

日本民法における「無効及ヒ取消」

——効力否認論序説——

熊谷芝青

- 一 はじめに
- 二 旧民法における効力否認概念
- 三 現行民法における効力否認概念
- 四 学説の展開
 - I 梅博士の効力否認概念
 - II 旧通説の効力否認概念
 - III 新通説の効力否認概念
- 五 結語

一 はじめに

民法において、外形上の行為がなされても意思表示の欠陥などを理由に、法律上の効果を否認する制度がある。すなわち「無効」と「取消」である。これらを一括して、効力否認制度とすると、この効力否認制度の法的性質について

ての概念を効力否認概念と呼ぶことは許されよう。本稿では「効力否認概念」という語をこの意味で用いることにする。

さて意思表示の欠陥に基づく効力否認制度の具体的効果についての議論が近年高まっている。意思無能力「無効」と行為無能力「取消」、錯誤「無効」と詐欺「取消」の効果についてである。これらの場合に、古典的な旧通説では明確に意識されなかった「表意者保護」という観点から、現在の新通説が、効力否認制度を再構成しようとしている。そして新通説では、特に錯誤と詐欺について、要件と効果において差異を示すべきではないとする価値判断からの研究が主流である。そして意思表示の欠陥による「表意者保護」のための効力否認として、「取消」と同様な効果を与えようとする⁽³⁾。そこで問題となるのが、条文上の「無効」という語である。これをフランス的な「相対的無効」という概念を導入して、済し崩し的に「取消化」を図る学説も出現しつつある⁽⁴⁾。

しかし、このような済し崩し的「取消化」によって、「無効」と「取消」の差異は等閑視されてしまっている。そこで、この「取消化」が進展することに、一定の歯止めは不要なのだろうか。そして「無効」という語に公序良俗・強行法規違反の「無効」と異なる「無効」という範疇を認めることは、果たして妥当なのだろうか。このような疑問から「無効」という語の示すところを探究し、「無効」の「無」としての意味を明確にしようとするのが、本稿の第一の課題である。

この第一の課題を処理するにあたり、「取消」の「有」としての性格が明らかになってくる。すると、取消しうべき行為に基づいて新たな行為をした第三者は保護されるのかという問題に対して、重要な示唆を与えてくれる。「取消と登記」の問題についての示唆である。現在の新通説は、二二二条は「取消」によって「初ヨリ無効ト看做ス」という語を絶対的に遡及すると解釈することに固執する。そのうえで第三者への表意者等の追奪を制限しようとしてい

るが、その論理とのぞむべき結果との矛盾という逆説に陥っている観がある。その原因は、「取消」が「有」としての性格を前提にしていることに対する認識が不足しているためではないかと思われる。この「有」としての前提を明らかにするのが第二の課題である。この第一と第二の課題を処理することによって、新通説が主張しようとしているフランス流の「相対的無効」概念の必要性の有無が明確になろう。

なるほど、現在の新通説は意思表示の欠陥による効力否認制度を、表意者の保護という点から再構成しようとすることは首肯できる。しかし、その結論が済し崩し的な「取消化」であることには疑問を抱かざるをえない。新通説は、①主張資格者、②第三者への追奪、③主張期間を制限し、④遡及的追認を認めようとする⁵⁾。しかし、②、③では無制限の方が表意者の保護に厚いことは明らかであり、①では、表意者の主張がないことで奇貨を得る相手方が存在する可能性、④では不当に表意者から保護の機会を剝奪する危険性が存在する。つまり、「表意者保護」という点からは説明しきれない面が存在するのである。そこで「表意者保護」という政策目的を理論的に位置づけるとしたら、どのような理論的根拠に依るべきかを明らかにしたい。これが第三の課題である。これらの課題はそれぞれ細かい論点を含み、浅学非才の筆者には荷が勝ち過ぎてている。そのため、これからの研究の序説として基本的な考察の縁に止まるものであることを、予めお断りしておきたい。

そして本稿で取る方法としては、「無効」と「取消」の両者をも含んだ包括的な効力否認概念が、どのように形成され、どのような展開を辿ったかを検討することにする。その場合、①主張者の資格、②転得者の保護を中心とした第三者への効果の波及の有無、③主張の期間制限、④追認の遡及可能性の四点をメルクマールとして論ずることとする。それは新通説がまさにこれらの点を「無効」の問題点としているからである。⁶⁾

そして効力否認概念の展開はまさに、学説を中心としてなされたのであるから、学説史を中心に論じていきたい。

とすると日本民法を問題にしているのだから、現行民法の成立過程を追えば充分なはずである。しかし、現行民法の成立過程で旧民法への言及があり、また、現行民法では当然の前提として捨象された旧民法規定が存在していることが、この効力否認概念の領域では特に顕著である。したがって、旧民法を最初に取扱い、つぎに現行民法、そして学説の展開を跡追ひ、最後に卑見を述べることにしたい。

- (1) 鈴木禄弥『民法総則講義』（一九八四年）一三三頁は、無効と取消を「効力否認」として一括して取り扱っている。
- (2) 速藤浩他編『民法(1)総則』（川井健執筆）（第三版一九八七年）一六一頁以下。
- (3) 椿寿夫「錯誤無効と詐欺取消の關係」『広島法学』一〇巻三号（一九八七年）四〇頁。
- (4) 近江幸治『民法講義Ⅰ民法総則』（一九九一年）三六、一七四、二四九頁。
- (5) 椿・前出注（3）三八頁以下。
- (6) 椿・前出注（3）二四頁以下。

二 旧民法における効力否認概念

旧民法において効力否認概念がどのように把握されていたかを、概観してみよう。ここでは、効力否認概念は二分されており、その区別を規定しているのが、財産編三〇四条と三〇五条である。すなわち、三〇四条で合意（convention）¹⁾の成立要件を、三〇五条でその有効要件を規定しているのだが、この両条の規定趣旨を起草者たるポワソナードは次のようにいう。

「この両規定を比較することによって、一見ただけで合意の成立要件と有効要件を理解すること、そして直ちに完全に無効な（null）合意と瑕疵ある合意、即ち無効となしうる（annulable）合意との区別をなすことが可能とな

る。無効な合意と無効となしうる合意との間には数々の大きな相違がある。⁽²⁾

この叙述より明らかなように、ボワソナードは、「完全に無効」と「無効となしうる」という区別をしている。この annulable (無効となしうる) を司法省訳では「取消シ得ヘキ」⁽³⁾となっており、日本法における取消概念の嚆矢である。ボワソナードが取消概念として充分に明確なものを意識していたと言いうるかは、後述するように大いに疑問ではあるが、ともかくボワソナードは「無効」と「無効となしうるもの」との区別をしようとしていたことに注意がはられるべきであろう。そこで旧民法における「無効」概念と「無効となしうる」概念がどのようなものであったか、具体的に検討してみたい。

まず第一に、「無効」概念を検討する。これは合意の成立要件を規定する財産編第三〇四条と関連する。

財産編第三〇四条 凡ソ合意ノ成立スル為メニハ左ノ三個ノ条件ヲ具備スルヲ必要トス

第一 当事者又ハ代人(ノ代理人)ノ承諾 (consentement)

第二 確定ニシテ各人カ処分権ヲ有スル目的

第三 事実且合法ノ原因

この三個の要件を具備してはじめて、各人に義務を負わせる約定が成立する。この三個の要件を具備しない場合、その合意は「純粋な理由である事物の性質」から完全に「無効」となる。⁽⁴⁾ 無効の性質は、不成立 (inexistence) であり、その効果は完全に絶対的である。即ち絶対的無効 (nullité absolue) である。ボワソナードは、三〇四条を「生命 (la vie)」に譬えている。⁽⁵⁾ そして、この「基本的要件」の一つでも欠缺すれば、成立しているかのような外観を有しているが不成立の行為である、としているのである。⁽⁶⁾ つまり、(絶対的) 無効は不成立の範疇に含ましめられており「無効」不成立「無」⁽⁷⁾ということが明らかにされている。

それでは、この（絶対的）無効の効果はどのようなものであろうか。このことを検討するにあたり、前章でとりあげた四個のメルクマールを利用することにする。①主張は当事者のいずれも、また裁判所もできる。③遡及的追認と④主張の期間制限については「時間も当事者の意思も無効な合意を有効とすることはできない。即ち無効な合意はやり直されなければならない」⁽⁷⁾（財産編五五八条参照）とする。これらの効果は「無効Ⅱ不成立Ⅱ『無』」という法的構成から演繹されるものである。特に、最後の叙述は後述する現行民法一一九条の立法趣旨にそのまま継承されていることが理解されよう。⁽⁸⁾②相手方からの転得者に対する効果については言及はないが、不成立の行為に基づいた上での相手方からの取得となるので、保護されないように思われる。

また、「無権代理の追完」について触れておきたい。今日講学上いわれている「狭義の無権代理（現行民法一一三条）」は財産編三〇四条に抵触し、本人が承諾していないのだから、不成立である⁽⁹⁾。したがって本人が「追完」したとしても、それは新たな合意となるのであり、遡及効は当然には生じないように思われる。

因みに、「二重効」についてボワソナードは無効の契約は、せいぜい成立の外観を有するにすぎず、不成立のものを無効化する（annuler）ことは問題とはなりえないとして、否定する⁽¹⁰⁾。

第二に、「無効となしうる」概念について検討することにする。これは「合意」の有効要件を規定する財産編第三〇五条と関係する。

財産編第三〇五条 合意ノ成立ニ必要ナル条件ノ外尚ホ其有効ナル為メニハ左ニ掲グル二箇ノ条件ヲ具備スルヲ必要トス

第一 承諾ノ瑕疵ヲ成ス可キ錯誤又ハ強暴（Ⅱ強迫）ノ無キコト

第二 当事者ノ能力アルコト又ハ有効ニ代理セラレタルコト

第一号では錯誤・強暴（＝強迫）があれば瑕疵ある合意となるとしている。現行民法と異なり錯誤を瑕疵ある合意を形成するものとしており、詐欺による合意が含まれていない。この点についてポワソナードは詐欺による錯誤の程度によって詐欺を錯誤と混同し（軽微なものは損害賠償請求権しか生じない・財産編三二二条）、実質的に詐欺による合意も瑕疵ある合意のなかに含ましめている。このように旧民法は、錯誤・詐欺・強暴をその程度の軽重を基準として、重程度ものを三〇四条の成立要件を欠き（＝不成立）、また軽微なものを合意の有効性に何ら影響の無いものとし、その中間領域を三〇五条の効力要件を欠く合意（＝瑕疵ある合意）になるものと分類していた。⁽¹¹⁾

第二号は、行為無能力者についての規定である。ただし、意思のない「喪心」を理由とする無能力または行為の不成立に関する一般規定は無いが、⁽¹²⁾「禁治産ノ言渡後」は言うまでもなく、「禁治産ノ裁判言渡前ニ為シタル禁治産者ノ行為ニ対シテモ其行為ノ当時ニ於テ喪心ノ明確ナルトキハ銷除訴権ヲ行フコトヲ得」（人事編二百三十条）としており、三〇四条にいわゆる「当事者ノ承諾」が欠缺してなる絶対的無効とは、ならないようである。ポワソナードは「知能 *les facultés intellectuelles*」が不十分の者に重要な法律上の行為 *acte juridique* をなす能力 *la capacité* を禁ずるとして⁽¹³⁾いるが、「知能」が「無」となることは想定していなかったと思われる。

