

第5章 意思表示の瑕疵

第1節 心裡留保

[新] 93条

- ① 意思表示は、表意者がその真意ではないことを知ってしたときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方がその意思表示が表意者の真意でないことを知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とする。
- ② 前項ただし書の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。

B

佐久間 I 114~115 頁

1. 要件

心裡留保とは、①表意者の真意でない意思表示であって、②表意者が表示と真意の不一致について認識している場合である。

心裡留保無効の抗弁としては、①・②に加えて、③相手方の悪意又は過失（93条1項但書）も主張立証する必要がある。

2. 効果

(1) 原則

心裡留保による意思表示は、原則として有効である（93条1項本文）。

真意ではないことを認識している表意者を保護する必要があるため、相手方を保護することで取引安全を図るべきだからである。

(2) 例外

相手方が悪意又は有過失である場合は、心裡留保による意思表示は無効である（93条1項但書）。悪意又は有過失の相手方は、表意者を犠牲にしてまで保護するに値しないからである。

善意・無過失の対象は「その意思表示が表意者の真意でないこと」であるから、相手方が表意者の真意の内容について知ることができなかつたとしても、相手方が表意者が真意と異なる意思表示をしていることを知り又は知ることができたのであれば、悪意・有過失が認められる。

後者の場合も意思表示が有効であることに対する相手方の正当な信頼が認められないのである。

(3) さらなる例外

心裡留保による意思表示によって形成された法律関係を基礎として意思表示の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至った「第三者」が登場することがある。この場合、相手方が悪意又は有過失であっても、意思表示の無効を「善意の第三者」に対抗することはできない（93条2項）。

3. 相手方からの無効主張

93条1項本文が心裡留保と評価される意思表示を原則として有効としている趣旨は、相手方を保護するところにある。とすれば、相手方が無効でよいというなら、相手方からの無効主張を認めても差し支えない。したがって、相手方からの無効主張も認められると考える。

これに対して、いったん契約を欲した相手方からの無効主張は認めるべきではないとの説もあるが、93条の趣旨からすると行き過ぎである。

第2節 通謀虚偽表示

A

[現] 94条

- ① 相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする。
- ② 前項の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。

1. 意義

民法(全) 49~50頁、佐久間 I 119

~120頁

「相手方と通じてした虚偽の意思表示」は、①意思表示が表意者の真意に基づかない「虚偽」のものであることと、②相手方との「通」謀を要件とする。当事者が、意思表示が外形上のものにすぎず、その意思表示から法律効果が生じないことについて合意している場合に①②を満たす。

通謀虚偽表示が無効であるとされる理由は、意思表示が法律効果を形成するための手段であるため法律効果不発生について合意してなされた通謀虚偽表示に効果を認める理由がないことと、表意者のみならず通謀した相手方も保護する必要がないことにある。

2. 「善意の第三者」の保護

佐久間 I 120~121頁

(1) 概要

94条2項は、通謀虚偽「表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。」と規定している。善意の第三者は、通謀虚偽の無効を主張することもできる。94条2項は、通謀虚偽表示の無効という効果は生じているところを、善意の第三者を保護するために無効の主張を制限するものにすぎないため、第三者としてはその保護の享受を強制されるいわれがないからである。

94条2項の趣旨は、権利外觀法理、すなわち、虚偽の外形の作出につき帰責性のある真正権利者の犠牲において虚偽の外形に対する第三者の信頼を保護することで、真正権利者と第三者の利益調整(静的安全と動的安全の調整)を図るという考えにある。

(2) 論点

[論点1] 「第三者」

A

虚偽表示の当事者及び一般承継人以外の者であって、通謀虚偽表示に基づいて新たにその当事者から独立した利益を有する法律関係に入ったため、通謀虚偽表示の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至った者を意味する。

[肯定]

- ・不動産の仮装譲受人からの転得者(最判 S48.6.21: 通謀による虚偽の登記名義を真正な者に回復するための所有権移転登記抹消手続請求訴訟で、登記名義人たる被告が敗訴し判決が確定しても、右訴訟の口頭弁論終結後、被告名義の右不動産を競落した善意の第三者に対しては、右確定判決はその効力を有しない。)
- ・不動産の仮装譲受人から抵当権の設定を受けた者
- ・仮装の原抵当権者から、転抵当権の設定を受けた者(最判 S55.9.11: 転抵当権の取得につき 377条1項所定の要件を具備しておらず、権利を行使し、権利取得の効果を原抵当権設定者に主張す

ることができない場合であってもよい。)

- ・虚偽表示の目的物を差し押えた相手方の一般債権者（最判 S48.6.28）
- ・仮装債権の譲受人（大判 S13.12.17）

[否定]

- ・一番抵当権が仮装で放棄され順位が上昇したと誤信した二番抵当権者
- ・代理人や法人の理事が虚偽表示した場合の本人や法人
- ・債権の仮装譲受人から取立てのために債権を譲り受けた者
- ・仮装譲受人の単なる債権者（大判 T9.7.23：仮装名義人に金銭を貸付けた者）
- ・仮装譲渡された債権の債務者
- ・土地が仮装譲渡された場合の地上建物の賃借人
- ・土地の賃借人が地上建物を他に仮装譲渡した場合の土地賃貸人（最判 S38.11.28）

[論点 2] 「善意」

ここでいう「善意」とは、通謀虚偽表示であることを知らなかったことを意味する。¹⁾

条文上は「善意」と規定するにとどまるし、通謀までした真の権利者の主観的悪性の大きさに鑑みれば第三者に無過失まで要求することは利益衡量上妥当でない。

そこで、「善意」というには無過失であることを要しないと解する。

[論点 3] 対抗要件としての登記

94 条 2 項の趣旨は、善意の第三者の関係では虚偽表示を有効なものとして扱うものであるから、真の権利者、相手方、第三者へと権利が移転したことになる。

そうすると、真の権利者と善意の第三者とは、前主と後主の関係に立ち、二重譲渡のような対抗関係には立たない。

そこで、対抗要件としての登記を要しないと解する。

[論点 4] 権利保護資格要件としての登記

通謀までした真の権利者の主観的悪性の大きさに鑑みれば、第三者に権利保護資格要件としての登記まで要求することは利益衡量上妥当でない。

そこで、権利保護資格要件としての登記も不要と解する。

[論点 5] 真の権利者からの譲受人との関係

「善意の第三者」が真の権利者からの譲受人に対して 94 条 2 項による権利取得を対抗するためには、対抗要件を備えることを要するか。

真の権利者と善意の第三者とは前主・後主の関係に立つから、真の権利者を起点とした二重譲渡があったのと同様に考えることができ、第三者と真の権利者からの譲受人は二重譲渡における対抗関係に立つといえる。

そこで、真の権利者からの譲受人は 177 条の「第三者」に当たり、第三者がこの譲受人に対して 94 条 2 項による権利取得を対抗するためには、対抗要件としての登記を備える必要があると解する。

