

民法94条2項の「第三者」はなぜ「善意」なのか？*

座 主 祥 伸

概 要

本稿では、日本民法94条2項の規定における第三者保護規定の効果を考察する。94条には虚偽表示に関する規定がされており、94条1項、2項ともに虚偽表示を原因とする諸々の紛争費用増大を防ぐ取り組みがなされていると考えることができる。94条2項の第三者に関する規定は、第三者を保護することが、虚偽表示を行う関係当事者に適切なインセンティブ（誘因）を与える手段となることを考察する。加えて、第三者保護の範囲を善意者に限定することが望ましい条件を提示することによって、民法（起草者）が虚偽表示という結果の分散が大きいことを嫌う、リスク回避的である可能性を示す。最後に94条2項が類推適用される事例では、第三者に善意無過失を要求する場合もあるが、これは関係当事者へのインセンティブを重視するとともにリスクを嫌っている先の説明と整合的である。

キーワード

第三者保護、善意、インセンティブ、リスク回避

JEL分類：K12

I. はじめに

法制度は、人々の行動や経済活動に影響を与える。法の重要な役割のひとつには、人々の経済活動や社会活動において、紛争やトラブルが起きないように法制度を設計・運用をすることがある。このような法の役割を考察するためには、法が関係当事者にどのような影響を与えるのかについて考察することは必要である。すなわち、法によって、関係当事者が

* 本稿の作成にあたり、山本顯治、加藤貴仁・田中亘・森田果・法と経済学ワークショップ2010年度春合宿（於九州大学）参加者、岡本友子・石橋太郎・宇佐見誠・清水剛・松村敏弘・2010年度法と経済学会全国大会（於政策研究院大学院大学）参加者、後藤剛史・応用経済学会2010年度春期大会参加者、関西大学経済学会夏期研究大会参加者、王欽彦・静宜大學セミナー参加者、成蹊大学法科大学院2009年度Law and Economics受講生よりコメントを頂いた。本稿に残された誤りはすべて筆者の責にある。

どのようなインセンティブ（誘因）をもつのかを考えることは重要である。関係する当事者のインセンティブを考察する分析は、伝統的な法律学の議論に加えて法の立法趣旨・制度趣旨の理解をより深め、法の解釈を行う際にも有用であることが期待できる。

本稿では、民法総則の意思表示における「第三者」の規定がもつ機能的側面を考察する。具体的には、通謀虚偽表示に関する94条2項に焦点を当て「第三者」がなぜ善意者であるのかについて、インセンティブの観点から分析する。94条2項は、その直接的な適用のみならず、判例では類推適用の形で用いられる点から、民法において最も重要な規定のひとつであり、その規定を分析することは大変意義あると思われる。従来の考察では、主に解釈論として、対抗要件の有無や善意に加え無過失まで要求するかが議論されている。本稿では、主に94条2項で規定されている第三者が善意者であることの理由を法と経済学のアプローチで考察する。民法をはじめとして法は一般的に、紛争が生じたときの解決の手段を提供すると共に人々の紛争が生じさせないための取り組みや規定を提供している。本稿で考察の対象とする意思表示に関しては、意思と表示の乖離がそもそも問題である場合もあれば、たとえそれ自体が問題でないとしてもその乖離を起点としてその後には様々な問題や紛争が生じる可能性は高くなる。そのような紛争に関わる諸々のコストを発生させない、あるいは縮小させるために、民法（起草者）はそのような意思と表示に差が生じる状況に対してその防止・抑止を目的にしていると考えすることは不自然ではないように思われる¹⁾。この目的を前提とすると、「善意の第三者に対抗することはできない」という一見すると善意の第三者を法的に保護する規定は、第三者の保護という側面がある一方、関係当事者へのインセンティブの装置としての機能をもつことを示す。加えて、保護する第三者の範囲を限定することは、意思表示から生じる問題についての社会的評価がリスク回避的である（リスクを嫌っている・結果の分散が大きいことを嫌っている）ことが根拠となる可能性を考察する。

本稿の残りの部分において、第Ⅱ節において分析のための基本的設定と通謀虚偽表示の標準的な説明を簡潔に行う。第Ⅲ節において、当事者のインセンティブを考えることで第三者が善意者である場合と悪意者である場合を比較し、そのインセンティブへの影響を見る。まとめを簡潔に第Ⅳ節で行う。

1) もしそうでなければ、わざわざ意思表示に関する条項を設ける必要はないであろう。

II. 基本設定と標準的説明

民法は 94 条において、虚偽表示に関する規定を置いている。

94 条 1 項：相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする。

2 項：前項の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することはできない。

本稿での経済主体は、虚偽表示を主体的に行う本人 X、X に虚偽表示を頼まれる相手方 Y、Y が転売する場合 Y より購入する第三者 Z の三主体である。通謀虚偽表示の例は次のようなものである。典型的なものとして、X が税金や借金の返済逃れのために、X は Y と通謀して本来は自分の土地を Y に売却した形にして Y の名義にする（登記を移す）といったものがある。このような事例の場合、税金逃れや借金返済逃れのために通謀虚偽表示が行われるのであり、その行為自体、社会的に見て望ましくないであろう。

