

2016 年度民法応用 I 第 6 回～第 7 回 解説

1. 訴訟物と請求の趣旨

1) 登記請求権とその根拠（復習）

i) 権利に関する登記は登記権利者（＝登記上直接利益を受ける登記名義人）と登記義務者（＝登記上直接不利益を受ける登記名義人）の共同申請が原則（不動産登記法 60 条）である。共同申請主義が採用されているのは、登記義務者を申請者に加えることによって物権変動についての公示が正確になされることが期待できるからである。

そこで、登記義務者が登記の申請に任意に協力しない場合には、一定の登記手続をせよと請求できる権利、つまり、登記請求権が実体法上認められている。登記請求権があることは、登記手続をすること、つまり、登記申請という意思表示を求めることであるから、勝訴判決が確定すれば、判決により、申請人の登記申請の意思表示が擬制されることになり、相手が実際に申請の意思表示をしなくても、単独で登記申請が行えることになる（民法 414 条 2 項ただし書、民事執行法 174 条、不動産登記法 63 条 1 項）。

ii) 登記請求権の根拠については、多元的構成が採られている（判例・通説）。物権に基づく請求権として主張される（＝物権的登記請求権）、契約などに基づく債権的請求権（＝債権的登記請求権）として主張されるほか、物権変動の過程・態様と登記が一致しない場合にその不一致を除去するために認められている（物権変動的登記請求権などと呼ばれる）。

2) 本件では X の言い分によれば、Y との間に債権的な関係がない。また、本問では、X は、本件土地の所有権に基づき、Y 名義の所有権移転登記（本件登記 2）を排除し、本件土地の登記名義を自己名義にすることを求めている。したがって、本件の訴訟物は、所有権に基づく登記請求権であることがわかる。

そして、X の所有権は、Y 名義の登記という占有以外の態様により侵害されていることから、X の請求権は、所有権に基づく妨害排除請求権である。

本問で X は、本件土地の所有権が自己にあるにもかかわらず、山田へ不実の移転登記がなされ、Y は無権利者である山田から所有権の移転登記を経由している旨の主張している。したがって、原則的には、X としては、所有者でないにもかかわらず所有権の移転登記を経由している Y に対して、Y 名義の所有権移転登記の抹消登記手続を請求することが考えられる。

これについて、本問では Y のみを相手にしていることから、仮に Y のみを相手に所有権移転登記抹消登記手続訴訟を提起し、勝訴したとしても、それだけでは、X から山田への所有権移転登記が残ってしまい、X は、目的を達成できない。X が所有権移転登記の抹消登記を求めるのであれば、山田が登記申請に協力をしないと考えられることから、山田も被告として所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴訟を提起する必要がある。

そこで、不実の所有権移転登記に関し、抹消登記請求をするのに代えて、不実の登記名義人から直接所有者に移転登記をすることができないかが問題となる。

学説には、物権変動の過程と登記を一致させるべきであることから、これを否定する見

解もあるが、判例及び登記実務は、抹消登記に代え、「真正な登記名義の回復」を登記原因とする所有権移転登記を認めている（最判昭和30年7月5日、最判昭和32年5月30日、最判昭和34年2月12日等。ただし、中間省略登記的なものについては、最判平成25年12月16日が否定）。

よって、本件においては、Xは、Yに対し、「真正な登記名義の回復」を登記原因とする所有権移転登記手続を請求することも考えられる。

したがって、本件について、考えられる訴訟物及びそれに対する請求の趣旨を整理すると以下のとおりとなる。請求が認容されるのであれば、下記の請求の趣旨に基づく判決主文なる。

Stg1 所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記抹消登記請求権	1個
---------------------------------------	----

Ant.

- ① 被告は、本件土地（別紙物件目録記載の土地）について、本件登記2（別紙登記目録記載の所有権移転登記）の抹消登記手続をせよ。
- ② 訴訟費用は被告の負担とする。

Stg2 所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権	1個
-----------------------------------	----

Ant.

- ① 被告は、原告に対し、本件土地（別紙物件目録記載の土地）について、真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続をせよ。
- ② 訴訟費用は被告の負担とする。

*登記をするのは登記官であり、Yは、登記申請という意思表示をする義務があるにすぎないので、請求の趣旨は、「登記をせよ」ではなく、「登記手続きをせよ」とする。

*移転登記手続を求める場合は、請求の趣旨において、「Xに対し」と移転登記手続きの相手方が誰であるか明らかにする必要がある。他方、抹消登記手続を求める場合、相手方は存在せず、請求の趣旨で「Xに対し」と記載しないのが通常である。

