

# 改正民法96条3項による第三者保護の要件としての登記等の要否

下 田 大 介\*

- 一 はじめに
- 二 民法96条3条の適用範囲 —— 学説の整理
- 三 登記必要説・不要説の論拠と価値判断
- 四 第三者に生じうる不利益と登記を要求する実践的意義
- 五 第三者保護規定を欠く取消原因との調整
- 六 結びに代えて

## 一 はじめに

### 1. 問題の所在

債権関係の規定を中心に民法の大幅な見直しを図った「民法の一部を改正する法律」（平成29年法律第44号）は、2017年5月26日に可決・成立し、2020年4月1日から施行されている（以下、同法によって改められた民法を「改正民法」という）。改正民法96条3項は、表意者が詐欺による意思表示の取消を対抗できない者を、「善意の第三者」から「善意でかつ過失のない第三者」に改めた。

---

\*福岡大学法学部准教授

この「無過失」要件の追加は、従来の通説ないし通説的見解を明文で規定したものとされている<sup>1</sup>。

ところで、改正前から、主に不動産取引を念頭に置いて、第三者が民法96条3項による保護を受けるために、同条項に明記されない登記その他の要件を加重すべきかが議論されてきた<sup>2</sup>。改正民法における無過失要件の追加が、従来の通説<sup>3</sup>を反映するにすぎないのであれば、改正前もそれを視野に入れて登記等の要否が検討されてきたはずであるから、この論点は、今後もその意義を失わないであろう<sup>4</sup>。他方で、改正民法を取扱う近時の教科書には、「第三者の保護要件として無過失まで要求されている現行規定の下においては、さらに登記まで要求すると第三者の保護範囲が著しく狭まるので、登記は不要<sup>5</sup>と解するものもみられる。この解釈は、いずれも保護されるべき第三者を絞り込む役割を担う登記と無過失は相互に代替しうるとの見方を前提にするように思われる。

<sup>1</sup> 潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』11頁（金融財政事情研究会、2015年）、潮見佳男ほか編『詳解 改正民法』29頁〔大中有信〕（商事法務、2018年）参照。

<sup>2</sup> 従前の議論状況について、川島武宣ほか編『新版 注釈民法（3）総則（3）』484頁以下〔下森定〕（有斐閣、2003年）参照。

<sup>3</sup> 無過失要求説として、於保不二雄『民法総則講義』201頁（新青出版、復刻版、1996年）〔初版、有信堂、1951年〕、幾代通『民法総則〔第2版〕』284頁（青林書院、1984年）、石田喜久夫編『民法総則』167頁〔磯村保〕（法律文化社、1985年）、四宮和夫『民法総則〔第4版〕』163頁、185頁（弘文堂、1986年）、加藤雅信『新民法大系Ⅰ 民法総則〔第2版〕』259頁（有斐閣、2005年）、須永醇『新訂 民法総則要論〔第2版〕』223頁（勁草書房、2005年）、河上正二『民法総則講義』381頁（日本評論社、2007年）、内田貴『民法Ⅰ 総則・物権総論〔第4版〕』81頁（東京大学出版会、2008年）、石田穰『民法総則』695頁（信山社、2014年）等参照。

<sup>4</sup> 松尾弘『債権法改正を読む－改正論から学ぶ新民法』30頁（慶應義塾大学出版会、2017年）は「第三者保護要件の加重の仕方としては、過失要件のほかにも、目的物の引渡し等、契約の履行行為等も考えられる。いわゆる権利保護資格要件の問題である」と指摘する。また、堀田泰司ほか編著『民法総則〔改訂版〕』214頁〔足立清人〕（嵯峨野書院、2018年）は、学説状況を概観した上で、「改正民法のもとでも同様に解されるだろう」とする。

<sup>5</sup> 小野秀誠ほか『新ハイブリッド民法Ⅰ 民法総則』189頁〔中川敏広〕（法律文化社、2018年）。

はたして、第三者保護要件としての登記等に期待されていた役割は、改正民法96条3項の無過失要件のうちに解消されてしまうのであろうか。本稿の目的は、この問題を検討することにある。

## 2. 検討の対象と手順

手口が巧妙化・組織化し、社会的に耳目を引く詐欺事件の多くは、金銭を詐取されるケースであろう。しかし、詐欺師が詐取した金銭を第三者との取引で支出したとしても、金銭は高度の流通性を有するため、被害者は詐欺師に被害相当額の返還または賠償を請求しうるにとどまり、第三者は、民法96条3項によるまでもなく、当然に保護される<sup>6</sup>。また、詐取された物が動産であるときは、第三者は即時取得制度（192条）によって保護される。改正民法96条3項が無過失を要件化したことによって、即時取得の要件との違いが薄められ、第三者保護のために同条項をもちだす実益は一層乏しくなった<sup>7</sup>。そこで、従来の議論がそうであったように、本稿の検討対象を、目的物が不動産である場合に限定する。

とはいえ、本稿の検討課題もまた、詐欺以外の取消原因を含め、「取消と登記」という項目で論じられてきた諸問題<sup>8</sup>と密接に関連する。この項目のもとで学説は錯綜しているけれども、本稿はまず、民法96条3項（それと対置される177条または94条2項類推）の適用範囲はどこまでかという観点から、学説を整理する（二）。次に、その範囲内で同条項を適用する際に、登記等が

<sup>6</sup> ただし、最判昭49.9.26民集28巻6号1243頁は、騙取金であることについて、悪意または重過失ある弁済受領者に対する不当利得返還請求を認めた。もっとも、弁済受領者側の職員が詐欺に加担していた特殊な事案であったことに留意する必要がある。

<sup>7</sup> ただし、判例（最判昭35.2.11民集14巻2号168頁）は、即時取得の成立に現実の引渡しを要求するので、第三者が現実の引渡しを受けていない場合や、現実の引渡しの時点で悪意または有過失に転じていた場合には、96条3項に依拠する余地は残る。

<sup>8</sup> 学説状況を網羅的に整理・紹介するものとして、舟橋諄一ほか編『新版 注釈民法（6）物権（1）〔補訂版〕』572頁以下〔原島重義＝児玉寛〕（有斐閣、2009年）参照。

必要または不要とされる論拠や、それを支える価値判断を探る（三）。そして、本稿は、登記必要説の価値判断に概ね賛同しつつも、詐欺被害者の保護によって第三者に生じうる不利益という視点を入れて、その見直しを図る。後述のように、私見では、同条項の保護要件として、登記それ自体が重要なのではなく、第三者による対価支払のメルクマールとなりうるところに、登記を要求する実践的意義があるにすぎない。そこから逆算して、同条項の適用範囲についても私見を提示した上で（四）、第三者保護規定を欠く強迫および行為能力の制限による取消との調整を試みる（五）。最後に、登記等の役割は無過失要件に解消されるかについて、結論を述べるとともに、残された課題を指摘して結びに代える（六）。

## 二 民法96条3項の適用範囲 —— 学説の整理

### 1. 二元説（取消前後）

#### （1）旧通説と判例法理の形成

大判昭4.2.20民集8巻59頁は、強迫による意思表示（抵当権それ自体の放棄）の取消より前に利害関係を有していた第三者に対して、表意者が回復登記を経由することなく取消（本件では抵当権の復活ないし不消滅）を對抗しうることを認めた。ただし、同判決は「取消ノ性質上当然」と述べており、取消後の第三者についても、取消の遡及効を貫徹するものと受け取ることができた。しかし、末川博は、同判決の評釈において、取消の前後を区分して、二元的に法律構成すべきことを主張し、我妻栄も同旨を説いた<sup>9</sup>。その論拠は、取消前に登記を回復することは法的に不可能であるが、取消後は回復登記できるのに、これをせずとも永遠に、それ以降に現れる第三者を排して不動産

<sup>9</sup> 末川博「判批」論叢22巻3号118頁（1929年）、我妻栄「判批」判民昭和4年度（7事件評釈）27頁（1929年）参照。

物権を取戻せるとすれば、取引安全が著しく害されるという価値判断にある。そして、取消後の第三者との関係では、取消による物権の復帰（いわゆる「復歸的物権變動」）を觀念して民法177条を適用し、表意者はこれを登記しなければ第三者に対抗できないと解した。

その後、大判昭17. 9. 30民集21卷911頁は、詐欺による意思表示（不動産の売却）について、民法96条3項の適用を取消前の第三者に限定する一方で、取消後の第三者に対しては「百七十七条ニ依リ登記ヲ為スニ非サレハ……対抗スルコトヲ得サルヲ本則ト為ス」と述べた<sup>10</sup>。また、最判昭32. 6. 7民集11卷6号999頁は、国税滞納に係る公売でA所有の不動産を落札したBが、公売取消処分後にこれを他に譲渡し、さらに転々譲渡され、Cが移転登記を具備した事案で、ACの関係について、Bが「いわゆる二重譲渡をした場合と異なるところはない」と述べて、Aによる抹消登記請求を退けた。

これらの判例によって、取消の前後を区分して二元的に構成する判例法理が形成された。また、相前後して、この構成は、民法177条の適用範囲を拡張しようとする学説に支持され、ひとたびは通説的地位を占めた<sup>11</sup>（以下、「旧通説」という）。

## （2）二元説に対する批判

ところが、1960年頃から次第に、判例・旧通説が形成される過程において

---

<sup>10</sup> なお、96条3項の適用を取消前の第三者に限定することに反対するものとして、川島武宣「判批」判民昭和17年度（48事件評釈）199頁（1943年）参照。また、同条項の適用範囲に賛同しつつ、取消後の第三者は無権利者からの譲受人であるから、177条の第三者にあたらぬとするものとして、薬師寺志光「判批」志林45卷4号27頁（1943年）、舟橋諄一「判批」民商17卷4号71頁（1943年）（ただし、同・後注（11）162頁で改説）参照。

<sup>11</sup> 我妻栄『物権法』70頁（岩波書店、1932年）、末川博『物権法』138-139頁（日本評論社、1938年）のほか、林良平『物権法』83頁（有斐閣、1951年）、柚木馨『物権法』49-50頁（青林書院、1959年）、杉之原舜一『増補 不動産登記法』30-31頁（一粒社、1961年）、金山正信『物権法総論』151-153頁（有斐閣、1964年）参照。なお、舟橋諄一『物権法』162頁（有斐閣、1960年）は、「多少の疑い」を留保しつつ、暫定的に旧通説を支持する。

主張されてきた異論<sup>12</sup>も紹介されるようになり<sup>13</sup>、1970年代には、むしろ二元説に対する批判が強まった。批判は概ね、次の3点に集約される。