A

最判 S62.1.20、民法（全）50 頁

A

最判 S44.5.27

A

A

最判 S42.10.31

¹⁾ 「善意」は、94 条の適用対象となる法律関係ごとに、当該法律関係について第三者が利害関係を有するに至った時期を基準として判断される（最判 S55.9.11）。

[論点 6] 悪意の第三者からの善意の転得者

第三者が悪意・転得者が善意である場合には、悪意の第三者からの善意の転得者が 94 条 2 項の「第三者」に含まれるかが問題となる。

転得者についても、虚偽の外観を取り除くことを怠った真の権利者の犠牲において外観に対する信頼を保護するべきであるから、94 条 2 項の趣旨である権利外観法理が妥当する。

そこで、転得者も 94 条 2 項の「第三者」に含まれると解する。

B

最判 S45.7.24

[論点 7] 善意の第三者からの悪意の転得者

第三者が善意・転得者が悪意である場合には、善意の第三者からの悪意の転得者は善意の第三者が 94 条 2 項により取得した権利をそのまま承継取得することができるのが問題となる。

虚偽表示の効力を第三者、転得者ごとに相対的に判断すると（相対的構成）、善意の第三者が悪意の転得者から権利供与義務違反（555 条・561 条）を理由とする債務不履行責任を追及されることとなり、善意の第三者保護という 94 条 2 項の趣旨にそぐわない。

そこで、善意の第三者が確定的に権利を取得し、転得者は悪意であっても第三者の権利を承継取得すると解すべきである（絶対的構成）。

B

最判 S42.10.31

(3) 94 条 2 項による権利取得の法的性質

ア. 法定承継取得説

善意の第三者による権利取得の法的構成について、虚偽表示の相手方の地位が真正権利者のように扱われるのは、善意の第三者の有効な権利取得という結論についての一種の擬制であり、94 条 2 項による権利変動の実体的過程は、真正権利者から善意の第三者への同条項による法定の承継取得であるとする。

この見解によると、善意の第三者は権利を真正権利者から直接に承継取得することになり、これは、善意の第三者の権利を基礎づけることになるから、善意の第三者の主張は、売買の抗弁、通謀虚偽表示の再抗弁を前提とする予備的抗弁に位置づけられる。

イ. 順次取得説

善意の第三者が出現することにより、真正権利者と相手方の間における仮装譲渡が有効であったものとして扱われ、善意の第三者はこれを前提に権利を承継取得するものであるとする。

この見解によると、善意の第三者の主張は、相手方の所有権取得による真正権利者の所有権喪失の効果を復活させるものとして、再々抗弁に位置づけられる。

3. 94 条 2 項の類推適用

(1) 不動産物権変動における公信の原則の有無

公信の原則とは、真の権利状態と異なる公示が存在する場合に、公示を信頼して取引した者に対して、公示通りの権利状態があったと同様の保護を与えることをいう。

判例・通説は、不動産物権変動について公信の原則を認めない。不動産には192条のような規定がないこと、及び登記官には形式面についての審査権限しかないこと（＝形式的審査主義：登記官は、登記申請が正しい内容かどうかという実質面まで審査する権限を有しない）が理由である。

そこで、不実の登記を信頼した者を保護するための法理として、94条2項類推適用があるのである。

[論点 8] 94条2項類推適用による権利取得

確かに、我が国では不動産登記に公信力が認められないから、登記そのものの効力として、不実登記を信頼した者について登記により公示された通りの権利の取得を認めることはできない。

また、通謀・虚偽表示がない場合には、94条2項を直接適用することができない。

しかし、94条2項の趣旨は、虚偽の外観作出について帰責性のある権利者が第三者の信頼保護のために権利を失ってもやむを得ないとする権利外観法理にある。

そこで、①不実の登記の存在、②権利者の帰責性、③第三者の正当な信頼がある場合には、94条2項類推適用により、不実登記に対応する権利取得が認められると解する。

[論点 9] 権利者の帰責性

94条2項の趣旨は、虚偽の外観作出について帰責性のある権利者が第三者の信頼保護のために権利を失ってもやむを得ないという権利外観法理にある。

そうすると、②不実登記についての権利者の帰責性としては、第三者保護のために権利を喪失させられてもやむを得ないといえるほどのものであることを要する。

そして、94条2項の類推適用が問題となる場面では、権利者と第三者の保護必要性の利益衡量が問題となり、この利益衡量の基礎をなすものが権利者の帰責性であり、外観作出に対する意思的関与は帰責性の徴表の典型にすぎない。

そこで、②帰責性については、これを不実登記に対する意思的承認に限るべき必然性はなく、意識的承認の場合と同視し得るほどに重い程度の帰責性であってもよいと解すべきである。

(判例)

事案：権利者 X は、仮装登記名義人 A に対し、同人から言われるがままに、登記済証及び印鑑登録証明書 4 通を交付するとともに、内容・用途を確認することなく売買契約書に署名押印し、その後、実印まで交付したうえ、A がその場で本件不動産の登記申請書に押印するのを漫然と見ていた。A は、この登記申請書と登記済証・印鑑登録証明書を用いて、本件不動産について、X から A への売買を原因とする所有権移転登記手続きを行い、本件不動産を Y に売却した。

判旨：A が本件登記手続をすることができたのは、X の余りにも不注意な行為によるものであり、

A によって虚偽の外観（不実の登記）が作出されたことについての X の帰責性の程度は、自ら

A

百 I 22 解説 5

A

「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視できるほどの重い」帰責性を意味する

最判 H18.2.23・百 I 22

外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いものというべきであるから、94条2項・110条の類推適用により、Xは、善意・無過失のYに対して、Aが本件不動産の所有権を取得していないことを対抗できない。

〔論点 10〕 第三者の正当な信頼

ここでいう信頼とは、登記が真実であると信じたことを意味する。

㉞真の権利者が、第三者が信頼した不実登記そのものについて意思的承認を与えていた場合（＝権利者が自ら不実登記の作出に積極的に関与した場合、又は権利者がその関与なしに作出された不実登記の存在を知りながらあえて放置していた場合）には、真の権利者の帰責性が大きいことから、利益衡量上、第三者に無過失を要求することは妥当でない。したがって、正当な信頼としては、善意で足りると解する。

㉟真の権利者が、第三者が信頼した不実の第2登記の基礎となった不実の第1登記について意思的承認を与えていた場合（＝真の権利者の意思的承認のある不実の第1登記をもとに、その登記名義人が背信的行為により権利者の意思を逸脱する不実の第2登記を作出した場合）、信頼の対象となった不実登記そのものについて権利者の意思的承認がある場合に比べて権利者の帰責性が小さいから、第三者の正当な信頼としては、110条の法意にかんがみ、善意・無過失まで必要であると解する。

