

民法上の「錯誤」に関する一考察

——その無効主張について——

菊池定信

目次	
一 序説	
二 学説の紹介	
三 判例の態度	
四 学説批判	
五 私見	

一 序説

錯誤無効の法理は、中世ローマ法の「錯誤に陥れる意思は無効なり」(errantis nulla voluntas est) という法格言に始まる。既に当時において、錯誤は意思と表示との不一致による意思欠缺の一態様であると考えられ、その結果、

民法上の錯誤に関する一考察(菊池)

錯誤ある意思表示は無効でなければならぬと解せられていた。このような考え方は、ドイツ普通法において、意思主義的な意思表示理論の基礎の上に確立されたといえる。例えば、ザビニー、ウィンドシャイドは、意思と表示との不一致をきたす錯誤には、真の意思 (wahrer Willen) が存しないのだから、かかる意思表示は本来無効でなければならぬとしている (Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, II. Bd. 1840, S. 267f.;)。しかし錯誤によるすべての法律

行為を無効にすると、相手方は保護されないことになる。そこでドイツ普通法の学説は、取引の安全を保護するため、本質的錯誤 (wesentlicher Irrtum) と非本質的錯誤 (unwesentlicher Irrtum) とを区別し、本質的錯誤の場合を無効とした (Savigny, a. a. O., S. 268f.; Leonhard, Der Irrthum bei nichtigen Verträgen)。かくしてドイツ普通法の学説は、

個人意思尊重の下に、意思欠缺の基本概念を維持しながらも、経済取引の要求に従って、法律行為の重要な部分に関する錯誤をとりあげ、かかる法律行為を無効としていた (川島「意思欠缺と動機錯誤」民法解釈学の諸問題所収、村上淳一「ドイツ」普通法学の錯誤論」法協七六巻三号(ドイツの近代法学所収)参照)。

一八八八年のドイツ民法第一草案 (Der erst Entwurf) は、右の意思主義的意思表示理論を継承して、その第九八条に次の如く規定している。「真意ト表示サレタ意思トノ不一致ガ表意者ノ錯誤ニ基ツクトキハ、表意者ガカカル事情ヲ認識スレバ意思表示ヲ為サザリシト認メラレル場合ニ、ソノ意思表示ヲ無効トス。反対ノ場合ハ、ソノ意思表示ヲ有効トス。法律行為ノ性質、法律行為ノ取引ノ客体又ハ法律行為ノ効果ニ於ケル主体ガ意欲シタモノト異ナリタル場合ニ於テ、疑ハシキモノト認ムルトキハ、ソノ意思表示ヲ為サザリシモノトス」。しかし、一八九五年の第二草案では、右第一草案を根本的に修正している。すなわち第二草案は、錯誤をもって意思の欠缺とする意思主義の基本観念を改めて、形式主義の立場から、錯誤をもって意思表示の内容に関するものとなし、かつ錯誤の効力を法律行為の

無効から取消に変更した (同草案九四條)。そして第二草案九四條は、一八九六年の議会提出法案 (第三草案) 一一五條、及び現行ドイツ民法一一九條にそのまま受継がれた。かくしてドイツ民法一一九條は、次の如く規定している。「意思表示ヲ為スニ当リソノ内容ニ錯誤アリ又ハソノ内容ノ表示ヲ全ク為ス意欲ナカリシ者ハ、表意者ガカクノ如キ事情ヲ知り且ソノ場合ヲ合理的ニ判断スレバ、カカル表示ヲ為サザリシト認メラレルトキハ、ソノ意思表示ヲ取消スコトヲ得。取引上本質的ナリト認メラレル人又ハ物ノ性質ニ関スル錯誤モマタ表示ノ内容ニ関スル錯誤トス。」

(1) § 98. Beruht der Mangel der Übereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf einem Irrthume des Urhebers, so ist die Willenserklärung nichtig, wenn anzunehmen ist, dass der Urheber bei Kenntnis der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde; im entgegengesetzten Falle ist die Willenserklärung gültig. Im Zweifel ist anzunehmen, die Willenserklärung würde nicht abgegeben sein, wenn ein Rechtsgeschäft anderer Art, die Beziehung des Rechtsgeschäftes auf einen anderen Gegenstand oder die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes unter anderen Personen beabsichtigt wurde.

(1) § 119. Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrthume war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei vorständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

(三) ドイツ現行民法における錯誤規定 (一一九—一二二条) を要約すれば、凡そ次の如くである。(1) 意思表示の内容に関する錯誤は要素的なものとし、取引上重要視される人または物の性質に関する錯誤も意思表示の内容の錯誤とみなす。(2) し

かしこれらの錯誤は、表意者がその場合の事情を知り、かつ合理的に判断すれば、かかる表示をなさざりしと認めうる場合においてのみ要素的なるものとする。(3) 錯誤者は錯誤による意思表示を取消しうる。(4) その取消により損害を受けた者に対して錯誤者は賠償義務を負う。(5) しかし損害を受けた者は、行為の締結時、取消原因を知り、若しくは知りうべき場合においては、損害の賠償を求める権利がない。

以上の如く、ドイツ現行民法は、意思主義の欠陥を是正して形式主義の立場にたっている。これに対し、わが民法は、錯誤を意思欠缺の一態様とし(民法一〇一条一項参照)、法律行為の要素に錯誤ある意思表示を無効としている(民法九五条)。これは、まさに意思の欠缺するところに有効なる意思表示はありえないという意思主義的なドイツ民法第一草案及びドイツ普通法の学説に倣った規定である。かくしてわが民法には、ドイツ民法下に存しない多くの問題を生じるにいたった。(四)

(四) 現在では、錯誤の意義自体が動揺している。その他、例えば、何を以て法律行為の要素とするか、殊に動機の錯誤に關し、学説判例が錯綜している。

ところでわが国の学説においても、立法当時から、依然として意思主義の立場が支配的であったといえよう。すなわち錯誤とは、真意と表示との不一致を表意者自身が認識しないことであるとしている。ゆえに錯誤のある意思表示は、内心的効果意思を欠き、無効になるのだと説かれてきた。しかし表意者の意思だけを尊重して、いかなる錯誤の意思表示をも無効にすることは、相手方を不当に害する虞れがあるから、意思表示の効力に影響を及ぼすべき錯誤を法律行為の内容の重要な部分に存する場合と限定している。大体、以上のような見解が、梅博士(民法要義卷之二総則編二一九頁以下)及び富井博士(民法原論第一卷総論三五七頁以下)をはじめ、立法当初からの通説であったといえよう。

ところが右の通説によれば、錯誤ある法律行為の無効は、いわゆる当然かつ絶対的なものとして、表意者はもとより相手方及び第三者からも、いつでも主張できるとされている。但し表意者に重大な過失ある場合には、懲罰的意味において、表意者自らその無効を主張できないが(民法九五条但書)、この場合でも、原則として相手方または第三者の無効主張を禁ずるものではない。要するに従来の通説は、錯誤の無効を、民法上の原則的無効理論から演繹して構成するものであった。

以上の如き錯誤無効論についての通説的見解に対し、民法(九五条)の規定は個人意思尊重の意思主義に膠着するものであって、現代の経済取引の要求に合致するものでないこと、従ってその欠陥を是正するため表示主義的解釈論を導入すべきであること、立法論としては錯誤を無効とせず、前述したドイツ民法(九一条)の如く取消しうべきものとすべきであることなど、古くから指摘せられてきたところである(鳩山・日本民法総論三七〇頁、總論・民法一(総則)二九五頁、杉之原・法協四三卷一〇・一一号(大正一四年)、舟橋「意思表示の錯誤」九大法学部十周年記念論文集(昭和二年)、川島・判例民事法昭和一四年度版五五事件など)。この説によれば、錯誤の無効は、実質的には取消と異なるもの

でない。しかし、多くの学説は、錯誤の原則的無効理論を支持しつつ、実際の解釈論において、個別的に錯誤無効の主張を制限する方向にあったといえよう。ところが近時、錯誤無効の主張をば、表意者の意思を基準として制限する見解があらわれた。すなわち表意者の意思に反して、相手方または第三者に錯誤無効の主張を認めないという説である(末川編・ポケット注釈民法総則物権法一五八頁)(我妻・新訂民法総則三〇三頁など)。この説によれば、表意者が当該行為の無効を主張する意思がないかぎり、相手

方または第三者は錯誤の無効を主張しえないことになる。

昭和四〇年に至り最高裁判所は、表意者以外の者に錯誤無効の主張を許さない旨判示した(昭和四〇年六月四日最高二小法廷判決、民集一九卷六号一五二頁)。学者は、挙ってこの判旨に賛成し、錯誤の無効を表意者及びその承継人のみが主張でき、

四〇年九月一〇日最高二小法廷判(例えば、谷田貝・民商法誌五四卷一〇六頁、松坂・民商法誌五四卷四号一〇七頁など)。かくして今日のかつその主張をまっぴらしてはじめて無効になるのだと評釈している(松坂・民商法誌五四卷四号一〇七頁など)。

