

第 1 問

(事案)

令和 3 年 5 月 1 日、A は、B との間で、A が所有する甲建物に関する売買契約を仮装することについて合意した上で、甲建物を代金 2 0 0 0 万円で売買する旨の契約を締結し、甲建物を B に引き渡した。なお、B は A に対して代金 2 0 0 0 万円を支払っていない。

B は、A から甲建物の引渡しを受けたことを奇貨として、甲建物の売却代金を得たいと考えるに至った。

そこで、B は、友人である C に対して、甲建物を代金 2 0 0 0 万円で買って欲しいと提案した。

C は、経済力に乏しい B が不動産を所有しているのは不自然であると感じたが、友人である B が自分に隠し事をするはずがないと考え、B に対して特に確認をすることなく、上記提案に応じると返答した。

令和 3 年 6 月 1 日、B は、C との間で甲建物を 2 0 0 0 万円で売買する旨の契約を締結し、甲建物を C に引き渡すとともに、C から代金 2 0 0 0 万を受領した。

令和 3 年 7 月 1 日、A は、甲建物に C が居住していることに気が付き、C に対して、甲建物の明渡しを求めた。

なお、甲建物の登記名義は A のままである。

(設問)

A の C に対する甲建物の明渡し請求が認められるかについて、理由を付して結論を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第1問は、通謀虚偽表示の「善意の第三者」(94条2項)に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Aの請求は、甲建物の所有権(民法206条)に基づく返還請求権である。

所有権に基づく返還請求権の要件は、①請求者が当該物の所有権を有することと、②相手方が当該物を現在占有していることの2つである。

Cは、現在、甲建物に居住することによりこれを占有している(②)。問題は、Aが甲建物の所有権を有するかである(①)。

(2) 論点

㊦Aもと所有+C現在占有(請求原因)→㊧AB売買による所有権喪失の抗弁→㊨通謀虚偽表示によりAB間売買が無効である旨の再抗弁(94条1項)→㊩「善意の第三者」(94条2項)の再々抗弁という流れで、㊪「善意の第三者」に関する各論点が顕在化する。

ア. 「第三者」の客観的範囲

94条2項の「第三者」とは、虚偽表示の当事者及び一般承継人以外の者であって、虚偽表示に基づいて新たにその当事者から独立した利益を有する法律関係に入ったため、通謀虚偽表示の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至った者を意味する(判例)。

Cは、AB間の甲建物に関する売買契約を前提としてBとの間で甲建物に関する売買契約を締結することで、AB間の売買契約の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至った第三者であるから、94条2項の「第三者」に当たる。

イ. 「善意の第三者」における無過失の要否

問題文の事情から、Cは、AB間の売買契約が通謀虚偽表示によるものであることについて善意である一方で、調査確認義務違反としての過失がある。そこで、94条2項の「善意」が善意かつ無過失を意味するのかが問題となる。

「善意」という文言や、通謀までした真正権利者の帰責性が大きいことから、94条2項の「善意」では無過失までは不要と解されている(判例)。

したがって、Cは「善意の第三者」に当たる。

ウ. 「善意の第三者」における登記の要否

甲建物の登記名義がAのままであるから、Cは甲建物の所有権移転登記を備えていない。そこで、「善意の第三者」として保護されるための登記の要否が問題となる。

基礎応用 33 頁 [論点 1]、論
証集 20 頁 [論点 1]、大判
T5.11.17

基礎応用 34 頁 [論点 2]、論
証集 20 頁 [論点 2]、最判
S62.1.20

登記の要否については、対抗要件としての登記（177条）の要否と、権利保護資格要件としての登記の要否が問題になるところ、いずれも不要であると解されている。

対抗要件としての登記については、「善意の第三者」との関係では虚偽表示が有効なものとして扱われる結果、真正権利者、相手方、第三者へと権利が移転したことになるため、真正権利者と「善意の第三者」とは前主と後主の関係に立ち、二重譲渡のような対抗関係には立たないとの理由から、不要と解されている。

基礎応用 34 頁 [論点 3]、論証集 20 頁 [論点 3]、最判 S44.5.27

権利保護資格要件としての登記については、真正権利者の帰責性が大きいから第三者に権利保護資格要件を要求することは利益衡量上妥当でないとの理由から、不要と解されている（判例）。

基礎応用 35 頁 [論点 4]、論証集 21 頁 [論点 4]、最判 S44.5.27

したがって、C は、登記なくして「善意の第三者」として保護される。

エ. 結論

C は、「善意の第三者」として保護されるため、AB 間の売買契約の無効を対抗されないから、甲建物の所有権を取得できる。その結果、A は C との関係では甲建物の所有権を失っていることになる。したがって、A は甲建物の所有権を有しない (①)。

以上より A の C に対する請求は認められない。

(参考答案)

1. A は、C に対して、甲建物の所有権（民法 206 条）に基づく返還請求権として、甲建物の明渡しを請求している。

所有権に基づく返還請求権の要件は、①請求者が当該物の所有権を有することと、②相手方が当該物を現在占有していることの 2 つである。

C は、現在、甲建物に居住することによりこれを占有している（②）。問題は、A が甲建物の所有権を有するかである（①）。

2. C は、A の所有権を否定するために、甲建物は元々 A の所有に属していたが、A は AB 間の売買契約（555 条）により甲建物の所有権を喪失したと主張する。

もっとも、A は、B との間で甲建物の売買契約を仮装することについて合意していたのだから、AB 間の売買契約は、「相手方と通じた虚偽の意思表示」によるものとして無効になるはずである（94 条 1 項）。

3. そこで、C は、自分は「善意の第三者」（94 条 2 項）として保護されると主張する。

（1）C は、AB 間の甲建物に関する売買契約を前提として B との間で甲建物に関する売買契約を締結することで、AB 間の売買契約の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至った第三者であるから、94 条 2 項の「第三者」に当たる。

（2）C は、友人である B が自分に隠し事をするはずがないと考えていたのだから、AB 間の売買契約が通謀虚偽表示によるものであることについて知らないという意味で、善意である。もっとも、C は、経済力に乏しい B が不動産を所有しているのは不自然であると感じていたにもかかわらず、B に対して特に確認をしていないから、調査確認義務違反としての過失がある。そこで、94 条 2 項の「善意」が善意かつ無過失を意味するのかが問題となる。

