慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	物権変動における「対抗の法理」と「無権利の法理」の間(3) : 第三者保護法理の体系化と「権利保護資格の法理」の位置づけ
Sub Title	A system of legal principles on the protection of a third party in property transaction (3)
Author	松尾, 弘(Matsuo, Hiroshi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2008
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.10 (2008. 3) ,p.385- 449
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	民事実務フォーラム
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20080315-0385

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

民事実務フォーラム

物権変動における「対抗の法理」と「無権利の法理」の間(3)
――第三者保護法理の体系化と「権利保護資格の法理」の位置づけ――

松　尾　　弘

1　はじめに
2　物権変動における第三者保護法理の類型化（以上、第６号）
3　対抗の法理と対抗要件（以上、第７号）
4　無権利の法理と権利取得要件
（1）実体的法律関係
（2）第三者保護の要件
（3）第三者保護の効果
（4）小括（以上、本号）
5　権利保護資格の法理と権利保護資格要件
6　第三者保護法理の体系化に向けて――むすびに代えて――

4　無権利の法理と権利取得要件

(1)　実体的法律関係

（ｉ）無権利概念の多義性と無権利者からの取得の諸類型

物権変動の基本原則の一つとして、「何人も自己のもつ以上の権利を他人に移転することはできない。」(Nemo plus juris ad alienum transferre potest, quam ipse habet.）というルールが知られている[1)]。この原則は、所有権の客体につ

1）この表現は、Ulpianus D. 50. 17. 54に由来する。ただし、同法文は、無遺言相続における法定相続人が、相続財産における債務と切り離して積極財産だけを他人に

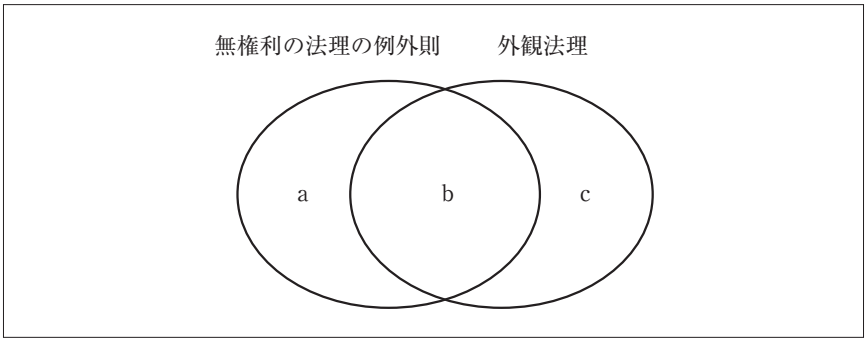
いて唯一の帰属者が存在することを想定する絶対的所有権制度の下では、絶対的所有権概念それ自体の帰結として、直接の明文規定がなくとも当然に妥当するものと観念されているように思われる[2)]。それは《無から有は生じない》という即物的な比喩に擬えれば、絶対的所有権秩序の下で取り引きする一般市民にも受け容れやすい道理かも知れない。また、無権利者と取り引きした相手方は、一定の要件を具備した場合にはじめて、当該取引の内容どおりの権利取得が認められる旨を定めた明文規定（94条２項、192条など）は、あえて例外則を定めることにより、この原則をいわば裏側から間接的に規定しているともいえる[3)]。そこで、本稿では、この「何人も自己のもつ以上の権利を他人に移転することはできない」の原則および一定の場合にその例外を認める法理が日本民法の下でも妥当していると解し、それらを全体として「無権利の法理」と呼ぶことにする。無権利の法理の具体的内容とその適用範囲は、国家の所有権秩序の内容を具体的に形づくり、特徴づけるものとして一般的に重要であるが、本稿のテーマである権利移転の態様に応じた第三者保護の要件・効果の相違とい

譲渡することを禁じた趣旨であり、今日のように無権利の法理として抽象化されるような広い適用範囲をもつ一般原則ではなかったと考えられることに注意を要する（Gaius, Institutiones, II. 35; 松尾弘「ローマ法における所有概念と所有物譲渡法の構造」横浜市立大学論叢・社会科学系列41巻３号［1992］236頁注18参照）。この原則の妥当範囲の限定性は、所有秩序および権利概念の発達の程度と深く関係しており、この点に関するその後の展開も考慮に入れ、この原則の内容と妥当範囲を再確認する必要がある。

2）ただし、“Nemo pulus juris …”原則の意味や妥当範囲については、一見するよりも解釈の幅があることに留意すべきである（前掲注１参照）。例えば、仮に正当な原因に基づく物の取得者であれば無権原者とはされず、複数の正当原因が競合するときは取得原因間の優劣を判断することによって物の帰属を決定するような相対的所有秩序の下では、この原則の存在により、譲渡人の法的地位の優劣によってその者から引渡しを受けた譲受人の法的地位自体に優劣の差が出てくることが考えられる。

3）日本民法上、原則を直接に規定せず、その例外規定や附属規定を通じて間接的に定めることは、他にも例がある（物権的請求権に関する189条～196条など）。

図１　無権利の法理と外観法理



う観点からは、無権利の法理の例外則の内容と適用範囲、およびそれと対抗の法理との関係を明らかにすることが焦点になる。

無権利の法理の例外則の典型例として、「権利外観法理」(Rechtsscheinstheorie)または「表見法理」(la théorie de l'apparence)(以下「外観法理」と総称する)がある。もっとも、無権利の法理と外観法理との関係については、第１に、無権利の法理の例外則が外観法理によって尽くされているか、第２に、外観法理は無権利の法理の適用場面以外にも及ぶかを確認する余地がある[4)]。第１点に関しては、無権利の法理の例外としては、外観法理のほか、取得時効（162条）[5)]もそうした効果をもつことがある（**図１**のａの領域)。また、第２点に関しては、外

4）本稿は、第１点につき、無権利の法理の例外則は外観法理によっては尽くされておらず、第２点につき、外観法理は無権利の法理の例外則以外にも及びうるという理解に立つ。ちなみに、本稿の表題としても「物権変動における『対抗の法理』と『外観法理』の間」とする方が、より直截的で分かりやすいとも考えたが、無権利の法理の例外則＝外観法理とは捉え切れないこと、および外観法理は無権利者と取り引きした相手方の権利取得を認める法理に限定されて用いられてはいないことから、《無権利の法理を前提にしつつ、無権利者と取り引きした相手方の権利取得を認める法理》という意味でも、「無権利の法理」の用語を（広義に）用いている。

5）取得時効では、真の所有者Ａによる占有の喪失（占有者Ｃの自主占有の非中断）と占有者Ｃによる自主占有と20年間の占有継続（またはＣによる善意・無過失の自主占有開始と10年間の占有継続）により、権利取得が認められる（162条)。それは

観法理の適用範囲（外延）は広く、①無権利者と取り引きした相手方の権利取得を認める制度（94条２項とその類推適用、192条～195条）のほか、②無権代理行為または無権代表行為の相手方との取引（法律行為）の効果を本人に帰属させる制度（109条・110条・112条、一般法人法77条５項）、③権利者らしい外観を備えた者に対する履行を有効と認めて義務者を解放する制度（478条、480条）も含むと解されている（**図１**のｃの領域）[6]。これら①～③は、外観を優先させる目的が外観と真の権利関係が異なることについて事情を知らない第三者の信頼保護にあることに着目して「信頼保護法理（制度）」とも総称される[7]。さらに、④二重譲渡の第二譲受人をあえて「無権利者からの取得者」と構成し、善意・無過失で登記を具備した等の要件の下で保護するとの解釈により、いわゆる対抗問題も外観法理の射程に含まれると解釈する立場もある（公信力説）。これは、前記①に属する動産の善意取得（Gutgläubiger Erwerb）（もっとも、占有取得の効果という側面をもつ）および不動産登記の公信力（Öffentlicher Glaube des Grundbuchs）[8]について妥当する公信力の概念を、同一権利者からの競合

占有継続の効果や証拠法上の効果の側面ももつことから、本稿の直接の考察対象とはしない。より本質的には、取得時効自体をどこまで独立した権利取得原因として扱うべきかが問題である。前述３(1)(ⅱ)❶④（慶應法学７号〔2007〕513-514頁）参照。

6）四宮和夫＝能見善久『民法総則（第７版）』（弘文堂、2005）178頁、近江幸治『民法講義Ⅰ（第３版）』（成文堂、2001）158頁（「権利外観保護法理」と表現）、同『民法講義Ⅳ（第３版）』（成文堂、2005）295-299頁（「外観信頼の保護」と表現）、内田貴『民法Ⅰ（第３版）』（東京大学出版会、2005）53頁・181～203頁、同『民法Ⅲ（第３版）』（東京大学出版会、2005）55頁（478条）、淡路剛久『債権総論』（有斐閣、2002）527頁・530頁（478条）。

7）安永正昭「民法における信頼保護の制度とその法律構成について(1)、(2)」神戸法学雑誌27巻1号（1977）１頁以下・２号（1979）127頁以下、多田利隆『信頼保護における帰責の理論』（信山社、1996）42-66頁、四宮＝能見・前掲（注６）178頁。また、英米法の禁反言（estoppel）の法理も信頼保護制度に含まれるとされる（多田・同前17頁・27-30頁）。

8）例えば、ドイツ民法932条、892条。

取得者にも拡張し、「公信の原則」として把握する。あるいはまた、④′ 不動産物権変動の対抗要件主義（177条）の解釈それ自体を「信頼保護制度」として、前記①～③の問題の一環として位置づける立場もある[9)]。

もっとも、前記④・④′ の問題は、取引の目的物に対して当初から純粋に無権利の者と取り引きした相手方の権利取得を認める前記①とは、問題の社会的類型および権利取得法理の性質が異なる点も無視し難い。それゆえ、前記①・②・④・④′（外観法理ないし信頼保護法理）を一括して無権利の法理の例外則とみうるか、それとも無権利の法理の例外則はより限定的に、例えば前記①・②に限定して理解すべきかが問題になる[10)]。

この問題への解答を困難にしている理由は、ある者が「無権利者」であるといっても、その無権利性の内実が一様でないことにある。その結果、無権利者と取り引きした者の権利取得（いわゆる無権利者からの権利取得）が認められるパターンも多様である。そこで、無権利の法理（およびその例外則）の適用範囲とその限界を画定し、それに応じた第三者保護の要件・効果の解釈論を展開するには、この無権利性の多様性の広がりと限界を全体として把握する必要がある。本稿では、そのための分析道具として、無権利者からの取得の問題を生じさせる事案の基本的相違に従い、ひとまず以下の３分類を用いる。

❶　元来無権利者からの取得型（第１類型）

Ａの所有物について当初からまったく所有権をもたないＢ（例えば、Ａからの仮装譲渡の譲受人、賃借人、受寄者、盗取者など）が、それを自己の所有物であると称してＣと譲渡行為をしたとする。この場合、ＡＢ間では当初から権利移転の事実がまったく存在していないにもかかわらず、一定の要件の下でＣの権利取得が認められることがある。例として、94条２項の（類推）適用、192条の適用により、「無権利者」Ｂと取り引きした相手方Ｃも、一定の要件を満

9）多田・前掲（注７）56-60頁。

10）前記③は、信頼保護の効果が権利取得ではなく、債務消滅であるから、ここではひとまず考察の対象から外して考える。

たすときは権利を取得する。以下、これを**元来無権利者からの取得型**と呼ぶ。この類型は無権利の法理を前提とする権利取得の典型例といえる（後述(ⅱ)）。

❷　形式的所有者からの取得型（第２類型）

Ａの所有物についてまったく無権利者とはいえないが、完全な所有者ともいえないＢ（例えば、Ａが所有する財産にＢのために譲渡担保権を設定した場合、Ａが所有物をＢに「信託的に譲渡」した場合、Ａが所有物をＢに信託した場合など。形の上では、ＡＢ間の目的に応じた実体権の移転も含めて、Ｂへの所有権移転が存在する。本稿では、そのようなＢの地位を便宜的に「形式的所有者」と呼ぶ）が、ＡＢ間における処分禁止の合意に反し、それを自己の所有物であると称してＣと処分行為をした場合も、一定の要件（第１類型と同じか、それよりも緩和された要件）の下でＣの所有権取得が認められる可能性がある。例として、譲渡担保権者Ｂがその目的物を、①債権の弁済期到来前、②弁済期到来後（・受戻権消滅前）、または③譲渡担保権消滅後に第三者Ｃに売却した（あるいはＢの債権者Ｃが差し押さえた）のに対し、ＡがＣに所有権移転登記の抹消や目的物の返還請求をした（あるいは第三者異議の訴えを提起した）場合がある。以下、これを**形式的所有者からの取得型**と呼ぶ。

もっとも、Ｃの権利取得が認められるときの法的構成およびそのための要件解釈として、Ｂにどのような権利がどのような形で帰属しているとみるかにより、適用されるべき実体法規の選択とその解釈が分かれる。概して、(ａ)Ｂの権利者性を認めれば対抗の法理に包摂する方向に、(ｂ)Ｂの無権利者性を無視できないとすれば無権利の法理の例外則による権利取得に依拠する方向になると考えられ、いずれがより相応しいかが問題になる（後述(ⅲ)）。

❸　元来所有者からの取得型（第３類型）

これは、事案類型としてはＢが元々所有していた財産をＡに処分（176条）したが、Ａが対抗要件（177条・178条）を備えないうちにＢがＣにも二重処分したという二重譲渡型であり、基本的には無権利の法理の問題ではなく、対抗の法理の問題である。しかし、例外的に特殊な事情から無権利の法理の拡張可能性が問題になることがありうる。それは、Ａへの権利帰属性を例外的に高め

るような事情が存在する場合である。例えば、①すでに紹介した例として、分譲地内で公道へのアクセスを確保するために開発当初から計画・開設された私道(敷地はB所有)にAのために通行地役権が設定されたが未登記だった場合に、同私道敷を含む宅地をBからCが譲り受けて移転登記し、Aの通行を妨害したところ、AがCに妨害排除請求をした事案がある。Cがどのような要件の下でAの地役権の負担のない所有権を取得しうるかにつき、原則どおり対抗の法理(同法理に関する判例は、Cの善意・悪意不問、背信的悪意の場合のみAに対抗不能)をストレートに適用してよいかが問題になる。既述のように、判例・学説上このような特殊事情の下では、Cが悪意または有過失の場合にまで所有権取得を認める帰結を疑問とし、対抗の法理の適用を制限する傾向も見出される[11)]。また、②AがBから宅地を購入して代金も完済したが、登記手続を依頼した司法書士によってAの抵当権設定登記と停止条件付代物弁済契約に基づく所有権移転請求権保全仮登記がされてしまい、他方、Bが同宅地をCに二重売却し、Cから転得したDが移転登記を済ませ、Aに被担保債権の弁済を提供して抵当権設定登記等の抹消登記手続を請求した事案(実質的に二重譲渡の事案)では、正面から無権利の法理の例外則の適用(94条2項の類推適用)が認められた[12)]。以下、これを**元来所有者からの取得型**と呼ぶ。

この類型では、対抗の法理の前線と無権利の法理の前線が交錯している。判例も前記のように、対抗の法理を緩和して解釈・適用する場合と、無権利の法理をストレートに適用する場合があるが、いずれにせよ対抗問題であることを

---

11) 最判平成10年2月13日民集52巻1号65頁、前述2(4)(ⅰ)②(慶應法学6号〔2006〕386-389頁)、後述(ⅳ)❷、松尾弘「不動産物権変動における対抗の法理と無権利の法理の交錯」川井健先生傘寿記念論文集刊行委員会編『取引法の変容と新たな展開』(日本評論社、2007)166-173頁参照。同判決の解釈につき、通行地役権の特殊性を重視するものとして、岡本詔治「未登記通行地役権について――現代通行権裁判の一断面――」日本法学65巻4号(1999)169-197頁、石田剛・後掲(注72)参照。

12) 例えば、最判昭和45年11月19日民集24巻12号1916頁。この点につき、松尾・前掲(注11)179-181頁参照。

理由にただちに対抗の法理をストレートに適用することはしていない。これについては、理論上も、（ａ）原則どおり対抗の法理の枠内にあると解して処理すべきか、（ｂ）あるいは無権利の法理の適用を認めるべきか、検討の余地がある（後述（ⅳ））。

以下では、これら３類型について実体的法律関係の特質を明らかにし（以下（ⅱ）～（ⅴ））、その相違を踏まえて、Ｂの無権利性の実体に適合した相手方Ｃの権利取得の要件・効果を確認する（後述(2)・(3)）。

（ⅱ）元来無権利者からの取得型（第１類型）

❶　94条２項の類推適用とその限界

Ａの所有物に対し、当初から所有権をもっていなかった元来無権利者Ｂと取り引きした相手方Ｃ（真正権利者Ａからみれば第三者）に権利取得を認める法理にも、複数の形態がある。それは、無権利者と取り引きしたにもかかわらず、なぜ《無から有を生じる》かのような権利取得が認められるか、それをどのように説明するかについての実体的な法理構造の相違による。以下、その主要類型の特色を概観する。

元来無権利者からの取得型の典型例の一つとして、通謀虚偽表示（94条２項）およびその類推適用がある。民法94条２項は、表意者Ａとその相手方Ｂが通謀して行った虚偽の意思表示の無効（およびその裏側にある隠匿行為の有効）につき、それを知らない第三者Ｃ（Ａの意思表示の相手方Ｂからの転得者、Ｂの債権者など）に対し、通謀虚偽表示の無効（および隠匿行為の有効）を主張することを認めないことによって保護する趣旨である。しかし、不実登記などの虚偽の外観に対する第三者の信頼を保護する94条２項の類推適用の判例法理が展開されて独自の要件論が形成されるに伴い、それは通謀虚偽表示という固有のコンテクストを越えて[13]、「信頼保護の一般規範的性格」帯び、「一般的・包括的な

13）なお、94条2項の類推適用は、「類推適用」といいながら、不実外観の作出・存置に対する所有者の責任（その効果は所有権喪失）の問題であるから、94条２項そのものとも法的性質が異なることに注意を要する。

