

法律行為の取消と第三者（2・完）

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19卷1号)
- IV 検 討
(本号)

IV 検 討

法律行為の取消と第三者の問題について、判例はこれを取消の前後で区別し、第三者丙の出現が甲の取消前ならば、96条3項のような詐欺による取消の場合を除き、取消の遡及効により甲は登記なくして丙に優先し、取消後は一旦乙に移転した所有権が、乙から甲へ移転したものとして、乙甲間と乙丙間が対抗問題になる、としている⁽¹⁾。一方学説では、判例の考え方に賛成する説もあるが⁽²⁾、判例理論に対しては、取消の前後でその構成が異なり、論理が一貫しない、との批判がある⁽³⁾。学説は、取消の遡及効を重視する法律構成、即ち無権利説⁽⁴⁾と、対抗問題として考える法律構成、即ち対抗問題説⁽⁵⁾とに分かれる。

学説は、判例理論に対する批判、即ち、①取消後の丙との関係を対抗問題とすると、悪意の丙をも保護することになり、登記に公信力を認めたとき以上に保護を与えることになる、②早々と取消した甲は登記を経た丙に敗れ、逆に取消権を行使しうるにもかかわらずそれを行使せず放置していた甲は、その後に出現した丙（96条3項を除く）に常に優先し、自己の権利保全に熱

心な者の方が敗れる結果になる、③取消後の丙が悪意であっても保護されるのに対し、取消前の丙は善意であっても法的保護を受けられない⁶⁾（詐欺による取消の場合を除く（96条3項））、ということから、結果の妥当性の問題も考慮して展開されてきたと言えよう。

ところで、取消権者甲の保護と第三者丙の保護とを如何にすべきか、との問題は、法律行為の取消を如何に理論構成するか、換言すれば、取消は民法177条にいう登記を必要とする物権変動と考えられるのか、との問題でもある。そこで、取消が果たして対抗問題になるか否か若干の検討をしてみたいと思う。

- 1 取消後の第三者の場合、判例および対抗問題説は、甲の取消後は乙から甲へあたかも物権が移転したものと見て、取消の遡及効を制限する考えをとり、他方無権利説は、取消を原則的に物権の遡及的消滅であるとしている。

ところで対抗問題とは、たとえば、Aが所有する不動産を第一買受人Bに譲渡し、まだBが登記を備えないうちにAが第二買受人Cに同一不動産を譲渡したような場合に生ずるのであり、これを抽象化して言えば、自由競争の範囲内において、同一客体に対する物権的支配を相争う相互関係の存在すること、が対抗問題である、ということができる⁷⁾。

そこで甲から乙、乙から丙へと所有権が移転し、甲が乙への移転を取消した場合と、前記ABC間の対抗問題の場合とを比較してみると、取消の場合も乙を基点として同一客体上の物権的支配を相争う相互関係が存在していると見ることができる。対抗問題は、いずれもAの意思表示により物権が積極的に移転する場合であるが、取消の場合は、乙の意思表示（乙から丙への所有権譲渡）と、甲の取消の意思表示とが存在していて、Aのみの意思表示による対抗問題とは異なるが、甲の取消によって、乙から甲へ所有権が復帰することがあたかも外形上二重譲渡と同じように見えるにすぎないということができる。二重譲渡の場合は、意思表示をする者が一人、即ち物権変動の基点となるところのAのみであ

るが、取消の場合は、物権変動の基点となる乙の意思表示のほかに、甲の取消の意思表示が別に存在する点が異なっており、また二重譲渡ではAB間は一度の意思表示によるが、取消の場合は、甲乙間の所有権移転の最初の意思表示と、取消のための二度目の意思表示が存在するところが異なっている。

ところで121条本文には「取消したる行為は初より無効なりしものと見做す」と規定されているのみで、たとえば、甲が乙との売買契約を取消した場合、甲乙間の物権変動が全然なかったことになり、丙が乙に行った取引は、取消の前後を問わず無権利者との取引になるのか、それとも取消がなされない間は有効だった契約に基づいて一旦物権変動が生じた後、甲の取消の意思表示によって復歸的物権変動が生じ、甲と丙とは対抗関係に立つことになるのか、という点については直接の規定は設けられていない⁽⁸⁾。その意味ではどちらの考え方も法的構成としては可能であろう⁽⁹⁾。

