

法律行為の取消と第三者

國 府 新 助

目 次

- I. は じ め に
- II. 判 例 の 概 要
- III. 学 説 の 立 場
(以上本号)
- IV. 検 討

I. は じ め に

法律行為の取消と第三者の問題は、たとえば売主甲が不動産を買主乙に売り渡した後で甲乙間の売買契約を取消した場合、その不動産を買主乙からさらに買受けた第三者丙（以下売主を甲、買主を乙、第三者を丙と略記する）の立場はどうなるか、という問題である。丙の登場の時点が取消の前か後か、丙が善意か悪意か、登記があるか否か、によって結論が変わりうる。

これは、対抗要件と丙の保護との関係がどうなるのか、という問題であると同時に、法律行為の取消は民法 177 条にいう登記を必要とする物権変動に含まれるか、という問題でもある。そしてこれはひとり取消の場合についてのみ問題となるのではなく、法律行為が無効な場合や、契約が解除された場合にも同じように問題となってくる。

そこで本稿は、問題を法律行為の取消の場合に限定し、はじめに従来における取消と第三者の問題を概観し、次に如何なる場合にそれが対抗問題となるのか、またはならないものなのかを検討することを目的とする。

II. 判 例 の 概 要

1. 取消前の第三者について

(1) 大判昭和4・2・20大民集8巻59頁。

〔事案〕

X（上告人）は、訴外Aに対し大正11年3月14日、4200円を貸与しA所有の本件不動産に付き第一順位の抵当権を設定し、翌日その登記手を了した。その後大正12年6月2日、弁済による債権の消滅を理由として登記は抹消された。しかしこれはAの強迫によって登記を抹消したものだっただため、Xは大正12年10月25日、Aに対し強迫を理由として取消の意思表示をなすとともに抹消登記回復の訴を提起し、勝訴の確定判決を得た。しかしAはXの抵当権登記を抹消した後の大正12年9月14日、Bに一番抵当権を設定し、次いで同月27日にCに二番抵当権を設定し、Y（被上告人）がこの債権を抵当権とともにXの勝訴判決確定後にB、Cから譲り受けかつその登記を了した。そこでXは確定判決に基づいて回復登記をするためにはYの承諾（不動産登記法67条一以下不登法と略記する）が必要とされるため、これを求めようとして本訴を提起した。

第一審ではXが勝訴したが、第二審ではX敗訴。その理由とするところは、要するにYの登場がXの取消の意思表示後であったため、Yは取消の遡及効を被るべき第三者にはあたらない、というにあった。これに対してXは、次の二点を理由として上告した。①XがAに対し抵当権回復登記の請求をしたときはこれに基づいて予告登記（不登法3条、34条）がなされたから、その後にYが抵当権の移転登記を受けても予告登記の効力として回復登記を優先すべきである。②強迫による意思表示を取消した後に利害関係を生じた第三者にも取消をもって対抗しうべく、第二審のような区別を設ける条文上の根拠はない¹⁾。

〔判旨〕

「上告人（X）主張ノ如ク上告人カ本件抹消登記の原因タル鈴木（A）ニ対シテ有シタル債権及抵当権ノ放棄行為ヲ強迫ニ因ル意思表示トシテ適法ニ取消シタリトセハ其ノ効力トシテ放棄行為ハ始メヨリ無効トナリ當テ放棄行為ナカリ

シト同一ニ帰スル結果上告人カ鈴木《A》ニ対シテ有シタル債権及抵当権ハ始メヨリ消滅セサルコトトナルヘク而モ上叙取消ノ効カハ第三者ノ善意悪意ヲ問ハス之ニ對抗シ得ヘキヲ以テ上告人《X》ハ本件抹消登記後抵当権ノ設定ヲ受ケ其ノ登記ヲ經タル被上告人《Y》ノ前主横川《B》及松木《C》ニ対シ第一順位ノ抵当権ヲ以テ對抗シ得ヘク其ノ特定承継人タル被上告人《Y》カ前主ヨリ以上ノ権利ヲ有シ得サルコト勿論ナルヲ以テ上告人《X》カ被上告人《Y》ニ対シテモ亦第一順位ノ抵当権ヲ以テ對抗シ得ヘク被上告人《Y》カ登記上利害関係ヲ有スルニ至リシ日（抵当権譲渡登記アリタル日）カ前記取消アリタル日ノ前ナルト後ナルトニ依リ其ノ結果ヲ異ニセサルヘキハ前記取消ノ効力ヨリ観テ当然ノコトニ属ス」（二重カッコ内筆者）