94 条 2 項では、「善意」と定められているにとどまる（96 条 3 項対照）。また、94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外形の作出につき帰責性のある真正権利者の犠牲において虚偽の外形に対する第三者の信頼を保護することで両者間の利益調整を図ることあるところ、通謀までした真正権利者の帰責性は大きいから第三者に無過失まで要求するべきではない。そこで、94 条 2 項の「善意」では無過失までは不要と解する

したがって、C は「善意の第三者」に当たる。

（3）甲建物の登記名義が A のままであるから、C は甲建物の所有権移転登記を備えていない。そこで、「善意の第三者」として保護されるための登記の要否が問題となる。

「善意の第三者」との関係で虚偽表示が有効と扱われる結果、権利が順次移転したことになるから、真正権利者と「善意の第三者」とは、前主と後主の関係に立ち、二重譲渡のような対抗関係には

立たない。そこで、「善意の第三者」として保護されるためには対抗要件としての登記（177条）は不要と解する。

また、真正権利者の帰責性の大きさから、権利保護資格要件としての登記も不要と解する。

したがって、Cは、登記なくして「善意の第三者」として保護される。

(4) Cは、「善意の第三者」として保護されるため、AB間の売買契約の無効を対抗されないから、甲建物の所有権を取得できる。その結果、AはCとの関係では甲建物の所有権を失っていることになる。したがって、Aは甲建物の所有権を有しない(①)。

4. よって、AのCに対する請求は認められない。 以上

第 2 問

(事案)

Bは、融資を依頼する銀行からの信用を得るために、同居している父Aが所有する甲土地の登記名義を一時的にBに移転しようと考えた。

そこで、Bは、令和3年5月1日、Aの書斎にある机の引出しから甲土地の登記済証、Aの実印、印鑑登録証明書等を持ち出し、AB間の甲土地に関する売買契約書と委任状を偽装した上で、これらを利用して甲土地の登記名義をAからBに移した。

それから数日後、BがAに対して事情を説明したところ、Aは、後でちゃんと登記名義を自分に戻してくれるのなら構わないと述べ、甲土地の登記がB名義になっていることを放置した。

その後、Bは、甲土地の登記名義がBにあることを奇貨として、甲土地の売却代金を得たいと考え、令和3年6月1日、甲土地を代金3000万円でCに売却し、登記名義をBからCに移した。Cは、Bとの売買契約の際、Bから示された甲土地の登記簿を見て、登記名義人であるBが甲土地の所有者であると信じていた。

令和3年8月1日、Aは、甲土地の登記がC名義になっていることに気が付き、Cに対して、甲土地に関するC名義の所有権移転登記を抹消するように求めた。

(設問)

AのCに対する甲土地に関するC名義の所有権移転登記の抹消登記手続請求が認められるかについて、理由を付して結論を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第2問は、94条2項類推適用に関する基本的な理解を問う問題である。

94条2項類推適用が問題となる事案には、(1)真正権利者が自ら不実登記を作出した場合(積極的関与)、(2)真正権利者が他人が作出した不実登記を存続させた場合(意思的承認＝真正権利者が不実登記の存在を知りながら、それを存続させることについて明示又は黙示に承認した場合)、(3)不実登記に対する積極的関与も意思的承認もないが、「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」帰責性が認められる場合とがあり、第2問は(2)に属する問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Aの請求は、甲土地の所有権(206条)に基づく妨害排除請求権を根拠とするものである。

所有権に基づく所有権移転登記抹消登記手続請求の要件は、①請求者が当該不動産の所有権を有することと、②当該不動産について相手方名義の登記が現在存在することの2つである。

現在、甲土地についてC名義の所有権移転登記が存在する(②)。

問題は、Aが甲土地の所有権を有するかである(①)。

(2) 問題の基本構造

94条2項類推適用の論述に入る前に、「AB間には売買契約(555条)といった所有権喪失原因はない。また、そうである以上、Bは甲土地の無権利者であるから、原則として、CもBとの間の売買契約により甲土地の所有権を取得することができない。したがって、原則として、BやCによる甲土地の所有権の取得は認められない。」という原則論を明示する必要がある。¹⁾

その上で、「もっとも、不動産取引の安全を図るために、Cによる権利取得を肯定できないだろうか。」として、Cによる権利取得の理論構成を検討することとなる。

(3) 94条2項類推適用

まず、不動産登記には公信力がないから、Cが不実のB名義の登記を信じてBとの間で売買契約を締結したことをもって、当然にCが甲土地の所有権を取得するともいえない。また、AB間に

¹⁾ “まず、無権利者からの譲受人は権利を取得できないのが基本であるところ、判例は、虚偽の権利外観の作出・存続が所有者の意思に基づくと評価される場合に法第94条第2項を類推適用し、登記の外形を信頼して無権利者と取引をした善意の第三者の保護を図っている。解答に当たっては、こうした本問の基本構造が提示されることが求められる。”(令和4年司法試験・出題の趣旨)

“①問題の基本構造の把握…については、多くの答案が、AからBに対する権利移転がないこと、したがってBからの譲受人であるCは原則として所有権を取得することができないことを指摘していた。もっとも、本問においてはそもそもAのBに対する権利移転行為が存在しないため、AのBに対する譲渡が無効であるという表現は誤りであるが、このような答案が散見された。”(令和4年司法試験・採点実感)

おける通謀虚偽表示がないから、Cが94条2項の直接適用により甲土地の所有権を取得するともいえない。そこで、94条2項の類推適用による権利取得の可否が問題となる。

94条2項の趣旨は、虚偽の外形作出について帰責性のある権利者が第三者の信頼保護のために権利を失ってもやむを得ないとする権利外觀法理にある。そこで、⑦虚偽の外形の存在、①虚偽の外形の作出についての権利者の帰責性、⑦⑧に対する第三者の信頼を要件として、94条2項の類推適用により、第三者には虚偽の外形に対応する権利取得が認められると解する（判例）。