より問題となってくるのは、X と Y との虚偽表示が行われた後に、本来権利を持っていない Y から第三者 Z に当該土地が売却された場合である。この場合、94 条 2 項より、X は Z が善意者であるとき、虚偽表示を理由に X と Y との契約が無効であることを Z に対抗することはできない。すなわち、X は善意の Z を相手には自分の土地を取り戻すことはできない。

ここで、94 条 2 項において、なぜ「第三者」に「善意」の限定がなされているのかということが素朴な疑問として挙げられる。これが本稿での分析の主な対象となる。94 条 2 項に関するいままでの研究の多くは、解釈論として対抗要件や過失の有無が分析の対象となっている。本稿では、「善意」という第三者への限定がもたらす当事者へのインセンティブを考察の対象とする。94 条 2 項では本人が虚偽表示を理由に対抗できないのは、第三者が善意者のみの場合に限られることになるが、善意者に加え悪意者の場合も含めた場合と比較することで、第三者保護の範囲を善意者に限定する意味について第 III 節で考察する。

なぜ第三者を善意者に限定するのかという疑問に対するもっとも素朴な説明としては、相手方 Y を信頼した事情を知らない第三者 Z は保護すべきであり、事情を知っている悪意

者の第三者であれば、保護に値しないということになろう。事情知らない人の取引が覆されるのであれば、そのような人はなかなか契約できないことになるので、そのような契約は保護しようということである。

94条を含め意思表示に関する規定についての法学の標準的な理解を非常に簡潔に説明すると次のようになろう²⁾。原則としては、静的安全、すなわち意思と表示の不一致がある場合には契約は無効または取り消しとする、を重視する。例外的に、取引の安全、すなわち意思表示に何らかの問題があっても契約は有効とする、を重視するというものである。

本稿では、事情を知らない善意の第三者は保護すべきであるとする素朴な考えや、取引の安全のために善意の第三者の取引は守られるべきとする考えとは、異なる視点で考察する。すなわち、第三者の範囲に善意に限定することは、虚偽表示を防止する上で関係当事者に適切な形でインセンティブを与える手段であると見る。このように条項が当事者達に与えるインセンティブを考えることによって、各条項のもつ機能的側面を考えることができる。従来の静的安全と取引の安全のバランスを考察することに加え、このような事前の段階の当事者にどのような影響を与えるのかを分析することは、条文自体の機能をより深く理解することを可能にし、解釈の際には条文の制度趣旨・目的に合致するような解決を導く手助けとなる。法と経済学の先行研究では、ルールの違いが当事者にどのようなインセンティブを与えるかについて考察されている³⁾。本稿では、これら先行研究と同様のアプローチで日本の民法の一部分に焦点を当てる。

本稿でみる94条に限らず、民法総則の意思表示に関する条項は、基本的には本人とその相手方に対して意思と表示の不一致をさせないことを、そしてその結果として紛争を生じさせないことを目的としていると考えることができる。例えば、93条本文によって心理留保をさせないことを本人に求め、95条本文によって本人が錯誤をしないように注意さ

2) 例えば、大村(2009)・内田(2008)・佐久間(2008)・四宮・能見(2005)・我妻(2005)等を参照。民法の初学習者として大変参考になった文献として、伊藤(2005)を挙げておく。

3) Shavell(2004)は、盗品が第三者に売買されたときでの所有権の確定に関して、善意購入者を保護するルールと原所有者を保護するルールを比較している。前者は窃盗犯にとって売ることが容易であり、買い手が盗品がどうか確認するインセンティブ小さい。後者では、原所有者は自己所有の証拠をつけるインセンティブが高まる、盗品の売買価格下がることによる窃盗の可能性が低くなると指摘している。取引の安全を考慮しても、多くの場合後者が望ましいとしている。Schafer and Ott(2004)も同様に当事者に与えるインセンティブの視点から、善意取得に関する考察を行っている。彼らは、真の権利者のモニタリングコストと新たな取得者の情報コストを比較し、どのような場合において善意取得が望ましいかについて議論している。本稿とは直接関係しないが、日本法について広範囲に扱った経済学的考察としてRamseyer and Nakazato(1999)を挙げておく。