さて、この三〇五条の有効要件を充足しない場合、その合意は瑕疵ある合意、即ち無効となしうる合意 (*la convention annulable*) となり、それを確定的に無効とすためには無効化 (*annulation*)（司法省訳では「取消」）を要する。しかし、その主張資格者は、無能力者とその瑕疵ある承諾を与えた者とその代理人に限定されており（財産編第三一九・五四四条）、その意味で「相対的」なものである。またこの「無効化」の効果として無効（＝「無」という結果になるということから、「相対的無効 *nullité relative*」）（司法省訳では「関係ノ取消」としている）という語を使うとしている（つまり、「無効化」の二つの代表的効果によって名付けられているのである）。そして、三〇五条を

「健康 (la santé)」に譬えている。つまり、合意が三〇四条で「生命」を獲得して初めて問題となる。従って特定の主張資格者の主張がなされるまでは合意は、当然には無効とならないという性質を有するのである。⁽¹⁴⁾なぜ特定の者に主張を制限するかといえば、無能力者 (les faibles) 保護に主眼があるからである。⁽¹⁵⁾ボワソナードは瑕疵ある合意をした表意者の保護については言及がないが、後述するように追認（認諾）を「削除訴権の放棄」と捉えているところから考えて、表意者保護のために認めたものと一般化しても良からう。旧民法におけるこの「相対的無効」概念は、現行民法における「取消」概念のいわばプロトタイプであったのである。しかし無効化を表す用語として、annulation という無効 nullité と同じ語幹 nul を持つ言葉を使用したために、ボワソナードが意図していた効力否認概念の二分化が不明瞭なものとなってしまったように思われる。しかも、三〇五条の要件不充足の具体的効果を rescision et nullité (旧民法では「削除」と nullité という語をそのまま使用しており、⁽¹⁶⁾ボワソナード自ら混用している。「取消」を表す用語 rescision を単独で使用できたにもかかわらず、nullité を併記したのはどうしてであろうか。ボワソナードは次のように説明する。

「当草案において訴権に無効又は取消の訴権 l'action en rescision ou en nullité の語が与えられているが、当草案にはこれらの名称の何れも区別なく与えられている」⁽¹⁷⁾。

即ち、無効訴権 l'action en nullité と取消訴権 l'action en rescision との相違を廃止し、この二つの訴権を融合し、二つの名称を区別無く使用する「近代的理論」を採用したフランス民法典に従ったものである。⁽¹⁸⁾しかし、ここで注意すべきことは、ここでの「無効訴権」は絶対的無効に関するものではなく、⁽¹⁹⁾相対的無効に関するものとして扱われていることである。要するに、ボワソナードは「絶対的」無効（＝不成立）とは別の概念を構成しようとした意図は用語の混用のために充分に活かされないという限界があったのである。この「無効」という用語の混用が梅博士等に

よって批判されるところとなるのである。⁽²⁰⁾

さて、旧民法は前述した（絶対的）無効とは異なる効果を「削除訴権」の効果に与えている。①主張資格者は無能力者と瑕疵ある承諾を与えた者とその代理人に限定する（財産編三一九・五四五條）。この立場は現行民法一二〇條に受け継がれている。

③主張の期間制限は五年であり（財産編五四五條）、これは現行民法（一二六條）に継承されている。しかし、ポワソナードはフランスの抗弁の永久性を封じた事について詳述し、積極的になぜ期間制限を付す要があったかについては、触れていない。⁽²¹⁾

④追認については「認諾 (confirmation)」という名称が与えられ、「削除訴権ノ抛棄」とし（財産編五四四條）、成立していたものを無効化することができなくなるだけだから合意の成立のときから当然有効となる。「黙示ノ認諾」（財産編五五六條）は現行民法の法定追認の規定（一二五條）に引き継がれている。

ただし、注意すべきことは、現行民法の「取消」の効果が現在の新通説と大幅に異なるのは、②の第三者（特に転得者）の保護に關してである。ポワソナードのいうところに従ってみよう。「無効化」の結果、不成立と同視される「無効」となり、相手方は「自己が有する以上の権利を与えられない」という原則により、相手方から権利を譲り受けた転得者は、表意者からの追求を受け、取得したと思つた権利を否定されることになる。しかし、この場合、動産に關しては善意取得制度によって保護される（証拠編一四四條参照）⁽²²⁾のに対して、不動産に關しては転得者は保護されないことになる。⁽²³⁾そこで表意者と転得者の何れを保護するかを「怠慢 negligence」を基準にして比較衡量する。表意者には「無効化」をなして、当該譲渡が消滅した意思を欄外に遅滞なく「訴状ノ抜抄ヲ附記ス」ることが要求され、⁽²⁴⁾転得者には、登記を見て「無効化」が存在することに対して善意であることが要求される。そして転得者は、登記をみ

て無過失で相手方に権原があると信頼した場合にのみ保護されるのであり、この限度で登記に公信力をあたえ、登記によって実質的に何れを保護するかを決しようとしたのである（財産編五五三・三五二・三五三條参照⁽²⁵⁾）。つまり、「削除（無効化）」の効果は、原則として遡及するが、一定の転得者には波及しないのである。これを本稿では、「相対的遡及説」と名付けることにする。

本章を小括しておこう。旧民法の効力否認概念には不成立に含ましめられ、効果も不成立（無）である（絶対的無効と「無効化」（「有」を前提とする）を要する「有」を前提とした「相対的無効」の二分論を成立させようとしていた。後者は現行民法の「取消」のプロトタイプとして意義をもつものであったが、現行民法でははっきりしない一定の第三者の保護が計られていたのであった。

- (1) 山口俊夫教授は convention を「約定」、consentement を「合意」と訳出しておられるが（山口俊夫『フランス債権法』（一九八六年）二、一頁）、本稿ではこれまでの慣例に従って、前者に「合意」、後者に「承諾」の訳語を用いることにする。
- (2) Gustave Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, t. II, *Des droits personnels ou obligations*, Zeme ed., 1883, p. 53, 53, 54.
- (3) ボアソナード『再闡修正民法草案註釈』五五頁。
- (4) Boissonade, *op. cit.*, p. 65
- (5) Boissonade, *op. cit.*, p. 55
- (6) Boissonade, *op. cit.*, p. 753.
- (7) Boissonade, *op. cit.*, p. 54
- (8) 現行民法一一九條の沿革につき林幸司「錯誤無効の追認可能性と民法一一九條の解釈論的意義について」立命館法学第一九八号（一九八八年）一七九頁は、母法がドイツ民法と断定しておられるが、ボワソナードはここで特にドイツ法に言及が無く、次章でも触れるように、無理があるように思われる。

- (9) 梅謙次郎『民法要義卷之二』(一九〇五年二四版)二九〇頁では「無効」といわず、「全く成立スルコトヲ得ス」の語を用いており、不成立を意識していたものと推測できよう。しかし、ボワソナード本人は、言及していない。
- (10) Boissonade, op. cit., p. 753.
- (11) 錯誤については小林一俊「日本民法における錯誤法の系譜と関連問題」(初出、一九七二、七三年)『錯誤法の研究』(一九八六年)一五一頁以下が、また、錯誤と詐欺との関係については竹石惣「錯誤無効の競合論」(一九九一年)一一六頁以下が詳しい。
- (12) 須水醇「権利能力・意思能力・行為能力」星野英一編集代表『民法講座』第一卷(一九八四年)九七頁。
- (13) Boissonade, op. cit., p. 61 et s.
- (14) Boissonade, op. cit., p. 55.
- (15) Boissonade, op. cit., p. 65.
- (16) Boissonade, op. cit., p. 736 et s.
- (17) Boissonade, op. cit., p. 745.
- (18) フランス民法典では、現在でも l'action en nullité ou rescision という用語が用いられている(一三〇四条以下)。Boissonade, op. cit., p. 745 et s. でフランス民法典制定以前の l'action en nullité et l'action en rescision との区別について詳述しているが、柳澤秀吉「無効と取消」名城法学三 四巻一号(一九八四年)六頁注(4)にその紹介がある。
- (19) 岡松参太郎『民法理由』(二八九七年訂正再版)二六八頁。
- (20) 梅・前出注(9)〇五頁。
- (21) Boissonade, op. cit., p. 742 et s.
- (22) フランス法においては「動産は追求力を有しなく(Meubles n'ont pas de suite)」ものとされる(舟橋諱一「物権法」(一九六〇年)一三三頁)。
- (23) Boissonade, op. cit., p. 770.
- (24) 今日不動産登記法三条の予告登記に当たる(舟橋諱一編『注釈民法(六)』(一九六七年)二八三頁(原島重義執筆))
- (25) Boissonade, op. cit., p. 224 et s. ボワソナードは、この転得者の保護がフランス民法典及び一八五五年のフランスの法律では無視され、一八五一年のベルギーの法律でも殆ど考慮されていないが、イタリア民法典で明確に確立されていると説く。

三 現行民法における効力否認概念

現行民法典では効力否認の概念を一一九条から一二六条に渡り「無効及ヒ取消」と題して規定している。その立法過程を通して、立法者がどのように効力否認概念を把握していたのかを、概観していきたい。

周知のとおり、旧民法は、法典論争にまきこまれ、公布されたものの、結局施行は無期延期となつてしまつた。しかし、現行民法は旧民法と全く没交渉に登場したのではなく、旧民法の修正として常に意識され、それに外国の諸民法等を参照しながら作成された。⁽¹⁾ 効力否認の概念についても民法主査会議事速記録・民法議事速記録⁽²⁾において立法の趣旨を説明する起草委員は度々旧民法に言及している。そして効力否認概念として「無効」と「取消」という二範疇を規定するに到つた。

まず「無効」について検討してみたい。現行民法では「無効」の効果が規定されているのは一一九条のみである。この規定の立法趣旨を起草委員たる梅博士は絶対的無効の規定する旧民法五五八条と「略ボ同ジ」としている。⁽³⁾ その基本的性質について「全クノ無効デアリマス。従来ノ用語デ云ヘバ不成立トモ云フベキ場合デアリマス」、「無効トナリマス」云フト是ハ有ル物ガ消滅スルノデハナク初メカラナイノデアリマス」とあり、⁽⁴⁾ 無効と不成立とを区別する現在の新通説と異なり、「無効」不成立⁽⁵⁾「無」と考えられていたことが窺える。そして、「従来多ク不成立ト云ツテアルノガ今度無効ト云フコトニナツタノデアリマス」とあり不成立を「無効」という語に含ませている。これは、前章で概観した旧民法において、不成立の中に無効を含まれていたのとは、逆の包摂関係であることが理解されよう。この点を除けば現行民法における「無効」は旧民法の「絶対的」無効⁽⁶⁾概念をそのまま継承したものであるといえよう。

