

## 浮動的無効概念の有用性について

山 本 弘 明

### 一 はじめに

従来から、わが国において広く一般的に認められている効力否定手段は絶対的無効、相対的無効、取消可能性である。この他に、確定的無効と確定的有効の中間段階にある無効<sup>(1)</sup>については、無効の一類型としての統一的理解に至っていないと言えない。しかも、そもそも、その名称自体が、浮動的無効、不確定無効、あるいは未確定無効と様々であることから、この無効類型に対する理解が不十分である点<sup>(2)</sup>がうかがえる。

一般的に、無権代理、非権利者処分<sup>(3)</sup>のさいに、浮動的無効、あるいは不確定(未確定)無効が問題となるとされる。しかし、その場合でも論者によって浮動的無効、あるいは

不確定(未確定)無効の概念の理解については差異が存在する。さらには、この無効概念に言及しない見解もあり、浮動的無効論、あるいは不確定(未確定)無効論<sup>(2)</sup>に関するわが国の状況は非常に不明瞭である。

ただ、近時わが国でも、中間的無効<sup>(3)</sup>を使った無効の効果の修正・制限がなされるようになり、その中で、浮動的無効、あるいは不確定(未確定)無効自体に関して論じられるようになってきた。<sup>(4)</sup>しかしながら、各論文の目的との関連で、浮動的無効、あるいは不確定(未確定)無効の効果、すなわち浮動的無効状態において、どのような効果が生じるのかという点については、あまり論じられてきていない。浮動的無効、あるいは不確定(未確定)無効の効果に関する点を明確にすることは、中間的無効<sup>(3)</sup>を使つての無効効果

の修正・制限の流れの中で、中間的無効の一つの類型である浮動的無効、あるいは不確定（未確定）無効の有用性を判断する上でも重要なことである。

その一方で、ドイツにおいては、効力否定手段として絶対的無効（Nichtigkeit）、相対的無効（relative Unwirksamkeit）、取消可能性（Anfechtbarkeit）という概念の他に、中間的無効の一つとして、広く一般的に浮動的無効（Schwebende Unwirksamkeit）という概念が存在する。いわゆる中間的無効概念が無効の中間性の性質に応じて分類されている。つまり、人的な意味で効力が制限されている無効である相対的無効に対して、いわば時間的な意味で効力が制限されている無効と考える浮動的無効概念が一般的に存在している。

この点、浮動的無効概念が中間的無効の一類型として一般的に認められているドイツの議論が参考になる。そこで、まず、浮動的無効の効果に関して触れる前に、浮動的無効概念自体がどのように理解され、他の効力否定手段とどのようにに区別されているのかを明確にする。浮動的無効概念に対する統一的な理解が確立していないわが国の状況においては、この作業が必要である。そして、その後に、浮動

的無効状態において認められている効果について明らかにし、浮動的無効概念の有用性につき若干の検討を加えたい。

## 二 第三者の承認と浮動的無効

ドイツにおいて、浮動的無効が具体的に問題となるのは、当事者間で締結された契約の有効性が、第三者の承認<sup>(5)</sup>に委ねられている場合である、とされる<sup>(6)</sup>。

多数の事案において、法律行為の有効性は他人の承認を必要としている。そこで、法律行為の有効性が第三者の承認を必要とする目的に<sup>(7)</sup>応じて、これらの事案を類型化することができる。この類型化を通じて、浮動的無効が問題となる事案を概観し、事案ごとに浮動的無効が果たす役割を明らかにする。

### (1) 分業（Arbeitsteilung）による法律行為の実行のさいの承認<sup>(8)</sup>

法律行為の効力が、意思表示をなした、あるいは受領した者に生じるのではなく、第三者の意思、あるいは具体的な関係にもとづき、第三者に生じる場合である。この場合、第三者の承認なしに法律行為の効力が発生すると、第三者

の法律行為により直接的な当事者になった者が害されるため、第三者の承認が必要となる。

無権代理人による法律行為(ドイツ民法(以下、BGBとする。))一七七条)と、非権利者による処分(BGB一八五条)が、これに分類される。この場合、法律行為は、第三者である承認権者自身の承認がない場合、つまり本人の追認、あるいは権利者の追認がなされない場合には当該法律行為は浮動の無効であるが、本人の追認、あるいは権利者の追認により有効になる(BGB一七七条一項、一八四条一項)。この分類における承認が欠けている場合には、必ず浮動の無効となる。<sup>(9)</sup>

(2) 間接的な権利者と間接的な利益関与者による承認<sup>(10)</sup>  
法定の承認を必要とする大抵の事案は、このタイプに属する。法律行為をなした当事者間で求められた法律効果が当事者間で発生すると同時に、当該法律行為の効果が第三者にも影響を及ぼす場合である。このさい、第三者が直接的に当事者間の権利関係に関与するわけではない。しかし、第三者が関与することなく、当事者間の法律行為により、第三者の権利関係が害されてしまう恐れがあるため、第三

者の承認が要求される。<sup>(11)</sup>

間接的な権利者による承認の例としては、第三者が債務者と債務引受の合意をするさいの債権者の追認(BGB四一五条)、BGB四五〇条<sup>(12)</sup>に反して行われた売買、および購入した目的物の譲渡についての、債務者、所有者、または債権者として売却に関与した者の承認(BGB四五一一条一項)、などがある。<sup>(13)</sup>

