

## 錯誤による無効について：主張共通の原則との整合性を求めて

三間地, 光宏  
山口大学経済学部

<https://doi.org/10.15017/7598>

---

出版情報：法政研究. 72 (3), pp.415-436, 2006-01-25. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

# 錯誤による無効について

——主張共通の原則との整合性を求めて——

三間地 光 宏

## 目次

- 一 はじめに
- 二 山本克己教授の見解
- 三 賀集弁護士の見解
- 四 おわりに

## 一 はじめに

周知のように、通説は、民法九五条の目的が表意者保護にあることから錯誤による無効は表意者のみが主張できるとし、表意者が無効を主張しない限り相手方や第三者が無効を主張することは認められないとしている<sup>(1)</sup>（ただし厳密には、例外的に錯誤者による無効の主張がなくても第三者が無効を主張しうる場合を認める見解とこのような例外を認めない見解とに分かれている）。また判例も、表意者自身が意思表示に瑕疵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ときは原則として第三者が右意思表示の無効を主張することは許されないとしており<sup>(2)</sup>、やはり相手方や第三者からの無効主張を制限している。

しかしながら近時、表意者のみが無効を主張できると説明することには訴訟法上の主張共通の原則<sup>(3)</sup>との関係で問題がある<sup>(4)</sup>との指摘が民事訴訟法学者である山本克己教授の論文<sup>(5)</sup>および実務家である賀集唱弁護士<sup>(6)</sup>の論文によってなされている。そこで本稿では、山本教授の見解と賀集弁護士の見解を紹介しこれらに検討を加えることを通じて、表意者のみが無効を主張しうると説明することにどのような問題があるかを確認し、問題を克服するためにいかなる法律構成が採用されるべきかを論じてみたい。

## 二 山本克己教授の見解

一 山本克己教授はまず「民法九五条の律意は瑕疵ある意思表示をした当事者を保護しようとするにあるから、表意者自身において、その意思表示に何らの瑕疵も認めず、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にもかかわらず、第三者において錯誤に基づく意思表示の無効を主張することは、原則として許されないと解すべきである」

と判示した原審の判断を肯定した最判昭和四〇九月一〇日民集一九卷六号一五二二頁と右最高裁の判示が学説の多くによつて賛成されていることを紹介されたうえで、「無効を主張する」という表現中の「主張する」について対象及び法的性質が必ずしも明確にされてないことを指摘される<sup>7)</sup>。そのうえで以下のような説明により最高裁判決の判旨に技術面において問題があることを指摘され、右最高裁判決の意図したところに主張共通の原則と整合的な法律構成を与えることを試みられるのである。

一般的な理解によると、ここでの「主張する」とは錯誤無効から生じる法律効果を主張することを意味するとされているようである。なるほど、錯誤無効に基づく給付利得の返還請求権を、給付の訴えの訴訟上の請求として、あるいは相殺の抗弁の自動債権として行使する場合のように、錯誤無効の結果として生じる債権等の実質権を訴訟上行使し、あるいはその訴訟外での行使を訴訟で援用する場合(いわゆる請求権的無効主張)には、その実体法上の実質権の行使をもって最高裁の言う「主張する」と捉えることは可能である。

しかしながら、例えば、契約債務の履行を求める訴えにおいて、被告が自らの意思表示に錯誤があつた旨の抗弁を提出する場合(いわゆる抗弁的無効主張)には、被告は何ら実体法上の実質権を行使してはいない。更には、意思表示の錯誤が抗弁(Einwendung)事項であるとすると、錯誤の法律要件に該当する事実が訴訟において主張され、かつ、その事実が自白され又は証明された場合には、裁判所は何らかの再抗弁が功を奏さない限り、当然に、訴求債権の不発生を判断を下さなければならない。ここでは、被告による「錯誤無効の効果の主張」が介在しそれに法的な意味を与える余地はない。かと言つて、一般的な理解から離れて、最高裁の言う「主張する」は錯誤の要件に該当する具体的事実を主張すると意味すると解する場合には、最高裁の判示はかかる事実に限つて、主張共通の原則を否定していることになる。しかし卑見の及ぶ限りにおいては、一定の範疇の事実に限つて主張共通の原則を否定する見解が主張されたことはないようである。<sup>8)</sup>

二 山本教授の法律構成を紹介するに先立ち、右引用文のうちの二段落目が指摘していることを確認するため、伝統的な無効についての理解と訴訟法理論を前提としながら簡単な設例の検討をしておきたい。

まず、【事例一】買主Aが売主Bを相手どつて売買契約にもとづく目的物甲の引き渡しを求める訴えを起こしたのに對し売主Bが自らの錯誤により契約が無効であるとして争う場合を検討してみよう。

民法九五条本文の要件事実①意思表示に錯誤があることおよび②その錯誤が法律行為の要素に関するものであること<sup>9)</sup>であるから、請求棄却判決を求める被告Bとしては右要件事実<sup>9)</sup>に該当する具体的事実たとえばBが売買目的物を乙と表示するつもりで誤つて甲と表示してしまつたことについて主張・立証すればよい<sup>10)</sup>。以上について主張・証明がされた場合には——Bの重過失（民法九五条ただし書）を基礎づける具体的事実が主張・証明されているような場合を除いて——裁判所は本件契約が無効であるとの判断を下さなければならぬ。なお、弁論主義のもとで当事者の主張が必要とされるのは要件事実<sup>11)</sup>に該当する具体的事実（主要事実<sup>11)</sup>）についての主張に限られ<sup>12)</sup>、「本件契約は無効である」といつた法律上の主張は必要とされないことに注意が必要である<sup>13)</sup>。「汝は我に事実を語れ、我は汝に権利を語らん」の法諺が示すように、法の適用は裁判所の職責に属するのであつて、弁論主義のらち外にあるのである<sup>14)</sup>。もちろん実際の訴訟では錯誤の要件事実<sup>15)</sup>に該当する具体的事実の主張と併せて契約が錯誤により無効となることについて法律上の主張もなされるであろうが、理論上は後者についての主張は不要であり、したがつて表意者B自身が「意思表示は無効である」旨の法律上の主張をするかどうかで裁判所の判断が変わることはありえないのである<sup>15)</sup>。さきに引用した文章のなかにある「ここでは、被告による『錯誤無効の効果の主張』が介在しそれに法的な意味を与える余地はない」との記述は、以上のよ  
うな意味であろう。