*移転登記手続を求める場合、請求の趣旨に所有権移転原因を明示する必要があるので、忘れないように。

2. 請求原因と請求原因事実

1) 請求原因（復習）

所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権もしくは所有権移転登記抹消登記請求権の発生を基礎づけるための要件としては、①原告に目的物の所有権があること、②被告名義登記の存在が必要となる。実体法上は、Y名義の登記が正当な権原に基づいてされた場合には所有権に基づく妨害排除請求権は発生しないが、この点については、Yが登記保持権原の抗弁として当該登記が正当な権原に基づいてされたことを主張立証すべきことになる。自己の所有物に他人名義の登記があるということは、物の自由な使用・収益・処分を可能とする所有権に制限が加えられていることになり、客

観的には所有権の内容が妨害されていることになるから、所有権に基づく妨害排除請求権を行使できるのが原則であると解される。これに加えて、現に自己の名義の登記がある Y に、当該登記を保持する正当な権原があることを主張・立証させたほうが、当事者間の主張・立証責任の公平な分配の観点から妥当だからである。ただ、本件では、Y 名義の所有権移転登記が争われており、Y に登記保持権原（X が所有者であるとしても、Y になお当該登記を保持することができる権原）があると主張する余地はないことから、本件事案では、登記保持権原の抗弁が主張される余地はない。したがって、登記保持権原についての主張・責任の配分について長々レポートで論じる必要はないことになる。

2) 請求原因事実

①の X 所有については、所有権に基づく妨害排除請求権の発生要件としては、現在の所有が必要となるが、X の現所有を立証するためには、X の所有権取得原因となる具体的事実及び前主の所有を主張立証する必要がある。このように解すると、X は、前主の所有を主張立証するために前主の前々主からの所有権取得原因事実及び前々主の所有を主張立証する必要がある、さらには前主、前々主のみならず原始取得した者から X 自身までの所有権取得原因事実を主張立証する必要があるが、所有権については、現在若しくは過去の一時点における X 又はその前主等の所有について争いがない場合には、その時点での X 又はその前主等の所有について、権利自白の成立が認められ、X は、X またはその前主等の所有権取得原因を具体的に主張立証する必要がなくなり、その時点での X またはその前主等の所有から現在の X 所有に至るまでの所有権移転原因事実を主張立証すれば足りる。

本件においては、X と Y との間では、X から山田への売買があったとされる日（平成 26 年 12 月 20 日）の時点での、X 所有については争いがないので、同時点での X の元所有について権利自白が成立し、権利の永続性から、X から第三者への所有権移転原因についての主張立証がない限り、X の現所有が認められるので、それ以外に主張立証する必要はない。

②の Y 名義登記については、口頭弁論終結時における登記（Y による妨害行為）が必要との見解と過去の一時点における登記の存在のみでいいとの見解がある。

これについては、物権的請求権は物権に対する侵害状態によって不断に発生するものであるから、所有権に基づく妨害排除請求権が発生するには、現に妨害状態があることが必要だと解するべきである。

以上からすれば、本件における請求原因事実を整理すると以下のとおりとなる。

Kg

① X、H26.12.20 当時、本件土地所有

② 現在、本件土地につき Y 名義の登記（本件登記 2）

3. Yからの反論1：売買による所有権喪失の抗弁

1) Yの主張は、Yと山田との間で、平成27年3月23日に売買契約が締結されたとする点にある。

Xの請求に対し、Yは、平成26年12月20日のXと山田の売買により、Xが本件土地の所有権を喪失したと主張していると考えられる(E1)。そして、Xと山田の売買の事実が認められれば、176条により上記売買契約時点でのXの所有権喪失を基礎づけることができ、本件請求は成り立たないことになる。

YがXの請求に対して抗弁を主張するためには、Xの所有権喪失を基礎づければ十分であり、それ以上にYの現在所有、すなわち山田とYとの売買の事実を主張することは不要である。したがって、E1の抗弁との関係では、下線部分の主張は、過剰な主張であり、不要である。

*事実適示は以下のとおりである。

E1（所有権喪失1：売買）

X、H26.12.20、山田に対し、本件土地を代金3800万円で売却

2) 本問では、請求原因事実に争いがない。争点となるのは、まずは、売買契約の存否及びその有効性が争点となる。実務的には、授業でも言及したように、この点が最大の争点となる。

E1については、そもそもXに売買に関する意思表示があったのかが問題となる。すなわち、本件では、上記売買契約に関する売買契約書（処分証書：証明しようとする法律上の行為が直接その文書によってなされている証書）があり、それにXの実印による印影が顕出されていることから、売買契約書により、上記売買に関し、Xの意思表示があったと言えるのではないかが問題となる。

一般的に、売買契約書についての成立の真正が問題となる場合、押印について（具体的には印影の作出）これが本人の意思に基づくものであるかを考える場合にいわゆる2段の推定を検討することがある。これは、実印による印影が顕出されていることからすれば、当該印影は、本人の意思に基づき顕出されたことが事実上推定され、それにより、本件売買契約書の成立の真正が推定される（民訴228条4項）というものである。もっとも、本件では、印影がXのものである「押印」だけあったというのではなく、Xは売買契約書に自ら「署名」し、「押印」したと認めているのであるから、二段の推定を検討する場面ではなく（最判昭和39・5・12民集18巻4号597頁）、端的に民事訴訟法228条4項の推定の問題として考えれば足りる。

