HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問(三) (完)
Author(s)	米倉, 明
Citation	北大法学論集, 23(3), 78-128
Issue Date	1973-01
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/27931
Type	bulletin (article)
Note	論説
File Information	23(3)_P78-128.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問（三）（完）

米倉　明

一　問題
二　民法四六六条二項の沿革（二二巻三号）
三　「特約」の効力制限論（二三巻一号）
四　譲受人の「善意」―無過失の要否
五　結び（以上、本号）

四　譲受人の「善意」―無過失の要否

(1)本章の論点は次のとおりである。第一に、民法四六六条二項但書の「善意」には無過失を要するか。第二に、無過失を要する要しないのいずれであるにせよ、善意の第三者が右但書によって保護をうけるためには、債権譲渡につ

いての対抗要件(民四六七条)を具備することを要するか。

(イ)後者についてはさほどの問題も存しないけれども、前者については問題が多い。本章の論述の中心は前者にある。ここにおいては、表見責任(取引安全をはかるために、外観を信頼した者を保護する)という観点から検討を加え、他の規定(とくに民法九四条二項)にも言及したい(むしろ、言及せざるをえない)。ところで、債権譲渡について表見責任を問題とする場合には(債権譲渡に限らずたとえば九四条二項その他についても)、転得者の処遇いかん(その場合対抗要件の要否も問題となることではあるがさほどの問題もないであろう)が一論点として存するけれども、本章においては、これを対象とせず、対象を直接の相手方の処遇いかんに限定した。転得者の処遇いかんという問題については他日を期することにしたい。(1) 直接の相手方の処遇いかんという問題にしてもこれのみですでに困難な問題であって、せめてまず、この問題についてだけでも吟味しようというわけなのである。

(ロ)前章(「特約」の効力制限論)との関連について一言しておく。まず、善意者の無過失の要否についてみよう。悪意者の処遇について、「特約」の効力制限論を採用しようと、それを採用しないで、従来の見解に追随して悪意者を一切保護しないとの立場を採用しようと、そのことは、右の問題を考察するに当って関係がない。つまりいずれか一方の立場を採れば論理必然的にいわば自動的に、かつまた、例外なしに、答が決まる(したがって他方の立場のもとでのみ吟味すればよい)とか、いずれの立場のもとでもそのように答は決まる、とかいうことができない。答は利益衡量に依拠するのである。したがって、いずれの立場のもとでも、右の問題を考察する必要ないし実益があり、また、その帰結も、いずれの立場を採るかによって異なるものでもないであろう。(2)

考察することの必要ないし実益の程度という点では、いずれの立場を採るかによって異なる。「特約」の効力制限論においては、必要ないし実益は乏しい。というわけはこうである。この立場においては、悪意者といえども保護さ

れる場合が多く、そしてそのような場合には、均衡上、まして善意者は過失の有無を問わず当然保護されるべきであって、善意について無過失の要否を論ずるまでもない。もっとも、この立場においても、例外的に、悪意者が保護されない場合（三(2)(ロ)(iii)）があり、この場合には、善意について無過失の要否を論ずる必要ないし実益がある。これに対して、従来の見解のもとでは必要ないし実益が大きい。というのは、従来の見解に依拠するならば、悪意者保護との均衡上善意者について過失の有無を問わない、といえる場合はなく、すべての場合につき、善意についての無過失の要否を論ずる必要ないし実益があるからである。かような差は否めないにしても、それでもなお――「特約」の効力制限論のもとでも悪意者が保護されない場合があるからには――いずれの立場を採用しようと、この問題を考察する必要ないし実益がある、ということが許されるであろう。

次に、対抗要件の要否という問題についてはどうか。「特約」の効力制限論に依拠しようと、従来の見解に依拠しようと、一定要件のもとに善意者が保護されると解した場合、次に生ずる問題は対抗要件の要否である。いずれかの立場を採るからには、その立場にもとづいて論理必然的にいわば自動的に要否が決定され、したがって自動的に決定されない方についてのみ吟味する必要がある、とはいえない。また、いずれの立場についてもそのように答が決定される、ともいえない。ここでも利益衡量が答を決定する。したがって、いずれの立場を採ろうと、そのこととは関係なく、この問題を吟味する必要がある。対抗要件の要否いかんは、善意者が保護をうけるについて影響するところが大きいのだから、この問題を論ずる実益もある、ということができる。この問題の帰結も、いずれの立場を採るかによって異なるべきだとも思われない。いずれの立場を採ろうと、保護されるべき善意者が、第三債務者あるいは他の保護されるべき善意者（「特約」の効力制限論のもとでは、保護されるべき悪意者も加えられねばならない）に対して有する関係に差異があるとは解されないからである。

なお、右の問題を論ずる必要ないし実益の程度には、いずれの立場を採るかによって、差異がある。というのはこうである。「特約」の効力制限論においては、悪意者といえども保護をうける場合が多く、対抗要件の要否という問題はかかる場合の悪意者についても検討されねばならない(対抗要件の要否についての帰結は、保護をうけるべき悪意者と保護をうけるべき善意者とで差がないと解する。いずれにせよ、第三債務者、保護をうけるべき他の善意者・悪意者に対する関係は同一だからである)。しかるに、従来の見解に依拠する場合には、対抗要件の要否は保護をうけるべき善意者についてのみ検討すれば足る。善意についての無過失の要否という問題の場合とは逆に、対抗要件の要否という問題については、問題検討の必要ないし実益の程度は、「特約」の効力制限論を採る方が、従来の見解を採るよりも大きいということになる。

(六)本章では以下の議論(一つの表見責任論[3])を、悪意者の処遇に関して「特約」の効力制限論、従来の見解のいずれを採るかを度外視して、展開する。筆者によれば、善意者の処遇決定についての答の決め手はこれらの理論ではなく利益衡量であり、そしてその利益衡量の作業内容は、いずれの立場を採ろうと同一だからである。本章で以下展開する議論は、いずれの立場にとっても、善意者の処遇いかんに関する限り、あてはまるものである。そして、無過失要否の問題(これが本章の中心問題である)に関していえば、その検討の必要ないし実益は――(四)で述べたごとく――従来の見解を採る場合の方が大きいものなのである。

(1) 「特約」付の債権が転々譲渡された場合、悪意者(直接の譲受人)から譲受けた善意者も保護されると判示した判例がある(大判昭和一三年五月一四日民集一七巻一一号九三二頁)。この場合の保護されるべき転得者がたんなる善意者でたるか、それとも、無過失を要するかも一つの問題ではある(林千衛・判民昭和一三年度六二事件評釈は無過失を要するとする。我妻・新訂債権総論五二四頁も同旨。岩田・判批・法学新報四八巻一二号一〇五頁は無重過失を要すると主張するようにもうけとれる)

が、それは転得者の場合に限った問題ではない。転得者が登場する場合の固有の問題は、いわゆる相対説（紛争当事者となった者が善意者であればそれを個別的に保護する）か絶対説（一旦善意者が登場したならば、以後登場する者は悪意者といえども保護する）かの問題である。民法四六六条二項に関しては、この点について判例も見当らず、学説もはっきりしない（ただし、近藤＝柚木・前掲書三六六頁は絶対説を採る）。前掲大判に対する評釈、判批（右に掲げたもののほか勝本・民商八巻五号九〇九頁）も判決には賛成しているけれども、相対説か絶対説かは必ずしもはっきりしない（ただ、岩田・前掲判批一一一―一一二頁は、善意者は相手方の悪意によって善意者たる保護を失わず、反面、悪意者は他人に対する善意の保護を利用して自己の悪意より生ずる結果を回避しえない、とするところからすれば、相対説を採るということができようか）。

相対説か絶対説かという問題は、四六六条二項但書についてのみならず、すでに指摘があるように（星野・法協八二巻三号四三二頁以下、幾代・前掲書二五九頁注(四)四宮・前掲・総則八七頁。岩田・前掲判批・法学新報四八巻一二号一〇八頁以下参照）、虚偽表示、詐欺、表見代理、即時取得などの規定についても存する問題である。当面の筆者としては、すくなくとも民法四六六条二項但書については、相対説を採りたい。しかし、この問題は――むろん各規定の特殊性を考慮にいれるが――類似規定との比較、総合判断を要するので、確言を留保したい。筆者によれば、理論上はともかく、悪意者が偶然善意者が先行したことで保護されること、わら人形を介在させて保護をうけることにもなりかねない（絶対説）のは妥当でない（即時取得に関し、鈴木竹雄・判民昭和一三年度一一一事件評釈は注目に値いする）。他方、相対説を貫くと法的安定を害なうおそれがある（虚偽表示に関し柚木・判例民法総論下巻一二八頁、同じく幾代・前掲書二五八頁注(四)、）。相対説を貫きつつ、第三者（善意悪意を問わず）に対する本人（虚偽表示・即時取得の場合の真の権利者、「特約」付債権の譲渡の場合の第三債務者のごとし）の追及権をなるべく早く（それも転得者に対すると限らず、直接の譲受人に対する関係でも）消滅させる法律論を考えるべきであろう（利用を考えてみるべき規定の一つとしては信託法三三条をあげうる）。他に売主担保責任の問題もある。将来の課題としたい。

(2) ここで若干説明しておくことが便宜かも知れない。あるいは次のようなことがいわれるかも知れぬ。「特約」の効力制限論によれば、例外的な場合（三(2)(ロ)(iii)）を除けば、悪意者でも保護される。この立場のもとでは、「特約」の存在について、譲受人は、ほとんどの場合に、神経質になる必要がない。この立場は、たとえ「特約」が存していても、ほとんどの場合に、譲受人を保護することにしているからには、「特約」存否について気を使えと譲受人に要求するものではない、ともいえそうである。それゆえ、例外的に「特約」が悪意者に対し効力を発揮する場合に、善意者保護の要件（無過失の要否）が問題となるとしても、

無過失まで必要と解すべきではなく、無重過失必要という限度に止まるべきであろう。すなわち、職業、年令、地位、その場の具体的事情その他諸般の事情を加味して、通常人ならば当然——あえて調査までしないでも——気がついてしかるべきであったのに気づかなかったという場合には、保護を拒否されるべきであるが、さもなければ保護されるべきである、と。しかし、この無重過失必要という結論は、「特約」の効力制限論から論理必然に出てくるといえず(詳論しないが、無重過失不要も、無過失必要も導きうるであろう)、同じ結論は、悪意者処遇についての従来の見解のもとでも採られうるのである。無過失要否については、悪意者処遇についてどのような立場を採るかは決め手にならない。本文(2)においては、無重過失必要という結論を採用しているけれども、その場合、悪意者処遇についていかなる立場を採るかは度外視しているのである。

(3) 「特約」の効力制限論を前提する議論を表見責任論(あるいは表見法理)といえるかどうか。表見責任を問題とする場合には、悪意者を全面的に排斥することが前提とされてきている(ただし、悪意者への債権譲渡も取立委任と解される場合には取立委任として効力を認められてしかるべきである——近藤=柚木・前掲書三六六頁)。この点からいえば、筆者の議論を表見責任論の一つというのは無理であろう。しかし、取引安全保護を目的として、外観を信頼した善意者を保護する立場を表見責任論と呼ぶならば、筆者もまたその立場に立つからには、悪意者処遇について「特約」の効力制限論を主張するにしても、善意者処遇に関する限り、表見責任論の一つだと主張するのに妨げあるまい。要するに問題は、表見責任論という言葉の用語法の問題である。

もっとも、こうはいえよう。「特約」の効力制限論を前提するのであれば、善意者についてもその考え方を推及すべきである。すなわち、取引安全の利益をその一事のみによって対立する利益に優先させるべきでなく、悪意者の場合と同様に利益比較により答を決すべきである、と。筆者もこの議論に賛成するが、当面、善意者の取引安全を圧倒する利益を見出しえないので、結論的には、善意者の取引安全の利益がつねに保護されることに帰着し、したがって表見責任論を採用していると称してもよかろうと考える次第なのである。「特約」の効力制限論は、右の議論のように、善意者についても推及されうるものであり、善意者保護についても、外観信頼保護を目的とする表見責任論とは異質の考え方を導入する可能性を秘めているように思われる。しかし、当面は、筆者の立場も、表見責任論の一つと自称しておきたい。

(2) 善意は無過失を要するか

(イ)判例――この問題に関する最上級審判例は見当らない。下級審判例は数件存する。それらの事案（強制的でなく任意に移転・拘束設定したものに限る）は、譲渡の事案であったりあるいは質入の事案であったりする（債権は銀行預金債権に限るものではない。「特約」も単純な譲渡禁止であったり、第三債務者の承諾を条件に譲渡しうるとするものであったりする）が、ここでの問題に対する態度としては、次の二種に分けることができる。すなわち、基準時点を譲受（質入）時にとって、①問題の第三者が「特約」の存在を知りうべき状態におかれていた場合には――別段の事情がない限り――悪意を推定して保護を拒否する②それに止まらず、加えて、かりに善意であっても――民法四六六条二項但書は表見的事実への信頼を保護することを目的とするのであるが――信頼に無過失を要求するのは民法の建前といえるから、第三者が保護されるためには無過失を要するとし、当該第三者は「特約」存在を知らなかったことにつき過失がある、と説く。件数としては①に止まるものの方が多い。(1)

「特約」存在を知りうべき状態におかれていたと認定されるないしは過失ありとの認定がされる、に当って考慮される要素としては、次のごときものを挙げることができる。すなわち、債権証書がありその紙上に「特約」が印刷されていたことそしてそれは銀行取引上顕著な事実であること、債権証書の交付をうけていたこと、銀行取引の経験があったと認められたこと（この銀行取引の経験ありと認めるにつき、大学教授であることを推定の基礎にするものがある）、「特約」をふくむ普通取引約款を用いて取引する第三債務者と従来取引をしてきたこと、その他、銀行取引の経験のない者でもいやしくも無記名定期預金債権を譲受ける者は証書の存在を知っていると推定するのが相当であること、銀行取引の経験がない者でも、一個人で多額の債権を譲受けるにさいしては、証書の存在を確認し「特約」の存否を調べるべきではないか、というような考慮。これらの要素が数個相関連しあって結論を導いていることはむろんである。

