The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	「転換」法理についての覚書
Author(s)	平田, 健治
Citation	阪大法学. 2004, 54(3), p. 1-29
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54881
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

論　説

「転換」法理についての覚書

平　田　健　治

一、はじめに

「転換」[1]は、当事者によって意図された法律行為が何らかの原因で無効であるが、同時に別の法律行為の要件に適合している場合に、一定の要件のもとにその別の法律行為として効力を認めることとされる。諸外国法[2]には民法上の規定として存在する場合が多く、そのため判例・学説上論じられる機会が多い。日本民法上は直接この法理を承認する規定は存在しない。[3]判例上言及されることはあるが、結論として承認されたものは、後述するように、家族法等、分野が限られる。学説はこのような状況を反映して、議論は活発ではなく、その法的位置づけも次に見るように、一定していない。

転換は、元来教会法に淵源[3a]をもつとされ、一八世紀の一学説[4]の主張で明確化され、ドイツ民法に採用され、他の法に継受される過程をたどった。当初より転換と解釈の密接な関係ないし両制度相互の相違の有無が議論されている。ドイツの通説・判例[5]は民法典上の規定の存在ゆえか、現在でもなお解釈と区別された法理という理解（解釈は

確認的機能、転換は形成的機能）を維持するが、当事者の推定的・仮定的意思を活用する補充的解釈としての一手法とする見解も有力である。[6]

ちなみに、ヨーロッパ共通の契約法典をめざすヨーロッパ私法法律家アカデミーのヨーロッパ契約法草案（通称パヴィア草案）[7]の一四四、一四五条[8]は、一部無効と転換をそれぞれ規定するが、内容は相互に対応するものが多く、公序良俗・強行法規違反の場合には、無効の否定的要素が大きく、一部無効も転換も用いえないこと、当事者の反対の意思が明らかである場合も同様に用いえないことを規定する。この点は、いわゆる公益的無効の場合には転換法理が用いえないこと、当事者の明らかな意思に反する形での転換法理適用もできないことを示唆し、この法理適用の制限的要件を示すが、それが一般の法律行為解釈の際の制約とほぼ同じであることは、この法理が解釈に際して考慮される技法の一つであり、それ以上のものではないことを示唆する。

法典上に転換法理につき、明文があることは、当該法典の解釈学上、その規定に何らかの意味を持たせようとする傾きないしは理由付け補強のための援用をもたらす。例えば、明文規定を有するドイツ民法における転換判例の多さや議論の豊富さはこのような背景を抜きには理解できないだろう。[9]しかし後述するように、転換法理のルーツを分析することで、転換法理が一時期の解釈方法論の制約の反映にすぎないことが判明すれば、そのような立場は批判されるべきであろう。

転換法理に比較的冷淡な国として、フランスが挙げられるが、状況は決定的に異なるとまでは言えないようである。[10]フランスにおいても、実質的に転換を承認したと見うる判決（為替手形の要件不備の場合の約束手形等への転換、利率の記載なき貸借の債務承認への転換、無効な保証契約の転換、無効な保険契約の無名交換契約への転換など）[11]は存在し、転換法理を対象とする文献[12]も少なくないが、規定がないためか独自の法理として取り上げようとす

る姿勢は全体としては低調のようである。その原因として、当事者の経済的目的の探求の必要性、十分な実定法上の基礎の発見の必要性、当初の行為（に含まれていた要素の活用）に由来する制約が裁判官の裁量を限定していること、などが挙げられるが、同時に、一部無効と同様に、（制約の多さを自覚しつつも）無効の厳格さを緩和する一手段としての意義を再評価すべきとする学説[13]もある。

転換法理と、他の法理との関係が問題となる。例えば、一部無効は、無効の及ぶ範囲を量的に限定して、その反面及ばないとされた部分は有効として保持する解釈手法であるが、他方、転換は当初の法的形式における全部無効を別の法的形式において承認する解釈手法であり、その手法には共通性がある。[14]無効行為の追認は、法理としての明確さに欠けるが、取消の追認と比較すれば、全部無効な行為の部分的活用という点で、ここでもその手法に共通性がある。

二、要件・効果

「転換」は、当事者によって意図された法律行為が何らかの原因で無効であるが、その行為の基礎にある社会的事実が同時に別の法律行為の要件に適合している場合に、一定の要件のもとにその別の法律行為として効力を認めることとされる。

一定の要件とは、通常はドイツ民法の一四〇条の規定にならい、当事者の仮定的意思との一致が考えられているが、意思をどの程度（具体性ないし抽象性の程度）要求するかにより、本来の解釈との距離が規定され、また転換法理の実質的根拠付けや必要性もそれに依存する。

転換において生じている思考作業が何を具体的に指しているのかという基本的な点についても明確ではない。例

えば、転換の問題から除外される場合として、名称の転換の場合（当事者の付した名称が内容と一致せず、本来の内容にふさわしい名称で扱うこと）や、当事者の意思表示により転換が生じまたは排除される場合（当事者が無効の場合のしかるべき扱いを予め表明している場合）など[15]が挙げられるが、これらを除外した転換固有の領域が存在するのかという疑問が生じうる。また、本来の転換と名称の転換は、前者が無効行為を前提とするのに対し、後者はそうではないという説明が理論上なしうるが、訴訟の場で考えると、この区別は判断者の動機の出発点の相違という意味に相対化され、当事者の意図を当初の構成にこだわらずに反映させるという共通性が前面化する。

三、判例

日本の判例上、転換法理を意識して用い、無効な行為を別の形式の有効な行為としての効力を認めた事例は、家族法の分野で顕著である。

第一に、虚偽の嫡出子出生届を認知届として有効としたものがある。大判大一五年一〇月一一日民集五輯七〇三頁は、「該届出中ニハ自ラ栄次郎ニ於テ被上告人カ自己ノ子ナルコトヲ認ムル意思表示ヲ包含スルヲ以テ父タル栄次郎カ所轄戸籍吏ニ対シ右ノ如キ出生届出ヲ為シ該出生子カ事実妾腹ノ子ナル本件ノ如キ場合ニ於テハ之ニ依リ私生子認知ノ効力ヲ生スルモノト解スルヲ相当トス」と述べ、同様の事案において認知の効力を認めたが、旧戸籍法（八三条前段）には、父のした庶子出生届に認知の効力が認められており、判決理由上は意思解釈であるが、戸籍法規定がその補強となっていた事情が指摘されている[16]。最判昭五三年二月二四日民集三二巻一号一一〇頁は「認知届は、父が、戸籍事務管掌者に対し、嫡出子でない子につき自己の子であることを承認し、その旨を申告する意思の表示であるところ、右各出生届にも、父が、戸籍事務管掌者に対し、子の出生を申告することのほかに、出生し

た子が自己の子であることを父として承認し、その旨申告する意思の表示が含まれており」と述べる。

第二に、父による非嫡出子出生届を認知届として有効としたもの（前掲最判昭五三年判決）がある。この点は、旧戸籍法に規定があったが、現行戸籍法は庶子出生届を廃止したため、戸籍実務は受理を否定していたが、学説の多数は認知の効力を認めるべきとした。この多数説に従ったのが本判決とされる。

