

## 民法九四条二項の第三者：「法律上の利害関係」の再評価

中山，布紗  
九州大学大学院法学府

<https://doi.org/10.15017/10990>

---

出版情報：九大法学. 91, pp.115-266, 2005-09-30. Kyudai Hogakka i  
バージョン：  
権利関係：

# 民法九四条二項の第三者——「法律上の利害関係」の再評価——

中山布紗

はじめに

- 一 問題の所在
  - 二 比較対象としてのフランス法
  - 三 本稿の構成
- 第一章 日本民法九四条二項における第三者
- 第一節 立法過程
    - 一 ボワソナード草案および旧民法証拠編起草過程
    - 二 現行民法起草過程
    - 三 小括
  - 第二節 判例・学説の展開にみる民法九四条二項の第三者
    - 一 判例の展開
    - 二 学説の展開
    - 三 小括
  - 第三節 まとめ
- 第二章 コード・シビル一三二一条における第三者
- 第一節 アンシャン・レژیーム期における反対証書と対第三者効
- 一 反対証書と仮装行為
  - 二 反対証書の利用と規制
  - 三 Donat
  - 四 小括
- 第二節 コード・シビル編纂過程における反対証書と対第三者効——革命期立法と共和暦八年草案の審議過程——
- 一 革命期の反対証書に関する規定と対第三者効
  - 二 共和暦八年委員会草案の審議過程
  - 三 小括
- 第三節 一九世紀フランスにおける学説および判例の展開にみるコード・シビル一三二一条の第三者
- 一 コード・シビル成立後一九世紀末までの判例・裁判例の展開
  - 二 学説の展開——註釈学派——
  - 三 小括
- 第四節 まとめ
- 第三章 比較
- おわりに——今後の課題と展望——

はじめに

一 問題の所在

民法九四条は一項において、当事者で行われた虚偽の意思表示が無効であること、二項において虚偽の意思表示の無効を善意の第三者に対抗できないことを規定している。右民法九四条二項にいう「第三者」とはどのような者を指すかについて、現在の通説は、「虚偽表示を行った当事者およびその包括承継人以外の者で、外形行為によって形成される法律関係に対し、別の法律原因によって新たに法律上の利害関係を有するに至った者」であるとして解している。<sup>(1)</sup>

「法律上の利害関係を有するか否か」という基準は、大審院大正五年一月一七日判決（民録三二卷二〇八九頁）の理由中においてはじめて言及された。本判決以後、判例は民法九四条二項の第三者に該当する者であるかどうかを判断するにあたり、この基準を用いてきたように思われる。具体的な事案に注目すると、とりわけ、虚偽表示によりある権利を取得した者（仮装権利者）の債権者に虚偽表示の無効を対抗することができるか否かという局面において、「法律上の利害関係を有するか否か」が検討されていることを指摘することができる。

右判例の傾向に対し、学説は次の二つの立場に分かれているように思われる。一つは、法律上の利害関係という基準を民法九四条二項の第三者性を認める唯一の基準として位置づける立場である。もう一つは、法律上の利害関係が存在しないとして第三者性が否定された者に対しても、保護の必要性があることを主張し、法律上の利害関係を要求することに批判的な立場である。

ところで、「法律上の利害関係を有するか否か」という基準は、条文に明記されていないにもかかわらず、なぜ必要とされるのであろうか。また、法律上の利害関係を有するということは具体的にどのようなことを意味するのであろうか。というのも、法律上の利害関係というのは、不言の要件とされているにもかかわらず、この要件を必要とする根拠につき言及する学説は極めて少ないからである。<sup>(2)</sup>

以上の問題意識から、本稿ではまず、民法九四条二項の第三者とは具体的にどのような者を指すのかについて、法律上の利害関係という基準を再評価するという観点に立ち、民法九四条の立法過程から条文の趣旨および想定されていた第三者の範囲を確認し、判例の変遷を追い、それに対応する学説の動向を分析しつつ検討する。次いで、民法九四条の母法の一つであるフランス民法における虚偽表示（反対証書）規定とされる一三二一条の立法過程において想定されていた第三者、および、コード・シビル成立以後一九世紀末までの判例並びに学説の展開を追い、一三二一条における第三者が具体的にどのような者を指すのか、また、日本におけるように第三者を認定するための基準が定立されているのかどうかにつき検討を加える。そのうえで、両者を比較し、わが国における民法九四条二項の第三者「法律上の利害関係を有する第三者」要件が、具体的にどのような意味を有するのか、この基準で判断すべき射程範囲を明らかにすることを本稿の目的とする。

## 二 比較対象としてのフランス法

本稿では、民法九四条二項の第三者の意義および範囲を明らかにするため、フランス法を検討素材とする。すなわち、フランス民法一三二一条における「反対証書」制度が想定している第三者とは具体的にどのような者かにつき検討を加えたい。

フランス法を素材とする理由は、次の点に存する。第一に、フランス民法一三二一条は日本民法九四条の母法の一つであり、とりわけ九四条二項は、法典調査会の議論から、旧民法証拠編五〇条の元とされたボワソナード草案一三八六条後段の規定を参考に起草し、そのままの形で証拠編五〇条となったことが確認されている。加えて、沿革上、ボワソナード草案一三八六条は、その後の現行民法九四条の起草に関わる法典調査会での議論でも、規定の構造に転換がみられたものの、基本的な趣旨を踏襲するという趣旨の発言を確認することができる。<sup>③</sup> 以上のことから、フランス民法一三二一条と日本民法九四条二項は、後者の立法過程において密接な関連を有し、比較対象として適切であるといえよう。<sup>④</sup>

さらに、本稿ではフランス民法成立以前、フランスにおいて反対証書が法的にどのように取り扱われてきたのか、民法一三二一条の立法過程、民法典成立以後一九世紀末までの判例および学説（註釈学派）に限定して、検討を加える。その理由は、次の三点に存する。第一に、フランス民法一三二一条の立法過程の考察を通じて、立法時想定されていた民法一三二一条の趣旨を確認するためである。第二に、一九世紀末までの判例および学説は、ボワソナードによる旧民法起草との関連性が強いと考えられるためである。すなわち、①一三二一条における第三者の意義および範囲が、判例および学説の展開により具体的な内容を帯びていき定着するに至るのが一九世紀末であったこと、②ボワソナードがフランスにおいて活躍していた時期が註釈学派全盛期であり、彼が旧民法起草にあたり註釈学派のエッセンスを取り入れた可能性が指摘されていること、<sup>⑤</sup> ③現行民法九四条の前身とされる旧民法証拠編五〇条の原型であるボワソナード草案一三八六条は、フランス民法一三二一条のみを参照して起草されたことが明らかであるためである。<sup>⑥</sup> 第三に、一九世紀末から二〇世紀初頭にかけてフランスでは、註釈学派が衰退し、科学学派の興隆という新たな傾向とドイツ法理論の影響がもたらされたことから、一九世紀末を一つの区切りとして評価するためである。<sup>⑦</sup>

### 三 本稿の構成

第一章では、日本民法九四条の沿革から、立法時想定されていた同条二項の第三者の意義ないし範囲を確認したうえで、具体的にどういう者が九四条二項の第三者と解されてきたかにつき確認する（第一節）。次いで、先行研究をふまえて大審院ないし最高裁判例の展開を概観し、判例理論の蓄積から抽出される民法九四条二項における第三者の要件につきまとめるとする。そして、民法典成立以後の学説が、民法九四条二項における第三者の定義および要件をどのように考えてきたのか、判例理論に対してどのような態度決定を行ってきたのかを確認する（以上第二節）。第二節までの検討結果を踏まえ、民法九四条二項の第三者とされるための要件として「法律上の利害関係」が要求されるに至った背景、具体的な内容および意義につき検討を加えるとともに、判例に対する学説の態度に対する問題点を指摘し、後の第三章でフランス法における議論との比較を試みる際の視座を設定する（第三節）。

第二章では、コード・シビル成立以前のフランスにおける反対証書利用形態と反対証書の第三者に対する効力につき概観した後（第一節）、革命期立法も含めたコード・シビル二三二一条の編纂過程から、立法時想定されていた同条の第三者の定義および要件を確認する（第二節）。次いで、コード・シビル成立から一九世紀末までの判例および学説の展開を概観し、二三二一条における第三者が具体的にどのような者であるのか、第三者とされるための要件および定義がどのように定立されているのかにつき確認するとともに、判例理論と学説の関係についても言及する（第三節）。そして、以上の検討結果から、二三二一条における第三者の要件およびその意義につき総括する（第四節）。

第三章では、これまでの検討結果をふまえ、とりわけ、第二章におけるフランス民法二三二一条の第三者論の検討から得られる示唆をもとに、日本民法九四条二項における第三者の射程範囲を、「法律上の利害関係」という基

準を再評価しつつ提示する。

最後に「おわりに」では、本稿で検討してきた内容を総括するとともに、民法典における第三者のあり方、とりわけ第三者保護規定とされる条文の解釈においていかなる観点から利益衡量を行うべきかについての筆者の考えを述べつつ、今後の課題を提示したい。

## 注

- (1) 稲本洋之助『新版注釈民法(三)』三四八頁(川島武宜、平井宜雄編)(有斐閣、二〇〇三年)。近時の概説書においても以下に挙げるように類似の定義がなされているが論者により区々であることは注目に値する。いくつか例示すると、「契約当事者以外で、その契約に関して利害関係を持つ者」大村敦志『基本民法I』九〇頁(有斐閣、二〇〇一年)、「虚偽表示の当事者以外の者で、虚偽表示にもとづいて作出された仮装の法律関係につき、新たに独立した法律上の利害関係を有するに至った者」山本敬三『民法講義I』一三七頁(有斐閣、二〇〇一年)、「当事者以外で虚偽表示の結果権利者らしい外観を呈している者と利害関係を持つに至った者」内田貴『民法I(第二版補訂版)』五一頁(東京大学出版会、二〇〇〇年)、「虚偽表示の外形を信じて、新たに独立した法律上の利害関係をもつに至った第三者に限定される」加藤雅信『新民法大系I民法総則』二五〇頁(有斐閣、二〇〇二年)とそれぞれ定義されている。

- (2) 「法律上の利害関係を有するか否か」という基準に対する批判および疑問は、個別事例の評釈レベルにおいて提起されているにすぎず、民法九四条の第三者についてその問題点を整理したものととして、米倉明「法律行為(四二)——虚偽表示(六)」二八—四二頁(法学教室、一九八七年)が挙げられる程度である。加えて、これまでの学説においては、法律上の利害関係という基準が必要とされた理由および意義についての評価・検討が欠けているように見受けられる。法律上の利害関係という基準が判例において登場し、以後現在に至るまで民法九四条二項の第三者といえるための通説的見解とされている以上、これまでに右基準が果たしてきた役割を明らかにし、再評価することは意義があると思われる。

- (3) 第一章・第一節参照。

- (4) ところで、法典調査会では、民法典をドイツのパンデクテン方式にならって規定するという方針決定が行われ、民法九四条起草に際してもその一項についてドイツ民法一一七条の原型である第二草案の形式が採用された。したがって、ドイツ法も比

較の対象とする余地がある。しかしながら、ドイツにおいて、虚偽表示の第三者に対する効力は、前述ドイツ民法一一七条に規定されておらず、民法典の別の項目に置かれていることに鑑み、今回の比較対象から省くこととした。

(5) ボワソナードの見解と一九世紀におけるフランス学説(註釈学派)との関連性については、片山直也「フランス法学説としてみたボワソナード旧民法〈覚書〉」法律時報七〇巻九号二二—二〇頁(一九九八年)を参照。

(6) BOISSONADE (M. G.), *Projet de code civil pour l'empire du Japon accompagne d'un commentaire*, tome V, Tokio, 1889, p.149.

(7) 一九世紀末から二〇世紀初頭にかけての註釈学派の衰退と科学学派の台頭の経緯については、BASDEVANT-GAUDEMET (B.) et GAUDEMET (J.), *Introduction historique au droit XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L. G. D. J., 2003, no 460, p.418, HALPÉRIN (J. L.), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, P. U. D., 1996, n° 7, p.21. に詳しい。邦語文献では、福井勇二郎『仏蘭西法学の諸相』七一頁以下(日本評論社、一九四三年)が、註釈学派に属する諸学者の解説に加えて、科学学派の台頭につき、サレイユやジェニーの業績の紹介と合わせて解説している。

## 第一章 日本民法九四条二項における第三者

### 第一節 立法過程

#### 一 ボワソナード草案および旧民法証拠編起草過程

周知のように、現行日本民法典は、大まかにいうと、明治初期の民法編纂事業がとん挫した後、<sup>①</sup>一八八一(明治一三)年、大木喬任による民法編纂局の設置に伴い、フランス人法学者ボワソナードに草案を作成させたことにはじまり、以後、旧民法公布↓法典論争の勃発による旧民法施行延期↓法典調査会による旧民法条文の修正・再検討↓現行民法典の公布・施行、というプロセスを経て完成した。こうしたことから、民法九四条に関して論じている



先行研究でも、その沿革については、ボワソナード草案作成から原稿民法典成立までの流れに沿って検討を加えているものが多く見受けられる<sup>(2)</sup>。具体的に、先行研究は立法資料にしたがって、現行民法九四条起草の基礎となった規定が、旧民法証拠編五〇条およびその前身とされる「第五編証拠及ヒ時効」、「第一章証拠」、「第二節人証及ヒ書証」、「第五項反対証書」に置かれたボワソナード草案一三八六条であることを明らかにしている。しかし、ボワソナードは反対証書に関して、フランス民法一三二一条に依拠して起草した一三八六条の他、一三八七条、一三八八条を独自に起草しており、それぞれ旧民法証拠編五〇条、五一条、五二条へと結実している。このことは、法典調査会設置後から現行民法典成立までの間に、旧民法証拠編五〇条のみが現行民法九四条起草の際に依拠され、旧民法証拠編五一条ないし五二条は削除されたという経緯があるにしても、旧民法一三八六条ないし一三八八条までの三つの条文で一つの機能を果たしていたと解するのが妥当ではなからうか。したがって、ボワソナード草案を検討するにあたっては、草案一三八六条のみならず、一三八七条、一三八八条も参照することとしたい。

次に、先行研究では、ボワソナード草案一三八六条の立法趣旨について、『再閱修正民法草案註釈』の該当部分<sup>(3)</sup>や、ボワソナードが著したいわゆる『プロジェクト新版』の該当部分<sup>(4)</sup>が参照されているようである<sup>(5)</sup>。しかし、ボワソナード民法典の編纂過程は、以下に述べるように、すでに一九九三年に組織された「ボワソナード民法典研究会」メンバーの諸研究により明らかにされており、それらによると先行研究の中には、用いている検討資料および方法が必ずしも当を得ていると言い難いものが存在する。そこで、本稿においてボワソナード草案を検討する際に用いる資料および検討手法を改めて明らかにする必要がある。そのために、上述「ボワソナード民法典研究会」の研究成果にしたがい、編纂過程について多少触れておくこととする。

ボワソナード民法典の編纂過程の特徴は、「前史↓主たる編纂機関における編纂↓元老院に下付」という手続的

によく似たサイクルが、二回繰り返された点にあるとされる。第一サイクルは、大木喬任主導で行われた民法編纂局による草案起草・審議作業であり、第二サイクルは、山田顕義主導で行われた法律取調委員会における新たな仏文草案の翻訳・条文審議作業である。第一サイクルにおいては、元老院への下付案が返上されたが、第二サイクルにおいては、下付案が首尾良く元老院、次いで枢密院を通過し、明治二三年四月、いわゆる「旧民法」の公布へと至った。以下、この間にボワソナードが起草したとされる仏文草案およびそれを翻訳したとされる邦文資料の種類および対応関係を確認し、本稿で用いる資料を確定する。<sup>(7)</sup>

まず、ボワソナードが起草した仏文草案のうち、註釈が付され、かつ活版で印刷されたもの（以下「プロジェクト」と記す）としては、①一八八〇—一八八二年刊行の三冊本（『プロジェクト初版』）、②一八八二—一八八九年刊行の五冊本（『プロジェクト二版』）、③一八九〇—一八九一年刊行の四冊本（『プロジェクト新版』）、の三種が知られている。このうち『プロジェクト初版』は、本稿で検討する草案が存在する「証拠編」を含まず、<sup>(8)</sup>『プロジェクト新版』は、旧民法成立以後ボワソナードによって書かれたものであつて厳密な意味において立法資料であるとは言い難い。<sup>(9)</sup>これに対し『プロジェクト二版』は、『プロジェクト初版』を修正したものとされ、「証拠編」の条文も盛り込まれている。<sup>(10)</sup>以上のことから、本稿では『プロジェクト二版』を立法資料として取り扱うこととする。

他方、邦文資料（草案・註釈の翻訳書）<sup>(11)</sup>について、ボワソナード民法典研究会は、①『プロジェクト初版』に対応する草案の翻訳とされる『註釈民法草案財産編』<sup>(12)</sup>、②『プロジェクト二版』のうち財産編部分（第一巻・第二巻）の内容に対応する翻訳とされる『再閱民法草案財産編』<sup>(13)</sup>とこれに続く「財産取得編」部分の翻訳とされる『民法草案財産取得編』<sup>(14)</sup>、③『プロジェクト二版』に対応するものであり時代的以後の翻訳とされる『再閱修正民法草案』<sup>(15)</sup>の三種類をすでに復刻しているが、同時に、厳密にはいずれも仏文の『プロジェクト』に完全かつ正確には対応していないという問題

を指摘している<sup>(16)</sup>。以上のことから、本稿では『プロジェニ版』に対応する翻訳であるとされる『再閣修正民法草案』を立法資料として取り扱い、『プロジェニ版』と対比させながら検討を加え、脚注にて翻訳部分を抜き出すという手法を用いる<sup>(17)</sup>。

### 1. ボワソナード草案

ボワソナード草案の証拠編には、「反対証書」に関して三つの規定がおかれた。

#### 草案一三八六条<sup>(18)</sup>(試訳)

当事者は、反対証書すなわち一時的に秘密のままにしておくことを予定して書かれた申述によって、公署証書 (acte authentique) あるいは私署証書 (sous seing prive) により作成された顕示証書 (acte ostensible) の全部あるいは一部を修正すること、又は全部を覆うことができる。当該反対証書は、公署証書が確定日付をもつ私署証書により作成されたときでさえも、署名者とその相続人に対してのみ効力を有する。

しかし、反対証書が取り扱われていることにつき、特定承継人が認識を有していたことが普通法 (le droit commun) に従い証明されたときは、当該反対証書は各当事者の特定承継人に対抗され得る。

#### 草案一三八七条<sup>(19)</sup>

不動産権に関する反対証書は、登記 (transcription) によってあるいは抵当権登録 (inscription) によって公示された場合、一方当事者あるいは他方当事者に直接関係のない意図によってにせよ、前述の反対証書が登記証書あるいは登録証書の内容を修正するときは、公示以後、顕示証書の通常の効力を取得する。その効力は、遡及しない (未来に向かつてその効力を有する [筆者による補足])。

草案一三八八条<sup>(20)</sup>

すべての場合において、一般承継人および反対証書作成両当事者の特定承継人は、反対証書の効力を両当事者および当事者の相続人に対し、對抗することができる。

まず、上記三草案における反対証書、顕示証書、公署証書、私署証書がどのようなものを簡単に説明しておく。反対証書とは、当事者間で秘密のままにしておくことを予定した証書であり、顕示証書の全部あるいは一部の修正又は破棄を目的とするものである。顕示証書は、当事者間で秘密にされなかつた証書すなわち当事者以外の者からも認識されうる証書を指すとされる。公署証書は、公証人の面前で作成される証書（単に公正証書ともいう）、あるいは公の機関において登録手続きを経て作成された証書であり、私署証書は、当事者間で署名を行うことのみにより作成される証書である。反対証書および顕示証書は、公署証書および私署証書いずれにより作成されたものであつても有効に成立するものと解されている<sup>(21)</sup>。

では、各条の規定内容について確認しよう。草案一三八六条は、前段では反対証書が顕示証書の一部修正又は全部滅却するものであることと、反対証書が作成者（署名者）およびその相続人の間で有効であることを定め、後段では反対証書が反対証書作成者の特定承継人に対して効力を生じないことを定めている。草案一三八七条は、不動産権について作成された反対証書が、登記あるいは抵当権登記により公示された場合、公示以後、通常の顕示証書と同様の効力を生じることと定めている。最後に、草案一三八八条は、特定承継人の側から、当事者およびその相続人に対して反対証書の効力を主張できることを定めている。

次に、各条にボワソナードが付した註釈を見ていく。

ボワソナードは、註釈「一六三」において、草案一三八六条について、反対証書が特定承継人に対抗できない理由および本条における第三者の意義を述べている。反対証書が第三者に対抗できない理由として、反対証書の秘密性および反対証書が顕示証書に対して修正・滅却をもたらすことから、反対証書が第三者、つまり当事者と利害を有する他人を害することを恐れたためであると述べている。そして、反対証書の効力は「(反対証書に)署名した者およびその相続人」に対してのみ拘束力を有するとされる。ここでいう「第三者」について、ボワソナードは特定承継人の他、「債務者が自らの権利を不当に行使しない場合、一般に債務者の行為の効果を被る」債権者もまた、契約時に反対証書の存在を知らなかった場合、反対証書の効力に服さないとしている。また、ボワソナードは、当事者は第三者と交渉する際に、顕示証書のみを第三者に開示し、反対証書を隠蔽することで、第三者を欺罔することが可能であるとも述べている。<sup>(22)</sup>

註釈「一六四」では、本条が適用される事例として、AがBの利益のために債務を引き受けた旨の顕示証書を作成したと同時に、あるいはその後、BがAに対して、長期ないし短期間、「当該債務が真実でないことあるいは顕示証書に記載した負債額が真実の負債額より低いこと」を書いた反対証書を渡す、という場合を挙げている。そして、このような事実関係において、Bが第三者に対し、Aに対して有する表見上の債権を譲渡した場合、Aは当該第三者に対して負債が存在しないこと、あるいは負債が真実より低いことを示したという合意(＝反対証書)を対抗することができないとする。<sup>(23)</sup>

註釈「一六五」では、反対証書が詐欺性を帯びない、すなわち、第三者を害さないため第三者への反対証書の対抗が問題とならない事例について述べられている。<sup>(24)</sup> 註釈「一六六」では、日本において特別に本条の適用が問題となる事例、すなわち、外国人が居住を許された土地以外に居住するために、日本臣民の名義を借り、賃貸借契約を

行う事例が挙げられている。<sup>(25)</sup>

註釈「一六六」では、本条にいう「第三者」が反対証書の存在を知っていた場合について述べられている。この点、反対証書が第三者に対してその効力を有さないのは、その性質上反対証書が秘密かつ秘密のままにしておくことを予定したものであるということから、反対証書の効力が及ぶことを拒む第三者が反対証書の存在を知っていた場合、反対証書の無効という効果は、実定法においても衡平(法)においても認められないことになる。ポワソナードは、このような場合、第三者が反対証書の存在を知っていたか否かの証明が困難であると述べている。これについては、普通法により解決される。すなわち、当事者によって作成される反対証書は、その事実自体から、第三者に知られていないものと推定されるため、利害を有する第三者が反対証書を知っていたことの挙証責任は当事者であるということである。このことは、本条の第三者が反対証書の存在につき悪意である場合、反対証書の効力が及ばないという効果を享受できないということと、第三者の悪意の立証責任が当事者にあることを明らかにするものといえよう。<sup>(26)</sup>

次に、草案一三八七条に関する註釈「一六八」は、不動産権に関する反対証書が、登記あるいは抵当権登録という公示によって、公示以後将来に向かって「顕示証書としての通常の効力」が得られることを述べている。<sup>(27)</sup>

草案一三八八条に関する註釈「一六九」は、反対証書の効力が第三者側から援用することができることを明らかにするものである。<sup>(28)</sup>

## 2. 旧民法

草案一三八六条ないし一三八八条は、一八八八(明治二二)年二月一八日に開催された民法証拠編取調委員会再

調査案第三九回議事で審議された。<sup>(29)</sup> 各条は、内容的に変更されることなく承認され、旧民法証拠編五〇条ないし五二条の基礎となった。<sup>(30)</sup>

#### 第五〇条

当事者ハ秘密ニ存シ置ク可キ反对証書ヲ以テ公正証書又ハ私署証書ノ効力ノ全部又ハ一分ヲ変更シ又ハ滅却スルコトヲ得然レトモ其反对証書ハ公正証書タルトキト雖モ署名者及ヒ相続人ニ非サレハ効力ヲ有セス

然レトモ当事者ノ債権者及ヒ特定承継人カ当事者ト約定スルニ当タリ反对証書アルヲ知リタルコトヲ証スルニ於テハコレヲ以テ其ノ債権者及ヒ承継人ニ對抗スルコトヲ得

#### 第五一条

不動産権利ニ関スル反对証書カ或ハ登記ニ因リ或ハ其附記ニ因リテ公ニ為サレタルトキハ其反对証書ハ通常ノ効力ヲ取得ス総テ遡及ノ効力ヲ有セス

#### 第五二条

孰レノ場合ニ於テモ一方ノ当事者ノ総テノ承継人ハ他ノ当事者及ヒ其相続人ニ反对証書ヲ以テ對抗スルコトヲ得

とりわけ、旧民法証拠編五〇条は、一項前段及び後段において反对証書の当事者およびその相続人に対する効力を、二項において反对証書の債権者および承継人に対する効力を定めている。文言から、草案一三八六条の形式及びボワソナードが草案に付した起草理由の内容をほぼそのままの形で引き継いでいることが窺える。<sup>(31)</sup>

その後、旧民法は、一八九〇（明治二三）年三月二六日に枢密院の決議を受け法典の公布が閣議決定され、翌

二七日天皇への上奏後裁可された。そして、財産編・財産取得編（一章―十二章）・債権担保編・証拠編は一八九〇（明治二三）年四月二二日に、財産取得編（十三章―十五章）・人事編は同年一〇月六日にそれぞれ公布され、一八九三（明治二六）年一月一日の施行が予定されていた。しかしながら、旧民法典は、いわゆる法典論争勃発により、一八九四（明治二七）年、第三回帝国議会で無期延期が議決され、施行されないまま、一八九八（明治三一）年七月一六日、廃止された。<sup>(32)</sup>

## 二 現行民法起草過程

旧民法施行の延期・中止を経て法典調査会が設置された後、まず一八九三（明治二六）年六月九日の法典調査会第五回民法主査会で、民法典をドイツ法のパンデクテン体系に構成し、法律行為（Rechtsgeschäft）概念を導入することが確認された。<sup>(33)</sup> これを受けて、ボワソナード草案一三八七条および一三八八条（旧民法証拠編五一条および五二条）が廃案となり、ボワソナード草案一三八六条及び旧民法証拠編五〇条が意思表示の効力規定として捉え直され、総則編の意思表示の章で、草案九二条として起草されるに至った。<sup>(34)</sup> 草案九二条については、一八九四（明治二七）年三月二日の第二一回民法主査会で議論された。

### 草案九二条

相手方ト通シテ為シタル虚偽ノ意思表示ハ無効トス

前項ノ無効ハ之ヲ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス



第二一回民法主査会では、起草者たる富井政章が、本条の意義として証書の効力から意思表示の効力への転換を図ったとの趣旨説明を行った。この転換により、ボワソナード草案一三八六条及び旧民法証拠編五〇条に見られる「反対証書の効力規定」という性格が失われたとされる。すなわち、顕示証書（反対証書によりその内容の一部又は全部を修正し滅却される証書）を「虚偽表示」とし、虚偽表示の効力が第三者に対抗できないという文言に変わったのである。<sup>(35)</sup>このとき富井は、反対証書に該当する部分すなわち、隠匿行為（秘密行為）の効力を本条の文言中に盛り込まなかったことに関して、虚偽表示の効力とは別に考えられる（当事者間の規範的合意内容となる）ことについては自明のことであるとして条文に定める必要はない旨述べている。<sup>(36)</sup>

第二一回民法主査会において、虚偽表示規定における第三者とその判定基準に関しては、旧民法規定で債権者および承継人とされていた部分が、単に「第三者」と表現された。具体的には、当事者及び法律上これと同一人となすべき者を除く他すべての者を第三者と称することが確認されている。<sup>(37)</sup>その上で、第三者は、虚偽表示が行われたことにつき善意のときは虚偽表示の無効を排斥することができ、悪意のときは虚偽表示の無効を甘受しなければならぬことが述べられている。第三者判定基準については何ら触れられていない。以上の経緯を経て、一八九四（明治二七）年三月一六日の第一三回民法総会において、現在民法九四条の文言が確定された。

現行民法九四条

第一項 相手方ト通シテ為シタル虚偽ノ意思表示ハ無効トス

第二項 前項ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス

法典調査会による民法前三編（総則・物権・債権）起草案は、一八九六（明治二九）年一月八日に最終的に確定したとされている。<sup>(38)</sup>この法典調査会案は、政府から、「民法中修正案」として衆議院に提出され、その後貴族院で審議された。<sup>(39)</sup>この間の過程は、「第九回帝国議会の民法審議」と呼ばれ、同年二月二十八日から同年三月一四日まで法典調査会案について審議された。<sup>(40)</sup>民法九四条が規定された「第一編総則」「第四章法律行為」、「第二節意思表示」の部分については、同年三月四日に審議された。<sup>(41)</sup>第九回帝国議会の民法審議に関して、『未定稿本／民法修正案理由書』が残されているが、<sup>(42)</sup>この理由書では九四条について、旧民法証拠編五〇条を修正したものであることが確認されている。<sup>(43)</sup>本修正案理由書は、九四条二項の第三者について、証拠編条五〇条では債権者及び特定承継人とされているものを本条においては単に「第三者」と表すにとどめることを述べている。<sup>(44)</sup>ここでいう第三者とは、当事者及び法律上それと同一人とみなされる者を除いたすべての者を指すものである。

以上の過程を経て、民法典前三編（総則・物権・債権）は一八九六（明治二九）年四月二九日、後二編（親族・相続）は一八九八（明治三一）年六月二一日に公布された。民法典（全五編）は一八九八（明治三一）年七月一六日に施行された。

### 三 小括

ボワソナード草案一三八六条及び旧民法証拠編五〇条と現行九四条とを比較すると、以下のような違いを指摘することができる。まず、法典における位置づけにつき、前者は証拠上の規定、後者は意思表示規定となっている。また、規定の趣旨及び形式については、前者が反対証書すなわち秘密行為の効力如何という観点から、後者は虚偽表示すなわち外部に明らかにされた行為の効力如何という観点から定められているという点で性質を異にするもの

である。

ボワソナード草案が想定していた第三者とは具体的にどのような者であるか。この点につき、ボワソナードが付した注釈には、第三者は「当事者以外の者で利害を有する者」で「当事者の包括承継人以外の者」であると書かれている。これは草案一三八六条の文言にいう当事者の「特定承継人」を指す。また、一般債権者（担保を有さない債権者）は、通常「債務者が自らの権利を不法に行使しないとき、債務者の行為の効力に服する」と解されるが、反対証書の存在が、債権者・債務者間の契約時点で債権者に知られなかった場合は、特定承継人と同様に、反対証書の効力に服しないと書かれている。そして、そのことは、当該債務者の反対証書作成行為が、一般債権者の権利を害する目的でなされなかったとしても同様であるとしている。以上のことから、旧民法規定で想定されていた「第三者」は、反対証書作成当事者の特定承継人と債権者であるといえよう。

また、法典調査会設置以降現行民法典成立までの過程において想定された第三者は、「当事者及び法律上これと同一人と見なすべき者を除く他すべての者」であるとされる。第九回帝国議会の審議において、証拠編五〇条では債権者及び特定承継人とされているものを本条においては単に「第三者」と表すにとどめることが確認されている。したがって、ボワソナード草案および旧民法と現行民法では、規定の形式と置かれた位置に関して形式的相違があるものの、本稿が問題として取り扱う第三者概念については、変更されることなく、一貫して特定承継人と債権者であると解されていたと結論付けることができよう。

## 第二節 判例・学説の展開にみる民法九四条二項の第三者

### 一 判例の展開

ここでは、現行民法典成立以後今日までの、虚偽表示に関する大審院・最高裁判決の中から、民法九四条二項の第三者について問題とされたものを検討対象として選定<sup>(45)</sup>し、以下に述べる分類毎に事例を分析し、判例理論から読みとれる民法九四条二項の第三者とされる要件およびその特徴を抽出したい。右分析にあたり、民法九四条二項における第三者とされるために、「法律上の利害関係を有する」ことが要求されることにつきはじめて言及した大審院大正五年一月一七日判決(民録二二輯二〇八九頁)を基準として、その前後で判例群を区分する。さらに、右大審院大正五年一月一七日判決以後の判例を、第三者性肯定例および否定例に分けて検討する。

いずれの分類においても、判例は基本的に年月日の古い順に配列し、第一節での検討結果すなわち立法時に想定されていた民法九四条二項の第三者が特定承継人と債権者であったことを前提として、物権取得者とそれ以外の者に分けて整序することとする。

#### 1. 法律上の利害関係が要求されるまでの判例

##### (1) 民法典施行前の判例

民法典施行(明治三二年)以前、大審院において虚偽表示をめぐる争われた事件は、大審院明治二九年六月二九日判決(民録二輯六卷六七頁)と大審院明治三〇年四月二日判決(民録三輯四卷二二頁)の二件存在する。いずれも、土地の仮装譲渡ないし贈与がなされた後、当該土地の仮装名義人が他人のために抵当権を設定した事案であり、抵当権者が民法九四条二項の第三者であることを明らかにしているものの、虚偽表示が対抗できない第三者とされる

ための要件について明確に述べていない。しかし、明治二九年判決は、虚偽表示の効力が「不動産ノ権利ヲ取得シタル第三者若クハ普通債権者ニ対シテ」効力が及ばないことを判決理由中で明らかにしている。<sup>(46)</sup>

## (2) 物権取得者の扱い

まず、虚偽表示の仮装名義人から物権を譲り受けた者（いわゆる特定承継人）は、例外なく民法九四条二項の第三者であると解されているようである。大審院明治三二年六月七日判決（民録五輯六卷一七頁）は、虚偽表示により土地を譲り受けた所有名義人がその目的物を善意の第三者に売却した場合、真の所有者は土地の取戻を請求し得ないことを判示しており、大審院明治三三年四月二三日判決（民録六輯四卷一〇三頁）は、虚偽表示による所有名義人が目的物である土地に対し善意の第三者のために抵当権を設定した場合、真の所有者は抵当権の無効を主張し得ないことを判示し、相手方と通謀してなされた虚偽の意思表示の無効が善意の第三者に対抗できないことを「普通ノ法理」であると述べている。大審院明治三七年五月一〇日判決（民録一〇輯六四五頁）は、金策のために担保が必要であった訴外人に対し、原告が鉄道の株券を貸与する際、表向きは、特定の債務を指定することなく広く訴外人が負担すべき債務に対し質物として使用してよいと書いた承諾書を添付し、訴外人は被告から金策をする際、本件株券を質物とする質権設定契約を締結したところ、実際は一定の金額の範囲内でのみ本件株券を質物としてよいという特約を付けており、原告が被告に対し本件株券の返還を求めたという事案である。大審院は、特約があったとしても原告は善意の質権者である被告に対して特約の存在を主張することができないと判示した。その他、大審院明治三九年六月二五日判決（刑録一二輯七三四頁）は、持分の割合が同じでない土地共有者が単に共有の登記をした場合、持分が平等であるかのように装った虚偽表示であるとみるべきであることを明らかにしたうえで、実

質上持分の少ない共有者から土地を買い受けた善意の第三者は、平等の持分につき権利を有すると判示している。

以上に挙げた判例はいずれも、物権取得者が本条二項の第三者に該当する理由について何ら言及しておらず、したがって、物権取得者が九四条二項の第三者に該当することは、立法趣旨から自明のことであつたと解することができよう。<sup>(47)</sup>

### (3) 債権者の扱い

i. 仮装譲受人の不動産を差押えて競売を行った債権者の扱い

【明治三十一年一〇月六日判決（民録五輯九卷四八頁）】

#### 〔事案〕

X（原告・控訴人・上诉人）が所有している不動産を訴外Aに仮装譲渡したところ、Aの債権者であつたY（被告・被控訴人・被告人）が、本件不動産を差押え、競売実行を申し立てた。そのため、XはXA間の本件不動産売買が虚偽表示に基づき無効であり、本件不動産の所有権がXのもとに存在するとして、Yの行つた強制執行に異議を唱へた。