⑦の信頼として無過失まで要求されるかは、①の帰責性の態様によって異なる。①の帰責性には、(ア)意思外形対応型(94条2項単独類推適用)、(イ)意思外形非対応型(94条2項類推適用+110条の法意)、(ウ)外形作出について真正権利者の積極的関与や意思的承認そのものはないが、これと同視し得るほどに重い帰責性がある場合(94条2項類推適用+110条類推適用)とがあるところ、(ア)の場合は、第三者が信頼した虚偽の外形自体が真正権利者の意思に基づいて作出されているため、真正権利者の帰責性が大きいから、正当な信頼としては善意で足りると解されている。これに対し、(イ)と(ウ)の場合には、(ア)に比べると真正権利者の帰責性が小さいから、正当な信頼としては善意・無過失まで必要であると解されている。

本問では、Aは、B名義の不実登記の存在を認識した上で、Bに対して後でちゃんと登記名義を自分に戻してくれるのなら構わないと述べ、B名義の不実登記を放置したことにより、B名義の不実登記の存続を承認したといえる。この意味において、(ア)に該当するから、Cの正当な信頼としては善意で足りる。

⑦ないし⑧の要件を満たす場合には、94条2項の類推適用によりCは甲土地の所有権を取得し、その結果、Aは甲土地の所有権を失うことになるから、要件①を満たさないこととなる。したがって、AのCに対する請求は認められない。

基礎応用 39 頁 [論点 8]、論
証集 23 頁 [論点 8]

基礎応用 40 頁 [論点 10]、
論証集 24 頁 [論点 10]

最判 S45.9.22

最判 S43.10.17

最判 H18.2.23・百 I 21

(参考答案)

1. A は、C に対して、甲土地の所有権（民法 206 条）に基づく妨害排除請求権として、甲土地に関する C 名義の所有権移転登記の抹消登記手続を請求している。

所有権に基づく所有権移転登記抹消登記手続請求の要件は、①請求者が当該不動産の所有権を有することと、②当該不動産について相手方名義の登記が現在存在することの 2 つである。

現在、甲土地について C 名義の所有権移転登記が存在する（②）。問題は、A が甲土地の所有権を有するかである（①）。

2. AB 間には売買契約（555 条）といった所有権喪失原因はない。また、そうである以上、B は甲土地の無権利者であるから、原則として、C も B との間の売買契約により甲土地の所有権を取得することができない。したがって、原則として、B や C による甲土地の所有権の取得は認められない。もっとも、不動産取引の安全を図るために、C による権利取得を肯定できないだろうか。

3. まず、不動産登記には公信力がないから、C が不実の B 名義の登記を信じて B との間で売買契約を締結したことをもって、当然に C が甲土地の所有権を取得するともいえない。また、AB 間における通謀虚偽表示がないから、C が 94 条 2 項の直接適用により甲土地の所有権を取得するともいえない。では、94 条 2 項の類推適用は認められるか。

(1) 94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外形作出について帰責性のある権利者が第三者の信頼保護のために権利を失ってもやむを得ないとする権利外觀法理にある。そこで、㉞虚偽の外形の存在、㉟虚偽の外形の作出についての権利者の帰責性、㊱㊲に対する第三者の信頼を要件として、94 条 2 項の類推適用により、第三者には虚偽の外形に対応する権利取得が認められると解する。

(2) B は甲土地の所有者ではないから、甲土地に関する B 名義の所有権移転登記は不実登記に当たる（㉞）。

B 名義の登記は、B が甲土地の登記済証、A の実印及び印鑑登録証明書等を利用して作出したものだから、A が自ら積極的に作出したものではない。もっとも、A は、B 名義の不実登記の存在を認識した上で、B に対して後でちゃんと登記名義を自分に戻してくれるのなら構わないと述べ、B 名義の不実登記を放置したことにより、B 名義の不実登記の存続を承認したといえる。したがって、A には帰責性が認められる（㉟）。

本問のように真正権利者が認めた外形と第三者の信頼した外形とが一致する場合には、真正権利者の帰責性が大きいから、㊱第三者の正当な信頼としては善意で足り、無過失までは不要と解する。

C は、B との売買契約の際、B から示された甲土地の登記簿を見て、登記名義人である B が甲土地の所有者であると信じていた

のだから、善意である。本問では無過失までは不要であるから、Cには、過失の有無にかかわらず、正当な信頼が認められる(㊷)。

したがって、94条2項の類推適用により、Cは甲土地の所有権を取得する。

その結果、Aは、甲土地の所有権を失うから、甲土地の所有権を有しないことになる(㊸)。

4. よって、AのCに対する請求は認められない。

以上

第 3 問

(事案)

Aは、その所有する甲土地を売却することとした。

令和3年3月20日、不動産取引の経験がなかったAは、かつて不動産業に携わっていた友人のBに甲土地の売却について相談をした。甲土地の登記記録には、弁済によって被担保債権が既に消滅した抵当権の設定登記が残っていたことから、Bは、甲土地の売却先を探してみるが、その前に抵当権の登記を抹消してあげようと申し出、Aはこれを了承した。

Bは、自身が負う金銭債務の弁済期が迫っていたため、甲土地を自己の物として売却し、その代金を債務の弁済に充てようと考えた。

令和3年4月2日、Bは、Aに対し、抵当権の抹消登記手続に必要な書類であると偽って所有権移転登記手続に必要な書類等の交付を求め、Aは、Bの言葉を信じてこれに応じた。Bは、Aが甲土地をBに3500万円で売却する旨の契約（以下「契約①」という。）が成立したことを示す売買契約書を偽造し、同契約書とAから受け取った書類等を用いて、同月5日、甲土地につき、抵当権の抹消登記手続及びAからBへの所有権移転登記手続をした。

令和3年4月20日、Bは、甲土地を4000万円でCに売却する旨の契約（以下「契約②」という。）をCとの間で締結した。Cは、契約②の締結に当たり、甲土地の登記記録を確認し、Bが甲土地を短期間のうちに手放すことになった経緯につきBに尋ねたところ、Bは、「知らない人と契約を交わすのを不安に感じたAの意向で、いったん友人である自分が所有権を取得することになった」旨の説明をした。

令和3年4月25日、CからBへの代金全額の支払と、甲土地につきBからCへの所有権移転登記がされた。

(設問)

令和3年5月1日、CがAに対して甲土地の引渡しを請求した。Aはこれを拒むことができるか、論じなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第3問は、94条2項類推適用に関する応用事例である。