Xとしては、賃貸借契約に署名押印したつもりだったとして、その際の状況を具体的に主張立証することで本件売買契約書が真正に成立したとの推定をやぶる、ないしは、X・山田間の売買契約の成立を認めた上で、錯誤（効果意思の不存在）・詐欺取消し（意思表示の瑕疵）の再抗弁で解決することが考えられる（Comment参照）。

Comment 文書の真正と形式的証拠力・実質的証拠力

民事訴訟は、権利の存否をめぐる紛争であることから、権利の発生・変更・消滅は、実体法の要件に該当する事実があるかどうかによることになる。事実があるかどうかについて争いがある場合には、証拠によって証明することが必要になる。証拠調べの対象（証拠方法）は、当事者が申出たものに限られる（弁論主義の第三テーゼ）。人証としては、証人・鑑定人・当事者本人があり、物証としては、文書・検証物がある。

文書の（成立の）真正とは、ある文書が作成者と主張される者の意思によって形成されたことを意味する。真正に成立した文書は、その記載内容が、その文書を作成した者の意思・判断・報告などの表現であるのが通例であるので、形式的証拠力があるのが普通である。しかし、文書が真正に作成された場合であっても、その者の意思・判断などの表明が加わっていない場合には、形式証拠力はない（例として、習字）。形式的証拠力は、証拠申出人が、主張する特定の人の意思・判断・報告などの表現と認められる場合と定義することができる。形式証拠力があることが証明されなければ、証拠として採用されないことになる。

形式証拠力があることの証明責任は、証拠申出人（挙証者）にあるが、民訴 228 条に推定規定がある。

形式的証拠力に対して、実質的証拠力とは、文書の記載内容が、証明すべき事実の証明に役立つ効果をいう。証拠価値とか証明力といわれている。処分証書（証明しようとする法律上の行為が直接その文書によってなされている証書）では、文書の成立の真正が認められると、直接に作成者が法律行為をしたことが証明されることになり、実質証拠力は高いことになる。しかし、処分証書によって法律行為がなされたことが証明されたからといって、表意者の意思の欠缺によって、当該法律行為の効力を争うことや、法律行為をどのように解釈するのかはこれとは別の問題である。

本件では、そもそも、X が山田に本件土地を 3800 万円で売るという意思表示をしたということはないといえるのであれば、文書が真正に作成された場合であっても、その者の意思・判断などの表明が加わっているとはいえないとして、売買契約書には形式的証拠力がないとして争っていくのか、それとも、文書の成立の真正が認められ形式的証拠力があることを前提に、売買契約が意思の不合致によって成立していない（否認）、ないしは、X の錯誤によって売買契約の無効（抗弁）を主張して争っていくのが問題となる。

Comment 意思の不合致と錯誤

判例と学説の間では、以下のケースをめぐって、契約が成立していないと解するのか、それとも、契約は成立するが錯誤無効が主張できるのかが争われてきた。

【ケース】①A が「甲家屋」を 100 万円で売ろうといったのに対して、B が「乙家屋」を 100 万円で買おうと言った場合に契約は成立しているか？

②A が「甲家屋」を 100 万円で売ろうといったのに対して、B が「甲家屋」を「乙家屋」と誤解して「その家屋」を 100 万円で買おうと言った場合に契約は成立しているか？

