

無効の主張制限について

三間地 光 宏

目 次

- 一 問題の所在
- 二 無効を主張することはできないとした判例
- 三 検討
- 四 結語

一 問題の所在

意思表示・法律行為の無効は何人から何人に対しても主張できるのが原則であるとされている。効果として無効を定める規定は多数あるから、以上はあくまで無効についての原則論である。規定によっては特定の者のみが無効を主張できると解したほうがよいものもあるし、また本来なら以上の原則が妥当するはずのものについても具体的事案との関係で特定の者が無効を主張することを許すと妥当でない結果を招来する場合がある。以上のような例外的場合については、「誰々が無効を主張することはできない」とされるのが一般的であろう。

しかしながら「無効を主張することはできない」とすることには訴訟法理論との関係で問題が潜んでいるように思われる¹⁾。そこで本稿では、これま

1) 「一方のみから主張できる無効」と訴訟法理論との関係を問題にするものとして、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、1995年）113頁以下および賀集唱「『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97号（創立五十周年記念特集号）（1997年）47頁以下がある。

で意思表示・法律行為の「無効を主張することはできない」とされた場合にはどのようなものがあるか²⁾を確認したうえで(=二)、それらの扱いと訴訟法理論との整合性について検討したい(=三)。

二 無効を主張することはできないとした判例

以下では、無効を主張することはできない、とした最高裁判例を紹介する。なお、複数の請求が併合されている事件については、無効主張の可否が問題となった請求だけを抜き出して紹介する。

[1] 最判昭和40年6月4日民集19巻4号924頁

〈事実〉 宅地を買い受けたXが宅地上に建物を所有するY(宅地賃借権無断譲受人)に対して宅地上の賃借権の不存在確認および建物収去土地明渡を求めた³⁾のに対してYがXの前々主(国)の錯誤(国は、Xの前主が現に宅地として使用中であって払下後も宅地として使用すると誤認したため、競争入札によらないで特別縁故払下として随意契約により売却してしまった。)を抗弁として提出したが、原審では国に重過失があったことを理由に錯誤無効の抗弁が容れられなかったので、錯誤者に重大な過失があっても相手方又は第三者は無効を主張しうるとの上告がなされた。

〈判旨〉 最高裁は「民法95条は、法律行為の要素に錯誤があった場合に、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としているが、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

2) 意思表示・法律行為以外のもの、たとえば抵当権や訴訟行為についても「無効を主張することはできない」とされることがある。しかし本稿では、意思表示・法律行為の無効を主張することはできないということだけを検討の対象とする。

3) Xは1審では賃借権の不存在確認を求めていたが、2審において訴えの交替的変更として賃借権不在確認請求を建物収去土地明渡請求に改めようとした。しかしYが同意しなかったため賃借権不存在確認請求について取り下げの効果が生じず、結果として訴えの追加的変更となった。

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、これが無効を主張することはできないものと解するのが相当である」とした。

[2] 最判昭和40年9月10日民集19巻6号1512頁

<事実> 代物弁済として宅地所有権を取得して所有権移転登記をしたXが、対抗要件を備えることなしに宅地を賃借し宅地上に建物を所有していたYに対して建物収去土地明渡を求めたのに対して、YがXの宅地所有権取得は錯誤により無効であるとの抗弁を提出した事案である。

<判旨> 最高裁は「民法95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⁴⁾許されない」とした原審の判断は「首肯でき」とした。

[3] 最判昭和43年7月9日判時529号54頁

<事実> 事実関係不詳。訴外AがXから代物弁済によって本件土地建物の所有権を取得したかどうか、換言すると本件土地建物の所有権が訴外AとXとのいずれに帰属するかについて争いがあった。そこで、本件土地建物の所有権がYにあることをXが認めるとともにYはXに対し明け渡しを猶予する、との和解が成立した。しかしのちにXが、本件代物弁済契約の効力に関し錯誤があったので和解は無効である、として不動産移転請求権保全仮登記の抹消などを求めて訴えを起こしたという事案のようである。

<判旨> 最高裁は「XとAとの間でされた本件代物弁済契約の効力に関する争いは、本件和解によってこれを止めることを約したものであるというべきであり、本件代物弁済契約の効力自体が争いの目的たる事項に該当するといえるから、この点について和

4) 例外を認めたものとして最判昭和45年3月26日民集24巻3号151頁がある。

解当事者は錯誤を理由としてその無効を主張しえないものと解するのが相当である」とした。

[4] 最判昭和48年12月11日民集27卷11号529頁

〈事実〉 破産したA会社の破産管財人XがAの取締役であったYに対し貸付金の返還を求めたのに対しYは債務免除がなされたと争ったが、原審では債務免除の事実はないとされ、また仮に債務免除の意思表示がなされたとしても取締役会の承認を得てないから債務免除は効力を生じないとされた。そこでYは、取締役会の承認がなければ会社の取締役に対する金銭貸付は無効となるのに原審は承認の有無を問題とすることなく本件消費貸借を有効とした、などとして上告した。これに対し最高裁はつぎのように判示してXの請求を認めた原審の判断を支持した。

