

## 錯誤立法法の基礎

半 田 吉 信

### 目 次

- 1 はじめに
  - 2 錯誤の要件
    - (1) 二元説と一元説
      - (イ) 要素の錯誤
      - (a) 比較法および旧民法
      - (b) 日本民法
    - (ロ) 二元説のもとでの動機錯誤の扱い
      - (a) 判例
      - (b) 新二元説および合意原因説
      - (ハ) 一元説
        - (a) 英米法、PECL、PICC、DCFR
        - (b) 日本の一元説
    - (二) 改正提案と動機錯誤(事実錯誤)
  - (2) 錯誤と意思の不合致
    - (イ) 比較法
    - (ロ) 日本法
- 3 錯誤の効果
  - (1) 従来立場
    - (イ) 無効の意義
    - (ロ) 善意の第三者の保護の可否
  - (2) 取消とその期間制限
    - (イ) はじめに
    - (ロ) 取消権の期間制限
      - (a) 比較法
      - (b) 日本法
  - (ハ) 取消の効果
- (4) 錯誤リスクの引受
  - (イ) 比較法
  - (ロ) 日本法
- (3) 重過失
  - (イ) 比較法
  - (ロ) 日本法

- (a) 比較法
- (b) 日本法
- (二) 契約の一部取消と契約の改訂
  - (a) 契約の一部取消
  - (b) 契約の改訂
- (3) 錯誤者の賠償義務
  - (イ) 比較法
  - (ロ) 日本法
- (4) 錯誤者の賠償請求権
  - 4 結び

## 1 はじめに

二〇〇六年に開始された日本の債権法改正作業は、二〇〇一年に日本より一足早く議会を通過したドイツ新債務法よりも広範囲な民法（債権法および民法総則の一部）の改正に着手した。この日本の新債権法は、ドイツの新債務法とは異なり、錯誤、詐欺、強迫を含む意思表示論をも改正対象として取り込むものである。二〇〇九年には日本の民法（債権法）改正提案が提示され、公表されたが、新しい錯誤法規は、他の重要な多くの改正ルールとは異なり、我々の予想に反して英米法ないしPECL（ヨーロッパ契約法原則）、PICC（ユニドロワ契約法原則）、DCFR（共通参照枠）の錯誤ルールを取り入れるものではなく、伝統的なドイツ、日本の錯誤法規を基本的に踏襲するものであった。<sup>1</sup> 今日世界の錯誤法規は、ローマ法、フランス法、ドイツ法、日本法など大陸法の多くにみられるような錯誤を無意識的な意思の欠缺と捉える流れと、オーストリア民法、英米法、PECL、PICC、DCFRの錯誤ルールのように当事者の意思表示がなされた以上は、原則として契約の効力を認めるが、相手方の信頼を保護する必要のない事情がある場合に限って錯誤者を保護するという立場に二分することができ。前者は表意者の意思が欠缺している以上は原則としてその意思表示は無効だと捉える。二〇世紀まではこのような立場（意思主義）が日独の法制では大勢を占めていたのであり、わが国の信頼主義的錯誤論（舟橋博士、川

島博士など)は、その中で異彩を放っていたということすらできよう。このような信頼主義的錯誤論は、大陸法ではオーストリア民法にみられる。オーストリア一般民法典の錯誤規定の思想的基礎は、マルティニーニ (Martin) (一八世紀末のオーストリアの学者) の自然法思想、さらにトマジウス (Tomazius) (自然法学者) によって提唱された「錯誤は錯誤者を害す」という法原則に遡りうるといわれているが、英米法では一九世紀のサヴィニー (Savigny) の錯誤論に対するアンチテーゼとして主張されたホームズ (O.W. Holmes) 判事の錯誤論にその象徴をみることができる。PECELやPICC、DCFRはその商取引法的性質からして英米法的な錯誤論を採用している。本稿の目的は、これら相異なる錯誤法の潮流を錯誤の要件、効果について検証し、あるべき錯誤ルールを形成するための素材を提供することであるが、大陸法的な意思なき表示および事実と異なる表示(意思)は意思の欠缺として無効という原則を維持しながら、意思表示に対する相手方の信頼を保護すべき場合は錯誤を主張出来ないという信頼主義的錯誤論を結びつけることはできないかという視点がそのバックボーンをなす(折衷主義)。合わせて制定後一〇〇年以上を経過したわが国の錯誤に関する裁判例、学説の検証にかなりのウェイトが置かれる。

〈注〉

- (1) 民法(債権法)改正検討委員会編、債権法改正の基本方針(二〇〇九年)「一・五・一三」。
- (2) 須田晟雄「オーストリア錯誤法の生成―立法史の考察を中心として―」北海学園大学法学研究(二)巻三号(一九八七年)三三三頁。
- (3) O.W. Holmes, *The Common Law*, 1881, p. 308 et seq.

## 2 錯誤の要件

### (1) 二元説と一元説

#### (イ) 要素の錯誤

##### (a) 比較法および旧民法

フランス民法は、錯誤については民法一一一〇条が規定を置くのみである。「錯誤が約定の目的物である物の本質そのものに関するものであるときに限り、錯誤は無効原因となる（一項）」。この無効原因としての本質的錯誤についてフランスでは、二〇世紀において表意者にとつて錯誤が決定的であるとともに、そのことを相手方が知りまたは知りうべき場合であることを要するか否かが議論された。学説、判例は、この相手方の錯誤者の錯誤の認識または認識可能性を必要とするものとそうでないものに分かれる。肯定説を代表するゲスタンは、錯誤の重要性を相手方が知りまたは知りうべきであることという要件を信義則に根拠づけようとする。オーストリア民法は、錯誤が相手方により惹起され、相手方が事情に従つてそれに明らかに気づくべきであり、またはそれが適時に相手方に伝えられなければならないが、錯誤者は保護されないが、錯誤が、意図が主として向けられかつ表示された、主たる物 (Hauptsache) または物の本質的な性質に関わることが必要とされている (オ民八七一一条一項)。英米法でも、後述するように共通錯誤の場合を中心として錯誤法理が形成され、その後錯誤により保護を受ける者の範囲が拡大されたが、相手方が錯誤者に誤った情報を与え、または相手方が錯誤者の錯誤を知りまたはそれを当然に知るべき場合であつて、しかも共通錯誤の場合も含めて錯誤が基本的な場合でなければならぬとされた。

これに対してドイツ民法の錯誤規定は、サヴィニーの錯誤論の影響を強く受けたが、第一草案が錯誤を意思欠缺と捉え、錯誤がなければ意思表示をしなかったこと（錯誤の重大性）および表意者に重過失がないことを錯誤無効の要件とし（九八条、九九条）、動機の錯誤が特別の規定のない限り、法律行為の効力に影響を及ぼさないと規定したのに対して（二〇二条）、第二草案および現行ドイツ民法では、取引の安全をも重視する観点から錯誤の効果を取消権の付与に代え、かつ表意者に重過失がないことという要件を外して、代わりに表意者の過失の有無を問わず、相手方に対して信頼利益の賠償責任を負わせる立場がとられた（ド民二二二条）。また動機錯誤を考慮しないという規定が削除され、本質的性質の錯誤と認められる人または物の性質に関する錯誤の場合も取り消しうるとした（ド民一九九条二項）。ド民一九九条一項は表示の内容に関する錯誤を規定する。ド民一九九条一項が適用されるためには、表意者が当該状況を知りかつ合理的に理解していたならば、このような意思表示をしなかったことが必要である。ド民一九九条二項が適用されるためには、錯誤者がそのような性質に基づいて意思表示をし、かつ相手方がそのことを認識しうれば足り、その性質が意思表示の一部になっても構わない<sup>3</sup>。スイス債務法は、①錯誤者が真実を知っていたれば、同意を表示した契約とは異なった契約を締結したであろう場合、②錯誤者が表示したものと異なった物または、契約が特定の人を顧慮してなされたときは、異なった人に向けられたであろう場合、③錯誤者が実際の意思よりも著しく多い範囲の給付または著しく少ない範囲の反対給付を約束させた場合または④錯誤が錯誤者によって取引における信義則に従って契約の不可欠の基礎とみなされた特定の事実関係に関わる場合に、本質的なものとされ（ス債二四二条一項）、一般の取引通念に従い、かつ表示者の視点から意欲されない表示への拘束が期待されえないときに本質的な錯誤と認められるが、④の基礎錯誤については、錯誤者が錯誤の保護を受けるために、相手方のそれについての予見可能性が必要かどうかにつき議論が

ある。<sup>(4)</sup>ドイツの性質錯誤、特に計算基礎錯誤の議論の影響を受けたものと考えられる。

日本の現行錯誤規定の出発点となったものはボワソナード (Boissonade) 草案および旧民法の錯誤規定である。ボワソナード草案および旧民法では、錯誤は合意の欠缺となる場合(無効)と合意を瑕疵あるものにする場合(取消)があるが、動機の錯誤それ自体は合意を無効としない(旧民財三〇九条二項)。契約の相手方に関する錯誤は、それが決定的である場合は無効、付随的である場合は取り消されうる(旧民財三〇九条三項、四項)。目的物に関する錯誤は、それが物の主要な性質に関する場合に合意を瑕疵あるものとする(旧民財三一〇条一項)。物の本質的性質は反証のない限り主要な性質となるが(旧民財三一〇条二項)、物の非本質的性質や由来、用途などは、主要な性質とするという当事者の意思の表明があり、またはそれが状況から明らかな場合に主要な性質となる(旧民財三一〇条三項、四項)。合意の性質、目的、原因(コース)または物もしくは人の法的性質に関する錯誤(法律の錯誤)は、それが合意の全部または一部を決定した限り、合意を無効にしたりまたは瑕疵あるものとする(旧民財三一一条一項)。<sup>(5)</sup>

コースとは、両当事者が合意することを決定した決定的理由ないし当事者が意図した目的であるのに対して、動機は当事者が契約を締結するに至った間接的かつ遠い理由である。またカピタン (Capitan) によれば、コースは締結された契約そのものの性質から帰結するため、相手方は原則として常にそれを了知しており、意思合致の一部を構成するが、動機は単に表意者の内心に伏在するにすぎず、契約の構成要素には含まれない。<sup>(6)</sup> 不動産売買の場合であれば、売主にとっては代金(債権)の取得、買主にとっては所有権の取得がコースである。この区別が、合意の瑕疵となる場合の錯誤の成否にも影響を及ぼす。<sup>(7)</sup> なおボワソナードは、錯誤者に過失がある場合は相手方に対する損害賠償義務を負わせる立場であった(過失が重大な場合は錯誤無効を認めないこともできる)。<sup>(8)</sup>

(b) 日本民法

日本民法は、意思表示は、法律行為の要素に錯誤があつたときは無効とすると規定する（民法九五条）。起草者によれば、本条は、旧民法の合意の欠缺の場合と、合意の瑕疵となる場合のうち、物の性質の指示がある場合に相当し、縁由に錯誤があるにすぎない場合は、明文を待つまでもなく、意思表示は無効とはならない。<sup>(9)</sup> 起草者によれば、法律行為の要素とは、広義における法律行為の目的、意思の内容、具体的には売買における権利の移転、代金の取得、贈与における受贈者の何人たるかを指す。法律行為の性質に関する錯誤も要素の錯誤となる。<sup>(10)</sup> 縁由の錯誤は、法律行為の原因（コーズ）の錯誤となる場合に無効の主張が認められる。<sup>(11)</sup> 民法九五条の立案者は富井委員であるが、富井委員は、フランス民法的な錯誤の要件（類型的、客観的要件）をドイツ民法的な一般的要件に代え、ドイツ民法流の因果関係を判断基準として持ち込んだ。<sup>(12)</sup>

日本の伝統的な判例、学説は、錯誤を表示に相当する内心の意思が欠けている場合としてきた。これはサヴィニーの錯誤論に基づくドイツ民法第一草案（九八条、九九条）の立場でもある。このような意思欠缺は、心裡留保（日民九三条）、通謀虚偽表示（日民九四条）でも同様であるが、これらの場合は、表意者がそのことを知っている点で錯誤とは異なる。このような錯誤の定義は、日本民法の起草者やその後の多くの学説の採用するところであり、またわが国の判例でもあつた。<sup>(13)</sup>

意思表示の内容とは、文字通り契約ないし法律行為によつて債務者の負う義務の対象となつてゐる給付それ自体だけでなく、それと密接な関係を有する給付の原因や前提も含まれうると解される。二〇世紀の始めにドイツのエルトマン（Oertmann）が前提論を著し、主観的、客観的な行為の基礎の欠缺や喪失が契約解除権等を導くというドイツの行為基礎論の礎石を築いたことはわが国でもよく知られているが、フランス民法のコースの欠缺

に基づく錯誤無効の主張もこの議論の一環に加える。わが国の判例の中にも、相手方の詐欺により一百万円の債務があると誤信して不動産を代物弁済に供した事例で、債権の存在を意思表示の内容とし、その不存在を知っていれば契約を締結しなかつたであろうことが合理的かどうかを判断すべきだとしたものがある。<sup>15</sup> この判決は、債務の弁済の原因（コース）がないことが弁済ないし代物弁済の錯誤無効の原因となるとみたものと解してよいであろう。<sup>16</sup> 第三者から酒精等の供給を受けてこれを販売する権利の売買で、その第三者が酒精等を供給する意思を有しなかつた場合も、目的自体の不存在に準じて処理することができよう。<sup>17</sup>

— 売買目的物の所有権の帰属に関する当事者の錯誤も一般的には目的物と密接不可分な売買の前提といつてもよいであろう。他人所有であることを知らないで売買した場合は、要素の錯誤が認められよう。<sup>18</sup> しかし、担保責任規定（民五六一條）があることから、要素の錯誤の主張を否定したものもある。<sup>19</sup> 目的物の所有権の帰属に関する賃借人の錯誤の場合は、裁判例も錯誤無効肯定説<sup>20</sup>と否定説に分かれる。錯誤無効否定説は、他人物の賃貸借も債権契約としては有効であり、履行不能の問題として処理すればよいとするものが多い。<sup>22</sup> 所有権の帰属に関する贈与者の錯誤の場合は、錯誤無効を主張しうる。<sup>23</sup> 土地の賃借人が実際はそうではないのに、建物建築に必要な地主の同意があると明言して土地の転貸借をなした場合は、法律行為の要素に錯誤がある。しかし、建物建築請負契約で注文者の提供した土地につき、農地法により建築許可が下りなかつた場合に、請負人が契約を解除して損害賠償の請求をした事例で、注文者からの錯誤無効の主張が退けられている。<sup>25</sup> 本判決が、建築確認を受けうるかどうかは契約の動機だとしている点は批判が多く、末川教授は、要素の錯誤があるが注文者（表意者）には重過失があると主張され、また村上教授は、本件は注文者が期限を切つて工事を急がせたという事情から、注文者が建築確認に関する一切のリスクを負うという暗黙の合意があると主張される。<sup>27</sup>

売買契約で買主に代金支払意思がなかった場合もコーズの欠缺に準じて考えることができる。<sup>(28)</sup> これに対して、代金を支払う意思のない買主が購入後第三者のために抵当権を設定し、その第三者からそれを担保にして借り受けた金銭で弁済すると述べた事例で、錯誤を理由とする売主の抵当権設定の無効の主張は、買主からの売買代金の支払が抵当権設定の理由に他ならないという理由で退けられた。<sup>(29)</sup> 目的物の価格に関する錯誤については、要素の錯誤を肯定した裁判例もあるが、<sup>(30)</sup> 否定例の方が多し。<sup>(31)</sup> 否定例である大判大正九・一一・二九は、単なる動機の錯誤だとしているが、表意者側に重過失があったとみることも可能であろう。目的物の数量に関する錯誤についても、判例上錯誤の成否は分かれる。<sup>(32)</sup> 目的物の数量の不足の程度が小さくて要素の錯誤とはいえない場合や契約当事者に数量についての表示がない場合に、一般的に錯誤無効の主張ができないのは当然である。<sup>(33)</sup>

更改契約において当事者が旧債務について錯誤に陥っていた場合は、更改契約が有因契約であるため要素の錯誤となりうると解される。<sup>(34)</sup>

民法九五条にいう要素の錯誤とは、表意者意思と表示（動機が表示された場合も含む）または客体との間に重要な点について齟齬のあることであり、その錯誤がなかったならば、表意者はその意思表示をしなかったであろうと考えられること（錯誤と意思表示との間に因果関係があること）が必要である。表意者が錯誤に陥らなくてもその意思表示をしたであろう場合には、錯誤の主張を認める必要はないと考えられるからである（この要件は触れられないことが多いが、これを否定するものはみられない）。またこの場合表意者の錯誤は、表意者だけでなく、世間一般の人もまたその錯誤がなければかかる意思表示をしないうと考えられる程度のものであることが必要である。<sup>(35)</sup> 野村教授は、普通一般人もその意思表示をしなかつたであろうという基準は、因果関係よりもむしろ錯誤の重要性の判断基準だと指摘される。<sup>(36)</sup>

二〇〇九年改正提案でも、錯誤者が保護される主要な場合は、法律行為の内容に関する錯誤とされている。そして法律行為の当事者または内容に関する錯誤は、その錯誤がなければ表意者がその意思表示をしなかったと考えられ、かつそのように考えるのが合理的である場合に表意者が保護されるという立場をとっている「一・五・一三（一）」<sup>37</sup>。従ってこれまでの判例によって展開されてきた意思表示の内容としてどのようなものが含まれるかに関する尺度が基本的にこれからもそのまま維持されると考えられる。しかし、改正提案には、現行民法九五条が定めているような要素の錯誤という絞りは欠落している。もともとその錯誤がなければ表意者がその意思を表示しなかったと考えられ、かつそのように考えるのが合理的であるときという要件が定められているため、要素の錯誤であることが明示されていなくても、保護されるべき錯誤者の範囲は絞られると考えられる。起草者の解説によれば、本条項は主観的因果性と客観的重要性を基準とする判例と伝統的な通説の考え方に従ったもので、取引の安全もまた考慮したものである。しかし滝沢教授は、民法九五条の要素は契約類型などから客観的に定まる重要性を念頭に置いており、因果関係の問題とするのは狭すぎるとして、現行法通り要素（重要な点）の要件を維持すべきだと主張される<sup>38</sup>。

### （ロ）二元説のもとでの動機錯誤の扱い

#### （a）判例

判例、伝統的学説によれば、法律行為の動機は単にそれだけでは意思表示の内容とはなっていないから、表意者が抱懐していた行為の動機が事実とは異なっても、表意者の内心の意思と表示された行為内容との間には齟齬はなく、錯誤無効の主張はなしえないが、その動機が契約の条件とされているが、明示または黙示で行為内容とされた場合には（例えば、風俗店建設目的で土地を購入した場合において、その建設目的が契約書に記載されてい

るとか、記載されていないとしても、その建設目的が当事者間で前提とされていた場合は、その土地が風俗地区にあつたとか、近隣住民の反対で建設が事実上不可能になつたとすれば、買主は錯誤無効を主張しうる。<sup>39)</sup> 戦後の判例も、意思表示の動機の錯誤が法律行為の要素の錯誤としてその無効をきたすためには、その動機が相手方に表示されることを要するとするが、<sup>40)</sup> 動機の表示を要求することなく法律行為の内容となつていればよいとするものも少なくない。<sup>41)</sup>

判例は、主債務に他の担保が設定されていると誤信して保証契約を締結した場合にも、このような法的構成によつて<sup>42)</sup>いるが、ドイツでは保証人が保証契約を締結する際に主債務者の債権が当該債務の担保として質入されていることを前提としていたが、<sup>43)</sup> 実際はその質権が無効であつた場合に、<sup>44)</sup> 錯誤無効（下民一一九条）が認められて<sup>45)</sup>いる。日本でももう一人の連帯保証人が連帯保証の内諾を覆したのに、主債務者が二週間ほどで保証人を入れ替えるから形だけの連帯保証人となつてくれといわれて連帯保証契約書に署名、押印した事例で、債務の二分の一を超える部分につき錯誤の成立を認めた裁判例がある。<sup>46)</sup>