民法 94 条 2 項の「第三者」はなぜ「善意」なのか？

せることを相手方に求め、96 条 1 項では詐欺や強迫をしないことを相手方に求めていると理解することが可能である。加えて、虚偽表示・錯誤・詐欺において第三者との関係についての規定を明示的に規定していることから意思と表示の不一致による直接的な紛争（本人と相手方）だけではなく、間接的に生じる紛争（本人と第三者）についても、それらの防止を民法は目指していると理解することは自然なように思われる。つまり、意思と表示の不一致によって、その後生じる紛争等に関わる諸々の費用が大きくなることを防止することを目指していると考えられる。

Ⅲ. 分析

本稿での分析アプローチは、法律や判決がその後の経済主体の行動にどのような影響を与えるかに注目する「事前」の視点に立つものである。言い換えれば、条文やその判決が人々にどのようなインセンティブ（誘因・動機付け）を与えるのかについて注目するものである。94 条の分析に入る前に、本稿での分析方法をまず詐欺と強迫を例にして、以下で簡単に説明する。

1. 詐欺と強迫の場合

詐欺と強迫に関して、民法は 96 条にてその取り扱いを定めている。

96 条 1 項：詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができる。

2 項：相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を知っていたときに限り、その意思表示を取り消すことができる。

3 項：前二項の規定による詐欺による意思表示の取消しは、善意の第三者に対抗することはできない。

直感的な説明のため、96 条の 1 項と 3 項に注目する⁴⁾。これに関係する当事者としては、詐欺や強迫の被害者と詐欺や強迫を行う者となる。これらの条項を事前の視点で素直に読むと次のようになる。

4) 関連する当事者として、詐欺と強迫の被害者とその行為者に対象を絞る。2 項についても、本稿での以下の分析と同様に考察可能であるが、ここでは省略する。

詐欺については、詐欺を行われた者は、その意思表示を取り消すことができる。この条項によって、詐欺を行う者は、詐欺によって契約の取り決めをしたとしても、後になって取り消される可能性がある。これを予想する潜在的に詐欺を行う者は、この規定が存在しない場合と比較すると、詐欺を行うインセンティブは小さくなる。すなわち、96条1項は詐欺を行う者に対して、詐欺をさせないインセンティブを与えている。その一方で3項では、第三者との関係において、詐欺の被害者は善意の第三者に対しては取消しを主張することはできない。このことを予想する詐欺の被害者は、詐欺に遭わないための（騙されない）注意をするであろう。従って、96条は1項で詐欺をさせないインセンティブを、3項で詐欺に遭わないインセンティブを関係当事者達に与えている。

強迫についても強迫を行う者に対しては、同様に、1項において強迫をさせないインセンティブを与えている。96条2項や3項に強迫が規定されていないことは、強迫の被害者のインセンティブに関係していると理解できる。すなわち、詐欺の被害者とは異なり、強迫の被害者は注意することによって、強迫を避けることは難しいと民法（起草者）は考えているのかもしれない。強迫の被害者へのインセンティブを考慮する必要はないため、少なくとも3項において強迫は除かれていると考えることができる。

このように民法は、96条にて詐欺や強迫を行う者にそれらを抑止するための規定（1項）を設け、他方で詐欺の被害者に対しても騙されないためのインセンティブを与える規定（3項）を設けていると理解することができる。少なくともそのような機能があることをここでは指摘した。

2. 94条の分析

それでは、94条がどのようなインセンティブを当事者（主として、本人X・相手方Y）に与えるのかを考察することによって、第三者に関する規定の効果を見よう。民法は、先の96条の分析と同様に94条全体で関係当事者にインセンティブを与えることによって虚偽表示防止を基本的な立法趣旨としていることを前提に以下の分析を進める。本節では、まず94条2項の考察をし、その後同様の手法で94条1項を分析する。

(1) 2項

94条2項の分析の前提として、本人Xから相手方Yに登記が移っていることを前提とす

る。この理由は、判例・学説から、94 条 2 項の保護を第三者がうけるための最低限の条件であるからである⁵⁾。

もし通謀虚偽表示を行うにあたり本人 X のみが影響を与えているならば（相手方 Y は X の言いなりに虚偽表示を行う状況を想起せよ）、上記立法趣旨を貫徹するためには、善意者であれ悪意者であれ相手方 Y と第三者 Z との取引は保護されればよいことをまず示す。すなわち、民法の規定では単に「第三者に対して対抗することはできない」とすればよい。そのように規定することによって、このことを事前に予想する X は、もし Y に渡したら自分の財産が戻ってこない可能性が高くなるため、Y との通謀虚偽表示を行うことはしないであろう。

ただし、実際には虚偽表示を行うのは本人 X と相手方 Y の両当事者であり、両当事者ともに虚偽表示という活動に影響を与える。善意者に加え悪意の第三者まで認めてしまうと、Y にとって事後的には取引する対象範囲が広がるので、通謀虚偽表示をするインセンティブが善意の場合と比べて高くなる。その結果、X から虚偽表示を行うことを申し込まれた場合に加え、自ら X をそそのかすことによって虚偽表示を行う可能性が高まる。すなわち、悪意者まで認めることは、Y に善意の場合と比べて高い不適切なインセンティブを与えてしまう恐れがある。