信頼保護規範」になりつつある[14)]。

その中で形成された要件論は、①真正権利者Ａに権利喪失という不利益を負担させるに足りる帰責事由（虚偽外観の形成・存置意思など）、および②無権利者Ｂと取り引きした相手方（Ａからみれば第三者）Ｃの信頼を保護すべき事由（信頼保護事由。外観に対応する権利の不存在についての善意など）の存在を要求する[15)]。したがって、Ａの帰責事由(①)またはＣの信頼保護事由(②)のいずれかを欠くときは、Ｃの権利取得は認められない。例えば、入会権は登記することができないため（不動産登記法３条参照）、入会地が入会団体Ａの代表者等Ｂ所有名義で登記されていた場合、ＣがＢを所有者と信じて取り引きしても、Ｃは94条２項の適用または類推適用によって保護されない。Ａは権利の実体と外観の不一致について帰責事由を欠くと解されるからである[16)]。他方、入会地

14）多田・前掲（注７）60-61頁。もっとも、そのような「一般的・包括的な信頼保護規範の存在を認めることは、信頼保護規範の例外的性格に照らして、大きな問題を含んでいる」と批判的にみられている（多田・同前61頁）。

15）四宮＝能見・前掲（注６）178頁、近江・前掲（注６）158-159頁・238頁、内田・前掲(注６)53頁。このうち、Ａの帰責事由(①)が妥当する根拠(帰責の原理)は、「意思にもとづいて虚偽の外形を作出・存続させた」点の与因または危険引受けの意思に求められている（多田・前掲〔注７〕61-61頁・295頁。多田説は信頼保護における帰責の原理としては、原因主義〔与因主義〕・過失主義・危険主義を検討したうえで、危険主義に与する。同前247-283頁）。

16）最判昭和43年12月17日裁民93号233頁・判時554号33頁、最判昭和57年７月１日民集36巻６号891頁。後者は「入会権については現行法上これを登記する途が開かれていないため……、入会権の対象である山林原野についての法律関係は、登記によつてではなく実質的な権利関係によつて処理すべきものであるから、本件山林についてＢ〔神社〕名義に所有権移転登記が経由されていることをとらえて、入会権者ＡとＢとの間で仮装の譲渡契約があつたとか又はこれと同視すべき事情があつたものとして、民法94条２項を適用又は類推適用するのは相当でない」とており、Ａの帰責事由（要件①）の欠如が理由とされていると解される。なお、共有の性質をもたない入会権につき、登記なしに第三者に対抗しうるとしたものとして、大判大正10年11月28日民録27輯2045頁（第三者から入会権者に対する入会権不存在確認請求を棄却）。

の状況から入会権の存在を認識していた（または認識可能であった）Ｃは信頼保護事由を欠くとも解される。

さらに、要件①・②の充足判断に際しては、帰責事由と信頼保護事由との相関的評価が可能であると解されている。つまり、真正権利者Ａの帰責事由が重い（強い）ときは、第三者Ｃの保護事由は軽減（緩和）される一方[17]、Ａの帰責事由が軽い(弱い)ときは、Ｃの保護事由を加重(厳格化)する解釈方法である。例えば、Ａ自身の作出した第１外観（ＢのＡに対する所有権移転請求権を保全する仮登記など）に基づいてＢが第２外観（ＡからＢへの所有権移転登記など）を作出（または承認）し、Ｂと取り引きしたＣが第２外観を信頼した場合、Ｃが第２外観に従った権利を取得するためには、「外観尊重および取引保護の要請」に基づき、「94条２項、110条の法意」に照らし、善意のほかに無過失まで要するとの判例法理が形成されている（いわゆる意思・外形非対応型）[18]。94条２項の類推適用に110条の類推適用が追加される理由は、Ａが自ら作出（または承認）した外観を越える外形が作出されているからである。その意味で、それは**94条２項と110条の重畳的類推適用**ともいうべき解釈方法である。しかし、このような相関的評価（とくに信頼保護事由の加重による帰責事由の軽減）は、真正権利者の権利喪失に通じるものであることから、それによる帰責要件の緩和がどこまで可能か、その限界づけが重要な問題になる。

この点について、94条２項類推適用の判例上は、虚偽の外観作出に対する真実の権利者の積極的関与がない場合（外形他人作出型といわれる事例）には、外観の「放置」といった客観的状態それ自体というよりも、真実の権利者によるその「承認」に象徴される意思的要素（虚偽外観の存置意思）の存在が最低限

17）もっとも、外観法理ないし信頼保護制度の趣旨からして、最低限第三者Ｃの善意は必要と解される。

18）最判昭和43年10月17日民集22巻10号2188頁、最判昭和45年６月２日民集24巻６号456頁、最判昭和45年11月19日民集24巻12号1916頁、最判昭和47年11月28日民集26巻９号1715頁、最判昭和52年12月８日判時879号70頁、最判平成12年12月19日判時1737号35頁など。

必要であると解されている。このことは、無権利の法理の例外則の効果である《無から有を生じる》かのような帰結の根拠が、**あくまでも真の権利者の「意思」に求められている**ことを意味する点に留意すべきである[19)]。この点を確認した最近の判例として、つぎのものが注目される。

【最判平成15年６月13日裁民210号143頁・裁時1341号12頁】[20)]　Ａが土地・建物の売買契約をＢと締結し、代金支払と引き換えに所有権移転および所有権移転登記手続を行う旨を約定したが、Ｂ代表者Ｐの言葉巧みな要求に乗せられ、白紙委任状・登記済証・印鑑登録証明書等を安易に交付し、補充後の委任状の写しの記載（事前に所有権移転をしてよい、売買に関する一切の権限を委任するなど）がAB間の合意に反することを認識しながら、確認・訂正しなかったことなど、相当軽率な行為を重ねた結果、Ｐにより、実体的にはいまだ発生していない所有権譲渡の外観（所有権移転登記）が形成された。さらに、その10日後にＢからＣへ、その13日後にＣからＤへと接着した時期に所有権移転登記が行われたが、Ｂが約定どおりに代金を支払わなかったことから、ＡがＢ・Ｃ・Ｄを相手に所有権に基づき、所有権移転登記の抹消登記手続を請求した。１審は、Ａの前記軽率な行為に帰責事由を認め、民法94条２項・110条の類推適用により、Ａは善意・無過失のＣ・Ｄに対し、所有権移転がないことを対抗できないとした。原審も１審判決を認容し、Ａの控訴を棄却した。これに対し、最高裁は、原審認定の事実が仮に認められるとすれば、Ａは「本件土地建物の虚

19）松尾弘「判批」法学教室280号（2004）113頁。

20）判時1831号99頁、判タ1128号370頁、金商1184号55頁。本判決については、古積健三郎「判批」法セ48巻10号（2003）108頁、武川幸嗣「判批」民商129巻３号（2003）115-120頁、谷本誠司「判批」銀行法務21･47巻14号（2003）73頁､48巻４号（2004）90頁、塩崎勤「判批」登記インターネット54号（2004）69-76頁、吉岡伸一「判批」判タ1134号（2004）91-97頁、川井健「判批」NBL793号（2004）69-71頁、田原睦夫＝印藤弘二「判批」金法1697号（2004）4-5頁、田中淳子「判批」法時76巻10号（2004）103-106頁、澤田省三「登記研究」679号（2004）23-43頁、太矢一彦「判批」銀行法務21･48巻14号（2004）71頁、橋本恭宏「判批」Chukyo Lawyer ３号（2004）89頁、松尾・前掲（注19）112-113頁参照。

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〔ＡＢ間の所有権移転登記〕を放置していたとみることもできない」ことを理由に、「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Ｃ・Ｄらに対抗し得ないとする事情はない」とした（破棄・差戻し）[21]。

破棄・差戻しの理由とされた「審理不尽」の対象は、(1)Ａは第１登記がされることを「**承諾**」していなかったにもかかわらず、Ａによる印鑑証明書交付から27日後に第１登記、その10日後に第２登記、その13日後に第３登記と、「接着した時期」に第１～第３登記がされている点、(2)①Ａは「不動産取引の経験のない者」であるのに対し、不動産業者Ｂの代表者Ｐの「言葉巧みな申入れ」を信じて前記書類を交付したものであるから、「Ａには、本件土地建物につき**虚偽の権利帰属を示すような外観を作出する意図**は全くなかった」のであり、かつ②Ａが第１登記の事実を知ったのは前記印鑑証明書交付から１か月半ほどで、その時点ではすでに第３登記までされていたから、Ａには第１登記の「**承認**」も「同登記の存在を知りながらこれを**放置**していた」事情もなく、③前記書類の交付に際して不安を抱いたＡやその妻が「度重なる問い合わせ」をしたが、Ｐは「言葉巧みな説明をして言い逃れをしていた」ことから、本件所有権移転登記を防止するのは困難な状況にあった」などの点である（強調は引用者による。以下同じ）。最高裁は、これら(1)・(2)の事実が存在したとすれば、94条２項の類推適用はもとより、94条２項と110条の重畳的類推適用も認められないと判断したものとみられる。

この平成15年判決では、つぎの２点がとくに注目される。第１に、本判決は、前記引用判旨（強調部分）から看取されるように、真の所有者が虚偽外観の形成を**意図**するか、**承諾（承認）**するか、**認識して放置**するのでなければ、94条２項の類推適用はもちろん、たとえ第三者が善意・無過失でも、94条２項

21）差戻しとされた理由は、「審理不尽」のために94条２項・110条の類推適用に関する「法令の適用を誤った違法がある」と指摘された。

と110条との重畳的類推適用すらできないことを明確にしており、この種の事案では外形存置意思の存在が帰責事由の本質をなし、帰責要件の最低限度を画するとともに、**第三者の権利取得の根拠となる**ことを明らかにしたとみてよいであろう。

第２に、本件には重要な問題点が未解決のまま残されている。その一つは、**真の所有者の軽率な行為の帰責性の法的評価方法**である[22)]。本判決は、Ａやその妻がＰ（Ｂ代表者）に対して「度重なる問い合わせ」をした事実を認定したうえで、それに対してＰが「言葉巧みな説明をして言い逃れをしていた」ことにより、不動産登記に必要な書類を安易にＰに交付するなどのＡの**帰責性の遮断ないし中和**を認めているようにも解される。しかし、仮にそのような相手方の違法行為による表意者（真の権利者）の帰責性の遮断・中和が認められるとしても、そのような解釈が法律行為の当事者間の相対的関係（例えば、本件のように不動産取引の素人である真の所有者Ａと不動産取引に長けて言葉巧みな言い逃れのできる相手方Ｂとの関係）のみで判断されてよいか（それは善意の第三者にとっては予期されない事情といえる）は、なお検討の余地がある。というのも、この点に対する判断次第では、《真の所有者の軽率な行為の帰責性が、その程度によっては、帰責要件の最低限度を画するとみられた外形存置意思の要素を

22）もう一つ残された問題は、本件では、ＡＢ間の法律関係は詐欺取消しまたは債務不履行解除によって債権・債務関係を消滅・清算させて解決されるべきであると解されるが、その場合にＡは取消しまたは解除の効果を善意のＣ・Ｄに主張できなくなってしまうかどうか（96条３項､545条１項但書）である。この点に関する私見は、96条３項および545条１項但書はすでに第三者Ｃへの権利移転が生じたことを前提にして適用される、第三者の権利保護資格要件を定めた規範であるから、たんにＢと債権契約をしたにすぎないＣを保護する趣旨ではないと解する（後述５(1)）。したがって、本件のように所有権がＡの許から出ておらず、Ｂは終始無権利者で、いわんやＣへの権利移転が生じる余地のなかった事案では、96条３項も545条１項但書も適用の余地がなかったものと解する。もっとも、本件では、第三者保護規定があるためにＡは自己に不利になることを恐れて、あえて詐欺取消しや契約解除を主張しなかったのかも知れないが、仮にその主張をしていたとしても、前記の第三者保護規定は適用される余地がないと解する。

代替しうる》かどうか、それが肯定される余地を本判決も完全に排除していないかも知れないと解されるからである（もっとも、私見は否定的に解する）。まさにこの点が問題になった最近の判例で、意思・外形非対応型を超えて、実質的には外形他人作出型とも解される事案において、「94条２項、110条の類推適用」により、第三者の権利取得を認めた例として、つぎの事案がある。

【最判18年２月23日民集60巻２号546頁】[23)]　ＡはＢの仲介によってＰからその所有不動産を7500万円で購入して移転登記を済ませた（平成８年１月）。Ａは本件不動産の管理をＢに依頼し、いったんこれをＱに賃貸していた（平成８年７月から）。その後、本件不動産をＡがＢに4300万円で売却する旨の売買契約書（平成11年11月７日付）をＢが作成し、Ａはその内容を確認せずに署名・捺印した。ＡはＢに依頼していた他の土地の管理等に必要であるとしてＢから求められ、登記済証、印鑑証明書および実印をＢに交付し（平成11年９月～平成12年２月）、Ｂが本件不動産の登記申請書に実印を押印した時（平成12年２月１日）もこれを漫然と見ていた。Ｂはこれらの書類を用いてＡからＢへの本件不動産の所有権移転登記を行い、その後本件不動産をＣに3500万円で売却し（平成12年３月）、移転登記をした（同４月）。そこで、ＡがＣに対し、所有権に基づく抹消登記手続を請求した。

23）裁民219号481頁、裁時1406号７頁、判タ1205号120頁、金商1253号14頁。本件評釈として、高田淳「判批」法学セミナー618号（2006）115頁、佐久間毅「判批」NBL834号（2006）18-24頁、同「判批」判例セレクト2006（2006）19頁、浅井弘章「判批」銀行法務21･50巻12号（2006）51頁、村中玲子「判批」みんけん592号（2006）37-44頁、武川幸嗣「判批」民商135巻２号（2006）415-頁、同「判批」登記情報47巻1号（2007）54-58頁、良永和隆「判批」ハイ・ローヤー254号（2006）62-66頁、荒木新五「判批」登記情報538号（2006）１頁、中山布紗「判批」北九州市立大学法政論集34巻１＝２号（2006）156頁、渡邉拓「判批」判時1950号（2006）184頁、中舎寛樹「判批」私法判例リマークス34号（2006）６頁、黒田直行「判批」JA金融法務426号（2007）57頁、磯村保「判批」ジュリスト1332号（2007）66-67頁、増森珠美「判解」ジュリスト1333号（2007）112頁、同「判解」曹時59巻４号（2007）221頁、吉田克己「判批」判タ1234号（2007）49-54頁参照。

第１審[24]および第２審[25]は、①ＡがＢに対して当該不動産の購入・管理等について代理権を授与していたこと、②ＢがＡに無断で当該不動産を自己名義にしたうえでＣに売却したこと、③ＣはＢが本件不動産の所有者であると信じたことには正当の理由があることを認定し、①は本件不動産の売却・移転登記に関する110条の基本代理権ないしそれに準じる権限の授与に当たるから、ＢＣ間の売買ではＢがＡの代理人として行為したものではないものの、110条が類推適用されるべきであるとして、Ａの請求を棄却した[26]。Ａが上告受理申立てをした。

判旨はつぎのように述べ、Ａの上告を棄却した。「Ｂが本件不動産の登記済証、上告人〔Ａ〕の印鑑登録証明書及び上告人〔Ａ〕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、上記のような上告人〔Ａ〕の余りにも不注意な行為によるものであり、Ｂ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上告人〔Ａ〕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、被上告人〔Ｃ〕は、Ｂ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、上告人〔Ａ〕は、Ｂが本件不動産の所有権を取得していないことを被上告人〔Ｃ〕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」（下線は引用者）。

この判旨（とくに下線部）には、先に示唆した《真の所有者の軽率な行為の

24）大分地判平成14年４月19日民集60巻２号552頁、判時1842号79頁、金商1253号24頁。

25）福岡高判平成15年３月28日判タ1134号220頁、金商1253号18頁。宇佐見大司「判批」判評548号（2004）194-198頁、高森八四郎「批判」私法判例リマークス30号（2005）10-13頁。

26）本件では、Ｂは「Ａの代理人として」ではなく、いったん自己（Ｂ）名義に所有権移転登記したうえで、「自己（Ｂ）の所有物として」当該不動産をＣに譲渡しているから、110条を直接適用することはできないと解されたと思われる。

帰責性が、その程度によっては、帰責要件の最低限度を画するとみられた外形存置意思の要素を代替しうる》ことを認めるかにみえる記述が見出される。それが「余りにも不注意な行為」による意思の代替をあっさり認めたものか、あくまでも「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」との評価自体に無視できない重みがあるとみるべきか、解釈の余地がある。私見は後者に立ち、本件は94条２項の類推適用肯定例の中でもきわめて特殊な事案と解する[27)]。それゆえ、根拠条文についても、94条２項の類推適用のみならず、原審がもっぱらそれに拠った110条の類推適用も付加し、「民法94条２項、110条の類推適用により」と表現したものと解される[28)]。

実質的にも、本判決の事案には、前記最判平成15年とは相当異なる要素が見出される。例えば、①Ａが所有不動産の賃貸等に係る管理を自らの意思でＢに任せていた、②そのために必要とも考えられない本件不動産の登記済証を合理的理由なしにＢに預け、数か月間にわたって放置していた、③Ｂから本件不動産とは別の土地の登記手続に必要だといわれ、２回にわたって印鑑登録証明書４通をＢに交付した、④本件不動産を売却する意思がないにもかかわらず、Ｂのいうがまま本件売買契約書に署名・押印するなど、Ｂ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、これを放置していた、⑤本件登記がされた当時も、Ｂのいうがままに実印を渡し、ＢがＡ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

27）94条２項の類推適用判例の類型上、本件を「新たな類型」、「新たなタイプ」と位置づけるものとして、佐久間・前掲（注23）18-21頁、吉田・前掲（注23）50-52頁。

28）本判決が原審と異なり、94条２項に加えて110条を付加したことにどれほどの実質的意味があるかは不明であるが、原判決の理由づけを否定ないし修正する趣旨ではなく、むしろ、94条２項の類推適用が認められない事案に110条の類推適用を認めるとバランスを失する旨のＡの反論に応え、反対に、本件は110条の類推適用によっても第三者の保護が認められるほど、94条２項を類推適用してもバランスを失しない事案であることを確認する趣旨のように思われる。

