

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——

田 中 教 雄

はじめに

- 一 Savignyの見解
- 二 Windscheidの見解
- 三 ドイツ民法典の編纂過程
むすび

はじめに

日本民法においては、無効と取消可能は次のように区別されている。

無効な法律行為は、特定人の主張をまたずに当然に、すべての者との関係で効力がなく、時間の経過や追認によっても補正されない(民法一一九条)。それに対して、取消可能な法律行為は、取消があるまでは有効で、取消権者の取消によつてはじめて、しかも最初から効力がないものとなり(民法一二一条)、時間の経過によつて取消ができなくなり(民法一二六条)、追認することもできる(民法一二二条)⁽¹⁾。

このように民法の規定上は、法律行為が無効である場合と取消可能である場合との法律効果における違いは、かなり明確であるように見える。しかし、次に述べるように、この違いは、実際にはそれほど明確ではない。

一般には、ある法律行為が無効とされるか、取消可能とされるかは、立法政策の問題であるとされ、「法律の理想から見て、何人の意思をも問わずに当然に効力を認むべきではない、という客観的事実があるときは、無効とすべき」であり、「特定の人の意思によつて効力を否定すべきものと考えられる事由があるときは、取消しうるものとなすべきである」とされている⁽²⁾。そして、このような観点から、公益的理由からする無効と個人的利益保護の見地からの取消とが区別されている⁽³⁾。

しかし、日本民法によれば、意思表示は、たとえば、要素の錯誤を理由として無効になり(民法九五条)、詐欺・強迫を理由として取消可能になる(民法九六条)。この違いを、先に示した区別によつて説明することはできない。なぜなら、いずれの場合にも、表意者の個人的利益の保護が問題になっているにすぎないからである⁽⁴⁾。以前は、意思表示が錯

誤を理由として無効であるのは、内心的な意思が欠如するからであり、詐欺・強迫を理由として取消可能であるのは、意思の決定過程に瑕疵があるにすぎないからであるとされていた⁽⁵⁾。しかし、現在では、意思表示の効果に関して、当事者の内心の意思を重視するか（意思主義）、表示によって推断される意思を中心とするか（表示主義）は、法律の自由、すなわち、立法政策的な問題であるとされている⁽⁶⁾。そして、錯誤を理由とする法律行為の無効は「意思主義に傾き過ぎた不当なものである」とされ⁽⁷⁾、錯誤の規定もまた表意者保護の規定であることから、この無効を、取消可能に類似する無効と理解することが試みられている⁽⁸⁾。有力な見解によれば、この取消可能に類似する無効は、取消可能とほとんど同じ法律効果を持っている。すなわち、無効を主張できる者は限定され、遡及的な追認も可能である。無効の主張には、期間の制限があり、責めのない第三者の保護も承認されている。違いがあるのは、相手方に対する意思表示が不要という点だけである。そして、このような錯誤無効の取消化などを背景として、無効概念を多様化する試みが行われつつある⁽⁹⁾。

要するに、法律行為を無効とするか取消可能とするかの基準は、意思が欠如しているか、瑕疵があるだけかによるべきではなく、公益のためであるか、個人的利益のためであるかによるべきとされ、たとえば、錯誤無効のように個人的利益のためである場合には、民法が規定している「無効」を「取消可能」に近づける努力がされている。

ここに二つの問題がある。

(1) 錯誤を理由とする無効において主張されている「取消可能に類似する無効」は、民法が予定している無効とはかなり異なっている。それにもかかわらず、それはなお「無効」なのだろうか。それは「取消可能」そのものではないのか。無効と取消可能を区別する決定的な違いは、そもそも何か。

(2) ある法律行為が完全に有効とならないのは、その法律行為に有効要件が欠けているからであり、無効となった

り、取消可能となったりするのは、欠けている有効要件に違いがあるからだと考えられる。⁽¹⁰⁾先に紹介したように、今日では、ある法律行為が無効とするか取消可能とするかは立法政策の問題とされ、公益的理由と個人的利益保護の見地によって区別することが提案されているが、このような区別は、公益に係る有効要件が欠如すれば法律行為は無効となり、個人的利益に係る有効要件が欠如すれば法律行為は取消可能となることを意味している。したがって、錯誤無効の取消化は、錯誤において欠如している有効要件と、詐欺・強迫において欠如している有効要件との違いを、法律効果との関係では認めないことを意味するはずである。しかし、無効と取消可能との関係で有効要件を分類する基準は公益的理由と個人的利益保護だけであろうか。たとえば、錯誤による無効と詐欺・強迫による取消可能との区別において、以前は、内心的意思の欠如と意思の決定過程の瑕疵との区別が注目されていたのであり、この区別の前提となっていた有効要件の違いはもはや重要ではないのだろうか。

後者の、欠如する有効要件の違いという問題も関係している。錯誤してなされた意思表示は、日本では、先に示したように、無効である(民法九五条)。しかし、ドイツでは取消可能である(ドイツ民法典(以下、BG Bと略す)一一九条)。また、未成年者が、法定代理人の同意なしに締結した契約は、日本では取消可能であるが(民法四二条)、ドイツでは未確定無効(Schwebende Unwirksamkeit)である(BGB一〇八条)。これらにおいては、欠如しているものは同じであるはずであるのに、なぜ、日本民法とBGBとでその効果が違っているのだろうか。日本民法とBGBで有効要件の区別・分類について異なる基準が使用されているのだろうか。

本稿では、これらの問題を解答する前提作業として、取消可能概念が形成された一九世紀のドイツ普通法学に立ち返って、取消可能概念の意味内容を明らかにし、無効と取消可能の区別、無効の取消化などの問題を考える視座を獲得することを試みたい。そのために、以下、まず、一九世紀のドイツ普通法に取消可能(Anfechtbarkeit)の概念を持ち

込んだとされる⁽¹¹⁾ Savigny の見解を(一)、次に、一九世紀のドイツ普通法の集大成であり、ドイツ民法典に影響を与えた Windscheid の見解を、それを批判した Schlossmann の見解とともに検討し⁽¹²⁾ (二)、その後、BGB の編纂過程を検討する⁽¹³⁾ (三)。これらの作業によって、法律行為の効力に関しては実に多様な概念が存在すること、取消可能概念に変遷があったこと、無効と取消可能の区別が論者の考察方法の違いに係していることなどが示される。そして、最後に、冒頭で提起した二つの問題についての解答を試みたい(むすび)。

(1) 我妻栄『新訂民法総則』岩波書店、一九六五年(本稿では第一三刷を使用)三八五頁以下。於保不二雄編『注釈民法(4) 総則(4)』有斐閣、一九六七年(本稿では第一四刷を使用)二二二頁以下〔奥田昌道〕。

(2) 我妻『新訂民法総則』三八六頁以下。

(3) 於保編『注釈民法(4)』二一六頁〔奥田〕、柳澤秀吉「無効と取消」名城法学三四卷一号(一九八四年)一頁以下。

(4) 於保編『注釈民法(4)』二一六頁〔奥田〕。

(5) 梅謙次郎『初版民法要義卷之一総則編』信山社、一九九二年(初版一八九六年)一八九頁以下、一九七頁。

(6) 我妻『新訂民法総則』二四二、二八六頁。

(7) 我妻『新訂民法総則』三〇二頁。

(8) 我妻『新訂民法総則』三〇三頁以下。椿寿夫「錯誤無効と詐欺取消の関係」広島法学一〇巻三号(一九八七年)一九頁以下。

(9) 椿、広島法学一〇巻三号四〇頁以下。同「法律行為の無効」の細分化・類型化——再検討のための中間視点——」法律論叢六七巻四・五・六号(一九九五年)三二三頁以下。

(10) 幾代通『民法総則』青林書院新社、一九六九年(本稿では第一五刷を使用)一九四頁以下によれば、法律行為の成立のための要件(成立要件)と法律行為が有効であるための要件(有効要件または効力要件)が区別される。

この有効要件と区別されるものに、法律要件がある。我妻『新訂民法総則』二三一頁以下によれば、法律要件とは、「法律上の効果を生ずる生活関係」であり、法律要件を組成する事実を法律事実という。たとえば、契約が法律要件であり、申込と承諾が法律事

実であるとされる。遺言のように法律要件と法律事実が一致する場合もあるとされる。

(11) Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. Bd. 1, 2. Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main 1906, Aalen, 1984, S. 426 Anm. 7 (以下「Pandekten 1」と略す)

(12) 普通法における取消可能概念とその混乱については、山下末人「取消・解除に於ける原状回復義務」法学論叢六一巻五号（一九五五年）一〇七頁以下参照。

(13) 一九世紀のドイツ普通法ならびにBGBにおける無効概念については、林幸司「錯誤無効の追認可能性と民法一九九条の解釈論的意義について——錯誤無効の『取消への接近』とその限界に関する一考察——」立命館法学一九八八年二号一九〇頁以下、田口勉「ドイツ民法における法律行為の不成立と無効」法律時報六八巻七号（一九九六年）七五頁以下参照。なお、Windscheid, Pandekten 1, S. 424 Anm. 2では、無効な法律行為から当事者が意図した以外の法律効果が発生することを認め、S. 441 Anm. 10では、無効な法律行為を追認することによって、債権的な形で、法律行為がずっと有効であったように取り扱う義務が発生することを認めている。

I Savigny の見解

一 取消可能概念

Savigny は、無効と取消可能の区別について、次のように述べている。

「私が完全とよぶのは、有効 (Wirksamkeit) をまったく否定する Ungültigkeit である。すなわち、Ungültigkeit とそれが否定している事実 (Thatsache) それ自体とが、効力と範囲について完全に重なっているようなものである。この事例について承認されている技術的な表現は無効 (Nichtigkeit) である。この法概念は、次の反対のものを示すことによつて、より正確に定義され、明白になるであろう。

不完全な Ungültigkeit は、その性質からして、非常に多様なものである。なぜなら、それは、様々な種類と程度の、

法律事実に対する反作用 (Gegenwirkung) として考えることができるからである。それは、訴権（たとえば、強迫訴権、パウリアーナ訴権）、抗弁（たとえば、悪意の抗弁）、以前の事実に対立する結果をもつ新しい法的な行為を要求する債務関係と
 という形態で現れ、さらに、原状回復 (Restitutio) や遺言に反する遺産占有 (Bonorum possessio contra tabulas) の申し立て
 によって現れる。私は、このきわめて多様な事例を、法律関係の取消可能 (Anfechtbarkeit) という共通の名称で表現す
 る。

法律関係の無効がその単なる否定であるのに対して、我々は、取消可能においては、常に、独自の、新しい、反対
 に作用する、相手方の権利を承認しなければならない。この反対に作用する権利は、独自の性質を持ち、それゆえに、
 また、特別な運命に服することがある。それは、全部あるいは一部効力を失うことがあり、それによって、本来の権
 利は再び、この桎梏から自由になり、その完全な有効性を主張する。このことは無効の場合には決して起り得ない⁽¹⁾。

ややわかりにくい⁽²⁾が、Savignyによれば、無効な法律行為は、もはや（現在、そしてまた将来において）意図された法律
 効果を持たない。それに対して、取消可能な法律行為においては、一方で法律行為によって意図された法律効果の発
 生が承認され、しかし、他方でまた、それを否定する法律効果が発生することが承認されているのである⁽³⁾。Savignyに
 おける無効と取消可能の区別は、今日のそれとほぼ同じものであるように見えるが、Savignyのほかの部分の叙述から
 すれば、次のような違いがある。