原審は、虚偽の売買に関して第三者であるYは、初めから本件売買が虚偽であることを知っていたという証拠がない限り、債権成立の当時から本件不動産がAの所有であると信じた善意の第三者であると解すべきであり、Yは本件不動産の競売を申し立てることができると判示した。これに対し、Xは①XA間の譲渡行為が虚偽表示に基づき無効であり本件不動産はXの所有に属すること、②AがYに金銭を貸与するにあたり、Yは本件不動産がAの所有であるか否かを把握して金銭を借りたわけではないので原審の判示は不当であることを理由に上告した。

#### 〔判決〕

大審院は、以下のように判示し、上告を棄却した。

「依テ案スルニ原判決ノ認定ニ依レハ係争ノ物件ハXヨリAへ売渡シタルカ如ク仮装シタルモノニシテAハ真ノ所有者

ニアラスト雖トモ其仮装ノ売買即チ虚偽ノ意思表示ハ虚偽タルコトヲ知ラサル善意ノ第三者ニ対シテハ其無効ヲ主張スルコトヲ得可カラサルハ普通ノ法理ナリ而シテXトAトノ間ニ於ケル係争物件ノ売買カ仮装タリシ事実ヲYカ与知セザリシコトモ原判決ニ認ムル所ナレハYハ善意ノ第三者ナルヲ以テYニ対シテハ係争物件ヲ以テ其所有名義者タルAノ所有ト見做ササル可カラス故ニYハAニ対スル債権ノ弁済ヲ受クル為メ係争物件ヲ競売セシムルノ権利アリ且Aニ於テ外見上係争物件ノ所有者トナリタル事実カYノ債権成立ノ以前ニアリシト否トハYカ競売ヲ求ムルノ権利ニ影響ナシ何トナレハ債権成立ノ前後ニ論ナク債務者ノ所有ニ帰シタル財産ハ其債権額ニ満ツルマテ総テ債務ノ弁済ニ充当スヘキモノナレハナリ然リ而シテYカ其債権成立ノ当時ヨリ本訴ノ物件カAノ所有ナリト信シタリトコトハ原判決ニ明示シアル上ハYカ其申立ヲ為シタルコトヲ認め得可キノミナラスAニ於テ係争物件ノ所為名義者トナリタル事実カYノ債権成立ノ以前ニ在ルト否トハYノ権利ニ影響ナキコト前説明ノ如クナレハ原判決ニYノ請求ヲ是認シタルハ相当ニシテ上告論旨ハ適法ノ理由ナシ」。

本件における大審院の判旨を整理すると、①債権者丙が不動産の仮装譲受人の債権者であること、②虚偽表示が行われた時期が債権成立前後を問わないこと、③善意・悪意の認定時期に関して、債権者は債権成立時点で虚偽表示が行われたことを知らなければ目的物を差押え、競売を申し立てることができる、という三点が挙げられる。すなわち、本判決では第三者がいつの時点で善意であればよいか問題とされたと評価でき、債権者が民法九四条二項の第三者に該当することが当然の前提とされていたと解することができよう。

## ii. 仮装債権の譲受人の扱い

【大審院明治三十七年一月二八日判決（民録二〇卷三八六七頁）】

## 〔事案〕

訴外A（村民）が雜立木を訴外Bに対し仮装譲渡し、BはさらにY（被告・被控訴人・被上告人）に対して仮装譲渡した。その後、BがX（原告・控訴人・上告人）に対し、Yに対する雜立木の売買代金債権を譲渡し、その旨をYに通知した。XがYに対し売買代金の支払いを求めたところ、Yが応じなかつたので本件雜立木売買代金の支払いを求めて提訴した。Xの請求に対し、Yは債権譲渡の通知前に売買代金を既にAの代理人に支払つたために債権が消滅したこと、B・Y間の雜立木売買が虚偽表示に基づくものであるから無効であるとの抗弁をした。

原審は、B・Y間の雜立木売買が虚偽の意思表示であるため、民法九四条二項によりYは、BがYに対して有する債権の善意の譲受人であるXに対して当該売買が虚偽であることを対抗できないとしつつも、本件においてYは債権譲渡の通知前に真正の売主Aに対して弁済を行ったことから、Xの請求を排斥した。これに対してXが上告した。

## 〔判決〕

大審院は、B・X間の本件雜立木売買契約が虚偽表示であり、XはBから、BがYに対して有する売買代金支払を目的とする債権を譲り受けたとする原審の認定をもとに、「而シテXハ前記ノ売買契約ニ因リテBカYニ対シテ有スル売買代金ノ支払ヲ目的トスル債権ヲ譲受ケタリト主張スル者ナレハYハ其譲渡ノ通知ヲ受クルマテニ譲渡人タルBニ対シテ生シタル事由ヲXニ対抗スルヲ得ヘキコトハ民法第四百六十八条ノ規定ニ依リ自ラ明ナリ然レハ則本件ノ如キ虚偽ノ意思表示ニ因ル無効ハ所謂譲渡ノ通知ヲ受クルマテニ譲渡人ニ対シテ生シタル事由ナルコト弁ヲ待タスシテ明ナルヲ以テYハ之ヲXニ対抗スルコトヲ得ヘシ」と判示した。さらに大審院は、本件の場合、「Xカ善意ノ譲渡人タルト否トヲ問ハス民法第九十四条ニ所謂第三者ニ該当セサルコト亦自明ナリ由是之ヲ觀レハ本件ニ付テ弁済ノ有無及ヒ其行為ノ時期ト債権譲渡ノ通知トノ前後ノ奈何ノ如キハ之ヲ判断スル必要ナシ」と述べ、上告を棄却しつつ、原審の判断が論理一貫していないことを指摘した。



原審と大審院の判断は、いずれもXの請求を棄却するものであるが、原審が仮装債権の譲渡において、民法九四条二項の適用を認めている、すなわち譲受人に第三者資格を認めているのに対し、大審院は否定した。このような判断の違いは、債権の譲受人が民法九四条二項の第三者とされるか否かという問題におけるものではなく、民法九四条と民法四六八条のいずれが優先的に適用されるかについての考え方の違いによるものと思われる。なぜなら、原審ではBY間の雑立木売買契約が虚偽表示であることを認定し、民法九四条の適用を前提としているのに対し、大審院では本件を民法四六八条の適用場面として捉え、民法九四条の適用の有無につき何ら言及していないからである。このことから、本判決は、仮装債権の譲受人が民法九四条二項の第三者に該当するかという問題を扱ったものではなく、むしろ、債権の仮装譲渡の問題を民法九四条の問題から除外したということに意義があるということができよう。

本判決の考え方は、大審院明治三八年六月六日判決（民録一一輯八八一頁）にも踏襲された。右判決は、本件のように民法四六八条二項が民法九四条二項に優先的に適用されるとしている。しかし、債権の譲受人は譲渡人の特別承継人であり、譲渡人の有した権利をそのまま承継する者であるため第三者ということはできないと判示している。したがって、右大審院明治三八年判決は、債権者の特性から第三者性を否定する、すなわち、債権者が民法九四条二項の第三者に該当しないことを明らかにした見解であり、注目に値する。

【大審院明治四〇年六月一日判決（民録一三輯六一九頁）】

〔事案〕

Y（被告・控訴人・上诉人）は、訴外Aに対し、Aから金銭を貸借した旨の証文を差し出した。Aはその後X（原告・

被控訴人・被上告人）にYに対する債権を譲渡し、XはYに対し貸金を請求した。これに対しYは、Aに対し差し出した証文の貸借が事実上訴外Bの債権であることを主張し、Xへの金銭支払いを拒否した。原審は、YA間に通謀虚偽表示があったと認定し、虚偽の意思表示はXがそれを知りつつ債権を譲受けたという立証がなければ、民法九四条によって抗弁とすることを得ないと判示した。

Yは、債務者が虚偽表示の無効が債権譲渡の通知を受けるまでに譲渡人に対して生じた事由となると判示した前掲大審院明治三十七年一月二七日判決を引用し、債権を譲渡された債務者が民法四六八条により前債権者に対抗する抗弁は譲渡を受けた債権者にも対抗することができないことが明白であるとして、原審の判断に不法ありとして上告した。

#### 〔判決〕

大審院は、「依テ按スルニ民法第九十四条ニ依レハ虚偽ノ意思表示ノ無効ハ之ヲ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス而シテ此規定ハ意思表示カ物権ニ関スルト債権ニ関スルトニ依テ其適用ヲ異ニスヘキ理由ナシ」ということを明らかにした。その上で、「債権設定ノ意思表示ノ虚偽ナルコトハ民法第四百六十八条第二項ニ規定セル債権譲渡ノ通知ヲ受クルマテニ譲渡人ニ対シテ生シタル事由中ニ包含セサルナリ」と判示し、上告を棄却した。

本判決は、民法九四条二項の規定が物権に関するものと債権に関するものによってその適用を異にする理由がないことを明らかにし、仮装債権の譲渡事例において民法九四条が適用されることを承認した事案である。したがって本件は、前掲大審院明治三十七年一月二八日判決の判例変更を行ったと評価することができる。本判決の要旨は、大審院大正三年一月二〇日判決（民録二〇輯九六三頁）および大審院大正四年七月一〇日判決（民録二二輯一一一頁）に受け継がれた<sup>(48)</sup>。

他方、本件において、原審・大審院はともに、仮装債権の譲受人が民法九四条二項の第三者に該当する理由を述べていないことから、当然の前提としているように思われる。仮装債権の譲受人を本条二項の第三者と認める本件

は、前掲大審院明治三八年六月六日判決において、債権の譲受人はその特性から前主の権利をそのまま承継する者であるから民法九四條二項にいう第三者に該当しないと解していることと反する。

つづいて、民法九四條二項における第三者に関して、従来の判例よりも詳細に言及する判例があらわれた。

【大審院明治四四年四月一八日判決（民録一七輯二二五頁）】

〔事案〕

Y1とY2（被告・被控訴人・被上告人）は、訴外Aとの間で鉄道用枕木五〇万挺の売買契約を行い、Y3・Y4が売主Y1の連帯保証人となったが、これらの契約は虚偽表示に基づくものであった。その後、Yらが契約の履行をしないので、買主であるAが契約を解除し、Yらに対して契約不履行による損害賠償請求権を有するに至った。Aはこの損害賠償請求権をX（原告・控訴人・上告人）に譲渡し、Xがこの請求権に基づき損害賠償請求をなした。

原審は、XがYA間の仮装売買につき悪意の第三者であると認定し、したがってYらはXに対して当該虚偽表示の無効を対抗できると判示した。Xは、原審が悪意の認定につき理由を述べていないことを指摘し、理由不備の不法があるとして上告した。

〔判決〕

大審院は、「Xハ甲第一号証ノ売買契約不履行ニ基ク損害賠償請求権ヲ当事者ノ一方タルAヨリ譲受ケタリト主張スル者ニシテ該契約自体ニ付キ直接ノ利害關係ヲ有スル者ニ非ス換言スレハ契約ニ因リ直接ニ生シタル権利ヲ取得シタルニ非スシテ契約不履行ノ事実ヲ前提トスル損害補償ノ権利ヲ承継シタリト主張スルニ過キス」と述べた。その上で、「原判決ノ認定ニ依レハ右契約ハ真正ニ成立シタルモノニ非サルヲ以テ素ヨリ不履行ニ因ル損害ノ賠償請求権ヲ発生スルノ理ナク随テXハ虚無ノ権利ヲ譲受ケタル者ト謂フヘキモ民法第九十四條第二項ニ所謂虚偽ノ意思表示ニ対スル善意ノ第三者ト称スルヲ得サルモノトス」と判示し、上告を棄却した。

本件では、仮装売買の不履行に基づく損害賠償請求権の譲受人が民法九四条二項の第三者に該当するかが問題となった。この問題については、すでに大審院明治四〇年二月一日判決（民録一三輯三三頁）が、肯定の立場をとっている。本件において、原審は、右明治四〇年判決を踏襲してか、右譲受人が本条二項の第三者であることを認めつつ、仮装売買につき悪意であると認定した。これに対し、大審院は、右譲受人は契約により直接生じた権利を取得した者ではなく、契約の不履行の事実を前提とする損害賠償の権利を承継したと主張する者にすぎないから、本件仮装売買につき直接の利害関係を有する者ではないとして、民法九四条二項の第三者に該当しないと判示した。

これまで見てきた仮装の債権譲渡事例と本件との違いは、前者については、仮装された目的物であることを前提として、され、後者については、仮装された目的物そのものではなく、仮装された法律行為が真正であることを前提として、右法律行為の不履行を原因とする損害賠償請求権という間接的な権利の譲渡であるという点であろう。いずれにしても本件は、民法九四条二項の第三者の要件につきはじめて具体的に言及した判決であると評価し得よう。

## 2. 法律上の利害関係を要求する判例の登場——大審院大正五年一月一七日判決——

【大審院大正五年一月一七日判決（民録二三輯二〇八九頁）】

〔事案〕

X（原告・控訴人・被告人）は訴外Aに対し本件土地を仮装譲渡し、登記をA名義に移転した。XA間で、仮装譲渡無効としてA名義の所有権移転登記を抹消した後、AはY1（被告・被控訴人・原告人、Y2も同様）に対し本件土地を譲渡した。Y1はY2に土地を転売し、その後転々譲渡された。これに対し、XがYらに対しXA間の本件土地売買が虚偽表示に基づき無効であるとして移転登記の抹消を求めた。

原審は、Yらが本件土地を買い受けたのが明治四三年五月三十一日で、XA間の売買が無効でありその登記を抹消したの

が同年の四月二七日であることから、Yらの買い受けが登記抹消後であることを理由に、Yらの買い受けとX A間の売買には何らの連鎖もないと述べた。その上で、Yらが善意の買受人であるとしても、XはYらに対し民法九四条二項の支配を受けるべき地位に立つものではないと判示した。したがって、本件においてY1から本件土地を転得したY2以外の被控訴人が善意の買受人であるとの理由をもって完全な所有者であるXに対抗することができないことは論をまたないと判示し、Xの請求を認容した。これに対しYらが上告した。

#### 〔判決〕

大審院は、「民法第九十四条第二項ニ所謂第三者ハ虚偽ノ意思表示ノ当事者又ハ其一般承継人ニ非スシテ其表示ノ目的ニ付キ法律上利害関係ヲ有スルニ至リタル者ニ他ナラサルヲ以テ上告人等ハ民法第九十四条第二項ニ所謂第三者ニ該当スルコト明白ナリ」と述べた。さらに、「同条同項ニ所謂善意ノ第三者ハ虚偽ノ意思表示ノ目的ニ付キ其表示ノ虚偽ナルコトヲ知ラスシテ法律上利害関係ヲ有スルニ至リタル第三者ニ他ナラサルヲ以テY等カ判示ノ不動産ニ付キ権利ヲ取得スルノ行為ヲ為シタル当時前示意思表示ノ虚偽ナルコトヲ知ラサルトキハ其当時既ニ右虚偽ノ意思表示ニ関スル登記ノ抹消アリタル場合ニ於テモ民法第九十四条第二項ニ所謂善意ノ第三者トシテ保護ヲ受クルノ筋合ナルコト固ヨリ当然ナリ」と判示し、原判決を破棄移送した。

本件を考察すると、①「第三者」と「善意の第三者」とを区別して定義付けを行っていること、②第三者の定義については、上告理由においても主張されていること、③「法律上の利害関係」は、善意の時期の判定基準にもなっていること、が特徴としてあげられよう。大審院は、「虚偽の意思表示の目的」について法律上の利害関係を有することを要求しているが、法律上の利害関係の意味内容について詳細を述べていない。

本件は、不動産の仮装名義人から右不動産を譲り受けた者、すなわち物権取得者に関する事例である。本判決以後の事例において、虚偽表示の無効を排斥しようとする者が物権取得者である場合、本判決で打ち出された「法律上の利害関係」を言及しつつ民法九四条二項の第三者に該当することが明らかにされている。

以下、本判決登場以後、民法九四条二項の第三者に該当するか否かがどのように判断されてきたかにつき概観する。

### 3. 法律上の利害関係が要求されて以後の判例

#### (1) 第三者性肯定例<sup>(49)</sup>

##### i. 物権取得者

すでに見たように、判例は、物権取得者が民法九四条二項の第三者であることを、民法典成立以後、例外なく認めてきた。そして、この立場は、前掲大審院大正五年一月一七日判決が法律上の利害関係を有するという要件を打ち出した後でも維持された。具体的には、虚偽の売買による買い主から家屋を取得した者は第三者であるとした大審院昭和五年一月二九日判決（法律新聞三三〇四号一〇頁）や、虚偽表示により不動産を取得した者から抵当権の設定を受けた者を第三者とする大審院昭和六年一月二四日判決（法律新聞三三三四号四頁）、大審院昭和一〇年五月三十一日判決（民集一四卷一二二〇頁）、大審院昭和一〇年五月三十一日第一小法廷判決（民集三四卷五号六八三頁）が挙げられる。これらは、法律上の利害関係の有無に言及したうえで、物権取得者の第三者性を肯定するものである。

他方、この時期には、法律行為の要件として、意思表示の他金銭ないし物の授与が要件とされる契約すなわち消費貸借契約や質権設定契約が虚偽表示により行われた場合にも民法九四条の適用があるとして、仮装権利者から権利を譲渡された者は民法九四条二項の第三者であるとされた<sup>(50)</sup>。

いずれにしても、物権取得者は従来通り民法九四条二項における第三者と解されているといえよう。

## ii. 仮装債権の譲受人の扱い

仮装債権の譲受人の扱いについての判例は、明治・大正にかけて確立された判例理論に依拠していることが窺える。仮装売買に基づく代金債権を譲り受けた者が善意であれば、債務者はその無効を対抗することができないとした大審院昭和三年一〇月四日（法律新聞一九二二号一三頁）や、消費貸借契約を公正証書を作成し締結したが虚偽表示に基づくものであったという場合、上債権の譲受人が善意のときは、債務者は消費貸借に基づく公正証書の執行力を免れないとする大審院昭和八年九月一八日決定（民集一二卷二四三七頁）、が見られる。右に挙げた諸判例は、大審院大正五年一月一七日判決以前の大審院判例における流れを受け継いでいると考えられる。

## iii. 破産管財人

【大審院昭和八年二月一九日判決（民集一二卷二八八二頁）】

〔事案〕

A工業会社は、破産しそうな状況に陥っており、債権者からの強制執行を免れるため、Y（被告・控訴人・上告人）に対し、Y名義で会社事業を継続させていたところ、Y名義会社は訴外B会社から金銭を借り入れ、右借入金につきB会社に約束手形を振り出した。B会社が右手形に基づき手形金の支払いをYに対して訴求した。Yは、YB間の手形振出が通謀虚偽表示に基づくものであることを理由に支払いを拒んだ。その間にBが破産したため、X（原告・被控訴人・被上告人）が破産管財人となり、破産管財人は民法九四条二項の第三者であるから右手形振出が虚偽表示によるものであったとしても、Xに對抗できないと主張して訴訟を継続した。

第一審および原審は、YB間の手形振出が虚偽表示に基づくものであると認定した。そして、民法九四条二項における第三者とは、虚偽表示の当事者又は承継人以外の者で虚偽表示に法律上の利害関係を有するに至った者を指すと述べた上で、Xは善意にて本件手形につき管理処分権限を有するに至ったという事実から、虚偽表示につき破産管財人として法律

上の利害關係を有するに至つた者であると解するのが相当であると判示し、Xの請求を認容した。これに対しYが上告した。

### 〔判決〕

大審院は、「今茲ニ債權者アリ其ノ債務者カ第三債務者ニ對シテ有スル債權ヲ差押タリトセムニ第三債務者ハ右ノ債權コソ相手方ト通謀假裝シタル虚無ノモノナリト主張シタリトテ此ノ主張ハ決テ夫ノ善意ナル差押債權者ニ對抗スルニ由無キヤ言フ俟タス」としたうえで、「裁判所カ破産宣告ヲ爲スヤ破産者ノ財産ハ則チ一般的ニ之ヲ差押フ(破産法第百四十三條第一項第四號及ヒ第二項)何ノ故アリテ之ヲ差押フルヤ他無シ破産債權ノ辨濟ニ充ツヘキ破産財團ヲ保全セムカ爲メノミ是故ニ破産財團ニ對スル破産債權者ノ立場ハ猶前記差押債權者ト選フトコロ無シ」と述べた。そして、「此破産債權者ノ爲メニ破産財團管理處分ノ事ニ當リ以テ努メテ其ノ充實ヲ計ルヘキハ則チ管財人ノ任務タルニ於テ破産財團増殖ノ爲ニハ破産者ノ爲シタル行爲ノ否認モ亦已ムヲ得ルトコロニ非ス若シ破産財團ハ則チ破産者ノ財産ナリ管財人ハ此ノ財産ヲ處理スルモノナリトノ一事ニ著眼スルトキハ否認權ヲ行使スル管財人ナルモノハ洵ニ破産者ニ取リテ獅子身中ノ蟲ニ外ナラス争テカ容スヘケムヤ而モ否認權ハ善良ナル管理者トシテ辭スルニ由無キ管財人ノ義務以上ニモ以下ニモ非サルコトヲ顧ルトキハ破産財團ニ屬スル債權ヲ行使スル管財人ハ債權者タル破産者ニ對シテモ亦其ノ債務者ニ對シテモ宜ク第三者ヲ以テ之ヲ目セサル可カラサルヤ殆ント明白而シテ民法第九十四條第二項亦從ヒテ其ノ適用ヲ見ルハ自然ノ數ト云フヘキノミ蓋若之ヲ爾ラストセムカ破産者ニ取リテ破産財團ハ今ヤ他人ノ財産ニ異ラス曩ノ取引ハ虚偽ナリ假裝ナリト主張シ證言セムコト破産者自身トシテハ其ノ利アルヲ見テ害アルヲ知ラス斯クテ不測ノ損害ヲ被ルヘキハ獨夫ノ破産者ノ表見的資産ヲ信賴シテ之ト取引ヲ爲シタル破産債權者ニ非スシテ之ヲ誰トカ爲ス豈斯カル理アラムヤ左レハコソ破産宣告前破産者ニ對シ或財産ノ信託的讓渡ヲ爲シタル者ニ於テ其ノ信託ノ目的ニ出ツルコトヲ主張シテ其ノ取戻ヲ請求スルコトハ吾現行法之ヲ許サス(破産法第八十八條)何ンソ況ンヤ通謀虚偽ヲ主張スルニ於テオヤ」と判示し、破産管財人は、破産財團を管理する者として破産債權者の利益を代表すべきこと当然であるから、本件においてXは民法九四條二項の第三者にあたる」と判断し、上告を棄却した。



本件は、差押債権者破産管財人が民法九四条二項の第三者にあたる立場を明らかにしたものである。大審院は、差押を行った債権者が善意であれば民法九四条二項の第三者である法律上の利害関係を有するに至ったと解し、その対比において破産管財人の第三者性を認めている。さらに、破産宣告を一般的差押と構成することで、破産管財人の立場を差押債権者と同列におかれるとする。そして、破産管財人は、破産債権者の利益代表として破産財団を管理する者としての資格を法的に与えられるために民法九四条二項の第三者に該当すると判示している。

以上のことから、大審院は、法律上の利害関係を有するか否かという基準に依拠して破産管財人の第三者性を判断していないように思われる。しかし、大審院は控訴審の判断を否定していないことに加え、判旨から破産管財人が「法的に」破産債権者のために破産財団を管理する立場を与えられたとも述べている。したがって、破産管財人は破産債権者の利益代表者としての独立の地位から、法律上民法九四条二項の第三者に該当すると考えられたと解することができる。

この点、破産管財人が民法九四条二項の第三者に該当すると判示した、最高裁昭和三七年一月一三日判決（判例タイムズ一四〇号一二五頁<sup>(6)</sup>）は、判決理由において法律上の利害関係を有するか否かという基準に依拠し、破産管財人の第三者性を次のように肯定している。

「民法九四条二項によつて保護される第三者とは、意思表示の虚偽であることを知らないすべての第三者を指すのではなく、その虚偽の意思表示を真実であると信じて、なんらかの法律行為をなし、新たに利害関係をもつに至つた者にかぎるが如く主張するが、破産管財人は、破産債権者全体の共同の利益のためにも、善良な管理者の注意を以てその職務を行なわねばならぬ者であるから、選任された後は、所論の如き特段の法律行為をなしたかどうかにか拘らず、ある財産が破産財団に属するかどうかを主張するにつき、法律上利害関係を有するものと解すべきである」。

また、破産管財人について法律上の利害関係がいつどのようになじるかという点については、差押との対比において次のように判示している。

「破産財団に属する破産者の財産は、破産の宣告により、差押えをされたと同じ拘束を受け、これに対する破産者の処分権は剥奪されると同時に直ちに破産管財人に移付されるのであるから、所論法律上の利害関係は、破産管財人に関しては、破産宣告と同時にされる選任によつて当然生ずるものと解するのが相当である」。

したがって、右昭和三七年判決は、差押債権者との対比から破産管財人を第三者に該当することから、大審院昭和八年一月一九日判決（民集一二卷二八八二頁）を踏襲しているといえる。そして、破産管財人が民法九四条二項の第三者に該当するかを、法律上の利害関係を有するか否かという基準の枠内で判断することを改めて明らかにしたものであると評価することができよう。

#### iv. 差押債権者

【大審院昭和二十二年二月九日判決（大審院判決全集四輯四号四頁）】

##### 〔事案〕

X（原告・被上告人）は、訴外自動車会社から本件自動車を買受け、訴外Aが本件自動車で運輸営業を行うにあたり、警察署への届出の関係上、Bと謀り被上告人からBに対し本件自動車を売り渡したように虚偽の売渡証を作成し、B名義で本件自動車の車体検査証の下付および営業免許を受け、Bの営業名義のもとにAが本件自動車を使って運輸営業に従事した。Y（被告・上告人）はBに対する債権に基づき、本件自動車を差押えたところ、Xが真実の所有者は自分であるとして差押えに異議を唱えた。

原審は、本件自動車の所有権はBに移転していないため、差押えを不当であると判示し、Xの請求を認容した。これに

ついでYが上告した。

〔判決〕

大審院は、「Yハ訴外Bニ対スル債権ノ為ニ本件自動車ヲ同人ノ所有ニ属スルモノトシテ差押ヲ為シタルモノナルニ因リ右差押ノ当否ヲ判定スル為ニハ宜シクYノ善意ナリシヤ否ヲ審理スルコトヲ要スルモノナルニ因リ右差押ノ当否ヲ判定スル為ニハ宜シクYノ善意ナリシヤ否ヲ審理スルコトヲ要スルモノナルニ原審ハ之ヲ為スコトナク本件自動車ノ所有権ハ訴外Bニ移転セサルニ因リ差押ヲ不当ナル旨判示シタルハ審理不尽ノ不法アル」と判示し、本件を破棄し差し戻した。

本件は、法律上の利害関係の有無について言及せず差押債権者が民法九四条二項にいう第三者であることを認めているため、明治期の判例に見られるように、債権者が民法九四条二項の第三者に該当することが当然の前提になつていと解することもできる。しかしながら、前掲大審院昭和八年一月一九日判決の理由中で、虚偽表示につき法律上の利害関係を有する者が民法九四条二項の第三者であるとした上で、差押と破産宣告を同列に置く、すなわち債権者が差押えを行ったことを「法律上の利害関係あり」と評価していることから、本件は右昭和八年判決の考え方を踏襲するとともに、法律上の利害関係という枠組みにおいて差押債権者を位置づけていると解することができるように思われる。

(2) 第三者性否定例

i. 債権取立のために債権を譲り受けた者

【大審院大正九年一月一八日決定（民録二一六輯一五五一頁）】

債権の仮装譲渡契約によって債権を譲り受けた者から更に債権取立のために当該債権を譲り受けた者が第三者

であるか否かが、争われた。

〔判決〕

大審院は、前掲大審院大正五年判決を引用し、「民法第九十四条第二項ニ依り虚偽ノ意思表示ノ無効ナルコトノ對抗ヲ受ケサル所謂第三者トハ其意思表示ノ当事者又ハ其一般承継人ニアラスシテ表示ノ目的ニ付キ法律上利害関係ヲ有スルニ至レル者ニ外ナラサル」ことを確認し、「債権取立ノ目的ヲ以テ債権ノ譲渡ヲ受ケタル者ハ譲渡人トノ内部関係ニ於テハ受任者トシテ委任契約ニ基キ其債権ヲ行使スルニ過キスシテ受取りタル金銭其他ノ物ハ之ヲ譲渡人ニ引渡スコトヲ要スル者ナルヲ以テ該債権其モノニ付キ法律上利害関係ヲ有セサル者ト謂ハサルヲ得ス故ニ虚偽ノ譲渡契約ニヨリ債権ヲ譲受ケタル者ヨリ債権取立ノ目的ヲ以テ更ニ債権ノ譲渡ヲ受ケタル者ハ其ノ虚偽ノ意思表示ノ目的タル債権ニ付キ法律上利害関係ヲ有セサル者ニシテ従テ民法第九十四条第二項ニ所謂第三者ニ該当セサル者ト解スルヲ相当トス」と判示し、原審の判断を廃棄し、原裁判所に本件を委任した。

本件は、第三者性肯定例ですで見たとような、仮装債権の譲受人の扱いに関する一事例である。大審院は、「債権取立の目的」のために仮装債権を譲り受けたという限定が付く場合、譲受人は仮装債権保持者の受任者として債権を行使するにすぎないことを理由に、当該債権につき利害関係を有しないと判示した。第三者性肯定事例ですで見たとような仮装債権の譲受人と本件における譲受人とではどのような相違があるのだろうか。この点、両事案とも仮装債権者の地位を引き継ぐという点では同様であるが、後者は債権の譲受人といっても、取立目的という限定がつくことから、仮装債権保持者の使者のような役割を果たすにすぎない点が前者と異なる。そして本件において大審院が述べているように、たとえ債権を行使し債務者から支払いを受けたとしてもその代金を債権の譲渡人に返還する必要がある。したがって、取立目的で仮装債権を譲り受けた者は虚偽表示によって何ら損害を被らず、債権そのものにつき法律上の利害関係を有しないとされたものと解することができよう。<sup>(52)</sup>

## ii. 債務者

【大審院昭和八年六月一六日判決（民集一二卷一五〇六頁）】

## 〔事案〕

Yら（被告・控訴人・上告人、計六名）は、地主である訴外Aの小作人であった。AはYらに対して小作料請求権を持っていたところ、借金を抱えており、債権者からの差押を免れるため、右小作料請求権と当該土地を訴外Bに仮装譲渡した。その後Aは破産し、破産管財人であるX（原告・被控訴人・被上告人）が、Yらに対し小作料の支払いを請求した。Yらは、本件土地は以前からAがBに賃貸しており、自分たちは土地をBから賃借していたのであって、AがBに対し本件土地を譲渡したと同時に、本件小作料債権もBに譲渡したのであるから、AすなわちXに対して小作料を支払う義務がないと抗弁した。

第一審、原審ともに、Xの請求を認容した。原審は、Xの主張事実を肯定し、AB間の本件土地の売買および小作料債権譲渡が虚偽表示であると認定した。これに対し、Yらは、自分たちが民法九四条二項の適用を受けるべき善意の第三者であるかどうかを審理しなかつた等主張して上告した。

## 〔判決〕

最高裁は、後掲（iii）の大審院大正九年七月二三日判決を引用しつつ、民法九四条二項にいわゆる第三者とは虚偽の意思表示の当事者又はその一般承継人ではなく、その表示の目的につき法律上の利害関係を有するに至つた者を指すということを確認した。そして、「債権ノ譲渡行為カ虚偽ナル場合ニ於テ債務者カ善意ニテ其ノ譲受人ニ対シ弁済其ノ他債務ノ消滅ニ関スル行為ヲ為シタル場合ノ如キハ固ヨリ債務者ハ該虚偽行為ノ目的ニ付法律上ノ利害関係ヲ有スルニ至リタル者ナルヲ以テ之ヲ善意ノ第三者ト謂フヲ得ヘシト雖モ何等斯ノ如キ行為ヲ為シタルニ非ス単ニ債務者タル地位ヲ保持スルニ過キサル者ノ如キハ仮令善意ナリトスルモノヲ以テ善意ノ第三者ト謂フヲ得サルナリ何トナレハ債権ノ譲渡行為カ虚偽ノ法律行為ナル以上其ノ譲渡ノ対抗要件トシテ為サレタル行為カ譲渡ノ通知ナルト将タ債務者ノ承諾ナルトヲ問ハス債権移転ノ効果ヲ生スルモノニ非サルノミナラス仮令債務者カ其ノ譲渡ノ虚偽ナルコトヲ知ラサリシトスルモ毫モ其ノ譲受人ニ対シ債務ヲ負担スルニ至ルモノニ非サルヲ以テ債務者カ譲渡行為ノ目的ニ付法律上ノ利害関係ヲ有スルニ至リタル者ト謂

「フヲ得サレハナリ」と判示し、上告を棄却した。

本件において大審院は、法律上の利害関係を有するといえるためには、債務者であるという地位を保持しているだけでは足りず、虚偽表示につき善意で仮装譲受人に対し弁済などの行為を行うことが必要である旨判示した。このことは、民法九四条二項における第三者性判断において、ある地位（本件では債務者たる地位）に留まっているのみで何らの行動を起ささない場合、法律上の利害関係を有しないと解する観点を打ち出したものと評価することができよう。<sup>(53)</sup>

### iii. 代位債権者

【大審院大正九年七月二三日判決（民録二六輯一一七一頁）】

#### 〔事案〕

本件は、X（原告・控訴人・上告人）が訴外Aに対し金員を貸し付けた当時、Aは父である訴外Bから贈与された土地を所有していた。その後、本件土地について、AがY（被告・被控訴人・被上告人）との間で仮装売買を行い、登記名義をYに移転したため、Xは債権者代位権を行使し、Yに対し本家土地移転登記の抹消を求めたという事件である。しかしながら、そもそもBからAに対する本件土地の贈与自体が、家産の保存のための仮装であったことが原審で事実認定されている。そこでまた、その後BがYに対して本件土地を贈与したのであるが（仮装ではない）、A名義の登記を一旦Bに戻し、その後Y名義に登記をすることが煩雑であるため、A名義の登記を直接Y名義にするために、A・Y間で仮装売買を行い、登記を移転したという事情があった。Yは、B・A間の本件土地の贈与が虚偽表示で無効であること、ならびに、Bから本件土地の贈与を受けたため本件土地につき正当な所有権を有するとの抗弁を行っている。

原審は、XはAの債権者として債権保全のためにAに代位し、Aの権利を行使しようとしたので、Aが有さない権利は

Xにおいても行使する理由がないことはもちろん、Xの善意悪意は何ら関係ないと言わざるをえないと判示し、B A間の虚偽表示の無効は第三者であるYにおいて当事者であるAに対し主張することができ、従って、Aの権利を行使するXに対してもその無効をもって対抗することができると判示した。

Xは、原審の判断に対し、①XはAの代理人として代位権を行使するのではなく、自己の名においてXの有する貸金債権保全のために代位権を行使するのであるから、B A間における本件土地の所有権移転関係が虚偽の意思表示に基づくものであっても、当該仮装行為を知らずにAに金員を貸付た善意の第三者であるXに対し、本件土地の所有権がAに帰属すると主張できないという理由がないこと、②債権保全のために行う仮差押えの場合においても、虚偽の意思表示の当事者が善意の仮差押債権者に対し、その意思表示の無効を対抗しえないにもかかわらず、本件において対抗し得るとすることは、解釈上疑いがあり、公平の観念にも反するとして、上告した。

#### 〔判決〕

大審院は、前掲大審院大正五年一月一七日判決を引用し、民法九四条二項にいう第三者とは、虚偽の意思表示の当事者又はその一般承継人ではなく、その表示の目的につき法律上の利害関係を有するに至った者を指すことを挙げ、次のように判示し、上告を棄却した。

