慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	法律行為の取消における第三者保護の法律構成序説：民法九六条三項の意義と法理を中心に
Sub Title	Proposition à l'effet relative de l'acte juridique à l'égard des tiers : l'étude sur la thèorie de l'art 96. al. 3 Code Civil
Author	武川, 幸嗣(Mukawa, Koji)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1996
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.69, No.1 (1996. 1) ,p.513- 553
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	向井健教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19960128-0513

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

法律行為の取消における第三者保護の法律構成序説

——民法九六条三項の意義と法理を中心に——

武川幸嗣

一　本稿のねらい
二　旧民法における詐欺取消の意義とその対外的効力
(一)　旧民法財産編第三一二条の基本構造
1　詐欺の意義および表意者保護の法的性質
2　取消の対外的効力
(二)　フランス民法第一一一六条との接続関係（フランス一九世紀註釈学派の解釈論とボワソナードに与えた影響）
(三)　取消相対効（善意ナル第三者ヲ害スルコトヲ得ス）の実体的意義
(四)　現行民法九六条三項論への示唆
三　現行民法九六条三項の意義と法理および他の保護法理との関係
(一)　九六条三項の起草趣旨とその法構造
1　詐欺の意義と表意者保護の構造
2　取消の対外的効力
(二)　九六条三項における取消相対効（対抗不能）の基本論理と要件構造
(三)　九六条三項の有効射程
1　取消後の第三者
2　錯誤無効と九六条三項類推適用
3　強迫取消と九六条三項類推適用
(四)　他の保護法理との関係
1　立法沿革からみた取消一般の効果と第三者の地位
2　学説の現代的傾向と若干の評価
四　今後の課題

一　本稿のねらい

法律行為の取消における第三者保護については、[1]周知の通りかねてから対抗問題説と民法九四条二項類推説とが鋭く対立しており、第三者保護に関するいわゆる「対抗」法理と「公信」理論とが微妙かつ複雑に交錯しながら多くの難問を生み出している。その根本的な要因としては、本来拠りどころとすべき法律行為の無効・取消における第三者保護の一般規定が民法典には設けられていないことが挙げられよう。そしてそこには、取消の性質や第三者保護制度間の体系的整合性をはじめ、表意者側の権利喪失事由および第三者側の保護要件論、登記の意義と機能、さらに無効や解除における第三者保護とのバランスなど、およそ第三者保護に関する基本問題がすべて集約されている[2]と評しても過言ではない。この問題については、既に民法学界の諸大家によって精緻な議論が重ねられてきており、これらを軽々に論断することは本稿において許されてはいないだろう。ところで、この問題に関しては、まず法律行為の取消についての各制度の本来の立法趣旨および価値体系を十分に認識した上で、適合的な第三者保護法理が（必要な限りで）模索されていくべきであろう。その中で、民法典はひとり詐欺取消について第三者保護規定を置いていることは今さらながら留意に値する。そもそも民法はなぜ、どのような法状況、論理、そして要件の下で詐欺取消から第三者を保護しようとしたのであろうか。他の無効・取消における取引安全との関係を本来どう措定していたのであろうか。そしてそれは今日の議論とどのように整合させていくべきであろうか。取消に関する第三者保護の一般規定をもたない民法にあって、それをいかなる制度ないし法理で補充していくべきかを考えるにあたっては、まず既存の九六条三項の意義と法構造および有効射程を画定した上で、他の保護法理のあり方を探究し、あらためて両者の体系的バランス（保護論理、要件構造の比較、機能配分の再検討）を図っていくべきではないだろうか。

この点、今日の対抗問題説[3]は、一般に取消権者が取消原因を覚知し、遅滞なく取り消して登記を回復できる状況に

入ったことを前提として、それ以降の第三者との権利関係を対抗関係として把握するのであるが、詐欺の場合は九六条三項による例外的処理がされる結果、取り消しうべき状態に入る前の第三者も保護されるとしつつ、同人にも対抗要件具備を要求している。[4] このように考えれば確かに九六条三項と一七七条との整合性は維持できるが、この見解に対しては以下のような疑問を禁じ得ない。従前から取消の効果に関する一二一条と一七七条とをこのように結合させる理解は体系上問題視されていたが、そもそも九六条三項自体もこうした対抗問題の延長上に捉えるべき規定なのであろうか。他の取消一般に対する同項独自の法的意義は明瞭といえるであろうか。

これに対し、九四条二項類推説[5]は、善意者保護という共通の視点から九六条三項との接合を図っているように見受けられる。そうだとすれば、さらに両条の保護論理や要件構造などの相違点およびその合理性を明確にした上で、しかるべき機能配分が画定されるべきかと思われるが、学説上その点は必ずしも明らかとは言い難いように感じられる。[6] 特に詐欺取消については、第三者保護の法的根拠を取消前後で区別するのが一般的な見方[7]のようであるが、それならば、取消原因事実は変わらないのに、なぜ取消後の第三者保護にのみ、外形存続に関する表意者側の帰責事由が要件として加重されるのであろうか。[8] 逆にいえば、取消前の第三者だけはそうした帰責事由がなくても保護されるのはなぜなのか。その隙間にある取消直後の第三者の立場はどうなるのか（具体的な帰責事由を特に要求せずに、要件面において相違は生じないとすれば、[9] そもそも九六条三項とは別個に九四条二項類推法理を持ち出す必然性はあるのか）。実質的な根拠が筆者には明瞭でない。これも、九六条三項における第三者保護の法的意義の再確認を促す要因といえよう。

第三者保護に関する取消前後の不連続性は、判例においてもうかがえる。大判昭和一七年九月三〇日（民集二一巻九一一頁）は、九六条三項の適用を取消前の第三者に限定しつつ、取消後の第三者保護を一七七条によって図ったが、その一方で、最一小判昭和四九年九月二六日（民集二八巻六号一二一三頁）は、九六条三項の第三者につき対抗要件不要ともとれる判決（但し解釈は分かれている）を下しており、両者の対応関係は依然として不透明である。これらにつ

いては後に検討する。

他方、九六条三項の有効射程および要件論について別の視角から眺めると、多くの学説は、詐欺取消の場合にだけ第三者保護規定が存在することの不均衡を理由に、錯誤無効や強迫取消に対する同項の類推適用[10]や、第三者の要件加重（無過失や権利資格保護要件としての登記）などを主張する[11]。第三者保護の要件加重は、表意者側の帰責性の大小を反映させながら、特に九四条二項との対比においても指摘されている[12]。こうした利益バランスのとり直しの要否を論じるには、まず民法典が詐欺の場合にのみ第三者を保護し、かつ要件として善意のみを要求した立法趣旨は何であったのかを究明する必要があるのではなかろうか[13]。その上でさらに、他の保護法理との体系的整合性を再検討すべきであると考える。

加えて最近では、多様化する「無効」概念（無効の「取消」化など）の見直し、類型化ならびに、その関連研究として「相対無効」や「対抗不能」といった効力覆滅概念の再検討が注目されている[14]。対外的な効果の制限を意味する九六条三項の「取消相対効（対抗不能）」による第三者保護の意義を解明する作業も、この傾向に少なからず適応するのではないだろうか。かつて筆者は、このような視角から九四条二項の分析を試みたが、本稿でもこうした基本論理に注目してみたい。

以上のねらいに即して、本稿では、立法沿革の分析[15]を基礎として九六条三項の意義と法理の明確化に努める一方、今日までの議論の展開を睨みながら、可能な範囲で両者の摺り合わせを試みてみたい。その際に、他の保護法理との関係についてのひとつの視点をも提供してみよう。

（1）この問題に関しては、不動産登記研究会・不動産物権変動の法理（有斐閣 ジュリスト増刊一九八三年）「3 法律行為の取消と登記――詐欺による取消を中心として」（報告者 下森定）七一頁所掲の文献、および鎌田薫・民法ノート物権法①（日本評論社）九五頁を参照されたい。

(2) 山田卓生「法律行為の取消と登記」ジュリスト増刊民法の争点Ⅰ　八九頁

(3) 鈴木祿弥・物権法講義（三訂版　創文社）一〇六～七頁、同・民法総則講義　一二七頁以下、同「登記の懈怠について」民事研修四四一号一一頁、四四二号九頁、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」法律時報四九巻六号四八頁、同・物権法（第二版　青林書院）一二〇頁以下、徳本伸一「詐欺と第三者」新版・判例民法演習Ⅰ　総則（谷口知平・加藤一郎編　有斐閣ブックス）二〇五頁、須永醇・民法総則要論（勁草書房）二〇二頁以下、伊藤進「取消と登記――詐欺による取消と取消後の第三者に対する対抗要件」法律行為・時効論（私法研究著作集第三巻　信山社）所収一五七頁、近江幸治・民法講義Ⅱ（成文堂）九一頁以下、など。基本的な趣旨としては同旨の見解と評してよいだろう。

(4) 我妻榮・新訂民法総則（民法講義Ⅰ）三一二頁、鈴木・前掲民法総則講義一三〇頁、須永・前掲書二〇五頁、また徳本・前掲二〇〇～二〇一頁も同旨か。さらに、山田・前掲一〇五頁も、取消後の第三者と表意者の関係を二重譲渡的に考える一方、詐欺の場合における善意の第三者は登記を具備すべしとされる。

(5) 幾代通「法律行為の取消と登記」不動産物権変動と登記（昭和六一年　一粒社）所収　三二頁、同「法律行為の取消と登記――再論」法務省法務総合研究所編　不動産登記制度一〇〇周年記念論文集　不動産登記をめぐる今日的課題（昭和六二年　日本加除出版）所収一〇七頁、四宮和夫「遡及効と対抗要件」新潟大学法政理論九巻三号一頁、同・民法総則（第四版　弘文堂）一七二～三頁、一八八頁、下森定「民法九六条三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（一九七七年）所収九九頁、同「法律行為の取消と登記」Law school 一三号（一九八〇年）五九頁、同・前掲ジュリスト増刊不動産物権変動の法理　六〇頁以下、平井一雄「遡及効と登記」法セミ二一二号一三〇～一三一頁、石田喜久夫編・民法総則（現代民法講義1　法律文化社）一七一頁（磯村保執筆）、石田穣・民法総則（悠々社）三六三頁、内田貴・民法Ⅰ　総則・物権総論（東大出版会）七五頁、など。それぞれ要件論などについては見解を異にするが、立脚点は同一とみてよいだろう。

(6) 但し幾代教授は、表意者の帰責事由の強弱に関する両条の差異に着目しながら、九六条三項を広く取消一般に作用させようという構成に対して慎重な態度をとられている（前掲「法律行為の取消と登記」四一頁）。

(7) 取消前後無差別適用説を示唆されるものとして、川島武宜・民法総則（法律学全集17　有斐閣）三〇一頁、原島重義・注釈民法(6)二八六頁、平井・前出注(5)、椿寿夫・民法総則講義（上）（有斐閣）一六二頁、など。

(8) かつて幾代教授は私法学会において、取消権者が登記を除去しうる時点以降は同人の帰責事由は増大するのに、かえって第三者の方は、取消権者が虚偽表示に準ずる状態に入ったことを立証しなければならないという負担を強いられるのは不当である、との四宮教授の批判をうけて、詐欺の場合は九六条三項一本で時期のいかんに拘わらず第三者を保護する、と改説され

