

法定追認と取消権の認識

——各種の矛盾挙動禁止原則適用場面との比較を通じて——

野 中 貴 弘

I 序 論

1 問題の所在

- (1) 検討課題と議論状況の概観
- (2) 本稿の視点

2 検討の手法

II 法定追認と取消権の認識

1 信賴惹起型

- (1) 各種の矛盾挙動禁止原則適用場面との比較

法定追認と取消権の認識（野中）

- ア 時効完成後の自認行為——昭和四一年判決の射程
 - イ 相続における法定単純承認制度——権利保障という視点
 - ウ 債権譲渡における異議なき承諾制度——債務者の帰責性と相手方の信頼との相関関係
- (2) 信頼惹起型における取消権の認識の要否
- 2 返還不能型
- (1) 民法五四八条（解除権消滅制度）の改正の評価
- ア 民法改正前の学説状況
- イ 民法改正によるただし書の新設
- (2) 返還不能型における取消権の認識の要否
- Ⅲ 結論

I 序論

1 問題の所在

(1) 検討課題と議論状況の概観

本稿は、民法一二五条（法定追認）の要件として、各号の行為者（取消権者）が取消権を有することを認識していることが必要かを検討するものである。

同条はその適用時期として、柱書本文で「追認をすることができる時以後に」と規定する（改正前後の条文について

平成29年（2017年）改正前	平成29年（2017年）改正後
<p>民法124条（追認の要件）</p> <p>1 追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅した後になければ、その効力を生じない。</p> <p>2 成年被後見人は、行為能力者となった後にその行為を了知したときは、その了知した後でなければ、追認をすることができない。</p> <p>3 前2項の規定は、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場合には、適用しない。</p>	<p>民法124条（追認の要件）</p> <p>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、<u>かつ、取消権を有することを知った後</u>になければ、その効力を生じない。</p> <p>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。</p> <p>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。</p> <p>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。</p>
<p>民法125条（法定追認）</p> <p>前条の規定により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。</p> <p>一 全部又は一部の履行</p> <p>二 履行の請求</p> <p>三 更改</p> <p>四 担保の供与</p> <p>五 取り消すことができる行為によって取得した権利の全部又は一部の譲渡</p> <p>六 強制執行</p>	<p>民法125条（法定追認）</p> <p>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。</p> <p>一 全部又は一部の履行</p> <p>二 履行の請求</p> <p>三 更改</p> <p>四 担保の供与</p> <p>五 取り消すことができる行為によって取得した権利の全部又は一部の譲渡</p> <p>六 強制執行</p>

は上掲の表を参照）。そこで、追認の要件を定める民法一二四条を見ると、民法改正により、取消権を有することを知った後でなければ有効に追認をすることができないことが明文化された（同条一項）。したがって、「追認をすることができる時以後に」問題となる一二五条（法定追認）においても、（取消しの原因となっていた状況が消滅しただけでなく）取消権を有することを知った後に各号の行為をすることが要件になると解するのが、ごく自然である（本稿ではこの立場を「認識必要説」と呼ぶ）。こうした「ごく自然な解釈」を採れば、本論点について、取消権の認識を問わないと判示した大判大正一二年六月一日民集二卷三九六頁（以下で「大正一二年判決」という）は、変更されたと見ることになる。

もつとも、ひとたび改正論議に目をやると、そこでは、本論点は解釈に委ねられたと評される¹⁾。確かに、法制審議会では、要綱仮案に至るまで、取消権の認識

を要求する方向で議論が進んでいた。しかし、法制審議会民法（債権関係）改正部会第九七回会議（部会資料八四—三・二〇頁）では、本論点が法制審議会においてもほとんど議論されてこなかったことに鑑み、^②右で「ごく自然な解釈」として示した見解に縛られないよう、本論点を解釈に委ねる趣旨で、改正前一二五条の冒頭に付されていた「前条の規定により」との文言が削除された。

そこで、取消権の認識の要否を決するにあたっては、一二五条の法的性質や制度趣旨に遡った考察が必要となる。一二五条の成り立ちについては、既に先行研究が存在するため、^③本稿の検討に必要な範囲でごく簡単に振り返るならば、一二五条は旧民法財産編五五六条に由来する。^④旧五五六条は、任意の履行や取得物の任意譲渡が「黙示ノ認諾」になることを規定していた。^⑤黙示の認諾の一場合として位置付ける以上、認諾の前提として削除訴権の認識が必要なように思えるが、この点への言及はない。その後、同規定は、現行民法の起草過程において、追認をしたものと「看做ス」規定へと改められた（法典調査会原案一二六条）。この点につき、起草者の梅謙次郎は、本条は追認の一場合にすぎないものの、本条各号に挙げた行為は最も目ざましいものであるため、これらについては杓子定規であらかじめ定めておく方が便利であると述べている。^⑥原案一二六条（現行民法一二五条）が追認の一場合に過ぎないのであれば、同条は追認についての事実認定の在り方を示す規定ということになるが、他方で、追認の有無をめぐる紛争が生じやすい事実につき杓子定規であらかじめ定めて反証を許さないとの梅の説明からは、「追認の有無をめぐる紛争の回避」^⑦を意図したことが窺える。^⑧梅自身の説明に少々混乱が見られ、起草趣旨が明確でない。^⑨その後、原案一二六条は微修正のうえで現行民法一二五条となった。現行民法一二五条の制定過程においても、本論点への言及はなかった。

民法制定後、梅は同条を黙示の追認とする理解を徹底した。^⑩取消権者が（各号の行為のように）法律行為が有効であ

ることを前提とする行為をしたことは、もともと取消権者が追認の意思表示をしたことを推認させる重要な間接事実ではあるが、本来は、それでもなお当該行為が追認の意味でなされたのではない他の事実が明らかになれば、追認とは認められないはずである。⁽¹¹⁾ 本条は、こうした反証を認めずに追認意思を擬制することにこそ意味があると理解される。こうした理解はその後、岡松参太郎、中島玉吉、富井政章らにより支持された。⁽¹²⁾

しかし、その後の一九一八年、鳩山秀夫はこれを批判し、法定追認説を主張する。鳩山は、「具体的ノ場合ニ於ケル追認意思ノ存否ヲ問ハサルカ故ニ之ヲ以テ意思表示トナスコト能ハス從ツテ又之ヲ黙示ノ追認トナスコト能ハス普通ニ黙示ノ追認ト言フ文字ヲ使用スレト寧ロ法定ノ追認ト言フヲ以テ正当ト信ス」と論じた。⁽¹³⁾ 取消権者に追認意思がない場合にも追認擬制をする以上、もはや同条を黙示の追認の規定と考えることはできないと解したのである。⁽¹⁴⁾

冒頭で示した大正一二年判決は、鳩山説が登場して五年後の判決であり、法的性質に関するこうした学説対立の中で出されたものであった。ただ、この点で重要なのは、法定追認説を主張した鳩山だけでなく、⁽¹⁵⁾ 法定追認説に理解を示しつつも黙示の追認と解した富井もまた、本稿が問題とする取消権の認識の要否という論点については、同条がみなし規定であることに着目し、「取消ノ原因ヲ知レルト否トヲ問ハサルモノト解スヘシ」と述べていたことである。⁽¹⁶⁾ それでは、先述の大正一二年判決は、如何なる論理でもって、取消権の認識を不要と解したのか。大審院は次のように説く（事案および上告理由は後掲注(17)を参照されたい）。⁽¹⁷⁾

民法第二百二十五条ノ「追認ヲ為シタルモノト看做ス」トハ取消シ得ヘキ行為ニ付法律上取消権ノ拋棄アリタルモノト看做シ取消権者力取消権ノ存スルコトヲ知リタルト否トヲ問ハサル趣旨ナリト解スルヲ相当トス蓋シ民法第二百二十五条列記

ノ事實ハ通常其ノ取消シ得ヘキ行為ノ効力ヲ有効ニ確定スルノ意思ナクシテハ存在セサルモノナルヲ以テ苟モ右列記ノ事實アリタルトキハ行為者ニ於テ追認ヲ為シタルモノト看做シタルモノト為スヘケレハナリ

「蓋し」以降に着目すれば、一二五条各号の行為は、通常は行為の効力を確定させる意思なくしてはしない行為であるために、そうした行為がなされたときは行為者が追認をしたものとみなしたと理解する¹⁸⁾。しかし、各号の行為はいずれも法律行為の有効性を前提とする行為だ」とは言えても、各号の行為は取り消しうる行為の効力を確定させる意思をもってなされた行為だ」とは言えないはずである。取消権を知ってなお各号の行為をしてこそ、行為者は取消権を放棄したと通常考えられるのである¹⁹⁾。取消権を知らずに各号の行為がなされた場合にも、行為の効力を確定させる意思があるかのように捉える点に、本判決の問題が存在する。同条を行為者側から捉える黙示の追認説に引きずられた大審院判決は、本論点の論証に成功していない。

しかし、同判決以降、学説は一二五条を法定追認と解しつつも、同判決の結論を支持してきた(本稿では「認識不要説」と呼ぶ)。同条の制度趣旨については、梅の理解を引き継ぎ「法律関係の(早期)安定」と解する見解²⁰⁾のほか、これに加えて「相手方の信頼保護」を挙げる見解²¹⁾も多い²²⁾。ただ、相手方の信頼保護を制度趣旨と解するならば、同条の適用にあたり、相手方の信頼を具体的に問うこと、すなわち、取消権者に追認意思がないことにつき善意であることや、場合によつて善意・無過失を要求することも考えられるが、学説は(石田穰を除き)²³⁾これに触れない。磯村保はこの点に着目し、「現在の解釈を前提とする限り、……相手方の信頼保護は一般的・抽象的な根拠として掲げられているにすぎず、同条所定の事実²⁴⁾に該当すること自体によつて、事後のこれに矛盾する主張が排除される」と論じ、安

永正昭も、禁反言法理の適用にあたり考慮されるべき主要な事情の分析にあたり、①先行行為の内容およびその際
の行為者の主観的態容と、②相手方の信賴の有無を挙げつつ、「先行行為と矛盾するという要素が主となって権利の行
使が許されないと判断される場合においては、相手方の信賴という要素が希薄化する場合」があるとし、その例とし
て一二五条を挙げる⁽²⁵⁾。近年では、松岡久和もまた同条を取消権者の矛盾挙動に着目して説明する⁽²⁶⁾。民法改正前の通説
は、こうした制度趣旨理解に基づき、取消権の認識を不要とする大正一二年判決に賛同してきた⁽²⁷⁾。追認（一二四
条）にあたっては取消権を有することの認識を要件としつつも、法定追認（一二五条）ではこれと区別して、取消権の認
識を要求しなかったのである。これを条文に即して説明すれば、〈改正前一二五条柱書本文の「前条の規定により追
認をすることができる時」とは、改正前一二四条一項の「取消しの原因となっていた状況が消滅した後」を意味す
る〉と理解していたことになる（例外は、成年被後見人が能力回復後に一二五条各号の行為をした場合だけである。学説は、
改正前一二四条二項に着目し、この場合に限って一二五条の要件として「行為の了知」を求めていた⁽²⁸⁾）。民法改正前において、
認識必要説は、菅原脊二⁽²⁹⁾と葉師寺志光⁽³⁰⁾とが説くのみであった。

しかし、民法改正の法制審議会における議論を契機として、こうした状況に変化が見られる。中間論点整理が公表
された後の第三三回会議では、〈追認において取消権の認識を要求する以上、追認擬制という効果を導く法定追認に
おいても、その前提として取消権（取消可能性）の認識を要求すべきである〉との論理が主張された（本稿ではこうし
た論理を「追認との横並び論」と呼ぶ⁽³¹⁾）。また、第七六回会議の部会資料六六A・四〇頁では、「明示的な追認の意思表
示についてさえ、取消権の存在を知ってしなければ追認の効果は生じないとされ、相手方の信賴保護は劣後してい
るのに、追認意思を推測させる事由があった場合には相手方の信賴保護が優先され、追認の効果が生ずるとするのは整

合的でない」として、より積極的に認識必要説の根拠づけが試みられている。

その後、法制審議会第九七回会議では、前述のとおり、本論点に関する議論がなく進んできたことに鑑み、解釈にゆだねられることになったものの⁽³²⁾、改正後の学説では、認識不要説一辺倒な状況⁽³³⁾に変化の兆しがみられる。改正前一二四条二項が削除された改正後もなお成年被後見人が能力を回復したケースにつき取消権の認識を要求しようとする見解⁽³⁴⁾のほか、取消権の認識を一律に要求する見解が潮見佳男により主張されている。潮見は、(立案担当者が意図したとおり)改正一二五条の文言上からは決め手がないことを前提に、「相手方の信頼保護および取引関係の早期安定という観点を貫徹するならば、行為能力を回復した成年被後見人の行為も含め、……同条所定の行為がなされたという客観的事実があれば、追認擬制を認めるべきである」としつつも、他方で、「法定追認制度の基礎に、相手方の信頼保護・取引関係の安定とともに、取消権者側の帰責事由の観点を置くならば、平成二九年の改正は、改正前民法がその一二四条二項で成年被後見人についてのみ採用していた『行為の了知がなければ追認をすることができる時は到来しない』し、『取消権の存在を知らないことを帰責事由に該当するということもできない』との考え方(佐久間……の表現に依拠)を一般化して改正後の民法一二四条一項に組み入れた点が重要であり、平成二九年の改正の結果、成年被後見人の場合のみならず、本件(筆者注…大正二二年判決の事案)における未成年者の場合や、その他の取消可能な行為がされた場合すべてについて、法定追認の効果が認められるのは、取消権者が『取消しの原因となっていた状況が消滅し』た後に一二五条所定の行為をしたとの客観的事実では足りず、取消権者が『取消権を有することを知らなかった』後に当該行為をしたことを要するという解釈論を採用するのが適切」であり、潮見はこうした後者を支持・主張する⁽³⁵⁾。ここに、一二五条において要求される帰責事由の内容として、取消権の認識まで必要とする解釈が明確に主張