94条2項類推適用が問題となる事案には、(1)真正権利者が自ら不実登記を作出した場合(積極的関与)、(2)真正権利者が他人が作出した不実登記を存続させた場合(意思的承認=真正権利者が不実登記の存在を知りながら、それを存続させることについて明示又は黙示に承認した場合)、(3)不実登記に対する積極的関与も意思的承認もないが、「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」帰責性が認められる場合とがあり、第3問は(3)に属する問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Cの請求は、甲土地の所有権(民法206条)に基づく返還請求権を根拠とするものである。

所有権に基づく返還請求権の要件は、①請求者が当該物の所有権を有することと、②相手方が当該物を現在占有していることの2つである。

Aは、現在、甲土地を占有している(②)。問題は、Cが甲土地の所有権を有するかである(①)。

(2) 問題の基本構造

94条2項類推適用の論述に入る前に、「AB間の契約①は存在しないため、Bは甲土地の無権利者である。そして、無権利者からの譲受人は権利を取得できないのが原則であるから、原則として、CもBとの間の契約②により甲土地の所有権を取得することができない。」という原則論を明示する必要がある。

その上で、「もっとも、不動産取引の安全を図るために、Cによる権利取得を肯定できないだろうか。」として、Cによる権利取得の理論構成を検討することとなる。

(3) 94条2項類推適用

まず、不動産登記には公信力がないから、Cが不実のB名義の登記を信じてBとの間で契約②を締結したとしても、当然にCが甲土地の所有権を取得するとはいえない。また、AB間における契約①は存在しないものであり、通謀虚偽表示によるものではないから、94条2項の直接適用によりCが甲土地の所有権を取得するともいえない。そこで、94条2項の類推適用による権利取得の可否が問題となる。

94条2項の趣旨は、虚偽の外観作出について帰責性のある権利者が第三者の信頼保護のために権利を失ってもやむを得ないとする権利外観法理にある。そこで、㉞虚偽の外観の存在、㉟虚偽の外観の作出についての権利者の帰責性、㊱㊱に対する第三者の信頼を要件として、94条2項の類推適用により、第三者には虚偽の

令和4年司法試験設問 1(1)

参考

基礎応用 39頁 [論点8]、論
証集 23頁 [論点8]

外観に対応する権利取得が認められると解する（判例）。

②の帰責性の態様には、(ア) 意思外形対応型（94条2項単独類推適用）、(イ) 意思外形非対応型（94条2項類推適用+110条の法意）、(ウ) 外形作出について真正権利者の積極的関与や意思的承認そのものはないが、これと同視し得るほどに重い帰責性がある場合（94条2項類推適用+110条類推適用）とがあり、(ア)の場合は善意で足りるのに対し、(イ)と(ウ)の場合には無過失まで必要であると解されている。

Aは、B名義の不実の登記について意思的承認を与えていないから(ア)や(イ)には当たらないが、Bの言葉を信じて、Bに対し、甲土地の所有権移転登記手続に必要な書類等を交付しているため、(ウ)に当たり得る。平成18年判決は、㊸「Aは、Bに対し、本件不動産の賃貸に係る事務及び…土地についての所有権移転登記等の手続を任せていたのであるが、そのために必要であるとは考えられない本件不動産の登記済証を合理的な理由もないのにBに預けて数か月間にわたってこれを放置し」、㊹「Bから…土地の登記手続に必要と言われて2回にわたって印鑑登録証明書4通をAに交付し、本件不動産を売却する意思がないのにBの言うままに本件売買契約書に署名押印するなど」、「Bによって本件不動産がほしいままに処分されかねない状況を生じさせていた」、㊺「にもかかわらず、これを顧みることなく、さらに、本件登記がされた平成12年2月1日には、Bの言うままに実印を渡し、BがAの面前でこれを本件不動産の登記申請書に押捺したのに、その内容を確認したり用途を問いただしたりすることもなく漫然とこれを見ていた」という事実関係に着目し、「Bが本件不動産の登記済証、Aの印鑑登録証明書及びAを申請者とする登記申請書を用いて本件登記手続をすることができたのは、上記のようなAの余りにも不注意な行為によるものであり、Bによって虚偽の外観（不実の登記）が作出されたことについてのAの帰責性の程度は、自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いものというべきである。」と判示している。

これに対し、本問では、㊻「Bは、Aに対し、抵当権の抹消登記手続に必要であると偽って所有権移転登記手続に必要な書類等の交付を求め、Aは、Bの言葉を信じてこれに応じた。」という事実が認められるものの、契約①に係る売買契約書はBが偽造したものでありAはその作成に関与しておらず、㊻のほかにAの帰責性を基礎づけ得る事情は見当たらない。そうすると、Aについて、「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」帰責性を認めることはできない。

基礎応用 40頁 [論点10]、
論証集 24頁 [論点10]

最判 S45.9.22

最判 S43.10.17

最判 H18.2.23・百I 21

(参考答案)

1. CのAに対する請求は、甲土地の所有権(民法206条)に基づく返還請求権の行使によるものであり、CがBとの間の契約②(555条)により甲土地の所有権を取得したことを理由とするものである。

これに対し、Aは、AB間の契約①は存在しないため、Bは甲土地の無権利者であるから、CもBとの間の契約②により甲土地の所有権を取得することができないと主張する。

2. 無権利者からの譲受人は権利を取得できないのが原則であるから、原則としてCも甲土地の所有権を取得できない。もっとも、不動産取引の安全を図るために、Cによる権利取得を肯定できないだろうか。

3. まず、不動産登記には公信力がないから、Cが不実のB名義の登記を信じてBとの間で契約②を締結したとしても、当然にCが甲土地の所有権を取得するとはいえない。また、AB間における契約①は存在しないものであり、通謀虚偽表示によるものではないから、94条2項の直接適用によりCが甲土地の所有権を取得するともいえない。では、94条2項の類推適用は認められるか。

- (1) 94条2項の趣旨は、虚偽の外形作出について帰責性のある権利者が第三者の信頼保護のために権利を失ってもやむを得ないとする権利外観法理にある。そこで、㉞虚偽の外観の存在、㉟虚偽の外観の作出についての権利者の帰責性、㊱㊲に対する第三者の信頼を要件として、94条2項の類推適用により、第三者には虚偽の外観に対応する権利取得が認められると解する。