「無効」の具体的効果を検討しよう。現行民法の「無効」は今述べたように「初メカラナイ」という絶対的無効であり、その性格から演繹できよう。①・②無効の主張は原則として誰もができ、また誰に対しても主張でき、③「無」であるものには時間の経過が問題となりえないから、主張の期間制限もない。以上については一一九条の議論では特に問題とはなっていない。④追認について梅博士は「無効デアルト云フコトヲ知リツツ追認ヲ為スト云フノハ必ず當事者ニ於テ新ニ義務ヲ負フト云フ意思ガアリマスルカラ夫レハ新ナル行為ト見テ、有効ナル元素ヲ備ヘテ居レバ有効デアルシ、若シ有効ナル元素ヲ備ヘテ居ラナケレバ無効デアルト云フコトニスルノガ適當ト考ヘ」(傍点熊谷)ている。これも「無効」『無』』という基本概念と一致する。ここで注目すべきことは、「有効ナル元素ヲ備ヘテ居レバ」という留保である。今日における表意者保護を考えると、表意者の意思表示の欠陥が甚だしいときには、相手方・表意者双方にこの留保を要求することで、表意者保護が周到に図られているように思われる。

確かに総論的には右のように整然と論じられ、無効概念は確立しているかのように思われる。しかし、各論的などころでは動揺が見られる。それは現行民法九五条但書と一一三条一項を巡ってである。

まず九五条但書に関する議論を民法主査会議事速記録を通して見ておきたいが、後述する錯誤を巡る議論とも関連するので本文の立法趣旨も併せて見ていくこととしたい。九五条本文の立法趣旨は旧民法において合意を不成立(当然無効)とならしむる錯誤のみを現行民法九五条の「法律行為ノ要素」の錯誤に包含せしめ、それ以外の錯誤は「無効又ハ取消ノ原因ト為スノ価値ナキモノ」として削除している。そして前者の錯誤の効果は、意思の欠缺の結果として無効となるとしている。しかし、錯誤規定が表意者保護という観点から規定されるべきだという明確な言及はなく、むしろ「取引ノ安全ト利便」を理由として適用範囲を狭めている。以上のことについて委員の間では問題となつてはいるが、表意者保護の観点が具体的な問題として顕在化してくるのは、次章で後述するように錯誤に関する判例の

分析がなされてからである。

民法主査会で争点になったのは但書を巡つてである。立法趣旨としては、錯誤の相手方に十分な満足を与えるために、錯誤者の損害賠償では不可能なので、錯誤者に重大な過失がある場合には、錯誤者の意思表示を有効とすることによつて相手方を保護し、取引の安全を図つたことである。⁽⁹⁾これに対して田部芳・土方寧両委員から、但書削除論が主張されている。それは、錯誤によつて元来無効である意思表示を有効にするというのは「理屈カラ云フト」「理論カラ言ヘバ」⁽¹⁰⁾「奇怪」⁽¹¹⁾であることを根拠としている。これに答えて、起草委員の富井博士は「有効デアルベキモノヲ無効トスルトカ或ハ無効デアルベキモノヲ有効トスルトカ云フ如キ規定ヲ設ケルノハ、便宜上、段々其方ニナツテ来ルト信ジテ居リ」(傍点熊谷)、またこの規定は、重過失の錯誤者に救済を与えないイギリス法に倣つたものである、と述べている。⁽¹²⁾さらに、菊池武夫委員は重過失ある錯誤者の相手方からは無効を主張できるよゝにすることが「穩当」とし、この線に沿つた字句の修正が議論されている。⁽¹³⁾即ち重過失ある錯誤者以外の者の無効主張は妨げないといふことが了解されていたのである。

次に狭義の無権代理の効果についてである。横田国臣委員が、代理権を有しない者が、代理人の名を以て行つた契約が有効であることに異議を挟んでいる。⁽¹⁴⁾それに対して、富井博士は、横田説のような絶対的無効説の存在を認めながらも「近頃ノ学説殊ニ独逸民法草案ヲ解スル所デハ然ウ云フ主義デナクシテ、余程便宜ト云フコトヲ斟酌シテ一時ノ条件付キノヤウナモノデアルケレドモ、相手方ハ其行為ニ縛ラレル、一定ノ範圍ニ縛ラレルト云フヤウナ風ノ主義ヲ採ツテ居ルヤウニ解セラレル」(傍点熊谷)から、その主義に従うとしてゐる。⁽¹⁵⁾また梅博士も「無効」と言つておきながら、追認・相手方の取消・催告等の効果が生ずるのだから「無効」とは言わずに「効力ヲ生ゼズ」という表現を使うとしてゐる。⁽¹⁶⁾つまり、本来「無」であるものを、数々の効果が生ずるため、「便宜」のために「有」とせざる

をえず、それを「無効Ⅱ」「無」⁽¹⁷⁾とは捉えていない。したがって一一六条でなされる追完も「無」から「有」を生じさせるものとは言い難いのである。一一六条を以て無効一般の遡及的追認を可能とすることは難しいように思われる。このように、立法者は理論的に克服できないところを「便宜」と外国の立法例を理由として例外的に処理しているが、「無効Ⅱ」「無」と基本的にとらえようとしていたことが窺える。

次に「取消」の立法者の基本概念と具体的効果を検討していきたい。この「取消」を立法者はどのように把握しようとしていたのであろうか。梅博士は、旧民法の「銷除(Ⅱ相対的無効)」を「取消」と考えようとしている。一一一条で「取消シタル行為ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做ス」とあり、取消しうる行為は取消のあるまで有効(Ⅱ「有」としていた)と思われる。梅博士は、現行民法一一二条の立法趣旨を旧民法財産編五五二条と同じものだとしながらも、より一般的・抽象的な規定としてドイツ民法草案に倣って「初ヨリ無効ナリシモノト看做ス」と規定した⁽¹⁸⁾、と説明する。既述のとおり、旧民法の「銷除」は「有」のものが結果的に「無」とするという「有」を前提とする性格を持っており、現行民法においても、その性格は維持されている。しかも旧民法では「無」としての絶対的無効と「有」を前提とする相対的無効の区別がボワソナードの意図に反して曖昧だったのに対して、現行民法においては、「無」としての「無効」とは全く混同されようのない用語が選択されている。すなわち、「取消」という語の選択である。この結果、概念としても一応明確に「無効」とは区別されるに到った。この意味でプロトタイプとしての相対的無効が「取消」に昇華したといえよう。

効果についても概観してみよう。①の取消権者は無能力者と瑕疵ある意思表示をなした者とその承継人と代理人に限定される(一一〇条)ことは旧民法と同じである。ただし何故限定されるかについては、議論されていない。無能力者は未成年者、準禁治産者、禁治産者であるが、意思無能力者についての言及はない。しかし「喪心」のときの行

為の無効が議論され、実質的に「意思無能力者の行為は無効」というテーゼが成立していったものと思われるが、⁽¹⁹⁾「喪心」を想定し、それを「無」と考えることは旧民法にはないことであつた。また瑕疵ある意思表示は、錯誤と強迫によるものに限定され、既述のとおり、錯誤は、除外されている。また③の主張の期間制限も五年であり（一二六条）、この点も旧民法と同じである。しかし、何故制限されるかは議論されていない。④の追認については、追認をした者に対してのみ効力が生ずる相対効が主張され、梅博士も賛意を表しているが、その点についての具体的な字句の修正は結局なかつた。⁽²⁰⁾

しかし、②善意の転得者を保護する規定（旧民法財産編五五三条）が削除されており、しかも取消の効果が遡及することが規定されるに到つたことである。この点について梅博士は「是（財産編五五三条のこと・熊谷注）ハ詰り登記ノコトニ譲ツテアル箇條、斯様ナ譲ルヤウナ文章ハ成ル可ク避ケルト云フノガ今度ノ案ノ方針デアリマスカラ是ハ先キノ登記ノ所ニ到ツテ規定スレバ済ムト思ヒマシテ此処デハ掲ゲナカツタノデアリマス」としているが、この取消と登記の関係については議論されなかつた。⁽²¹⁾旧民法のこの規定を、特に否定していないところをみると、取消があつても、取消の登記が無かつた場合、旧民法と同様、登記を信頼した第三者を保護しようとしていたようである。つまり、取消の効果が遡及する結果、転得者にまで無条件に波及することは、想定されていないように思われる。立法者たちは、ボワソナードと同じく相対的遡及説をとっていたものと推測される。

現行民法の効力否認概念の考えをまとめておこう。「無」としての「無効」と、「有」のものを「無」とする「取消」という二つの概念の峻別化が進み、もはや互いの概念が混同することはなくなつた。基本的性格は旧民法の絶対的無効と不成立が「無効」となり、相対的無効である「削除」が「取消」となつた。効果についても旧民法の処理と大差がなかつた。

しかし、「無効」か「取消」かの政策判断は、主に「意思」の程度を基準としており、表意者保護の側面は前面には出ていない。ドイツ法への言及が多いことから考えて、ドイツ流の「意思ドグマ」の影響であろうか。このことは次章の旧通説と態度が共通しており、旧通説の萌芽が既に存在していたことを示しているように思われる。

- (1) 旧民法の現行民法へ与えた影響については、向井健「民法典の編纂」福島正夫編『日本近代法体制の形成(下)』(一九八二年)三八〇頁以下が詳しい。
- (2) 日本近代立法資料叢書(商事法務研究会)版を用いることにする(日本近代立法資料叢書の巻数を明示する)。
- (3) 法典調査会民法議事速記録(日本近代立法資料叢書一卷)一七一頁。
- (4) 前出注(3)一七二頁。
- (5) 林幸司「錯誤無効の追認可能性と民法一九九条の解釈論的意義について」立命館法学一九八号(一九七二年)七二頁。
- (6) 林・前出注(5)一九七頁では、現行民法一九九条の母法がドイツ法であると断じておられるが、具体的に民法議事速記録(前出注(2)一七〇頁以下で、殊更ドイツ法に言及している箇所はなく、無理があるように思われる)。
- (7) 前出注(3)一七一頁。
- (8) 民法主査会議事速記録(日本近代立法資料叢書二三巻)六四六―六四九頁。
- (9) 前出注(8)六四六頁。
- (10) 前出注(8)六四九・六五一頁、土井寧発言。
- (11) 前出注(8)六四九頁、田部秀発言。
- (12) 前出注(8)六四九頁以下。
- (13) 前出注(8)六五〇頁。
- (14) 前出注(3)一三〇頁。
- (15) 前出注(3)一三一頁。
- (16) 前出注(3)一三二頁。
- (17) 林・前出注(5)七三頁。ドイツ法では、「無」を意味する *Nullum* にたいして、無権代理の場合に本人への効果を *Einwirkung* と言う用語を区

- 別してもらっている（須永醇「意思無能力の法律行為の『無効』の法的性質に関する一視点」法学志林八三卷三号（一九八六年）六頁、注（6）。
- （18）前出注（3） 一二七頁。
- （19）須永醇「權利能力・意思能力・行為能力」星野英一編集代表『民法講座』第一卷（一九八四年）九九頁。前出注（8） 二六五頁。
- （20）前出注（3） 一三〇頁以下。
- （21）前出注（3） 一二八頁。
- （22）前出注（3） 五八三頁以下。説明する起草委員が穂積陳重博士であったが、起草委員間の連絡が不充分であったのだろうか、それとも自明なことであつたからであらうか。

