

# 虚偽表示における転得者保護

難 波 讓 治

- 一 はじめに
- 二 九四条二項による第三者の権利取得の構造
- 三 第一類型
- 四 第二類型
- 五 他制度の転得者論との比較
- 六 むすび

## 一 はじめに

転得者保護は各種の制度に現れるが、本稿は虚偽表示の場合について検討しようというものである。<sup>(1)</sup>既に、いわゆる絶対的構成、相対的構成の対立について教科書レベルでも扱われ、議論は出つくして問題は終結したかのようであるが、九四条二項の解釈論の進展に伴って、新たな問題も出てきているのではないかと思われるのであ

る。

転得者保護の問題としては、第三者保護制度がある場合に、当該第三者が保護されないのにその第三者からの転得者が保護されるかという問題（第一類型とする）と、当該第三者が保護される場合に、その第三者からの転得者が保護されない場合があるか（絶対的構成と相対的構成）という問題（第二類型とする）の二つがある。なお、保護される第三者を転得者と呼ぶこともあるが、保護される第三者ではなく、その後の転得者を対象とする。もっとも、第一類型では、転得者を九四条二項の第三者に包含すれば転得者独自の問題ではなくなるので、転得者といえは第二類型を示すことが多いが、第一類型においても第三者と転得者を区別すべきと考え、対象とした。

以下では、まず、九四条二項による権利取得の構造について考察する。この問題は、第三者と原権利者との関係について論じられることが多いが、第三者だけでなく、転得者保護にも影響を与えると考えるからである。その際に、一七七条との重畳適用事例ともいべき類型について議論がなされているので、それについても言及する。その後、第一類型と第二類型を分け、さらに理論的側面と要保護性の側面に分けて、従来の議論を整理する。さらに、転得者について議論の豊富な三二条一項後段（失踪宣告の取消し）、一一〇条、一七七条の転得者論と比較して、九四条二項における転得者論の特徴を明確にするとともに他制度の解釈を参考にした<sup>(4)</sup>。

## 二 九四条二項による第三者の権利取得の構造

### 1 原始取得か承継取得か

虚偽表示において転得者が現れる例としては、不動産の所有者AがBと通謀し、Bへの売買を偽装し、登記をB名義にしておいたところ、CがBから不動産を買い、さらにCがDに売ったという事例が考えられる。そして、Cが悪意であればCは保護されないが、Dが善意の場合に保護しなくてよいのか（第一類型）、Cが善意であればCが保護されるのでDも保護されそうであるがそれでよいのか（第二類型）という問題として現れる。このD（転得者）の権利取得の前提として、まず、第三者Cの権利取得の構造について確認したい。転得者を第三者と同様にみれば（第一類型における通説）まさに転得者の権利取得の問題であるし、第三者とは別の問題だとしてみても、それが転得者の権利取得に影響するからである。

学説は、AからCが直接に取得するという見解と、Cが保護されることよってA↓B↓Cと権利が順に移転したことになるという見解に分かれている<sup>6)</sup>。それは諸説による九四条二項の趣旨とも関連する。前者は、九四条二項で第三者が保護されるのは、前主が無権利にもかかわらず取得者が権利を取得するという構成と結びつく傾向があり、後者は、A・B間の無効をCに対抗できないという構成につながりやすい。

九四条二項を、前主が無権利であるにもかかわらず、外形に対する信頼を保護しようとする制度とみて、Cの取得を無権利者から取得するものとすれば、転得者が原始取得することになるはずであるが、この取得をA↓Cの法定の承継取得と説明する説が有力である。しかし、Cの権利取得は、Aからの承継ではない。Aが権利を失

いCが取得するという意味では確かに承継であるが、基本的には無権利者からの取得であり、原始取得というべきである。「法定承継」というのは、本来、承継でないのに、後述のようにCとAからの取得者E(A↓E)との対抗関係を通き易くするためにA↓Cの承継を擬制しているように思われる。Cが原始取得したとすると、Aは無権利となるので、AからEへの承継はなく、対抗関係は発生しなくなつて困るのである(もつとも、「時効と登記」にみられるように、原始取得としても一七七条の適用可能性はある)。A↓Cの承継の説明のためにBに処分権が発生したという説もあるが、やはり権利承継とみるのは疑問である。従つて、無権利者からの取得と解する説は、原始取得説とすべきと考えるが、以下では、「法定承継取得説」も併せて検討対象とする。

A↓B↓Cの順次承継説は、条文の「無効を対抗することができない」という形式から、A B間の無効を主張できないのだからCとの関係ではA B間も有効と扱われると考える。

この承継説には、大きく二通りの説明がある。九四条二項の趣旨を外観法理から基礎づける立場によりながらも九四条二項の条文構造から順次承継を認めるものと、無効の対抗不能から位置付けるものである。後者は、九四条二項の基礎付け自体、外観保護法理とみる多数説と異なる。すなわち、Aの側に重点を置き、意思に基づく外形的行為の作出こそが虚偽表示のメルクマールであり、九四条二項は、対抗不能という法構造に照らして、作出されたA B間の権利移転効果を相対的に発生させるだけであり、Cの権利取得はその効果の結果にすぎないというのである。この見解によつても、九四条二項の類推適用事例においては、A B間に有効とすべき法律行為は存在しないから、Cの取得は原始取得とみるしかない。<sup>(11)</sup>

さらに、原始取得説に類似しているが、独自説と思われる見解もある。<sup>(12)</sup> 原始取得説は、Cの権利取得の結果、反射的にAが権利を失うというものである。それに対して、この見解は、無権利の法理の例外としながらも、A

が責められるべき事由のため権利を主張できない結果、反射的にCが権利を失うとする。不法原因給付において給付者による返還請求権が否定された結果、反射的に受領者が所有権を取得するという構成と同様のようであり、虚偽表示者へのサンクションに重点を置くようである。そうだとすれば、外観保護の制度とみる多数説と異なり、無効の対抗不能説と共通性があるが、条文構造的には、無効の対抗不能説のほうが適合的であるように思われる。

## 2 九四条二項と一七七条の重畳事例について

AがBと通謀してBに不動産の登記を移し、Bから善意のCが取得したが、AがEに売ったという事例について争いがある。その場合に、CとEの対抗問題になるといのが多数説<sup>(13)</sup>であり、AはCに対抗できず無権利なのだから、Aから取得したEも無権利でありCが優先するという少数説<sup>(14)</sup>である。このどちらが優先するのかの議論はCからの転得者Dにも影響するので、ここで取り上げておく。