本件は、第二審とは逆にYがB、Cの権利の承継人であり、B、Cが利害関係をもつに至った時とXの取消の時との前後をみたうえて、Yは取消前に利害関係を有するに至ったものではあるが、強迫による意思表示は第三者の善意悪意を問わず取消を対抗できるとしてXを勝訴させたものである²⁾。

本判決で重要なことは、これをXの取消前のものと考えるとき、Xの取消をB、Cに主張するのに、取消権者は登記を要しない、とした点である³⁾。これは取消の遡及効によるものであって強迫・無能力の場合も同様であるが、ただ詐欺による取消の場合には、第三者が善意であればそれを対抗できないとするものである⁴⁾。

2. 取消後の第三者について

(2) 大判昭和17・9・30大民集21巻911頁⁵⁾。

〔事案〕

事実関係が多少複雑なので少し簡単に説明すると次のようである。

Aは、Y（被上告人）の先代Y'に対し、Y'所有の土地a、土地bの売却代金1万779円4銭を完済する資力が無いのに、Y'の代理人Bに対し、登記をなすのと同時に代金全額を支払うように装ってY'を欺罔し、Y'はこれ信じて昭和11年11月9日土地a、土地bの売買契約を締結しその旨の所有権移転登記

を得たが、Aは750円を支払ったのみで残金を支払わないので、Y'は昭和11年11月21日Aに対し、詐欺による土地売買契約取消の意思表示をした。Aは同年11月9日X（上告人）に対する債務を担保するため同日Y'から買受けた土地aについて抵当権を設定し、弁済期に弁済なきときは代物弁済としてその所有権を移転すべきことを予約し、翌10日にその旨の仮登記をなした。なおAは同年12月1日弁済期に債務の弁済ができない場合に備えて条件附賃借権の設定をなし、翌2日その旨の登記をなした。さらにAは同年11月25日までにXに対する債務の担保として土地bに抵当権を設定し、代物弁済の予約及び条件附賃借権設定契約をし、同年12月2日、抵当権設定登記、代物弁済及び賃借権設定の仮登記をした。そしてXは同年12月1日まで本件土地の売買がAの詐欺によるものであることを知らなかった。

このような事実のもとでY'の包括承継人であるYは、Xのなした各登記はいずれもその原因を欠くものとしてX、Aに対し各抹消登記を請求した。

第一審はAに対する土地a、土地bの各抹消登記とXに対する土地bの各担保権の登記、仮登記の抹消を認めた。その理由とするところは、民法96条3項の規定により保護を受ける第三者とは詐欺による取消の意思表示がない間に権利を取得した善意の第三者であって既に取消があった後に権利を取得した第三者はたとえ善意でも民法96条3項の保護を受けないということから、Xが取得した土地aに対する抵当権及び代物弁済による所有権移転請求権のみがY'のした取消の意思表示前に善意で取得したものであるから、登記の抹消請求はできない、というにあった。

Xは、これを不服として上告。大審院は上告を認めて破棄差戻をした。

〔判旨〕

「凡ソ民法96条第3項ニ於テ詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得サル旨規定セルハ取消ニ因リ其ノ行為カ初ヨリ無効ナリシモノト看做サルル効果即チ取消ノ遡及効ヲ制限スル趣旨ナレハ茲ニ所謂第三者トハ取消ノ遡及効ニ因リ影響ヲ受クヘキ第三者即チ取消前ヨリ既ニ其ノ行為ノ効力ニ付利害関係ヲ有セル第三者ニ限定シテ解スヘク取消以後ニ於テ始メテ