①取消の効果について、取消前の第三者との関係では遡及的無効とする一方で、取消後の第三者との関係では復歸的物權變動を觀念することは、理論的に整合性を欠く。②二元説によれば、民法96条3項が適用される詐欺取消の場合を除き、取消前の第三者には登記なしに遡及効を対抗できるため、取消後の第三者と対峙するより有利になる。そうすると、取消権者は、取消することができるのを知りながら、これを放置し、第三者が現れるのを待って取消することによって、同人に優先できるので、結局、取引安全を図ることはできない。③判例は177条の「第三者」から単純悪意者を排除しないため、取消後の第三者は、登記さえ備えれば、取消原因または取消による物權の復歸を知っていても保護される。これは、詐欺取消前の第三者が96条3項によって善意の場合に限り保護されるにすぎないこととの均衡を欠く。

これらの批判から、学説は、大別すると2つの方向に向かって展開された。その1つは、二元的構成を維持した上で、民法177条の適用範囲を取消の時点より前に遡らせて拡張するとともに、背信的悪意者の法理を活用して保護されるべき第三者を絞り込む立場（修正二元説）である。もう1つは、取消（その他の基準時）の前後を分けずに取消の遡及効を貫徹し、無権利者からの譲受人となる第三者の保護を94条2項類推または96条3項によって図る立場（無権利説）である。そのほか、96条3項は遡及効のみを否認するものと捉え、取消権者と第三者の間に二重譲渡類似の関係を見出す見解もみられる。さらに近時、いわゆる「対抗問題」とも「無権利の法理」とも異なる固有の法理を析出し、同条項をその文脈に位置づける見解もある。以下、それぞれ代表

---

<sup>12</sup> 例えば、前注（10）に挙げた各評釈など。

<sup>13</sup> 原島重義「判批」我妻栄編『続判例百選』（ジュリ臨時増刊）74頁（1960年）、舟橋諒一編『注釈民法（6）物權（1）』283頁以下〔原島重義（有斐閣、1970年）等参照〕。

的な論者の見解を概観しよう<sup>14</sup>。

## 2. 修正二元説

鈴木禄弥は、取消の遡及効といっても「原状回復という効果を導出するための法的構成にすぎ」<sup>15</sup>ず、復帰の物権変動を民法121条に反すると考える必要はないという。また、177条の趣旨は、自己の物権を登記しうるのにこれを怠る者に不利益を甘受させることにあるとみる<sup>16</sup>。そして、取消の時点ではなく、取消原因が止み、かつ取消権者が取消原因のあることを知った時点  
を基準として<sup>17</sup>、それ以降は直ちに取消権を行使し、登記を回復すべきところ、そうしなかった取消権者に怠慢を見出して、同条を適用する<sup>18</sup>。ただし、取消権者は、背信的悪意者に対しては、回復登記なしに物権の復帰を対抗しうる<sup>19</sup>。他方、上記基準時以前は、取消権者が回復登記しないことを責められないため、同条適用の前提を欠く。したがって、基準時前の第三者は、96条3項によって保護されない限り、たとえ登記を具備しても<sup>20</sup>、取消権者に

---

<sup>14</sup> 他方、判例・旧通説を再評価するものとして、米倉明「『法律行為の取消しと登記』をどう法的構成すべきか—判例・旧通説へ帰ろう—」タートンスマン11号1頁（2009年）、松岡久和『物権法』161頁（成文堂、2017年）、佐久間毅『民法の基礎2 物権〔第2版〕』85-88頁（有斐閣、2019年）（ただし、取消の前後を問わず、遡及的消滅という物権変動を観念）参照。

<sup>15</sup> 鈴木禄弥『物権法講義〔5訂版〕』127頁（創文社、2007年）。

<sup>16</sup> 鈴木禄弥「法律行為の取消と対抗問題」林良平ほか編『谷口知平先生追悼論文集 第3巻 財産法、補遺』137-138頁（信山社、1993年）参照。

<sup>17</sup> ただし、後に、行為能力制限を理由とする取消については、基準時を現実に取消された時点に改めている（鈴木・前注（15）146頁参照）。

<sup>18</sup> 鈴木・前注（16）139頁参照。

<sup>19</sup> 鈴木・前注（16）140-141頁参照。

<sup>20</sup> 「登記を具備するからこそ」とすべきかもしれない。というのも、第三者が基準時前に物権を取得しても、それを未登記である間に基準時が到来すれば、取消権者は直ちに取消して登記を回復できる。取消権者がこれを放置すれば怠慢といえるため、むしろ177条が適用される。したがって、第三者の「登場」とは「かれが所定の登記を具備したことを指す」とされている（鈴木・前注（16）139-140頁参照）。

劣後する。

広中俊雄は、「対抗要件主義の精神」を徹底させ、取消原因が止まらずとも、取消しうる状態になれば、取消権者と第三者の関係を対抗問題に取り込もうとする<sup>21</sup>。さらに進めて、取消権者は、取消すか否かを選択する自由を有するものの、取消した時期にかかわらず、原則として、第三者と対抗関係に立つと捉える。ただし、取消権者は「取消をなしうべき状態になったのち遅滞なく取消をするとともに……登記回復のための法的手段をとることによって」、登記済みの第三者に対し<sup>22</sup>、「民法一七七条適用の基礎が欠けている旨を主張」でき、その場合には、第三者保護は96条3項によるほかない<sup>23</sup>。しかし、遅滞なく上記手段をとらなかった取消権者は、対抗問題として登記済みの第三者には敗れる。もっとも、取消原因または取消したことについて、重過失を含む悪意の第三者に対しては、これを背信的悪意者と評価して、取消権者は回復登記なしに物権の復帰を対抗できる<sup>24</sup>。そして、この枠組みを、対抗問題としての処理が妥当な場合には、専ら相手方との関係を規律する121条による「無効の擬制は一七七条によって制限される」<sup>25</sup>と説明する。

なお、広中説は一般に（ときに鈴木説とともに）、「対抗問題（要件）徹底説」と呼ばれる。しかし、取消権者の対応によっては、取消の遡及効が働く場面を認めており、「名称に惑わされないように注意」<sup>26</sup>する必要がある。

---

<sup>21</sup> 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—学説史的検討をとおして」法時49巻6号50頁（1977年）参照。

<sup>22</sup> 未登記の第三者には177条が適用される（広中・前注（21）50頁参照）。その理由について、鈴木説を紹介する文脈で述べた前注（20）参照。

<sup>23</sup> 広中・前注（21）56-57頁参照。

<sup>24</sup> 広中・前注（21）56-57頁参照。

<sup>25</sup> 広中・前注（21）57頁。

<sup>26</sup> 松岡・前注（14）160頁。

### 3. 無権利説

川島武宣は、取消という形成権の効果は給付物返還を請求するための「概念上の前提にすぎ」ず、「根本的には訴権法的構成を脱しきつていない」民法のもと、詐欺被害者の取消権を「実質的な返還請求権……そのもの」とみる<sup>27</sup>。この見方によれば、第三者を相手取って「取消＝給付物返還を訴求」する時点では、必然的に同人を「取消前の第三者」と扱うことになる。もっとも、川島はそこにとどまらず、取消の遡及効に照らして、物権の復帰を観念できないとして、二元説に反対する。そして、民法96条3項は、取消の前後を問わず、「詐欺による意思表示があったことを知らなかったすべての第三者を保護する」<sup>28</sup>ものと解する。原島重義もこれに賛同する<sup>29</sup>が、強迫取消に第三者保護規定のないことを疑問視し、同条項の類推適用を提案する<sup>30</sup>。

幾代通は、解除と異なり、効力否認の理由が法律行為の原始的瑕疵にある取消は無効に準じる処理に馴染むとみる<sup>31</sup>。その上で、取消権者が取消原因から「自由になり、……行為の外形たる登記を有効に除去しうる状態になりながら、なおそれを除去せずに放置することは、虚偽表示に準ずる容態である」<sup>32</sup>として、民法94条2項類推適用によって第三者保護を図る。その際、虚偽表示に準ずると評価するには、取消権者が行為を取消しうることを了知し、

<sup>27</sup> 川島・前注(10) 202-203頁参照。

<sup>28</sup> 川島武宣『民法総則』301頁（有斐閣、1965年）。

<sup>29</sup> そのほか、遠藤浩編『不動産法大系 第1巻 売買』172-173頁〔平井一雄〕（青林書院新社、1970年）、小川清一郎「取消と登記の関係を巡る一考察」明海大学不動産学部論集4号9頁（1996年）、西村峯裕＝久保宏之『コモンセンス民法・2 物権〔第2版〕』45頁（中央経済社、2006年）、平野裕之『民法総則』233頁、237頁（日本評論社、2017年）参照。

<sup>30</sup> 舟橋編〔原島〕・前注(13) 286頁参照。そのほか、半田正夫『民法一七七条における第三者の範囲』35-36頁（一粒社、1977年）（ただし、取消後の第三者は94条2項類推によって保護（同38頁））、平野・前注(29) 239頁（ただし、相当期間の外観放置があった場合に限定）参照。

<sup>31</sup> 幾代通「法律行為の取消と登記」於保還暦記念『民法学の基礎的課題 上』61-62頁（有斐閣、1971年）参照。

<sup>32</sup> 幾代・前注(31) 64頁。

かつ追認しうる状態にもかかわらず、回復登記等の措置を執らなかつたことが必要である。また、虚偽表示に準ずるとはいえ、取消権者の帰責性は必ずしも強くないとして、第三者に無過失を要求する<sup>33</sup>。他方、取消権者が追認可能状態に入る以前に現れた第三者は、たとえ善意無過失でも、原則として保護されない。その例外が96条3項であり、取消権者は善意無過失の第三者に遡及的無効を対抗できない<sup>34</sup>。なお、幾代は当初、詐欺取消における第三者保護を、追認可能状態以前は同条項によって図り、それ以後は他の取消原因を含めて一律に94条2項類推によるものと解した<sup>35</sup>。しかし後に、追認可能状態の前後を問わず96条3項によると改め<sup>36</sup>、さらにその後、次に紹介する下森説を支持するに至った<sup>37</sup>。

下森定は、取消権者と第三者の関係を、静的安全と動的安全の調整という「異質の価値間の衝突の調整問題」と捉え、「取引安全保護という同質の価値間の衝突の調整原理」である民法177条の適用場面とは次元が異なるとみる<sup>38</sup>。そして、詐欺以外の原因による取消について、(相手方名義の)登記除去可能時を基準として、それ以後に現れた善意無過失の第三者を94条2項類推によって保護する幾代説を、有用かつ妥当なものとして支持する<sup>39</sup>。他方、詐欺取消については、まず、96条3項にいう第三者を「詐欺によって設定された法律関係が……取り消さるべき危険にさらされていることを知らずに、