たことがある（シンポジウム「不動産物権変動と登記の意義」私法三七号四一頁）。

(9) 幾代・前掲「再論」一一六頁注(13)では、九六条三項でも九四条二項類推でも解釈上差異はない、とされる。また半田正夫「取消と登記」Law school四八号（一九八二年）五〇頁も、取消の前後で第三者保護の根拠規定が違っても具体的な処理において相違が生じることはない、と説かれる。

(10) 錯誤に関して、我妻・前掲書三〇三～四頁、四宮・前掲書一八二頁、幾代通・民法総則（第二版 現代法律学全集5 青林書院）二七七頁、椿・前掲書一二六頁、須永・前掲書一九六頁、磯村・前掲一六二頁、近江・民法講義Ⅰ一七八頁、内田・前掲書七八頁、鈴木・前掲民法総則講義一二二頁、さらに小林一俊・錯誤法の研究（酒井書店 一九八六年）二〇一頁、石川利夫「錯誤と詐欺」演習民法（総則 物権）（遠藤浩 川井健 西原道雄編 新演習法律学講座4 青林書院）一八六頁 また、鈴木教授は、表意者と第三者を対抗問題として理解すべきことを主張される（同「契約無効による既履行給付物返還請求と対抗問題」東海法学九号一二二頁）。

強迫に関して、我妻・前掲書三一五頁、幾代・前掲書二八七頁は立法論として第三者保護規定の不在を疑問視される。さらに原島・前掲注釈民法(6)二八六頁、半田・前掲五〇頁、須永・前掲書二〇五頁、近江・前掲民法講義Ⅱ九四頁

尚、河上正二「契約の無効・取消と解除（その1）」法学教室一五六号（一九九三年九月号）二九～三〇頁は、錯誤と強迫両方について主張される。

(11) 星野英一・最高裁判所民事判例研究（法協九三巻五号）一九六～七頁、内田・前掲書七六～七頁

(12) 幾代・前掲書二八九頁、下森・注釈民法(3)二三三頁、磯村・前掲一六七頁、石田穣・前掲書三六一頁、内田・前掲書七三頁、須永・前掲書二〇三～四頁は無過失を、須永・昭和四九年重要判例解説（ジュリスト五九〇号）五八頁、鎌田・別冊ジュリスト判例百選Ⅱ六一頁、内田・前掲書七七頁は権利資格保護要件として登記を要求される。

(13) こうした問題意識から、立法沿革の検討より九六条三項の意義に迫る先行業績として、中舎寛樹「民法九六条三項の意義――起草過程からみた取消の効果への疑問」南山法学一五巻三・四号一五頁が本稿にとって示唆深い。

(14) まず椿教授の一連の研究に代表される。椿寿夫「詐欺取消と錯誤無効の関係」広島法学一〇巻三号一九頁、同「法律行為の〝無効〟の細分化・類型化――再検討のための中間視点」法律論叢六七巻四・五・六号、同「法律行為の〝無効〟再検討・序説」法律時報六七巻四号七三頁、その他の文献として、柳澤秀吉「無効と取消」名城法学三四巻一号一頁、中舎・前掲論文、熊谷芝青「日本民法における『無効及ヒ取消』――効力否認論序説」早稲田法学会誌四二巻一八三頁、さらに鎌田薫「いわゆる『相対無効』につ

いて――フランス法を中心に」（上）（下）法律時報六七巻四号七八頁、七号八四頁、野澤正充「『対抗不能』と『相対的無効』」法律時報六七巻八号八七頁、など。

因みに本稿の研究対象となる民法上の「対抗不能」概念の意義については、既にフランス法を手がかりとした詳細な研究が著されている。加賀山茂「対抗不能の一般理論について――対抗要件の一般理論のために――」判タ六一八号一三頁、片山直也「フランスにおける詐害行為取消権の法的性質論の展開――二〇世紀前半における『対抗不能』概念の生成を中心に――」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集二六号三頁、野澤正充「フランスにおける『対抗不能』と『相対無効』」立教法学四〇号二二七頁、拙稿「民法九四条二項の『対抗不能』の法構造」法学政治学論究一七号二〇三頁

(15) 旧民法も含めた立法沿革の分析から九六条三項の意義と法理を明らかにしようとする試みは、既に先達の諸業績における周到な検討によって行われている。年代順に挙げると、柳澤秀吉「登記の公信力と民法九四条二項、九六条三項の意味」法学志林七〇巻一号（昭四七）八〇頁以下、松尾弘「権利移転原因の失効と第三者の対抗要件――虚偽表示、詐欺取消および解除を中心として――」一橋論叢一〇二巻一号（一九八九年）八六頁以下、中舎寛樹・前掲論文、また、ねらいは異なるが、田中教雄「日本民法九六条（詐欺・強迫）の立法過程――不当な勧誘に対処する手がかりとして――」香川法学一三巻四号（一九九四年）七七頁 本稿もこれらの先行業績に拠るところ大である。従って、本稿では無用な重複は可能な限り避けることに努め、本稿の問題意識にとって重要なポイントとなる要素に集約して論じたいと思う。

二　旧民法における詐欺取消の意義とその対外的効力

(一)　旧民法財産編第三一二条の基本構造

現行民法九六条三項の意義と法理を認識する手がかりとして、旧民法における詐欺取消制度の理解は非常に有益である。以下にそれを具体的に検証してみよう。

旧民法財産編は、第一章義務ノ原因　総則　第一節合意　第二款合意ノ成立及ヒ有効ノ条件 の中に、詐欺に関する次のような規定を置いた。

第三一二条一項　詐欺ハ承諾ヲ阻却セス又其瑕疵ヲ成サス但シ詐欺カ錯誤ヲ惹起シ其錯誤ノミヲ以テ前三条ニ記載セル如ク承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ成ストキハ此限ニ在ラス

二項　此他ノ場合ニ於テハ詐欺ハ之ヲ行ヒタル者ニ対スル損害賠償ノ訴権ノミヲ生ス

三項　然レトモ当事者ノ一方カ詐欺ヲ行ヒ其詐欺カ他ノ一方ヲシテ合意ヲ為スコトニ決意セシメタルトキハ其一方ハ補償ノ名義ニテ合意ノ取消ヲ求メ且損害アルトキハ其賠償ヲ求ムルコトヲ得但其合意ノ取消ハ善意ノ第三者ヲ害スルコトヲ得ス

1　詐欺の意義および表意者保護の法的性質

第一の特色として、詐欺そのものは承諾の瑕疵を構成しない（一項本文）として、錯誤、強暴（強迫）や無能力と区別している点が挙げられる（財産編第三〇五条も、合意の有効要件として、承諾の瑕疵を成すべき錯誤、強暴のないこと、および当事者の能力のあることを掲げ、詐欺を含めていない）。そして、本来的に詐欺における表意者の保護は、詐欺者に対する民事責任によって図られるものと捉えている。また、詐欺によって惹起される錯誤のうち、錯誤それ自体が承諾の瑕疵を成すもの（合意の性質、目的、原因に関する錯誤、物の本質に関する錯誤、身上の錯誤で合意の決定要因となるもの）については専ら錯誤制度（三〇九条～三一一条）の対象となる、と構成されている（一項但書）。ここで留意すべきは、錯誤と詐欺の機能配分および性質の違いが明確にされている点である。すなわち、詐欺制度の適用対象となるのは、承諾の瑕疵に至らない――合意の取消原因とはならない――錯誤[1]（合意の決定要因とならない身上の錯誤、物の本質に関しない性状の錯誤、そして縁由の錯誤――購入した不動産の利用目的など[2]――因みに、第三〇九条二項　合意ノ縁由ノ錯誤ハ其錯誤ノミニテハ無効ノ原因ヲ成サス但当事者ノ一方ノ詐欺ニ関シテ定ムルモノハ此限ニ在ラス）のうち、詐欺に基づくものであり、そこにおける表意者保護の法的手段は、原則として詐欺者に対する損害賠償訴権にとどまる、とされたのである（二項）。さらに注目すべきは、詐欺者が契約の相手方であった場合における表意者保護の法律構成である。この場合、右の原則によれば、表意者はやはり相手方に対して損害賠償を求めうるに過ぎないことになるが、損害塡補として最

も簡易にして確実かつ妥当な方法は、相手方に原状回復を義務づけることであるとの考慮[3]に基づいて、特に「補償ノ名義」による取消が認められることとなった（三項本文）。従って、かかる取消は、合意の有効要件を欠いたことによるものとは性質を異にする、特別な損害賠償手段として理解されるべき概念なのである。そのため、承諾の瑕疵と違い、ここにいう取消が、あくまで契約の相手方が詐欺者である場合に限定されるのは、その性質上当然ということになる[4]。

2　取消の対外的効力

詐欺取消の法的性質を以上に示したような対人的な賠償訴権と捉えると、その債権的性格から、かかる訴権の効力は詐欺者（賠償義務者）以外の第三者には及ばない、という論理が導かれることになる[5]。本条の第三者保護（三項但書）の法構造は、このような取消の債権的（対人的）構成に由来する債権の相対性原理によって説明づけることができるのである。他方で旧民法は、承諾の瑕疵を構成する錯誤、強暴、無能力を理由とする取消の絶対効――物権的追及効の絶対性――を明文で認めており、対外的効力の面でも詐欺取消の特殊性を際立たせている[6]。以下に条文を紹介しておこう。

第五五三条　不動産ノ譲渡カ無能力、錯誤又ハ強暴ノ瑕疵ニ因ル銷除ニ服スルトキハ第三五二条及ヒ第三五三条ノ区別及ヒ条件ニ従ヒ第三取得者ニ対シテ其銷除ヲ為スコトヲ得

同条は、不動産譲渡についていわゆる無権利の法理（何人も自己が有する以上の権利を他人に譲渡することはできない）を体現した規定であり[7]、取消の遡及効が第三者に絶対的に及ぶことを示している。尚、旧民法においては、フランス民法にならい、有効要件を欠く合意は、裁判所において銷除訴権を行使することによって取り消しうるものと構成されている[8]（三一九条以下、五四四条以下参照）。同条は合意の義務の消滅原因としての銷除に関する一規定である。

(二) フランス民法第一一一六条との接続関係（フランス一九世紀註釈学派の解釈論とボワソナードに与えた影響）

財産編三一二条はボワソナードの起草によるもの（草案三三三条）であるが、同条の特殊性は、ボワソナードの独創であったのか、それともフランス民法の制度ないし解釈論を範にとったものであるのか、その源流を探ってみよう。

まずフランス民法典は、一一一六条に詐欺に関する規定を設けている。

第一一一六条　詐欺は、当事者の一方が行った術策（les manœuvres）が、それがなければ他方当事者が契約を締結しなかったであろうことが明らかであるような場合には、合意の無効原因となる。(9)

フランス民法においては、詐欺（dol）は錯誤（erreur）や強迫（violence）と同様、承諾の瑕疵（vice du consentement）にあたり、合意の有効要件を欠く原因とされている。これをみる限り、少なくとも形式上は制度的な継承関係はないように映る。

ところが、起草者の一人であったポティエは、同条の立法趣旨につき、詐欺を理由として表意者に付与される取消訴権の目的は、詐欺者である相手方の損害賠償として表意者を当該債務から解放させることにある、と説明していた。(10) ここに詐欺取消――債権的構成の萌芽を看取することができる。この基本的理解をうけて、ボワソナードに深い影響を与えたとされるコルメ ドゥ サンテールをはじめとする、一九世紀註釈学派の一部の学説は、同条の立法意図に関する適切な理解として、取消――債権的構成を支持したのであった。(11) 彼らは、同条の解釈上の留意点として次の二点を指摘する。(12) 第一点は、錯誤規定（第一一一〇条）とは別個に同条を設けた意義をどう理解するか、である。その結果、同条固有の適用対象は、錯誤制度の要件を充たさず、従って承諾の瑕疵とはならない錯誤で、詐欺によって生じたものである、と解すべきこととなる。第二点は、錯誤や強迫と異なり、詐欺が契約の相手方によるものであることが同条の適用要件となっていることである。このことから、第三者による詐欺については、原則として同人に対する損害賠償の問題が生じるに過ぎない、と理解すべきことになる。(13) 特に第二点については、ボワソナードも旧民法の起