㊱不実登記についての意思的承認はないが、不実登記の作出について意思的承認と同視し得るほど重い帰責性があるという場合には、意思的承認そのものに比べれば権利者の帰責性が小さいことにかんがみ、94条2項のみならず、110条も類推適用し、第三者の正当な信頼としては、善意・無過失まで必要であると解する。²⁾

（2）公信の原則と公示の原則の違い

ア. 公信の原則

公信の原則は、無いものを有るものとして扱ってもらえるかの問題である。すなわち、権利関係が存在しないのにそれが存在するような不実の「公」示がなされた場合に、その不実の公示を見て公示された通りの権利関係が存在すると「信」じた第三者との関係で、公示された通りの権利関係が存在したものとすべきかという問題である。

不動産取引であれば、Cが、B所有の甲不動産についてA名義の所有権移転登記がなされているのを見て甲不動産がA所有に属すると信じ、Aと

A

民法（全）130頁

最判 S45.9.22・百 I [7版] 21

最判 S43.10.17

最判 H18.2.23・百 I 22

²⁾ 110条の「法意」と「類推適用」については、㉞いずれも第三者の主観的要件が善意無過失とされることを基礎付けるためのものであり、両者に区別はなく、「法意」も「類推適用」にほかならないとする説明がある（民法講義 I 177頁、佐久間 I [3版] 139頁）。民法講義 I 177頁は㉟の立場である。

これに対し、佐久間 I [3版] 139頁では、㉟「この見方は、両類型における真正権利者の帰責性の違いを等閑視するものであり、類推適用の意味を曖昧にし、単なる衡平判断による事案解決のおそれを生じさせられる」とした上で、「法意」型については、真正権利者が自ら不実の第1登記をある者に与えた点で94条2項が、不実の第1登記を与えられた者がそれを基礎として権限なくして不実の第2登記まで発展させたという点で110条の法意が援用されていると説明する。そして、「類推適用」型については、不実登記を作出した者は真正権利者から当該不動産に関する代理を委ねられた者であり、その者が不実登記に係る登記手続という権限外の行為をすることができたのは、真正権利者が不用意に書類や資格徴憑をその者に与えたことにより、仮にその者が真正権利者の代理人として契約締結していたとすれば110条により当該不動産所有権を失っても仕方がない状況を真正権利者が自ら作出していた点に、110条の類推適用の根拠を求める。民法講義 177頁では、「この場合に110条が類推適用されるのは、真の権利者が授権に相当する行為をしたからではないかと考える余地もある」とされている。

の間で甲不動産の売買契約を締結した場合に、A 名義の所有権移転登記により公示された通りに甲不動産が A 所有に属することを前提として、C による甲不動産の所有権取得を認めることができるか、という問題である。

民法は、不動産取引については公信の原則を採用していないため、不実登記を見て甲不動産が A 所有に属すると信じた C が当然に甲不動産の所有権を取得することはできない。上記事例における C の保護は、民法 94 条 2 項類推適用の要件を満たす限りにおいて、図られるにとどまる。

これに対し、民法は、動産取引については、192 条（即時取得）を定めることにより、公信の原則を採用している。これにより、A による動産甲（B 所有）の占有を見て A が動産甲の所有者であると信じて A との間で動産甲の売買契約を締結した C は、A の帰責性の有無にかかわらず、192 条の要件を満たせば、甲動産の所有権を取得（原始取得）することができる。

イ. 公示の原則

公示の原則は、有るものを有るものとして扱ってもらえるかの問題である。すなわち、実際に存在する権利変動（等）を、第三者（債権譲渡では債務者も含む）との関係でも存在するものとして扱ってもらうためには、公示する必要があるかという問題である。

民法 177 条（不動産取引）、民法 178 条（動産取引）、及び 467 条（債権譲渡）が公示の原則を定める規定である。

公示の原則は、実際に存在する権利変動（等）を第三者との関係で存在するものとして扱ってもらうための公示の要否の問題であるから、公示の要否・有無を問題にする前提として権利変動（等）の存在が必要であり、権利変動（等）が存在しないのであれば公示の要否・有無の問題に辿りつかない。

公示の原則では、①権利変動（等）の存否（例えば、賃借権では、その効力が第三者に及んでいるか）、②公示の要否（正当な利益を有する第三者）、及び③公示の有無に分けて考える。

このように整理すると、「存在しない権利変動（等）は、公示の要否（②）や有無（③）を問題とするまでもなく、第三者を含む他者との関係で存在するものとして扱われない」ということを理解しやすい。

①権利変動（等）は、不動産賃借権を新所有者に対抗できるかという場面などで問題になる。

債権の相対的効力を強調し、対抗要件を具備しない賃借権の効力は第三者に及ばないと理解するならば、話が①で終わり、効力が及んでいる通りに扱ってもらうために公示を要するかという②の問題に進まないため、第三者が背信的悪意者であったとしても、第三者に対して賃借権を対抗することはできない、ということになる。³⁾

³⁾ 平成 29 年司法試験設問 3 の出題趣旨でも、新所有者 E から賃借人 C に対して物権的返還請求がなされた事案について、対抗関係構成の採否では、「対抗関係構成」が「C の権利が E に対しても効力を有すること」を「前提」とするものであることと、「賃借権」が「債権である」ことが問題になると指摘されている。

第3節. 錯誤

B

[新] 95条

- ① 意思表示は、次に掲げる錯誤に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、取り消すことができる。
- 一 意思表示に対応する意思を欠く錯誤
 - 二 表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤
- ② 前項第2号の規定による意思表示の取消しは、その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限り、することができる。
- ③ 錯誤が表意者の重大な過失によるものであった場合には、次に掲げる場合を除き、第1項の規定による意思表示の取消しをすることができない。
- 一 相手方が表意者に錯誤があることを知り、又は重大な過失によって知らなかったとき。
 - 二 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき。
- ④ 第1項の規定による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができない。

1. 錯誤の意義

錯誤とは、表示行為と真意（主観）とが一致しておらず、その不一致について表意者が認識していないことを意味する。

民法（全）51頁参照

錯誤には、①表示行為の錯誤と②動機の錯誤があり、①は⑦表示上の錯誤・④内容の錯誤、②は⑦理由の錯誤・④性質の錯誤に分類される。

(1) 表示行為の錯誤

「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」（95条1項1号）であり、表意者が思い違いにより効果意思と一致しない表示行為をした場合を意味する。

ア. 表示上の錯誤

表示行為そのものに関する錯誤である。

具体的には、表意者が意図していなかった表示手段を使用したために、効果意思と表示行為の不一致が生じている場合のことである（ex.書き違い、言い違い）。

イ. 内容の錯誤

表示行為の意味に関する錯誤である。

具体的には、表意者が意図した表示手段を使用しているものの、表示手段のもつ意味内容を誤解していた（相手方や一般人が受け取るのとは違う意味を自分の表示行為に結びつけた）ために、効果意思と表示行為の不一致が生じている場合のことである。