つぎに、問題点をより鮮明にするため、【事例二】買主Aが売主Bを相手どつて売買契約に基づく目的物甲の引き渡しを求める訴えを起こしたのに對し売主Bが買主Aの錯誤を理由に契約の効力を争う場合を検討してみよう。

前述したとおり民法九五条本文の要件事実①意思表示に錯誤があることおよび②その錯誤が法律行為の要素に関するものであることから、請求棄却判決を求める被告Bとしては右要件事実<sup>16</sup>に該当する具体的事実たとえばAが売買目的物を乙と表示するつもりで誤って甲と表示してしまったことについて主張・立証すべきことになる。Aに錯誤があった場合に民法九五条本文の適用により利益を受けるのは本来Aであるが、だからといって民法九五条本文の要件事実<sup>16</sup>に該当する具体的事実<sup>16</sup>はAから主張される必要はなく、Bから主張することも妨げられず、いずれかの当事者から主張されれば裁判の基礎となしうる(主張共通の原則)。またすでに説明したように、弁論主義のもとで当事者の主張が必要とされるのは要件事実<sup>16</sup>に該当する具体的事実(主要事実)についての主張に限られ、「本件契約は無効である」といった法律上の主張は必要とされずかりになされたとしても訴訟法上とくに意味を持たない。したがって、Aが売買目的物を乙と表示するつもりで誤って甲と表示してしまったことをBが主張・証明した場合には——本件契約が無効であるとA自身が主張していなくても——裁判所は本件契約が錯誤により無効であるとの判断を下さなければならぬ。

三 以上で簡単な設例をもとに確認したように、伝統的な無効についての理解と訴訟法理論を前提とする限り、錯誤の効果としての無効を主張することを錯誤によって意思表示をした者に限るとしてみたところで意味はなく、判例が意図した結果を実現することはできない。そこで判例が意図した結果を実現するためには訴訟法理論を修正するか無効についての実体法理論を修正することが必要となるが、山本教授が採られるのは無効についての実体法理論を修正する方法である。訴訟法理論を修正する方法すなわち錯誤による「無効を主張する」ということの意味を民法九五条本文の要件事実<sup>16</sup>に該当する具体的事実を主張することと解したうえでかかる事実主張を錯誤者のみに許すこと(主張共通の原則の否定)は、主張共通の原則が弁論権(これは憲法上保障される基本的人権であるとされる)の積極的効力によって根拠づけられるものであることを理由として否定されるのである。<sup>16</sup>

四 山本教授が提唱されるのは、意思表示の錯誤を通常の意味での抗弁事由ではなく抗弁権 (Einrede) ないし権利抗弁事項であると解する考え方である<sup>17)</sup>。具体的には民法典が予定していない錯誤無効主張権という権利を認め、かつその性質を延期的抗弁権と位置づける考え方である。

民法典が予定していない延期的抗弁権たる錯誤無効主張権という権利を認めることの最大のメリットは、民法九五条本文の要件事実が①意思表示に錯誤があること②その錯誤が法律行為の要素に関するものであること③訴訟内で表意者が無効を主張したことの三つに改められることにあると言えよう。すなわち③の事実を要件事実に加えることで、当事者のいずれかから①意思表示に錯誤があることおよび②その錯誤が法律行為の要素に関するものであることに該当する具体的事実が主張・証明された——主張共通の原則は維持されるので①および②の事実はいずれの当事者が主張してもかまわない<sup>18)</sup>——だけでは裁判所が民法九五条本文を適用することはできなくなり、意思表示を無効とするかどうか表意者の選択に委ねられることとなるのである。

民法典が予定していない錯誤無効主張権という権利を認めるというところまでは——支持するかどうかは別として——理解しやすいが、難解なのは錯誤無効主張権の性質を延期的抗弁権とされる点である。以下では山本教授が提唱される延期的抗弁権たる錯誤無効主張権の内容およびあわせて展開されている解釈論を確認しておこう。

まず山本教授は、抗弁権・延期的抗弁権が以下の〈1〉ないし〈3〉の特徴を有することを指摘されるが、山本教授は錯誤無効主張権を延期的抗弁権として構成されるのであるから、以下の〈1〉ないし〈3〉の特徴は錯誤無効主張権にもあてはまることになろう。なお〈1〉および〈2〉は実体的特徴であり、〈3〉は訴訟法的特徴とされる。

〈1〉 抗弁権の行使は、相手方の請求権の存否に影響を与えることなくその行使を阻止する。抗弁権の行使は相手方の請求権等の不発生も消滅ももたらさない<sup>19)</sup>。

〈2〉 抗弁権の法律効果たる相手方の権利の貫徹阻止効が生じるには、抗弁権の発生要件の充足だけでなく、抗弁権

者による抗弁権行使の意思表示を必要とする(この点では形成権と同じ)。なお抗弁権のうち延期的抗弁権では、抗弁権者が一旦抗弁権を行使してもその法律効果たる相手方の権利の貫徹阻止効は確定的には生ぜず、抗弁権行使の法律効果の発生にはその都度抗弁権者による権利行使が必要とされる(この点で形成権や永久的抗弁権と異なる<sup>(20)</sup>)。

〈3〉 延期的抗弁権の法律効果が発生するには、抗弁権者が訴訟内で抗弁権行使の意思表示をすることが必要とされる。訴訟外での行使を訴訟において事実として主張しても延期的抗弁権行使の本来の効果を発生させることはできない(この点で形成権や永久的抗弁権と異なる<sup>(21)</sup>)。