草理由の中で、フランス民法一一一六条に対する疑問として掲げている。[14]

これらを説明づけるために、彼らは、詐欺による取消訴権の本質を、承諾の瑕疵に基づく効力覆滅ではなく、当事者間における損害賠償訴権の転用形態として把握しようと試みたのである。それ故、その効果は対人的（債権的）であるに過ぎず、第三者には及ばないと解すべきこととなる。特にマルカデは、詐欺取消の趣旨は有責詐欺者に対するサンクションを与えることによる表意者の損害塡補にある、とみる以上、無責の第三取得者を害するべきではない、という実質的理由を付している。[15] これに対して、承諾の瑕疵をもたらす錯誤や強迫に基づく取消訴権は対物訴権であり、誰に対しても絶対効を有するものと解されている。そのため、第三者の地位は民法二一二五条（不動産上に停止条件および解除条件附権利または取消しうべき権利を有するにとどまる者は、これと同一の条件または取消しうべき抵当権を設定しうるにすぎない。）や二一八二条二項（売主は買主に対し、同人が当該目的物につき有している所有権その他の諸権利を移転しうるにすぎない。）に体現される無権利の法理に服するのである。[16]

しかしながら、このような理解は、詐欺を承諾の瑕疵として錯誤や強迫と同列に位置づけている民法典の体系上、解釈論としては不可能であると評され、[17] 結局支配的地位を占めるには至らなかったようである（管見の及ぶ限りでは、今世紀に入ってから今日まで、詐欺取消――債権的構成を唱える見解は特に見当たらない）。それにも拘わらず、ボワソナードはこれを立法論として高く評価し、先述の通り旧民法において結実させたものと推測しうる。[18][19]

㈢　取消相対効（善意ナル第三者ヲ害スルコトヲ得ス）の実体的意義

さて、旧民法における詐欺制度の基本構造を認識したところで、その取消の対外的効力につき、不動産取引を中心とする現在の議論を踏まえながら、さらに分析を要する問題点を抽出してみよう。

第一に、三一二条三項但書における「善意ナル」第三者保護のしくみについて、さらにその視点を明らかにしてい

くことにしよう。

取消――債権的（対人的）構成は、第三者保護を導く論理としては明快ではあるが、債権の相対効原理からすれば、本来その義務的効力（拘束力）は、発生原因の善意悪意を問わず第三者には及ぼせない筈である。ところが、同項の反対解釈から、悪意の第三者に対しては取消訴権（銷除訴権）を行使しうることは明らかであり、その限りで、詐欺取消も他の承諾の瑕疵を理由とする取消と同じ性質（対外的追及効）を有することになる。そう考えると、ここにいう善意要件の意義は、寧ろ取消――債権的構成の例外として特に悪意者を排除することに求められるのではなかろうか。[20] すなわち、ここでの第三者保護のしくみは、取消絶対効（無権利の法理）を原則としながら特別に善意者の信頼保護を図るという視点からではなく、逆に詐欺取消の相対性を原則としつつ例外的に悪意者を排除する、という構造において成り立つものといえよう。ボワソナードも、第三者は詐欺の事実を認識しておらず、取消の効果が及ばない状況を原則として考えていたようである。[21] そうだとすれば、少なくとも第三者の善意は推定され、表意者側でその悪意を反証すべきことと捉えることになろう。

次に、三一二条三項但書「第三者ヲ害スルコトヲ得ス」から導かれる実体的権利関係を具体的にどう理解すべきかにつき、さらに検討を進めてみよう。というのは、これまでの分析から明らかなのは、債務者（詐欺者）以外の第三者には原状回復義務の拘束力は直接及ばない（第三者にかかる債務を負担させることはできない）という、債権の相対性の意味における対外的効力に過ぎず、物権レベルにおける表意者と善意の第三者間の実体的権利関係が終局的にどう確定されるかについては、必ずしも明瞭とはいえないからである。具体的には、善意の第三者の権利取得ないし保護と登記の要否につき旧民法はどう評価していたのかが問題となる。取消の対外効がどのレベルまで制限されるかについて、論理的には以下の二通りの考え方が成り立ちうるように思われる。

A　三一二条は、取消の効果を債権的なものに縮減して、表意者の原状回復請求権の義務的効力の相対性をうたっ

たにとどまり、当該請求権によって実現される物権レベルでの権利回復まで当然に否定する趣旨ではない。従って、表意者はその旨を登記することによって権利回復を第三者に対しても主張することができ、反対に善意の第三者が確定的に権利取得するためには登記を備える必要がある。[22]

B　同条は、原状回復請求権の義務的効力の相対性はもちろん、取消の効果として実現される権利回復までをも対外的に制限する規定である。その結果、第三者は善意で権利関係を築けば、その段階で取消の効果を全面的に否定できるのであり、表意者との関係で特に対抗要件を具備する必要はない。但し悪意の場合は取消の効果が及ぶ。

こうした見方は、実質的には、旧民法制度の趣旨の理解として、第三者が善意で権利関係に入った点に基準を置いたとみるか、さらに登記の具備までを不可欠な要素として評価していたと解すべきかによって分かれるところである。確かにボワソナードはその起草理由の中で、「目的物が、何らの詐害も通謀もない第三者の手中に（dans les mains d'un tiers）移転した場合……第三取得者を害して取り消すことはできない。」と述べている。[23] これが、既に登記まで備えた第三者が後から追奪される危険を防止する趣旨を有していることは間違いないであろう。問題は、第三者が善意で取引したが登記を備えないうちに取消がされたという場合に同人の保護を積極的に否定する意味をも含んでいるかどうかである。詐欺に関与していない第三者は当然に保護される、という趣旨にも読めるからである。[24]

この問題に関する旧民法の態度を知るための手がかりとして、さらに財産編第一章　第一節　第三款合意の効力　第二則　第三者ニ対スル合意ノ効力　における不動産物権変動の公示制度の一規定である三五二条（不動産譲渡失効と公示の関係）が有用である。[25]

第三五二条一項　登記ヲ経タル譲渡ノ解除、銷除又ハ廃罷ヲ為サントスル訴権カ善意ノ転得者ニ対シテ行フコトヲ得サル場合ニ在テハ原告ハ爾後自己ニ対抗スルコトヲ得ヘキ登記ヲ防止スル為メ其攻撃スル行為ノ登記ニ予メ訴状ノ抜抄ヲ附記ス

二項　右ノ訴権ヲ総テノ転得者ニ対シテ行フコトヲ得ヘキ場合ニ在テハ其攻撃スル行為ノ登記ニ訴状ヲ附記セサル間ハ裁判所

ニ於テ其訴訟ヲ受理セス

三項　行為取消ノ判決ハ仮執行タリトモ其執行以前ニ訴状ノ附記ノ末尾ニ之ヲ記載スルコトヲ要ス縦令執行ナキモ亦其判決ノ確定ト為リタル時ヨリ一个月内ニ之ヲ記載スルコトヲ要ス此ニ違ヒタルトキハ其判決ヲ得タル者ヲ五十円以下ノ過料ニ処ス裁判所ハ請求ヲ却下シ又ハ其手続ノ失効ヲ宣告シタルトキハ其判決ノ確定ニ至リテ訴状ノ附記ヲ抹消セシムル為メ職権ヲ以テ予メ其抹消ヲ命ス

本条は、フランス不動産公示制度一八五五年法、一八五一年に制定されたベルギー抵当権法、およびイタリア旧民法などを範にとりながら[26]、取消や解除に関する訴求（一、二項）ならびに判決の公示（三項）について定めた規定である。訴求公示に関する規定は、我が現行不動産登記法三条の予告登記の原点となったものである[27]。ところで、旧民法上の予告登記（訴状附記による公示）は、取消の効果が善意の第三者に及ばない場合（一項）と絶対効（追及効）を有する場合（二項）とに区別されている。前者は詐欺、そして後者は錯誤や強暴を対象としている[28]。

ここで重要なのは、二項予告登記が、現行不動産登記法三条と同様、第三者に対する警告的機能を果すものであるのに対して、一項予告登記は、表意者側の権利保全を目的とした制度といえる点である。つまり、表意者は速やかに取消に関する訴求を公示することにより、善意の第三取得者の出現を防止できることになるのである。逆にこうした制度的手当てが施されていることから、詐欺の事実は通常その対外的認識を欠くのが原則であることを看取しうる。先の例外的悪意者排除構成を裏づけるといえよう。さらに第三者の観点からみれば、訴求公示後に取引に入った者は悪意者として追奪されるという効果をもたらす[29]。このように、同項の訴求公示の趣旨が第三者を悪意にすることにある点を重視すれば、公示前に第三者が善意で取引したかどうかが決定的なメルクマールとなり、対抗要件の具備は必ずしも重要な要件ではない、と理解できることになろう。

ところが、ここで看過できないのは、同項の「爾後自己ニ対抗スルコトヲ得ヘキ登記ヲ防止スル為メ」（「譲渡ヲ防

止スル為メ」となっていない）との文言である。これに照らせば、第三者への譲渡時ではなくその登記時を基準として、第三者が登記を備える前に訴求公示すれば、表意者はその権利回復を対抗できるように映る。また、隣接規定である三五三条[30]との比較からみても、旧民法は第三者が登記を備えていることを前提としているようにも考えられる。

それでは、果たして三五二条一項は、訴求公示前に第三者が善意で有効に権利関係を築いたが、登記するまでの間にその公示がされたという場合には、当該第三者を積極的に排除する趣旨だったといえるであろうか。ボワソナードはこのような状況も考慮した上で、原則として取消の効果が及ばない筈の第三者保護に敢えて登記を要求する趣旨であったのか、尚疑問である。今日における対抗問題の限界と第三者保護制度との関係、善意者保護と登記の権利確定機能などに関する議論にとっても、なおも検討を要するところである。

㈣　現行民法九六条三項論への示唆

次章で現行民法九六条三項の立法趣旨を探るにあたり、これまでの旧民法の分析から、取消相対効の実質的意義を中心として、示唆に富むと思われるポイントを整理しておこう。

まず、詐欺は承諾の瑕疵を構成せず、錯誤自体としては本来保護に値するものではない。従って表意者は、専ら詐欺者に対する法的サンクションの限度で特に保護をうけるにとどまる。それ故、取消の効果は相手方との関係でのみ生じうる。こうした表意者保護の限界を前提として、このような当事者間の属人的な法状況は、原則としてこれを何ら関知していない第三者には影響を及ぼし得ない。これが旧民法上の詐欺取消における第三者保護の基本論理である。そして、詐欺に関与していない第三者は善意であるものと推定され、特にその悪意が反証された場合にのみ取消の効果が及ぶ（例外的悪意者排除構成）。前述の予告登記という法定の認識付与手段による悪意の擬制以外に、個別的な悪意の反証を認めるかどうかは定かではないが、特にこれを否定する趣旨ではないであろう。