「本訴請求ハXカ訴外Aニ金員ヲ貸付ケタル当時Aニ於テ訴外Bヨリ贈与ヲ受ケタル本件ノ土地ヲ所有シ居リタル所其後被上告人ト謀リ虚偽ノ意思表示ヲ以テ該土地ヲYニ売渡シタルカ如ク仮装シ之ニ基キ其所有権移転登記ヲ經由セリト主張シ右金員貸付ニ因ル自己ノ債権ヲ保全センカ為メニ債務者Aニ代位シテYニ対シ右売買名義ニ因ル所有権移転登記ノ抹消ヲ求ムルモノナリ而シテ又原裁判所ノ認定シタル所ニ依レハ本件ノ事実ハAカXヨリ金員ヲ借受ケタル当時本件土地ノ所有名義者ト為リ居リタルハBトA間ニ於テ相通シテ為シタル虚偽ノ意思表示ニ基キBノ所有ニ属スル本件土地ヲAノ所有名義ニ仮装シタルニ因ルモノニシテ又Yノ右金員貸付後本件ノ土地ヲAヨリYニ売買名義ヲ以テ所有権移転ノ登記ヲ經由シタルハ真実誤土地ヲ其当時ノ所有者タルBヨリYニ贈与シ其所有権ハYニ移転シタルヲ以テ其兩人及ヒ武五郎カ共ニ合意ノ上ニテ其所有権移転ノ登記手續ヲ省略シタルニ因ルモノナルコト判文上明白ナリ故ニXハAニ対シ單純ナル普通ノ債権者タルニ過キスシテ本件土地ニ付所論ノ如キ差押ヲ為シタルニ非ス又所論ノ如キ抵当権若クハ其他ノ特別担保権ヲ有

スルニモ非ス単ニ自己ノ債権ヲ保全センカ為メニ債務者タルAニ代位シテYニ対シ本訴請求ヲ為スモノニ過キサレハXカ前示虚偽ノ意思表示ニ関スル事情ヲ知ラスシテ債権者ト為リタルカ為ニ其表示ノ目的タル本件ノ土地ニ付キ法律上利害關係ヲ有スルニ至リタルモノト謂フコトヲ得ス從テXハ善意ナリトスルモ民法第九十四条第二項ノ規定ニ所謂第三者ニ該當セサルヲ以テ其規定ノ保護ヲ受クルコトヲ得サルモノトス」。

本件は、自己の債権を保全するために債務者に代位して本訴請求を行う債権者は、法律上の利害關係を有するとはいえず、民法九四条二項における第三者ではないとする。ここで注目すべきは、単に一般債権者というだけでは第三者に当たらないとして、債権者の第三者性を否定していることである。その上で、抵当権者および差押債権者は法律上の利害關係を有すると解されるが、債権者代位権は債務者の権利を代位する者にすぎないために法律上の利害關係を有さないという理由付けにより第三者性を否定している。以上の判旨からは、最高裁はそもそも債権者を民法九四条二項の第三者として承認していないように思われる。しかしながら最高裁は、本件債権者が「虚偽表示に関する事情を知らず債権者になったためにその表示の目的である本件の土地について法律上利害關係を有するに至ったということとはできない」と述べていることから、大審院明治三十二年一〇月一六日判決と同様、虚偽表示につき善意で債権者となった場合、右債権者は民法九四条二項における第三者であると解していると考えられることもできる。その意味では本件で最高裁が、債権者そのものの第三者性を否定したといえるかどうかは疑わしい。

本件の立場は、大審院昭和十五年一〇月二六日判決（法律新聞四六三九号五頁）、および大審院昭和十八年一二月二二日判決（民集二二卷一二六三頁）<sup>54</sup>にも踏襲された。右大審院昭和十八年事件において最高裁は、債権者代位権は債権者固有の権利であるが、これに基づき行使される権利は債務者に属し、債権者はただ債務者の地位に代位し



てこれを行使するものであるから、虚偽表示当事者から独立した利益を有する法律関係が発生するわけではない。したがって、債権者代位権の行使を受ける相手方は債務者自ら行使する場合と比べて不利益を甘受するものではなく、相手方は債務者に対抗しうる事由を債権者にも対抗できるから、代位の目的である債務者の権利が虚偽の意思表示に基づくものであって成立しないという主張も、その債務者に対抗できる以上、原則として債権者にも対抗できると判示した。この判旨から、法律上の利害関係という要件をあてはめていることが窺える。加えて、右昭和一八年判決は、債権者が保全しようとする債権自体の存否が債務者と相手方との虚偽契約の効力によって影響を受けるような場合には、債権者は民法九四条二項の第三者に該当し、善意であるときに限り対抗できないとすると判示している。<sup>(55)</sup> 右判旨は、代位債権者が法律上の利害関係があるといえるためには、保全しようとする債権そのものが虚偽表示の効力により脅かされるという事情が存在することが必要であることを明らかにしたものであると評価することができよう。

iv. 仮装の株金振込が行われたことが帳簿上記入されている事実に基づき株金支払義務を拒絶する会社

【大審院昭和八年四月一九日判決（民集一二卷八三八頁）】

〔事案〕

X会社（原告・被控訴人・被上告人）は、X会社の設立発起人となったY（被告・控訴人・上告人）に対し、Yが引き受けた株式五〇〇株について、第一回株金払込を行うよう催告したところ、会社設立登記後もYが払い込まないため、株金および払込期日以降の遅延利息の支払いを訴求した。これに対しYは、Xの株式を引き受けたことを認めたものの、Xと払込金取扱者である訴外A（発起人総代）との間で、Xが支払うべき株金について、訴外B会社が、Yが払込むべき第一回株金を払い込んだかのように仮装したため、Xは善意のYに対し払い込みの無効を主張することはできないと抗弁

した。

第一審はXの請求を認容し、原審も、訴外Aが帳簿上B会社がYに代わり、X会社に対する第一回株金を払い込んだように仮装し、現実の払込がなかった事実を認定し、株金の払い込みは金銭をもって現実に行う事を要するため、民法九四條二項を適用する余地はなく、仮装の株金払い込みをもって有効な払い込みがあつたと解することはできず、Yの抗弁は失当であると判示し、Xの請求を認容した。これに対してYが上告した。

〔判決〕

大審院は、「B会社トX会社トノ間ニYノX会社ニ払込ムヘキ株金ニ付其ノ払込アリタル如ク前示通謀虚偽ノ意思表示ヲ為シタルニ過キサル場合ニ於テ之カ払込アリタリト主張スルニ付Yハ何等法律上正当ノ利益ヲ有セサルヘキカ故ニ民法第九十四條第二項ノ所謂善意ノ第三者ニ該当セサルコト勿論ナリ」と判示し、上告を棄却した。

本件において大審院は、Yが行うべきXに対する株金の振込（支払い）が、XB間の虚偽表示に基づき、帳簿上BがXに対し当該株金を支払ったことになっていたと認定した。右事実関係においてYは既に株金の支払いがあつたと帳簿上の記載から誤信したため、民法九四條二項の規定により、Xに対し改めて株金を支払う必要がないとの趣旨を主張したところ、大審院は、Yは右主張を行うにつき「何等法律上正当ノ利益ヲ有セサルヘキ」ことを理由に、民法九四條二項の適用がないと判示した。

大審院は、「法律上の利害関係」という文言を用いず、株金の支払いがすでに行われたと主張することについて法律上正当の利益がないと表現している。しかし、YはXに対し振込を行ったなどの行動を起こしておらず、「株金支払義務者」すなわち債務者である地位に留まれているにすぎないと解することができるため、既にiiにおいて検討した事案と同様に解することができる<sup>56</sup>と考えられる。したがって、本件において大審院がいう「法律上正当の利益がない」という意味は、法律上の利害関係を有さないと判断されたことと同義であると解することができる<sup>56</sup>。

## V. 株式の仮装譲渡の名義書換が行われた場合の会社

【大審院昭和二〇年一月二六日判決 (民集二四卷二二〇頁)】

## 〔事案〕

X (原告・被控訴人・被上告人) が、訴外四人に対して行った株式の譲渡が通謀虚偽表示によるものであり無効であるとして、株式会社Y (被告・控訴人・上告人) を相手取り、訴外四人の株主名義を抹消するように請求した。Y は、右譲渡が仮装である事実を知らない善意の第三者であるから、X は民法九四条二項より虚偽表示の無効を対抗し得ないと主張し、株主名義抹消を拒んだ。一審・原審ともにXの請求を認容し、これに対しYが上告した。

## 〔判決〕

大審院は、「Yハ右譲渡ノ結果同訴外人等ヲ株主ナリト主張スルコトニ付何等法律上正当ノ利益ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ民法第九十四条第二項ニ所謂善意ノ第三者ニ該当スルモノト謂フヲ得ス蓋同条項ハ虚偽ノ意思表示ヲ真実ナリト信シ之ニ信頼シテ其ノ意思表示ノ効果ニ付利害関係ノ当事者トナリタル第三者ヲ保護スルコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ同条ニ所謂善意ノ第三者トハ斯ル利害関係ヲ有スル者ニ限ラレ広ク意思表示ノ虚偽ナルコトヲ知ラサル第三者全部ヲ指スモノニ非サレハナリ」と判示し、上告を棄却した。

本件は、通謀虚偽表示により株式が譲渡され、仮装株主の名義が記載されたという事実関係において、会社は第三者ではないとされた事案である。本件において会社は、仮装株主を真実の株主と誤信し利益配当を行ったなど損害を被ったわけではないので、判旨は妥当であると考えられる。というのも、本件も、先にみた債務者の事案のように、ある資格を有しているだけで具体的な行為を行っていない段階では法律上の利害関係を有するとはいえないことを明らかにしたものと解してよいように思われるからである。

他方、本件において大審院が、民法九四条二項の趣旨を「虚偽の意思表示を真実であると信じこれを信頼してそ

の意思表示の効果について利害関係の当事者となった第三者を保護することを目的とする」と述べていることから、法律上の利害関係を有するとされる状況を従来よりも具体的に明らかにしたものと評価することができる。<sup>(57)</sup>

## vi. 賃貸借関係

### a. 土地の賃借人が地上の建物を他人名義に仮装した場合の賃貸人

【大審院昭和一四年一二月九日判決（民集一八卷一五五一頁）】

#### 〔事案〕

X（原告・控訴人・上告人）は、Y1（被告・被控訴人・被上告人、Y2も同様）に本件土地を貸しており、Y1はこの土地上に建物を建てて所有していた。Y1は借地上に所有する建物につき、将来差押を受ける虞があるため、贈与その他の所有権移転に関する意思表示を為すことなく単に公簿上その所有名義を変更する目的で区役所に対し、贈与を理由として名義を妻であるY2に変更する旨の届出をなし、次いで、Y2の承諾無くしてさらにY2名義で建物の所有権保存登記をなした。XはY1の右行為が賃借権の無断譲渡であるとして、Yらに対し本件賃貸借契約解除の意思表示を行い、本件建物の収去および土地の明渡しを請求した。

原審は、Xの主張に対して、民法九四条二項の趣旨は、表示行為の外形に信賴して取引を行った第三者が不測の損害を受けることがないようにすることであり、右第三者は虚偽の意思表示による法律行為が有効であることを前提として正当な取引関係に入った者に限ると解するのを相当とすると述べた。したがって、前記贈与行為につき何ら右のような関係を有なさいXは、同条二項にいう第三者に該当しないことはもちろんであるから、Yらはその無効をもって控訴人に対抗できるとした。そして、Y1が本件宅地を賃貸し又はその借地権を譲渡したことを理由として行ったXの賃貸借解除の意思表示は効力がないと判示し、Xの請求を棄却した。Xはさらに上告した。

#### 〔判決〕

大審院は、「原審ハY1カ其ノ所有ノ本件建物ヲY2ニ贈与シタル旨所轄区役所ニ虚偽ノ届出ヲ為シ且Y2ノ所有名義ニ保存

登記ヲ為シタル事実ヲ認定シタルモY1カY2ニ対シテ之カ譲渡ノ意思表示ヲ為シタル事実ヲ認定シタルモノニ非サルコト判文上明白ナルカ故ニ所論ノ如クY1ハ所謂心裡留保ノ意思表示ヲ為シタルモノニシテXハY2ニ対スル所有権ノ移転ヲ以テYラニ対抗シ得ルモノト為シ延イテY1ノ本件借地権ハY2ニ譲渡セラレタルモノト云フヲ得ヘキモノニ非ス又民法第九十四条第二項ハ相手方ト通シテ為シタル虚偽ノ意思表示ニ因リ善意ノ第三者ニ不測ノ損害ヲ被ラシムルコトナカラシメンカ為メノ規定ニ他ナラス然ルニ原審認定ノ如ク本件土地ノ賃借人タルY1カ其ノ地上ニ所有スル本件建物ヲY2ニ真実譲渡スルコトナク唯同人ニ之ヲ贈与シタル旨所轄区役所ニ虚偽ノ届出ヲ為シ且同人ノ所有名義ニ保存登記ヲ為シ之ニ因リXカ右ハ真実ノ譲渡アリタルモノト誤信シタレハトテXハ之ニ因リ毫モ損害ヲ被ルモノニ非ス又Y1ハ賃借人タルXノ承諾ナクシテ本件土地ヲY2ニ使用セシメタルモノト云フヲ得サルハ勿論ナルカ故ニXハ未タ同条第二項ニ所謂第三者ニ該当セサルモノト云フヘク随テ右使用セシメタル事実アリトシテXカY1ニ対シテ為シタル解除ノ意思表示ハ其ノ効ナキモノト云フヘキであると判示し、Xの上告を棄却した。

本件において原審は、民法九四条二項における第三者というためには、「法律上の利害関係を有する」ことが必要であるとし、民法九四条二項にいう第三者を、虚偽表示による法律行為が有効であることを前提として正当な取引関係に入った者であるとしている。原審はこれを前提として、借地人が妻に対して行った仮装贈与につき、賃借人は虚偽の意思表示につき取引関係に入っていないため、法律上の利害関係を有さず、したがって民法九四条二項の第三者に該当しないと判示した。大審院は原審の判断をふまえ、さらに、法律民法九四条二項の趣旨を、表示行為の外形に信頼して取引関係に入った第三者が不測の損害を受けることがないようにするためであると述べ、賃借人は借地人が行った虚偽の意思表示を真正なものとして誤信しても、損害を被らないため民法九四条二項の第三者といえないと判示している。以上のことから、本件は、賃借人であるという地位に留まっているだけでは法律上の利害関係を有するといえないことを明らかにするもので、債務者であるという地位にとどまっているだけでは法律上の

利害関係を有するとはいえないとして第三者性を否定した前掲大審院昭和八年六月一六日判決と同様の見解を示すものである。また、本件は、法律上の利害関係ありというためには、虚偽表示を真正であると誤信することで損害を被るおそれがあることが必要であることを明らかにしたものであると評価することもできる。

本判決の趣旨は最高裁昭和三八年一月二八日判決（民集一七卷一一号一四四六頁<sup>58</sup>）、最高裁昭和四七年三月七日判決（裁判集民事一〇五号二五九頁）、最高裁昭和四八年四月二四日判決（裁判集民事一〇九号二〇五頁）にも引き継がれている。とりわけ、最高裁昭和三八年一月二八日判決では、賃貸人は「当該建物の敷地の賃貸人というだけであって仮装行為の外形を信頼して新たに利害関係に入った者ではない」という表現を用いて判示している。

#### b. 地上建物の仮装譲渡後、敷地を譲り受けた賃借人

【最高裁昭和五七年六月八日判決（判時一〇四九号三六頁）】

##### 〔事案〕

訴外Aが、X（原告・被控訴人・被上告人）の先代が所有する土地の仮装売買を行いA名義に所有権移転登記を経由した後、土地上に建物を建築し所有していたが、Y（被告・控訴人・上告人）に当該建物を賃貸しYが本件建物を店舗として利用していたところ、Xが、Xの先代とAとの間の土地売買が虚偽表示であり、本件土地所有権が自己のもとにあることを理由に、Yに対し本件土地から退去し、本件土地の仮換地を明け渡すよう訴求した。

第一審は、通謀虚偽表示として無効とされたのは本件土地の売買契約であるから、土地とは別個の存在である建物につき法律関係を有したにすぎないYが民法九四条二項にいう第三者に当たらないことは論をまたないところであると判示し、Xの請求を認容した。これに加え、第一審は、「Yは本件建物は本件土地上に建てられているから本件建物を占有することにより本件土地を支配しているので、結局Xと矛盾的利害関係に立つ」という主張に対し、右関係は事実上のものによらず、民法九四条二項は、かかる場合を含むものではないと判示した。原審も第一審の判断を踏襲した。

原審の判断に対し、Xは、本件の争点が、「Xが民法九四条二項にいう『第三者』に当たるか否かにしほられ、その解釈いかんが判決の結論を左右している」ことを理由に、原審の判断に法令違反ありとして、上告した。

#### 〔判決〕

最高裁は、「土地の仮装譲受人が右土地上に建物を建築してこれを他人に貸借した場合、右建物賃借人は、仮装譲渡された土地については法律上の利害関係を有するものとは認められないから、民法九四条二項所定の第三者にはあたらないと解するのが相当であると」判示し、上告を棄却した。

本判決は、法律上の利害関係を有する者が民法九四条二項の第三者であるとの理解のもと、本件において虚偽表示の目的となった物が土地であるため、土地の仮装名義人が該地上に所有している建物の賃借人は、土地について法律上の利害関係を有しないと解している。

本判決は、土地と建物に関する伝統的な理解に基づいており、それによる限り建物賃借人の土地に対する利益は、間接的、事実的なものとして構成されるにとどまることを明らかにしていると思われる。<sup>(59)</sup>

#### 4. 小括

民法典施行前の判例は、民法九四条二項の第三者を物権取得者および債権者と述べている。このことから、ボワソナード草案、旧民法において想定されていた第三者を意味しているように思われる。民法典施行後の判例においては、虚偽表示により仮装名義人となった者からの不動産の譲受人ないし抵当権の設定を受けた者は、特段理由を述べることなく本条二項の第三者と解されている。これに対し、民法九四条の第三者か否かにつき判断が異なった事例は、物権取得者以外の者すなわち債権者が虚偽表示の無効を排斥しようとする場合であった。この時期の判例

において、明治三十二年一〇月一六日判決は、債権者が債権成立当時虚偽表示の存在につき善意である場合、差押を行うことができる」と判示していることから、債権者それ自体に民法九四条二項の第三者たる資格を認めているものと解することができる。このことは、仮装債権の譲受人事例において、当初は民法九四条の適用が否定されていたものの、その後民法九四条の適用ありと判例変更された際、特段の理由なしに仮装債権譲受人が民法九四条二項の第三者と認定されていたことから窺うことができよう。

しかしながら、その後の大審院明治三十八年六月六日判決は、債権の譲受人は譲渡人の特別承継人であり、譲渡人の有した権利をそのまま承継する者であるということを経由し、民法九四条における第三者ではないと判断し、続く大審院明治四四年四月一八日判決では、民法九四条二項の第三者というためには、虚偽表示につき直接の利害関係を有することが必要であることが言及されるに至った。

以上のことから、判例は債権者の第三者性をただちに肯定するという態度から、債権者が民法九四条にいう第三者を判断する基準を定立するという傾向に移行していったように思われる。とりわけ、大審院明治四四年四月一八日判決は、「虚偽表示につき直接の利害関係を有する」という表現を用いており、大審院大正五年一月一七日判決において打ち出された「法律上の利害関係」という基準を彷彿させるように思われる。

大審院大正五年一月一七日判決は、判例においてはじめて民法九四条二項の第三者の定義を打ち出したと評価できる。その定義は、虚偽の意思表示の当事者又はその一般承継人ではなく、その表示の目的について法律上利害関係を有するに至った者に他ならないというものである。加えて、善意の時期は右利害関係を有するに至った時期において判断されることが明らかにされた。本件事案に則して考察すると、「表示の目的」とは、虚偽表示を行う



際取引の目的物とされたものすなわち本件土地をいい、「法律上の利害関係を有する」とは、右目的物に関連して取引を行うことすなわち本件土地の所有権を取得する行為（売買）を行ったことを意味するものと思われる。

その後の判例は、いくつかの例外を除き、大審院大正五年一月一七日判決において打ち出された「法律上の利害関係を有する」という基準を前提としつつ、民法九四条二項の第三者に該当するか否かを判断していったように思われる。判例は当初、「虚偽表示の目的につき法律上の利害関係を有する」と表現していたが、その後の判例の中には、「仮装行為（虚偽表示）の外形を信頼して新たに利害関係に入った者」など、大審院大正五年判決とは表現が微妙に異なっているという特色をあげることができる。

右基準により第三者性が認められたのは、物権取得者と差押債権者、破産管財人であった。これらの者に共通する特徴は、虚偽表示の対象とされた目的物についての権利取得のために何らかの行為を行ったあるいは法的な地位を付与されたという点に存するようと思われる。

他方、以上の基準により第三者性が認められなかった者は、債務者を除いて全て債権者であった（賃貸借関係にある者も含む）。そして、これらの者が第三者性を認められなかった要素として、事案および判旨から考察すると、自分のために権利行使を行っていないこと(2) i、虚偽表示の目的物に関する権利取得ないし義務の完了につき何ら行動を起こしておらず、虚偽表示が無効とされても実際に損害が生じないと思われるもの(2) ii・iv・vi a、権利取得のための行為を行ったものの虚偽表示の目的物でないものについて行われたこと(2) i vi b、虚偽表示当事者の権利のみならず義務をそのまま引き継ぐ者である（包括承継人のような地位を有するにすぎない）こと(2) i iii、を挙げることができるように思われる。これらをまとめると、法律上の利害関係を有するといえる具体的事情すなわち、

法律上の利害関係の意味内容は、①自己のために権利行使すること、②虚偽表示が無効とされることで実際に損害が生じたことあるいは生じる可能性があること、③虚偽表示の目的となった物や権利について利害関係を有すること、の三点であるということができよう。

しかしながら、法律上の利害関係という要件が、民法九四条二項の第三者の範囲を具体化しかつ限定するものとして評価してよいかについては疑問が残ろう。というのも、判例の中には、法律上の利害関係の有無につき明確に述べることなく民法九四条二項における第三者性を判断したと思われる判例がいくつか存在するからである。加えて、代位債権者の事例において、債権者は自己のために権利を行使し、大審院も代位権が債権者固有の権利であると認めているにもかかわらず、法律上の利害関係が存在しないと判示し、第三者性を否定している。また、破産債権者が第三者性を認められる理由についても、破産が包括執行であることと、破産債権者全体の代表者であることの二点が挙げられているが、この点を厳密に評価すれば、虚偽表示の目的につき自ら独立して権利を行使する者であるとはいえない。以上のことから、判例の変遷からは、「法律上の利害関係」という基準が具体的に何を意味するのか確定すること、および右基準により民法九四条二項の第三者の射程を確定することは困難であるように思われる。

以上を前提として、次に学説が民法九四条二項の第三者をどのように解してきたのか、また法律上の利害関係という要件につきどのような評価を下しているのかにつき検討する。

## 二 学説の展開

## 1. 民法典成立直後〜明治期の学説

まず、民法典成立直後の学説を見てみよう。ここでは、民法九四条の起草に直接関わった梅謙次郎、富井政章、および、わが国の民法学研究の草分け的存在であると評価されている岡松参太郎<sup>60</sup>が、民法典成立後、同条二項の第三者をどのように解していたのかについて検討する。

岡松参太郎は、『民法理由<sup>61</sup>』の中で、民法九四条二項の第三者を、当事者および法律上これと同視すべき者（例えば相続人）以外の者であると定義した。そして、具体的に同条二項の第三者として、債権者、特定承継人すなわち目的物の買主、質権者、抵当権者を挙げる。彼は他方、虚偽表示の効力については、第三者が悪意のときは無効であり、善意のときは有効であると述べ、善意を「虚偽ノ表示ナルコトヲシラサル」ことであると表現している。

岡松は、第三者について右に挙げた事項以外には何ら述べていない。しかし、具体的に第三者として挙げている「債権者」について、岡松は、一般債権者と特定債権者とを区別していない。以上のことから、岡松が想定していた本条の第三者は、虚偽表示がなされたことを知らない債権者および特定承継人であると解することができよう。

梅謙次郎の『民法要義<sup>62</sup>』においては、本条の第三者について具体的に定義している箇所はない。梅は、民法九四条一項の註釈で、まず、虚偽表示の例として、衆議院議員の資格を得るために表面上他人の所有地を譲り受けたが、真実、当該土地を譲り受ける意思がない場合を挙げ、このような場合、表面上の意思表示は真実ではないので、法律上無効であることを確認している。そして、民法九四条二項の存在意義について、右のような場合において真正権利者が、虚偽表示の無効を第三者に対抗することができるとすれば、第三者は損害を受けることはいうまでもなく、取引の安全を害し一般の信用を傷つけるからであると述べている。

富井政章は、『民法原論』<sup>(63)</sup>の中で、民法九四条二項について、「虚偽表示ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルヲ得サル」ということを確認するのみで、「善意ノ第三者」の具体的内容については何ら述べていない。しかし、虚偽表示の例として、①債務者が債権者から財産の差押を防止するため表面上当該財産を他人に譲渡する場合、②ある者が選挙資格を得るため名義上においてのみ他人の土地を譲受ける場合、③（不動産の購入にあたり）登記料の負担を減らすため実際の売買代金額よりも低い額を証書に記載する場合、の三つを挙げたうえで、特に①の場合、債権者は仮装譲渡の無効を主張し、執行手続をなすことができる旨述べている。この記述は、債権者が執行手続を行うことを要件として本条二項の第三者とされるのではなく、債権者であれば本条二項の第三者とされるという趣旨であると解することができる。富井は、民法九四条二項の第三者とされるためには、虚偽表示の存在につき善意であれば足り、第三者には広く債権者も含まれると考えていたと解することができる。

## 2. 鳩山説（大正期）

鳩山秀夫は、『法律行為乃至時効』（大正元年）<sup>(64)</sup>において、民法九四条二項の第三者を、虚偽表示の当事者およびその包括承継人以外のすべての者であり、具体的に債権者と特定承継人であると述べている。<sup>(65)</sup>鳩山はさらに、民法九四条二項が明文をもって規定する「善意ノ第三者」の具体的内容について、段落を改め、詳細に解説している。

鳩山によると、善意の第三者は、当事者が行った意思表示が虚偽表示であることを知らない者であり、当事者と法律上の利害関係を成立させた者であるとされる。<sup>(66)</sup>次いで、鳩山は、いつの時点で第三者が善意であることを要するかについて、九四条では明文をもって規定されていないものの、虚偽表示の存在を「終始知ラサルコト」、または「争ト為リタル時ニ知ラサルコト」を要しないことはもちろん、（虚偽の）意思表示の当時に知らないことをもつ

て足るものでないことは疑いないとする<sup>(67)</sup>。そして、(第三者が) 意思表示の内容である物または権利について法律上の利害関係を有する時点で虚偽表示の存在を知らないことが、本条二項にいう「善意の第三者」とされるために必要かつ十分な要件であるとすべきであると述べる<sup>(68)</sup>。さらに、鳩山は、前掲大審院明治三十二年一〇月六日判決(民録五輯九卷四八頁)を取り上げ、虚偽表示が行われる以前に利害関係を有していた者について、虚偽表示によって不測の損害を被るか否か、あるいは予防する必要があるか否かにつき疑問があるため、本条二項の第三者にあたるかどうかの問題になることを指摘する。

鳩山は、右問題について、債権成立の前後を問わず、債権が既に成立している場合には、債権者は虚偽表示が行われた時点で善意であることが要求されると述べ、その理由として、債権者は虚偽表示が行われた時点で債権者は虚偽表示の目的である物または権利について利害関係を有することを挙げる。ここで、鳩山は、仮装行為の当事者の一人に債権者がいれば直ちに本条二項の要件を備えたと解することは誤りであり、その理由として債務者が資力を有する場合においては債務者の財産の増減は直ちに債権者に利害関係を及ぼすものではないからであると述べている<sup>(69)</sup>。

### 3. 我妻説以降(昭和期)の学説

#### (1) 法律上の利害関係という要件の承認

我妻榮は、『民法総則』初版(一九三〇年)において、民法九四条二項の第三者を、「虚偽表示の当事者及びその包括承継任意外の者」であるとし、善意については「利害関係を生ずる際に虚偽表示なることを知らない」ことであると述べている<sup>(70)</sup>。その他、同じ時期に石田文次郎は、『現行民法総論』において、民法九四条二項の第三者を虚

偽表示の当事者および包括承継人（例えば相続人）以外の一般人を指すと定義し、穂積重遠は、『民法総論』において、民法九四条二項の第三者を表意者および相手方ならびに両者の包括承継人以外の者であるとしたうえで、善意については、「虚偽表示によって生じた仮装の法律関係について利害関係を有するに至った際その仮装であるのを知らなかったことである」と述べている。<sup>(72)</sup>

しかし、我妻『民法総則』新訂版（一九六五年）において、民法九四条二項の第三者は、「虚偽表示の当事者及びその包括承継人以外の者であつて、虚偽表示の外形につき新たな利害関係を作つた者」であるとされており、初版における表現と異なっている。善意の意義は、初版と同様に「利害関係を生ずる際に、虚偽表示であることを知らない」ことであると説明されている。<sup>(73)</sup>

四宮和夫は、『民法総則』第四版において、民法九四条二項の第三者につき「虚偽表示の当事者・一般承継人でなくして、意思表示の目的ないし効果について利害関係を有するに至つた者」を指すとし、厳密には「(他人の)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取引関係に入つたために虚偽表示の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至つた者」であると述べている。<sup>(74)</sup> 四宮は、債権者の扱いについて「単に債権者であるというだけでは『第三者』にならない」とする。<sup>(75)</sup>

幾代通は、基本的に四宮の考え方に依拠し、虚偽表示の当事者およびその包括承継人（例えば相続人）以外の者のかならずしもすべてを意味するのではないことは、規定の趣旨から明らかであるとしたうえで、民法九四条二項の第三者を、虚偽表示に基づき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つたために虚偽表示の無効を主張する者と矛盾する法律上の利害関係を有するに至つた者であると定義付けている。<sup>(76)</sup>

## (2) 「法律上の利害関係」という基準に対する批判

我妻説以後の概説書を見ると、学説は、法律上の利害関係を民法九四条二項の第三者性を判断するための要件として当然のように扱っているように見える。<sup>(77)</sup> しかしながら、幾代通は、法律上の利害関係を要件として前提としつつも、民法九四条二項の「第三者」たりうる者の範囲の問題は、結局のところ、いかなる他者のために虚偽表示の有効擬制という定型的かつ決定的な方法での救済を与えればよいか、それ以外の者については、虚偽表示の無効を貫徹したうえで、あとは不法行為などの一般的な救済または他のより具体的・特殊的な救済（動産取得制度など）の可能性を残すことが妥当か、という利益衡量と価値判断の問題に帰するとする。<sup>(78)</sup>

他方、法律上の利害関係という基準に疑問を呈する学説も存在する。これらの疑問は、とりわけ、法律上の利害関係を有さないとして第三者性を否定した事例についての評釈において言及されているにすぎないが、その観点は、判例において法律上の利害関係が存在しないとして第三者性を否定された者であっても、諸事情を考慮した際保護に値すべき状況にあるのではなからうかというものである。このような観点から、先に挙げた第三者否定例のうち、代位債権者および土地の仮装所有者が当該土地上に所有する建物の賃借人を、法律上の利害関係がなくとも民法九四条二項の第三者として承認すべきであると主張する説が存在する。

まず、判例が代位債権者を民法九四条二項の第三者に該当しないことについての批判は、差押債権者が第三者として認められることの対比でなされている。すなわち、代位債権者にせよ差押債権者にせよ債務者に属する権利を債務者に代わって行使すること、債務者の有する以上の権利を有しないことにおいて実質的に変わりないというものである。<sup>(79)</sup>

この点をさらに具体的に、代位権が債権の対外的効力であること、沿革上代位が強制執行の準備行為として取り

扱われていることを根拠に、債権者が債務者の権利を行使した結果によって自己の債権の満足を得ようとするものであるがゆえに、民法九四条二項の第三者に関しては、代位債権者は差押債権者と同様に取り扱うべきであると主張する論者もいる。<sup>(80)</sup>

次に、土地の仮装所有者が当該土地上に所有する建物の賃借人に民法九四条二項の第三者性を認めるべきであると唱える説は、最高裁が賃借人は通謀虚偽表示の目的となった土地自体ではなく、その地上建物に権利関係、賃借権を有するに至った者であるため、事実上の法律関係しか有さないと判示したことに対し、建物の利用は敷地の利用権を前提とし、仮装譲受人の土地利用権が否定されると建物賃借人の建物利用が法律上覆される関係にあることを指摘しつつ、利害関係は法律上のものといえるのではないかと主張する。<sup>(81)</sup>

後者の事例について賃借人の第三者性を認めない判例に反対する説は、さらに二つの立場に分かれる。一つは、土地の仮装所有者が当該土地上に所有する建物の賃借人を法律上の利害関係を有すると解する、すなわち、法律上の利害関係という基準に立つことを前提とする説である。この説には、法律上の利害関係を有するという基準は少なくとも形式的な法の理論としては当然のことであるとして、虚偽表示の目的について直接関わるか否かを問わず、虚偽表示の外形を信頼して取引に入った者を第三者とみなすべきであると主張するものがある。<sup>(82)</sup> また、土地の仮装所有者が当該土地上に所有する建物の賃借人については、土地と建物を別個とする日本の法制により生じる特殊なケースであると捉えつつ、判例上、土地賃貸人と賃借人が賃貸借契約を合意解除してもその効果は地上建物の賃借人に対抗できないとされていることを根拠に、建物賃借人の敷地利用関係を土地賃貸人との間でも一個の権利と見ていると解し、したがって、法律上の利害関係を有するといえると主張する説がある。<sup>(83)</sup>

もう一つは、第三者認定の基準を率直に利益保護の必要性に絞るべきであるとする、すなわち、法律上の利害関



係という基準は不要であると主張する説である。右主張は、代位債権者の第三者性を認めないことを批判する立場からも提唱されており、判例により定立された「法律上の利害関係」という基準が、一応の類型化に基づく判断基準としての体裁を整えてはいるものの、その文言どおりの適用によって当然に結論を導きうるほど成熟したものであるという認識を前提とする。そして、民法九四条二項の「第三者」の範囲の問題は、他の第三者保護規定と同様に、虚偽表示者の帰責性、第三者の信頼の態様と程度、虚偽表示の無効を貫徹させることによって第三者の被る不利益、逆にその有効を擬制することによって生ずる不都合の有無等を個別的に比較衡量することによってでなければ決定し得ない問題であると主張する<sup>(84)</sup>。さらに、論者の中には民法九四条二項の母法であるフランス民法一三二一条において、法律上の利害関係という要件が存在せず、事実上の利害関係しか有さない者にも第三者性を認めていることを指摘し、法律上の利害関係を不要とする者もいる<sup>(85)</sup>。

### 三 小括

明治期の学説を検討したところ、当時の学説が想定していた民法九四条二項の第三者は、虚偽表示の例として岡松・富井が挙げた事案とボワソナードが想定していた事例との類似性、および、ボワソナード草案一三八六条に付された解説同様、債権者が広く第三者とされるといふ趣旨の記述が見られることから、旧民法および現行民法編纂過程における起草者の見解を踏襲したものの、すなわち、特定承継人および債権者が第三者であるとされ、かつそれらの者が虚偽表示の存在を知らないことが要求されると解することができよう。この段階では、本条二項の第三者とされるために、現在の通説が要求するような「法律上の利害関係」という要件は見られない。しかし、その理由として、この時期には、どのような者が民法九四条二項にいう第三者といえるかが問題となる具体的な紛争事例が

登場するに至っていないことに注意する必要があるように思われる。

その後、鳩山は本条にいう善意の第三者が、当事者が行った意思表示が虚偽表示であることを知らない者であり、虚偽表示当事者と法律上の利害関係を成立させた者であると述べた。鳩山が右主張を行ったのが大正元年であることから、判例によつて提示される以前に「法律上の利害関係」という基準が学説において唱えられていたことを確認することができる。したがつて、法律上の利害関係という要件は、鳩山説に影響を受けて判例に取り込まれた可能性を指摘することができよう。

しかしながら、鳩山は現在考えられているように、「法律上の利害関係」を民法九四条二項の第三者性を判断するための基準として位置づけてはいないように思われる。というのも、鳩山は、民法九四条の第三者が、特定承継人と債権者であるということを前提としており、立法時および明治期の学説および判例の理解と一致するからである。鳩山は、第三者とされる者がいつの時点で善意であるか条文上明らかでないこと、とりわけ債権者がいつ善意を必要とするかにつき、虚偽表示が行われる前に債権者となった者が、不測の損害を被るといえるか否かにつき疑問を呈していた。これについて鳩山は、虚偽表示の内容である物または権利について法的な利害関係を有した時点で善意であればよいという統一の見解を提示した上で、債権者に関しては債権成立の前後いずれに虚偽表示が行われたかどうかを問わず、虚偽表示が行われた時点で善意であればよいと述べている。以上のことから、鳩山が「法律上の利害関係」という表現を用いた理由は、第三者性を認定するためではなく、第三者の善意を認定するためであったと解することができよう。