四 学説の展開

前二章にわたつて、効力否認概念の立法過程を概観したが、本章ではその後の学説の展開を追うことにしたい。その素描をするならば、殊に錯誤の効果の無効が「取消化」していく過程に代表されるように、立法過程で確立したはずの無効概念が済し崩し的に崩壊していく展開を示し、これを支持する学説が今日優勢であるといえよう。これらの学説の効力否認概念が、どのような問題状況を前に形成されていったのかを探っていききたい。その際、学説の展開過程を、Ⅰ・民法典の起草委員である梅博士の注釈に主眼があつた学説、Ⅱ・日本におけるドイツ法理論の隆盛期に体系化が進められた旧通説、そして、Ⅲ・判例研究の結果、目的論的解釈論が進められ、済し崩し的に無効概念の崩壊が進んだ新通説の三つの学説に大別して考察を進めていこうと思う。

Ⅰ 梅博士の効力否認概念

梅博士は、前章で観たように、「無効及び取消」を起草委員のなかでも中心となつて立法趣旨を説明している。し

たがって、基本的見解に大差はないと思われるものの、立法過程では扱っていないものも、少なからずあるので、梅博士の効力否認概念を検討していきたい。

まず、「無効」を譬えて、「法律行為ノ無効ナルモノ（又不成立ト云フ：（略）：）ハ恰モ生活ニ必要ナル機關ヲ具ヘザル人体ノ如ク到底生存スルコト能ハザルモノザリ」という⁽¹⁾。この発想は旧民法のボワソナードのものとはほぼ同じである。そして具体的には、「（無効の行為は）法律上全ク成立セザルモノ」であり、また「無効ノ行為ハ（：（略）：）當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ有効ナラシムルコト能ハズ。故ニ當事者之ヲ追認セント欲スルモ得ベカラザルナリ。何トナレバ當事者ノ意思ヲ以テ無ヲ有トスルコトヲ得ザレバナリ」とし⁽²⁾、「無効ニ不成立ニ『無』」と考えていたことは明らかである。

効果については追認以外に言及はないが、右の基本的概念より説明できよう。①、②主張は誰でも、また誰に対しても行える。③不成立と同視しうるものであるから、「無」であるものを主張することに、制限を付する合理的理由はない。④追認については右で述べたように、当事者の意思のみで「無ヲ転ジテ有ト為スコト」はできないが、新たに有効な行為をなした場合に限り、「有」としての新たな行為になるとして、追認の遡及効を否定する⁽³⁾。

また、錯誤を「意思ノ欠缺」として構成し無効とする⁽⁴⁾。但書について、錯誤があれば「理論上、二於テハ如何ナル場合ニ於テモ法律上ノ効力ヲ有セザルモノトセザルコトヲ得ズ」としならも、重過失錯誤者については、「實際ノ便宜ヲ考ヘ」（傍点熊谷）て、相手方に損害を生ぜしめないために、錯誤者の無効主張を封ずるといふ、富井博士の立法当時の見解をとっている。ただ、相手方が悪意の場合、但書を善意の相手方の保護のための規定とし、相手方が錯誤当時悪意の場合は、適用されないとする⁽⁵⁾。ということは、善意の相手方が表意者の錯誤無効を主張することは可能と
いうことになるうか。

さらに、狹義の無権代理（一一三条）について、「純理ヨリ言ハバ契約ハ成立スルコトヲ得」ないとはいながらも、ここでも「實際ノ便宜上ヨリ」無権代理人と相手方にとの間に契約関係はあり、しかも、その契約を「全然無効」とすると、無権代理人と相手方に損害が生ずるからとしている。そして相手方の取消を認めるのも、この便宜的「有」の効果としている。即ち「無効行為の取消」といった、二重効を認めないのである。ここでも「無効」『無』の立法精神を維持しようとしていたものといえよう。⁽⁶⁾

次に「取消」についての基本概念を見ておこう。「法律行為ノ取消シ得ベキモノ」に注して「旧民法ニハ仏国其他ノ例ニ倣ヒ是ヲモ亦無効ト謂ヘルモ其文字聊カ当ラザルノミナラズ、両ツノ場合ヲ混同スル虞アルヲ以テ、新民法ニ於テハ常ニ之を取消シ得ベキモノト云ヘリ」として、「無効」と別の範疇であることを鮮明に述べている。そして取消し得べき法律行為を譬えて、「恰モ病体ノ如ク其ノ為メ畢竟死亡ニ至ルベキヤモ測ルベカラズト雖モ、今ハ現ニ存在セル」としている。⁽⁷⁾この譬えもボワソナードのものとはほぼ同じである。したがって、取消し得べき行為は取消がない間は「全然有効ナルモノニシテ法律上一切ノ効力ヲ生ズベキモノ」で、「有」の性質を有するのである。ただし、取消の効果も「初ヨリ無カリシモノノ如ク、看做サルベ」⁽⁸⁾（傍点熊谷）きであり、「一旦移転シタル所有権モ其旧主ニ復シ、恰モ嘗テ他人ニ移転シタルコトナキモノノ如ク、」（傍点熊谷）というように、復歸的構成をとって、遡及を擬制していることに目が引かれる。梅博士は取消すべき行為の「有」という性質を基礎に理論構成を図っている。つまり「有」であるものを取消の結果として「無」となるということを表示したにすぎないものであり、取消すべき行為が取消の結果、絶対的に遡及することを表明してはいない。これもボワソナードの基本精神を受け継いでいるものといえよう。いやむしろ、取消の相手方からの転得者の権利取得を、後述するようにボワソナードより理論的に進化させている。また、取消権は「法律ガ取消権ニヨリテ保護セント欲シタル人」⁽⁹⁾にのみに与えるとしており、これもボワソナード

の考えと同じである。また、後述の追認の説明では「初ヨリ瑕疵ナカリシガ如ク」とあるように、「意思の瑕疵」の場合に「取消」があるまで「有」として扱うことにしている。つまり、取消権は、瑕疵ある意思表示をした表意者を保護するために法が認めたものであることを明らかにしているのである。

効果は、右の基本概念を具体化したものである。①主張資格者は法律が保護しようとする者に限定されている（二〇条）。期間制限は「契約ノ安全」「取引ノ信用」を理由として、五年に制限されている（二二六条）。④追認を、「取消権の抛棄」と捉え、それにより「初ヨリ瑕疵ナカリシガ如ク全然有効ナ」行為となるとしている。これも先へのべたように、取消があるまではその行為が有効であることを前提としている⁹⁾。

問題は②転得者の保護についてである。梅博士は「善意ノ第三者ノ権利モ皆悉ク煙散霧消セシムルヲ常ト」¹⁰⁾としている。しかし、前述のとおり、取消し得べき行為は、取消のあるまで「全然有効」であるが、この「全然有効」な行為に基づいて、相手方から権利を取得した者は保護されるのだろうか。動産の善意取得については当然認められよう。不動産については、¹¹⁾梅博士は、一七七条の所謂「物権ノ得喪及ヒ変更」については全ての登記を要することから、取消による所有権等の物権の復帰も当然登記を要することになる。とすると、表意者と転得者への相手方を起点とする二重譲渡を想定していたのだろうか。つまり、表意者と転得者が、詐欺取消場合（九六条三項、この場合は転得者が登記を備えなくても表意者に対抗できる）は例外として、先に登記をえた者が確定的に権利の取得を主張できるという処理をしていたのではなからうか。この点については推測の域を出ないが、前章の立法過程から見ても、このように考えていたように思われる。

総じて梅博士の効力否認概念はポフソナードのそれと殆ど同じであるが、理論的進化がみられることが首肯されよう。因みに、梅博士は、初めて「意思無能力者」に言及し、意思無能力者の行為は、意思欠缺を理由として成立しない

としている。「意思ドグマ」の成立である。しかし、「意思無能力者タル幼者、心神喪失者又ハ法人」としており、行為無能力者との関係が詳らかではない。ただ、未成年者を「相当ノ年齢」を基準に意思能力ある者と、ない者に分け、前者の行為を「完全ニ成立セザルモノトセルノミ…（略）…単ニ之ヲ取消スコトヲ得ルニ止マリ、敢テ絶対ニ無効ナルニハ非ズ」とし、後者の行為を「法律行為ノ要素タル意思ヲ缺ケルガ故ニ其行為ハ決シテ成立スルコトヲ得ザルナリ」としており、意思欠缺が少しでも認められない場合は、その者の行為を「無効」とせず、「取消」としている⁽¹²⁾。前述の主張資格との関係を考えみると、表意者を保護するために、「意思」を基準にして「無効」と「取消」の二段階の効果を考えていたようにおもわれる。すなわち、「意思ドグマ」が表意者保護の理論的根拠を提供しているように推測される。

梅博士の効力否認概念は、「無効」『無』と「取消」『有』とに峻別して構成されたものである。また表意者の保護を意思ドグマによって根拠付けようとしている。一部「便宜」という言葉で理論的説明を断念して、一貫性に欠ける面もあるが、ポワソナードの基本的観念を継承・発展させたものであるといえよう。

II 旧通説の効力否認概念

既成の民法典を更に体系的に理解しようとしたのが、旧通説であるが、その際、範としたのはドイツの学説である。岡松博士、富井博士、鳩山博士の説がこの旧通説の代表といえよう。この旧通説は今日でも多大な影響を与えているが、殊にこの効力否認概念をめぐる学説の展開を追う上では、ポワソナード『梅ラインの効力否認概念を切斷する」という重要な役割を果たしていると思われる。

まず、「無効」の性格は、「法律上全く存在セザル」ものとして理解し、ここでも「無効」不成立『無』というテ

ぜは活きている。⁽¹³⁾ その結果（未確定の取消し得べき行為を意識して）「確定」、（当事者間また裁判所に対しても無効とするのに何らの行為を要しないという意味で）「当然」、（誰からも、誰に対しても無効を主張できるという意味の）「絶対」と言う性格も明確に意識されるようになった。⁽¹⁴⁾ しかし、「無効」不成立⁽¹⁵⁾ 『無』』という基本的性格を維持しながらも、岡松博士は無効を定義して「法律上ノ要件ニ合セザルガ為メニ其目的トシタル効果ヲ生ズルコト能ハザル」として、定義のうえから、「無」という性質を弱めていくだけでなく、法律上存在しないものでも、事実上の存在を認め、更に鳩山博士は、「解釈論トシテ之ヲ論ズルノ要無キモ」という留保を付しながら、「法律行為ハ外形上存在スルモ其効力ヲ發生セシメザルベキ欠点ノ附着セルコトヲ謂フモノ」として「不成立」との区別もされるようになった。⁽¹⁶⁾ しかし、無効を「不成立」⁽¹⁷⁾ 『無』』と区別するが、別の概念を明確にうちだせぬことよって、その性格が曖昧になったことは否めない。⁽¹⁷⁾ そしてこのことが、後述の新通説における理論的根拠を提供するという、学説史上の意義を有しているのである。

また、この旧通説においては無効の分類をはじめている。現行民法施行の年に夙に岡松博士は「(イ)当初ノ無効、事後ノ無効、(ロ)絶対的無効、相対的無効、(ハ)全部ノ無効、一部ノ無効」という分類を始め、その後この叙述形態は継承された。⁽¹⁸⁾ しかしここで所謂「相対的無効」は、無効の例外的に主張の制限されている場合、即ち九四条二項、九五条但書を典型事例として想定しており、今までの「取消」プロトタイプとしてのものではない。⁽¹⁹⁾ ここにボワソナード⁽¹⁹⁾ 梅ラインで用いられていた「相対的無効概念」は、一旦消滅するに至るのである。また例外的事例の面を強調せず、概念的に無効の分類をなすゆえに、原則的事例の領域概念がせばめられ、いわば原則的概念が、例外的概念と同等に扱われる観さへあるように思われる。⁽²⁰⁾