されるに至った。

(2) 本稿の視点

この点、追認は「取消権の放棄」であることから、追認にあたっては取消権の認識を必要と解するのが判例（大判大正五年二月二十八日民録二二輯二五二九頁・通説³⁶）であり、今般明文化された。しかし、一二五条柱書は「追認がなされたものとみなす」と規定している以上、「みなす」の用語法に従えば、一二五条は追認がなされた場合を対象とするものではない。そうであるからには、追認の場合に取消権の認識が必要であるからといって、法定追認の場合にも当然に認識が必要であるとの論理は必ずしも成り立つものではない。したがって、追認との横並び論は認識必要説の決め手とならない。本論点を決するのは、取消権者が如何なる状況下で各号の行為をした場合には、取消権者から取消権を奪うことを正当化できるか、あるいは相手方の信頼保護を優先してよいか、である。

学説の多くは同条の制度趣旨を、「法律関係の安定」や「相手方の信頼保護」に求めるものの、まず「法律関係の安定」といった要請自体は、極論すればどのような場合にも存すると言っても過言でない³⁷。少なくとも、何のために法律関係を早期に安定させるのかを論じる必要がある。そこで出てくるのが相手方の信頼保護という制度趣旨なのであろう。すなわち、取消権者が各号の行為をすることにより、その相手方には法律行為が追認されたとの信頼が生じるため、この信頼を保護し、法律関係を早期に安定させる観点から同条を理解する。通説は、こうした制度趣旨の要請からして、取消権を知っていると否とを問わないとしてきたのである。同条は、〈取消権者の各号該当行為により相手方に信頼を惹起した以上、その後になされた先行行為と矛盾する取消権行使は認められない〉という矛盾拳動禁

止原則を背景としたルールを規律していることになる。法律関係の安定や相手方の信頼保護という制度趣旨から本論点の結論を導くのみで、行為者(取消権者)の「帰責性」に特段触れることがなかった。相手方の信頼を惹起した以上、行為者の帰責性が顧みられなかったのである。

この観点からこれまでの学説(認識不要説)を振り返ったとき、佐久間毅および河上正二による通説の正当化と石田穰の独自説が興味を引く。佐久間は、改正後には本論点の結論を留保しつつ、大正一二年判決の解釈を維持する場合には追認の要件と相違が生じることになるものの、それは次のように説明することができると説く。すなわち、「法定追認の場合、(取消可能な)法律行為の内容を実現するための行為が、(一部)現におこなわれる。そのため、追認の意思表示がされるだけの場合に比べて、行為の有効な存続に対する相手方の信頼は、より強い保護に値する」と、および「法律関係の清算が実際に必要となることから、取引安全もいっそうの配慮に値する」ことを踏まえ、「取消原因が消滅して、取消権の存在を知りえたはずであるのにそれを知らなかったことを取消権者のいわば帰責事由として、法定追認の効果が認められる」と論じる³⁸。認識不要説を根拠づけるにあたり取消権者の帰責性に配慮しつつも、それを〈取消権の存在を知りえたはずであるのにそれを知らなかったこと〉に求めている点が注目される³⁹。同様に河上正二も、「取消しの原因となっていた状況が消滅」したことで「正常な判断が可能となった」にもかかわらず、法定追認事由に該当する行為をしたという形で帰責性を考慮しているように映る⁴⁰。

これに対し、右の二者と異なり、一二五条の要件として、帰責性を要求するのが石田穰である。石田は取消権の認識を不要とするものの、「取消権者に故意や重過失がない場合にまで法定追認の成立を認めるのは、心裡留保や錯誤の場合に比較して過大な責任を取消権者に負わせる」ことになり不当であるとして、「取消権者が取消権を放棄する意

思のないことを表示しなかった場合でも、表示しなかったことにつき故意や重過失がない限り、法定追認は成立しない」と解すべき」とする。つまり、「取消権者が異議をとめないことにより相手方に取消権が放棄されたという信頼を与えても、取消権者に故意や重過失がない限り、法定追認は成立しない」と解する。⁽⁴¹⁾ 法定追認を、留保を怠ったことへのサンクションと捉えるならば、こうした理解に至りうる。

ここまでの序論的考察によれば、本論点で検討すべきは、①取消権者の帰責性を問わず、相手方の抽象的信頼を保護するのは妥当か、②これが不当であるとした場合、取消権者の帰責性として取消権を有することの認識まで必要か、という二点となる。②においては、「取消しの原因となっていた状況が消滅」したことで〈取消権の存在を知りえたはずであるのにそれを知らなかったこと〉〈正常な判断が可能な状態であったこと〉でもって取消権者の帰責性として十分かが問われなくてはならない。

以上のとおり、法定追認の適用の是非をめぐっては、各号の行為をした取消権者と相手方の利益調整が問題となり、そこでは取消権者の帰責性と相手方の信賴とが問題となる。この二つの要素は、三当事者間における外観法理において着目されることが多いが、二当事者関係においても「正当な信賴」の観念を支える法理として重要となることが契約や意思表示の解釈において指摘されてきた。⁽⁴²⁾ 本稿で問題とする法定追認でもこれが妥当しよう。取消権者の帰責性として取消権の認識を要求することの是非が問われる。

2 検討の手法

本稿では、この点の検討を深めるにあたり、矛盾拳動禁止原則に着目したい。⁽⁴³⁾ 法定追認は、先に見たとおり、その

制度趣旨として「法律関係の（早期）安定」が挙げられることも多い。しかし、紛争を回避するために追認を擬制し、取消権者に犠牲を強いるのであれば、犠牲を強いてもやむを得ない状況の存在が前提とされるはずである。そこで、近時、これらの制度趣旨よりも頻繁に援用されるのが、「相手方の信頼保護」であり、その前提としての「取消権者の矛盾挙動」であるように思われる。そこで本稿では、民法内においてその制度の背景に矛盾挙動禁止の原則があることとされる諸制度との比較を行う。

ただし、いったん「相手方の信頼保護」という点に着目したとき、一二五条各号の行為のうち、五号が規定する権利の譲渡では、元々の法律行為の相手方は通常その譲渡を知らず、したがって譲渡それ自体によっては、「もはや取り消されないであろう」との信頼も生じない⁽⁴⁴⁾。五号による法定追認の趣旨を相手方の信頼保護と捉えることは困難である。これに対し、それ以外の各号は、たとえば担保の供与も、「取り消すことができる行為について」の担保の供与であるから、基本的には担保供与それ自体によって相手方の信頼が生じうる。そこで以下ではいったん、五号とそれ以外とを区別して、法定追認の要件を検討しよう。前者を「返還不能型」と、後者を「信頼惹起型」と呼ぶこととする⁽⁴⁵⁾。

そして、比較対象とする制度は、信頼惹起型では、錯誤制度（九五条）、消滅時効完成後の自認行為、相続における法定単純承認制度（九二一条一号）、および債権譲渡における異議なき承諾制度（改正前四六八条一項本文）とし、返還不能型では、解除権の消滅を規定した民法五四八条とする。矛盾挙動禁止原則の適用事例とされるものは、ほかに、「無権代理と相続」をはじめ多々存在する。もつとも、本論点では、取消権を有することを知っていたならば各号該当行為をしなかったであろう場面であることが重要である。そのため、矛盾挙動禁止原則が問題とされるものの中で

も、〈先行行為の際に真実を知っていたならば当該先行行為をしなかつたであろう場面〉を取り扱うケースに限定するのが妥当と考える。こうした諸制度を分析することを通して、一二五条をめぐるこれまでの議論の特徴・問題点を浮き彫りにしたい。

Ⅱ 法定追認と取消権の認識

1 信頼惹起型

(1) 各種の矛盾挙動禁止原則適用場面との比較

我が国の判例・学説は、先述のとおり、ごく一部の学説を除き、取消権者の帰責性を顧みず、相手方の信頼を具体的なものとして捉えない。このような矛盾挙動禁止原則の理解は、決して法定追認に限った話ではない。ここではひとまず、時効完成後の自認行為に関する判例法理と、民法九二一条の法定単純承認における法定効果説を振り返る。

時効完成後の自認行為については、周知のとおり、最大判昭和四一年四月二〇日民集二〇巻四号七〇二頁（以下「昭和四一年判決」という）が、債務者による時効援用を否定する根拠を信義則違反に求める。「債務者が債務の承認をすることは、時効による債務消滅の主張と相容れない行為」であるとする点や、「相手方においても債務者はもはや時効の援用をしない趣旨であると考えらるであろう」として相手方の信頼に着目している点で、信義則の中でも矛盾挙動禁止原則から時効援用を否定していることが明白である。⁴⁶ 昭和四一年判決を矛盾挙動禁止原則の観点から分析すると、債務者が先行行為をしたことへの帰責性は特段意識されず、⁴⁷ なおかつ、相手方の信頼も具体的に問われず、抽象

的に把握されているにすぎない。

また、民法九二二条の法定単純承認制度は、法定追認制度と非常に似通った規定構造を有する。同条一号本文は「相続人が相続財産の全部又は一部を処分したとき」に、「相続人は、単純承認をしたものとみなす」（同条柱書）。そこで、ここでも、単純承認の意思が不要なことは格別、その前提として、自己のために相続が開始したことを知ったうえで一号の財産処分行為をしたことが同号適用の要件となるのかが問題となる。この点、後に見る昭和四二年判決は認識を必要とするも、学説の中には、法定単純承認を「法定効果」と解し、このことから一号の処分行為にあたって相続開始の事実の認識を要求しないものもある⁴⁸。たとえば森泉章は、本問題は単純承認の法的性質の理解に左右されるものと捉えたうえで、自身も主張する法定効果説からすれば、「単純承認の意思を前提としないから、……相続人の相続開始の知不知と関係なく、九二二条一号本文による法定効果をみとめることになる」として判決に反対した⁴⁹。また山本正憲は、法定効果説（および一号の趣旨としての財産混和説）からも相続人の意思を問題とすることが可能としながらも、相続関係の早期確定と第三者の保護を重視して同判決に反対した⁵⁰。

このように、矛盾拳動禁止原則の適用例と位置付けられる制度の中には、行為者の帰責性を具体的に問わず、かつ相手方の信頼も具体的に要求しないものも見られる。

しかし、ここで民法九五条の規律するリスク配分を確認しよう。売買契約における買主の意思表示に錯誤があった場合を考えたとき、自ら意思表示（先行行為）をしておいて後に取り消すことは、矛盾拳動と評価されうる。当然、意思表示が相手方に到達することにより相手方はそれを信頼する。しかしそれでも、表意者は、改正民法九五条一項（および二項）の要件を充たせば、自らに重大な過失がない限り錯誤取消しが可能である。すなわち、自らの軽率な行

為により相手方の信頼を惹起しようとも、自らに重過失がない限り表意者は保護され、他方で相手方の信頼が保護されない。また、同条三項は、たとえ錯誤が表意者の重大な過失によるものであった場合でも、相手方が表意者の錯誤を知っていたとき等に、なお錯誤取消しを認める（同項各号）。表意者に重過失のあったケースでも、相手方の具体的な信頼を要求している。さらにいえば、心裡留保のように、先行行為に錯誤がなく、意図的になされたものであっても、相手方が無過失で信じたのでなければ、相手方は保護されていない（改正九三条一項ただし書）。以上から判るのは、少なくとも九五条（および九三条）においては、〈自身の行為により相手方の信頼を惹起した以上、当該行為の帰責性を問わず、相手方の抽象的信頼を保護する〉との価値判断が否定されていることである。

取消権者が一二五条各号の行為をしただけで、それを先行行為として後の取消権行使を否定することは適切であろうか。⁵¹ 矛盾挙動が信義則に反し禁止されるには、「単に権利を行使しようとする者に先行行為との矛盾が存するといふだけでは足りず、そのような矛盾行為が信義則に反するといえるための付加的な事情が必要となる」との磯村保の指摘が思い起こされる。⁵² 付加的事情として、取消権者の帰責性、あるいは相手方の具体的な信頼を問うべきではないか。「取消しの原因となっていた状況が消滅」すれば取消権を有することに気づき得たことや、正常な判断ができる状況であったことを、取消権者の帰責性としてどこまで重視すべきかも問われなくてはならない。

以下この点を考察するに際しては、本論点では、〈取消権を有することを知っていたならば各号の行為がなされなかったであろう場面〉が問題となっていてに着目し、この点で同状況にあると思われる他の制度との比較をしていこう。真実を知っていたならばしなかったであろう先行行為について、矛盾する後行行為をどういった要件のもとで禁止するかが焦点となる。

ア 時効完成後の自認行為——昭和四一年判決の射程

まずは、時効完成後の自認行為における議論を取り上げよう。

先に見た昭和四一年判決の考え方は、民法（債権法）改正検討委員会において改正提案に盛り込まれるほど支持を得た。⁵³ もつとも、この判例法理の結論は、学説・実務において無条件に賛同されているわけではない。⁵⁴ たとえば、西村信雄は、債権者の信頼に着目し、判決の評価に疑問を呈する。すなわち、債務者は時効完成の事実を知らないからこそ時効完成後に債務承認をするのが通例であり、それが通例である以上、債権者としても、時効完成後に債務の承認をした債務者は時効完成の事実を知らずになしたものと推知するのが当然であるとして、判決が債権者には時効の援用をしないとの信頼が生じるとしたことを批判した。また、そもそも債権者も時効完成を知らなかった場合、債権者に右のような信頼が生じることがあり得ないことも指摘する。⁵⁵ 佐久間毅も、判例の結論を支持しつつも、概ね西村と同趣旨の分析の結果、判例・通説の結論を導くにあたり相手方の信頼保護を根拠とすることを批判する。⁵⁶