〈判旨〉 「商法265条が株式会社と取締役個人との間の取引について取締役会の承認を受けることを必要とするものと定めた趣旨は、会社と取締役との間で利害の対立する取引について、取締役が会社の利益の犠牲において私利をはかることを防止し、会社の利益を保護することを目的とするものであるから、同条の右趣旨からすると、会社が取締役個人に対して貸し付けた金員の返還を求めた場合に、取締役が同条違反を理由としてみずからその貸付の無効を主張することは、許されないものと解するのが相当である。論旨は、これと異なる見解を前提として原判決を非難するものであつて、採用することができない。」

[5] 最判昭和49年11月14日民集28卷8号1605頁

〈事実〉 X会社はY1に未登記建物を売り渡した。そこでY1は右建物について所有権保存登記をし、のちにY2銀行のために根抵当権設定登記等をした。ところがXが建物売買契約は共同代表の定めを反し無効であるとして、Y1に対しては建物についてXが所有権を有することの確認およびY1の所有権取得登記の抹消を、Y2に対しては抵当権が存在しないことの確認およびY1がY2のためになした根抵当権設定登記等を抹消するよう求めて提訴した。なおX会社の代表取締役はABC（BCはいずれもAと内縁関係にある）の3名であり、X会社には共同代表の定めがあった。しかし本件建物

に関する売買契約はAとBにおいて同社を代表して締結し、Cはこれに関与せずかつ右契約の締結をAらに委任したこともなかった。共同代表の定めがあることを知っていたY1は契約にあたりAにCを連れてくるよう求めたが、Aが「Cは肺結核で来られないが、自分の内妻であって間違いないから信用してもらいたい」と説明したのでY1は右弁明を信用して直接C本人にその意思を確かめることはしなかった。原審は本件売買契約が共同代表の定めに反し無効である旨Xが主張することは信義則に照らしどうてい許しがたいとし、最高裁もつぎのように判示して上告を棄却した。

＜判旨＞ 「X会社は、Aが自己の財産の保全及び運用をはかるために設立したものであり、専ら同人によつてその業務が運営されており、B及びCは、いずれもAと内縁関係にある者であつて、これらの者は共同代表取締役とはなつていたが、現実に実質的な共同代表は行われておらず、共同代表の定めは有名無実であつたのであり、Y1は、右売買契約を締結するにあたり、Cの意思をたしかめるためAにCを連れてくるよう求めたところ、Aから、Cは肺結核のため来られないが同人は自分の内妻であるから間違いはない旨云われたので、Cの合意もあると信じて契約を締結したのであり、その後本訴提起にいたる約五年の間、Xは共同代表の定めに反し右契約が無効である等と主張したことはなかつたというのであつて、右事実関係に照らすと、Y1が右契約の締結にCの合意があると信じたとしてもやむを得ないものであり、一方Xは、その主宰者であるAがCについて前記のように述べ、Y1を信用させて契約を締結しながら、その後長期間なんら契約の瑕疵を主張しなかつたのに、共同代表の定めに反していることを奇貨として右契約の無効を主張しているものというべきであつて、右のような主張は、信義則に反し、どうてい許されないものといわなければならない。」

[6] 最判昭和50年12月25日金法780号33頁

＜事実＞ XはY1に金銭を貸与したが、のちにXとY1らによつてY2会社が設立された際に右三者間でY1の右債務をY2が債務引受してY1が連帯保証する旨合意された。しかしXがYらに右債務等の履行を求める訴えを起こしたのに対してYらは、本件債務引受についてY2会社の取締役会の承認がなかったから右債務引受は商法265違反により無効でありそのため連帯保証債務も無効であると主張した。原審は信義

則違反を理由に Y らの無効主張を排斥した。なお詳細は不明であるが、原審は右債務とは別の債務の一部について X の請求を認めなかったようであり、そのため X が上告し Y らが附带上告している。附带上告理由のうち無効主張を信義則違反としたことを批判する部分（他の部分は省略する）について最高裁はつぎのように判示して原審の判断を支持した。

〈判旨〉 「Y2 会社の債務引受の点については、原判決の適法に確定した事実関係のほか、右債務引受の当時、Y2 会社の取締役は X、Y1 及び A の三名であつたが、昭和34年3月23日 Y1 及び A は取締役を辞任し、同年4月24日 B 及び C が取締役に就任して、右 B が代表取締役となつたことが記録上うかがえることに徴すると、Y らが取締役会の承認の欠缺を理由としてその無効を主張することは信義誠実の原則に反するという原審の判断は、正当として是認することができる。」

[7] 最判昭和51年4月23日民集30巻3号306頁

〈事実〉 病院を経営していた X 協会（博愛慈善の趣旨に基づき病傷者を救治療養することを寄附行為の目的として設立された財団法人）は Y1 医療団に対し病院の敷地及び建物の全部（以下「本件不動産」）と病院の備品器具等（以下「本件動産」）を代金合計約70万円で売り渡し、右売却物件の引渡をするるとともに本件不動産につき所有権移転登記をした。ところで本件売買は X において仮称「健康学園」の設立による新事業を行うためのものであったが、右事業は X の寄附行為の目的の範囲を逸脱するものであった。そこで X は右売買に先立ち昭和19年2月14日開催の評議員会において本件売買承認の決議をするるとともに寄附行為を変更してその目的に国民健康に関する事業を加える旨の決議をしたが、当時右寄附行為変更の効力発生に必要な主務官庁の認可に関する手続をとらず、昭和21年2月4日付申請に基づき同年3月20日に至り主務官庁である京都府知事の認可を得た。Y1 は昭和20年に解散したがその際 X に対して本件売買物件の買戻を申し出てその交渉をしたところ、X は資金もなく病院経営の意思もないとして右申出を拒絶した。そこで Y1 は昭和23年6月15日本件動産のうち当時残存していた物件を、同24年2月4日本件不動産を他の所有財産とともにそれぞれ Y2（京都市）に売り渡し、右不動産につきその旨の所有権移転登記をした。Y1 は X から本件動産及び