学説・判例は、錯誤の無効を従来の如き当然かつ絶対的な原則的無効のものと解せず、取消に類似する無効、若しくは相対的無効論に改まり、それが有力となってきた。そしてこれらの見解は、今後の学説・判例の支配的地位を占むるであろうといわれている。未だこれらの見解を反駁する論文もみられない。

しかし、民法上の原則的無効論から演繹した錯誤の無効論、及び錯誤の立法趣旨を重視した取消類似の錯誤の無効論は、ともに一元的な考察による理論構成であるといえる。すなわち前者にあっては、錯誤の立法趣旨を無視し、後者にあっては、「無効」という民法九五条の規定を無視している。特に後者の見解によれば、錯誤の効力が取消しうる法律行為のそれとほとんど異なるものでなくなる。そうだとするならば、それ独自の効力論を構築する必要があら。また、実践的な面においても、この両説には、問題がある。錯誤による無効の法律行為を、当然かつ絶対に効力が生じないものとしても、当該法律行為はそれ自体存在し、その行為の上に多くの法律関係が恰も瑕疵なきものの如く形成される場合が多い。かかる実践的な場面の考察を欠いて、専ら抽象的一般的な考察のみに終止するのが、原則的無効論から演繹している錯誤無効論なのである。もとよりこの説は、何びとも錯誤の無効を主張できるとする点において、古くから多くの批判を受けている。他方、錯誤の無効を取消と同様に解する説は、その無効を表意者及びそ

の承継人のみが主張しうるとするが、果してそれ以外の者に無効の主張を認める必要性は全く存しないのか。相手方や第三者の地位を保護する為にも、その無効の主張をそれらの者に認めなければならぬ場合は存しないのか。これ等について、具体的な事例を検討する必要があると思われる。

要するに右両説は、極端に相対立する一元的な考察態度の下に、錯誤の無効理論を構成し、しかもその実践的な考察を欠いている。新ためてわれわれは、錯誤の無効についての総合的な理論を構築する必要がある。なお、右両説の中間に位置するものとして、錯誤の効力を表意者の意思によって確定せしめる、いわば折衷説ともいえる見解がある。しかしこの説は、表意者の意思という極めて曖昧な基準によって、錯誤の効力を確定せしめるのであるから、取消しうべき法律行為の場合と異なり、相手方や第三者の地位を不安定にする慮れが多分に存するものと考えられる。

筆者は、原則的無効論の立場において、九五条の立法趣旨をもとり入れた錯誤の無効理論を構築すべきものと思う。すなわち錯誤の無効は、当然無効でもなく、また取消に類似した無効でもない。けだし錯誤ある法律行為は、その無効が主張されない限り、その行為が無効にできないからである。またその行為が、取消しうる法律行為の如く、無効となるまでは有効であるとみることもできない。錯誤の無効が主張されず、従って錯誤の存否についての具体的な判断がなされないところに、当該法律行為の有効・無効を確定しえないからである。すなわち個別の法律行為が有効か無効かは、具体的な事実認定のうえで、確定せられるのである。そうだとすると、錯誤ある法律行為は、その無効が主張されるまでは、一般にいわれる無効でも有効でもないことになる。かかる法律行為は、抽象的な法規範の体系において、無効と規定されているに過ぎない。従って具体的個別の法律行為の有効無効は、単に実体法理のみにて解決

されるものではなく、それには訴訟法理をも導入した具体的事案における考察態度が必要になる。

以上の観点を総合すると、民法九五条の無効は、「瑕疵無効」であるといえる。すなわち「瑕疵無効」は、法律行為として成立するも、意思表示の内容たる効果意思の欠缺により、無効になることをいう。従ってそれは、効果意思の欠缺についての具体的判断がなされることによって、初めて当然に法律上の効果を生じないものとなる。ゆえに無効（瑕疵無効）が確定されるまでは、事実上、錯誤の存しない法律行為として取扱われているといえよう。筆者は、このような基本的態度のもとに、錯誤の無効を理解している。以下、主として錯誤の無効に関する学説・判例を紹介・批判し、検討を加え、最後に筆者の見解を試みるであらう。

二 学説の紹介

民法は、法律行為の要素に錯誤ある意思表示を無効としている（九五）。わが国の学説は、立法当初より、この錯誤による法律行為の無効を、原則的無効の一場面として、すなわち当然に効力なく、何びとから何びとに対しても、いつでも主張できるものと解していた。

しかしこのような解釈論は、逐次、学者により、種々の批判を受けることになった。以下にその要旨を紹介する。

一 錯誤の無効を何びとも主張しうるといふ従来の解釈論では、民法九五条の立法趣旨たる表意者保護の目的に副いえない。そこで、その目的を達するため、錯誤の無効の主張を取消と同様に制限する見解があらわれた。

(1) 杉之原氏は、大正一四年、法学協会雑誌第四三卷十号および十一号において、「法律行為ノ要素」の錯誤に関する一考察、と題する論文を発表された。氏は、そのなかで次の如く述べている。

「相手方及び第三者は表意者が法律行為の要素に付き錯誤に陥ったからとて、表意者が欲しないに拘らず其の意思表示の無効を、表意者が法律行為の要素に付き錯誤に陥ったと云ふ理由で主張することを得ない。蓋し相手方及び第三者は表意者が無効を主張しない以上表意者が錯誤に陥ったといふ事実のみからして毫も不利益を蒙ることはないからである。表意者が、錯誤に陥ったことを主張して、法律行為の履行に付て争はないのであるから相手方及び第三者は自己の期待通りの結果を得られる訳である。その場合に表意者の意思を無視して相手方及び第三者の不正の主張を認めることは取引の安全を害する訳で法の精神に反する。而も相手方及第三者の主張を認めなかつたとして法の本来の目的たる公平の要求を害することは毫もない。」（同十一号）（一四九頁）。

後れて昭和一四年八月五日大審院判決（民集一八卷二号）を批評した杉之原氏は、民商法雑誌（一〇卷）のなかで、従来の錯誤無効の解釈によると、例えば同一の意思表示につき、相手方が表意者の重大過失を理由としてその有効を主張し、第三者が表意者の重大過失を主張せずしてその無効を主張されるというように、当該意思表示の効力が相対的に決定される、という疑問を提起した（四頁）。そこで氏は、相手方において表意者の重大過失を立証する場合には、表意者は錯誤による意思表示の無効を主張しえないから、当該意思表示は有効なものであり、従って第三者もその無効を主張す

べき理由がないと解している(八二)。要するに錯誤の無効は、取消と同様に解すべきであるから、その無効は、「表意者によってのみ主張され得る、従って相手方及び第三者からは主張することを得ない無効である」としている(七二)。

(2) 舟橋教授は、昭和一二年、九州大学法学部十周年記念論文集に、「意思表示の錯誤——民法九五条の理論と判例——」と題する論文を発表された。教授の錯誤無効論についての見解は、次の如くである。

「錯誤による無効の制度は、例へば後述の公序良俗違反による無効の場合と異って、もっぱら表意者本人の保護を目的とするものである。したがって、(イ)表意者欲せざるにこれを強ふる必要なく、また強ふべきでもないのだから、表意者の主張を俟ってはじめて裁判官は無効の裁判をなすべきであり、かつ、(ロ)無効とするは表意者本人のみの保護を目的とするのだから、表意者これを欲せざる場合に、表意者以外の者——すなはち相手方あるひは第三者——をして無効を主張せしむべき何らの根拠もないのである。」(六六)。

右見解が無効の本質をみだすものでない理由として、教授は、次の二点を指摘している。第一に、無効とは、国家的保護ないし援助の拒否せられることをいい、当該行為が社会的に存在せざることを意味するものでない。「してみれば、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ったため、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ったとしても、何ら不都合なことではないわけである。すなはち、この意味において、取消に近似した無効の態様の存在を認めても、あながちに無効の本質を誤ったことにはならないものと考へる。」(六六五)。第二に、無効にも種々の態様があり、例えば公序良俗違反のゆえをもって民法第九〇条により無効とせられる場合は、国家は、公益的立場においてかかる行為の保護を拒否するものであるから、当事者の主張を俟たずは無

効とすべきであるのに反し、意思表示に錯誤の存するゆえをもって民法第九五条により無効とせられる場合は、「国家は私的自治の原則の線に沿ひ、いはば私益的に、意思の欠缺した表意者個人の保護を目的とするものであるから、かかる保護を希望する表意者の個人的主張——すなはち無効の主張——を俟ってはじめて裁判上無効が宣告せらるべきものなのである。」(六六)、としている。