右にみたような①の考え方と②の考え方とでは差が生ずるように思われる。前者では、知りうべき状態の存在から悪意を推定するゆえに、第三者の側で知りうべき状態になかったこと(たとえば証書が終始第三債務者の手中に保管されていた場合)を主張立証して——善意だとされて——保護されることになる。これに対して後者では、それだけでは保護されず、無過失が要求されることになる。しかし、一応このようにいえるけれども、たとえば証書を現実に見ていないとしても、銀行取引の場合のごとく「特約」の周知されていること(その他の補強材料をも加味して)を考慮すれば、悪意が推定(認定)される場合が多く、結局、前者においても保護されないという結論が多くなるに相違ない。かようにみれば、無過失の要否を論ずる実益はあまりないといえるであろう。それにしても、経済取引の実情に暗く、かつ、銀行取引など一度も経験したことのない第三者が登場し、悪意を推定することが無理な場合もないとはいえない(たとえば大学教授だからといって銀行取引の経験者で悪意者だと推定[2]するのは問題である)。かような場合に、二つの考え方のいずれをとるかによって、差が生ずる可能性がある。すなわち、前者においては第三者は保護されるけれども、後者においては、過失の有無を問題とすることにより、保護が肯定されたり否定されたりするからである[3]。

(ロ)学説——無過失の要否についての学説は次の三種に分かれる。①無過失必要説——民法四六六条二項但書は表見的事実への信頼を保護して取引の安全をはかる制度であることを理由とする[4]。②理由を示さないで、善意につき過失ある第三者に対しても「特約」を対抗しえないと説くもの(無過失不要説)[5]。おそらくは文理を一根拠とするのであろうが、文理以外の根拠は知るべくもない。③善意に無過失を要するかどうかについて何ら言及しないもの[6]。この立場は無過失不要を説くのであろうか。その根拠——これも文理を一根拠とするのであろうが——は何か。③のごとき立場もあるので、学説の内容ははっきりしているとは必ずしもいえないけれども[7]、結論のみをとり出せば、無過失必

要説と不要説とに分けうる。（無重過失を問題とする余地もあるが、学説は――判例も――明確でない）。

（1）①に属するものとしては、長野地判大正四年一月一一日評論四巻民法七二八頁、東京地判大正七年六月二八日新聞一四三四号一七頁、東京地判大正一一年三月一五日新聞一九七八頁、京都地判昭和一三年五月二〇日法律新報五一〇号二六頁、東京地判昭和三一年一一月一〇日判タ六六号九四頁、東京高判昭和三二年一月一六日金法一三二号四頁（善意と認定した例）、山形地判昭和三四年一〇月一二日金法二二七号四頁。これらの判例は保護を与えられるには善意であれば足ると考えているともうけとれるが、他方、過失の問題に言及しないだけであって、別段の事情が認められて善意だと解される場合には無過失を問題にするともうけとれる。そうであれば①②の差はなくなる。②に属するものとしては、東京地判昭和二九年一一月一二日判時五三号一七頁（民法四六六条二項但書は表見責任の規定であって、表見責任をみとめるには無過失を要すると明言する）、東京地判昭和四二年七月一一日金法四八五号三三頁（この判決は表見責任を云々はしていないが、おそらくは直前に掲げる東京地判と同旨なのであろう）。この最後の判例の事案は、三八九三万余円の無記名定期預金債権の譲渡をうけた大学教授がその支払を銀行に請求したものであるが、預金証書は終始銀行に保管されており交付されたことはなく、その大学教授も右証書の存在を確認したことはなかったというものである。裁判所は、預金証書の交付されないことに疑いをもち、なんらかの方法で証書の存在を確認しかつ「特約」の記載の有無を確認すべきものであって、ことに本件のごとく一個人が三八九三万余円の債権を譲受けるにさいしてはなおさらである、とし、そのような手続をしていない点に過失があったと判示している。この判示の表現の仕方からすれば、重過失ありといわぬばかりである。

（2）前注に掲げた東京地判昭和四二年七月一一日参照。

（3）立証責任についての判例の見解はこうである。「特約」の効力を主張する第三債務者が、「特約」の存在ならびに第三者の悪意を立証する負担を負う（大判明治三八年二月二八日民録一一輯二七八頁。なお、大津地判年月日不詳新聞三一三号（明治三八年一〇月三〇日発行）九頁、村上・立証責任に関する裁判例の総合的研究・司法研究報告書一四輯三号一一二頁参照）。立証責任の分配がこのように考えられているとしても、訴訟の実際においては、本文で述べたように、悪意の推定がなされ、第三者の方でそれをくつがえしえないために、結局保護されないことに帰着する場合が多いといえる。善意には無過失を要すると解する場合の立証責任の分配について判例の見解は明らかではない。筆者のように、債権譲渡自由の原則性を強調する立場からすれ

ば、判例の悪意立証についての右見解は第三者に有利な分配方式であるから、賛成すべきこととなる。

(4) 我妻・新訂債権総論五二四頁、林前掲・判民昭和一三年度六二事件評釈。勝本・前掲判批・民商八巻五号四六三頁は、「特約」の効力が物権的であることを論じ、一般の物権におけると異なり、抽象的な、当事者においてその内容を自由に定められるところの債権を譲受けんとする第三者は、譲受けにさいして充分当事者につき内容を調査すべきが当然だ、とする。これよりすれば無過失必要説といってよいであろう。

(5) 近藤＝柚木・前掲書三六七頁。

(6) 於保・債権総論(新版)三〇四頁、柚木＝高木・判例債権法総論三五二―三五三頁、岡松・民法理由(下)二二四頁。於保前掲書が債権証書に「特約」の記載があれば第三者の悪意が推定されるとし、過失を問題としていないことからすれば、無過失不要の立場を採るのであろうか。それとも右推定がくつがえった場合にはあらためて過失を問題にするのであろうか。

(7) なお、必らずしもはっきりはしないが、岩田・判批・法学新報四八巻一二号一〇五頁は無重過失を要すると主張するともみらる((1)注(1)参照)。立証責任についてもすべての学説が言及しているわけではない。別に異論もないところからすれば、おそらくは、注(3)で述べた判例の見解(悪意についての立証負担)を支持するのであろう(柚木＝高木・前掲書三五三頁は判例の見解を正しいとする)。林・前掲評釈は、悪意立証について判例の見解に賛成し、過失の立証責任もまた第三債務者にあるとする。筆者もこれに賛成する。立証負担が第三債務者にあると解しても、推定の余地を認めうることはむろんである。債権証書に「特約」の記載がある場合には、第三者の悪意が推定される(於保・前掲書三〇四頁)、すくなくとも過失が推定される(我妻・新訂債権総論五二四頁)、というべきである。

(ハ)従来の見解は右(イ)(ロ)にみたごとくである。悪意と認定するのが無理な場合があり、さりとて、善意者即ち救済さるべしとも必ずしもいえない(第三債務者の利益を考慮する必要があるから)ので、善意者について保護を与える要件を考える必要がある。そしてその場合、筆者の見解も(ロ)①の見解と基本的には同方向を志向する。すなわち、筆者もまた、「特約」の善意者に対する関係の法的処理を、表見責任の観点からとり扱おうとするのである。その内容は次の(ニ)において展開することとし、この場では従来の見解に対する不満を述べておきたい。その不満とは次の二点で

ある。

まず第一に、無過失必要あるいは不要と説かれているけれども、その意味は何か。無過失が必要といっても、果して、その字義通り、軽過失も許さないのか。無過失不要といっても、重過失までも許容するのか。それぞれの根拠は何か。この点については、従来――むろん民法四六六条二項但書についてのことであるが――論じられてこなかった。[1] この点に関し議論をする必要がある。

第二に、表見責任の観点から問題を考えるにしても、表見責任ゆえに無過失必要（この意味が問題であることは右に述べた）と直ちにいえるかどうか。この点についてもまた、従来、立ち入った議論がなされてこなかった。この点については、類似の規定をも参考にしながら、検討する必要がある。

或る規定（表見責任に関する規定）について無過失要否（及び無過失の意味内容）を決定するにさいして、どのように考えたらよいか。条文の文理が無過失を要求していなくても無過失必要と解される場合がある（この場合無過失の意味も問題になる）ことむろんであり、さらにいえば、無過失必要となっていてもその意味が問題であり、無重過失必要とも解しうるのである。[2] 条文の文理も決め手とは必ずしもなりがたい。周知のように、表見責任の成否は、第三者側・本人（表見責任の帰属が問題となる者を便宜上本人と呼ぶことにする）側双方の事情およびその他の事情の比較衡量によって決定される。それゆえ、第三者の側に無過失を要求すべきや否や（要求するとしてその内容いかに）は、本人側の事情その他の事情に依存するといってよい。しからば、それらの事情とは何か。ここでは表見責任論一般を問題とするのではないから、以下述べるところが網羅的であるとの断言を留保して、一応述べるに止める。

右にいうところの事情とはこうである。(A)問題の規定のもとで本人が表見責任を負わされた場合に本人の失なうことあるべき財産は何か。動産に限るか。不動産を失なうことがあるか。債権を失ない、求償権を取得するといっても

実際上はほとんど期待しえないといえるか。表見責任を負わされても――「特約」付の債権が譲渡された場合の第三債務者が債務をだれに履行しようと結局は債務を免れるように――財産の得喪そのものにはあまり影響がないかどうか。(B)本人の外観作出・存続についての帰責事由の有無・程度。これについては、(B_1)外観作出への関与度、(B_2)本人が不実の表見人を見損なったといえるかどうか、(B_3)本人は全くの被害者といい切れるか。(C)たとえば同じく所有者らしい外観にしても、それが実体を伴なう法律行為(たとえば賃貸)によって作出されたものか、それとも、真実をかくすためにしたたんなる名義借用の結果にすぎないのか。(D)表見人が通常――定型的に――権利(限)あるとみられる者か否か。(E)取引の迅速性の要求その他第三者の側に調査を期待することが困難であるかどうか。(F)無過失要否のほかに利益調節の手段として利用しうる法技術があるか(登記具備の要否、立証責任の分配のごとし)。(G)類似の事態の法的処理(条文、判例)との均衡。(H)民事取引か商事取引か。換言すれば、一般的にいって取引安全を静的安全に優先させるべき種類の取引に属するか。(I)条文の文理。(J)立法者意思の探求。[3]

無過失要否の決定にさいし考慮さるべき事情ないし要素としては右にみたごときものを一応挙げることができる(最終結論はこれらの因子にしかるべくウェイトをつけ総合判断することから出されるというしかない)。[4]具体的ケースにおいて、第三者が無過失であったか否か(それを判定するさいの判断基準いかん)は、次の段階の問題ともいうべきである。この場では、その前段階とでもいうべき問題をとりあげたのである。

(1) 民法における善意、無過失、正当理由の意味について論ずる必要があるとし、他の条文(民四六六条二項以外)について論じているものとしては、星野・判例評釈・判民昭和三八年度四〇事件・民事判例研究第2巻1・二九―三〇頁。同・民法概論1五三頁も参照。

(2) 条文上は善意とのみ規定し無過失を要求していない場合について、解釈上善意無過失が要求されていることが多いのは逐一例

示するまでもあるまい。前注引用の星野・概論・五三頁のほか、同・時効に関する覚書㈠法協八六巻六号六三五頁注㈡㈢参照。これに対し、条文上無過失を要求していても、これを無重過失と解する余地があることについて後述㈡⑤注(10)、次々注(4)四八〇条について述べるところを参照。

(3) この点については前注(1)掲載の文献を参照。

(4) 条文上或る場合には善意のみ、或る場合には善意無過失を必要とすると規定するのはなぜか。一個所に善意無過失と規定したならば他の個所にも同じく規定しなくてはなるまい。むしろ、過失ある者は保護せずというようなことはことさら規定しなくても当然のことではないか。規定するのは無用である。かような議論が現行民法一一二条に相当する条文（原案一一四条）が審議された法典調査会においてなされた（同議事速記録一巻二三三―二三五頁）。富井博士の答弁は、現行一一二条に関しては、無過失を要求することによって、度をこえて第三者が保護されるのを防ぐことを目的とするにある、という以外には実質的なものをふくんでいないようにうけとれる。

表見責任だからといって直ちに善意無過失といえるわけでないことはむろんであって、個別的に検討すべきである。たとえば一〇九条については、第三者が悪意でもよい（岡松・民法理由(上)二四四頁）とまでいうのは妥当でないにしても、自から外観を表示した本人の帰責は大きく、第三者に無過失を要求する資格などなく、せいぜい無重過失必要というところが限度であろう（同様なことは九三条但書についてもいえる）。一一〇条の正当理由については、これを善意無過失というべきでなく、要は本人第三者側の双方の事情を比較して正当理由の有無がきまるというべきであって、場合によっては第三者側に過失があっても、なお正当理由ありと解すべきである（後述㈡⑤注(6)末尾参照）。表見代理の各規定について相手方保護の程度に段階があることについて椿・注釈民法(4)一九〇頁、於保・民法総則講義二三七頁。九四条二項については後述する(④)とおり、善意無過失と解すべきだとは限らない。四七八条については、準占有なる外観作出につき真の債権者の帰責ある場合のみ（たとえば保管がずさんで債権証書と印を盗まれたとか、盗まれてから届出するのを怠っていたとか）弁済者を保護することにするべきだ（真の権利者の過失なく全く関知しない間に債権証書・印を偽造行使されたような場合には弁済者は保護されない）と筆者は解する（真の権利者の帰責を問題にする考え方につき、三宅・判例評釈・判民昭和一六年度六〇事件、篠塚＝柳田・準占有と代理資格の詐称・判タ一三九号六―七頁、篠塚・判批・民商四八巻六号五一頁、沢井・注釈民法(12)八七頁、一二一頁参照）。このことを前提にして考えると、他方、弁済という取引は日常ひんぱんに行なわれ、かつ、迅速に行なわれることを要請されていることをも考慮する