不動産を譲り受けて以来、病院としての施設の拡張及び設備の改善を行い、また Y1 からこれを譲り受けた Y2 においても更に設備を拡充し京都市中央病院としてその経営をしてきた。ところがその後の昭和27年8月29日に X が右売買契約は目的の範囲外の行為であったから無効であるとして Y1 および Y2 に対し本件不動産につき抹消登記手続きを、Y1 に対してはさらに本件不動産の返還不能による損害賠償をも求めて提訴した。なお本件売買の目的とされた建物のうちには既に朽廃滅失したものがある一方、その後増築された新たな建物部分が現存していた。原審は、本件契約は協会の目的の範囲を逸脱したものであって無効であるとしつつも、X が本件売買の無効を主張して右売買物件の返還または返還に代わる損害賠償を請求することは信義則に反し許されないとし、最高裁もつぎのように判示して原審の判断を支持した。

〈判旨〉 「本件売買は X の寄附行為の目的の範囲外である事業のためにされた無効の行為であるというべきところ、X は、右売買に先立ち、これを有効ならしめるために寄附行為の定めるところに従って寄附行為の変更についての評議員会の決議を経たにもかかわらず、その認可申請の手続をとることなく放置したまま右売買及び代金の授受を行つたものであり、更に、X は、昭和21年3月20日付で右寄附行為の変更につき主務官庁の認可を得て本件売買の追認が可能となつた段階において、Y1 から本件売買物件の買戻の交渉を受けながら、X にはその資金もなく病院経営の意思もないとしてこれを拒絶したのであり、このことは X が本件売買を追認したものと解する余地がないではなく、かかる状況のもとに Y1 が右物件を Y2 に転売するに至つたものであるから、右転売にあたり、Y1 及び Y2 は、X が後日に至り本件売買の無効を主張してこれに基づく権利行使をするようなことはないものと信じ、かく信ずるにつき正当の事由があつたというべきであり、また、本訴の提起された昭和27年8月29日当時、右売買物件のうち建物については、既に朽廃滅失したものがある一方、増築された部分があつてその原状に著しい変動を生じていたというのであつて、これら諸般の事情のもとにおいて、X が本件売買の時から7年10か月余を経た後に本訴を提起し、右売買の無効を主張して売買物件の返還又は返還に代わる損害賠償を請求することは、信義則上許されないものと解するのが相当である」。

[8] 最判昭和61年9月11日判時1215号125頁

＜事実＞ X会社は、設立中の株式会社であったY会社に営業の一部を譲渡した。しかし本件営業譲渡契約にあたりX会社の株主総会で商法245条1項所定の決議はなされず、また本件営業譲渡契約についてY会社の原始定款に商法168条1項6号所定事項が記載されることもなかった。その原因はいずれも単に法規制を知らなかったことが原因であり、他になんらかの障害が存したというわけではない。またXY両会社では株主・債権者等の会社の利害関係人から本件営業譲渡契約が無効であるなどとして問題にされたことは一度もない。その後Xが残代金の支払を求める訴えを起こしたところ、Yは第一審口頭弁論期日（＝契約後約9年経過時）においてはじめて本件契約が商法168条1項6号により無効であるとの主張をし、さらに第二審口頭弁論期日（＝契約後約20年経過時）においてはじめて本件契約が商法245条1項違反により無効であるとの主張をした。これに対しXは、無効を主張するのは信義則違反であると主張した。第一審第二審ともXの主張が認められたのでYが上告。

＜判旨＞ 最高裁は、本件契約は商法168条1項6号により無効であるとし、同条による無効は「広く株主・債権者等の会社の利害関係人の保護を目的とするものであるから、本件営業譲渡契約は何人との関係においても常に無効であって、設立後のY会社が追認したとしても、あるいはYが譲渡代金債務の一部を履行し、譲り受けた目的物について使用若しくは消費、収益、処分又は権利の行使などしたとしても、これによって有効となりうるものではない」から、Yは特段の事情のない限り右の無効をいつでも主張することができるとした。また最高裁は本件契約を商法245条1項違反により無効であるとし、「その無効は、原始定款に記載のない財産引受と同様、広く株主・債権者等の会社の利害関係人の保護を目的とするものであるから、本件営業譲渡契約は何人との関係においても常に無効であり、Yは「特段の事情のない限り、本件営業譲渡契約について右の無効をいつでも主張することができる」とした。そのうえで最高裁は、Xは契約上の債務をすべて履行済みだがYが右履行につき苦情を申し出たことはないこと、Yが本件契約が有効であることを前提にXに対し本件契約に基づく自己の債務を承認し、その履行として代金を一部弁済し、かつ譲り受けた製品・原材料等を販売・消費していること、Yが商法168条1項6号による無効を契約後約9年、商法