<sup>33</sup> 幾代・前注(31) 64-65頁参照。

<sup>34</sup> 幾代・前注(31) 66-67頁、同・前注(3) 284頁(94条2項(およびその類推)との対比から、96条3項にも無過失を要求)参照。

<sup>35</sup> 幾代・前注(31) 66頁参照。

<sup>36</sup> シンポジウム「不動産物権変動と登記の意義」私法37号41頁[幾代発言](1975年)参照(96条3項の要件を満たす善意無過失の第三者が、94条2項類推を勝ち取るために、取消権者の帰責性(追認可能状態にあること)も証明するよう求められるいわれはないからである)。

<sup>37</sup> 幾代通「法律行為の取消と登記-再論」民事研修359号8-9頁、10頁(1987年)参照。

<sup>38</sup> 下森定「『民法九六条三項にいう第三者と登記』再論-最高裁昭和四九年九月二六日判決を中心として-」薬師寺米寿『民事法学の諸問題』115-116頁(総合労働研究所、1977年)参照。

<sup>39</sup> 下森・前注(38) 128頁参照。

この法律関係の渦中にまきこまれた者」と解し、同条項の適用を「取消前に利害関係をもつに至った第三者」<sup>40</sup>に限定する。その上で、「すでに九六条三項により、取消前の第三者が保護されることになっているのであるから、九四条二項を取消前の第三者にまで類推適用する必要はなんらな」<sup>41</sup>いため、取消時を基準として、それ以後に現れた善意無過失の第三者を94条2項類推適用による保護の対象とする<sup>42</sup>。

四宮和夫は、意思表示の欠陥や判断能力の不十分さを原因とする取消にあっては「可能なかぎり原状に近い状態に置く……必要がある」<sup>43</sup>ため、その効果を遡及的失権と捉え、復帰的物権変動は生じないとして、無権利説（遡及効貫徹説）を採る<sup>44</sup>。そして、無権利者からの譲受人となる第三者の保護について、四宮は当初、取消の前後を問わず、民法96条3項よるもののみとした<sup>45</sup>。しかし後に、同条項は「失効の遡及から第三者を保護する規定と解するのが、民法の体系に合する」<sup>46</sup>として、その適用を取消前の第三者に限定した。また、94条2項類推による第三者保護について、「登記除去の放置とはいっても、取消前におけるそれと取消後におけるそれとでは懈怠の程度に顕著な差」<sup>47</sup>があるととして、基準を取消時に設定した。つまり、取消前の第三者

<sup>40</sup> 川島武宣編『注釈民法（3）総則（3）』232頁〔下森定〕（有斐閣、1973年）。

<sup>41</sup> 下森・前注（38）129頁。

<sup>42</sup> この枠組みを採用するものとして、加藤一郎『民法ノート（上）』56-57頁（有斐閣、1984年）、石田編〔磯村〕・前注（3）170-171頁、後藤卷則「法律行為の取消と登記」森泉還暦『現代判例民法学の課題』243-245頁（法学書院、1988年）、加藤雅信『新民法大系Ⅱ 物権法〔第2版〕』130頁（有斐閣、2005年）、山野日章夫『物権法〔第5版〕』65頁（日本評論社、2012年）（ただし、第三者の登記具備を94条2項類推の要件とする）等参照。

<sup>43</sup> 四宮和夫「遡及効と対抗要件－第三者保護規定を中心として－」同『四宮和夫民法論集』5頁（弘文堂、1990年）〔初出、新潟大学法政理論9巻3号、1977年〕。

<sup>44</sup> 四宮・前注（43）7-8頁参照。

<sup>45</sup> 四宮和夫『民法総則〔初版〕』196-197頁（弘文堂、1972年）参照。

<sup>46</sup> 四宮・前注（43）9頁。

<sup>47</sup> 四宮・前注（43）10頁。

は、詐欺取消に係る96条3項による場合を除き、保護されない。他方、取消後の第三者は、取消原因を問わず、94条2項類推によって保護されうる<sup>48</sup>。

#### 4. 詐欺取消遡及効否認説

加賀山茂は、「対抗不能」一般の意味を、「当事者間で生じる、ある法律効果が、保護されるべき第三者の権利を害する範囲で、その第三者に、その法律効果の効力を否認することができるという権限（否認権）を与えたもの」<sup>49</sup>と解する。また、取消はその遡及効によって第三者の権利を害するとみて、民法96条3項の第三者は、取消の「遡及効」を否認する権限をもつという。そして、詐欺取消に対して第三者が否認権を行使すると、同人への権利移転と取消権者への遡及効のない原状回復に、二重譲渡類似の関係を見出して、177条を適用する<sup>50</sup>。この場合、第三者が取消の前後いずれに現れたかを問わず、取消権者と第三者の優劣は、登記の具備によって決せられる。ただし、いずれも登記を備えないうちは、二重譲渡についての、いわゆる「否認権説」の立場から、第一買主に相当する者を優先させる。すなわち、取消前の第三者は取消権者に勝つものに対し、取消後の第三者は取消権者に敗れる<sup>51</sup>。

#### 5. 固有の法理を析出する見解

武川幸嗣によれば、旧民法では、詐欺は合意の瑕疵を生じず、表意者は、相手方（詐欺者）に対して、損害賠償または「補償ノ名義」の取消を求めう

<sup>48</sup> この枠組みを採用するものとして、河上・前注（3）384頁、387頁、内田・前注（3）83-84頁、88頁参照。

<sup>49</sup> 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618号13頁（1986年）。

<sup>50</sup> 加賀山・前注（49）15頁参照。なお、詐欺以外の原因による取消では、取消制度とは別の保護規定の要件を満たさない限り、第三者は保護されない（同16頁参照）。

<sup>51</sup> 加賀山・前注（49）16頁参照。なお、簡潔ながら、詐欺取消について、ほぼ同旨を説くものとして、清水元『プロGRESS民法【物権法】〔第2版〕』86頁（成文堂、2010年）参照。

るにとどまる。それらは詐欺者に対する民事罰なので、第三者に主張できないのは当然であり、ただ、悪意の第三者には例外的に取消の効果が及ぶとされた。明治民法は、詐欺を「瑕疵ある意思表示」に取り込み、その効果を他の原因による取消と統一した<sup>52</sup>。しかし、武川は「こうした立法形式の修正にも拘わらず、実質的には、……旧民法の詐欺制度の基本構想はほぼ継承された」<sup>53</sup>とみる。そうすると、民法96条3項は、詐欺者以外の第三者に取消を対抗できないのを原則とし、例外的に悪意者を除外するものであって、無権利の法理における例外ルールとは基本構造を異にする<sup>54</sup>。また、取消を対抗できない結果、目的物は表意者から相手方を経て第三者へと承継取得されるのであって、二重譲渡的な対抗関係も認められない。そこに、同条項に独自のものとして、「広義の『対抗不能』法理による第三者保護」を見出す<sup>55</sup>。そのような意味での同条項は、取消後の第三者を積極的に排除するものではなく、取消の前後を問わず適用される。そして、むしろ詐欺とそれ以外の原因による無効・取消とを区別すべきであるという<sup>56</sup>。

松尾弘は、いわゆる「対抗の法理」とも「無権利の法理」とも異なる「権利保護資格の法理」を構想する<sup>57</sup>。その際、Bから譲受けたCと直接の取引関係に立たないAとの権利帰属が問題となる事案類型を網羅的に取り上げ、いずれの法理に服するのが妥当かを丹念に検証している。そのため安易な要

<sup>52</sup> 武川幸嗣「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－」法学研究69巻1号519-531頁（1996年）参照。そのほか、96条3項の沿革について、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15巻3＝4号15頁（1992年）参照。

<sup>53</sup> 武川・前注（52）536頁。

<sup>54</sup> 武川・前注（52）537頁参照。

<sup>55</sup> 武川・前注（52）539頁参照。

<sup>56</sup> 武川・前注（52）540-542頁参照。

<sup>57</sup> 松尾弘「物権変動における『対抗の法理』と『無権利の法理』の間（1）～（4・完）－第三者保護法理の体系化と『権利保護資格の法理』の位置づけ－」慶應法学6号371頁、7号507頁、10号385頁、13号187頁（2006～2009年）参照。

約は憚られるが、この構想は、一方では対抗の法理のもと、対抗要件(登記)さえ備えれば悪意であっても、他方では無権利の法理の例外則のもと、善意(無過失)でさえあれば履行(登記移転、引渡し、代金支払いなど)に未着手でも、第三者を保護することが不当な場合があり、その範囲を画定しようとするものようである<sup>58</sup>。そして、権利保護資格の法理に服するのは、Bが取消または解除されうる場合のように、「権利回復原因をもつ者からの取得型」とされる<sup>59</sup>。また、取消の遡及効は債権的な効果(権利を回復すべき債権)を生じさせるにすぎず、「第三者Cの登場時期が取消しの前か後かにかかわらず、同一の法理に従って権利保護を図るべき」とする。その上で、取消の前後を問わず民法96条3項を適用し、Cがその保護を受けるには、善意のほか、Bへの履行に着手したことを要すると解釈する。さらに、これに無過失を加重して、同条項を強迫および行為能力の制限による取消に類推適用する<sup>60</sup>。

## 6. 小括 (図示)

上述のように、いわゆる「取消と登記」の項目において、取消権者と第三者のいずれに、不動産物権を帰属させるかを判定する際に適用される規定とその射程について、学説は錯綜した状況にある。もっとも、本稿がとくに注目すべき詐欺取消に絞って整理すると、次頁のように図示できるのであろう。

---

<sup>58</sup> 松尾・前注(57)13号187-192頁参照。

<sup>59</sup> 松尾・前注(57)13号188頁、192頁参照。

<sup>60</sup> 松尾・前注(57)13号197-198頁参照。

〈 詐欺取消：権利帰属の判定に適用される規定 〉

|         | I     | II     | III    | IV     | V            | VI     |
|---------|-------|--------|--------|--------|--------------|--------|
| 前<br>↑  |       | § 96 ③ | § 96 ③ | § 96 ③ | § 96 ③       |        |
| 取消<br>↓ | § 177 | § 177  | § 177  | § 177  | § 94 ②<br>類推 | §-96 ③ |
| 後<br>↓  |       |        |        |        |              |        |

