

物契約の成立を信じさせるに足りる外形が存在し、第三者がこれを信じた場合には、要物性の要件を満たさなくても、94条2項が適用されてよいと解する（大決昭和8年9月18日。通説）。

エ 身分行為に、94条2項は適用されない。表意者の意思を尊重すべきだからである。

2. 民法94条2項に関する解釈

（1）民法94条2項の条文

民法94条2項は「…無効は、善意の第三者に対抗することができない」と規定する。

ア 「善意」とは、虚偽表示があることを知らないことをいう。

イ 「対抗することができない」とは、誰からも、第三者に対し、意思表示の無効という効果を主張できないことをいう。しかし、第三者からは、有効も無効も主張できる。

< 94条2項の要件に関する論点 >

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">① 「第三者」の意義。② 「第三者」に転得者が含まれるか③ 絶対的構成か、相対的構成か④ 「善意」のほか、無過失まで必要か⑤ 第三者は登記まで必要か |
|--|

（2）民法94条2項の「第三者」の意義

94条2項の「第三者」とは、①虚偽表示の当事者およびその包括承継人以外の者で、②その意思表示によって生じた法律関係について、別の法律原因によって新たに利害関係を取得し、かつ、③その当事者から独立した利益を有する者をいう。

- * ①当事者やその相続人などを除くことは当然である。ここでは、②虚偽表示をベースに新たに利害関係を有するに至ったことが重要である。③当事者から独立した利益を有するとは、取立委任のため授権された場合などを除くためである。

肯定例	・不動産の仮装譲受人からさらに譲り受けた者（最判昭 28.10.1） ・仮装譲受人から抵当権などの設定を受けた者（大判昭 6.10.24） ・虚偽表示の目的物に対して差押えをした者（最判昭 48.6.28） ・仮装譲受人が破産した場合の破産管財人（大判昭 8.12.19） ・発生を仮装した債権の譲受人（大判昭 13.12.17）
否定例	・仮装譲受人の一般債権者（大判昭 18.12.22） ・債権の仮装譲受人から取立てのため債権を譲り受けた者 ・代理人が虚偽表示をした場合における本人 ・債権が仮装譲渡された場合の債務者（大判昭 8.6.16） ・1 番抵当権が仮装で放棄され、順位が上昇したと誤信した 2 番抵当権者 ・土地の仮装譲受人から土地上の建物を賃借した者（最判昭 57.6.8） ・土地賃借人が自己所有の地上建物を虚偽表示により譲渡し登記を経由した場合の土地賃貸人（最判昭 38.11.28）

＊ 土地の仮装譲受人から土地上の建物を賃借した者

〔事例〕AがBに土地を仮装譲渡したところ、Bが土地上に建物を築造したうえ、善意者Cに建物を賃貸した場合、Cは94条2項の「第三者」にあたるか。判例は、Cは「第三者」にあたらないとする（最判昭和57年6月8日）。土地と建物は別個のものであり、地上建物の賃借人Cは土地については事実上の利害関係にとどまるからである。しかし、通説は、建物は土地なくして存立しえず、地上建物の賃借人Cは土地利用権が否定されれば建物の利用を妨げられるという関係にあり、土地について明渡義務を負うという法律上の利害関係があるといえるから、Cは「第三者」にあたるとする（AはCに対して建物退去を請求できない）。

＊ 土地賃借人が自己所有の地上建物を虚偽表示により譲渡した場合

〔事例〕AがBに土地を賃貸し、土地賃借人Bが自己所有の地上建物を虚偽表示によりCに譲渡し登記を経由した場合、BC間の売買が有効ならば、Bの賃借権はCに移転する（87条2項類推）。しかし、BC間の売買は仮装譲渡であり無効であるから（94条1項）、賃借権の譲渡にあたらない。そこで、Aは、94条2項の「第三者」にあたるとして、612条2項により土地の賃貸借契約を解除できないか（BC間で、賃借権の無断譲渡がなされたとの構成に持ち込みたい。その前提として、BC間の仮想売買の無効をAには対抗できないから、と言いたいのである）。判例は、Aは新たに利害関係を有した者でないから「第三者」にあたらないとした（最判昭和38年11月28日）。したがって、Aは土地賃貸借を解除できない。

