

## 〔論 説〕

## 法律行為の無効・取消しと原状回復義務

磯 村 保

- I はじめに
  - 1 現行民法 121 条ただし書の位置づけ
  - 2 新 121 条の 2
- II 新 121 条の 2 の成立に至る経緯
  - 1 議論の変遷の概観
    - (1) 債権法改正の基本方針による提案
    - (2) 部会における議論の推移
      - (i) 703 条, 704 条に対する特則を設けることの必要性
      - (ii) 返還義務の内容—受領した利益の返還か, 原状回復義務か
      - (iii) 利息・果実の返還義務
      - (iv) 善意者の価額返還義務の上限設定
      - (v) 無効・取消原因の考慮
      - (vi) 制限行為能力者及び意思能力を有しなかった者の返還義務
      - (vii) 善意の基準時
- III 新 121 条の 2 をめぐる解釈上の問題点
  - 1 無償の法律行為の場合の原状回復義務
    - (1) 受贈者が給付の受領時に悪意であったとき
    - (2) 受贈者が給付の受領時に善意であったとき
    - (3) 利息・果実の返還義務
    - (4) 物に投下した費用
  - 2 有償の法律行為の場合の原状回復義務
    - (1) 利得消滅の抗弁の排除
    - (2) 善意者についての価額返還義務の縮減の可能性
    - (3) 詐欺・強迫の被害者の返還義務
    - (4) 利息・果実の返還義務
    - (5) 物に投下した費用
    - (6) 悪意者の返還義務
  - 3 制限行為能力者及び意思能力を有しなかった者の返還義務
- IV 結びに代えて

## I はじめに

### 1 現行民法 121 条ただし書の位置づけ

現行民法 121 条<sup>1)</sup>は、本文において取消しの遡及効を定め、ただし書において制限行為能力者の返還義務が「現に利益を受けている限度」に限られるとしているが、規定の体裁としてはやや不自然である。なぜなら、ただし書は、取り消された法律行為に基づいて事実上履行がなされた場合に、受益者が一般原則に従って受領した利益の返還義務を負うことを前提として、制限行為能力者の保護のためにその例外を規定するものであるが、受益者が一般原則によればどのような返還義務を負うかは現 121 条に規定されていないからである。

この一般原則を規定するのが 703 条、704 条の不当利得規定である。すなわち、法律行為が当初から無効であり、あるいは取消しによって遡及的に無効になると、給付受領者は法律上の原因なく利益を得たことになるから、これを給付者に返還する必要がある。703 条、704 条の文言によれば、悪意の受益者は、受けた利益に利息を付して返還する必要があるほか、損害があるときは損害賠償義務を負うのに対して、善意<sup>2)</sup>の受益者は、「その利益の存する限度」において返還すればたりる。現 121 条の「現に利益を受けている限度」と 703 条の「その利益の存する限度」とは同じ意味であると解されており、これによれば、現 121 条ただし書の例外は、制限行為能力者については、悪意であっても現存利益の返還義務を負うにとどまるとされる限りにおいて、一般原則の例外であるかのように読める。

しかし、703 条の定める善意の受益者の返還義務に関する原則が、とりわけ売買契約のような双務有償契約について、そのまま適用されるかどうか議論されてきた。たとえば、売主 A と買主 B の間で乗用車甲の売買契約が締結され、B が売買代金 200 万円を支払って、これと引換えに甲の引渡しを受けたが、B の下で甲が滅失した後、A・B 間の売買契約が取り消されたり、当初から無効であるこ

---

<sup>1)</sup> 以下、現行民法の条文は、現〇〇条と表記し、2020 年 4 月 1 日から施行される改正民法（2017 年 5 月 28 日成立）の改正条文は新〇〇条と表記する。また、改正されていない現行条文については、単に〇〇条で引用する。

<sup>2)</sup> 704 条との対比から、703 条の文言には明示されていないが、同条は善意者に関する返還義務を規定したものと理解されている。もっとも、この場合の「善意」が単なる不知を意味するのか、法律上の原因がないことを過失によって知らなかった場合には 704 条の「悪意」に該当するのかについて議論が対立している。この点について、窪田充見編『新注積民法（15）』（有斐閣、2017 年）171 頁以下（藤原正則執筆）参照。

とが判明した場合に、703条、704条を文言どおりに適用すると以下のとおりとなる。甲の滅失の時点で両当事者が契約の無効や取り消しうることを知らなかったときは、AもBもそれぞれ現存利益の範囲で返還義務を負う。金銭の場合、受領した金銭的利益が現存していることが通常であり<sup>3)</sup>、Aは原則として200万円の返還義務を負う。これに対して、Bは、甲が滅失した以上、受領した原物について利得が残っているとはいえない。また、甲が滅失するまでの間に甲を使用した利益の返還義務も問題となり得るが、Aが受領した金銭について利息の返還義務を負わないとすれば、そのバランスから、Bの使用利益返還義務も否定されることになる。

これによれば、Bは自己の返還義務を免れつつ、支払った代金の返還を請求することができることになるが、この結果が、無効であったとはいえ、両当事者が双務有償契約に基づいて財産的利益を交換した場合の清算関係としてバランスを失するものであることが問題とされてきた。

## 2 新121条の2

改正民法は、取消しの遡及効を定める新121条とは別に新121条の2を設けて、無効な法律行為、すなわち当初から無効である場合及び取消しにより遡及的に無効となる場合の双方について、債務の履行として給付を受領した者が原状回復義務を負うとする原則を規定し（1項）、無償の法律行為について、給付受領者が受領時に善意であったときは、現存利益の範囲で返還義務を負うとする特則（2項）、及び、給付受領者が法律行為の時点で意思能力を有しなかったとき、又は制限行為能力者であったときにも現存利益の範囲で返還義務を負うとする特則（3項）を置いている。これによれば、意思能力・行為能力を有する当事者が、無効な有償行為に基づいて給付を受領したときは、1項の原則がそのまま適用され、給付受領者が善意であっても、返還義務は現存利益の範囲に限られないことになる。

本稿は、この規定の制定過程においてどのような議論が存在したか<sup>4)</sup>、この規定

---

<sup>3)</sup> 受領した金銭を消費していても、それによって受益者の他の財産からの支出が節約できたときには、いわゆる出費の節約理論によって、受領した金銭の利益は現存することになる。

<sup>4)</sup> 山本敬三「民法の改正と不当利得法の見直し」法学論叢180巻5=6号247頁以下（2017年）は、法制審議会民法（債権関係）部会における議論の経緯を詳細に分析・検討している。なお、脱稿後に、潮見佳男「売買契約の無効・取消しと不当利得（その1）」法学教室455号（2018年8月号）94頁以下に接した。

がどのような意義を有するか、また、どのような問題が残されているか等について考察を加えるものである。

## II 新 121 条の 2 の成立に至る経緯

### 1 議論の変遷の概観

#### (1) 債権法改正の基本方針による提案

法制審議会における議論に先行して、研究者グループが 2009 年に公表した「債権法改正の基本方針」【1.5.51】は、無効な法律行為の効果として 5 つのルールを提案していた。その内容を要約すると以下のとおりである<sup>5)</sup>。