利害関係ヲ有スルニ至リタル第三者ハ假令其ノ利害関係発生当時詐欺及取消ノ事実ヲ知ラサリシトスルモ右条項ノ適用ヲ受ケサルコト洵ニ原判示ノ如クナリト雖右条項ノ適用ナキノ故ヲ以テ直ニスカル第三者ニ対シテハ取消ノ結果ヲ無条件ニ對抗シ得ルモノト為スヲ得ス今之ヲ本件ニ付テ觀ルニ本件売買カ原判決説示ノ如ク其ノ要素ニ錯誤アルモノニアラスシテ詐欺ニ因リ取消シ得ヘキモノナリトセハ本件売買ノ取消ニ依リ土地所有權ハ被上告人先代（Y'）ニ復歸シ初ヨリ松井（A）ニ移転セサリシモノトナルモ此ノ物權變動ハ民法177条ニ依リ登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルヲ本則ト為スヲ以テ取消後松井（A）トノ契約ニ依リ權利取得ノ登記ヲ為シタル上告人（X）ニ之ヲ對抗シ得ルモノト為スニハ取消ニ因ル右權利變動ノ登記ナキコト明カナル本件ニ於テハ其ノ登記ナキモ之ヲ上告人（X）ニ對抗シ得ヘキ理由ヲ説明セサルヘカラス然ルニ原判決ハ此ノ点ニ付何等説示スル所ナクシテ取消ニ因ル權利變動ヲ当然上告人（X）ニ對抗シ得ルモノノ如ク解シ上告人（X）カ松井（A）トノ契約ニ因リ登記シタル權利ヲ取得セサリシモノト為シ登記ハ原因ヲ欠クヲ以テ之カ抹消登記ヲ為スヘキ義務アル旨判示シタルハ理由不備ノ違法アリ」（カッコ内筆者）

大審院はこの判決で、民法96条3項の第3者の意義を、「取消前より既にその行為の効力につき利害関係を有せる第三者」に限定して解し、取消後において始めて利害関係を有するに至った第三者との関係においては、民法177条により、登記をなさないと第三者に対抗できない、という理論を明確にしている⁶⁾。

注

- 1) 我妻 栄「判例民事法」昭和4年度7事件参照。
- 2) 山田卓生「法律行為の取消と登記の関係」法学新報79巻4号4頁。なお、本件を大審院のように、取消前のものとみるべきか、第二審のように取消後のものとみるべきかについては一つの問題であり、前者の場合をとっても次にYがB、Cから権利を取得したことをどう考えるか、といった問題が生ずる。しかしこれは本稿の主要な目的ではないので省略するが、この点については、山田・前掲論文4～5頁参照。
- 3) 我妻・前掲評釈30～2頁。

- 4) 山田・前掲論文 5 頁。
- 5) 同旨最判昭和32・6・7 民集11卷 6 号999頁。
- 6) 判例理論は、取消の意思表示の前後で二分し取消の前は取消の遡及効の問題とし、取消の後には民法 177 条の問題として処理している、と言ってよいと思われる。なお民法96条 3 項の第三者につき登記が必要か否かについて、最判昭和49・9・26 民集28卷 6 号1213頁は、仮登記の事案ではあるが、登記の具備が必要のように読める判示をしている。

Ⅲ. 学 説 の 立 場

1. 通説的見解¹⁾

この立場は、甲と丙との関係を、取消の前後によって区別し、丙の出現が甲の取消の前ならば民法96条 3 項のように明文のある場合の他は²⁾、取消の遡及効によって登記なくして当然に丙に対抗でき、取消の後には乙から甲へあたかも物権が移転したように考え、乙甲間と乙丙間は民法 177 条の問題となる、とする説で、判例理論³⁾と軌を一にする。取消の後を対抗問題とする理由としては、第一に無効の場合に法律行為が初めからなかったとされる場合と異なり、取消は取消されるまでは一応効力を生じていたことを前提とするから、取消の遡及効もこの物権変動を前提とした上で、あとからその変動が生じなかったことにする擬制であること、第二に一度取消の意思表示をしておけば、その後は登記を放置していても第三者に対抗可能とすれば、（登記に）公信の原則が存在しないのが民法の下では第三者の利益を害することが甚だしいこと、が挙げられている⁴⁾。

しかし、この見解に対しては、甲の取消によって乙が遡及的に失権するならば、取消の前後を問わず丙は無権利者乙と売買したものであって一貫して無権利者として取扱われるべきであるし、逆に取消によって復帰の物権変動があるものならば、取消前の甲と丙との関係でも対抗問題が生ずるはずなのに、なぜに取消後は遡及効を制限して民法 177 条の問題としたのか、つまり論理が一貫しないではないか、という批判がよせられている⁵⁾。