もつとも、時効完成を知らない債権者は、時効完成後の自認行為により、「債務者はもはや時効の援用をしない趣旨である」と考える』ことはなくとも、『債務者は後日履行してくれるであろうと考える』ことはあり、これは「時効完成を知る債権者にあつても同様である」。⁵⁷ そこで、ここではやはり、債権者に実際に生じた信頼の保護の要否を検討することが必要となる。この点に着目し、時効中断（改正法における時効更新）制度の存在理由（より正確には承認が中断事由とされる根拠）に遡つて説得的議論を展開したのが、松久三四彦であった。すなわち、「債権者の信頼保護は、債権者に中断行為に出る手段が残されていることが前提であり、時効が完成して債権者が中断行為に出る可能性を失ったあとでは、法的保護に値する債権者の信頼は存在しない」として、時効完成後の債務者の行為につき信義則

を持ち出して評価することに反対した。⁵⁸⁾

さらに石松勉は、松久による〈債権者の信頼〉の位置づけに賛同し、「時効完成後の債務承認を時効中断事由である承認と同様に扱うことには…問題がある」としつつ、⁵⁹⁾ここで問題となる信義則は（法創造機能ないし法欠缺補充機能としての信義則ではなく）実質的正義・具体的衡平の実現機能としてのそれであるとし、⁶⁰⁾時効援用が禁止されるか否かにあたっては、「時効完成後の債務承認とその後の時効援用という自己の矛盾的容態に対する債務者側の帰責性と、債権者がそれによって抱いた債務の履行に対する期待ないし信頼に対する債権者側の要保護性」という二つの視覚が決定的に重要であると論ずる。⁶¹⁾客観的利益衡量の観点から債務者の法的な非難可能性の有無が着目される。⁶²⁾

以上のような判例評価は、ごく一部の学説によるものだけではない。裁判例においても、昭和四一年判決に厳密には従わない（＝判例の射程外とする）ものも複数登場している。福岡地判平成一四年九月九日判タ一一五二号二二九頁は、「控訴人（貸金業者―筆者）側に時効中断など適法な権利行使をする手段はなかったのであるから、…控訴人側に生じたという信頼の内容や程度には自ずと限界があったというべき」と判示しており、松久と同様の観点も一要素として時効援用権の喪失を否定する。また、昭和四一年判決の理由の核心が、債務者の先行行為により生じた相手方の信頼を保護することに存するのであれば、（右で石松の指摘にあったとおり）具体的事案の中で、債権者である相手方の信頼が法的保護に値しない場合や債務者の矛盾挙動に帰責性がない場合には、なお時効援用が認められる余地が残る。⁶³⁾東京地判平成七年七月二六日金判一〇一一号三八頁は、昭和四一年判決を引用したうえで、債権者が欺瞞的方法を用いた場合につき時効援用権の喪失を否定する。また、福岡地判平成一三年三月一三日判タ一一二九号一四八頁も、同じく昭和四一年判決を引用したうえで、「そうすると、債務者が、自己の負担する債務について時効が完成したの

ちに、債権者に対し債務の承認をしたとしても、債権者及び債務者の各具体的事情を総合考慮の上、信義則に照らして、債務者がもはや時効の援用をしない趣旨であるとの保護すべき信頼が債権者に生じたとはいえないような場合には、債務者にその完成した消滅時効の援用を認めるのが相当」として、あくまで個別具体的な事情をもとに信義則判断をする必要があることを明示した。裁判例の中には、債権者の欺瞞的方法が明確に立証されずとも、時効完成を知っていれば債務の承認などするはずがないとの経験則から、そこに債権者の欺瞞的方法が介入したことを認定し、時効援用権の喪失を否定するものもある⁶⁴。

以上のとおり、昭和四一年判決だけを見れば、債務者の帰責性を問わず、債権者の信頼も抽象的に指摘するだけであつたが、それを受けた学説・裁判例では、債権者の信頼が保護に値するものかを具体的に判断するものや、債務者が当該先行行為をした具体的経緯からして時効援用権の喪失を否定するものも少なくない。矛盾挙動をしたとされる者の帰責性やその相手方の信頼が具体的に問われているといえよう。裁判例の数も踏まえ、この実務での価値判断は無視できないものに映る⁶⁵。

イ 相続における法定単純承認制度——権利保障という視点

それでは、法定単純承認はどうだろうか。法定単純承認と法定追認とは、制度の成り立ちから議論の変遷に至るまで共通点が多い。ともにフランス民法を母法とし、梅謙次郎が黙示の意思表示（黙示の承認、黙示の追認）と解していたこと⁶⁶、その後の学説の展開により現在はこれを法定の効果と解する見解が有力であること、相手方の信頼が具体的に問われないことが、共通点として挙げられよう⁶⁷。同条を法定効果と解したとき、先に見た学説のように、相続開始

の認識を不要とする帰結以外に選択肢はないのか。

まずは、本論点に関する最高裁判決の分析から始めよう。最判昭和四二年四月二七日民集二二卷三号七四一頁（以下「昭和四二年判決」という）は、次のように判示する。

民法九二一条一号本文が相続財産の処分行為があった事実をもって当然に相続の単純承認があったものとみなしている主たる理由は、本来、かかる行為は相続人が単純承認をしない限りしてはならないところであるから、これにより黙示の単純承認があるものと推認しうるのみならず、第三者から見ても単純承認があったと信ずるのが当然であると認められることにある（大正九年一月一七日大審院判決、民録二六輯二〇三四頁参照）。したがって、たとえ相続人が相続財産を処分したとしても、いまだ相続開始の事実を知らなかったときは、相続人に単純承認の意思があったものと認めるに由ないから、右の規定により単純承認を擬制することは許されないわけであって、この規定が適用されるためには、相続人が自己のために相続が開始した事実を知らながら相続財産を処分したか、または、少なくとも相続人が被相続人の死亡した事実を確実に予想しながらあえてその処分をしたことを要するものと解しなければならない。

昭和四二年判決が示すように、大判大正九年一月一七日民録二六輯二〇三四頁が九二一条一号本文を「黙示の単純承認」として理解し、以後これが大判昭和六年八月四日民集一〇卷九号六五二頁でも踏襲されていた。昭和四二年判決は、大正九年判決を引用し、九二一条一号本文の根拠を、①黙示の単純承認があると推認しうること、および②第三者の信頼保護に求める。

そのうえで本判決は、「相続人が自己のために相続が開始した事実を知らず相続財産を処分したか、または、少なくとも相続人が被相続人の死亡した事実を確実に予想しながらあえてその処分をしたこと」を要すると解した。⁽⁶⁸⁾ こうした論理展開からすれば、昭和四二年判決は、同規定の趣旨として、右の①②のうち、①をより重視しているものと窺える。このことは、同判決の調査官が、「相続開始したことを知らないで、相続人が相続財産を処分した場合は、相続人の単純承認の意思を推測すべき前提を欠くことになるから、第一説(右①を根拠とする立場―筆者)によれば民法九二一条一号本文による単純承認の効果が生じないことになる」⁽⁶⁹⁾と説明していることにも表れている。昭和四二年判決の論理は、追認の場合に取消権の認識が必要なこととのバランスから法定追認の要件を解釈しようとする議論(追認との横並び論)と共通する。

それでは、学説ではどのような議論がなされているか。⁽⁷⁰⁾ この点、学説ではかつて、単純承認の性質をめぐる理解から、法定単純承認での本論点の結論が演繹される傾向があった。一方で伝統的通説は、単純承認規定の沿革や民法典の体系などからこれを意思表示と解したうえで(意思表示説)、九二一条(特に同条一号)は単純承認の意思を擬制したものと解する。⁽⁷¹⁾ 財産処分行為により相続人の単純承認の意思が推認されるがゆえに、九二一条一号本文によって単純承認が認められる。⁽⁷²⁾ そこで、相続人が相続開始の事実を知らないで処分した場合、この立場からは、単純承認の意思を推認する前提を欠くことになるとして法定単純承認が否定される(右事実の認識が要件とされる)。⁽⁷⁴⁾ 伝統的通説によるこうした理解は、梅による一二五条の理解と瓜二つである。先述のとおり梅は、一二五条を黙示の追認と理解し、一二五条は追認意思の存在を法律上擬制するものと捉えていた。

他方、法定単純承認を法定効果と解する見解も有力である。単純承認とは、相続人の意思表示の効果ではなく、限

定承認や放棄という意思表示をしなかった相続人に当然に与えられる法的効果であり、常に九二一条各号に掲げる事由によって生じると理解する（法定効果説⁷⁵）。この法定効果説に立つ論者の多くは、処分行為が無効または取り消された場合も、第三者の利益保護や法律関係の早期安定を根拠に、いったん発生した単純承認の効果は消えないものと解した⁷⁶。そして、先に紹介したように、法定効果説を支持する森泉や山本正憲は、九二一条一号本文の適用にあたっても、相続開始の事実の認識を不要とする。

しかしながら、同規定を法定効果と解したことから必然的に右認識を不要とすることには、疑問も呈されている。本稿はここを注視したい。まず、中川善之助Ⅱ泉久雄は、右認識の要否が法的性質の理解如何に左右される（法定効果説からすれば認識不要説に至る）とするのは、正しい理解ではないとする。すなわち、法定効果説からしても、「相続の開始を知らない相続人から選択の自由を奪うのは酷だ」との理由から、相続開始の事実の認識が必要になると指摘する⁷⁷。この指摘の意味するところは、法定効果説に近い理解⁷⁸をする木下明によって既に説かれていた。木下は次のように論じる。相続人は「自己のために相続が開始したことを知った時から」限定承認または放棄をするかどうかの意思決定を迫られる。もしそれを知らない間の処分行為によって相続効果が確定するとすれば、相続人不知の間に限定承認や放棄の自由を奪うことになり、相続の承認・放棄制度を設けた立法趣旨が否定される。また、自己のための相続開始を知らない間の財産処分行為は、必ずしも三号事由のような相続人の背信行為とは限らない。それにもかかわらず一号の適用を認めるならば、相続人に民事的制裁を課する結果となり、一号事由の立法趣旨を逸脱する⁷⁹。木下は、こうした理由に基づき、九二一条一号本文の処分行為たりうるためには、「自己のために相続の開始があったことを知った時から」の処分行為と解すべきであるとし、この観点から昭和四二年判決に賛成した⁸⁰。実は、法定効果説

を中川善之助とともに強く主張した柚木は、昭和四二年判決より前に刊行された『判例相続法論』において、「本号は結局、信義則よりみて相続人に限定承認や放棄の意思なしと認められるに足るべき処分行為があれば、その後限定承認や放棄を選択する自由を奪って、無限承継の効果を確定せしめる、ということとその趣旨とするものと解すべき」（傍点筆者）としていた⁽⁸¹⁾。法定単純承認は、相続人が限定承認や放棄を選択する自由・権利を奪うものであることが明確に認識されているとともに、こうした自由・権利の保障の観点から、法定効果説においても相続開始の事実の認識を必要とする解釈の端緒が既に築かれていたといえる⁽⁸²⁾。

以上のように、九二一条一号本文を法定効果と解したからといって、そこから必ずしも相続人の認識不要説が導かれるわけではない⁽⁸³⁾。行為者に付与されている権利の保障という観点から行為者の帰責性を要求しようとする動きが興味深い。

それでは、法定追認においても、選択権の保障という観点から取消権の認識を要求すべきであろうか。ここでは、石田穰が、同認識は不要としつつ、異議を留めなかったことについての故意・重過失を要件として要求していたことが思い起こされる。以下では、この点を考察すべく、債権譲渡における異議なき承諾制度を取り上げる。実はここでも、債務者の矛盾挙動と相手方の信頼保護という枠組みの中で、債務者の権利保障の観点から債務者の帰責性や新債権者の主観的要件を捉える見解があり、本稿の問題意識からこの点が注目される。

ウ 債権譲渡における異議なき承諾制度——債務者の帰責性と相手方の信頼との相関関係

改正前民法四六八条一項本文の異議を留めない承諾（以下では「異議なき承諾」と呼ぶ）制度をめぐっては、抗弁切

断の根拠と譲受人の主観的要件が争われてきた。改正前の学説では、抗弁切断の根拠を譲受人の信頼保護に求める見解のほか、異議なき承諾をした者の矛盾挙動ないしは当該行為の「意思」的要素にその根拠を求める見解も有力であった（禁反言説・矛盾挙動禁止説⁽⁸⁴⁾、二重法定効果説⁽⁸⁵⁾）。後者からは、抗弁切断効は不注意な承諾をした債務者へのサンクションであり、譲受人の信頼保護はその二次的帰結であるとされた⁽⁸⁶⁾。そして、ここで重要なのは、後者のように債務者の行為に着目すれば、譲受人の主観は問わないようにも思えるが、抗弁の存在につき悪意の譲受人にまで抗弁切断の利益を認める必要がないことから、譲受人に善意を要求する見解のほか、無重過失を要求する見解も存在した⁽⁸⁷⁾ことである。他方で、後者の立場からも、異議なき承諾にあたり抗弁の存在を知っていたことは要求されない⁽⁸⁸⁾。

この点につき判例は、当初こそ大判大正五年八月一八日民録二二輯一六五七頁において異議なき承諾を抗弁の放棄と解していたものの、その後学説において公信用説が通説になったのを受け、大判昭和九年七月一日民集一三卷一五一六頁では、法律が特に認めた一つの擬制にほかならないとし、取引の安全を図る趣旨の制度であるとの理解が示された。そして、同判決および最判昭和四二年一〇月二七日民集二二卷八号二一六一頁は、悪意の譲受人は保護されないとし、さらに最判平成二七年六月一日民集六九卷四号六七二頁（以下「平成二七年判決」という）は、譲受人の要保護性という見地のほか、債務者に生じる重大な不利益との均衡という実質的観点から、譲受人に善意・無過失を要求した。これにより、判例は、譲受人の善意・無過失を要件とするものと理解された⁽⁸⁹⁾。