間接的な利益関与者による承認の例は、夫婦の一方が、他方の同意を得ずに自己の財産を包括して処分する義務を負担したさいの他方の承認(BGB一三六五条一項)、夫婦の一方が必要な他方の同意を得ずにした契約のさいの他方の追認(BGB一三六六条一項)などである。

これらの場合、権利にまで強められた地位の保護と尊重が問題ではなく、法秩序によって特別な方法で保護された利益とその維持が問題となる、とされる。<sup>(14)</sup>

そして、多くの場合に、保護が必要とされる第三者の承認が付与されるまで、法律行為は浮動の無効となる。<sup>(15)</sup>しかし、例えば、第三者が債務者と債務引受の合意をするさいに、債権者の追認がない間の状況に関しては、浮動の無効とはされずに、浮動の状態(Schwebestand)とされる

にとどまるようである。<sup>(16)</sup> この点、債権者の追認により、その効力が生じることから、非権利者の処分に関する権利者の追認(BGB一八五条)と同様の状況であり、浮動的無効と解してよいのではないかと思われる。BGB八七六条で問題になる第三者の権利の目的である不動産物権を消滅させるために必要な第三者の承認のさいには、一般的に相対的無効と解されているが、浮動的無効と解する見解もある。<sup>(17)</sup>

(3) 監督権による承認<sup>(18)</sup>

法律行為をなした行為者自身の保護が目的とされる場合、監督権の行使というかたちで、承認権者の承認がなされて、初めて法律行為の効力が生じる。未成年者などの制限的行為能力者の法律行為に対し、法定代理人の同意が必要とされる、あるいは後見裁判所の追認が必要とされる事案である。法定代理人の同意なしに締結された契約は、法定代理人の追認により有効になる可能性があるが(BGB一〇八条一項)、追認がなされるまでは浮動的無効である。<sup>(19)</sup>

三 ドイツにおける浮動的無効の位置付け

(1) 浮動的無効の意味

浮動的無効は、法律行為が、初めは(anfänglich)<sup>(21)</sup>、あるいは現在のところ(gegenwärtig)<sup>(22)</sup>、あるいはさしあたり(zunächst)<sup>(23)</sup>、あるいは一時的に(vorläufig)<sup>(24)</sup>、無効であるが、まだ有効になりうる状態である、とされる。<sup>(25)</sup> 一時的な無効は当事者による形成行為によって確定的無効、あるいは確定的有効に転換する。<sup>(27)</sup> つまり、当該行為は、追認により確定的有効になり(BGB一〇八条一項、一七七条一項、一八二条一項、一八四条一項)、追認の拒絶、あるいは認められる限りにおいて相手方の撤回により、確定的無効になる(BGB一〇八条二項、一七七条二項)。無権代理を例に挙げると、無権代理人によってなされた法律行為は、さしあたり浮動的無効であるが、本人の追認により確定的に有効になり、相手方の撤回により確定的に無効になる。

追認の拒絶、あるいは撤回の事案は、単に浮動的無効から確定的無効への転換を意味するだけであるので問題にならないが、追認がなされた場合には浮動的無効から確定的

有効へと転換するため、その間の効力が問題になる。つまり、追認がなされた時点から有効になるのか、法律行為がなされた時点で遡って有効になるかである。この点、追認には遡及効が認められている(BGB一八四条一項)<sup>(28)</sup>。

## (2) 他の効力否定手段との差異

浮動の無効は、絶対的無効と取消可能性との中間段階であるとされる<sup>(29)</sup>。そこで、浮動の無効が他の効力否定手段である絶対的無効、取消可能性、さらには相対的無効とは、どのように異なっているのか、その差異を明確にする。

法律行為が公序良俗(BGB一三八条一項)、法律の禁止(BGB一三四条)、あるいは法定の形式要件(BGB一二五条)に抵触する場合などに、絶対的無効が問題となる。絶対的無効の場合、法律行為は全ての者に対して無効であり、望まれた法律効果は初めから発生しない<sup>(30)</sup>。そして、確定的に無効である点で、浮動の無効とは異なる。相手方の利益の保護は一般利益と比べて後退しなければならない。したがって、瑕疵ある法律行為に一時でも効力を付与する、あるいはそれに関する決定を行為締結の権利者、あるいはその他の第三者の手に委ねることも禁止される。浮動の無

効は、第三者の承認により有効になる可能性があるため、この点でも絶対的無効と異なる。

取消可能性はさしあたり有効ではあるが、権利者の取消によって初めから無効になる(BGB一四二条一項)。法律行為の有効・無効に関する最終的な決定は表意者に委ねられている。取消可能性の場合には、表意者の利益保護が目的とされているので、法秩序に対する著しい抵触のために初めから効力を生じない絶対的無効とは異なり、一応の有効性が認められている<sup>(31)</sup>。取消原因は多くの場合、意思表示に関する瑕疵である(BGB一一九条以下、二〇七八条、二二八一条以下、二三〇八条、二三三九条一項三号)。取消可能性は浮動の状態を確定する働きを有している点で、浮動の無効と類似している。しかしながら、取消可能性はさしあたり有効であるが遡及的に無効になり、浮動の無効は、さしあたり無効であるが遡及的に有効になる点で、両者は異なる。

相対的無効は、法律行為が一人の者、あるいは多数の者の保護のために無効と扱われなければならない場合である<sup>(32)</sup>。処分が特定の者の保護を目的とする法律に抵触し、それゆえ保護されるべき者に対しては無効であるが、その他の者