また、取消――債権的構成によれば、取消によって相手方が当然に無権利となるわけではないため、取消の前後で第三者を区別する必然性はないと考えられる。[31] 実際にも、取消は訴権行使の形式で行われ、かつその公示が義務づけられている以上、取消後の第三者は悪意者とみなされることになろう。少なくとも旧民法では、取消に関する公示がされるまでの間に善意で権利関係を築いた第三者を対象とする趣旨であったと理解できるだろう。

(1) Boissonade, Projet de Code Civil pour l'empire du Japonaccompagné d'un commentaire, 2e éd 1883 t. 2, no 80

(2) Boissonade, op. cit, no 62

(3) Boissonade, op. cit, nos 81 et 684

(4) Boissonade, op. cit, no 82

(5) Boissonade, ibid

(6) Boissonade, op. cit, nos 82 et 684

(7) Boissonade, op. cit, no 684

(8) 因みに旧民法における無効と取消については、鎌田・前掲「いわゆる『相対的無効』について（上）」八〇～八一頁、上野芳昭「法律行為の無効取消の効果について――当事者間における目的物の返還をめぐって」（幾代通先生献呈論集　財産法学の新展開　有斐閣）一一七頁以下参照

(9) 本条にいう無効(nullité)は相対無効(nullité relative)と解されており（錯誤、強迫も同）、法上当然の無効を意味する絶対無効(nullité absolue)とは区別されている。一一一七条は次のように規定している。

一一一七条　錯誤、強迫または詐欺によって締結された合意は、なんら法律上当然に無効ではない。それは、単に、この章第五節第七款に説明する場合および方法に従って、取消訴権(action en nullité ou en rescision)を生じさせるのみである。

フランス民法では、承諾の瑕疵に基づく無効は裁判上の訴えのみによって確定されるが、条文中の「取消訴権」なる訳語は、法上当然の無効と区別された相対無効という実体に照らしたものである（鎌田・前出注(8)八二頁参照）。

(10) œuvres de Pothier par M. Bugnet, Paris 1848, t. 2 Traité des obligations, no 29

(11) M. Duranton, Cours de Droit français suivant le code civil, Paris 1834, t. 10, no 180, V. Marcadé, Explication th-

éorique et pratique du Code Civil, 7e éd Paris 1873, t. 4, nos 417 et s, E. Colmet de Santerre, Cours de analytique de Code Civil par M. Demente, 2e éd 1888 Paris, t. 5, nos 26 et s

(12) Duranton, ibid, Marcadé, op. cit, nos 417 et 418, Colmet de Santerre, op. cit, no 26

(13) 尤も、学説は当時から、第三者による詐欺でも相手方がそれにつき悪意であれば、契約上の信義則(bonne foi)の理念より取消しうると解していたようである。Duranton, op. cit, no 178, M. L. Larombière, Théorie et Pratique des obligations, Paris 1857, p 85 no 8, F. Laurent, Principes de Droit Civil français, 3e éd Bruxelles Paris 1878, t. 15, no 79

(14) Boissonade, op. cit, no 79

(15) Marcadé, op. cit, no 419

(16) Duranton, loc. cit, Marcadé, op. cit, nos 418 et 419, Colmet de Santerre, op. cit, nos 26 à 27bis

(17) Larombière, op. cit, pp86 à 89 nos 8 et 12, G. Demolombe, Traitès des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Paris 1868, t. 1er, no 190, Laurent, loc. cit 尤も、ドゥランントンやコルメ ドゥ サンテールも、詐欺を錯誤や強迫と区別する立法は実際にはされなかったことを承認している。Duranton, ibid, Colmet de Santerre, op. cit, no 27bisII

(18) 尚、柳澤・前掲八二頁 注(16)参照

(19) ドイツ普通法時代におけるザクセン民法やドレスデン草案においても、詐欺は意思表示の効力に影響を及ぼさず、ただ債権的な原状回復請求権が発生するのみ、という構成が採用されたようであるが、これに対しては、逆に対外的効力が否定されるため表意者保護に欠ける、として批判されたようである（岡松参太郎・民法理由〈第三版 明二九 有斐閣〉第一巻 一九九頁、松波―仁保龜―仁井田・帝国民法正解〈東京 日本法律学校〉第一巻 五九四～五頁）。フランス一九世紀註釈学派およびボワソナードとの影響関係は明らかでない。

(20) 尚、柳澤・前掲八二頁、松尾・前掲八八頁参照

(21) Boissonade, op. cit, nos 82 et 684

(22) 柳澤・前掲八四頁は、旧民法は登記必要説に立っていたと理解される。また、松尾・前掲八九頁以下は、旧民法の詐欺取消――債権的構成は現行民法でも維持されているとみることも可能であると解しつつ、九六条三項によって取消に基づく表意者への権利復帰を否定するためには、第三者資格要件として登記が必要である、と分析される。

(23) Boissonade, op. cit, no 82 松尾・前掲九〇頁はこの記述を登記必要説の手がかりとされる。

(24) 中舎・前掲四七頁は、現行民法九六条三項に関してであるが、対抗要件の要否につき、ボアソナードの見解に立って詐欺による取引も本来は有効であると考えれば、特に錯誤無効の要件を充たさない限り、対抗要件のない場合も第三者に該当すると解しても不当でない、とされる。

(25) 同制度に関しては、柳澤・前掲八三頁以下でも紹介・分析がされている。

(26) Boissonade, op. cit, no 220

(27) 法典調査会不動産登記法案議事筆記（商事法務研究会　日本近代立法叢書一二六）一三頁 因みに、こうした訴求公示を義務づける規定はフランス一八五五年法には存在せず、ボワソナードはベルギー抵当権法（三条）にならってこれを起草したのであった。フランスでは一九五五年の公示制度改正によって同旨の規定がようやく新設された（二八条四号c、三〇条五款）。この点ではボワソナードはフランスに先駆けて立法論を展開したといえよう。

(28) 司法省写本　民法理由書　財産編人権部一　森順正訳 三五二条参照（旧民法理由書については、池田真朗・債権譲渡の研究〈弘文堂〉四五頁以下を参照されたい。）

(29) Boissonade, op. cit, no 222

(30) 第三五三条一項　登記ヲ経タル行為ノ協議上ノ解除、銷除又ハ廃罷ハ総テ之ヲ任意ノ譲戻ト看做シ第三四八条及至第三五一条ノ規定ニ従ヒテ登記ヲ為スコトヲ要ス

本条は、転得者を害する目的で当事者が契約を合意解除するような場合において、これを任意の再譲渡とみなすことによってその絶対的遡及効を否定し、その旨の公示がなければ登記を備えた第三者に対抗できない、という規定である。Boissonade, op. cit, no 225

(31) 松尾・前掲九二頁 尚、中舎・前掲四六頁は、瑕疵ある意思表示に比べて表意者の要保護性が低いことから、取消前後を問わず広く第三者を保護してよい、と解される。

三　現行民法九六条三項の意義と法理および他の保護法理との関係

(一)　九六条三項の起草趣旨とその法構造

旧民法財産編三一二条には、現行民法九六条を起草するに際し、主として次のような修正が施された。

・詐欺における錯誤自体は意思表示の効力を左右しないとしても、詐欺を理由とする取消は、結局は一種の錯誤の効果に他ならず、取消を認める以上その性質を敢えて区別して、「補償名義」をもってすべきものと捉える必要はない。(1)

・詐欺による意思表示は、表意者の充分に自由な意思決定に基づいてされたものとはいえず、意思表示の瑕疵とみることができる。(2)

要するに、詐欺も錯誤を伴う以上、厳密にみれば錯誤の一種と捉えうる点、(3)そしてそれが要素の錯誤でなくても、瑕疵ある意思表示として位置づけられる点に照らせば、取消の性質自体は他と区別するに及ばない、とされたのである。

以上の修正理由により、結局旧民法の詐欺取消――債権的構成は排斥され、取消の性質に関する統一化が図られるに至ったわけであるが、このような立法形式の修正は、同時に旧民法における詐欺の意義および対外的効力に関する基本的理解についても、実質的な変容をもたらしたのであろうか。詐欺が錯誤規定に吸収されず独自性を維持した点、さらに九六条が二項および三項を設けた意義などを勘案する時、他の無効・取消との対比における詐欺制度の特殊性を解明する作業は、なおもその有用性を失ってはいないと思うのである。以下に、起草者の理解を手がかりとして確認してみよう。

1　詐欺の意義と表意者保護の構造

まず起草者は、詐欺制度と錯誤制度との関係をどのように捉えていたのであろうか。先にみた通り旧民法では、両者の機能配分は明瞭であり、それぞれの性質の相違が第三者保護の在り方（可否）をも決定づけていたのであった。

この点につき梅謙次郎博士は、錯誤を要素の錯誤（意思欠缺）と「理由ノ錯誤（『縁由ノ錯誤』をその典型とし、今日にいう性状の錯誤もこれに含める――いわゆる動機の錯誤に相当か――）」とに区別し、さらに後者（理由ノ錯誤）を「単純ノ

錯誤」と「詐欺ニ因ル錯誤」とに分類した上で、[4]「単純ノ錯誤」は法律行為の要素に関するものでない以上、その効力を左右しないとしつつも、これが相手方の詐欺に基づく場合には、要素の錯誤でなくても取消原因となる、と解する。[5] また、富井政章博士は、「詐欺ハ單ニ錯誤ヲ生スト雖モ意思表示ノ效力ニ影響スル事由トシテハ之ト重複スルモノニ非サルコトヲ知ルヘシ即チ錯誤ノミニテハ意思表示ノ效力ヲ妨ケルコトナキ場合ニ於テ其錯誤カ詐欺ニ原因スルトキハ之ヲ取消スコトヲ得ヘキナリ例ヘハ縁由ノ錯誤ノ如キハ其適例ト謂フヘシ」[6]と述べて、詐欺規定の存在意義を強調する。ここでは、「縁由ノ錯誤」を典型例として挙げながら、錯誤のみでは意思表示の効力に影響しない場合も、詐欺を理由に取り消しうるとして、錯誤規定との重複を否定するのである。尤も、起草者は詐欺が要素の錯誤をもたらす場合に九六条の適用を排除する趣旨ではなかったかもしれないが、同条の主要な適用対象として、通常要素の錯誤（意思欠缺）にならない動機の錯誤を想定していたことは明らかであろう。[7] 梅博士は、「詐欺ニ因ル錯誤モ亦法律行爲ノ要素ニ関スルモノト否サルモノトアリ」としつつも、前者は「前条ノ規定ニ依リ無效ナルコト固ヨリ言フヲ竢タス」と説いており、また富井博士も、「其錯誤（詐欺ニ因ル錯誤　筆者注）カ法律行爲ノ要に関スルトキハ意思表示ハ無效ナルコト前項（第四項　錯誤　筆者注）ニ於テ述ベタルヘシ」と説示している。[8] さらに起草委員補助の説明によれば、「若シ表意者カ詐欺ニ依リテ法律行爲ノ要素タル事項ニ付キ錯誤ニ陥リタル場合ニ於テ重大ナル過失ナキトキハ前條ニ依リテ意思表示ノ無效ヲ来ス可キカ故ニ決シテ本條ノ適用ヲ生スルコトナキモノナリ」[9]となっている。

このように、起草者は、意思欠缺と動機の錯誤とを峻別する錯誤二元論に立脚しながら、詐欺制度と錯誤制度の機能配分すなわち詐欺規定の存在意義を明確に措定していたのであった。こうした理解が、詐欺と錯誤における表意者保護の相違につながり、九五条と九六条との立法の区別に結びついたものと評価できよう。