ここから分かるように、保護する第三者を 94 条 2 項のように善意者のみに限定する場合と、悪意の第三者も含める場合では、当事者 (X・Y・Z) に与えるインセンティブは異なってくる。善意者だけではなく悪意の第三者も含めた場合、先述したように本人 X には、通謀虚偽表示はしないという適切なインセンティブをより高い程度で与える。他方、虚偽表示して第三者に転売しようとする相手方 Y への不適切なインセンティブをより高い程度で与えることになる。加えて、悪意の第三者は、虚偽表示を利用するため相手方 Y へ本人 X との通謀虚偽表示をさせようとする。つまり、悪意の第三者への不適切なインセンティブを与えていることになる。

次に第三者を善意者のみに限定した場合を考察しよう。善意者のみの場合、本人 X に対しては、通謀虚偽表示はしないという適切なインセンティブを与える。ただし、その影響力は悪意者も含める場合と比べると大きくはない。同様に、第三者に転売することは悪意

5) 登記の移っている相手方と取引することが第三者が善意者であると見なすことのできる必要条件となっている。

の場合に比べるとその対象が狭くなるためにより困難となる。悪意者を含める場合ほど大きくはないが、やはり相手方 Y には、虚偽表示を行い転売しようとする不適切なインセンティブを与える。第三者に与えるインセンティブの効果は、定義より第三者は善意であり、Y をそそのかすインセンティブはそもそもない。

以上から、善意者のみの場合であれ悪意者も含める場合であれ程度の差はあるが、通謀虚偽表示防止の観点からは本人 X への適切なインセンティブを与える一方で、相手方 Y への不適切なインセンティブを与えることが分かる。すなわち、本人と相手方に与えるインセンティブの間でトレードオフがある。加えて、悪意者も含める場合には、第三者 Z に対しても不適切なインセンティブを与えてしまう。善意者に加え悪意者も含める場合には強力なインセンティブを当事者 (X と Y) に与える一方、善意者のみの場合、X と Y に与えるインセンティブはゆるやかなものとなる。

まとめると、保護する第三者が善意者のみの場合には、本人 X への弱い望ましい効果がある一方で、相手方 Y への弱い望ましくない効果が存在する。保護する第三者を善意者に加え悪意者も認める場合には、本人 X への強い望ましい効果がある一方で、相手方 Y への強い望ましくない効果と第三者 Z への望ましくない効果が生じる⁶⁾。

通謀虚偽表示を通して社会に与える望ましくない影響は、これまで考察してきたように基本的には本人 X と相手方 Y の行為によって引き起こされる。社会にとって望ましくない虚偽表示が、X と Y の行為のどちらかがより影響を及ぼしたかは、個々の事例によって異なると思われる。ある事例では X が与える影響が強い場合 (X が主導的に虚偽表示を行った場合) もあろうし、別の事例では Y が与える影響が強い場合 (Y が X をそそのかし主導的に虚偽表示を行った場合) もあろう。虚偽表示に与える影響が X と Y のどちらが大きいかは、一般的には言えない。

悪意の第三者も保護する場合には、本人 X に対して強い適切なインセンティブを与えるため、X が与える影響が強い事例に関しては、悪意の第三者も保護した方が社会にとってより望ましい。他方で、Y が与える影響が強い事例において、悪意の第三者も保護する場合には、相手方 Y に対して強い不適切なインセンティブを与え、このとき社会にとっては善意者のみの場合と比べると、より望ましくない結果になる。すなわち、常に Y が主

6) ここでの「弱い」「強い」という表現は相対的なものであることに注意せよ。

導的に虚偽表示を行う場合には、虚偽表示防止の観点からは善意の第三者のみを保護することが相対的に社会的には望ましい（善意の第三者のみを保護することが望ましいときの条件 1).

本人 X が与える影響が強い相手方 Y の与える影響が強いことは事例によって異なるとき、平均的に見て善意に加え悪意の第三者まで保護する場合と比べて、善意の第三者保護に限定した場合が虚偽表示という結果が小さいのであれば⁷⁾、善意者に限定することが社会的に望ましい（善意の第三者のみを保護することが望ましいときの条件 2).