に対しては有効である。問題となっている権利の将来の取得可能性、あるいは執行可能性が認められている者の利益を害するために、権利者に当該権利の処分が禁止される場合である（BGB一三五条、一三六条、八八三条一項<sup>(35)</sup>）。浮動的無効とは異なり、無効の時間的発生が制限されるのではなく、無効を主張しうる者が制限される。したがって、相対的無効は取消可能性と浮動的無効の間に位置する<sup>(34)</sup>。そして、相対的無効は単に特定の者を保護するためのものなので、相対的無効により保護される者の事前の同意、あるいは事後的な追認によって法律行為は完全には有効になる可能性がある。それゆえ、承認により確定的に有効になる点で、浮動的無効と類似する。しかし、浮動的無効とは、浮動的無効が一定の者に対してだけではなく、全ての者に対して効力を及ぼす点で異なる。そして、相対的無効のさいにも、保護されるべき者の事前の同意、あるいは事後的な追認といった第三者の承認により法律行為が完全に有効になるので、BGB一八二条以下の意味での追認により法律行為が確定的に有効になる場合であっても、浮動的無効が常に問題となるわけではないことになる。結局、なぜ追認が要求されるかということが重要となってくる。

#### 四 事前効 (Vorwirkung)

浮動的無効は、追認がなされるまではさしあたり無効であるが、浮動的状态の間ですでに一定の効力が生じているとされ、その効力は事前効 (Vorwirkung)<sup>(36)</sup> と呼ばれる場合がある。この概念は、フィッティングによって主張された<sup>(37)</sup>。本来は、停止条件付法律行為につき主張されたものであるが、それが浮動的無効における効力に転用されるに至ったものである<sup>(38)</sup>。

##### (1) フィッティングの事前効<sup>(39)</sup>

フィッティングは、事前効を遡及効理論とは明確に区別して考える<sup>(40)</sup>。従来の遡及効理論によれば、条件が成就することにより、条件付権利者の保護が考慮されると考えるに過ぎなかった。しかし、事前効の概念により、条件成就前に、つまり条件付法律行為が締結された時点から、条件付権利者の保護が考慮されることになった。つまり、フィッティングの事前効理論の重要な成果は、遡及効の構成を必要とせずに、段階的に実現される権利関係の完成前に、将来の権利者に特別な権限を与えうることを確認した点にあ

る、とされる<sup>(41)</sup>。

(2) フィットティング以後の事前効の理解

その後、ヴィントシャイトも、条件付意思表示において、譲渡される権利は、条件成就までは取得されえないが、譲渡人は即座に拘束され、権利の取得を条件成就のさいに、もはや侵害しえないとする。そして、この関係が問題になる場合においてのみ、将来の権利という概念が法的意味を持つ一方で、その他の場合には、将来の権利は権利ではない、としてフィッティングの事前効の概念を認める<sup>(42)</sup>。

レーゲルスベルガーによると、事実が時間的に隔てて発生するところでは、最初に発生した事実、要件が完全に充たされた場合の法律効果の発生に対する見込みのみを理由づける<sup>(43)</sup>。しかしながら、先行して存在する要件が、ときおり、完全な要件の法律効果を保障する権利状況を理由付ける、あるいは保障的措施を請求する権限を少なくとも理由付け、あるいはそれどころか予期されるべき権利の制限の利用の保護を理由付け、これが事前効であると、する。そして、事前効を(完全な)効力の事前の発生(Vorwirkung)の意味ではなく、一時的な効力の意味で用

いる<sup>(44)</sup>。

フォン・トゥールは、求められる法律効果が発生するためには、要件が完全に充たされなければならないが、漸次的に要件が充たされていく場合には、必要な要件が充たされていくそれぞれの段階において、固有の法律効果が認められ、その法律効果を、完全に要件が充たされた法律効果に對し、事前効と呼びうる、とする<sup>(45)</sup>。そして、事前効は、他の者、あるいはある物に対する法的関係であり、その法的関係から、更なる要件の充足のさいに権利が生じうる、とする<sup>(46)</sup>。

(3) 浮動的無効への事前効の転用の有用性

このように、事前効の概念は、停止条件付法律行為の議論の前提として述べられていたものだが、要件が時間的に前後して充たされ、不完全な要件のもと一定の効力を与えるものとして、考えられるようになった。

たしかに、浮動的無効な行為は確定的な決定の不確実性の点で、停止条件付行為に類似している。条件が第三者の意思表示である場合には、特にこのことがあてはまる。しかしながら、浮動的無効な行為は遡及効を伴って追認され

有効になる一方、条件付行為の効力は、通常、将来に向かって生じる（BGB一五八条一項、一五九条）点で異なる。

従来、事前効は、停止条件付法律行為において、遡及効を擬制することなく不確定な状況である条件成就前に一定の法律効果を認めるためのものであった。したがって、遡及効を前提とする浮動的無効のさいに、あえて事前効の概念を転用する必要性は少ないようにも思える。しかしながら、追認が得られず浮動的無効が確定的に無効になる場合には、遡及効の概念は使えないため、やはり浮動的無効のさいにも事前効の概念を考えることは有用であると考ええる。

