

要件事実論解説 その3

中京大学法科大学院教授

並 木 茂

I 契約の成立と無効について

1 契約の意義

民法第1編第5章は、法律行為を規定する。法律行為は、意思表示を基本的な要素とする法律要件のことであるが、「法律行為の概念は、抽象的にすぎ、その中に種々の異なったものを含むのだから、法律行為一般という形での議論には、大きな危険がある」（星野英一「現代における契約」民法論集3巻12頁）といわれている。そこで、本節では、法律行為の一種である契約についてその成立と効力に関する要件事実をみていくことにする。

契約は、周知のように、対立する複数の意思表示が合致することである。そして、具体的な契約上の権利関係の発生、変更および消滅は、当事者の作出した契約規範の定める法律要件を当事者の行為を含む社会事象が充足したときに生ずる。とはいえ、契約規範は、契約が有効に成立することによって即時に作出され、したがって、契約規範の定める法律要件は、通常は、当事者間の契約の有効な成立によって即時に充足されるから、契約の有効な成立と契約規範の成立とは不即不離の関係にあるといってよい。しかし、そうだからといって、両者を混同することは法理を無視するものであって許されない。このことは、特定の土地を代金の支払を1か月後とする約定で売買契約が締結された場合において、買主がその支払期日に代金を支払わないときは、それを法的三段論法の小前提とし、締結時に作出された売買契約規範を法的三段論法の大前提として買主の履行遅滞が判断されるのであって、この一事をもってしても明らかであろう。そして、これから述べる契約の有効な成立は、とくに断らないかぎり、一般的、抽象的な規範上のものであって、具体的な契約の有効な成立ではない。

現行民法は、契約規範に関しては規定をしていないが、旧民法財産編296条1項は「合意トハ物權ト人權トヲ問ハス或ル權利ヲ創設シ若クハ移轉シ又ハ之ヲ変更シ若クハ消滅セシムルヲ目的トスル二人又ハ数人ノ意思ノ合致ヲ謂フ」と、同条2項は「合意カ人權ノ創設ヲ主タル目的トスルトキハ之ヲ契約ト名ツク」とそれぞれ規定し、さらに、同編327条1項は、フランス民法1134条ないしイタリア民法1372条に倣い、「適法ニ為シタル合意ハ当事者ノ間ニ於テ法律ニ同シキ効力ヲ有ス」と、同条2項は「此合意ハ当事者ノ双方カ承諾スルニ非サレハ之ヲ廢罷スルコトヲ得ス但法律カ一方ノ意思ヲ以テ廢罷スルコトヲ許セル場合ハ此限ニ在ラス」と、同編345条は「合意ハ当事者及ヒ

其承継人ノ間ニ非サレハ効力ヲ有セスト雖モ法律ニ定メタル場合ニ於テシ且其条件ニ従フトキハ第三者ニ対シテ効力ヲ生ス」とそれぞれ規定していた。現行民法が旧民法のこれらの規定を修正するなりして契約規範に関する規定を置かなかつたのは、おそらくドイツ民法第一草案等に倣って法律行為の概念を導入し、その中に契約を昇華してしまったことによるのではないだろうか。しかし、現行民法が契約規範を否定するものでないことは、民法91条の規定からうかがうことができるのである。

2 契約の成立

(1) 契約の成立と効力

契約上の法律効果の原因となる法律要件は、契約の有効な成立である。旧民法は、財産編第2部、第1章、第1節、第2款に「合意ノ成立及ヒ有効ノ条件」を規定していた。このうち「有効ノ条件」についてしてみると、同編305条は、「合意ノ成立ニ必要ナル条件ノ外尚ホ其有効ナル為メニハ左ニ掲クルニ箇ノ条件ヲ具備スルヲ必要トス 第一 承諾ノ瑕疵ヲ成ス可キ錯誤又ハ強暴ノ無キコト 第二 当事者ノ能力アルコト又ハ有効ニ代理セラレタルコト」と定めていたのである（もっとも、同条1号に規定する錯誤 [同編309～312。今日的な意味での詐欺も、錯誤に含まれるとよい] および強暴 [同編313～317] は、いずれも承諾の阻却事由とされており、契約の不成立の条件のごとくであるが、「錯誤、強暴、詐欺及ヒ無能力ハ之ヲ推定セス其申立人ヨリ之ヲ証スルコトヲ要ス」 [同編318]）のである。ちなみに、不法または不能の作為または不作為を目的とする合意などは、無効として規定されており [同編322、323]、有効の条件の裏返しとしての無効事由も定めていた。

ところが、現行民法は、契約の有効要件についてはなんらの規定も置いていない（契約の成立については、民法第1編第2章第1節第1款の表題になっており、その表題の下に民法521条から528条までに契約の成立要件についての規定がある）。これは、法律行為の概念を導入するとともに条文を証明責任の分配に応じて規定しようとしたといわれるドイツ民法第二草案を参考にしたためであると思われる。しかし、無効な契約は、法律効果の原因とならないから、法律要件ではない（末川博編集代表・民事法学辞典下巻1871頁 山中康雄 参照）し、無効事由は、法律事実ではない。したがって、無効事由などの契約上の権利の発生、変更または消滅を障害する事由を法律事実というのは（司法研修所・増補民事訴訟における要件事実 [以下「司研・要件事実」] 1巻2頁）、誤っているといわなければならない。

こうして、無効事由の反対形象である有効要件こそが法律事実であるが、現行民法は、契約が成立しなければ効力を問題とする余地がないことを踏まえて、契約の成立またはその成立事由は契約上の権利関係の存在を主張する者に、その契約の無効事由は契約上の権利関係の存在を争う者にそれぞれ証明責任を負わせようとしたのである。

(2) 要件事実としての契約の成立

ところで、契約の成立は、外形的に契約と呼ばれるに値するものができたことをいうが、それは、

通説のいうような事実（申込みの意思表示と承諾の意思表示との合致という法的評価を除く成立要件を簡略化した表現であるとする見解 [大江忠・要件事実民法（中）198頁] もある）ではなく、契約の成立要件の充足により生じた効果である一種の法律関係である。それは、契約の成立が、対立する複数の意思表示が合致したとの法的判断を経たものであることからいって明らかである。したがって、契約が成立したという場合には、それが申込みと承諾によるものであると、交叉申込みによるものであると、意思実現によるものである（民526 ）とを問わず、それによって生じた効果である一種の法律関係をいっているのである。そして、契約の成立が契約上の権利関係の変動の原因である法律要件であるときやその他の権利関係の変動の原因である法律要件を組成する素因である法律事実であるときは、要件事実になる。たとえば、売買代金請求権の発生では売買契約の成立が要件事実となり、支分権としての賃料請求権の発生では賃貸借契約の成立が1個の要件事実となる。

契約が成立したこと（契約の成立）

ちなみに、契約の成立は、その内容のすべてが要件事実になりうるが、それは、一種の法律関係であるから、主張責任の対象となるだけであり、したがって、権利関係の変動に応じた内容を要件事実としてもよいと考えることができるのではないだろうか。たとえば、売買代金請求権の発生では代金額の定めのある一定の物（それは代金額の相応する物であることが分かる限度で足りる）の売買契約の成立を、売買契約に基づく目的物の引渡請求権の発生では目的物の定めのある売買契約の成立をそれぞれ要件事実としてもよいというべきであろう。

(3) 要件事実としての契約の成立要件

契約の成立の原因である成立要件も、当然のことながら要件事実となる。このことは、たとえば所有権に基づく返還請求権の発生における要件事実の一つが請求者に所有権が存在することでも、請求者に所有権の取得原因事実が存在することでもよいことと同じである。したがって、具体的な訴訟において、契約上の権利の発生の要件事実として契約の成立に該当する・具体的な契約の成立を主要事実として権利主張（法律上の主張）してもよいが、この権利主張が争われたときあるいは争われる可能性があるときは当初から、契約の成立要件に該当する・具体的な対立する複数の意思表示とその合致を主要事実として主張（事実上の主張）してもよく、この主張が争われたときは、そのうちの対立する複数の意思表示を証明することになる。この契約の成立要件のうちの対立する複数の意思表示を主張・証明する場合には、対立する複数の意思表示の全部たとえばそれが申込みと承諾によるときは申込みの意思表示の全部と承諾の意思表示の全部を主張・証明しなければならない。なぜならば、対立する複数の意思表示が合致するかどうかを判断するためには、それぞれの意思表示の全部を主要事実とせざるをえないからである。

(4) 隔地者間の申込みと承諾による契約の要件事実

次に、申込みと承諾による契約の要件事実について若干の検討をしておく。契約が隔地者間の申

申込みと承諾によるものであるときの法律要件は、申込みの意思表示（承諾の通知を必要としない場合には、そのことを含む）およびその相手方に対する到達と その相手方の承諾適格を有する間に承諾の意思表示およびその申込者に対する発信（申込者の意思表示または取引上の慣習により承諾の通知を必要としない場合には、承諾の意思表示と認めるべき事実。なお、商509）および 申込みの意思表示と承諾の意思表示の合致であるが、要物契約にあっては、さらに物の引渡し、所有権の移転その他の物的要素の具備が加わる。そして、契約の成立要件が契約の成立の原因であるから、契約の成立を主張する者が一種の権利根拠事由として基本的には次の事実について主張責任を負うというべきである。

相手方に対して申込みの意思表示をし、それが相手方に到達したこと
その相手方が承諾の意思表示をし、それを申込者に発信したこと
申込みの意思表示と承諾の意思表示が合致すること

これに対し、契約の成立を主張する者が一種の権利根拠事由として基本的に負担すべき証明責任は、このうちの および である。

以上のほかに「原告と被告が隔地者の関係にあること」がいわゆる要件事実であるとする見解がある（大江・前掲198頁）が、意思表示の到達（民97）あるいは意思表示の発信（民526）でこの要件事実尽くされているから、それに加えて原、被告・隔地者の関係が独立したいわゆる要件事実になることはないというべきである。

また、「原告は申込と其の到達及び之に対し条件其の他変更を附加せざる承諾が申込の実質的効力持続期間内に為されたことを立証することを要する」とする見解もある（中田淳一「所謂制限自白に就いて（二・完）法学論叢39巻6号926頁[なお、927頁。この論文は、同・訴訟及び仲裁の法理95頁以下に収録されている]）。私も、かつて「申込みの意思表示およびその相手方に対する到達と相手方の承諾適格を有する間における承諾の意思表示およびその申込者に対する発信」と考えたことがある（要件事実原論203頁）。しかし、申込者が相手方に対して申込みについて承諾期間を定めて通知する行為は、意思の通知（準法律行為）であって、申込みの意思表示の一部を構成するものではない（もっとも、申込みの意思表示において承諾期間を定めたときは、承諾期間の定めは、申込みの意思表示の一部になると解する余地がある。すなわち、そのときは、承諾の意思表示について終期と定めたことになると解するのである[このときは、の「相手方に対して申込みの意思表示をし、」は、「相手方に対して承諾期間を定めた申込みの意思表示をし、」となるであろう]）。ただそうすると、その効果は、申込者の効果意思に根拠があることになり、その意思表示で承諾期間内に承諾の意思表示が到達しなかったときや、それが延着した場合には相手方がどのように対応すべきかなどについて定めなかったときは、民法521条2項や522条などが補充規定をならざるをえないが、それでは承諾期間を定めて通知をする行為が意思の通知であればこそ法律により効果を定めるべくこれらの規定を置いた趣旨と背馳することにならないかという疑問もある）。申込みと承諾による契約が成立するためには、申込みの意思表示と承諾の意思表示の合致で足り、しかも両意

意思表示が合致しているか否かは法的判断であるから、「条件其の他変更を附加せざる」や「申込の実質的効力持続期間内に為されたこと」は、ここでの要件事実ではないのではないだろうか。

(5) 隔地者間の契約の申込みに承諾期間の定めがある場合において承諾の意思表示がその期間内に到達しなかったときの要件事実

もっとも、わが民法は、隔地者に対する承諾の効力の発生について上述のように発信主義を採りながら、承諾期間の定めのある申込みについては承諾の意思表示が到達することを要求し（民521）、この関係をどのように解すべきかについて停止条件説、不確定効力説、解除条件説、申込み失効説などがあるが、通説である解除条件説（発信主義の立場に立ちながら、承諾期間内に承諾が到達しないことを解除条件とし、解除条件が成就すると契約が遡及的に成立しなかったことになる説）によれば、