（3）民法94条2項の「第三者」と転得者

第三者が悪意、転得者が善意のとき、転得者は保護されるか。94条2項の「第三者」に転得者が含まれるかが問題である。「第三者」に転得者が含まれると解する。なぜなら、94条2項は虚偽表示により権利者であると信じた者を保護する外観法理に基づくが、転得者であっても自己の前者が権利者であるとの信頼を保護すべきだからである。

(4) 民法94条2項の「第三者」と絶対的構成

第三者が善意、転得者が悪意のとき、転得者は保護されるか。第三者が善意であれば転得者が悪意でも、94条2項によって転得者は保護されると解する（絶対的構成）。なぜなら、悪意者を保護しないと、いつまでも法律関係が確定せず、早期安定化の要請に反することからである。

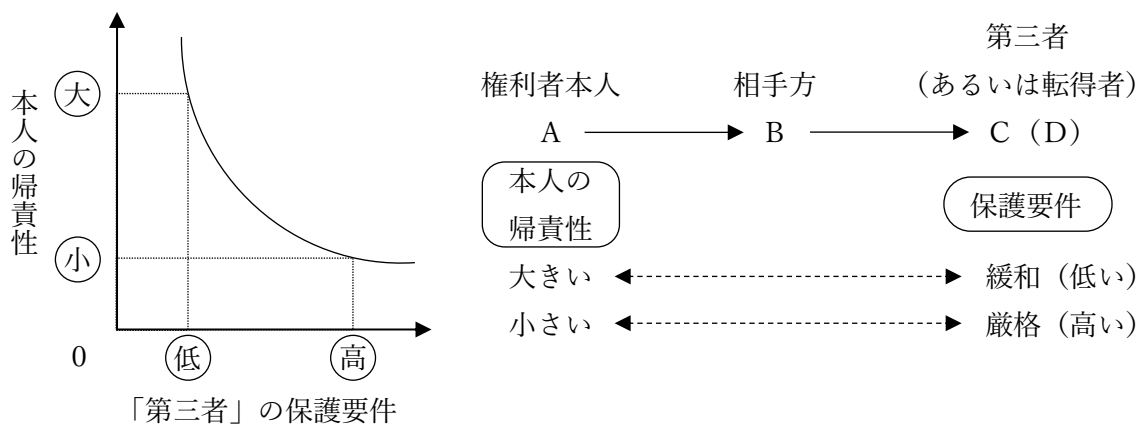
(5) 民法94条2項の「第三者」の主観的要件

94条2項の「第三者」は、善意のほか、無過失も要するか。虚偽の外形を自ら意識的に作り出した真正権利者の帰責性は相当大きいので、無過失は不要である。

* 「善意」は、当該法律関係について、第三者が利害関係を有するに至った時を基準に判断する（最判昭和55年9月11日）。また、第三者には自己が「善意」であったことを主張・立証する責任がある（最判昭和35年2月2日）。

* 「第三者」の主観的要件の考え方

94条2項の「第三者」の保護要件をいかに設定するかの問題であり、表意者本人保護の要請と第三者保護の要請の調整の問題である。表意者本人の帰責性（落ち度）が大きいと考えれば、「第三者」の保護要件を低く設定してよいことになりやすく、逆に、表意者本人の帰責性が小さいと考えれば、「第三者」の保護要件を厳しく設定する必要がある。表意者本人の帰責性の大きさと「第三者」の保護要件の厳格さは、反比例のグラフのようである。



* 判例は、「善意」であれば、無過失を要しないとする（大判昭和12年8月10日など）。もっとも、本人の帰責性が小さいケースでは、善意のほか無過失を要求している（最判昭和43年10月17日など）。

(6) 民法94条2項の「第三者」の登記

94条2項の「第三者」は、登記を要するか。

ア 表意者本人と第三者との関係は物権移転の当事者類似の関係であり、対抗問題としての登記（177条）は不要である。（ $\boxed{A} \longrightarrow B \longrightarrow \boxed{C}$ ）

イ さらに、保護要件としての登記も不要である。虚偽の外観を作出した表意者の帰責性は大きいからである。

(7) 民法94条2項と対抗関係(応用)