## 五 浮動的無効における事前効

浮動的無効の間に認められる効力はどのようなものがあるのか、つまりいわゆる事前効の内容が、どのようなものなのか次に問題になる。

### (1) 給付義務の不存在

まず、浮動的無効な契約から履行請求権が生じないことは、確立した判例、学説の見解である。<sup>(47)</sup> 浮動的無効な売買

契約の場合について考えると、当該契約において必要とされる第三者の承認がまだなされておらず、浮動的状态の間は、買主は売買代金を請求されることはなく、支払い義務に関する遅滞も発生しない。<sup>(48)</sup> また、買主の引渡請求権も認められないため、売主が債務不履行に陥ることもない。履行請求権は、欠けている有効要件が充たされ、契約が終局的に有効になったときに初めて発生し、事前効によっても浮動的状态の間に認められることはない。

この点、従来の消費者保護特別法においては問題となり、学説の間でも活発な議論がなされていた。<sup>(49)(50)</sup> 旧訪問販売撤回法（Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften）一条一項、旧消費者信用法（Verbraucherkreditgesetz）七条一項、旧住宅の一時利用権の譲渡に関する法律（Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden）五条一項においては、「契約締結に向けられた意思表示は、撤回期間内に撤回されない場合に、初めて有効になる」と規定されており、撤回期間内は浮動的無効であると理解されていた。したがって、撤回期間の間は消費者に履行請求権が認められていなかった。

しかしながら、消費者を実質的に保護するために、浮動的無効構成を維持しながらも、事業者の撤回権に関する説明(51)欠如を介して、あるいは撤回権の放棄を擬制する(52)、あるいは更に浮動的無効構成を変更することにより、消費者に履行請求権を認めようと努力してきた。

だが、結局、浮動的無効ゆえに履行請求権は存在しないという原則を変更する、つまり、浮動的無効の解釈を変更して、消費者に履行請求権を認めることは失敗に終わっていた。そのような状況の中、通信販売指令との関係で消費者に履行請求権を認める必要性があった。そして、二〇〇〇年六月三〇日の通信販売契約と消費者法のその他の問題、並びにユーロ規定の国内法化のための法律(Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro)(54)においてBGBが改正され、浮動的無効構成を放棄し、浮動的有効構成を採用する方法が最終的に選択された(旧BGB三六一a条)(55)。そして、この浮動的有効構成への変更は、債務法現代化法による二〇〇二年一月一日のBGBの改正においても保持されている(BGB三五五条)。これにより、契約締結と同時に契約は

有効になり撤回期間の間でも消費者に履行請求権が認められるに至った。(56)

## (2) 契約の撤回不可能性

浮動的無効の多くの事案において、当事者は、すでに有効要件が充たされるまでの間、自らの意思表示をものはや撤回しえないという意味で拘束されている、とされる(57)。つまり、有効要件が欠けているため完全な効力は浮動的無効の間は生じないが、撤回不可能性という制限的な効力は生じているのである。

しかし、例外的に、行為の相手方に撤回権が認められている場合がある。BGB一〇九条、一七八条、一八三〇条とならんで、BGB一三六六条二項、一四二七条二項、一四五三条二項である。これらの規定は、確かに細部においては異なった形で規定されているが、善意の相手方に一方的な解消権を認めることなく、不安定な地位に置き続けることは適切ではない、ということが考慮されている。

さらに、既に述べた従来の一連の消費者保護特別法においても、浮動的無効の間、消費者に撤回権が認められていた。(58)ここでは、撤回権は、浮動的状态という不安定な地位

からの脱退が第一の目的ではなかった。消費者に不利益をもたらす可能性の高い契約につき、契約締結後に、再度契約締結を熟慮するための期間を認めることが目的であって、その結果として、不利益をもたらす契約からの脱退が認められていた。

しかしながら、右で述べたように二〇〇〇年六月三〇日のBGBの改正で、浮動的有効構成が採られたことにより、撤回可能性が原則である一連の消費者保護法における特殊な浮動的無効が廃止されたため、撤回不可能性を原則とする統一的な浮動的無効像が明確になった。その一方で、浮動的無効よりも当事者の契約への拘束が強まる浮動的有効のさいにも、消費者に撤回権が認められ、契約が有効にもかかわらず契約の解消を認める点で法定解除権類似の性質を有するものとなったとされる。そして、その理由として、撤回権が体系的にも解除規定の一部として規定されており、また解除権を補足的に準用するように規定されていることなどが挙げられる。<sup>60)</sup>

ただし、浮動的無効構成から浮動的有効構成への変更の点で、若干、不明瞭な点が残されている。浮動的無効を表す「……意思表示は、撤回しない場合に初めて有効になる

(wird erst wirksam)。」という文言から、「撤回した場合には、……意思表示にはもはや拘束されない(nicht mehr gebunden)。」という文言に二〇〇〇年六月三〇日のBGBの改正により変更された。「意思表示に拘束されない」という文言が、浮動的有効構成を採用したことを表すのは、理由書からも明らかであるし、学説もこれに従う。<sup>61)</sup>

この点、有効性(Wirksamkeit)と拘束性(Gebundenheit)という概念を混同しているとの正当な指摘がある。<sup>62)</sup>消費者が撤回期間内に契約の意思表示を撤回した場合に、自らの意思表示にもはや拘束されない、という状態を、意思表示、ならびに契約の撤回期間の間の浮動的有効の意味で特徴づける。しかしながら、拘束性から有効性にどのように論理的に達するのかは、明確にされていない。撤回が拘束性に影響を及ぼすのか、あるいは有効性に影響を及ぼすのかは問題とされず、どのように撤回が契約の効力に影響を及ぼすのかが問題とされる。しかし、浮動的無効のさいにも当事者は原則として一方的撤回にできないという意味では拘束されていると理解されており、有効性と拘束性を同視することは必ずしも妥当ではない。この点、やはり撤回概念の明確化との関係で問題となってくると思わ