①無効な法律行為に基づく履行請求はできない、②無効な法律行為に基づいて履行がなされたときは、給付者は相手方に対して給付の返還請求ができる、③相手方が受領した利益そのものを返還できないときは、価額返還義務を負う、④相手方が善意で給付を受領したときは、現存利益の範囲で返還義務を負う、⑤双務契約又は有償契約については④のルールは適用されないが、価額返還義務の範囲は、返還義務者が他方当事者に対して給付し、あるいは給付すべきであった価値を限度とする。

この提案内容は、冒頭に掲げた甲車の売買契約の事例に即していえば、(i) 甲を受領した B は、甲の滅失により原物を返還することができない場合でも、価額返還義務を免れず、(ii) 売買契約の無効を知らずに甲を受領したときであっても、返還義務の範囲は現存利益の範囲に限定されないが、(iii) B の価額返還義務は A に対して支払った対価（事例と異なり、未履行であったときは、売買契約が有効であれば支払うべきであった対価）である 200 万円を上限とすることを意味する。(iii) の上限は、つぎのような考え方に基づいていた。たとえば、客観的価額が 300 万円である甲の売買代金が 200 万円とされていたが、甲の滅失後に売買契約が無効であることが判明した場合に、B が客観的価額の返還義務を負うとすると、善意の B は、200 万円の対価を支払えば甲を取得することができると思っていたにもかかわらず、その信頼を裏切られ、結果的には、客観的価額での売買契約締結を強いられたと

<sup>5)</sup> 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」（商事法務，2009 年）349 頁以下。同書は、提案内容のほか、提案要旨と解説を含んでいる。

の同一の結果になる。Bは、Aに対して支払った、ないし支払うべきであった対価については、甲を取得するのと引換えにAに帰属することを覚悟すべきであるが、その対価を超えた返還義務を負わせるのはBに過大な負担を課することになる<sup>6)</sup>。

この提案は、実質的にみれば、法制審議会の民法（債権関係）部会（以下、単に部会と略称）の審議の当初、たたき台としての意味を持っていたといえる<sup>7)</sup>。

## (2) 部会における議論の推移

限られた紙幅の中で、議論の変遷を詳細に検討する余裕はないが、①当初の部会での議論（部会資料 13-1, 部会資料 23）から「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下、論点整理）を経て、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（以下、中間試案）に至るまでの考え方と、②部会資料 66A「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（1）」（以下、素案）、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」（以下、要綱仮案）及び「民法の一部を改正する法律案要綱」（以下、改正要綱）で採られた考え方との間には大きな変化が見られる。

以下においては、各段階での改正案の変遷を時系列的に辿るのではなく、①における考え方と②の考え方の違いを、主要な問題点に即して対比・検討することとする。

### (i) 703 条、704 条に対する特則を設けることの必要性

冒頭に掲げた車の売買契約のケースについては、現行民法の下でも、703 条・704 条の解釈として、甲の返還の全部又は一部不能の場合に、善意の B が現存利益の範囲で返還義務を負うにとどまりとしつつ、他方、A に対して代金全額の返還を求められることができるとする結論が不当であるとの認識は共有されてきた。問題は、この結論を回避するためにどのような法律構成を用いるかにあったが、大別すると、①B の返還義務が B の帰責事由なくして全部又は一部不能となった場合に、B の返還義務がそれに応じて消滅ないし縮減するが、相互の返還義務の対価的牽連性を考慮し、A の返還義務も現 536 条 1 項の類推適用により消滅ないし縮減するという考え方と、②B は、返還義務の全部又は一部履行不能について帰責事由がない場合であっても、原物返還ができないときは、原物に代わる価額償

<sup>6)</sup> この問題が、改正の審議過程においても争点の 1 つとなったが、これについては後述する。

<sup>7)</sup> 山本・注 4) 所掲論文も、「債権法改正の基本方針」の提案内容から検討を開始している（同論文 251 頁参照）。

還義務を負い、A もまた受領した利益の返還義務を負うとする考え方が対立してきた<sup>8)</sup>。

民法改正の審議過程においても、当初から、703 条の一般原則に対する例外を設けることの必要性は認められていた。ただ、例外規定と不当利得の一般原則との関係をどのように考えるかについては、種々の議論が存在していた。法律行為の無効の場合における返還義務の法的な性質は不当利得返還義務にほかならないから、体系的に見れば、このような議論が生じることは必然的でもあったといえる。しかし、今回の改正の主要な対象が契約を中心とする債権関係であり、法定債権関係である不当利得規定の全面的な改正が困難であったことから、検討の対象は法律行為の無効の場合に限られ、したがって、民法総則の規定の中で対応することになる<sup>9)</sup>。

(ii) 返還義務の内容—受領した利益の返還か、原状回復義務か

論点整理や中間試案の段階においては、給付したものの返還義務やそこから生ずる果実の返還義務が規定されていた。また、原物返還が不能である場合に、それに代わる価額償還義務が規定されていた。これに対して、中間試案に対するパブリック・コメントを経た部会資料 66A (素案) では、「相手方を原状に復させる義務」に改められ、要綱仮案、改正要綱においてもこれが維持され、新 121 条の 2 第 1 項も原状回復義務 (条文タイトルは「原状回復の義務」) を規定している。

中間試案に至るまでの文言は、「受けた利益」の返還義務を規定する 703 条・704 条にはよりよく対応するものであったと思われるが、素案は、原状回復の内容は金銭や物の返還に限られないこと、また、無効な法律行為に基づく債務が履行された場合の効果は給付そのものの返還義務や価額償還義務にとどまらず、より包括的に原状回復義務を負う旨の規律を設けるべきであるとの考え方に基づいていた<sup>10)</sup>。

原状回復義務を一般的に規定すると、給付したものの返還義務や、原物返還が不能である場合の価額償還義務をそれとは別に規定することは、規定の重複を招くことになる。これらの義務は、原状回復義務の具体的内容の 1 つにほかならな

<sup>8)</sup> 議論の詳細について、窪田充見編・注 2) 所掲 115 頁以下 (藤原正則執筆) 参照。

<sup>9)</sup> 708 条の不法原因給付規定は、90 条の公序良俗違反と関連づけて議論されるのが通常であるが、その性質からすると、新 121 条の 2 に続けて規定を置く方が体系的には自然のように思われる。しかし、708 条の規定の位置も現行法から変更されていない。

<sup>10)</sup> 部会資料 66A・36 頁。

いからである。

もっとも、審議過程の当初から、給付された目的物が滅失した場合に、先述した現行法における解釈の対立のうち、危険負担の類推適用という考え方は採られず、一貫して、原物返還の不能の場合に価額償還義務を負うとする考え方が採られていた。中間試案の補足説明<sup>11)</sup>においても、危険負担の類推適用説は、対価的な不均衡が生じている場合、たとえば、冒頭の事例に即していえば、甲の客観的価額が150万円に過ぎなかった場合、Bが甲の返還義務を免れても、200万円の返還を求めることができないことになり、Bは差額50万円の返還請求ができないことになるという問題点が指摘されていた。このほか、危険負担類推適用説は、Bが代金債務を履行していない場合にも、十分対応することができないという難点を抱えている。Aがいまだ代金を受領していない以上、その返還義務は生じず、双方の債務が消滅するという解決を導くことができないからである。