取消は、法律行為の当初から瑕疵が存在しそれをそのまま維持したのでは取消権者に不利となる場合に、取消権者の意思表示により一旦有効に成立した法律関係を遡って無効とし、本人の保護、つまり静的安全の保護をはかる制度である。そのような制度の趣旨のもとでは、甲が取消の意思表示をした場合、取消の遡及効による無効・無権利を貫徹させるのが民法の本来の原則であり、本人保護⁽¹⁰⁾という取消の目的にも合致していると思われる。しかし、取引の安全・第三者の保護のために上記の原則を修正せざるをえないということが今日的課題となっているというのがこの問題の正しい理解のように思われる⁽¹¹⁾。現に取消後に対抗問題とする判例においても、取消権者は取消後においては、取消による権利関係に即した登記が可能であるばかりか相手方と新たな取引に入る者の出現を防止するためにも登記を怠るべきでないのに、これを怠ってもなお取消の遡及効によって取消権者が保護されるのは当を得ないという第三者保護の論理よりも、むしろ実質的な配慮が重んじられていた、とい

い得る⁽¹²⁾。

一方、二重譲渡は、A から B、A から C という権利の流れのなかにおいて、互いに第三者である B、C に対する関係での取引の安全の保護という同質の価値観の衝突の調整問題であるから、たとえば、甲から乙、乙から丙へという権利の流れの中において、甲から直接権利を取得した丁と乙から権利を取得した丙との間での争いならば、対抗問題として処理すべきであるが、甲の取消による甲と丙との間は静的安全の保護と動的安全の保護との調整という異質の価値観の衝突の調整問題であるように思われる⁽¹³⁾。取消について、121条が過去に遡って無効となると規定したのは、直接には契約当事者間の法律関係の清算を、包括的・画一的に契約時を基準としてさせようという、当事者間の清算関係の包括的な簡明さを図る意図を持った一つの技術的構成であったと思われるが⁽¹⁴⁾、そのことと第三者関係がどうなるかは論理的には別個の問題と言い得る⁽¹⁵⁾。実際、121条起草のときには、専ら取消当事者間の諸請求権の包括的な清算という観点からの論議だけで、第三取得者との関係では論議されていないようである⁽¹⁶⁾。即ち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であり、民法は登記の有無によって取消の効力を制限することを予想していない。取消の効果そのものは、給付の返還請求または拒絶の概念的前提にすぎず、民法の取消は原則としてすべての人に対する返還請求を意味すると考えられる⁽¹⁷⁾。そのあたりについて起草者の考え方はどうであったかみてみると、現行121条は旧民法財産編552条がもとになっている。

それによると、

第552条 承諾ノ瑕疵ニ因リテ行為ノ銷除ヲ得タル成年者ハ其行為ニ因リテ既ニ受取りタル總テノ物ヲ返還スル責ニ任ス

無能力者ハ銷除ヲ得タル行為ニ因リテ仍ホ現ニ己レヲ利スル物ノミヲ返還スル責ニ任ス

右返還ヲ要求スル訴権ハ通常ノ時効ニ因ルニ非ザレハ消滅セス⁽¹⁸⁾

起草者はこの条文にいささか修正を加え、現行121条にしたものであるが、修正内容は552条にいう物を返還するというのは、いつ物を返還すればよいというわけのものではなく、物を返還することもあれば、金銭を支払うなどのこともあるので、言葉をかえ、「取消シタル行為ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做ス」という原則を掲げたのだと説明している⁽¹⁹⁾。したがって、起草者は、取消の遡及効を認めるために現行121条を規定したのではなく、制限能力（無能力者制度は平成11年、制限能力者制度に改められたので、以後この名称を使用する）、詐欺に基づいて返還義務が生じた場合、返還するのは物だけではなく金銭にも及ぶことを明確にするため修正を加えたものと思われる⁽²⁰⁾。

現行96条3項は、ボアソナード草案333条4項⁽²¹⁾から旧民法財産編312条3項但書⁽²²⁾を経て現行94条3項⁽²³⁾、同96条3項へと移行したが、96条3項への移行過程で起草者の考え方を見ると、取消の遡及効についての論議は別段なされていない⁽²⁴⁾。この意味からいけば、取消の遡及効を基調とする無権利説は、起草者の意思から離れているように思われる。けれども、法律は施行されれば立法者の意思を離れ一人歩きを始める。時代の推移により、その解釈は立法者の意思を必ずしも忠実に反映しない場合もあり得ると思われる。