れる。

(3) 追認の付与を目指す義務

浮動的無効の間に認められている効力としては、もう一つ追認の付与を目指す義務がある。浮動的無効な行為につき、ライヒ裁判所においては早い時期から拘束性について強調されていたが、さしあたり撤回不可能性のみが念頭におかれていた。<sup>(64)</sup>後に、この拘束性を義務に高め、有効性惹起のための誠実義務が認められた。<sup>(65)</sup>連邦通常裁判所においても、官庁の追認を必要とする売買契約の当事者は、追認の付与を目指す努力をする義務があり、契約の履行を妨げる行使をしてはならない義務がある、とされている。<sup>(66)</sup>

この点、判例においては官庁の追認の事実のみが問題になっており、他の事案に関して、追認を得るための義務が存在するかは明らかになっていない。たしかに、無権代理や非権利者処分のさいのように、実際の権利者と異なる者が契約を締結した場合、実際の権利者は追認を付与する義務を当然ながら負わない。また、制限行為能力者が法律行為をなした場合、制限行為能力者保護の観点から、そのような義務は法的義務として存在しない。

しかし、一方当事者のみが追認の実現を引き受ける、あるいは両当事者が追認が付与されるように努力しなければならない事案が存在するとの指摘もある。<sup>(67)</sup>さらに、当事者は、原則として官庁の追認が必要な事案と同様に、追認の付与を目指す義務があり、これに抵触した者は、契約の相手方に対して契約締結上の過失の観点にもとづき損害賠償義務がある、として一般的な追認の付与を目指す義務を認める見解もある。<sup>(68)</sup>

追認を得る義務の責めに帰すべき義務違反に関しては、契約締結上の過失の観点に基づき責任を負わせるのが一般的であるが、浮動的無効な契約自体に、その根拠を求める可能性もある。

ハンブルク高裁は、<sup>(69)</sup>売買契約の浮動的無効が意味するのは、単に売買代金支払い義務と譲渡義務が、さしあたり履行される必要がないことである、とする。そして、当事者の契約義務が即座に否定されるわけではなく契約の保持と追認の付与を目指す義務が存在することを前提とし、<sup>(70)</sup>当該事案においては積極的債権侵害の観点に損害賠償請求権の根拠を求めた。<sup>(71)</sup>

この点につき、フルーメによると契約にもとづく請求権

が存在する。つまり、合意された規律 (Regel) が有効になるためには追認が必要であるが、追認実現についての契約の相手方の義務は、追認を必要とする規律 (Regel) の効力とは何の関係もない。追認の付与を目指す義務は、当然に追認が必要な契約の締結から導かれ、その契約は義務に関しては、追認前に有効である、とする。<sup>(72)</sup>したがって、追認が必要な契約にもとづき、契約の相手方への請求権が存在し、追認を得るために契約の相手方の協力が必要な場合には、相手方は必要な協力への契約上の履行請求権も有することになる。

## 六 おわりに

わが国において、浮動的無効、あるいは不確定(未確定)無効という概念は、一般的に無権代理、非権利者処分につき用いられているのみで、限定的な場面でのみ用いられる概念である。<sup>(73)</sup>その一方で、ドイツにおける浮動的無効は、法律行為の有効性につき第三者の承認を必要とし、事後的な承認、つまり追認がなされたさいに遡及的に有効になる、つまり遡及的追認を許す事案を広く含む概念と言える。

法律行為に、どの程度の効力を生じさせるかは、法律行為に効力を否定する原因と保護されるべき利益との関係で決定される。そして、効力否定の必要性に応じた程度で、その効力発生の程度も決定される。つまり、効力否定の必要性が絶対的無効と取消可能性の中間段階にある第三者の承認を必要とする浮動的無効事案においては、全くの効力が生じない状態と、一応完全に効力が生じる状態との中間状態であり、制限的ながら効力が発生することが認識されている。

浮動的無効は、追認がなされるまで、法律行為は有効にならないにもかかわらず、その間、一定の効力が当事者間に生じる。つまり、浮動的無効な法律行為の事前効であり、その内容は、当事者による一方的撤回不可能性と、追認の付与を目指す義務の発生である。さらに、追認の付与を目指す義務に反した場合には、契約締結上の過失にもとづき、あるいは浮動的無効な契約自体にもとづき損害賠償義務が認められる。浮動的無効の間に、制限的な効力を認めることにより、当事者間の不完全な法律行為にも、限定的な法律関係としての評価を与えている。第三者の承認を必要とする事案では、法律行為をなした当事者間において、一定

の法律関係を認めることは可能であろう。<sup>(74)</sup>

このような、遡及的追認とともに、浮動的状态の間にも制限的な効力の発生を認める浮動的無効類型を、わが国においても広く認めることは、無効効果の修正・制限の流れの中で意味のあることと思われる。

しかしながら、そのためには、まず、わが国において浮動的無効が、他の効力否定手段とどのような点で異なるのかを明らかにする必要がある<sup>(75)</sup>、また、ドイツにおいて浮動的無効とされる事案が、わが国においてはどのように解釈されているかを明確にし、他の類型による帰結との差異を明確にすることが必要である。さらに、ドイツにおける浮動的無効論が、第三者の承認を必要とする法律行為全般を把握するものであるのか、どのような場合に例外が生じるのかなど検討しなければならない点は多く残されている。これらの問題については今後の課題とする。