94条2項の趣旨からすると、権利者と第三者の保護必要性の利益衡量の基礎をなすものが権利者の帰責性であり、虚偽の外観の作出に対する積極的関与や意思的承認は帰責性の徴表の典型にすぎない。そこで、積極的関与や意思的承認がない場合であっても、これらと同視し得るほど重い落ち度があれば、㉟権利者の帰責性が認められると解する。この場合には、積極的関与や意思的承認がある場合に比べて権利者の帰責性が小さいため、110条も類推適用し、㊱第三者の信頼としては善意・無過失まで要すると解すべきである。

- (2) Bは甲土地の所有者ではないから、甲土地に関するB名義の所有権移転登記は、不実登記として虚偽の外観に当たる(㉞)。

他方で、Bは、Aに対し、抵当権の抹消登記手続に必要な書類等と偽って所有権移転登記手続に必要な書類等の交付を求め、Aは、Bの言葉を信じてこれに応じたにすぎないのだから、AがBに対して上記の書類等を交付したことをもって、B名義の不実登記の作出に積極的に関与したり意思的承認を与えていたとは評価できない。また、平成18年判決の事案では、権利者が売買契約書に署名・押印するなどしているのに対し、本件では、BがAに無断で売買契約書を偽造しており、Aは虚偽の売買契約書の作成に関与

していない。そうすると、Aには、自らB名義の不実登記の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながら敢えて放置した場合と同視し得るほど重い落ち度があるとはいえないから、帰責性は認められない(①)。したがって、94条2項類推適用は認められず、Cは甲土地の所有権を取得することができない。

よって、AはCの請求を拒むことができる。

以上

第4問

(事案)

甲土地の付近に新幹線駅ができるとの噂があり、それを信じていた甲土地の所有者Bは、Aに対して、甲土地の付近に新幹線駅ができるから甲土地の価値は将来的に1億円まで上がると力説し、甲土地を7000万円で購入するように持ち掛けた。

Aは、Bの説明を信じ、それなら甲土地を7000万円で購入したいと返答し、Bとの間で甲土地を7000万円で購入する旨の契約を締結し、代金7000万円をBに支払った。

後日、甲土地の付近に新幹線駅ができるというのは単なる噂であり、真実ではないことが判明した。

なお、Bは、土地を多数所有する資産家であり、土地に関する取引の経験が豊富であったのに対し、Aにとっては、今回の売買が初めての不動産取引であった。

(設問)

Aは、Bから代金7000万円を取り戻したいと考えている。AのBに対する代金7000万円の返還請求が認められるかについて、理由を付して結論を述べなさい。

なお、AはBから甲土地の明け渡しや所有権移転登記を受けていないものとする。また、債務不履行責任については言及しなくてよいものとする。

(解説)

1. 出題の概要

第4問は、動機の錯誤に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Aは、錯誤による意思表示の取消し(95条1項)により甲土地の売買契約が遡及的に無効になる(121条)と主張して、これにより発生する原状回復請求権(121条の2第1項)を行使して代金7000万円の返還を請求することが考えられる。

(2) 論点

Aは、「甲土地の付近に新幹線駅ができるから甲土地の価値は将来的に1億円まで上がる」旨のBの説明を信じて甲土地を7000万円で購入する旨の売買契約を締結したところ、後日、甲土地の付近に新幹線駅ができるというのは単なる噂であり、真実ではないことが判明している。そこで、Aが上記の錯誤を理由として甲土地の売買契約を取り消すことができるかが問題となる。

ア. 錯誤の認定

錯誤とは、表示行為と真意(主観)とが一致しておらず、その不一致について表意者が認識していないことを意味する。

錯誤には、①表示行為の錯誤(95条1項1号)と②動機の錯誤(95条1項2号)があり、②動機の錯誤については取消しの要件として同条2項が加重されている。この意味において、①と②では取消しの要件が異なるから、①と②のいずれに当たるのかを明らかにする必要がある。

①表示行為の錯誤とは、「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」(95条1項1号)であり、表意者が思い違いにより効果意思と一致しない表示行為をした場合を意味する。Aは、甲土地を代金7000万円で購入するという効果意思に基づき、Bとの間で甲土地を代金7000万円で購入する旨の契約を締結することにより甲土地を代金7000万円で購入するという表示行為をしたのだから、効果意思と表示行為の間の不一致はなく、「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」(95条1項1号)は認められない。

②動機の錯誤とは、「表意者が法律行為の基礎とした事情についてその認識が真実に反する錯誤」(95条1項2号)であり、効果意思どおりの表示行為をしている(そのため、表示行為と効果意思との間に不一致はない)ものの、効果意思の形成過程に思い違い(錯誤)がある場合を意味する。Aは、甲土地の付近に新幹線駅ができるから甲土地の価値は将来的に1億円まで上がるからという動機に基づいて上記の効果意思を形成したところ、実際には甲土地の付近に新幹線駅ができるという事実はなかったため、「表意者が法律行為の基礎とした事情についてその

基礎応用 43 頁以下、論証集

25 頁以下

認識が真実に反する錯誤」(95条1項2号)たる動機の錯誤がある。

イ. 95条2項の要件

95条2項は、本来は表意者が引き受けるべき動機の誤りの危険を相手方に引き受けさせるためには、動機の表示に加えて法律行為の内容化も必要であるとする改正前民法下の判例法理を明文化する趣旨で、動機の錯誤を理由とする取消しの要件として、同条1項2号該当性に加え、同条2項の要件を設けている。

最判 H28.1.12

そこで、「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていた」とは、「表意者が法律行為の基礎とした事情」が表示を通じて相手方の了承を得ることで当事者間で法律行為の基礎となったことを意味すると解すべきである。

相手方の了承の有無は、⑦動機の対象の性質(動機の対象が当該法律行為を行う者であれば通常関心をもつものか)、⑧相手方の認識可能性(動機にかかる事実の真否を相手方がどの程度容易に知り得る立場にあるか)、⑨両当事者の属性(両当事者の専門的知識や取引経験の差異)を考慮して判断する。

ウ. 錯誤の重要性

「錯誤が…重要なものである」(95条1項柱書)とは、表意者保護と相手方保護の調和を図るという趣旨に照らし、①その点につき錯誤がなければ表意者は意思表示をしなかったであろうこと(主観的因果性)と、②通常人を基準としても意思表示をしなかったであろうこと(客観的的重要性)を意味すると解する。