つぎに、あわせて提唱されている解釈論は、以下のようなものである。

〈4〉 詐欺による取消しとの権衡上、取消権に関する規定を類推適用すべきであり、無効主張権者については民法一二〇条の、また無効主張の方法については民法一二三条の類推適用によるべきである。また、無効主張の消滅時効を認めるべきか否かについては議論があるが、肯定されるときには山本説では無効主張権の消滅時効と構成することができ、時効期間ないし除斥期間については民法一二六条の類推適用によるべきことになる<sup>(22)</sup>。

〈5〉 錯誤無効については民法一九九条の適用はなく、追認と法定追認に関する規定の類推適用を肯定する<sup>(23)</sup>。

〈6〉 延期的抗弁権構成では錯誤無効主張権の行使があつても確定的に効果が生じるわけではない(上記〈2〉参照)ので、相手方の地位が不安定であり続けることになる。この不都合を回避するため、錯誤により意思表示をした者が一旦無効を主張すれば相手方にも無効主張権が発生すると解する。なお、錯誤無効主張権を永久的抗弁権と構成すれば上記のような不都合は生じないが、以下の三点の理由から永久的抗弁権構成は妥当でない。(i)日本法には永久的抗弁権に分類可能な制度が他にない(ii)ドイツ民法学において永久的抗弁権の観念を肯定することに疑義が表明されている(iii)表意者が一旦無効の主張を行った後でも両当事者がともに無効主張権を放棄して法律行為が確定的に有効と扱われる途を残す方が望ましい<sup>(24)</sup>。



五 以上が山本教授が提唱される解釈論であるが、私には納得のゆかない点がある。無効主張権という権利を認めることの可否についてはひとまずおくとして、かりに無効主張権という権利を認めるなら、これを延期的抗弁権として構成するのではなくむしろ形成権として構成すべきであろう。というのは、無効主張権を形成権として構成した場合も抗弁権として構成する場合同様に表意者による無効主張が要件事実になって「無効を主張すること」が訴訟上必要なもの・意味のあるものとなるのみならず、無効主張権を形成権として構成せずにあえて延期的抗弁権として構成した場合にはいくつかの不都合が生じるからである。

以下では無効主張権を延期的抗弁権として構成した場合の問題点を次の事例をもとに確認してみよう。

【事例三】 買主Aと売主Bの間に特定物甲の売買契約が成立したが、買主Aには要素の錯誤があった。なお、契約上の債務は双方未履行である。

(1) 【事例三】で買主Aが錯誤無効を理由として債務不存在確認の訴えを起したときの扱いはどのようなになるか。無効主張権を延期的抗弁権として構成する場合、Aによる無効主張権の行使はBの債権の不発生や消滅をもたらすものではない(上記へ1参照)。それゆえ、Aが「債務の不存在」の確認を求めている限り、請求棄却判決が下されねばなるまい。Aとしては、売買代金債務が存在しないことの確認を求める訴えを起すべきではなく、無効主張権を有することの確認を求める訴えを起すことになる。以上のように、無効主張権を延期的抗弁権として構成することは、錯誤の事案について実務上従来と違った扱いを必要とするものである。この点、無効主張権を形成権として構成した場合には、従来どおり債務不存在確認の訴えを起すことで問題はない。

(2) 山本教授の見解によると【事例三】で売主Bが売買代金請求訴訟を起したのに対し買主Aが無効主張権を行使

して争ったため請求棄却判決が下された場合、A B双方が無効主張権を有することになる(上記へ6参照)。その後今度は買主Aが売買契約にもとづき甲の引き渡しを求める訴えを起こすとAの無効主張権は法定追認により消滅することになる(上記へ5参照)のであろうか。延期的抗弁権たる無効主張権行使の法律効果は確定的に生じるものではないから(上記へ2参照)、一度無効主張がなされた後でもなお追認・法定追認を認めるべきかと思われる。しかしこのように解すると、買主Aから訴えられたBが無効主張権を行使して争い、その結果として請求棄却判決が下された場合には、Aのもとに無効主張権が再発生するとの説明が必要になろう。というのは、無効主張権の再発生を認めなければAが不安定な立場に置かれることになってしまふからである。しかし無効主張権が消滅したり再発生したりという説明はいかにも複雑である。かといって、一度無効主張すると追認・法定追認は認められなくなると解すると、そのように解するための説明が必要となるのみならず、当事者がともに無効主張権を放棄することで法律行為が確定的に有効と扱われるとの説明(上記へ6の(iii)参照)との関係で矛盾が生じるであろう。追認とは無効主張権の放棄にほかならないからである。

ようするに、無効主張権を形成権として構成せずに延期的抗弁権として構成すると、いたずらに理論的説明を複雑化してしまふ。

### 三 賀集弁護士の見解

一 賀集弁護士も、判例が錯誤無効の主張者を原則として表意者に限ったことが主張共通の原則と矛盾するかのよう  
にみえることを指摘されながら、<sup>(25)</sup>独自の法律構成を用いて判例を説明することで、判例が主張共通の原則を否定するも  
のでないことを論じられる。<sup>(26)</sup>このように賀集論文は判例に主張共通の原則と矛盾しない理論的説明を与えるを試み

説論  
る点で山本論文と共通するものであるが、賀集弁護士が提唱される法律構成は次の二点で山本教授のものと出発点が異なっている。

まず第一に「無効を主張する」ということをどのよう捉えるかが異なっている。山本教授の場合には「無効を主張する」という表現が一般的な理解では錯誤無効から生じる法律効果を主張することを意味していることから、「無効を主張する」という表現の意味をそのようなものとしたうえで、訴訟法的には本来不要なはずの無効の主張を必要なもの・法的に意味のあるものに変える解釈論を展開されていた。具体的には民法が予定していない無効主張権を承認すること、「表意者が訴訟上無効を主張したこと」を民法九五条本文の要件事実にしたのであった。これに対し、賀集弁護士は、訴訟において、「無効を主張する」ということの意味を無効から生じる法律効果を主張することとは異なるものとして理解される。すなわち賀集弁護士は、無効主張の訴訟における攻撃防御方法としての意味合いなし性質についてつぎのように説明されるのである。