I：加賀山説 / II：広中説 / III：鈴木説 / IV：判例・旧通説

V：(現)幾代説・下森説・四宮説 / VI：川島説・原島説、武川説・松尾説

### 三 登記必要説・不要説の論拠と価値判断

詐欺による意思表示を取消した表意者と第三者のいずれに、不動産物権を帰属させるかを判定する際、民法177条が適用される場合には、第三者が(同人にとって第三者にあたる)表意者に物権取得を対抗するために、原則として登記を要することは、同条の文言から明らかである。他方、96条3項は、第三者保護の要件として善意を明記するのみ(改正前)であるが、登記等の要件を加重すべきかが争われてきた。

#### 1. 登記必要説

##### (1) 登記の法的性質(理論的根拠)

民法96条3項による第三者保護の要件として登記を要求する見解において、その理論的根拠は当初、必ずしも明らかではなかった。例えば、我妻は、取消前の第三者への同条項適用について、「詐欺をした者から目的物を転得した者が……対抗要件を備えないときは、この者に対して取消の結果を対抗しうる」<sup>61</sup>とするが、この「対抗要件」の法的性質を掘り下げなかった。もっとも、我妻が二元説を採るためであろうか、これを「対抗問題的に捉えていた

ようである」<sup>62</sup>と受け取られている。しかし、表意者が第三者に取消を対抗できない結果、物権は有効に表意者から相手方を経て第三者へ承継取得されると解される。そうであるとすれば、表意者と第三者は、転々譲渡の前主と後主であって、対抗関係に立つものではない<sup>63</sup>。したがって、同条項の要件としての登記は、対抗問題における対抗要件（177条）とは異質であり、登記必要説は、これを理論的に性質づけることを迫られる。

この点について、後述の最判昭49. 9. 26民集28巻6号1213頁（以下、「昭和49年最判」という）を契機として<sup>64</sup>、登記必要説に進展がみられた。例えば、星野英一は、『『本来の（ないし狭義の）対抗問題』にはあたらない場合であっても、……権利行使や権利保護の要件として登記の具備を要求するのが妥当な場合がありはしないか」と問題提起する。そして、賃貸不動産の譲受人が賃借人に賃料請求するのに登記を要するのを引き合いに出して、「このように登記の具備が必要とされる場合を『広義の対抗問題』と呼んで差し支え」なく、登記は、民法177条の対抗要件であるほか、「権利主張の要件や、保護の要件としての意味をも持ちうる」として、96条3項をこの文脈に位置づける<sup>65</sup>。また、加藤一郎が、詐欺による表意者Aと第三者Cの関係は対抗問題ではないものの、善意のCに対抗できないAは、相手方「Bに対しては登記の回復を請求することができ、AとCの間の優劣は対抗要件によって決す

<sup>61</sup> 我妻栄『新訂 民法総則』312頁（岩波書店、1965年）。

<sup>62</sup> 川島ほか編〔下森〕・前注（2）485頁。なお、「対抗問題的」な捉え方を示唆する近時の見解として、船越隆司『民法総則（改訂版）－理論と実際の体系1』137頁、171頁（向学社、2001年）参照。

<sup>63</sup> 川島ほか編〔下森〕・前注（2）485-486頁参照。そのほか、後注（79）参照。

<sup>64</sup> ただし、同判決に先立って、遠藤浩編著『セミナー法学全集2 民法I 総則（法学セミナー増刊）』66頁（日本評論社、1973年）は、虚偽表示と対比しつつ、詐欺による表意者と第三者の「利益を考量するという名のはかりにのせるとして、〔第三者〕が保護されるには、それだけの重みをかせられる－登記をすること－必要があるのではないかと思います。登記が必要だということになりましょう」と述べている。

<sup>65</sup> 星野英一「判批」民商93巻5号196-197頁（1986年）参照。

る」と理論構成する<sup>66</sup>のも、星野説に通底する発想を窺わせる。そのほか、須永醇は、取消権者と第三者は対抗関係に立たないが、「そのことから直ちに九六条三項の『第三者』たるためには登記……を必要としないとの結論をみちびき出すことは、論理の飛躍」であるという。そして、同条項によって「保護されるべき第三者」の範囲を決定するに際して、登記を最重要のメルクマールと位置づける<sup>67</sup>。このように、177条の対抗要件以外の要件として機能する登記は「権利保護（資格）要件としての登記」などと呼ばれ、今日、そのような呼称と性質づけは（その賛否はともかく）定着している<sup>68</sup>。

## （2）登記の要求を正当化する価値判断（実質的根拠）

その法的性質はさておき、民法96条3項による保護の要件として、第三者に登記の具備を要求する実質的根拠は何であろうか。その出発点には、表意者には強迫による場合と異なって迂闊なところがあるとはいえ、詐欺の被害者であるから、極力保護されるべきであるという価値判断があるように思われる。表意者の保護範囲を広げるには、保護される第三者を絞り込む必要があり、同条項が明記する善意のみでは足りないと考えられた。そして、「被詐欺者……の利益を犠牲にしてまでも保護されるべき『第三者』<sup>69</sup>であるかを問い、保護を受けるには「第三者としても……自らの権利確保のためになすべきことをしておくべき」<sup>70</sup>とされ、そのなすべきこととして登記が措定さ

<sup>66</sup> 加藤(一)・前注(42)49-50頁参照。

<sup>67</sup> 須永醇「判批」ジュリ臨時増刊590号『昭和49年度重要判例解説』58頁（1975年）参照。ただし、須永は後に、鈴木説を支持するに至る（同・前注(3)222-225頁参照）。そして、鈴木説では、96条3項の適用は取消権者の取消原因了知前に現れた「登記済み」の第三者に限定される（前注(20)参照）ので、権利保護資格要件（登記）は当然に満たされ、独自の意義を減殺されるように思われる。

<sup>68</sup> ただし、松尾・前注(57)6号383頁は、権利保護（資格）要件という用語が「相当多義的に用いられていることから、その意味を整理しておく必要がある」と指摘する。

<sup>69</sup> 須永・前注(67)58頁。

<sup>70</sup> 内田・前注(3)85頁。

れている。また、「第三者が保護されるのは、かなり強力に取消権者を保護する趣旨と見られる遡及効……の例外なのだから、それ故にこそある程度強力な地位を得ている必要がありはしないか」<sup>71</sup>とか、「一応確定的な地位を得ている場合に、〔第三者〕を保護すれば十分ではないか」<sup>72</sup>として、登記を要求するのも、詐欺被害者を犠牲にすることとのバランスから、第三者を絞り込もうとするものではなかろうか。

さらに、第三者が不動産を購入したものの、その登記を備えないうちに、表意者が詐欺による意思表示を取消して、相手方から登記を回復した場合にまで、第三者を保護する（とくに回復登記の抹消を認める）ことは過保護であるという<sup>73</sup>。もっとも、これは、詐欺被害者の保護範囲を拡張するためというより、むしろ登記を怠る者に不利益を甘受させるという対抗問題（民法177条）における価値判断と親和的であるように思われる。

そのほか、登記を不要とすると、実際には取消（その他の基準時）後に利害関係を有するに至ったにもかかわらず、前主（表意者にとっては詐欺者）とのなれ合いで、第三者が取消（その他の基準時）前に取得したと偽って、民法96条3項の保護に与ることを許してしまうとの指摘もみられる<sup>74</sup>。また、同条項は94条2項とともに登記に公信力を認める規定であるとの解釈を前提として、自ら登記を備えない第三者が、実体と異なる登記通りの権利関係を主張するのは「あまりにも虫がよすぎる」とする見解もある<sup>75</sup>。

---

<sup>71</sup> 星野・前注（65）196-197頁。

<sup>72</sup> 加藤<sub>(一)</sub>・前注（42）50頁。

<sup>73</sup> 下森定ほか編『民法（別冊法学セミナー no. 44 司法試験シリーズ2）』92頁〔平井一雄〕（日本評論社、1980年）、星野・前注（65）197頁、加藤<sub>(一)</sub>・前注（42）50頁、後藤・前注（42）245-246頁、鈴木・前注（16）151頁、近江幸治『民法講義Ⅱ 物権法〔第3版〕』97頁（成文堂、2006年）

<sup>74</sup> 加藤<sub>(一)</sub>・前注（42）50-51頁、鈴木・前注（16）151頁

<sup>75</sup> 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」志林70巻1号113頁（1973年）参照。

なお、表意者が取消さずに、相手方から買戻したり、合意解除した場合には、表意者と第三者は互いに、登記を具備しなければ他方に対抗できない(民法177条)。また、判例によれば、法定解除前の第三者が545条1項但書の保護を受けるには、対抗要件の具備を要する<sup>76</sup>。そして、これらの場面で要求される登記（ないし対抗要件）は、96条3項における登記の必要性を補強する材料として挙げられることがある<sup>77</sup>。他方、94条2項ないしその類推による第三者保護においては一般に、登記は不要と解されている。これに対して、96条3項では登記を要求することについて、自ら虚偽表示を行い、または虚偽の外観に帰責性ある者と比べて、詐欺被害者の帰責性（迂闊さ）が弱く、むしろ保護すべきことから、この対照的な扱いが説明される<sup>78</sup>。

## 2. 登記不要説

民法96条3項適用に際し、第三者の登記を不要とする見解は、同条項の文言がこれを求めていることに加え、表意者と第三者が対抗関係に立たないことから<sup>79</sup>、（少なくとも対抗要件としての）登記を不要とする。

また、権利保護資格要件としての登記について、民法96条3項は契約締結時における「第三者の信頼を保護する趣旨の規定」であるところ、「登記の具備はその時点以後に問題となる事柄であり、……第三者の信頼（やその正

<sup>76</sup> 大判大10.5.17民録27輯929頁参照（ただし、目的物が動産（伐木）の事例）。

<sup>77</sup> 加藤(一)・前注(42)50頁、河上正二・前注(3)383頁、川井健『民法概論1（民法総則）〔第4版〕』190頁（有斐閣、2008年）、鎌田薫「判批」中田裕康ほか編『民法判例百選I 総則・物権〔第6版〕』49頁（有斐閣、2009年）参照。

<sup>78</sup> 須永・前注(67)58頁、内田・前注(3)85頁参照。これとは逆向きに、94条2項ないしその類推にも権利保護資格要件としての登記を要求するものとして、柳澤・前注(75)109頁、後藤・前注(42)246頁、河上・前注(3)384頁、滝沢津代『物権法』90頁（三省堂、2013年）参照。

<sup>79</sup> 舟橋・前注(10)79頁、四宮・前注(43)10-11頁、同・前注(3)188頁、下森定「判批」判タ322号92頁（1975年）、同・前注(38)115-117頁、武川・前注(52)539頁、小川・前注(29)10頁等参照。