それでは、要素の錯誤（意思欠缺）にならない動機の錯誤が、相手方の詐欺による場合には意思表示の取消原因とされたのはなぜであろうか。梅博士は以下のように説明する。「單純ノ錯誤ハ多クハ表意者ノ過失ニ出ツルモノニシ

テ少ナクモ相手方ニ過失アルコトハ稀ナリ故ニ之ニ因リテ法律行爲ヲ取消サシムルトキハ過失者ヲ保護シ却テ過失ナキ者ニ損害ヲ加フルノ結果ニ至ルコト多カルヘシ」[10] これに対して、「詐欺ニ因リ錯誤ニ陥ルモノニシテ君子モ欺クニ道ヲ以テスレハ尚欺クコトヲ得ルカ故ニ直チニ表意者ニ過失アリト謂フコトヲ得ス殊ニ詐欺ナルモノハ元来不法行爲ナルカ故ニ之ニ因リテ他人カ錯誤ニ陥リ以テ法律行爲ヲ爲スニ至リタリトセハ其不法行爲ノ犠牲ト爲リシ表意者ハ宜シク法律ノ保護ヲ受クヘキモノトス故ニ單純ノ錯誤ハ之ヲ以テ法律行爲ノ取消ノ原因トセサルニ反シ詐欺ニ因ル錯誤ヲ以テ取消ノ原因トシタルナリ」[11]

かかる記述は、関係当事者の「過失」ないし非難可能性の比較から、表意者の要保護性に関する「単純ノ錯誤」と「詐欺ニ因ル錯誤」との相違を示していることがうかがえるが、ここからはさらに次のような分析が可能なのではなかろうか。すなわち、本来動機の錯誤（単純ノ錯誤）それ自体は原則として保護に値しないが、それが詐欺による場合には特に取消の対象とされるのは、かかる取消が表意者側の意思表示の瑕疵を根拠としつつも、詐欺者（相手方）に対する法的サンクションという特殊な要素を本質的に帯びていることを示唆しているのではないだろうか。梅博士は、「単純ノ錯誤」も理論上は意思表示の瑕疵にあたるとしながらも、詐欺が本来不法行為を構成することをもって、「単純ノ錯誤」と区別して表意者保護を図ることの実質的根拠としているのである。[12] このような趣旨に鑑みれば、詐欺を理由とする取消は、原則として詐欺者（相手方）との関係で相対的に認められるに過ぎない、という基本構想を導きうることになろう。

こうした詐欺取消の特殊性は、九六条二項において具現化されているように思われる。同項は、第三者の詐欺については相手方が悪意の場合に限り特に取り消しうる旨を明規しており、詐欺は相手方によって行われたものであることを取消の要件とする、という原則をうけた例外規定であると把握することができる。この起草趣旨につき、富井博士は次のように述べる。すなわち、「詐欺ハ絶對的ニ豫防シ得ヘカラサルモノニ非スシテ被害者ノ不注意ニ出ツルコ

ト稀ナリトセス然ルニ第三者カ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テ相手方ニ對シ取消ヲ爲スコトヲ得ルモノトセハ過失ナキ者ニ其責ヲ歸スルコトト爲り取引ノ安固ヲ害スルニ至ルヘシ」[13] ここでは、強迫の場合との対比における、関係当事者間の「不注意」ないし「過失」の比較が理由とされている。梅博士も、誰が行ったかを問わずに意思表示を取り消しうる強迫と区別する根拠として、「強迫ニ因リ已ムヲ得スシテ承諾ヲ爲スハ全ク本人ノ真意ニ出ツルモノニ非ス之ニ反シ詐欺ノ場合ハ縦令欺カレタルニ由ルト雖モ元ト本人ノ任意ニ出タルモノニシテ嚴酷ニ之ヲ言ヘハ多少ノ過失アルヲ常トスルモノナリ」[14] と論じ、「過失」の有無を基準とする表意者の要保護性の差異を挙げているが、その前提理解として以下の記述が注目を引く。

「局外者カ詐欺ヲ行ヒタレハトテ當局者タル相手方カ之ヲ知ラサル以上ハ其行爲ヲ取消シ局外者ノ非行ノ結果ヲ其非行ニ無關係ナル相手方ニ負擔セシムルハ非理モ亦甚シキカ故ニ第三者カ詐欺ヲ行ヒタルトキハ以テ意思表示ノ效力ヲ左右スルニ足ラサルヲ原則トシタルナリ」[15]

このことから、起草者は、詐欺における表意者の保護は詐欺者との関係で相対的に図られるにとどまり、詐欺に関与していない者に影響を及ぼしてはならない、という価値判断に基づいて、九六条二項のような取消の制限規定を置いたものと推測できる。尚この場合、表意者は詐欺者（第三者）に対して損害賠償を求めるという形で保護をうけられることも示唆されている。[16] このような基本姿勢は、詐欺は本来なら要素の錯誤にあたらない動機の錯誤を主要な対象としながら、詐欺者（相手方）に対する法的サンクションという観点を加味しながら、特別に意思表示の瑕疵を理由とする取消が認められる、という詐欺取消の意義を前提とするものと解せよう。

そして、こうした表意者保護の趣旨および限界に由来する取消の（当事者間での）制限規定は、続く三項（取消の第三者に対する効力の制限規定）の重要な布石として位置づけられよう。九六条の構造的理解として、二項と三項の位置づけおよび意義は、以上のような表意者保護の意義と取消の相対性という視点を基礎として理解すべきものと考える。

2　取消の対外的効力

「同項但書ノ規定ハ採テ之ヲ本條第三項ニ掲ケタリ」[17]

この修正理由から明らかなように、旧民法財産編三一二条三項但書の第三者保護規定は、現行民法九六条三項において継承された。本項の起草趣旨につきまず富井博士は、「詐欺ハ全然豫防スルコト能ハサルモノニ非スシテ多少不注意ノ結果タルコトヲ免レサルカ故ニ寧ロ善意ノ第三者ヲ保護シ以テ取引ノ安全ヲ保護セント欲シタルモノナリ」[18]と説く。次いで梅博士は、「詐欺ナルモノハ詐欺者ト被詐欺者トノ間ノ事實ニシテ第三者ハ之ヲ知ラサルコト多キハ固ヨリナリ故ニ之ヲ知ラサルヲ以テ第三者ヲ責ムルコト能ハス」[19]あるいは「詐欺ノ事實ハ登記又ハ證書ニ記載スルモノニ非サルヲ以テ第三者ハ之ヲ知ル由ナケレハナリ」[20]これに対して「君子モ欺クヘシト雖モ嚴格ニ之ヲ言ヘハ被詐欺者ハ多少ノ過失アルコト多シ然ルニ今法律行爲ヲ取消ストキハ善意ノ第三者カ損失ヲ被ムルヘク之ヲ取消ササレハ被詐欺者カ損失ヲ被ムルヘキ塲合ニ於テハ寧ロ第三者ヲ保護シテ被詐欺者ヲ顧ミサルヲ至當トス」と説明している。[21]要するにここでも、強迫に比べて表意者には「多少ノ不注意」のあることや、詐欺の事実を通常知りえない第三者と「多少ノ過失」ある表意者との要保護性の比較から、[22]第三者保護規定が導出されているのである。

さてここで、本稿にとって重要なポイントを、次の三点に集約して整理してみよう。

第一点は、本来は要素の錯誤（意思欠缺）にならない動機の錯誤における表意者保護の限界である。表意者の多少の「不注意」ないし「過失」といった表現は、このような詐欺の特質を前提とした上での、補足的理由に過ぎないと分析しうる。第三者保護のしくみは、まず詐欺における表意者保護は原則として詐欺者との関係で限定的に図られる、という詐欺取消の相対性から出発して把握されるべきである。

こうした詐欺における表意者保護とその対外的影響との関係は、先に注意を喚起しておいたように、九六条二項と三項の有機的関連を確認することによって一層明らかとなる。梅博士は三項について、「是レ相手方以外ノ者カ詐欺

ヲ行ヒタル場合に原則トシテ取消ヲ許ササルト略同一ノ理由ニ基ケル規定」[23]と明言しており、詐欺の対外的影響（取消の相対性）につき二項の趣旨と統一的に把握している（詐欺を関知していない局外者に対する取消主張の可否という観点）。これが第二点である。

第三に、以上の検討をさらに進めて、三項における第三者保護の具体的な視点を、起草者の見解をもとに析出してみよう。まず前置規定である九六条二項は、表意者は第三者の詐欺を理由として取消を主張できない旨を原則としながら、「然リト雖モ此原則ニハ一ノ制限アリ」として、例外的に相手方が悪意の場合にのみ取消を主張できる、という構造になっている[24]。

この理は、三項における取消の対外的効力においても該当するとみることができる。つまり起草者は、一次的には詐欺における表意者の要保護性の限界を主眼に置きながら、他方において、第三者側からすれば、梅博士も明言しているように、詐欺の事実という当事者間の対内的かつ属人的な法状況は、その対外的認識を欠くのが通常である、との理解に立っている。従って、取消の効果は第三者に及ばないのが原則であり、例外的に同人が悪意者であった場合にのみ取消を主張しうる、という第三者保護の基本構想をここから看取しうるのである。

このように、現行民法典は、詐欺を瑕疵ある意思表示として把握し、その取消の性質を他の取消原因と区別せずに統一化したわけであるが、こうした立法形式の修正にも拘わらず、実質的には、詐欺の意義（適用対象）、表意者保護の趣旨、そして取消の相対性など、旧民法の詐欺制度の基本構想はほぼ継承されたと評価してよいのではなかろうか。尤も、旧民法の債権的構成と異なり、意思表示の瑕疵を理由に取消を認める以上、その相対性は取消の性質から論理必然的に導かれるものではない。現行民法は、正にこの点に関して立法面でその価値判断の維持を図ったのであり、錯誤や強迫に比して特に九六条二項および三項を設けた立法的意義は、ことさら大きいといわねばならないだろう。

(二) 九六条三項における取消相対効（対抗不能）の基本論理と要件構造

一般に、九六条三項による第三者保護は、公信の原則や表見法理ないし権利外観理論など、主として第三者側の信頼保護の観点から説明されることが多い。[25] このような視点を中心に据えると、九六条三項は、取消絶対効による無権利の法理を前提として、外観を正当に信頼した第三者の特別な保護を図った規定である、という理解を容易に促し、第三者の信頼がいかに正当であったかについての判断を中心に要件論が組み立てられていくことになる。ところで、同項における第三者保護のしくみは、果たしてこうした視角から説明づけられるべき規定であろうか。これまでの分析に照らしながら、その信頼保護のしくみを見直してみよう。

はじめに基本的視点としては、九六条三項の第三者保護は、一次的には意思表示の動機形成段階における詐欺の事実という、対内的かつ属人的な法律関係の対外的主張制限という観点から捉えるべき規定であると考える。そして、そうした取消原因の性質から、その取消の効果は詐欺当事者以外の第三者には対抗できないのが原則であり、例外的に悪意者が排除されるに過ぎない。このような取消相対効――対抗不能による第三者保護[26]は、反対に無権利の法理を原則としつつ、第三者側の特別な外観信頼を例外的に保護するという論理とは、視点と基本構造を異にするものと考えられる。起草者は九六条三項を一二一条の例外規定と捉えていたようであるが、[27] 厳密には、取消絶対効の例外として逆に取消相対効（対抗不能）が原則化することを意味するものと思われる。この点については後にあらためて触れる。