また定期預金の解約の動機などは、そもそも定期預金解約という法律行為の要素とはならないとするものもある。<sup>45)</sup> 学説上も、物の性質のように法律行為の内容となりうる動機とたとえ表示されても法律行為の内容となりえない動機があることを指摘するものがある。<sup>46)</sup> 本判決は、金融機関の長が、表意者が極めて不利な交換契約をして負担することとなつた清算金の支払のために預金を下ろし、それが自己が保証していた債務の弁済にあてられることを知つていた事例であり、<sup>47)</sup> 学説上は錯誤無効の主張が認められないとしても金融機関に委任契約上の善管注意義務違反、<sup>48)</sup> 契約締結上の過失責任または不法行為責任が認められるとする見解が有力である。<sup>49)</sup>

有力説は、動機（物の性質を含む）が表示されて法律行為の内容となつた場合は、表示の内容と内心の意思と

に不一致があるのではなく、表示から推断される意思と表意者の真に意図するところに食い違いがある<sup>(30)</sup>、あるいは意思表示と事実の間に不一致があるとする<sup>(31)</sup>。そこでこのような場合を含めた内容の錯誤については表示と事実との不一致ということが起こりうるが、表示上の錯誤（書き間違い、言い間違い）の場合は意思と表示との不一致が生じうるから、錯誤による意思表示は、このような表示と事実との不一致と表示と意思との不一致の両者を含むとする説明（二元説）も主張されている<sup>(32)</sup>。この二元説は、日本の学者によって、ドイツの議論についても、また日本の裁判例についても論証されており、民法（債権法）改正委員会によっても支持されている<sup>(33)</sup>。

判例上動機とされたものとしては、上記のもの以外に、買主の転売利益<sup>(34)</sup>、目的物の価値などがある。保証契約締結にあつての保証人の主債務者の営業能力や資力に関する錯誤も、一般的には動機錯誤と見るべきであろう<sup>(35)</sup>。これに反して自己の不動産を担保に提供した債務者が、債務を弁済する意思がないのに、その不動産を担保に第三者から借金して弁済するとだまして抵当権設定登記を抹消させ、自己の新たな借り入れのために右第三者に抵当権を設定した場合、判例は錯誤無効と認めないが、被告は第三者であり、錯誤無効の第三者効の問題として処理すべきであろう。破産状態にある債務者が再建のために新規融資を受けるために表意者が物上保証をしたが、それが事実とは異なつた場合も、最判は要素の錯誤を肯定した原審を破棄するが、その論拠は、主たる債務が新規融資による債務ではなく、つなぎ融資債務や貸し増し債務をも含むことに求められている。無償契約についても判例は、贈与者が贈与の原因について誤解があつた場合に、贈与者の贈与の原因が表示されているから贈与契約が無効だとしているが、これに対して一元説の論者は、贈与の原因が表示されていなくても、民法九五条の適用が認められるとしている<sup>(36)</sup>。

従来の裁判例による要素の錯誤認定の柔軟性は、数多くの消費者保護事例や保証取引などで表意者を保護する

ことに役立っている場合が多い。<sup>(61)</sup> 従業員が使用者が締結したリース契約のリース料支払債務の連帯保証人になった場合において、そのリース契約がいわゆる空リースであって、なんら物件が納入された形跡がない場合に連帯保証契約の錯誤無効を認める事例もこれに加えることができよう。<sup>(62)</sup> この場合与信契約と売買契約とは法的に別個だと解するのが一般であるため、一方が実体を欠くから当然に他方も効力を生じないと解することはできないとも思われるが、<sup>(63)</sup> 連帯保証契約については、本最判の立場を敷衍して、保証契約において主債務の態様はその重要性に照らして定型的に意思表示の内容に取り込まれるから、その錯誤は意思表示の内容の錯誤となり、動機の表示の有無を採り上げる必要はないとされている。<sup>(64)</sup> 小林教授は、本件事例が重要な共通錯誤事例だとされる。<sup>(65)</sup> しかし、これらの裁判例は、動機が表示され、または行為内容となつているかどうかを基準としているが、実際上は要素の錯誤として表意者が保護されるのが、当事者の職業や知識、取引の種類、状況などの諸事情、殊に相手方が錯誤を惹起したか、表意者の錯誤を知りまたは知りうべき状況にあつたかなどの事情に依存している場合が多いと指摘されている。<sup>(66)</sup> 非上場会社の経営者が一〇億円以上の価値を持つ会社の全株式を二億円で売却した場合に、目的物の価値評価の誤りは通例動機にすぎないが、売主が全幅の信頼を置いて資産管理を委託していた者の働きかけでその受託者が全株式を所有する買主（会社）に売却がなされているような場合は、錯誤が成立しうるとする判例もこれに属する。<sup>(67)</sup>

錯誤とは思い違いであり、法律行為として表意者の意思が表示されていると否とを問わず、表意者の考えているところと表示された意思または事実が食い違つていれば、これに含めうる。表意者がAという土地を買うつもりで誤つてBという土地を買う契約を結んだ場合、Aという内心的効果意思ないし真意と表示的效果意思ないし事実との間に食い違いがあるから錯誤の問題となる。これに対して表意者がAという土地を購入する意思を有し、

そのような内容の契約を相手方との間で結んだが、表意者が風俗店を建てて営業する目的でまたはその辺りの土地が国の土地収用の対象となつていて誤信して購入した場合は、いわゆる動機錯誤であり、そのような事情が売買契約の暗黙の前提となつていたような場合は、動機が契約の内容となつていたとして錯誤無効の主張が認められようと考えられるが、そうでなかった場合は、現在の判例のもとでは錯誤無効は認められないと思われる。しかし、動機が表示されれば常に表示内容となるのかは疑問であるとともに、他方表示内容となつたのなら、債務不履行の問題として解決されるべきであり、むしろある種の事情はそれが表示内容となつていなくとも、表意者にとって要素と評価すべきほどに重要であれば、その事情につき錯誤があれば、意思表示の効力は否定されると解すべきだという指摘もある。<sup>(8)</sup> このような考え方は、ある事項ないし事実が契約内容となつていなくとも、当事者によって重要なものとして前提されており、このようないわば表意者の真意と事実とが相違する場合も、錯誤無効の主張を認める立場（わが国では近時は加藤教授が代表的）とも一定の整合性を有する。他方において、学説上一定の事項（例えば契約類型を決定するような事項）が当事者の特別の合意がなくても当該契約類型の性質から契約内容となることが認められる場合があることが指摘されている。<sup>(9)</sup>

(b) 新二元説および合意原因説

学説上は、動機錯誤の問題は錯誤法の外で、例えば条件、前提、保証等の合意の存否や瑕疵担保責任等の問題として扱うべきだとする見解（錯誤外構成説、新二元説）もある。高森教授は、和解基礎錯誤の場合を含めて、表示された動機ではなく、合意された動機が保護に値するという立場から、動機の錯誤は動機が条件、前提、保証、特約などの形で合意された場合にのみ顧慮されるというのが判例の立場だとし、この立場は動機の錯誤を錯誤法ではなく、詐欺、条件、保証、瑕疵担保、不当利得などの他の法制度の活用によって処理されるべき旨の主張へ

と発展するであろうと指摘されていた。<sup>(70)</sup> このような動機錯誤の問題は錯誤法の外で扱うべきだとする見解も有力に主張されている。<sup>(71)</sup> しかし、前提が欠落し、保証に違反しまたは担保責任が発生する場合にも錯誤無効主張の余地を認めてきたのが従来の判例であり、この立場の方が種々雑多な事例において当事者の利益を異なった角度から実現するのに適していると考えられる。また課税に関する錯誤や空クレジットの事例など錯誤による救済を認めなければ、契約責任や品質保証、条件では解決しにくい場合があることも指摘されている。<sup>(72)</sup>

近時はわが国の法律行為の要素（日民九五条）を、全ての本質的錯誤（フ民一一〇条一項）はコースズについての錯誤だとするフランスの主観的コースズ論<sup>(73)</sup>に従って理解し、動機が表示されているかどうかではなく、合意の原因（コースズ）、すなわち契約に基づく義務の拘束力を理由づけるような事項に関して錯誤があるかどうかによって錯誤の要件を判断する立場（合意原因説、新二元説）<sup>(74)</sup>も説かれている。<sup>(75)</sup> この立場では、有償契約が無償契約か、有因契約が無因契約かが重要な意義を持つ。有償契約におけるコースズについてみると、契約の当事者はそれぞれが反対給付という主観的に評価された等価物を得るために合意により義務づけられるのだから、かかる給付の均衡の考慮こそが表意者の義務づけられる意思を基礎づけ説明する主要な動機にほかならない。従って反対給付との関係において契約上の給付の主観的な均衡（等価性）の内容に取り込まれた要素がコースズである。かかる要素の不存在によって契約上の給付の主観的均衡が破壊される場合に錯誤無効が認められる。ある事項がコースズの内容となつていのかどうかは、表意者が一定の事項を具体的な給付の均衡の要素として考慮したこと（主観的要件）とかような表意者の考慮が相手方に認識されまたは予見されること（主観的要件）<sup>(76)</sup>が必要である。竹中教授は、森田教授と同様な発想のもとに、梅、我妻教授による民法九五条の要素の錯誤の拡大（動機も表示または債務内容化されれば要素の錯誤となる）とフランス民法の二〇世紀になってからのコースズ概念の主観化との間には大きな隔

たりはないというところから、わが国の錯誤論のコースズ概念を用いた再構成を説かれる。<sup>(78)</sup>

しかし、このようなコースズによる日本民法九五条の再構成は必ずしも妥当でないと考える。フランス民法には一三一条にコースズに関する規定があるため、コースズ論を無視することはできないとしても、日本ではコースズに手がかりを求めることは不必要である。日本では起草者が既に、フランスの当時の通説（客観的コースズ論または古典的コースズ論）がコースズを契約をなす意思またはその目的に他ならないと解していることから、民法九五条の要素の錯誤に包摂しうるとして、旧規定がコースズを契約の成立要件としていることを批判した。<sup>(79)</sup> ドイツでもツインマーマンによれば、カウサ（*causa*）（フランス法のコースズ）は、あらゆる合意から訴権が発生することが認められるようになるとその役目を終えて消滅するのであり、ドイツでは一七、一八世紀にカウサは消滅した。フランスではなおカウサが契約の有効要件とされているが、それは意味のある不可欠の機能を果たすものが絶えず問われている。今日カウサは単に契約の内容を意味するだけだから廃棄されるべきであるとされている。<sup>(80)</sup> フランスでは二〇世紀になると、契約の対価性を重視するモーリー（*Mauriy*）<sup>(81)</sup> やカピタン（*前出*）<sup>(82)</sup> を代表とするいわゆる主観説が現れる。このうち対価性に関する（動機）錯誤を重要な錯誤とする考え方は日本でもみられるが、この立場はコースズ論として論じているのではなく、双務契約における対価性の要素が錯誤の判断にとって重要であることを述べているにすぎない。また森田教授、竹中教授の主張も、錯誤とコースズの関連だけを取り上げると、動機の法律行為の内容化が重要であることあるいはコースズ論が錯誤の判断にとって多面的な作用を有しうることを述べているにすぎず、従来の議論以上の問題解決のための指標は得られない。

(ハ) 一元説

(a) 英米法、PECL、PICC、DCFR

一九二〇世紀の英米法では、錯誤により契約の法的拘束力を否認するためには、錯誤が基本的なものであるとともに、それが両当事者に共通のものであり、相手方の詐欺によって生ぜしめられたものであり、または錯誤当事者が前提としている事情が錯誤当事者にとって重要であることを相手方が認識していることが必要だと解する立場が支配的であった。<sup>(83)</sup> すなわち英米法では、ドイツ法のような錯誤とは意思と表示の不一致であるというサヴィニエ的な錯誤論は採用されていなかった。また英米法では、動機錯誤と表示行為の錯誤の区別は一般的でなく、契約の条項 (terms) に関する錯誤、相手方の同一性に関する錯誤そして契約の主題 (客体) (subject-matter) に関する錯誤の三つに分けて論じられることが多い。契約の主題に関する錯誤は、物の不存在、物の現実の特質または特徴、売主の売却権限、売買の合法性等に関する錯誤を意味する。<sup>(84)</sup> 契約の条項に関する錯誤は動機錯誤に近い。PECLやPICC、DCFRの錯誤法もこのような立場に立っている。PECLでは、事実または法律に関する錯誤は、①錯誤が相手方によって与えられた情報によって惹起され、②相手方が錯誤を知りまたは知るべきであって、錯誤者を錯誤に陥った状態に放置することが信義誠実および公正取引に反し、または③相手方が同一の錯誤に陥っている場合において(四・一〇三条(1)(a))、錯誤者が真実を知っていたならば契約を締結しなかつたであろうことまたは本質的に異なる条件でなければ契約を締結しなかつたであろうことを相手方が知りまたは知るべきであった場合に(四・一〇三条(1)(b))、契約を取り消しうるものとされている(一部取消も可能(四・一一六条))。相手方が不注意により表意者を錯誤に陥れた場合は、錯誤が重大でない場合でも表意者の損害賠償は認められる(四・一〇六条)。なお、これらの場合債務不履行責任(六・二〇一条、四・一一九条)や詐欺取消(四・二〇七条)が競合的に問題となりうる。<sup>(85)</sup>

DCFRの錯誤規定は、PECLの錯誤規定に極めて類似している。それによれば、「当事者は、(a)錯誤がな

かつたならば契約を締結しなかつたか、または本質的に異なる条件でなければ契約を締結しなかつたであろう場合において、相手方がそれを知りまたは知ることを合理的に期待できた場合で、かつ(b)相手方が(i)錯誤を惹起し、(ii)相手方が錯誤を知りまたは知ることを合理的に期待できた場合において、信義誠実及び公正取引に反して錯誤者を錯誤に陥った状態に放置することにより、錯誤による契約の締結を惹起し、(iii)契約締結前の情報提供義務または入力への誤りを訂正する手段を利用可能にする義務に違反することにより、錯誤による契約の締結を惹起し、または(iv)同一の錯誤に陥つているときに、契約締結時に事実または法律に関する錯誤が存在することを理由として当該契約を取り消すことができる(II―七・二〇一条一項)。「DCFRでも、PECLと同様に事実と法律に関する錯誤が規定の中心に据えられ、それに加えて錯誤の重要性とそれについての相手方の認識可能性が要求されている。更に、DCFRでは、錯誤取消の要件として(i)相手方の錯誤の惹起、(ii)錯誤の状態の放置に加えて、(iii)相手方の情報提供義務違反が付加されていて、錯誤が認められる範囲を拡大しているという指摘もある<sup>(87)</sup>。ここにいう情報提供義務は、DCFRのここに定められている契約締結前の情報提供義務と同断である<sup>(88)</sup>。

PICCでは、当事者が錯誤により契約を取り消すことができるのは、錯誤に陥った当事者と同じ状況に置かれた合理的な者が、真の事情を知っていれば、実質的に異なる条件のもとでのみ契約を締結し、または契約を全く締結しなかつたであろうほどに錯誤が契約締結時において重要なものであり、かつ次の各号のいずれかに該当する場合に限られる。(a)相手方が同じ錯誤に陥っていた場合、錯誤当事者の錯誤を生じさせた場合またはその錯誤を知りもしくは知るべきであつて、錯誤当事者を錯誤に陥つたままにすることが公正な取引についての商取引上の合理的な基準に反するとき、(b)相手方が取引時までに契約を信頼した行動をしていないとき(三・五条(1)(二)〇一〇年版では三・二・二条一項<sup>(89)</sup>)。PICCでは、要素の錯誤としないで、それよりも柔軟な定式を採用し

ている。また錯誤の重大性は客観的な基準と主観的な基準を組み合わせて評価される。相手方に関する要件については、PICCではPECLやDCFRとは異なり、相手方が取消時まで契約を信頼した行動をしていないことが挙げられている。<sup>(85)</sup> その他大陸法系に属する民法の中でもオーストリア民法の錯誤論はこのような一元説の立場をとっている。

(b) 日本の一元説

わが国でも錯誤を真意（錯誤がなければ有すべき意思）と表示との不一致と捉えたうえで、①動機の錯誤と他の錯誤を区別することなく、意思表示成立過程中法律行為の効力を覆すことを妥当とするほど重要視される点に錯誤があり、②錯誤と表示との間に因果関係があり、③取引の安全を保護する観点より相手方が錯誤の存在を知りまたは知らないことに過失がある場合に民法九五条の適用を認める見解（この立場でも④重過失ある錯誤者は無効を主張しえない<sup>(91)</sup>）や錯誤として問題になる主要な場合は動機の錯誤であるから、民法九五条の錯誤無効はこのような場合に主に適用され、①重要な点（動機）に関する錯誤であること、②錯誤者に重過失がないこと、③表意者が（動機）錯誤に陥っていることを相手方が知りまたは知りうべきことという要件を備えた場合に錯誤無効が認められうるとする見解<sup>(92)</sup>が有力に主張され、今日ではむしろこのような立場が多数説といってもよいような状況となった。<sup>(93)</sup> 近時の下級審判例の中にはこのような立場をとるものも現れている。<sup>(94)</sup> もっともより厳密には、表意者が事実について錯誤に陥っていることについての相手方の認識または認識可能性を錯誤無効を認めるための要件とする立場からは、共通錯誤の場合も含め、錯誤事項が錯誤者にとって重要であることの相手方の認識可能性を要求する野村教授の見解が区別される。<sup>(96)</sup> 近江教授は、錯誤者を保護する立場から相手方の認識可能性に絞りをかける野村説を支持される。<sup>(97)</sup> しかし、ゲスタン（Ghestin）の見解に依拠する野村説は、そもそも錯誤無効が認めら

れるのが要素の錯誤であることから、表意者が錯誤に陥ることについての相手方の認識可能性を要求する見解とあまり大きな違いはないように思われる。

学説上はその他錯誤一元説に立ちながら、錯誤者をどのような場合に保護すべきかについて取引の性質や事情、表意者側の事情としてその被った損害の大小、錯誤に陥ったことに無理からぬ事情があるか否かなど、相手方の事情として表意者の錯誤を知りまたは知るべきであったか否かが考慮されるべきだという見解も説かれた<sup>(98)</sup>。この立場は利益考量論の一環として錯誤の問題を処理するというニュアンスが強い。またその反面として解決の方法が一義的でなく、どのような結果になるかについての予測が立ちにくい。

しかし、表意者の一方的な動機に錯誤がある場合も民法九五条の適用範囲に含め、相手方の表意者の動機錯誤についての認識可能性を要件として表意者の錯誤無効の主張を認めることは、取引の安全を害するのみならず、そもそも一方の当事者が契約を締結するにあたってその動機、縁由に錯誤（思い違い）があつたにすぎない場合に、相手方のそれに関する認識可能性を要件として法律行為の無効の主張を認めることは表意者が負担すべきリスクを相手方に不当に転嫁するものであるという批判が広くなされている<sup>(99)</sup>。表意者が錯誤に陥っていることについての相手方の認識可能性という要件が漠然としていて、単なる判断正当化の手段になってしまっておそれがあることもつとに指摘されている<sup>(100)</sup>。一元説の立場をとっているオーストリア民法でも相手方の錯誤者の錯誤を知りえたはずのときという要件は実際上機能していないといわれる。

このような観点から、同じ一元説に立ちながら、相手方の認識可能性を要求する立場に対して、法文にない認識可能性を要件とするのは疑問であり、これらの事情も要素や重過失の有無の一判断事由として考慮すれば足りるとする説も説かれている<sup>(101)</sup>。しかし、これに対しても、単なる動機であっても表意者にとつては重要な場合が多

いから、動機が行為内容となる場合でなければ錯誤無効の主張が認められないとかの歯止めを置かなければ、意思表示の無効が容易に認められることになって法的不安定を惹起すると批判されうる。