無効主張は、無効原因という過去の事実の存在の主張であり、訴訟行為である。「事実上の主張」・「事実主張」と言われている。正確に言うと、訴訟当事者が、裁判所に対して、当該過去の事実が存在するという認識を陳述することである。<sup>(27)</sup>

つまり賀集弁護士の立場では、訴訟において、錯誤による無効を主張するということは、たとえば「被告は『一〇〇万円で売る』と言うべきところを誤って『一〇万円で売る』と言ってしまったのである」などと事実について主張することなのであって、錯誤から生じる法律効果を主張することではないのである。

第二に、すでにみたように山本教授は無効主張権を承認されるが、賀集弁護士は無効主張権を承認されない。判例・実務は取消権（形成権）に類似する無効主張権を表意者に認めるといふ発想ではないと説明され、<sup>(28)</sup>無効主張権を用いな

い法律構成を試みられるのである。

二 無効主張権を承認せず、訴訟上の無効主張を無効原因についての事実主張と捉えながら主張共通の原則を修正することなしに錯誤無効の主張者を表意者に限定するための法律構成として賀集弁護士が唱えられたのは、具体的には以下のような法律構成である。

〈1〉 錯誤に関しては(a)表意者自身にとっては要素の錯誤があれば意思表示が無効となるという規範と(b)表意者以外の者にとっては表意者に要素の錯誤があったことに加え表意者による錯誤無効の主張があることで意思表示が無効になるという規範の二つが存在している。<sup>(29)</sup> 表意者自身にとっては錯誤無効は初めから無効であり、無効主張の前後によって効果が変わるものではない(当然無効)が、表意者以外の者にとっては表意者が無効を主張するまでは有効である。<sup>(30)</sup>

〈2〉 表意者を当事者とししない訴訟では(b)の規範が適用される。表意者が錯誤無効を主張してない場合には裁判所により意思表示が無効であるとの判断が下されることはない。また(b)の規範では「表意者自身が錯誤無効の主張をしたこと」が要件事実になっているので、この点についての主張が欠けている場合には、無効主張は主張自体失当として証拠調べをするまでもなく退けられることになる。<sup>(31)</sup>

〈3〉 表意者を当事者とする訴訟では(a)の規範と(b)の規範が衝突することになるが、規範が衝突するからといって裁判を拒否することはできないので、いずれかの規範を選択しなければならない。この場合に選択すべきは(b)の規範である。「表意者自身が無効主張するまでは有効である」とする(b)の規範は、「錯誤規定は、表意者保護のためのものである」という(a)の規範の趣旨を汲み取った上での規律であるからである。しかし訴訟において表意者自身が錯誤無効を主張すると(a)の規範の適用がもたらされる。<sup>(32)</sup> つまり表意者を当事者とする訴訟では①意思表示に錯誤があることおよび②その錯誤が法律行為の要素に関するものであることに該当する具体的事実を表意者自身が主張し証明がされれば(a)の規

範の適用によって意思表示は無効と判断されるが、上記①②に該当する事実を相手方が主張する場合には(b)の規範の適用となるので、③表意者自身が錯誤無効の主張をしたことに該当する具体的事実もあわせて主張・証明しない限り意思表示は無効と判断されないことになる。<sup>(33)</sup>

三 以上のように賀集弁護士は、表意者に形成権としての無効主張権を認めその行使により有効な意思表示が無効に転じると説明する代わりに、表意者の無効主張によって適用される規範が意思表示を有効とする規範から無効とする規範に切り替わると説明することで、形成権としての無効主張権を認めたのと同じ結果を導かれるわけである。しかし賀集弁護士の提唱される法律構成には以下のような問題点がある。

(1) 実際上の必要性からすれば(b)の規範のみ認めれば足り、これとは別に(a)の規範の存在を認める必要はない。にもかかわらず(a)の規範が存在すると説明される理由は、表意者の無効主張を意思表示たらしめないことにあると思われる。すなわち(b)の規範しか存在しない場合には、表意者自身にとっても自らの無効主張があるまで意思表示は有効とされ、無効主張によってはじめて意思表示の効力が否定されることになるが、そうすると表意者による無効主張が意思表示としての性質を有することになり、<sup>(34)</sup> その結果として取消権に類似する無効主張権・形成権としての無効主張権を承認することになってしまうのである。しかし、そのような結果を避けるためとはいえ、二つの規範が存在するとの説明は技巧的にすぎよう。

(2) 賀集弁護士の提唱される法律構成によると、つぎのような事例で不都合が生じると思われる。

【事例四】 売主Aは買主Bとの間で「土佐丸」という船の積荷につき売買契約を締結し、後に買主Bより代金の支払いがなされたところ「土佐丸」という名の船が二つ存在した(甲土佐丸と乙土佐丸)ため売買契約の目的物をめぐり紛争が生じた。<sup>(35)</sup> そこで

買主Bは、Aを相手どつて甲土佐丸の積荷の引き渡しを求める訴えを提起し、「AおよびBは『土佐丸』の語を『甲土佐丸』の意味で用いていた。仮にAが違う意味で用いていたとしても、AおよびBが用いた『土佐丸』の語は（契約締結の際の事情から）ともに『甲土佐丸』の意味を有すべきであった。したがつて本件売買契約の目的物は甲土佐丸の積荷である」と主張した。これに対しAは「AおよびBは『土佐丸』の語を『乙土佐丸』の意味で用いていた。仮にBが違う意味で用いていたとしても、AおよびBが用いた『土佐丸』の語は（契約締結の際の事情から）ともに『乙土佐丸』の意味を有すべきであった。したがつて本件売買契約の目的物は乙土佐丸の積荷である」と主張して請求棄却判決を求めた。なお売主Aは、受け取った代金の対価として乙土佐丸の積荷を引き渡すのが最善であるが甲土佐丸の積荷を引き渡すことになつてもやむをえないと考えていた——売買代金を返還しなければならなくなるのは都合が悪かつた——ので、あえて錯誤により意思表示が無効であるとの主張はしなかつた。その後A B双方の立証活動の結果、以下の事実が証明された。(i) Aが「土佐丸」の語を「甲土佐丸」の意味で用いていたこと(ii) Bが「土佐丸」の語を「乙土佐丸」の意味で用いていたこと(iii)両者が用いた「土佐丸」の語は（契約締結の際の事情から）ともに「甲土佐丸」の意味を有すべきであつたこと。

