

講
演

意思欠缺の法的取扱い

ボッフムール大学

ヴィンデル教授
(訳者 半田吉信)

目次

はじめに

ドイツ民法における意思の欠缺

(1) 意識的な意思の欠缺

(a) 心裡留保(ド民一一六条、日民九三条)

(b) 仮装行為(ド民一二七条、日民九四条とは異なる)

(c) 諸謬表示(ド民一一八条)

(2) 錯誤論

(a) 取消の要件

(aa) 表示錯誤(ド民一一九条一項)

(bb) 内容錯誤(ド民一一九条一項)

(cc) 伝達の瑕疵(ド民一二〇条)

(dd) 表示意識の欠缺

(ee) 性質錯誤(ド民一一九条二項)

(b) 共通の取消要件と排除原因

(aa) 因果関係

(bb) 取消期間(ド民一二一条)

(cc) 放棄、確認

(dd) 解約権としての取消原因?

(c) ド民一二二条の損害賠償義務

(d) 特別の問題

(aa) 法律効果の錯誤

(bb) 読んでいない証書の署名および白紙の署名

(cc) 計算錯誤、双方的動機錯誤および基礎錯誤(ド民三一二条二項)

3 共通参照枠における意思欠缺

(1) 概観

(2) 取消の要件

(a) 重要な瑕疵

(b) 相手方の責任

(c) 錯誤者の責任と危険

(3) 法律効果

- (a) 取消
- (b) 一部取消
- (c) 取消権は償還請求権を保証しない
- (d) 契約適合

1 はじめに

意思欠缺の法的取扱いはヨーロッパで様々に変遷してきた^①。そして今日まで全く不統一に規定されてきた。一般的な観察がもたらすあらゆる不安定さに際して、ドイツ民法のような取消志向的な立場と共通参照枠(第三編)のような契約志向的な立場とが区別されうる。

意思欠缺の規定がもたら一つの指導形象に基づくいかなるヨーロッパの法秩序も存在しない。ドイツ民法の第一草案が大幅に意思説に従った後で、ドイツ民法の創設に際していかなるドグマもきわめて深きにわたる修正なしには貫徹されえないことにつき広い一致が存在した^②。純粹な意思説から離れるというこの傾向は、商品取引が国際化し、巨大化するほどより正当なものになっている。商取引は行為の信頼を前提とする。それゆえに意思欠缺の各々の規定は、利益考量、ひいては危険の割り当てを必要とする。これは様々な指導形象に向けられるものでなければならぬ。最も重要な四つの指導形象は以下の如くである…第一は意思ドグマである。法律行為(契約)と一致した意

(4) 競合

- (a) 損害賠償との競合
 - (b) 消費者法との競合
- 4 結語

思がなければ表意者は原則として拘束されるべきではない。この理論は伝統的に取消志向的であり、意思説を決定する。第二は信頼ドグマである。これは表示の相手方が、錯誤によりなされた表示の権利外観を信頼することを許容する。このドグマは伝統的に契約志向的であるが、意思ドグマと結びつきうる。行為はその場合取り消しうるが、表示の相手方はその被った信頼損害の賠償を取得する。第三は取引保護ドグマである。これは契約を客観的な制度として保護する^③。このドグマは伝統的に契約志向的である。第二および第三のドグマは様々な方法で表示説の数多くの活動の種類を作り出す。第四は過失ドグマである。これは意思の欠缺を契約前の情報提供、説明および保護義務という標準によって処理する。このドグマは抽象的にみると中性的であるが、おそらく価値併存的ですらある。具体的な状況に従って当事者の一方のために取消、契約信義または損害賠償が観察に現れうる。このドグマは意思の欠缺と契約締結上の過失の(現代的な)定式化とを結びつける^④。

2 ドイツ民法における意思の欠缺

意思の欠缺の理論は意思と表示の内容上の対置に関わっている。意図されたとはなにか異なったことが表示された。意思表示の理念類型的な構成要件がドイツ民法の基礎になっている。意思表示の内部的な構成要件としての意思は表意者の動機とは異なっている。そしてそれに加えて行動意思、表示意識（法的拘束意思）および行為意思に分けられる。

19世紀には動機、行動意思（Handlungswille）、表示意思および行為意思（Geschäftswille）の区別が広く経験心理学的に基礎づけられた。しかし、特に法律に慣れない者が動機とその意思の様々な内容とを事実上区別することは非常に疑わしいようにみえる。しかし、伝統的な理論は時代遅れではない。なぜならば、動機と行為関係の意思との区別は当事者の責任および危険領域を確定するからである。契約締結に際してこの危険の割り当ては当事者によりなされる。

今問題になっているド民一一六条以下は、行為意思と表示の表示意識との区別に関わっている。なぜならば、一般的になにか法的に重要なことを表示する意思の欠缺、すなわち表示意識の欠缺は、法律行為の具体的形成に関する意思の欠缺と概ね同様に扱われるからである。後者は行為意思の欠缺である。行為意思とは、この行為またはかの行為

をその特殊な態様のもとで行うという具体的に形成された意思である。行動意思の欠缺は意思の欠缺の理論と直接に関わるものではない。むしろこの問題はド民一〇五条二項に関するものである。これは意思により操縦されて活動しうることの欠缺が生じることが行為無能力と近い関係にあることから説明されうる。これは取引に必要な理解力が継続的かつ一般的に欠けているというのと異ならない。

それらの構成要件に従えば意思の欠缺は三つのカテゴリーに分割される。表意者にとつて彼が意図したものとは何か異なったことを意識的に表示することがありうる。かようにド民一一六条―一一八条の意識的な意思の欠缺が第一章を形成する。次いで表意者が内心の意思と外部的な表示との食い違いに気づいていない場合がある。錯誤しかも表意者の責めに帰すべからざる錯誤がその主たるグループである。さらに意思の欠缺は第三者、大抵は表示の相手方の行為に基づきうる。それは強迫および詐欺ないし（非技術的には）強要および欺罔（ド民一二三条、一二四条）の場合である。それらは、ここでは脚注で扱われる。

（1）意識的な意思の欠缺

（a）心裡留保（ド民一一六条、日民九三条）

ド民一一六条一文は秩序に適った法取引の基本原則を包含する。誰でも表示されたことを意図していなかったことを主張しうる場合は、法律行為が拘束力を有さないことが

明らかである。

ド民一一六条二文は表面的に自明的であるように思われる。この規定はもともと一文からの論理的に必然的な帰結である。留保が知れている場合は、それはもはや秘密ではない。しかし、問題は法律行為がしばしば同意をもちろんでいることである。しかしながら、表示されたことが相手方の同意を得て外見上のみなされた場合は常にド民一一七条が適用される。ド民一一六条は結果的にあまり重要な意味を持たない。しかし理論的にはその原則は興味がもたれる。その一文は過失主義の刻印と位置づけられた。⁽¹⁷⁾これは確かに誤りである。しかし他方においてド民一一六条の全規定はなくてもよい。その帰結はすでに受領者の地平を相対に考慮する規範的な解釈から導かれる。

(b) 外観行為(ド民一一七条)(日民九四条は異なる)

ド民一一七条一項は外観行為または仮装行為を扱う。外観行為には法的拘束意思(表示意識)が欠けている。いつもというわけではないが、しばしばそれは第三者の欺罔を惹起する。主要な事例…土地所有権の取得は売買代価に従って租税義務を負わせる。譲渡人は場合によっては受けた売買代金に課税される。さらに公証人に支払う費用が売買代金に従って算定される。それゆえに両当事者は、公証人により実際に合意したよりも低い売買代価が書類に記録されることに利益を有している。これは隠匿行為と呼ばれる。

仮装行為が認められうるか否かは、もっぱら当事者が合意された法律効果を真摯に意図したかどうかに従って決せられる。それゆえにいわゆる脱法行為(の大部分)は外観行為ではない。事例…税法上の理由で当事者は、しばしばそれが本来行われるであろうより容易な他の方法よりも有利だという理由だけで、特定の組合法的な構成を選択する。組合の設立はその場合、当事者が選択された構成の法的な帰結に甘んじるがゆえに、外観行為ではない。

外観行為または仮装行為のもとではしばしば隠匿されたまたは隠された行為がある。事例…隠匿行為の場合当事者は五〇、〇〇〇ユーロの価格の売買契約を書類に記載させたが、ひそかに一五〇、〇〇〇ユーロの売買代価が合意されていた。隠匿行為の運命はド民一一七条二項が定める。結果的にこれは隠匿された行為の効力が二番目の切り口で検討されるべきことを意味する。それから隠匿行為では

(まず第一に)全く有効に合意されていないことが導かれる。仮装行為はド民一一七条一項に従って無効である。隠匿行為にはド民一一七条二項、三一一条一項、一二五条が適用される。

(c) 諸謹表示(ド民一一八条)

ド民一一八条は真摯さが欠けている事例を規定する。ド民一一八条の意味は実際には小さい。しかし理論的にはそれは大きな意味をもっている。これは、それが表意者に表示意識(法的拘束意思)が欠けている事例を定めることに

おいて示される。若干の者は今日まで事前の取消のない無効というド民一一八条の法律効果が、彼がなにか潜在的に法律上重要なことを表示したことを全く知らないという理由で、表意者に法的効果意思が欠けていることが気づかれていない場合にも適用されねばならないことを認める。それはトリアのワインの競売という机上設例である。通説は正当にもそれに従わない。通説はド民一一八条をむしろ、表意者がこの場合彼の視点からもと、表示の相手方がいかなる意思表示もなされていないことを知っていると、いう確たる期待を有することから正当化される例外規定と理解する。

ド民一一八条が意思ドグマを強く考慮しすぎるという批判すらなされうる。その他ド民一一八条は立法者が特別にユーモアに富んでいたことの現われではない。なぜならば立法者は冗談をいう者にド民一二二条により損害賠償義務を負わせるからである。

通説は誤ってなされた外観行為（一方が外観行為を意図的になし、相手方がそれに気づかずまたは彼に外観行為が意思が欠けていた場合）を同様にド民一一八条に従って処理する。

(2) 錯誤論

今や述べられるべき状況には、表意者が彼の表示が相手方によってどのように理解されるかを意識していないとい

う第一の論点が共通している。より正確にはそれが相手方により理解されねばならないかでないし理解されうるかである。なぜならば相手方のために定められる表示の内容は受領者の地平に従った規範的な解釈により探求されるべきだからである。それゆえに解釈が取り消しに先行する。

それとともに我々は以下の状況が共通である第二の論点に向き合うことになる…常にそれ自体として当初からの表示の無効が問題になるのではなく、今や述べられるべき意思の瑕疵は取り消しの原因となるにすぎない。従って錯誤者は法律行為が無効としようとする場合はそれを取り消さねばならない（ド民一四二条一項）。瑕疵ある法律行為をそれ自体として無効と宣告することに代えて取消権を付与するという立法者の解決の理由は、錯誤者という人の考慮の中にある。この者は法律行為が無効とするかそれともそれに固執するかを選択権を有する。後者はその法律行為がなお有利であることがわかった場合に選ばれるが、特に行為への固執はなお不利な損害賠償義務を回避するために選択される。

かくして我々は述べられるべき状況およびさらに諧謔表示にも共通の第三の論点に向き合う…この場合意思と表示の対立は表意者の責任領域に帰せられるべきである。結果として彼は表示の存在を信頼した者に損害賠償義務を負う（ド民一二二条一項）。多数説はこの解決を今日、契約が取り消されるがゆえに耐えられないものとする²¹。それに

よつて契約の清算のための不相当な出費が生じる。⁽²⁾

(a) 取消構成要件

信賴および取引保護ドグマは、すべての錯誤が行為の解消に導くことを許容しない。ドイツ民法の制定に際して、その限りで不確定の法概念により限界づけられえないという考えがとられていた…⁽³⁾なが重要であり、⁽⁴⁾なが重要でないかを区別する試みは無駄である。民法典はそれに対して、サヴィニーに遡る内容（行為）の錯誤と動機の錯誤の区別に依拠した。法律行為の具体的な内容に関する錯誤のみが原則的に取り消されるほど重要である（ド民一九条一項、一二〇条）。行為内容に先行する動機および觀念に関する錯誤は例外的にのみ重要となる（ド民一九条二項、一二三条、三一二条二項）。特に法律効果の錯誤という形の法律錯誤はこの体系に基づき原則として重要でない。錯誤がそもそも法的に重要なものとして扱うことにも関わ⁽⁵⁾りうること（表示意識の錯誤）はドイツ民法の起草者によつて明示的に看過された。この状況は内容錯誤と同様に処理されうる。

(a a) 表示錯誤（ド民一九条一項）

表意者がこの内容の表示をそもそもなす意図のない場合（表示錯誤）、錯誤の最も明白な事例が存在する。表意者はこの場合全くどうしてよいかわからない。事例…言い間違い、書き間違い、レジスターやインターネット価格表への誤った打ち込み、⁽⁶⁾取り間違い、例えば、うっかり間違い

た煙草をスーパーのレジに置いたような場合である。

(b b) 内容の錯誤（ド民一九条一項）

内容の錯誤の扱いは表示錯誤の扱いよりも困難だとはいえない。この場合表意者は、外部的に觀察した場合、彼がなしていることを知っているが、彼は表示に法的意味においてこれに帰するものとは異なつた内容を結びつける。

事例…学校の副校長が二五グロスのトイレットペーパー（一卷一、〇〇〇枚）を注文した。彼女は一グロスが一ダースの一二倍、すなわち一四四個であることを知らなかった。むしろ彼女は二五個の大きなトイレットペーパーだと思つていた。しかし客觀的に注文されたように三、六〇〇個のトイレットペーパーが引き渡された。⁽⁷⁾

(c c) 伝達の錯誤（ド民一二〇条）

伝達の錯誤は本来の錯誤事例と同視されうる（ド民一二〇条）。その規定は表示錯誤（ド民一九条一項）と直接的な客觀的關係にある。以下のことが考慮されうる…

伝達に用いられる者は表示機関である。表示機関は表意者自身により作成された通知を伝達しうるのみである。したがつて彼は表示の形成に際して全く裁量権は有しない。そしていかなる固有の表示もなしえない。その点で彼は代理人と区別される（ド民一六四条一項）。今日實際上重要なことは、ド民一二〇条が通訳による翻訳ミスを含むことである。

伝達機関となるのは、電報局吏員、アナウンサーならび

に今日特にいわゆる eメールの伝達者である。翻訳者も含まれる。誤って形成されたコンピューター表示がド民一二〇条によって取り消されるのか、それともド民一九九条一項によって取り消されるのかはむしろ第二義的な問題である。