なお、動機の錯誤では、95条1項柱書後段と同条2項の当てはめが大部分において重複するため、両者間で該当性判断が異なる事態は通常考えられない。

エ. 「表意者に重大な過失」がない

「重大な過失」(95条3項柱書)とは、普通人に期待される注意を著しく欠いていることをいう。

重過失の有無は、⑦表意者は普通人に期待されるものとしていかなる内容・程度の注意義務を負うのか→⑧義務の内容・程度と表意者の行動を比較→⑨本質的な義務への違反があるか又は義務違反の態様が著しいかという流れで判断される。

なお、Bも甲土地の付近に新幹線駅ができるとの噂を信じていたため、「相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき」(95条3項2号)として共通錯誤が認められると考えられる。もっとも、Aに「重大な過失」がないのであれば、共通錯誤に言及する必要はない。

(参考答案)

1. Aは、錯誤による意思表示の取消し(95条1項)により甲土地の売買契約が遡及的に無効になる(121条)と主張して、これにより発生する原状回復請求権(121条の2第1項)を行使して代金7000万円の返還を請求することが考えられる。
2. まず、Aは、甲土地を代金7000万円で購入するという効果意思に基づき、Bとの間で甲土地を代金7000万円で購入する旨の契約を締結することにより甲土地を代金7000万円で購入するという表示行為をしたのだから、効果意思と表示行為の間の不一致はなく、「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」(95条1項1号)は認められない。もっとも、Aは、甲土地の付近に新幹線駅ができるから甲土地の価値は将来的に1億円まで上がるからという動機に基づいて上記の効果意思を形成したところ、実際には甲土地の付近に新幹線駅ができるという事実はなかったため、「表意者が法律行為の基礎とした事情についてその認識が真実に反する錯誤」(95条1項2号)たる動機の錯誤がある。
3. 次に、改正民法95条2項の趣旨は、本来は表意者が引き受けるべき動機の誤りの危険を相手方に引き受けさせるためには動機の表示に加えて法律行為の内容化も必要であるとする改正前民法下の判例法理の明文化にある。そこで、「表意者が法律行為の基礎とした」「事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていた」については、「表意者が法律行為の基礎とした事情」が表示を通じて相手方の了承を得ることで法律行為の内容となったことを意味すると解すべきである。

Aは、Bから甲土地の付近に新幹線駅ができるから甲土地の価値は将来的に1億円まで上がると力説され、それなら甲土地7000万円で購入したいとBに返答したのだから、Aの動機がBに対して表示されていたといえる。

確かに、購入する土地の付近に新幹線駅ができるかどうかは、土地の売買契約の当事者が通常関心を持つような事柄であるとはいえない。しかし、Aの上記動機が形成されたのは、Bはその旨を力説したからである。しかも、錯誤に陥ったAは今回の売買が初めての不動産取引であったのに対し、相手方であるBは、土地を多数所有する資産家であり土地に関する取引の経験が豊富な者である。そのため、表示されたAの動機を意思表示の内容とすることにつきBの了承があり、Aの動機が甲土地の売買契約の内容となったというべきであるから、Aの動機が「法律行為の基礎とされていることが表示されていた」といえる。
4. 「錯誤が…重要なものである」(95条1項柱書)とは、①その点につき錯誤がなければ表意者は意思表示をしなかったであろうこと(主観的因果性)と、②通常人を基準としても意思表示をしなかったであろうこと(客観的重要性)を内容とする。

A は、B から甲土地の付近に新幹線駅ができるから甲土地の価値は将来的に 1 億円まで上がると力説され、それなら甲土地を 7000 万円で購入したいと考えたのだから、上記動機について錯誤がなければ甲土地を 7000 万円で購入する旨の契約を締結していなかったといえる (①)。また、新幹線駅ができれば付近の土地の価格が上昇するのは常識であるから、通常人を基準としても、上記動機について錯誤がなければ甲土地を 7000 万円で購入する旨の契約を締結しなかったといえる (②)。したがって、A の「錯誤が…重要なものである」といえる。

5. 「重大な過失」(95 条 3 項柱書) は、普通人に期待される注意を著しく欠いていることをいう。

確かに、A は、甲土地の付近に新幹線駅ができるか否かについて何らの調査・確認をしていないため、錯誤に陥ったことについて過失があったという余地がある。しかし、A は今回の売買が初めての不動産取引であったのに対し、間違った説明により A を錯誤に陥らせた B が土地を多数所有する資産家であり土地に関する取引の経験が豊富な者だったことを踏まえると、A が普通人に期待される注意を著しく欠いていたとはいえない。したがって、A には「重大な過失」はない。

6. よって、A の錯誤取消しの主張が認められ、これにより原状回復請求権が発生するから、代金 7000 万円の返還請求が認められる。

以上

第 5 問

(事案)

Aは、Bから騙されて、実際には3000万円の価値を有する甲建物が1000万円の価値しか有しないと勘違いし、Bとの間で、甲建物を代金1000万円で売買する旨の契約を締結し、Bに対する引渡しを終えた。

その後、Bは、Cに対して、甲建物を代金3000万円で売却し、引渡しも終えた。

なお、甲建物の登記名義はAのままである。

(設問)

Bに騙されたことに気が付いたAは、Cに対して、Bの詐欺を理由としてAB間の売買契約を取り消して甲建物の明渡しを求めたいと考えている。AのCに対する甲建物の明渡請求が認められるかについて、理由を付して結論を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第5問は、詐欺取消前の第三者(96条3項)に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Aの請求は、甲建物の所有権(206条)に基づく返還請求権を根拠とするものである。

所有権に基づく返還請求権の要件は、①請求者が当該物の所有権を有することと、②相手方が当該物を現在占有していることの2つである。

Cは、Bから甲建物の引渡しを受け、現在、甲建物を占有している(②)。問題は、Aが甲建物の所有権を有するかである(①)。

(2) 論点

㊦Aもと所有+C現在占有(請求原因)→㊧AB売買による所有権喪失の抗弁→㊨AB間売買の詐欺取消しの再抗弁(96条1項)→㊩「善意でかつ過失がない第三者」(96条3項)の再々抗弁という流れで、㊩「善意でかつ過失がない第三者」に関する各論点が顕在化する。