245条1項違反による無効を契約後約20年たって初めて主張したこと、株主・債権者等両会社の利害関係人から本件契約の無効を問題にされたことが全くないことから、「Yが本件営業譲渡契約について商法168条1項6号又は245条1項1号の規定違反を理由にその無効を主張することは、法が本来予定したY又はXの株主・債権者等の利害関係人の利益を保護するという意図に基づいたものとは認められず、右違反に藉口して、専ら、既に遅滞に陥った本件営業譲渡契約に基づく自己の残債務の履行を拒むためのものであると認められ、信義則に反し許されないものといわなければならない。したがって、Yが本件営業譲渡契約について商法の右各規定の違反を理由として無効を主張することは、これを許さない特段の事情がある」とした。

三 検討

1 無効についての伝統的説明

まず、無効というものが従来どのようなものとして説明されているかを『注釈民法』の記述によって確認しておこう。

「無効は、原則として法律上当然であり、法律行為を無効とするために別段の行為または手続を要しない（当然無効）。かかる無効の場合には、訴訟上も、裁判官は職権により当然に（von Amtswegen）これを顧慮すべきであり、必ずしも無効により利益を受ける者（例、無効の契約にもとづき履行を請求されている被告）がこれを主張することを要しない。ただし、無効を認定しうるだけの事実関係が明らかにされていなければならないことは、弁論主義の建前から当然のことである⁵⁾」。

若干補足しておくとして、「職権により⁶⁾」というのは「職権探知によって」ということではない⁷⁾。上に引用した文章でも指摘されているように、民事訴

5) 於保不二雄編『注釈民法(4) 総則(4)』(有斐閣, 1967年) 219頁(奥田昌道執筆)。

訟の原則のひとつである弁論主義の適用があることは当然の前提である。「職権により顧慮しなければならない」というのは、無効原因についての事実主張が訴訟当事者によってなされている場合には⁸⁾無効である旨当事者が指摘しなくても⁹⁾裁判所は無効であるとの判断を下さなければならない、という意味に過ぎない¹⁰⁾。したがって「無効は職権で顧慮すべきである」という説明は無効についてなにか特別な扱いが認められるということを行っているものではない。そもそも「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、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当否を判断することができる」¹¹⁾とされているのであるから、「無効は職権で顧慮すべきである」という説明はあたりまえのことをことさらにいっているものにほかならない。

-
- 6) 無効は職権で顧慮しなければならないという説明は、最近の教科書・体系書ではあまり見られないものである。しかしながら、じつは古くから行われている説明の仕方なのである。参照、富井政章『民法原論第一卷總論（第五版）』（有斐閣書房，1907年）458頁，鳩山秀夫『註釋民法全書第二卷法律行為乃至時効』（巖松堂書店，刊行年不詳）385頁，同『日本民法總論（下卷）』（岩波書店，1924年）486頁，穗積重遠『民法總論下卷』（有斐閣書房，1921年）152頁。
- 7) なお「過失相殺については職権で斟酌できる」との説明が「過失相殺については職権探知が許される」の意味として誤解されたことがあることについて、倉田卓次「職権による過失相殺」別冊ジュリスト・続民事訴訟法判例百選（有斐閣，1972年）132頁以下を参照。
- 8) ただし無効原因のうち公序良俗違反の事実については弁論主義の適用を否定するのが多数説である。参照、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（新版）』（有斐閣，2000年）386頁。
- 9) ただし当事者が無効について法律上の主張をしていない場合には釈明権の行為が必要となることがあろう。
- 10) 参照、鳩山・前掲『日本民法總論（下卷）』486頁。
- 11) 最判昭和43年11月19日民集22卷12号2692頁。

2 主張制限の可能性

以上のように、意思表示・法律行為が無効である場合には無効原因についての事実主張が当事者によってなされているかぎり裁判所は無効について法律上の主張がなくても無効であるとの判断を下さなければならないというのが原則である。したがって「無効を主張することはできない」という表現の意味するところが文字通り「無効である」と当事者が訴訟において主張すること、すなわち無効についての法律上の主張を制限することであるとするならば、それは法的には意味のないものというほかない¹²⁾。そもそも当事者による「無効である」との法律上の主張は裁判所が無効であるとの判断を下すために必要ではないのであるから、そのような主張を許さないとしたところで当事者のいずれが勝訴することになるかという結論を動かすことなどできるはずがないのである¹³⁾。