意思表示が合致するという意味

①客観的合致——相対立する意思表示が存在し、この意思表示が契約の客観的な内容において一致していること。

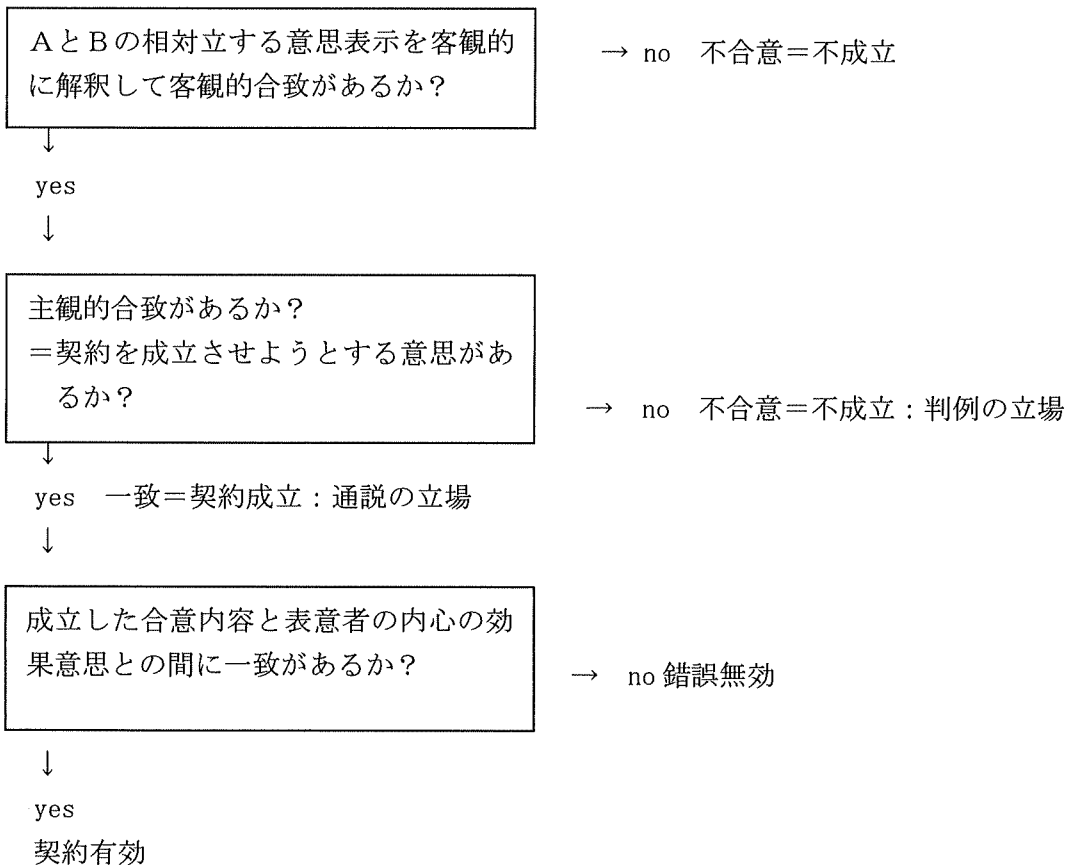
②主観的合致——相手方の意思表示と結合して契約を成立させようとしているとみられること。

問題点——①の場合には、申込と承諾の間に客観的合致がないから。契約は不成立であることが明らか。問題は②の場合である。

判例：当事者の内心に有していた真意の合致が必要→主観的合致なし：不成立

学説（cf. 図1）：合意は双方の表示行為の客観的な意味内容が合致し契約を成立させようとして意思表示されていることによって成立する。契約の成立を認めた上で、錯誤による無効の主張ができるかどうかで処理⇒客観的に合致した内容と表意者の真意の食い違い

図1 通説の理解



4. Yからの反論2：94条2項（+110条）類推適用による所有権喪失の抗弁

1) Yとしては、仮に平成26年12月20日のXと山田の売買が認められない場合、本件について、民法94条2項の類推適用が認められれば、Xは本件土地の所有権を喪失することになることから、本件において、Yは、登記（本件登記1）を有している山田から、その所有であると信じて平成27年3月23日に本件土地を買い受けた旨主張しており、上記主張をしていると考えられる（E2）。

平成26年12月20日のXと山田の売買が認められないとすると、Yが本件土地を購入した山田は、本件土地については無権利者であり、登記には公信力が認められないことから、Yが無権利者である山田から権利取得することは不可能なのが原則である。しかし、不実の登記について権利者に責任があるような場合にもこのような結論となると、第三者の取引の安全を害するおそれがある。

そこで、判例は、虚偽の意思表示（外観）を作出した責任がある者と虚偽の意思表示（外観）を信頼した者との間の利益衡量をしている94条2項を類推適用し、不実の登記（本来は、登記によって公示されている物権変動がないのに、そのような物権変動があることを原因として登記がされていること）を作出されている場合に、そのような登記について責任のある権利者の犠牲のもと、かかる不実の登記を信頼した者、すなわち、「新たに独立の法律上の利害関係を持つに至った善意（無過失）の第三者」の取引の安全を図っている。

民法94条2項（+110条）を類推適用の効果については、理論的には二通りの説明の仕方がある。1つは、XはX山田間に物権変動がないと主張することできない結果、Yとの関係では本件建物の所有権がX⇒山田⇒Yと移転したと主張することができるとする見解（順次取得説）、2つは、X山田間に物権変動があったように扱われるのはYに有効な権利取得をみとめるための一種の擬制であるとして、94条2項によってXの所有権がEに承継取得されたと扱っているにすぎないとする見解（法定取得説）がある。

いずれの見解に立つとしても、このような主張が有効な防御方法となるのはYとの関係では、X山田間に物権変動がないことを主張できないことから、X⇒山田⇒YないしX⇒Yへの物権変動があることになり、Xの所有権が喪失していることになるからである。

2) 民法94条2項（+110条）類推適用は、虚偽の外観の作出について帰責性のある真正な権利者との関係で、この虚偽の外観にもとづいて無権利者から不動産を取得した第三者を保護する法理である。したがって、

