

裁判上の取消から意思表示による取消への変遷（一）

——《法律行為の取消》研究序説

椿 久美子

一 はじめに

二 日本法における取消の方法

三 ドイツ法における無効概念・取消概念および意思表示による取消に関する現在の学説

四 ドイツ法における法律行為の無効概念と取消概念の生成

（以下次号）

一 はじめに

1 考察の視点

(1) 《取消》という用語が、わが民法典において多義的に使われていることは周知のとおりである。すなわち、《取消》は、①本来の取消（日民一二〇条以下）（《原則的取消》¹ともいう）、②撤回（たとえば無権代理行為の取消（日民一二五条）、契約申込の取消（日民五二一条・五二四条）など）、③特殊な取消（書面によらない贈与の取消（日民五五

○条)、夫婦間の契約の取消(日民七五四条)、④裁判上の取消(債権者取消(日民四二四一条一項)、身分行為の取消(日民七四三条以下)など)、⑤私法上の意思表示でないものの取消(公法上の取消(日民一〇条・一三条・三二条一項本文・七一条など)に分けられる。⁽²⁾本稿で検討対象とする取消は、①の本来の取消(原則的取消)である(以下では、単に取消と呼ぶ)。

(2) さて、①の《原則的取消》には、法律行為の取消の一つとして、制限能力取消・詐欺取消および強迫取消があり、これらの取消は相手方に対する意思表示によってすると定められる(日民一二三条)。②③④⑤の《取消》の方法については、①のように規定がなく、どのように取消がなされるか、また民法一二三条は類推適用されるのかどうかを論じた文献は少ない。⁽³⁾そうした状況の中で、学説が取消の方法をどのように解しているかをみていく。②の撤回の方法については、たとえば無権代理行為の取消は本人または無権代理人に対する意思表示によりなすことができる⁽⁴⁾と解されているが、民法一二三条を類推適用できるかの論議はみられないようである。③の特殊な取消の方法は、民法一二三条を適用しうるとする見解がある⁽⁵⁾一方、一二〇条以下の意味の取消でなく撤回の意味であるとの見解もあるが、撤回とした場合の取消の方法については言及されていないようである。⁽⁶⁾④の裁判上の取消は、当然のことであるが、裁判所に請求することができる⁽⁷⁾と定められる。⑤の公法上の取消は、裁判所の行為や行政処分⁽⁸⁾の取消の意味であって、意思表示または法律行為の取消とは異なり、一二〇条以下は原則として適用されないが、一二三条の場合により(七一条の場合など)類推適用されてよい⁽⁹⁾との説がある。

(3) このように取消の方法は意思表示による方法と裁判上による方法とに大別され、これまで④の取消は別として、取消の方法についてとくに議論されることもなかった。④の取消が裁判上なされるのは次のような理由からである。婚姻・縁組など身分行為の取消(日民七四三〜七四八条、七六四条、八〇三〜八〇八条一項、八二二条、一〇二

七条)は、身分関係をめぐる紛争であるため、一般の財産法的紛争と異なつて、当事者間の相対的問題としてこれを処理せず、絶対的・対地的な解決をすることが妥当であり、それゆえ、裁判所の積極的介入が要請されるからである。⁽⁸⁾

また、債権者取消権が裁判上行使される理由は、債権者取消権は第三者の利害に重大な影響を及ぼすので、裁判所に直接取消権の要件を判断させ、これを他の債権者に公示する必要があるからだとされる。⁽⁹⁾ 債権者取消権(日民四二四条一項本文)については、必ず訴の方法によるべきであつて、⁽¹¹⁾ 抗弁の方法によることは許されないとするのが最高裁判例および多数説の立場であり、⁽¹²⁾ 裁判上の取消という方法を厳格に維持する方向のようであるが、やや形式論にすぎるとはいかないかとの批判がある。⁽¹⁴⁾

(4) 他方、①の《原則的取消》については、「取消シ得ヘキ行為ノ相手方カ確定セル場合ニ於テ其取消又ハ追認ハ相手方ニ対スル意思表示ニ依リテ之ヲ為ス」と規定され(日民一二三条)、この規定については立法当時から異論がなかつた。現在の多くの教科書でも、「取消は取消権者の一方的な意思表示であり、形成権である。また、訴えによる必要はなく、取り消す旨の意思表示を相手方に伝えればよい」と簡単に記述されているのがほとんどである。⁽¹⁵⁾ 《意思表示による取消》の方法は自明の理のごとくとらえられている。

ところが、旧民法では、無能力・錯誤・強暴・詐欺による取消は、⁽¹⁶⁾ 裁判上それを主張しなければならなかつた(旧民財産編五四四条・五五五条⁽¹⁷⁾)。また、フランス民法(二一七条・二三〇四条)・オーストリア民法(八七七条・一四八七条)およびイタリア民法(一四四一条)は、裁判上の取消の立場を採っている。他方、英法系、ドイツ民法(ド民第一章案一一三条、ド民一四三一条項)およびスイス債務法(三一条)は、意思表示による取消を採用している。このように各国における取消の方法は、裁判上による方法と意思表示による方法とに二分されているのが現状

である。

(5) わが現行民法典はおそらくドイツ民法典第一草案の影響を受けて、フランス民法典および旧民法典とは異なる《意思表示による取消》の方法を採用したのであるが、この方法は歴史的にみると近代に入ってから生成されたものである。すなわち、ドイツ民法典は意思表示による取消を採用している（ド民一四三条一項）が、かつてサヴィニーおよび一九世紀の普通法学においては、取消原因（Anfechtungsgründe）を主張するときは、アクチオ（actio）、抗弁（exceptio）または原状回復（restitutio in integrum）により裁判上行なわれていたのであった。

本稿において、この問題に関するわが民法典の母法であるドイツ民法典一四三条一項が意思表示による取消を採用するに至った歴史的経緯を考察することで、わが国では自明の理のごとく説明されている意思表示による取消も、決してそうではなく、そこに至るまでにはいろいろな論争を経してきたことをみていきたい。具体的には、ドイツ民法における《意思表示による取消の生成過程》を立法史と学説史について検討する。

本稿における考察により、《意思表示による取消》の方法がドイツ民法典において承認されたのは、取消が訴権法体系から解放され、実体法上の権利として位置づけられたという重要な意義を有するものであることを明らかにしたい。同様の規定を置くわが民法における《原則的取消》も、訴権法体系から離れたところの、取消権という実体法上の権利として位置づけることができるだろう。

このような訴訟法上の権利と実体法上の権利との関係の問題は、債権者取消権においても問題となる。債権者取消権は、必ず裁判上行使しなければならないとされていても、それがゆえに訴訟法上の権利とみるべきでなく、法が債権者に特別に与えた実体法上の権利と解すべきである⁽¹⁸⁾とされ、実体法と訴訟法とを分別する建て前からすれば、裁判上の行使には多少の違和感を否定しえないとの見解もみられる⁽¹⁹⁾。これに対して、債権者取消権は、「実体

法と手続法が未分化であった時代の訴権 (actio) の名残りであり、それがボアソナードを通じてそのまま現行民法四二四条に受けつがれたと解すべきである」として、取消権という名の訴権だと主張される見解もある。⁽²⁰⁾ こうした見解の相違が生じる背景には、指摘されたようにフランス法では実体法と手続法が分化していないということがあつた。他方、ドイツ法ではそれらの分化が完成しており、ドイツ民法典が、錯誤・詐欺・強迫による取消につき《裁判上の取消》でなく《意思表示による取消》を採用し、取消を実体法上の権利として位置づけたことが、まさに、その分化の完成を示すものなのである。

2 考察の意義と課題

(1) ところで、このような考察はわが民法にとつていかなる解釈学的意義を与えるのであろうか。前述したように《意思表示による取消》は、教科書では自明の理のごとく書かれ、問題にする余地はないようにみえ、いまさら、検討対象に取り上げる意義があるのかが疑問として出てこよう。だが、我妻博士の次の叙述からでも意義のあることが知られよう。我妻博士は、取消につき、われわれが現在定義をしているのとは歴史的にみて異なっていたことを、断定的見解を避けつつ指摘される。すなわち、「元来、取消は、裁判上の攻撃防御と結びついたものとされたのであろう。(以下この印は引用者が付加したものである)と思われ。すなわち、取消の結果たる原状回復を請求することは、取消の主張そのものであり、また相手方の請求に対して履行を拒絶することも取消の主張そのものであつたのではないかと思われる。しかし、現在の法律は、取消とその効果とを切り離し、取消は意思表示によつてなすものとし(日民一二三条、学者はこれを形成権という独立の権利としたのである)⁽²¹⁾とされる。はたして、《取消》の概念・機能は歴史的にみれば、我妻博士の指摘どおりであつたのか。ドイツ法における《意思表示によ

る取消の生成過程》を考察することにより《取消概念の生成過程》が明らかとなろう。

後述するように、取消概念の萌芽はローマ法にまで遡る。ローマ法では無効概念はあったが、取消概念はなかった。しかし、現在の学説で取消の効果とされる原状回復請求もしくは履行拒絶抗弁というのはあった。そして、その原状回復請求もしくは履行拒絶抗弁が、一九世紀には取消にあたるものとなり、それが取消の主張そのものであった。そのことから川島博士は《取消は請求もしくは抗弁の論理的前提》であることを強調されるが、取消概念の生成過程をみていくことにより、その問題について検討を加えたい。

(2) 《取消は請求もしくは抗弁の論理的前提》であることを強調するか否かにより、取消の主張とその効果とを一体とみるか、分離したものとみるかの見解に関する違いが生じ、そのことが、第一に、法律行為取消権の権利行使期間をどのように解するかという問題に関わってくる。すなわち、取消権行使の結果生ずる請求権等の期間制限の問題である。川島博士は、形成権は請求権もしくは抗弁権の論理構成上の前提にすぎず、形成権たる取消権の時効とは、取消権行使の結果生ずる返還請求権の消滅時効をも含めた一体のものであり、民法典一二六条の期間制限に服すると主張され⁽²²⁾、現在、この説(一体説)は通説になりつつある。判例は取消権と請求権を切り離し、取消権行使時から請求権の消滅時効が進行するとの立場をとる(分離説)。本稿において《意思表示による取消の生成過程》を分析することにより、これら一体説と分離説が主張された背景を明らかにしたい。取消権の行使期間の問題はすでに別稿で論じたが、より詳細な私見を近い将来、発表する予定である。

第二に、取消を請求もしくは抗弁の論理的前提としてとらえるかどうかの問題は、取消の相手方の問題と関わってくる。わが民法は「相手方が確定セル場合」としか決めていないので、相手方が確定しない場合、あるいは相手方以外の第三者の場合においてはどのように意思表示をなすかの規定はない。後者の場合、判例(大判昭和六・