以上のとおり、異議なき承諾制度のもとでは、同制度の抗弁切断の根拠を譲受人の信頼保護に求める判例・多数説からも、あるいは根拠を債務者への制裁に求める有力説からも、譲受人の具体的な信頼が要件とされている。前者はもちろんのこと後者からも、矛盾挙動があったからといって無条件に法定効果が導かれているわけではなく、また、前

者は取引の安全を志向するものの、それでもなお主観的事情を勘案している。

ただし、本稿では、右平成二七年判決の位置づけをめぐる学説上の議論からさらなる示唆を得よう。平成二七年判決をめぐることは、譲受人に一律に無過失を必要としたものと理解することに異論もある⁹⁰。平成二七年判決の事案は、貸金業者Aと消費貸借契約を締結した債務者Xが、その後の債権の譲受人Yに対し、過払金返還請求をした事案であった。こうした事案の特殊性を受け、北居功は、平成二七年判決で問題となった抗弁（超過利息分の元本充当による残存元本額の減少または消滅の抗弁）について、「債務者がこの旨の抗弁を承諾時点で援用することは、債務者が貸金業をめぐる法律に通じていなければ、とうてい期待できない」とし、抗弁留保を債務者に期待できるか否かに着目する⁹¹。そして、承諾時に抗弁が発生していた場合のうち、①抗弁の留保を期待できたとき、具体的には、「相殺はもちろん、例えば、既に行われた弁済・解除など、債務者が十分認識しているはずの債権の（一部）消滅の抗弁」を有していたときには、「債務者が援用できるにもかかわらず留保しなかったことにより、債務者の異議なき承諾によって遮断される」⁹²。しかし、②平成二七年判決の事案のように、「たとえ既に生じている抗弁であっても、承諾時点で債務者にそれを留保することが期待できない場合」には、①とは別枠で対応する必要があることを示唆する。北居はこの観点から、一方で、本件第一審判決が債務者の「錯誤無効」を認めたことにも理解を示し、異議なき承諾制度を債務者に対する制裁と解する見解と抗弁留保を期待できない場面での錯誤無効構成とが親和的であることを指摘する⁹³。また他方で、異議なき承諾制度を譲受人の信頼保護の観点から説明する見解からは、譲受人の無過失を要求する形で、債務者に抗弁留保が期待できなかったことを考慮する枠組みが採られるべきことを示す⁹⁴。北居によれば、平成二七年判決は、異議なき承諾制度を譲受人の信頼保護という観点からみる立場に立ちつつ、なおかつ、あくまで債務者に抗

弁留保を期待できなかった場合について、譲受人に無過失を要求した判決、と理解される。

北居によるこの議論は、異議なき承諾にとどまらない、以下のような思考として整理できよう。一方で、行為者の矛盾挙動への制裁という観点から法定効果を導くにあたっても、一律に行為者に前提状況の認識を要件として要求するのではなく、行為者に異議留保が期待できた場合には前提状況の認識を要求せずに矛盾挙動への制裁としての法定効果を発生させ、期待できない状況下で行為した場合には法定効果を認めない（先行行為の錯誤取消しを認める）。他方、相手方の信頼保護に重きを置いて効果を導くにあたっても、一律に相手方の善意・無過失を要件として要求するのはなく、行為者に異議留保を期待できた場合には無過失までは要求せずに信頼を保護して法定効果を発生させ、期待できない状況下で行為した場合には無過失まで要求して当事者間のバランスを図る。当該制度の存在意義を失わせないよう、帰責性を実質的に見ることが示唆されている。

この点、異議なき承諾制度は今般の民法（債権関係）改正で廃止された。それゆえ、この制度での議論を比較対象とすることには異論もあろう。しかし、矛盾挙動あるいは相手方の信頼保護という観点から行為者の権利を奪う場合に、いかなる点に着目してこれを認めるべきかは、規定の有無や制度を超えて探求されるべきように思われる。さらに言えば、異議なき承諾制度が廃止された背景に照らせば、行為者が権利を認識することなく重要な権利を喪失することの重大性を自覚する必要がある。また、改正法のもとでは、（異議なき承諾に代えて）債務者による「抗弁の放棄」が問題とされるところ、取消権の放棄を含む「権利消滅行為」⁹⁵にあつては、抗弁事由ごとに用意された固有の制度に従って要件・効果を判断する必要があるとされ、「例えば、無効を主張する権利や取消権の放棄については追認に関する規律が適用され、それをオーバーライドする形での放棄が認められるわけではない」と指摘されている⁹⁶。また、

当該抗弁の放棄により債務者が譲受人に対して新たに債務を負担する「債務負担行為」にあつては、合意（契約）としての「抗弁の放棄」が問題とされ、放棄対象たる抗弁の認識（＝放棄により債務者が負担するリスクの具体的認識）が求められるとともに、⁹⁷合意（契約）の解釈において譲受人の主観的態様を考慮する可能性も示唆されている。もちろんこの議論は、異議なき承諾制度という法定効果の要件を論じるものではなく、同制度が廃止された新法のもとで「抗弁の放棄」の要件を分析するものではある。もつとも、債務者が意思表示ないし合意をした場合ですら以上のよくな慎重な手当てを必要とする動きは、改正前の異議なき承諾あるいは法定追認などの局面において、相手方の信頼保護や債務者の矛盾挙動という大上段から要件を演繹していた議論に警鐘を鳴らすものとも理解しえよう。

(2) 信頼惹起型における取消権の認識の要否

以上の比較検討を受けてまず明らかなのは、〈自身の行為により相手方の信頼を惹起した以上、当該行為の帰責性を問わず、相手方の抽象的な信頼を保護する〉との価値判断が否定されていることである。一二五条を法定効果と捉えつつも、〈取消権の保障〉という観点から行為者の帰責性を要求する可能性について示唆を与えるのが、法定単純承認における柚木馨や木下明らの議論であつた。

なるほど、認識を必要とすることで法定追認制度の存在意義が失われることは避けなければならない。しかし、取消権の認識を要求しようとも、一二五条には追認意思を擬制する（＝追認意思がなかったとの主張を認めない）という機能がある以上、同制度の存在意義がなくなることはない。まさに梅が、「追認をめぐる紛争の回避」として禁止しようとしたものであり、一二五条にこの意義があることを否定する見解は見られない。

ただし、債権譲渡の異議なき承諾における北居の議論を法定追認に應用させるならば、へいかなる状況下であれば、異議を留めることを取消権者に期待できるか⁽⁹⁹⁾が問われる。取消権の認識がなくとも、右を期待できる場合には、一二五条の適用にあたって取消権の認識まで求めなくとも良い。「取消しの原因となった状況が消滅」すれば、これを期待できるのか。これはもちろん、法定追認において取消権の認識を不要としつつ、異議を留めなかつたことに故意または重過失があることを要件とする石田稜説の可能性を問うことにも繋がる。以下でこれを検討しよう。

この点、法定追認は、「追認をすることができる時以後」(一二五条柱書本文)に適用対象となるのであるから、一二四条一項に定める「取消しの原因となつていた状況が消滅」したことが前提となる。具体的には、強迫の場合には強迫状態を脱し、詐欺や錯誤の場合には詐欺されていたことや錯誤があることを知つたことを意味する⁽¹⁰⁰⁾。「状況の消滅」という客観的要件の中に、取消原因の認識が吸収されている場合がある。したがって、強迫はもちろんのこと、相手方からの詐欺により意思表示をした場合にも、「取消しの原因となつた状況が消滅」すれば、各号の行為をするのを控え、あるいは各号の行為にあたり異議を留めることを期待できる。一二五条において別途、取消権の認識が必要か否かを論じる実益はない。

しかし、詐欺の中でも第三者による詐欺の場合、詐欺被害者は、自身が詐欺された事実を知つて、「取消しの原因となつた状況が消滅」したときも、それに加えて、意思表示の相手方が第三者の欺罔行為を知っているか、知らないことに過失があつたのでなければ、意思表示を取り消す権利を有しない(九六条二項)。錯誤でも同様である。自身に錯誤があることを知つたからといって、これは直ちに取消権の認識と結びつかない。したがって、「取消しの原因となつた状況が消滅」したこのみでは、取消権を有することを知るわけではない。このケースにおいて、取消権の認

識なくして、異議を留めることを期待できるかが問われることになる。

取消権の認識が必要か否かという本論点は、以上のケースのほか、制限行為能力制度による取消しの場合にこそ論じられる。未成年者が成年年齢に達した場合や、成年被後見人につき後見開始の審判が取り消された場合、これをもつて「取消しの原因となった状況が消滅」したことになる。その後、相手方から履行を迫られたとき、行為能力を回復した者は、取消権の認識なくして、各号の行為に慎重になること、あるいは各号の行為をするにあたり異議を留めることを期待できるかが問題となる。民法改正前は、一二四条二項の立法趣旨を考慮し、成年被後見人であった者に限り、一二五条の適用にあたって「行為の了知」を必要とした¹⁰⁾。しかし、それ以外の元制限行為能力者への手当ては不要であろうか。また、成年被後見人であった者は、自身の行為を了知さえすれば、右のことを期待できるであろうか。ここでもやはり、取り消すことができることの認識なくしては、取消権を奪うに値するほどの帰責性を認めることができないとの価値判断も十分に可能であろう。

行為能力の制限中にその法定代理人が取り消しうる意思表示をしたケースを考えると、問題がより鮮明になる。大正一二年判決の事案のように、法定代理人がした法律行為が取り消しうるものであった場合において、能力回復後の本人（元未成年者や元成年被後見人）が相手方から履行を迫られ、一二五条各号の行為をしたケースを考える。法定代理人のした法律行為が取り消しうる場合としては、後見人に後見監督人が付されており、後見人が同人の同意を要する事項を同意なく行った場合が考えられよう（民法八六四条、八六五条）。制限行為能力者自身が意思表示をしていたケースと比べ、このケースの方がより一層、事態の経過を知らずに各号の行為をする恐れがある。元後見人の法律行

為に元後見監督人の同意がなく、当該法律行為は取り消すことができることを本人が知らなければ、本人に帰責性を認めることはできない。

以上のように、「取消しの原因となった状況が消滅」したことで取消権の認識に至ったといえる場合はあろうが、そうでなく取消権を有することを知らない場合、各号の行為をするのに慎重になること、各号の行為にあたり異議を留めることを期待するのは難しい。結局のところ、異議を留めなかったことに故意や重過失があるといえる場合は、取消権を有することを知っていた場合や容易に知り得た場合といえる。先の問い（いかなる状況下であれば取消権者に異議を留めることが期待できるか）に答えれば、〈取消権の認識があつてこそ取消権者が異議を留めることを期待できる〉といえる。こうした結論は、追認と法定追認とのバランス、すなわち、明示的になされる追認であっても、取消権を有することを知らずになされた場合には効力が生じず、相手方の信頼が保護されないことからしても、説得力を有しよう。

こうして信頼惹起型においては、取消権の認識を必要とする結論に至った。そこで次に、一二五条五号の返還不能型の検討に移ろう。

2 返還不能型

一二五条五号が「取り消すことができる行為によって取得した権利の全部又は一部の譲渡」によって、「追認をしたものとみなす」のは何故か。当該譲渡は、第三者との間でなされる以上、「取り消すことができる行為」の相手方はこれを知らないことが通常である。それゆえ、譲渡それ自体により、取消しの対象となる法律行為の相手方に「も

はや取り消されないのであろう」との信賴が生じることは通常想定し難い。前述のとおり、本号の制度趣旨を相手方の信賴保護と理解することは困難である。本号は、取消権者の矛盾した挙動それ自体に着目した規定、より具体的には「取り消すことができる行為によつて取得した権利の全部又は一部」を返還不能にしておきながら、返還を前提とする取消しをすることへの非難を根底に置く規定であると理解できる。

一二五条五号をこの観点から見たとき、本号は、解除権の消滅を規定する民法五四八条と酷似した規定であることが明らかになる。そこで、本稿では次に、解除権者が受領物を譲渡した場合における五四八条の対応と比較することで、一二五条五号の要件を考察しよう。

(1) 民法五四八条（解除権消滅制度）の改正の評価

ア 民法改正前の学説状況

五四八条は、解除権者が受領物を「著しく損傷し、若しくは返還することができなくなったとき、又は加工若しくは改造によつてこれを他の種類の物に変えたとき」を適用対象とする規定である。契約の相手方に対する行為ではないため、同条の制度趣旨として相手方の信賴が挙げられることはない。解除権消滅の根拠は、解除権の放棄とみられる行為をしたこと、より本質的には、原物返還が不能になる先行行為をした以上、受領物の返還を前提とする解除は矛盾挙動であることにある。

そして、前稿において検討したとおり、我が国の通説は、解除権者が受領物を譲渡した場合には、「返還することができなくなったとき」に該当するものと解してきた。また、改正前五四八条の起草者をはじめとして通説は、解除

権者たる買主が解除権を有することを知ったうえでしたかどうかを問わず、改正前五四八条一項の要件を満たせば解除権が消滅すると解してきた。この両者を形式的に併せ考えると、解除権認識前に受領物を譲渡しただけで解除権が消滅するとの帰結に至る¹⁰²。仮にこうした解釈を支持するのであれば、一二五条五号においても、取消権の認識を問わず、譲渡それ自体で取消権を排除して良いことになる。