- (ア) 虚偽の外観が存在すること
- (イ) 外観の作出について真正権利者の帰責性が認められること
- (ウ) 第三者が虚偽の登記つき信頼したこと

以上の要件を充足していることが必要であると解されている。学説上は、民法94条2項類推適用は権利外観法理の一つであるとして、第三の要件について、第三者の善意・無過失を要するとする見解が多いが、判例は、以下の事案類型に即して、第三者を保護するために善意で足りるとする場合と、善意・無過失まで要求する場合がある。

従前の判例において類推適用が問題となった事例は、①意思外形対応—自己作出型（不実の外形の形成に真正権利者が直接かつ積極的に関与する場合）、②意思外形対応—他者作出型（真正権利者の関与なしに存在する不実の外形を真の権利者が容認・放置する場合）、

③意思外形非対応型（真正権利者の作出した不実の外形と第三者の信頼した外形が一致しない場合）に類型化できるとされ、第三者が保護されるための要件として、①②類型については善意で足りるとされるが、③類型については善意に加え、無過失も要求されている。③類型では、他者の作出した不実の登記が真の権利者の予期したところと大きく異なり、善意の第三者の出現によって喪失する権利が著しく増大する一方、外形作出について真の権利者と関係した他者が、真の権利者の意図したところを越えてさらに別の外形を作出した点において、民法 110 条の表見代理との類似性が認められる。そこで、③類型については、①②類型との差異を考慮し、民法 110 条の法意を援用して無過失を要求している。

94 条 2 項類推の要件は、第三者の側に主張・立証責任があるが、虚偽の外観が登記である場合には、登記には事実上の推定力がある（最判昭和 34・1・8 民集 13 卷 1 号 1 項）から、虚偽の登記があつて、虚偽であることを第三者が権利取得時に知らなかった場合には、第三者の無過失が一応推定されることになり、第三者の主観的要件については、上記の判例・学説の差が、理論的対立のわりに、実際にはそれほど大きいわけではないのかもしれない。

3) 本件では、外観の作出について真正権利者 X に帰責性があつたといつてよいのか。

94 条を類推適用するには「自ら虚偽表示をしたこと」と同程度の帰責性、すなわち「虚偽の外観作出自体」に真正権利者が意思的に関与したことが要求される。

本件では、X が、山田への所有権移転登記という虚偽の外観の作出自体に自ら積極的に関与したとの事実はなく、また、X が本件の存在を知らながらこれを承認したとの事実も認められていないことから、①②類型とは異なる。また、X は、何らかの虚偽の外観作成について通謀したとの事実もないことから、このような通謀があることを念頭にしている③類型とも異なることになる。

もっとも、最判平 18.2.23 民集 60 卷 2 号 546 号（民法判例百選 1 22 事件）は、虚偽の外観（不実の登記）が作出されたことについての真の権利者の帰責性の程度が、自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いような場合に、第三者が、他者が所有者であるとの虚偽の外観を信じ、そのように信ずることについて過失がなかった場合には、民法 94 条 2 項、110 条の類推適用により、真の権利者は、他者が本件不動産の所有権を取得していないことを第三者に対し主張することができないと判示している。

したがって、本件でも、民法 94 条 2 項 + 110 条の類推適用の可能性が考えられる。この場合には、虚偽の外観作成について何ら通謀がなくても、X が何らかの関与を与えた場合には、③類型に該当すると考えることになる。X が意図したところは、あくまで賃貸借契約書の作成、管理料の返還、甲地の所有権移転登記手続であつたとして、山田による本件登記 1 という外観との間に齟齬があるから、判例と同様に 94 条 2 項及び 110 条の類推適用を認めるとすることもできる。

もっとも、X の関与について詳しくみると、本件では、X は、山田に対して、登記原因証明情報（不動産登記法 61 条）たる売買契約書、登記識別情報（同法 22 条本文）、実印の押された委任状及び印鑑登録証明書を交付したようになっており、山田の本件登記 1 の作出に必要な書類を交付してしまっている。この点を強調すれば、客観的事情から推測される X の意思は、山田の本件登記 1 の作出にあつたと言ひ得るとし、本件は意思外形

対応型（自己作出型）であるとして94条2項のみを類推すると考えることもできる。

なお、意思外形非対応型と解してYに無過失まで要求する場合でも、本件でのYの信頼の対象が「代理人たる山田」ではないし、そもそも110条を利用するのは帰責性を緩和して類推を拡大するためでしかないと考え、端的に94条2項を類推して、その中で要件を加重（無過失を要求する）と考えることもできよう。また、意思外形対応型（自己作出型）であるとして94条2項のみを類推すると考えるとしても、本件事案では、本人自身が自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と比較すると本人の帰責性の程度は弱く、相手方に無過失を要求する必要があると解することもできよう。

以上の通り、本問においてYは、民法94条2項（ないし110条と）の類推適用により、Xの所有権が喪失したとの抗弁を主張することが可能である。

なお、民法94条2項（ないし110条と）の類推適用がされるべき要件としては、Yが虚偽の外観を信頼して利害関係に入った第三者であることが必要であるので、E2の抗弁との関係では、下線部分の主張は抗弁事実の一部となることに注意する必要がある。