右の事例で訴訟の当事者はもつぱら契約の解釈について争つてゐる。契約の解釈については学説上議論があるが、通説によれば、当事者が用いた「土佐丸」の語がともに「甲土佐丸」の意味を有すべきであつたという【事例四】では「甲土佐丸」の積荷を目的物とする売買契約が成立していると解することになる<sup>36</sup>。

ここで問題は解決したかに見えるが、賀集弁護士<sup>36</sup>の法律構成によつた場合にはそうはゆかないように思われる。【事例四】で被告Aは「A……は『土佐丸』の語を『乙土佐丸』の意味で用いていた」と主張しており、Aが「土佐丸」の語を「乙土佐丸」の意味で用いていたことは証明もされている。両者が用いた「土佐丸」の語がともに「甲土佐丸」の意味を有すべきであつたとされた場合に、「Aは『土佐丸』の語を『乙土佐丸』の意味で用いていた」ということはA

にいわゆる表示内容の錯誤・表示行為の意味の錯誤があつたことを意味している。また売買目的物がどの船の積荷であるかなど法律行為の目的物の同一性についての錯誤は一般に法律行為の要素に関するものに当たるとされているから、<sup>(37)</sup> Aの錯誤が要素に関するものであつたことも明らかである。<sup>(38)</sup> つまり【事例四】では、A自身が(a)の規範の要件事実①②に該当する具体的事実を主張し、証明もされたことになるのではあるまいか。<sup>(39)</sup> とすれば、この事例では裁判所は(a)の規範を適用しAの錯誤により契約が無効であることを理由に請求棄却判決を下さなければなるまい。<sup>(40)</sup> もちろん、裁判所がそのような判断を下すことは弁論主義に違反するものではない。というのも、この場合に裁判所が裁判の資料として採用したのは当事者が主張した事実にはかならないからである。もつとも、不意打ち防止の観点から裁判所の釈明義務ないし法的観点指摘義務が問題となるので、裁判所は釈明権の行使ないし法的観点の指摘をして当事者のさらなる主張・立証を促すべきことになる。<sup>(41)</sup> このときAの重過失（民法九五条ただし書）を基礎づける具体的事実が主張・証明されず、かつAにより追認——これが可能であるとして——がなされた事実についての主張・証明もなければ、錯誤による無効を理由として請求棄却判決を下すべきことになる。

しかし錯誤による無効は表意者を保護するためのものであるとの理解からすると、錯誤を理由として意思表示を無効にすることを表意者が望んだことが確認されなくても裁判所は錯誤による無効を判断でき、このことを前提に表意者の重過失等について主張・立証を促すため釈明権の行使ないし法的観点の指摘が求められる、というのは奇妙である。このような奇妙な事態が生じるのは、法律効果の主張の意味での無効主張が表意者によってなされたことが(a)の規範の要件事実とされていないことに起因する。これに対し、そのような主張がなされたことを要件事実とする無効主張権構成のもとでは、以上のような奇妙な事態は生じない。

#### 四 おわりに

一 山本論文と賀集論文は、特定の者のみが主張できる無効というものをそもそも認めない立場に立つならともかく、そうでなければ訴訟法理論と整合性ある法律構成を提示する必要があることを示唆するものであった。しかし、問題克服するために両論文で提唱されていた法律構成はいずれも問題があり、むしろ無効主張権を形成権として構成することが訴訟法理論と整合性があると同時に現時点でもっとも無難な法律構成であるように思われる。そしてこのような法律構成は、じつは従来より一部の民法学者によって唱えられていた見解にほかならない。その見解とは、錯誤の効果である無効は当然に生じるものではなく表意者の主張をまっぴらしてはじめて生ずると説明し、<sup>(42)</sup> かつ表意者が無効を主張しない限り相手方や第三者は無効を主張することができないということに例外を認めない見解である。<sup>(43)(44)</sup> もちろんこれらの学説は必ずしも「無効主張権」という語を用いているわけではないし、無効を主張することが形成権の行使にあたるとの説明もしていない。しかしこのような見解のもとでは、表意者が無効を主張することではじめて意思表示が無効になるとされており、しかも表意者の無効主張によって生じる法律効果はまさに表意者が意欲したとおりの内容であることから、表意者による無効主張は意思表示としての性質を有することになる。したがって、表意者が形成権としての無効主張権を有していると説明することも可能となろう。

ともあれ、錯誤による無効は表意者からのみ主張できると説明しながら主張共通の原則に抵触しない学説は、すでに存在していたのである。

二 もっとも、無効主張権を承認することについては学説上批判もみられる。林教授は「もともと無効というのは法律行為の効力が発生していない法的事実ないし状態であり、これを主張しうる地位(ないし資格)をわが国の民法は権



利と構成してはいない。この前提に立てば、本来は誰からでも主張できるものを立法理由の観点から相手方・第三者の無効主張に歯止めがかけられていると処理するのが精一杯であり、これらの者に権利を与えなかったのだと説明するのはかなり苦しいように思われる<sup>(45)</sup>」として無効主張権構成を批判され、代わりにつきのような法律構成を提唱される。すなわち、民法九五条の要件に該当する事実はあるが表意者自身無効主張を望んでいないという場合に相手方や第三者からの無効主張を認めることはこの条文の錯誤者保護という立法理由に適合しないため許されない（民法九五条の立法理由に基づく目的論的制限解釈）、として表意者のみに無効主張資格を限定したうえで、一旦表意者本人が無効を主張するとその後は無効主張資格を制限していた必要性も理由も消えてしまうので、主張資格の制限から解放されて相手方・第三者も無効を主張できるようになる<sup>(46)</sup>との法律構成である。

