ノート

「善意」・「悪意」の意味について

柴　谷　　晃

第1　本稿の目的

1　民事実体法規中には、一定の法律関係に入った者の特定の事項についての「善意」若しくは「知らなかったこと」（以下、この2つを併せて単に「善意」という）又は「悪意」若しくは「知っていたこと」（以下、この2つを併せて単に「悪意」という）が条文上の要件とされているものが相当数ある。本稿は、「善意」又は「悪意」が条文上の要件とされている幾つかの法条[(1)]ごとに、当該法条における「善意」又は「悪意」の意味内容を検討するものである。

もっとも、そのような法条の多くは、「善意」又は「悪意」のみを要件とするのではなく、「善意かつ無過失」又は「悪意若しくは有過失」を要件としている。そして、「善意」及び「悪意」は、内心の状態に関する事実的要件であるため、直接証拠による立証には困難を伴うのに対し、「無過失」及び「有過失」は、規範的要件であって、通常は、外部に現れた客観的事実が評価根拠事実として主張立証対象となる。そのために、実際の訴訟では、判決結果を左右する争点は、「善意かどうか」又は「悪意かどうか」ではなく、「無過失かどうか」又は「有過失かどうか」であることが多い（換言すれば、裁判所が善意者保護規定による保護を否定する結論を導くにあたり、「善意とは認められない」ないし「悪意である」という理由ではなく、「善意だとしても、無過失とは認められない」ないし「善意だとしても、過失がある」との理由を述べて保護を否定することが多い。）。したがって、法条毎に善意や悪意の意味を緻密に分析するよりも、例えば、「過失又は無過失の評価根拠事実としてどのような事実が考えられるか」という点を判例の事案を通じて具体的に分析する方が、実務上は有用である。

研究対象が表見代理に限られており、かつ、少し古いが、実務的観点から判

(1) 本稿で掲げる民法の法条は、特に断らない限り、平成29年改正後のものである。

例分析をした有用な文献として、横浜弁護士会編「表見代理の判例と実務」（金融財政事情研究会）がある。しかし、小職には、実務に有用な知見を提供する能力はないし関心もない。本稿の位置づけは、還暦を過ぎて脳機能の劣化を自覚している筆者が、惚け防止のために思考訓練をしてみたという程度のものであるが、ご容赦いただきたい。

2　初めに、本稿の検討対象に関する用語の定義をしておく。

善意が実体法上の要件とされている法規には様々なものがある。ここに、「善意が実体法上の要件となっている。」とは、簡潔にいえば、「善意・悪意という主観的態様の違いが法律関係の違いをもたらす」こと、少し丁寧にいえば、「善意・悪意のどちらに主張立証責任があるかという点はひとまず措いて、善意ならその者に有利な法律関係となり、悪意ならその者に不利な法律関係となるという結果になる」ことを意味している[(2)]。本稿では、善意が実体法上の要件とされている法規の全てを「善意者保護規定(広義)」と呼ぶ[(3)]。善意者保護

---

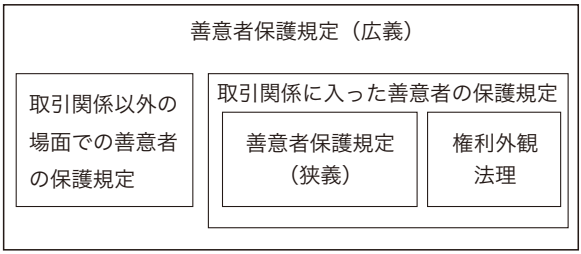
(2)　もっとも、証明責任論に関する法規不適用説に立つと、主張立証責任のある要件事実が実体法上の要件そのものであり、そのため「実体法上の要件」という概念は無用(それどころか、有害というべきか？）ということになろう。しかし、以下に述べるように、「要件」という語の意味の理解のし易さという点で、「実体法上の要件」を観念することは、有用であると思う。（なお、司法研修所編「問題研究 要件事実 －言い分方式による設例15題－（法曹会）59頁では、本稿におけると同様の意味で「実体法上の要件」という語を用いていたが、その改訂版では同じ箇所の記述が単に「要件」の語に改められ、更に、その再改訂版にあたる「新問題要件事実」57頁では、同じ箇所で「実体法上の要件」の語が復活したものの、その意味内容中に主張立証責任の分配まで考慮しており、むしろ「要件事実」と同義で用いている。法規不適用説を巡るその時々の執筆者の立場が反映されたものと推測され、興味深い。）

同じく「要件」と言っても「条文の文言上の要件」と「実体法上の要件」と「法律効果発生のための要件事実」との区別を理解しておくことは有用である。例えば、民法162条1項では「他人の物」が条文の文言上の要件とされているが、自己物の時効取得も可能であるため、他人の物であることは実体法上の要件ではない（他人の物であるかどうかが法的効果の違いをもたらすことがない。）。他方で、同項では、占有について「所有の意思、平穏、公然」であることが条文の文言上の要件とされており、これらは実体法上の要件でもあるが、民法186条1項の推定（暫定真実）規定が設けられている結果、時効取得の効果発生のための要件事実ではない。

(3)　善意なら保護され、悪意なら保護されないという実体法上の関係があれば、善意・悪意の

規定 (広義) のうち、新たな取引関係に入った善意者のみが保護されることを規定している法規を「取引関係に入った善意者の保護規定」と呼ぶ。取引関係に入った善意者の保護規定には、「権利外観法理」にあたる法規とそれ以外の法規とがある。本稿では、後者を「善意者保護規定 (狭義)」と呼ぶ [(4)]。

以上の関係を図示すると、次のとおりである [(5)]。



なお、「表見法理」という用語もあるが、これは、一般に、権利外観法理と同義で用いられていると思われる [(6)]。

権利外観法理は、次のように定義するのがよい。権利外観法理とは、「ある

どちらが主張立証責任のある要件事実になっているかは問わず、「善意者保護規定 (広義)」と呼ぶことにしているのである。ところで、例えば、民法 192 条の善意取得の制度においては、同 186 条の推定規定（暫定真実の規定）が設けられている結果、「善意取得の効果を主張する者が悪意であったこと」について善意取得の効果を争う側に主張立証責任がある。主張立証責任まで考慮すると、同 192 条においては、「善意者保護規定」というより「悪意者非保護規定」と表現する方が正確である。しかし、本稿では、同条も「善意者保護規定 (広義)」と呼ぶことにしているわけである。

「善意者保護規定 (狭義)」についても、以上と同様である。

(4) 司法研修所編「民事訴訟における要件事実第一巻」[増補]（法曹会）97 頁は、例えば、民法 94 条 2 項は「権利外観法理」ではないという理解を前提として、これを「善意者保護の規定」と呼称している。本稿の呼称はこれを参考にしたものである。

(5) これら以外に、悪意が要件となっている法条として、民法 168 条 1 項 1 号、同 424 条 1 項本文、同 566 条本文、同 572 条、同 724 条などがある。これらは、新たに一定の法律関係に入った者の主観的態様によってその者を保護するかどうかが異なるという局面の問題ではないので、本稿では検討外とした。

(6) この用語の違いは、法源が英米法か大陸法かという違いに基づくものであろう。

権利関係の存在が自己に有利に働く場合において、実際にはそのような権利関係がないのに、それがあるかのような外観を信じて[(7)]新たな法律関係に入った者があるときに、その者に対してその権利関係があるのと同様の法律効果を与える制度」である。

