

司法試験

---

入門講座(田中クラス)

民法

無料体験冊子①

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 201504

LU20150

## 第2節 債権の客体

債権とは、特定の人が他の特定の人に対し、特定の行為を請求できる権利である。これが債権の定義である。

債権は債務者に対する権利であるから、債権の内容を実現するかどうかは債務者の自由な意思に委ねられる。つまり、債権の内容は、債務者の行為、債務者の作為・不作為をいう。**この債務者の作為・不作為を給付という。**

近代法は、人を権利の主体と位置づけ、権利の客体となることを否定した。したがって、**債権の客体は法的主体たる人と分離した作為・不作為それ自体をいう。**これを「与える債務」「なす債務・作為債務」「なさない債務・不作為債務」という。現行民法では、雇用契約・請負契約・委任契約などである。

## 第4章 法律行為総説

### 第1節 序論

#### 一 法律要件と法律効果

##### 1 意義

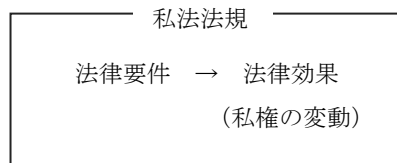
権利・義務→一定の事実を原因として変動（発生・変更・消滅）する。

私法法規は、**一定の事実（法律要件）があれば、一定の私権の変動（法律効果）が生じる、**というかたちで存在する

↓すなわち

**法律要件とは一定の権利変動が発生するための条件をいい、法律効果とは法律要件が充足されたときに与えられる効果**をいう

<私法法規の構造>



e x. 売買契約という法律要件によって、①代金債権の発生、②所有権の移転、③引渡請求権の発生、という法律効果が発生する。

## 2 権利変動の態様

法律行為とは意思表示を要素とする私法上の法律要件であり、法律要件とは一定の権利変動が発生するための条件である。この権利変動、すなわち権利の発生・変更・消滅には次のような態様がある。

<権利変動の態様>

1 権利の発生（取得）	2 権利の変更	3 権利の消滅（喪失）
(1) 絶対的発生（取得） → <b>原始取得</b> e x. 先占、拾得、時効取得 (2) 相対的発生（取得） → <b>承継取得</b> [ <b>包括承継</b> <b>特定承継</b> （*1） 移転的取得 ] [ 設定的（創設的）取得（*2） e x. 抵当権・地上権 ]	(1) 主体の変更 (2) 客体の変更 (a) 数量的変更 e x. 所有内容の増減 (b) 性質の変更 e x. 物の引渡債権 ↓ 損害賠償請求権 (3) 作用の変更 e x. 登記による対抗力の取得	(1) 絶対的消滅（喪失） (2) 相対的消滅（喪失） →権利の移転

\*1 包括承継・特定承継は、前主の権利を包括的に承継するか否かで区別する。例えば、相続は、前主の権利を包括的に承継するので包括承継である。

\*2 移転的取得・設定的（創設的）取得は、前主の権利をそのまま承継するか、内容の一部を別個の権利として承継するかで区別する。抵当権・地上権は設定的（創設的）取得の例である。

## 3 法律事実

法律事実とは、法律要件を組成する個々の要素をいう。たとえば、契約の場合、申込みと承諾という意思表示が法律事実である。

## 二 法律行為

法律行為とは、意思表示（一定の法律効果に向けられた意思の外部への表明）を要素とし、意思表示に対応する私法上の権利の変動という法律効果を生じさせる法律要件をいう。

法律行為の分類については、後述する（⇒「第2節 法律行為の分類」p.96）。

## 三 準法律行為

**準法律行為**：直接に法律効果の発生を意欲する旨以外の精神作用の表示

→主要なものとして、意思の通知と観念の通知が挙げられる

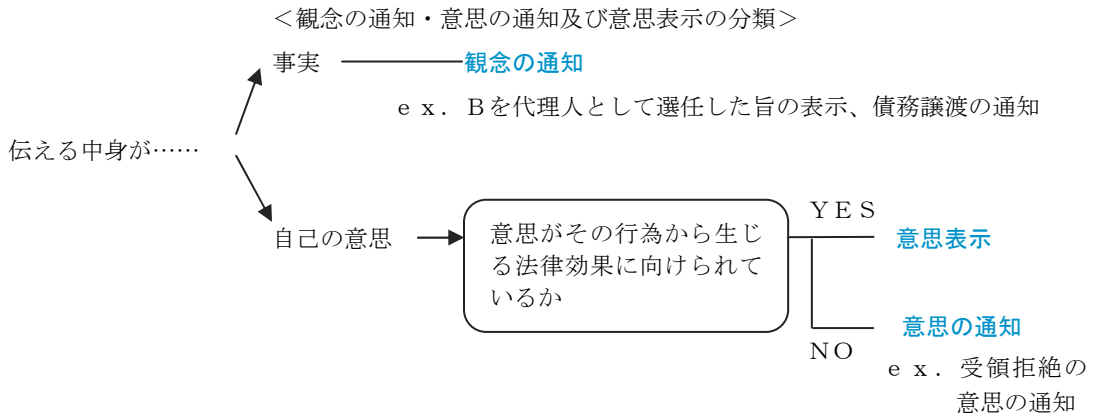
**意思の通知**：一定の意思（意欲）の通知

→**意思内容がその行為から生ずる法律効果以外のものに向けられている点で意思表示と異なる**

e x. 制限行為能力者の相手方の催告（20）、無権代理行為の相手方の催告（114）、時効の完成猶予事由としての催告（150 I）、弁済受領の拒絶（493 ただし書）、弁済受領の催告（493 ただし書）、契約解除のための催告（541）。

**観念の通知：ある事実を通知すること**

e x. 社員総会招集の通知（一般法人 39 I）、代理権を与えた旨の表示（109）、時効更新事由としての承認（152）、債権譲渡の通知・承諾（467）



## 第2節 法律行為の分類

### 一 意思表示の結合の態様による分類

#### 1 単独行為：一人の1個の意思表示で成立する法律行為

(1) 相手方のあるもの e x. 解除（541等）、債務の免除（519）

これらの意思表示は、相手方に向かってするものである。

(2) 相手方のないもの e x. 遺言（960以下）

遺言は、自分の所有物についての所有権を放棄することである。一見すると相続人に向かって遺言をするので、相手方のある意思表示のように見えるがそうではない。

#### 2 契約：対立する2個以上の意思表示が合致して成立する法律行為

→法律行為の中で最も重要

e x. 売買契約（555）、賃貸借契約（601）、消費貸借契約（587）

#### 3 合同行為：方向を同じくする2個以上の意思表示が合致して成立する法律行為

e x. 社団法人の設立。効果が契約と違うので合同行為という。一人の意思表示の瑕疵の取消しに制限がある点で、契約と異なる

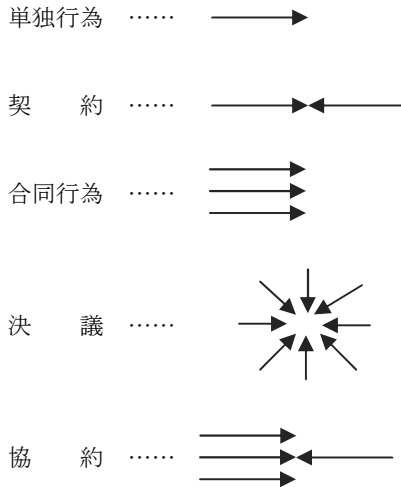
#### 4 決議：団体や団体の複数人からなる機関が、団体内部を規律するためにする意思の表明

e x. 社員総会の決議（一般法人 49）

## 5 協約：当事者の一方または双方が多数の者または団体であって、当事者の合意がその多数の者またはその団体の構成員に対して規範としての効力を認められるもの

e x. 労働協約

<意思表示の結合の仕方による分類>



## 二 発生する効果の種類による分類

### 1 債権行為：債権を発生させる法律行為

e x. 賃貸借契約 (601)

### 2 物権行為：物権の発生・変更・消滅を生じさせる法律行為

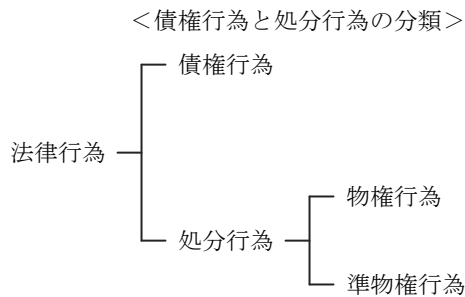
e x. 抵当権設定契約

### 3 準物権行為：物権以外の権利の終局的な発生・変更・消滅を生じさせる法律行為

e x. 債権譲渡 (466)、債務免除 (519)

\* 1 売買 (555) ・ 贈与 (549) などの契約は、債権行為と物権行為双方の側面を有する。

\* 2 債権行為は発生した債権が履行されて初めて法律行為の目的が達成されるのに対し、物権行為と準物権行為は、履行の問題を残さない点で相違する。つまり、物権行為・準物権行為は履行が完了することが成立要件・有効要件とされるのであり、履行が完了していない時点では、物権行為・準物権行為はいまだ成立していないのである。この意味において、「履行の問題を残さない」といわれるのである。このように履行の問題を残さない物権行為と準物権行為とを併せて**処分行為**という。



### 三 意思表示の形式による分類（要式行為と不要式行為）

#### 1 意義

**要式行為**：意思表示が一定の形式（書面の作成等）を要するもの

**不要式行為**：意思表示が一定の形式（書面の作成等）を要しないもの

#### 2 原則と例外

##### (1) 原則

通常法律行為は、不要式行為である（法律行為自由の原則）。

##### (2) 例外

意思表示を特に慎重・明確にする必要がある場合、例外的に一定の形式が要求され、形式に反した法律行為は不成立または無効とされる。

e x. **遺言**（967）、**保証契約**（446Ⅱ）、**婚姻**（739）、**養子縁組**（799）

### 四 その他の分類

#### 1 生前行為と死後行為

**生前行為**：死後行為以外の行為

**死後行為**：行為者の死亡によって効力の発生するもの e x. 遺言、死因贈与

#### 2 独立行為と補助行為

**独立行為**：独立の実質的な意義を持つ法律行為

**補助行為**：独立の実質的な意義を持たない法律行為 e x. 同意、許可

#### 3 主たる行為と従たる行為

**主たる行為**：従たる行為の前提となる行為

**従たる行為**：効力発生のため他の法律行為または法律関係の存在を必要とする行為

e x. 夫婦財産契約（婚姻の成立を前提）、質権設定契約・保証契約（債権または貸借契約の存在を前提）

## 4 有因行為と無因行為

有因行為：給付行為が原因と不可分なもの

無因行為：給付行為が原因と可分なもの e x. 手形行為

## 5 有償行為と無償行為

有償行為：財産の出捐を目的とする行為のうち対価のあるもの

e x. 売買（559 参照）、交換、賃貸借、雇用、請負

無償行為：財産の出捐を目的とする行為のうち対価のないもの

e x. 贈与、使用貸借

## 6 財産行為と身分行為

財産行為：法律行為によって変動せしめられる法律関係が財産関係である行為

身分行為：法律行為によって変動せしめられる法律関係が身分関係である行為

\* 民法総則編の法律行為に関する規定は、財産行為を前提としており、身分行為には当然には適用がないとされる。

# 第3節 法律行為の解釈

## 一 意義

法律行為の解釈とは、**法律行為の内容を確定・補充することを意味する**。すなわち、法律行為の客観的有効要件の第一の要件である内容の確定性に関するものである。

法律行為は、当事者の意思を一定の言語に表現したものであり、一義的に明らかでない場合もあり、裁判所がその内容を明らかにするためには解釈が必要となる。

もともと、法律行為といっても種々のものがあり、その性質により解釈の仕方も異なるといえる。以下では、契約の解釈を念頭において説明する。

## 二 契約の解釈

### 1 狭義の契約解釈（当事者が定めた事項の解釈）

契約に基づく法律効果の存否を考える場合には、当事者が実際にどのような意思表示をし、どのような合意をしたのかを確定する必要がある。この作業を、狭義の契約解釈という。

(1) 狭義の契約解釈として行うべきことは、**当事者の行った表示行為の有する社会的意味を客観的に明らかにすること**である（客観説）。意思表示の内容確定にあたっては、原則として、表意者がどのような意味で当該表示を行ったかということは問題としない。

→表示行為の社会的意味の解明は、表示行為が慣習や条項に照らし、当該事情のもとで一般社会や相手方によってどのように理解されるのが普通かという観点から行う

(理由)

① 表意者の内心を基準とすれば、表示に対する信頼が保護できなくなり、取引の安全を害することから、表示は客観的意味に従って理解するべきである。

② 表示の客観的意味は通常人であれば理解できる以上、表示の意味を誤解した者は不利益な結果を負担させられてもやむをえない。

c f. 客観的意味に従って確定した表示が当事者の内心と異なっていた場合には、内心と表示の不一致であり、錯誤(95 I)として処理することになる。

※ 客観説を純粹に貫くと、**当事者の意思が合致している場合であっても、表示の客観的意味が異なる場合**には、当事者はその客観的意味に拘束されることになる。しかし、契約は当事者間の法律関係を形成する手段にすぎないことから、かかる結果は不相当であることを理由に、近時は客観説を修正し、**上記の場合には両当事者が共通して考えていた意味での表示(契約)が成立する**と考えられている。