したりすることもなく漫然とこれを見ていた、といった点が挙げられる。ここでは、権利者Aの「帰責性の程度」は、ただたんに「重い」のではなく、「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うるほど重い」、つまり、Aの意思に帰責性の根拠を求める判例法理を実質的に逸脱するものではないことをあえて確認したうえで、94条2項（および110条）の類推適用を認め、Cの権利取得・Aの権利喪失を肯定した点が看過されるべきではない。

❷ 不動産の付合における権原による附属物所有権の留保と合成物の所有権取得

94条2項の類推適用は、ほかにも様々な場面に展開しうる。例えば、AがB所有地に賃借権（242条但書の「権原」に当たると解される）を取得して播種・植栽した植物に対し、Bから当該土地の所有権を取得して移転登記したCは、Aが権原によって附属させた当該植物につき、当該土地とともに所有権を取得しうるであろうか。当該附属物の所有権をめぐるAC間の紛争に適用すべきルールについては、(a)一方では、Aの権原に基づく所有権の留保をCに対しても主張しうるかどうかの問題であるから対抗の法理を適用し、AとCの対抗要件（Aの権原自体の対抗要件または附属物の明認方法と、Cの対抗要件）の先後によるとの解釈が考えられる[29]。他方では、(b)Aが所有権を留保する附属物に対するCの権利取得は、94条2項の類推適用によるべきとの解釈も考えられる[30]。私見としては、①Aが元々所有していた附属物（種子･植物）とBが元々所有していた被附属物（土地）とが付合した場合でも、当該附属物そのものの

29）最判昭和35年3月1日民集14巻3号307頁、舟橋諄一『物権法』（有斐閣、1960）367頁、我妻栄＝有泉亨（補訂）『新訂物権法(民法講義Ⅱ)』（岩波書店、1983）308-309頁（我妻・後掲注30から改説）、新田敏「附合」星野英一編集代表『民法講座第3巻物権(2)』（有斐閣､1984）27頁。前述3(1)(ⅱ)❶②（慶應法学7号〔2007〕513頁）。

30）大判昭和17年2月24日民集21巻151頁、我妻栄『物権法(民法講義Ⅱ)』（岩波書店、1942）205頁、広中俊雄『物権法(第2版)』（青林書院、1982）409-410頁。

所有権帰属の問題は、被附属物の所有権の客体の範囲に関する問題に当然に吸収されてしまうとは解されないこと、②附属物は元来も付合後もＡの所有物であり、それについてＢは元来無権利者であったこと、③そのような附属物について悪意のＣにまで所有権を取得させる必要はないことから、（ｂ）94条２項の類推適用説によるべきであろう。このように、この❷の事例も、元来無権利者からの取得型の事案に加えて解釈することができよう。

❸　無権限者による処分

前記平成18年判決にもみられるように、94条２項の類推適用は、無権代理人Ｂと取り引きした相手方Ｃ（本人Ａからみれば第三者）に権利取得を認める法理（表見代理）とも密接に関連する。この場合も、Ａによる代理権授与表示（109条本文）とＣの善意・無過失（109条但書）、Ａによる基本代理権の授与とＢの行為を権限内と信じたＣの正当理由（110条）、Ａによる代理権の授与（消滅の非表示）と代理権消滅に関するＣの善意（112条本文）・無過失（112条但書）により、権利取得の保護が認められる[31)]。この例外法理❸は、前述❶とともに、法律行為の効果のレベルにおける第三者保護といえる。

この表見代理の法理は、法人の代表者による権限違反行為の相手方（法人からみれば第三者）保護の法理にも共通する面をもつと解される。例えば、法人Ａの代表者Ｂが定款等で制限された権限を越えて相手方Ｃ（法人Ａからみれば第三者）と法律行為をした場合、Ｃが「善意の第三者」であれば権利取得の保護を受ける（民法旧54条、一般法人法77条５項・197条）[32)]。

31）信頼保護法理としての表見代理につき、多田・前掲（注７）48-56頁、63-66頁参照。

32）なお、代表理事の定めがない場合は、理事はたとえ２人以上ある場合でも「各自、一般社団法人を代表する」（一般法人法77条２項）から、「一般社団法人の業務は、…理事の過半数をもって決定する」旨の規定（一般法人法76条２項）は法人内部における権限の制限にとどまり、それ反して過半数の理事の同意なしに相手方と法律行為をしても、有効と解される。もっとも、相手方の行為態様次第では、法人に対する権利行使が信義則違反または権利濫用として認められない余地はあろう（民法１条２項、３項）。

また、この法理の延長として、⑤理事会設置法人の理事が、「重要な財産の処分及び譲受け」、「多額の借財」、その他の理事会専決事項につき、理事会決議を得ずに行為した場合、その相手方がどのような要件の下で保護されるかという問題への応用方法が問われる。ちなみに、会社の取締役が取締役会決議を経ずに、「重要な財産の処分及び譲受け」、「多額の借財」等（商法旧260条２項、会社法362条４項）をした場合につき、（ａ）判例は、取締役会決議を欠く代表取締役の取引行為は内部的意思決定を欠くにとどまるから原則として有効であるが、理事会決議を欠くことを相手方が知りまたは知り得べかりしとき（悪意または有過失）は例外的に無効と解する（93条但書類推適用説）[33]。他方で、（ｂ）会社の内部的意思決定手続である取締役会決議を欠いても代表取締役の代表行為は有効であり、会社は悪意（または重過失）の第三者に対して一般悪意の抗弁（法的性質としては信義則違反または権利濫用の抗弁か）を提出しうるにとどまるとの解釈[34]、（ｃ）取締役会決議を要することは代表権の制限を意味すると解し、関連法規（民法旧54条、商法旧261条３項・78条２項、一般法人法77条５項・197条）に従い、その制限を善意の第三者には対抗できないとの見解[35]などがある。

これについては、権限違反の内容ないし無権限性の程度と第三者保護要件とのバランスという観点から、[1]代表理事の定めのない法人の理事が過半数の同意を得ずにした行為（有効。ただし、前掲注32参照）、[2]定款等による代表理事の代表権制限に違反する行為（第三者保護要件は善意）に比較して、[3]理事会決議を欠く代表理事の行為の無権限性の程度の方が高いとすれば、第三者保

33）最判昭和40年９月22日民集19巻６号1657頁。

34）大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻（第３版）』（有斐閣、1992）186頁、198-199頁、鈴木竹雄『会社法（全訂第５版）』（弘文堂、1994）192-193頁。

35）前田庸『会社法入門（第11版）』（有斐閣、2006）463-464頁。第三者は善意であれば、過失の有無を問わないとする。山田廣己「判批」『会社判例百選（第６版）』（有斐閣、1998）91頁。

護要件をより厳格にする意味で、第三者に善意のみならず、無過失をも要求する判例（前記（ａ）説）に理由があるとみるべきであろう[36]。

さらに進んで、法人の代表者が、法人の目的の範囲（34条）に属しない行為をした場合、相手方の権利取得はどうなるであろうか。例えば、Ａ法人の代表者ＢがＡの目的の範囲外の法律行為により、Ａ所有地をＣに譲渡し、所有権移転登記をした場合である。目的の範囲を権利能力の範囲と解し、それを逸脱したBC間の行為そのものを無効とみれば、94条２項の類推適用は困難とも解される[37]。

いずれにせよ、以上の問題は、代理行為ないし代表行為に特有の問題も含むことから、本稿では以上のような視点の整理にとどめる。

❹　即時取得制度の展開とその限界

①　所有権・質権・譲渡担保権・先取特権等の即時取得

元来無権利者からの取得型の中には、もっぱら法律行為論のレベルで第三者を保護する制度（前述❶、❷、❸）とは別の第三者保護制度として、即時取得がある。即時取得制度は、取引行為としては法律行為論上の保護と関連するが、さらに占有の効果も加わった二面性をもつ。そして、後者の占有の効果という面では、典型的な表見法理よりも、むしろ取得時効と接点をもつといえるかも知れない。実際、動産の即時取得においては、真の所有者Ａの所有物をＢが自己所有物として第三者Ｃと取り引きしたときは、Ｃの善意・無過失のみならず、目的物の占有取得により、ＣはＢとの取引内容に従い、所有権、質権、譲渡担保権、不動産賃貸・旅店宿泊・運輸の動産先取特権を取得する（192条、

36）なお、第三者に重過失があるときも会社は「無効を主張できる」との見解もある。龍田節『会社法』（有斐閣、2005）108-109頁、弥永真生『リーガルマインド会社法（第11版）』（有斐閣、2007）189-190頁。

37）他方、目的の範囲を行為能力の範囲と解すれば、無権限者による処分として扱いうるであろうか。しかし、私見は、目的の範囲は権利能力の範囲と解する。

319条)[38]。

このことは、一面では、即時取得制度の沿革に由来する。すなわち、即時取得制度は、[1]占有を伴うゲヴェーレ的所有の承継取得の保護とそのための旧所有者の回復請求の制限、[2]旧所有者の所有権の喪失、[3]善意取得者による所有権の原始取得というプロセスを経て発達した制度であるとされる[39]。[3]段階の背景には、近代における所有権の絶対性・観念性の形成があるとみられる。

なお、即時取得制度においても、権利取得の要件として、たしかに真正権利者の帰責事由と第三者の信頼保護事由が見出されうる。すなわち、真の権利者(所有者)の帰責性の相違(占有委託物の場合と占有離脱物の場合)は、第三者保護の要件・効果の相違(192条と193条・194条)に反映しており、占有離脱物の場合は、192条の要件のほか、2年間の回復可能期間の経過が必要になる(193条)[40]。なお、第三者の信頼保護の要請が私人間での取引よりも一般的に高いと考えられる市場での取得の場合は、盗品・遺失物の所有者が2年以内に回復請求する場合でも代価弁償義務が課される(194条)。ただし、即時取得制度における真の権利者の帰責性の内容は、94条2項(の類推適用)のそれとは質的に異なることに注意を要する(後述(2)(i)❶末尾、❷参照)。

---

38) 319条が即時取得の規定を準用する理由は、これら3種の先取特権が債権者の期待の保護を趣旨とするからであり、その趣旨に鑑み、善意・無過失の判定時期は、第三者Aが所有物がBの目的物の範囲に加入したことを債権者が知った時と解すべきである。道垣内弘人『担保物権法(第3版)』(有斐閣、2008)54-56頁参照。また、手形・小切手の善意取得も、取得者の善意・無重過失および占有取得によって認められる(手形法16条2項・77条1項1号、小切手法21条)。

39) 田島順『民法一九二条の研究』(立命館出版部、1933)7-482頁、川島武宜『所有権法の理論(新版)』(岩波書店、1987)245-258頁。

40) もっとも、盗品・遺失物の回復可能期間中(盗難・遺失から2年間)の所有権の帰属者は、真の所有者か占有者か議論がある(後述注83および該当本文参照)。

② 動産先取特権の競合における善意者保護

ある財産（B所有）がすでに他人Aの権利の客体になっていることを知らずに自己の権利の客体になったと信じた者Cの信頼を法律上保護し、善意者に権利の取得ないし優先権を認める制度が存在する。例えば、**B所有動産**に対して不動産賃貸・旅店宿泊・運輸の先取特権（第1順位の先取特権）または動産質権を取得した者Cは[41]、当該動産に対してすでにAの動産保存の先取特権（第2順位の先取特権）、動産売買の先取特権、種苗・肥料供給の先取特権または農業・工業労務の先取特権（第3順位の先取特権）が存在していた場合、当該動産につき、Aが保存の費用を支出したこと、売主Aへの代金が未払いであること、Aが供給した種苗・肥料（代金未払）の利用後1年以内に土地から生じた果実であること、Aの農業・工業の労務（賃金未払）の果実として1年以内に生じた果実であることを**知らなかったとき（善意）**は、そうした信頼が（これれの先取特権が認められた趣旨である債権者の通常の期待として）保護され、第1順位の先取特権または動産質権の優先権が認められる（民法330条2項前段、334条）。ただし、Aが当該動産を保存したことによってCも利益を得ている場合は、Aの動産保存の先取特権の存在をCが知らなかったとき（善意）でも、優先権は認められない（330条2項後段）。これはB所有動産をめぐってAC間で競合する担保物権間の優先順位の調整問題であるが、そこでは対抗要件のような画一的基準によってではなく、信頼保護の要請[42]や債権者間の利益衡量（330条2項後段参照）を含む複数の基準により、権利の優先順位が決定されていることが注目される。

③ 即時取得と対抗の法理との交錯

41）ちなみに、当該動産がB所有でなかったときは、これらの先取特権の即時取得の可否が問題になる（319条）。

42）330条2項前段の趣旨は、「これらの先取特権の趣旨は債権者の通常の期待を保護することにあるが、他の先取特権が存在していても、それを債権者が知らない限り、やはり期待が形成されてしまうからである」とされる（道垣内・前掲〔注38〕73頁）。

即時取得の制度は、様々な場面で対抗の法理と交錯する。前記②（330条２項）の問題も、一方では、所有者Ｂから競合する内容の権利を取得したＡＣ間の優先権の問題とみれば、対抗の法理の適用場面とみうる。しかし、他方では、すでにＡの第２順位・第３順位の先取特権（占有取得を要件としない）が成立している目的物（そのかぎりではＡの権利の客体）に対し、後から第１順位の先取特権（占有取得を要件とする）を取得しながら、優先権を主張できるための要件の問題とみれば、無権利の法理の例外則的な側面も看守しうる。

もっとも、つぎのような事例では、対抗の法理と即時取得（無権利の法理の例外則）との区別は明白である。例えば、Ａが所有する動産をＢに売却し、占有改定をした。その後、Ａがこの動産をＤに売却し、現実の引渡しをした。そこで、ＢがＤに対し、所有権に基づく返還請求をしたとする。この場合、Ｂの所有権取得はＡの占有改定（183条）によって対抗要件（178条）を具備しているから、ＢはＤに対して所有権取得を対抗することができる（対抗の法理）。しかし、ＤがＡとの売買よって善意・無過失で現実の引渡しを受けたときは、即時取得（192条）の抗弁を主張することができる（無権利の法理の例外則）[43]。このことは、Ａが所有する動産の上にＢのために譲渡担保権を設定し、占有改定をした後に、Ａが当該動産をＤに売却して現実の引渡しをした場合にも妥当する[44]。

43）売買に基づいて引渡しを受けたＤは、善意・平穏・公然（186条１項）かつ無過失であったと推定される（188条。最判昭和41年６月９日民集20巻５号1011頁）。

44）最判昭和30年６月２日民集９巻７号855頁。ＡがＢから融資を受ける担保として、Ａ所有動産（映写機）にＢのために譲渡担保権を設定し、占有改定をした。Ａはこの動産を利用してＢからの借入金を返済しようとしたが、成功せず、当該動産をＤに売却して現実の引渡しをした（Ｄは当該動産に関するＡの未払代金を肩代わりして所有権を取得したと主張し、現実の占有を取得）。そこで、ＢがＡとの合意に基づく弁済期の経過、譲渡担保権の実行（帰属清算）および受戻権の消滅を理由に、Ｄに対して所有権に基づく返還を請求した。Ｂの請求を認容した第１審判決を取り消して請求を棄却した第２審判決を、最高裁は破棄・差戻し（Bは占有改定によって対抗要件を備えており、所有権を対抗しうる。他方Dからの即時取得の主張はなし）。

他方、所有権留保売買における買主Ｂが留保売主Ａとの約定に反して目的物を第三者Ｃに処分した場合は、もっぱらＣの保護は無権利の法理の例外則としての即時取得（192条）の問題になると解される[45)]。さらに、買主Ｂが当該目的物を第三者Ｃに転売することを留保売主Ａが容認または委託していた場合は、かかるＡ（およびＢ）の意思の効果としてＣは所有権を取得するし、そのような容認／委託がない場合でも、買主Ｃが、たとえ所有権留保売買であることを知っていたとしても、留保売主Ａの容認／委託があると信じ、かつ信じたことに過失がないときは、192条の類推適用により、Ｃは所有権を取得しうると解すべきであろう[46)]。

また、所有権留保売買の買主Ｂが、目的物に対して第三者Ｃのために譲渡担保権を設定し、占有改定をした後に、留保売主Ａがその目的物をＢから取り戻してＣに売却し、引き渡した場合について、下記の判例はＣの譲渡担保権に基づくＡへの損害賠償請求を否定している。ここでも、ＢＣ間の権利取得行為には無権利の法理が適用されている（判例は占有改定による即時取得を否定するので、ここでは例外則の適用は認められない）。

【最判昭和58年３月18日判時1095号104頁・判タ512号112頁】[47)]　Ａが所有するクラブ店舗内の動産等を代金完済までＡへの所有権留保特約を付して買い受け、引き渡しを受けたＢが、その債権者Ｃに対する担保として当該動産を譲渡担保に供し、占有改定をした。その後、ＢがＡに代金を完済しなかったこと

45）もっとも、実際には、目的物の性質や価格、転買人（第三者Ｃ）の職業や注意義務により、悪意または過失が認定され、即時取得の成立が否定されることも少なくないとされる。

46）道垣内・前掲（注38）359-360頁も、権利濫用法理の適用を批判し、ＢＣ間の「当該転売が、〔ＡからＢへの〕委任の範囲内にあると信じ、かつ、信じたことに過失のなかった第三者は、192条により目的物の所有権を有効に取得すると解すべき」とする。

47）金法1042号127頁、金商684号３頁。本件につき、松本恒雄「判批」民商90巻４号（1984）110-115頁、田山輝明「判批」受験新報34巻３号（1984）144頁、堀内仁「判批」手形研究28巻２号（1984）49-50頁参照。

から、Ａが本件動産をＤに売却し、現実の引渡しをした。これに対し、ＣがＡを相手に、譲渡担保権相当の損害賠償を請求した。原審はその一部を認容したことから、Ａが上告した。