他方、否定したものとしては、第一に、虚偽の嫡出子出生届を養子縁組届に転換することである。最判昭五〇年四月八日民集二九巻四号四〇一頁[17]は「右届出当時施行の民法八四七条、七七五条によれば、養子縁組届は法定の届出によつて効力を生ずるものであり、嫡出子出生届をもつて養子縁組届とみなすことは許されないと解すべきである」と述べ、原審大阪高判昭四九年五月三一日判決は、「当事者間に縁組意思があるからといって、嫡出子出生届に養子縁組届としての効力を認めると、未成年者の保護ないし福祉を目的とし、このため、自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合のほかは未成年者を養子とするにつき家庭裁判所の許可を得ることを要求している民法七九八条の規定を潜脱する結果を招来し、右許可のない未成年養子の発生を肯定することになり、そのために未成年の保護に欠ける場合も生じて、不都合である」と述べる。[18]

もっとも、下級審判決においては、このような立場が一貫されていたわけではない。

例えば、大阪地判昭四五年六月一五日家月二三巻八号六〇頁は、虚偽の嫡出子出生届の養子縁組への転換を肯定するに際し、当初の縁組意思のぜいじゃくさがのちの事実上の養親子関係に補強されて転換が可能となるとして、以下のように述べる。「これを事実上の養子縁組として若干の法領域における保護のみに甘んじさせるか、出生届の縁組届への転換を認めることにより法律上の縁組としての効力を認めるべきかについては、従来議論の存するところである。縁組の要式行為性を厳格に解するときは、所定の縁組届によらない限り法律上縁組関係を生ずるいわ

れはないのであり、身分関係の画一的な確定や虚偽出生届の防止という観点などから要式性を強調する意義は十分これを認めることができる。しかし一方、虚偽の出生届に基づき戸籍上の父母を真の父母と信じ生活を共にしてきた子が、実親子関係の不存在が明らかにされた結果少なくとも一旦は無籍者としての不利益を受けること、しかも子としては虚偽の出生届につき何ら責められるべき筋合でないことを考えると、厳格な要式性を絶対視することのみが必ずしも身分法秩序の理念に合致するものとは言えない。むしろ、右のような立場にある子を保護すべき特別の法制のない現在、縁組を要式行為とした趣旨に副い且つ単なる便宜論を回避しつつ、解釈により子の法的地位の安全をはかる努力がなされて然るべきである。

そこで先ず本件出生届により縁組意思の要式性が充たされたといえるか否かについて検討する。一体かかる要式行為性をどこまで絶対視すべきかは、結局そこでの意思表示の明確化の要請の程度にかかわるものであると考えられるところ、縁組の場合元来それによつて創設される養親子関係が重要な身分関係として高度の明確さをもとめられることは肯定されてよい。しかし、縁組届に具体化される意思表示の本体は、嫡出親子関係の設定にあるといつてよく、この点嫡出子出生届（以下単に出生届という）のそれと、創設的か報告的かという届出行為の性質の異別はともかく、彼此基本的には共通する要素をもち、且つ後者によつたからといつてその限りにおいては明確性をそこなうものでないことは明らかである。従つて縁組届という要式行為により実現されるべき養親子関係の設定という意思表示が、虚偽出生届のなかに潜在するとみて、かような届出をも右本来の要式に転換して考え得るとすることは、前記要式性の要請に背馳して絶対に許されないものであるとまではいえない。なお、届出という様式行為にともなう身分関係の公示の機能については、届出自体の問題としてではなく、それに基づく戸籍上の記載の問題として検討すれば足りるものと考えられる。

ただ、原則として縁組届による親の縁組意思なるものは、事実他人の子を自己の嫡出子とするにあるのに対し、出生届に具体化される意思は、事実自己の子を自己の嫡出子とする点、嫡出親子関係の設定という共通の平面に立つても、なお両者を同一視し得ない契機が存する。さきに述べたように、他人の子を恰も自己の子の如く出生届することのうちに、縁組意思の本体が潜在すると考え得るとしても、それは出生届をかりる限りにおいて本来の縁組届による縁組意思そのものではない。そこに、ふつうの養親子関係以上に濃い親子関係を設定しようという心情ないし意図のみをみるのは一面的で、養親子関係を始めからあらわにすることを躊躇するそれをも、同時にみてとるのが経験に則した客観的なみかたというべく、このことに鑑みれば、縁組意思そのものとしては、ぜい弱さがかくされているとみて差し支えない。このような、いわば検証されることを要する縁組意思は、後の事実上の養親子関係即ち親子らしい生活事実に裏づけられて、右の本来の縁組届による縁組意思と同一視し得るとすべく、かくて出生届の縁組届への転換も可能となるといわなければならない。しかし、本件の場合は、前認定のとおり、この生活事実の裏づけについては、問題は全くない。

次に本件出生届当時被告が一五歳未満の幼児であつたことから縁組における代諾意思が問題となる。本件では改正前民法八四三条所定の「其家ニ在ル父母」にあたる者が被告を原告らの子とすることにつき承諾を与えたとの事実はもとより、被告の実父母が誰であるかについてさえ証拠上明らかではない。元来、養子となる者が一五歳未満の場合に父母（現行法上は法定代理人）の代諾を必要とするのは、縁組を契約関係とみて当事者の能力を補充するためである。従つて、代諾はあくまで無能力者の利益においてなされる建前ではあるが、結果的に子の利益に適合しているからといつて安易に代諾の欠缺が治癒されたとすることはできない。ところで、出生届の性質上これによつて要式としての代諾意思が表示される方途はない。しかし、代諾意思が縁組届に表示される意味は、主として右

の意思を明確にする点にあると考えられるから、実質上これに相当すべき明確な代諾意思が存在した場合にはこれをもつて足りるものというべきである。そして、生みの親側の事情として、子を縁組させることが可能であつたにかかわらず、あえて自己との実親子関係を秘し、直接他人の嫡出子として出生届をすることを希望ないし認容していたと認められる場合は、単に縁組の形式を回避したにすぎず実質的に子の縁組についての代諾があつたものと解して妨げないであろう。しかも、通常実親子関係が世間に明らかになることを避けようとする生みの親には事実上右の希望ないし認容があるものと推定されるから、第三者や子を貰う側の要求等により生みの親の意思が無視されたとみられる特段の事情が存在しない限り代諾意思の存在を認めて差支えないものと思料される。本件においても、不義理の子だから貰つて欲しいと言われた前認定の事実からみて、少なくとも右のごとき実父母側の事情があつたものと推認することは可能であり、反面、前記特段の事情に相当すべきものは見当たらない。しかし、右に述べた点は、出生届の縁組届への転換の問題が虚偽出生届をされた子の事後的法的保護にあることに鑑み、具体的にかかる保護の必要性を生じた時点において、当該子につき代諾を要する年齢である場合にのみ届出当時における右意思の存否ないしその後の追認の有無として顧慮すれば足りるものと考えられる。本件において、被告は原告との間に実親子関係の存在しないことが明らかにされた時点では既に三四歳に達しているのであつて、出生届の縁組届への転換の問題の中でみる限り、この点において既に代諾の存在を顧慮すべき立場にはないと言えるのである。このような場合に、なお出生届当時代諾意思を欠いたとの一事をもつて縁組としての効力を否定し去ることは、当事者たる子の利益のためにある制度をその不利益にのみ機能させることになり、容易にこれを容認することはできない。従つて本件被告については、代諾権者や被告自身の明示または黙示の追認ないしその擬制を考慮するまでもなく、代諾の欠如はこれを不問に付して差支えないものというべきである。」