## (2) 具体例

ABがタバコ1000カートンを120万円で売買する旨の契約を締結した際に、1カートンは10箱入りパックのことを指すにもかかわらず、Aは1カートンを8箱入りパックと思い、Bは1カートンを12箱入りパックと思っていた場合、客観説からは、タバコ1万箱を120万円で売買する旨の契約が成立することになる。なぜなら、「タバコ1000カートン」という表示の社会的意味に従うと、1カートン10箱入りのタバコを1000カートン、すなわち1万箱のタバコを120万円で売買する旨の合意があったと解すべきだからである(ただし、錯誤取消しが認められる余地はある)。

## 2 補充的解釈(当事者が定めていない事項の解釈)

当事者が定めていない事項についての解釈は、契約の補充的解釈といわれる。

補充的解釈の基準は、**慣習・取引慣行→任意規定→条理・信義則**の順で基準とすべきである(⇒下記三参照)。

## 3 修正的解釈

狭義の解釈によって確定した契約の内容が合理的でないと考えられる場合に、合理的な内容となるように内容を修正することが解釈の名において行われる場合がある。これを、修正的解釈という。

たとえば、借地借家関係の紛争で出された判決で、賃貸人に有利な条項の印刷された市販の契約書について、その条項は「例文」であって当事者には拘束される意思はなかったとするもの(例文解釈)が、その例である。



### 三 慣習と任意規定の関係（民法 92 条と法の適用に関する通則法 3 条の関係）

民法 92 条は、「法令中の公の秩序に関しない規定と異なる慣習がある場合において、法律行為の当事者がその慣習による意思を有しているものと認められるときは、その慣習に従う。」と規定している。この規定により、任意規定と異なる慣習がある場合において、当事者が「その慣習による意思を有しているものと認められる」ときは、**慣習が任意規定に優先する**。そして、判例（大判大 3.10.27）によれば、**当事者が特に反対の意思を表示していない限り、慣習による意思があったと認めてよいとされている**。

一方、法の適用に関する通則法（以下、「通則法」という）3条は、「公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するものに限り、法律と同一の効力を有する。」と規定している。この規定からすると、**任意規定が慣習に優先する**ようにも思える。しかし、上記のとおり、民法 92 条は慣習が任意規定に優先する旨規定しているから、民法 92 条と通則法 3 条の関係が問題となる。

この点、**民法 92 条は通則法 3 条の特則である**と解する見解が多数となっている。すなわち、一般的には、通則法 3 条によって任意規定が慣習に優先するものの、**法律行為の解釈の場面では、私的自治を重視する観点**から、民法 92 条により、慣習が任意規定に優先すると解する。

◆ 大判大 10.6.2／百選 I [19]

**意思解釈の資料となるべき事実上の慣習が存在する場合には、法律行為の当事者がその慣習の存在を知りながら特に反対の意思を表示しないときは、これによる意思を有するものと推定するのが相当である。したがって、その慣習による意思の存在を主張する者は、特にこれを立証する必要はない。**

## 第5章 法律行為の有効要件

### 第1節 序論

法律行為の内容に関する有効要件は、①**確定性**、②**適法性**、③**社会的妥当性**の3つを内容とする（なお、改正前民法下においては、契約内容の**実現が当初から不可能な場合（原始的不能）**には、強制的に実現するすべがなく法的保護が無意味であるとして法律行為は無効であると解されていた。すなわち、法律行為の実現可能性を法律行為の内容に関する有効要件の1つに掲げる見解もあったが、これについては後述する。⇒第3節 実現可能性）。

→このうち、1つでもみたされないものとがあると、法律行為は有効要件を欠き**無効**となる

## 第2節 確定性

内容の不確定な法律行為は、法律行為の効果を帰属させるのが不適當であるため、無効とされる。

e x. AがBに何かいい物を売るという契約

→このような契約を強制的に実現することはできないし、また、損害賠償額も決まらないから、法的拘束力を与える意味がない

## 第3節 実現可能性

上記のとおり、改正前民法下においては、契約内容の**実現が当初から不可能な場合（原始的不能）**には、契約は無効であると解されていた。

しかし、民法 412 条の2第2項は「契約に基づく債務の履行がその契約の成立のときに不能であったことは、第 415 条の規定によりその履行の不能によって生じた損害の賠償を請求することを妨げない」と定めた。本条は契約に基づく債務が原始的不能であってもそのために契約が効力を妨げられることはないとの考え方、すなわち契約は給付が原始的に不能であることを理由としては無効にならないとする考え方を基礎にしている。したがって、改正民法下では、法律行為の実現可能性は法律行為の内容に関する有効要件にはならないと考えられる。

## 第4節 適法性

### 一 強行法規に違反する契約

**強行法規とは、法律の規定のうち、当事者がそれと異なる特約をしても、特約が無効となるような規定をいう。**強行法規に違反する場合、**契約は無効**となる。

公法上の取締規定（⇒下記二参照）の多くは強行法規であるが、強行法規でない単なる取締規定も存在し、これに違反しても、直ちに無効にはならないとされている。

たとえば、Aと婚姻関係にあるBがCと重ねて結婚する、ということをABC三者が合意しても、重婚を禁じる732条に反し、無効である。

\* 一般に、**債権法の分野は任意規定が多く、物権法や親族法、特別法の分野では強行法規が多いといえる**が、強行法規か任意規定かはその法律の立法目的から個別に判断しなければならない。

### 二 取締規定に違反する契約

取締規定とは、行政上の考慮から一定の行為を禁止または制限し、その違反に対して刑罰や行政上の不利益を課す規定をいう。

e x. 自動車の最高速度の規制（道交 22 I）、タクシーの営業免許を受けずにタクシー営業をすることを禁ずる道路運送法（同 4 I、80 I 本）、不衛生な食品の販売を禁ずる食品衛生法（同 6）

取締規定に反する契約が私法上も無効となるかは、法の趣旨により判断する。

単なる取締規定：違反しても無効とならない ex. 無許可営業

効力規定：違反すると私法上の契約の効力も無効となる取締規定

ex. 禁制品、危険物、有毒物の取引の規制

このように、取締規定は「単なる取締規定」と「効力規定」（＝強行法規）に分けることができるが、結局のところ、その取締規定に違反する行為が公序良俗に違反するものと認められれば、民法 90 条によってその行為が無効とされ得る。したがって、問題となっている取締規定が「単なる取締規定」であるときは、それに違反する行為が公序良俗に違反するかどうかを検討することが必要となる。

なお、裁判例の実態としては、取締規定に反する行為を無効とするものの多くは、公序良俗違反をその根拠として援用しており、当該法令を「効力規定」（＝強行法規）と解することによってその違反行為を無効とするものは少数にとどまると指摘されている。

◆ 最判昭 35.3.18/百選 I [16]

「同法（食品衛生法）は単なる取締法規にすぎないもの……であるから、被告が食肉販売業の許可を受けていないとしても、右法律により本件取引（売買契約）の効力が否定される理由はない。」

◆ 最判昭 39.1.23

食品衛生法で禁止されている有毒物質の混入したあられを販売した事案で、単に食品衛生法に違反するだけでは無効とはならないが、本件では売買契約の両当事者が違法であることを知りながらあえて一般大衆の購買ルートに乗せたという点をとらえて、その反社会性から公序良俗違反で無効とした。

### 三 脱法行為

強行法規に直接には抵触せずに、他の手段を使うことによって、その禁じている内容を実質的に達成しようとする行為をいう。

たとえば、利息の上限が法定されている場合、手数料とか調査料という別の名前で利息に相当するものをとる契約や、地代・家賃額について統制額があった当時、統制額以上にとるため契約時に権利金とか礼金の名目で相当多額をとる場合のことをいう。

実質的な強行法規違反であり、原則として無効であるが、社会的・経済的必要性が高いという事情があれば有効となる。

ex. 譲渡担保 ⇒ 「(2) 脱法行為との関係」 (p. 523)

## 第5節 社会的妥当性

### 一 公序良俗違反の行為の類型

契約の内容が、**社会的妥当性を欠く（公序良俗に反する）場合、たとえこれを直接禁止する規定がなくても、このような契約は無効となる**（90）。公序良俗に反するかどうかの判断は、当該法律行為の内容を考慮するだけでなく、当該法律行為が行われた過程やその他の事情をも考慮して行われる。

#### 1 人倫に反する行為（社会的公序違反行為）

基本的な倫理観念に反する行為は、人倫に反する行為として無効となる。

##### (1) 家族的秩序違反

e x. **妾契約**、母と子が同居しないとする父子間の契約

##### ◆ 最判昭 61. 11. 20/百選 I [12]

**法律上の妻のいる男性が、法律婚が完全には破綻していないが妻と別居状態にある間に、いわば半同棲中の不倫関係にある女性に対してなした遺産の3分の1の包括遺贈も、不倫関係が遺言により濃密になったわけでもなく、相続人の生活を脅かすような遺贈でもないこと等の諸般の事情を考慮して、有効とした。**

##### (2) 犯罪行為に関する行為

e x. 犯罪の対価として金を与える契約

##### ◆ 最判平 23. 12. 16/H24 重判 [1]

**請負人が、注文者に対して、建築基準法等に違反した建物の建築を目的とする請負契約に基づく報酬の支払を求めた事案において、最高裁は、①確認済証等を詐取して違法建物の建築を実現するという計画は極めて悪質であるところ、請負人はその依頼を拒絶できたのにあえて了承したこと、②本件違法建物は耐火構造に関する規制違反など居住者や近隣住民の生命、身体等の安全に関わる違法を有すること、③本件建物の違法の中には一たび建物が完成してしまえばその是正が相当困難なものが含まれていることに照らすと、本件建物の建築は著しく反社会性の強い行為であるとし、本件請負契約は公序良俗に反し無効であるとした。**

##### (3) 人格的利益を侵害する行為

e x. 芸娼妓契約、共同絶交

#### 2 経済・取引秩序に反する行為（経済的公序違反行為）

近時、**不公正な取引や市場を不健全にする行為を念頭に、市場の秩序という意味での経済的公序という概念を提唱する見解が有力である**。この場合には、**契約の一部無効や相対的無効など柔軟な救済が認められるべき**とされる。

##### (1) 暴利行為

他人の窮迫・軽率・無経験に乗じて、不当な利益を収奪する行為をいう。

## ◆ 大判昭9.5.1/百選I [15]

金銭消費貸借において過剰な担保設定が行われた事案で、**他人の窮迫・軽率もしくは無経験を利用し、著しく過当な利益の獲得を目的とする法律行為は、善良の風俗に反する事項を目的とするものであり、無効である**として、担保設定に関する特約を90条により無効とした。

## (2) 著しく不公正な取引方法

靈感商法・原野商法など、契約内容のみならず、契約締結にいたる勧誘行為まで含めて、全体として公序良俗に反すると評価がされる場合がある。不公正な内容の契約条項を無効とする規定として、消費者契約法8条から10条がある。

発展▶

## ◆ 最判平23.10.25/百選II [第7版] [56]

事案： Xは、販売業者Aとの間で商品の売買契約を締結し、続けて、割賦販売あっせん会社Yとの間でクレジット契約及び立替払契約を締結した。Xは、Aとの売買契約が「デット商法」により締結されたため公序良俗に反し無効であり、売買契約が無効である以上、本件立替払契約も無効であると主張して、Y（承継参加人たるZ）に対し、不当利得返還請求権に基づく既払金の返還を請求した。

判旨： 「個品割賦購入あっせん（※）において、購入者と販売業者との間の売買契約が公序良俗に反し無効とされる場合であっても、販売業者とあっせん業者の関係、販売業者の立替払契約締結手続への関与の内容及び程度、販売業者の公序良俗に反する行為についてのあっせん業者の認識の有及び程度等に照らし、**販売業者による公序良俗に反する行為の結果をあっせん業者に帰せしめ、売買契約と一体的に立替払契約についてもその効力を否定することを信義則上相当とする特段の事情があるときでない限り、売買契約と別個の契約である購入者とあっせん業者との間の立替払契約が無効となる余地はないと解するのが相当である。**」

※ 「個品割賦購入あっせん」は、平成20年割賦販売法改正により、「個別信用購入あっせん」と名称が変更された。本件は改正前の事案である。

◀発展

### 3 憲法的価値・公共的政策に違反する行為

憲法や公法的規定によって定められた価値や政策をどのように私法の領域に実現するかという問題が、最近論じられている。

## (1) 憲法的価値と抵触する行為

e x. 男女で異なる定年退職年齢を定める就業規則は、不合理な差別として（憲14参照）、公序良俗に反する（最判昭56.3.24/百選I [14]）

## (2) 取締規定違反

判例は、**取締法規違反そのものを根拠として違反行為を無効とし（91参照）、特段の事情があつて取締法規違反だけでは無効にできないような場合は、90条を援用する。**