当性)に影響を及ぼすものではない<sup>80)</sup>ので、これを不要とする。「第三者はすでに契約を締結する時点で財産的な決定を行っているのであるから、これ以後は被詐欺者より保護されるとしても不当とはいえないのではないか<sup>81)</sup>とされるのも、同様の理由づけといえよう。

そのほか、民法96条3項の適用される場面は、対抗要件(登記)が問題となる類型に限定されないと指摘する。すなわち、同条項は、例えば、「詐欺による動産取得者からの賃借人や詐欺による代理権取得者と取引した相手方」にも適用されうるところ、「ひとり物または権利の転讓渡類型に限って、物権變動の発生や対抗要件の具備を加重要件として要求することは合理的でもなく、また妥当でもない<sup>82)</sup>と主張する。さらに、同条2項や表見代理では「相手方の保護要件として登記の必要性は問題とされていない」ことに注目する。そして、「取引の相手方以上に、善意の第三者の方がより強く保護されてしかるべきなのに、第三者には登記を要求し、相手方にはこれを要求しないという結論はおかしくはあるまいか<sup>83)</sup>として、登記必要説を批判する。

なお、「後発的な双務的均衡の喪失に原因」がある解除と、「意思表示に欠陥の存することまたは行為者の判断能力が不十分であることに原因」がある取消とでは、「まったく異なる解決方法をとるべき」とされ、そこから登記の要否の違いが説明される<sup>84)</sup>。また、取消はむしろ、意思表示の欠陥という「原始的な原因」を有することから、民法「九四条二項の類型に近いものと

---

<sup>80)</sup> 佐久間毅『民法の基礎1 総則 [第4版]』172頁(有斐閣、2018年)。

<sup>81)</sup> 石田編 [磯村]・前注(3)168頁。

<sup>82)</sup> 下森・前注(38)109頁。あわせて、小川・前注(29)10頁、川島ほか編 [下森]・前注(2)488頁参照。

<sup>83)</sup> 川島ほか編 [下森]・前注(2)488頁。

<sup>84)</sup> 四宮・前注(43)5頁、27頁参照(ただし、解除による物権の復帰との二重讓渡を観念しており、対抗要件としての登記と捉えるようである(同28頁参照))。これとは逆向きに、石田編 [磯村]・前注(3)168頁は、登記不要説の立場から、「解除における登記の必要性の当否そのものが問われることになろう」とする。

してとらえるのが正当」<sup>85</sup>として、96条3項でも登記は不要とされる。

### 3. 昭和49年最判とその評価

民法96条3項における権利保護資格要件としての、登記の要否が意識的に論じられる契機となった判例が、昭和49年最判であった。同判決では、詐欺取消前に利害関係を有するに至った者が同条項にいう「第三者」として保護を受けるには、同人がすでに物権を転得し、しかもその対抗要件（登記）を具備していることを要するかが争われた。

#### （1）事案の概要

昭和41年6月24日、A社は、X所有の農地（その他5筆の土地）を、建売住宅の敷地とする目的で買受け、農地法上の許可を停止条件とする所有権移転仮登記を経由した。同年7月上旬、A社は、Y<sub>1</sub>社に対して負う債務の売渡担保として、同社に本件農地を（他の5筆とともに）譲渡し、上記仮登記の移転付記登記が行われた。ところが、XとA社の土地売買契約は、同社の代表者の詐欺<sup>86</sup>によるものであった。そこで、Xは、同月27日にこれを取消し、上記付記登記の抹消等を求めて本件訴訟を提起した。なお、Y<sub>1</sub>社は、A社と売渡担保契約を締結する際、上記詐欺の事実を知らなかった。また、控訴係属中に破産し、管財人Y<sub>2</sub>が訴訟を承継した。

原審は、目的物を転得した善意の第三者が対抗要件を備えているときに限り、表意者は詐欺取消を対抗できないとする。そして、本件農地について、

---

<sup>85</sup> 下森・前注（38）114頁。

<sup>86</sup> 原審の認定によると、A社は昭和41年3月ころ設立された建設会社であるが、その経営は当初から捗々しくなく、同年7月には発足以来一件の受注も得られないまま事実上倒産した。その代表者は、建売住宅の建設・販売について具体的な事業計画を立てていないにもかかわらず、X（の代理人）に対して、土地代金は建売住宅売却により調達するので、建設資金の融資を受けるため所有名義を直ちに变えてもらいたいと依頼した。X側はこれを信用し、約束手形の交付を受けて、本件各土地の移転登記または仮登記を経由したというものである。

Y<sub>1</sub>社が所有権を取得したとはいいがたく、また対抗要件（本登記）を備えていないとして、Xによる付記登記の抹消請求を認容した。

## （2）判旨

最高裁は、登記の要否について、次のように述べて、Xの抹消請求を退けた。すなわち、「民法九六条一項、三項は、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図るとともに、他方その取消の効果『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者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」。

## （3）昭和49年最判に対する評価

上に引用したように、昭和49年最判は、民法96条3項にいう第三者を「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」と判示した。一見して、登記不要説を採ったものと解する<sup>87</sup>のが素直な読み方なのかもしれない。ただし、同判決の事案には、本件農地について、農地法上の許可を得るまで、Y<sub>1</sub>社は（また、その前主A社でさえも）本登記できなかつたという特殊な事情がある。しかも、所有権移転請求権を保全する仮登記の移転付記登記を経由しており、同社は権利確保のためになしうることを済ませていたといえる。そのため、登記必要説の立場から、同判決の射程は仮登記を備えた事案に限定され、または登記具備の必要性を一律に否定するものではないとの評価もみられる<sup>88</sup>。

---

<sup>87</sup> 下森・前注（79）判タ322号93頁、同・前注（38）113-115頁、石田編 [磯村]・前注（3）168頁、四宮・前注（3）188頁、松岡・前注（14）156頁、佐久間・前注（80）172頁等参照。

#### 4. 登記以外の指標を考慮する見解

##### （1）登記の相対化

上に紹介した須永説は、登記（場合によっては仮登記）または引渡という対世的権利保全手続の履践を要求するため、登記必要説に位置づけた。もっとも、そこでの登記等は、「被詐欺者……の利益を犠牲にしてまでも保護されるべき『第三者』の範囲」を決定するにあたって、同人の「取得した実質的利害関係の程度いかんを測定する最重要なメルクマールの一つ」<sup>88</sup>とされる。須永説がそのほかにどのようなメルクマールを考慮するのか、必ずしも明らかではないけれども、権利保護資格要件の充足にとって重要なのは、保護に値する実質的利害関係であって、登記はそれを判定する物差しにすぎない<sup>90</sup>。このように、権利保護資格要件の充足を判定するに際して、登記を判断材料の一つにとどめて相対化し、または登記以外の指標に第三者保護の可否を係らせる見解は、ほかにもみられる。

##### （2）擬制信託説（有償性の考慮から総合的判断へ）

例えば、谷口知平は、英米法における擬制信託（constructive trust）の理論を応用し、無効、取消ないし解除における第三者保護について、目的物を有償取得した者に限定することを提案する<sup>91</sup>。また、詐欺取消については、取消権者Aが登記を回復した場合でも、善意の第三者Cの「登記請求に応ずべきが原則」であるという。けれども、Aと相手方Bとの「経済的実質的利益（AB間の対価の有無……）、BC間のそれ（Cの取得が無償か適正な価格

<sup>88</sup> 須永・前注（67）58頁、川井健＝岡孝「判批」判評196号151頁（1975年）、星野・前注（65）197頁等参照。

<sup>89</sup> 須永・前注（67）58頁。

<sup>90</sup> なお、下森・前注（38）120頁、川島ほか編「下森」・前注（2）489頁は、登記のみによって96条3項による保護の可否が判定できるわけではないことを、登記不要説の論拠として挙げる。

<sup>91</sup> シンボ・前注（36）79-81頁「谷口発言」参照。あわせて、無償取得した第三者の保護に否定的なものとして、同42頁「米倉発言」参照。

によるか)、A B間の契約の瑕疵の大きさ、Cが瑕疵について知りうべきであったか否かなど」、多様なファクターを考慮して、具体的衡平な解決を図るべきことを主張する<sup>92</sup>。鎌田薫は、谷口説を「結論において極めて妥当」と評価しつつ、「英米法上の概念をわが国の民法体系と整合的に組み替える作業が必要」と留保する<sup>93</sup>。そして、昭和49年最判の評釈では、第三者を保護すべきか否かは「登記の有無のみならず、権利取得の態様、占有状態、対価支払の有無等をも勘案して総合的に判断することが望ましい」<sup>94</sup>と述べる。

しかし、多様なファクターの考慮に基づく総合的な判断に対しては、「裁判官の自由裁量の範囲の拡大は、その反面において、彼に決断の苦痛を強いるものであり、また、裁判の公平性・判決の予測可能性、法的安定性あるいは紛争の明確かつ迅速な処理に対する要求も無視できない」<sup>95</sup>との批判もみられる。そのほか、「裁判所で採用されるためには、より明確な法的構成が必要」<sup>96</sup>とも指摘されている。

### (3) 権利保護資格の法理

これと関連して、松尾説が考慮要素を集約し、シンプルな要件枠組みとして提示するのは注目に値する。上述のように、松尾は「権利保護資格の法理」を構想し、「権利回復原因をもつ者からの取得型」をこの法理に服させる。そして、この取引類型における第三者Cを保護するための要件は「前主Bの権利取得原因に付着した原権利者Aへの権利復帰の可能性を遮断することを……正当化する」ものでなければならず、Cの善意を必須とみる。この点において、対抗要件よりも厳格で、無権利の法理における例外則に近い。しか

<sup>92</sup> 谷口知平「無効・取消・解除と物権変動－物権の過渡的変動と不当利得－」法セ304号34頁（1980年）参照。

<sup>93</sup> 鎌田薫「法律行為の取消しと登記」Law School 25号85頁（1980年）参照。

<sup>94</sup> 鎌田・前注（77）49頁。

<sup>95</sup> 川島ほか編〔下森〕・前注（2）489頁。あわせて、下森・前注（38）120頁参照。

<sup>96</sup> 加藤（一）・前注（42）59頁。

し、Cは取引の時点では権利者たるBから取得しているので、無権利の法理における例外則よりも、要件を緩和されるべき側面をもつという。すなわち、Cは原則として無過失であることを要せず、「即時取得における占有取得…ほどの外形上完全な利害関係の形成」も要求されない。「権利取得原因たる契約の履行の着手程度の利害関係の形成で足りる」とされる<sup>97</sup>。