まず、Savignyの見解では、法律効果が一時的に発生するかどうかは、無効と取消可能の区別と密接な関係が存在す
 ることは否定できないものの、その決定的な基準ではない。というのも、Savignyは、解除条件が満たされた場合を、
 偶然の出来事の結果としての無効であるとしているからである⁽³⁾。解除条件の場合には、当然、法律効果が発生してい
 ることが前提となっているはずである。

また、債務関係において履行が完了している場合なども無効とされていることからすれば、法律行為それ自体が、有効要件を満たしていないということも必要ではない。履行が完了している場合には、法律行為それ自体は、有効要件を完全に満たしているはずである。したがって、Savignyにおいては、無効であるというためには、法律行為の効力を判断する時点において、法律行為がもはや法律効果を発生していないことだけで十分なのである。

さらに、法律行為の法律効果が、特定の人の意思に依存しているかどうかも、無効と取消可能を区別する決定的な基準ではない。Savignyは、一方で、総ての取消可能は、特定の人の意思を Ungiltigkeit の根拠としているとし、他方で、同じように、無効が特定の人の意思に依存する場合である相対的 (relativ) 無効を認めているからである。たとえば、後見人の同意がないまま未成年者が売買を行った場合に、それが有効 (valid) であるのか無効であるのかは、未成年者自身や後見人に依存しているとし、また、組合員が別の組合員に対して組合契約を書面などで解約告知したが、その組合員がその告知を認識するまでの間、組合契約が有効 (valid) であるか無効であるかは、組合員の意思に依存しているとしている。⁽⁵⁾

取消可能については、別の箇所でも「取消可能においては、効力の障害は、特定の人の特有の権利として独自の性質を持っているので、この権利は消滅することもある。その場合には、この消滅によって、本来の法律行為それ自体が、完全な、障害を受けていない有効なものとなる」としている。⁽⁶⁾ 要するに、無効の場合とは違って、取消可能の場合には、法律効果が発生しているが、同時に、それとは別に発生した法律効果があるために、本来の法律効果が否定されたり、制限されるのである。冒頭に引用した部分において、法律行為ではなく「法律関係」の取消可能と表現している点にも、このことが反映していると思われる。⁽⁷⁾

二 考察方法

無効と取消可能のこのような区別は、次のような考察方法に基づいていると推測される⁽⁸⁾。すなわち、ここでは、二つの規定群が存在することが前提にされている。法律行為が無効であるかどうかの問題は、その一方の規定群にしたがって判断される問題であり、取消可能であるかどうかの問題は、この規定群によれば完全に有効であるもの、も一方の(先の規定群を補充あるいは修正する)規定群によって判断される問題である。それゆえに、「独自の、新しい、反対に作用する権利」が発生するとされているものと考えられる。

この考察方法によって、先に述べた相対的無効もまた理解可能なものになる。すなわち、相対的に無効な法律行為は、最初の規定群によって *ungültig* と判断されたものであり、それに対して、取消可能は、最初の規定群によれば有効であるものの、後者の規定群によって *ungültig* と判断されたものなのである。

(1) Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Recht*, 4. Bd., Berlin, 1841, S. 536f. (以下、System 4 と略す) *Ungültigkeit, ungültig* は「一般には「効力がないこと」を意味するが、適当な訳語が見当たらないので本稿では原語のまま使用する。

ちなみに、原田慶吉『ローマ法——改訂——』有斐閣、一九五五年(本稿では第一八版を使用)によれば、「パウリアーナ訴権」は、債務者の詐害行為の場合に認められた救済手段である(二三三頁以下)。「悪意の抗弁」は、たとえば、法律行為の締結に際して原告が詐欺を行ったり、あるいは、無方式の免除契約を締結しておきながら、訴えを提起して請求するときに、その作用によって被告を免訴させるものである(三九〇頁)。「原状回復」は、法律上の不正に対する救済手段である訴権とは異なり、法律上一応は合法的形式を備えるにもかかわらず、その不当な結果を排除するために用いられるものである(四〇六頁)。また、「遺言に反する遺産占有」とは、次のようなものである。遺言において男子以外の卑属を見過ごし、相続人に指定するか、廃除するかを決めていない場合には、遺言は有効であるものの、遺言に反する遺産占有が認められた。これが認められると、遺言における相続人の指定は無効とな

り、廢除されなかつた卑屬すべてが、無遺言相続の場合と同様の割合で占有を取得し、卑屬ではない者は完全に排除される(三四四頁。その外、船田享二『ローマ法第四卷』岩波書店、一九七一年(本稿では第三刷を使用)三二九頁以下、Gaius, 3, 124-125参照)。

(2) Otto Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte, Berlin, 1887, S. 310 (以下、Ungültigkeitを略す)は、Savignyの取消可能は、無効の単なる対立物でしかなく、そのことによって、すべての無効ではない Ungültigkeitを包括すべきでない。

(3) Savigny, System 4, S. 539; 3(1840), S. 154.

(4) Savigny, System 4, S. 542f.

(5) Savigny, System 4, S. 539f. 現代ドイツでは、相対的(relativ) unwirksamは、特定の人との関係でだけ無効である場合をいう。たとえば、BGB一三五条一項一文「目的物についての処分が、特定の人への保護だけを目的とした、制定法の譲渡禁止に違反している場合には、その譲渡は、この人に対してだけ unwirksamである」とされるような場合である。この場合には、所有権が分割され、一般人に対してと、保護された人に対してとで所有者が異なることになる。Savignyがいう相対的無効は今日でいえば不確定(schwebend) unwirksamにあたると思われる。たとえば、BGB一〇八条一項「未成年者が、必要とされる法定代理人の同意なしに契約を締結した場合には、その契約の有効性はその代理人の追認による」とされている場合である。Vgl. Othmar Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Aufl., München, 1994, Vor §104, 3, §136, 3.

要するに、Savignyがいう相対的の基準は、主張者が限定されている点にあり、現代ドイツという相対的の基準は、主張の相手方が限定されている点にある。柳澤、名城法学三四卷一七頁以下、四七頁によれば、フランス民法は、主張者を基準とし、わが国における現在の通説は、主張の相手方を基準としているようである。フランス民法については、鎌田薫「いわゆる『相対的無効』について——フランス法を中心に」法律時報六七卷四号(一九九五年)七八頁以下も参照。

なお、Unwirksamkeit, unwirksamも、Ungültigkeitと同じく「効力がないこと」を意味するが、適当な訳語が見当たらないので本稿では原語のまま使用する。

(6) Savigny, System 4, S. 559f.

(7) Manfred Harder, Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen, AcP 173, S. 212. 山下、法学論叢六一卷五号一〇八頁。

(8) 山下、法学論叢六一巻五号一〇八頁以下参照。Sigmund Schlossmann, Zur Lehre vom Zwange, Leipzig, 1874(Nachdruck, 1970), S. 6 (以下、Zwangeと略す)によれば、無効と取消可能の対立は、ローマ法の歴史的な展開によって生み出された、純粹に形式的な性質の対立、すなわち、市民法による Unwirksamkeit と、法務官が市民法の命題を排除して一定の要件の下で認められた Unwirksamkeit の対立であるとされる。しかし、Savigny, System 5(1841), S. 180f. は、抗弁を市民法上の訴権と法務官法上の抗弁という図式で理解することを批判し、System 7(1848), S. 93ff. は、不当利得返還請求権、売買解除訴権、悪意訴権、強迫訴権などによる回復 (Restitutio) や原状回復について、嚴格法と衡平法の対立を指摘している。児玉寛「サヴィニーにおける古典的民法理論」法政研究五〇巻三・四号 (一九八四年) 三八六頁以下、永田真三郎「抗弁権概念について」関西大学法学論集二二巻四・五・六号 (一九七三年) 一一一頁以下参照。
ちなみに、原田『ローマ法』によれば、「売買解除訴権」とは、今日でいう瑕疵担保責任の場合に承認されるものである (一八六頁以下)。

II Windscheid の見解

一 取消可能概念

Windscheid は、無効と取消可能の区別について、次のように述べている。すなわち、無効とは、意図された法律効果がまったく発生せず、法律行為がなされなかったのとほとんど同じ場合であり、取消可能とは、たしかに意図した法律効果を発生するが、それに対応する事実的な状態を、発生あるいは維持することができないとされる場合であり、要するに、意図した法律効果に対して反作用が起こる (entgegenreten) ことがありうる場合である。⁽¹⁾ここで決定的とされているのは、意図された法律効果がまったく発生しないのか、それとも、たしかに発生し継続するものの、それに対する反作用も発生するのかということである。

取消可能は、Savigny の場合と同じように多様であり、抗弁が伴う請求権のように法律行為から発生した法律効果がそれ自体効力がない場合 (in sich selbst kraftlos) と、回復 (Wiederaufhebung) が認められる場合に含まれている。前者の場合には、請求権はたしかに成立 (begründet) をせられており、法がその成立 (Entstehung) のために要求している事実 (Tatsache) がすべて存在し、それを消滅させる事実は存在していないが、しかし、義務を負っている者が請求権の実行を拒否できるような事情 (Umstand) が存在し、この事情によって請求権が貫徹することを阻止できるとされる。⁽²⁾ 抗弁の具体例として挙げられているのは、強迫を原因とする抗弁、悪意の抗弁、マケドニアーム元老院議決の抗弁、ウエルレニアーム元老院議決の抗弁である。⁽³⁾

後者の回復については、さらに、裁判官 (Richter) によって回復される場合と、取消されるべき法律行為によって発生した法律効果が、それによって利益を受けている者などの行為によって回復される場合とが区別されている。⁽⁴⁾ 裁判官によって回復される場合に属するのは、原状回復 (in integrum restitutio)、遺言に反する遺産占有 (bonorum possessio contra tabulas)、不倫遺言の訴 (querela inofficiosi testamenti)⁽⁵⁾ である。原状回復とは、ある法律事実 (juristische Tatsache) から、それによって発生した法律効果が、一定の根拠に基づいて、判決によって再度奪われることであり、その特徴は、ひとつには、ある法律事実から、それによって発生した法律効果が再度奪われることであり、もうひとつは、それが裁判官に委ねられ、個別事情を配慮できるようになっていることである。⁽⁶⁾

このように原状回復が、変更されたことの判決による否定であるのに対して、原状回復請求権による回復の場合には、不利益を受ける者のために、利益を受けている者に対する債権的 (obligatorisch) 請求権が発生しているだけであり、回復は裁判官の判決によってではなく、私人の行為によって行われる。⁽⁷⁾ 具体的には、悪意訴権や強迫を原因とする訴権が発生する場合である。⁽⁸⁾

II Windscheid 及 Savigny の相違点

Windscheid 及 Savigny との間には、次に述べるような重要な違いがある。Windscheid は 'Ungültigkeit 及 Unwirksamkeit とを区別し、無効と取消可能を、' Ungültigkeit の下位概念としている。Windscheid によれば、'ungültig な法律行為とは、法的に要求されていること (Anforderungen) すべてを満たしていないために、(法律)関係 (Verhältnisse) を意図された形で発生させることのできない法律行為である。それに対して、'Unwirksamkeit は、'法律行為として法的に要求されていることをすべて満たしたとしてもなお効力がない場合を指している。⁽⁹⁾