しかし、譲渡それ自体でもって「返還することができなくなった」と解することには疑問があるほか、改正前五四八条一項の要件として解除権の認識を問わないことも再考の余地があった。五四八条は起草当時のドイツ民法草案に影響を受けた規定であるところ、そのドイツ民法草案は、約定解除の効果規定であった（ドイツ民法では約定解除の効果の詳細に規定され、これが法定解除および瑕疵担保解除にそれぞれ準用されていた）。約定解除を想定した規定であり、なおかつ解除権が留保された場合、ドイツにおいては契約当事者が解除権を当初より認識していることを前提とするため、解除権の認識の有無という議論が登場する余地がなかったのである。しかし、我が国の五四八条は法定解除の場合をも適用対象とし、法定解除権認識前の買主は当該受領物を自己の物として自由に使用・処分することを考えると、原状回復障害のリスク配分にあたり、五四八条一項の要件として解除権の認識を要求することも一つの選択肢であった。

イ 民法改正によるただし書の新設

こうした状況下で、五四八条は民法（債権関係）改正により変更を受け、解除権を知った後の返還不能等でない限り、解除権は消滅しないものとされた（同条ただし書の新設）。同条において矛盾挙動と評価される要件が加重された

と評しうる。もはや、たとえ譲渡により「返還することができなくなった」としても、解除権認識前の譲渡では、解除権が消滅しない。

(2) 返還不能型における取消権の認識の要否

もちろん、現在の我が国の多数説と目される立場は、解除権の認識前に受領物を故意や過失により滅失・損傷させたケースにおいて、（五四八条ただし書の存在ゆえに）解除権が消滅しないとしても、買主はなお物の返還に代えた価額償還義務を負うと理解する。そうすると多数説は、広い意味では、解除権の認識をせずにした該当行為をも広く矛盾挙動における先行行為と評価していることになろう。

筆者は、契約不適合物が引き渡された局面では、こうした最終的なリスク配分に疑問がある。しかし、本稿の問題関心である一二五条五号は、五四八条と同様、最終的なリスク配分を定める規定ではない。最終的なリスク配分は五四五条や一二一条の二で決せられるというのが、通説的理解である。解除や取消し自体が認められるか否かの段階と、それらが認められた後の原状回復において元の形での返還不能リスクをどちらに配分するかとの段階とは区別される。前者では、取消権の消滅と比肩する解除権の消滅を規定した五四八条が、あくまで解除権の認識を要件としていることが決定的に重要である。

解除においては解除権の認識を必要とする一方で、一二五条五号の場合には取消権の認識なしに取消権が消滅しうるとする理由はないように思われる。矛盾挙動禁止原則との関係でいえば、この返還不能型では相手方の信頼も生まれていないのが原則である。契約の有効性を疑っていない状況下での行為を先行行為と捉えることには、慎重である

べきである。

Ⅲ 結 論

追認の要件として取消権の認識が明文上要求され、一二五条がこれを受けて「追認をすることができるとき以後に」と規定する以上、法定追認においても取消権の認識を必要とするのが「ごく自然な解釈」である。本稿での検討結果は、こうした「ごく自然な解釈」を支える論拠を提示したことになる。

法定追認は、取消権者が債権債務の有効性を前提とする各号の行為をしたにもかかわらず、後に意思表示を取り消そうとするのは矛盾した挙動であることを理由とした制度である。矛盾挙動禁止原則は、矛盾挙動者の後行行為を許さないことで、先行行為を信頼した相手方を保護する。矛盾挙動禁止原則に関わる法制度は多数存在するが、法定追認では、〈取消権を有することを知っていたならば各号の行為がなされなかったであろう場面〉が問題とされることに鑑み、本稿では、これと似た状況にあるいくつかの制度と比較した。その結果、〈自身の行為により相手方の信頼を惹起した以上、当該行為の帰責性を問わず、相手方の抽象的な信頼を保護すべし〉との価値判断は否定されていることが明らかとなった。法定追認においても、取消権者の帰責性や相手方の具体的な信頼を要件とすることが選択肢となる。

もちろん、「取消しの原因となっていた状況が消滅」したことで、〈取消権者が取消権を有することに気づき得た〉、あるいは〈取消権者が正常な判断ができる状況であった〉と評価し、取消権者の帰責性と捉えることも考えられない

ではない（このように考えられるとすれば、一二五条の要件として別途取消権の認識を要求しないことになる）。強迫や詐欺が問題の場合、「取消しの原因となっていた状況の消滅」は、強迫を脱し、詐欺されたことを知ったことを意味するか、確かに、「取消しの原因となっていた状況が消滅」すれば、取消権者は取消権を有することに気づきうる。あるいは、第三者による詐欺や錯誤のケースでも、「状況の消滅」により、取消権者は取消権を有することに気づきうる。そして、各号の行為により取消権が消滅する、というのも価値判断としてありえよう。

しかし、本論点が一番に問題となる場面は、制限行為能力者が後に能力を有するに至った場面であり、それは改正前一二四条二項の場合に限られず、未成年者が成年年齢に達した場合なども想定される。制限行為能力者自身がした行為を、能力を有するに至った後に取り消そうとするケースと、法定代理人が取り消しうる行為をした後に、能力を有するに至った元制限行為能力者が取り消そうとするケースが想定される。どちらのケースでも、単に能力を有するに至って「取消しの原因となっていた状況が消滅」しただけでは、取消権者が取消権を有することを気づきうるとはいえないし、各号の行為に慎重になり、各号の行為をあたりに異議を留めることを期待できない。取消権の認識なくして、矛盾挙動であるとの評価をすることはできない。

もちろん、取消権の認識を要求するのではなく、相手方の具体的な信頼を要求することも選択肢であろう。本稿で見てきたように、矛盾挙動禁止原則は、それぞれの法制度に沿った形で、どちらを要求するか柔軟であって良い。しかし、一二五条各号の中でも五号（第三者への譲渡）は、第三者との法律行為の局面であり、相手方の信頼を保護しようとする場面ではない。また、一二五条ただし書の存在は、取消権者の帰責性に着目することと整合的である。一二四条を受けた一二五条の「ごく自然な解釈」としても、一二五条では、相手方の具体的な信頼を要求することで

調整を図るのではなく、取消権者の具体的な帰責性として取消権の認識を要求することで当事者間のリスク配分を図るべきである。

【付記】本研究は、科学研究費補助金（若手研究・課題番号19K13570）の交付を受けた研究成果の一部である。

- (1) 筒井健夫・村松秀樹編著『二問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務・二〇一八年）三七頁注(2)参照。
 - (2) 法制審議会民法（債権関係）部会第九七回会議事録七頁の松村幹事発言および同九頁の筒井幹事発言。
 - (3) 花谷薫「無能力者の取消と民法第一二五条の法定追認」熊本商大論集四〇巻一号（一九九三年）二五二頁以下、大村敦志『民法読解 総則編』（有斐閣・二〇〇九年）四二八―四二九頁、大窪誠「民法一二五条ただし書の異議の相手方」東北学院法学七八号（二〇一七年）一四三頁以下。
 - (4) フランス民法におけるこの点の変遷を確認しておきたい。ボワソナードが本条起草の際に参考にしたと思われる当時のフランス民法一三三八条では、その一項で「法律によって無効または取消しの訴権が認められる債務の追認または確認の証書は、その債務の内容、取消しの訴権の理由の記載およびその訴権の原因となる瑕疵を治癒する意図がそこに見出されるときでなければ、有効でない。」としつつも、二項では「追認または確認の証書がない場合には、債務を有効に追認または確認することができた時期以降に債務が任意に履行されたことで足りる。」と規定していた。
- その後、フランス民法改正草案のうち、カタラ草案（一一二九―四二条二項）では右一三三八条の内容が維持され、テレ草案八二条一項では、「追認は、契約に影響を及ぼす瑕疵についての認識およびそれを治癒する意図を前提とする。追認は、契約の任意の履行によって生じ得る。」とされた。任意の履行によって生じうる追認の場合（後段）に、瑕疵の認識と瑕疵を治癒する意図まで要求されるのは条文上明らかでなかった。しかし、司法省改正草案二〇〇九年版の八五条四項では、「契約の任意の履行は、無効原因について知っていたときは、追認と同様とする。」と規定されていた。

そして、改正フランス民法一一八二条三項では、「無効原因を認識して任意にした契約の履行は、追認に値する。強迫の場合には、追認は、強迫がやんだ後でなければできない。」とされ、本論点につき認識必要説が採られている。

以上の条文訳については、法務省民事局参事官室(参与室)編『民法(債権関係)改正に関する比較法資料』(商事法務・二〇一四年)二四―二七頁、荻野奈緒Ⅱ馬場圭太Ⅱ齋藤由紀Ⅱ山城一真(訳)「フランス債務法改正オールドナンス(二〇一六年二月一〇日のオールドナンス第一三一号)による民法典の改正」同志社法学六九卷一号(二〇一七年)二九七頁を参照した。

(5) 我妻栄編集代表『旧法令集』(有斐閣・一九六八年)一四五頁。

(6) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民事議事速記録一』(商事法務研究会・一九八三年)二三六頁。

(7) 大窪・前掲注(3)一四〇頁での表現に依拠している。

(8) 本来、追認したものと「みなす」以上、行為者は「追認をしていない」ことが前提となるはずであるが、梅はあくまで一二五条を主として黙示の追認を扱った規定として理解している(法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(6)二三六頁)。梅が「看做ス」と起草した点を旧民法との相違点として挙げていないことからしても(同二三四頁)、梅が、「看做ス」に反証が禁じられること以上の意味を込めていなかったことが窺える。このことは、二〇〇四年の現代語化改正前の一二二条(原案一二四条)を「初ヨリ有効ナリシモノト看做ス」と起草したことにも表れている(同二二九頁)。

(9) この点は既に、石田穰『民法大系(1)民法総則』(信山社・二〇一四年)九二九―九三〇頁で指摘がある。

(10) 梅謙次郎『民法要義 卷之一 総則編(訂正増補・復刻版)』(有斐閣・一九八四年)三三二頁。

(11) 能見善久Ⅱ加藤新太郎『論点体系判例民法1総則(第三版)』(第一法規・二〇一九年)四二―四三頁(「下村正明」を参照)。

(12) 岡松参太郎『註釋 民法理由(上卷)』(有斐閣・一九九七年)二八〇頁、中島玉吉『民法釋義 卷之一 総則編(訂正版)』(金刺芳流堂・一九九二年)六九三頁、富井政章『民法原論 第一卷 總論(訂正増補)』(有斐閣・一九九二年)五五六頁。

(13) 鳩山秀夫『法律行爲乃至時効(註釋民法全書第二卷)』(巖松堂書店・一九一八年)四四―四五頁以下。鳩山は、『日本民法總論』(岩波書店・一九二四年)五一―八頁において、「此規定ハ他ノ意思ニ基ケル旨ノ反証ヲ許サズルモノナルガ故ニ黙示追認ト為スハ正当ニアラズ之ヲ法定追認ト解スルヲ正当トス」とも語っている。

(14) 法的性質をめぐる以上の議論についても既に、大窪・前掲注(3)一三八頁以下で丁寧な紹介がなされている。

(15) 鳩山は、同条が「看做ス」と規定し、追認の意味ではなかったことの反証を許さないところ、取消原因を知らなかったことの反証もまた同様に禁じられると理解し、取消原因の認識は法定追認の要件にならないと解するほかないと論じた。鳩山は「立法論トシテハ多少ノ批難アルヘキモノト考フ」としつつも、右の解釈が通説であると記している。鳩山・前掲注(13)『法律行為乃至時効』四四五頁。

(16) 富井・前掲注(12)五五六頁。

(17) 事案は、未成年者Yが成年に達した後に自ら履行をしたものである。Yの親権者である母Aは、親族会の同意を得ずにX銀行から借財をした。当時の民法八八六条および八八七条一項前段では、親権者が未成年者を代理して借財をするには親族会の同意を必要としており、同意なくしてなされた法律行為は取り消すことができることとされていた。ところが、Yは、成年に達した後、X銀行から支払命令の申請があつたために借入金の利子と費用を支払った。そこでX銀行は、Yが債務の一部を弁済したことで民法一二五条により追認がなされたものとみなされると主張して借入金の請求をしたところ、Yは、一部履行をした際には取消しの原因を知らなかったのであるから追認とはならないと主張し、X銀行に対して取消し意思表示をした。第一審ではYが勝訴した(一二五条の適用が否定された)が、第二審は、取消しの原因を知ると否とを問わず一部の履行により法律上追認をしたものとみなすべきものと判示してYに敗訴の判決を言い渡した(一二五条の適用が肯定された)。そこでYがこれに対して上告をした。

上告理由を以下の①～④に要約すると、①同条が「追認ヲ為シタルモノト看做ス」としたのは、各号の行為は取消権を消滅させる直接の意思表示ではないためであり、追認の意思表示があつたものと同視する必要があるためである。取消原因の認識がなくとも追認と同視するために「看做ス」わけではない。②本論点を条理より見たとき、取消原因があることを過失なく知らない者の取消権を消滅させるのは、民法第九五条の規定の精神からして著しく不当である。③自身が取り消すことができる法律行為をしたときには、取消しの原因たる状況が消滅すれば、(改正前一二四条二項により特別の手当てがなされている禁治産者を除けば)皆、取消原因があることを知るため、一二五条では取消原因の認識が要件として明記されていない。しかし、

本件のように、親権者という他人がした行為を子が取消しまたは追認する場合、自己の行為を追認することを直接に規定した一二五条を適用するにあたっては、取消原因の認識が要求されるべきである。④同条柱書のただし書により異議を留めることができるためには取消原因があることを知っている必要があるため、このただし書の存在も取消原因があることを知って各号の行為をすることを予定している。