(3) 次に、川島教授は、昭和一四年八月五日大審院判決(民集二八卷二号)を批評し、次の如く主張している(判例民事法昭和四年度五五事件)。

「(1) 錯誤により、表意者には「取消権」が認められる。(2) 表意者に重大過失あることを、右の取消権者の相手方が主張立証するときには取消権は不存在に帰しその法律行為は完全に有効となる(即ち「重大過失の抗弁権」)。(三〇)としている。尤も川島教授は、錯誤の多くは動機の錯誤だとされる(民法総則(全集)二八三頁以下)。しかし「動機錯誤においては、表示された効果意思は一応存するのであるから、意思欠缺は存しない。それは既存の概念を用いれば、『瑕疵ある意思表示』に外ならぬ」とされる(前掲民法解釈学の諸問題二一八頁)。そうだとすれば、錯誤と瑕疵ある意思表示との効果においても、無効と取消とに区別する必要がないともいえる(谷田貝・民商五四卷一〇五頁)。

(4) 昭和四〇年に至り、錯誤無効に関する二つの最高裁判所判決(後節、三、判例)が現われるにおよんで、錯誤無効の主張についての論評が、かなり盛んに発表された(法曹時報一七卷八号、同一号、法協八三卷二号、同)。

谷田貝教授は、昭和四〇年六月四日最高裁第二小法廷判決(民集一九卷四号九二四頁)を批評し、次の如く述べている(民商五四卷一)。

「錯誤の無効に関して、これを一般の無効と異なる取扱いをしようとするは、それが(一)違法または公序良俗違反

による無効と異なり、表意者の保護を目的としていること、また(二)不能を目的とし、あるいは法律効果の発生に意欲の認められない場合と違って、当事者は、少なくとも行為の当時においては誠実に表示どおりの効果の発生を欲していたこと、したがって(三)これを無効とするか否かは、もっぱら錯誤者の自由意思に任せてよいこと、(四)相手方または第三者が無効を主張しないために、その意思表示が有効とせられても、それはその期待に副いこそすれ、何らの不利益をうけることはないこと、(五)これらの者に無効の主張を許することは、却って不当な利益をはからしめることになること、がその実質的な理由である。」(二〇七頁)。

かくて、「そもそも要素の錯誤があるにもかかわらず、表意者の意思表示が有効とされるのは、重大な過失のために表意者が無効を主張することができないからではなくて、当事者の主張をまって無効となる意思表示は、その主張のないかぎりこれを有効とするほかないからである。」とし、その結果、表意者の重大過失の有無とは関係なく、相手方または第三者からの無効の主張は許されない、と説明している(八〇頁)。

(5) 松坂教授は、昭和四〇年九月一〇日最高裁第二小法廷判決(民集一九卷六号一五二頁)を批評しているなかで、次の如く主張している(民商五四巻四号)。すなわち教授も、以上の見解とほぼ同様の立場から、錯誤による意思表示の「無効の主張をなしうる者は、錯誤者またはその承継人に限ると解して差支えないのではなからうか。」と結んでいる(一〇七頁)。

二 以上述べた如く錯誤の無効を取消と同様に解する見解は、既に昭和初期において登場している。しかし当時の学説は、それに追隨していない。おそらく右の如き見解は、錯誤を無効とする民法の規定を無視するものであるとして、多くの賛同を得なかったのであろう。

かくして多数説は、従来の原則的な無効論を支持してきたが、逐次、次の二点からその錯誤無効論を修正するようになった。第一に、意思主義に傾き過ぎた錯誤の規定を表示主義の理論乃至衡平の理念によって、その解釈面では正するようになったことである。表示主義を採用ときは、外形的に表示行為が存すれば、意思表示の成立を認めることができるのであるから、錯誤と瑕疵ある意思表示とを区別する理由がないだけでなく、特に詐欺・強迫の場合よりも、錯誤を無効として表意者を厚く保護すべき実益は存しないことになる。第二は、法律行為の無効についても、かつての原則的(抽象的)無効論から、現実的考察を加えた無効の機能面を重視する傾向が強まってきたことである。すなわち無効の法律行為は、不成立と異なると共に(例えは、意思無能力者の行為につき、富井)、法律上当然に効力がないものと確定せられているのではなく、具体的には一応、効力を生ずるものであるかのように取扱われ、従って何びとかの無効の主張によって初めて効力を生じなかったことに確定する、と考えられるようになった。以上の観点において、従来の錯誤無効論は逐次修正されるようになった。すなわち、

(1) 錯誤の無効を当然かつ絶対的なものと解すると、錯誤と詐欺とが競合した場合に、両者は、いかなる関係になるのが問題となる。第一に、表意者が詐欺によって錯誤に陥った場合には、その者は、詐欺による意思表示を理由としてその取消を主張できるとともに、要素の錯誤を理由としてその無効を主張できるのか否か。第二に、表意者が詐欺を理由として取消を主張するときに、相手方は錯誤を理由として無効を主張することができるのか否か、という点である。従来の学説の如く錯誤の無効を当然かつ絶対的なものと解するならば、無効なものはや取消しうる余地がなく、また取消しえない場合でも無効となしうる余地もある。しかし学説は、錯誤による無効も詐欺による取消も、

表意者はその選択に従い何れをも主張しうるとしている（中村（宗）民法総則一九八頁、）。但し表意者が詐欺による意思表示の取消を主張している場合には、相手方は表意者の錯誤を理由として、その無効を主張しえないとする（舟橋・民法提要総書同頁）。

(2) 相手方の詐欺により、表意者が法律行為の要素に錯誤ある意思表示をした場合、その相手方に錯誤無効の主張を認めないとするのが、通説・判例の態度である（判例については、後節、三、参照）。

また、表意者が詐欺による意思表示の取消を善意の第三者に対抗しえない場合でも（九六条）、要素の錯誤を理由とすれば、その無効を主張して対抗しうる場合がある。従って詐欺による取消と錯誤による無効の場合とで、善意の第三者の保護が異なり、詐欺による錯誤の意思表示が法律行為の要素に関しない場合にのみ、第三者が保護されるに過ぎないことになる。このような不都合を避けるため、善意の第三者を保護しようとする民法九六条三項を、要素の錯誤の無効主張にも適用した解釈論が試みられている（我妻・前掲書三〇四頁）。

(3) 売買の目的物に権利の欠缺若しくは瑕疵があるため、契約の目的を達しえない場合は、同時に法律行為の要素に錯誤が存するのが通常である。かかる場合、契約解除に関する民法五六六条・五七〇条等の規定と、錯誤に関する民法九五条とのいずれが適用せらるべきかについては問題がある。両者の規定を適用する説（中村・前掲書）、錯誤の規定を適用する説（勝本・契約各論九三頁）もあるも、多数説は、瑕疵担保の規定を適用すべきものとしている。いま本稿でそれについて論ずる余裕はないが（柚木・売主瑕疵担保責任の研究参照）、要するに多数説は、法律行為の要素に錯誤があるという理由で契約を無効にすると、民法が契約の有効なることを前提として買主に解除権を認めている規定が、殆んど無意味になってしまうという。従

ってたとい錯誤があっても売買は当然には無効にならぬとしている（末川・債権各論八三頁、我妻）。
 (4) 民法九五条但書についても、問題がある。錯誤の無効を取消と同様に解する立場では、右但書を、表意者の無効主張を否認する相手方が、表意者に重大なる過失のあることを、主張・立証すべきものと解している（舟橋・前掲九六論之原、前掲民商一〇卷六号二二七頁、川島・民法総則二九五頁）。しかし多数説は、表意者に重大過失があって自ら錯誤の無効を主張しえない場合でも、相手方または第三者の無効の主張を認めている。但しそれらの者の無効の主張を全面的に是認するものではなく、衡平の精神、若しくは信義則に反する場合に於て、その主張を認めない。あるいは、重大過失ある表意者が保護に値いしないと同じく、悪意または重過失ある相手方または第三者も特別に保護される必要がないから、かかる場合には錯誤の無効を主張しえない、と説明される（末川編・ポケット民法）。

しかし、表意者が錯誤の無効を主張しえない場合でも、相手方や第三者がその無効を主張できるとすることは、立法の趣旨からみて不当であるとする。ゆえに表意者自ら錯誤の無効を主張しえない以上、相手方および第三者もその無効を主張しえないとする説が多い（柚木・判例民法総論下巻一五五頁、我妻Ⅱ有泉・民法総則物権法コンメンタール一三三五頁、我妻・民法総則三〇五頁、松坂・民法提要総則一八三頁）。

三 以上の如く多数説は、錯誤の無効を原則的な無効の一類型としつつ、相対的に相手方および第三者の無効主張を制限しているに過ぎない。ところが、我妻教授は、表意者が有効と認めている場合には、相手方または第三者から錯誤による意思表示の無効を主張しえないといい、表意者の意思を基準として無効主張を制限している（民法総則（講義）三〇三、三〇五頁）。すなわち「錯誤の規定の趣旨が表意者の保護につきるものであるなら、表示のとおり効果が認められる場合、すなわち意思表示が有効とされる場合には、相手方またはその特定承継人から無効を主張することを認めるべきではな