申込者が相手方に対して承諾期間の定めを通知したこと

承諾の意思表示が承諾期間内に到達しなかったこと

を契約の成立を争う者が契約の成立の滅却事由として主張責任および証明責任を負う（我妻榮・債権各論上巻67頁は、「承諾者が不利益を負担するが、挙証責任は申込者にあるから、実際上は、その不利益は、それほど大きくはない。」という。通常は承諾者側が契約の成立を主張するであろうから、その場合には、そのとおりであるが、申込者側が契約の成立を主張することがないとはいえないであろう。したがって、申込者が証明責任を負担するというのは、若干適切さに欠けるように思われる）。

これに対し、

承諾の意思表示が通常であれば承諾期間内に到達すべき時に発信されたこと

申込者がそのことを知ることができること、または、それを基礎づける自然的・社会的事実の類型があること

申込者が承諾者に対し遅滞なくその意思表示の延着およびその意思表示の到達前にその遅延を通知しなかったこと

(民522、526、521) は、契約の成立を主張する者が主張責任ないし証明責任を負うべき契約の成立の消滅障害事由となろう（中田・前掲927頁は、およびを承諾者[申込受領者]が立証し、の反対形象である遅滞なくもしくはそれ以前に延着の通知をしたことを申込者が立証することを要するとする。しかし、この主張責任の分配ないし証明責任の分配は、文構造説によるものであろう。なお、大江・前掲202頁も同旨と思われるが、それは、不確定効力説によるからであろう）。

(6) 承諾適格消滅後の承諾が新たな申込みとみなされた場合における要件事実

隔地者間の契約の申込みで承諾期間の定めがある場合においてその期間後にまたは承諾期間の定めがない場合において相当な期間を経過した後にされた承諾の意思表示を、申込者は、新たな申込みとみなすことができる(民523)。大江・前掲202頁は、「新たな申込みとみなしてそれに承諾した者は、遅延した承諾(=新たな申込み)とそれに対する承諾の事実を主張・立証すれば足りる。当初の申込みの事実あるいはそれに対する承諾が遅延したことなどを主張・立証する必要はない。」として、訴訟物がXのYに対する売買契約に基づく目的物引渡請求権である場合における請求原因が当初の申込みと承諾による売買契約の成立である「1 Xが、平成 年8月15日、Yに対し本件土地を金1,000万円で買う旨の意思表示をしたこと、2 Yが、平成 年8月18日、Xに対し本件土地を金1,000万円で売る旨の意思表示をしたこと」であるときは民法521条2項の規定に該当する事実が抗弁となるとしたうえ、訴訟物をXのYに対する売買契約に基づく目的物引渡請求権である場合における請求原因が遅延した承諾を新たな申込みとした売買契約の成立であるときは「1 Yが、平成 年8月18日、Xに対し本件土地を金1,000万円で売る旨の意思表示をしたこと、2 Xが、平成 年8月19日、Yに対し本件土地を金1,000万円で買う旨の意思表示をしたこと」であるとする。そして、当初の「訴訟物とは、別個の売買契約に基づく請求であるから、別個の訴訟物である。また、上記の請求原因事実とは予備的請求原因の関係にならない。」と解説する。この見解に異論はないが、当初の訴訟物と後の訴訟物が別個であるのは、当初の契約規範と承諾適格消滅後の承諾の意思表示が新たな申込みとみなされそれに対してされた承諾の意思表示による契約規範が別個であるからである。

(7) 申込みに変更を加えた承諾をめぐる要件事実

承諾者が申込み条件を付しその他変更を加えた承諾は、その申込みを拒絶するとともに、新たな申込みの意思表示であるとみなされる(民528)が、申込みに変更を加えた承諾であるか否かは、具体的な訴訟においては、(4)で述べた要件事実該当する主要事実の主張で通常は明らかになってしまう。そして、承諾の意思表示が申込みの意思表示と表見的に一致しない場合でも、その不一致が申込みないし承諾をする際の事情をも考慮に入れて、契約全体からみて客観的に重要でない判断されたときは、不一致部分を除いて一致があるものとすべきである。この申込みないし承諾の際の事情は、申込みの意思表示および承諾の意思表示に付加されて契約の成立を主張する者が主張責任ないし証明責任を負担すると解すべきである。ただ、承諾の意思表示が申込みの意思表示を拡張したものであるときは、特段の事情のないかぎり、申込みに対する承諾と拡張部分についての新たな申込みと解すべく、承諾の意思表示が申込みの意思表示を縮小したものであるときは、特段の事情のないかぎり、申込みの一部に対する承諾と縮小部分についての申込みの拒絶と解すべきである。そして、これらの特段の事情のあることは、契約の成立を争う者が主張責任および証明責任を負うと解することになる。承諾の意思表示が申込みの意思表示を縮小した場合の例でいえば、洋傘の卸商が小売商に対して洋傘100本を1本500円で売る旨の申込みの意思表示をしたところ、小売商がうち50本を買う旨の承諾の意思表示をした場合において、100本まとめて売れたら通常であれば1本

600円のところを500円としたのであり、50本であればその値段では売れないということであったとすると、卸商がそのことについて主張責任および証明責任を負担するわけである。

これに対し、申込みに実質的な変更を加えた承諾であれば、それは、申込みを拒絶する意思の通知であるとともに、新たな申込みの意思表示をしたものとみなされる。ところが、大江・前掲210～1頁は、XのYに対する売買契約に基づく代金の請求訴訟において、XがYに対し、本件土地を代金1,000万円で売買する契約を締結したという「請求原因事実に対し、¹YはXに対し、代金の支払は契約締結から3か月後であれば本件土地を代金1,000万円で買う旨の意思表示をしたこと」は否認にならない。期限についての抗弁説に立つ限り、売買契約の成立をYが認めたことになり、残るのは、Yにおいて期限の抗弁が立つか否かという問題に過ぎない。[改行]抗弁説は、附款の攻撃防御方法としての機能に着眼したものであるから、本条(=民法528条)の適用についても同様に考えるべきである。」(下線は、引用者)という。しかし、Xが(切羽詰まった金策のため、時価1500万円の本件土地を1000万円の代金額とし契約が締結されれば直ちに代金を支払ってもらつつもりで)代金の支払は契約締結と同時に申し込んだとすると(上記のXの申込みには代金の支払時期については記載がないが、同条の規定についての設例であるから、そのように支払期日を設定しても、設例を誤解したことにはならないだろう)、Yの代金の支払いを契約締結から3か月とする買受けの承諾は、申込みを拒絶したことになるのではないだろうか。そして、Xが新たな申込みに対して承諾をしないで、その直後にZに対して即金で本件土地を売却してZのために所有権移転登記を経由したとしても、なんらの不都合もないはずである(同条は、「みなす」と規定していることに注意しなければならない)。しかし、大江説によれば、X・Y間に本件土地の売買契約が成立しているから、XのZに対する本件土地の売却は二重譲渡になり、YにXに対する履行不能による損害請求権が生ずることになるのではないだろうか。抗弁説は、この設例でいえば、Xの売る意思表示の一部である期限の定めやYの買う意思表示の一部である期限の定めを二分する誤りを犯しているばかりでなく、契約の成立の意味や主張責任の分配および証明責任の分配の趣旨を誤解しているといわざるをえない。

申込みに実質的な変更を加えた承諾に対して申込者が承諾をした場合には、契約の成立を主張する者が権利根拠事由として承諾者の変更を加えた承諾(新たな申込み)の意思表示およびその申込者に対する到達と申込者の承諾の意思表示およびその承諾者に対する発信(要件事実原論205～6頁の「申込みの意思表示およびその相手方に対する到達と相手方の承諾適格を有する間にした申込みに変更を加えた承諾の意思表示およびその申込者に対する到達と、申込者の承諾の意思表示およびその相手方に対する発信」をこのように改める)について主張責任および証明責任を負う。

(8) 申込みの撤回をめぐる要件事実

申込者が承諾期間を定めたときは、申込みを撤回することができない(民521)し、隔地者間の承諾期間を定めない契約の申込みにあつては、申込者が承諾の意思表示を受けるのに相当な期間すなわち申込みの意思表示が相手方(被申込者)に到達するまでに必要な期間、相手方が承諾すべ

きか否かを考慮し、承諾を決意してその意思表示を発信するのに必要な期間および承諾の意思表示が申込者に到達するまでに必要な期間を合算した期間は、申込みを撤回することができない（民524）。申込みを撤回することができないのは、承諾期間中または申込者が承諾の意思表示を受けるのに相当な期間中は申込みを撤回することができない拘束力が生じているからである。ただし、申込者があらかじめ申込みの拘束力の存続期間中における申込みの撤回の自由を留保しておいたときは、その存続期間中でも申込みを撤回することができる。申込者のこの申込みの拘束力排除の意思表示は、相手方のある単独行為であって、申込みの意思表示の一部を構成するものではない。したがって、契約の成立を争う者は、承諾適格滅却事由として、

申込者が相手方に対して申込みの拘束力の存続期間中においても申込みの撤回の自由を保留する旨の意思表示をし、それが相手方に到達したこと

申込者が相手方に対して申込みの撤回の意思表示をし、それが相手方に到達したこと

について主張責任および証明責任を負うのである（大江・前掲199頁、204頁は、申込みの撤回の意思表示が抗弁事実で、申込みの意思表示には、承諾期間が定められていたことまたは撤回の意思表示の到達が申込みを受けた相手方が考慮し、かつ、通信に要する期間経過前であったことが再抗弁事実であり、申込者が相手方に対して申込みに際して、申込みを撤回する自由を留保する旨の意思表示をしたことが再々抗弁事実であるとする。この主張責任の分配および証明責任の分配は、前述したvにおいて不確定効力説を採ったことによると思われる）。

しかし、承諾の意思表示発信後に到達した申込みの撤回の意思表示は、無効である（星野「編纂過程から見た民法拾遺 [二・完] 民法九七条・五二六条・五二一条論」法協82完5号650頁。この論文は、同・民法論集1巻184頁以下に収録されている）から、

申込みの撤回の意思表示の到達が承諾の意思表示の発信後であること

の主張責任および証明責任が承諾適格滅却障害事由として契約の成立を主張する者にあると解すべきである。

もっとも、申込者があらかじめ承諾の意思表示受領後における申込みの撤回の自由を保留した場合において、相手方が承諾の意思表示を発信したときは、申込みの撤回を解除条件として契約が成立すると解されており（大判大正13・4・23民集3巻195頁。なお、梅謙次郎・民法要義巻之三382頁、末弘嚴太郎・債権各論63頁参照）、このときは、

申込者が相手方に対して承諾の意思表示受領後においても申込みの撤回の自由を保留する旨の意思表示をし、それが相手方に到達したこと

申込者が相手方に対して申込みの撤回の意思表示をし、それが相手方に到達したこと

の主張責任および証明責任が契約成立の効力滅却事由として契約の成立を争う者にあることになる。

承諾の意思表示発信後にした申込みの撤回の意思表示が通常であれば承諾の意思表示の発信前に到達すべきときに発信され、承諾者がそのことを知ることができるときは、承諾者は、遅滞なく、申込者に対し、その延着を通知することを要し（民527 ）、それを怠ると、申込みの撤回が効力を生じ、契約は成立しなかったものとみなされる（同条 ）。これについて、中田・前掲927頁は、「申込者は其の撤回の通知を通常の場合に於ては其の前に到達すべかりし時に発送したること及び承諾者が之を知り得べかりしことを立証することが出来る。この場合には承諾者に於て撤回の通知受領後遅滞なく其の延着の通知を発送したことを証明せねばならぬ」とする。しかし、疑問がなくはないが、

<p>申込者が相手方に対して申込みの拘束力の存続期間中においても申込みの撤回の自由を保留する旨の意思表示をし、それが相手方に到達したうえ、申込者が相手方に対して申込みの撤回の意思表示をし、それが承諾の意思表示の発信後に相手方に到達こと</p>

<p>その申込みの撤回の意思表示が通常であれば承諾の意思表示の発信前に到達すべきときに発送され、承諾者（相手方）がこのことを知ることができたことまたはそれを基礎づける自然的・社会的事実の類型があること</p>
--

<p>承諾者が遅滞なく申込者に対してその延着を通知しなかったこと</p>

が契約の成立を争う者の主張責任および証明責任を負うべき承諾適格滅却事由になると解すべきではないだろうか（大江・前掲210頁は、契約の成立の請求原因に対する抗弁として、申込みの撤回の意思表示とその到達、その意思表示の承諾発信後の到達、撤回の意思表示が通常の場合には承諾発信前に到達すべきときの発送のほかに、「X [=承諾者] は遅滞なくY [=申込者] に対し、Yの撤回の意思表示が延着した旨の通知を發したこと、又は、撤回の意思表示が通常であれば承諾の意思表示の発信前に到達すべきものであることを承諾者Xが知らないことについて相当の理由があること」であるとする。しかし、これでは契約は成立することになるのではないだろうか）。