六・二二民集一〇卷四四〇頁)も通説も、取消の意思表示は法律行為の直接の相手方に対して、そして取消の効果の主張は現在の権利者に対して行うという立場をとっており、この立場につき「取消権の行使自体は裁判外の取消でもよいので、大した手間ではない」という理由で通説に賛成する見解がある⁽²⁴⁾。この場合、取消の意思表示と取消の効果たる請求とは別の独立した行為となる。そこで、取消が請求や抗弁のための論理構成の必要から案出された概念であるという実質的機能に着目し、法律行為の直接の相手方でなく、取消を理由とする原状回復請求もしくは履行拒絶抗弁の相手方と解すべきだとする少数説もある⁽²⁵⁾。

ドイツ民法典は取消の相手方を具体的に定めており、たとえば同法一四三条二項・一二三条二項は詐欺取消・強迫取消の場合には、法律行為の相手方以外の者が悪意により直接に権利を取得した場合は、その者に対して意思表示ができるとする。その他に単独行為の場合にも相手方について具体的に定める(下民一四三条三・四項)。このような取消の相手方に関する問題については後日検討する予定である⁽²⁶⁾。

(3) 以上は取消概念・機能との関連で検討すべき課題を述べたが、取消の主張方法の変遷を考察することは以下の課題へと繋がる。すなわち、①の《原則的取消》について、その方法が裁判上の取消から意思表示による取消へと変遷したことの検討を踏まえて、次には②③④⑤の各種の取消について、民法一二〇条以下、とりわけ本稿との関連では一二三条がどこまで類推適用されるかを考えなければならない。

また、本稿では《意思表示による取消》を採用したドイツ法を中心に検討し、同様の規定を置くスイス債務法、さらには裁判上の取消しか認めていないフランス民法・オーストリア民法およびイタリア民法については、簡単な説明しかしていないが、これらの国における《裁判上の取消と意思表示による取消》の問題について、比較法上の検討をしなければならぬと考えている。さらには、ヴェントシャイトによる「法律行為の無効に関するナポレオ

ン法典の理論⁽²⁷⁾」を勉強して、フランス法とドイツ法の取消全般についても考察したい。

(4) ところで、取消を主張する方法は「相手方ニ対スル意思表示ニ依リテ之ヲ為ス」と定められている(日民一二三条)が、無効を主張する方法については、民法典には規定がなく、教科書等においてもほとんど言及されていない。無効は、法律上当然であつて別段の行為又は手続を必要としないのが原則であるとされ、これは《当然無効》と呼ばれる。ただし、会社設立の無効(商一三六―一三九条・四二八条)および株主総会決議無効(商二五二条)は、訴よつてのみ主張することを許され、これは《裁判上の無効》と名づけられる⁽²⁸⁾。また、身分行為についても、たとえば婚姻の無効は無効判決をまつまでもなく、当然に無効と解されているが、もちろん人訴一条の定める婚姻無効の訴を妨げるものではなく、この訴は当然無効と解する立場からは、確認の訴といふことになる⁽²⁹⁾とされる。

このように無効は、《当然無効》と《裁判上の無効》とに分けられるが、《当然無効》の場合は、なんら主張も手続きも不要とされ、放置しておいても無効のままである。確認の訴を提起する必要がないのである。しかしながら、複雑な現代型取引においては関係当事者の利益のためにも、無効であることをできるかぎり早く関係当事者に確認させることが要請されるのであるから、無効だとして放置しておくのは妥当ではない。したがつて、《意思表示による取消》に対応する《意思表示による無効》を觀念して、無効を確認する必要があるのではなからうか。無効がいわゆる完全無効であれば、当然無効として放置することも許されるが、とりわけ、取消に近い無効(Ⅱ取消的無効と呼ばれる)、すなわち、錯誤無効や意思無能力無効⁽³⁰⁾については、一三三条の類推適用も考えられるのではないかと思われる。これらの無効について、通説は表意者にのみ無効の主張を認めているのだから、一方的な《意思表示による無効》を認められないか。検討しなければならぬ課題である。

3 考察の順序

以下では、まず第一に、わが国では《取消の方法》について学説・判例がどのように述べているかを概観する。その中でも、とくに、《取消の意思表示》と《原状回復(返還)請求・履行拒絶抗弁》との関係に焦点をあわせて検討する。

第二に、《意思表示による取消》の生成過程を考察する前提として、まず、ドイツ法における無効概念と取消概念についての現在の学説を説明する。次いで、《意思表示による取消》を定めるドイツ民法一四三条一項についての現在の学説を簡単に紹介する。

第三に、ハーダーは、「意思表示による取消可能の歴史的発展」において取消権が形成権であることを考慮して形成権の検討からアプローチする方法もあるが、形成権は取消権より後に生まれた概念であるので、取消を論ずるには無効との対比によるアプローチのほうがより有益であると述べ、法律行為の無効の生成過程について論じており、本稿もそれに沿って述べていくことにする。具体的には、無効はローマ法時代からあった概念であるが、《法律行為の無効》という概念はドイツ普通法時代になってから生じたものであること、《取消(可能)》(Anfechtbarkeit)という概念は、ローマ法時代にはなく、新しい概念であることを検証する。《取消(可能)》はサヴィニーが名づけた用語であるが、サヴィニーの意味する取消可能の内容は、完全無効と対比される不完全無効を意味するので、われわれが現在定義するその概念よりずっと広いことに注意しなければならない。

第四に、本稿の中心的テーマである《裁判上の取消から意思表示による取消》が生成されるまでの立法史および学説史を考察し、その歴史的経緯を述べていきたい。

本稿では、実定法の専攻という私の立場からして歴史的分析とりわけ古い文献については、もっぱらハーダーの前記論文に依拠して述べていく。

- (1) 原則的取消とは、民法二二〇条以下の取消に関する一般の規定が適用される無能力(民法改正により制限能力となる)および意思表示の瑕疵を原因とする取消のことである(於保不二雄編『注釈民法(4)』二二二頁(奥田昌道)(一九六七年)。
- (2) 幾代通『民法総則』四二五、四二六頁(第二版、一九八四年)、奥田・前掲書(注釈民法)二二二頁以下参照。
- (3) 石田穰『民法総則』四七九頁以下(一九九二年)は、取消の方法に関する一二三条は場合により類推適用されてよいとして、六条二項、七一条、八二三条二項、八五七条などをその例に挙げる。田島順『改訂民法総則』四三三、四三四頁(再版一九四二年、初版一九三八年)によれば、無能力及び意思の瑕疵以外の原因による法律行為の取消、例えば夫婦間の契約の取消、書面に依らざる贈与の取消、詐害行為の取消、遺留分の減殺について、取消に関する一般の規定が直接に適用なきことは民法二二〇条以下の規定からも明瞭であり、従ってこれら取消行為の性質・効力は各個の規定の解釈により個別的に定められるべきであり、婚姻縁組の取消につきまた同様であるとされる。
- (4) 幾代・前掲書三六二頁。
- (5) 幾代・前掲書四二六頁は、特殊な取消には、民法二二六条の適用はないし(通説)、追認も問題になる余地はないが、取消権行使の方法や相手方に関する一二三条のごときは適用しうるとされる。
- (6) 星野英一『民法概論IV(契約)』一〇二頁(一九八六年)。
- (7) 石田穰・前掲書四七九頁。
- (8) 鈴木祿弥『親族法講義』二六二頁(一九八八年)。
- (9) 大判明治三〇・一〇・一五民録三輯九卷五八頁、大判大正八・九・一〇民録二五輯一五九一頁。
- (10) 於保不二雄『債権総論』一九七頁(新版、一九七二年)、林良平ほか『債権総論』一八五頁(石田喜久夫)(改訂

- 版、一九八二年)、奥田昌道『債権総論』三二三頁(増補版、一九九二年)。
- (11) 最判昭和四〇・三・二六民集一九卷二号五〇八頁は反訴で行使することはできるとする。
- (12) 最判昭和三九・六・一二民集一八卷五号七六四頁。
- (13) たとえば奥田・前掲書(債権総論)三二三頁参照。
- (14) 林ほか・前掲書一八六頁(注)3(石田喜久夫)。
- (15) 近江幸治『民法講義(Ⅰ)』(民法総則)二二八〇頁(第二版、一九九四年)、石田穰・前掲書四八二頁、四宮和夫『民法総則』二二七頁(第四版、一九八六年)。
- (16) 現行民法典では旧民法典での《削除》という用語はなくなり、取消という用語に取って代わった。
- (17) 旧民財産編五四四条「無能力者又ハ錯誤ニ因リテ承諾ヲ與ヘタル人又ハ強暴若クハ詐欺ニ因リテ承諾ヲ獲ラレタル人ノ約シタル義務ハ五今年ノ間ハ或ハ其人又ハ其代人ノ請求ニ因リ或ハ履行ノ訴ニ対シ此等ノ者ヨリ為シタル抗弁ニ因リテ裁判上之ヲ消除スルコトヲ得」
- (18) 於保・前掲書(債権総論)一七九頁、奥田・前掲書(債権総論)二七六頁。
- (19) 林ほか・前掲書一八五頁(石田喜久夫)。
- (20) 平井宜雄『債権総論』二二四頁(一九八五年)。
- (21) 我妻栄『新訂民法総則』三九六頁(一九六五年)。
- (22) 川島武宜『民法総則』四四一頁以下(一九六五年)。
- (23) 拙稿「法律行為取消権の長期消滅規定と除斥期間」法時七二卷一一号二八頁以下(二〇〇〇年)参照。
- (24) 四宮和夫Ⅱ能見善久『民法総則』二五三頁(第五版、一九九九年)。
- (25) 川島・前掲書四二一頁、須永醇『新訂民法総則要論』二四〇頁(新訂版、一九九七年)。
- (26) 取消の相手方については、薬師寺志光『日本民法総論新講下巻』八三七頁以下(一九六三年)で詳細に説明されている。

(27) Windscheid, Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, 1847, S. 29ff.

(28) 於保不二雄『民法総則講義』二六八～二六九頁(復刻版一九九六年、初版一九五一年)。

(29) 久貴忠彦ほか『民法講義7親族』八二頁(右近健男)(一九七七年)。

(30) 取消的無効とは何か、錯誤無効および意思無能力無効を取消的無効として位置づけることができるかの問題は、拙稿「取消的無効」椿寿夫編『法律行為無効の研究』(近刊、日本評論社) 参照。

(31) 鈴木祿弥『民法総則講義』一五六頁(改訂版、一九九〇年)によれば、錯誤無効について錯誤者にのみ無効主張が許されるのは、取消制度と同趣旨である。ただし、取消の場合には、行為の相手方に対して取消の意思表示がなされる必要があるが、錯誤無効の場合には、そのような必要はない(錯誤者がなんびとかに對し契約の無効を主張しさえすれば、他の者もその契約の無効を主張しうる)と解されている、とされる。

(32) Harder, Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen, AcP 173, 1973, S. 209ff.