また、前橋地判高崎支部昭四九年六月一七日家月二七巻二号一〇四頁も事実上の養親子関係の長期の継続を考慮して、以下のように転換を認めている。

「（一）前掲証拠によれば、右出生届が為された当時は、佳助の母とよはかような事実を知らず、とよの父母の矢野正市夫婦がとよに無断で佳助を耕治夫婦に遣つたのであるが、その後とよは佳助が恒村耕治夫婦に貰われてその膝下で養育されている事実を知つたけれども、以後その事について何等の異議を述べなかつたことが認められるので、養子縁組についての子の代諾権者である矢野とよも佳助が養子となることを承諾していたこと及びその意向を恒村夫妻も知つていたものと推認するのが相当である。

（二）なお右証拠によれば、恒村夫妻は佳助を真実の子と同様に養育して成人させ佳助も恒村夫妻を実の親と思つて成育したことが認められる。

（三）以上認定の事実によれば、佳助の出生届を為した当時、恒村夫妻には佳助を養子とする意思が有つたが、佳助の親権者たる矢野とよにはその意思が無く、とよの父母により無断で為されたものであるが、その後佳助が被告夫妻の手許で養育されていることを知るに及んでこれを暗黙に承認したものであり、しかも恒村夫妻と佳助との間には親子関係と称するに相当する具体的な生活関係が長期に亘つて継続したものと云えるから、かような場合、子の代諾権者たる矢野とよは、矢野正市夫婦により無権限で為された佳助と恒村夫妻との無効な養子縁組を追認したものと認めて妨げない。

（四）ところで養子縁組は、その旨の届出の受理によつて成立する要式行為とされているが、養父たるべき者の為した出生届には、子を養子とする意思が内包されているものと解し得るとしても、養母となるべき者及び代諾権者の意思が表示されていないので、かような点に問題が存することを否定し得ない。

しかし乍ら身分行為に必要とされる要式性は、該行為成立の確実性を担保し且つその旨を一般に公示することを目的とするものと解されるところ、嫡出子出生届には、少なくとも養親子関係を形成しようとする合意の為されたことが、養親のうちの一人からの届出によるとは云え、明確にされているということができるのみならず、親子関係の成立は、出生届によつても一応公示されるものということができる。そして当事者に真実の親子と同様の関係を創設する真摯な意思があり、且つその意思が対社会的に公示され、しかも実質的に親子に相応しい生活状態が相当期間継続し、実質的な縁組意思及び代諾意思が客観的にも動かし難いものと認められる程度に達している場合には、形式上の欠点の故に、かような実質的な親子関係を一挙に否定し去ることは相当でなく、この意味において、嫡出子出生届は、養親子関係設定の一方式としてこれを是認することが、実質的社会的に実在する親子関係を保護するというより大なる利益に奉仕する所以であると考えられる。

（五）そして前記認定の事実によれば、亡恒村耕治及び被告さだには、同佳助との間に、かような真実の親子関係を設定する真摯な意思があり、且つそれに相応しい生活事実が存在したものと云い得るし、しかも佳助の縁組代諾権者たる矢野とよが、矢野正市夫婦により無権限で為された縁組を追認しているのであるから、亡耕治及び被告さだと同佳助との間の養子縁組は、民法一一六条の趣旨を類推し、耕治が為した出生届の当時に遡つてその効力を生じたものと云うべきである。」

第二に、虚偽の認知届を養子縁組届に転換することである。最判昭五四年一一月二日判時九五五号五六頁は「養子縁組は、養親となる者と養子となる者又はその法定代理人との間の合意によつて成立するものであつて、認知が認知者の単独行為としてされるのとはその要件、方式を異にし、また、認知者と被認知者の法定代理人との間の婚姻が認知者と被認知者の養子縁組に関する何らかの意思表示を含むものということはできないからである。」と述

べる。

第三に、養子縁組届[19]を認知届に転換することである。大判昭四年七月四日民集八巻六八六頁は「案スルニ養子縁組ト私生子ノ認知トハ其ノ発生ヲ目的トスル私権ノ内容ヲ異ニスル各別箇ノ性質ヲ有スル行為ニシテ民法上其ノ方式及要件亦固ヨリ同一ニ非サルカ故ニ一ヲ以テ他ニ代ヘ此ニ依リテ彼ヲ為スコトヲ得サルモノナルコトハ言ヲ俟タサルトコロナリサレハ本件縁組カ無効ナリトスルモ右縁組ノ届出ハ其ノ実質ニ於テ養親タル亡梅津蔵之助ノ上告人ニ対スル私生子認知ノ意思表示ヲ包含スルヲ以テ右届出ニ依リテ認知ノ効力ヲ生ストノ所論ハ之ヲ肯定スルコトヲ得サルヤ明瞭ナリトス蓋養子縁組ヲ為サムトセハ民法上規定セラレタル縁組ノ行為ニ依ルヘク私生子ノ認知ヲ為サムトセハ同シク民法上明示セラレタル認知ノ手続ニ従フヘキモノニシテ一方ニ於テ養子縁組カ無効ニシテ他方ニ於テ認知ノ手続ナキ場合ニ於テ養親ノ内心ニ潜在スル認知ノ希望ヲ以テ直ニ認知ノ効力ヲ生スルモノト做スヘカラサルヲ以テナリ」と述べる。

結局、最高裁のレベルでは、転換は、家族法における要式行為[20]相互間に限定され、そこでも、目的や保護法益などが同種の行為に限定され、しかも、方式相互のズレと方式が要請しまた基礎に置く保護法益の維持などが衡量されているといえよう。出生届と認知届が自然血縁の存在をともに前提としたその承認という点で同種（但し届出の性質は報告的と創設的として異なる）である一方、出生届ないし認知届と養子縁組は、後者が法的に親子関係を擬制し要式性は当事者の意思確認、実質的要件審査のために必要であるから、制度の異質性や制度相互間の距離は感得できるものだろう。転換法理への明白な言及はないが、当事者意思を比較し、その実質的共通性を確認しているなど、法理を意識していることは明白である。