また、意思表示の欠陥の効果の説明において、「意思ドグマ」による根拠付けがなされる。しかし、「表意者保護」

についての言及は行為無能力者についてのみなされ、一般的な「表意者保護」の面が薄らぎ、「取引安全保護」が強調されるようになってきた。⁽²¹⁾後述するように、この点を、新通説は批判し、「表意者保護」の側面の強調することになる。無効の基本概念においてこのような動搖が既に生じていたのだが、効果については「無効Ⅱ」「無」から演繹された結果と変わりない。具体的には無効は①誰からも②誰に対しても主張ができ③当然であり、時間の経過によって有効になるのではないから、主張の制限は無く、④追認も一一九条の字句通りに理解する。⁽²²⁾

錯誤無効について重要な錯誤のみを「意思欠缺」とする構成をとるけれども、その重要性を主観的・客観的基準による区別をたて理論的進化がみられる。九五条の本文と但書との関係も、新しい「相対的無効」概念を導入して、無効であるから誰でも主張できるが、例外として重過失の表意者のみに錯誤無効の主張を認めないということになった。⁽²³⁾これは、梅博士が「便宜」という理由で曖昧にしていた点を理論的に進化させたものといえよう。

狭義の無権代理の場合については、本人と相手方との関係と無権代理人と相手方との関係とに分け、前者の關係については本人を拘束する効力を有しないと⁽²⁴⁾するが、後者の關係では無権代理人と相手方との間に契約關係があることに基づいて、追認の効果として原則的に遡及させる。梅博士が「便宜」という言葉で曖昧にしていたところを、多面的關係を把握して理論の精緻化に努めている。ここでも、「無」から「有」を生じさせない努力がなされており、追認の遡及効の根柢を「有」である無権代理人・相手方間の契約關係に求めている。したがって本人と無権代理との關係は、「無」なのだが、「無効」と言い切らない所に苦心の跡が読み取れる。

それでは、「取消」の性質はどのように考えていたのであろうか。富井博士は「取消トハ一旦成立シタル行為ガ或瑕疵ヲ帶ブル為メ初ヨリ其効力ナキニ至ルコト」とし、また「無効」との差異をのべ「其成立要件ヲ具備スルモノニシテ未ダ效果ヲ生ズルコト完全ナル行為ト相異ナル所ナシ。…(略)…取消權ノ行使…(略)…アリテ初メテ其行為ハ効

カヲ失フニ至ルモノナリ」としており、⁽²⁵⁾ここまでは梅博士の説と大差はない。しかし取消の効果について富井博士は、初めて遡及効について言及している。同箇所ドイツ民法一四二条を引用しながら「惟フ、ニ、遡及効ハ法律ノ擬制ニ非ズシテ寧ロ当然ノ効果ト見ルベキモノトス」(傍点熊谷)、⁽²⁶⁾「唯取消サレタル場合ニ於テ初ヨリ無効ナリシモノト看做サルルハ病者ト同視スベカラザル一点ナリ」とし、ボワソナード梅ラインの復歸的構成と擬制を否定する。しかも、後述するように、ドイツ民法一四二条二項については言及がなく絶対的遡及効を想定している。この絶対的遡及説が今日まで共通認識として定着するのである。つまり、取消については、この旧通説が現代においても、問題のないものとして新通説に受け継がれているのである。

また、取消権を認める根拠について、ボワソナード梅ラインの「表意者保護」についての言及がなく、「法律行為ノ瑕疵」に根拠を求めている。⁽²⁸⁾つまり、「表意者保護」的側面が軽視され、「意思ドグマ」が一人歩きし始めるのである。

効果については、①主張権者(二二〇条)③主張の期間制限(二二六条)④遡及的追認(二二二条)は梅博士の理解とほぼ同じである。⁽²⁹⁾

問題の、転得者と取消の遡及効との関係について、富井博士は「此効果(取消の遡及効―注熊谷)ハ当事者ニ於テノミナラズ第三者に対シテモ亦發生スルモノト謂フベシ。即チ取消シ得ベキ行為ニ因リテ取得シタル権利ヲ第三者ニ譲渡シタル場合ニ於テ其権利ハ取消ノ効果ニ依リ更ニ移転ノ行為ヲ要セズシテ当然前主ニ帰属スルコト為ルナリ。但詐欺ニ因ル取消ノ場合ハ其例外トス。」⁽³⁰⁾とし、絶対的遡及説をとっている。この見解が今日まで通説的地位を占めている。富井博士が引用しているドイツ民法一四二条は第一項で取消の遡及効を規定しているが、それに併せて第二項で「取消可能を知り又は知らねばならぬ者は、取消の場合、法律行為の無効を知っていたか、又は知らねばならぬ

かつたときと同じように扱われる」とあり、ドイツ民法九三二条以下の善意無過失に信頼した第三者に対する保護を与えている。しかし、このような転得者の保護について学説は、紹介はしていない。また、不動産に関しては、日本とは異なつて、ドイツでは物権行為の無因性と登記の公信力が認められているためか、紹介する価値がないと判断されたのかもしれない。結局旧通説は絶対的遡及説を理由として、原則的に第三者保護を顧慮せず、九六条三項の場合にのみ例外として認めるという立場をとつたのである。

旧通説の効力否認概念について小括しておこう。ドイツ法の影響を受け、体系化が進み、梅博士が理論的説明を断念した所を理論的にカヴァーして進展が見られる。そして、「無効Ⅱ」「無」と、「取消Ⅱ」「有」と基本的に考えようとしていたことは、梅博士の概念とほぼ同じであった。しかし、「無効」の説明において「事実上ノ存在」について言及し、両者の区別の緩和化を招いている。この「事実上」の関係は旧通説では、意識されているに過ぎないが、新通説に「無効」の「取消化」（「有」を前提としたもの）への道を開いている。また「取消」が絶対的に遡及するとして「取消」の「有」としての性格をも緩和化している。以上のように、旧通説は「無効」と「取消」の差異についての認識を弱めて新通説にこの差異の峻別化の放棄の大きな契機を与えている。

しかし、効力否認概念の根拠付けが表意者保護の側面が希薄化した「意思ドグマ」によるものとなっており、新通説の批判を招ききつかけをも新通説に与えている。

Ⅲ 新通説における効力否認概念

ドイツ的な概念法学的な体系化に対して、大正時代末より、判例の分析を通して、制度の目的を探究し、民法を学問的に再構成しようとする流れが出てきた。この流れは現在でも主流となっている。これを本稿では新通説と呼ぶこ

とにする。この新通説は「具体的現実的の法的安全を樹立する」⁽³¹⁾ことを目的とするが、その方法は与えられた民法規定の範囲内において、解釈によってこの目的を少しでも実現しようと努力することであった。⁽³²⁾しかし、具体的現実的解決に重きをおいた結果、新たなより妥当な解決のための解釈論が展開されるものの、効力否認概念が曖昧なものになっていった面も否定できない。

まず新通説における無効概念の展開を追うことにしたい。この無効概念の展開に多大な影響を及ぼしたのは、錯誤無効を巡ってである。杉之原舜一教授をはじめとする錯誤無効に関する判例研究によって、判例が錯誤適用の厳格性を緩和し、動機錯誤も広範に認めるようになったこと、この結果、本来錯誤無効以外の救済（主として詐欺取消による救済）の事例をも錯誤無効によって救済していること等が明らかにされた。⁽³³⁾これらの判例分析を通じて、錯誤無効、意思無能力無効等の制度目的を「表意者本人の保護」とする認識が生じ、⁽³⁴⁾それに沿った解釈論として、今までの無効概念と異なる別の「無効」概念が形成されてきた。つまり「（詐欺）取消に近似した無効」概念である。この概念は今までの「無効Ⅱ不成立Ⅱ『無』」というテーゼを否定する。舟橋博士は「本来無効なるべき行為について当事者による無効の主張がなされなかつたため、あたかも有効なる行為のごとく取扱はれる結果となる場合があつたとしても、何ら不合理なことではないのである」⁽³⁵⁾と述べ、末川博士は「法律上当然に無効であるといふ如きは実際上何の意味をも有しない。逆にいへば、何人かが争うて而して強行法規や公序良俗に反すことが裁判上確定せられて初めて当然効力がなかつたといふことが決まるのである。即ちこの実際上の関係は、取消すことを得べき契約が取消権の行使によつて初めて最初から無効のものとしてられるのと余り差異はないのである」⁽³⁶⁾とする。末川博士のように公序良俗違反や強行法規違反の無効まで取消と同視せずとも、表意者保護の「無効」の場合、「実際上の関係」が存在することを意識して、これを完全な「無」とは捉えないのである。

この「実際上の関係」に理論的根拠を与えているのが於保博士であった。於保博士は無権代理における「追完」の研究をした結果、一般に「追完または治癒しうべき無効」を「確定的無効」から分け、前者について「法律要件としての法律行為構成要件は完成し、法律効果も既に発生しているのであるが、ただその効果が当事者または第三者に帰属していない行為である」と定義し、単独行為の場合は、これを無効とし、契約の場合、追認その他の要件が備わるか、備わらないかが確定するまで効果未帰属の状態が続くとしている⁽³⁷⁾。しかし、ここでは旧通説が明らかにした無権代理人と相手方との関係、相手方と本人との関係に分けて考察するという考慮はない。しかも、「追完または治癒しうべき無効」を具体的に検討することなく「無効」という現象一般に解消してしまった。そのため、「無」である行為であっても「有」を生じさせることが可能であるかの論理を提供するに至った。そして錯誤無効を中心に遡及的な「追認」を認めようとしている⁽³⁸⁾。その結果、このような遡及的「追認」を認めようとしないう一九条の空文化を促進し、「無効」の「無」という性格は極めて例外的なもの（公序良俗・強行法規違反の無効にしか該当しない）と扱われるに至っている⁽⁴⁰⁾。そして、このことが、表意者が保護される機会を剝奪することは意識されていない。

また川島博士は、法律行為の効力は「全」か「無」の二者択一ではなく、民法の規定する「無効」と「取消」の二段階以外にも、諸段階の効力を認め、公序良俗や、強行法規違反以外に「無効Ⅱ」「無」というテーゼを否定する⁽⁴¹⁾。しかし、「全」に対応する反意語は「部分」であり、「無」に対応する反意語は「有」という次元の違う概念が混同していることは否めない。

それはともかく、新通説が段階的に「無」に至るものの存在を意識することによって、「無」としての無効概念とは別の「有」としての無効概念が生じてきた。それは旧通説で消滅した筈の取消のプロトタイプである「相対的無効」概念である。つまり、無効をボワソナードと同じく「絶対的無効」と「相対的無効」とに二分して（無効二分論）、

「無効」という条文の言葉を維持しながら、取消と同じ処理をしようとしていく概念である。⁽⁴²⁾この現象は「無効」の消し崩しの「取消化」(「有」を前提としたもの)といえよう。