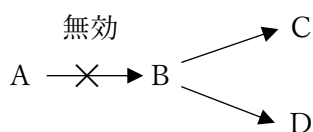
次のア～ウのケースは、対抗関係(177条)で処理されるかをみてみよう。

ア 不動産がA→Bと虚偽表示により譲渡した後(登記はBにある)、B→C、B→Dと二重に譲渡した場合のCとDの優劣関係。CとDは94条2項で保護される同等の立場に立つから、CとDは対抗関係に立ち、先に登記を備えた者が優先する(177条)

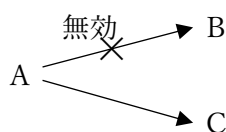
イ 不動産がA→Bと虚偽表示により譲渡した後(登記はBにある)、A→Cにも二重に譲渡した場合のBとCの優劣関係。Bは94条1項により無権利者だから、BとCは対抗関係に立たない(Bは177条の「第三者」でない)。したがって、Cが優先する。

ウ 不動産がA→Bと虚偽表示により譲渡し、B→Cと譲渡した後(登記はBにある)、A→Dにも二重に譲渡した場合のCとDの優劣関係。CとDは対抗関係に立ち、先に登記を備えた者力優先する(177条)と解する(最判昭和42年10月31日)。Cは94条2項で保護される「第三者」であるが、AはCが登記を具備するまでは無権利者となるわけではなく、あたかもAを起点とした二重譲渡があったのと同様に考えるのである。これに対して、Cが94条2項によって保護される場合、A→B→Cの譲渡が有効とされるから、Bに登記がある以上、BがDに優先し、Cがその地位を継承することになるとする見解もある。しかし、善意の第三者Cが保護されるのは表意者Aに対してだけであって、そのことから当然にDに対しても保護されるものではない(虚偽表示者は、善意の第三者との関係では、当該不動産について権利を有すると主張することができなくなり、この意味で無権利者と扱われ、虚偽表示者は、善意の第三者との関係では177条の「第三者」に該当しない、ということに尽きるのである)。CとDの要保護性は同じである以上、CとDを対抗関係に立つとみるべきである。

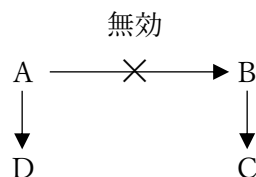
<ア>



<イ>



<ウ>



3. 「第三者」の主観的要件

(1) 善意を必要とするか

177条の「第三者」は善意であることを要せず、悪意でもよいと解する。①177条の文言が善意を要求していないこと、②177条の趣旨は公示を徹底させることによって不動産取引の安全を図るためであるところ、他人の物権変動を知らず自ら物権変動を受けることは日常多々行われており、自由競争原理の下では保護に値することからである。

(2) 背信的悪意者かどうか

単なる悪意を超えて、自由競争原理を逸脱し、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事情がある場合には（背信的悪意者）、177条の「第三者」に含まれないと解する。かかる背信的悪意者は自由競争原理を逸脱し、もはや法の保護に値しないからである。なお、「詐欺又は強迫によって登記の申請を妨げた第三者」（不登法5条1項）、「他人のために登記を申請する義務を負う第三者」（不登法5条2項）は、かかる背信的悪意者の一例と考えることができる。

* 「悪意」には、「単純悪意」と「背信的悪意」があるということ。背信的悪意の例としては、いやがらせ目的、高値で売りつける目的などがある。

◆最判昭和43年8月2日

事案：上告人（第2譲受人）は、被上告人（第1譲受人）が既に本件山林を買い受けているものであることを知ったうえ、被上告人が登記を経っていないのを奇貨として、被上告人に対し高値でこれを売りつけて利益を得る目的をもって本件山林を買い受け、被上告人に対し本件山林を買い取るよう求めた。

判旨：「実体上物権変動があった事実を知る者において右物権変動についての登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情がある場合には、かかる背信的悪意者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を存しないものであって、民法177条にいう第三者に当たらないものと解すべき…上告人が被上告人の所有権取得についてその登記の欠缺を主張することは信義に反するものというべきであって、上告人は、右登記の欠缺を主張する正当の利益を有する第三者にあたらない」。