我妻以降の学説は、民法九四条二項の第三者の要件につき、「法律上の利害関係を有する」ということを前提としている。さらに論者によつて、法律上の利害関係の説明につき表現が微妙に異なっていることが確認できる。と

りわけ、四宮説は、判例の認める第三者の具体例を参照して「法律上の利害関係を有する」といえる具体的状況を定義し直していると評価することができよう。いずれにしても、民法九四条二項の第三者とされるために必要とされる「法律上の利害関係」という要件につき、学説は通説的定義として捉えていると考えられよう。

しかし、判例において法律上の利害関係が存在しないとして民法九四条二項における第三者性が否定された者のうち代位債権者と土地の仮装所有者が当該土地上に所有する建物の賃借人に対しては、個別具体的な事情を総合し、民法九四条二項により保護すべきであるとする価値判断から、法律上の利害関係の解釈を再考する説や、法律上の利害関係がそもそも民法九四条二項の第三者性を判断するための統一的な基準として成功しなかったと評価し、右要件の存在意義そのものについて疑問を呈する説が存在することが明らかになった。以上のことから、法律上の利害関係についての学説の認識は論者により区々であるといえよう。

### 第三節 まとめ

以上の検討から、民法典成立以後の判例は、第一節で明らかにしたように、「ボワソナード草案——旧民法証拠編五〇条——法典調査会における審議」の過程で想定されていた特定承継人と債権者が民法九四条二項の第三者に該当するとして特段の理由が述べられることなく認定されていたと評価することができる。このような傾向は、学説においても同様に認められる。

その後、鳩山説において善意の第三者とされるためには「法律上の利害関係」が存在することが必要であるとの見解が出された。鳩山が第三者に法律上の利害関係を要求する趣旨は、明文上明確に記載されていない、いつの時点で第三者が善意であることが必要であるかという問題を確定するためであった。また、鳩山は右問題が、債権者

が虚偽表示の前後いずれに債権者となったかで扱いを異にすべきかという場面において顕著に現れると認識していたように思われる。その後大正五年に至り、法律上の利害関係を要求する判例が登場するに至った。右判例において、大審院は第三者の定義と善意の第三者の定義を別個に行っており、いずれにおいても「法律上の利害関係」を要求している。このことは、民法九四条の第三者とされるためにも右利害関係が必要であると解される契機となったように思われる。

以上のことから、鳩山説以降、民法九四条二項の第三者論に転機が訪れたと評価できよう。実際、その後の判例において、法律上の利害関係の有無から、民法九四条二項の第三者性が判断されているものが大半を占めることはすでに確認した通りである。そして、法律上の利害関係を有さないとして第三者性が否定された事例群から、法律上の利害関係の意味内容として、①自己のために権利行使すること、②虚偽表示が無効とされることで実際に損害が生じたことあるいは生じる可能性があること、③虚偽表示の目的となった物や権利について利害関係を有すること、の三点をひとまず抽出することができた。また、学説の展開から、法律上の利害関係は、民法九四条二項の第三者性を判断するための要件として採用されてきたと評価することもできる。

しかしながら、判例の検討により抽出した三つの意味内容は、法律上の利害関係の内容であると確定するだけの根拠に乏しく、また学説においても、法律上の利害関係の統一的要件としての役割および存在意義につき批判が向けられていることは、それぞれの小括において述べた通りである。それでは、法律上の利害関係という基準は民法九四条二項の第三者性を判断するための要件として不十分なのであるか。あるいは、法律上の利害関係という要件を定立すること自体不要なのであるか。日本における判例理論および学説の検討からは法律上の利害関係の具体的内容および射程が十分に明らかにできたとは言いがたい。とりわけ法律上の利害関係という基準の有用性がある

か否かにつき、日本法の状況を概観しただけでは見えてこないように思われる。

ただ、以上の判例・および学説の展開から、法律上の利害関係という基準が果たした役割として、以下のことを述べることはできよう。すなわち、法律上の利害関係という基準により民法九四条二項の第三者性が判断されるようになったことで、立法時および立法後大正はじめまで学説および判例において民法九四条二項の第三者として想定されていた「特定承継人と債権者」が、絞りをかけられ、したがって第三者の範囲が狭められたということである。右のように評価する場合、次の二点の問題が浮かび上がってくるように思われる。第一に、立法時想定されていた民法九四条二項の第三者、とりわけボワソナードが想定していた「特定承継人と債権者」が具体的にはどのような者を指したかという点である。ボワソナードは無限定に善意の「特定承継人と債権者」であれば民法九四条二項の第三者であると考えていたのであろうか。第二に、法律上の利害関係という基準の定立により、民法九四条二項の第三者の範囲が従来よりも狭められたとして、具体的にどの程度狭められたのか、すなわち第三者の範囲が従来とどの程度変わったのかという射程の問題が挙げられる。

以上の二つの観点をふまえ、民法九四条二項の第三者の範囲および法律上の利害関係の意義および有用性を明らかにするためには、フランスの判例および学説を参照する必要があるように思われる。そこで、次章では民法九四条二項の母法であるコード・シビル一三二一条の第三者が具体的にどのような者を指すのか、あるいは第三者性を判断する基準が存在するの否かにつき、立ち入った検討を加えることとする。

## 註

(1) わが国における民法編纂事業は、不平等条約撤廃の前提条件として諸外国から近代的な法典の準備を要求されていたこと

から、明治維新後早い時期に押し進められていた。本文でも後に述べているように、現行民法九四条は基本的には「反対証書」について定めたフランス民法一三二一条を参照して起草されたものであるが、わたくしは、ボワソナードが草案作成に取りかかる以前に完成していた『皇国民法仮規則』、『明治十一年民法草案』に、「反対証書に関する規定が存在しないことを確認した。したがって、本稿では明治初期からボワソナードの起草までの間の民法典編纂事業について触れないこととした。しかしながら、民法編纂事業そのものは、明治維新後現行民法施行まで一貫したつながりをもつものであるため、以下、明治初期の民法編纂事業について、概観したい。

まず、民法編纂事業は、一八七〇(明治三)年九月、太政官制度局の中弁であった江藤新平が、民法典編纂のための民法会議を開催したことに端を発するとされる。江藤は、箕作麟祥にフランス民法典を翻訳させ、できあがったものから次々に審議にかけて伝えられている。このとき、江藤がフランス民法典をわが国の民法典編纂の模範とした理由は、一八七六(慶応三)年、遣仏特派使節としてパリ万国博覧会に派遣された栗本鋤雲が、帰国後ナポレオン法典を紹介し、ヨーロッパ流の資本主義的法体系を継受する必要性を説いて以来、このような主張が知識人層でひろく共有されたことに、江藤自身影響を受けたからであると解されている。江藤主導で行われた法典編纂事業の結果、一八七二(明治五)年に『皇国民法仮規則』が完成した。翌一八七三(明治六)年一〇月、江藤が征韓論議で司法卿を辞職したため、後任の大木喬任のもとで法典編纂事業が継続されることとなった。一八七六(明治九)年六月、大木に民法編纂を命じられた箕作と牟田口通照は、一八七八(明治一)年に『明治十一年民法草案』を完成させ、翌一八七九(明治二)年に審議されるに至った。しかし、明治十一年草案の提出と時を同じくして、家父長制的共同体として性格付けられる「家」と、その拡大としての町村を支配の基礎とする反動的な地方支配の体系を構築することを企図した、いわゆる三新法が公布されたこととの関係上、三新法体制の基礎を家父長的家族集団を中心とする民法が求められた。したがって、明治十一年民法草案の市民法的性格は政府に受け入れられず、廃案となった。以上、潮見隆俊『利谷信義編『日本の法学者』一―二六頁(山中永之佑)(日本評論社、一九七四年)、伊藤正己編『(岩波講座現代法一四)外国法と日本法』八一―三二頁(長谷川正安『利谷信義』(岩波書店、一九六六年))を参照した。

ところで、箕作麟祥の『仏蘭西法律書』上巻において、仏蘭西民法一三二一条は、一八七五年・翻訳局訳述版では「公正証書ノ取消シ又ハ変改ス可キ秘密ノ証書ハ其契約ヲ括ヒタル双方ノ間ニミ其効ヲ生ス可ク他人ニ対シテ其効ヲ生ス可カラズ」(五七六―五七七頁)、一八八三年・博聞社版(箕作本人による増訂版)では、「反対証書ハ契約者ノ間ニ非サレハ其効ヲ有スルヲ得ス但シ其反対証書ハ第三人ニ対シテハ効力ヲ有セサルモノトス」(三六〇頁)とそれぞれ訳出されている。

(2) 民法九四条に関しては、「類推適用」を主題として扱っているものを除く)、ボワソナードの草案起草から現行民法典成立までの編纂過程を検討しているものとして、小野健太郎「民法九四条の趣旨——起草過程を中心として」日大法学五九巻四号一一〇三頁(一九九四年)および、椿寿夫編『法律行為無効の研究』(鹿野菜穂子「虚偽表示無効」三五四—二七〇頁。初出、法律時報六九巻二号五五—六〇頁、一九九七年)(日本評論社、二〇〇一年)が挙げられよう。

また、虚偽表示において、意思表示が無効との考慮が先行し、当該行為を行う当事者の目的が無視されているとの問題関心から、虚偽表示における当事者の目的を民法九四条においていかに位置づけるべきかをフランス法(とりわけ判例)を素材として検討したものと、中舎寛樹「虚偽表示における当事者の目的(一)(二・完)」名古屋大学法政論集八二巻七八—一三二頁(一九七九年)・同八三巻二九七—四七四頁(一九八〇年)がある。民法九四条二項の解釈論が類推適用という形で拡大されたことで、同条の本来適用における解釈においても混沌とした利益衡量のバランス論に帰着していることを問題視し、日本および母法フランスの虚偽表示規定の沿革研究、フランスの外観法理と仮装行為理論の関係、および「對抗不能」理論の検討を通じて、民法九四条二項の法構造の究明を目指したものと、武川幸嗣「虚偽表示における対第三者効の法構造序説——そのフランス法的意義をめぐって——」慶応大学法学政治学論究一二号一四三頁(一九九二年)、「フランスにおける外観法理と仮装行為論の関係——民法九四条二項のための基礎的研究として——」慶応大学法学政治学論究一六号二〇九頁(一九九三年)が挙げられる。民法の明文上、公信力類似の効果を認めている規定として民法九四条二項と九六条三項を挙げ、両条項が公信力の部分的承認を意味することを立法過程および判例、学説から解き明かそうとするものとして、柳沢秀吉「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七一頁(一九七二年)がある。以上に挙げた論文すべてにおいて、民法九四条の立法過程につき検討が加えられている。また、近年では、九四条の構造を、九三条の解釈を通じて再構築することを試みるものとして、大河純夫「虚偽表示の構造と意思欠缺」(松井宏興・岡本詔治・牛尾洋也編『借地借家の新展開』所収)二八一—三二四頁(信山社、二〇〇四年)、民法九四条の制定経緯、趣意につき五十川直行「虚偽表示と九四条二項類推適用」(鎌田薫他編『民事法Ⅰ総則・物権』所収)九二—九三頁(日本評論社、二〇〇五年)を挙げる事ができる。

(3) ボワソナード氏起稿『再閱修正民法草案註釈』第五編(司法省)。

(4) BOISSONNADE (M.G.), projet de code civil, nouvelle édition, tome4, livreIV, des suretes livre v, des preuves, art. 1001-1501, Tokio, 1891.

(5) 『再閱修正民法草案註釈』は、『プロジェ二版』を翻訳したものであると認識されていたことから、かつての研究においてきわめて利用頻度の高い文献であったが、現在は引用頻度が減少しているという。この点の理由および詳細については、ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード氏起稿再閱修正民法草案註釈』(第二編 物権ノ部) (雄松堂出版、二〇〇〇年)の冒頭に付された解説部分(vii頁以下)を参照されたい。

ボワソナード草案の検討に際し、前掲小野論文は、ボワソナード口述Ⅱ森順正訳Ⅱ佐々木茂三郎筆『刑民証拠法講義』七〇頁(和仏法律学校講義録出版部、出版年不明)、岸本辰雄『民法証拠編講義』(講法会出版、出版年不明)、梅謙次郎『民法(証拠編)講義』(和仏法律学校第一期講義録、出版年不明)、松室致『民法証拠編講義』(出版社、出版年不明)を参照しており、前掲鹿野論文は、『再閱修正民法草案』第五編、およびボワソナード『仏国民法契約編第二回講義』(司法省蔵版、一八八三年)を参照している。その他、前掲中舎論文では、川島武宜編『注釈民法(三)総則(三)』(稲本洋之助)(有斐閣、一九七三年)が、前掲武川論文では、BOISSONNADE (M.G.), *projet de code civil*, 2<sup>e</sup> édition, tome 4, livre IV, des suretes livre v, des preuves, art. 1001-1501, Tokio, 1883 (以下、本文中では『プロシエ二版』と表記している)、『再閱修正民法草案』第五編を、前掲柳澤論文では、BOISSONNADE (M.G.), *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagne d'un commentaire*, tome I-V, 1890-1891および石井良介編『明治文化資料叢書 第三卷(上)(下)』(一九五九—一九六〇、風間書房)が、それぞれ参照されている。

(6) ボワソナード民法典研究会発足の経緯および研究内容、成果に関しては、大久保泰甫「民法典編纂史のパラダイム転換と今後の課題——法制史学徒の立場から——」法律時報七〇巻九号六一—一〇頁(一九九八年)を参照。

(7) ボワソナード民法の編纂過程の詳細については、大久保泰甫Ⅱ高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』(雄松堂出版、一九九九年)を参照した。この段落の記述内容も右文献に依拠している。

(8) 『プロジェ初版』は、一八八〇(明治二三)年に、物権の部についての『初版』(第一巻及び第二巻)、一八八二(明治一五)年に同第三巻として人権(債権)の部として印刷されたものを指し、前二巻を合冊した二冊本も存在する。この点につき、大久保Ⅱ高橋、前掲書四九—五〇頁参照。

(9) ボワソナードが起草を担当した民法財産編、財産取得編後半、債権担保編、証拠編は、一八八九(明治二二)年一月には元老院に下付されており(編纂終了)、翌一八九〇(明治二三)年四月に公布されている(旧民法)。「プロジェ新版」はボワソナードの手によるものであるが、明けて一八九一(明治二四)年、右法典の『公定仏訳並びに立法理由書』とともに執筆、出



版されている。このことから、『プロジェ新版』は立法資料として扱わない。

- (10) 『プロジェ二版』は、一八八二(明治一五)年に『初版』第一卷・第二卷(物権の部全て)を修正増補し、一冊にまとめたものと、翌一八八三(明治一六)年に『初版』第三卷を修正増補したものと、そして、一八八七(明治二〇)年一月から一八八九(明治二二)年三月にかけて起草された「第四編債権担保」の草案および註釈、一八八九(明治二二)年四月に起草された「第五編証拠」の草案および註釈を出版したものを指す。この点についても、大久保Ⅱ高橋、前掲書四九―五〇頁および一九〇―一九五頁を参照した。

- (11) 邦文資料に関しては、写本資料や、その他の活版本資料(司法省法学校講義)が数多く残されているが、本稿は「各資料の関係及び意義」につき検討を加えることを目的とするものではないため、全資料の一部を取り扱う。

- (12) ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード氏起稿註釈民法草案財産編』(第一卷―第四卷・原本所蔵は九州大学法学部図書室「明治文庫」)(雄松堂出版、一九九九年)。

- (13) ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード氏起稿再閱民法草案財産編』(第一卷―第六卷・原本所蔵は明治大学図書館および慶應義塾図書館)(雄松堂出版、二〇〇〇年)。

- (14) ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード氏起稿民法草案財産取得編』(第一卷―第四卷・原本所蔵は明治大学図書館および慶應義塾図書館)(雄松堂出版、二〇〇〇年)。

- (15) ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード氏起稿再閱修正民法草案註釈』(第二編物権ノ部、第三編、第二・三編摘要、第四編、第五編・原本所蔵は慶應義塾図書館)(二〇〇〇年、雄松堂)。

- (16) 前掲註(13)、ならびに前掲註(15)(第二編物権ノ部)、v頁。

- (17) 前掲書、註(15)のvii頁以下では、『再閱修正民法草案註釈』には大きく分けて二種のものがあるとされ、さらにそれらについて数種の異本が存在するとされている。これらの『再閱修正民法草案』の出版元、出版年は様々であるが、九州大学には『再閱修正民法草案註釈』に関して司法省から一八八三年から一八八九年の間に順次出版されたバージョンが存在する。これらはボワソナードが『プロジェ二版』を著した時期と一致することから、本稿では、『プロジェ二版』に対応する翻訳であるものとして取り扱う。

- (18) 第千八百八十六条(ママ)

當事者ハ反對證書即チ一時秘密ニ存シ置ク可キ陳述書ヲ以テ表顯公正又ハ私署ノ證書ノ効力ヲ全部又ハ一分變更シ又ハ滅却

スルヲ得然レ其反對證書ハ公正證書又ハ確定ノ日附ヲ有スル私署證書ニ作リタルト雖モ手署者及ヒ其相続人ニ對スルニ非サレハ効力ヲ有セス

然レ各當事者ノ債權者及ヒ特定名義ノ承継人カ當事者ト約定スルニ當リ反對證書アルヲ知リタルカ普通法ニ從ヒテ證セラル、ニ於テハ反對證書ヲ以テ其債權者及ヒ承継人ニ對抗スルヲ得

右条文は、註(17)で挙げた九州大学所蔵の『再閣修正民法草案註釈』二八八頁掲載のものを引用している。

(19) 第千八百八十七条(ママ)

不動産權利ニ関スル反對證書カ或ハ登記ニ因リ又ハ證書カ記入ス可キモノナル場合ニ於テ其抵當記入ニ因リ或ハ反對證書カ登記シ又ハ記入シタル所爲ヲ變更スル場合ニ於テ其登記又ハ記入ノ縁邊附記ニ因リテ公ニ爲サレタルトハ其反對證書ハ表顯證書ノ通常ノ効力ヲ取得ス但總テ遡及ノ効力ヲ有セス

前掲書、註(18)、三二四頁。

(20) 第千八百八十八条(ママ)

總テノ場合ニ於テ各當事者ノ一般及ヒ特別ノ承継人(ママ)ハ他ノ當事者及ヒ其相続人ニ反對證書ヲ以テ對抗スルヲ得  
前掲書・註(18)、三二七頁。

(21) 高橋良彰「不動産物權變動における証書・帳簿と日付(一)——旧民法草案を素材に実態の分析のために——」山形大学紀要(社会科学)二六卷一号——二七頁(一九九五年)を参照。

(22) BOISSONADE (M. G.), *Prjet de code civil pour l'empire du Japon accompagne d'un commentaire*, tome V, Tokio, 1889, n° 163, p.150.

(23) BOISSONADE (M. G.), *op cit.* n° 164, p.151.

(24) BOISSONADE (M. G.), *op cit.* n° 165, pp.152-153.

(25) BOISSONADE (M. G.), *op cit.* n° 166, p.153.

(26) BOISSONADE (M. G.), *op cit.* n° 166, pp.154-155.

(27) BOISSONADE (M. G.), *op cit.* n° 167, p.157.

(28) BOISSONADE (M. G.), *op cit.* n° 168, p.158.

(29) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法叢書一一』(商事法務研究会、一九八八年)、法律取調委員会民法證據編再

調査案議事筆記四六一四七頁。第三九回議事は、草案一三八六条の内容に関して問題にすることはなく、条文の表現について改めるにとどまった。具体的には、草案一三八六条第一項の「私署ニ係ルトキト雖モ」という表現が「私署證書タルトキト雖モ」に改められ、第二項の「知リタルコトノ證セラルルニ於テハ反對證書ヲ以テ」という表現が「知リタルコトノ證アルニ於テハ之ヲ以テ」と改められた。

(30) 旧民法証拠編五〇条ないし五二条の規定は、我妻榮編『旧法令集』一八七頁(有斐閣、一九六八年)を参照。

(31) 旧民法証拠編五〇条についての註釈は、磯部四郎『大日本新典民法義 証拠編之部「復刻版」』(信山社、一九九七年)、磯部四郎『改正民法正解(第一編・第二編・第三編)』(長島文昌堂、一八九六年)、一瀬勇三郎『仏国民法証拠編(司法省蔵版)』(司法省、一八八六年)、仁井田益太郎『旧民法解題法学叢書(六)』(日本評論社、一九四三年)などを参照。以上に挙げた文献において、本文中で検討した内容——ポワソナードが草案一三八六条に付した註釈の内容——とよく似た記述を確認することが出来る。

(32) 大久保II高橋、前掲書、二四〇頁。枢密院の審議についての詳細は同書、二一八—二三九頁を参照。また、編纂史における旧民法の位置づけ、法典論争についての詳細は、広中俊雄『第九回帝国議会の民法審議』六一九頁(有斐閣、一九八六)、を参照。

(33) 法務大臣官房司法法制調査部監修、『日本近代立法資料叢書一三三』(商事法務研究会、一九八八年) 法典調査会民法主査會議事速記録一〇八一—一二二頁。

(34) 前掲、『日本近代立法資料叢書一三三』、法典調査会民法主査會議事速記録六三八—六四六頁。草案九二条作成において参照された条文は、「證五〇、佛一三三二一、奥八六九、蘭一九一〇、伊一三二一九、瑞債務法一六、ヴラー九七五、西一二三〇、白草一三四六、獨一草九六、同二草九二・一」であることが確認できる。

(35) 富井は、意思表示が証書によりなされるばかりでなく口頭によってもなされることがあると指摘し、意思表示の問題を証書の問題に限定することは「甚ダ狹隘ニ失スル」すなわち十分ではないと指摘している。前掲、『日本近代立法資料叢書一三三』、六三八頁参照。

(36) 富井は、隠匿行為の目的が合法的である場合必ずしも無効とはならないことを指摘し、このことは解釈上疑いのないことだと述べている。この点につき前掲、『日本近代立法資料叢書一三三』、六三九頁参照。

(37) 富井の趣旨説明は前掲、『日本近代立法資料叢書一三三』、六三九頁を参照。「本案二八單二第三者ト云ヘリ是レ他ナシ本案二

於テハ當事者及ヒ法律上之ト同一人ト看做スヘキ者ヲ除ク他皆之ヲ第三者ト稱スルヲ可トシタレハナリ」との記述が確認できる。

- (38) 広中、前掲書、四六頁。
- (39) 法典調査会案の審議過程についての詳細は、広中、前掲『第九回帝国議会の民法審議』、四七頁以下参照。
- (40) 広中、前掲書、八九頁。
- (41) 広中、前掲書、一一二頁。そこで審議されたのは、錯誤に関する九五条と詐欺及び強迫に関する九六条、隔地者に対する意思表示を定めた九七条であり、九四条については審議されていない。
- (42) 『未定稿本／民法修正案理由書』の意義及び第九回帝国議会の民法審議との関係については、広中俊雄『民法修正案（前三編）の理由書』三二五〇頁（有斐閣、一九八七）、を参照。
- (43) 広中、前掲『民法修正案（前三編）の理由書』、一四二一一―一四三頁。この内容は、前掲、『日本近代立法資料叢書一二』、六三八―六三九頁を参照すると、富井が一八九四年（明治二七年）三月二日第二一回民法主査会で行った趣旨説明とほぼ同様であることが確認できる。
- (44) 広中、前掲『民法修正案（前三編）の理由書』、一四三頁。
- (45) 稲本洋之助『新版注釈民法（三）』、三四九―三五〇頁の判例の整理に依拠した部分が大きい。
- (46) ここで取り上げた二つの大審院判決は、大正期に出版された『民法判決實例追録』（第四版増補版）八五頁（一九一五年、巖松堂）、において、「舊法」時代の判例として、位置づけられており、現行民法九四条に関連する事件であるとして紹介されている。
- (47) 不動産の仮装売買ならびに抵当権設定の仮装は、旧民法起草時代の法律学校の講義録において虚偽表示が行われる最たる例として想定されている。法律学校時代の講義録の内容から民法九四条の沿革を検討するものとして、小野、前掲、「民法九四条の趣旨——起草過程を中心として」が挙げられる。
- (48) 本件において大審院は、仮装債権の譲受人が民法九四条二項の第三者に該当することを判示するにあたり、大審院明治四〇年二月一日判決（民録一三輯三三頁）を引用している。右事件は、仮装売買契約を根拠とする仮装債務の不履行に基づく損害賠償請求権の譲渡が問題となった事案である。大審院は、仮装売買の不履行による損害賠償請求権を善意で譲り受けた者に対しては、虚偽表示の内部に存在する秘匿行為である金銭貸借上の債権が既に弁済によって消滅していることを対抗することが

できないことを明らかにしている。

大審院は秘匿行為の効力が第三者に対抗できるかという観点から判示しているとともに、その根拠として民法九四条に依拠していない。したがって、本判決は反対証書すなわち秘匿行為の第三者効について定めた旧民法証拠編五〇条に依拠した可能性を指摘することができると思われる。

以上のことから、本件は従来の仮装債権譲渡事例に対する判断につき判例変更を行ったものとは言い難いので、本文中において取り上げないこととした。

(49) 第三者肯定例として、本文中で取り上げていないものの、銀行と第三者による虚偽の預金契約(振込)に対し支払いを求めらる口座名義人を民法九四条二項の第三者であると判示した、大審院昭和九年五月二五日判決(民集一三卷八二九頁)が存在する。

#### 〔事案〕

X(原告・控訴人・上告人)は、Y銀行(被告・被控訴人・被上告人)と当座預金勘定契約を締結していたところ、取引継続中、Y銀行はXに対し訴外A(Xの債務者)がXの右口座に一九〇〇円を入金した旨の通知を行った。XはY銀行に対しAが口座に入金した一九〇〇円の払戻を請求したが、Y銀行が応じなかったため、預金払戻を訴求した。Y銀行は、Xとの間に当座預金取引があったことは認められたものの、AのXの口座への入金およびその旨のYからXへの通知は、Aの依頼により仮装したにすぎず真実ではないと抗弁した。

第一審・原審ともにXの請求を棄却した。原審は、A・Y間の入金は、第三者に対する契約であり、右入金が虚偽表示であることから無効であるとした。そして、A・Y間の虚偽表示の無効は、民法五三九条の規定により契約自体に起因する抗弁として第三者であるXが善意であっても、YがこれをXに対抗することができ、民法九四条の適用はないと判示した。これに対しXが上告した。

#### 〔判決〕

大審院は、A・Y間の虚偽の入金が第三者のためにする契約ではないと判示した上で、「今若シ斯カル振込無キニ拘ラス甲ト銀行ト通謀シテ恰モコレアリシカ如ク銀行ヨリ乙ニ通知シ否必スシモ通知ヲ為スマテモ無ク銀行カ其ノ帳簿上乙ノ預金尻ニ右ノ如キ記入ヲ為シ而シテ乙ハ其ノ通知若クハ記入ヲ信シタルトキハ如何他日乙ノ預金払戻ヲ請求シ来ルヤ銀行ナルモノ之ニ対シ曩ノ振込ハ実ニ其ノ事アリシニ非ス甲ト通謀シテ為シタル仮装ノ仕業ニ過キスト主張シテ以テ右ノ請求ヲ拒絶スルヲ得ルヤ

否ヤ之ヲ民法第九十四条ノ法意ニ鑑ミルモ亦多ク云フヲ須ヒサルニ似タリ」と述べ、AからY銀行に対してなされた仮装の振込を民法九四条にいう虚偽表示であると判示し、したがって、Xが九四条二項の第三者に該当するので、虚偽表示の存在につき善意か否かについて判断すべきであるとして、原判決を破棄し差し戻した。

本件は、第三者性の判断に際し、法律上の利害関係を有するか否かという基準に依拠していないことから、本文中で取り上げた他の初判例と共に検討する余地があるといえなくはない。しかし、銀行が仮装振込に加担するという特殊なケースであり、本判決以後、類似の事案がみられないことに加え、口座名義人が預金支払いを求めたことが、虚偽表示の目的につき新たに利害関係を有したといえるか疑わしい。加えて、口座名義人は虚偽表示の効力というよりはむしろ銀行が有する高度の社会的信用を根拠に預金の支払いが認められたと解することもできる。この点については、民事法研究会編『判例民事法（昭和九年度）』二〇一—二〇七頁（六七・我妻榮）（有斐閣、一九二九年）。したがって、本件は事例判決であると評価し、検討対象から外すこととした。

(50) 大審院昭和六年六月九日（民集一〇卷四七〇頁）、大審院昭和二年九月一日決定（大審院判決全集四輯一七卷五号）、大審院昭和二年九月一日決定（大審院判決全集四輯一七卷五号）が挙げられる。

(51) 石田穰『判批』別冊ジュリスト五二五号五八頁（一九七六年）を参照した。

(52) 債権取立のための債権譲渡については、大審院明治四一年二月七日判決（民録一四卷一二六八頁）においてすでに問題とされている。しかし、この事案において大審院は、債権取立を目的とする債権譲渡を、その「外部関係」の形成について当事者に意思と表示の不一致が一致しないこと、いいかえれば、「内部関係」と合致しない法律関係を作り出すことに当事者の真意があることから信託的行為であると捉えた上で、信託的行為が虚偽表示ではないことを判示した。この点については、前掲書『新版注釈民法（三）』三三〇—三三二頁（稲本洋之助）を参照した。

右判例は、債権の譲受人が民法九四条二項にいう第三者であるか否かの判断に至る前に、そもそも取立目的の債権譲渡が虚偽表示でないと判断しているため、本稿における検討対象とはしなかった。本件大審院昭和一四年判決も、取立目的の債権譲渡に関わる問題であるため、右判例の系列に位置づけることができるが、本件は判決理由において、債権譲受人の第三者性が判断され、その際、法律上の利害関係を有するか否かという基準に依拠していることが窺えるため、参照に値すると判断し、検討対象とした。

(53) 本件の『判批』として、民事法研究会編『判例民事法（昭和八年度）』四一一—四一二頁（二〇五・川島武宜）（有斐閣、

一九二八年)を参照した。

- (54) 本件の『判批』として、民事法研究会編『判例民事法(昭和一八年度)』三三三―三三八頁(七一・四宮和夫)(有斐閣、一九五五年)および山木戸克己「債権者代位と民法第九四条第二項の適用」民商法雑誌第一二巻三号一三八―一四三頁(一九三四年)を参照した。

- (55) 債権者代位権を行使した債権者が民法九四条二項の第三者に該当しないとする事例は、東京地裁昭和五六年三月二〇日判決(判時一〇一八号八七頁)およびその控訴審判決である東京高裁昭和五七年九月二七日判決(控訴棄却)(判夕四八三号七九頁)を最後に見られない。右東京地裁判決に関して、高島平蔵『判批』判例評論二八四号三四―三八頁(一九八二年)を、東京高裁判決に関して高森八四郎『判批』判夕五〇五号六三―六五頁(一九八三年)を参照した。

- (56) 本件の『判批』として、前掲書『判例民事法(昭和八年度)』二二八―二三四頁(六一・石井輝久)を参照した。

- (57) 本件の『判批』として、民事法研究会編『判例民事法(昭和二〇年度)』四九―五二頁(一一・北澤正啓)(有斐閣、一九五五年)および喜多了祐「株式の仮装譲渡」別冊ジュリスト二〇号一〇四頁(一九六八年)を参照した。

- (58) 本件の『判批』として、山下末人・法律時報三六巻五号七九頁(一九六四年)、瀬戸正一・法曹時報一六巻一号一三九頁(一九六四年)、川井健・民商法雑誌五一巻二号八二頁(一九六四年)を参照した。

- (59) 本件の『判批』として、石田喜久夫・民商法雑誌八七巻五号一二五―一二九頁(一九八三年)、田尾桃二・金融商事判例六六〇号五〇―五一頁(一九八三年)、副田隆重・名城法学三三巻二号一三五―一四三頁(一九八三年)、平田浩・季刊実務民事法一号二二八―二二九頁(一九八三年)、鎌田薫・判例評論二九六号一七二―一七七頁(一九八三年)を参照した。

本最高裁判決に先立ち、すでに東京地判昭和四二年二月一日(判時五一四一六五)(本件と同様の事件)は、本条二項の第三者とは虚偽表示の外形を信じて新たに利害関係を有するに至った者を指すと解すべきところ、原告は本件土地を買い受けた結果本件土地の賃貸人たるの地位を取得した者にすぎず本件建物の所有権が移転したことを信頼して新たな利害関係に入った者とは解しがたく、原告は本件虚偽表示に関しての第三者ではないといわれなければならないと判示している。ところで、土地・建物ともに所有する甲が、家屋だけを乙に仮装譲渡した場合、乙からさらにこれを善意で譲り受けた丙に対し家屋敷地の賃貸を承諾しない場合は、丙は甲に対し家屋の買い取り請求ができることが、最高裁昭和二八年一〇月一日判決(民集七巻一〇号一〇一九頁)において判示されている。

- (60) 岡松参太郎の業績およびその評価について、清水誠「市民法学者・岡松参太郎のこと」法律時報七三巻二号八四―八七頁

(二〇〇一年)を参照した。

(61) この段落の記述は、岡松参太郎『註釈民法理由上巻総則編』一八二頁(有斐閣書房、一八九六年)以下参照。本書は初版出版後、七回改訂されている(本書の訂正第七版『註釈民法理由上巻総則編』の復刻版が、一九九一年に信山社から出版されている)。民法九四条の解説部分につき、一八九六年に出された初版と、訂正第七版とを比較したところ、記述内容および頁に相違がみられなかったため、岡松の民法九四条の解釈は初版以来、変更されることがなかったと解することができよう。したがって、本稿では『註釈民法理由上巻総則編』(有斐閣書房、一八九六年)を参照している。

(62) この段落の記述は、梅謙次郎『民法要義卷ノ一(初版)』一八一—一八二頁(明治二十九年、和佛法律学校)を参照。梅の『民法要義』はその後多数回改訂されているが、民法九四条についての記述にほとんど変化が見られず、明治三四年に発行された、訂正増補一五版以降、初版以来の内容に以下の事項が追加された。すなわち、旧民法証拠編時代の条文が「反対証書」に関する規定であったのに対し、現行民法において、広く虚偽の意思表示についての規定と解されたということである。以上のことから、本稿では『民法要義』の初版を引用する。

(63) この段落の記述は、富井政章『民法原論第一巻総論下(初版)』三五四—三五六頁(有斐閣書房、明治三十七年)を参照。本書はその後、訂正七版(一九〇八年)まで改訂されたが、民法九四条の記述につき、内容に変更が見られないことを確認したため、本稿では初版を引用することとした。右初版は民法典公布後かなり時間が経ってから出版されたものであるが、富井が現行民法典編纂の主要メンバーの一人であり、かつ右初版の民法九四条の解説部分が、法典調査会における富井発言と類似している内容もあることから、梅、岡松と平行して扱うこととした。

(64) 鳩山秀夫『法律行為乃至時効』(巖松堂書店、一九二二年)。

(65) 鳩山、前掲書一一七頁「第三者トハ当事者及ヒ其包括承継人ニアラサル総テノ人ヲ謂フ債権者及ヒ特定承継人ハ固ヨリ茲ニ謂フ第三者ナリ」。

(66) 鳩山、前掲書一一八頁「善意ノ第三者トハ当事者ノ為シタル意思表示カ虚偽表示ナルコトヲ知ラスシテ之ニ付テ法律上ノ利害關係ヲ成立セシメタル第三者ヲ謂フ」(黒丸は鳩山による)。

(67) 鳩山、前掲書一一八頁「善意トハ或事ヲ知ラサルコトヲ謂フ而シテ其何時ニ知ラサルコトヲ要スルカニ付テハ法律ニ明文無キモ終始知ラサルコト又ハ争ト為リタル時ニ知ラサルコトヲ要セサルハ勿論ニシテ又意思表示当時ニ知ラサルヲ以テ足レルニアラサルコトモ亦疑ナシ」(黒丸は鳩山による)。



(68) 鳩山、前掲書一一八頁では、その理由として、法律上の利害関係を有しない者は保護を必要とせず、法律上の利害関係を生じた時点で（虚偽表示の存在について）善意である者を保護しなければ不測の損害を被らせることになることを述べる。そして、このことが明瞭にあらわれる例として、法律上の利害関係が虚偽表示が行われた後に成立し、その時点で第三者が虚偽表示の無効を知らない場合——仮装によってある物の所有権を譲受けた者を真正の所有者であると信じて第三者が当該物を譲受ける場合——を挙げている。