出生届と認知届の間でいわゆる転換が認められた点を分析すれば、どちらも要式行為である点は、両届出に含ま

れる当事者の実質的意思の共通性のみが強調されることによって無視され、実質的には、不要式行為間の転換となっている。もし要式性を少しでも考慮すれば、たとえ無効であるにせよ提出され受理された出生届（の存在という外観）が、実は認知届の意味のみをもつことは理解できないだろう。親子関係承認の要請が当事者の意思を通して要式性を崩した事例と理解せねばならない。

これに対して、狭義の法律行為に限定せず、また下級審判決にも目を広げると、以下のような判決が見いだせる。肯定例として、死者を名宛人とする農地買収処分を相続人に対する処分として有効とする東京地判昭四五年一二月二日判時六三七号三四頁がある。「しかしながら、自創法による自作農創設の事業は戦後のわが国における画期的の大事業で、短期間に全国一斉に、大量的に農地、未墾地等の買収を行うものであって、かかる大量的な行政処分において個々の農地について登記簿その他の公簿をはなれて真実の所有者を探求することは、事実上困難であり、公簿の記載は一応真実に合するものと推量することは、きわめて自然であるから、行政庁が農地、未墾地等の買収処分を行うにあたっては、一応登記簿その他の公簿の記載に従ってすることは行政庁の事務処理の立場から是認されるところであり（最高裁判所昭和二八年二月一八日大法廷判決民集七巻二号一五七頁参照）、また、買収処分の名宛人たる登記簿上の所有者がすでに死亡していたような場合には、仮にその死亡の事実が買収の事務を行う行政庁に分っていたとすれば、特段の事情のないときは、その行政庁の意思は、その他の買収要件が同一であるかぎり、死亡者の相続人から買収する意思であったものと解することができるから、いわゆる無効行為の転換の理論により、死者たる被相続人を名宛人とした行為を真実の所有者たる相続人に対してなされたものとして有効として維持するを相当とするところ、自創法三〇条による本件買収処分のごときは、同法三条による買収処分と異なり、買収さるべき人の主観的事情は問題とならず、もっぱら被買収土地等の所在、性質等が問題となるに止まるものである。し

たがって、本件買収処分は、死者たる被相続人磯部辰次郎を名宛人としてなされたものであるという理由だけでは、これを無効であるということはできない。

そしてこのように解しても必ずしも真の所有者の保護に欠けるということはない。けだし、未墾地の買収計画が樹立されたときは、遅滞なくその旨の公告がなされかつ公告の日から二〇日間市町村の事務所において買収すべき土地等の所有者の氏名等および住所、買収すべき土地等の所在、地番、地目および面積、対価、買収の時期等および期間を記載した書類を縦覧に供することとされ（自創法三一条）、未墾地買収計画に定められた未墾地につき所有権を有するものは、当該未墾地買収計画に異議があるときは、異議申立て、訴願をすることができ、さらに不服のある者には出訴の途も開かれているからである。」同旨のものとして、甲府地判昭二九年八月三〇日行裁集五巻八号一九五五頁がある。

債務不履行を理由とする解除の主張を民法六四一条による解除の主張として認容した福岡地判昭三六年八月三一日下民集一二巻八号二一六六頁がある。「そこで訴外組合の前記契約解除は原告の債務不履行による解除としては無効であつても、右民法所定の解除として有効であると認めるのが相当である。すなわち右両者の解除は、その効果において多少の相違はあるけれども、訴外組合の真意は、いずれにせよ原告との請負契約の存続を欲せず、右契約関係を断絶することを主眼としたものと認められるから、この場合いわゆる無効行為の転換の法理を適用するに支障はないと解されるのである。」。

否定例として、懲戒解雇を普通解雇として有効とする予備的主張が否定された浦和地判平一〇年一〇月二日判タ一〇〇八号一四五頁があり、同旨のものとして、京都地判昭三〇年一一月一〇日労裁集六巻六号一一三一頁、福岡高判昭四七年三月三〇日判時六六九号九九頁がある。

奈良地判昭三四年三月二六日労裁集一〇巻二号一四二頁は以下のように述べる。「被申請会社は本件懲戒解雇が懲戒解雇としては無効であつても普通解雇に転換すると主張するが、この二種の解雇は法律的にみてその根拠を異にし、その内容、効果に於て、又多くの場合手続的にも著しく相違し、且つ又実際的見地に立つても、かかる転換を認める事は懲戒解雇の行われる場合を不当に拡大し、之を濫用する傾向を多分に誘発するから右転換は許さるべきではないと解する。／仮に右転換を許すとしても、或は又後記（五）の如く被申請会社が申請人等に対しいわゆる解雇手当を弁済のために提供した際、懲戒解雇とは別個に、普通解雇の意思表示がなされたものと解しても、いずれにせよそれら解雇の意思表示がいずれもその動機に於て前記判示のとおり申請人等の正当な団体行動権行使をその理由としていることを明白であるから、この点に於て右解雇の意思表示は前述のとおり民法第九十条により、無効である。」同旨のものとして、大阪地判昭三五年五月一四日労裁集一一巻三号四八七頁がある。

地方公務員に対する分限罷免処分の懲戒罷免処分への転換を否定した仙台高判昭三六年二月二五日行裁集一二巻二号三四四頁がある。

自作農創設特別措置法による買収処分が無効な場合に別の買収処分として効力を維持することを否定した東京高判昭二五年一〇月一六日行裁集一巻一一号一五三八頁は以下のように述べる。「このように第一の行為を違法としこれを第二の行為としてその効力を維持することは第一の行為についてばかりでなく第二の行為についてもその成立を可能ならしめる理由があると同時に行為者において第一の行為の無効であることを知つたときは第二の行為の成立を欲していたものと認められる特別の事情がある場合を除いては許されないものと解すべきである。もし漫然これが許されるときは第二の行為についてその理由を不服とする者ももはや異議訴願をなす機会を失い保障された権利を奪はれる結果となることも明である本件においては法第三条第一項同条第五項第三、四号に基く農地買収処

分を違法なものとしこれを同条第五項第五号に基く農地買収処分としてその効力を維持することはそれについて右のような特別の事情があることを認めるに足る何等の証拠もないのであるから許されないものといわなければならない。」同旨のものとして、前橋地判昭二七年七月二九日行裁集三巻八号一五八二頁がある。

自筆遺言証書の死因贈与への転換を否定した仙台地判平四年三月二六日判時一四四五号一六五頁は以下のように述べる。「《証拠略》によれば、訴外丁原は、代筆した後、訴外太郎が死亡してその葬儀の日まで本件書面を保管したうえ、葬儀の日に一郎方に持参して、一郎や原告に対しこれを呈示したことが認められ、したがって、原告は葬儀の日以前に本件書面を見る機会はなかったのであるから、原告本人尋問の結果のうち、原告が訴外太郎から本件書面を示されて死因贈与を承諾したという部分は、真実に反するものといわざるを得ない（なお、証人甲野秋子が当初原告の主張に符合する証言をしているが、右証言は、訴外丁原が本件書面を葬儀の日に持参したことについていったん具体的にして詳細な証言をしたうえで証言を変えた後のものであり、到底信用することができない。）。そうすると、本件書面は、遺言書以外のなにものでもなく、その作成の状況、保管の経緯、原告等の親族に呈示された時期などの事情を加えて斟酌しても、死因贈与の意思表示の趣旨を含むとは認められず、また、それに対する原告の承諾の事実も認められない。」。

