

## 意思能力、特にその行為能力との関係について

舟橋, 諄一  
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1450>

---

出版情報 : 法政研究. 29 (1/3), pp.351-360, 1963-02-28. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 意思能力、特にその行為能力との関係について

舟 橋 諄 一

- 一 通説・判例の見解
- 二 異説としての私見
- 三 私見に対する批判
- 四 批判に対する反論

## 一 通説・判例の見解

意思能力の意義・効力・それと行為能力との関係などについて、現在の通説・判例の説くところは、だいたい次のとおりであろう。すなわち、――

(1) 意思能力とは、『自分の行為の結果を判断し得る精神的能力であって、正常な認識力と予期力とを包含するもの』であり、法律行為についてこれを要求されるのは、『「各個人は、原則として自己の意思に基いてのみ、権利を取得しまたは義務を負担する」という近代法の根本原理に基く』ものとする。<sup>(一)(二)</sup>

(2) 意思能力と行為能力との関係については、『行為能力ヲ制限スベキ者ヲ法律ニ一定シテ、各個ノ事件ニ付キ意思能力存否ノ証明問題ヲ避ケントスルモノ』であり、これをさらに詳しくいけば、『意思能力のないために法

論 説

律効果を生じないことを主張するためには、行為者がその行為をした時に意思能力のなかったことをみずから証明しなければならぬ。これは、必ずしも容易ではない。そこで、民法は、法律行為について意思能力の完全でない者を無能力者となし、それらの者の行為は、常に——即ち、当該場合に意思能力が無かったかどうかを問題とせず——取消し得るものとして、これを保護することにした。これが無能力又は行為無能力の制度』だと説く。<sup>(四)</sup>

(3) 意思能力を欠く場合の効果については、行為能力のない者とした法律行為は取り消しうるものである<sup>(民法四二条・九条三項)</sup>に反し、意思能力のない者とした法律行為、たとえば嬰兒や白痴のした売買や貸借などは、明文なきも解釈上当然、無効だと解すべきだとし、<sup>(五)</sup>そして、ある具体的な意思表示について、当事者は、それぞれの要件を証明して、無効を主張することも、取消を主張することも、自由だとする。<sup>(六)(七)</sup>

(一) 我妻・民法総則〔民法講義I〕(以下、我妻総則と略称)五〇頁。同旨、我妻・民法案内II(以下、我妻案内と略称)八九頁。その他の学者の所説も、これと大同小異であるから、ここにいちいち引用することは省略したい。

(二) 意思能力については、すでに古く、岡松博士のきわめて精細な研究がある。岡松「意思能力論」法協三三卷(大正四年)一〇号—一二号、三四卷(大正五年)二号・三号。博士によれば、『意思能力ノ觀念ハ人ノ平準的(常態的)精神能力ヲ基礎トスルモノ』であり(前掲法協三三卷一—二号一八九二頁)、『意思能力トハ正當ニ行為(容態)ノ動機及結果ヲ認識シ且此認識ニ從ヒ意思ヲ決定スル(行為スル)能力』だとされる(同一一九一二頁)。鳩山博士も、この立場を踏襲し、『意思能力ハ正常ナル意思ヲ作ル心理上ノ能力ニシテ正常ナル認識力及ビ豫期力ヲ包含ス』るとされる(鳩山・増訂改訂日本民法総論五二頁)。我妻博士の所説は、さらにこれを承継したものと見えよう。

(三) 鳩山前掲五四頁。大判明治三八年五月一日民録一一輯七〇六頁も同旨、すなわち、『法律ガ禁治産者等無能力者ヲ特定シ其行為ヲ取消スコトヲ許シタルハ無能力者ノ利益ヲ保護センガ為メ意思欠缺ノ事實ヲ証明スルコトナク当然之ガ取消ヲ為スコ

トヲ得セシメタルモノ』だとする。

(四) 我妻総則五一頁。同旨、我妻案内八五頁以下。

(五) 我妻総則五〇頁、鳩山前掲五二頁以下、など。判例も同旨、前掲大判明治三八年五月一日。

(六) 我妻総則三〇六頁以下・二五三頁、我妻案内九二頁以下。同旨、舟橋・民法総則〔法律学講座〕(以下、舟橋総則と略称) 四六頁、舟橋「意思表示の錯誤」〔九州帝大法文学部十周年記念法学論文集〕(昭和十二年) 七三頁以下(ただし、その説明の根拠として、民法が裁判規範たる本質を有することを出発点とする点で、我妻博士の所説と異なる)。