受けた利益の返還義務の規定が原状回復義務とされるに伴い、価額償還義務の規定も置かれなかったが、原物返還不能の場合の価額償還義務という考え方は、素案以後、改正法に至るまで維持されているといえる。この場合の価額償還義務は、間接的に、無償の法律行為の場合に善意者が現存利益の範囲で返還義務を負うとされることから導かれる。すなわち、有償の法律行為の場合には、善意者の返還義務は現存利益の範囲に限定されず、しかも、原物自体の返還は不能となっているのであるから、相手方を原状に回復させるためには原物に代わる価額を償還する必要があるからである。

### (iii) 利息・果実の返還義務

金銭を受領した者が利息返還義務を負うか、また、目的物を受領した者が果実の返還義務を負うかどうかについては、中間試案において給付を受けたものの果実返還義務が規定されていたところ、素案では、金銭の返還義務の場合には利息を付する必要がある、金銭以外の物の返還義務の場合には果実を返還する必要があるとされた。この時点で、解除の効果について、現545条2項で規定されている利息の返還義務に加えて、物の返還義務を負う場合に果実の返還義務を負うとする規定（新545条3項参照）を設けることが考慮されており、この点では、法律行為の無効と契約の解除の効果に関するバランスが意識されていたといえる。

---

<sup>11)</sup> 中間試案の補足説明（以下、補足説明）55頁参照。

しかし、要綱仮案の原案<sup>12)</sup>は、利息・果実の返還義務を削除した。この原案に付された補足説明<sup>13)</sup>は、解除の場合と異なり、無効及び取消しの場合にはその無効や取消しの原因に様々なものがあり、たとえば強迫による意思表示の取消しの場合のように、金銭や物の受領時からの利息や果実の返還を義務づけるのが必ずしも適当でない場合がありうることを考慮したものであるとする。これ以後、要綱仮案から改正要綱までこれが維持され、この結果、新121条の2にもこれらに関する規定が置かれなかったこととなった。

#### (iv) 善意者の価額返還義務の上限設定

上述した債権法改正検討委員会の提案⑤は、善意の給付受領者が原物返還に代えて価額償還義務を負う場合に、自己の給付した、あるいは給付すべき対価を限度とするとの考え方を採っていたが、このような上限設定に関する規定を設けるべきかどうかについても、議論は変遷した。

論点整理において、給付すべき対価を上限とする考え方が検討事項として取り上げられ<sup>14)</sup>、中間試案においては、給付の受領者が給付し、若しくは給付すべきであった価値の額又は現に利益を受けている額のいずれか多い額を限度とするとの案が示された。これは、冒頭事例の甲の売買において、甲の客観的価額が300万円である場合に、たとえば、Bが甲の滅失により250万円の保険金を受領していたときは、価額償還義務は200万円に限定されないとする趣旨である。もっとも、中間試案は、同時に、「給付を受けた者が当該法律行為に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額」とする考え方があることを注記している<sup>15)</sup>。

これに対し、素案は、価額償還義務について上限を設定するという考え方は学説上確立した考え方とはいえ、上限を設定する規定が解釈の余地を狭めることになることが懸念されるとして、この問題を解釈に委ねることとした。その後、素案の考え方が維持され、新121条の2もこの点に関するルールを置いていない。もっとも、これは、上限設定を積極的に認める規定を置かないとしたものにとどまり、新121条の2の反対解釈として、つねに客観的価額の償還義務を負うことになるわけではない。

<sup>12)</sup> 部会資料 79-1・4 頁。

<sup>13)</sup> 部会資料 79-3・4 頁参照。

<sup>14)</sup> 論点整理 99 頁以下参照。

<sup>15)</sup> 中間試案 8 頁。



#### （v）無効・取消原因の考慮

とくに詐欺や強迫による取消しの場合に、その被害者である当事者が給付を受領したときに、その返還義務の範囲について特則を設ける必要があるかどうかが議論され、この点についても改正の審議過程において、考え方が変化した。

すでに部会資料 23 において、詐欺の場合を例示して、無効原因等の性質によって返還義務の軽減を認める特則を置くことの可能性について検討することが示唆され<sup>16)</sup>、論点整理はこれを検討すべき論点として取り込んでいる。しかし、部会資料 53 の時点で、この案が提案内容から削除され、中間試案においても、これが維持された。

中間試案に対するパブリック・コメントでは、詐欺・強迫等の被害者について返還義務を軽減するべきであるとの意見が寄せられたが<sup>17)</sup>、素案は中間試案の考え方を維持し<sup>18)</sup>、その後、利息及び果実については、上述したとおり、無効・取消原因を考慮する必要があるとして、解除の効果とは異なる規定となったが、原状回復義務そのものについては、中間試案・素案の考え方がそのまま維持され、新 121 条の 2 においても、この点に関する明示的な規定は置かれていない。

もっとも、(iv) における返還義務の上限設定と同じく、無効・取消原因を問わず、有償の法律行為において各当事者が原状回復義務に従い、つねに客観的価額の返還義務を負うとする解釈が導かれるわけではないことに注意が必要である。

#### （vi）制限行為能力者及び意思能力を有しなかった者の返還義務

まず、現 121 条ただし書は、制限行為能力者についての返還義務の特則を定めているが、改正に際して、意思能力を有しない者（以下、意思無能力者<sup>19)</sup>）が行った法律行為の効果が無効であることを明文で規定することになると、これに対応して、意思無能力者についても、制限行為能力者と同じく返還義務の特則を設けることが必要と考えられる。そこで、部会資料 23 以後、意思無能力者についても、

<sup>16)</sup> 部会資料 23・3 頁。

<sup>17)</sup> 部会資料 71-2・66 頁以下参照。

<sup>18)</sup> 素案に対して、部会においても少なからず異論が述べられた。この点について、部会第 76 回会議議事録 49 頁以下参照。

<sup>19)</sup> 制限行為能力者とは異なり、意思能力の有無の判断は、法律行為の時点で個別になされるから、意思能力を有しなかった者（新 3 条の 2 参照）は、意思能力を欠く常況にある者の他、一時的に意思能力を欠く状態にあった者を含む概念である。したがって、これを意思無能力者と呼ぶのは誤解を招く虞もあるが、表現の煩雑さを避けるため、以下、意思無能力者という用語を用いる。

制限行為能力者の場合と同じ返還義務を負うとする考え方が示され、新 121 条の 2 第 3 項もこれを取り込んでいる。

議論が対立したのは、制限行為能力者・意思無能力者について、つねに現存利益の返還義務を負うにとどまるとするのか、あるいは、一定の場合には、これらの者についても、その例外を認めるべきかどうかであった。たとえば、未成年者が未成年であることを理由に法律行為を取り消した後に、受領した利益を費消した場合に、利得消滅の抗弁を主張することができるとするのは過大な保護を与えることになるのではないかとの疑問も生じうる。

