

民法九四条二項の善意について

貝 田 守

I

いわゆる通謀虚偽表示といわれる意思表示は無効である（民法94条1項）。しかし、その無効は絶対無効ではなくして、「之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」（同2項）と規定され、これは相対無効なのである。この2項の意味はつぎのように理解されている。すなわち、通謀虚偽表示とは表示が真意と異っていることを当事者双方が知っている場合であるから、このような意思表示の表意者は保護するに値せず、相手方もそれを了知しているから不測の損害を与えることもないので、法はこれに対して法律効果を与えることはせず、無効としたのであるが、善意の第三者（すなわち当該意思表示が通謀虚偽表示であることを知らなかった第三者）は、この意思表示が無効となることによって、この意思表示を有効であると思ってなした法律行為に影響が及び、不測の損害を蒙るおそれがあるから、この無効は、これを善意の第三者に対抗できないとしているのである。しかし、善意の第三者の側から無効を主張することはできるのである^{1) 2)}。

このような第三者の利益のためには、その者が善意であるかどうかについての判断が大きなポイントとなるわけである。なぜならば、この条項は当然悪意の第三者には無効を対抗しうる理由があることを前提とされてい

-
- 1) 明治43年6月23日東京控訴判（新聞673号11頁）。参照、大正4年8月11日大審院判（民録21輯921頁）。
 - 2) 参照、石本雅男・民法総則229頁。第三者はその行為を無効にすると、またこれを有効にするとの自由を有する。——吉田 久・日本民法論（総則編）220頁。

るからである。そこで、善意に関して、果して第三者側よりその存在を明らかにすべきなのか、あるいは、虚偽表示の当事者側およびこれを争うその他の第三者側（以下当事者側と表わす。）³⁾からその不存在を明らかにすべきなのかについて考えてみたい。ことに通説によれば主張責任を有する者には挙証責任が伴うのが通常であるとされているが、94条2項の場合に、これがあてはめられて妥当な結果が得られるかどうかについて考えようとするのが、この小論の意図である。

Ⅱ

まず、第三者の善意についての主張責任について考察する。（挙証責任について考察し主張責任はそれに一致するという考え方が多いのであるが、ここでは後述のように別に取り扱うべきだと考えるので挙証責任についてはⅢで考察する。）

大審院の判例で第三者の側に主張責任を認めたものは、最も古くは昭和17年9月6日のものがある。これは、不動産の仮装譲渡について第三者の善意の主張責任を判示したものであり、「民法第九十四条第二項ノ規定ハ虚偽ノ意思表示アリタル場合ニ於ケル善意ノ第三者保護ノ為メニ設ケラレタルモノナルヲ以テ該条項ヲ適用スルカ為メニハ其ノ保護ヲ受ケントスル第三者ニ於テ之カ保護ヲ受ケント欲スル趣旨ヲ主張シタル場合ナルコトヲ要スルモノト解スルヲ妥当トスヘシ」としている。（法学12巻343頁）また同じ頃、昭和17年9月8日にも「民法第九十四条第二項ハ虚偽ノ意思表示ヲ真実ナリト信シ之ニ信頼シテ其意思表示ノ効果ニ付利害関係ヲ生セシメ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右ノ如キ関係ヲ有スル者ニ限ルヘク広ク該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ルカ故ニ右法条ノ保護ヲ受ケントスル当事者ハ相手方カ虚偽表示ナルコトヲ主張シタルトキハ之ニ対シ自己ハ其虚偽ナルコトヲ知ラス真実ナリト信シ之ニ信頼シテカクカクノ利