(69) 鳩山、前掲書一一八頁。

(70) 我妻榮『民法総則』三三三—三三四頁（岩波書店、一九三〇年）。なお、『民法総則』の一九五一年版、一九六五年版、一九三〇年版と同様の記述が確認できた。

(71) 石田文次郎『現行民法総論』三五二頁（弘文堂、一九三〇年）。石田は、同頁の（註二）において、判例（大審院大正九年七月二三日判決、大審院大正九年一〇月一八日判決）が第三者の意義を「虚偽表示の目的につき法律上利益を有するに至った者のみである」として制限的に解釈していると指摘している。

(72) 穂積重遠『民法総則』（新法学全集・第七卷・民法I）二八九頁（日本評論社、一九三六年）。

(73) 我妻榮『（新訂）民法総則』二九二頁（岩波書店、一九六五年）。

(74) 四宮和夫『民法総則（第四版）』一六二頁（弘文堂、一九七二年）。四版を引用するのは、意思表示に関する解説、とりわけ民法九四条に関する四宮独自の解釈論を展開していると評価できることに存する。

(75) 四宮、前掲書一六四頁。

(76) 幾代通『民法民法総則』二五二頁（青林書院、一九六九年）。

(77) 柚木馨Ⅱ谷口知平Ⅱ加藤一郎Ⅱ奥田昌道編『判例演習民法総則（増補版）』一〇四—一〇七頁（四宮和夫、「虚偽表示」（有斐閣、一九七三年）は、第三者性肯定例ないし否定例を法律上の利害関係の有無という観点から整理するものと評価できる。

ここでの記述内容は、その後、四宮、前掲書『民法総則（第四版）』一六四頁にも反映されている。

(78) 幾代、前掲書二五六頁。なお、幾代は『民法総則』（一九六九年）において、民法九四条二項の第三者を「虚偽表示に基づき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り、ために虚偽表示の無効を主張する者と矛盾する法律上の利害関係を有するに至った者」と定義している。幾代は、債権者について「財産の仮装譲受人に対する一般債権者たる地位を有するだけで差押によって当該財産に対する具体的、現実的な支配を確立していない者は第三者ではない」と述べる。以上、幾代

通『民法総則』二五二―二四五頁(青林書院、一九六九年)参照のこと。なお、一九九七年に出版された本書の第二版における記述は初版と相違ないため割愛する。

(79) 前掲註(54)ないし(55)に挙げた『判批』を参照。

(80) 山本戸、前掲註(54)『判批』参照。

(81) 四宮、前掲書一六五頁(f)参照。この他、鎌田・前掲『判批』および後藤・前掲『判批』も同様の立場にたつものと思われる。

(82) 石田、前掲『判批』参照。

(83) 副田、前掲『判批』参照。

(84) 鎌田、前掲『判批』参照。

(85) 後藤、前掲『判批』参照。

## 第二章 コード・シビル一三二一条における第三者

本章は、フランス民法典編纂過程を概観し、現行フランス民法典一三二一条の規定の成り立ち、および、同条が反対証書の効力を当事者および第三者とに区別している理由などを検討し、前提となる基準(立法者の意思)を抽出する。これを前提として、民法典成立以降一九世紀末までの学説・判例が、一三二一条における第三者として具体的にどのような者を想定していたのかについて、また、第三者とされる要件について検討する。

### 第一節 アンシャン・レジーム期における反対証書と対第三者効

Napoleonが共和暦八年ブリュメール一八日(一七九九年一月)のクーデタの結果、権力を掌握したとき、コー

ド・シビル編纂に好意的な意見が集められたのを契機として、編纂準備手続を押しすすめたことは周知の通りである。Napoleonは法典編纂により、アンシャン・レジームの体制と決別することを望み、様々な政治体制を整えていった<sup>(1)</sup>。

では、コード・シビルは、アンシャン・レジーム期の法律と断絶しているのであるか。

この点、起草者の一人であるPortalisは、『民法序論』の第一演説において、「革命により」国民に完全に新しい制度を与えることが目的となり、その目的が政治的に最高の地位を認められたので、我々および人々が数世紀にわたる精神を形成するまでに高められた過去の経験および良俗の伝統、諸規定および法諺を有効に利用することが無視された。人民の法典は、時代と共につくられたが、それはつくられたのではない。破壊することが必ずしも必要でないものは、すべて保存することが有益である。すなわち、法律は諸々の風習が欠陥でなければ、それを考慮しなければならぬ(筆者訳)<sup>(2)</sup>と述べている。このことから、コード・シビル起草者たちが、アンシャン・レジーム期の法制度を決して排除しなかったことが窺えよう。もともと、コード・シビルは、一般的に「妥協の産物(古法と革命の和解、慣習法とローマ法の和解)」と評価されてきた。現代のフランス法学者も、同様に解しており、コード・シビルの起源をローマ法、慣習法、王令、中間法、カノン法に求めている。以上のことから、コード・シビルが、「革命」を契機として「過去の遺産(アンシャン・レジーム期の法)」と断絶していないという見解が導かれる<sup>(3)</sup>。

アンシャン・レジーム期(近世絶対王政期)は、基本的に中世以来の慣習法が法源とされていた。また、この時期に王権主導で慣習法の編纂が命じられ、各地域で適用される慣習法の内容が明確になっていくとともに、その多様性と対立が浮き彫りとなり、慣習法の統合を模索する動きが生じた。フランス固有の原理を樹立する試みが全国

的に行われるようになり、慣習法を研究する学者によって、統一法の内容に関する提言がなされ、将来における法典編纂の基礎が形成されていったのである。<sup>(4)</sup>

そこで、本章ではまず、アンシャン・レジーム期(近世絶対王政期)の反対証書の利用状況および規制などを、民法典編纂者たちが依拠したとされる、この時代を代表する慣習法学者Domatの学説も参照しつつ確認する。<sup>(5)</sup> 次いで、革命期立法における反対証書の規定および共和暦八年草案の審議における現行一三二一条の形成過程を検討する。

### 一 反対証書と仮装行為

中世フランスにおける慣習法地域では、当初、証書は私的取引においてあまり利用されず、訴訟においても証人が優先されたため、その重要性は低かったと言われている。その後、一三世紀頃に至って、ローマ法および教会法の影響から合意主義的契約が導入され、ようやく証書が私的取引に利用され、証明力が承認されるようになった。<sup>(6)</sup> さらに、一五六六年二月のムーラン王令第五四条により、訴訟の増加に対応するため一〇〇リールを越える事件に証書を要求したことを契機として、証書の利用が普及したとされる。このような流れにおいて、反対証書は、とりわけ北部慣習法地域において利用されてきた。

中世の法律家は、反対証書について、「合意の当事者がある一定の期間、秘密にしようとして作成した証書であり、それにより、当事者が反対証書作成以前に作成し、かつ公然に置く別の証書の中に盛り込まれた合意条項を説明し、拡張し、または制限ないし修正するものである」と定義付けており、現在においてもほぼ同様に考えられている。<sup>(7)</sup>

ところで、フランスでは歴史的に、日本民法九四条にいう虚偽表示を意味するものとして、*contre-lettre*とローマ法起源とされる *simulation* (仮装) という二つの概念が並存していた。*simulation* は、契約の締結において、真実を隠蔽するために当事者が相通じて行う虚偽の外見を作出することである。中世の法律家たちは、両者はいずれも、必ずしも常に第三者を害する目的で行われるとは限らないと解しており、詐害性を有さず他人を喜ばせたり、負担を軽減させる目的で作成される反対証書の例を挙げるにとどまっていた。<sup>(8)</sup> *contre-lettre* と *simulation* がどのような関係性を有するののかについての具体的な見解は、その後のコード・シビル起草過程および註釈学派によってもほとんど言及されていないようである。<sup>(9)</sup>

以上のことから、本稿では、この問題につきこれ以上立ち入らず、*contre-lettre* を「*simulation* を体現する一手段」として捉えることとしたい。

## 二 反対証書の利用と規制

### 1. 特別規定および規則制的判決による規制

結論を先取りすれば、中世においても、反対証書は、当事者にとって証拠であり、正当に同意した合意につきすべての効力を生じさせる原因となるものであると解されていた。加えて、反対証書は、反対証書の作成に関わらなかった第三者に対して、その効力を有さないものとして扱われた。しかしながら、このような第三者に対する反対証書の効力否定について、現行一三二一条のような明確な規定は、存在しなかった。その代わりに、証書作成普及とともに、脱法行為や婚姻上の契約に反する目的を有する特定の反対証書利用が、王令などの特別規定や規則制的判決により規制されていた。<sup>(10)</sup> 規制内容は、特定の反対証書利用形態に対して、その効力を当事者間だけでなく、

第三者に対しても無効とすることが定められ、場合によっては罰金（賠償金）を支払わせるといふものも存在した。<sup>(11)</sup>

## 2. 規制対象にされなかった反対証書の扱い

では、規制の対象外である反対証書につき、その効力はどのように扱われたのであろうか。

当時、証書は、公証人の面前で作成されることや（公正証書）、判決により承認を得ること、公簿に記載されることなどにより公署性を獲得した場合、その真正性および日付について証拠力を付与された。これに対し、私署証書は証拠力を有さなかった。反対証書は、秘密性を保持するため、私署により作成されることがほとんどであったから、その内容および日付の真正性を承認されないこと疑いない。<sup>(12)</sup>

しかしながら、反対証書が公署により作成されることもあった。先に見た原則から、反対証書が公署性を備えている場合は証拠力を有するように見える。しかし、「公署の性質を有している場合でなければ、反対証書の効力は第三者に対して無効となることはない」という解釈が行われることはなかった。というのも、反対証書が一般の証書と同じように公証人等公的機関の面前で作成されたとしても、そのような手続により作成された公署証書は合意の内容と合意締結の日付を公証するだけで公示の役割を果たすものではないから、それだけでは公然にされたとはいえず、秘密性を害さないと解されたからである。<sup>(13)</sup>

以上のことを裏付ける判例として、Aix-en-Provence 高等法院における一六九八年七月二日判決を挙げることができる。本判決は、「公証人の記録において記載あるいは原簿に記載されなかった秘密あるいは非合法な意思に基づき作成された反対証書は、公務担当者に認識されたとはいえず、当該反対証書の登録の日付にせよ、署名者のうちの一人が死亡した日付にせよ、反対証書の内容を記載した公の証書を作成した日付にせよ、第三者に対しては効力

を有さないし、日付を取得しない」ことを明らかにしたものである。<sup>14</sup> この判決から、原簿記載あるいは登録についての厳格な要件を全く満たしていない反対証書は、第三者に対してその効力を決して生じさせないと判断したことが窺える。「反対証書が第三者に対して効力を有さない」という原理が登場したといえよう。

### III Domat<sup>(15)</sup>

Domatは、『自然な秩序における民事法』の第一巻に「証拠および時効、宣誓」という章を設け、その中の「書証」の項目で、反対証書について詳細に解説している。<sup>16</sup>

Domatは、反対証書を、「合意当事者が…(中略)…いつか折りをみて明らかにしようとすることを〔現時点で〕知らせることを望まないときに」作成される証書であると定義し、当事者間の「取り決め」と、反対証書の内容との対立は、取り決めに破壊しないが、取り決めの内容を制限しあるいは合意当事者が望んだ変更をもたらすとする。そして、この「取り決め」と反対証書の合意の対立は、一方および他方を根絶させる効果を生じないという。その理由について、Domatは、当事者の意図は、契約が反対証書により定められた合意とともに存続すると考えられるからとしている。したがって、一定の金額について債務を負う者が、当該金額の半分について債務は生じないという反対証書上の債権者の意思を受け取った場合、債務者は、別の証書により取り決められた部分のみ債務を負うものと解される。反対証書は、第一の合意を取り払う、あるいは、抵触する第二の意思とみなされるとい<sup>17</sup>う。

Domatはさらに、以上の反対証書に関する準則が、すべての場合に区別なく適用されるべきではなく、契約当事者間においてのみその効力を有するものと限定されるべきであり、いかなる第三者も害してはならないと述べる。その具体例として、Domatは婚姻契約における反対証書利用を挙げている。すなわち、父が自分の息子を結婚さ

せるとき、息子の婚姻に有利になるように現金あるいは土地、負担金を与えることと取り決めているが、「贈与はごくわずかな金額についてのみ価値を有する」とか、「息子は土地を返還しなければならない」などの内容を反対証書に記したという例である。この場合、反対証書の内容は妻および嫡出子に対しては、決して効力を生じないし、息子の債権者のように利益を有するその他の第三者に対しても効力を生じない。その理由として Donat は、このような合意が良俗を害すること、すなわち、反対証書の内容を知っていたなら、婚姻に同意しなかったであろう妻およびその良心を害するだけでなく、このような詐欺に係るすべての人を害することを挙げている。その上で、「彼らが家族であるということから簡単に行いうる有害な反対証書の利用、および、反対証書により「妻およびその親族を」欺罔するために当事者間で反対証書を作成することを鎮圧する」<sup>(18)</sup>のは、公的利益のためであると述べている。

#### 四 小括

アンシャン・レジーム期において、証書に証明力が付与されたのを機に証書作成が一般的なものとなり、反対証書が利用されるようになったという経緯が認められる。反対証書は、当事者において契約内容を確認する機能を果たすものや、他人の債務を免除することを定める機能をもつなど、他人を義務から解放したりする機能を有しており、決してそのすべてが害悪であったわけではない。しかし、反対証書はその秘密性から、他人を欺罔する目的や脱法目的で積極的に利用されるようになったことも事実である。そこで、後者の「害悪」であると考えられる反対証書の利用が規制されるに至った。規制対象となった反対証書は国家(国王)に関わる取引や、官職の売買や婚姻契約など、社会秩序に関わる取引などが多かった。しかし、私人間取引における反対証書の利用が規制の対象とな



ることもあった。

では、右で見たような反対証書の規制と、反対証書を知らずに取引関係に入った第三者の扱いはどのように考えられていたのだろうか。この点、反対証書の規制は、特定の反対証書作成を禁止する特別規定および判決によって、反対証書の効力を当事者間および第三者に対しても無効とする、すなわち誰に対しても効力を生じないという形でなされた。そのため、反対証書を規制する規定において、第三者を考慮する必要すらなかったといえよう。

他方、反対証書の規制の範囲外におかれた反対証書は、第三者を害する場合、証書の証拠力の原則にかかわらず、反対証書は第三者に対抗できないと判示する判決が登場した。このような判例理論は、反対証書の当事者効と第三者効を明確に区別して論じるという Domat の見解に影響を与えたように思われる。しかしながら、Domat は、反対証書が「あらゆる」第三者に対して効力を有しないと述べるにとどまり、ここでいう第三者が具体的にどのような者であるかにつき明確に述べていない。また、反対証書利用の具体例として、反対証書作成を通じた秘密の合意が良俗に反し、詐害性を有する婚姻契約上の反対証書作成のみを挙げている。そして、第三者が詐害性を有する反対証書の作成を鎮圧することは、公的利益のために必要であるということが、反対証書の第三者効を否定する理由であるとしている。

以上のことから、アンシャン・レジム期においては、社会秩序を乱す反対証書を禁止するという政策的な観点が強くており、そのために、反対証書は絶対無効とされたため、第三者を考慮する必要性がなかったと言うことができよう。この政策的な観点は、規制の対象とされていなかった反対証書の扱いについて、当事者効と第三者効を分けて考えるという判例理論および学説の登場によっても、Domat の記述から、なお残っていたと考えられる。右 Domat の見解に依拠すれば反対証書はあらゆる第三者に対抗できないと解されることになるため、この時期に

において、反対証書の効力が及ばないとされる第三者は作成当事者以外のすべての者を指していたように思われる。

## 第二節 コード・シビル編纂過程における反対証書と対第三者効

### — 革命期立法と共和暦八年草案の審議過程 —

革命以後最大の目的は、アンシャン・レジーム期から望まれていた法典編纂を完成させることによつて、フランス全土に統一的な私法制度を樹立することにあつた。とりわけ、コード・シビルの編纂が急務とされた。しかし、Napoleonが政治権力を掌握するまで、コード・シビル編纂は度重なる政治的事変に見舞われ途中で挫折し、ついに成就しなかつた<sup>(19)</sup>。

革命前期の民法典編纂事業は、立憲議會、立法議會、国民議會を経て行われた。立憲議會時代、一七九〇年七月五日の布令、および一七九一年憲法第一条の末尾において、民法典編纂が急務であることが明記されたが、世論が刑法典の改正を熱心に要求していたこともあり、実際の編纂作業は行われなかつた。本格的に民法典編纂が行われたのは、一七九二年九月二日の王政崩壊により共和制が確立し、立法議會に代わり国民議會が組織されて以降であつた。その後、Cambacèresを起草代表として作成された三つの草案、Jacqueminot草案を経て、Napoleonの政權掌握以後作成された共和暦八年草案へと展開していく。國務院は、共和暦八年草案を、裁判官の意見書を破壊裁判所および全国二九の控訴裁判所に送付し、意見書を提出させた。その後、審議を経て、コード・シビル完成に至つた<sup>(20)</sup>。

反対証書に関する規定は、革命期の登録税法に関する法律において設けられていたが、Cambacères草案およびJacqueminot草案では起草されていない<sup>(21)</sup>。また、共和暦八年草案は、登録された夫婦財産契約の修正（現行

一三九六条)、受贈無能力者のための無償贈与についての有償契約による仮装行為(現行九一一一条)、夫婦間での制限超過贈与(一〇九九条)に関する秘匿合意および当該合意のために作成された反対証書を、各制度の本来の規制を逸脱する違法なものとして、当事者間および第三者に対しても効力を有しないという特別規定を用意したものの<sup>(22)</sup>、現行一三二一条のような反対証書の一般的効力に関する規定を置かなかつたのである。現行一三二一条の原型は、共和暦八年草案提出以後の審議段階において新たに起草されたという経緯を有する。また、審議の中では、革命期の登録税法に関する法律と関連した議論が行われたことを確認することができる。

したがって、本稿では、現行一三二一条の立法過程を明らかにするために、まず、革命期の登録税法に関する法律における反対証書に関する規定がいかなるものであつたかを確認する。その上で、共和暦八年草案の審議の流れを検討する。

## 一 革命期の反対証書に関する規定と対第三者効

### 1. 背景

フランス革命は、長い間 Montesquieu をはじめ Voltaire や Rousseau などの啓蒙思想家と、重農主義者の功績と考えられてきた。そして、彼らの思想や理論がフランス社会を動かし、革命を実現したと考えられてきた。しかし、一九六〇年代に Jean-Jaurès が、フランス革命に社会的事実を見だし、そこに経済的原因を求めるとして以後、当時のフランスの財政問題を革命の勃発と結びつけて論じる研究があらわれるようになった。本稿でも、このような視点から、革命期の反対証書規制が行われた背景事情につき若干ふれることとする。<sup>(23)</sup>

アンシャン・レジーム期においてすでに、フランスは慢性的な財政難の状況にあり、革命勃発後にはもっぱら国家

財政をいかにして確保するかが緊急課題となり、幾度となく様々な税制改革がおこなわれた。それにもかかわらず、財政状況は悪化の一途をたどっていた。

テルミドール反動（一七九四年七月二七日）以後、とくに総裁政府（五人の総裁）と、これに対する二院制の立法府（五百人会議および元老院議会）とによって共和政治の行われた時期には、ジャコバン派残党のせん動や、バブーフラ平等主義者の陰謀などの急進的改革運動が行われるとともに、他面において、王党派的反乱（青年行動隊・白色テロなど）や、第二次対仏同盟のような、内外にわたる反革命派の動きも、一段と緊迫化しつつあった。総裁政府は、こうした両面の敵を妥当し克服することによって、ブルジョアジーの支配権を終局的に確立すべき任務を負っていた。こうしたことから、この時期は、軍事費が経費総額のなかでいちじるしく高い比率を示していたのである。<sup>(24)</sup>

他方、この時期には、農民解放や同業組合的諸規制の廃止、国有地の売却やインフレーション政策などの革命的諸方策によって促進された階層分化が、その成果を顕在化しつつあった。すなわち、これらの方策を通じて、莫大な投機的利得を収めつつ急速に成長してきたブルジョアが、新たな支配勢力として立ち現れ、革命前期において急速に経済力を強化した小土地所有農民とともに、生命・財産の安全と社会秩序の回復を望み、自己の優越的地位を確保しようとした。このようなブルジョアの姿勢は、最高価格制撤廃後の異常な物価騰貴を収束するための通貨措置、ならびに経費節約の努力となつてあらわれた。具体的には、一七九六年三月一八日に行われたアッシニア流通の停止およびその土地手形への交換、一七九七年二月の正貨による紙幣の回収などが挙げられる。それと同時に、陸軍省官吏の減員が実施され、政府の支出による食料の分配も廃止された。ところが、その実質的な効果は乏しく、経費膨張の大勢を阻止することはできなかつた。<sup>(25)</sup>

以上の経緯から財政の窮迫は頂点に達し、ついに公債残高を三分の一に減少する、いわゆる「三分の二破産」が

行われた。以後、経費支弁の手段として積極的に新規の長期債の発行に依存することは困難となった。また、国有地については、売価の急落が嘆かれるようになり、インフレ収束策がとられてからは、亡命貴族の近親者財産の差押えさえ行われた<sup>(26)</sup>。次に述べる、共和暦七年フリメール二二日（一七九八年二月二二日）の法律（以下、「フリメール法」と表記する）も、このような改革の一環として起草された。

## 2. 共和暦七年フリメール二二日の法律による反対証書規制

この頃横行した反対証書の利用による脱税は、具体的には、実際の取引価格を反対証書に記し当事者間で秘密に保持したまま、税務機関に提出する証書すなわち顕示証書に実際の取引価格を下回る金額を記載することで、税金負担を軽減するというものであった。このような脱税が横行した理由は、当時、国家が不動産取引の契約当事者に、契約証書を税務機関に登録する義務を課しており、売買価格に応じて不動産取得者に税金を課していたことにある<sup>(27)</sup>。

革命政府は、このような脱法行為に対する取締を強化すべく、フリメール法において、反対証書を規制する規定を置いた。本法案は、フリメール法施行から約一ヶ月前の霧月二七日に決議されたが、それ以前、すでに評議会では、この決議に先立ち、登録税法の整備の必要性を説く声明が出され、その理由を採用していた。その経緯について概観すると、五〇〇人会は、（五〇〇人会の中に帰属する）財務委員会の報告を聞いた後、①登録税法を簡素化すること、②公平（妥当）な割合において年利および定率課税を規定すること、③国庫（公）の収入を向上させるため、おこりうる所有権移転のすべてに税金を課すこと、④税徴収を確保する（滞りなく行う）ための妥当な手段を直ちに講じることが必要であることを確認したのである<sup>(28)</sup>。

フリメール法において、反対証書は、「第六章・期間内の証書および届出の登録を欠いた場合の罰、および記載

漏れ（脱漏）、虚偽の算定、反対証書について課される罰」の第四〇条に規定された<sup>(29)</sup>。

#### 第四〇条

私署でなされた全ての反対証書は、それが公的証書または先に登録された私署証書において定められた価格の増額を目的とする場合、無効と宣言され、かつ、無効の効果をもたらす。

しかし、反対証書の存在が確認された場合、公的証書等で定められた数額または価格に加えて、その租税額の三倍を追徴金（賠償金）として請求する。

右条文の文言からわかるように、フリメール法四〇条は、不動産取引において脱税目的で作成された反対証書が、絶対的に無効であることを定めた。このことは、反対証書が作成当事者間でも第三者に対しても効力を有さないことを意味するものである。したがって、フリメール法四〇条もアンシャン・レジーム期の反対証書規制方法の流れを汲むものと解することができ、第三者が具体的にどのような者かを論じる必要性がなかったといえよう。

#### 二 共和暦八年委員会草案の審議過程

共和暦八年霜月一八日（一七九九年一月）、Napoleonのクーデタが成功し、執政政府は終局を迎え、同一九日の法律をもってこの政変が是認された。そして、この法律によって新たに執行統領委員会というものが設置され、Sieyès や Roger Ducos および Napoleon の二名がフランス共和国統領に任命された。同時に、執政時代の立法機関であった五〇〇人院および元老院は廃止され、臨時に各院二五名より成る委員会を残し、立法に携わるとともに、新憲法（共和暦八年憲法）の審議にあたることとなった。共和暦八年憲法は、もっぱら政府に立法主導権を与える

ものであったが、より正確には、Napoleonが第一統領として「幅をきかせる」契機となるものであった。<sup>30</sup> 共和暦八年憲法の原理を後ろ盾に、Napoleonは、共和暦八年熱月二四日（一八〇〇年八月二二日）の布令により、四人の起草者委員（Portalis、Tronchet、Maleville、Bigot de Préameneu）を任命した。Napoleonは、四人に、共和暦九年霧月最終旬日（一八〇〇年十一月）までに、民法典草案を起草するように命じ、共和暦八年熱月二四日（一八〇〇年八月二二日）、政府委員会を組織した。<sup>31</sup> その後四人は、共和暦九年雨月一日（一八〇一年一月二二日）政府委員会において、共和暦八年委員会草案を國務院に提出した。草案公表に際し、Portalisの『民法典序論』が付された。<sup>32</sup>

ところで、本章冒頭で述べたように、共和暦八年委員会草案には現行一三二一条のように反対証書の一般的効力に関する条文は起草されなかったが、その後、共和暦八年委員会草案二〇六条の審議において議論された結果、新たに起草された。<sup>33</sup> それでは、右審議における議論の詳細を確認することとしよう。

國務院は草案第三編につき、共和暦一二年霧月二五日（一八〇三年一月一七日）から審議を開始<sup>34</sup>、反対証書の効力については、共和暦一二年霜月二日（一八〇三年一月二四日）議会において議論された。<sup>35</sup> そこでは、本章の第一節で述べたフリメール法四〇条の規定との関係上、反対証書の効力をどのように考えるべきかにつき議論された。以上の点をふまえ具体的な議事の内容を見ていこう。

審議に出席した委員たちは、フリメール法四〇条における反対証書の効力問題をめぐって、二つの立場に分かれた。一方は、反対証書の効力はいかなる場合も否定されるべきだとする立場であり（以下「否定派」）、他方は、限定的に反対証書の効力を承認しようという立場（以下、「折衷派」と表記する）である。

否定派のDuchatelは、反対証書を無制約に許す結果、多くの場合反対証書が私人に対して、そして国庫に対しては常に詐欺行為に利用されることを指摘した。そして、合意の仮装を目指すものである反対証書が無制約に利用

されることを禁止すべきであると主張した。<sup>(36)</sup>

同様に Regnaud は、実際に裁判所が次のケースにおいて反対証書の効力を当事者間でも無効であると判示した例を挙げている。それは、不動産取引当事者が脱税目的で実際の取引価格を反対証書において秘密に保持し、反対証書に記載された価格を下回る価格を示した証書を税務機関に登録したという、フリメール法四〇条の適用が問題となる事例であった。<sup>(37)</sup>

これに対して折衷派は、否定派の見解に懐疑的な態度を示した。Bigot de Préameneu は、詐欺的な目的で作成された反対証書のみを無効とすべきことを唱えた。<sup>(38)</sup>

Berlier は、反対証書の濫用が頻繁に起こりうることと、この濫用が基本的に契約の本質に抵触することを認めたいという「私人間で行なわれる契約において、反対証書による当該契約内容の修正を認めずに公的証書のみを有効とみなすことは、多くの場合不公正であり、『合意は拘束する』という原則をねじ曲げることにならないか」と問うている。さらに彼は、「合意の意味を確定し合意の脱落部分を補うことを目的とする反対証書が存在し得るときに、立法者はそのような反対証書の内容を変更しなければならぬのだろうか」と述べ、「反対証書はしばしば国庫に対する権利義務を回避するあるいは衰えさせることに関係するものであるが、詐欺のような働きをする反対証書は、それを無効にすることによってではなく賠償金を支払わせることによって罰されるべきである」と主張した。最後に彼は、「いかなる場合においても立法者は当事者が自らに課したそれぞれの債務を増やしたり減らしたりするために、当事者の代わりに意思を表明することはできない」と結んでいる。<sup>(39)</sup>

同じく折衷派の Cambacères は、当事者間で作成されたすべての証書に、公署証書・私署証書を問わず効力をもたせるべきだと主張した。そして、否定派が恐れている反対証書の濫用を予防するためには、当事者に証書が作



成されるときに登録義務を課すことで足りると述べた。<sup>(40)</sup>

Tronchet は、反対証書は当事者間で有効とし、第三者に対しては無効とする実際上の区別の必要性を説いた。Defermon も、反対証書が区別なく無効とされることに反対した。そして、フリメール法四〇条に関して、税務当局の利益は、当事者が証書を登録しない場合罰金を課すことで保たれると主張した。<sup>(41)</sup>

結局この日の審議では折衷派の見解が採用され、反対証書は公正証書により作成されたにせよ、私署証書により作成されたにせよ、当事者間では有効であり、第三者との関係では無効であるとする見解が採用された。そして、共和暦一二年霜月一六日（一八〇三年二月八日）議会で再び審議が開始するまでの間に、反対証書の当事者効、第三者効を区別する一般規定が、草案二二七条として置かれることとなった。<sup>(42)</sup> 草案二二七条は、民法典第三編「所有権取得に関する様々な方法」の第二章「一般的な合意に基づく契約及び債務」、第五節「債務・支払い債務の立証」、第一項「書証」の「公正証書」の項目におかれた。

草案二二七条 反対証書は契約当事者間でのみその効力を有する。この効力は、第三者に対しては決して及ばない。<sup>(43)</sup>

共和暦一二年霜月二一日（一八〇三年二月二三日）、草案二二七条は護民院立法部に非公式に送達された。護民院立法部での審議は、同年雨月五日（一八〇四年一月二六日）まで続けられた。<sup>(44)</sup> この間、國務院と護民院との間で会議が開かれ、Bigot de Préameneu は第二編第二章「一般的な合意に基づく契約と債務」の条文につき最終的な編集作業を行った。その結果、草案二二七条から二二二条と条文番号が改訂され、文言においても若干の変更がなされた。

草案二二一条 反対証書は契約当事者間でのみその効力を有する。

反対証書の効力は第三者に対して生じない。<sup>(46)</sup>

Bigot de Préameneu は、その後 Real v Miot と共に、共和暦一二年雨月七日（一八〇四年一月二七日）、国務院の立法議会に草案を提出した。このとき Bigot de Préameneu による立法理由の説明がなされ、草案二二一条については次のような趣旨説明が行われた。

「契約当事者は、彼らの合意、すなわち彼らの債務を滅却し修正することができる。しかしながら、たいていの場合そのような合意が形成されるときには、非難に値する目的が存在する。換言すれば、信頼できる外観である証書により第三者を欺罔することである。このことは、『反対証書』という制度を一般的ないし無差別に禁止する理由とはならない。契約当事者は、彼らが合意を形成することができるのと同様に、彼らの形成した合意を取り消すことができるのである。契約当事者の自然的権利と第三者の自然的権利は、①『反対証書』が当事者間で効力を有するにすぎない（当事者間でのみ効力を有する）こと、②『反対証書』は第三者には対抗できない、と宣言する（確定する）ことにより支えられる」<sup>(46)</sup>（カッコ内は筆者による補足）。

立法議会は、草案を理由説明書と共に公式に護民院に移送することを決定した。移送は、共和一二年雨月八日（一八〇四年一月二九日）におこなわれた。護民院は、国務院から移送されてきたばかりの草案に報告書を付け加えさせるために護民院立法部に移送した。草案二二一条を含む第三編について、前半四節が Favart により、後半二節が Jaubert により報告された。前者は共和暦一二年雨月一三日（一八〇四年二月三日）に、後者は共和暦一二年

兩月一三日(一八〇四年二月三日)と共和曆一二年兩月一四日(一八〇四年二月四日)、護民院に提出された。<sup>(47)</sup>

Jaubertの報告書に、草案二二二条についての見解が示されている。彼は、草案二二二条が合意の一般的効力を定める規定ではないことを強調し、反対証書が当事者間及び当事者の相続人あるいは包括名義の承継人に対して効力を持つことは問題ないが、第三者に対して効力を持つと解すべきでない<sup>(48)</sup>と主張する。そして、草案二二二条が、古い法諺——公にされた信頼は正当と認められる(La foi publique a fait admettre)——を公認したものであると述べている。<sup>(48)</sup>

護民院は、共和曆一二年兩月一六日(一八〇四年二月六日)の会議において、報告書を採択する旨を宣言した。翌日、FavartとMouricaultにより、報告書が立法院に提出された。このとき、立法部での審議においてMouricaultが演説を行っている。<sup>(49)</sup>

立法部は、共和曆一二年兩月一七日(一八〇四年二月七日)の会議において、新立法採択の決定を下し、その後共和曆一二年兩月二七日(一八〇四年二月二七日)、公布された。<sup>(50)</sup>草案二二二条は民法一三二二条として次のように定められた。

一三二二条 反対証書は契約当事者間においてのみその効力を有し、第三者に対してはその効力を有しない。<sup>(51)</sup>

### 三 小括

革命期におけるコード・シビル草案(Cambacérés草案・Jaqueminot草案)には、反対証書の一般的効力に関する規定は盛り込まれず、登録税法に関するフリメール法の中に、脱税目的で作成された反対証書の効力を否定す

る規定が置かれた。右フリメール法四〇条は、アンシャン・レジーム期における各種規制のように、反対証書の効力を当事者間でも第三者に対しても無効とするものであった。その理由は、特定の反対証書作成が国に対する詐欺行為であると解されたため、税収入確保により国家財政を安定させるためには、反対証書の規制が不可欠と判断されたことであつた。以上のことから、フリメール法四〇条においても、アンシャン・レジーム期における反対証書の規制と同様に、反対証書の効力が第三者に及ぶか否かにつき論じる必要性はなかつたといえる。

その後、現行のコード・シビルの原型となつた共和暦八年草案は、特定の場合の反対証書作成を禁止する条文を民法典中随所に準備したが、反対証書の一般的効力に関する規定を設けなかつた。しかし、共和暦一二年霜月二日（一八〇三年一月二四日）の國務院における審議において、反対証書の一般的効力を定める条文を起草するか否かについて議論された。審議では、反対証書の規制を定めたフリメール法四〇条の存在が意識され、詐欺的な反対証書の効力をどのように扱うかが中心的な争点となつた。

右の争点について、共和暦一二年霜月二日の審議では、反対証書作成という手段そのものが私人間そして国庫に対する詐欺であるため、禁止すべきであるという見解が提示された。しかし、反対証書の効力を合意の効力と捉えつつ、国家がそのような私人間の合意につき立ち入るべきではないという見解が多数を占め、反対証書は、公正証書により作成されたにせよ、私署証書により作成されたにせよ「当事者間で効力を有し、第三者に対して何ら効力を有さない」と取り扱うことが最終的に確認された。

反対証書作成が公正証書によるか私署証書によるかで効力の扱いに差を設けない立場は、アンシャン・レジーム期の判例の考え方を踏襲しているといえる。右立場は、一三二一条を証拠に関する規定として捉えつつも、私署証書と公正証書とで第三者に対する証明力につき扱いを区別する証拠に関する一般的準則の例外であり、反対証書に

関する規定を独自のものとして捉える一面をあらわすものであるといえよう。

反対証書の当事者効と第三者効とを明確に区別する意義については、その後 Jaubert が、共和暦一二年雨月一三日（一八〇四年二月三日）に提出した報告書において言及するに至った。

以上のように、反対証書の効力を当事者効と第三者効とで区別して論じる構成は、アンシャン・レジーム期の判例および Donat の見解の流れを汲むものであると評価することもできよう。右構成をとることにより、反対証書の効力を当事者間でも第三者に対しても否定する特別法上の規定の解釈とは異なり、反対証書の効力が及ばないとされる第三者とは具体的にどのような者であるか問題が顕在化することとなるように思われる。この点、草案の審議の中で反対証書を作成することが私人および国庫に対する詐欺であると言及されていることから、第三者として私人以外に税務機関はじめ国家機関も想定されていたと考えることができる<sup>(52)</sup>。しかし、反対証書の効力が及ばない第三者につき、立法過程における審議の中では、具体的に言及されていないことが確認できる。

では、具体的にコード・シビル一三二一条における第三者として、立法段階ではどのような者が想定されていたのであろうか。この点、Jaubert の報告書が参考となるように思われる。というのも、反対証書の効力を受ける者として、当事者とその相続人及び包括名義の承継人を挙げているからである。右事実から、立法過程において想定されていた第三者は、右報告書の内容からは具体的に当事者とその相続人及び包括名義の承継人以外であると推定できると思われる。