部会資料 23<sup>20)</sup>を受けて、論点整理はこの点を検討項目として取り上げたが<sup>21)</sup>、中間試案では、意思無能力者が意思能力を回復し、法律行為を了知したときは、その時点での現存利益返還義務を負うとする案が示された。しかし、素案以降は、単に制限行為能力者・意思無能力者双方について、現存利益の範囲で返還義務を負うとする考え方が採られ、要綱仮案、改正要綱を経て、新 121 条の 2 第 3 項も、この点に関する特別規定を置いていない。

#### (vii) 善意の基準時

新 121 条の 2 第 2 項の文言によれば、無償の法律行為について善意の受益者が現存利益の返還義務を負うにとどまるとされる場合、その善意は「給付を受けた当時」を基準としており、その後に悪意となった場合にどうなるかを直接には規定していない。

当初は、善意・悪意の基準時についての考え方は必ずしも明確ではなかったが、部会の第 32 回会議後に開催された第一分科会<sup>22)</sup>においては、受領時点では善意であっても、その後に無効・取消原因があることを知ったときは、返還義務を負う可能性があることを認識するに至ったのであるから、その時点以後に受領した利益を費消する場合には返還義務を免れないとする考え方が示されていた<sup>23)</sup>。

これに対して、中間試案においては、「給付を受けた当時」に善意であった者は、法律行為が無効であること又は取り消しうるものであることを知った時点における現存利益の返還義務を負うとされた。その補足説明において、その後に悪意と

<sup>20)</sup> 部会資料 23・3 頁。

<sup>21)</sup> 論点整理 100 頁。

<sup>22)</sup> 分科会は、部会とは異なり、意思決定を行うものではないが、部会から付託された論点について補足的に検討を行うものとして設置された。

<sup>23)</sup> 部会第 1 分科会第 1 回議事録 28 頁以下参照。

なった者は、それ以後、給付者から返還請求される可能性があることを覚悟して、返還のためにその物を保管すべき立場に立つことになるから、故意に費消や転売などを行ったり、善管注意義務を尽くさなかったために滅失や損傷が生じた場合には、利得消滅を主張することができず、ただ、善管注意義務を尽くしていたにもかかわらず滅失・損傷が生じたときは免責されるが、これは、善意者に認められる利得消滅の抗弁の問題ではないとされている<sup>24)</sup>。なお、この場合に、受益者が単に返還すべき目的物を保管して、給付者からの取立てを待っていれば足りるのか、あるいは、より積極的に給付者のもとに目的物を持参する必要があるか、すなわち、不当利得返還債務の履行地をどう考えるかが重要な意味を持つと考えられるが、この問題点については、改正の審議を通じて、注意が払われていなかったように思われる。

703条・704条に関する現行法の解釈としては、704条の悪意者とは、当初からの悪意者のみならず、善意であった者が法律上の原因の不存在を知った後は、悪意者として利得消滅の抗弁を主張できなくなると解するのが通説であるが<sup>25)</sup>、上掲の補足説明はこれとは異なる考え方を採ったものといえる。

しかし、その後の部会資料 66A における説明において<sup>26)</sup>は、補足説明とは異なり、「当初善意であった給付受領者が悪意になった場合の原状回復義務の内容については学説が一致しているとは言えず、悪意になった後の利得消滅の抗弁が常に認められないとするのが適切か、学説の発展に委ねるのが相当である」とされ、単に、給付を受けた当時善意であった者は現存利益の返還義務を負うとされ、給付受領後の悪意の場合にどうなるかは解釈に委ねられることになった。その後、この立場が維持され、新 121 条の 2 第 2 項も、給付受領後の悪意については、とくに規定を置いていない。

---

<sup>24)</sup> 補足説明 57 頁参照。

<sup>25)</sup> 窪田充見編・注 2) 所掲 176 頁以下、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為上巻』（青林書院、1981 年）93 頁。最判平成 3 年 11 月 19 日民集 45 卷 8 号 1209 頁も悪意になった後の利得消滅の抗弁は認められないとする。我妻榮『債権各論下巻一』（岩波、1972 年）1104 頁は、事後的に悪意の利得者となるとしつつ、善管注意義務を負うと述べる。筆者は、当初からの善意者と事後的な悪意者を区別し、事後的な悪意者は他人の財産を保管する立場にあることをつとに主張していた（磯村保「契約の無効・取消の清算—各論的考察」私法 48 号 47 頁以下、53 頁以下（有斐閣、1986 年））。

<sup>26)</sup> 部会資料 66A・38 頁参照。

### Ⅲ 新 121 条の 2 をめぐる解釈上の問題点

#### 1 無償の法律行為の場合の原状回復義務

新 121 条の 2 の成立に至る概括的な整理を踏まえて、以下、新 121 条の 2 がどのような点を明らかにし、どのような解釈問題を残しているかを検討する。まず、同条 1 項・2 項の対比から、無償の法律行為と有償の法律行為を区別して考える必要があるが、無償の法律行為の典型事例として、贈与契約が無効であった場合の受贈者の返還義務を検討する。

##### (1) 受贈者が給付の受領時に悪意であったとき

A が贈与者、B が受贈者であり、まず、A が無効な贈与契約に基づき乗用車甲を贈与した場合に、B が当初から贈与契約の無効を知っていたとき、あるいは、贈与契約に取消原因があることを知っていたとき（新 121 条の 2 第 2 項の文言参照）には、B は悪意者として、第 1 項に従い原状回復義務を負い、利得の消滅が生じたとしても現存利益への縮減を主張することができない。この場合、甲の滅失・損傷について B に帰責事由がなかったとしても、返還義務の不能について帰責事由がなかったことを主張して返還義務を免れることができない。B は法律上の原因のないことを認識しながら甲を自己の支配下に取り込んでいる以上、目的物の滅失・損傷のリスクを負うべきものと考えられるからである。このことは、新 121 条の 2 の原状回復義務については、債務不履行の一般原則をそのまま適用することができない場合があることを示している。すなわち、B が不当利得返還義務を負い、その義務の履行不能について帰責事由がなかったとしても、履行義務が価額償還義務に形を変えて存続し、B は返還義務を免れることができない。

もっとも、反対に、返還義務を負う B に、返還義務の履行不能について帰責事由がある場合、あるいは、B が履行遅滞に陥った後に帰責事由なくして目的物が滅失・損傷したときに、A が原状回復請求に加えて、415 条に基づいて損害賠償請求ができるかどうかという問題は残る。A が甲の返還を受けられないことによって甲の客観的価額以上の損害を被る場合に、B は 416 条の範囲で損害賠償義務を負うと解すべきである。

この場合に、甲の返還義務の履行地がどうなるかが重要な意味を持つ。目的物

が特定物であることからすると、新484条1項の規定が適用されるかのようにみえるが、同項が当事者の意思推定規定であることを考慮すると、特定物における取立債務の原則が不当利得返還債務についても当然に適用されるべきかどうかは疑問である。むしろ、法律行為の無効・取消原因を考慮して履行地を定めるべきであり<sup>27)</sup>、とくにBの欺罔や強迫によって、Bが甲の引渡しを受けた場合には、Bは持参債務を負い、Bがその履行のために現実の提供をする前に、甲がBの帰責事由なくして滅失・損傷した場合であっても、履行遅滞後の滅失・損傷に当たり、Bは損害賠償義務を免れないと解するべきではないかと考える。