しかしながら、林教授が無効の主張が無効原因についての事実主張とされるならともかく、無効の主張を法律行為の効果不発生という法的事実ないし状態の指摘と捉えられている以上<sup>(47)</sup>、右の法律構成は無意味であると言わねばならない。林教授が説かれる法律構成が有用となるには、訴訟法上主要事実についての主張に加えて法律効果についての主張までもが当事者によってなされることが必要とされていなければならないが、法律効果についての主張が訴訟法上不要とされていることはすでに説明したとおりである。つまり訴訟法上「意思表示は無効である」と法律効果について主張することが必要とされず意味を持たない以上、民法九五条本文の要件事実<sup>(48)</sup>に該当する具体的事実が当事者のいずれかによって主張され証明もされた場合には、無効主張資格を制限してみたところで裁判所によって意思表示が無効と判断されることを妨げることは不可能なのである。

これに対し形成権としての無効主張権を承認する場合には、表意者が無効を主張したことが要件事実になるから、この点についての主張・証明がない限り裁判所は意思表示が無効であると判断することはできない。このことについてはこれまで何度も説明してきたところである。

三 林教授の法律構成の当否はともかく、表意者が無効を主張することではじめて意思表示が無効になると説明することを認めず、あくまで錯誤による意思表示は最初から当然に無効であるとの理解を出発点とすべきものなら、そして主張共通の原則に抵触することも回避せねばならないのなら、結局、実体法上の法律効果が発生するための法律要件として定められている事実<sup>(48)</sup>に該当する具体的事実の主張・証明があつた場合には裁判所は当然に法規を適用しなければならないとの訴訟法理論を修正するほかないであろう。すなわち民法九五条本文は、通常の規定とは異なり、実体法上の法律効果が発生するための法律要件として定められている事実<sup>(49)</sup>(=意思表示に錯誤があることおよびその錯誤が法律行為の要素に関するものであること)に該当する具体的事実の主張・証明があるだけでは裁判上適用することが許されず、右の事実に加えて表意者による(裁判上・裁判外での)無効主張が主張・証明されることを通じて表意者が法規の適用を望んだことの確認がなされた場合に限り裁判上適用することが許される、と説明するほかあるまい。

結局のところは、以上のような法律構成と形成権としての無効主張権を承認する法律構成のどちらが無難か、ということになる。わたくしは実体法上の問題は可能な限り実体法理論を修正することで対応するのが無難であると考え、いかがであろうか。

- (1) 川島武宜『民法総則』(有斐閣、一九六五年)二九六頁、星野英一『民法概論Ⅰ(序論・総則)』(良書普及会、一九七一年)一九八頁、幾代通『民法総則(第二版)』(青林書院、一九八四年)二七五頁以下、鈴木祿弥『民法総則講義 二訂版』(創文社、二〇〇三年)一七三頁、加藤雅信『新民法大系Ⅰ 民法総則(第2版)』(有斐閣、二〇〇五年)二五六頁、潮見佳男『民法総則講義』(有斐閣、二〇〇五年)一六九頁以下、四宮和夫『能見善久『民法総則(第七版)』(弘文堂、二〇〇五年)一九八頁以下など。ちなみに、このような見解を最初に唱えたのは杉之原舜一『法律行為ノ要素』の錯誤に関する一考察(二・完)『法協四三卷一號(一九二五年)一二二頁以下・一四九頁であり、舟橋醇一『意思表示の錯誤——民法第九十五条の理論と判例——』九州帝国大学法文学部『十周年記念 法学論文集』(岩波書店、一九三七年)所収五九三頁以下・六六一頁がこれに続いた。

- (2) 最判昭和四〇年九月一〇日民集一九卷六号一五一二頁、最判昭和四五年三月二六日民集二四卷三号一五一頁。

(3) 主張共通の原則を認めるのが今日の通説である。参照、兼子一『新修民事訴訟法体系 増訂版』（酒井書店、一九七一年）「以下、兼子・体系として引用」一九九頁、三ヶ月章『民事訴訟法（第3版）』（弘文堂、一九九二年）一九一頁、中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義（第2版）』（有斐閣、二〇〇四年）一九〇頁（鈴木正裕）、上田徹一郎『民事訴訟法（第四版）』（法学書院、二〇〇四年）三一五頁、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上』（有斐閣、二〇〇五年）三六四頁以下、伊藤貞『民事訴訟法（第3版補訂版）』（有斐閣、二〇〇五年）二六五頁、松本博之・上野泰男『民事訴訟法（第四版）』（弘文堂、二〇〇五年）二七五頁以下等。

(4) なお、主張共通の原則が通説化したのは一九三三年に発表された兼子論文（兼子一「相手方の援用せざる当事者の自己に不利なる陳述」『法学協会五十周年記念論文集 第二部』（有斐閣、一九三三年）所収六四一頁以下）より後のことであるのは間違いないが、それがいつの時点であるかは定かでない。一九三七年に発表された舟橋博士の見解（注（42）参照）は主張共通の原則が通説となっている今日の訴訟法理論を前提にすると不自然なものであるが、あるいは発表時の訴訟法理論を前提にすると不自然なものではなかったと評価できるかもしれない。

(5) 山本克己「当事者の一方しか『主張』し得ない無効と主張共通の原則——錯誤無効を例に——」前田達明編『民事法理論の諸問題・下巻』（成文堂、一九九五年）一一三頁以下。

(6) 賀集唱「『無効主張権』及び『二重効問題』——攻撃防御方法としての錯誤無効の主張と詐欺取消しの主張——」司法研修所論集九七号（創立五十周年記念特集号）（一九九七年）四七頁以下。