また、共和暦霜月二日の審議では、反対証書の効力が合意の効力と捉えられていることが窺えるのに対し、Jaubert の報告書では、草案二二一条が合意の一般的効力を定める規定ではないとされ、見解に相違が生じている。したがって、コード・シビル成立後、合意の効力について定めたコード・シビル一六五条と一三二一条を同視し

てよいのか、そうであるとして、第三者の範囲についても一一六五条が想定するものと一三二一条が想定するものを同視できるかという問題が残されたといつてよいであろう。さらに、Jaubertの報告書では、間接的ではあるが、反対証書が第三者に対して効力を有さない理由として、信頼できる外観である証書（すなわち顕示証書）により第三者が欺罔されることが挙げられている。このことが、一三二一条において第三者に反対証書の効力が及ばないとされるために、第三者が顕示証書の内容を信じて（把握して）、反対証書作成当事者の一方と契約関係に入ることが必要とするか否かについても、立法過程からは確定することができない。いずれにしても、一三二一条の第三者に関する立法過程における議論は、抽象的なものとどまっていると評価することができよう。

### 第三節 一九世紀フランスにおける学説および判例の展開にみるコード・シビル一三二一条の第三者

本稿の検討素材として、民法典成立以後のフランス判例および学説を、一九世紀末までに限定することは、「はじめに」ですでに述べた。しかし、ただ漠然と一九世紀の判例・学説すべてを概観することは、フランスにおける評価を無視することとなり、比較の手法としては不十分であるように思われる。

現代のフランス学説は、民法典成立後徐々に破毀院判決が先例性を帯び、その結果、判例が一九世紀の後半に至って法源として認識されるようになったと指摘する<sup>53</sup>。

他方、従来のフランス学説は、註釈学派を、立法者意思の優位性を認め成文法のみを法源とみなし、コードの条文を絶対視する立場から、法の註釈のみを任務とし法の解釈を排斥する厳格主義を貫き、判例法の法源性を否定しているとして評価してきた。こうしたことから、フランスでは、法典の絶対視がフランスの民事法学を不毛なものにしたと非難され、法典編纂が法文への平伏と独創性の喪失を産みだし、その結果註釈的方法が生み出されたという否

定的な見方が強かった。<sup>(54)</sup>

しかし、Carbonnierの研究を皮切りに、従来の否定的見解が修正されるようになったことはわが国でもすでに紹介されている通りである。<sup>(55)</sup> とりわけ、現在フランスにおける代表的な法制史家Halperin氏は、コード・シビル成立後、法学部教授たちがコードに順応したのは、法典編纂それ自体というよりは、Napoleonによる法学教育の国家的制約を理由とするにすぎないと解している。さらに、一九世紀の学者たちが、一九世紀の大きな思想の流れに身を置いてコードの「読み直し」を行ってきたとして、肯定的に評価している。<sup>(56)</sup>

以上のような判例・学説に対する評価を前提として、具体的な検討に入ることとしよう。

#### 一 コード・シビル成立後一九世紀末までの判例・裁判例の展開

第二節で検討したように、コード・シビル一三二一条における第三者が具体的にどのような者を指すのかにつき、立法過程における審議からは、反対証書作成当事者とその相続人以外の者であるということのみが推測されるにすぎない。そのため、コード・シビル制定以後の判例・裁判例が、一三二一条後段が定める「反対証書の効力を対抗し得ない」第三者の定義および要件を具体的な事案の中で明らかにする役割を担っていたように思われる。そこで、判例・裁判例の変遷を概観し、一三二一条における第三者とされるための定義ないし要件を抽出したい。

本稿では一三二一条の第三者の定義につき述べられている事案ないし一三二一条の第三者に該当するか否かが争われた事案の中でも重要なもの、すなわち一九世紀の学説において引用されている判例・裁判例を主要な事案として取り上げる。<sup>(57)</sup>

なお、検討にあたり、以下の観点にしたがってフランスにおける判例・裁判例を分類することとする。

まず、判例・裁判例の配列は、上記分類毎に判決日の古い順に行うこととするものの、民法典制定以後一九世紀末までの判例・裁判例を一八七〇年以前と一八七〇年以後に分ける。その理由は、結論先取りになるが、後に検討する一八七〇年に出された「九」判決が、一三二一条の第三者に関する要件を具体化する契機となり、爾後の判例理論の展開に影響を与えたと評価できるからである。

次いで、一八七〇年以前ないし以後の各区分における事案を、反対証書を排斥しようとする者が物権取得者か債権者かという観点から分けた上で、反対証書作成の目的、すなわち反対証書作成者が反対証書の効力を排斥しようとする者に対し反対証書の効力を主張して何を要求しているか（原告の場合は請求原因、被告の場合は抗弁に着目する）という点にも注目する。

判例・裁判例の事案の特徴という観点からは、「反対証書作成当事者が第三取得者ないし債権者に対し不動産の所有権確認および返還を求める事案」、「反対証書作成当事者が反対証書に記載された債権額ないし債権の内容を他方当事者の債権者に対し承認させ内容に則した支払いを求める事案」という二つのパターンに区分して配列した。さらに、右パターンにおいて、反対証書作成当事者の請求の相手方が債権者である事案については、「反対証書の目的物を差押さえた事案」、「破産債権者の管財人あるいは破産した会社の更正管財人である事案」、「債権者に代位して権利を行使した事案」の三つの事案に分類する。以下、個々の事案の紹介および検討に移る。



## 1. 一八七〇年以前の判例・裁判例

【反対証書作成当事者（仮装名義人）から物権を取得した者】

【一】破毀院審理部一八一〇年十二月十八日判決 (Sirey, tomelI, Ier part., p.83.)

【事案】

XはAとの間で本件不動産をAに譲渡するとの顕示証書を作成した。しかし、実際のところXは自分の子供の一人に對し他の子供よりも多くの財産を与えたいと考えていたことから、XAとの間で、XからAへの本件不動産譲渡は実際には存在しないこと、AがXの子に對し本件不動産を引き渡す旨を反対証書において合意していた。その後、AがYに對し本件物不動産を売却した。そこでXはYに對し、右反対証書よりXA間の売買が無効であることを理由に、本件不動産の所有権が自己に帰属することを主張し、本件不動産の返還請求を行った。第一審、控訴審がともにXの請求を斥けたため、Xは上告した。

【判決】

売買が実際には存在しないことを記した反対証書は、一三二一条の規定により第三者に對して効力を有さない。本件において、Yは公署証書の内容を基礎としてAとの間で本件不動産の売買契約を行ったため、YにはAが本件不動産につき決して無権原者でないと信頼するに十分な理由がある。したがって、反対証書作成当事者の一人であるAは、正当に善意 (bonne foi) の第三者であるYに對しに本件物の所有権を譲渡したと解される。以上の理由から控訴審判決を支持し、上告を棄却する。

【二】破毀院審理部一八二六年四月二五日判決 (Sir. 26, I, 429.)

【事案】

Xは公証人Aに對し、公正証書作成のもと保有不動産を売却した。しかし、XA間で本件売買が仮装であり本件不動産所有権がXに属する旨を記載した反対証書が存在していた。Aは反対証書においてXとの間でなした合意に背き、本

件不動産をY1に譲渡した。次いでY1は本件不動産の上にY2のための抵当権を設定した。Xは右反対証書を援用しつつ、本件不動産所有権が未だ自己のもとに属すると主張し、Aに対し占有の回復を、Y1に対し所有権の放棄を、Y2に対し抵当権の無効をそれぞれ訴求した。一審はXの請求を全て認容したため、Y1およびY2が控訴した。控訴審は、Aが本件不動産につき表見的な所有権を有しており、Y1およびY2はそれぞれ善意で取引を行ったのであるから、Xは本件不動産の追奪をY1、Y2に対し請求することができないと判示し、第一審を棄却した。そのため、Xは上告した。

#### 〔判決〕

本件反対証書は、そこに署名をしていないY1およびY2とは関係ない。そしてY1、Y2は善意と推定されるので、Aの承継人とはみなされ得ない。本件でXにより援用された反対証書は法律上Y1、Y2に対して決して効力がないと宣言され、またYらが善意の権利取得者であることから、判決は、Yらが本件不動産に関する権利を法的に取得することを承認しなければならない。以上の理由から控訴審判決を支持し、上告を棄却する。

〔一〕判決は、反対証書作成により不動産売買契約が仮装された結果、当該不動産の仮装所有者からこれを譲り受けた第三取得者に対して、反対証書の効力が生じないことを明らかにしている。破毀院は、一三二一条の第三者とされるための要件につき何ら言及しておらず、YがAと契約する際公署証書の内容のみを認識していること、すなわち反対証書の存在につき善意であると認定した。また、反対証書が第三者に効力を有さないということは、AからYに対する本件不動産譲渡が正当に行われたと解することを意味する。

〔二〕判決は、反対証書作成の仮装所有者から不動産を譲り受けた第三取得者および第三取得者から抵当権設定を受けた者は、反対証書の存在につき善意と推定され反対証書の内容を對抗できないと判示された。本判決からは、第三取得者らの善意が推定されること、すなわち第三取得者の善意の証明責任が反対証書の効力により顕示証書の無効を主張する側に課されることが窺える。しかし、〔一〕判決のように、第三取得者が公署証書のみを認識して

いることを述べていない。本件も、「一」判決と同様一三二一条の第三者の定義ないし要件につき言及していないものの、反対証書はそこに署名をしていない者とは関係ないと言及している。このことから、反対証書に署名をしていない者が一三二一条の第三者であると解することができよう。

【反対証書作成当事者の債権者】

(a) 差押債権者

【三】破毀院民事部一八三五年二月二三日判決 (Sir. 35, 1, 361.)

【事案】

一八二七年一〇月一七日付の公正証書により、Yは所有する庭と建物を四〇〇〇フランでAに売却した。しかし、同日YA間で、実際の売買価額は七三〇〇フランである旨を記載した私署の反対証書が作成されていた。その後、Aは破産したため、Aの債権者であるXらが債務者の財産の接収を裁判所に求めた。Yは本件不動産売買において、未だAから売買代金の支払いを受けていなかったため、A(ないしX)に対し、右反対証書記載内容を援用しつつ、公正証書に記載された四〇〇〇フランに加え、さらに三三〇〇フランを合わせた合計七三〇〇フランの支払いを求めた。Aの債権者Xらは、反対証書の効力は自分たちに対抗できないと主張し、四〇〇〇フランの支払い請求には応じたものの、反対証書にて水増しされた三三〇〇フランの支払いについては拒否した。そこで、裁判所において、Yの支払い請求が認められるかどうかにつき判断されることとなった。第一審および控訴審は、Aの債権者であるXは自分の債務者が有している権利を活用する権能を有するものの、債務者自身が行使するのと同じ方法、同じ条件を行使できるにすぎず、債権者固有の権利によって行動するのではないから、XはAの単なる承継人としかみなされないと判示し、Yの主張を認容した。これに対して、Xが上告した。

【判決】

反対証書は契約当事者間でのみ効力を生じる。反対証書はいかなる場合においても、反対証書が抵触するところの公

署証書を抛り所とする第三者に優先し得ない。反対証書における第三者とは、反対証書に署名していない者を指す。

本件において、Y A間の不動産売買価格を定めた公署証書が存在するものの、反対証書はAの債権者Xに対抗できない。というのもXは反対証書作成当事者ではないからである。したがって、以上の観点から債権者は一三二一条における第三者とみなされるべきである。反対証書作成当事者の善意および両当事者において承認された合意を理由として、上記と反する判断を下した控訴審は一三二一条の適用を誤った。以上の理由から控訴審を破毀する。

[四] Paris 控訴院一八三七年四月一九日判決 (Sir. 37, 2, 245.)

[事案]

XはAに対しある物を五〇〇〇フランで売却した。当該売買契約の際に作成された顕示証書には、AがXに対し売買代金である五〇〇〇フランを支払った旨記載された支払済証が付されていた。しかしながら、実際はX A間において、上記売買代金がAにより支払われていない旨記載した反対証書が作成されていた。その後、Aの債権者Yが本件物の差押を行ったため、Xは本件物の売買代金が未だYにより支払われていないので、代わりに五〇〇〇フランを支払うように請求した。

[判決]

反対証書は契約当事者でのみその効力を有し、第三者に対しては対抗できないから、Aの訴訟に関する承継人としてのYに対しても同様に対抗できない。というのも、Yは係争反対証書における当事者ではないからである。以上のことから、Yは第三者みなされるべきである。以上の理由からXの請求を棄却する。

[五] Lyon 控訴院一八三七年六月二一日判決 (Sir. 37, 2, 44.)

[事案]

〔三〕事件と類似する事実関係) XからAに対し顕示証書を作成しある物が売却された。しかし、XA間で作成された反対証書において顕示証書に記載された価格を上回る金額が記載されていた。

その後、Aの債権者Yが本件物を差押えたため、XはYに対し、反対証書に記載された真の売買代金を支払うように求めた。

[判決]

物権譲受人の債権者は譲受人と同様の権利を持つ者とみなされ得ない。というのも、譲受人の債権者は顕示証書の存在しか知らないからである。したがって、譲受人と売主の間で自分たちの権利を隠蔽するために作成された反対証書の内容の実行に服させるべきではない。さらに本件において本件物の取得者の債権者YがAとの契約締結時に本件反対証書の存在を知っていたという証拠は存在しない。以上の理由からXの請求を棄却する。

〔三〕判決は、一三三二一条の第三者を明確に定義し、その上で第三者の中に債権者も含まれることを初めて明らかにした。まず本判決は、第三者を「反対証書に署名していない者」と定義している。この定義それ自体は、一三三二一条の文言及び立法の経緯から当然に導かれるものであるといえる。逆にいうと、当事者とは反対証書に署名している者であって、これ以外のものはすべて第三者に当たると解しているものと思われる。その結果、〔一〕〔二〕判決で争われた物権取得者に限らず、債権者も一三三二一条にいう第三者に当たると捉えた判決であると評価することができるであろう。

〔三〕判決以降、債権者を一三三二一条の第三者であると判断した〔四〕・〔五〕判決が立て続けに登場した。ところが、その理由付けについては一貫しておらず、〔四〕判決は〔三〕判決同様、債権者が反対証書作成当事者でな

いことを理由に、「五」判決は、契約締結時に債権者が顕示証書の存在しか知らないことを理由にしている。但し、「五」判決の理由付けについては、反対証書作成当事者でないことから当然に顕示証書の存在しか知らず、また「二」判決で善意が要求されていることを受けて善意の意味内容と平仄を合わせる形で第三者性の判断を行ったと考えれば、「三」・「四」判決と大きく異なるものではないと捉えることができる。

むしろ、「四」・「五」判決で重要なのは、「四」判決では承継人が第三者に当たると判断されたこと、「五」判決では善意を判断する時点について明言されたことであるといえよう。この「承継人」については、後の「六」・「二」判決で第三者性は原則的に否定されており、この「承継人」の位置づけが本稿の主題と重要な関連を有するものと思われる。また、「五」判決にいう善意の時期についても、「二」判決では明言されていなかったが、この点につき「契約締結時点において」反対証書の存在を知らない、すなわち善意であることが必要であると述べ、この点を明確化したことに本判決の意義があると思われる。

〔六〕破毀院民事部一八四〇年二月一六日判決 (Sir. 41, 1, 167.)

〔事案〕

Aは、一八一六年一月一五日付の公正証書において、Bに対し二二〇〇〇フランの債務を負うことを承認した。その後、一八一八年八月二〇日付の公正証書において、BはCに対し当該債権を譲渡した。しかし、BC間の債権譲渡は外形上のものにすぎず、実際はXの利益のために行われたものであった。この点、上債権譲渡が行われた同日にBCXの間で作成された私署かつ無登録の反対証書は、「BC間の債権譲渡は、Yの金策のために行われる」と記載していた。次いで、AはCに対し、自己が負っていた債務二二〇〇〇フランに相当する二九六フランの国債を渡した。その後Cは破産し、Cの債権者であるYが裁判所に対し本件国債の支払い差し止めを訴求したところ、Seine裁判所一八三六年五

月三十一日判決において認容された。ところが、一八三六年七月一九日の公正証書において、Cの受任者が、Yが支払い差し止めを行った国債をXに返還したことが確認され、同日、Xは一八一八年八月二〇日に作成された反対証書を根拠に、国債の所有権が自己に属することを主張しつつ、当該国債をXの債権の充当にあててことを認めた上述一八三六年五月三十一日判決に対し、第三者異議の訴えを提起したのが本件である。

第一審・控訴審ともに、Xは反対証書を提示したことで本件国債の所有権が自己に属することを証明したと述べつつ、反対証書が第三者に対抗し得ないとする一三二一条は、ある者が反対証書記載の目的とされた物上の権利を、当該物の表見所有者と直接取引を行い取得した場合のみ適用されるところ、YはCの承継人にすぎないため一三二一条の第三者に該当しないと説示し、Xの請求を認容した。これに対してYが上告した。

#### 〔判決〕

一八一八年八月二〇日付で作成された反対証書は、作成当事者間のみで有効であり、第三者に対しては決して効力を生じない。本件において、YがCの債権者としての資格で何を行おうとも、彼から判決の利益を奪うことを望むXが援用する反対証書の効力を拒絶するために、Yは一三二一条を援用する権利を有する。したがって、Yは一三二一条の第三者であるときみなすべきであり、債務者Cの単なる承継人とみなしてはならない。また、一三二一条は第三者（債権者）に対し、反対証書が債務者からその権利を奪うところの物を債務者が所持していることを、取引時に知っていたかどうかを証明することを要求していない。以上の理由から、一三二一条の適用を誤った控訴審判決を破毀する。

〔六〕判決は、控訴院と破棄院とで第三者性を判断する基準が異なっている。控訴院では、第三者を「反対証書記載の目的とされた物上の権利を、当該物の表見所有者と直接取引を行い取得した者」であると解している。その上で、債権者Yは債務者Cの承継人に過ぎないことを理由として被告の第三者性を否定した。このような考え方は、これまでの考え方を大幅に狭めるものである。なぜなら、控訴院の考え方を採用する場合、第三者には物上の権利を取得するいわゆる物権取得者に限られ、債権者は第三者にあたらなくとも考えられるからである。その結果、控訴

院では被告の第三者性は否定されている、これに対し破棄院は、これまでの判例の流れと同様、「反対証書作成当事者」以外の者を第三者としており、これまでの判例理論を踏襲するものである。

また、本判決では「YがCの債権者としての資格で…（中略）…（行動を起こす場合には）一三二一条を援用できない」とする点にも注意が払われるべきである。というのも後に検討する「九」判決では、まさにこの点が問題となっており、本判決は「九」判決の結論を先取りするものとも捉えうるからである。但し、「九」判決では一一六六条に基づいて行動した債権者の事例であるのに対して、本判決では一一六六条について何ら言及がないため、本件を判断するにあたってこの説示が必要であったかどうかについては疑問の余地がある。

さらに、「五」判決では第三者該当性を肯定された「承継人」が第三者にあたらぬとする点においても注目されるべきであろう。

〔七〕 破毀院民事部一八六二年四月一〇日判決 (Sir. 63, 1, 230.)

〔事案〕

一八四〇年三月二四日付の公正証書において、AはBに対し所有する本件建物および建物内の家具類を売却した。この売買契約においては、BがAの子Xらのために建物および家具類を使用すべしという条件が付されていた。しかし、同日の私署証書すなわち反対証書において、AB間では、家具類の所有権はAに留保するという合意がなされていた。その後、Aは死亡しXらが本件家具類を相続した。Bの債権者Yが、自己の債権実行のため、裁判所に対し本件家具類の支払い差し止めを請求した。これに対し、Xらは、上記反対証書を根拠に、家具類の所有権はAのもとに留保されていたのだからAの死により相続人であるXらが正当に家具類の所有権を相続すること、そして上記反対証書はAの死亡により確定日付を取得したのだから、一三二八条の規定により第三者に対して証拠力を有するとして、Yの支払い差し止め請求につき第三者異議の訴えを提起した。



第一審・控訴審ともに、本件反対証書がAの死により確定日付を取得し証拠力を有するから、Bの債権者Yに反対証書の内容を対抗することができるとしてXの請求を認容した。そこで、Yは上告した。

#### 〔判決〕

反対証書は契約当事者間でのみ有効であり、第三者すなわち反対証書に署名していない者に対しては、反対証書が公署で作成されようが、私署で作成されようが効力を有さない。第三者にとっては、反対証書が確定日付を取得しているか否かは重要なことではない。いずれも反対証書として、それを作成した者と承継人に対してのみ効力を有する。以上を前提として本件をみるに、A・B間で本件建物および家具類の売買契約が行われた日に反対証書が作成され、そこでは家具類は実際には売主であるA所有のままであることが記載されている。この場合、本件反対証書はBの債権者であるYに対抗できない。というのも、Yは反対証書に関する契約当事者ではないし、反対証書の作成に協力もしていないから。したがって、Yは一三二一条の第三者とみなすべきである。以上の理由から、反対証書が署名者の死により確定日付を取得したことを理由にこれと反対の判決を下した控訴審判決は、一三二一条および一三二八条に違背するため、破毀する。

本件は確定日付のある反対証書が問題となった事例である。フランス民法一三二八条は、証書作成当事者以外の者すなわち（一般的な意味における）第三者に対し私署証書の証拠力を対抗するためには、証書に確定日付が記入されていることを必要とする旨規定している。本件では私署証書作成当事者であるAの死亡により本件証書は確定日付を得たので、フランス民法一三二八条により本件反対証書が第三者に対して対抗力を取得するかどうか争われた。この点につき破棄院は、反対証書が私署で作成されようが公署で作成されようが、反対証書である限り第三者に対抗できないと判断した。これは、反対証書が第三者に対抗できないとする一三二一条と、証書の対抗力に関する一三二八条が抵触する場合においても、一三二一条が優先することを明言したものと捉えることができる。こ

の点についての理由付けは本件だけでは十分に明らかにされたとはいえないが、後の「一一」判決がこの点を明確にしている。

その上で破毀院は、Yが反対証書作成当事者でも作成協力者でもないことをもって第三者に当たると判断した。この判断はこれまでの判例の流れを受けたものであるが、証書作成協力者についても言及している点が目新しい。但し、この作成協力者も当事者に含まれるといえるかどうかは検討の余地がある。というのも、本件では破毀院は善意について言及していないものの、反対証書作成協力者は当然に反対証書の存在を知っているものと考えることがができる以上、作成協力者を当事者に含めずとも善意でないことをもって、保護に値しない第三者であると評価することも可能だからである。本件以外に証書作成協力者について言及している判例が存在しない以上、証書作成協力をもつて善意の判断に代えたと見ることが妥当であるように思われる。

### 【破産債権者】

〔八〕 破毀院審理部一八四七年二月一〇日判決 (Sir. 47, 1, 616.)

#### 〔事案〕

Aは破産し、会社更正手続における債権の検証に関する手続が始められた。Aの債権者の中に、Aの妻であるXが含まれていた。XはAとの間で確定日付のない私署証書を作成し、そこにおいてAは、多数の自分の債権者のうち一人が単にXに名義を貸した者にすぎず、XがAに出資した金額をあたかも保持しているように見せかけているにすぎないことを承認していた。Xは当該私署証書に基づき、出資額二三五七七フランの払戻しをAの更正管財人Yに対し請求した。しかし、Yは当該私署証書が債権者団体に対しては効力がないと主張し払戻を拒否したため、Xが提訴した。第一審・控訴審ともにXの請求を棄却したため、Xが上告した。

## 〔判決〕

破産者の債権者に対し、破産者自身に対抗しうる確定日付のない私署証書を対抗することができる。と解することが正当かどうかに関して判示すると、債権者が破産者との間で反対証書の存在につき善意であり、かつ誠実に取引を行った場合、本件反対証書は破産債権者に対して効力を有さない。本件において、控訴審判決により確認された事実によると、Xにより援用された反対証書が債権者に対抗できないことは明らかである。したがって控訴審判決を支持し、上告を棄却する。

本件は反対証書作成当事者が破産した場合において、当該破産者の債権者も一三二一条の第三者に該当すること明らかにした点に特徴がある。但し、その理由付けを明確に述べてはいない。ただ、これまでの判例の流れに即して考えるならば、「反対証書に署名していない者」が第三者とされており、たとえ破産債権者であっても反対証書に署名していない以上当然に第三者にあたるかと考えていたと捉えることができるものと思われる。また、善意の時点についても取引関係に入った時点で善意であることが必要であるとしており、「五」判決を引き継ぐものといえよう。

## 2. 一八七〇年以後の判例・裁判例

## 【反対証書作成当事者の債権者】

## (a) 債務者の権利を代位する債権者

〔九〕破産院審理部一八七〇年三月二三日判決 (Sir. 71, 1, 151.)

## 〔事案〕

YとAは鉾山を発見し、鉾山採掘権を取得し、当該鉾山の経営を行うことを目論んでいた。XとBは鉾山発見のための資

金としてAに多大な融資を行い、Aが鉱山採掘権を獲得した場合にはさらに融資を行うことを約束していた。他方、YとAは一八六〇年二月二八日、当該鉱山経営を目的とする会社を設立した。定款によると、その五条においてYAは共同かつ連帯して会社に対し、鉱山を適切かつ十分に経営するために必要な必要な営業財産を出資という形で提供すること、および、YAがそれぞれ支払うべき出資額のうち会社設立に必要な金額はすべてYが出資する旨記載されていた。しかし、会社設立を行った同日、YA間で反対証書が作成され、Yが会社設立のために支払うべき金額は三〇〇〇フランに限定する旨記載されていた。その後、YとAは鉱山採掘権を取得した。Yは三〇〇〇フランを出資したがそれ以上の金額の支出を拒んだ。その後、本件鉱山の経営が悪化し会社が破産するに至った。Aに対し融資を行っていたXは、自己の名においてそしてBの利益代表として、破産宣告を受けたYに対し、定款五条に記載されている金額をYが支払わなかったことから会社経営が破綻し破産に至ったと主張し、自己の債務者Aに代位して、合意の不履行に基づく損害賠償金として八三八七一フラン五五セントの支払いを求めたのが本件である。第一審・控訴審ともに、Xの請求を棄却したため、Xは上告した。

#### 〔判決〕

Xらは、自分たちが債務者の権利を行使すると同時に、Yに対し鉱山経営のために必要な金額の支払いを要求することができる、すなわち、債務不履行を利用することができる」と主張するが、本件において、実際Xらは主張するところの権利を持ち合わせない。というのも、Xらは一一六六条に基づき、自己の債務者の利害関係人に対し行動しているにすぎないので、反対証書記載内容が定款に対してもたらす修正を拒むことができないからである。以上の理由から、控訴審判決を支持し、上告を棄却する。

本件は出資者であるXが破産した会社の共同経営者のうちの一人を代位して、もう一人の共同経営者に対し債務不履行に基づく損害賠償請求を行った事例である。フランス民法一一六六条は、「債権者はその債務者のすべての権利及び訴権を行使することができる」と定めており、これに基づいてYは反対証書作成者であり共同経営者のXに対し損害賠償を求めたのに対し、破産院は第三者該当性を否定した。その根拠として破産院は、「債務者に代位

して債務者の利害関係人に行動している」ことを挙げている。

これまでの判例では、「反対証書に署名していない者」が第三者にあたりと判断されてきた。この定義に則るのであれば、代位債権者であつても当然に第三者に該当するはずである。しかしながら、本件では代位債権者は一三二一条にいう第三者にあたらないとしていることから、第三者にあたるかを判断する上で何らかの新たな要件が潜在しているものと思われるが、本判決だけからは十分に明らかではない。<sup>(58)</sup>この点を明確にしたのが次に挙げる「一〇」判決である。

(b) 差押債権者

[一〇] *Cean* 控訴院一八七三年五月一七日 (Sir, 74, 2, 46.)

\* 上告審・破毀院審理部一八七四年八月二八日判決 (Sir. 75, 1, 255.)

〔事案〕

X夫妻は、A会社に一年間五〇〇〇フランの賃料を支払うことを条件に、自己が所有する不動産を賃貸した。右賃貸借契約にあたり、一八五四年一〇月四日に公正証書が作成され、AはXに対し、二〇年分の賃料一〇万フランを契約日以前に支払ったとする支払済証書が含まれていた。しかし、右賃貸借契約が行われた日に、XA間で反対証書が作成され、実際には賃料の支払いが行われていないこと、そして、Aが本件不動産を転借した場合の利益（転借人から支払われる賃料）をXに支払う旨が記載されていた。A会社は上記賃貸借契約締結後、本件不動産をBに転貸した。その後、一八六九年にA会社は更正整理におかれたため、A会社の債権者Yらが、転借人Bの手中におかれている本件不動産の支払い差し止めを実行した。そこで、Xは一八五四年八月二八日に作成した反対証書を根拠に、XA間の賃貸借は反対証書作成によりなされた仮装であり無効であると主張し、Yらが実行した支払い差し止めに対し異議を申し立てた。第一審はXの請求を棄却したため、Xが控訴した。

## 〔控訴審判決〕

立法者は一三二一条の規定を設けた際、公的証書を無効あるいは修正する秘密証書に対して公的証書を優先させることを保証することを望み、秘密証書の内容の結果としての詐欺および不意打ちから第三者を保護することを望んだ。

一三二一条における第三者は、反対証書に署名していないすべての者と、反対証書作成当事者の相続人ではないすべての者である。したがって、反対証書は、無担保債権者に対抗することができない。とりわけ、無担保債権者は、反対証書の効力を排除するため、一一六六条の規定にしたがって行動するのではなく、債権者に固有の権利ないし一三二一条が彼に与えた特別の権利の力により行動しなければならない。また、債権者が契約時に自分が将来その実行を要求するであろう公的証書あるいは顕示証書を認識しているかいないかは何ら重要ではない。というのも、法律は第三者に反対証書の効力を排斥しうるための要件を決して与えていないから。さらに、第三者が、他人が第三者に対抗しようとするところの証書の実行に関わっていない場合、反対証書の内容がそこに署名をした者により実行されたかどうかは重要ではない。本件において、Yは、自己に固有の権利で本件不動産を差押えたのであり、反対証書の存在が訴訟において提示される以前に、一八五四年一〇月四日の反対証書の存在を知らない。したがって、一三二一条における第三者とみなされ、反対証書の効力を排斥することが認められる。以上のことから、第一審判決を支持し、Xの控訴を棄却する。Xはさらに上告した。

## 〔上告審判決〕

一三二一条によると、反対証書は第三者に対して効力を有さない。ここでいう第三者は反対証書に関して当事者でないすべての者を含む。したがって、本件におけるYのような反対証書作成当事者の無担保債権者もまた本条における第三者である。以上のことから、Xにより援用された反対証書はA会社の債権者Yらに対抗できない。控訴審判決を支持し、Xの上告を棄却する。

本件は「三」ないし「五」判決同様差押債権者が問題となった事例である。本件では控訴院判決が非常に明確に第三者の定義を述べ、この判断を破棄院が支持していることから、控訴院の判決要旨を検討する。

まず控訴院は、一三二二条の第三者の定義を、「反対証書に署名していないすべての者および反対証書作成当事者の相続人以外のすべての者」であるとする。その上で、代位債権者を第三者から排除した「九」判決を念頭において、「債権者固有の権利ないし一三二二条が債権者に与えた特別の権利により行動すること」が第三者性を肯定する上で重要であると指摘している。この要件を打ち出したことで、代位債権者が第三者に含まれない理由が明らかになった。というのも、代位債権者が行使する権利は本来債務者に属するものであり、法が特別にその権利行使を債権者にゆだねているだけである。したがって、代位債権者は自らに固有の権利を行使したわけではなく、債権者代位権は一三二二条が債権者に与えた特別の権利ともいえないことから一三二二条にいう第三者にあたらなうとしたのである。

ついで控訴院は、「債権者が契約時に自分が将来その実行を要求するであろう公的証書あるいは顕示証書を認識しているかいないかは何ら重要でない」と述べている。契約当時顕示証書を知っているか否かは問題にならないとするものであり、興味深い。というのも、少なくともわが国では虚偽の外観を信じたことが日本民法九四条を適用する上で当然の前提とされているのに対し、日本民法九四条の母法であるとするフランス民法一三二二条では、わが国でいう外観に相当する顕示証書の存在ないし内容を知らずともよいとするものであるからである。

なお、控訴院は「反対証書が訴訟において提示される以前に反対証書の存在を知らない」ことをもって善意であるとされていると思われる。これは、契約締結当時はもちろん、権利行使時点ないし訴訟提起時点においても善意であることを要求するものであるようにも解しうる。

## (c) 破産債権者・破産管財人

[111] Toulouse 控訴院一八七四年五月八日判決 (D. 75, 2, 63.)