もっとも、上記では、イメージし易いように「実際にはそのような権利関係がないのに」と表現したが、厳密には、「実際にそのような権利関係があるか否かにかかわらず」と述べるのが正しい。権利外観法理を適用するうえで、「真実は善意者に有利な権利関係が存在しない」ことは要件とはならない。善意者に有利な権利関係が存在していても、同時に、権利外観法理の要件を充たすのであれば、権利外観法理に基づく効果を与えてよい。この点は、例として民法99条1項2項の有権代理と同109条1項の表見代理の関係を念頭におけば、理解が容易であると思われる。次のような事案を考える。Aが「Yの代理人」と名乗ってXと取引行為をした。その取引行為に先立ち、YはAに対し、代理権を授与していた。また、YはXに対し、「Aに代理権を授与した。」と表示した。XがYにその取引行為に基づく履行請求をしたのに対して、Yは「Aの取引行為は無権代理であった。」と主張して争った。この場合、代理権授与表示の事実を捉えて同109条1項の表見代理の効果を認めるにあたり、有権代理であったことはその障害にならない（「先立つ代理権授与がなかったこと」は請求原因ではないし、「先立つ代理権授与があったこと」が抗弁でもない。）。客観的には有権代理であったとしても表見代理の要件を充たすのであれば、表見代理として扱ってよい。これを換言すれば、「無権代理であることは表見代理が成立するための実体法上の要件ではない。」、或いは、「有権代理における先立つ代理権授与の事実と同109条1項の表見代理における代理権授与表示の事実は同価値の要件事実である。」ということである。

なお、具体的にどの法条を権利外観法理とみるかについては、論者によって違いがある。例えば、民法109条1項の表見代理は、権利外観法理ではなく、禁反言に基づく制度だと説明されることがある。これは、同110条及び同112

(7)　ここの「信じて」の正確な意味内容については、本文中で後述する。

条1項の表見代理の法源は大陸法であるのに対し、同109条1項の法源は英米法であることに基づくことに由来するためである[8]。しかし、講学上、同109条1項、同110条及び同112条1項は、一括して「表見代理」と呼び、同様の性質を有するという前提でネーミングされているので、本稿では、同条も権利外観法理と呼ぶことにする。また、同192条について、文献中には、これを権利外観法理だとは一言も述べず、占有に公信力を認めた制度だと説明するものがある。この点については、公信力制度は権利外観法理の一類型と理解されているので、同192条を権利外観法理と呼ぶことに問題はなかろう。更に、平成29年改正前民法468条1項（債権譲渡の異議を留めない承諾）について、我妻榮先生は、「公信力説」を採っていた[9]のに対し、内田先生は、「抗弁を切断するだけであって、積極的に権利を与えるわけではないから、公信力という表現は適切ではない。端的に、取引安全のために付与された法定の効果と理解すればよい」と批判しており[10]、同条項の位置づけについて見解が異なっていた。同条項は、改正民法では削除されたため、本稿では検討を割愛する。

第2　総論

1 検討の視点

善意又は悪意の意味内容を検討する際には、次の2つの視点が必要となる。

1つ目は、善意には積極的信頼（信じた）の意味である場合と消極的不知（知らなかった[11]）の意味である場合とがあるとされるところ[12]、両者の違いを理解したうえで、善意が実体法上の要件とされている場合に、その意味が上記のうちのいずれなのかを法規ごとに峻別しなければならないということである。

2つ目は、善意と悪意のいずれが主張立証責任のある要件事実なのかを法規ごとに峻別しなければならないということである。善意が要件事実となっている法規においては、その善意の意味を明らかにする必要があるが悪意の意味を

(8)　内田貴「民法Ⅰ 総則・物権総論」[第4版]（東京大学出版会）187頁
(9)　我妻榮「債権総論（民法講義Ⅳ）」[新訂]（岩波書店）516頁、537頁
(10) 内田貴「民法Ⅲ 債権総論・担保物権」[第3版]（東京大学出版会）236頁
(11) 後述するとおり、「知ってはいなかった」と表現する方が正確である。
(12) 椿寿夫「註釈民法(4)」（有斐閣）117頁、椿寿夫・三林宏「新版 注釈民法(4)」（有斐閣）239頁

明らかにする必要はない。悪意が要件事実となっている法規においては、その逆である。

2 善意・悪意の意味内容の分類

(1) 一定の法律関係に入った者の特定の事情についての主観的態様が法律効果に影響を及ぼす事案を想起する。当該事情は、事実である場合と権利関係である場合とがある。例えば、民法 96 条 3 項においては、当該事情は、詐欺による意思表示という事実である[13]。同 192 条においては当該事情は前主の所有権（厳密にいえば､処分権限）の存在という権利関係である。当該事情の存否に関する心理状態には以下の 3 種類がある。

① 当該事情が存在すると観念していた。

② 当該事情の存否は不明であると観念していた。

③ 当該事情が不存在であると観念していた。

②は、当該事情の存否に関する①及び③以外の全ての心理状態であり､「当該事情が存在する可能性も不存在の可能性もいずれもあると観念していた。」と言い換えることができる。司法研修所が「半信半疑」と表現する心理状態[14]は、これである。

(2) 積極的信頼（信じていた）と消極的不知（知らなかった）の区別は、前記 (1) の心理状態の分類とどのように関係するか。

---

(13) 内田貴「民法Ⅰ 総則・物権総論」[第 4 版]（東京大学出版会）81 頁。なお、同著は、「この規定も権利外観法理の一環である」と述べるが、権利外観法理と善意者保護規定 (狭義) の峻別を厳密に行わない不用意な記述であり、この見解には賛同できない。

(14) 司法研修所編「改訂 紛争類型別の要件事実」（法曹会）116 頁。いうまでもないことであるが、念のため注意しておくと、ここでいう半信半疑は真偽不明とは異なる。半信半疑とは、実体法上の法律要件の該当事実についての概念であり、当事者が特定の事情について存否いずれとも確信を持つことができない心理状態である。他方、真偽不明とは、訴訟手続上の概念であり、裁判所が特定の事実の存否について確信を持つことができない心証状態である。局面が異なるから、「当事者が半信半疑であったかどうかが裁判所に真偽不明」という事態もあれば、「当事者が半信半疑であることを裁判所が確信した」という事態もありうる。

例えば、民法 192 条の善意取得においては、後述のとおり、同条の善意とは「信じた」の意味であり、かつ、善意は推定されるから、半信半疑だったかどうか真偽不明だった場合は善意取得するが、半信半疑だったと認定できた場合は善意取得は否定される。

①は当該事情の不存在の可能性を全く観念していないということであるので、「当該事情の存在を信じた。」や「当該事情の存在を知っていた。」は①の心理状態のことである。「信じていた。」も「知っていた。」も観念している内容は同一であるが、「信じていた。」は当該事情が実際に存在していたかどうかを問わないのに対し、「知っていた。」は当該事情が実際に存在したことが前提になっている点が異なる[(15)]。

③は当該事情の存在の可能性を全く観念していないので、「当該事情の不存在を信じていた。」や「当該事情の不存在を知っていた。」というべき場合である。ここでも、「信じていた。」というべき場合は、当該事情が客観的に不存在であったかどうかは問わないのに対し、「知っていた。」というべき場合は、当該事情が客観的に不存在であったことが前提になっている。「信じていた。」の場合に当該事情の不存在を前提としないのは、既述のとおり、権利外観法理は外観が不実であることを要件としないからである。「知っていた。」が当該事情の存在又は不存在を前提とするのは、後述のとおり、善意者保護規定（狭義）は権利障害事実や権利消滅原因事実が存在することを前提としてそれらに対する障害事実として機能するからである。