2. 無権利説

(1) 遡及効貫徹説

この説は、通説的見解が取消の前後で区別する考え方をとっていたのを撤廃し、取消の遡及効を常に肯定し、甲の取消の時期が丙の出現の前であっても後であっても、甲は丙に対し登記なしに取消の効果を主張でき、ただ96条3項のような場合にのみ丙に取消の効果を主張できない、とする考え方で、96条3項無差別適用説とも言われる⁶⁾。

この説は、民法121条が「取消シタル行為ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做ス」とするところから、取消の時に「復帰」という物権変動が生ずることはなく、従って対抗問題とはならない、という点をその根拠としている。

これは民法121条に忠実で、通説的見解に比べて論理が一貫するが、その反面、詐欺以外の原因に基づく取消の場合に善意の第三者の保護がまったく否定される結果となること、また、取消後登記を回復せずに放置する甲を善意の丙よりも保護することになることは、結果的に不当と言わざるを得ないであろう⁷⁾。

(2) 94条2項類推適用説

i) 幾代説⁸⁾

取消による法律行為の遡及的無効という構成（無権利説）をとりながら取消後の丙の保護を94条2項の類推適用によって図ろうとする考え方である。即ち、甲乙間の法律行為についての取消権者たる甲が、取消権発生の原因から自由になり、取消しうべき行為の外形たる登記を有効に除去しうる状態になりながら、なおそれを除去せずに放置することは、虚偽表示に準ずる容態であると考え、従ってその後にその外形に信頼して利害関係を有するにいたる第三者丙は、虚偽表示の場合に準ずる要件のもとで保護を与えられるべきであるとする。そして丙保護のための94条2項の類推適用については無能力、強迫の場合に限定し、詐欺については96条3項一本とされる。それは、96条3項によれば甲が詐欺にあったというのに対して、丙はその事情は知らないと主張・立証すればよいのに対して、94条2項によれば、丙は、甲は詐欺にあったかも知れぬが、詐欺に

あったことを知った時期以後は取消によって登記を回復することができる状態になったのではないかということまで主張・立証して、表見法理の保護を受けるとするのでは丙の負担がよけいに増大することとなる点を考慮したがためである⁹⁾。同教授はまた丙が保護されるための要件には、善意・無過失を要するとされる。それは、甲の行為が後発的に虚偽表示に準ずる容態になったにせよ、その当初においては甲には非難に値する事情が存在しなかったか、微弱であったという点を考慮すると丙には無過失までを要求してしかるべし、とされるのである¹⁰⁾。登記の点について同教授は少なくとも94条2項が類推適用される場面では登記は不要とされる。その理由については第一に94条2項の文理からみても、第三者が取得した（かに思われた）権利につき当該権利としての対世的對抗要件を備えたことを要件とする趣旨は出ていないし、そもそも、第三者が取得した権利は物権でなければならないという趣旨も出てはいないという点、次に即時取得と比較して、それが前主の無権利の原因を問わず広く適用をみるものであるのに対し、いま問題にしている丙の保護は、甲が意識的に与因行為をなしたか、それに準ずる容態にあったというように、彼に帰責事由があるがゆえの前主の無権利の場合にかぎる、という差異を考慮している点などを挙げておられる¹¹⁾。

幾代教授が無権利説をとられる理由は、取消が法律行為の成立の当初からの原始的瑕疵を理由に行為の効力を否認するものである、という点から、無効の場合に準ずる取扱いをする、即ち無権利の問題として処理するのが妥当だとされる点にある¹²⁾。

この説は、取消の前後を問わず第三者保護を無能力や強迫の場合でも可能にしようとした点で評価されるが、94条2項の類推適用について、取消後に第三者が登場した場合には論理的にすっきりしているが、取消前に第三者が登場した場合には論理的にすっきりしていないという点が批判されている¹³⁾。

ii) 四宮説¹⁴⁾

この説は、前記幾代説の説く取消前の登記除去可能時に94条2項を類推するには本人側の帰責事由が必要であるから、94条2項を類推するのに適さないの

ではないかという点と、登記除去＝追認可能状態時という基準はあいまいなのではないかという点とを踏まえた上で、取消の場合一般について、取消の前と後とを区別し、取消前の第三者保護は、民法の用意した第三者保護規定、つまり96条3項によって丙を保護し、取消後の第三者保護は94条2項の類推によるべきである、とするものである。94条2項の類推にあたっては、それが対抗問題ではないという理由から丙にとっては登記は不要であるが、しかし善意を要求されているようである¹⁵⁾。