これについて、1で述べた権利取得の構造と結びつける議論がある。すなわち、順次の承継取得だとすれば、A↓B↓Cと権利が移転してCが取得しているので、EもBの権利を否定できず、Bの承継人であるCの権利も否定できないが、法定承継説だとA↓CとA↓Eの対抗関係になるとされる<sup>(15)</sup>。しかし、A↓B↓Cの権利承継を認めても、A↓B↓CとA↓Eの対抗と見る見解がある<sup>(16)</sup>。すなわち、CとEの対抗関係になるのか、Cが優先するかは順次承継説に立つか法定承継説に立つかとは直接関係がないのであり、順次承継説に立つても、CとEに一七七条を適用して対抗関係とみるか（対抗説）、対抗関係となるのはBとEの関係であり、Cの存在によってBが優先した後はBから承継したCが勝つとするか（C優先説）に分かれる。他方、法定承継説によるCの取得

を本来原始取得によるものとみれば、Cが取得したことによってAが無権利になり、無権利者AからEは取得できないと考えることもできる（C優先説）し、原始取得にも一七七条を適用すべきとも考えられる（対抗説）。

対抗説は、C優先説を批判して、C優先説は、Cが自己のための登記を得ないでいる間にEが自己のための登記を得てしまってもなおCはEに対して所有権を主張して登記請求や不動産引渡請求をなし得、EからE2、E3に権利の転讓渡があっても同じはずだが、そこまでCを保護するのは妥当でない、という。<sup>(17)</sup>しかし、Cが権利を取得したからといって、登記を取得しなくても永遠に保護されるわけではない。もし、Cが権利を取得しても登記を得ず、Bにところにあつた登記がAに戻され、それによってAの権利を信じたEが取得したのだとしたら、CがA名義の登記を放置した等の付加的帰責事由ある場合に限り、九四条二項の類推適用によってEが保護される可能性がある。

また対抗説は、虚偽表示を行ったわけではないEの立場からみて常に害される結果になり、不動産の流通の安全を害するし、Aからしても、ひとたび虚偽表示で讓渡すると処分もできなくなるのは妥当でないという。しかし、Aは、虚偽表示を解消しさえすれば、Cが現れて害されることはないし、Aに登記が戻っていなければ、登記のないAからEが買うことはほとんどなく、またあるとすれば、虚偽表示の存在を知らず買おうとする者であり、それは虚偽表示を助けるような行為者であるから必ずしもEを保護すべきことにはならないと思われる。さらに対抗説は、何ら問題のないA E間の讓渡が第一讓渡で、その後A B間で虚偽表示がなされCが保護されるとしても、Eに対して当然にCが優先するのをおかしいとして、C Eを対抗関係とみる。<sup>(18)</sup>しかし、A E間の讓渡があれば、Eが権利者になっているのであって、もはやAによる虚偽表示の問題ではなく、Cが九四条二項によって原始取得するとすれば、権利者Eの権利が消滅するという問題である。Eから見れば、権利を取得したの

に、B名義の登記を放置していたことに帰責事由があることよって、Cが九四条二項の類推によって保護され権利を失う余地があるが、Cが保護されるのはEに帰責事由がありCが善意無過失の場合に限るとするほうが、EとCとのバランスも取れていると思われる。このように、C E間を対抗問題とする必要は、必ずしもないのである。

以上のように、私見は権利外觀論によるならば原始取得説でよいと考えるが、無効の対抗不能説との優劣は九四条二項の趣旨自体にかかわるのでここで結論を出すことはできず、以下では、いずれも検討対象として、二において第一類型と第二類型について検討する。

### 三 第一類型

#### 1 転得者の権利取得の構造

第一類型では、不動産の売買において、虚偽の売主（原権利者）A、虚偽の買主B、Bから取得した悪意の第三者C、Cからの善意の転得者Dが現れたとし、登記は、当初B、後にCが取得したという事例を題材とする（Dが登記を取得することを保護要件とする説もあるが、ここでは問題にしない）。

前述の議論を転得者Dに応用すると、第三者Cが悪意で保護されない場合にDが保護されるかという問題（第一類型）の帰結は、次のようになる。順次承継説からは、A B間の無効をAが主張できないのだから、A B間の

有効を前提にAからBに権利が移転し、Bに権利があることになるからCはBから権利を承継取得し、さらにDはCから権利を承継して、 $A \rightarrow B \rightarrow C \rightarrow D$ と承継したことになる。順次承継説のうち、対抗不能説によれば、A・B間の無効をCには対抗できるがDには対抗できないので当然にこの結果が導かれる。<sup>(19)</sup> 順次承継—外観保護説によれば、明確ではないが、DがBの外観（この点は後述する）を信じ保護されることになったので、その結果、AがA・B間の無効をDに対抗できなくなり、 $A \rightarrow B \rightarrow C \rightarrow D$ の承継があつたとみるのであろうか。

原始取得説からは、無権利者Cから取得したDを保護できるかという問題になる。法定承継説（ $A \rightarrow C$ の承継取得とする説）は、明らかでないが、 $A \rightarrow D$ の承継取得とみるのであろう。<sup>(20)</sup>

## 2 相対的構成説—第三者を転得者に包含する説

第三者Cが保護されず権利を取得できないのであるから、上記のようにDに権利を取得させるにはなんらかの工夫が必要である。判例通説は、ここで九四条二項の「第三者」を拡大する解釈を用いている。「第三者」に転得者を含めば、第三者が悪意で権利を取得できなくても転得者が取得できる、すなわち相対的構成になるからである。第三者の定義として、判例は、「虚偽の意思表示の当事者又は其の一般承継人に非ずして其の表示の目的に付き法律上利害関係を有するに至りたる者」（大判昭和八年六月一六日民集一二卷一五〇六頁）とし、転得者も第三者とする（最判昭和四五年七月二四日民集二四卷七号一一一六頁、最判昭和五〇年四月二五日判時七八一—号六七頁）。この定義からすると、確かに転得者を含むことに障害はない。学説もほぼ同様であるし、「異論はない」とまで言われている。<sup>(21)</sup> この点について詳論する文献は少ないが、上記四五年最判の調査官解説は次のように



述べている。<sup>(22)</sup>

Aが悪意のCに対してBへの権利移転の無効を主張しうることと、善意のDに対してBへの権利移転の無効を主張し得ないということとは、紛争の当事者ごとに相対的に確定されるべき民事上の権利関係の本質からいって矛盾しない。AC間の関係では、仮想登記であることを知りつつBと契約したCの所有権取得が否定されるが、そのことはBC間の契約が有効に締結されたこと自体を否定するものではないので、B↓C↓Dの経路で目的不動産につき有効な取引関係に立つDが善意である以上、AとDの関係では、AがBの無権利を主張することが許されないこと（A↓B↓Cの経路で所有権が移転していたものとされること）は、九四条二項の（類推）適用の当然の帰結として出てくる、と。この説明は、順次承継によっており、前述の対抗不能説に近いものである。Aの側に重点を置けば第三者であろうと転得者であろうと悪意者には有効を主張できるといふことにつながりやすいとは思われる。一方、原始取得説や法定承継説は当然のこと、順次承継―外観保護説も、転得者D自体の権利取得を問題にする。しかし、DがCから取得する場合、DはBの無権利ではなく、Cの無権利から保護されるのであるから、その場合の独自の理由づけがなければやはり不十分である。<sup>(23)</sup>そこで、この第三者に転得者を含むことについてさらに説明が必要である。