## 〔事案〕

Xは一八六九年一月一日付の私署証書（後日公署登録なされた）において、自己の所有する製紙工場を一〇〇〇フランの終身年金の支払いと引き換えにAに対し売却することを合意した。しかし、右売買契約と同じ日に、XA間で実際の売買代金として三〇〇〇フランの終身年金を払う旨記載した反対証書が作成された。その後Aが破産したため、XはAの債権者Yらに本件製紙工場の取得につきAが三〇〇〇フランの終身年金を支払うという債務を承認するように求めた。第一審はXの主張を認容したため、Yが控訴した。

## 〔判決〕

一八六九年一月一日に作成された本件反対証書の効力について、一三二一条が規定するところ、反対証書はXA間で有効であり実行されるべきものであるが、第三者に対しては無効である。一三二一条が署名者とその相続人ないし承継人に反対証書効力が及ぶとすることは疑いない。しかし、本件における破産者Aの債権者Yらは、一一六六条により債務者の権利を実行することを主張するのではなく、債権者固有の原因において債権者の利益を侵害する証書および債務者自身に由来する証書を無効にさせるために行動する場合、署名者の承継人という資格を割り当てられない。第一審判決は、以上の原則を検討することなく反対証書から導かれるXの債権を承認し、一三二二条と一三二八条に基づき、破産者の債務を無担保債権者に対しても同様に生じること承認し、Xに有利な判断を行ったことに違背がある。一八六九年一月一日作成の反対証書が、Aの破産宣告前に署名者の死により確定日付を取得したことは明らかであるという側面からは、このような証書の真正性は問題ない。しかし、一三二二条および一三二八条による通常の私署証書に関して定めた規定は、反対証書については参照されない。というのも、顕示証書に記載された内容を秘密に修正ないし滅却する反対証書が通常の証拠に関する厳格な要件を満たし第三者に対し証拠力を有するとすれば、第三者を抑圧することとなる。したがって、たとえ当事者の反対証書作成が善意に行われたとか、反対証書が確定日付を獲得したという証拠（要件）があるとしても、第三者の利益の観点から、一三二一条の絶対的適用がなされる。以上の事実から、本



件反対証書が目的とするところのXの債権と破産者Aの債権者が有する債権との競合が確認され、反対証書は後者に損害をもたらす性質を有すると結論付けられる。したがって、Xの主張とそれを認容した第一審判決は承認され得ない。以上の理由から、Yの控訴を認容する。

本判決は、「八」事件同様破産債権者に対する事例である。本件における主要な問題点は、反対証書の効力が及ぶところの当事者と同視される「承継人」に破産債権者が該当するかどうかであった。この点についてToulouse控訴院は、「債権者固有の原因において債権者の利益を侵害する証書及び債務者自身に由来する証書を無効にさせるために行動する場合」反対証書署名者の承継人には当たらないとしている。これは、反対証書の当事者の債権者は、基本的には反対証書の効力が及ぶ「承継人」であるとした上で、この例外として「債務者固有の原因において」反対証書に対し行動するものは、「承継人」には当たらないとするものであり、反対証書作成当事者の債権者の立場のあいまいさを示すものといえることができる。

なお、本判決では反対証書が確定日付を得て一般的な意味における第三者に対する対抗力を得た場合において、反対証書はその効力を第三者に対抗できるか、すなわち一三三二一条及び一三三二二条以下特に一三三二八条との関係についてその根拠を明らかにしている。これによると、「反対証書が第三者対抗力を得るとすると、第三者を抑圧することになる(るため)：(中略)：第三者保護の観点から一三三二一条が絶対的に適用される」とされており、反対証書を知らない第三者を保護するという一三三二一条の趣旨から、証書の対抗力が問題となった場合においても一三三二一条が優先することを明言するものといえよう。<sup>(89)</sup>

〔一二〕破毀院民事部一八九三年三月八日判決（S, 93, 1, 193.）

〔事案〕

Xが経営していた会社が倒産した。その後Xの債権者A（倒産時にはすでに他界）の妻Yが、Aの包括受遺者として行動していた。YはAがXに対して有していた一五〇〇フランの債権を回収しようとX社に対して訴求したところ、その支払いを受けた。右債権額は、一八八六年三月二七日付の顕示証書においてXA間で合意された金額であった。

ところが、Xの清算人であるX'が、Yが行使した債権額はAが生前Xとの間で設立したX会社に出資した持分権であること、そして上顕示証書を取り交わした日、XA間では、AはXに対し顕示証書に記載された価格を下回る金額につき債権を有していると記載された私署証書を作成したことをYに対して主張した。X'は、右反対証書を根拠に、Yは無担保債権者であるから、自己の債務者の名において行動することが要求されるのであるから、反対証書の内容に拘束されるべきだと主張し、Yに対し反対証書に記載された金額での債務の承認および受け取った一五〇〇フランから右金額を差し引いた額の返還を請求した。

Orleans控訴院は、X'の請求を認容し、本件反対証書は更正整理中の会社の無担保債権者に対抗できると判示し、Yに対し反対証書に記載された債権の総額を承認するように命じた。その根拠としてOrleans控訴院は、破産債権者は破産者の承継人であることと、本件反対証書は債権者Yに損害を与えないことを挙げた。これに対しX'が上告した。

〔判決〕

一三二一条では、反対証書が第三者に対して効力を有さない旨規定されている。本条における第三者とは、反対証書作成に関与しなかったすべての者を指す。このことは無担保債権者においても妥当する。また、反対証書により無担保債権者が損害を受けたか否かを問題とする必要はない。反対証書作成当事者が無担保債権者に反対証書の効力を対抗しようとする際、無担保債権者が債務者と取引を行ったときに反対証書の存在を知っていたことを証明できない場合、無担保債権者は反対証書の効力を排斥することを申し立てる権利を有する。以上の理由から、一三二一条の適用を誤った控訴院判決を支持することはできず、したがって破毀する。

本判決は反対証書作成当事者の包括承継人である包括受遺者が第三者として認められた事例であるところに最大の特徴がある。本来であれば、包括受遺者は第三者にあたらなないとされるはずである。しかしながら、本破毀院判決以前に一三二一条とは無関係ながら、遺留分権を行使する場合には包括受遺者といえども第三者にあたるとする判例があり、これを踏襲するものである。<sup>(60)</sup>したがって本判決は、反対証書の効力が及ぶ「作成当事者ないしその包括承継人」という枠組みそれ自体は残しつつ、このごく限られた例外として遺留分権行使者はこれに含まれないとするものである。

また、本判決では善意の時期についても言及があり、これによると「債務者と取引を行った時」に反対証書の存在につき善意であればよいとするものであり、「五」判決を踏襲するものであった。

### 3. 小括

まず、コード・シビル一三二一条における第三者の範囲という観点から、判例の流れを概観してみよう。

「一」および「二」判決は、反対証書作成により物権の仮装譲渡が行われた場合、右物権の仮装所有者から当該物権の譲渡ないし設定を受けた第三取得者は、反対証書の存在につき善意であれば一三二一条の第三者に該当することを明らかにしている。これら二つの判決では、反対証書の効力が第三取得者に及ばない理由として、「一」判決が公署証書の内容に基づき取引を行ったことを挙げ、「二」判決は反対証書に署名していない者とは関係ないことを挙げている。しかし、理由付けがそれぞれ異なることに加え、判旨の中に一三二一条の第三者に関する記述を確認することができない。右事実から、これら二つの判決は、物権取得者であれば当然に一三二一条の第三者性が認められることを示すものであるといえる。

一三二一条の第三者を「反対証書に署名していない者」と明確に定義したことが確認できるのは、「三」判決であった。破毀院は右定義を前提として、反対証書作成当事者の一方の無担保債権者が第三者に該当するか否かを判断しており、一三二一条の第三者の中に債権者も含まれることを承認したことにも意義があるように思われる。

「三」判決で前提とされた「反対証書に署名していない者」が一三二一条の第三者であるとする定義、そして無担保債権者が一三二一条の第三者に該当するという立場はその後、控訴院における「四」、「五」判決において踏襲されたことが確認できる。さらに、破毀院レベルにおいても、「六」、「七」、「八」判決において、右二点の立場は一貫して採用されている。しかし、「六」判決は、その判旨から、一三二一条の第三者は「反対証書に署名していない者」であることを前提としつつ、債権者の資格で行動をする場合は一三二一条を援用し、反対証書の効力の排斥を主張することができると判示している。「六」判決によれば、債権者は反対証書に署名していない者であることに加え、何らかの行動をすることが必要とされるため、従来の第三者の範囲を限定することになる。ここでなぜ「六」判決が、「債権者の資格で行動をする」という観点を打ち出したかについて、判決文からは知ることができない。しかし、次の「九」判決との関連から、一三二一条の第三者の範囲を限定する新たな要件の定立を目指す傾向の萌芽であると評価することはできるであろう。

従来の判例の立場の転機となったのは、反対証書作成当事者の一方の債権者が反対証書に署名していなくても、一一六六条に基づいて行動する、すなわち債権者代位権を行使する場合、「債務者に代位して債務者の利害関係人に対して行動している」ことを理由に第三者性を否定した「九」判決の登場であった。判決文からは、従来とは異なる新たな要件が定立されたと解してよいのか、あるいは、一三二一条と一一六六条の適用が競合する問題であり、右条文の適用の優劣を確定する意義を有すると解することができるのか、明らかではない。

「九」判決の意義については、「二〇」判決の控訴審が明確にしたといえる。すなわち、右控訴審は一三二一条の第三者の定義を「反対証書に署名していないすべての者および反対証書作成当事者の相続人以外のすべての者」とした。その上で、代位債権者を一三二一条の第三者から排除した「九」判決を引用しつつ、「債権者固有の権利なし一三二一条が債権者に与えた特別の権利により行動すること」が一三二一条の第三者性を肯定するために必要な要件であると指摘した。「二〇」判決が打ち出した右要件は、代位債権者の第三者性が否定された理由として、代位債権者が行使する権利は債務者に属するものであり、一一六六条により、債務者が有する内容のまま、債権者に権利行使が許されているにすぎず、したがって、代位債権者は自己に固有の権利を行使しているといえないということを意味し、「九」判決の意義を明らかにしたと評価することができよう。

「二〇」判決の控訴審により打ち出された以上の解釈について、「二〇」判決の破毀院は、「反対証書に関して当事者でないすべての者」を一三二一条の第三者であると述べるに留まっている。その後の「二二」判決も、一三二一条の第三者とは「反対証書作成当事者に関与しなかったすべての者」であるとしている。しかし、「債権者固有の権利により行動する」という要件は、控訴院レベルで「二二」判決が踏襲しているとともに、「二〇」判決の破毀院も「二二」判決も、右要件につき何ら言及せずに留まっているにすぎないことに加え、すでに「六」判決において従来とは異なる要件の定立の萌芽がみられることから、一三二一条の第三者性を判断する一つの基準として存続するものと解して良いように思われる。

他方、判例が一三二一条の第三者性を判断する上で考慮した要件として、「反対証書の存在を知らないこと」すなわち善意を要求することを確認することができる。物権取得者を一三二一条の第三者と認定した「二」および

「二」判決がすでに善意を要求しているが、債権者の第三者性が問題とされた後の判例においても同様である。

具体的には、「三」判決が債権者は契約当時反対証書の存在につき善意であればよいと判示しており、それが「五」判決に踏襲された。「八」判決は、債権者は取引に入った時点で善意であることを要求し、「一〇」、「一二」判決においても同様に判示されていることが確認できる。したがって、一三二一条の第三者といえるためには、反対証書作成当事者の一方と契約を締結する際に反対証書の存在について善意であることを必要とする。

以上の判例の展開から、一三二一条の第三者の具体的範囲は、①反対証書に署名していない者、②反対証書作成当事者の相続人以外の者、③自己に固有の権利に基づき行動する者、④以上三つの要件を満たしつつ、反対証書作成当事者の一方と契約を締結した時点で反対証書の存在について善意であること、の四つの要件を満たす者であると結論付けることができよう。

判例の展開は、一三二一条の第三者が具体的にどのような者を指すのか、すなわち第三者の範囲を確定するため、の要件を定立する役割を担ってきたと評価することができよう。というのも、一三二一条の立法過程の審議からは、反対証書が作成当事者間および当事者の包括名義の承継人に対して効力を持つとの記述を手がかりに、それ以外の者が第三者であると推論できるにすぎなかったし、一三二一条の文言に第三者に善意を要求することも明記されていないからである。

では、なぜ判例はこのように一三二一条が条文で明記していない要件を定立するを通して、第三者の範囲を確定することを試みてきたのであろうか。この点、仮に反対証書作成当事者以外の者すべてを第三者としてしまうと、一三二一条の第三者の範囲が広がりすぎてしまい、反対証書が持つ「当事者間の合意」としての機能を著しく

損ね、第三者保護に不当に傾くことが恐れられたためではないかと思われる。判例による一三二一条の第三者の要件を定立する試みは、どのような者が反対証書の効力が無効であると主張する利益を有するといえるのかについて判断するための作業であったということもできよう。

最後に以下、細かい点であるが、判例の検討から明らかになったことをまとめたい。

まず、判例・裁判例を概観した結果、反対証書作成当事者から物権の譲渡ないし設定を受けた者の事例が少ないという特徴を挙げることができる。この事実に加え、第三取得者について問題とされた「一」、「二」判決においても、一三二一条の第三者に関する定義が特段述べられていなかったことから、むしろ一三二一条の第三者の範囲の問題は、債権者をどのように扱うべきかという問題であると解する余地があるように思われる。

次いで、判例によって定立された上記①ないし④の条件を満たす場合、債権者は一三二一条の第三者に該当するとされる。しかし、破産管財人はフランス法においては債権者の利益代表であるにすぎず、訴訟当事者になつたとしても判決の名宛人は破産債権者であり、破産管財人の第三者性が肯定されるわけではない。日本法において、破産管財人は債権者の利益代表であることはフランス法と同様であるものの、その固有の地位及び職務内容により第三者性が肯定されているという点に、フランス法との違いを確認することができる。

また、判例および裁判例の変遷から、一三二一条において反対証書が第三者に対抗できない理由として、顕示証書の内容に基づき取引関係に入ったことを挙げる事案がある一方で、顕示証書の内容を把握しなくてもよいと判断された事案も存在している。さらに、反対証書が第三者に損害を与えることを理由とする事案がある一方で、第三者は一三二一条の利益を受けるために反対証書によって実際に損害を被ったことは必要でないとする事案が存在す

る。このように、事案ごとに一三二一条が反対証書が第三者に対抗できない理由として挙げる根拠が区々であることが窺える。

以下、一九世紀の学説が一三二一条の第三者につきどのように考えていたのかを検討したい。その際、判例の検討から得られた要件との対比において学説の傾向を把握するとともに、最後に述べた点のうち、反対証書作成者から物権の譲渡ないし設定をうけた者が一三二一条の第三者か否かが争われた事案が少ないことと、一三二一条において反対証書が第三者に対抗できない理由として判例で挙げられるもののうち、顕示証書および損害の発生という観点から述べられる理由が区々であることの二点についての学説の見解にも留意したい。

## 二 学説の展開——註釈学派——

### 1. 註釈学派初期——一八五〇年まで——

はじめに、民法制定以後一九世紀末までの学説の状況をおおまかに確認する。民法典制定後比較的早い時期から一三二一条の第三者について言及した判例があらわれていたにもかかわらず、一八五〇年頃までの学説は、一三二一条の第三者が具体的にどのような者を指すのかについて問題視しておらず、何ら見解を述べていない。強いて言えば、ToullierとDurantonが、「反対証書が契約当事者間でのみその効力を有する」ところの契約当事者には、契約当事者の相続人(heritiers)も含まれることを述べていることが確認できるだけである。<sup>(6)</sup>



## 2. 註釈学派最盛期〜衰退期——Aubry et Rau から Laurent まで——

一三二一条の第三者についてはじめて言及したのは、Aubry et Rau の著作<sup>(62)</sup>においてであった。結論を先取りすれば、Aubry et Rau 以後の学説は、ロード・シビル成立以後の判例をある程度参照しつつ、一三二一条の第三者の具体的範囲を明らかにし、要件を確立していったように思われる。その過程において、学者たちは、一三二一条の第三者を、合意の効力を定めた一一六五条や私署証書に関する一般規定である一三二八条、一三二二条における第三者と比較し、その異同および一三二一条における第三者の固有の性格について言及した。そして、不動産登記に関する一八五五年三月二三日の抵当に関する謄記についての法律が成立以後、不動産権の設定および譲渡などに関して反対証書が作成された場合、一三二一条が適用されるのかという問題に直面していく。これらの事柄を考慮に入れつつ、判例および学説の展開を追うこととしよう。

## (1) 反対証書に署名していない者（承継人）

Aubry et Rau が、一三二一条の第三者について、一三二八条における第三者と同様に解するべきことをはじめ<sup>(63)</sup>めて言及した。

一三二八条は、私署証書が確定日付を得た場合に限り、第三者に対して証明力を有することを定める規定である。ここでいう第三者は、立法時においても、その後の学説においても、私署証書に署名をしていない者であり、反対証書作成当事者の相続人など包括承継人でない者で、反対証書に署名をした当事者の一方あるいは他方と関係を有する者すなわち私署証書作成者の承継人であると解されてきた<sup>(64)</sup>。

以後の学説も、Aubry et Rau の見解を受け継ぎ、一三二一条における第三者を一三二八条における意味と同

様に解することを前提としている。さらに、判例を引用しつつ、一三三二条の第三者は、反対証書に署名していない者であり、承継人 (ayant cause) であると解されるようになった。<sup>(65)</sup>

一九世紀の後半には、このような見解をさらに具体化し、一三三二条の第三者に、一三二八条や合意の効力について定めた一一六五条における第三者と別の意味を与える必要があるとする見解も提示されるようになった。このような考え方を明確に説を唱える者として Marcade と Demolombe や Laurent を挙げることができる。<sup>(66)</sup>

とりわけ Marcade は、一三三二条は、一三二八条がいうような「証書の証拠力を定める」規定ではなく、反対証書という秘密の合意が第三者に対して効力を有するか否かという問題について定めていることを指摘した。なるほど、合意の効力を問題とするのであれば、「当事者間でなされた合意は第三者を利することも害することもない」ことを定めた一一六五条との関係が問題となる。この点 Marcade は、一一六五条にいう第三者が、当事者の合意とは「全く関係のない者」であり、一三三二条のように承継人を指すものではないと主張した。<sup>(67)</sup>

## (2) 特定承継人

それでは、すべての承継人が一三三二条の第三者と解されるのであろうか。

Comlet de Santerre (Demante)<sup>(68)</sup> および Marcade と Mourlon は、一三三二条の第三者の例として、とりわけ、反対証書に署名した当事者のうちの一方からある財産上の所有権を取得した者を挙げ、一三二八条におけるのと同様に、第三者という語は当事者の特定承継人であるとする。<sup>(69)</sup> また、Demolombe も、反対証書に署名をした当事者の一方あるいは他方と関係を有する者、すなわち当事者の特定承継人であるとする。そして、このような者は、反対証書を批判する利益を有し、仮装行為を作出した者に対して仮装行為が真実であり、反対証書が存在しない場合

と同様の効力を要求することができると説明している<sup>(70)</sup>。Laurentは、このような解釈が、第三者から隠れて見えない合意という反対証書の本質に由来するものであり、したがって、証書にあらわれないすべての者を第三者とみなすべきであるとする。そして、承継人と第三者を区別する必要はない——承継人は第三者である——と結んでいる<sup>(71)</sup>。

このように、学説は、一三二一条の第三者を、特定承継人であるとし、反対証書作成当事者の相続人および包括承継人を、一三二一条の第三者として扱わない。そして、これらの者に第三者資格が与えられない理由として、反対証書が前主に義務づけた債務を承継する者であることを述べた。

では、特定承継人と解されるのは具体的にどのような者を指すのであろうか。この点学説は、特定承継人の代表例として、先に述べた各学者の定義にあらわれているように、反対証書に署名をした者から譲渡により物権上の権利を取得した者、すなわち第三取得者を挙げる。また、抵当権者などの有担保債権者や、地役権者など譲渡以外の物権取得ないし設定により権利を得た者についても本条の第三者として扱うことが、明らかにされている<sup>(72)</sup>。

### (3) 無担保債権者

ここでいう無担保債権者は、先に挙げた判例の事案にもあるように、反対証書作成当事者に対して抵当権などの担保を設定することなく金銭を貸借した者などを指す。無担保債権者が一三二一条の第三者に該当するか否かにつき、早い時期から肯定的な判決が出されていたものの、学説は、その理由付けに腐心したように思われる。というのも、学説が一三二一条の第三者を定義する上で、同趣旨であると位置づけていた一三二八条において無担保債権者は第三者として扱われなかったからである<sup>(73)</sup>。その理由は、債権者代位権に関する一一六六条および債権者平等の

原則につき定める二〇九三条<sup>(75)</sup>の趣旨に拠れば、無担保債権者は、「自分の債務者の財産について、全債務者共通の、すなわち漠然とした不確実な担保を有するにすぎず、債務者の権利とは無関係に権利を与えられないため、債務者が有する以上の権利を有しない」と解されることにあった。このことから、無担保債権者は、取得者や有担保債権者と同様に扱えないのではないかという疑問が生じたのである。<sup>(76)</sup>しかし、学説は、一三二一条の趣旨から、無担保債権者も一三二一条の第三者と解すべきであることを述べている。具体的に次の諸説が提唱された。

Cornet de santerre は、無担保債権者が一三二一条の第三者とされる理由として、革命期におけるフリメール法四〇条のように反対証書利用による詐欺から保護することを予定する規定の前では、無担保債権者も国庫と同様に解されることを挙げる。そして、「ある者の財産の表見的な増加は、無担保債権者に信用を与えることになる。

このような錯誤をもたらされた者は保護される必要がある。反対証書の存在を主張する作成当事者の一方は、詐欺を試みたことにおいて少なくとも共謀の罪に問われる。以上が、無担保債権者を保護する理由である」と述べた。<sup>(77)</sup>

Demolombe や Laurent も、一三二一条は反対証書作成に基づく偽装行為により錯誤に陥ったすべての者を、不公正な損害から保護するためであると解し、無担保債権者も、財産あるいは信用について虚偽の外形により欺かれるため保護する必要があることを明らかにしている。さらに、Dumolombe は、一三二一条は第三者とみなされるものに対し、反対証書が偽装と宣言するところの顕示証書に関わる確実な契約を有することを要求していないから、債権者も物権取得者と同様に一三二一条の第三者とみなされると述べている。<sup>(78)</sup> Marcade は、無担保債権者も反対証書に欺かれる点において取得者や有担保債権者と変わらないため、保護に値することを、「債権者は外形上ある者の手元にある財産状況を当てにして、金銭を貸借したり、差押えを早急に実行しなかつたりする」という具体的状況を挙げて説明している。<sup>(79)</sup>

ところで、すでに「九」判決にみたように、判例はすべての事件において無担保債権者を一三二二条の第三者とみなしているわけではない。すなわち、無担保債権者が、反対証書を作成した債務者の名において、当該反対証書を作成した相手方に権利を要求する場合、相手方は無担保債権者に反対証書の効力を対抗できると判断している。この判断について、Laurentは、差押にせよ債権者代位権の行使にせよ、債権者が反対証書の存在を知らないことから行使する権利であることに変わりがないため、扱いを区別する理由がないとして、批判している<sup>(80)</sup>。

#### (4) 第三者の善意 (bonne foi)

一三二二条にいう第三者に、条文上明記されていない善意を要求する判例は一九世紀の前半からすでに登場していた。この点につき学説は、長い間何らの見解をも提示してこなかったが、Laurentに至って言及された。

Laurentは、一三二二条は第三者に対し善意を要求していないものの、この要件が、本条が起草された原理自体に基づく、すなわち、「第三者が反対証書を知ることができないから」と説明する。その上で彼は、「第三者が、顕示の契約が仮装であることを知っていた場合、あるいは、真の合意を認識していた場合には、反対証書を知らなかつたために欺かれたと主張することができない」とする。そして、この見解を証明するために判例および「謄記されていない証書は善意の第三者に対抗できない」ことを定める抵当に関する謄記についての法律(後述)第一条を引用している<sup>(81)</sup>。

#### (5) 抵当に関する謄記についての一八五五年法との関係

コード・シビルが物権変動に関し、意思主義をとっていることは周知の通りであるが、不動産物権変動に関して

は、意思主義に内在する欠点を補い、第三者の保護を図るために、コード・シビル制定当初から、不動産の生前贈与（九三四条）、先取特権および抵当権（二二四六条）については、謄記による公示制度を採用してきた。その後、一九世紀半ばの一八五五年三月二三日の抵当に関する謄記についての法律（以下、「一八五五年法」）が、生前の不動産所有権または抵当権の目的となる物権に関する移転証書、および判決、これらの法規証書（同一条）、不動産質権、地役権、使用权、住居権に関する設定証書および判決、これらの放棄証書、または長期賃貸借など（同一条）などの規定を設け、謄記事項を拡大した。フランスにおける謄記の方式は、一般的に物権の変動原因となった証書ないし判決そのものの公示であったので、証書と謄記の関係は密接であった。<sup>(82)</sup> この点、一八五五年法はその一条と三条で、不動産譲渡や設定などに関して謄記されていない証書は第三者に対抗できないとする規定をおいた。そこで、一三二一条と一八五五年法一条および二条との関係が問題となった。

これにつき学説は、一八五五年法の成立により、不動産権の譲渡・設定に関して反対証書が作成された場合、一三二一条に拠らずとも、一八五五年法を適用することで足り、従って一三二一条の存在意義が失われたと解した。<sup>(83)</sup> このことは、一三二一条の第三者を考察することが、実質的には債権者をどう扱うかという問題に特化されることを意味しえよう。

### 三 小括

一八五〇年頃まで、一三二一条の第三者たる要件を提示する判例が出されていたにもかかわらず、学説は、アンシャン・レジーム期および革命期の法律および立法過程における見解との関連で議論を行うにとどまり、一三二一条の第三者が具体的にどういう者なのかについて、本節の冒頭で述べたような政治的な法学教育手法統制の影響が

らか、具体的な見解は提示しなかった。その理由については、本節の冒頭で述べたように、ナポレオン政権下の教育統制とりわけ法学部におけるコード・シビルに関する教育方法の統一の影響によるものと思われる。

一八五〇年以降、学説は一三二一条の第三者の定義として「反対証書に署名していない者」であることを確認した上で、どのような者が本条の第三者といえるかについて検討するに至った。その際、私署証書の証拠力に関する規定である一三二八条における第三者の具体的範囲が参照された。

加えて、合意の効力について定めた一一六五条における第三者は当事者の合意とは「全く関係のない者」であるのに対し、一三二一条における第三者とは、反対証書作成者の一方と契約を行った者であること、すなわち承継人であるとして、一一六五条が想定する第三者像と明確に区別している。そして、一三二一条にいう第三者は特定承継人すなわち、第三取得者、有担保債権者などの物権取得者であるとされた。さらに学説は、反対証書の存在を知らないことにより欺罔され損害を受ける者を保護するという一三二一条の規定の趣旨から、一三二一条の第三者には無担保債権者も含まれると解している。

以上のことから、一九世紀の学説は、反対証書の効力が及ぶ者を反対証書の作成当事者およびその相続人以外であると解していること、一三二一条の第三者として「反対証書に署名していない者」であることを確認していること、そして、特定承継人の他無担保債権者も一三二一条の第三者と解しているといえる。右事実から学説は、一三二一条における第三者を、「反対証書に署名していないすべての者」であり「反対証書作成当事者の相続人以外の者」であるとする、判例の展開から抽出できる要件に基本的にしたがっていることができるように思われる。しかしながら、「債権者固有の権利に基づき行動する」という要件について学説はなんら言及していない。このことは、学説が、代位債権者は一一六六条に基づき行動する場合、債権者は反対証書作成当事者である債務者の

権利および義務をそのまま引き継ぐ者であるとして、一三二一条の第三者でないと判断した事案（「九」判決）を批判していることと関連するように思われる。その理由として学説は、差押にせよ債権者代位権の行使にせよ、債権者が反対証書の存在を知らないことで詐欺に遭うとか錯誤に陥るといふ点で変わりはなく、扱いを区別する必要はないことを挙げている。

また、一三二一条の第三者に善意を要求するか否かにつき、一九世紀末の学説は、一三二一条の構造自体、すなわち、反対証書の秘密性から当然に導き出されるとする見解を提示した。一九世紀の後半に至るまで、右見解が出されなかったのは、第三者に善意を要求することが条文に明文をもつて規定されていなくとも、当然の理であると認識されていたことを理由とするように思われる。加えて、先に述べたように学説が一三二一条の趣旨を、反対証書の存在を知らないことにより欺罔され損害を受ける者を保護すると理解していることから、一九世紀末の学説は、一三二一条の第三者に善意すなわち反対証書の存在を知らないことを要求する判例理論を正当化するものとして評価することができよう。

最後に、判例の検討の小括において提示した三点の疑問について、学説の検討から導きうる見解を提示したい。まず、反対証書作成当事者から物権の譲渡ないし設定を受けた者が一三二一条の第三者か否かが争われた事案が少ない理由について考える。この点、不動産登記に関する一八五五年三月二三日法律により、不動産権の譲渡・設定に関して反対証書が作成された場合、一三二一条を適用する必要性がなくなり、したがって、その限りで一三二一条の存在意義が失われたとする見解が、学説において一致して提示されている。このように、不動産公示に関する法律が設定されたことが、一三二一条の適用が問題とされた判例に、物権取得者に関する事例が少ない理由であると解することができよう。



最後に、反対証書が第三者に対抗できないとされるために、第三者が顕示証書の内容を把握して取引関係に入つたことを必要とするのか、また実際に反対証書によって損害を被つたことを必要とするのかについて考える。

前者につき学説は、無担保債権者が一三二一条の第三者に該当するとされる理由を説明する中で、虚偽の外形である顕示証書の内容が財産あるいは信用について第三者に錯誤や詐欺を生じさせるとしていることを挙げている。しかし、顕示証書に関わる確実な契約を有することを第三者に要求していないとして、顕示証書と取引に入った第三者との関係をそこまで考慮して見受けられるような見解も存在する。したがって、顕示証書の扱いは学説によっても区々であると解することができよう。その理由としては、一三二一条は反対証書の効力が問題とされる規定であるため、第三者は反対証書の存在を知らなければ足り、第三者が顕示証書の内容を把握したか否かは問題にされないといえることができるように思われる。

後者につき学説は、一三二一条の趣旨を「反対証書作成に基づく仮装行為により錯誤に陥つたすべての者を、不公正な損害から保護する」こととしていることから、反対証書作成により損害を被る可能性がある者が保護に値すると解しているように思われる。

#### 第四節 まとめ

本章では、反対証書の第三者効という観点から、アンシャン・レジーム期の反対証書利用および規制を概観し、革命期立法、コード・シビル制定過程における議論を確認したうえで、一九世紀の判例・裁判例および註釈学派の見解につき概観してきた。本節では、これらを今一度整理しつつ、判例および註釈学派の見解の評価付け、および特徴をまとめることとする。

まず、反対証書の効力が第三者に及ばないとする基本的な点については、アンシヤン・レゾーム期から一九世紀末に至るまで、一貫しているように思われる。しかし、革命期まで、反対証書の一般的効力についての規定は存在せず、反対証書の効力を当事者間でも第三者に対しても無効とするという構成をとる特別法が存在していたにすぎない。各種特別法は、特定の反対証書作成について問題としており、反対証書の効力について定めた規定というよりはむしろ反対証書作成それ自体を禁止する規制的なものであった。したがって、革命期までの反対証書規制規定において、具体的に第三者がどういふ者を指すのかにつき、問題にする必要性がなかったと評価することができよう。

他方、特別法の規定に抵触しない反対証書の利用について、その効力を当事者間では有効とし、第三者に対して無効とする判例が一七世紀頃に至って登場したことを確認した。これらの判例理論は、一般的な反対証書の効力をどのように捉えるかという問題を想起させるものであり、反対証書の当事者効、第三者効を明確に区別するDonatの見解に結実したといえる。Donatの構成は、問題を婚姻契約上に限定してなされたものであるとはいえ、現行一三二一条の条文構造に限りなく接近していると評価することができよう。

その後、コード・シビル起草に至り、反対証書が当事者間の合意であることが意識され、審議において「合意は拘束する」という原則が引き合いにだされた。そのため、当事者間の合意の効力を認めることと、右合意に関係ない者に対する扱いという、利害の衝突が浮き彫りにされることとなり、反対証書に当事者効を認め、例外的に第三者に効力が及ばないとする一般的効力規定がおかれた。コード・シビルの立法過程において、一三二一条の第三者がどのような者を指すかについて具体的に議論されることはなかった。

コード・シビル成立後、反対証書の効力が及ばない第三者とは具体的にどのような者を指すのか、とりわけ、債権者が一三二一条の第三者に該当するののかという点につきで判例・裁判例において問題とされた。一三二一条の第三者を検討することが、実質的に債権者の第三者性を判断する問題といえるのは、特定承継人すなわち物権取得者が特段の理由なしに一三二一条の第三者性を認められたことと、不動産登記に関する一八五五年三月二三日法律制定後、不動産の譲渡・設定に関する反対証書作成に関して、本法律が一三二一条にとってかわられたことを理由として挙げている。

次に、一三二一条の第三者とされる要件につき判例が提示したのは、一三二一条は反対証書を作成していないすべての者であるということと、反対証書作成当事者の相続人以外であるという要件である。加えて、右要件を満たした上で、第三者が反対証書の効力を排斥するためには、反対証書作成当事者と契約した時点で反対証書の存在につき善意であることが要求された。

その後、代位債権者が一三二一条の第三者に該当しないとすする判例の登場により、債権者は、自己に固有の権利に基づき行動する場合第三者性を認められるとする要件が提示された。

一三二一条の第三者の具体例として、判例の検討から確認できたのは、不動産の譲受人や抵当権設定を受けた者などいわゆる物権取得者や、反対証書に記載された物や権利を差押さえた者、反対証書作成当事者の破産債権者や破産管財人、遺留分権を行使する者である。しかし、破産管財人については、破産管財人自体に第三者性が認められたのではなく、債権者団体の利益代表として行動する者であるとされ、破産管財人が訴訟当事者であっても、判決においては「反対証書の効力は破産者の債権者に対抗することができない」という、債権者を名宛人とするものであった。反対に、代位債権者は、債権者が債務者の権利ないし訴権に代位して行動することができる旨を定めた

一一六六条の規定にしたがつて行動することを理由に第三者性が否定された。

学説は証書の一般的効力を定めた一三二八条に示唆を得て、「反対証書に署名していない者」であることを前提とした上で、一三二一条の第三者は具体的に、取得者や有担保債権者などの物権取得者などを指す特定承継人と無担保債権者であるとした。また、第三者に反対証書の存在を知らないこと、すなわち善意を要求することは規定の構造上当然の帰結であると解している。以上のことから、学説の見解も判例が打ち出した一三二一条の第三者とされるための要件に極めて近いことが窺える。

無担保債権者が一三二一条の第三者に該当する理由として学説は、一三二一条の趣旨から解き明かしている。すなわち、反対証書の効力が第三者に及ばないのは、反対証書の存在を知らない者は結果的に顕示の契約に騙されるからであり、それを防止する必要があると述べた。加えて、詐害の意思により反対証書が作成されたときはもちろん、詐害の意思が明確にない場合においても、反対証書を知らない「第三者」が欺かれることは許されないと述べている。そして、革命期における反対証書を規制する特別法においては、無担保債権者も物権取得者と区別されることなく保護の対象とされてきたことを根拠に挙げる。

これらの見解は、一三二一条および特別法の制度目的を説きおこし、反対証書が対抗できない第三者の意義を論じている姿勢をあらわすものであると評価できる。そして、このような考え方に依拠し、債権者は差押債権者も代位債権者も、反対証書の存在を知らないことで欺罔されるといふ点で同一視されるとし、代位債権者を一三二一条の第三者と認めない判例を批判している。

以上を総括すると、一三二一条の第三者の具体例としては、特定承継人（物権取得者）、無担保債権者（破産債権者も含む）であり、一三二一条の第三者とされるための要件は、反対証書作成当事者と取引関係に入った者（承継人）であることを前提として、反対証書に署名していないすべての者であり、反対証書作成当事者の相続人ではない者で、自己に固有の権利に基づき行動し、反対証書の存在を知らない者であると結論付けることができよう。しかし、判例が代位債権者を一三二一条の第三者に該当していないと判断していることに対し、学説が批判的な見解を提示しており、「自己に固有の権利に基づき行動する」という判例理論が打ち出した要件を採用していないことから、一三二一条の第三者の範囲を考える上で代位債権者をどのように扱うかという問題が残されることになる。

#### 註

- (1) BASDEVANT-GAUDEMET(B.) et GAUDEMET(J.), Introduction historique au droit X<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J, 2003. n°409, p.374.
- (2) FENNET(P. A.), Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, tome. I, réimpression de l' édition 1827, p.466.
- (3) HALPÉRIN(J. L.), Histoire du droit privé français depuis 1804, Paris, P.U.D., 1996, n°7, p.21.
- (4) HALPÉRIN(J. L.), op. cit. n°5, p.15. また、アンシャン・レジーム期のフランスにおける民法典編纂の試みの展開につき丹念に素描したものととして、石崎政一郎「フランスにおける民法典編纂の過程の素描」江川英文編『フランス民法の一五〇年(上)』三一—一〇頁(有斐閣、一九五七年)を参照した。
- (5) かつて Donat を取り上げる理由は、Donat が反対証書を証拠に関する規定として捉えており、加えて反対証書を当事者効と第三者効で分けるという見解を提示していることから、現行民法一三二一条の類似点を確認したことにある。この点については、後に本文で言及している。また、Donat の他 Pothier の見解も参照したが、ローマ法以来の simulation の形態に

つき、反対証書の利用と関連させずに例示し、解説を行うことが記述の中心であり、「第三者」については言及されていない。このことから、本稿が検討の目的とする「反対証書が対抗できない第三者」につきPothierの見解は直接関係しないと判断したため、今回は取り上げないこととした。なお、Pothierのsimulationに関する見解につき、POTHIER, *Traité de l'usage, Sect. IV, n°117 et suiv.*, *Traité de la vente, n°38*, *Contrat de société, n°22*. 邦訳、BUGNET(M.), *Oeuvres de Pothier, tome. 2, Paris, 1848. n°79, p.43.* を参照した。

(6) アンシャン・レジーム期における反対証書の利用および規制、およびアンシャン・レジーム期における仮装行為の一形態としてのsimulationの意義をローマ法における仮装行為理論との関係で論じるものとして、上井長久「フランス中世慣習法における反対証書の規制」法学論叢六七巻四・五・六号四二五―四五四頁(一九九五年)および同「フランス法におけるsimulationの研究——ローマ法とフランス旧法——」明治大学社会科学研究所紀要三二巻二号一一九―一二八頁(一九九四年)を参照した。本節の記述は右二つの論文に拠るところが大きい。

(7) MERLIN(M.), *Repertoire universel et raisonne de jurisprudence* 4<sup>e</sup> ed, tome. III, 1812, V, p.115.