四宮説の論拠は次の二点に示される。即ち第一に、取消については、明文をもって遡及効を規定し、また、遡及効を前提するような規定（96条3項）を置いていること、第二に、取消は意思表示に欠陥の存すること、または行為者の判断能力が不十分であることに原因を有するので、原則として、可能なかぎり原状に近い状態に置く必要があること、である¹⁶⁾。

この説に対しては、強迫および無能力を理由とする取消の場合における取消前の善意の丙をまったく保護の外に置いてよいのか、との批判がある¹⁷⁾。

iii) 下森説¹⁸⁾

この説は、詐欺による取消については、既に96条3項により、取消前の第三者が保護されることになっているのであるから、94条2項を取消前の第三者にまで類推適用する必要はなく、取消後の第三者についてのみ考慮すれば必要かつ十分である、とし、第三者保護規定のないその他の取消の場合には、（登記に）公信力を欠くことの結果生ずる不都合事例の修正原理として94条2項類推適用論が妥当であるとする。そしてその適用基準時は原則として取消の時、しかし例外的に第三者が、それ以前の時期に取消権者が取消権を行使して世人を迷わせるような外観を撤去すべきであるにもかかわらず、またそれが可能であるにもかかわらずそれを怠っていたということを主張・立証し得たときは、取消権を行使すべきであった時点、とし、96条3項の場合は、取消までは常に善意の第三者はこの規定で救われるのであるから、取消時を基準とする、とし、また登記の具備について、96条3項、94条2項およびその類推適用によって保護されるべき第三者は、本人との関係では、登記を備える必要はない、即ち、

177条の対抗問題以前の問題であり、実体的判断上、また第三者の動的安全を保護することとしている以上、登記の有無は問題とならない、と説明される。

この説に対しては次のような批判がなされている。即ち「94条2項類推適用の法理が適用されるためには、虚偽の外形の作出につき甲に帰責原因があり、一方、この虚偽の外形を真実のものと信じた丙の存在が必要なのはである。ところが取消の場合は、取消権の行使は本来、取消権者にとって自由のはずであるから、取消可能なのに取消を行なわなかったというだけでは取消権者に不利益を課すのは妥当でなく、他になんらかの帰責事由があり、これがプラスされることが必要というべきであろうし、また、取消前はたとえそれが取消可能な状態に達していたとしても一虚偽の外形ではない真実の外形が作出されているのであるから、『虚偽の外形を真実のものと信じた』という要件をも満たさないとするのが正当のように思われる。さらにこの説では、無能力と強迫の場合において結局は取消可能時と第三者の取得とのいずれが先に到来するかによって取扱いを異にすることとなるが、これでは取消時と第三者の取消時の先後によって法的処理を異にする判例・通説の立場とそれほど変わらないのではないか」との指摘である¹⁹⁾。

iv) 加藤説²⁰⁾

実質的に幾代説と四宮説との中間ともいうべき説であるが、詐欺の場合には、規定の構造から取消の前後を区別して、取消前は96条3項を適用し、取消後に94条2項によるのが妥当だとする。そしてそれ以外の一般の取消については、取消前でも94条2項の類推適用の余地（可能性）を認めるのがよいとされるが、そのためには甲の帰責事由が必要であり、甲は本来取消すべきかどうかを考慮し、時効期間内にいつでもそれを選択する自由を有するはずであるから、甲が単に取消をせずに放置しただけでなく、丙との相関関係において、甲に責められるべき事情がある場合にはじめて、94条2項が類推適用され、丙が保護される、とする考え方である。

v) 半田説²¹⁾

取消後の第三者の保護は、無能力・詐欺・強迫のすべてにつき94条2項の類

推適用によって達成されるべきであるとし、取消前の第三者の保護は、取消原因が詐欺・強迫の場合に限り、96条3項の適用ないし類推適用によってはかられるべきであるとする。無能力による取消の場合には96条3項の法理は適用されるべきでないとし、ただ具体的な個々のケースにおける結果の不当性は、民法20条の活用あるいは権利の濫用の法理によって処理していくべきである、とする考え方である。