3) 当事者と同じ立場になるからである。参照、吉田・前掲221頁。

害関係ヲ生セシメタル者ナルカ故ニ該意思表示ノ無効ナルコトハ之ヲ否定スル旨ヲ主張セサルヘカラス即主張責任ヲ有ス」（新聞4799号10頁）として、第三者側から主張のない第三者の善意を認めていないのであった。これを受けた最高裁判所の判例は、昭和35年2月2日第3小法廷にて判決されたものであり、ここでは「被上告人活田⁴⁾が民法九四条二項の保護をうけるためには、同人において、自分が善意であったことを主張、立証しなければならないのである（昭和一七年（オ）第五二〇号、同年九月八日大審院第五民事部判決参照。）」とし、「原判決は、主張責任のある当事者によって主張されていない事実につき判断をした違法があるといわなければならない。」として原判決を破棄差戻している⁵⁾。

以上の判例の流れをみるに、主張責任に関しては、94条2項の規定は善意の第三者を保護するためにおかれたものであるもので、保護を受けようとする者に主張責任があるとし（昭和17年9月6日大判）、また、これは利害関係を有する第三者に限られるから、それに関して善意で行為したことを主張すべきであるとする（昭和17年9月8日大判。なお昭和35年2月2日最判はこの判例をそのまま引用しているのである。）ものである。しかし、前者は一応は肯定されるとしても、後者は勇み足の感がつよい。なぜならば、ここにおける主張責任は、善意に関する第三者のそれと、利害関係ある第三者のそれとが混乱しており、この場合、善意に関する主張責任の判断には利害関係云々は不要であり、論旨を自ら破壊しているといわれるべきであろう。

およそ主張責任は、その法律要件をなす法律事実が弁論に現われないために、不利な判断を下される結果となる当事者の不利益をいうのであって、弁論主義の下においては、訴訟の当事者は自ら争点を明確にし、資料を提出して裁判所の判断を求める主動的立場をもつものであるもので、主張する事実について利益を有する側に主張責任があるのは当然である。弁論主義の下では、公知の事実や、たとえ裁判所にとって他の証拠調などから知る

4) 第三者に当る。

5) 最民集14巻1号36頁。

ところであっても、弁論における主張のない事実について判断することは許されないことなのである。したがって、判例が主張責任に関して示した判断は妥当であると考えられる。学説においても、この点については異論なく認めており⁶⁾、結局94条2項の第三者の善意についての主張責任は第三者にあるものであると解するのが妥当である。

III

つぎに挙証責任について考察する。虚偽表示に関して第三者が善意であるかどうかを認定することは、この第三者にとって94条2項の適用を受けうるかどうかという分岐点であり、非常に重要なことである。そして、挙証責任が誰にあるかということが94条2項の保護を受けるについての難易を決定し、それがひいては後述のごとく94条2項の意義を左右することになるのである。

周知のごとく挙証責任（あるいは立証責任）とは、一定の事実の存否が確定されない結果、不利な法律判断を受けるように定められている当事者一方の危険または不利益をいうのである。学説は、挙証責任は主張責任を論理的に先行するが、同一問題の異なる側面に過ぎないから、原則的には主張責任は挙証責任の分配と同一の原則にしたがうものとして考えて居り、これに関する例外（すなわち主張責任と挙証責任の不一致の場合）は、実体法の要件及び効果の定め方から引き出される挙証責任の分配とは異なる挙証責任の分配を明示した特別の規定があるときに限ると解すべきであるとする⁷⁾。実体法中に挙証責任の負担を明示する規定⁸⁾が存する場合には、

-
- 6) 川島武宜・民法総則（法律学全集）281頁。小野清一郎・末川博編集・ポケット註釈全書民法総則・物権法（谷口知平）152頁。谷田貝三郎「民法九四条二項の善意の主張及び立証責任」（民商法雑誌42巻6号）90頁。村上淳一「民法九四条二項の「善意」の主張責任」（法学協会雑誌78巻2号）229頁。
- 7) 兼子 一・民事訴訟法体系7版262頁、259～260頁。岩松三郎・兼子 一編・法律実務講座民事訴訟編4巻104～110頁。
- 8) たとえば民法117条1項の規定。これは無権代理人に対しその責任を追及する場合は、その追及者が原告として被告に対し、他人の代理人として行為したこと及び被告に代理権のないことを証明しなければならないが、本条項に「他人ノ代理人トシテ契約ヲ為シタル者カ其代理権ヲ証明スルコト能ハス」とあることによって、被告側に挙証責任あることを示したものである。