平均の結果が同じ場合、悪意の第三者も保護し X と Y に強いインセンティブを与えることは、その結果がある場合には望ましい方向に、ある場合には望ましくない方向にと大きく振れてしまう。民法（起草者）は、どちらかに大きく振れることを嫌って、よりゆるやかなインセンティブの方（94 条 2 項：第三者保護を善意者に限定）を選んだと考えることができる。すなわち、結果の分散が大きいことを嫌っている場合、善意者に限定することは望ましい。このことは、通謀虚偽表示が与える社会への結果に対して、民法（起草者）がリスク回避的であることを意味する。

以上より、保護する第三者の範囲を善意者に限定することが社会的に望ましい場合は、次の三つの条件に場合分けすることができる。

条件 1 虚偽表示に対して、常に相手方 Y が本人 X より与える影響力が大きい場合（Y が主導的立場で虚偽表示を行う場合）

条件 2 虚偽表示の期待値が善意者に限定した場合の方が悪意者の場合（善意者も含む）と比較すると小さい場合（平均で評価して善意者に限定した方が、虚偽表示が生じにくい場合）

条件 3 虚偽表示の期待値が善意者に限定した場合も悪意者の場合も同じであるとき、虚偽表示が大きく振れることを嫌う（民法（起草者）がリスク回避的である）場合

7) 期待値で評価して虚偽表示という活動（結果）が少ない（小さい）ことを意味している。

民法（起草者）が第三者保護を善意者に限定した追加的理由としては、悪意の第三者も保護する場合には、そのような第三者に虚偽表示を利用しようとする不適切なインセンティブを与えることを嫌った可能性も考えられる⁸⁾。

以上の三つの条件はそのいずれかが成り立つ場合、第三者の範囲を善意者に限定することは社会的に望ましい。以下では、それぞれの条件について考察する。条件1は、相手方Yが「常に」主導的立場で虚偽表示を行うことを意味している。典型的な虚偽表示が借金や税金逃れのために行われるとすると、通常は本人XがYに話を持ちかけて虚偽表示を行う場合が多いだろう。XがYに話を持ちかけた後で、Yが虚偽表示を主導する場合が考えられないわけでもないが、そのような状況が常に成り立つとは考えにくい。これを考慮すると、この条件が成立することは難しいと思われる。すなわち、条件1を根拠に第三者を善意者に限定することは難しい。

条件2は、平均で評価して善意者に限定した方が虚偽表示は生じにくいことを意味している。たとえ条件1が成立していなくても、事件の性質やその割合によって条件2は成立する可能性はある。ただし、多くの事例を見渡して必ず条件2が成り立っているかどうかははっきりとは言えないだろう。条件2も、第三者も善意者に限定する根拠としては強くないと言える。

条件3は、虚偽表示が極めて抑制される場合と非常に多く発生する場合（悪意者も含める）よりも、望ましいときも望ましくないときもそこそこにある場合（善意者に限定）の方がより社会的に望ましいと評価していることを意味している。言い換えれば、虚偽表示の頻度や生じる数というアウトプットに関して、その分散がより小さいことが望ましいことを意味する⁹⁾。結果の分散がより小さいことを社会的に望むということは、社会が政策評価に関してリスク回避的であることを表している。条件1や2に対して条件3は、第三者の範囲を善意者に限定することの自然な前提条件だと思われる。

以上まとめると、第三者を善意者に限定する理由としては、当事者の本人Xと相手方Yにインセンティブを与えるとともに、そのアウトカム分散がより小さくなる効果を求め

8) 悪意の第三者自身が虚偽表示を悪用する可能性を考慮することは、より第三者保護を善意者に限定することが望ましいことの理由を追加する。ただし、本稿での分析が本質的に変わるものではないため混乱を避け分析の単純化のため、悪意の第三者のインセンティブに関する記述はこの程度に留める。

9) 付録、図1参照。

ていることが挙げられる。

(2) 1 項：なぜ虚偽表示は当事者間で「無効」なのか？

上記と同様の分析で、94 条 1 項を考察する¹⁰⁾。先と同じく通謀虚偽表示は社会的に望ましくはなく、94 条全体でその防止を目的としているとする。1 項では、本人 X と相手方 Y の間での虚偽表示の取り扱いがされているため、二当事者のインセンティブに注目しよう。まず本人 X に対して虚偽表示を行わせないための 1 項に関する最も有効な手段として、条文を通謀虚偽表示は「有効」とする場合が考えられる。これにより、本人 X にとって、相手方 Y と通謀虚偽表示を行うことは本来自分の財産がそのまま Y の財産となることを意味し、X に対して虚偽表示を行わせない適切なインセンティブを与えることになる。

他方、このように本人 X と相手方 Y との間の虚偽表示を有効にすることは、Y に対して不適切なインセンティブを与えることになる。もし本人 X が虚偽表示により利益を受けようとする立場（税金や借金逃れ）であり、かつ 94 条に関する知識がない場合、Y は X をそそのかし、虚偽表示をさせて X の財産を奪うことを助長させる可能性がある。