加藤（雅）教授は、錯誤二元説に立ちながら、それを変容した立場を主張される。すなわち、表示上の錯誤と内容の錯誤については、取引の安全のために相手方の予見可能性が要件とされるが、動機錯誤に関しては予見可能性では足りず、相手方の認識と認容までが要求される。相手方の認識と認容が認められない場合でも、相手方がそれに乗ずる等、禁反言に違反したときは、錯誤者は保護される<sup>100</sup>。加藤教授によれば、従来の立場である動機表示説や動機の見可能性説は契約を無効とする範囲が広すぎ、深層意思のレベルでの前提的合意と表層合意との間に齟齬がある場合または前提的合意の不成立の主張について禁反言等の信義則違反がある場合に錯誤無効の主張を認めるべきである。この表示行為―内心的効果意思―深層意思を区別する三層的法律行為論は、事情変更、瑕疵担保等をも巻き込んで法律行為論を再構成する契機ともなる<sup>101</sup>。この加藤教授の錯誤論はかなり突飛なようにもみえるが、深層意思は、船橋博士や我妻博士の主張された真意と同じであり、また動機錯誤の絞込みについては、それについての相手方の予見可能性では足りない点を除いて、近時のPECLやPICC、DCFRの動機錯誤の絞込みの標識に近い。動機の相手方の認識可能性では不十分という点はその通りであり、法律行為の内容といえなくても、法律行為の共通の前提ないし不可欠の条件になっていた事実または事情に関する思い違いの場合でなければ錯誤による保護を受け得ないのが原則だというべきであろう。

近時のPECLやPICC、DCFRの錯誤論の影響の下にわが国の錯誤論をこれらの新ルールの要件をかぶせて処理するという見解も新たに説かれている。平野教授は、錯誤二元説に立ちながら（錯誤を意思欠缺の場合とする立場も放棄される）、錯誤の場合に表意者を保護するための要件をきめ細かに立てられ、①錯誤の重大性、

②表意者に重過失がないこと、③表意者がリスクを引き受ける場合でないこと、および④相手方が間違った情報ないしまぎらわしい情報を提供したために表意者が錯誤に陥ったこと、または⑤相手方が表意者の錯誤、その重性を知りまたは知りえた場合で、信義則上それを放置してはいけないうちに放置して意思表示をさせたことを挙げてゐる(④、⑤は相手方の帰責事由<sup>(10)</sup>)。このような錯誤論はこれからの錯誤立法に影響する可能性を有する。

今日では消費者契約での動機錯誤による錯誤無効を積極的に承認し、消費者保護のために活用する傾向があることは近時の裁判例によっても知られるところであるが、消費者契約においては事業者の勧誘により形成された動機に基づいて契約締結に至る場合が多いことがその背景にある。長尾教授は、従来の錯誤二元説は、表意者の行為態様の側面から錯誤者の保護を図るものであり、その基準を表示の有無に求める点で消費者の救済範囲が制限されるが、錯誤一元説は相手方の認識、行為態様の側面に着眼することによって表示如何を問わず動機をも錯誤領域に取り込む点でより厚く消費者を救済しようと主張され、さらにそれを一歩進めて、消費者契約では事業者の勧誘行為に基づき消費者が錯誤に陥った場合は、消費者の認識と客観的事実の不一致がある場合に民法九五条が適用されうる(事実の錯誤<sup>(11)</sup>)と説かれる。また伊藤教授も、消費者契約では事業者の一方的主導のもとで行われることから、客観的事実に対応する消費者の動機や意思の欠缺、すなわち消費者の認識と客観的事実の不一致の場合には、そのことだけで錯誤無効が認められるべきだ(消費者の動機を効果判定要素として位置づけるべきだ)と主張される<sup>(12)</sup>。しかし、このような立場には、消費者側からの錯誤無効の濫用の問題が生じよう。

学説上は動機錯誤の場合に民法九六条二項(第三者の詐欺)を類推し、相手方が悪意である場合に無効の主張を許容する見解もあるが、この立場では予見可能性を要件とする立場のような曖昧さはなくなる代わりに、第三者による詐欺に関する規定の錯誤への類推には一般論としては論理の飛躍があると評価できよう。

(二) 改正提案と動機錯誤（事実錯誤）

今回の民法（債権法）改正に際しては、平野教授や筆者のように近時のPECLやPICC、DCFR（共通参照枠）に依拠した、表意者の事実または法律に関する錯誤が①相手方によって与えられた情報によって惹起され、または②相手方が表意者の錯誤を知りまたは知りうべき場合に表意者が保護されうるといった提案は<sup>10)</sup>斥けられ、相手方の事情は一般的に錯誤者の保護の可否について考慮されない立場が採用された。二〇〇九年の民法（債権法）改正提案では、これまで動機錯誤と呼ばれてきた事実錯誤と表示錯誤（法律行為の内容の錯誤）を區別し、現行民法九五条本文を修正し、「一・五・一三」(2)で事実錯誤に特有の要件を定めることとしている。起草者によれば、表示錯誤は表示手段の選択の誤りであるのに対して、動機錯誤は事実認識の誤りである。前者の場合は意思表示に対応した意思がない以上意思表示の効力を否定することが要請される。これに対して動機錯誤の場合は、表意者は事実についての認識を誤らないように自ら情報を収集し、事実について正確な認識を得ることが求められるのだから、意思表示は有効であり、事実に関する認識の誤りは表意者のリスクに属する<sup>11)</sup>。

改正提案「一・五・一三」(2)では、事実錯誤について判例にみられる考え方に従い、事実についての誤った認識が法律行為の内容とされたときに限り、意思表示の取消を認めることとしている。その際まず前提として、対象となる事実錯誤を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かかる事実を誤って認識した場合と定式化する（法に関する錯誤も事実錯誤に含まれる<sup>12)</sup>）。人もしくは物の性質を誤って認識した場合は、事実錯誤の代表例であり、わかりやすさという視点からこれを例示している。その上で提案(2)では、その誤った認識が法律行為の内容とされたことを要件としている。表意者が自己の認識を単に表示したり、表意者が誤った認識を有していることやその事項が表意者にとって重要であることを相手方が認識できたりしただけで、相手

方がその意思表示が取り消されるリスクを負うべき理由はない。このような現実に関するリスクの転嫁は、現実についての認識が合意の内容に取り込まれることによって正当化できる（合意主義）。判例は、定式化としては、動機が相手方に表示されて法律行為の内容となることを必要としているが、この表示は黙示であつてもよいとされ、現実に表示されたかどうかが重視されているわけではない。合意主義の考え方によると、基準となるのは法律行為の内容とされたかどうかであり、それと離れて特に表示を要求する意味はない。そこで提案（2）は、その認識が法律行為の内容とされたことのみを要件とすることとしている<sup>114</sup>。すなわち本提案では錯誤者を保護するための論拠としてこれまでいわれてきた信頼主義と合意主義のうち前者が否定される。表示錯誤の場合に信頼主義を援用すると、表意者が誤信していたことではなく、相手方が誤信していなかったと信頼したことを保護することになるため、相手方が表意者の表示錯誤を知りまたは知りうべきであったことが必要となるが、この場合もはや表示錯誤とはいえない<sup>115</sup>。事実錯誤の場合は、例えば偽物の絵画を真筆と誤信していた場合、信頼主義のもとでは相手方（売主）がそのことを認識することができ、または相手方に表示されていることが必要となるが、そのことはリスク負担の理由とはならず、むしろ代金額などが決定的である。このような事実に関するリスクの転嫁は、それを合意の内容に取り込むことによって正当化しうる。加藤（雅）教授の錯誤論では、この場合合意と前提的合意との間に齟齬が生じているとされるが、実際は前提的合意と事実との間に齟齬があるのであり、その限りで前提的合意も法的に尊重されるべき合意として認められうる<sup>116</sup>。

以上の起草者の説明からは、本提案が錯誤に関するいわゆる二元説に立っていることが明らかである。このような立場はこれまでのわが国の判例が基本的にとっていたものであり、実務が戸惑うような改正提案ではない。しかし、実際問題としては、表意者の事実の認識が契約内容となったかどうかの判断が必ずしも一義的に捉えら

れない場合も出てくると考えられ、その限度でこれまでの裁判例でも問題とされてきた議論を引きずることになる。また信頼主義的な立場に必ずしも立たないとしても、表意者が事実について錯誤に陥っていることまたは表示者の錯誤が重要なことを相手方が契約締結時に知り、または認識可能であった場合や表意者がその事実を相手方に表示した場合は、その事実が契約内容となつてみるとみるべき場合も多いのではないかと考えられる。確かに、買主の購入動機（例えば婚礼用の家具の購入）を売主が知っていたというだけでは、婚姻解消の場合に錯誤が認められるべきだとはいえないが、売主が自己所有地と誤信して売却したような場合は、相手方がその事実を知りまたは知るべかりし場合に錯誤による保護を認めることに異論は少ないと思われる。これらの場合婚礼用あるいは自己所有地という事実は法律行為の内容でない（あるいは内容になつていない）といえるのであろうか。

以上の立法提案に対しては、特に表意者が消費者であるような場合には、提案者が述べているような自己防衛を期待できないのではないかという指摘もある。<sup>(15)</sup>しかし後藤教授は、そのような場合でも動機の契約内容化の柔軟な処理、典型的なリスク分配の観点、不実表示による処理によつて対応できるとの考えに立つておられるようである。<sup>(16)</sup>起草者の提案している錯誤論は、動機（事実）が法律行為の内容になつている場合でなければ錯誤者が保護されないとの建前をとつているが、既に述べたように法律行為の内容と必ずしもいえるのかどうかからならぬ給付目的と密接不可分の前提条件に関する錯誤についても保護を与えるべきであるし、消費者取引においては、法律行為の内容となつていない単なる消費者の購入動機も、相手方（事業者）が表意者の錯誤を惹起しまたは表意者の錯誤を知りまたはそれを知るべきであった場合にも表意者を保護すべき場合が多い。これまでの裁判例をみても、安く海外旅行をすることができると勧誘されて英会話教材等をクレジットで購入させられた事例で、相手方が表意者の動機錯誤を認識していたという理由で錯誤無効を認めたものもある。<sup>(17)</sup>なお、改正提案の不実表示

規定「一・五・一五」は顧客保護の範囲が広いが、国会をそのままの形で通過するかどうかは予断を許さない。

## (2) 錯誤と意思の不合致

### (イ) 比較法

ローマ法、早期普通法では、契約の目的物や契約当事者の同一性などについて不一致があつた場合は、当事者の意思の不合致 (Dissens) が存在し、契約は無効で、一方の当事者の錯誤あるいは錯誤の相手方の信頼の保護は問題となりえなかつた。自然法学者は、錯誤を一方の約束者の約束の基礎に黙示の条件として置かれた事実の不存在として捉えたが、必ずしも一般化せず、表意者の意思表示における意思と表示の不一致の問題として錯誤を捉える立場が一般化したのは一九世紀半ばであるといわれる。<sup>(18)</sup>従つて、この頃以降は契約当事者双方の意思が一致しない意思の不合致と表意者の意思と表示の不一致の問題が競合して表れることになった。契約当事者の意思の不合致が契約の無効を惹起することは近現代の大陸法国家でも広く認められている(下民一五四条)。しかし、その一般的なルールは規定がなくても当然のことだとして明文化されていないことが多い。これに対してオーストリアでは、信頼主義的(表示主義的)錯誤論が採用されているため、不合意のゆえに契約が無効となるという規定(不表見的不合意に関する規定)は定められていない。<sup>(19)</sup>

英米法でも一八世紀から一九世紀前半にかけて合意ないし契約が成立するためには意思の合致が必要である、すなわち、相互的合意の表示と区別された内心的合意が必要であるという考え方をとる判例が現れた。<sup>(20)</sup>ピアレス号事件(ピアレス号の積荷の売買で、両当事者の考えている船舶が同名の異なったものであつた事例)では、意思の合致がなく、拘束力ある契約は存在しないとされた。<sup>(21)</sup>しかしイギリスでは、意思の不合致の場合でも当事者が相手

方の申し出た契約条項に同意したものと合理的な人間であれば信ずるように行爲した場合、禁反言則により無効主張が制限された。<sup>(12)</sup> 両当事者の意思の合致（内心的同意）が、契約が有効に成立するためには必要だという考へ方は、一九世紀後半にサヴィニーの学説の影響を受けたポロック（F. Pollock）やアンソン（W.R. Anson）によつても支持された。しかし、一八八一年にはアメリカのホームズが、コモローに伝統的な約因法理に基づく客観理論への復帰を説き、<sup>(13)</sup> 契約の成立とは、二つの内心的意思が一つの意思において合意することではなく、二つの外的表示の合意、すなわち両当事者が同一のことを述べたことに基づいてゐるとした。ホームズは、ピアレス号事件につき、当事者は錯誤に陥つたのではなく、両当事者が異なつた目的物を表示したと捉えた。<sup>(14)</sup> 以後アメリカではこのような客観理論が支配的になつていった。<sup>(15)</sup> しかし、表意者が電報を通じて価格を伝えたところ實際より安く打電されたため損害を受けたという事例で、表意者の真意と表示との間に食い違ひがあつても相手方がそれを十分に知りうべきであつた場合は、表意者は本来の代金額を相手方に請求しうるとし、<sup>(16)</sup> または双方ともに善意であれば、事実上意思の合致が存在していなかつた場合は、契約に拘束力は認められないとする（主観理論になつたといえる）判例もみられた。<sup>(17)</sup>

上記の客観理論は、ウィリス頓（Williston）が主導した一九三二年契約法第一次リステイメント二〇条、七五条に結晶する。契約法第一次リステイメントは、①当事者の一方が、相手方の表示がその真意でないこと（同名の船が二隻存在すること）を知りまたは知りうべき理由が存在した場合で、相手方がその事実を知らずまたは知らないことにつき過失がなかつたときは、相手方の考へていた船の物品について契約が成立し、②両当事者ともに契約締結当時その事実を知らずまたは知りうべき理由もなかつた場合、または反対に両当事者ともにその事実を知りまたは知りうべき理由を有した場合は、両当事者ともに同じ船舶を考へていた場合を除き、契約は成

立しないとした。<sup>(18)</sup> アメリカの判例は、表示錯誤の場合、すなわち表意者が馬というべきところを誤って牝牛と  
 いった場合、相手方が表意者の誤りを知りまたは知りうべき状況にあったときは、契約は成立しないとしたが、<sup>(19)</sup>  
 コービン (Cobbin) のように表意者の現実の意思は、表意者が故意または過失により相手方を誤解させ、損害を  
 生ぜしめない限り無視されるべきではないとする立場 (主観理論を重視する学説) も現れた。<sup>(20)</sup> 契約法第二次リス  
 テイメントは、ピアレス号事件を例にとつていえば、①両当事者とも同一の船舶を意図していた場合は、契約は  
 成立する。②両当事者の一方が、相手方が第二のピアレス号を意図していることを知っており、相手方がピア  
 レス号が二隻存在していることを知らなかった場合は、第二のピアレス号につき売買契約が存在する。③両当事者  
 ともにピアレス号が二隻存在していることを知りうべき理由が存在していたのに対し、相手方が、表意者が第一  
 のピアレス号を意図していることを知りうべき理由が存在していなかった場合は、第二のピアレス号の積荷につ  
 いて売買契約が成立するとされている。<sup>(21)</sup>

#### (口) 日本法

日本民法の起草者は、意思の不合致ないし無意識的不合意について規定を置かず、これらの場合は錯誤の一場  
 合として解決されることになった。<sup>(22)</sup> 内池教授は、現行民法が不合意に関する規定を定めなかったことは立法上の  
 ミスだと主張される。<sup>(23)</sup> わが国では意思の不合致の場合に民法九五条で処理するか、それとも意思の不合致の場合  
 として契約の不成立を認めるべきかという形で議論される。判例は古く、不動産売買の仲介人が買主に売主が売  
 却すると告げた土地よりも広い範囲の土地を売却地として告げた場合に (価格は同じ)、その意思と表示とが一致  
 を欠き、法律行為が有効に成立しない (民法九五条は適用されない) としたものがあつた。<sup>(24)</sup> 本判決は意思表示の不合  
 致による契約の不成立を認めたものと解する余地もある。<sup>(25)</sup> 山林の毛上の売買で、売主が一定の種類の樹木 (種松

補衫)を除外する意思で誤って毛上全部を売却すると表示し、買主も毛上全部を買うことを承諾した場合に、契約不成立とした判例は、売主の錯誤の事案だとされている。<sup>(17)</sup>

判例はその後、生糸製造権の譲渡契約で、買主が売主がそれによって得た補償金が代金に含まれないと考えていた事例で、契約両当事者は契約の要素たるべき点につき合致を欠くから、契約は成立しないと、意思の不合致による契約の不成立を認めた。<sup>(18)</sup> 学説上はこの事案につき、無意識的不合意を正面から認めた重要な先例として評価するものもあるが(意思主義<sup>(19)</sup>)、当該取引において当時の慣行等から補償金を代金額に含めないという趣旨が確定されるとすれば、この場合当事者の一方(買主)につき錯誤による意思表示が問題になるとするものが多い。<sup>(10)</sup> 近時はさらに進んで、表示に対する当事者の意味付与を重視する立場から、まず各当事者が表示に付与した意味が確定されるべきであり、これが一致している場合にその一致した意味での契約の成立が認められるのは当然であるが、一致しない場合には、さらにいずれの当事者の意味付与が正当かを検討し、一方が正当と評価された場合にはその意味による契約の成立を認め、いずれの意味付与にも正当性が認められない場合に初めて内容の不確定のゆえに契約の成立が否定されるという見解が有力化している(意味付与比較説<sup>(14)</sup>)。しかし、当事者が意思表示をした場合、その表示されたところに表意者により何らかの意味が付与されていることは当然なことで、例えば、「生糸製造権を五〇万円で売却する」という契約では、契約書に現れていない当事者の意図はどういうものであったか、当該権利の売買はそのときの当該土地での取引慣行では補償金が代価に含まれるという趣旨であったのが問題となり、むしろ当事者の意思解釈、慣行の解釈に帰着するといつてよいであろう。

## (3) 重過失

## (イ) 比較法

フランス法上錯誤者に過失がある場合に錯誤の主張を認めないという明文の規定はないが、フランスの多数説および判例は錯誤による無効が認められるためには、錯誤者が宥恕されるべき場合であること、すなわち具体的過失がないことが必要であるとし、通常人ならば錯誤を回避する情報を容易に入手しえた場合には錯誤は成立しないとする<sup>(14)</sup>。既述のようにサヴィニーは、錯誤が意思の欠缺であることを徹底するために表意者に過失がある場合だけでなく、重過失がある場合にも表意者の錯誤の主張を許容した<sup>(15)</sup>。これに対してドイツ民法第一草案は、錯誤の場合法律行為が無効となるという立場をとった上で、錯誤者に過失があるにすぎないときにだけ相手方が錯誤を知りまたは知らねばならなかった場合を除いて賠償義務を認めたが(九八条二項、三項)、錯誤者に重過失がある場合は法律行為は有効となるとした(九九条一項)。ドイツ民法は、錯誤者に過失がある場合だけでなく、重過失がある場合にも表意者の錯誤取消の主張を許容したが(二一九条)、錯誤者の相手方に対する信頼損害の賠償義務を一般的に課することによりバランスを図った(二二二条)。

スイス債務法では錯誤の援用が信義則に反するときはその認められないと規定されている(二二五条一項)。同条項は、錯誤が錯誤者の過失に基づく場合だけでなく、相手方に過失の責めがない場合、錯誤者が不当に取消権の行使を遷延する場合、さらには給付された物が錯誤者の過失で滅失したような場合にも適用される<sup>(16)</sup>。イギリスでもコモンロー上も、またエクイティ上も、自らの過失により錯誤に陥った者には救済は認められない。もつとも、現在ではコモンローとエクイティの区別なく、過失ある錯誤者は無効を主張しえないと解説されている<sup>(17)</sup>。

PECLは、錯誤者が錯誤を主張するためには錯誤に陥るについて宥恕すべき場合であることを要求する（四・一〇三条二項 a号、同旨… DCFR II—七・二〇一条二項 a）。但し、相手方が錯誤を知っている場合は除かれる<sup>100</sup>。PICCは錯誤者に重過失がないことを要求する（三・五（2）（a）（二〇一〇年版は三・二・二条二項 a））。

（口） 日本法

わが国では錯誤無効を表意者が主張するためには表意者が錯誤に陥るについて重過失がなかったことが必要である（民九五条）。わが国の重過失ある場合に錯誤無効の主張を認めない立場は、ドイツ民法第一章草案の錯誤規定に倣ったものである。重（大な）過失とは、通常の過失（軽過失）と区別される概念であり、職業、行為の種類、対象等からみて表意者が注意義務を欠く程度が著しいことをいう。表意者が取引上、社会上要求される調査義務を著しく欠くことを意味する。表意者に重過失があることは、相手方において主張、立証すべきだとするのが通説、判例である<sup>101</sup>。表意者に重過失があることを相手方が知っていたときは、相手方を保護する必要がないため、表意者は無効を主張することができる<sup>102</sup>。この場合の相手方の悪意は錯誤者が主張、立証すべきである<sup>103</sup>。