と、弁済者に対し無過失まで要求するべきかどうかは疑わしく、むしろ無重過失を要求する(くわしい調査不要)ぐらいのところが限度であろう(真の債権者にとって事実上債権を失なうにひとしくなるにしても。この点は判例・学説については右に掲げた沢井・九〇頁を参照)。ところで、四八〇条においては無過失が明文上要求されている。受取証書の持参人へ弁済することと債権の準占有者へ弁済することとで異なった処理の仕方をすべきだとは思えない。そうすると、四八〇条で無過失が必要とされることとの権衡上四七八条でも無過失が必要ということになろうか。しかし、むしろ逆のようにも思える。四八〇条のいう無過失とは無重過失の意味に解するべきである。四八〇条の場合にも債権者の帰責事由を問題にし、帰責事由ある場合にのみ(たとえば、彼の全く関知しない間に偽造されて行使された場合には弁済者は保護されない。盗難にあったような場合には保管の落度を推定して弁済者の保護をはかるべきである。偽造と盗難(拾得)の場合をいかに扱うべきかについては、立法の過程で議論が対立した――法典調査会議事速記録二〇巻九五丁以下参照)、弁済者の保護を問題とするべきである。かように考えると、四七八条の場合と同様に、無重過失必要という結論に落ちつくように思われる。条文上無過失必要になっていても、条文の趣旨、予定する取引の型等々からその意味を決定するべきであって、四八〇条についても同様のことがいえる。無重過失――くわしい調査不要――というだけでは実際問題を解決するうえでの基準としては不十分である。関係者の職業、地位、慣行その他を考慮して基準を決定するしかない。ここでは、条文の文言との関係上、いかに解すべきかについて述べたまでである。

(二)民法四六六条二項但書の場合、善意は無過失を要するか。以下、この問題を、①信頼の基礎としての外観、②外観作出・存続についての本人の帰責、③無過失の要否、の三個に分けて、順次吟味していきたい。

①信頼の基礎としての外観。表見責任が問題となる場合に、第三者が信頼の基礎とした外観には何らかの制約があってしかるべきではないか。表見責任が問題となりうる外観としては、「通用性ある外観」とでもいうべき外観が考えられるべきである。すなわち、銀行取引の世界とか或種製品の取引の世界とかに狭く限ることなく、そのような世界もふくめてより一そう広く一般的に、取引社会の通常人の通念上、権利(当面の問題は債権)の表象として当然想起されるような権利表象、あるいは換言して、権利表象として広く取引社会の人々の間に通用するような態様の外観

――かような外観を「通用性ある外観」と呼ぶことにする――、かような外観が考えられるべきである。「通用性ある外観」としては、たとえば不動産所有権の存在につき登記あるいは売買証書と占有、建物賃借権の存在につき登記あるいは賃借証書と占有[1]、指名債権の存在（四六六条一項を介して譲渡性も。以下同じ）につき債権証書を挙げうる。

表見責任の目的からすれば、取引の過程での外観信頼が問題となってしかるべきであって、したがって、信頼の基礎たりうる外観も「通用性ある外観」に限られるべきである。かような外観こそが表見責任検討の出発点をなすべきものである。

「通用性ある外観」にもみたない外観を信頼しても、表見責任を検討する適格性を欠くというべきである。そのような外観としては、たとえば次のような場合を挙げうる。甲（債権者）乙（債務者）間で証書を作成しておらず、「特約」は存在するけれどもそれをうかがわせる書面もない。甲が丙へ債権譲渡するにさいして、甲は丙に対し「特約」は存しないから安心せよと述べたのみである。その言（のみ）を信じて丙が債権を譲受けたような場合。甲乙間で証書を作成し、証書には「特約」も記載しておいた。甲が証書を保管し譲受人丙に対して一度も見せることなくまた交付もしないで、「特約」はないから安心せよとのみ申し聞かせたにすぎない。丙がその言のみを信じて譲受けた場合。

右のようないわば不足な外観を第三者が信頼した場合には、そのことについての過失の有無をそもそも問題とするまでもなく、また、そのような外観作出についての本人の帰責の有無も問題とするまでもなく、その第三者は表見責任の適用外におかれ保護されない、というべきである[2]。「特約」付の債権の譲渡についていえば、第三者は「特約」を対抗されることになる。

一切の外観を適格性あるものとして、しかる後に、第三者の過失の有無を問題とし、過失ある場合には保護しないという考え方もありうる。この考え方によっても、「通用性ある外観」でない外観を信頼した者は多くの場合において

過失ありとの認定をうけ保護されないことになる(これらの者に対しては保護を拒否する)であろうから、[3] 結果においては私見による場合と同様な結果に落着すると思われる。しかし、結論はともかく、理論的には、私見のように解するべきだと考える。表見責任制度の目的にてらして、信頼の基礎たりえない外観は、はじめから考察外に置かれるべきだからである。

信頼の基礎たる外観としては「通用性ある外観」を必要と解した場合、指名債権の存在については債権証書がそれだと前述したが、おそらく指名債権の存在についてはこれ以外にはあるまい。指名債権の存在についての「通用性ある外観」としては債権証書であり、「特約」の記載の有無を問わない。記載の有無不問という点について若干説明を施しておこう。証書に「特約」の記載は細かくなされているにしても、当該取引の世界(たとえば銀行取引の分野)では「特約」記載あることは周知であるという場合には、かような外観はもはや「通用性ある外観」とはいえず、第三者の過失の有無を問わず、第三者は保護の圏外に置かれるべきだという考え方も生じうる。しかしこの考え方には賛成しえない。というわけはこうである。たとえば、銀行取引にうとくかつ金額も比較的小額なために証書を十分に調べはしなかった者(証書を一べつしただけで譲渡人に預けておいたとか、別の者に保管させたとかした)とか、記載が大きくはっきりされている場合にも、問題の債権の金額もさほど大きいものでもなく、かつ、同一人からする以前からの譲受には「特約」が存したことは一度もなかったという事情があったところから証書の記載に注意を払っていなかった者(それゆえ証書の記載内容をほとんど見もしないで直ちに譲渡人へ預けておいたとか、別の者の保管にまかせたとかした)とか、かような者の存在を考慮した場合には、そもそもシャット・アウトという処理の仕方が妥当かどうか疑わしい。むしろ、これらの場合にも、「通用性ある外観」あり(かつ、善意者である)とし、つまり、一応表見責任の適用を考慮する候補とし、結論を決定する余地を残すのが妥当である(最終結論は善意には無過失を要す

るか否かに、もし要すると解した場合には過失の有無の判断に、依存することになる)。かような次第であるから、「通用性ある外観」とは、相当注意力のある人が注意を働かせても権利ありと信頼してしまうこともあるような外観(「特約」記載のない証書とか、記載はあるが細かな文字でされていて、かつ、当該取引の分野でも「特約」存在は周知でない場合とか)に限るものでない、というべきである。

(1) 建物賃借権の不存在(消滅)については、登記および占有のいずれにおいても、賃借権不存在(消滅)の外観があることを要するというべきであろう。建物賃借権の対抗要件には登記のみならず占有移転もなりうるからである(最判昭和四七年二月二四日民集二六巻一号一四六頁、田中実・判評一六三号一二六頁参照)。

(2) レヒツシャイン理論として説かれるところである。シンポジウム・表見代理・私法二六号四八—四九頁(加藤勝郎発言)、喜多・レヒツシャイン法理の課題——外観法理の研究序説——商学討究二巻三号三七七頁参照。

(3) 四宮・民法総則一七九—一八〇頁、同判例評釈判民昭和一三年度二二事件、同・虚偽表示民法演習I一二三頁。

②外観作出・存続についての本人の帰責。「通用性ある外観」が問題となっている場合について、次いで問題となるのは本人の帰責の有無である。表見責任を肯定するための要件の一つとして、本人の帰責が要求されてしかるべきである。[1] 当面の問題に即していえば、債権証書が存在して一見完全な債権が存在しているかのごとく見えるにもかかわらず、実は譲渡性が欠如している、かように実体とずれた外観の作出・存続につき、本人(第三債務者)がなんらかの形で与かっていて、それがために、責任を負わせるのが妥当だ(さらに、負わされても致し方ない)といえるかどうかが問題である。

右の問題については次のように考えることができる。甲(債権者)乙(債務者)の間に債権証書が作られ、そのうえ、甲乙合意によって「特約」がなされた結果、ここに実体と適合していない外観が作出・存続せしめられるに至っ

た。この外観を信頼して甲から債権を譲受けた丙と乙(第三債務者)との関係は、あたかも虚偽表示における真の権利者と第三者との関係に類比しうる。[2] 乙は外観作出に与かっている。「特約」が合意でなされる点は通謀に該当するということができよう。乙は甲と相はかって世人をして誤らしめるようなことを仕出かした以上、誤らしめられた者に対して責任を負うこともやむをえない。また、乙は不実な表見人に該当する甲にしてやられたことになる(債務不履行)が、これも乙が甲の人物を十分に吟味しなかったところに帰着するのであって、乙としては致し方ないというべきである。というわけはこうである。「特約」したとはいうものの甲は債権者に相違ない(この点が実体的権利を全く伴なわせず名義のみを付与しようとして企てられた場合の虚偽表示とは異なる)。そして、債権者にとって不利・不便な――このようなことはおそらく一見して明らかであろう――「特約」をあえて締結しかつ忠実に遵守してくれる人物がたやすく見出せるとは思えない。乙としては、甲の人物につき十分に吟味して「特約」を締結すべきであったのである。[3]

ところで、証書に「特約」の記載があり、そのことは当該取引の世界(たとえば銀行取引の分野)では周知の事実であるような場合には、外観と実体との一致があり、かつ、そのことが周知なのだから、そもそも乙には帰責なし、したがって乙は表見責任の圏外にあり、第三者は保護されない、ということができるか。周知といっても銀行取引に明るい者にはしかりといえても、銀行取引に暗い者にとってはそのようにはいえない。現在の約款のように細かい文字で記載され(それも他の諸条項とともに)ている場合に、記載ありの一事でもって、もはや第三者を一切保護せずとの結論を下すのは果して妥当な結果を保証しうるだろうか。銀行取引の約款上「特約」が細かいとはいえない文字で目につきやすく記載されているといえる場合があるとしても、銀行取引にうとく、金額も僅小なこともあって、特に注意をして証書の内容を見てもいなかった者(証書があるというだけで安心し、証書内容を見もしないで証書を譲

渡人に預けておいた者）の存在が考えられる。かような者についても、記載ありとの一事をもって保護を拒否することは問題である。これらの者を顧慮すれば、「通用性ある外観」が一応あるとし、かつ、さような外観の作出・存続につき本人（第三債務者）の帰責も未だあると解したうえで、さらに検討を加えて保護を与える与えないを決定する余地を残しておくのが妥当であろう。ということは、過失を問題にすることである。その場合、第三者保護の要件としては善意のみで十分であるとするか（この場合には悪意推定によって第三者から保護を奪うことが考えられる。推定がくつがえされる場合、推定しえない場合には、保護されるのでありそれ以上過失を検討する益はない）、あるいは、無過失を必要とすると解するか、によって最終的な答が決定される。

（1）表見代理について説かれるところが参考になる。たとえば、四宮・前掲書二六七頁、幾代前掲書三七〇頁、星野・民法概論Ⅰ二二四頁、長尾・表見代理論序説五二―五三頁。

（2）林・前掲判例評釈・判民昭和一三年度六二事件。

（3）しかし、若干問題がなくはない。十分に人物を吟味したがなお甲が約束を破ったという場合もありうる。筆者はそのような場合でも善意の第三者は保護されるべきだと考えるけれどもそのさいの責任の基礎づけはどうなるか。譲渡性ありとされている債権についてわざわざそうでない状態（世人を誤らせるような状態）を作出した以上（一種の危険を作出した）、そこから生じるリスクは負担せよとでもいうべきであろうか。便利な制度を利用する以上、そこから生じるリスク負担に任ぜよ、とでもいうべきであろうか（一一〇条についての於保・民法総則講義二三八頁の説明―本人が原因を与えたこと不要。有用な手段を利用する者はその危険もうける―が参考となる）。

③無過失の要否。[1] ①②をうけて善意者保護について吟味されるべき最後の要件は無過失の要否である。問題の要点は、善意の第三者と本人（債務者）との利益衡量である。債権者を甲、債務者を乙、債権の善意譲受人を丙として、以下、叙述を進める。

(a)どのような利益を追求するにせよ、とにかく、一見したところ、完全な(譲渡性のある)債権が存しているかのごとき外観が成立しており(それも乙があえて与って成立させたのである)、他方、民法が債権は譲渡性を有することを原則とする旨明言している(四六六条一項)ので、第三者丙が譲渡性あると思うのも無理からぬ面がある。乙は一応歩が悪いというべきである。なお付言すれば、一般的には、債権はその内容を自由に当事者間で定めうるものであって、譲受人は譲受にさいして内容を十分調べるべきだといえるけれども、譲渡性じたいに関しては、民法四六六条一項の存する以上、調査義務は、少なくとも一般の場合より軽減されるべきだ、ということができるであろう。

(b)・(i)民法四六六条二項但書の規定する関係は、他のどのような規定の予定する関係と似ているであろうか(類推の可能性があるか)。表見責任の規定についてみることにする。まず、五四条が考えられる(いわば定型的に表見人が権限を有するとされていてそれに対し内部的に制約を加える点において相似ている)けれども、同条が法人という団体を予定している点を重視しないにしても、四六六条二項但書の場合には相通じあってするという要素があるが五四条の場合、理事と相通じて代表権を制限するとはいえないであろう。この点が異なる。

次に、一〇九条が考えられる。この場合には、乙が甲に(代理人どころでない)債権者としての地位を認めたと表示されているが実は甲は債権者ではなかったというのであれば一〇九条と事態が似ているといえるにしても、そうではなくて、とにかく甲は債権者なのであり、たんにその譲渡権限を奪われているだけだという点において一〇九条の場合と異なる。しかし、譲渡権限がなければもはや実質上債権者ではないのだともいえなくはない、と考える余地もありうる。あるいはまた、完全な債権者だと表示しておきながら実は譲渡権限がないと考えれば一〇九条と似ているともいえなくない。いずれにしても、代理という形式の有無が異なるほか、実体とずれた外観作出について、一方では積極的に表見人が外観作出の合意(「特約」)に加わるのに対して、他方ではそのようなことはない点が異なる。