(2) 動機の錯誤

「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」（95条1項2号）であり、効果意思どおりの表示行為をしている（そのため、表示行為と効果意思との間に不一致はない）ものの、効果意思の形成過程に思い違い（錯誤）がある場合を意味する。¹⁾

¹⁾ 「表示行為の錯誤」か「動機の錯誤」かという問題点について、内心の動機から出発して事案を眺めると、間違えやすい。表示行為から出発して、その内容を確定した上で、それに対応した効果意思があるかどうか

ア. 種類

(ア) 性質錯誤

効果意思の対象である人や物の性質に関して錯誤がある場合である（性状の錯誤、属性の錯誤）。

ex1. 有名画家 A の真作である絵画であると思って本件絵画を 100 万円で購入したところ、本件絵画が贋作であった。²⁾

ex2. A は、B に資力があると思い、B に対して 100 万円を貸し付けたところ、B は無資力であった。

(イ) 理由の錯誤

意思表示を行う間接的な理由に関する錯誤がある場合である。

ex3. A は、本件土地を 1 億円で購入しようと考え、本件土地の所有者 B と交渉したところ、B から付近に新幹線駅ができると力説されたため、地価上昇を見込んで、2 億円で本件土地を購入した。しかし、本件土地付近に新幹線駅ができるというのは、単なるうわさ話にすぎなかった（B も、そのうわさ話を信じていた）。

イ. 取消しの要件

95 条 2 項は、本来は表意者が引き受けるべき動機の誤りの危険を相手方に引き受けさせるためには、動機の表示に加えて法律行為の内容化も必要であるとする改正前民法下の判例法理を明文化する趣旨で、動機の錯誤を理由とする取消しの要件として、同条 1 項 2 号該当性に加え、同条 2 項の要件を設けている。

そこで、「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていた」とは、「表意者が法律行為の基礎とした事情」が表示を通じて相手方の了承を得ることで当事者間で法律行為の基礎となったことを意味すると解すべきである。³⁾

概要 9 頁、詳解 22～25 頁、佐久間

I 155～159 頁

最判 H28.1.12

つまり、その事情が相手方において法律行為の基礎とし、又は基礎としなければならないものとなったことを意味する。

という手順で考えるべきである。このように、「表示行為の錯誤」と「動機の錯誤」の分水嶺は、効果意思と表示行為が一致しているかどうかである（民法講義 I 180 頁）。例えば、台所用洗剤だと思って購入した商品がトイレ用洗剤であったという事案では、台所用洗剤の購入という効果意思と、トイレ用洗剤の購入という表示行為が一致していないため、「表示行為の錯誤」（のうち、内容の錯誤）が認められる。

²⁾ 効果意思とは、法律効果（＝権利義務の変動）を欲する意思であるから、その中には、その権利義務の変動の対象となる目的物がどれかということも入っていなければならない。そして、特定物ドグマのもとでは、特定物売買の売主が「この物」を給付する義務を負うにとどまり、「瑕疵のない」この物を給付する義務までは負わないとされるため、特定物売買の法律効果は「この物」の給付義務を指すにとどまり、「瑕疵のない」この物の給付義務までは意味しない。そのため、「瑕疵のない」この物の給付ということは、効果意思の内容にならない（すなわち、物の性質までは、効果意思の内容にならないのである。）。したがって、特定物売買における物の性質の錯誤がある場合は、「この物」を購入するという効果意思と「この物」を購入するという表示行為の間に不一致が認められないため、表示行為の錯誤に当たらず、「この物」を購入するという効果意思の形成過程に錯誤があるとして動機の錯誤に該当するにとどまる（民法講義 I 182 頁、民法講義 IV 265 頁）。その結果、特約により目的物が一定の性質を備えていることが契約の内容とされている場合を除き、瑕疵の有無という意味での目的の性質に関する錯誤は、95 条の錯誤に当たらないから、瑕疵担保責任と錯誤の競合は生じない（基本講義 I 93 頁）。

特定物ドグマを否定して特定物売買の売主の債務内容として「瑕疵のないこの物」を給付する義務まで認める契約責任説からは、特定物売買における物の性質も効果意思の内容になるため、特定物売買における物の性質の錯誤がある場合は、「瑕疵のないこの物」を購入するという効果意思と「瑕疵のあるこの物」を購入するという表示行為の間に不一致があるとして、表示行為の錯誤に当たることとなる（佐久間 I 156 頁）。

³⁾ 相手方の了承の有無は、①動機の対象の性質（動機の対象が当該法律行為を行う者であれば通常関心をもつものか）、②相手方の認識可能性（動機にかかる事実の真否を相手方がどの程度容易に知り得る立場にあるか）、③両当事者の属性（両当事者の専門的知識や取引経験の差異）を考慮して判断する（佐久間 I 157～158 頁）。

2. 錯誤の重要性

95条1項柱書後段は、1号・2号の錯誤に共通する取消し要件として、「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものである」ことを定めている。

上記文言については、表意者保護と相手方保護の調和を図るという趣旨に照らし、①その点につき錯誤がなければ表意者は意思表示をしなかったであろうこと（主観的因果性）と、②通常人を基準としても意思表示をしなかったであろうこと（客観的重要性）を意味すると解すべきである。

なお、動機の錯誤では、95条1項柱書後段と同条2項の当てはめが大部分において重複するため、両者間で該当性判断が異なる事態は通常考えられない。

佐久間 I 148 頁、概要 8 頁、民法
(全) 53 頁、詳解 29 頁

佐久間 I 161 頁

3. 「表意者に重大な過失」がない

(1) 「重大な過失」

「重大な過失」(95条3項柱書)とは、普通人に期待される注意を著しく欠いていることをいう。

重過失の有無は、①表意者は普通人に期待されるものとしていかなる内容・程度の注意義務を負うのか➡②義務の内容・程度と表意者の行動を比較➡③本質的な義務への違反があるか・義務違反の態様が著しいか、という流れで判断される。

ブラクティス 477 頁参照

(2) 例外

以下の場合には、「重大な過失」があっても取消しの主張が可能である(95条3項柱書)。

- ・相手方が表意者の錯誤について悪意又は重過失であるとき(同条項1号)
➡表意者の犠牲の下で保護するに値しないから
- ・「相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき」(2号)
➡錯誤に陥っている相手方には契約の有効性を維持して保護すべき正当な利益が認められないから

共通錯誤に関する裁判例(東京地判
H14.3.8)・学説が明文化された。

4. 取消しの主張権者

改正前民法下では、「無効」は本来誰からでも主張することができるものであったことから、錯誤「無効」の主張権者について議論があった。

①表意者保護という制度趣旨から錯誤無効の主張権者は原則として表意者に限定される、②表意者に重大な過失がある場合において相手方又は第三者から錯誤無効を主張することは許されない、③表意者に錯誤無効を主張する意思がない場合に第三者が錯誤無効を主張することは原則として許されないが、当該第三者において表意者に対する債権を保全する必要がある(債権保全の必要性)、かつ、表意者が錯誤を認めているときは、表意者自らは当該意思表示の無効を主張する意思がなくても当該第三者たる債権者は表意者の意思表示の錯誤による無効を主張することが許される、と解されていた。