これに対して、学説上は、私法上無効となるか否かは、取締規定違反か効力規定違反かではなく、**公序良俗違反（90）**といえるか否かによって決すべきとする見解が有力である。

## 二 動機が不法な契約（動機の不法）

### 1 動機の不法

＜問題の所在＞

契約内容自体には公序良俗違反はないが、その契約を締結するに至った**動機に不法（公序良俗違反）がある場合**に、契約の効力に影響するか。

例えば、**賭博資金に充てるために借金をした場合**、契約自体は通常の金銭消費貸借契約であるが、その動機が公序良俗に違反するものといえる。そこで、このような消費貸借契約が無効となるかが問題となる。

#### ＜考え方のすじ道＞～総合判断説

公序良俗に反するものは無効にすべきであるという要請と不法動機を知らなかった相手方または第三者は保護されるべきという取引の安全の要請の調和を図る必要がある

↓そこで

動機の違法性の程度、動機と法律行為の牽連性の程度、取引の安全等の総合判断により、不法動機による法律行為が無効になるかを決すべきである

#### ＜アドヴァンス＞

##### (1) 表示無効説

動機が法律行為の内容として明示または黙示に**表示された限りにおいて**、当該法律行為が無効とする。

##### (2) 相手方悪意・有過失無効説

動機は法律行為の効果意思のものではないが、**相手方が動機の不法を知りまたは知り得べき場合には**、当該法律行為は不法性を帯びる。

##### (3) 総合判断説

**動機の違法性の程度、動機と法律行為の牽連性の程度、取引の安全等の総合判断により**、不法動機による法律行為が無効になるかを決すべきである。

##### (4) 相対的無効説

不法な企図を実現するための法律行為は常に無効となるが、**善意・無過失の相手方に対しては無効を主張し得ない**。

#### ◆ 大判昭 13. 3. 30／百選Ⅰ〔第6版〕〔15〕

賭博後の弁済の資金のための貸金は、賭博のための資金としての貸金と同様に公序良俗違反の法律行為であって、賭博の前であるか後であるかは、結論を左右しない。

#### ◆ 最判昭 29. 8. 31／百選Ⅱ〔第5版〕〔73〕

事案： 密輸資金の融資を甲から強く要請された乙がやむを得ず融資したという事情の下で乙から甲に貸金返還請求がされた。

判旨： 本件請求は不法動機のために既に交付された金銭の返還請求であり、何ら不法目的を実現せんとするものではないことを強調した上で、甲からの強い要請によって、密輸による利益の分配も損失の分担もなく金銭を貸した乙の**不法性は甲のそれと比べて極めて微弱であるとして本件消費貸借契約に90条の適用はないとした**。

\* この判例は、両当事者が不法動機を認識している場合でも、種々の事情を総合して公序良俗違反にならないとしたものである。

## 2 公序良俗違反の判断時期

### ◆ 最判平 15. 4. 18/百選 I [13]

事案： X鉄鋼専門商社は、Y証券会社に対し、30億円の資金を年8%の利回りで運用することの了承をえた。そして、A信託銀行との間で、昭和60年6月14日に、委託者兼受益者をX、受託者をA信託銀行、株式等により資金運用することを内容とする特定金銭信託契約（本件特金契約）が締結された。本件特金契約に関し、信託元本30億円に同日から1990年3月25日までの期間の本件特金契約の運用益を加えた額から投資顧問料および信託報酬を控除した金額が30億円とこれに対する同期間内の年8%の割合による金員の合計金額に満たない場合には、YがXに対し、その差額に相当する金員を支払う旨の損失保証契約が締結された。さらに、期間延長に伴い、追加損失保証契約も締結された。

その後、バブルがはじける中で、Xは、Yに対し、主位的に損失保証契約および追加損失保証契約の履行として23億円余の支払を求め、予備的にYによる利益保証約束による投資勧誘が不法行為にあたるとして13億円余の支払を求めて訴えを提起した。

判旨： **法律行為が公序に反することを目的とするものであるとして無効になるかどうかは、法律行為がされた時点の公序に照らして判断すべきである。**なぜなら、民事上の法律行為の効力は、特別の規定がない限り、行為当時の法令に照らして判定すべきものであるが、この理は、公序が法律行為の後に変化した場合においても同様に考えるべきであり、法律行為の後の経緯によって公序の内容が変化した場合であっても、行為時に有効であった法律行為が無効になったり、無効であった法律行為が有効になったりすることは相当でないからである。

そこで、本件損失保証契約についてこれを検討すると、本件損失保証契約が締結されたのは、昭和60年6月14日であるが、この当時において、既に、損失保証等が証券取引秩序において許容されない反社会性の強い行為であるとの社会的認識が存在していたものとみることは困難である。そうすると、本件損失保証契約が公序に反し無効であると解することはできない。

\* もっとも、本件の主位的請求は、証券取引法42条の2第1項3号によって禁止されている財産上の利益提供を求めているものであるとして、法律上、この主位的請求が許容される余地はないとした。

## 第6章 意思表示

### 第1節 総説

#### 一 意思表示の意義

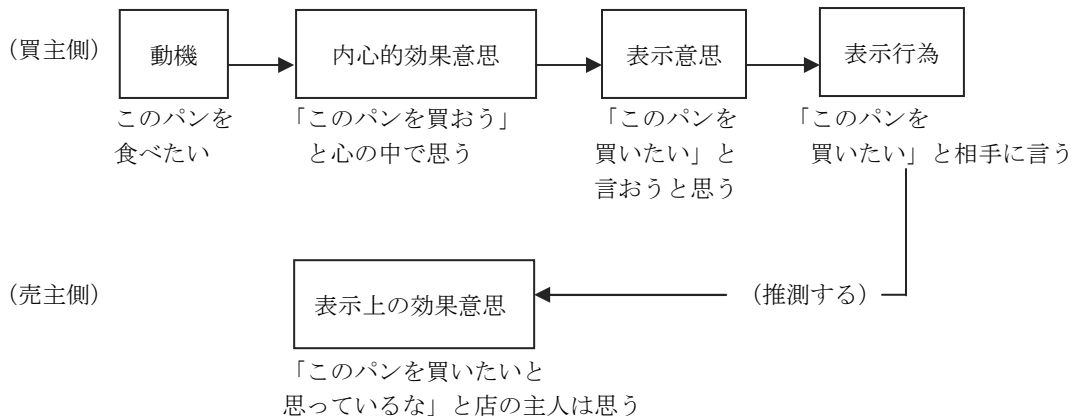
意思表示とは法律用語である。分かりやすくいえば、未来のことについて表意者が希望すること、あるいは望むことを発言することをいう。法律的に表現すると、「**一定の法律効果に向けられた意思の外部への表明**」をいう。つまり、本を買いたいと思ったときに、店員に向かって「この本を売ってください」というその発言を意思表示という。

## 二 意思表示の過程

このような意思表示は、次のような過程を経てなされる。

- ① 一定の法律行為を行おうとする**動機**が存在する  
e x. このパンはおいしそうだから食べたい  
↓
- ② 具体的に法律効果を意欲する意思（**内心的効果意思**）が形成される  
e x. このパンを買おうと思う  
↓
- ③ その意思を相手方に伝えようとする意思（**表示意思**）が形成される  
e x. このパンをくださいと言おうと思う  
↓
- ④ 効果意思が実際に表示される（**表示行為**）  
e x. このパンをくださいと言う  
→表示行為によって外部から推断される効果意思を表示上の効果意思という

< 意思表示の過程 >



## 三 意思主義と表示主義

### 1 意義

- (1) **意思主義**：表意者の内心と表示とがくい違う場合に、**表意者の内心の意思（内心的効果意思）を重視するもの**（その結果、表意者を保護することになる）
- (2) **表示主義**：表意者の内心の意思がどうあれ、**実際に表示されたもの（表示行為ないしは表示上の効果意思）を重視するもの**（その結果、相手方や第三者の方をより保護することになる＝取引の安全に役立つ）



## 2 意思主義と表示主義の調整

意思表示に問題がある場合、その意思表示をした**表意者の利益を重視**すれば、このような意思表示は無効または取り消し得るものとした方がよい（意思主義の要請）

↓しかし

意思表示に問題があるといっても、その（問題のある）意思表示を、完全に有効な意思表示だと**信頼して取引に加わった人**を無視してまで、常に意思表示の効力を否定してしまうのでは、これらの人たちに予想できない損害を与える危険がある（表示主義の要請）

↓そこで

法は、原則として有効だが例外として無効、あるいは原則として無効だが例外として有効、という規定を置き、このような**表意者保護の要請と相手方ないしは第三者保護の要請を調整**している

\* この観点から、民法の規定を整理すると次のようになる。

<意思主義と表示主義との調整規定>

	原則	例外
心裡留保 (93)	表示主義 (I 本文)	意思主義 (I ただし書) (*)
虚偽表示 (94)	意思主義 (I)	表示主義 (II)
錯誤 (95)	意思主義 (I)	表示主義 (III・IV)
詐欺 (96)	意思主義 (I)	表示主義 (III)
強迫 (96)	意思主義 (I)	なし

\* 93 条 2 項によって、93 条 1 項ただし書による意思表示の無効は善意の第三者に対抗できない。

## 第2節 意思表示

### 第1款 総説

意思表示の過程に問題がある場合について、民法が規定しているのは、心裡留保 (93)、虚偽表示 (94)、錯誤 (95)、詐欺・強迫による意思表示 (96) の 4 つの条文である。以下、1 つずつ説明する。

### 第2款 心裡留保

#### 一 はじめに

##### 1 意義

心裡留保とは、表意者が真意でないことを知りながらする意思表示をいう。

e x. 全くその気はないのに冗談で「車をあげるよ」と言ったような場合

→人をだましたり、からかったりするためになされる。あるいは、相手方が真意でないことが分かるだろうと考えてなされることもある

## 2 趣旨

民法は、意思の不存在（意思の欠缺<sup>けんけつ</sup>）の場合に原則として意思表示の効力が生じないとしている（意思主義）から、表示と内心（意思）が不一致の場合、意思表示は無効となるはずである。しかし、不一致を知りながら意思表示をした本人よりも、**表示を信頼した第三者の信頼を保護すべき**であると考えられるため、93条1項本文は、**意思主義の原則に対する例外として表示主義**を採用し、心裡留保を原則として有効であると規定している。

もともと、相手方が表意者の真意について**悪意又は有過失の場合**には、かかる**相手方の保護を図る必要がない**から、意思主義の原則に戻り、意思表示は無効となる（93 I ただし書）。

## 二 効果

- (1) 原則：有効（93 I 本文）
- (2) 例外：相手方が行為の当時、悪意又は有過失のときは無効（93 I ただし書）
  - ∵ 相手方保護の必要性がない
  - e x. 「車をあげるよ」と言われた者（相手方）が、冗談だと知っていた場合や、普通に考えれば冗談だと知ることができた場合は、その意思表示は無効となる
  - \* 悪意または有過失の立証責任は、無効を主張する側（本人）にある。

## 三 適用範囲

- (1) 相手方のない意思表示
  - 適用される（相手方がいないので1項ただし書の適用はなく、意思表示は常に有効となる）
- (2) 身分上の法律行為 e x. 養子縁組
  - 適用されない（742①、802①参照）
  - ∵ 当事者の真意に基づくことが必要である
  - 真意がなければ婚姻の意思表示をしても無効
- (3) 団体的行為 e x. 株式の引受けに係る意思表示（会社 51 I、211 I）
  - 適用されない
  - ∵ 画一的効力を認める必要があるから常に有効と解すべき

## 四 第三者の保護

たとえば、Aが冗談で5,000万円のマンションを「100万円で売りたい」と言い、これをBが買い受けて、事情を知らないCに売り渡したとする。Bが、Aの意思表示が真意ではないことを知りまたは知ることができたためAB間の売買が無効となると、AはCに対して所有権を主張できるだろうか。

この点、93条2項は、心裡留保における善意の第三者を保護する規定である。これにより、事情を知らないCは保護されるため、AはCに対して所有権を主張することができない。

## 五 代理との関係（93条Iただし書類推適用）

93条1項は、本来予定されているのとは全く別の局面に類推されて、重要な機能を果たしている。代理人が相手方と通謀して虚偽表示をした場合（⇒p.163参照）が、それである。

## 第3款 虚偽表示

### 一 はじめに

#### 1 意義

相手方と通謀してする真意でない意思表示を虚偽表示という。

→このような意思表示は無効とされる（94I）

#### 2 趣旨

虚偽表示においては、表意者及び相手方は意思表示が虚偽であることを互いに認識しているため、これに法的拘束力を与える必要はない。そのため、94条1項は、「相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする」と規定している（意思主義）。もっとも、虚偽の外形を信頼して法律関係に入った第三者を保護する必要があるため、取引の安全の観点から、94条2項は、善意の第三者に対しては虚偽表示の無効を対抗することができないとしている（表示主義）。

## 二 虚偽表示の要件

- ① 意思表示の存すること  
→第三者からみて意思表示たる価値ある外形が作られることが必要である
- ② 表示上の効果意思に対応する内心の効果意思が存在しないこと
- ③ 表意者が②のことを知っていること
- ④ 真意と異なる表示をすることについて相手方と通謀すること