E2（所有権喪失2：民94Ⅱ、110類推）

- ① 山田、H27.3.23、Yに対し、本件土地を代金3000万円で売却
- ② ①当時、本件土地につき山田名義の所有権移転登記（本件登記1）
- ③ ②につき、Xの帰責性評価根拠事実
 - a H26.3から、山田に本件土地の賃貸事務を任せる
 - b H26.10ころ、山田に本件土地の登記識別情報を教える
 - c H26.9ころ、山田に別の土地の所有権移転登記手続を依頼し、H26.12、山田からその登記手続に必要と言われ、印鑑登録証明書2通交付
 - d H26.12ころ、山田から賃貸借契約書だと説明されるまま、その内容を確認せず、売買契約書に署名押印
 - e H26.12ころ、山田に実印を渡し、山田がXの面前で書類に押捺したのに、その書類の内容を確認せず
(その他、「Xには過去に不動産の取引経験があった」「H26.11分を最後にCからの賃料振込みが途絶えていたのに放置していた」ことなども挙げられるか。)
- ④ Y、①当時、山田が本件土地の所有者であると信じていた
- ⑤ ④につき、Yの無過失評価根拠事実
 - a Y、H27.3.13に本件土地の登記簿謄本を確認、所有者が山田と記載

R（Yの無過失評価障害事実：E2に対し）

- ① Yは、山田が3か月前に購入したばかりの本件土地の売却を持ちかけていることを認識
- ② Yは、山田が本件土地を購入したばかりなのに売り急ぎ、しかも、価格を相場よりも下げ（5000万円が相場だとすれば、半額近くになるということになる）、3か月前の購入価格からも2割強下げていることを認識

④ Yには不動産取引経験が5回ほどある

(その他、「Yは、山田からH26.11にも本件土地の購入を勧められたことがあるが、本件登記1の登記原因がH26.12.20売買であることを認識」なども挙げられるか。)

3) E2については②の事実以外が否認または不知とされ、本件の争点となると考えられる。もっとも、E2①の事実及び④の事実は、書証及び人証から認定できるものと考えられるので、主な争点となるのは、③Xの帰責性、及び、⑤Yの無過失である。もっとも、評価根拠事実・評価障害事実については争いのない事実もしくは容易に認められる事実が多く含まれていることからすれば、評価根拠事実・評価障害事実の存否というよりも、評価根拠事実・評価障害事実を踏まえた評価が大きな問題となる。

E2③に列举した各事実(帰責性評価根拠事実)を考えれば、Xがわずかな注意を払えば外観作出を防止できたといえ、山田が虚偽の外観を作出できたのは、Xの余りにも不注意な行為があったとして、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帰責事由があると評価することもできよう。前出の最高裁平成18年2月23日判決の結論に近い考え方をとることになる。そうすると、E2④の事実(善意)及び⑤に列举した各事実(無過失評価根拠事実)が認められれば、民法94条2項(+110条)の類推適用により、Yを保護すべきであると考えられる(請求棄却)。もっとも、Yにおいても、会社員とはいえ、不動産取引の経験が5回程度あること、山田が売り急ぐ事情について詳しく聞いた形跡がないこと、加えて、本件土地の売買代金が相場よりも安く、さらに、山田の3か月前の購入価格からも相当安いことを知っていたことなどからすれば、更なる調査義務を尽くすべきであったとも評価でき、無過失とはいえないという結論もあり得よう(請求認容)。

Comment 攻撃防御の観点からみた94条2項の直接適用と類推的適用の違い

CASE 1 Aが所有する甲土地について売買を登記原因としてB名義の登記をしていたところ、Bが自己名義の登記があることを奇貨としてCに土地を売却し、Cが当該土地に乙建物を建てていた。AがCに対して、建物収去と土地の明渡を求めて訴訟を提起した。Cとしては、どのような反論が可能か。

●被告Cの反論と攻撃防御の位置づけ

被告Cは、当然のことながら、まずは、AB売買を主張してAの所有権喪失を抗弁として主張することになる<抗弁1>。

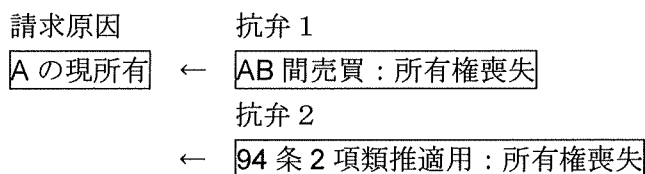
請求原因	抗弁1
Aの現所有	← AB間売買

*AB売買によってAからBに所有権が移転した結果、Aの現在の所有権は喪失している。したがって、Aの現在の所有権者であるということが言えなくなるので、Aの請求は棄却されることになる。