学説上は、相手方が悪意に準じた重過失のある場合および相手方の勧誘に際しての説明、広告等などが錯誤の原因である場合（相手方に錯誤の原因がある場合）<sup>104</sup>にも、錯誤者に重過失があるにもかかわらず、その錯誤の主張を認めるべきだという見解もある<sup>105</sup>。また野村教授は、フランス民法で錯誤者に過失があるに過ぎなくても錯誤の主張を認めないのが多数説であるところから、立法論としては錯誤者に単純過失があるにすぎないときでも錯誤の主張を認めるべきではない（現行民法の解釈論としては重過失をできるだけ緩やかに解すべきだ）と主張される<sup>106</sup>。さらに一元説の立場から、表示主義からは意思表示の有効、無効を表意者の過失の有無にかからせるべきではないから、立法論としては重過失要件を外して信義則上錯誤の主張が許容されるかどうかを問題とすればよいと

する見解もある。<sup>(14)</sup>

「表意者に重過失があるときは意思表示は有効か、無効か。民法九五条但書の原案は「但表意者に重大の過失ありたるときは此限りに在らず」となっており、無効とはならないとされていたが、法典調査会における審議で、相手方から無効の主張を認めるのは差し支えないという趣旨で、現行のように「ただし、表意者に重大な過失があつたときは、表意者は、自らその無効を主張することができない」と規定された(民法九五条)。従つて、現行法上は錯誤に陥つた者に重過失があつた場合でも意思表示は無効ということになる。<sup>(15)</sup>しかし今日では、起草者の意図とは異なり、民法九五条の無効は相対的無効であり、表意者が無効を主張しない限り、相手方や第三者も無効を主張しえないから、錯誤者が無効を主張しえない場合は、相手方や第三者も無効を主張しえないと解されている。<sup>(16)</sup>

二〇〇九年改正提案では、法律行為の当事者、内容、人もしくは物の性質等に関する錯誤の場合に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しえないが、(ア)相手方が悪意であり、または(イ)相手方が表意者の錯誤を知らなかつたことにつき重過失があるとき、(ウ)相手方が表意者の錯誤を引き起こし、または(エ)相手方も表意者と同じの錯誤に陥つていたときはこの限りでない「一・一五・一三(3)」。改正提案は、フランスの近時の学説や野村説のような錯誤者に單純過失のある場合にも保護を否定する立場はとらなかつたが、相手方に重過失がある場合にも錯誤者の保護を拡大した。わが国の裁判所の中には、銀行がトラブルのあつた顧客に預金口座を開設しないように総ての支店に通知したが、支店の一つがそれを見落として口座を開設した場合に、表意者(窓口担当者)の重過失により預金契約が締結されたが、相手方(その顧客)が表意者が錯誤に陥つてゐることを知り、かつその状況を利用しようとしたといえるから、当該預金契約は無効だとしたものがある。<sup>(17)</sup>相手方が悪意

の場合に重過失ある表意者の錯誤の主張が認められるのであれば（ア）、相手方に重過失があった場合もそれに準ずると解することができよう（イ）。しかし、民法改正研究会試案は、相手方が悪意の場合に限って例外を認めている（五五條二項）。

相手方が表意者の錯誤を引き起こした場合も、重過失ある錯誤者が錯誤を主張しうること（ウ）は、議論の余地がある。本提案に対しては、相手方が無過失で表意者の錯誤を惹起した場合にも重過失ある表意者が錯誤の主張をなしうるといえるのかという疑問が寄せられている。またP I C C の錯誤規定では、既述のように錯誤一元説に立った上で、表意者の錯誤主張の要件として相手方の表意者の錯誤の認識可能性等と並んで相手方の錯誤惹起を列記し（三・五（一）（a）（二〇一〇年版では三・二・二條一項a）、同時にこの場合でも表意者に重過失があるときは錯誤の主張ができないとしており（三・五（2）（a）（二〇一〇年版では三・二・二條二項a）、日本の新提案とは著しく相違している。例外ルールとしての〈ウ〉は削除すべきであるかもしれない。これに対して、共通錯誤の場合に現在の多数説は、表意者に重過失がある場合でも錯誤の主張を許容する（後述）。

#### （4） 錯誤リスクの引受

##### （イ） 比較法

大陸法では錯誤者の保護に関する規定はあるが、契約当事者間の合意で錯誤に関するリスクを両当事者のいずれかに負担させるというルールは一般的ではなかった。しかし、それは必ずしもこのようなルールを排除するものではなく、契約当事者間の合意等で錯誤に関するリスクを当事者間で分配することは妨げなかったのではないかと考えられる（例えば、対象の特性を保証しない旨明示されている場合や保証人が主債務者の資力の有無を調査しな

いで保証契約を締結した場合)。錯誤規定は、このような合意ないし事情がなかった場合に適用されるものであったといつてよいであろう。イギリスでも、契約解釈という形をとつて、当事者の一方が期待した性状が対象に備わっていないリスクを知りまたは知るべきであった場合には、その者は錯誤に陥つたものではなく、その対象はその者が期待したものと本質的に異なるわけではないとされる場合もある<sup>(66)</sup>。

これに対してアメリカでは、錯誤リスクの引受に關するルールが明示的に存在していた。このようなルールも判例法に遡るものと思われるが、一九三七年のアメリカ現状回復リースイテムントでは、和解その他によつて当事者が取消権やその結果としての現状回復請求権が与えられる錯誤につき、そのリスクを引き受けると相手方と合意した場合、あるいは引き受けることを意図した場合、相手方との取引を取り消す権利は与えられないと規定されていた(一一一条一項<sup>(67)</sup>)。一九八一年の契約法第二次リースイテムントでは、表意者が錯誤の危険を負担しないことが錯誤取消の要件の一つとされ(二九四条)、表意者が錯誤の危険を負担する場合として、①当事者の合意②表意者が乏しい情報しか持たないことを知りながら契約を締結した場合、③裁判所の決定の三つが規定されている(一五四条)。①の合意によるリスク負担は、土地売買における売主の有する権限のみを譲渡するという文言やいわゆる現況有姿引渡条項が典型であり、明示だけでなく、黙示の場合も含む<sup>(68)</sup>。②の意識的不知は、土地売買において買主が土地面積の測量の重大な誤りがあった場合に解除権を認める条項の挿入を拒否した場合が例示されている。この場合売主も錯誤を主張しえない<sup>(69)</sup>。③の裁判所によるリスク割り当ては、被保険者が既に致命的な疾病に罹患していることを知らないで、保険契約者が多額の一括保険料を支払つて年金形式の保険契約を締結した場合が例示されている<sup>(70)</sup>。

P E C L は、その者によつて錯誤のリスクが引き受けられているか、または当該状況において引き受けられる

べきであった場合は、当事者は契約を取り消すことができないとする(四・一〇三条(2)(b)、同旨…DCFR II—七:201条二項b)。PICCも、当事者が錯誤にもかかわらず契約を取り消すことができないう場合として、錯誤者に重過失がある場合のほか、錯誤が錯誤リスクを引き受けた事項に関係するときあるいは諸事情を考慮して錯誤が錯誤当事者によって負担されるべきときを定めている(三・五条二項(二〇一〇年版では三・二・二条二項b))。同条のコメントによれば、錯誤リスクの引受はしばしば投機的契約において行われ、無名の画家の作であると考えて絵画をそれ相当の値段で売買したが、その後有名な画家の作品であることが判明した場合には、その絵が無名の画家の作品であると考えたという事実は、有名な画家によって描かれたかもしれないというリスクを含んでいるから、売主は取り消し得ない<sup>16)</sup>。フランス債権法改正草案(カタラ草案)一一一二条の一、第三項も、「物の性質に関する危険の引受は、その性質に関する錯誤を排除する」という条項を置いている。

(口) 日本法

日本でもアメリカ法の影響のもとに錯誤者が当該契約においてリスク負担の合意をなし、または情報の欠如を知りながら自ら不利益を受ける可能性を予測したうえで契約を締結し、さらには情報へのアクセスがより容易な者に錯誤のリスクを負担させるべきだという議論がなされ始めている。しかもこの問題は、契約当事者の情報アクセス能力および自己責任という考え方と結びついて議論される<sup>16)</sup>。錯誤について一元説に立ちながら、多様な要素を調整(考量)した錯誤論を構築される平野教授は、考量要素の一つとして表意者がその取引の性質上リスクを引き受けるべき性質の錯誤ではないことを挙げる、売買契約において売主が瑕疵について責任を負わないことを約束している場合や表意者が取引のリスクを引き受けていると考えられるその他の場合がこれである<sup>17)</sup>。

日本を含む大陸法諸国では、従来錯誤のリスク負担という考え方は前面化していなかったが、錯誤者の過失、

重過失判断を通じて実質的にはかなりの程度リスク負担の問題を考慮していたとすべきである。当該取引の目的物について専門知識を有し、または相当の期間占有を続けたために目的物の性状をよりよく知りえた者、すなわち当該商品についての情報を相手方よりも多く有していたであろう表意者は、錯誤を主張しても、重過失ありと判断される場合が多いと考えられるためである。また当事者間で錯誤のリスク負担に関する合意をしていれば、それによればよいわけであり、錯誤の主張はこのような合意がない場合に問題とされるのが普通であろう。このように考えてくると錯誤のリスク負担という項目を要件として立てる必要は特に存在しないということもできよう。

#### (八) 錯誤規定は任意法規か強行法規か

錯誤リスクの負担合意の効力に関連して、錯誤規定がそもそも当事者間の合意によって変更しうるかどうかの問題を論じたい。フランス法では当事者は錯誤による救済を排除することができる<sup>(10)</sup>とされている。ドイツ法では錯誤に対する救済は、個別に交渉された条項により排除することはできるが、約款で排除することは一般的にできない<sup>(11)</sup>。また合意が良俗に反する場合にも(ド民一三八条)排除することはできない。スイスでも、錯誤規定は任意規定と解されているが、免責約款とかかわる場合は問題とされ、免責約款が物の特定の性質に関する場合はそれに関する錯誤の保護も受けられないが、一般的な免責条項については解釈にゆだねられるべきだとされている<sup>(12)</sup>。オーストリアでは詐欺や重過失に対する救済は排除することができないが、それ以外の場合、特に錯誤者が自ら適時に錯誤に関わる事情について十分な調査を行いうる状況にあった場合は、救済は予め排除されうると解されている<sup>(13)</sup>。

イギリスでも詐欺に対する救済は排除することができない<sup>(14)</sup>が、不実表示に対する救済を排除、制限する条項は

公正かつ合理的である限りにおいてのみ効力を有する（不実表示法（一九七九年改正）三条、不公正条項規則（一九九四年））。PICCは、錯誤に関する規定が任意規定だと規定するのみである（三・一九条（二〇一〇年版では三・一・四條<sup>(17)</sup>）。PECLは、錯誤および不正確な情報の提供に対する救済は、排除することも制限することもできるが、当該排除または制限が信義誠実および公正取引に反する場合はこの限りでないと規定する（四・一一八条（2））。条項が信義誠実および公正取引に反していることの立証責任は、取消を求める当事者が負う<sup>(18)</sup>。

DCFRでも、錯誤規定が任意規定だとされている（II―七：二一五条）。

日本でも錯誤規定は強行規定とは解されていない。しかし、相手方が悪意の場合にも錯誤無効規定の適用を否定することはできないと思われる（民五七二条類推）。錯誤規定を排除する条項が公序良俗に反したり（民九〇条）、強行規定に反したりする場合も同様である。消費者取引では、消費者契約法一〇条の適用も受けうる。

〈注〉

- (1) Civ. 17 Nov. 1930, S. 1932.117, DP 1932.161; Civ. 27 April 1953, D. 1953 Somm. 97; Maturie & Aynès, *Droit civil. Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd. (1998), N<sup>o</sup>. 410.
- (2) Ghesin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd. (1993), N<sup>os</sup>. 524-525.
- (3) 多数説。BGH, *Urt. v. 22.9.1983*, BGHZ 88, S. 240.
- (4) Honsell ua. (Hrsg.), *Komm. z. Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht*, 2. Aufl., 1996, SS. 239, 247-248 [Schwenzer].
- (5) フランス民法の錯誤規定は合意の欠缺となる場合については規定を置いていない（星野英一編・民法典の百年Ⅱ（一九九八年）一四三頁「森田宏樹」、野村豊弘「ポアソナードの契約に関する基礎理論」星野英一先生古稀祝賀日本民法学の形成と

- 課題上（一九九六年）二八二頁。
- (6) H. Capitant, *La cause des obligations*, 3<sup>e</sup> éd. 1927, p. 23-24 (竹中悟人「契約の成立とコース」法協一二七卷一号（二〇一〇年）一六頁以下による)。
- (7) 星野編・民法典の百年Ⅱ一四五—一四六頁「森田宏樹」、野村・前掲論文星野古稀祝賀二八四頁。
- (8) 野村・前掲論文星野古稀祝賀二八八頁。
- (9) 田中教雄「日本民法九六条（錯誤、詐欺）の立法過程」香川法学二三卷一号（一九九四年）一一—一三頁、星野編・民法典の百年Ⅱ一四九—一五〇頁「森田宏樹」。
- (10) 梅謙次郎・民法原理総則編（明治三二年（平成三年復刻））三六九頁以下、同・訂正増補民法要義卷之一総則編（明治四四年（昭和五九年復刻版））二一九頁以下。
- (11) 梅・訂正増補民法要義卷之一、二二八—二三〇頁。
- (12) 富井政昭・民法原論第一卷総論（一九二二年）四三五頁以下、海老原明夫「本質的錯誤と要素の錯誤」ジュリ九四三号（一九八九年）一一頁。
- (13) 梅・訂正増補民法要義卷之一、二〇九—二一〇頁、富井・民法原論第一卷総論四三三頁、鳩山秀夫・法律行為乃至時効（明治四五年）一三〇頁。
- (14) 大判大正三・一二・一五民録二〇輯二一〇二頁（内心的効果意思と意思表示の内容との不一致）。
- (15) 大判大正五・七・五民録二二輯一三二五頁。
- (16) その後の同旨判例として、大判昭和一二・一二・二七判決全集五輯一七号四頁（債務額が当座貸越限度額を超えていると誤信した事例）、最判昭和四〇・一〇・八民集一九卷七号一七三二頁（売主が、買主が売主の実兄の債権者であると誤信して、借金の棒引きのために土地を売却した事例）。
- (17) 大判昭和一六・八・三〇大審院判決全集八輯二七号一五頁。
- (18) 大判昭和二・一〇・三新聞二七七二号一三頁（山林売買で三分の一が他人所有地だった事例）、大判昭和五・一一・五新聞三二〇四号一二頁（大判昭和二・一〇・三の再上告審）。

- (19) 大判昭和六・二・二新聞三三三〇号七頁（売主の錯誤）。
- (20) 大判大正七・三・二七民録二四輯五九九頁、大判昭和一三・三・一八大審院判決全集五輯七号一三頁。
- (21) 大判明治三九・五・一七民録一二輯七七三頁（賃借人は担保責任を追求する道が残されている）、大判昭和三・七・一一民集七卷五五九頁、大判昭和一〇・一二・一一新聞三九二八号一〇頁、大判昭和一三・一一・七大審院判決全集五輯二二号四頁。
- (22) 我妻栄・判民昭和三年度五四事件二七九頁以下。
- (23) 大判明治三二・二・一三民録五輯二卷四六頁。
- (24) 大判昭和九・七・二五新聞三七二八号一二頁（転借人の錯誤主張）。
- (25) 最判昭和三四・五・一四民集一三卷五号五八四頁。
- (26) 末川博「判評」民商四一卷四号六三八頁。
- (27) 村上淳一「判評」法協七六卷六号七一三頁、須田晟雄「要素の錯誤—判例の分析を中心として—」北海学園大学法学研究 一一卷二号三五〇頁。
- (28) 大判大正一一・三・二二民集一卷一一五頁（土地売買）、大判昭和一七・九・三〇法学一二卷三三四頁（土地売買）、札幌地判昭和四四・二・二八判時五六五号七四頁（賃貸借契約）。
- (29) 大判大正五・四・二〇民録二二輯七三四頁。反対・大判昭和一二・一・二三大審院判決全集四輯二二号三頁。須田・前掲論 文北海学園大学法学論集一二卷三三五〇四—五〇五頁参照。
- (30) 大判昭和一八・六・三新聞四八五〇号九頁（株の売買で一株一〇円、七円のところ各々四〇円、二五円で買った事例）、横浜地判平成一〇・四・二七判タ一〇二三号一九一頁（路線価の七〇%で土地を不動産業者に売却したところ、実際の路線価が売買の際に基準とされた路線価の二倍近く高額であった事例）。
- (31) 大判大正九・一一・二九民録二六輯一八七九頁（売主の代理人が売主に株式一株の代金を問い合わせて、売主が一株三九円と回答したのを一株一九円と誤聞した事例）。
- (32) 否定例・大判大正一〇・六・八民録二七輯一〇八一頁（山林の売買で買主の考えていた面積の三分の二しかなかったが、

境界がもとと不明確で、当事者が真の境界でないことを予期していた事例)、大判昭和二三・四・七判決全集五輯九号二六頁(海面上の砂利の売買で、一定範囲の海面上の砂利を自由に採取しようという約定であったのに、県により採取上の規制が課せられた事例。肯定例:大判大正二一・七・一三新聞二〇三三号一九頁(売主が境界線を誤解して売却された土地が、考えていたものより六倍以上広がった事例)。

(33) 大判昭和一八・三・一五法学一二巻七八二頁(地盤とその上の立木の売買で、買主が思っていたほどの立木の数量がなかった事例)。

(34) 大判大正二・一〇・一〇民録一九輯七六四頁(抵当権付債務を抵当権の設定されていないものと誤信して抵当権なき債務に切り替えをした事例)。

(35) 大正期になって確立した定式である(野村豊弘「意思表示の錯誤」法協九二巻一〇号(一九七五年)一三四七頁)。前掲大判大正三・一二・一五、前掲大判大正六・一二・一四、大判大正七・一〇・三民録二四輯一八五二頁など。

(36) 野村・前掲論文法協九三巻五号七〇六―七〇七頁。

(37) 民法(債権法)改正検討委員会編・基本方針針二八―二九頁、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(二〇〇九年)一一五頁、山本敬三「民法改正と錯誤法の見直し」曹時六三巻一〇号(二〇一一年)二三三―二三三七頁。大阪弁護士会編・民法(債権法)改正の論点と実務(上)(二〇一一年)七三〇頁はこれを支持する。

(38) 滝沢昌彦「錯誤規定のあり方」円谷峻編著・社会の変容と民法典(二〇一〇年)三三二頁。

(39) 富井政章・民法原論第一巻総論四四四頁以下、鳩山秀夫・法律行為乃至時効一三三―一三四頁、同・改訂日本民法総論三六三、三三三頁、大判明治三八・一二・一九民録一一輯一七八六頁(主債務者が他に担保を設定していたと誤信して保証契約を締結した事例)、前掲大判大正三・一二・一五(抵当権者が七〇〇円の価値しかない家屋を一五〇〇円の価値があると誤信した事例)、大判大正六・一二・一四民録二三輯二二二頁(生命保険契約において助膜炎の既往症の有無が問題となった事例)、大判大正八・一二・一六民録二五輯三三二頁(二手輸入権があると誤信した事例)、大判昭和四・一二・一七新聞三〇九〇号一頁(主債務者の所有地に抵当権を設定するから保証人になってくれと依頼された事例、債権者は悪意であったが錯誤は否定された)、大判昭和一〇・一・二九民集一四巻一八三頁。