最高裁は、Ａの上告を容れ、原審がＣのＡに対する損害賠償請求を一部認容した部分を破棄・自判した。すなわち、「Ａは買主であるＢが代金の分割払を怠ったため本件売買契約の目的である賃借権等及び本件不動産を何時でも他に処分することができる権利を有していたのに対し、ＣはＡが右の処分をする前に残代金を提供しなければＡに対し本件動産についての譲渡担保権を主張できない立場にあったことが明らかであるが、……ＣがＡに右の処分を暫く猶予するよう要請したのに対し、Ａはこれに応じるかのような態度を示したものの、猶予する旨を約束するまでには至らなかったというのであるから、ＡとＣ間の前記の法律関係にはなんらの変更も生じなかった……。／したがって、Ａがその処分をしても、ＣがＡの右の態度を信頼した結果支出した費用につきこれを損害として賠償すべきであるか否かの問題が生じることはあっても、もともとＡに対して主張できない譲渡担保権についてその侵害があったものということはできないから、ＣはＡに対し譲渡担保権の喪失を損害としてその賠償を請求することはできない」とした。

以上に対し、即時取得の問題か対抗要件の問題かが争われている事案もある。例えば、債権者ＡのためにＢが所有する不動産に抵当権が設定された後に、抵当不動産から分離・搬出された動産を第三者Ｃが取得した場合である。これについては、(ａ)抵当権の効力が当然に消滅するとの見解（分離によって付加一体物〔370条〕でなくなると解する）、(ｂ)抵当権の効力は存続し、第三者Ｃが即時取得（192条）するまで抵当権の追及力が認められるとの見解、(ｃ)抵当権の効力は存続するが、対抗力は消滅し、第三者Ｃは対抗要件（178条の引渡し）を具備することによって優先するとの見解がある[48)]。(ｂ)即時取得説

48）学説につき、近江幸治『担保物権法（新版補正版）』（弘文堂、1998）134-138頁、高木多喜男『担保物権法（第４版）』（有斐閣、2005）131-132頁参照。

と（ｃ）対抗要件説との違いは、Ｃが悪意で引渡しを受けた場合の権利取得の肯否（（ｂ）説は否定、（ｃ）説は肯定）として現れる。

しかしながら、この問題については、抵当目的物の一部の分離・搬出が誰によって行われたかで区別すべきであろう。すなわち、分離・搬出が抵当目的物の所有者であるＢ自身によって行われたときは、Ｂが同一目的物をＡとＣに二重譲渡したのと同様の問題とみて対抗の法理を適用し、引渡し（178条）の有無によってＣの権利主張の可否を決すべきであろう。これに反し、分離・搬出が所有者Ｂ以外の者により、Ｂの承諾なしに行われたときは、無権利の法理を適用し、Ｃは即時取得（192条）によって保護されるにとどまると解すべきであろう。

ちなみに、判例は、工場抵当権の目的物であるトラックスケール（貨物をトラックに積載したまま貨物の正味重量を計算する装置で、入出荷管理・在庫管理などに使用する）を、工場所有者Ｂでない者Ｐが抵当権者Ａの同意なしに工場から分離し、第三者Ｃに譲渡・引渡しをしたケースで、即時取得の適用可能性を認めている[49]。

（ⅲ）形式的所有者からの取得型

形式的所有者からの取得型の特色は、第三者Ｃの法的地位が、完全な無権利者Ｂからの取得ということはできず、さりとて完全な所有者Ｂからの取得者と

49）すなわち、「工場抵当法2条の規定により工場に属する土地又は建物とともに抵当権の目的とされた動産が、抵当権者の同意を得ないで、備付けられた工場から搬出された場合には、第三者において即時取得をしない限りは、抵当権者は搬出された目的動産をもとの備付場所である工場に戻すことを求めることができるものと解するのが相当である。けだし、抵当権者の同意を得ないで工場から搬出された右動産については、第三者が即時取得をしない限りは、抵当権の効力が及んでおり、第三者の占有する当該動産に対し抵当権を行使することができるのであり（同法５条参照）、右抵当権の担保価値を保全するためには、目的動産の処分等を禁止するだけでは足りず、搬出された目的動産をもとの備付場所に戻して原状を回復すべき必要があるからである」（最判昭和57年３月12日民集36巻３号349頁。下線は引用者による）。

もいえないという浮動性にある。つまり、表示に対応する権利移転の実体がまったく存在しないとはいえず、所有者Ａから相手方Ｂへの所有権移転に何らかの実体的意味がある（しかし、法的形式〔＝売買等の原因に基づく所有権移転の合意と登記等〕と経済的実質〔＝所有権を実質的・終局的に譲渡する意思はない〕との間にはギャップがある）場合である。仮にＡＢ間の法律関係の実体の相違に応じ、それが①通謀虚偽表示の場合→②譲渡担保、その他の目的の信託的譲渡、制定法に基づく信託の場合→③いったん成立した譲渡原因の無効･取消し･解除の場合、……と変容するに従い、Ｃの保護法理にどのような相違が生じるかという観点から検討するとすれば、形式的所有者からの取得型は②に位置づけられる。このようにＡＢ間に所有権譲渡がまったく存在しなかったとはいえない場合、Ｃの保護は何を根拠に、どのように図られるべきであろうか。

①　譲渡担保権者による処分の相手方

形式的所有者からの取得型の典型事案は、Ａから譲渡担保権の設定を受けた譲渡担保権者Ｂが目的物を第三者Ｃに処分した場合である。例えば、Ａが所有地をその債権者Ｂへの譲渡担保に供し、登記名義もＢに移したが、Ｂが同土地を第三者Ｃ売却し、移転登記も済ませた場合、ＡＣ関係にはどの法規定ないし法理が適用されるであろうか。この問題は、譲渡担保権の法的性質の理解ないし法的構成（(ａ)譲渡担保権者Ｂの権利を所有権とみる所有権的構成、(ｂ－１)Ｂの権利を担保権とみる一方、譲渡担保設定者Ａの権利を設定者留保権（物権）とみる見解、(ｂ－２)同じくＢの権利を担保権とみる一方、Ａの権利を所有権とみる見解など)、形態（売渡担保と譲渡担保)、実行・清算方法（帰属清算型と処分清算型)、譲渡担保権者による処分の時期（弁済期到来前、弁済期到来後、譲渡担保権消滅後）により、結論が分かれるか否か、検討の余地がある。

判例は、ＣはＡＢ間における譲渡担保権設定について善意・悪意を問わず、所有権を取得しうるとする[50)]。そして、Ｂの実体的権利者性が最も稀薄な場

50）大判大正９年９月25日民録26輯1389頁、最判昭和34年９月３日民集13巻11号1357頁、最大判昭和49年10月23日民集28巻７号1473頁、最判昭和57年４月23日金法1007号43頁、最判昭和62年２月12日民集41巻１号67頁。

合であると考えられるケース、すなわち、被担保債権の消滅による**Bの譲渡担保権消滅後**にBが目的不動産をCに処分して移転登記をした場合も、AがCに対して返還請求をするには対抗要件が必要であり、それなしに所有権の復帰を対抗するには、Cが背信的悪意者であることを必要とする[51)]。したがって、譲渡担保権者Bから処分を受けたCに対し、Bとの合意に基づいて受戻しへの期待をもつAは177条の第三者の地位に立つ（AC間は対抗関係）と解されているとみられる[52)]。

さらに、判例は、**Aの債務の弁済期到来後・清算前**に、Bが譲渡担保不動産を第三者Cに処分したときは、Cが「背信的悪意者」に当たる場合でも、Cはその所有権を「確定的に」取得し、Aは債務を弁済してCから目的物を受け戻すことはできないとする[53)]。その理由は、譲渡担保権の被担保債権の弁済期到来後は、譲渡担保契約が帰属清算型か処分清算型かを問わず、譲渡担保権者が目的物の処分権能を取得するから、その効果を確保するためにも、Cの主観的態様を問わないとする点にある。この場合、被担保債権の弁済期到来後にBが目的物をCに処分したときはAは受戻権を失い、Bに対する清算金支払請求権（Cの引渡請求に対しても留置権によって担保されうる）をもつにすぎないとすれば、AC間は177条の第三者に当たらないようにも解される。しかし、Cが対抗要件を具備していないときは、Aはその欠缺を主張してCの権利取得を否

51）最判昭和62年11月12日判時1261号71頁・判タ655号106頁。

52）いわゆる対抗問題につき、判例は善意・悪意不問説をとる（大判明治44年12月25日民録17輯909頁、最判昭和30年5月31日民集9巻6号774頁ほか）。

53）最判平成6年2月22日民集48巻2号414頁。AはBに対して清算金がある場合に、清算金との引換給付請求（留置権等に基づく）をしうるにとどまる。本判決につき、道垣内弘人「判批」法教167号（1994）118頁、同「判批」法協112巻7号（1995）145頁、同「判批」金法1581号（2000）96頁、松岡久和「判批」民商111巻6号（1995）73頁、山野目章夫「判批」ジュリ1068号（1995）79頁、大西武士「判批」NBL573号（1995）49頁、鳥谷部茂「判批」リマークス1995下（1995）52頁、同「判批」、山野目、鎌野邦樹「判批」法セ495号（1996）60頁、水上敏「判解」曹時49巻3号（1997）145頁、吉田真澄「判批」『民法の基本判例（第二版）』（有斐閣、1999）93頁、湯浅道男「判批」『民法判例百選Ⅰ（第5版）』（有斐閣、2001）204頁参照。

定しうる地位にあると解されるから、ＡＣ関係はなお177条の適用対象であるとも解される。

ちなみに、ＡＢ間が仮登記担保契約である場合において、清算期間経過後にＢが目的不動産を第三者Ｃに処分したときは、Ａは受戻権を失い、Ｃの所有権取得が確定するが（仮登記担保契約に関する法律11条但書）、その際にも第三者Ｃの善意・悪意は不問か、悪意者排除かが問題になる。とりわけ、Ｃが対抗要件まで取得した場合でも、Ｂが譲渡担保権者であること（ないし清算終了前であること）について悪意のＣにも目的物の所有権取得を認めうるかが焦点になる。

学説には、基本的視点として、（ａ）判例と同様の177条適用説（対抗問題説）、（ｂ－１）94条２項適用説[54]、（ｂ－２）94条２項類推適用説、（ｃ）信託法（旧）31条（現27条）類推適用説などがある[55]。

私見はつぎのように考える。譲渡担保権者の無権利者性は、被担保債権の消滅等による譲渡担保権の消滅後、弁済期到来前、弁済期到来後・清算前の順に強いとも解される。しかし、すでに弁済期到来前の段階から、設定者には物権（所有権、設定者留保権など）が**当初から１度も移転せずに帰属している**とすれば（担保的構成）、その部分に関する譲渡担保権者の無権利者性は、どの段階でも一貫して認められるといえよう（この点で、いったん所有権移転が生じた後に復帰が生じる取消し・解除の場合と異なる）。また、その点について悪意の第三者を保護するのは妥当でない。したがって、第三者保護は94条２項の（類推）適用によるべきであろう。

54）譲渡担保設定者Ａには設定者留保権（物権）が残り、譲渡担保権者Ｂは所有権から設定者留保権を引いた残りである譲渡担保権をもつにすぎないにもかかわらず、所有権移転原因たる意思表示に基づく登記をもつことは、端的に虚偽表示であるとみる見解である。道垣内・前掲（注38）299-300頁、315頁、327頁。

55）学説・判例につき、田高寛貴『担保法体系の新たな展開――譲渡担保を中心として――』（勁草書房、1996）165-170頁、181-185頁、高木・前掲（注48）359-361頁参照。少なくとも、③段階、つまり、譲渡担保権消滅後における目的物の譲受人Ｃと譲渡担保権設定者Ａ（所有者）との関係は、判例（前掲注51）のように形式的に対抗の法理によって決するのではなく、無権利の法理およびその例外則によって処理されるべき事例類型と解すべきであろう。

② 担保目的以外の信託的譲渡の場合

慣習法上認められた譲渡担保以外でも、信託的譲渡の場合において、ＢがＡとの内部的合意（目的物の譲渡、その他の処分行為の禁止等）に反して、目的物をＣに処分したときは、当該目的物の所有権の帰属を決定するためのルールが問題になる。一例として、「信託的譲渡」の譲受人からの取得者と譲渡人との争いに177条の適用があるか否かが争われた裁判例がある。

【大阪高判昭和56年３月13日行集32巻３号384頁】[56] 経営不振のＢ会社がＰ信用金庫から融資を得られるよう、Ａがその所有不動産の所有名義をＢに移転した（登記原因は売買）が、Ｂ会社に対する租税滞納処分として、当該不動産が国Ｃによって差し押さえられ、差押登記が行われた。そこで、ＡがＣに対し、所有権に基づいて差押登記の抹消登記手続を請求した。これに対してＣは、①Ａは本件不動産をＢ会社に「信託的に譲渡」したものであり、所有権は実体上Ｂに移転しているので、ＡはＢに目的違反処分の禁止を義務づけた「内部関係」をもって第三者に対抗できない、②仮にＡＢ間の売買が仮装でも94条２項の（類推）適用によってＡは善意のＣに対して所有権移転の無効を対抗できないなどと反論した。原審は、ＡＢ間の信託的譲渡を認定し、Ｃが主張する前記①の論理に従ってＡの請求を棄却した。

大阪高判は、原審判断を認容し、「信託的譲渡」においては、「譲渡当事者間〔ＡＢ〕における譲渡目的の制限は第三者〔Ｃ〕に対抗することができず、対外関係においては、所有権は譲受人〔Ｂ〕に帰属する」。したがって、Ａは、本件物件が「実質的にはＡの所有に属する」旨の主張をすることはできないとした。また、ＡＢ間で信託的譲渡が行われた場合、Ｂの目的違反処分を禁止する「内部的制限」の存在を第三者Ｃが知っていたとしても、Ａはその制限を第三者Ｃに対抗できない（第三者Ｃの善意・悪意不問）と解されている[57]。

56）本判決に対する評釈として、岸田貞夫「判批」ジュリスト772号（1982）228頁、竹内康尋「判批」『租税判例百選（第２版）』（有斐閣、1983）186頁参照。

57）東京地判平成元年４月12日判例タイムズ713号145頁（Ａがその所有不動産をＢに

本判決は、Ｂから譲渡を受けたＣに対し、Ａは177条の第三者の地位に立つと解しているようである。しかし、信託的譲渡の実質を重視すれば、悪意のＣを保護するまでの必要はないと解され（Ｃの悪意の主張・立証責任はＡにあると解される)、Ｃの保護は94条２項の類推適用によって図るべきであろう。

③　制定法（信託法）に基づく信託の場合

委託者Ａが受託者Ｂに信託した財産をＢが第三者Ｃに処分した場合、それが信託の趣旨に合致するものであれば処分は完全に有効であるが、受託者Ｂの権限に違反するときは、受益者Ａ（自益信託の場合）または受益者Ｘ（他益信託の場合）は、受託者Ｂの相手方ＣがＢとの取引行為の当時、当該行為が受託者Ｂの権限に属しないことを知っていたまたは知らなかったことに重過失があったこと（悪意または重過失）を要件に[58]、ＢＣ間の行為を取り消し、Ｃが取得した財産をＢの下に返還させることができる（信託法27条)[59]。この場合、受託者Ｂの権限違反行為の法的性質が、[1]無効な行為か、[2]無権代理行為と同様の性質をもつか、[3]有効ではあるが債権者取消権の対象となる行為かが問われる。この問題は、受益者の法的地位の本質を、(ａ)信託財産に対する所有者的ないし物権的なものとみるか（したがって、権限違反行為によって処分された財産をＢの相手方Ｃ、さらにその転得者Ｄ……へと追及する効力をもつ）か、(ｂ)受託者に対する債権的なものとみるか（権限違反行為によって処分された財産の取戻しは、債権者取消権の行使の効果として解釈する）か、受益権の法的性質論に通じる。(ａ)説は[1]または[2]の帰結に、(ｂ)説は[3]の帰結に結びつきやす

信託的に譲渡したが、Ｂに対する国税の滞納処分として、当該不動産が国Ｃによって差し押さえられた事案で、ＡのＣに対する差押無効確認請求を棄却)。

58）相手方（第三者）の悪意または重過失の主張・立証責任は、受益者にあると解されている。また、当該財産について信託の登記・登録がされていた場合でも、Ａ／ＸがＢＣ間の法律行為を取り消すためには、Ｃの悪意／重過失を要する（信託法27条２項)。なお、この取消権は受益者が取消原因のあることを知った時から３か月または行為時から１年で時効消滅する（信託法27条４項)。

59）また、この受託者の権限違反行為の取消権は、信託行為の定めにより、委託者Ａにも付与することができる（信託法145条２項２号・３号)。

いであろう[60]。この問題は、ＢＣ間の行為の効果としては前記実定法規（信託法27条）が存在するので、その解釈の枠内で議論されるが、Ｃからさらに財産を転得したＤによる権利取得の要件・効果の解釈に大きく影響するであろう。

例えば、受託者Ｂが信託財産に属する不動産を権限違反処分によってＣに譲渡して移転登記し、さらに当該不動産をＣがＤに譲渡したとする。他方、受益者Ａ／ＸはＢＣ間の行為を信託違反処分として取り消した場合、Ａ／ＸはＤに対し、当該不動産をＢの下に返還するよう請求できるであろうか。Ａ／Ｘの取消しがＣＤ間の譲渡の前に行われた場合と後に行われた場合が考えられる。（ａ）説の立場からは、何れの場合にも無権利の法理を適用し、Ｄの保護は94条２項の類推適用によることになろう（Ｄの善意の内容は、取消前に現れた場合はＢＣ間の処分が受託者の権限に違反することを知らなかったこと、取消後に現れた場合はＢＣ間の処分が取り消されたことも知らなかったことになる）[61]。

これに対し、（ｂ）説の立場からは、民法424条の解釈論に信託法27条の要件を加味して、Ｄが善意（・無重過失）のＤに対しては、ＢＣ間の行為の取消しの効果を主張し、目的物の返還（引渡済みの場合）、ＣＤ間の移転登記の抹消またはＤからＢへの移転登記（移転登記済みの場合）等を請求することになろう。もっとも、（ａ）受益権の性質を物権的なものとみて、Ａ／ＸとＤとの関係に無権利の法理を適用する場合の方が、（ｂ）受益権の性質を債権とみて、債権者取消権の解釈による方がＤの保護要件が軽くなるという不均衡が問題であるとすれば、（ｂ）後者の場合もＤの保護要件は善意で足りると解すべきことになろう。

60）この点につき、（ｂ）債権説からの検討として、松尾弘「信託法理における債権者取消権制度の展開」米倉明編著『信託法の新展開――その第1歩をめざして――』（商事法務研究会、2008）104-118頁参照。