い」とする(同書三〇五頁)。要するに表意者が錯誤の無効を主張する意思がない場合には、その意思に反して相手方または第三者に無効主張を認めえないということである。

この見解は、後に田中教授(昭和四〇年六月四日最高小二判決)、川井教授(「錯誤の無効」菊井先生献呈論)によって支持されている。

川井教授は、錯誤無効の主張につき、「無効」という民法の規定を尊重して、相手方及び第三者からの主張を原則的に認める。ただ「表意者自身において、錯誤を理由として意思表示の無効を主張する意思がないことを要件として、」相手方、第三者の無効の主張を制限する(前掲裁判と法上三〇八頁)。そして右要件は、錯誤者の無効の追認を意味すると解している(同頁)。すなわち追認により錯誤ある法律行為は有効となり、従って何びともそれを無効として主張することができないということであろう。問題は、錯誤の無効に追認を認めうるかという点であるが、その点について教授は、「本人の意思が加わっていない」場合には、「その者の意思を補充する」ことにより、追認が許されるとし、無権代理の規定を類推して、錯誤無効の追認についての要件・方法・効果等に論及されている(同三二〇)。

四 以上、錯誤無効の主張について、これまでの学説を纏めると、凡そ次の如くに分類することができる。(イ) 当然無効論の立場にあって、原則として何びとも錯誤無効の主張を認め、特別事由ある場合のみ例外的にそれを制限する説(前述二)。(ロ) 取消と同様の立場から、表意者及びその承継人のみが錯誤の無効を主張しうるとする説(前述二)。(ハ) 原則的には当然無効論に位置しながら、錯誤無効の主張に一定の基準を設けてその主張を制限する説(前述三)である。

三 判例の態度

錯誤無効の主張について、学説は以上紹介した如くであるが、判例の態度も一貫していない。それ等の判例は、既に各所にて紹介せられているので(例えば、舟橋「意思表示の錯誤」九十大周年記念論文集、川井「錯誤の」、ここでは、本稿に必要な限りにおいて簡単に触れておく。

判例は、錯誤の意義について、「意思表示ニ於ケル錯誤トハ内心的効果意思ト意思表示ノ内容タル表示的效果意思トノ間ニ於ケル不慮ノ不一致」であるとして、従来の多数説の立場にたっている(大正三年一月二日大民判決民録二〇輯一〇一〇九頁)。しかしして表意者の法律行為に要素の錯誤があるものと認定せられた場合には、第三者からその無効の主張を認めた大審院判例がある。すなわち「要素ノ錯誤アリト解スルヲ相当」とする限り、何ら論及することなく無条件に第三者の無効主張を認容している(昭和六年四月二日大民判決)。ただし「相手方ヲ欺罔シテ要素ニ錯誤アル意思表示ヲ為サシメ因テ法律行為ノ無効ヲ惹起セシメタル当事者ノ一方ニ於テ、反対ノ規定ナキコトヲ理由トシテ尚且其ノ無効ヲ主張シ得ベントセンカ、民法第九五条同第九六条ノ規定ノ立法精神ニ背馳スルハ勿論、自己ノ不法ヲ利用シテ相手方ノ不利益ヲ策スルコトヲ得ルニ至リ極メテ不合理ナル結果ニ墮スルヲ免レザルモノトス。」として、詐欺を行える者の無効の主張を認めていない(昭和七年三月五日大民判決)。

表意者に重大過失ある場合の錯誤の効力について、大審院判例は、「要素ノ錯誤ニ因ル契約ノ無効ヲ表意者自ラ主
民法上の錯誤に関する一考察(菊池)

張スルコトヲ得ザル場合ニ於テハ、該無効ノ主張ハ単ニ表意者ヨリ相手方ニ対シテノミナラズ、汎ク第三者ニ対シテモ亦之ヲ主張スルコトヲ得ザラシムル趣旨ナリト解スルヲ相当」として、民法九五条但書の結果、法律行為は完全に有効になると主張した上告を容れた(昭和十四年八月五日大民判決民集一八卷七九二頁)。前述の如く錯誤の無効を取消と同様に解する立場の論者は、この判決を支持している。しかしこの判決は、表意者が錯誤による無効を主張したのに対し、相手方は表意者に重大過失があるから無効を主張しえずと抗弁したのであって、反対に相手方が表意者の重大過失を主張・立証せずして錯誤の無効を主張したならば、大審院もおそらく相手方の主張を認めたであろうと考えられる(川井・前掲論文裁判)と法上二九二頁参照)。そうだとすれば、この判決をもって表意者に重大過失があっても、第三者の無効主張を絶対的に禁じたものと解することはできない。そして、これまでの多くの錯誤判例が、その効果について何らの注釈もせず「無効」と判示しているのである。以上の点を鑑みるならば、この判例をもって錯誤の無効を取消と同様に解したものとみることが早計である。

昭和四〇年六月四日の最高裁判所第二小法廷判決は、「民法九五条は、法律行為の要素に錯誤があつた場合に、その表意者を保護するために無効を主張することができるが、表意者に重過失ある場合は、もはや表意者を保護する必要がないから、同条但書によって、表意者は無効を主張できないものとしているのである。その法意によれば、表意者が無効を主張することが許されない以上、表意者でない相手方又は第三者は、無効を主張することを許さるべき理由がないから、これが無効の主張はできないものと解するのが相当である」として、前掲昭和一四年の大審院判決を引用している(民集一九卷四号九二四頁)。この判例についても多くの学者は、要素に錯誤ある意思表示をした者が、取消

すことができる、というように解している(前節二の(4)参照)。しかしこれは、表意者の重過失を認定している場合に、相手方または第三者の無効主張を禁じた一事例であるに過ぎない。従つて表意者が無効を主張しうる以上、相手方または第三者も錯誤の無効を主張しうるものと解される。

昭和四〇年九月一〇日最高裁判所第二小法廷判決も、また、「民法九五条の律意は瑕疵ある意思表示をなした当事者を保護しようとするにあるものであるから、表意者自身においてその意思表示に何等の瑕疵あることを認めず、錯誤を理由として意思表示の無効を主張する意思がないのにかかわらず、第三者において表意者の意思に反し、強いて錯誤にもとづく意思表示の無効を主張することは、右律意に反し、原則として許されないもの」と解した原審(第一、二審)の判断を容れ、「右原審の判断は、首肯できて、原審認定の事実関係のもとで上告人の所論抗弁を排斥した原審の判断に所論違法はない。」と判示している(民集一九卷六号一五二一三頁)。この判例をもって、錯誤の無効は第三者が主張しえず、その無効を主張しうる者は、表意者及びその承継人に限るとする見解が多い(前節二の(5)参照)。しかしこの判決は表意者において意思表示に何等の瑕疵も認めず、従つて無効とする意思がないという事実関係の下で、相手方の無効主張を禁じているのである。百歩譲つて錯誤の存する場合であつたとしても、「原則として許されない」とされるのだから、全く表意者(及びその承継人)以外の者の無効主張を禁じたものと解することはできない。従つて本判決をもって、相手方や第三者が、錯誤の無効を主張しうる余地を残したものとみることができよう。そうだとするならば、錯誤の無効を主張しうる者を表意者及びその承継人に限定したものとみることには、大いに問題が存するのである。

四 学説批判

近時の錯誤無効論には、取消しうべき法律行為の如く、無効を主張しうる者を表意者及びその承継人のみに限定する説、或いは原則的無効論の立場にありながら、表意者の意思を基準として無効の主張を制限する説が、有力である(前節二)。これらの学説は、従来の通説に比し、遙かにその主張しうる者、若しくはその主張しうる場合を制限するのであるが、既に最高裁判所の判例もこれらの学説を支持するに至ったという(前節三)。しかしこれらの学説・判例が實際的にも理論的にも普遍妥当のものといえるかは、筆者の大いに疑問とするところである。以下、既に紹介した学説・判例について、検討してみる。

(一) 錯誤の無効を取消と同様に解する説(以下、取消類)についての批判

取消類似説は、錯誤の無効を主張しうる者を表意者及びその承継人のみ限定し、かつその主張をまって初めて無効になるとする。しかしこの説は、錯誤の無効を実質的には取消と異なるものでないとするのであるが、それでは民法一二〇条以下の取消に関する規定が、その儘、錯誤の無効の場合に準用されるのかという点になると、極めて曖昧である。錯誤の無効を取消と同様に解するならば、民法一二〇条以下との関連において、詳しい考察がなされなければならぬであろう。しかし取消類似説は、それをなしていない。そこに、この説の不徹底さがあり、首肯しえな

い点がある。かりに錯誤の無効に民法一二〇条以下の規定が準用しうるとみるならば(杉之原、川島説は、この点について肯定して(頁、川島・前掲判民昭和二四年度二〇七頁))それだけに問題も多く山積されるであろうから、その点についての論及が必要となる。かかる考察を欠いては、いかに便宜的な見解であったとしても、学問的な批難は免れえないであろう。