(33) ドイツ法における取消概念の変遷については、田中教雄「ドイツ民法典の編纂過程における取消概念の変遷——法律行為の効力に関する諸概念——」香川法学一七卷四号六三頁以下(一九九八年)参照。

二 日本法における取消の方法

1 旧民法から現行民法

前述したように現行の日本民法典は、一二三条において、取消は、取り消しうべき行為の相手方が確定している場合には、その相手方に対する意思表示によってする旨を規定しているが、対応する旧民法典では、無能力者、錯誤者、強暴もしくは詐欺をされた者は、五年間、その者または代人の請求により、あるいは履行の訴に対する抗弁により、裁判上、約束した義務を銷除することができるとする(旧民法財産編五四四条)。私の調べた限りでは、法

典調査会は、旧民法財産編五四四条が現行民法一二三条に結実する過程についての議論をしていないようであり、どのような趣旨で一二三条が制定されたかは不明である。⁽²⁾

2 戦前の学説

(1) 裁判上の取消と意思表示による取消との対比

取消の方法は、立法の過程で旧民法の採る《裁判上の取消》から現行民法の《意思表示による取消》へと変わったが、その点について学説はどのようにみているのだろうか。

梅博士は、取消は旧民法においては必ず裁判所に請求することとされていたが、これは外国においてもその例が乏しくはないにせよ、不必要な手続きといふべきであり、一二三条においてはこの手続きを要せず、単に取消権者より意思表示をなしてその権利を行うことができるものとし、意思表示による取消は新民法の採った主義に適合すると述べ、その例として民法五〇六条の相殺の意思表示、五四〇条の解除の意思表示を挙げる。⁽³⁾

岡松博士によれば、裁判上の取消は確実であるが、費用・手数を要し、実際に不便であるとされる。⁽⁴⁾

富井博士は、旧民法における裁判上の取消は確実を趣旨とするものであるが、この制度は『煩ニ過キ本邦ノ風俗慣習ニ適合セサル』がゆえに、民法は採用しなかつたと指摘し、意思表示による方法は、取消の場合だけでなく、履行の請求、契約の解除その他数多くの行為につき採用する主義であるとす。そして、取消の方法には制限がなく、それゆえに取消権を有する者は、相手方より履行を請求された場合に抗弁として取消権を行使することもでき(大判明治三五・一一・二五、大判明治三六・六・二七)、実際においては抗弁の方法により取消権を行使するのが最も多いと言ふ。⁽⁵⁾

現在の通説の基礎となつた見解を詳細に展開される鳩山博士は次のように述べる。わが民法がドイツ民法と同じく取消について裁判上の手続を必要としないのは、解除・相殺・催告等についてと同様にわが民法の常に採る主義だからである。しかし、そうであるからと言って、取消の意思表示は必ず裁判外でしなければならぬというのではなく、取消の意思を相手方に了知させる行為は訴訟係属中にもよい。訴により法律関係を確定したときは確認の訴、給付の訴を起こすことができる、⁽⁷⁾と云う。この問題以外に、取消の相手方、⁽⁸⁾意思表示の内容、条件を付けることの許否、相手方が数人いる場合に生ずる問題などが叙述される。

以上のように、この頃までの学説は、裁判上の取消と意思表示による取消とを対比して、後者のほうが優れていると主張するが、その後の学説は両者を対比して論ずることはなくなつた。論点は、《意思表示による取消》の具体的な内容に移っていく。

(2) 意思表示による取消

川名博士は、意思表示による取消の是非について述べず、取消の相手方の問題について言及するのみである。⁽⁹⁾

江木博士は、取消は訴でなく意思表示によりなすべきであるので、無効確認の訴は、いったん意思表示により取り消した後に始めてこれを提起できるがごとくであるが、そうする必要はなく、訴状の提出は同時に取消の意思表示をしたものとするのが慣例である。これを裁判上の抗弁とする場合もまた同じである⁽¹⁰⁾と述べる。

三瀧博士は、自ら進んで取り消さなくても、相手方より履行の請求があつて始めて取消を主張することを妨げないとする。⁽¹¹⁾

暁道博士は、取消は訴によりしないのが原則だが、必ず裁判外においてなすものではなく、訴訟中においてなすことを妨げないと言ふ。そして、取消権が数人に共属したまたは相手方が数人存するときには全員より全員に対して取

消の意思表示をなすことを要する（日民五四四条一項参照）とする。また、取消の意思表示には原則として条件を附することを許さないとし、なぜならば取消権者の一方の意思にて、相手方がその意に反し不確定の法的状態に立たされる結果を生じ、不公平となるからであると説く⁽¹²⁾。

近藤英吉博士は、取消により、取り消しうべき行為は当然に無効となり、敢えて取消の訴を提起することを要しないが、取消による無効確認の訴を提起し、または訴訟において取消権を行使できることは勿論であるとする⁽¹³⁾。また、取消前といえども、取消権者は取消原因を主張して、その給付を拒絶することができる⁽¹⁴⁾と解すべきであるとする。取消権者に取消権行使前の履行拒絶抗弁を認める近藤説は注目できる。

さらに、取消の意思表示において、取消原因が表示されることも取消の用語が用いられることも要せず、何等の形式も要しないとし、また、取消の意思表示は単純であることを要し、相手方の随意条件のほかは条件を付することはできないとする。取消が訴訟においてなされる場合にあつても、取消はなお私法上の意思表示たる性質を失わず、それゆえ、その効力は訴訟関係の如何により左右させられることはないとする⁽¹⁵⁾。

石田文次郎博士は、取り消しうべき法律行為は、その成立当時において有効要件に付着していた瑕疵のために法律は《取消権》を認め、取消権は《形成権》であるとして、形成権としての位置づけを明確にされる。また、取消の意思表示は原則としてなんらの方式を必要とせず、黙示の表示でも充分であるとする⁽¹⁶⁾。

田島順博士によると、取り消しうべき行為は未確定の無効 (schwebende Nichtigkeit) と説明されるごとく、取消の意思表示によって始めから無効と取り扱われる行為であり、したがって、取消の意思表示をした者に対する関係のみならず、一般第三者に対しても無効となるべく、この種の無効を惹起するために特別の場合の外何等訴を必要としない⁽¹⁷⁾。また、取消は意思表示として、意思表示一般の原則の適用を受け、一般的には何等の形式を必要とせ

ず、したがって取消なる用語を使用することを要せず黙示的になされた取消もまた有効とされている。さらに、取消の意思表示は取消権の成立をその有効条件とし、取消権は法律上一定の原因を伴う法律行為に付随してその当事者に帰属する形成権である⁽¹⁸⁾、と解される。注目すべき記述は、取消が、未確定の無効だとし、また取消権が形成権であることを明言していることである。

(3) 判例

大審院は、取消は訴その他特別の形式によることは必要でなく、取消権者の意思表示によってすることができるとし(大判明三三・一一・五民録六・一一・二八)、意思表示には一定の方式はないとする。たとえば、手形は親族会の同意をえないで振り出したものだから無効であるとの抗弁(大判明治三六・六・二七民録九輯八〇四頁)、登記の抹消請求(大判明治三七・一一・一五刑録一〇輯二四〇四頁)、損害賠償請求(大判明治三九・一一・二六民録一二輯一五七九頁)、証書の取戻請求(大判明治四〇・七・三〇刑録一三輯八六七頁)などは取消の意思表示をしたことになる⁽¹⁹⁾とする。

(4) 小括

以上の戦前の学説を要約すると、取消の方法について、旧民法典は訴による(裁判上の)方法を採用、現行民法典は裁判外の意思表示による方法を採用。どちらの方法が妥当であるかを論じているのは、立法直後の梅・岡松・富井・鳩山らの学説である。それらの説は、裁判上の取消は、確実であるが、費用・手数を要し、わが国の風俗慣習に適合せず、これに対して、意思表示による取消は、新民法の採った相殺・解除などを意思表示によりなすことができるとした主義と適合すると説明する。また、意思表示による取消の方法には制限がなく、訴訟の中で行ってもよく、履行拒絶抗弁として取消権を行使することもでき、実際には抗弁の方法により取消権を行使することが多

いと指摘する。取消の場合において、訴により法律関係を確定したいときには、取消原因の事実の存否についての確認の訴や利得の返還および損害賠償等給付の訴を提起することもできるとする。

その後の学説は、前述したように《意思表示による取消》の方法を当然の前提として、いかなる行為が取消の意思表示とみられるかの問題、取消原因を表示すべきかどうかの問題、相手方の問題、取消の意思表示に条件を付すことができるかの問題について、説明の重点が移っていった。

後述の戦後の学説と異なるのは、戦前において、取消は取消権でありかつ形成権であると明確に述べたのは石田博士および田島博士らであり、それ以外の学説は取消権および形成権については触れていないようである。

3 戦後の学説

於保博士は、「法律行為の取消は、特定の者から相手方に対して取消の意思表示をすれば（日民二二三条）、すでに発生している法律行為の効力が初めから無効であったものとみなされることになる（日民二二一条）。だから、取消は取消を主張する特定の者が有する権利（取消権）として観念され、しかも、これは、権利者の一方的意思表示によって法律関係変動の効力が生じるから、形成権の一種に属する。」とされる。⁽²⁰⁾ その後の学説も異論なく、取消は《取消権》かつ《形成権》であると位置づけており、それを前提として、以下では、学説が《意思表示による取消》をどのように説明しているかを述べよう。

(1) 取消の方法

取消の方法、すなわち取消権の行使方法は、とくに裁判上なされることが要求されている場合を除いて、意思表示によってすることができるとされる。⁽²²⁾ 本来の取消（原則的取消）の行使方法が、裁判上の取消か、意思表示によ

る取消かの是非を問う記述は、戦後の学説にはもはや見当たらない。それよりも以下の問題に重点が置かれる。

(2) 取消の意思表示の方法

取消の意思表示の方法は、書面によると口頭によるとを問われず、明示的であっても黙示的であってもよい。取消という語を使用する必要はなく、取消の意思が相手方から推測されればよいとされている。⁽²⁴⁾

取消の意思表示は訴訟においてすることもできる。この場合、取消権が訴によって行使されるのではなく、訴を機会として取消が行われるのに過ぎず、したがって、取消は、私法上の意思表示たる性質を失わないとされ、ゆえにその効力は訴訟如何により左右されないと解される。⁽²⁵⁾

大審院判例が、無効の抗弁、登記の抹消請求、損害賠償請求および証書の取戻請求などは取消の意思表示であるとの立場をとっていたことは前述したが、戦後の学説も同様である。また、「単に法律行為の無効を主張する権利を留保する旨の通告は取消の意思表示といふことができなない」(最判昭和二八・二・二七刑集七巻二号三四八頁)との判例の見解を支持する学説がある。⁽²⁶⁾

(3) 取消と原状回復請求・履行拒絶抗弁との関係

取消と原状回復請求・履行拒絶抗弁との関係はどのように解されているのか。富井博士は、抗弁として取消権を行使することもでき、実際においては抗弁の方法により取消権を行使するのが最も多いとされ、近藤博士は、取消権者は債務の履行を取消権に基づき拒絶する抗弁権を有するとされ(前述)、取消権の行使の前に履行拒絶抗弁の主張を認める。このように戦前の学説では、取消そのものの主張と取消の効果の主張とを分けて論ずることはみられず、取消の効果とされる履行拒絶抗弁を取消そのものの主張と解されていた。