現行のように虚偽表示が「無効」である場合、相手方 Y の X をそそのかして虚偽表示を悪用しようとする不適切なインセンティブはなくなる一方、本人 X は虚偽表示を行おうとするインセンティブが生じる。94 条 2 項での分析とは異なり、「無効」の場合と「有効」の場合を比較すると、この構造は関係当事者へのインセンティブが全く正反対の方向に働くことが理解できる。

従って、94 条 1 項において「無効」が「有効」の場合と比べ社会的に望ましい時は、次の二つの場合に分類できる。

条件 1 虚偽表示に対して、常に相手方 Y が本人 X より与える影響力が大きい場合
(Y が主導的立場で虚偽表示を行う場合)

条件 2' 虚偽表示の期待値が無効に限定した場合の方が有効の場合と比較すると小

10) 本小節の考察にあたり、田中亘先生・森田果先生をはじめ法と経済ワークショップ春合宿参加の先生方からのコメントを受けた後、大きく改訂を行った。ここに感謝する。

さい場合（平均で評価して無効に限定した方が、虚偽表示が生じにくい場合）

IV. 第三者の範囲を限定する効果とその応用

以上見てきたように、保護する第三者の範囲をより限定することによって本人や相手方に与えるインセンティブは、それぞれより弱い方向に働くことが分かった。94条2項の類推適用がなされる意思外形非対応型と呼ばれる事例（本人の想像を超える外観が作り出されて、第三者がそれを信頼した場合）では、本人の帰責性が小さいことを理由に第三者の保護要件をより厳しくし、善意に加えて無過失まで要求する。これまでの分析から想像できるように、第三者の範囲を善意無過失に制限した場合には、本人に与える虚偽表示（虚偽の外観の承認）を防止しようとするインセンティブは善意者に限定する場合と比べると弱める効果をもつ。同様に、相手方が虚偽表示（虚偽の外観）を悪用しようとするインセンティブも同様に弱めている。以上まとめると、第三者の保護要件の範囲を限定することによる本人や相手方に与えるインセンティブの大きさの関係は次の不等式を満たす。

善意者に加え悪意者まで保護 > 善意者ならば保護 > 善意者に加え無過失まで要求

すなわち、本人が虚偽表示や虚偽の外観の承認を避けようとするインセンティブは、悪意の第三者も含まれる場合が最も大きく、第三者が善意無過失に制限される場合には最も小さい。同様に、相手方が虚偽表示や虚偽の外観の承認を悪用しようとするインセンティブは、悪意の場合が最も大きく、善意無過失の場合は最も小さい。類推適用がなされる意思外形非対応型事例では、本人の与える影響に比べ相手方の与える影響がより大きいことから、先の条件1が当てはまる可能性が高い。このことは平均的な効果で考えてみても、条件2にも当てはまる可能性もある。加えて、平均的な結果として判断できない場合であっても、条件3はやはり当てはまる。以上より、類推適用がなされる意思外形非対応型事例で第三者に善意無過失を要求することは、保護する第三者の範囲をより限定することが社会的に望ましい条件をすべて満たしている可能性が高い。このことは、民法を解釈する法律家も関係当事者へのインセンティブを重視すると共にリスクを嫌っていることを表していると言えよう¹¹⁾。

11) このことは、民法（起草者）以上に法律家は民法の機能的側面を理解していることを表しているのかもしれない。

V. おわりに

本稿では、通謀虚偽表示に関する 94 条 2 項の保護がなぜ善意の第三者に限定されているのかについて考察した。関係当事者への事前のインセンティブの視点で、94 条を改めて解釈すると、ある条件下では悪意の第三者も保護することの利点があることを確認した。その一方で善意の第三者に保護の範囲を限定することが社会的に望ましい場合がある。本稿では、善意の第三者を保護する理由を、通謀して虚偽表示を利用する当事者達へ適切なインセンティブを与えるためにある可能性があることを示した。加えて、民法（起草者）が社会的な結果（虚偽表示）に関してリスク回避的である可能性も指摘した。

付録：図と数式による善意者保護が望ましい場合の説明

ここでは、94 条 2 項において第三者を善意者に限定することが望ましい条件（Ⅲ. 2 (1)）を、簡単な数式と図で確認する。

本文にて、虚偽表示に関する本人 X に与える影響は、悪意者 (*mala fides*) も含める方が善意者 (*bona fides*) に限定した場合に比べて社会的に望ましい（より高いインセンティブを与える）ことを示した。同様に、相手方 Y に与える影響は、善意者に限定する方が悪意者も含める場合に比べて社会的に望ましいことを示した。善意者に限定する（あるいは、善意者に加え悪意者も含める）場合の、本人 X の虚偽表示に関する行動・インプットを x_b (x_m) で表し、相手方 Y の虚偽表示に関する行動・インプットを y_b (y_m) で表す。加えて、虚偽表示というアウトプットを $f(x,y)$ または $g(x,y)$ で表す。 $x_i, y_i (i=b,m)$ は各当事者の虚偽表示のための努力の水準・社会全体の虚偽表示を試みる行動回数、 $f(x,y)$, $g(x,y)$ は、努力の水準を所与としたときの、虚偽表示の生じる確率・頻度・社会全体の回数として解釈できる。