錯誤と伝達のミスとの同視の意味は表意者が伝達の方法を自ら選択したことにある。その際に生じたミスは結果として自らの錯誤と同様に彼の負担に帰する。さらにそれから受領機関により惹き起こされたミスがド民一二〇条に従って表意者による取消の権限を与えるのではないことが生じる。受領機関は受領者により通知の受領のために指定された者であり、受付係や秘書がその例である。彼らに通知が債務の本旨に適合して届けられたときは、彼らが引き続き転送にミスした場合には、法的に重要な内容に影響はない。

使者または伝達機関が通知を意識して変更した事例がド民一二〇条の適用を受けるかどうかは激しく議論されている。通説はその事例を同条の適用領域から排除し、それを代理権限なき代理人の行為に関するルールに服させる。それは法律の文言の中には手がかりを見出さないが、機関がこの場合固有の決定の裁量権を不遜にも行使したことによって正当化される。従って彼は事実上代理人と同視できる。

(d d) 表示意識の欠缺

以下のこの場合容易に変えられうる机上設例がしばしば議論される。始めて日本を訪問するドイツの教授が千葉の魚市場を訪問した。彼は土地の慣行に不案内であり、五匹の青いひれのマグロの競売に際して土地の慣行で申込みと解釈される合図をした。

ドイツ法ではこのために三つの解決が主張されている。

① 契約はそれ自体として無効である。ド民一一八条、一二二条が適用される。② 契約はド民一九九条、一二二条を類推して取り消しうる。③ 契約は、表意者が取引上必要な注意を用いていれば、その表示が信義則および取引公序に従って意思表示と把握されうることを知りかつ回避しえたであろうという場合で、受領者がそれを事実上もまた理解したであろうという場合にのみド民一九九条、一二二条を類推して処理すべきである。③の説は連邦最高裁の立場でもあり、通説でもある。

ド民一一八条は準用されないという通説が正当である。なぜならばこの規定は優れて意思ドグマに基づくものである、すでにその直接的な適用領域のために疑わしいからである。特にド民一一八条は錯誤者から緊急性なしに行為に固執する可能性を奪う。なぜならばド民一一八条は法律上当然に無効であるからである。しかしその教授はその事例で売買が有効であるとすれば青いひれのまぐろをどうして獲得しないのであろうか。

しかし通説には、それが下民一一九条、一二二条を修正してのみ適用する点で誤りがある。なぜならば、下民一一九条、一二二条はそれ自体として耐えられうる意思説と表示説の折衷体だからである。連邦最高裁により付加された過失要件は内容の錯誤の場合は存せず、表示意識の欠缺にとつてもまたどんなにうまくいっても不必要である。その二律背反に基づいて過失要件は誤つた評価にすら導きうる。かくして連邦最高裁は、過失要件から例えは、表示意識なしになされた行為から第三者の負担となるいかなる法律効果も、そしてその反面において表意者の法的地位のいかなる改善も導かれえないことを導いた。かような相対的な有効性（無効）は法律行為論にとつてはそのほか疎遠であり、客観的に正当化されえない。

（e e）性質錯誤（下民一一九条二項）

下民一一九条二項は、性質錯誤を定める。この規定の意味はどこでも争われている。理解のために以下のことを知るべきである…

下民一一九条一項は、錯誤が表示の内容に関する場合にはのみ取消権を与える。しかし表示の内容は単に法律上合意されたことである。売買契約ではこれは原則として売買目的物、個数、代価、契約の相手方である。しかし、どのような動機で行為が締結されたかは通例法律行為の内容には属しない。本を自ら読むかそれとも誰かに贈るか、売主にとつてはどうでもよいことである。結果的に動機錯誤はま

た通例取消権を与えない。

事例…私が贈り物を愛情のために購入した場合、私が贈り物を解消させる別れの手紙をうちで贈与の前にみつけたときでも、それを返還しえない。結果的に私はその贈り物を当初から中性的に選ばねばならないのであり、私はそれを所与の場合には相続人にも与えうる。

通説は下民一一九条二項を原則的な動機錯誤の無顧慮に對する例外規定とみる。ある者が人または物の性質について抱く觀念は行為締結の動機であるが、同時にかような動機はその取引上の重要性のために無顧慮のままにすることはできない。その結果下民一一九条二項は例外的に動機錯誤による取消可能性に道を開く。

それに対して反対の見解は性質錯誤のためにも、錯誤が、それが表示の内容に作用した場合にのみ重要となることの例外を認めない。その結果性質は、取り消される場合に表示の内容に取り込まれるのでなければならぬ。

事例…ある者が金メッキされた指輪をそれが純金だと思つて買った。通説によれば、彼は、錯誤を発見した場合いつでも取り消しうる。それに対して反対の見解によれば、取消は、売買契約が純金としてのこの指輪である場合にのみ可能である。

私見…通説を支持すべきである。反対説は下民一一九条二項に固有の適用領域をほとんど与えないことになる。しかしそれは立法者がその規定の創設について考慮した性

質錯誤の経済的意味と矛盾する。

各論・

①物の性質は、それが価値形成的である限りにおいてすべてそれに直接にかかわる徴表となる。価値自体は性質ではなく、性質に関する市場の判断である。例・真正さ、金および銀製であること、古さ、自動車の場合はさらに前の持ち主の数および特別の性質（タクシー営業、自動車のレンタル業）、事故があるかどうかなど。

②人の性質は職業、健康状況、前科の有無、評判、支払い能力（議論あり）、外国語能力およびコンピュータの能力のようなその特徴となる徴表である。

③性質が取引の観念、すなわち客観的標準に従って具体的な行為にとって重要な場合は、性質は取引上重要である。その場合特に人に関しては全く異なった性質が取引上重要である。

事例・会計係にとって通例腕力は重要とはいえないが、彼が財産犯罪の前科があるかどうかは重要である。鉄筋工や家具組み立て人にとっては逆になる。

売買契約においてはしばしば議論された特別の問題がある。ある物が前提とされている取引上重要な性質を有しない場合、それは同時にしばしばド民四三三条以下の瑕疵がある。従って売買法上の法的手段とド民一一九条二項とはいかなる関係にあるかが問題となる。通説によればド民四三三条以下は（遅くとも）危険移転時から適用される。売

却された物の価値が考えられていたよりも小さいのではなく、高いという逆の事例もまた次第に考慮されるようになってきている。ドイツの通説はこの場合売主に直ちに取消権を与える。比較法的には、これがしばしば行為の投機的な性質に適しないとそれに反論された。事例は特に美術品や骨董品市場が形成する。

（b）共通の取消要件および排除原因

ド民一一九条、一二〇条の四つの取消構成要件は積極的ならびに消極的な形で以下の共通の要件を有している・

（a a）因果関係

取消は、錯誤特に伝達のミスが表示に対して因果関係を有する場合にのみ観察に現れる。ド民一一九条はこの仮定的な因果関係を取り消し可能性の要件として以下のように表現する。事実関係を知り、かつ事例を合理的に評価すればその表示をしなかったであろうことが認められうる場合に限り消しうる。従って表意者の主観的な視点は規範的に制限される。大審院はこのために偏見、気まぐれおよび愚かな考えをもたない合理的な人間が前提されるという方式を立てた。仮定的因果関係という規範的コントロールはその他、アンドレアス・フォン・トゥールが一九一四年にすでに示したように決して単に学問的であるだけではない。すなわちそれゆえに取消は、反ユダヤ主義者が誤って取り違えによりユダヤ商會に注文した場合排除される。

(b) 取消期間(下民一二一条)

取消は遅滞なく、すなわち有責な遅滞なしになされねばならない。その限りで帰責事由ドグマは正しい。

(c) 放棄、有効性の確認

取消権は放棄しうる。さらにそれは取り消しうる法律行為の有効性の確認により消滅する(下民一四四条)。

(d) 解約権としての取消原因?

下民一九条、一二〇条は表意者をその錯誤ないし伝達ミスから保護すべきであるが、理由なくその表示の拘束から再び免れる権利を彼に与えるものではない。したがってその規定は解約権を与えるものではない。従って契約の相手方は、その行為が、相手方がもとと望んでいたように清算されることを固執しうる。その理由は、これが数多くの他の法秩序とは異なっている明示的なルールも包含しないがゆえに、ドイツ法にとって結論と同様に議論されている。正当にも、下民一四二条一項に従って無効とみなされるべき契約の解釈の変更の事例(下民一四〇条)と認められるべきである。他の者は下民二四二条を論拠とする。

事例…売主が売買代価を誤り、九六の代りに六九と書いた。売主が取り消したときに、買主は六九で買うことではできない。しかし彼は、売主が今や自ら契約を維持しようとしても、その物を九六で取得することに固執しうる(非常に議論されている)。

(c) 下民一二二条の損害賠償義務

上記の意思欠缺はすべて表意者の責任に基づいている。表示の受領者がそれを知りえない限り、結果的に彼が後で取り消された表示の存在を信頼したことに基づいて生じた損害が彼に填補されることが正当化される。しかし消極的利益は積極的利益によって限界づけられる。損害賠償請求権は、表示の相手方が意思の瑕疵を知りまたは知るべかり場合は、下民一二二条二項により排除される。

(d) 特別の問題

(a) 法律効果の錯誤

まず内容の錯誤との限界付けが困難である法律効果の錯誤について。この困難は、私法の主体がその意思表示によって法律効果を発生させるがゆえに、存在する。この私的自治に基づいて生じた法律効果は法律に基づく他の法律効果と併存する。

事例…売買契約における主たる給付義務、売主の所有権移転義務および買主の支払い義務は法律行為により発生する。なぜならば下民四三三条には、売買契約により売主ないし買主が義務を負うとされているからである。それに対して下民四三四条以下の瑕疵担保給付義務は法律により、すなわち、当事者がそれについて一致していない場合でも存在する。

直接に法律行為により理由づけられる法律効果と法律上理由づけられる法律効果とのこの併存から錯誤の顧慮のた

めの帰結が生じる…直接に法律行為により発生した法律効果に関する錯誤は内容の錯誤として顧慮される。それに対して法定の法律効果に関する錯誤は、誰もが法を調べることができるがゆえに、特に錯誤者が契約締結に際してもまた（一方的に）（任意）法規を変更することができなかったであろうがゆえに、顧慮されない。

従って事例では売主は売買契約を、彼が売買目的物に瑕疵がある場合にド民四三四条以下の瑕疵担保責任を負担しなければならぬことを知っていたとすれば売買契約を締結していなかったであろうという理由で取り消しえない。

この問題については更に比較すべき事例がある…法律行為に類似した行為は、その法律効果がそれが意図されたからではなく、法律により命じられたがゆえに発生することにより、意思表示から区別される。結果的に錯誤取消はその限りで排除される。ド民一九条以下は、換言すれば、原則として、これがそれ以外ではほとんど一貫して意思表示のように取り扱われるとしても、法律行為類似行為には適用されない。

（b b）読まれない書類の署名および未記入欄のある書類の署名

錯誤取消は、表意者が表示の内容について一般的に具体的な観念を形成したことを前提とする。考えてみると表示になんら拘束されない者は錯誤に陥らない。従って、秘書により署名を必要とする書類のファイルの中に入れられた

書類の全部を読まないで署名した場合にも取消しえない。

空欄のある書類の署名はもつと危険である…単に空欄のある書類に署名し、他人に同人があらかじめ言われた通りに空欄が埋められると期待して交付した者は、それゆえに署名上に書き入れられた総てのことについて責任を負う（本文と署名は区別される）。

もちろん署名された本文のための責任はその限界を伴う。この場合未記入欄のある書類における標準は読まれない書類の署名におけるよりも厳しい。すでにあらかじめ準備された書類のために、事情を考慮してある内容を考慮に入れるに及ばない場合すでに責任を負わない。事例…秘書が書類をさりげなく置いておき、その書類により上司が彼女のために私的保証を引き受けた―彼は取り消しうる。それに対して意思の欠缺が空欄付きの書類の署名自体において存在した場合にのみ、空欄付きの書類による表示による拘束から解消される。事例…サインの時間にサッカーの花形選手に小切手帳が差し入れられた。

両事例の異なつた扱いの理由は以下の如くである…未記入欄付き書類は、それが相手方に約定に反して行動する総ての可能性を与えるがゆえに、より軽はずみである。それに対してすでに準備された書類に署名する場合には、署名の危険はより小さい。なぜならば欺罔者は常に書類が読まれ、その正体が暴かれることを計算に入れなければならないからである。

(c) 計算錯誤、双方的動機錯誤および基礎錯誤（下民
三二三条二項）

いわゆる計算錯誤は動機錯誤の特別の事例である。売主はその代価を仕入れ原価、持分に応じた固定費、数量、大きさ、重量などの基礎のうえに計算する。その際に計算ミスがある場合は、買主にとって内部的な計算は問題とならないがゆえに、それは彼にとって重要ではない。法的意味においては例外的にのみ取消権を与える一つの動機錯誤が問題になる。しかし下民一九九条二項の事例は計算錯誤の場合は存在しない。それは相手方が計算上のミスを知りまたは知ることができなかったことが信義に反する場合ですらあてはまる。

両当事者が同じ錯誤に陥っていた場合は幾分異なったことがあてはまる。しかし、両当事者が特定の前提に基づいて代価を取り決めた場合にのみそうなるのであり、商人が嘆きの声をあげる場合は十分ではない。私はあなたにかくも安く売ることができない。私は自らすでにこれこの額を支払っている。

双方的動機錯誤の取扱いは法律上今日まで規定されておらず、その法的帰結はそれにより議論されている。ループル事件が著名である。モスクワで供与された三〇、〇〇〇ループルの貸付金がドイツでマルク立てで返済される。債務者は、両当事者がループルが二五ペニーの価値であると考えていたがゆえに、七、五〇〇マルクの債務証書を作

成した。しかし実際はその価値は一ペニーにすぎなかった。大審院はこの場合下民一九九条一項の取消を許容した。交換比率は契約内容になっていないのだからそれはほとんど正当化されない。

今日このループル事件が二〇〇一／二〇〇二年の債務法現代化の枠内で採用された下民三二三条二項の基礎錯誤に分類されるかどうか議論されている。それは私には不必要にみえる。なぜならばループル事件を解釈により解決することが可能だからである。当事者は彼らに知られていなかった公定の相場による返済を望んでいる。その結果債務は三〇〇マルクとなる——誤表は害さず。

契約の基礎となった重要な観念が誤ったものであることがわかった場合、彼に総ての個々の事例の事情の顧慮のもとに契約に固執することが期待されえないときは、不利益を受けている当事者は契約適合を主張しうる（下民三二三条二項、一項末段）。契約適合が不可能な場合は、解除権または告知権が認められる（下民三二三条三項）。