## 三 効果

#### 1 原則

虚偽の意思表示は、当事者間では無効である（94I）。

∴ 当事者双方が表示どおりの法律効果を発生させないことを合意している以上、これに法律効果を発生させる意味はない

#### 2 例外

善意の第三者に対しては、その意思表示の無効を対抗することができない（94II）。

∴ 表示行為の外形を信頼した第三者の利益を保護しなければならない

## 四 「善意の第三者」 (94 II) の意義

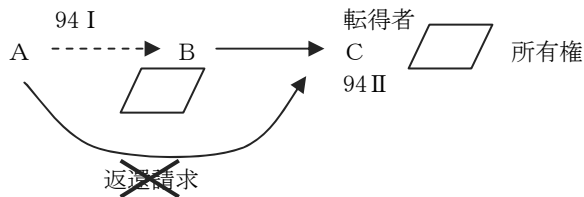
### 1 「第三者」の意義

「第三者」とは、虚偽表示の当事者およびその包括承継人以外の者であって、虚偽表示に基づいて新たにその当事者から独立した利益を有する法律関係に入ったために、虚偽表示の有効・無効につき法律上の利害関係を有するに至った者 (= 「新たな」・「独立の」・「法律上の」利害関係人) をいう。

### 2 具体例 (典型的なもの)

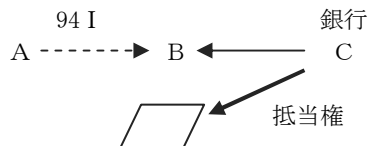
- ① 虚偽表示による譲受人から更に目的物を譲り受けた者 → 「第三者」に含まれる

< 94条2項の第三者 - 転得者 >



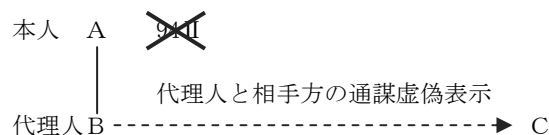
- ② 虚偽表示による譲受人から抵当権の設定を受けた抵当権者 → 「第三者」に含まれる

< 94条2項の第三者 - 抵当権者 >



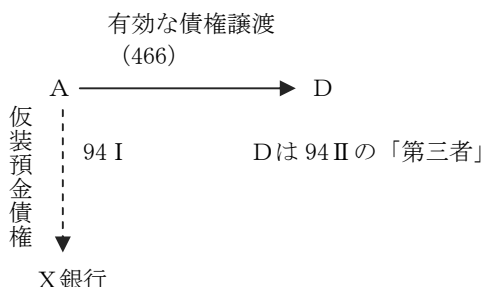
- c f. 代理人や法人の代表者が虚偽表示をした場合の本人や法人 → 「第三者」に含まれない  
 ∵ 新たな利害関係人ではない

< 94条2項の第三者 - 代理人の相手方 >



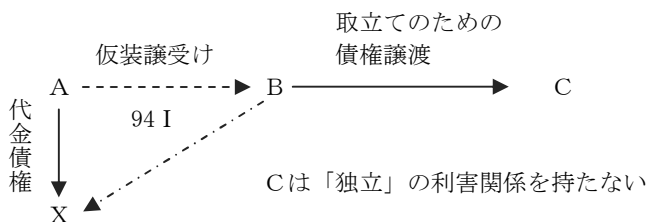
③ 仮装債権の譲受人→「第三者」に含まれる

<94条2項の第三者—仮装債権の譲受人>



c f. 債権の仮装譲受人から取立てのため債権を譲り受けた者→「第三者」に含まれない  
∴ 独立の利害関係人ではない

<94条2項の第三者—債権の仮装譲受人から取立てのための債権の譲受人>



<判例における94条2項の「第三者」の整理>

第三者にあたりとされた者	① 不動産の仮装譲受人からさらに譲り受けた者 ② 仮装譲受人の不動産につき抵当権の設定を受けた者 ③ 仮装債権の譲受人 ④ 仮装譲受人から目的物を譲り受ける契約をした者 ⑤ 虚偽表示の目的物に対して差押えをした金銭債権者 ⑥ 仮装譲受人が破産した場合の破産管財人
第三者にあたらなるとされた者	① 一番抵当権が仮装で放棄された場合に、一番抵当権者となったと誤信した二番抵当権者 ② 債権の仮装譲受人から取立てのための債権を譲り受けた者 ③ 債権を仮装譲渡した者が、その譲渡を無効として債務者に請求する場合の債務者 (ただし、債務者が弁済あるいは準消費貸借契約を締結した場合は該当する) ④ 代理人や代表機関が虚偽表示をした場合における本人・法人 ⑤ 仮装譲受人の単なる債権者 ⑥ 仮装の「第三者のためにする契約」における第三者 ⑦ 土地の仮装譲受人がその土地上に建物を建築し、その建物を賃貸した場合の建物賃借人

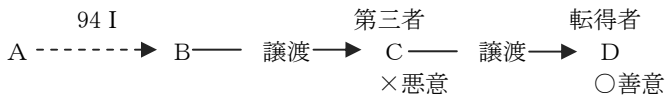
### 3 「第三者」からの転得者

- (1) 「第三者」からの転得者は「第三者」（94Ⅱ）に含まれるか

直接の第三者が悪意の場合であっても、その第三者と取引した転得者が善意であれば、94条2項の「第三者」として保護されるのか。たとえば、仮装譲受人Bからの譲受人Cは、AB間が仮装譲渡であることを知っていた（悪意）場合、Cから目的物を譲り受けた善意のDは保護されるかが問題となる。

「第三者」からの転得者が、「第三者」に含まれないとすると、転得者はその前者に債務不履行責任（415）を追及することになりかねず、法律関係が錯綜することになる。また、転得者であっても、意思表示の外形を信頼して取引関係に入ったのであれば、保護の必要性は直接取引した者と同じである。したがって、**転得者も94条2項の「第三者」に含まれると解すべきであり**（判例、通説）、Dは善意であれば保護される。

＜94条2項の第三者－悪意の第三者からの転得者＞

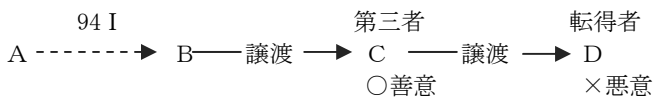


- (2) 善意の第三者からの悪意の転得者

＜問題の所在＞

仮装譲受人Bからの譲受人Cは、AB間が仮装譲渡であることを知らない（善意）が、Cから目的物を譲り受けたDが悪意の場合、かかる転得者Dは保護されるか。**直接の第三者は94条2項の「第三者」として保護され得るが、その第三者と取引した転得者が悪意の場合、転得者は保護されるのか**問題となる。

＜94条2項の第三者－善意の第三者からの転得者＞



＜考え方のすじ道＞

この点、①ひとたび善意者が現れて94条2項で保護されれば、あとの者はすべてその地位を承継するものと考えられ、②法律関係の早期確定の要請を図る必要がある

↓よって

「善意の第三者」からの悪意の転得者も保護されると解する（絶対的構成）

↓ただし

悪意の転得者が意図的に善意者を介在させたような場合には、信義則（1Ⅱ）違反として保護が否定されると解する

### ＜アドヴァンス＞

#### (a) 絶対的構成（判例）

善意の権利取得者からの転得者が悪意の場合にも、有効に権利取得できる。

（理由）

- ① 相対的構成を採ると、悪意転得者（D）は、真の権利者（A）から追奪され、その結果として前主たる善意者（C）が債務不履行責任（415）を追及されることになり、善意者を保護しようとした94条2項の趣旨に反する。
- ② ①の場合に、債務不履行責任の追及を許さないという解釈も考えられるが、このように解すると悪意の転得者が全く保護されないことになり、善意者が目的物を処分することが事実上不可能になる。
- ③ 転得者は**前主（直接の「第三者」）の地位を主張することもできると考えられる。**
- ④ 法律関係の早期確定の要請。

#### (b) 相対的構成

保護の有無は、財産を取り戻そうとする当の相手方がだれであるかに応じて個別的・相対的に判断されるべきである。

（理由）

- ① 具体的衡平に合致する。
- ② 悪意者が、わら人形（善意者）を介在させて不当に保護を受けようとすることを防止できる。

#### ◆ 大判昭6.10.24

絶対的構成を採り、善意の第三者からの悪意の転得者を保護した。

## 4 「善意」の意義

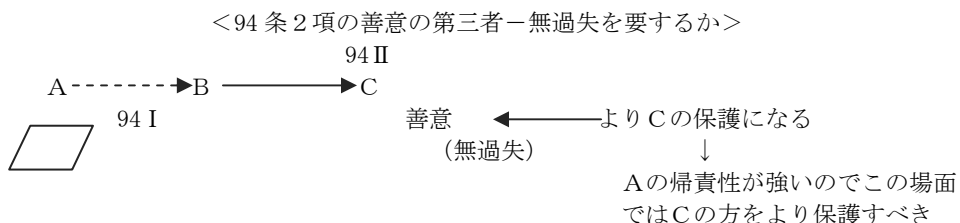
第三者が保護されるためには、条文上「善意」である必要がある。**善意とは、第三者としての地位を取得した時に、虚偽表示の事実を知らないことをいう。**

さらに、94条2項の「善意の第三者」として保護されるためには、その善意が過失に基づかないものであること（無過失）や登記を備えることが必要か、が解釈上問題となる。

## 5 無過失の要否

### ＜問題の所在＞

「善意」の第三者として保護されるためには、**無過失であることが必要か。**



**<考え方のすじ道>～判例**

条文上無過失は要求されていないし、虚偽の外観を自ら作出した真の権利者の帰責性は大きい

↓したがって

虚偽表示をした権利者よりも、虚偽の外観を信頼した第三者の保護を重視すべきである

↓よって

第三者として保護されるには善意であれば足り、無過失までは要しない

**<アドヴァンス>****(1) 無過失不要説 (判例)**

(理由)

詐欺においては自ら騙されるという落度はあるが、虚偽表示においてはさらに、**自分で外形を作出した者が外形のとおり責任を負うべき場合である。**

**(2) 無過失必要説**

(理由)

- ① 94条2項は**表見法理の一態様**である。権利外観規定の適用と解される他の規定では、第三者が保護される要件として無過失を要求していることが多い(112、192等)。
- ② 無過失を要求することにより**きめ細やかな利益衡量ができる。**
- ③ たとえ虚偽表示であることを知らなかったとしても、それが不注意に由来するもので、実際には信頼に値する外観がなかったような場合、そのような第三者を保護する必要はない。

◆ 大判昭12.8.10

**善意で足りると**判示している。

**6 登記の要否**

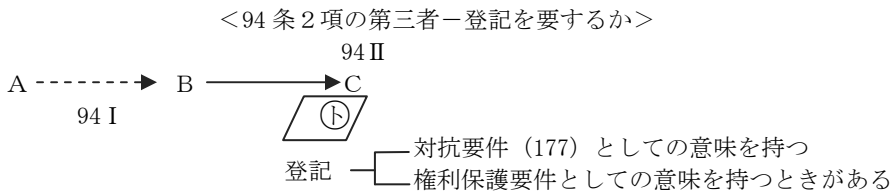
第三者として保護されるためには、**登記を備えることが必要か**が問題となる。

下記の図に即して検討すると、Cとの関係では、AB間の売買契約は有効と扱われるから、Cからみれば、AとCは前主・後主の関係にあり、対抗関係(177)には立たないことになる。また、AC間に対抗関係を認めることは、善意の第三者に対して、仮装行為の無効を実質上貫徹する結果となり、取引の安全を図ろうとする立法趣旨に反する。よって、CがAに権利を主張するためには、**対抗要件としての登記は不要と解すべきである**(判例、通説)。

次に、対抗要件としての登記を不要と考える場合、権利保護要件としての登記が必要となるかが問題となるが、94条の適用場面の場合には、自ら虚偽の外観を作出した真の権利者の帰責性が大きいことから、真の権利者を保護するよりも、第三者の保護を重視すべきであり、**権利保護要件としての登記も不要と解すべきである**(判例、通説)。

判例・通説に対し、登記を必要と解する見解もある。この見解は、登記の動きからみると、いったんAからBに所有権が移って再びAに戻るかのようにはみえ、実質的にはBからAとCの二重譲渡があったのと同様の関係として問題状況を理解できることを理由に、登記を必要と解している。





◆ 最判昭 44. 5. 27

94条2項類推適用の場合に関してであるが、**不要説に立つ旨を判示した。**

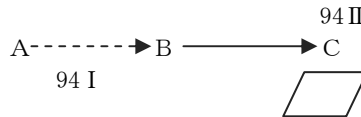
## 五 「対抗することができない」の意味

「対抗することができない」とは、「**第三者**」に対して表意者側からは無効を主張できないことをいう。具体的には、以下の2つの意味を持つ。

- ① 「**第三者**」の側から有効と主張できるし、また、**原則どおり無効と認めることもできる。**すなわち、善意の「第三者」の側から意思表示の無効を認め、自己の権利取得を否定することもできる。