### 3 第三者と転得者の比較

第三者と転得者を同視する立場の説明は次のようなものである。<sup>(24)</sup>すなわち、AC間とAD間で利益状況に異なる点はなく別の取扱いをする理由がないし、Aは虚偽の登記を取り除こうと思えばできるのに、Aはそれをせず

に放置して登記を他人名義にしており、それは登記がB名義からC名義に変わってもAの帰責の本質は変わらず、一方、虚偽の外形を真実のものと信じたDを保護すべきことも、Dの取引相手がCであっても変わることはないという。虚偽表示したAの帰責性も転得者Dの信頼も第三者Cの場合と変わらないのである。しかし、Dが信じた虚偽の外形は、Cの登記によるCの権利であることが通常であり、Bの登記によってCが信じたA・B間の有効性とまったく同様とはいえないし、その外観への帰責性にしても、Cの登記はA自身が関与したものでなく間接的なものとどまるのである。

前掲昭和四五年最判は、九四条二項の類推適用事例であるが、転得者を第三者に含め、「類推適用する場合においても、これと解釈を異にすべき理由はない」とし、善意の対象もA・B間の有効性とみていた。この判例は、当初のA・B間の有効性を善意の対象としているが、前記学説の示した例のように、通常Dの信頼の対象はCが権利を有することであり、対象が異なるのであるから、まったく同様に扱う必要はない。

転得者の第三者への組み入れについては、次のような指摘がある。本来は個々の転得者ごとに独自の理由づけが必要なのに、便宜的に第三者に転得者を含めているのであり、それは、九四条二項が一般性を持つから可能というものである。<sup>(25)</sup>すなわち、九四条二項を単に外観理論の一般条項といった位置づけをするなら可能ということであろう。確かに類推適用事例まで広げれば、九四条二項は一般的外観保護規定に近くなっている。転得者Dにおいては、前者Cの権利の外観を信頼したのであり、これは、九四条二項の本来的適用事例ではなく、類推適用事例と同様である。九四条二項の第三者に転得者を含まなくても、同じ結果はDを九四条二項の類推適用によって保護されることによっても得られるとする見解もある。<sup>(26)</sup>しかし、まったく同じではない。要件論において九四条二項の本来適用事例では第三者の過失を要件としないのが通説であるが、類推適用事例は過失を要件とする見

解が有力であり、それによれば転得者事例では、転得者の無過失を要件とすべきことになる。<sup>(27)</sup>

— 原所有者と善意の第三者とを比較すれば、原所有者が虚偽表示を行った者であり、第三者を保護すべきなのは条文通りである。転得者が善意であれば、虚偽表示者ではなく転得者を保護すべきと一応は言える。ここでは、虚偽表示行為者へのサンクションという面と、善意転得者の保護という面が対立している。しかし、虚偽表示を行った者とその表示を信じた第三者との比較という場面が、虚偽表示を行った者ともはやその虚偽表示に起因するが直接関係のない外観を信じた転得者との比較という場面がまったく同じということにならない。第三者が現れる段階では、あくまで虚偽の法律行為が存在する（この点、類推適用の場面では異なる）ことについての信頼保護であるが、転得者が現れる段階では、善意の対象を、虚偽表示による登記であることを知らないことと言ってもあまり意味がなく、前者Cの登記という現在の権利の外観について信頼したのであり、一般的な外観保護の問題となっている。そうであれば、転得者は九四条二項の「第三者」とは異なる外観法理（九四条二項の類推）によって保護すべきであり、要件として無過失を要求すべきである。

#### 4 まとめ

以上の検討をまとめておく。

九四条二項の「第三者」の一般的な定義からすれば第三者に転得者を含むことに障害はない。九四条二項の構造からすると、順次承継説のほうが転得者包含説につながりやすそうである。法定承継説、原始取得説によっても転得者包含は可能であるが、信頼の対象が異なることからすると、転得者除外説も成り立ちそうである。

元の権利者Aと転得者Dの要保護性からすると、虚偽表示を行ったAを保護する必要性が小さいのはその通りだと思われるが、転得者との関係では、転得者が信じた外形へのAの帰責性は間接的なものにとどまり、Dの信頼の対象はCの信頼の対象と異なるので、九四条二項の第三者から除外し、九四条二項の類推適用によるべきである。

## 四 第二類型

### 1 転得者の権利取得の構造

次に第二類型に移る。原権利者A、虚偽表示の相手方B、Bから取得した善意の第三者C、Cからの悪意の転得者Dという事例を題材とする。原始取得説では、Cが原始取得した後にC↓Dの承継があるだけである。法定承継説では、A↓CとCが法定承継取得した後は、A↓C↓Dと承継する。順次承継説からすると、当然、A↓B↓C↓Dと承継したことになる。この承継したはずのDの権利を否定できるかという問題である。この構造との関係は後述する。

## 2 絶対的構成説

絶対的構成説は、第三者Cがいったん善意で保護されれば、転得者Dが悪意であっても保護されるという立場であり、現在の通説とみられる。<sup>(28)</sup>

理論的には、「転得者は前者（直後の「第三者」）の地位の承継を主張することもできる」という理由によっている。これが最も基本的理由と思われるが、さらに、理由として挙げられるのは、以下のような相対的構成の難点である。<sup>(30)</sup> ①Dが保護されずにAに目的物を奪われると、DはCに追奪担保責任を追及できるはずで、それを認めると保護されていたはずの善意者Cの保護にならない。②悪意の転得者が賃借権者や抵当権だった場合、それらを無効にすると、善意者が制限物権的なるものを負わない所有権を回復したら、信頼や期待を上回る利益を受けてしまう。そこで、賃借権や地上権などの用益物権をAが取得することになるが、抵当権の場合は、取消債権者が善意者に対する債権を持っていなければ取得できないという不都合がある。③第三者が善意で保護された後に処分しようとしても、転得者が悪意であれば取得しないから、結局、第三者の処分可能性を制限してしまい、保護が不十分である。<sup>(31)</sup>