(7) 山本・前掲一一三頁以下。

(8) 山本・前掲一一四頁以下。

(9) 遠藤浩ほか編『民法注解 財産法 第1巻 民法総則』（青林書院、一九八九年）四〇九頁（伊藤滋夫）、加藤新太郎・細野敦『要件事実の考え方と実務』（民事法研究会、二〇〇二年）二八頁。

(10) 要素に関するか否かの判断は法律判断であるから（大江忠『ゼミナール要件事実』（第一法規、二〇〇三年）一四頁、潮見・前掲一六九頁参照）、「要素に関する」との指摘が当事者からなされる必要はない。錯誤に該当する具体的事実が主張・証明されれば通常その錯誤が法律行為の要素に関するものか否かも明らかになるのである。参照、遠藤ほか・前掲四〇九頁（伊藤滋夫）。

(11) 要件事実と主要事実を同義とする見解もあるが（司法研修所編『増補 民事訴訟における要件事実 第一巻』（法曹会、一九八五年）三頁）、本稿では要件事実と主要事実を区別する見解（高橋・前掲三七七頁、中野貞一郎『民事裁判入門（第2版増訂版）』（有斐閣、二〇〇五年）一九頁など）に従った。

(12) 兼子・体系二四四頁、伊藤・前掲二六八頁等参照。

(13) 意思表示・法律行為の無効に関するものではないが、最判昭和四三年一月一九日民集二二卷一二号二六九二頁も「弁論主義のもとにおいては、権利の発生、その障害、消滅の法律効果の判断に直接必要な主要事実は、当事者の弁論にあらわれないかぎり裁判所が判決の基礎とすることは許されないけれども、当事者の弁論にあらわれた場合には、その事実について主張責任を負う当事者から陳述されたものであるかどうかは問うところではなく、また、主張された事実についての法律効果の判断は裁判所の職権事項に属するから、主張された主要事実を確定した以上、裁判所は、当事者の法律効果に関する主張がなくてもその法律効果を判断して請求の可否を判断することができる」としている。

(14) 参照、菊井維大「弁論主義」菊井維大編『全訂民事訴訟法(上巻)』(青林書院新社、一九六三年)所収一六六頁以下・一六八頁、兼子・体系二〇〇頁、伊藤・前掲二七〇頁。

(15) なお、狭義の法律上の主張(法規の適用の結果であるところの具体的な権利関係の存否についての主張)が事実主張に代えてなされた場合(たとえば所有権に基づく不動産明渡請求訴訟において、原告が所有権の取得原因事実を主張する代わりに単に自らが所有権であるとの主張をした場合など)に権利自白の成立が認められることがあり、このような場合には当事者による法律上の主張が裁判所の判断に影響を与えるということができない。しかしこの場合には事実主張がなされていないために法律上の主張が事実主張の代用としての意味を持ったのであり、事実主張がなされている場合であれば狭義の法律上の主張の有無が裁判所の判断に影響を与えることはありえない。

(16) 山本・前掲一一六頁以下参照。

(17) 山本・前掲一一四頁。

(18) 山本・前掲一二〇頁。

(19) 山本・前掲一一九頁。

(20) 山本・前掲一二〇頁。

(21) 山本・前掲一二二頁。

(22) 山本・前掲一二二頁。

(23) 山本・前掲一二三頁。

(24) 山本・前掲一二三頁以下。

(25) 賀集・前掲五五頁参照。

(26) 賀集弁護士も、山本教授同様、主張共通の原則は否定されるべきでないとの立場である。すなわち賀集弁護士は「攻撃防御方法としての事実主張は、その事実が当該事件にとって有意義でありさえすれば、だれでも主張することができる(裁判を受ける権

利。」とされ(賀集・前掲五五頁)、事実主張が制限されると「オーバーに言えば、裁判を受ける権利を奪うことになる」と説明されるのである(賀集・前掲五四頁)。

(27) 賀集・前掲五三頁以下。

(28) 賀集・前掲五五頁。

(29) 賀集・前掲六〇頁以下参照。

(30) 賀集・前掲五九頁。

(31) 賀集・前掲六〇頁以下。

(32) 賀集・前掲六二頁以下。

(33) なお、以上の法律構成では当事者による事実主張が制限されてないことにも注目すべきである。

(34) 意思表示は「表意者が一定の効果を意欲する意思を表示し、法律がこの当事者の意欲した効果を認めてその達成に努力するもの」と定義される。参照、我妻榮『新訂民法総則(民法講義Ⅰ)』(岩波書店、一九六五年)二三四頁。

(35) 石田喜久夫編『現代民法講義Ⅰ民法総則』(法律文化社、一九八五年)一四五頁(磯村保)にある設例を参考にさせていただいた。

(36) 参照、磯村保「法律行為の解釈方法」『ジュリスト増刊 民法の争点Ⅰ』(有斐閣、一九八五年)三〇頁以下。

(37) 参照、我妻・前掲三〇一頁、幾代・前掲二七二頁、四宮Ⅱ能見・前掲一九四頁以下。

(38) 「要素に関する」との指摘が当事者からなされる必要がないことについては注(10)を参照。

(39) もっとも、「Aは『甲土佐丸』の意味を有すべき『土佐丸』の語を誤って『乙土佐丸』の意味で用いた」などと主張しなければAが要件事実①②を主張したことにはならないと解すれば、本文で述べる問題は生じない。

(40) 言うまでもなく、ある法規を適用する前提として、主要事実を主張した当事者がその法規の適用を望んでいたことは必要とされない。当事者が自己に不利益な陳述をした場合に問題にされる主張共通の原則では、以上のような考え方が当然の前提とされている。

(41) 伊藤・前掲二七〇頁参照。

(42) 表意者が無効を主張しない限り相手方や第三者は無効を主張することができないとする見解には、表意者による無効主張をまったく初めて無効が生ずると解するもののほかに、無効は表意者の無効主張をまたずに生じているが表意者が無効主張するまでは相手方や第三者が無効を主張することは認められないと解するものなどがある。たとえば、林幸司「錯誤無効の『取消への接近』とその限界」椿寿夫編『法律行為無効の研究』(日本評論社、二〇〇一年)所収七一九頁以下・七三三頁は、無効は表意者の無効主