以上の判決を概観すると、以下のような点が指摘できる。

肯定された事案として、農地買収処分の名宛人が当時すでに死亡していて相続人に対する処分として維持したもの、請負契約における解除理由の変更がある。他方、否定されたものとしては、解雇事由の転換、農地買収処分の別個の買収処分への転換、自筆遺言証書の死因贈与への転換などがある。農地買収処分については、肯定例・否定例の両者があり、無効原因、当事者の利害、救済手続などに依存している。請負の解除理由の変更は、賃貸借にお

ける賃借人保護の要請に対応するものがないからであろう。解雇事由の転換が否定された事案が多いが、解雇濫用のおそれ、ひいては労働者の雇傭保護が考慮されている。自筆証書遺言の死因贈与への転換否定は、遺言制度の方式性・厳格性による。

かように、日本の判例は、転換規定がないことも幸いし、無効行為の再評価に際し、そこに潜む諸要因を十分評価した上で判断しているといえようか。

四、学説

転換につき体系書において独立した節ないし項目をたて、他の法理ないし制度と関連づけをせずに論ずる場合には、この法理の独自性が前提として承認されていると考えられるが、他の法理ないし制度と関連づける論者も多い。[20a]

前者の例として、石田穣・民法総則四七二頁以下（一九九二）は制度の法的性質には言及せず、当事者や利害関係人の意思に反しないか、当事者や利害関係人の利益を不当に害しないかの観点から具体的に検討している。

後者では、まず解釈の一例とするものが挙げられる。我妻・民法総則三九一頁以下（一九六五）は、明確ではないが、「意思表示の内容を合理的に解釈して」というくだりからは、法律行為解釈の一環と理解するものと見られる。川島・民法総則四一七頁（一九六五）は、末弘・法協五〇巻二号一頁（一九三二）論文に依拠しつつ、一般的には法律行為解釈の問題であるとしつつ、無効行為の転換が法律行為解釈の問題から別個独立の問題となるのは、要式行為についてだけであるとする。星野・民法概論一二三五頁（一九七一）は、「法律行為の解釈という手段を用いて、その内容を当事者の意図とは無関係に裁判所が決めてしまう例の一つ」とする。例示として、賃貸借契約において賃料の支払を延滞した場合に催告なくして解除できる旨の特約を一回でも支払を怠る場合の趣旨と解した

上で例文とした原審を、相当期間継続して支払を怠るの趣旨に解すべく、理由なく不合理な解釈をすべきではないとして破棄差戻した大判昭一〇年一〇月一四日新聞三九二〇号五頁を挙げる。

次に、一部無効の一例とするものが挙げられる。幾代・民法総則第二版四二三頁（一九八四）は「一部無効の理論の応用の一種」とする。四宮・民法総則第四版補正版二一二頁（一九九六）は「法的判断者が、利益状況に基づいて、程度の差こそあれ当事者の意思を修正解釈することであり、一部無効の理論の特殊な応用である」とする。四宮・能見・民法総則第六版二八九頁以下（二〇〇二）もほぼ同様であるが、無効原因の種類との関連性（要式違反の場合は不要式行為への転換は問題ないが、公序良俗違反の場合は合理的な内容に変更してからでないと転換を認めることは困難）に言及する。内田・民法Ⅰ第二版二七〇頁（一九九九）は、「一部無効の理論と同じ発想である」とする。

最後に、裁判官の契約改訂と位置づけるものが挙げられる。大村・基本民法一八五頁以下（二〇〇一）は、契約の一部を無効とする点からは一部無効と関連する［但し同一ではない点につき、図表六―四参照］が、当事者の当初の意思と完全には一致しない点からは、（一部無効と同様に）裁判官による契約の改訂（修正）にほかならないとする。

転換を一部無効と同視ないし近い制度と位置づける見解は、両者を全く同視するのではなく、無効な法律行為をできるだけ維持させようとする発想ないし機能に共通するものを見るからであろう。あるいは、そこに、本来の一部無効を量的一部無効として、ここに質的一部無効を構成することもできよう。解釈の一種とするものは、意思解釈の延長線上に理解する立場から、裁判官の契約改訂と位置づける立場まで幅が広い。ここにも、この場合の解釈の内実を意思の確認作業の枠内と理解するか合意内容を合理的に形成する作業と理解するかの違いが現れており、

後者の見解が時代を追って（解釈作業の理解の変化と対応しつつ）有力化しているように思われる。

三、でみたように、日本の判例上、なぜこのように、主として家族法上の分野、とりわけ届出のような様式行為がかかわる場面でのみ転換が問題とされてきたのかの意味を探求する必要があろう。

山本進一[21]は、一九六一年発表の論文において、「これらの判例の傾向のなかには、要式行為はなぜ必要なのか？その目的からみた場合当該行為における要式性の限界はどこに見いだされるべきか？など要式行為における各個の要式性のもつ性質、限界への反省は、みじんも見いだされないで終っている。」と批判する。確かに、判決理由における実質的正当化の部分が従来の裁判例で十分でなく、判決理由に十分反映されてこなかったことは事実であろう。ただ、その批判の正当さは、それらの裁判例の実質的正当化理由の推測ないし分析を不必要とさせるものではなかろう。

この点に関し、七〇年以上前に末弘が当時の内外の学説に対して行った批判は今も古びていないと思われる。

彼は、以下の三点を指摘する。第一に、法律行為の種類ないし型に関する研究が欠けていること、第二に、転換の問題と法律行為解釈理論とが極めて密接な関係をもつにもかかわらず、解釈理論の限界自体の考究がないこと、第三に、転換の成否が具体的個々的場合を考慮せず、一般的理論的に論議しているに過ぎず、転換成立に必要な因子の全体的研究がないこと、を挙げる。[22]このような批判を前提として、彼は、甲種の行為から乙種の行為への転換が考えられる場合、甲種が任意的種型であれば、当事者の意図にそれにふさわしい法律構成を与える裁判官の解釈活動に吸収され、甲種が強制的種型であってはじめて転換の問題となる。そこで、乙種の行為が強制的種型か任意的種型かで区別される。任意的種型であれば、解釈で可能である。強制的種型の場合には、その方式要件がある程度寛容的であれば、転換は可能であり、厳格的であれば不可能であると[23]述べる。

要するに、転換を必要とする場面、それがよって来たる社会的紛争・社会的事実そのものを直視しすべきことを提案し、場面に応じて考察すべきことを強調しているのである。従来の説がその点を無視しているわけではないが、場面の考慮が要件・効果に十分反映されていないことを批判しているのである。

山本（進一）説は、意思表示解釈が弾力性をもつことは望ましいが、やはりその限界があり、解釈を越えた解決を与えるほかない場合に、固有の解決方法を考える必要があるとする。(24)