相対的構成への①の批判は従来多く見られたが、近時は相対的構成の側も追奪担保責任を否定するものが多いようであり、成り立たなくなっている。<sup>(32)</sup> すなわち、Dが追奪されるのは、D自身の悪意によるのであって、Cは自己の権利を完全にDに移転したとみるのである。なお、相対的構成説に立つてうえで、担保責任を否定するのではなく、一応発生を認めて権利濫用として前主への行使をみとめないという独自の主張があり、<sup>(33)</sup> 不発生なのか権利濫用として行使できないのかという新しい争点が生じているが、いずれにせよ、DからCへの責任追及は認

めない。③は、①に比べるとCが害される程度は低いが、③に対する反論はなされていないようである。②についても、相対的構成はやむをえないとみるのであろうか。<sup>(34)</sup>

絶対的構成に立つたうえで、A Dが通謀して善意のCを利用したような場合はどうか。多くの説は、権利濫用等によってBが所有権をDに対抗できるとする。そこまでは無理で、Dの不法行為を問題にでき、不法行為の効果は金銭賠償に過ぎず現実賠償を求められない日本の法制度においては損害賠償にとどめるべきという見解もある。<sup>(35)</sup> 権利濫用または信義則を用いるのであれば、理論的に説明可能であるが、相対的構成からは、そのような例を認めるのであれば、結局相対的ではないかと批判されている。

### 3 相対的構成説

相対的構成説も<sup>(36)</sup>少数ながら主張されている。この見解の基礎には、いかに権利を承継したとしても、悪意者は保護に値しないという判断があるのは間違いない。しかし、それ以上の根拠が述べられることは少ない。例えば、前述の第三者保護の構造でも取り上げた以下のような説明がある。すなわち、九四条二項の法構造では、第三者Cは直接にBから権利を取得する（権利の承継）のではなく、真の権利者Aが権利主張を否定される結果、その反射効として権利取得が認められるのであり、第三者（転得者も含まれる）が善意でない以上、Aが自己の権利を主張できることは当然である、と。<sup>(37)</sup> この見解は、第三者側の信賴保護に重点を置くのではなく、権利者Aが善意者に権利を主張できなくなるという効果が九四条の効果なので、悪意者には主張できるといふことのようにであり、その点は理解できる。しかし、転得者の場面でこの「反射効としての権利取得」といふ構成は成り立たたな

いのではないかと思われる。すなわち、第三者Cが善意、転得者Dが悪意の場合、さらに続いて、Dからの取得者Eが善意、F悪意、G善意…といった場合を想定すると、いったいどの善意者が反射効として権利を取得するのであろうか。

また、相対的構成説は、法的安定性に欠けるという自説の弱点について、それは結果についての予見可能性であり、相対的構成が支配的になれば予見可能性が出現するという。法的安定性は、相対的であるとしても、絶対的構成のほうがより安定するには違いないから、この反論も説得力は弱い。

さらに、求償の問題が解決したとして、相対的構成を取る見解がある。<sup>(39)</sup> この見解は、DからCへの追奪担保責任の追及を権利濫用として認めないが、抽象的には存在するとしてそれを被担保債権としてCからBへの債権者代位が認められるからとする。しかし、それだけで、相対的構成の難点が解消したとは言い難いように思われる。相対的構成への批判は、既に絶対的構成において述べたもののほか、真実の権利者は少なくとも善意の第三者に権利がとどまっている間は、<sup>(40)</sup> 権利を主張できなかつたのだから、悪意の転得者が登場したからといって、改めて保護する必要もないという評価もある。

## 4 検討

### (1) 転得者の権利取得の構造との関係

前述したように転得者の権利取得の構造は各説によって異なるが、この構造の違いが影響しそうである。

第三者が権利者となれば、転得者はその権利を承継取得するはずであるから、絶対的構成が基本である。原始

取得説からすれば、もはやAとDは何の関係もないはずであり、Dが悪意であるからといって、権利を認めないのは、一般条項など他の法理を持つてくるしかない。法定承継説によっても同様であろう。順次承継説に立ち、AはA B間の無効を善意者に主張出来なくなるという効果が発生するとすれば、AがA Bの無効を悪意者Dには主張できるという構成も可能であろう。もつとも、この見解によつても、類推適用事例では、Cの原始取得として、AはCから承継したDに対抗できないとみるしかないのではないか。

## (2) 要保護性

まず、虚偽表示をした真の権利者Aの保護はそれほど重視すべきとはいえないが、本来の権利者であるから、保護すべき者がいなければAの権利を否定する必要はないであろう。

学説の議論の中心は、善意者Cの保護である。絶対的構成を主張する陣営も、基本的には悪意のDを保護しようと言っているのではなく、善意のCを完全に保護しようということである。悪意者Dを保護しないのはかまわないが、それによつてCが害されることになる点で、困るのである。この点で、相対的構成の難点(前述の①、③)は解消してはいないと思われる。

次に、Dの保護の観点であるが、悪意といつても転得者が土地の権利関係を普通に調べた結果、A B間の虚偽表示を知つただけのような場合の保護の必要性を示す見解がある。<sup>(4)</sup>実は、これは善意の対象の問題である。転得者Dの場合も、A B間の虚偽表示について善意悪意を判断すれば、このような事例ではDが悪意になってしまうが、Dの信頼の対象、そして善意悪意の判断の基準をCの権利とみれば、A B間の虚偽表示を知つたとしても、善意のCが保護されたとDが考えればDは善意である。その場合は九四条二項類推の場面であるので、Dは善意



だけでなく無過失も要求されると考えれば、妥当な結論を導くことができる。

当初から悪意で自分が保護されないことを知っているDが善意のC（いわゆる「わら人形」）を利用したような場合は、Dを保護すべきでないことについては、意見はほぼ一致している。もともと、どのような者が排除されるのか、細かくは明確でない。わら人形のような場合だけ排除され、その根拠が権利濫用によるしかないとすれば、かなり狭い場合に限定されそうであるが、信義則を用いてもっと広く保護を否定する見解もあったところであり、この点の検討は十分になされていない。当初から潜脱する意図があった場合、権利濫用論を用いると、権利を有するが行使できないという状態が残ってしまうので、同一当事者論によって権利を取得できないとみるほうが簡明である。それより広い場合については、一般条項の問題とすれば、適用の余地がないとは言えないであろう。<sup>(43)</sup> そのように見れば、結局相対的構成ともいえるのであるが、単なる悪意者を排除するのではないから、なお、差異は大きい。

## 五 他制度の転得者論との比較

以下では、九四条二項の転得者保護と他制度との相違や共通点を探って、九四条二項の特質を明らかにしたい。第三者保護の制度であれば必ず転得者が現れるはずであるが、議論がある、三二一条一項後段、一一〇条、一七七条について取り上げる。