張をまたずに生じているが表意者が無効主張するまでは相手方や第三者が無効を主張することは認められないとの立場に立っている。また、錯誤による無効は表意者のみが主張できるとする学説の草分け的存在である舟橋説は、表意者の主張をまっぴら無効が生ずると説明するのではなく「表意者の主張を俟つてはじめて裁判官は無効の裁判をなすべきである」としたうえで(舟橋・前掲六六一頁)、「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容の存在を認めても、あながちに無効の本質を誤つたこととはならないもの」と考へる」との説明をしている(舟橋・前掲六六五頁以下)。つまり舟橋博士の見解は、訴訟上表意者のみが錯誤による無効を主張しうるため、表意者から無効が主張されない場合には本来無効な意思表示が結果的にあたかも有効であつたかのように扱われるというものであり、表意者の無効主張によつてはじめて無効が生ずるとの発想とは異なっている。

(43) このような見解としては、杉之原舜一「判批」民商一〇巻六号(一九三九年)三四三頁以下・三五二頁、谷田貝三郎「判批」民商五四巻一号(一九六六年)一〇〇頁以下、榎悌次『民法総則講義』(有斐閣、一九八六年)一三七頁および一八五頁、石田穰『民法総則』(悠々社、一九九二年)三四六頁および四六八頁などがある。なお、幾代・前掲二七六頁は錯誤による無効を「取消的無効」と呼んでいるが、表意者による無効主張をまっぴら無効が生じると解する立場なのかそれとも無効は表意者の無効主張をまたずに生ずるが表意者が無効主張するまで誰も無効を主張できないと解する立場なのかは明らかではない。

(44) 錯誤による無効は当然無効ではなく表意者の無効主張をまっぴら無効とする旨の説明をしながら、例外的に表意者の無効主張がなくても第三者が無効を主張できる場合を認める見解がある。参照、川井健『民法概論1民法総則(第2版)』(有斐閣、二〇〇〇年)二二二頁以下。このような見解は「第三者において表意者に対する債権を保全するため必要がある場合において、表意者が意思表示の瑕疵を認めているときは、表意者みずからは当該意思表示の無効を主張する意思がなくても、第三者たる債権者は表意者の意思表示の錯誤による無効を主張することが許される」とした最判昭和四五年三月二六日民集二四巻三号一五一頁を支持するものであるが、錯誤による無効は表意者の無効主張によつてはじめて生じると説明しながら、無効主張がないにもかかわらず無効となる場合を認めることは理論的にすっきりしないように思われる。むしろ、錯誤による無効はあくまで表意者の無効主張によつてはじめて生じると解したうえで、債権者は民法四二三条により表意者の無効主張を代位行使しうるべきである。なお、第三者が無効を主張できるとするのではなく、債権者が無効の主張自体を代位行使できるとする見解として、幾代通「判批」民商六四巻二号(一九七一年)一六七頁以下・一七三頁、四宮II能見・前掲一九八頁等がある。

(45) 林・前掲七三三頁。

(46) 林・前掲七三二頁以下。

(47) 林・前掲七三四頁参照。

(48) 結局、形成権としての無効主張権説によつた場合と同様に、錯誤を理由として意思表示の効力を争う当事者は①意思表示に錯誤があること②その錯誤が法律行為の要素に関するものであること③(訴訟内訴訟外を問わず)表意者が無効を主張したことを主張・立証すべきことになる。

(49) こういつた法律構成(仮に「援用を要する無効」説と称することにする)はおよそ他に類を見ないもの、というわけではない。民法が一定期間の経過により権利の取得または消滅という時効の効果が生じることを定めながら他方で「時効は、当事者が援用しなければ、裁判所がこれによつて裁判をすることができない」(民法一四五条)としていることを説明するため、民法一四五条を訴訟法上裁判所が裁判をする要件を定めたものと解する学説(確定効果説・攻撃防御方法説)があるが、この学説は従来、民事訴訟法上の原則である弁論主義を民法一四五条が時効についてだけわざわざ規定したことになるとして批判されてきた。しかしながら近時、右のような批判は確定効果説に対する誤解にもとづくものであるとの指摘が金山直樹教授によつてなされているのが注目される(金山直樹「時効における民法と訴訟法の交錯」法教二一九号(一九九八年)一六頁以下)。金山教授によると、確定効果説は民法一四五条を、時効完成の事実の主張・立証のみならずそこに当てはまる時効という法規を適用せよとの主張を当事者に求め、裁判所に属している法規適用の職責を部分的に当事者に移す規定と解する立場だとされるのである(金山・前掲一七頁参照)。確定効果説を以上のように理解する場合には、実体法上の法律効果が発生するための法律要件として定められている事実<sub>に</sub>該当する具体的事実の主張・証明があれば裁判所は当然に法規を適用しなければならないということに例外を認める学説が存在していることになる。とすれば、「援用を要する無効」説もおよそ考えられない法律構成というわけではないことになろう(ただし裁判所による法規の適用を可能とするために確定効果説が裁判上の援用を必要とするのに対し、「援用を要する無効」説は裁判上裁判外を問わない無効主張を必要とする点で両者には違いがある)。また「援用を要する無効」説は、例外的に表意者の無効主張がなくとも第三者が無効を主張できる場合を認めた最判昭和四五年三月二六日民集二四卷三号一五一頁を説明することが可能(表意者の意思に反してまで民法九五条本文を適用する必要があるため法規の適用制限が解かれた、と説明できる)な点で、形成権としての無効主張権説より優れているといえるかもしれない。もつとも、現時点では金山教授のような確定効果説の理解はいまだ一般的となつてないうえに、通説は民法一四五条の存在を純実体法的に説明する立場(停止条件説)をとっている。それゆえ現時点では、表意者のみが主張できる無効についても純実体法的法律構成である形成権としての無効主張権説で説明するのが無難であるように思われる。