3 契約の無効

(1) 無効事由の要件事実性

契約が成立しても無効であれば法律効果は生じないから、無効は、法律要件でもそれを組成する素因である法律事実でもない。そうすると、無効または無効事由について要件事実を觀念することはできないはずである。しかしながら、ここでいう無効は、すでに述べたことから分かってもらえらると思うが、行為規範の定める法律要件中の有効要件について主張責任の分配および証明責任の分配を行って見いだされた裁判規範の無効要件の結果である分配効果を一般的に表現するものにすぎない。したがって、無効事由についても、要件事実を觀念することができるのである。

契約の無効事由には、無効の通則ともいべきものと、電磁的記録を含む書面でない保証契約が無効となり（民446 ）、金銭を目的とする消費貸借上の利息の契約において、利息制限法1条1項各号所定の利率により計算した金額をこえる利息は、その超過部分が無効となり（同条項）、

人違いその他の事由によって当事者間に婚姻をする意思がないときは婚姻が無効となる（民742）ように、個々の契約に固有のものがある。ここで取り上げたいのは、前者あって、それには 契約当事者に意思能力がないこと、 契約の内容が確定できないこと、 契約の内容が可能なものでない（不能である）こと、 契約の内容が強行規定に違反していること、 契約の内容が公序良俗に反していること、 契約を構成する意思表示に真意と表示との不一致があることなどであるが、そのうち要件事実として検討をしなければならないのは、 の契約の表示行為を解釈する基準の一つである任意規定（法規）ならびに 、 および であろう。しかし、 の任意規定は、無効事由として一括して検討することは適当ではないと思われるし、 は、後発不能とともに検討するほうがよいから、別の機会にすることとし、ここでは、 および に限定して検討することにする。

(2) 公序良俗違反

公の秩序は、国家または社会の一般的利益を指し、善良の風俗は、社会の一般的道徳観念を指すといわれ、理念的には別の概念であり、民法90条も「公の秩序又は善良の風俗」と定めているが、両者の範囲はおおむね重複し、結局は社会的妥当性として括ることができて、これを区別する実益はないから、通常は両者を併せて、一口に「公序良俗」という形で用いられる。したがって、本稿においてもこれに倣ってその要件事実を検討する。

公序良俗は、信義則（民1 ）や権利濫用（民1 ）とともに一般条項といわれ、多くの個別的法規に外在的に妥当領域をもち、特定の個別的法規の法律事実すぎない不特定概念と区別されるが、その法的性質は類似しており、現在の通説では、一般条項は、不特定概念に同化されているということである（倉田卓次「一般条項と証明責任」法学教室 第二期 5号69頁参照）。そこで、ここでは公序良俗違反も不特定概念の一つとしてみていくことにする。

公序良俗は、きわめて抽象度の高い概念で、具体的な事案がそれに違反するかどうかの判断は、法的価値判断となり、公序良俗違反の成否が法的価値判断によるとなると、それは、法的価値判断の結果である権利の変動の有無に近い性質を有するといえることができるであろう。ただ、権利の変動ではその原因となる法律要件が定まっているのに対し、公序良俗違反では、それが条文上明らかではないうえ、その成否に最終的には裁判所の判断を必要とするのである。

ところで、公序良俗違反をいわゆる規範的事実であるとして、規範的評価を成立させるに足りる具体的な事実が要件事実であるとする見解がある（大江・要件事実民法（上）119頁）。しかし、公序良俗違反といえども、そのことが法規に規定されているからには要件事実になり、訴訟当事者は、それに該当する具体的な社会事象として端的に公序良俗違反を主張することができるというべきである。具体的な訴訟において、女性が男性に対して扶養料の請求をし、請求の原因が、原告と被告は被告が妻との婚姻を将来解消したならば婚姻する旨の予約をしたから、それに基づいて、原告は被告から将来婚姻するまで1か月当たりいくらの扶養料の支払を求めるということであつたならば、被告は、端的に公序良俗に違反すると抗弁すればよい（これを裁判所が請求の原因は公序良俗に違反するから主張自体失当とする必要はない）。

それとともに、公序良俗違反を基礎づける類型およびそれを排斥する類型も要件事実であるとい

うべきである。不特定概念は、一般に抽象度の高い概念であるから、その内容を明らかにするには、それに包摂されると解される自然的・社会的事実をさらに一定の観点から類似する事実ごとに分別したうえ、共通する要素を抜き出し、それを抽象化した類型とする必要があるが、以前に述べたように、不特定概念は、そのようにして明らかになった類型によって基礎づけられまたは排斥されると考えられるからである。そして、公序良俗違反を基礎づける類型については権利関係の存在を争う者が、それを排斥する類型については権利関係の存在を主張する者がそれぞれ主張責任および証明責任を負担することになる。

学説は、これまでの公序良俗違反の成否が問題となった判例を整理して、それを類型化する作業をしている。この作業によってみいだされた類型について学説はかならずしも一致しているわけではないが、一般的には公序良俗違反を基礎づける類型は、次のようなものとされる。人倫に反するもの、正義の観念に反するもの、他人の無思慮・窮迫に乗じて暴利をむさぼるもの、個人の自由を極度に制限するもの、営業の自由を極度に制限するもの、および、いちじるしく射倖的なものである。これに反し、公序良俗違反を排斥する類型化作業は、それほど進んでいるとはいえないようである。というよりは、たとえばの「営業の自由を極度に制限するもの」という類型に該当する具体的な事実が、単なる営業の制限である競争の禁止ではなく、営業の制限の極度性をも入れた「時期・場所・営業の種類のいずれについても限定を付けない競争を禁止されたこと」であるとすると、これを排斥する類型を想定することすらできないことになる。そして、他の類型についても同じことがいえるとすると、公序良俗違反を排斥する類型をみいだすことはほとんどありえないことになるのではないだろうか。

(3) 意思表示における真意と表示の不一致

i 真意と表示が一致しない意思表示の効力を考える規準

意思表示が、一定の法律効果の生ずることを欲する意思を言葉なり態度なりによって外部に表すことであり、この一定の法律効果を欲する意思を効果意思といい、効果意思を外部に表すことを表示行為ということも改めて説明するまでもないであろう（意思表示の構成要素に、表示意思を入れるべきか否かの問題があるが、表示意思が欠ける場合には、いずれにしても無効であるから、ここでは取り上げないこととする）。そして、表示行為から推測される効果意思と内心の効果意思（真意）とが一致しない場合においてそのどちらに重点を置いて意思表示の効力を考えるかについて、意思主義、表示主義および折衷主義の対立があることもよく知られたことである。しなしながら、わが民法が、立法において、仏法系の法典が採りドイツのサビニーらが提唱する意思主義およびドイツ民法が財産権を目的とする行為について大きな傾向を示す表示主義を排して、折衷主義を採用したこと（廣中俊雄編著・民法修正案（前三編）の理由書142頁、梅・前掲巻之一206頁、富井政章・民法原論1巻344頁）は、それほど明確には認識されていないようである。ただ、折衷主義によるとしても、動機の錯誤を要素の錯誤と認める以上は、ある程度の変容は免れないのではないだろうか。

ii 心裡(心)留保

心裡留保とは、表意者が故意に内心の効果意思（真意）に合わない表示をすることをいう。たとえば、AがBに対して冗談に200万円上げる 贈与するというようなことである。Aは、自分で真意でないことを承知しているのである。意思表示の効力について意思主義を採ると、内心の効果意思がないから、その意思表示は、無効になる。また、表示主義を採ると、内心の効果意思がなくても、表示行為から推測される効果意思があるから、その意思表示は、有効であり、意思表示は心裡留保のために「その効力を妨げられない」と定める民法93条本文は、当然のことを規定していることになる。しかし、わが民法は、前述したとおり、意思表示の効力に関しては折衷説を採用したので、心裡留保は本来であれば無効であり、同条ただし書はこの「本則二」よることを規定したまでであるが、同条本文の規定を必要としたゆえんは、「相手方カ表意者ニ欺カレタル場合ニ於テハ若シ之ヲ有効トセサレハ取引ノ安全鞏固ハ終ニ得テ望ムヘカラサルニ至ラン」（廣中編著・前掲142頁）ためであると説明することになる。

こうして、契約上の権利関係の存在を争う者が主張責任ないし証明責任を負うべき権利発生障害事由、または、契約上の権利関係の存在を主張する者が主張責任ないし証明責任を負担すべき権利消滅障害事由（たとえば、合意解除における表意者の心裡留保についての相手方の悪意）は、

表意者がその真意でないことを知って意思表示をすること
相手方が表意者の真意を知りまたは知ることができることもしくは後者を基礎づける自然的・社会的事実の類型があること

である。このことについては、異論がない。

先ほどの例をもって具体的な訴訟ではどうなるかを解説してみる。Bが原告となり、Aを被告として贈与を受けた200万円の支払を求め、請求の原因として、「被告は、年月日、原告に対し、200万円を贈与した」旨主張したとすると、被告は、請求の原因を認めたとえ、抗弁として、権利発生障害事由 および をそれぞれ充足する主要事実である

[①原告と被告は、大学時代のサークルの仲間であって、サークルの同期会の席上、原告が『フェラーリの中古が200万円で売りに出てるんだ、200万円あれば買っちゃうんだがなあ、200万円ほしい、200万なんかかならんかなあ』としきりにいうので、被告は、冗談で、じゃあおれが200万上げるよといったのである。

②原告も、それが冗談であることを重々知っていた（または、その場の雰囲気から冗談であることを十分に知ることができた）。]

を主張し、原告が抗弁を争えば、それを証明することになる。

iii 虚偽表示

虚偽表示は、（債権者から強制執行を受けることを免れることなどを目的として、）相手方と通じてする真意でない意思表示のことである。したがって、表意者がその真意でないことを知って意

思表示をしたことは、心裡留保のと同じである。そこで、虚偽表示を通謀虚偽表示といい、心裡留保を単独虚偽表示ということがあり、両者とも真意でないことを真意であるかのように装うところが共通していることから、両者を併せて仮装行為ということがある。しかし、虚偽表示においては、真意と異なる意思表示をすることについて相手方と通謀していることが要件であり、この点で心裡留保の と決定的に異なる。そして、(通謀)虚偽表示の の要件すなわち虚偽表示であることについての合意は、虚偽の意思表示が成立する前提をして存在することが必要であるといわれている。したがって、つねに相手方と一定の関係が存在しなければならない。また、この合意の内容は、[1] 表意者が一定の内心の意思をもつこと、[2] 表意者がそれと異なる効果意思を表示すること、[3] 表示された意思によって内心の意思を合意当事者以外に秘匿することであるとされる。

虚偽表示の表意者と相手方との間における効果は、権利発生障害効果または権利消滅障害効果としての無効である(民94)が、その原因となる権利発生障害事由または権利消滅障害事由は、

表意者がその真意でないことを知って意思表示をすること

真意と異なる意思表示をすることについて相手方と通謀していること

であり、これらについて契約上の権利の存在を争う者または権利の存在を主張する者が主張責任および証明責任を負う。

しかし、虚偽表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない(民94)。無過失または無重過失であることをも要するかについては、議論がある[四宮和夫・判民昭和13年度22事件評釈、幾代通・民法総則[第二版]257頁、石田穰・民法総則320頁など]が、解釈論として定着していきるか不明である。ただ、同条項[および民法110条]を類推適用する事案においては、判例は、意思外形対応型の場合には過失を問題としていないが、意思外形非対応型および外形放置型の場合には無過失であることを要するとするようである[虚偽の外形作出の類型と判例については、四宮=能見善久・民法総則第5版184頁などを参照]。ちなみに、贈与の意思で売買を仮装するようないわゆる秘匿行為あるいは隠匿行為の善意の第三者に対する効力であるが、隠匿行為の有効性を主張するには、虚偽表示の無効を主張することになるから、真実に意図した隠匿行為の主張が制限されると解されている(四宮=能見・前掲182頁)。