この区別の要点は、法律行為として法的に要求されていること、すなわち、有効要件を満たしているかどうかである。条件付の法律行為において、条件が満たされない場合に、その法律行為が unwirksam であるのは、有効要件は満たされているものの、当事者がさらに条件という形で法律効果が発生するための要件を追加しているために、なお効果が発生しないからである。また、法律行為の Unwirksamkeit が、それ自身にその根拠を持つのではなく、効果(発生させられたこと (das Gewirkte)) に関係する事実 (Tatsache) にその根拠をもち、その事実が法律行為 (発生させる効力 (die wirkende Kraft)) には影響していない場合、たとえば、消滅時効に根拠をもつ場合は、'Ungültigkeit の概念には含まれないとされる。⁽¹⁰⁾

Windscheid は、権限がないにもかかわらず、他人の名前で法律行為を行い、追認されなかった場合も、同じように unwirksam であるとしている。⁽¹¹⁾ 追認されるまでの間は、未確定の状態 (in dem Zustand der Schwebe) にあり、法律効果は否定されないが、停止されているとする。そこに付けられた注では、この法律行為は、'ungültig ではなく、条件付の法律行為に類似するとしている。⁽¹²⁾

要するに、Windscheidは、意図された法律効果を発生するための有効要件が法律行為に欠如しているかどうかに注目して、UngültigkeitとUnwirksamkeitとを区別し、無効と取消可能を、前者の下位概念として、すなわち、有効要件を欠如するものとして、同じ平面において理解している。それに対して、Savignyには、有効要件という観点はなく、WindscheidではUnwirksamkeitに分類されるはずの、停止条件が満たされない場合や解除条件が満たされた場合⁽¹³⁾、さらに、一旦は完全な法律効果が発生する、債務関係の履行が完了した場合を無効とし、また、訴権が時効にかかった場合は、有効要件は充足されていたはずであるのに、それを取消可能としており、⁽¹⁴⁾ UngültigkeitとUnwirksamkeitの区別はない。

III Schlossmannの批判

(1) 批判の対象となった通説的見解

Schlossmannは、自らが批判の対象とする通説的見解を次のような形でまとめている。

Schlossmannによれば、すべての学者は、細かな点での違いはあるものの、主要な点で一致しており、無効な行為とは、意図された法律効果がそもそも発生しない状態にある行為であり、取消可能な行為とは、それ自体は有効であるが、そこにある瑕疵のために効果が再び剝奪される行為である。⁽¹⁵⁾ Schlossmannは、このような通説的見解は、効果が発生しないこと（無効）と、再び剝奪されること（取消可能）を、法律行為の性質（Qualifikation, innere Beschaffenheit）としているとする。すなわち、不完全な、行為意図に対応しない効力（die nicht vollkommene, die der Absicht des Geschäfts nicht entsprechende Wirksamkeit）が両者に共通の特徴とされ、この特徴に注目してungültigな行為の категорияが設けられ、そのcategoryの中で、Ungültigkeitの現われ方にしたがって、無効と取消可能が区別される。したがって、

その内的な本質により (ihrem inneren Wesen nach) 無効という法的な性質 (die rechtliche Eigenschaft) を持つ行為と、取消可能という法的な性質を持つ行為が存在する。無効と取消可能は、ともにそれらが関係する行為の性質 (Charakter-eigenthümlichkeit) として取り扱われているとする。⁽¹⁶⁾

(2) Schlossmann の見解

Schlossmann は、この通説的見解を、次のように批判する。

一定の効果が発生するためには、それが発生するために必要な原因 (Ursachen) の全部が存在しないのか、それとも一つだけが存在しないのかは、本来どうでもよいことであり、それと同じように、法律要件 (ein rechtlicher Thatbestand) は、その要素 (Momente) の一つが欠如しただけであっても、存在しない (nicht existent) 行為の無効を行為の瑕疵であると理解する見解は、法律行為という概念を、純粹に体系的な意味を越えて使用している。個々の法律要件から重要な要素を取り出すことは、体系的に述べることを容易にし、特別な現象を学問的に特別に扱い、そして強調するため許されるだけである。それは、この目的を越えては、意味がない。しかし、行為を有効と ungitig とに区別することとは、その意味のないことを行うことである。なぜなら、それは、不完全な要件 (unvollständiger Thatbestand) にも、実際に認められない法的な意味を付与することを前提とするからであるとする。⁽¹⁷⁾ そして、無効を法律行為の性質と理解し、それを、本来的な内容 (eigenthümlicher Inhalt) をもった法的な概念として取り扱うことはできないとする。

要するに、Schlossmann によれば、法律行為は存在するか、しないか (die völlige Negation des Vorhandenseins eines rechtlich erheblichen Thatbestandes) のいずれかであり、法律行為が存在すれば法律効果は発生し、存在しなければ法律効果は発生しない。法律行為は存在しているが、法律効果は発生しないということは認められないのである。⁽¹⁸⁾

Schlossmann は、取消可能の概念についても、次のように批判している。

取消可能は、行為に内在する瑕疵とされ、それを根拠に、一旦発生した法律効果が再び消滅させられる。しかし、先に述べたように、法的に重要な（法律）要件 (rechtlich erheblicher Thatbestand) とそうでない（法律）要件（——通常の表現方法によれば、有効な行為と無効な行為）の間には、第三のものは考えられない。法律効果は発生するかしないかである。それが一旦発生し、再び奪われることがあることを、法律行為、あるいは、それによって発生した法律関係の性質と理解することはできない。そして、法律行為は、法律効果が発生した場合には、その機能を果たして消滅している。法によって継続的に承認されることではじめて存在している法律効果だけが、この保護を拒否されることで再び消滅⁽¹⁹⁾するとする。

要するに、Schlossmann は、法律行為とその法律効果とを区別し、取消可能を法律効果とだけ関係づけて理解している。したがって、Schlossmann によれば、いわゆる取消可能は、法的に特別に性質づけられる、行為あるいは法律関係の状態なのではない。いわゆる取消可能であるすべての場合に、むしろ、完全な、法的に重要な（法律）要件 (vollkommene, rechtlich erhebliche Thatbestände) が問題になっている。取消可能な行為は、取消権を放棄することによって、あるいは、それが消滅時効にかかることによって、有効になるという命題は、より詳しく考察すれば、ある法律状態は、それが消滅させられないかぎり存在するという当然の命題の別の表現にすぎないことになる。⁽²⁰⁾

以上の Schlossmann の批判は、Windscheid と同じように、有効要件に注目することを前提にしている。すなわち、Schlossmann によれば、有効要件が満たされている場合には、法律行為が存在し、そうでない場合には法律行為は存在しない。有効要件が満たされていない以上、法律行為は存在しないのであって、無効な法律行為が存在するのではない。また、取消可能な法律行為は、すべての有効要件を満たした法律要件が存在しているのであるから、有効な行

為であり、取消は、法律行為の法律要件とは異なる法律要件に基づいて新たに認められるのである。

四 Windscheid の反批判

Schlossmann の、無効な法律行為は考えられないという見解を、Windscheid は、無効な法律行為は法の観点からすれば存在していないもの (existiert für das Recht nicht) であるが、事後的 (tatsächlich) には存在していると批判する。⁽²¹⁾ また、取消可能については、Windscheid は次のようにいう。⁽²²⁾ 「Schlossmann の契約〔強迫論〕二〇頁以下は、無効（注 2 参照と同じように、取消可能を法律行為の性質として表現することはできない。いわゆる取消可能においては、単なる「法律」要件 (Tatbestand) に基づいて発生した法律効果が、別の「法律」要件を根拠として再び消滅させられることである、という見解である。これによれば、所有権を再度譲渡して失うことと、所有権を強迫を原因とする訴権の結果として失うこととの間に区別はないことになるであろう。」（「内、田中」）

Windscheid は、取消可能な法律行為は、それが取消可能であることによって、無効なそれと同じように、その効力において障害を受けていると考えている。無効と取消可能の間には、種類と方法の違い（障害の程度の違い）が存在しているものの、このことは概念の本質にとって意味がなく、取消可能それ自体がすでに Ungültigkeit であって、法律行為の効力が再び消滅することが、その Ungültigkeit の効果・表現であり、根拠ではないとすれば、再度の消滅は過去にも作用し、実定法が、再度の消滅に対して、そのような効果を明白に拒絶している事例は、原則からの例外でしかないとする。⁽²³⁾

五 Windscheidの考察方法

Windscheidは、Schlossmannと同じように、有効要件に注目することを前提としている。しかし、Windscheidは、Schlossmannとは違って、取消可能な法律行為は有効要件を充足していないと考えている。

この考えに基づいて、Windscheidは未決定(unentschieden)無効を承認した⁽²⁴⁾。Windscheidが使用する、未決定と決定とを区別する基準は、Savignyとは異なっている。Savignyは、Ungültigkeitの発生が、偶然の現象、あるいは、人の意思に依存しているすべての場合を、未決定と呼んでいる。したがって、取消可能のすべての場合が、未決定 Ungültigkeitの事例である⁽²⁵⁾。それに対して、Windscheidは、法がはじめから(von vornherein)法律行為に承認を与えることを拒否しているか、あるいは、法が、一時的に、その法律行為がその承認を受けるかどうかを決定せず(dahingestellt)、その決定を将来の不確実な事情の発生あるいは不発生に依存させるかによって区別している。したがって、決定された取消可能と未決定無効の間の違いは、Ungültigkeitが、法律効果が一時的に発生するとはいえ、はじめから存在するか、Ungültigkeitがまだ決定されておらず、後で決定されるかにある⁽²⁶⁾。

Windscheidとともに、有効要件に注目する場合には、無効と取消可能を区別するために、有効要件を二つのグループに分けなければならないであろう。すなわち、(1)取消可能になることがあるものの、ともかく一時的にでも意図された法律効果を発生させる要件と、(2)もはや取消可能になることのない形で、意図された法律効果を完全に発生させる要件とに分ける必要がある。法律行為が前者の有効要件を満たしていない場合には、法律行為は法律効果を全く発生させず無効である。それに対して、もちろん前者の要件を満たしている限りで問題になるのであるが、法律行為が後者の有効要件を満たしていない場合には、法律行為は、一旦は法律効果を発生させるものの、その法律効果が再び奪われることがあることになる。未決定(相対的)無効とされるのは、前者の有効要件の中で、後でなお充足すること

ができるものが欠如している場合である。そのような有効要件が充足されるまでは、法律行為の法律効果は決定されていないことになる。

WindscheidとSchlossmannの間にある違いは、法律行為の有効要件が分割可能であると理解するかどうかにある。Schlossmannによれば、それはできない。法律行為がそれらの一つでも欠けば、それはそもそも法律行為ではない。それに対して、Windscheidによれば、この場合でもそれは法律行為である。法的には認められないとしても、事実上、法律行為である。そして、欠如している要件が(2)の要件である場合には、法律行為は取消可能であるとしても、目的とした法律効果は一時的にであれ発生する。

この有効要件の分割は、Savignyの規定群の違いに対応している。しかし、考察方法は、やや異なっている。Savignyが二つの規定群の存在を前提にしているとすれば、一方の規定群によって法律行為の効力の発生・消滅(無効)が判断され、その規定群によって効力が発生したとしても、他方の規定群が定めている法律要件からその一方の規定群によって発生した法律効果を否定する(取消)法律効果が発生するということで無効と取消可能の区別が説明される。有効要件を分割する必要が出てくるのは、規定群の区別をすることなく、法律行為の効力の問題を、すべて有効要件の欠如の問題として、同じ平面において理解した場合である。

Windscheidの先のような考え方は、*exceptio*を請求権との関係で考察していることにも現れている。Windscheidは、*actio*を訴権ではなく、請求権と理解することによって、*exceptio*も、訴権に対する防御ではなく、特別な場合についての、請求権の法的承認の撤回(*Zurücknahme*)と理解し、請求権について法的に要求されている要件を、通常の場合に請求権を正当化する法律要件(*Thatbestand*)と、その正当化が特別な事情によって無力化されないことという消極的要件(*negative Voraussetzungen*)に分類している。消極的要件の欠如が、*exceptio*を発生させるのである。そして、こ

の問題は訴訟法の問題ではないとされている⁽²⁷⁾。要するに、*actio*と*exceptio*の両者を、請求権を中心にして、法的に要求される二種類の要件の問題とし、実体法の領域に位置づけたのである。

- (1) Windscheid, Pandekten 1, S. 424f., S. 320.
- (2) Windscheid, Pandekten 1, S. 425, 202.
- (3) Windscheid, Pandekten 1, S. 425 Anm. 3.