◆最判平成18年1月17日

事案：Aが時効取得した不動産について、その取得時効完成後にBが当該不動産の譲渡を受けて所有権移転登記を了した場合、Bが背信的悪意者にあたるのはどのような場合かが争われた。

判旨：「Aが時効取得した不動産について、その取得時効完成後にBが当該不動産の譲渡を受けて所有権移転登記を了した場合において、Bが当該不動産の譲渡を受けた時点において、Aが多年にわたり当該不動産を占有している事実を認識しており、Aの登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情が存在するときは、Bは背信的悪意者に当たるといえるべきである…B

において、Aが取得時効の成立要件を充足していることをすべて具体的に認識していなくても、背信的悪意者と認められる場合があるというべきであるが、その場合であっても、少なくとも、BがAによる多年にわたる占有継続の事実を認識している必要があると解すべきであるからである」とした。

コメント：時効完成後の第三者との関係では時効取得者は登記なくして当該第三者に対抗することができない。しかし、本判決は、当該第三者が背信的悪意者にあたる場合には登記なくして当該第三者に対抗することができるとし、このときの背信的悪意者にあたる場合を緩やかに解している。「背信的」「悪意」であるので、悪意の認定と背信性の認定は、個別に行うこと。

<平成10年2月13日と平成18年1月17日の比較>

平成18年判例は、時効による所有権取得の対抗について、占有が相当長期間継続していることを知っていた第三者は、取得時効の完成を知らなかったとしても悪意者と認めることができ、更に背信性が認められるならば、他人の登記欠缺を主張することができない旨示唆した。第三者の悪意認定を緩やかに行うことを意味するが、悪意の認定が緩やかになされるのであれば、背信性の認定も緩やかになされる可能性はある。本件で言う、「多年にわたる占有継続」の認識云々は、「悪意」かどうかの認識対象のことをさしているので注意。

原判決は、平成10年判例に引きずられた判断をした。「容易に知りえた」という事実から、正当な利益を有さない、という結論を導いており、背信的悪意であるとも述べていないのである。この判断を最高裁は破棄した。本件の場合には、背信的悪意アプローチを取るべきことを明らかにしたのである。背信的悪意者排除論を維持し（悪意+αの信義則違反アプローチ）、時効取得の場合には、「多年に渡る占有継続」の事実の認識によって「悪意」要件は充足され、時効完成に必要な全ての事実を認識している必要は無い、ということである。

本判決の直接の射程は「時効による所有権取得の対抗問題」に限定されているのは、その理由付けから明らかである。「時効完成に必要な期間」ではなく、より曖昧な「多年に渡る」占有継続に対する認識を問題にしているのも特徴的である。「長期間継続する占有利用関係」の尊重という価値判断が見て取れる。「多年に渡る」という言い回しからは、「時効の成否」は必ずしも本質的ではないと見ることもできよう。

本判決の発想は、取得時効以外のケースにも波及していくのだろうか。「悪意」であることを不可欠の要件とし、取得時効の成否については、「その要件の充足の有無が容易に認識・判断する事ができないものである」ことを考慮し、取得時効の場合に限って、悪意の要件の認定を緩和したに過ぎない。また平成10年判決の法理にのった原審の判断を破棄した理由は、同判決の法理は、「非排他的な権利である通行地役権に限って適用されるものであり、所有権の帰属を巡る紛争には適用にならない」、ということにあらう。したがって、限定的な影響しかないとするのが素直である。通行地役権や取得時効の場合に存する類型的事情に照らした判断で

ある事は間違いないが、売買による不動産所有権取得の対抗の可否についても、第三者の主観的事情だけではなく、取得者側の事情（代金支払の状況、取得者への引渡の有無、取得者による不動産利用の状況など）と第三者によるその事情の認識可能性の程度を勘案して、第三者による登記欠缺の主張の許否が判断されるのではないか。

【事案の処理】

所有権の時効取得については、登記が無いので結局負けるものの、通行地役権の時効取得に関しては、登記なくして対抗できる、というケースがありうるので注意である。

- 「所有権」関係は、登記が無い場合、相手方は背信的悪意者である、という主張を平成18年判例に則って主張する。
- 「通行地役権」関係は、登記が無い場合、相手方の認識可能性をもって平成10年判例に則って主張するわけである。