①も②も、「当該事情の不存在を信じてはいなかった。」又は「当該事情の不存在を知ってはいなかった。」に該当する心理状態である。また、②も③も、「当該事情の存在を信じてはいなかった。」や「当該事情の存在を知ってはいなかった。」に該当する心理状態である。なお、一般に「知らなかった。」と表現される心理状態は、「知ってはいなかった。」と表現する方が正確である。

(3) 前記 (1) の「特定の事情」は、自己に有利に働く事情である場合と自己に不利に働く事情である場合とがある。そこで、上記の心理状態を更に詳しく分類すると、以下の 6 種類になる。

1-①　自己に有利な特定の事情について、これが存在する状態であると観

---

(15) 感覚的に分かり易い例で説明すれば、刑事被告人の知人が「被告人は犯人ではないと信じていた。」という場合、実際に犯人ではないこともあれば、実際には犯人であることもある。しかし、被告人の知人が「被告人は犯人であると知っていた。」という場合、実際に犯人

念していた。

1-②　自己に有利な特定の事情について、その存否が不明の状態であると観念していた。

1-③　自己に有利な特定の事情について、これが不存在である状態であると観念していた。

2-①　自己に不利な特定の事情について、これが存在する状態であると観念していた。

2-②　自己に不利な特定の事情について、その存否が不明の状態であると観念していた。

2-③　自己に不利な特定の事情について、これが不存在である状態であると観念していた。

このうち、1-①の心理状態は、当該有利事情の存否につき、存在以外の可能性を全く観念しておらず、それはすなわち、存在を毫も疑っていないということであるから、「当該有利事情の存在を信じていた」と表現するのと同義であり、これが「積極的信頼」と呼ばれる善意である。善意が1-①の意味の場合、その反対概念としての悪意は、1-②又は1-③の心理状態（これらのいずれであっても該当する。）である。この場合の悪意は、「信じてはいなかった」と表現できる。

他方で、2-①の心理状態は、「当該不利事情を知っていた」と表現すべき理状態であり、これが「知らなかった」の反対概念としての悪意である。2-②と2-③のいずれの心理状態も「当該不利事情を知らなかった（知ってはいなかった）[16]」と表現することができ、これが「消極的不知」と呼ばれる善意である。

3　権利外観法理における善意・悪意の意味内容

権利外観法理は、善意者に有利な特定の事情が存在しない場合においても、これが存在する場合と同様の法律効果を与えようとするものである。これは、文字どおり、権利の外観がある場合にその権利が真に存在する場合と同様の法

であることが前提になっている。

(16) 通常は「知らなかった」と表現されるが、権利外観法理における悪意の表現である「信じてはいなかった」と平仄を合わせ、善意者保護規定(狭義)における悪意は、括弧内のように「知ってはいなかった」というべきである。

律効果を与えるものであるから、権利外観法理においては、上記の「事情」には、事実は含まれず権利関係だけである。

訴訟において、権利外観法理は、権利根拠規定として機能することが多い[17]。

権利外観法理が適用されると、善意者に有利な特定の事情が存在しない場合であっても、それが存在するのと同様の法的効果を得ることができる。そのためには、主観的態様として、その事情の存否が不明であるという心理状態では足りず、積極的にその事情が存在すると信じていたことを要すると考えるべきである。したがって、権利外観法理における善意は、「信じた」（1-①）ないし「積極的信頼」を意味する。

その反対概念としての悪意は、「信じてはいなかった」であり、1-②又は1-③のいずれかであればこれに該当する[18]。

4 善意者保護規定（狭義）における善意・悪意の意味内容

善意者保護規定（狭義）は、善意者に不利な特定の事情が存在するにもかかわらず、これが存在しない場合と同様の法律効果を与えようとするものである。

善意者保護規定（狭義）は、訴訟において、権利消滅規定や権利障害規定に対するそのまた権利障害規定として機能することが多い[19]。

権利根拠規定に基づく一定の法律効果が与えられている場合において、自己

---

(17) 例えば、動産の所有権確認訴訟において所有権の取得原因として善意取得を主張する場合がその一例である。ただし、いうまでもなく、ある法規が権利根拠規定なのか権利消滅規定・権利障害規定・権利行使阻止規定なのかは、具体的訴訟における訴訟物が何かによって訴訟毎に異なる。もと所有者が現占有者を被告として提起した所有権確認訴訟において、被告が善意取得による所有権喪失抗弁の主張をする場合は、民192条は権利消滅規定である。

(18) 我妻榮「民法総則（民法講義Ⅰ）」[新訂]（岩波書店）370頁は、民法110条における善意に関してであるが、「代理権があると信じたことを必要とするのはいうまでもない。代理権のないことを知っていたということの挙証責任は本人が負担する。」と述べる。この記述からすれば、善意の意味が「代理権があると信じた」の場合に、その反対概念としての悪意の意味は「代理権のないことを知っていた」（＝2-③のみ）であると考えているように読める。しかし、正確には、この場合の悪意は、「代理権があると信じてはいなかった」であり、2-②と2-③の両方を含むと解するべきである。民法110条の善意の意味については、後に本文で述べる。

(19) 例えば、Aの所有物がAからB、BからCへと転売され、CがAに対して所有権に基づく引渡しを求めたのに対し、Aは、Bの詐欺を理由として民法96条1項に基づき、Bと

に不利な特定の事情が存在するためにその効果の発生が障害され、ないし消滅したときに[20]、それにもかかわらず不存在と同様の効果を与えるためには、その事情が不存在だと信じるまでの必要はなく、その存在を知らなければ足りると考えるべきである。なぜなら、不利な事情が不存在である場合と同様の効果が与えられるということは、もともと権利根拠規定によって一定の法律効果が与えられている状態に戻るだけであって、権利外観法理が機能する局面のように、「権利根拠規定の要求する本来の要件がないのに、これがあるのと同様の法律効果を与える」訳ではないからである。したがって、善意者保護規定（狭義）における善意は、「知らなかった（知ってはいなかった）」（2-②又は2-③）[21]ないし「消極的不知」の意味である。

その反対概念としての悪意は、「知っていた」（2-①）である。

5 取引関係以外の場面における善意者の保護規定における善意・悪意の意味内容

取引関係以外の場面における善意者の保護規定においては、善意は、一般には、2-②又は2-③、すなわち「知らなかった（知ってはいなかった）」の意味、悪意は2-①、すなわち「知っていた」の意味であると考えてよいと思われる。例えば、民法330条2項、同698条、同748条3項である。

しかし、民法162条2項、189条1項、190条、191条、196条2項但書など占有者の善意・悪意が実体法上の要件となっている場合においては、その善意とは「信じた」（1-①）の意味、悪意とは「信じてはいなかった」（1-②又は1-③）の意味であると解されている[22]。

の売買契約を取り消した。これに対して、Cは、同条3項に基づき、詐欺について善意であると主張して取消しの効果を争った。この場合、民法555条は権利根拠規定であり、同96条1項は権利消滅規定であり、同条3項はその障害規定である。