(七) なお、無能力者自身が意思能力欠缺による無効または行為能力欠缺による取消を主張しないのに、相手方が、意思能力欠缺による無効を主張しうるかという問題については、旧時の通説はこれを肯定したけれども、現在の通説は、必ずしも肯定的だとはいえないようである。錯誤による無効と詐欺による取消との関係について、鳩山前掲三七六頁、我妻総則二五四頁、などは、これを否定しているからである(わたくしも否定説をとり、かつて、これについて詳説したことがある。舟橋前掲論文七四頁以下参照)。ただし、意思能力に関する当面の問題については、論及しておられないのみならず、論及せられた場合にも、根本問題に関係するものとして、結論を保留しておられるようである(我妻案内九二頁以下参照)。ただ、この当面の問題について、すでに古く、末弘博士が、当時の通説たる肯定説を、ドイツ流の意思表示理論にもとづいたずらに『心理過程の自然科学的分析にのみ捉はるる』ものだとして排撃され、否定説を主張されたことは、注目すべきである。末弘・民法講話 上巻二二一頁以下、同戒能改訂版上巻一九一頁以下参照。

## 二 異説としての私見

上述の通説的見解は、ほとんどすべての学者によって承認され、まったく異説を見ないといっている。ただ、わたくしだけが、特に意思能力と行為能力との関係につき異説を唱え、行為能力をもって、意思能力を客観的に画一化し

た制度だとし、したがって、意思能力の制度は、行為能力の制度に昇華し転化してしまったものと主張してきた。すなわち、――

『意思能力は、各具体的場合における正常な判断能力を意味するものであって、その有無は、外部から確知し難い内心の問題であるのみならず、表意者の精神的発達の程度や当時の精神状態、あるいは、対象たる行為の難易などに、依存するものである。したがって、表意者にとっては、意思能力がなかった旨を立証して保護を受けることは相当地に困難であるとともに、他面、行為の相手方その他の第三者にとっては、行為の当時に、表意者の意思能力の有無を確知することは、はなはだしく困難であるから、後日、意思能力がなかったことのゆえをもって、その行為が無効となるならば、これによって、不測の損害を被ることとなる。そこで、民法は、財産的法律行為が頻繁に反覆して行なわれることを顧慮し、特に、行為の相手方その他の第三者について生ずべき不測の損害を、できるだけ軽減するため、(イ)一定の画一的基準を定め、この基準を具備するときは、具体的場合における表意者の精神状態や対象たる行為の難易などを問わないで、一律に、意思能力がないものとみなすと同時に(これは他方、表意者たる意思無能力者を立証の困難から救うことになる)、(ロ)さらに、右の画一的基準につき、外部から認識しうるような一定の標識を具えさせることによって、これを客観化し、もって、相手方に対し、予知予防の機会を与えることとした。かような客観的・画一的基準――例えば成年年齢・裁判所の宣告――によって、意思能力を客観的に画一化した制度が、行為能力の制度なのである。』<sup>(八)</sup>

かくて、わたくしが、行為能力の制度をもって、意思能力の制度の昇華し転化したものと考える最大の根拠は、右の(イ)のほか、(ロ)に述べたように、行為能力制度が意思能力制度の客観的画一化だと解し、相手方の保護をも顧慮したことにある。これに反し、通説が、意思無能力を理由として無効を主張することもできれば、また、行為無能

力を理由として取消を主張することもできると解する主たる根拠は、右の(イ)の点、すなわち、行為能力制度をもって、意思無能力者の側からの立証の困難を救うための画一化の制度だとする点だけを重視し、したがって、もっぱら意思無能力者の利便だけを考へて相手方の保護を無視することにある。わたくしとしては、あくまでも、行為能力制度をもって、相手方の保護をも附随的に加味した客観的画一化の制度だと理解したい。

(八) 舟橋総則四四頁以下。

### 三 私見に対する批判

右の私見に対し、近時、山本教授から有力な批判をいただいた<sup>(九)</sup>。教授は、行為能力制度が、意思能力の制度を完全に客観的に画一化し、その昇華したものであるとする私見について、次の三点において疑いがあるとされるのである。――

(イ) まず、両能力の範囲は、必ずしも一致していない。すなわち、『意思能力の観念は、具体的な精神的能力を内容とするものであるから、これを画一的な基準で表現しようとすること自体が、すでに至難なことであつて、民法の規定による無能力者の範囲をみても、必ずしも意思無能力者の行為として考えられるすべての場合を包含しているとはいえない』。たとえば、一時的な心神喪失者や、成年の白痴者でいまだ禁治産の宣告を受けていないものは、行為無能力者ではないけれども意思無能力者である。『しかも、その反面には、かならずしも、意思無能力とはかんがえられない準禁治産者を行為無能力としていることもみのがすことができない』。