原田『ローマ法』によれば、「マケドニアヌム元老院議決」とは、家父の権力に服している家子が、父を殺して債務を弁済した事件を契機として制定されたもので、家子に対する金銭の貸借が禁止された。違反して貸し付けられた金銭について訴えられた家子はこの元老院議決の抗弁を援用することができた(一七八頁以下)。「ウエルレニアヌム元老院議決」とは、婦女が他人の債務関係に参与し、保証人となったりすることを禁止したものである。マケドニアヌム元老院議決の場合と同じように、これに違反して発生した債務について訴えられた婦女は抗弁を対抗することができた(二六〇頁以下)。

- (4) Windscheid, Pandekten 1, S. 425f.
- (5) 原田『ローマ法』によれば、「不倫遺言の訴」とは、遺言者の卑属、尊属、父母を同じにする兄弟姉妹が、遺言者の死亡に際して受けた額が、無遺言相続であったならば受けたであろう額の四分の一に達しないときには、遺言相続人に対して訴えることを認めるもので、無遺言相続分を侵害している限度で遺言が取消される(三四五頁以下)。
- (6) Windscheid, Pandekten 1, S. 584.
- (7) Windscheid, Pandekten 1, S. 585.
- (8) Windscheid, Pandekten 1, S. 426 Anm. 5.
- (9) Windscheid, Pandekten 1, S. 423f.
- (10) Windscheid, Pandekten 1, S. 423 Anm. 1.

なお、Gradenwitz, Ungültigkeit, S. 322は「当事者の意図通りに法律効果が発生しないという点で Ungültigkeit の共通点を見いだしているが、条件付の法律行為の場合には、当事者が意図しているがゆえに法律効果が発生しないのであり、Windscheidは

Gradenwitz の理解を共有しているのかもしれない。

- (11) Windscheid, Pandekten 1, S. 423, Anm. 1.
 - (12) Windscheid, Pandekten 1, S. 365. 類似するとしているが条件付の法律行為そのものではないとする。その理由は、欠けているものが、外的なもの (Außerliches) ではなく、法律関係が成立するとされている人の意思であるからとする。
 - (13) Savigny, System 4, S. 538f.
 - (14) Savigny, System 4, S. 542f. ちなみに Windscheid は請求権の時効を、請求権の消滅との関係で取り扱っている。Windscheid, Pandekten 1, S. 573.
 - (15) Schlossmann, Zwange, S. 7.
 - (16) Schlossmann, Zwange, S. 10f.
 - (17) Schlossmann, Zwange, S. 13f.
 - (18) Schlossmann, Zwange, S. 17f.
 - (19) Schlossmann, Zwange, S. 20f.
 - (20) Schlossmann, Zwange, S. 21f.
 - (21) Windscheid, Pandekten 1, S. 424, Anm. 2.
 - (22) Windscheid, Pandekten 1, S. 427, Anm. 7. “Schlossmann, der Vertrag” とされているが、正しくは “Schlossmann, Zur Lehre vom Zwange” とあるべき。
 - (23) Windscheid, Pandekten 1, S. 427, Anm. 7.
 - (24) 未決定無効は、相対的 (relativ) 無効と表現することも可能であるとされている。Windscheid, Pandekten 1, S. 428 Anm. 8.
 - (25) Savigny, System 4, S. 538f.
 - (26) Windscheid, Pandekten 1, S. 427.
- なお、Windscheid は、無効行為の治癒を認めている。Windscheid は、おおよそ次のようなことを述べている。法が法律行為の有効要件 (Erforderlichen) が後に発生したのでもよいとしている場合が例外的にある。法律行為の有効性に第三者の同意が必要な場合がそうである。ここでは、法律行為の ungtülig は、この同意の後での付与、すなわち、この第三者の追認 (Genehmigung) によって

治癒する。ここに属する重要な事例は、ある人が、他人がその権利領域についてなした処分を追認するような場合である。Windscheid, Pandekten I, S. 438, 422. この無効行為の治癒に該当する事例は、未決定無効の例であると考えられる。同じように追認を認める、先に紹介した、他人の名前で法律行為を行い追認されなかった場合は、unwirksamの例である。

(27) Bernhard Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf, 1856, S. 225f.; vgl. Harder, AcP 173, S. 223.

三 ドイツ民法典の編纂過程

一 法律行為の効力に関する諸概念

無効と取消可能の概念を紹介する前に、それに関連するいくつかの概念を整理しておきたい。

(1) 法律行為の不存在

法律行為の要件 (Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts) について、たとえば、身体的な意思能力、真剣さ、表示された意思の現実性のような、自然的に本質的な要件 (natürlich wesentliche Erfordernisse) あるいは事実的な条件 (factische Bedingungen) と、実定的に本質的な要件 (positiv wesentliche Erfordernisse) あるいは法的な条件 (rechtliche Bedingungen) とを区別し、前者の要件が欠如した場合を法律行為の不存在 (nichtexistierende Rechtsgeschäfte) とし、後者の要件が欠如した場合に於いて法律行為の Ungültigkeit や無効を問題にすることについて、BGBの第一草案の総則編を起草した Gebhard は、その必要性はないとして反対している⁽¹⁾。

このような反対の基礎には、法律行為の効力はすべて、最終的には法律秩序に由来するという考え方があり、それ

ゆえに、自然的に本質的な要件も実定的に本質的な要件も、ともに有効性の実定法上の要件（positivrechtliche Erfordernis）⁽²⁾として同じ平面において理解されているのである。しかし、自然的に本質的な要件と実定的に本質的な要件との区別それ自体が全く無意味とされた訳ではなく、後で述べるように、無効と取消可能とを区別する際に一定の役割を果たしている。

なお、法律行為の存在（Existenz）とは、無効の部分でも触れるように、法律行為の外形（äußere Erscheinung）⁽³⁾が存在することであるとされている。

(2) Ungültigkeit ʘ Unwirksamkeit

Ungültigkeit ʘ Unwirksamkeit の区別について、BGB の編纂過程で第一委員会は、Ungültigkeit を無効と取消可能の上位概念であるとして⁽⁴⁾、Unwirksamkeit は、Ungültigkeit の対立概念ではなく、法律行為が意図された法律効果を発生しない場合を表現する概念であるとし、Ungültigkeit に該当するような無効のために法律効果が発生しない場合も、停止条件（Suspensivbedingung）⁽⁵⁾が付けられているような場合も、ともに含まれるとしている。先に紹介した Windscheid の区別と同じであると思われる。

二 無効と取消可能の区別

(1) 無効

無効とは、ある行為（äußerer Akt）が法律行為時（in dem Momente des äußeren Akts）に満たされているべき要件（Erfordernissen）を欠如しているために、あらゆる時点で意図された法律効果を発生させないことである。ただし、法律

行為とはされなかつた行為を根拠に、意図された法律効果以外の効果が発生することは認められている。⁽⁶⁾

ここで重視されているのは、いま存在すること (present/im Akte gegenwärtig) が要求されている要件が欠如していることと、あらゆる時点で法的な意味を持たないことである。したがって、死因贈与 (Schenkung Todeshalber) や将来の債権についての担保権設定のように有効性が法定条件 (Rechtsbedingung) に依存しているような場合や、治癒可能な無効が問題になる場合には、無効とは表現されるべきではないことになる。⁽⁷⁾

この無効の概念は、法律行為時に満たされるべき要件の欠如とされている分だけ、未決定無効を認める Windscheid などの見解よりも狭い。後で示すように、それゆえに、Windscheid が未決定「無効」としていた場面を、未決定「Ungültigkeit」と表現するようになったと推測される。⁽⁸⁾

なお、無効についての規定は、第一草案まで存在したが、当然であること、また第一草案の表現が不正確であることから、帝国司法省準備委員会 (Vorkommission des Reichsjustizantes) 以降は削除されている。⁽⁹⁾

(2) 取消可能概念の変遷

BGB の編纂過程において、取消可能概念の大きな変更が二度ある。Gebhard の一八七五年提案 (Vorlage)⁽¹⁰⁾ と部分草案 (Teilentwurf)⁽¹¹⁾ との間と、部分草案と総則暫定集成 (Zusammenstellung der sachlich beschlossenen Bestimmungen des Allgemeinen Teiles)⁽¹²⁾ 以後の草案との間である。

まず、Gebhard の一八七五年提案と部分草案との間であるが、前者では「取消可能な法律行為は、取消されるまでは、法的には存在しているものとして妥当する」とだけ定義されていたのが、一八八一年の部分草案では直接的に作用する取消可能 (Unmittelbar wirkende Anfechtbarkeit) と間接的に作用する取消可能 (Mittelbar wirkende Anfechtbarkeit) が

区別されている。⁽¹³⁾

次に、部分草案と総則暫定集成以後の草案との間であるが、いま紹介した部分草案に対して、総則暫定集成以後の草案では、「取消可能な法律行為は、取消された場合には、行われなかったものと理解される」とされている。部分草案が規定していた直接的に作用する取消可能についての規定だけが残り、間接的に作用する取消可能の規定は、第一草案までは形を変えて *essenden* 以下に僅かに残っていたものの⁽¹⁴⁾、それも、帝国司法省準備委員会以後は、余計であるとして削除されている。⁽¹⁵⁾ これ以後、取消可能は、直接的に作用する取消可能だけを意味することになる。

これ以後 BGB まで、取消可能の概念それ自体については、基本的な部分は同じである。⁽¹⁶⁾ 取消可能概念に関するこの二つの大きな変更の中で、BGB につながったのは、後者の部分草案における変更である。⁽¹⁷⁾ したがって、本稿では、部分草案と第一委員会での審議を中心に紹介したい。

(3) 直接的に作用する取消可能

直接的に作用する取消可能とは、そのような法律行為が取消された場合には、それが行われなかったのと同じ状態になる場合である。その法律行為は、法定解除条件付 (*auflösend wirkende Gesetzesbedingung*) であり、条件の成就は、実定法の規定によって (*Kraft positiv gesetzlicher Bestimmung*) 遡及効を持つとされ、一九世紀ドイツ普通法におけるような債権的な請求権 (*der obligatorische Anspruch*) による回復にとどまらない物的な (*sachlich*) ものとされている。⁽¹⁸⁾ 取消可能な法律行為が有効であると信頼した第三者は、登記や動産についての善意保護によって保護されることがあるだけで、一般的には保護されない。⁽¹⁹⁾