若干の者は、このルールが総ての共通錯誤、共通の内容または表示錯誤もまた包含することを認める。学説として、さもなくば両者が錯誤に陥っているにもかかわらず、一方が偶然に相手方に損害賠償義務を負うことになりうるがゆえに、下民一九九条、一二二条がこの場合適用されえないという立場が主張される。法に反するこの議論は考慮に値する。なぜならば下民一二二条は、下民二五四条（共通

過失)の意思の瑕疵への適用がほとんど実際的でないがゆえに、目的論的に適合させられるのが困難だからである。⁽⁴⁵⁾

ド民三・一三条二項を重要な基礎錯誤に制限する場合、それは動機もまた包含する。一方的な動機錯誤は考慮されないのだから、瑕疵ある観念は契約当事者により分かち合われるか、反論なしに受け入れられねばならない。しかし単なる認識では十分ではない。それゆえに例えば買主がその動機(スーツの購入が娘の結婚式のためである)を言明し、商売上手な売主がそれに大いに共感した場合は困難な限界問題が生じる。

共通基礎錯誤のよい事例は、両クラブが知ることなしに試合を欺罔によって操作し、そのために契約締結後試合の正当さが奪われたサッカーのブンデスリーガのプロ選手の移籍が与える。⁽⁴⁶⁾

3 共通参照枠における意思欠缺

(1) 概観

共通参照枠では意識された意思欠缺については外観行為のみが規定されている(Ⅱ―九・二〇一)。余計な心裡留保(ド民一・一六条、日民九三条)は、法政策的に疑わしい諧謔表示(ド民一・一八条)と同様に採用されなかった。注目に値することは法政策的に争いのない詐欺(Ⅱ―七・二〇五条)、強要および強迫(Ⅱ―八・二〇六条)および不公平な搾取(Ⅱ―七・二〇七条、ド民一・三八条二項と同

様)が総括されたことである。

契約締結における錯誤ないし瑕疵は非常に詳しく規定された(Ⅱ―七・二〇一条、二〇二条)。それに際して契約志向的な路線が追及された。その路線は幾分入り組んでいる。先ず第一に重要な瑕疵は非常に広く把握される(Ⅱ―七・二〇一条一a項および二〇二条)。しかし取り消し可能性は強く制限されている(Ⅱ―七・二〇一条一b項、二項)。この制限はそれ以外には契約締結上の過失として知られる標準に志向している。それゆえにすでに原則的に契約締結上の過失から一般的に契約結合および積極的利益に対する責任が導かれるかどうかという原則的な疑問が存在する。しかし契約締結上の過失に基づく責任の消極的利益への制限が通例である。

さらに契約締結前の義務への志向への基礎には合意か不合意かを決するルールからの意識的な決別が存在する。⁽⁴⁷⁾すなわちその限りで当事者が規範的解釈の標準に従って意思を疎通したかどうかが問題になる。一当事者が直ちに不合意を援用しうるが、非常に制限的にのみ錯誤を援用しうることは破綻に導きうる。

(2) 取消の要件

(a) 重要な瑕疵

総ての事実(関係)および法律(効果)がⅡ―二〇一条一項(a)によれば重要たりうる。共通参照枠は錯誤ルー

ルの指導形象として共通錯誤をもっているといわれる。⁽³²⁾意見と評価はいつも事実または法の概念に属するわけではない。⁽³³⁾したがって物の価値に関する錯誤による取消は、詐欺（Ⅱ―七・二〇五条）および不公平な搾取（Ⅱ―七・二〇七条）がない限り排除される。しかし表示錯誤および伝達ミスは動機錯誤と同視される（Ⅱ―七・二〇二条）。

錯誤は、錯誤に陥った当事者が契約を全く締結せずまたは著しく異なった条件のもとでのみ締結したであろうという場合で、相手方がこれを知りまたは知りうべき場合に重要なものとなる。従ってこの標準は、両当事者に関わるとしても純粹に主観的である。この場合客観的なコントロールは欠けている。以下の事例が示すようにこれは疑わしい。使用者が求職者の妊娠の有無について錯誤に陥った。買主が商人のユダヤの信念について錯誤に陥った。または商人は契約の相手方が非妊娠者を雇用し、またはユダヤ人以外の者から買いたいと思っていることを知っている。

（b）相手方の責任

相手方が瑕疵を惹起し（Ⅱ―七・二〇一条 b i）ⁱⁱⁱ または同じ錯誤に陥っている場合（Ⅱ―七・二〇一条 b iv）にのみ取消は可能である。共通参照枠に対する主たる批判点の一つは、これが表示錯誤および伝達錯誤の場合に一度も取消がこの場合実際に排除される事例ではないことにある。⁽³⁴⁾

しかし動機錯誤の場合も数多くの不明確な点がある。取消可能性の制限は、相手方の信頼および取引を保護するという目的に資する。それ故に、様々な法秩序によって錯誤の重要性のための標識が立てられている。しかし相手方の義務の違反はこの意味の重要性と必ずしも関係はない。それによっていずれにせよカテゴリーが移転する。⁽³⁵⁾契約の相手方がまだ全く財産的処分をしていない場合、すなわち適時に教示された錯誤の場合は、共通参照枠の考え方は疑わしい。この場合錯誤者を契約に固執させることは恣意的であるように思われる。⁽³⁶⁾

さらに取消を制限する目的が共通参照枠により一般的に達成されるかどうかは疑わしい。非交渉的な作為、不作為を含む総ての錯誤の原因がⅡ―七・二〇一条一項 b i に含まれるとすれば、限界があまりにも広く引かれることになる。⁽³⁸⁾上記の事例においては、妊娠ないしユダヤ人の商人が、使用者ないし買主がその性質について錯誤に陥ったことをなんらかの方法で（共同で）惹起したとすればそれで十分である。さらにかように広い惹起の責任においてはもともと詐欺による取消のためにはもはや固有の適用領域は残らない。⁽³⁹⁾

同様に情報提供義務違反による取消（Ⅱ―七・二〇一条一項 a iii）もまた広すぎる。事例…自動車商はプロの買主にすら毎年新しいモデルが発売されるといったごく当たり前のことを説明しなければならない（Ⅱ―七・二〇一条参

照⁽⁶⁰⁾。それから取消権が生じうるのであろうか？⁽⁶¹⁾

(c) 錯誤者の責任と危険

上記の事例を相当に解決するためにⅡ―七・二〇一条2⁽⁶²⁾ bの一般条項を貫徹しなければならない。それによれば錯誤者が誤りの危険を負担しなければならない場合は、取消は排除される。このことは私見によれば、共通参照枠においては重要な錯誤事例を十分に明確に把握できていないことを明らかにする。これに対して錯誤の免責可能性がない場合の取消の排除(Ⅱ―七・二〇一条2 a)には異議が述べられない。

(3) 法律効果

(a) 取消

重要な錯誤は合意により変更し得る(Ⅱ―七・二二五条二項)取消権に導く。それは可変的な期間内に(Ⅱ―七・二二〇条)契約の相手方に対する意思表示により行使され(Ⅱ―七・二〇九条)、承認により消滅する(Ⅱ―七・二二一条)。

(b) 一部取消

錯誤が契約の個々の部分にのみ関わる場合は、取消は原則として瑕疵ある契約の部分に制限される(Ⅱ―七・二二三条)。このルールは誤っている。部分的錯誤は問題とならない。契約の分割可能性もまた問題とはならない⁽⁶³⁾。むしろ残っている契約の残余が耐えうる計算の基礎を有するか

どうかのみが決定的となりうる。

(c) 取消権は解約権を保証しない

取消権は共通参照枠に従ってもまた解約権ではない。契約の相手方は錯誤者を常に本来意図したものに固執させる。この簡単な考えがどのように回帰くどく定式化されるかは驚くべきことである(Ⅱ―七・二〇三条一項、二二項)。それに際して主たる問題は全く影響を受けない。すなわちこれはそのルールが動機錯誤の場合にどのように適用されるかにある。内容の錯誤についてのみ実行しうるルールを意識して定立したかどうかは確かでない。

(d) 契約適合

双方的動機錯誤の場合(Ⅱ―七・二〇一条一項b iv)当事者の一方の申立てに基づいて裁判上の契約適合がなされる(Ⅱ―七・二〇三条三項)。それとともに新しいドイツ民法(三二三条一項および二項)とは異なり、双方的錯誤と後発的な行為基礎の喪失(Ⅲ―一・一一〇条)は様々な箇所規定されている。これは体系的な理由からは批判されえないが、その限りで客観的な理由をみうることなしに様々な法律効果にもまた導いた。

(4) 競合

(a) 損害賠償との競合

錯誤者のための取消と損害賠償が契約締結上の過失の原則に従って結合されること(Ⅱ―七・二〇四条)は新しい

ヨーロッパ契約法のクライマックスである。これは批判なしに存在しているわけではない。ある者は契約の優位を支持し、またある者は契約締結上の過失の優位を説く。この原理的な批判は純粹に学問的なものとはいえない。これはそのルールが実務的な問題であることを示す…

錯誤者が取り消すことができないが（Ⅱ―七・二〇四条二項）、同様に義務違反が存在する場合に契約補完的な損害賠償が存在する。この場合因果関係および損害の算定が問題になる。契約が義務違反なしにいかなる内容をもって締結されたかをどうして信頼をもっていえるのか。財産的な不利益がどのようにして計算されるのか。最後に契約とは無関係な損害に導く動機錯誤の場合にいかにあるべきなのか。

効果豊かに生じた取消に付加される、それとは分離した損害賠償は、取消権者に共働過失がある場合は常に問題を生じる。なぜならば損害分担の原則は錯誤の事例には適合しないからである。

（b）消費者法との競合

共通参照枠の錯誤規定の傾向は取消可能性の制限にある。これは巨大化した世界経済における国際的な商取引の要求である。出発点において従来錯誤規定の消費者法との調和は成功していない。

そのための一つの事例を我々は自動車売買における情報提供義務によってすでにみた。明らかに電子商取引のため

にのみ意味ある規定が不当にも一般化されているⅡ―七・二〇一条一項b iiiの第二選択肢が更なる事例を持ち出す。両事例では消費者法的な借用が商取引を危殆化する。

制限的な、商法的に刻印された錯誤規定が逆に消費者保護を危殆化することはもつと重大なようにみえる。しかし、消費者が錯誤に陥ったとしても結果的に取り消すことができなない場合は常にそうである。消費者はその場合期間にかかる取消権を最初は行使しないであろう。結局彼が錯誤に気づいたときは遅すぎる。これは消費者の錯誤が事業者によって惹起されたときは常に耐えられないように思われる。

4 結語

意思欠缺は共通参照枠の考えによれば長期的な展望のもとに取り扱われている。しかし当面提案はそれを今法律上採用することは危険であるというなお数多くの弱点を有している。ヨーロッパの私法の統一は、それが実際上用いいうる法秩序に成長するまでなお若干の時間が必要である。

おそらく実証された考えを修正することが今や賢明であろう。どちらかといえば契約志向的な規定が今日の取引の要請に過っている。二〇〇九年の日本の民法の原案はこの道を進んでいる。それゆえに私は締めくくりとしてその一・五・一三条について若干の注釈を加えたい。

その一項と二項はド民一一九条に相当する。かくして内容の錯誤、表示の錯誤および性質錯誤が重要である。しか

し、ドイツの通説とは異なり性質錯誤は動機錯誤としてではなく、内容の錯誤として扱われる。この取消可能性の制限は私には必要でないように思われる。取引上の重要性という標識はむしろ柔軟かつ実務上用いうる性質錯誤の適用を許容する。いずれにせよドイツの一〇年の経験で下民一九九条二項につき重大な問題は生じない。

一・五・一三条三項が規定する当事者の責任の標準に従った取消の制限は伝統的に歓迎されるべきである。しかし、共通錯誤(3 d)が特別の法律効果を必要とするかどうかを検討されるべきである。ドイツおよびヨーロッパではこのために今日契約適合が好まれている。さらに取消の相手方に損害賠償が与えられるべきかどうかを検討されるべきである。(下民一二二条のような)信頼責任または契約締結上の過失責任が観察に現れる。

私には取り消しの主張が第三者に対して原則的に排除されるとする一・五・一三条四項は実際的でないようにみえる。これは数多くの効果上の問題を伴う取消の相対効に導く。相対効は法律行為に対する当事者の権限を正当に確定する場合にはいつでも不要である。なぜならばその場合第三者は他人の法律行為の効果を受け入れねばならないか、または第三者が法律行為に関与させられたことにより保護されるかのいずれかだからである。

しかし特に私は、一・五・一五条(不実表示)が一・五・一三条と一・五・一六条(詐欺)の間に置かれること

にそもそも意味があるか疑問に思う。私見によれば、この場合大陸ヨーロッパ的な錯誤論(一・五・一三条および一六条)および英米法的な錯誤論(不実表示)が混同されている。これは私にとっては体系が全く異なっているために問題であるようにみえる。

注

(1) Schermaier, ZEuP 1998 S. 60 ff.; Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 1 ff. [Ernst].

(2) Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl., 2009, S. 954 f.; Jansen/Zimmermann, AcP 210, S. 196, 229.

(3) Prot. I, S. 171, 276 ff. von Tuhr. Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. II/1 1914, S. 196, 229.