## 1 三二条一項後段

## (1) 第一類型

Aが失踪宣告されたことよってBが相続等によって不動産を取得し、BがCに譲渡し、さらにCがDに譲渡した後に失踪宣告が取り消されたという例で考える。

三二条一項後段においては、第三者が保護されるためには、取消前の行為者と第三者の双方善意が必要であるというのが古いが判例である(大判昭和十三年二月七日民集一七卷一号五九頁)。転得者が「取消前に善意でした行為」に該当することは前提とされている。そこで、この立場に立てば、第三者C悪意、転得者D善意ではDが保護されることはないので、第一類型は成立しないとされる。<sup>(43)</sup> もっとも、「双方善意説」はBCD全ての善意ではなく、CDが善意であればよいとするようであり、<sup>(44)</sup> そうだとすると、BCDEとさらに転得した場合でもDが善意であればよいことになるから、その場合は、たとえ第三者Cが悪意であっても、Eが保護されるといった場合もあり得る。

近時の学説は、双方善意を要求せず、保護される第三者の善意だけで足りるとというのが多数である。<sup>(45)</sup> いずれにせよ、第三者自体が保護されなくてもその後の転得者が保護されるかどうかという場面が発生する。この点について論ずるものは少ないが、三二条一項後段を、失踪宣告の取消しの効力の対抗不能ないし人的効力の制限の問題と考え、善意のDとの相対的な関係では、失踪宣告の取消しの効力は認められず、Dとの関係ではBC間の売買契約は有効ということが考えられる、とするものがある。<sup>(46)</sup>

しかし、そもそも、第三者と転得者をまったく同様に扱っていいか問題である。すなわち、権利を取得したB

の処分行為が善意であること、失踪宣告による権利取得を信じたCの保護と、Cが権利者であることを信じたDの保護は、場面が異なり、保護の度合も異なり得るのではないかと、ということである。この点は、九四条と共通するところがある。

## （2）第二類型

第二類型では、絶対的構成説が多数である。その理由として、法律関係の安定、失踪宣告が知れ渡っている場合はCが対象物を売りたくても買い手が見つからないこと、さらに、Dが事情を知りながらBから取得すれば保護されないが、Cが買ったのでCからなら大丈夫と思つて買うことは責められるべき行為ではない、という評価がある。<sup>(48)</sup>

相対的構成説の法律構成が示されることは少ないが、九四条二項と同様に、Aが権利主張の否定、その反射効としてCの権利取得を前提に、この第三者に転得者を含むのは他の制度と同様でCとDを区別する理はない、というものがある。<sup>(50)</sup>

## （3）九四条二項との比較

このように、九四条二項とほぼ同様の議論がなされている。九四条二項と異なるのは、Aの帰責性が弱いのではないかという点である。<sup>(51)</sup> 九四条二項において絶対的構成に立ち、三三条一項後段においては、相対的構成に立つ論者がいることは、原権利者の帰責性の違いからであろう。また、失踪宣告では、無権利者からの取得ではなく、権利者からの取得であったのに取り消された場合である（これは九六条とも共通する）が、この点は意識さ

れていない。この点は、九六条なども含め権利移転原因の失効の場合と九四条二項のような無権利者からの取得の場合で異なるのではないかと考えられるが、今後の検討課題である。

## 2 一一〇条

### (1) 第一類型

ここでは第一類型について議論がある。本人Aの無権代理人Bが善意のCと取引をし、表見代理が成立してAとCの関係が生ずる場合を基本とする。Cが悪意であれば一一〇条は適用されないが、Cからの転得者Dが善意であれば一一〇条で保護されるかという例による。ここでは一一〇条のみ取り上げるが、一〇九条、一一二条でも同様の問題がある。

まず、転得者は第三者に含まれないというのが判例・通説<sup>(52)</sup>である。判例は手形の事例であるが、否定した(最判昭和三六年一月二日民集一五卷一五号二七五六頁、最判昭和四五年三月二六日判時五八七号七五頁)。そして、転得者は、九四条二項や一九二条によって保護すべきと言うのが有力である。<sup>(53)</sup>この場合は、代理権を信じたのか(一一〇条の第三者)、権利の外観を信じたのかに大きな差異があるからであろう。

もっとも、転得者も含まれるべきという異論もある。代表権の事例についてであるが、代理・代表の場合、信頼の対象が異なることを認めながら、そのことと転得者保護を相手方より厳格化することは別として、Cの権利に対する疑念はプロセスに対する信頼の当否に関する判断に結びつくから、間接的だが代表権に対する信頼となるという見解である。<sup>(54)</sup>

(2) 九四二条二項との比較

九四二条二項では、一一〇条と比較すれば、構造的に第三者と転得者を同視する方向となりやすい。一一〇条では、第三者の代理権の存在への信頼と転得者の前者が権利者であるとの信頼がかけはなれていることに対して、九四二条の場合は、虚偽表示の有効性に対する第三者の信頼と転得者の前主の権利者であるとの信頼は近いとみられているであろう。しかし、私見はなお相違を認める立場である。

3 一七七条

(1) 第一類型

AがBに不動産の第一の譲渡を行ったが、Aが背信的悪意者にあたるCに第二の譲渡を行い、さらに善意または単純悪意のDに譲渡されたという例で考える。

一七七条の場合、他の条文と異なり、基本的には対等の権利者の「対抗」の法構造になっている。すなわち、九四二条二項は、善意者保護の制度であるが、一七七条は、対等権利者の登記による優先ルールを一般条項に基礎を有する背信的悪意という例外的法理によって修正したとことよってこの転得者の議論が現れているという特徴がある。また、一七七条の構造自体に議論があり、いわゆる公信力説に立てば、九四二条二項等と同様の構造になりうるという点も議論を複雑にしている。それらの膨大な議論を辿ることは本稿では不可能であり、以下は、九四二条二項の議論との関係で筆者が抽出したものにすぎない。

まず、九四二条二項の議論と同様な構成は、第二譲受人を無権利者とみる立場である。すなわち、公信力説のよ

うに一七七条を善意者保護の制度とみて、A Bの第一譲渡によってAは無権利になるとみれば、無権者Aから権利を取得したB、Bから取得したCというように、九四条の転得者と同様の構図になる。A C間の第二譲渡を公序良俗違反として無効とみる見解によっても、Cは権利を取得できないから同様であろう。この場合のCの権利取得は、九四条二項の類推適用などによることになる。<sup>(55)</sup>