さて、このような基本論理は、具体的に要件構造にどう反映するであろうか。はじめに、本条にいう善意者保護の実質的意義を、右のような悪意者排除構成において理解するとなると、動機の形成における詐欺の事実は通常その対外的認識に欠けるため、第三者には善意の推定がはたらき、表意者側に悪意の立証責任があると解すべきことになろう。[28]

一般に、本条の第三者保護の根拠として、表意者の側にも詐欺にかかった点につき多少の落度がある、という説明がされる。[29] そして、このような表意者の外観作出に関する帰責性の低さを第三者側の保護要件に反映させ、さらに「無過失」をも要求することによって利益バランスをとり直そうという見解が、今日多数を占めているといってよい。この理は、本条の第三者保護を権利外観理論ないし表見法理の一環として把握する理解にも適合する。さらにこの考え方を押し進めていくと、個別具体的にみて表意者に明確な帰責事由があるとは認め難い状況にあれば九六条三項はその適用根拠を失い、ひいては同項の存在理由自体が疑問視されるという展開をも招く。[30]

しかしながら、詐欺取消相対効（対抗不能）の前提として、何よりも要素の錯誤（意思欠缺）にならない動機の錯誤における表意者保護の内在的限界を看過してはならないように思われる。表意者の具体的な外観についての帰責事由はあくまで補足的要素であり、詐欺における表意者保護の相対性を本質とみれば、九六条三項の悪意者排除構成はなおその合理性を失っていないものといえよう。そのように考えると、ことさら第三者に無過失要件をプラスして要求する必要はない、と言えそうであるが、その要否を論じるに際しては、かかる「無過失」の意味内容が明らかにされなければならないように思われる。[31] まず、先の起草者の見解に照らせば、第三者は通常詐欺の事実を知りえず、その認識を欠いていたとしても責を負わせることはできない以上、詐欺の事実の有無に関する積極的な調査義務は原則として認められないといってよいものと考える。それでは、詐欺が一見して明らかであり、わずかな注意を払えば当然知りうる状況下にありながら、ごく基本的な注意義務を怠ったという場合はどうであろうか。実際、無過失の意味をどう定義するかによってその要否も変わりうる点には留意を要しよう。そこで、善意悪意という主観的要件を客観的に判断する要素として、「重過失」概念の再検討を促したい。[32] 悪意と同等の法的評価が与えられる重過失は、善意性そのものを否定する機能を有するため、一般にいう無過失の有無とは異なった位置づけが与えられるだろう。民法上の主観的要件論の整備にも関わる問題であるため、問題提起にとどめておく。

さらに問題なのは対抗要件具備の要否である。九六条三項における取消相対効（取消の効果の対抗不能）の効果として、第三者は当事者間の法律行為を有効視することができ、詐欺者（前主）への有効な権利移転を主張しうるとすれば、第三者はそれによって間接的に権利取得しうる結果となる。このような移転的（承継的）取得は、公信理論のような直接的・創設的権利取得とその態様を異にするものと解せよう。また、表意者と第三者の間には、一七七条が想定するような二重譲渡的な対抗関係も認められず[33]、新たに利害関係を築くわけでもない表意者は、第三者の公示の欠缺を主張できないと考えられる。その意味では、対抗要件具備の先後を基準とする対抗問題より広義の「対抗不能」法理による第三者保護を観念できそうである。そうすると、少なくとも表意者との関係では対抗要件不要ということになる。

しかしながら、だからといって、第三者保護と登記の有無とを常に切り離して割り切れるかどうかは、公示制度の理想とも相俟って今日さらに議論のあるところである。実質的にみて、表意者が取り消して登記を回復した後からでも第三者に移転登記請求を認めるというのは不当であり、第三者としても登記を備えることは保護の前提ではないか、との価値判断も、対抗要件不要説の見直しを促している[34]。そうなると、本来の対抗問題に該当しなくても、権利主張ないし保護の要件として登記の具備を要求するのが妥当かどうかという観点から、さらに問題を吟味する必要が生じてくる[35]。この点判例は必ずしも明瞭とはいえない。前掲最高裁昭和四九年判決は、九六条三項の第三者につき、「必ずしも、所有権その他の物権の転得者で、かつ、これにつき対抗要件を備えた者に限定しなければならない理由は、見出し難い。」と示したが、既に指摘されている通り、本件は第三者が仮登記の付記登記を備えていたケースであり、自己の権利保全のための法的手段を可能な限り講じていたとも評価できる事案であったため、常に対抗要件不要とまで言い切る趣旨であったかどうかについては争いのあるところである。また、前掲大審院昭和一七年判決も、善意の第三者が既に登記を具備していた事案であったため、特に問題になっていない。

起草者の見解はどうであろうか。九六条三項が主として登記まで備えた第三者が追奪されるのを防止する趣旨を有することは明らかと思われるが、未だ対抗要件を備えていない第三者の保護を否定する意図であったといいうるかどうかは疑問である。少なくとも、先にみた第三者保護の基本的理解に鑑みれば、権利資格保護要件をさらに加重して利益バランスをとり直す必然性はないといえようか。

権利資格保護要件としての登記については、その理論的な説明づけないし体系上の位置づけを明確にする必要があるかと思われる。[36] その際には、法律行為の取消と登記における対抗問題説などをも踏まえた対抗問題（公示制度の理想をどこまで貫徹するか）の限界、さらには一七七条の「公信力説」の台頭などに代表される善意者保護制度と登記の機能との関係なども射程に入れて、さらに論議を深めていくべきであろう。

㈢ 九六条三項の有効射程

次に、立法沿革の分析を基礎として導出した九六条三項の趣旨を、現代における解釈論と摺り合わせながら、その有効射程の画定を試みてみよう。

1 取消後の第三者

九六条三項の趣旨は一二一条による取消遡及効の例外的制限にあるため、第三者の範囲はかかる遡及効の犠牲となる取消前の第三者に限定される、というのが今日の一般的理解である。そして、取消後の第三者保護を他の取消一般と統一的に扱い、一七七条や九四条二項類推法理でカバーするわけである。そうだとすると、取消前後で第三者保護のしかたが変わることになる。因みに、前掲昭和一七年判決の事案は、詐欺によって二筆の土地が売却されたが、詐欺者である買主が、同一の第三者に対して、取消の意思表示の一二日前（売買契約の四日後）に、そのうちの一筆について抵当権を設定し、翌日に抵当権設定登記ならびに代物弁済予約に基づく所有権移転請求権保全の仮登記を備え、

取消のわずか四日後にさらに他の一筆について抵当権設定、一週間後に登記を了した、というものであった。このように本件は、詐欺に基づく契約後間もなく、しかも取消の直前後に亙って同一の第三者が権利関係を築いたケースである。原審は取消後の抵当権設定につき第三者保護を否定したが、本判決は一七七条によって保護の途を与えたのであった。既に第三者が善意でかつ登記を備えた事案であったため、結果的には第三者は取消前後で同一の保護をうけられたわけであるが、近時の対抗問題説に立てば、表意者が登記回復を懈怠したと認められなければ取消直後の第三者だけがその保護を否定されるという結果になりかねず、まして九四条二項類推説では、表意者に外観放置等の帰責事由がなければ、明らかに異なる解決がされることとなろう。だからといって、九六条三項と第三者保護の要件が変わらないとすれば、今度はそもそも取消前後で法的根拠に差異を設ける必要性自体が問題となろう。

そうなると、九六条三項は果たして取消後原状回復前の第三者を積極的に排除する趣旨であったのかどうかが疑問となってくる。この点につき学説は、取消後の法律状態は、詐欺以外の取消や無効により法律関係が消滅した状態と差異はなく、詐欺取消後の外観信頼保護を他の場合より厚くすべき理由はない、と説く。[37] 確かに、外観信頼という側面では詐欺取消も他の取消も変わらないだろう。しかしながら、先にみたように、詐欺取消の対外的効力の制限は、もともと取消原因自体の性質に由来しているという理解に立脚すれば、取消原因そのものは取消後は考慮に値しないとはいえず、従って取消前後でその本質を異にするとは考えられないため、外観存続についての帰責事由の有無をさらに問わないというべきである。学説はさらに、表意者側に登記回復につき懈怠のなかった場合にまで第三者を保護することは、登記に公信力を認めない民法の価値体系の下では過保護であり、他の無効・取消との体系的バランスを失する、とする。[38] けれども、そうだとすると、そもそも取消前の第三者をも保護する九六条三項自体が合理性を失うことにならないだろうか。また、四宮教授は、取消前後無差別適用説は、善意の対象が取消前は詐欺の事実、取消後はそれに取消の事実が加わることになって、不自然である、と批判されるが、[39] だからといって取消後の第三者を九六

条三項から排除すべきこととなるのであろうか。取消原因とその結果とは文字通り密接不可分であり、取消原因の善意悪意は取消があってはじめて意味をもつのだから、法的評価を異にする必要性はないと考える。

九六条三項の一二一条に対する「例外性」の意味は、取消遡及効の例外というより、正確には取消絶対効の例外としての取消相対効と解すべきであろう。そうすると、第三者の範囲は、取消の前後を問わないと理解すべきである。従って、九六条三項と他の保護法理との区別基準としては、詐欺における第三者保護（およびこの趣旨に類する状況）と、それ以外の無効・取消の場合とで差異を設けて、体系的バランスを図るべきである。

2　錯誤無効[40]と九六条三項類推適用

先述したように、起草者は動機の錯誤と意思欠缺とを区別した上で、九五条の要素の錯誤から基本的に動機の錯誤を除外していた。それ故九六条が存在意義を有するわけであり、このような両条の機能配分すなわち動機の錯誤と意思欠缺における表意者の要保護性の差異に照らせば、第三者保護規定の存否に関する相違にもそれなりの合理性があったのであり、詐欺によって表意者が要素の錯誤（意思欠缺）に陥った場合に表意者が九五条に基づく無効主張を第三者に及ぼしうるとしても、決して不均衡な結果ではなかったのである。

ところが、周知の通り今日の判例・通説は、相手方との関係では、動機が表示されて契約の内容とされていれば動機の錯誤も要素の錯誤たりうると解し、また近時有力説も、相手方の認識可能性を要件としながら、動機の錯誤と意思欠缺の区別を廃して「要素の錯誤」を捉え直そうとする。[41] こうした九五条の拡張傾向に鑑みれば、それに適合させるべく、第三者に対する関係において九六条三項類推適用の余地が検討されなくてはならない。詐欺取消における第三者保護の原点を、動機の錯誤における表意者保護の限界に求めるとすれば、今日における九五条の要素の錯誤のうち、少なくとも本来の動機の錯誤に該当する領域に関しては、例え当事者間で無効主張が認められたとしても、九六条三項を類推適用する素地が存するといえよう。そう解しても、起草者が捉えた九六条三項の立法趣旨に反しないば