∴ 94条2項は、第三者を保護する規定であるから

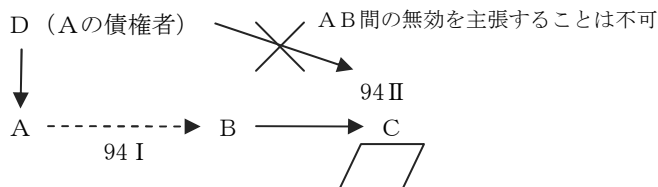
< 94条2項の「対抗することができない」の意味 - 第三者側 >



CはAB間の無効を認めることもできる。

- ② **仮装譲渡人の債権者など他の第三者も、善意の「第三者」に無効主張できない。**

< 94条2項の「対抗することができない」の意味 - 他の第三者 >

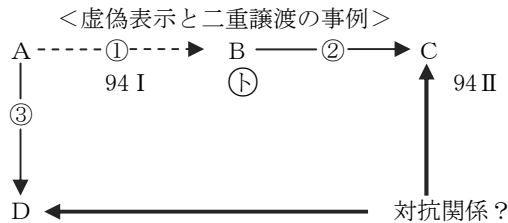


## 六 虚偽表示と二重譲渡

### 1 真の所有者が土地を譲渡した場合

＜問題の所在＞

A B間の虚偽表示によって、B所有であるかの外観を有しかつ登記名義もBになっている土地が、Bから善意のCに転売された。ところが、真の所有者であるAは、同じ土地をDに譲渡していた。このような場合、C D間にはどのような法律関係が生じるか。



＜考え方のすじ道＞～判例・通説

↓本来

A B間の譲渡は無効であり（94 I）、Cは無権利者Bからの譲受人である

↓しかし

Cは善意の「第三者」なので、94条2項によりCとの関係ではA B間の譲渡は有効とされる

↓この場合

CとDの優先関係をいかに決すべきか

↓この点

94条2項が適用される結果、所有権はAからCが直接に取得するのであり、A→B→Cと移転したことになるわけではないから、AからC Dへと二重譲渡されたことになり、C Dは対抗関係に立つ

↓よって

Aを起点としてCとDとに二重譲渡があった場合と同じように、両者を対抗関係とみて、その登記の先後によると解すべきである

＜アドヴァンス＞

(1) C Dは対抗関係に立つとする見解（判例、通説）

（理由）

94条2項が適用される結果、所有権はAからCが直接に取得するのであり、A→B→Cと移転したことになるわけではないから（法定承継取得説）、AからC Dへと二重譲渡されたことになり、C Dは対抗関係に立つ。

(2) CはDに対し**対抗要件なし**に所有権を主張できるとする見解

(理由)

① 94条2項が適用される結果、AB間の仮装譲渡は有効であったものとして扱われ、**所有権はA→B→Cと移転したことになる**から（順次取得説）、**AからB・Dへ二重譲渡されたことになる**。そして、Bに登記がある以上、DはBに優先されるから、Bからの譲受人Cは、Dに対し登記なくして所有権取得を対抗し得る。

② Dは登記を持たないAから譲り受けた者だから**保護の必要性は低い**。

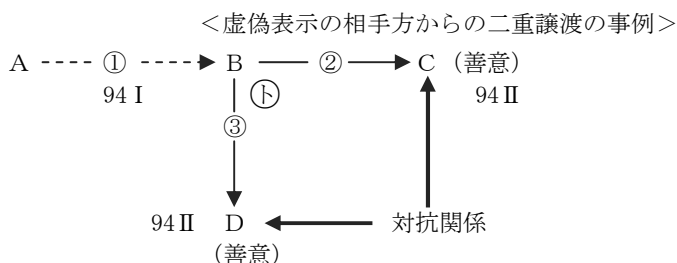
◆ 最判昭42.10.31

(1)説を採用している。

## 2 虚偽表示の相手方が土地を譲渡した場合

AB間の虚偽表示によってB所有のような外観を有している土地を、**Bが、CとDに二重に譲渡した場合、CD間にはどのような法律関係が生じるのか。**

CとDは、ともに典型的な94条2項の「第三者」であり、善意であれば同条で保護される。このような場合の**CD間是对抗関係といえ、その優先関係は登記の先後で決することになる。**



## 七 虚偽表示の適用範囲

### 1 単独行為

94条が適用される典型例は契約であるが、契約を解除する意思表示や、債務を免除する意思表示のように、相手方のある単独行為についても、94条の適用がある（最判昭31.12.28等）。

また、共同相続の事案において、1人の相続人を除いて他の相続人が相続放棄をした場合、その相続放棄の意思表示が相続人間の通謀によるものであったとして、その無効を認めた判例（最判昭42.6.22）もある。相続放棄の意思表示は相手方のない単独行為であり、厳密には表意者と相手方の通謀があったとはいえないが、94条1項の規定を類推適用したものと解されている。

### 2 身分行為

→2項の適用なし、第三者との関係においても無効

∴ 真実の意思を尊重すべきである（意思主義）

### 3 要物契約

要物契約にも 94 条 2 項は適用されるだろうか。たとえば、A は、B に対して仮装の貸金債務を負っているが、その旨の契約書は作成されず、金銭の授受もなされていないような場合、B から右債権を譲り受けた C は、94 条 2 項により保護されるだろうか。書面によらない消費貸借契約は要物契約であるから、目的物の交付を欠く場合には契約は不成立であり（587）、契約の有効性についての規定である 94 条 2 項によっては瑕疵は治癒されないのではないかが問題となる。

この点、94 条 2 項は、外形に対する信頼を保護するという外観法理の一環であり、また、第三者を保護するために、虚偽表示によって外観を作出した者が債務その他の負担を負うことになってもやむを得ない。そして、要物契約における目的物の交付を欠く場合であっても、契約成立を信じさせる外形が存在する場合には、その外形を信頼した第三者を保護すべき要請においては同一であるといえる。したがって、要物契約の成立を信じさせるに足る外形が存在し、第三者がそれを信頼した場合には、94 条 2 項により完全な要物契約と同様の効力が認められると解すべきである。

よって、要物契約にも 94 条 2 項は適用され、瑕疵は治癒される。

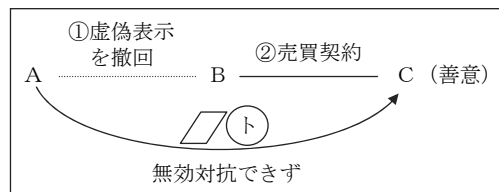
#### ◆ 大判昭 8.9.18

消費貸借契約について、肯定説を採用した。

また、質権設定についても、同様の見解を採用している（大判昭 6.6.9）。

## 八 虚偽表示の撤回

虚偽表示は当事者間の合意で撤回しうる。しかし、外形を除去しない限り外形を信頼した善意の第三者に対し無効を主張しえない（最判昭 44.5.27 傍論、通説も同様）。そうでないと、残存している虚偽表示の外形を信じ撤回を知らない第三者は不測の損害を被るおそれがあるからである。



## 九 94 条 2 項類推適用

### 1 はじめに

94 条 2 項は、権利外観法理の現れとみられるために、本来の虚偽表示の事案以外でも、権利外観法理を適用すべきだと考えられる場面ではしばしば類推適用される。そして、類推適用が問題となるのは、主に以下の 2 つである。

- ① 本来の意味での通謀虚偽表示が存在しない場合
- ② 取消しやこれに準ずる無効の場合

## 2 本来の意味での通謀虚偽表示が存在しない場合

### <問題の所在>

Aは税金対策として、自己所有の建物を息子のB名義で保存登記し放置しておいたところ、Bが勝手にこれをCに処分してしまった。

この場合、Cは無権利者であるBから土地を譲り受けた者にすぎないし、また登記に公信力はないから（192条参照）、所有権を取得し得ないはずである。しかし、登記を信頼して取引をした善意のCの犠牲の下に、自ら不実の登記を作出したAを保護するのは不当である。そこで、Cを保護するための法律構成が問題となる。

<94条2項類推適用－通謀虚偽表示が存在しない事例>

売買契約

〔I〕 A -----▶ B -----▶ C (善意) ◀ 94Ⅱにより保護  
通謀虚偽表示 (B名義の登記)

〔II〕 A -----▶ B -----▶ C (善意) ◀ いかにより保護するか  
通謀虚偽表示なし (B名義の登記)

### <考え方のすじ道>～判例

↓確かに

A B間には「通謀」も「虚偽の意思表示」もなく、94条2項を直接適用できない

↓しかし

Aに所有権を失ってもやむを得ない事情があれば、B名義の登記を見てB所有と信じたCを保護すべき（価値判断）

↓そもそも

94条2項の趣旨は、虚偽の外観がある場合にこれを作成した帰責性ある表意者の犠牲の下に、外観を信頼した善意の第三者を保護するもの（権利外観法理の現れ）

↓とすれば

①虚偽の外観の存在、②真の権利者の帰責性、③外観への信頼がある場合は、同条項を類推適用して第三者を保護すべき

↓この点（あてはめ）

本件でも、①「不実の登記」という虚偽の外観が、②真の権利者たるAによって作出され（権利者の帰責性）しており、①、②の要件は満たす

↓よって

③の要件を満たす場合、94条2項の類推適用によりCは保護される

（通謀がないこと、「不実の登記」は意思表示ではないこと、の2点につき類推となる）

↓

Cの主観的要件の論点・登記の要否の論点

### ＜アドヴァンス＞

①通謀がない場合や、②仮装登記がされた場合（意思表示がない場合）で、94条2項を直接適用できないときには、94条2項の類推適用が問題になる。

- (1) 権利者Aが、Bの承諾を得ずに不実の登記を作出したところ、Bが勝手にCに処分した場合（意思外形対応型 - 外形自己作出型）

→94条2項の類推適用を肯定

（理由）

- ① この問題の焦点は、不実の登記を作出した権利者と、不実の登記を信頼し、その不動産につき法律上の利害関係を持つに至った善意の第三者とのいずれを保護すべきか、という点にある。それならば、Aの意思に基づき作出された外形を信頼した第三者の保護について、名義人の承諾の有無によって差異を設けるべきではない。
- ② 94条2項は、権利外觀理論ないし禁反言法理を実定法上に具現したものであるとの見地からすると、名義人の関与は本条の適用の要件ではない。

◆ 最判昭 41. 3. 18

Aが建物を新築し、B名義で保存登記をしたところ、Bが無断でCに処分したという事案で、94条2項を類推適用し、善意（無過失不要）の第三者を保護した。

- (2) 他人が不実の登記を作出したが、真実の権利者が、他人名義の登記の存在を知っても、これを明示、黙示に承認していた場合（意思外形対応型 - 外形他人作出型）

→黙示の承認によっても94条2項の類推適用を肯定し得る

（理由）

- ① 権利関係を公示するところに不動産登記の機能があり、公示制度の理想は、実体を正確に反映するところにある。そうであるとする、権利者の名義が実体と異なる仮装登記の存在は、登記制度の理想に反するし、そこから生じる問題も大きい。
- ② 登記を公示方法とする以上、実体関係と登記を一致させ得るのに、それをほしいままに放置するところに責任を認めるべきである。

◆ 最判昭 45. 9. 22 / 百選 I [21]

事案： Xは、本件土地建物をAより買受け所有権移転登記を経由したが、当時情交関係にあったBがその後無断で実印等を持ち出し自己に所有権移転登記手続をした（昭和28年6月4日、XからBに対する売買による所有権移転登記が為されたことは、当事者間に争いが無い）。かかる事実についてXはその直後に知ったので、BはXに謝罪するとともに登記名義をXに回復することを約し、翌6月5日、Xと同道して司法書士を訪ね、登記名義人の変更方を依頼したが、そのためには諸費用として合計約2万8000円を必要とすることが分かり、当時その捻出が困難であったので将来適当の機会を見てこれを実行することとした。その後、昭和31年6月頃からはXとBが同棲するようになり、さらにはBとXは婚姻したこともあり、登記は回復されなかった。また、XがC銀行から金銭の借入れをする際には、B名義のまま根抵当権設定登記が為された。

その後Bは自己名義の部分についてYに売却し、所有権移転登記手続をした。このためXはYに対して所有権移転登記抹消登記手続訴訟を提起した。

判旨： およそ、不動産の所有者が、真実その所有権を移転する意思がないのに、他人と通謀してその者に対する虚構の所有権移転登記を経由したときは、右所有者は、民法 94 条 2 項により、登記名義人に右不動産の所有権を移転していないことをもって善意の第三者に対抗することをえないが、**不実の所有権移転登記の経由が所有者の不知の間に他人の専断によってされた場合でも、所有者が右不実の登記のされていることを知りながら、これを存続せしめることを明示または黙示に承認していたときは、右 94 条 2 項を類推適用し、所有者は、前記の場合と同じく、その後当該不動産について法律上利害関係を有するに至った善意の第三者に対して、登記名義人が所有権を取得していないことをもって対抗することを得ないものと解するのが相当である。**けだし、**不実の登記が真実の所有者の承認の下に存続せしめられている以上、右承認が登記経由の事前に与えられたか事後に与えられたかによって、登記による所有権帰属の外形に信頼した第三者の保護に差等を設けるべき理由はないからである。**