最判 S40.6.4 (②)

最判 S40.9.10・最判 S45.3.26 (③)

95条1項により錯誤の効果が「取り消し」に変更されたことに伴い、少なくとも①・②については立法解決されたと思われる。

取消権者は、表意者、代理人及び承継人に限られる(120条2項)。

5. 第三者の保護

95条4項は、第三者の正当な信頼を保護し取引安全を図るために、錯誤を理由とする「意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができない。」と定めている。

なお、「第三者」は、取消し意思表示がされる前に登場した第三者に限られる。

概要 10 頁

民法 (全) 54 頁

6. 要件事実

抗弁：95条1項・2項+取消し意思表示

再抗：表意者の重大な過失（95条3項）の評価根拠事実

再々：相手方の悪意・重過失（95条3項1号）or 同一事項についての相手方の錯誤（95条3項2号）or 表意者の重大な過失の評価障害事実

佐久間 I 163 頁

7. 身分行為の錯誤

身分行為については、その性質上、95条1項ないし3項の適用の可否について問題がある。

〔論点 1〕 身分行為の錯誤

婚姻のような身分行為は、真意に基づくことが不可欠であり、錯誤をはじめ、心裡留保や虚偽表示の規定も適用しないと考えるべきである。

そして、婚姻には、性状の錯誤（動機の錯誤の一種）が常にあり得るから、相手に幻想を抱いていることが意思表示の内容として表示されれば錯誤取消しをもたらすというのは不都合である。

そこで、742条1号所定の「人違い」の場合以外は、錯誤取消しは認められないとすべきである。

他方、「人違い」の場合については、表意者に重過失があれば錯誤取消しの主張は許さないとするのはおかしいから、95条3項の適用はないと解すべきである。

C

第4節 詐欺

B

[新] 96条

- ① 詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができる。
- ② 相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を知り、又は知ることができたときに限り、その意思表示を取り消すことができる。
- ③ 前2項の規定による詐欺による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができない。

1. 取消権の成立要件（＝「詐欺…による意思表示」）

（1）欺罔行為

相手方の錯誤を惹起する行為。

（2）欺罔行為による意思表示

相手方が欺罔行為により錯誤に陥り、その錯誤に基づき意思表示をした。

（3）欺罔の故意

相手方を錯誤に陥れる故意と、それにより意思表示をさせる故意が必要である。

（4）欺罔行為の違法性

取引に駆引きは不可欠であるから、取引を不当に制限しないために、欺罔行為は取引上要求される信義に反する違法なものであることを要する。

（5）第三者詐欺

第三者詐欺の場合には、（1）ないし（4）に加えて、相手方が第三者詐欺の事実について悪意又は有過失であることが必要である（96条2項）。

96条2項では、相手方の悪意の場合に限らず、有過失の場合であっても第三者詐欺を理由とする取消しが認められている。心裡留保の場合には真意でないことを知って意思表示をした帰責性の大きい表意者が相手方の悪意又は過失を要件として保護される（意思表示が無効となる）にもかかわらず、第三者詐欺の場合には帰責性が小さい表意者が相手方が悪意でなければ保護されないのでは均衡を失うからである。

概要 12 頁

2. 取消前の第三者

「前2項の規定による詐欺による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができない。」（96条3項）。

（1）「第三者」の客観的範囲

[論点1] 「第三者」

96条3項の趣旨は、詐欺による意思表示が有効であると信頼して詐欺により形成された法律関係を基礎として新たな法律上の利害関係を有するに至った第三者を、取消しの遡及効から保護することにより、取引の安全を確保しようとするところにある。

そこで、「第三者」とは、取消し前に、詐欺により形成された法律関係を基礎として新たな法律上の利害関係を有するに至った者をいうと解すべきである。

B

大判 S17.9.30・百 I 55

(2) 「第三者」の主観的範囲

96条3項は、「善意でかつ過失がない第三者に対抗することができない。」と定めることで、第三者の主観的要件として善意・無過失を要求している。

被欺罔者にも帰責性があるものの、その程度は小さいのだから、第三者に無過失（特別の注意）を要求することが利益衡量上妥当といえるのである。

(3) 対抗要件・権利保護資格要件の要否

[論点 2] 対抗要件としての登記の要否

善意無過失の第三者との関係では、詐欺による意思表示も完全に有効なものとして扱われるため、被欺罔者、欺罔者、第三者へと権利が移転したことになる。

そうすると、被欺罔者と善意無過失の第三者とは、前主と後主の関係に立ち、二重譲渡のような対抗関係には立たない。¹⁾

そこで、対抗要件としての登記は不要であると解する。

[論点 3] 権利保護資格要件としての登記

確かに、第三者が保護されると、被欺罔者は権利の喪失や制約といった重大な不利益を受ける。

そうすると、被欺罔者の重大な不利益の上に保護を受けようとする第三者については、権利保護資格要件が必要であるとも思われる。

しかし、登記の具備は、第三者が法律上の利害関係を有するに至った時点以後に問題となる事柄であり、登記具備の有無は第三者の信頼やその正当性に影響を及ぼすものではない。

さらに、被欺罔者にも少なからず帰責性があるのだから、第三者に権利保護資格要件を要求することは、利益衡量上妥当でない。²⁾

そこで、権利保護資格要件としての登記も不要であると解する。

[論点 4] 被欺罔者からの譲受人との関係

詐欺取消し前の善意無過失の第三者が被欺罔者からの譲受人に対して 96条3項による権利取得を対抗するためには、対抗要件を備えることを要するか。

被欺罔者と善意無過失の第三者とは前主・後主の関係に立つから、被欺罔者を起点とした二重譲渡があったのと同様に考えることができ、被欺罔者からの譲受人と善意無過失の第三者とは二重譲渡における対抗関係に立つといえる。

したがって、被欺罔者からの譲受人は 177条の「第三者」に当たり、第三者がこの譲受人に対して 96条3項による権利取得を対抗するためには、対抗要件としての登記を備える必要があると解する。

概要 12 頁

B

最判 S49.9.26・百 I 23

B

最判 S42.10.31

佐久間 I 171~172 頁

B

¹⁾ 佐久間 I 171 頁は、被欺罔者は詐欺取消しを第三者に対抗できない結果として第三者との関係では無権利者として扱われるとする。

²⁾ 権利保護資格要件は、被欺罔者によって契約が取り消される前に具備している必要である（類型別 130 頁参照）。

3. 転得者

悪意又は有過失の第三者からの転得者、及び善意・無過失の第三者からの転得者の保護の有無が問題となる。

[論点 5] 悪意又は有過失の第三者からの善意無過失の転得者

第三者が悪意又は有過失、転得者が善意無過失である場合には、悪意又は有過失の第三者からの善意無過失の転得者が 96 条 3 項の「第三者」に含まれるかが問題となる。