要するに「法律の理想から見て、何人の意思をも問わず当然に効力を認むべきでない、という客観的事由があるときは、無効」と、「法律の理想から見て、特定の人の意思によって効力を否定すべきものと考えられる事由があるときは、取消しうるもの」とすべきだという価値判断に基づいて効力否認概念を再構成しようとするのが、新通説なのである。この後者の価値判断は「表意者保護」のそれと換言することができ、梅博士、旧通説でも、岡松、富井両博士が行為無能者について説いていたのだが、その後忘れられていた。ただ復活に際して、「意思ドグマ」は否定され、理論的根拠が曖昧となった。

効果についても無効二分論の結果、相違が生ずる。対世的・公益保護の場合の無効の場合は「無効Ⅱ」「無」⁽⁴³⁾というテーゼをそのまま活かし、①誰からも、②誰に対しても、無効主張は可能であり、③期間制限はなく、④追認も新たな行為としての意味しか認めない。

それに対して、表意者保護・私益保護のための無効に「取消」に近接した効果を消し崩し的に与えようとする。①主張は表意者とその承継人のみに限られる、⁽⁴⁵⁾②錯誤無効に限って、九六条三項の類推適用を認める、⁽⁴⁶⁾③期間制限は、取消に関する一二六条を類推適用する、⁽⁴⁷⁾④追認の遡及性も、根拠は異なるものの、認めようとする。⁽⁴⁸⁾ここまできると、「無効」というよりも「取消」であって、「無効」という用語のもつの「無」の意味は没却されている。しかも「無効」という用語を二様に用い、その意味で混用することは、現行民法が否定した「無効」の二様のヤヌス的使用を復活させるものである。

新通説の取消の基本的性質については絶対的遡及説を引き継いでいる。

効果については①主張者の限定、③主張の期間制限、④追認の遡及性についても、旧通説と同じである。

しかし、昭和四年の大審院判例⁽⁴⁹⁾に触発されて②の転得者の保護についての意識が先鋭化し、それに伴い、絶対的遡及説に対する疑問も出てきた。表意者が強迫による行為を取消した後、相手方から権利を取得した者が、表意者と對抗関係に立つという説の登場である。我妻博士は「取消の遡及効については、物権変動は初めから、生じなかったことになる、と説かれるけれども、無効の場合と異なり、物権の変動があることは事実であつて、ただそれが初めから生じなかつたように（遡及的に）取扱われるというだけである（傍点熊谷）。…（略）…（取消の）効果として生じた復帰的物権変動を登記することが可能となるのに、登記をそのままにして置いても第三者に対抗することができるとするのは、公信の原則の認められない民法の下では、あまりにも第三者を害するものであつて、到底是認しえないであろう」という⁽⁵¹⁾。傍点の付した説は、ポワソナード＝梅ラインの復帰的構成の復活である。ここまでくれば、相対的遡及説とほぼ同じである。しかし、ここで述べられている理由も「取消」の理論的帰結によるものではなく、「公信の原則が認められない民法の下ではあまりにも第三者を害する」という具体的・現実的な価値判断によるものといえよう。

ところが、学説の大勢は、この復帰的構成をとらず、後者の「取消の登記をすることが可能であるのに登記をそのままにしていた」という取消権者の帰責性を追求して、九四条二項の類推適用に持つていこうとする⁽⁵²⁾。そして転得者が取消以前に登場した場合にも転得者の保護を図ろうとするが、「取消前の第三者登場の場合には論理的にすつきりとしていない⁽⁵³⁾」。新通説は絶対的遡及説を維持し、それによって第三者の保護を図ろうとする難問に今直面しているといえよう。

因みに取消と無効の所謂「二重効」についてドイツのKippの理論が於保博士によって紹介された⁽⁵⁴⁾。この場合の「無

効」は「表意者保護のための無効」であり、実際問題となる場面としては錯誤無効と詐欺取消の要件を共に充たす場合が典型的である。そして表意者は何れか自己に有利な主張を選択できるということが、通説の地位を占めるに至った。しかし、転得者への追奪が可能であるという実際のな利益と、裁判で錯誤無効が容易に認められるという現実のゆえに、実際には錯誤無効のみが主張されることになり、特に（観念的にはともかく）実益はないようにおもわれる。⁽⁵⁵⁾

新通説について小括しておこう。新通説においては、「表意者保護Ⅱ私益保護」が明確に認識されるに至り、効力否認概念を公益保護か私益保護かという目的に応じた解釈論が展開され、無効二分論が主張された。そしてボワソナー⁽⁵⁶⁾ド⁽⁵⁷⁾梅ラインの「相対的無効」が復活したが、ここでは済し崩し的に「取消化」が進み、「無効Ⅱ『無』」という概念はもはや例外的の観さえ見える。また、取消概念においては、転得者の保護という目的のための論理構成が努力された。しかし、絶対的遡及説をとりつつ、転得者の保護をはかる結論を出す困難に直面しているとおもわれる。要するに具体的現実的結果の妥当性を重んずるあまり、理論的側面が半ば疎かになってしまったといえるのではないだろうか。

- (1) 梅謙次郎『民法要義巻之二』（訂正増補二四版、一九〇五年）三〇五頁。
- (2) 梅・前出注(1) 三〇五頁。
- (3) 梅・前出注(1) 三〇六頁。
- (4) 梅・前出注(1) 二二四頁。
- (5) 梅・前出注(1) 二二七頁。
- (6) 梅・前出注(1) 二九〇頁。
- (7) 梅・前出注(1) 三〇五頁。

- (8) 梅・前出注(1) 三二二頁。
- (9) 梅・前出注(1) 三二五頁。
- (10) 梅・前出注(1) 三二四頁。
- (11) 梅『民法要義卷之二』（訂正増補三二版、一九二一年）一四頁以下。
- (12) 梅・前出注(1) 一三三頁。
- (13) 岡松參太郎『民法理由』（訂正再版、一八九六年）二六二頁。
- (14) 鳩山秀夫『法律行為乃至時効』（一九一八年）三八四頁以下。
- (15) 岡松・前出注(13) 二六二頁。
- (16) 鳩山・前出注(14) 三八四頁。
- (17) 林幸司「錯誤無効と民法一九九条の解釈論的意義について」立命館法学一九八号（一九八八年）七六頁。
- (18) 岡松・前出注(13) 二六二頁、富井政章『民法原論』（訂正六版、一九〇六年）四五八、四六〇頁以下、鳩山・前出注(14) 三八七頁以下。
- (19) 富井・前出注(18) 四五八頁。
- (20) 伊藤進「無効」遠藤浩Ⅱ川井健Ⅱ西原道雄編『演習民法（総則・物権）』（一九七一年）一三三頁。
- (21) 富井・前出注(18) 三七二頁、鳩山秀夫「法律生活の静的安全及び動的安全の調節を論ず」『債権法における信義誠実の原則』（一九五五年）（初出一九五五年）二八頁では、近世の法律では静的安全よりも動的安全（Ⅱ取引安全）が優越することを説く。
- (22) 鳩山・前出注(14) 三八四頁以下。
- (23) 鳩山・前出注(14) 一五五頁。
- (24) 鳩山・前出注(14) 三四四頁。
- (25) 富井・前出注(18) 四六二頁。
- (26) 富井・前出注(18) 四六八頁。
- (27) 富井・前出注(18) 四五六頁。
- (28) 富井・前出注(18) 四六二頁、鳩山・前出注(14) 三九二頁。
- (29) 富井・前出注(18) 四六八頁以下。
- (30) 富井・前出注(18) 四六九頁。
- (31) 末弘巖太郎「民法学と民事政策」『民法雑記帳』（一九五三年）二二頁。

- (32) 高島平藏「法律行為の欠陥と相手方・第三者の保護」『法学基本問題双書3 民法総則』(一九六八)一四〇頁。
- (33) 杉之原舜一「『法律行為ノ要素』の錯誤に関する一考察(二・完)」法学協會雜誌四三卷一〇・一一号(一九二五年)、舟橋諱一「意思表示の錯誤」九大十年論文集(一九三七年)、野村豊弘「意思表示の錯誤」法学協會雜誌八五卷一〇号(一九六八年)、小林・俊「錯誤無効のフアクターに関する考察」(初出一九七九、八二年)『錯誤法の研究』(一九八六年)所収。
- (34) 舟橋・前出注(33) 六六五頁、薬師寺志光「意思無能力者の行為並に錯誤に因る無効行為」法学志林四三卷四号(一九四一年)二頁。
- (35) 舟橋・前出注(33) 六六五頁。
- (36) 末川博「無効の法律行為と證書の作成」(初出、一九三九年)『民法及び統制法の諸問題』(一九四二年)二二頁。
- (37) 於保不二雄「追完について」(初出、一九三五年)『財産管理権論序説』(一九五四年)二六頁。
- (38) 川井健「錯誤の無効」(初出、一九六七年)『無効の研究』一四九頁以下。
- (39) 林・前出注(17) 七九頁。
- (40) 川島武宜『民法総則』(一九六五年)四一三頁。
- (41) 川島・前出注(40) 四四二頁。夙に舟橋博士は前出注(33) 六六六頁で無効に段階的差異の有ることを指摘していた。
- (42) 末弘厳太郎「無効の時効」(初出、一九三五年)前出注(31) 一九二頁、松坂佐一「判例評釈」民商法雜誌五四卷四号(一九六六年)一〇八頁、浜上則雄「詐欺と錯誤」『新版・民法演習一総則』(一九七八年)一四八頁、加賀山茂「錯誤における民法九三条但書、九六条二項の類推解釈」阪大法学三九卷三・四号(一九九〇年)三五八頁、近江幸治「民法講義Ⅰ民法総則」(一九九一年)一七四頁。
- (43) 我妻栄「新訂民法総則」(一九六五年)三八六頁。近江・前出注(42) 二四八頁はこの価値判断を徹底化する。
- (44) 末弘・前出注(42) 一九一頁以下で、無効にも期間制限を要することを提唱する。
- (45) 舟橋・前出注(33) 六六七頁、川島武宜「判例評釈」『判例民事法(昭和一四年度)』二〇三頁以下、菊地定信「民法上の『錯誤』に関する一考察」国士館法学創刊号(一九六八年)二一九頁、幾代通「民法総則(第二版)」(一九八四年、初版一九六九年)二七六、四一八頁、川島・前出注(40) 二九六頁、小林(初出、一九八四年)前出注(33) 五一七頁以下。
- (46) 我妻前出注(43) 三〇三頁、幾代・前出注(45) 二七七頁、小林・前出注(33) 二〇一頁。
- (47) 小林・前出注(33) (初出、一九七二、七三年) 一九九頁。
- (48) 薬師寺・前出注(34) 九頁は「条理」を理由とする。川井・前出注(38) 一五〇頁以下、川島・前出注(40) 四一五頁の発想は、錯誤無効の効果は完全な「無」でないということを理由として、無権代理規定の活用(二六条)を提唱する。小林・前出注(33) 一九九頁では錯誤無効の効果を取消の効果の類似性に求め、一二二条の準用を提唱する。