起草者は現行121条立法の際、確かに取消の遡及効に腐心したのではなかったものの、取消されればその効果として遡及効は生じるので、起草者の意思がそこにはなかったにせよ、だからといって遡及効を中心とする無権利説が否定され、対抗問題説が妥当だとは必ずしも言えないように思われる。121条本文は「取消したる行為は初めより無効なりしものと見做す」と規定するのみであるから、前述のように解釈としてはやはりいずれの説も成り立ち得ると思われる。ただ、民法96条3項の詐欺については、強迫・制限能力の場合と異なり、被詐欺者の犠牲の下に、善意の第三者が保護されているが、これは強迫が詐欺より違法性が強いこと、詐欺の場合は被詐欺者にも能動的な意思が働いていることに過失

があると見られることから、立法政策上善意の第三者を保護していることは周知のところである。制限能力者については判断能力が不十分なため保護されていることは言うまでもない。

以上のような事情をみると、甲から乙、乙から丙へという権利の流れの中での甲の取消による甲と丙の問題と、A から B、A から C への権利が移転した場合の B と C との問題は、別異のものと思われる⁽²⁵⁾。

2 ところで、法律行為の取消による法律上の効果については前述のように、無権利的構成、対抗問題の構成のいずれの構成も可能であろう。

取消とは、取消権者の法律行為の効力を遡ってなかったものとし、これにより本人を消極的に保護する制度であり、当初から意思表示に瑕疵が存在することを原因とするものであるから、できる限り、取消権者を保護する方向で解釈するのが望ましいように思われる。取消後に登記を回復することが可能であるのにそれを怠っている甲と、乙が無権利者であることを知らず、善意で目的物を譲り受けた丙との帰責性を比較考量するときは、94条2項を類推適用するのが妥当ではないかと考えられる。甲の取消後、これを二重譲渡類似の関係として構成する判例とそれに賛成する学説の考え方にも十分領けるが、どちらの構成をとっても結論にはさほど大きな隔たりは生じないと思われるし、むしろ両説の中でどのような補正を試みるか、ということが、この問題を解決するための回答ではないかと思われる。この補正の問題はしばらく措くとして、前述したように、判例とそれに賛成する学説では、取消前の甲について、その遡及効から善意の丙を犠牲にしても（但し96条3項を除く）、甲を保護しているのに対し、取消後は上述のような両者間の帰責性の比較から、悪意の丙を保護する結果となってもよいかどうかとの点が問題となる。もっとも今日の学説はいずれも取消後の背信的悪意者（信義則に悖る悪意性の強い第三者）、もしくは悪意の丙を排除する方向にあると見てよい。よって取消後も取消制度の趣旨を生かす方向の解釈をするのが自然ではないかと思われる。この場合の丙については、94条2項の類推適用

によってその権利が認められることになるので、甲が登記を回復せずにいたためとはいえ、甲の犠牲のもとに丙が権利者となるのであるから、善意に加え無過失をも必要としないかならないと思う。丙に登記が必要か否かも問題となるが、94条２項の類推適用が一種の表見法理であることからすれば、丙が乙の無権利について知らず、かつ知らないことについて過失がなければ、登記は不要であると言えよう⁽²⁶⁾。

因みに、94条２項が類推適用される基準時については、詐欺、強迫、制限能力の各場合について検討されるべき問題であるとも思われるが、それはここでは措くとして、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、とする四宮説が今のところ妥当なのではないかと考えている⁽²⁷⁾。

甲の取消前の第三者丙と甲との優劣関係を如何に考えるべきかという問題に諸説が腐心しているものと思われるが、本稿は取消が対抗問題か否かについて重点を置いたので、この問題については今後の課題にしたいと思っている。

後 記

「法律行為の取消と第三者」の問題について、判例と学説に関する記述を脱稿して以来本稿の執筆までに夥しい数のすぐれた論文（教科書）が発表され、枚挙に暇がない状況である。そのような状況下で、本稿は多くの説の中から無権利説を取り上げたものであって、その時期を失し、存在意義は乏しいかも知れないが、未完だった拙稿（第一経大論集19巻1号）を自分なりにまとめておきたいという気持から書いたものである。したがって、未完の拙稿後発表された諸論文（教科書）と、見落としていた資料については、本稿に関して特に必要と思われたものを以下に記載することとし、原則として既述の前記拙稿に記載した学説を基礎として考察したものである。