- (40) 最判昭和二九・一一・二六民集八巻一 一〇八七頁（賃借人付建物の売買で買主と同居してくれるものと思っていた賃借人が同居を拒絶した事例、錯誤否定）、最判昭和三九・九・二五裁判集民事七五号五二五頁、最判平成元・九・一四家月四一巻一 一七五頁（財産分与に譲渡所得税が課せられることを知らなかった事例、課税されないことが黙示的に表示されていたとされた）、最判平成二二・三・一八裁判集民事二三三三二五五頁（債務者が連帯保証人の債務を免れさせる義務を履行する力量に関する誤信）。
- (41) 最判昭和三二・一二・一九民集一一巻一三三三二九九頁、最判昭和三七・一一・二七判時三二二一七頁、最判昭和四五・五・二九判時五九八号五五頁。
- (42) 前掲最判昭和三二・一一・一九。
- (43) RG. Urt. v. 16.11.1911, RGZ 75, S. 271.
- (44) 大阪高判平成二・六・二一判タ七三三二二四〇頁。
- (45) 最判昭和四七・五・一九民集二六巻四号七二三頁。
- (46) 河原格「動機の錯誤の一考察」大東ロージャーナル四号（二〇〇八年）四三頁以下。
- (47) 北村二郎「判批」法協九一卷二二一三〇頁。
- (48) 須田・前掲論文北海学園大学法学研究一三巻二二二三四頁。
- (49) 高森八四郎「示談における前提合意と錯誤」関西大学法学論集二六巻四・五・六合併号二二二頁。
- (50) 我妻栄・新訂民法総則二九六頁。
- (51) 柚木馨「動機の錯誤」柚木他編・判例演習民法総則（昭和三八年）一一五頁、高森八四郎「動機錯誤判例の研究」朝日法学論集三八号（二〇一〇年）六五頁。
- (52) 川井健・新版注民（三）（平成一五年）三九二頁、鹿野菜穂子「錯誤規定とその周辺」池田真朗他・民法（債権法）改正の論理（二〇一〇年）二二六―二二七頁、高森・前掲論文朝日法学論集三八号七三頁。
- (53) ドイツの法制につき、磯村哲・錯誤論考二二三―二二四頁。日本の判例につき、関口晃「契約の解釈について」判時七〇〇号（昭和四八年）一四七頁以下。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一〇八頁以下。

- (54) 大判昭和一九・三・二九新聞四九〇九号二頁（錯誤否定例）。
- (55) 大判昭和一〇・七・五大審院判決全集一輯二〇号二八頁（錯誤否定例）。
- (56) 反対・大判大正一二・七・九法律評論一二卷民法五二〇頁。
- (57) 大判明治四一・一一・二五民録一四輯一二三三頁。
- (58) 最判昭和四七・一二・一九民録二六卷一〇号一九六九頁。
- (59) 福岡地判昭和四六・一・二九判時六四三三七九頁。
- (60) 一元説に立つ小林教授は、無償行為については錯誤に関する相手方の認識、認識可能性は要件とすべきではないと主張される（小林一俊「我が国における錯誤処理について」芝浦工業大学紀要五号四三頁（同・錯誤法の研究三四―三五頁））。
- (61) 東京地判平成八・七・三〇金判一〇〇一号一三頁（銀行支店長が積極的に変額保険を勧誘した場合に、変額保険契約および融資契約は錯誤無効とした）、横浜地判平成八・九・四金法一四六五号五六頁（変額保険契約の錯誤無効を認めたが、銀行の支店長代理主査には銀行の代理権はないとして融資契約の錯誤無効は否定）。
- (62) 最判平成一四・七・一一判時一八〇五号五六頁。山下純司「保証意思と錯誤の関係」学習院大学法学会雑誌三六卷二号（二〇〇一年）九六―九八頁参照。
- (63) Yが自己の店でAの広告映像を流すためにXから映写機械のリースを受けたが、Aが広告を打ち切り、Yが広告料を受け取れなくなったため、YがXにリース料を支払わなかったケースで、フランスの裁判所は、リース契約の唯一のコースが広告映像の供給契約により構成されていたという理由で、Yのリース契約の解除を認めた（Com. 15, 2, 2000, Bull. civ. IV, no 29）（松川正毅他編「判例にみるフランス民法の軌跡（二〇一二年）一六二頁以下〔都築満雄〕」）。
- (64) 鹿野菜穂子「保証人の錯誤」小林一俊博士古稀記念論集財産法諸問題の考察（二〇〇四年）一五五頁、高寫英弘「動機の錯誤に関する判例法理」月刊法学教室三〇五号（二〇〇六年）一〇〇頁。
- (65) 小林一俊・錯誤の判例総合解説七三頁。
- (66) 内田貴・民法I「第四版」七一―七二頁。
- (67) 最判平成一六・七・八判タ一一六六号一二六頁（差戻審では錯誤無効と詐欺取消の双方が肯定された）。

- (68) 滝沢昌彦・前掲論文円谷編著・前掲書三六頁。
- (69) 鹿野・前掲論文小林博士古稀記念論集一五一頁。
- (70) 高森八郎・法律行為論の研究（一九九一年）二四三―二四四頁。
- (71) 三宅正男「売主の担保責任と錯誤」契約法大系Ⅱ（昭和三十七年）一二四頁、高橋三知雄「私的自治・法律行為論序説」関西大学法学論集二四卷六号（昭和四九年）八三頁以下、石田喜久夫編・民法総則（一九八五年）一五三頁以下「磯村保」、蝦名祐人「瑕疵担保責任と錯誤」法学雑誌Tatouement九号（二〇〇七年）二六二頁、浜田絵美「判批」法時八三卷一号一一二頁（特定物売買では本質的効果意思、すなわち①法律行為の性質ないし種類、②相手方、③法律行為の対象、④対価の有無およびその額についての錯誤のみ要素の錯誤となる）、山岡真治「フランス債権法改正準備草案における錯誤及び詐欺の検討」川角他編・ヨーロッパ私法の展開と課題（二〇〇八年）四七五―四七六頁。
- (72) 最判平成元・九・一四家月四一巻一七五頁。
- (73) 最判平成一四・七・一一判時一八〇五号五六頁。
- (74) 鹿野・前掲論文池田他編・民法（債権法）改正の論理三三九頁。
- (75) H. Capitant, loc. cit., p. 220 et s.（竹中・前掲論文法協一二七卷三三九七―三九八頁、四号五七八―五七九頁参照）。
- (76) 森田宏樹「合意の瑕疵の構造とその拡張理論」NBL四八二号（一九九一年）二四頁以下、同・星野編・民法典の百年Ⅱ一九四頁以下。
- (77) 森田・前掲論文NBL四八二号二六頁。
- (78) 竹中・前掲論文法協一二七卷七号九一三頁以下。
- (79) 梅・民法原理総則編三八一頁、広中俊雄編著・民法修正案（前三編）の理由書（一九八七年）一四五頁。近時森山教授もまた、コース論と錯誤論とのつながりが自明的ではないと指摘される（森山浩江「民法学のあゆみ」法時八四卷一三三―一三六頁、二〇一二年）三六〇頁）。一九世紀後半のフランスのコースの錯誤については、山岡真治「錯誤論の再検討」神戸法学雑誌五一卷三号（二〇〇一年）五三一―五四頁、竹中・前掲論文法協一二六卷一二号三九九頁以下参照。
- (80) R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, p. 553.

- (81) J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920 (竹中・前掲論文法協一  
二七卷二号一九〇頁以下参照)。
- (82) 川井・新版注民(3)四一三頁以下、大中有信「動機錯誤と等価性」論叢一四一卷五号二二〇頁以下。
- (83) 例え<sup>44)</sup> J. Cartwright, *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure*, 3. ed., 2012, p. 616以下。
- (84) Cartwright, loc. cit., p. 722.
- (85) 当事者の一方がその行為につき責任を負う第三者または当事者の一方の同意を得て契約の締結に関与した第三者が情報を提供することにより錯誤を惹起し、または錯誤を知り、もしくは知るべきであった場合も同様である(PECL 四・一一一条(1)(a))。この場合の第三者は代理人、被用者などである。このような関係のない第三者が惹起しまたは知りまたは知るべきであった錯誤により契約を締結した当事者が、相手方が当該事実を知りまたは知りうべきであり、またはまだ契約を信頼して行動していないことを証明したときにも、当事者は契約を取り消しうる(PECL 四・一一一条(2)) (Lando/Beale (ed.), *Principles of European Contract Law Parts I & II*, 2000, p. 273 (ランドー・ビール編(潮見佳男ほか訳)・ヨーロッパ契約法原則 I・II二五九頁「馬場圭太」))。
- (86) Lando/Beale (ed.), loc. cit., p. 230 (ランドー・ビール編(潮見ほか訳)・前掲書二〇七頁「馬場圭太」)。PECLの錯誤規定については、鹿野菜穂子「契約における錯誤と情報提供義務」慶応大学法学研究八四卷二二号(二〇一一年)三七九頁以下参照。
- (87) 鹿野・前掲論文慶応大学法学研究八四卷二二号三八八—三八九頁。
- (88) von Bar/Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, vol. I, 2009, p. 461.
- (89) PICCでも、当事者の一方の錯誤が第三者に起因する場合または第三者がこれを知りもしくは知りうべき場合であって、相手方がその第三者の行為につき責任を負うときは、錯誤者は契約を取り消しうる(三・一一一条(1)(二)〇一〇年版では三・二一・八条一項)。
- (90) Unidroit, *Principles of International Commercial Contracts*, 1994, p. 69-70 (曾野和明ほか訳・ユニドロワ国際商事契約原則七〇—七二頁)。

- (91) 舟橋諄一「意思表示の錯誤」九州帝国大学法学部一〇周年記念法学論文集（昭和十二年）六二七頁。舟橋博士は、後年錯誤を表示に対応する真意の欠缺と定義される（舟橋諄一・須永醇「錯誤における真意について」法学志林八九巻一号（平成三年）六四頁以下）。
- (92) 川島武宣・民法解釈学の諸問題（昭和二十四年）一九〇—一九二頁、同・民法総則（一九六五年）二八九頁。
- (93) 野村豊弘・前掲論文法協九二巻一〇号一三五五頁、九三巻五号七〇〇—七〇二頁（錯誤は動機を含めた意味において表意者の意図していたところと表示との不一致である）、須田晟雄・前掲論文北海道大学法学研究二三巻二号三六七頁、小林一俊・錯誤法の研究（一九八六年）三三—三三三頁、四二五頁以下、幾代通・民法総則「第二版」（昭和五九年）二六八頁、内田貴・民法工「第四版」七一—七二頁、四宮和夫・能見善久・民法総則「第八版」二二九頁（ただし、相手方の予見可能性を要件とせず、要素の錯誤を厳密に捉えることで処理する）、近江幸治・民法総則「第六版」（二〇〇八年）二二三頁以下。
- (94) 京都地判昭和四一・四・一判時四五一号四八頁（買受けの目的に適合しない土地を購入した事例）、横浜地判平成一五・九・一九判時一八五八号九四頁（レーザー治療が忌避される肝斑の患者にレーザー治療をした事例）。
- (95) 川島・民法総則二八九頁以下、同・民法解釈学の諸問題一八八頁以下、小林一俊・錯誤法の研究四二五頁以下、幾代・民法総則「第二版」二七三頁。
- (96) 野村豊弘・前掲論文法協九三巻六号九一六頁以下、同「意思表示の錯誤理論の変遷について」司法研修所論集九六号（一九九六年）三一頁。
- (97) 近江・民法総則「第六版」二一七—二一八頁。
- (98) 星野英一・民法概論Ⅰ「改訂版」（昭和四九年）二〇〇—二〇一頁。同・民法論集第六巻（昭和六一年）八二頁参照。
- (99) 鹿野・前掲論文小林博士古稀記念論集一四九頁、石田喜久夫編・民法総則一五七頁「磯村保」。
- (100) 中松纓子「錯誤」民法講座一（昭和五九年）四四〇—四四二頁（中松教授は、認識可能性を意思表示論との関連において厳密化すること、それをどのような法的枠組みの中で捉えて法的意味をもたせるかを問題とすべきことなどを説かれる）。
- (101) 川井・新版注民（3）四一七頁、四宮・能見・民法総則「第八版」二二四頁。
- (102) 加藤雅信・民法総則（平成一四年）二五九頁。

- (103) 加藤・民法総則二六六―二七一頁、加藤ほか・現代民法学と実務(上)(二〇〇八年)一二三頁以下「加藤雅信」。
- (104) 平野裕之・民法総則「第三版」二八四頁。
- (105) 長尾治助「消費者契約における意思主義の復権」判タ四九七号二二頁、同・消費者私法の原理(一九九二年)一〇四頁。
- (106) 長尾・前掲論文判タ四九七号一九、二二頁、同・前掲書一〇四頁。しかし、事業者の宣伝、説明内容と事実の不一致が、合理的消費者を基準として契約の重要部分にあたるときにのみ錯誤無効の問題となる(長尾・前掲論文判タ四九七号二二頁)。
- (107) 伊藤進・法律行為・時効論(平成七年)四〇頁。
- (108) 加賀山茂「錯誤における民法九三条但書、九六条二項の類推解釈」阪大法学三九卷三〓四号(一九九〇年)三五四頁以下(加賀山教授は、相手方が善意で過失の場合も錯誤無効の主張の範囲を拡大される)、広中俊雄「動機の錯誤について」月刊法学教室一二七号(一九九一年)一六五頁。
- (109) 椿ほか編・民法改正を考える(法律時報増刊)(二〇〇八年)七二頁「半田」。同書七六頁「滝沢昌彦」もこれに近い。
- (110) 山本敬三「民法改正と錯誤法の見直し―自律保障型規制とその現代化」曹時六三卷一〇号(平成二三年)二二二頁。
- (111) 民法(債権法)改正検討委員会編・詳解Ⅰ一一七頁。
- (112) 民法(債権法)改正検討委員会編・基本方針二九頁、民法(債権法)改正検討委員会編・詳解Ⅰ一一八頁、山本敬三・前掲論文曹時六三卷一〇号二二三頁。
- (113) 民法(債権法)改正検討委員会編・詳解Ⅰ一一―一二二頁。
- (114) 民法(債権法)改正検討委員会編・詳解Ⅰ一二―一四頁。
- (115) 後藤卷則「錯誤・不実表示・情報提供義務」円谷編著・前掲書四二頁。
- (116) 後藤・前掲論文円谷編著・前掲書四三―四六頁。
- (117) 名古屋高判昭和六〇・九・二六判時一一八〇号六四頁。
- (118) 野田龍一「サヴィニー錯誤論の形成」原島重義編・近代私法学の形成と現代法理論(昭和六三年)二二二頁。
- (119) 須田晟雄「オーストリア錯誤法の生成」北海学園大学法学研究二三卷三号三九四頁。
- (120) *Cooke v. Oxley*, 3 T.R. 653, 100 Eng. Rep. 785 (1770).



- (139) 内池慶四郎・前掲論文慶応大学法学研究三八巻一号一八九頁。
- (140) 川島・判民昭和一九年度二九事件一一八一—一九九頁、同・民法総則二八六頁、我妻榮・債権各論上巻（一九五四年）五五—五六頁、四宮・能見・民法総則「第八版」二二五頁、近江・民法総則「第六版」一七四頁など。
- (141) 石田穰・法解釈学の諸問題（一九七六年）一五九頁、石田喜久夫編・民法総則一四六頁「磯村保」、磯村保「法律行為論の課題」民法研究二号一頁以下、鹿野菜穂子「判批」民法判例百選Ⅰ「第六版」三九頁。
- (142) Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd. (1993), n.° 522, 523.
- (143) 後期普通法の議論については、大久保憲章「錯誤者の過失」原島重義編・近代私法学の形成と現代法理論二八二頁参照。
- (144) Honsell u.a. (Hrsg.), *Komm. z. Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I. 2. Aufl.*, S. 251–252 [I. Schweizer].
- (145) Associated Japanese Bank (International) Ltd. v. Credit du Nord SA [1989] 1 W.L.R. 255 (Q.B.).
- (146) *Solle v. Butscher* [1951] 1 K.B. 671, C.A.
- (147) *Cartwright*, loc. cit. p. 619–620.
- (148) Lando/Beale (ed.), loc. cit. p. 234 (ランド・ビール「潮見他訳」・前掲書二一〇頁「馬場圭太」)。同旨：von Bar/Clive, loc. cit. p. 462–463.
- (149) 大判大正七・一二・三民録二四輯一八五二頁、大判大正七・一二・三民録二四輯二二八四頁、我妻・新訂民法総則三〇五頁、高森・前掲朝日法学論集三八号七二—七三頁。
- (150) 東京高判昭和四五・一・三〇下民集二二巻一・二号二二二頁、通説。民法九三条但書の類推適用を説く立場もある（加賀山・前掲論文大阪大学法学三九巻三〓四号三五—一頁（相手方に過失があるにすぎない場合も錯誤無効を主張しうる）、熊谷芝青「錯誤無効主張に関する若干の考察」駒沢法曹五号三二—三三頁）。
- (151) 最判昭和四〇・六・四民集一九巻四号九二四頁。
- (152) 平野裕之・民法総則「第三版」二八九—二九〇頁。
- (153) 野村豊弘・前掲論文法協九三巻六号九二七—九二八頁、同・前掲論文司法研修所論集九六号三三三頁。
- (154) 小林一俊・錯誤・原始不能と不履行法（一九九六年）一八頁、同「相手方による錯誤の認識要件の自足性」内山先生追悼

現代民法学の構想三九頁。

- (155) 中島玉吉・民法釈義卷之二総則編(明治四五年) 五一二頁、高森八四郎・法律行為論の研究二二二頁。
- (156) 我妻・新訂民法総則三〇五―三〇六頁、最判昭和四〇・六・四民集一九卷四号九二四頁。
- (157) 大阪高判平成二・一〇・三判タ一〇六九号一五三頁。
- (158) 舟橋・前掲論文九州帝国大学法文学部十周年記念法字論文集六七頁、平野・民法総則「第三版」二八九―二九〇頁、鹿野菜穂子・前掲論文池田他編著・前掲書二四八頁、大阪弁護士会編・民法(債権法)改正の論点と実務(上) 七三三頁。
- (159) 東京弁護士会法友全期会・債権法改正プロジェクトチーム編・債権法改正を考える(二〇一一年) 三三三頁。
- (160) Associated Japanese Bank (International) Ltd. v. Credit du Nord S A [1989] 1 W.L.R. 255 Q.B.
- (161) American Law Institute, Restatement of the Law of Restitution, 1937, p. 42. 現状回復リステイトメントのその後の改定の議論については、中島昇「錯誤リストクの引受けの検討」小林一俊博士古稀記念論集二〇六頁以下参照。
- (162) American Law Institute, Restatement of the Law Second, Contracts 2d, Vol. 1, 1981, para. 154 Illustration 1 (p. 404).
- (163) American Law Institute, Restatement of the Law Second, Contracts 2d, Vol. 1, para. 154 Illustration 2 (p. 404).
- (164) American Law Institute, Restatement of the Law Second, Contracts 2d, Vol. 1, para. 154 Illustration 3 (p. 405). ① ② ③ につき詳しくは、古谷英恵「契約自由の原則と錯誤のリストク負担」新美文先生還暦記念現代民法法の課題(二〇〇九年) 六四頁以下参照。
- (165) *Undroit*, loc. cit., p. 72 (曾野和明他訳・前掲書七二―七三頁)。
- (166) 古谷・前掲論文新美文先生還暦記念四三頁以下。
- (167) 小林一俊・錯誤法の研究三五―三六頁、平野裕之・民法総則「第三版」二八四頁。
- (168) Ghestin, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 529.
- (169) BGH, *Urt. v.* 28.4.1983, NJW 1983, S. 1671.
- (170) Honsell u.a. (Hrsg.), *Komm. z. Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 2. Aufl., S. 249–250 [I. Schweizer].
- (171) *Ditrich/Tades*, ABGB, 23. Aufl., S. 392–393.

(172) Pearson v. Dublin Corp. [1907] A.C. 351 (H.L.)