(1) 確定的無効と確定的有効の中間段階にある無効とは、将来に向かってても無効である確定的無効と有効の中間段階にある無効である。つまり現段階では無効であるが、将来的には有効になる可能性のある無効であり、効果の確定性の点に着目した無効の一類型である。

(2) この問題を最初に本格的に取り上げたものとして、於保不二雄「追完について」『財産管理権論序説』(一九九五年)二四三頁がある。わが国における浮動的無効・不確定(未確定)無効の学説状況は、亀田浩一郎「停止条件付法律行為無効」椿寿夫編『法律行為無効の研究』(二〇〇一年)四三〇頁以下を参照。

(3) 星野英一『民法概論Ⅰ』(一九九三年)二三一頁以下で述べられているように、完全に無効な法律行為と、完全に有効な法律行為との中間には、種々の段階の効力をもった法律行為が存在する。その種々の段階の効力に応じて理解される無効を、中間的無効と理解し、相対的無効、一部無効、取消的無効、私益的無効などがこれにあたる。

(4) 椿寿夫「明治後期の民法学説における無効の観念」椿寿夫編『法律行為無効の研究』一一頁以下、椿久美子「浮動的無効・不(未)確定的無効」椿寿夫編『法律行為無効の研究』二七三頁以下、平野裕之「無権代理無効——未確定法律関係論——」椿寿夫編『法律行為無効の研究』三九〇頁以下など。

(5) 契約の有効性が委ねられている第三者の追認には私法上の追認と、公法上の追認、すなわち官庁などの許可がある。

(6) Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., Rdmr.

490.

- (7) Thiele, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, S.143ff.; Münchener Kommentar-Schramm, BGB, 4. Aufl., vor §182 Rdnr.4; Giesen, JURA 1989, 57.
- (8) Thiele, aa.O., S.145ff.
- (9) Giesen, aa.O., S.61. だが国で、浮動的無効が問題とされるのはこの類型に限る。
- (10) Thiele, aa.O., S.143ff.
- (11) Thiele, aa.O., S.143.
- (12) BGB 四五〇条は、一項で強制執行による売却のさいに買主となることのできない者を規定し、二項で質物の売却、自助売却 (BGB 三八三条)、自由売却 (BGB 三八五条)、破産財団による売却への適用を認めている。
- (13) その他には、物権法上では第三者の権利の目的である不動産物権を消滅させるさいの第三者の承認 (BGB 八七六条)、あるいは変更するさいの第三者の承認 (BGB 八七七条)、あるいは不動産上に設定された権利の順位変更に関する承認 (BGB 八八〇条二項、三項) などがある。家族法上では、共通財産を管理する夫婦の一方が共通財産に属する土地を処分するさいの他方の同意 (BGB 一四一三条)、BGB 一五一一条から一五一五条に挙げられた処分に關する他の配偶者の同意 (BGB 一五一六条) などが

を認る。

- (14) Schramm, aa.O., vor §182 Rdnr.4.
- (15) Giesen, aa.O., S.63.
- (16) Münchener Kommentar-Möschel, BGB, 4. Aufl., § 415 Rdnr.18.
- (17) Münchener Kommentar-Wacke, BGB, 3. Aufl., § 876 Rdnr.13.
- (18) Thiele, aa.O., S.158ff. ならびに、この分類は管理権による承認も含まれる。破産管理人、遺産管理人、ならびに遺言執行者のみが、財産に關する管理、処分権限を有しているさいの承認である。
- (19) しかし、この分類においては、承認を与える第三者の地位の性質から浮動的無効とはならない場合もある。例えば、後見裁判所の追認に關しては、BGB 一八二八条以下が適用される。
- (20) 浮動的無効という用語はBGBの条文の中で使用されている用語ではない。メディクスは、BGBはここでいわゆる浮動的無効を用いる。”と述べる (Medicus, aa.O., Rdnr.490.) が、適切な表現ではない。あくまで、解釈上認められている概念である。
- (21) Giesen, aa.O., 57.
- (22) Gernhuber, Bürgerliches Recht, 3. Aufl., § 6 II 3, S.

51.

- (33) Jauernig-Jauernig, BGB, 9. Aufl., Vor §104 Rdnr.20 ; Palandt-Heinrichs, BGB, 62. Aufl., Übel v. §104 Rdnr. 31.

(24) Jochem, JR 1976, 241.

- (25) ドイツ普通法学においては、法律行為の効力 (Geltung) が不確定状態にある点が注目されていた。無効が浮動的状态にあると考えるのではなく、法律行為自体とその効力 (Geltung) が、浮動的 (Schwebend) であると考えられていた (Emmecerus/Nipperdey, 15. Aufl., §152 II 2)。不確定性は、当該行為の有効、あるいは無効に関する一定の言明が、浮動的状态 (不確定性) の終了まで可能ではない、という点に現れる。この見解は、サヴィニー以来、普通法学説の基礎となり (Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 9. Aufl., §82, 2)、『普通法学説は、いくつか unentschiedene Ungültigkeit である』、その意味、そのような浮動的な行為が無効 (Unwirksamkeit) と同様に有効 (Wirksamkeit) と異なることを認識しつつ (Schliemann, Lehre vom Zwange, 1861, S. 137 Nr.8)。
- (26) 有効要件が後に充たされるかが不確定である浮動的状态においては、浮動的不効が肯定される。効力の発生が単

に時間的に先送りされたものであることは、期限付き法律に於ける問題となる (Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8 Aufl., §44 Rdnr.47)。

(27) Jochem, aa.O., S.241.