## (2) 受贈者が給付の受領時に善意であったとき

(1) とは異なり、受贈者が給付受領時に善意であったときは、現存利益の範囲で返還義務を負う。甲がBの下で滅失・損傷したり、第三者Cに無償で譲渡する場合、Bの返還義務は現存利益の範囲に縮減されることになる。

問題点として残るのは、給付受領時には善意であったが、その後に悪意者となった場合である。改正の審議過程においても、この場合の取り扱いについては解釈に委ねられることとなったが、では、具体的にどう考えるべきか。改正法の下でどのような解釈論が展開されるかはいまだ不明であるが、筆者はつぎのように考えている。

まず、Bは悪意となった時点で、甲をAに返還する義務を負うことを認識するに至ったのであるから、その後、甲の利用を継続した場合には、その利用によって生じるリスクを自ら負担すべきものと解される。したがって、Bが車の走行を継続し、交通事故によって甲が滅失・損傷したときは、たとえBが交通事故の発生自体についてまったく帰責事由がない場合であっても、甲の価額償還義務を免れることはできない。

これに対し、Bが甲を新400条の規定に従って保管（保存）しつつ、Aに対して甲の引取りを求めた場合には、ここでも、(1)におけると同様に、取立債務であるのか、持参債務であるのかが重要な意味を持つ。Bが持参債務を負っていたとすれば、Bが悪意となった後に自己の下で保管しているだけではたりず、Aの下に持参して現実の提供を行う必要があるから、Bがこれを怠っている間に甲の滅失・損傷が生じた場合、413条の2第1項によって、Bは損害賠償義務を負う。

<sup>27)</sup> 磯村保・注25)所掲48頁参照。

しかし、Bが給付受領の時点で善意であり、法律行為の無効・取消原因がB側にあったといえないときは、BはAに対して甲の受領を催告して保管すればたりると考えられる。

### (3) 利息・果実の返還義務

贈与の事例で、贈与の目的物が甲ではなく、金銭であった場合を考えると、新121条の2第2項と704条の関係が問題となりうる。新121条の2は703条・704条に対する特則であるといわれることが多いが<sup>28)</sup>、有償の法律行為についてはそのように考えることができるとしても、無償の法律行為について、704条との関係をどのように理解するかはなお問題が残されている。

すなわち、受贈者が当初から悪意の場合、新121条の2第2項の適用がなく、金銭を受領したBは同条1項に従って原状回復義務を負うが、かりに、悪意の受益者として704条の適用を受けるとすると、Bは受領した金銭に加えて当然に利息返還義務を負う。新121条の2においても、当初から悪意の受贈者が利息返還義務を負わないとする合理的な理由はなく、この限りでは、704条の認める利息返還義務は、121条の2第1項の原状回復義務の解釈を通じて同様に解すべきものと思われる。

では、Bが善意の受益者であったときはどうなるか。現在の経済状況からすると、実際上の意義は乏しいが、Bが受領した金銭を預金し、その利息が生じたという場合には、元本について法律上の原因がない以上、実際に生じた利息の保持を認めるべき理由はないと思われる。この点は703条の一般原則においても同様に考えるべきである<sup>29)</sup>。

では、車のように、物が贈与された場合に、果実や使用利益の返還義務についてどう考えるべきか。当初からの悪意者は、金銭の場合とのバランスからすると、実際に果実を得たか、あるいは使用利益を得たかにかかわらず、利用可能性があった以上は、その利益についても返還義務を認めることができると解される。

---

<sup>28)</sup> 補足説明52頁、筒井健夫・村松秀樹編著『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）（以下、筒井他編著「一問一答」）35頁等。これに対して、山本・注4)所掲339頁の脚注(39)は、新121条の2が前提とする類型論は、双務ないし有償契約について703条・704条が適用されないとする趣旨であることを指摘する。

<sup>29)</sup> 最判昭和38年12月24日民集17巻12号1720頁は、銀行は善意であっても利息相当額の返還義務を負うとするが、銀行は受領した金銭を運用するのが常であり、当時の利息状況からすると、この結論は支持される。しかし、現在において、当然に法定利息の返還義務を負うと解すべきかは別個の問題である。

もっとも、その場合に、目的物の使用による減価と果実や使用利益の関係がどうなるかは、必ずしも明らかではない。たとえば、乙土地の贈与が無効であった場合に、悪意の受贈者 B が乙土地を他人に賃貸して法定果実を得ていた場合、B は原物である乙土地とともに、返還までに得た賃料収入を返還する義務を負うと解されるが、その場合、乙土地については利用による減価という問題は通常生じないから、A は乙土地の原物返還を受けるとともに、果実の返還を受けることができる。B が乙土地を他に賃貸せず、自ら使用していた場合、この使用利益は法定果実にはあたらないが、一般に果実の返還義務が問題となる場面では、他人に利用させた場合と自らが利用した場合とで区別する理由がないと考えられており、使用利益の返還義務も認められる。この結果は、一見すると、A に原状回復以上の利益を生じるように見えるが、A が乙土地を B に贈与し、引き渡していなければ、A は B と同じく、乙土地を第三者に賃貸し、あるいは、自ら利用することによって利益を得ることができたはずであるから、B に原物返還及び果実・使用利益の返還義務を認めてもバランスを失するとはいえないと考えられる。

B が給付受領時に善意であっても、実際に乙土地から賃料収入を得たとき、あるいは自ら使用して利益を得たときにも、これらの利益の返還義務は原状回復義務に含まれ、かつ、利得消滅がない以上、悪意の場合と異ならないように見えるが、善意者の場合には、実際に得た利益が現存している限りにおいて返還義務を負うのに対して、当初から悪意の B は、使用収益の可能性があったかぎり、実際に利益を得ていたかどうかに関わらず、つねに返還義務を負うことになる。

では、車のように、利用によって減価が生じる場合<sup>30)</sup>には、これと異なる結果となるか。上掲の乙土地の贈与と対比すると、かりに甲の客観的価額が贈与時において 200 万円であり、使用による減価が生じたため、甲の価値が 160 万円に低下していた場合、甲を原状で回復するためには甲の原物の返還とともに、減価した差額 40 万円を返還すべきであり、かつ、A は、この差額に加えて、B の得た果実や使用利益の返還を求めることができるように見える。しかし、A が甲を贈与することなく、甲を第三者に賃貸し、あるいは自ら使用していたときは、A はその果実や使用利益を得る代わりに、甲の減価を甘受すべき立場にあったのであ

<sup>30)</sup> 動産であっても、たとえば美術品の場合には、使用による減価という問題は生じず、土地の場合と同様の議論が当てはまる。建物の場合、使用により一定の減価が生じるが、その減価が使用利益に対応するものとはいえないのが通常である。

るから、果実や使用利益の返還は、目的物の減価分の返還請求とは相容れないとも考えられる。

新121条の2は、上述したとおり、解除との相違を強調し、果実や利息返還義務に関する規定を置かず、解釈に委ねることとしているが、無効・取消原因の問題を超えて、安定した議論が得られているとはいえず、画一的なルールを規定することができる状況にはなかつたともいえる<sup>31)</sup>。