(20) 善意者保護規定（狭義）はこのような局面で機能するので、ここにいう「善意者に不利な特定の事情」は客観的に存在していたことが前提となる。

(21) 司法研修所編「改訂 紛争類型別の要件事実」（法曹会）116頁、同「改訂 問題研究要件事実 - 言い分方式による15題」（法曹会）156頁

(22) 我妻榮・有泉亨「物権法（民法講義Ⅱ）」[新訂]（岩波書店）473頁。同書は、「一般に、善意は『不知』を意味し、疑うだけでは善意だとされるけれども、占有に関しては、疑いをもっている者も悪意と解することが通説である。善意占有者の効果である短期取得時効、即時取得、果実の取得などから見て、通説を是認すべきであろう。（判例もこの見解である。

このように、取引関係以外の場面での善意者保護規定においても、消極的不知を意味する場合と積極的信頼を意味する場合とがあるのである。

第3　各論　その1

まず、権利外観法理と善意者保護規定(狭義)について善意・悪意の意味にさほどの問題がない例を挙げる。

1　権利外観法理における善意要件の例

民法478条の「受領権者としての外観を有する者に対する弁済」の規定は、権利外観法理の一つであり、弁済受領権限がないにもかかわらず、それがある場合と同様に弁済を有効と認める制度である。同条は権利外観法理であるから、同条にいう善意とは、「弁済受領権限があると信じた」(1-①)の意味である[23]。この意味の善意の規定として、他に、会社法354条などがある。

2　権利外観法理における悪意要件の例

民法192条の善意取得は、権利外観法理の一つである。善意取得は、前主に権利がないにもかかわらず、それがある場合と同様の効果(後主の権利取得)を与える制度である。

同条は権利外観法理であるから、善意取得における善意とは、「権利者であると信じた」の意味である。もっとも、判例[24]は「権利者であると誤信したこと」と判示している。しかし、前主が権利者であるために承継取得できる場合であっても、善意取得の要件が主張立証されたのであれば、善意取得の効果を認めてよい。これは、前主から承継取得した自己物でも、時効取得の実体法上の要件が備わっているのであれば時効取得の効果を認めてよいのと同様である。したがって、「前主が権利者である」との観念が「誤」りである必要はない。それが正しい観念なのか誤った観念なのかにかかわらず、「前主が権利者であると信じていた」のであれば、「善意」に該当し、善意取得が成立しうる。

大判大8年10月13日民録25輯1863頁。ただし、反対説も絶無ではない。)」と述べている。「疑いをもっている者も悪意と解する」ということは、実体法上の要件としての善意を「権利者と信じたこと」の意味だと解し、その反対概念である悪意を「信じてはいなかった」という意味だと解しているということである。

(23) 我妻榮「債権総論(民法講義Ⅳ)」[新訂](岩波書店)279頁

(24) 最判昭41年6月9日民集20巻5号1011頁

ところで、同186条1項は占有者の善意を推定しており、判例は、同条項によって推定される善意は、占有者が占有を正当とする本権ありと確信する場合をいうと判示している[25]。その結果、同186条1項により善意取得者の善意が推定される[26]。したがって、善意取得の成立を争う側が前主の無権利について取得者が悪意であったことの主張立証責任を負う。ここに「前主の無権利についての悪意」とは「権利者であると信じてはいなかったこと」、すなわち、「無権利である」と観念していたという心理状態（1-③）と「権利の存否は不明である」と観念していたという心理状態（1-②）のいずれをも含む意味である[27]。

この意味の悪意の規定として、他に、商法24条但書などがある。

3 善意者保護規定(狭義)における善意要件の例

民法96条3項によれば、詐欺取消しの事実があっても、第三者がその事実について善意であれば、取消しの効果を対抗できない。詐欺取消しは例外的事態であるから、その事実を知らなければ、取消しがない通常の法律行為がされた場合と同様に扱ってよいとするものである。このように、同項は善意者保護規定(狭義)であるので、ここに善意とは、「知らなかった」、すなわち2-②又は2-③(いずれも該当する。以下同じ)の意味である。

この意味の善意の規定として、以上のほかに民法32条1項2文、同424条1項但書、同463条2項、商法25条2項などがある。

4 善意者保護規定(狭義)における悪意要件の例

民法93条但書によれば、意思表示が心裡留保に基づく場合、相手方が悪意であれば無効となる。このように、直接的には善意者保護というより悪意者非保護という結果になるので、同条を善意者保護規定(狭義)の一つと呼ぶのは奇異な感があるかも知れない。しかし、既に脚注で述べたとおり、同192条の善意取得の規定も、直接的には善意取得というより悪意非取得という結果になるにもかかわらず、権利外観法理に基づいて善意者を保護する規定だと捉えられている。したがって、実体法上、「善意であれば保護されるが、悪意であれ

(25) 大判大8年10月13日民録25輯1863頁

(26) この推定規定の性質は、暫定真実である。

(27) 司法研修所編「改訂 紛争類型別の要件事実」(法曹会) 116頁、同「改訂 問題研究要件事実 - 言い分方式による15題」(法曹会) 156頁

ば保護されない」という結果となる法条[28]は、その要件の主張立証責任の分配において悪意の主張立証がその法条による保護を争う側にある場合であっても、権利外観法理又は善意者保護規定(狭義)と呼んでよい。

同93条は善意者保護規定(狭義)であるので、同条但書の悪意とは、当該意思表示が表意者の真意ではないことを「知っていた」という意味であり、2-①の心理状態を意味する。

この意味の悪意の規定として、以上のほかに民法100条但書、同113条2項但書、同115条但書、同117条2項、同194条、同466条3項、同505条2項但書、同566条但書などがある。

第4　各論　その2

善意・悪意の意味内容に問題がある幾つかの法条について検討する。

1　民法94条2項（直接適用）

(1)　特定の意思表示がされた場合、原則的にはその意思表示は効力を生じる。例外的に、意思表示が相手方と通謀してした虚偽のものであった場合には、民法94条1項によりその意思表示は無効となる。しかし、第三者が通謀虚偽につき善意であったときには、同条2項により無効主張ができなくなる。

意思表示の構造論において表示主義に立つと、効果意思を欠いていても、表示行為がある以上は、原則として意思表示の効果が発生するはずである。そして、例外的に通謀虚偽の事実があるときにはその意思表示は無効となるが、善意の第三者に対しては通謀虚偽による無効を主張できず、その結果、表示行為に基づく意思表示の効果が発生している状態に戻るだけである。このように、表示主義を前提として同条の条文構成をみると、同条2項の善意は、何らの権利関係もない状態から権利関係を創出するものではなく、表示行為の効果としての権利関係があることを基礎とし、通謀虚偽という第三者にとって不利な事情がある場合においても、その事情がないのと同様に扱うための要件である。このように考えると、ここの善意は、

(28) 法規不適用説に立てばこの表現は誤りであるが、分かり易さのために便宜的にこのように表現した。

「通謀虚偽の事実を知らない（知ってはいない）」（2-②又は2-③）の意味であると解すべきことになる。

なお、虚偽表示を表示行為はあるが効果意思を欠くものと捉えると、虚偽表示は常に当事者双方の心裡留保を含むことになり、心裡留保と虚偽表示とはａ＋ｂの関係[29]になるのではないかという疑義を生じる。そのため、虚偽表示は、表示行為に対応する効果意思を伴うものであるが、それと同時に、「その意思表示を虚偽仮装の無効なものとする」という一種の即時解除合意をしているという構造のものとして捉え、民法94条2項は同545条1項但書と同旨の規定であるとみる見解がある[30]。この見解によった場合には、善意とは「虚偽仮装合意の存在を知らないこと」を意味することになる。この見解に立ったとしても、この善意が「虚偽仮装合意を知らなかった（知ってはいなかった）」（2-②又は2-③）の意味であることに変わりはない。