(28) Larenz/Wolf, aa.O., §44 Rdnr.47.

(29) Berg, Schwebend unwirksame Beschlüsse privatrechtlicher Verbände, 1994, S.29.

(30) Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1985, §39 II 3 Rdnr.507.

(31) Hübner, aa.O., §39 II 3 Rdnr.514.

(32) Hübner, aa.O., §39 III 1 Rdnr.524.

(33) わが国における相対的不効より、ドイツにおける相対的不効 (relative Unwirksamkeit) のほうが、適用事例が限定されている。この点、樗寿夫前掲注 (4) 九九頁以下、林幸司「ドイツ法における相対的不効」樗寿夫編『法律行為無効の研究』一五〇頁以下を参照。

(34) Berg aa.O., S.37.

(35) フォン・シェマンの事前効 (Vorwirkung) を紹介するものとして、Schliemann, Pendenz und Rückwirkung der Bedingung, 1973, S.91；新井誠「ドイツ普通法学における期待権概念の発展——条件付法律行為概念の本質を求めて」国学院法学一九巻四号 (一九八一年) 五三頁。新井

- 前掲六六頁は、Vorwirkungを前効と訳す。また、亀田浩一郎「停止条件付法律行為無効」椿寿夫編『法律行為無効の研究』四四三頁は、前効力と訳している。ここでは、契約責任の時間的拡大の議論における、契約終了後の余後効（内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』（一九九六年）一八八頁を参照。）との対比の意味も含め、事前効と訳す。
- (36) Larenz/Wolf, aaO, §14 Rdnr.51.
- (37) Fitting, Über den Begriff der Rückziehung, 1856, S.21ff.
- (38) Kroppenberg, WM 2001, 844.
- (39) 一九世紀前半のドイツ普通法学においては、停止条件付法律行為の遡及効ドグマが通説的な見解であった。したがって、たとえば、停止条件付売買において、譲渡人が、条件未成就の間に第三者に売買契約の目的物を売却するなどして、譲受人の権利を侵害した場合でも、条件成就のさいに、遡及効を理由に、譲受人は所有者として保護を受けることができた。しかし、その後、遡及効理論の正当性に関して、疑問が投げかけられるようになり、フィッティングは、停止条件付法律行為によって理由付けられる権利は初めから存在しており、そして一定の状況においては条件成就の後に初めて確定する、という点に不確定な法律効果が存在する、ということを中心とした（Fitting, aaO, S. 51, 62f.）。
- (40) Fitting, aaO, S.21ff.
- (41) Schiemann, aaO, S.103.
- (42) Windscheid, aaO, §67 Anm.2.
- (43) Regelsberger, Pandekten I. Band, 1893, §118 IV, S. 438.
- (44) Regelsberger, aaO, S.438.
- (45) von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band I. Hälfte, 1957, §43 IV, S.18f.
- (46) von Tuhr, aaO, S.19.
- (47) BGH NJW 1976, 105; WM 1979, 74; Münchener Kommentar-Thode, BGB, 4. Aufl., §234 Rdnr.18.; Staudinger-Gursky, BGB, 2001, §184 Rdnr.15.
- (48) WM 1978, 80.
- (49) 従来のドイツの状況については、河上正二「クリーング・オフ』についての一考察——『時間』という名の後見人」法学六〇巻六号（一九九六年）一六六頁を参照。
- (50) これまでの一般的な浮動的無効論が、個別的な議論とどのように関わってくるかの一つの例として、BGB改正の文言に関わる議論に触れることにする。
- (51) Knützel, AcP 185, 317.; Boenke, AcP 197, 173; Münchener Kommentar-Ulmer, 4. Aufl., §7 VerbrKrg

Rdnr.26.

(52) Fuchs, AcP 197, 173.

(53) Ollmann, WM 1992, 2005; Hadding, Festschrift für Brandner, 1996, S.207; Pfeiffer, BGH LM, § 1 bAbzG Nr. 31; Larenz/Wolf, aaO., § 44 Rdnr.52ff.; Gernhuber, WM 1998, 1797.

(54) 二〇〇〇年六月三〇日のBGB改正については、今西康人「ドイツ民法典の一部改正と消費者法——消費者、撤回権等の基本概念に関する民法規定の新設について——」関西大学法学論集五〇巻五号(二〇〇〇年)二〇〇頁以下が詳しい。BGBの改正を撤回権との関連で説明するものとして、右近潤「撤回権概念明確化のための覚書——EU通信販売指令のドイツ国内法化を参考に——」同志社法学五三巻一号(二〇〇一年)二六五頁以下。

(55) 浮動的無効構成から浮動的有効構成への変更の一連の流れは、拙稿「ドイツにおける消費者保護撤回権(クーリング・オフ権)の現状」国際商事法務三〇巻六号(二〇〇二年)七四三頁以下参照。

(56) 従来の浮動的無効構成では、撤回期間の間、事業者にも履行請求権は認められていなかったため、事業者から履行を請求されることはなかった。しかし、浮動的有効構成が採られたことにより、撤回期間の間でも事業者からの履