(ロ) 次に、両者の効果として、無効とされる場合と取り消しうる場合とを、同一に取り扱うわけにいかない。すなわち、意思無能力者の行為は、無効として取り扱われるに對して、行為無能力者の行為は、取り消しうるべきものと

なるにとどまる。『もっとも取消の効果は、初めに遡って当該行為を無効ならしめるのであるから(一二条)、この面だけから考察すれば取消しうるというのも、無効というのも本質的に大きな差異があるわけではないとの考えもできよう(舟橋・前掲(民法総則を指す)―舟橋付記)四六頁)。しかし、取消しうる行為は、取消をするまでは一応有効とされているのであるし、また取消をなさずに放置しておけば、無効とすることができなくなる(取消権の消滅)一二六条との一面もあるのだから、これをもって無効とされる場合と全く同一の取扱いだというわけにはゆくまい』。

(ハ) さらに、完全昇華説は、実際上の結果として、行為無能力者に該当しない者が、実際には意思能力がなくて法律行為をした場合に、無効とも取り消しうべきものともならず、一律に完全に有効なものとされてしまう不都合があり、このことは、民法九三条ないし九五条に対して権衡を失する。

(九) 山本「権利能力と意思能力と行為能力の關係」綜合法学二卷(昭和三四年)四号二四頁以下。

#### 四 批判に対する反論

山本教授の批判、特に(イ)と(ハ)の点は、まことに的を射たものといえることができる。実をいうと、わたくしも、かねてから、それを、私見の成否を左右する重要な論点と考えていたのであるから、それについての私見を明らかにし、よって一般のご教示を仰ぎうる機会を得たことを、教授に感謝したい。それはともあれ、以下、教授が、いわば昇華説とでもいふべき私見に対する批判としてあげられた各論点につき、順次に、考察していくこととしよう。

(1) まず、(イ)の点、すなわち、両能力の範囲が必ずしも一致せず、一時的な心神喪失者や、禁治産宣告を受けない白痴者など、意思無能力者であってしかも行為無能力者に該当しないものの処遇が問題となることは、まさに、教授の指摘されるとおりである。けだし、意思能力が客観的に画一化されて完全に行為無能力に昇華してしまうとす

る私見によれば、教授が（ハ）の点で述べておられるように、これらの意思無能力者は、完全な行為能力を有するものとして取り扱われざるをえないように見え、しかも、この帰結が妥当を欠くとするならば、これこそ、私見における最大の難点となるからである。しかし、このことは、（ハ）の論点と密接な関連があるので、私見の立場からする解決は、後に（ハ）の点に触れて述べることにしたい。

ただ、教授が、準禁治産者をもって意思無能力者でないことについては、異論がある。すなわち、まず、心神耗弱者は、心神喪失の程度には至らないけれども、なお、正常な判断能力——教授ご自身のことばを借りれば、『自分の行為の目的と結果を認識し、この認識に基いて正常な意思決定をなしうる精神的能力』（傍点は舟橋）——を欠くわけであり、また、浪費者は、金銭的価値観念に関するかぎり、正常な判断能力を有するとはいえないのだから、ともに意思無能力者に該当する。ただ、聾者・啞者・盲者は、必ずしも正常な判断能力を欠くとはいえないけれども、外界と連絡する生理機関に故障があるので、心神耗弱者に準ずる法的取扱いを与えたにすぎないのであって、いわば、心神耗弱者と擬制されたものなのである。——かように考えてくると、準禁治産者についての教授の所論は、当を得ないように思われる。

(2) 次に、（ロ）において、無効と取り消しうるとが異なることを根拠として私見を非難されるのは、肯定しがた。つまり、教授によれば、意思無能力による無効の場合が、すべて行為無能力による取消の場合に統合され昇華してしまうのは、ふつごうだとされるのであって、むしろ、無効となる場合を存置すべきだということになる。しかし、(a)すでに別の個所でも述べたように、民法を裁判規範として考えるかぎり、ある法律行為が民法上有効とか無効とかいうのは、裁判上その行為が保護ないし援助されるかどうかを意味するだけであり、したがって、取り消しうる行為というのも、当事者が取り消さないかぎり裁判的保護が与えられ、取り消されたときはその保護が拒否されると