そこで以下に、無効を主張しうる者を限定する点、及び主張によって初めて無効になるという二点について、検討してみよう。

(1) 取消類似説は、錯誤無効の主張を表意者及びその承継人のみがなしうるとしている。その主な理由は、民法九五条の趣旨が表意者の保護を目的としているから、錯誤無効の主張は保護されるべき表意者及びその承継人に限るべきであること、相手方または第三者に無効の主張を認めると、法は何を保護しようとしているのか不明となるばかりでなく、かえって相手方または第三者に無効の主張を認めると、それらの者に不当な利益をはからしめることになるというのである。もとより、錯誤を無効とする趣旨は、専ら表意者の保護を重視しているなど、その多くは首肯しうる点もある。しかし、そのことによって直ちに相手方または第三者による無効の主張を禁じなければならぬものであるかは疑問である。けだし相手方または第三者の無効の主張でも、その主張によって表意者を保護する場合があるとするれば、それらの者の無効の主張を禁ずべき理由はなくなるからである。表意者の錯誤ある意思表示の無効を相手方または第三者が主張することによって、表意者の保護にならず、不利益にばかりなるとは速断し得ない。そうとするならば、いかなる場合に、いかなる者の無効主張が、表意者の保護になるのか否かという具体的な考察をなすべきである。ところがこれまでの取消類似説では、表意者の保護についての判断を立法論のみの観念的抽象的考察に終始し

ている。そこに問題がある。錯誤の法律行為の無効によって表意者の保護となるか否かは、何びとかがその無効を主張して初めて認定さるべき具体的判断事項であって、観念論や抽象論のみで解決しうるものでない。しかしそれらは、訴訟における当事者の申立と裁判所の事実認定によって定まる事実問題であるから、具体的事案に則応して個別的に決すべきものと解する。ゆえにいかなる場合に、いかなる者が錯誤の無効を主張しうるかは、具体的・個別的考察によって認定すべきものとなる。以下に、簡単な事例を挙げて検討してみよう。

(イ) 一般的にいつて、取消しうべき法律行為については、私益的見地から当該法律行為の効力を存続せしむるか否かを、当事者の自由意思に委ねることを妥当とする。しかし民法は、その取消権者に代理人をも加えている(同法一三〇条)。しかし、取消類似説は、錯誤の無効を取消と同質的に理解しながら、その主張をなしうる者に代理人を加えていない。何故に代理人に、それを認めないのか。それは、おそらく表意者を保護するためには、その表意者自身の意思に基づく無効の主張でなければならない、と考えるからであろう。そうだとすれば、直接に本人の意思に基づかない他人の行為によって、権利義務の変動を認めることは、本人の保護にならないという個人意思絶対の思想を、この説に読みとることができる。なるほど、代理においては、取引の安全という理想が強く求められるから、権限のない代理人の背信的行為も本人がその責任を負わなければならない場合も少なくないであろう。しかし代理人は、本人の利益のために本人に対して、一定の法律行為をなす義務を負っているのが通常であり、かつ本人のため法律行為を代わってなす補充的役割を担っている。このことは、特に法定代理人において顕著である。そうだとすれば、本人の錯誤につき、その代理人に錯誤無効の主張を認めることは、むしろ本人の利益に適用場合が多いであろう。例えば未成年者

が法律行為の要素の錯誤に陥った場合に、その法定代理人(親権者)の無効主張を禁ずべき理由は、特別の事由なき限り、みあたらない。但し代理人が本人の錯誤の無効を主張しうるか否かは、代理権の授与若しくは範囲によって定まることはいうまでもない。

以上とは反対の場合、すなわち代理人が法律行為の要素の錯誤に陥った場合に、その無効の主張を本人ができないものか。取消類似説によれば、否定せざるをえないであろう。しかし、代理の効果は直接本人に帰属し、代理人には何らの効果も及ばない。にも拘らず代理人たる表意者に錯誤無効の主張を認め、本人にはその無効の主張を認めず、錯誤による不利益を甘受しなければならないということは、明らかに不当である。

以上の如く解するならば、錯誤の無効を主張しうる者は、表意者及びその承継人に限定しえない。その代理人にも、また代理人の錯誤につき本人にも、その主張を認める必要がある。

また、第三者のためにする契約が効力を生じている場合において、要約者の錯誤を第三者が主張しえないであろうか。取消類似説によれば、第三者にはその無効の主張が認められないことになる。しかし第三者のためにする契約は、通常、要約者が第三者に債務を負担しているが如き対価関係があるために、その効果を直接第三者に帰属せしめるものであるから、この第三者を保護する必要がある。すなわちその者に錯誤無効の主張を認める必要がある。ただし第三者には、何ら錯誤による不利益を負わしめるべき理由がないのだから。かかる場合、保護されなければならないのは、意思の欠缺した錯誤者ではなくして、それにより不利益を受ける第三者なのである。

(ロ) 取消類似説によれば、民法九五条の無効の法意は、意思の欠缺した表意者個人の保護のみを目的とするよう

ある。しかし実際問題として、意思の欠缺した意思表示であっても、それによって何ら不利益な法律効果が表意者に及ばない場合には、その表意者を特別に保護すべき必要はない。それに反して、表意者以外の者を保護しなければならぬ場合がある。例えば優等懸賞広告における判定に錯誤(例えは偽作を)
(選定する如し)が存する場合に、直接その不利益を判定者(錯誤者)が受けるものではない。従ってその判定者を特別に保護すべき理由がないにも拘わらず、錯誤の無効を主張しうるのは、判定者(錯誤者)のみで、応募者にはそれを認めないとする事は、明らかに不当である。同様に、請負人が甲注文者に目的物を引渡すべきにも拘らず、錯誤により、乙注文者に引渡してしまった場合、甲注文者にその錯誤の無効主張を禁ずべき理由はない。かかる場合には、錯誤によって不利益を受くる者(甲)もまた保護されるべきであるから、その不利益を受ける者に、錯誤無効の主張を認めるべきものと考えられる。

また取消類似説によれば、相手方や第三者に錯誤無効の主張を許すことは、却ってそれらの者に不当な利益をはからしめる点を指摘している。しかし表意者と相手方または第三者とは、常に利害が相対立する関係にあるとは限らない。例えば共有者の一人がその権限に基づいてなした共有物の処分行為に要素の錯誤が存する場合、その不利益はその共有者(表意者)ばかりではなく、全ての共有者が蒙る場合が多い。従ってかかる場合、表意者たる共有者のみが保護されるべき理由はない。その不利益を蒙った他の共有者もまた保護されるべきであるから、それらの者にも錯誤無効の主張を認めるべきである。その他、同様の事例は、数多く存するが、ここでは割愛しなければならぬ。

(2) わが民法は、表意者の保護を目的として、法律行為を取消しうべき旨を規定しているが、しかしかかる場合でも、相手方や第三者の地位をも考慮して、その法律行為の効力を確定せしめる途を設け、よって取引の安全を図って

いる。例えば無能力者の相手方の催告権(民法一九九条)、詐欺による意思表示の取消の制限(民法九六条・三項)、取消権の放棄としての追認(民法一二二条以下)、および取消権の消滅時効(民法二六条)等が、それである。ところが取消類似説は、錯誤の無効を取消と同質的な段階において理解しながら、取引の安全を全く考慮していない。その結果、次の如き不都合が生ずる。

(1) 不動産物権の譲渡行為に要素の錯誤があっても、取消類似説によれば、譲渡人以外の者はその無効を主張しえないから、その譲渡人が錯誤の無効を主張しない限り、譲受人は物権の取得者となる。しかし当該物権が順次第三者に移転した後に於いて、譲渡人が錯誤の無効を主張すれば、公信の原則を採用しない下では、第三者は常に保護されない。かかる問題は、錯誤の無効に民法九六条三項の如き第三者に対して制限されるべき規定を準用して解釈することも考えられる(我妻・民法総則三〇三頁参照)。しかし取消類似説では、次の如き重大な欠陥をふくんでいる。すなわち相手方や第三者は、いつでも表意者の意思一存によって害される危険性を覚悟していなければなるまい(しかも錯誤の無効を取消と同じく解する
譲渡人がその無効を主張する場合には
登記なくして、その時以前に不動産を)
譲受けた者に対抗できることになる)。

更にまた、二重譲渡の場合にも問題がある。例えば譲渡人の第二の譲渡行為に要素の錯誤があった場合でも、譲渡人がその無効を主張しない限り、完全に二重譲渡の問題となる。従って第二の譲受人が登記をなすと、登記された譲渡人が対世的効力をもち、その所有権を取得する。しかしこの段階にて、譲渡人が錯誤の無効を主張すれば、第二の譲渡行為は無効となるから、第二の譲受人は所有権を取得しないことになる。しかし右の場合、第一譲受人にその無効の主張を認めても、譲渡人がそれをなしたのと同じ結果になるのみならず、法律関係が速やかに確定する利点がある。そうだとすれば、右の如き場合には、第一譲受人の無効の主張を全く禁じてよいとはいえない。それを全く禁じ