ところで、Ａの所有物がＡからＢ、ＢからＣへと転売された場合において、Ａ-Ｂの売買が虚偽表示であったがＣがその事実を知らなかったときには、Ｃが目的物の所有権を取得することは間違いないが、その場合の所有権の移転経路は、Ａ→Ｂ→Ｃ（順次取得説）なのかＡ→Ｃ（法定承継取得説）なのかという問題がある[31]。上記(1)のいずれの見解に立つ場合でも、通謀虚偽による無効という効果の主張ができない結果、Ａ-Ｂ売買は原則どおり有効と扱われるのであるから、順次取得説の結論とならざるを得ない。

(2) 他方で、民法94条2項が権利外観法理の一つだとすると、Ａ-Ｂ売買は無効のままＣが所有権を取得することになるから、法定承継取得説と整合する[32]。

---

(29) 司法研修所編「増補 民事訴訟における要件事実第一巻」（法曹会）58頁

(30) 定塚孝司「主張立証責任の構造に関する一試論」(司法研修所論集第74号)40頁、司法研修所民事裁判教官室編「六訂版 民事判決起案の手びき」100頁。なお、大江忠「要件事実民法(1)総則」[第4版](第一法規)302頁にこの見解の説明がある。

(31) 司法研修所編「改訂 紛争類型別の要件事実」（法曹会）80頁

(32) Ｃが原始取得するという見解とも整合するが、実際にそのような見解を採る学説は知らない。

学説上は、民法 94 条 2 項を外観法理ないし表見法理の現れと明言するものが多い[33][34]。また、判例は、法定承継取得説に立っていると解される[35]。これらの学説、判例の立場を前提にすると、同条項の善意は、「意思表示が真意に基づくものだと信じた」（1-①）の意味に解すべきこととなる。

しかし、現実には、同条項を外観法理ないし表見法理の現れと解する者も、その善意の意味については「虚偽表示であることを知らなかった」という意味であると解している[36]。これは、積極的信頼と消極的不知の区別を無視するものであり、理論的に整合しないと思う。この点については、内田貴先生も、「94 条 2 項が権利外観法理の現れだとすると、第三者が保護されるのは、単に虚偽表示であることを知らなかったからというより、権利の外観を信頼したからであり」と述べ[37]、同項の善意を「知らなかった」の意味に解することについて疑問を提示しておられる[38]。

---

(33) 我妻榮「民法総則（民法講義Ⅰ）」[新訂]（岩波書店）291 頁、山本敬三「民法講義Ⅰ 総則」[第 2 版]（有斐閣）141 頁、四宮和夫・能見善久「民法総則」[第 8 版]（弘文堂）203 頁。この見解に関して、村田渉「法律実務家養成教育としての要件事実の考え方について」ジュリスト№ 1288（有斐閣）68 頁に説明がある。

(34) なお、村田渉判事が、前記脚注記載の文献において、民法 94 条 2 項における善意・悪意の主張立証責任の分配に関し、善意の主張立証責任が権利取得を主張する者の側にあることの根拠付けとして権利外観法理を用いていることには疑問がある。例えば、民 192 条は権利外観法理であるが、悪意の主張立証責任が権利取得を争う側にある。この点をみれば分かるように、権利外観法理かどうかは、善意・悪意の意味内容の決定原理としては機能するが、主張立証責任の分配原理としては機能しないと思う。

(35) 最判昭 42 年 10 月 31 日民集 21 巻 8 号 2232 頁、司法研修所編「改訂 紛争類型別の要件事実」（法曹会）80 頁

(36) 我妻榮「民法総則（民法講義Ⅰ）」（岩波書店）[新訂]292 頁、山本敬三「民法講義Ⅰ 総則」[第 2 版]（有斐閣）143 頁、四宮和夫・能見善久「民法総則」[第 8 版]（弘文堂）204 頁

(37) 内田「民法Ⅰ 総則・物権総論」[第 4 版]（東京大学出版会）54 頁

(38) もっとも、内田先生は、上記の論述に続けて「…そこで最近では、保護される第三者となるためには、善意かつ無過失でなければならないという説が学説上有力に主張されている。」と述べ、権利外観法理の性質を無過失要件と結びつける方向で論述されている。しかし、権利外観法理であれば実体法上の要件として無過失が必要であるという点それ自体は一つの見解としてありうるが、それ以前に、ここの善意の意味が「知らなかった」ではなく「信じた」であるという点をまず押さえておくべきであろう。

2　民法94条2項の類推適用

不実登記について民法94条2項の類推適用を認めた判例[39]は、「被上告人から半治郎に対する所有権移転登記は、実体関係に符合しない不実の登記であるとはいえ、所有者たる被上告人の承認のもとに存続せしめられていたものということができる。してみれば、昭和32年9月に右土地を登記簿上の所有名義人たる半治郎から買い受けたものと認められている上告人が、その買受けにあたり、右土地が半治郎の所有に属しないことを知らなかったとすれば、被上告人は、前叙のとおり、民法94条2項の類推適用により、右土地の所有権が半治郎に移転していないことをもつて上告人に対抗することをえず、上告人の所有権取得が認められなければならない筋合いとなる」と判示している。下線部のとおり、判例は、同条項の類推適用において、善意とは「(登記の記載が)真実に反することを知らなかった」という意味であると解している。

しかしながら、「右土地が半治郎の所有に属しないことを知らなかった」というのは、「右土地が半治郎の所有に属すると観念している」(2-③）という場合だけでなく、「右土地が半治郎の所有に属するのか属しないのか分からない」(2-②）という心理状態も含んでいる[40]。無権利者である半治郎から土地を買うにあたり、その土地が半治郎の所有に属するのか属しないのか分からないと観念している場合に、その程度の主観的状態で土地所有権の取得を認めるのは価値判断として不当である。

同条項の類推適用は、不動産登記に事実上の公信力を与えるものである。動産占有に対して公信力を与えた制度が善意取得であることから分かるように、公信力は権利外観法理の現れの一つである。そうすると、ここの善意も、「有

(39) 最判昭45年9月22日民集24巻10号1424頁

(40) 吉原省三「要件事実・事実認定」［第2版］（有斐閣）40頁は、真の所有者がXであるのに同人の意思でA名義登記を仮装していた不動産を善意で買い受けた事案において、「登記が仮装のものであり、Xが所有者であることを知らなかったということは、Aが所有者であると信じたというのと同じことだ」と述べている。この見解は、「『Aに権利がないことを知らなかった』と『「Aに権利があると信じた』は同義である」という前提に立っているものと思われる。しかし、本稿第2の2に述べたとおり、「信じた」と「知らなかった」とでは観念している内容は異なる。「Aに権利がないことを知らなかった」は、Aに権利があると観念していた場合とAに権利があるのかどうか不明であると観念していた場合の両方を含むのに対し、「Aに権利があると信じた」はAに権利があると観念していた場合