かりか、錯誤における表意者保護と取引安全に関する現在の学説の傾向にも合致するであろう。

問題は意思欠缺の場合における第三者保護の可否である。この点につき、錯誤が重大な意思欠缺にあたりかつ表意者に重過失がなければ、その限りで取引安全が害されても表意者を保護しようというのが、起草者の価値判断であったかと思われる。[42] ところで、こうした起草者の見解はいわゆる錯誤二元論の上に成り立っているが、このような二元的構成に対しては、今日多数の学説により、動機の錯誤と意思欠缺を区別することは無意味であるとか、その区別自体困難であるといった批判が加えられている。本稿では、錯誤論として正面からこれらの批判にこたえる余裕をもたないが、錯誤無効と第三者保護に絞って指摘を試みよう。近時の学説は、専ら相手方との関係で錯誤無効の主張を認めるのが妥当かどうかという観点から、動機の錯誤と意思欠缺とで表意者保護に差異を設けるのは不当であるとして、動機の錯誤も要素の錯誤に組み込み、逆に相手方の認識可能性を無効主張の要件とすることによって妥当なバランスを図ろうとする。このような信頼保護を重視する錯誤一元論をさらに進めると、動機の錯誤ばかりか意思欠缺に該当するケースについても、九六条三項を類推適用して認識可能性のない第三者を保護する余地が出てくることになり、起草者の理解と対立する結果となる。かかる見解は、民法上の体系的整合性という点ではどう評価すべきであろうか。例えば、九四条二項は、虚偽表示という完全な意思欠缺であるにも拘わらず、表意者が意図的な外形作出によって真正な権利関係を秘匿した点に鑑み、その無効主張を制限する。これに比べて九六条三項は、表意者の帰責性は低いが、動機の形成段階に瑕疵が認められるに過ぎない点から、同人の保護を詐欺者との関係に限定するわけである。このようにみれば、今日懐疑的にみられがちな伝統的意思理論に基づいているとはいえ、取引安全についての両条のバランスは維持されていると評価できよう。それに対し、重大な意思欠缺でかつ表意者にはせいぜい軽過失があるにとどまる錯誤（重過失なら無効主張できない）において、表意者の静的安全が害されるというのは、体系的均衡上も問題があるように思われる。従って、意思欠缺の場合は、単に錯誤に陥って意思表示したというだけでなく、さらに権利喪失

に値する明確な帰責事由が認められてはじめて、他の保護法理による第三者保護の可能性が生じると解すべきであろう。[43] 但し表意者に対する損害賠償請求の可否は別に考えられよう。契約の重要事項につき錯誤があったかどうかという統一的なメルクマールは、当事者間での無効主張の可否については合理的な基準たりえても、その主張を対外的に及ぼしてよいかどうかに関しては、さらにその基準が再検討されてもよいように思われる。尤も、このような錯誤無効と取引安全についての議論の実益は、不動産取引でしかも売主ないし物権設定者側の錯誤にほぼ限定される点は否定できないだろう。

3　強迫取消と九六条三項類推適用

詐欺と強迫との立法上の差異の根拠を、単に表意者の帰責性の大小のみに求めるとすると、強迫に遭遇するような状況に自らを置いた点につき表意者に落度があれば、同人の保護は強迫者に対する法的サンクションの限度で図れば足りる、と解すべきこととなり、九六条三項類推適用の可能性が生じてくる。[44] とはいえ、意思決定の自由を全く欠き、誰が行ったかを問わず取り消しうる強迫と、本来は保護に値しない動機の錯誤とはどこまで同視できるものなのであろうか。動産取引においてさえ、盗品や遺失物について追及効を認める（一九三、四条）ことの均衡から考えても、強迫の場合の第三者保護は、強迫により意思表示したという事実に加え、さらに別個の要件を要求する他の保護法理によって図られるべきではなかろうか。

㈣　他の保護法理との関係

それでは、九六条三項でカバーできない無効・取消一般における第三者保護は、どのような法理によって図られる可能性があろうか。本稿ではその方向性のみを示すにとどめよう。

1　立法沿革からみた取消一般の効果と第三者の地位

旧民法においては、財産編五五三条により銷除訴権の絶対効が明規されており、動産の善意取得と詐欺取消がその例外とされていた。そして、三五二条において、取消に関する訴求の公示が訴権行使の要件とされており（二項）、さらに取消判決の公示が義務づけられていた（三項）。但し、かかる公示欠缺のサンクションは、詐欺取消を除いて、第三者に対する権利回復の対抗不能ではなく、罰金にとどまる点に留意を要する。すなわち、取消判決の公示を懈怠しても取消権者が権利を喪失するわけではなく、取消の絶対効はその公示の有無に拘わらず貫徹されたのであった。

次に、現行民法起草者の理解について確認しよう。富井博士は、第三者に対する取消の効果につき、「此効果ハ當事者間に於テノミナラス第三者ニ對シテモ亦發生スルモノト謂フヘシ即チ取消シ得ヘキ行爲ニ因リテ取消シタル權利ヲ第三者ニ讓渡シタル場合ニ於テ其權利ハ取消の效果ニ依リ更ニ移轉ノ行爲ヲ要セスシテ當然前主ニ歸屬スルコトト爲ルナリ」と説き、例外として善意取得と取得時効制度を示唆する。[45] 梅博士も、「取消ハ大抵第三者ニ對シテモ其效アルヲ以テ善意ノ第三者ノ權利モ皆悉ク煙散霧消セシムルヲ常トシ」と解していた。[46] 特に起草委員補助者は詐欺以外の取消一般における第三者に対する効果制限を明確に否定した。すなわち、「第三者ハ第九十六條三項ノ場合ヲ除キ善意ニシテ且過失ナキトキト雖モ何等ノ保護ヲ受クルコトナシ今若シ取消ノ場合ニ於テ廣ク第三者ヲ保護スル規定ヲ設クルトキハ取消權ノ實效ナキニ至ルノミナラス權衡上全ク權利ヲ有セサル者ヨリ權利ヲ讓受ケタル第三者ヲモ廣ク保護セサルヘカラス」[47]

このように、起草者は取消絶対効――無権利構成を原則として表意者の静的安全を重視していたことは明らかである。そして、取消権の短期消滅時効について定めた一二六条の立法趣旨は、こうした前提の下で第三者の損害を防止することにあったのである。[48] 同条については、法典調査会の議論において、善意の第三者保護規定の付加や、取引安全のために期間を二年に短縮すべき旨の修正案が出されたが、否決されたという経緯がある。[49]

以上が、取消一般における静的安全と動的安全の調整に関する、起草者の価値判断である。

2　学説の現代的傾向と若干の評価

右のような起草者の理解と異なり、今日の学説は、一定の場合には第三者保護を認める方向で展開されており、その法律構成および要件論が吟味されている、という状況にある。この問題については、対抗問題説と九四条二項類推説とが鋭く対立しているが、今日までに両説は精緻な検討と整備を重ね、共に妥当な解決を志向して接近化しているとみてよいだろう。すなわち、まず対抗問題説は、取消前後を対抗問題で貫徹することで判例に内包する理論的矛盾を克服した上で、取消権者側に権利回復の懈怠という権利喪失事由を求める一方、第三者についても、背信的悪意者排除構成を採用しながらその主観的要件を柔軟に考慮することで妥当な利益調整を図ろうとする傾向にある。他方九四条二項類推説は、善意者保護と登記の有無を分離して論じているようであるが、権利資格保護要件として第三者に登記を要求する余地もあると考えられる（尤もその当否についてはなお疑問である。管見の及ぶ限りでは、未だこのように明言する学説は特に見当たらない。対抗問題説の方が、九六条三項の第三者に権利資格保護要件として登記を要求することで整合性を維持しようと努めているように見受けられる。）。さらに、無権利構成に立脚した善意者保護の観点から一七七条を把握する「公信力説」が両説の本質を統合する形で提唱されるに至り[50]、議論は益々精緻を極めているといってよい。起草者の見解も顧慮しながら、民法の価値体系に適合的と考えられる方向を簡単に占ってみよう。

第一に、公信力説も含めた一七七条説に対しては、公示制度の理想に照らせば明快かつ合理的であるが[51]、果たして取消権者と第三者間の法律関係を純然たる二重譲渡と同視してよいか、という素朴な疑問を禁じ得ない。取消権によって実現されるべき静的安全と第三者の利益保護の調整は、二重譲渡における譲受人相互間の利益状況とは性質を異にするのではなかろうか[52]。具体的には、取消権者が速やかに登記を回復しなかったというだけでその権利喪失を正当化することが、民法の価値体系にどこまで合致するだろうか。見方によっては九四条二項類推説以上に静的安全が害される可能性もあり、取消一般の絶対効をそこまで制限してよいかどうかは問題であるように思われる。この点に、

善意者保護と登記の関係に加えて、一七七条の一種の限界を感じざるを得ないのである。

そうなると、取消絶対効を原則に据えながら、起草者の捉えた価値体系と現代の第三者保護への配慮とを調和させる、九四条二項類推法理によって補充するのが、方向としてはより適切であると考える。そこでは一方で第三者に正当な外観信頼が要求され、他方で取消権者側の外観存続に関する明確な帰責事由ないし意思関与が要件化されることになるが、それが九六条三項との差異のポイントとなるため、こうした詐欺取消とそれ以外の無効・取消一般とを区別した第三者保護により、体系的バランスも保たれるといえよう。問題はその帰責事由ないし意思関与をどうみるかである。一般に無効・取消の対象となる契約の当事者関係（一連の判例における九四条二項類推事例では、権利者と名義人間に親族あるいはそれに類する関係が認められていることが多い）において、取消権者が取消を主張し、または主張しようと欲しながら外観存続を事実上容認していると評価できる状況をどこまで想定できるであろうか。単なる放置で足りるのか。その限界線を定めることがさらに課題となろう。

（1）民法第一議案（商事法務研究会 日本近代立法叢書13）八六頁以下、法典調査会民法主査会議事速記録（日本近代立法叢書13）六五三頁

（2）梅健次郎・民法要義 巻之一 総則編（第二四版 明三八年 法政大学 有斐閣書房）二三三頁、同・民法原理 総則編 巻之一巻之二合本（和佛法律學校 明法堂 明三六年、三七年 信山社 復刻叢書法律学篇16）四〇五頁、富井政章・民法原論 第一巻 總論（第一七版 大一一年 有斐閣 完全復刻版）四五二頁

（3）梅・民法原理三九八頁

（4）梅・民法原理三九〇頁、同・民法要義二二七頁

（5）梅・民法原理三九八～三九〇頁、同・民法要義二三二頁

（6）富井・民法原論四五二頁

（7）田中・前掲論文一二二頁参照

（8）富井・前出注(六)

(9) 松波――仁保龜――仁井田・前掲書五九四頁、また、起草者ではないが岡松博士も同様に解している（同・前掲書一九八頁）。
(10) 梅・民法要義二三二頁
(11) 梅・民法原理三九八～九頁
(12) 梅・民法原理四〇三頁、七頁
(13) 富井・民法原論四五六頁
(14) 梅・民法原理四〇〇頁
(15) 梅・民法要義二三四頁および前出注(14)
(16) 富井・民法原論四五六頁
(17) 前掲民法第一議案八七頁
(18) 富井・民法原論四五八頁
(19) 梅・民法要義二三五頁
(20) 梅・民法原理四〇二～三頁
(21) 梅・前出注(20)、また同・民法原理四〇三頁でも同旨の説明がされている。
(22) 松波―仁保龜―仁井田・前掲書五九六頁も、表意者の過失を理由に挙げている。
(23) 梅・民法原理四〇三頁
(24) 現在の学説の多くは、表意者の帰責性がより大きい心裡留保との均衡や、ドイツ民法一二三条二項前段が過失不知の場合を含めていることを理由に、相手方が第三者の詐欺を過失で知らなかった場合にも同項の適用ありと解している（我妻・前掲書三一一頁、幾代・前掲書二八一頁、須永・前掲書二〇〇頁、磯村・前掲一六六頁、石田穣・前掲書三五九頁、など）。これに対して起草者は、通謀や悪意のケースを想定していたようである（梅・民法要義二三四頁、前掲法典調査会議事速記録六五二頁）。相手方自身の意思表示の虚偽性と局外者が行った詐欺の事実とでは、認識可能性に差異があるかとも思われるが、動機の錯誤において相手方の認識可能性を要件として無効主張を認める近時の傾向とも併せて、検討を要する点である。尚、動機の錯誤における九六条二項の役割につき、加賀山茂「錯誤における民法九三条但書、九六条二項類推解釈――重過失による錯誤、動機の錯誤における相手方悪意の場合の表意者の保護の法理――」阪大法学三九巻三・四号三四七頁（特に三五二頁以下）が、詐欺制度の原点を動機の錯誤における表意者保護と捉える本稿の視点にとり示唆深い。