一一〇条はどうか。甲は基本代理権どころかそれ以上の債権そのものを有している、甲は債権譲渡を禁ぜられている意味において権限を限定されており、甲があえて処分したことは権限踰越行為をしたことに類比しうる。しかし、代理という形式の有無が異なるほかに、一方では外観作出に対し表見人が合意に加わっている（合意して実体と適合しない外観を作出している）のに対して、他方では、表見人は外観作出についてそのように積極的には関与しておらず、むしろ外観を本人から与えられたというべきであるという点が異なる。次に、一一二条は、四六六条二項但書の場合と類似性があるとは考えられない。代理権消滅になぞらえるべき関係が四六六条二項但書の場合には考えられないからである。次に一九二条はどうか。動産と債権との相違はあるにせよ、処分権限のない者が処分して善意者が登場し、動的安全と静的安全の調節が問題となる点は同じである。しかし、一九二条の場合には、結果的に実体に適合しない外観が呈されるにすぎないのに対して、四六六条二項但書の場合には、実体に適合しない外観を相通じあって作出するといいうる相違がある。次に、四七八条、四八〇条の場合は、四六六条二項但書の場合との間に類似性ありとは考えられない。というのは類似性よりも次のような相違が目立つからである。四八〇条の場合には弁済をする乙について善意・無過失が問題となるのに対し、四六六条二項但書の場合には善意・無過失は乙についてではなく譲受人丙について問題となる点が異なる。実体を伴なっているように見える外観は、四七八条、四八〇条にあっては丙にあるに対し、四六六条二項但書にあっては甲にあるのである。外観作出についての帰責は、前者にあっては甲に、後者にあっては乙について問題となる。表見責任を決定するにさいしてなされるべき利益衡量は、前者にあっては甲乙間においてなされ、後者にあっては乙丙間においてなされる。

最後に九四条二項と対比しよう。所有者乙が所有権移転の意思がないのに甲と相謀って売買を仮装し、所有者名義を甲としたところ、甲が目的物を丙へ処分したとする。このような虚偽表示の典型的な場合を想定する。表見人甲に

おいて実体と外観とが相伴なわず、その不一致は甲乙の合意に由来する。甲乙はあえて合意のうえ実体に適合しない外観を作出したわけである。四六六条二項但書の場合はどうかといえば、ここでも表見人＝債権者甲において実体と外観とが相伴なわず、そしてその不一致は甲乙の合意（「特約」）に由来する。甲乙はあえて「特約」を締結し、実体に合致しない外観を作出したといいうる。虚偽表示の場合は通常過大表示であり、他方、四六六条二項但書の場合は常に過大表示であるから、この点においても両者は通常一致する。いずれの場合にも、法律自から、善意の第三者を保護する旨明言している点でも両者は一致する。ところで、虚偽表示においては外観を作出した虚偽の合意は当事者間において――有効とする必要がないので――無効とされ（九四条一項）、これに対し、四六六条二項但書の場合に外観を作出した合意は当事者間において――有効とする必要があるので――有効である。このような差異は、当事者間の法律関係に関するものであって対第三者関係における差異ではないから、対第三者関係の処理の仕方に焦点をあわせて類似性を検討している当面においては、第一次的な重要性を有するものではない。

以上五四条等についてみたごとく、四六六条二項但書の予定する事態に類比しうる事態を規定する条文としては、五四条をはじめとして若干存する。いずれにしても四六六条二項但書と異なる面を有するが、しかしその差異が類比を拒否するきめ手ともなりがたい。とはいうものの差異にも程度のちがいはあり、類比するについて無理のすくないものは、おそらく九四条二項であろう。よって、以下四六六条二項但書について考察する場合に、九四条二項をひきあいに出すことが有益であろう。

(ii)九四条二項の「善意」について筆者は無重過失必要を主張する。その点の詳細は後述④に譲る。ここでの問題は、右主張を措定して、四六六条二項但書について考えた場合に、九四条二項と異なる処理をするべきかどうか、にある。さらにいえば、問題はこうである。九四条二項の場合と四六六条二項但書の場合において、第三者に対して要

求する要件を変更しなければならぬほど、本人（乙）側の帰責の度合が異なって評価されるべきか。

考慮すべき第一点はこうである。九四条二項の場合は過大表示（所有者でないのに所有者と表示）であれ過小表示（所有者なのに賃借人と表示）であれ、外観は実体と大きく不一致をきたしているのに対し、四六六条二項但書の場合は過大表示ではあるものの、債権者という外観を呈している甲は債権者であるには相違がないのであって、外観と実体との不一致の度合はより少ないのである。比喩的にいえば、前者にあっては、乙は大きな虚偽を作出し、後者にあっては、乙は小さな虚偽を作出したに止まり、乙の帰責の度合はいずれにおいて大きいかはいうまでもあるまい。

考慮すべき第二点はこうである。外観を作出する合意が九四条二項にあっては無効とされ、四六六条二項但書にあっては有効とされる。同じく外観を作出する合意をするといっても、前者のごとき合意（それは法の眼からみて当事者間の関係においてすらも助力の要なき合意とされている）の結果、第三者の登場を誘う場合と、後者のごとき合意（当事者間だけでのことにせよ、法が助力するとの評価を下している合意）の結果、第三者を誘い入れる場合とでは、後者の方が帰責がより一そうすくないのではあるまいか。さらに、前者の合意が往々執行免脱等とかく不法な目的のためになされるのに対して、後者の合意のされる目的についてはそのようなことはいえない。この点よりみても後者の方が帰責はすくないといえるであろう。

かようにみた場合、外観成立についての乙の帰責の度合は、九四条二項の場合よりも四六六条二項但書の場合の方がすくないといえるのであり、したがって第三者の側に前者が無重過失を要求するのであれば、後者は第三者に対する要求を強めて、無過失まで要求するべきことになってしかるべきではないか。

(c)右に述べた(b)(ii)からすれば四六六条二項但書については無過失必要（軽過失も不可）という結論が導かれることになるけれども、(a)も考慮に入れる必要がある。(a)は要するにこうである。(α)債権は原則として譲渡性があると法律

が定めていることから、丙としては譲渡性あると思っても無理からぬ、すくなくとも、一般に債権を取引する場合に要求されるほどの調査義務は要求されない、というべきである。(β)乙はわざわざ他人が誤りそうな、実体と一致しない外観を作出しておきながら第三者に対し注意を要求する資格はないはずである。(α)あるいは(β)から(α)および(β)ならなおさら)は、善意のみで足るといえなくもあるまい。この(a)もまた一理ある主張である。ところで右(β)は四六六条二項但書の場合より以上に——実体と外観との不一致の大きいところの——九四条二項にあてはまり、(b)(ii)において前提されていることである。そこで、(a)と(b)(ii)とをあわせ考慮する場合には(α)と(b)(ii)とを考慮すべきこととなる。そして、(b)(ii)に対して(α)をあわせ考慮すると、(b)(ii)をやや緩和して、無重過失必要という結論に落着するのが妥当であろう。

以上のほか次のようにもいいうるであろう。証券的債権と異なり指名債権については、流通の保障も——これを確保する必要はあるにしても——譲受人にどのような過失があろうと問わず善意でさえあればよいというほどにまで厚く確保する必要はないであろう。立法者意思は債権譲渡の自由の伸張に傾いていたと思われるけれども(二参照)、それにしてもどの程度まで伸張させるつもりかは、はっきりしていたわけでもないのである。[2] 立法者意思といってもここでは決め手にならない。他方、債務者側は「特約」して外観を作出したからには無過失まで要求する資格を欠くというべきであって、結局、無重過失必要またそれでたりるというべきであろう。

「特約」によって債務者の追求している利益を顧慮した場合、おそらくきわめて例外的にのみみられるといえる場合(三(2)(ロ)(iii))を別にして、圧倒的に多くの場合については、債務者にとっては何びとに弁済しようと債務履行の意味に変りはないのである。とすれば、悪意はともかくとしても(「特約」の効力制限論をさておく)、第三者は善意であればよく、過失があっても不問に付してかまわないであろう。しかし、「特約」によって追求されている利益を全く

無視し去るのも妥当でないので、その利益保護を考慮して、無重過失必要またそれでたりる、というべきであろう。右にいう例外的な場合にしても、債務履行の意味が変るといってももっぱら特殊＝主観的にのみそのように受けとれるにすぎない（おそらくよほど特殊な人物が意味が変ると思うのであり、普通人はそうは思うまい）のであって、そのような利益を追求するからといって善意の第三者に対して他の利益追求の場合以上に注意せよとは要求しえず、やはり、無重過失を要求しうるのが限度であろう。

(d)無重過失必要またそれでたる、といっても、それだけでは未だ実際問題を処理するには十分でないこというまでもない。重過失――当該第三者の職業、地位、年令、教養、経験、その他具体的事情にてらして、「特約」の存在にわざわざ調査するまでもなく（ないしはほんの一挙手一投足の労を費やすことで）当然気づいてしかるべきなのに気がつかなかったこと――といっても、その具体的内容は、取引の種類、譲受人の種類（個人か会社か、職業、地位、年令、教養等のごとし）証書記載の有無、態様といった要素の組合わせに応じて決定されるほかはない。ここではただ、そのような作業の前提をはっきりさせたのみである。なお、重過失ありとの立証責任は債務者が負担すべきものと解する。

(1)　二(9)「第三」(二)において筆者は善意のみでたりる旨を述べたけれども、もとよりそれは問題導入・可能性の一つとして述べたにすぎないのであり、後の吟味に、最終の結論はもちこされていたわけであって、結論はこの場(四)において決定するのである。

(2)立法者は無過失要否を問題としてとりあげてはいなかったことにつき二(9)「第三」(二)参照。立法者は善意か悪意かという区別だけで処理しうると考えていたとも思われる。というのは、立法者は債権証書に「特約」を記載しておけば善意の第三者は実際上ありえなくなるから、債権譲渡から生ずる弊害を封ずることができると述べているからである（二(7)参照）。

④九四条二項の「善意」と無過失の要否。先に、九四条二項の場合には無重過失必要と述べた。それゆえ、ここで説明を施しておかざるをえない。以下においては次の例を用いていくことにする。乙(不動産所有者)が所有権移転の意思なくして、甲と通謀して売買を仮装し、不動産所有名義を甲として移転登記を経由し、次いで甲が善意の第三者丙へ所有権を譲渡したとする。

(a)従来の見解をみれば、(i)無過失不要説——外形を信頼する者を保護する制度は無過失を要件とするのが原則だけれども、虚偽表示の場合は、自分で外形を作出した者が外形のとおりの責任を負うべき場合ゆえに無過失は必要でない。(1)(ii)無過失必要説——ひとくちにいえば関係者間の利益調節をはかるために無過失を要求することにするのである。その内容並びにそれに対する私見は便宜上次の(b)において述べる。

(b)(i)虚偽表示がなされるのは必ずしも不法な目的でなされるとは限らない。また、本人(真の権利者)の都合をはかってなされるとも限らず、表見人の都合のためになされる場合もある。しかし、虚偽表示がどのような目的・都合でなされようと、自から表見人と相通じて実体と適合しない外観を作出したからには、第三者の登場することは当然予想されることであり、そのさい、それを信頼した第三者に対してよく注意せよとはいえまい。そのようにいう前に、外観作出者は外観を撤回しておくべきなのである。本人乙にしてみれば、表見人甲に裏切られたわけであるが、財産名義を留保し代理権のみを付与したにすぎないのではなくて、財産名義そのものを託すからには、代理権授与の場合以上に人物を吟味すべきであって、それに裏切られたのは、しょせんは人の見損いとして致し方ないというべきである。(2)あるいは、十二分に吟味したといえる場合でも、あえて危険なこと(裏切りということがゼロなどとは保しがたく、一旦裏切られると財産を復帰させるのは困難である)にふみ切ったからには生じた危険は甘受するより仕方ないであろう。かようなわけで、私見としては、無過失不要説に基本的には賛成する。

(ii)眼を転じて無過失必要説をとりあげよう。(A)まず、第三者の純粋に具体的・個別的心理状態というきわめて偶然的な条件に結論が左右されるのは、基本的に妥当でない、と説かれる。[3] しかし、一般論としてきわめて偶然的な条件に結論が左右されるのは妥当でないとしても、すくなくとも虚偽表示の場合には致し方があるまい。わざわざ好んでいわば陥穴を掘った者が、落ちこんだ者に向って、よく注意して歩け、ということは許されまい。第三者がたまたま悪意であるがために免責されるというような場合は好運であるにすぎず、偶然による結果の回避を理由に善意者の側にも無過失を要求するべきだとはいえまい。いささか極論すれば、乙が自からの発意でもって外観を作出した以上は、悪意者に対しても自からの作出した外観どおりの責任を負わされてもともとだと覚悟すべきであり、まして善意者に対しては無過失を要求する資格を欠くというべきである。

(B)次に、九四条二項で保護をうけるには、第三者は登記その他の対抗要件を具備せよ、というのでない限り、第三者の無過失まで要求してはじめてきめ細かい法的処理が可能となる、とも説かれる。[4] 第三者丙が乙に対して権利を主張するについては登記を必要としない、と解するのが多数説であり、筆者もこれに賛成する。多数説の理由はこうである。乙は第三者を誤らせる危険を伴う虚偽の外形を故意に作出した者であって、不幸にしてこの危険が実現したら、それは自己の不明と軽卒によるものであり、丙の権利取得を否認しえない。[5] しかし、まさにこの理由、丙が誤らしめられたのは乙の不明と軽卒によることが、登記のない丙に対して無過失を要求することを阻止するものであろう。自からの不明・軽卒を棚上げして、第三者に無過失を求めるのは無理である。第三者丙が登記までも備えたからには備えない場合よりも一そう保護されるべきだ、とはいえるにしても、登記を備えないからといって無過失でなければ保護されえない、ということにはならない。