61）もっとも、96条３項に関する判例のように、取消前の第三者の保護は94条２項によりつつ、取消後の第三者には対抗の法理を適用し、ＢＣ間の移転登記の抹消登記手続とＣＤ間の移転登記の先後によって解決するという解釈方法も考えられなくはない。なお、道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996）182頁参照。

もっとも、(a)前者の場合にDの保護要件として善意・無過失が要求されるとの解釈によれば、(b)後者の場合はそれより緩和された要件（善意・無重過失）でDを保護しうることになる。

いずれにせよ、Dが悪意の場合にまで権利取得を認める必要はないと解され、A／XとDとの関係に対抗の法理の適用は馴染まないものと解される。しかし、その一方で、Bは信託目的による制約があるとはいえ当該財産の所有者であるから、その処分はもはや無権利者の処分と解することはできず、無権利の法理の適用領域の限界を超えているものと解される[62]。むしろ、A／X－D関係は、CD間でいったん生じた権利移転の効果の取消しによるDからC（さらにB）への財産復帰に対してDの権利保護資格要件が問題になる法律関係とみて、Dは善意（無重過失）であることは要求されるが必ずしも対抗要件までは求められないと解すべきであろう[63]。

以上のような信託受益者の地位に比べると、譲渡担保権設定者または信託的譲渡人の法的地位は実質的な所有者性が強いとみられ、また、その分だけ信託受託者の地位に比べると譲渡担保権者または信託的譲受人の所有者性は弱く、これらの者の権限違反処分はなお無権利の法理（およびその例外則による第三者保護）の適用領域内にあると考えられる。

（iv）元来所有者からの取得型

❶　二重譲渡型事案への94条２項の類推適用

さらに、無権利の法理の適用領域を拡大し、対抗の法理の典型的適用場面までも取り込もうとする解釈論が存在することは、よく知られている。例えば、

62）たしかに、すでに信託の登記・登録がされている財産についてもなおCに悪意／重過失が認められなければA／Xによる取消しができないものとされ（信託法27条２項）、旧法（旧信託法31条）以上に第三者および取引安全の保護が図られている。しかしなお、悪意または善意・重過失のCの保護は否定されており、全般的な価値判断としてはCからBへの権利復帰にプライオリティーがあると解される。

63）この点につき、松尾・前掲（注60）115頁の旧説を改説する。

Ｂが元々所有していた物をＡに譲渡した後（意思主義の下では、この譲渡によってＢは「無権利者」になったと構成される）、Ａがその対抗要件を具備する前に、Ｃとも譲渡契約を締結した場合、Ｃの対抗要件具備による権利取得（177条、178条）は無権利者からの取得となり、したがって、善意・無過失であることを要するとの解釈である[64]。しかしながら、このように典型的な対抗の法理の適用領域におけるＢはなお権利者であり、Ｃへの処分は無権利者による処分とみることはできず、ただちに無権利の法理の適用領域に組み入れるべきでないと解されることは、既述のとおりである[65]。ところが、このような立場においてもなお、実質的な二重譲渡の事案であるにもかかわらず、一定の事情がある場合には、無権利の法理（およびその例外則）の適用が問題になることがある。実際、土地の二重譲渡をめぐる譲受人間の紛争に94条２項の類推適用を認めた判決例がある。

【最判昭和45年11月19日民集24巻12号1916頁】[66]　Ｂが所有する宅地をＡに売却し（昭和31年７月）、Ａは数回に分けて代金支払を完了し（昭和33年５月末まで）、所有権を取得した。代金完済前、Ａは同宅地の所有権を保全すべくＢに仮登記手続を求め、Ｂはこれを承諾して書類作成を司法書士Ｐに依頼したものの、ＢはＡから10万円を借り受けた旨の借用証書（弁済期昭和33年12月末）と、Ｂが当該債務を期限までに弁済しないことを停止条件とする代物弁済契約書をＰに作成させ、Ａに押印を求めた。Ａはそれが売買による所有権保全の仮登記に必要な書類と信じて押印し、Ｐに登記手続を委任したところ、Ｐはこれ

64）いわゆる公信力説である。

65）前述３(3)(ⅱ)（慶應法学７号〔2007〕533頁）。

66）本判決につき、鈴木重信「判解」曹時23巻５号（1971）225頁、幾代通「判批」判評184号（1971）120頁、鈴木禄弥＝生熊長幸「判批」判タ260号（1971）97頁、村松俊夫「判批」金法611号（1971）20頁、星野英一「判批」法協89巻７号（1972）112頁、玉田弘毅「判批」民商67巻６号（1973）138頁、下森定「不実登記と民法九四条二項の類推適用」『現代判例民法学の課題』（法学書院、1988）87頁、伊藤進「判批」『民法判例百選Ⅰ（第５版）』（有斐閣、2001）56頁がある。

らの書面を登記原因証書として、同宅地について抵当権設定登記と停止条件付代物弁済契約に基づく所有権移転請求権保全仮登記を経由した(昭和33年５月)。他方、ＢはＡによる代金完済後３年近く経ってから、同宅地をＣに二重売却し(昭和36年２月)、ＣはそれをＤに転売し（同年４月)、所有権移転登記を済ませた。ＤはＡに対し、Ｂの借入金（10万円）と利息（昭和33年５月から昭和38年の提供当日までの２万８千円余り）を弁済のため提供したが、Ａが受領を拒絶したので弁済供託し（昭和38年12月)、Ａに対して抵当権設定登記・所有権移転請求権保全の仮登記の抹消登記手続を請求した。第一審はＤの請求を棄却した。第二審は、仮登記された権利関係と実質上の権利関係（ＢＡ間の同宅地売買契約を認定）との間には同一性があるから、仮登記は有効であるとし、抵当権設定登記の抹消登記手続請求のみを認容する限度で、一審判決を変更した。Ｄが上告。

最高裁は、原判決を破棄・差戻しとした。すなわち、「〈1〉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つ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り〔最判昭和43年10月17日民集22巻10号2188頁を引用〕、また、〈2〉貸金債権担保のため、不動産に抵当権設定と停止条件付代物弁済契約とが併用されているときは、特別の事情のないかぎり、右の停止条件付代物弁済契約を清算型担保契約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〔最判昭和42年11月16日民集21巻９号2430頁〕。そして、本件において、上告人Ｄは、昭和38年12月23日被上告人Ａに対し、Ｂの被上告人Ａに対する債務金10万円およびこれに対する昭和33年５月９日から右同日まで民事法定利率年５分の利息および損害金28,135円を弁済のため提供したが、受領を拒絶されたとして昭和38年12月24日右金員を弁済供託したと主張している。したがつて、被上告人Ａが本件宅地について有する権利がかりに抵当権およびこれと併用された停止条件付代

物弁済契約に基づく所有権移転請求権であるとすれば、被上告人Ａは、上告人Ｄの適法な弁済供託により、上告人Ｄに対し抵当債権を有しないことになり、抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記を抹消しなければならないことは明らかである。ところで、本件においては、被上告人Ａは、登記の記載上は抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記を有する者であるが、真実はＢから所有権を取得した所有者であり、その所有権の保全のために仮登記手続をすべきところを前記のような事情で、登記手続を委任された司法書士Ｐが抵当権設定登記および停止条件付代物弁済契約に基づく所有権移転請求権保全の仮登記手続をしたものであることは、前記のとおりである。したがつて、右抵当権設定登記および停止条件付代物弁済契約に基づく所有権移転請求権保全の仮登記は被上告人Ａの意思に基づくものというべきである。そうとすれば、前記〈１〉の判例の趣旨からみて、被上告人Ａは、善意無過失の第三者に対し、右登記が実体上の権利関係と相違し、被上告人Ａが仮登記を経た所有権者であり、抵当権者ないし停止条件付代物弁済契約上の権利者ではないと主張しえないものというべきである。その結果、右のような第三者が被上告人Ａを抵当権者ないし停止条件付代物弁済契約上の権利者として取り扱うときは、前記〈２〉の判例の趣旨に徴し、被上告人Ａはその第三者に対しては担保権者でない旨を主張することができず、ひいて第三者は、登記にかかるＢの債務の弁済供託をして、被上告人Ａに対し抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記の抹消を求めることができると解すべきである。／叙上の見地に立つて考えれば、原審は、すべからく、上告人Ｄが右にいう善意無過失の第三者にあたるかどうか、および上告人Ｄのした弁済供託が適法になされたものかどうか等について審理を尽くすべきであつた……」（下線は引用者）。

本判決は、「Ａは、……真実はＢから所有権を取得した所有者」であり、ＡＤ関係が実質的に対抗問題であることを認定しながら、いわばプラス・アルファーの要素として、「抵当権設定登記および停止条件付代物弁済契約に基づく所有権移転請求権保全の仮登記は……**Ａの意思に基づくもの**」（強調は引用者）であることに着目して、いわゆる意思・外形非対応型に関する94条２項類推適

用判例の法理を適用し、Aは善意・無過失の第三者に対して「実体上の権利関係」(Aは所有者)が登記(Aは抵当権者)と相違することを主張できないとしたものである。このような解釈方法に対しては、(a)本判決の論理を批判し、事案の実質に即して177条を適用することにより、所有権移転登記を取得したCへの所有権帰属を認め、実体関係に符合しない無効な抵当権登記と仮登記をもつBに対するCの抹消登記手続請求を認めるべきとする見解と[67]、(b)あえて94条2項を類推適用し、第三者保護要件としての善意・無過失および有効な弁済供託をDに要求することにより、Bの利益にも配慮したことを評価する見解がある[68]。

私見としても、(b)説の立場を支持したい。たしかに、本事案の実態は紛れもない二重譲渡である。しかし、だからといって、所有権帰属の決定ルールとして177条(または178条)のみが適用され、94条2項の類推適用の余地がないとはいえないと解する。なぜなら、94条2項の類推適用は、①元々Aに帰属している権利について、②不実外形が作出されたが、それについて真の権利者Aに帰責性が認められる場合に、③善意の第三者を保護する法理である。したがって、二重譲渡事案でも、①第一譲受人が順位保全効をもつ仮登記まで備えているという面では、まったく未登記の場合に比べれば権利帰属の確定性が強いこと、②しかし、この不実登記の内容が、抵当権登記と併用された停止条件付代物弁済契約に基づく仮登記という面では、自分が所有者ではないと表示しており、その表示につき、第一譲受人に帰責性が認められること、③不実登記であることにつき、第三者が善意・無過失であるという要件が存在し、少なくとも94条2項の類推適用に必要な要素をカバーしているときは、この無権利の法理の例外則の適用を認めるべきであろう。それにより、善意・無過失の第三者が保護される一方で、悪意/有過失の第三者が排除されることになり、このこと

67)幾代・前掲(注66)122-123頁、下森・前掲(注66)98-99頁。
68)星野・前掲(注66)118-119頁。

は、単純な二重譲渡事案とは異なる事案の実質に即し、ＡＣ間の利益状況をよりきめ細かに考慮したうえで権利帰属を決定することを可能にすると考えられるからである。

❷　二重譲渡型事案への悪意／有過失者排除論の適用

そして、このような解釈方法は、やはり実質的に二重譲渡類型に属する他の事案で、悪意／有過失者排除論をとった未登記通行地役権者Ａが要役地所有者Ｂから要役地を譲り受けて所有権移転登記をしたＣに対し、通行地役権の確認、通行妨害の禁止等を請求した事案で、Ｃが通行地役権について「認識していたか又は認識することが可能であったとき」は、ＣはＡの地役権登記の欠缺を主張する正当な利益をもつ「第三者」に当たらないと判断した判例法理にも通じるものがある[69]。ここでも悪意／有過失者排除論がとられており、177条に関する判例法上の善意悪意不問・背信的悪意者排除論とは異なる法理が実質的には適用されているとみられる[70]。

最判平成10年判決（前掲注66）に対するこのような解釈に対しては、批判もある。石田剛教授は、同判決が対抗問題についての判例法理である背信的悪意者排除論[71]をとらず、「別の枠組に依拠したことに相応の合理性があり、それが地役権の特殊性を反映したものである、と捉える限りにおいて、本稿も松尾説と理解を共有している」とされつつ、つぎの２点で私見を批判される[72]。第１に、私見が本判決における「地役権の特殊性」は分譲地としての開発当初から一貫して通路として開設・管理されてきた承役地上に通行地役権が存在し、

69）最判平成10年２月13日民集52巻１号65頁。

70）前述２(4)(ⅰ)②（慶應法学６号〔2006〕386-389頁）参照。

71）判例が依然としてこの立場を維持していることは、同判決後にやはり所有権および通行地役権の対抗をめぐる事案に関して下された、最判平成18年１月17日民集60巻１号27頁でも確認できる。前述３(1)(ⅱ)❷（慶應法学７号〔2007〕516-517頁）参照。

72）石田剛「背信的悪意者排除論の一断面(二･完)」立教法学74号（2007）169-170頁。

そのことが周辺地の利用者によっても認識され、かつ第三者にとっても認識可能であったような事情の下では、本件通行地役権は未登記ではあるが、その他の未登記物権に比べて権利帰属の確定性が高いと解される点に求めたことに対し[73]、石田説は「地役権の特殊性」は「通行地役権が占有権限を当然には内包しないために、仮に通行権の存在を認めても『通行させるだけ』なのであるから、承役地譲受人に生ずる不利益は比較的僅少である」点に求めておられる。また、第２に、本判決が通行地役権について「認識していたか又は認識することが可能であった」第三者を排除した（悪意／有過失者排除論）理由を法理論的にどのように説明すべきかについて、私見が本件では未登記通行地役権者と承役地譲受人との関係が対等・平等な対抗関係には立たず、前者への権利帰属のプライオリティーが高いことから、第三者たる後者は仮に保護されるとしても無権利の法理の例外則の適用要件と少なくとも同程度のもの（第三者Ｃの善意･無過失）が求められるという意味で、実質的に無権利の法理（の例外則）の侵入が見出されると解したことに対し、石田説は「むしろ不法占拠者に対する妨害排除請求の局面で問題となる権利濫用法理と連続性がある」とされる。

第１点に対しては、石田説のように「通行させるだけ」なのであるから承役地譲受人に生ずる不利益は比較的僅少である点に「地役権の特殊性」を認める

73）この点に関し、石田教授による私見の解釈にはやや誤解があるように思われる。私見では、物権の取得者が未登記であるにもかかわらず、その者への未登記物権の「帰属の確定性」が認められるのは、177条の原則に対する例外であるから、相当特殊な場合に限られると解する。そのような例外を認めた最判平成10年の事案もそうであるが、たんに通行地役権であるというだけでは不十分で、本文に例示したような特殊な事情があってはじめて、物権帰属の確定性が高まると解する。この点について石田教授は、「地上権や賃借権等の…利用権者が目的不動産を長期間占有利用していることが客観的に明らかな場合には、同様に『帰属の確定性が強い』ことになり……」と反論されるが、私見はそのようには解しておらず、むしろそのような場合は典型的な対抗の法理の適用により、原則として登記を得た者（善意・悪意不問）への権利帰属が確定し、その者が背信的悪意の場合だけ未登記物権者の対抗を受けると解する。

とすれば、そうした特殊性は通行地役権者一般に認められることになるように思われる。しかし、そこまで広く対抗の法理に対する例外を認めるべきではなく、最判平成10年の射程もそこまでは及ばないものと解する。

第２点に対しては、本判決のような事情の下で未登記通行地役権者が承役地譲受人（既登記）に対抗することが認められるときは、けっして無権原占有者ではなく、合法的な権原＝用益物権としての地役権をもつ者とみられるべきである。それは、事実上黙認的に認められるだけの通行にすぎないものとは異なり、したがって、その通行保護の法理が「不法占拠者に対する妨害排除請求の局面で問題になる権利濫用法理と連続性がある」とみることは妥当でない。むしろ、たんなる未登記通行地役権者であるよりも一歩進んで本判決のような事情があるときは、未登記通行地役権者にも合法的な権原が承認され、それゆえにこそ、そのような場合には承役地所有者（既登記）に対する地役権の登記請求まで認められて然るべきである[74]。仮に未登記通行地役権者を権利濫用法理で保護するときは、より積極的に地役権の登記請求権まで認めることはただちには困難である。加えて、承役地譲受人（既登記）が所有権に基づく妨害排除請求をすることは、とりわけこの者が善意であるときは、必ずしも権利濫用と評価されるべきではないと解する。

（ｖ）無権利の法理の限界

以上のように、無権利の法理が適用される実体的法律関係は、元来無権利者からの取得型が中心であり（前述（ⅱ））、形式的所有者からの取得型では信託受託者Ｂによる処分の相手方Ｃなどの不適用場面が現れ（前述（ⅲ））、さらに元来所有者からの取得型では所有者Ｂから先行処分を受けたＡへの権利帰属の確定性がとくに強いと認められる事情がある場合（前述（ⅳ）❶・❷参照）に限定されると解される。

74）実際、最判平成10年２月13日民集52巻９号1975頁は、そのような登記請求を認める。

では、これらの場合と対比して、もう一つ残された権利変動類型である、いわゆる復帰的物権変動の法律関係において無権利の法理はどのような形で適用可能であろうか。例えば、Ａが所有物をＢに譲渡し、ＢがこれをＣに処分したが、ＡからＢへの譲渡の原因が取消し・解除などによって失効した場合が典型的である。とりわけ、ＡＢ間の権利移転の効果がいわば遡及的に失効することが認められる場合、Ｃは「無権利者」と取り引きしたことになるのであろうか。この類型の物権変動の範囲は広く、例えば、Ａのための失踪宣告の取消しによる権利復帰（32条１項但書）、Ａのための制限行為能力取消しによる権利復帰（121条）、Ａが錯誤を理由に無効を主張した場合の権利復帰（95条）、Ａが詐欺または強迫を受けた場合の取消しによる権利復帰（96条・121条）、Ｂの相続放棄による共同相続人Ａへの権利帰属（939条）などがある[75]。この類型も、ＡＢ間の権利移転効果の失効により、Ｂが遡って無権利者であったことになるものと解すれば（遡及的無効）、Ｂと取り引きしたＣの法的地位は元来権利者からの取得型のＣに類するものとして、無権利の法理が広く適用されると解釈することになろう。