ア. 「第三者」の客観的範囲

96条3項の趣旨は、詐欺による意思表示が有効であると信賴して詐欺により形成された法律関係を基礎として新たな法律上の利害関係を有するに至った第三者を、取消しの遡及効から保護することにより、取引の安全を確保しようとするところにある。

そこで、「第三者」とは、取消し前に、詐欺により形成された法律関係を基礎として新たな法律上の利害関係を有するに至った者をいうと解すべきである(判例)。

Cは、Aによる詐欺取消しの前に、Bの詐欺により形成されたAB間の甲建物の売買契約によるBの甲建物の所有権取得を基礎として、Bとの間で甲建物の売買契約を締結することで、AB間の売買契約の有効・無効について新たな法律上の利害関係を有するに至った第三者であるから、96条3項の「第三者」に当たる。

イ. 「第三者」の主観的範囲

96条3項は、「善意でかつ過失がない第三者に対抗することができない。」と定めることで、第三者の主観的要件として善意・無過失を要求している。これにより、改正前民法下における無過失の要否に関する解釈上の争いは解消された。

ウ. 登記の要否

甲建物の登記名義がAのままであるから、Cは甲建物の所有権移転登記を備えていない。そこで、96条3項の「第三者」として保護されるための登記の要否が問題となる。

基礎応用 49頁[論点1]、論
証集 28頁[論点1]、大判
S17.9.30・百151

登記の要否については、対抗要件としての登記（177条）の要否と、権利保護資格要件としての登記の要否が問題になるところ、いずれも不要であると解されている。

対抗要件としての登記については、善意無過失の第三者との関係では詐欺による意思表示も完全に有効なものとして扱われるため、被欺罔者、欺罔者、第三者へと権利が移転したことになるから、被欺罔者と善意無過失の第三者とは前主と後主の関係に立ち、二重譲渡のような対抗関係には立たないとの理由から、不要と解されている（判例）。

権利保護資格要件としての登記については、被欺罔者にも少なからず帰責性があるのだから、第三者に権利保護資格要件を要求することは利益衡量上妥当でないとの理由から、不要と解されている（判例）。

したがって、Cは、登記なくして96条3項の「第三者」として保護される。

エ. Cは、善意無過失であるならば、「善意でかつ過失がない第三者」として保護されるため、AB間の売買契約の取消しを対抗されないから、甲建物の所有権を取得できる。その結果、AはCとの関係では甲建物の所有権を失っていることになり、要件①を満たさなくなるから、Aの請求は認められない。

基礎応用 49 頁 [論点 2]、論証集 28 頁 [論点 2]、最判 S49.9.26・百 1 23

基礎応用 50 頁 [論点 3]、論証集 29 頁 [論点 3]、最判 S42.10.31

(参考答案)

1. Aは、Cに対して、詐欺による意思表示の取消し(96条1項)により甲建物の売買契約が遡及的に無効になる(121条)ため甲建物の所有権がAに復帰したと主張して、甲建物の所有権に基づく返還請求権として甲建物の明渡しを請求することが考えられる。

所有権に基づく返還請求権の要件は、①請求者が当該物の所有権を有することと、②相手方が当該物を現在占有していることの2つである。

Cは、Bから甲建物の引渡しを受け、現在、甲建物を占有している(②)。問題は、Aが甲建物の所有権を有するかである(①)。

2. Cは、Aの所有権を否定するために、甲建物は元々Aの所有に属していたが、AはAB間の売買契約(555条)により甲建物の所有権を喪失したと主張する。これに対し、Aは、AB間の売買契約はBの詐欺を理由として取り消した(96条1項)と主張する。

Aは、Bから騙されて、実際には3000万円の価値を有する甲建物が1000万円の価値しか有しないと勘違いし、Bとの間で、甲建物を代金1000万円で売買する旨の契約を締結したのだから、「詐欺…による意思表示」をしたといえる。したがって、Aは、Bの詐欺を理由としてAB間の売買契約を取り消すことができる。

3. Aによる詐欺取消しが認められる結果、甲建物の売買契約が遡及的に無効になり(121条)、甲建物の所有権がAに復帰するのが原則である。そうすると、①の要件も満たされ、Aの請求が認められるはずである。

4. これに対し、Cは、自分は「善意でかつ過失がない第三者」(96条3項)として保護されると主張する。

(1) 96条3項の趣旨は、取消しの遡及効から第三者を保護することと取引の安全を確保することにある。そこで、「第三者」は、取消し前に、詐欺により形成された法律関係を基礎として新たな法律上の利害関係を有するに至った者をいうと解する。

Cは、Aによる詐欺取消しの前に、Bの詐欺により形成されたAB間の甲建物の売買契約によるBの甲建物の所有権取得を基礎として、Bとの間で甲建物の売買契約を締結することで、AB間の売買契約の有効・無効について新たな法律上の利害関係を有するに至った第三者であるから、96条3項の「第三者」に当たる。

(2) Cは、AB間の売買契約がBの詐欺によるものであることを知らなかったのだから、「善意」である。また、Cは、Bの詐欺の事実について何らの調査・確認もしていないが、Bの詐欺を窺わせるような事情がなかったのだから、Bの詐欺の事実について調査・確認する義務を負わない。そうすると、Cは、何らの調査・確認をしていなくても、「過失がない」といえる。

(3) 甲建物の登記名義がAのままであるから、Cは甲建物の所有権移転登記を備えていない。そこで、96条3項の「第三者」として

保護されるための登記の要否が問題となる。

善意・無過失の第三者との関係では詐欺による意思表示が有効と扱われる結果、権利が順次移転したことになるから、被欺罔者と善意・無過失の第三者とは、前主と後主の関係に立ち、二重譲渡のような対抗関係には立たない。そこで、96条3項の「第三者」として保護されるためには、対抗要件としての登記(177条)は不要であると解する。

また、被欺罔者にも少なからず帰責性があるのだから、権利保護資格要件としての登記も不要と解する。

したがって、Cは、登記なくして96条3項の「第三者」として保護される。

(4) Cは、96条3項の「第三者」として保護されるため、AB間の売買契約の取消しを対抗されないから、甲建物の所有権を取得できる。その結果、AはCとの関係では甲建物の所有権を失っていることになる。したがって、Aは甲建物の所有権を有しない(①)。

5. よって、AのCに対する請求は認められない。 以上

第 6 問

(事案)