- (49) 大審院昭和四年二月二〇日判決、民集八卷二号五九頁。
- (50) 末川博「判例評釈」法学論叢二卷三号（一九一九年）一一八頁以下、我妻栄「判例評釈」判例民事法（昭和四年度）二七頁以下
- (51) 我妻栄「物権法」（一九五二年）七二頁。同・前出注(43) 三九七頁。
- (52) 幾代通「法律行為の取消と錯誤」〔於保先生還曆記念・民法学の基礎的課題（上）〕（一九七一年）五三頁以下、四宮和夫「溯及効と對抗要件」法政理論九卷三号（一九七七年）一頁以下、下森定「法律行為の取消と登記」ジュリスト七二三号（一九八〇年）一四四頁以下。
- (53) 広中俊雄「法律行為の取消と不動産取引における第三者の保護」法律時報四九卷六号（一九七七年）。
- (54) 於保不二雄「二重効（Doppelwirkung）について」（初出、一九三九年）前出注(37) 三八三頁以下。
- (55) 我妻・前出注(43) 三二〇頁。
- (56) 野村・前出注(33) 六四頁。
- (57) 柳沢秀吉「無効と取消」名城法学三四卷一号（一九八四年）七三頁。

五 結 語

前章の新通説が具体的現実的解決を目指したことは、大きな意義を持つ。この具体的現実的解決による結果の妥当性を図る方法は、前章でみたように、民法規定の字句の「解釈」によるものであった。本稿の効力否認概念に関する場合、その「結果の妥当性」とされたのが「表意者の保護」ということであった。つまり「結果の妥当性」という点から「無効」という言葉の「解釈」が図られたのである。

しかし、このような具体的現実的の結果の重視は、理論的側面の軽視を招いた。そして、「無効」という語句のもつ「無」の意義を没却して、恰も法律上「有」であるかの印象をあたえるという論理的混乱が現在みられる。このことは、第二章でみたように、旧民法が批判された時の状況に酷似している。また、「取消」については「有」性が弱められ、かならず「無」としなければならず、「取り消しうるのに取り消さないでいるということ」に「悪性」を認めるかの

よくな議論が九四条二項の類推適用を巡って展開されている。⁽¹⁾

このような新通説における現状の問題点について(1)無効と(2)取消の場合に分け、その具体的な検討を通じて卑見を述べていきたい。

(1)旧民法・現行民法で「無効」の性質は「無」であった。しかし、この性質が旧通説以来徐々に弱められて行ったことは前章で見たところである。とくに新通説では、この傾向が強いが、その理由は、意思表示に欠陥がある場合の表意者を保護するためには、一律に「取消」にすべきだ、という価値判断が働いているためである。⁽²⁾はたして「表意者保護」のための効果として、新通説が主張するように取消とおなじ効果を認めること(「取消化」(「有」を前提としたもの))⁽³⁾が妥当であるのか。このことを、今までの四つのメルクマールを中心に検討を進めていくことにする。

まず①主張者の資格についてである。新通説は表意者保護の制度であるならば、表意者がその保護を欲しないのに、無効が主張されるのは不適切であることを理由とする。⁽⁴⁾しかし、消費者保護が問題となるときには、必ずしも妥当ではない場合も考えられる。例えば、多数の表意者が圧倒的に不利な契約を錯誤によって締結して、錯誤に陥っていることに気付かない場合、または自己救済のための法的手段を知らずに諦めている場合に、一律に救済される必要があるにもかかわらず、表意者が「無効」の主張をしていないということを理由に、保護を与えないことを想定されたい。このことは「表意者(私益)保護」ということを絶対視するあまり、「公益」を犠牲にしかねない。それとも、「表意者保護」絶対視する論者は、このような場合、社会問題となつて「公益」が論じられた後にはじめて、「公序良俗違反」等を理由として「無効」による保護をあたえるべきだとするのだろうか。

また、相手方が表意者の錯誤について事後的に知った場合(行為の当時悪意である場合は、後述の「沈黙による詐欺」が問題となろう)、相手方は表意者の錯誤主張がなされるかどうかという、表意者の主観的要因に左右されるこ

とになり、圧倒的に不利な立場におかれることになる。例えば、相手方が表意者の錯誤に気がつき、表意者に問い質しても、表意者が（依然として錯誤に陥っていたりなどして）「錯誤はない」と言った後に、錯誤無効を主張した場合を想定されたい。この場合、表意者の「適及的追認」を認めるならば相手方の保護が図られ、問題ないと、新通説の論者は反駁するであろう。しかし、後述のように、表意者の適及的追認自体に問題点があることを考えると表意者の「追認」を得ても、相手方の立場は変わらない。したがって、相手方が確定的立場を得ようとして、表意者の錯誤を除去するために契約の無効を主張することを認めることは、積極的意義を持つように思われる。なぜならば相手方としては、浮動的な立場から逃れることができるからである。相手方に無効主張を認めようとしぬい論者は、このような相手方をいつまでも表意者の主観的要因による浮動的状态に拘束したままにしておく結果にも妥当と考えるのであろうか。しかも、相手方に無効の主張を許したとしても、表意者は特に不利にはならず、かえって表意者の保護に資する場合も多からう（意思表示の欠陥による「無効」が問題となるのは、表意者として圧倒的に不利な行為をなした場合であることを想起されたい）。

以上の二点を考えると必ずしも、「表意者保護」をストレートに「無効」主張資格の限定に結び付けるのは、無理があろう。

次に②第三者への効力否認効果の波及について検討しておこう。新通説の論者は詐欺取消と錯誤無効の場合の不均衡等を理由に九六条三項を類推適用を説く。しかし、「表意者保護」ということであるならば、「無」という性質を貫徹した「無効」のほうが、第三者に対する追奪を可能とし表意者保護に厚くなる。このことは、実際、詐欺取消が問題となる場面であっても錯誤無効が表意者によって主張されることによって裏付けられているように思われる。したがって、第三者への効力否認効果の波及を「表意者保護」を理由とするだけで否定することはできないように思わ

れる。確かに、詐欺による錯誤が錯誤として判例で認められやすいという事情はあろう。⁽⁶⁾しかし、その現象的側面が理論的側面に転化する必然性はなからう。

③主張の期間も新通説では、一二六条の類推適用ないし準用を認めようとしている。⁽⁷⁾しかし、「表意者保護」ということであるならば、無制限にした方が表意者の保護に厚いことは言うまでもない。

最後に④追認の遡及可能性について検討しておきたい。林講師は錯誤無効に関してではあるが、表意者の追認が相手方の無効主張を封じるから表意者の保護に実益があるとする。⁽⁸⁾そして本人以外の関係当事者については、次のような設例をあげる。

「甲乙間で不動産の売買契約が締結され、引き渡し・登記も済み、代金を完済したが、買主甲に要素の錯誤があった。その後甲はそれに気付いて、かなり損な買物をしたと考え、無効を主張しようかどうか迷ってまわりの人にもいろいろ相談したが、むしろこのままのほうが良いと考えるに至った。そこで誰かから無効を主張されては困ると考え、念のため追認する旨の通知を乙に送達した。乙は何を今さらと考え、何の返事もしなかった。その後、甲は更に損な買物だと思い直して無効を主張した」というものである。⁽⁹⁾

この設例で問題となるのは、「まわりの人」といろいろ相談したが、むしろこのままのほうが良いと考えるに至った」という点であり、錯誤の客観的要件とされる重大性が阻却されているように思われ、設例として不適切であるように思われる。仮に、この点を克服したとしても、この「追認」自体「錯誤」だという構成も可能となり、その面でも、設例としては妥当ではない。要するに一一九条を排除して積極的に「遡及的追認」を認める必要性は乏しいように思われる。そればかりではなく、林講師が自ら認めているように（但し法定追認に限定しておられるが）、⁽¹⁰⁾「ことに消費者の保護が図られるべき領域では」「追認も、錯誤者にとって不利な結論を導く危険性がある」とされる。実際「遡

及的追認」を認めると、表意者の無効主張が封じられてしまう。したがって一一九条を主観的「有効」要件を欠く場合の無効については排除すべきだとい⁽¹⁾う提言についても、その主観的「有効」要件を満たさない場合の表意者の最終的抗弁が否定されることになり、過度に表意者にとって不利を強いる結果となろう。

また一一六条の追完理論の活用にも問題がある。なるほど無権代理の場合には相手方と本人との間では「無」であるが、必ずしも本人にとって不利であるとは限らないから、追完の選択ができるのである。しかし、意思表示の欠陥に基づく「無効」の場合は、本人にとって圧倒的に不利な行為が問題とな⁽²⁾っているのだから、適用の状況が異なるのではなからうか。その結果一一九条による表意者の保護を奪うことにはならないであろうか。

以上の検討の結果、「表意者保護」ということで効力を否認する場合、「無効」「無」と構成した所謂絶対的無効の方が、表意者が厚く保護されることが多い。法律が特定の者を保護する場合、一切法律が助力しないという⁽³⁾ことによる保護の方法もあることを率直に認めるべきではなからうか。

もし、「表意者保護」を「公益保護」に比べ保護の度合いが低いものとし、「取引の安全」などに劣後すべきものとするならば、その理論的根拠を明らかにせねばなるまい。その場合新通説で嫌悪されている「意思ドグマ」の再生も検討されよう。⁽⁴⁾その際、フランス法や旧民法のように、表意者保護の程度に差異を認め、「無効」と「取消」という段階的に効力否認を適用することは示唆に富む。「意思の欠缺」の行為に法的効力を認めてしまうと、私法体系全体の否定につながる危険性があり、これは「公益」に反するものといえよう。それ故、法はそのような行為に対して一切の助力を拒否するのではあるまいか。そして「意思の欠缺」がなく「意思の瑕疵」に過ぎないと評価された場合に「取引の安全」という根拠が問題にならう。このような区分をせずに、「表意者保護」制度を、一律に「取引の安全」に絡めることは問題の所在を覆い隠す危険すらある。要するに、表意者保護の方法として、現在でも「無」である無

効は有用であり、それを一律に「表意者保護」取消とするのは、硬直した議論である、という誇りを免れないであろう。

實際上の考慮は以上でひとまず終え、理論的な考察に入ろう。理論としては、「無効」の「無」としての性格を再確認すべきであろう。一部の無効を「有」と構成しようとする学説は、「實際上の関係」等の何らかのものが存在していると考えようとする。しかし、これを認めたとしたら、末川説が述べているように、「公序良俗・強行法規違反」という公益保護の「無効」であっても「實際上の関係」が存することになる。とすると、新通説が私益保護と公益保護との区別を「実際上の関係」の有無に求めることは無理である。たしかに、完璧な「有」とは言えないまでも「実際上の関係」は存在する。しかし、法はこのような場合に、「無」としての「無効」という評価を、または「有」としての存在を許したのちに、「取消」しうるものという評価を与え、その「実際上の関係」の二分化を図っているのである。したがって「無効」の場合、当事者間に「実際上の関係」という曖昧な概念を持ち込んだところで、現象を指摘したに過ぎず、それを踏まえての法的に「有」か「無」かという峻別化に資することはない。

そもそも「無」は、「無」であり「有」でないことは論理学の矛盾律の示す所である。もちろん、新通説がいうように、「完全に」有効と「無効」との間には、効力の段階が存在する。しかし、これは「有」か「無」かという次元と、完全に「有効」（取消しえない行為）か不完全に「有効」（取消しうべき行為）かという「有」の次元とを混同した議論といえよう。したがって「無」である「無効」を「有」（取消しうべき行為）と同視することは、論理に反することである。法が何らかの効果を与えようとするものに対しては、「有」（有効）という性格を認め、一切の効力を認めないと評価するものについてのみ「無効」とすべきである。