(C)次に、九四条二項の場合、第三者の信頼の基礎たる外観について別段の制限もない。この信頼の基礎たる外観が

対抗要件のように定型化された仮象に限られるというのなら格別、この点比較的緩やかに解する以上、第三者の無過失まで要求してはじめてきめ細かい法的処理が可能となる、と説かれる。[6] おそらく同旨であろうが、次のようにも説かれる。九四条二項は一種の表見法理であり、その理想からすれば第三者の信頼を正当とする外部的表象(不動産については登記、動産については占有、債権については証書)を信頼した者のみを保護すればたりる。表見法理について無過失を要求する条文(一一二条、一九二条等)、解釈(一〇九条、四七八条)にならって虚偽表示についても無過失を必要と解し、右外部的表象以外(たんなる意思表示のごとし)を信じた者は過失ありとして、保護を拒否すべきである。[7] と。たしかに、第三者が保護をうけるには、その第三者の信頼の基礎が第三者の信頼を正当とする外部的表象であるべきであろう。この点は、①において「通用性ある外観」として述べたところである。ところで、これにみたない外観を信頼した者に保護を与えないがためには、過失などを問題とするまでもなく、信頼の基礎が不足しているという理由にもとづくことでたりる。九四条二項の文言はともかく、表見法理の趣旨からすればこの処理の仕方が趣旨に最も忠実でありかつ最も簡明である。そして、たとえば不動産所有権移転の場合に、丙が登記ではなくて甲の有している譲渡証書と占有を信頼したとしても、これもまた「通用性ある外観」であるからには、乙は——自から「通用性ある外観」を作出しておきながら——丙に無過失を要求することはできないというべきである。

(D)次に、虚偽表示の当事者は一般的には同情に値いしないにしても、虚偽表示をした事情も具体的には様々でありうるので、第三者に無過失を要求することによって、利害の調節をはかるのが妥当である、とも説かれる。[8] しかし、どのような事情があったにせよ、結局のところ、相通じあって実体と一致しない外観を作出したからには、善意者に対して、無過失を要求することは——これまでくり返して述べてきたように——許されないというべきである。甲乙二人の間でどのような事情があったにしても、だからといって、甲乙二人が相謀ってわざわざ不実の外観を作出した

という事実が消えるわけではないのである（もっとも、後述するように、九四条二項類推適用が問題となる場合には別途考える余地がある）。

(ロ)あるいはまた、次のようにも説かれる。すなわち、虚偽表示の無効を主張して利益を守る者は、虚偽表示の当事者自身とは限らない。(α)仮装譲渡人の債権者とか(β)仮装譲渡人から同一物を有効に譲受けた者とがこれに当る。これらの者も九四条二項の善意の第三者には譲歩しなくてはならぬ。これらの者と善意の第三者との間の利害の調節をはかるには、第三者は無過失を要するとするのが妥当である、と。[9] (α)、(β)が虚偽表示無効を丙に対抗しうる可能性を拡げようというわけである。ところで無過失を要求すればそれだけ(α)の利益をはかることになるが（(α)が乙の丙に対する返還請求権を代位行使しうる余地が広くなる）、反面、当事者にもまた第三者に対する無過失要求を許すことになり、それを許すことの当否は――これまでくり返し述べてきたところにてらして――疑わしい。また、取引の安全という観点からすれば、完了した取引に対して関係者以外の者が介入してこれをくつがえしうる可能性は可及的に抑制すべきであろう。債権者にしてみても、信を措いた債務者が自分の財産について処分行為をなしてもはや追及しえなくしたとしても、やむをえないというべきであろう。よって、当事者は第三者に対して無過失を要求しえず、と解し、(α)もまたしかり、というべきである。(β)についてはどうか。(α)について右に述べたことのうちはじめの二つは(β)についてもあてはまるであろう。さらに、善意の丙が(β)に対し優位を主張するには登記を必要とするのであるが、そのさい、丙に対し、登記を先に備えるのみならず、無過失までも要求する（登記を丙が先に備えても無過失でなければ、丙は実体的に権利を取得していないとの主張を(β)からうける。乙から譲受けた(β)が未登記で不動産を占拠していても丙は乙に権利取得を対抗しえない）のは、丙にとっていささか重きを強いるものではあるまいか。かようにして、(β)との関係においても、第三者は無過失不要と解すべきであろう。[10]

(F)最後にこうも説かれる。表見法理の問題は、結局、その事情の下で本人、第三者のいずれを保護するかに帰着し(本人側の失権もやむなしといえる事情と第三者側の保護に値いする事情との比較衡量)、種々のファクターを考慮しつつ判断しなくてはならない。そのさい、具体的状況に応じてきめ細かい判断をすることを可能にする手がかりが「無過失」である(過失は一一〇条の正当理由と同じ機能をいとなむことになる)、と。[11] この主張は実質的には(D)と同じであるが、第三者側の事情も考慮すべきだと表現している点がちがっているので、あえて別項とした。ところで、虚偽表示のされる具体的事情はどうであろうと、本人側に第三者に対して無過失を要求させるべきではなく、また、虚偽表示の当事者以外の者についても同断であること(E)もすでに述べたとおりである。また、こうもいえよう。一一〇条の「正当理由」を善意無過失と一応解するにしても、だからといって、九四条二項の場合にも無過失を必要とせよ、ということにはならない。一一〇条の場合は、本人には、不信行為をするような代理人を選任したという落度があるに止まるのに対し、九四条の場合には、本人が、故意に不実の外観を作出して世人の誤りを誘導したのであって、外観作出に対する本人の帰責の度合を異にしている。したがって、前者の場合には第三者に無過失まで要求しうるとしても、後者においてはそのようにはいかないというべきなのである。

(c)右(b)(ii)(A)——(F)において述べたように、筆者は無過失必要説には賛成しえない。しからば無過失不要説に賛成するのかといえば、そうではない。というのはこうである。私見によれば、第三者保護を厚くすべきだと考えるけれども、第三者の職業、地位、年令、教養、経験、その他当該の具体的事情を前提にした場合、なんらの調査もしないでも(ないしはほんの僅かの労力を費やすだけで)気づいてしかるべきなのに気がつかなかったという場合(「重過失」)までも保護する必要はないであろう。いかに相手方が悪いといっても、その悪い企てが一見して明白なのに、うっかりしてその企てに乗るというのは、自から好んでリスクに接近したというにほぼ等しく、保護を拒否されても仕

方がない。第三者は無重過失を必要とする、というべきである。[12] かようにして、重過失ある第三者は保護を求めえないにしても、危険を故意に作出した虚偽表示の当事者がまず非難されるべきことには変りはないのであるから、重過失ありとの立証は本人の側で負担すると解すべきであろう。

(1) 我妻・前掲新訂民法総則二九二頁。判例は理由を挙げず無過失不要と解する（大判昭和一二年八月一〇日新聞四一八一号九頁大判昭和一七年三月二三日法学一一巻一二号一二八八頁）。

(2) 星野・民事判例研究第二巻一・九九頁。

(3) 幾代・前掲書・二五七頁。

(4) 幾代・前掲書・二五七頁。

(5) 幾代・前掲書・二六〇頁、同・前掲論文民事研修一三二号二九頁、田中実・判批・民商六二巻三号四六三頁、四宮・前掲書一八〇頁。反対、川井・判批・判評一〇二号九六頁。判例は不要と解しているようであるが、その詳細な分析については右の川井判批に譲る。

(6) 幾代・前掲書二五七頁。

(7) 四宮・前掲書一七九―一八〇頁。

(8) 幾代・前掲書二五七頁。

(9) 幾代・前掲書二五七頁。

(10) 最判昭和四二年一〇月三一日民集二一巻八号二二三二頁、幾代・前掲書二六一頁、同・前掲論文・民事研修一三二号二七頁、四宮・前掲書一八〇頁。

(11) 四宮・前掲書一八〇頁、星野・判例評釈・法協八九巻六号七三一頁（ただし、「過失」といっても一般的には、その内容は、重過失に近いものと解するべきだとする―七三三頁）、同・判例評釈・法協八九巻七号八六六頁。

(12) 立法の過程においては、無過失要否については別段の議論はされていない。民法主査会では富井博士は、現行九四条は主とし

て不法の目的を有しないでした場合を予定していること、一項よりも二項にこそ本条の趣旨があることを述べた（主査会議事速記録六巻九七丁以下）。民法総会では字句修正が議論されたにすぎない（総会議事速記録五巻七四丁）。民法修正案理由書も善意について過失を問題にしていない（第九十弐条）。富井・民法原論・第一巻総論(下)三五五頁もまたしかりである。

⑤さて、この場を借りて九四条二項類推適用について若干言及しておきたい。④において九四条二項についてふれたことでもあり、また最近判例が続出していること周知の問題でもあるので若干言及したい。[1] 体裁としては注記すべきところともいえるけれども、量も多いので本文にくり入れることを許されたい。

不動産の所有権が甲にあるかのごとき外観（登記）が作られ（実は所有権者は乙。乙は所有権移転の意思なく、また、甲乙間で所有権移転を仮装する行為もないとする。）、それを信頼した第三者丙が甲から当該不動産を譲受けたとする。かような甲乙丙を念頭において、丙の無過失の要否その他を考えることにする。以下場合を分けて考える。以下の分類は判例の事案の単純化であるかもしくはそれに示唆をえたものである。煩を避けるために、判例については後掲注（1）文献に譲って、一々指摘していない。他にも問題とすべき事例はありうるであろうが、ここでは一応例示的に示しているのみであり、他の事例については個別的に考えていかねばならぬことむろんである。

(a)外観が乙の意思にもとづいて成立したといいうる場合。二つに分かれる。(i)外観が甲乙の合意によって成立した場合。外観が当初から甲乙の合意で成立した場合（たとえば、真実はAから乙が買ったが、三者合意のうえで甲が買った旨登記した場合）、甲がほしいままに乙名義の登記を甲名義の登記に変じてしまい、その後に乙が明示黙示を問わず承諾した場合、いずれの場合であるかを問わない。(ii)外観が、その成立について甲の意思の関与はなく、乙の意思のみにもとづいて成立したといいうる場合。乙がほしいままに甲名義に登記をしてしまい（乙から甲への所有権移転登記をする。あるいは、Aから乙が買ったのにAから甲への所有権移転登記をする）、甲へ知らせず、甲もまた知らな

いままに時が経過した。偶然の機会に甲が知るところとなり（甲としては従来の乙との関係からみて乙が所有権を与える意思のないことは知りうる立場にあり、また、知ったとする）、甲はこれを奇貨として処分した。この場合甲の承諾があったといえなくもないが、卒直にみた場合果してそのようにいいきれるだろうかが問題である。甲としては承諾するしないを問題とせず（そのようなことは甲にとってどうでもよく）、とにかく名義が自分のものになっているのを好都合として利用したというわけなのである。外観は乙の意思のみ――甲の承諾なく、通謀もない――にもとづいて成立したとみるべきであろう（九四条二項類推よりも九三条但書および九四条二項類推の方が適当かも知れない）。[2]

(a)の場合には、外観は乙の意思にもとづいて作出されたといいうるので、善意の第三者丙に対する関係においても、九四条二項プロパーの場合と異なる処理をすべき理由はない。したがって、丙に対しては無重過失を求めるに止めるべきである。立証負担についても九四条二項の場合と同様に考えるべきであろう。(a)の場合には――(b)と(c)とを区別しているのとは異なって――甲乙が夫婦・親子のごとき特殊関係にあるか否かで区別なく処理すべきである。特殊関係があろうとも、自己の意思にもとづいて外観を作出した乙を特別に扱かう理由はないからである。[2-1]

ところで、乙から丙に対する追及、さらに転得者丁、戊に対する追及（登記抹消請求、明渡請求）にはなんらの時間的制限もないのであろうか。(i)の場合についていえば、こうである。善意無重過失（及び無過失）の丙に対しては終始追及しえないことむろんであるが、そうでない丙に対しては、一応追及しうるとしても（無償でしうると解する）、信託法三一条、同三三条を類推適用することによって、[3] 乙が甲の処分を知った時から一ヵ月、または、甲の処分の時から一年、これらのうちいずれか早く経過したならば、もはや追及しえないと解するべきではないか。転得者丁、戊に対する関係では――先述したように転々譲渡した場合の関係については本稿では詳論する用意はないのだが、[4] あえていえば――相対的に考えることとし（当の相手となった者が善意無重過失、無過失ならば追及しえず、そうでな

ければ、その前者が善意無重過失・無過失であっても追及しうる)、右条文を類推適用して、悪意・善意重過失の転得者に対しても、所定期間の経過によって追及を打ち切ると解すべきである。もっとも、右期間じたい短かい感をうけ、それにまた、乙は甲に対する見張り(登記簿を注意していること)を怠らないようにしなくてはならぬけれども、乙は自からの意思で危険を作出したともいわれるべきであって、致し方ないというべきであろう。以上に反して、(ii)の場合については、この場合は外観成立が乙の意思のみにもとづくのであるから(「信託」に類比すべきものでない)、対丙関係たると対転得者関係であるとを問わず、信託法の右条文を類推することはできないであろう。それならば、いかにして善意無重過失・無過失以外の第三者に対する乙の追及権(この場合も無償である)を比較的短かい期間に打ち切るべきか。これは——(i)の場合については一応右のように考えうるけれども、(ii)の場合については——今後に残された課題の一つといわざるをえない。(i)(ii)を通じて、善意無重過失・無過失以外の第三者に対する追及権について短期の打ち切りを考える必要があるかどうかもなお問題である。それほどまでにして法的安定を重んじなくてならぬともいえないからである。いずれにせよ今後考えたい。

(b)外観が甲の意思にもとづいて成立した場合。甲がほしいままに印鑑・書類を冒用・偽造して甲名義の登記を出現させてしまい、乙はかかる経緯について全く関知するところがなかった。乙は、気がついてみたら、自己の不動産が甲名義に登記されているのを知ったというわけである。そしてそれを知った以上、名義回復訴訟を提起するのに(c)におけるごとき支障はないものとする。そのような手段をとらないで放置している間に甲によって丙へ譲渡されてしまった。(b)としてはかような場合(いわば不動産の盗難)を考えればよいであろう。乙が外観成立について関知していないことにつき過失があった(たとえば印鑑が冒用されたのは乙の印鑑保管がずさんであった)か否かも問題にしうるけれども、一九三条の場合に原権利者の過失を問題にしていない——このことじたいも一つの論点たりうるのでは