これに対して第二譲受人を権利者とみる立場がある。判例の理論構成では、背信的悪意者論を前提に、その者からの転得者を保護する（最判平成八年一〇月二九日民集五〇巻九号二五〇六頁）<sup>(56)</sup>が、背信的悪意者であっても信義則上自己の権利を主張できないだけで権利を有することには変わりないから、転得者も背信的悪意者から権利を承継取得できるというのである。背信的悪意者を信義則という一般条項の応用の問題と捉えれば理解できる。学説も、信義則を強調する見解は、（背信的悪意者排除論は）権利取得者の権利主張が第一譲受人との関係で信義則上許されるかどうかという問題であるから、背信的悪意者性の判断は、相対的に、すなわち、信義則違反か否かは個別相対的に判断するものなので、判例がとる相対的構成は当然のこととなるとか、第一譲受人と第二譲受人からの転得者との関係において行うのが必然の論理などとして判例を支持している。<sup>(56)</sup>この構成は、一七七条を、「同一譲渡人からの承継者」だけではなく、さらに権利が移転した場合にも適用することが前提とされている。<sup>(57)</sup>

また、第二譲受人Cが（背信的）悪意、転得者Dが善意の場合の、Cの地位を、無権利者ではなく当事者と同様と捉え、Cからの転得者Dの地位は第二譲受人そのものと評価できるといふ論理で一七七条の適用を肯定する見解がある。<sup>(58)</sup>これに対しては、第二譲受人が「準当事者」であった場合は成り立ちうるが、「不当競争型」の場合<sup>(59)</sup>は成り立ちにくいという批判がある。

次に、当事者の要保護性である。絶対的構成は取引の安全を害し、相対的構成が取引の安全に資するという意見がある。<sup>(60)</sup> もつとも、相対的構成説の中でも、転得者が保護されるための要件ないし保護されなくなる要件については見解が一致していない。前者が背信的悪意であることについての悪意で足りるといふ説と転得者自身の行為態様や目的などで判断するという説がある。前者に対しては、不動産を取得しようとした者が権利関係を調査した結果、未登記のBと背信的悪意のCを突き止めると事実上取得をあきらめざるを得ず、不動産の流通が害されるという。<sup>(61)</sup> これは悪意者保護の視点であるが、悪意者を保護してしまうと、結局背信的悪意者の処分を認めたことになってしまうのではないか。<sup>(62)</sup>

## （2）第二類型

第二譲受人Cが善意で転得者Dが背信的悪意の場合である。この場合は、第一類型と異なり絶対的構成が多数である。<sup>(63)</sup> 絶対的構成の理由は、ほぼ九四条の第二類型の場合と同様である。

ここでも、対抗問題がBとCで終了しているとみると、Cだけが権利者であるから、Cからの取得だけが権利者であり、基本的にはDはその態様に関係なく、権利を取得できるはずである。その場合に転得者を排除できるとすれば、善意の第二譲受人からの転得者が背信性を有する場合は、不法行為に基づく原状回復ないし信義則違反・権利濫用の法理によるということになるであろう。<sup>(64)</sup> これは、一七七条による所有権帰属の争いではなく、所有権者の無権利者に対する権利行使が権利濫用になるかという問題であるといふ見解も同様だろう。

相対的構成説からは、絶対的構成説でもわら人形排除は可能だが、わら人形の証明は難しいので相対的構成が優れているといふ見解がある。<sup>(66)</sup>

## (3) 九四条二項との比較

第二類型では、絶対的構成が優勢であったが、わら人形は問題であった。九四条二項の議論では一般条項で修正するのが有力であったが、展開はされていない。そこで、一七七条の議論は参考になる。背信的悪意者論が一般条項を基礎とするだけに、九四条二項においても、転得者が背信的悪意の場合の余地はあるのではないか。すなわち、九四条二項で保護される第三者からの取得者については、絶対的構成が多数で妥当と思われるが、わら人形は別であるとか、一般条項で修正するといった議論しかなされていなかった。九四条二項の転得者も、背信的悪意者と同様に、同一当事者や不当な権利取得を目的とした場合等に類型化することが考えられる。

## 六 むすび

既に紙数も尽きているので、まとめることはしない。九四条二項の議論は進展しており、その解釈論の広がりに応じて転得者論の位置付けが変わることも多いので、本稿の検討は一試論にとどまるものである。時間的、能力的限界から文献の網羅的検討が不十分なものとどまっていることを認識しつつ、他日を期して筆を置きたい。

## 注

- (1) 本稿を献呈すべき中舎教授の代表的業績の一分野が、法律行為における第三者保護に関するもの、そして虚偽表示論であることに異論はないであろう(極めて多くの論稿を発表されているが、虚偽表示について、「虚偽表示における当事者の目的(1)(2)」



名大法政論集八二号七八頁、八三号四六〇頁（一九八〇年）、近時の総合的研究として、「表見法理における帰責の構造」名大法政論集二四二号（二〇一一年）九頁など。筆者も、以前「第三者保護要件の諸相―無過失、無重過失と立証責任」椿古稀「現代取引法の基礎的課題」（一九九九年）五一頁以下を公表したことがあり、この領域を取り上げることが望ましいと考えた。そして、第三者保護については、松尾弘教授、武川幸嗣教授らの精力的な研究が続々と発表されているが、転得者に焦点を絞った研究はまだまだ不十分でないかと考え、このテーマを取り上げたものである。また中舎教授からは、常々他制度との比較が重要なことについて、研究会において直接に、また、緻密な論稿によってご教示をいただいている。本稿のテーマについても、ひとくちに転得者保護といっても制度ごとに相当の差異があるのではないかと考えているが、ひとまず本稿では、虚偽表示の場合を中心にとりあげ、最後に他制度との比較をするに留まったので、いずれ、他制度についても詳細に検討する機会を持ちたい。

- (2) 潮見佳男『民法総則講義』（二〇〇五年）一五七頁、河上正二『民法総則』（二〇〇七年）三三二頁、内田貴『民法Ⅰ（第四版）』（二〇〇八年）五七頁、川井健『民法概論Ⅰ（第四版）』（二〇〇八年）二〇五頁、四宮和夫『能見善久『民法総則（第八版）』（二〇一〇年）二〇六頁、中舎寛樹『民法総則』（二〇一〇年）一八六頁、平野裕之『民法総則（第三版）』（二〇一一年）一七二頁、山本敬三『民法講義Ⅰ総則（第三版）』（二〇一一年）一五六頁、近江幸治『民法講義Ⅰ総則（第六版補訂）』（二〇一二年）一九五頁など近時の教科書、体系書には詳しい記述があるが、転得者について論ずる代表的文献としては、伊藤進「法律関係における相対効と第三者保護の論理」LS二四号五七頁（一九八〇年）、幾代通「善意転得者保護制度における絶対的構成と相対的構成」法教四三号（一九八四年）一七頁以下（幾代『民法研究ノート』（一九八六年）一頁以下より引用）、辻正美「転得者の地位―いわゆる絶対的構成と相対的構成―」ジュリスト増刊・民法の争点Ⅰ（一九八五年）四六頁以下、滝沢幸代「物権変動の理論Ⅱ」（二〇〇九年）一五七頁以下）などが挙げられる。