この見解に対して、薬師寺博士は、取消権者は取消をしない限り、現に債務を負担するのであるから、これを履

行する義務があり、したがって履行遅滞の責を負うと解される。⁽²⁷⁾ 要するに、取消権行使前に履行拒絶抗弁を主張したとしても、それは取消をしたことにならないと言うのである。

取消そのものの主張と取消の効果の主張とを分ける点までは、薬師寺博士と同じであるが、結論として両主張を融合させるのが、我妻説や幾代説である。我妻博士は、取り消した結果、債務の履行を拒絶し、または返還を請求する場合は、多くは訴訟上で主張することになるが、しかし、これは取消の効果の主張であって、取消そのものではないと区別した上で、薬師寺博士と異なり、取消の効果を主張する行為は、取消の意思表示を含むと解すべきであると説く。⁽²⁸⁾ 同様の見解をとる幾代博士は、履行拒絶や返還請求の行動は取消の効果の主張であって、取消そのものではないが、右のような行動があったときは、その前提たる取消という意思表示もあったものと見るべきであると主張される。⁽²⁹⁾

川島博士は、「取消の機能は、ある法律行為によってすでに生じた権利義務の変動を否認し、相手方に対し現状変更の請求をなし(たとえば、代金の返還を請求する)、あるいは相手方の請求を拒絶することを得しめるための論理構成、ということにある。同じ目的は、すでになされた法律行為の効力にふれることなくそれとは別に原状回復の訴権や現状維持の抗弁権を与えることによって、達せられ得る(ローマ法はそうであった。)⁽³⁰⁾とされる。この川島博士の見解は、取消を意思表示により法律行為を遡及的に無効とするものだけ捉えるのではなく、後にドイツ法の検討により明らかとなるが、《取消》の機能は、《原状回復の訴権》および《現状維持の抗弁権》の機能と対応するものであること、取消の原点は取消概念を知らないローマ法にあったことを、われわれに示唆するものである。

川島博士によれば、民法は「相手方に対する意思表示という《独立の行為》によって取消をなすべきものと規定

している。しかし、本来は、取消は、既存の法律行為の内容に反する主張（請求もしくは抗弁）の論理的前提のためであつて、「請求もしくは抗弁が行われる場合には、取消は独立の意思表示としてなされる必要はない。すなわち、裁判所における請求権または抗弁権の行使は、取消の意思表示を含むと解すべきである。」と主張される。³¹⁾

川島説は、戦前の学説、すなわち、前述したように、履行拒絶抗弁として（富井・三瀧・近藤説など）、あるいは、訴訟において（鳩山・江木・曄道・近藤説）取消権を行使できるとした見解とほぼ同じである。

奥田教授（現最高裁判事）も、「一般に、取消は一つの意思表示であるから、意思表示解釈の結果、取消と認めることのできる行為であればよいとされ」ており、登記の抹消請求・損害賠償請求および証書の取戻請求の諸事例のように、「『取消の結果』を主張する行為は、その論理的前提である『取消』の意思表示をふくむもの（黙示の意思表示）であると解されている。現行法の体系では、取消とその効果である原状回復の請求または現状維持の抗弁とは切り離され、取消は意思表示によってなすものとし、学者はこれを形成権という独立の権利として理解するのであるが、」前記諸事例は、「取消の本体が原状回復の請求または現状維持（履行拒絶）の抗弁にあることを如実に示すもので」あると指摘される。そして「判例・学説は、このような理由から、給付の請求または履行の拒絶の中に取消の意思表示をみていると解しうるであろう」と主張される。³²⁾このように、奥田説は、川島説と同旨であり、取消権を取消の効果たる原状回復請求および履行拒絶抗弁のための論理的前提ととらえるのである。

川島・奥田説と異なり、山本判事は、「取消権行使の効果として、給付物については返還請求が、未履行の給付義務については履行拒絶が可能になる。このような財貨の移動の手段的側面に着目して、取消権はかかる請求権・拒絶権発生のため的手段に過ぎず、独立して行使を認める必要はないとの考え方も成り立たないわけではないが、伝統的な考え方は、取消権自体を独立の形成権として構成したものと理解する」と述べる。³³⁾

(4) 取消原因を示す必要があるかの問題について。必要説の理由⁽³⁴⁾としては、取消権者にとってはなんら煩わしいことではないが、相手方にとっては、取消の理由がわからないということは争う場合にも不利であり、また取消権の競合の場合にはその実益があるとされる⁽³⁵⁾。原則は不要だが、取消権者が取消原因いかによって相手方に対して負担する責任の程度に差異を生ずるときは、取消の原因を示す必要があるとの説がある⁽³⁶⁾。

不要説は、一二〇条以下の取消であることがわかる意思表示であれば、相手方に特段の不利益を与えないだろうし、取消権が競合する場合には、取消権が競合するときの効果の問題として考えればすむように思われるとする⁽³⁸⁾。

(5) 小活

以上の学説は、《取消の意思表示》と《原状回復(返還)請求・履行拒絶抗弁》との関係を論じているが、その他の教科書ではこの問題について叙述しているものは少ない。たしかに、通説のように黙示の意思表示という解釈をとることにより、《原状回復(返還)請求・履行拒絶抗弁》は取消の意思表示を含むものであると解すれば、それで取消権の行使があったとみなされ、問題はないと考えられるであろう。だが、「考察の意義と課題」において述べたように、取消権の期間制限に関する一体説と分離説の問題や取消の相手方の問題をどのように解するかの基礎的作業として、《原状回復(返還)請求・履行拒絶抗弁》が取消の効果の主張ではなく、歴史的にみれば取消の主張そのものであったことを検証するのは、意義のあることであろう。このような歴史的経緯を明らかにするために、以下ではドイツ法を考察する。

(1) 日民一二三条は取消だけでなく追認も相手方に対する意思表示によりなすとしているが、ドイツ民法典は取消についてののみ意思表示によることを定めている(日民一四三条一項)。

(2) 法典調査会では、現行民法典一二〇条(取消権者)、一二一条(取消の効果)、一二二条(追認の効果)、一二四条

(追認の要件)、一二五条(法定追認)および一二六条(取消権の消滅時効)と対応する草案の提出に基づき質疑応答がなされたが、一二三条(取消・追認の方法)は草案の提出がなく、したがって議論もみられない(日本近代立法資料叢書Ⅰ法典調査会民法議事速記録(一)一八〇頁以下(一九八三年)参照)。

(3) 梅謙次郎『訂正増補 民法要義 卷之二総則編』三一七頁(一九八四年、一九一一年の復刻版、初版一八九六年)。

(4) 岡松参太郎『註釋 民法理由総則編』二七六頁以下(一九九一年、一八九八年の復刻版、初版一八九六年)。

(5) 富井政章『民法原論第一巻総論』五四六〜五四七頁(一九八五年、一九二二年の復刻版、初版一九〇三年)。

(6) 鳩山秀夫『註釋民法全書第二巻 法律行為乃至時効』四二八〜四三五頁(合本七版一九一九年、初版一九一二年)。

(7) 鳩山・前掲書(法律行為乃至時効)四二九頁以下は次のように述べる。少し長くなるが、本稿にとって重要なので、そのまま引用する。「取消ノ意思表示ニハ訴ノ方式ヲ必要トスル立法例アリ(佛民一三〇四条以下等佛法系ノ民法)

然レトモ我民法ハ獨民法(一二三条)ト同シク取消ニ裁判上ノ方式ヲ必要トスルコトナシ唯婚姻ノ取消(七八〇条以下)養子縁組ノ取消(八五三条以下)及ヒ詐害行為ノ取消(四二四条)ノミ例外トシテ裁判所ニ請求スルヲ要スルモノトス此ノ如ク成ルヘク裁判上ノ手續ヲ必要トセサルハ我民法力解除、相殺、催告等ニ付テ常ニ採ル所ノ主義ナリ然レトモ之カ故ニ取消ノ意思表示ハ常ニ必ラス裁判外ニ於テ為ササル可カラスト言フノ理ナシ苟モ取消ノ意思ヲ相手方ニ了知セシムルニ足ル行為ヲ為スニ於テハ之ヲ訴訟係属中ニ為シ又ハ裁判所ニ於テ相手方又ハ其代理人ニ対シテ為スモ固ヨリ支障無シト信ス……又取消其ノモノニ付テ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘカラスト雖モ若シ訴ニヨリテ法律關係ヲ確定セント欲スルトキハ取消ノ原因タル事実ノ存否ニ付テ確認ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘク又或ハ裁判外ニテ取消ヲ為シ之ヲ原因トシテ利得ノ返還、損害賠償等給付ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘシ因ニ言フ大審院ハ取消ニハ一定ノ方式無キヲ以テ訴ヲ以テ之ヲ請求スルノ要ナク又訴又ハ抗弁ノ方法ニ依リテ之ヲ為シ得ヘキ旨ヲ判決セリ(三十三年十二月五日判決、三十五年十一月二十五日判決、三十九年十一月二十六日判決等)。

(8) 鳩山・前掲書(法律行為乃至時効)四二九〜四三一頁では、取消の相手方は、取消により利害の影響を被る人ではなく、当初の行為の当事者であるとして、ドイツ法と異なる見解を主張する。また、取消の文字を使用しなくても、返還

や義務を負わないと言ふような言葉を使用すればよく、取消原因の指示は、規定がないのでしなくてはよいとされる。その後、鳩山博士が一九三〇年に出された教科書(鳩山秀夫『日本民法総論』五一〇〜五一二頁(改版一九三二年、初版一九二七年))においても同内容の叙述である。

- (9) 川名兼四郎『改訂増補民法総論』四五二頁(訂正再版一九〇四年、初版一九〇三年)。
- (10) 江木衷『現行民法論総則篇』二六一頁(一九〇六年)。
- (11) 三渚信三『全訂民法総則提要下巻』四二二頁(第一版一九三四年、初版一九二一年)。
- (12) 曄道文藝『日本民法要論第一巻』三八九〜三九〇頁(一九二〇年)。
- (13) 近藤英吉『註釈日本民法(総則編)』四六四頁(一九三二年)。
- (14) 近藤・前掲書四五四頁。
- (15) 近藤・前掲書四五五〜四五六頁。
- (16) 石田文治郎『現行民法総論』三一頁、三一五〜三一六頁(一九三〇年)。
- (17) 田島・前掲書四三三〜四三四頁。田島・前掲書四三四頁は、ドイツ普通法は、本来有効な取り消しうべき行為を、取消の訴または原状回復請求権の行使により、遡及せず効力を喪失させ、かつ履行拒絶の抗弁権を成立させているとする。
- (18) 田島・前掲書四四〇頁。
- (19) 詳細は奥田・前掲書(注釈民法)二八四〜二八五頁参照。
- (20) 於保・前掲書(総則)二七四頁。
- (21) 詐害行為の取消(四二四條)、婚姻・縁組など身分行為の取消(七四三條〜七四八條・七六四條・八〇三條〜八〇八條一項・八一二條・一〇二七條)、会社設立の取消(商一四〇條〜一四二條・一四七條)、株主総会決議の取消(商二四七條〜二五一條)などは、訴をもって、すなわち裁判上、取消を請求しなければならぬ。
- (22) 奥田・前掲書(注釈民法)二八四頁、我妻・前掲書(総則)三九五〜三九六頁、幾代・前掲書四三二頁。