【平成10年「認識可能性」パターンと平成18年「背信性」パターン】

二重譲渡や、18年判決の事例のような、所有権取得者相互間の紛争においては、双方の物権変動が非両立の関係にある。悪意者による第2契約の締結は、それ自体が先行取得者の権利を必然的に否認する契機を持つ。このような場合に「正当な利益を有しない者」という判断をするには、第三者の契約締結時における「悪意+ α 」を軸にした信義側違反アプローチの枠組みがフィットする。

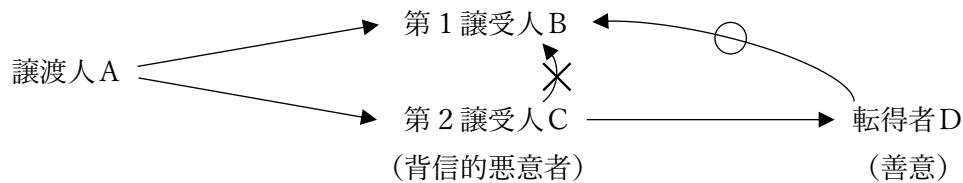
これに対し、用益権の存在を認識しながら不動産を譲り受ける行為は、それ自体は何ら非難に値しない。通行地役権自体も、承役地の排他的な占有権限を当然に与えるようなものではない。つまり地役権者の利用利益と承役地所有者の占有利用利益は両立しうる。したがって、契約締結時における主観はあまり重要ではない。譲受人が権利を行使して未登記地役権を否認する時点における客観的利益衡量が判断の中心に来るので、契約締結時における第三者の主観的態様が主軸にはならない（考慮対象にはもちろんなるが）、と言えるのである。

（3）転得者の地位

〔事例〕Aは自己所有の土地をBとCに二重に譲渡し、Cに登記を移転したが、Cは背信的悪意者であった。更にCは善意のDに譲渡した場合に、BはDに対して登記をしなければ対抗することができないか。

背信的悪意者からの転得者に対しても、登記なくして対抗することができるかが問題である。善意ないし単なる悪意の転得者を保護して取引の安全を図る必要があるところ、背信的悪意者は完全な無権利者ではなく、信義則上、第1譲受人との関係で登記の欠缺（不存在）を主張する正当な利益を有しないというだけの相対的無効にすぎないと考えるべきである。したがって、背信的悪意者からの転

得者は有効に権利を取得しうるから、善意ないし単なる悪意の転得者に対しては、登記なくして対抗することができないものと解すべきである（相対的構成）。



* CがBに権利を主張することが信義則に反する
 だけであり、DがBに権利を主張することは許される（信義則は相対的に評価されるといえる）。

◆最判平成8年10月29日

判旨：「所有者甲から乙が不動産を買い受け、その登記が未了の間に、丙が当該不動産を甲から二重に買い受け、更に丙から転得者丁が買い受けて登記を完了した場合に、たとい丙が背信的悪意者に当たるとしても、丁は、乙に対する関係で丁自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、当該不動産の所有権取得をもって乙に対抗することができるものと解するのが相当である。ただし、（１）丙が背信的悪意者であるがゆえに登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないとされる場合であっても、乙は、丙が登記を経由した権利を乙に対抗することができないことの反面として、登記なくして所有権取得を丙に対抗することができるというにとどまり、甲丙間の売買自体の無効を来すものではなく、したがって、丁は無権利者から当該不動産を買い受けたことにはならないのであって、また、（２）背信的悪意者や正当な利益を有する第三者に当たらないとして民法177条の「第三者」から排除される所以は、第一譲受人の売買等に遅れて不動産を取得し登記を経由した者が登記を経ていない第一譲受人に対してその登記の欠缺を主張することがその取得の経緯等に照らし信義則に反して許されないということにあるのであって、登記を経由した者がこの法理によって「第三者」から排除されるかどうかは、その者と第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄であるからである」。

コメント：本判決は、背信的悪意者からの転得者は、転得者自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、177条の「第三者」として保護されるとした。