いうにすぎない。したがって、無効と取消しうるとの差異は、裁判的保護が拒否されるにつき、当事者の行為、すなわち取消行為の存在を要件とするかどうかの点にあるにとどまり、両者の間に本質的な差異はないといえよう。<sup>(一一)</sup> さらにまた、(b)意思無能力者の行為が無効だといっても、それは、もっぱら、意思表示をした意思無能力者自身を保護するためだということを忘れてはならない。つまり、この場合には、裁判所がその行為に援助を与えることを拒み、よって、意思無能力者をその行為の拘束から解放しようとするのであるから、意思無能力者のした行為が、たまたま本人に有利であって、むしろその行為によって拘束されることが望ましいというような場合には、逆に、裁判上の援助を与えるべきであり、いわんや、相手方からの無効の主張を許すべきではあるまい。<sup>(一二)</sup> だから、ここにいう無効は、公序良俗に反する場合の無効(民九〇条)<sup>(一三)</sup>などとは異なって、取消に近似したものといえることができる。そして、表意者個人の保護のためには、それが有利な場合に、効力、つまり裁判的保護を与えるのが望ましいのだから、取り消しうるものとするところ、目的にかなうわけである。<sup>(一四)</sup> それゆえ、この場合に、無効が取消に吸収されてしまっても、何らふつごうはないものと考ええる。

(一〇) 舟橋「意思表示の錯誤」七三頁以下、舟橋総則四六頁。

(一一) わたくしが、取り消しうるというのも、無効というのも、本質的に大きな差異があるわけではないとする理由は、本文に述べたように、民法が裁判規範たる性格をもつことから出発しているのであって、山本教授が、あたかも私見からの引用であるかのように、『取消の効果は、効めに遡って当該行為が無効ならしめるものであるから』と述べておられるのは、当らない。

(一二) この点については、前述の註(七)を参照されたい。

(一三) 詳しくは、舟橋「意思表示の錯誤」七四頁以下を参照されたい。

(三) さらに、(ハ)の点は、さきに(1)において(イ)の点につき述べたように、<sup>(一四)</sup>私見における最大の難点である。

一時的な心神喪失者や、禁治産宣告を受けない成年の白痴者など、行為無能力者には該当しないけれども意思能力を欠く者のした行為を、完全に有効なものとして取り扱うことは、たしかにふつごうである。しかし、わたくしは、この場合を、一応画一的に行為能力あるものとして取り扱い、そのうえで、錯誤に関する民法九五条の規定を類推適用すべきことを主張したい。すなわち、意思表示の錯誤は、真正な事実——たとえば売買の目的物が駄馬であるという真実——の不認識に対し、さらに不真正な事実の認識——たとえばそれが受胎せる良馬だとの誤認——が加わり、よって、真意を欠くものとなるのであるが、その意思表示が無効とされるのは、もっぱら、前者、すなわち真正な事実の不認識によるのである。つまり、「この馬を買う」という表示をした場合に「この馬」は駄馬にほかならず、駄馬を買う真意はないから、駄馬であることを認識しないときは、「この馬」を買う真意がないことになり、そのため売買契約が無効となるのである。不真正な事実の認識、つまり「この馬」が良馬だと誤信したことは、それによって駄馬であるという真正の事実の認識を妨げる働きをただけであって、それ自体、契約を無効にする根拠とはなりえない。ところで、一時的な心神喪失者や禁治産宣告を受けない成年の白痴などの意思無能力者の行為も、全然真意がないので、不真正な事実の認識はないけれども、真正な事実の認識——「この馬」が駄馬であるという認識——を欠いている点では、錯誤の場合と相通ずるものがあり、まさにこの点で錯誤に関する九五条を類推適用すべき根拠があるとするのである。<sup>(一五)</sup>

かくて、九五条を、前述の意思無能力者の行為につき類推適用すべきものと解するならば、山本教授のいわれるような九五条ないし九五条との不均衡を、生ずるおそれはないものと考ええる。

(一四) 前述三五六頁以下参照。

(一五) 本文に述べた見解は、わたくしが昇華説ともいふべきものを考えた当初から抱いていたものであり、すでに古く昭和一〇

年、同一二年、同一二年、同一五年などに九大学生のため作成配布した「民法総則講義案」でも、この趣旨を明らかにしてはいた。ただ、前掲拙稿の民法総則で触れなかったのは、主として紙数が制限されたことによるのであるが、他面、当時、これら一時的心神喪失者などの行為の取り扱いに関し、それらに錯誤の規定を準用すべきか、それとも完全に有効なものとしてしまふかについて、多少迷いがあったため、故意に明言を避ける気持がなかったとはいきれない。

(4) なお、上述の私見に関して注意すべきは、狂人や白痴者の行為に錯誤の規定を類推適用するといっても、その前提として、それらの者の行為が、表示行為としての要件を備えていなければならないことである。すなわち、相手方の立場から見ても、その合理的に理解すべかりしところにしたがって、その行為から、法的効果を付与するに値する一定の効果意思の推断されることが、とりわけ必要である。だから、狂人や白痴者の行為は、多くの場合、法的効果を付与するに値する効果意思が推断されないから、錯誤の規定の適用をまつまでもなく、当然不成立無効となるであろう。