(4) Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsvereinbarung und deutsches Recht, 2000, S. 85, 94 [M. Wolf], [半田他訳・ヨーロッパ統一契約法の道(二〇〇四年)一二三頁 [松尾弘訳]]

(5) Vgl. Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsvereinbarung und deutsches Recht, 2000, S. 85, 87 ff. [M. Wolf], [半田他訳・前掲書一二七頁以下 [松尾弘訳]]

- (6) M. Wolf, aaO, S. 89 f.によれば、表示説のこの種類は、ド民一一九条二項(旧草案)の取消しの制限が相手方の認識にかかるとはなかったがゆえに、ドイツ民法典で実現しなかった。私はこれが誤っていると思う。表示説は、その二項が認識したことないし認識したに違いないことよって異なった扱いをする、ド民一二二条において始めて存在するようになる。
- (7) 一九世紀末の議論の状況は、Windscheid/Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. I, 9. Aufl., 1906, para. 75 Fn. 1a (S. 376 ff.)に記録されている。Von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts* Bd. II/1 1914, S. 551 ff.もまた理解に役立つ。
- (8) Jhering, *JZ* Bd. 4 (1861), S. ff.は、契約締結上の過失を表示の相手方が損害賠償を得るかどうかの問題のために展開した。イェーリングについては、Zimmermann (Hrsg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, S. 1, 22 [Ernst]もまた参照。
- (9) von Savigny, *System* Bd. 3, S. 98 ff.により、同書 S. 263 ff.に反して、同 *Beilage*, VIII, S. 440 ff.によっても不真正—または真正錯誤として学説に導入された。それに従って S. Windscheid/Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. I, 9. Aufl., 1906, para. 76 Fn.1 (S. 385 ff.)。
- (10) 議論の中心には、Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft, eine psychologisch-juristische Untersuchung*, 1879 があつた。
- (11) それは二〇〇九年の日本民法草案(一・五・一三三条)の基礎にもなっている。
- (12) Basedow (Hrsg.), *Europäische Vertragsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 2000, S. 85, 90 f. [M. Wolf] [半田他訳・前掲書二二〇頁以下「松尾記」]の指摘は正しい。
- (13) 一方的な法律行為においては、客観的な危険の限界づけが必要である。
- (14) しかしそれについて Windel, *AcP* 199, S. 421 ff.; ders., *JURA-Sonderheft Zwischenprüfung*, 2004, S. 16 ff. 参照。
- (15) 下記 IV. a. E.
- (16) 強迫に関するド民一二三条との関係もまた議論されている。この場合通説は、強迫者が被強迫者が表示されたことをそもそも欲していなかったことを知っている場合は、ド民一一六条二文が優先されるというものである。私は、ド民一二三条が特別規定として位置づけられるという立場をとりたい。
- (17) Basedow (Hrsg.), *Europäische Vertragsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 2000, S. 85, 90 [M. Wolf] [半田他訳・前掲書二二〇頁「松尾記」]

- (18) 平田他説・前掲書Ⅰ・19頁「松尾記」参照。
- (19) Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsverein-
beitung und deutsches Recht, 2000, S. 85, 89 [M.
Wolf] [平田他説・前掲書Ⅰ・19頁「松尾記」参照。]
- (20) BGH, NJW 2000, S. 3127, 3128参照。
- (21) 例平田 Basedow (Hrsg.), Europäische Ver-
tragsvereinbeitung und deutsches Recht, 2000, S.
85, 95 [M. Wolf] [平田他説・前掲書Ⅰ・14—15頁
「松尾記」]
- (22) Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willens-
bildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 163, 179 f. [Gri-
goleit].
- (23) Prot. I, S. 178.
- (24) 平田他説 von Tuhr, Der Allgemeine Teil des
Deutschen Buergerlichen Rechts Bd. II, / 1 1914, S.
573 ff. および本稿 II. 2. d. aa.
- (25) 表示意思の欠缺はライン司法部委員会により言及さ
れつつあるが (Prot. RJA, S. 65, 67) 十分な解決も与
えられつつある。
- (26) AG Lahrt, NJW 2005, S. 991 ff.
- (27) LG Hanau, NJW 1979, S. 721.
- (28) OLG Hamm, NJW 2004, S. 2601.
- (29) BGH, NJW 2005, S. 976 f.
- (30) 指導的判例 : BGHZ 91, S. 324, 327 ff. = NJW 1984,
S. 2279, 2280 [反按 : Canaris, ebd., S. 2281 f.], それに
従ふべき : BGHZ 109, S. 171, 177; BGH, NJW 2002, S.
363, 365; BGH, NJW 2002, S. 2325, 2327; BGH, NJW
2006, S. 3777, 3778 Rn. 19.
- (31) 上記 II. 1. c.
- (32) RGZ 62, S. 201, 205.
- (33) BGH, NJW 1995, S. 953, 同様に否定的なもので ; Ju-
ernig, BGB, 13. Aufl. 2009, vor para.116 Rn. 5.
- (34) 更に異なつた非常に複雑なものとつて、フルーメの
契約上前提されたあるべき性質に関する錯誤がある。
- (35) 平田狭く捉へべき : Flume, Allgemeiner Teil des
Buergerlichen Rechts, Bd. II, 3. Auflage 1979, para.
24, 4; BGHZ 88, S. 240, 246.
- (36) Ramieri, Europaeisches Obligationenrecht, 3. Aufl.
2009, S. 954 ff. 平田他説の立場や平田。
- (37) Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willens-
bildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 35ff. [Fleischer].
- (38) RGZ 62, S. 201, 206.
- (39) von Tuhr, Der Allgemeiner Teil des Deutschen
Buergerlichen Rechts, Bd. II/1, 1914, S. 586.
- (40) Leenen, JURA 1991, S. 393, 397.
- (41) 平田他説Ⅰ・111条Ⅰ項の事例として OLG Muenchen,
NJW 2003, S. 367 が挙げられるが、本件ではその規範
が看却され、平田他説Ⅰ・111条Ⅱ項の適用が誤つて検討されて

う。

- (42) BGHZ 40, S. 65 (NJW 1996, S. 1467 参考)。
- (43) BGHZ 113, S. 48.
- (44) BGHZ, NJW 1998, S. 3192 ff.: 7 の場合「民二八〇条一項または「民二四二条に基づく許されない権利行使の評決のみが觀察に現れる。」
- (45) RGZ 105, S. 406.
- (46) Vgl. Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 163, 189 (Grigolet).
- (47) BGH, NJW 1975, S. 565 ff.
- (48) 上記 II. 1. a.
- (49) 上記 II. 1. b.
- (50) 例として Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 163, 166 f. [Grigolet] 参考。
- (51) Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 1, 33f. [Emsl.]
- (52) Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 1, 31 [Emsl.]
- (53) Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 85, 97 f. [M. Wolf] [半田他説・前掲書 I 111 頁以下 [發見記]]
- (54) Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willens-

bildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 1, 31 [Emsl.]
Hartke, ZEuP 2006, S. 326, 328 ff. (PECL に関し) ともなうかなる適用事例も見なう。

- (55) II-7:201 (1) (b) (4) (ii) の定式化における区別: 「錯誤を惹起した」——「契約が錯誤により締結されることを惹起した」もまた参照 (それに つき Jansen/Zimmermann, AcP 210, S. 196, 245)。
- (56) Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 163, 178 ff. [Grigolet]. したがって「同書が「明らかに」の概念を外因性の錯誤にのみ限る。」 Jansen/Zimmermann, AcP 210, S. 196, 241 f. にも関係する。
- (57) 参考として Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, S. 163, 177 f. [Grigolet] 参考。またこの概念に反対する。Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 85, 103 f. [M. Wolf] [半田他説・前掲書 I 111 頁以下 [發見記]] 参考。
- (58) Jansen/Zimmermann, AcP 210, S. 196, 244 f.
- (59) Vgl. Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 1, 30 f. [Emsl.]
- (60) Jansen/Zimmermann, AcP 210, S. 196, 242 ff. 参考。

- (61) これはDCFRにおける錯誤法と消費者保護法との十分な調和の一例である。それについてIII. 4. b.
- (62) それについてBasedow (Hrsg.), Europäische Vertragsvereinlichung und deutsches Recht, 2000, S. 85, 104 f. [M. Wolf]. [平田健児・前掲書1311頁以下「註記」]
- (63) 特にZimmermann (Hrsg.), Störungen der Willenserklärung bei Vertragsschluss, 2007, S. 163, 181 f. [Grigoleit] の図様について。
- (64) したがって Grigoleit, a.O., 231 n. を支持する。
- (65) Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 163, 185 f. [Grigoleit] 231 n. に制限する。本論文はむしろ不明瞭である。
- (66) それについて Windel, Die Modernisierung des deutschen Schuldrechts-ausseres und inneres System, ZJapR/JapL-Sonderheft (2011), sub II. 1. a.
- (67) Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 163, 187 [Grigoleit] ; Ranieri, Europäische Obligationenrecht, 3. Aufl., 2009, S. 1063 ff., bes. 1037 2 批判について。
- (68) Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 163, 168 f. [Grigoleit].
- (69) Harke, ZEuP 2006, S. 326 ff.
- (70) 彼は Jansen/Zimmermann, AcP 210, S. 196, 247 に46 II- 7: 204 (1b) の批判が不適切であると述べる。
- (71) 特に Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 163, 182 ff. [Grigoleit].
- (72) Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 163, 189 [Grigoleit] 54 n. に上記 II. 2. d. cc. (ルーンズの事例)。
- (73) 上記 III. 1. b.
- (74) それについて Jansen/Zimmermann, AcP 210, S. 196, 243 f.
- (75) 今の状況について Jansen/Zimmermann, AcP 210, S. 196, 245.
- (76) 上記 II. 2. a. ee.
- (77) 上記 II. 2. d. cc. 54 n. に II. 3. d.
- (78) 日本では判例は、契約の中途挫折の場合に契約締結上の過失責任を認めるが、ドイツのように契約責任としての契約締結上の過失責任を認めているのではなく、むしろ不法行為責任（としての契約締結上の過失責任）を認めているにすぎないという点「訳者注」。
- (79) 上記 II. 2. a. dd. のパラレル比較参照。

〔参照条文〕

ド民一〇五条（意思表示の無効）「（１）行為無能力者の意思表示は無効である。（２）無意識または精神活動の一時障害の状況のもとでなされた意思表示もまた無効である。」

ド民一一六条（心裡留保）「意思表示は、表意者が、表示されたことを欲しないことを内心に留保したという理由で無効とはならない。その表示は、それが相手方に表示され、かつその者がその留保を知っていた場合に無効となる。」

ド民一一七条（外観行為）「（１）相手方になされた意思表示がその同意のもとに外観上のみである場合は、無効である。（２）外観行為により他の法律行為が隠されている場合は、隠された法律行為に適用される規定が適用される。」

ド民一一八条（真摯さの欠落）「真摯さの欠落が誤認されないだろうという期待でなされた、真摯に意図されなかった意思表示は無効である。」

ド民一九九条（錯誤による取消し可能性）「（１）意思表示に際してその内容について錯誤に陥り、またはその内容の表示をそもそもなす意思のなかった者は、彼が事実状態を知り、かつ事件を合理的に評価するときは表示しなかったであろう場合には、その表示を取り消しうる。」

（２）表示の内容に関する錯誤として、取引上重要とみ

なされる人または物の性質に関する錯誤も含まれる。」

ド民一二〇条（誤った伝達による取消可能性）「伝達に携わる者または施設により誤って伝達された意思表示は、一九九条による錯誤によりなされた意思表示と同じ要件のもとで取り消されうる。」

ド民一二一条（取消し期間）「（１）一九九条、一二〇条の場合、取消しは、取消権者が取り消し原因を知ったときから有責な遅滞なしに（遅滞なく）なされねばならない。隔地者に対してなされた取消しは、取消しの表示が遅滞なく送付されたときに、適時になされたものとみなされる。（２）意思表示をなしたときから一〇年が経過したときは、取り消しは排除される。」

ド民一二二条（取消した者の損害賠償義務）「（１）意思表示が一一八条により無効であり、または一九九条、一二〇条により取り消されたときは、表意者は、表示が相手方になされたときは、その者に、そうではない場合は、第三者に、相手方または第三者が、表示の有効性を信頼したことにより被った損害を賠償しなければならない。ただし、相手方または第三者が表示が有効であれば有したであろう利益の額を超えない。（２）損害賠償義務は、被害者が無効または取消し可能性の原因を知り、または過失により知りえなかったとき（知らねばならないとき）は、生じない。」

ド民一四〇条（無効行為の転換）「無効な法律行為が他の

法律行為の要件を満たすときは、無効であることを知りながらその有効性が意図されたことが認められる場合には、その他の法律行為の効力が認められる。」

ド民一四二条（取消しの効果）「（１）取り消しうる法律行為が取り消されたときは、最初から無効であったものとみなされる。」

ド民二五四条（過失相殺）「（１）損害の発生に際して被害者の過失が共同作用しているときは、損害賠償義務ならびに給付されるべき賠償の範囲は、諸事情、ないしその損害が主にその一方または相手方によりどの程度惹起されたかに依存する。」

ド民三一二条（行為基礎の障害）「（１）契約の基礎になっている事情が契約締結後著しく変更し、かつ当事者がこの変更を予見していたとすれば契約を締結せず、または異なった内容の契約を締結していたであろう場合は、一当事者にとって個々の事例の総ての事情、特に契約上または法定の危険分担を考慮して、変更されない契約への固執が期待されない限り、契約の適合が要求される。

（２）契約の基礎となった重要な観念が間違っていることが明らかにあったときは、事情の変更と同視される。

（３）契約の適合が不可能であり、または一当事者にとって期待しえないときは、不利益を受ける当事者は契約を解除しうる。継続的契約関係の場合は、解除権に代えて告知権が生じる。」

共通参照枠（DCFR）（二〇〇九）

Ⅱ―七・二〇一条（錯誤）「（１）契約が締結されたときに、

（a）当事者が、錯誤がなければその契約を締結せず、または基本的に異なった内容でのみ契約を締結し、かつ相手方がこのことを知りまたは知ることが合理的に期待できたであろうという場合で、同時に、（b）相手方が（i）その錯誤を惹起し、（ii）相手方がその錯誤を知りまたは知ることを合理的に期待できたときに、信義則または公平な取引に反して錯誤に陥った当事者を放置することにより錯誤により契約が締結されることを惹起し、（iii）契約締結前の情報提供義務または錯誤を是正する手段を入手させる義務を遵守しなかったことにより錯誤により契約が締結されることを惹起し、または（iv）共通錯誤に陥っている場合は、契約が締結されたときに存在する事実または法の錯誤として当事者は契約を取り消しうる。

（２）しかし当事者は、（a）その錯誤がその状況の中で許容しえないものであり、または（b）錯誤の危険がその当事者により引き受けられ、またはその状況のもとで負担されるべき場合は、契約を錯誤を理由に取り消しえない。

Ⅱ―七・二〇二条（伝達上の誤りは錯誤として扱われる）

「言明の表示または伝達における誤りは、その言明をなしたまたは伝達した者の錯誤として扱われる。」

Ⅱ―七・二〇三条（錯誤における契約の適合）「（１）一当

事者が錯誤により契約を取り消すことができるが、相手方が、取消権を有する当事者によつて理解されたような契約に基づく債務を履行したまたは履行する意思を示したときは、その契約は、その当事者が理解したように締結されたものとみなされる。これは、取消権を有する当事者が契約を理解したところについて通知された後遅滞なく、かつ相手方が取り消しの通知を信頼して行為する前に、相手方が履行し、または履行の意思を表示する場合にのみ適用される。

（２）かような履行または表示の後取消権は失われ、かつそれより前になされた取消し通知は効力を失う。

（３）両当事者が同じ錯誤に陥ったときは、裁判所は、いずれかの当事者の要求により、錯誤が生じなかったとしたら、合理的に合意されたかもしれないところに一致して契約を生じさせる。」

Ⅱ―七・二〇四条（誤った表示を信頼して生じた損失に対する責任）「（１）商議の過程で相手方により与えられた誤った情報を合理的に信頼して契約を締結した者は、情報の提供者が、（a）その情報が誤っていると信じ、またはそれが正しいと信じる合理的な理由がなく、かつ（b）受領者が、合意された条件で契約を締結するかどうかを決定するについてその情報に依拠することを知りまたは合理的に知ることを期待しえたときは、結果的に