さて、この善意の主張責任の分配および証明責任の分配であるが、これについては、説が分かれている。

第一説は、第三者が善意の主張責任および証明責任を負うとする(最三判昭和35・2・2民集14巻1号36頁、最一判昭和41・12・22民集20巻10号2168頁、司研・要件事実1巻97頁、司研編・9訂民事判決起案の手引38頁、村上博巳・立証責任に関する裁判例の総合研究[司法研究報告書14輯3号]60頁、岩松三郎=兼子一編・法律実務講座4巻119頁、川島武宜・民法総則281頁、大江・前掲(上)129頁など判例・通説)。第一説によれば、具体的な土地所有権確認請求訴訟において、原告Xが請求の原因として、「1 Yが本件土地を元所有していたこと、2 YがAに対し、本件土地を代金1,000万円で売買する契約を締結したこと、3 AがXに対し、本件土地を代金1,300万円で

売買する契約を締結したこと、4 Yが本件土地について所有権を主張するなどしているためにXに確認の利益があること」を主張・証明すると、被告Yは、抗弁として、「1 YとAは請求原因2の契約の際、その売買契約の効力を発生させないとする合意をしたこと」を主張・証明し、原告が、再抗弁として、「1 Xは抗弁1について、利害関係を有する第三者であること、2 Xは請求原因3の契約を締結する際、抗弁1の合意があることを知らなかったこと」を主張・証明することになるとのことである（大江・前掲（上）129～130頁）。第一説の論拠は、主として、「別個の条又は項という形式をとる規定の間に原則・例外の関係があり得ることは当然である。たとえば、通謀虚偽表示に関する民法九四条二項は一項の例外規定であるから同項による保護を受けようとする第三者が善意の挙証責任を負…」（岩松=兼子編・前掲219頁。なお、栗山忍・最高裁判例解説民事篇昭和41年度104事件解説）うということにある。しかし、前述したように、わが民法においては文構造説を採ることはできない。また、「本条2項の『善意ノ第三者』の主張は、本条1項の『虚偽表示』の抗弁によって無効とされた売買契約などの法律行為の法律効果を復活させて、有効にするものであるとの考え」（大江・前掲（上）129頁）は、肝心の法律行為の法律効果を復活させる論拠が不明であるといわなければならない。「例えば、差押えを免れるために他人名義に登記を移したという九四条一項の虚偽表示の抗弁に対し、登記名義人の所有と信じて買った第三者が、虚偽表示を通謀した両当事者にまつわる事項を主張するのであれば、再抗弁の名に値する。ところが、この第三者が同条二項の善意を主張するのは、右の両当事者間の事情とはおよそ関係のない事柄（時期的にも、虚偽表示後の事情）を持ち出しているのであって、虚偽表示の抗弁とはかみ合っていない。…虚偽表示においては、後日登場する第三者の悪意が虚偽表示の成立のためのもともとの要件であるなどというのは、考え方として無理がある。したがって、第三者の善意は、虚偽表示の障害事由ではない」（賀集唱「要件事実の機能」司研論集90号53頁）のである。

第二説は、善意の第三者Xから、虚偽表示をしたYに対し、94条2項に基づいて請求するケースにおいては、一般に、請求の原因としては「Y A不動産売買」と「A X不動産売買」と考えられている。また、Y A売りに伴ってA名義の登記などの外形が作出されている場合に、この外形を信頼して取引をした善意の第三者Xを保護しようというのが、94条2項の趣旨である。この趣旨からすると、XはAが不動産の所有権を取得しないにもかかわらず所有権を取得することになる。登記が公信力をもつような結果になる。「この二つは、紛争類型・事案類型を異にする。二つとも主張するときは、別異の請求原因になり、主位的請求原因と予備的請求原因の関係にある。競合問題の一事例であり、結論（判決主文）が同一であれば、どちらで勝たせてもよい。…94条2項の善意の主張が認められると、虚偽表示の抗弁は、役に立たなくなる。しかし、これは、虚偽表示の抗弁が崩れ、最初の請求原因が生き残ることになるのではない。最初の請求原因は、Y A売買における効果意思にかかわる規範を根拠にしていたのに対し、94条2項の主張は、善意の第三者保護という別の規範を援用している。いうなれば、土俵が変わったのである。虚偽表示つまり効果意思の欠缺は、初めの土俵でしか役に立たない抗弁である。原告が善意の第三者であるという主張は、最初の請求原因とは被告の帰責の根拠を異にする新たな請求原因の主張にほかならず、再抗弁ではあり得ない」（賀集・前掲51～4頁）というものである。しかし、この二つが紛争類型・事案類型

を異にするということ自体に疑問があるように思われる。

第三説は、「虚偽ノ無効ナルコト（少ナクトモ当事者間ニ於テ）ハ普通一般ニ認ムル所ナリ唯其適用ノ範囲ニ付キ各国ノ法規ニ多少相異ナル所アルノミ本条ハ原則トシテハ虚偽ノ意思表示ヲ無効トシ第三者ニシテ善意ナル者ハ之ヲ保護シ以テ不慮ノ損害ヲ蒙ラサラシメンコトヲ謀レリ但第三者ト雖トモ悪意ナル者ハ之ヲ保護スヘキ理由ナキヲ以テ其悪意を証明スルトキハ之ニ其意思表示ノ無効ヲ對抗スルコトヲ得セシムルヲ至当トス是レ現ニ証拠編五十条ニ規定スル所ナリ（ちなみに、同条2項の規定は、「然レトモ当事者ノ債権者及ヒ特定承継人カ当事者ト約定スルニ当リ反対証書アルヲ知リタルコトヲ証スルニ於テハ之ヲ以テ其債権者及ヒ承継人ニ對抗スルコトヲ得」である）」（民法第一議案 [日本近代立法資料叢書13] 82頁。なお、廣中編著・前掲143頁）というものであって、いふなれば立法者意思である（結果同旨、我妻・新訂民法総則292頁、松坂佐一・民法提要総則 [第三版] 217頁、幾代・前掲258頁、石田穰・証拠法の再構成156頁など）。第三説の論拠としては、表意者「Aは虚偽表示という信義則に反する背信的行為をした者であり、そのサンクションとして [第三者] Cの悪意を立証しなければならない、と解するのが妥当ではないだろうか。また、民法94条が一項で虚偽表示を無効としつつ、二項で善意の第三者に対抗できないとしたのは、取引の安全を保護するという趣旨であろう。そうだとすれば、Aの方でCの悪意を立証すると解するのが、実体法の立法趣旨にも適合するであろう」（石田・前掲156頁）ことなどが指摘されている。

第一ないし第三説の以上の論拠をみても、第一説は、主張責任の分配ないし証明責任の分配の法理に背馳して採ることができない。大体において、権利発生障害効果または権利消滅障害効果としての無効を排斥して権利発生障害事由または権利消滅障害事由と両立しうる事由として第三者の善意を考えることはできないのではないだろうか（それらと両立しうる事由としては、虚偽表示の撤回 [追認]・取消しくらいではないだろうか）。また、第二説には先に述べたような疑問があるように思われる。これに対し、第三説は、立法者の意思であるばかりでなく、民法94条の立法趣旨にも適合し、主張責任の分配ないし証明責任の分配の法理としても矛盾がないというべきである。ただ、その場合において、善意の第三者が虚偽表示の相手方を通じて表意者の権利を取得する理由については問題がないではない。しかし、わが民法は、意思表示の効力に関しては前述したように折衷説を採っているから、「例へハ多額納税議員ノ資格ヲ得ル為メ表面上他人ノ所有地ヲ譲受クルモ真ニ之ヲ譲受クルノ意思ナキ場合...ニ於テ若シ前ノ譲渡契約ハ虚偽ノ意思表示ヨリ成レルカ故ニ無効ナリトシテ之を第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトセハ其第三者ノ損害ヲ受クヘキコトハ固ヨリ喋喋^まヲ俟タス此ノ如クハ取引ノ安全ヲ害シ一般ノ信用ヲ傷クルコト実ニ少シトセス故ニ本条第二項ニ於テ虚偽ノ意思表示ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ從テ之ニ対シテハ虚偽ノ意思表示全然其効力を生シ前例ニ於テ表面上ノ譲受人ハ真ニ所有権ヲ取得シタルモノト看做サレ譲渡人ハ為メニ其所有権ヲ失フニ至ルヘシ是レ兩人カ虚偽ノ意思表示ニ因リテ第三者ヲ欺カントシタル結果ニシテ自ラ作セルわざわい（ATOKの和文コード表にない漢字 [鎌田正 = 米山寅太郎・新版漢語林の親字番号1613の俗字]）なので、ふりがなをもってその漢字に代える）ト云ハサルコトヲ得ス」（梅・前掲巻之一214～6頁）といつてよいのではないだろうか。したがって、第三説をもって妥当な見解といわざるをえない。そして、第三説によれば、虚偽表示の当事者

と悪意の第三者との間における効果は、権利発生障害効果または権利消滅障害効果としての無効である（民94、 ）が、その原因となる権利発生障害事由または権利消滅障害事由は、前述したおよび の要件事実に加えて、

利害関係のある第三者が、その地位を取得した時に、 および （その外形行為が当事者の真意によるものでないこと）を知っていたこと

であり、これについて および とともに契約上の権利の存在を争う者または権利の存在を主張する者が主張責任および証明責任を負う。

iv 錯誤

錯誤とは、本来的には、意思表示の表意者が、内心の効果意思（真意）と表示行為とが一致していない（意思の不存在。民101 参照）にもかかわらず、そのことを知らないことであるが、錯誤に意思形成過程における動機を取り込まざるをえなくなった結果、表示行為から推測される効果意思と表意者が真に意図するところに食い違いがあることであるなどといわれている。錯誤には、1万円というべきところうっかりして1万ドルといったような表示の錯誤と、1万円を1万ドルと同じであると誤解して1万円といったような内容の錯誤があり、後者には、相手方あるいは目的物についての同一性の錯誤、人の性質や行状、物の性質や状態などについての性状の錯誤、あるいは、法律状態についての錯誤がある。そして、性状の錯誤があると、動機の錯誤になる。

錯誤によって意思表示が無効になるためには、それが法律行為の要素すなわちその重要部分になければならない（民95本文）が、表意者に重大な過失 表意者の職業、行為の種類・目的などに応じてふつうにすべき注意をいじりしく欠くことであるとされる があったときは、表意者は、自らその無効を主張することができない（同条ただし書）。この表意者の重大な過失があることが要素の錯誤による無効を制限する事由であるのか（大判大正7・12・3民録24輯2284頁は、「民法九五条但書ニ表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ストアルハ法律行為ノ要素ノ錯誤ニ付キ表意者ニ重大ナル過失アラサルコトヲ以テ意思表示ノ無効ノ要件ト為シタルモノニ非ス」と判示する）、表意者の重大な過失がないことが要素の錯誤とともに無効事由となるのかについては、争いがある。前者と解する説は、その理論的な根拠が明らかではない。これに対し、後者と解するのであれば、権利発生障害事由または権利消滅障害事由として契約上の権利の存在を争う者または契約上の権利の存在を主張する者が主張責任ないし証明責任を負担することになるはずである。ところが、後者であると解しながら、表意者の重大な過失を消極要件であるとしてまたは特段の理由を示すことなく、無効を争う者に主張責任および証明責任があると見る見解がある。この見解は、たとえば大判大正7・10・3民録24輯1852頁が「民法九五条ニ依リ法律行為ノ無効ヲ主張スルニハ表意者ニ於テ意思表示ニ錯誤アルコト及ヒ其錯誤カ法律行為ノ要素ニ關スルコトヲ立証スルヲ以テ足り同条但書ニ依リ表意者ニ重大ナル過失アリトノ主張ハ其相手方ニ於テ立証スヘキモノトス（傍点は、引用者）」と判示することから分かるように、本文とただし書の証明責任の分配を別異とするとする考えを無条件に踏襲したものと思われる。しかし、わが民法に

において文構造説（文構造説は、しばしば規範説をいわれ、規範説は、法律要件分類説と同じであるといわれている。しかし、ここでいわれている法律要件分類説は、広義であって、証明責任の分配について要証事実分類説に対立する考えとして用いられている。狭義の法律要件分類説は、証明責任の分配を原則として法律要件ごとすべきであるとする考えをいい、文構造説とは異なる）を採ることができないことは、以前から繰り返し述べてきたところである。

したがって、権利発生障害事由または権利消滅障害事由として契約上の権利の存在を争う者または契約上の権利の存在を主張する者が、

意思表示の法律行為の要素に錯誤があること

表意者に重大な過失がないこと

について主張責任および証明責任を負担するというべきである（結果同旨、賀集「挙証責任 間接反証を中心として」続判例展望215頁。なお、同・前掲「要件事実の機能」36頁）。