(173) 但し、P I C C (二〇一〇年版)では、対応する規定は存在せず、強行規定一般に関する三・三・一条が存在するにとどまる。

(174) Lando/Beale (ed.), loc. cit. p. 284 (ランドー・ビール「潮見ほか訳」・前掲書二七四頁「馬場圭太」)。

### 3 錯誤の効果

#### (1) 従来立場

##### (イ) 無効の意義

ローマ法およびフランス法では、錯誤の効果は無効である。但し、フランスではこの場合法律上当然に無効となるのではなく、無効または取消の訴えによつてのみ無効となるにすぎない(フ民一一七条)。すなわち、この意味でフランスの錯誤は、相手方がそれに応じる場合を除き、錯誤者が無効または取消の訴えを提起してそれが容れられた場合に始めて法律行為が無効になるのであり、日本でいう相対的無効(表意者にとつてのみ当然に無効)はフランスでは対抗不能と呼ばれている。<sup>1)</sup>一九世紀後半の古典理論によれば、契約内容(error in negotio)や契約の目的物に関する錯誤(error in corpore)の場合は当事者間に実質的合意は存しないから(合意の欠缺)、絶対無効を生じ、重要な性質に関する錯誤では相対無効となると解されていたが、近時はいずれの場合も相対無効(取消により無効となる)と解されるようになった。<sup>2)</sup>これは、かつては錯誤を合意の欠缺の場合と合意の瑕疵

の場合とに分ける学説が存在していたこと（後述旧民法の錯誤理論参照）を反映していると考ええる。ドイツ普通法でも錯誤の効果は無効とされていた。ドイツ民法第一草案でも錯誤により意思表示は無効となるとされていたが（九八条一項）、第二草案（九四条一項）、現行ドイツ民法（一一九条）では取り消しうるものとされた。英米法上は、イギリス法ではコモロー上の錯誤の効果は無効であるのに対して、衡平法上は取消だとされているが、アメリカでは錯誤の効果は契約の取消（voidable）（または解除）である（一九八一年アメリカ第二次契約法リステイトメント一五二条、一五三条<sup>③</sup>）。

ボワソナード草案および旧民法では、既述の如く、合意の欠缺となる錯誤の場合は無効、合意の瑕疵となる場合は取り消しうるとされた（旧民財産編三〇九条―三一一条）。但し、取消は裁判所に訴求してこれを得なければならぬものとされた。現行日本民法では、法律行為の要素に錯誤がある場合、法律行為は無効となる（九五条）。これは起草者によれば、ドイツ民法第一草案九八条および九九条一項に倣ったものである<sup>④</sup>。当初この無効は誰でも主張できる絶対的無効とされていたが、今日では錯誤の無効は当然無効ではなく、当事者の主張をまつて始めて生じると解されている。かような立場では無効行為の追認に関する民法一一九条の適用は認められないが、遡及的追認の余地はある（民一一六条、一二二条は類推適用されうる）と解すべきであろう<sup>⑤</sup>。追認は法律行為の効力を確定するという意味を有するからである。

このような立場からは第三者からの錯誤無効の主張は、表意者の無効主張がなければなされないと解すべきこととなる。判例は当初、第三者や相手方から錯誤無効を主張しうるかどうかにつきはつきりした立場を表明しなかったが<sup>⑦</sup>、錯誤者に重過失がある場合、錯誤者は無効の主張をなしえず、結局相手方、第三者に対しても有効視されるから、第三者も無効を主張しえないとする判例が登場し<sup>⑧</sup>、遂に最高裁は、錯誤無効が錯誤者保護を目的

とすることを理由に、第三者からの無効主張を原則として禁止する態度に転じた<sup>9)</sup>。学説上もこの相対的無効説を支持するものが多数を占めた<sup>10)</sup>。しかし、相対的無効説に対しては、①表意者はいつでも無効の主張をなしうることになって法律関係の安定が害される、②ドイツなどの国では表意者しか主張しえない相対的無効は取消に統合されたと批判が加えられる<sup>11)</sup>。今日では学説上このような相対的無効説を一步進めて、本条の無効を取消(的無効)とするものが多い<sup>12)</sup>。しかし、取消に関する規定(期間制限、法定追認(民一二五条)、相手方の催告権(民一四四条))のこの場合への適用の有無については議論がある<sup>13)</sup>。二〇〇九年改正提案は、錯誤の効果が錯誤者の取消であることを明記した「一・五・一三」。

現行法上錯誤により無効とされた法律行為により給付された物や権利、金銭は、当初の持主に返還されるべきである。契約当事者双方が互いに相手方に給付したときに、双方の返還義務の間には同時履行の関係(民五三三条)が成立するか。この場合の返還義務を不当利得返還義務(民七〇三条、七〇四条)と捉える立場に立つと、同時履行の関係は認められないかもしれないが、原状回復義務またはそれに近い義務と捉えると、それが認められる可能性が強くなる。近時の最判は、売買が錯誤無効となった場合の両当事者の各給付の返還義務について同時履行の関係を一般に認めたいうえで、信義則によりそれが制限されることを認める<sup>14)</sup>。

#### (口) 善意の第三者の保護の可否

イギリスでは近時までコモンロー上の錯誤の効果は無効であるが、エクイティ上は取り消しうるという効果が与えられたが、今日では錯誤は一般的に契約を無効にすると解されている<sup>15)</sup>。錯誤は不実表示のように契約締結に際しての瑕疵が問題になるのではないというのがその理由である。AのBへの売買が例えば相手方の同一性の錯誤により無効であった場合は、Bから目的物を転売されたCに対してAは目的物の返還または代金相当額の支払

を求めうる。<sup>(16)</sup> AがBの同一性ではなく、その支払能力について錯誤に陥った場合は錯誤無効の主張はできないが、宝石商がある富豪Aと同棲している女性をAの妻と誤信して取引したような場合は、当事者の同一性の錯誤と認められる。<sup>(18)</sup>

日本では、例えば、Aが錯誤によってその所有地をBに譲渡し、Bがこれを善意の第三者Cに譲渡した場合、AはCに対して錯誤無効を主張しうるか。詐欺については、民法九六条三項により善意の第三者は保護されるが、錯誤についてはかような第三者保護規定は明示されていない。そこで従来通説、判例は、錯誤無効の場合は第三者は保護されないという立場をとった。<sup>(19)</sup> この立場では、錯誤の場合は厳格な要件のもとに無効主張が認められるにすぎないこと、詐欺については騙される側にも責任があるといえることなどをその論拠とする。<sup>(20)</sup> しかし、詐欺は人を欺いて錯誤に陥らせるといふ点で錯誤と共通する面があるのに、善意の第三者の保護につき差異が生じるのは妥当でないという理由で、民法九六条三項の錯誤への類推を認める見解も有力に主張された。<sup>(21)</sup> 判例としては、手形振出について錯誤無効を善意の第三者に対抗しえないとするものもあるが、<sup>(22)</sup> 手形振出以外の法律行為についても善意の第三者を保護する裁判例もある。<sup>(23)</sup> 学説上は第三者が保護されるためには、第三者の善意、無過失を要求するものもある。<sup>(24)</sup> 詐欺取消の場合との均衡論からの主張であろう。しかし、このような立場に立つと立たないにもかかわらず、例えばAが錯誤により不動産をBに売り渡し、登記をBに移転した後、B名義の登記を長期間放置しているうちに善意（無過失）の第三者Cがその不動産を取得した場合は、民法九四条二項の類推適用によりCが保護されることが認められうる。<sup>(25)</sup>

## (2) 取消とその期間制限

## (イ) はじめに

本稿で採り上げる意思の欠缺あるいは意思表示の瑕疵は、新しい考え方によれば意思表示の取り消しという効果を生じる。民法（改正）提案でも、錯誤が保護される場合、錯誤者が取消権を行使しうるものとされている。「一・五・一三」。起草者によれば、本提案（一）では、錯誤の効果も取消に改められる。錯誤制度の趣旨が、誤った表示をした者をその意思表示への拘束から解放することであるとすれば、そのような解放を実際に認めるかどうかは、その意思表示をした者の決定に委ねることが要請される。<sup>26</sup> 錯誤の効果を取り消しとすることについては今日広く意見の一致がみられる。その論拠は、詐欺取消との均衡、相対的無効との対比、世界のトレンド（PECL四：二〇三条、PICC三・五条（二〇一〇年版では三・二二条）、DCFR II―七：二〇一条）などである。<sup>27</sup>

取消の表示は相手方に対する意思表示によって行われる。これは諸外国の場合でも、また日本の法制でも同様である（下民一四三条二項、日民一二三条、PECL四：一二二条、PICC三・一四条（二〇一〇年版では三・二二一条）、DCFR II―七：二〇条、基本方針「一・五・五六」）。オーストリアでは、民法が裁判手続を要求していないにもかかわらず、錯誤に基づく取消には裁判所の決定が必要であり、相手方への無方式の通知だけでは足りないとされている。<sup>28</sup> また取消には諸外国および日本において追認に関するルールが定められている（下民一四四条、日民一二二条以下、アメリカ契約法第二次リステイメント三八〇条（二）、PECL四：一一四条、PICC三・一二条（二〇一〇年版では三・二九条）、DCFR II―七：二二二条）。

(ロ) 取消権の期間制限

(a) 比較法

フランス民法では、錯誤による意思表示は相対的無効（取消により無効となる）であり、この無効（取消）訴権は一八〇四年民法では錯誤を発見したときから一〇年で時効にかかるとされていたが、一九六八年の法改正で原則として取消訴権は五年間存続するものとなった（フ民一三〇四条）。売主の瑕疵担保責任と競合する場合は、錯誤を主張する場合でもフ民一六四八条の短期間の権利行使しか認められないとする判例が一九六〇年に現われたが、一九八八年には買主に両者の選択権を認める判決が出た。なお、合意形成の障害となる錯誤の場合は、契約は絶対的無効となるという伝統的な見解に立つときは、合意形成の障害となる錯誤の場合は、無効訴権は三〇年の期間制限に服することになる。<sup>(29)</sup>

ドイツ民法では取消期間はそれぞれの取消事由ごとに異なって規定されている。錯誤または誤伝の場合は、表意者は取消事由を知ったときから遅滞なく、すなわちその責めに帰すべき事由によって遅滞に陥ることなしに行わなければならない（ド民一二二条一項）。意思表示の相手方は表意者の内心を知る由もないし、早期決済が法的安全と法的明確性に資するからである。この場合の遅滞なくというのは、直ちにと同義ではなく、むしろ取消権者には適切な熟慮期間が与えられるべきだと理解されている。<sup>(30)</sup> 取消権者は取消事由を知らなくても、意思表示をした後一〇年（二〇〇一年の法改正までは三〇年）が経過した時は取り消すことができなくなる（ド民一二一条二項）。詐欺または強迫による意思表示の取り消しは、取消権者が詐欺を知りまたは強制状態がやんだときから一年間行使しうるものとされている（ド民一二四条一、二項）。錯誤または誤伝の場合よりも取消期間が長いのは、被欺罔者または被強迫者はより保護に値すると考えられるためである。また詐欺、強迫の場合も意思表示をした

ときから一〇年間（二〇〇一年改正までは三〇年間）という除斥期間が法定されている（下民一二四条三項）。

スイス債務法は、詐欺、強迫の場合も含めて、事実を知りまたは強迫を受けている状態が去ったときから一年内に取り消さなければならぬと規定しているが（ス債三二条）、例えば錯誤者が相手方の負担で投機をするためにのみ取消権の行使を遷延しているような場合は、ス債二五条一項の錯誤の援用が信義則に反するとして取消が認められない<sup>32</sup>。錯誤ある契約により給付されたものの返還請求権（不当利得返還請求権）の時効期間は、無効説の立場では給付時から一〇年間であるが、取消説では取消時から一〇年間である<sup>33</sup>。オーストリア民法では、取消権も取消に基づく不当利得返還請求権も、判決上の債務（Judikatschuld）が生じていない限り三年の時効にかかると（オ民一四八七条<sup>34</sup>）。反対給付の返還請求権も錯誤の存在に関する判決のときから三年で時効にかかると解されている。しかしルンメル（Rummel）は、この場合にオ民一四八七条を適用すべきではなく、三〇年の通常の時効にかかると主張する（業務上の取引の場合はオ民一四八六条により三年<sup>35</sup>）。

英米法では錯誤により取消が認められるときは、錯誤者の取消権の行使は、錯誤の事実気づいたときまたは気づくべきであったときから相当期間内に行使しなければならないとされた<sup>36</sup>。アメリカ契約法第二次リステイメントでも、錯誤者が相当期間内に相手方に対して取消権を行使しなかった場合は、取消権は消滅する（三八一条二項）。どの程度の期間が相当期間にあたるかを決定するに際しては、（a）遅延の結果どの程度取消権を有している当事者が相手方の危険で投機をなすことが現実的に可能となり、または可能となったかもしれないか、（b）遅延の結果、どの程度相手方または第三者による正当な信頼が現実的に生じ、または生じたかもしれないか、（c）どの程度取消の理由が当事者のいずれかによる過失の結果であるか、（d）どの程度相手方の行為が遅延に貢献したかの事情が重要である（三八一条三項）。契約法第二次リステイメントには、錯誤を理由とする当事

者の一方による契約取消権能は、契約がかなりの程度まで履行されたか、またはその他の点で事情が変化したために、取り消すと不公平が生じ、かつ損害賠償が適切な補償となるであろう場合にも消滅するという規定もある（三八一条二項）。

PICCでは、錯誤を理由とするものを含めた取消権の行使は、当事者が取り消し原因となる事実を知った後もしくはそれを知らないことがありえなくなった後、当該状況のもとにおいて合理的な期間内になされねばならない（三・一五条（一）（二）一〇年版では三・二・一二条一項）。取消権の行使には取り消し原因を明示する必要はないが、相手方にもわかるような場合以外は取消原因も通知した方がよいとされている<sup>(37)</sup>。PECLやDCFRでも、取引安全の要請から、取消の通知は、取消当事者が取消の要件となる事実を知りまたは知るべきであったときから、諸事情を十分に考慮したうえで合理的な期間内に行われなければならないと規定されている（PECL四・一一三条（一）、DCFR II—七：二一〇条）。

(b) 日本法

わが民法九五条の錯誤無効の主張については、明文で期間制限が定められていないが、フランス民法の規定の影響を受けて、学説上は錯誤無効の主張についても民法一二六条（五年間）類推適用説が有力である<sup>(38)</sup>。民法（債権法）の新提案では、錯誤の効果は錯誤者への取消権の行使の許容である。従って、錯誤の場合も詐欺、強迫、制限行為能力者の行為の場合と同様に、表意者が追認をすることができるときから三年間取消権を行使しないときは、この期間の経過により取消権は消滅する。行為のときから一〇年を経過したときも同様である「一・五・五九」。取消権の行使は、現行民法一二六条は、追認権行使可能時から五年、行為時から二〇年としているが、法律関係の確定のみについて設けられた期間として五年は長すぎると考えられるから、これを三年に短縮するも

のとした。三年としたのは、詐欺や強迫の場合についてあまりに短い期間で取消権消滅を認めることは欺罔者、強迫者を過度に保護する結果になりかねないこと、取消原因は多様であるところ、法律関係の明確性のために取消原因の相違に応じて制限期間を異にするのは適当でないこと等を考慮したものである。また行為のときから進行が開始する長期の期間制限については、二〇年が長すぎるとしても、詐欺に気づかないままあるいは強迫状態を脱しないまま年月が経過すること等を考慮し、これを一〇年とした。履行を拒絶するために取消権を行使する場合に、抗弁権の永久性を認めるべきかどうか問題になるが、本試案「二・七・一三」〔五〕で形成権一般について抗弁権の永久性を認めることにしているため、本条では特別規定は置かれ<sup>39)</sup>ない。

### (八) 取消の効果

#### (a) 比較法

多くの立法例では取消の効果は意思表示の遡及的無効である(下民一四二条一項、日民一二一条本文)。フランスでは、取消による無効の場合も含めて、当事者は契約が存在しなかったかのように扱われるべきだとされる。<sup>40)</sup> オーストリア民法は、錯誤、詐欺、強迫、行為無能力などの場合も含めて、契約の取消を要求する者は、その契約に基づいて彼の利益に帰した総てのものをもとに戻さなければならぬと規定する(オ民八七七条)。この返還は不当利得に基づく返還関係であると解されている(オ民一四三五条)。双方の返還義務は同時履行の関係にある。スイスでは錯誤の場合、①無効説、②取消説、③相対無効説が対立している。①説によれば、契約は当初から無効であり、法律行為が後で錯誤者により追認された場合にのみ有効となる。②説では、契約は当初は有効であり、錯誤者による意思欠缺の援用により解消される。③説では、錯誤者にとっては当初から無効であるが、相手方にとっては当初は有効である。判例は当初②説をとっていたが、その後①説に転じたといわれる。この場合の返還

請求権は、スイスでも不当利得返還請求権とされているが、①説では債務なくして給付した物の返還請求権、②説では原因が後発的に喪失したことによる返還請求権である。③説では当事者によって返還請求権の発生原因が異なる。所有権の移転原因についても、これらのいずれの立場に立つかによって結論が異なる（買主が時効取得する場合などは例外<sup>(12)</sup>）。

これに反して、ドイツ民法は物権行為の無因性が錯誤の場合の処理に大きな影響を与えることを規定している。取り消された契約を理由として既に給付がなされた限りで、取消により給付の法的原因はなくなる。給付をした者はド民八一二条一項により不当利得返還請求権を取得する。相手方に所有権が移転していた場合も、物権行為の無因性により契約の取消は物権移転行為に原則的に影響を及ぼさない。所有権移転行為についても同様に取消原因がある場合（例えば一定の種類の子の売買契約がなされたが、売主が誤ってはるかに高額の子を給付した場合）、あるいは同一の意思の瑕疵が契約にも履行行為にも認められる場合（錯誤が契約の履行の差異に存続する場合）は、契約も物の所有権譲渡も錯誤により取消可能である。このような場合は、所有権譲渡が取り消されたときド民九八五条（所有権に基づく返還請求権）により給付者の返還請求権が認められる<sup>(13)</sup>。これに対して有力説は、ド民一一九条二項による取消を債務負担行為（契約）に制限することが、無因主義の意義に必ずしも相応しないと主張する<sup>(14)</sup>。

相手方が目的物を第三者に転売した場合は、その転得者が取消可能性を知りまたは知っていなければならぬときは、取消がなされた場合、彼は法律行為の無効を知りまたは知っていなければならぬ場合のように扱われる（ド民一四二条二項）。従って、転得者が前主が取消を受ける可能性を知っていたときは、ド民八九二条（登記簿の公信力）による善意取得は認められないし、前主が取消を受ける可能性のあることを知りまたは

重過失により知らなかったときは、ド民九三二条（無権利者からの善意取得）による善意取得は認められない。<sup>46)</sup>

イギリスでは契約が錯誤により無効である場合には、所有権は移転せず、また契約が有効に取り消された場合は、所有権は譲渡人に復帰するとされている。<sup>47)</sup> 第三者との関係については、第三者が財産を善意でかつ先行する契約を瑕疵あるものとする事実を知らされることなしに取得した時は、取消の効力は及ばない。不動産の場合は、未登記不動産では、コモンロー上またはエクイティ上の権限を錯誤取消についての告知なしに取得した者に対しては、取消の効力は及ばない。登記された不動産の場合は、有価約因による譲受人は、錯誤取消が登記されることにより、または登記なしに対抗しうる権利として保護されない限り、取り消されえないが、エクイティ上の取消は、登記された権限の取得者を拘束しうる権利としての効力を有する（土地登記法（Land Registration Act）2002, s. 116(b)）。<sup>48)</sup> アメリカでも、動産売買の場合は、取消権が行使されたときでも、相手方は正当な権限を善意有償の任意取得者に対して移転する権限を有すると定められている（UCC二一四〇三条）。

PICCでも、取消は遡及的に効力を生じ（三・一七条一項（二〇一〇年版では三・二・一四條一項）、各当事者は原状回復請求権を有する。原状回復が不可能であるときには価格償還請求権が認められる（三・一七条二項（二〇一〇年版では三・二・一四條二項））。二項は、サービス給付の場合などが考えられるが、受領者にとって給付が利益となっていないときには価格償還も不要である。例えば、AがBにレストランの装飾を依頼してBも仕事を開始したが、後になってAが念頭に置いていた有名な装飾家とBが別人であることが判明し契約が取り消されたときは、既になされた装飾は返還不能であり、しかもAにとって何の価値もないのでBはAに対して価格償還を求めることはできない。<sup>49)</sup> PECLやDCFRも取消の場合原状回復請求権または目的物に代わる価値の償還請求権が発生すると定める（PECL四・一一五条、DCFR II―七・二二二条一項）。