それではさきに紹介した判例はすべて間違っていたのであろうか。以下ではこの点について検討しよう。

- 12) 山本克己・前掲論文120頁が「錯誤の抗弁の場合にも、他の無効原因の場合と同様に、無効の効果が当事者の無効の判断を求める意思又はその表示にかかわらず当然に生じるという建前をとる限り、……訴訟においても『錯誤無効の効果の主張』は法的に無意味である」としているように、訴訟において無効の効果を主張すること（法律上の主張）は法的に無意味なのであるから、法律上の主張としての無効主張を制限するということがもまた無意味とならざるをえない。
- 13) 無効と同じく事実の存在によって当然に効果が生じる制度である除斥期間に関する最判平成10年6月12日民集52巻4号1087頁は、「民法724条後段の規定は、不法行為による損害賠償請求権の除斥期間を定めたものであり、不法行為による損害賠償を求める訴えが除斥期間の経過後に提起された場合には、裁判所は、当事者からの主張がなくても、除斥期間の経過により右請求権が消滅したものと判断すべきであるから、除斥期間の主張が信義則違反又は権利濫用であるという主張は、主張自体失当である」（傍点・引用者）としている。この論理にしたがえば無効を主張することについても信義則違反を問題にする余地はないことになろう。上記最判平成10年6月12日民集52巻4号1087頁は最判平成元年12月21日民集43巻12号2209頁にしたがったものであるが、後者は、当事者の主張を善解して信義則によって除斥期間の主張を封じることができるとは除斥期間の効果を制限できるかを検討しなければならなかったのにそうしなかった、という誤りを犯している。

3 判例の検討

(1)判例 [1] および [2] について

結論からさきにいうと、判例 [1] および [2] は間違っていない。

民法95条は、錯誤は意思の欠缺である¹⁴⁾という理由から¹⁵⁾錯誤の効果を無効としているが、錯誤の効果を無効としたことは学説により批判されている。錯誤は表意者保護のための制度であるから、表意者が望まない場合にまで無効と扱うべきではない¹⁶⁾というのである¹⁷⁾。このような考え方からすると、立法論としては錯誤の効果を取消可能と改めるべきであるということになり¹⁸⁾、また解釈論としても錯誤による無効は通常と異なり錯誤者だけが主張できるものであって錯誤者が望まない場合に相手方や第三者が錯誤による無効を主張することはできないと説明されることになる(相対的無効, 取消的無効)。解釈論として錯誤による無効を錯誤者からのみ主張できるものと解する立場は、今日では通説となっている¹⁹⁾。ところでここでいう「主張」は無効原因についての事実主張のことではなく(これが必要なことはもちろんである)効果の援

14) なお石田喜久夫「無効と取消の横断的一考察」『民法秩序と自己決定』(成文堂、1989年)91頁以下103頁注(6)は、動機の錯誤は瑕疵ある意思表示であるから、その効果は無効ではなく取消可能である(96条の類推)とする。広中俊雄「民法判例の学習上の盲点①動機の錯誤について」法学教室127号(1991年)64頁以下も同旨。

15) 富井・前掲書371頁は「法律行為ノ要素ニ關スル錯誤ハ意思ノ欠缺ヲ來スモノナルカ故ニ其ノ効果ハ意思表示ヲ無効トスルニ在リ(九五條)是意思ト表示ト共ニ之ヲ必要トスル主義ヲ採リタル結果ニシテ理論上當然ノコトト謂フヘシ」(傍点・原文)とする。

16) 舟橋醇一「意思表示の錯誤——民法第九十五條の理論と判例——」『九州帝國大學法文學部十周年記念法學論文集』(岩波書店、1937年)593頁以下とくに661頁。

17) なお富井・前掲書372頁以下はドイツ民法第一読解草案が錯誤の効果を無効としていたのを第二読解草案が取消と改めたことについて「錯誤ニ陥リタル一方ノ当事者以外ノ者ニ其ノ錯誤ヲ援用スルコトヲ許スノ實益ナキコトハ其ノ有力ナル一理由ナリシカ如シ」と説明したうえで、ドイツ民法が錯誤の効果を制限することによって取引の安全を図ろうとしたのに反し「我民法ハ主トシテ錯誤ノ目的、程度(法律行為ノ要素)ニ關シテ大ニ其ノ適用ノ範圍ヲ狹縮セント欲シタルモ其ノ効果ハ意思ノ欠缺ニ因ルモノトシテ最モ之ヲ強クスル趣意ナリシコト明ナリ」としている。

18) 鳩山・前掲『日本民法總論(下卷)』364頁以下。

用のことであろうから、錯誤による無効は「錯誤者のみが主張できる無効」であると説明するより「錯誤者の援用を要する無効」あるいは「錯誤者の援用を待ってはじめて顧慮される無効」と説明したほうが誤解を生じさせずよいと思うが、それはともかく、判例〔1〕〔2〕は錯誤による無効を錯誤者のみが主張できるもの（錯誤者の援用を待って顧慮されるもの）とする見解にしたがったものとみることができる²⁰⁾。「当然無効」には無効を主張（援用）する