(18) ただし大審院は、本文で引用したとおり、判決文冒頭では、「取消権ノ抛棄アリタルモノト看做シ」とも述べ、意思表示の擬制ではなく、端的に法効果の擬制を論じる。これは、後述のとおり、相続における法定単純承認に關し法定効果説に立つ論者の議論と共通する（後掲注(78)を参照）。

(19) この点で、考察の場面は異なるものの、佐久間毅「意思表示の存在と表示意識」岡法四六卷三・四号（一九九七年）二九二頁がする行為評価・經驗則理解が参考になる。佐久間は、「主観的表示価値ある容態」の検討にあたり、「無権代理・取消権・時効完成という事実…を知る者が、債務承認などをする場合には、彼は追認や時効利益を放棄していると通常考えられる」（傍点筆者）という經驗則を指摘する。重要なのは、あくまで無権代理等の事実を知ったうえで行為をした場合に限定されていることである。

(20) 我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店・一九六五年）四〇三頁、松坂佐一『民法提要 総則（第三版・増訂）』（有斐閣・一九八二年）三〇三頁、内田貴『民法Ⅰ総則・物権総論（第四版）』（東京大学出版会・二〇〇八年）二九七頁、於保不二雄〳〳奥田昌道編『新版注釈民法(4) 総則(4)』（有斐閣・二〇一五年）五三〇頁〔奥田昌道・平田健治〕など。

(21) 於保不二雄『民法総則講義』（有信堂・一九五五年）二七九頁、四宮和夫『法律学講座双書 民法総則（第四版補正版）』（弘文堂・一九九六年）一二二頁、潮見佳男『民法総則講義』（有斐閣・二〇〇五年）一二二頁、河上正二『民法総則講義』（日本評論社・二〇〇七年）四二七―四二八頁、川井健『民法概論Ⅰ（民法総則）（第四版）』（有斐閣・二〇〇八年）二九二頁、石田穰・前掲注(9)九三〇―九三三頁、山本敬三『民法講義Ⅰ総則（第三版）』（有斐閣・二〇一一年）三三〇頁、佐久間毅『民法の基礎Ⅰ総則（第五版）』（有斐閣・二〇二〇年）二二六頁など。

(22) 制度趣旨をめぐる学説状況についても既に、大窪・前掲注(3)一三五頁にて整理がなされている。

(23) 石田穰は、取消権が放棄されたと無過失で信じた相手方のみが保護されるとする（石田穰・前掲注(9)九三〇—九三三頁）。

(24) 磯村保「矛盾行為禁止の原則について(1)——信義則適用の一場面」法律時報六一巻二号（一九八九年）九四頁。なお、磯村は、本文で引用したところに続き、「これを正当化する根拠は、追認の意思ありと認めるべき事実が存したにかかわらず、取消権者が追認の意思を否定することによって法律関係が紛糾し、ひいて取引の安全性が阻害されることにある。したがって、個々具体的な事情を排除し、画一的な処理を可能とするところに法定追認の制度的根拠が認められるといえる」と説く（同九〇頁）。ただし、磯村は、以上のように論じつつも、同論文の脚注において、「もっとも、行為者に追認の意思がないことを認識している相手方にも法定追認の主張が許されると解することに異論もありえないではない。画一的処理の必要性から善意・悪意を問わないとしても、行為者が異議を留めていたかどうか争われる限りで、これを貫徹することはできないからである。」（同九五頁注(23)）と指摘する。

(25) 谷口知平・石田喜久夫編『新版注釈民法(1)総則(1)〔改訂版〕』（有斐閣・二〇〇二年）九八頁（安永正昭）。

(26) 永田眞二郎ほか『エッセンシャル民法一民法入門・総則〔第四版〕』（有斐閣・二〇〇八年）一五四頁（松岡久和）。なお、同記述は、民法（債権関係）改正対応後の第五版（二〇一八年）でも維持されている（同二六二頁）。

(27) たとえば、法律関係の安定という制度趣旨から認識不要説を導くものとして、我妻・前掲注(20)四〇三頁、四宮・前掲注(21)二二二頁。他方、相手方の信頼保護という制度趣旨から導くものとして、於保・前掲注(21)二七九—二八〇頁。この点で、一二五条の制度趣旨からではなく、追認の要件の位置づけを分析することを通じて、一二五条の要件として取消権の認識を不要とするのは、尾島茂樹「取り消し得べき行為の取消・追認——法定代理人を題材として」佐々木吉男先生追悼『民事紛争の解決と手続』（信山社・二〇〇〇年）五三四—五三六頁および五四〇頁。すなわち尾島は、追認の要件を、改正前一二四条に基づく「形式的要件」と追認の法的性質から導かれる「実質的要件」（取消権の認識）とに区別し、法定追認は追認ではないのであるから、一二五条がいう「追認をすることができる時」とは一二四条に基づく「形式的要件」を備えた時を意味するのであって、追認の実質的要件（取消権の認識）を備える必要はないと論じていた。

(28) 「行為の了知」の意味をめぐって学説は二分していた。通説とも称される立場は、了知の対象を、「取り消しうる行為であること」と捉えていた(我妻・前掲注(20)三九九頁および四〇二―四〇三頁、星野英一『民法概論Ⅰ(序論・総則)』〔改訂第七刷〕(良書普及会・一九七九年)二二六頁、山本敬三・前掲注(21)三二九頁など)。これに対し、了知の対象を、成年被後見人が「自身がその行為をしたこと」として捉える見解も極めて有力に主張されていた(四宮・前掲注(21)二二二頁、内田・前掲注(20)二九六頁、河上・前掲注(21)四二六頁、加藤雅信『新民法大系Ⅰ民法総則(第二版)』(有斐閣・二〇〇五年)三五六頁、石田穰・前掲注(9)九二六頁など)。成年被後見人は自分が何をしたか把握できていないことが通常なため、改正前一二四條二項は特別に自己のした行為の認識を要求したと理解する。この領域における貴重な先行研究である、尾島・前掲注(27)五三一頁以下、同「成年被後見人が『其行為ヲ了知シタルトキ』の意味——民法一二四條二項の『了知』に関する立法過程の議論を中心として」金沢法学四三卷三号(二〇〇一年)四九頁以下は、了知の内容を「行為の存在」とする解釈こそ同條の沿革に沿う歴史的解釈であるとともに、(改正前一二四條二項が法定追認および取消権の期間制限との関係で起草されたことを踏まえ)結論においても妥当な帰結を導くことができると論じる。

(29) 菅原眷二「民法第二百五條の解釈」論叢一二卷一号(一九三八年)九三頁以下は、一二五條各号の行為をなす際に現に取消原因を了知していることは不要であるものの、「取消権を有する者が取消の原因を了知し取消権の存在を認識したる後に於て同条列記の事実ありたる場合に限り」(同一〇四頁・傍点原文)とする。菅原はこうした論理を、同條が「看做ス」内容に着目して展開した。すなわち、「同條が追認の法律効果を附する事實は、追認の意思を推断せしむるに適する推断行為の性質を有する事實」であつて、「追認の法律効果を擬制」するものではないと理解し(同九九頁、法が「看做ス」場合には二つの類型があることを前提とする)、そうであるが故に、追認意思を推断するにあたっては、追認が取消権の存在を認識した後でないといふことを前提とすることができないことに照らし、「法律は、事実上追認を為すことを得る者が追認を推断せしむべき行為を為したる場合に於てのみ、追認を為したるものと看做せるものと解すべき」(同一〇三頁)として、右の結論に至っている。後に見るとおり、九二一條の法定単純承認において、伝統的通説が相続開始の事實の認識を要求する論理に近いものと評価できる。なお、花谷・前掲注(3)二五二頁以下は右の菅原説を好意的に紹介するが、最終的にこれを支持するのかは不明瞭であ

る。

(30) 葉師寺志光『日本民法総論新講(第三冊)』(明玄書房・一九五四年)八八八頁は、「法定追認には、取消権者に瑕疵ある行為につき、その瑕疵を非難しない意思あることを必要とせざるも、その瑕疵を知らながら、之を非難しなかつたこと又は少くともその瑕疵原因を知らながら、過失に因つて瑕疵を知らなかつたため之を非難しなかつたことの怠慢なき限り、取消権者にその瑕疵を非難する意思なきものと認められて致し方がないとする法定追認の不利益を帰せしめる理由がない」と説き、大正一二年判決および通説に反対する。葉師寺は「法が取消権を以て保護せんとする法律上の地位に在る無能力者本人又はその承継人の利益を犠牲にしてまでも、取消し得べき行為の相手方を保護する必要は少しもない。」と論ずる。

(31) 法制審議会民法(債権関係)部会第三三回会議事録三頁の中井委員発言および鹿野幹事発言。この第三三回会議では、改正前一二四條二項が削除されることでの一二五條への影響(「法定追認への波及」)が指摘されていたことも重要である(同議事録二頁の中田委員発言)。法制審議会では、この第三三回会議後、中間試案のたたき台を検討した第六四回会議の部会資料五三・二五頁において、一二五條が前條の参照指示をしている構造上、一二四條一項の改正は大正一二年判決の判例法理を変更することになることの記載がなされ、さらに「中間試案の補足説明」において、認識必要説に立つことが明確にされている(同五九―六〇頁)。

(32) この第九七回会議では、認識必要説からの発言(同会議事録八頁の中井委員発言)や、それとは反対に、判例変更には慎重であるべきとの発言(同八―九頁の佐成委員発言)のほか、「前條の規定により」との文言を削つたところで「追認をすることができる時以後」とは、一二四條一項が要求する取消権を有することを知つた時以降としか読むことができない旨の指摘もなされた(同七頁および八頁の岡委員発言)。

(33) 学説の多くは、なおも大正一二年判決および従来からの通説に従い、改正一二五條の「追認をすることができる時以後」は、「取消権を有することを知つた」ことまで含まず、「取消しの原因となつていた状況が消滅し」た後を意味すると解する。山田卓生ほか『有斐閣Sシリーズ民法I総則(第四版)』(有斐閣・二〇一八年)一七三―一七四頁(安永正昭)、中舎寛樹『民法総則(第二版)』(日本評論社・二〇一八年)二九三頁、佐久間毅ほか『リーガルクエスト民法I総則(第二版補訂版)』

（有斐閣・二〇二〇年）二五六―二五七頁〔原田昌和〕、近江幸治『民法講義Ⅰ民法総則〔第七版〕』（成文堂・二〇一八年）三〇九頁。

（34） 佐久間は、本論点の結論は留保しつつも、一二四条および一二五条に関する改正は、従来までの学説による理解を変更する趣旨を含むものではないはずとして、成年被後見人であった者にのみ認識必要説をとる解釈が改正民法下で採用される可能性があることを示唆する（佐久間・前掲注（21）二二八頁）。これに対し、原田昌和は、「相手方の信頼を保護し、法律関係の早期安定を図るという法定追認の趣旨からすれば、成年被後見人の場合も含め、取消権を有することの了知は不要と解すべきではないか」とする（佐久間ほか・前掲注（33）二五七頁）。

（35） 潮見佳男「判批」潮見佳男Ⅱ道垣内弘人編『民法判例百選Ⅰ総則・物権〔第八版〕』（有斐閣・二〇一八年）八一頁。このほか山野目章夫も、「制限行為能力者の保護」という観点から、能力回復後に取消権の存在を認識したうえで各号の行為をしたことを法定追認の要件とする（山野目章夫『民法概論Ⅰ民法総則〔第二版〕』（有斐閣・二〇二二年）二四八―二四九頁）。

（36） たとえば、我妻・前掲注（20）三九九頁、山本敬三・前掲注（21）三一九頁など。なお、追認の性質としては、本文で述べた取消権の放棄という説明のほかに、取り消しうる行為を確定的に有効にする意思表示と捉える見解も主張されているが、佐久間・前掲注（19）「意思表示の存在と表示意識」二八二頁は、説明の仕方にすぎず要件等において差異が生じないと整理する。

（37） 石田穰・前掲注（9）九三〇頁も、「争いを未然に防止する必要があるのは追認の場合に限らないのであり、追認の場合に限って争いを未然に防止するための制度を設ける必要があるのかは疑問である」と述べる。

（38） 佐久間・前掲注（21）二二七頁。追認の場合と法定追認の場合とで、後者の方が相手方の信頼がより強い保護に値するとの佐久間の論理は、本文で先述した法制審議会の部会資料六六A・四〇頁における価値判断（明示的な追認の場合でさえ取消権の認識なくなされたときには相手方の信頼が保護されないこととのバランス論）と対立することになる。

（39） もつとも、佐久間も、前掲注（34）で紹介したとおり、「成年被後見人であった者について、行為能力を回復した後、その回復前にした行為を知らず、したがって取消権の存在を知らないことを一種の帰責事由にあたるということもできない」としている。また、帰責性という点に関連して佐久間は、「意思表示の成立要件について表示意識必要説をとる場合には、取消

権者が取消権の発生を知らないでした行為によって法定追認を認めることは、適切ではないことになろう」との指摘もしている。以上につき、佐久間・前掲注(21)二二七―二二八頁。また、表示意識をめぐる議論については、同六二―六三頁のほか、佐久間・前掲注(19)「意思表示の存在と表示意識」二六三頁以下。