このように考えられるに至った理由について同教授は次のように説明される。即ち、民法121条の存在を尊重する限り、取消の遡及効を貫徹しなければならず、94条2項の類推適用を取消後の第三者に限ったのは、判例によって確立された94条2項類推適用の法理が、虚偽の外観を作り出した者とその外観を信頼して取引に入った者との具体的利益衡量の問題として構成されているため、この法理が「取消と登記」の場合にあてはまるのは、あくまで取消権を行使しながら登記を自己名義に回復しなかった甲とその登記を信頼した丙との関係が問題となったときに限られなければならない、取消可能時から取消時に至る期間はいまだ虚偽の外観が作出されたとは言えない状態にあるから、この場合に94条2項類推適用法理を適用することはできないからである、とされる。取消前の第三者の保護は、取消原因が詐欺・強迫の場合に限り、96条3項の適用ないし類推適用によってはかられるべきである、としたのは、詐欺において欺罔者の欺罔手段が極めて巧みで、注意深い者でも簡単に口車に乗せられてしまうような場合には、表意者に帰責原因があるとは言えないであろうし、また強迫において、表意者が強迫を受けやすい状態に自ら身を置いたような場合（たとえば、暴力団と関係のある人物と知りながら敢えてこの者と取引に入った場合など）には、表意者に帰責原因を認めてもさしつかえないのではなかろうか、とされるためである²²⁾。また無能力による取消の場合には、わが国の無能力者制度が一その当否はともかく一取引の安全をある程度犠牲にしても無能力者の保護に徹している点に注目して、96条3項の適用ないし類推適用を排する、とされ、さらに具体的な個々のケースにおける結果の不当性を補うため民法20条の活用あるいは権利の濫用の法理によって処理していく方法を探るべきであろう

とされるようである²³⁾。

(3) 公信力説

不動産の二重譲渡で、A所有の土地がAからB、AからCへと二重に譲渡され、登記がAにある場合に、CがAから善意・無過失でその土地を譲り受け、占有をはじめた場合にはCはその土地の所有権を確定的に取得する、とする篠塚教授の説で²⁴⁾、同教授はこの考え方を取消の場合にも拡大しておられる。即ち、同教授は、取消を二重譲渡の問題として認めてもよいが、それを認めるについて、丙が甲との売買契約の取消の前であっても保護される、という点が通説・判例と違う、とされ、取消の前後を通じて丙は保護される、とする。しかしこのように保護される丙は、常に取消原因について、善意・無過失でなければならないとする考え方である²⁵⁾。その根拠は、通説・判例が、取消前の丙は民法121条の遡及的無効という射程距離に全部入るから所有権は消滅し甲が優先するとし、取消後の丙は二重譲渡の問題であるとする点とはバランスがとれない、という点に求められる。そこでのバランスがとれない、という意味は、取消前はまだ乙は所有者であり、所有者だった乙から丙は譲り受けているが取消後は乙は所有者でなくなっているから、無権利者から譲り受けていることになるが、取消前は乙はまだ依然として所有者であって、真実の所有者から譲り受けた丙の方が保護されないという理屈はどこからも出てこない、というものである²⁶⁾。

3. 対抗問題説

(1) 鈴木説

取消を対抗問題とされる鈴木教授の説で、次のように説明される。即ち、取消権なるものは一独立の形成権として構成されているとはいえ一実質的には、給付物返還・登記抹消の前提として存在するに過ぎない。従って取消権の要件が具備し、かつ、取消権の存在を知りながら、取消権者が取消権を行使せず、その結果、物権復帰の登記をしないで放置している場合には対抗要件主義の精神からいって、不利益を与えられても仕方がないはずである。ゆえに、取消権

発生の原因が止み、かつ、取消権者が取消の理由あることを知ったとき以降に登場した第三者との関係では、取消による物権復帰を對抗するためには、登記を必要とする（ただし、無能力を理由とする取消の場合には、無能力者保護という特別の要請〔121条但書参照〕から、やはり、現実に取り消権が行使されてのちにはじめて、対抗問題が生ずる）、とされる考え方である²⁷⁾。