本人の行動 x に関しては、善意者の場合の方が虚偽表示に「貢献」と考えると、次のように表現することができる（別の見方をすると、悪意者も含めた場合の方が社会的には望ましいインセンティブを与える）：

$$f(x_b, y) > f(x_m, y) \quad \forall y$$

ここで $x_b > x_m$ である。すなわち、相手方の努力水準を所与とすると、本人の努力水準

(インプット)が高いほど、虚偽表示が生じる可能性が高いことを意味している。同様に、相手方の行動 y に関しては、悪意の場合の方が虚偽表示に貢献すると考えると、次のようになる：

$$f(x, y_m) > f(x, y_b) \quad \forall x$$

ここで、 $y_m > y_b$ である。この不等式は、本人の努力水準を所与とすると、相手方の努力水準が高いほど、虚偽表示が生じる可能性が高いことを意味している。

個別の事例によって与える影響は異なるため、善意者のみの場合と悪意者も含める場合での虚偽表示に与える影響の大小比較は一般的には分からない：

$$f(x_b, y_b) > < f(x_m, y_m).$$

ただし、 x の y に対する相対的な影響（限界効果）が大きい場合と小さい場合に分けると、その大小関係は明らかになる。 x の限界効果が y の限界効果に比べて大きい場合(A)と小さい場合(B)に分けて以下で考察する。以下では、場合(A)における虚偽表示という結果を $f(x, y)$ で、場合(B)における虚偽表示の結果を $g(x, y)$ で表すとする。

(A) : x の限界効果が y の限界効果より相対的に大きい場合

場合(A)が意味しているのは、同じ (x, y) の組み合わせから x_m から x_b に変化したときの効果が、 y_b から y_m に変化したときの効果を上回ることである。すなわち、

$$f(x_b, y_b) - f(x_m, y_b) > f(x_m, y_m) - f(x_m, y_b).$$

これより、次の関係式を得る。

$$f(x_b, y_b) > f(x_m, y_m)$$

これは、(A)の場合、悪意者の方が善意者に比べて虚偽表示への効果は小さい（悪意者も含む場合の方が社会的に望ましい）ことを意味している。

(B) : y の限界効果が x の限界効果より相対的に大きい場合

同様に、この場合には、次の関係式が成り立つ：

$$g(x_m, y_m) - g(x_m, y_b) > g(x_b, y_b) - g(x_m, y_b).$$

よって、

$$g(x_m, y_m) > g(x_b, y_b)$$

を得る。これは、(B)のとき、悪意者の方が善意者に比べて虚偽表示への効果は大きい（善意者のみ場合の方が社会的に望ましい）ことを意味している。

以上より、虚偽表示の問題において常に(B)が成り立つとき、悪意者も含める場合に比べ、第三者の範囲を善意者に限定することは社会的に望ましいことが分かる(条件1)。

次に、場合(A)と(B)のどちらの場合になるかは分からないが、事前の確率は分かる場合を考える。場合(A)になるときの確率を p 、(B)になるときの確率を $1-p$ で表す。すなわち、確率 p で $f(x,y)$ となり、確率 $1-p$ で $g(x,y)$ となる。このとき、

$$pf(x_b, y_b) + (1-p)g(x_b, y_b) < pf(x_m, y_m) + (1-p)g(x_m, y_m)$$

が成り立つとき、第三者の範囲を善意者に限定することは社会的に望ましい。つまり、平均的な結果で評価して善意者の場合の方が悪意者に比べ虚偽表示への影響が小さければ、善意者のみに限定する方が望ましい(条件2)。

最後に、平均的な結果も善意者と悪意者で同じである場合：

$$pf(x_b, y_b) + (1-p)g(x_b, y_b) = pf(x_m, y_m) + (1-p)g(x_m, y_m)$$

を考える。いま $g(x_b, y_b) > f(x_b, y_b)$ が成り立つとする。 $g(x,y)$ は y の効果が相対的に大きい場合であり、同じインプットの x と y であれば $f(x,y)$ と比較すると、より望ましくない(虚偽表示が生じやすい)結果となる。一方、 $f(x,y)$ は x の効果が相対的に大きい場合であることから、同じインプットの x と y であれば $g(x,y)$ と比較すると、より望ましい(虚偽表示が生じにくい)結果となる。従って、同じインプットであれば、一方($g(x,y)$)は虚偽表示が相対的に生じやすく、もう一方($f(x,y)$)は虚偽表示が相対的に生じにくい関係になっている。この条件($g(x_b, y_b) > f(x_b, y_b)$)が成立するのはもっともらしい直感的な関係となっていることが分かる¹²⁾。この条件と、前述の関係を合わせると、次の関係式を得る：