(40) 河上・前掲注(21)四二七頁以下。

(41) 以上につき石田穰・前掲注(9)九三二―九三三頁。

(42) この点に関する近年の研究として、山城一真『契約締結過程における正当な信頼』(有斐閣・二〇一四年〔初出二〇一〇年〕二〇―二一年)。同書では、契約締結過程において惹起された「正当な信頼」を債務内容に反映させるにあたり、フランスにおいて、外観法理の応用を説く見解と一貫性原則の適用を説く見解とがあることが紹介されているところ(同書三四三頁以下)、前者の立場から、要件としてフォート(またはリスク)の再導入を必要とするグリマルディの指摘が興味深い。すなわち、「二当事者関係における外観法理は、『静的安全と動的安全のいずれを保護するか』というかたちで提示された問題を、動的安全が静的安全にア・プリオリに優越するという序列づけを行うことによって、抽象的な次元で解決する。そこにおいて追及される目的は客観的であり、外観を創り出した者の態様は考慮の外に置かれる」。これに対し、二当事者関係における外観法理では、「もはや静的安全と動的安全との調和は問題とされず、具体的な事実関係に即して、自らが創り出した外観を尊重せよ」という考慮から外観に一定の効力を与えるか否かが問われるにすぎない。この意味で、問題は、『衡平(equité)』の実現にある。こうした違いはまた、二当事者関係において、当該外観を創出した責任を帰することができるかというサンクションの問題を際立たせる。その結果、帰責の根拠としてのフォート、つまり、『外観を意識的に創り出したこと』が再び要件とされることとなる」との指摘が紹介されている(同書三五七頁)。そして、山城自身も、「信頼の正当性は、内心における信頼を純粹に考察することによって判断されるものではなく、相手方の行為態様の評価とも密接なかわりをもつ」とする(同書四一二頁)。このことは、本稿で問題とする法定追認においても取消権者の帰責性に着目することに繋がらう。

(43) 矛盾拳動禁止原則については、磯村・前掲注(24)および安永・前掲注(25)のほか、有賀恵美子「矛盾行為と信義則——わが国における禁反言則展開のために」新見育文先生還暦記念『現代民法の課題』(信山社・二〇〇九年)三頁以下、平井慎

一「信義誠実の原則に基づく信託保護（一）（二）（三・完）——ドイツにおける矛盾挙動禁止の原則の検討を中心として」法雑五五卷三・四号九四九頁以下、五六卷一号八八頁以下、五六卷二号（二〇〇九年）五八頁以下を参照した。

(44) もちろん譲渡後にこれを知った法律行為の相手方が法律行為の有効性（取消権の消滅）を信託することはありうるが、他の各号では行為それ自体によって法律行為の有効性を信託することと比較すれば、やはり両者には差があるといえる。なお、大窪・前掲注(3)一四四頁以下は、このように法律行為の相手方以外の第三者が関係する場合を想定し、この場合において取消権者は誰に対して異議をとどめなければならないかを考察する。

(45) 禁反言法理の適用場面につき、相手方の信託の要否を基準として「先行行為抵触型」と「信託惹起型」という類型を提示したものと、谷口Ⅱ石田編・前掲注(25)九九頁以下「安永」。

(46) 先行研究も時効完成後の自認行為を矛盾挙動禁止原則ないし禁反言の適用場面のひとつとして位置付ける。磯村・前掲注(24)九〇頁以下、谷口Ⅱ石田編・前掲注(25)一〇三頁「安永」、山野目章夫編『新注釈民法(1)総則(1)』（有斐閣・二〇一八年）一四七頁「吉政知広」など。

(47) もちろん、（法定追認における佐久間の議論のように）「時効完成を気づき得たこと」に着目するならば、（気づき得たにもかかわらず、気づかずに自認行為をした）という帰責性があると評価することもできるが、少なくとも判決文中でこうした帰責性が意識されていないことは確かである。

(48) 坂井芳雄「判解」最判解民事篇昭和四二年度一七八頁でも、このような理解が示されている。また、そもそも昭和四二二年判決の上告理由においても、法定効果説を前提に、相続財産の処分という客観的事実が存すれば足りるとの主張がなされている（民集二二卷二号七四五頁）。

(49) 森泉章「判批」民商五七卷五号（一九六八年）七九六頁（判例のように解すれば、「相続債権者や後順位の後継人等は損害を蒙り、ひいては取引の混乱を招く結果にもなる」（同八〇〇頁）とも述べる）。なお、この点で、九二一条は単純承認意思を擬制するものと解する太田武男も、同「判批」法律時報四一卷二号（一九六九年）一二三頁において、法定効果説からは認識不要説に至るとして、本判決の当否は法定単純承認の法的性質をいかに解するかに着目すると分析する。

(50) 山本正憲「判批」法経学会雑誌一七巻四号（一九六八年）一八八頁。なお、九二一条一号の趣旨をめぐる学説状況については、谷口知平Ⅱ久貴忠彦編『新版注釈民法(27)相続(2)〔補訂版〕』（有斐閣・二〇一三年）五一八―五一九頁〔川井健〕、潮見佳男編『新注釈民法(19)相続(1)』（有斐閣・二〇一九頁）五四四―五四五頁〔中川忠晃〕。

(51) もちろん、「矛盾行為禁止原則は、先行する行為自体の反信義性を問うものではない」（磯村・前掲注(24)九一頁注(9)）。また、禁反言の法理につき、谷口Ⅱ石田編・前掲注(25)九八頁〔安永〕。

(52) 磯村・前掲注(24)九〇頁。磯村は、矛盾行為のすべてが禁止されるわけではない具体例として、契約交渉過程において提示した契約条件を撤回して、これと矛盾する新たな条件を提示することが許されることや、書面によらない贈与は未履行であれば任意にこれを撤回（当時）できることを挙げる。そのうえで磯村は、（本文で引用したところの）「付加的事情」をどのように捉えるべきかという観点から、「無権代理と相続」や「時効完成後の債務承認」、「権利失効の原則にかかわる事例」などでの判例を分析し、矛盾挙動と判断する要件が異なることに着目し、これらの相違が事案の特殊性から許容されるものかという問題意識を示し、矛盾行為禁止原則の適用要件ないし基準を吟味する必要性を訴えた。そして、無権代理と相続の判例法理のように、「相手方の事情をおよそ考慮することなく、矛盾行為性自体をもつて信義則違反を根拠づけようとすることは可能なのであろうか」と問題提起するとともに、時効完成後の債務承認に関する判例が、相手方の信頼として抽象的な信頼可能性を問題とするだけである点も問題として捉える（同九〇―九一頁）。「付加的事情」として、相手方の具体的な信頼を重視していることが分かる。ただし、前掲注(24)で紹介したとおり磯村は、法定追認においては、通説・判例が相手方の信頼を抽象的にしか要求していないことを前提として、法定追認制度の趣旨を法律関係の安定に求めている。なお、磯村のこの連載は未完であり、無権代理と相続に関する判例法理の分析で中断されている。

(53) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅰ——序論・総則』（商事法務・二〇〇九年）四二―二頁。

(54) 判例・学説の詳細は、石松勉「消滅時効完成後の債務承認と時効の援用との関係について」岡山商科大学法学論叢七号（一九九九年）一頁以下。また、近年の下級審裁判例については、平井慎一「消滅時効完成後の債務の承認と信義誠実の原則——貸金業者と一般消費者との関係を中心に」帝塚山法学一九号（二〇〇九年）一五〇頁以下に詳しい。

- (55) 西村信雄「判批」民商五五卷六号（一九六七年）九五三頁。
- (56) 佐久間・前掲注(21)四四一―四四二頁〔補論〕。佐久間のこうした指摘は、佐久間・前掲注(19)「意思表示の存在と表示意識」二七九頁および二九一頁において既に見られた。なお、佐久間は、判例・多数説の理由付けを否定したうえで、自認行為は債務者の債務履行意思を示していること、自認行為により債務の存在が明らかになり立証困難の問題が生じないこと、そのような状況下では権利者の権利喪失を生じさせるべきではないと考えられることから、時効援用が禁じられるべきとする（佐久間・前掲注(21)四四二頁）。
- (57) 以上につき、松久三四彦「消滅時効制度の根拠と中断の範囲（二）・完」北法三二卷二号（一九八〇年）八四〇頁。
- (58) 松久・前掲注(57)八四二頁。
- (59) 石松・前掲注(54)五三―五四頁。
- (60) 石松・前掲注(54)五九頁および七一頁。
- (61) 石松・前掲注(54)六九頁および七二頁。なお、本文で引用した部分は、原文において全てに傍点が付されている。
- (62) 石松・前掲注(54)七二頁。ただし、石松は、同所において、「時効完成後の債務承認があった以上、その後の時効援用を信義則に基づいて安易に認めるべきでないこと、信義則論の立場から強調しておきたい」と指摘する。
- (63) この可能性を指摘するものとして、石松・前掲注(54)一一―一三頁および五八頁のほか、たとえば、遠藤厚之助「判批」星野英一Ⅱ平井宜雄編『民法判例百選Ⅰ総則・物権（第三版）』（有斐閣・一九八九年）九七頁、平井慎一・前掲注(54)一四八頁。
- (64) 東京簡裁平成一一年三月一九日判タ一〇四五号一六九頁。
- (65) 時効完成後の自認行為をめぐる判例法理の変遷は、一二五条を黙示の追認と解することの問題も明らかにする。すなわち、周知のとおり右昭和四一年判決前まで、裁判所は、大判大正六年二月一九日民録二三輯三一頁に始まり最判昭和三五年六月二三日民集一四卷八号一四九八頁に至るまで、時効完成の知・不知を問わず、知って債務の承認をしたものと推定し、時効利益の放棄を認定した。しかし、これに対して学説は、時効完成を知らないからこそ債務を承認したと考えられるため、右推定

は経験則に反するとの批判を向け（末弘巖太郎「判批」民法判例研究会編『判例民法 大正十年度』（有斐閣・一九二三年）〔二五事件〕四五―四六頁、我妻栄「判批」民法判例研究会編『判例民法 大正十年度』（有斐閣・一九二三年）〔二四事件〕四二―四三頁、於保不二雄「判批」民商四四卷一号（一九六一年）一二五頁）、右昭和四一年判決はこうした批判を受け入れたものとされる。こうした発想に鑑みれば、一二五条の場面でも、（後に取消権の行使をする）取消権者は取消権を知らないからこそ各号の行為をした」といえるとするれば、こうした取消権者の各号の行為を捉えて、（取消権の放棄である）黙示の追認と考えた梅らの理解もまた、（右昭和四一年判決以前の判例と）同様に批判の対象とされるべきこととなる。

(66) 梅謙次郎『民法要義 卷之五 相続編（復刻版）』（有斐閣・一九八四年）一六六頁。

(67) 磯村・前掲注(24)九四―九五頁は、「九二一条に定められる法定単純承認の効果が擬制される事由のうち、一号の相続人による相続財産の全部又は一部の処分は、一二五条の法定追認とほぼ同様の考え方に基づくといえよう。一方において相続人の単純承認の意思の存否を問わず、他方において相続債権者の具体的な信頼ないし利害関係を問題とはしないからである。」と指摘する。

(68) 磯村・前掲注(24)九五頁の注(24)は、この昭和四二年判決を取り上げ、最高裁が本文で述べたように解するのは、「一二五条が追認をなすべき時から法定追認の効果を生ぜしめることと軌を一にするものといえるのではなからうか」と述べる。確かに、一二五条は「追認をすることができる時以後に」各号列記行為がなされたことを要求するため、（少なくとも）「取消しの原因となっていた状況が消滅し」たことが必要となり、これにより、強迫状態を脱し、あるいは詐欺や錯誤に気づいて以降に各号列記行為がなされたことが要件となる。この限りでは、確かに昭和四二年判決と軌を一にする。ただし、一二五条に関する判例・通説は取消権の認識それ自体を求めないため、大正一二二年判決のような事案を想定すれば、両者では差が生じることになる。

(69) 坂井・前掲注(48)一七八頁。

(70) 星野英一「判批」法協八五巻四号（一九六八年）一七三頁が指摘するように、昭和四二年判決以前の段階でこの問題を正面から扱ったものはないようである。なお、法定単純承認をめぐる判例・学説の分析は、前田正昭「法定単純承認」中川善之

助先生追悼『現代家族法大系5（相続2）』（有斐閣・一九七九年）一四二頁以下が詳しい。

(71) 規定の沿革およびフランス民法については、谷口久貴編・前掲注(50)五一五―五一六頁〔川井〕、太田・前掲注(49)一二三―一二四頁、森泉章「法定単純承認」中川善之助教授還暦記念『家族法大系VII』（有斐閣・一九六〇年）六一頁以下などを参照。

(72) 我妻榮Ⅱ立石芳枝『親族法・相続法』（日本評論社・一九五二年）四七七頁〔我妻〕、中川善之助編『註釈相続法（上）』（有斐閣・一九五四年）二四四―二四五頁〔舟橋諄一〕、我妻榮Ⅱ唄孝一『判例コンメンタールⅧ相続法』（日本評論社・一九六六年）一五二頁および一七四頁〔唄〕。なお、学説は一般に、昭和四二年判決をはじめとした判例もまたこの点で伝統的通説と合致すると説くが、潮見佳男『詳解相続法』（弘文堂・二〇一八年）八九頁は、昭和四二年判決の「判示をもつて、民法九二一条各号に該当する行為に対して、相続を承認するとの意思表示がされた場合と同様の効果を結びつけている——したがって、同条各号該当行為と云えるためには単純承認をしたのと同等の実質的価値を有する行為でなければならぬ——」とは言えても、法定追認は意思表示の擬制をしたものであるなどと簡略化して捉えるのは、解釈論として無理がある」と指摘する。

(73) この立場からは、処分行為が無効または取り消された場合には法定単純承認の効果もはじめから生じなかったものと扱うべきとされることが多い。我妻Ⅱ立石・前掲注(72)四七八頁〔我妻〕、中川善之助編・前掲注(72)二四八―二四九頁〔舟橋〕、我妻Ⅱ唄・前掲注(72)一七五頁〔唄〕。詳細は、潮見編・前掲注(50)五四九―五五〇頁〔中川忠晃〕を参照。