Aは、Bから騙されて、実際には3000万円の価値を有する甲建物が1000万円の価値しか有しないと勘違いし、Bとの間で、甲建物を代金1000万円で売買する旨の契約を締結し、Bに対する引渡し及び所有権移転登記手続を終えた。

その後、Bに騙されたことに気が付いたAは、Bに対して、Bの詐欺を理由としてAB間の売買契約を取り消すと主張した。

ところが、Bは、Cに対して、事情を秘した上で、甲建物を代金3000万円で売却し、Cに対する引渡し及び所有権移転登記手続を終えた。

(設問)

Aは、Cに対して、Bの詐欺を理由としてAB間の売買契約を取り消したとして甲建物の明渡しを求めることができるか。理由を付して結論を述べなさい。

なお、所有権移転登記の抹消登記手続については、言及しなくてよいものとする。

(解説)

1. 出題の概要

第6問は、詐欺取消後の第三者に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 請求の根拠

Aの請求は、甲建物の所有権(206条)に基づく返還請求権を根拠とするものである。

所有権に基づく返還請求権の要件は、①請求者が当該物の所有権を有すること、②相手方が当該物を現在占有していることの2つである。

Cは、Bから甲建物の引渡しを受け、現在、甲建物を占有している(②)。問題は、Aが甲建物の所有権を有するかである(①)。

(2) 論点

⑦Aもと所有+C現在占有(請求原因)→⑧AB売買による所有権喪失の抗弁→⑨AB間売買の詐欺取消しの再抗弁(96条1項)という流れを経た上で、⑩詐欺取消後の第三者を保護するための理論構成が問題となる。

ア. 詐欺取消後の第三者も96条3項の「第三者」に含まれるか

96条3項の趣旨は取消しの遡及効から第三者を保護することで取引の安全を確保することにあるから、同条3項の「第三者」は詐欺取消前に利害関係を有するに至った者に限られると解されている(判例)。

Cは、Aが詐欺取消しの主張をした後にBとの間で甲建物の売買契約を締結しているため、取消前に利害関係を有するに至った者ではなく、96条3項の「第三者」に当たらない。

イ. 取消後の第三者を保護するための理論構成

取消後の第三者が常に保護されないのでは、取引安全が害される。そこで、取消後の第三者を保護するための理論構成が問題となる。

判例は、取消後の第三者は96条3項の「第三者」としては保護されないと解した上で、取消後の第三者と被欺罔者とは対抗関係に立つとして、被欺罔者が詐欺取消しによる物権変動を取消後の第三者に対抗するためには対抗要件としての登記を具備する必要があると解している(判例)。

取消しによる遡及的無効(121条の2)も法的擬制にすぎず、取り消しうる意思表示は取り消されるまでは有効であるから、現実には取消時点において観念的に被欺罔者への復帰的物権変動が生じ、欺罔者を起点とした二重譲渡がなされたものと構成できると考えることで、判例の立場を支持することができる。

Cは、Aとの関係で「第三者」(177条)に当たるところ、甲建物の所有権移転登記を具備したことにより甲建物の所有権を

基礎応用 49 頁 [論点 1]、論
証集 28 頁 [論点 1]、大判
S17.9.30・百 I 51

基礎応用 52 頁 [論点 7]、論
証集 30 頁 [論点 7]、大判
S17.9.30・百 I 51

確定的に取得するから、これにより A の所有権が否定される。
したがって、A は甲建物の所有権を有しない (①)。
よって、A の C に対する請求は認められない。

(参考答案)

1. Aは、Cに対して、詐欺による意思表示の取消し（96条1項）により甲建物の売買契約が遡及的に無効になる（121条）ため甲建物の所有権がAに復帰したと主張して、甲建物の所有権に基づく返還請求権として、甲建物の明渡しを請求することが考えられる。

所有権に基づく返還請求権の要件は、①請求者が当該物の所有権を有することと、②相手方が当該物を現在占有していることの2つである。

Cは、Bから甲建物の引渡しを受け、現在、甲建物を占有している（②）。問題は、Aが甲建物の所有権を有するかである（①）。

2. Cは、Aの所有権を否定するために、甲建物は元々Aの所有に属していたが、AはAB間の売買契約（555条）により甲建物の所有権を喪失したと主張する。これに対し、Aは、AB間の売買契約はBの詐欺を理由として取り消した（96条1項）と主張する。

Aは、Bから騙されて、実際には3000万円の価値を有する甲建物が1000万円の価値しか有しないと勘違いし、Bとの間で、甲建物を代金1000万円で売買する旨の契約を締結したのだから、「詐欺…による意思表示」をしたといえる。したがって、Aは、Bの詐欺を理由としてAB間の売買契約を取り消すことができる。

3. Aによる詐欺取消しが認められる結果、甲建物の売買契約が遡及的に無効になり（121条）、甲建物の所有権がAに復帰するのが原則である。そうすると、①の要件も満たされ、Aの請求が認められるはずである。

4. これに対し、Cは、自分は96条3項の「第三者」として保護されると主張する。

しかし、96条3項の趣旨は取消しの遡及効から第三者を保護することで取引の安全を確保することにあるため、同条3項の「第三者」は取消し前に利害関係を有するに至った者に限られると解すべきである。

Cは、Aが詐欺取消しの主張をした後に、Bとの間で甲建物の売買契約を締結しているため、取消し前に利害関係を有するに至った者ではなく、96条3項の「第三者」に当たらない。

したがって、Cの上記主張は認められない。

5. もっとも、取消後の第三者が常に保護されないのでは、取引安全が害される。そこで、取消後の第三者を保護するための理論構成が問題となる。

取消しによる遡及的無効も法的擬制にすぎず、取り消しうる意思表示は取り消されるまでは有効であるから、現実には、取消時点において観念的に被欺罔者への復帰的物権変動が生じ、欺罔者を起点とした二重譲渡がなされたものと構成できる。そこで、取消後の第三者と被欺罔者の関係は、対抗問題（177条、178条）として捉えられると解する。

「第三者」（177条）である C は、甲建物の所有権移転登記を具備したことにより甲建物の所有権を確定的に取得し、これにより A の所有権が否定される。したがって、A は甲建物の所有権を有しない（①）。

6. よって、A の C に対する請求は認められない。

以上