Xは、その所有する土地につき昭和 28 年 6 月 4 日にBがXの実印等を冒用してXからBに対する不実の所有権移転登記を経由した事実をその直後に知りながら、経費の都合からその抹消登記手続を見送り、その後昭和 29 年 7 月 30 日にBとの間の婚姻の届出をし、夫婦として同居するようになった関係もあって、**右不実の登記を抹消することなく年月を経過し、昭和 31 年 11 月 12 日にXが株式会社C銀行との間で右土地を担保に供して貸付契約を締結した際も、Bの所有名義のままでCに対する根抵当権設定登記を経由した**というのであるから、XからBに対する所有権移転登記は、実体関係に符合しない不実の登記であるとはいえ、**所有者たるXの承認の下に存続せしめられていたもの**ということができる。してみれば、昭和 32 年 9 月に右土地を登記簿上の所有名義人たるBから買い受けたものと認められているYが、その買受けにあたり、右土地がBの所有に属しないことを知らなかったとすれば、Xは、前叙のとおり、民法 94 条 2 項の類推適用により、右土地の所有権がBに移転していないことをもってYに対抗することをえず、Yの所有権取得が認められなければならない。

- (3) **真実の権利者甲の意思に基づいて第一の外形が作られた後、名義人乙の責任行為により第二の外形が作られ、その外形に基づいて乙が処分したが、第二の外観を作出することについては甲の承諾がないケース**（意思外形非対応型 - 法意併用型）

<94 条 2 項の類推適用—意思外形非対応型 - 法意併用型>

甲 -----▶ 乙 -----▶ 丙

甲は乙名義の仮登記にしておいた（甲の帰責性）

↓

乙が勝手に本登記に変更

↓

その上で乙が丙に売却 → 丙は善意無過失まで必要

## ◆ 最判昭 43. 10. 17

94 条 2 項、110 条の法意に照らし、外観尊重および取引保護の要請に応ずるために、善意無過失の第三者を保護すべきであると判示した。

## \* 「第三者」の主観的要件

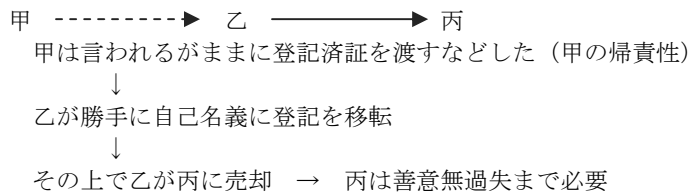
判例は、他の類推適用場面と、この意思外形非対応型の場合とで取扱いを異にする。すなわち、意思外形非対応型の場合には、94 条 2 項と 110 条を併用し、「第三者」の主観的要件として、善意無過失を要求している。

(理由)

94 条 2 項適用場面や他の類推適用場面では権利者の帰責事由が大きいので、第三者の信頼が無過失に基づく必要がない。これに対し、意思外形非対応型の場合は、真の権利者の承認した外形以上の権利を第三者が取得するので、第三者の無過失を要求することにより、権利者の利益保護を図る必要がある。

- (4) 真実の権利者甲の積極的な関与はないが、その不注意により虚偽の外観が作出された場合  
(意思外形非対応型 - 類推適用型)

<94 条 2 項の類推適用－意思外形非対応型 - 類推適用型>



## ◆ 最判平 18. 2. 23 / 百選 I [22]

Y<sub>1</sub> が本件不動産の登記済証、X の印鑑登録証明書等を用いて虚偽の不動産登記を備え、X 所有の不動産を Y<sub>2</sub> へ譲渡した事案について、「Y<sub>1</sub> が本件登記手続きをすることができたのは、X の余りにも不注意な行為によるものであり、Y<sub>1</sub> によって虚偽の外観 (不実の登記) が作出されたことについての X の帰責性の程度は、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ものというべきである。そして、Y<sub>2</sub> は Y<sub>1</sub> が所有者であるとの外観を信じ、また、そのように信じることに ついて過失がなかった」から、X は、Y<sub>1</sub> が本件不動産の所有権を取得していないことを Y<sub>2</sub> に対し主張することができない、とした。民法 94 条 2 項、110 条の類推適用を根拠とした。



## (5) 過小な外形に対する信頼（消極的外観信頼）を保護するもの

→まれなケースであるが、94条2項が類推適用された事案がある

## ◆ 最判昭45.11.19/百選I[第5版][23]

甲から乙に所有権が移転された際、甲・乙の依頼した司法書士の過誤で抵当権の設定の外形が生じた。その外形を信頼して丙が甲から所有権を譲り受けたという事案で、判例は、乙が抵当権者であるかのような虚偽の外観は乙の意思に基づくものであるとし（司法書士は乙の手足）、前掲最高裁昭和43年判決を引用して、乙は、善意無過失の丙に対して抵当権者ではないということを主張し得ないと判示した。

\* 本件の事案では、意思外形非対応型の解決に準じて、第三者に善意無過失を要求している。それは、以下の理由によるものと考えられる。すなわち、本件の真実の権利者（所有者）乙は、所有権保全の仮登記のための書類であると思って書類に捺印し、司法書士に手続を依頼している。つまり、抵当権設定の登記という外観の作出は、真実の権利者が意図したものではない。そこで、真実の権利者の帰責性が弱いと考えられることとの均衡上、第三者保護のための要件を加重したのである。

## 第4款 錯誤

### 一 はじめに

#### 1 意義

錯誤とは、表示行為から推測される意思（表示上の効果意思）と内心的効果意思とが一致しない意思表示であって、その一致しないことを表意者が知らないことをいう（判例、従来の通説）。

e x. アイスクリームを買おうと思って、「ソフトクリームをください」と言ってしまった場合

#### 2 趣旨

前の例のような場合、アイスクリームを買いたい表意者としては、意思表示を取り消したいであろう。しかし、常に取消しができるとしてしまうと、今度はソフトクリームが欲しいのだろうと思った相手方に不測の損害が生じてしまい取引の安全が害される。

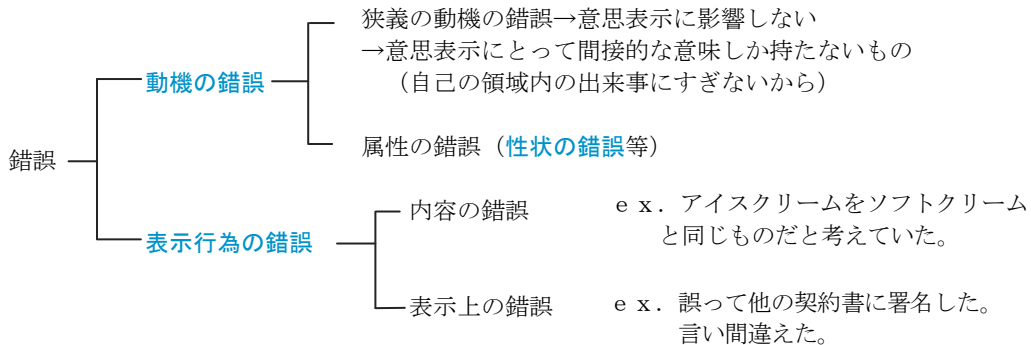
そこで、表示と意思の不一致に気が付いていない表意者の保護と、取引の安全との調整のために、95条が規定されている。

## 二 「錯誤」の意味

### 1 錯誤の分類

錯誤は、それが意思表示のどの段階に存するかによって、次のように分類される。

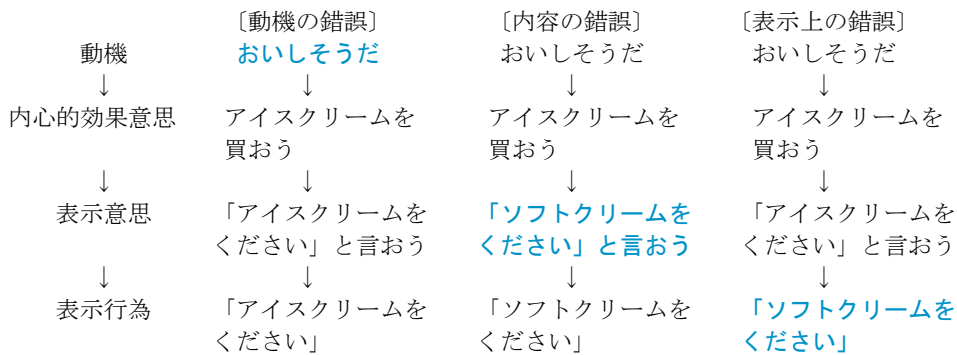
## &lt; 錯誤の分類・態様 &gt;



## 2 錯誤の態様

それぞれの錯誤の態様の理念型を、具体的にみると次のように分析される。

## &lt; 錯誤の態様の具体例 &gt;



## 3 表示行為の錯誤

## (1) 意義

表示行為の錯誤とは、「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」(95 I ①)のことをいう。

表示行為の錯誤には、内容の錯誤(アイスクリームをソフトクリームと同じものだと考えていた)と表示上の錯誤(誤って他の契約書に署名した場合や言い間違えた場合)の二種類がある。

## (2) 要件

- ① 「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」(95 I ①)があること
- ② 「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なもの」(95 I 柱書)であること ⇒ 「三 「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき」の意味」(p. 129)
- ③ 表意者に重過失がないこと(95 条 3 項 1 号 2 号の場合を除く、95 III 柱書) ⇒ 「四 表意者に重過失がないこと」(p. 129)

## 4 動機の錯誤

### (1) 意義・趣旨

**動機の錯誤**とは、「**表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤**」(95 I ②)のことをいう。

例えば、金融機関から融資を受けようとしている者から「自分には十分な財産があるから、あなたに迷惑をかけることは決してないので、保証人になって欲しい」と懇願され、金融機関との間で連帯保証契約を締結した保証人の例がこれにあたる。

表意者が動機の錯誤を理由に意思表示を取り消すことができるのは、「**その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたとき**」に限られる(95 II)。これは、動機の錯誤に関する判例(最判平元.9.14/百選 I [第7版] [24] 等)を明文化したものである。動機の表示により、**取引の相手方に不測の損害が生じるのを防止する趣旨**である。

この点、動機(法律行為の基礎とした事情についての表意者の認識)が「法律行為の内容」になっていることを要すると解すると、「表示」(95 II)とは意思表示を意味し、「表示されていた」(95 II)とは「意思表示の内容になっていた」と解することになる。

#### ◆ 最判平元.9.14/百選 I [第7版] [24]

事案： 離婚に伴う妻への財産分与の際に、不動産譲渡の課税が妻に課せられることを妻も誤信しており、夫もそのことを気遣っていたが、夫に極めて高額な譲渡所得税が課せられることが判明した。

判旨： 「**動機が黙示的に表示されているとき**であっても、これ(動機)が**法律行為の内容となることを妨げるものではない。**」

### (2) 要件

- ① 「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」(95 I ②)であること(95 I 柱書)
- ② 「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていた」(95 II) こと
- ③ 「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なもの」(95 I 柱書)であること ⇒ 「三 「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき」の意味」(p.129)
- ④ 表意者に重過失がないこと(95 条3項1号2号の場合を除く、95 III 柱書) ⇒ 「四 表意者に重過失がないこと」(p.129)

## 5 主債務の不存在を知らなかった場合の保証契約の効力

### ◆ 最判平 14.7.11/H14 重判 [1]

事案： Aは、空クレジット(商品の売買契約がないのに、購入する形をとること)を計画して、信販会社Xと立替払契約を締結し、Aは、Xの立替払いによって、売主Bから商品を購入した。この立替払契約に基づいて、YはAが負担する債務について連帯保証契約を締結したが、Yは主債務が空クレジットによるものであることを知らなかった。Yは保証契約は錯誤により無効であると主張した。

判旨： 保証契約は、特定の主債務を保証する契約であるから、主債務がいかなるものであるかは、保証契約の重要な内容である。そして、主債務が、商品を購入する者がその代金の立替払いを依頼しその立替金を分割して支払う立替払債務である場合には、商品の売買契約の成立が立替払契約の前提となるから、商品売買契約の成否は、原則として、保証債務の重要な内容であると解するのが相当である……本件保証契約におけるYの意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったというべきである。

## 6 保証契約締結後に主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合

### ◆ 最判平 28. 1. 12／百選 I [24]

事案： XがA社に 8000 万円を貸付け、YがA社の債務を保証した。その後、A社が反社会的勢力であることが判明した。Yは本件保証契約が錯誤により無効であると主張した。

判旨： 「主債務者が反社会的勢力でないことはその主債務者に関する事情の一つであって、これが当然に同契約の内容となっているということとはできない」と述べた上で、A社が「反社会的勢力でないことという上告人の動機は、それが明示又は黙示に表示されていたとしても、当事者の意思解釈上、これが本件各保証契約の内容となっていたとは認められず、上告人の本件各保証契約の意思表示に要素の錯誤はないというべきである。」と判決した。