てしまうことは、讓渡人たる表意者の自由意思によってのみ、権利（法律効果）の変動が左右され、結果的には取引の安全と敏活を不当に害することになる。

(ロ) 取消類似説は、表意者^(及びその承継人)にのみ錯誤無効の主張を認め、かつ、その者が無効を主張しない限り、その法律行為は有効だという。しかして表意者の無効の主張によって、初めてその法律行為は無効になるというのである。そうだとするならば、相手方や第三者は、常に表意者の無効の主張の有無によって権利の変動を左右され、かつ、表意者は自己に有利な場合にのみ無効を主張しうることになる^(いわゆる追認も、消滅時効も準用されないとして)。例えば連帯債務が一個の契約で発生した場合に、債務者の一人が要素の錯誤に陥っても、取消類似説によれば、その者が無効を主張しない限り、債権者はその者に対して全部または一部の履行を請求できるし、また、他の連帯債務者がその者に求償権を行使することもできる。しかし取消類似説では、このような場合に立ち至った後に、その債務者が債権者に対して錯誤の無効を主張して連帯債務を免れること、若しくは時効の完成や免除の場合には、その債務者は無効を主張しないで債務を免れるというように、錯誤者の恣意的な結果を認めることになる。また、保証債務において、主たる債務者が自己の錯誤の無効を主張して主たる債務を無効にするかも知れないのに、保証人にはその無効の主張が認められず、従って保証人は無条件に履行の責を負わなければならないとするのは、保証人に苛酷であり、ひいては保証債務の附従性にも反するといえよう。

以上の如き事例では錯誤者が厚く保護される反面、相手方や第三者の地位は全く不安定である。従って相手方や第三者に錯誤無効の主張を認めないとする取消類似説は、余りにも錯誤者の保護のみを重視し、他を顧みない見解である。民法は、その第九五条本文において、錯誤者を保護しているが、他方、取引の安全と敏活の為に、それは大きな制限を受くるものとしている^(例えば民法九五条但書・一〇〇条・七〇七条。二項・六九六条、商法一九一条などである)。

(3) 最後に、この取消類似説の中には、法律行為の要素に錯誤があっても、その無効を主張しない限り、かかる意思表示は有効であると解するものがある。実体法理として、そのように解することが理論的に果して可能であるのか、考察してみる必要がある。

右の見解は、その説くところ抽象的な法規範の体系である実体法理の問題と具体的な事実の問題とを峻別していない。すなわち第一に、錯誤の法律行為の有効無効は、法律行為一般を対象とする実体法理の問題であるが、個別の法律行為が要素の錯誤により無効となるか否かは、究極には訴訟によりて解決さるべき具体的な事実の問題である。個別の法律行為につき何びともその要素の錯誤を主張しない限り、錯誤の法律行為とはいえないのである。事実問題として、要素に錯誤ある法律行為であっても、それを主張しない限り、錯誤の存しない法律行為ということになる。第二に、民法は法律行為の要素に錯誤あるときは、その意思表示を無効としているが^(九五条)、それをめぐる法律解釈は、法律行為一般を対象とする抽象的な実体法理の問題である。しかし個別の法律行為が有効か無効かということとは、単に実体法理のみにて解決されるものではなく、事実の問題でもあるから、それには訴訟法理が働かなければならない。ある具体的な法律行為（個別）につき、要素の錯誤があってもそれによる無効が主張されていない場合には、その点につき具体的な判断がなされないものであるから、結局、事実の問題としては、それは錯誤の存しない法律行為として

法律効果が発生していることになる。しかしこのことは、実体法理として錯誤ある法律行為が、有効だということではないのである。

以上、民法は意思表示一般につき錯誤による無効を規定しているが、それは、一般的抽象的な規範であって、それが直ちに具体的個別の法律行為に妥当するものではない。ある法律行為が錯誤のゆえに無効になることは、裁判所がその法律行為の要素に錯誤が存するものと認定し、かつその効力について判断したからに外ならない。その認定及び判断は、錯誤による無効の主張がなされたからである(民訴一八六条)。従って錯誤の存否を認識せずして、錯誤があるとはいえず、さらに無効の主張がなされないところに、法律行為の有効・無効を判断することはできないのである。以上の如く考えると、法律行為の要素に錯誤があっても、その無効を主張しない限り、それを有効とみる見解は、既に実体法理の限界を超えて、訴訟法理の領域に踏み入れている。しかし論者は、それを意識していないため、所論の混濁、矛盾をもたらしているのである(なお、この問題については、私見の)。(節において再説する。五の二参照)

(二) 錯誤の無効を表意者の意思に反して主張できないとする説(以下、折衷説)——錯誤無効の追認
——についての批判

この説は、前述したように(二の三、参照)、表意者の意思に反して相手方や第三者が錯誤の無効を主張しえないとしている。だからこの説は、相手方や第三者の無効主張の可否を表意者の意思にかからしめるものである。従って第一に、表意者が錯誤の無効を主張する意思があるのか否かが不明なる場合には、相手方または第三者がその無効を主張する

ことができるのか否かという問題がある。第二に、表意者の意思が不明なる場合には、以後なお表意者の無効の主張を認めうるとすれば、相手方や第三者は常に不安定な地位におかれることになる。かくしてこの折衷説も、実際問題として、取消類似説と同様の批判を受けなければなるまい。第三に、当該法律行為に全く利害関係を有しない第三者でも、この説によれば、表意者の意思に反しない限り、錯誤の無効を主張しうることになる。錯誤無効の主張を表意者の意思にかからしめて、その可否を決することは、民法九五条の立法趣旨に合するものではある。しかし他面、表意者の意思という極めて曖昧かつ不明瞭な、そして表意者の恣意的基準によって、相手方や第三者に錯誤無効の主張を認めるか否かを決することの欠陥こそ、反省せねばなるまい。

折衷説の下における学者の理論構成は、必ずしも同じものとはいえないが、川井教授は、錯誤の無効に無権代理行為の法理を適用している(前掲裁判と法上三二〇頁以下)。しかしそこに問題がある。無権代理行為を錯誤無効の法律行為に準用しうる理論的根拠は何か。(二)さらにこの両者の追認を同一視しうる理由は何か。等々について、教授は説明されていない。

(一) 無権代理行為は、本人に何らの法律効果も生じないが故に無効とし、後にその有効要件が補充されるならば、その行為は有効になり得ると一般に解されている。しかし無権代理行為は、法律行為の成立要件若しくは有効要件を欠くが故に本人に法律効果が発生しないのではない。それは、代理権という権限を欠く為に、本人に代理行為としての効果が帰属しないのであって、法律行為の効力発生要件が欠缺していない場合をいうのであるから、その法律効果の発生を阻止する何らの事由も存しないのである。ただその効果が直接、本人に帰属しえない状態にあるに過ぎないのである。従って無権代理行為は、法律行為の有効要件の一つ(効果意思)を欠いて無効となる錯誤ある法律行為と、理論上、同視しえないものと考えられる。なお、わが民法は、無効なる行為も無権代理行為も、ともに「追認」という術語で表わしているが(一九九条但書、二一六条等)、ドイ

民法では、取消しうべき行為および無効なる行為の追認を *Bestätigung* とし(同法一四四條一項)、無権代理行為の本人に對する効果発生を要件を *Genehmigung* (承認)として(同法一七條一項)、兩者を區別している。

五 私 見

錯誤の無効論は、従来、民法の原則的無効理論から演繹して、その解釈論が構成されていた。しかしかかる理論構成では、当然、錯誤の立法趣旨についての考慮が不足し、また、法律上当然に効力が生じないとされる行為でも、實際の法律生活においては、当然に無効な行為として取扱われていない。しかして右見解は、古くから非難を受け、その解釈論において、錯誤の立法趣旨に沿う無効論が提唱されるに至った。その概略は、既に紹介した如くである(二參)。しかしまた、錯誤の立法趣旨のみを重視し、表意者を厚く保護することは、それだけ取引の安全についての考慮が不足する。のみならず現実の法律生活における無効の実践的な面のみを捉えると、民法上の無効理論を全く無視した、むしろ取消に近い独自の効力論となる。従ってその独自の効力論は、民法の無効及び取消との関連において、新たに論究されなければならない問題である。しかしこれまで、この点についての論証がなされていない。

要するにこれまでの錯誤の無効論は、実践的にも理論的にも一元的にのみ考察しているところに問題がある。以下に本稿の主題を中心として、無効の法理を概説してみる。

一 意思主義の立場では、効果意思は意思表示の成立の為の一つの重要な構成要素であるから、表示せられたが如き意思が表意者の内心に存しない場合には、当該意思表示は効果意思を欠き、従って意思表示の不成立といえる。しか

し民法は、法律行為の要素に錯誤がある意思表示を無効と規定し、不成立とはしていない。民法立法当初において、例えば、意思無能力者の行為はその要素たる意思を欠くが故に法律行為として成立しないものと解し(梅・民法要義卷)、或いは無効の行為は法律上全く成立しないものと解している如く(梅・前掲書三〇六頁、富井、民法原論第一卷四五頁)、法律行為の無効と不成立とを區別していなかったと思われる。(一)