96 条 3 項の趣旨は、取消しの遡及効（121 条）から善意無過失の第三者を保護することにより、取引の安全を確保しようとするにある。

そして、第三者が悪意又は有過失で保護されない場合には、被欺罔者としては詐欺による意思表示を取り消すべきである。

そのため、それを怠っているうちに詐欺による意思表示の有効なことを信頼して出現した転得者については、善意無過失の第三者と同様に、取消しの遡及効から保護すべきである。

そこで、転得者も 96 条 3 項の「第三者」に含まれると解する。

[論点 6] 善意無過失の第三者からの悪意又は有過失の転得者

第三者が善意無過失、転得者が悪意又は有過失である場合には、善意無過失の第三者からの悪意又は有過失の転得者は、善意無過失の第三者が 96 条 3 項により取得した権利をそのまま承継取得することができるのかが問題となる。

詐欺による意思表示の効力を第三者・転得者ごとに相対的に判断すると（相対的構成）、善意無過失の第三者が悪意又は有過失の転得者から権利供与義務違反（555 条・561 条）を理由とする債務不履行責任を追及されることとなり、善意無過失の第三者保護という 96 条 3 項の趣旨にそぐわない。

そこで、善意無過失の第三者が確定的に権利を取得することにより、転得者は、悪意又は有過失であっても第三者の権利を承継取得すると解すべきである（絶対的構成）。

4. 取消後の第三者

例えば、A B 間の売買契約が、A により詐欺取消しされたが、その後 B は、不動産を C に転売し、移転登記もしたという事案において、C は不動産の所有権を取得できるであろうか。

まず、A B 間の売買契約は、詐欺取消し（96 条 1 項）により、遡及的に無効となるから（121 条）、B は無権利となる。そうすると、B C 間の売買契約は、他人物売買（560 条）となり、C は、A の追認（116 条本文類推適用）がない限り、不動産の所有権を承継取得できないのが原則である。また、登記に公信力が認められない（192 条対照）ことから、原始取得もできない。

そうだととしても、C は 96 条 3 項の「第三者」として保護されないか。

[論点 7] 取消後の第三者

詐欺取消し後の第三者を保護するための法律構成が問題となる。

確かに、取消しの遡及効からの第三者保護を趣旨とする 96 条 3 項の「第三者」には、取消前の第三者だけが含まれるから、取消後の第三者は同条項で

B

B

B

大判 S17.9.30・百 1 55

は保護されない。

しかし、取消しによる遡及的無効も法的擬制にすぎず、取り消しうる意思表示は取り消されるまでは有効であるから、現実には、取消時点で、観念的には被欺罔者への復歸的物権変動が生じ、欺罔者を起点とした二重譲渡がなされたものと構成できる。

また、被欺罔者といえども、取消後はすみやかに登記を回復して取引安全に努めるべきであり、これを怠ったことにより不利益を受けてもやむを得ないと考える。

そこで、取消後の第三者と被欺罔者の関係は、対抗問題（177条、178条）として捉えられると解する。³⁾

³⁾ 94条2項類推適用説もあるが、被欺罔者に同条2項を類推できるだけの帰責性を認めるのは困難であるとの批判がある。

第5節. 強迫

B

強迫による意思表示は、取り消すことができる（96条1項）。

1. 取消権の成立要件（＝「強迫による意思表示」）

（1）脅迫行為

相手方の畏怖を惹起する行為。

（2）強迫行為による意思表示

相手方が強迫行為により畏怖し、その畏怖に基づき意思表示をした。

（3）強迫の故意

相手方を畏怖させる故意と、それにより意思表示をさせる故意が必要である。

（4）強迫行為の違法性

取引を不当に制限しないために、強迫行為は取引上要求される信義に反する違法なものであることを要する。

2. 第三者保護

詐欺取消しと異なり、第三者保護に関する明文規定は設けられていない。

これは、強迫されて意思表示をした強迫被害者には軽微な帰責事由すら認められないため、第三者の取引安全よりも表意者の静的安全の保護を重視する趣旨である。

そこで、96条3項の反対解釈により、強迫を理由とする取消しの遡及的無効は善意の第三者にも対抗できると解する。¹⁾

大判 M39.12.13、佐久間 I 175 頁、

民法講義 I 241 頁

¹⁾ 内田 I 88 頁では、「取消し後は、たとえ強迫の被害者といえども特別に扱う理由はない。したがって、詐欺と同様、外観法理による取引の安全保護を適用すればいい（94条2項の類推適用）。判例・かつての通説は、対抗関係になるとしている。」とされている。

第6章 契約の不当性

第1節 公序良俗違反

B

1. 概要

契約の効力を認めることが社会的に見て余りに妥当性を欠くときは、その契約は、公序良俗違反として、無効である（90条）。

私的自治の原則の下、私人は契約内容を自由に創造することができるのが原則であるが、その内容が公の秩序や善良の風俗に反する場合には、法はそれに対して承認を与えることを拒絶する（90条）。ここでは、契約内容に対して国家が正義を実現するために介入することのできる制度として、公序良俗制度が立てられている。国家は、契約はそのような内容のものであってはならないと考えるところを、契約の拘束力を否定するという手段で実現している。

「公の秩序」とは国家の一般的秩序を意味し、「善良の風俗」とは社会の一般的道徳観念を意味する。

公序良俗は、法を支配する基本理念の一つの現われであり、私的自治や契約自由に優越するものであるとする学説もある（佐久間 I 191 頁）。

2. 公序良俗違反の判断

公序良俗違反の判断において、法律行為の内容（や目的）のみならず、法律行為がなされた過程その他の事情も考慮される。

法律行為がなされた過程その他の事情も考慮する必要がある公序良俗違反行為の類型としては、暴利行為（他人の窮迫、軽率、無経験などにつけ込んで、著しく不相当な財産的給付を約束させる行為）、著しく不公正な法律行為（優越的地位を利用した不公正取引など）が挙げられる。

詳解 3～4 頁、概要 5 頁、佐久間 I 196 頁

佐久間 I 194・196 頁

3. 論点

〔論点 1〕 公序良俗違反の判断時期¹⁾

原状回復請求権（121の2）の発生要件として公序良俗違反による「無効」が問題となっている場合には、法的安定のために契約時を基準とするべきである。

履行請求権（412条の2第1項参照）の行使阻止事由として公序良俗違反による無効が問題となっている場合には、公序良俗違反の行為の実現を許さないという90条の趣旨にかんがみ、履行請求時を基準とするべきである。