挙証責任はそれに従うのであるが、このような規定は非常に少なく⁹⁾、また法律上の推定によって挙証責任が判定できる場合もある¹⁰⁾が、その他の場合は、各法条の要件及び法律効果の定め方から間接に推知すべきものであるとされている。そして、その分類において法律上の原則規定か例外規定かによって形式的に分類し、前者は原則として当該法条の規定する法律効果を主張する者が挙証責任を負い、後者は相手方が挙証責任を負うものであるとされている¹¹⁾。これを一般原則として挙証責任の分配を行ないそのまま原則の適用をみとめて、この94条2項は1項の例外規定であり、2項による保護を受けようとする第三者があるときは、その第三者が善意の挙証責任を負うとする考え方があり¹²⁾、これが以下において考察する判例における基本的な考え方としてうかがえるのである。

判例は、94条2項における善意の挙証責任は第三者側にあるとの判断をなしたものが目立ち、ことに最近、最高裁判所の判例で2度にわたりこれを判示したことにおいて、判例の傾向は明らかとなってきたのである。学説もこれと同じように説くものが多い¹³⁾。

昭和35年2月2日の最高裁判所第3小法廷の判決は、前示（本稿Ⅱ）のごとく、第三者の側から主張・立証しなければならないとし、その理由は何ら示されることなく、ただ昭和17年9月8日の大審院第5民事部判決参照としてこれを引用するに止まる。そして降って昭和41年12月22日最高裁判所第1小法廷判判決¹⁴⁾では、第三者側で善意の主張はなしているが善意であったと認めるに足る証拠は存しない場合に「第三者が民法第九四条第

9) 他にたとえば民法453条、商法645条2項但書、手形法45条5項1文。

10) たとえば、民法162条2項が占有、所有の意思、平穩、公然、善意を要件としているが、186条1項が所有の意思、善意、平穩、公然を推定しているので、時効取得について争う者の側に占有以外の要件の不存在について挙証責任がある。

11) この法律要件説が今日の通説である。

12) 岩松・兼子・前掲119頁。同旨、川島・前掲同所。

13) たとえば川島・前掲281頁は「善意であったことの主張および立証責任は、虚偽表示の無効を争う者にある。」とされる。他に同旨村上・前掲229～231頁、岩松・兼子・前掲同所。

14) 最民集20巻10号2168頁。

二項の保護をうけるためには、自己が善意であったことを立証しなければならぬものと解するのが相当であるから（当裁判所昭和三二年（オ）三三五号，同三五年二月二日第三小法廷判決，民集一四卷三六頁参照），…」として，前示判例を引用しているに止まり，ここにも何らその理由は示されずに終わっている。そして不思議なことにはこの二重に引用された昭和17年9月8日の判例には，挙証責任の点に関しては何ら示されていないのであり，主張責任についての判示をみるのみなのである。これについて「主張責任についての判決であるが，立証責任の分配についても同一の筈であり，第二項を但書としたのと同じ結果となる」¹⁵⁾ というような理解をすべきなのであろうか。昭和17年9月6日の大審院判決には「原審ハ……被告人¹⁶⁾ カ此ノ点ニ付悪意ナリシコトハ 原告人ノ全立証ニ依ルモ之ヲ認ムルニ足ラズト 被告当事者ノ立証責任ヲ誤リ以テ原告人ノ本訴請求ヲ排斥シ去リタルハ一面未タ審理ヲ尽シタルモノト謂ヒ得サルノミナラス 他面立証責任ヲ顛倒シテ当事者ノ主張セサル事実ヲ確定シ其ノ事実ヲ根拠トシテ事案ヲ断シタル不法アルモノ」として，第三者側の善意の挙証責任を前提とした判示があるが，これは傍論でもあり，これととり違えたわけでもあるまい。この点は先にも述べたように，挙証責任に関する法律要件説を形式的に適用されるべきものとして疑わない判例の態度があらわれたものとして理解すべきなのであろうか。しかし，兎に角判例としては，この第三者側に善意の挙証責任を負わせるという考え方に固まって来ているという事は判然とよみとれるところである。