(一) わが国における無効の理論構成は、ドイツ普通法の学説を踏襲したものだといわれている。ドイツ普通法における無効の意義について、例えば、Unger は、無効 (Nichtigkeit, Nullität) とは、法律行為が外見上 (事実として、*de facto*) にのみ存在するが、法的関係においては (法律上、*de jure*)、特定事情にもとづき全く存在しない (無効行為 *negotium nullum*)、¹ かなわち行為でない (kein Geschäft) ことをいう (System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, II, 1859, S. 141 §. 91) とし、Windscheid は、法律が効果を否定するため、すべての法律上の要求 (allen rechtlichen Anforderungen) を満たさない法律行為が無効 (Ungültig) である (Lehrbuch des Pandektenrechts, I. 3. Aufl. 1870, S. 195-6. §. 82) とする。また、Arndt は、無効 (Nichtig) とは、法律行為が外見的のみ (nur dem Scheine nach) 存在し、法律上、当然に (*ipso jure*) 存在せざるものとみなされることをいう (Lehrbuch der Pandekten, 1889, S. 130 §. 79) とする。

なお、無効の概念は、ローマ法にまで遡りうるが、現代的意味における取消可能 (Anfechtbarkeit) は、ローマ法に存在しなかった。この術語は、ドイツ普通法後期 (一九世紀前半) Savigny によって創始されたものである (Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, IV, 1841, S. 537 (§. 202); Seuffert, Pandektenrecht, I, 1860, S. 103 (§. 83); Windscheid, a.a.O., S. 198. Note 7.)。なお、Schubert の書には、Savigny の著書四卷三三七頁とあるが、五三七頁の誤りである。

しかしその後、法律行為の無効と不成立とは概念的に區別されるようになった。(二) わが国においては、例えば意思無

能力者の行為は常に不成立とはせず、行為として成立すると解し(富井「意思能力論」法協三三卷一〇号三三頁)、また、一般に意思表示があれば表意者に何らかの効果意思があるものとみられるが故に、常に意思表示の不成立とはせず、その成立を認めるようになった。しかして近時の通説は、法律行為の無効と不成立とを概念的に区別している。すなわち法律行為の無効ということは、法律行為が成立していることを前提とし、その効力についての問題であるのに反し、法律行為の不成立とは、初めからその効力を問題とする余地のないものと解している。従って法律行為の不成立は、その成立要件を欠く場合であり、法律行為の無効は、成立要件を具備するも有効要件を欠く場合だとしている(中村宗雄博士は、不成立無効と瑕疵無効とに区別される。民法総則一七五、二二四頁。なお、成立要件と有効要件については、同書一七五頁。)

(二) ドイツでは、瑕疵ある法律行為が無効原因を含みたる場合を *Unwirksamkeit* とし、法律行為の効果を絶対的に否認する場合を *Nichtigkeit* とし、法律行為の無効を区別していたという (Dernburg, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*, I. Bde, 2. Aufl. 1902, S. 347 §. 115)。

なお、*Deutsches Reichs und Preussens* の法律行為 (*nichtig Rechtsgeschäft*) は、事実上存在するが、法律上の効果が生じないものをいうとしている (a.a.O. S.349. §116)。

ところで法律行為が成立要件を欠き不成立であるときは、それは、当然にその効力を生ぜず、従って何びとから何びとに対してその不成立をいつでも主張でき、かつ追認しても何らその効力を生ずるものでない。しかし法律行為として成立するも有効要件を欠いている場合、その効力が問題となる。

法律行為が、その成立要件を具備するも、有効要件を欠くときは、その法律行為は、或いは無効となり、或いは取消されることあるべき不安定な状態におかれる。その如何なる場合が無効若しくは取消となるかは、法律の規定するところである。すなわち民法の規定する無効には、公序良俗違反の法律行為(九〇)のように公益的見地から無効とする場合もあれば、錯誤の意思表示のように表意者保護のために無効とする場合もある(なお、その外に婚姻無効(七四二条)、養子縁組無効(八〇二条)や商法上の会社設立無効(一三六条)、株主総会決議無効(二五二条)のように、公益保護と公益的見地から無効とする場合もある。)。ところで錯誤のゆえに無効となる法律行為は、実際的には、当然に効力がないものと確定しうるものではなく、何びとかがその無効を主張して初めて効力を生じないものとなる。その法律行為が主要事実に属する限り、裁判所は、その主張を俟たずに職権でそれを無効とすることもできない。従って民法が無効とする法律行為であっても、個別の法律行為においてはそれが無効と判断されない限り、あたかも瑕疵なき行為の如く取扱われている面がある。このような実的な面のみを捉えると、無効の法律行為のなかには、取消しうべき法律行為とさほど差異のない面があるといいうるのである(三)(二の②、舟橋・九大)。しかしそうだからといって、錯誤の如き無効の法律行為を取消しうべき法律行為の範疇に入れることはできない。けだしなお、理論的に論証しなければならぬ問題が存するからである (後述)。

(三) 取消類似説の論者は、かかる観点から、錯誤による無効の法律行為も、その無効が主張されない限り、有効な行為としていふものと考えられる。しかしそれは、無効の実際的な面のみを捉えた一元的な考察によるものである。なお、法律行為の有効とは、その効力が確定的に生ずる場合をいい、後に無効の主張によってその効力が消滅するが如き不安定な状態におかれるものではない。のみならず、錯誤の如く有効要件の一要素である効果意思を欠いていながら、なお、かかる法律行為を有効とみることは、理論上、不当であろう。

二 わが民法は、法律行為の要素に錯誤ある意思表示を無効としている。しかしわが民法は、パンデクテン・システム民法上の錯誤に関する一考察(菊池)

ムの法体系であるから、それ自体には、事実のモメントを内在していない。従ってそれは、抽象的な法規範の体系内でのことであって、一定の法律行為は、一定要件の具備または欠缺により、それが無効となる旨を規定しているに過ぎない。しかし、具体的個別の法律行為が有効か無効かということは、抽象的な法規範の世界を越えた事実の世界の問題であり、具体的事実の外ならない。結局、それにつき争いがあれば、訴訟にて解決される外はないのである。すなわち具体的事実としてのある法律行為の有効・無効は、単に実体法理のみにて解決されるものではなく、それには、訴訟法理が働く。以下に本稿の主題を中心として、この関係の法理を概説してみる。

民法は、法律行為の要素に錯誤が存すると、その意思表示を無効としている。(九五)。しかしこの規定は、抽象規範の体系内のものであるから、具体的個別の法律行為について、要素の錯誤があるか否か、さらにそれが無効となるか否かという具体的事案についての効力の問題は、その体系内のみにて解決できない。一定の法律要件が形式的に具備し、または欠缺した法律行為でも、その法律行為について争わなければ、すなわちその有効若しくは無効の事実関係を主張し(主張・立証責任)、裁判所の判断を経なければ、当該法律行為の効力が確定しないのである。例えばある法律行為について現実に錯誤が存する場合でも、法律行為成立の主張のみをすれば、裁判所は、弁論主義の下、当該行為が成立要件を具備しているか否かを弁論の全趣旨にて認定する。すなわち当該法律行為に要素の錯誤があっても、その無効の主張なき限り、裁判所はその事実によって無効を判断しえないから、当該法律行為は錯誤の存しないものとなるのである。ところが要素の錯誤の事実関係を主張すれば、裁判所は要素の錯誤についての事実を認定する(事実問題 *questio facti*)。そして事実認定の結果、要素に錯誤ある場合、裁判所は当該法律行為を無効にするか否かを判断

する(法律問題 *questio juris*)。かくして当該法律行為の有効・無効が、この段階に至って、初めて確定することになる。以上、民法九五条は錯誤を無効としているが、それは、一般的抽象的な規定としてであって、ある個別の法律行為に要素の錯誤があるが故に無効となるか否かという具体的事案における効力の問題まで全面的に包摂するものではない。ゆえに錯誤の主張がなされず、従って錯誤についての事実認定、法律の適用(九五)がなされないところに、錯誤の存否、さらに無効となるか否かという当該法律行為の効力問題は、確定しえないのである。一般に取消類似説の立場では、錯誤の無効が主張されない限り、錯誤ある法律行為も有効であると説明しているが、右の観点から、そのような理解はその儘では受け入れ難い。それは、個別的に錯誤の存しない法律行為として、理解しなければならぬ。

以上の考察方法及び問題の解決について、詳しくは中村宗雄博士の多くの論文集を参照されたい。(四)

(四) 例えば考察方法については、「訴訟法学の体系と訴訟改革理論」(昭和一七年巖松堂書店)、実体法学の理論的欠陥を指摘したものとしては、「民事訴訟理論の再構成」(昭和三〇年洋々社)、法体系を位置づけたものとしては、「法の体系と民事訴訟制度」(日本学士院紀要二二巻二号)など。教科書としては、民法総則「時効」(早大出版部)、物権法「物権変動」(敬文堂)に詳しい。