- (23) 薬師寺・前掲書八三二頁。
- (24) 奥田・前掲書(注釈民法)二八四頁、その他多数説である。
- (25) 薬師寺・前掲書八三二頁。
- (26) 石田穰・前掲書四八二頁。
- (27) 薬師寺・前掲書八三二頁。
- (28) 我妻・前掲書(総則)三九六頁。
- (29) 幾代・前掲書四三一頁。幾代・前掲書四三二頁注(三)によると、登記抹消の請求、返還請求などは取消の意思表示があつたものとみられる。
- (30) 川島・前掲書四一八、四一九頁。
- (31) 川島・前掲書四二二頁。須永・前掲書二四〇頁は川島説に賛成する。
- (32) 奥田・前掲書(注釈民法)二八五頁。
- (33) 遠藤浩ほか編『民法注解財産法 民法総則1』五八三頁、五八四頁(山本和敏)(初版、一九八九年)。
- (34) 中島玉吉『民法釈義卷之一(総則編)』六八五頁(改訂増補版一九二七年、初版一九二一年)。
- (35) この問題については、奥田・前掲書(注釈民法)二八五頁、本城武雄「形成権の行使について——その理由開示義務——」名城法学一五卷一・二号一三三頁以下(一九六五年)参照。
- (36) 薬師寺・前掲書八三二頁。同・前掲書八三二頁注(三)は、未成年者が詐欺にあつた場合に、受領した代金を無益に消費したときに、詐欺を理由とするか、無能力を理由とするかで差が生ずるとする。
- (37) 石田穰・前掲書四八二頁は、疑問があれば問い合わせればよいとする。
- (38) 幾代・前掲書四三二頁。その他の不要説として、川島・前掲書四二二頁、川井・前掲書三四九頁。

三 ドイツ法における無効概念・取消概念および意思表示による取消に関する現在の学説

1 無効概念と取消概念に関する現在の学説

《意思表示による取消》の生成過程を述べる前に、現下のドイツ民法において取消はどのような内容を有するものとして解されているかを無効と対比して、ごく簡単に紹介しておく。

(1) 多様な無効の種類

ドイツ民法では、瑕疵ある法律行為 (Fehlerhafte Rechtsgeschäfte) の効力を否定する手段として、無効 (Nichtigkeit)・浮動的無効 (Schwebende Unwirksamkeit)・相対的無効 (Relative Unwirksamkeit) および取消可能 (Anfechtbarkeit) の四つを認めている⁽¹⁾。違反の重大さに応じて無効・浮動的無効・相対的無効および取消可能という段階 (等級) をつけた瑕疵のカテゴリーが創られている。その場合、Unwirksamkeit と表現される無効がそれらの包括的上位概念とされる⁽²⁾。

瑕疵ある法律行為と区別されるものに非法律行為 (Nicht-Rechtsgeschäft) がある。非法律行為は、法律行為の成立要件が欠けている場合に存する。たとえば、承諾のない申込みは不完全な契約である。また、虚偽の法律行為 (Scheinbares Rechtsgeschäft) は、法律行為であろうが、しかし客観的には法的拘束意思が欠けている行為である。たとえば、判例は隣人の所での子供の監督の相互引受を虚偽の法律行為とする (BGH NJW 68, 1874f)。

(2) 無効

法律行為の成立要件を充足するが、規定上、法的効力が最初から生じない法律行為は無効となる (nichtig)。無

効な法律行為は原則として追認できない。無効⁽³⁾には、行為無能力無効（下民一〇五条）、心裡留保無効（下民一一六条）、虚偽表示無効（下民一一七条）、非真意表示無効（下民一一八条）、方式欠缺無効（下民一二五条）、禁止規定違反無効（下民一三四条）、良俗違反無効（下民一三八条）、一部無効（下民一三九条）、不能無効（下民三〇六条）などがある。

(3) 浮動的無効（＝不確定無効）

Nichtigkeitの意味での無効と取消可能との間に浮動的無効が位置する。浮動的無効とされる法律行為はまず無効となるが、有効にもなりうる。⁽⁴⁾すなわち、浮動的無効は、欠けている有効要件の追完により遡及的に有効となる不完全な法律行為である。有効要件の充足・不充足が明確となるまで浮動状態（schwebenzustand）が存続する。有効要件がもはや充足しえない場合には、その法律行為は確定的に無効となる。浮動的無効の主たる場合として、同意のない未成年者の契約締結（下民一〇八条一項）、無権代理（下民一七七条一項）、自己契約（下民一八一一条）、同意のない一方配偶者の契約締結（下民一三六六条一項）などがある。

停止条件付法律行為は浮動的無効ではない。なぜならば、その法律行為は完全であり、効力の発生だけが延期されているからである。条件成就のときより、当事者の意思に依存することなく、遡及効を伴わずに法的効力が生ずる。条件成就までは浮動状態が続き、その間、契約当事者は契約の遵守および配慮を義務づけられる（BGH NJW 92, 2490）。⁽⁵⁾

(4) 相対的無効

相対的無効は、すべての人に対して絶対的に無効となるのではなく、保護される特定の人だけに対して相対的に無効となる処分である。保護される人だけが相対的無効を主張でき、それゆえ、無効を放棄できる。相対的無効の例

として、特定の人への保護だけを目的とする法律上の譲渡禁止規定があり、それに反して譲渡がなされた場合、その特定の人に対してだけ無効とされる（下民一三五条⁽⁶⁾）。

(5) 取消可能

取り消しうる法律行為は、取消がなされるまで有効であり、取消により遡及的に無効となる（下民一四二条一項⁽⁷⁾）。継続的債権関係においては、取消の遡及的無効は制限される⁽⁸⁾。取消権は形成権である。取消権は、法律行為を解消するつもりか否かについての処分を取消権者の意思に任せる。それゆえ、取消の規制は、無効の効果が当事者の意思と無関係に生じるという無効の規制と反対である⁽⁹⁾、と主張するのはヒュプナーである。無効と取消の重要な違いは、無効となる効果が当事者の意思に依存しないか、それとも依存するかであることをここで強調してきた⁽¹⁰⁾。

取り消しうる法律行為は、錯誤による意思表示（下民一一九条以下⁽¹⁰⁾）、詐欺または強迫による意思表示（下民一二三条）、錯誤または強迫による終意処分（下民二〇七八条以下）などである。わが民法と異なり、前述したように同意なき未成年者の行為は取消可能ではなく浮動的無効と解される。かつては心神耗弱者・浪費者もしくは飲酒癖のある者は、七歳以上の未成年者と同一の地位を有するとの規定（下民一一四条）があったが、同条は削除され、現在では制限能力者は七歳以上の未成年者だけとなった。なお、無効な法律行為も取り消すことができる⁽¹¹⁾と解されている。

取り消しうる法律行為は、しばしば《浮動的無効》と表示されることがあり⁽¹²⁾、両者の違いが問題となる。エネエクチュルスリニッパートイは、浮動的無効・相対的無効および取消可能を対比する。それによれば、《浮動的無効》⁽¹³⁾（unentschieden）無効》については、法律行為は通常は一時的に有効とみなされるが、ある人の意思表示によ⁽¹⁴⁾

り、または裁判所の判決により遡及的に無効となる。ある人の意思に依存する《浮動的無効》が、たびたび、しかも不当にも《相対的無効》と呼ばれたのは適切でない。なぜならば、その行為がいったん確定された場合にはすべての者に対して無効であるか、すべての者に対して有効であるかのどちらかであるからである。そして、《浮動的無効》の行為にはドイツ民法によれば、とくに、錯誤、強迫または詐欺により《取り消しうる行為》が属するとする。このようにエネクチュルスニツパーダイは、《浮動的無効》とされる法律行為を一時的に有効な行為とみ、それゆえ取消可能はそれに含まれる概念であるとして、現在の通説とは異なる見解を示していた。

現在では、たとえばロートによれば⁽¹⁵⁾、取り消しうる法律行為は、取り消されない限り有効であるから、立法資料がどちらかといえば浮動的無効と理解させる場合であっても、そのようにみることが適切でなく、解除条件の場合と同様に、浮動的有効の意味として解するのがよいとされる。もっとも、取消可能は、瑕疵ある意思表示をなした者が取消の決定をすることができ、浮動的無効あるいは浮動的有効と異なると指摘される。

また、エネクチュルスニツパーダイは、取消可能と否定可能 (Vernichtbarkeit) とは概念が似ているとす。否定可能は、法律行為が始めは有効とみなされ、無効の訴により判決に基づき無効と宣告される場合である。既判力ある無効の意思表示がなされる前に無効を主張することはできない。取り消しうる行為の取消と異なり否定可能の場合の無効の意思表示は通常遡及しない。たとえば、会社が既判力ある無効を宣告された場合に、はじめから不存立とはみなされない。会社が設立されたと言う事実も、もはや消滅させることはできない、と説く。

フルーメは、ドイツ民法典草案理由書(いわゆるモティーフエ)には、取り消しうる法律行為は遡及効のある法定解除条件付法律行為(この行為は、条件の成否未定の間は完全に有効であり、ただその存続性が不確定なのである。)の下位に位置すると記述されているが、このような取消可能の言い換えはほとんど役に立たず、取消可能の本質

は、取消権者が法律行為の有効か無効かについての決定権を有していることにある、と指摘する。⁽¹⁶⁾

デイルヒャー⁽¹⁷⁾は、ハーダーの論文を引用して、次のように説く。法律行為の取消可能の概念は、不完全無効を取消可能と呼んだサヴィニーにさかのぼり、そして、取消の主張は、サヴィニーによると、訴え (Klage)、抗弁 (Einrede) または原状回復申立 (Restitutionsbegehren) によりなされた。だが、ザクセン民法八四九条がはじめて《意思表示による取消》を認め、その後ドイツ民法一四三条一項も取消は私人の意思表示によりなすことができる。と定めた。それは訴訟上の取消概念から実体 (法) 上の取消概念への変遷を示すものであると述べる。

ゲーブハルト⁽¹⁸⁾は、サヴィニー以後、法律行為の不完全な有効 (unvollkommene Gültigkeit) は取消可能と呼ばれるのが常であるとし、サヴィニーまで相対的無効 (relative Nichtigkeit) について語られたが、ヴィントシャイトはこのような法律行為の無効を取消可能と呼んだとする。

(6) 厳格かつ完全な無効概念の維持・制限・修正

以上において、取消可能の概念を中心に、無効・浮動的無効および相対的無効の各概念の異同をごく簡単にみてきた。《取消》の問題を総合的に考察して行く上で、これらの概念がどのような歴史的経過において発生し、區別されてきたか⁽¹⁹⁾を検討しなければならないが、次稿の課題としたい。