行請求も認められるようになり、この点、消費者が不利益を被る場合も考えられる。事業者の破産に対する消費者の危険の負担<sup>6)</sup>あるいは撤回権行使後の清算関係における負担などを考えると消費者の期限前の給付義務は消費者に撤回権の行使の抑止効果をもたらし可能性もある。旧住宅の一時利用権の譲渡に関する法律七条、現在のBGB四八六条においても同様のことが考慮されており、撤回期間経過前の消費者への支払い請求が禁止されている。

(57) Larenz/Wolf, aaO., § 44 Rdnr.51; Staudinger-Gursky, BGB, 2001, § 184 Rdnr.15.ただし、撤回の不可能性を当然の前提として、その理由は述べられていない。しかしながら、法律行為がさしあたり無効にもかかわらず、撤回が認められないことに対する理由付けは必要であろう。この点は、撤回概念を明確にするさいに問題となってくると思われる。Palandt-Heinrichs, aaO., Ubbel. v. § 104 Rdnr.31.は、浮動的無効の効果にさいし、契約の撤回不可能性には触れていない。

(58) BGB一〇九条と一七八条が契約の浮動的状态の間の相手方の撤回を簡単に認めている一方で、BGB一三六六条二項二文と一八三〇条は撤回を別の要件に依拠させる。すなわち同意の事実に反する主張、ならびに同意がまだ付与されていない不知に依拠させる。

- (59) 消費者保護目的のために撤回可能性が認められている点で、一連の消費者保護特別法における浮動的無効状態は、通常の浮動的無効状態よりも、さらに弱い程度の拘束力しか発生していなかったとも考えることができる。このように考えると、撤回期間の間の履行請求権を浮動的無効構成から導くことは、やはり難しかったようにも思える。
- (60) Münchener Kommentar—Ulmer, BGB, 4. Aufl., §361 a Rdnr.8. しかしながら、浮動的有効という名称は、解除にではなく、取消に適合的であるようにも思える。なぜなら、契約において解除が認められる場合、契約は浮動的有効なのではなく、完全に有効だからである。その一方で、撤回可能な契約のさいには、消費者の意思表示の有効性は浮動的であり、取り消しうる契約の方が、これに類似しているようにも思えるが、この点については更なる検討を要する。
- (61) BT-Drucks.14/2658, S.47.
- (62) Bülow, NJW 2000, 2052; Münchener Kommentar—Ulmer, aaO., §361a Rdnr.2, Rdnr.8.
- (63) Reiner, AcP 203, 6.
- (64) RG 64, 154.
- (65) RG 115, 38; 119, 384.
- (66) BGHZ 14, 1; BGHZ 139, 29; Larenz/Wolf, aaO., §44 Rdnr.51; Palandt—Heinrichs, aaO., Übebl. v. §104 Rdnr.31.
- (67) Lange, Leistungsstörungen beim schwebend unwirksamen Geschäft, Festschrift von Walter Schmidt—Rimpler, 1957, S.143. しかし、具体的どのような事実が、これを消滅させるかは述べていない。
- (68) Palm, Die nachträgliche Erteilung der verweigten Genehmigung, 1964, S.13; Leptien—Soerger, BGB, §184 Rdnr.4; Staudinger—Gursky, aaO., §184 Rdnr.15.
- (69) OLG Hamburg MDR 1972, 947.
- (70) OLG Stuttgart NJW 1953, 670. も、既述のことを明確に述べている。
- (71) これに対しては、この結論は矛盾をその中にはらむこの批判がある (Kroppenberg, aaO., §47)。つまり、浮動的期間の間に契約が既に完全な有効であるとするならば、全く事前効に依拠することなく、単に契約上の効力、つまり双務契約上の給付義務が問題になるだけであるとする。しかしながら、ここで前提とされているのは追認の付与を目指す義務に限られているため、必ずしもこの批判は適切ではない。
- (72) Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., §40 I 8, S.722.
- (73) 薬師寺志光『日本民法総論新講 第三冊』(一九五四

年)八〇九頁以下は、意思無能力、錯誤などの場合も不確定無効に分類する。於保不二雄『民法総則講義』(一九五一年)二六九頁、亀田前掲四三〇頁以下は条件付法律行為を未確定無効に分類する。

(74) もちろん、それにより権利者である第三者の利益が侵害されてはならない。

(75) たとえば、詐欺取消の結果としての無効とは、効果の確定性の点で類似している。しかし、そもそも法律行為は取消の場合には、取消まで有効である以上、当然に浮動的不効とは区別される。また、錯誤無効との関係では、判例通説の理解である相対的不効構成、あるいは取消的不効と解すれば、人的に制限された無効であるので浮動的不効とは区別されるべきであると考ええる。また、錯誤無効に追認

を認める見解に従うと、一応無効とされつつも追認により適及的に有効になる点で、浮動的不効との類似性が問題になる。平野裕之『民法総則』(二〇〇三年)二〇二頁は、追認可能な錯誤無効を浮動的不効の一種とする。ただし、この場合であっても、浮動的不効の典型例と、錯誤無効における追認とを同じ様に扱ってよいかは検討を要する。

(76) 椿久美子前掲注(4)二八五頁は、取消的不効により同様の解決を図ろうとしている。

二〇〇三年 五月二八日受稿  
二〇〇三年 八月十八日 をへて掲載決定

(一橋大学大学院博士課程)