三 筆者は、錯誤の無効論について、原則的無効論や、それと相対立する取消類似の無効論の如く、一元的な考察態度によってその理論を構成することには左祖しえない。民法の規定を尊重すると共に、錯誤の立法趣旨をもとり入れ、さらに取引の安全等についても考察した無効の理論構成を試みるべきであると考えている。さらにまた、法律行

為の有効、無効という、実体法理における抽象的な効力理論と、個別の法律行為における具体的な効力理論とを連繫するため訴訟法理をも導入して、総合的な錯誤の無効理論を構築すべきであると考え。次にその結論を試みる。

(1) 錯誤の無効は瑕疵無効である。

ここに瑕疵無効とは、法律行為としては成立するも、意思表示の内容たる効果意思を欠くために無効となるものをいう。従って、具体的に効果意思の不存在を判断しなければ、当該法律行為の無効は確定しない。故に瑕疵無効は、当然無効の如く、放置して何等の手続も要せず無効となるのではない。また裁判所は、当事者の主張を俟たずに職権をもって、それを無効としうるものでもない。けだし錯誤の無効を当然無効と解するならば、その無効の主張、従ってその事実の認定、法律の適用を要せず、効力がないものとしなければならぬからである。

ところで瑕疵無効が、当然無効でないとするならば、法律行為の取消といかなる点において差異があるのか、という問題がある。取消しうる法律行為は、取消権者が取消すまでは一応有効に効力を発生している。しかし法律行為の瑕疵無効は、その無効が確定する迄有効なものとなしえない点において、それと異なる。既に再三述べてきたように、法律行為の有効要件を欠いて、無効原因たる事実の認定（錯誤の存否）、法律の適用（無効とするか否かという判断）がなされて効力がないものとされるのが、瑕疵無効である。すなわち、それ以前においては、かか法律行為は有効にも無効にも確定していないのである。けだし要素の錯誤という無効原因の存否を認定しないで、当該法律行為を無効に確定することも、法律行為の有効要件具備の事実認定を経ないで当該法律行為を有効に確定することもできないのである。ある法律行為が有効か無効かということは、抽象論ではなく、事実の世界における個別の問題であり、具体的

事実を外ならないのである。

かくして要素に錯誤ある法律行為は、その無効を主張し、それが確定されるまでは有効でもなく無効でもないとするれば、一体、その効力はいかなるものが問題となる。結局、無効の主張による錯誤の存否についての事実認定を経ないものであるから、当該法律行為は、錯誤の存しないものとして、事実上、表意者の意欲したが如き効力を生じていることになる。^(四)

(四) 法律行為の有効とは、表意者の意欲したが如き効力を確定不動に生ずる場合をいう。従って後に無効とされるが如き不安定な効力を法律上、有効とはいえない。法律行為理論においても、有効要件の具備により、その効力が確定するのであるから、錯誤の如く法律行為の有効要件を欠いていて、それを有効だとはいえないであろう。

(2) 錯誤の無効は相対的である。

これまでの錯誤の無効論は、何びとから何びとに対しても主張できる無効であった（絶対的無効）。これは、錯誤の無効を当然無効と解する為である。しかし錯誤の無効は瑕疵無効であり、かつ實際的にもその主張しうる者を無制限に認める不当性は、再説するまでもない。さらに錯誤の無効主張を表意者及びその承継人のみにとめる説は、表意者の保護のみを重視した一方的考察による制限である。この説は、相手方や第三者の保護を必要とする場合^(この点、既に一参照)、或いは表意者であってもその保護に値いしない場合^(例えは民法九五条但書、一〇七〇七条一項等参照)などの区別なく、機械的基準によってそれを制限している。また、折衷説は、表意者の意思を基準とした見解であるが、それによれば、当該法律行為に全く利害関係を有しない者でも、表意者の意思に反しない限り、錯誤の無効を主張できることになる。従ってこれ

らの諸説の不当性は免れえない。

筆者は、錯誤の無効を主張しうる者は、当該法律行為の効力を確定せしめるにつき、正当事由を有しなければならぬと解している。すなわち当該法律行為によって債権や物権を取得し、或いは何らかの法律上は認ざるべき利益を有する者で、その無効を主張するについて正当事由の存する場合である。要するに、錯誤の無効の主張を認めるか否かは、錯誤の一般的要件のほか、正当なる利害関係を有するか否かによる。その正当事由についての判断は、無効を主張する者の善意・悪意、重過失の有無、並びに当該意思表示を無効にすることによって生ずべき表意者、相手方及び第三者の損害発生程度などを比較考量し、その他諸般の事情を顧慮して決定すべきである。従って例えば利害関係人であっても不法行為者や、表意者であっても重過失ある場合は、その無効を主張できない。また、相手方の詐欺によって錯誤に陥った場合には、錯誤者に九五条但書を適用して、その無効の主張を禁ずべきではない。結局、信義則ないし公平の理念によって、錯誤による法律行為の効力を確定せしめるにつき、正当なる利害関係を有する者にのみ、その無効の主張を認めるべきである。以上の如く錯誤無効の主張を、正当事由ある表意者及びその他の利害関係人に制限する根拠は、意思の欠缺した表意者の保護という立法趣旨、及び取引安全という実質的要請からである。そしてまた、瑕疵無効という具体的に効力の確定していない場合の法律行為においては、それについて何びとも争いうるものではなく、相対的に正当なる利害関係を有する者のみが争いうるものと解しなければならない。けだし錯誤ある法律行為において、正当なる利害関係を有しない者は、その無効の確定によって何らその地位を保護せらるべきものではないから、錯誤の無効の主張を認めて特に保護すべき理由はない。このように、正当事由なき限り、特定の人

から、または特定の人に対して無効を主張しえない場合がある。かかる場合の無効を、絶対的無効に対して相対的無効(*relative Nichtigkeit*)といわれてくる^(五)。

(五) Windscheid は、無効 (*Ungültigkeit*) について、確定しうるものと、確定しえないものとを二者択一(*entweder oder*) であるとしている。すなわち法律行為の存在をも認めえぬ場合か、若しくは法律行為の存在や効力が不確定の場合があるとし、かかる(後者の)場合、当事者 (*Rechtsgeschäft beteiligten Person*) の意思 (*Will*) によってその効力を確定しうるものとしている (*Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. 3. Aufl. 1870. S. 198-9 §. 82*)。そして彼は、その註 8 において、特定の人^(六)の意思 (*Willen einer bestimmten*) にかからしめる無効を相対的無効 (*relative Nichtigkeit*) と名づけることができるとし、その確定した無効は絶対的に生ずるものとしている (*a. a. O. S. 199, Note 8*)。

以上、錯誤の無効を主張しうるのは、錯誤の無効を主張するに於いて正当事由を有する者である。しかしてその判断は、表意者の保護と取引の安全とを比較考量の上、具体的事案に則して決しなければならぬ。この点、民法九五条但書の重過失は、正当事由を否定した一例とみることが出来る。

(3) 錯誤の無効は追認により確定的となる

ここに確定的とは、追認によってその時から有効に確定するということである。しかして表意者が、当該錯誤ある法律行為を追認したときは、有効要件をみたすことになるから、それは錯誤の存しない有効な行為となる。

問題は、追認の遡及効についてである。或いは取消しうべき行為の遡及的追認ないし無権代理行為の遡及的追認規定を錯誤の無効に準用する見解もあるも、その準用については根拠がない。けだしこの両者は、制度的にも理論的にも根本的な差異が存するのであって、単に結果的妥当の理由から、その準用を導き出すことは解釈理論として不当であ

ろう。しかし当事者は、取引の安全を害しない範囲で、契約によって相対的にのみ追認の遡及効を認めうるならば十分であって、あえて他の法理を準用すべき実質的理由もみいだしがたい。

ところで無効の行為は時効にかからず、従って無効の主張は、いつでも可能である点を指摘する見解がある(例えは末
弘、民法
一八九頁)。しかし、錯誤の無効の場合は、時の経過によってその主張が著しく不当のものとなるならば、相対的に無

効の主張を制限すべきである。けだしかかる場合には、正当事由が存しないものと認めうるからである。この点、権利の自壊による失効理論によって、この問題の解決を試みた見解がある(成富信夫・権利の自壊によ
る失効の原則三八二頁以下)。

四 最後に、瑕疵無効は、民法上のいかなる無効原因にあてはまるかが問題である。公序良俗違反・強行法規違反の場合は、それらの行為自体、法律上是認しえないものであるから、この種の無効は、当然かつ絶対的なものと解しなければならぬ。心裡留保・虚偽表示・意思無能力者の行為の場合の無効は、何びとかの主張をまっぴら判断される個別の法律行為(意思表示)における効力の問題であるから、瑕疵無効の法理によって解決しうるものと考えられる。しかしなお詳細に検討さるべき問題もあるので、その研究は将来に期したいと思う。

なお、無権代理行為や無権利者の処分行為の無効を不確定無効といい、法律行為の無効の一態様とみる見解がある。しかしそれらは、代理権限ないし処分権という点が問題なのであって、意思表示そのものの効力とは、自ら別個の問題に属しなければならない。

(昭和四三年八月一〇日)