山本説が、転換の許容範囲を慎重に限定している姿勢は共感できるが、それにもかかわらず、規定のない日本法においても、意思表示解釈を越えた法理として意義があるとされる意図が筆者には十分理解できない。もちろん、その基礎には「解釈」に盛り込む内容の広狭の問題が伏在しており、山本説は狭い「（意思）解釈」ないしは「意思と関係づけうる限りでのみ解釈作業を観念することが可能」という見方を前提としているからと推測はできる。しかし、当事者が選択した法的構成が解釈に対してもつ意義、あるいは訴訟における意義の相対性（解釈者や裁判官は当事者の構成に完全に拘束されるわけではないことは自明）や、一方では、自己決定という視点からの当事者の意思の尊重傾向がますます当事者の意思に依存しない利益配慮を（明示せずに）事後的・後見的に読み込むことへの疑問視、他方では、意思解釈を取り囲む多様な機能を「解釈」に盛り込むことに異論のない現在の解釈学の到達点からは、解釈作業のかような限定はもはや狭すぎるものといえよう。(25)また、山本説は、転換制度の活用という実践的意図を前提とするが、まさになぜ活用すべきなのかという点の究明こそが問題とされるべきであった（旧版注民・奥田二三七頁が、ドイツの判例・通説が要件をかなり厳格に理解していることと対比して、活用のための要件緩和を試みる説として山本説を引用していることを挙げておく）。さらにいえば、山本説における、転換制度の活用という実践的意図と転換の許容範囲を慎重に限定する姿勢が矛盾をきたしていると評価できようか。

五、近時の歴史研究の成果

転換法理が解釈の諸手法と密接な関連を有し、当初より、転換法理自体の独自性の有無が議論されてきた。この点は、解釈手法の分析が進展した現在ではより一層問題となる。近時、立法史研究にもとづき、ドイツ民法の規定は法律行為の維持的解釈手法を明確化したにすぎないとし、転換法理の独自性はなく、解釈（その内容は質的一部無効と再法性決定）に吸収されるとして、従来の少数説を支持するクランペの研究[26]が出ている。

この研究によれば、一八世紀の当初は、転換は解釈に対する独自性があったが、それは、法律行為の解釈を当事者がまず考えた法律行為類型ないし概念に固定して考えることを前提としており、無効行為の救済手段を必要としたからであった。しかし、ドイツ民法典起草に連なる一九世紀のパンデクテン法学では、このような制約はなくなり、転換は法律行為の維持的解釈であることでほぼ一致していたとされる。[27]

ドイツ民法一四〇条「無効な法律行為が別の法律行為の要件に対応する場合で、［当事者が］無効を知っていれば後者の妥当を欲したであろうと認められる場合には、後者が妥当する。（―傍点筆者（以下同じ）―）」に結実する立法過程は以下のように分析される。[28]

ヴィントシャイトの影響が明白なバイエルン草案八二条にほぼ対応するゲープハルト起草の部分草案一二九条「当初当事者により意図されながら、無効である法律行為が別の法律行為のすべての要件を有する場合には、それが当事者の意思にかなう場合には、後者が維持される。」がまず出され、その修正としての第一草案一一一条「意図されたが、それ自体無効な法律行為が別の法律行為の要件に対応する場合、無効な法律行為の実行から明らかとなる意思にかなう限りで、後者が維持される。」が作成される。

ゲープハルトは、理由書[29]において、ヴィントシャイトの転換についての理解を以下のように引用する。転換規則は、裁判官に、法的効果発生の問題を、単に契約締結者が当初念頭におき、当該法律行為の有効性の障害となっているところの法命題に従って答えればよいという課題を与えるのではなく、その回答に際して法の総体を考慮するという課題を与える。ある法律行為の特性は、その呼称ではなく、意図された、実体法上の効果により定められる。表示者の意図もこの効果そのものの発生に関連しているのであり、表示者がこの効果発生のために決定的と考えた法命題にのみ関連しているのではない。したがって、法律行為上の事実を、当事者によって看過されたが、当事者の意図をもっとも考慮するような法命題のもとに包摂することは問題がないだろう。困難は、法律行為の効果を、当事者によって念頭に置かれた法命題以外の法命題から導出する際に、その効果も別のものになるのではないかという点である。この別の効果がなお現実に欲され、そう表示されたものの中にとどまっているのか、当事者の意思に暴力を加えていないか、が問題となる。したがって、代替行為の効果は少なくとも、成立しなかった「多」のなかに同種の「少」として含まれているのでなくてはならない。このことは個別的に判断されるべきことで、当事者意思の法定の推定は正当化されない。別の行為も欲されたという想定は、当事者の表示の中にかような意図が示唆される場合には容易となる。

ゴルトシュミットの第一草案への批判はこうである。第一草案は自明のことを規定するにすぎず、転換法理が要求すべきことを規定していない。すなわち、当事者が欲した否かにかかわりなく、同種の法律行為を生み出す法律行為を維持するのが、転換であり、当事者の別種の法律行為への積極的意図(velle)は必要ではなく、それを積極的に拒否したのではない(non nolle)ことで十分であるとした。また、草案が要件として掲げる仮定的(eventuell)意思についても、不要とする。

しかし、このような批判は、当時すでに維持的解釈手法としての機能に過ぎなくなった転換法理を正しく理解するものではないとクランペは述べる。

第二委員会は第一草案を部分的に修正しつつもその規定を存続させたが、その前段階のライヒ司法省の準備委員会では、削除を主張する意見書を考慮した削除説も出されたが、転換の許容性が削除により排除されるという誤解を生ぜしめないために存置が決定された。

第二草案一一一条「無効な法律行為が別の法律行為の要件に対応する場合、［当事者が］知っていれば後者を欲したであろうと認められる場合には、後者が妥当する。」がわずかな表現の修正のみで成案となった。

転換規定は、出発点として当時の普通法学説におけるヴィントシャイトやデルンブルクなどの（転換を解釈の一種とする）支配説を受け継ぎ、当事者意思の位置づけ・その内容について修正案や廃止案の影響を受けつつ、審議過程において振幅がありつつも、大きな変更はなされずに成案に至ったとする。転換を独自の制度とする見解は、審議過程で、徐々に当事者意思に対する要件が緩和され、抽象化されてきた点を指摘する。また、第二委員会の議事録に[30]、当事者の現実の意思や、まさかの時のための（eventuell）意思などではなく、経済的効果に向けられた当事者の意思が基準となるという趣旨のくだりがある点にも依拠する。しかし、これらが制度趣旨への根本的変更を推測させると判断することには無理があるとする。

Harpprecht 以後の普通法において、彼の功績はしだいに忘れられていくが、抽象的法理の存在は承認された。ただ、その根拠づけは多様であり、また要件・効果もそれぞれの論者によってアクセントが異なる。総じて、法理としての進展がみられたのかは筆者には疑問である。