あるが――ことも考慮してここでは問題にしないことにする。

(b)の場合には、外観の成立については(α)乙はいわば盗難にあったようなものであって、乙には帰責はないといえるにしても、しかし、(β)存続については名義回復の手段を講じようとすればできたのにしないで放置していた点に帰責があるといえなくもなく、(β)を基礎にして九四条二項類推適用を考えうるであろう。(5) したがって、甲に対してはむろんのこと、善意無重過失・無過失の丙以外の丙に対しては、無償で、別段の時間的制約もなしに（時効取得されるのは別）追及しうるというべきである。

善意無重過失・無過失の丙に対しては、乙の追及は全くなしえないか。(β)にこだわるならば答は否であろう。そしてそれは丙の保護に連なるわけである。しかし、(α)を考慮し、かつ、名義回復の法的手段をとるのに支障なしといっても実際問題としては必ずしも迅速に発動しうるわけでもないことを考慮すれば、(β)のみの考慮から乙にとってもはやなんらの救済の余地なしと答を決してしまうのは、乙にとって酷にすぎる。そこで一九三条、一九四条を類推適用するべきである。一九三条によれば、盗人の有する外観は盗人が成立させたのであって真の権利者はその点について帰責がなく、また、盗人の手元に動産があることが判明したのに回復手段を講じないでいる（ここに帰責事由ありといえる）間に善意無過失の第三者の取得するところとなった場合でも、なおこの第三者に対して一定期間、回復を請求しうるのである。われわれが当面問題にしている場合についても同様に考えるべきである。

さて、一九三条、一九四条を類推適用するとすれば次のようになる。善意無重過失・無過失の丙に対しては、二年間は原則として無償で追及できる。同じく二年間ではあるが、例外的に、丙が当該不動産をたとえば不動産業者から有償で入手したような場合には、丙の出捐を弁償して追及しうる。二年間の起算点は、乙が甲名義の登記のされたことを知った時とするのが妥当であろう。甲名義の登記がなされた時（これがいわば盗難の時）を起算点とするので

は、乙は絶えず登記簿を監視していなくてならず、とうてい煩にたえないであろう。動産の場合には盗難があったことは比較的簡単に知りうるので(そしていそいで追及にのり出すことになる)、起算点を盗難の時としてもよいかも知れないが、不動産の場合には登記簿を見てはじめてわかるのであるから、乙が知った時を起算点とするのが妥当であろう。

以上は丙を念頭において述べてきたけれども、転得者については——転々譲渡の場合についてはくり返し述べたように詳論する準備がなく、さし当り結論のみを述べれば——ここでも相対的に考え、すなわちその前者いかんを問わず、当該の転得者が善意無重過失・無過失か、そうでないかを区別し、丙について述べたのと同様の処理を行なうべきだと解する。

なお、(a)と(b)とを効果面において比較すれば、次のようにいえる。端的にいって、乙は(a)における方が(b)におけるよりも悪い。乙の追及力を(a)(b)双方において比べてみる。①善意無重過失・無過失者に対して、(a)の乙は終始追及しえないのに対し、(b)の乙は二年間追及しうるのであって、(a)の乙の方が不利である。②右以外の第三者に対して、(a)の乙は一ヵ月ないし一年しか追及しえないのに(ただしこれは(a)(i)であり、(a)(ii)では(b)と同じ)、(b)の乙にはそのような制限がない。(a)(i)のことを考えると、ここでも(a)の乙の方が不利である。結局①②をあわせてみれば、悪さの度合の大きい方が不利な待遇をうけることとなる。

さて、以上においては、乙が甲名義になっていることを知りながら、そして名義回復訴訟を提起するのに支障がないのに、あえて放置していた点に帰責事由を求めてきたけれども、帰責事由のない場合が考えられる。たとえば、乙が甲名義になっていることを知ったその直後に(一時間後)、甲が丙へ譲渡してしまったとする。この場合に乙が放置していたといえるか。乙は丙に対してその善意悪意、登記の有無を問わず、追及しえてしかるべきでないか。あるいは

また、乙が気づいた時には、すでに甲名義を経て丙へ処分されてしまっていた場合、乙は丙に対して右と同様に追及しえてしかるべきではないか。問題は、放置をどのくらいの期間していたならば、乙の帰責事由となるか、である。一日でも帰責事由たるべきか。一般的には、名義回復訴訟を提起するのに相当な期間、というべきであろうが、二〇一条三項を類推して一年と考えるべきである。つまり、登記名義の侵奪（登記占有の侵奪）ありとみて、それを占有の侵奪に類比するわけである。右条項によれば侵奪の時が起算点になっているから、甲によって甲名義の登記がされた時が起算点になるとも考えうるけれども、かくては乙は登記簿を絶えず監視せざるをえなくなり過重の負担というべきであるから、起算点は乙が甲名義の登記のなされたのを知った時と解するべきである。なお、補足すれば、二〇一条三項の趣旨を、外観に変更を加えられた場合に、どのくらいの期間内であれば回復を認め、どのくらいの期間を経たならば、新しい外観の方を安定させるか、それを定めたと解して、乙が自己に対して登記名義を回復するための追及の可否を決するさいの帰責事由判定の基準（安定させるまで放置しておいたのは落度がある）にするというわけなのである。(6-1)

(c)外観成立が甲の意思にのみもとづいている場合であって、それに後に気づいた乙が継続して異議を唱えてきたけれども、甲乙間の特殊事情（たとえば親子、夫婦関係――内縁もふくむ）のために名義回復の訴訟までも提起するわけにもいかず、そのまま不承不承ではあるが外観を存続させている場合。たとえば、夫甲が妻乙の全く関知しない間にほしいままに乙所有の不動産名義を乙から甲へと変更してしまい、次いで乙がそれに気がついてひきつづき反対してきたけれども、夫婦という関係にあるため事実上訴訟を起すわけにもいかないで、甲名義が存続している場合である。かかる場合、名義回復訴訟が絶対に起せないとはいえないにしても、実際上は訴訟を起すのはきわめて困難であって、起さないことをもって帰責事由とするのは妥当ではあるまい。かかる場合には、乙が甲名義となっているのを

知ってそのままにしておいた期間が幾年であろうと、乙に帰責はない。回復しようとしてもそれを強制する手段がないからには、責を問うわけにはいかない。(c)の場合には、九四条二項類推の余地はなく、乙は丙（さらには転得者）の善意悪意、登記の有無を問わずに追及しうる。[5-2] もっとも、甲乙間が夫婦関係だからとか親子関係だからとか、ただそれだけの理由で乙が常に追及しうるというべきではない。甲乙間の法形式的関係のみを基準にするべきではなく、甲乙間の実質に着眼し、甲が自己名義にしたことを乙が知った時点において、夫婦であろうと破綻をきたしていたならば(b)として扱うべきであろう。親子であろうと疎遠であって訴訟も起して不思議でないというような間柄であるならば、これも(b)として扱っていくべきであろう。夫婦よりも親子の方が(b)として扱うべき場合が多いように思われる。夫婦でもない親子でもないけれども、甲乙間の人間関係の実質からみて、訴訟を起すことが期待しがたい場合があるとすれば（実際上は想像しがたいけれども）、この場合は(c)として扱うべきである。

以上で九四条二項類推適用についての私見を終る。九四条二項類推適用という問題については、もとより、他にも問題が多い。九四条二項・一一〇条併用の問題[6]のほかに、九四条二項類推適用（ないしはこの考え方を機縁にして出てきうる、表見責任における本人―真の権利者の帰責を強調する考え方）がどのような問題にまで及ぼされていくべきか（いきうるか）、という問題がある。たとえば、①「取消と登記」という問題[7]、②共同相続人中の一人が単独相続登記をして処分した場合の効果[8]、③二重譲渡の成立根拠の説明ないしは一七七条の「第三者」の範囲[9]、④即時取得の要件の再構成、占有改定と即時取得[10]、⑤代物弁済予約の債務者の取戻権の存続時期[11]。その他多くの問題（非典型担保の構成についても類推ないし適用を考えうる）が存することであろう。これらの検討は本稿の範囲外たること甚しい。今後の問題となることを述べ、ここではただ適宜注記するのみである。

（1）判例の動向・分析については、たとえば、四宮・法協八八巻三号三六五頁、星野・民事判例研究第二巻1・七五頁、同・法協

八九巻六号七二六頁、法協八九巻七号八五八頁、鈴木重信・登記と外観理論――最高裁判例を中心として――東洋法学一三巻三・四号三三頁、吉田・仮装登記と民法九四条二項・判タ二七六号二六頁、柳川・不動産の売買と公信の原則――民法九四条二項の類推をめぐって――不動産法大系Ⅰ二三一頁、田中実・虚偽表示による無効の登記と善意の第三者・民事研修一六七号二二頁を参照。

(2) 最判昭和四四年一一月一四日民集二三巻一一号二〇二三頁参照。学説もまた主張するところである。たとえば、四宮・民法総則一七五頁。判例の分析に関しても同旨が説かれることがある。たとえば、前注掲載の鈴木論文五五―五六頁。

(2―1) 夫婦・親子などの特殊関係の存否は、第三者の無重過失の判断にさいしては重要である。これらの関係にある者の間でなされる財産の名義の移転はしばしばみられることであるから、名義人とその前主との関係が右のごとき関係である場合には当然第三者としては調べる義務があり、それを怠れば重過失ありといわれるべきである。そのさい、登記面上に前主が現われているかいないかは右判断にすくなからず影響する要素であろう（右のごとき特殊関係のある場合について第三者の「過失」をどのように考えるかについて、星野・判例評釈法協八九巻六号七三二―七三三頁参照）。

(3) 甲と乙との関係は信託法の定める信託そのもの（信託法一条）とはいいがたいであろう。乙から甲に対し財産に対するなんら実体的な権利を付与するわけではないからである。しかし、信託の基礎が受託者を信頼してこれに管理・処分を委ねるところにある（筆者はそのように考える）とすれば、乙が甲を信頼して（甲は名義をかってに使用して不動産の処分をしたりはしないだろう）名義を移転した関係（名義を戻してもらうまでは甲の名義の下で観念的にしろ甲の管理・支配に服するというべきであろう。とくに、その不動産についての対外的関係の処理に当っては甲が真先に法律関係の主体となって処理に当らざるをえないのである）にもかような基礎を見出しうるというべきであって、信託法を類推適用することが許されるであろう。この場合信託の登記・登録は存しないので信託法三一条但書第一段を類推することはできないにしても、同条但書第二段第三段を、登記・登録すべき財産権について信託の公示がない場合でも、本旨に反した処分であることについての悪意者、重過失で不知の者に対してはそうでない財産権との均衡上追及しうると解釈することとし、それをば当面の甲乙関係にも及ぼすべきである。右三一条は「取消」とあるが、これは要するに追及の一方法を規定したにすぎず、類推適用の場合はこだわる必要はない。右三一条を類推しうるならば三三条もまた類推することが許されるであろう。九四条二項類推適用の問題について信託的に考えることを説くものとして、田中実・判批・民商六二巻三号四六三―四六四頁がある。

(4) 本章四(1)(イ)参照。

(5) 甲に名義のあることを知りつつ放置していたからといって悪いか。乙には名義を回復するべき義務などない。それはそのとおりではある。しかし、問題は善意無重過失・無過失の丙が登場した場合に、乙丙いずれを優先させるべきかにある。名義回復の義務なしの一事でもって当然に乙が優先するとはいえない。登記は一応実体を反映するのが建前であり、よって登記の記載を信じて行動した者(丙)が現われてもその者の行動には無理からぬ面がある。かような丙と、他方、登記が実体と適合していないことを知りながら、しかもそれを修正する手段があるのに放置しておいた結果、丙をして誤らしめた者乙、これら両者の利益が衝突する場面においていずれを優先させるのが公平妥当か。やはり丙を優先させるべきであろう(吉田・前掲・判タ二七六号三九頁—反対、石田・判批・民商六五巻三号四一二頁)。しかしそれにしても、乙の利益の保護という観点から以下の本文で述べるような修正を必要とすると考える。そして、さらにいえばそもそも放置をどのくらいの期間していれば帰責事由ありとなり、またならぬかが、問題である。この問題については(b)において後述する。

(5—1) 甲、丙さらには名義を転得した丁に対して、乙から「登記」占有回収の訴とでもいう訴ができてもよさそうである。その場合には、二〇〇条二項とか二〇一条三項の制限が付随してくるであろう。当面問題にしているのはかようないわば占有レベルの問題ではなくて、乙が所有権をもち出して追及する場合に、対第三者との利害調整を行なうについて、乙の帰責事由を判断する基準として二〇一条三項をとりあげているのである。

(5—2) 甲(夫)がほしいままに乙(妻)名義を自己名義に変えても乙が承認(諾)すれば本文(a)に属することになり、乙が承認しなければ本文(c)に属することになる。承認ありとなれば第三者の側の「善意無重過失」により利害調整をすることになろう。それにしても、承認ありとされるかなしとされるかで差が生じるわけであるから、名義回復をしないでおいた場合に承認ありとみるにはかなり吟味を要する(星野・判例評釈・法協八九巻六号七三二頁参照)。破綻をきたしている夫婦であればともかく、そうでない夫婦にあっては、回復の手段をとることが困難ゆえに、承認ありとはいえないであろう。乙が甲名義を利用した(乙が金融をえるため甲名義のまま担保に入れた)としても、本来なら乙名義へ一度もどしてしたいが夫婦間のゆえにもどせないでそのまま利用したにすぎず、これをもって承認ありとはいえない。破綻をきたしていない夫婦にあっては名義回復をしないでいたとしても承認はないというべきであろう。

(6) 九四条二項類推適用に関する判例のうちには大きく分けて二つの類型がある(要を得た説明としては、四宮・前掲書・一八三—一八四頁参照)。すなわち、①真の権利者乙の意思と第三者丙の信頼の基礎となった外形とが対応する場合。これまで本文で問