$$g(x_m, y_m) > g(x_b, y_b) > f(x_b, y_b) > f(x_m, y_m)$$

これは、悪意者も含む場合のアウトプットはその値が大きく振れ、善意者の場合のアウトプットはその値の振れ具合は小さいことを意味している。虚偽表示のアウトプットは、より小さいほど望ましいので、民法(起草者)がリスク回避的であれば、平均が同じとき分散が小さいほど期待効用は高い(下図参照)¹³⁾。すなわち、民法(起草者)がリスク回避的である場合、第三者を善意者に限定することは、悪意者も含める場合と比べて望ましい(条件3)。

12) この関係がたとえ成り立たないとしても、 $f(x_m, y_m) < g(x_b, y_b)$ かつ $f(x_b, y_b) < g(x_m, y_m)$ が成立してさえいれば、以下の議論は本質的に変わらない。

13) この図は、横軸が虚偽表示の生じる確率・頻度・回数等を、縦軸が社会的評価の度合い(効用水準)を表している。虚偽表示は多いほど効用は減少し、減少幅は大きくなっていることを表している。例えば、虚偽表示の平均が H のとき、善意の期待効用は線分 $F_B G_B$ 上の点 B で、悪意の期待効用は線分 $F_M G_M$ 上の点 M で示されている。

効用

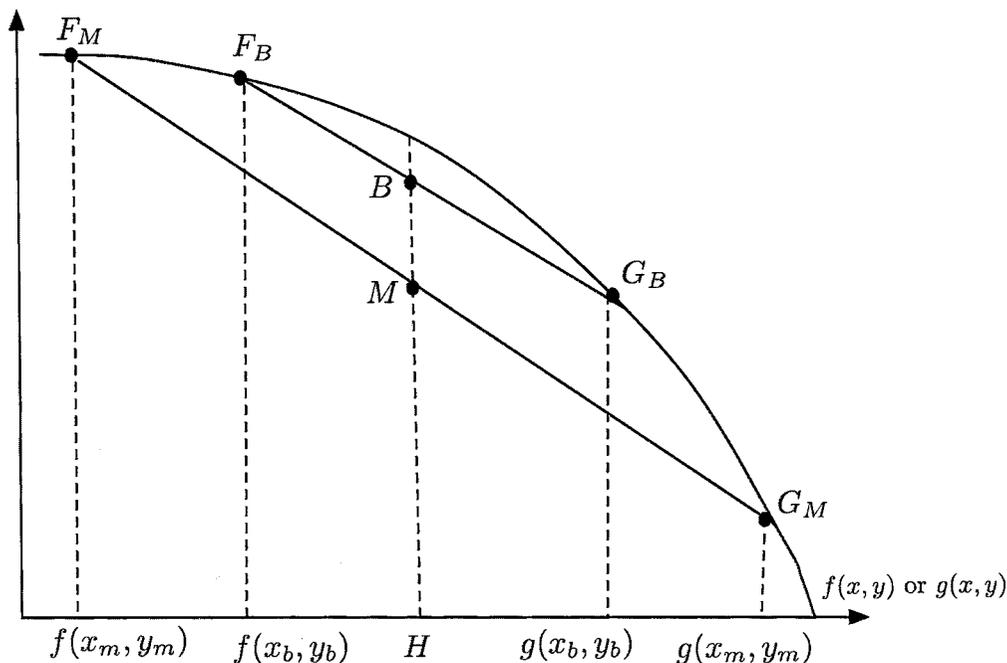


図 1：社会的評価として、社会の結果が大きく振れることを嫌う場合

参考文献

伊藤真 (2005)「民法総則 第2版補正3版」弘文堂
 大村敦志 (2009)「民法読解総則編」有斐閣
 内田貴 (2008)「民法1 [第4版] 総則・物権総論」東京大学出版会
 佐久間毅 (2008)「民法の基礎1 総則 [第3版]」有斐閣
 四宮和夫・能見善久 (2005)「民法総則 第7版」弘文堂
 我妻榮 (幾代通・川井健 補訂) (2005)「民法案内2 民法総則」勁草書房
 Schafer, Hans-Bernd and Claus Ott (translated by Matthew Braham) (2004) "The Economic Analysis of Civil Law." Edward Elgar, Cheltenham, UK.
 Shavell, Steven (2004) "Foundation of Economic Analysis of Law." The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts. 田中亘・飯田高 (訳)「法と経済学」日本経済新聞出版社 2010 年
 Ramseyer, J. Mark and Minoru Nakazato (1999) "Japanese Law: An Economic Approach." The University of Chicago Press, Chicago.