これに対して、A は再反論としては、AB 間には売買契約がなかったとして積極否認することになります（AB 間の売買は C に主張立証責任があるため）。この事実が認定されると、C は、上記＜抗弁 1＞による A の所有権喪失の効果を主張できなくなることになりますので、C としては、94 条 2 項類推適用に基づく反論＜抗弁 2＞を展開することになる。

94 条 2 項類推適用の効果は、AB 間では売買は成立しておらず、したがって、A から B へ所有権は移転していないが、B 名義の登記について A に帰責性があり、C が善意ないし善意無過失である場合に、AC 間では、A から B への所有権移転を認める結果、A は現在所有権者ではないという主張になる。C が承継取得する法律構成については、本文ものべたように、A→B→C という所有権移転構成を採用するのか（順次取得説）、C を保護するためだけであるから、A→C という所有権移転を採用するのか（法定取得説）については、見解の対立がある。

この主張が予備的抗弁ないし再々抗弁にならないのは、94 条 2 項類推適用による A の所有権喪失の主張が、＜抗弁 1＞との関係で、AB 間に売買契約があったということが前提とされない反論だからということになる。したがって、抗弁 1 は抗弁 2 とは、選択的抗弁ということになる。



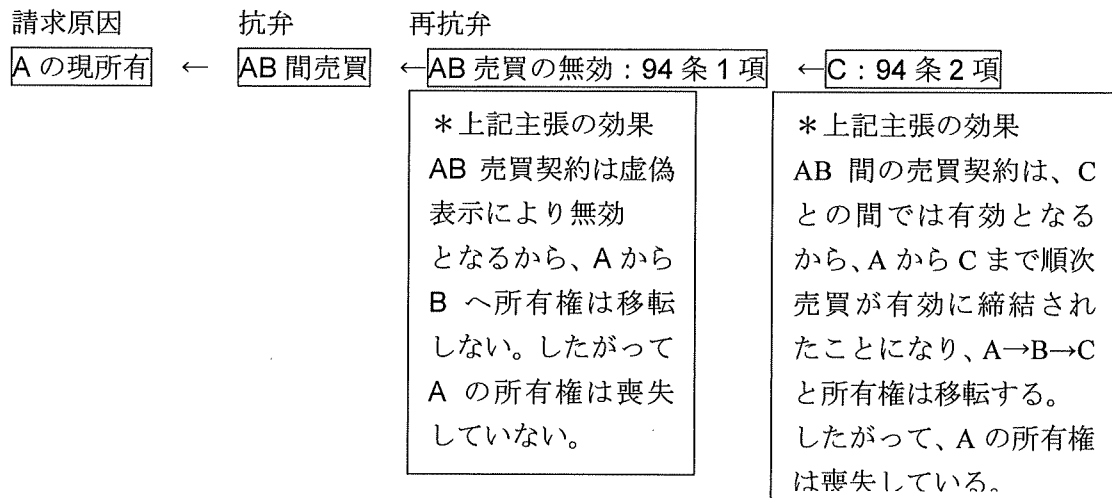
CASE 1 A は所有する甲土地について売買を締結する意思がないのに、B と通謀して、甲土地を売ったことにし、AB 間の売買を登記原因として B 名義の登記をしていたところ、B がこれを奇貨として C に土地を売却し、C が当該土地に乙建物を建てていた。A が C に対して、建物収去と土地の明渡を求めて訴訟を提起した。C としては、どのような反論が可能か。

上記のケースでは、通謀狭義表示によって AB 間で売買契約がされていることになるが、94 条 1 項によってその契約は無効となる、しかし、善意の第三者 C との間では、94 条 2 項によって A は B との間の売買契約の無効を主張できないということになる。

この結果、C との間では、AB 間にも有効な契約があるとする順次取得説（A→B→C の売買の承継）、C との間でのみ、AB 間の契約が無効であったことを対抗できないだけであるから、AB 間の契約を有効となる効果まで認める必要はないとする法定承継説（A から C への承継取得が認められれば C の保護との関係では十分という考え方）の対立がある。

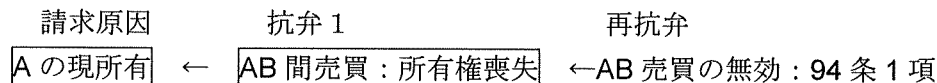
上記の見解の対立との関係で、94 条 2 項の反論は、順次取得説は、AB 間の売買契約が無効になるとする再反論を覆す効果をもたらすことになるので、再々抗弁となる。したがって、ダイアグラムで示せば以下のようなになる。