直接的に作用する取消可能に該当するものとしては、詐欺・強迫、婚姻無能力 (*Eheunfähigkeit*)、行為能力の制限

(Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit) 錯誤、不知 (Nichtwissen) が挙げられている。⁽²⁰⁾ たたとえば、詐欺・強迫に関する部分では、詐欺・強迫のないことが法律行為の有効要件 (Erfordernisse) あるいは法律要件要素 (Thatbestandmoment) であること、しかし、強制された者や詐欺を受けた者のためだけの要件であることが述べられている。⁽²¹⁾

ちなみに、Savigny と Windscheid も、直接的に作用する取消可能を知っている。たとえば、Windscheid は、彼が取消の一種と理解する原状回復 (in integrum restitutio) を、以前の状態を回復する請求権と区別している。この原状回復の特徴は、Savigny によれば、「裁判官の自由な、個人的な権力 (freie persönliche Macht)」にあり、Windscheid によれば、ある法律事実には、法律効果を与えないことを、法が裁判官に委ねていることにある。⁽²²⁾

この原状回復について、Gebhard は、「原状回復の制度が実定法の領域で辿った展開過程は、消滅する過程である」とする。その根拠として、未成年などについて認められた原状回復が必要以上のものとなり、一部の者を他の犠牲において優遇し、法的安全や取引の安全を侵害したこと、後の時代にすべての不公平な不利益を救済する一般的な権限と誤解されたことなどをあげている。また、未成年の回復や強迫・詐欺・錯誤を理由とする回復については、ほかの規定によって十分保護されていると⁽²³⁾している。第一委員会も原状回復の制度を採用しなかつた。⁽²⁴⁾要するに、原状回復の法律効果は、直接的に作用する取消可能として BGB に採用されているが、この制度の本来的な特徴は採用されていないのである。⁽²⁵⁾

(4) 間接的に作用する取消可能

間接的に作用する取消可能の特徴は、取消権者に、取消の相手方に対する人的な補償請求権 (Persönlicher Ausgleichanspruch) が帰属することであり、直接的な取消可能の場合とは異なり、第三者に対しては作用しないと⁽²⁶⁾されている。財

産の構成部分を処分できるのであるが、ある人のために一定程度まで処分できないとされる場合、たとえば、破産手続以外で債務者の法的行為を取消するような場合(actio Pauliana)が、間接的に作用する取消可能に該当するとされている。⁽²⁷⁾

取消可能な法律行為が、債務(obligatorische Verpflichtung)を根拠づけるだけの場合には、直接的に作用する取消可能と間接的に作用する取消可能は見かけ上接近し経済的な帰結は同じであるが、法的構造(Juristische Struktur)は異なっている⁽²⁸⁾とされる。直接的に作用する取消可能の場合には、請求に対する抗弁の主張は、請求権の基礎にある法律行為を取消す意思表示であり、それによって法律行為はすべての法律効果を失う。それに対して、間接的に作用する取消可能の場合には、それ自体根拠をもつ請求権に対して、別の独立した(selbständige)請求権が対立し、その請求権の内容は補償(Ausgleichung)を目的としている⁽²⁹⁾という。

三 考察方法

BGBの編纂過程においても、Windscheidと同じように、法律行為の有効要件が注目されている。⁽³⁰⁾

(1) Gebhardの二八七五年提案

第一委員会は、一八七五年一〇月五日の第二回会議で、Gebhardの提案にしたがって、無効と取消可能を区別した。⁽³¹⁾そこで、まず、Gebhardの一八七五年提案を紹介しておきたい。

Gebhardは、その一八七五年の提案では、無効と取消可能を区別するために、二つの基準を使用している。ひとつは、先に触れた自然的に本質的な要件と実定的に本質的な要件との区別である。もうひとつは、実定的に本質的な要

件のさらなる区別と思われるが、一般的な法秩序のために (im Interesse der allgemeinen Rechtsordnung) 設定された要件と、法律行為の瑕疵によって影響を受ける一定の関係者のために (im Interesse gewisser, bei dem Rechtsgeschäft beteiligter, durch den Mangel beeinträchtigt Personen) 設定された要件との区別である。前者は、たとえば、目的物についての客観的な処分権 (Objective Verfügungsberechtigung/Verfügung innerhalb der eigenen Rechtssphäre) や意思内容の許容性であり、後者は、たとえば、強迫や詐欺がないことである。

そして、自然的に本質的な要件や一般的な法秩序のために設定された要件が欠如した場合には、それは、絶対的に (absolut)、すなわち関係者がそれを欲しているかどうかに関係なく作用し、直接的に (unmittelbar)、すなわち法律行為の効力を初めから奪う。それに対して、関係者のために設定された要件が欠如したにすぎない場合には、それは、相対的に (relativ)、すなわち関係者がそれを欲した場合にだけ作用し、間接的に (mittelbar)、すなわち法律行為の給付能力 (Leistungsfähigkeit) が弱められるだけである。

この区別が、無効と取消可能に対応するとされ、無効とは、法律行為が、その意図する法律効果を発生できない場合であり、取消可能とは、法律効果はたしかに発生するが、この効果が奪われることがある場合であるとされる。取消権 (Anfechtungsrecht) は、権利状態 (Rechtslage) の変更を目的としたものであり、この権利状態の変更によって債権的な権利義務が発生するものと理解されている。⁽³²⁾

(2) 第一委員会

第一委員会は、以下に示すように完全にはないものの、この見解を採用した。

第一委員会は、一八八一年二月二日の第三七回会議で、部分草案について議論し、「一八七五年一月五日の事

前決定にしたがって……『無効』と『取消可能』の間を区別する」ことに一致している。⁽³³⁾

しかし、部分草案や一八八一年の第一委員会は、先の Gebhard の一八七五年提案における要件の区別に完全にしたがっているわけではない。たとえば、無効について次のように記されている。「締結 (Abschluss) と法律行為の法律要件 (rechtsgeschäftlicher Thatbestand) に関係する、法律行為の発生についての一般的な原則からしてそれが存在するために重要な瑕疵——行為無能力、意思の欠如、方式の瑕疵、禁止規範違反——がある場合」だけでなく、「別の法規範に抵触しているがゆえに——物権契約における目的物についての権利の欠如、債権行為における、その行為をする権利の欠如など——、意図された法律効果が、当事者の意思に反して拒否され、したがって法律行為の効果がない場合」にも、無効であるとしている。⁽³⁴⁾ ここでいう法律行為の法律要件に係る要件は、先の Gebhard の一八七五年提案における自然的に本質的な要件（身体的な意思能力、真剣さ、表示された意思の現実性などに、そして、そのほかの法律行為の効果に関する要件は、一般的な法秩序のために設定された要件（目的物についての客観的な処分権や意思内容の許容性など）に対応しているように思われるが、完全にではない。いずれにしろ、この決定によって、無効については、「当事者の意思に反して (gegen den Parteiwillen)」という側面が強調され、法律行為の法律要件要素が欠如しているかどうかは注目されないことになった。

直接的に作用する取消可能を採用する一つの要因となった強迫と詐欺に関しては、次のように記述されている。「取消可能であることが、法律行為の効力に直接的に係している場合には、詐欺と錯誤のないことが、法律行為の要件 (Erfordernisse des Rechtsgeschäfts) として設定されている。しかし、無条件に設定されているのではない。この要件は、法秩序によって、強迫された人あるいは詐欺の被害を受けた人のために設定されているだけである」。⁽³⁵⁾ これも、先の Gebhard の一八七五年提案における要件の区別では説明できない。なぜなら、要件が関係者のためだけに設定されて

いるにもかかわらず、それが欠如した場合について、債権的な効果だけでなく、直接的に作用することが認められているからである。

それだけでなく、Gebhardの一八七五年提案との違いは、直接的に作用する取消可能を間接的に作用する取消可能と比較すれば、さらに明白になる。間接的に作用する取消可能は、法律行為の法律要件要素(Thatbestandsmomente)は欠如しておらず、この法律要件に対立する形で、別の法律要件(ein gesonderter Thatbestand)がはじめから(von Anfang an)存在している場合である。⁽³⁶⁾このことからすれば、先の直接的に作用する取消可能では、関係者のためだけに設定された法律行為の法律要件要素が欠如していることになるが、法律行為の法律要件要素が、Gebhardの一八七五年提案における自然的に本質的な要件と対応するのであれば、それを欠如する以上、無効でなければならぬはずである。

要するに、直接的に作用する取消可能は、関係者のためだけに設定されている要件が欠如しているにすぎないにも関わらず物的な遡及効が認められ、法律行為の法律要件要素が欠如しているにも関わらず無効にならないのであり、これをGebhardの一八七五年提案における有効要件の区別で説明することはできない。

しかも、無効では、直接的に作用する取消可能と間接的に作用する取消可能との区別で重要な法律行為の法律要件要素が重視されなくなったので、無効と直接的に作用する取消可能との区別と、直接的に作用する取消可能と間接的に作用する取消可能との区別を、同じ次元で考えることはできず、二つの基準を組み合わせる必要があると思われる。すなわち、一般的な法秩序のために設定された要件が欠如すれば、法律行為の法律要件要素が欠如するかどうかに関係なく、法律行為は無効となり、関係者のために設定された要件が欠如している場合には、それが法律行為の法律要件要素でもあれば、直接的に作用する取消可能となり、それが法律要件要素でなければ、間接的に作用する取消可能となるものと推測される。間接的に作用する取消可能においては、別の法律要件が存在する場合とされてい

るが、先に述べたように、法律行為の効力を有効要件に注目して説明するとすれば、間接的に作用する取消可能においても、別の法律要件という形で、有効要件が設定されているものと理解される。有効要件を満たしつつも、なお法律効果が発生しないとされる *Unwirksamkeit* との区別は明確ではないが、間接的に作用する取消可能においては、「はじめから」、すなわち、法律行為の法律要件要素が充足されるのと同時に、別の法律要件が存在しているのに対して、*Unwirksamkeit* の場合は必ずしも同時ではないという点に違いがあるものと思われる。

なお、以上のような、Gebhard の一八七五年提案における区別との違いは、部分草案における *Ungültigkeit* についての規定が、表現の統一と、部分草案に使用されている用語を整理することを目的としていること⁽³⁷⁾ に関係している。

四 法律行為の効力に関するそのほかの諸概念との区別

(1) 直接的に作用する取消可能と未決定 *Ungültigkeit* の区別

先に触れたように、Gebhard は、無効・取消可能と区別される未決定 *Ungültigkeit* を承認している。未決定 *Ungültigkeit* は、法律行為時にすぐに充足することができるものの、そのことが絶対的に要求されているのではない法律行為の要件 (*rechtsgeschäftliche Erfordernisse*) を欠く場合であり、この要件を欠いている限り、法律行為は *unwirksam* であるが、その *Unwirksamkeit* は最終的に決定されていない (*kein definitiv entschieden*) とされる。直接的に作用する取消可能との区別は、直接的に作用する取消可能では、法律行為の効果は解除 (*Resolution*) にさらされており、他方、未決定 *Ungültigkeit* では、一時停止されているという。未決定 *Ungültigkeit* の典型的な場合として、具体的処分権限 (*konkrete Verfügungsbefugnis*) が欠如した場合⁽³⁸⁾ があげられている。