- 19) 最近の代表的な教科書・体系書をあげると、星野英一『民法概論Ⅰ（序論・総則）』（良書普及会，1971年）198頁，幾代通『民法総則〔第2版〕』（青林書院，1984年）275頁以下，鈴木祿弥『民法総則講義（改訂版）』（創文社，1990年）143頁，石田穰『民法総則』（悠々社，1992年）346頁などがこの立場であり，また北川善太郎『民法総則（民法講要Ⅰ）』（有斐閣，1993年）153頁，山本敬三『民法講義Ⅰ総則』（有斐閣，2001年）192頁などはこの立場を通説と説明している。なお原則として錯誤者以外による無効主張は認められないとするものとして，四宮和夫『民法総則（第四版）』（弘文堂，1986年）181頁，北川・前掲書154頁，川井健『民法概論Ⅰ民法総則〔第2版〕』（有斐閣，2000年）221頁以下などがある。
- 20) 賀集・前掲論文は，錯誤無効の主張を錯誤という過去の事実の存在の主張としたうえで，錯誤に関しては①要素の錯誤があれば意思表示が無効になるとする規範と②要素の錯誤プラス表意者による錯誤無効の主張によって無効になるとする規範が存在しているとされる。そして(イ)表意者を当事者とし不在訴訟では規範②が適用され，表意者が錯誤無効を主張してない場合には「主張自体失当」（判例にいう「主張することはできない」は正確には「主張自体失当」である）となるが，(ロ)表意者を当事者とする訴訟では規範①と規範②が衝突することになり，この場合には規範②が「錯誤規定は，表意者保護のためのものである」という規範①の趣旨を汲み取った上での規律であることから規範①を排して適用されることになるが，表意者が錯誤無効を主張すると規範①が適用されるようになることとされる。しかし錯誤無効の主張を錯誤という過去の事実の存在の主張と解するとつぎのような事例では不都合が生じよう。すなわちAがBに売買契約に基づき甲の引き渡しを求める訴えを提起したのに対してBが契約の解釈を争い「契約書には『甲』を目的物とする旨記載されているが，一般に『甲』という表現は，文字通り甲を意味するものではなく乙を指すものとして用いられており，被告Bもそのような意味で理解していた。したがって本件契約の目的物は乙である」と主張して請求棄却判決を求めたが（なお，目的物が甲である場合には同時履行の抗弁権を行使すると主張している），Bは乙と引き替えに所定の代金を受け取るのがベストであるが甲と引き替えに所定の代金を受け取るのも悪くないと考えたため錯誤についてはあえて問題にしなかった，という場合である。無効原因についての事実主張を錯誤者にのみ許しても，無効と扱われることを望む意思を表示するためのものとしての「無効主張権」を否定しかつ無効は追認によって治癒しないとの古典的理解を維持するかぎり，上記設例で裁判所が錯誤により無効で

余地はないが「援用を要する無効」に主張（援用）の余地があるのはいうまでもなく、したがって判例〔1〕および〔2〕については「2」で指摘したような問題はまったくない。

(2)判例〔3〕について

判例〔3〕の「無効を主張しえない」というのが「無効ではあるがそれを主張することは許されない」という趣旨なら、判例〔3〕は「2」で述べた理由から間違っているというほかない。しかし判例〔3〕はおそらく「契約の趣旨より錯誤は問題になりえない²¹⁾から無効であると争う余地はない」という趣旨なのであろう²²⁾。そうであるならば無効の主張を封じることで結論

あるとの判断を下すことを妨げることはできないであろう。上記設例では錯誤者B自身の主張のなかに錯誤の要件事実、すなわち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（参照、遠藤・水本・北川・伊藤編『民法注解 財産法 第1巻 民法総則』（青林書院、1989年）409頁（伊藤滋夫執筆。））が現れてしまっているからである。しかしそれでは当事者が考えてもいないような結論を裁判所が押しつけることになってしまい不都合であろう。なお契約の解釈については、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、1985年）30頁以下を参照。

- 21) 本件和解契約は真の権利関係がどうであろうと以後はYを所有権者とするという趣旨のものであるから、契約の趣旨からしてそもそも錯誤を問題にする余地はないはずである。
- 22) 判例〔3〕と同じように和解によって止めることを約した争いの目的であった事項について錯誤が主張された事案において錯誤を問題にする余地を否定したものとして最判昭和36年12月27日民集15巻12号3092頁がある。事案は、本家と分家の間で作成されていた議定書と称する書面に基づく権利の存否について争いがあったので議定書の無効等を確認するとの和解がなされたが、後に本件和解は先代の権利放棄によって議定書が無効となっているとの虚構の事実を基礎としてなされたものだから無効であると争われたものである。原審が原告の主張を認めなかったので、重要な証拠の判断を遺脱した不法があるなどとして上告がなされたが、最高裁は「本上告論旨は……原審が適法に有する裁量の範囲内で証拠を自由に駆使評価し、これに基づいてなした自由な事実上の判断を所論の如くかれこれ非難する以外のものではなく、採るを得ない」としたうえで「なお、思うに、乙第一号証の契約は、原判決は正當にも民法上の和解契約と判断しているのであるから、和解契約であれば、民法696条の適用を免れないものであること言うまでもない。そして右696条によれば、『当事者ノ一方カ和解ニ依リテ争ノ目的タル権利ヲ有スルモノト認メラレ又ハ相手方カ之ヲ有セサルモノト認メラレタル場合ニ於テ其者カ従来此権利ヲ有サセリシ確証又ハ相手方カ之ヲ有セシ確証出テタルトキハ其権利ハ和解ニ因リ

を動かしたのではないことになるから、判例 [3] についても「2」で指摘したような問題はないということになる。

(3)判例 [4] について

判例 [4] は、商法265条が会社の利益を保護するためのものであることから同条違反による無効²³⁾は会社による援用を待ってはじめて顧慮されるとしたものである。したがって判例 [1] および [2] とおなじ理由から、判例 [4] にも問題はないということになる。

