2 項類推適用のみにならず、信義則に照らすことの利点として、第三者の主観的要件としてその無過失も取り込みうるものが考えられる（米倉・前注（26）183 頁）。なお、米倉明『債権譲渡：禁止特約の第三者効』（1976）201-210 頁は、1 条 2 項という一般条項の援用を避けるためか、登記名義人が不実登記を取得することが不動産の盗難に相当するとして、193 条や 194 条の類推適用による解決を提唱している。

(37) 山野目章夫編『新注釈民法（1）』（2018）144 頁〔吉政知広執筆〕。

(38) 七戸克彦「民法 94 条 2 項の類推適用に関する判例の表現について」慶應義塾大学法学部『慶應の法律学 民事法』（2008）99 頁。

れは禁反言法理の現れであるといわれていた⁽³⁹⁾。

前掲最判昭和 41・3・18 は、前述のように、登記名義人の承諾を 94 条 2 項類推適用の要件としていたが、この判決の調査官解説では、登記名義人の承諾がない場合において第三者を保護するには、「94 条 2 項の類推適用では解決することができず、禁反言の法理または信義則等を適用せざるを得ない」と述べられていた⁽⁴⁰⁾。これに対して、高津幸一は、(93 条を 94 条 2 項とともに援用するか、) 禁反言を表面に出せば、登記名義人の承諾を要件とせずに済むと主張していた⁽⁴¹⁾。

登記名義人の承諾が 94 条 2 項類推適用の要件にならないことを明らかにしたのは前掲最判昭和 45・7・24 であり、その調査官解説では、「94 条 2 項自体が権利外観ないし禁反言法理を実定法上に具現したものにはかならずない」との言及⁽⁴²⁾が確認される。

このように、禁反言法理は、94 条 2 項という「条文のアナロジーからの脱却」に一役買っていた。この法理は、真正権利者の意思関与を不要とみる

(39) 真船孝允「判解」最判解民昭 37 年 488 頁。

(40) 豊水道祐「判解」最判解民昭 41 年 111 頁。

(41) 高津・前注 (22) 332 頁。於保・前注 (22) 665-666 頁も、最高裁に反対を述べていた(前注 (22) 該当本文参照)が、登記名義人の承諾は外形作出の事前・事後を問わないところ、登記名義人が自己の名義が借用されていることを知ったうえでその登記名義を冒用したときは事後承諾があったと考えることができるということをその理由としていた(柳川俊一「不動産の売買と公信の原則」中川善之助＝兼子一監『不動産法大系 I』(1970) 236-237 頁が支持)。

(42) 横山長「判解」最判解民昭 45 年 573 頁。同「判解」最判解民昭 45 年 672 頁にも禁反言法理と外観法理の併記が確認される。

本文 1 (3) で紹介した 3 つの判例の調査官解説は、どれも鈴木重信の手によるが、やはり禁反言法理と外観法理を併記し、それらを区別していない(鈴木重信「判解」最判解民昭 43 年 1199-1201 頁〔1203 頁注 6 も参照〕、同「判解」最判解民昭 45 年 228-229 頁。同「判解」最判解民昭 45 年 493 頁は、「外観理論」のみを語るが、なおも「信義則ないし公平の原則」を持ち出す(鈴木の見解に関しては、同「登記と外観理論——最高裁判例を中心として——」洋法 13 卷 3=4 号 (1970) 51-55 頁も参照)。

原動力にもなりうる。より具体的な場面でいえば、処分禁止の仮処分をしなかった真正権利者に帰責性を肯定することを可能とするかもしれない。現に、前述の前掲最判昭和 37・9・14 の調査官解説では、次のように言われていた。

「(登記名義人丙が真正権利者乙から登記名義を戻すよう請求されたが、丙がこれに応じなかったとしても、乙が)他に何らの手段(例えば、処分禁止の仮処分をして、登記請求の訴を提起する等)も講ずることなく、…16 年近くの間丙所有名義の登記をその儘にしていたというのであるから、乙はこのような放任について善意の第三者に対しその責任を問わるべきであるとするのが民法 94 条 2 項の法意に適うゆえんであらう(傍点筆者)」⁽⁴³⁾。

(43) 本文と同様に禁反言法理に注目するものとして、水野謙「民法 94 条 2 項および 110 条の類推適用」水野ほか『判旨から読み解く民法』(2017) 13-15 頁〔初出、法教 399 号 (2013)〕。