被った損失の賠償を求める権利を有する。

（２）本条は契約を取り消す権利がない場合でも適用される。」

Ⅱ―七・二〇九条…（取消しの通知）「本章の取消しは相手方に対する通知により効力を生じる。」

Ⅱ―七・二一〇条（期間制限）「本章の取消しの通知は、取消権者が当該事実を知りまたは知ったことを合理的に期待することができ、または自由に活動しうるようになったときから、状況の正当な考慮のもとで合理的な期間内になされない限り有効とはならない。」

Ⅱ―七・二一一條（承認）「本章の契約取消権を有する当事者が、取消し通知期間が進行を開始した後明示または黙示で契約を承認したときは、取消は排除される。」

Ⅱ―七・二一二条（取消しの効果）「（１）本章の取り消しうる契約は、取消しまでは有効であるが、一旦取り消されると最初から遡及的に無効となる。

（２）各当事者が、本章により取り消された契約により引き渡されまたは供給されたもの、または金銭的な等価物の返還請求権を有するかどうかの問題は、不当利得法により定められる。

（３）取り消された契約により移転した財産の所有権への本章の取消しの効果は、財産移転法により定められる。」

Ⅱ―七・二一三条（一部取消し）「本章の取消し原因が契

約の特定の条項のみに関わる場合は、取消しの効果は、事件の総ての事情を正當に考慮して、残りの契約を維持することが不合理でない限り、それらの条項に制限される。」

Ⅱ―七・二一四条（損害の賠償）「（１）本章の契約取消権を有す（またはそれが期間制限または承認により失われる前にかような権利を有す）る当事者は、相手方が取り消しの原因を知り、または合理的に知ることを期待しえた限りにおいて、契約が取り消されるかどうかを問わないで、錯誤、詐欺、強迫または不公平な濫用の結果として被った損失について相手方に損害の賠償を請求する権利を有する。」

（２）回復しうる損害は、その当事者が契約を締結しなかつたとすればあるであろう状況にできるだけ近い状況に被害者を置くようなものであるが、当事者が契約を取り消さなければ、損害が、錯誤、詐欺、強制、強迫または不公平な濫用によつて惹起された損害を超えないというさらなる制限が課される。

（３）他の点では契約上の債務の不履行による損害に関する規定が相当な修正のもとに適用される。」

Ⅱ―七・二一五条（損害の排除または制限）「（１）詐欺、強制、強迫、および不公平な濫用による賠償は排除または制限されない。

（２）錯誤による賠償は、排除または制限が誠意または

公平な取引に反しない限り、排除または制限されうる。」
Ⅱ―二・二一六条（救済の重畳）「その当事者に不履行の救済を与える状況のもとで本章の救済の権限を有する者は、いずれの救済を求めることもできる。」

Ⅱ―九・二〇一条（虚偽表示）「（１）当事者が契約または外観行為を締結したが、任意に当事者が意図したものと異なる外観上の効果を有するといふように締結したときは、当事者の真の意図が優先する。

（２）しかし、契約または外観上の行為の当事者または外観上の効果を合理的にかつ信義に適つて信頼した当事者以上の権利を法律上有さないう者ではない者との関係では、外観上の効果が優先される。」

民法改正委員会草案（二〇〇九）「一・五・一三（錯誤）

「（１）法律行為の当事者または内容について錯誤により真意と異なる意思表示をした場合において、その錯誤がなければ表意者がその意思表示をしなかつたと考えられ、かつ、そのように考えるのが合理的であるときは、その意思表示は取り消すことができる。（２）意思表示をする際に人もしくは物の性質その他当該意思表示に係る事実を誤つて認識した場合は、その認識が法律行為の内容とされたときに限り、（１）の錯誤による意思表示をした場合に当たるとする。（３）（１）、（２）の場合において、表意者に重大な過失があつたときは、その意思表示は取り消すことができない。ただし、次のいず

れかに該当するときは、この限りでない。(ア)相手方が表意者の錯誤を知っていたとき、(イ)相手方が表意者の錯誤を知らなかったことにつき重大な過失があるとき、(ウ)相手方が表意者の錯誤を引き起こしたとき、(エ)相手方も表意者と同じの錯誤をしたとき。(4)
(1)、(2)、(3)による意思表示の取り消しは、善意無過失の第三者に対抗することができない。」

〔解説〕本講演は、もともと二〇一一年三月に予定されていた千葉大学でのヴィンデル教授の講演が東日本大震災とそれに続く津波、福島原子力発電所の事故により順延されて、同年一月二三日(水)に開催されたものである。同教授とは、訳者の二〇〇九年八月のボッフム留学以来の知り合いで、留学中は様々な資料の提供や教示などお世話になるとともに、昼食時などに研究テーマなどをめぐる議論の中で日独の債権法改正の動向なども話し合われ、訳者との共通テーマの一つとして本テーマがヴィンデル教授によって選択された。講演の内容は錯誤を含むいわゆる意思の不存在(意思の欠缺)に関する現在のドイツ民法学における議論の概説(大学での講義案ともみれる)であるが、ヴィンデル教授なりの(ドイツ民法学者としての)理解がそここにみられ、我々日本の民法研究者としても興味の持たれる記述が数多くある。

まず錯誤(を含む意思欠缺)を意思ドグマ、信頼ドグマ、

取引保護ドグマおよび過失ドグマという四つの切り口によって整序する方法を提示していることが指摘されうる。意思欠缺の要件、効果を論ずる際にこのような切り口ないし視点をあらかじめ提示することは制度の理解と解決策の発見に資すること大であると考ええる。次に、意思表示を動機、行動意思、表示意識、行為意思に分けて考察する立場は、基本的に日本民法に導入され、日本の錯誤論の基礎になっていることは周知の通りであるが、ドイツの議論は日本の議論よりもさらに細かい。行動意思を行為意思から区別して意識喪失の場合の意思表示を無効とするための説明手段としているなどがそうである。意思の欠缺を意識的な意思欠缺、無意識的な意思欠缺および詐欺、強迫に三分類するところは、日本の分類と同様である。

心裡留保は、日本民法ほどドイツで適用(類推適用)されていない。これはド民一一六条が第三者が悪意である場合にのみ表意者が無効主張ができるとしているために、日本民法のように相手方が善意でも過失があれば、表意者が意思表示の無効を主張しうるとする(日民九三条但書)のと異なっており勝手が悪いことが一因をなしているかもしれない。しかし、いづれにしても諸諱表示の規定(ド民一一八条)は立法論的に得策でないように思われる。通謀虚偽表示(外観行為)は、日本では昭和四五年頃から不動産取引における外観信頼法理として確立しているのに対して、ドイツでそうならないのは、ドイツの不動産登記が原因行

為から独立した制度となっていて、公信の原則がすでに採用されているからだというべきである。

錯誤の場合は、ドイツでは日本と異なり、表意者に取消権が付与され、また取り消した表意者は、相手方の被った損害の賠償責任を負う（下民一二二条一項）。また錯誤の分類も日本よりも複雑である。表示錯誤、内容の錯誤の他、伝達の錯誤（下民一二〇条）、計算錯誤といった種類もある。伝達錯誤は、日本では表示錯誤の問題として処理されるであろうが、ドイツでは伝達錯誤について、錯誤の規定とは別の規定を置いたため、法適用上の混乱を生じている。意思表示には、表示意思（意識）というものが觀念され、日本では、この表示意思（意識）がなければ（競売会場で友人に拳手の合図をするなど）意思表示を無効と解することと問題は無いであろうと思われる。しかし、ドイツの判例、通説は、この場合表意者に過失があり、かつ相手方がそれを事実上もまた理解したであろう場合には、錯誤規定により意思表示を取り消しうる（損害賠償義務も負担する）とする。有力説（ヴィンデル教授も含む）は、この場合に一般的に錯誤規定（損害賠償を含む）の適用を認める。しかし、訳者は、表意者の表示意思（表示意識）なしに表示された（とみられるだけの）場合は、錯誤の問題とすべきではないように思う。

性質錯誤は、日本では、一般的には動機錯誤であるが、それが（黙示的に）表示されまたは法律行為の内容になれば、

ば、民法九五条の適用を受けるとするのが従来の通説、判例である。これに対してドイツでは、このような解釈論は少数説であり、「取引上重要とみなされる物または人の性質に関する錯誤もまた、内容の錯誤とみなされる」という下民一九九条二項に忠実に、性質錯誤は動機錯誤であるという位置づけを維持する。

錯誤取消（無効）が表意者だけでなく、合理人もまたそのような表示をしなかったであろう場合に認められることは、日独で共通である。ドイツで錯誤取消が遅滞なくなされねばならないとされていることは（下民一二二条一項）、我々にとつては驚きである。三年から五年の取消期間を置くべきではないであろうか。もつとも取消権行使に基づく返還請求訴訟の期間と見るべき余地もある。現在民法（債権法）改正委員会が法改正作業を進めており、錯誤については無効ではなく、取消権の付与という法律効果を認めるべきことに関しては概ね一致がみられるが（二〇〇九年債権法改正提案一・五・一三条一項参照）、取消権の付与の場合は、取消期間を定めることが必要となる。この意味では、現行の無効という取扱いを捨て去ることは（フランスのように無効の主張を五年間に制限する立場もあるとしても）、当事者に大きな違いを与えることになる。

法律効果に関する錯誤は、日本では議論されていない。ドイツでは、法律の規定から生じる法律効果に関する錯誤は意思表示に影響を与えないが（法の不知は害せず）、当

事者間の法律行為（合意）から直接に生じる（当事者の意思図した）法律効果の錯誤は内容の錯誤として顧慮される。

日本でも同様に解されると思われる。サッカー選手がうつかりサインした書類が小切手帳であった事例では、表意者（サッカー選手）は錯誤を主張しうるが、空欄のある書類に署名した者は錯誤を主張しえないという議論も、日本でも同様に解されよう。

計算錯誤も日本では少なくとも実務上あまり議論されていない。ドイツでは計算錯誤が動機錯誤として処理され、原則として錯誤の主張は認められないが、当事者が特定の前提に基づいて代価を取り決めた場合は例外となるとされている。双方的動機錯誤は、日本では近時特にDCFR（共通参照枠）などの影響のもとに論じられることが少なくないが、ドイツではルーブル事件（ルーブルの交換比率を間違えた事例）で大審院が錯誤取消を認めたのに対して、ヴィンデル教授は、この事例に錯誤の適用を否定し、公定の相場による解決を当事者に許容する。契約基礎錯誤は、ドイツ新債務法三・一三条二項がこれにつき規定を置き、契約適合を許容する。契約基礎錯誤の場合に共通基礎錯誤として表意者が保護される限界についての議論は日本の基礎錯誤の議論に参考となろう。

次に共通参照枠の規定の検討に移ろう。共通参照枠では心裡留保規定が落とされている。ヴィンデル教授は、共通参照枠の錯誤規定を契約志向的と捉える。すなわち、重要

な瑕疵は非常に広く捉えられるが、取消可能性は強く制限されているという。共通参照枠では重要な錯誤が顧慮され、動機錯誤も原則的に顧慮されるが、物の価値に関する錯誤は原則的に排除される。共通参照枠は、錯誤に陥った当事者が契約を全く締結せずまたは著しく異なった条件のもとでのみ締結したであろうという場合で、相手方がこれを知りまたは知りうべき場合に重要なものとなるとするが、ヴィンデル教授はこのような主観的な把握を批判する。同教授はまた、取消の要件としての相手方の瑕疵の惹起または相手方もまた同じ錯誤に陥っていること、および動機錯誤でも一般的に取消可能とすること、さらには取消の制限の基準、情報提供義務違反の場合をも取消しようとしたことも批判する。同教授によれば、共通参照枠の錯誤は重要な錯誤事例を十分に明確に把握できていない。同教授によればまた、消費者保護との関係でも錯誤取消期間を短く設定することは問題である。

日本の債権法改正提案の提示する錯誤規定（一・五・一三条）については、性質錯誤が顧慮されるべき場合を内容の錯誤とする必要がないこと、共通錯誤について契約適合を認める規定を置くべきこと、取消の第三者効を制限する規定（一・五・一三条四項）が実際的でないこと、不実表示規定（一・五・一五条）が改正提案で錯誤規定と詐欺規定の中間に置かれていることが問題であることを指摘される。

短い講演の中で、上記のような日本の錯誤法にとって極めて参考価値の高いドイツ錯誤法の論点を隈なく紹介し、かつ共通参照枠の錯誤法の問題点を指摘され、併せて現在進められている日本の債権法の改正提案の中の錯誤法の問題点もまた指摘された。今後のわが国の錯誤法にとって実りある講演であったと評価できると考える。

無意味な給付約束

ボツフムルール大学 ヴィンデル教授

(訳者 半田吉信)

目次

- 1 三つの設問
- 2 原始的客観的無効のための規定の現代化
- 3 ドイツ民法上の無意味な給付約束
 - (1) ド民三二―a条一項による契約の無効
 - (2) 給付義務
 - (a) 給付義務

1 三つの設問

私の渡航前に私は年の市に出かけた。まず私は単に気晴らしのために占い師のテントに入った。三つの設問を私は立てた。解答は占い師がトランプから読み取る。最初の二つの解答は漠然としたものであったが、占い師はいかなる問題も提供しなかった。私はまず私の日本への講演旅行が成功するかどうか、第二に私がいつかなお真に愛せる女性を見つけられるかどうかを知りたいと思った。第三に私はトランプ占いのために料金もまた支払われるかどうかをたずねた。占い師は非常な不安に陥った。明らかに彼女は二

- (b) 反対給付義務
- (3) ド民三二―a条二項の損害賠償
- (a) 損害賠償の基礎
- (b) 損害賠償の算定
- 4 共通参照枠に従った法律状態の概観
- 5 三つの設問の解答
- 6 文献

〇〇一／二〇〇二年のドイツ債務法現代化の前の時期の素人の法的知識をもっていた。すなわち当時通説は契約が無効だと考えていた。これに対して新法に基づいて連邦最高裁は、トランプ占いのための報酬請求権が全く可能だとする^[1]。

我々はトランプ占い師から私の第三の設問に対する解答を得たいと思う。彼女により約束されたトランプ占いは、オカルト的、呪術的、心靈主義的または占星術―秘教的なサービスの領域に属する。かような事物の可能性または有意味性は疑われうる。それゆえにまず原始的客観的不能法の現代化一般への一瞥が必要である(2)。次いで今日適

用されているドイツ民法に従った無意味な給付約束の法的扱いが分析されるべきである(3)。私は、古い師の解答を言う前に(5)、共通参照枠に従った法的状態への一瞥を行いたい(4)。