(8) 上井、前掲論文「フランス中世慣習法における反対証書の規制」四三三頁。

(9) contre-lettreとsimulation 概念の関係が明確にされるようになったのは、Bartinがこの点につき、一八八五年に「*Théorie des contre-lettres, thèse, Paris.*」において公表して以後のことである。これを機に、「反対証書が仮装を確認する目的を有するとき」は、「二つの概念は同様の性質を有する」という見解が学説において共有されるようになったようである。現在もこの流れを引き継ぎ、一三三二条における反対証書の構造は、contre-lettreとsimulation二つの概念を融合しつつ定義されている。このような傾向が顕著にあらわれている論文として、DAGOT(M.), *La simulation en droit privé, thèse, Paris, 1965.* が挙げられる。

(10) 上井、前掲論文「フランス中世慣習法における反対証書の規制」四三六頁以下。

(11) MILHAUD(B.), *Droit français de la simulation dans les actes juridiques, thèse, Montpellier, 1899, p.121.* 以下は、アンシャン・レジーム期における代表的な反対証書規制として、次のものが挙げられている。

① 公証人(notaires)や国王代理人(procureurs)、その他の官職(office)の取得に関する反対証書の作成を禁止する判例(一六九一年二月七日、一七七四年八月八日の規則制定的判決)

② 修道院、修道会に対する寄付行為および贈与契約に関する反対証書を作成した場合、反対証書作成当事者に対しては

一〇〇〇リーブルの賠償金を、作成に関わった公証人に対しては詐欺罪に処すか、あるいは二〇〇〇リーブルの賠償金を課すことを定めたアレテ（一六六三年三月三日のアレテ）

③ 王に対して責任を持つ立場にある者（具体的には、国王に会計報告を行う職務を負う会計官 (comptable)）が、職務を行う際に反対証書を作成することを禁止するデクレ（一六三二年五月一六日のフランソワ一世の王令）

④ 建築のための見積もりおよび商事契約に関する反対証書の作成を禁止する判例（一六九〇年二月三日の規則制定的判決）

⑤ 反対証書作成による対立契約 (contrat de nonobstant) を禁止する公令（一七二三年三月八日のレオポルト公令）

⑥ 婚姻上の契約に参加した親族を除外して、あるいは立会いなくしてなされた反対証書はすべて無効とする規定（一五八〇年改正パリ慣習法第二五八条）

(12) 上井、前掲論文「フランス中世慣習法における反対証書の規制」四三二―四三三頁。

(13) 上井、前掲注(12)。

(14) MILHAUD(B.), op. cit. p.122.

(15) Domat des coutumes BASDEVANT-GAUDEMET(B.) et GAUDEMET (J.), op. cit. n°151, p.160. および GAZZANIGA (J. L.), Introduction historique au droit des obligations, Paris, P. U. F., 1992, n°43, p.55 を参照。

(16) DOMAT(J.), Les lois civiles dans leur ordre naturel; Le droit public et legume delectus, nouvelle éd., tome. I, Paris.

(17) DOMAT(J.), op. cit. XN, p.250.

(18) DOMAT(J.), op. cit. XV, p.251.

(19) 革命後の民法典編纂事業着手と頓挫の過程について HALPÉRIN(J. L.), op. cit. n°5, p.16-18. また、邦語文献として、野田良之『フランス法概論上巻』五二三頁以下（有斐閣、一九五四年）および、山口俊夫『概説フランス法上』四九頁以下（東京大学出版会、一九七八年）を参照した。

(20) BASDEVANT-GAUDEMET(B.) et GAUDEMET(J.), op. cit. p.319.

(21) Cambacères 草案においては、二つの草案すべてにおいて、契約編の中に証拠に関する規定を設ける章がおかれ、その中に証書の効力に関する規定がいくつか置かれていることを確認することができるが、反対証書に関しては何ら規定が用意されていなかった。Jaqueminot 草案に至っては、証拠に関する規定そのものが存在しない。

- (22) このことは、上井、前掲論文「フランス法における simulation の研究——ローマ法とフランス旧法——」二二〇頁においても指摘されている。
- (23) 革命期の財政問題と税制に関しては、森恒夫『フランス資本主義と租税』（東京大学出版会、一九六七年）、梅中雅比古「フランス革命期の財政」和光経済一五巻一号一〇五—一九頁（一九八二年）、小林良彰「フランス革命前夜の財政問題」経済集志六四巻一号四七—六三頁（一九九四年）を参照した。
- (24) 森、前掲書六〇頁。
- (25) 森、前掲書六一頁および梅中、前掲論文一一五頁。
- (26) 森、前掲注（24）。
- (27) MALEVILLE(J.), *Analyse raisonnee de la discussion du code civil au Conseil d'Etat*, 2<sup>e</sup> éd., tome III, Paris, 1807, p.169.
- (28) DUVERGIER(J. B.), *Collection complete des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'Etat*, tome XI (1799-1800), Paris, 1835, p.90.
- (29) DUVERGIER(J. B.), *op. cit.* p.108.
- (30) BASDEVANT-GAUDEMET(B.) et GAUDEMET(J.), *op. cit.* n°410, p.375.
- (31) 四人の起草者たちに関する「BASDEVANT-GAUDEMET(B.) et GAUDEMET(J.), *op. cit.* n°411, p.376. を参照した。邦語文献では、山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会、二〇〇二年）において参照することができる。
- (32) FENET(P.A.), *op. cit.* tome I, pp.463-523.
- (33) FENET(P.A.), *op. cit.* tome II, p.190. MERLIN(M.), *Recueil alphabetique des questions de droit*, 3<sup>e</sup> éd, corrigee et augmentee, Tome second, C.-E. Paris, 1819, p.66.
- (34) FENET, *op. cit.* tome XIII, p.80.
- (35) FENET(P.A.), *op. cit.* tome XIII, p.111.
- (36) FENET(P.A.), *op. cit.* tome XIII, p.112.
- (37) FENET(P.A.), *op. cit.* tome XIII, p.112. MALEVILLE(J.), *op. cit.* pp.147-148.
- (38) FENET(P.A.), *op. cit.* tome XIII, p.112.



- (39) FENET(P.A.), op. cit. tome XIII, p.112.
- (40) FENET(P.A.), op. cit. tome XIII, p.113.
- (41) FENET(P.A.), op. cit. tome XIII, p.113.
- (42) FENET(P.A.), op. cit. tome XIII, p.121.
- (43) FENET(P.A.), op. cit. tome XIII, p.137.
- (44) FENET(P.A.), op. cit. tome XIII, p.143. 立法部は、夫婦財産契約において作成される反対証書に関しては別途定める旨補足の「〇〇」草案一一七条を文書通りに完成させることを決定した。
- (45) FENET(P.A.), op. cit. tome XIII, p.205.
- (46) FENET(P.A.), op. cit. tome XIII, p.292.
- (47) FENET(P.A.), op. cit. tome XIII, p.312.
- (48) FENET(P.A.), op. cit. tome XIII, p.318-319.
- (49) FENET(P.A.), op. cit. tome XIII, p.413.
- (50) FENET(P.A.), op. cit. tome XIII, p.449.
- (51) LOCHE(M.), *La législation civile, commerciale de la France, et criminelle de la France*, Paris, 1827-1829, Band16, p.179.
- (52) FENET(P.A.), op. cit. tome XIII, p.380. 「」では、反対証書の利用がとりわけ国庫に対する詐欺行為であることが冒頭ではっきりと述べられている。
- (53) BASDEVANT-GAUDEMET(B.) et GAUDEMET(J.), op. cit. n°467, 468, 469, 470, pp.429-433.  
 実際、本稿で検討するフランス註釈学派を代表する学者の著作において、早い時期から、判例を引用しつつ議論を展開させるという手法が用いられているものが見受けられた。
- (54) この点については、日本においても、野田良之「註釈学派と自由法」尾高朝雄∥峯村光郎∥加藤新平編『法哲学講座第二巻』一九九一―二四〇頁(有斐閣、一九五六年)が、註釈学派の学風として記述するところである。
- (55) ジャン・カルボニエ(大久保泰甫訳)「社会現象として見たナポレオン法典」平松義郎博士追悼論文集『法と刑罰の歴史的考察』四五三―四八七頁(名古屋大学出版会、一九八七年)。

- (56) HALPERIN(J. L.), *op. cit.* n°24, p.49. ジャン＝ルイ・アルペラン (野上博義訳) 「ナポレオン法典の独自性」名城法学四八巻四号一—五八頁(一九九九年)、アルフォンス・ビュルゲ (児玉寛訳) 「どのような注釈か? 法典化された法の解釈技法の評価について——共時的ならびに通時的比較法から——」西村重雄 Ⅱ 児玉寛編『日本民法典と西欧法伝統』七七一—一〇八頁(九州大学出版会、二〇〇〇年)。
- (57) 検討の対象とする学者の選定には、HALPERIN(J. L.), *op. cit.* n°22-36, pp.46-69. 並びに BASDEVANT-GAUDEMET (B.) *et GAUDEMET (J.)*, *op. cit.* n°455-459, pp.412-418. を参考した。
- (58) 本判決が代位債権者を一三二一条の第三者にあたらなと判示したこと、その根拠につき債権者固有の権利を行使していないことを挙げる立場は、後に本文中で述べているように学説において批判されている。しかしながら、本判決は現代においても、先例として維持されている。FERRE(F.) *et SIMLER(P.) et LEQUETTE(Y.)*, *Droit civil les obligations*, 8<sup>e</sup> ed., Paris, Dalloz, 2002, n°551, p.530.
- (59) 本件と同様の事実関係において、破毀院審理部一八八三年一月三日判決(S, 83, 1, 69.) も「一一」判決の趣旨を判旨において簡潔に述べている
- (60) このような考え方は、一三二一条の適用に限れば本判決が初めて明らかにしたものと見えるが、破毀院審理部一八七二年七月三十一日判決(Sir. 73, 1, 17.) および破毀院審理部一八八一年一月二十四日判決(Sir, 81, 1, 404.) といった一三二一条の適用外にある仮装行為事例においてすでに明らかにされている。しかしながら、一三二一条の適用が問題とされなかった事案であるため、本文中では取り扱わなかった。
- (61) TOULLIER(C. B. M.), *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, tome VIII, par. DUVERGIER(G.B.), Paris., DURANTON(M.), *Cours de droit français suivant le code civil*, tome XIII, Paris, 1834, n°100, p.96. の時期学説が、一三二一条について主として議論の対象としたのは、反対証書が私署あるいは公正証書によって扱いを異にするか否かという問題と、第二章で既に触れた、フリメール法第四〇条と一三二一条の関係——一三二一条がフリメール法四〇条を廃止するか否か——についてであった。それ以外の事項についても、この時期の代表的な学者である Maleville や Merlin や Delvincourt の著作に於ける記述は、ロード・シビル編纂過程において議論されていた事項の確認および重複であったと評価されている。MALEVILLE(J.), *op. cit.* p147, DELVINCOURT(M.), *Cours de code civil*, Paris, 1824, p.187. TOULLIER(C. B. M.), *op. cit.*, DURANTON(M.), *op. cit.*, MERLIN(M.), *Recueil alphabétique des question de droit*, tome II, pp.63-70,

MERLIN(M.), Repertoire universel et raisonne de jurisprudence 4<sup>e</sup> éd, tome III, 1812, pp.115-119,

- (2) AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, tome IV, Strasbourg, 1844, et tome V, 1846.
- (3) AUBRY et RAU, op. cit. tome V, p.640.
- (4) DEMOLOMBE(C.), Traité des contrats, tome VI, Paris, 1876, p.430.
- (5) MOURLON(M. F.), Repetitions écrites sur le deuxieme examen de code naporein, 9<sup>e</sup> ed, par Demangeat, Paris, 1873, n°1540, p.811., MARCADE(V.), Explication du code civil, 8e ed, tome V, paris, 1889, p.40, II.
- (6) MARCADE(V.), op. cit., DEMOLOMBE(C.), op. cit. n°334, p.289., LAURENT(F.), Principes de droit civil, 3<sup>e</sup> ed, tome XIX, Paris, 1878, n°188, p.201.
- (7) MARCADE(V.), op. cit. p.40, II.
- (8) DEMANTE(A. M.), Corus analytique de code napoleon, tome V, par COLEMET DE SANTERRE(E.), Paris, 1865. 一三二一条についての注釈を含む本書は、一八四九年代に出された三巻本に続き、COLEMET DE SANTERREが十巻本として編集し直したものである。フランスの注釈書において、本書はDEMANTEではなくCOLEMET DE SANTERREの名で引用してあるため、本稿においてもそれに従った
- (9) 特定承継人が、物あるいは物的権利の取得者であることは疑いなくとする見解は、学説・判例において一致した見解である。DURANTON(M.), op. cit. n°104, p.102., MOURLON(M. F.), op, cit. n°1539, p.811., COLEMET DE SANTERRE(E.), op. cit. n°283 bis V, p.546., DEMOLOMBE(C.), op. cit. n°339, p.292, et n°342, 343, p.293., LAURENT(F.), op. cit. n°189, p.203.
- (10) DEMOLOMBE(C.), loc. cit.
- (11) LAURENT(F.), loc. cit.
- (12) DEMOLOMBE(C.), ibid.
- (13) DEMOLOMBE(C.), op. cit., n°507, 508, pp.430-432.
- (14) コード・シビル一六六条  
債権者は、その債務者すべての権利および訴権を行使することができる。ただし、一身に専属するものを除く。
- (15) コード・シビル二〇九三条

債務者の財産は、その債権者の共通の担保である。その対価は、債権者間で按分して配当される。ただし、債権者間に正当な優先事由がある場合にはその限りではない。

- (76) COLEMET DE SANTERRE(F.), op. cit. n°283. bis. VII, p.546., DEMOLOMBE(C.), op. cit. n°344, p.293., LAURENT(F.), op. cit. n°190, p.205.
- (77) COLEMET DE SANTERRE(E.), *ibid.*
- (78) DEMOLOMBE(C.), op. cit. n°345, p.295.
- (79) MARCADE(V.), op. cit. p.41, II
- (80) LAURENT(F.), op. cit. n°190, pp.206-207.
- (81) LAURENT(F.), op. cit. n°192, p.207.
- (82) 一八八五年法についての詳細は、星野英一「フランスにおける不動産公示制度の沿革の概念」『民法論集（第二卷）』四一頁以下（有斐閣、一九七〇年）、滝沢律代『物権変動の理論』一二三頁以下（有斐閣、一九八七年）、七戸克彦「対抗要件主義に関するボワソナード理論」慶應義塾大学法学研究六四卷一二号一九五―二七四頁、横山美夏「競合する契約相互の優先関係（一）」大阪市立大学法学雑誌四二巻四号九一四―九四四頁を参照した。
- (83) COLEMET DE SANTERRE, op. cit. n°285. bis. IV. pp.545-546., DEMOLOMBE(C.), op. cit. n°338. et 339, pp.291-292., LAURENT (F.), op. cit. n°186, pp.197-200.

### 第三章 比較

第二章におけるフランス法の検討から、コード・シビル一三三二一条における第三者がどのような者を指すかにつき以下の事項を明らかにすることができた。

まず、アンシャン・レジーム期において反対証書の「秘密性」から導かれる詐欺的性格に焦点が当てられ、政策

的な観点から反対証書作成そのものを当事者間および第三者に対して無効とする特別法を制定することで規制するという政策が試みられたことを確認した。このような政策的な観点は、コード・シビル一三三二一条の起草の際、審議の冒頭で反対証書が私人や国家に対する詐欺だと捉えられたことから、なお維持されたといえたと指摘した。加えて、草案の審議において、反対証書の効力が作成当事者とその包括承継人に対して効力を有することが確認されたものの、第三者の範囲については、具体的に議論されなかったことを確認した。

次いで、コード・シビル成立以後一九世紀末までの判例および学説を検討した結果、一三三二一条の第三者の定義および要件が徐々に明らかにされていく過程を確認することができた。

判例理論の展開からは、一三三二一条の第三者とされるための要件として、①反対証書に署名していない者であること、②反対証書作成当事者の包括承継人（相続人）以外の者であること、③自己（債権者）に固有の権利に基づき行動する者、④反対証書作成当事者の契約締結時に反対証書の存在につき善意であること、の四つを抽出することができた。

他方、学説の展開からは、一三三二一条の第三者は、合意の効力について定めた一一六五条において想定されているように当事者以外のあらゆる者を指す無限定なものではなく、反対証書作成者の承継人すなわち前主の権利ないし義務を引き継ぐ者であることを前提とした上で、反対証書に署名していない者とその包括承継人以外の者で契約締結時善意であることが要件とされることが明らかとなった。そして、学説は右要件を満たす第三者の具体例として、物権の譲渡および設定を受けた者すなわち特定承継人と債権者を挙げていることを確認した。特定承継人については、不動産登記に関する一八五五年三月二三日の法律が、不動産の譲渡や設定などに関して登記されていない証書は第三者に対抗できないとする規定が設けられたことで、不動産の譲渡や設定について反対証書が作成された

場合、不動産登記に関する法律を適用すれば足ることとなり、その限りで一三二一条は存在意義を失ったことが明らかになった。そこで、右不動産登記に関する法律が成立して以後、一三二一条の第三者については、債権者が一三二一条の第三者に該当するか否かという問題に特化されたと見ることができると指摘した。

以上のことから、立法当時明確ではなかったコード・シビル一三二一条の要件および第三者の範囲は、立法後の判例および学説の展開によって定立されていったと評価することができる。

ここで、右に述べた第二章での検討結果を、第一章で確認した日本民法九四条二項の第三者とされるための要件および範囲の考察と、とりわけ「法律上の利害関係」という基準の有用性を検討する際、そのまま採用してよいかが問題となる。

この点、九四条とりわけ二項の原型とされるボワソナード草案一三八六条は、コード・シビル一三二一条を参照して起草されている。そして、ボワソナードが草案に付した註釈によると、ここでいう第三者とは、特定承継人と債権者を指すとされていることから、コード・シビル一三二一条の第三者として一九世紀のフランス民法学説が想定していた者と同様であると解することができる。したがって、ボワソナードは一三二一条の起草にあたり、一九世紀のフランス民法学説を採用した可能性を指摘することができる。また、日本においても、民法典成立後の判例および学説の展開の中で、九四条二項の第三者性を判断する際の基準として法律上の利害関係を有するという要件が定立されたことを確認した。そして、判例の展開から、物権取得者は法律上の利害関係を有するという要件が定立される前後に関わらず、九四条二項の第三者とされており、したがって、法律上の利害関係の考慮により第三者性が判断されるのは、事実上債権者に特化されることを確認した。

以上のことから、フランスおよび日本における判例および学説の展開の概要を比較した場合、大きな流れにおいて類似点を見出すことができるため、一見すると、第二章での検討結果を日本法の検討にも採用することができるように思われる。

しかしながら、検討の際には、以下の四点に留意する必要がある。

まず、第一に条文の構造の相違が挙げられる。具体的には、コード・シビル一三二二条が反対証書すなわち証書という手段を利用した秘密の合意の効力について定めた規定であるのに対し、日本民法九四条は虚偽表示すなわち、コード・シビル一三二二条でいうところの顕示証書（外形上の合意）の効力について、しかも証書に限らず口頭の合意も含めた「意思表示」の効力について定めているという点である。加えて、日本民法九四条は、虚偽表示の内部に隠れた合意（秘匿行為）については立法時に自明のことであると解されたが、条文に明記されなかったために、現在、秘匿行為の内容や効力についてさほど考慮されていないように思われる。

第二に、事案の相違が挙げられる。フランスでは、反対証書は顕示証書の内容すべてを滅却するばかりでなく、一部を修正するに留まる場合もあるため、顕示証書の効力が完全に否定されないこともある。この点は、第二章のフランスにおける判例の検討において、反対証書作成当事者が第三者（と認定される可能性のある者）に対し権利の完全な回復を要求する事案よりも、反対証書作成当事者が第三者に対し、顕示証書の内容から認識できる金額より多い債権額を有していること、すなわち反対証書において記載された真正な債権額の承認を請求する事案が多いという特徴を確認することができる。これに対し日本においては、先に述べたように秘匿行為の効力が意識されにくい条文構造であることからか、フランスにおいてよく見られる後者のような事案がほとんど見られない。日本の判例において見られる事案のほとんどは、不動産の仮装売買が行われた後、仮装権利者が第三者に当該不動産を売却

するという事案（第二章で検討した「二」事件）において、真正権利者が不動産に関する権利の完全な回復を求めるものである。

第三に、反対証書ないし虚偽表示が問題となる事案の背景に存在する制度の相違である。まず、不動産登記制度の相違を挙げることができる。第二章ですで見たとように、フランスにおける登記制度は、基本的に物権の変動原因となった証書ないし判決そのものの公示であり、証書と登記関係が密接である。また、不動産取引は、公証人を介在して行うことが慣行となつてゐるため、登記原因証書のない不動産譲渡ないし設定が存在しない。<sup>1)</sup>これに対し、日本の不動産登記制度は、現行民法典起草の際に、証拠優越の原則が削除されてしまったことに加え、不動産取引における公証人慣行を促進する規定を民法典に持たないため、登記原因証書のない物権変動が一般的である。したがって、日本においては、フランスのように、特定承継人が反対証書の効力を排斥するために一三二一条を利用しなくとも、不動産登記法の枠内で保護されるということにはならない。

加えて、本稿で検討を行う余裕はなかったものの、破産制度の相違が挙げられよう。第二章で検討した事案の中で債権者の第三者性が問題となつたものは、すべて反対証書作成当事者（第三者となる可能性のある債権者の債務者）が破産したという状況において、債権者が裁判所に財産の差押を申し立てるなどの行動に出ているという特徴を挙げることができる。フランスにおける破産制度については、判例における事案から、債権者は債務者が破産した場合、破産管財人を介さずに自分自身で債権を保全するための迅速な行動が認められてゐることが窺える。<sup>2)</sup>これに対し、日本の判例における事案からは、破産宣告後、破産者の債権者が破産管財人を介さずに独自で債権を保全するような例は見受けられないし、そもそもフランスのように一三二一条の第三者が問題とされる事案として、反対証書作成当事者の一方が破産したという状況が前提となつてゐるものはさほど多くないことから、同列に扱うことは



できないと推定することができる。

第四に、制度趣旨の相違を指摘することができる。フランスにおいては、アンシャン・レジーム期から行われていた反対証書の規制という政策的観点の色濃く残っていることが、一三三二一条の起草過程における審議の内容および、コード・シビル成立以後の学説から窺うことができる。すなわち、一三三二一条において、反対証書が第三者に對抗できない理由として、反対証書の秘匿性から当然に導かれるということに加え、反対証書作成当事者の意図に関わらず、反対証書が結果的に詐欺を誘発する性質をもつことが指摘されている。学説は右の事項から、一三三二一条の制度趣旨を、反対証書作成による詐欺を予防しかつ作成者に制裁を加えることで、第三者保護を図る必要があることに求める。これに対し日本では、民法九四二条二項において虚偽表示が第三者に對抗できないとする理由を、立法時の見解はさておき、現在では「虚偽表示の外形を信じて取引関係に入った者の信頼を保護する」ことに求める説が多く、フランスのように政策的な観点から広く第三者を保護しようとするものではない。このような見解の違いは、第一に述べたように、フランスにおけるコード・シビル一三三二一条と日本民法九四二条の条文構造の相違に拠るところも大きいと思われる。

では、以上に挙げたフランス法と日本法における相違点を前提としつつ、第二章での検討結果を日本法と照らし合わせるとどのような事項が確認できるであろうか。

まず、コード・シビル一三三二一条は、反対証書は作成当事者間およびその包括承継人との間で効力を有し、民法九四二条二項は虚偽の意思表示を行った当事者間およびその包括承継人に対して虚偽表示の効力が無効とされる。このことから、一三三二一条および九四二条二項ともに、当事者およびその包括承継人以外の者が第三者とされる点が同

じである。また、一三二一条においても、九四条二項においても、物権取得者すなわち特定承継人が第三者とされる点についても同様である。

では、債権者についてはどうであろう。フランスおよび日本における判例および学説の検討から、いずれにおいても債権者が第三者に該当することが確認できる。ここで、債権者がコード・シビル一三二一条および民法九四条二項の第三者に該当するということにつき、どのような説明がなされているのかという観点から比較してみよう。

フランスの判例および学説においては、債権者が一三二一条の第三者に該当することが前提とされている。その上で、判例上「自己の権利に基づいて行動した者」であると判断された場合、第三者性が肯定されるという理由付けになっている。ここで、自己の権利に基づいて行動した者という基準は、第三者に該当するとされる債権者を限定する機能を有する。

他方日本では、以下に述べるように二つの理由付けが考えられる。まず、債権者が民法九四条二項の第三者に該当することを前提として、法律上の利害関係を有する場合に限定されるという見解である。もう一つは、そもそも民法九四条二項の第三者に債権者は含まれないものの、法律上の利害関係を有するという基準を満たす場合第三者性が肯定されるという見解である。日本民法九四条二項の解釈として、右二つの理由付けのうち、いずれを採用するのが妥当であろうか。この点については「法律上の利害関係を有する者」と「自己の権利に基づき行動する者」とが、第三者性判断のための基準として同じ意義を持つといえるかどうかを考察することで、態度決定ができるように思われる。そのためには、右二つの要件が定立されるに至った経緯および背景から考察をすすめることが適切であるように思われる。

まず、フランスにおいて「自己の権利に基づき行動する者」という基準は、代位債権者の第三者性を否定する

「九」判決を契機として定立されたものである。すなわち、「九」判決以前の判例が用いていた第三者の定義が「反対証書に署名していないすべての者」であったため、この基準によると代位債権者も一三二一条の第三者に該当することとなり、「九」判決の妥当性を担保できない。したがって、従来の第三者の定義に沿いつつ、「九」判決もカバーする新たな基準を定立する必要があると考えられよう。

他方、日本における「法律上の利害関係を有する」という基準は、はじめ学説において善意の時期を判断する基準として打ち出されたものであった。しかしながら、右基準は物権取得者が民法九四条二項の第三者であると判示された事案において大審院が定立し、その後、通説において第三者性を判断する基準として解されるに至った。

そのように考えると、物権取得者と一般債権者はそもそも、それぞれが有する権利の態様および行使できる権利の内容や範囲について異なっている。とりわけ、債権者は一般に債務者の権利および義務をそのまま受け継ぐものであると考えられていることから、判例は、債権者に第三者性を与えるためには物権取得者と同視できる何らかの条件を具備することが必要であると考え、「法律上の利害関係を有する」という基準を第三者性判断基準として位置づけ直したと評価することができよう。

では、法律上の利害関係は、第三者の善意の判断基準として位置づける場合と、第三者性の判断基準として位置づける場合とで、その射程範囲に差異があるか。この点、第一章第二節における判例の検討を前提とすると、右基準が第三者の善意の判断基準としてのみ機能する場合、特定承継人と債権者であれば民法九四条二項の第三者とされるのだから、虚偽表示の目的物に直接関わった時点（例・売買契約）ないし何らかの形で虚偽表示に間接的に関わった時点（例・虚偽表示を行った者の債権者となる）で善意であればよいこととなる。これに対し、右基準が第三

者性を判断するために用いられる場合、虚偽表示の目的物に直接権利関係に入ったことが要求されるため、とりわけ(2)Viibで見たような地上建物の仮装譲渡後に敷地を譲り受けた賃借人が排除されてしまう。すなわち、法律上の利害関係は、第三者性判断基準として位置づけ直されたことで、本来民法九四条二項の第三者とされる余地のあった者が排除されるという局面を生じさせたということができ、この点については疑問がある。

しかし、法律上の利害関係という基準が第三者性判断のために機能しなければ、保護される第三者の範囲が不当に広げられてしまう恐れもあろう。具体的には、自己の権利を守るために何ら行動を起こさず、虚偽表示により実際に損害を被ったとはいえない者や、代位債権者が民法九四条二項の第三者に該当するとされてしまう。この点、コード・シビル一三二一条の第三者が「自己の権利に基づき行動する」という基準により確定されるという考え方を、日本における「法律上の利害関係」の意味に包含させることは有意義であろう。

したがって、法律上の利害関係という基準の定立は、反対証書の効力を基準として想定された第三者の範囲につき、債権者のうち要保護性があると認められる者に限定する機能を持つということに、その有用性が存在すると結論付けることができよう。<sup>(3)</sup>

### 註

(1) フランスの不動産取引において公証人が果たす役割につき研究したものとして、鎌田薫「フランスにおける不動産取引と公証人の役割(一)」「(二)」早稲田法学五六巻一号三一―七一頁(一九八〇年)、同五六巻二号一―四〇頁(一九八一年)、今村与一「意思主義と公証人職」岡山大学法学会雑誌五二巻三号六三―七―六九頁(二〇〇三年)を参照。

(2) フランスの破産法ないし民事執行法制度については、山野目章夫「フランス破産法制における所有権留保売買の処遇」判タ三四巻二八号一九三―二〇五頁(一九八三年)、塙浩「フランス破産法史(編訳)」撰南法学二号三九―一六九頁(一九八九年)、

徳田和幸「フランス民事執行法の改正について」日仏法学一九号六四―八六頁（一九九五年）などが挙げられるが、本稿では触れることができなかった。一九世紀フランスの執行制度の研究とともに、現在のフランスにおける執行制度についても今後の検討課題としたい。

(3) 以上の検討から、本稿では、賃借権に関する問題は民法九四条の問題から除外するという立場にたつこととなる。右立場は、民法九四条二項の類推適用についての一事例（最高裁判平成一二年二月九日第三小法廷判決・裁判所時報一二八二号四頁）につき検討したものであるが、拙稿、中山布紗「民事判例研究」九大法学八六号三六五―三八五頁（二〇〇三年）においても明らかにするとところである。

### おわりに——今後の課題と展望——

以上本稿では、日本民法九四条二項の第三者とされるための要件および内容をフランス民法一三二一条における第三者およびその要件と比較検討し、日本において民法九四条二項の第三者性を判断する際の基準としての「法律上の利害関係」の有用性について、一つの考え方を提示することができた。ただ、以下の点についてはなお検討する余地が残されている。

本稿では、コード・シビル一三二一条の第三者を対象を限定して、検討を行った。その結果、フランスにおいては、一三二一条の適用が問題となる事案から、不動産登記制度や破産制度との関連性が非常に密であることを垣間見ることができた。しかしながら、本稿ではこの点について踏み込んだ研究ができなかった。一三二一条の研究を端緒として、これらの問題についても検討したい。

また、本稿ではフランスの判例および学説の検討を一九世紀末までに限定した。しかし、二〇世紀初頭のフラン

スにおいては、註釈学派の衰退と科学学派の台頭およびそれに伴うドイツ法理論の流入により、一三二一条を反対証書の効力からのみならず、外形行為の効力という観点から捉えようとする傾向が見られるようになった。<sup>①</sup>このことから、二〇世紀初頭以後現在までの判例および学説を比較素材として、コード・シビル一三二一条における第三者の要件および範囲がその後どのような変容がもたらされたかを検討することは、外形行為の効力を規定する条文構造であるわが民法九四条二項における第三者の範囲を考える上で、有用な見解を導き出す可能性が窺えるため、取り組んでいきたい。

他方、フランスにおいて反対証書の規制が古くからなされてきたことから、コード・シビル一三二一条が反対証書が第三者に対抗し得ない理由として、詐欺防止という政策的な観点が挙げられていることが、際だっているように思われる。実際、反対証書ないしそれに基づく仮装行為については、現在でも特別法により別個の規制が設けられている。とりわけ、フリメール法四〇条に規定されていた、脱税目的で行われた反対証書作成者に罰金を課すという内容は、現在のフランスにおける税法上の規定にも受け継がれている。<sup>②</sup>この事実をわが国と比較すると、日本では脱税や債権者による差押えを免れるために、自己所有の不動産を他人名義に仮装登記するいわゆる「名義信託」が横行している。しかしながら、それを規制する特別法が存在せず、民法九四条によってのみ解決が図られるというのが現状であるため、制度論的アプローチから検討する余地がある。加えて、二〇〇五年より新不動産登記法が施行されたことから、現在のフランスにおける税法上の反対証書規制を素材として、日本における不動産の名義信託の問題点を明らかにし、新不動産登記法との関係も踏まえ、検討を加えることも意義があると考えられる。<sup>③</sup>

本稿では、民法九四条二項における第三者の要件および範囲につき焦点を当て検討を行った。本稿は、以下に述べる理由から、民法における第三者像を考察する端緒であると位置づけることができる。

民法上「第三者」が問題とされる条文、すなわち、ある者の権利と他人の権利が衝突する場面において、ある者の権利が「第三者」に対抗できないとされる規定は、随所に見受けられる。近年の学説は、このような条文を「第三者保護規定」として一括し、条文単位の解釈にとどめず、統一的に位置づけようとする傾向が強いように思われる<sup>(4)</sup>。

このような傾向には、次の観点から賛同することができない。条文は各々その独自の趣旨を有する、すなわち一つの制度である。条文の趣旨は当該条文の客観的解釈基準となるものである。民法上各所に存在している「第三者保護」規定を統一的に捉えることは、各条文の制度趣旨を没却するおそれがあり、妥当ではない。

条文ごとに制度趣旨を有することを前提とすれば、そこでいう「第三者」も条文ごとにその意義および内容が異なるであろう。しかしながら、このような視点に立ち、各条文において「第三者」という概念がそのような意義を有するののかについて検討した研究は、さほど見受けられない<sup>(5)</sup>。その理由として、従来、「第三者保護」といえば、取引安全優位の思想が背景にあり、したがって、各条文において保護される第三者が具体的にどのような者であるのかについての観点が考慮されてこなかったということが挙げられよう<sup>(6)</sup>。

「第三者保護」を用意しているとされる条文は、従来からの傾向に則り、取引安全重視のための条文と一義的に捉えられてしかるべきなのであろうか。この点、民法上「第三者」が問題とされる条文の適用場面においては、最終的に当事者の権利が優先されるか、第三者の権利が優先されるかのいずれかの結論が導かれることとなる。すなわち、民事事件における法的判断は、原告・被告の権利主張の対立であり、実質的には両者の利益対立の裁量には

かならず、具体的事案ごとに結論が異なる。このように考えれば、「第三者」が問題とされる条文は、それ自体「当事者と第三者のいずれを保護するか」を判断するための基準であると考えられるのではなからうか。静的安全および動的安全は、どちらも保護されなければならない法的利益であり、優劣をつけることはできないものであると考える。

以上のことから、「第三者」を検討する際、条文を一つの制度として捉え、そこでいう「第三者」の他の条文からの独自性を承認し、当該条文の適用が問題となる紛争事例において「当事者と第三者とのいずれの権利を保護すべきか」を判断するための基準の一つとして、「第三者」要件を位置づけ、第三者の具体的範囲を考察することが必要であると考ええる。

このような立場から、わたくしは、民法九四条二項の第三者を論じた本稿を、同条の解釈論としての枠にとどまらず、民法の各所に存在する「第三者保護規定」をどのように捉えるべきか、ひいては民法における利益衡量基準をどのように据えるかという問題を検討するための前提作業として位置づけたい。

### 註

- (1) この点は、前掲論文、武川「虚偽表示における対第三者効の法構造序説——そのフランス法的意義をめぐって」一五九頁以下において指摘されている。
- (2) TERRÉ(F.) et SIMLER(P.) et LEQUETTE(Y.), *op. cit.* p.534, DEBOISSY(F.), *La simulation en droit fiscal*, Paris, L.G.D.J., 1997.
- (3) 七戸克彦「新「不動産登記法」の制定と司法書士の役割」九州大学法政研究七一卷二号四七一—五二二頁（二〇〇五年）が、韓国における不動産登記法制度と名義信託の関係（防止策・罰則規定）につき詳細に述べている。韓国における名義信託につ



いては、近江幸治・田炳西「韓国における名義信託と不動産実権利者名義登記に関する法律の施行」NBL五七五号四六一—五一頁（一九九五年）、「韓国の登記制度における名義信託とその法的規制」早稲田大学比較法学二九卷二号一—四六頁（一九九六年）、金相容（片智訳）「名義信託の法理構成と問題点及び公法的規制」早稲田大学比較法学三〇卷二号六七—七七頁（一九九七年）などを参照。

(4) 第三者保護規定を統一的に捉えようとする立場にあると推測されるものとして、喜多了祐『外観優越の法理』（千倉書房、一九七六年）、安永正昭「民法における信託保護とその法律構成について——仮装登記に対する信託保護の場合（一）（二・完）」神戸法学雑誌二七卷二号一—二六頁（一九七七年）・同二八卷二号一—二七頁（一九七八年）などを主として挙げることができよう。この他にも多くの文献が存在するが、民法九四条二項類推適用法理の出現も、右立場が優位を占めることになった要因の一つであろう。

(5) 民法における第三者概念の曖昧さを指摘しつつ、第三者概念の内容を個々の条文の意味において検討し対比させつつ、明らかにしようとするものとして、池田真朗「ボアソナードにおける「第三者」の概念——不動産物権変動と指名債権譲渡とを中心に——」慶應義塾大学法学研究五九卷六号一—四〇頁（一九八六年）を挙げることができる。右論文は第三者像ボアソナード草案を素材として、債権譲渡と不動産物権変動における「第三者」が、広義の「第三者」を問題とするものではなく、「競合した権利取得者」の間の優劣関係の決定を主眼とするものであることを明らかにしつつ、民法における第三者像の整序の必要性を問うものである。

(6) 取引安全優位の思想が優位を占めることとなった発端および経緯については、多田利隆『信託保護における帰責の理論』一七—四一頁（信山社、一九九六年）を参照。