題にしてきたのは(とくに(a))この類型のものである。②乙の意思と丙の信頼した外形とが対応を欠く場合。乙の意思にもとづいて外形が作られたのち、名義人甲の背信行為で第二の外形が作られ、その外形に対する乙の承認がない、というような場合である。たとえば、甲の信用を増大させるために乙の不動産について売買予約を仮装して甲に仮登記（所有権移転請求権保全）を与えておいたところ、甲が、乙名の印鑑を使用し、その印鑑届をして印鑑証明書の交付をうけ、本登記申請書委任状を偽造して本登記に改め丙に譲渡した（最判昭和四三年一〇月一七日民集二二巻一〇号二一八八頁）というような場合である。判例はかかる場合に、丙あるいは転得者を保護することは、九四条二項、一一〇条の法意にてらして、外観尊重および取引保護の要請に応ずるゆえんであるとしている（これを便宜上、九四条二項・一一〇条併用型と呼んでおく）。そして、判例は、①においては丙あるいは転得者に対し善意のみを要求し、②においては善意無過失を要求している、といってよい。②の型に属するとみうる（もっとも事案にはかなり特殊性がみられる）ものとして公式判例集上みられる最新の判例は最判昭和四五年一一月一九日民集二四巻一二号一九一六頁であり、ここでも第三者に対し善意無過失を要求している。判文上は九四条二項・一一〇条を援用していないけれども右掲の昭和四三年判決を引用しているから、同条文を引用する趣旨なのであろう。この事件では真の権利者がうつかりして登記申請書類をよくみなかったという事情があり（星野・判例評釈・法協八九巻七号八六三頁）、このような手落ちのある真の権利者との関連上、第三者に無過失まで要求すべきかどうか疑わしい。②の類型の問題処理については、さし当り次のような問題を提示しておきたい。第一に乙の帰責が①の場合に比べて大きいかどうか。①においては第三者に善意のみを要求し、②においては善意無過失を要求するように区別するのが妥当なほどに②における乙の帰責は①よりも小さいのか。②において丙が誤まった原因もしよせんは乙による甲の選択（それも乙の帰責評価に当って乙に不利となる通謀を端緒とする）にあるのであり、しかも乙の与えた外形をそのまま利用するだけでなく、一旦信頼されたことをよいことにしてそれに加工までして利用するような悪い人物を選んだという点において、乙の帰責は②における方が大きいと評価される余地もある。かりに、甲の作出した外観が乙の与えた外観と関連性を有しないとみられるようなものであっても――むしろそのような場合の方が――そのような行為に出る甲を選んだ乙に手落ちがあることにも変りはない（むしろ手落ちが大きい）というべきであろう。乙にも、甲にいわば二重に裏切られたという点で気の毒ともいえる面がある。そこで総合判断して考えると、①②いずれにおいても乙の帰責にとりたてて差はないのであって、第三者に要求すべき要件においても差があるとは考えられない。筆者は①については第三者に善意無重過失を要求するのであるが、②における第三者についても同様に解する。

第二に、構成については、第三者の信頼した外形が乙の意思にもとづく外形と異なるから九四条二項類推適用のみで処理するのは無理であろうが、一一〇条類推適用のみでたりるのではないか(構成としては単純な方がよい)。右②の設例でいえば、乙は甲に対し、仮登記名義を与えている。甲は代理権を与えられたわけではないけれども、仮登記名義(本登記に直して自らの支配権を確立しうる段階にあることを示す)という不動産について代理権以上ともいえる資格を与えられたわけである。そして、甲は仮登記名義人だとして対外的に振舞うこと(そのように称する、このように世人に思わせること)を許されている。ただし実体的な権利はなんら伴なっていない。甲はかかる資格を付与されているにすぎないのにその資格を逸脱して、仮登記を本登記に直して(この本登記は無効である)処分する(そして第三者は外観を信頼して譲受けた)という関係は、代理人が基本代理権をはみ出して代理行為をした場合になぞらえることができるであろう。かかる挙動にあえて出るような甲を信頼した乙に手落ちあることもたしかである。かようにして、筆者は一一〇条類推適用が可能であり、また、それのみでたりると考える。一一〇条類推適用という処理をする場合には、乙と第三者との利害の調整は、「正当理由」の有無に依存することになる。この「正当理由」が即ち第三者の善意無過失であるかどうかは問題のあるところである。筆者は「正当理由」=善意無過失とは考えず、双方の事情を勘案し、また、事実の類型に応じて、善意のみ、善意無重過失(②の場合はこれ)、善意無過失、さらには過失あるも妨げなしというような段階があってしかるべきであると考える。問題は具体的な類型化にあり、ここでは未だ準備不足といわざるをえず、議論を展開しえない(「正当理由」についての考え方については、シンポジウム「表見代理」私法二六号三六―三七頁(谷口発言)七五頁(川島発言)、花岡・Agency by estoppel の法理と我表見代理の観念・土方教授在職二五年記念私法論集三四三頁参照)。

(7) この問題については、幾代・法律行為の取消と登記・於保還暦記念論文集(上)所収・同・前掲書・四三六頁、四三七頁注(三)、四宮・前掲書・一八一頁、一八四頁、星野・判例評釈・法協八九巻六号七三四頁参照。これらの文献によって従来から争われている難問に対して、再検討の緒口がつけられたといえる。脱稿直前に山田・法律行為の取消と登記の関係・法学新報七九巻四号に接しえた。筆者も今後これら文献に伍して問題を検討したいと考える。

(8) 鈴木=唄・共同相続と登記・法セ一二一号六三―六六頁、我妻=唄・判例コンメンタール・相続法七二頁、八五頁、鈴木・相続法講義一八三―一八四頁、石川=平林・相続と登記(遠藤=川井=西原・演習民法・総則・物権三七五頁)、川井・遺産分割と取引の安全(山畠=泉・演習民法・親族・相続五二六頁)。

(9) ①二重譲渡の成立根拠について従来から種々の説明がなされてきており(教科書以外に鈴木・民法一七七条の「対抗スルコトヲ

得ス」の意味（民法基本問題一五〇講1所収）のほか、次掲の半田論文を参照）、近時、公信力説とでもいうべき学説がみられるに至った（篠塚・物権の二重譲渡・論争民法学1・一四頁以下、半田・不動産所有権の二重譲渡に関する諸問題・民事研修一五〇号、同・民事研修一五一号。とくに一五一号一五―一六頁。両説の区別がどこにあるかといった検討はここでは省略する。区別につき半田・右論文・民事研修一五九号一一頁参照）。本稿ではこれらの説について細かく検討する余裕がなく、主として私見を述べておく。問題点を網羅的にとりあげる余裕はないので、ごく基本的なことのみ述べる。なお、実益という観点からすればこの問題を論ずる実益はほとんどなく、むしろ、二重譲渡の場合に登記を先に備えた者が優先的に物権を取得したものとみる法定の制度と解すればたりるといえる面もある（鈴木・前掲論文・民法基本問題一五〇講1三〇二頁）けれども、それにしても、後述するように、一七七条の第三者の範囲を限定する点などに一つの説明を与えうることにもなるから（「取消と登記」などの問題にも一つの視角を供しうる）、実益もあるといえ、法定の制度といっても、どうにも説明がつかないから法定の制度として定めたか、右趣旨の法定の制度だがそれは説明のつくものかどうか、問題であり、できれば説明のつく方がよい。

②私見もまた、二重譲渡の成立根拠を説くのに公信力的な考え方に共感を覚えはする。しかし、登記の公信力を前提（とくに半田・前掲論文(二)・民事研修一五一号一五―一六頁）にして説明しようとするものではない。二重譲渡の成立根拠を説くだけにせよ登記の公信力を承認することは解釈上問題だと考えるからである。また、登記の公信力による説明をするとすれば、第一の譲渡がされてその直後に（たとえば一時間後に）第二の譲渡がされた場合にも、第二の譲受人が所有権を取得して対抗問題を生じることになるであろう。しかしかように、直後に第二の譲渡がなされるなど、第一の譲受人が登記を移転する余裕が全くない場合にも、第一譲受人が保護を必らずしも保証されぬ結果となる（その立場では善意無過失の第二譲受人が先に登記まで備えると第一譲受人はもはや優先の見込みがない。いかに善意無過失者が登場したといえども、かかる場合にまで、第一譲受人が犠牲にされるのは妥当でないように思われる）のは問題である。もつとも、この問題は、登記の公信力を承認しない通常の立場についても（第二譲受人が悪意でも所有権を取得し対抗問題にもちこむ）いえることではあるが。善意無過失の第三者に対する関係においても、かような場合には静的安全を保護するべきではないか。公信力説もふくめて従来の学説は動的安全保護に過ぎる。

③乙が甲に自己所有の不動産を譲渡し甲が所有権を取得（代金完済などで）したが、登記を移転しない間に、乙が善意の第三者丙へ譲渡したとする。なにゆえに丙が所有権を取得しうるか（乙は無権利者のはずである）。この問題に対して次のように解したい。

すなわち、九四条二項を類推適用することによつて、甲はこの登記が不実登記であること（乙は無権利者である。したがつて丙は所有権を取得しえないこと）を丙に対し主張しえないというべきである。九四条二項を類推適用するについての甲の帰責事由は甲は不実登記の出現に寄与したといえ、そしてこの存続を知りつつ、かつ、登記移転のための訴訟を提起するのに法的にも事実上も支障がないのにそれをしないで放置しておいたことに求めるべきであろう（帰責事由の存しない場合については後述する）。甲には登記を移転する義務はないにしても、登記を信頼した丙が登場した場合に、その登場を誘起した甲と丙とのいずれを保護するべきか。登記はすくなくとも建前上実体を反映すべきものであることを考えると、甲と丙との関係では、甲に負担が負わされるのが妥当であろう（二重譲渡についてではないが、吉田・前掲論文・判タ二七六号三九頁参照）。甲の登記名義をかつて乙が自己名義にしてしまつた場合についてならばともかくとしても、当面の問題は甲も与かつて実体と登記とのずれを生ぜしめたことに発するゆえに、同じく放置しておくにしても、こちらの場合の方が甲の歩を悪くする。甲にしても所有権を取得したにしても登記までしないと取得の意味の大半が失われること（二重に譲渡されることもありえ、された場合には危ない）をおそらく承知のうえで乙に登記をとどめておいたわけで、乙に裏切られたとしても、そのようなリスクは予測済といえることで仕方がない。

ところで筆者は九四条二項の善意は無重過失でたりると解するものであり、この場合にも同様に解する（一七七条の第三者は善意無重過失者であることまたそれでたりる――なお、「第三者」の範囲については、半田・一七七条と背信的悪意者・ジュリスト五〇〇号一二六頁）。「重過失」については次のことを述べておくにとどめる。不動産を譲受ける者としては、登記簿を検査すること、不動産の現況をみることは、ミニマム要求されてしかるべきであつて、このいずれか（双方も）欠くのは重過失ありといわるべきである。

転得者丁との関係はどうなるか。たとえば丙が悪意者であり、丁が丙の登記を信頼（善意無重過失）したとする。甲が乙に登記のあることを知りながら放置し（そして登記抹消請求するのに支障もない）ておいた場合には、当然、転得者の生じることも予期すべきであり、この当該の転得者が善意無重過失であれば甲は丁の所有権取得を否認しえぬ（対抗問題へもちこまれる）というべきである。丁の信頼した外観と甲の作出した外観とは異なるけれども、関連性がないとはいえず甲に犠牲を払わせるのが妥当である（なお、構成において検討の必要があるが一応このように解しておく）。

さて、九四条二項類推適用によつて第二譲受人丙は所有権を取得する。本来ならば、無効として扱われるはずの丙の所有権取

得が有効視される（原始取得）。しかし、それ以上の効力を付与されるのではない。乙→甲という有効な譲渡による甲の所有権取得と同格にまで引き上げられたにすぎない。この二つの所有権取得――互いに相排斥しあう関係に立つ――のいずれが最終の勝利を占めるかは、登記具備の先後できまる（半田・前掲論文㈠民事研修一五一号二五―二六頁）。丙が所有権を取得したその反射によって当然に甲の所有権が消滅するとまで解するのは、本来なら無効でしかない丙の取得を優遇しすぎる。甲→乙へ虚偽表示により譲渡、次いで乙→丙へ譲渡され丙が取得するという関係でならば、丙の取得によつて反射的に甲の失権が考えられる。甲が失権するという扱かいをうけるのも、前主が後主の出現によつて失権するというような関係であつて致し方あるまい。しかるに、当面問題としている甲丙は前主→後主への関係ではなくして、乙を中心にした所有権取得の競争関係にあり、しかも本来からいえば時間的に先立つ甲が優先してもおかしくない関係なのである。せいぜいのところ丙としては、甲と対等同格というべきところであろう。右にあげた甲→乙→丙の例たると当面の二重譲渡たると問わず、丙が所有権取得を承認される根拠は、甲の帰責にもとづく外観を信頼したこと、甲は自己の責に帰すべき外観どおりの法律関係の発生を否認しえぬ、承認するしかない、というところにあるのだが、次の段階において甲の所有権取得（保留）までも認めないことに落着かざるをえなくなるかどうかは一律に定めえず、行為の類型、利益状況によって異なるというべきであろう。二重譲渡の場合に、甲は丙に対して「乙から甲は有効に所有権を取得した→乙の登記は不実登記→丙は所有権を取得しえない。」とはいえず、丙の取得を認めざるをえないけれども、つまり、乙から甲への有効譲渡を理由に丙の取得を否認しえないけれども、さりとて、乙から甲への有効譲渡が丙の前には敗れる、劣後するかといえば、そのようにはいいきれないのである。それにまた、反射的に甲が失権するのでは、そもそも対抗問題、対抗要件の規定などは問題にならなくなってしまうことでもある（半田・前掲論文㈠民事研修一五一号二九頁注(2)参照）からやはり甲は失権しないと考えるべきである。

④甲に帰責事由がない場合。丙（丁）は原始取得しえない。甲が乙（代理人選任とちがい偶然地主であっただけの）を信じたこと、代金と引換に登記をさせ（特殊な関係・取引の事情から難しい場合がある）ないことは帰責事由にならない。

(i)たとえば乙が甲への譲渡の直後に（一時間後）丙へ譲渡したごとき場合（丙が譲受けるにさいし登記を調べても甲の存在は不明、現況からもわかるまい。おそらく重過失はないとされよう）には、甲が不実登記出現に寄与したにしても、乙の登記あるのを知りつつ、そして、登記移転の訴訟を提起するのに別段の支障もないのに放置しておいた、とはいえまい。どのくらいの期間放置しておいたら、甲は帰責ありということができるか。甲に帰すべき登記が乙に帰していて、その乙に帰している外観がその