けれども大審院判例にもこの点に関して「果シテ善意ナリヤ否ハ重要ナル争点ナリト云ハサル可カラス此ノ争点ニ付原審ハ善意ナリトノ立証ナキノ故ヲ以テ原告人ノ主張ヲ排斥シタリ然レトモ他人間ニ本件家屋ノ売買契約締結セラレタルトキハ他ニ特別ノ事情ノ認識ナキ以上第三者ハ真実ノ契約アリタルモノト解スルハ通常ニシテ特別ナル事情ノ認ムヘキモノナキ限り一応前記岸田真須美ヲ善意ノ第三者ナリト推認スヘキハ理ノ当然トスル

15) 田中和夫・立証責任判例の研究50頁。

16) 第三者に当る。

所ナレハ同人ニ対シ悪意ヲ推認シタル原判決ハ違法ナリ」とするものがある（昭和5年10月29日大審院判決，評論19卷民法1522頁）。そしてまた「相手方ト通シテ為シタル仮装契約ニ因ル債権及抵当権ト雖モ第三者カ之ヲ讓受ケタルトキハ反証ナキ限り善意ニテ之ヲ讓受ケタルモノト認ムヘキモノナリ」（昭和11年7月15日大審院判決，評論25卷民法851頁）という判例もある。また「第三者タル被告重吉ニ対シテハ其悪意ヲ証スルニ非サレハ該行為ノ無効ヲ主張スルヲ得ス」とする判決（明治42年1月13日長崎地方裁判所判決，新聞550号13頁）及び、「被上告人カ其ノ所有ノ本件不動産ニ付田中すうヲシテ同人名義ノ保存登記ヲ為サシメ以テ之ヲすうノ所有ニ仮装シタルハ両者間ニ相通シテ仮装的ニ所有權ヲ移転シタルト同一ニ論スヘキモノニシテ其ノ無効ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得サレハ被上告人ハすう名義ノ保存登記ノ無効ヲ以テすうノ遺産相続人タル上告人仲野たま及伊神やゑノヨリ本件不動産ヲ買受ケタル上告人赤尾清太郎ニ對抗スルニハ清太郎ノ悪意ヲ立証セサルヘカラス」とする大正11年5月23日の大審院判例（新聞2011号22頁）では，明らかに第三者が悪意であることについては虚偽表示の当事者側の挙証責任を認めているのである。それが昭和17年に至って判例の態度が変更されたというのならそれはそれとしても，正当な形を踏まず変更しているのは不当であったかと思われる。

このようにして，判例は第三者の善意の挙証責任を，はじめは虚偽表示の無効を主張する側におきながら昭和17年よりこれを第三者側に変更したのである。そして判例はこの変更の際に何ら理由をあげず，しかも主張責任から推認せしめるような表現をなしたただけであるのに，その後の最高裁の判例ではその判例を順次引用するに止め，相変らず何ら理由を示さないことにおいて一貫している。これは挙証責任は主張責任と一致すべきことは当然だとし，また94条2項はいわゆる法律要件説によると当然（形式論理的に）第三者に挙証責任の分配があるものであるという事を前提にし，94条2項はその法則にあてはまることに毛頭疑をもたないという事をも前提としてのことであろうか。この点について，もしかりにそうならばつよ