未決定 *Ungültigkeit* と直接的に作用する取消可能との区別は、法律行為の効果との関係では、瑕疵ある法律行為が、

法律効果を、たとえ取消可能であるとしても、はじめから発生させるのか(直接的に作用する取消可能)、それとも、後で発生させるのか(未決定 Ungültigkeit)にあるだけである。両者とも、法律行為の効果は、取消権を持つ者の意思表示など将来の出来事に依存しており、たとえば、取消権者が直接的に作用する取消可能である法律行為を取消した場合には、それは、はじめから無効である。取消さなければ、はじめから有効である。それに対して、未決定 Ungültig な法律行為では、欠如した要件が後に充足されなかった場合には、それは、はじめから無効である。充足された場合には、はじめから有効である。違いは、法律行為が一時的に有効であるのか、無効であるのかという点だけにある。

この法律行為の効力に関する違いに、欠如している有効要件が法律行為時に充足されていることが必要とされるかどうかの違いが反映している。すなわち、無効や直接的に作用する取消可能の場合には、法律行為時に充足されていないことが必要な有効要件が欠如している。そのために、はじめから法律効果が発生しなかったり、遡及的に法律効果が失われるのである。それに対して、未決定 Ungültigkeit では、法律行為時に充足されていることが絶対的に要求されているのではない有効要件が欠如している。そのために、法律効果もその要件が充足されるかどうかで決まるのである。

(2) 未決定 Ungültigkeit と法定(停止)条件付有効の区別

BGB の立法者の理解によれば、未決定 Ungültigkeit に類似するものとして、未成年者が、必要とされる法定代理人の同意(Einwilligung)なしに締結した契約の法律効果がある。ここでは、契約の締結によって直ちに有効な契約が成立するが、この契約の有効性(Wirksamkeit)が、法定代理人の追認(Genehmigung)によって条件づけられていると理解されている。すなわち、追認されると契約は締結の時点から効果を持ち、追認されないと契約は unwirksam なままである。

という形で条件が付けられているという。未成年者による契約の締結によって、すべての法律行為の法律要件 (rechts-geschäftlicher Thatbestand) が有効になるために必要な要件 (Voraussetzungen) が与えられ、追認は有効性を条件づけてい
るだけだという (die Genehmigung bedingt nur die Wirksamkeit)。追認によって有効か無効かが決定される未決定 Gültig-
keit に近いとされるが、未決定 Gültigkeit は、未確定の間 (Schwebezeit) 契約が効力 (Wirkungen) を発生していたかどうかをいうことができないことから、未決定 Gültigkeit と理解する見解は妥当ではないとされた⁽³⁹⁾。

要するに、この法定(停止)条件付有効と未決定 Ungültigkeit との区別は、前者の場合には契約が締結時から有効と扱われるのに対して、後者の場合には契約の有効性が未確定とされる期間があること、また、有効要件については、前者が法律行為の要件をすべて備えているのに対して、後者の未決定 Ungültigkeit はそれを欠如していることにある。

なお、法定(停止)条件付有効という考え方は、任意代理権のない代理においても採用されている。任意代理人は、契約をする意思を表示しており、彼と取引している相手方は、その法律行為が代理人自身ではなく、本人に関するものであることを了解しているのであるから、この両当事者の意思の一致により契約が成立する (zu Stande kommen) とされる。この契約は、有効要件 (Erforderniß der Gültigkeit) については問題がなく、その効果 (Wirksamkeit) については、本人の追認という法定条件 (die Rechtsbedingung der Genehmigung) に服しているとされる⁽⁴⁰⁾。

(3) 直接的に作用する取消可能と抗弁の区別

直接的に作用する取消可能が採用されたことによって、一九世紀のドイツ普通法では取消可能の概念の一つに位置づけられていた抗弁⁽⁴¹⁾によって法律行為の効力を否定する場合の位置づけも変更されている。

Savigny は、被告の防御 (Vertheidigung) の根拠を二つに分類している。ひとつは、原告が主張している権利が、いま存在していることを否定 (Verneinung) することであり、もうひとつは、原告が主張している権利とは別の被告の権利を対抗すること (Gegensetzung) であり、原告の権利は存在するものの、訴える効力 (Klagwirkung) の点で阻害されるといふ。Savigny は、この後者の防御を、ローマ的な意味での *exceptio* と呼んだ⁽⁴²⁾。Windscheid も、同じように両者を區別しているが、しかし、この *exceptio* を、実体法的な意味 (im materiellen Sinne des Wortes) での *Einrede* と表現している⁽⁴³⁾。

Gebhard は、権利の存在が問題になる場合と區別して、権利それ自体は存在するが、その実現が妨害される場合を、実体法の意味での抗弁 (*Einrede im Sinne des materiellen Rechts*) と理解し、その存在を承認している。しかし、理論的な立場の表明になるとして *Einrede* の概念それ自体を採用しなかつた⁽⁴⁴⁾。

第一委員会でも、一八八二年二月一〇日の第五六回会議で、Windscheid によって *Einrede* の概念を明確にすることが提案され、理論的には実体法の意味での抗弁が存在することは認められたにもかかわらず、*Einrede* という言葉を、実体法の意味での抗弁だけを意味すると定義することは疑問であるとされ、実体法の意味での抗弁に言及すべき場合には、放棄ができること、あるいは、援用が必要であることを付加することとされた⁽⁴⁵⁾。しかし、第一委員会ですらに審議をするうちに、*Einrede* という言葉を明確化させた上で民法典においても使用することが必要とされた。その結果、一八八五年五月三〇日の第四四二回会議で、*Einrede* は実体法の意味での抗弁を意味することとされ、*Einwendung* を、権利障害事実や権利滅却事実を主張する場合をも含む、より一般的な概念、すなわち *Einrede* の上位概念として使用することとされた。第一委員会がいう *Einrede* は、Savigny がいう *exceptio* に対応しており、*Einrede* については、請求権は義務者の意思に反しては実行できず、請求権は存続しているものの、間接的に効力を奪われていると述

べられている⁽⁴⁶⁾。

この第一委員会では、当初から、実体法の意味での抗弁と直接的に作用する取消可能とが区別されている。両者には、放棄できること、当事者が援用した場合にだけ顧慮されることなどの共通点がある⁽⁴⁷⁾とされながらも、取消は、裁判の内外で行われることがあり、また請求権そのものが消滅するのに対して、抗弁は、裁判において主張されてはじめて効果があり、請求権の存在そのものではなく、それを実行することに対して向けられているにすぎないとされている⁽⁴⁸⁾。

- (1) Horst Heinrich Jakobs u. Werner Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, Teilband I, Berlin u. a., 1985, S. 740 (以下「Beratung, AT1」略す) ; Werner Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, Teil 2, S. 211f. (以下「Vorentwürfe, AT2」略す) 後者では、自然的に本質的な要件に該当するものとして目的(Gegenstand)の不存在も挙げられている。Gebhardが反対している区別は、フランス法において行われていたものであり、法律行為が無効となる場合が限られているために、不存在という概念を導入して、法律行為の効力を否定する場面を増やしたことに関係している。熊谷芝青「フランス民法における『無効』と『不成立』の関係」田山輝明ほか編『民法学の新たな展開』成文堂、一九九三年、六八頁以下、鎌田薫「いわゆる『相対的無効』について(下)」法律時報六七巻七号八四頁参照。
- (2) Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 739f.; Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 208f., 212, 215.
- (3) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 210. WindscheidがSchlossmannを批判した部分が引用されている。Vgl. Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 740. 以下では、権利の変動を目的とした私的な意思表示が事実上なされれば、法律行為が存在する(vorhanden)とわかれる。
- (4) Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 754, vgl. S. 768.
- (5) Windscheid, Pandekten I, S. 423.

- (6) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 210f., 213, 222; B. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Bd., Berlin, 1899, S. 472 (ゴットムグダン I 巻附)
- (7) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 213, 222. 以下では、法律要件要素 (Thatbestandmoment) の欠如とされているが、後に見るように、一八八一年の第一委員会では有効要件一般へと拡大されている。Vgl. Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 754. 以下のような拡大が、直接的に作用する取消可能と間接的に作用する取消可能との区別に影響しているかどうかは不明である。
- (8) Windscheid, Pandekten 1, S. 427f.; vgl. Heinz Hübner, Zum Abbau von Nichtigkeitvorschriften, O. Behrends (Hrsg.), Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag, Göttingen, 1976, S. 404.
- (9) Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 761f., S. 767f.; Mugdan 1, S. 726. 前述の第一草案の条文は、“Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob nicht vorgenommen wäre.” であり、「意図された法律効果について」という部分に異議が出る可能性があり、異議が出ないような表現が簡単には見つかなかった。理由として挙げられる。Vgl. Andreas Cahn, Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht, JZ 1997, S. 9.
- (10) Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 750f.: Beilage B “Ein anfechtbares Rechtsgeschäft gilt als zu Recht bestehend, so lange dasselbe nicht angefochten ist.”
- (11) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 10f.: “§. 46. Ist ein Rechtsgeschäft einer unmittelbar wirkenden Anfechtung ausgesetzt, so wird es durch die Anfechtung in den Stand gebracht, als wenn es nicht vorgenommen worden wäre.” “§. 48. Ist ein Rechtsgeschäft einer mittelbar wirkenden Anfechtung ausgesetzt, so steht dem Anfechtungsberechtigten wider den Anfechtungsgegner ein persönlicher Ausgleichsanspruch zu.” などなど。第一草案では「二二条」BGBでは「四二条」である。
- (12) Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 764: “§104. Ein anfechtbares Rechtsgeschäft wird im Falle der Anfechtung so angesehen, als ob es nicht vorgenommen worden wäre, es sei denn, daß durch das Gesetz geringere Wirkungen der Anfechtung bestimmt sind.”
- (13) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 208f., 215f. 以下は、以下での作業は、法典で使用される取消可能という言葉の意味を確定し、統一するにとり限定され、無効との区別の理論的根拠などは、学説の検討に委ねられている。なお、部分草案の理由書においては、直接的 (direkt) 取消、間接的 (indirekt) 取消 (Anfechtung) という表現も使用されている。

- (14) Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 764, 765.
- (15) Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 769f.
- (16) Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 774f.
- (17) Vgl. Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 209.
- (18) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 218f., 149; Mugdan I, S. 473. Carl Georg von Wächter, Pandekten, Allgemeiner Theil, Leipzig, 1880, S. 422f. の原則として債権的回復しか認めない取消概念とは異なっている。
 なお、取消を法定解除条件とする理解は、すべり Gradewitz, Ungültigkeit, S. 321f. において見られ、resolutiv bedingt と表現されている。Vgl. Harder, AcP 173, S. 222.
- (19) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 218; Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 756f.; Mugdan I, S. 473.
- (20) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 216, 218.
- (21) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 148f., 139, 133. なお、詐欺・強迫の部分に規定されていた取消の規定(部分草案一〇三条)は、部分草案一二七条(現行民法一四三条)の部分で規定することとされ、第一委員会で削除された。Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 604.
- (22) Savigny, System, Bd. 7 (1848 Neudruck 1981), S. 108; Windscheid, Pandekten I, S. 584f.
- (23) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 552f.
- (24) Jakobs u. Schubert, Beratung, AT2, S. 1179; Mugdan I, S. 566f.
- (25) Vgl. Harder, AcP 173, S. 221f.
 なお、直接的に作用する取消可能の承認によって、法律行為を取消すかどうかは、裁判官の意思ではなく、取消権者の意思に依存するものとなり、また、取消を裁判外でも行うことが可能になった。Vgl. Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 139; Harder, AcP 173, S. 224.
- (26) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 221f., 132, 139.
- (27) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 216f.; 220. 法律行為の「取消可能」が問題になる場合として、(1)意思形成の瑕疵が発生した場合、たとえば、詐欺・強迫の場合、(2)ある財産の構成部分を処分できるのであるが、ある人のために一定程度まで処分できないとき

れる場合、たとえば、債権者の不利になる破産債務者の処分（破産手続外の、債務者の法的行為の取消に関する帝国法）や遺留分権利者の不利益になる被相続人の贈与などの場合があげられている。さらに、この主要な二つのほかに、付随的なものとして、(3) 双務契約において、一定の方法で侵害された一方当事者に、解除や取消の権限が与えられる場合、たとえば、追奪担保・瑕疵担保の場合や賃料不払いなどを理由とする賃貸借契約の解除の場合、(4) 忘恩や付帯条件を履行しないことを理由とする贈与の取消の場合などもあげられている。

この(1)と(2)がそれぞれ直接的に作用する取消可能と間接的に作用する取消可能の場合であるとされているが、(3)(4)の場合に「取消可能」という表現を与えるべきかについては決定されていない(dahinstehen)。

(28) 取消は、私人の意思表示として理解されている。Gebhardの一八七五年の提案においてすでに、取消は相手方に対する Ungültigkeit を主張するという表示によって行われるとされた²⁹。Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 745, 750; vgl. §143 BGB.