(b) 日本法

取消により法律行為は最初に遡って無効になる(民二二一条本文)。二〇〇九年改正提案「一・五・五四」(一)も同旨を定める。この場合取り消した者が相手方に対して有する返還請求権はどのような法的性質を有するのであるか。判例上従来所有権に基づく返還請求権説(占有権の)不当利得返還請求権説<sup>51</sup>、原状回復請求権説<sup>52</sup>がみられたが、判例はその効果を十分検討したうえで判示したのではないといわれる<sup>53</sup>。学説上は①物権変動について有因説をとったうえで、取り消した者に所有権が復帰するため、所有権に基づく返還請求権が認められるとする説<sup>54</sup>、②物権変動について無因説をとったうえで、契約が取り消されても所有権は当然には復帰せず、もっぱら不当利得返還請求権のみが認められるとする説<sup>55</sup>、更には①説の亜種として、有因説のもとでは所有権は取り消した者に復帰するが、相手方が現実には物の引渡を受けた限り、受領者の占有は法律上の原因を欠く不当な利得であり、給付者は相手方の占有の不当利得の返還を請求しうる(占有の不当利得論)。そして占有者と回復者(所有者)との関係について規律する民法一八九条以下は、民法七〇三条以下の特則であり、前者が優先的に適用されるという見解も主張された<sup>56</sup>。しかし、占有の不当利得論に対しては、民法一八九条以下はそもそも双務契約の無効、取消の場合の返還関係を想定した規定ではないという批判がある<sup>57</sup>。

③給付者の返還請求権を物権的返還請求権と不当利得返還請求権の中間的ないし混合的性質を有したものと捉える見解もある。この権利は消滅時効にかかるが、取戻権が認められる<sup>58</sup>。すなわち、給付当事者間では純然たる債権としての性質を持つが、対第三者関係では所有物返還請求権の側面を有する<sup>59</sup>。従って、この立場では給付当事者間の関係は、後述④説と同断となる。

今日では、④不当利得返還請求権の類型論から、不当利得を所有関係の場で固有に機能する不当利得と契約関

係の場で固有に機能する不当利得とに分け、契約の無効、取消、解除に基づいてなされた給付の返還関係は契約の清算制度として捉え、いわゆる給付不当利得返還請求権として処理すべきだとする立場が増加している。この立場では、原状回復関係は、当該給付の履行を導いた有償、双務契約における結びつき（牽連関係）において捉えられるから、公序良俗違反や詐欺、強迫による取消を除いて双務的牽連関係の問題として処理される。取消の場合も解除におけると同様原状回復義務が生じるとする見解もみられる。この立場では、給付不当利得の場合は、法的根拠を欠いてなされた給付をいわば巻き戻して原状を回復するのが目的だから、相手方の善意、悪意にかかわらず、なされた給付自体またはその価額が返還されるべきである。取消の効果を原状回復的に捉える近時の学説の多くは、買主に移転した所有権が直ちに復帰するとしている。

現行法上善意の第三者については、詐欺の場合は保護されることが明記され、強迫の場合はこの限りではない（民九六条三項）。制限行為能力による取消の場合も、第三者は保護されない。新提案では、錯誤取消の場合の善意、無過失の第三者が保護されることが明記されている「一・五・一三〈四〉」。起草者の説明によれば、本提案〈四〉は、錯誤取消についても、第三者の保護規定を新設することとし、その際第三者の保護要件は、「一・五・一二」（虚偽表示）と異なり、善意無過失を要件としている。第三者の保護要件が善意で足りるとされるのは、虚偽表示のように、故意責任原理（故意に誤った表示をした者は、その表示に従った責任を負担すべきである）が妥当する場合に限られると考え、錯誤を含めてその他の場合（不実表示など）は、一般原則どおり、第三者の信頼が保護されるのはそれが正当なものである（過失がない）ときに限られると考えられる。本提案〈四〉も現在では支持者が多い。

(二) 契約の一部取消と契約の改訂

(a) 契約の一部取消

立法例によっては錯誤による契約の一部取消を認めるものがある。<sup>(66)</sup> フランスでは、契約の一部についてののみ契約取消原因が存在し、その条項が契約の残余部分にとって不可欠でない場合、当該条項を除いて契約を維持することが認められる。但し、その部分がなければ契約を締結しなかったであろうことを取消権者が証明できた場合は、契約の全部の取消が認められる。<sup>(67)</sup> スイスでも、意思の欠缺が契約の一部のみに関わる場合は、ス債二〇条二項を類推して当事者の推定的意思によりそもそも契約を締結しなかったであろうという場合でなければその部分のみを無効とすることが認められる。<sup>(68)</sup>

PECLやPICC、DCFRでは、錯誤（取消原因）が特定の契約条項にのみ影響を与える場合には、取消の効果が及ぶ範囲はそれらの条項に限定されることが明記されている。但し、当該事件の総ての事情を十分に考慮すれば、契約の残余部分を維持するのが合理的でない場合はこの限りでない（PECL四・一一六条、PICC三・一六条（二〇一〇年版では三・二・二三条）、DCFRⅡ―七・二二三条）。錯誤が重要でない事項を対象としている場合において、そのような関連事項のみの取消を認めることが適切であるときは、その事項のみの取消を認めるべきである。複数の項目から成っている大規模なプロジェクトにつき入札申込書を提出したが、これらの項目の一つに錯誤があった場合、当該項目のみについて入札価格を取り消すことが双方当事者にとって合理的であるような場合である。<sup>(69)</sup> これに対して当事者の一方は、契約の残余部分を維持するのが合理的でないことを立証して契約全部の取消を主張することができる。<sup>(70)</sup>

(b) 契約の改訂

ドイツでは性質錯誤や計算基礎錯誤の場合は、信義則に基づき行為基礎の欠落の事例として錯誤取消ではなく、契約の解除や契約内容の改訂という法律効果を認める判例が登場し、二〇〇一年の民法改正で「契約の基礎となった本質的な観念が誤りであることが明らかになったときは、事情の変更と同視しうる」という規定（下民三三条二項）として結実した。同条は、契約の適合が不可能または一当事者にとつて期待しえないときは、表意者が契約を解除しようとしている（下民三三条三項）。またオーストリア民法には、錯誤が付随事情に関わる場合は、原則として契約は有効であり、錯誤者に相手方から相当な補償が支払われるべきだという規定がある（八七二条）。この場合も相手方が錯誤を惹起しまたは少なくとも錯誤を明らかに知ったに違いないことが必要である。<sup>(71)</sup> イギリスでも、契約が基本的な錯誤に基づきエクイティ上取り消されうる場合は、裁判所が取消を求める当事者に条件を付すことができるという裁判例がある。<sup>(72)</sup>

他方において、スイス債務法では、相手方が錯誤者が理解した内容で契約の効力を発生せしめることに同意していると表示している場合は、錯誤者がその限度で契約の効力を生ぜしめねばならない（契約全部の取消はできない）という規定がある（ス債二五条二項）。本条項は表示錯誤に適用される。基礎錯誤に適用されるかどうかは議論がある。<sup>(73)</sup> イギリスでは、錯誤の場合に衡平法裁判所が契約の取消と並んで契約内容の改訂を認める場合があり、今日でも受け継がれているが、PECLやPICC、DCFRもこのルールを採り入れている。PECLやPICC、DCFRでは、錯誤者が取消権を取得した場合でも、相手方が取消権者の理解していた内容で契約を履行する意思を有し、またはその内容で現に履行するときは、当該契約は取消権者が理解していた内容で締結されたものとみなされる。この場合相手方は、取消権者が理解していた契約内容について通知された後直ちに、かつ取消権者が取消の通知をしたことを信頼して行動する前に、履行する意思を示し、または履行しなければなら

ない（PECL四：一〇五条（一）、PICC三：一三条（一）（二〇一〇年版では三：二：一〇条一項）、DCFR II：七—二〇三条（二））。前項の表示または履行がなされた後は、錯誤者の取消権は失われ、それまでにされた取消の通知は効力を有しない（PECL四：一〇五条（二）、PICC三：一三条（二）（二〇一〇年版では三：二：一〇条二項）、DCFR II：七—二〇三条（二））。内装業者が必要な作業量を過少に考えていた場合、注文者がこの錯誤を知るべきであったときは、業者は契約を取り消しうるが、注文者が当初の契約報酬を支払い、超過作業を免除することを申し出たときは、業者は契約を取り消しえない<sup>(75)</sup>。相手方は、錯誤当事者がどのように契約内容を理解していたかを知った後、直ちに改定された内容で契約を履行する意思表示するか、改訂された内容で契約を現実に履行しなければならぬ<sup>(76)</sup>。なお契約内容の改訂は、契約の改訂によって補償されない損害を被った錯誤者がPECL四：一一七条、PICC三：一八条（二〇一〇年版では三：二：一六条）、DCFR II：七—二一四条に基づいて損害賠償を請求することを妨げない<sup>(77)</sup>。

### (3) 錯誤者の賠償義務

#### (イ) 比較法

フランスではつとに、錯誤者に過失があった場合、不法行為による損害賠償責任（フ民一三八二条）の要件を満たす限りにおいて、相手方には損害賠償請求権が許容されるが、相手方が、錯誤者が錯誤に陥っていることについて悪意であった場合は、損害賠償請求権は認められないとされていた<sup>(78)</sup>。しかしそれが認められた裁判例は、フランスでは一件しかなく、錯誤者に過失がある場合は實際上錯誤者の錯誤の主張が認められない場合として処理されるといわれている<sup>(80)</sup>。

これに対してドイツ民法は、不法行為責任とは別に錯誤者に相手方に対する損害賠償義務を課している（一一九条、一二二条）。ドイツでは、プロイセン一般ラント法が過失ないし重過失ある錯誤者に相手方に対する損害賠償義務を認めており、後期普通法では議論があった。<sup>(82)</sup> 部分草案（二八七九—一八八二年）では、相手方が錯誤を知らなかったか、知る必要がなかった限りにおいて錯誤者に賠償義務を負わせ（総則一〇〇条）、<sup>(83)</sup> 第一草案では、表意者に重過失がある場合に意思表示を有効とした上で（九九条一項、表意者に單純過失があるにすぎない場合は、意思表示は無効であるが、相手方が錯誤を知りまたは知らねばならなかった場合でない限り、表意者に賠償義務を負わせた（九九条二項、三項）。第二草案では、重過失と單純過失の区別を廃し、錯誤の効果を取消権の付与としたうえで、相手方が取消可能性の原因を知りまたは知らねばならなかった場合でない限り、表示を信頼して被った相手方の損害を賠償する義務を負うとした（九七条）。<sup>(84)</sup> 錯誤者の過失は賠償義務の要件とはされていない。ドイツ民法一二二条は、錯誤取消により生じた相手方の損害につき信頼利益の賠償を認める。相手方が契約の有効性を信頼して有利な申込みを断った場合に、賠償の範囲が得べかりし利益に及ぶかどうかは議論がある。信頼利益が履行利益を上回る場合は、賠償の範囲は履行利益に制限される。この場合の損害賠償責任は無過失責任であり、また相手方が錯誤を知るべきであった場合は、賠償請求は認められない。そしてその論拠は、信頼責任、外観責任、危険責任の原理、原因主義に求められている。<sup>(85)</sup>

スイス債務法は、過失ある錯誤者に相手方に対して損害賠償義務を負わせるが、相手方が表意者の錯誤を知ることができた場合であれば、表意者は賠償義務を免れるとしている（ス債二六条二項）。またスイスでは公平に應ずる限り、裁判官が履行利益を含むより広い範囲の損害の賠償を命じうるとされている（ス債二六条二項）。<sup>(86)</sup> これに対してオーストリアでは、錯誤が認められるためには、錯誤者が①相手方が錯誤を惹起し、②錯誤を相手方が

知るべきであり、または③相手方がいまだ錯誤者の表示を信頼して行為をしていないことを立証しなければならぬため、錯誤者の損害賠償義務は認められていない。

アメリカ法では、既述のように錯誤は契約の成立というよりも原状回復法の一環として位置づける立場が支配的であり、判例の中には、錯誤取消が認められるためには錯誤者の信頼利益の賠償を命じるものもある。一九八一年アメリカ契約法第二次リステイトメントは、契約が錯誤を根拠に取り消された場合に契約当事者に原状回復義務を課し、かつ信頼利益の賠償を認める（一五八条<sup>87</sup>）。

#### （口） 日本法

日本でもドイツやスイスの立場を支持し、錯誤者を不都合な法律行為から解放することを広く認める一方で、信頼を裏切られた相手方に金銭による賠償を認めるという構成の柔軟さを強調する者もみられるが、わが国では、錯誤者は相手方に対して当然に損害賠償義務を負うことはなく、相手方の損害の賠償が認められるべきかどうかは錯誤とは別個の問題として、不法行為（民七〇九条）または契約締結上の過失責任の法理によつて解決される<sup>86</sup>とするのが一般である。しかし、これまで過失ある錯誤者に損害賠償義務を課した判例はみられないといわれる。学説上も錯誤者の意思表示には権利侵害という違法の事実がないから、不法行為による損害賠償責任の問題は生じないと指摘するものもみられる<sup>89</sup>。新提案は、現行民法通り、錯誤者の損害賠償責任については特に規定せず、損害賠償責任に関する一般規定に委ねる「一・五・B」<sup>90</sup>。しかし、この場合に損害賠償を認める旨の規定がないと損害賠償は認められないという誤解を生じさせるおそれがあるから、注意的に規定を設けるべきだという指摘もある<sup>91</sup>。なお、改正試案（国民・法曹・学界有志案）五五条三項は損害賠償責任を規定する。

林教授は、ドイツ民法一二一条から得た発想（無効主張の責めに帰すべき遅滞は信義則に反する）を援用して、

錯誤者はその錯誤に気づいた場合、信義則上遅滞なく無効を主張しなければならぬ義務を負い、その義務に違反したことにより不法行為責任を認めるという立場を提唱される<sup>94</sup>。しかし、この問題は錯誤主張期間を制限することによって対処するのが本則であり（新提案では三年間「一・五・五九」、PICCでは相手方が契約を信頼した行動をするまで（三・二・五条（一）b（二）二〇年版では三・二・二条一項b））、また契約締結後も含めると、相手方が錯誤者の錯誤を知りうることも多いであろうから、実際上は錯誤者の不法行為責任となる場合は少ないのではないかと思われる。

#### （4） 錯誤者の賠償請求権

相手方の詐欺的態様または情報提供義務違反によって表意者が錯誤に陥り、損害を被った場合は、逆に、錯誤者の相手方に対する損害賠償給付が問題となりうる。フランスでは相手方の詐術や過失によって表意者が錯誤に陥った場合に表意者が錯誤無効の主張だけでなく、その被った損害の賠償をも請求できると解されている（フ民一三八二条<sup>95</sup>）。フランスの近時の判例は、相手方が契約の重要な要素につき知らせていなかったことが相手方の過失と評価される場合は、錯誤者が相手方に対して不法行為に基づく損害賠償請求権を行使しうることを認めている<sup>96</sup>。ドイツでも相手方が表意者に誤った情報を提供したり、表意者の錯誤を知りまたは知りうべきであるのに、それを表意者に伝えなかったりした場合は、詐欺や過大なつけ込みにより不法行為（下民八二六条）または契約締結上の過失に基づいて損害賠償責任を負う場合が認められている<sup>97</sup>。オーストリアでも、相手方が表意者の錯誤を惹起した場合は、契約締結上の過失責任により表意者に対して損害賠償義務を負うことが認められた<sup>98</sup>。

イギリスでは、不実表示にあたる場合を除いて、相手方が錯誤を認識しまたは認識しえないう相手方が錯誤

を惹起した場合でも、錯誤者に対して賠償義務を負うという準則は存在しないとされてきたが、土地売買でその一部に地役権が設定されていたため、通路移転のために費用がかかった事例で、その費用の賠償を認められた裁判例が出ている。<sup>(99)</sup> アメリカでも錯誤取消の場合、裁判所が公平の観点から両当事者の信頼利益の保護を含む救済を与えるものとされており、錯誤者の相手方に対する賠償請求権を否定するものではないとされている（契約法第二次リステイトメント一五八条二項（一九八一年）<sup>(100)</sup>）。

PICCによれば、契約が取り消されたか否かにかかわらず、取消原因を知りまたは知りうべきであった当事者は、相手方当事者が契約を締結しなかったのと同じ状態になるように損害賠償をしなければならぬとされている（三・一八条（二〇一〇年版では三・二・一六条）。同旨：DCFR II—二四條一項。AがソフトウェアをBに売ったが、そのソフトウェアがBの目的に適合しないことについてBが錯誤に陥っていることを知らないはずがなかったときは、Bが契約を取り消すか否かにかかわらず、Aは、ソフトウェアを使用するように従業員を訓練するのにBが使った費用（信頼利益）を賠償する責任を負うが、ソフトウェアがBの目的に使用できないことによる損害（履行利益）については責任を負わない<sup>(101)</sup>。PECLでも同様な規定が置かれているが（四・一一七条）、実際に取消をした場合と取消権はあるがそれを行使しなかった場合とを区別し、前者の場合は、PICCと同様、契約を締結しなかったのと同じ状態になるような損害賠償義務を課すが（四・一一七条一項）、後者は、錯誤によって惹起された損害の賠償に限定している（同条二項）。

契約を取り消した場合、錯誤者には原状回復的損害の賠償では十分ではなく、違法行為がされなければ生じなかったであろう総ての損害につき賠償が認められるべきである。しかし、本条により賠償が認められる損害は、履行利益は含まず、違法行為により生じた損害および信頼損害である。信頼損害には、当事者が契約を信頼した

ために逸した機会に対する賠償も含まれる。<sup>(16)</sup> 取消権を有するにもかかわらず、例えば、行使期間を徒過したためにこれを行使しない当事者は、損害賠償を請求できるが、契約を締結しなかったと同様の状態に置くために必要な損害の賠償ではない。<sup>(16)</sup> 共通錯誤の場合は、一当事者に過失がある場合にしか損害賠償は認められない。錯誤者にも損害への寄与が認められる場合は損害額の軽減(九・五〇五条)が認められる。錯誤による契約の改訂の場合(四・一〇五条)、錯誤者が契約改訂によって補償されない損害を被った場合は、本条による損害賠償が認められる。<sup>(16)</sup>

わが国でも錯誤が相手方の詐欺的容態により惹起された場合は、相手方に対する錯誤者の賠償請求権が認められうる。<sup>(16)</sup> が指摘されている。

## 〈注〉

- (1) Malaurie & Aynès, *Droit civil. Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd., n.° 540 et s. 椿寿夫編・法律行為無効の研究八二〇一年) 二二八—二二九頁〔鎌田薫〕。
- (2) Gheslin, *Traité de droit civil. la formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., p. 456. 椿編・前掲書一四三—一四四頁〔鎌田〕、山岡・前掲論文神戸法学雑誌五一卷三三七—三四頁。
- (3) American Law Institute, *Restatement of the Law Second, Contracts* 2d, p. 385-402. 木下毅「英米契約法における意思表示の不一致」国際基督教大学社会科学ジャーナル一一号(一九七二年)九九—一〇〇頁注4。
- (4) 富井政章・民法原論第一卷総論三七—二頁。
- (5) 広中俊雄編著・第九回帝国議会の民法審議(一九八六年)一二三頁「富井政章」。現在でもなお、高森八四郎・法律行為論の研究二二六頁(錯誤者以外の者が表意者の重過失を立証した場合と表意者が法律行為の効果を受容する意思を表示している)