く異論をとなえたい¹⁷⁾。

挙証責任の分配に関して、なほると通説は法律要件説をとり、そしてまたその説くところによって形式論理的に分配が行なわれて然るべき場合は多い。しかし、挙証責任というものは裁判に関しておこる問題であるが、その内容は実体法が裁判規範として働くところに起こる問題なのである。つまりそれは、実体法規の解釈にかかる問題なのである。そして、それは法文の規定形式（たとえば本文とか但書とか）などの外観によって決定されるのみではなく（そういう事は多いとしても）、その精神は規定の実質的目的を合理的に達成させる見地から、諸般の事情を考慮した上で決定せられるべきものなのである¹⁸⁾。だから通常の分配原則とは異った挙証責任の分配をなさなければならないことはあり、またそのような分配を考えていくのでなくては挙証責任の分配のいみがなくなってしまうのではあるまいか。

94条2項に関しては判例をみても分るように、不動産の仮装譲渡について善意で譲受人から当該不動産を取得した第三者の例がほとんどである。この不動産取引に関しては、動産における192条のごとき公信力を登記にもたせていない関係上、登記に実質的な権利を伴わず、しばしばその登記を信頼した者が不測の損害を受けることになるのである。ドイツ民法はこの点不動産取引には登記が必ず伴わなければならない、しかも不動産登記に公信力が与えられており¹⁹⁾ 土地登記簿の内容は第三取得者のために有効とされるので²⁰⁾、虚偽表示の無効は善意の第三者にも対抗できることと

17) 判例と反対のものは、谷田貝・前掲90～92頁、平井宜雄・民法第九四条第二項の「善意」の立証責任（法学協会雑誌85巻1号77頁）、小野・末川編・前掲152頁、我妻 栄・民法総則（民法講義Ⅰ）292頁、我妻 栄編・民法総則（判例コンメンタルⅠ）（遠藤浩）149頁。第三者の立証責任を疑問とされるのは乾 昭三・民法九四条二項の「善意」の立証責任（民商法雑誌57巻1号）105頁。

18) 兼子 一・立証責任（民事訴訟法講座2巻）578頁。

19) BGB § 892. vgl. § 873, § 925.

20) Staudinger, Kommentar zum BGB I. Band 11. Aufl. § 117. 10 (S. 612) vgl. Lange, BGB Allgemeiner Teil 6. Aufl. SS. 333～4.

規定されていても²¹⁾、このことにおいてわが民法のごとき善意悪意の問題はあまり問題とはされていない²²⁾。フランス民法ではこれに関して1321条の規定が問題になる。この規定はわが民法94条の母体となったものであると考えられているもので、直接的には反対証書の効力規定であるが、判例の解釈上仮装行為の法律的效果に関する基本的規定として取扱われ、当事者間では仮装行為は反対証書（ないし反対の法律行為）によって明らかになる秘密行為（acte secret）としての効力をみとめ仮装行為は効力を失うのであるが、第三者に対しては、それが善意である限り明白なる行為（acte apparent つまり仮装行為のこと）の外観を信頼しうとする²³⁾。

わが民法では、不動産取引においてその過去に虚偽表示が存すると、たちまち物権取得ができなくなる危険をはらみ、しかもその不動産の過去における経歴調査などということは要求するのが無理であり、ここが善意である（外形を信頼した）者が保護されるといういみをもった94条2項が大きな働きを示すべき場なのである。しかるに、ここで判例のごとく第三者の善意を第三者自身が挙証すべきだとすれば、94条2項が善意者保護のための規定だといわれ、そしてまた、不動産取引上「きわめて重要な意義もっている」²⁴⁾といわれる意味がすべて没却し去られるのである。なぜならば、およそ知らないという事の立証は知っている事の立証より非常に困難である事は経験則上周知のことであり、また保護さるべき第三者がその困難な挙証の責任を負うということは、すなわち保護されないことをほとんど決定的なものとされるものであるともいい得るであろうからである。