(25) 柳澤・前掲論文、四宮・前掲書一八五頁、幾代・前掲書二八三頁、下森・注釈民法(3)二三三頁、磯村・前掲一六七頁、近江・前掲書一八三頁、内田・前掲書七三頁

(26) 筆者はかつて民法九四条二項について同旨の主張を展開し、「対抗不能」法理と公信ないし外観法理からの視点を軸として、本来適用と類推法理との関係につき理論的整備を試みたことがある（拙稿・前掲「民法九四条二項の『対抗不能』の法構造」の他、同「フランスにおける外観法理と仮装行為理論の関係――民法九四条二項論のための基礎的研究として――」法学政治学論究一六号二〇九頁、同「虚偽表示における対第三者効の法構造序説」法学政治学論究一二号一四三頁）。中舎教授は既にこのような視点を示唆されている（九六条三項につき、中舎・前掲論文、九四条二項について同「虚偽表示制度における当事者の目的(1)(2)」名大法政論集八二、八三号参照）。さらに、「相対効」論理あるいは「対抗不能」法理による第三者保護のあり方につき、伊藤進「法律関係における相対効と第三者保護の論理」前掲・法律行為・時効論所収四五頁、野澤・前掲「『対抗不能』と『相対的無効』」九〇～九一頁

(27) 富井・民法原論五五〇頁、松波―仁保龜―仁井田・前掲書六八五頁

(28) 下森・注釈民法(3)二三三頁、第三者の善意（無過失）につき事実上の推定を認める見解として、四宮・前掲書一八五頁、内田・前掲書一五三頁

(29) 四宮・前掲書一八五頁、半田・前掲「取消と登記」五〇頁、磯村・前掲一六七頁、など。

(30) 半田・前出注(29)

(31) 民法における無過失概念の多義性と善意要件との関係については、星野英一・民事判例研究第二巻Ⅰ（総則・物権）二九頁で指摘されている。また、星野教授は、九六条三項の第三者に無過失を要求するのが妥当としつつ、「実際には無重過失に近いものを要求することになろう」と解しておられる（前掲判批　法協九三巻五号一九八～九頁）。さらに四七八条に関してであるが、民法上の善意要件の意味につき、池田真朗・前掲債権譲渡の研究二四六～七頁。尚この問題に関する研究として、多田利隆「信頼保護における無過失要件の検討」民商八一巻五号一三頁がある。

(32) 無重過失要件については、債権譲渡禁止特約の対外効（四六六条二項）に関して論じられることが多く、ここでの第三者は善意無重過失で足りるとする見解が近時の多数説であるように思われるが（林―石田―高木・債権総論〔高木多喜男〕〔改訂版〕〈青林書院〉四四一頁、米倉明・債権譲渡――譲渡禁止特約の第三者効――〈学陽書房〉一七一頁以下、奥田昌道・債権総論〔増補版〕〈悠々社〉四三〇頁、前田達明・口述・債権総論〔第三版〕〈成文堂〉四〇〇頁、平井宜雄・債権総論〔第二版〕〈弘文堂〉一三六頁、甲斐道太郎編・債権総論〈現代民法講義4　法律文化社〉二六六頁〔池田真朗執筆〕、平野裕之・債

権総論〈債権法講義案Ⅰ　信山社〉三九三頁、など）、無過失を要求する説もある（我妻・新訂　債権法総論五二四頁、近江幸治・民法講義Ⅳ〔債権法総論〕〈成文堂〉二六一頁、など）。尚、米倉・前掲書一八一頁以下は、九四条二項についても善意無重過失で足りるとされており、注目に値する。

(33) 四宮・前掲書一六八頁、下森・前掲注釈民法(3)二三一頁も同旨か。但し石田穣・前掲書三六二頁は、表意者から第三者へ直接物権変動が生じる、と解される。さらに加賀山・前掲「対抗不能の一般理論について」一五〜六頁は、同項の対抗不能の意味を取消遡及効の否認と捉え、遡及効のない原状回復関係と第三者への権利移転とが対抗関係に立つとされる。尚、九四条二項の対抗不能の効果につき、拙稿・前掲「対抗不能の法構造」二三二頁以下参照

(34) 星野・前掲判批一九七頁、加賀山・前掲論文七頁、など。

(35) 星野・前掲判批一九六頁、同「物権変動における『対抗』問題と『公信』問題」法学教室三八号（一九八三年一一月号）二一頁、など。

(36) 権利資格保護要件としての登記に関する問題点については、前掲・ジュリスト増刊　不動産物権変動の法理　六三頁（下森報告）、七五頁以下参照

(37) 下森定・新判例評釈「民法九六条三項にいう第三者にあたる場合」　判タ三二二号　九四頁、同・前掲注釈民法(3)二三二頁

(38) 前出注(37)

(39) 四宮・前掲「遡及効と対抗要件」一七頁

(40) 錯誤に関しては、とりあえず中松纓子「錯誤」民法講座1（編集代表　星野英一　有斐閣）三八七頁以下を参照されたい。

(41) このような錯誤一元論を主張する代表的な研究として、舟橋諄一「意思表示の錯誤」九大法文学部十周年記念論文集三五頁以下、野村豊弘「意思表示の錯誤――フランス法を参考にした要件論――(1)〜(7)完」法協九二巻一〇号、九三巻一〜六号、須田晟雄「要素の錯誤――判例の分析を中心にして――(1)〜(8)完」北海学園法学研究八巻一、二号、九巻一号、一〇巻二号、一一巻一、二号、一二巻三号、一三巻二号、小林一俊・前掲錯誤法の研究、など。最近の教科書もこの傾向に賛意を表するものが多い。例えば、幾代・前掲書二八七頁以下、須永・前掲書一八九頁以下、近江・前掲書一七〇頁以下、石田穣・前掲書三三七頁以下、内田・前掲書六三頁以下、など。但し、相手方の認識可能性の対象については、錯誤そのものとする見解（須田・前掲一三巻二号三六七頁、小林・前掲書四三二頁以下、須永・前掲書一九一頁、など）と、錯誤に陥った事項が表意者にとって重要である点とする説（野村・前掲九三巻六号九二二頁、近江・前掲書一七三頁、など）とで分かれている。

(42) 石田穣・前掲書三四九頁は、九三条但書との均衡上、表意者に重過失がなければ相手方が善意無過失であっても無効主張しうる、と解される。

(43) 石田穣・前掲書三五一頁は、九六条三項は表意者の意思表示の瑕疵が軽度な場合の規定であるとして、要素の錯誤に対する類推適用を否定される。尚、須田・前掲一三巻二号三六〇頁は、九六条三項類推適用ではなく、第三者の利害をも要素の錯誤の成否に反映させようという見解を提唱される。さらに内田・前掲書七八頁は、錯誤無効主張後の第三者保護につき、九四条二項類推適用を示唆される。

(44) 特に半田・前掲「取消と登記」五〇頁

(45) 富井・民法原論五四九〜五五〇頁

(46) 梅・民法要義三二四頁

(47) 松波—仁保龜—仁井田・前掲書六八五頁

(48) 梅・前出注(四六)、松波—仁保龜—仁井田・前掲書六九八頁

(49) 法典調査会民法議事速記録一（商事法務研究会　日本近代立法叢書1）二四〇頁

(50) 前掲ジュリスト増刊 不動産物権変動の法理 八〇頁（篠塚昭次発言）、鎌田薫・前掲民法ノート一〇八頁以下、など。

(51) 尚、登記中心の解決の妥当性への疑問および対抗問題の限界に関する指摘として、滝沢聿代・物権変動の理論（有斐閣）四二〜三頁

(52) 下森・前掲判批九二〜三頁、前掲ジュリスト増刊 不動産物権変動の法理　六二頁（下森報告）

四　今後の課題

本稿では、九六条三項の意義と法理につき、まず動機の錯誤における表意者保護の限界という視座に基づいて、詐欺の場合の表意者保護は、原則として特に詐欺者に対する関係で相対的に図られるにとどまり、そのような当事者間の対内的法律関係はその対外的主張を制限される、という視点（取消相対効——取消の効果の対抗不能——）から、従来

の権利外観理論的な説明づけとは異なった論理を展開し、その要件構造と有効射程の画定に努めた。もちろん、こうした詐欺取消の特殊性に関する今日的妥当性については、さらに検討を重ねる必要があろう。現在の詐欺、錯誤論は、専ら当事者間での妥当な法的処理の在り方という、契約法理の枠内において発展しているが、本稿では、その無効・取消の第三者に対する効力をどう画定すべきかという関心に絞り、その視点と基準を求める手がかりとして、敢えて立法沿革の見直しを行ったわけである。また、第三者保護法理としての「相対効」や「対抗不能」法理の意義についても、さらに明らかにしていきたいと考えている。加えて本稿においては、詐欺以外の取消一般における第三者保護法理として九四条二項類推法理を示唆し、九六条三項との体系的関係と機能配分を確認した。今後は、さらに解除と第三者の問題との整合性も検証しながら、あらためて民法上の第三者保護法理の在り方や要件論、登記の機能などを整理する必要があるかと思われる。最後に、本稿では触れなかったが、外国法との比較[1]も課題として挙げておこう。その際には、システムの相違に留意することはもちろんであるが、さらに実質的な観点から、具体的な問題状況の比較、それに対する法的解決のしかたに関する共通点と相違点を検討することによって、不動産取引における静的安全と動的安全とのバランスのあるべき図り方およびその法律構成を探っていきたい。

（1）不動産取引における第三者保護の一般規定をもたないフランス法では、このような問題に対して、判例法による表見所有権(la propriété apparente)法理で対処しているようであるが、詳細については別稿を期したい。尚、フランス法における表見所有権法理については、上井長久「フランス判例法における表見所有権について――不動産取引における第三者保護の法理――」法律論叢四六巻四号一〇一頁、拙稿・前掲「フランスにおける外観法理と仮装行為理論の関係」などを参照されたい。

［追記］向井 健先生からは、私が慶應義塾大学大学院博士課程在学中に、法制史合同演習において長い間ご指導いただいた。先生は、我々のような研究者を志す若輩をいつも御心にかけて下さり、常に温かな励ましの御言葉を下さった。制度の原点を認識することから出発して、温古知新を目指す解釈手法を採る私にとって、近代日本法制史の大家であられる先生から御教示を仰ぎ、

かつご退職を記念する論文集に寄稿させていただく機会に恵まれたことは、誠に光栄という他ない。本稿も、そうした近代法の原点と現代民法学の方向性との架橋へ向けたささやかな試みのつもりであったが、先生の御学恩には到底報いることのできない習作に終わってしまったことは、甚だ遺憾である。記してお詫び申し上げると共に、今後の先生の益々のご健勝を心から御祈り申し上げる次第である。