ところで、センセショナルな表題だと思える「無効規定の解体について」というヒュブナー⁽²⁰⁾の論文によれば、立法者は取消可能と無効概念 (Nichtigkeitsbegriff) を識別し、したがって、長きにわたり瑕疵ある法律行為の諸場合において、無効 (Ungültigkeit) の『自動装置』が支配していたが、その後次第に法律行為の否定は、ある領域では当事者の自由な処理に委ねられるようになった、とされる。要するに、長い間、厳格な無効概念が支配していたが、次第に法律行為の否定について当事者の自由な判断に任せられるようになってきたという意味である。そ

して、ヒュプナーは、形成権の始まりとともに取消と無効との間で衝突が生じていることは、一二三条（強迫・詐欺）と一三八条（良俗違反）の関係において今日なお明らかになっているとして、強迫・詐欺（取消）が場合によつては良俗違反（無効）になることもあり、適切な解決のためには厳格な無効概念を貫徹できないことが意識させられるようになったと分析する。そのことから判例と学説は無効概念につき、つねにより広い修正を強いられ続けていると言ふ。

ヒュプナーの言うところは、取消にも無効にも該当する事例では、両者の法的効果の内容を接近させなければ妥当な解決を導くことができず、そのために厳格な無効概念は修正を強いられるということである。

そういう状況を踏まえて、ヒュプナー⁽²¹⁾は、もはや厳格な無効概念は貫徹されることができず、解体されていると主張し、そのことを論証するために、暴利消費貸借の例を挙げて論じる。すなわち、判例が、暴利消費貸借を良俗違反により無効とすることにより、ドイツ民法八一七条二文を適用し、貸主に不法原因給付による貸付額の返還請求を全く認めないという法的構成をとっているが、これは時代遅れの刑罰思想に強く縛られているようにみえると言ふ。こうして判例が、利息を妥当な範囲に縮減するという一部無効の解決をしなかったのは、公理として与えられた良俗違反に基礎づけられた無効概念に縛られていたからであると説く。立法者は、一九世紀の教義学に従つて、徹底して自己完結的な法体系を創ったが、その際、概念の固定化によって妥当な解決を阻害したとする。すなわち、良俗違反に基礎づけられた無効概念、つまり厳格かつ完全な無効概念の存在により妥当な解決が阻害されていると分析し、ドイツ民法典制定前に存在していた多様な無効概念を存続させておいたほうが適切な解決ができたのではないかと主張する。

そこで、ヒュプナーは無効概念について、三つの領域に分ける。第一の領域は厳格な無効概念を維持すべき領域

であり、それは、公序規範が法律行為事象の否定を命ずる場合および給付が原始的客観的に不能な場合である。第二の領域は、伝統的つまり厳格な無効概念が適切でない領域であり、そこでは完全な無効が、無効部分の分離、転換、追完、ある関係に対する制限（ある関係に対して無効ということ）および浮動状態により制限される。特有の問題は第三の領域に存在する。そこでは、厳格な無効概念の代わりに、利益状態に適した関係が形成されるべきである。この形成は、立法によっても解釈学によってもできず、裁判官の手中にある。だが、裁判官は伝統的な無効概念があるために、利益状態に適した関係を創ろうとしてもできないと考えていたことは明白である。しかしながら、無効の現象形態についての種々の用語を使うことで、多くの結果がより容易かつ明白に基礎づけられるであろう、と。

以上のようにヒュプナーは主張し、厳格な無効概念が、維持される領域、制限される領域および利益状態に適した関係に修正される領域の三つに分類する。こうして無効の解体論を唱え、無効概念は単一的で修正できないと考えられていた従来の見解を批判し、とくに裁判官に向けて利益適合的に柔軟に無効を把握すべきであると主張する。

ヒュプナーのような方向で《無効》概念を制限・修正することは、《取消》概念に接近させていくことである。後述するように現行ドイツ民法典の取消概念は、サウニニーが名付けた取消概念（普通法上の取消という言い方をされる）よりも狭められたものとなっているように、取消概念についても無効と同様に時代により変化していくものであるとみて、厳格に考えなくてもよいのではないか。厳格な《取消》概念の解体——とくに遡及効の制限という方向——ということも考えられる。これも検討すべき課題となる。

2 意思表示による取消に関する現在の学説

《裁判上の取消》から《意思表示による取消》への変遷についての詳細な検討に入る前に、現在の学説において《意思表示による取消》がどのように記述されているかをごく簡単に見ていく。現在の教科書・コンメンタール等においてと限定するならば、《裁判上の取消》と《意思表示による取消》とを対比して記述されることは少なく、また、《意思表示による取消》をドイツ民法典が採用（一四三条一項）したことについて問題性があるといった評価もみられず、《意思表示による取消》を当然の前提とした上で、その具体的問題の解明が中心となっている。

まず、取消権が形成権であることを明確にしている。⁽²⁴⁾ 取消は、法律行為であり、不要式だが受領を必要とする一方的な意思表示によりなされ、取り消されうる法律行為が方式を必要とした場合でも、取消の意思表示は原則として方式は不要であると説かれる。

取消の意思表示は黙示でもよいかについては、『取り消しをする』という言葉が明示的に含まれていることを要しないとされる。しかし、取消の意思表示は、法律行為が意思の瑕疵により遡及的に除去されるべきであるということ（*unzweideutig*）相手方に認識されなければならないとする。⁽²⁶⁾

また、取消の意思表示は訴訟においても行なわれうる。たとえば、訴状において。しかし、取消の適時性（*Rechtzeitigkeit*）に関しては、訴が取消の相手方に到達した時点が問題となり、訴の提起の時点が問題となるのではないとする。⁽²⁷⁾ ドイツ民法八一二条（不当利得の返還請求）の意味における訴の提起においても取消の意思表示があるとする。⁽²⁸⁾

取消の意思表示において取消原因を表示するかどうかが問題となっているが、その争いは意味がなく、原因の表示は不要とするのが通説である。⁽²⁹⁾ その他に、取消権の行使に際しての相手方の問題、取消権者および相手方が複数

いる場合の問題もある。⁽³⁰⁾《意思表示による取消》の具体的な問題点については別稿で論じたいので、ここではこれ以上触れない。

以上で、ドイツ法における無効概念と取消概念および意思表示による取消に関する現在の学説を簡単に紹介した。以下では、取消が《裁判上の取消》から《意思表示による取消》へと変遷し、それがドイツ民法に結実した歴史の経緯を検討していく。そのために、まず、取消と対比される無効について考察する。ローマ法においては無効の概念はもろろん存在するが、《法律行為の無効》の観念はなく、それがどのような歴史的経緯により生まれたかをみていこう。

(1) 以下の無効および取消可能の取消の説明は、Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hrsg. von O. Jauernig, 8. Aufl., 1997, Vor § 104 Rn. 16, S. 41f., § 137 Rn. 6, S. 78; Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1984, § 39 Rn. 506ff, S. 375ff. を参照；瑕疵ある法律行為の用語の意味内容および無効と人的保護との関係は、Beckmann, Nichtigkeit und Personenschutz, 1998, S. 13ff. を参照；瑕疵ある意思表示についての問題は、D. Coester-Waltjen, Die fehlerhafte Willenserklärung, Jura 1990 Heft 7, 362ff., とくに詐欺取消・強迫取消および錯誤取消については、S. 365 ff. を参照；Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, 1966, S. 9f.

(2) 各種の無効概念については、Berg, Schwebende unwirksame Beschlüsse privatrechtlicher Verbände, 1994, S. 24 ff. を参照。

(3) ドイツにおける方式無効については、熊谷芝青「ドイツ民法における『方式無効』について」高知短期大学社会科学論集六七号一頁以下、同「ドイツにおける方式無効判例の展開」高知短期大学社会科学論集六九号一頁以下(一九九五年)参照。一部無効に関しては、鹿野菜穂子「ドイツ民法典における法律行為の一部無効」石部雅亮編『ドイツ民法典

の編纂と法学』三一九頁以下（一九九九年）参照。

- (4) 浮動の無効については Berg, a. a. O., S. 29ff. 参照。
- (5) Jauernig, a. a. O., § 158 Rn. 7, S. 104.
- (6) Jauernig, a. a. O., Vor § 104 Rn. 19, S. 41; Emmeccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1960, S. 1215. 詳細は、林幸司「ドイツ法における相対的無効」法時七二巻四号七六頁以下参照。
- (7) Emmeccerus/Nipperdey, a. a. O., S. 1213 Anm. 18 は、スイス債務法（二二条・二三条・二八条・二九条・三二条）は、取消可能（そのような表現はない）を意思の瑕疵として構成し、ドイツ民法典と異なり、法律行為は始めは無効であるが、期間内に（錯誤は一年）取り消されない場合には溯及的に有効となるとするが、しかし、それと並んで、スイス債務法は、ドイツ民法典の意味での取消可能も知っている（スイス債務法二三〇条・二四〇条二項）、と指摘する。ちなみに、錯誤を規定するスイス債務法二三三条は、「契約は、締結時に本質的な錯誤に陥っていた者に対しては拘束力がない（unverbindlich）」と定め、「Anfechtbar」という表現を使わずに「unverbindlich」を使用する（Vgl. Honseil/Schwenzer, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I, 1996, Art. 23, Rn. 8f.）。だが、スイス債務法二三〇条は、「違法または良俗違反の方法で競売をされた場合には一〇日以内に、利益を有する者は誰でも取り消す（anfechten）」ことができると定め、取り消す（anfechten）の用語を使っている（Vgl. Honseil/Ruoss, Komm., a. a. O., Art. 230, Rn. 1 ff.）。
- (8) Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997, § 44, S. 833.
- (9) Hübner, a. a. O., § 39 II 3 Rn. 514.
- (10) 錯誤は、ドイツ民法第一草案において無効とされ、第二草案において取り消しうるものと変更された。これは、わが民法が第一草案の影響を受け、錯誤を無効としたものの、その後の学説により取消に近いものと解されるべきだと主張される要因となった。ドイツの錯誤論の歴史的発展については Neuffer, Die Anfechtung der Willenserklärung wegen Rechtsfolgeirrtums, Diss., 1989, S. 31ff. 参照。

日本における錯誤の研究として、磯村哲『錯誤論考——歴史と論理』一頁以下(一九九七年)、とくにドイツ民法典の錯誤法規の立法過程については五六頁以下参照。磯村博士のドイツ法の分析によれば(六九頁)、「錯誤の効果を『無効』から『取消』に転換したのは、第一章案が普通法の『相対的無効』の有力な傾向や近代諸立法法の動向を顧慮しなかったことについては合理的理由がなく、意思主義の代表者ツィテルマンも第一章案の『絶対的無効』に対し『取消』を推奨していたわけであるから、それはきわめて自然な推移(だから審議過程において殆ど異論をみなかったのである)だったといえよう。」とされる。村上淳「ドイツの近代法学」一頁以下(一九六四年)、小林一俊『錯誤法の研究』四七頁以下(一九八六年)、大中有信「ドイツ民法典における表示錯誤の成立」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』一三七頁以下(一九九九年)参照。

- (11) ドイツの二重効の問題については、於保不二雄「二重効について」『財産管理権論序説』三八二頁(一九五四年)、林幸司「Theodor Kipp による『無効と取消の二重効』とその今日的意義——法律効果競合論研究序説——」立命館法学二五一号二八頁以下(一九九七年)参照。
- (12) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Das Rechtsgeschäft, 3. ergänzte Aufl., 1979, S. 557.
- (13) Eneccerus/Nipperdey, a. a. O., S. 1212f.
- (14) Eneccerus/Nipperdey, a. a. O., S. 1213. Anm. 16によると、不確定な無効は、必要な意思表示がなされると真実の無効となり、第三者に対しても無効を主張できる。それは、普通法上の取消可能の概念とは著しく異なるとする。
- (15) Roth, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 1996, § 142 Rn. 5.
- (16) Flume, a. a. O., § 31 I, S. 557ff.
- (17) Dlicher, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1980, § 142 Rn. 1.
- (18) Albert Gebhard, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, herausgegeben von Werner Schubert, 1981, S. 215.
- (19) 一九世紀における相対的無効・浮動的無効および取消可能の相互の比較については、Beckmann, a. a. O., S. 63ff.