(74) 法定単純承認を単純承認意思の擬制であると解する立場からはこのような帰結になることを説明するのは、森泉・前掲注(49)七九六頁、星野・前掲注(70)一七四頁、太田・前掲注(49)一二三頁、木下明「法定単純承認」田中実Ⅱ中川淳編『判例演習講座 民法Ⅱ（親族・相続）』（世界思想社・一九七二年）一八七頁。潮見・前掲注(72)八七―九〇頁は、単純承認自体は意思表示と捉えつつも、「九二一条の基礎には、単純承認をしたと評価するにふさわしい実質的価値を有する行為を単純承認と同等に扱うという考え方が存在する」とし、これを踏まえれば、「行為者の行為態様と第三者の信頼保護の両面から、相続の効果を当該行為者に帰属させることの当否（単純承認擬制の当否）を判断すべきである（九二一条の目的論的縮減）」とする。

そして、九二二条一号の相続財産の「処分」は、単純承認があつたと擬制するにふさわしいものでなければならぬとし、相続開始の事実を知らなかつたときは、相続人に単純承認の意思があつたものと同視できる理由がないとして、昭和四二年判決同様に相続開始の事実認識を要求する。

(75) 中川善之助『法律学全集』相続法（有斐閣・一九六四年）二四六頁、中川善之助監修・東北大学民法研究会編『註解相続法』（法文社・一九五一年）一七三頁以下（山崎邦彦）、柚木馨『判例相続法論』（有斐閣・一九五三年）二四五頁以下、森泉・前掲注(71)六一頁以下、山本正憲・前掲注(50)一八八頁、泉久雄ほか『民法講義八相続（有斐閣大学双書）』（有斐閣・一九七八年）二二五―二二六頁（上野雅和）、前田・前掲注(70)一五四頁以下、高野竹二郎『相続法要論』（成文堂・一九八二年）二〇四頁、中川善之助Ⅱ泉久雄『相続法（法律学全集）（第四版）』（有斐閣・二〇〇〇年）三八二頁、谷口Ⅱ久貴編・前掲注(50)五一―五二頁（川井）。

(76) 中川善之助・前掲注(75)二五〇―二五一頁（中川は同書二五四頁注(5)で改説を明示）、柚木・前掲注(75)二五一―二五二頁、高野・前掲注(75)二〇八頁、中川Ⅱ泉・前掲注(75)三八六―三八七頁、鈴木緑弥『相続法講義（改訂版）』（創文社・一九九六年）三八頁。

(77) 中川Ⅱ泉・前掲注(75)三九二―三九三頁。同書では、「相続の開始を知らなければ熟慮期間が進行しないとされるのもそのためである」とも指摘されている。

(78) 木下は、自身は「両説の折衷説で法定効果説に近い」とし、意思表示説に対しては、法定単純承認の事由を黙示の意思表示と擬制し、九一九条の適用を承認することを批判する一方で、法定効果説に対しては、意思表示としての単純承認を絶対的に否定するまでの必然性がないとして批判する（木下・前掲注(74)一八八―一八九頁）。ただ、木下は、九二二条が「単純承認をしたものとみなす」とした意図は、各号列記事事由が単純承認という意思表示の性質を有するとみなすことにあるのではなく、各号列記事事由があれば、九二〇条を受けて、「相続人が……無限に被相続人の権利義務を承継する」という意思表示たる単純承認の効果、が擬制されるところにあると論じるとともに、法定効果説の真意もそこにあると指摘する（同一九〇頁）。

木下説を折衷説に分類したうえで、こうした折衷説が旧法時代にも見ることができたことを明らかにするのは、前田・前掲

注(70)一五一頁以下。旧法下においても、九二二条は意思の擬制ではなく、効果を擬制するものであると説くものが複数あったことが紹介されている。

(79) 星野・前掲注(70)一七五頁は、九二二条一号の趣旨について考察し、「一号も三号と同じく：民事制裁的な意味を持つと解するほかなくなる」と解し、この観点から昭和四二年判決と同じ結論に達している。同様に、同号には民事制裁の意味もあるとするものとして、泉ほか・前掲注(75)二二八頁〔上野〕。

(80) 木下・前掲注(74)一九二頁。

(81) 柚木・前掲注(75)二四九頁。柚木が「限定承認や放棄の意思なしと認められるに足りべき処分行為」であることを要求した点に関連し、川井健は、「法定効果説をとるときでも、『処分』はもはや限定承認・放棄をしない意思を含んでいるからこそ単純承認とみなされると解すれば、判旨の結論を支持してよいことになる。すなわち単純承認を意思表示とみるか否かとは無関係にこの問題を処理しうることとなる」とする。谷口知平編『注釈民法(25)相続(2)』（有斐閣・一九七〇年）三六六頁〔川井健〕（川井のこの立場は、谷口知平・久貴忠彦編『新版注釈民法(27)相続(2)』（有斐閣・一九八九年）四八〇頁および同編・前掲注(50)五二〇―五二二頁でも維持されている）。

また、上野雅和も、相続開始を知らずにした処分行為が単純承認となるか否かの判断は、法的性質理解によって決まるものではないとし、「相続人の保護と利害関係人の保護が調整されなければならない」として、「どれほど相続人の意思的要素を取り入れるべきか」を問題視する。上野はそのうえで、「法定効果説をとっても、限定承認・放棄をしない意思を推認しうる行為であることを要する」として、法定効果説からしても昭和四二年判決と同じ結論になるとする。以上につき泉ほか・前掲注(75)二二六頁および二二九頁〔上野〕。

(82) 同じく限定承認や放棄の機会の確保という観点から昭和四二年判決の結論に賛同するものとして、石川恒夫「判批」加藤一郎・太田武男編『家族法判例百選（第三版）』（有斐閣・一九八〇年）二二七頁を参照。

(83) 川淳一も、昭和四二年判決の結論自体は、法定効果説によっても説明することが可能であるとする（松岡久和・中田邦博編『新・コンメンタール民法（家族法）』（日本評論社・二〇二一年）三三九頁）。

(84) 平井宜雄『債権総論〔第二版〕』（弘文堂・一九九四年）一四三頁、加藤雅信『新民法大系Ⅲ 債権総論』（有斐閣・二〇〇五年）三二六頁。淡路剛久『債権総論』（有斐閣・二〇〇二年）四六二頁も、異議なき承諾をした債務者の帰責性を重視する。

(85) 池田真朗『債権譲渡の研究〔増補二版〕』（弘文堂・二〇〇四年）四一三頁以下。

(86) たとえば、池田・前掲注(85)四一三頁―四二二頁および四三九頁。また、潮見佳男『法律学の森』債権総論Ⅱ〔第三版』（信山社・二〇〇五年）六四二頁も参照。

(87) 善意のみを要求したのは、池田・前掲注(85)四二二頁および四三九頁（ただし池田がここで用いる「善意」の意味につき同四四四頁注(8)を参照）、平井宜雄・前掲注(84)一四三頁。また、無重過失を要求したものととして、加藤・前掲注(84)三一六頁、淡路・前掲注(84)四六四頁。

(88) たとえば、平井宜雄・前掲注(84)一四二頁は、「異議なき承諾も、通知と同様に譲渡の事実を承諾するという観念の表示であつて意思表示ではないから、積極的に異議のない旨の表示を要せず、対抗しうべき事由の存在を知つてすることも必要ない（抗弁放棄または債務承認と解する説との差異である）」とする。この点で、北居功「判批」金法二〇四九号（二〇一六年）二三頁は、抗弁切断の根拠を債務者への制裁という観点から捉えた場合、「債務者自身が知らない抗弁を援用しなかつたことが果たして制裁されるべきなのかどうか、なお疑問が残る」と指摘する。

(89) たとえば、角紀代恵「判批」法教四二五号（二〇一六年）付録判例セレクト一六頁、内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権〔第四版〕』（東京大学出版会・二〇二〇年）二八三頁。

(90) たとえば、若林弘樹「判批」現代民事判例研究会編『民事判例Ⅻ 二〇一五年後期』（日本評論社・二〇一六年）九三頁、北居・前掲注(88)二五頁。また、山下純司「判批」ジュリ一四九二号（平成二七年度重判解）七八頁も、明言こそしないものの、最高裁が無過失を要求した根拠をあくまで本件の特殊性、すなわち利息制限法違反が旧貸金業法四三条一項により例外的に適法になることへの信頼であつた点に着目して最高裁判決を理解していることからすれば、一般的に無過失を要求した判決と捉えていないと窺える。

- (91) 北居・前掲注(88)二五頁。承諾ときに債務者として主張することのできた抗弁事由だけが遮断されると説いたのは、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社・一九九二年）四四六頁。また、潮見・前掲注(86)六四三頁もほぼ同旨。
- (92) 北居・前掲注(88)二五頁。ただし、北居はこの場合にも、「抗弁切断効の利益を受ける譲受人が悪意あるいはそれに匹敵する重過失ある場合まで、債務者を制裁する必要はない」として、譲受人の善意・無重過失を要求する。
- (93) なお、加藤・前掲注(84)三一五―三一六頁は、異議なき承諾を「意思表示に準ずる準法律行為である」とし、意思の欠缺や瑕疵ある意思表示の規定も基本的に適用されるべきであると解しつつ、他方で「しかし、錯誤の主張を一般的に認めると、四六八条一項の趣旨がほとんど没却されることになりかねない。そこで、債権譲渡を安易に承諾した場合には、重過失を積極的に認めてよい」（傍点筆者）としていた。この傍点部に着目するならば、抗弁留保を期待できないケースでは錯誤無効主張の余地が残されていたことになる。
- (94) 以上につき、北居・前掲注(88)二五頁。
- (95) 抗弁の放棄には、「権利消滅行為」と「債務負担行為」という二つの類型があり、後者では合意（契約）としての「抗弁の放棄」が問題となることを明らかにするのは、森田宏樹「債権譲渡における抗弁の放棄の法的意義について」中田裕康先生古稀『民法学の継承と展開』（有斐閣・二〇二二年）二七三頁以下。これに先駆け、「抗弁の放棄」の中には、新たな債務を負担する場合が含まれていることを指摘するのは、道垣内弘人「債権譲渡における債務者による抗弁の放棄」廣瀬久和先生古稀『人間の尊厳と法の役割―民法・消費者法を超えて』（信山社・二〇一八年）一三五頁および一四一頁、武川幸嗣「債権譲渡取引の安全に関する一考察」池田眞朗先生古稀『民法と金融法の新時代』（慶應義塾大学出版会・二〇二〇年）六七―六九頁。
- (96) 森田・前掲注(95)四一二頁（同二七九頁と同頁注(9)）、三八七頁も同旨）。ただし、先述の「時効完成後の自認行為」における議論を振り返るならば、当該行為は、消滅時効の完成を知らず、時効利益の放棄をする意思がない状態でなされるがゆえに、「時効利益の放棄」の意思表示とはならない。しかし、そうした意思表示がなくとも、一定の場合には信義則により時効の援用が制限されるとするのが、判例・通説であった。これと比較するならば、債権譲渡における取消権の放棄においても、追認の要件を満たしていないがゆえに追認の意思表示としては認められなくとも、信義則により取消権の喪失が帰結されるこ

ともありうる。もちろんこうした解釈が、異議なき承諾制度が廃止された経緯等に照らして妥当か否かは今後の課題である。また、一般論としては信義則による取消権の喪失が許容されるとしても、本稿で考察してきたように、取消権を奪うほどの帰責性が債務者にあるのかが問われるべきである。

(97) 中田裕康ほか『講義 債権法改正』(商事法務・二〇一七年)二二九—二三〇頁(沖野眞巳)、潮見佳男『法律学の森』新債権総論Ⅱ(信山社・二〇一七年)四五—四五二頁、潮見佳男ほか編『詳解 改正民法』(商事法務・二〇一八年)二七二頁(石田剛)、松岡久和ほか編『改正債権法コンメンタール』(法律文化社・二〇二〇年)四三七頁(石田剛)、大村敦志Ⅱ道垣内弘人編『解説 民法(債権法) 改正のポイント』(有斐閣・二〇一七年)二九〇頁(加毛明)、平野裕之『新債権法の論点と解釈(第二版)』(慶應義塾大学出版会・二〇二二年)二六三頁、森田・前掲注(95)四一九頁など。

(98) 森田・前掲注(95)四一五頁以下。そのほか和田勝行「判批」窪田充見Ⅱ森田宏樹編『民法判例百選Ⅱ債権(第八版)』(有斐閣・二〇一八年)五七頁、松岡ほか編・前掲注(97)四三六—四三七頁(石田剛)、武川・前掲注(95)六九—七〇頁。

(99) 一二五条本文ただし書の存在を根拠に取消権の認識を要求する論理もありうる。大正一二年判決における上告理由に見られた(本稿前掲注(17)参照)。しかし、一二五条は、取消権を有することを知って各号の行為をした場合をも当然その適用対象に含むものである。一二五条本文ただし書は、取消権を有することを知っている者が異議を留めて法定追認を阻止することができることを定めていると読むことが可能である以上、ただし書の存在は、必ずしも認識必要説の論拠とはならないように思われる。

(100) 於保Ⅱ奥田編・前掲注(20)五三二頁(奥田・平田)など。

(101) 前掲注(28)を参照。

(102) 以上については、拙稿「契約不適合認識前の受領物の譲渡と解除——リスク負担範囲の主観的拡張と二当事者問題への収斂」日法八七巻四号(二〇二二年二月)一九七頁を参照されたい。

(103) 五四八条は「返還することができなくなったとき」と規定する以上、譲渡それ自体でもってこれに該当するという解釈は必然ではない。五四八条の起草にあたって参照したドイツ民法草案でも、第二草案までと比べ、修正第二草案では、譲渡後に

これを取り戻して返還することができない場合に限って解除効が消滅することをより明確にし、これが債務法改正前の三五四条に結実している。この点は、拙稿・前掲注(102)一九五頁以下（とりわけ二〇五頁以下）を参照されたい。