(4)判例 [5] および [7] について

判例 [5] および [7] は、これらがいうところの「無効を主張することは許されない」が文字通り無効を主張することを問題にするものであるなら、「2」で述べた理由から間違っているということになる。

しかし判例 [7] については、文字通り無効を主張することではなく法律行為が無効となることによって生じた権利の行使（抹消登記請求権および損害賠償請求権の行使）を許されないとしたものとみることができる。この判決じたいが「右売買の無効を主張して売買物件の返還又は返還に代わる損害賠償を請求することは、信義則上許されない」（傍点・引用者）としていることからすると、おそらくこの見方はあたっているのではなかろうか。そうだとすると、判例 [7] について「2」で述べた批判はあてはまらないことになる。

また判例 [5] では、実体法上の権利としては抹消登記請求権の行使だけが問題になっているが、確認の訴えについて訴権が行使されているわけであるから、やはり文字通り無効を主張することではなく法律行為が無効となる

テ其者ニ移転シ又ハ消滅シタルモノトス』と規定されているのであるから、所論拋棄をしたものでないという権利は本件和解に因りもはや消滅に帰しているものと言わざるを得ない筋合である。従つてXの主張に即しても本論旨は結局採用の余地なきものと認めるの外はない。」として上告を棄却した。

23) 同条違反の効果をどう考えるかにつき論議のあることについては、『最高裁判所判例解説 民事編昭和48年度』234頁以下（斉藤次郎執筆）とくに235頁以下を参照。

ことによって生じたXの権利行使を制限したものであるとみることができる。そのような見方があたっているとすれば、判例〔5〕についても「2」で述べたような批判はあてはまらないということになる²⁴⁾。

(5)判例〔6〕および〔8〕について

判例〔5〕および〔7〕はいずれも原告が無効を主張した事案であり、それゆえに原告の権利行使を観念することができた事案であった。これに対して判例〔6〕および〔8〕は被告が抗弁として無効を主張したのに対して無効を主張することはできないとされたものであるが、被告が抗弁として無効を主張している事案では原則として²⁵⁾被告の権利行使を観念することができない²⁶⁾から、判例〔6〕および〔8〕が無効を主張することは許されないとしたことについては文字通り無効を主張することを封じたものと解すほかない。そうすると判例〔6〕および〔8〕は「2」で述べた理由から間違っているということになる。

もっとも判例〔6〕および〔8〕は、無効を主張することは許されないと表現にもかかわらず、じつは無効を主張することではなく無効であること自体を制限したものである可能性もある。意思表示・法律行為が無効であるかどうかということは、物質が存在しているかどうかについての自然科学的事実判断の問題とは異なり、意思表示・法律行為に意思に即した効果を付与すべきかどうかという法的価値判断の問題である。そのため、一定の目的実現のために無効とされている場合であっても、無効とすることでかえって許し難い結果を生じさせるときは信義則を根拠として当該意思表示・法律行為を有効と扱うことが可能となる。したがって判例〔6〕および〔8〕が信義則違反を理由に無効と扱うことをしなかったのだとしても、そのこと自体に

24) なお判例〔5〕および〔7〕については、無効を主張することは許されないと表現にもかかわらず、無効を主張することではなく無効であること自体を制限したものとみることがもできる。その場合の問題点については、本文(5)の後半部分を参照。

25) 錯誤など解釈上「無効主張権」が承認されているものについては例外が認められる。

26) 山本克己・前掲論文114頁以下を参照。

はなんら問題はない。しかしそれなら信義則上履行の義務があるとでも説明すべきであり、「無効を主張することは許されない」との表現を用いることは厳密でないと思う。

(6)補足

判例 [3] 以外²⁷⁾のもの、すなわち判例 [1] [2] [4] [5] [6] [7] [8] を説明するために、これらの判例が無効を主張することはできないとしているのは無効原因についての事実主張が許されないとの趣旨である、と説明することも可能ではある。弁論主義のもとでは、主要事実についてはいずれかの当事者から主張されるのでなければ裁判所はそれを判決の基礎とすることができない。したがって無効原因についての事実主張を封じることができるとすれば、効果として無効を定める法規を裁判所が適用することをさまたげることもしようである。事実主張を封じるという発想はあまりみられないようであるが²⁸⁾、およそありえないというわけではないと思う²⁹⁾。一定の場合には事実主張を許さないということについては現行法上も例がないではなく（民訴法157条1項参照）、また判例のなかには信義則違反を理由に事実主張を封じたものも見られるからである。無効原因についての事実主張を封じたものではないが参考になる判決として最判昭和51年3月23日判時816号48頁³⁰⁾がある。この判決は訴訟上の防御方法として取消・解除の事実を