しかし、Ｂは最初から最後までずっと無権利者であった者（盗取者、賃借人、使用借主、受寄者、公序良俗違反の法律行為による取得者など）と異なり、いやしくもＡからＢへの権利移転がいったんは存在したという事実は、たとえＡＢ間の権利移転原因が取消し・解除等によって後に失効したとしても――あたかも消しゴムで消し去るかのように――消去することはできず、その点で元来無権利者Ｂの法的地位といったん取得した権利の移転原因が失効した者Ｂの法的地位との相違は、その者と取り引きしたＣの法的地位および真の権利者Ａの法的地位との比較において無視することのできない違いであるように思われる。し

75）いわゆる「相続と登記」に関する一連の問題群については、水野紀子「相続財産の取引安全における『相続と登記』判例と表見理論」『信託と信託法の広がり』（財団法人・トラスト60、2005）195-219頁参照。

たがって、この類型ではＢからＡへの権利復帰という新たな物権変動の存在を認めざるをえないと解される。しかし他方で、この物権変動は、Ｂが元々自分でもっていた権利を自分の意思に基づいてＡに処分し、それがやはりＢ自身のもっていた権利を自分の意思に基づいてＣに処分した行為と相容れないことになった場合（対抗の法理の典型的な適用場面）とも異なり、元の所有者Ａの意思に従って回復を強いられるものである。したがって、これらの両側面に配慮しながら、この類型の物権変動に対しては、無権利の法理は元来所有者からの取得型の場合（前述(ⅳ)）とのバランスを考慮して、取消し・解除等による権利移転の失効（またはその原因の発生）後も権利復帰のための手続をとらずに長期間放置している間に善意（・無過失）の第三者が現れた場合などに限定して適用されることになろう。

(2)　第三者保護の要件

（ⅰ）無権利の法理の例外則としての権利取得要件

❶　無権利の法理の例外則による権利取得のメカニズム

無権利の法理とその例外則の適用範囲を踏まえて、つぎに問われるべきは、無権利者と取り引きしたにもかかわらず、なぜ権利取得が認められるのか、その帰結を正当化し、そのメカニズムを説明しうる首尾一貫した法理（無権利の法理の例外則としての権利取得の法理）が見出されるかどうかである。

無権利の法理の例外則としての権利取得の要件（以下、便宜的に「権利取得要件」と呼ぶ）には必然的に結びついて１つの要件をなす２つの要素がある。というのも、無権利の法理の例外は、構造的には、①無権利者Ｂとその相手方Ｃ（第三者）との取引内容に応じた権利をＣに帰属させることと、②それを可能にするために、真の権利者Ａの権利をそのかぎりで消滅させることの２つの要素があってはじめて成立しうる。したがって、かかる例外構造に従って権利取得要件も、①ＢＣ間の取引内容に従ったＣの権利取得を正当化するに足る要件と、②Ａの権利をＣの権利取得と矛盾しないかぎりで消滅させることを正当化するに足る要件の２面から構成されるからである。この両者が相俟ってはじめ

て、あたかも《無から有が生じる》かのような帰結が正当化されうる。

このことは、無権利の法理の例外則の典型例である表見法理が、①本人（真の権利者）の帰責性（帰責原理）と②第三者の正当な信頼保護（信頼原理）の両要素から成るものとされることによく現れているといえる[76)]。なお、権利外観法理といわれるときは、信頼原理よりは取引安全が念頭に置かれており、外観を特定の相手方がどう理解して然るべきであったかということよりも、それが取引社会においてどう理解されるかが重視され、また、外観の存在が決定的な意味をもつとされる[77)]。

もっとも、無権利の法理の例外則にも多様な形態が存在するので、権利取得要件の２要素がつねに同じ内容のものとして要求されるものではない。とりわけ、94条２項およびその類推適用は、ＡＢ間における権利移転の意思表示の欠如ゆえにＢが無権利であり、その者からＣは権利取得できないとのＡの主張をＡの帰責性の強さゆえに遮断することに主眼があるのに対し、即時取得は、Ｃの占有取得に伴う権利取得をＢＣ間の取引行為の内容に応じて保護することに主眼があると解され、法的性格が大きく異なるともいえる[78)]。

しかし、他方で、そうした多様性があるだけに、同じく無権利の法理の例外則として要件間のバランスが大きく崩れているのは問題であり、規範としての均衡や適用事案類型の相違に応じて相応しい要件の相違やあるべき規範相互間の連続性を確認することは、個別規定間の整合的な解釈や規範の欠缺部分の発見と補充、そして、より首尾一貫した無権利の法理およびその例外則、その中

76）前掲注15および該当本文参照。

77）山本敬三『民法講義Ⅰ　総則(第２版)』（有斐閣、2005）141頁。

78）したがって、真の権利者側の帰責性と第三者側の信頼や取引安全を相関的に関連づけて、例えば、192条を本則とし、94条２項、109条、110条、112条等は、権利者側に一定の帰責事由が存在する場合に、192条の場合よりも、第三者が保護されるための要件（占有取得、過失等）を緩和したものとして、そのかぎりで、192条の特別法（特別規定）として、解釈することは、無権利の法理の例外則の構造をあまりに単純化しすぎるものといえよう。

核要件としての権利取得要件の抽出に寄与しうるであろう。本稿は到底そこまでは及び得ないが、それに通じる考え方の糸口を探るものである。

すでに確認したように、無権利の法理の例外則の適用場面で最も頻繁に現れる典型例である94条２項（の類推適用）と即時取得（192条～194条）を比較すると、少なからぬ要件上の相違が浮かび上がる。最大の相違は即時取得で要求される占有取得の要否である。これは権利取得要件の中で理論的にどのような位置づけをもつものであろうか。ちなみに、即時取得は占有に公信力を付与したものと説明され、日本民法上は動産に限定されるが、登記・登録制度がある財産権について即時取得を認める場合には、一般に当該財産権の登記・登録に公信力が認められている[79)]。この意味では、善意取得における占有取得要件は登記・登録によって代替される素地をもつことが認められる。この点を考慮に入れた場合、即時取得における占有取得要件は、94条２項およびその類推適用の要件として、登記等の具備まで必要とするかという議論との関連性をどのように説明すべきかという問題に通じうる。94条２項およびその類推適用の要件として登記等の具備まで要しないとする見解の根拠の一つは、表意者の帰責性の強さ、および表意者と相手方との人的関係の特殊性によって虚偽の登記等が容易に回復されてしまった場合に、第三者にとっては登記等の取得が困難になる事態も想定されることに求められよう[80)]。仮にこの説明が一定の妥当性をもつとすれば、即時取得の要件では本人（真の権利者）の帰責性がどの程度

79）例えば、ドイツ民法892条、地球温暖化対策の推進に関する法律39条など。もっとも、後者については、登録と離れた引渡しを観念することは困難である。

80）松尾弘「権利移転原因の失効と第三者の対抗要件――虚偽表示、詐欺取消および解除を中心として――」一橋論叢102巻１号（1990）82頁。これに対し、登記等を必要とする見解は、第三者Ｃと表意者との関係を対抗関係と捉えて両者に対抗要件（177条、178条）を要求するか（川井健「判批」判評102号〔1967〕96頁）、あるいは第三者Ｃの権利保護資格要件として登記等を要求するという説明をしている。川井健『民法概論（第３版）』（有斐閣、2005）165頁。

要求されているか、そして、本人の帰責性と第三者の占有取得ないし登記・登録等の取得は、権利取得要件の一般理論として、どのような関連性をもっているか（もつべきか）が問われよう。

即時取得（192条）の要件としては、①無権利者Ｂとその相手方Ｃとの取引行為による、②Ｃの占有取得、③Ｃの占有取得時の善意、④それについての無過失である。ここでは、権利を失う真の権利者Ａに関する要件は登場せず、この点は94条２項およびその類推適用との大きな相違である[81)]。もっとも、盗品・遺失物（いわゆる占有離脱物）の場合には、一定期間、被害者・遺失主に回復請求権が認められていること（193条）に鑑みると、それ以外の物の場合（ＡがＢに使用貸借、賃貸借、寄託した物など、Ａ自らの意思に基づいて引き渡された物。いわゆる占有委託物）の場合は、Ａとの約定に反し、Ａに無断で他人物売買をするようなＢに占有を委託したというかぎりで、Ｂに信頼を置いたＡにその意味での「帰責性」を見出しうるかも知れない。

しかしながら、この意味の「帰責性」は、自ら相手方Ｂと通謀虚偽表示をしたり、Ｂに無断でＢ名義の権利外観を作出したり、自分の知らない間に作出されたＢ名義の権利外観を知りながらあえて存置したようなＡの帰責性とは本質的に性質が異なる。なぜなら、後者における不実の外観作出・存置は正常な取引行為の枠を逸脱しているという意味でまさにその点に責任を帰せられるべき行為であるのに対し、他人に使用貸借、賃貸借、寄託をすることは、あえて無権限処分の高度の蓋然性や具体的な危険性を認識しながらそうしたのでないかぎり、通常の取引の範囲に属する行為であり、そのかぎりではただちに帰責性を問われるべきでない、換言すればその点では安心して取り引きできること

81)真の権利者の態様はまったく問題にされないとみてよいかはなお検討を要するが、94条２項の構造と192条～194条との規範構造の間には、本文に述べるような相違がある。

が、近代取引法の理念に合致するものとみることができるからである。したがって、この場合にまで帰責性を問うことは、それがないように予防するためには取り引きをしないという選択しか残されないことを意味することになりかねない。しかも、この意味での帰責性が弱い盗品・遺失物の場合ですら、即時取得の要件を満たさないとされているのではなく、一定期間に限って回復請求権を許容するのみであり、しかも市場等で取得した第三者に対してはその者が取得に要した代価の弁償義務と引き換えでなければ回復できないものとされており（194条）、この意味でも占有委託の帰責性は即時取得の要件としては不可欠の要件とまでいうことはできない。では、同じく無権利の法理の例外則（の典型例）でありながら、94条２項（の類推適用）と即時取得は、権利取得法理としての接点を何らもつことのない別個の制度なのであろうか。

❷　真の権利者の権利消滅効果の発生原因

しかし翻って、94条２項（の類推適用）とともに、即時取得の場合も、真の権利者の権利消滅効果をもたらすのであるから、なぜ権利を失っても止むをえないのか、その理由を説明し、正当化する必要性はいずれにしても残される。この点で、権利消滅効果の原因が、究極的に、（ａ）真の権利者の意思ないし何らかの行為態様の効果に求められるのか、あるいは（ｂ）真の権利者の意思、その他の行為態様といった真の権利者側の事情には関わらない、もっぱら取得者側の事情を考慮した制度の帰結としての反射的効果に求められるのかが問われうる。とりわけ、無権利の法理の例外則として、何らかの形で真の権利者の意思的要素に関連づけることなしに権利消滅効果を生じさせることが正当化されるかどうかが焦点になろう。

この観点からみた場合、即時取得制度が、（ｂ）真の権利者側の意思的要素ないし行為態様に一切関わらない、もっぱら取得者側の事情を考慮した結果としての反射的な権利消滅効果をもたらす制度かどうかを検討する必要がある。そのためには、①即時取得制度の沿革のみならず、②それが各々の主権国家の現在の法秩序の中に組み込まれたときに、とくに個人の意思の尊重に究極的な価値を認める個人主義的法体系における法律効果の究極的原因として、社会構成

員の意思を無視することができない場合に、その権利取得要件における意思的要素をどこに求めるかが明らかにされなければならない。もっとも、即時取得制度における意思的要素は、必ずしも94条２項（の類推適用）と同じ形で見出される必要はない。仮にそれが権利取得要件としてはもっぱら取得者側の事情を考慮要因とするとしても、即時取得の場合、潜在的には真の権利者側にも取得者側にも立つことが一般的にありうる社会構成員の一般的意思として、取得者が一定の要件を満たした場合には真の権利者として権利消滅効果を受けることを抽象的可能性として承認しているという形でも、（ａ）の意思的要素に相当する原因をなお見出しうるであろう。無権利の法理の例外則としての権利取得要件の中でも、占有取得ないし登記・登録に公信力を認めた制度が、取引行為に基づく善意・無過失での占有取得を要件とする（特別形態の権利取得要件として、公信要件と呼ぶ）場合には、このような形での権利消滅効果の原因の説明と正当化が可能であろう。

その場合に重要なことは、権利消滅効果の原因をそのように抽象化された形での社会構成員の意思に求めることができるのは、社会構成員がごく一般的に、真の権利者側にも第三者側にも立つことがありうるという地位の流動性である。そして、かかる地位の流動性を担保しているのは、真の権利者Ａとその相手方Ｂとの間の取引（賃貸借、使用貸借、寄託、……）も、Ｂとその相手方（第三者）Ｃとの取引（動産購入、譲渡担保、質権設定、動産先取特権の発生原因となる不動産賃貸、動産売却など）も、取引社会で一般的に行われる通常のものであるということである[82)]。このことが、一般の即時取得（192条）と94条２項（の類推適用）とが本質的に異なる点であり、後者の場合、ＢＣ関係は一般取引で

82）それゆえにＡＢ関係が通常の取引関係とはいえない盗品・遺失物の場合には、権利取得要件として真の権利者の意思に関わらせる要素（所定の期間内に回復請求するかどうか、所定の代価弁償をしても取り戻すかどうかなど）が必要になる（193条、194条）。

あるとしても、ＡＢ関係はけっして通常の一般取引関係とはいえず、社会構成員が潜在的な可能性として通謀虚偽表示の表意者側に立つことは一般的に想定されるべきではない以上、その者が受ける権利消滅効果の原因はより具体的に特定された意思的ないし行為態様的な要素に求められる必要がある。94条２項（の類推適用）において権利を失う真の権利者の帰責性が権利取得要件の絶対的要素とされる理由はここに求められよう。

これに対し、即時取得の場合には、自らが動産の貸主・寄託者等（A）になることも、その買主・質権者等（C）になることも同じようにありうるときに、どのような場合であればAとして権利を失ってもやむをえず、どのような場合であればCとして権利取得の期待が保護されなければならないと考えるか、そこで成立しうる調整点（妥協点）が即時取得における占有取得の意味である。したがって、それはたんに権利取得要件であるにとどまらず、権利消滅原因として、潜在的にAの立場に立ちうる社会構成員が、権利消滅に服してもやむをえないと納得するに足る要件でなければならない。一般に、そのための占有取得（192条）が占有改定では足りず、一般外観上変更をきたすような占有取得が必要であるとされる理由は、たんに権利取得者側のみならず、真の権利者側の権利消滅原因を説得的に正当化しうるものでなければならない点に求められるのではなかろうか。だとすれば、Cの占有取得は、AのBに対する間接占有を実質的に消滅させるような態様である必要があろう。

❸　第三者側の権利取得要件の内容

このように、仮に真の権利者側の権利消滅原因の究極的根拠には共通点が見出されるとしても、その構造ないし内容、したがってその説明の仕方には、同じく無権利の法理の例外則の中にも少なからぬ相違がある。このことは、第三者側が備えるべき権利取得要件の内容にも影響を与える。

まず、真の権利者Aとその相手方Bとの取引も、Bとその相手方（第三者）Cとの取引も社会構成員が一般的に頻繁に繰り返して行う即時取得の場合、Cが備えるべき権利取得要件は、それが同時に潜在的にAの立場に立つこともありうる社会構成員が納得しうるように、Aにとっての権利消滅要件としても通

用するものでなければならない。それゆえに、無権利の法理の例外則の中では、取得者側の要件としては即時取得の場合が最も厳格になるべきものであろう。①無権利者Ｂとその相手方Ｃとの取引行為による、②Ｃの占有取得（ＡのＢに対する間接占有を実質的に失わせるような態様のもの）、③Ｃの占有取得時の善意、④それについての無過失である。さらに、ＡとＣの地位の流動性がより低くなる盗品・遺失物の場合は、Ａの権利消滅要件をより厳格にするために特別ルールが設けられており（193条）、これを例えば、⑤盗品・遺失物についての回復可能期間の経過という形で権利取得要件に付加することも可能であろう。もっとも、⑤を権利取得要件に含めるか否かは、盗品・遺失物の回復可能期間中にすでに即時取得が成立しているとみるか否か、換言すれば、回復可能期間中の所有者はＡかＣかという解釈問題の先決問題になることに留意する必要がある[83)]。

これと比べると、すでに真の権利者Ａの権利消滅原因が前提要件の中に組み込まれている94条２項の類推適用の場合、第三者Ｃ側の要件としては、占有取得や登記・登録等の移転は、それ自体としては必然的な要件とはならないと解される。なお、無過失の要否は、判例上は真の権利者の帰責性が比較的軽い（弱い）場合に、それとのバランス上第三者の権利保護要件を加重する意味で加えられることがある[84)]。そのようなバランスのとり方に合理性がないとはいえないが、94条２項の類推適用の場合、真の権利者の権利消滅原因の根拠と

83）私見は、盗品・遺失物の即時取得の場合には、権利消滅原因として、究極的には潜在的にＡの立場に立ちうる社会構成員の一般的意思に鑑みて、⑤が必要であると解することから、⑤も権利取得要件に加えるべきであると考える。というのも、《仮に自分がＡの立場に立って盗難・遺失に遭遇したとしても、潜在的には盗品・遺失物についてＣの立場に立つこともあり、その場合は回復可能期間経過前に即時取得することを望み、それゆえにやはり潜在的にＡの立場に立ちうるとしてもそれを犠牲にしてもよい》という一般的意思を社会構成員が無条件にもっているとは解されないからである。

84）94条２項の適用の場合は第三者の無過失を不要としつつ、「類推適用」の場合は無過失まで求める見解がある。近江・前掲（注６）『民法講義Ｉ』153頁。

してその帰責性は不可欠であるから、第三者側の無過失を付加するとしても、真の権利者の帰責性を代替する要件とはなりえないと解すべきである。第三者がいかに善意･無過失であろうとも、真の権利者の帰責性なしには94条２項（の類推適用）によっては権利取得できない。この点に即時取得との相違があることは前述したとおりである。