意思表示の意思の形成過程における錯誤を動機の錯誤または縁由の錯誤という。動機の錯誤については、動機が相手方に対して黙示でもよいから（大判大正3・12・15民録20輯1101頁参照）表示されれば動機が意思表示の内容となって要素の錯誤になりうるとする見解と動機が表示されると否とにかかわらず錯誤であり、それが要素であるかどうか表意者に重大な過失があるかどうかによって意思表示が無効になるかどうかを決すればよいとする見解とがある。前の見解が大判明治38・12・19民録11輯1786頁以来一貫した判例になっており（最二判昭和29・11・26民集8巻11号2087頁など）通説でもあるが、後の見解も学説上は有力であり、現在では多数説であるといつてよいであろう。そして、判例・通説によるときは、意思表示の縁由に属する事柄とそれが表示されたことも、の要素になる。

錯誤による無効の追認を認める立場に立つと、錯誤者の追認の意思表示は、無効という一種の法律効果を消滅させる事由であるから、契約上の権利の存在を主張する者または契約上の権利の存在を争う者が主張責任および証明責任を負う権利消滅（滅却）事由である。

II 契約の取消し

1 契約の取消しの意義

契約の取消しは、なんらかの理由により、いったん発生した契約の効力を後から契約の時にさかのぼって消滅させることであるが、裁判外の取消権の行使による場合にかぎっても、制限行為能力または意思表示に（詐欺または強迫による）瑕疵があることを理由とする一般的取消しのほか、無権代理を理由とする相手方の取消し（民115）のような特殊的取消しがある。ここで取り上げる契約の取消しは、一般的取消しである。

一般的取消しについても、要件事実としてあらかじめ検討しておかなければならないことがいくつかある。一つは、取り消すことができるのは、制限行為能力者の意思表示または瑕疵ある意思表

示であって、契約（法律行為）ではないとする見解についてである（たとえば、司法研修所・七訂民事判決起案の手引119頁は、未成年を理由とする取消しの売買契約に基づく代金請求における抗弁は、「一 被告は、本件売買契約当時、一九歳四か月であった。二 被告は、原告に対し、昭和六三年三月二五日、右契約における買受けの意思表示を取り消す旨の意思表示をした。」と、詐欺を理由とする取消しの絵画の売買契約に基づく代金請求における抗弁は、「一 原告は、被告に対し、本件売買契約の締結に際し、右契約の目的とされた絵画一点が実はがん作であるにもかかわらず、横山大観作のものであるように告げて被告を欺き、その旨誤信させた上、右契約を成立させた。二 被告は、原告に対し、昭和六二年八月三日、右契約における買受けの意思表示を取り消す旨の意思表示をした。」[下線は、ともに引用者]とそれぞれ記載すべきであるとするのは、この見解に従ったものである）。そして、この見解は、一般的取消しの取消権者といえども相手方の意思表示をも取り消すことができるとするのはすぎたるものであって、制限行為能力者の意思表示または瑕疵ある意思表示が取り消されると、契約の成立要件である・対立する複数の意思表示の一つが遡及的に無効になるから、その意思表示が無効になれば、それと対立するもう一方の意思表示だけでは契約が成立せず、契約が不成立であれば、それは効力を生じないという意味で無効になるというのである。確かに、民法96条は、詐欺または強迫による意思表示は取り消すことができると規定している。この見解は、この規定の文言を手がかりに、この問題を契約の不成立無効の理論において理解しようとするものであろう。しかし、契約の不成立と契約の無効とは異なる概念である。このことは、契約の不成立の場合には追認する余地がないのに対し、契約の無効の場合には追認することが可能であることによっても明らかである。したがって、契約の不成立無効なる概念は、理論として成り立ち得ないのではないだろうか。制限行為能力者の意思表示または瑕疵ある意思表示を取り消すということは、取りも直さず契約を取り消すということであろう。同条以外の条文が（契約を含む法律）行為を取り消すと規定している（民5、9、120～123など）のは、このことを示しているのではないだろうか。

一つは、通説が、一般的取消しの要件事実を、取消権者の相手方に対する取消しの意思表示のほか、取消権の発生原因事実であるとしていることである。これも要件事実であるが、基本的な要件事実は、取消権の存在であるといわなければならない。通説は、たとえば、具体的な売買代金請求訴訟において、（取消権者である）被告が（詐欺者である）原告に対してその詐欺を理由として本件売買契約を取り消した旨の抗弁を、原告が認めても許さない。被告の原告に対する取消権の発生原因事実として、原告の被告を欺く行為があること、原告に被告と欺いて錯誤に陥らせる点とそれによって被告に意思表示をさせる点とに故意があること、被告が錯誤に陥ったこと、被告の錯誤と意思表示との間に因果関係があること、欺罔行為に違法性があること、および、被告が原告に対して意思表示を取り消す旨の意思表示をしたことを具体的な事実にして主張しなければならないというのである。通説が権利主張および権利自白を認めないのは、前にも述べたように、その理論的根拠を客観的証明責任論に求めるからである。客観的証明責任を基本として、これから証明責任の分配が論理的に析出され、客観的主張責任および主張責任は、弁論主義により、客観的証明責任および証明責任の分配が投影したものにすぎないのであるから、客観的主張責任およ

び主張責任の分配の対象となるものは、人間の五感の作用によって認識可能な自然的・社会的事実以外にはありえないというのである。しかし、証明責任の分配と主張責任の分配とは、起源を異にするのではないだろうか。証明責任の分配は、2当事者対立構造の下での証拠裁判主義により発現したものと思われるのに対し、現代的意味での主張責任の分配は、2当事者対立構造の下での弁論主義（それは、民事訴訟における私的自治の原則の訴訟的表現であるというべきである）により発現したものと思われる。したがって、証明責任の分配は、ローマ法においても見られるが、主張責任の分配は、ナポレオン民法以降にはじめて観念されることになる（弁論主義〔狭義〕も処分権主義も、ともに私的自治の原則の訴訟法的表現であるというべきであるが、処分権主義は、1807年に制定されたフランス訴訟法典〔ナポレオン民法〕によって実現されたといわれる〔鈴木禄弥訳・F・ヴィーアッカー近世私法史560頁参照〕）。そして、証明責任は、証明責任の分配において行為責任として生じ、主張責任は、主張責任の分配において行為責任として生じるのである。こうして、主張責任の分配および主張責任が証明責任の分配および証明責任に規制されることはないのである。このことは、わが民法が中間確認の訴えを認めている（145条）ことから明らかであるといわなければならない。

一つは、取消権を与える規定を排権規定（権利排斥的ないし抑制的規定）とする見解である（倉田訳・ローゼンベルク証明責任論〔全訂版〕118頁）。すなわち、「反対規定の中には、請求権に向けられた者に形成権を与えるものもある。この形成権を行使することによって彼は自分に向けられた請求権の主張を排斥しうるのである。」（同書118頁。ただし、傍点略）というのである。そして、「総じて言えば、排権規定は以下の点において障権規定と異なり、滅権規定と共通の特徴をもつ、すなわち、その要件の（形成権の行使による）充足が生じるのは、拠権規定の全要件が一旦実現して後のことなのである。もっとも排権規定の要件の一部が時間的に拠権規定の要件と符合することもあること、同時履行の抗弁（320条）や意思欠缺による取消権の場合におけるごとくではあるが。」（同書119頁）という。しかし、要件事実論においては、行為規範の定める法律効果を前提として主張責任の分配ないし証明責任の分配の結果みいだされる裁判規範の分配効果の性質によって行為規範の定める法律要件または法律事実を前提として主張責任の分配ないし証明責任の分配の結果みいだされる裁判規範の要件事実の性質を決めればよいであろうから、排権事由ないしその根拠規定である排権規定を取り上げる必要はないのではないだろうか（ローゼンベルクの証明責任論をほぼ踏襲して証明責任の分配を実体法の規定によって分類する司研・要件事実1巻5頁も、排権規定なるものを認めないようである）。契約の取消しの要件事実、権利消滅事由または権利滅却事由と考えれば足りると思われる。

2 制限行為能力者の契約の取消しとその相手方の保護

(1) 制限行為能力者の契約の取消し

未成年者（民4）が、単独で契約を含む法律行為をすることができる場合（婚姻をした場合〔民753〕、単に権利を得、または義務を免れる場合〔民5 ただし書〕、親権者または未成年後見人すなわち法定代理人が処分を許した財産を処分する場合〔同条 〕および法定代理人から許された

営業に関してする場合 [民6]) を除いて、法定代理人の同意を得ないで契約したときは、未成年者 (承継人を含む) または法定代理人は、取り消すことができる契約の相手方が確定している場合において、相手方に対し、その契約を、意思表示をもって取り消すことができる (民4 、 120 、 123) 。また、成年被後見人が、日用品の購入その他日常生活に関してする場合を除く契約をしたときは (民9) 、成年被後見人はたとえ意思能力を有して後見人の同意があっても日常生活に関してする場合を除く法律行為をすることができないから (同条本文) 、契約を取り消すことができない (成年被後見人が契約を取り消したときは、その取消しは取り消すことができることになる) が、その承継人または成年後見人 (成年後見監督人が選任されているときは、特定の場合に成年後見監督人) は、いま述べた場合において相手方に対し、その契約を、意思表示をもって取り消すことができる (同条、民120 、 123) 。さらに、被保佐人が保佐人の同意を得なければできないのに、その同意またはこれに代わる許可を得ないで契約をしたときは (民13) 、被保佐人 (承継人を含む) または保佐人 (保佐監督人が選任されているときは、特定の場合に保佐監督人) は、上述の場合において相手方に対し、その契約を、意思表示をもって取り消すことができるし (同条 、 民120 、 123) 、被補助人 (承継人を含む) が補助人の同意を得なければできないのに、その同意またはこれに代わる許可を得ないで契約をしたときは (民17) 、被補助人 (承継人を含む) または補助人は、同様の場合において相手方に対し、その契約を同様の方法で取り消すことができる (同条 、 民120 、 123) 。

未成年者、被保佐人または被補助人は、単独で取り消すことができ、同意等がなくても完全な効力を生じると解されている。また、制限行為能力による取消しは、絶対的取消しであって、すべての第三者に対して取消しの効果を主張することができる。

制限行為能力者の取消しについて制限行為能力者の種別ごとに要件事実を掲げるのはいかにもわずらわしいので、未成年者および被後見人の契約の取消しに絞って要件事実をみておくことにする。

i 未成年者の契約の取消し

まず未成年者の契約であるが、判例 (大判大正6・10・25民録23輯1604頁) ・通説 (来栖三郎・判民昭和12年度119事件評釈、田中和夫・立証責任判例の研究64頁、司法研修所編・9訂民事判決起案の手引22頁、村上博巳・証明責任の研究 [新版] 140頁、143頁、大江・前掲 (上) 22頁など) は、未成年者の契約の取消しの効果を受けようとする者は、契約が未成年者によってされたことと取消しの意思表示を主張・証明する責任を負い、法定代理人の同意などの契約を有効とする事由についての主張・証明責任は、相手方にあるとする。その理由は、未成年者の契約は取り消すことができるのが原則で、法定代理人の同意などは例外的に取消しの法律効果が障害されることを理由とするか、ローゼンベルクの見解 (倉田訳・前掲418頁) を踏襲するものようである。しかし、原則・例外関係が仮に契約についての主張責任の分配ないし証明責任の分配の基準となりうるとしても、それは、契約は取り消しえないのが原則で取り消しうるのが例外ということではないだろうか。未成年者のした契約は、法定代理人の同意があると否とを問わず、有効に成立するのであって、ただ、法定代理人の同意を得ないでしたときは取り消すことができるにすぎないのである。また、ローゼンベルクの見解は、ローゼンベルク自身も認めるように (同書413頁) 、周知の命題を法文化した