2 原始的客観的不能のためのルールの現代化

原始的客観的不能の法的取扱いの理論史はローマ法にまで遡り、長い間「不能を目的とする債務は無効である」という原則によって支配されてきた。さらなる展開は、このドグマが給付および反対給付に関わるのか、主観的不能にも関わるのかなど変わりやすいものであった。一九世紀の末以来ヨーロッパでは客観的不能給付を目的とする契約は全部無効だとするのが通説であった。これはドイツ民法旧三〇六条の立場でもある。最後の立法として一九七九年の連合王国動産売買法がこれを契約締結時にはすでに滅失した物について受け入れた。³⁾しかし、契約締結時にすでに滅失した物というこの最後に言及された特別事例について、すでにCISG(ウィーン統一動産売買法)は立法上の反対の動きを導入した。それによれば原始的不能と後発的不能の間にはもはや区別は存在しない。売主はむしろ、免責されない場合(CISG 79条、場合によっては履行利益の賠償責任を負う(CISG 74条以下)⁴⁾。

ウィーン統一動産売買法のルール的基础には見うるとこ

ろ国境を越える商取引という実際的な要請がある…商品が契約前(直前)に滅失したか、それとも契約後(直後)に滅失したかを判断することは容易でない。しばしば厳密にその商品が滅失したかどうかを証明することはおお困難である。それゆえに同じ法律効果を与えることが実際的であるように見える。しかし同じ法律効果は、契約が原始的不能の場合にも完全に有効である場合にのみ達成されうる。

ド民旧三〇六条に法典化された「不能を目的とする債務は無効」ドグマの更なる問題は、しばしば結果のための保証が引き受けられることにあった。契約の相手方はその場合結果が事実上達成されるかどうかを知りえないのだから、このドグマは契約上の危険分担を(売主に)移す。かくしてすでにド民旧三〇六条の適用のもとでかような契約は有効と扱われた。

ド民旧三〇六条のこの著名な問題と並んで、ドイツ担保法における意図的な体系転換もまたこの原則の放棄に強いた…物または仕事に瑕疵がないことは売買および請負契約における現代化されたドイツ債務法によれば主たる給付義務に属する。それゆえに仕事に原始的な瑕疵があることなどいしその原始的不能は質的な(一部)不能に導く。しかしこれは、さもなくばド民四三七条以下、六三四条以下の担保法から基礎が奪われるがゆえに、契約の無効には導きえない。

従って債務法現代化の目的は原始的不能のためにド民三

一 a 条によつて統一的なルールをつくることにあつた。それにはド民四三七条三項、六三四条四号において特定物売買における原始的な質的瑕疵および請負契約における原始的に不能な結果のための担保が割り当てられた。それと並んで従来ド民旧三〇六条に反して解決された給付ないし結果保証の事例もまたド民三一 a 条の枠内で克服しうると信じられた。最後に従来ド民旧四三七条の特別規定により把握された、売却された権利の真実さの欠缺の事例群が原始的(法的) 不能のための一般規定に割り当てられることになった。

この目的が達成されるべき規範はド民三一 a 条である。その一項によれば、債務者がド民二七五条一項―三項に従つて債務者が給付をなすに及ばず、かつ給付の障害がすでに契約締結時に存在したことは契約の有効性に抵触しない。ド民三一 a 条は立法手続き上法政策的にまたその後は制定法として激しく議論された一般給付障害法の現代化に属する。しかし、議論の重点はそれに際してまず、規範がド民四三七条三号、六三四条四号における準用規定に基づいて担保法の枠内で関与させられうる限りにおいて、ド民三一 a 条に基づく責任の理論的な解釈およびその機能化にある。しかし、トランプ占いに關する連邦最高裁の最新の判例は、従来あまり議論されなかった、外見上無意味な給付約束の事例群へのド民三一 a 条の作用に再度証明を当てることを正当化する。すなわち、この事例群のため

にド民三一 a 条の原始的不能の包括的ルールの創設の目的は、単なる迷信を可能とみなしうる給付約束が(しばしば) 良俗違反として、すなわちド民一三八条にしたがつて無効とみなされうるということにより本来的に相対化された。

3 ドイツ民法による無意味な給付約束

ド民旧三〇六条は、約束された給付行為または約束された給付結果が自然科学、技術および医学のルールに従つて立証しえない(呪術または超心理学的な力の展開) または説明しえない(望まれた結果が生じたが、因果関係が明らかでない) 場合は実務上しばしば関与させられる。それと並んで一角獣のような空想上の動物の給付あるいは永久機械の製作の義務という古い机上設例が存在する。結果的にどのような契約は債務法現代化の前は大部分無効とみなされた。さらなる法律効果は契約締結上の過失の原則に従つた損害賠償義務に存した。給付不能を知りまたは知るべき契約当事者は、この者もまた知りまたは過失により知らなかった場合を除いて、相手方に対して責任を負う(ド民旧三〇七条一項)。しかし責任は消極的利益に制限される。

(1) ド民三一 a 条による契約の有効性

立法者は債務法現代化に際して、オカルト的、呪術的、心靈主義的、占星術的ないし秘教的な給付に向けられた契

約もまた下民三一 a 条の法文に服すると考えていた。したがって、かような、合理主義者にとつて無意味にみえる行為は今日もはや原始的不能により無効ではない。しかし、それは現代化された債務法の適用のもとでもそれ自体として有効なのではない。なぜならば、当事者が法律行為の外観のみを作り、または全く諸譜表示であるに過ぎない場合は、それは下民一一七条または一一八条により挫折するからである。しかし、かような契約は当事者によりしばしば真摯に意図されており、明らかにかような場合は増えている。

いんちき療法が当事者の一方の不利益において詐欺との限界すれすれのところで行われており、または第三者に対する非難されるべき目的が追求される場合は、それは下民一三八条の適用を受ける。その事例は、例えば逃げ去った夫または愛人をその意思に反して帰還させるための（呪術による）意思の抑圧や損害を惹起させるための魔術である。その限りで下民八一七条二文は、これまで下民旧三〇六条の関与により考量されていた問題を提供する。すなわち下民八一七条二文によれば、もたらされた（反対）給付の不当利得返還は、給付受領者だけでなく、給付者にも良俗違反の責任がある場合には、排除される。従って、現代化された債務法によれば、隠された人間の意図、希望および期待を良俗違反の標準で測ることはもはや避けられえない。いつ行為の相手方の負担となる弱みに付け込むいんちき

療法を認めて、下民一三八条二項に従ってその契約を暴利行為としなければならぬかという問題もまた扱いが難しい。連邦最高裁は、トランプ占いに關する出発点となった問題において公序良俗違反の評決に高すぎる要求をしていない。なぜならばかようなまたは同様なサービス給付に關する契約を締結する者の多くは困難な生活状況にあるか、または容易に人を信じる、経験に乏しいまたは精神的に不安定な者が問題になるからである。それは良俗違反の場合に近い。なぜならば、被告は1年間にトランプ占いのためにすでに三五、〇〇〇ユーロ以上の金額を費やし、継続中の訴訟で更なる六、七二三・五八ユーロの支払いの請求を受けたからである。

しかし、あまりセンセーショナルでない事例もある。例えば市場で通常の四〇ユーロの報酬がトランプ占いのために要求される場合、司法は正当な判決のためにいかなる明らかな傾向も提供していない。かように年の市に類似した楽しい集いが相当な代価で購われうる。契約の良俗違反性は、両当事者が、些少の額しか懐を痛めないという考えの忠実な支持者である場合にも下民一三八条に基づいて直接には生じない。誤導的な秘教の場合も同様である。従って無意味な契約を下民三一 a 条に反して規定されていない法的命題により無効とするという提案が明らかにされる。しかしこれは下民三一 a 条の文言が目的論的な還元（弱化）に服することを前提とする。

よりよい理由がどのような契約を有効と扱うことを支持する…給付の有意義性は、正当な見解に従えばすでに下民旧三〇六条の適用下で標準的な指標ではなかった。むしろ解釈により探求されるべき約束された給付が証明できる方法でもたらされるかどうかが問題となった。例えばホロスコープの配置はそれによれば占星学のルールまたはその他のルールの顧慮のもとに可能であったし、今でも可能である。それによれば契約は有効である。このことは、そもそも結果が問題になるのではなく、一義的に楽しい集いが前面に現れる場合はより一層あてはまる。その最もよい事例は、実際は物理学の法則に基づく、子供の誕生日や他の家族の祝いのために好んで注文される魔術の芸当である。若干の者はトランプ占いもまたはつきりとそれに加える。

しかし多くが全くのまやかしのようにみえるものの領域が明らかにあった場合でも、私的自治をその（残りの）限界の中で考慮し、なが意味あるものとして把握されるか、またなが意味あるものとして把握されないかをまず当事者に判断させるべきである。わけでもそれによって、ナンセンスなことによる法律上の制度の濫用と基本法上保証された（基本法四条一項）素朴な信心深さとの間に境界をつけることが避けられる。なぜならば、合理主義者が、それらのいずれもが危険な旅行または女性の愛の（いい女性がみつかる）幸運を懇願するために行われる場合、白い魔法の魔法とシャーマンの儀式、ヒンドゥー教のマントラ、キ

リスト教の礼拝堂の中ろうそくの点火、仏教寺院の線香が燃え尽きることおよび神道教会の儀式の間でどこに区別を見出すのか明らかでないからである。

（2）給付義務

出発点となった事例における連邦最高裁の判決の注目に値する価値は、給付および反対給付のために不能に様々な意味が認められることにある。これは条件的な牽連関係の修正により達成される。

（a）給付義務

給付義務に関しては連邦最高裁は客観的不能を出発点としている（下民旧二七五条一項、二項）。それは論拠については概ね一九〇〇年のライヒ裁判所の刑事事件判決に依拠する。ライヒ裁判所はその当時非物質的な力によりそもそも物理的な効力が獲得されうるかどうかの問題への解答は全く度外視した。なぜならばいずれにしても問題になっている力の存在は立証されえず、（かつそれは）裁判官により現実の効果の源泉として認められないからである。

それに全く同意されうる。立証されえない給付を認識可能性の意味において不能と性質づけることはなおさらに相對化される、否むしろ相對化されねばならない…我々は、これが文化的状況に適合するがゆえに、自然科学、技術、医療および認識論を前提としなければならない。そこにおいて我々は時代および（その時代に支配的な）認識の子な

のである。魔法を信じたまたは今日なお信じている者と同様である。

(b) 反対給付義務

給付義務の不能にもかかわらず連邦最高裁は、反対給付義務、すなわち支払い義務を肯定する。それとともに双務契約における主たる給付義務の存在が他方の主たる給付義務の存在を条件づける(ド民三二六条一項)条件的牽連関係が破壊される。この繊細な解決を連邦最高裁は、トランプ占い師の顧客がトランプ占いの換価可能性の危険を引き受けたのだから、それが法律上の原則(ド民三二六条一項)を合意により排除したとみることによって達成する。

このこともまた出发点においては納得できる。確かに前述の先例はうまくあてはまらない。さらに法律は厳密には給付の債務者が明確に危険を引き受けた事例のみを扱う(ド民二七六条一項一文)。しかし債権者の責任(ド民三二六条二項一文)は私的自治の枠内で契約により相当に定められうるものでなければならぬ。しかし不能給付の注文者により引き受けられた危険の厳密な確定は、事実審において問題とされた。給付義務を負った当事者が全くなくもない、または(例えば不完全なトランプの札を切るなど)明らかに瑕疵あることをした場合に、誰も支払う義務を負わないことは明らかである。しかし単なる給付の瑕疵だという苦情のある場合に、事実審裁判官はどのようにに対応するであろうか。給付の実現のために追完的なルールが

存在する限り、それが志向されうる。それはすでに古い法の効力のもとでホロスコープの作成の場合にそうであった。トランプ占いの場合にも、いつもある基本的ルールが存在する^②。しかし超心理学的な力またはそのようなものの発揮が約された場合はどうかであろうか。若干の者は給付の基礎になっている行為をこの場合同様に可能とみる。私は反対である。あるいは、給付者が額に皺を寄せ、緊張して水晶玉を凝視するかどうかの問題になるといふべきである。

(3) ド民三二一a条二項の損害賠償

出发点では損害賠償は問題とはならないが、この問題はこの場合同様に言及される。なぜならば無意味な給付の特徴は、それがしばしば立証しうる形ではなされえないという点にあるからである。

(a) 損害賠償の基礎

契約が当事者の一致した意思に従って有効である場合に、ド民三二一a条二項に基づく損害賠償請求権はその基礎に従って存在する。ド民三二一a条二項の責任は帰責事由を要件とする。しかし、帰責事由の不存在の举证責任は債務者に課せられている(ド民三二一a条二項二文)。その注目に値する点は帰責事由の関係する点である。債務者が給付しえないことではなく、彼が給付しうることを契約上引き受けたことが問題となる。これは出发点においては首尾一貫しているが、核心において契約締結上の過失責任に適

合する。従つてド民三一・a条二項の主たる批判点の一つは、それ自体体系とは無関係に契約締結上の過失に基づく履行利益の賠償請求権が導かれることである。⁽⁸⁾

損害賠償請求権はド民二五四条の制限的な条項のもとにある。それによればその条項はド民旧三〇七条一項二文におけると同様しばしば、すなわち両当事者が、望まれた結果が自然科学、技術および医学のルールに従つて達成されないことを知っていなければならない場合は、完全に適用されない。

(b) 損害賠償の算定

無意味な給付における履行利益の算定は特別の困難を生じる。いづれにせよ一般的な公平の観点に従つて損害の範囲を確定することは問題とならない。むしろそれを算定することが試みられなければならない。これは、債権者の財産状況が、存在しえない物が彼に給付された場合の如くに置かれねばならないとする場合には、困難を提供する。⁽⁹⁾常に仮定的な問合わせ（取引価値）、特に約束された利用価値に基づく損害評価（ド民訴二八七条一項）が残される。

従つて、それと並んで、債権者がその無駄になった費用の選択的賠償を請求しうるがゆえに（ド民二八四条、債権者のための損害賠償請求権が関心をもたれる。その中にド民旧三〇七条の非現代的な原則への奇妙な抜け道を見ようとする者はいたずら好きな人である。

4 共通参照枠に従つた法状況の概観⁽⁸⁾

出発点となった事例は共通参照枠の基礎のうえでも同様に解決されうる…原始的客観的不能は契約の有効性に影響を与えない（Ⅱ―七・一〇二条）。もちろん特別に無意味な給付約束の場合不公平な搾取による取消（Ⅱ―七・二〇七条）が問題になる。債権者は、さらに契約を彼が支払うには及ばない、すなわちなされた給付の返還を請求しうるという効果を伴つて終了させうる（Ⅲ―三・五〇九条、五一〇条）。しかし終了させる権利は、債務者がその給付義務を本質的にもたらしえないことに依存する（Ⅲ―三・五〇二条）。この枠内で現行ドイツ民法におけると同様に、具体的に約束された給付および危険分担に関する同様な考慮をなさなければならない。損害賠償の算定における問題もまた（Ⅲ―三・七〇一条以下）、ドイツ法の場合と区別するに及ばない。

5 三つの解答

みなさん私は今やなお三つの出発点で設定された問題の解答をなす義務を負うのみとなりました。

第一の設問―私はトランプ占いに料金を支払わねばならないか。彼女から請求された料金が相当である限り、かつ私が生活上の危機に瀕し、または軽率に信頼し、未経験であり、または心理的に不安定である場合でなければ、問

題は肯定されるべきである。最後の点は各自判断することである。

第二の設問——私の日本への旅行は幸運であったか。私が非常に注意深く、有望で客に親切な人々にめぐり合ったがゆえに、この問題も肯定すべきである。

第三の設問——私はいい女性をみつけたことができるか。これは誰でも関心をもっていることである。私も同様である。

御傾聴ありがとうございます。

〈注〉

- (1) BGH, Urt. v. 13. 1. 2011, III ZR 87/10 (更なる事実関係の解明のために事実審裁判所に差し戻された)。
- (2) D. 50, 17, 185.
- (3) Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwo-
rterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, Bd.
I, S. 65, 66 f. [Faust]¹³ 有益な見取り図を与える。
- (4) 平井久美子 Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.),
Handwoerterbuch des Europäischen Privatrechts,
2009, Bd. I, S. 65, 67 [Faust]
- (5) Begr. zu para. 437 Nr. 3 Entw. und zu para. 634 Nr.
3 Entw. (44¹⁴ para. 634 Nr. 4 BGB), BT- Drs. 14/
6040, S. 225, 263.
- (6) Gegenäußerung der BReg. (ドイツ連邦政府の反

- 対意見)¹⁵ BT- Drs. 14/6857, S. 54, zur Stellungnahme
des BR. (連邦参議院の立場について) a.a.O., S. 17 f.
(7) Gegenäußerung der BReg. (ドイツ連邦政府の反
対意見), a.a.O. は明確である。
- (8) 平井久美子 Windel, ZGS 2003, S. 466 ff.; ders., JR
2004, S. 265 ff.