ここで自由心証の問題として事実上の推定の活用によって²⁵⁾ その第三者の善意の推定がおこなわれ、それをもって第三者の保護をするものだと

-
- 21) BGB § 117 I 相手方に対してなすべき意思表示が、相手方の同意によって仮装の為にのみなしたときは無効である。（Ⅱは隠匿行為の規定）
 - 22) Soergel-Siebert, BGB (Kommentar) I. Band 9. Aufl. § 117. 12. u. 13 (S. 390).
 - 23) 反対証書の第三者に対する効力について Colin et Capitant, *Traité de Droit Civil, Tome II* (1959) Nos 962~5.
 - 24) 我妻・前掲（講義）241頁。
 - 25) 前掲昭和5年大判は事実上の推定をなしたものと考えられる。（昭和11年大判も同様であろう。）

される論者もある²⁶⁾。事実上の推定とは自由心証の範囲内で事実に対応する事実の推断に関する経験法則に準拠する推定であり、自由心証の段階で事実上の推定がおこなわれるのであり、自由心証ができなくなったときに挙証責任が働くのであるからこの論旨は肯じられないし、第三者に挙証責任を残したままでは、やはり不利な判断を受ける可能性を充分残した上のことであり、そこにおいて「事実上の推定がある場合もあるから第三者も保護されることもある」というのでは94条2項の第三者保護の精神は失われてしまうのではあるまいか。

「對抗スルコトヲ得ス」といういみは、原則的には善意の第三者に対して虚偽表示の当事者から無効を主張することを得ないといういみであるので、善意かどうかの判断もその当事者側においてなされ、その立証も当事者側がなすべきなのである。この94条2項では善意に関する他の例証²⁷⁾をまつまでもなく、虚偽表示の当事者側に挙証責任があるのであり、第三者には挙証責任はないと解するのが妥当であろう。従って必然的に当事者側が第三者の悪意についての挙証責任を負うのである²⁸⁾。そしてまた、わが民法の立法理由においては「第三者ト雖モ悪意ナル者ハ之ヲ保護スヘキ理由ナキヲ以テ其悪意ヲ証明スルトキハ之ニ其ノ意思表示ノ無効ヲ對抗スルコトヲ得セシムルヲ至当トス」といって起草者は第三者の悪意の挙証責任を当事者に負わしめることを考えていたのも考慮されなければならない。

26) 村上・前掲230～231頁。

27) たとえば民法466条1項は「債権ハ之ヲ譲渡スルコトヲ得但其性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス」とし、2項に「前項ノ規定ハ当事者カ反対ノ意思ヲ表示シタル場合ニハ之ヲ適用セス但其意思表示ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」とあるが、この場合反対の意思表示の存在について債権譲渡無効を主張する債務者に挙証責任があるが、善意についても「第三者カ自ラ進ンテ其特約ヲ認メサル限リハ、債務者カ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ其特約ノ存在スルコトヲ証明スルコトヲ要スルノミナラス第三者ノ悪意ナリシコトヲ証明スルヲ要スルハ固ヨリ論ヲ俟タス」（明治38年2月28日大判、民録11輯278頁）としている。

28) 善意であることは推定をうけるので、当事者が第三者の悪意を立証すべきであるときれるのは我妻・前掲（講義）292頁、我妻編・前掲判例コメントール149頁、小野・末川編・前掲152頁。

Ⅳ

主張責任は挙証責任のある方に一致するのが原則であっても、例外のないわけではない。この94条2項も利益を受けようとする第三者側に善意の主張責任はあるが、挙証責任はその規定のいみよりしても以上のべたごとく第三者にはなく、その悪意を虚偽表示の当事者側において挙証すべき責任を負うのである。このように解してこそ94条2項が善意の第三者保護を通じて取引の安全をはかった意味がはっきりとあらわれ、この条項が現実に生きて来るのである。