## 7 信用保証契約の締結後に主債務者に企業としての実体がないことが判明した場合

### ◆ 最判平 28. 12. 19／H29 重判 [2]

事案： 信用保証協会であるXと、銀行であるYの間において、A社がYに対して負担する債務を主債務とする信用保証契約が締結され、当該保証債務が履行されたのち、A社に企業としての実体がないことが判明したため、信用保証契約に錯誤が認められるとして、XがYに対して不当利得返還請求権を行使した。

判旨： 「意思表示における動機の錯誤が法律行為の要素に錯誤があるものとしてその無効を来すためには、その動機が相手方に表示されて法律行為の内容となり、もし錯誤がなかったならば表意者がその意思表示をしなかったであろうと認められる場合であることを要する。そして、動機は、たとえそれが表示されても、当事者の意思解釈上、それが法律行為の内容とされたものと認められない限り、表意者の意思表示に要素の錯誤はないと解するのが相当である」としたうえで、①金融機関による融資を躊躇させてしまい、信用力が十分でない中小企業者等の信用を補完して金融の円滑化を図るという信用保証協会の目的に反する、②保証機関と銀行は、融資先が企業としての実体を有しない場合には保証債務を履行しない旨をあらかじめ定めるなどの対応が可能であることなどを指摘し、本件において錯誤はないとした。

### 三 「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき」の意味

「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき」といえるためには、その錯誤が当該法律行為の目的にとって重要であることと、その錯誤が一般的にも重要であることが必要である。

## 四 表意者に重過失がないこと

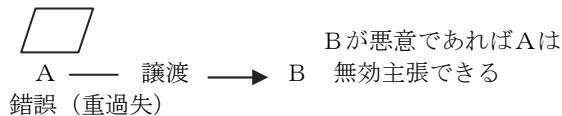
### 1 重過失の意義

表意者に重大な過失がある場合には、錯誤があっても表意者自ら無効主張をすることはできない(95Ⅲ)。重過失とは、錯誤に陥ったことにつき、**普通人に期待されている注意を著しく欠いていることをいう。**

### 2 相手方が悪意の場合

たとえ表意者に重過失があっても、相手方が悪意・重過失である場合には、表意者は錯誤取消しを主張することができる(95Ⅲ①)。

<重過失ある表意者と悪意の相手方>



## 五 効果

### 1 錯誤の効果

**錯誤に基づく意思表示は取り消すことができる。**

### 2 取消権者

錯誤によって取り消すことができる行為は、瑕疵ある意思表示をした者又はその代理人若しくは承継人に限り、取り消すことができる(120Ⅱ)。

## 六 錯誤取消しと第三者保護

### 1 錯誤取消し主張前の第三者

A所有の甲土地につき、順次AからB、BからCと譲渡されたが、その後、AB間の売買契約につき錯誤を理由としてAが取消しを主張した。この場合、Cは無権利者からの譲受人となり、甲土地の所有権を取得できないのが原則である。

しかし、CはAB間の事情については何ら知り得ないのが通常であり、このようなCが一切保護されないのでは、著しく取引安全を害する。そこで、95条4項は、錯誤による意思表示の取消しは、善意でかつ無過失の第三者に対抗することができないとした。

## 2 錯誤取消し主張後の第三者

錯誤取消しの主張後に第三者が生じた場合については、詐欺取消後の第三者保護の場合と同様、**対抗問題**として処理することになる。

## 七 共通錯誤

当事者双方が契約の共通の基礎について誤った表象を有し、それを前提として契約している場合のように、**当事者双方が同一の錯誤に陥っている場合**。

e x. 当事者双方が、安物の腕時計を有名ブランドの腕時計と誤信して、高値で売買契約を締結した場合。

表意者に重大な過失があっても、相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたときは、錯誤を理由として意思表示を取り消すことができる（95Ⅲ②）。

## 第5款 詐欺

### 一 意義

人を欺罔して錯誤に陥らせる行為を詐欺という。

表意者が詐欺を受けてした意思表示には、**表示と内心の効果意思との不一致は存しない**ので、これを無効とするには及ばない。しかし、**他人の違法な行為によって動機付けられた**という事実を考慮して、民法はこれを**取り消し得る**ものとしている。

### 二 要件

#### ① 故意

他人をして**錯誤に陥らせ、かつその錯誤によって意思を決定・表示させよう**とすること（2段の故意、大判大6.9.6）。

#### ② 欺罔行為の存在及び因果関係

**人を欺くこと**（沈黙も、信義則上相手方に告知する義務がある場合には欺罔行為となる）、及び欺かれた表意者が**錯誤に陥り、その錯誤によって意思表示をしたこと**。

#### ③ 違法性

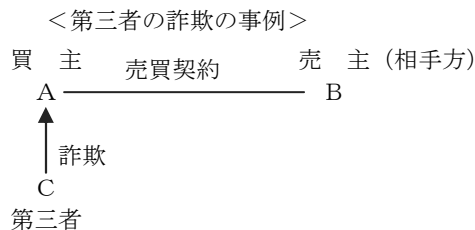
取引上要求される信義に反するものであることが必要である。

### 三 第三者の詐欺（96Ⅱ）

96条1項は、表意者に対してだれが欺罔行為をした場合かを明記していない。

では、欺罔行為が、相手方以外の「第三者」によってされた場合に、その詐欺による意思表示を取り消すことができるか。例えば、AがCに騙されて、二束三文のBの山林に価値があるものと信じ、Bから高値で山林を譲り受ける契約をした場合、Aは、AB間の契約を取り消すことができるか。この点、**被詐欺者保護の見地**からは、この場合も取り消し得るものとするべきと思える。しかし、常に取り消し得るものとする**取引安全**を害するし、被詐欺者にも何らかの落ち度が認められるのが通常である。そこで、96条2項は、第三者が詐欺を行った場合には、**相手方がその事実を知り、又は知ることができたときに限り**取り消すことができるものとした。

\* その他の要件・効果は、1項の場合と同じである。



## 四 効果

### 1 原則

詐欺による意思表示は取り消すことができる（96ⅠⅡ）。

### 2 例外

この意思表示の取消しは、善意・無過失の第三者に対抗することができない（96Ⅲ）。

∴ 取引の安全

## 五 「善意でかつ過失がない第三者」

### 1 「善意でかつ過失がない第三者」の意義

#### (1) 意義

詐欺による意思表示の取消しは、「善意でかつ過失がない第三者」に対抗できない（96Ⅲ）。

ここにいう「善意でかつ過失がない第三者」とは、**詐欺の事実を知らず、かつ知らないことについて過失がない場合で、詐欺による法律行為に基づいて取得された権利について、新たな独立の法律上の利害関係に入った者**をいう。

詐欺による意思表示によって、単に反射的に利益を取得した者は含まない（判例、通説）。

e x. 一番抵当権者が詐欺により抵当権を放棄した場合に順位上昇の利益を受ける二番抵当権者

＜96条3項の「第三者」の具体例の整理＞

<b>該当例</b>	売主Aを騙してAの不動産を買ったBから転得したり、抵当権の設定を受けた者
	売主Aを騙してAの農地を買ったBから、農地法5条の許可を条件として所有権を取得しうる地位を譲渡担保にとった者（最判昭49.9.26/百選I〔23〕）
	詐欺による取得者Bの債権者のうち、①目的物を譲り受ける契約をした者、②目的物に対して差押をした者、③Bが破産した場合の破産管財人
<b>該当しない例</b>	A所有の不動産にBの一番抵当権、Cの二番抵当権があり、Bが詐欺によってその一番抵当権を放棄し（その結果、いったんはCの二番抵当権が一番抵当権に昇格する）、後その放棄を取り消した場合のC（大判明33.5.7）
	B C DがAに対して連帯債務を負担していて、Bが詐欺によって代物弁済をし（その結果C Dは、いったんは連帯債務を免れる）、後にその代物弁済を取り消した場合のC D（大判昭7.8.9）

(2) 「善意でかつ過失がない第三者」の解釈に関する論点

民法は、取引の安全を考慮して、詐欺による意思表示の取消は「善意でかつ過失がない第三者」には対抗することはできない（96Ⅲ）としている。「善意でかつ過失がない第三者」の解釈に関しては、表意者保護と第三者保護（取引の安全）との調整から、以下の点が問題となる。

- ① 第三者として保護されるための要件
  - (a) 登記（対抗要件、権利保護要件）の要否
- ② 第三者の範囲⇒p. 134
  - (a) 第三者はいつまでに利害関係に入ることを要するか
  - (b) 取消後の第三者の保護

## 2 「善意でかつ過失のない第三者」として保護されるための要件

- ・ 登記（対抗要件、権利保護要件）の要否

＜問題の所在＞

96条3項の第三者が不動産の所有権の取得を主張するのに、登記を要するかが問題となる。

＜考え方のすじ道＞

取消権者と取消前の第三者は、前主後主の関係にあり、対抗関係に立つわけではない

↓よって

対抗要件としての登記は不要

↓また

詐欺の場合は、詐欺にかかったうかつな被害者の保護よりも取引安全を重視すべき

↓よって

第三者に権利保護要件としての登記も不要

↓したがって

第三者は登記を備える必要はない



## ＜アドヴァンス＞

### (1) 必要説

第三者は登記または引渡しという対世的権利保全手続の具備を要する。

(理由)

詐欺にあった被害者の犠牲において、取引安全のため善意・無過失の第三者を保護しようという場合であるから、保護される第三者は、権利の確保のためになし得ることをすべてして、ほぼ確定的に権利を取得したといえる程度にまで達していることが必要である。

### (2) 不要説

第三者は登記を具備することを要しない。

(理由)

96条3項は「善意でかつ過失がない第三者」に対する関係では、意思表示は取り消されず、相手方は有効に権利を取得したものとみなす趣旨であり、不動産が取消権者から第三者へと転々とした場合、その間の関係は前主・後主の関係であり、**対抗問題ではない**。したがって、第三者は登記なくして取消権者に對抗することができる。

### (3) 折衷説

**原則として対世的権利保全手続（登記または引渡し）の履践を要するが、第三者がその取得した権利を対世的にも保全するため、法律上し得るだけのこと（例えば仮登記など）をしてさえいれば**（その結果としての第三者対抗力を後に取得することができないことがあっても）よい。

#### ◆ 最判昭49.9.26/百選I [23]

事案： Xは本件土地をAに対して売却する売買契約を締結したが、Aはその際に支払能力がないのにこれがあるように装って、Xの代理人を誤信せしめて契約を締結した。このためXは、本件契約を昭和41年7月26日に取り消した。

一方Aは、本件土地の仮登記を得、昭和41年7月2日本件土地をYに売り渡し、仮登記移転の付記登記をしていた。このためXは、Yに対して所有権に基づいて仮登記の付記登記の抹消を求める訴訟を提起した。

判旨： 民法96条1項、3項は、詐欺による意思表示をした者に対し、その意思表示の取消権を与えることによって詐欺被害者の救済をはかるとともに、他方その取消の効果を「善意の第三者」との関係において制限することにより、当該意思表示の有効なことを信頼して新たに利害関係を有するに至ったものの地位を保護しようとする趣旨の規定であるから、**右の第三者の範囲は、同条のかような立法趣旨に照らして合理的に画定されるべきであって、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**として、Xの請求を棄却した。

\* 事案の特殊性（仮登記があった事案である）もあり、**この判例が取消前の第三者についての登記不要説**といってよいかどうかは見解が分かれている。

\* この論点に関しては、94条2項の場合と同様、対抗要件としての登記の要否と権利保護要件としての登記の要否の双方を検討する必要があることに注意すること。

### 3 第三者の範囲

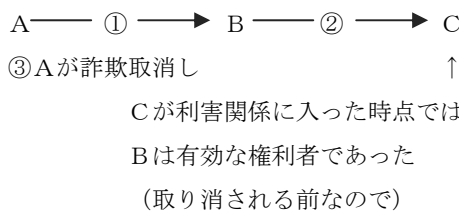
#### (1) 第三者はいつまでに利害関係に入ることを要するか

AがBに騙されて自分の土地をBに売ってしまった場合でも、Bが善意・無過失の第三者Cにその土地を転売していれば、AはCに対して意思表示の取消しを対抗できない（96Ⅲ）。それでは、Cが土地を譲り受けたのが、**Aによる取消前であっても取消後であっても同じように96条3項によって保護されるのか、同項はなんら限定していないので問題となる。**

この点、96条3項の趣旨は、取消しの遡及効（121）を制限することによって、これによって特に害される第三者を保護しようとするものである。したがって、**96条3項の「第三者」は、取消前に利害関係に入った者をいうと解すべきである（判例、通説）。**

よって、取消後の第三者は、96条3項によっては保護されないこととなる。そうすると、Cが土地を譲り受けたのが、Aによる取消前の場合は96条3項によって保護され、他方、Aによる取消後の場合は96条3項によって保護されない。

＜詐欺取消しと取消前の第三者＞



#### ◆ 大判昭17.9.30／百選I [55]

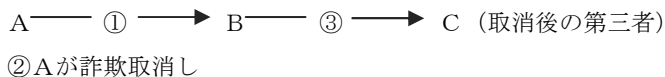
判例は、96条3項適用否定説を採用している。

#### (2) 取消後の第三者の保護

＜問題の所在＞

(1)の事例で、CがAB間の契約の取消後に土地を譲り受けており、96条3項の「第三者」に該当しない場合、**かかるCはいかなる保護も受けられないのであろうか。**