を参照。

- (20) Heinz Hübner, Zum Abbau von Nichtigkeitsvorschriften, Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag, S. 404ff.
- (21) Hübner, a. a. O., Zum Abbau von Nichtigkeitsvorschriften, S. 408 ~ 410.
- (22) Flume, a. a. O., §31 S. 557ff.; Hübner, a. a. O., §39 II 3 S. 382ff.; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 6., Aufl., 1994, §34 Rn. 487ff., §47 Rn. 714ff.; Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 5. Aufl., 1998, §4 III Rn. 525ff., Rn. 556ff.; Brox, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl., 1997, §18 Rn. 385ff., §19 Rn. 409; Hart, Reihe Alternativkommentare Kommentar zum BGB, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1987, §143 Rn. 1ff.; Mayer-Maly, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1993, §143 Rn. 1ff.
- (23) Latenz/Wolf, a. a. O., S. §44 Rn. 29ff. 中の問題について簡単に触れる。
- (24) Medicus, a. a. O., §47 Rn. 714.
- (25) Hübner, a. a. O., S. 382. カンテンヤートを取消の意思表示は不要式な（一）方的な意思表示であること（Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 9. Aufl., 1906, S. 435.）。
- (26) Krüger-Nieland/Zöller, RGKR, Bd. 1, 12. Aufl., 1982, §143 Rn. 2; Medicus, a. a. O., §47 Rn. 717.
- (27) BGH NJW 75, 39; RGKR, a. a. O., §143 Rn. 9.
- (28) Hübner, a. a. O., S. 382.
- (29) Hübner, a. a. O., S. 382.
- (30) Leverenz, Gestaltungsausübungen durch und gegen Personmehrheiten, 1995, S. 199ff. は、取消権者を相手方が多数の場合の取消権行使の問題について述べる。取消の意思表示については S. 204ff. も参照。

四 ドイツ法における法律行為の無効概念と取消概念の生成

1 序

ハーダーは、《意思表示による取消》がいかなる歴史的基礎に根ざすかを確定するためには、方法として二つの発点があると言う。一つは、取消を解除・告知・撤回・相殺の意思表示などと関連づけ、それら全部に共通する根元を発見することであり、その場合には形成権の由来が問題となる。もう一つは、取消を無効 (Nichtigkeit) の対比物としてとらえ、その起源を探り出すことであり、この場合には法律行為の無効 (Unwirksamkeit) 類型を問題とすることになる。そして、第二の方法だけが成功する。なぜならば、形成権概念は無効 (Unwirksamkeit) より歴史的に若い思考形式だからである、と述べる。⁽¹⁾ 要するに、《意思表示による取消》についての歴史的基礎を明らかにするためには、取消より後で生まれた二〇世紀初めの形成権概念と結び付けての作業は、時代的な観点から困難であり、より古くからある無効と対比して見ていく方法が効果的であるとハーダーは考えるわけである。

2 《法律行為の無効》概念の生成過程

(1) このようにして、ハーダーはまず、《法律行為の無効》概念の生成過程を考察する。ハーダーは、ローマ法では意思表示概念・法律行為概念および法律行為の無効概念は知られていなかったと主張し、それについて以下のような歴史的 analysis をする。⁽²⁾

周知のように、パンデクテン法学およびドイツ民法における多くの概念は、何らかの基礎をローマ法源の中に有している。しかし、ほとんどの概念——法律行為の無効という概念もそれに入る——は、近代の私法史の中でかな

りの部分を形成されたか、あるいは徹底的に変形されている。すでに、ルートヴィヒ・ミッタイス (Ludwig Mittels) は、一九〇八年の彼の著書(ローマ私法)において、古典期ローマ法学者が法律行為理論を發展させたこともなければ、法律行為の無効の多様な現象を体系的に秩序づけるといふ試みも徹底してなされたことはなかった、と適切に指摘していた。ドイツにおけるローマ法の継受の前後からローマ法の現代的適用 (Uusus Modernus) の法曹に至るまでのユスチニアヌス以後の法律学が、法律行為の無効の多様な現象を体系的に秩序つけて報告したということとは、認められるべきでも期待されるべきでもない。なぜならば、新しい体系的な思考カテゴリーに従う法源の思考操作は、ローマ法の現代的適用をなす法曹にとっては疎遠なものであったからである。早期注釈学派 (Glossatoren) の学問は、個々の法源の文言を分析するものとして発生した。そして、ローマ法の現代的適用をなす法曹は、あたかも彼らがローマ法大全 (全典) (Corpus Iuris) の法的秩序とは異なる体系的な新しい創造を創り出すことができたかのように、実際にかかわりをもつ法律学について、決疑論 (Kasusistik) (個々の的に決めていくこと) を自分たちがやるべきだと考えていた。なぜならば、実際には、一般的、法律的な抽象化によって得られた原則でなくて、具体的に言い表された法命題のほうが重要となるからである、と。

こうしてハーダーは、ローマ法の現代的適用の法曹までは、ローマ法源を体系的な観点から抽象化するのでなく、実際の争いに適用できるようにしたのであり、法律行為という上位概念も《法律行為の無効》という概念も知らなかったと主張する。⁽⁷⁾

(2) その後、後期自然法 (Spätes Naturrecht) の法曹において、《法律行為の無効》という上位概念についての掘り所が探究されたが、むだであった。だが、法律行為概念および意思表示概念は、クリスチアン・ヴォルフ (Christian Wolff) (一六七九—一七五四年) およびダニエル・ネットテルブラット (Daniel Nettelblatt) (一七一九—

七九一年)の名で代表される一八世紀における法学の体系的演繹的方法によりはじめて明らかにされた。

すなわち、ネットェルブラットは、一七四八年の彼の著書「実定法の全基本的体系」の中で、法律行為 (Actus iuridicus) および法律事実 (Negotium iuridicum) について述べ、法律行為は権利 (Iura) および義務 (Obligaciones) に関するものを指し示すという定義も与える。その上、ネットェルブラットは、法律行為の特徴的メルクマールが意思であることを指摘した最初の人であった。こうしてクリスチアン・トマジウス (Christian Thomasius) (一六五五—一七二八年) にあって、すでに意識されはじめていた意思表示が、ネットェルブラットによって受け継がれたのである⁽⁹⁾。

次いで、グスタフ・フーゴ (Gustav Hugo) (一七六四—一八四四年) は、一七八九年に出版された彼の「現代ローマ法提要」において、法律行為、しかも、それと並んで意思表示 (Willensäußerung) についても述べている。さらに、一七九四年のプロイセン一般ラント法は、第一章第四節において意思表示 (Willenserklärung) の概念を十分に用いていた。他方、フランス民法典 (一八〇四年) もオーストリア民法典 (一八一一年) も体系的カテゴリーとして法律行為論を受け継いでいない。

(3) このように後期自然法の学者達によって一八世紀に構想された法律行為概念および意思表示概念は、ゲオルク・アルノルト・ハイゼ (Georg Arnold Heise) (一七七八—一八五一年) によりさらに形作られることになる。ハイゼは、彼の「パンデクテン講義用の普通法体系概要」の第六章において、「意思表示」および「法律行為」について触れ、その中において、「法律行為の瑕疵」という特別のカテゴリーさえも創り、それを彼は体系的に、(a) 無効 (Nullität) (b) 取消 (Infirmation, Rescission) (c) 追完 (Convalescenz) および (d) 転換 (Conversion) に分類する。

このようにハイゼにより『法律行為の瑕疵』というカテゴリーが初めて創り出され、それは、その後、サウイニ

ーが無効および取消可能という分類を立てたことに影響を与えたのである。そのことは、前述のハイゼの著書「普通法体系概要」について、サヴィニーが、一八二二年一〇月にハイゼ宛に「第六章に対して、私はあなたがおそらく独自に発見されたものについて反対すべき何物も持たない。」⁽¹⁰⁾と述べた手紙を差し出したことから知られよう。

(4) 以上がハーダーの説くところである。そして、ハーダーは次のように結論づけた。現在における無効(Nichtigkeit)と取消可能の区分は、疑いもなくサヴィニーによる多くの学問的功績の一つであり、それとともに歴史法学派の遺産の一つでもある。しかしながら、このような成果は前述の一八世紀の学者達による準備作業によっても担われてきている。すなわち、後期自然法の学者達による明晰なやり方で演繹された法律行為概念および意思表示概念は、その上にサヴィニーが《法律事実の無効(Ungültigkeit der juristischen Tatsachen)》⁽¹¹⁾についての理論を構築することができたところの必要な基礎であった、と。

こうして後期自然法の学問的成果は、サヴィニーによる《法律事実の無効》概念生成の基礎となり、また《法律行為の無効》概念の生成と発展に影響を与えたのである。ヴィントシャイトは、一八四六年に発表した『法律行為の無効(Ungültigkeit)に関するナポレオン法典の理論について』という表題の論文において、無効(Nichtigkeit)概念と並んで取消(Aufhebung)概念をも用いた。しかし、ナポレオン法典施行から四〇年後のこの解釈は、フランス法典ではまだ知られていなかった近代的用語である取消をフランス法典に接ぎ木したものである、とハーダーは分析する⁽¹²⁾。