名板貸人の責任(商法 14 条)に関する議論も、禁反言法理が真正権利者の意思関与なき場面で帰責性を肯定することを示唆する。

名板貸人の責任は、昭和 13 年の商法改正前は、民法 109 条に基づいて認められていた(大判昭和 4・5・3 民集 8 巻 447 頁)。このため、その責任は、商法における明文化後も、民法 109 条の代理権授与表示による責任と同じく、外観法理または禁反言法理から説明される(大隅健一郎『商法総則〔新版〕』(1978) 204 頁、鴻常夫『商法総則〔第 5 版〕』(1999) 204 頁、田邊光政『商法総則・商行為〔第 3 版〕』(2006) 93-94 頁、近藤光男『商法総則・商行為法〔第 8 版〕』(2019) 61 頁)。伊沢孝平『表示行為の公信力』(1936) 139 頁は禁反言法理のみから説明する。反対に外観法理のみから説明するものとして、服部栄三『商法総則〔第 3 版〕』(1983) 73, 212 頁。民法 109 条が(かつての 94 条 2 項と同じく)禁反言法理または外観法理の現れだとされていたことについては、於保不二雄＝奥田昌道編『新版 注釈民法 (4)』(2015) 203 頁〔中舎寛樹〕。ただし、現在は、109 条は禁反言法理に、110 条は外観法理に由来すると分けられることのほうが一般的である。例えば、四宮＝能見・前注 (20) 385 頁、内田貴『民法 I 〔第 4 版〕』(2008) 187 頁)。

自己の称号の使用を他人に「許諾」することが名板貸人の責任の要件となる。そして、この許諾は黙示でもよいが、他人が自己の称号を使用して営業していることを知りながら「放置」した場合にも許諾があったと考えられる(最判昭和 33・2・21 民集 12 巻 2 号 282 頁)。ただし、軽々しく黙示の許諾を認定するべきではなく、放置しておくことが社会通念上妥当でないと考えられる状況のもとでの放置があった場合に「許諾」が認められる(鴻 205-206 頁、田邊

しかし、現在、94条2項は外観法理の現れであるとの理解が一般的である⁽⁴⁴⁾。上記で取り上げた判例と同じ時期の調査官解説の中にも、「民法94条2項の類推適用を認める法理が、動的安全と静的安全との調和をはかるための一つの法理である」と述べるものがある⁽⁴⁵⁾。登記名義人の承諾を不要とする「条文のアナロジーからの脱却」は、禁反言法理ではなく、外観法理からも達しうる⁽⁴⁶⁾。禁反言法理の適用に関しても、単に権利の行使がされないでいたにすぎない場合は、たとえ相手方がもはや権利の行使がされない信頼したとしても、その不行使がかなり長期間に及ぶといった特別の事情

97頁、近藤62-63頁。大隅205頁、206頁注4、服部214-215頁はやや説明の仕方が異なるが、やはり単なる放置で当然に許諾があったとは認められないとする。この点をめぐる先例として、大阪高判昭和37・4・6下民集13巻4号653頁がよく引用される)。

このように、不実の外形を「放置」しただけの者にも、一定の場合に限られるが、責任が課されることが認められている。問題の場面が違うのか。改められるべきは名板貸人をめぐる議論のほうなのか。あるいは、民商の壁があるのか。

(44) 内田・前注(43)53頁、山本敬三『民法講義I〔第3版〕』(2011)153,159,168頁、佐久間毅『民法の基礎1〔第5版〕』(2020)124頁。近江幸治『民法講義I〔第7版〕』(2018)201頁も同様だが、その207頁は信義則を論じている。禁反言法理も意識するためであろうか(202頁参照)。

(45) 柳川俊一「判解」最判解民昭45年33頁、田尾桃二「判解」最判解民昭48年16頁。

(46) 前注(42)該当本文参照。四宮和夫「判批」法協88巻3号370頁が、94条2項をやはり「表見法理」の現れと評価している(左記の引用箇所ではドイツで包括的・体系的な権利外観理論の基礎を形成したといわれる Wellspacher, Das Vertrauen auf äussere Tatbestände im bürgerlichen Rechte, 1906が引用されている。その概要については、喜多了祐『外観優越の法理』(1976)189頁以下参照)。そして、四宮・前掲371頁は、登記名義人の承諾がなくとも94条2項の類推適用が可能なことは「表見法理」から導くことができるという。