ドイツ民法一四〇条の立法者意思は結局何であったのかという問いに答えることは容易でないと思われる。ただ、

現在なおドイツにおける通説が解釈と区別された独自の制度と理解する究極の理由は何かと問うとき、そこに何か積極的なものを見いだすことはできないと筆者には思われる。あえていえば、そこに実定法規定があるからそれを説明するためにという心理を見いだすしかないのではないかと思われる。

六、まとめ

一部無効法理でも問題となったように、この法理が働く場面との関係を意識しないで議論することはあまり意味がないであろう。身分行為の届出を別の届出に転換することの是非は、転換の対象となる二つの身分行為の性格、各要式行為の厳格性の程度[31]、その基礎にある政策的評価、先行する事実関係尊重の要請の程度（どの程度存続しているか）、第三者の利害がかかわっていてもそれよりも優先すると評価できるかどうか（第三者の言い分が遺産分割での争いの口実となってはいないかなど）、当事者（あるいはそれを代弁する訴訟代理人）がかような転換を訴訟上主張しているかどうか、などに依存しよう。

訴訟で一方当事者の訴訟代理人が一部無効なり、転換なりを主張[32]することは、両当事者が当該合意形成時に同様の意図を有していたことの担保には必ずしもならないが、裁判官が事後的に解釈作業をする際に一つの手がかりを与えうる。もちろん、一つの手がかりであり、他方当事者の信頼や意図を裏切る形での運用は信義則で制約されようし（訴訟上での不意打ち禁止）、公序良俗や要式性等の法秩序からの制約もある[33]。合意一般ではなく、届出においてのみ実務上問題となるのは、かような場面の際を反映していると考えられる。契約の合意の際には、要式、不要式を問わず、かような考慮要素は当事者の主張の攻防の過程で自ずと出てくるものであり、また、裁判官自身の釈明権行使により解明が促進される。判決においても、裁判官は当事者の主張する法的構成に必ずしも依存しない

法性決定を独自になしうる。また、実際は、一方の無効の主張に対して、他方が転換の可能性を抗弁することで問題が提出され、裁判官は、その可能性を総合的見地から判断するという構図が一般である。

結論として、私見は、転換法理は、修正的解釈、補充的解釈などの現在の解釈方法に解消され、独立した法制度の意味を失っていると認識したい。[34] この点は、規定の存在から、その存在価値を（無意識のうちにも）発見する方向へ傾きがちな（ドイツ法における）一部の議論は参考にすべきではないと考える。

合名会社の無効に際して、民法上の組合に転換できないかが争いとなった事案[35]でドイツ連邦裁判所が、転換の障害となるはずの（一部）当事者の現実の反対意思を無視し、行為の経済的目的に依拠した仮定的意思を基準として、転換を肯定したため、学説の猛反論を招いた。この場合、問題であるのは、転換法理を援用したこと自体ではなく、連邦裁判所が民法上の組合の成立を肯定した実質的理由が、転換法理の外皮に包まれて見えにくくなっていることであろう。

かような発想ないし用語の使用自体は排除しないとしても、それは、一方当事者が無効な法律行為の再評価を主張することにより、裁判官にその評価を促すきっかけを与えるかもしれない可能性に限定されるべきであろう。「転換」という法理に、有効化へと方向付ける積極的な魔力が潜んでいるわけではなく、裁判官は、当該事案の文脈（無効規範の評価、当該法律行為の性質[36]、紛争の経緯など）を総合的に判断した上で結論を出すのであり、判断者がそのプロセスを転換と呼んだとたんに、かえってその判断過程が見えなくなってしまう弊害があろう。ある程度定型的な事態に限定しても、そこで転換がなし得るか否かは結局事案の個別性に依存する場合が多いからである。その意味で、信義則による個別判断にゆだねるべき場合が多いであろう。また、そのような有効化の判決が同種の事案で続けば、それは法が社会に対応していない一つの徴表であり、正当な要請が法の形式性に阻まれていると評

価できる場合であろうから、立法者が改正等で対処すべき課題となる場合もありえ、判断者の総合的評価が法に定着する場合もある（わらの上の養子願望に対する特別養子制度の新設など）。逆に、判決で否定され続ける場合は単に当事者の虫のよい主張であり、既存の制約を潜脱するなどの弊害がともなうと判断される場合がほとんどだからである（この場合でも、法の形式性が司法的救済の障害となっている場合には、立法者の考慮するところとなる場合もありうる）。

（1） 基本的なものとして、注釈民法(4)二三六頁以下（一九六七）［奥田昌道］。そのほかに、曄道・京都法学会雑誌一三巻二号一頁（一九一八）、末弘・法協五〇巻二号一頁（一九三二）、田島・論叢三三巻五号一頁（一九三五）、山本『無効行為転換の理論』（一九九五）［収録されている初出論文はほぼ一九五〇から六〇年代発表のもの］。最近のものとして、神田・法律論叢七一巻四・五号一三七頁（一九九九）、長谷川・（椿編『法律行為無効の研究』（二〇〇一）所収）六七七頁以下。なお、日本の議論はドイツ法の議論の影響下にあったが、近時、立法史研究にもとづき、ドイツ民法の規定は法律行為の維持的解釈手法を明確化したにすぎないとし、少数説（独自性否定説）を支持する研究（Christoph Krampe, Die Konversion des Rechtsgeschäfts 1980.）が出ている。ヨーロッパ法レベルでの視野からの包括的検討として、Giuseppe Gandolfi, LA CONVERSIONE DELL'ATTO INVALIDO, volume primo : IL MODELLO GERMANICO (1984) ; volume secondo : IL PROBLEMA IN PROIEZIONE EUROPEA (1988)。

（2） ドイツ民法典の影響による転換規定がある立法として、ギリシア（一九四〇）、イタリア（一九四二）、ポルトガル（一九六六）、オランダ（一九八〇）が挙げられ、判例により転換法理が承認された国として、オーストリア、スイスがある（Krampe, aaO, S.16-27 ; Giuseppe Gandolfi, Das Problem der Konversion des nichtigen Vertrags in den europäischen Rechtsordnungen, in : Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Hg. von Schwenzer u. Hager 2003, S.497 による。）。ドイツ普通法の議論とそれに連なる民法典における転換規定の立法過程については、山本・前掲書六〇頁以下に詳細な検討がある。

（3） 民法九七一条における秘密証書遺言の自筆証書遺言への転換が要式行為に関する具体的規定であるが、注意的規定

と解されている。不要式行為の転換例と理解しうるものは、一一九条但書、五二三条、五二八条である。

(3a)　もちろん、古くはローマ法源に断片的にみられた無効行為の救済例、例えば無効な兵士遺言を一般遺言として、無効な債務放棄を不訴求合意として有効とする例があった。

(4)　一七四七年のHarpprechtの博士論文。彼は転換のプロセスを以下のように説明している。「転換とは、ある行為が複数のmodusにより締結可能な場合において、有効でないあるmodusに代わり別の可能なmodusを設定し、それにより追求された目的が少なくともその種において維持されるような行為である。」「より広い要件をともなうある行為が無効でも、同時により少ない要件をともなう有効なmodusが締結されたとして、当該行為は維持されうる、たとえ当初の行為が若干変更され、いずれにせよ当初予定されたものにとどまり得ないとしても。」(Krampe, aaO, S.30 f.)