そして、詐欺取消についても、この枠組みの実用性を検証し、「取消しの実事または取消原因の存在……について悪意のCまでも保護する必要はない一方で、善意のCに常に不動産の登記や動産の引渡しまで求めるとすれば、善意者のための権利保護としては厳格にすぎる」と分析する。その上で、Cが善意で、かつ、前主Bとの取引の履行段階に入ったことという要件を、民法96条3項の解釈として引き出している<sup>98</sup>。

#### 四 第三者に生じうる不利益と登記を要求する実践的意義

##### 1. 登記必要説の価値判断への共感と疑問

本稿は、登記必要説の実質的根拠のうち、詐欺被害者は極力保護されるべきであるという価値判断に共感する。

確かに、偽りの言説を鵜呑みにした詐欺被害者には、迂闊なところがある（後述のように、場合によっては、強欲なところさえある）。しかし、その過失を重くみるのであれば、詐欺被害者に対世的または物権的な保護を与えないこともできる。例えば、旧民法では、詐欺による合意の「取消」は、あくまで相手方（詐欺者）に対する賠償請求に代わる「補償ノ名義」によるものにすぎなかった。この「取消」は性質上、第三者に対抗できないが、例外的に、悪意の第三者にはその効果が及ぶとされた<sup>99</sup>。とはいえ、共同不法行為の成立

<sup>97</sup> 松尾・前注（57）13号189-191頁参照。

<sup>98</sup> 松尾・前注（57）13号198頁参照。

に共謀まで求めない立場を採るなら、これも「補償ノ名義」によるものと説明することもできる。

これに対し、明治民法は、詐欺を「瑕疵ある意思表示」に取り込み、その効果を他の原因による取消と統一した。上述のように、この修正について、武川は「実質的には、……旧民法の詐欺制度の基本構想はほぼ継承された」<sup>100</sup>とみる。しかし、「不法行為責任を理由とする『補償としての取消し』ではなくなり、121条の取消し」<sup>101</sup>に修正されたのであるから、旧民法とは断絶があるとみるべきであろう。そうすると、民法96条は、第三者保護に強迫との違い（同条3項）を設けつつも（ただし、その当否については後述する）、詐欺または強迫による表意者は、いずれも瑕疵ある意思表示をさせられた被害者として保護される（同条1項）べきであるという価値判断を、その根底に据えるものと解される。

しかし、だからといって、第三者が「権利確保のためになすべきこととしておくべき」<sup>102</sup>とされるのは、なぜであろうか。第三者が詐欺をはたらいたわけではないから、不動産取引一般におけるもの以上に、登記その他の措置を義務づけられるいわれはなかろう。また、民法96条3項によって保護される第三者は詐欺の事実を知らないので、登記への誘因は不動産取引一般におけるものと変わらない。にもかかわらず、詐欺被害者が登記の回復に成功すると、第三者保護が打ち切られるというのは、常に妥当であろうか。

## 2. 権利保護資格要件「第三者に実害のあること」

上の疑問を紐解くために、詐欺による表意者または第三者の「保護」が他

---

<sup>99</sup> 中舎・前注（52）19-25頁、武川・前注（52）519-528頁参照。

<sup>100</sup> 武川・前注（52）536頁。

<sup>101</sup> 川島ほか編〔下森〕・前注（2）482頁

<sup>102</sup> 内田・前注（3）85頁。

方にとってもつ意味合いを、考えてみよう。その際、次の【設例①】を基礎として、適宜それを補足・修正しながら分析する。

【設例①】 A<sub>1</sub>は、甲土地を適正評価額（1,000万円）の7割でB<sub>1</sub>に売却し、代金と引替えに登記を移転した。後日、A<sub>1</sub>は、詐欺を理由として、B<sub>1</sub>との売買契約を取消した。他方（その前または後に）、B<sub>1</sub>は、早く売り逃げるために適正評価額の9割で、甲土地をC<sub>1</sub>に転売した。C<sub>1</sub>は代金を支払ったけれども、未だ登記を備えていない。

### （1）詐欺被害者「保護」の実態 —— 無資力リスクの押しつけ

民法96条3項の文脈でC<sub>1</sub>を「保護する」というとき、その具体的内容は甲土地を確定的に帰属させるということである。その結果、C<sub>1</sub>に対する明渡請求や登記の回復は認められないという意味では、A<sub>1</sub>は「保護されない」。しかし、A<sub>1</sub>が利用できる救済方法は、甲土地とその登記の取戻しだけではない。A<sub>1</sub>は、B<sub>1</sub>に対して、適正評価額と代金との差額300万円を、不当利得または損害賠償として請求できる。他方、同条項によってC<sub>1</sub>が「保護されない」とき、A<sub>1</sub>が甲土地とその登記を回復する。その結果、甲土地を追奪されたC<sub>1</sub>は、B<sub>1</sub>との売買契約を解除し、代金返還を請求できる。さらに、賠償範囲に含まれる損害があれば、B<sub>1</sub>にその賠償を求めることもできる。このように、A<sub>1</sub>またはC<sub>1</sub>は、B<sub>1</sub>にその責任を追及できる。

しかしここで、B<sub>1</sub>が詐欺者ということを見落としてはならない。民法上の「詐欺」の成立には、表意者を錯誤に陥れ、それによって意思表示させようとする二段の故意をもって、違法な欺罔行為がなされ、そのために表意者が動機の錯誤を伴う意思表示をしたことが必要とされる<sup>103</sup>。刑法246条の「詐欺罪」と異なって、欺罔行為によって利益を得ようとし、または損失を被らせようとする故意は不要とされる<sup>104</sup>ものの、実際にはそのような故意を伴う

<sup>103</sup> 川島ほか編〔下森〕・前注（2）470-478頁参照。そのほか、要件ごとに多くの裁判例を紹介・分析するものとして、松尾弘『詐欺・強迫』5-52頁（一粒社、2000年）参照。

ことが多いであろう（少なくとも  $B_1$  には、これを認定できよう）。そのため、 $B_1$  は、詐欺犯として捜査対象となり、刑事訴追されるリスクのもとにある。詐欺といっても一様ではないが、このリスクが顕在化しないように、財産の詐取から、転売先となる見込客の確保、転売とその代金等の受領、そして逃亡まで、事前に綿密な計画を練っておく場合もあろう。逮捕や起訴を見越して、責任財産の隠匿や処分が謀られることもあるかもしれない。対照的に、例えば、資金繰りに行き詰まった経営者が、場当たりの嘘を重ねて資金調達に奔走し、ついに逃げ場を失って、詐欺の廉で訴えられるケースもあろう。いずれにせよ、現実には、または外観上、 $B_1$  は無資力であることが多い。したがって、 $A_1$  または  $C_1$  が返金や賠償を請求しようとしても、 $B_1$  の無資力リスクは取引一般のそれよりも相当に高いため、実効的な救済の見込みは薄い<sup>105</sup>。

これを踏まえて、民法96条3項によって  $C_1$  が「保護されない」場合の帰結を確認しよう。 $C_1$  は、 $B_1$  との売買契約を解除して、代金返還ないし損害賠償を請求する。しかし、 $B_1$  が行方知れずで、その責任財産も隠匿されたり、または実際に無資力であったりする。もっとも、 $A_1B_1$  間の売買契約は取消されたので、 $B_1$  も  $A_1$  に原状回復を請求できる。そこで、 $C_1$  は、自身の  $B_1$  に対する代金（900万円）返還請求権等を被保全債権として、 $B_1$  の  $A_1$  に対する代金（700万円）返還請求権（ $A_1$  が供託した場合は、還付請求権）を代位行使し、これを直接受領できる。とはいえ、それ以外に  $B_1$  に責任財産がなければ、事実上、 $C_1$  は差額200万円の損失を被る。つまり、【設例①】では、詐欺被害者  $A_1$  を「保護する」とは、第三者  $C_1$  に、甲土地を取得させないばかりか、詐欺者  $B_1$  の無資力リスクを押しつけることを意味するのである。

---

<sup>104</sup> 川島ほか編 [下森]・前注(2) 471-472頁、松尾・前注(103) 5-6頁参照。

<sup>105</sup> 松岡・前注(14) 158頁は「詐欺者や強迫者の多くは無資力であり、実効的な救済を得ることができない」と指摘する。

## （２）価値判断の妥当する範囲

本稿は、詐欺被害者は保護されるべきであると考ええる。しかし、その保護のために、詐欺に関わっていない第三者を犠牲にするのは筋違いであろう。もっとも、【設例①】では、登記移転なしに代金を先払いした  $C_1$  にも、やや迂闊（少なくとも不用心）なところがある。とはいえ、無資力リスクが取引一般のそれと同程度であればともかく、 $A_1$  が、自ら欺かれた迂闊さを棚に上げて、相当に高い  $B_1$  の無資力リスクを転嫁できるほどに、 $C_1$  を責めることはできまい。

問われるべきは、詐欺被害者の犠牲に見合う第三者かどうかでも、第三者がなすべきことをしたかでもない（そもそも、取引一般に要請されるものを超えてなすべきことなど存在しない）。むしろ詐欺被害者が、保護を受けることによって、第三者に不利益を生じさせないかどうかである<sup>106</sup>。いかに被害者といえども、詐欺による損失を無関係の他人（第三者）に押しつけてよい道理はない。反対に、第三者に実害がなければ、詐欺被害者を保護してよく、むしろそうすべきである。つまり、詐欺被害者を保護すべきであるとの価値判断は、第三者に不利益を生じさせない限りで、妥当であるにすぎない。

それゆえ、【設例①】の  $C_1$  は、登記を経由していないけれども、代金を支払っており、その全額を取戻せる見込みは薄いので、民法96条3項によって保護されるべきである。他方、仮に  $C_1$  が代金を支払っておらず、その他の不利益も生じない場合、または生じた不利益が  $A_1$  から  $B_1$  に返還されるべき利益の範囲にとどまる場合には、たとえ  $C_1$  が登記を具備していたとしても、詐欺被害者  $A_1$  に甲土地とその登記を回復させるべきであろう。

---

<sup>106</sup> ちなみに、中舎・前注（52）46頁によれば、ボアソナードによる旧民法における詐欺制度では、「善意の第三者に損害を与えないことが前提となっている」。その根底にある価値判断には、立法形式の違いを超えて、学ぶべきものがあると考ええる。

### 3. 登記を要求する実践的意義

#### (1) 第三者に生じるその他の不利益

民法96条3項による保護を否定される場合、C<sub>1</sub>に生じうる不利益は「代金」を取戻せないリスクに限られない。必ずしも常に賠償範囲に含まれるわけではないにせよ、例えば、C<sub>1</sub>が甲土地の取得を前提として、測量や地質調査、地上建物の設計等を依頼した場合には、これらに要した出費が無駄になる。また、C<sub>1</sub>が転売を予定していた場合には、その差益が逸失利益（損失）となる。