BGB第一草案194条すなわち「何人タリトモ通例ノ作用ヲ除斥スル特別ノ事実ノ為メ或ル事体ノ法律上ノ作用ヲ否拒スル者ハ其特別ノ事実ヲ証明スルコトヲ要ス 右ノ規定ハ殊ニ行為能力ノ欠缺、眞実ノ意思ト陳述ノ意思トノ一致ノ欠缺、脅迫又ハ詐欺ノ為メ意思ノ自由ノ欠缺ヲ主張スルトキ...之ヲ適用ス」(今村研介・独逸民法草案 [第一卷総則・第二卷債務関係法] [日本立法資料全集別巻147] 第一巻59頁)に反対するものである。大体において、未成年者の契約の取消権は、法定の権利であるところ、民法5条1項本文、2項によれば、未成年者が法定代理人の同意を得ないで契約をすることによって発生する旨定めるのである(成年被後見人の契約の取消権の発生とは要件が異なる)。すなわち、「未成年者が法定代理人の同意を得ないで契約をすること」が、未成年者の契約の取消権発生 of 法律要件である。そして、その取消権者が契約をすることについて法定代理人の同意を得ていないことを主張し、証明することは定型的にいちじるしく困難であるといえないばかりでなく、詐欺・強迫による契約の取消しの場合において、相手方の詐欺等や強迫等の事実について取消権者の側が主張責任ないし証明責任を負担することとのバランスを失うように思われる(村上・前掲172頁は、前掲の同書140頁、143頁の論旨と異なり、「無能力者 [改正民法の下では、制限行為能力者] のした意思表示または瑕疵のある意思表示は、一定の場合に取消することができる...。その場合、法律行為の取消しを主張する者は、④意思表示が取消することのできるものであること(取消権の存在)、⑤取消権者によって取消し of 意思表示がされたこと(取消し) of 証明責任を負う。」という。無意識のうちに、制限能力者のした意思表示と瑕疵のある意思表示との証明責任を同一にすべきであるとの判断が働いたのであろうか)。

なお、取消権の行使の要件事実すなわち権利行使事由であるが、民法123条は、取消権行使の方法について「取り消すことができる行為の相手方が確定している場合」であることを要する旨規定する。これは、単独行為には相手方のないものや確定しないものがあるので、その辺を念頭においた趣旨であると思われるが(松波仁一郎=仁保亀松=仁井田益太郎合著・帝国民法正解2巻690頁参照)、契約では、取り消すことができる行為の相手方すなわち取り消すことができる意思表示の向けられた者が死亡して相続人が不明であるような場合(その場合には、公示による意思表示をする [民98])を別とすれば、取り消すことができる行為の相手方は、確定しているといつてよい。とすれば、契約においては、要件事実ではあるものの、これを一々摘示するのはわずらわしいので、以下ではそれを省略することとする。

こうして、主張責任の分配および証明責任の分配について法律要件分類説に立つからには、権利の存在を争う者が、権利滅却事由および権利行使事由(取消権でいえば、権利根拠事由および権利行使事由)として、次の事実(社会事象)について主張責任ないし証明責任を負うというべきである。

未成年者が法定代理人の同意を得ないで契約をしたこと
取消権者がその契約の相手方に対して契約を取り消す旨の意思表示をし(隔地者である場合には、それが相手方に到達し) たこと

ii 成年被後見人の契約の取消し

次に、成年被後見人（この項では、以下「被後見人」という）の契約であるが、被後見人のした契約といえども、それが成立した以上は、有効である。しかし、それは、日常生活に関する契約である場合を除いて、つねに取り消すことができる（民9）。したがって、取消権者（民120）は、権利滅却事由および権利行使事由（取消権についていえば、権利根拠事由および権利行使事由）として、契約が被後見人によってされたことと取消しの意思表示について主張責任および証明責任を負う。

被後見人が契約をしたこと
取消権者とその契約の相手方に対して契約を取り消す旨の意思表示をし（隔地者である場合には、それが相手方に到達し）たこと

被後見人は、日常生活に関する行為を除いて、成年後見人（この項では、以下「後見人」という）の同意があったとしても、財産に関する契約をすることができず、後見人が被後見人を代理してそれをするのである（民859～860）。したがって、成年後見監督人（この項では、以下「後見監督人」という）が選任されている（民849の2）場合において、後見人が後見監督人の同意を要する契約をするに当たって、その同意を得ないでしたときについても、ここで検討しておかなければならぬだろう。後見監督人の同意を得ないでした後見人の契約は、被後見人または後見人が取り消すことができる（民865 前段）。昭和22年法律222号による改正前民法に関して、判例は、分かれる。大判大正6・10・11民録23輯1576頁は、「後見人力被後見人二代リテ債務ヲ負担シタル場合ニ於テハ後見人ハ被後見人二代リテ法律行為ヲ為シ得ル法律上代理権ヲ有スルモノナルヲ以テ一応其法律行為ハ有効ニ成立シタルモノト認ムヘキモノナレハ其法律行為ニ付キ親族会ノ同意（現行法でいえば、後見監督人の同意 [民864本文、13 (2)、865] に相当する）ナカリシカ故ニ之ヲ取消シ得ヘキモノナリト主張スル者ハ其者ニ於テ其取消ノ事由タル親族会ノ同意ナカリシ事実ノ立証ヲ為ササルヘカラス」と判示するが、大判昭和12・11・20民集16巻1635頁は、「親権ヲ行フ母 [引用者注・親権者、昭和22年法律222号による改正前民法877] カ未成年ノ子二代ハリテ重要ナル動産ニ関スル権利ノ喪失ヲ目的トスル行為ヲ為スニハ親族会ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルコトハ民法第八百八十六条 [引用者注・3号] ノ明定スルコトニシテ原告ニ於テ親族会ノ同意（現行法でいえば、後見監督人の同意 [民864本文、13 (3)、865] に相当する）ヲ得サリシコトヲ理由トシテ其ノ行為ヲ取消シ該動産ノ返還ヲ請求シ被告ニ於テ親族会ノ同意ヲ得タルコトヲ理由トシテ該行為ニ基キ有効ニ権利ヲ取得シタルコトヲ主張スル場合ニ於テ親族会ノ同意ヲ得タルコトハ該行為ニヨリ権利ヲ取得シタルコトヲ主張スル被告ニ於テ之カ立証ノ責任アルモノト謂ハサルヘカラス蓋親族会ノ同意ヲ得ルコトハ親権ヲ行フ母カ未成年ノ子二代ハリテ該行為ヲ為スノ有効条件ナルヲ以テ右行為ニヨリテ有効ニ未成年者ノ権利ヲ譲受ケタルコトヲ主張スル者ニ於テ之カ立証ノ責任ヲ負ハサルヘカラサルハ当然ノ事理ナレハナリ」と判示する。しかし、学説は、概して前の判例を支持する（来栖・前掲評釈、田中・前掲65頁、村上・前掲145頁など）。

後見監督人が選任されている場合において、後見人が後見監督人の同意を要する契約をしたときは、その契約が有効に成立することは、後見監督人の同意の有無にかかわらない。ただ、後見監督人の同意を得ないでしたときは、被後見人または後見人がその契約を取り消せるだけである。そうすると、被後見人または後見人が主張責任ないし証明責任を負うべき権利滅却事由および権利行使事由（取消権でいえば、権利根拠事由および権利行使事由）は、

後見監督人が選任されていること
後見人が後見監督人の同意を要する契約をその同意を得ないでしたこと
被後見人または後見人がその契約の相手方に対して契約を取り消す旨の意思表示をし（隔地者である場合には、それが相手方に到達し）たこと

である。

iii 制限行為能力者の不当利得返還義務の範囲

制限行為能力者のした契約が取り消された場合には、契約は初めから無効であったとみなされるから（民121本文）、契約に基づいて給付した物があるときは、それを不当利得として返還しなければならない道理である（民703等）。しかし、制限行為能力者は、悪意であっても、その契約によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負えばよい（民121ただし書）。制限行為能力者を保護するためである。制限行為能力者が相手方から受領した金銭を浪費した場合には、現存している限度で金銭を返還すればよい（判例 [平成11年法律149号による改正前の民法11条の定める準禁治産者である浪費者が消費貸借契約により貸主から受領した金銭につき、大判昭和14・10・26民集18巻1157頁]・通説）が、受領した金銭を債務の弁済や生活費の支弁にあてた場合などには、その取り消すことのできる契約がなかったとすればあるはずの財産の状態と取り消すことのできる契約があったことにより存する現実の財産の状態とに差額があるとはいえないから、利得が現存していることになる（判例 [大判昭和5・10・23民集9巻993頁、大判昭和7・10・26民集11巻1920頁など]・通説）。なお、取り消された双務契約の当事者双方がそれぞれ返還義務を負う場合には、両義務は、同時履行の関係にある（親権者母が親族会の同意を得ないでした家屋譲渡契約を取り消した場合につき、最三判昭和28・6・16民集7巻6号629頁）。

現存利益の主張責任および証明責任は、利益の現存することについて不当利得返還請求権の存在を主張する者にあるとする見解（前掲大判昭和14・10・26）と利益の減少について不当利得返還請求権の存在を争う者にあるとする見解（通説）とがある。しかし、前掲大判昭和14・10・26「のいうところは、浪費者たる故を以て準禁治産宣告を受けたものであるならば、利得を浪費して現存利益はないものとの事実上の推定が成り立つことを認め、この理由によって拳証責任の転換を認めたものとして理解され得る」（判民昭和14年度73事件評釈 磯田進）のであれば、前の見解は、妥当性を欠くといわざるをえない。制限行為能力者「の保護としては行為の取消権を認めるだけで既に充分であり、取消に基づく利得償還の問題については出来る限り不当利得の一般原則に従はしむ

べきである」(同評釈)ということであれば、不当利得返還請求権は、受益者の善意・悪意を問わず「法律上の原因なく他人の財産又は労務によって利益を受け、そのために他人に損失を及ぼ」(民703)せば、受けた利益につきただちに発生し(大判昭和8・11・21民集12巻2666頁)、利得の減少が、不当利得返還請求権の一部または全部を滅却する事由として、不当利得返還請求権の存在を争う側に主張責任および証明責任があると解すべきである(判例[前掲昭和8・11・21、最三判平成3・11・19民集45巻8号1209頁]・通説)。

(2) 制限行為能力者の相手方の保護

i 制限行為能力者の相手方の催告権

制限行為能力者(未成年者、成年被後見人、被保佐人および民法17条1項の審判を受けた被補助人)と契約した相手方は、契約がいつ取り消されるか分からない不安定な状況に置かれることになる。そのような相手方を保護するために、民法20条は、相手方が契約をした相手を制限行為能力者であると知っていたか否かにかかわらず、相手方に対し、制限行為能力者のした取り消すことのできる契約を追認するかどうか確答すべき旨の催告をする権利を与えている。この催告は、意思の通知(準法律行為)であるから、その法律効果は、法律の規定によって生ずる。

催告権行使の法律効果は、一定の要件の下に取り消すことのできる契約を(A)追認したものとみなされる場合(同条、)と(B)取り消したものとみなされる場合(同条、)とに分かれる。(A)単独で追認することができる者すなわち①制限行為能力者が行為能力者となった後にその者に、および、②行為能力者にならない間にその法定代理人、保佐人または補助人(ただし、その権限内の契約についてであることを要する)に対し、1か月以上の期間を定めて、その期間内にその取り消すことのできる契約を追認するかどうかを確答すべき旨の催告権を行使した場合において、その者がその期間内に確答を発しないときは、その契約を追認したものとみなされ、(B)単独で追認することができない、③特別の方式を要する契約(後見人が後見監督人の同意を得なければすることのできない契約など)について、1か月以上の期間を定めて、その期間内にその取り消すことのできる契約を追認するかどうかを確答すべき旨の催告権を行使した場合において、その方式を具備した旨の通知を発しないとき、あるいは、④被保佐人または民法17条1項の審判を受けた被補助人に対し、1か月以上の期間を定めて、その期間内にその保佐人または補助人の追認を得るべき旨の催告権を行使した場合において、その被保佐人または被補助人がその期間内にその追認を得た旨の通知を発しないときは、その契約を取り消したものとみなされるのである。期間を定めない催告や1か月未満の期間を定めた催告は無効であると解されている。また、通知を発しないとは、消極的な意味でのいわゆる発信主義を採用したものであって、期間内に通知が到達しないことではない。しかも、発した通知が到達しなくてもよいと解すべきであろう。

制限行為能力者のした契約は、成年被後見人がした場合であっても、未成年者が法定代理人の同意または許可を得ないでした場合であっても、あるいは、被保佐人または民法17条1項の審判を受けた被補助人が保佐人または補助人の同意を得ないでした場合であっても、未確定ながら有効であるうえ、それらの場合には契約の締結と同時に取消権が発生するから、上述した(A)の催告権の

行使は、取消権者の催告期間経過後における取消しに対する取消権の消滅事由であるというべきである（大江・前掲（上）39頁は、取消しの効果発生障害事由というが、疑問である）。(A)、㉔のうちの未成年者が成年に達した後に相手方が催告権を行使した場合の要件事実を示すと、取消権者の催告期間経過後における取消しを前提として、