(29) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 221. Mugdan 1, S. 550 も、実体的な抗弁 (materiellrechtliche Einrede) を無効 (einen Anspruch von Rechts wegen in seiner Entstehung hindert) を直接的に作用する取消可能 (einen Anspruch wieder aufhebt) と區別する際に、類似の表現を使用している。なお Windscheid, Pandekten 1, S. 202, Abm. 1, S. 425 Anm. 3 は、市民法と法務官法の區別がなくなった後でも、なお抗弁を認める意味があることを根拠づけているが、そこでも類似の表現が使用されている。

直接的に作用する取消可能と間接的に作用する取消可能の區別は、取消と抗弁を區別した Ernst Immanuel Bekker, Die processualische Konsumtion im klassischen römischen Recht, Neudruck der Ausgabe Berlin 1853, Aalen, 1978, S. 95f.; Joseph Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Bd., 5. Aufl., Leipzig, 1892, S. 159 Anm. 77a, 76 (以下 System 2 と略す) の理解と共通する部分がある。Vgl. Harder, AcP 173, S. 223. 特に Unger は「法律行為」の消滅と法律行為から発生する「権利」の消滅とを區別し、前者を取消可能の場合とし、抗弁は後者の場合であるとした。ただし、Unger, System 2, S. 161 Anm. 83 は、将来に対して (ex nunc) だけ作用する取消可能だけを取消可能とし、このような将来に対して作用する取消可能を間接的な原状回復 (mittelbare Wiedereinsetzung des vorigen Zustands) と表現し、直接的な原状回復 (本来の原状回復) と區別している。

(30) Gebhard は、法律行為の効力は法秩序に由来するのであり、法秩序が私人の意思表示を承認 (Sanktion) するための要件 (Erfordernisse) を設定しているとし、Ungültigkeit 論は、有効論の裏返しであり、消極的な意味でのその繰り返しであるとする。Schubert,

Vorentwürfe, AT2, S. 208f. のように、Windscheid と同じように、Ungültigkeit は法秩序が設定した要件を満たしていない場合として理解されている。このことは「有効と Ungültigkeit の判断については、……最後の根拠は法秩序の規定である。取消可能の場合にも、Ungültigkeit の根拠は法秩序の意思であるが、私人の意思を Ungültigkeit とする際の条件としているのである」として一部の部分でも確認される。Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 215.

- (31) Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 751.
- (32) Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 740f., 745; vgl. Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 211.
- (33) Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 754.
- (34) Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 754.
- (35) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 148.
- (36) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 220.
- (37) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 209, 216; Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 753.
- (38) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 222; vgl. Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 751; Windscheid, Pandekten 1, S. 427ff., 438, 422.
- (39) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 46ff.; Mugdan 1, S. 426.
- (40) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 200; vgl. Mugdan, 1, S. 486f.; Jakobs u. Schubert, Beratung, AT2 (1985), S. 890, 921.
- (41) Savigny, System 4, S. 537; Windscheid, Pandekten 1, S. 425f. 永田 関法三三卷四・五・六号一五一頁以下、坂田宏「権利抗弁概念の再評価——主張共通の原則の例外としての存在意義——」民商一一〇巻四・五号（一九九四年）八二二頁以下参照。
- (42) Savigny, System 5, S. 152, 160.
- (43) Windscheid, Pandekten 1, S. 210.
- (44) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 446ff. 権利障害事実(rechtshindernde Thatsache)と権利滅却事実(rechtsvernichtende Thatsache)が、権利からその存在を奪うのに対して、抗弁事実(Einredethatsache)は、権利の存在には影響しないとされている。また、この区別に直接的 Unwirksamkeit と間接的 Unwirksamkeit の区別が対応し、さらに、裁判官が顧慮しなければならぬ場合と被告が主張した場合にだけ顧慮される場合の区別が対応するとされている。

なお、Gebhardは、市民法と法務官法が融合した結果、抗弁はすべて権利の存在を問題にするものとなり、法秩序が一方で命令し他方でそれを否定することになり矛盾になるという批判には従わない。Gebhardは、間接的 Unwirksamkeit が承認されてきた領域として、①権利に対抗する権利が存在し、その効力を一部あるいは全部否定するという権利追求的抗弁(die rechtsverfolgenden Einreden)と、②取消可能、③間接的な権利消滅的事実(die mittelbar rechtsaufhebenden Thatsachen)の二つに言及しているが、後者の二つにおける間接的有効は、権利追求的な抗弁の場合と違って、論理的なものではなく、実定的なもの、法政策的なものであるとしている。そしてその判断においては、①義務を負担している者(抗弁権者)に押し付けにならない形で特別な保護を与えるべきこと、②その際に、法律行為の本質的な(konstitutiv)要素に影響しない事情、あるいは、権利が満足させられたことを顧慮することなく、権利を消滅させる事情が問題になっていること、が一般には重要であるとされている。そして、どの程度、間接的な Unwirksamkeit を認めるのかは、実定法が決定することであると、Windscheidを引用している。また、請求権の存在を否定する場合と請求権の実現を妨害する場合が経済的結果は同じでも区別の必要があるとしている。

これらの叙述において、Unwirksamkeit という表現が使用されている。厳密な意味で使用されているのかどうかは不明であるが、Gebhardは、抗弁が対抗される場合を Ungültigkeit の一場面ではなく、Unwirksamkeit の一場面と理解していたのかもしれない。

- (45) Jakobs u. Schubert, Beratung, AT2, S. 1213f.
- (46) Jakobs u. Schubert, Beratung, AT2, S. 1252f.
- (47) 裁判官が当然には顧慮できないこととすることがあり、裁判官への不信が背景にあるようである。Jakobs u. Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 1213f.; Mugdan I, S. 550.
Harder, AcP 173, S. 224ff. は、取消について、法律行為の効力が否定されるのは、訴訟の判断の結果ではなく、取消の意思表示の結果であり、訴訟の判断は宣言的なものであるとし、訴訟法的思考との決別ならびに自由主義との関連を指摘する。なお、Gebhard は、ローマ法での原状回復が、自由意思ではなく裁判官の認可に服しているのに対して、詐欺・強迫の取消は意思決定であると述べたこと。Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 148f.
- (48) Mugdan I, S. 550; Jakobs u. Schubert, Beratung, AT2, S. 1214.

むすび

一 法律行為の効力の否定と要件の分類

法律行為の効力に関する諸概念の間にある区別を明白にするために、まず、効力の否定のされ方を、次の五つに区別したい。すなわち、法律効果が、(A1)まったく発生しない、(A2)後で発生(停止的)しうるが、そのまま発生しないこともある、(A3)法律行為時に発生し、後で物的に消滅(解除的)する、(A4)法律行為時に発生し、後で債権的に消滅する、(A5)法律行為時に発生し、しかも消滅しないが、実際には実現されない。

次に、法律効果に関する要件についても、次のように区別したい。

まず、(B1)法律行為が存在するために法が要求する要件(成立要件)、(B2)法律行為が法律効果を生ずるために法が要求する要件(有効要件)、(B3)有効要件を満たしている法律行為に、法律効果に関してさらに存在している要件(条件)の区別である。後に述べるように、法律行為の不存在と無効を区別しない場合には、(B1)の成立要件と(B2)の有効要件は、同じものとして扱われる。

次に、有効要件の内部において、(C1)法律行為時に充足されていることが必要な有効要件と、(C2)法律行為後に充足されてもよい有効要件との区別、さらに、(D1)一般的な法秩序のための有効要件と、(D2)関係者のための有効要件との区別、最後に、(E1)法律行為の法律要件要素と、(E2)法律要件要素以外の有効要件との区別である。

二 法律行為の効力に關係する諸概念

B G Bの立法者の理解によれば、法律行為の効力に關する諸概念としては、次のようなものがある。先の區別を基礎に、これらの諸概念の内容とそこで問題にされている要件の關係を、多少の推測を交えて整理すれば次のようになるであろう。

(1) 法律行為の不存在

法律行為が無効である場合と區別する必要はないとされている。したがって、法律行為の不存在とは、法律行為があらゆる時点で意図された法律効果を発生しないこと(A1)である。

ただし、法律行為の存在とは、法律行為の外形が存在することとされている。おそらく、今日という法律行為の成立要件(権利根拠事実)(B1)が満たされている場合であると推測される。法律行為が無効であった場合でも、この法律行為の外形から、意図された法律効果以外の効果が発生することは認められている。

(2) Ungültigkeit

Ungültigkeitは、無効と取消可能の上位概念であるとされている。すなわち、法律行為の効果が、何らかの形で、すなわち、まったく発生しないか、後でしか発生しないか、発生しても消滅するか、発生し継続しているが実現されないという形で、完全ではない場合(A1、A5)である。

法律行為の有効要件のいずれか(B1、B2)が満たされていない場合である。

(3) Unwirksamkeit

Unwirksamkeitは、Ungültigkeitの上位概念であるとされる。ここでも、法律行為の効果が、何らかの形で完全ではない。

Ungiltigkeitとは異なり、法律行為の有効要件(B2)は満たされているものの、さらに法律効果について存在している要件(B3)が満たされないために、効果が発生しない場合が含まれる。

(4) 無効

法律行為が、あらゆる時点において意図された法律効果を生じないことである(A1)。

ここでは、法律行為の有効要件のうち、法律行為時に満たされているべき(C1)、一般的な法秩序のための有効要件(D1)が欠如している。

(5) 直接的に作用する取消可能

取消によって法律行為が行われなかったのと同じ状態になるとされる。法律行為は、一旦法律効果を生じさせるものの、取消されると遡及的にしかも物的に法律効果が消滅する場合(A3)である。