94条2項の類推適用を「表見法理」の現れとする考え方は、——意思外形対応型と意思外形非対応型という事件類型を定着させた——体系書でも述べられている(四宮・前注(26)162,165-166,171頁〔初版〔1972〕の176,179頁にも同様の記述がある〕)。その一方で、禁反言や信義則が語られることはない。このことは、現在の体系書等で94条2項が外観法理の現れであるとししか論じられないことと無関係ではないだろう。

がないと、権利の行使を信義則違反とみることはできないといわれていること⁽⁴⁷⁾への配慮も必要である。また、94 条 2 項の類推適用内部の問題として考えるのであれば、これが真正権利者の意思関与のある場合に限られるとの批判への応接も用意しなければならない。

これまでの禁反言法理研究では、94 条 2 項が類推適用される場面は禁反言法理の適用ケースとして考察が加えられてこなかった⁽⁴⁸⁾。十分な先行研究がない以上、この小稿は、禁反言法理から解決する可能性を提示して満足せざるを得ない。現時点では【事案】には、幾代や米倉のように、94 条 2 項の外部から 1 条 2 項を加味して臨む立場に与したい。

四 おわりに

本稿は、【事案】のように、真正権利者が提訴をしながら処分禁止の仮処分をしなかった場合においてその帰責性を肯定し、94 条 2 項を類推適用することができるかというとても小さな問題に取り組んできた。

この問題は、真正権利者が他人によって作出された不実の外形の存在を知りながら、期待可能で適切な是正措置を講じなかった場合にその帰責性を肯定できるかという一般的で、発展可能性のある問いに置き換えることができ

(47) 本文の場合には、禁反言法理のうち権利失効の原則が問題となる。本文も含め、谷口知平＝石田善久夫編『新版 注釈民法 (1) [改訂版]』(2002) 98, 104 頁〔安永正昭〕。

(48) 谷口＝石田・前注 (47) 99 頁以下、磯村保「矛盾行為禁止の原則について・1」法時 61 巻 2 号 (1989) 90 頁以下、有賀恵美子「矛盾行為と信義則——わが国における禁反言則展開のために——」新見還暦『現代民事法の課題』(2009) 17 頁以下、山野目編・前注 (37) 145 頁以下では、どれも本人を相続した無権代理人による追認拒絶（最判昭和 37・4・20 民集 16 巻 4 号 955 頁等）や消滅時効完成後に債務の承認をした者による時効の援用（最判昭和 41・4・20 民集 20 巻 702 頁）等を取り扱うだけである。それらと近接する時期に展開した 94 条 2 項の類推適用をめぐる判例や学説の検証は、禁反言法理の研究深化にとって有意義な可能性がある。

る⁽⁴⁹⁾⁽⁵⁰⁾。この問いのもと、より多角的な検討を進め⁽⁵¹⁾、再度、本稿の立場

- (49) 四宮＝能見・前注(20) 239頁も、権利者が抗議をするなど権利回復に向けて行動中に善意の第三者が登場した場合をどう扱うかを今後の課題の1つとする。

そこで取り上げる裁判例の1つが、名古屋高判昭和62・10・29判時1268号47頁である。名古屋高裁は、子が勝手に作出した不実登記の存在を知った真正権利者が、子に抗議こそしたものの、それ以上、自らは登記名義を回復するための措置を講じなかった事案で、94条2項の類推適用を否定した。

もう1つの裁判例は、東京高判平成2・2・13判時1348号78頁である。東京高裁は、甥が無断で作出した不実登記を知りながら8年間、真正権利者が放置していたが、甥が第三者と売買契約を結ぼうとした直前に内容証明郵便で甥が所有者でないから契約を中止するよう第三者に通知し、その後、売買契約が成立した事件で、(予告登記と同じく真実性の担保がない通知は第三者の善意性を左右しないとしたうえで)94条2項の類推適用を肯定した。

類似の裁判例として、東京地判昭和56・3・31判タ448号115頁がある。東京地裁は、無断で不実登記がされたことを知った真正権利者が登記を戻すよう示談交渉を登記名義人となった者らとの間で成立させ、その後、登記の回復をしなかった事件において、真正権利者は不実登記の存在を知りながら、これを承認したものと同まで認められないといえない場合であっても、「速やかに処分禁止の仮処分をする等自己の権利を保全し、その後の登記名義の移転を防止するための法的措置を執ることが十分可能であ」ったのに、これをしなかったことを論拠の1つとして、94条2項を類推適用する。