そのほか、昭和49年最判では、売渡担保として農地等を譲受けたY<sub>1</sub>社は、仮に民法96条3項の保護を受けなかったとすれば、一旦は回収見込みをたてた債権の回収が不能になるという不利益を被るようにみえる。しかし、「回収見込みをたてた」というには、他の一般債権者に先んじなければならないから、Y<sub>1</sub>社は、少なくとも仮登記（順位保全効）を備える必要があるだろう。そうすると、担保権設定の事案では、第三者が対抗要件ないし順位保全効を備えて初めて、同条項の不適用による「不利益」を語ることができるのであるから、実質的には、登記必要説（仮登記等を含む）を採った場合と変わらない。

そこで、転売の事案に限定するとして、登記必要説が善意（無過失）の第三者保護を専ら登記に係らせるのは、的外れなのであろうか。また、第三者に生じうる多様な不利益に注目する本稿に対しても、法的安定性を害しかねないとする批判<sup>107</sup>があてはまる。この問いと批判に答（応）えるため、登記が現実の取引において果たしている役割を考えてみよう。

#### (2) 標準的な取引における登記の役割

一口に登記の役割といっても、取得原因や不動産市況によって区々であるが<sup>108</sup>、ひとまず標準的な取引に注目しよう。都道府県の監修により不動産適

---

<sup>107</sup> 川島ほか編 [下森]・前注(2) 489頁、下森・前注(38) 120頁参照。

正取引推進機構が発行する『不動産売買の手引』には、「土地・建物売買契約書の参考例（土地実測売買）」<sup>109</sup>（以下、「参考契約書」という）が掲載されている。そして、これに基づく売買は、不動産取引の標準的な形のひとつを表しているともてよいであろう。

参考契約書によれば、買主は、契約締結時に、代金に充当される解約手付を支払う（第2条、第15条）。その後、買主は期日までに残代金を支払い（第5条）、その全額を売主が受領した時に、所有権が移転する（第7条）。また、それと同時に、物件が引渡され（第8条）、売主は移転登記を申請しなければならない（第9条。申請費用は買主負担（同2項））。

ここでは、登記申請は（所有権移転や引渡しとともに）、残代金の支払と引換えにされており、相互に他方の履行を確保する担保類似の役割を果たす。したがって、買主が登記を備えると、残代金が支払われた証といえる。そして、その支払は、買主がこの取引でする支出の中心を占める<sup>110</sup>。

### （3）メルクマールとしての登記による事実上の推定

仮に  $B_1C_1$  が参考契約書を用いたなら、それが遵守される限り、登記を備えた  $C_1$  は、代金を完済しており、 $B_1$  からこれを取戻せる見込みは薄いので、民法96条3項によって保護されるべきである。他方、未登記であれば、 $C_1$  は残代金を未だ支払っていない。手付は支払済みであるが、その額が  $A_1$  から  $B_1$  に返還されるべき利益の範囲内であれば、 $C_1$  はこれを取戻せる。したがって、そのような場合であれば、 $C_1$  は同条項の保護を受けない。

<sup>108</sup> 例えば、相続登記は、その義務化が検討されているほど、インセンティブに乏しい。また、同じく取引による取得でも、いつ第二・第三の譲受人が現れてもおかしくないような都市部での取引と、過疎地における親族その他の縁故者間の取引とを、同列には扱えない。

<sup>109</sup> 一般財団法人・不動産適正取引推進機構編『不動産売買の手引〔平成30年度版〕』60-64頁（同発行、2018年）参照。

<sup>110</sup> ただし、買主は、登記を具備する前に、手付金を支払う。もっとも、売主が宅建業者である場合の上限（代金の20%）を目安とすれば、残代金の比重が大きい。

その他の出費や損失を考慮するかどうかを除けば、このような結論は、登記必要説を採った場合と同じである。したがって、民法96条3項の権利保護資格要件として、登記に着目したことは、必ずしも外的外れとはいえない。もっとも、登記それ自体が重要なのではなく、対価支払のメルクマールとなりうるところに、登記を要求する実践的意義があるすぎないとする。

もちろん、参考契約書は文字通り「参考」にすぎず、その利用を推奨されたり、義務づけられるものではない。とりわけB<sub>1</sub>は詐欺者であるから、その所在を知られないように、例えば、引渡や登記申請の現場には現れず、「申請手続はやっておくので、登記を確認したら代金を振込んでほしい」として、C<sub>1</sub>に代金後払いを提案することも考えられる。また、できるだけ早く多額の金銭を得るため、手付や頭金を相場よりも高めに要求するかもしれない。したがって、登記は、その具備だけで常に、C<sub>1</sub>に生じうる不利益の存否やその程度を証するような、確実なメルクマールではない。

とはいえ、標準的な取引では、登記は残代金と対価関係にあり、その支払は買主にとって主要な支出であるから、C<sub>1</sub>が登記を備えたときは、A<sub>1</sub>の取消により実害の生じることを、事実上推定してよいのではなかろうか。この場合、A<sub>1</sub>が、取消を善意無過失のC<sub>1</sub>に対抗するには、C<sub>1</sub>に代金その他の出費のないこと、またはそれらの出費がA<sub>1</sub>からB<sub>1</sub>に返還されるべき利益の範囲にとどまることを立証しなければならない。反対に、C<sub>1</sub>が登記を備えない場合には、A<sub>1</sub>の取消によりC<sub>1</sub>に実害の生じないことが、事実上推定される。この場合には、C<sub>1</sub>は、A<sub>1</sub>からB<sub>1</sub>に返還されるべき利益の範囲を超える代金その他の出費をしたことを自ら立証しなければ、民法96条3項の保護を受けられない。このような事実上の推定により、法的安定性を損なうとの懸念を、完全には払拭できないまでも、ある程度緩和できるのではなかろうか。

#### 4. 民法96条3項の適用範囲 —— 私見

上述のように、詐欺被害者は保護されるべきであるけれども、そのために善意無過失の第三者に不利益を与えてはならない。そこで、本稿は、民法96条3項の権利保護資格要件として、詐欺取消により「第三者に実害の生じること」を加えるべきであると考え。というより、むしろ同条項は、善意無過失の第三者に実害を生じさせないための規定であると解する。

そして、第三者に実害が生じるかどうかは、同人が取消（その他の基準時）の前後いずれに現れたかに左右されない。したがって、民法96条3項は、取消（その他の基準時）の前後を問わず、適用されるべきである。

ただし、表意者が登記を回復し、または抹消登記を求める訴訟に際して処分禁止の登記（民事保全法53条1項）を備えると、第三者は、表意者がすでに権利を回復し、または相手方とその帰属を争っていることを知ることができる。したがって、改正民法のもとで、回復または処分禁止の登記後に現れた第三者は、過失ありとして、96条3項の保護を受けないと解する<sup>111</sup>。

### 五 第三者保護規定を欠く取消原因との調整

強迫または行為能力の制限を原因とする場合も、意思表示または法律行為の取消によって第三者に不利益を生じうることは、詐欺取消と同様である。しかし、強迫・行為能力制限による取消には、第三者保護規定がない。

#### 1. 恐喝型の強迫への民法96条3項類推適用

強迫取消に第三者保護規定を欠くことに、立法論としては早くから、疑問も呈されてきた<sup>112</sup>。しかし、解釈論としては、騙された者には落ち度を見出

---

<sup>111</sup> 小川・前注（29）11頁も、取消の前後を問わず96条3項を適用しつつ、回復登記後は、外観信頼の基礎が欠けることを理由に、表意者保護を優先する。

せるのに対し、脅された者を責められないことから、第三者保護規定の有無が説明されてきた。この説明の当否を改めて検討したい。次の【設例②】を基礎として、適宜それを補足・修正しながら分析しよう。

【設例②】  $A_2$ は、甲土地を適正評価額の7割で  $B_2$ に売却し、代金と引替えに登記を移転した。後日、 $A_2$ は、強迫を理由として、 $B_2$ との売買契約を取消した。他方（その前または後に）、 $B_2$ は、早く売り逃げるために適正評価額の9割で、甲土地を  $C_2$ に転売した。

### （1）強迫被害者「保護」の実態

$A_2$ の取消の結果、甲土地を追奪される  $C_2$ は、売買契約を解除し、 $B_2$ に代金返還ないし損害賠償を請求できる。しかし、 $B_2$ は、恐喝犯（刑法249条）として<sup>113</sup>刑事訴追されるリスクのもとにあり、また、詐欺の場合と同様に無資力であることが多いとされる<sup>114</sup>。そのため、 $C_2$ も事実上、代金等の全額を取戻せる見込みは薄い。

強迫被害者が保護されるべきことは、いうまでもない。しかし、なぜ、強迫に関わっていない  $C_2$ が、甲土地を取得できないばかりか、通常より高い  $B_2$ の無資力リスクを甘受しなければならないのか。これを正当化するには、 $A_2$ を保護すべき要請が、詐欺被害者  $A_1$ のそれよりも、かなり強力であることを示さなければならないであろう。

### （2）帰責性のグラデーション

確かに、 $B_2$ が  $A_2$ やその家族に危害を及ぼすと脅したのであれば、 $A_2$ を保護すべき要請は、 $A_1$ のそれと比べて強いといえよう。これに対して、 $A_2$ が勤務先での横領を公にすると脅された場合<sup>115</sup>は、どうであろうか。横領に手

---

<sup>112</sup> 我妻榮『民法総則』442頁（岩波書店、1930年）、同・前注（61）315頁、於保・前注（3）203頁等参照。

<sup>113</sup> 川島・前注（28）303頁、幾代・前注（3）286頁参照。

<sup>114</sup> 松岡・前注（14）158頁参照。

を染めた  $A_2$  の被る損失は自業自得といたいのではない。さりとて、 $A_2$  が契約に応じた動機には「バレたらマズい」という保身の側面も垣間見えるため、その損失を強迫とは無関係の  $C_2$  に転嫁することは躊躇われる。