3 サヴィニーによる取消可能概念の生成

一八四一年に出版された現代ローマ法体系の第四巻において、サヴィニー（一七七九年―一八六一年）は、私法史一般においてはじめて、『法律事実の無効』⁽¹³⁾というカテゴリーを立てた。サヴィニーが初めて創出した『法律事実の無効』とは次のような内容であった。⁽¹⁴⁾ サヴィニーは、法律事実の無効の場合には、三つの対立命題について注目する価値があり、それらが近時の著作者達により多様な方法で混同されるのが常であるだけに、それだけいっそう正確な区別が必要となると言った上で、法律事実の無効には、①完全な (vollständig) または不完全な (unvollständig) 、②確定的 (entschieden) または不確定的 (unentschieden) 、③有効 (Wirksamkeit) が阻止されるべき事実と同時的 (gleichzeitig) または異時的 (ungleichzeitig) な無効がありうるとする。効力の純粹否定 (reine Verneinung) を本質とする無効 (Ungültigkeit) を、私は『完全 (vollständig) 無効』と名づける、とサヴィニーは言っている。この場合について一般に認められている術語は、Nichtigkeit であるとす。そして、『不完全無効』 (unvollständige Ungültigkeit) は、その性質に従えば、もっとも種々多様である。なぜならば、不完全無効は、法律事実に対する反作用としてきわめて種々の種類および方法において、考えられうるからである。私は、このもっとも多様な諸場合を『法律関係の取消可能』 (Anfechtbarkeit eines Rechtsverhältnisses) という共通の名で表す、とサヴィニーは叙述する。

以下では、『無効と取消』が、ドイツ民法典制定過程においてどのように位置づけられ、現行ドイツ民法典に結実させられたかについて簡単に言及し、現行民法典の取消可能とサヴィニーの主張した取消可能との違いについて述べよう。

4 ドイツ民法典の取消概念とサヴィニーの取消概念

(1) 民法典草案および民法典での無効と取消の位置づけ

ドイツ民法典第一草案は、法律行為の章の中に法律行為の無効 (Unghültigkeit) (第一草案一〇八条―一四四) という特別の節を置いていた。それは無効 (Nichtigkeit)、追認、転換、取消可能および一部無効についての一一般規定を包含するものである。⁽¹⁵⁾しかし、第二委員会は無効の効力に関する規定 (第一草案一〇八条・一〇九条) を自明のこととして削除し、それらの結果、残りの規定だけがドイツ民法一三九条―一四四条として法典中に置かれ、しかも法律行為の無効という節も消えた。⁽¹⁶⁾結局、無効については、一部無効 (第一草案一四四条・ド民一三九条)、無効行為の転換 (第一草案一一二条・ド民一四〇条) および無効行為の追認 (第一草案一一〇条・ド民一四一条) が残り、取消に関する規定については、第一草案一一二条がドイツ民法一四二条 (法律行為の取消)、第一草案一一三条がドイツ民法一四三条 (取消の意思表示) と一四四条 (取り消しうべき行為の追認) に結実した。

(2) 取消概念に関するサヴィニーとドイツ民法典との違い

これらドイツ民法典が採用した取消に関する規定 (一四二―一四四) は、その内容につき、サヴィニーが定義した取消概念とは隔たりがあった。ハーダー⁽¹⁷⁾は以下のように指摘する。すなわち、第一に、サヴィニーは取消可能の『きわめて種々の種類および方法』について語ったのに対して、ドイツ民法一四三条一項は「取消は取消の相手方に対する意思表示によりてこれを行なう」と定めただけである。

第二に、サヴィニーは《法律関係の取消可能》を問題としたのに対して、ドイツ民法一四二条一項は《法律行為の取消可能》とした。

第三に、サヴィニーは取消可能の《きわめて多様な諸場合》を挙げたのに対して、ドイツ民法一四二条―一四四条は、錯誤・強迫および詐欺 (ド民一一九条、一二三条) による法律行為の取消可能についてのみ適用される。遺言

の取消、相続契約の取消および相続欠格による相続財産取得の取消に関する相続法の特別規定並びに親族法の嫡出否認はこの場合、問題にされていない。これに対して、これら諸場合は債権者取消と同様に《法律関係の取消可能》というサヴィニーの広義の概念中に包含できるものである。

このようにサヴィニーは、法律行為の取消可能ではなくて、《法律関係の取消可能》と呼ぶことで、取消可能の機能する場面をドイツ民法典より広く捉えており、それは錯誤・強迫・詐欺のみならず債権者取消および相続法・親族法における取消も含む広い概念を指していた。

5 小活

以上は、ローマ法からサヴィニーに至るまでの《法律行為の無効》概念と《取消可能》概念の生成過程についてのごく簡略な説明である。その記述を要約すると、ローマ法では、法律行為の概念がなく、したがって法律行為の無効も知られておらず、その後の時代もそうであった。一八四一年にサヴィニーが初めて《法律事実の無効》というカテゴリーを作り、一八四六年にヴァントシャイトが《法律行為の無効》について論じたのである。

他方、《取消可能》概念については、サヴィニーが、まず無効を三つの場合に分け、その一つの場合の無効を完全無効と不完全無効とにさらに分類し、多種多様な不完全無効を取消可能と初めて名づけた。このようなサヴィニーの定義する取消可能の概念は、ドイツ民法のそれに比べて広範囲であり、したがって、サヴィニーのいう取消可能の概念がそのままの内容でドイツ民法に取り入れられたわけではなかったのである。

以下では、前述のサヴィニーとドイツ民法典との違いの第一として挙げた《意思表示による取消》について考察する。ローマ法時代から普通法時代までは、取消に相当する法的効力の否定は、訴え、抗弁および原状回復申立な

どの形態においてなされていた——フランス民法・オーストリア民法およびイタリア民法は裁判上の取消を採用している——が、ドイツ民法ではそれが相手方に対する意思表示によって可能となった。これは、取消概念が訴訟上の概念から実体法上のそれに転換したことを意味する重大な変容である。そして、取消が意思表示によりなされることを規定したことは、それが取消権として認められ、さらには形成権と位置づけられることになる。もつとも、意思表示による取消は、錯誤・強迫および詐欺を原因とする取消の場合であつて、債権者取消は裁判上の取消によりなされる。このような取消方法の変容は、どのような歴史的発展を辿ってきたのかに関して、立法史と学説史の二面から検討を加えていく。

(1) Harder, a. a. O., S. 209.

(2) Harder, a. a. O., S. 210. ドイツ法における意思表示および法律行為概念の成立に関しては、川島武宜編『注釈民法 (c)』五頁以下〔平井宜雄〕(一九七三年)、遠田新一「心裡留保及び虚偽表示と法律行為論」(Law School No. 13) 九頁以下(一九七九年)参照。

(3) ローマ法における無効の概念について、船田享二『羅馬法』第二卷二〇—二一頁(一九四三年)は、「行為の無効は市民法上の無効即ち法上当然に (ipso iure) 無効な場合と法務官法上の無効即ち多くの場合には法務官が承認する抗弁の作用により (exceptione) 無効な場合とに分けられた」と述べる。そして、船田博士は、市民法上の無効と取消および法務官法上の無効と取消とを区別し、市民法上の無効は当事者だけでなく何人に対しても効力を有せず、法務官法上の無効と取消との基本的な違いは、前者は申立によらずに職権により訴訟を拒絶したり、抗弁を承認したりできるが、後者は当事者または第三者である特定の人の取消の意思表示がなければ有効に存続するということにあるとする。この船田博士の見解からすれば、ローマ法における二つの無効概念と取消概念とは異なる」と理解できるが、学説によつては、法務官法上の無効が取消であると解するものもある。詳細は後述する。

- (4) ローマ法全典は中世中頃から一六世紀中頃にかけて全面的にドイツに継受され、ドイツ普通法としてドイツの大部分の地域に行なわれた(山田晟『ドイツ法律用語辞典』一三八頁(改訂増補版、一九九三年))。
- (5) 山田・前掲書六五五頁によれば、*Usus modernus pandectarum* (パンデクテンの現代的適用)とは、ドイツに継受されたパンデクテンがドイツの学説・判例によりカノン法およびドイツ固有法と結合し、また新しい制度をとり入れて次第にその時代に適するように適用されたことを言う。
- (6) 注釈学派とは、一世紀末にイタリアのポロニア大学に興った学派。ユスチニアヌスのローマ法全典(*Corpus juris civilis*)の研究をしたが、その方法はローマ全典を権威あるものとし、これに注釈を施すものであった(山田・前掲書二八八頁)。後期注釈学派(*Postglossatoren*)とは、イタリアのポロニア大学の注釈学派に続いて興った学派(二二五〇年―一五〇〇年)であり、ローマ法の実用化に力を注いだ。ローマ法は主として後期注釈学派を通じてドイツに継受された(山田・前掲書四八九頁)。
- (7) Harder, a. a. O., S. 216, Ann. 33は、法律行為の概念は意思表示の概念と同様にローマの法律用語では知られておらず、ビザンチンの時代における意思表示という表現は現代民法におけるような技術的意味を持たなかったとする。
- (8) 一八世紀には自然法思想がヨーロッパに広まり、その後、自然法思想はサヴィニー等により批判された(山田・前掲書四三九頁)。
- (9) Harder, a. a. O., S. 216f.
- (10) Harder, a. a. O., S. 217.
- (11) Harder, a. a. O., S. 218.
- (12) Harder, a. a. O., S. 211.
- (13) サヴィニーは、法律関係の始まりまたは終わりを生じさせる出来事を法律事実と呼ぶ。そして、サヴィニーは、第一に、六つの法律事実、すなわち①承継(包括承継と特定承継)、②自由な行為(行為能力の制限に関する問題)、③意思表示、④契約、⑤贈与、⑥時の定めにかかる事実、を法律事実の最も重要な各場合として個別に論じている。第二

に、法律事実の有効性を妨げている障害、あるいは法律事実の無効の種類および理由を取り上げている。第一のものを法律事実論の積極的側面、第二のものをその消極的側面と呼んでいる (Savigny, a. a. O., System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, 1840, S. 3ff., 8ff.; 小橋一郎訳『サヴィニー 現代ローマ法体系』第三卷七頁以下 (一九九八年) 参照)。Savigny, a. a. O., System III, S. 5f. は、法律事実を、直接に法律関係の発生または解消に向けられるものと、第一次的には他の非法律的目的を進行するものとに分類する。法律事実の第一のグループをサヴィニー自身は意思表示または法律行為と名づける。

(14) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. IV, 1841, S. 536ff.

(15) Mugdan, Die Gesanten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, 1899, S. 472 ff.

(16) Mugdan, a. a. O., S. 726ff.

(17) Harder, a. a. O., S. 212. なお、ドイツ法において詐欺・強迫の効果が、間接的に作用する取消可能から直接的に作用する取消可能へと変化した過程を鋭く分析された論文として、田中教雄「十九世紀ドイツ普通法における詐欺・強迫理論とドイツ民法典の編纂過程」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』二四九頁以下 (一九九九年) を参照。

(18) 於保不二雄『財産管理権論序説』二四七頁 (一九五四年) は、ローマ法では、法律行為の概念したがって無効の觀念もまた明らかに確立されてはいなかったとする。近江・前掲書 (総則) 一三二頁は、法律行為という概念はドイツ普通法学 (パンデクテン法学) が創り出したものであって、フランス法典には法律行為という概念は存在しない、と指摘する。