この点は、703条・704条の一般原則においても同様に問題となるが、善意・悪意の意義や、事後的な悪意の取り扱いについても、無償の法律行為の不当利得返還義務が703条・704条と異なるものであるとすると、新121条の2第2項は、無償の法律行為の場合に関する善意者の返還義務の範囲について新たに規定を設けたところに意義があるのではなく、むしろ、有償の法律行為の場合には同条1項の原則が適用され、善意者の返還義務が現存利益に限定されないとする点を明らかにした点にこそ、その意義があるといえる。

#### (4) 物に投下した費用

新121条の2の問題として、直接議論の対象とされていないが、現行法における不当利得の一般原則の問題の1つとして、受益者Bが目的物に投下した費用(甲の修理や改造のために支出した費用)の償還義務の問題がある。

改正の審議における当初の考え方のように、受領した利益の返還義務というアプローチをする場合、受益者が受領した物に投下した費用の回復の問題は、これと関連するものの別個の問題として位置づけることが自然かもしれないが、無効である法律行為の原状回復という観点からすると、物に投下した費用も含めて考える必要があったと思われる。

この問題については、従来、703条・704条の枠組みの中で議論されてきた解釈論が改正法の下でも続けられることになろう。具体的に、196条ないし299条の類推適用を認めて、その範囲で費用の償還請求を認める考え方と、必要費・有益費に限らず、返還請求をする者にとっては無駄な費用であっても、善意で費用支出をした者は、給付を保持できると信頼しているのであるから、利得消滅を主張

---

<sup>31)</sup> 本稿のテーマとはやや離れるが、解除について、解除原因がいずれにあるかを問わず、一般的に利息返還義務や果実返還義務を負うとする規定の合理性に疑問がないとはいえない。たとえば、売主が代金の一部を受領した後、買主の残代金不払を理由として契約を解除した場合に、売主が受領した一部代金について当然に法定利息を付する義務があるとするには疑問も残る。



することができるという考え方が対立する<sup>32)</sup>。もっとも、利得消滅の抗弁として支出費用の償還請求を考慮することができるかどうかは問題となるだけでなく、有償の法律行為が無効である場合には、後述するように、利得消滅の抗弁が排除されることとの関係が問題となる<sup>33)</sup>。

196 条は、占有者が善意で費用を支出した場合にも適用される規定であるが、この規定は、契約関係に立たない所有者と占有者の間での利得調整規定であるにとどまらず、費用支出者の利益と、自己の意思の関与なしに一定の利益を得ることになる物の所有者の利益の調整規範としての意味を持つこと、299 条は、他人が所有者であることを認識している場合の規定であり、法律行為の無効の場合、むしろ 196 条の規定がより適合的であると思われることからすると、196 条の類推適用を認めるべきではないかと考える。

## 2 有償の法律行為の場合の原状回復義務

### (1) 利得消滅の抗弁の排除

新 121 条の 2 の最も重要な意義は、有償の法律行為について、703 条の適用が排除されることを明らかにした点にある。有償の法律行為（典型的には売買契約）の場合、相手方から受領する利益を保持できるとする信頼は、自分が相手方に対して反対給付をするという代償を払うことと不可分に結びついているのであるから、相手方に対して給付した利益の返還を求めつつ、自己の返還義務を免れるとすることは、バランスを失するものといえる。この結論を導くための法律構成として、有効な双務契約の成立を前提とする危険負担規定を契約の無効の場合にも類推適用するという考え方に疑問があることは、先述したとおりであり、新 121 条の 2 が原状回復義務を規定し、かつ、無償の法律行為について善意の受益者の例外を定めることにより、有償の法律行為が無効となる場合には、原状回復義務が現存利益に縮減されないという考え方をとったことは支持されるべきである。

もっとも、このことを前提として、有償の法律行為の場合の返還義務の範囲についてはなお少なからず問題が残されている。

<sup>32)</sup> 窪田充見編・注 2) 所掲 114 頁（藤原正則執筆）、藤原正則『不当利得法』（信山社、2002 年）151 頁以下、四宮・注 25) 所掲 131 頁。

<sup>33)</sup> 藤原・注 32) 所掲 151 頁は、一方的給付利得のケースを念頭に置いているようであるが、有償の法律行為の場合にどう考えるかは明らかではない。

## (2) 善意者についての価額返還義務の縮減の可能性

改正の審議過程における議論の経緯からも知られるとおり、冒頭の売買契約事例において、甲の客観的価額が合意された売買代金の額を超える場合に、Bが原状回復義務により客観的価額の全額について支払義務を負うことになるかどうかについては、議論が対立し、結局、解釈に委ねられることになった。

筆者は、703条の解釈問題としても、Bは有償契約に基づいて負担していた債務の限度において利得の消滅を主張することはできないと考えてきた<sup>34)</sup>。私見によれば、中間試案において対比された、対価を上限とする返還義務の考え方と現存利益の範囲で返還義務を負うとする考え方の対立は、このような例外を認める趣旨を正確に理解すれば解消することができたと考えられる。すなわち、Bは本来、受領した利益の返還義務を負うのであるから、原物返還が不能となった場合にも価額返還義務を免れないのが原則であるが、善意者についてこれを無制限に認めると、Bは自己の意思に反して高い売買代金の支払を強いられるのと同じ結果になることから、価額返還義務の縮減を認める必要があるが、その縮減の範囲はBが負担していた反対債務の額までに限られると解される。なぜなら、その額については、Bはもともと甲を取得する代償としてAに帰属することを覚悟すべきであったからである。このようにみると、甲の原物返還が不能となっても、その価額のうち、たとえば、250万円が現存利益としてBの下に残っているのであれば、Bは200万円の返還と引換えに250万円の価額返還義務を負うと解すべきである。この場合、Bは50万円の支出を自己の財産から強いられるわけではなく、Bにとって過大な利益となる50万円をAに返還することになる。換言すれば、善意の受益者は、自己の負担していた反対債務の額まで利得消滅を主張することができることになる。

筆者自身は、上述した考え方は新121条の2第1項の解釈としても維持することができると考えているが、同条の解釈が今後どのように推移するかを見守る必要がある。

## (3) 詐欺・強迫の被害者の返還義務

改正の審議過程において、有償の法律行為が相手方の詐欺・強迫に基づくものである場合、欺罔を受け、あるいは強迫されて相手方から給付を受領した善意者

<sup>34)</sup> 磯村・注25) 所掲53頁参照。

について、一般原則とは異なり、返還義務を緩和するべきだとする考え方が有力に主張された。新121条の2は、利息や果実の返還義務についての規定を置かないという限りで、この事情を考慮しているが、1項の原状回復義務については、特段の規定を置かなかった。