彼の学説の特色は以下のようなものである。教会学（パンと葡萄酒のキリストの肉体と血への変態）と当時の哲学（存在論）の影響が見られる。また、合意における常素と偶素の区別がみられる。ローマ法源のカズイスティクではなく、法理としての抽象化に重点があった。すでに後のドグマの詳細（要件の大小、目的、当事者意思との対応、場合分け）が語られている。当初のmodusによる行為が無効であるのになぜ転換が可能かという、転換理論に対する批判に、無効であっても行為は事実上存在すると反論している。

(5)　MünchKomm-Mayer-Maly, Bd.1, 3.Aufl.（1993）§140; Bamberger/Roth, BGB, Bd.1(2003), §140 (Wendtland); HKK-BGB, Bd.I (2003), §§139-141, Rn.39 (Dorn); Handkommentar BGB, 3.Aufl.(2003), §140 (Dörner); Palandt, 63.Aufl. (2004), §140 (Heinrichs).

(6)　以上につき、Zimmermann, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1996 (paperback), pp. 683 sqq.

(7)　この研究グループと草案につき、拙稿「無効・取消の要件・効果の一般的枠組　――ヨーロッパ私法法律家アカデミーヨーロッパ契約法草案を参考に――」阪大法学五二巻三・四号一七七頁以下。

(8)　一四五条　無効な契約の転換

一、四〇条二項と一四三条一項を除き、無効な契約は、［別の契約の］構成部分が内容と方式の点で存在し、かつ別の契約が当事者によって追求された目的を合理的に実現するものである限りで、別の有効な契約の効果を生じさせる。

二、本条一項の規律は、個々の契約条項にも適用可能である。
三、転換は、当事者の異なる意思が契約または事情から明らかとなる場合には、生じない。
四、転換は、その要件充足のみで、生ずる。しかし転換を援用しようとする当事者は、契約締結時から進行する三年の時効期間満了の前に、必要な点を挙げた表示を相手方に向けねばならない。この表示には二一条、三六条が適用される。当事者はこの期間満了前に裁判による確認を要求できる。しかし、この訴えは、当事者に裁判外での解明の機会を与えるために、表示受領後六ヶ月経過前には提起できない。緊急の場合には、一七二条による措置を裁判所に求める権限を妨げられない。
五、本条の規定は、取消がなされた契約にも適用される。効力発生要件未成就な契約に関しては、一五三条が基準となる。

(9) 逆に、明文規定を有さない国では、その点が否定する際の論拠として援用される。例えば、東京控訴院大正一〇年一一月一二日（法律学説判例評論全集一二巻商法三頁）は、手形に手形金額支払遅滞を条件として手形金額の十分の三の金額を支払うべき特約を記載した事案で、当該特約を別個の債務証券として指図債権たる効力ありとの主張を否定する際に、「無効行為の転換を認めざる我が法律の下に於いては到底これを認容することを得ざる」と述べている。

(10) フランス法における転換法理(conversion par réduction)に関する判例・学説の態度とその原因については、Olivier Gout, LE JUGE ET L'ANNULATION DU CONTRAT, 1999, p. 477.

(11) Gout, p. 479.

(12) Gout, p. 477 note 1704.

(13) Gout, p. 493.

(14) フランスの学説の一部が、転換という言葉をconversion par réductionと表現するのは、当初の法律行為が無効とされるのは、有効であるための諸要件のうちの一部が欠けるためであり、（より少ない要件で済む）別の法律行為に有効な要素が活用されるが、それは当初のものと比較すれば、要件が「減少」した法律行為であるという理解に由来する。この理解は、歴史的沿革に忠実な定義であるが、（法律要件論にかかわるが）常に量的多寡に還元できるかという疑問があろう。

(15) 奥田・前掲二三九頁以下。

(16) 田尾・曹時三二巻二号一一五頁。
(17) 同旨、最判昭二五年一二月二八日民集四巻一三号七〇一頁、最判昭四九年一二月二三日民集二八巻一〇号二〇九八頁。なお、このような社会的要請に応える立法として特別養子制度がある。
(18) 同旨、大阪高判昭四五年九月二八日下民集二一巻九・一〇号一三五八頁。
(19) この点に関しては、無権代諾による養子縁組の無方式追認を肯定した最判昭二七年一〇月三日民集六巻九号七五三頁、最判昭三九年九月八日民集一八巻七号一四二三頁が重要である。
(20) もちろん届出は法律行為ではない。
(20a) 転換という用語に言及しない平野裕之・民法総則（二〇〇三）も現われている。
(21) 前掲書八四―八五頁。
(22) 末弘・前掲論文二―三頁。
(23) 末弘・前掲論文四―八頁。
(24) 山本・前掲書九頁。山本説の核心は、一一〇―一一一頁に述べられているが、かなり抽象的・思弁的である。
(25) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (1995) SS. 28,102.
(26) Christoph Krampe, Die Konversion des Rechtsgeschäfts 1980.
(27) Krampe, aaO, S. 34 f.; 42 ff. これ以外に、一部無効とする説や独自の制度とする説もあった。
山本・前掲書四〇頁は、転換を法律行為の部分的保持ないし一部有効と理解する立場の背景を当時の無効が不存在を意味し、存在しないものは何ものにも変化しえないという考えを前提としたからと指摘する。また、当初の説では要求されなかった当事者の意思要件はサヴィニーの意思理論の影響があるとする（同・四六頁以下）。
(28) Krampe, aaO, S. 130 ff.
(29) HKK-BGB, Bd. I (2003), §§ 139–141, Rn.28 (Dorn).
(30) Protokolle, S. 263.
(31) 山本・前掲書一四二頁。
(32) 山本・前掲書一六二頁は、転換の主張責任は、転換成立によって利益を受ける当事者であり、この者が転換のため

の一般的成立要件につき立証責任を負い、転換を排除する意思の存在等の消極的要件につき、相手方に立証責任があるとする。

(33) 転換法理の擁護者も当事者の利害対立を正しく把握することを強調し、転換を認めることが他の当事者の利益・予測・期待を害する場合には慎重であるべきとする（山本・前掲書一八頁、一一一頁、一四三頁、一四八頁以下）。

(34) かつて、拙稿「無効行為の追認」阪大法学五二巻二号（二〇〇二年）一七―一八頁において、無効行為の追認を当事者意思の限定的評価と再編成という事態と把握しつつも、要約的に転換構成で説明したことがあった。現時点での筆者の転換法理に対する消極的評価からは、後者の構成は不要で、前者の実態をもつ解釈手法と理解すれば十分であることになる。

(35) BGHZ 19, 269.

(36) 判例でも示唆されたように、法律行為（財産法か家族法か）か届出か行政処分か、要式性の有無（さらに民事か商事か）などで異なる。