しかし、即時取得にせよ、94条２項（の類推適用）にせよ、それらについて形成された第三者の権利取得要件は、対抗の法理におけるＣの保護要件に比べ[85]、典型的には元来権利者であった者の権利消滅効果をもたらす点で、権利消滅原因およびその要件の内容を権利取得要件にも連動させる結果、取得者（第三者）側の要件として善意が不可欠となることをはじめ、よりきめ細かな調整基準となっている点に特色がある。

もっとも、善意の意味は、その対象に応じて多様であり、無権利の法理の例外則ごとに相違を確認する必要がある。その際、権利の実体と外観とのギャップを生じさせたことについての真の権利者の帰責性の程度が、善意の内容や認定方法に影響する場合も見出される。例えば、94条２項の適用事案では、第三者Ｃが通謀虚偽表示ではないかとの疑いをもっていた場合でも、通謀虚偽表示であると積極的に知らなかったときは、善意に当たると解されている[86]。

（ⅱ）権利取得要件の主張・立証責任

❶　192条の善意・無過失

無権利の法理の例外則としての権利取得要件は、真の権利者の権利を消滅させる一方、無権利者と取り引きした第三者の権利取得を特別に認めるものであるから、第三者が主張・立証すべきものである、と単純にいうことはできない。むしろ、無権利の法理の例外則が妥当するような場面では、その前提状況自体において、真の権利者側に権利消滅の帰責性を生じさせるような行為態様

85）基本的に、第三者Ｃは対抗要件の具備を要するが、善意・悪意は不問で、背信的悪意の場合には保護されない。前述３(2)（慶應法学7号〔2007〕530-532頁）参照。
86）最判昭和62年１月20日訟月33巻９号2234頁。

や、第三者側に権利取得への信頼を高めさせるような占有状態の変更など、そもそもの出発点となる事情に大きな特色がある。そのような事態の存在を前提にすれば、第三者が権利取得要件に該当する事実の主張・立証に関して負うべき負担が大きなものになるとはただちにはいえない。もっとも、この点については、判例・学説上見解の変遷があり、議論が続いている。

即時取得の場合、第三者Ｃは、すでに目的物の占有を取得した状態から出発するので（とくに真の権利者Ａが第三者Ｃに目的物返還請求をする場合）、Ｃの占有取得の善意は推定され（186条１項）、かつ取引行為を介した占有取得は前主の占有が適法にされていたとの推定を許すので（188条）、占有取得の無過失も推定させる[87]。したがって、即時取得による所有権取得（ないし真の権利者の所有権喪失）を主張する者Ｃは、売買等の取引行為により、相手方から占有取得をした事実を主張・立証すれば足りる。したがって、**真の権利者Ａが第三者Ｃの悪意または過失を根拠づける事実を主張・立証すべき**と解される。

例えば、Ｂから動産 α を購入して引渡しを受けたＣが、Ｂに動産 α を賃貸していた所有者Ａから返還請求の訴えを提起された場合、Ａは【請求原因】で、①Ａが動産 α をもと所有していたこと、②現在はＣが動産 α をＢが占有していることを主張・立証し、Ｃは【抗弁】で、③ＢＣ間で動産 α の売買・譲渡が行われたこと、④③の売買・譲渡に基づいてＢが動産 α をＣに引き渡したことを主張・立証することになる（192条に基づく所有権喪失の抗弁）。その際、⑤動産 α の占有取得に際しての平穏・公然・善意は暫定真実として推定され（186条１項）、⑥同じく無過失も、取引行為によってＣがＢから占有取得をしたときは、Ｃが信頼したＢの占有は適法なものと推定される（188条）。そこで、Ａは【再抗弁】で、⑦Ｃが動産 α の占有取得時に前主Ｂの無権利について悪意で

87）最判昭和41年６月９日民集20巻５号1011頁。

あったこと[88]、または⑦´Ｃが動産αの占有取得時に前主Ｂを権利者と信じたことに過失があったことを基礎づける事実（評価根拠事実）を[89]、これに対し、Ｃは【再々抗弁】で、⑧Ｃに過失があったとの評価を妨げる具体的事実（評価障害事実）を主張・立証することになろう。

このように即時取得では、対抗の法理において当事者関係の対等性に基づく私的自治を根拠にして第三者に権利抗弁が求められるのと異なり、第三者の権利取得によりプライオリティーを置いた主張・立証責任の分配が認められていることが確認できる。

❷　94条２項（の類推適用）の第三者の善意（無過失）

１）学説

では、94条２項（の類推適用）の場合はどうであろうか。この場合も、真の権利者Ａの意思的関与によって作出または存置された不実の外観がＢに存在したことが前提となっているから、これが実体的権利関係に合致していると信じたＣには無理からぬ事情があるように思われる[90]。

実際、（ａ）不実外観の作出／存置に帰責性ある**真の権利者Ａが第三者Ｃの悪意（／有過失）を主張・立証すべき**との見解（以下「真の権利者負担説」と略称）

88）⑦においてＡは、Ｃの悪意を根拠づける事実として、Ｂが無権利者であることをＣが知っていたこと、またはＢが権利者であることをＣが疑っていた（半信半疑）ことを主張・立証すればよいと解されている。司法研修所編『紛争類型別の要件事実――民事訴訟における攻撃防御の構造――』（法曹会、1999）113-114頁。民法192条の善意とは、Ａから占有を取得した時点でＢがＡを権利者であると誤信したことをいう（最判昭和26年11月27日民集５巻13号775頁、最判昭和41年６月９日民集20巻５号1011頁）。

89）⑦´においてＡは、Ｃに過失があったと評価することを根拠づける具体的事実（評価根拠事実）、すなわち、取引の慣行、実情、従来の当事者間の関係などに鑑み、Ｂの処分権限の有無に関してＣに調査確認義務があり、かつＣがその義務を懈怠したことを主張・立証する必要がある。

90）この旨を述べる（旧）判例として、大判昭和５年10月29日法律新聞3204号10頁（後掲注95）参照。

が、有力説ないし多数説とされる[91]。その根拠は、①第三者Ｃに善意（・無過失）の証明責任を負わせると94条２項の信頼保護機能が減殺されること、②不実外観の作出／存置者に第三者Ｃの悪意について証明責任を負わせる方が公平に適うこと、③虚偽表示の当事者に第三者の悪意の証明責任を負わせるという考え方は、旧民法（証拠編50条）の立場であり、現行民法の起草者意思[92]でもあったこと、④表見代理、即時取得など、権利外観法理に属する他の制度では、本人ないし所有者の側が相手方の悪意の立証責任を負うと解されていることから、それらのとのバランスを図るべきこと[93]などが挙げられる。

これに対し、（ｂ）無権利者Ｂと取り引きしながら例外的に権利取得を主張する第三者Ｃが自己の善意（・無過失）の主張・立証責任を負うとの見解（以下「第三者負担説」と略称）もある[94]。その論拠としては、法律要件分類説によれば、

91）我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、1965）292頁、幾代通『民法総則（第２版）』（青林書院、1984）258頁、乾昭三「判批」民商法雑誌57巻１号（1967）100頁以下、平井宜雄「判批」法学協会雑誌85巻１号（1968）73頁以下、石田穣『証拠法の再構成』（有斐閣、1980）156頁、小林秀之「証明責任についての新視角からの若干の考察（六）」判時1044号（1982）10頁以下、同『新証拠法［第２版］』（弘文堂、2003）190頁、松本博之『証明責任の分配――分配法理の基礎的研究――（新版）』（信山社、1996）80頁、田高寛貴「善意・悪意を要件とする民法の規定の要件事実的分析」大塚直＝後藤巻則＝山野目章夫編著『要件事実論と民法学との対話』（商事法務、2005）153頁、松尾弘「対抗要件を定める民法の規定の要件事実論的分析」大塚＝後藤＝山野目・同前219頁など。

92）広中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣、1987）143頁。

93）もっとも、同じく権利外観法理の中でも、「善意」の主張・立証責任の所在に関する議論は一様ではないことに留意する必要がある。田高・前掲（注91）154-160頁参照。

94）川島武宜『民法総則』（有斐閣、1965）281頁、四宮＝能見・前掲（注６）180頁（ただし、登記を信頼した第三者は、事実上善意と推定される）、川井・前掲（注80）161頁、村上博巳『証明責任の研究』（有斐閣、1975）149頁、大江忠『要件事実民法　上（第２版）』（第一法規、2002）214-216頁（ただし、沿革は虚偽表示者主張・立証説に立っていたことを指摘する）、佐久間毅『民法の基礎１　総則〔第２版〕』（有斐閣、2005）124頁など。

94条１項は権利障害規定であり、同２項がその例外規定であるから、２項による保護を受けようとする第三者が善意について立証責任を負うべきであるなどの理由が挙げられる。

２）判例

判例は、（ａ）説[95]から（ｂ）説[96]に移行していった。（ａ）真の権利者負担説に立つと解される（旧）判例には、以下のものがある。

【大判大正11年５月23日法律新聞2011号21頁】　Ａが自己所有の不動産につき、Ｂ名義で所有権の保存登記をさせたが、Ｂの遺産相続人Ｍ・Ｎが当該不動産をＣに売却したことから、ＡがＭ・ＮおよびＣに対し、それぞれ遺産相続登記および所有権取得登記の抹消登記手続を求めた。Ａの請求を認容した原判決を破棄・差戻し。判旨は「被上告人〔Ａ〕カ其ノ所有ノ本件不動産ニ付田中すう〔Ｂ〕ヲシテ同人名義ノ保存登記ヲ為サシメ以テ之ヲすう〔Ｂ〕ノ所有ニ仮装シタルハ両者間ニ相通シテ仮装的ニ所有権ヲ移転シタルト同一ニ論スヘキモノニシテ其ノ無効ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルヲ得サレハ被上告人〔Ａ〕ハすう〔Ｂ〕名義ノ保存登記ノ無効ヲ以テすう〔Ｂ〕ノ遺産相続人タル上告人仲野たま〔Ｍ〕及伊神やゑの〔Ｎ〕ヨリ本件不動産ヲ買受ケタル上告人赤尾清太郎〔Ｃ〕ニ対抗スルニハ清太郎〔Ｃ〕ノ悪意ヲ立証セサルヘカラス原判決ノ事実摘示ニヨレハすう〔Ｂ〕名義ノ保存登記カ仮装ニシテ真実ノ所有者カ被上告人〔Ａ〕ナルノ事情ヲ知リナカラ本件不動産ヲ買受ケタリトノ事ハ清太郎〔Ａ〕ノ明ニ否認スル所ナルニ

95）大判大正11年５月23日法律新聞2011号21頁。なお、大判昭和５年10月29日法律新聞3204号10頁は、第三者は善意であるとの事実上の推定を受けるとする。下級審裁判例にも、虚偽表示者主張・立証説に立つものがある。例えば、東京地判昭和47年10月17日判時696号197頁などがある。

96）大判昭和17年９月８日法律新聞4799号10頁、最判昭和35年２月２日民集14巻１号36頁、最判昭和39年５月12日裁判集民事73号493頁、最判昭和41年12月22日民集20巻10号2168頁、最判昭和42年１月19日裁判集民事86号75頁、最判昭和42年６月29日判時491号52頁など。その経緯につき、田高・前掲（注91）151-152頁。

拘ラス原院カ此ノ争点ノ判断ヲ遺脱シ単ニすう〔B〕名義ノ保存登記ニシテ仮装ナル以上ハたま〔M〕、やゑの〔N〕ハすう〔B〕ノ遺産相続人トシテ係争建物ニ付何等ノ権利ヲ取得スルノ理由ナク同人等ヨリ之ヲ買受ケタル清太郎〔C〕モ亦何等権利ヲ取得スルコトナキヤ弁ヲ俟タストノミ説示シ以テ被上告人〔A〕ノ清太郎〔C〕ニ対スル売買登記抹消ノ請求ヲ是認シタルハ理由不備ノ不法アルモノトス」とした（下線は引用者による。以下同じ）。

【大判昭和５年10月29日新聞3204号10頁】[97]　ＡからＢへ家屋の売買契約（通謀虚偽表示）が行われ、これをＣが買い受けた。同家屋の敷地所有者Ｘから Ａに対する建物収去・土地明渡請求を認容した原判決を破棄・差戻し。「上告人〔A〕カ訴外山口仁八〔B〕ニ対シ本件家屋ヲ売渡シタル旨ノ売買契約カ契約当事者相通シテ為シタル虚偽ノ意思表示ニ基クモノナリトスルモ右山口仁八〔B〕ヨリ更ニ本件家屋ヲ買受ケタル第三者〔C〕カ善意ナルトキハ第三者〔C〕ハ本件家屋ノ所有権ヲ取得スヘキモノナレハ此ノ場合ニ於テハ上告人〔A〕ハ本件家屋ノ所有権ヲ喪失スルコト論ヲ俟タサルカ故ニ上告人〔A〕ニ対スル本訴請求〔土地明渡し・損害賠償請求〕ハ失当ニ帰スヘシ従テ右訴外山口仁八〔B〕ヨリ更ニ本件家屋ヲ買受ケタル訴外岸田真須美〔C〕カ果シテ善意ナリヤ否ハ重要ナル争点ナリト云ハサル可カラス此ノ争点ニ付原審ハ善意ナリトノ立証ナキノ故ヲ以テ上告人〔A〕ノ主張ヲ排斥シタリ然レトモ他人間ニ本件家屋ノ売買契約締結セラレタルトキハ他ニ特別ノ事情ノ認識ナキ以上第三者〔C〕ハ真実ノ契約アリタルモノト解スルハ通常ニシテ特別ナル事情ノ認ムヘキモノナキ限リ一応前記岸田真須美〔C〕ヲ善意ノ第三者ナリト推認スヘキハ理ノ当然トスル所ナレハ同人〔C〕ニ対シ悪意ヲ推認シタル原判決ハ違法ナリ」。

しかし、その後の判例は、次第に（ｂ）第三者負担説に傾斜してきたようにみ

97）法律学説判例評論全集19巻民法1522頁、法律新報242号10頁。

える。まず、善意の**主張責任**は第三者の側にあるとされた[98]。

【最判昭和35年２月２日民集14巻１号36頁】[99]　Ａは同棲していたＢを介し、Ｃから営業資金の融通を受けていたが、Ｃから担保の提供を迫られたことから、ＡとＢが便宜上通謀し、Ａ所有不動産のＢへの売買を仮装して所有権移転登記をしたうえで、Ｃのために抵当権を設定し、登記した。Ａの相続人Ｐが、ＢおよびＣに対し、不動産売買契約の無効を理由に、それぞれ所有権移転登記および抵当権設定登記の抹消登記手続を求めた。一審、原審ともにＰの請求を棄却したことから、Ｐ上告。Ｐは上告理由で、ＢおよびＣが同一部落内に居住し、ＣはＡＢの関係を知り、かつＣがＡの財産を直接担保に取ったのでは「如何にも宮原〔Ａ〕の不動産をとつた様で世間体が悪いので」一応Ｂ名義にしてくれとＢに頼んだ経緯があることなどを主張した。Ａの上告を容れ、破棄・差戻し。「被上告人活田〔Ｃ〕が民法94条２項の保護をうけるためには、同人において、自分が善意であつたことを主張、立証しなければならない……（昭和

98）すでに、94条２項の第三者の善意の主張責任が第三者の側にあるとした大審院判決として、【大判昭和17年９月８日新聞4799号10頁】（法律学説判例評論全集31巻民法441頁、法学12巻315頁）がある。「論旨ニ於テハ右虚偽ノ意思表示ノ無効ハ善意ノ第三者タル上告人ニ対抗シ得サルカ故ニ原審カ此点ニ付判断ヲ為ササリシハ審理ヲ尽ササルモノナリト云フモ民法第94条第２項ハ虚偽ノ意思表示ヲ真実ナリト信シ之ニ信頼シテ其意思表示ノ効果ニ付利害関係ヲ生セシメタル第三者ヲ保護スルコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ同条ニ所謂善意ノ第三者トハ右ノ如キ関係ヲ有スル者ニ限ルヘク広ク該意思表示ノ虚偽ナルコトヲ知ラサル第三者全部ヲ指スモノニ非サルカ故ニ右法条ノ保護ヲ受ケントスル当事者ハ相手方カ虚偽表示ナルコトヲ主張シタルトキハ之ニ対シ自己ハ其虚偽ナルコトヲ知ラス真実ナリト信シ之ニ信頼シテカクカクノ利害関係ヲ生セシメタル者ナルカ故ニ該意思表示ノ無効ナルコトハ之ヲ否定スル旨ヲ主張セサルヘカラス即主張責任ヲ有ス然ルニ記録ヲ精査スルモ原審ニ於テ上告人〔Ｃ〕ハ何等民法第94条第２項ニ関スル主張ヲ為シタル形跡ナキカ故ニ原審カ此点ニ付判断ヲ為ササリシコトヲ以テ違法ナリトハ為シ難シ」（原文漢数字はアラビア数字にした）。

99）本件評釈として、三淵乾太郎「判批」曹時12巻４号（1960）66頁、村上淳一「判批」法協78巻２号（1961）228頁、谷田貝三郎「判批」民商42巻６号（1960）87頁、

17年(オ)第520号、同年９月８日大審院第５民事部判決参照)。しかるに、同被上告人〔C〕は、原審において、前記売買が虚偽表示によることを否認しているだけで、善意の主張をしていないにかかわらず、原審は、活田〔C〕は右所有権移転行為が通謀虚偽表示であることを知らなかつたのであり、これを知つていたと認むべき証拠はない旨判示し、上告人〔P〕の請求を排斥したものであつて、原判決は、主張責任のある当事者によつて主張されていない事実につき判断をした違法があるといわなければならない。のみならず、論旨摘録の証拠によれば、同被上告人〔C〕が善意であつたものとは、いまだにわかに断定しえないものがあるのであつて、原判決はまた、重要な証拠に対する判断を遺脱した結果理由不備の違法をおかしたものというべきである。されば、論旨は結局理由があり、原判決は破棄を免れない。」(原文漢数字はアラビア数字にした。以下同じ)。