- (3) 九四条と一七七条の適用領域についても膨大な議論があるが（例えば、中舎「登記と民法九四条二項類推適用論」『新不動産登

記講座2』(一九九七年)一六七頁以下、滝沢・前掲注(2)一八九頁以下など)、その点については本稿の対象を超えており、通説を中心とせざるをえない。

- (4) 三三二条一項後段、一一〇条、一七七条については、九四二条二項と同様に転得者について議論が多いことから取り上げたのであるが(注(2)の滝沢論文は一七七条についてのものである)、その他にも、四二四条、四六六条等においても議論があり、とりわけ四二四条については、破産法一七〇条の関連で民法改正において転得者問題が議論されている状況であり、本来、それらの解釈論と比較したうえでの考察が必要と考える。

- (5) 幾代通「通謀虚偽表示に対する善意の第三者と登記・補論」林還暦『現代私法学の課題と展望』(一九八二年)一三三頁、米倉明「虚偽表示(13)」法教九六号(一九八八年)四二頁、奥田昌道「土地持分の譲受人と右持分仮装譲渡の転得者に対する対抗」リマーカーズ二号(一九九一年)九頁、石田穰『民法総則』(一九九二年)三三二頁、松尾弘「物権変動における『対抗の法理』と『無権利の法理』の間(3)」慶応法学一〇号(二〇〇八年)四四六頁、滝沢・前掲注(2)二〇五頁など。

- (6) 武川幸嗣「民法九四二条二項の対抗不能の法構造」法学政治学論究一七号(一九九三年)二三三頁、中舎・前掲注(2)一八六頁など。
- (7) 平野・前掲注(2)一七一頁は、原始取得と断言する学説はないという。松尾・前掲注(5)四四六頁は、「一種の原始取得として」とする。もつとも、「原始取得」という概念自体に問題があり(滝沢聿代「物権変動の理論」(一九八七年)一四〇頁参照)、「原始取得説」ではなく「法定取得説」とすべきかもしれないが、承継を認めないことを明確にするために「原始取得説」とした。

- (8) 奥田・前掲注(5)一二頁。

- (9) 山本・前掲注(2)一五六頁は、九四二条二項の趣旨を表現法理による善意者保護と見た上で、九四二条二項の対抗構成を重視して、A↓B↓Cの承継構成を支持している(『詳解債権法改正の基本方針1巻』(二〇〇九年)一〇一頁も同旨)。

- (10) 武川・前掲注(6)二三三頁、野澤正充「『対抗不能』と『相対的無効』」椿寿夫編『法律行為無効の研究』(二〇〇一年)六六九頁

- など有力説といえよう。他にも、九四条だけでなく對抗不能の統一理論を追求する、加賀山茂「對抗不能の一般理論について」判タ六一八号（一九八六年）一三頁は、無効に基づく法律効果としての原状回復義務の遡及効のみ善意のCに対抗できないとする。
- (11) 平野・前掲注(2)一七一頁。
- (12) 近江・前掲注(2)一九五頁。
- (13) 幾代・前掲注(5)一〇頁以下、米倉・前掲注(5)四五頁、奥田・前掲注(5)九頁など。
- (14) 高森八四郎「民法九四条二項と二七七条」法時四二巻六号（一九七〇年）一二三頁、四宮和夫「民法総則（第四版）」（一九八六年）一六七頁、中舎・前掲注(2)一八六頁など。
- (15) 中舎・前掲注(2)一八六頁。司法研修所『改訂紛争類型別の要件事実』（二〇〇六年）八〇頁も、この立場から、對抗説に立つ最判昭和四二年一〇月三二日民集二二巻八号二二三頁を法定承継説を前提としたものとするが、同判例が順次承継説、法定承継説のいずれかによるかは明らかでないと考ええる。
- (16) 四宮||能見・前掲注(2)二〇六頁。
- (17) 以下、幾代・前掲注(5)一六〇一八頁。
- (18) 奥田・前掲注(5)八頁。なお、滝沢・前掲注(2)二〇四頁は、Eへの譲渡が先の場合であっても、Aは本来二重譲渡をなしうる地位にあったのであり、Cが第二譲受人となる可能性を認めるのが公平として對抗説に立つのであるが、九四条二項が虚偽表示をした真の権利者と善意の第三者との拮抗に対処するものであり、前者が既に無権利となっているなら不実の登記に対する信頼を拡大できないともいえる、とも述べている。
- (19) 伊藤・前掲注(2)六二頁。
- (20) 平野・前掲注(2)一七三頁。

- (21) 我妻栄『新訂民法総則』（一九六五年）二九一頁、佐久間毅『民法の基礎Ⅰ総則』（二〇〇八年）一三〇頁、平野・前掲注(2)一七三頁、山本・前掲注(2)一六五頁、四宮Ⅱ能見・前掲注(2)二〇四頁、磯村保『現代民法講義Ⅰ民法総則』（一九八五年）一三五頁など。
- (22) 横山長『最高裁判例解説民事編昭和四五年度』五七五頁。
- (23) 滝沢・前掲注(2)一七一頁は、相対的な条文解釈を採った場合には、個々の転得者毎に独自の理由づけによる排除や権利取得を確認することが必要かつ妥当となるという。
- (24) 佐久間・前掲注(2)一三〇頁、山本・前掲注(2)一六五頁も同旨。
- (25) 滝沢・前注(2)一七一頁。
- (26) 佐久間・前掲注(2)一三〇頁。
- (27) 近江・前掲注(2)二〇九頁。
- (28) 磯村保「虚偽表示と心裡留保」『新版民法演習Ⅰ』（一九八三年）一三二頁、同・前掲注(2)一三六頁、辻正美・前掲注(2)四六頁、同『民法総則』（一九九九年）二二八頁、石田穰・前掲注(5)三三二頁、潮見・前掲注(2)一五七頁、河上・前掲注(2)三三二頁、内田・前掲注(2)五七頁、川井・前掲注(2)二〇五頁、佐久間・前掲注(2)一三〇頁など。
- (29) 四宮Ⅱ能見・前掲注(2)二〇四頁など。
- (30) 幾代・前掲注(2)九頁以下。
- (31) 山本・前掲注(2)一六六頁は、善意の第三者が既に虚偽表示があったことを知っても、目的物を転売するためには、虚偽表示があったことを転得者に秘匿せざるをえず、不誠実な取引態度を強いられることこそ問題としているが、③の理由の延長であろう。
- (32) 相対的構成に立つ、近江・前掲注(2)一九九頁など。これに対して、DはCが善意か悪意か分かりにくいし、Cへの責任追及が認