1. 注(14)ないし(17)および(25)の好美清光「物権変動論をめぐる現在の問題点」書斎の窓299号(1980年)。
2. 注(20)の原島重義・児玉 寛「新版注釈民法(6)」。
3. 注(26)に記載してある近江幸治「民法講義Ⅳ〔物権法〕初版補訂版」〈判例理論に立脚しつつ、批判される点の補正をめざしたもの〉。

注

- (1) 取消前の第三者の事案につき、大判昭和4・2・20大民集8巻59頁、取消後の第三者の事案につき、大判昭和17・9・30大民集21巻911頁、同旨最判昭和32・6・7民集11巻6号999頁。
- (2) 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、前述したように前記の諸批判を踏まえながら、その補正を試みている。
- (3) 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 125号82頁以下、原島重義「法律行為の取消と登記」続判例百選(第二版)79頁など。
- (4) 川島武宜「民法総則」301頁、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)62頁以下、四宮和夫「民法総則」(第四版)172～3頁、同「遡及効と対抗要件」新潟大学法政理論9巻3号1頁以下、四宮和夫・能見善久「民法総則」(第六版)239～40頁、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・民事法学の諸問題129頁、135～7頁、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、半田正夫「不動産取引法の研究」87頁以下、篠塚昭次「民法セミナーⅡ」(物権法)第二分冊100頁以下など。
- (5) 鈴木祿弥「物権法講義」(二訂版)92～3頁、同四訂版123～4頁、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56～7頁、同「物権法」(第二版)128～131頁など。
- (6) 幾代・前掲論文59～60頁、鎌田・前掲Law School 125号82頁以下など多くの学者の指摘する点である。
- (7) 舟橋・前掲書156頁。
- (8) 広中・前掲物権法(第二版)120～1頁。
- (9) 同上120～1頁、同旨原島・前掲続判例百選78頁以下。
- (10) 加藤・前掲「取消・解除と第三者」月刊法学教室7号66頁。
- (11) 同上66頁。

- (12) 原島・前掲続判例百選 79 頁、鎌田・前掲 Law School 125 号 82 頁など。
- (13) 下森・前掲論文 116 頁。
- (14) 好美清光「物権変動論をめぐる現在の問題点」書齋の窓 299 号（1980 年）23 頁。
- (15) 同上 23 頁。
- (16) 同上 23 頁。
- (17) 同上 24 頁。
- (18) 仁井田益太郎「旧民法」99 頁。
- (19) 法典調査会民法議事速記録第二卷 234 頁以下。
- (20) 原島重義・児玉 寛「新版注釈民法（6）」498 頁。
- (21) 星野英一編「ボアソナード民法典資料集成前期Ⅰボアソナード氏寄稿再掲民法草案正
條財産編物権人権（1～600 條）」272～3 頁。
- (22) 仁井田・前掲書 56 頁。
- (23) 法務大臣官房司法法制調査部監修「法典調査会民法主査会議事速記録」652 頁以下。
- (24) 同 653 頁によると、唯同項但書（旧民法財産編 312 条 3 項但書）ノ規定ハ採テ之ヲ本
條第三項ニ掲ゲタリ、とある。
- (25) 好美・前掲書齋の窓 24 頁、27 頁。
- (26) 幾代・前掲論文 70 頁以下、下森・前掲論文 136 頁以下など。なお、甲の詐欺による
取消前に取引関係に入った善意の第三者丙について、丙が甲の取消の効果を主張し得
ない善意の第三者である（96 条 3 項）と主張するためには丙に登記が必要か、との
問題がある。丙に登記は不要であるとすれば、乙から丙に登記がなされない間に甲が
取消をして、乙から登記を回復した甲に対しても、登記を経っていない丙が保護される
結果となり、妥当ではないであろうとの指摘があり（近江幸治「民法講義Ⅳ〔物権
法〕初版補訂版」96 頁）、登記必要説が妥当と思われるが、その場合の登記がどのよ
うな機能を有するか、との点については今後の課題としたい。
- (27) 前掲・四宮民法総則（第四版）172～3 頁、同「遡及効と対抗要件」新潟大学法政理
論 9 卷 3 号 1 頁以下。