- (9) 平井久美子 Windel, ZGS 2003, S. 466 ff.
- (10) Begr. zu para. 311a, BT- Drs. 14/6040, S. 164.
- (11) 平井久美子 Emmerich, Das Recht der Leistungsstö-
rungen, 6. Aufl., 2005, para. 3 Rn. 4 ff.
- (12) Inst. 3, 19, 1, 44¹⁶ Gaius, Inst. 3, 97¹⁷ 同様にである。
- (13) Grunewald, JZ 2001, S. 433, 435; Canaris, JZ 2001, S.
499, 505 f.
- (14) 同様に平井久美子 民法 III, 1.
- (15) BGH, Urt. v. 13. 1. 2011, III ZR 87/10, Rn. 16.
- (16) Canaris, a.a.O.
- (17) Begr. para. 311a, BT- Drs. 14/6040, S. 164¹⁸ 同様に
である。
- (18) Vgl. LG Kassel, NJW- RR 1988, S. 1517 f.
- (19) BGH, Urt. v. 13. 1. 2011, III ZR 87/10, Rn. 21.
- (20) BGH, Urt. v. 13. 1. 2011, III ZR 87/10, Rn. 2.
- (21) 同様に: LG Ingolstadt, NSt Z- RR 2005, S. 313 f.
- (22) Vgl. LG Ingolstadt, a.a.O. 同様に: BGH, Urt. v. 13. 1.
2011, III ZR 87/10, Rn. 11.

- (23) 本来の言葉の意味に従えば、その概念は、単に事情を心得ている人へのみ理解される考えを指し、内容的に特定される精神的態度を指示するものではない。
- (24) 空想上の動物や永久機械につき同旨：Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 2008, para. 4 Rn. 5. しかし、彼は、魔術の力、魔法、超心理学的な影響および悪魔祓いのための行為を実行可能なものとする。Canaris, JZ 2001, S. 499, 505 に「もしもまた考慮され」²⁹。Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., 2005, para. 5 Rn. 7, para. 3 Rn. 23 以下「今では相対的にも」³⁰。その主題は「Arp, Anfängliche Unmöglichkeit, 1988, S. 154 ff. により詳しく基礎づけられた。
- (25) BGH, Urt. v. 13. 1. 2011, III ZR 87/10, Rn. 11.
- (26) ケルトの樹木ハロスコーフに関する著作権につき、BGHZ 115, S. 69.
- (27) 同旨：LG Ingolstadt, NSStZ, RR 2005, S. 313, 314. 反転：OLG Duesseldorf, NJW 1953, S. 1553 = MDR 1953, S. 549; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl. 2005, para. 5 Rn. 23.
- (28) BGH, Urt. v. 13. 1. 2011, III ZR 87/10, Rn. 11; LG Ingolstadt, aa.O.
- (29) 以下「」³¹ Ravert, GS Sonnenschein, 2003, S. 845 ff.; ders., Hocus Pocus- Geschichten von alten Zaubern, 2004.
- (30) LG Ingolstadt, NSStZ, RR 2005, S. 313, 314 m. NW.
- (31) 下の方向に先鞭を付けたもの：Arp, Anfängliche Unmöglichkeit, 1988, SS. 214 f., 154 f. (「したがって、契約は将来的には契約上の債務として形成されるべきである」)。以下「」³² a 条「」³³ Grunewald, JZ 2001, S. 433, 434.
- (32) Vgl. Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 2008, para. 4 Rn. 5.
- (33) RGSSt 33, S. 321, 322 f.
- (34) BGH, Urt. v. 13. 1. 2011, III ZR 87/10, Rn. 10.
- (35) 以下「」³⁴ Windel, ZfP 112 (1999), S. 385, 391 m. NW.
- (36) BGH, Urt. v. 13. 1. 2011, III ZR 87/10, Rn. 16 f.
- (37) BGH, NJW 2002, S. 595 (「チケットタックトマン」³⁵にポップグループのコンサート旅行の挫折に関するもの)；BGH, NJW 1980, S. 700 (売却された土地のアウトバンスメントの同意の拒絶)。
- (38) Vgl. LG Ingolstadt, NSStZ 2005, S. 313 f.
- (39) 魔力、魔術、超心理学的な影響および悪魔祓いのこと同旨：Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 2008, para. 4 Rn. 5. 同旨：Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, para. 275 Rn. 5 a.F. [Westermann].
- (40) 以下「」³⁶ Windel, JR 2004, S. 265 ff.

- (41) Canaris, JZ 2001, S. 499, 506; MuenchKommBGB, Bd. II, 5. Aufl., 2007, para. 311a Rn. 68 [Ernst].
- (42) Grunewald, JZ 2001, S. 433, 435 はこれを看過する。彼は、その価値が極端に高い、ないし計算しえないと信じる。それによって彼は、明らかに完全な窮迫を前提としてくる。

- (43) Canaris, JZ 2001, S. 499, 505 f. は反対の見解であろう。彼は、(厳密な) 損害の評価の可能性なしに零を出発点とする。

- (44) MuenchKommBGB, Bd. II, 5. Aufl., 2007, para. 311a Rn. 31 [Ernst] ; Emmerich, Das Recht der Leistungstörungen, 6. Aufl., 2005, para. 5 Rn. 7.

- (45) 以下に「*grundsätzlich* Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwoerterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, Bd. I, S. 65, 67 [Faust].

- (46) 上記III. 1.

- (47) 上記III. 2. b.

- (48) 上記III. 3.

〔参照条文〕

ド民旧二七五条（責めに帰すべき事由による不能）

「(1) 債務者は、給付が彼の責めに帰すべきからざる事由による、債務関係発生後に生じた事情により給付が不能になった限り、給付義務を免れる。(2) 後発的に生

じた債務者の給付の主観的不能は、債務関係発生後に生じた客観的不能と同視される。」

ド民旧三〇六条「不能給付に向けられた契約は無効である。」

ド民旧三〇七条（消極的利益）「(1) 不能給付に向けられた契約の締結に際して給付の不能を知り、または知らなければならなかった者は、相手方が契約の有効を信頼したことにより被った損害の賠償の義務を負う。しかし、それは相手方が契約の有効な場合に有する利益の額を超えない。賠償義務は、相手方が不能を知りまたは知らなければならなかった場合には、生じない。」

ド民一三八条（良俗違反の法律行為、暴利）「(1) 良俗に反する法律行為は無効である。(2) 特に、ある者が相手方の強制状態、無経験、判決財産の欠缺または著しい意思の薄弱を利用して自己または第三者に、給付と著しく不均衡な財産的利益をその給付のために約束させまたは付与させる法律行為は無効である。」

ド民二七五条（給付義務の排除）「(1) 給付請求権は、これが債務者または誰でもにとって不可能になったときは排除される。(2) 債務者は、これが、債務関係の内容および信義誠実の原則の顧慮の下に、債権者の給付利益と著しい不均衡にある費用を必要とする限り、給付を拒絶しうる。債務者に期待されるべき緊張の決定に際しては、債務者が給付障害について責めを負うべきかどうか

もまた顧慮されるべきである。(3) 債務者は、さらに、彼が給付を自らなす義務を負い、かつそれが彼にとつて債権者の給付利益とともに、彼の給付の障害となつていゝる事情を考慮して、期待されえない場合にも、給付を拒絶しうる。」

ド民三一一a条(契約締結における給付障害)「(1) 債務者が二七五一条一項〜三項に従つて給付をする必要がなく、かつ給付障害がすでに契約締結に際して存在することは、契約の有効性と抵触しない。(2) 債権者は、その選択に従い、給付または二八四条において定められた範囲における費用の賠償の代わりに損害賠償を請求しうる。これは、債務者が契約締結に際して給付障害を知らず、かつその不知について責めに帰すべき事由もない場合には適用されない。二八一条一項二文および三文および五項が適用される。」

ド民三二六条(反対給付義務の免責と給付義務の排除の場合の解除)「(1) 債務者が、二七五一条一項〜三項に従つて給付をする義務を負わない場合は、反対給付義務は消滅する。一部給付の場合は、四四一条三項が準用される。一文は、債務者が、債務の本旨に従わない給付の場合に、二七五一条一項〜三項に従つて追完履行をする必要のないときは適用されない。(2) 債権者が、債務者がド民二七五一条一項〜三項に従つて給付をする義務を負わない事情について、もっぱらまたは主として責任を負い、また

はこの、債務者の責めに帰すべからざる事情が、債権者が受領遅滞に陥つたときに生じたときは、債務者は、反対給付請求権を保持する。しかし、彼は、彼が給付を免れたことにより節約し、または彼の労働力を他の方法で用いることにより取得し、または悪意で取得することを懈怠した利益を控除しなければならない。」

ド民訴二八七条(損害の算定、請求権の額)「(1) 当事者間で損害が発生したかどうか、損害額または賠償されるべき利益がいくらかにつき争いがあるときは、裁判所がこれについて任意の確信に従つてすべての事情の考慮のもとに決する。求められる立証または職権による専門家の鑑定が命じられるべきか、またどの程度命じられるべきかは裁判所の裁量に委ねられる。裁判所は、損害または利益につき立証者を尋問しうる。四五二条一項一文二項〜四項が準用される。」

共通参照枠

Ⅱ―七・一〇二条(原始的な不能または処分権限または権能の喪失)「契約は、それが締結されたときに、引き受けられた債務の履行が不能であつた、または一当事者が契約に関わる財産の処分権限または権能を有しなかつたというだけの理由でその全部または一部が無効とはならない。」

Ⅱ―七・二〇七条(不公平な濫用)「(1) 契約締結時に、

(a) その当事者が、相手方に従属し、または相手方との間で信頼関係を有し、経済的に窮乏しまたは緊急の必要があり、軽薄、無知、無経験であり、または交渉の技術に欠け、かつ(b)相手方がこのことを知りまたは知ることを合理的に期待することができ、同時に契約締結の状況およびその目的からみて、超過利益またはひどく不公平な利益を得ることによって当初の当事者の状況を濫用したときは、一当事者は契約を取り消しうる。

(2) 取消権を有する当事者の要求に基づいて、裁判所は、それが合理的であるとすれば、誠意および公平な取引の要求が観察されていたとすれば、合意されたかもしれないところに従ってそれをもたらすために、契約を適合しうる。

(3) 裁判所は、取消しの相手方がそれを受領した後不当な遅滞なく、かつその当事者がそれを信頼して活動する前に、通知をした当事者に知らせた限り、不公平な濫用について取消しの通知を受領した当事者の要求に基づいて同様に契約を適合しうる。

Ⅲ—三・五〇二条(本質的不履行による解除)「(1) 債権者は、債務者の契約上の債務の不履行が本質的であるときは、解除しうる。

(2) 契約上の債務の不履行は、(a) 契約締結時に債務者がその結果を予見せず、かつ合理的に予見しなかったことが期待できない場合を除き、それが本質的に債権

者から、履行の全部または重要な一部にかかわる、債権者が契約のもとで期待する権限を有するものを奪う場合、または(b)それが意図的でありまたは不注意により、かつ債権者に債務者の将来の履行が信頼しえないと信ずる理由を与える場合に、本質的である。」

Ⅲ—三・五〇九条(契約上の債務への効果)「(1) 本章の解除の場合、契約に基づく債務者の残存債務または残存債務の重要な部分は消滅する。

(2) しかし、解除は、紛争の解決のための契約の条項または解除後にすら作用すべき他の条項に影響を与えない。

(3) 本章により解除する債権者は、存在する損害賠償請求権または不履行について合意された支払請求権を保持し、それに加えて、債務者の今や消滅した債務の不履行があったとすれば、債権者が有したであろうような損害賠償請求権および不履行についての合意された支払い請求権を有する。かように消滅した債務に関して債権者は、単に解除権の行使により損失を惹起しまたは寄与したとはみなされない。」

Ⅲ—三・五一〇条(履行により受領された利益の原状回復)「(1) 本章の解除により解除された契約関係または契約関係の解除された部分の相手方の履行により利益を受け取った当事者(受領者)は、それを返還する義務を負う。両当事者が返還義務を負うときは、両債務は牽連

関係を有する。

(2) 履行が金銭の支払いであるときは、受け取った額が返還されるべきである。

(3) (金銭ではない) 利益が移転可能である限りにおいて、それを移転することによって返還されるべきである。しかし、移転が不合理な努力または費用を惹起するときは、その利益はその価値の支払いにより返還される。