<順次取得説による構成>



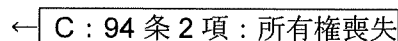
<法定取得説による構成>

これに対して、法定取得説では、AB間の売買の効力が94条2項によって復活するわけではない。AからCへの承継所得を認めるだけということになる。したがって、Cが94条2項の第三者であるという主張は、再々抗弁にならない。ただ、Cが94条2項の第三者であるという主張は、AB売買の無効(94条1項)の再抗弁が主張されたときに、これを前提として、再抗弁の主張が認められた場合に、なお所有権喪失を主張するための反論ということになるので、予備的抗弁となる。



*上記主張の効果
AB 売買契約は虚偽表示により無効となるから、A から B へ所有権は移転しない。したがって A の所有権は喪失していない。

予備的抗弁2



*上記主張の効果
AはAB間の売買契約の無効をCに対しては主張することができない結果、Cは承継取得していることになり、したがって、Aの所有権は喪失している。

配点表

I. 訴訟物と判決主文 合計 7 点

・訴訟物としては、所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記抹消登記請求権ないしは、抹消登記に代え、所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権のいずれもよい。(5点) ①

・判決主文 (2点) ②

*所有権移転登記請求権があるというのであれば、登記原因として真正な登記名義の回復、「YはXに対して」を明記すること。

II. 請求原因と請求原因事実 合計 13 点

1. X、H26.12.20 当時、本件土地所有 (5 点) ; 権利自白 ③

*権利自白の意味と上記時点で認められる理由 (5 点) ④

2. 現在、本件土地につき Y 名義の登記 (本件登記 2) (3 点) ⑤

III 反論 1 とその評価 合計 20 点

1. E 1 の抗弁の意義 (5 点) ⑥

*X・山田間の売買によって X が現所有ではなくなることを理解できているか。

2. 抗弁事実の摘示 (5 点) ⑦

*下線部分が過剰主張となることを理解しているか

3. E 1 における判断

*X・山田間の売買契約書に関する検討 (成立の真正を認めるか、売買契約の成立を認めるか。) (5 点) ⑧

*上記検討を前提とした請求の当否の検討 (5 点) ⑨

IV 反論 2 (94 条 2 項類推適用) とその評価

1. E 1 の抗弁の意義

*94 条 2 項類推適用の要件を理解しているか。(6 点) ⑩

*Y が 94 条 2 項類推の「第三者」に当たると主張することが、Y からの有効な反論となる理由を理解しているか。(5 点) ⑪

*第三者について無過失を要求する理由と根拠が説明できているか。

(10 点) ⑫

*X の帰責性を判断する際の判断基準をどのように考えているか。

(10 点) ⑬

2 抗弁事実の摘示

*虚偽の外観が X・山田間の移転登記であることを理解しているか

(4 点) ⑭

* 狭義の外観作出についての真正な権利者 X の帰責性 合計 10 点

・ X の帰責性を評価するための事実

- a H26.3 から、山田に本件土地の賃貸事務を任せる
- b H26.10 ころ、山田に本件土地の登記識別情報を教える
- c H26.9 ころ、山田に別の土地の所有権移転登記手続を依頼し、H26.12、山田からその登記手続に必要と言われ、印鑑登録証明書 2 通交付
- d H26.12 ころ、山田から賃貸借契約書だと説明されるまま、その内容を確認せず、売買契約書に署名押印
- e H26.12 ころ、山田に実印を渡し、山田が X の面前で書類に押捺したのに、その書類の内容を確認せず
(その他、「X には過去に不動産の取引経験があった」「H26.11 分を最後に C からの賃料振込みが途絶えていたのに放置していた」ことなども挙げられるか)

(5 点) ⑮

・ 上記事実に基づく X の帰責性の判断 (5 点) ⑯

* 第三者 Y の善意・無過失

・ Y が「第三者」であることを主張するために下線部分が抗弁の一部となることが理解できているか (5 点) . . . ⑰

・ Y の善意・無過失 合計 10 点

- a Y、H27.3.13 に本件土地の登記簿謄本を確認、所有者が山田と記載
- b Y は、山田が 3 か月前に購入したばかりの本件土地の売却を持ちかけていることを認識
- c Y は、山田が本件土地を購入したばかりなのに売り急ぎ、しかも、価格を相場よりも下げ (5000 万円が相場だとすれば、半額近くになるということになる)、3 か月前の購入価格からも 2 割強下げていることを認識
- d Y には不動産取引経験が 5 回ほどある
(その他、「Y は、山田から H26.11 にも本件土地の購入を勧められたことがあるが、本件登記 1 の登記原因が H26.12.20 売買であることを認識」なども挙げられるか)

(5 点) . . ⑱

・ 上記事実に基づく Y の無過失の判断 (5 点) ⑲

V 裁量点 (10 点+10 点の限度)

1 裁量点 A : 答案としての完成度 (10 点 . . ⑳)

* 全員について採点 A+は 9 ~、A は 8、B+は 7、B は 6、C は 5、D (不可) は 0

2 裁量点 B : そのほか加点できる事由があれば、考慮 (10 点の限度) . . ㉑

VI 合計点 (満点 110 点+α 点) ㉒