鈴木教授は、取消を対抗問題と考えられる根拠を、取消が、原状回復という効果をもたらすための手段的制度であり、一旦なされた行為が存在しなかったことになる、ということは、原状回復という効果を導き出すための法的構成に過ぎない、という点に求められる。つまり、取消によって売買契約当事者間に既に履行された給付を不当利得として返還すべき債権・債務関係が発生し、この債権・債務関係の履行により、「物権の復帰の変動」の過程が進行し、甲・丙間が対抗問題となる、と考えられるのである²⁸⁾。

この説は、公表された対抗問題説として最初のものであり、注目に値するが、同教授の言う取消権発生の原因が止み、かつ、取消権者が取消の理由あることを知ったとき「以降に（丙が）登場」というのはどのような場合を想定しているのか、その具体的場合が確定されたときに、それがどのような場合なら常に登記なくして第三者に「取消による物権復帰を對抗する」ことができるのかという問題について、批判がある²⁹⁾。

(2) 広中説

前記鈴木教授と同じく取消を対抗問題と考えられる広中教授はこの問題を次のように考えられる。即ち、第三者丙の登場が取消前であっても取消後であっても対抗問題としての処理をすべきで、これが法的構成として可能であることはすでに説かれているとおりである³⁰⁾、が、この場合に丙が取消原因の存在を知っていた場合には、丙を信義則に反する悪意者（判例のいう背信的悪意者）として扱うことを原則とすべきであり、善意でも重大な過失のあった者は悪意者と同視されるべきである、とされ、一方甲は取消権を行使するのであり、丙の存在について悪意であることは問題にならないと言ってよいが、事情によっては取消は有効で乙に対する甲の不当利得返還請求は認められうるにかかわら

ず、丙に対する関係では甲を信義則に反する悪意者として扱うべきこともありうる、とされるのである。

また、甲が取消をして乙から登記を回復するための法的手段をとることができる状態にないと認められる間に第三者丙が登記を経由した場合には、甲は、取消をなすべき状態になった後遅滞なく取消をするとともに丙に対し登記回復のための法的手段をとることによって、丙に対し、民法177条適用の基礎が欠けている旨を主張しうる—その結果、121条による無効の擬制が貫徹されることになる—と解すべきで、取消権者が取消をなすべき状態になった後遅滞なく前記の行動に出なかったときは、取消は有効で乙に対する甲の不当利得返還請求は可能であるが、丙との関係では対抗問題としての処理がなされることによって甲は丙（善意かつ無重過失であることを要する）に敗れることになり、取消権者が取消をなすべき状態になった後遅滞なく前記の行動に出たときでも、例外的に96条3項の善意の第三者丙に甲は敗れる、とされる考え方である。

注

- 1) 我妻 栄「物権法」72頁、同「新訂民法総則」312～3頁、末川 博「物権法」122頁、柚木 馨「判例物権法総論」〔補訂版〕125～7頁、杉之原舜一「新版不動産登記法」35～6頁、林 良平「物権法」83頁、舟橋諄一「物権法」161～2頁など。なお我妻 栄著有泉 亨補訂「新訂物権法」95～101頁は、新しい説の批判を踏まえながら、次のように説かれる。即ち、取消の後には基本的には対抗問題であるとされながら、(i) 取消原因如何によって違いを認める、とされる。具体的には、無能力者が追認をなし得ない状態のもとで取消した場合（たとえば準禁治産者が保佐人の同意なしに譲渡し、後に取消したが登記を回復していない状態）には、その後に登記を得た第三者に対しても特別事情（たとえば法定代理人が事情を知っている）がない限り、取消をもって対抗できると解すること。(ii) 取消前に現われた第三者に対する関係においても、事情によって94条2項の類推適用を認める（たとえば、無能力時代に、または強迫による不動産取引の登記を、能力者となり、または強迫を免かれた後に取消もしないで相当期間放置していて、第三者が現われてから取消した場合）とすること。(iii) 取消後に登記を得た第三者が背信的悪意者であれば、取消をもってこれに対抗できるとすること、である。
- 2) 96条3項について登記の具備を要するとするものに、我妻・前掲民法総則312頁があるが、下森 定「注釈民法(3)」230～1頁、原島重義「注釈民法(6)」283頁以下、