- る場合を除く)、熊谷芝青「錯誤無効主張に関する若干の考察」駒沢法曹五号(二〇〇九年)二八頁。
- (6) 川井健・無効の研究一五二頁、椿編・前掲書三二頁「椿寿夫」、近江・民法総則「第六版」二二二頁。反対・熊谷芝青・前掲論文駒沢法曹五号二五頁。
- (7) 高森八四郎・法律行為論の研究一九四頁以下参照。
- (8) 大判昭和一四・八・五民集一八卷七九二頁(家督相続をしたと誤信して財産を処分した事例)、最判昭和四〇・六・四民集一九卷四号九二四頁(国が特別縁故者と誤信した土地の利用権者にその土地を払い下げた事例)。但し、積極説に立つ判例も見られた(最判昭和三二・一一・二六判タ七八号五〇頁)。
- (9) 最判昭和四〇・九・一〇民集一九卷六号一五二頁(不動産の同一性の錯誤)、最判昭和四五・三・二六民集二四卷三号一五一頁(第三者が表意者に対する債権を保全するために無効の主張をすることを認めた事例)。
- (10) 谷田貝三郎「最判昭和四〇・六・四の批評」民商五四卷一号一〇八一—一〇九頁、我妻・新訂民法総則三〇三頁、川島・民法総則二九六頁、幾代・民法総則「第二版」二七六頁、川井・無効の研究一四八—一四九頁(表意者自身錯誤無効を主張する意思がない場合は相手方、第三者の無効主張が封じられる)。
- (11) 川島武宜・判例民事法昭和一四年度二〇六頁、平野裕之・民法総則「第三版」二九五頁。
- (12) 近江・民法総則「第六版」二一八頁、内田・民法I「第四版」七五頁、椿編・前掲書二四一頁「椿久美子」、平野・民法総則「第三版」二九五頁以下。
- (13) 椿編・前掲書・四〇頁以下「椿寿夫」。
- (14) 最判平成二一・七・一七判時二〇五六号六一頁(購入した自動車複数車台番号になっていて容易に売主名義に移転できない場合に、売主からの同時履行の抗弁の主張を否定した。但し、二名の裁判官の反対意見がある(本件では買主を通り越して信販会社に中間省略登録されてゐる))。
- (15) Shogun Finance Ltd. v. Hudson [2003] UKHL 62, [2004] 1 A.C. 919 (自動車を買取選択権付き賃貸借の方法で買いに来た男が名義人とは別人であった事例); J. Cartwright loc. cit. pp. 585, 592, 624以下、677以下。
- (16) Cundy v. Lindsay (1878) 3 App. Cas. 459 (売主が、買主がBlenkarnであるのに、買主が紛らわしく書いたためBlenkarnへ

- 思った事例) : Shogun Finance Ltd. v. Hudson [2003] UKHL 62 (本件については、旗新大実・前掲書二二九—二三〇頁参照)。
- (17) King's Norton Metal Co. Ltd. v. Edrige, Merret & Co. Ltd. (1897) 14 T.L.R. 98.
- (18) 望月・英米法「改訂版」(昭和六〇年)三五九頁。
- (19) 大判大正一一・三・二二民集一卷一一一五頁。
- (20) 川井・新版注民(3) 四六四—四六五頁、椿編・前掲書七三九頁「林幸司」など。
- (21) 我妻・新訂民法総則三〇三頁以下、幾代・民法総則「第二版」二七七頁、椿編・前掲書二四九頁「椿久美子」、近江・民法総則「第六版」二二三頁、内田・民法I「第四版」八六頁など。
- (22) 最判昭和二九・三・九判タ四〇号一五頁。
- (23) 裁判例としては、東京高判昭和四五・一・三〇下民集二二卷一・二号一三一頁(不動産売買)。
- (24) 幾代・民法総則「第二版」二八四頁注1。須田・前掲論文北海道大学法学研究一三卷二号三六〇頁をも参照。
- (25) 幾代・民法総則「第二版」二七七頁注1、四宮・能見・民法総則「第八版」二二八頁、内田・民法I「第四版」八六頁など。
- (26) 民法(債権法)改正検討委員会編・基本方針二九頁、同編・詳解I一六—一七頁。但し、取消権には行使期間の制限があるため、表意者の保護が十分でなくなるという指摘もある(大阪弁護士会編・民法(債権法)改正の論点と実務〈上〉七三四頁)。
- (27) 滝沢昌彦「錯誤規定のあり方」円谷編著・前掲書二七—二八頁、鹿野・前掲論文池田編・前掲書二五—二五四頁。
- (28) Dittich/Tades, AGBG, 23. Aufl. S. 392.
- (29) 柳本祐加子「契約の判断枠組みの構造について—錯誤との関係において—」北陸法学四卷三号(一九九六年)五八頁以下。
- (30) 但し、最長期間は約二週間だとする裁判例もある(OLG-Ordnung, NJW 2004, S. 168)。
- (31) 河上・ハーダー編・前掲書六〇—六一頁「ハーダー(山本敬三訳)」、ライター・ライポルト「円谷訳」・ドイツ民法総論二四—二四二頁。
- (32) Honsell ua. (Hrsg.), Komm. z. Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Aufl., S. 251–252 [L. Scwenzler].

- (33) Honsell u.a. (Hrsg.), *Komm. z. Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I*, 2. Aufl., S. 240 [Schwenzer].
- (34) 才民「四八七条第五文「……契約を締結した相手方が詐欺の責任を負う場合を除いて、契約に際して遭遇した畏怖または錯誤による請求権は、三年内に主張されねばならない。この期間の徒過後それは時効にかかる。」
- (35) Rummel, *Komm. z. ABGB*, Bd. 1, 2. Aufl., S. 1100 [Rummel].
- (36) Chitty/Guest, *On Contracts*, Vol. 1, 27ed., para. 6-079. 古谷英恵「契約自由の原則と錯誤のリスク負担」新見育文先生還暦記念現代民事法の課題（二〇〇九年）五八頁。
- (37) *Undroit*, loc. cit., p. 83（曾野和明他訳・前掲書八五頁）。
- (38) 小林・錯誤法の研究三八、一九九頁、近江・民法総則【第六版】二二三頁、河上・民法総則講義（二〇〇七年）三六一頁、中舎寛樹・民法総則（二〇一〇年）二二〇頁など。
- (39) 民法（債権法）改正検討委員会編・基本方針七六頁。
- (40) Malaurie & Aynes, *Droit civil. Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup>s 579-592. Ghestin, *Traité de droit civil. la formation du contrat* 3<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup>. 491（錯誤の場合ローズ（原因）の欠缺または誤ったローズにより民法二二三条（ローズがなすまたは誤ったローズに基づく債務はいかなる効力も生じない）が適用される）。
- (41) Rummel, *Komm. z. ABGB*, Bd. 1, 2. Aufl., S. 1098-1099 [Rummel].
- (42) Honsell u.a. (Hrsg.), *Komm. z. Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I*, 2. Aufl., S. 240 [Schwenzer].
- (43) 穂諾。Medicus, *Allg. Teil des BGB*, 7. Aufl., 1997, S. 96; Plume, *Allg. Teil des Bürgerlichenr.*, Bd. 2, 4. Aufl., 1992, S. 489; BGH, NJW 1988, S. 2597. ネューター・ライホルト【田谷訳】・前掲書二四三—二四四頁。D. Leipold, *BGB I*, 6. Aufl., S. 269-270.
- (44) Stadler, *Geltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, 1996, S. 177f.; Grigolet, *AcP* 199 (1999), S. 403.
- (45) D. Leipold, *BGB I*, 6. Aufl., S. 270. ネューター・ライホルト【田谷訳】・前掲書二四四頁。
- (46) Cundy v Linsay (1878) 3 App. Cas. 459, HL; Ingram v. Little [1961] 1 Q.B. 31 (C.A.).
- (47) Car & Universal Finance Co. Ltd. v. Caldwell [1965] 1 Q.B. 525 (C.A.).

- (48) Cartwright, loc. cit. pp. 656 (改訂2(カ), 678以下)。  
 (49) Unidroit, loc. cit. p. 86-87 (曾野和明ほか訳・前掲書八八頁)。  
 (50) 大判大正五・二・三民録二二輯三五頁。  
 (51) 大判昭和六・六・二七新聞三三〇二号一六頁。  
 (52) 大判明治四五・二・二三民録一八輯五四頁。  
 (53) 高森・法律行為論の研究四一四—四一五頁。  
 (54) 岡村玄治・債権法各論六〇一頁。  
 (55) 鳩山・増訂日本債権法各論(下卷)(大正一三年) 八〇二頁。  
 (56) 我妻榮・民法研究Ⅱ一六七頁。  
 (57) 伊藤高義・物権的返還請求権論序説一四頁以下。  
 (58) 鈴木禄弥「法律行為の無効と給付物の取戻し」大阪市大法學雜誌九卷三・四号三七九頁。  
 (59) 鈴木禄弥・債権法講義三訂版(一九九五年) 七〇八頁。  
 (60) 川村泰啓「契約の無効・取消と不当利得」契約法大系Ⅶ一五四頁以下、同・商品交換法の大系Ⅰ「増補版」(一九七二年) 二七〇頁以下(但し、川村教授は、無効・取消の場合は間接効果説の立場をとらないで、取消とともに直ちに所有権が取り消した者に復帰するという立場をとられる)など。  
 (61) 奥田昌道「契約が取り消されたり無効の場合の返還請求について」法学教室第二期七号(一九七五年) 四二頁など。  
 (62) 好美清光「不当利得法の新しい動向について」判夕三八六号(一九七九年) 一八頁、高森・法律行為論の研究四五六頁以下。  
 (63) 平野・民法総則「第三版」二五八頁など。  
 (64) 民法(債権法)改正検討委員会編・基本方針二九頁、同編・詳解Ⅰ二二〇—二二二頁。  
 (65) 滝沢昌彦・前掲論文円谷編著・前掲書三〇—三一頁、鹿野・前掲論文池田他編・前掲書二五六頁、大阪弁護士会編・民法(債権法)改正の論点と実務(上) 七三八頁。

- (66) わが国でも、錯誤による法律行為の一部無効を認めようとするものに、鈴木祿弥「前掲最判昭和四七・一一・一九の批評」判タ二九二号七四頁がある。
- (67) Malaurie & Aynes, *Droit civil Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd., n.° 580-584.
- (68) Honsell u.a. (Hrsg.), *Komm. z. Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I. 2.* Aufl., S. 241 [I. Schweizer].
- (69) Lando/Beale (ed.), loc. cit., p. 279 (ランド・ビール「潮見ほか訳」・前掲書二六八頁「馬場圭太」)。
- (70) Lando/Beale (ed.), loc. cit., p. 280 (ランド・ビール「潮見ほか訳」・前掲書二六八頁「馬場圭太」)。
- (71) Dittrich/Tades, *ABGB*, 23. Aufl., S. 393.
- (72) Solle v. Butcher [1950] 1 K.B. 671 (C.A.).
- (73) Cartwright, loc. cit., pp. 624-627, 648以下。
- (74) Honnssell u.a. (Hrsg.), *Komm. z. Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I. 2.* Aufl., S. 252-253 [I. Schweizer].  
 今日本は通説が主に表示錯誤の場合に「ある」の異なる解決を支持している (Vgl. Kropholler, *Studenkomn. z. BGB.*, 11. Aufl., S. 47-48)。
- (75) Lando/Beale (ed.), loc. cit., p. 246-247 (ランド・ビール「潮見ほか訳」・前掲書二二五-二二六頁「馬場圭太」) ; von Bar /Clive, loc. cit., p. 484.
- (76) *Undroit*, loc. cit., p. 82 (曾野他訳・前掲書八四頁)。
- (77) Lando/Beale (ed.), loc. cit., p. 247 (ランド・ビール「潮見ほか訳」・前掲書二二七頁) ; *Undroit*, loc. cit., p. 83 (曾野他訳・前掲書八四頁) ; von Bar/Clive, loc. cit., p. 485.
- (78) Ghestin, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., n.° 522. 山岡・前掲論文神戸法学雑誌五一卷三二七頁。
- (79) *Cass. civ.*, 28 février 1912, *Gaz. Pal.* 1912, I, 353.
- (80) Ghestin, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., n.° 522.
- (81) プロイセン一般ラント法もまた、表意者が錯誤したことにつき過失ないし重過失があり、かつ相手方が表意者の錯誤を知らない場合には、表意者には損害賠償義務があるが(第一部第四章七九条)、両者の側から回避可能な錯誤が生じた場合には、

- ともに賠償する義務はない（第一部第四章八〇条）と定めた（中谷「双方錯誤の歴史的考察—ドイツ法の分析—」横浜国際経済法学一七巻一号一三〇頁）。すでにクロティウス（Grotius）が過失ある錯誤者の賠償義務を認めていたといわれる（中谷・前掲論文横浜国際経済法学一七巻二号一五五頁、一七〇頁注36参照）。
- (82) サヴィニーは過失ある錯誤者の賠償義務を認めなかったが（Savigny, System des heutigen röm. Rechts, Bd. III, S. 294 Ann. d. (詐欺の場合は別)）、イェーリントはこれを認めた（Jehring, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jf. 4 (1861), S. 72f.）。
- (83) 田中美智子「錯誤無効における錯誤者の責任」慶応大学法学政治学論究四六号（二〇〇四年）九〇—九二頁、中谷・前掲論文横浜国際経済法学一七巻三号二四九頁。
- (84) 田中・前掲論文慶応大学法学政治学論究四六号九二頁以下参照。
- (85) RG-Urt. v. 25. 2. 1913, RGZ 81, S. 399 (誘引責任)；BGH-Urt. v. 14. 3. 1969, NJW 1969, S. 1380; D. Leipold, BGB I, 6. Aufl., S. 271; Rürthers/Stadler, Allg. Teil des BGB, 14. Aufl., S. 363; 須田・前掲論文北海学園大学法学研究一三巻二号三四九頁、田中・前掲論文慶応大学法学政治学論究四六号八九—九〇頁、テイター・ライボルト「円谷訳」・前掲書一四五—一四六頁。
- (86) Honsell u.a. (Hrsg.), Komm. z. Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Aufl., S. 255 [Schwenzer], 須田・前掲論文北海学園大学法学研究一三巻二号三七七頁注1。
- (87) American Law Institute, Restatement of the Law Second, Contracts 2d, p. 419-422.
- (88) 中松・前掲論文民法講座一、四三八頁。
- (89) 法典調査会民法主査会議事速記録（日本近代立法資料叢書一三）（昭和六三年）六四九頁、幾代・民法総則「第二版」二七五頁、石田喜久夫編・民法総則一六三頁「磯村保」、田中・前掲論文慶応大学法学政治学論究四六号八七頁、四宮・能見・民法総則「第八版」二三一頁、近江・民法総則「第六版」二二七頁。
- (90) 中松・前掲論文民法講座一、四一九頁。
- (91) 石田文次郎・財産法における動的理論（一九四三年）三六七頁、加藤雅信・民法総則二六〇—二六一頁（違法性もない）。
- (92) 民法（債権法）改正検討委員会編・基本方針三〇頁、同編・詳解一—二四頁。大阪弁護士会・民法（債権法）改正の論点

- と実務（上）七三五—七三九六頁、東京弁護士会法友会期会債権法改正プロジェクトチーム編・債権法改正を考える三三頁以下もこれを支持する。
- (93) 滝沢・前掲論文岡谷編著・前掲書三五頁。
- (94) 椿編・前掲書七四一頁〔林幸司〕。
- (95) Cass. civ. 29 novembre 1968, *Gaz. Pal.*, 1969, 1, 63; Ghestin, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup>. 519-522. 野村・前掲論文法協九三卷三三—三五頁。
- (96) 後藤卷則・消費者契約の法理論（二〇〇二年）六三一—六四頁。
- (97) BGH, v. 12. 11. 1986, BGHZ 99, S. 101（過大なつけ込み）。
- (98) Rummel, *Komm. z. ABGB*, Bd. 1, 2. Aufl., S. 1086 [Rummel].
- (99) Sindall (William) *plc v. Cambridgeshire County Council* [1994] 1 W.L.R. 1015 (C.A.)（売主は地役権が設定されていぬ旨表示した）。
- (100) American Law Institute, *Restatement of the Law Second, Contracts 2d*, p. 419.
- (101) *Unidroit*, loc. cit., p. 87（曾野他訳・前掲書八九頁）。
- (102) Lando/Beale (ed.), loc. cit., p. 281-282（ランドー・ビール「潮見ほか訳」・前掲書二六九—二七一頁「馬場圭太」）。
- (103) Lando/Beale (ed.), loc. cit., p. 282-283（ランドー・ビール「潮見ほか訳」・前掲書二七一—二七二頁「馬場圭太」）。
- (104) Lando/Beale (ed.), loc. cit., p. 283（ランドー・ビール「潮見ほか訳」・前掲書二七二頁「馬場圭太」）。
- (105) 星野英一・民法論集三卷（昭和六一年）二二三—二頁、小林一俊・錯誤・原始不能と不履行法二四—二五頁、平野裕之「いわゆる契約締結上の過失責任について」法律論叢六一卷六号（平成元年）七九—八〇頁。

## 4 結 び

二〇〇九年の日本の民法改正提案に定められた錯誤規定は、伝統的なドイツ民法—日本民法の錯誤規定に依拠したものである。これに対してオーストリア民法、英米法、PECL、PICC、DCFR、そしてわが国の舟橋、川島錯誤理論の提示した信頼主義的な錯誤理論は採用されない。しかし、現在ドイツやわが国の採用している錯誤ルール（主観主義的錯誤論）とこれらオーストリア民法、英米法、PECL、PICC等の採用する錯誤ルールとの間には、錯誤の基礎的な理解について大きなスタンスの違いがありながら実際上の適用結果についてはそれほど違いはないともいえる。これは星野教授の比較法学会での発言や須田教授の日本の裁判例を中心とする実証的な研究<sup>2)</sup>においても指摘されたところであるが、筆者が以前提示した錯誤規定の立法提案でも、このような発想のもとに主観主義的錯誤論と信頼主義的錯誤論とを折衷する立場に一步踏み出す構想を述べた<sup>3)</sup>。これは、法律行為の動機の明示または黙示の表示と表意者の錯誤に関する相手方の認識または認識可能性という錯誤者保護の要件は、実質的に大きな隔たりはないのではないかという考え方に立って、錯誤者が救済されるべき場合を列挙したものである。

しかし、このような考え方は、そもそも表意者が相手方に法律行為の動機を表示しただけでは、行為の内容になってもいらない単なる動機につき錯誤があったとしても、表意者は保護に値するとはいえないという指摘がなされる。その点では、民法改正検討委員案の指摘するとおりであり、表意者が保護に値する錯誤は、一般的には法律行為の内容になっているか、または少なくとも法律行為の不可欠の前提（条件）となっていること、最大限に拡げて、事実が両当事者の共通の動機となることが必要であろう。この要件は、英米法やオーストリ

ア法、PECL、PICCでは、基本的錯誤、本質的錯誤と呼ばれているだけで、法律行為の内容になったかどうか厳密に問われているわけではない。またドイツでも性質錯誤や計算基礎錯誤については、通説・判例は、法律行為の内容になっているかどうかは問わないとしている。その意味で法律行為の内容に関する錯誤でなければ表意者は保護されないとしている改正提案の立場は、比較法的には突出しているといえるのかもしれない。

信賴主義的錯誤論の最大の弱点は、表意者の錯誤に対する相手方の認識（可能性）という尺度が曖昧などところにある。これは損害賠償の範囲に関する債務者の予見可能性（民四一六条二項）と同断であり、後者については平井教授の広く人口に膾炙したモノグラフ<sup>4</sup>がある。

既述のように日本の債権法改正提案の起草者は事実の錯誤が法律行為の内容になっていない限り、錯誤の保護を受けないという立場に固執している。しかし、本文でも述べたように法律行為の不可欠の前提、基礎を含むとすると果たしてそれらが法律行為の内容といえるのかどうかはつきりしなくなってくる。日本の裁判例をみると法律行為の不可欠の前提、基礎に錯誤があると思われる場合に錯誤者を保護した例は数多くある。通常の取引を前提とする限り、起草者のいうように法律行為の内容についての思い違いの場合に錯誤者を保護すべき必要性が高いのであり、法律行為の動機あるいは法律行為をなすにあつての付随的事情の誤りは、たとえ相手方がそれについて予見可能であつても、一般的には表意者に負担させるべきであろう。ただその事情が双方の当事者にとってその法律行為の不可欠の前提となつている場合は錯誤規定の保護を与えることが考えられてよいであろう。もつとも、このような一般的な定式は、消費者取引では修正が要求されよう。但し、この場合でも表意者は動機錯誤ではなく、不実表示などで保護されることが考えられよう。

〔注〕

- (1) 星野英一・比較法研究四一号(昭和五四年)(同・民法論集第六卷五五頁)。
- (2) 須田・前掲論文北海学園大学法学研究一三卷二号三五三頁以下、野村・前掲論文法協八五卷一〇号三〇頁以下、六四頁以下。
- (3) 椿ほか編・民法改正を考える(法律時報増刊)七二頁以下。それに関する論評として、小林一俊「論評・債権法改正検討委員会錯誤法案要件論」下森先生傘寿記念論文集債権法の近未来像二三頁がある。
- (4) 平井宜雄・損害賠償法の理論(一九七一年)。