ついで、善意の**立証責任**も第三者の側にあるとされた。

【最判昭和41年12月22日民集20巻10号2168頁】[100)]　Ｇに対して金銭消費貸借契約および連帯保証契約上の債務を負っていたＡは、強制執行を免れるため、Ａ所有のほとんど唯一の建物をＢに仮装売買して所有権移転登記をし、Ｂはこの建物をＣに売却して移転登記をした。Ｇは、ＡＢ間の売買が詐害行為に当たり、受益者Ｂおよび転得者Ｃは悪意であるとして、ＢおよびＣに対し、それぞれ所有権移転登記の抹消登記手続を求めた。一審は、ＡＢ間の仮装売買は無効な行為であるから、これを詐害行為として取り消すことはできないとしてＧの請求を棄却した。原審は、ＡＢ間の仮装売買は当然無効であるから詐害行為として取り消すことはできないとしたが、ＡＢ間およびＢＣ間の所有権移転登記は「いずれも実体上の権利を欠く無効の登記」であり、かつＣはＡＢ間の「売買の仮装無効であることにつき善意であつたことを認めるに足る証拠」が

伊東俊明「証明責任の分配(1)：虚偽表示における第三者の善意」『民事訴訟法判例百選(第３版)』(有斐閣、2003)148頁がある。

100) 本件評釈として、乾昭三「判批」民商57巻１号(1967)100頁、栗山忍「判批」曹時19巻３号(1967)166頁、平井宜雄「判批」法協85巻１号(1968)73頁がある。

ないから、「本件不動産の真実の所有者」であるＡはＢおよびＣに対してその抹消登記手続を求める権利をもつとした。そして、ＧはＡに対する債権を保全するため、Ａに代位して、ＢおよびＣに対し、それぞれ所有権移転登記の抹消登記手続を求めうるとして、原判決を取り消し、Ｇの請求を認容した。Ｂ・Ｃの上告に対し、上告棄却。「第三者が民法第94条第２項の保護をうけるためには、自己が善意であつたことを立証しなければならないものと解するのが相当であるから（当裁判所昭和32年(オ)335号、同35年２月２日第３小法廷判決、民集14巻36頁参照）、原審が、前記認定に基づき、被上告人〔Ｇ〕は訴外千葉〔Ａ〕と大場〔Ｂ〕間の前記売買契約が無効であることをもつて上告人〔Ｃ〕に対抗しうる旨判断したのは正当であり、原判決に所論の違法は存しない。……なお、記録によれば、上告人〔Ｃ〕が前記の点につき善意である旨主張していることは所論のとおりであるけれども、右善意の点につき立証のない本件においては、右の所論は原判決の結論に影響を及ぼすものではないから、この点に関する所論も採用することができない」[101)]。

しかし、以上の判例の変遷から、判例が真の権利者負担説から第三者負担説に転換したとみるのは必ずしも妥当でないように思われる。なぜなら、各判例の事案では、真の権利者の帰責性の程度、第三者とされる者の立場、両者の関

101）なお、先の最判昭和35年およびこの最判昭和41年を引用し、上告人の第三者該当性を否定しつつ、善意の主張・立証責任が第三者の側にあるとしたものとして、最判昭和42年６月29日裁民87号1397頁、判時491号52頁がある。すなわち、「民法94条２項所定の善意の第三者であることは、同条項の保護を受けようとする当事者において主張、立証しなければならないものと解するのが相当であって（昭和35年２月２日第３小法廷判決、民集14巻１号36頁。昭和41年12月22日第１小法廷判決参照）、これと同趣旨に出た原審の判断は正当である。また、右条項にいわゆる第三者とは、虚偽の意思表示の当事者またはその一般承継人以外の者であって、その表示の目的につき法律上利害関係を有するに至った者をいうと解すべきところ、上告人尾上がかかる第三者に該当するとはいえない旨の原審の判断も、その挙示する証拠関係に照らし、正当として是認することができる」。本件評釈として、木ノ下一郎「判批」税58巻９号（2003）147-157頁がある。

係が一様でなく、善意の主張・立証責任に関する各々の判断には、そうした事案の個別事情が反映していると解されるからである。

3）私見

私見は、第三者の信頼保護および取引安全一般の確保を要請すべき基礎的な客観的事情の存否が、善意の主張・立証責任の分配を決定づけると考える。例えば、不実外観の形成／存置（94条２項（の類推適用））、代理権授与の表示（109条）、過去に授与した代理権の消滅の不表示（112条）、他人への占有委託（192条）と第三者の占有取得などは、第三者の権利取得にプライオリティーを付与すべき基礎的・客観的事実と解されるから、これらの場合には、善意の主張・立証責任は基本的に真の権利者（無効主張者）の側に負わされるべきであろう。実際、前記の最判昭和35年、最判昭和41年が（ｂ）第三者負担説をとったにもかかわらず、その後の下級審裁判例で、（ａ）真の権利者負担説をとったものもある。

【東京地判昭和47年10月17日判時696号197頁・判タ289号333頁】　Ａは自己の債務を代わって弁済してくれた連帯保証人Ｂに対して道義上の責任を感じていたことと、自己の債権者からの責任追及を免れるために、Ａ所有の土地α・建物βの所有権をＢに譲渡したかのような外観を作出するため、仮装の売買契約書を作成し、Ｂへの所有権移転登記をした。その後、Ｂは自己の債権者Ｃのために土地α・建物βに抵当権を設定・登記したが、Ｃがこの抵当権を実行し、Ｄ１・Ｄ２が競落した。ＡがＤ１・Ｄ２に対し、ＡＢ間の売買は仮装売買であるから所有権はＢに移転せず、したがって、Ｃの抵当権の設定・登記は無効であり、Ｄ１・Ｄ２は競落しても所有権を取得しないこと、およびＤ１・Ｄ２は仮装売買の事実を知りながら競落したと主張し、Ｄ１・Ｄ２に対して所有権移転登記の抹消登記手続を請求した。これに対し、Ｄ１・Ｄ２はＡＢ間が仮装売買であることを否認し、仮にその事実が認められたとしても、Ｄ１・Ｄ２はそれについて「競落当時善意であった」と主張した。本判決は、Ａの抹消登記手続請求を棄却した。すなわち、「民法94条２項にいう第三者とは、通謀虚偽表示の当事者から直接財産権を取得した者のみならず、その取得者からさらにこれを取得した転得者（その後の者も同様）も含まれるものと解する。そして、

法文には、第三者が善意の場合には通謀虚偽表示の無効を当該第三者に対抗しえない旨を規定するので、法文の形式体裁だけからすれば、第三者の善意については、その第三者において主張立証責任を負うものとすべきもののようにも一応考えられる。しかし、法文の形式のみによってことを考えることは、必ずしも妥当ではなく、主張立証責任の公平な分配という基本的要請に思い致して考えると、虚偽表示の結果不動産登記簿に権利の設定または移転の登記がなされた場合のように、一般第三者がとかく信用しがちな外観が公式に作出されている場合には、通謀虚偽表示の当事者において、その外観ないしそのもととなった法律行為が通謀虚偽表示によってなされたことのほか、第三者（つまり訴訟の相手方）がそのことを知っていたこと換言すれば第三者の悪意についても、主張立証の責任があるものと解するのが正しいものと信ずる（この点に関し、最高裁昭和35年２月２日最高民集14巻１号36頁および最高裁昭和41年12月22日最高民集20巻10号2168頁は反対の解釈を示しているが、右解釈には賛成できない）」。そして、本件では、提出された証拠や証言によっても「前記通謀虚偽表示の点について被告ら〔Ｄ１・Ｄ２〕の悪意と認める資料とするには不十分で、他にこの点を裏づけるに足る資料はなく、心証としてはむしろ善意であったと考える。……以上の認定説示によれば、被告らが悪意であるとの証明がないゆえ、原告〔Ａ〕の被告らに対する本訴請求はいずれも理由がない……」。本判決は、「主張立証責任の公平な分配」の基準として、真の権利者Ａによる不実外観の形成の帰責性を根拠にしてＡに主張・立証を求め、前記・最判昭和35年および最判昭和41年に正面から反対している。

しかしまた、そうしたＡの帰責性に（ａ）真の権利者負担説の論拠（の１つ）があるとすれば、善意の主張・立証責任がすべての事案において一様に真の権利者の側にあるものと画一的に解することは、むしろこの分配論拠に反することになろう。とりわけ、（ａ）真の権利者負担説の論拠の一つであるＡの帰責性が相対的に低い場合や、第三者の保護事由にマイナス要素があるときは、第三者負担説が妥当する余地は当然に残されているとみられる。

また、（ｂ）第三者負担説に立った最判昭和41年の調査官解説も、ここでの主

張・立証責任の分配基準を「民法94条２項の適用につき何れの当事者をより多く優遇することが同条の制度の趣旨・目的に適合するか等」に求めている[102]。

さらに、仮に(ｂ)第三者負担説に立つとしても、不実外観の存在により、第三者Ｃにはさほど重い立証負担を課すことにはならず、第三者の善意は事実上推定されるとも解されており[103]、反対に真の権利者ＡがＣの善意を覆すことはかなり難しいと解されるなど[104]、実質的には(ａ)真の権利者負担説に立つ場合と大きく異ならないとも考えられる。

そうであるとすれば、例えば、Ａが所有地αを何らかの事情で存在しない売買を原因としてＢ名義に所有権移転登記したまま、あえてこれを放置している間に、Ｂの債権者Ｃが土地αを差し押さえたことから、Ａが第三者異議の訴えを提起する場合、Ａは【請求原因】で、①Ａ土地αの所有者であること、②ＣがＢに対する債務名義に基づいて土地αを差し押さえたことを主張・立証し、これに対してＣが【抗弁】で、③土地αが所有権移転登記によってＢ名義になっていること、④Ｂへの所有権移転登記がＡＢ間の合意に基づいて行われたことを主張・立証したときは、Ａは【再抗弁】で、⑤ＡＢ間の売買および所有権移転は存在しないこと、⑥⑤についてＣが悪意であることを主張・立証すべきであろう[105]。

(3)　第三者保護の効果

無権利の法理の例外則として第三者の権利取得を認める場合、最後に問題に

102）最高裁判所判例解説民事篇昭和41年度545頁（栗山忍）。

103）大判昭和５年10月29日法律学説判例評論全集19巻民法1522頁・新聞3204号10頁（前掲注97該当本文）、遠藤浩＝水本浩＝北川善太郎＝伊藤滋夫監修『民法注解財産法・第１巻・民法総則』（青林書院、1989）394頁（藤原弘道）。

104）吉原省三「虚偽表示」伊藤滋夫＝山崎敏彦編著『ケースブック要件事実・事実認定』（有斐閣、2002）40頁。

105）ちなみに、(ｂ)第三者負担説に立てば、Ａの【再抗弁】⑤に対し、Ｃが【再々抗弁】で、⑥′土地αがＢの所有であると信じたことを主張・立証すべきことになろう。

なるのは、その効果をどのように説明するかである。はたして「無権利者からの取得」は実体法上どのように説明すべき法現象なのであろうか。第三者Ｃの権利取得の側面を重視すれば、Ｃとその相手方Ｂとの取引行為に着目し、ＡからＢ、ＢからＣへの権利《移転》（承継取得）とみることになろうし、真の所有者Ａの返還請求の否定（その結果としての権利消滅）の側面を重視すれば、いわばその反射的効果としてのＣの権利《発生》を原始取得とみる余地もあろう。

例えば、94条２項（の類推適用）については、（ａ）第三者Ｃが善意の場合、Ｃに対する関係では、ＡＢ間の譲渡が有効になり、権利はＡ→Ｂ→Ｃと移転したことになるとみる見解（承継取得説）が少なくない[106]。しかし、これに対しては、善意の第三者を保護するためにＡＢ間の通謀虚偽表示やそもそもＡＢ間にまったく存在しない取引を完全に「有効」なものとまでみなす必要はないのではないかという疑問が生じる。その一例として、「無効を善意の第三者に対抗できない」という意味は「Ａに対するＢの原状回復義務の遡及的効力のみがＣによって否認される（非遡及的取消と同様にみなされる）」との解釈がある[107]。

これに対し、（ｂ）善意の第三者Ｃの権利取得は真の権利者Ａからの法定取得であるとみる見解もある。この見解は、無権利の法理では、第三者Ｂは相手方Ｂではなく、真の権利者Ａから剥奪された権利を一種の原始取得として法定取得すると解する[108]。

106）四宮＝能見・前掲（注６）166頁、平野裕之『民法総則（第２版）』（日本評論社、2006）180-181頁、武川幸嗣「民法94条２項の『対抗不能』の法構造」法学政治学論究17号（1993）232頁。

107）加賀山茂「対抗不能の一般理論について――対抗要件の一般理論のために――」判タ618号（1986）６頁。もっとも、この解釈も善意のＣが94条２項の効果を主張することにより、「ＢＡ間とＢＣ間で二重譲渡と類似の関係が発生しており、不動産物権変動の『対抗問題』が生じうる」とみており（加賀山・同前６頁、14-15頁）、結果的には、Ｃはその権利をＢから承継取得するものと解さざるをないであろう。

108）幾代通「虚偽表示に対する善意の第三者と登記――補論」同『不動産物権変動と登記』（一粒社、1986）23頁、米倉明「法律行為」法学教室96号（1988）42頁、松尾・前掲（注80）82頁、石田穣『民法総則』（悠々社、1992）322頁。

他方、即時取得の場合は、真の所有者Ａの下から盗取され、Ｂ１→Ｂ２→Ｂ３……と転々した後、Ｃが取引行為によって取得したときはもちろん、ＡがＢに賃貸、寄託等によって占有委託をしたときも、Ｃの相手方Ｂと真の権利者Ａとの間の権利移転が擬制されるという構成は、94条２項（の類推適用）の場合以上に実体法上想定しづらくなるように思われる。したがって、この場合も第三者Ｃの権利取得は真の権利者Ａの権利が否定された結果の原始取得とみるべきであろう[109)]。

いずれにせよ、無権利の法理に対する例外則の効果は、その要件論と関連づけて理解する必要がある。既述のように、無権利の法理の例外則における第三者保護要件の構造が、①真の権利者Ａの権利消滅と②第三者Ｃの権利取得の２側面から構成されることは、その要件が満たされた場合の効果論にも反映すると考えられ、Ｃの権利取得のプロセスは、**Ａの権利が否定されることと裏腹にＣが権利を取得するもの**と解すべきであろう。この実体関係を直視すれば、権利移転のプロセスはＡ→Ｂ→Ｃの承継取得とみるよりも、Ａ→Ｃの法定取得とみるのが適切であろう。まさにここで、Ｂ→Ｃの承継取得がない点に、いずれもＢ→Ｃの承継取得が認められる対抗の法理の効果（前述３(3)）および権利保護資格の法理の効果（後述５(3)）との違いが見出されると考えられる。

(4)　小括

本節で考察した無権利の法理の例外則と、対抗の法理および第三者権利保護資格の法理との相違の根源は、第三者Ｃの相手方Ｂの**無権利者性**にある。しか

109）川島博士は、前主に権利があると信頼した者の信頼を保護する公信の原則の適用による権利取得は、「全き無権利者から完全権利者への転化」を生じさせる「権利関係の突然の転換」（取得者には無から有を、真の権利者には有から無を生じさせるもの）であり、「原始取得」であるとされる。これは、①ゲヴェーレ法における前主からゲヴェーレを承継取得した者に対する旧所有者の回復請求権の制限という構成から、②旧所有者の所有権の喪失という構成を経て、③近代法における新所有者による所有権の取得の構成へと移行した結果であるとみられている。川島・前掲（注39）248-249頁。

しながら、Ｂの無権利者性は、けっして画一的内容のものではなく、一定の幅をもった概念である。例えば、Ｂが盗取者・遺失物横領者・無権原占有者、これらの者からの（悪意の）取得者、賃借人・受寄者、分譲当初から存在する通行地役権（未登記）の承役地所有者、弁済期到来前の譲渡担保権者・弁済期到来後・弁済受領前の譲渡担保権者、弁済受領後・登記回復前の元譲渡担保権者、その他の信託的譲渡の譲受人、受託者などにより、所有権（権利）の欠如の意味合いには少なからぬ相違がある（それはまた、真の権利者Ａの権利者性の意味合いにも表裏一体的に影響を与える）。そのことが、Ｂと取り引きしたＣの権利取得がはたしてどのような場合に認められるか、Ｃの法的保護の要件・効果に反映する。概して、（ⅰ）Ｂの無権利者性（Ａの権利者性）が強い場合が、Ｃの権利取得における無権利の法理およびその例外則の適用領域であるのに対し、（ⅱ）Ｂの無権利者性（Ａの権利者性）が弱い場合には、Ｃの権利取得における対抗の法理または第三者権利保護資格の法理の適用領域が広がってゆくものと解される。もっとも、（ⅰ）と（ⅱ）の境界領域は流動的であり、例えば、元来Ｂが権利者であっても（（ⅱ）領域）、その後Ａへの権利帰属の確定性を高めるような事情があれば、その分だけＢの無権利性が強まり、Ｃの保護は対抗の法理ではなく、無権利の法理を前提とした例外則の適用（（ⅰ）領域）へと移行することもありうることが認められる。

こうした無権利の法理の例外則による権利取得は、①一面では、無権利者Ｂを権利者と信じた第三者Ｃの信頼を保護すべきことへの社会的承認に支えられており、その際にはＣの善意が絶対の要件になると解される。しかし、②他面では、無権利の法理の例外則による権利取得は、真の権利者Ａの権利消滅の根拠となるようなＡの意思的関与や、目的物の直接占有者Ｂに対するＡの信頼付与が切断されていると認められるような事情にも根拠を求めうる。この①と②が表裏一体となって、無権利の法理の例外則が構成されているものと解される。その結果、Ｃの権利取得にとって絶対の要件であるＣの善意の主張・立証責任は、①事由の存在ゆえに、真の権利者Ａに（Ｃの悪意についての）主張・立証責任を負担させることを基本とする（ただし、Ａの帰責性の弱さやＣの権利

保護事由のマイナス要素の存在次第では、Cに善意の主張・立証責任が課されることもありうる)。その結果、無権利の法理の適用領域では、例外則の適用を受けるにもかかわらず、基本的に第三者の法的保護のプライオリティーが相対的に高くなる状況が制度的に整備されていることが確認できる。この点が、つぎにみる第三者の権利保護資格の法理との比較の手がかりになるであろう。