他方、詐欺被害者の落ち度も一様ではない。例えば、 $B_1$  が「産廃処理施設開発の内部情報を得た」と偽り、「公表されると甲土地も半値以下になる。今なら関係先に売抜けられるから七掛けで売らないか」ともちかけたとする。これに応じた  $A_1$  には、単に迂闊なだけでなく、転売先に損失がでても自分が損をしなければよいという欲深ささえ見出せる。これに対し、前掲大判昭17. 9. 30では、 $B_1$  は、代金の用立てがあるかのように偽って、登記と同時に全額を支払うとの約定で、 $A_1$  から甲土地を購入し、即日、移転登記がなされた。ところが、 $B_1$  は、登記済証を受け取るなり、わずかな内金のみを支払って、帰宅してしまったというのである。確かに、 $B_1$  の帰宅を許してしまった点で、この事案の  $A_1$  にも詰め甘いところはある。しかし、登記を代金と引き換えにすることによって、一応、不払いの事態に備えており、徒に  $B_1$  を信用したわけではない。したがって、偽りの内部情報を鵜呑みにした欲深い前例の  $A_1$  とは、同列に扱えないであろう。さらに、横領の発覚を怖れて保身を図った強迫被害者  $A_2$  と比べて、いずれがより強く保護されるべきかも、即断しがたいように思われる。

このように、表意者の帰責性の有無ないし程度（その裏返しとしての要保護性の強弱）は、詐欺と強迫を跨ぐ形でグラデーションをなしている。したがって、詐欺か強迫かという区分は、必ずしも第三者保護規定の有無を合理的に説明できるものではなさそうである。

### （3）刑法の罪名区分への依拠

それでは、帰責性のグラデーションの中に、第三者より表意者の保護を優

<sup>115</sup> 告訴・告発するとの脅しも、不正な利得を得るためになされれば「強迫」となる（川島ほか編 [下森]・前注（2）507頁、松尾・前注（103）127頁参照）。

先するラインを引くとして、それをどこに引くべきか。刑法の罪名区分が、ひとつの参考になるかもしれない。詐欺罪の法定刑は10年以下の懲役であり（刑法246条）、恐喝罪のそれと同じである（249条）。もっとも、手段としての暴行・脅迫が被害者の反抗を抑圧するに足りる程度に至っているときは、恐喝ではなく、強盗罪が成立し<sup>116</sup>、その法定刑は5年以上の有期徒刑である（236条）。有期徒刑の上限は20年であるから（12条）、上限と下限のいずれにおいても、強盗は詐欺・恐喝よりも重罪と位置づけられている。

これに範を取るならば、民法上の「強迫」を恐喝型と強盗型に二分し、表意者保護を優先するラインは、詐欺と強迫の間ではなく、詐欺+恐喝型の強迫と、強盗型の強迫の間に引かれるべきであろう。そこで、本稿は、恐喝型の強迫（例えば、不正を公表するとの脅し<sup>117</sup>）に民法96条3項を類推適用し、取消により実害を被る善意無過失の第三者を保護することを提案する。他方、強盗型の強迫（例えば、身体への危害の脅し）では、同条項の反対解釈から、または意思無能力者として（3条の2）、表意者保護を優先すべきである。

そうすると、強盗型の強迫では、取消後にB<sub>2</sub>名義の登記が放置されたことにA<sub>2</sub>の帰責性が認められ、民法94条2項が類推適用されるのでない限り、C<sub>2</sub>は、たとえ善意無過失であったとしても、甲土地を取得できないばかりか、B<sub>2</sub>の無資力リスクを負担する。A<sub>2</sub>の保護のためにやむを得ないとはいえ、このような事態が頻発しては困る<sup>118</sup>。これと関連して、刑法上、強盗は、詐欺・恐喝よりも重罪として、一層強く禁圧されている。その法定刑は5年以上の

<sup>116</sup> 例えば、山口厚『刑法各論〔第2版〕』217頁、281頁（有斐閣、2010年）、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第7版〕』243-244頁（弘文堂、2018年）参照。

<sup>117</sup> ちなみに、恐喝罪は「沿革的には名誉毀損の事実の暴露を告知することにより財物を交付させる行為……から発展してきた」とされる（西田・前注（116）243頁）。

<sup>118</sup> もっとも、不動産は、取引にある程度の日時を要するのが通常であるから、換金を急ぎたい詐欺者や強迫者には狙われにくいと考えられる。したがって、そもそも【設例①②】のような状況が、頻発することはないであろう。

懲役であり、有罪となれば、他の減刑措置を併用しない限り、執行猶予をつけられないことの意義は小さくないであろう。

## 2. 制限行為能力者「保護」が第三者または相手方に与える影響

行為能力の制限を原因とする取消に第三者保護規定のないことを、どのように解すればよいであろうか。次の【設例③】に基づいて考えてみよう。

【設例③】A<sub>3</sub>は（単独で）、甲土地をB<sub>3</sub>に売却し、代金と引替えに登記を移転した。後日、A<sub>3</sub>は、行為能力を制限されていたことを理由に、B<sub>3</sub>との売買契約を取消した。他方（その前または後に）、B<sub>3</sub>は、甲土地をC<sub>3</sub>に転売した。

### （1）第三者の負担すべき相手方の無資力リスク

A<sub>3</sub>の取消によって、甲土地を追奪されるC<sub>3</sub>は、契約を解除し、B<sub>3</sub>に代金返還ないし損害賠償を請求できる。このとき、もしB<sub>3</sub>が無資力であり、A<sub>3</sub>からB<sub>3</sub>に返還されるべき利益でも不足するならば、C<sub>3</sub>に事実上の損失が生じる。しかし、B<sub>3</sub>の属性として、無資力リスクを殊更高くするような事情は認められない。したがって、B<sub>3</sub>の無資力リスクは取引一般におけるそれと同程度であろう。そうすると、C<sub>3</sub>が返金ないし賠償を受けとる見込みも十分にある。また、現実にはB<sub>3</sub>が無資力であり、最終的にC<sub>3</sub>が損失を被ったとしても、それは取引一般に通じるリスクが顕在化したにすぎないので、それほど不当とは思われない。

### （2）相手方が損失を回避するための手段の存在

B<sub>3</sub>は、C<sub>3</sub>への返金ないし賠償に応じなければならない反面、A<sub>3</sub>に原状回復を請求できる。ただし、A<sub>3</sub>の原状回復義務は、現存利益に限定される。そのため、A<sub>3</sub>の現存利益が減少ないし喪失している場合には、B<sub>3</sub>は損失を被ることになる。そして、B<sub>3</sub>の無資力リスクは取引一般のそれと同程度であるから、多くの場合、制限行為能力者を「保護する」ことによって生じうる不利

益は、 $C_3$ ではなく、 $B_3$ に集約されるのである。したがって、制限行為能力者との取引は、同意を取りつけ、または法定代理人を通じてなされるのでない限り、敬遠するのが通常であろう。詐欺者・強迫者  $B_{1,2}$ が、被害者  $A_{1,2}$ を積極的に契約に引き込もうとするのとは対照的である。

制限行為能力者との取引を敬遠（または法定代理人等と接触）するにはまず、同人が制限行為能力者であることを察知しなければならない。未成年者であるかどうかは、見た目の若さから年齢を尋ねたり、必要書類に生年月日欄を設けたりすることによって、確認できる。また、成年被後見人は、事理弁識能力を欠く常況にあるので、契約交渉における意思疎通の困難などから、後見開始の審判を受けている可能性を推知できるであろう。これに対し、被保佐人・被補助人は、契約時における精神障害の状態によっては、一見、行為能力者と変わらない場合もあり、仮に違和感を感じても、直接本人に確認しにくいところがある。とはいえ、成約に必要な書類のひとつとして、制限行為能力者ではないことを証する誓約書等の提出を求めれば十分であろう。万が一、不実の回答ないし記載がなされた場合には、詐術を用いたものとして、後日の取消を封じることができる。

### （3）行為能力制限による取消に第三者保護規定のない理由

上述のように、多くの場合、制限行為能力者を保護することによって生じうる不利益は、相手方にしわ寄せされる。しかし、その属性として、相手方に、是が非でも制限行為能力者から不動産を取得しなければならない事情があるわけではない。したがって、不利益を避けるには、制限行為能力者との取引を敬遠すればよく、そのための対応もさほど難しいものではないように思われる。そうであるなら、その対応を怠って、相手方が不利益を被ったとしても、それは制限行為能力者の保護のためにやむを得ないといえよう。

行為能力の制限を原因とする取消に、第三者保護規定が設けられていないことは、このような価値判断によって合理的に説明できると考える。したがっ

て、善意（無過失）のC<sub>3</sub>が甲土地を取得するのは、取消後にB<sub>3</sub>名義の登記が放置されたことにA<sub>3</sub>（またはその法定代理人等）に帰責性が認められ、民法94条2項が類推適用される場合に限られる。

## 六 結びに代えて

本稿を結ぶにあたって、冒頭の疑問に立ち返ろう。第三者保護要件としての登記等に期待されていた役割は、改正民法96条3項の無過失要件のうちに解消されるであろうか。

私見では、民法96条3項は、強迫被害者や制限行為能力者と比べて、詐欺被害者に帰責性（迂闊さ）があることを理由に、善意無過失の第三者を保護するものではない。詐欺取消によって、第三者に目的物の追奪にとどまらない不利益が及ぶことから、同人を保護するための規定である。したがって、詐欺取消によって実害を被らない第三者は、たとえ善意無過失であっても、同条項によって保護されない。他方、善意無過失の第三者に実害が生じる限り、同条項の保護を受けるために、登記を備える必要はない。もっとも、標準的な取引においては、登記は、それを備えた者による対価支払のメルクマールとなりうる。そして、第三者に生じる不利益の最たるものは、詐欺者の無資力リスクが高いために、支払った対価を取戻せないという損失にある。そうであれば、第三者が登記を備えた場合には、詐欺取消によって同人に実害の生じることを事実上推定してよいであろう。

このように、本稿が登記に担わせる役割は、従来の登記必要説の考えていたものとは大分異なる。とはいえ、それが、第三者の無過失という主観的要件によって代替しうるものでないことは、明らかであろう。したがって、権利保護資格要件として、登記それ自体が重要なわけではないけれども、この文脈で繰り広げられてきた議論は、改正民法96条3項のもとでも、その意義を

失わないであろう。

さて、本稿は、上のような民法96条3項の解釈の当否を検証するため、第三者保護規定を欠く強迫および行為能力の制限による取消との調整も試みている。もっとも、改正民法95条は、錯誤の効果を「取り消すことができる」に改め、善意無過失の第三者を保護する規定を置いた。したがって、詐欺取消について本稿で展開した価値判断が、錯誤取消にどの程度あてはまるのかも検証すべきであろう。また、96条3項と同じく、第三者による権利取得の基礎となる相手方の権利が（原始的または事後的に）覆滅する局面を取扱う94条2項（類推）や545条1項但書との関係も、明らかにする必要がある。本稿に残された課題として、他日を期することとしたい。