まま定着させられ、人々の行動の基準として働らくようになるのはどのくらいの放置があった後となるとみるべきかについては、二〇一条三項(これについては本文⑤(b)末段参照)を参考にして一年間とみるべきである(事態は甲が「登記占有」を奪われているというのと実質的に同じであるから右条項が参考となる)。乙から甲への処分のなされた時(この時から占有侵奪=登記侵奪ありとみる)から一年内ならば甲の帰責なし、一年以上放置していたなら甲に帰責ありとみるべきである。甲の放置が一年内である間に、丙丁が登記した場合には、甲に帰責がないので甲は追及しうる。

(ii)甲乙が夫婦関係にあり、訴訟を提起するのにも事実上支障があるというような場合には、右にいう一年を経ても、なお、甲には帰責がないというべきであって、丙丁に対して追及しうる。乙から甲への譲渡の時点で夫婦関係が破綻をきたしていた場合には、右支障もないので、(i)のグループに属するものと扱うべきであろう(本文⑤(c)参照)。

⑤かようにして筆者は、考え方として、二重譲渡の場合を表見責任の一場合とみて(とくに九四条二項を類推しうる場合とみて)、第一譲受人の帰責事由の存否、それに対応して第三者側の善意悪意過失を問題とするべきだと解する。具体的には、筆者の立場は第三者に善意無重過失を要請し、帰責のない場合(④で挙げた例のごとし)には第一譲受人を保護しようとするのである。これはおそらく、公信力説よりも、また、通常の説よりも、静的安全と動的安全の調和においてより一そう妥当な結果をもたらすであろう。

(10) 一九二条については、これを表見責任の一種として考え、かつ、民事取引では真の権利者の保護の方にウエイトをおくべきことを加味すると次のように考えるべきではないか(以下の考え方は設例の一部もふくめて喜多・外観優越の民法的構成と商法的構成——いわゆる「善意取得」の法理をめぐって——小樽商大創立五〇周年記念論文集所収、安永・動産の善意取得制度についての一考察——いわゆる占有の権利外観効を中心として——法学論叢八八巻四・五・六合併号所収、に負うところが大きい。細かい吟味、私見との差異の検討は当面省略させていただく)。まず、第三者の信頼の基礎は「通用性ある外観」(これについては(二)①参照)たるべきであり、動産の場合、占有がそれに当ると考えてよいであろう。次に表見責任成立の関門である本人(真の所有者)の帰責が問題となる。たんなる占有を与えたことでは本人に帰責ありといえるかどうかは問題である。本人に失権の犠牲を強いるためには占有のほかに占有者が権利を有すると思わせるだけの要素(たとえば誤って売渡証を交付したとか、占有者が目的物にその名を記して権利者らしく振舞っているのを黙認していたとか)が必要であろう。占有者を吟味するのを怠った点に帰責があるとはいえまい。本人の財産状態にその者の判断いかんで変動をきたすおそれのある代理人を選任するといった場合ならとも

かく、大都会の時計屋に時計の修理を依頼するような場合に、時計屋の人物を吟味せよなどというべきか。村落内で長年つきあっているなら人物いかんにも見当をつけうるけれども今日の人間関係ではそのようなことは必らずしも期待しえない。占有を委ねただけでは帰責なしというべきであろう。帰責ありというためには、右にあげたように占有＋要素という外観を作出することを要する。さて、次の関門は平穏・公然・善意無過失という点である。平穏・公然、ほかに、取引行為を介することも、実際上は問題になるまい。善意は推定され（一八六条準用―舟橋・物権法二四二頁）、無過失もまた推定される（一八六条―舟橋・同書二四二頁、一八八条―我妻・物権法一三六頁）。ところで、即時取得が成立するためには、本人について従来の考えよりも強い帰責を必要とすると解する反面では、第三者側の要件は軽減されて、無重過失でたりると解するべきであろう。かように考えるのは九四条二項的に考えるといってよかろう。

さて、即時取得の成立要件として本人の強い帰責（強度の権利外観の作出・存続）を必要とすると解した場合には、「占有改定と即時取得」として論じられる問題はどう考えるべきか。BがAに賃貸しておいたところ、次いでAがCに譲渡し占有改定をしたとする。Aがたんに占有しているのみであれば、Cがそれを信頼の基礎にしても、Bには帰責がないから、Cは即時取得しえない（この場合Cが現実引渡をうけても結論は変らない）。先述したようにBに強い帰責ありといえる場合には、Cは（他の要件充足を前提して）即時取得しうる。その場合Cが現実引渡をうけた場合はむろん、占有改定しているにすぎない場合でもしかりというべきである。占有改定して目的物がAのもとに留まっている以上、CはむろんBもAを信頼し、いずれ現実引渡（返還）をうけようと期待しているはずである。しかし、それにしても、Cを誤らしめるような外観を作出して、その結果C（善意無重過失）が誤まった場合には（Cは占有改定により公示までも備えた）、Cの利益が優先するべきであろう。BCの利益を比較した場合には、Cの利益の方が優遇されるべきである。これを同等と評価していずれか早く現実引渡をうけた方が優先するという考え方もありうるけれども、同等と評価しうるか否かが問題であって、Cを誤らせる外観を作出した者とそれを信じて取引関係に入って引渡（占有改定）までうけたCとを同等に評価せよというのは無理であろう。そこで結論としては、Cは占有改定でも即時取得しうる、ということになる。Bが先に現実引渡をうけてもCから取戻し請求しうる。同様なことは、AがBに譲渡して占有改定し、次いでAがCに譲渡して占有改定した場合のBC間の関係についてもいいうることである。

即時取得の成立要件さらに占有改定と即時取得成否の問題をどのように考えるべきかは大問題であって、軽々に結論を出しえないけれども、一応述べてみた（譲渡担保については占有を問題としない考え方もありえ、他の場合と同列に論じえない）。

(11) 最判昭和四六年五月二〇日判時六二八号二四頁は、債権担保のために停止条件付代物弁済契約がなされた場合(この事件では仮登記もされていなかったようである)には、債務者は債権について清算がされるまでは元利金を弁済して目的物を取戻しうるが、債権者が代物弁済を受けて所有権を取得したとして、これを善意の第三者に譲渡し所有権移転登記を経たときには、清算未了であっても、債務者は第三者から目的物の所有権を取り戻しえず、債権者に対し清算金を請求しうるだけであると判示する。その法律構成については別に述べていない。この点につき九四条二項類推適用によって右結論を理由づける見解がみられる(伊藤進・判研・金商二八一号五―六頁、山本和敏・新判例評釈・判タ二七〇号七三頁)。つまり、条件成就するも、債権者は完全な所有権を取得するのではなく、担保的制限付の所有権を取得しているにすぎない。しかし登記面上では完全な所有権者として表示されている。かかる不実登記の出現については債務者にも帰責がある(登記に必要な書類を予め交付しておいたなど)ので、九四条二項を類推適用するというのである。筆者も債務者と第三者の利害を調整する手段としては九四条二項を類推適用するほかには思いつかない。

九四条二項を類推適用するとして、第三者の善意(取得時を基準とするのであろう)は無過失を要しないのかどうか。すくなくとも私見のごとく無重過失は必要というべきであろう。「善意」といっても、目的物が担保物件であったことは知っていたが清算未了までは知らなかった、という場合と、それとも担保物件であったことも知らなかった場合があろう。いずれにしても、とくに前者については過失を問題にしてしかるべきであろう。

九四条二項を類推適用するとして、第三者が保護をうけるには登記を必要とするのか。一般論としては九四条二項、および、その類推適用の場合には登記不要と解するとしても、この場合には、債務者を厚く保護するために――次段に述べるごとき債務者の事情を考慮せよ――登記必要とする処理の仕方も成り立つと考える。この場合の債務者を犠牲にするからには第三者の方で不動産取得において通常備えることが常識とされる程度のことまではせよ、というわけである。

善意の第三者保護も必要ではある。しかし、債務者にしてみればどうか。代物弁済形式の担保については担保的処理により保護するといっても、清算未了なのに譲渡されてしまえば追及が切断されるのでは問題である。不実登記に加担したといえなくはないにしても(ここに九四条二項類推適用の基礎がある)、多くの場合は債権者債務者間の力関係によって登記をさせられるのであろう。一概に債務者に帰責あり、生じた危険は全面的に負え、ともいいきれない面がある。清算金確保の方法とても見当らない。清算金を余剰価値部分についての売買代金とみて、不動産売買の先取特権(三二八条)を類推してみても、公示の問題(三

四〇条）が隘路になって実用化しえまい。第三者に善意（さらに過失を問題とする）、登記を要求するだけでは債務者保護に欠けるように思われる。しかし、当面、債務者保護の方法を考えつくことができない。

なお、債務者が債権者に対して元利金を提供して債権者からないし第三者から取戻す権利はどのくらいの期間認められるべきか。評価清算方式の場合に正当な清算金の提供がなされない限り幾年経過しても取戻権があるのか（換価清算方式でも右清算金の提供あるまでは取戻権を認め、第三者の保護は九四条二項類推適用をもってあてるとも考えることができる。その場合にも同旨の問題がある）。この権利を買戻権（五八〇条三項）に類比して、五年内に限って（起算点は条件成就・予約完結権行使の時。この時に「所有権」が移転して取戻権が生じる）、その権利行使（債権者への取戻請求ならびに第三者―善意無重過失を除く―に対する追及）を許すべきである、この五年を経過すれば債務者の取戻権は消滅し、債権者に対しても、第三者に対してもその善意・悪意、登記の有無を問わず追及しえず、債権者に対し清算金を請求するしかない。

(3) 債権譲渡の対抗要件具備の要否。善意無重過失の第三者が保護されるには、対抗要件を備えることが必要か。

(イ) 債務者（乙）に対する関係。債権が債権者（甲）から丙へ譲渡された場合、その債権譲渡の乙に対する対抗要件は、甲から乙に対する通知または乙の承諾であるとされている（四六七条一項）。「特約」付の債権が譲渡された場合にはどうか。

(a) 「特約」なしの債権が譲渡された場合に丙が乙に対抗する（今後は丙が債権者であると主張する）には対抗要件を要するとされるその理由は、債権者の変更を乙に知らせる必要があるということである。[1] この理由を前提にした場合、これは「特約」付の債権が譲渡された場合についてより一そうあてはまるであろう。というのは、「特約」付であるからには、譲渡はされないだろうと乙は思うであろうし、そう思うのも、「特約」なしの場合とは異なって、無理からぬ。それゆえ、譲渡はされないはずと思っている乙に対しては、その予期に反して、債権者の変更があったことを知らせる必要（その仕方は通知でもよいし、乙の承諾を求めてえられればきわめて確実である）が、「特約」なしの場

合よりも大きいわけである。

(b)「特約」付債権が譲渡された場合に、「特約」の効力についての物権的効力説によれば、本来譲渡は無効のはずのところ、乙としては、丙が善意無重過失であるがために、これに対して「特約」を対抗しえず、結果的に甲→丙への譲渡が有効として扱われるのである。つまり、本来無効のはずのものが有効というレベルにまで引き上げられたのであり、また、それ以上のものになったとは考えられない。有効なレベルに引き上げられた以上、有効な債権譲渡を規制するルールに服すべきであろう。丙がたまたま善意無重過失であるがために、有効と扱われるにすぎない債権譲渡が、対抗要件も不要という待遇をうけるのは、通常の有効な債権譲渡との間に均衡を失することになる。「特約」の効力についての債権的効力説においては、本来甲→丙の譲渡は有効(そして乙から丙に対する抗弁権も、善意無重過失の丙に対しては主張しえない)なのであるから、これまた、対抗要件を要することになる。

(a)(b)より、債務者に対する対抗要件を備えることを要するというべきである。

(ロ)債務者以外の第三者に対する関係。丙が債務者以外の第三者(丁)(たとえば差押債権者)に対抗するには乙に対する通知または承諾(確定日付ある証書を以てする)(四六七条二項)を必要とするか。答は、要する、というべきである。つまり、物権的効力説を前提するとして、「特約」なしの債権譲渡(本来有効である)についても確定日付ある証書による対抗要件を要するからには、それとの均衡上、同様の対抗要件を必要とする(債権的効力説からは当然)、というのである。(2)

(1) 我妻・前掲新訂債権総論五四一頁。

(2) もっとも、乙が甲から丙への譲渡を承諾した(それを確定日付ある証書によってなした)場合には、「特約」は解除されたものとみうるであろう。したがって、悪意の丙といえども、有効に債権を譲受けることができ、同時に、債務者に対する関係、それ

以外の第三者に対する関係いずれについても、対抗要件を具備しうることになる。

五　結び

本稿における筆者の主張を結論のみ要約して示すことをもって結びとしたい。

第一に、債権譲渡禁止特約（四六六条二項）の第三者に対する効力は、当該「特約」によって追求されている利益と第三者の利益との比較衡量によって決定されるべきであって、悪意の第三者必ずしも「特約」を対抗されねばならぬとは限らない。

第二に、四六六条二項但書の善意の第三者は、無重過失を必要とすると解すべきである。

第三に、右第三者が保護をうけるためには、債権譲渡の対抗要件（四六七条）を備えることが必要である。

本稿の主流は右第一―第三である。付随的に考察したことをしめくくっておけば、次のとおりである。すなわち、①弁護士法七三条については、濫訴防止説的見地からではなく、法感情保護↓追求利益の当不当という見地から解釈を施すべきである。②九四条二項については、「善意」は無重過失を必要とすると解すべきである。この主張は、右「第二」の前提をなしている。③九四条二項類推適用の問題については、第三者側の無重過失と真の権利者側の追及権の両面を考慮しつつ利益調節をはかるべきである。九四条二項類推適用に関しては、今後の課題となるべき問題が多く、若干の問題（占有改定と即時取得、二重譲渡の成立根拠、代物弁済予約における取戻権のごとし）についてふれた。以上のとおりである。

（昭和四七年九月一〇日脱稿）