C

最判 H15.4.18・百 I 13

〔論点 2〕 遺言の自由と公序良俗違反

A は、妻 X1・子 X2・不倫相手 Y に全遺産の 3 分の 1 ずつを遺贈する旨の割合的包括遺贈をして死亡した。X1・X2 は、遺言無効確認訴訟を提起し、遺言の無効事由の 1 つとして、遺言は不倫関係の維持継続のためのみになされたものであり公序良俗に反すると主張した。

C

最判 S61.11.20・百 I 12

¹⁾ 判例は、契約時には取締法規違反にすぎなかった証券取引における損失保証契約が履行請求時には強行法規違反となっていたという事案において、①損失保証契約の公序良俗違反については、契約時を基準として契約自体は有効であると判断しつつ、②契約の履行請求については、証券取引法 42 条の 2 第 1 項 3 号によって禁止されている財産上の利益提供を求めているものであることがその主張自体から明らかであり、法律上この請求が許容される余地はないとして、履行請求を否定した。

私的自治の原則の現れの1つとして遺言の自由があるが、遺言の自由も無制限に認められるものではなく、90条による制限に服する。

その上で最高裁は、法律上の妻のいる男性が、法律婚が完全に破綻していない場合において、不倫関係にある女性に対してした割合的包括遺贈が90条に違反するかどうかについて、①遺言の目的（＝遺言が不倫関係の維持継続を目的とするものなのか、それとも相手方の生活を保全するためになされたものなのか）、②相続人らに対する影響（＝遺言の内容が相続人らの生活の基盤を脅かすものであるかどうか）という観点から判断をした。²⁾

〔論点3〕 動機の不法

動機の不法とは、契約内容は公序良俗に反しないが、契約の動機が公序良俗に反すると評価される場合をいう。³⁾

動機は外部に現れないことが少なくないから、動機の公序良俗違反を理由として常に契約を無効にすると、取引安全が害される。

そこで、動機に公序良俗違反があることを理由として契約が無効になるか否かは、動機の違法性の程度と取引相手方の関与ないし認識の程度との相関関係により判断するべきである（相関的考量説）。

B

民法（全）63頁

第2節. 強行法規違反

契約は適法（法律に違反しない）なものでなければならない。

任意規定と異なる意思表示は有効である（91条）。これは、契約自由の原則の現れである。

91条の反対解釈として、法令中の公の秩序に関する規定（強行規定）に違反する意思表示は無効である。

強行規定とは、90条の法意を具体化した規定であり、私的自治・契約自由を否定する規定である点に特徴がある。

私法に属する多くの規定のうち、国家・社会の基本的秩序に関する規定は、強行規定である。それゆえ、所有権を中心とする物権法の規律や親族法・相続法の規律は、個別に任意規定であるとの指示がなければ、強行規定と評価される。これに対して、債権法の規律は、私的自治・契約自由を基礎としているゆえに、ほとんどが任意規定である。

〔論点1〕 取締法規違反の法律行為の効力

取締法規違反の法律行為は、取締法規違反を理由として直ちに無効となることはないが、取締法規の内容が90条の「公序」の内容として取り込まれることを通じて、公序違反として無効となる余地がある。

C

C

最判 S35.3.18・百 I 16

²⁾ 他の判例では、遺言者が死亡するまで妾として同棲生活を継続することを条件としてなされた1万円の遺贈に関して、「妾関係の維持継続を条件とするものにして善良の風俗に反する事項を目的とする」として、無効と判断したものがある（大判 S18.3.19）。

³⁾ 賭博債務の弁済という借入目的に基づく金銭消費貸借契約について公序良俗違反により無効であるとしている（大判 S13.3.30・百 [6版] I 15）。

第7章 無効と取消し

B

第1節 意思表示・法律行為の無効

1. 無効と取消しの違い

(1) 基本的な相違

- ・無効な意思表示・法律行為は、特定の行為を待つことなく、最初から当然に効力を生じない。これに対し、取消可能な意思表示・法律行為は、一応有効であり、特定人（取消権者・120条）の行為によって初めて、その効力が遡及的に消滅する（121条）。
- ・無効は追認によって治癒されない（119条本文）。これに対し、取消可能な意思表示・法律行為は、取消権者による追認によって、完全に有効な意思表示・法律行為となる（122条）。
- ・無効は、いつでも、誰でも主張できる。これに対し、取消しは、取消権者（120条）により、期間制限内（126条）に限って主張できる。

(2) 相対的無効

- ・無効主張権者が契約当事者の一方に限られることがある。例えば、意思無能力を理由とする法律行為の無効（3条の2）は意思無能力者（側）からしか主張できない。
- ・契約当事者の一方の個人的利益を保護するために契約又は契約条項が無効とされる場合（90条、消費者契約法10条等）にも、不利益を受ける当事者しか無効を主張できない。

2. 無効の絶対効とその例外

意思表示・法律行為の無効は、誰に対する関係でも主張できるのが原則である。

もともと、無効の効果が特定の当事者間にとどまり、第三者には及ばないこともある（93条2項、94条2項等）。

第2節 取消し

B

1. 意義

取消しとは、①錯誤、詐欺、脅迫、困惑等による意思表示がされた場合、又は②制限行為能力者が単独で法律行為をした場合に、意思表示の瑕疵又は行為能力制限を理由として、一応有効とされた意思表示・法律行為の効力を否定する意思表示をいう（95条1項、96条1項、消4条）。

取り消された意思表示・法律行為は、最初に遡って消滅する。すなわち、「取り消された行為は、初めから無効であったものとみな」されるのである（121条：取消しの遡及効）。

2. 取消権者

民法上の取消権者は、120条で掲げられた者に限定される。

[新] 120条

- ① 行為能力の制限によって取り消すことができる行為は、制限行為能力者（他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為にあっては、当該他の制限行為能力者を含む。）又はその代理人、承継人若しくは同意をすることができる者に限り、取り消すことができる。
- ② 錯誤、詐欺又は強迫によって取り消すことができる行為は、瑕疵ある意思表示をした者又はその代理人若しくは承継人に限り、取り消すことができる。

3. 取消しの方法

- ・取消しは、取り消す意思表示・法律行為の相手方に対する意思表示によって行われる（123条）。
- ・取り消す意思表示・法律行為の相手方が確定していない場合には、客観的にみて取消しの意思表示と認められる行為があればよい（123条反対解釈）。

4. 取消権の消滅時効

- ・取消権は、追認をすることができる時から5年間の消滅時効に服する（126条1項）。
- ・取消権は、行為の時から20年の消滅時効に服する（126条2項）。

5. 追認

(1) 意義

- ・追認とは、取消権を放棄するとの取消権者の意思表示である。取消可能な行為は、取り消されるまでは一応有効なものとして取り扱われるが、追認により確定的に有効なものとなる（122条）。
- ・追認権者は、「第120条に規定する者」、すなわち取消権者である（122条）。
- ・追認も、取消しと同様、取消可能な意思表示・法律行為の相手方に対する意思表示によって行う（123条）。