しかし、詐欺・強迫について、一般的に返還義務の例外を認めることについては疑問が生じる。たとえば、売主Aが甲の品質について、故意に事実を反する説明を行い、これによってBが甲を買い受けた場合において、Bが品質の契約不適合を知らずに甲を運転し、交通事故によって甲が滅失したときに、Bは全額について返還義務を免れるべきだろうか。詐欺・強迫について、返還義務の例外を認めるとする立場は、Bが利得を押しつけられたという点を強調するが<sup>35)</sup>、もともと買う気のなかった物を欺罔によって買わされたという場合には、この議論が当てはまるとしても、品質の契約不適合事例では、買主Bは、自己の決定に基づいて甲を買い受けているのであり、品質の契約不適合に由来しない滅失・損傷について、本来であれば所有者として負担するべきであったリスクを売主Aに転嫁することができるとするのはBの過大な保護となるのではないか。したがって、詐欺・強迫の場合に一律に返還義務の例外を認めるのではなく、利得の押しつけといえるのはどのような場合であるかを明らかにし、そのような場合に限定して原状回復義務の例外を解釈によって認めていくべきではないかと考える。

なお、改正の審議過程において、詐欺・強迫の被害者の保護必要性が繰り返し指摘されていたことを受けてであろうか、筒井他編著『一問一答』36頁は、詐欺等の場合には、加害者から交付された目的物については、被害者は708条により返還義務を負わないと述べる。しかし、少なくとも現行法における同条の解釈を前提とするかぎり、同条にいう不法原因とは、新90条の公序良俗違反に当たる場合を指すものと考えられており、96条1項の取消し要件を充たす場合がすべてこれに該当するとは考えられていない。詐欺者・強迫者が同時履行の抗弁を主張できるかどうかについて議論が対立しているが<sup>36)</sup>、これは、詐欺者・強迫者も不当利得返還請求が可能であることを前提とするものである。したがって、例外的に欺罔や強迫行為の結果、行為者の行った給付が708条に該当する場合がありますとしても、これを一般化することには無理があると思われる。

<sup>35)</sup> 山本・注4) 所掲328頁参照。

<sup>36)</sup> 窪田充見・注2) 所掲120頁以下（藤原正則執筆）、四宮・注25)所掲127頁等参照。

#### (4) 利息・果実の返還義務

無償の法律行為の場合と同様に、利息や果実の返還義務は有償の法律行為の場合にも生じる。改正の経緯から、解除の規定とは異なり、無効・取消しの原因を考慮する必要があるとして、新 545 条 2 項・3 項に対応する規定は置かれていない。

しかし、上掲の品質の契約不適合のケースを考えると、買主 B が契約不適合を理由として契約を解除する場合と、品質に関する詐欺や錯誤を理由として契約を取り消すとき場合との間で、利息や果実の返還義務について相違を認めることの合理性に乏しい。解釈論としては不透明なところが残るが、利得の押しつけに当たるような例外的な場合を除いて、無効・取消原因にかかわらず、解除の効果との整合性を図ることが必要ではないか<sup>37)</sup>。

#### (5) 物に投下した費用

この問題は、無償の法律行為の場合と同様に、有償の法律行為の場合にも生じるが、前述したとおり、新 121 条の 2 は、この点についてとくに規定を設けていない。費用支出者とそれによる利益取得者との調整は、有償・無償の区別にかかわらず同様に必要となることから、この場合にも 196 条の類推適用を認めるべきである<sup>38)</sup>。

#### (6) 悪意者の返還義務

まず、当事者の一方ないし双方が、法律行為が無効であることを知っていたときに、それぞれ、悪意者としてどのような責任を負うことになるか。新 121 条の 2 第 1 項・2 項からすると、善意者であっても、原則として利得消滅の抗弁を主張することができず、1 項の原状回復義務を負うから、その限りにおいて善意者と悪意者の区別は意味を持たないように見える。

しかし、善意者について、上述した、自己の反対給付の額を超える部分につい

<sup>37)</sup> もっとも、注 31) でも言及したとおり、解除の効果として新 545 条 2 項・3 項の規定が政策的に妥当であるかは疑問も残る。利息と果実の対比についても、利息返還義務は実際に利息を得ることができたかどうかに関わらず認められると解されるが、果実については「生じた果実」とされており、「生ずべきであった果実」とはなっていない（これに関して、189 条 1 項及び 190 条 1 項を参照）。

<sup>38)</sup> 同様の問題は解除の場合にも生ずるが、従前から、196 条や 299 条の類推適用の可能性について議論が続けられてきた。この点について、中田裕康『契約法』（有斐閣、2017 年）232 頁、山本敬三『民法講義IV-1 契約』（有斐閣、2005 年）197 頁。

て利得消滅の抗弁を主張できるとする考え方を採る場合、悪意者についてはそのような抗弁を認めることができず、この点で悪意者の返還義務は加重される。この場合、悪意者は、当初から、法律上の原因がないことを知りながら相手方から給付を受領し、自己の支配下に置いた者として、物の滅失・損傷のリスクを引き受けたのであり、客観的価額による価額償還義務を負うべきものと解されるからである。

では、それにとどまらず、悪意者は704条の場合と同じ責任を負うべきか。この点は、新121条の2をめぐる議論においても、十分検討されていなかったように思われる。すなわち、議論の焦点は、善意者であっても利得消滅の抗弁を主張することができないという点にあり、金銭の受領者が利息返還義務を当然に負うか、物の受領者が果実や使用利益について、現実にその利益を取得したかどうかに関わらず返還義務を負うか等の問題は、積極的に議論されてこなかった。

規定の体裁からすると、法律行為が無効である場合の効果は、新121条の2にしたがって判断することになるが、実質的な問題は、給付の受領者が当初から悪意であった場合に、その返還義務の内容を704条と同一のものとするべきかどうかにある。無償の法律行為の例として贈与契約の無効の場合に、悪意の受贈者について述べたところと同様に、有償の法律行為についても、当初からの悪意者について、704条とは異なる返還義務を負うとする理由は見いだしがたいように思われる。

これに対して、当初は善意であった受益者が法律行為の無効を認識した時点以後、どのような責任を負うかは、考え方が分かれうる。また、この場合に、目的物の受領者が持参債務を負うのか、取立債務を負うにとどまるのかという問題をあわせて検討する必要がある。

冒頭の売買事例で、買主Bが売主Aの詐欺や強迫によって契約を締結し、車を受領した場合に、被害者であるBが詐欺に気づき、あるいは強迫状態を脱したときは、その時点から、追認をするか取消権を行使するかの選択が可能となり、また、取消原因を知った悪意者となる。しかし、この時点で利得返還義務の範囲が固定され、Bが、その後の目的物の滅失・損傷のリスクをすべてについてすべて責任を負うとすることは疑問である。この場合、Bは、Aが所有する目的物を保管しているにすぎないことから、Aに支払った代金の返還を求めることができると同時に、Aに対して甲の受領を催告し、Aがこれを受領するまでAの所有する

目的物を保管すれば足り、かつ、A が受領遅滞に陥る場合には、B の保管義務は413条1項にしたがい、自己の財産に対するのと同様の注意義務に軽減されると考えることができるのではないか<sup>39)</sup>。

また、錯誤取消しが問題となる場面では、いずれの当事者が取消権を行使するのかによって区別し、買主B が取り消した場合、B は甲をA に持参する必要があるが、A が取り消したときは、単に受領を催告すればたりると解することが考えられる。