相手方が、未成年者とその未成年者ら取消権者において取り消すことができる契約をした場合において、その未成年者が成年に達した後に、その者に対し、1か月以上の期間を定めて、その期間内にその契約を追認するかどうかを確答すべき旨を催告し（隔地者である場合には、その者にその通知が到達し）たこと

その者がその期間内に確答を発しなかったこと

である（ちなみに、大江・前掲（上）39頁は、 を抗弁の取消しの意思表示に先立ち、「再抗弁2の期間 [= 催告期間] が経過したこと」であるとし、「その期間内に確答を發したことを再々抗弁とすることであるが、確答を發しないという消極的事実の主張および証明が定型的にいちじるしく困難であるといえないし、法律要件を無用に細分化して分配するものであって、賛成できない）。催告期間中に相手方に対して取り消すことができる契約を追認し（隔地者であるときは、催告者にその意思表示が到達し）たときは、催告権の行使による法定の効果とは別の意思表示による効果であって、それにより契約は確定的に有効になり、催告権の行使の効果は目的を達して消滅すると解すべきであろう。

これに対し、上述した (B) の催告権の行使は、未確定に有効だった契約上の権利を確定的に消滅させる事由である。(B)、㉕のうちの被保佐人に対して相手方が催告権を行使した場合の要件事実を示すと、

相手方が、被保佐人に対し、1か月以上の期間を定めて、その期間内にその保佐人の追認を得るべき旨を催告し（隔地者である場合には、被保佐人にその通知が到達し）たこと

被保佐人がその期間内にその追認を得た旨の通知を發しなかったこと

である（ちなみに、大江・前掲（上）41頁は、 を「抗弁2の期間 [= 催告期間] が経過したこと」であるとし、保佐人が同意し被保佐人が催告期間内に通知を發したことを再抗弁とするが、上述したことと同じ理由で賛成できない）。保佐人または被保佐人が催告期間内に相手方に対して契約を取り消し（隔地者であるときは、催告者にその意思表示が到達し）たときは、催告権の行使による法定の効果とは別の意思表示による効果であって、それにより契約は確定的に初めから無効であったとみなされ、催告権の行使の効果は目的を達して消滅すると解すべきであろう。また、保佐人またはその同意を得た被保佐人が催告期間内に相手方に対して取り消すことができる契約を追認し（隔地者であるときは、催告者にその意思表示が到達し）たときは、それにより契約は確定的に有効になり、催告権の行使の効果は消滅すると解すべきではないだろうか（取り消すことができる契

約の追認については、後にまとめて述べる)。

ii 制限行為能力者の詐術

制限行為能力者が行為能力者であることを信じさせるため詐術を用いたときは、制限行為能力者を保護する必要がないから、その契約を取り消すことができない(民21)。ここに取り消すことができないというのは、一般に取消権の喪失とか取消権の排除とかいわれているが、要件事実論でいうならば、取消権の発生障害効果のことである。また、詐術の意義は、制限能力者の保護(平成11年法律149号による改正前の民法では、無能力者の保護)と相手方の保護(取引の安全)のどちらに重点を置いて解するかによって異なるが、近年は後者に重点が移ってきて、それを緩やかに解するようになってきているといわれている。そして、最一判昭和44・2・13民集23巻2号291頁は、「思うに、民法二〇条(=現行法21条)にいう『詐術ヲ用ヰタルトキ』とは、無能力者が能力者であることを誤信させるために、相手方に対し積極的術策を用いた場合にかぎるものではなく、無能力者が、ふつうに人を欺くに足りる言動を用いて相手方の誤信を強めた場合をも包含すると解すべきである。したがって、無能力者であることを黙秘していた場合でも、それが、無能力者の他の言動などと相俟って、相手方を誤信させ、または誤信を強めたものと認められるときは、なお詐術に当たるといふべきであるが、単に無能力者であることを黙秘していたことの一事をもって、右にいう詐術に当たるとするのは相当でない。」と判示する。詐術の意義をこのように解するときは、詐術を用いたかどうかは、包括的な事実を踏まえて法的判断を要することになるから、不特定概念であるといふべきである。こうして、制限行為能力者が詐術を用いたことについては、主張責任の分配ないし証明責任の分配の結果、権利の存在を主張する者に主張責任ないし証明責任がある権利(取消権)発生障害事由になる。

制限行為能力者が行為能力者であることを信じさせるため詐術を用いたことまたは詐術を用いたことを基礎づける自然的・社会的事実の類型があること
--

相手方がその詐術により行為能力者であると信じたこと

3 詐欺または強迫による契約の取消し

詐欺または強迫による意思表示を要素とする契約は、被欺もう(罔)者において原則としてまたは被強迫者において取り消すことができ(民96)、取り消された契約は、初めから無効であったとみなされる(民121本文)。このように、詐欺による取消しは相対的であるが、強迫による取消しは絶対的である。

前述したように、詐欺または強迫による意思表示を瑕疵ある意思表示(効果意思の形成過程に過ちがある意思表示)といい、要素の錯誤による意思表示を意思の欠缺というが、この区別については問題があり、また、詐欺または強迫による取消しも、それによる意思表示のみを取り消すのではなく、契約を取り消すのである。

(1) 詐欺による契約の取消し

人を欺もうしてすなわち欺いて錯誤に陥れる違法な行為を詐欺という。相対する欺もう者と被欺もう者との間に成立した契約は、被欺もう者においてつねに取り消すことができる(民法96)が、相手方に対する意思表示について第三者が詐欺をした場合には、相手方がそのことを知っていたとき(知らない場合でも過失があるとき)にかぎって、被欺もう者は契約を取り消すことができ(同条)、また、詐欺による取消しは、善意の第三者に対抗することができない(同条)。

i 詐欺による契約取消権発生 of 法律要件および要件事実

詐欺は、いま述べたように人を欺いて錯誤に陥れる違法な行為をいい、民法96条に定められている一種の法律関係を表す用語であって、これが詐欺による取消権発生 of 法律要件である。また、詐欺による取消権は、裁判外の形成権であって、それが被欺もう者(詐欺により意思表示をした者)または代理人(任意代理人を含む)もしくは承継人によって(取り消すことができる契約の相手方が確定している場合における)相手方に対する意思表示をもって行使されてはじめて現実的に契約は遡及的に無効であったとみなされる(民法120 、121本文、123)。そうすると、具体的な訴訟において、被欺もう者は、詐欺により契約を取り消した旨の権利主張をすることができるはずであり、欺もう者がこれを認めるときは権利自白が成立し、被欺もう者は、それを基礎づける自然的・社会的事実を主張したり、立証したりする必要がないはずである(ローゼンベルクすら、「当事者が、直接に法規の要件事実を複写した主張をし、...相手方が自白するなり争わなかったりすれば、法規の要件事実どおりの主張だけで充分である」[倉田訳・前掲195~6頁]と知っていることを知るべきである)。しかし、詐欺を基礎づける自然的・社会的事実の類型も民法96条の解釈による法律要件であるから、ここでは、それをみていくことにする。

詐欺による契約取消権発生 of 原因となる詐欺を基礎づける自然的・社会的事実の類型は、

- 相手方を欺く行為があること
- 欺もう者(詐欺者)に故意があること
- 相手方が錯誤に陥ったこと
- 相手方の錯誤と意思表示との間に因果関係があること
- 欺もう行為に違法性があること

である。

この法律要件について主張責任の分配ないし証明責任の分配をすると、法律要件をそっくりそのまま裁判規範の要件事実とすべきであると解されているようである(大判昭和3・4・18民集7巻283頁、民事教官室「民事訴訟における要件事実について 第一部民法総則」司法研修所報26号176頁など)。多少説明を要すると思われることは、 についてである。民事教官室・前掲176頁は、「右詐欺が違法性を有することを基礎付けるべき事実関係」とする。取引にはしばしばかけひきが伴うが、自由競争の下ではある程度まではそれが許容される。したがって、それが取引上要求される信義誠実の原則に反する程度になった場合、すなわち、違法性を帯びた場合に詐欺になる。し

たがって、詐欺が違法性を有することを基礎付ける自然的・社会的事実の類型も と選択的な要件事実ではあるが、具体的な訴訟では、 、 および の事実が主張・証明されれば、通常はそれが取引上要求される信義誠実の原則に反する程度になっているであろうから、一般的にいえば、ことさらに「右詐欺が違法性を有することを基礎付けるべき事実関係」を主張し立証しなければならないことはないであろう。そのことでは、 についても同じであって、 は、相手方を欺いて錯誤に陥らせる点と、それによって相手方に意思表示をさせる点とに詐欺者が意図をもっていなければならないが、だからといって、具体的な訴訟では、通常はことさらにこの事実を主張・立証するまでではないであろう。

こうして、詐欺を基礎づける要件事実および契約の取消しの要件事実は、

相手方を欺いて契約を締結したこと
欺もう者に故意があること
相手方が錯誤に陥ったこと
相手方の錯誤と契約締結の意思表示との間に因果関係があること
欺もう行為に違法性があることまたは違法性があることを基礎づける自然的・社会的事実の類型があること
相手方またはその代理人もしくは承継人が欺もう者に対してその契約を取り消す旨の意思表示をし（隔地者である場合には、それが欺もう者に到達し）たこと

である。

ii 第三者の詐欺

ある人（民法96条2項にいう「相手方」）に対する意思表示について第三者が詐欺をした場合、たとえば、C（同条項にいう「第三者」）が商売敵のB所有の土地をA（相手方）に安く売らせようとしてその土地の近くにごみ処理場が建設される計画などないにもかかわらず、Bに対してその計画があり、その計画が公表されると地価が大幅に下がるから、Aに多少安くても早く売ったほうがよいと述べて詐欺をしたような場合で、AがCの詐欺の事実を知らず知らないことについて過失がないとき（無過失を要件とすべきかについては、学説上争いがあるが、要件とするのが通説であるといつてよいであろう）は、Bの取消しによって思いがけない不利益を受けることになるので、Bは、Aとの契約を取り消すことができないが、Aがそのことを知っているか知らないことについて過失があるときは、相手方を保護する必要がないので、Bは、Aとの契約を取り消すことができる（同条項）。

したがって、第三者の詐欺による取消権発生の原因となる第三者の詐欺を基礎づける自然的・社会的事実の類型は、

第三者がある人を欺く行為をしたこと

第三者に故意があること

ある人が錯誤に陥ったこと

ある人と相手方とが契約を締結したこと

ある人の錯誤とある人のその契約をする意思表示との間に因果関係があること

第三者の欺もう行為に違法性があること

相手方が第三者の詐欺を知っていたことまたは知らないことについて過失があること

であろう。この法律要件について主張責任の分配ないし証明責任の分配をすると、法律要件をそっくりそのまま裁判規範の要件事実とすべきである（民事教官室・前掲176頁、村上・前掲152頁参照）が、ただ、¹については前項と同じことが選択的な要件事実になるし、²の過失についても、それを基礎づける自然的・社会的事実の類型が選択的な要件事実になるというべきである。

iii 詐欺の第三者に対する効果

詐欺による取消しの意思表示は、善意の第三者（詐欺による意思表示後に新たに利害関係を有することになった者）に対抗（主張）することができない（民96）。Aが、Bから詐欺によってその所有する土地を買い受け、詐欺の事実を知らないCに転売した場合において、BがAとの売買契約を取り消すと、A・B間では売買契約が初めから無効であったとみなされるが、Bは、Cに対しては無効を主張することができないということである。したがって、Cは、その土地について所有権を取得する。第三者は善意であるうえにさらに無過失でなければならぬかについては、学説が分かれている。また、不動産を買い受けた第三者は登記まで経由しなければならぬかについても、学説が分かれているが、判例（農地を売渡担保として譲り受けた善意の第三者が農地法5条の許可を条件とする所有権移転仮登記の附記登記を経由している事案につき、最一判昭和49・9・26民集28巻6号1213頁）は、登記を不要とするかのようである。

取消権者にiの～またはiiの～の主張責任ないし証明責任が分配され、さらに取消権者が契約取消しの意思表示をしなければならないことはいうまでもないが、それに加えて悪意の第三者であることについても主張・証明の負担があるのか（大阪地判昭和43・4・11判時537号63頁）、それとも第三者に善意の第三者であることについて主張・証明の負担があるのか（村上・前掲152頁、大江・前掲（上）136頁など。なお、同書136頁は、民事教官室・前掲176頁を後説として掲げるが、同資料は、「甲としてその第三者の悪意の点を主張立証すべきであろうか、それとも第三者の側で甲の請求を拒絶するために自己の善意を主張立証すべきであろうか、民法九六条三項の解釈として疑がある。中川・前掲は後説をとる。」というだけで、結論を示していない）である。民法94条2項において述べたように、虚偽表示の当事者に悪意の第三者であることについて主張・証明の負担があるとする以上は、ここでは権利滅却事由となるが、取消権者にあるとする前説をもって妥当とすべきである。