(4) 利益が移転しえない限りにおいて、それは、Ⅲ―三・五一二条(利益の価値の支払い)に一致してその価値の支払いによって返還されるべきである。

(5) 利益の返還義務は、その利益から得られた自然果実または法定果実に及ぶ。」

〔解説〕千葉大学でのヴィンデル教授の第二の講演のテーマは、原始的不能給付を目的とする契約の有効性という現在日本の債権法改正の一つの眼目となっている問題に関わるものである。このテーマもまた、訳者がボッフム留学中にヴィンデル教授との対話の中で生まれた。同教授からは新しく書いた論文の抜き刷りをいただいたが、その中にこの問題に関するものが二―三あり、それについての質問と意見の交換を行った。ヴィンデル教授は、すでにそれらの論文の中で、ケンタウルス(想像上の動物)の売買を目的とする契約も有効だという二〇〇二年のドイツ新債務法の

立場を維持しておられるが、訳者は、原始的不能給付を目的とする契約のうち、債務者がその給付を保証しないし請合ったという事情がある場合でなければ、有効とみるべきではないという制限説をとっている。

現在までの日本の判例、通説は、ローマ法、旧ドイツ民法の立場である、原始的不能給付を目的とする契約は無効だという考え方をとっている。これに対して、ド民三一―a条一項、PECL四・一〇二条、UNIDROIT原則三・三条、共通参照枠Ⅱ―七・一〇二条などは、原始的不能給付を目的とする契約を一般的に有効とする立場をとっており、日本の債権法改正提案もまた、反対の合意のない限りという制限つきではあるが、一般的に原始的不能給付を目的とする契約を有効とする立場を提案している(三、一、一、〇八)。現在この問題を議論する意義は大きいと考えられる。

ヴィンデル教授は、この問題を考えるために、顧客がトランプ占い師に自分の運命を占ってもらうという事例を提示する。このような契約は、日本では、占い師に占ってもらうことの対価としてそこそこの代金を支払うが、これは正しい運命を教えてもらう(それに基づく指図を得る)こととの対価というよりも、その占い師の能力(普通は限りあるものであることが前提されている)に応じた占いおよびその結果の教示というサービスを得る対価として支払われているのであり(いわば当たるも八卦、当たらずも八卦、

後で占いが当たったとしても、それ以上の対価を支払う義務は認められないし、当たらなかったために損害を被ったとしても、普通損害賠償請求は行われない。すなわち、日本では給付不能の問題としては扱われないのが通常であると思われる。しかし、ドイツの判例は、これを原始的不能の問題として扱ってきたことであり、この立場では、占い師は（対価が安いものであったとしても）顧客に対して占いをする事によってその正しい運命を教示する義務を負担することが前提となる。その前提のもとでは、この占い師の義務が不能であるか、それとも可能であるかが問題とされうることになる。

ドイツでは債務法改正前は占い師のかような義務は不能（契約は無効）と考えられていたが、新法のもとでは義務が不能だとしても契約は有効となる（判例（三七頁注（一）参照）。ヴィンデル教授は、このような考え方が、外国貿易に関する（そのため原始的不能か後発的不能かがわかりにくい）CISG（国際物品売買契約に関する国際連合条約）の規定およびドイツ旧法下の、原始的不能給付を目的とする場合でも、当事者が結果を保証する意思であった場合に、契約を有効とし、履行利益の賠償を認める実務を出発点とすること、および売買および請負契約における権利または物の瑕疵担保責任規定が原始的な権利または物の給付不能を目的とする契約を有効とする立場と整合性を有することを指摘する。しかし、訳者は、国内の取引

では原始的不能と後発的不能がはっきりしないということはないこと、および権利または物に原始的瑕疵があることと給付の原始的不能とは同じではないことから、これには賛成できない。

新債務法が原始的給付不能を目的とする契約を一般的に有効とすることによって占いや魔術、占星術などの給付を目的とする契約が有効とされることになったが、ヴィンデル教授は、そのような前提のもとでも、良俗違反、暴利行為（下民一一八条）、諸謔表示（下民一一八条）、詐欺取消（下民一二三条）などの適用がなされうることを認める。

また占い師に占ってもらった契約のような（原始的不能給付を目的とする？）契約を有効としたうえで、そのような契約をなにか意味あるものとする判断（リスク）は当事者が負うべきものとする。原始的不能給付の反対給付義務の存続（下民三二六条一項）もこれから導かれる。同教授はさらに、原始的不能給付を目的とする契約を締結した場合の当事者の負担する損害賠償責任に関するドイツ新民法の規定（三一一条二項）もまた首尾一貫しているとする。そしてドイツ新債務法のこれらの規定が共通参照枠の規定と基本的に同様であることを付言する。「ヴィンデル教授は、二〇一一年三月に行われる予定であったこの講演を同年一月に順延されたが、その間にこの講演原稿に基づく論文を発表された。それには、無意味な給付が約束された場合、注文者（債権者）が無意味であることのリスクを引き受け

た場合は、注文者が反対給付を履行しなければならないが、彼が給付が無意味であることのリスクを負担しなかったときは、給付に代わる損害賠償および出費賠償の請求権（ド民三一一a条二項）が問題になることを明記されている（P.A. Windel, *Okkultistische Tribunale?*, ZGS 2011, S. 221-222）。]

ヴィンデル教授の考え方と訳者の立場の違いは、ケンタウルスの売買のような馬鹿げた（誰が見ても有効とすべきでない）契約が締結されたような場合にそれを有効とすることがどうかにありそうである。ドイツではド民三一一a条一項により一般的には有効とされるが、暴利行為（ド民一三八条二項）や諧謔表示（ド民一一八条）により無効とされる可能性もある。無意味な契約は無効だとするルールを解釈論として立てる見解もあるとのことであるが、同教授はこの立場は必ずしも支持されないようである。訳者は、PECL四・一〇二条、UNIDROIT原則三・三条、D C F R II—七・一〇二条が、原始的に不能であるということから、これらの契約原則が原始的不能給付を目的とする契約のすべての事例を積極的に有効としているというよりも、原始的不能給付を目的とする場合でもそのような契約を（債務者が給付の実現を確約したとみられる場合には）有効とすることが認められようと緩やかに解する立場を支持したい。

ペーター・ヴィンデル教授御略歴

一九五九年に生まれる。ハイデルベルク大学およびゲッティンゲン大学で法学を学ぶ。バーデン・ヴュルテンベルク州司法大臣から第一回および第二回国家試験（司法試験）免状を授与。一九九一年に法学博士号を取得。一九九六年にハイデルベルク大学法学部から民法および民事訴訟法の教授資格取得免状の授与を受ける。現在民法教授協会、民事訴訟法教授協会、国際民事訴訟法科学協会、ライン地区法律家会議、ルール法律学協会、法律学教育協会およびドイツ大学会議会員。ハイデルベルク大学およびバイロイト大学で教鞭を取った後、一九九八年にポツダムルール大学のヴァルター・ツァイス教授の後継者として民事訴訟法および民法教授に招聘される。二〇〇六年から二〇〇八年までルール大学法学部長、二〇〇八年から二〇一〇年まではルール大学法学部副部長。二〇〇八年からはルール大学教育、大学組織および基金委員会会員。二〇〇九年にはルール大学法学部臨床法律学教授に任命される。

ペーター・ヴィンデル教授主要業績

(1) 単著、注釈

- | | |
|---|--|
| Der Interventionsgrund des para. 66 Abs. 1 ZPO als Prozessführungsbefugnis (訴訟遂行権能としてのイン民事訴訟法六六条一項の訴訟参加事由) (博士論文) (Decker's Verlag), 1992 | 人の財産における相続の態様について (教授資格取得論文), (Rv. Decker), 1998 |
| Ueber die Modi der Nachfolge in das Vermoegen einer natuerlichen Person beim Todesfall (死亡に際しつゝの自然 | Jaeger, Henckel und Gerhardt (Hrsg.), Grosskommentar zur Insolvenzordnung. Bd. II, para. 80-83, 85-87, 91, 94-96, (de Gruyter), 2007; Bd. VI, para. 207-216, (de Gruyter), 2010. |

(2) 論文

Die Rechtsbeheile des Schuldners gegen eine Vollstreckung aus einer unwirksamen notariellen Urkunde (無効な公正証書に基づく執行に対する債務者の法的救済), ZfP 102 (1989), S. 175-230.

Zur prozessualen Stellung des einfachen Streithelfers (単なる紛争援助者の訴訟上の地位について), ZfP 104 (1991), S. 321-348.

Zur persönlichen Haftung von Organträgern fuer Insolvenzsverschleppungsschaden (破産引延伸による破産者に対する機関構成員の人的責任), KTS 1991, S. 477-520.

Die Verteilung der Befugnisse zur Entscheidung ueber Vermoegenserwerb zwischen (Gemein-) Schuldner und Konkurs- (Insolvenz-) Verwalter bzw. Vollstreckungsglaubiger nach geltendem und kuenftigem Haftungsrecht (現行および将来の責任法による(共同)債務者および競売(破産)管理人ないし強制執行債権者間の財産取得に関する判決を求める権限の分担), KTS 1995, S. 367-409.

Zur Erledigung der Hauptsache in den klassischen Verfahren der freiwilligen Gerichtspartei (非訟事件の古典的手続における本案の解決について), ZfP 110

(1997), S. 189-226.

Zur elterlichen Sorge bei Familienpflege (家族扶養における親の監護について), FamRZ 1997, S. 713-724.

Ueber Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts (憲法上の順位を伴った私権と單純私法の平面への基本権の作用について), Der STAAT 37 (1998), S. 385-410.

Die Bedeutung der para. 17 Abs. 2, 17a GVG fuer den Umfang der richterlichen Kognition und die Rechtsweg-zustaendigkeit (裁判所の審理の範囲および同法の管轄について)の裁判所構成法17条1項、17a条の意味), ZfP 111 (1998), S. 385-410.

Welche Willenserklaerungen unterliegen der Einschränkung der Täuschungsanfechtung gem. para. 123 Abs.2 BGB? (どのような意思表示が民法123条1項の詐欺取消の制限に服するか), AcP 199 (1999), S. 421-454.

Die Feststellung der gemischtwirtschaftlichen GmbH auf politische Ziele (政治的目的に基づく混合経済的有限会社の設立), ZoegU 22 (1999), S. 52-65.

Darf der Betreuer sein Aufenthaltsbestimmungsrecht gegenueber dem Betreuten zwangsweise durchsetzen? (世話人は被世話人に対して強制的に居住決定権を貫徹し得るか), BtPRAX 1999, S. 46-51.

Die Insolvenzordnung : Reform im Banner von Masse-

anreicherung, Unternehmensanierung und Schuldbefreiung (破産法：財産の集積、企業の再生および債務免責の旗印の下での改革), JURA 1999, S. 1-10.

Soll am Laienrichtwesen festgehalten werden? (素人裁判官に固執すべきか), ZZP 112 (1999), S. 293-313.

Die Aufrechnungslage als objektiv-vermogensrechtlicher Tatbestand (客観的財産法的な構成要件としての相殺適状), KTS 2000, S. 215-238.

Der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und seine Auswirkungen auf die Abwicklung schwelender Austauschverträge (破産法上の平等原則への浮動の交換契約への作用), JURA 2002, S. 230-235.

Mankoleistungen im modernisierten Schuldrecht (現代化された債務法における過剰給付), JURA 2003, S. 793-798.

Unsinnige, rechtlich unmögliche und verbotswidrige Leistungsversprechen (無意味な、法的に不能なおよび禁止された給付約束), ZGS 2003, S. 466-472.

Was nie sich fuegt, was nie gelingt—Systematisierungsversuche zu para. 311a BGB (処分不能なるものの成功しなごとの試み), JR 2004, S. 265-271.

Die Unbeachtlichkeit von Konzernverrechnungsbe fugnissen und wirkungsgleichen Drittaufrechnungsmoeg-

lichkeiten im Insolvenzverfahren (破産手続におけるコンッセルンの差引勘定権能とその効果の同じ第三者相殺可能性の無顧慮), KTS 2004, S. 305-320.

Zur Justizfoermlichkeit der zivilprozessualen Guteverhandlung (民事訴訟上の和解手続の法廷での様式), Schilken/Kretf/Wagner/Eckhardt (Hrsg.), Festschr. f. W. Gerhardt, Köln 2004, S. 1091-1113.

Lebensformen—Status—Personenstand: Grundlagen und Probleme (生活の様式—身分—個人の地位), StAZ 2006, S. 125-133.

Transsexualitaet als Bewährungsprobe fuer die Dichotomie von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft (婚姻に登録された生活共同体の二分法のための厳格検査としての性転換), JR 2006, S. 265-269.

Der Beweis diskriminierender Benachteiligungen (差別による不利差の立証), RdA 2007, S. 1-8.

Beweisprobleme des AGG im Schuldrechtsverkehr (債務法の交流における差別禁止法の挙証問題), ZGS 2007, S. 60-65.

Transidentitaet und Recht (性転換による同一性の扱), Gross/Neuschaefer-Ribel/Steinmetzer (Hrsg.), Transsexualitaet und Intersexualitaet, Berlin 2008, S. 67-79.

Wie ist die haeusliche Pflege aus dem Nachlass zu

honolieren? (家族扶養は遺産からどのように報酬が支払われるべきか), ZEV 2008, S. 305–308.

Personenrechtliche Grenzen der Vertragsbindung (契約拘束の法的基と境界), Butzer/Kaltenborn/Meyer (Hrsg.), Festschr. f. F.E. Schapp, Berlin 2008, S. 859–871.

Modelle der Unternehmensfortführung im Insolvenzverfahren (破産宣告手続における企業再生モデル), ZIP 2009, S. 101–110.

An der Schnittstelle von gerichtlicher und aussergerichtlicher Schuldenbereinigung (裁判上および裁判外の債務整理の一面面), Bernreuter/Freitag/Leible/Sippel/Wanizek (Hrsg.), Festschr. f. U. Spellenberg, München 2010, S. 131–148.

Haesuliche Pflege als Herausforderung an das Zivilrecht (民法における挑戦としての家族扶養), ErbR 2010, S. 238–243.

Ist der Mensch eine juristische Person? (人間は法人である), Goedicke / Hammen / Schur / Walker (Hrsg.), Festschr. f. J. Schapp, Tübingen 2010

Der Grundsatz der Selbstverantwortung und das Insolvenz (自己責任の原則と破産), Riesenhuber (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstbestimmung, Mohr Siebeck 2011, S. 449–486.

Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention fuer das Privatrecht (私法のためのヨーロッパ人権条約の意味), JR 2011, S. 323–327.

Die Nachhaftung fuer Masseverbindlichkeiten (破産財団債務のたゞの事後責任), KTS 2011

Aktuelle Beweisfragen im Antidiskriminierungsprozess (差別禁止手続における現実の証明問題), RdA 64 (2011), S. 193–199.

Okkultische Tribunale? (占星術の法廷), ZGS 10 (2011), S. 218–222.