どの事件も、真正権利者は、方法の違いはあれ、不実登記の名義人やその関係者らと争っており、承認をしているとはいえない。しかし、十分なる是正措置が講じられてもいない。

- (50) 四宮＝能見・前注(20) 239頁は、今後の課題のもう1つとして、単に放置していた場合があるともいう。どのような場合が単なる放置にあたるかは、不明確ではあるが、裁判例として大阪高判昭和59・11・20判時1141号85頁を紹介しよう(なお、その先例として、横浜地判昭和34・7・25下民集10巻7号1566頁や大阪高判昭和43・1・30金商97号5頁がよく指摘される〔安永・前注(35)148頁等〕)。

事案は次のようなものであった。Aを代理人としてBから甲土地を買い受けた真正権利者が登記の移転を受けないでいるうちに、Aが勝手にBからの所有権移転登記を受け、Cに甲土地を譲渡し、移転登記をした。真正権利者がその登記の存在を知ってから約5年間、登記を放置していたところ、Cが第三者に甲土地を譲渡した。

大阪高裁は、真正権利者が、不実登記の存在を知りながら、「相当の期間これを放置したときは、その登記を信頼して利害関係を持つに至る第三者の出現が予測できるはずのものであるから、真実の権利者において当該不実の登記を

を見直す作業が必要となろう。

本稿の立場は、真正権利者が不実登記の存在を知った時から直ちに提訴と処分禁止の仮処分をすることまで求めるものではない⁽⁵²⁾。不実登記を発見した真正権利者は、通常、まずは協議による解決を求め、その見通しが立たないときに、提訴をし、場合によっては、それに先立って処分禁止の仮処分の申立てをする。それらを期待することができる場合に、真正権利者は信義則上の是正義務を負い、それにもかかわらず是正措置を講じなかったときに、真正権利者の帰責性が肯定される。【事案】では、真正権利者 X は、すでに提訴をしているのだから、併せて処分禁止の仮処分を申し立てることが期待され、これをしなかったというのであれば、X は所有権を失うことにつき帰責性があるとの評価を受ける。

本稿の立場は、他の事実から帰責性があるとされた事案について最高裁に判断の仕方を改めることを要求するものではない。想定するのは㊸型である。

是正する手段を講ずべきものであり、これを怠ったものが、登記を信頼して取引関係に立った第三者よりも厚く保護されるべき理由はないから、少なくとも禁反言もしくは権利外観法理により、真実の権利者は登記を信頼した善意の第三者に対抗することはできない」という（これは、柳川・前注（41）235-236 頁の言説をほぼそのままぞったものである）。

この判決に対しては、真正権利者には不実登記を是正する義務はないとの一般論（石田善久夫「判批」民商 65 卷 3 号 412 頁、叶和夫「虚偽表示と登記」民研 240 号（1977）75 頁）から、大阪高裁が是正義務を観念したことへの批判がある（上井長久「判批」判評 320 号 211 頁、藤村和夫「判批」法時 57 卷 12 号 140 頁、内田勝一「判批」判タ 581 号 106 頁）。その一方で、松岡久和「判批」龍谷 18 卷 4 号 104 頁は、94 条 2 項や 110 条を援用することなく、一般法理から結論付けようとした難があるとしながらも、「承認」の有無を論じることなく）是正義務構成により第三者の保護を図ったことは、かえって評価できるという。

- (51) 米倉・前注（26）185-187 頁が帰責性の有無を判断するための事情を考察しており、参考になる。
- (52) このことと関連して、前注（17）の最終段落参照。内田・前注（43）61 頁が想定する場面とは違う。

本稿は、第三者の主観的要件（善意のみでたりるか、無過失も必要か）について検討を加えていない。今後の課題の1つであるが、現時点では、それを真正権利者の帰責性の程度と相関関係的に捉える見解⁽⁵³⁾に従っておく。【事案】では不実の外形が作出されたこと自体に真正権利者の帰責性はなく、その存続について弱い帰責性があるだけなので、善意かつ無過失の第三者を保護することになろう。

全体的に検討が不十分なことは自覚する。しかし、検討を重ねるための時間と紙幅は疾うに尽きた。まずは、大方のご批判を仰ぎたい。

(53) 松岡・前注(50) 105頁、山本・前注(44) 177頁、佐久間・前注(44) 143頁。これは、米倉・前注(26) 183頁も同じである。