(2) 要件

[新] 124条

- ① 取り消すことができる行為の追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅し、かつ、取消権を有することを知った後にしなければ、その効力を生じない。
- ② 次に掲げる場合には、前項の追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅した後にすることを要しない。
 - 一 法定代理人又は制限行為能力者の保佐人若しくは補助人が追認をするとき。
 - 二 制限行為能力者（成年被後見人を除く。）が法定代理人、保佐人又は補助人の同意を得て追認をするとき。

124条1項は、取消原因全般に共通する追認の要件として、「取消しの原因となっていた状況が消滅し」たことに加え、「取消権を有することを知った後」であることも要求している。

権利の放棄には権利を有することの認識が必要であることを前提として、

概要 32 頁

追認も取消権の放棄である以上、追認の要件として放棄の対象である「取消権を有することを知った」ことを要求しているのである。

(3) 法定追認

概要 33 頁

[新] 125 条

追認をすることができる時以後に、取り消すことができる行為について次に掲げる事実があったときは、追認をしたものとみなす。ただし、異議をとどめたときは、この限りでない。

①～⑥ (略)

(4) 効果

[新] 122 条

取り消すことができる行為は、第 120 条に規定する者が追認したときは、以後、取り消すことができない。

6. 取消しの効果

(1) 取消しの絶対効とその例外

意思表示・法律行為の取り消しは、誰に対する関係でも主張できるのが原則である。

もっとも、錯誤及び詐欺による意思表示の取消しと、消費者契約における誤認・困惑を理由とする意思表示の取消しについては、善意無過失の第三者に対抗することができない (95 条 4 項、96 条 3 項、消 4 条 6 項)。

(2) 遡及的無効

取り消された意思表示・法律行為は、最初に遡って消滅する (121 条：取消しの遡及効)。

(3) 原状回復義務

[新] 121 条の 2

- ① 無効な行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、相手方を原状に復させる義務を負う。
- ② 前項の規定にかかわらず、無効な無償行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、給付を受けた当時その行為が無効であること (給付を受けた後に前条の規定により初めから無効であったものとみなされた行為にあっては、給付を受けた当時その行為が取り消すことができるものであること) を知らなかったときは、その行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負う。
- ③ 第 1 項の規定にかかわらず、行為の時に意思能力を有しなかった者は、その行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負う。行為の時に制限行為能力者であった者についても、同様とする。

概要 29～31 頁

本条は契約前の状態への巻戻し(原状回復)を目的とする規定であり、取消しによる遡及的無効(121条)の場合にも適用される(詳解 68 頁)。

- ・121 条の 2 第 1 項は、無効の効果として、給付受領者の原状回復義務を定める。現物返還が不可能である場合、「相手方を原状に復させる義務」の内容は価額償還義務となる(同条 2 項の反対解釈からも帰結される)。
- ・同条 2 項は、同条 1 項の例外として、無償行為の善意の給付受給者を保護するために、同人の返還義務の範囲を現存利益に限定している。これに対し、有償契約の給付受領者は、反対給付をすることなしに受領した給付を自己の物として保持することはできないから、善意であったとしても、返

還義務の範囲が現存利益に限定されないのである。

- ・同条 3 項は、同条 1 項の例外として、行為時に意思無能力者であった者と行為時に制限行為能力者であった者を保護するために、同人らの返還義務の範囲を現存利益に限定している。
- ・改正民法は、不当利得のうち、少なくとも給付利得については、衡平説（公平説）ではなく、類型論を基礎にしているといえる。
- ・改正民法は、無効な法律行為の給付受領者が金銭を返還する際に、受領時から利息を付する必要があるか、金銭以外の物を返還する際に受領時以降その物から生じた果実や使用利益相当額を返還する必要があるかについて、規定を設けず、解釈に委ねている。
- ・双務契約が行為能力の制限を理由として取り消された場合と双務契約が第三者詐欺を理由として取り消された場合における原状回復義務相互については、同時履行関係が認められる。
➡但し、詐欺・脅迫の被害者と加害者との間における原状回復義務相互については、詐欺・脅迫を行った者による同時履行の抗弁権の主張を否定すべきとの見解もある。この見解は、詐欺・脅迫を行った者には、295 条 2 項の適用により、同時履行の抗弁権と同様の機能を果たしている留置権が否定されることとの均衡を理由とする。

最判 S28.6.16、最判 S47.9.7

内田 II 51 頁・602 頁

(参考文献)

- ・「民法(全)」第2版(著:潮見佳男-有斐閣)
- ・「基本講義 債権各論Ⅰ」第2版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「基本講義 債権各論Ⅱ」第3版(著:潮見佳男-新世社)
- ・「ブラクティス民法 債権総論」第5版補訂(著:潮見佳男-信山社)
- ・「民法(債権関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)
→「概要○頁」と表記
- ・「民法(相続関係)改正法の概要」初版(著:潮見佳男-きんざい)
→「概要・相続○頁」と表記
- ・「詳解 改正民法」初版(著:潮見佳男ほか-商事法務)
→「詳解○頁」と表記
- ・「詳解 相続法」初版(著:潮見佳男-弘文堂)
→「詳解・相続法○頁」と表記
- ・「Before/After 民法改正」初版(編著:潮見佳男・北居功ほか-弘文堂)
- ・「Before/After 相続法改正」初版(著:潮見佳男・窪田充見ほか-弘文堂)
- ・「民法Ⅰ 総則・物権総論」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅱ 債権各論」第3版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅲ 債権総論・担保物権」第4版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「民法Ⅳ 親族・相続」補訂版(著:内田貴-東京大学出版会)
- ・「LEGAL QUEST 民法Ⅵ 親族・相続」第3版(著:前田陽一ほか-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅰ 総則」第3版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法講義Ⅳ-1 契約」初版(著:山本敬三-有斐閣)
- ・「民法の基礎1 総則」第4版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「民法の基礎2 物権」第2版(著:佐久間毅-有斐閣)
- ・「担保物権法 現代民法Ⅲ」第3版(著:道垣内弘人-有斐閣)
- ・「要件事実論30講」第4版(編著:村田渉・山野目章夫-弘文堂)
- ・「紛争類型別の要件事実」改訂版(法曹会)
→3訂版を参照している箇所では「類型別[3訂]○頁」と表記
- ・「新問題研究 要件事実」(法曹界)
- ・「民事判決起案の手引」(法曹界)
- ・「要件事実マニュアル1」第4版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「要件事実マニュアル2」第4版(著:岡口基一-ぎょうせい)
- ・「民法判例百選Ⅰ 総則・物権」第8版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅱ 債権」第8版(有斐閣)
- ・「民法判例百選Ⅲ 親族・相続」第2版(有斐閣)
- ・「最新重要判例解説」平成18年度～令和2年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2021(日本評論社)