(2) 強迫による契約の取消し

強迫とは、害悪を加えることを示して相手を恐れおののかせるつまり畏怖させることである。強迫による契約は、相手方においてつねに取り消すことができる（民96）。善意の第三者に対しても取消しによる無効（民121本文）を主張することができるわけである。

強迫も、詐欺と同じように、民法96条1項に定められている一種の法律関係を示す用語であり、これが強迫による取消権発生の法律要件である。そして、強迫による取消権も、裁判外の形成権であって、それが被強迫者（強迫により意思表示をした者）または代理人（任意代理人を含む）もしくは承継人によって（取り消すことができる契約の相手方が確定している場合における）相手方に対する意思表示をもって行使されてはじめて現実的に契約は遡及的に無効であったとみなされる（民120、121本文、123）。しかし、強迫と選択的に、強迫を基礎づける自然的・社会的事実の類型も民法96条1項の解釈による法律要件であるから、ここでは、それをみていくことにする。

強迫による取消権発生の原因となる強迫を基礎づける自然的・社会的事実の類型は、詐欺によるそれとほぼ同じであるといつてよい。すなわち、

- 相手方を強迫する行為があること
- 強迫者に故意があること
- 相手方が畏怖したこと
- 相手方の畏怖と意思表示との間に因果関係があること
- 強迫行為に違法性があること

この法律要件について主張責任の分配ないし証明責任の分配をすると、この法律要件がそっくりそのまま裁判規範の要件事実となると解される（民事教官室・前掲176頁など）。強迫が違法性を有することを基礎付ける自然的・社会的事実の類型がと選択的な要件事実であることも、詐欺の場合と同じである。

4 制限行為能力者のまたは詐欺もしくは強迫による契約取消権の消滅

(1) 追認権者の追認および法定追認

i 追認権者の追認

ここでいう追認は、未確定に有効である取り消すことができる契約を民法120条に規定する者が確定的に有効にする意思表示であって、その法的性質は、取消権の放棄であると解される。追認があると、契約は、初めから有効であったことになる（民122本文）。同条ただし書は、追認によって第三者の権利を害することができないと規定するが、無意味な規定であると解されている。

この追認権発生の法律要件は、取り消すことができる契約が未確定ながら有効に成立していることを前提として、成年被後見人を除く民法120条に規定する者（代理人には、任意代理人が含まれる。以下、この項では「追認権者」という）であること、法定代理人、制限行為能力者の保佐人もしくは補助人、法定代理人の同意を得た未成年者、保佐人もしくは補助人の同意または家庭裁判所の同意に代わる許可を受けた被保佐人もしくは被補助人がその契約を了知し、または、制限行為能力者もしくは瑕疵ある意思表示をした者において取消しの原因となっていた状況が消滅した後

にその契約を了知した（了知については、成年被後見人に限定する見解もある）こと、および、取消権者がその契約を取り消す前であることであろう。そして、現実に追認の効果が生ずるためには、 の追認権者が取り消すことができる契約の相手方が確定している場合における相手方に対し、追認の意思表示をし（隔地者であるときは、それが相手方に到達し）たことを要する。

この追認権発生（取消権消滅）の法律要件およびその行使の要件について主張責任の分配ないし証明責任の分配をすると、追認権の発生事由（取消権の消滅事由）として、そのすべてが追認権の存在を主張する者に主張責任および証明責任があるというべきであろう（民事教官室・前掲192頁は、民法124条所定の時期に追認がされなかったことが追認の無効事由となすとする。「その行為は追認をなすことをうする時、すなわち取消の原因たる状況の止んだ後になされたこと...は通常の追認の場合は要件と見ないのである」というのである。制限能力者または瑕疵ある意思表示をした者がその時期の前にした追認は無効であって、契約の未確定有効の状態が継続することになるが、ここでは未確定有効の契約を確定有効とする追認がその時期以後取消権者による取消しの前にされることを要するかどうかである。この間に追認がされなければ、追認権が発生しないだけではないだろうか [不発生無効なる概念を認めることができないことは、前述した]。また、大江・前掲（上）202頁も、追認可能時期に追認がされないことを追認権の発生障害事由であるとし [無効事由ということであろう]、その理由を、同条1、2項の文言からみてであるという。しかし、同条1項は「効力を生じない」と、同条2項は「追認をすることができない」と規定し、民法90条、93条ただし書、94条1項、95条本文などのように「無効とする」と規定しているわけではない。そして、両説とも、民法125条の「前条の規定により追認をすることができる時以後に」については、次項で紹介するように、追認の効果を主張する者に主張、立証責任を負わすのが妥当であるとするのである。 は、定型的に主張ないし証明がいちじるしく困難であるとは考えられないから、 の追認権発生法律要件のうちから、 の主張責任ないし証明責任をあえて追認権の存在を争う者に分配する必要はないのではないだろうか)。すなわち、追認権の存在を主張する者が主張責任および証明責任を負担すべき追認権の発生事由（取消権の消滅事由）およびその行使事由は、

<p>法定代理人、制限行為能力者の保佐人もしくは補助人、法定代理人の同意を得た未成年者、保佐人もしくは補助人の同意または家庭裁判所の同意に代わる許可を受けた被保佐人もしくは被補助人が取り消すことができる契約であることを了知し、または、制限行為能力者もしくは瑕疵ある意思表示をした者において取消しの原因となった状況が消滅した後に同様の契約であることを了知したこと</p>
--

<p>その追認権者が、取消権者においてその契約を取り消す前に、契約の相手方に対して、追認の意思表示をし（隔地者である場合には、それが相手方に到達し）たこと</p>

である。

ii 法定追認

追認権者が（制限行為能力者または瑕疵ある意思表示をした者である場合には、取消しの原因となっていた状況が消滅した後に）取り消すことのできる契約を追認する意思があったことを明らかに推測させる一定の事由があると、異議をとどめてした場合を除いて法律によって追認したものとみなされる（民125）。これを法定追認という。同条は、黙示の追認について規定したものである（梅・前掲巻之一322頁）。すなわち、「黙示の追認と見られべき事実が存在した場合にも、はたしてそれが追認であったか否かについて争いが起こりやすく、あるいは、実は追認しながらのちにそれを否認する者も生ずるであろうし、このようにして追認の有無をめぐる法律関係が紛糾することとなり、取引の安定をも阻害することとなる。そこで民法は、当事者の追認の意思を推測させることの最もいちじらしい6個の事実...を列挙し、追認がおこなわれうる状態になったのちこれらの事実があったならば、追認があったものとみなすこととした」（於保不二雄編・注釈民法(4)288～9頁 奥田昌道）のである。

法定の追認権発生（取消権消滅）の法律要件は、取り消すことができる契約が未確定ながら有効に成立していることを前提として、法定代理人、制限行為能力者の保佐人もしくは補助人、法定代理人の同意を得た未成年者、保佐人もしくは補助人の同意または家庭裁判所の同意に代わる許可を受けた被保佐人もしくは被補助人が、または、制限行為能力者もしくは瑕疵ある意思表示をした者において取消しの原因となっていた状況が消滅した後に、民法125条1～6号の定める事由をしたことまたは同条1号または4号の定める事由を受けたこと（有力説は、同条6号の定める事由すなわち強制執行を受けたことを含めるようである）と、それらの者がその事由がある際に、追認をする趣旨でない旨の異議をとどめなかったことであろう。

この および について主張責任の分配および証明責任の分配をすると、 は、追認権の根拠事由（取消権の滅却事由）として、追認権の存在を主張する者（取消権の存在を争う者）に主張責任および証明責任がある（最一判昭和49・2・7裁判集（民事）111号47頁、民事教官室・前掲192頁、村上・前掲174頁、大江・前掲（上）205頁）。たとえば、契約上の債務者である未成年者が成年に達してから同条1号の定める債務の一部を履行した場合には、債権者が主張責任および証明責任を負担すべき要件事実は、次のとおりである。

契約上の債務者である未成年者が成年に達した後に債権者に対して債務の一部を履行したと

したがって、具体的な・XのYに対する売買残代金請求訴訟（XがYにたいして中古自動車1台を代金100万円とし、その支払方法を毎月末日に5万円ずつ分割して支払い、代金の支払いを2回以上怠ったときはただちに期限の利益を失う約定で売り渡し、Yが第1回の分割金を支払ったが、第2回以降の分割金の支払いを怠ったので、残代金95万円の支払いを求めた訴訟）において、Yが取消権の存在およびその行使の抗弁として

- [1 Yは、本件売買契約締結当時、未成年者であった。
- 2 Yは、Xに対し、売買残代金の請求にきた際、本件売買契約を取り消す旨の意思表した。]

を主張し、立証したとすると、Xは、取消権滅却の再抗弁として、 に該当する主要事実である [Yは、抗弁で主張する取消しの意思表示をするに先立ち、かつ、成人になってから、Xに対し、本件売買代金の分割金のうち第1回分5万円を支払った。]

を主張し、立証することになる。

しかし、 は、その規定の文言からみて、法定追認において積極的に存在しなければならない事実ではなく消極的に存在すれば足りる事実と解されるから、追認権の発生を障害する事由（取消権の消滅を障害する事由）として、その反対事象である②追認をする趣旨でないとの異議をとどめたことについて追認権の存在を争う者に主張責任および証明責任があるとみるべきである（民事教室・前掲192頁、村上・前掲174頁、大江・前掲（上）206頁）。上記の一部の履行で要件事実を示せば、

債務者が債権者に対して債務の一部を履行する際に追認をする趣旨でないとの異議をとどめたこと

となる。

(2) 期間の経過による取消権の消滅

i 5年の期間の経過による取消権の消滅

取消権は、追認をすることができる時から5年間行使しないときは消滅する（民126前段）。同条前段は、「時効によって」消滅すると規定するが、裁判外の形成権である取消権は、行使をすればただちに取消しの効果を生じ、時効の中断がありえないことから、多数説は、除斥期間であると解している。除斥期間であるとするならば、その援用という行為もありえないことになる。追認をすることができる時というのは、取消しの原因となっていた状況が消滅した時のことである。したがって、制限行為能力者であれば行為能力者になった時であり（ただし、成年被後見人の場合は行為能力者となった後に取り消すことができる契約を了知した時である）、瑕疵ある意思表示をした者であれば瑕疵の原因となっていた状況が消滅した時すなわち詐欺・強迫の状況がなくなった時である。5年の期間は、これらの時が起算点となる。しかし、法定代理人または制限行為能力者の保佐人もしくは補助人は、制限行為能力者が締結した契約を知った時が起算点になり、それから5年の期間が経過すると、自らの取消権が消滅するのみならず制限行為能力者の取消権も消滅すると解されている（ちなみに、取り消された契約に基づいて給付した物の不当利得返還請求権も、この5年を経過すると消滅するか否かについて判例・学説に争いがある）。

この5年の期間を除斥期間であると解すると、除斥期間については裁判所が職権で判断することができるといわれているが、除斥期間は、その期間内に訴えを提起するなど権利を行使しさえすれば権利は消滅しないで存続するから、厳密な意味での権利の存続期間ということとはできず、訴訟当事者に除斥期間の主張・証明を許さないというわけではないであろう。訴訟当事者が除斥期間の主張・証明をすることができるのであれば、除斥期間についても主張責任（の分配）および証明責任（の分配）を觀念することができるといわなければならない。そうすると、取消権の滅却事由として、

追認をすることができる時から5年が経過したこと

の主張責任および証明責任が取消権の存在を争う者にあることになり、その期間内に取消権を行使したことの主張責任および証明責任は、取消権の消滅障害事由として、取消権の存在を主張する者にあると解される（民事教官室・前掲192頁参照）。

ii 20年の期間の経過による取消権の消滅

取消権は、行為の時から20年を経過すると消滅する（民126後段）。同条後段は、「同様とする」と規定するから、条文上は同条前段の規定と同様に、取消権は行為の時から20年を経過すると時効によって消滅することになるわけであるが、学説は、この時効を除斥期間であると解している。

除斥期間であるとする、取消権の滅却事由として、取消権の存在を争う者に

契約締結の時から20年が経過したこと

の主張責任および証明責任があることになる。