利な事情の存在を信じた」(1-①) でなければならないのであり、具体的には「右土地が半治郎の所有に属すると信じた」ことを要すると解するべきである。

判例が前記のような判示をすることになった原因は、類推適用として持ち出した同 94 条 2 項の条文の文言が善意者保護規定 (狭義) であるかのような表現になってしまっているためであると思われる。善意者保護規定 (狭義) であるかのような表現になっている条文を権利外観法理として機能させようとしたところにそもそもの無理があったわけである。(かといって、これ以外に不実登記を信じた者を保護するために用いることができる条文が見当たらないため、やむを得ないことであったとは思うが。)

3 民法 109 条 1 項

民法 109 条 1 項の文言上は、「代理権を与えられていないことを知り」となっているため、同条項の悪意は「無権代理であることを知っていた」という 2-①の意味のように見える。そうすると、相手方の心理状態が「代理人と称している者が無権代理なのか有権代理なのか分からない」という場合は、「無権代理であると知っている」ことにはならないから、悪意にはあたらず、保護されることになる。

しかし、表見代理は、代理関係に適用される権利外観法理であり、代理権がないにもかかわらず、それがある場合と同様の効果 (他人効) を与える制度である。そのため、保護されるべき相手方の主観的態様としては、「無権代理なのか有権代理なのか分からない」と観念しているのでは足りず、「代理権があると信じていた」ことが必要であると思う。したがって、本条の悪意とは、「代理権あると信じてはいなかった」という 1-②又は 1-③ (いずれであっても該当する。) の意味と解するべきである。

同条項の但書が明文化されていなかった時代の [41] 、かつ、過失の有無が争点となった事案であるが、判例 [42] は、「民法 109 条 [43] にいう代理権授与表示

のみを意味するのであり、その内容は異なる。上記見解は、積極的信頼と消極的不知の区別を無視するものであり、賛成できない。

(41) かつて、平成 29 年改正前民法 109 条には但書がなかったが、後掲の最判昭 41 年 4 月 22 日判決の判示事項と同内容の但書が、平成 16 年改正により明文として設けられた。

(42) 最判昭 41 年 4 月 22 日民集 20 巻 4 号 752 頁

(43) 平成 29 年改正民法 109 条 1 項

者は、代理行為の相手方の悪意又は過失を主張、立証することにより、同条所定の責任を免れることができる」との解釈論を示したうえで、「漫然加藤に前記契約締結の代理権ありと信ずるにいたったことには過失があり、民法109条所定の表見代理は成立しない」と判示しており、同条の善意は「代理権ありと信じた」という意味と解している[44]。したがって、主張立証責任の分配まで念頭におけば、判例も、同条の悪意とは、同条の文言どおり「代理権を与えられていないことを知り」ではなく、「代理権ありと信じてはいなかった」という1-②又は1-③（いずれであっても該当する。）の意味だと解しているといってよかろう[45]。

4 民法110条

(1) 表見代理の規定の一つに民法110条がある。同条の文言上、その主観的要件は、「代理人の権限があると信ずべき正当な理由」とされている。ここに「正当な理由」とは、殆どの法学者は「善意かつ無過失を意味する」と解している[46]が、我妻先生や法律実務家は、「正当な理由は無過失を意味し、解釈上、これに加えて善意を要する」と解している[47]。

　善意は事実的要件であるのに対し、無過失は規範的要件であり、その性質が異なる。性質が異なる二つの要件を「正当の理由」という一言で表現するのは適切ではないから、「正当の理由とは無過失を意味する。」との理解の方が妥当である。

---

(44) 椿寿夫・三林宏「新版注釈民法(4)」（有斐閣）185頁は、「表見代理の効果を争う丙は、右表示された代理権が不存在であること及びそのことを甲が知っていたか又は知り得べきであったことを主張立証して責任を免れることができる。」と述べたうえで、最判昭41年4月22日判決・民集20巻4号752頁を挙げているが、同判例は、単に「悪意又は過失」と述べているだけであり、ここの「悪意は知っていたの意味である。」などとは判示していない。

(45) 我妻榮「民法総則（民法講義Ⅰ）」[新訂]（岩波書店）366頁も、平成29年改正前民法109条の善意の意味についての記述であり、かつ、主張立証責任の分配を考慮しないものではあるが、「代理権があると信じた」の意味であると述べている。

(46) 内田貴「民法Ⅰ　総則・物権総論」[第4版]（東京大学出版会）196頁、山本敬三「民法講義Ⅰ　総則」[第2版]（有斐閣）366頁

(47) 我妻榮「民法総則（民法講義Ⅰ）」[新訂]（岩波書店）371頁は、「正当な理由があるとは…信じたことが過失といえない（無過失）ということに帰着する。」と述べている。

(2) 我妻先生[48]は、「代理権があると信じたことを必要とするのはいうまでもない。代理権のないことを知っていたということの挙証責任は本人が負担する」と述べるのに対し、大江忠先生[49]は、「相手方Xが、Aが代理権を有するものと信じたことを要件としている。したがって、その主張・立証責任は、相手方にある。･･･信じたこととは、語感としては権限があると思ったということになろうが、結局、善意（無権限であることを知らなかった）ということに帰着する。」と述べており、見解が相違している。

まず、善意・悪意の主張立証責任の分配については、民法110条の文言が善意・悪意を要件として明示していないこともあってか、定説がない[50]。小職は、以下のとおり考える。一般論として、権利外観法理の要件論は、虚偽の外観の信用性と本人の帰責性と相手方の主観的態様の相関関係で決めるべきである。本条の表見代理においては、本人の帰責性は基本代理権を与えたという点のみにあり、取引相手方が信頼した虚偽の外観そのものの作出に本人は関与していない。この点が民法109条1項の表見代理のケースとは異なる。換言すれば、虚偽の外観は本人ではなく無権代理人が作出したものであるから、信頼に足りる外観としては弱いし、虚偽の外観作出についての本人の帰責性も相対的に小さい。そのため、取引相手方の側に重い立証負担を負わせるべきである。したがって、主張立証責任は善意（無過失も）について取引相手方の側にあると考えるべきである[51]。

次に、善意・悪意の意味については、同条の文言上「権限があると信ずべき」となっているにもかかわらず、前記のとおり、我妻先生は、悪意の意味を「代理権があると信じてはいなかったこと」ではなく「代理権のないことを知っていたこと」と述べている。また、大江先生は、「信じたこととは、語感としては権限があると思ったということになろうが、結局、

---

(48) 我妻榮「民法総則（民法講義Ⅰ）」[新訂]（岩波書店）370頁

(49) 大江忠「要件事実民法(1)総則」[第4版]（第一法規）414頁。なお、大江先生は本文で引用した記述の直後に大判大3年10月29日民録20輯846号を挙げているが、同判例は、正当の理由ないし無過失に関して判示したものであり、善意・悪意の立証責任や善意の意味についての判示はない。

(50) 椿寿夫「註釈民法(4)」（有斐閣）154頁

(51) 権利外観法理においては、無過失が実体法上の要件となるのが通常である。しかし、権利

善意（無権限であることを知らなかった）ということに帰着する。」と述べている。いずれの見解も、条文上は、積極的信頼を意味する文言が使われているのもかかわらず、消極的不知の意味（我妻先生の見解では、その反対の意味の悪意）であると解している。そうすると、このいずれの見解によっても、取引相手方が「代理人に代理権があるのかないのか分からない」という半信半疑の状態である場合に、同条の表見代理が成立することになる。しかし、同条は権利外観法理であり、代理権がないにもかかわらずこれがある場合と同様の法的効果を発生させるものであるから、保護されるべき取引相手方の主観的態様としては、半信半疑状態では足りないというべきである。敢えて条文の文言とは異なる意味に解する必要はない。以上から、ここに善意とは「代理権ががあると信じた」、すなわち 1-①の意味であると考える。