これらは、改正法の下で事後的な悪意者がどのような責任を負うべきかについての一つの試論にすぎないことはいうまでもなく、また、改正法の条文の中に十分な手がかりがあるわけではない。しかし、有効に成立した有償契約の履行過程における問題とは異なり、もともと、民法の中に、法律行為の無効・取消しの場合に特化したルールが存在していたとはいえ、また、改正民法の中でも、給付受領後の悪意者の取り扱いについては、解釈に委ねられることになった以上、具体的な提案を行い、そのような解決の可能性の当否について議論が必要であると考えている。

### 3 制限行為能力者・意思無能力者の返還義務

新121条の2第3項は、現121条ただし書の規定を意思無能力者にも拡大して、1項・2項に対する特則を設けたものであるが、無償の法律行為における給付受領者との関係では、給付の受領時に悪意<sup>40)</sup>であっても現存利益の範囲で返還義務を負うことに意味があり、また、有償の法律行為における給付受領者との関係では、給付の受領時に善意であったか悪意であったかを問わず、現存利益の範囲で返還義務を負うにとどまることに意味がある。これらの規定は、意思無能力や行為能力の制限を理由に無効や取消しが認められても、すでに事実上履行がなされた場合に、原状回復義務を負い、利得の消滅が主張できないとすれば、無効・取消しを認めることの実質的意味が失われ、法律行為が有効であったことと同一の結果になることを考慮したものであり、また、その限りにおいて、このような特則を

---

<sup>39)</sup> 磯村保・注25) 所掲53頁において主張していた考え方である。

<sup>40)</sup> もっとも、意思無能力者が給付を受領する時点で意思無能力であったときは、そもそも「悪意」という法的評価をすることもできないといえる。一定の年齢以下の未成年者や成年被後見人についても同様の問題がある。

設けることの合理性・必要性が認められる。

しかし、とくに一時的な意思無能力者について、意思能力を回復し、法律行為を了知した場合にも、現存利益の返還義務を負うとするだけでよいのかについて議論があり、当初は、その時点での現存利益の返還義務を負うとする案も示された。その後、事後的に悪意となった者について返還義務の範囲が解釈に委ねられることになったことに伴い、意思無能力者が意思能力を回復した場合についても同様に解釈に委ねられることになった。

このことは、条文化を見送るという意味を有するにすぎず、そのルールを、解釈を通じて定める必要性があることには変わりがない。今後どのような解釈論を採るべきか、少なくともその方向性を示すことが必要である。

また、制限行為能力者については、とくに責任能力のある者（712条、713条参照）が新121条の2第3項の特則により厚い保護を受けることによって、相手方に損害が生じる場合に、709条の適用が認められるかどうかという問題も存在する。単なる過失の場合に、709条の適用を認めると、法律行為のレベルで制限行為能力者を保護するという目的が、不法行為による損害賠償義務を認めることによって達成されないことになる。他方、返還義務を負うことを認識している制限行為能力者が責任能力を有している場合に、他人の財産を滅失・損傷させても、現存利益の範囲でしか返還義務を負わないとするルールが合理的であるとは思われない。

制限行為能力者については、行為能力の制限を理由として取消権が行使された後、すなわち、当該利益が自分の財産として保持することが許されないことを認識するに至った後に、故意又は過失によってその利益を減少・消滅させたときは、709条の一般原則に従って損害賠償義務を負うと考えるべきではないか。また、意思無能力者が意思能力を回復し、あるいは制限行為能力者が行為能力者となった後に、法律行為と給付の受領を了知したときは、一般の悪意者と区別して取り扱うべき理由はなく、給付受領時に善意であった者が事後に悪意となった場合と同じ責任を負うと考えるべきではないか。

これらも、条文の文言からは導くことができないルールであるが、議論されるべき一つの試案として提示するものである。

## IV 結びに代えて

新 121 条の 2 は、上述したとおり、現行法と対比して、不当利得の返還義務に関して重要な変更を加え、有償の法律行為が無効であった場合について、とりわけ善意の給付受領者の返還義務について新たなルールを明示するものである。しかし、その点を除くと、多くの問題が解釈に委ねられており、また、有償・無償の法律行為における当初からの悪意者の返還義務の範囲についても、704 条の規定の解釈とどう違うのかが不透明なままである。

不当利得の体系論との関係でも、新 121 条の 2 がどれだけの意味を持つのかについては慎重な検討が必要である。有償の法律行為が無効である場合の効果については、現行法の解釈として 703 条の適用を否定してきた類型論と親和的な内容となっており、「類型論にしたがうものであることは明らかである」という評価も見られる<sup>41)</sup>。類型論をどのように理解するかにもよるが、双務有償契約については善意者であっても 703 条を適用することは妥当でないという考え方は類型論によっても主張されてきた考え方であるが、新 121 条の 2 から、給付者の意思にしたがってなされた給付の不当利得と、それ以外の不当利得類型（侵害利得、費用償還利得等）を区別するという考え方が読み取れるとはいえないであろう<sup>42)</sup>。有償の法律行為について、有償性を考慮する必要があるとする考え方は、法律構成の違いはともかく、現行法においても多くの学説において共有されてきたところであり、新 121 条の 2 のメッセージは、有償の法律行為について、703 条をそのまま適用することはできないとするルールを明文化し、かつ、受領した利益の原物返還が不能であっても価額償還義務に形を変えて返還義務が存続するという趣旨を間接的に規定したという点にあると考えられる。

契約の清算という観点からは、契約の無効について適用される新 121 条の 2 と解除の効果に関する新 545 条の原状回復義務との関係についても問題が残されている。先述のとおり、利息と果実の返還義務に関連して、法律行為の無効・取消

<sup>41)</sup> 山本・注 4) 所掲 339 頁。潮見佳男『民法（債権関係）改正の概要』（金融財政事情研究会、2017 年）30 頁も同様の評価をしている。

<sup>42)</sup> 意思無能力者の「給付」は、法的に、その意思に基づいて行われた給付とはいえず、給付利得に当たらない。詐欺・強迫に基づく給付についても、侵害利得に当たるとする考え方も主張されている（四宮・注 25) 所掲 100 頁参照）。反対に、給付利得は、法律行為の無効・取消しの場合に限られない。



しの場合には、解除と異なり、無効・取消原因を考慮する必要があるとして、両者の間で区別する考え方がとられた。しかし、新 545 条についても、約定解除の場合と法定解除の場合とで利益状況には相違があるほか、解除原因が給付者側にあるのか、給付受領者側にあるのかによって、区別する必要があるといえるかどうかは、それ自体として議論の余地がある。また、とくに解除権が行使された後の各当事者の返還義務については、各当事者が受領した利益を返還する必要があることを認識している点で、新 121 条の 2 における取消権行使後の法律関係と類似するのみならず、解除について直接効果説を採る判例・通説の立場によれば、不当利得に関する特則である新 121 条の 2 と新 545 条のすりあわせが必要となる。

法律行為の無効の効果に関する規定の新設にもかかわらず、多くの問題が解釈論に委ねられている状況で、今後必要とされる作業は、条文においては未解決のまま判例・学説に委ねられることになった空白をどう埋めていくか、どのような解釈論をどのように構築していくかであり、本稿で提示したいいくつかの考え方も、そのささやかな試みに過ぎない。条文からは直接導かれない、より透明性の高いルール形成のための一助となれば幸いである。