このような効力否認の峻別化を進めると、必然的に要件論に影響する。

まず、意思無能力無効の場合を考えてみたい。行為無能力者については、意思無能力を理由とする無効が行為無能力を理由とする取消の中に完全に吸収されうるから問題はなからう。⁽¹⁴⁾ また、このことは旧民法・現行民法の立法過程からも是認される場所である。行為無能力者ではない場合の「無効」については、少数説がいわゆる「相対的無効」（ボワソナード・梅ラインのフランス的な）を主張している。⁽¹⁵⁾ しかし、この「相対的無効」が昇華して現行民法の「取消」になった過程を考察した後では、この説には同調しがたい。卑見では、ボワソナードが考えていたように、人間の意思が全く存在していない状況はないように思われること、意思能力を行為能力制度で客観的に画一的に処理したことを考え、⁽¹⁶⁾ 行為無能力者の形式的要件を満たさない場合には行為無能力制度の效果の類推適用を認めるべきだと考える。しかし、行為の当時明らかに意思の欠缺が認められる場合は、そのことを理由とする不成立を主張すべきであって、能力の問題に引き寄せるべきでないと思われる。

次に「錯誤無効」については、条文中錯誤の効果が「無効」とされている以上、そのような効果を与えるに相応しい要件の再検討が求められてくる。高森教授は錯誤事例の判例の検討を通じて、単なる動機の錯誤事例に過ぎないと判断される場合にも、他の法規定、他の法制度による問題の解決が図れるという可能性を検討し、「安易に要素の錯誤を拡大することによってもたらされる民法典の体系上の不整序と問題完結の不適切さを指摘」⁽¹⁷⁾ される。このことは安易な錯誤法理への逃避を戒めているが、理論を重視する提言として、大きい意義を意義を有している。前章で見たように、無効の消し崩しの「取消化」（「有」を前提としたもの）が進められたのは、まさにこの錯誤法理への安易な傾斜の後の、理論的「尻拭い」であったから、と思われるからである。また最近、フランス法の「沈黙による詐欺」が紹介され、日本法においても詐欺法理の活用が提唱されていることは意義深い。⁽¹⁸⁾ つまり従来雑居していた錯誤とは言い切れないようなものを、他の法領域にいわば「住み分け」てやる必要がある。そうした後であっても、効果とし

て、無効では具体的現実的解決が図れない場合があらわれよう。⁽¹⁹⁾ そのときに先ず類推適用や準用が検討されようが、「無効」を「有」とすることは慎まなくてはなるまい。それでも解決が図れないときに初めて、法の欠缺を認め、立法による解決をなすべきであろう。技巧的解決で彌縫的に処理が可能であると、かえって問題の所在を覆滅してしまいう危険性が生じてこよう。

(2)取消について。取消は今述べたように、「取消」があるまでは「有効」「有」という性格を持つことを再度強調したい。つまり法が一定の助力をなすことを是認した場合である。この場合に、表意者の意思は法が助力するのに相応しいだけのものが有ることを要する。その上で表意者に法の助力を拒絶する（効力否認）か、否かの選択を許したものと考えるべきであろう。したがって「有」であるものと扱い、それを基礎になされた法関係も一定の保護がなされるべきであろう。

旧通説・新通説ともに二二一条の「初ヨリ無効ナリシモノト看做ス」を絶対的に遡及するものとして扱っている。しかし条文では「無効ナリシモノト看做ス」とあって「無効トス」とないので、飽くまでも見做し規定である。したがって、必ずしも第三者を害してまでも、遡及することを宣明したものではない。旧民法・現行民法を概観したように、「取消」概念も、やはりポワソナード¹⁹梅博士ラインが形成した「有」のものを「無」とするという相対的遡及（復帰的構成）説に戻るべきではなからうか。二二一条の「初ヨリ無効ナリシモノト看做ス」という表現は取消し²⁰うべき行為をした者とその相手方との関係を律するために設けられたということが再認識されなくてはなるまい。すなわち、取消あるまでは、行為としては有効に扱われ、取消後遡及的に無効となるのではなく、復帰すると考えるべきである。この場合、第三者の権利取得について、動産の転得者の場合は善意取得制度によって保護されるが、この点について新・旧通説と卑見とは差がない。しかし、不動産の転得者の場合は、取消後、相手方を起点として、表意者への復

帰と、転得者への権利移転が同時に成立することがある。この問題状況は、二重譲渡に酷似する。二重譲渡の場合、第一譲受人と第二譲受人の譲受時は不問に付し、専ら對抗要件を具備した者に確定的に権利が移転する。⁽²²⁾このこととパラレルに考えるならば、取消による復帰は譲渡ではないが、取消と相手方の譲渡の時期による帰属を考えるべきではなく、對抗要件による解決を図ることが妥当であろう。取消権者が取消権を行使しないことを、本来の虚偽表示の悪性と同一視して、九四条二項を類推していく根拠は見出し難い。⁽²³⁾しかも「有」を前提にした「取消」に「無」である「無効」（第三者の保護を図っているので例外的ではあるが）規定（九四条二項）を適用するのは論理的に無理もあろう。したがって、取消と相手方からの譲渡が存在する場合は、取消による復帰は譲渡ではないが、相手方を起点として権利が二重に移転することになるから、一七七条を適用すべきであると思われる。

以上の検討から卑見をまとめておこう。

第一に、効力否認概念は、「無効」概念と「取消」概念という二つの概念で充分である、ということである。すなわち新通説での「相対的無効」概念は不要である。この「相対的無効」概念は、ボワソナード・梅ラインのフランス流のものである。しかし、それは現行民法の「取消」のプロトタイプであった。そして旧民法から現行民法へ移行するに際して、「取消」に昇華したものであった。これらの過程は、第二、第三章で明らかにした。それにもかかわらず「相対的無効」概念を提唱する学説は、条文の「無効」という語をそのままにしながら、「取消」と同じような処理をしようとしていることは、前章で概観してきた。したがって「相対的無効」は「取消」と内容が同じでありながら、同じ「無効」という用語を用いつつ、効果を使い分けるといふ「無効」概念の「ヤヌス化」をもたらすことになる。しかし、このことは、旧民法が批判されたように、概念の混乱に逆戻りすることになる。

第二に、効力否認によって「表意者保護」を図る場合には、「意思ドグマ」との関連を再検討を要するようになる。

れる。両者の関係は、旧民法でボワソナードが漠然と意識していた。しかし、旧通説では「意思ドグマ」のに、新通説では「表意者保護」に力点を置き過ぎたことは前章で検討した。その結果、具体的・現実的解決と理論体系の双方に破綻を来す虞が生じてきた。旧通説では理論体系を、新通説は具体的・現実的解決を重視し、それによって民法学は発展したことは事実である。そこでこの両通説の残した遺産を継承し発展させるためには、「意思ドグマ」と「表意者保護」とを関連付けて考察すべきであろう。それにより表意者の保護の必要度・態様等が明確になり、より理論的整序が進むことであろう。

第三に、第一点・第二点をふまえて、要件論を展開すべきであろう。そのことによつて、現実的・具体的な普遍的理論体系の構築が可能となると思われるからである。

このような観点に立つと課題は山積している。第一点について、本稿が一応序説として問題点を指摘したにとどまっている。このように効力否認概念が動揺しているのは、効力否認概念の蓄積がローマ法以来乏しいことが、その原因の一つであろう。しかし、効力否認概念の処理については、諸外国でも立法過程等を通じて議論されており、我が国においてもその紹介がなされ始めてきた。²⁴したがって効力否認概念の処理についての比較法的考察を要しよう。また第二・第三点については個別・具体的な検討をしなければならない。この場合、新通説が成果を上げている判例研究の蓄積が具体的・現実的解決の妥当性を検討する際に果たす役割の重要性について、強調しすぎることはない。また、理論的な面、とくに「意思ドグマ」の再評価がなされつつある。²⁵ただ、これらの成果はあるものの、要件論の再構築はかなりの困難を伴うように思われる。

これらの課題は、非力な筆者にとつては千里の道以上に遠いものである。しかし、本稿によつてその半歩を踏み出したのであるから、足下の一步まではとりあえず進みたい。

- (1) 広中俊雄「法律行為の取消と不動産取引における第三者の保護」法律時報四九卷六号（一九七七年）五一頁。
- (2) 我妻栄『民法総則（民法講義Ⅰ）』（再訂版一九六五年）三八七頁。
- (3) 舟橋諄一「意思表示の錯誤」九大十周年記念論文集（一九三七年）六六一頁。
- (4) 長尾治助「消費者契約における意思主義の復権」判例タイムス四九七号（一九八三年）二二頁。
- (5) 我妻・前出注(2) 三〇三頁。
- (6) 野村豊弘「意思表示の錯誤」法学協会雑誌八五卷一〇号（一九六八年）六四頁。
- (7) 林幸司「錯誤無効の追認可能性と民法一九九条の解釈論的意義について」立命館法学一九八号（一九八八年）三八頁。
- (8) 林・前出注(7) 三九頁。
- (9) 林・前出注(7) 三七頁。
- (10) 林・前出注(7) 九三頁以下。
- (11) 石田喜久夫「無効と取消の横断的一考察」（初出、一九七九年）『民法秩序と自己決定』（一九八九年）九七頁。
- (12) 石田喜久夫「現代契約法の動向と課題」（初出、一九八六年）前出注(11) 一一一頁以下。
- (13) 末川博「無効の法律行為と証書の作成」（初出、一九三九年）『民法及び統制法の諸問題』（一九四二年）二二頁。
- (14) 須永醇「意思能力・行為能力」遠藤浩・川井健・西原道雄編『演習民法典（総則・物権）』（一九七一年）二八頁以下。
- (15) 加藤一郎「意思能力」法学教室第一期一号（一九六一年）一五四頁。
- (16) 舟橋諄一「意思能力、特にその行為能力との関係について」法政研究二九卷一―三号（一九六三年）三五―五頁。
- (17) 高森八四郎「錯誤無効の意義」（初出、一九七四年）『法律行為論上の基本的諸問題』（一九九一年）七八頁。
- (18) 後藤卷則「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（三・完）」民商法雑誌一〇二卷四号（一九九〇年）七〇頁。
- (19) 長尾治助「瑕疵ある意思表示論」法律時報六〇卷九号（一九八八年）五四頁以下。
- (20) 加賀山茂「錯誤における民法九三条但書、九六条一項の類推解釈」阪大法学三九卷三・四号（一九九〇年）七二三頁。
- (21) 広中・前出注(1) 五七頁。
- (22) 梅謙次郎『民法要義卷之二』（一九一一年、訂正増補三版）八頁以下。
- (23) 広中・前出注(1) 五三頁、石田喜久夫「民法九四條二項類推論」（初出、一九八六年）前出注(11) 六二、七一頁。

- (24) 林・前出注(7) はドイツにおける効力否認概念に関する議論を真正面から扱ったものとして、嚆矢であろう。
- (25) 安井宏「最近のいわゆる『意思主義復権論』について」修道法学八卷一号(一九八五年)一六九頁以下。