＜詐欺取消しと取消後の第三者＞



**＜考え方のすじ道＞～判例**

取消しの遡及効は法的な擬制にすぎず、取り消されるまでは取り消しうる行為も有効であるから、実質的には、取消しによって所有権の復帰があったのと同様ということができる

↓すなわち

取消しにより復帰的物権変動が観念でき、取消しの意思表示の相手方を中心とした二重譲渡類似の関係にあるというべきである

↓また

取消権者は詐欺取消後速やかに自己の登記を回復して取引の安全を図るべきであるから、これを怠った者が不利益を受けるのはやむをえない

↓よって

取消後の第三者と詐欺取消権者は、対抗関係（177）に立ち、登記の先後で優劣を決めるべきである

### <アドヴァンス>

#### (a) 94条2項の類推適用説Ⅰ

取消しの前後で区別せず、**意思表示を取り消して有効に登記を除去し得る（逆にいえば詐欺を脱して有効に取り消し得る）状態の到来した時点以後は**、94条2項の類推適用によって善意（・無過失）の第三者は保護される。

（理由）

- ① 取消しの効果は遡及的に無効になるという民法の原則を維持し得る。
- ② 取り消し得べき法律行為に基づく登記を有効に除去し得る状態にあるのに放置する者は、94条2項の類推適用によって、取消しの効果を善意（・無過失）の第三者に対抗し得ない、という解釈論的構成を採用し、これを詐欺の場合にも適用すべきである。

（批判）

取消権者が登記を除去し得る状態が到来した時点以後は、取消権者の帰責事由は増大するのに、**第三者が保護を受けるためにはかえって取消権者の登記除去可能な状態の到来を証明しなければならない**という余計な負担を課せられるのは不合理である。

#### (b) 94条2項の類推適用説Ⅱ

イ 取消しの前後を区別し、取消前に関しては、民法の用意した第三者保護の規定により（もっとも、そういった規定は96条3項しかない）、取消後に関しては、登記を有効に除去し得る状態にあるのに放置する場合は、94条2項の類推適用により、取消しをもって善意（・無過失）の第三者に対抗し得ない。

（理由）

- ① (a)説の（理由）①。
- ② 取り消すか否かは取消権者の自由であり、同じく登記除去の放置といっても、取消前のそれと取消後のそれとでは懈怠の程度に顕著な差がある。そして、94条2項の類推適用には本人の帰責事由が必要であるから、取消前の登記除去放置については94条2項を類推するに適さない。

ロ そして、取消権を行使したにもかかわらず、登記の回復がされていなかったという事実は、取消権者の懈怠と推定してよく、取消権者の方で、登記の回復につき怠りのなかったことを立証しない限り、善意の第三者は保護される。

（批判）

取消しの前後で区別すると、**取消権を行使し得るにもかかわらず取り消さずに放置しておく方が、すぐに取り消す者より保護されることになって不合理である。**

(反論)

取消前における登記の放置と、取消後におけるそれとでは、懈怠の程度に顕著な差があり、取消し一般について、前者の場合にまで善意の第三者を保護することは、登記の公信力を認めない民法の体系からして不合理である。

(c) 復歸的物權變動説 (判例)

意思表示後に利害関係に入った第三者との関係は、二重譲渡の原則に従って解決する。すなわち、取消しによる所有権の復歸も登記によって公示しなければ、第三者に対抗することはできない (177)。

(理由)

- ① 不動産に関する物權變動は、可及的に登記による公示にかからせるべきである。
- ② 第三者の主観を問わずに、登記の有無による画一的な処理が可能となる。
- ③ 取消後の表意者に登記を要求しても酷ではない。
- ④ 取消しの遡及効は法的な擬制であり、取り消されるまでは取り消し得る行為も有効なのであるから、**取消しの時点で復歸的物權變動があったかのように扱うことができる。**

(批判)

- ① この見解は、**転得者が取消前に出現した場合**には、取消しの遡及的無効が生ずる (詐欺の場合は、遡及的無効は、96条3項によって制限されるにすぎない) ことを前提にしながら、**取消後に出現した場合**には遡及効を無視して、取消しによる所有権の復歸を新たな物權變動があったのと同じに取り扱うが、それは**矛盾である**。
  - ② この見解によれば、**詐欺の場合でない (強迫の場合など)**、**取消前の転得者は善意でも保護されず、取消後の転得者は逆に悪意でも保護される場合があることになって不都合である。**
- ◆ 大判昭 17.9.30 / 百選 I [55]  
判例は、(c)説を採用している。

<取消しと第三者保護における判例・学説の整理>

	不動産		動産	
	取消前の第三者	取消後の第三者	取消前の第三者	取消後の第三者
制限能力	保護されない	177条	( * 1 )	( * 2 )
強迫				
詐欺	96条3項		96条3項	

\* 1 裁判例 (東京高判昭 32.12.24) は、192条の類推適用を否定しているが、学説は、192条を類推適用すべきとしている。

\* 2 この点、判例は出ていない。

## 第6款 強迫

### 一 意義

他人に畏怖を与え、かつその畏怖によって意思を決定、表示させようとして害悪を告知する等の行為を強迫という。民法は、強迫を受けて表意者のした意思表示も詐欺の場合と同様、これを**取り消し得る**ものとしている（96 I）。

### 二 要件

#### ① 故意

他人に**畏怖を与え、かつその畏怖によって意思を決定・表示させよう**とすること（2段の故意、大判昭 11. 11. 21）。

#### ② 強迫行為の存在及び因果関係

**強迫とは、相手に畏怖の念を生じさせる行為をいう**。そして、表意者が強迫行為によって畏怖し、その畏怖によって意思表示をしたこと、すなわち強迫行為と意思表示の間に因果関係が必要である。

→表意者が畏怖したにとどまらず、完全に意思の自由を失った場合は、そもそも意思表示が存在せず無効となるから、96条の適用の余地はない（最判昭 33. 7. 1）

#### ③ 違法性

強迫行為は違法なものでなければならない。違法性の有無は、一方で目的が正しいか否か、他方で強迫の手段がそれ自体として許された行為であるか否かの両者を相関的に考察して判断される。

#### <強迫の事例>

<b>目的・手段ともに正当な場合</b>	使用者が、横領した被用者の身元保証人に、証書を差し入れないと告訴すると言って、借用証文を差し入れさせた場合 →強迫にあたらぬ	大判昭 4. 1. 23
<b>目的が不当な場合</b>	不正の利益を得る目的で、会社取締役の不正を告発すると通知して、その結果、無価値の株式を相当の価格で買い取らせるに至らせた場合 →強迫にあたる	大判大 6. 9. 20
<b>目的が正当なものと誤信した場合</b>	YがXに詐欺行為があると誤信して告訴をし、定期米売買の精算書の交付を迫ったので、Xは畏怖を感じて和解契約に応じた場合 →強迫にあたる	大判明 37. 11. 28

### 三 効果

強迫による意思表示は取り消すことができる（96Ⅰ）。

この強迫取消しは善意・無過失の第三者にも対抗できる（96Ⅲの反対解釈）。

∴ 表意者に帰責性がない

\* 取消後の第三者については、詐欺と同じ問題が生じる。

→判例（177）と94条2項の類推適用説Ⅱ等の対立がある

### 四 詐欺と強迫の比較の整理

<詐欺と強迫の相違>

	詐欺	強迫
意義	人を欺罔して錯誤に陥らせる行為	違法な害悪を示して畏怖を生じさせる行為
要件	① 詐欺の故意 ② 欺罔行為 ③ 違法性 取引上要求される信義に反すること ④ 詐欺による意思表示（因果関係） 詐欺によって表意者が錯誤に陥り、その錯誤によって意思を決定・表示したこと	① 強迫の故意 ② 強迫行為 ③ 違法性 (ア)目的が正しいか、(イ)強迫の手段がそれ自体として許された行為であるか、の両者を相関的に考察して判断する ④ 強迫による意思表示（因果関係） ・ 強迫によって表意者が畏怖をいだき、その畏怖によって意思を決定・表示したこと ・ 畏怖の程度は、表意者が完全に選択の自由を失ったことを要しない
第三者の詐欺・強迫	相手方がその事実を知り、又は知ることができたときに限り、意思表示を取り消しうる（96Ⅱ）	相手方の知・不知にかかわらず、常に取り消しうる
取消前の第三者保護	善意でかつ過失がない第三者に対し、取消しによる無効を主張できない（96Ⅲ）	誰に対しても、取消しによる無効を主張できる

## 第3節 意思表示の到達と受領

### 一 意思表示の到達

#### 1 意義

(1) 申込み：相手方の承諾があれば、契約を成立させることを目的とする確定的な意思表示

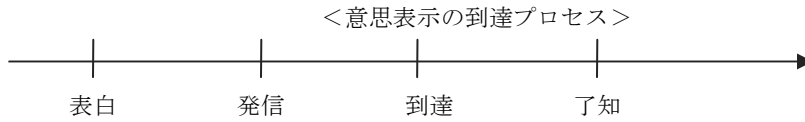
(2) 承諾：特定の申込みに対して、これに同意することにより契約を成立させる確定的な意思表示

\* 相手方がOKと答えても契約が成立したとするのは尚早であって、契約を成立させるには適当でないような意思表示は、申込みに当たらず、**申込みの誘引**（誘因）という。

申込みか、申込みの誘引かは、相手方のOKという意思表示によって直ちに契約が成立したと解するのが妥当か否かによって判断される。

## 2 意思表示の効力発生時期

契約が成立するためには、契約の申込みと承諾という2個の意思表示の効力が有効に発生している必要がある。かかる相手方のある意思表示について、民法は、相手方の了知と効力発生の関係について規定を設けている。



相手方のある意思表示は、①表白（表意者が外部に表すこと。e x. 書面の作成）、②発信、③到達（相手方が了知し得べき状態となること、e x. 相手の家に書面が配達された）、④了知（相手方がその意味を知ること）、というプロセスを経て相手方の下に届く。

### (1) 到達主義（原則）： 到達によりはじめて意思表示の効力が生じる（97 I）

(a) 「到達」：一般取引上の通念により相手方の了知しうるようにその勢力範囲に入ること。

→相手方が了知することは不要（判例）

e x. ・郵便が郵便受けに投入された場合

- ・本人の住所で同居の親族・内縁の妻が受領した場合
- ・会社の事務室で会社の代表取締役のたまたま遊びに来ていた娘に交付した場合
- ・たまたま一日二日留守であっても、帰ってくるのが通常であれば、配達された郵便物を内縁の妻が本人の不在を理由に受領を拒んでも、到達となる
- ・本人の不在を理由に家人が受領を拒絶し翌日配達された場合、配達の日が到達となる
- ・内容証明郵便が受取人不在のまま受取人が受領しないまま留置期間を経過して差出人に還付されても、諸般の事情から、遅くとも留置期間満了時点で受け取り任意到達したものと認められる

(b) 受領能力 ⇒ 「三 意思表示の受領」 (p. 140)

### (2) 発信主義（例外）： 意思表示を発信した時に効力が生じる。

(a) 制限行為能力者の相手方がした催告への制限行為能力者側の確答 (20)

∵ 到達主義だと制限行為能力者側に不測の結果を生じさせるおそれがある。

(b) 株主総会の通知

∵ 多数の株主のうち1人でも到達しなければ全部が無効になるのでは総会が開けない。

(3) 97条1項は、意思の通知・観念の通知にも類推適用される。

(4) 97条2項は、相手方が「正当な理由なく」意思表示の通知が到達することを妨げたときは、その意思表示は、その通知が「通常到達すべきであった時」に到達したものとみなすことを示したものである。「意思表示の通知が到達することを妨げたとき」とは、意思表示が了知可能な状態に置かれることを相手方が妨げたことを意味する。

## 二 公示による意思表示

相手方を知ることができず、又は所在不明の場合には、公示による意思表示が認められている（98 I）。

## 三 意思表示の受領

### 1 意義

到達があったといえるには、了知しうべき状態の成立が必要であり、したがって、意思表示の受領者に了知しうだけの能力（＝受領能力）が必要である（98 の 2）。

### 2 受領能力の有無

<受領能力の有無>

	受領能力
意思無能力者	×
未成年者	×
成年被後見人	×
被保佐人	○
被補助人	○

- \* 1 受領無能力者（意思無能力者、未成年者、成年被後見人）側から到達を主張することはできる（98 の 2 本文）。
- \* 2 表意者は受領無能力者に対して、到達すなわち意思表示の効力発生を主張しえない。しかし、相手方の法定代理人（98 の 2 ただし書①）、及び、意思能力を回復し、又は行為能力者となった相手方（98 の 2 ただし書②）が意思表示を知ったときは、その時から制限行為能力者に対して到達を主張できる（98 の 2 ただし書）。
- \* 3 未成年者が行為能力を認められる場合、受領能力も肯定される。受領能力は、他人の意思表示を理解するための能力であり、行為能力よりも能力の程度が低くてよいからである。









**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2020 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU20150