法律行為に法定解除条件が付けられているとされているが、法律行為の有効要件のうち、関係者のために設定された法律要件要素(D2、E1)が欠如している。

(6) 間接的に作用する取消可能

取消権者に、取消の相手方に対する債権的な請求権が帰属するとされる。すなわち、法律行為が法律効果を一旦発生させ、それが継続するものの、債権的に消滅させられる場合(A4)である。

ここでは、法律行為の有効要件のうち、直接的に作用する取消可能となるような法律要件要素(E1)の欠如はないが、別の法律要件(E2)が存在している場合である。いいかえれば、法律要件要素以外の、関係者のために設定された有効要件(D2)が欠如している場合であると考えられる。

(7) 未決定 Ungiltigkeit

法律行為が法律効果を法律行為時には発生させないが、後で発生させる場合(A2)である。直接的に作用する取消が、一旦発生させ後で消滅させるのと、ちょうど反対になっている。

ここでは、法律行為時にすぐに充足することができ、それが必ずしも要求されていない有効要件(C2)が欠如している。

(8) 法定(停止)条件付有効

法律行為は法律行為時に有効であるが、法律効果を発生させずに後で発生させる場合(A2)である。

ここでは、法律行為の有効要件(B2)はまったく欠如しておらず、ただ、この効力が先のばしされているだけである(B3)。したがって、法定(停止)条件付有効と未決定 Ungültigkeit の関係は、Unwirksamkeit と Ungültigkeit の関係に対応する。

(9) 抗弁

法律行為は法律効果を発生させ、それが継続しているが、その法律効果の実現を妨げられている場合(A5)である。抗弁が對抗される権利を発生させる法律要件(B2あるいはE1)が存在し、他方で、その権利の実現を妨げる抗弁を発生させる法律要件(B3あるいはE2、D2)が存在していることになる。間接的に作用する取消可能とほぼ同じ構造を持っているが、少なくとも、抗弁が防衛的であるのに対して、間接的に作用する取消可能の場合には債権的請求権が存在している点に違いがあると思われる。

要するに、(1a)法律行為の有効要件を充足しているかという観点からして、当事者が設定した停止条件の場合、法定(停止)条件付有効(たとえば、死因贈与、将来の債権についての担保権設定、終意(Netzwillige Willenserklärung)、法定代理人の同意のない未成年者の契約、任意代理権のない代理)の場合、おそらくまた抗弁の場合にも、それが肯定され、無効(たとえば、

行為無能力、意思の欠如、方式の瑕疵、禁止規範違反、物権契約における目的物についての権利の欠如、債権行為における、その行為をす
る権利の欠如）、未決定 *Unmöglichkeit*（たとえば、⁽¹⁾ 具体的処分権限の欠如）、直接的に作用する取消可能（たとえば、強迫、詐欺、
婚姻無能力、行為能力制限、錯誤、不知）、間接的に作用する取消可能（たとえば、*actio Pauliana*）の場合には、否定される。
後者のものは、さらに、(1b) 法律行為としての法律要件要素が存在しているかという観点からして、間接的に作用する
取消可能の場合に、それが肯定され、無効と未決定 *Unmöglichkeit* の一部、そして直接的に作用する取消可能の場合に、
それが否定される。

また、おそらく、無効と未決定 *Unmöglichkeit* の場合には、(2) 一般的な法秩序のための要件が欠如しており、直接的、
あるいは、間接的に作用する取消可能の場合には、関係者のためだけの要件が欠如している。

そして、無効と未決定 *Unmöglichkeit* との区別は、(3) 法律行為時に充足されていることが必要かどうかで区別されて
いる。

要件については、三つ、最初の区別の下位的な区別をも含めれば四つの基準で、複雑に区分されていることになる。
このような複雑な区分は、部分草案における *Unmöglichkeit* についての規定が、表現の統一と、部分草案に使用されて
いた用語を整理することを目的としていることに関係している。

三 取消可能概念の変遷

(1) 取消可能概念の変遷

Savigny や *Windscheid* においては、取消可能は、訴権によるもの、抗弁によるもの、原状回復によるものを含む多
様なものであったのに対して、BGBの規定する取消可能は、きわめて限定されたものとなり、直接的に作用する取

消可能だけを意味するものである。

しかし、法律行為の効力を否定する概念は、BGBが規定する無効と取消可能に二分されるわけではなく、意味内容が限定された無効や取消可能のほかに、'Unwirksamkeit'、間接的に作用する取消可能、未確定 'Ungültigkeit'、法定（停止）条件付有効、抗弁など、もっと多様な形態がある。

このことは、冒頭で指摘した、わが国における「無効概念の多様化」の試みに通じるものがある。「無効」を多様化するかどうかは別にして、BGBが規定する無効と取消可能以外にも、法律行為の効力を否定する方法が多く存在することに疑いはない。

(2) 無効と取消可能の区別

無効と取消可能は、Savignyでは、法律行為の効力を判断する時点において、法律効果が発生していないのか、それとも法律効果は発生しているが、それを否定する法律効果も発生しているのかによって区別されている。このような理解は、おそらく規定群における二つの区別に基づいている。このような区別を基礎に、一方で法律効果が発生し、他方で法律効果が否定されるという理解が可能になつていゝと思われる。

ところが、ドイツ普通法においては、抗弁についての批判にみられるように、市民法と法務官法という法源の二元性は存在しないし、原状回復の制度が認められなかったように、嚴格法と衡平という二元性も十分には継承されていない。Windscheid以降、無効と取消可能が、共に法律行為の有効要件の欠如と理解され、その区別は、実定法の内部の問題として理解されていることは、このことと関係していると思われる。⁽²⁾たとえば、BGBでは、無効においては、一般的な法秩序のための有効要件の欠如、取消可能においては、関係者のための有効要件の欠如が問題になつていゝ。

このように Windscheid 以降、法律行為の有効要件が注目されているが、しかし、Schlossmann への反批判にみられるように、Savigny 以来の区別が、有効要件内部での区別という形で維持されている。

四 むすび

以上のような BGB の立法者の理解を前提にすれば、冒頭に設定した問題は、次のように解答される。

(1) 日本において、錯誤した意思表示において承認されている「取消可能に類似した無効」は、本稿で整理した法律行為の効力に関係する諸概念の中では、取消可能、より正確には直接的に作用する取消可能であることになる。なぜなら、法律効果が一旦発生することから、無効や未決定 *Unmöglichkeit*、法定（停止）条件付有効と区別され、また、取消によって最初から法律行為の効力そのものが否定されることから、間接的に作用する取消可能や抗弁と区別されるからである。

(2) 無効と取消可能の区別は、一般的な法秩序のために設定された要件が欠如するか、関係者のためだけに設定された要件が欠如するかによって区別されている。現在の日本における公益的理由と個人的利益の保護とによる区別と同じである。しかし、区別の基準はこれだけではなく、未決定 *Unmöglichkeit* や間接的に作用する取消可能との違いをも顧慮すれば、法律行為時に存在することが必要とされる一般的な法秩序のために設定された要件が欠如した場合が無効であり、関係者のためだけに設定された法律行為の法律要件要素が欠如した場合（直接的に作用する）取消可能である。無効において法律行為の法律要件要素が注目されていないために、無効と取消可能は、同じ次元では区別できないことになる。

以上のことを前提に、錯誤に関して言えば、(1) で述べたようにその効果が実際には取消可能にほかならない以上、

内心的な意思の存在という要件は、今日の日本では、関係者のためだけに設定された法律行為の法律要件要素として理解されていることになる。

ちなみに、BGBの第一草案では、錯誤は無効とされていたが、⁽³⁾第二委員会において取消可能に改められている。その理由として、プロイセン一般ラント法とフランス民法の広範囲な法領域に通用している法に一致し、批判者からだけでなく、連邦の諸政府によっても強く支持されていること、また、最も事態(Sachlage)に適しており、一旦有効になることは錯誤者にもその相手方にも不利益をもたさないことが挙げられている。⁽⁴⁾このような変化には、第一委員会以降、取消可能が直接的に作用する取消可能だけを意味するものに変更されたことも影響していると思われる。というのも、ドイツ普通法においては、内心的な意思は法律行為の法律要件要素と理解されていたために、その欠如は法律行為を無効にすると考えられていたと思われるが、BGBにおいて、法律行為の法律要件要素が欠如するにもかかわらず、法律行為は一旦法律効果を発生し、その法律効果が物的に遡及して消滅するという「直接的に作用する取消可能」の概念が認められることによって、法律要件要素を欠如しつつも無効ではなく取消可能であるとする余地が開かれたからである。

法律行為の効力に係る諸概念と欠如する要件との関連性自体がある程度推測に基づかざるを得ないことは、すでに示唆しているように否定できないし、法律行為の効力について規定しているBGBの個々の条文によって、この推測をさらに検証していくことや、BGB施行後の学説の展開を検討することが必要である。

しかし、本稿で述べたことを前提にすれば、法律行為の効力に関する個々の規定において採用された法律効果から、そこで問題になっている、当該法律行為が欠如している要件がどのような性質のものであるかを決定することができる。たとえば、ある規定において、そこに規定された要件に該当する法律行為の効力が、直接的に作用する取消可能

であるとされている場合、その要件を満たさないことは、関係者のためだけに設定された法律行為の構成要件要素であるということができない。

このことは、法律行為の効力に関する個々の規定において、そこで問題になっている要件の欠如が、どのような効果を持つべきであるかという問題を決定するものではない。どのような効果を採用すべきであるのかは、いろいろな事情を考慮して個々の規定毎に決定される、まさしく立法政策的判断であろう。立法政策的判断が要件の性質づけに先行し、制定法毎に異なりうる以上、それを説明する要件の性質づけ、その基礎にある要件を分類する基準もまた制定法毎に異なることになる。だが、だからといって、要件の性質づけは無意味ではなく、具体的に行われた立法政策的判断において、そこで問題になっている要件がどのようなものと理解されているのかを説明するものである。それは、具体的な立法政策的判断がどのような点に着目しているか、したがって、規定毎の判断の違いがどこにあるかを明確にすることに役立つものである。そのことは、そのような判断相互の関係、言いかえれば民法の体系を明らかにすることにつながるであろう。

(1) 無効の例である「債権行為における、その行為をする権利の欠如」や未決定 *Unstiftigkeit* の例である「具体的処分権限の欠如」が何を意味しているのか明白ではないが、前者が任意代理権のない代理を意味しているとすれば、それは法定（停止）条件付有効と交錯し、後者もそれが他人の権利の処分を意味しているとすれば、無効と交錯する。このような交錯はいくつかの原因が考えられる。たとえば、錯誤に典型的にみられるように、具体的な場合についてそもそもどのような効果を与えるのかが決まっていなかったこと、あるいは、取消にみられるように、それぞれの概念が何を意味するのかも決まっていなかったことなどが考えられる。いずれにしても、BGBの編纂過程における審議において、それぞれの表現が何を意味しているのか、それぞれにどのような効果が最終的に与えられるようになったのかを明らかにする必要がある。

- (2) Harder, AcP 173, S. 223.
- (3) Schubert, Vorentwürfe, AT2, S. 6; Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 583.
- (4) Mugdan I, S. 715. すべてに帝国司法省準備委員会、取消可能とすることに一致してゐる。Jakobs u. Schubert, Beratung, AT1, S. 616ff., 623. 第一草案への批判については、中田邦博「ドイツ民法典における意思表示法の形成過程——第一草案に対する諸批判を中心に——」立命館法学一九八七年五号六八〇頁、六九七頁以下参照。