5 民法 112 条 1 項

(1) 民法 112 条 1 項の善意・悪意（及び、過失・無過失）の証明責任の分配について、同条の文理上は、「取引相手方が善意であったことの証明責任が代理の効果を主張する取引相手方側にある（そして、有過失であったことの証明責任が代理の効果を否定する本人側にある）。」と読めるが、判例 (52) 及び通説は「取引相手方が悪意 (又は有過失) であったことの証明責任が代理の効果を否定する本人側にある。」としている。

(2) 同条項の善意を「代理権の存在を信じた」と解するか「代理権の消滅を知らなかった」と解するかについては、争いがある。これは、同条項の善意者保護規定としての性質自体に見解の対立があるためである。

司法研修所は、かつて、平成 29 年改正前民法 112 条について、同条は表見代理の規定ではなく、善意者保護規定 (狭義) であるとの見解を採っていた (53)。確かに、同条本文の文言は「代理権の消滅は、善意の第三者に

外観法理である場合、善意が積極的信頼を意味することと必然的に結びつくが、無過失が必ず実体法上の要件として必要となる訳ではないと考える。真の権利者の帰責性の程度の大小にも係わることだからである。また、同様に、善意者保護規定（狭義）において、無過失が実体法上の要件となるかどうかも、各法条毎に個別に検討されるべき問題であると思う。

(52) 大判明 38 年 12 月 26 日民録 11 輯 1877 頁

(53) 司法研修所編「民事訴訟における要件事実第一巻」[増補]（法曹会）97 頁

対抗することができない。」となっており、その文理上、「代理権の消滅という取引相手方に不利な事情があっても、取引相手方がそれについて善意のときには、本人は代理権消滅の効果を主張できない。（その結果、消滅前の代理権に基づく有権代理の効果が認められる。）」と読めるので、そう考えるのが自然である。また、平成29年改正民法においては、同112条1項本文の文言は、「代理権の消滅後にその代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について、代理権の消滅の事実を知らなかった第三者に対してその責任を負う。」となっており、ここでも、文理上、「代理権消滅の事実という取引相手方に不利な事情があっても、取引相手方がその事実を知らなかったときには、本人は責任を負う。」と読める。なお、ここに「代理権の消滅の事実」とあるが、「代理権の消滅」は法律効果であって「事実」ではないので、この用語は、意味するところが矛盾しており、「代理権の消滅の事実」が「代理権の消滅という法律効果」を意味するのか「代理権消滅原因事実」を意味するのか不明確である。敢えて「事実」という語を用いていることに照らすと、立法者は「代理権消滅原因事実」を意味すると考えているのでないかと推測する。

同条項の性質について、前述の文理のとおりに理解する場合には、同条の善意とは、「代理権消滅原因を知らなかったこと（知ってはいなかったこと）」の意味である。なお、この場合において、主張立証責任の分配を判例のように考えるならば、悪意について代理の効果を否定する本人の側に主張立証責任があり、その悪意とは「代理権消滅原因を知っていたこと」(2-①）を意味することになる。

これに対し、法学者は、伝統的に、同条は表見代理の規定であると考えてきており、法律実務家の中にも伝統的な見解に従ってこれを表見代理と捉えるという見解を提唱する者もある[(54)][(55)]。この見解を採る場合には、

---

(54) 村田渉「法律実務家養成教育としての要件事実の考え方について」ジュリスト№1288（有斐閣）66頁、大島眞一「完全講義　民事裁判実務の基礎〔第2版〕上巻（民事法研究会）182頁

(55) この見解を採る場合、民法109条1項の表見代理の要件事実である「代理権授与表示」や民法110条の表見代理の要件事実である「基本代理権授与行為」「善意」「正当の理由」は、民法99条の有権代理の要件事実である「代理権授与行為」と同価値の要件事実であるの

同条の善意とは、「代理権があると信じたこと」を意味する。なお、この場合において、善意・悪意の主張立証責任の分配を判例のように考えるならば、悪意について代理の効果を否定する本人の側に主張立証責任があり、その悪意とは「代理権があると信じてはいなかったこと」（1-②又は1-③）を意味することになる。

6　民法162条2項

(1)　通説は、ここの善意は、「権利が自分に属すると信じた」という意味であると解している[56]。

同条項にいう占有者は、時効取得者自身をいい、その前主ではない。したがって、同条項は、前主の占有という外観を信じた者を保護しようとする権利外観法理ではない。それにもかかわらず、ここの善意は、「信じた」という意味である。権利外観法理でなくとも、「信じた」の意味の善意が要求されることがあるのである。

権利外観法理に限らず、広く、自己に有利な事情がない場合においてその点について善意であったときに善意者に対して有利な法律効果を付与する法規においては、その善意は「信じた」の意味と解することになるのだと思われる。

(2)　ところで、同162条2項が要求している善意は、前述のとおり、同186条1項によって推定される。その結果、短期取得時効においては、占有者の悪意について取得時効を争う側に主張立証責任がある。そして、ここに

に対し、民法112条1項の表見代理の要件事実は、以下に説明するとおり、民法99条の有権代理の要件事実に対する予備的主張となる。

同条項の表見代理の要件事実は、①「代理権授与行為」、②「代理権消滅原因」、③「代理権があると信じたこと」であるところ、①と②は、有権代理の請求原因とそれに対する抗弁である。すなわち、同条の表見代理の請求原因の要件事実が有権代理の系列の要件事実を完全に包摂する形になっている。このようになっている場合、要件事実の判断順序としては、必ず有権代理の系列から先に判断すべきである（拙稿・攻撃防御方法の判断順序・駒澤法曹12号135頁）。その結果、同条の表見代理の要件事実は、予備的主張だということになる。

この点で、同条を表見代理の規定だと解したとしても、他の表見代理規定とは異なる面が残るわけである。

(56) 我妻榮「民法総則（民法講義Ⅰ）」[新訂]（岩波書店）479頁。

悪意とは、「自己が権利者であると信じてはいなかった」（1-②又は1-③）という意味である。

7　民法466条3項但書

我妻先生[57]は、平成29年改正前民法466条2項但書[58]に関し、「譲受人が保護を受けるには…無過失を要すると解するのが正当である。けだし、表見的なものの信頼を保護して取引の安全を図る制度だからである。」と述べておられる。

「権利外観法理（表見法理）において保護されるべき第三者には実体法上の要件として無過失を要する。」との命題が、一般論として正しいかどうかはともかくとして、同条項が「表見的なものの信頼を保護」する権利外観法理の一つであると理解するのは誤りであると考える。同条1項本文は、まず原則としての債権の自由譲渡性を規定し、改正前の同条2項本文はこれを譲渡禁止特約によって制限することができる旨を規定する。譲渡禁止特約があるにもかかわらず譲受人が善意の場合に譲渡が有効となるという結果は、およそ発生しえない法律効果を創設したわけではなく、同条1項本文による原則どおりの効果が維持されているだけである。したがって、改正前の同条2項但書は、権利外観法理ではなく、善意者保護規定（狭義）であると解される。そのため、ここの善意は、「譲渡禁止特約の存在を知らない（知ってはいない）」（2-②又は2-③）の意味である。