められないとBに対して不当利得返還請求するしかないが、Bは無實力のことも多いのでDの保護に欠けるとして、なおCへの五六一条責任を認めるべきという見解もある（船越隆司『民法総則（改訂版）』（二〇〇一年）一三九頁。しかし、悪意のDはCと取引しなければよいし、Cが悪意（＝Cが無権利）であればCへの責任追及は認められるので、Dの保護に欠けるとは思われない。

(33) 加藤雅信『新民法大系Ⅰ民法総則（第二版）』（二〇〇五年）二四七頁。

(34) 辻・前掲注(2)四八頁参照。

(35) 潮見・前掲注(2)一五七頁、河上・前掲注(2)三三三頁は権利濫用による。さらに、中舎・前掲注(2)一八四頁は、権利濫用のほか、事情に応じて第三者と転得者を同一人と認定する（第三者を転得者の使者・代理人とみる）ことで対応すべきとする。辻・前掲注(2)四九頁は、わら人形の場合に限らず、諸般の事情に照らして信義則違反の場合は転得者の権利取得を認めないという。損害賠償説は、平野・前掲注(2)一〇八頁。不法行為による賠償義務が例外的に現物による賠償義務に変ずるといふ説もある（滝沢津代・判タ四九九号（一九八三年）一二六頁）が、現行法では無理であろう。

(36) 川島武宜『民法総則』（一九七六年）二八一頁は、絶対的構成に問題の余地があるという。他に、星野英一・法協八二巻三号四三二頁（一九六六年）、加藤・前掲注(33)二四七頁、近江・前掲注(8)一九九頁など。

(37) 近江・前掲注(2)一九七頁。

(38) 近江・前掲注(2)一九九頁。

(39) 加藤・前掲注(33)二四七頁。

(40) 奥田昌道ほか『法学講義民法Ⅰ（第二版）』（大中有信執筆、二〇〇七年）四三頁。

(41) 佐久間・前掲注(2)一三〇頁。

- (42) 前掲注(35)の中舎説に近い。
- (43) 平野・前掲注(2)二三頁。
- (44) 幾代通『民法総則(第二版)』(一九八四年)四四頁注(2)。
- (45) 四宮Ⅱ能見・前掲注(2)七四頁、加藤・前掲注(33)一〇四頁、石田(穰)・前掲注(5)九〇頁、河上・前掲注(2)二二頁、内田・前掲注(2)五七頁、川井・前掲(2)六三頁、平野・前掲注(2)二三頁など。
- (46) 平野・前掲注(2)二三頁。
- (47) 四宮Ⅱ能見・前掲注(2)七四頁、石田・前掲注(5)九〇頁、川井・前掲注(2)六四頁、河上・前掲注(2)二三頁、米倉明『民法講義総則(1)』(一九八四年)二〇五頁以下(初出は、「失踪宣告(四・完)法教三〇号(一九八三年)四一頁以下)など。
- (48) 平野・前掲注(2)二三頁。
- (49) 谷口知平『新版注釈民法1巻』(一九八八年)三九六頁、近江・前掲注(2)八六頁、加藤・前掲注(33)一〇五頁、中舎・前掲注(2)五一頁、高島平蔵「失踪宣告の取消と不当利得」『谷口還暦・不当利得・事務管理の研究(2)』(一九七一年)六九頁、石田喜久夫『口述民法総則』(一九七一年)九四頁など。
- (50) 近江・前掲注(2)八七頁。これは、九四条における説明と同じである。
- (51) 米倉・前掲注(47)二〇八頁。中舎・前掲注(2)五一頁は、「失踪宣告の場面では」悪意者を保護する必要がないという。
- (52) 我妻・前掲注(2)三七〇頁、石田(穰)・前掲注(5)四三六頁、川井・前掲注(2)二四九頁、中舎・前掲注(2)三五七、佐久間毅『代理取引の保護法理』(二〇〇一年)二五三頁。
- (53) 中舎・前掲(2)三五七頁など。
- (54) 武川幸嗣「代表権濫用と表見代理の異同・成否と転得者保護の法律構成」受験新報二〇〇五年二月号二二頁。なお、椿寿夫『注

- 民法4卷』（一九六七年）一四四頁は、包含説として、穂積、石本、有泉各氏を挙げており、森嶋昭夫「取引的不能行為と表見代理」『民法の争点Ⅱ』（一九八五年）一七三頁では、学説の多数が転得者にも表見代理の外観信頼保護を与えていたが、近時はほとんどみられない。
- (55) 議論は膨大であるが、七戸克彦「背信的悪意者からの転得者と民法一七七条」民商一一七卷一号一二二頁（一九九七年）など参照。
- (56) 加藤雅信『新民法大系Ⅱ物権法（第二版）』（二〇〇五年）一二二頁、辻伸行「取得自己完成後の譲受人からの転得者と背信的悪意者」リマークス四一号三七頁（二〇一〇年）。
- (57) ここで詳論できないが、少数説ながら一七七条の適用を同一の前主からの権利取得者間に限る見解（滝沢幸代『物権法』（二〇一三年）八一頁、横山美夏『「対抗スルコトヲ得ス」の意義』『新不動産登記講座二卷』一三頁）が主張されており、説得力があると思われる。
- (58) 松岡久和「不動産所有権二重譲渡論争について（2）」龍谷法学一七卷一号三〇頁（一九八四年）。滝沢・前掲注(2)一七二頁も、わら人形のような事例では、第三者と転得者を一体的に把握することも可能とする。
- (59) 七戸・前掲注(5)一一二頁。
- (60) 生熊長幸『物権法』（二〇一三年）二四七頁など。
- (61) 石田剛「背信的悪意者からの転得者」法教三九五号（二〇一三年）一〇八頁。
- (62) 滝沢・前掲注(5)八三頁は、背信的悪意者と悪意者の協同を許してしまうという。
- (63) 絶対的構成説は、河上正二『物権法』（二〇一二年）九三頁、瀬川信久「判批」民法判例百選Ⅰ（第六版）一一七頁（二〇〇九年）、安永正昭『講義物権・担保物権法』（二〇〇九年）七四頁、松岡久和・法セミ六七七八号八七頁（二〇一二年）など多数。

(64) 滝沢・前掲注(2)一七二頁は、信義則違反、権利濫用のほか、同一当事者論も可能とする。

(65) 辻(伸)・前掲注(56)三七頁。具体的には、第三者が背信的悪意でなければ、転得者が対抗力ある所有者から買い受けたのだから、転得者が背信的悪意者になることはほとんどないし、転得者が第一取得者に高く売りつけようという意図があっても背信的悪意者にならないという。

(66) 生熊・前掲注(60)二四八頁。相対的構成説は、他に、内田勝一「民法判例レビュー」判タ四九三号一一六頁、近江幸治『民法講義 II 物権法(第三版)』(二〇〇六年) 八八頁など。