幾代 通「法律行為の取消と登記」於保先生還暦記念・民法学の基礎的課題(上) 70頁, 四宮和夫「民法総則」(第四版) 188頁などのように登記を不要とするものが多い。

- 3) 取消前の第三者の事案に関し, 大判昭4・2・20大民集8巻59頁, 取消後の第三者の事案に関し, 大判昭17・9・30大民集21巻911頁, 同最判昭32・6・7民集11巻6号999頁。
- 4) 原島・前掲書284～5頁, 同「法律行為の取消と登記」統判例百選(第二版) 78頁以下, 我妻・前掲物権法73頁など。
- 5) 原島・前掲書284～5頁, 同統判例百選79頁, 半田正夫「不動産所有権の二重譲渡に関する諸問題」民事研修164号26～7頁, 鎌田 薫「法律行為の取消と登記」Law School 25号82頁以下など多くの学者の指摘するところである。
- 6) 川島武宜「民法総則」301頁。
- 7) 半田正夫「不動産取引法の研究」82頁以下。なお原島・前掲書286～7頁は本文で述べた批判を踏まえて, 遡及効貫徹説に立脚しながら強迫取消の場合に96条3項の類推適用を主張される。
- 8) 幾代・前掲論文62頁以下。
- 9) 幾代教授は旧説では, 詐欺の場合にも登記除去可能時以後は94条2項の類推適用とされていたが, 私法37号41頁で, 本文に述べた理由により改められた。
- 10) 幾代・前掲論文65頁。
- 11) 同70頁。なお96条3項の場合の登記の要否については「一応これをおき」とされ, 不明ようである。
- 12) 同62頁。
- 13) 広中俊雄「法律行為の取消と不動産取引における第三者の保護」法律時報49巻6号52頁。
- 14) 四宮・前掲書172～3頁, 188頁, 同「遡及効と対抗要件」新潟大学法政理論9巻3号1項以下。
- 15) 四宮・前掲論文11～3頁。
- 16) 同5頁。
- 17) 半田・前掲書85頁。
- 18) 下森 定「民法96条3項にいう第三者と登記」再論薬師寺博士米寿記念・民法学の諸問題129頁, 135～7頁。なお「法律行為の取消と登記」ジュリスト増刊不動産物権変動の法理60頁以下も参照。
- 19) 半田・前掲書84頁。
- 20) 加藤一郎「取消・解除と第三者」月刊法学教室7号(1981年4月号) 62～6頁。
- 21) 半田・前掲書87頁以下。
- 22) 同87～8頁。
- 23) 同88～9頁。
- 24) 篠塚昭次「民法セミナーⅡ」(物権法) 第二分冊100頁以下。
- 25) 同121頁。
- 26) 同121～2頁。
- 27) 鈴木祿弥「物権法講義」(二訂版) 92～3頁。
- 28) 同83頁。

- 29) 広中・前掲論文50頁以下。
30) 原島・前掲統判例百選78～9頁。
31) 広中・前掲論文56～7頁，同「物権法」(第二版)128～131頁。なお谷口教授は，英米法の constructive trust (擬制信託，あるいは法定信託) の制度を採られ，この問題を次のように考えられる。即ち，擬制信託なるものは，甲の取消により，衡平の要求上乙が甲に返還すべきものを自己名義であるいは自己の占有下に保有する場合に，乙は甲のために返還すべき信託上の義務を負う受託者 (trustee)，甲は返還を受くべき受益権者 (beneficiary) と法律上みなすという制度であって，甲のこの受益権は信託法理に従えば善意有償の取得者たる丙 (bona fide purchaser) には及ばないが，悪意有償取得者あるいは善意でも無償取得者には及ぶから，丙がかかる者ならば甲は丙に引渡を求めうることになる，とする。そして本来，取消は取引の安全を顧慮せず取消権者を保護する制度なのだから，對抗要件を備えなくても主張しうのを原則とし，善意有償取得者には対抗しえないと解し，また善意有償取得者丙は，取消の意思表示の前後を問わず保護されるのがよくはないか，とする考え方である (谷口知平「物権行為の有因・無因」民法演習Ⅱ33～4頁。なお前掲私法37号79～82頁参照)。

この説には興味深いものがあるが，英米法の法理を、そのまま採り入れてよいものかどうか疑問があるので，便宜上ここに入れさせていただくにとどめる。

(未完)