そして、平成29年改正民法466条3項は、「･･･譲渡制限の意思表示を知（っていた）譲受人その他の第三者に対しては、債務者は、その債務者の履行を拒むことができ･･･る。」と規定するに至り、文理上、同条項が権利外観法理ではなく、善意者保護規定（狭義）であることを明瞭に表現したうえで、悪意の方に主張立証責任を負わせた。ここの悪意は2-①の意味である。

8　民法703条、704条

(1)　不当利得者の善意・悪意は、受益者の返還義務の範囲を画する基準となる。我妻先生は、その立証責任は受益者の悪意について返還請求者の側にある

---

(57) 我妻榮「債権総論（民法講義Ⅳ）」[新訂]（岩波書店）524頁

(58) 債権譲渡禁止特約は善意の第三者に対抗することができないとの規定である。文理上、改正の前後で善意・悪意の主張立証責任が逆になっている。

と述べたうえで[59]、ここに悪意とは、「利得が法律上の原因のないことを知っていたこと」であり、「法律上の原因のないこと」とは、不当利得の成立要件となる各場合の事実であると説明しておられる[60]。この説明に従えば、ここに悪意とは「不当利得の成立要件となる事実の存在を知っていた」の意味だということになろう。

なお、文献[61]中には、「善意の不当利得者とは利得が法律上の原因のないことを知らない者、つまり、利得が終局的に自己に帰属すると信ずる者である」と述べるものがある。しかし、この論述は、「不利益な事情を知らない」と「利益な事情を信ずる」の違いを意識していない。利得が法律上の原因があるのかないのか（ないし、自己に帰属するのかしないのか）不明だと観念している場合、「利得が法律上の原因のないことを知らない」には該当するが、「利得が自己に帰属すると信ずる」ことにならない。「法律上の原因がないことを知らない」と「法律上の原因がある（ないし、自己に帰属する）と信ずる」とは同義ではないのである。

我妻先生が不当利得返還請求において悪意が請求原因となると考えておられるのだとすれば、それは誤りであることが指摘されている。悪意が請求原因に位置づけられるのだとすると、不当利得返還請求は、悪意が立証された結果民法704条が適用されてその受けた利益及び利息の返還が認められるか、悪意の立証に失敗して請求そのものが全く認められないかのいずれかとなり、同703条が適用されて返還義務の範囲の制限を受けるケースがありえなくなるからである。正しくは、善意悪意の主張立証なくして請求原因は充足し、受益当時の善意及び受益の消滅が抗弁となり、受益者のその後の悪意が再抗弁となるのである[62]。

---

(59) 我妻榮「債権各論 下巻一（民法講義Ⅴ 4）」（岩波書店）1104頁

(60) 我妻榮「債権各論 下巻一（民法講義Ⅴ 4）」（岩波書店）1102頁

(61) 田中整爾「新版 注釈民法 (18) 債権 (9)」（有斐閣）442頁

(62) 定塚孝司「主張立証責任の構造に関する一試論」(司法研修所論集第74号)53頁、大江忠「要件事実民法 (6) 法定債権」[第4版]（第一法規）47頁。これに対し、吉川眞一判事は、「不当利得」（民事要件事実講座4民法Ⅱ 物権・不当利得・不法行為）（青林書院）129頁において、法文の文言や法定利息請求の場合の主張立証責任の分配等の幾つかの理由を挙げて、利得の消滅のみで抗弁となり、利得の消滅の時点で悪意であったことが再抗弁となると解すべきであるという。

(2) そして、民法703条の善意の意味につき、判例[(63)]は、「善意で不当利得した者の返還義務の範囲が利益の存する限度に減縮されるのは、利得に法律上の原因があると信じて利益を失った者に不当利得がなかった場合以上の不利益を与えるべきでないとする趣旨に出たものである」と述べ、同条の善意は、「信じた」(1-①)の意味であると明言している[(64)]。善意占有者の返還義務に関する規定(民法189条～191条、196条)は、民法703条の特則だと解されている。善意占有者の返還義務に関する規定における善意は、本稿第2の5で述べたとおり「信じた」の意味であると解されているところ、この解釈論とも整合する。

なお、この信頼の対象である「法律上の原因」とは、具体的にどういう事情でなければならないかが問題となる。「法律上の原因」は、その意味内容自体が一定の法的判断を含むことと前提とする概念である。そこで、まず、法律上の原因ありと評価しうる具体的事実関係についての認識が全くなくても、「正当な利得である」と観念していたのであれば善意といってよいと思われる。また逆に正確な法的判断はしていなくても、仮に特定の事実があるとすればそれは法律上の原因に当たると判断できる具体的事実を観念していたのであれば、その場合も善意といってよいと思われる。

以上から、結局、不当利得返還義務の範囲を現存利益に制限するための要件である善意とは、「正当な利得であると信じた」又は「それが法律上の原因に当たると判断できる具体的事実があると信じた」の意味であると考える。

9　商法9条2項

条文上の要件として、商法9条1項前段及び同条2項には「善意」、同条1

(63) 最判平3年11月19日民集45巻8号1209頁

(64) 大江忠先生は、「要件事実民法(6) 法定債権」[第4版](第一法規)47頁において、他の箇所では前掲最判平3年11月19日を引用しながら、不当利得返還請求の要件事実の摘示例では「抗弁2　請求原因2の当時、Yは請求原因4の事実(筆者注・利得が法律上の原因に基づかないことを基礎づける事実)を知らなかったこと」と述べており、同条の善意は「知らない」の意味と考えておられるようである。

項後段には「知らなかった」が挙げられている[65]。なお、会社法908条1項、2項も同様である。

これらの法条の1項は登記の公示力に関する規定である。1項前段は、特定の事項が存在していても、それが登記事項であるときは、その事項が不利に働く善意者に対しては登記しない限り対抗できない旨を規定している。自己に不利な事項を知らない者を保護しようとする趣旨の規定であから、1項前段の善意は「知らなかった（知ってはいなかった）」（2-②又は2-③）の意味である。

1項後段は、法文そのものが「知らなかった」ことを要件としている。この規定も、特定の登記事項が不利に働く場合に、正当事由を備えたうえでその事項を知らなかった場合には、その者を保護しようという、善意者保護の規定である。したがって、ここの善意も法文の表現どおり2-②又は2-③の意味に解してよい。

他方で、2項の善意の意味については問題がある。通説は、「善意の第三者とは、不実の登記事項と同一の事項について善意であれば足り、必ずしも登記そのものによってその事項を知り、且つ、その真実であることを信ずることまで必要ではない」と解しており、下級審判例[66]にも同旨の判示をするものがある。

しかし、2項は不実登記の外形を信じた第三者の保護規定である。権利外観法理の一つであるので、同項の善意は「信じた」（1-①）の意味と解するのが正当である。同条の性質論は、「2項によって保護される第三者は、不実登記を見たことを要するか」という問題として論じられているが[67]、善意の意味内容についても問題を生じることに留意すべきであろう。

---

(65) 平成17年改正前にも同内容の法条が設けられていたが、現在とは条数が異なっていた。改正前商法の条数との対応関係は、旧商法12条＝現商法9条1項、旧商法14条＝現商法9条2項である。

(66) 東京地裁昭和31年9月10日下民集7巻9号2445頁

(67) 森本滋編「商法総則講義（第3版）」（成文堂）158頁