27) 判例 [3] を除くのは、本文で述べたように判例 [3] がそもそも錯誤無効は問題になりえないとしたもののように思われるからである。

28) 山本克己・前掲論文115頁参照。

29) 参照、拙稿「民法724条後段の適用制限」山口経済学雑誌48巻5号（2000年）109頁以下。

30) 昭和44年8月28日、XはYに対し本件売買契約の無効を主張するとともに仮定的に訴訟上右売買契約を取り消す旨の意思を表示し、右売買契約に基づいてYに交付した手付金・内金等の返還を求める本訴を提起し、更にその口頭弁論期日において右売買契約を解除する旨の意思を表示した。YはXの右無効・取消・解除の主張を争い、昭和46年8月19日本件売買契約に基づき代金残額等の支払を求める反訴を提起した。Xは本件売買契約が有効に存在するか否かについての審理が継続中に本訴における従前の無効・取消・解除の主張を撤回して反訴請求原因事実を認めYの請求にかかる代金残額及び約定の遅延損害金全額を適法に弁済供託したうえで昭和48年3月16日本件売買契約の履行として

主張することが信義則上許されないとしている点で注目に値する。その際に援用されたのは実体法上の信義則ではなく訴訟上の信義則であるが、その内容は要するに矛盾行為は許されないということであって、内容的に実体法上の信義則と異質であるというわけではない。つまり事実主張が訴訟行為であるがゆえに訴訟上の信義則が援用されたにすぎない。そもそも信義則に実体法上のものと訴訟上のものがあるのではなく、信義則が実体法を修正する場合が実体法上の信義則であり、訴訟法を修正する場合が訴訟上の信義則なのではなかろうか。そうであるならば、純粋に手続的な理由からではなく、半ば実体的な理由からあるいは純粋に実体的な理由から特定人が特定の事実主張をすることは信義則上許されないとする余地もあるように思われる。そして純粋に実体的理由から信義則を根拠に特定人が特定の事実主張をすることを封じることができるなら、個別の規定の解釈として特定人が特定の事実主張をすることを封じることがありえないわけではないように思われる。

ただし無効原因についての事実主張を封じるという構成は、従来提唱されたことがほとんどないというだけでなく、主要事実についての事実主張はいずれの当事者がしたものであってもよいとされている（主張共通の原則³¹⁾）ことから無効であるとされることで不利益を被る当事者自身が無効原因について事実主張をしてしまっている場合には用いることができないという弱点があるものである。したがって従来判例を説明するためにより無難な説明の

目的物の引渡及び所有権移転登記手続を求める再反訴を提起し、それと同時に本訴請求を放棄した。ところがその後 Y は反訴請求を放棄し、X がさきに本訴においてした本件売買契約の取消・解除を再反訴請求を拒むための抗弁事実として主張するに至った。原審は訴訟上の攻撃防御方法としてなされた取消・解除の主張が撤回されて訴訟で斟酌されなかったときには私法上の効果も生じなかったものと解するのが相当であり、仮に私法上の効果が残存しているとしても Y が右取消・解除の主張を再度持ち出すことは訴訟上の信義則に反し許されないとした。最高裁も本件「事実関係に照らすと、X が、Y の主張に沿って、本件売買契約の無効、取消、解除の主張を撤回し、右売買契約上の自己の義務を完全に履行したうえ、再反訴請求に及んだところ、その後 Y は、一転して、さきに自ら否認し、そのため X が撤回した取消、解除の主張を本件売買契約の効力を争うための防御方法として提出したものであって、上告人の右のような態度は、訴訟上の信義則に反し許されないと解するのが、相当である」とした。

仕方が可能である場合にはそちらによって説明がなされるべきであろう。このような考えから、さきに判例 [1] [2] [4] [5] [6] [7] [8] を検討するにあたりこれらの判例が無効原因についての事実主張を封じたものと見ることはしなかった。しかしもし以上の判例が無効原因についての事実主張を封じたものであるのなら、これらの判例について「2」で指摘したような問題はないことになるのはいうまでもない。

四 結語

本稿では、意思表示・法律行為の無効を主張することはできないとした判例が、無効原因についての事実主張がなされているかぎり裁判所は職権で無効であるとの判断を下さなければならないということと矛盾しないかどうかを検討した。そして判例の用いている表現に厳密でないものがあることなどを確認した。

ところで、これまで判例の用いている表現に厳密でないものがあるということが問題にされてこなかったのは民法典自体に「無効ヲ主張スルコトヲ得ス」という表現が用いられている（民法95条但書参照）ことが最大の原因であると思われるが、従来の民法学に訴訟法理論との整合性を考えることがあまりないということも原因のひとつではないかと思う。本稿を閉じるにあたり、本稿が訴訟法理論との整合性を問題にしようとする点で拙稿「民法724条後段

31) 主張共通の原則を認めることが通説となったのは兼子一「相手方の援用せざる当事者の自己に不利なる陳述」『法學協会五十周年記念論文集』（1932年）以降のようであり、たとえば山田正三「原告の否定事実と判決（民事判例批評）」法學論叢27巻1號（1932年）161頁以下164頁では、訴訟物たる給付請求権が存在することを理由あらしめるに必要な事実について被告が原告が主張したものと別の実事を主張した場合「被告は自發的自白を爲すものにして、原告の援用なき限り裁判所はこれが事實に基づき裁判するを得ざる」とされていて、主張共通の原則が認められていない。なお現代の文献でも井上治典「手続保障の第三の波（二・完）」法学教室29号（1983年）19頁以下22頁は、主張共通の原則を否定している。

の適用制限」山口経済学雑誌48巻5号（2000年）109頁以下と問題関心を同じくするものであることを指摘しておく。

（2001年9月26日脱稿・後日若干加筆）